

台北市仲介經紀商業同業公會法律顧問

王瀚興律師

演講題目：到底誰違約!?

—成屋不動產仲介交易，常見法律盲點

一、不動產買賣與仲介契約都需要訂書面?

(一)、 盲點(不動產買賣契約與仲介契約必須要書面?): 依照一通念，有關不動產的買賣與仲介契約必須要有書面，仲介方面則是用來確認是否分給數家仲介業者同時委託，亦即所謂的一般委託，或者需要在一段期間內由一家仲介業者專門來出售這間房屋，亦即一般人所稱的專任委託，然而上開的概念雖然在社會上常為一般人所通曉，然而在法律未必如此。若是以未定書面確定而主張毀約的人，當然是一種違約!

(二)、 首查，依最高法院判例 57 年台上字第 1436 號見解，原則上不動產買賣契約書是不需要書面簽訂契約，而且依第二個最高法院民事判決九十六年度台上字第一一五〇號見解，有關委任他人以書面簽訂買賣契約，也因為不動產買賣契約不需要書面為法定要式，所以有關不動產買賣契約是不需要有書面文件的情

況。有關涉及仲介契約的委任關係，依法純理論也無須書面。申言之，原則上只要確實有委任關係或者仲介契約媒合成立不動產買賣的居間契約，亦有可能成立屋主與買方以及仲介業者的委託關係。

(三)、 承前，不動產買賣契約與仲介契約，依法律是無須書面契約的，然而是否與一般民眾的認知情況差距頗大？有沒有對於不動產買賣的情況成立的情況因為避免買賣雙方過於草率而做出限縮？

(四)、 承前，依照上開說明，在一般買賣契約僅要標的物件與價金買賣雙方有意思一致(亦稱合意)，則可以成立買賣契約。然最高法院民事判決 81 年度台上字第 261 號見解，則認定：不動產的買賣尚有付款方式、稅捐負擔、交付日期等要件，認為若是這些不動產買賣的重要事項都未有合意，即使是買賣預約都很難成立，更不可能依照其預約來促使他方並訂不動產買賣的本約，所以在事實上，即使理論可以用口頭成立買賣契約，然因舉證困難與法律上實務的判決趨向，實際上仍要求不動產買賣契約有爭議時，雙方應提出契約原本，而不動產仲介委託契約即使理論上為民法債篇

各論委任契約與居間契約的混合契約，原先不需要書面為之，然因同樣的考量，亦需要有關的書面佐證。法諺有云：『舉證責任之所在，敗訴之所在』，其理自明。

(五)、 至於一般的房屋仲介委託契約又是何種情況？大家都看到有書面，無論是一般委託或者專任委託，因為內政部有相關房屋仲介的委託範本，且為了舉證困難，所以要有上開書面。最重要的是，依照消費者保護法十一條以下的規定，有關不動產仲介委任契約必須要給予審閱期。換言之，若是有關的仲介授權(例如收取斡旋金轉為訂金)、違約金條款、委任期限等常見的爭執，必須要以書面為之。不然仲介一方很難舉證委任人確實知悉相關條款，即便仲介於簽約處尚有錄影和錄音的設備，也難免顧此失彼，所以一般房屋仲介行為的契約都以書面為之。

(六)、 末查，特別值得一提的是，常見房屋出賣方於買賣契約成立，經常事後主張有關並未給予適當的三日審閱期，然而遍查各級法院判決，通常對於此一抗辯雖無明顯認定純屬子虛烏有，然而通常又有認定只要能舉

證並非惡意使一般消費者無法有時間了解系爭不動產仲介契約的內容，為了爭取時效，也可以在少於三日的期限內，自行拋棄審閱權。而最高法院民事判決九十八年度台上字第一六八號見解該判決也點明了，即使在沒有審閱期的情況下，也可以用居間的民法債篇各論的規定來補充系爭法律關係，由下一段的判決說明，我們即可略知一二。

二、欠缺授權書不算委託仲介銷售？

(一)、盲點(沒有委任書也沒有帶權狀就不能成立對不動產業務員的委託，也可以因此而以事後欠缺授權書的情況下，無論買賣雙方都可以主張反悔之意?):筆者常見到的不動產買賣契約糾紛，常以某屋主委託其親屬出來和賣方簽約，或者由買方委託其親屬與賣方簽約，然卻難免偶見仲介業者因為追求成交冒泡(增多價金)，見獵心喜而難免有失，忽略授權書的給予，或者有關身分證的核對，因此造成買賣雙方於日後要補訂不動產買賣契約時，買方或賣方就會主張因為欠缺授權書，所以買賣契約不能算數?而且沒有書面簽訂契約時，也不用給予成交的仲介一方任何報酬?這

些都是一般民眾常有的概念。我們可以知道任意以欠缺授權書面，但事實上有表見代理成立的情況，任意主張無代理權限所以仲介與買賣契約無效的人，自然是違約者！

- (二)、首查，臺灣高等法院民事判決 99 年度上易字第 673 號意旨，闡述民法第一六九條的規定，所謂的表見代理翻成白話文的情況：事實上沒有書面授與代理權限，然而卻有誤使交易相對人相信確實有被授予全權的情況下，其所簽訂的買賣契約，本人仍應對其買賣契約效力照單全收。依照上開高等法院判決，即使在欠缺有關授權書的情況下，只要有證據例如：簽名時有代理意旨、或者簡單打電話給本人確認等情況，皆從寬認定代理人有代理權限，買賣無論買賣任何一方都仍屬成立。而且本人主張代理人沒有代理權限，有時也會使代理人涉及偽造文書刑事罪責的情況，雖然以刑事逼迫民事並非可取，然而主張系爭契約因為欠缺授權書而無效，還是有一定的後遺症。
- (三)、綜合兩個最高法院判決，前者最高法院民事判決八十九年度台上字第一四九二號意旨認定不動產仲介契

約亦屬於居間契約的一種，有僅僅報告訂約機會為已足的訂約居間，也有需要使媒介的雙方成立契約方可請求報酬的訂約居間，然而與一般人所認定必須要訂立不動產買賣契約否則仲介業者不得向買賣雙方請求報酬的情況有不一樣的見解，值得注意。且後者最高法院民事裁定一〇二年度台上字第一四一六號判決意旨，即使買賣雙方對於仲介業者沒有所謂一般常見的不動產委託銷售等書面契約，買賣雙方仍因居間契約負擔對於仲介業者給付報酬的義務。

(四)、換言之，筆者所見到賣方常以不願意以書面委託仲介業者，又在業者找到買方的時候反悔不賣，同時拒絕對於仲介業者給付相關報酬的情況，依照上開兩者判決綜合觀察，則可以知道沒有書面的情況下仍須有給付報酬義務。而後者的判決則也點出有關不動產仲介業者若是違反不動產經紀業管理條例的相關規定時，是不會影響民法相關居間契約亦即仲介契約的效力，我們也會在後面加以說明。

三、只能用斡旋金來出價？

(一)、 盲點(買方只能用斡旋金出價?):我們常見到一般消費者認定必須要提出相關的斡旋金，亦即由買方提出一筆相當的金額來給不動產仲介業者的業務員向賣方斡旋，表示買方確實有誠意的一種金錢或票據。然而絕非僅能以斡旋金才能夠使賣方同意出賣系爭房屋。實際上還有要約書的設置，可以使買方不必提出相關斡旋金遭受被侵吞的風險(假設語氣，但確實也有業務員因收受斡旋金而未繳回公司而產生的民事或刑事糾紛)，也可以供大家參考。然而僅稱只可以用斡旋金而未告知委託人可以另行使用要約書的仲介公司，自屬於違約者!

(二)、 未查，依照臺灣臺北地方法院民事判決九十年度訴字第五〇二號，以及臺灣高等法院民事判決八十九年度上字第四〇六號意旨，有關是否提供要約書，很有趣的僅是有關是否不動產仲介業者有違反公平交易法第二十四條的規定，對於委託購買不動產的買方有隱匿交易重要資訊而造成有違反公平交易的情況，至多僅為違法公平交易法第三十一條，可以請求不動產仲介業者賠償，對於仲介契約效力不生影響。然而，公

公平交易法在早年確實就其第二十一條有關『不實廣告』對於不動產業者對於出售物件的廣告有不實的情況，確實有很多開罰的案例，然而自從不動產經紀業管理條例此一規制不動產仲介與代銷業者的法律通過後，則依照不動產經紀業管理條例第二十一條對於不實廣告的部分對仲介業者加以懲處。而即便有律師或者買方對於公平交易法有所認識並且於訴訟當中主張，然卻鮮少達到使仲介業者不能請領報酬的目的。畢竟公平交易法與民法屬於不同法律規定，即便違反前者未必使後者的居間契約失效，換言之，也不能單以不動產仲介業者有漏失未告知買方可以使用要約書，進而主張買方與仲介業者的居間契約無效，這是大家要特別注意的。

(三)、而且公平交易委員會就筆者的執業經驗當中，至多僅有不動產仲介加盟總部和其加盟業者有糾紛時才會觸及公平交易委員會，然而很多人卻將消費者保護法與公平交易法的功用混淆，其實二者法之規範的目的不同，前者在各地有消保官，尚且對於不動產仲介業者有一定的規制(例如：消費者保護法第三十三條的

相關調查與公告等)，然而後者則是在維護市場公平交易秩序。這是必須要再次聲明的。

四、斡旋金或定金都要現實交付給賣方？

(一)、 盲點(因為只有房屋仲介人員向買方收取斡旋金與訂金，賣方自己沒收到，所以根本不算交付給我，還是可以違約？):前面就已經說過有關斡旋金定義，簡言之，斡旋金就是買方提出給仲介人員向賣方表示買賣誠意的金錢或者票據。所以賣方陳稱自身未收到斡旋金與定金，卻曾經簽署授權仲介業務員代為收受斡旋金或定金的委託人，自屬於違約者！

(二)、 首查，依照一般交易常見斡旋金的功用，在於買賣雙方價未達到一致時，通常的不動產仲介定型化書面契約會規定，房屋仲介業者可以代為收受斡旋金，並且逕自將斡旋金轉為定金。然臺灣高等法院民事判決102年度上字第419號判決和臺灣高等法院民事判決101年度上易字第701號意旨，原則上房屋仲介公司在有書面授權作為證據的情況下，可以代替賣方收受斡旋金並且將其轉為定金，但是託售價為未達授權價格時，則仍不可以收受。

(三)、然而，筆者執業過程中常碰到賣方因為反悔不賣，賣方又推說系爭斡旋金並沒有合意可以轉為定金，然而賣方其所簽署的一般委託契約書或者專任委託契約書，均有同意斡旋金可以在價位達到買方要求時，逕行由仲介業者轉為定金，且甚至有在要約書上簽署同意以一定價位出售的賣方，做出斡旋金或定金未經實際交付給賣方者，不生效力，明顯跟上開判決以及常見的房屋仲介委託契約書條款相左，誠屬不可取！

五、斡旋金或定金只能用即期支票開立？

(一)、盲點(只要所謂的到期日或發票日填載契約成立之後，因為票據尚未屆期，所以到時也可以主張因為支票尚未付款，所以以支票支付的斡旋金與定金也無效?)：筆者執業過程中常碰到賣方因為反悔不賣，又說有關買方的斡旋金或由斡旋金轉為定金的支票，因為實際上發票日在契約成立的日期之後，所以於簽定契約的當時，因為尚未支付給賣方，所以系爭買賣契約也不因而成立生效？所以賣方主張非即期支票的斡旋金或者定金對其不生效力，這種主張的人自屬於違約者！

(二)、首查，如同前述，一般賣方反悔爭執支票並非可充作幹旋金或定金，然依司法院第一期司法業務研究會，會議日期：民國 71 年 03 月 13 日的實務見解可知遠期支票一經收受仍有代物清償之效力，仍可以成立定金。是以，後悔的出賣人主張遠期支票不能成立定金之主張顯不合理。且依臺灣高等法院民事判決 100 年度上易字第 866 號見解，支票等同於現金，即使本件有基礎原因關係不存在或無效時(假設語氣)，因為支票有其獨立性(學理上稱作無因性：除非法律上有其他抗辯事由仍可以依照票據關係主張權利)，執票人仍得依照票上文義行使權利。

(三)、又查，依最高法院民事判決 74 年台上字第 804 號以及最高法院 67 年度第 6 次民事庭庭推總會議決議(二)意旨，發票日時發票人就實際上負擔該項債務，至於支票所載發票日期，僅係行使票據債權之限制。因此，有關常見的情況買受人所簽發之支票縱算發票日或到期日在出賣人於買賣幹旋契約書承諾出售之後，然依照前開說明，系爭票據仍於買受人實際於簽署系爭買賣幹旋要契約書，同時簽發票據交付給

仲介業務員時就對出賣人發生效力，換言之假設票據債務業已於發票日民國一百零二年三月四日成立，發票日即使為三月三十一日，僅為提示之限制，不能據此認定系爭票據並非幹旋金或定金。

(四)、 未查，依照上開綜合不動產買賣的一般常態，於定型化契約會規定賣方與買方皆同意由不動產仲介代理仲介收受系爭充作幹旋金或者訂金的票據，於收受時契約『視為』成立。而臺灣高等法院民事判決 97 年度上更(四)字第 126 號更進一步闡述：所謂的支票一般而言屬於一種支付工具，並非一種信用工具，只要一經交付則生與現金同等之效力。

(五)、 申言之，即使簽發票據時買受人於該銀行的帳戶尚無存款可以支付票據款項，只要於提示付款前，可以將金額匯入使出賣人獲得付款，則出賣人仍不得以系爭支票因為帳戶內無存款，而主張系爭票據無效。

六、 仲介收受定金就算契約成立？

(一)、 盲點(是否因為不動產的買受人交付定金給仲介業務員，契約當然成立？):一般而言，既然不動產買賣較少採用不需定金或幹旋金的要約書，仲介業者常說會

以斡旋金轉定金，並且於定型化約款授予仲介業務員可以代替不動產出賣人收受系爭斡旋金或者定金的票據，而在契約條款上則列明：一經仲介業務員收取定金時契約『視為成立』。換言之，在目前確實有受與仲介方代為收受斡旋金或定金權限，進而將該斡旋金於達到委託出售價位時轉為定金的情況，主張其契約不成立的出賣人，當然是違約者！

(二)、首查，依照最高法院民事判例 70 年台上字第 1474 號意旨，舊的民法第二四八條，有關收受定金時則視為契約成立，所謂視為的規定則原則上不許契約雙方當事人另以舉證來推翻，與一般法規上常見的推定的規定可，以另外以舉證來推翻的情況相反。然而在舊法的情況，前開最高法院民事判例 70 年台上字第 1474 號判例為了避免過於僵化，仍然在是否成立本約或預約，仍需看當事人的意思為何？另外加以解釋。

(三)、然而於民國八十八年四月二十一日新的民法第二四八條公布實施之後，將原來定金交付視為契約成立的規定，改為定金交付則契約推定成立，由原先不許契約當事人舉出反證而使契約不成立，改為可以另以證

據推翻契約成立的情況。所以前開最高法院民事判例 70 年台上字第 1474 號判例也成為昨日黃花，然對於釐清為何會有不動產仲介一般委託或專任委託，一經仲介業務員收取定金契約視為成立的規定，有其法規目的與立約背景的解說助益。

(四)、申言之，當時是因為有民國八十八年的舊民法第二四八條規定，所以才會有不動產仲介一般委託或專任委託的相關規定，然於民法修正後，有關內政部的範本，一般仲介業者還是沒有將系爭定型化約款修正，將視為字眼改為與新民法第二四八條推定字眼造成二者有所齟齬，所以是否還是要硬性依照契約規定，一經買方交付定金或者斡旋金轉為定金時，不動產買賣契約則視為成立？則審判上有不同的思考。

(五)、再按，民國一百零二年八月三十一日新聞報導台灣台北地方法院就有以：「依居間之法律性質，買賣雙方不因此喪失議約之權利，系爭委託銷售契約第 6 條第 2 項之約定違反居間之性質：按稱居間者，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。居間人，以契約因其報告或媒介而成立者為限，得請求報酬，

民法第 565 條、第 568 條第 1 項分別定有明文。居間契約乃屬於以從事服務或為他人之利益為對象之契約類型，雙方當事人一方為委託人，另一方為居間人。而就民法所規定之典型居間契約，則可區分為報告居間（指示居間，即報告訂約之機會）或為媒介居間（即訂約之媒介）。居間人因單純之報告訂約機會向委託人報告，不必將委託人之情況，報告於相對人，或為訂約之媒介（居間人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），而使之成立者，居間人有報酬請求權。即民法居間之特性在於，居間人之報酬請求權乃繫於一定之條件（即契約之成立）。換言之，居間契約特別之處在於，委託人之給付義務乃附停止條件，當委託人所期待之契約「因居間人之報告或媒介而成立者」，委託人負有給付約定報酬之義務，其給付義務乃附停止條件，條件為所期待之契約因居間人之報告或媒介而成就，此契約必須是與第三人成立者為限。而此條件之成就或不成就乃繫於委託人之意思決定，委託人並不負有因居間人報告訂約或媒介而去訂立契約之義務，居間人必須承擔結果發生或不發生之風險，此有別於一般雙務契約，是以，系爭委託銷售契約第 6 條第 2 項之約定，不待買賣雙方之決定即

認買賣契約成立生效，實與居間之法律性質有間。」等語，

臺灣臺北地方法院民事判決 100 年度訴字第 1440

號，著有明文。依照本段意旨，則認定僅以契約條件成就而未給予買賣雙方決定之機會，率爾認定系爭買賣契約成立，則不符合不動產仲介契約之居間性質。

(六)、承前，前開判決復認：「③經查，本件兩造所簽訂之系爭委託銷售契約第 5 條第 2 項、第 6 條第 2 項固約定：「甲方(即被告)承諾應於契約成立時給付約定之服務報酬，若簽立書面買賣契約後，則簽約同時支付 70%，甲方收到尾款時同時支付 30%」、「買方出價達到委託價額時，乙方(即原告)無須再行通知甲方(即被告)即得全權代理收受定金及安排雙方簽約事宜。甲方並同意買賣契約於乙方收受定金時成立生效，甲方應於乙方通知後五日內或依書面上所約定之日期，出面簽定買賣契約書，於簽約時該定金即轉為買賣價款之一部分」，然觀諸該約定之報酬給付要件，僅須買方表

示欲以委託價額(即底價)承購即屬成就(以系爭委託銷售契

約片面擬制他契約即買賣契約成立生效)，至於買方與被告

間是否確有成立買賣契約、若未成立買賣契約係可歸責於何

人，均在所不論，則賣方因簽訂系爭委託銷售契約而喪失是

否要成立買賣契約之締約自由，不啻扼殺賣方本於居間本質所得享有之正當權益，形同將許多實際上尚待磋商的出售條件全部託付予仲介人，使買賣雙方議約交涉重視之條件窄化為僅有價格之高低，忽視其他於實務常見者，諸如：小公、大公等面積之計算方式、陽台是否外推、是否有增建物、是否為凶宅、是否漏水、有無其他瑕疵、是否分期給付及清償期、交付方法、屋內家具是否贈與買受人等等重要買賣條件，不但顯與居間契約報酬給付之特性不符，亦與民法第153 條第 2 項規定之要件不同（房屋買賣具體化於民法第153 條第 2 項之規定，「必要之點」絕非僅有價金合致乙項），更有異於目前不動產交易實務之運作，因交易實務上買方與仲介業者交涉時，若有購買意願，均先行交付所謂「斡旋金」予仲介人作為與賣家交涉之用」等語，臺灣臺北地方法院民事判決 100 年度訴字第 1440 號，著有明文。上開判決意旨則進一步認定，不動產買賣契約有多項條件必須合致，才能再買賣雙方間成立契約，然而對於斡旋金之性質是否有誤，則詳待後述

（七）、 **上開判決之問題點**：

1. 首查，最高法院判例 55 年台上字第 1645 號：『兩

造就買賣之標的物已互相同意，至於價金，政府對公產有一定價額，則依民法第三百四十六條第一項，應屬依其情形可得而定，即視為定有價金，故縱認本件兩造就價金未具體約定，亦應認就價金已互相同意，依同法第三百四十五條第二項，本件買賣契約即為成立。』等語，僅以買賣標的物價金合致，買賣契約即為已足，上開台北地方法院違反最高法院之判例，認為尚需其他條件一致，不動產買賣契約方告成立，顯有違法之處。

2. 次查，依照最高法院判例：『民法第五百六十五條所定之居間有二種情形，一為報告訂約機會之報告居間，一為訂約之媒介居間。所謂報告居間，不以於訂約時周旋於他人之間為之說合為必要，僅以為他方報告訂約之機會為已足，而居間人之報酬，於雙方當事人因居間而成立契約時，應許其請求。至於居間行為就令自始限於媒介居間，而僅為報告即已有效果時，亦應許居間人得請求報酬之支付。』等語，復參照，內政部 90 年 5 月 10 日台內中地字第 9007350 號函(不動產經紀業管理條例第四條之函釋)：『二、**揆諸本條例對**

於經紀業從事「居間」業務之性質，縱無明文規定其屬「報告居間」抑或「媒介居間」，惟從前開民法及最高法院判例意旨觀之，兩者均得請求報酬之支付，即攸關不動產交易秩序與交易者權益等問題。復依本條例第 2 條規定，經紀業之管理，依本條例之規定；本條例未規定者，適用其他有關法律之規定。據此，本條例第 4 條第 5 款所稱「居間」業務，當包括民法所定之「報告居間」及「媒介居間」。』等語，若為房屋仲介服務定性為居間與委任之混合契約，則並不以買賣契約成立之『媒介居間』為必要，單純告知買賣雙方『報告居間』亦得請求報酬，上開台北地方法判決顯然未符上開判例與行政機關函釋，恐未慮及『報告居間』時仲介業者仍得請求報酬之問題。

3. 又查，上開台北地方法院判決對於斡旋金僅認定：「因交易實務上買方與仲介業者交涉時，若有購買意願，均先行交付所謂「斡旋金」予仲介人作為與賣家交涉之用」云云。然『斡旋金』定

義應認以：「按斡旋金之意義，**為買方願買與賣方願賣之價金有一段差距**，買方給付仲介人一筆金額，由仲介人為買方向賣方議價之制度。又買方請求仲介人代其議價，此為委任事務之處理，仲介人亦為買方交付定金之代理人，故於斡旋成功時，即代買方交付定金予賣方，買方雙方之買賣契約即成立。」等語，臺灣臺北地方法院民事判決 96 年度簡上字第 415 號，著有明文。依照上開較完整之斡旋金定義，可知不動產斡旋之內容僅為『價金高低』，而不及於上開民國一百零二年八月底台北地方法院判決所稱：『諸如：小公、大公等面積之計算方式、陽台是否外推、是否有增建物、是否為凶宅、是否漏水、有無其他瑕疵、是否分期給付及清償期、交付方法、屋內家具是否贈與買受人等等重要買賣條件』。是以，本件判決仍有難以自圓其說之處，卻將一般不動產仲介業斡旋金做出違反一般業界常規之解釋，恐治絲益棼，在尚未有上級審法院定論前，值得業界與不動產買賣的大眾共同重視！

七、 行政機關裁罰仲介業者，不動產買賣契約或仲介契約就不成立？

(一)、 盲點(行政法規的違法會不會影響不動產仲介契約以及據此而訂立的不動產買賣契約?):筆者執業時常見的不動產交易糾紛，常見者則為賣方或買方為了反悔不賣或不買，在無計可施或聽信讒言的情況下(假設語氣)，就會從向地政局或消保官檢舉仲介業者來著手，並且企圖使仲介業者解決系爭買賣糾紛。然而最與不動產仲介業者相關的不動產經紀業管理條例係屬行政罰，或者勉強來說其第二十六條有關業者與業務員連帶責任是與民法第一八八條有關雇用人與受雇人連帶責任的重申，所以我們在碰到就不動產仲介買賣糾紛時常陷入是否可以用行政違法，來影響系爭不動產仲介契約的效力，甚至進而影響業已成立的不動產買賣契約?是以，主張單以行政法規的違反而仲介契約與據此仲介契約成立的不動產買賣契約的人，自然屬於違約者!

(二)、首查，依最高法院民事判例 68 年台上字第 879 號說意旨，即使證券交易法有行政罰與刑事處罰然不能稱

有關的民事關係一概無效而依照同一法理來推斷，常見以仲介業者違反相關不動產經紀業管理條例的行政罰則，並不能稱系爭不動產仲介契約無效，由該仲介行為進而成立的民事不動產買賣關係，也不會因之而無效。

(三)、 又查，依照前開有關不動產買授是否要告知可以另使用要約書而不需提出斡旋金的情況，若隱匿該事項而未告知買受人，則可能有違反公平交易法第二十四條的規定。然而公平交易法與民法實屬二事，不能因為公平交易法有違法情況當然影響民法業已成立的不動產仲介契約與因該仲介而成立的不動產買賣契約。

(四)、 承前，最高法院民事裁定一〇二年度台上字第一四一六號見解，以及其內容所闡述的高等法院判決見解，進而認定即使在為反不動產經紀業管理條例在未簽具書面委託的情況下所為的仲介行為，該居間(或稱仲介行為)的民法關係仍屬有效，甚至沒有約定居間報酬的情況下仍可以一般慣例來給予仲介業者不動產售價百分之六以下的報酬。申言之，有關不動產仲介行為並不會因為有關行政法規的違反而使其效力

受影響，更不會影響業已因仲介業者仲介而成立的不動產買賣契約效力。

八、買賣瑕疵擔保期間只有六個月與所謂漏水保固的效力？

(一)、盲點(有關瑕疵擔保期間是否只有六個月？而且買賣契約不動產交付後是否還要另定漏水保固一年？)

(二)、首查，筆者於執業過程中常見仲介業者或不動產買受人或出人詢問是否經過六個月後就不再對系爭不動產常見的瑕疵例如漏水或壁癌負擔賠償責任？或者說是否要另外和出賣人簽定一年的漏水保固？這樣出賣人才要負擔相關賠償之責？實際上也類似於前開民國八十八年的民法債篇大修正，原先確實是在物的交付後六個月內可以由不動產買受人對出賣人行使民法有關買賣的物之瑕疵擔保責任。然而在民國八十八年修正後，就改為發現瑕疵而由買受人通知後出賣人六個月內要行使瑕疵擔保責任，或者於過戶(不動產所有權移轉給買受人)後五年內需要行使系爭瑕疵擔保責任換言之，若是現在還稱超過六個月則出賣人可以不須負責任，則屬謬誤。

(三)、 末查，至於有關一般常會另行要求出賣人簽定一年的漏水保固，由於前開的民法買賣瑕疵擔保責任，是屬於法定性質，只要契約上並未有拋棄或限制，一般而言是不待出賣人簽署漏水保固，在上開簽署漏水保固不過是重申前開瑕疵擔保責任。

九、 法院相關裁判評析和學習避免糾紛的自保之道。

(一)、 一般不動產仲介契約與不動產買賣契約，雖然理論上無須要書面。然而有關的訴訟舉證與糾紛皆因書面訂定有所不明而產生糾紛。筆者當然建議最好以內政部與業者提供的契約範本簽署，尤其是避免隨便另以契約變更同意書來將原先的「一般委託」轉為「專任委託」，因為我們無法確定「專任委託」的委任契約書中是否其條款全數與「一般委託」的條款皆一致，若是另行增加對於委託者不利的條款？或者提高違約金的數目？皆容易產生糾紛！

(二)、 有關委任仲介業者是否需要授權書？雖然依法規與實務案例皆無需要一定有授權書面。然就仲介業者常有親屬代為出售房屋之後，屋主又以此為理由藉故反

悔。而主張沒有委託權限者，在某種程度上也有使該代理人吃上偽造文書官司的風險。

(三)、 有關買方是否僅能用斡旋金出價?如前所述，我們都知道還可以要求仲介以要約書的方式行之。而且若仲介業者捨此不由，則有可能構成公平交易法的相關賠償責任。但是並不影響系爭仲介契約與依照該仲介契約媒合成功的不動產契約書的效力。

(四)、 至於有關斡旋金或定金是否要實際交付賣方?因為常見的不動產仲介一般委託或專任委託的定型化約款，均有買賣雙方授權由仲介業者代為收受斡旋金貨定金的情況。更深一層的說，若是仲介業者直接交給賣方斡旋金轉定金的現金或支票，在現實層面上更有可能在賣方反悔不賣時，同時遭到買方的追訴。所以有些律師道長認定必須現實交付系爭支票或現金給賣方，否則斡旋金或定金皆不生效力，明顯是昧於事實的說法。

(五)、 斡旋金或定金是否均要以及其支票開立?依照前述的實務見解，認定支票並非信用工具，而其交付如同現

金支付。然而事實上為了避免爭議，最好將票期不要延至定約日之後，以免引發爭議。

(六)、 是否收受(包含仲介業者)定金就算契約成立?如前所述，有關民國八十八年修法前的確一經收受定金契約視為成立。有關常見的不動產買賣契約或是不動產仲介契約也有類似的規定，然於修法後則推定成立而已，但是現在的各家房屋仲介定型化契約並未隨著法律修定而更改契約內容，還是要以事實上買賣契約有無就買賣標的物、現金、付款方式、稅捐負擔、點交時期等重要事項，視雙方有無合意而定，才能具體解釋不動產買賣契約是否成立。也有少數判決認為定金收受並非不動產買賣契約即屬成立，也有類似的概念可循。

(七)、 有關行政法規的違反是否使不動產仲介契約與依照該仲介行為成立的不動產買賣契約無效?依照前開所述，有關不動產經紀業管理條例的違反並不影響仲介公司對於民法上買賣雙方的居間報酬請求權，更不會影響業已成立且屬於民法範疇的不動產買賣契約。

(八)、 有關房屋六個月的瑕疵擔保期限與為期一年的漏水保固?修法前是指房屋交付買受人後六個月內必須行使解除或減少價金的形成權,於修法後則改成買受人通知出賣人後六個月內行使解除或減少價金權,或者於不動產所有權移轉後五年內為之。即使沒有規定這些出賣人仍應依照上開規定負擔瑕疵擔保責任。然而有時會有特約(在最後以書寫或者蓋橡皮章的方式)就漏水部分加以減少除斥期間,減少為六個月,只要在無故意詐欺或擔保無瑕疵的情況下,應該仍承認此一特約之效力至於漏水保固可以說是前開務之瑕疵擔保責任的重申,但是否隱含有僅在一年限度內為漏水保固?如何使出賣人不是售屋多年後再度受到買受人就房屋微小瑕疵而索賠的困擾?均是我等在訂約時需要更加注意的課題。