

國立政治大學地政學系

碩士論文

私立中國地政研究所

不動產仲介經紀業說明義務及其違反之民事責任之研究



指導教授：張鈺光 博士

研究生：李品諭

中華民國一〇六年一月

謝誌

這條研究所的漫漫長路，終於到了最後階段，一路上想要感謝的人有好多好多。謝謝我的指導老師張鈺光老師，總會在我感到無限挫折的時候，用力拉我一把，幫助我論文導回正軌，真的很感謝！謝謝口試委員楊松齡老師及吳光明老師，對於論文提出許多寶貴的建議，並不吝給予溫暖的鼓勵。謝謝期末報告時，願意幫我細看論文，給予很多幫助與指教的戴秀雄老師及佳聖學長。謝謝在期初報告時，不吝給予指點的法制組老師們及評論人志殷學長、美珍學姐等。雖然因為時間及自己才疏學淺的關係，可能還有很多需要改進的地方，但真的是衷心感謝！

謝謝系辦助教們的協助與提醒，讓兩光的我能順利走到這一步。謝謝陶敏總是熱心協助我並大方給予意見，能和唯一大學在同一屆的妳再次同班，是我回來唸研究所的最大動力！謝謝同家好夥伴馨璇、乾女兒宜庭，一起分享生活大小事，能在苦悶的研究生涯中認識小主團的各位，真的很幸福！謝謝超級可靠的張家學妹知嫻的貼心提醒大小事，以及羽虹、惠林的鼓勵。謝謝研究所的各位學長姊、同學、學弟妹一路上的照顧與打氣！謝謝從大學到研究所時期，一起練球、比賽的政大桌球隊同屆老人妍儒、好榕、讓我借宿的意文、幫我交出關鍵口試申請單的鎮宇等可愛的大小朋友們，讓我的政大學生生涯更加豐富，有你們真好！

謝謝嘉義縣朴子地政事務所的大家，雖然平常總會覺得自己邊上班邊寫論文蠟燭兩頭燒很辛苦，但若不是有長官准予週五公假進修並給予支持及鼓勵，還有偉捷、欣偉、雅婷、如賓、文斌、泳丞等好同事們貼心不計較，幫忙分擔上班大小事，及麗香課長在工作上的盡力協助、督導，我可能早就撐不下去了！感激之情難以言表，只希望大家都不要走鳴鳴。

謝謝親愛的爸媽和哥哥，知道我的個性總是不見棺材不掉淚，喜歡拖拖拉拉的，適時給予督促及鼓勵，要我不要放棄。謝謝銘凱平常的照顧並監督我論文進度，還在百忙之中陪伴我北上去學校口試。衷心感謝一路上給予幫助的大家！而最後，我也想要謝謝自己，在許多關鍵的重要時刻竟然都咬緊牙根的撐過去了！終於可以再往人生的下一階段邁進了，未來也要繼續努力！

摘要

不動產交易標的金額高昂且程序繁瑣，一般民眾經驗不足，對於交易資訊之調查及理解能力有所不足，為能取得不動產交易正確之相關資訊，並尋找最適合自己的交易對象，乃藉由專業之不動產仲介業代為處理相關事宜。

「仲介」二字在我國民法中並無明確規範，而不動產經紀業管理條例偏向於「管理」經紀業，對於仲介法律關係亦無明確規範，則相關權利、義務尚有賴於學說及實務判決加以補充。現行不動產交易相關法律，仲介業除了受專法約制或遵守善良管理人之籠統概念外，對於交易實務上該說明那些特定或至少範圍的義務或責任未有清楚規範，而僅能藉由行政機關所規範之不動產說明書應記載及不得記載事項之內容來加以控制。為避免需要強制揭露的規定不具體，使得應清楚規範的標準漫無邊際，完善的資訊範圍標準實有必要。除以不動產經紀業管理條例為執法依據之外，個案中亦須視契約之性質，回歸民法之相關規定加以參酌以為價值之補充，以健全不動產之交易秩序，並同時保障消費者之權益。本文將不動產仲介業之說明義務區分為三部分，分別是法律及行政管制明文規定之說明義務範圍、基於契約內容之說明義務範圍、參酌學說及實務見解解釋而來之範圍，藉此建構我國對於不動產仲介經紀業說明義務之範圍及程度之判定標準。

我國法律或學說上，關於說明義務與資訊提供義務基本上未做區分。「說明」並非單純地朗讀，而是將對締結契約具有重大決定性的資訊，提供給他方知悉，並使其明白資訊中的內涵。不動產仲介業應說明而不為說明或是不完全說明，即是違反了說明義務。而因故意或過失違反說明義務者，應承擔損害賠償責任或將喪失報酬請求權。在法律上未將說明義務明文具體規範前，有時難以做出有利於資訊弱勢之方之判定。若能對於不實說明、不利益事實之不說明予以明文規定，如此只要業者有上述情形，將可認定該行為可能致使交易者誤信。完善的法律，不僅是對一般買賣交易者給予保護、救濟，使各種紛爭回歸到法律面向尋求解決，就長期不動產交易發展而言，亦是建立一個大家都能安心進行交易之不動產環境。

關鍵字：不動產仲介業、說明義務、交易資訊

目 錄

第一章	緒論.....	1
第一節	研究動機.....	1
第二節	研究目的.....	5
第三節	研究範圍.....	5
第四節	研究方法及架構.....	6
第二章	不動產買賣之交易關係人及其債權債務關係.....	7
第一節	不動產買賣作業流程及交易關係人.....	7
第一項	不動產仲介經紀業之買賣作業流程.....	7
第二項	買賣雙方與仲介經紀業三者法律關係及仲介經紀業與經紀人員之法律關係.....	8
第二節	不動產仲介契約之法律性質.....	11
第一項	不動產仲介契約之意義及類型.....	11
第二項	不動產仲介契約法律定性.....	15
第三節	不動產交易中不動產仲介經紀業之權利、義務.....	22
第一項	不動產交易中不動產仲介業之權利.....	22
第二項	不動產交易中不動產仲介業之義務.....	23
第四節	小結.....	30
第三章	不動產仲介經紀業之說明義務.....	31
第一節	說明義務之內涵及理論基礎.....	31
第一項	說明義務之意義.....	31
第二項	說明義務之理論基礎.....	32
一、	誠信原則之附隨義務理論.....	33
二、	契約對等理論.....	35
三、	信賴保護理論.....	36
四、	對價原則.....	37
五、	緘默詐欺理論.....	38
第二節	不動產仲介業對買賣雙方說明義務之法源依據.....	41
第一項	學說及實務見解.....	41
一、	典型居間契約之設有明文規範.....	41
二、	有償委任.....	44
三、	誠信原則.....	44
四、	民法第 184 條第 1 項前段侵權行為.....	45
五、	民法第 245-1 條第 1 項（締約上過失）.....	46
第二項	評析及本文見解.....	47
第三節	不動產說明書概說.....	49
第一項	不動產說明書之相關規範.....	50

第二項 不動產說明書內容.....	51
第三項 不動產說明書應記載及不得記載事項之規範完整性之檢討....	54
第四節 小結.....	57
第四章 不動產仲介業說明義務之範圍及違反之法律效果.....	61
第一節 仲介業說明義務之範圍(程度).....	61
第一項 學說及實務見解.....	62
第二項 本文整理及見解.....	64
一、法律及行政管制明文規定之說明義務範圍.....	64
二、基於契約內容之說明義務範圍.....	74
三、參酌學說和實務見解解釋而來之說明義務範圍.....	76
第二節 說明義務之解說人員之實然、應然及解說時點.....	79
第一項 解說人員之實然及應然.....	79
第二項 仲介業說明之時點.....	80
第三節 違反說明義務之法律效果.....	82
第一項 違反說明義務之態樣.....	82
一、不實陳述(因故意或過失).....	82
二、未為說明(因故意或過失).....	82
第二項 違反說明義務之法律關係.....	83
一、違反說明義務與民法第 92 條第 1 項詐欺規定之關係.....	83
二、違反說明義務與民法第 184 條侵權行為規定之關係.....	84
三、違反說明義務與民法締約上過失之關係.....	85
第三項 違反說明義務之法律效果.....	86
一、債務不履行之損害賠償責任.....	86
二、喪失報酬請求權.....	88
第四節 小結.....	91
第五章 結論與建議.....	93
第一節 結論.....	93
第二節 建議.....	94
參考文獻.....	95

圖目錄

圖 1：仲介買賣交易流程圖.....	8
圖 2：不動產仲介經紀業與買賣雙方交易關係.....	8
圖 3：說明義務及其範圍之判定.....	64
圖 4：違反說明義務之態樣.....	83



第一章 緒論

第一節 研究動機

不動產交易經由買賣雙方不斷資訊交換及協商，或透過不動產仲介業之居間搓合，於兩造合意後始達成目的。早期台灣不動產交易發展情形，有屋主自行透過刊登報紙、張貼廣告等方式喚起買方為要約者，亦有透過仲介業居間不動產之買賣交易者，而此時期對於從事仲介之業者尚無法律明文規範。

1980 年代後期社會經濟繁榮，不動產交易熱絡、頻繁，專以仲介不動產為營業者逐漸增加。然而，業務組織型態及經營規模不一，從業人員素質亦良莠不齊，而當時欠缺管理規範，業者賺取差價及廣告與實際現況不符等購屋糾紛層出不窮，各類申訴與民事訴訟案件量居高不下。有鑑於此，我國乃參酌美、日兩國之不動產仲介制度，針對我國交易情況需要研擬草案，遂於 1999 年立法通過「不動產經紀業管理條例」，對於不動產仲介經紀業者之設立及業務執行作出規範，期能保障消費者於不動產交易上之權益¹。另外，隨著 1990 年代後期消費者意識抬頭，為保護消費者，內政部亦制定不動產委託銷售契約書範本、不動產說明書應記載及不得記載事項等規定，試圖藉此減少糾紛產生。

在專業分化及交易複雜化的現代社會，大多藉由他人的勞務給付，以擴大個人的活動範圍，同時減省交易過程中所需支出之勞力及時間。不動產仲介業是一種具有特殊性的服務業，而其特殊性來自於所仲介之不動產相較於一般性商品交易具有差異性的特徵。例如：1. 交易金額龐大，多數消費者一生可能僅買賣過一至二次，交易經驗不足。2. 尋求潛在買方所需付出之勞務繁多且時間長。3. 標的物之瑕疵及法令上相關限制，並非賣方單純使用即可探知，而仍須藉由專業人員加以調查及說明。4. 政府扮演舉足輕重的角色，透過政策的制定以確保各方權益能受有更加之保障，然也可能因此影響了不動產交易相關人之債權、債務關係。

而不動產仲介經紀業(及其從業人員，以下簡稱仲介業)之服務具有下列特性：

1. 並非單一地面對買方客戶，對於買賣雙方皆有高度密切之接觸。2. 服務所涉及

¹ 內政部編印，2002，不動產經紀業管理條例制定實錄，內政部地政司，頁 1-2。

之專業知識廣泛，從不動產標的情況、使用限制、買方貸款成數、付款期限等，皆牽涉多項專業知識及法令。交易過程所涉及之權利、義務關係複雜，民眾有時難以瞭解。3. 需要高度安全信賴及正確的資訊情報。

基於上述原因，不動產交易程序繁瑣，不但耗時費日，而一般民眾經驗不足，對於交易資訊之調查及自行理解能力有所欠缺，為儘速便利取得不動產交易相關資訊，並尋找最適合自己的交易對象，乃藉由專業之不動產仲介業者代為處理相關事宜。不動產仲介業者在相關法令知識與交易經驗皆相對豐富，較能宏觀的掌握不動產之相關資訊²，綜觀目前台灣不動產交易發展情形，擬交易之買賣當事人藉由不動產仲介業者之專業協助甚為常見，仲介業於買賣雙方間居中斡旋以促成不動產之買賣。

其實，「仲介」二字在我國民法中並無明確規範，不動產經紀業管理條例對於仲介業務的定義³是否妥當，亦影響相關規範之實施成效。在民法無專文規定不動產仲介中關係人之權利、義務，且不動產經紀業管理條例偏向於「管理」經紀業，而對於仲介法律關係亦無明確規範之情況下，相關權利、義務尚有賴於學說及實務判決加以補充。

而隨著不動產相關法令日益複雜化，資訊不對稱之情況將可能更加嚴重，而一般消費者對於交易資訊之掌握程度通常相對弱勢，常易陷入對於仲介業者提供的交易資訊無法盡信，但又少有其他獲取完善資訊管道之困境。一般消費大眾對於購屋所需之注意事項在認知上與仲介業者或有差距，亦衍生出許多消費爭議案件。對於資訊掌控程度之落差，是造成不公平交易或詐欺的重要背景因素。而現行不動產交易相關法律，仲介業者除了受專法約制或遵守善良管理人之籠統概念外，似乎對於交易實務上該說明那些特定或至少範圍的義務或責任未有清楚規範，而僅能藉由行政機關所規範之不動產說明書應記載及不得記載事項之內容來加以控制。

在我國法律容許不動產仲介得雙方委任背景下，更突顯其應本於信賴基石，

² 不動產交易金額龐大且複雜，各細節中之大小資訊都可能是交易成交與否的關鍵，包括建物資料、土地使用管制、地區環境、產品介紹分析、產權資料、市場行情、不動產相關稅務、重要設施空間上的位置、拍賣資料等事項。

³ 不動產經紀業管理條例第 4 條第 5 款規定，仲介業務是指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。

堅守中立性。仲介業依照仲介契約本對於委託人負有忠實義務，並需為委託人之利益而活動，但買賣當事人間之利益往往相互衝突，此種利益衝突亦成為處理不動產交易中，買方、賣方及仲介業角色間法律關係之重點。現實中不可否認的是仲介業其實是為了自身之利益而努力，為了能成交以獲取報酬，常有未確實調查交易標的之相關資訊，甚或於知道某些可能會阻礙成交之情況，知情而未據實向交易相對人加以說明等情事。

關於不動產仲介業之說明義務，目前雖有規定需向與委託人交易之相對人提供並解說不動產說明書之義務⁴，然而我國法規並未針對「說明」作一明確規範，致使有仲介業者將所謂「說明義務」解釋為「資訊之提供」，甚至有認為交易相關人在不動產說明書上簽章，即「善盡」其說明義務之情況發生。

說明義務一般學說認為係由誠信原則發展而來之附隨義務，然於本文認為不動產仲介契約中之說明義務，需依照具體個案之不同內容，認定系爭義務之目的為何，始能歸納出屬性，無法單純從文字去直接斷定說明義務即為債之關係義務群中之何種義務，則其對於交易上重要事項之說明應為主給付義務。

仲介業於不動產交易中相關說明義務是影響買賣雙方做決策之主要關鍵。若法規界定不完備，則易使該受規範之人不確實執行或在法律邊緣遊走規避其應盡義務。目前我國針對不動產仲介業說明義務之範圍及其應盡程度，較少著墨，縱然消費者與仲介業皆明白交易過程中之重要事項應被揭露，但對於重要事項之範圍又該如何界定往往看法分歧，相關糾紛層出不窮。

說明義務之具體表現為不動產說明書。法定之不動產說明書應記載及不得記載事項，僅為仲介業之最低說明範圍，而並非仲介業應調查及說明之內容僅以該法定事項為限⁵。惟為避免需要強制揭露的規定不具體、漫無邊際，使得應清楚規範的標準過於鬆弛，完善的資訊範圍標準實有必要。除以不動產經紀業管理條例為執法依據之外，個案中亦須視契約之性質，回歸民法之相關規定加以參酌以為價值之補充，藉以健全不動產之交易秩序，及保障消費者之權益。本文同時轉引德國實務及學說上針對說明義務可能之射程範圍，所提出之相關判定標準，例

⁴ 不動產經紀業管理條例第 23 條參照。

⁵ 陳立夫，2006，「從日本法觀點檢討我國不動產說明書與解說之問題-以不動產仲介業務為中心」，台灣法學雜誌，第 87 期，頁 16。

如：可得期待之說明義務、對於契約締結有重大意義之說明義務、危害契約目的之說明義務、資訊可能性、職務範圍，希冀能建構出我國不動產仲介業調查及說明義務範圍之界限。

不動產仲介涉及民法、地政、建築、投資、室內設計等法令專業知識，仲介業如未盡善良管理人注意及重要事項之調查與說明義務，即可能產生消費糾紛之民事、行政甚或刑事三大法律責任風險。本文以民事責任為重心，最後並探討不動產仲介業違反說明義務之態樣及法律效果，希冀能有效提升仲介業對於說明義務之責任擔負意識，並供資訊相對弱勢之消費者參酌。



第二節 研究目的

本文希冀確立不動產仲介業說明義務之意涵，建構我國對於不動產仲介業說明義務之範圍及程度之判定標準，並探討違反說明義務在民事上之法律效果，提供仲介業者參酌以瞭解其應盡說明義務之程度。期望能藉由說明義務範圍之判定準則以減緩仲介業者未確實調查及說明，甚或知情隱匿重要資訊之情形，並作為將來我國實務操作上及未來立法修正之參考。

第三節 研究範圍

房屋包含成屋及預售屋，而不動產仲介經紀業受委託處理之不動產交易，不限於買賣，亦包含租賃或互易，然實務上仍是以買賣為主要交易型態。依據各當事人之需求不同，在執業行為上亦有不同之要求，為避免討論過於繁雜而失焦，本文將以成屋買賣之仲介業務作為討論之中心，而不另就租賃、互易契約及預售屋與代銷業務之部分再為討論。

第四節 研究方法及架構

本研究藉由析論學說及實務上之觀點，確立不動產仲介業之說明義務之應然狀態為何，以釐清現實不動產交易產生糾紛之主要原因，並透過解釋論解析仲介業說明義務之範圍。而本文之研究架構，總共包括五章。除了第一章緒論外，分述如下：

第二章。基於仲介業者受委託銷售流程所提供之給付義務(即仲介業所提供之服務)，係作為分析仲介業與買賣雙方法律關係之基礎事實。本章先就該流程及仲介、買方、賣方三者之法律關係加以敘明，並同時確立我國允許雙方委託之情形。而處理不動產交易衍生之相關問題前，首須確定不動產仲介契約之意義及性質，以及其應適用之規範為何。仲介業對買賣雙方是否均具有說明義務，即在探詢仲介業對於買方或賣方是否負有給付義務，故本章將定性不動產仲介契約之法律性質，以探討不動產仲介契約在法律適用上之依據及仲介業在與買賣雙方互動時，應負有之行為義務。

第三章。關於說明義務之定義，現行民法並未設有明文規定，本章首先探討說明義務之意義及理論基礎。於前一章確立不動產仲介契約之法律定性後，本章再針對仲介業說明義務之法源依據加以解析。不動產說明書是仲介業說明義務之核心，本章最後再將說明義務最低限度之現行內政部頒布之不動產說明書應記載及不得記載事項作一評析。

第四章。關於不動產仲介業調查及說明義務之內容與範疇，確實難有統一性之標準。本文擬將說明義務之範圍之判定標準分為三部分-法律及行政管制明文規定之說明義務範圍、基於契約內容之說明義務範圍、參酌學說和實務見解解釋而來之範圍。希冀能為不動產仲介業調查與說明義務之範圍畫出一道合理而非漫無限制之界限。接著，於界定出不動產仲介業說明義務之範圍後，進一步探討違反義務時所需承擔之民事責任。

第五章為本文結論。

第二章 不動產買賣之交易關係人及其債權債務關係

第一節 不動產買賣作業流程及交易關係人

第一項 不動產仲介經紀業之買賣作業流程

不動產仲介經紀業之不動產交易流程，或因各業者、公司組織型態或經營理念之不同，致其仲介工作的作業流程稍有差異，本文以成屋之買賣交易為重心，按其業務內容，可概分為下頁圖 1 所示之程序，分述如下：

賣方欲委託出售其不動產，仲介業者受賣方委託銷售案件後，即進行物件調查，以全面性了解該不動產之實際狀況⁶。接著依據市場行情擬定合理價格，以供賣方參酌訂定銷售價格。賣方將其所期望之銷售價格與條件告知仲介業者後，仲介業者即針對標的物估價，並依據交易市場行情確定可能銷售價格之範圍。賣方與仲介業者對於銷售價格及相關條件磋商達成合意後，即簽定委託銷售契約書，並開始廣告銷售企劃與執行。而另一方面，當買方對於仲介業者所提供之標的符合其需求條件，並有購買意願時，即可選擇支付斡旋金或簽訂要約書，以利經紀人員向賣方進行房屋議價。

接著，經紀人員居中斡旋，向買賣雙方進行交涉，待雙方對於價金等相關條件達成協議後，即得簽訂不動產買賣契約書。買賣契約成立並交付、收受簽約款後，即可著手辦理產權移轉登記及買方貸款手續⁷。俟所有權產權登記完畢後，經過點交程序，交易流程即大抵完竣。另外，現今仲介業者為使客戶對其專業及誠意能印象深刻，以便日後再找其服務，故即使於結案後，仍會強調其售後服務，持續追蹤消費者之使用情形。

⁶ 標的物產權調查及房屋內外查看、座落區位及週邊環境等相關資訊。

⁷ 雖然登記實務上多委由地政士專責辦理，然仲介業本於盡責服務，仍應從旁協助。例如買方貸款額度、條件之確認、賣方有無享受優惠稅率等，均應事先予以充分說明，以免滋生爭議。



圖 1：仲介買賣交易流程圖⁸

第二項 買賣雙方與仲介經紀業三者法律關係及仲介經紀業與經紀人員之法律關係

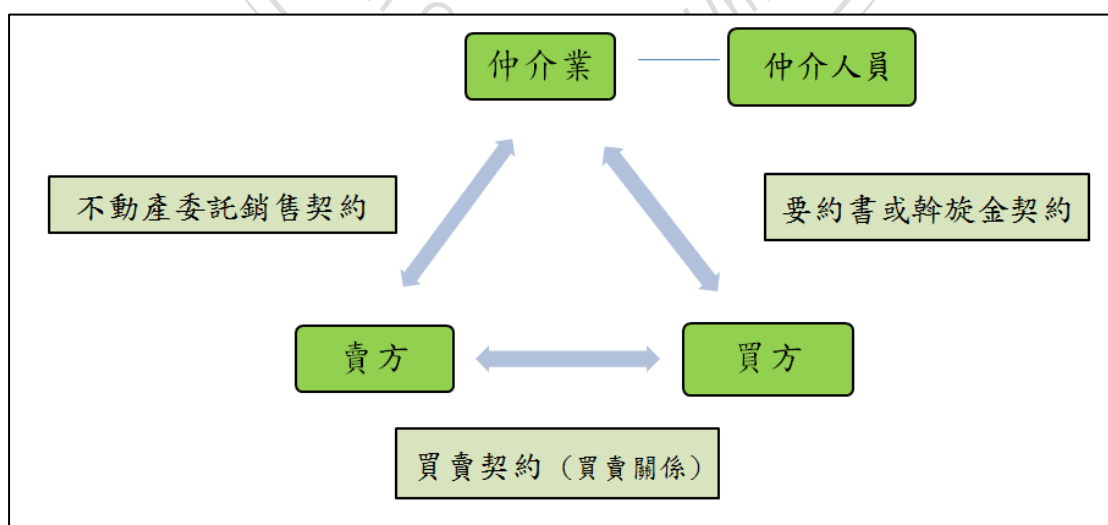


圖 2：不動產仲介經紀業與買賣雙方交易關係

⁸ 李永然，2012，『代銷·仲介紅不讓』，台北：永然文化，頁 269。

一、賣方、買方與不動產仲介業之法律關係

關於賣方、買方與不動產仲介業之法律關係有三種情形：(一)賣方和買方與仲介業間均有契約關係⁹。(二)僅賣方與仲介業間有契約關係。(三)僅買方與仲介業間有契約關係。賣方若委託不動產仲介業銷售，須與其訂立不動產委託銷售契約書，而買方對有意願的不動產，可簽立要約書或斡旋金契約書，委由不動產仲介業向賣方表明意願或協商、斡旋。最後，買賣雙方對價金和相關條件達成一致，則訂立不動產買賣契約。藉由不動產仲介業所仲介完成之不動產交易過程中，仲介業、賣方、買方三方關係所訂立之三種契約，隨著各自契約所約定之內容，在相關法令規定之適用及法律效力皆不相同。

二、雙方委任

不動產經紀業居間、仲介的對象是處於契約對立面之買賣雙方，兩者具有利益衝突。2012年不動產經紀業管理條例新增訂第24-2條同時雙方委任應盡義務之規定，經營仲介業務者經買賣或租賃雙方當事人之書面同意，得同時接受雙方之委託，並須遵照下列規定辦理，包括公平提供類似不動產交易價格、有關契約內容規範之說明、關於不動產必要之資訊、依仲介專業應查知之不動產瑕疵、協助進行必要之檢查、其他中央主管機關所為之規範。依據該條內容以觀，經營仲介業務者經買賣或租賃雙方當事人之書面同意，得同時接受雙方之委託¹⁰。故我國係允許不動仲介業接受買賣雙方之委任的，而在仲介交易實務上，亦以雙方委任為交易常態。

仲介業可能先與賣方締結不動產委託銷售契約，嗣仲介業為賣方尋覓到適合之買方，又為向買受人取得報酬而接受買方之委託。或反之，仲介業接受買方之委託尋找符合條件之出賣人後，再接受出賣人委託。另一種情形是自始即接受買賣雙方之委託，而後為雙方磋商成功，此種情形常發生於買賣雙方先後委託同一

⁹ 可能雙方委任同一仲介，或是各自委任不同仲介，本文於此加以限縮，暫不探討後者之四方關係。

¹⁰ 不動產經紀業管理條例第24-2條：「經營仲介業務者經買賣或租賃雙方當事人之書面同意，得同時接受雙方之委託，並依下列規定辦理：一、公平提供雙方當事人類似不動產之交易價格。二、公平提供雙方當事人有關契約內容規範之說明。三、提供買受人或承租人關於不動產必要之資訊。四、告知買受人或承租人依仲介專業應查知之不動產之瑕疵。五、協助買受人或承租人對不動產進行必要之檢查。六、其他經中央主管機關為保護買賣或租賃當事人所為之規定」。一般實務上仲介業均將該同意雙方委任條款規定於委託銷售契約書或要約書中。

仲介業者，仲介業者探詢雙方買賣條件而為雙方媒介。

三、經紀業及其經紀人員之關係

法人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，法人應與自己之故意或過失，負同一責任（民法第 224 條）。不動產經紀業管理條例第 26 條第 2 項亦規定，經紀業因經紀人員執行仲介業務之故意或過失致交易當事人受損害者，該經紀業應與經紀人員負連帶賠償責任。

關於仲介業之經營型態為直營、加盟或其他體系¹¹，非本文探討之重點，而仲介業雖無侵權行為能力，惟依規定若經紀人員執行職務，因故意或過失不法侵害交易當事人權利時，仲介業者同樣須與經紀人員負連帶賠償責任。本文以「仲介業」代表仲介業及其從業人員，另經紀人員包括經紀人和經紀營業員，前者之職務為執行仲介(或代銷)，後者則為協助前者執行該業務¹²。

¹¹ 不動產仲介業者分為直營及加盟二種方式，直營店的仲介型態，原則上均群體作戰為主，如仲介發生糾紛，總公司亦對之負責；後者，加盟店如有糾紛，責任多由加盟者自負。加盟店的仲介型態，通常未如直營業者佣金由總公司分派，而係由仲介業與加盟者決定仲介人員個人可以分得之百分比，因此，仲介人員全憑業績取向，自亦分得較高的佣金。

¹² 不動產經紀業管理條例第 4 條第 7 款參照。

第二節 不動產仲介契約之法律性質

第一項 不動產仲介契約之意義及類型

不動產仲介業須與不動產交易之當事人締結不動產仲介契約，方可明確、有效的執行業務，撮合買賣雙方之不動產交易。我國民法上之有名契約，並未稱有不動產仲介契約者，因法律上無統一的定義，而需有賴各學說見解加以闡述，以探究其意涵。

魏大曉認為不動產仲介契約，係指當事人約定，一方為他方報告不動產訂約機會，或媒介或代理不動產買賣、互易或租賃等契約之訂立，他方允於仲介目的完成時給付報酬之契約¹³。曾品傑認為仲介契約係約定委託人在契約存續期間內，不得另行委託第三者從事居間行為，或是除此之外，亦被禁止自行找尋交易對象之媒介契約內容者。其概念上，包括德國法上之單獨委託、專任委託，日本法上專任媒介、專屬專任媒介，美國法上專任委託銷售、專任銷售，以及我國之專任委託契約¹⁴。

向明恩指出，仲介¹⁵一詞，乃係源自於日本，而其民法未如我國民法設有居間契約之規定，於日本商事法或宅地建物取引業法有關不動產契約之內涵上，除部分與我國民法居間契約規定之類似外，範圍更擴及於代理不動產契約之訂定權限，自比較法視角與從實證法觀點出發，不動產仲介契約與我國民法居間契約有一定密度之關聯性。且本諸契約自由原則，在不違反公共秩序與善良風俗之情事下，容由當事人自由約定契約之內容，因此對於不動產仲介契約內涵之理解，自包括典型居間契約與非典型居間契約，例如單獨委託居間契約或轉任委託居間契約等¹⁶。

我國民法未設明文規定不動產仲介契約之定義，然或可藉由不動產經紀業管

¹³ 魏大曉，1989，「不動產仲介契約之研究」，收錄於『司法研究年報第十輯上冊』，司法院第四廳編輯，頁9。

¹⁴ 曾品傑，2000，『房屋仲介契約之研究』，台北：蔚理，頁26。

¹⁵ 台灣早期介紹房地產買賣為業務的公司行號，通常以「建設公司」、「廣告公司」名義為之，直到1984年經濟部開放允准「房屋介紹公司」辦理登記，而由太平洋房屋自日本引進「仲介」一詞，才開始普為國內從事不動產居中媒介或代理買賣的業者所沿用。

¹⁶ 向明恩，2012，「專業不動產仲介業之契約責任圖像-聚焦於司法實務之判決」，論文發表於〈2012不動交易與仲介法制學術研討會〉，國立政治大學地政學系、國立台北大學不動產與城鄉環境學系、中華民國不動產仲介經紀商業同業公會全國聯合會：台北，民國101年10月20日，頁5。

理條例中有關「仲介業務」之定義，尋繹仲介契約之意涵。依據該條例第4條第5款規定，仲介業務係指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務。再衡諸前揭學者先進之精闢見解，本文以為不動產仲介契約之意義為，當事人間約定，由仲介業報告不動產訂約機會，並為交易雙方當事人積極搓合與斡旋買賣、互易、租賃之契約訂立，協助或代理當事人訂約或履約，而於主契約成立時達成目的，由交易當事人向其給付報酬之契約。而實務上不動產仲介業與買賣雙方簽訂之契約類型有以下之內容：

一、不動產仲介業與賣方之契約類型

賣方確定委託仲介業者銷售不動產時，即會簽定委託銷售契約。目前我國仲介業所使用之委託契約書有兩類¹⁷。兩者之區別主要在委託人於委託期間得否另行委託他人從事同樣的仲介銷售行為及其違約求償問題。

(一)一般委託銷售契約

若仲介業與賣方所簽訂之銷售契約為「一般委託銷售契約書」，則委託銷售期間，將不限制自行出售或另行委託其他第三者從事與委託人相同的仲介行為，故委託人可同時委託多個仲介業者從事仲介活動或自行找尋買方。任一個仲介業找到適當的買主而締結買賣契約時，才可向委託人請求報酬，且委託人對於其他仲介業者無任何違約求償問題。甚至委託人如係自行找到買方，亦不需給付任何仲介業者報酬。然而，一般委託銷售契約亦可能引發一屋二賣、價格越賣越低¹⁸等情事。

(二)專任委託銷售契約

若仲介業與賣方所簽訂之銷售契約為「專任委託銷售契約書」，則該受託之仲介業於此期間內擁有獨家銷售該委託不動產之權利。

¹⁷ 另有謝哲勝為了區別出「賣方可自行銷售但不能委託他人銷售」之情形，將契約類型依買方為何人尋得而分為三類：專任銷售、專任委託銷售、一般委託銷售。於其分類之「專任委託銷售」情況下，若賣方自行找到買主，可不必向仲介業給付報酬。而「專任銷售」及「一般委託銷售」則分別與目前國內實務上之「專任委託銷售契約」與「一般委託銷售契約」相似。參閱謝哲勝，1998，「不動產仲介的法律關係與斡旋金的法律效力」，『人文社會科學集刊』，第10卷第1期，頁87。

¹⁸ 一般委託可能因委託房仲數越多，不同仲介業者為了縮短物件銷售期，恐出現惡意削價競爭。例如，原先屋主想賣1300萬元，客戶僅願意出價1250萬元，房仲為快速賣出物件，可能會先接受買方條件，再回頭說服賣方接受較低的價格。

委託人於契約存續期間內，不得自行出售或另行委託第三者從事相同之仲介行為。委託人如違反專任委託契約條款，於期間內自行與他人交易或另行委託第三者從事與受託人同樣的仲介行為而成交者，均可能構成違約行為，而需支付相當於報酬之違約金。專任委託銷售契約書中，會明訂上述情形「視為不動產經紀業者或受託人已完成仲介之義務」，委託人並「應支付委託銷售總價的○百分比計算服務報酬費用」。因此，在委託期間中，賣方如有自行成交的機會，有時會想延到委託契約期間屆滿才進行交易，亦可能因而錯失成交機會。另外，由於仲介業行銷及業務能力不一，可能發生無看屋或仲介業不聞不問之情形。

內政部所公告之「不動產委託銷售契約書範本」中¹⁹，所附「不動產委託銷售契約書簽約注意事項」第3點，表明依據本範本第11條第1款第1目規定，委託人自行將本契約不動產標的物出售或另行委託第三者仲介者，委託人仍應支付約定之服務報酬，故其性質屬專任委託銷售契約書。然查其注意事項，亦不否定一般委託之成立。

另依我國法院見解，仲介業如知悉委託人先前已簽訂專任委託銷售契約，即有責任告知委託人其必須承擔之後果，否則將違反善良管理人注意義務²⁰。故仲介業就委託人是否可能因重複訂約而受到重複給付報酬之損害，應盡其善良管理人之注意提醒委託人，否則可能產生委託人因重複委託而需承擔負擔雙重報酬損失之爭議。

二、不動產仲介業與買方之契約類型

當買方對於特定仲介之不動產有購買的需求與意願時，仲介業者會要求買方以「斡旋金」或「要約書」向賣方提出議價請求。我國不動產仲介業者與買方所使用之仲介契約，茲說明如下：

(一)「斡旋金」契約

斡旋金，又稱斡旋保證金、要約保證金、出價保證金、協調金、意願金或附停止條件之定金等。斡旋金制度乃仲介公司為確認買方購屋意願並保障買賣雙方

¹⁹ 依據內政部 2003 年 6 月 26 日公告修正之不動產委託銷售契約書範本，資料來源：內政部不動產資訊平台，<http://pip.moi.gov.tw/V2/g/scrg0301.aspx>，最後瀏覽日期：2017 年 2 月 14 日。

²⁰ 台灣高等法院 99 年上易字第 237 號民事判決參照。

權益所發展而來。當買賣雙方關於不動產標的價額意見尚有差距，暫未達成共識，但仍有協調一致之可能時，仲介為避免買方後悔，而由買方提出一定數額之金錢或其他代替物²¹，交予仲介業者作為協調之擔保，以表達其購買之意願。一般民間交易習慣，斡旋金為「請求中間人代為奔走、協調時所需之費用」，且以達成買方要求之任務為必要條件，否則斡旋金必須退還。當買賣雙方達成價格上之共識時，斡旋金即轉變成買賣價金之一部分。

(二)要約書

內政部鑒於實務上斡旋金制度常引起紛爭，為使消費者有不同於斡旋金要求之選擇，乃設計此具有一定內容之書面要約，供消費者自由評估，擇其所需。「要約書」是買方不必先給付任何款項，而記載買受人欲購買不動產意思表示之書面證明。交由仲介業者向賣方進行磋商，故並非僅具民法第154條之要約性質，而應屬仲介業者與買方簽定之契約，並據以替買方向賣方提出要約、議約。

仲介業將要約人簽署之書面要約轉送予賣方，賣方可同意買方之要約內容而簽署使契約成立，亦可拒絕原要約而為新要約，再由仲介業轉交買方參酌。當賣方同意買方之要約內容時，雙方有簽訂買賣契約完成交易之義務；如買方反悔，賣方可要求買方履行契約，亦可選擇解除契約，並請求損害賠償。而為求審慎，內政部於要約書範本中，特別規定買方除有攜回契約審閱權外，並得於賣方承諾前撤回要約²²。

斡旋金制度是仲介業創立，由於現行法律未明確定義其性質及相關規範，且實務上仲介業常同時受委任於買賣雙方，故仲介業者與消費者自行商議斡旋金之權利義務時，易因解釋、認知差異或仲介業者之刻意隱瞞或漏未告知資訊等因素，致使相關爭議層出不窮。如：仲介業者先引導購屋者支付斡旋金，仲介再積極去遊說賣方，促成交易完成。當消費者不打算購屋時，仲介業即謊稱之前所支付之斡旋金，已轉為定金，如消費者反悔不買，則將沒收斡旋金。

²¹ 參閱謝哲勝，同註17，頁108；曾品傑，2004，「斡旋金契約之實務問題研究」，『公平交易季刊』，第12卷第1期，頁38。

²² 參照內政部 2003 年 6 月 26 日公告修正之不動產委託銷售契約書範本之附件二要約書，資料來源：內政部不動產資訊平台，<http://pip.moi.gov.tw/V2/g/scrg0301.aspx>，最後瀏覽日期：2016 年 2 月 14 日。

雖然內政部在委託銷售契約中以附件提供要約書範本，供購屋者選擇，以期能取代斡旋金契約。然而，仲介業者為了掌握成交機會，在實務操作上仍是偏向慫恿承買人支付斡旋金。為導正斡旋金之相關紛爭，行政院公平交易委員會依公平交易法第 24 條「除本法另有規定外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」之規定，於 86 年第 277 次委員會議決議，房屋仲介業者應主動告知購屋人除可選擇交付「斡旋金」，亦可採用內政部所訂定之「要約書」以進行房屋議價；如購屋人選擇交付斡旋金時，並應以書面明定交付斡旋金之目的²³，明確告知購屋人之權利與義務。

第二項 不動產仲介契約法律定性

不動產仲介包括協助不動產交易完成的一系列行為，已如前述。有關不動產仲介業與委託人(賣方或買方)之間契約的法律性質有待界定，以作為確立關係人權利和義務之依據。關於不動產仲介契約之性質，如何適用現有法律規範，國內學說和實務見解眾說紛紜，茲敘述如下：

一、不動產仲介契約法律定性之學說及實務見解

(一)居間契約說

主張不動產仲介契約為居間契約者認為，仲介是相當我國民法規定的「居間」，因為仲介業者大多為訂約的媒介，也就是媒介居間，而未約定處理其他事務，因而認為不動產仲介契約為居間契約。

我國民法第 574 條規定，居間人就媒介所成立之契約，無為當事人給付之權，依居間本質而言，居間人僅為媒介活動，而非代理。故當事人間如因契約而有給付、受領時，均須由當事人自己為之。然此規定並非強制禁止，委託人仍可授予代理權，進一步使居間人為法律行為，故受託人亦得為委託人給付或受領給付，其居間性質並無改變。

當不動產出賣人或承買人與不動產仲介業者簽訂契約，委託代為出售或購買

²³ 若消費者選擇交付斡旋金，其書面契約需確實載明：交付斡旋金之目的、斡旋金數額、有效期間、撤回權、違約罰則、是否收取服務費及其收費標準、違約時是否仍要支付服務費，暨其他特殊事項，仲介公司如未遵行而有欺罔或顯失公平情事，則違反公平交易法第 24 條之規定，消費者可向公平交易委員會檢舉。

不動產時，不動產仲介業者所扮演的角色，僅為訂約之媒介，而非代理人，該不動產買賣之完成，仍有待買賣雙方為之，與民法第 565 條規定之媒介居間相符，應為居間契約之一種²⁴。

而實務採此見解者，以最高法院 79 年臺上字第 579 號判決為代表。儘管當事人間簽訂之契約名稱為「代理銷售契約」，並有委託…代理銷售之文字，最高法院認為「居間契約為勞務給付契約之一種，其與委任契約不同之處有三：第一、居間之內容限於他人間行為之媒介，且以有償為原則。第二、居間人報酬之請求權以契約因其報告或媒介而成立者為限。第三、居間人所支出之費用非經約定，不得請求返還。從而居間契約之有關規定應優先於委任契約之規定而適用。原審未就契約詳細勾稽，辨別是否具有居間契約之性質，徒以文字均稱『委任』或『受任』即判斷為委任契約，已欠允當。」而本件當事人所簽訂的代理銷售契約書中，有代收定金之條款，而最高法院在此仍傾向將系爭契約認定為居間契約，值得重視²⁵。

另臺灣高等法院花蓮分院 95 年上字第 42 號判決中指出：「系爭專任委託契約雖以『委託契約』為名，性質實為民法居間契約。是原告之主要義務，乃報告訂約機會，並為訂約之媒介，而被告負有給付報酬之義務，此有民法居間之條文可參。又依系爭委任契約第 6 條之約定，原告之義務為隨時向被告回報業務處理狀況，代理收受定金時，應即通知被告；應積極努力透過市場正當流通管道盡速尋找買方，早日完成被告委託之交易，是其覓得符合條件之買主，其居間任務即已達成，縱使曾有詢問被告是否可以降低委託條件、提高買主貸款成數之行為，然原告為促成買交易，對於買賣條件，本有依買主反應，徵詢賣方有無談判空間或彈性之必要，若僵化地遵循委託條件，而不試圖做任何雙向溝通，反而有害於盡速覓得買主之目標」，上述判決內容，將不動產仲介契約之性質界定為居間契約。

²⁴ 李永然，2001，『不動產交易與管理之法律寶典』，新北：正中，頁 71。

²⁵ 對此判決，謝哲勝指出系爭契約既有收受定金條款，則顯然超越居間契約範圍，而跨入委任之法律關係，因此最高法院將本件仲介契約定性為居間契約鮮有不當。參閱謝哲勝，同註 17，頁 90-91。

(二)兼具居間及委任之混合契約(無名契約說)

不動產仲介契約雖與居間、委任有某種程度關聯，但與該二者間又存有相當差異，就現行社會常見之不動產仲介契約而言，應屬無名契約之一種。採此種見解者從契約內容著手，認為居間契約之內容限於為他方報告訂約機會或介紹契約雙方當事人訂立契約，而不及於處理其他事物或代為法律行為。如不動產仲介業對於委託人負有居間以外之義務時，仲介業與委託人間之法律關係應包含居間契約及委任契約。仲介業者如獲得委託人授予不動產契約訂定權限者，該權限則相當於民法第 534 條第 1 款之特別委任²⁶，亦即類似於委任契約中出賣不動產之特別授權，而仲介契約中約定仲介業需為委託標的廣告企劃、積極活動招徠契約相對人等工作，似已超越居間人之工作範圍。然而仲介契約為有償契約，仲介業者所支付的費用須自行負擔，而其仲介報酬須俟買賣雙方簽訂契約(仲介目的之完成)始得請求，故又具備居間之特色。

本諸契約自由原則，倘不違背公共秩序及善良風俗，當事人可自行創設無名契約。不動產仲介契約應為無名契約，關於法律之適用，於當事人意思不明或不完備時，應依混合契約適用原理，分別類推適用性質相近之有名契約相關規定²⁷。

謝哲勝針對不動產仲介契約之法律適用問題，認為關於基本型之仲介契約(報告訂約或媒介訂約)應類推適用居間之規定，至於超越居間之範圍者，如代收定金、代為斡旋買賣條件、代為移轉登記等，則類推適用委任之規定²⁸。另曾品傑認為仲介契約之性質應視仲介業是否負有積極活動義務而定。仲介業應如委任契約中之受任人一般，負有對委託人報告之義務，以使委任人得以察知仲介業是否盡其積極活動之義務，並進而判定是否有債務不履行之情形，且此一部分在外觀上具有類似於委任處理一定事務之特徵，則不動產仲介契約之性質應為居間與委任之混合契約。而就居間契約本即有規範之行為，如訂約事項及相對人履約能力之調查、仲介報酬、支出費用等部分，考量立法者對居間媒介行為的價值判斷，應適用居間契約之規定；而就仲介業積極活動義務之部分，如招攬相對人、主動

²⁶ 受任人受概括委任者，得為委任人為一切行為。但為下列行為，須有特別之授權：一、不動產之出賣或設定負擔。

²⁷ 魏大曉，同註 13，頁 10 以下。

²⁸ 謝哲勝，同註 17，頁 89。

奔走斡旋刊登廣告等部分，則適用委任契約之規定²⁹。

實務上持相同意見之相關判決，例如最高法院 80 年臺上 1260 號判決中，就一個代理銷售不動產契約書，約定委任仲介業全權代理出售房地及代收訂金，針對此約定內容，最高法院傾向於承認專任委託契約之法律性質係屬委任與居間之混合，而非單純居間契約，故兩造間應有委任出售房地之法律關係存在。此判決對於不動產仲介契約不再認為其僅為居間契約，而是居間和委任之混合契約。

關於專任委託銷售契約書之屬性，最高法院 96 年台上字第 2077 號判決中，原審法院認為，仲介公司除提供委託人締約機會外，另受委託人之委託代為洽談價金等各項問題，並收受斡旋金，於契約成立後又向委託人收取居間報酬，故仲介公司與委託人間成立委任及居間之混合契約。最高法院最後雖廢棄原審判決發回更審，惟主要係關於損害賠償金額之計算問題，並未針對委託人與仲介公司間之契約定性，似可認為最高法院亦肯認原審法院對於仲介契約法律性質之認定。

另最高法院 99 年台上字第 1858 號判決中提及：「末查兩造不爭執被上訴人係經信○房屋之居間仲介，向甲○○等人購買系爭不動產，是依不動產經紀業管理條例之規定，信○房屋有向被上訴人解說系爭不動產之義務。且依社會一般交易習慣，係經由房屋仲介業者買賣房屋者，係可藉由仲介業者設計之履約過程及其對於不動產相關事務之專業知識以進行交易，故信○房屋既為不動產經紀業者，非僅為報告交易之資訊而為買賣雙方之媒介。是以，被上訴人主張其與信○房屋間，就系爭不動產之產權調查部分有委任關係存在，係屬有據。」由上開內容可知，此見解認為依不動產經紀業管理條例規定，不動產仲介業者並非僅報告交易資訊而為買賣雙方之媒介，故至少就產權調查之部分，委託人與仲介業間存在委任關係，則仲介契約應至少包含居間及委任關係。

(三)依個案內容而定其契約性質

雖然仲介契約之定義與民法居間、委任契約有某種程度的關聯性，惟細加比較，仍有許多差異³⁰，故有認為「本諸契約自由原則，苟不違反公共秩序及善良

²⁹ 曾品傑，『房屋仲介契約之研究』，頁 32-37。

³⁰ 林旺根，1999，『不動產經紀法之實用權益』，台北：永然文化，頁 87-90。

風俗習慣者，當事人自可自由創設」³¹，因此不動產仲介契約性質兼具有居間、委任之性質，仲介業者有何權限及該契約之法律性質，應參酌各個仲介契約條款內容，斟酌當事人締約時的真意而定。

臺灣高等法院於民國79年民事法律專題研習會中，針對不動產出賣人或買受人與不動產仲介業者所簽訂之委託銷售契約書中，對契約性質為討論，或有持居間契約說者，或有主張委任契約說者，然司法院之最後研究意見認為：「就不動產仲介業之營業性質而言，係在媒介不動產的買賣雙方達成交易，以收取酬勞為目的之一種行業，其性質似較傾向於民法居間的範圍。惟就現今不動產仲介業者實際執行業務情形觀之，經營方法不盡相同，並不僅單純報告訂約機會或媒介訂約而已，有時係受出賣人或承買人之委託，代為處理找尋買主或賣主之一切事務，性質又類似委任契約。故關於不動產仲介契約的性質，不一而足，應參酌各個仲介契約條款的內容，斟酌當事人締約時之真意，以決定雙方所訂立之契約究為居間或為委任，甚或居間及委任之混合契約³²」。

臺灣宜蘭地方法院 98 年宜簡字第 184 號民事判決認為「不動產仲介契約之法律性質，究係民法上之居間契約或委任契約，抑或兼具居間與委任契約混合性質之無名契約，或視契約性質而定，學說上容有爭論，並無定說，本院認為不動產仲介契約之當事人究其約定之服務內容與報酬給付情形並不完全相同，故仍應視個別契約約定之內容以定，其法律性質無法一概而論，於符合委任契約或居間契約性質之部分，如當事人無特別約定，自得分別適用相關規定」。

惟法院針對各不動產仲介契約之約款具體審視，認定其性質，然不同法官之心證及論理邏輯下，可能導致相似案件有不同認定之差異情形，恐淪為漫無標準之解讀之虞，將衝擊人民對於司法之信賴。

二、本文見解(兼具居間及委任性質之混合契約)

³¹ 參閱魏大曉，1989，同註 13，頁 12。林永汀、何邦超，『不動產仲介法律實務』，台北：永然文化，頁 92。

³² 李芳南認為：「著眼於仲介業者於從事仲介活動時負有積極活動之義務，即招徠購屋者、主動奔波斡旋、刊登廣告等，在委託人委託仲介業者從事積極活動並授權代為締約權限時，其法律性質屬居間及委任之混合契約；如委託人除賦予仲介業上開權限外，並同時或先後委由仲介辦理產權移轉登記、承辦價金履約保證、代辦房屋貸款等事項，即依當事人真義加上承攬契約。」參閱李芳南，2001，『不動產仲介法律實務精解』，台北：永然文化，頁 23。

不動產仲介業務內容包山包海，已走向高度專業化，並不僅限於單純報告訂約機會(報告居間)或為訂約之媒介(媒介居間)之典型居間情形³³，而是更擴大其權限以取得委託人授與其訂立不動產買賣契約、代收、代付訂金，甚至廣告企劃、代收買賣價金各期款項等，皆係當前不動產仲介業之服務範疇。

仲介業各項服務及所負有積極活動義務等，絕非僅限於報告締約機會或居中協助磋商，而依據不動產經紀業管理條例第4條第5款，所謂不動產仲介業務之內容，包含不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務，顯見居間契約無法完整解讀不動產仲介契約之法律關係，而居間僅為仲介業務內容之一部分。此種現象已與民法制定時立法者擬定居間契約相關條文之情況有所出入，單以居間契約之規定，已無法涵蓋現實中仲介業依據不動產仲介契約而為之行為。

不動產仲介契約核心內容應係仲介業為委託人媒介適合之交易對象，且於促成交易成立時，委託人始給付報酬，而此部分使仲介契約具有居間契約之要素。又仲介契約中如約定仲介業負有積極奔走義務，雖有見解以此認為屬於委任契約之範疇。惟縱使仲介業未盡其積極奔走義務，若成功促成主契約之締結，仲介業仍得向委託人請求報酬，故仲介契約仍是以居間契約作為核心範圍。

而關於處理事務必要之費用，於不動產仲介契約，通常不得以任何理由請求委託人補貼，然於委任契約中，可請求委任人預付之。又委任契約雙方當事人有任意終止權，仲介契約之當事人卻無此權限，於契約約定期間內，不得任意終止之。委任契約亦無法完整解讀不動產仲介契約之法律關係。

經細加比較不動產仲介契約與居間、委任契約，存有許多差異。當今民眾經由不動產仲介業買賣房屋並支付高額仲介費用，不僅止於希冀報告訂約機會或為訂約媒介，而實係著眼於其所標榜之交易過程安全、產權清楚，並藉助其專業調查能力而為交易。然縱使不動產仲介契約之性質不是純然居間，但其有關規範仍得類推適用於居間之規定。

隨著不動產仲介的服務類型之多樣化，往往亦涉及委任的法律關係。不動產

³³ 報告居間之居間人僅對於委託人負有報告訂約機會的義務，不必將委託人之情況，報告於相對人；媒介居間除純粹報告訂約機會外，居間人應將訂約事項，據實報告於各當事人，為委託人與其相對人間媒介行為之居間。

仲介的經營方式，大都是由賣方將其欲出售之不動產，與仲介業者簽訂委託銷售契約書，將其不動產委託仲介業者代為銷售。由不動產仲介業者覓得買主後，完成不動產買賣的手續；另一方面，欲購買不動產之買方，將其欲購得之不動產條件，告知仲介業者，並簽訂契約書由仲介業者代為尋覓合乎買方條件之不動產後，媒介買賣雙方簽訂不動產買賣契約書，以完成不動產買賣交易的目的。此種委託處理事務的法律行為，類似於民法委任契約之性質，故相關規定應可類推適用民法對於委任之規定。

委任契約側重於為委任人處理事務，以無償為原則，有償為例外。依據有償與無償委任，兩者在受任人處理事務時，應履行的注意義務有所不同。民法第535條規定：「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」。故委任為無償者，受任人應負具體輕過失責任；委任為有償者，則應負抽象輕過失責任。不動產仲介因受有報酬，故其應負起善良管理人之注意義務。

本文認同不動產仲介契約之應為兼具居間及委任之混合契約，如此才能完整解讀不動產仲介契約，在法律適用上較為周密。另外，基於儘速將手中不動產物件銷售出去，或儘速為買方尋得合適條件的不動產物件，以達成買賣交易，部分仲介業者會在委託銷售契約書的條款內，載明可替代委託人(賣方)收受訂金，或在與買方簽訂之契約書條款內載明可代替委託人(買方)給付訂金，以把握不動產買賣成交的機會³⁴。然不能忽視居間契約之核心價值，即讓委託人享有締約主契約之自由決定權。仲介公司在委託銷售契約書中，常會有「委託銷售期間內，如拒絕以本委託條件與房仲所介紹對象成交者，仍應支付服務費給仲介」之約定。近來台灣高等法院判決此一條款剝奪賣方之賣屋決定權，違反消保法，應屬無效。仲介於買方出價達賣方要求後，即認為賣方有締約義務，而不得拒絕簽屬契約。然賣方之締約自我決定權限選擇買方之權利，不應被仲介業取代，否則將致使居間之核心價值有被掏空之疑慮。

³⁴ 何邦超、林永汀，同註 31，頁 65。

第三節 不動產交易中不動產仲介經紀業之權利、義務

第一項 不動產交易中不動產仲介業之權利

一、報酬請求權

委任乃處理一定事務，故針對有償委任之報酬請求，不以受任人所處理之委任事務須達一定成果或績效為必要，受任人倘已盡善良管理人之注意義務而處理委任事務，縱該事務之處理最後功敗垂成、未具備一定成果，受任人原則上仍得於委任關係終止及為明確報告顛末後，請求委任人給付報酬，此有民法第 548 條可資參照。委任人事務之處理，應認為係受任人為委任人處理事務。

然而，不動產仲介事務之處理，乃仲介業為求仲介報酬權利之發生而為。仲介報酬並非對於仲介業的工作給付，而是針對不動產仲介業所提供且被委託人所利用來訂立主契約的「締約機會」³⁵。民法第 568 條第 1 項規定：「居間人，以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬」。據此可知，居間人之報酬請求權，須俟主契約（例如買賣契約）因其報告或媒介而有效成立時，方得請求之。居間人雖努力奔走斡旋，耗費諸多勞力、時間、費用，但只要雙方當事人沒有因此訂立主契約，居間人所認知勞務未能達到促使雙方當事人締結主契約的成果，居間人仍無居間報酬可言。另關於媒介居間契約中居間人之報酬，民法第 570 條有如下規定：「居間人因媒介應得之報酬，除契約另有訂定或另有習慣外，由契約當事人雙方平均負擔」。

二、費用負擔之請求

在委任契約的情況，有鑑於委任人乃為受任人處理一定事務，故受任人自應承擔處理該事務所需之相關費用，故民法第 545 條規定：「委任人因受任人之請求，應預付處理委任事務之必要費用」。倘受任人基於處理委任事務而先行墊款、或因此產生債務，最後皆應由委任人清償之，此乃何以民法第 546 條第 1 項規定：「受任人因處理委任事務，支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支出時起之利息」。同條第二項亦記載：「受任人因處理委任事務，負擔必要債務者，得請求委任人代其清償，未至清償期者，得請求委任人提出相當擔保」，均體現委任

³⁵ 曾品傑，『房屋仲介契約之研究』，頁 27。

事務之處理費用由委任人終於負擔之意旨。

與此迥然有別者，是在居間契約的領域，民法第 569 條第 1 項有謂：「居間人支出之費用，非經約定，不得請求償還」，揭示了居間人為當事人報告訂約機會，或為雙方媒介訂約所支出之費用，基本上應由居間人自己承擔吸收的立法意旨。據此，同條第 2 項遂指出，此一由居間人負擔居間費用的原則，適用於居間人已為報告或媒介而契約不成立的情形。

第二項 不動產交易中不動產仲介業之義務

由上述不動產仲介契約之法律定性，可形塑出不動產仲介業者之法定義務。除了民法委任以及居間章節之相關規定，尚有為管理不動產經紀業，建立不動產交易秩序，保障交易者權益，促進不動產交易市場健全發展之目的所制定之不動產經紀業管理條例以及其他相關法規。茲簡述不動產仲介經紀業於不動產交易中所涉及之義務如下：

一、積極活動義務

(一) 典型居間契約無明文規範

有關典型居間之定義，民法第 565 條設有規定：「稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。」且民法第 568 條第 1 項規定，居間人以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬。由此可知，民法上典型居間人所著重者在於報酬請求權之取得，至於委託人之利益變動則非關所要，因此居間人並不承載積極奔走，以竭力促進主契約締結之義務。

(二) 本於單獨委託約款之特性而引起

不動產仲介業基於仲介契約，負有為仲介活動進行之義務³⁶。委託人亦得本於仲介契約，向仲介業者為一定仲介活動進行之請求。就目前國內不動產仲介實務以觀，不動產仲介契約均約定為有償契約，即使未為有償規定，解釋上如依情形可視為有給付報酬之默示合意存在時，即為有償規定。依此說明，不動產仲介

³⁶ 即朝向不動產買賣等契約成立之行為活動，如廣告宣傳、企劃等。

業者乃負有積極奔走為仲介活動行為之義務。

我國不動產仲介業者所使用之定型化契約-委託銷售契約書將不動產仲介契約區分為兩種，一種是專任委託銷售契約，另一為一般委託銷售契約。而所謂之專任委託銷售契約，係指在委託期間內，委託人不得自行出售或不得另行委託其他第三者從事與受託人同樣的仲介行為，至於一般委託銷售契約，則無此限制³⁷。

觀察不動產仲介契約之內涵，特別是有論者從不動產仲介業者之高度專業化、營業範圍之不斷擴大化與在專任委託居間所建立之高度信賴化之聚合下，進而主張仲介業有積極奔走義務³⁸。

其乃特別強調在專任委託居間契約之約款中，約定委託人在委託期間不得委託其他仲介業者，亦不得自行與他人訂立買賣、互易或租賃等其他契約。在此委託人之權利行使遭受限制，倘認仲介業不負積極奔走義務，而委託人又無法自行訂約，復又不可請求仲介業者積極活動以力促主契約之成立，豈屬公允³⁹。惟應注意者，仲介業雖負有積極仲介活動進行義務，但對於仲介之成功與否，則不負擔保之責任。

(三)透過不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項而確認

消費者保護法第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事項。對於公告定型化契約應記載或不得記載事項之性質，法務部於2006年9月21日法律字0950035512函說明之第三點中表示，其係屬實質意義之法規命令。

從內政部在2003年6月26日所公告之「不動產委託銷售定型化契約應記載及不得記載事項」中，亦可窺見我國以法規命令方式課予不動產仲介業者積極活動義務，例如該公告事項第壹部有關應記載事項中之第5條與11條分別設有相關規定。第5條規定「如買方簽立要約書，受託人應於二十四小時內將該要約書轉交委託人，不得隱瞞或扣留」，乃課予仲介業者立即轉交要約書與委託人之義

³⁷ 我國仲介實務對於不動產仲介契約之分類，參86年6月14日內政部台(86)內地字第8605647號公告頒行之「不動產委託銷售契約書範本」中之「不動產委託銷售契約書簽約注意事項三」

³⁸ 魏大曉，同註13，頁5以下。

³⁹ 魏大曉，同註13，頁30。

務。另第 11 條規定，「受託人應委託人之請求，有提供相關廣告文案資料予委託人參考之義務」，此係要求仲介業者以廣告方式招徠相對人，以促使其能竭力盡活動之義務。不可諱言的，經由上述應記載事項之公告，確實使仲介業者之積極活動義務成為不動產仲介契約之重要內容，並具有強化與擴大主契約締結之機率與可能性。

(四)實務判決在契約有約定之基礎上予以肯認

關於仲介業者積極活動或奔走之義務，過去司法實務並未表示意見，然台中高分院在 100 年上字第 401 號判決中，基於雙方所簽訂之不動產委託銷售契約中之約款，明確指出仲介業者極力促進有利契約締結之義務，是有謂：「再查，被上訴與上訴人簽立不動產委託銷售契約，主要目的係希望上訴人公司能透過其專業之知識及市場調查為其諮商及議訂與市價相當之底價，並經由上訴人公司之廣告企畫及行銷通路，為其找到最佳之售價以謀求最大之利益，依兩造間委託銷售契約第 7 條第 1、5 款之約定，上訴人除負有據實提供其近三個月之成交行情供甲方即被上訴人作為訂定售價之參考外，並負有隨時依甲方所請，提供相關廣告文案資料供甲方參考之義務，另依兩造於第 19 條之特別約定事項亦特別約定：『現場乙方(即上訴人公司)須平面帆布廣告』，是上訴人依約自負有張貼廣告，並透過廣告將被上訴人委賣之不動產對外公告週知，以招徠有意承買之買主，並藉由公開市場之競價為被上訴人協商、斡旋以謀得最佳之售價及買賣條件，然本件上訴人並未依約張貼廣告，即逕由其內部人員李○○出面購買，顯然未盡『替被上訴人斡旋以求最大利益』之契約義務」。

二、報告及調查義務

居間，係以報告訂約機會或媒介契約訂立為標的，此有民法第 567 條規定：「居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。對於顯無履行能力之人，或知其無訂立該約能力之人，不得為其媒介。以居間為營業者，關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有調查之義務」。委任，民法第 540 條亦定有「受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末」。不動產仲介業者應將事務進行狀況報告委託人，如為依專業知識及能力即應發現之瑕疵，亦須盡其善良管理人之注意義務。

三、重要事項說明義務

不動產仲介業為仲介活動時，關於不動產之重要事項，對於不動產買賣之契約當事人，有予以說明之義務。不動產仲介業者違反重要事項說明義務，如係未盡善良管理人注意義務以致不知，則係違反仲介業者之注意義務，除喪失其仲介報酬權利外，委託人或相對人因此受有之損害亦得請求仲介業者賠償。

不動產經紀業管理條例第 23 條第 1 項規定，經紀人員在執行業務過程中，應以「不動產說明書」向與委託人交易的相對人解說。切勿隱瞞重要交易資訊或不當承諾致生糾紛。就仲介業者的法規責任而言，業者必須依據法規向與委託人交易之相對人解說不動產之義務，且不得少於內政部頒布「不動產說明書應記載事項及不得記載事項」所訂之範圍。

而根據法院實務亦明白闡釋，依據社會通念，一般民眾願意給付仲介費用而經由仲介業者買賣房屋，目的在其所標榜之安全的交易過程與清楚的產權，不動產仲介業者之職務，並非僅為報告交易之資訊而為買賣雙方之媒介，亦有產權調查責任⁴⁰。甚至法院更清楚揭櫫：仲介業之業務涉及房地買賣之專業知識，一般之消費者委由仲介業者處理買賣事宜。而仲介業者針對其所為之仲介行為，既向消費者收取高額之佣金，應就其所從事之業務，負善盡預見危險及調查之義務⁴¹。

凡與不動產價值判斷有影響的事項，均屬重要事項，仲介業即負有說明之義務。例如有關都市計畫法、區域計畫法、建築法，以及其他法令限制之事項，有關私有道路之事項，有關水、電、瓦斯之供給及排水設施等事項，建物共用部分之規約、使用管理等事項，仲介業均應負說明之義務，若因違反說明義務致委託人因此所受損害，仍應負損害賠償責任。

而民法上債之關係義務群可依主從關係區分為主給付義務、從給付義務與附隨義務。對於具體義務而言，此屬於上位階之概念，而在判斷具體義務屬於何種義務，應以該義務之目的作為判斷標準，因為有時同一名稱之義務會帶有不同之義務屬性。因具體個案中依據義務之目的不同，屬性亦不相同。本為認為，仲介不動產買賣交易時，說明之內容對於買賣雙方是否決定進行交易有重要影響者，

⁴⁰ 台灣台北地方法院 98 年重訴字第 40 號民事判決要旨。

⁴¹ 台灣高等法院 95 年上易字第 630 號民事判決要旨。

此時之說明義務性質上應屬主給付義務。然若對於交易與否較無影響力者，此時說明義務則可能屬於附隨義務。主給付義務及附隨義務對於能否主張之解約、獨立起訴、損害賠償範圍等方面有所不同。

四、誠實告知義務

不動產仲介業對於委託人應負誠實義務。仲介業應將其已知有關於締結契約內容條件重要事項，無論為有利或不利事項，均應誠實告知委託人。例如仲介業明知房地坐落在道路用地、坪數不足、有他項權利存在，或買賣契約之相對人顯無給付能力，或相對人行為能力之欠缺等，均應據實告知，不得為了謀取仲介報酬，故意隱匿已知之瑕疵，否則對於委託人應負損害賠償責任。我國民法第 567 條乃本此意旨以為規定。

仲介業者應盡之誠實義務，除了前述已知不利委託人情況之告知外，尚包括服從委託人之指示及不得為有害於委託人利益之行為，仲介業者對於已知相對人之重要事項、經濟能力狀態等，均應據實告知。

五、忠實義務

居間人有忠實義務，則隱瞞委託人賺取差價的行為或雖有出高價且有資力的買主，卻報告或媒介賣方與出價較低的買主締約，或其他不利委託人之行為，即違反忠實義務，而構成債務不履行，應負損害賠償責任。由於此為契約上義務，故限於賣方或買方與居間人有不動產仲介契約存在時，始可主張此一權利。

六、善良管理人注意義務

我國民法 535 條規定，受任人處理委任事項，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。不動產仲介契約具有委任性質，仲介業與消費者間所成立之契約關係既具有償性，自應類推適用前開規定，就其所提供之服務內容，負善良管理人之注意義務。而依內政部「不動產委託銷售契約書」範本，亦規定「有受託人受託處理仲介事務應以善良管理人之注意為之」。不動產仲介業應盡之注意義務為依其所具有之專門知識、經驗即能注意之事項者之義務，故其應盡之注意義務，顯較一般人所能注意義務程度為高，為「善良管理人」的注意義務。

違反而造成委託人的損害者，委託人可追究法律責任。例如對於房地產正當權源之有無、標的物有無物之瑕疵、有無權利瑕疵等事項，均負有調查及確認之注意義務。仲介業如違反善良管理人之注意義務者，對於委任人所致損害，應負損害賠償責任。

七、親自處理仲介事務之義務

不動產仲介契約當事人具有高度信賴關係，尤其不動產標的價額甚大，委託人與仲介業成立仲介契約，係基於對其之信任，因此除契約另有約定外，仲介業者自有親自處理仲介事務之義務，不得再委託其他人，是為不動產仲介事務再委託之禁止。我國民法對於再委託(複委託)於居間雖無明定，然民法第 537 條委任契約中規定，受任人應自己處理委任事務，除經委任人同意或有習慣或有不得已情事外。

八、交易態樣表明之義務

指不動產仲介業者於仲介活動時，對於契約當事人(委託人及相對人)，應表明其究係自己為契約當事人，或係媒介契約成立之人，抑或有權代理契約訂立之人。交易態樣表明義務與民法第 575 條「當事人之一方，指定居間人不得已其姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務」規定，並不相違背。蓋其僅係表明自己究為主契約(買賣)當事人，抑或不動產仲介業者之角色，並不以向相對人告知其委託人姓名或商號為必要。

九、隱名居間之不告知義務與介入義務

民法第 575 條第 1 項規定：「當事人之一方，指定居間人不得以其姓名或商號告知相對人者，居間人有不告知之義務」。此為隱名居間，限於媒介居間適用，不動產仲介業如違反此義務，致隱名的當事人受損害者，亦應負損害賠償責任。

民法第 575 條第 2 項規定：「居間人不以當事人一方之姓名或商號告知相對人時，應就該方當事人由契約所生之義務，自己負履行之責，並得為其受領給付。」因為在隱名居間，當事人一方隱而不明，則他方應為之給付，自不得不由居間人負責履行責任，而該方得受領之給付，亦須由居間人受領，契約之目的才可達成。

十、保守秘密義務

不動產仲介業者因處理仲介事務，委託人依誠實信用原則，有告知不動產仲介業者之義務，此係基於信賴關係。然而在不動產經紀業管理條例中亦賦予不動產仲介業者保密之義務，該條例第 25 條有規定：「經紀人員對於因業務知悉或持有之他人秘密，不得無故洩漏」。如不動產仲介業者非有正當事由(如告知契約當事人或受正當傳喚作證)，自不得將之洩露他人(與契約無關之第三人)。

十一、不動產經紀業管理條例及相關法規所定之其他義務

(一)不動產經紀業管理條例所規定之其他義務：

包括經紀業及經紀人員不得收取差價⁴²或其他報酬、相關文件應經由經紀業指派經紀人簽章⁴³、經紀人員執行業務過程中應以不動產說明書向與委託人交易之相對人解說⁴⁴、簽訂買賣契約時，經紀人員應將不動產說明書交付與委託人交易之相對人，並由其簽章⁴⁵、揭示經紀人證書及報酬標準與收取方式之義務⁴⁶、經紀業與委託人簽訂委託契約書後，方得刊登廣告及銷售⁴⁷、接受主管機關檢查業務，不得拒絕。

(二)相關法規所定之其他義務：

例如公平交易法、消費者保護法對於廣告或消費資訊亦有規範，經紀人員運用廣告時，必須注意符合真實，不得「不實」或「引人錯誤」。

⁴² 「差價」於同條例第 4 條第 9 款中定義為：「實際買賣交易價格與委託銷售價格之差額。」第 19 條規定：「經紀業或經紀人員不得收取差價或其他報酬，其經營仲介業務者，並應依實際成交價金或租金按中央主管機關規定之報酬標準計收。違反前項規定者，其已收之差價或其他報酬，應於加計利息後加倍返回支付人」。

⁴³ 第 22 條規定：「不動產之買賣、互易、租賃或代理銷售，如委由經紀業仲介或代銷者，下列文件應由經紀業指派經紀人簽章：一、不動產出租、出售委託契約書。二、不動產承租、承購要約書。三、定金收據。四、不動產廣告稿。五、不動產說明書。六、不動產租賃、買賣契約書。前項第一款及第二款之規定，於經營代銷業務者不適用之。第一項第五款之不動產說明書應記載及不得記載事項，由中央主管機關定之。」

⁴⁴ 依據第 23 條第 1 項規定。

⁴⁵ 第 24 條第 1 項規定：「雙方當事人簽訂租賃或買賣契約書時，經紀人應將不動產說明書交付與委託人交易之相對人，並由相對人在不動產說明書上簽章。」

⁴⁶ 依第 18、20 條規定。

⁴⁷ 依第 21 條規定。且廣告及銷售內容，應與事實相符，並註明經紀業名稱。

第四節 小結

欲處理不動產交易衍生之相關問題前，首須確定仲介契約之意義及性質，以及其應適用之規範為何。由於不動產仲介契約並非民法債編所規定之契約類型，究竟其是適用民法關於居間契約之規定，抑或是委任契約之規定，學說及實務上皆有爭議。本文依據實務上仲介不動產之交易流程及參酌學說、實務上之見解，界定出仲介契約之定義，並認為不動產仲介契約兼具有居間、委任性質。

接著，藉由不動產仲介契約之意義與性質，探討不動產仲介契約在法律適用上之依據，以及仲介業在與買賣雙方互動時，應負有之行為義務。本文下一章之重點在於探討不動產仲介業之說明義務，說明義務可能因具體個案中依據目的之不同，屬性亦不相同。本為認為，仲介不動產買賣交易時，說明之內容對於買賣雙方是否決定進行交易有重要影響者，此時之說明義務性質上應屬主給付義務。然若對於交易與否較無影響力者，此時說明義務則可能屬於附隨義務。

第三章 不動產仲介經紀業之說明義務

第一節 說明義務之內涵及理論基礎

第一項 說明義務之意義

關於說明義務之意義，現行民法並未設有明文規定。「說明」，一般係指事務或狀況為使他方瞭解所為之行為，進而指具有專門知識者就其專門領域上對他方所為之闡釋。而所謂「說明義務」，依學說見解係指「未經他方當事人請求，主動提供自己已知且對契約締結具有重大決定性資訊之義務」⁴⁸，當一方在資訊上有優勢，而他方被排除於該資訊領域以外的情形下，即有賴說明義務以強化契約之正確性，避免契約結果不符當事人原有期待⁴⁹。

向明恩認為在個別具體之契約關係中，說明義務依其目的區分為兩種類型：一是說明義務之目的在於實現債權人之給付利益，稱「資訊給付義務」或「給付義務」；另一則是說明義務之目的在於保護債權人之身分或財產之利益，稱「資訊保護義務」或「附隨義務」，其內容分述如下：

一、資訊給付義務

契約關係義務群中係以給付義務為核心，而給付義務在內容上有主給付義務與從給付義務⁵⁰。主給付義務係指基於債之關係所固有、必備，並能決定債之關係類型之基本義務⁵¹。而契約主給付義務內容，係源於當事人之約定。依此，當事人在契約中約定資訊之提供為契約之主要目的者，則該契約之主給付義務為資訊提供。我國民法第 540、541 條有關受任人之報告及計算義務，在屬性上即為資訊給付義務之典型事例。

二、資訊保護義務

⁴⁸ Palandt/Heinrichs, §242 Rn.37.，轉引自楊宏暉，2009，『締約前資訊義務之研究』，政大法律研究所博士論文，頁 247。

⁴⁹ 楊宏暉，2009，「誠信原則與契約締結相關說明義務的合理性」，『法學叢刊』，第 54 卷第 3 期，頁 113。

⁵⁰ 王澤鑑，1996，『民法學說與判例研究(四)』，自版，頁 91；姚志明，2003，『誠信原則與附隨義務之研究』，台北：元照，頁 53。

⁵¹ 姚志明，『誠信原則與附隨義務之研究』，頁 98。

隨著契約之發展，在個案中契約一方當事人對他方負有作為與不作為以維護一方之人身財產等利益不受侵害之義務，稱為保護義務⁵²。依此可知，此類義務非以實現給付義務為目的，故其本身不得獨立為訴之請求客體。在契約一方當事人違反該義務，而致他方發生損害時，他方僅得起訴請求損害賠償。說明義務在性質上歸屬於保護義務時，則應被告知資訊之權利人並不得訴請義務人為一定之說明或提供一定之資訊。

針對說明義務是否即為資訊提供義務，目前法律並無明文加以區別，二者看似皆為傳達一定的訊息與相對人。然其實說明義務與資訊提供義務本質應不相同。資訊提供義務單指將資訊予以公開或提出，至於他方當事人是否理解則非所問。然而說明義務則強調資訊弱勢之一方當事人經由他方當事人之資訊提供並對之說明得到理解。

本文以為，說明義務之真正意涵應非單純將資訊提出或公開給他方當事人，而是要達到使他方當事人理解之程度，故說明義務應不同於資訊提供義務。不動產交易過程中，當事人間對資訊的瞭解程度不一，故課予一方當事人有提供資訊之義務，以消弭當事人間之智識差異，來確保當事人意思自由決定權能獲得保障，做出最適當的理性決定。然其實，僅課予資訊之提供義務仍有疑慮，例如當事人理解能力之不同、專業領域複雜性，縱使課予當事人一方提供一定量的資訊，相對人仍有可能因無法瞭解該資訊所代表之意義，故知識上的差異可能無法透過單純的資訊提供來得以消除，勢必仍需要對於當事人加以說明，才能得知資訊之真正內涵。

第二項 說明義務之理論基礎

基於契約自由及自我負責原則，我國學說上否定將資訊風險全然交由資訊優勢之一方⁵³，亦即原則上契約當事人對於交易相關重要訊息，應自行負擔蒐集及具備理解之能力，如果因怠於蒐集或經驗不足，則須負擔因資訊蒐集不完整或理解錯誤所致生不利義後果之風險。

⁵² 我國實務界對於給付義務以外之其他義務群所賦予之名稱與類型化之情形繁複，與此有關之詳細論述，請參閱姚志明，『誠信原則與附隨義務之研究』，頁 65 以下。

⁵³ 王澤鑑，2012，『債法原理』，台北：三民，頁 272-273。

知識有價是不可否認的事實，強制一方當事人負擔揭露並說明資訊之義務往往會影響雙方締約過程之利益分配，同時亦挑戰長久以來所建構私法自治的風氣。是故，在交易過程中以當事人間對於資訊掌握程度之差異，作為有優勢之一方應為說明的理由，尚不足以正當化有關仲介業者資訊說明義務之立論基礎⁵⁴。

惟資訊風險的分配在一定條件下應作相當之調整，為調和契約雙方當事人之權利義務，有認基於誠信原則、契約之實質平等、一定之信賴、對價關係或許欺。說明義務之理論基礎，即在說明改變該資訊負擔之正當化基礎為何，以下將從不同觀點探求說明義務之理論基礎：

一、誠信原則之附隨義務理論

誠信原則，係由誠實與信任所組成，依其文義解釋，誠實係指面對他人時，一個建立在可靠、正直及顧及他人所存在之外在及內在的舉止。信任係指對上述舉止之相信。因而對於相對人之信賴狀態，應予以保護，使其正當期待不至於落空。此種顧及他人的精神，就債法而言，從債務人的顧及義務，係指債權人於請求給付時，亦須顧及債務人利益之義務⁵⁵。而司法判決上認為，誠信原則乃斟酌事件之特別情形，衡量雙方當事人之利益，使其法律關係臻於公平妥當之一種法律原則⁵⁶。

誠信原則作為法律解釋適用上之「帝王條款」⁵⁷，往往作為契約準備磋商階段之最高指導原則，同時亦扮演補充契約內容及充實相關權利義務之角色⁵⁸。在法律未明文或未明確規定之前提下，學說上普遍認為說明義務之依據可從誠信原則推導而出⁵⁹。附隨義務之法源基礎乃為誠信原則，然認可附隨義務產生之標準學說上認為，判斷的基礎在於立足於「期待可能性」之基礎上，對於相對人之信賴狀態，應保護相對人之固有利益，使其正當之期待不致於落空之一切義務，均屬於可承認之附隨義務⁶⁰。按附隨義務係指主給付義務外，債之關係發展過程中，

⁵⁴ 楊宏輝，同註 49，頁 113-114。

⁵⁵ 姚志明，『誠信原則與附隨義務之研究』，頁 15。

⁵⁶ 最高法院 82 年台上字第 1654 號民事判決要旨。

⁵⁷ 誠信原則之法源依據有民法第 248 條第 2 項，行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。

⁵⁸ 楊宏輝，同註 49，頁 114-116。

⁵⁹ 王澤鑑，『債法原理』，頁 272-273。

⁶⁰ 姚志明，『誠信原則與附隨義務之研究』，頁 60。

依具體情況所產生之照顧、通知、保護、協力及保守秘密等義務。

附隨義務之具體類型包括解釋義務、保護義務及保密與競業禁止義務。其中解釋義務係指「提供當事人之未請求，但係具有重大決定性情況資訊」，而其在具體債之關係的運用上，可適用於發生給付障礙、目的確保、避免損害之發生。適用於給付障礙，係指在債之關係中，債務人負有義務，對於面臨威脅或已經發生給付障礙之情形，通知債權人。而適用在目的確保，係指為確保債權人對於契約標的物，能在合乎目的下使用，因而債務人負有一個解釋義務，確保債權人能在適當的方式下，全面的使用契約客體。而適用於避免損害，係指契約標的物之狀態如有危及債權人時，此時債務人負有解釋義務⁶¹。

而關於不動產仲介業所應負擔義務之範圍，司法實務⁶²提供三個判斷標準：(1)是否與減少交易風險或降低磋商成本有關。(2)考量契約當事人雙方經濟地位及能力之差距(3)該義務之履行可能性及可期待性。

不動產仲介制度之形成，實基於社會專業分工化之必然，而其存在之目的，即在於減少交易過程中之風險及降低買賣雙方磋商之成本，使不熟悉不動產市場者，透過專業之仲介業亦可安全而不費力地從事不動產之交易行為。

關於是否屬債之關係發展過程中所衍生之照顧、保護等附隨義務，應以是否減少交易風險或降低磋商成本為判斷標準。再者附隨義務之目的在於平衡雙方經濟地位或能力的差距，而課予居強勢者除了給付義務外，需負擔作為或不作為之義務，因此當事人間是否應負擔附隨義務，應考量契約當事人雙方經濟地位及能力之差距。而附隨義務源自於誠信原則，因此附隨義務亦應考量該義務之履行可

⁶¹ 姚志明，『誠信原則與附隨義務之研究』，頁 129。

⁶² 臺灣高等法院 97 年上易字第 106 號民事判決參照。關於不動產仲介業對於賣方為投資公司時，有關所得稅稅務諮詢及相關注意事項之說明義務，司法判決認為：(1)不動產仲介業之專業既顯現在對標的物品質及市場行情之掌握，所得稅務等本屬會計或記帳業者之專業領域，將其認作不動產仲介業之附隨業務，顯有違專業分工之原則。有關所得稅務及其相關應注意事項之告知義務，應非屬不動產仲介業之附隨義務。(2)賣方既為公司法人，且以投資為其專業，顯非居經濟地位之弱勢，就所得稅務或相關問題之處理能力實應較不動產仲介業為優，如將系爭義務劃歸為不動產仲介業之附隨義務，亦有失公平。(3)公司法人有關所得稅務或相關問題注意義務，必須先知悉賣方之營業狀況或方針為前提，仲介業並未參與賣方之營運，自無從得知賣方究係何時欲將系爭房地轉手，亦難知當年度賣方是否虧損或盈餘而得退稅或需補稅，欠缺履行之可能性。仲介業，居於買賣雙方當事人間為買賣契約中立之第三人，仲介業如著力於一方之利益，勢必有損於他方，終將導致破局，實欠缺履行之可期待性。從而，本件有關所得稅務及其相關應注意事項之告知義務，應非屬不動產仲介業之附隨義務範圍。

能性及可期待性。

基於誠信原則之補充功能，依學說見解係指「在未超越契約解釋之界線，在未明顯變更本質之情況下，為確保契約目的之達成，於契約主給付之外創立各種之附隨義務群」之情況及因概括條款授權法官所為之法律續造，始能兼顧個案正義、利益衡量及法律政策之衡平，俾維持法律適用之彈性。

綜上所述，誠信原則為附隨義務之法源基礎，而附隨義務具體類型中之解釋義務，可為說明義務之依據。惟誠信原則之內涵過於空洞，在依具體個案為適法之價值判斷之前，其高度抽象性、開放性及不確定性均可能會動搖法律本質上最重要之安定性及可預測性，而易使法律解釋流於法官主觀恣意之詬病，故仍需有其他適當的理論作為建構說明義務之基礎⁶³。

二、契約對等理論

傳統契約法責任在私法自治理論影響下，每一個人在經濟生活秩序中，均受自我決定與自我負責等理念所支配，當事人為維護自己的利益，應各自盡其力調查與締約有關之事宜與危險。然契約自由能發揮利益平衡的理想狀態，必須在締約雙方之能力(經濟上或智識上)處於幾近對等的情況下⁶⁴，所為磋商內容始能達到主觀上利益平衡之狀態，因此契約對等被認為是達成主觀之正當利益調和的前提條件⁶⁵。

原則上契約當事人本應自行蒐集締約相關資訊，因資訊本身帶有價值，且資訊欠缺之狀況未必影響當事人之自主決定，為尊重其選擇自由，僅有在當事人間因專門知識、特殊技能、經驗、情報量、經濟力量之不同，造成雙方磋商能力有顯著差異，具有足以影響契約締結與否之重大知識、經驗或資訊之一方當事人利用其資訊優勢所塑造之談判空間，而使另一方因資訊匱乏而必須承受特別負擔之不利結果，在締結契約過程中，始有強制賦予說明義務之必要，以避免契約自由之自主決定遭到掏空⁶⁶。

⁶³ 楊宏輝，同註 49，頁 117。

⁶⁴ 所謂對等，實際上並無可觀具體標準可資衡量，而主要是確保契約當事人立於相同之立足點以行使自主決定權，而非保證契約結果對等之絕對公平性。

⁶⁵ 楊宏輝，同註 48，頁 289。

⁶⁶ 林更盛，2009，論契約控制的相關理論-從 John Rawls 的正義理論談起，東海大學法學研究，

說明義務之目的主要在於強化資訊欠缺一方之自主決定權。當事人中若存在相對弱勢地位，其意思表示不具備維護自身利益之功能，更遑論自我負責。而藉由說明義務適度調和雙方利益，並同時作為契約不對等之補救手段，因此亦可從「契約對等」中發掘說明義務之立論基礎。惟欲從契約對等原則尋求說明義務之依據，在缺乏明確定義之情況下，尚須判定說明之內容是否為影響契約之重大事項，其實存有一定之難度。

三、信賴保護理論

對於交易之穩定性及法律安定性而言，信賴保護之重要性實乃不言可喻。我國民法第 245-1 條締約上過失之發展，亦係本於締約前階段之特殊信賴關係及交易安全所衍生，故有關說明義務之基礎亦可從雙方信賴責任關係中尋找。

信賴責任理論之軌跡，主要係為保障締約磋商之當事人間所建立之類似契約關係，而課予具備專業地位或擁有資訊之一方當事人應負擔說明義務，以維持締約過程中他方所存在之信賴決定和契約穩定性。

向明恩整理比較法上見解認為當事人開始為締約之磋商或為交易上之接觸之行為時，因當事人間建立「信賴惹起與信賴賦予」之關係，因而產生類似契約之信賴關係，故一方當事人在其影響領域內，對他方當事人負有「類似契約之損害賠償」。違反前契約之保護義務，即是侵害了當事人間信賴惹起與信賴賦予之關係，因此違反前契約義務所生之法律效果係屬「信賴責任」⁶⁷。

由於在契約自由原則下，各當事人均以追求自身最大利益為導向，除非確實存在特定之正當行為期待，而產生引發他方信賴之具體情事，否則尚難以單純信賴關係之存在即課予當事人之特定行為義務。如同單純的締約磋商並不當然道出繼續協商或締約義務，除非例外地，當事人的行為引發相對人對於契約將成立的具體合理信賴後，卻無故中斷磋商。

因而一方如何可歸責的引發其必須對他方有說明義務的客觀事實信賴，變成為決定說明義務有無的重要因。規範上的信賴或正當行為期待，除了可藉由交易

第 30 期，頁 11-14。

⁶⁷ 向明恩，「前契約說明義務之形塑與界線-評基隆地方法院九十二年度訴字第三四二號民事判決」，『月旦法學雜誌』，第 190 期，頁 177-178。

習慣予以具體化外，亦可經由資訊上的責任領域的法律原則來決定，另外個案的具體情況，也跟信賴事實的決定有關。例如專業人士以較高的價格提供其專業給付者，可產生其應為較多說明之規範上行為期待。因此，當事人業務上係從事相關領域之行為，且可得認識他方將因信賴其專業，將不再為進一步探查者，可作為說明義務之標準⁶⁸。

在信賴責任理論之個案判斷上，對於一方當事人之社會功能角色所產生之信賴因素通常占有重要之比例⁶⁹。一方因其社會經濟地位或職業關係而容易引發他方當事人對於其角色所連結之特定行為產生期待值時，若該客觀信賴事實之誘發實可歸責於資訊義務方，此時即可以信賴保護思想將說明義務合理化。故資訊優勢之角色地位本身即可能成為資訊揭露及說明義務之法定行為義務，而構成交易習慣上之一般正當行為期待⁷⁰。

一般認為締約上過失責任的基礎在於當事人間相互的信賴，並以有責的違反義務作為賠償義務的發生，以保護相對人的信賴利益。而信賴往往依據個案情況具有個別性及特殊性。因此單純的事實上信賴尚不足以合理化信賴責任，其決定因素應在於資訊劣勢的當事人應否信賴他方，而不在於是否已為事實上信賴，亦即對於契約他方當事人是否存在特定的正當行為期待。綜上所述，對於專業角色扮演所附加之行為義務似可做為說明義務之具象標準。

四、對價原則

若當事人間有明文約定說明義務的負擔，在認定為利益對立契約或利益維護契約並無困難，惟若缺乏當事人的明示約定時，可能須經由對價思想，默示地形成說明義務者，其性質潛在上類似某種形式的契約或為「契約的自我拘束」。

所謂的對價原則是建立在知識有價之基礎上，而對於此種強制附加於一方當事人之行為義務予以衡平，期待以某種特殊形式之報償，以補償其替代他方當事人承擔資訊風險者，而使說明義務之建構取得正當性⁷¹，同時亦做為影響資訊優勢一方資訊提供意願之重要誘因。

⁶⁸ 楊宏暉，同註 49，頁 146。

⁶⁹ 向明恩，同註 67，頁 179-180、182-183。

⁷⁰ 楊宏暉，同註 49，頁 147-148。

⁷¹ 楊宏暉，同註 49，頁 148-149。

契約依其當事人間利益關係可分為「利益對立契約」與「利益維護契約」。「利益對立契約」係指當事人提出自己的給付，以交換相對應的對待給付，通常並未額外獲得對價以償付資訊供給義務，如買賣、承攬、租賃契約等即為典型事例。而「利益維護契約」所涉及的並非給付的交換，而是涉及一方當事人的給付應特別維護及顧慮他方當事人利益，如法律顧問或醫療契約，當事人所受領的對價，通常亦包含對他方當事人之利益和目標的促進，通常可認定說明義務成立。

另在「職業行為與角色期待」，許多專業領域中，如醫師、律師等，通常都認為專業一方應負較高和較廣的注意義務及說明義務，此依專業責任的基礎，亦可從對價思想中，獲得指引。惟如果在舞會中偶遇律師而無償諮詢法律意見與進行正式委託律師並給付報酬所為之法律意見諮詢，通常可期待後者情境中的法律意見應正確充分，對價可看作是資訊正確充分的保費。因此並非專業身分，而是基於專業身分所能獲得的對價，才是形成資訊說明義務之因素⁷²。以上述由對價之觀點探討說明義務之基礎亦不失為可行之對策。

五、緘默詐欺理論⁷³

依據最高法院 33 年上字第 884 號民事判例表示「民法第九十二條第一項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行為為限，然單純之緘默，除在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合。」準此，依此判例之反面推論，若行為人在法律上、契約上或交易習慣上，就特定事項對於相對人附有告知義務，則行為人不向特定人提供資訊之故意緘默，即構成民法第 92 條之詐欺行為。而關於緘默詐欺之主觀要件依其詐欺之文義解釋，限以故意為限，不包括過失漏未告知之情形。

我國實務在解釋民法第 92 條關於詐欺之意思表示時，多以是否具有法定、約定告知義務或依交易習慣而負有說明義務加以判斷。根據法律、契約、交易習慣，就某事項負有對債權人提供資訊義務者，若明知該事項而未告知，且債務人認識到債權人將因其緘默行為而繼續陷於錯誤，以致為意思表示者，債權人嗣後得以債務人該當緘默詐欺為理由，依民法第 92 條第 1 項前段，撤銷其意思表

⁷² 楊宏暉，同註 49，頁 148。

⁷³ 曾品傑，2007，「論資訊提供義務-從緘默詐欺談起」，『東海大學法學研究』，第 27 期，頁 108。

示。

而關於緘默詐欺之客觀要件，依上述最高法院 33 年上字第 884 號民事判例歸納有三：一、債務人須於法律上、契約上或交易習慣上，就特定事項對表示人負有告知義務。二、表意人須因債務人有意不為告知之緘默行為，致陷錯誤而維持其錯誤之認知。三、表意人須因錯誤而為意思表示。

惟課予當事人說明義務之法律上、契約上或交易習慣上之具體依據為何，實務上並未表明。因此學說上分從非消費關係與消費關係，予以說明。在非消費關係關於資訊提供義務之告知法則，即「當事人之一方，應就其所知，告知他方當事人重要事項」。其法律上依據民法第 366 條之反面解釋，析言之，既然本條允許在賣方無故意不告知之場合，當事人得以特約免除或限制賣方關於權利瑕疵擔保之義務，此無異間接肯定明知權利有瑕疵之賣方，於締約前有告知買方該瑕疵存在之義務。抑或本於民法第 148 條第 2 項之誠信原則應就建物土地之應有部分等交易上重要事項，於締約時告知買方。

而在消費關係決定資訊提供義務之基本法則有二：一、認定企業經營者就系爭買賣，已明知交易上之重要事項故其負有告知消費者該等資訊之義務；二、關於交易標的物或其公共設施是否合法一事，企業經營者之告知義務，相對於消費者之查詢義務而言，原則上具有優先性。

在企業經營者應向消費者提供其所明知之交易上重要資訊，而所謂「交易上重要事項」乃從交易價值的觀點立論，評估系爭標的物之合法或功能性之欠缺，足以改變消費者買受系爭標的之意思，故企業經營者就此影響交易決定之事項，應於締約前據實告知相對人。近來實務上之部分判決，有逐漸揚棄企業經營者應就其所知告知消費者交易上重要事項之既有立場，而採取直接認定「企業經營者明知或應知悉交易上之重要事項，並就此負告知消費者義務」⁷⁴。

在不動產交易的過程中，即使在消費者本身具有高知識水準之情況，相較於擁有不動產專業之仲介業而言，其資訊擁有之程度仍是居於弱勢。說明義務主要目的在拉近交易相關人在資訊質、量上的差距，藉由專門知識者針對其專業領域

⁷⁴ 曾品傑，同註 73，頁 91。

上之資訊，對他方當事人加以闡述，並就他方相應的決定或所處情勢主動地加以報告或傳達。

仲介行為始於對賣方之物件開發及對買方之帶看行為，從帶看或開發時起，仲介業所提供的每一個資訊，都有可能影響賣方或買方對於買賣意願、買賣總價及買賣條件的影響。因此不動產仲介業之說明義務，亦應由賣方之開發行為或是對買方之帶看行為開始，以下分就委託銷售契約或委託要約(或斡旋)契約之簽約前及簽約後之情形加以說明：

一、簽定委託銷售或委託要約(或斡旋)契約「前」之說明義務理論基礎：

在仲介業與買方或賣方尚未簽定委託銷售契約書前，其法律關係上僅為「類似契約關係」，因此仲介業說明義務之理論基礎應為信賴原則⁷⁵。蓋因為不動產交易之特殊性，消費者最在意的是權益的保障，不動產仲介業為專門職業人員，就不動產交易之相關資訊具有專業教育訓練與職業能力。委託人因信任仲介業之資格、能力、專業知識、工作經驗等，仲介業在前階段所提供的任何資訊，都有可能影響到買方或賣方決定是否出售或購買及其相關條件，都會受到仲介業之影響，因此仲介業應負擔信賴責任，就相關利益及不利益事項，向委託人提供正確資訊，並為一定程度之說明。

二、簽定委託銷售或委託要約(或斡旋)契約「後」之說明義務理論基礎：

委託銷售或委託要約(或斡旋)契約之本質為「利益維護契約」，仲介業之給付義務，分別為委託銷售或承買，履約協力及說明義務。而說明義務為買方或賣方給付仲介服務報酬之對待給付。因此本文認為此時仲介業需負擔說明義務之理論基礎除了信賴原則外，尚有「對價原則」。

⁷⁵ 仲介業於簽定委託銷售或委託要約斡旋契約之前，須踐行說明義務係委託銷售或委託要約斡旋之「契約前義務」，其本質與未簽定契約關係之「類似契約關係」並不相同。

第二節 不動產仲介業對買賣雙方說明義務之法源依據

關於不動產仲介業調查義務及說明義務，在邏輯思考上當然須先蒐集情報後，才能針對締約相關事項進行說明。在仲介業對於重要事項需正確說明的前提下，適時的確認、調查是必要的要求。否則，仲介業者「就其所知」為說明時，其以所知不多，因粗心大意致不知等理由來作搪塞，依照現行社會專業分工的看法，不動產經紀人又收取高額之仲介費用，對消費者自非公平，自應協助買賣雙方調查標的物現況。透過說明義務之解釋，其實就涵蓋了調查，故無需將「調查」及「說明」義務分開論述，合先敘明。

第一項 學說及實務見解

一、典型居間契約之設有明文規範

與不動產仲介有關之民法規範中，文字上少有「說明」之條文，但於分別於第 540 條「受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人」及第 567 條「居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人」，規範有「報告」之義務。

司法實務上，102 年臺灣新北地方法院重訴字第 8 號民事判決中，先引述民法第 565⁷⁶、567 條之規定，並有謂：「縱使土地登記謄本上記載地目為建，然是否能申請建築執照，在土地登記謄本上雖無法明確顯示出該項事實，然仲介業者即負有再進一步向地政機關申請調閱相關文件，並據實而明確的向買受人說明，此項基本調查及說明義務，衡諸一般社會交易經驗法則，應屬仲介公司之職責，而不應歸於購買不動產之消費者負擔，且此調查程序無需特別繁複程序，僅需經紀人員以一般注意義務調查之，即可確認之。且不動產經紀人員之仲介買賣係屬有償，則此調查、說明義務，經紀人員應負善良管理人之注意程度，以盡其說明、調查之義務，雖無庸苛以極盡調查之能事，但仍應盡其善良管理人之注意程度至明」。由此推論，實務上對於「報告」及「說明」並無明確區分。本文亦採相同見解，認為所謂之「報告」應與本文所探討之說明義務為相似之概念，合先敘明。

按仲介業務指從事不動產買賣、互易、租賃之居間或代理業務，不動產經紀

⁷⁶ 稱居間者，謂當事人約定，一方為他方報告訂約之機會或為訂約之媒介，他方給付報酬之契約。

業管理條例第 4 條第 5 款定有明文。首先針對居間，依照現行民法第 567 條第 1 項之規定：「居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。對於顯無履行能力之人，或知其無訂立該約能力之人，不得為其媒介。」

一般居間人就有影響之一般訂約事項，雖不負積極調查義務，然應就其所知事項，負擔據實報告於各當事人之義務，本條僅令居間人負與處理自己事務為同一之注意義務，即具體輕過失之責。另外，對於是否亦須對媒介相對人為之，學者均一致認為在媒介居間契約中，居間人雖然僅受一方委託，對媒介之相對人亦負有據實報告之義務⁷⁷。

伴隨著社會經濟活動之急速轉變，不動產仲介業之專業形象已超越過去對於傳統居間人之想像，而有如受託人為委託人處理事務一般，而存有信賴關係，在可期待之範圍內，居間人對委託人負有維護利益之義務，在法律層面上也賦予專業居間人更進一步義務。

在債編修正增訂民法第 567 條第 2 項以前，最高法院在 84 年台上字第 1064 號判決中，已隱然考量到居間人之專業性或職務性與利益有對立性，而肯認居間人應善盡善良管理人之注意程度為積極調查之義務，並有謂：「查仲介業之業務，涉及房地買賣之專業知識，一般之消費者委由仲介業者處理買賣事宜。而仲介業者針對其所為之仲介行為，既向消費者收取高額之佣金，應就其所從事之業務負善盡預見危險及調查之義務。」是不動產仲介業為媒介居間之業務者，除訂約之媒介外，尚負擔據實報告及妥為媒介及調查之給付義務。

民國 88 年民法債編修正鑒於社會上以居間為營業者日多，其既具不動產專門知識，又深富房屋買賣經驗，且立於較易取得交易資訊之地位，遂強化居間之責任風險以保障當事人權益及維護交易安全，增訂民法第 567 條第 2 項：「以居間為營業者，關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有調查之義務。」

立法者為避免業者為促進成交而怠忽調查，透過調查義務之課予，在締約事

⁷⁷ 通說認為媒介居間人於僅受一方委託時，因民法第 570 條規定之使然，媒介居間人對相對人不論是否有居間關係，均對相對人負擔實告知之義務，參邱聰智，2002，新訂債法各論(中)，台北：元照，頁 326；劉春堂，2007，民法債編各論(中)，作者自版，頁 257。

項與當事人履行能力、訂立該約能力的範圍內，將居間人已盡到具體輕過失但未達抽象輕過失之注意義務所引致的損害風險，判定歸由以居間為業者承擔，因此規範仲介業就該等事項須負擔「積極調查義務」，並應將調查之結果主動報告予相對人。

另曾品傑從比較法上之觀點認為，一般都是以仲介業是否禁止委託人另行委託第三者從事媒介活動，或是除此之外尚限制委託人自行尋覓締約相對人，以作為課予仲介業負有積極招徠義務與調查諮詢義務的基礎。而認為我國立法者僅以居間為營業者，即課予積極調查與說明義務，似乎存有斟酌之餘地。因委託人可能以居間為業之人訂立民法上的居間契約，而以居間為業之人基於居間是一方負擔契約之性質，本無提供居間勞務之義務，只有因勞務成果而請求報酬之權利，又該如何要求其負擔調查、說明之義務⁷⁸。

惟上述居間應係指典型民法上之居間，居間人僅需介紹、媒介主契約之成立即已足，無尊重委託人變動利益(如不動產出售之利益)，且不妨礙其報酬之請求，從而不負促進主契約成立之義務，僅需顧及其自身的報酬利益。然而現今不動產仲介業者提供之各項服務，已非單純居間契約所能涵蓋，而添入若干委任契約之性質，已如第二章第二節詳述，仲介業基於仲介契約而需承擔促進契約成立與保護委託人之義務。

然有關調查義務與說明義務之建構正當化事由，於前開最高法院判決即可獲得印證，亦即是仲介為業之仲介業在專門知識、特殊技能、經驗、情報量、經濟力量存有優勢，其與委託人間有顯著資訊落差之情形，在具有優越地位之仲介業適時提供必要及確實說明與情報，足以為委託人在締結主契約上提供合理公平之契約關係。

據此，賦予居間人積極調查與說明義務之結果，誠如本項增訂理由所言，確有保障當事人權益及維護交易安全之積極功能⁷⁹。且仲介經紀人員之資格取得，需經過考試並完成一定之訓練，以提供更專業之服務，故課予其積極檢視調查資

⁷⁸ 曾品傑，『房屋仲介契約之研究』，頁 33-34。

⁷⁹ 民法第 567 條第 2 項增訂理由：「二、以居間為營業者日多，為保障當人權益及維護交易安全，爰增訂第二項，明訂此種以居間為營業之人，關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有調查之義務。」

訊之正確性，應無不妥。

二、有償委任

不動產仲介契約具有民法居間及委任性質，依據民法第 535 條之規定，受任人處理委任事項，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。仲介業應盡之善良管理人注意義務，就關於交易標之物之重要事項，需詳加探求為消費者權益作初步審核，並加以說明。再者，如果仲介業對於重要事項明知而未說明則違反「誠實信用義務」，如果過失告知則屬違反善良管理人之注意義務，而需負擔損害賠償之責⁸⁰。

實務判決中亦有相同見解之敘述，有謂不動產仲介業務，涉及房地買賣之專業知識，仲介業者針對其所為之仲介行為，既向收取受高額之報酬費用，則仲介業自應就其所從事之業務盡善良管理人之注意義務，其契約內容顯已非單純之報告訂約機會或為訂約之媒介，而為具有居間及有償委任性質之契約。

仲介業非普通人均可擔任之「居間」，仲介業者對於取得房地之資訊相較於一般消費者，處於優勢之地位。又消費者將買賣房地之相關事項委託於仲介業，並給付相當之報酬或服務費，自然對於仲介業所提供之資訊有相當之信賴。故為保障房地之交易安全，針對重要締約事項等，仲介業自應就其所仲介之房地買賣負調查之義務，並能預見危險或相關瑕疵等必要資訊，再詳實向當事人說明⁸¹。

三、誠信原則⁸²

曾品傑認為仲介業的調查說明與提供諮詢之義務之依據來自於「委託人合理期待之信賴責任」及「基於誠信原則之優質義務」，原則上仲介業之間會就所提供的服務及締約機會進行優質競爭。在簽訂專任委託銷售契約之情況下，委託人願意放棄委請其他仲介業及自行成交機會，而透過仲介業彼此間競爭而取得最有利締約機會之原因，是因為仲介業會提供「優質義務」之承諾。

是以基於「誠信原則」一個仲介業本於仲介契約的優質義務因而產生，此至

⁸⁰ 魏大曉，同註 13，頁 34。

⁸¹ 最高法院就 84 年台上字第 1064 號民事判決、臺灣台北地方法院 93 年訴字第 164 號民事判決、臺灣高等法院 102 年消上易字第 3 號民事判決參照。

⁸² 曾品傑，『房屋仲介契約之研究』，頁 31-33。

少要求仲介業必須提供就其所知的最佳締約機會，即便該機會係於當事人訂立主契約之後獲悉者亦同。至於該優質義務課予仲介業就締約事項與當事人履約能力之調查與審核須達何種程度，則視個案而定。

而內政部公告之不動產委託銷售契約書範本中，「提供成交行情」、「將委託人所簽認之標的物現況說明書誠實告知買方」、「仲介業應隨時依委託人之查詢，向委託人報告銷售狀況」及不動產經紀業管理條例第 23 條第 1 項之以不動產說明書向與委託人交易之相對人說明義務，皆係建構仲介業之說明與提供諮詢義務的核心內容。

按契約成立生效後，債務人除負有給付義務(包括主給付義務與從給付義務)外，尚有附隨義務。所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務。契約之訂定使當事人間發生債之關係，基於交易之誠實信用原則，交易雙方除履行其主給付義務外，為使契約相對人能獲得契約目的所欲追求之最大利益(促進主給付義務履行目的之實現)，契約當事人應善盡其契約上之附隨義務，始符合民法第 148 條第 2 項所揭示之誠實信用原則。

依誠實信用原則及契約之補充解釋，有契約之說明、告知、計算等為促進契約目的之利益及保護契約相對人固有利益之義務，其有不履行該等附隨義務，致相對人之契約上利益不達或固有利益受有損害者，即屬不完全給付之情形，若有故意之情形，則應成立不作為之詐欺⁸³。

四、民法第 184 條第 1 項前段侵權行為

「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」，民法第 184 條第 1 項定有明文。

按侵權行為之加害行為不以積極之加害行為為限，若在法律上、契約上、交易習慣上或依公序良俗就某事項負有作為義務者，則消極之不作為，亦構成侵權行為。最高法院 33 年上字第 884 號判例、最高法院 42 年台上字第 90 號判例明揭此旨，此乃因有作為義務，竟不作為致發生損害，具有違法性之故因此如賣方

⁸³ 臺灣基隆地方法院 88 年重訴字第 92 號民事判決參照。

未盡告知義務，致買方陷於未知悉房屋傾斜之錯誤下，而與賣方簽訂買賣契約，顯然侵害買方是否購買之精神上自由意願，二者間有相當因果關係，核與民法第 184 條之侵權行為要件相符。

以臺灣高等法院 94 年上字第 1004 號判決來說，案例中賣方及仲介業明知房屋為受輻射污染者，但為謀求較高之利益，悖於誠信原則未將系爭房屋有輻射污染之情事告知買方，並僱工施作輻射防護補強改善工程，致輻射公司在已完成屏蔽改善工程情況下出具零輻射污染證明，而買方於未知悉真實狀況，以買受無輻射污染房屋之意思及價格買受該房屋，致受有經濟上之損害⁸⁴，賣方及仲介業之行為，構成以背於善良風俗之方法加損害於他人之侵權行為。而仲介業所屬經紀人員本於買賣事宜之仲介，既已知悉系爭房屋瑕疵之情事，自亦負有告知買方之義務，如未告知即構成侵權行為⁸⁵。

五、民法第 245-1 條第 1 項⁸⁶（締約上過失）

依據民法第 245-1 條第 1 項規定，契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約，對於他方詢問與訂約有重要關係之事項，若有惡意隱匿或為不實說明之情形，則對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，須負賠償責任。

我國民法針對第 245-1 條締約上過失責任之規定，主要係以「他方之詢問」為前提所構成之被動說明義務，否則僅能以同條第 1 項第 3 款之概括規定相繩之⁸⁷。

臺灣台北地方法院 100 年訴字第 1609 號民事判決中，從民事法律上規範之架構而言，依照交易類別不同，於法律安排上就進入交易之磋商、議約階段（尚未締約之時），基於交易上之誠信原則，一方應已開始對於他方負擔一定法律上之說明義務與保護義務，且該義務並不因契約事後締結與否而有不同，此觀民法

⁸⁴ 關於輻射屋，基於一般人自我健康保護之心理因素，縱使在實質之測試數據下影響人體極微，輻射屋之價格絕對低於零輻射污染之房屋，縱為輕微污染而可不進行改善措施之輻射屋，其亦確實受有損害。臺灣高等法院 94 年上字第 1004 號民事判決參照。

⁸⁵ 臺灣高等法院 89 年上字第 1316 號民事判決參照。

⁸⁶ 民法第 245-1 條：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有左列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。」

⁸⁷ 囿於當初立法者與我國實務對該條故步自封的解釋，該條文明文寫出「對他方之詢問」，造成實際上並無資訊優勢者「主動」提供重要資訊義務之結果，大幅限縮締約上過失制度背後之本質。

第 245-1 條規範即可得知。

於居間契約中之說明義務，居間人應據實向當事人說明與締約事項相關之事。故仲介業應盡其所知，向當事人說明所居間之房屋是否現被占用、租賃、違建經報拆、為海砂屋或輻射屋等，及成交後買賣雙方應負擔之稅金、仲介費用等在一般交易經驗上會影響買方締約意願與交易成本之事項，從而經由仔細評估後進行交易行為。

是以，於民法之法律架構下，通常會影響當事人是否締約之事項，一方即有說明之義務。又該說明義務是否履行，並非以書面形式上有為之者即可據以免責。因此，在交易上，基於誠信原則，當某事項之有無將影響當事人締約之意願者，一方就該事項即有先行告知之義務，且其告知應具體明確而使當事人能進一步評估是否為交易；並且該義務尚不得由一方預先排除或減輕，以期公平交易秩序能被維護。

第二項 評析及本文見解

尚未締約之時，基於交易上之「誠信原則」，一方應已開始對於他方負擔一定法律上之說明義務，且該義務並不因契約事後締結與否而有不同，故民法第 245-1 條針對簽訂仲介契約前之階段對於他方詢問之關於訂約之重要相關事項，應據實說明。

基於委託人合理期待之「信賴責任」外，仲介業需承擔促進契約成立與保護委託人之義務，其說明義務不能僅限於民法第 565 條前段「居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人」的範圍，而是更須進一步盡其調查並審核之義務。

消費者為何尋找仲介業者仲介不動產買賣，絕非單單仰賴其提供締約機會。如果課予消費者應負自行調查的義務，則仲介業者僅剩下提供交易的訊息和機會，為了獲取成交，當然儘量隱瞞房屋的缺失，仲介糾紛必層出不窮。

因此在不動產仲介中，因為仲介業與買賣雙方訂有委託銷售或要約斡旋契約，

其說明義務之依據應優先檢查契約上之請求權基礎⁸⁸。而契約關係請求權基礎之檢查基於契約自由原則，如果當事人在契約上有約定時，應優先適用當事人之約定，如當事人契約內容沒有約定時，則得以民法之強制規定或任意規定加以補充。

故不動產仲介契約中，說明義務為仲介業之給付義務，因此應優先以契約內容為依據。再者因委託銷售或斡旋契約具有「委任」契約之法律性質，仲介業者針對其所為之仲介行為亦收取高額之報酬費用，自應盡其善良管理人之注意義務。而民法第 148 條第 2 項「誠信原則」作為附隨義務之法源基礎且為民法上之強行法規，因此民法第 148 條第 2 項，亦得做為說明義務之依據。基於誠信原則，經紀業者有提供最佳訂約機會之義務，然此義務課予經紀業者就訂約事項與當事人履約程度之調查與審核須達何種程度，尚須參酌個案之情形而定。

另依據內政部公告之不動產委託銷售契約書範本⁸⁹第 7 條第 2、4、6 款，或規定經紀業者於簽約前，應據實提供近三個月之成交行情，供委託人訂定售價之參考；或課予經紀業對於委託人所簽認之不動產說明書，負有誠實告知買方之義務；或規定經紀業者應隨時依委託人之查詢，向委託人報告銷售狀況。

而不動產經紀業管理條例第 23 條第 1 項亦明文規定，經紀人員於執行業務時應以不動產說明書向與委託人交易之相對人解說。這些規定亦構成經紀業者之說明與提供諮詢義務的核心內容，不動產說明書相關規範於本章第三節詳述。

⁸⁸ 王澤鑑，2010，『法律思維與民法實例』，台北：三民，頁 86。

⁸⁹ 依據 92 年 6 月 26 日公告修正版本。

第三節 不動產說明書概說

不動產交易，透過具有專業知識與經驗之不動產仲介業為之時，雙方簽立仲介契約，仲介業承受賣方或買方之信賴而受委託。承如本文第二、三章所述，仲介契約具有居間及委任性質，而不動產仲介業者於提供服務時，既依法收取報酬，從而業者即負有善良管理人之責任，需以其專業者立場，負高度業務上之注意義務，使交易相對人充分瞭解其所擬交易不動產之重要資訊，讓承購人在充分瞭解後，評估其利害得失以決定是否進行交易。另一方面，買方因對不動產仲介業之信賴而為委託，則基於信賴關係之法理，受託人之不動產交易業者自應本其專業，負有指導、建議，為委託人確實追求利益之忠實義務⁹⁰。

不動產交易涉及消費者之權益甚大，惟目前在我國民法中尚未有條文直接針對不動產仲介經紀業之資訊說明義務加以規範之情況下，僅能藉由行政機關對於定型化契約內容之控制，以平衡消費者與仲介業者之間的資訊完備程度之差異。不動產經紀業管理條例第 22 條第 3 項即授權內政部分別針對土地、成屋及預售屋為交易標的之不動產說明書頒布「不動產說明書應記載及不得記載事項」作為實務運作之基本規範。

不動產交易中，不動產說明書為資訊揭露之關鍵性機制，亦為說明義務具體化之方式之一，意即此為仲介業履行買賣交易仲介關係中之核心部分。仲介業接受賣方委託銷售案件後，除了參酌委託人提供之資料，並應自行調查受託銷售不動產之相關資訊，以製作不動產說明書，再提供予買方參考之。不動產說明書之作用在讓買賣雙方於不動產買賣關係發展過程中，能充分了解標的物產權、現況等事項內容，並供買方作為是否購買之決定依據。

另外，必須瞭解的是，法定之不動產說明書應記載及不得記載事項，僅為仲介業者最低說明之範圍，而並非仲介業調查及說明之內容僅以該法定事項為限。亦即，基於仲介業者依法受有報酬，而應負其善良管理人之注意義務加以調查與交易有關之重要資訊，而不動產說明書應記載及不得記載事項之範圍，僅為仲介業說明義務內容中之其中一環。

⁹⁰ 陳立夫，同前註 5，頁 8。

為了建構下一章不動產仲介業說明義務之範圍，仍有必要將法定之最低必要說明事項-不動產說明書應記載及不得記載事項之內容加以釐清。

第一項 不動產說明書之相關規範

要如何使不動產仲介業協助承購人瞭解交易不動產之相關資訊，是一個值得探討的問題。以日本為例，日本為確保不動產公平交易及保護承購人利益等，因而制定施行「宅地建物取引業法」，課予宅地建物交易業者必須調查、製作不動產重要事項說明書，並於交易過程中向交易相對人解說之義務。依日本宅地建物取引業法第 35 條第 1 項規定，宅地建物交易，業者應指派宅地建物交易主任者，於交易過程中載明擬為交易不動產相關重要事項之書面(即重要事項說明書)，交付予擬為交易之相對人，並為說明⁹¹。

而我國亦有類似日本宅地建物取引業法之規定，按不動產經紀業管理條例第 22、23、24 條之規定⁹²，可知仲介業者於接受委託人委託後，應針對受託不動產之相關重要事項進行調查並製作不動產說明書，再交由賣方簽章確認不動產說明書內容與事實是否相符後，由經紀業指派經紀人於該說明書簽章，以對其調查及與製作之內容負責。而後仲介業始能於執行業務過程中，依該不動產說明書向買方解說。並在雙方當事人簽訂買賣契約時，將不動產說明書交付與買方簽章確認，而該不動產說明書亦應視為契約之一部分，其重要性不言可喻。

第 23、24 條所定有關仲介業對於不動產說明書之調查、製作、解說、交付之目的，係在於使交易相對人，經由重要事項之說明，得就交易不動產之現況、權利關係、契約條件等充分理解，並得以全面考量，以免日後滋生糾紛⁹³。依據上述三條條文規定之文意，不動產仲介業接受委託銷售不動產後即應依第 22 條

⁹¹ 陳立夫，2006，「不動產說明書與說明義務」，『土地問題研究季刊』，第 5 卷第 3 期，頁 22。

⁹² 不動產經紀業管理條例第 22 條：「不動產之買賣、互易、租賃或代理銷售，如委由經紀業仲介或代銷者，下列文件應由經紀業指派經紀人簽章：一、不動產出租、出售委託契約書。二、不動產承租、承購要約書。三、定金收據。四、不動產廣告稿。五、不動產說明書。六、不動產租賃、買賣契約書。前項第一款及第二款之規定，於經營代銷業務者不適用之。第一項第五款之不動產說明書應記載及不得記載事項，由中央主管機關定之」。第 23 條：「經紀人員在執行業務過程中，應以不動產說明書向與委託人交易之相對人解說。前項說明書於提供解說前，應經委託人簽章」。第 24 條：「雙方當事人簽訂租賃或買賣契約書時，經紀人應將不動產說明書交付與委託人交易之相對人，並由相對人在不動產說明書上簽章。前項不動產說明書視為租賃或買賣契約書之一部分。」

⁹³ 台灣高等行政法院 98 年簡字第 224 號行政判決參照。

第 3 項授權內政部所訂頒之「不動產說明書應記載及不得記載事項」製作交易案之不動產說明書，並指派經紀人員簽章。

第二項 不動產說明書內容

不動產仲介業基於民法第 567 條及不動產經紀業管理條例第 23 條規定，除了有據實告知並詳細說明之義務外，就訂約事項尚有調查義務。至於仲介業調查義務之範圍，則應包括「訂約事項」及「履約或訂約能力」，而所謂訂約事項為何，解釋上應認為所有與訂約有關之重要事項，均為仲介業之調查並說明之範圍。

依據不動產經紀業管理條例第 22 條第 3 項，我國內政部針對不動產說明書內容，於民國 89 年分別針對交易標的為土地、成屋與預售屋者，訂頒「不動產說明書應記載及不得記載事項」加以規範，作為說明義務之最低標準。仲介業所應負擔之調查告知義務，並不限於該應記載事項，基於誠實信用原則，仲介業者對於其他影響契約之重要事項，仍應負調查告知義務。且就該調查負有法定責任，若其未盡善良管理人義務為調查說明，而造成仲介契約當事人受有損害，則應負賠償責任。

關於「成屋」之不動產說明書之應記載事項內容如下表所示⁹⁴：

	建築改良物	基地	重要交易條件	其他重要事項
內 容	建物標示、權利範圍、用途	基地標示	交易種類	周邊環境、重要環境設施
	建築物所有權人或其他項權利人	基地所有權人或其他項權利人	交易價金	地籍圖重測情形
	建物型態與現況格局	基地權利種類及其登記狀態	付款方式	徵收相關
	建物權利種類及其	基地目前管理	應納稅費、規費	山坡地住宅社區之列管情形

⁹⁴ 2015 年修正公布之不動產說明書應記載及不得記載事項各細項內容請參照內政部不動產資訊平台，<http://pip.moi.gov.tw/V2/g/scrg0301.aspx>，最後瀏覽日期：2017 年 2 月 14 日。

登記狀態	與使用情況	項目、負擔方式	
建物目前管理與使用情況	基地使用管制內容		專有部分產權持有期間曾否發生非自然死亡情形
建物瑕疵情形			
停車位記載情形			

依 104 年 10 月 1 日實施的新版不動產說明書應記載及不得記載事項增列許多原先未規範之事項，以下概述本次修正關於「成屋」交易所增加之項目：

(一)應記載事項

成屋之不動產說明書應記載部分，鑑於部分仲介業者誤以為成屋交易只製作房部分即可，無須製作土地部分，而參酌土地應記載事項，增訂「基地」相關資料。

1. 建築改良物

(1)建物權利種類及其登記狀態：增列有無信託登記、其他事項。

(2)建物目前管理與使用情況：增列是否為共有、目前作住宅使用之建物是否位屬工業區或不得作住宅使用之商業區或其他分區、有無獎勵容積之開放空間提供公共使用情形、有無積欠應繳費用、使用執照有無備註之注意事項、電梯設備有無張貼有效合格認證標章、有無消防設施、無障礙設施、水、電管線於產權持有期間是否更新、房屋有無施作夾層、所有權持有期間有無居住、集合住宅或區分所有建物（公寓大廈）應記載之相關事項。

(3)建物瑕疵情形：增列樑、柱部分是否有顯見間隙裂痕、房屋鋼筋有無裸露。

(4)停車位記載情形：增列權利種類、停車位性質、停車位之型式及位置。

2. 基地

包括基地標示、基地所有權人或他項權利人、基地權利種類及其登記狀態、基地目前管理與使用情況、基地使用管制內容。

3. 重要交易條件

增訂有無解約、違約之處罰。

4. 增列其他重要事項

包括周邊環境(重要環境設施)、是否已辦理地籍圖重測、是否公告徵收、是否為直轄市或縣(市)政府列管之山坡地住宅社區、本建物(專有部分)於產權持有期間是否曾發生兇殺、自殺、一氧化碳中毒或其他非自然死亡之情形。

(二)不得記載事項

1. 增訂不得記載以不動產委託銷售標的現況說明書、不動產委託承購標的現況說明書、要約書標的現況說明書或建物現況確認書，替代不動產說明書之內容。

現行實務上，委託人(賣方)負有填寫「不動產標的現況說明書」⁹⁵，說明委託銷售標的物之權利與狀況之協力義務。而縱使出賣人有填寫不動產標的現況說明書之協助義務，然與不動產說明書本質上並不相同。仲介業依其職務本即有調查及說明義務，不容混為一談。仲介業負擔調查及據實告知義務，目的在於讓買賣雙方在交易前即充分瞭解該不動產之情況，以決定是否締約，並於清楚知悉有否瑕疵存在之情形下，取得一個最合理的價格。鑑於部分仲介業者為便宜行事，以著重物理性情況及使用情況之「標的現況說明書」替代針對產權、使用管制等內容之「不動產說明書」，故特別增訂此點⁹⁶。

2. 增列不得記載房價有上漲空間或預測房價上漲之情形。

為避免部分不動產仲介業者以本房屋日後有漲價趨勢作為銷售手法，使消費者作錯誤判斷而增訂。

⁹⁵ 不動產委託銷售契約書範本第6條第3項委託人應就不動產之重要事項簽認於不動產標的現況說明書，委託人對受託人負有誠實告知之義務，如有虛偽不實，由委託人負法律責任。

⁹⁶ 不動產說明書經買賣雙方當事人簽章，視為不動產買賣契約書之一部分，若有任何登載不實，當事人尚可依民法關於債務不履行之相關規定請求賠償。由於不動產說明書有前述效力，為確保交易安全，製作及解說不動產說明書應為不動產交易必備之程序。然而實務上許多仲介業卻未徹底執行。例如僅製作一張簡單的建物現況確認書甚或僅附土地及建物登記謄本。又或僅製作摘要性不動產說明書等。不動產仲介業以上述文件作為不動產經紀業管理條例規定之不動產說明書向承購人解說，然而建物現況確認書往往過於簡陋，許多重要資訊未涵蓋在內。建物現況說明書往往只有委託銷售人蓋章，不論不動產仲介公司是否有詳加調查，大部分無經紀人簽章。如後有登載不實問題，不動產仲介經紀業容易推諉卸責。

第三項 不動產說明書應記載及不得記載事項之規範完整性之檢討

不動產說明書應揭露之交易資訊種類繁多，不動產經紀業管理條例本身就此部分並未加以規範，而係以同法第 22 條第 2 項之空白授權方式，就交易上之重要事項，以行政命令之方式規定出簡略原則性之內容。相較於日本宅地建物取引業法之規定實屬過於空泛簡陋，且在位階上日本係以法律加以規定，而我國僅係以命令定之。

即便我國針對不動產經紀業已有相關法規加以管制，惟現行有關不動產說明書應記載及不得記載事項之規定是否足以因應實務上之各種問題，以達到不動產經紀業管理條例之立法初衷，實有疑問。本次修正就我國目前就不動產說明書應記載事項及不得記載事項之規範，增訂不少不動產交易時之重要資訊，在應記載事項從原先九十多項增加到兩百多項，讓資訊更為齊備，其意圖使買賣雙方於契約締結前得以站在較對等的地位進行磋商，以減少契約訂立後可能產生之糾紛，對於交易實務上之需求作出回應，仍是值肯定。

例如，本次修正增訂其他重要事項，要求不動產說明書應記載不動產周邊環境，標示不動產周邊重要環境設施(含嫌惡設施)，如公(私)有市場、超級市場、學校、警察局(分駐所、派出所)、行政機關、體育場、醫院、飛機場、台電變電所用地、地面高壓電塔(線)、寺廟、殯儀館、公墓、火化場、骨灰(骸)存放設施、垃圾場(掩埋場、焚化場)、顯見之私人墳墓、加(氣)油站、瓦斯行(場)、葬儀社等設施。

另亦新增一般購屋者亦相當關切之不動產是否曾發生過非自然死亡之情形。不過，其凶宅⁹⁷資訊揭露只限上一個屋主持有期間是否曾發生，再之前的屋主任

⁹⁷ 關於何謂凶宅，高等法院判決有採客觀及主觀認定標準。客觀認定以臺灣高等法院 99 年上字第 1316 號判決為例示：「凶宅之定義，依房屋市場之通常交易觀念，係指曾發生兇殺或自殺致死情事之房屋。此因素雖或未對此類房屋造成直接物理性之損傷，或通常效用之降低。惟依我國社會民情，就一般社會大眾言，對於發生此類非自然身故事件之房屋，仍多存有嫌惡畏懼之心理，對居住其內之住戶，易造成心理之負面影響，礙及生活品質。因此，依房地產交易市場實務經驗，曾發生非自然身故情事之房屋或不動產，會嚴重影響購買意願及價格，而造成該房屋或不動產之市場接受程度。易言之，曾發生非自然身故情事之房屋或不動產，不論於心理層面或市場接受度，皆明顯異於相同地段、環境之標的。職是而論，與週遭環境相較，凶宅之買賣價格有顯著低落情事，依估價學理適合性原則言，非自然身故之情事，將對房屋或不動產之個別條件，產生負面影

內是否曾發生則未要求載明。但凶宅禁忌不會因轉手就消失，這項規定似有可議之處。不可諱言，不動產是否為凶宅，對於買方是否締結買賣契約確實影響重大，然並非即可推導出不動產仲介業者對於凶宅之存有，需承受漫無邊際之調查義務，在個案中仍須斟酌業者對於資訊取得或控制之可能性。

為課予不動產仲介業合理之善良管理人責任，同時避免仲介業調查責任無限上綱，本事項資訊仲介業除應徵詢賣方、占用人(現使用人)意見後，於不動產說明書列名外，亦可透過其他管道查詢。例如詢問當地村里長、社區管理委員會、鄰居查訪或經由報章雜誌、媒體、網路等相關報導方式查悉。若已確實調查並作成相關紀錄，得視為已善盡調查責任。

又關於淹水資訊僅有在預售屋買賣時增列最近五年內基地周邊半徑三百公尺範圍內有沒有申請水災淹水救助紀錄等，但成屋卻無此規定。惟現行就土地權利使用限制內容之法律規範數量龐雜，各式規範內多具高度複雜性而不可一概而論，就一般人而言似乎無法光就說明書相關事項之文字，即可瞭解其含義的。但在主管機關僅針對部分土地使用管制內容加已明訂之情況下，業者多僅遵照上述頒布標準加以調查說明，而忽略其他眾多有關限制交易土地權利之法令內容。

例如我國不動產應記載事項於「成屋」交易中基地事項，其使用管制內容限制上主要僅要求仲介業者應探知都市計畫使用分區或非都市土地之編定、使用種類、法定建蔽率、容積率及相關法令開發方式之限制。然我國就有關土地權利限制之規定，除了土地徵收條例、都市更新條例、建築法、自來水法……等規定外，尚有司法院大法官釋字第 400 號解釋之形成公用地役關係之「既成道路」或「現有巷道」，該部分權利限制皆會形成土地權利上之負擔，理應為影響土地利用之重要事項，仲介業者應調查、解說之，惟不動產說明書應記載事項就此部分卻無相關要求⁹⁸。

探求不動產經紀業管理條例之立法初衷，我國關於不動產說明書內重要事項

響，造成經濟性之價值減損，進而影響其市場價格，應認屬物之瑕疵。」另有以主觀認知為標準，如臺灣高等法院臺中分院 98 年上易字第 8 號判決中所言：「至於有人自殺之房屋，可能自殺者於自殺後隨即遭人發現送醫急救，或自殺者在該屋自殺死亡多日後始遭人發現，其情況多樣，並非全然相同，是否為凶宅，自應依個案情形，參酌當地風俗習慣、購屋者之主觀意識及價值觀，及房屋有人自殺後之居住者居住是否正常等情形，具體判斷之，不可僅因有人在屋內自殺，即遽認定係凶宅，並進而主張該屋具有物之瑕疵，合先敘明。」

⁹⁸ 陳立夫，同註 5，頁 16。

記載之相關規範應如同日本之解釋一般，即認為屬於不動產經紀業者之法定最低必要說明事項，而業者所應承擔之責任，自非以該應記載事項所定為已足，進而保障交易相對人於充分資訊基礎上做出決策之自由意志，避免因此蒙受損害⁹⁹。

不動產說明書應記載及不得記載事項是仲介業說明內容之最低下限，惟我國不動產說明書之規範內容欠缺完整性，仍是需要改進。從實務判決有時亦會看到仲介業者以不動產說明書應記載及不得記載事項之未規範，即使對該未規範事項加以說明，亦未違反說明義務。在「不動產說明書應記載及不得記載事項」過於簡陋之情況下，極易使業者忘卻其應善盡調查之忠實義務與專業立場，而僅在法令控制之狹隘範圍內執行職務，除了無法保障交易安全，對於欠缺不動產專業知識之消費者而言自是有欠公允，甚至可能成為不動產交易糾紛的亂源之一。



⁹⁹ 陳立夫，同註 5，頁 16-17。

第四節 小結

「不動產說明書應記載及不得記載事項」應有其基本之具備內容。然本文理解欲將所有法條之相關限制規範於不動產說明書應記載事項上必定有其難度，畢竟掛一漏萬。當法律制定應予說明之細項太過繁雜，此時不動產交易的說明過程充滿了許許多多的資訊，反而可能使消費者被過多的訊息圍繞，分不清哪一些是最重要的資訊，反而可能影響其決策。有說明義務的仲介業及接收資訊的買賣雙方，在應對上可能也會有困難。儘管製作出一份完整之不動產說明書，對於非經常性為不動產交易之買賣雙方而言，以自己之能力尚難辨識此諸多條項之內涵是否暗藏玄機，故仲介業之有否盡其說明義務似乎是最大關鍵。

亦即不動產說明書之重要意義，除課予專業仲介業負擔專業「調查」義務外，尚應強調仲介業之「說明」義務。說明義務並非以書面文件的模式堆砌而成形式上義務，其所著重者仍係契約相對人之實質認知。普遍來說，一般消費者未必具有相當專業能力以讀解書面文件之內容，故無法以書面文件之提供即與說明義務之履行畫上等號。

仲介業不得以不動產說明書之交付與朗讀內文帶過，即謂已履行說明義務，而須確保相對人對於不動產交易之重要事項足以達到其智識可理解程度之說明。說明義務之理想本在於藉由資訊揭露之手段使消費者能力於充分之資訊基礎上做出交易決定，並以自我負責之結果以達成自由市場健全交易秩序之理想，故消費者對於相關訊息之理解乃為其核心概念。

以實務判決為例，仲介業為揭露買賣標的物是否遭受強制執行之資訊，僅在房地資料提示買賣標的「有」限制登記之字樣，未充分告知買方系爭房地遭限制登記之真正原因及法律意涵。買方並非具有土地登記之專業知識之人，縱然知悉有限制登記之存在，仍難認買方知悉該限制登記之實質意涵。

所謂說明，並非單純朗讀或提供閱覽，而是應使與委託人交易之相對人對於交易不動產之內容，特別是不利益之事項，足以達到理解程度之講解及說明¹⁰⁰。意即對於買賣標的是否遭受強制執行而有權利瑕疵存在之不利益事項，仲介業應

¹⁰⁰ 台北地方法院 97 年訴字第 5226 號民事判決參照。

依其專業知識詳加說明，使買方能具體理解限制登記在法律上之真正意義。

長期以來一般消費者對於法制與現實之落差亦習以為常，惟默許此等制度慣行之結果等同於剝奪自身權益。且當於不動產說明書上簽章者與解說者為不同之人，嗣後若發生交易糾紛，關於損害賠償責任之主體應如何判斷，係以形式簽章為主或以實質說明行為作為判斷依據？或係兩者負連帶損害賠償責任？上述問題均導因於我國制度設計之不合理，而難以貫徹不動產經紀業管理條例之立法目的¹⁰¹。

另外，我國不動產經紀業管理條例乃為管理經紀業而制定，然該條例及其施行細則中，卻未定有經紀人員對於當事人委託事項處理狀況之報告義務，缺乏強制性質，如此法律漏洞可能使不動產交易之資訊透明度大為減弱。而我國不動產仲介契約兼具居間及委任之性質，故當不動產經紀業管理條例本身欠缺相關規範，個案中僅可視契約內容之性質類推民法居間或委任之規定作為價值補充。因此透過民法第 540 條關於受任人報告義務之揭示，作為不動產經紀業者關於業務執行進度所負報告義務之基礎，使消費者能適時掌握不動產經紀業從業人員之業務狀況，避免有收取高額報酬卻未盡其責之弊端。

仲介業針對不動產說明書、契約書等相關文件資料的解釋和說明，須耗費成本去整合資訊，然對於消費者而言，可能不會主動去讀，或是讀了一知半解，難以吸收及分析這些資訊的真正意涵。仲介業須以不動產說明書、契約書等相關文件資料向交易相對人進行說明，然短暫的解說時間中，對於不動產專業術語或法律規範，消費者未必能全盤吸收。而短時間的解說，仲介業往往僅係重複與持續的說明不動產物件的資訊，至於消費者能否真正理解，實有疑問，而不動產經紀業管理條例亦尚無良策以對。

仲介業與消費者進行不動產交易的協商過程中，要求仲介業者提供過量的資訊不見得是有幫助的，但是提供關鍵、有用、重要的訊息(例如物件本身的瑕疵、交易過程可能產生之危害)，而且足以影響消費者的購買認知者，才是真正需要被說明的內容。

¹⁰¹ 陳立夫，同註 5，頁 19。

故本文之研究目的在於將說明義務的範圍作一抽象層面之標準，而非欲將所有資訊皆放入不動產說明書內，畢竟掛一漏萬，且依照不動產之特殊性質，要將所有大小資訊羅列出來是有其難度的。治本之道仍須盡速修法增訂不動產經紀人員之業務說明義務，以落實適切管理不動產仲介業之目標。





第四章 不動產仲介業說明義務之範圍及違反之法律效果

第一節 仲介業說明義務之範圍(程度)

雖然一般皆肯認仲介業有說明義務，然關於說明義務之範圍，我國學說上似乎較少明確地劃出界限作為是否說明之判定準則。

民法第 567 條第 2 項雖規定了「以居間為營業者，關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力有調查之義務」，然而所謂「訂約事項」，其內容與射程範圍究竟為何？負擔說明義務之一方是否應就他方所不知與契約所有有關之情事，均有說明與告知之必要？若答案為肯定，對於負有義務之一方將會被無止盡的要求所攔截。是故說明義務之範圍與射程，有進一步界定之必要。

仲介業應被課予說明義務，然其範圍不能無限上綱，必須是涉及契約的重要事項。如非涉及契約重要事項，對於資訊弱勢之一方並不會造成額外的損失，如亦允許非重要事項得影響契約之效力，將可能導致契約容易因不重要之事項被撤銷，則將與說明義務之課予目的相違背。

而關於仲介業說明之「範圍」，或有論者以例示方式指明，例如人之信用、資力、物之價值、效用、品質、瑕疵等¹⁰²；最高法院在 100 年台上字第 1188 號判決中亦有相同之表示：「查居間人關於定約事項，如買賣標之物之價值、效用、品質、瑕疵等，應就其所知，據實報告於個當事人；其以居間為營業者並有調查之義務」。學者史尚寬則以誠實信用原則為基石去描繪訂約事項之圖像：「依德國判例與學說，居間人依誠信原則，就一般訂約有影響之事項(例如相對人之信用、所介紹購入房屋之瑕疵)¹⁰³」。

每一個契約義務之內容與範圍，是基於個別契約之基礎情事而生，關於仲介業調查義務之內容與範疇尚無統一之標準，畢竟欲描繪出一個明確且統一適用於各類契約之說明義務之分界是相當困難的。向明恩在信賴理論之基石下，參酌誠實信用原則，按個別契約之利益結構特徵推導出合理是否可期待之說明義務，或

¹⁰² 劉春堂，同註 77，頁 256。

¹⁰³ 史尚寬，1967，債法各論(上冊)，頁 442。轉引自向明恩，2012，「不動產經紀業者對凶宅之告知和調查義務-台北地院 99 訴 2744」，《台灣法學》，第 191 期，頁 179-180。

在具體個案中判斷當事人一方是否有認識挫敗或危害將來契約目的之情事，或綜合個案之情事去尋繹出當事人一方所認識之事實對於契約締結是否存有重大之影響，並藉助資訊需求性、資訊可能性、職務範圍期待性等因素，企圖為應負之說明義務在內容及範圍上劃出一道合理而非漫無限制之界限。

以下藉由彙整我國司法實務案例及德國學說、實務之相關見解，希冀能進一步為不動產仲介業說明義務之內容範圍建構一套合理之判定標準，作為未來個案爭議上界定該說明與否之參酌依據。

第一項 學說及實務見解

一、德國實務上說明義務範圍之相關論述¹⁰⁴

(一)可得期待之說明義務：

此為德國聯邦法院於具體個案中常用之判斷依據－「斟酌交易習慣與考量維護雙方當事人利益，而得期待之誠實說明」。所謂交易習慣，係指交易上反覆實行之行為，且依誠信原則對於交易當事人而言重要者而言。至於在斟酌維護雙方當事人利益方面，誠信原則亦為重要斷定基準。故最重要的是，如何在考量具體個別事例之附隨情事中推導出可合理期待之說明，而交易習慣與維護雙方當事人利益則為決定性要素。

(二)對於契約締結有重大意義之說明義務：

於契約締結階段，若當事人一方認識一定特定事實，而其可知或應知該事實對於他方決定締結契約與否有重大影響時，則知道該事實之一方負有說明之義務。至於該事實對於契約締結之影響是否重大，則須綜合個案之所有情事參酌誠實信用原則以判定之。

(三)有關危害契約目的之說明義務：

依德國實務見解，在契約磋商階段，當事人一方可得認識一定之情事有挫敗或危害將來契約之目的時，應對於他方當事人負有說明之義務。而關於挫敗或危

¹⁰⁴ 以下引用自向明恩重新彙整德國實務及學界所提出之論述，而該文主要針對專門職業人員(案例中為建築師)於前契約階段說明義務之探討。轉引自向明恩，同註 67，頁 179-183。

害將來契約履行之情事，並不是指一般不確定，然卻於「將來可能」期待阻礙而言。而應該該情事已存在，其結果之發生有極大之可能性而言，否則對於負擔之說明義務之一方將過於嚴苛。

而關於負擔說明義務之當事人得否認該情事有挫敗或危害將來契約之目的，且該情事對契約締結是否有重大影響，係參酌誠信原則決定之。因此如為賣方委託銷售或買方委託要約斡旋契約有給付障礙或為目的確保時，仲介業即負有說明義務，而說明義務之範圍為與可能造成給付障礙事項及使標的物無法合目的性使用之事項。

二、德國學說上說明義務範圍之相關論述

德國實務試圖描繪說明義務範圍，惟各項內容似有重疊難以區分之情況，故學界提出下列論點，以供進一步思考。

(一) 資訊需求性：

指該資訊是否具有重要性，若為肯定，則具有說明或提供資訊之必要性；反之則否。而判斷重要性之法則為「須就關於會肇致阻礙契約目的之情事為說明，因該情事對契約締結之決定有重大意義」，故與契約有關之資訊越重要，則相對人越可能有該資訊之需求性。

(二) 資訊可能性：

德國學說上對於資訊可能性係指負擔說明義務之人就其已掌握或具有之資訊，對相對人提供該資訊之可能性。另再進一步分析個案中資訊可能性的強弱來劃定說明義務的範圍：(1)若被課予說明義務之一方在當下尚未掌握資訊，在對相對人說明前必須先行調查，則其提供資訊之可能性較低。(2)若負擔說明義務者當下已掌握資訊，則應思考相對人是否也有獲得此資訊的可能性。若該資訊僅由負擔說明義務者所掌控，則其對於相對人負有說明義務。

(三) 職務範圍：

當事人一方基於其專業知識或特殊職業地位，而具有專業知識或技能，因而使他方對其為一定行為之期待，則其對他方之影響力可能隨之提升，基於此種緊

密之信賴關係，一方當事人之說明義務亦隨之增加。特別是當事人一方基於其專業知識或特殊職業之地位，而具有專業知識與技能，即可使他方對其產生特別性之信賴，其應負擔之資訊風險亦較強。

第二項 本文整理及見解

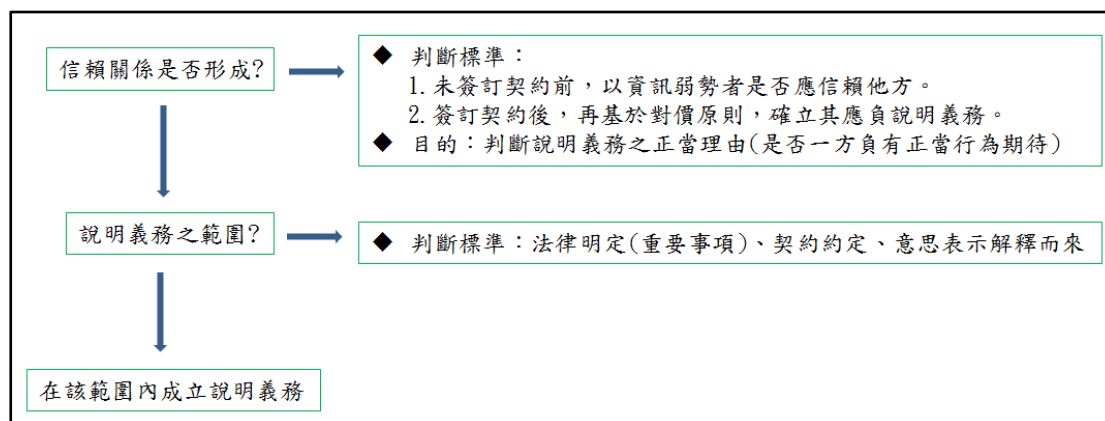


圖 3：說明義務及其範圍之判定

根據本文第三章我國不動產仲介業說明義務之依據，並參酌德國學說及實務上相關論點，本文將不動產仲介業之說明義務區分為下列三大部分，分別是法律及行政管制明文規定之說明義務範圍、基於契約內容之說明義務範圍、參酌學說及實務見解解釋而來之範圍。

一、法律及行政管制明文規定之說明義務範圍

(一) 依據民法第 567 條之規定

按說明義務係指一方當事人對他方當事人負有主動告知足以影響意思決定之相關資訊義務。而此民法第 567 條所規定積極調查義務及據實「報告」義務，與「說明」義務之內涵應屬相同，再者司法實務上，關於民法第 567 條之據實報告義務亦有使用「說明義務」為說明¹⁰⁵，是以居間人對相對人所負擔說明義務

¹⁰⁵ 臺灣新北地方法院 102 年重訴字第 8 號民事判決「不動產經紀人員之仲介買賣係屬有償，則此調查、說明義務，經紀人員應負善良管理人之注意程度，以盡其說明、調查之義務，雖無庸苛以極盡調查之能事，但仍舊應盡其善良管理人之注意程度至明。」臺灣高等法院 101 年上易字第 963 號民事判決「在地政登記實務上，建商就「小公」及「大公」面積登記之方式，有多種不同，此乃眾所周知之事實，本件縱在建物謄本上無法明確顯示出該項事實，然仲介業於其仲介過程中，如遇消費者（購屋者）為詢問時，自須加以查明再據實向消費者說明，此項基本調查及說明義務，應屬仲介業之職責。」

之範圍，包括訂約事項、當事人之履約能力、訂立該約能力等事項。

從而仲介業就相對人之信用、締約權限之有無、不動產瑕疵等訂約重大事項，以及就出賣人之標的物上有無設定抵押權、查封登記、或其他物權之設定、買受人資力狀況等當事人履行能力相關事項，負有積極調查及報告的義務。

依據民法第 567 條第 1 項及第 2 項，仲介業對於關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有主動積極調查之義務，並應將調查之結果主動報告予相對人。惟究竟就何種事項有調查及說明之義務，民法第 567 條第 2 項增訂理由並未說明，而關於其調查及說明之範圍及程度為何，亦無細項規範，解釋上即應認為所有與訂約有關之重要事項均為仲介業之調查義務。簡而言之，不動產仲介業應以簡單明瞭的方式，向買賣雙方說明當事人之資力、信用、不動產的價值、效用、品質及瑕疵，或是交易上重要資訊，如法令限制、房地產價格、興建年份、漏水與否、曾否為宮廟、凶宅與否等重要的交易資訊。以下分別針對訂約事項、當事人之履約能力、訂立該約能力之內容，藉由實務判決之補充，希冀能勾勒出說明義務之範圍：

1. 「訂約事項」¹⁰⁶

民法第 567 條第 2 項規定，以居間為營業者關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力有調查之義務，關於何謂「訂約事項」，按居間人之任務為斡旋於當事人雙方之間，折衷協調並為之說合，以促成雙方當事人訂立契約¹⁰⁷。而不動產仲介係居間買賣雙方締結不動產買賣契約，因此所稱訂約事項應指「締結不動產買賣契約之事項」。

不動產之買賣，除標的物及價金外，尚涉及付款方法、稅負、點交、費用及違約等重要事項¹⁰⁸。所以不動產仲介居間契約所稱締約事項應指「涉及買賣標的、價金、付款方式、稅負、費用、違約責任等事項」。本文就「買賣標的」、「買賣價款」、「稅費」、「其他」說明如下：

¹⁰⁶ 廖政雄，2014，『不動產仲介業說明義務之研究-以債權債務關係為中心』，政大地政研究所在職專班碩士論文：台北，頁 109-112。

¹⁰⁷ 劉春堂，同註 77，頁 248。

¹⁰⁸ 最高法院 80 年台上字第 1883 號民事判決理由。

(1)買賣標之物之品質、效用、瑕疵等

a. 標的面積

關於仲介業於受託仲介買賣不動產時，就房地實際之面積有無測量之義務，實務判決看法有肯定說及否定說，分述如下。肯定說有謂，委託仲介業辦理買賣不動產之契約具有居間性質，且內政部公告之不動產委託銷售契約書範本第7條第1項亦規定：「受託人受託處理仲介事務應以善良管理人之注意為之」，足認仲介業既以居間房屋買賣為業，如以善良管理人之注意義務，即可察覺房地之實際面積與建物登記簿之面積不符面積之差距，是倘該面積之差距，並非難以發現。被告未盡善良管理人之注意義務加以調查，即為不實之報告，構成不完全給付之情形，且瑕疵重大，已無法補正，按民法第227條準用同法第226條第1項規定，買方得向仲介業者請求損害賠償。

因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。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184條第1項前段、第535條、第544條分別定有明文。仲介業者收受買方之報酬，竟疏於調查即急於撮合系爭房地之買賣，明顯未盡其善良管理人之注意義務而有過失，使買方受有無法按當時購買之價錢出售之財務上損失。

以居間為營業者，關於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有調查之義務。民法第567條定有明文。是仲介業就「關於訂約事項」有調查及據實報告之義務；蓋仲介業者之居間行為，既向消費者收取高額之酬金，即應就其所從事之業務負善盡預見危險及調查之義務，始能就其所知，據實報告予當事人。仲介業者為達「銷售報酬」之目的，未盡調查及據實報告義務，進而造成買方之重大損害甚明¹⁰⁹。

而採否定說者，仲介業者僅就不動產為報告訂定買賣契約之機會及為買賣之媒介，就其服務之本質，並無檢查房屋實際之面積是否與地政機關所登記面積相

¹⁰⁹ 台灣板橋地方法院 96 年度國字第 2 號民事判決。

符之約定，法律上亦無房仲業者有此義務之規定，甚而經中央主管機關公告之不動產委託銷售契約書範本，亦無將「測量建物正確面積」列作不動產現況說明之項目，範本中規定受託人義務之部分，也未包含受託之房仲業者負測量正確建物面積之義務。更何況，不動產面積測量乃專業之工作，非專業人員難為正確之測量，必須借助地政等相關專業人員之鑑測，調出竣工圖等各種資料，始能為房地正確面積之判斷，故難認面積之測量義務與仲介業所提供之服務相關。難認仲介業者有過失或未盡調查能事，違反據實報告之義務¹¹⁰。

b. 牆壁滲漏水、龜裂、管道排臭氣等

對於修補工程相對容易之屋況瑕疵(與凶宅、輻射屋等相較)可分兩階段檢視，即「義務之範疇」和「應予善盡義務之程度」。以下以常見之房屋漏水糾紛為例。有關漏水房屋之瑕疵是否屬仲介業者應盡瑕疵調查之義務範疇，實務普遍採正面之態度。而至於有關應予課責仲介業之調查程度，實務判決看法如下：認為仲介業有親自實際調查之義務者，參諸不動產經紀業管理條例第 24 條第 2 項之規定「不動產說明書視為租賃或買賣契約書之一部分」、同法第 23 條第 1 項之規定「經紀人員在執行業務過程中，應以不動產說明書向委託交易人之相對人解說」，可見不動產說明書在交易上之重要性，內政部並依同法第 11 條第 3 項之規定「第一項第五款之不動產說明書應記載及不得記載事項，由中央主管機關定之」之授權，頒布不動產說明書應記載與不得記載事項，觀其應記載事項，諸如法定容積率、停車位記載情形、專有部分之範圍、有無違建禁建情事、有無滲漏水情形、曾經發生火災或天然災害造成建築物損害及修繕否、是否有損鄰情形等等，皆為交易之重要事項，並為買賣契約之一部分。因此，縱然賣方於委託銷售房屋時，未於標的現況說明書或不動產現況說明書中如實揭露漏水之情形，並不表示不動產經紀人即可無庸調查說明書所載事項之真偽，或無須對於填寫該說明書之人為必要之詢問及調查。

亦有認為仲介業使賣方所勾選之不動產標的現況說明書即盡其調查責任，認如房屋之賣方已於不動產標的現況說明書中予以揭露，則應認仲介業者已就漏水房屋之瑕疵善盡瑕疵調查之義務，而不再進一步討論仲介業者應予負擔之調查程

¹¹⁰ 台灣高等法院 98 年度上易字第 77 號民事判決。

度。

有關仲介業對於此類修補工程相對容易之屋況瑕疵之調查程度，本文認為不應以賣方於不動產標的現況說明書上之勾選為其調查依據，應其僅為實務上賣方之協力義務，並不表示仲介業者本身就無義務調查屋況瑕疵，故其應為必要之詢問並親自調查。所謂必要之詢問及調查則行諸於個案認定，台灣高等法院 97 年度上字第 1006 號民事判決見解值得贊同：「苟屬於其能調查者，其竟怠以調查，尚難遽以出賣人所言，而免除其義務，亦即不得謂其已盡調查之義務；苟屬於其不能調查者，因出賣人未予告知，其亦無權查悉，自難苛責令其應告知買受人。」舉例而言，倘為外觀上本即易判定有漏水者糾紛，此時即應課與仲介業者較高程度之調查義務；倘為必須經鑑定或經破壞原始裝潢始能得知有漏水情形者，則應減輕其所應盡之調查程度。

c. 凶宅、海砂屋、輻射屋等

凶宅、海砂屋、輻射屋等會影響系爭房屋是否具備通常效用或預定效用，對於消費者而言屬重要資訊，因此就買賣標的物是否存有物之瑕疵，為仲介業應調查事項¹¹¹。反之，倘若買賣雙方爭執事項並非一般認為之瑕疵時，則非屬仲介業應說明事項。有司法判決認為，從買賣標的遠眺可看見墳墓」是否影響到風水及景觀，係屬個人主觀心態或宗教之觀點問題，況墳墓並非位於系爭不動產上或毗鄰其旁，依一般社會常情判斷，該墳墓亦難認與系爭不動產之通常或契約預定效用或保證之品質有任何關聯，顯非屬買賣標的物之瑕疵，是仲介業就此對買方並不負告知義務¹¹²。

依民法第 354 條之規定，除使用上或效用上之瑕疵外，如有價值上之減損亦為物之瑕疵。以不動產交易實務常見的價值減損瑕疵爭議「凶宅」為例，首先關於凶宅之判定基準向來備受爭議，況建築物是否因為曾有人於此自殺或兇殺而成為「凶宅」，僅屬於個人主觀面及心理面之範疇¹¹³。目前高等法院有採客觀認定標準：「凶宅之定義，依房屋市場之通常交易觀念，係指曾發生兇殺或自殺致死情事之房屋。此因素雖或未對此類房屋造成直接物理性之損傷，或通常效用之降

¹¹¹ 臺灣高等法院 96 年重上字第 248 號民事判決參照。

¹¹² 臺灣臺北地方法院 102 年消字第 26 號民事判決參照。

¹¹³ 向明恩，同註 103，頁 177。

低。惟依我國社會民情，就一般社會大眾而言，對於發生此類非自然身故事件之房屋，仍多存有嫌惡畏懼之心理，對於居住其內之住戶，易造成心理之負面影響，礙及生活品質。因此，依諸房地產交易市場實務經驗，曾發生非自然身故情勢之房屋或不動產，會嚴重影響購買意願、價格及市場接受度」¹¹⁴，值得參考。

是否屬於凶宅為房屋交易之重要資訊，一般而言，具有非自然身故情事之房屋或不動產，均影響購買意願及交易價值甚鉅。具有非自然身故情事之不動產，對於居住於內之住戶而言，除對於居住品質會發生疑慮外，在心理層面上亦會造成相當負面影響，非屬一般適於居住之標的，而有經濟性價值減損。按日常生活之經驗法則，係為買方決定是否購買不動產時，重要判斷之資訊；是不動產仲介公司仲介房地買賣，就買賣標的物有無依通常交易觀念上需要注意之重要瑕疵（即曾發生過非自然死亡之事故），加以進行了解並向委託其仲介之當事人解說¹¹⁵。

「凶宅」屬一般民間用語，其內涵與範圍因人而異，對於個人所產生之心理影響程度亦有所不同，且判斷一房屋是否為「凶宅」，須考量事件發生之經過、事件經過時間長短等因素，並不以「發生凶殺或自殺致死之人應死於屋內」為必備要件，故現行法令對於凶宅並未明確定義與規範。參酌永慶房屋仲介股份有限公司 99 年 10 月 6 日永慶總第 0584 號函說明第四項載明『依內政部函釋(97 年 7 月 24 日內授中辦第字第 0970048190 號)：凶宅應僅限於買賣標的之專有部分包含主建物及附屬建物』曾發生兇殺或自殺而死亡之事實。若將間接凶宅認定為凶宅恐將影響市場交易之公平性與穩定性。』由上可知實務上會斟酌資訊取得之輾轉性，以限縮仲介業在系爭凶宅之調查與說明義務。

(2) 買賣價款

常見的情況有如：賣方的房屋仲介明知有買方出高價，卻將房屋以低價賣給另一位買方。買方的房屋仲介明知買方出價已高於賣方底價，卻未降低買方出價，仍讓買方以高價成交。仲介業於買賣雙方間進行買賣總價及買賣條件之磋商，而且出現同一買賣標的可能有多組買方同時出價，或縱使只有一組買方出價，其買

¹¹⁴ 參閱高等法院 99 年度上字第 1316 號判決。

¹¹⁵ 臺灣高等法院高雄分院 99 年上易字第 333 號民事判決、臺灣臺北地方法院 95 年訴字第 5767 號民事判決。

方之承買價格一直在變動中，因此仲介業應就買方之出價據實報告於賣方，俾利賣方得以決定其委託銷售系爭不動產之合理總價為何，並作為決定是否出售系爭不動產之參考，因此如果仲介業未予告知或刻意隱瞞買方出價更高之事實，使賣方喪失以更高價出售系爭不動產之機會，實有違據實報告義務及善良管理人之注意義務¹¹⁶。

故意隱瞞提供較佳條件之相對人，係屬故意違反告知義務而為之背信行為。以台灣高等法院 100 年度上字第 1284 號判決為例，仲介業者認為出於投資理財目的而購買之甲買家，較購買系爭房地是為自住之乙買家，基於日後該投資者再交易時對於本身利益較大，故意隱匿有其他更高之出價，而未據實告知委託銷售者較佳之交易機會，亦屬違反報告義務及善良管理人之注意義務。

(3) 稅費負擔

關於買賣雙方應負擔之稅費是否為仲介業說明義務，司法判決區分成是否為不動產買賣所直接發生，如為與不動產買賣無直接關係之稅費負擔，則非仲介業應說明事項。例如所得稅務或相關問題注意義務之履行，必須先知悉上訴人之營業狀況或方針為前提，故不應認定營利事業所得稅務之說明亦為仲介業應給付義務之範圍。賣方為公司法人，其出售建物應繳納之「營利事業所得稅」因賣方在考量不動產交易價格時，應考量所有成本負擔，再以此扣除總稅費負擔後之出售價額與買方直接協議或間接透過仲介公司居中協議後形成，賣方考量本身之財務規劃、賦稅事項指示為房地分別標價，亦須經過買方之同意，於買賣雙方同意後，仲介業亦無從置喙¹¹⁷，因此非仲介業說明義務之事項。反之如為不動產買賣所直接發生，例如「特種貨物及勞務稅」，司法判決認為特種貨物及勞務稅條例業已於一百年五月四日公布，並於同年六月一日施行，是上開特種貨物及勞務稅條例既已生效，且為公眾周知之事實，而仲介業為不動產專業經紀公司，自不能諉為不知，且特種貨物及勞務稅條例之稅率之計算及稅基係以賣方收取之全部代價估算，是以賣方應負擔之稅額，如影響不動產買賣價金之取得，自屬重要爭點，仲介業應據實告知，且須明確，始符合公平¹¹⁸。

¹¹⁶ 臺灣臺北地方法院 102 年度消字第 1 號民事判決參照。

¹¹⁷ 臺灣高等法院 97 年上易字第 106 號民事判決參照。

¹¹⁸ 臺灣高等法院臺中分院 102 年上易字第 265 號民事判決參照。

(4)其他

在商圏內同業眾所皆知的事實不動產仲介業為「資訊產業」亦即仲介業之價值為提供消費者購售屋之充分資訊，因此就仲介業所經營之商圏所發生足以影響買方承買之一切資訊，司法判決認為，衡諸不動產經紀業者又多屬區域商圏經營，對於區域內之不動產概況均有深入之掌握，故仲介業應竭盡所知向消費者誠實揭露足以影響購買意願之一切重要訊息，因此如果是商圏內同業眾所皆知，則仲介業自難諉為不知¹¹⁹。

不動產價格昂貴，因此在買賣實務上，買方通常都必須透過貸款方式給付買賣價款。實務上常發生仲介業片面告知買方貸款金額絕無問題致使買方因相信仲介業而簽訂斡旋金契約或要約書，而於實際辦理貸款之際始發現核貸款項不足以支付價金或其他貸款問題，而無法支付價金。

如買方在簽訂要約或斡旋契約時有提出貸款成數或額度之條件時，該貸款有無及貸款成數即攸關付款之能力與履行，自屬系爭仲介契約重要事項，亦屬系爭買賣契約給付價金履行能力之關鍵，為買賣不可或缺之要素，貸款事宜亦應屬仲介業應調查並告知之事項¹²⁰，否則可能違反合理的照顧義務及專業之能力。

仲介業應就所委託之仲介事務應盡據實報告之義務，並以善良管理人之注意義務為仲業業務之行使，俾使委託人能隨時掌握委託事務之真實進行程度，以保障委託人之契約議價權及同意售出之權利，受託人皆應據實告知賣方，並應於24小時內將買方簽訂之要約書面或斡旋金契約送交賣方，不得對於委託標的之銷售情況有隱瞞或扣留¹²¹。

2. 當事人履約之能力

仲介業對於買賣契約之當事人是否有履約能力負有調查義務，例如調查賣方之標的物上有無設定抵押權、查封登記、他項物權之設定、買方之資力狀況等當事人履約能力的相關事項。如當事人為法人，其登記設立之時間、資本額多寡等

¹¹⁹ 臺灣臺北地方法院 96 年重訴字第 1378 號民事判決參照。

¹²⁰ 臺灣高等法院 99 年上易字第 1250 號民事判決參照。

¹²¹ 臺灣高等法院 98 年上易字第 952 號民事判決參照。

均可納為考量因素¹²²。

惟須注意仲介業對於履約能力之調查應至何種程度。以仲介業對於買方履約能力之調查為例，此時仲介業之調查是否須達到足以確保買方於給付價金時必然有交付價金之能力之程度，我國實務目前採否定見解。所稱履約能力係指買方之財產顯已不足清償¹²³，司法判決認為 如果買方為公司法人，而該公司於訂約時處於「停業」狀態，抑或該公司之營業狀況、銀行資金往來，均十分有限，是該公司顯無履行系爭契約能力，不動產仲介業不得為該公司媒介締約¹²⁴。另在不動產買賣交易實務上，買方經常以支票作為支付買賣價款之方式，司法判決認為縱使簽訂不動產買賣契約時，買方支票存款帳戶並無足額可估兌現之存款，亦難確認系爭支票如經提示必不能獲得付款，蓋依商業資金調度習慣，存戶通常不會將資金放在無利息之甲存支票存款帳戶¹²⁵。

3. 訂立該約之能力

所稱無訂立契約能力之人，如受監護宣告之人，未得法定代理人允與之限制行為能力人，乃至精神錯亂之人，即雙方之信用、行為能力或是否有代理權等事項¹²⁶。惟須注意司法判決認為，如該買賣當事人之一方與仲介業之董事為前妻、同居人即雙方具有密切之關係時，對於他方當事人即屬重要訊息，仲介業應告知委託人¹²⁷。

(二) 依據民法第 148 條第 2 項誠信原則

關於仲介業是否依誠信原則而須負擔說明義務，司法判決認為不動產仲介制度之形成，係基於社會專業分工化之必然，而其存在之目的，即在於減少交易過程中之風險及降低買賣雙方磋商之成本，使不熟悉不動產市場者，透過專業之仲介業亦可安全而有效率地從事不動產之交易行為；且既稱專業，即不應任意課其過廣之義務範圍，而就是否屬債之關係發展過程中所衍生之照顧、保護等附隨義

¹²² 臺灣高等法院 98 年度上字第 849 號判決參照。

¹²³ 邱聰智，同註 77，頁 327。

¹²⁴ 臺灣高等法院 98 年上字第 849 號民事判決參照。

¹²⁵ 臺灣臺北地方法院 98 年訴字第 1587 號民事判決參照。

¹²⁶ 臺灣高等法院 96 年重上字第 248 號民事判決參照。

¹²⁷ 臺灣高等法院 98 年上字第 849 號民事判決參照。

務，亦應以是否「減少交易風險」或「降低磋商成本」為判斷標準¹²⁸。因此如果與減少交易風險或降低磋商成本無關之事項，仲介業即無說明之義務。

(三)依據民法第 184 條侵權行為

按侵權行為之加害行為不以積極之加害行為為限，若在法律上、契約上、交易習慣上或依公序良俗就某事項負有作為義務者，則消極之不作為，亦構成侵權行為，最高法院三十三年上字第八八四號判例、最高法院四十二年臺上字第九十號判例明揭此旨，此乃因有作為義務，竟不作為致發生損害，具有違法性之故¹²⁹。

而關於調查及說明義務之範圍，司法判決認為，仲介業之業務，涉及房地買賣之專業知識，此為一般之消費者委由仲介業處理買賣事宜之原因。而仲介業針對其所為之仲介行為，既向消費者收取高額之佣金，應就其所從事之業務負善盡預見危險及調查之義務。以仲介房屋買賣為業，其於仲介中自應審酌所有權狀及相關文件之真偽，如未盡此注意義務致使被上訴人蒙受損失，即應負過失侵權行為之責¹³⁰。

依不動產經紀業管理條例第 24 條第 2 項之規定，不動產說明書為不動產買賣契約之一部分成為買賣契約之內容，因此不動產說明書自屬不動產買賣交易所應附之重要文件，由上述最高法院判決意旨可知，仲介業既應審酌相關文件之真偽。而仲介業應調查之事項悉依內政部所頒「不動產說明書應記載事項及不得記載事項」，仲介業者有調查不動產狀況說明書所列各狀況之義務，該義務，應認為是仲介服務之主給付義務，違反者，消費者得依侵權行為等規定向仲介業主張之。

(四)從行政管制尋找調查與說明義務之範圍

在內政部公告之「不動產委託銷售定型化契約記載及不得記載事項」應記載事項中第 6 條第 2 項、第 4 項與第 6 項，針對不動產仲介業之說明與調查義務之內容範圍分別有下列之規定。第 6 條第 2 項：受託人於簽約前，應據實提供該公司(或商號)近三個月之成交行情，供委託人訂定售價之參考；如有隱匿不實，應

¹²⁸ 臺灣台北地方法院 102 年消簡上字第 1 號民事判決參照。

¹²⁹ 臺灣高等法院 89 年上字第 1316 號民事判決參照。

¹³⁰ 最高法院 84 年台上字第 1064 號民事判決要旨

負賠償責任。第 6 條第 4 項：受託人製作之不動產說明書，應指派不動產經紀人簽章，並經委託人簽認後，將副本交委託人留存；經紀人員並負有誠實告知買方之義務，如有隱瞞不實，受託人與其經濟人員應連帶負一切法律責任；其因而生損害於委託人者，受託人應負賠償責任。第 6 條第 6 項：受託人應隨時依委託人之查詢，向委託人報告銷售狀況。

不動產說明書是買賣契約的一部分，其上的有、無記載，皆影響交易之價格。從而，房屋是否有違建，是否漏水等，係不動產說明書所列之必要記載事項，仲介業除了說明外，該等文件自屬買賣契約之重要文件，屬於民法第 567 條第 2 項指稱的「訂約事項」，自應以課予仲介業者調查義務為宜。

依不動產經紀業管理條例第 22 條第 3 項規定，不動產說明書應記載及不得記載項，由中央主管機關定之。內政部於 2000 年 5 月 19 日公告「不動產說明書應記載及不得記載項」¹³¹，其中針對交易之標的區分為土地、成屋與預售屋，將交易上重要之事項予以羅列，例如有無檢測海砂含氣量及輻射鋼筋、是否有滲漏水情形、是否有損鄰狀況、有無違建或禁建情事、是否曾經發生火災及其他天然災害造成建築物損害及其修繕情形、是否被建管單位列為危險建築等，在維護不動產交易市場安全與追求交易資訊透明化下，有其重要意義，然在具體交易中，所涉之事項變化萬千，不動產說明書所載之事項不免有掛一漏萬之失。也因如此，實務判決上亦有認為仲介業之調查及說明義務之範圍與界限仍須回歸個案認定，而有謂：「上訴人雖提出內政部於 89 年 5 月 19 日訂頒發布不動產說明書應記載及不得記載事項，並未就房屋廚房有無水管及排水孔、冷氣孔有無玻璃、房門可否關閉等事項予以規範，據以說明系爭房屋上開瑕疵非屬訂約應調查事項，惟查上開內政部所頒布之不動產說明書應記載即不得記載事項，僅係提供不動產仲介業者製作不動產說明書之參考，並非除上開說明書所列事項外，在具體交易中，仲介業者基於專業，客觀上可期待其舊交易標的物可得注意，並向委託人告知及說明之事項，均可值此脫免其注意義務，至於何種情形會影響訂約，是否屬於『訂約之事項』仍應由事實審法院依據個案認定之」¹³²。

二、基於契約內容之說明義務範圍

¹³¹ 中華民國 89 年 5 月 19 日內政部(89)內中地字第 8979453 號函訂定發布。

¹³² 臺灣板橋地方法院在 91 年小上字第 32 號判決參照。

關於仲介業說明義務之內容與範疇，可參酌誠實信用原則與交易習慣在個別契約中去尋求。因當事人所特別提出之事項，於一般交易情形亦可能並非為重要事項。如經買方或賣方有向仲介業特別提出之需求或條件，亦屬訂約之重大事項而仲介業應對此事項進行說明。例如買方多次向仲介業告知其買屋需求包含得使用停車位，可知系爭停車位是否具備通常效能，核屬重要之訂約事項，因此仲介業者就此事項應盡調查義務¹³³。

另以臺灣高等法院 103 年重上字第 547 號判決為例，針對奢侈稅問題。仲介業因委託銷售契約所負之給付義務，雖不包含奢侈稅完稅義務，惟其既居間仲介出售系爭不動產，並收取居間報酬，自應為當事人謀求得因售出系爭不動產而獲利。不動產經紀業者相較於一般民眾，對於奢侈稅等，應更具專業智識與能力。案例中仲介業亦稱其已將特種貨物及勞務稅條例部分條文與說明記載於系爭買賣契約書及不動產說明書，並由委託銷售方簽名確認，且備妥特種貨物及勞務稅條件確認表請其逐項確認，可知仲介業亦認奢侈稅之課徵攸關賣方獲利。從而仲介業應就其所知向賣方說明奢侈稅之課徵，為該仲介業應履行之契約附隨義務。而本案仲介業既已告知奢侈稅事宜，經賣方簽認於不動產說明書與確認表，其上載明「本件買賣是否適用免徵條件或課徵稅率，應逕行洽詢主管機關並依稅捐機關審查為準」，可知仲介業之說明義務，應止於告知奢侈稅相關規定與內容即可，並不包括確認本件買賣是否果有符合免徵條件。故本案賣方既已知悉奢侈稅，得洽詢主管機關確認本件買賣是否適用免徵條件或者課徵稅率，其是否出售系爭不動產，乃其個人評估考量，縱嗣後因其成年子女設籍該房屋而不符免徵要件致遭課徵奢侈稅，亦難認仲介業有違反告知奢侈稅義務。

本文認為，本案中如仲介業未於說明時表述奢侈稅應洽有關單位詢問，則仍應其未盡說明義務之損害賠償責任。另附帶一提，不動產交易糾紛中，並不全然是有說明義務之一方沒有說明而產生，亦有許多是因買方有其他私人理由，導致買方欲解約，卻無從依據契約內容解約，故以仲介業未說明重要資訊為由，企圖藉此解約。因此，仲介業於盡其說明義務後，主管機關或法院對於爭議點的審查將相對輕易，因仲介業已盡其說明義務之後，買方即必須負有舉證的責任，對於

¹³³ 臺灣臺北地方法院 99 年訴字第 3837 號民事判決參照。

仲介業未說明之資訊及其影響加以述說。

三、參酌學說和實務見解解釋而來之說明義務範圍

不動產說明書應記載事項及不得記載事項以外的，因交易不動產個案內容之不同，而有調查及說明之必要。本文關於說明義務之範圍，基於實務上發生爭議之對象，多屬買方與仲介業之間，因而偏向此部分為討論，非謂賣方與仲介業間即無此義務之存在，合先敘明。

(一)對於契約締結而言重要之事項

除了法律及行政管制明文規定之事項以外，若對於不動產交易雙方當事人之決策具有重要性者，亦應為仲介業說明義務之範圍。舉例來說，從我國不動產交易市場觀之，房屋是否為凶宅，對於買賣契約之締結與否確實存有重大之影響，此非謂買方未提及此項要求，仲介業即可不必調查之重要事項。

然而基於不同人對於凶宅之定義或有不同，於行政管制中僅要求對於賣方產權持有期間是否曾發生非自然死亡事件作為調查之程度，對於部分消費者可能無所苟同，畢竟該事實不會因轉手而消失，故應仍強化仲介業者對於此資訊的調查（如藉由媒體，擴大搜尋期間範圍，而不限於委託銷售賣方之持有期間）與說明必要性。

內政部所公布之不動產說明書應記載及不得記載事項，主要是整理不動產買賣交易中常見之問題，但買賣交易事項繁多，特定事項縱使未規定於其中，仍可能為影響買交易意願之事項，非謂仲介業就該特定事項不負調查及說明之義務。

(二)依據仲介業職務範圍可期待之事項

基於仲介業之特殊職業地位，期待依其專業知識或技能而需負擔之資訊義務。我國對此亦有相關規範。民法第 567 條第 2 項規定，以居間為營業者，對於訂約事項及當事人之履行能力或訂立該約之能力，有調查義務。不動產經紀業管理條例第 22、23 條，規定不動產經紀人需依照內政部所頒定「不動產說明書應記載及不得記載事項」來製作不動產說明書，並依此向委託人交易之相對人解說。依又不動產經紀業管理條例第 24-2 條第 4、5 款，規定經營仲介業務者於接受雙方

委託之情況下，應告知買受人依其仲介專業應查知之不動產瑕疵，且須協助買受人對不動產進行必要之檢查。

而不動產經紀人考試科目縱包括與土地有關之稅務事項，但僅限於與土地有關，尚非涉及營利事業所得稅之申報等專業。以台灣高等法院 97 年上易字第 106 號民事判決¹³⁴為例，其針對不動產仲介業對於營利事業所得稅務是否有調查與說明義務表示看法。該案中以房地產權、品質及買賣雙方之締約能力與履約能力皆未發生任何問題，足認仲介公司已善盡調查買賣標的房地產權與品質狀況及買賣雙方之締約能力與履約能力之義務，亦已善盡契約條文之說明義務，使買賣雙方皆明確瞭解交易標的、房地價金以及雙方於契約中所約定之權利與義務。上訴人於簽約時，並未主動詢問將系爭房地分別記載土地、建物價格對上訴人嗣後如欲轉賣系爭房地有何影響，且所得稅務或相關問題注意義務之履行，必須先知悉上訴人之營業狀況或方針為前提，故不應認定營利事業所得稅務之說明亦為仲介業應給付義務之範圍。意即，當說明內容並不屬於不動產仲介業專業知識與經驗範圍時，仲介業之調查及說明義務應當隨之限縮。

(三) 資訊取得可能之範圍

舉「凶宅」資訊為例，基於其內涵與範圍因人而異，對於個人所產生之心理影響程度亦有所不同。判斷依不動產是否為「凶宅」，需考量事件發生之經過、經過時間長短等因素，而並不以「發生凶殺或自殺致死之人應死於屋內」為限，故現行法令對於凶宅並未明確定義與規範。

¹³⁴ 就有關不動產仲介業對於營利事業所得稅務是否有積極調查與告知之義務表示看法，其明白揭示委託人在非處於專業知識與經驗劣勢之情形下，仲介業積極調查與告知義務易隨之限縮，是有謂：「有關所得稅務及其相關應注意事項之告知義務，非屬於不動產仲介業者之附隨義務。又附隨義務大抵具有平衡雙方經濟地位或能力之差距，而課以居強勢者除給付義務外作為或不作為之義務。本件上訴人既為公司法人，且以投資為其專業，顯非居經濟地位之弱勢就所得稅務或相關問題之處理能力實應較被上訴人為優，如將系爭義務劃歸被上訴人之附隨義務，亦有失公平。上訴人雖主張其未具不動產投資之專業，惟上訴人既名為投資公司，又跨足不動產領域，則如何防堵因稅務問題沖蝕其獲利，本為其必須考量或付出之經營成本，實不應將其獲利之折損，歸責於上訴人，方與分配正義無違。再者附隨義務亦應考量履行之可能性或可期待性。次按，所得稅務或相關問題注意義務之履行，必須先知悉上訴人之營業狀況或方針為前提，被上訴人並未參與上訴人之營運，自無從得知上訴人究係何時欲將系爭房地轉手，亦難知當年度上訴人是否虧損或盈餘而得退稅或需補稅，欠缺履行之可能性。被上訴人為仲介業者，居於買賣雙方當事人間，被上訴人如著力於一方之利益，勢必有損於他方，終將導致破局，實欠缺履行之可期待性。從而，本件有關所得稅務及其相關應注意事項之告知義務，應非屬不動產仲介業者即被上訴人之附隨義務範圍。」

國內對於凶宅資訊並無政府公開資訊可供查詢，惟現今媒體發達，若曾宣揚報導過，查證並非困難，另尚可經由訪視不動產附近住戶、社區管理委員會、里長辦公室，甚至當地消防隊的救護紀錄、轄區派出所員警等，加以查證。若仲介業者皆未主動調查，僅以賣方於「不動產標的現況說明書」中，對於「本建築改良物（專有部分）於賣方產權是否曾發生兇殺或自殺致死之情事」之勾選，即完全信任，則應難謂仲介業已盡其善良管理人之注意義務。

惟為避免過度干涉企業經營者的資訊提供權利，在消費者已知該資訊的情形，或是資訊取得對於仲介業亦相當困難時，此時不應認為企業經營者有資訊提供義務。企業經營者未提供，並無違反資訊提供義務，消費者不得以此撤銷契約。若資訊之取得輾轉耗時，使不動產仲介業者需支付與報酬顯不相當之調查費用時，則此時調查義務之範圍應有所限縮，然若仲介業者特別表明願意承擔此調查義務則另當別論。



第二節 說明義務之解說人員之實然、應然及解說時點

第一項 解說人員之實然及應然

日本之「宅地建物交易主任者」，相當我國之不動產經紀人。依宅地建物取引業法第 35 條，不動產重要事項之解說，係由宅地建物交易者所指派之宅地建物交易主任者(如同我國之不動產經紀人)為之，其將重要事項說明書交付予擬為承買之人，而後對其解說內容。且於解說時，應主動出示其交易主任者證，以證明其資格。

由此可知，日本於重要事項說明書上記名簽章及實際解說重要事項者，皆須為宅地建物交易主任者。惟關於是否須為同一交易主任者，依據需記名簽章規定之立法意旨來解釋，必須為同一人¹³⁵。由同一人簽章及解說，更能保護承買人，較不會發生解說前後矛盾之情形，也不會有宅地建物交易主任者互相推卸責任、責任歸屬不明之問題。

反觀我國依據不動產經紀業管理條例第 22 條規定，不動產說明書由經紀業指派「經紀人」簽章，此項規定實質肯定。惟最為重要的說明義務，同法第 23 條卻規定，「經紀人員」在執行業務過程中，應以不動產說明書向與委託人交易之相對人解說。依不動產經紀業管理條例之規定，不動產經紀人員包含經紀人及經紀營業員兩類，各有其法定資格限定。換言之，我國不動產說明書之簽章與解說者得為不同之人，而為說明者甚至可以是不具經紀人身分之經紀營業員，並可推知實務上就不動產說明書之簽章與解說得為不同之人此一結論。(甚至未解說不動產說明書)

然而，同一事項透過不同仲介業者，可能將因個人認知及說明方式及能力之不同，而產生諸多疑慮。非屬經考試及格之經紀營業員既無資格為不動產說明書簽章，又何有能力解說其中之重要事項，此部分規定實屬重大缺漏。由本文第三章第一節對於說明義務之意涵解析可知，說明義務絕非僅是單純「朗讀」將資訊提供出來而已，而是必須透過詳細的解說，讓買方瞭解該不動產之相關資訊之真正意涵(特別是不利益之重要事項)，並對其不熟悉之處，能藉由仲介業者本身之

¹³⁵ 陳立夫，同註 5，頁 10-11。

專業給予適當之指導，以供欠缺對不動產欠缺經驗及專業能力之交易者參酌¹³⁶。不動產經紀營業員是否可勝任此項義務，令人質疑。

依不動產經紀業管理條例第 4 條第 7 款，經紀人之職務主要為執行仲介或代銷業務，而經紀營業員之職務僅為協助經紀人執行仲介或代銷業務而已，身分如同經紀人之助手。且前者依同法第 13 條第 1 項及第 14 條，應經不動產經紀人考試及格並領有不動產經紀人證書始可職業；惟後者依本條例第 13 條第 2、3 項，其資格之取得，僅需參加由中央主管機關指定之機構、團體舉辦不動產經紀營業員訓練滿 30 小時即可，顯見經紀營業員資格取得相對經紀人容易許多，且在訓練時數不充分與部分訓練機構未落實訓練之情形下，兩者之專業能力有顯著差異，對於不動產交易實務上相關資訊之分析瞭解程度亦不可相提並論。

不動產說明書之製作與說明，影響當事人是否進行不動產交易，然而不動產經紀營業員之資格取得標準寬鬆，專業能力參差不齊，難謂其能擔起解說不動產說明書之重任。總之，經紀營業員依法僅能視為經紀人之助手，協助處理經紀人所交付之次要性事項，並不能從事不動產經紀業務之核心工作，更遑論從事不動產交易中最為關鍵之重要事項說明義務。有鑑於我國目前仍以不動產經紀營業員作為執行業務之主要人力，且實務上亦多容許僅將不動產說明書交由承購人自行查看、閱覽，而未見對於說明範圍及相對人之理解程度有所要求¹³⁷。

第二項 仲介業說明之時點

不動產交易時，經紀業者所負說明義務之時間點，本文概分為買賣契約成立前及買賣契約成立後之說明義務：

一、買賣契約成立前之仲介說明義務

就不動產重要事項解說義務之規範意旨而言，主要係從紛爭預防之觀點著眼，藉由使交易相對人於締約前有機會探知交易標的之細部資訊，而避免將來遭遇不可預知之危險或損害。因此，日本之宅地建物取引業法第 35 條第 2 項明定該解

¹³⁶ 依日本法理論，不動產重要事項之解說，係指講解者本於其專業，對擬為承購不動產之人，講解事務含意，使之瞭解、教導專門知識，指導其方法、傳達情境，以供參考之涵義。陳立夫，同註 5，頁 18。

¹³⁷ 類似見解請參台北地方法院 93 年訴字第 4271 號民事判決、新竹地方法院 90 年竹簡字第 296 號、台北地方法院 93 年訴字第 1405 號判決。

說義務應於「契約成立前」為之，惟為達成上述目的，解釋上該說明之時點與簽訂契約之時間點應具備充分時間之間隔¹³⁸，以供消費者有合理期間消化締約資訊並決定是否進行交易，俾保障其意思自由。

仲介業者對於不動產重要事項必須向交易相對人(買方)詳加解說，以保證交易當事人於充分瞭解交易標的相關資訊之情況下，做出正確判斷，避免日後爭議，並有助於交易雙方對其結果負起自我責任。

而所謂「契約成立前」之用語容易有解釋的空間，實務上即便於簽訂契約時或即將簽約之前始予說明，仍難認其違反系爭解說義務。然基於立法目的之考量，「契約成立前」應非指「即將」簽訂契約之前，為能讓買方有充足時間理解資訊之內涵，仲介業說明之時點與簽訂契約之時點間，應給予充分時間之相隔。

二、買賣契約成立後之仲介說明義務

實務上仲介業者大多有售後服務，交易當事人因信賴專業之仲介業者而進行不動產交易，因此事後亦繼續期待業者能提供相關服務及協助。交易後給予適切的建言作為說明義務之延續。民法委任契約第 540 條規定「受任人應將委任事務進行狀況及顛末報告予受任人」，似含有契約成立後，業者仍要隨時向交易者報告之意味。

¹³⁸ 明石三郎、上原洋允、木昌征一、岡本正治、磯野英德，1995，詳解宅地建物取引業法，大成出版社，頁 320。轉引自陳立夫，同註 5，頁 11。

第三節 違反說明義務之法律效果

第一項 違反說明義務之態樣

一、不實陳述(因故意或過失)

所謂不實陳述，係對應為說明義務範圍內之事實，明知或因過失不知真實情況，而向相對人為與真實情況不同之表述，而誤導相對人之情形，此為違反說明義務態樣之一。

若已為告知，惟告知之內容有瑕疵，考量不動產仲介業之專業角色及其收取報酬而應盡善良管理人之注意義務¹³⁹，故若說明之內容有瑕疵，此時應認為其未善盡說明義務。故不動產仲介業在應予說明之範圍內，無論是故意不為說明，或過失怠為說明，均係違反了法定義務。

二、未為說明(因故意或過失)

未說明包括故意隱匿及過失遺漏之情形。故意隱匿係對告知義務範圍內之事實，明知而故意不為告知；過失遺漏係對告知義務範圍內事實知悉，而因過失未為告知。

不動產仲介業對於委託人交易重要事項或與重要事項有關之事項，只告知其有利之部分，對於不利之事實故意不加以告知，而使其誤以為不利之事實不存在，則此未告知不利益事實之情形，亦是違反了說明義務。

¹³⁹ 參照最高法院 42 年台上字第 865 號民事判例、最高法院 96 年台上字第 1649 號民事判決，「過失」，以其欠缺注意之程度為標準，可分為抽象輕過失、具體輕過失及重大過失三種。因此，過失之有無會依照以上作區分，抽象輕過失以是否欠缺應盡善良管理人之注意定之；具體輕過失以是否欠缺應與處理自己事務為同一之注意定之；重大過失，則以是否顯然欠缺普通人之注意定之，苟非欠缺其注意，即不得謂之有過失。所謂的善良管理人，最高法院在 93 年台上字第 851 號民事判決中有謂：「行為人已否已盡善良管理人之注意義務，應依事件之特性，分別加以考量，因行為人之職業、危害之嚴重性、被害法益之輕重、防範避免危害之代價，而有所不同」。善良管理人之注意義務，乃指有一般具有相當知識經驗且勤勉負責之人，在相同之情況下是否能預見並避免或防止損害結果之發生為準，如行為人不為謹慎理性之人在相同情況下，所應為之行為，即構成注意義務之違反而有過失，其注意之程度應視行為人之職業性質、社會交易習慣及法令規定等情形而定。

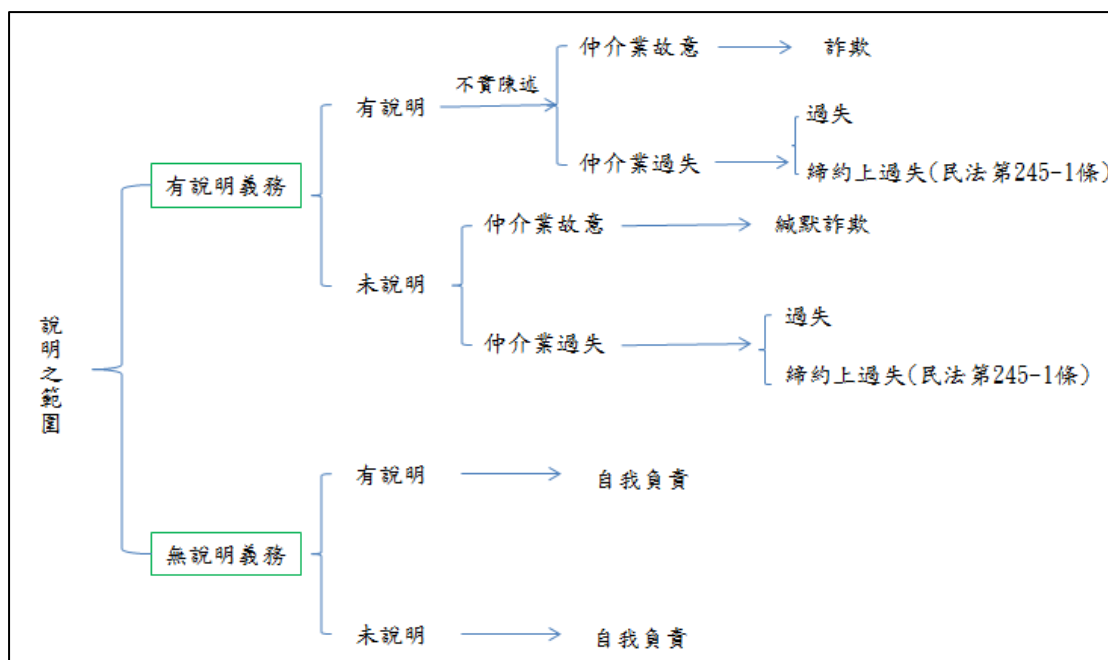


圖 4：違反說明義務之態樣

第二項 違反說明義務之法律關係

一、違反說明義務與民法第 92 條第 1 項詐欺規定之關係

關於意思表示不自由，民法第 92 條第 1 項規定：「因被詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示。但詐欺係由第三人所為者，以相對人明知其事實或可得而知者為限，始得撤銷之」。詐欺係指對虛假之事實表示其為真實，或在有說明義務時，故意隱瞞事實。意即，詐欺是以「使他人陷於錯誤而為意思表示」為目的之故意欺罔行為。而其態樣可分為「作為詐欺」與「不作為詐欺」。

所謂「作為詐欺」，係指行為人欲使相對人陷於錯誤，故意以不實之事，令其因錯誤而為意思表示¹⁴⁰。而消極不作為詐欺是否亦屬民法第 92 條第 1 項所規定詐欺之範圍，參照最高法院 33 年上字第 884 號判例意旨：「民法第 92 條第 1 項所謂詐欺，雖不以積極之欺罔行為為限，然單純之緘默，除在法律上、契紙上或交易之習慣上就某事項負有告知之義務者外，其緘默並無違法性，即與本條項之所謂詐欺不合」。則按其反面推論，若在法律上、契約上或交易習慣上，就某

¹⁴⁰ 最高法院 18 年上字第 371 判例參照。

事項對相對人負有告知義務，若行為人之單純之緘默在法律上、契約上或交易習慣上，係有意不對相對人為資訊告知，且其單純緘默和表意人錯誤之意思表示間有因果關係，則其消極不作為之詐欺行為可能構成民法第 92 條第 1 項詐欺。

仲介業是否應負責任，應視仲介業之調查義務範圍而定。於法律上、契約上或交易習慣上，就某事項對相對人負有告知義務，亦為認定是否構成不作為詐欺重要因素。當事人雙方因專業知識、技術、資訊等資訊不對稱問題因素，而產生契約地位不平等現象，在解釋適用民法關於意思表示被詐欺之規定時，特別是在認定消極不作為詐欺是否成立時，法律政策上應根據誠實信用原則，課予企業經營者以更高之說明義務程度，擴大其應告知說明事項之範圍。就影響消費者形成其意思決定所考慮之重要事項，對消費者負有誠實告知說明之義務¹⁴¹，以衡平當事人間因契約地位不平等所造成影響權益受損之情形。

此外，最高法院 93 年度台上字第 2537 號判決意旨，認為在債務人為企業經營者、債權人為消費者之情形，根據法律、契約、交易習慣，就某事項對消費者負有告知義務之企業經營者，若明知該事項而未告知，且其可合理預見消費者將因其緘默行為而繼續陷於錯誤以致為意思表示者，應肯認消費者嗣後得以企業經營者成立緘默詐欺為由，依民法 92 條第 1 項前段規定，撤銷其意思表示。

在解釋適用民法關於意思表示被詐欺之規定時，特別是在認定消極不作為詐欺是否成立時，在依法律規定、契約、交易習慣，就某事項對消費者負有告知義務之企業經營者，應提高其告知說明義務程度，擴大其應告知說明事項之範圍，就影響消費者形成其意思決定所考慮之重要事項，對消費者負有誠實告知說明之義務，從而仲介不動產買賣時，仲介業應說明者，理當擔保其說明之真實性並為必要之調查，而非僅須說明，不管其真偽。如仲介業者有違反資訊說明義務之情形，應解釋為該當民法第 92 條第 1 項詐欺之規定。

二、違反說明義務與民法第 184 條侵權行為規定之關係

有關一般侵權行為責任，民法第 184 條規定：「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

¹⁴¹ 陳忠五，1999，「不誠實廣告與夾層屋買賣契約—實務上相關判決之綜合評釋（上）」，『台灣本土法學雜誌』，第 2 期，頁 74。

同。違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限」。

就該條文第 1 項規定而言，侵權行為之成立以行為人有故意或過失為其成立要件。所謂故意，係指行為人對於構成侵權行為之事實，明知並有意使其發生，或預見其發生，而其發生並不違背其本意者。所謂過失，係指行為人雖非故意，但按其情節應注意並能注意而不注意，或其對於構成侵權行為之事實，雖預見其能發生而確信其不發生者。

在以背於善良風俗加損害於他人侵權行為之情形，依民法第 184 條第 1 項後段規定則應以出於故意者為限，若由於過失所致者，依該條項後段規定反面解釋則不構成侵權行為。至於在違反保護他人法律之情形，依民法第 184 條第 2 項規定，原則上致生損害於他人者，負賠償責任。

而第 2 項所謂違反保護他人之法律者，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般為防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律而言¹⁴²。為使消費者採取正確合理之消費選擇，業者應提供消費者充分與正確之消費資訊，業者如違反消費資訊揭露義務，有學者認為將構成民法第 184 條第 2 項有關違反保護他人法律之損害賠償責任¹⁴³。仲介業者如係以背於善良風俗的方法加損害於委託人，或違反保護他人法律，倘委託人因此受有損害者，仲介業須負侵權行為的損害賠償責任。

三、違反說明義務與民法締約上過失之關係

民法第 245-1 條規定：「契約未成立時，當事人為準備或商議訂立契約而有下列情形之一者，對於非因過失而信契約能成立致受損害之他方當事人，負賠償責任：一、就訂約有重要關係之事項，對他方之詢問，惡意隱匿或為不實之說明者。二、知悉或持有他方之秘密，經他方明示應予保密，而因故意或重大過失洩漏之者。三、其他顯然違反誠實及信用方法者。前項損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅。」

締約上過失責任之成立，就民法第 245-1 條規定內容觀之，須當事人已進入

¹⁴² 最高法院 96 年度台上字第 2301 號民事判決參照。

¹⁴³ 黃立，2006，『民法債編總論』，自版(三版)，頁 139。

締約磋商或準備階段。當事人雙方欲藉由訂立契約達成經濟上目的，而謀求各自所需之利益，其為訂立契約而進行準備或商議，隨著締約磋商或準備次序之進展，即處於相互信賴之特殊關係中。

不動產仲介契約締約前資訊說明義務而言，係屬締約前即須履行之說明義務，而非於契約成立後、契約終了前，履行其資訊說明義務，符合民法第 245 條之 1 第 1 項所稱「契約未成立時」文義規定之情形。基於保護當事人間因準備或商議訂立契約而建立之特殊信賴關係，在買受人與不動產仲介業尚未訂有仲介契約之情況下，買受人因不動產仲介業違反說明義務（不實說明或未為說明），而受有損害時，即可主張不動產仲介業者之締約過失責任。

締約過失責任係以保障締約前當事人雙方因準備或商議訂立契約已建立之特殊信賴關係為目的，若買方與仲介業者間尚未訂立仲介契約，而仲介業者如違反締約前資訊說明義務之情形，善意相對人可向有故意或過失之一方請求信賴利益的損害賠償。

第三項 違反說明義務之法律效果

一、債務不履行之損害賠償責任

對於重要事項之調查及說明義務於不動產仲介契約義務中係屬於主給付義務之性質，如仲介業違反調查及說明義務，其行為為係屬違反主給付義務。主給付義務既然為一般債之關係中與契約給付利益最為密切之義務，就債務不履行之責任，基本上亦係以主給付義務之違反為規範核心。當債務人違反主給付義務，將產生債務不履行之損害賠償責任，債權人得請求損害賠償。

不動產仲介契約係兼具居間及委任性質之混合契約，依據民法第 567 條，居間人關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。以居間為營業者，關於訂約事項等有調查之義務。故不動產仲介業為媒介居間之業務時，除了訂約之媒介外，尚負有據實報告、妥為媒介及調查之給付義務。又因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，民法第 184 條第 1 項定有明文。

不動產買賣交易過程，涉及多項法令專業知識，一般消費者在缺乏實際買賣經驗下，常委由仲介業處理買賣事宜；仲介業針對其所為之仲介行為，既向消費

者收取高額之報酬，自應就其業務善盡遇見危險及調查義務。仲介業之善良管理人注意義務，係依不動產仲介業者所具有之專門知識、經驗即能注意事項者之義務，此應盡之義務顯較一般人所能注意義務之程度為高¹⁴⁴。仲介業未盡其善良管理人之責，而違反說明義務致委託人受有損害，即違反民法 567 條居間人據實報告及調查之義務及民法第 535 條善良管理人之注意義務，委託人得類推適用民法第 544 條之規定¹⁴⁵，向仲介業主張損害賠償。

另仲介業未依債之本旨履行債務時，因係可歸責於仲介業之不完全給付，委託人得依民法第 227 條之規定請求主張損害賠償，甚或依民法第 254 條或第 256 條主張解除契約。

對於調查訂約事項、當事人之履約能力或訂立該約之能力，如違反民法第 567 條規定之義務，致委託人或其相對人因而受到損害，應負債務不履行責任。以最高法院 103 年台上字第 2122 號判決為例，委託人曾詢問系爭不動產是否限制洗腎中心入駐及可否將發電機置於大樓地下室，此為委託人是否承租之重要考量，仲介業僅向承租人之助理查詢隨即回覆，未親向大樓管委會詢問，未善盡調查義務，委託人得依不完全給付之法律關係請求仲介業損害賠償。

再以新北地方法院 100 年訴字第 1112 號判決為例，仲介業者受委託仲介區分所有建物之不動產買賣交易過程，於建物登記之公共設施面積中，對於俗稱「大公」、「小公」應為其職務上應週知之事實。從而地政登記實務上，縱有部分建築個案將「小公」面積登記在主建物面積範圍內，於建物謄本上雖無從得知該事實，而仲介業者應負有進一步向地政機關申請調閱建物測量成果圖，並依圖示與實際建物格局丈量比對是否相異，並確認有關樓梯間、電梯間等「小公」面積是否登記於主建物面積內，並據實向購屋者說明。該基本調查及說明義務，衡諸一般社會交易法則，應屬仲介業之職責，並且無須依賴精密儀器，而僅需以一般工具丈

¹⁴⁴ 魏大曉，同註 13，頁 10 以下；台北地方法院 95 年消字第 4 號判決即反射此種程度較高注意義務之要求，是有謂：「經查，本件被告太平洋公司為房屋仲介公司，為原告及被告居間仲介系爭房地之買賣，自應本於善良管理人之注意義務，就買賣標的物有無依通常交易觀念上之重要瑕疵，加以進行了解並向原告解說，而不動產經紀業者又多屬區域商圈經營，對於區域內之不動產概況均有深入之掌握，故仲介業者應竭盡所知向消費者誠實揭露足以影響購買意願之一切重要訊息。」

¹⁴⁵ 民法第 544 條規定：「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。」

量即可得知。本案仲介業者未審酌並釐清地政機關登記實況，未盡注意義務致使購屋者誤判而蒙受損害，雖非故意，亦應負過失侵權之責。縱使為賣方，亦可能因不動產仲介業違反說明義務(例如提供錯誤之訊息)而陷於不利的地位，有違約之虞，因而權益受到影響。

二、喪失報酬請求權

我國立法者在居間契約的領域，對於居間報酬與媒介費用有其特殊設計，透過民法第 568 條第 1 項與第 569 條之規定，依次揭褫了請求居間報酬須以主契約有效成立的報酬法則，以及居間人基本上應自行承擔居間費用的原理。不動產仲介契約之內容側重於仲介人媒介不動產之出售而取得報酬，具有居間性質。

關於仲介業違反契約義務之法律效果，依民法第 571 條規定：「居間人違反其對於委託人之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，由相對人收受利益者，不得向委託人請求報酬及償還費用」。由此規定可知，該規定之適用要件為：(一)違反對委託人之義務而行為有利於相對人、(二)違反誠實及信用方法由相對人收受利益。

因仲介業與委託人成立仲介契約，自應受契約之拘束，忠於媒介之行為，故不動產仲介業違反對委託人之積極活動義務、據實告知義務、調查說明義務，而有利於委託人之相對人之行為時，不論委託人是否受有損害，依民法第 571 條之規定仲介業之報酬請求權即喪失，不得向委託人請求給付。倘委託人已給付報酬者，得依不當得利之規定請求仲介業返還其無法律上原因而取得之利益。

以臺灣高等法院 94 年上字第 1004 號民事判決為例，仲介業「明知」系爭房屋為輻射污染房屋，卻未依誠信原則告知買方，雖仲介業稱其僅提供締約之機會，並未與買方間成立委任或其他契約，但亦不否認有受買方委託與出賣人洽談價金之各項問題，且收受被上訴人所給付之斡旋金，並於契約成立後另向買方取得居間報酬，而依民法第 567 條第 1 項前段規定，居間就關於訂約事項，應就其所知，據實報告於各當事人。是仲介公司與買方間成立有居間及委任性質之契約，且仲介公司對買方有據實報告之義務，依規定仲介公司不得向買方請求報酬。

而實務判決中亦有仲介業對於不動產之瑕疵有違反妥為說明之義務，而認為

該有利於相對人之行為結果係仲介業之反射效果，而判定無為利於相對人之行為之案例¹⁴⁶。然而，仲介業所提供之資訊係供委託人評估是否締結買賣契約之重要評判依據，若委託人知該瑕疵之存在，將不會以相同價格、條件向相對人締結買賣契約，則仲介業違反善盡說明之義務，自應屬於有利於相對人之行為，依據民法第 571 條規定，應喪失其報酬請求權。

仲介業之業務，涉及買賣不動產之專業知識，相較於一般消費者而言，其資訊取得處於優勢地位。而消費者將買賣不動產之相關事項委託於仲介業者，並給付高額之服務報酬，仲介業者更應本於其專業負其善良管理人之責任，對於所仲介之不動產盡其調查義務，並對於必要資訊及瑕疵，據實向消費者說明。而仲介業如有違反說明義務之情形，依據民法第 571 條，仲介業不得請求報酬。以臺灣高等法院臺南分院 101 年上字第 191 號判決為例，仲介業未於約定時間將有意願出價者之買賣議價委託書轉交給委託出賣之人，致委託人因資訊不明而無法參考他人之出價，降低土地售價而為有利於買受人之行為，仲介業即屬違反對於委託人據實報告義務¹⁴⁷；又或仲介業因過失而未查詢頂樓加蓋之查報拆除情形，而向委託人表示其為既存違建不會拆除，違反調查及據實說明義務，而使委託之相對人受有利益¹⁴⁸。

民法第 571 條之立法理由係為保護委託人之利益，而制裁居間人¹⁴⁹。不論委託人是否受有損害，而一律排除仲介業之報酬請求權，與債務不履行之規定相差極大。應係考量居間人違反義務，雖須負債務不履行之損害賠償責任，但如居間人成功促成主契約之報酬高於其賠償金額時，可能助長仲介業違反其應盡義務，故設此規定。

仲介業如係故意或有重大過失而違反對於委託人之義務，仲介業顯係為了相對人或自己之利益，而與促成買賣契約(主契約)之締結，而未為委託人之利益而為，此應為民法第 571 條所欲防範之情況，故於此情形下，縱然委託人尚無損害，

¹⁴⁶ 臺灣高等法院 99 年度上字第 647 號判決參照。

¹⁴⁷ 臺灣高等法院臺南分院 101 年上字第 191 號判決參照。

¹⁴⁸ 臺灣台北地方法院 100 年消字第 2 號判決參照。

¹⁴⁹ 民法第 571 條立法意旨：「謹按居間人既受委託人之委託，即有忠於所事之義務，居間人如違反其對於委託人之義務，而為利於委託人之相對人之行為，或違反誠實及信用方法，而由相對人收受利益者，自屬違背忠實義務。本條明定不許居間人向委託人請求報酬，暨請求償還其支出之費用，蓋一方保護委託人之利益，一方示予居間人之制裁也。」

仲介業仍應喪失其報酬請求權。至於，單純違反注意義務之行為，縱使違反委託之義務，尚未達民法第 571 條原欲制裁之理由，故依損害賠償之相關規定處理即已足，不應逕行剝奪仲介業之報酬請求權。



第四節 小結

課予不動產仲介經紀業調查及說明之義務，是希冀能降低不動產仲介經紀業與一般購屋者間資訊完備之程度差異。透過專門知識者對其專業領域上之資訊，對他方當事人所為之闡釋，並就他方相應的決定或所處情勢主動地加以報告或傳達。

惟雖實務上判決確實同意不動產仲介業依其專業知識及優越之情報蒐集、調查能力，除就其所知之訂約事項，對委託人負有據實報告義務外，關於足以影響買賣雙方意思決定之訂約重大事項，亦應課予調查義務，方能回歸到實質上從事仲介之期待；仲介業者既向消費者收取高額之佣金，應就其所從事之業務負善盡預見危險及調查之義務等¹⁵⁰。然若法律未明文定出應課予仲介業對於可能危害契約目的之重大事項需有調查並說明之義務，恐留讓仲介業有解釋空間，而僅就官方所定之「不動產說明書應記載事項及不得記載事項」予以操作，如此皆可能損害一般消費者之權益。建議應將說明義務加以明文規範，以作為保障資訊弱勢者之一般法律依據。

於具體個案尚須考量其是否對於主契約之締結有重大影響、是否具有合理期待性、當事人一方是否知曉將來可能危害契約目的之情事等，本文擬將說明義務之範圍之判定標準分為三部分-法律及行政管制明文規定之說明義務範圍、基於契約內容之說明義務範圍、參酌各學說和實務解釋而來之範圍。希冀能為調查與說明義務之範圍畫出一道合理而非漫無限制之評判界限。除了不動產說明書應記載及不得記載事項等相關規範，亦須依個案來判斷，根據不動產標的狀況，並顧及當事人本身之屬性，決定其應為如何之說明義務。

不動產仲介業違反說明義務之態樣包括不實陳述及未為說明，無論是故意或過失，應說明者而不為說明或不完全說明即是違反說明義務，則此時仲介業可能因違反其契約責任，而需負擔損害賠償之責甚或喪失其報酬請求權。

¹⁵⁰ 參閱台北地院 87 年訴字第 3996 號判決、最高法院 84 年台上字第 1064 號判決。



第五章 結論與建議

第一節 結論

不動產之交易，不僅標的金額高昂，且相較於其他商品其權利關係及交易條件等相對複雜。事前瞭解所擬交易不動產之各項資訊實屬必要，如未充分調查確認，即締結契約，則將造成無法達成契約目的或蒙受重大損失之紛爭。然而，一般民眾大多缺乏不動產交易經驗及專業知識，而常透過不動產仲介業者處理買賣交易事宜。而仲介業者依法收取報酬，應負有善良管理人之注意義務，對於仲介之不動產詳加調查並據實說明，使交易雙方能在充分瞭解其所擬交易不動產之重要資訊之後，據以決定是否與對相對人進行交易或為交易條件之判斷。

不動產經紀人員在執行業務過程中，依法應以不動產說明書向與委託人交易之相對人「說明」。所謂不動產說明書之「說明」，並非僅為單純地將其朗讀，而是對契約的締結具有重大決定性的資訊，必須提供給他方知悉，並使其明白資訊中的內涵。我國法律或學說上，關於說明義務與資訊提供義務基本上未做區分。實務以傳統民法理論為主要思考模式，即當事人負有資訊分析之義務，所以一旦業者提供書面資料或告知資訊之來源，當事人對此負有資訊分析之義務，而未未要求業者要盡到使對方瞭解的說明義務，似乎認為業者有做到資訊提供之行為即是盡到說明義務，卻忽略弱勢之一方對於業者所提供資訊不見得有去瞭解資訊之內容。如認為說明義務即為資訊提供義務的話，則締約時以書面交付即認為已盡說明義務。

說明義務的程度與書面資訊提供應不相同，要達到使當事人瞭解程度的話，純粹的書面資訊提供應不足以認為已盡說明義務，更何況不動產說明書應記載及不得記載事項之內容可能因各現實交易相異，而可能有掛一漏萬之情形，因而本文提出判定不動產仲介業之說明義務範圍準則—法律及行政管制明文規定之說明範圍、基於契約內容之說明範圍、參酌各學說和實務解釋而來之說明範圍(包括對契約締結重要者、依一般經驗仲介業之可期待職務範圍、資訊取得可能)，希冀能作為實務操作上之參考。而於界定說明義務範圍之後，不動產仲介業因故意或過失違反該說明義務者，即須擔負一定之責任。不動產仲介業應說明而不為說

明或不完全說明即是違反說明義務，而應承擔損害賠償責任或是喪失報酬請求權。

不實說明或不完全之說明，甚至未為說明，均可能導致交易者之權利受有損害。然實務上因未能深入瞭解說明義務之真正意義，對此未見深究，而致使或有在不動產說明書上簽名，即作為認定業者已盡說明義務之依據。由此可知，在法律上未將說明義務明文具體規範前，有時很難做出有利於資訊弱勢之方之判定。若能對於不實說明、不利益事實之不說明予以明文規定，如此只要業者有上述情形，法院的心證上幾乎可認定會致使交易者誤認。或許現有行政命令基於實際上需要訂有關於說明義務之規範，但違反相關行政命令之效果，頂多業者受到行政罰，而無法真正釐清當事人間權利義務關係，無助於糾紛之解決。

第二節 建議

在契約法中說明義務一般被認為是依據誠信原則而來之附隨義務，而非主給付義務，除非契約中明訂或法律有明文規定。惟本文以為，主給付義務、從給付義務與附隨義務對於具體義務而言，屬於上位階之概念，而上位階概念下亦有各自不同類型之具體義務，因此在判斷具體義務屬於何種義務，應以該義務之目的作為判斷標準，因有時同一名稱之義務其實帶有不同之義務屬性。以不動產仲介契約之仲介業說明義務為例，仲介業者對於重要資訊之說明義務應為主給付義務。

完善的法律，不僅是對一般買賣交易者給予保護、救濟，使各種紛爭回歸到法律面向尋求解決，就長期不動產交易發展的觀點而言，是建立一個大家都能安心進行交易之不動產環境，來保障交易安全。

參考文獻

一、中文參考文獻

(一)專書

1. 王澤鑑，1996，『民法學說與判例研究(四)』，作者自版。
2. 王澤鑑，2010，『法律思維與民法實例』，台北：三民。
3. 王澤鑑，2012，『債法原理』，台北：三民。
4. 司法院第四廳編輯，1990，『司法研究年報第十輯上冊』，司法院。
5. 何邦超、林永汀，1991，『不動產仲介法律實務』，台北：永然文化。
6. 李永然，2001，『不動產交易與管理之法律寶典』，新北：正中。
7. 李永然，2012，『代銷·仲介紅不讓』，台北：永然文化。
8. 李芳南，2001，『不動產仲介法律實務精解』，台北：永然文化。
9. 林旺根，1999，『不動產經紀法之實用權益』，台北：永然文化。
10. 邱聰智，2002，『新訂債法各論(中)』，台北：元照。
11. 姚志明，2003，『誠信原則與附隨義務之研究』，台北：元照。
12. 曾品傑，2000，『房屋仲介契約之研究』，台北：蔚理。
13. 黃立，2006，『民法債編總論』，自版(三版)。
14. 劉春堂，2007，『民法債編各論(中)』，作者自版。
15. 魏大曉，1989，「不動產仲介契約之研究」，收錄於『司法研究年報第十輯上冊』，司法院第四廳編輯。

(二)期刊論文

1. 向明恩，2011，「前契約說明義務之形塑與界線—評基隆地方法院九十二年度訴字第三四二號民事判決」，『月旦法學雜誌』，第 190 期，頁 171-187。
2. 向明恩，2012，「不動產經紀業者對凶宅之告知和調查義務—台北地院 99 訴 2744」，『台灣法學』，第 191 期，頁 177-181。
3. 林更盛，2009，「論契約控制的相關理論—從 John Rawls 的正義理論談起」，『東海大學法學研究』，第 30 期，頁 1-73。
4. 陳立夫，2006，「不動產說明書與說明義務」，『土地問題研究季刊』，第 5 卷第 3 期，頁 21-28

5. 陳立夫，2006，「從日本法觀點檢討我國不動產說明書與解說之問題—以不動產仲介業務為中心」，『台灣本土法學雜誌』，第 87 期，頁 5-21。
6. 陳忠五，1999，不誠實廣告與夾層屋買賣契約—實務上相關判決之綜合評釋（上），『台灣本土法學雜誌』，第 2 期，頁 66-87。
7. 曾品傑，2004，「斡旋金契約之實務問題研究」，『公平交易季刊』，第 12 卷第 1 期，頁 35-98。
8. 曾品傑，2007，「論資訊提供義務—從緘默詐欺談起」，『東海大學法學研究』，第 27 期，頁 57-113。
9. 曾品傑，2011，「不動產仲介法之實務問題」，『全國律師』，第 15 卷第 12 期，頁 4-17。
10. 楊宏暉，2009，「誠信原則與契約締結相關說明義務的合理性」，『法學叢刊』，第 54 卷第 3 期，頁 111-164。
11. 謝哲勝，1998，「不動產仲介的法律關係與斡旋金的法律效力」，『人文社會科學集刊』，第 10 卷第 1 期，頁 79-129。

(三) 會議論文

1. 向明恩，2012，「專業不動產仲介業之契約責任圖像—聚焦於司法實務之判決」，論文發表於〈2012 不動交易與仲介法制學術研討會〉，國立政治大學地政學系、國立台北大學不動產與城鄉環境學系、中華民國不動產仲介經紀商業同業公會全國聯合會：台北，2012 年 10 月 20 日。
2. 黃靖媛，2012，「房仲人員提供不動產說明書若干問題之探討」，論文發表於〈2012 不動交易與仲介法制學術研討會〉，國立政治大學地政學系、國立台北大學不動產與城鄉環境學系、中華民國不動產仲介經紀商業同業公會全國聯合會：台北，2012 年 10 月 20 日。

(四) 學位論文

1. 楊宏暉，2009，『締約前資訊義務之研究』，政大法律研究所博士論文：台北。
2. 廖政雄，2014，『不動產仲介業說明義務之研究—以債權債務關係為

中心』，政大地政研究所在職專班碩士論文：台北。

(五)其他

1. 內政部編印，2002，「不動產經紀業管理條例制定實錄」，內政部地政司。
2. 台北市地政局，2013，「台北市不動產交易安全手冊」。
3. 朱南玉，2007，「不動產交易糾紛產生原因及其處理機制之研究」，內政部委託研究報告。
4. 財團法人國土規劃及不動產資訊中心，2007，「內政部住宅交易安全制度規劃專業服務案成果報告」，內政部。

二、網路參考資源

1. 大法網(<http://www.lawnet.com.tw/asp/ePaperDetail.asp?epID=44>)
2. 內政部不動產資訊平台(<http://pip.moi.gov.tw/V2/Default.aspx>)
3. 內政部地政司全球資訊網(<http://www.land.moi.gov.tw/chhtml/>)
4. 司法院法學資料檢索系統(<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/>)
5. 全國法規資料庫(<http://law.moj.gov.tw/>)
6. 行政院消費者保護會(<http://www.cpc.ey.gov.tw/Default.aspx>)