

《公平交易季刊》

第 17 卷第 4 期 (98/10)，頁 141-181

◎行政院公平交易委員會

## 預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載 事項之權利保障方式分析

曾明遜\*

林蕙玲

### 摘要

在預售屋交易發生權利義務爭執而訴諸法院時，「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」之權利保障方式與舉證責任分配規定，關係著訴訟雙方的權利保障程度，而成為勝敗訴的關鍵。相關研究大都將權利保障方式與舉證責任分配分別處理：在權利保障方式課題的探討，主要集中在財產法則或補償法則何種保障方式相對較有效率的論述；在舉證責任分配課題的探討，則主要集中在由己方或他方負責舉證相對較符合學說或較低舉證成本的論述。為了更完整細緻探討何種權利保障方式相對較能降低交易成本，促使交易參與者往最適化邁進，本文將舉證責任分配納入權利保障方式框架，建構四項權利保障方式規則。在此框架下，本文利用法律經濟分析方式，以應記載事項第 5 點及第 19 點為例，比較分析此 4 項權利保障方式規則之交易成本。分析推導結果，由賣方負責舉證責任之財產法則保障方式，

投稿日期：98 年 2 月 11 日

審查通過日期：98 年 7 月 7 日

\* 曾明遜為台北大學不動產與城鄉環境學系副教授，[minghsun@mail.ntpu.edu.tw](mailto:minghsun@mail.ntpu.edu.tw)、林蕙玲為台北大學不動產與城鄉環境學系碩士，[ellen899@msn.com](mailto:ellen899@msn.com)。本文為行政院國家科學委員會研究計畫 (NSC 96-2415-H-305-017-) 成果報告一部分；感謝匿名審查委員細心閱讀與極具建設性的意見，使本文內容更加完善，惟文中有任何疏漏之處，當由作者自行負責。

相對於其他 3 種規則較有誘因縮減交易成本。因此本文認為現行應記載事項第 5 點及第 19 點，由買方負舉證責任之財產法則保障方式規則，宜調整為由賣方負舉證責任之財產法則權利保障方式。若欲維持現行方案，則宜調降買方證明度標準或透過不同訴訟進程賦予不同證據提出責任，以改善現行方案相對較高交易成本的課題。

**關鍵詞：**預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項、財產法則、補償法則、舉證責任、交易成本、法律經濟

## 一、前言

為了降低契約協商交易成本，預售屋交易當事人常透過定型化契約的簽訂，促使產權互易以實現交易雙方互利的合作結果。惟預售屋定型化契約係由企業經營者單方研擬，因此契約中可能隱藏某些不公平的風險與責任分配。為了避免其資訊不對稱下交易成本（transaction costs）與契約正義問題，宜有適宜規制來防免定型化契約的誤用，不過須注意此規制所帶來契約自由價值稀釋的問題<sup>1</sup>。在〈公平交易法〉（以下簡稱公平法）、〈消費者保護法〉（以下簡稱消保法）尚未頒布前，因為無預售屋定型化契約的明文法規範，法官大都依契約自由原則裁判爭議，此期間仍甚少引用誠信原則規制定型化契約條款<sup>2</sup>。1991年公平法頒布後，則逐漸引據其第24條至預售屋定型化契約的問題，因消保法尚未頒布，對公平法第24條採廣義

---

<sup>1</sup> 資訊不對稱（asymmetric information）除了可能產生不公平風險與責任分配的契約正義問題外，因預售屋企業經營的「機會主義者」（opportunism）可能利用資訊優勢將成本外部化給消費者，其「逆選擇」（adverse selection）行為預期將產生「酸檸檬」現象而增加協商成本與訴訟糾紛成本，故亦有增加交易成本的經濟效率問題。適宜規制將有助於降低交易成本而實踐資源深厚的經濟效率理念，但不適當規制則將產生「公共選擇理論」（public choice theory）論述中的政府失靈問題。有關契約正義概念，參王澤鑑，債法原理第一冊，增訂版，81-82，台北，王慕華出版（2001）；詹森林，「定型化契約條款效力之規範—最高法院90年台上2011號、91年台上2220號、92年台上39號判決之商榷」，律師雜誌，293期，37-38（2004）。有關交易成本原始概念，參Coase, R. H., "The Nature of the Firm," 6 Economica, 388-394（1937）；Dahlman 進一步依交易階段區分為蒐尋與資訊成本（search and information costs）、協商與決策成本（bargaining and decision costs）、監督與執行成本（policing and enforcement costs），參Dahlman, C.J., "The Problem of Externality," 22 Journal of Law and Economics, 148（1979）。有關資訊不對稱下逆選擇之酸檸檬現象，參Akerlof, G. A., "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism," 84 Quarterly Journal of Economics, 488-500（1970）。有關機會主義者的論述，參Williamson, O.E., The Economic Institutional of Capitalism, 47-49, New York, Free Press（1985）。有關制度的經濟功能，參North, D.C., Institutions, Institutional Change and Economic Performance, 3-8, Cambridge, Cambridge University Press（1990）。有關公共選擇理論之政府失靈問題，參Buchanan, J.M. and Tullock, G., The Calculus of Consent, 63-84, Ann Arbor, University of Michigan Press（1962）。

<sup>2</sup> 因民法亦尚未明文對定型化契約效力加以規範，只能依據契約自由原則，只要契約內容不違反公序良俗或強行規定（民法第72條），經雙方同意後即可發生契約法上的效力，直到1984年始有第1起引用民法第72條規制定型化契約的訴訟案件（最高法院第10次及第11次民事庭會議決議）。不過誠信原則（民法第148條第2項）之精義在於「維護法律效果之平等」，因此以誠信原則作為規制定型化契約之依據，較以公序良俗作為依據，尤具重要。參馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊，消費者保護法解讀，3版，44，台北，元照（2005）；詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展—民法第247條之1裁判之研究」，政大法學評論，第94期，58（2006）；劉宗榮，定型化契約論文專輯，再版，64-65，台北，三民（1993）。

解釋，然也因此產生許多爭議<sup>3</sup>。直至 1994 年消保法頒布，將誠信原則納入消保法，方有較明確的預售屋定型化契約法規範，而成為法院判斷預售屋定型化契約條款是否有效的主要依據<sup>4</sup>；此後，內政部依消保法第 17 條，於 1996 年頒布供交易雙方參考的預售屋買賣定型化契約範本，於 2001 年公告〈預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項〉（以下簡稱應記載及不得記載事項）<sup>5</sup>，並於 2007 年展開修正草案審查會<sup>6</sup>。因為應記載及不得記載事項來自消保法第 17 條授權，並具有消保法第 17 條第 2 項與消保法施行細則第 15 條第 2 項的法效力，亦即定型化契約違反應記載及不得記載事項者，其定型化契約條款無效，其定性為法規命令，可拘束交易雙方<sup>7</sup>。

應記載及不得記載事項預先擬訂部分契約內容，亦擬定違反契約義務時受損權利人的權利保障方式規定；應記載及不得記載事項關於舉證責任分配的規定，經由交易雙方將該等事項記載入契約，而成為舉證責任契約<sup>8</sup>。在交易雙方遇有權利義務

<sup>3</sup> 公平會於第 528 次委員會議通過修正「公平交易法第 24 條之適用原則」，在適用範圍上，為釐清公平法與民法、消保法等其他法律相關規定的區隔，應以「足以影響交易秩序」之要件，作為篩選是否適用公平法及其第 24 條的準據；學術探討上，吳秀明以法律適用原則與規範功能的觀點，探討公平法第 24 條的適用範圍與界線。參何之邁，公平交易法實論，修訂版，355，359 - 362，台北，三民（2002）；吳秀明，「競爭法上之概括條款－公平法第 24 條法律適用原則與規範功能之再檢討（上）」，政大法學評論，第 84 期，163 - 223（2005）；吳秀明，「競爭法上之概括條款－公平法第 24 條法律適用原則與規範功能之再檢討（下）」，政大法學評論，第 85 期，173-261（2005）。

<sup>4</sup> 如最高法院 88 年台上字第 1892 號、最高法院 91 年台上字第 1103 號判決，即以誠信原則為裁判依據。林誠二更認為，消保法的制訂，乃正式明文化以誠信原則規制定型化契約條款之效力，適用上更有具體規範足以規範。參林誠二，「再論誠信原則與權利濫用禁止原則之機能－最高法院 88 年度臺上字第 2819 號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 22 期，50 - 51（2001）。

<sup>5</sup> 契約範本適用一段期間取得共識後，內政部於 2001 年公告預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項，作為強制導正預售屋買賣定型化契約的依據，使定型化契約具有最低公平標準，保障消費者權益。參內政部地政司全球資訊網，<http://www.land.moi.gov.tw/chhtml/index.asp>，最後瀏覽日期：2007/12/1。

<sup>6</sup> 2007 年 3 月 28 日送行政院消費者保護委員會作審查，會議邀集產官學逐點審查，至 2007 年 11 月 6 日止，共計 7 次修正草案審查會。按內政部地政司修正草案版本，總計增訂 2 點，修訂 21 點；按已審查修正後之版本，目前總計增訂 2 點，修訂 14 點，應記載及不得記載事項共計有 30 點，參預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項修正草案會議紀錄，<http://myhome.apol-mp.com.tw/dashih/>，最後瀏覽日期：2007/12/10。

<sup>7</sup> 有關應記載及不得記載事項之定性，參林蕙玲、曾明遜，「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項之規制密度分析」，財產法暨經濟法，第 15 期，79-83（2008）。

<sup>8</sup> 舉證責任分配契約屬於證據契約的一種，沈冠伶認為證據契約如以定型化契約條款予以約定者，有消保法第 11 條、第 12 條的適用。參沈冠伶，「舉證責任與證據契約之基本問題－以作業系統裝置契約之給付不完全為例」，台灣本土法學雜誌，第 36 期，198-199（2002）。由此亦可呼

爭執，產生交易糾紛而訴諸法院時，契約中的權利保障方式與舉證責任分配規定，就成了訴訟活動中爭取自身權益的遊戲規則，該遊戲規則如何訂定，亦成為勝敗訴的關鍵。然而，在相關研究中大都將權利保障與舉證責任分配分別處理：在權利保障方式的效率性辯證課題上，主要集中在財產法則或補償法則，何種保障方式能使交易成本最小化，權利的執行較為順暢的論述<sup>9</sup>；在舉證責任分配課題的探討，則主要集中在由主張權利的己方或他方負責舉證的論述，其中法律領域發展了舉證責任分配判斷標準各家學說<sup>10</sup>；法律經濟學領域，則在於降低舉證成本與降低因舉證責

---

應消保法施行細則第 15 條第 1 項的規定，應記載及不得記載事項仍有消保法關於定型化契約規定的適用。

<sup>9</sup> Calabresi and Melamed 將權利保障方式區分為財產法則 (property rules)、補償法則 (liability rules) 與禁制法則 (Inalienability)。財產法則係指除非事先獲得權利人的同意，否則法律禁止他方當事人侵害此權利；補償法則係指即使未得權利人的事先同意，相對人仍可侵犯權利人的財產權，但必須依法為適當的賠償，且此金錢賠償的額數，係由公正的第三者 (可能是法院或行政機關等) 作客觀的核定，而非經當事人間依其主觀認定的價值與談判能力自行協商議價；禁制法則係指，係指決策者採取禁止轉讓權利的方法，來保障當事人的權利，不論權利人是否同意，均不得經事前的自行協議或事後的補償而侵犯之。參 Calabresi, G. and Melamed, A. D., "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral," *85 Harvard Law Review*, 1089-1090 (1972)。自 Calabresi and Melamed 發表此文章後，陸續出現許多文章探討產權保障方式的效率性課題，如葉俊榮，「出賣環境權：從五輕設廠的十五億回饋基金談起」，環境政策與法律，43，58-59，台北，月旦 (1993)；王文字，「從經濟觀點論保障財產權的方式－以財產法則與補償法則為中心」，民商法理論與經濟分析，35-36，台北，元照 (2002)；簡資修，「契約法：法定與意定之均衡」，月旦法學雜誌，第 99 期，197-198 (2003)；Friedman, D. D. 著，徐源豐譯，經濟學與法律的對話，86，92-93，台北，先覺 (2002)；Ayres, I. and Talley, E., "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade," *104 The Yale Law Journal*, 1027-1117 (1995)；Kaplow, L. and Shavell, S., "Property Rules versus Liability Rules: An Economic Analysis," *85 Harvard Law Review*, 756-757 (1996)；Cooter, R. and Ulen, T., *Law & Economics*, 4<sup>th</sup> ed., 95-107, Boston, Pearson Addison Wesley (2004)。

<sup>10</sup> 多數見解，我國偏德、日結果責任之客觀舉證責任概念，主要係採法律要件分類說，再斟酌當事人公平、證據法上的考量，以作為舉證責任分配。此規範說 (特別要件說) 可能有倫於僵化無彈性，而有無法實現實質正義之疑慮，而其他學說主要如危險領域說、蓋然性說、變態事實說、利己事實說、積極事實說等，然因該等學說的適用較無符合法的安定性與可預測性，而易造成法官突擊性裁判，因而無法成為目前的通說。最高法院判決就舉證責任之分配，在民事訴訟法第 277 條修正前後，則兼採各學說，因此無法一蓋而論。另黃國昌，將舉證責任與證明度標準作適度連結，基於緩和未賦予當事人證據收集權限所造不公平、規律當事人於訴訟程序中之合理訴訟行為、促使真正爭點有效率具體形成、作為統合事案解明義務、證明妨礙、證明度之降低與表見證明等 4 項積極功能考量，提出「階段的舉證責任」。認為客觀舉證責任之證明度標準及其分配宜依實體法旨趣與政策價值考量 (實體利益)、證據提出之行為責任之舉證責任分配則宜兼由訴訟法觀點決定 (程序利益)。參楊淑文，「從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準 (上)」，台灣本土法學雜誌，第 60 期，49-63 (2004)；戴森雄、楊晶勻，「民事舉證責任分配法條之修正及其實用」，全國律師，第 6 卷第 9 期，46-52 (2002)；姜世明，「舉證責任分配法則之體系建構」，法官協會雜誌，第 6 卷第 1 期，83 (2004)；黃國昌，「階段的舉證責任論－統

任分配而衍生成本的課題探討<sup>11</sup>。雖然在權利保障方式的探討，大部分有納入法院執行成本的考量，但關於訴訟當事人為保障其權利，在訴訟活動中所負舉證責任輕重，則鮮少被論及；忽略舉證責任輕重的權利保障，好比在零交易成本下分析探討市場交易活動。因為舉證責任的輕重意味著投入舉證成本的高低，舉證成本係權利保障之訴訟活動中重要交易成本之一，既然權利保障方式的選擇在法律經濟學觀點上，係立基於交易成本極小化的考量，因此在權利保障方式的探討，似乎不宜忽略舉證責任分配。基此，本文以應記載事項第 5 點、第 19 點為例，嘗試利用權利保障方式與舉證責任分配雙重考量框架，以協商成本、法院執行成本、舉證責任及舉證責任分配衍生成本為比較項目，比較分析產權保障方式與舉證責任分配之 4 種不同組合方案，以作為相關規定調整考量的參考。全文結構，首先分析探討應記載及不得記載事項之權利保障方式與舉證責任分配；其次為說明權利保障方式與舉證責任分配雙重考量研究框架；然後以交易成本為基準點比較分析應記載事項第 5 點、第 19 點；最後為結語。

## 二、應記載及不得記載事項之權利保障方式與舉證責任分配

若要落實契約權利的保障，難以迴避須啟動法律上有關違約救濟的引擎<sup>12</sup>。就

---

合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範」，東海大學大法學研究，第 22 期，247-248，259-277 (2005)。

<sup>11</sup> 如簡資修認為舉證責任轉換規定之適用，易使爭點模糊，而浪費司法資源；而危險責任則有可能產生過度防制損害的問題；黃國昌在論述何種證明度標準可降低整體錯誤判決、可公平將錯誤判決之不利分配於二造當事人、以及有助於真實之發覺，認為「證據之優越」的證明度標準最有符合此 3 項目標；Scott and Triantis 從較低訴訟成本視野探討契約設計，連結舉證分配與證明度標準，以尋求有效契約設計。參簡資修，「違反保護他人法律之過失推定—經濟功效與司法仙丹」，經濟推理與法律，138，台北，元照 (2004)；簡資修，「危險責任之生成與界線—舉證責任與過度防制」，台北大學法學論叢，第 48 期，54-61 (2001)；黃國昌，「比較民事訴訟法下的當事人圖像—由審理基本原則、證據收集權及證明度切入」，政大法學評論，第 76 期，280-292 (2003)；Scott, R. E. and Triantis, G. G., "Anticipating Litigation in Contract Design," 115 Yale Law Journal, 146-168 (2005)。

<sup>12</sup> 法律上違約救濟方法，大致可分為數種：一、預期損害賠償，如民法第 216 條的規定，即損害賠償應以填補債權人所受損害及所失利益為限，二、預定損害賠償，如民法第 26 條中的「契約另有訂定」或民法第 250 條第 1 項的約定違約金，三、信賴利益賠償，四、回復原狀，如民法第

法律經濟學觀點，違約救濟約方式中預期損害賠償、預定損害賠償、信賴利益賠償及懲罰性損害賠償相類於權利保障方式中的補償法則概念；回復原狀、強制履行與禁止令則相類於財產法則的概念。應記載及不得記載事項因為是規範預售屋買賣定型化契約的內容，規範契約內容應記載哪些事項與不應記載哪些事項。因此，若應記載事項記載於契約內容中，自屬契約之一部；若應記載事項未記載於契約內容中，依法仍構成契約之內容（消保法施行細則第 15 條第 2 項）。據此，應記載事項自屬契約一部；而不應記載事項若記載入契約當中，則使得該記載入之條款無效（消保法第 17 條第 2 項），因而不得記載事項自屬非契約一部。如果違反預售屋買賣定型化契約應記載事項者，即違反交易雙方所簽訂的預售屋買賣定型化契約，若違反簽訂的預售屋買賣定型化契約，則有違約救濟方法的適用，權利保障方式的採取。預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項屬一規制預售屋買賣定型化契約的法規命令，共計有 30 點，內文註解之（應）及（不得）分別為（應記載事項）與（不得記載事項）之簡稱。

圖 1 應記載及不得記載事項之權利保障方式：（一）應記載事項的情形有三：一為未將其記載於契約中；二為契約記載內容與應記載事項無抵觸，但履約不完全或者甚至無履約；三為係履約不完全或無履約且契約記載內容與應記載事項有所抵觸。

前 2 種違約情形，均得按該契約（應記載事項）所規定的違約救濟方法實行。應記載事項又可分為公寓事項與非公寓事項<sup>13</sup>，公寓事項因為並沒有明文規定其權利保障方式，為不完全條款，所以回歸民法與公寓大廈管理條例（以下簡稱公寓條例）的相關規定處理，分別採取補償法則、財產法則與禁制法則<sup>14</sup>。非公寓事項中

---

213 條規定，負損害賠償責任者，應回復他方損害發生前之原狀，五、懲罰性損害賠償，如消保法第 51 條規定，得請求損害額 3 倍以下之懲罰性賠償金，六、強制履行，七、禁止令。參黃繼宏，特定物債權人應否具有撤銷權之法律經濟分析，中正大學法律學系碩士論文，10-15 (2002)。

<sup>13</sup> 公寓事項與非公寓事項之分類依據在於公寓事項之規定僅與公寓大廈有關，非公寓事項之規定則不論是否為公寓大廈之預售屋均得適用之事項。

<sup>14</sup> 應記載事項中的公寓事項，又可分為約定專用相關的事項，如應第 9 點、應第 10 點及應第 11 點；非約定專用事項，如應第 2 點、應第 4 點、應第 16 點第 2、5、6 款。其中應第 10 點第 2 款、應第 11 點第 2 款為禁制法則（參公寓條例§56、建築法§25、公寓條例§58），應第 4 點未記載為財產法則或補償法則外（參民法§153 II 後段），其餘為財產法則保障方式（參民法§§227、359；公寓條例§§8、9、15、16、20、22、33、49）。

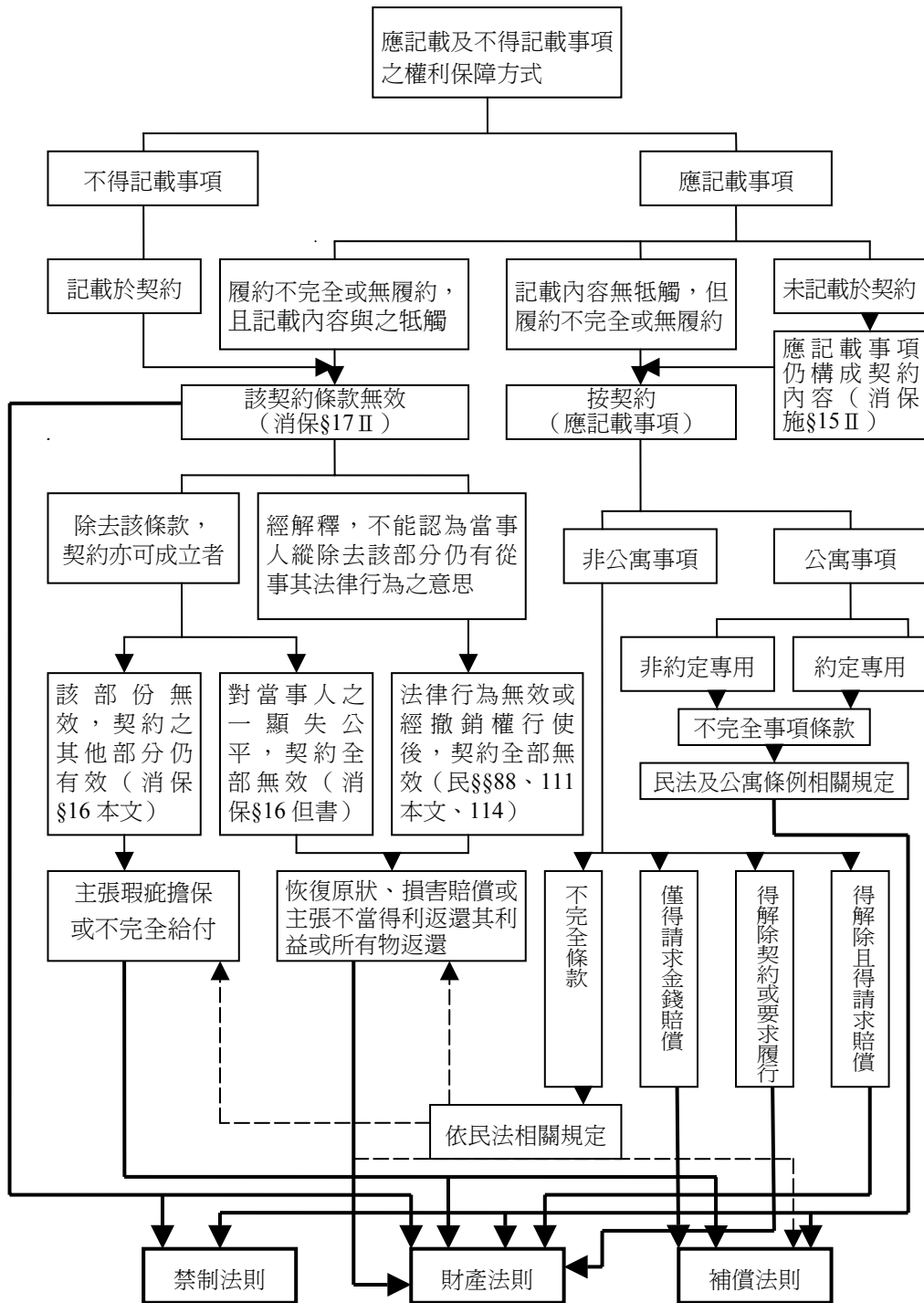


圖 1 預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項之權利保障方式

資料來源：本研究繪製



之權利保障方式有 4：得解除契約且得請求金錢賠償<sup>15</sup>，及得解除契約或要求履行<sup>16</sup>，該等方法屬於財產法則保障方式；僅得請求金錢賠償<sup>17</sup>屬於補償法則保障方式；至於沒有明文規定於應記載事項中的，即為不完全條款<sup>18</sup>，依民法相關規定而可能有瑕疵擔保或不完全給付之賠償，抑或得主張所有物返還，故不完全條款可能屬於財產法則也可能屬於補償法則的保障方式。第 3 種應記載事項的情形，係履約不完全或無履約且契約記載內容與應記載事項有所牴觸，因為與應記載事項有所牴觸，因此該契約條款無效。在此情形下，依是否對當事人顯失公平、法律行為無效或經撤銷權行使後之契約全部無效<sup>19</sup>，或除去該無效契約條款而契約其他部分仍有效，而有不同權利保障方式。契約全部無效情況，實質效果因回歸市場遊戲規則，故除不能或難以恢復原狀，或不當得利返還利益範圍等須由法官衡量金錢數額之特定情況外，就法律經濟學觀點此情況主要係透過財產法則保障其權利<sup>20</sup>。除去該無效契約

<sup>15</sup> 如應第 7 點、應第 8 點後段、應第 12 點、應第 13 點第 1 款及第 2 款後段、應第 22 點、應第 23 點、應第 24 點。

<sup>16</sup> 如應第 3 點第 1 款第 1 及 2 目、應第 5 點第 1 及 3 款、應第 14 點、應第 16 點第 3 及 4 款、應第 17 點、應第 18 點第 2 款第 1、2 及 3 目、應第 19 點。

<sup>17</sup> 如應第 3 點第 1 款第 1 及 2 目、應第 5 點第 1 及 2 款、應第 7 點、應第 8 點前段、應第 13 點第 1 款及第 2 款前段、應第 15 點第 1、2、3 及 4 款、應第 15 點第 5 款、應第 16 點第 1 款。

<sup>18</sup> 如應第 1 點、應第 2 點第 1 款、應第 6 點、應第 18 點第 1 款、應第 20 點及應第 21 點。

<sup>19</sup> 契約全部無效，除對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效外（消保§16 但書），尚包括法律行為無效或經撤銷權行使後之契約全部無效（民§§111 本文、114）；其中撤銷權係形成權之下位概念，為當事人因其法律地位所生之手段權或救濟權，並非權利本體，故其性質為權能而非權利，其撤銷客體有法律行為、意思表示或行政處分，有關撤銷權性質、撤銷權撤銷客體與行使方式、以及法律行為無效與得撤銷之競合論述，參林誠二，「論意思表示與法律行為之撤銷」，台灣法學雜誌，第 117 期，115-120 (2008)。

<sup>20</sup> 契約全部無效，當事人應負回復原狀、損害賠償或返還不當得利之利益（參民法§§113、179），除不能回復原狀、逾期不為回復、回復顯有重大困難或不能返還其利益者，應以金錢賠償其損害或償還其價額外，依規定應回復他方損害發生前或受益發生前之原狀（參民法§§181、213、214、215）。也就是，此情況下之權利保障方式以回復原狀或原物返還為原則，以金錢賠償或價額償還為例外，其中金錢賠償在於賠償「受損人」所受的損害，不當得利之價額償還則在於取除「受益人」無法律上原因而受之利益，損害賠償以填補損害及所失利益為原則，而不當得利之價額償還依王澤鑑看法則宜以客觀價額作為價額計算基準。有關不當得利之論述參王澤鑑，債法原理第二冊，4，234，241-248，台北，王慕華出版 (2006)。依法律經濟學觀點，財產法則與補償法則之權利保障方式，有一重大區分方式係依據是否由公正第三者（如法官）衡量金錢數額，財產法則採回歸市場遊戲規則之雙方協商議價方式，補償法則則由公正第三者客觀核定其數額。因此，就契約全部無效情況，原則係為財產法則之權利保障方式，例外方為補償法則之權利保障方式，故本文圖 1 中實線為財產法則，虛線為補償法則。簡資修，論述一物二賣問題時，便將強制履行、回復原狀與撤銷權行使視為財產法則之權利保障方式，參簡資修，「一物二賣－有效率之不履約或債權之侵害？」，前揭書，註 11，38，46-53 (2004)。

條款而契約其他部分仍有效情況，則為不完全條款，則可能屬於財產法則也可能屬於補償法則的保障方式。由應記載事項的權利保障規定，可發現有針對同一事項的權利保障，其保障方式不單限於財產法則或補償法則一種的情形，而有依損害的嚴重情形或違約的天數，而賦予不同權利保障方式<sup>21</sup>。例如第 8 點逾期付款之處理，依照違約天數而分有逾期在 5 日內，因屬合理的彈性空間，因此尚未啟動權利保障機制；在逾 5 日以上者，便須增繳每日萬分之五利息，採取的是補償法則保障方式；若逾 2 個月或使用執照核發後 1 個月，賣方便有解除契約的權利，並可沒收房地總價 15% 以下的金額，充作違約金，採取的是財產法則保障方式。當然，應記載及不得記載事項的權利保障規定中，亦有僅採取一種權利保障方式的事項，如第 22 點產權糾紛，採取的是得解除契約的財產法則保障方式；第 15 點房地產權登記期限事項，採取的是增繳遲延利息的補償法則保障方式。（二）不得記載事項的情形，適用情形係履約情況與不得記載事項有所牴觸者，即依規定不得應記載該事項，卻仍將不應記載事項記載入契約中，結果將使該載入之契約條款無效，該 2 種使契約條款無效之法律效果，因為各事項有強行規範與非強行規範之分，而受有禁制法則與財產法則 2 種權利保障方式。依照現行消保法關於不得記載事項規定解釋，定型化契約條款違反不得記載事項者無效，但不得記載事項規定之交易標的或內容為任意規範時（default rules），則交易雙方利用個別磋商形式者，其法律效果並非無效，此時不得記載事項具有財產法則保障方式之經濟意涵。雖然交易雙方得以個別磋商形式行使交易權利，但若不得記載事項規定之交易標的或內容為法律明文禁止之強行規範時（immutable rules），交易雙方的權利便因此而受限制，此時不得記載事項具有禁制法則保障方式之經濟意涵<sup>22</sup>。綜上所述，應記載及不得記載事項的權利保障規定主要以財產法則與補償法則保障方式居多，禁止法則的適用主

<sup>21</sup> 該立法方式如同簡資修所言及，財產法則與補償法則並非不可並存，例如可以時間為軸，區別時點而採用不同權利保障方式。參簡資修，「評從經濟觀點論保障財產權的方式—以財產法則與責任法則為中心」，前揭書，註 11，63（2004）。

<sup>22</sup> 財產法則權利保障方式如不得第 1 點、第 3 點、第 4 點、第 5 點；禁制法則權利保障方式如不得第 2 點、第 6 點。對於不得記載事項宜解為財產法則或禁制法則保障方式，亦得以具成本效益分析的漢德公式（Hand rule）加分析，若遵守該不得記載事項條款所生之成本（B）< 因遵守該事項條款而減少之損害發生機率的減少值（P）× 欲防免之損害數額（L）的情況發生機率較高時，則宜遵守該不得記載事項而解為禁制法則之權利保障方式，相對較符合規範的效率性。林蕙玲、曾明遜曾利用此方式分析應記載及不得記載事項之效率規制密度宜屬於一般任意規定、懲罰性任意規範或強行規範。參林蕙玲、曾明遜，前揭文，註 7，99-100，113-123（2008）。

要集中在不得記載事項。

應記載及不得記載事項的舉證責任分配，本文係依照一般舉證責任分配原則<sup>23</sup>。由於應記事項大部分舉證責任分配未有明文規定，因此大部分由主張自己有此權利的己方負舉證責任。但亦有舉證責任轉換規定者，如第 17 點保固期限與範圍，自買方完成交屋日或賣方通知交屋日起，除賣方能證明可歸責於買方或不可抗力因素外，結構部份負責保固 15 年。換言之，賣方對於結構部份有保固之責，而當買方認為結構部份有瑕疵時，賣方便有違約的可能，除非賣方能舉證證明可歸責於買方或不可抗力因素致使有該瑕疵，否則賣方便需要履行其保固之責。由此可知，該規定將權利歸屬給買方，將舉證責任轉換至賣方身上。同樣情況亦出現在應記載事項第 12 點主建材及其廠牌、規格，以及應記載事項第 9 點、第 10 點及第 11 點關於公寓大廈約定專用之適用公寓條例第 33 條規定者。此外，應記載事項第 1 點賣方對廣告之義務，以及不得記載事項第 1 點不得約定參考，雖然沒有明文規定其權利保障方式與舉證責任分配，但法規明文規定廣告文件為契約內容之一部，使廣告具有契約拘束力得到背書，消費者在要求建商應按照廣告文件所示履行契約的舉證上，有了明確的證據，反倒是被告的建商須積極舉證消費者明知廣告內容不具契約效力，似乎寓有促成舉證責任轉換的意義<sup>24</sup>。在不得記載事項方面，其舉證責任分配皆未無明文規定，除了不得記載事項第 1 點有舉證責任轉換的意義外，其餘由主張自己有此權利的己方負舉證責任。

<sup>23</sup> 即依照民事訴訟法第 277 條的規定，所以如按民事訴訟法第 277 條之意旨，法規規定中的權利歸屬者應負符合該權利發生要件的舉證責任，亦即權利人自己負有該權利的舉證責任，除非法規有明文規定其舉證責任分配。對於民事訴訟法第 277 條規定，究屬於裁判規範之客觀舉證責任？還是行為規範之證據提出責任？邱聯恭：則認為宜著重在「行為責任」，而非真偽不明的處理；黃國昌則認為民事訴訟法第 277 條已增列證明妨礙、事案解明義務，自非不得解為兼具行為責任與結果責任。參黃國昌，前揭文，註 10，245-247，268-269 (2005)。

<sup>24</sup> 曾品傑以消費者礙於專業知能、社會能力與議約經驗上的劣勢，可能因舉證不易而不願發動訴訟程序，不符公平正義，建議在預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項未生效前，法院可斟酌消保法第 22 條之意旨，將其認為是民事訴訟法第 277 條的「法律別有規定」，促成舉證責任轉換，由建商舉證消費者明知廣告內容不具契約效力；曾品傑更藉由司法實務預售屋買賣判決之觀察，發現在負有資訊提供義務者為企業經營者的場合，司法實務認定企業經營者明知或應知交易上重要事項，就該等事項對消費者有說明義務，似有舉證責任轉換之意義。參曾品傑，「不動產不誠實廣告之契約效力（下）—最高法院相關判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 82 期，54 (2006)；曾品傑，「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，108 (2007)。

### 三、權利保障方式與舉證責任分配雙重考量研究框架

#### (一) 雙重考量下權利保障程度

違反應記載及不得記載事項，若無受損權利保障及罰責法規範，就如「無牙的老虎」一般，交易雙方或相關的第三人便沒有誘因遵守應記載及不得記載事項<sup>25</sup>。權利保障的方式可區分為財產法則、補償法則與禁制法則 3 種。財產法則融合所有權絕對與契約自由，與 Coase 定理（Coase Theorem）相通<sup>26</sup>；補償法則則補充市場機能的不足，使政府介入市場；禁制法則者，法律根本就排除市場的運作，政府在禁制法則下，其介入市場的程度達到高峰<sup>27</sup>。雖然法律保障的財產權類型不同（如債權或物權），且其所具的請求權基礎也各異（如契約或侵權行為），然法律保障權利的方式，經常以財產法則與補償法則型態出現。受補償法則保障的權利人，實際上所擁有的並非是絕對的權利，而是具選擇權限制的權利，因為他人具有破壞或不破壞權利人權利的選擇權；相對地，財產法則保障之權利人，其自主性較高，握有出讓權利的決定權<sup>28</sup>。因此，財產法則的權利保障程度較補償法則強，原因在於財產法則藉由全有（如強制履行）或全無（解除契約以回復原狀）之形式，使其保障較為完整，權利人具有交易權利或權利變更的決定權。惟權利保障程度並非只有強弱二分，宜是由弱到強光譜式地排列，由於補償法則保障方式的保障程度相對較弱，因而當保障程度漸漸加強，超越補償法則與財產法則之間的臨界點時，該保障程度就屬於財產法則保障方式的範疇。

不論何種權利保障方式，在交易雙方對於有無違約有所爭執而產生糾紛時，若

---

<sup>25</sup> 曾明遜、陳明燦在論述不實廣告責任法規範時，便強調執行機制在法規範的經濟功能。參曾明遜、陳明燦，「預售屋不實廣告責任之法律經濟分析」，公平交易季刊，第 14 卷第 3 期，15 (2006)。

<sup>26</sup> Coase 定理係指當交易成本為零的情況下，只要財產權界定清楚，不管權利歸屬何方，透過雙方協商，資源將會有效配置。有關 Coase 定理論述，參 Coase, R. H., "The Problem of Social Cost," 3 *Journal of Law and Economic Review*, 1-44 (1960); Coase, R. H., *The Firm, the Market, and the Law*, 157-159 (1988), Chicago: The University of Chicago Press.; Cooter and Ulen 依交易成本高低將之區分為規範式 Coase 與 Hobbes 定理 (normative Coase and Hobbes theorem)，參 Cooter, R. and Ulen, T., 前揭書，註 9，96-99 (2004)。

<sup>27</sup> 參葉俊榮，前揭書，註 9，57-58 (1993)。

<sup>28</sup> 參王文字，前揭書，註 9，35-43 (2002)。

訴諸司法途徑者，交易雙方當事人必須在法官面前提出證據，以證明自己符合該權利保障的要件，爭取受損權利的保障。在訴訟上，訴訟當事人是對立的兩造，所以權利歸屬之己方（原告）的舉證責任恰與他方（被告）成反比的關係，當己方愈應負舉證責任，他方即愈毋須負舉證責任；當己方愈不須負舉證責任，他方即愈須負舉證責任<sup>29</sup>。原則上，己方之權利保障由己方負舉證責任，例外情形始有舉證責任轉換至他方的適用。

由於權利保障的實體規定，須依賴舉證責任分配之程序規定的主張與執行，因此宜同時考量權利保障方式與舉證責任分配，在權利保障方式與舉證責任分配的不同組合下，可以得到 4 種組合關係，如表 1 所示。本文將財產法則設為  $X_i$ ，補償法則設為  $X_i'$ ，舉證責任轉換至他方設為  $Y_i$ ，權利歸屬之己方負舉證責任設為  $Y_i'$ ，則  $X_i Y_i$  代表採取財產法則，舉證責任轉換至他方； $X_i Y_i'$  代表採取財產法則，由權利歸屬之己方負舉證責任； $X_i' Y_i$  代表採取補償法則保障方式，舉證責任轉換至他方； $X_i' Y_i'$  代表採取補償法則保障方式，由權利歸屬之己方負舉證責任<sup>30</sup>。

表 1 權利保障方式與舉證責任分配之組合

舉證責任	保障方式	財產法則 ( $X_i$ )	補償法則 ( $X_i'$ )
	他方（被告）( $Y_i$ )		$X_i Y_i$
己方（原告）( $Y_i'$ )		$X_i Y_i'$	$X_i' Y_i'$

資料來源：本研究繪製

註：下標  $i$  表示不同應記載及不得記載事項中要點

權利保障之舉證責任愈重時，因為其承擔敗訴之可能機率愈高，因此為實現其權利保障須投入的舉證成本亦愈高，故權利人之舉證責任愈重時，其權利保障程度便愈低。由於補償法則屬於相對較弱的權利保障程度，又舉證責任由己方負擔，因此  $X_i' Y_i'$  的權利保障程度相對較弱。財產法則雖然較補償法則的權利保障完整，但

<sup>29</sup> 參簡資修，前揭書，註 11，112 (2004)。

<sup>30</sup> 依黃國昌「階段的舉證責任論」的觀點，證據提出之行為責任（階段舉證責任），可依訴訟進程階段賦予不同證據提出責任。本文為簡化分析，僅將舉證光譜設定為己方或他方舉證此面向，動態進程之證據提出責任如何與權利保障方式適度結合，則有待另文討論。關於「階段的舉證責任論」，參黃國昌，前揭文，註 10，259-270 (2005)。

因為  $X_i'Y_i$  為舉證責任轉換至他方負擔，權利歸屬之己方的勝訴機率相對提高，使原本相對較弱的補償法則之權利保障程度反而提升，導致  $X_i'Y_i$  的權利保障程度不必然低於  $XY'$  保障程度，如圖 2 重疊部份。由於  $X_iY_i'$  係採取財產法則保障，其保障程度亦有可能高於  $X_i'Y_i'$ 。  $X_iY_i$  因為採取權利保障程度較強的財產法則，舉證責任又轉換至他方負擔，實現其權利保障的機會較高，故 4 種組合關係之權利保障程度的強弱排列為： $X_iY_i \rangle X_iY_i' \rangle X_i'Y_i \rangle X_i'Y_i'$  或  $X_iY_i \rangle X_i'Y_i \rangle X_iY_i' \rangle X_i'Y_i'$ 。因此，納入舉證責任分配考量的權利保障方式，改變了原先權利保障程度區分為補償法則與財產法則，進而細緻區分為  $X_iY_i$ 、 $X_iY_i'$ 、 $X_i'Y_i$  及  $X_i'Y_i'$  4 種情形。

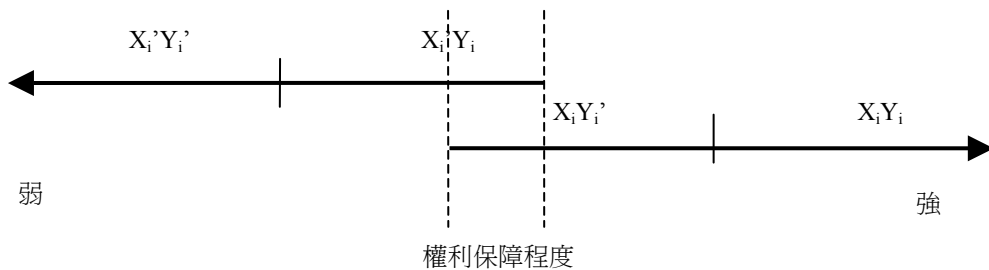


圖 2 舉證責任分配影響下的權利保障程度強弱

資料來源：本研究繪製

## (二) 雙重考量下的研究框架

本文以 Coase 定理的交易成本基準點分析法 (a benchmark approach)<sup>31</sup>，探討應記載事項中的權利保障規定。從權利保障方式與舉證責任分配相關研究中，我們可發現協商成本與法院執行成本，係權利保障方式選擇的主要考量因素<sup>32</sup>。在未考

<sup>31</sup> 這種分析方法包含兩種成分：第一，有一個作為分析和比較評估基礎的「基準點」或「參考座標」，第二，有一種作為取捨的「價值」。參熊秉元，經濟學對金剛經的闡釋，49-53，台北，茂昌 (2002)。如簡資修以一物二賣為例，探討宜採取強制履行或金錢賠償方式保障權利，其根據權利保障方式在於降低交易成本使交易雙方的總效益極大，因此權利保障方式的選擇，宜以降低交易成本之效率理念為判斷選擇的基準。參簡資修，前揭文，註 9，197-198 (2003)。

<sup>32</sup> 參葉俊榮，前揭書，註 9，58-59 (1993)；王文字，前揭書，註 9，43 (2002)；Friedman, D. D. 著，徐源豐譯，前揭書，註 9，86，92-93 (2002)；Cooter, R. and Ulen, T., 前揭書，註 9，104-106 (2004)。

量舉證責任分配成本情況下，財產法則與補償法則之權利保障方式選擇，於協商成本與法院執行成本之總交易成本最小化考量下，當協商成本愈低，宜愈傾向財產法則（EP1 移往 EP2），當法院執行成本愈低，宜愈傾向補償法則（EP1 移往 EP3）（參圖 3）。

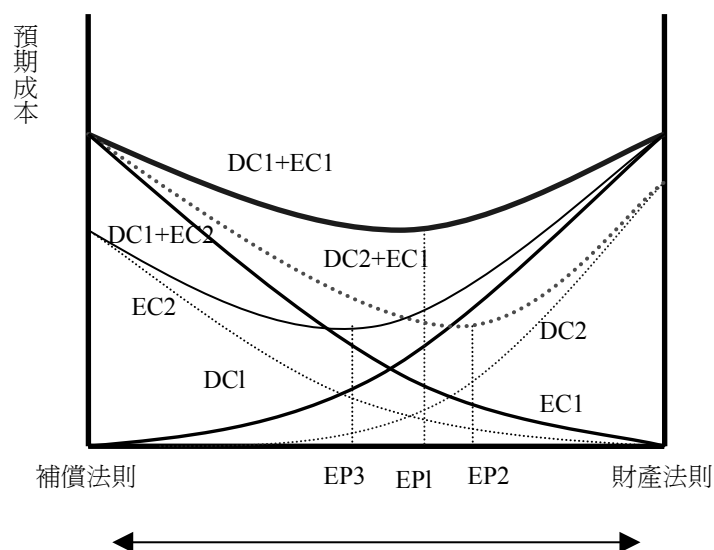


圖 3 未考慮舉證責任分配成本之「財產法則」與「補償法則」選擇

資料來源：本研究繪製

註：DC1 (DC2)：表較高 (較低) 協商決策成本；EC1 (EC2)：表較高 (較低) 法院執行成本；DC1+EC1 (DC2+EC1)：表較高 (較低) 協商決策成本下之總成本；DC1+EC1 (DC1+EC2)：表較高 (較低) 法院執行成本下之總交易成本；假設於 EP1、EP2、EP3 點時，分別為 DC1 與 EC1、DC2 與 EC1、DC1 與 EC2 的斜率 (邊際成本) 絕對值相等，表不同協商決策成本 (法院執行成本) 下之最低總交易成本。

本文協商成本係指交易雙方在未進入司法程序前，為解決糾紛而自行協商談判所花費的成本，法院執行成本係指法院為執行裁判該訴訟糾紛所花費的成本。如果協商成本夠低，交易雙方自行解決糾紛之財產法則較有效率；權利保障方式選擇上，如果法院執行成本夠低，能夠準確衡量財物的價值，以極小成本執行判決，補償法則會帶來符合經濟效率的結果。協商成本大小的影響因素有協商談判地位之平等性程度、人數多寡及雙方利益衝突程度等因素，當協商談判地位平等性程度愈

高，拿翹可能機會愈小，協商成本愈小<sup>33</sup>；協商參與人數愈多，因為人數愈多，意見愈有可能分歧，協商成本愈高<sup>34</sup>；雙方利益衝突程度愈高，協商成本愈高。法院執行成本大小的影響因素有負舉證責任一方容易舉證程度、欲釐清之事實容易認定程度及欲釐清之事實項目多寡，當負舉證責任一方愈容易舉證，法院對於事實愈清楚了解，法院執行成本愈低；欲釐清之事實愈容易認定，例如法官對於該事實認定的能力較高<sup>35</sup>，法院執行成本愈低；欲釐清之事實愈多項，法院執行成本愈高。

由於最終權利保障方式的實踐，係透過當事人舉證過程而使法院對於事實存否形成確信或使法官心證達到證明度標準而完成。若待驗事實陷於真偽不明或未達證明度標準時，負舉證責任者將承受敗訴之不利<sup>36</sup>。本文對此舉證責任分配課題，主要係以舉證成本與舉證責任分配衍生成本，作為主要判斷標準。舉證成本係指負擔舉證責任一方所花費的證據提出成本，舉證責任分配衍生成本係指因舉證責任分配而導致的成本。舉證責任分配上，證據提出所花費的舉證成本與舉證責任分配的不同而衍生的不同成本大小，是判斷舉證責任分配的主要標準，而同一舉證責任分配的規定，舉證成本與舉證責任分配衍生成本，其成本大小的方向並不一致，故將其分開列舉。舉證成本大小的影響因素有舉證項目的舉證困難度、負舉證責任一方對舉證項目的了解程度、舉證項目的多寡及證明度標準的高低，當該舉證項目愈困難舉證，如消極事實較積極事實困難，抽象事實較具體事實困難舉證，舉證成本愈高；負舉證責任一方對舉證項目愈了解，資訊能力較強，其舉證成本愈低；舉證項目愈多，舉證成本愈高<sup>37</sup>；證明度標準愈高，舉證成本愈高。舉證責任分配衍生成本大小的影響因素包括有效率防制損害之誘因偏離程度、提告之誘因大小及錯誤判

<sup>33</sup> 參 Ayres, I. and Talley, E., 前揭文，註 9，1027-1035 (1995)；Kaplow, L. and Shavell, S., 前揭文，註 9，720，734-739 (1996)。本文所指的談判地位之平等性不包括專業知識、社會經濟地位等，而僅著重於有無拿翹的可能。

<sup>34</sup> 參 Cooter, R. and Ulen, T., 前揭書，註 9，91-94，104-106 (2004)。

<sup>35</sup> 參 Friedman, D. D. 著，徐源豐譯，前揭書，註 9，86，92-93 (2002)。

<sup>36</sup> 感謝審查者對於證明度標準考量的提醒，但由於本文並未討論財產法則與補償法則是否宜有不同證明度標準、並簡化舉證責任由單方負擔而未考量訴訟進程證據提出責任之轉換可能，故證明度標準在本文應記載事項第 5、19 點條款探討上 仍未發揮應有實質效益。但證明度標準著實影響本文之舉證成本與舉證責任分配衍生成本，因此本文仍將之納入探討其經濟效果，以增益研究框架的完整性。有關舉證責任與證明度標準概念，本文主要係參考黃國昌，前揭文，註 11，280-192 (2003)；前揭文，註 10，248-254 (2005)。

<sup>37</sup> 參戴森雄、楊晶勻，前揭文，註 10，46-52 (2002)。



決成本，當有效率防制損害之誘因偏離程度愈大，愈有低度防制或過度防制問題，舉證責任分配衍生成本愈高；提告的誘因愈大，濫訴問題愈嚴重，舉證責任分配衍生成本愈高；錯誤判決成本愈高，舉證責任分配衍生成本愈高。

舉證責任分配與證明度標準關係說明如下，證明度標準要求程度愈高，當事人舉證的邊際成本愈高，但事實的確認愈高，舉證責任分配衍生的成本愈低，反應證明度標準的效益，唯其邊際效益有遞減趨勢（圖 4）。設原告之舉證成本（ $MC_p$ ）高於被告之舉證成本（ $MC_d$ ），在訴訟中之單方負舉證責任時，若證明度標準設定為  $S^*$ ，此時宜由舉證責任成本較低一方（被告）負舉證責任，較符合經濟效率，若將之歸屬為較高成本一方（原告），將減少經濟福利（ $\triangle abc$ ）；若要求由原告負舉證責任，此時證明度標準宜調降低為  $S_p$ 。若考慮多方負舉證責任（如證據提出之行為責任），舉證成本較高一方（原告），宜有較低之證明度標準（ $S_p$ ），舉證成本較低一方（被告），宜有較高之證明度標準（ $S_d$ ）。不論是何種情況，在事實發現存在蓋然率的現實考量下，我們會發現證明度標準將呈現非百分之一百要求程度，故學說上有「標準初步表面證據」、「優越之證據」、「明白有力之證據」等不同證明度標準<sup>38</sup>。由於法院所持有資訊常存在不完全情況，故可能發生責任歸屬錯誤或責任歸屬程度錯誤，此錯誤判決將扭曲誘因且增加社會成本；例如法院將  $MC_p$ （ $MC_d$ ）誤判為  $MC_d$ （ $MC_p$ ），則將發生舉證成本錯誤判決問題；將舉證責任分配衍生成本降低之  $MR$ （ $MR'$ ）誤判為  $MR'$ （ $MR$ ），即使在無發生舉證成本誤判情況下，將被告（原告）負舉證責任之證明度標準設定為  $S_d$ （ $S_p$ ）而非  $S^*$ 時，亦將發生錯誤判決之 $\triangle bcd$ （ $\triangle abc$ ）經濟福利損失。

當我們將舉證責任分配成本納入權利保障方式選擇問題探討時，在規範性 Coase 定理之總交易成本最小化考量下，宜同時考慮協商成本、法院執行成本、舉證成本與舉證責任分配衍生成本。因此本文利用權利保障方式與舉證責任分配雙重考量框架，以此 4 項交易成本項目，比較分析產權保障方式與舉證責任分配之 4 種不同組合方案，期使尋找何種方案總交易成本相對較低，以作為相關規定調整的參考（參表 2）。

<sup>38</sup> 參黃國昌，前揭文，註 10，260 (2005)。

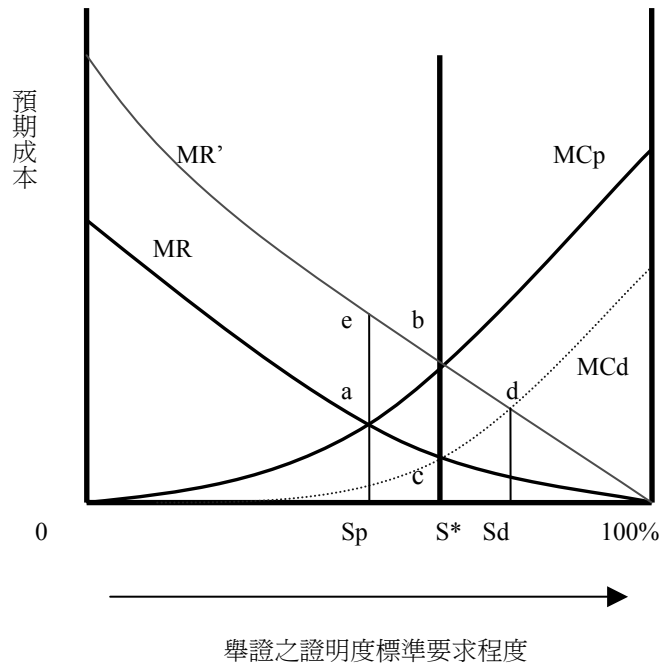


圖 4 舉證責任分配與證明度標準

資料來源：本研究繪製

註：MCp (MCd) 表原告 (被告) 舉證之邊際成本；MR (MR') 表法院無誤判 (誤判) 舉證責任分配衍生成本下降之邊際效益。 $\triangle abc$  表法院將舉證邊際成本 MCp (MCd) 誤判為 MCd (MCp) 之經濟福利損失； $\triangle bcd$  ( $\triangle abe$ ) 表舉證責任分配衍生成本降低之 MR (MR') 誤判為 MR' (MR) 之經濟福利損失。

由於此 4 項交易成本項目及其影響因素，具某程度的相關性。為便於應記載及不得記載事項第 5 點、第 19 點分析探討之論述，以下簡要說明其相關性。由於以往從事權利保障方式選擇問題時，集中在協商成本、法院執行成本大小，協商成本相對於法院執行成本愈小 (大) 宜採財產法則 (補償法則)。當納入舉證責任分配考量後，本文之舉證成本是否會影響協商成本、法院執行成本與舉證責任分配衍生成本？

在一定證明度標準下 (如優越之證據)，在不考慮舉證成本失衡狀態下，舉證成本愈低預期愈助於事實的發現，法院執行成本愈低，錯誤判決成本也相對較低，但因法律請求權預期價值高於訴訟成本機率增加而使提告誘因增加。在舉證成本失

表 2 分析框架中交易成本項目與影響因素

方案： $X_i Y_i$ 、 $X_i Y_i'$ 、 $X_i' Y_i$ 、 $X_i' Y_i'$

交易成本	內容說明	影響因素	預期方向
協商成本	交易雙方在未進入司法程序前，為解決糾紛而自行協商談判所花費的成本	協商談判地位之平等性程度	-
		人數多寡	+
		雙方利益衝突程度	+
法院執行成本	法院為執行裁判該訴訟糾紛所花費的成本	負舉證責任一方容易舉證程度	-
		欲釐清之事實容易認定程度	-
		欲釐清之事實項目多寡	+
舉證成本	負擔舉證責任一方所花費的證據提出成本	舉證項目的舉證困難度	+
		負舉證責任一方對舉證項目了解程度	-
		舉證項目的多寡	+
		證明度標準高低	+
舉證責任分配衍生成本	舉證責任分配而導致的成本	有效防制損害之誘因偏離程度	+
		提告之誘因大小	+
		錯誤判決之成本大小	+

資料來源：本研究繪製

衡愈嚴重狀態下，預期可降低協商成本，而增加庭外和解的機率，進而降低法院執行成本；但也有因此增加要脅下和解而造成過度或低度不履約之舉證責任分配衍生成本<sup>39</sup>。由於前述分析，我們知道證明度標準要求程度愈高，當事人舉證成本愈高，但舉證責任衍生成本愈低，並可適度降低法院真實發現的執行成本。因此，在不考慮舉證成本失衡狀態下，舉證成本愈低預期將降低法院執行成本，但對於舉證責任衍生成本影響方向則視錯誤判決成本與提告誘因之濫訴成本之相對大小而定；在舉證成本失衡愈嚴重情況下，預期協商成本愈低、法院執行成本愈低、但可能增加舉證責任分配衍生成本。就實證性觀點，證明度標準在刑訴要求程度高於民訴，

<sup>39</sup> 當兩造舉證成本處於失衡狀態下，一方舉證成本高於他方，如原告高於被告，若被告預期庭外和解利益於訴訟預期結果，將較易迫使原告和解，而降低協商成本；由於舉證成本失衡愈嚴重預期庭外和解機率變高，故預期可降低法院執行成本；但因為舉證成本失衡愈嚴重，預期較易使舉證成本低的一方利用訴訟要脅他方接受其無效率履約。參 Cooter, R. and Ulen, T., 前揭書，註 9，406-421 (2004)；簡資修，揭前書，註 11，40-42 (2004)。

但對於同為民訴之財產法則與補償法則，並無明文規定其有不同的證明度標準；就規範性觀點，相同證明度標準下，由舉證成本愈低者負舉證責任，在考量可依訴訟進程階段給予原告與被告負不同之證據提出行為責任時，舉證成本愈低者宜有較高證明度標準。由於舉證成本影響法院執行成本較為明顯，但對於協商成本與舉證責任分配衍生成本，則須視失衡情況而定。基於分析探討便利，本文研究框架在法院執行成本中納入舉證困難等影響因素，但在協商成本中並未納入舉證成本影響因素，並假設證明度標準在財產法則與補償法則並無差異。對於財產法則與補償法則是否宜有不同證明度標準、不同訴訟進程階段宜如何設定證明度標準等課題，則有待另文深入討論。為凸顯各項交易成本對權利保障程度選擇，本文仍將獨立列出協商成本、法院執成本、舉證成本與舉證責任分配衍生成本等 4 項目。

## 四、應記載及不得記載事項第 5 點、第 19 點分析探討

預售屋買賣定型化契約應記載事項中，房屋面積問題一直是預售屋糾紛中的主要爭點之一，亦是消費者主張解除契約的理由之一，應記載事項對於面積問題的規定，為處理該問題的主要依據，亦是法官裁判時的重要參考指標<sup>40</sup>。此外，因消費者的貸款撥付是取得房屋的對價，故貸款撥付是消費者行使房屋品質如契約約定保存行為的重要籌碼，應記載事項中對於貸款撥付規定，決定了消費者的權益與保障內容。故本文針對應記載事項第 5 點之面積短少契約解除權條款、應記載事項第 19 點之貸款撥付條款，應用前述框架分析探討此 2 項規定。

### (一) 應記載事項第 5 點之面積短少契約解除權條款

1. 面積短少契約解除權條款－面積短少 3% 以上，不能達契約目的者，得解除契約？

---

<sup>40</sup> 應記載事項為定型化契約內容應記載之事項，當交易雙方遵守法規之規定，將應記載事項第 5 點記載於契約內容中，而事後卻發生面積糾紛時，法官面臨契約糾紛之處理依據，首為契約內容，因此應記載事項關於面積問題的規定，亦是法官裁判時的主要參考指標之一。

預售房屋有無面積不符的爭議，從司法實務觀察得知，在 131 件預售屋買賣定型化契約相關判決中，有 26 件判決（佔 19.85%）的爭點類型集中在房屋面積與契約內容有無不符，僅次於預售屋買賣廣告有無廣告不實的 27 件（佔 20.60%），甚至高於違約金有無過高問題的 25 件（佔 19.10%），而成為預售屋買賣定型化契約糾紛的第 2 大爭議點<sup>41</sup>。依應記載事項第 5 點第 3 款規定，面積如有誤差，其不足部分超過 3% 以上，不能達契約預定之目的者，買方得解除契約。因此房屋面積誤差若過於嚴重，消費者可以請求解除該買賣契約，但消費者欲行使契約解除權，須舉證並符合面積短少超過 3% 以上，並且不能達契約預定之目的該二要件，始得行使契約解除權。不過在應記載及不得記載事項修正草案中<sup>42</sup>，將該條款修訂為，「主」建物面積如有誤差，其不足部分超過 3% 者，買方得解除契約。因而在修正草案中，消費者無須負「不能達契約預定之目的」的舉證責任，參酌其修正草案會議記錄得知，其修訂理由為，依現在建築技術，誤差超過 3% 已屬重大瑕疵，況消費者購屋，面積大小是其主要考量，消費者如要解除契約又須舉證契約不能達預定之目的始得解除，因舉證不易致使解除契約不易主張，因而建議刪除「契約不能達預定之目的」之要件，同時為兼顧業者利益，乃將面積誤差限縮為「主建物面積」。由此可知，舉證責任的減輕，將使消費者的權利保障更易實現。

## 2. 現行權利保障方式與舉證責任分配規定解析

依權利保障方式與舉證責任分配雙重考量，面積短少超過 3% 以上的買方權利保障，有  $X_1Y_1$ 、 $X_1Y_1'$ 、 $X_1'Y_1$  與  $X_1'Y_1'$  等 4 種處理方案<sup>43</sup>，各方案與現行的規定

<sup>41</sup> 林蕙玲以 1999 年 8 月至 2007 年 12 月之最高法院、台灣高等法院及台灣高等法院各分院之訴訟判決案件，探討預售屋買賣定型化契約之訴訟判決，結果呈現有無廣告不實、有無面積不符與有無違約金過高為爭議類型前三名。參林蕙玲，預售屋買賣定型化契約之法制分析－以應記載及不得記載事項為中心，臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文，45-47 (2008)。

<sup>42</sup> 參預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項修正草案會議紀錄，前揭文，註 6。

<sup>43</sup> 解除契約為財產法則保障方式（ $X_1Y_1'$ 與  $X_1Y_1$ ），僅得請求金錢賠償為補償法則保障方式（ $X_1'Y_1$ 與  $X_1'Y_1'$ ）。面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的，直接行使面積短少價金找補及金錢損害賠償係本文  $X_1'Y_1$  與  $X_1'Y_1'$  方案，若推定則成為  $X_1Y_1$ 。面積短少 3% 以上，賣方是否須要證明可達契約目的或買方須證明未達契約目的方得解除契約？須賣方證明者則為本文  $X_1Y_1$  方案，須買方證明者則為本文  $X_1Y_1'$  方案。當賣方證明可達契約目的，或買方不能證明不能達契約目的，買方不得行使解除契約之財產法則保障方式，但得行使面積短少價金找補及金錢損害賠償之補償法則保障方式，前者為本文  $X_1'Y_1$  方案，後者為  $X_1'Y_1'$  方案。

( $X_1Y_1'$ ) 交易成本比較如表 3 所示。

表 3 面積短少 3% 權利保障的方案比較

分析方案	內容說明	比較方案	內容說明	交易成本之比較項目			
				協商成本	法院執行成本	舉證成本	舉證責任分配衍生成本
$X_1Y_1$	面積短少 3% 以上推定不能達契約目的，得解除契約；或面積短少 3% 以上得解除契約，除賣方證明可達契約目的者，不在此限	$X_1Y_1'$	面積短少 3% 以上，不能達契約目的者，得解除契約	△	△	△	○
$X_1'Y_1$	面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的，或賣方證明可達契約目的者，買方僅請求面積短少之價金找補及金錢損害賠償，賣方負有面積有無短少 3% 以上證明責任，買方負因之受損數額證明責任			○	◎	△	△
$X_1'Y_1'$	面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的，或買方不能證明不能達契約目的者，買方僅請求價金找補及金錢損害賠償，買方負有面積有無短少 3% 以上及因之受損害數額證明責任			○	◎	△	△

資料來源：本研究繪製

註：比較方案均為現行規定；○代表較低；◎代表較高；△代表持平（視情況而定）

(1)  $X_1Y_1$  方案，代表買方擁有財產法則保障之權利（得解除契約），有無「不能達契約預定之目的」之舉證責任轉換至賣方：

舉證成本方面， $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案的舉證項目多寡相同<sup>44</sup>，但在舉證項目的舉證困難度上，由於  $X_1Y_1$  方案舉證項目事實為可達契約預定目的， $X_1Y_1'$  方案舉證項目事實為不能達契約預定目的，因為不能達成契約目的僅須舉證某一項契約目的未

<sup>44</sup>  $X_1Y_1$  方案與  $X_1Y_1'$  方案所舉證的項目均為有無不能達契約預定之目的，因此在舉證項目多寡上相同。

達成，而舉證達成契約目的一般須全面舉證契約項目，故預期舉證項目的舉證困難程度上， $X_1Y_1$  相對於  $X_1Y_1'$  方案有較高舉證成本<sup>45</sup>。然而，若面積短少 3% 以上即推定不能達契約目的，則  $X_1Y_1$  相對於  $X_1Y_1'$  方案有較低舉證困難。此外，就舉證項目的了解程度而言，因賣方相對較買方具有議約經驗、專業知識，而賣方又是定型化契約的擬定者，預期對於契約內容了解程度相對較買方高，故預期賣方相對於買方舉證成本低。由於舉證項目的舉證困難度，在不推定不能達契約目的下， $X_1Y_1$  方案舉證成本較高，但舉證項目的了解程度， $X_1Y_1'$  方案的舉證成本較高。在此情況下， $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案之舉證項目之舉證困難度與了解程度，此程序利益考量之訴訟觀點在  $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案互有利弊，故即使在舉證成本較低者負舉證責任或負較高證明度標準之規範性觀點下，仍無明顯證明度標準高低此問題。由於，舉證成本高低視舉證項目的舉證困難度與了解程度而定，故在面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的下  $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案之舉證成本預期不會產生顯著差異；在面積短少 3% 以上即推定不能達契約目的下，預期  $X_1Y_1$  方案的舉證成本較  $X_1Y_1'$  方案低。

協商成本方面， $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案在人數多寡與利益衝突程度上一致<sup>46</sup>，但在談判地位平等性， $X_1Y_1$  方案中買方的契約解除權須賣方舉證始得推翻， $X_1Y_1'$  方案中的買方契約解除權則須買方自行舉證，當賣方欲和買方自行協商解決糾紛時， $X_1Y_1$  方案下的買方，其談判地位雖較  $X_1Y_1'$  方案優勢，買方預設之協商賠償數額可較  $X_1Y_1'$  方案高，惟買方如果基於舉責任優勢地位而採取拿翹行為時，致使協商的賠償數額高過解約的損失數額，此時賣方可能寧願選擇解約，此行為回應可適度改善拿翹問題，故在同樣具財產法則保障下， $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案之協商成本預期不會產生顯著差異。

法院執行成本方面，在面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的下，因為  $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案在舉證項目的舉證困難度與舉證項目的了解程度有不一致的方向，使

<sup>45</sup> 雖然應記載事項修正草案第 1 次審查會議與會學者，認為要求買方舉證契約不能達預定之目的，有使舉證不易，致使解除契約不易主張，且建物面積大小本是買方購買房屋的主要考量，因而建議刪除契約不能達預定之目的字樣。此建議係奠基在買方保障面向上，就 Coase 定理單一主人考量上，本文認為舉證能或未能達成契約目的對買方或賣方皆係一抽象概念，要雙方具體化地舉證出來同樣都是一件難事，然不能達契約預定目的相對比可達契約預定目的舉證相對較易，故在預期舉證項目的舉證困難度上，本文認為  $X_1Y_1$  相對於  $X_1Y_1'$  方案有較高舉證成本。

<sup>46</sup> 人數多寡上， $X_1Y_1$  方案與  $X_1Y_1'$  方案均僅為買方與賣方；利益衝突程度上，因 2 方案的買方均擁有財產法則保障之權利，因此利益衝突程度為一致。

得  $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案中，負舉證責任一方的容易舉證程度難以判高低；在容易認定程度、事實項目多寡上一致<sup>47</sup>。故法院執行成本高低須視買方與賣方舉證難易度而定，因此  $X_1Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案之法院執行成本預期不會產生顯著差異。然而，在面積短少 3% 以上即推定不能達契約目的下，預期  $X_1Y_1$  方案的法院執行成本較  $X_1Y_1'$  方案低。

舉證責任分配衍生成本方面， $X_1Y_1$  方案的舉證責任分配衍生成本預期較  $X_1Y_1'$  方案低。因  $X_1Y_1$  方案下的買方係在面積短少達 3% 以上，始推定有契約解除權，並非面積一有短少即推定有解除權，保有賣方興建誤差的彈性空間，使效率防制損害的誘因偏離程度不大，故預期賣方過度防制面積短少問題不大。至於  $X_1Y_1$  方案舉證責任的轉換是否將導致提告的誘因過大，而有濫訴的情況發生？因為買方得解除契約的權利發生要件之一在於面積短少超過 3%，因此當面積無短少或未超過此比例時，買方仍須承擔敗訴的成本，從而預期買方在未有適度證據下提告機率低。相對地，現行規定  $X_1Y_1'$  方案，雖然在面積誤差超過 3% 的情況下，賦予買方有解除契約的財產法則權利保障，然在具體程序實行上卻又設置須舉證「不能達契約之目的」的過高門檻<sup>48</sup>，受權利損害的買方須投入大量的舉證成本以通過層層阻礙來實現其權利保障，因此提告誘因低，致使程序上的執行無法促成權利的適當保護。抑有進者，此將導致賣方基於投機心理，認為即使消費者告上法院，其勝訴的機率亦不會很高，易有低度防制面積短少之虞，有效防制損害之誘因偏離程度高，對於遏阻賣方違約的誘因將較  $X_1Y_1$  方案不足，誘因不足的結果導致違約建案量高於最適量，交易糾紛層出不窮，糾紛違約成本高。此外， $X_1Y_1$  方案舉證責任的轉換是否將導致相對於  $X_1Y_1'$  方案有較高錯誤判決成本？由於錯誤判決成本依賴於法院對於「消極錯誤」（原告該勝而未勝）與「積極錯誤」（被告該勝而未勝）資訊的掌握。由於  $X_1Y_1'$  方案舉證困難度視情況而定，但  $X_1Y_1$  方案舉證項目了解程度較易，因此預期此 2 方案在錯誤判決成本上並無顯著差異，但由於  $X_1Y_1$  方案相對有較低

<sup>47</sup> 在  $X_1Y_1$  方案與  $X_1Y_1'$  方案中，法院欲釐清之事實項目均為有無達契約預定之目的該項，又因為是同一項目，所以事實容易認定程度亦相同。

<sup>48</sup> 從預售屋買賣定型化契約訴訟判決中，財產法則保障方式的法官獲准率低於補償法則保障方式，欲請求解除契約者，需要有強而有利的證據來佐證以符合契約解除的條件，否則法官多採取補償法則保障方式處理。詳細內容參林蕙玲，前揭書，註 41，50-51 (2008)。由此間接發現，舉證不能達契約目的之舉證成功率在司法實務上並不高。



有效防制損害誘因偏離程度。是以，預期  $X_1Y_1$  方案的舉證責任分配衍生成本較  $X_1Y_1'$  方案低。

(2)  $X_1'Y_1$  方案，代表買方擁有補償法則保障之權利，「面積有無短少 3% 以上」之舉證責任轉換至賣方：

舉證成本方面，在面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的，買方直接請求補償法則權利保障方式下， $X_1'Y_1$  方案須由賣方舉證面積有無短少 3% 以上，但由此方案舉證責任轉換僅在面積短少之舉證，買方基於補償法則的權利保障仍須負擔因面積短少而受損害數額之舉證；相對地， $X_1Y_1'$  方案買方除舉證面積有無短少 3% 以上之外，亦須舉證該面積短少不能達契約預定目的，雖然舉證項目與  $X_1'Y_1$  同為 2 項，惟契約目的相較於損害數額較為抽象，故其舉證項目的困難度相對較高。然而，在賣方證明可達契約目的，買方請求補償法則權利保障方式下，如同  $X_1Y_1$  方案，舉證項目的舉證困難度上， $X_1'Y_1$  相對於  $X_1Y_1'$  方案有較高舉證成本。就舉證項目了解程度，因面積有無短少 3% 以上，不管買方或賣方舉證，其了解程度均須依賴專業測量單位為之，不因買方或賣方舉證而有所差異。由於，舉證成本高低視舉證項目的舉證困難度與了解程度而定，在買方直接請求補償法則權利保障方式下， $X_1'Y_1$  相對於  $X_1Y_1'$  方案預期舉證成本較低；在賣方證明可達契約目的，買方請求補償法則權利保障方式下，則  $X_1'Y_1$  相對於  $X_1Y_1'$  方案預期舉證成本較高。

協商成本方面，因為  $X_1'Y_1$  方案與  $X_1Y_1'$  方案在參與協商人數多寡上相同<sup>49</sup>，拿翹而產生協商談判地位不平等的可能性也不大。因為賣方欲和買方自行協商解決糾紛時， $X_1'Y_1$  方案的買方僅有補償法則保障權利，故無拿翹本錢； $X_1Y_1'$  方案的買方因為須自行舉證且舉證成功始有契約解除權，因此拿翹問題也不大。但在利益衝面向上，因  $X_1Y_1'$  方案的買方可選擇自行舉證行使契約解除權或僅要求金錢賠償，而  $X_1'Y_1$  方案的買方僅能要求金錢賠償，故談判協商時  $X_1Y_1'$  方案的利益衝突程度相對較高。基此， $X_1'Y_1$  相對於  $X_1Y_1'$  方案預期協商成本較低。

法院執行成本方面， $X_1'Y_1$  方案的法院執行成本預期相對較  $X_1Y_1'$  方案高。在面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的，買方直接請求補償法則權利保障方式下之  $X_1'Y_1$  方案，雖然買賣雙方不必爭辯面積短少有無達預定契約目的，使負舉證責任

<sup>49</sup>  $X_1'Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案在參與協商人數多寡上均僅為買方與賣方。

之一方容易舉證。惟面積大小係購屋者首要考量之一，若賣方未經買方同意與合理預知下，面積短少 3% 以上，在補償法則權利保障下，買方僅能於事後請求金錢損害賠償，難保面積短少受金錢補償的買方效用不低於原契約面積完整利用的效用，若該買方因面積短少不符原規劃利用，可能將該房屋轉售給第三人而增加額外交易成本。此外，面積短少僅以補償法則保障，可能致使交易信任降低，間接導致未來交易雙方的合作機會降低。因此，法官對於損害數額多寡的裁定須考量到未來市場合作機會與房地利用產值，始可促進房地流通與資源有效配置，惟此正確數額衡量問題考驗著法官的能力，使得  $X_1'Y_1$  方案的法院執行成本相對較高。相對地， $X_1Y_1'$  方案法官僅須對契約目的有無達成作裁定，對此法官可依契約訂定內容或交易習慣作事實認定，因此法官在  $X_1Y_1'$  方案的法院執行成本相對較低。儘管  $X_1'Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案法官欲釐清之事實項目數量同為 2 項， $X_1'Y_1$  方案為面積有無短少與損害額多寡， $X_1Y_1'$  方案為面積有無短少與契約目的有無達成，但法官對於正確損害額多寡相對比契約目的達成的事實認定，須依賴更充足資訊與能力，故  $X_1'Y_1$  相較於  $X_1Y_1'$  方案預期法院執行成本較高。在賣方證明可達契約目的，買方請求補償法則權利保障方式下之  $X_1'Y_1$  方案，除須釐清面積有無短少與損害額多寡之外，亦須釐清賣方證明可達契約目的事項，則更強化  $X_1'Y_1$  相較於  $X_1Y_1'$  方案有較高法院執行成本的機會。

舉證責任分配衍生成本方面，由於舉證責任分配衍生成本本文界定為來自舉證責任分配而產生的過度或低度防制損害成本、濫訴成本與錯誤判決成本。在面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的，買方直接請求補償法則權利保障方式下， $X_1'Y_1$  相較於  $X_1Y_1'$  方案有較低舉證成本，故預期有較低錯誤判決成本，但有較高提告誘因之虞，對於是否有過度或低度防制損害則須視舉證成本失衡嚴重性而定。相對地，在賣方證明可達契約目的，買方請求補償法則權利保障方式下， $X_1'Y_1$  相較於  $X_1Y_1'$  方案有較高舉證成本，故預期有較高錯誤判決成本，但有較低提告誘因之虞，對於是否有過度或低度防制損害則須視舉證成本失衡嚴重性而定。基於此情況未明與分析便利，本文對  $X_1'Y_1$  與  $X_1Y_1'$  方案因權利保障方式不同所帶來的舉證責任分配衍生成本視為持平。

**(3)  $X_1'Y_1'$  方案，代表買方具有補償法則保障之權利，買方對於面積有無短少 3% 以上負舉證之責：**

舉證成本方面，在面積短少 3% 以上不推定不能達契約目的，買方直接請求補償法則權利保障方式下， $X_1'Y_1'$  與  $X_1Y_1'$  方案舉證成本負擔者皆為買方，舉證項目均須舉證面積有無實際短少 3% 以上。惟  $X_1'Y_1'$  方案中的買方因為所須舉證事實為面積短少所受實際損害數額，而  $X_1Y_1'$  方案則須舉證契約目的有無達成，相對於實際損害數額，契約目的有無達到所須舉證事實相對較為抽象，鑒於抽象要件比具體要件舉證較不易。就證明度標準而言， $X_1'Y_1'$  方案因舉證困難相對較低，基於規範性考量宜將由較低舉證成本負擔舉證責任。故  $X_1'Y_1'$  相較於  $X_1Y_1'$  方案預期舉證成本相對較低。然而，在買方不能證明不能達契約目的，買方請求補償法則權利保障方式下， $X_1'Y_1'$  方案較  $X_1Y_1'$  方案多舉證面積短少所受實際損害數額，故此情況下  $X_1'Y_1'$  相較於  $X_1Y_1'$  方案預期舉證成本相對較高。

協商成本方面，同  $X_1'Y_1'$  方案分析， $X_1'Y_1'$  與  $X_1Y_1'$  方案參與協商人數相同，而拿翹問題也不大，惟  $X_1'Y_1'$  方案的買方僅能請求金錢賠償而不能請求解除契約，因此在談判協商時，利益衝突程度比  $X_1Y_1'$  方案小，故  $X_1'Y_1'$  相對於  $X_1Y_1'$  方案預期協商成本相對較低。

法院執行成本方面，亦相同  $X_1'Y_1'$  方案分析， $X_1'Y_1'$  方案因為採取補償法則保障方式，法官對於正確損害額多寡相對比契約目的達成的事實認定，須依賴更充足資訊與能力法官能力，故  $X_1'Y_1'$  相較於  $X_1Y_1'$  方案預期法院執行成本較高。

舉證責任分配衍生成本方面，因為  $X_1'Y_1'$  與  $X_1Y_1'$  方案的權利保障方式並不相同，舉證責任分配均為買方舉證，故  $X_1'Y_1'$  與  $X_1Y_1'$  方案舉證責任分配衍生成本本文視為持平，理由同  $X_1'Y_1'$ 。

綜上所述，關於應記載事項第 5 點中面積短少超過 3% 者的權利保障， $X_1'Y_1'$  與  $X_1Y_1'$  方案所採的補償法則保障方式，雖可降低協商成本，惟如果法官能力無法精確衡量損害額，將導致房地無法流向視其價值最高的人手上，不利資源有效利用。 $X_1Y_1'$  與  $X_1Y_1'$  現行規定方案皆採取財產法則保障方式， $X_1Y_1'$  方案藉由舉證責任轉換可適度降低因買方舉證不易而導致舉證責任分配衍生成本的問題。另外就契約正義觀點， $X_1Y_1'$  方案可使原本在專業知識、經社地位與議約經驗處於劣勢的買

方，透過舉證責任的轉換將對買方談判地位有所改善；此也相對符合「對於待驗事實之存否掌握較多認識管道或證據法，而能夠較容易地對待驗事實之存否進行證明之當事人，就該事實之存否應負有舉證責任」的一般傳統訴訟法觀點<sup>50</sup>。因此在不改變財產法則權利保障下，宜倒置舉證責任<sup>51</sup>。若欲維持現行規定  $X_1Y_1$ ' 方案，則宜改善舉證責任分配衍生成本問題，亦可考量黃國昌提出的「階段的舉證責任論」中，不改變客觀責任分配，但可透過程序責任轉換可能性，使證據提出義務而非僅負擔性質，以規制當事人證據提出行為；此外，若欲維持現行規定  $X_1Y_1$ ' 方案，亦可透過原告證明度標準的調降，以舒緩此方案所帶來的問題；若欲採用  $X_1'Y_1$  或  $X_1'Y_1'$  方案之補償法則方式保障者，則宜改善法院執行成本問題。

## (二) 應記載事項第 19 點之貸款撥付條款

### 1. 適用的前提要件－須買賣契約訂有交屋保留款？

應記載事項第 19 點規定，買賣契約如訂有交屋保留款者，於產權登記完竣並由金融機關設定抵押權後，除有輻射鋼筋、未處理之海砂或其他縱經修繕仍無法達到應有使用功能之重大瑕疵外，買方不得通知金融機構終止撥付貸款予賣方。依此規定，其所要保障的係消費者可以買到一個「安全」或符合「應有使用功能」的房屋，所採取的是己方負舉證責任之終止貸款撥付的財產法則保障方式。然而該點適用前提要件為買賣契約訂有交屋保留款，但此前提要件實無必要，因為應記載事項的效力使得交屋保留款約定必定成為契約內容<sup>52</sup>。

<sup>50</sup> 參黃國昌，前揭文，註 10，255 (2005)。

<sup>51</sup> 預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項修正草案中，亦將「不能達契約之目的」一詞刪除，因此只要消費者舉證面積短少 3% 以上，逕得解除契約。此時，建商可抗辯主張的便有依民法第 359 條物之瑕疵擔保的但書規定，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金，間接轉由建商舉證解除契約顯失公平。唯修正草案把面積短少 3% 以上得解除契約的規定，限於「主面積」。本文探討僅涉及面積短少一定比例以上之舉證責任問題，至於面積比例應為多少以上始有適用，為實務操作問題，本文並不論及。

<sup>52</sup> 林誠二認為預售屋契約未為交屋保留款之約定者，顯違反消保法第 17 條第 2 項之規定，且交屋保留款約定雖未經記載於定型化契約內，依消保法施行細則第 15 條第 2 項規定仍構成契約內容。因此消費者主張瑕疵擔保而主張保留款，並無遲延給付價款之違約責任，且可要求貸款銀行調整撥款金額比例，房地總價的 5% 保留款可於建商修繕後撥付之。參林誠二，「消保法定型化契約應記載事項之效力」，月旦法學教室，第 52 期，11 (2007)。另應記載事項第 14 點後段規定，買方得於「自備款部份」保留房地總價 5% 作為交屋保留款，使得消費者雖有得以保留部分

## 2. 貸款撥付條款有無消保法商品責任的適用？

關於須舉證證明房屋含有「輻射鋼筋」、「未處理之海砂」之舉證責任，是否有消保法第 7 條及第 7 條之 1 規定之商品責任與舉證責任轉換適用？消保法第 7 條第 2 項所列舉的「財產」法益保護的商品責任與舉證責任轉換，僅限於被害人完整性利益之保護，而商品自身損害及營業損失等純粹經濟上損害，則應循契約法之途徑救濟，侵權行為法則僅能依民法第 184 條第 2 項或第 1 項後段主張<sup>53</sup>。在貸款撥付條款情形下，消費者所購買房屋為重大瑕疵的輻射屋或海砂屋時，消費者僅在該房屋重大瑕疵使其受有生命、身體、健康、財產的損害，才有消保法第 7 條與 7 條之 1 規定的適用，否則消費者僅能依債務不履行或物之瑕疵擔保，根據契約約定或任意規範主張損害賠償。由於僅有在受有生命、身體、健康、財產的損害才能適用商品責任，當未能證明有其損害時並未能依商品責任行使終止貸款撥付，故本文認為現行貸款撥付條款基本上並無消保法商品責任與舉證責任轉換之適用。

## 3. 現行權利保障方式與舉證責任分配規定解析

依權利保障方式與舉證責任分配雙重考量，面積短少超過 3% 以上的買方權利保障，有  $X_2Y_2$ 、 $X_2Y_2'$ 、 $X_2'Y_2$  與  $X_2'Y_2'$  等 4 種處理方案，各方案與現行的規定 ( $X_2Y_2'$ ) 交易成本比較如表 4 所示。

(1)  $X_2Y_2$  方案，代表買方擁有財產法則保障之權利（終止撥付貸款），有無輻射鋼筋或含有未處理之海砂之舉證責任轉換至賣方：

舉證成本方面， $X_2Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案舉證項目相同，均為舉證有無含有輻射鋼筋或未處理之海砂 1 項，因為舉證項目的具體事實性差異不大，故此 2 方案之舉證困難度並無顯著差異。但在負舉證責任一方對舉證項目的了解程度上，預期賣方對於房屋重大瑕疵之專業知識與資訊能力相對較買方優勢，因為賣方舉證時可以興建材料文件作為證據，在證據不足時才會請求專業鑑定者協助，而若由買方負舉證責任

---

價金，當作要求建商限期為瑕疵修繕的籌碼。然而消費者當前若無足夠的自備款，在抗衡建商方面便顯不足，因此本文建議交屋保留款不宜限縮在自備款部份，而可利用將貸款部分區分貸款比例與撥付時點，撥付時點在後者即可作為交屋保留款。

<sup>53</sup> 參郭麗珍，「我國產品責任法十年來之發展概論」，月旦法學雜誌，第 110 期，35 (2004)。

表 4 貸款撥付條款的方案比較

分析 方案	內容 說明	比較 方案	內容 說明	交易成本之比較項目			
				協商 成本	法院執 行成本	舉證 成本	舉證責任 分配衍生 成本
$X_2Y_2$	買方認為有輻射鋼筋、未處理之海砂之虞，得通知金融機構終止撥付貸款予賣方，賣方對於有無輻射鋼筋，未處理之海砂負舉證之責	$X_2Y_2'$	除有輻射鋼筋、未處理之海砂外，買方不得通知金融機構終止撥付貸款予賣方	△	○	○	○
$X_2'Y_2$	縱有輻射鋼筋、未處理之海砂，買方不得通知金融機構終止撥付貸款予賣方，得請求金錢賠償。賣方對於有無輻射鋼筋，未處理之海砂負舉證之責			△	◎	△	△
$X_2'Y_2'$	縱有輻射鋼筋、未處理之海砂，買方不得通知金融機構終止撥付貸款予賣方，得請求金錢賠償			△	◎	◎	△

資料來源：本研究繪製

註：比較方案均為現行規定；○代表較低；◎代表較高；△代表持平（視情況而定）

時，其對於建築構造並非具有專業知識，須請求專業鑑定者協助的機率預期比賣方舉證高。此外，一般情況賣方經社地位相對於買方較具優勢，即使買賣雙方皆須求助專業鑑定，在貨幣邊際效用遞減下，預期賣方相對於買方具舉證優勢。因此，若由賣方負舉證該房屋是否為輻射屋或海砂屋責任時，除可使賣方揭露資訊外，並可適度降低專業鑑定成本。就證明度標準而言， $X_2Y_2$  方案因舉證項目的了解程度相對較低，基於規範性考量宜將由較低舉證成本負舉證責任。因此， $X_2Y_2$  相較於  $X_2Y_2'$  方案預期舉證成本相對較低。

協商成本方面， $X_2Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案雖然有舉證責任分配差異，賣方基於己利考量，在金錢賠償數額低於終止貸款撥付損失時，常希望以金錢賠償方式而非買方終止貸款撥付解決糾紛；買方基於己利考量，在重大瑕疵損害高於解除契約損失時，常希望藉由解除契約並終止貸款撥付解決糾紛。因此，在財產法則權利保障方式下，不論買方或賣方負舉證責任，預期此時交易雙方利益衝突皆相當大，協商成本皆

很高，而  $X_2Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案在拿翹的談判地位與協商人數多寡上預期差異不大<sup>54</sup>。故在同樣具財產法則保障下， $X_2Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案之協商成本預期不會產生顯著差異。

法院執行成本比較方面，欲釐清事實項目多寡與事實容易認定程度， $X_2Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案兩方案並無差異<sup>55</sup>。但在負舉證責任一方之容易舉證程度方面，對於房屋有無含輻射鋼筋或未處理之海砂，賣方相對於買方較易舉證， $X_2Y_2$  方案下，法院較易清楚了解事實。因此， $X_2Y_2$  相較於  $X_2Y_2'$  方案預期法院執行成本相對較低。

舉證責任分配衍生成本方面， $X_2Y_2$  方案舉證責任分配衍生成本預期低於  $X_2Y_2'$  方案。 $X_2Y_2$  方案中，舉證責任轉換至賣方時是否會呈現賣方過度防制情況？賣方為了避免舉證成本過高，在興建房屋時預期將會增加重大瑕疵防免的監督執行成本，但此額外投入的監督執行成本將可能反映在房屋售價上，此時買方雖然買了一間較貴的房子，但相對也買了一間無重大瑕疵的房子，結果扭曲房地市場交易機會不大，故預期舉證責任轉換之  $X_2Y_2$  方案的過度防制問題並不嚴重。但  $X_2Y_2$  方案是否會因舉證責任轉換而產生過大提告誘因，而有濫訴情況發生？當舉證責任轉換為賣方時，買方對所買房子有重大瑕疵疑慮時，預期將會增加買方提告機率，若此為合理懷疑範圍內自不屬濫訴範疇，但若買方鑑於賣方負舉證責任而產生超越合理懷疑範疇提告時，便有濫訴之虞。在賣方舉證成本極高時，此情況預期較嚴重，因為當買方理解賣方難以舉證無重大瑕疵時，為了己利可能增加濫訴行為，但由前述舉證成本分析可知，賣方在舉證無重大瑕疵時並不會產生高昂舉證成本，在此情況下買方承擔敗訴成本機會變高，致使濫訴行為降低。因此，預期  $X_2Y_2$  方案之濫訴提告問題相對並不嚴重。相對地， $X_2Y_2'$  方案係由買方負舉證責任，故相對於  $X_2Y_2$  方案具較小提告誘因。惟在此方案下，賣方鑑於買方有較高舉證重大瑕疵成本並為了節省防免成本，預期將降低重大瑕疵防免的監督執行行為，則可能產生低度防制損害問題。 $X_2Y_2'$  方案下，由於買方進住受有輻射屋或海砂屋損害後，始有消保法商品責任的適用，預期此將進一步增加低度防制問題。在具有商譽的重複建商而言，預期

<sup>54</sup> 不論買方或賣方負舉證責任，因重大損害大部份買方皆只想解除契約，因此在財產法則權利保障下，預期雙方協商談判時之拿翹談判地位差異不大； $X_2Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案都僅為買方與賣方，故協商人數相同。

<sup>55</sup> 在  $X_2Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案中，法院欲釐清之事實項目均為房屋有無含輻射鋼筋或未處理之海砂該項，又因為是同一項目，所以事實容易認定程度並無差異。

低度防制問題並不嚴重，但就單案或一案建商而言，預期將會深化低度防制問題<sup>56</sup>。由此可知， $X_2Y_2$  方案雖可能有濫訴與過度防制問題，但  $X_2Y_2'$  方案的低度防制問題卻可能更加嚴重。此外，由於此事項之消極錯誤成本預期大於積極錯誤成本，因此現行  $X_2Y_2'$  方案預期將產生更大的錯誤判決成本。因此， $X_2Y_2$  相較於  $X_2Y_2'$  方案預期舉證責任分配衍生成本相對較低。

**(2)  $X_2'Y_2$  方案，代表買方擁有補償法則保障之權利（金錢賠償），有無輻射鋼筋或含有未處理之海砂之舉證責任轉換至賣方：**

舉證成本方面， $X_2'Y_2$  方案須由賣方舉證有無輻射屋或海砂屋等重大瑕疵，但由此方案舉證責任轉換僅在重大瑕疵舉證，買方基於補償法則的權利保障仍須負擔因重大瑕疵而受損害數額的舉證；相對地， $X_2Y_2'$  方案基於財產法則的權利保障，買方僅須對有無輻射屋或海砂屋等重大瑕疵負舉證責任。因此就舉證項目上， $X_2'Y_2$  相對於  $X_2Y_2'$  方案之舉證成本相對較高。惟有無輻射屋或海砂屋等重大瑕疵與受損害數額的舉證皆係較為具體事實，因此預期  $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案之舉證項目困難度並不會產生顯著差異。但就舉證項目了解程度而言，預期賣方對於房屋重大瑕疵之專業知識與資訊能力相對較買方優勢，因此由賣方舉證的  $X_2'Y_2$  方案相對於由買方負責舉證的  $X_2Y_2'$  方案有較低舉證成本。由於  $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案的證明度標準相同、舉證項目與舉證了解程度的成本互有高低，故  $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案之舉證成本預期不會產生顯著差異。

協商成本方面，由於輻射屋或海砂屋等重大瑕疵有傷害生命、身體、健康、財產之虞，因此在利益衝突面向上預期  $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案皆會產生高昂協商成本。雖然  $X_2Y_2'$  方案的買方可選擇自行舉證行使契約解除權或僅要求金錢賠償，而  $X_2'Y_2$  方案的買方僅能要求金錢賠償，而呈現談判協商時  $X_2Y_2'$  方案的利益衝突程度相對較高的可能性。然而當  $X_2Y_2'$  方案買方選擇金錢賠償時，在輻射屋或海砂屋等重大瑕疵之金錢損害賠償數額爭議時，預期在未進入司法程序自行協商時，將與  $X_2'Y_2$  方案同樣面臨高昂協商成本，為避免此高昂協商成本， $X_2Y_2'$  方案買方將選擇解除契約，致使  $X_2Y_2'$  方案利益衝突程度不必然高於  $X_2'Y_2$  方案。此結果與面積短少 3%

<sup>56</sup> 單案建商因為只推出單一建案便解散或倒閉，因此無須考慮建立品牌形象之商譽好壞，因此低度防制瑕疵屋損害之誘因相對較高，購買該一推案之消費者求償無門的機率亦較高。



以上之條款（應記載事項第 5 點）略有不同，主要原因在於重大瑕疵相對於面積短少有較高昂金錢賠償數額爭議。在拿翹談判地位與協商人數面向上， $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案預期並無顯著差異<sup>57</sup>。因此， $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案之協商成本預期不會產生顯著差異。

法院執行成本方面， $X_2'Y_2$  方案雖由買方舉證轉換為舉證成本相對較低的賣方負責舉證，此可適度減輕法院執行成本；但此方案為補償法則權利保障方式，法院除了要釐清輻射屋或海砂屋等重大瑕疵事實認定外，尚須要能正確衡量損害賠償數額，增加事實認定困難度。相對地， $X_2Y_2'$  方案為財產法則權利保障方式，法院僅須就輻射屋或海砂屋等重大瑕疵作事實認定，無須面對正確損害數額衡量的難題。由於  $X_2'Y_2$  方案法院欲釐清之事實項目數量與事實認定困難度，相對高於  $X_2Y_2'$  方案，故  $X_2'Y_2$  相較於  $X_2Y_2'$  方案預期法院執行成本較高。

舉證責任分配衍生成本方面，因為  $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案的權利保障方式並不相同，而  $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案舉證成本並無預期顯著差異，故預期錯誤判決成本與提告誘因濫訴成本並無顯著差異，而是否有過度或低度防制損害則須視舉證成本失衡嚴重性而定，故  $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案舉證責任分配衍生成本本文視為持平。

### (3) $X_2'Y_2'$ 方案，代表買方具有補償法則保障之權利（金錢賠償），買方對於有無輻射鋼筋或含有未處理之海砂負有舉證之責：

舉證成本方面，由於  $X_2'Y_2'$  與  $X_2Y_2'$  方案均由買方對無輻射屋或海砂屋等重大瑕疵負舉證責任，故舉證項目之舉證困難度與了解程度此 2 方案並無差異。惟  $X_2'Y_2'$  方案，買方基於補償法則的權利保障，除須對有無輻射屋或海砂屋等重大瑕疵負舉證責任外，仍須負因重大瑕疵而受損害數額的舉證；相對地， $X_2Y_2'$  方案基於財產法則的權利保障，買方僅須對有無輻射屋或海砂屋等重大瑕疵負舉證責任，故舉證項目相對較少。就證明度標準而言， $X_2Y_2'$  現行方案因舉證項目困難性與了解程度與  $X_2'Y_2'$  方案無顯著差異，但舉證項目相對較少，故  $X_2'Y_2'$  相較於  $X_2Y_2'$  方案預期舉證成本相對較高。由於本文假設證明度標準並不因財產法則與補償法則而有所

<sup>57</sup> 因為賣方欲和買方自行協商解決糾紛， $X_2'Y_2$  方案的買方僅有補償法則保障權利，故無拿翹本錢； $X_2Y_2'$  方案的買方因為須自行舉證且舉證成功始有契約解除權，因此拿翹問題也不大； $X_2'Y_2$  與  $X_2Y_2'$  方案協商人數均為買方與賣方。

差異，故預期此因素不影響此 2 方案之舉證成本；但就規範性證明度標準觀點，宜將由較低舉證成本負舉證責任， $X_2Y_2'$  方案相對於  $X_2Y_2$  方案則較符合此規範性目標。

協商成本方面，同  $X_2'Y_2$  方案分析， $X_2'Y_2'$  與  $X_2Y_2'$  方案拿翹談判地位與協商人數面向上預期並無顯著差異，並皆會產生高度利益衝突而同樣面臨高昂協商成本。

法院執行成本方面，就負舉證責任一方容易舉證程度而言，由於  $X_2'Y_2'$  與  $X_2Y_2'$  方案均由較難舉證的買方負舉證責任，故此 2 方案相對於由賣方舉證責任具較高法院執行成本。就法院須釐清的事實項目與事實認定而言， $X_2'Y_2'$  相對於  $X_2Y_2'$  方案須釐清事實項目較多，事實認定的困難度也較高，理由同  $X_2'Y_2$  方案。由於  $X_2'Y_2'$  方案法院欲釐清之事實項目數量與事實認定困難度，相對高於  $X_2Y_2'$  方案，故  $X_2'Y_2'$  相較於  $X_2Y_2'$  方案預期法院執行成本較高。

舉證責任分配衍生成本方面，因為  $X_2'Y_2'$  與  $X_2Y_2'$  方案的權利保障方式並不相同，舉證責任均為買方負擔，而  $X_2'Y_2'$  相較於  $X_2Y_2'$  方案預期舉證成本相對較高，故預期有較高錯誤判決成本，但有較低提告誘因之虞，對於是否有過度或低度防制損害則須視舉證成本失衡嚴重性而定。基於此情況未明與分析便利，本文對  $X_2'Y_2'$  與  $X_2Y_2'$  方案因權利保障方式不同所帶來的舉證責任分配衍生成本視為持平。

綜上所述，關於應記載事項第 19 點中輻射鋼筋或未處理之海砂等重大瑕疵之終止撥付貸款權利保障， $X_2'Y_2$  與  $X_2'Y_2'$  方案所採的補償法則保障方式，因須仰賴法院能正確衡量輻射屋或海砂屋等重大瑕疵損害賠償數額的知識與能力，若法官能力無法精確衡量損害額，將不利於資源有效利用。現行  $X_2Y_2'$  方案，依據應記載事項第 12 點第 2 款、第 4 款及應記載事項第 24 點第 1 款規定，賣方保證建造該預售屋不含有損建築結構安全或有害人體安全健康之輻射鋼筋、石棉、未經處理之海砂等材料或其他類似物，如有違反之情形，買方得解除契約，並得請求一定比例之違約金。但既已要求賣方在契約中，須確保房屋並無輻射鋼筋或未處理海砂等損及建築結構與人體安全的材料，卻又在應記載事項第 19 點中（ $X_2Y_2'$  方案），明定買方須負含有輻射鋼筋或未處理海砂之舉證責任始有貸款撥付終止權，此舉似有矛盾之處。況且，現行規定下須由買方自行舉證，即已削弱欲防免遭輻射屋或海砂屋而生之生命、身體、健康、財產等權利保障程度，而有低度防制之虞。若透過舉證責任轉換  $X_2Y_2$  方案，則可適度降低法院執行成本、舉證成本與舉證責任分配衍生成

本。

現行貸款撥付條款之舉證責任分配無法適用消保法商品責任的規定，原因在於該條款的適用僅為產品自身損害，其受損的僅為經濟「利益」。然而，該條款實質欲防免係生命、身體、健康等「權利」的侵害。簡資修認為，「權利式保護」與「利益式保護」係功能上的區分，在內容上是可增減的，如果某種類型的利益，其受到侵害時，行為人應負損害賠償責任的機率較其他利益來得高時，則此一利益的保護，則可升級至「權利式保護」<sup>58</sup>。輻射屋或海砂屋等產品自身損害，在經驗上，賣方負損害賠償責任的機率較其他利益來得高，自有提高該損害的權利保障程度，而由他方（賣方）負舉證責任，即本文 X<sub>2</sub>Y<sub>2</sub> 方案。此舉證責任轉換方案，不僅符合危險領域說及舉證成本低者負舉證責任之效率概念，亦可適度降低舉證責任分配衍生成本。X<sub>2</sub>Y<sub>2</sub> 方案先推定並賦予買方終止權，賣方須後來舉證才能推翻消費者的終止權，藉由舉證責任轉換的方式，可積極防免因輻射屋或海砂屋等重大瑕疵之損害，進而實踐實體法之規範目的。

由於現行舉證責任分配原則，除法律別有規定或依情況顯失公平外，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任（民訴§277）。因此，本文舉證責任轉換為賣方之 X<sub>2</sub>Y<sub>2</sub> 方案，雖可適度降低法院執行成本、舉證成本與舉證責任分配衍生成本之經濟效益，但可能與民訴規定有扞格之虞。然而，應記載事項第 12 點第 2 款、第 4 款及應記載事項第 24 點第 1 款，已規定賣方負保證不含有損建築結構安全或有害人體安全健康之輻射鋼筋、石棉、未經處理之海砂等材料或其他類似物責任；消保法第 12 第 1 項、第 2 項亦規定有關定型化契約條款違反誠信原則與（推定）顯失公平情形，而楊芳賢、詹森林、陳聰富等亦認為定型化契約條款之風險分擔宜由最低成本避免風險之當事人負擔<sup>59</sup>。因此，本文 X<sub>2</sub>Y<sub>2</sub> 方案自非不得解為民訴第 277 條但書規定，而有舉證責任轉換之適用。若不改變舉證責任分配，本文認為宜藉由調降買方證明度標準、透過不同訴訟進程賦予不同證據提出責任，以改善現行方案相對較高交易成本的課題。

<sup>58</sup> 簡資修運用漢德公式分析，認為權利受侵害時，行為人負損害賠償責任的機率較利益受侵害時高，故關於生命、身體或物權等權利保護，其受害人舉證責任應較競爭利益保護之受害人低。參簡資修，前揭書，註 11，113-117 (2004)。

<sup>59</sup> 參林蕙玲、曾明遜，前揭文，註 7，93-96，102-104 (2008)。

## 五、結語

本文利用權利保障方式與舉證責任分配雙重考量框架，以應記載事項第 5 點、第 19 點條款為例，利用交易成本為基準點，比較分析產權保障方式與舉證責任分配之 4 種不同組合方案，以作為相關規定調整考量的參考，分析結果呈現如下。

應記載事項第 5 點中面積短少 3% 以上之契約解除權條款，現行由買方負舉證責任之財產法則權利保障方式規定，雖可避免法院須正確衡量因面積短少受損賠償數額的法院執行成本，但會增加偏離面積短少有效防制之低度防制機率。若將現行規定調整為賣方或買方負舉證責任之補償法則權利保障方式，雖可降低協商成本與舉證成本，惟如果法官能力無法精確衡量損害額，將導致房地無法流向視其價值最高的人手上。如果將現行規定調整為賣方負舉證責任之財產法則權利保障方式，則如同現行規定具有避免過高法院執行成本的功能，但可進一步適度降低因買方舉證不易而導致低度防制之舉證責任分配衍生成本問題。

應記載事項第 19 點中輻射鋼筋或未處理之海砂等重大瑕疵之終止撥付貸款條款，現行規定難以發揮積極防免因輻射屋或海砂屋之重大損害，而有低度防制之虞。若將現行規定調整為賣方或買方負舉證責任之補償法則權利保障方式，因須仰賴法院能正確衡量輻射屋或海砂屋等重大瑕疵損害賠償數額的知識與能力，若法官能力無法精確衡量損害額，將不利於資源有效利用。如果將現行規定調整為賣方負舉證責任之財產法則權利保障方式，則有進一步降低法院執行成本的功能，並可適度降低原規定之舉證成本與舉證責任分配衍生成本。

因此，本文認為若欲維持現行方案，宜調降買方證明度標準或透過不同訴訟進程賦予不同證據提出責任，以改善現行方案相對較高交易成本的課題；若改採補償法則權利保障方式，則宜強化正確衡量損害賠償數額的知識與能力，以降低法院執行成本。基於交易成本最小化的規範性 Coase 定理，本文認為現行應記載事項第 5 點及第 19 點，由買方負舉證責任之財產法則保障方式規則，宜調整為由賣方負舉證責任之財產法則權利保障方式（參表 5）。

表 5 應記載事項第 5 點與第 19 點原規定與建議規定對照表

應記載事項	原規定	建議規定	說明
第 5 點 第 3 款	面積如有誤差，其不足部分超過 3% 以上，不能達契約預定之目的者，買方得解除契約。	主建物面積如有誤差，其不足部分超過 3% 者，推定不能達契約目的，買方得解除契約。	將現行規定調整為建議規定，可適度降低舉證成本、法院執行成本與舉證責任分配衍生成本問題。
		主建物面積如有誤差，其不足部分超過 3% 者，買方得解除契約。但賣方可證明可達契約者，不在此限。	將現行規定調整為建議規定，可適度降低因買方舉證不易而導致低度防制之舉證責任分配衍生成本問題。
第 19 點	買賣契約如訂有交屋保留款者，於產權登記完竣並由金融機關設定抵押權後，除有輻射鋼筋、未經處理之海砂或其他縱經修繕仍無法達到應有使用功能之重大瑕疵外，買方不得通知金融機關終止撥付前條貸款予賣方。	買賣契約於產權登記完竣並由金融機關設定抵押權後，買方認為有輻射鋼筋、未經處理之海砂或其他縱經修繕仍無法達到應有使用功能之重大瑕疵之虞者，買方得通知金融機關終止撥付前條貸款予賣方。但賣方可證明無輻射鋼筋、無未經處理之海砂或無其他縱經修繕仍無法達到應有使用功能之重大瑕疵者，不在此限。	將現行規定調整為建議規定，可降低舉證成本、法院執行成本與舉證責任分配衍生成本。藉由採取先推定並賦予買方終止權，賣方須後來舉證才能推翻消費者的終止權，預期將可發揮積極防免輻射屋、海砂屋或其他重大瑕疵之損害，進而實踐實體法之規範目的。

資料來源：本研究繪製

## 參考文獻

### 中文部分

- 王文字，民商法理論與經濟分析，台北，元照（2000）。
- 王澤鑑，債法原理第一冊，增訂版，台北，王慕華出版（2001）。
- 王澤鑑，債法原理第二冊，台北，王慕華出版（2006）。
- 沈冠伶，「舉證責任與證據契約之基本問題——以作業系統裝置契約之給付不完全為例」，台灣本土法學雜誌，第36期（2002）。
- 何之邁，公平交易法實論，修訂版，台北，三民（2002）。
- 吳秀明，「競爭法上之概括條款——公平法第24條法律適用原則與規範功能之再檢討（上）」，政大法學評論，第84期（2005）。
- 吳秀明，「競爭法上之概括條款——公平法第24條法律適用原則與規範功能之再檢討（下）」，政大法學評論，第85期（2005）。
- 林誠二，「再論誠信原則與權利濫用禁止原則之機能——最高法院88年度臺上字第2819號判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第22期（2001）。
- 林誠二，「消保法定型化契約應記載事項之效力」，月旦法學教室，第52期（2007）。
- 林誠二，「論意思表示與法律行為之撤銷」，台灣法學雜誌，第117期（2008）。
- 林蕙玲，預售屋買賣定型化契約之法制分析——以應記載及不得記載事項為中心，臺北大學不動產與城鄉環境學系碩士論文（2008）。
- 林蕙玲、曾明遜，「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項之規制密度分析」，財產法暨經濟法，第15期（2008）。
- 姜世明，「舉證責任分配法則之體系建構」，法官協會雜誌，第6卷第1期（2004）。
- 徐源豐譯，Friedman, D. D.著（2000），經濟學與法律的對話，台北，先覺（2002）。
- 郭麗珍，「我國產品責任法十年來之發展概論」，月旦法學雜誌，第110期

(2004)。

馮震宇、姜炳俊、謝穎青、姜志俊（2005），消費者保護法解讀，3 版，台北，元照。

黃國昌，「比較民事訴訟法下的當事人圖像——由審理基本原則、證據收集權及證明度切入」，政大法學評論，第 76 期（2003）。

黃國昌，「階段的舉證責任論——統合實體法政策下之裁判規範與訴訟法觀點下之行為規範」，東海大學大法學研究，第 22 期（2005）。

黃繼宏，特定物債權人應否具有撤銷權之法律經濟分析，中正大學法律學研究所碩士論文（2002）。

曾明遜、陳明燦，「預售屋不實廣告責任之法律經濟分析」，公平交易季刊，第 14 卷第 3 期（2006）。

曾品傑，「不動產不誠實廣告之契約效力（下）——最高法院相關判決評釋」，台灣本土法學雜誌，第 82 期（2006）。

曾品傑，「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（2007）。

葉俊榮，環境政策與法律，台北，月旦（1993）。

楊淑文，「從特定類型之實務見解觀察舉證責任分配之判斷標準（上）」，台灣本土法學雜誌，第 60 期（2004）。

戴森雄、楊晶勻，「民事舉證責任分配法條之修正及其實用」，全國律師，第 6 卷第 9 期（2002）。

詹森林，「定型化契約條款效力之規範——最高法院 90 年台上 2011 號、91 年台上 2220 號、92 年台上 39 號判決之商榷」，律師雜誌，第 293 期（2004）。

詹森林，「最高法院與定型化契約法之發展——民法第 247 條之 1 裁判之研究」，政大法學評論，第 94 期（2006）。

劉宗榮，定型化契約論文專輯，再版，台北，三民（1993）。

熊秉元，經濟學對金剛經的闡釋，台北，茂昌（2002）。

熊秉元，熊秉元漫步法律，台北，時報文化（2003）。

簡資修，「危險責任之生成與界線——舉證責任與過度防制」，台北大學法學論叢，第 48 期（2001）。

簡資修，「契約法：法定與意定之均衡」，月旦法學雜誌，第 99 期 (2003)。

## 外文部分

Akerlof, G. A., "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism," 84 Quarterly Journal of Economics (1970).

Ayres, I. and Talley, E., "Solomonic Bargaining: Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade," 104 The Yale Law Journal (1995).

Buchanan, J.M. and Tullock, G., The Calculus of Consent, Ann Arbor, University of Michigan Press (1962).

Calabresi, G. and Melamed, A. D., "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability : One View of the Cathedral," 85 Harvard Law Review (1972).

Coase, R. H., "The Nature of the Firm," 6 Economica (1937).

Coase, R. H., "The Problem of Social Cost," 3 Journal of Law and Economic Review (1960).

Coase, R. H., The Firm, the Market, and the Law, Chicago, The University of Chicago Press (1988).

Cooter, R. and Ulen, T., Law & Economics, 4th ed., Boston, Pearson Addison Wesley (2004).

Dahlman, C.J., "The Problem of Externality," 22 Journal of Law and Economics (1979).

Epstein, R. A., "Holdouts, Externalities, and the Single Owner: One More Salute to Ronald Coase," 36 Journal Law and Economics (1993).

Kaplow, L. and Shavell, S., "Property Rules Versus Liability Rules: An Economic Analysis," 85 Harvard Law Review (1996).

Scott, R. E. and Triantis, G. G., "Anticipating Litigation in Contract Design," 115 The Yale Law Journal (2005).

North, D.C., Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge, Cambridge University Press (1990).

Williamson, O.E., The Economic Institutional of Capitalism, New York, Free Press (1985).



**An Analysis on Rules for Protecting Entitlements of Mandatory and Prohibitory Provisions to be Included in Standard-Form Contracts for Pre-Sales Housing**

Tseng, Ming-Hsun \*

Lin, Huei-Ling

Abstract

Scholars have examined the propriety of rules used to protect legal entitlements, focusing on the question whether property or liability rules result in more efficient outcome. The burdens of proof allocation often will be important in determining the optimal rule. In order to seek more effective the rule for protecting legal entitlements, this paper constructs four-rule schema to discuss which rule can reduce transaction costs and thus promote optimal exchange, by taking burdens of proof allocation into the entitlement framework. Furthermore, this paper adopts an approach based on law and economics to comparative analysis the transaction costs of the 5th and the 19th items that should be printed on the standard-form contracts for pre-sales housing with the four rules. This paper shows that the property rule with allocating burdens of proof to seller will produce more efficient incentives for minimizing the transaction costs than the others rules in the 5th and the 19th items.

Keywords: Mandatory and Prohibitory Provisions to be Included in Standard-Form Contracts for Pre-Sales Housing, Property Rules, Liability Rules, Burdens of Proof, Transaction Costs, Law and Economics.

---

Date submitted: October 17, 2008

Date accepted: July 7, 2009

\* Tseng, Ming-Hsun, Associate Professor, Department of Real Estate and Built Environment, National Taipei University, [minghsun@mail.ntpu.edu.tw](mailto:minghsun@mail.ntpu.edu.tw) ; Lin, Huei-Ling, Master, Department of Real Estate and Built Environment, National Taipei University, [ellen899@msn.com](mailto:ellen899@msn.com).

