

預售屋買賣定型化契約應記載事項之 違約條款與違約金酌減 ——以買受人違約為例

廖政雄*

壹、前言

依預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項（以下簡稱應記載事項）第24點第4款之規定「買方違反有關「付款條件及方式」之規定者，賣方得沒收依房地總價款百分之__（最高不得超過15%）計算之金額。但該沒收之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限，買賣雙方並得解除本契約。」

在交易實務上，當買受人違反付款條件及方式，例如逾期未付款，出賣人依應記載事項第24點第4款之規定沒收已付價款時（或沒收15%之已付價款），買受人常以民法第179條不當得利為訴訟標的請求返還超額沒收之買賣價金。而主張構成民法第179條不當得利之事實理由即以出賣人沒收之違約金過高顯

失公平，依民法第252條違約金酌減後，超過酌減金額部分構成不當得利為理由。法院判決亦認為，在買受人違反應記載事項違約條款之約定時，法院仍得依民法第252條之規定就違約金依職權酌減。而學者吳瑾瑜教授¹亦認為應記載事項之違約條款仍有民法第252條之適用。

本文以為，民法第252條之立法目的係基於契約當事人「約定之金額過高有顯失公平」²而認有司法救濟之必要。因此，當事人約定違約金過高顯失公平，為法院是否介入酌減之要件。然依消費者保護法（以下簡稱消保法）第17條第1項之規定³，定型化契約應記載事項係中央主管機關為保護消費者權益「促進定型化契約之公平原則」而擬定公布。亦即，主管機關依消保法第17條公告應

* 本文作者係達麗建設事業股份有限公司法務協理

註1：吳瑾瑜（2019），〈由應記載及不得記載事項看消費性定型化契約「內容監督」之發展與實踐——以預售屋買賣定型化契約違約處罰條款為例〉，《月旦法學雜誌》，第290期，第21-41頁。

註2：參民法第252條立法理由「謹按違約金之數額，雖許當事人自由約定，然使此約定之違約金額，竟至超過其損害額，有顯失公平之情形時，債務人尚受此約定之拘束否，各國法例不一。本法則規定對於違約金額過高者，得由法院減至相當額數，以救濟之。蓋以保護債務人之利益，而期得公平之結果也。」。

註3：第17條第1項之規定「中央主管機關為預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化，得選擇特定行業，擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，報請行政院核定後公告之。」。

記載事項之內容應已符合契約公平原則。如是，則應記載事項之違約條款是否還有民法第252條司法所欲救濟「顯失公平」之情形非無疑異。再者，應記載事項之內容並非經當事人「約定」而係企業經營者依據法規命令所擬定。既然契約之內容非當事人所約定，則是否符合民法第252條「約定」違約金之要件，本文認為亦有深究之必要。

為判斷買受人違反應記載事項之違約條款約定，法院適用民法第252條酌減違約金之要件及判斷標準。本文首先以法院判決為基礎，梳理法院對於民法第252條所建構之審查基準，以作為本文分析基礎。其次，本文說明應記載事項之規範目的及內容，據以分析應記載事項違約條款是否符合民法第252條酌減之條件。最後，本文提出當買受人違反應記載事項違約條款，法院適用民法第252條審理之順序及審查標準。

貳、法院判決所建構民法第252條之酌減標準

民法第252條之條文並無明確列舉法院應審查之事項或標準。因此，相關酌減之判斷標

準需透過法院判決累積形成。關於如何判斷約定違約金是否過高，本文梳理經常被各級法院援引之最高法院判決理由，歸納分為以下二種類型：

一、判斷標準類型一

以債權人實際所受損害為判斷基礎，如約定之違約金高於債權人實際所受損害，且以一般客觀事實，社會經濟狀況，當事人所受損害情形及債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益，作為是否過高之為衡量標準。

- (一) 法院判決採取以債權人實際所受損害、所失利益為判斷基準之論理依據為「倘違約金係損害賠償總額預定性質者，因違約金之約定金額僅為預定，因此，尤應衡酌債權人因債務人違約所受之損害，以決定其約定之違約金是否過高，而予酌減為適當額。⁴」。
- (二) 法院在操作此類型之判斷標準時，其判斷順序須先確認債權人所受損害及所失利益，並此為基準進而與約定違約金數額進行比較。如約定違約金高於債權人所受損害之數額而有差額產

註4：最高法院103年度台上字第2656號民事判決理由「按當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院固得依民法第252條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，而債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額。倘違約金係損害賠償總額預定性質者，尤應衡酌債權人因債務人違約所受之損害，以決定其約定之違約金是否過高，而予酌減為適當額。」、最高法院103年度台上字第2654號民事判決理由「按當事人就契約所約定之違約金為損害賠償總額預定性質者，考量其目的主要為債務人有債務不履行之情事時，即須支付一定之金額，並以該項金額作為債務人於債務不履行時之預定賠償總額，自應衡酌債權人實際上所受之損害情形，以決定其所約定之違約金是否過高。」本文所引用全部之法院判決係由法源法律網：

<https://www.lawbank.com.tw/>擷取，擷取日期2022年8月3日。

生，再以該差額作為判斷對象。而判斷該差額是否過高？法院判決係考量為一般客觀事實、社會經濟狀況。而所指一般客觀標準或社會經濟情況，有可能是契約履行程程度、不動產交易景氣⁵、建商的同業利潤標準⁶等等。

(三) 本文認為，一般客觀事實、社會經濟狀況，並非明確可供操作之審查標準。依本文作者實際參與審判之經驗，法官在個案中除考量債務人違約之原因、違約之情節程度、雙方經濟上之地位等等標準，其中最重要的因素為買受人的經濟狀況，如簽約後買方生病或經濟上突逢變故或買方為首購受薪階級、退休人員、攤販非固定收入者，法官通常會予以酌減。這些考量因素並不會呈現在判決中，且在

審判過程中法官並不會開釋所審查之一般客觀事實、社會經濟狀況之具體事項及標準為何。因此法官就個案的價值判斷在判決理由中僅以抽象的「一般客觀事實、社會經濟狀況」作為判決酌減之說明。

(四) 法院判決⁷認為「民法第252條乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。」因此，應該由主張違約金過高之債務人就違約金過高之事實先行舉證。然依前揭說明，法院判斷違約

註5：最高法院109年度台上字第1031號民事判決理由「另原審再謂被上訴人因上訴人債務不履行，需負擔系爭房地至再出售前之房屋稅及地價稅，並認極有可能因不動產市場交易價格持續低迷，致無法取得預期之利潤（見原判決第6頁），惟未究明被上訴人是否確實損失預期利益及因此負擔稅費若干，尤有未合。上開各情，與系爭條款所約定違約金是否應予酌減及如何酌減攸關，原審未違詳予調查審認，遽為上訴人不利之判決，自屬速斷。」最高法院94年度台上字第1961號民事判決「系爭房屋於九十一年間解約前已因房地產景氣低迷，由原本之市價二千九百二十四萬元貶值為二千四百萬餘元，上訴人受有四百九十三萬元之跌價損失；…。倘非虛妄，上開損失，能否謂非因被上訴人違約所受之損害，尚非無疑。此與上訴人究得沒收若干價金充作違約金及被上訴人得請求上訴人返還價金之多寡攸關，尚待原審查明審認，原審於核減違約金時就此未加以審究，非無判決理由不備之違法。」。

註6：最高法院110年度台上字第1949號判決、最高法院107年度台上字第1038號民事判決理由「財政部公佈之同業利潤標準，僅為其課稅之參考，其所訂利潤通常均偏高。系爭契約所約定之違約金為賠償總額預定性違約金，被上訴人於簽訂系爭契約後，原可期待交易完成可獲利益，卻因上訴人違約，致失該利益，為原審所認定，而上訴人於事實審主張「同業利潤標準」屬推定之課稅方式，所訂利潤均屬偏高，具懲罰性質等語（見原審卷第77頁），是否無可採信，自滋疑義。」

註7：最高法院92年度台上字第2747號民事判決理由「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。」。

金是否過高之基礎必須先確認「債權人所受損害、所失利益」，再以此基礎與約定違約金進行比較是否有差額？是否過高？而債權人所受損害、所失利益等事實之證據資料都在債權人掌握之中，因此，在審判實務上，債權人必須就所受損害、所失利益負完全充分之舉證責任。如果債權人無法舉證證明所受損害、所失利益之金額大於或等於約定違約金之金額而有產生差額，則法院即得就該差額進行是否過高之判斷。因此，審判實務上，並非依前揭判決關於舉證責任之見解，由債務人就違約金過高之事實先行舉證。再者，債務人通常是在債權人舉證後如有差額產生，主張有差額即可證明有過高之事實，或以債權人提出之所受損害、所失利益不合常理為爭執，請求法院酌減。

二、判斷標準類型二 以契約自由原則及契約正義等值原則為基

礎，在違反契約自由原則與契約等值原則下，法院得參酌債權人所受損害予以酌減違約金。

(一) 法院採取以契約自由原則及契約等價原則作為標準，其論理依據係認「違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，法院予以尊重」⁸，因此只有在約定之違約金違反契約自由原則及契約等價原則時，法院方得依法予以酌減。

(二) 判決所稱「契約等價原則」係以雙務契約為主要適用對象，強調一方的給付與他方的對待給付之間，應具等值原則。然給付與對待給付客觀上是否相當，始稱公平合理，涉及因素甚多，欠缺明確的判斷標準。現行民法基本採取主觀等值原則，即當事人主觀上願以此給付換取對待給付，即為

註8：最高法院106年度台上字第1367號民事判決「按契約當事人以確保債務之履行為目的，約定於債務人不履行債務或不為適當之履行時，所應支付之違約金，除契約約定其為懲罰性之違約金外，均屬於賠償總額預定性之違約金。又違約金之約定，乃基於個人自主意思之發展、自我決定及自我拘束所形成之當事人間之規範，本諸契約自由原則之精神，契約當事人對於其所約定之違約金數額，原應受其約束。惟倘債務人之債務已為一部履行或當事人所約定之違約金過高者，為避免違約金制度造成違背契約正義等值之原則，法院得比照債權人因一部履行所受之利益或參酌當事人所受損害情形，減少違約金，此觀民法第251條、第252條之規定亦明」。最高法院92年度台上字第2747號民事判決「違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。倘債務人於違約時，仍得任意指摘原約定之違約金額過高而要求核減，無異將債務人不履行契約之不利益歸由債權人分攤，不僅對債權人難謂為公平，抑且有礙交易安全及私法秩序之維護。」。

已足，客觀上是否相當，在所不問。法院不能扮演「監護」的角色，以自己之價值判斷變更契約之內容。⁹

(三) 而判決所指「契約自由原則」必須建立在自由意識與平等地位之基礎上。學說將契約不公平區分為「程序上」的不公平及「實質上」的不公平，程序公平的要求係指契約成立過程中之控制，在民法關於錯誤、被詐欺、被脅迫而為意思表示者，法律賦予表意人的撤銷意思表示，而脫離契約拘束之權利。而實質公平係關於雙方給付與對待給付具有等價性。我國民法對於實質內容原則不加以干涉，僅規定法律行為違反法律強制或禁止規定，以及法律行為有違背公共秩序或善良風俗者，無效¹⁰，但對於定型化契約通說則例外認為須予以限制。而定型化契約之約定違約金是否違反公平原則，本文認為可直接適用民法第247條之1、消保法第12條、消保法施行細則第14條等規定，蓋該等條文係定型化契約是否違反公平原則之實體法規定。關於定型化契約形式上公平之判斷，得以預定契約條款之一方，是否利用其

經濟上或社會上之強勢地位、或他方無磋商變更之地位為判斷標準。至於違反實質上公平原則而「顯失公平者」，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形或消費者違約時如應負擔顯不相當之賠償責任者即違反平等互惠原則而推定顯失公平。

三、本文認為，基於民法第252條之文義解釋、目的解釋、判斷標準明確性及舉證責任四個理由，應以類型二作為民法第252條之審查標準

(一) 依民法第252條之文義解釋：按民法第252條規定「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。」依其法條文義解釋，法院審查之對象為「約定之違約金」，而債權人解除契約時所受損害、所失利益等係約定違約金是否「過高」的判斷標準。既然法院判斷之對象為「約定違約金」，則必須考量「約定時」是否因當事人地位不平等因素致約定違約金「過高」。採取類型一的審查標準，其審查是否過高之時間點以「解除契約時」¹¹債權

註9：王澤鑑（2012），《債法原理》，第81頁，自版。

註10：陳聰富（2002）〈契約自由與定型化契約的管制〉，《月旦法學雜誌》，第91期，第52-53頁。

註11：最高法院107年度台上字第642號民事判決理由「以解除契約時解除權之行使，固不妨礙違約金之請求，惟違約金是否過高，仍須依解約時一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害等情形酌定標準，不應將契約解除後之因素列入考量。契約業已合法解除，不得再將契約解除後之利息損失及房地出售時所受價金減少之損失，作為審酌違約金是否過高之依據。最高法院96年度台上字第107號民事判決理由「出賣人因買受人不履行債務而解除契約，如買賣標之物之價值於契約解除後有所貶損，固非解約前債務不履行所生之損害，惟若市價於解約前已有跌落，低於原定買賣價金，出賣人之財產價值因而減少，該價差即非不可認係出賣人因買受人不履行債務所受之損害，以之作為酌定違約金之標準。」。

人所受損害及所失利益為基礎，再與約定違約金比較兩者是否有差額。其判斷對象、判斷標準未考量簽約時之當事人地位、締約之急迫等，與民法第252條需判斷「約定時」之文義不符。

(二) 依民法第252條之目的解釋：參本條之立法理由說明「謹按違約金之數額，雖許當事人自由約定，然使此約定之違約金額，竟至超過其損害額，有顯失公平之情形時，債務人尚受此約定之拘束否，各國法例不一。本法則規定對於違約金額過高者，得由法院減至相當額數，以救濟之。蓋以保護債務人之利益，而期得公平之結果也。」由該立法理由可知，關於違約金之約定原則尊重契約自由原則，許當事人自由約定。例外在「約定違約金額超過損害數額」，且「有顯失公平的情形」法院始得予以酌減。因此，法院在判斷順序上，應先審查約定違約金是否符合契約公平原則，只有違反契約公平原則之情形下，才例外准許為酌減。而類型一的判斷標準，並無審查「締約時」是否符合契

約公平原則。類型二的判斷順序及判斷標準較符合民法第252條之立法目的解釋。

(三) 依審查標準的明確：類型一的審查標準雖然要求法院必須審酌一般客觀事實、社會經濟狀況，當事人所受損害、及可享受之一切利益為準。然所稱一般客觀事實、社會經濟狀況，其所指涉的範圍為何，哪些事項應列入考量，並不明確。法院實務上亦有以更抽象「誠信原則」作為審查標準¹²。其可供當事人明確預測並進行攻擊防禦僅剩債權人所受損失及所失利益。

(四) 依舉證責任分配：依前所述，採類型一債權人必須先舉證證明所受損害所失利益大於約定違約金，因此，實質上舉證責任歸於債權人，審判中如果法官未開釋其判斷之事項，則舉證之不利將歸於債權人負擔。而採類型二，則債務人須先舉證證明契約締約時違反形式契約公平（如締約地位不平等）及特定違反契約實質公平之事實為何，並負擔舉證責任，採取類型二之操作較符合辯論主義及舉證責任分配¹³。

註12：最高法院106年度台上字第1389號民事判決理由「按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。同法第148條第2項規定，行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。則約定之違約金是否過高，除應依一般客觀之事實、社會經濟狀況、當事人實際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享受之一切利益為衡量標準，尚非不能依誠信原則予以檢驗」。

註13：最高法院92年度台上字第2747號民事判決理由「約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第二百五十二條所明定，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任」。

參、應記載事項規範目的及內容

一、預售屋買賣定型化契約應記載事項之規範目的及內容

按中央主管機關依據消保法第17條第1項規定公告之應記載及不得記載事項，其目的係為導正不當之交易習慣及維護消費者之正當權益，並促進定型化契約之公平化，而擬訂其定型化契約應記載或不得記載事項，係屬對消費者權益最低限度之保障¹⁴。而定型化契約應記載事項之內容及目的在維持定型化契約的公平合理，俾定型化契約至少具有最低公平標準，以保障消費者權益¹⁵。

二、應記載事項違約條款與形式公平原則

法律既賦與中央主管機關得公告定型化契約應記載或不得記載事項權限，該公告即係行政機關基於法律授權，對多數不特定人民就一般事項所作抽象對外發生法律效果之規定，具有行政程序法第150條第1項「法規命令」性質¹⁶，預售屋銷售之企業經營者僅得依中央主管機關公告之應記載事項擬定定型化契約。因此，企業經營者就其違約條款之內容，並不具有契約內容形成之優勢地位。

三、應記載事項違約條款與實質公平原則

- (一) 按消保法對於定型化契約之內容要求，依消保法第12條之規定須「不得違反誠信原則」、「不得對消費者顯失公平」、「不得違反平等互惠」，而是否違反平等互惠，依消保法施行細則第14條之規定係指一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。
- (二) 按消保法第17條為應記載事項之「法律授權規定」，因此，中央主管機關或行政院消保處擬定或審議應記載事項之內容，必須符合消保法第17條授權之目的及範圍。亦即，應記載事項之內容必須符合「預防消費糾紛，保護消費者權益，促進定型化契約之公平化」之授權目的及範圍，而是否符合授權目的及範圍，應遵循消保法第12條及消保法施行細則第14條之規定。是以，應記載事項之內容，應已符合契約公平原則。

註14：民國108年11月13日行政院消費者保護處院臺消保字第1080037867號函資料來源：法源資訊網、資料擷取日期2022年8月3日。

註15：參預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項總說明資料來源：內政部檔案資料檔號：0090/22.27/1/2/011檔案名稱：中華民國90年9月3日內政部台(90)內中地字第9083626號公告預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項之(1)草案總說明。

註16：參最高法院105年度台上字第266號民事判決、最高行政法院103年度判字第613號判決、最高行政法院100年度判字第1966號判決。

肆、買受人違反應記載事項違約條款時違約金酌減之操作

一、民法第252條之要件及判斷標準

依前揭說明，按民法第252條之文義解釋、目的解釋、明確性等理由，法院依適用民法第252條酌減違約金，原則上基於契約自由原則及契約正義等價原則，應尊重契約當事人關於違約金之約定，只有在違反契約自由原則及契約正義等價原則時，法院方得予以酌減。

二、買受人主張民法第252條之待證事實及舉證責任

按「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」民事訴訟法第277條定有明文。債務人就違約金過高之利己事實，依民事訴訟法第277條之規定，應負舉證責任以實說。而民法第252條之待證事實依前述類型二之判斷標準為「約定違約金違反契約自由原則」及「約定違約金有過高」。本文認為，約定違約金違反契約自由原則、契約公平原則為先決要件，如果債務人無法舉證約定違約金有違反契約自由原則，則契約當事人本應受契約約定之拘束，不論約定違約金是否高於債權人所受損害、所失利益，都屬契約自由之範疇，因此，法院即無須再就違約金是否「過高」為判斷。

三、買受人違反應記載事項違約條款法院之判斷標準

(一) 有無違反契約自由原則、公平原則之判斷

1. 形式公平原則

按應記載事項之違約條款係法規命令之強制規定，並非契約當事人約定。因此，應無發生地位不平等之情形。如債權人（出賣人）於締約時有違反契約審閱期或利用買受人急迫輕率或施詐術等，應為契約無效或得撤銷，而非民法第179條、第252條之不當得利返還。

2. 實質公平原則

按定型化契約是否違反契約公平原則，法院應適用民法第247條之1、消保法第12條第2項、消費者保護法施行細則第14條相關規定作為判斷之標準。

(二) 違約金有無過高之判斷

依前述，如約定之違約條款無違反契約自由原則或契約公平原則時，則法院無須就是否過高為審查。反之，如審查之結果法院認為，當事人關於約定違約金有無過高，方有進行違約金是否果高之審查。本文認為，在契約自由原則下，契約當事人本於理性思考判斷下所為之契約行為，必須對契約內容「自我負責」。而契約之一方願意放棄其他締約機會，選擇與他方締約，亦基於對他方當事人會誠信履約之前提。因此，在當事人負擔之義務合理相當，且違約責任對等之情形下，形式上即無過高之問題，應尊重契約當事人之約定。除有「顯然」過高，而超出一般相同契約之約定內容，方有酌減之適用。

伍、結論

一、民法第252條在訴訟實務上，最大的難題在於條文內容欠缺明確可供判斷的

標準，審判過程中法官並不會公開何謂一般客觀情況？何謂社會經濟狀況？而債權人亦無法預知隱藏在法官心中的價值判斷。依本文作者所參與之訴訟經驗，買受人罹癌、失業、首購不諳買賣契約等等訴諸主觀感情因素反而是能獲取法官酌減違約金更重要的因素。

二、基於契約自由原則及應記載事項之強制規定，買賣雙方都必須受契約違約條款之拘束。且應記載事項違約金約定並非當事人約定，而係法規命令之強制規定，其條款內容依消保法第17條之規定已符合買賣雙方「公平原則」。因此，個案中是否違反實質公平而進入違約金過高之審查，必須有明確審查標準避免流於恣意。

三、基於民法第252條之文義解釋、目的解釋及舉證責任分配、法院判決明確性等四個理由，本文以為，買受人須先負舉證責任，證明個案違約金之約定有違反實質公平，至於定型化契約是否違法實質公平原則，民法第247條之1、消保法第12條第2項、消費者保護法施行細則第14條定有明文可供參考。

四、法院就買受人舉證證明確有違反契約實質公平，方須審查違約金是否「過高」，而是否過高，應審酌契約雙方違約責任是否當、如雙方負擔之義務相同，違約責任相當，則應認無過高之情形。惟有在違約金超過相同契約之約定內容時，方有酌減之適用。

（投稿日期：2022年8月23日）