【裁判字號】100,訴,1680

【裁判日期】1001206

【裁判案由】給付價金等

【裁判全文】

臺灣臺中地方法院民事判決

100年度訴字第1680號

原告 景薰樓股份有限公司

法定代理人 陳碧真

訴訟代理人 劉憲璋律師

複代理人 賴書貞律師

被告 陳怡倫

訴訟代理人 林伯祥律師

上列當事人間請求給付價金事件，於民國100年11月22日言詞辯論終結，本院判決如下：

主 文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用新台幣貳萬壹仟肆佰玖拾參元由原告負擔。

事實及理由

一、原告方面：

(一)原告起訴主張：

1、被告於民國(下同)99年12月19日參加原告公司舉辦「秋季拍賣會」，投標牌號為73，當日被告以新台幣(下同)175萬元標得編號59「黃土水先生之綿羊銅雕」作品1件，依兩造交易條款第8條第2項規定，被告應於拍定後7日內支付拍定價175萬元及佣金315000元，合計206萬5000元。嗣經原告公司多次催促，被告均拒絕支付，原告不得已委請律師於100年3月18日發函催告，但被告於100年3月18日收受該函後，猶拒絕付款，並委請律師回函表示：「未舉牌加價，此次交易當然未與本人成交」云云，拒絕付款。原告再向鈞院聲請調解(100年度司中調字第978號)，被告仍以「拍價超過160萬元以後未舉牌應買」、「無法證明為真品」為由搪塞。惟依拍賣會之現場錄影光碟顯示，原告之拍賣官徵詢是否加價至175萬元時，被告與友人討論後確實同意以175萬元購買，甚至拍賣官問：「牌號幾號？」，被告及其友人即舉牌供辨識記錄，足證雙方交易已經成立，被告自應給付拍賣價金175萬元予原告，以便轉交予出賣人，並依拍賣條款第7條第1項規定，拍定價在1000萬元以內時，支付拍定價18%之佣金315000元予原告。但被告迄今仍拒絕付款，出賣人已將上開價金請求權175萬元讓與原告，故原告以本件起訴狀繕本送達作為債權讓與

之通知。

2、被告固質疑系爭拍賣作品並非真品云云，然關於畫作等藝術品之拍賣，除作者本人所為者外，對於拍賣品究為真品或贗品，因拍賣品歷經多次換手，縱為真品，亦早已脫離原作者甚久，故出賣人或拍賣公司能提出真品證明者即屬有限，此從原告公司之拍賣交易條款第29條、第30條規定即明。被告既然同意應買，自應遵守上開約款之內容。況原告之拍賣型錄第86頁就系爭黃土水先生之作品有引用藝術家出版社出版之「臺灣美術全集」、雄獅圖書股份有限公司出版之「大地.牧歌.黃土水」，均已就系爭作品有詳細之介紹，且原告在拍賣前及拍賣當日均有展示系爭作品給應買人參考。祇要將上開2家出版社之出版內容與系爭作品及出賣人提供形而上畫廊出具之原作保證書，詳細對照後所載資料完全一致，故系爭作品並非贗品。被告在投標前既已詳細評估才參與投標，事後反悔任意指摘上開具有公信力之出版品及出賣人提供之原作保證書，無法證明系爭作品為真品，自無理由。再被告主張系爭作品為贗品，意思表示錯誤欲撤銷云云，均為原告所否認，依舉證責任分配原則，應由被告舉證證明。但被告未能提出任何證明，卻空言主張及拒付買賣價金及佣金，實屬無理。況依原告公司之交易條款第16條載明：「買方於本公司將拍賣所得匯予賣方前，如認拍賣物係贗品，得於拍定後21日內，以書面通知本公司，並於發出通知後14日內將與拍賣時保持同一狀況之拍定物退回本公司，經本公司認定確有賣方所述之情形時，買方得解除本件交易，本公司無條件退還買方已支付之任何款項，然買方不得再請求其他賠償。」，該條款係就拍賣物為贗品時之特別處理約定，買賣雙方及原告公司均應受該項約定之，但被告遲至100年5月份調解時主張系爭作品非真品，已違反上開交易條款之特別約定，原告仍得請求被告付款。

3、並聲明：(1)被告應給付原告206萬5000元，及自100年3月19日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。(2)願供擔保請准宣告假執行。

(二)對被告抗辯之陳述：

1、依原告之交易條款第4條及第29條規定：「競標者應於拍賣前詳閱拍賣型錄及第4節有關型錄之規定，自行瞭解並參考其它資訊以判斷拍賣物與型錄說明之差異」、「本公司之拍賣型錄對拍賣物之圖示、影像、作者、來歷、出處、年代、尺寸、材質、損壞或修復情形及其他相關說明僅

供參考，不在本公司保證之範圍。」、第30條規定：「(一)拍賣物悉依拍賣時之現狀出售，本公司不對拍賣物之種類、性質為任何明示或暗示之保證或負擔任何瑕疵擔保責任」。又原告之拍賣型錄已指出本次拍賣之作品請參閱藝術家出版社出版之「台灣美術全集」、雄獅圖書股份有限公司出版之「大地.牧歌.黃土水」，而上開出版品均明確記載系爭綿羊作品係由「張英夫先生收藏」，原告實際拍賣之作品亦為曾由「張英夫先生收藏」，且提供經張英夫先生親筆簽名之原作保證書，與拍賣型錄內容並無不符。而被告當時亦係依交易條款第4條看過拍賣型錄之說明，自行瞭解及參考其他資訊後始進場應買，對於系爭拍賣作品之出處係「張英夫先生收藏」已有充分認識。故被告既經審慎評估後進場舉牌應買，尚難謂有何「意思表示錯誤」之情事。

- 2、藝術家出版社出版之「台灣美術全集」、雄獅圖書股份有限公司出版之「大地.牧歌.黃土水」，乃目前藝術界關於黃土水先生作品之研究專書，其中雄獅圖書股份有限公司之出版品且經行政院文化建設委員會共同策劃、出版，其專業性不容懷疑。況上開書籍出版時間於85年間，迄今尚無人質疑其中綿羊作品之內容有誤，更可證明上開出版品內容足堪採信。
- 3、系爭拍賣會上，拍賣官曾多次詢問是否願意以175萬元應買，被告當時並未立即同意應買，而係經過一段時間，旁邊友人參與討論後，被告始舉牌應買，顯然被告就「是否以175萬元應買」乙事已詳加考慮，並無意思表示錯誤情形。又依最高法院44年台上字第75號判例意旨，被詐欺而為意思表示者，依民法第92條第1項之規定，表意人固得撤銷其意思表示，惟主張被詐欺而為意思表示之當事人，應就此項事實負舉證責任。是被告既主張依民法第92條第1項規定撤銷其所為意思表示，即應就原告如何致使被告陷於錯誤，故意示以不實之事，令其因錯誤而為意思表示負舉證責任。況原告當時拍賣之作品，係指張英夫先生收藏之「綿羊」銅雕，被告進場參加競標，主觀上亦屬有意購買上開作品，故被告抗辯稱其意思表示錯誤云云，為無理由。
- 4、系爭作品底價為180萬元，拍賣型錄已有載明，除非有特殊考量(例如賣方授權或拍賣公司願意減少佣金…等)，否則未達底價，不管出價多少，拍賣官都可拒絕，故在交易條款第32條明訂：「未高於前次喊價5%或其他由拍賣主

持人決定之比例之喊價，拍賣主持人得拒絕之」。而系爭作品之歷次出價均未達底價，拍賣官既然當場詢問是否願意加價至180萬元及175萬元，即代表拒絕先前之出價，被告是否能順利拍得系爭作品，不應以過去的出價作為判斷基礎，而係以被告自己之出價是否已達底價或符合拍賣官決定之金額。被告既在拍賣官詢價後，同意以175萬元應買，拍賣官亦未拒絕，買賣雙方自應受上開金額拘束。

- 5、被告在系爭拍賣會上確有舉牌應買之事實，有前、後方之錄影可證，此從被告於錄影時間1分28秒時，拍賣官詢問：「170萬元加到175萬？」、1分34秒拍賣官再問：「170萬元要不要試一下，5萬塊？」，拍賣官甚至表示175萬元是「特准的」後（意謂該價格是拍賣官特別准許的），被告隨即轉頭與隔壁友人蕭敦仁討論，錄影時間1分43秒至1分45秒間之畫面可清楚看到蕭敦仁點頭後，被告隨即面帶笑容抬頭、眼神堅定看拍賣官，手中號碼牌同時也有移動，故依當時客觀情形，顯然被告有應買之表示甚明。至被告雖抗辯稱當時是與蕭敦仁等人聊天，然對照稍早之錄影畫面，錄影時間53秒時被告舉起牌號前，亦係蕭敦仁點頭後，被告才舉起牌號。故從被告2次出價時，均面向蕭敦仁，都在蕭敦仁有點頭之動作後，被告才有出價之動作，且拍賣官亦立即認知到有出價，而向現場公告出價情形。可見被告是否要應買係根據蕭敦仁之意見，其2人之談話絕非單純聊天而已，蕭敦仁在本件之拍賣掌握實質決定權。另於錄影時間2分16秒時，拍賣官詢問：「牌號幾號？」，蕭敦仁隨即舉起被告之牌號供拍賣人員確認，被告抗辯稱蕭敦仁是在看牌子後面寫什麼云云？然而當天牌號是雙面，僅有號碼，背面並無書寫文字，且蕭敦仁自己也有1個牌子，要看也應看蕭敦仁自己牌號，故蕭敦仁舉起牌號顯然係在回應拍賣官之詢問，被告抗辯實為推託之詞，不足為採。再拍賣會場之牌號保管非常重要，拍賣官是認牌號不認人，所有進入拍賣會場之人都有此常識；更何況拍賣官當時是向現場客戶確認牌號，被告卻任由蕭敦仁將牌號舉起，而無任何反對之意思，可見被告有授權蕭敦仁代為舉牌，否則依當時之客觀情事，亦有表見代理之情形，故被告確實已有應買之事實。
- 6、依照拍賣慣例，在拍賣場上除舉牌動作表示應買外，其他肢體動作亦可代表應買之意思，並非如被告抗辯祇有高舉牌號才是應買。

二、被告方面：

- (一)原告主張被告於99年12月19日參加原告公司之秋季拍賣會，並以175萬元價額拍定黃土水之「綿羊」銅雕乙節，被告否認之，因當日拍賣標的「取名」為黃土水之「綿羊」銅雕作品，原告未能提出係「黃土水親作真品原件」(親作乃有別於由其指導而掛名者，真品則有別於仿品、偽品，原件係有別於複製品)之證明，僅事後提出1紙由形而上畫廊黃慈美簽署之「原作保證書」，其上記載：「茲保證左頁圖片之作品為原作」、「本作品乃藝術家出版社台灣美術全集專刊中之圖65」，惟欠缺作者簽名，其上雖有收藏家姓名「張英夫先生」，但未載明購入時間，亦未能證明該簽名是否為真實？尤其黃慈美之手寫註記，僅能證明該保證書所示圖樣乃專刊上之原作，不足以證明專刊登載者即為「黃土水親作真品原件」！而藝術家出版社出版之台灣美術全集專刊中之圖65，是否確為「黃土水親作真品原件」？該專刊有無經過嚴格調查？憑何認定？有無向創作者黃土水或其他專家查證之過程？故該專刊之登載是否足以作為該項作品之「身分證明」？另張英夫先生收藏者是否確為「黃土水親作真品原件」？如何證明其所言屬實？是否能僅憑張英夫先生之簽署，據為認定該標的物之「身分證明」？故原告僅憑1紙證明書作為證據，顯然薄弱，專業拍賣公司豈會將作品真偽事項寄託於如此薄弱之證明書？
- (二)拍賣場與出賣人勾結舞弊以假作真、串謀抬價、涉局誘買者時有所聞，藝品拍賣之賣方以膺品混充詐欺者亦屢見不鮮，而拍賣過程必遵守嚴格之出價程序，必有具體之喊價行為始可，喊價決標過程亦應有完整之蒐證調查。本件依原告提出錄影光碟所示，拍賣場前、後均有專人錄影，原告提出之前方錄影內容並無人表示以170萬元應買，而當時參加之人大多互不認識，且皆面向前方，是否有人舉牌及喊價，自難查知，惟賴主持人之信用。倘主持人利用該漏洞自說自話，即為舞弊，其後縱使有人應買，亦屬錯誤之意思表示，仍得撤銷。
- (三)拍賣場之出價意思表示，不但係對主持人，亦應使參加競標者得以共見共聞，故原告主張被告「與友人討論後確實同意以175萬元購買」乙節，被告究竟如何同意？是舉牌？喊價？或是與主持人心電感應？原告在起訴狀並未具體表明，而事實上依錄影光碟所示，被告根本沒有175萬元之舉牌或喊價，一切都是主持人在台上自說自話，即有舞弊之嫌。又原告為加強前述被告未舉牌之事實上不足，乃

虛構「拍賣官問：『牌號幾號？』，被告及其友人即舉起牌子供辨識紀錄」之主張，則究竟是被告舉牌？被告之友人舉牌？或是被告及友人共同舉牌？或被告遭其友人強制牽手舉牌？攸關被告有無具體為意思表示之事實，其實被告根本沒有舉牌回應關於牌號之詢問，被告友人亦無舉牌回應之授權與動作，此乃因被告察覺原告拍賣之標的物並未提出「黃土水親作真品原件」之證明，故未舉牌加價，此次交易當然未成交，原告自無請求被告給付價金及佣金之理。

(四)被告事後得知「黃土水親作真品原件」在世極為稀少，市面假作甚多，尤其系爭作品之黃土水簽名時間為1931年，但黃土水於1930年即已死亡，時間點顯然不正確，而專刊上雖以文字說明可能是黃土水生前預先製作，但此屬推測而已，亦無法證明該項推測之真實性，故被告認為系爭作品應屬他人仿作。若系爭標的物確為真品，其價值當非僅本次拍賣價格，若為一般工藝品，則無價值可言。另依原告交易條款第16條訂有「拍賣物為膺品之處置」方式，可知出賣人負有真實義務，並非僅證明拍賣標的物與某一書刊登載者相同，而不論其是否為作者之親作真品原件。況本件既未約定僅得以原告提出之「原作保證書」作為認定標的物是否為「黃土水親作真品原件」之唯一證據，該「原作保證書」僅為1種私人參考而已，作為出賣人或形而上畫廊因其標的物虛偽願對第3人負損害賠償責任之依據，並無拘束買受人之效力。從而倘買方對於拍賣標的物是否真實有所爭議，應由出賣人負舉證責任。若原告欲繼續與被告完成交易，即應先提出拍賣標的物之真品證明，若無法提出，不惟有違藝術品拍賣常規，反足證明標的物可能為「仿品」、「非真品」。是原告迄今無法提出真品證明，即使被告有應買，亦屬錯誤而得撤銷，被告主張撤銷之。

(五)依被告自行勘驗原告提出錄影光碟所見，蕭敦仁並未回應拍賣官詢問牌號之意思，且被告當時眼神亦未望向拍賣官，若原告主張除舉牌動作外，其餘肢體動作亦可作為應買之表示，則原告應舉證說明該項規定何在？否則豈非所有應買人均應正襟危坐不可亂動，此乃有違常情，是否應買人稍有動作，即任憑拍賣人宰割？

(六)原告固聲請訊問證人即拍賣官林振廷到庭說明拍賣會場確實有人出價170萬元，及被告當場有以175萬元應買之意思表示，但從勘驗原告提出之拍賣現場前、後方錄影光碟內

容，拍賣官喊價170萬元時，畫面中無人舉牌或有任何舉手動作，可見當時無人出價170萬元應買。又兩造間就有無成交既有爭議，事後更願減價低於170萬元成交，則原告何不逕以該名出價170萬元應買之人洽議買賣即可？再證人林振廷既擔任原告之拍賣官，其與原告公司間應有委任或僱傭之特別關係，其證詞難免避重就輕有所偏頗，而相關疑點既能由錄影光碟內容看出，錄影光碟內容之真實性應較證人之證詞為可採。

(七)依證人林振廷之證述，被告未曾向證人林振廷告知授權蕭敦仁代理舉牌或為應買之表示，則證人林振廷自不得自行認定蕭敦仁即使有舉起被告之牌號，即屬有權代理之行爲。況依勘驗錄影光碟內容所見，證人林振廷詢問牌號時，並未以手勢指明被告應買之動作，亦無複誦牌號之行爲，即難認定被告知悉證人林振廷認定其有應買之行爲，故兩造間之買賣契約並未成立。

(八)依藝術家出版社100年10月4日函覆內容，訴外人邱文雄「黃土水遺作展作品目錄」第60項載有黃土水曾作有系爭「綿羊」作品，註明年代為「昭和5年」(1930年)，而訴外人王秀雄將上開資料引入「台灣美術全集第19卷」關於該「綿羊」照片之來源說明，並稱此「綿羊」在市面上並無第2件等情。據此，僅可認定黃土水之創作確有「綿羊」作品，但該創作之「真品原件」是否即為張英夫收藏之系爭「綿羊」作品？尤其藝術家出版社並未親自鑑定張英夫提供拍照之「綿羊」究竟係「原版」，或「原版之翻製作品」？二者之價值相差甚鉅，原告身為拍賣專業公司，對此基本之鑑別或說明皆付之闕如，自應對應買者負擔未盡說明義務之風險，豈可強迫應買？況系爭拍賣會結束後，市面上即有類似物件流通，在新屋實業有限公司進行拍賣，可見若屬原版之複製品，因日後有大量複製之可能，並無高價收藏之價值，故以系爭作品之材料及複製工藝，絕無175萬元之價值，被告若以此價格買受亦屬顯不相當之代價，其陷於錯誤之情事已明，自得依法撤銷買受之意思表示。

(九)並聲明：1、如主文所示。2、如受不利之判決，願供擔保請准免為假執行。

三、兩造不爭執事項：

(一)被告於99年12月19日與友人蕭敦仁等人參加原告公司舉辦「秋季拍賣會」，投標牌號73。

(二)被告曾參與拍賣標的物即編號59「綿羊」銅雕之競標，高

舉牌號表示以160萬元應買，但該價格並未成交。

- (三)系爭「綿羊」銅雕，原告製作之拍賣型錄第86頁係依據藝術家出版社出版之「臺灣美術全集第19卷」、雄獅圖書股份有限公司出版之「大地.牧歌.黃土水」等專書，及形而上畫廊黃慈美出具之「原作保證書」，認定為黃土水先生之作品，拍賣當時係由張英夫先生收藏。
- (四)本院曾於100年7月28日及100年9月30日先後2次勘驗原告提出拍賣會現場錄影光碟。100年7月28日勘驗時被告未到場，100年9月30日勘驗時兩造均到場。
- (五)依勘驗錄影光碟內容所示，就系爭「綿羊」銅雕之拍賣，拍賣官喊價170萬元後面時，畫面中看不到任何人有舉牌動作(原告稱此係攝影機角度問題，無法拍攝整個拍賣場全部所致)。
- (六)依勘驗錄影光碟內容所示，就系爭「綿羊」銅雕之拍賣，拍賣官喊價175萬元3次落槌後，拍賣官詢問牌號幾號，被告身旁友人蕭敦仁有半舉牌動作。

四、兩造爭執事項：

- (一)被告就系爭「綿羊」銅雕是否以175萬元應買？即買賣契約是否成立？
- (二)系爭「綿羊」銅雕作品是否確為黃土水之「親作真品原件」？
- (三)被告抗辯稱系爭「綿羊」銅雕作品之買賣契約若成立，被告亦得以意思表示錯誤而撤銷應買之意思表示，是否有據？

五、法院之判斷：

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條本文定有明文。又民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（參見最高法院17年上字第917號判例意旨）。另請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任，此為舉證責任分擔之原則（參見最高法院43年台上字第377號判例意旨）。

經查：

- (一)又民法第153條第1項規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」而默示之承諾，必依要約受領人之舉動，或其他情事足以間接推知其有

承諾之意思者，始得認之，若單純之沉默，則除依交易上之慣例或特定人間之特別情事，足認為承諾者外，不得認為承諾(參見最高法院21年上字第1598號及29年上字第762號等判例意旨)。另民法第391條規定：「拍賣，因拍賣人拍板或依其他慣用之方法為賣定之表示而成立。」民法第395條亦規定：「應買人所為應買之表示，自有出價較高之應買或拍賣物經撤回時，失其拘束力。」另依原告公司交易條款第3條「競標者之定義」第1項規定：「喊價行為者皆視為競標者，如以書面通知本公司並經確認者得指定代理人為喊價行為。」、第3項規定：「競標者應於拍賣開始前填具登記表，並提供身分證明，並經本公司核對身分證明後始得進行喊價。」，第37條「名詞解釋」第2項規定：「拍定價：指出價最高且拍得物品之價格。」可見依原告公司制訂之交易條款內容，在原告舉辦之拍賣會有意進場參與喊價應買者，需「填具登記表，並提供身分證明，並經本公司核對身分證明」後，始得為之，而參加喊價應買者欲指定代理人時，更需「以書面通知本公司並經確認者」，亦即必須先以「書面」通知原告公司，且經原告公司「確認」後始得成為參加喊價應買人之代理人甚明。從而原告公司之交易條款內容，具有拘束原告公司、出賣人及參加喊價應買人之效力，乃屬當然。

(二)原告雖主張被告於上揭拍賣會當日以175萬元標得編號59之系爭「綿羊」銅雕作品1件，依交易條款第8條第2項規定，被告應於拍定後7日內支付拍定價175萬元及佣金315000元，合計206萬5000元云云，然為被告所否認，並以上情抗辯。是原告自應就被告於上揭時、地確有參與競標出價175萬元應買之有利於己事實負舉證責任。又本院依原告聲請於100年7月28日言詞辯論期日當庭勘驗原告提出之錄影光碟(僅為拍賣會現場前方光碟)，勘驗結果固為：「勘驗光碟內穿著黑色衣服之長髮女子，確實在拍賣官喊價175萬元時有舉牌，並有出示牌號為73號」等情(參見該日言詞辯論筆錄第2頁)。惟勘驗當日被告並未到庭，亦未提出書狀為答辯，故本院復依被告聲請於100年9月30日勘驗期日重新勘驗原告提出之拍賣會現場之前、後方錄影光碟，其中前方錄影光碟勘驗所見為：「畫面中黑色長髮女子即為被告，被告於拍賣官喊價160萬元時，確實有高舉牌號，另拍賣官在喊價175萬元3次落槌後，拍賣官有詢問牌號幾號，被告身旁男子(蕭敦仁)有半舉牌動作，但被告低頭。」等語。另後方錄影光碟勘驗所見為：「拍賣官

喊價160萬時，確實有看到被告高舉牌號，喊價170萬時，拍賣官指後方有人舉牌，但從螢幕上並未看到任何人舉牌，喊價175萬時，被告並無舉牌動作，該拍賣官喊價3次落槌後，詢問牌號時，有看到被告旁1個牌號閃動。」等情(以上參見該日勘驗筆錄第1、2頁)。故本院綜合上開勘驗拍賣會當日之前、後方錄影光碟內容所見，確認拍賣官喊價160萬元時，被告高舉牌號，顯示被告確有以160萬元應買之意思，但並未成交；又拍賣官喊價170萬元時，拍賣官雖稱後方有人舉牌，但依前、後方錄影光碟內容，並未看到有任何人舉牌，故拍賣官喊價170萬元時，究竟是否確實有人舉牌應買，即有疑問？另拍賣官喊價175萬元時，從錄影光碟畫面中明確看出被告並無「舉牌動作，拍賣官再繼續加價喊至180萬元時，亦無人舉牌應買，因而拍賣官再退回175萬元時，被告亦無任何舉牌動作，但拍賣官此時卻以175萬元落槌3次而宣布拍定，並詢問牌號幾號時，被告身旁男性友人即蕭敦仁有拿起被告之牌號半舉，隨即放下之動作各情，則原告主張系爭「綿羊」銅雕作品以175萬元拍定予被告，在被告自始均未於拍賣官喊價170萬元至180萬元間有任何舉牌動作之情形，原告逕自認定被告有應買之意思表示而拍定，即令人費解？況拍賣官當時以175萬元落槌3次並詢問牌號時，被告係呈「低頭」狀態，並未有任何回應拍賣官之動作，反而係被告友人蕭敦仁半舉被告之牌號，是被告友人蕭敦仁當時是否有獲得原告之授權代舉牌號回應拍賣官，亦即被告友人蕭敦仁是否具有被告之代理人身分，在被告及其友人蕭敦仁均否認上情之情況(均詳後述)，即應由原告就上揭有利於己事實舉證以實其說，否則依最高法院17年上字第917號判例意旨，法院自無從為有利於原告之認定。

(三)原告針對上情聲請訊問拍賣會當日之拍賣官即證人林振廷，經證人林振廷於100年10月25日言詞辯論期日到庭具結後證稱：「……我於170萬元已經拉的很辛苦，180萬元沒有辦法拉到，所以我有『特准』將價格拉1回175萬元，後來我的左前方有2、3個人在討論，我就詢問他們是否要試一下175萬元，他們有點頭，然後我看他們有舉牌，我有確認他們要用175萬元購買，我有詢問牌號幾號。……，在詢價過程我有繼續詢問有無加到180萬元，但無人應買，就以我的專業敲給對方。……，在國際拍賣場，站在上面時，每個人的動作只要用眼光一掃，都看的很清楚，所以被告動作之回應明明是要應買，我事後又確認牌號，再

詢問請問妳的牌號為何這句話，牌號是我們最後的確認，這是很重要的。……」等語明確(參見該日言詞辯論筆錄第3頁至第5頁)。另證人林振廷於同日接受被告訴訟代理人詢問時，亦證稱：「這沒有規定，這是我們的專業，只是最後確認那才是專業，就怕對方不承認。」(問：你剛才稱於現場不一定要用舉牌應買，用其他身體肢體動作也可以表示應買，這規定在何處?)、「沒有」(問：在拍賣之前，你有向在場來賓宣示不一定要用舉牌表示應買，用其他身體動作也可以表示應買嗎?)、「拍賣過程我會確定何人應買，而確定應買是一個專業，於拍賣過程我會向應買的人確定，於拍賣前我沒有說，但於拍賣過程我會用手勢指明是何人應買。」(問：在拍賣過程有無告訴現場來賓，你只要做了什麼動作，就算沒有舉牌，你也會當作已經應買，有如此說嗎?)、「沒有，我也不清楚。」(問：被告事先有告訴你，她有授權別人幫她舉牌?)、「我在上面目光盯著她，我百分之百確定是她得標，我有說請問妳的牌號，我就是看那牌號已由旁邊的蕭先生舉起。」(問：本件你落槌後，並沒有唱得標牌號，也沒有用手指向被告，你如何肯定被告知道你認為她得標?)、「被告坐在蕭敦仁左手邊，我有說請問妳牌號？被告先點頭，然後蕭敦仁再舉牌，當時我右手登記，左手落槌。」(問：你稱蕭敦仁舉被告牌號時，被告動作如何?)、「蕭敦仁舉牌很高興，被告看著蕭敦仁也很高興，那是我從側面看的。(後改稱時間太久，我忘記了)」(問：蕭敦仁舉牌時，被告有無跟你目光交接?)、「沒有印象」(問：據勘驗光碟，於喊到150萬元時，中間走道最後1排，有1位長髮女子舉手到她頭髮那裡，你喊價到160萬元時，左邊倒數第2排，有1個穿著淺色長袖男子，他也舉手摸他左臉，右邊最後1排，最右邊，有1個穿著綠色衣服之女子，也翻轉她手上之書籍，你有無印象?)(以上參見同日言詞辯論筆錄第6頁至第10頁)。據此可知，證人林振廷將系爭「綿羊」銅雕作品以175萬元拍定予被告買受，其親眼目睹者並非被告高舉牌號向現場參與競標者宣示願以175萬元應買，卻係證人林振廷主觀上「向其左前方在討論之2、3個人詢問是否要試一下175萬元，他們點頭」，而證人林振廷所指之「左前方2、3個人」係指被告及其友人蕭敦仁、趙國帥等人，則證人林振廷當時看到點頭之人究係被告？蕭敦仁？趙國帥？或3個人均一致點頭？即屬不明，尤其證人林振廷既稱左前方2、3個人在討論等語，顯見被告及其

友人蕭敦仁、趙國帥等人當時在談話中(談話內容不明)，被告是否確已注意拍賣官即證人林振廷在徵詢是否同意以175萬元買受系爭「綿羊」銅雕作品，亦有可疑？何況依本院於100年9月30日勘驗錄影光碟所見，證人林振廷以175萬元落槌3次表示拍定後，始詢問牌號，而被告當時係呈「低頭」狀態，並非如證人林振廷證稱被告當時很高興「點頭」，且當時既有被告友人蕭敦仁半舉牌動作(此部分涉及蕭敦仁當時半舉牌之主觀意思，及是否有權代理被告舉牌回應)，何以證人林振廷係認定被告同意應買，而非蕭敦仁應買？再依原告提出原證1「拍賣投標牌登記表」記載，被告係以蕭敦仁之友人身分第1次參加原告公司舉辦之拍賣會，被告既未曾有參加原告公司之類似拍賣會經驗，在拍賣官未曾事先告知「未舉牌，亦可能因肢體動作而得標」之情況(此為證人林振廷自承在卷，已如前述)，被告在主觀上是否已有該項認識？本院審酌被告之抗辯及證人林振廷之證言各節，認為依被告之外在表現既無法看出願以175萬元應買，則證人林振廷所謂依其「拍賣專業」所為「在現場參與競標應買之人未舉牌之情況，判斷究係由何人應買拍定」，在客觀上自無從與被告是否應買之意思表示相互一致，特別是在證人林振廷證稱「最重要的是詢問牌號，最後確認」時，被告並未回應報牌號或有何舉牌動作，自難認被告就系爭「綿羊」銅雕作品已有同意以175萬元應買之承諾，參照前揭民法第153條第1項規定及最高法院21年上字第1598號及29年上字第762號等判例意旨，兩造間就系爭「綿羊」銅雕作品之買賣契約顯然尚未成立甚明。

(四)另本院依職權於100年11月22日言詞辯論期日訊問證人蕭敦仁，經其到庭具結後證稱：「沒有」(問：被告於160萬元舉牌前有无徵詢你的意見？)、「我們在聊天，我回頭看被告在牌子上寫字，我是1個反射動作，看她到底在寫什麼，因為依拍賣會習慣是不能在牌子上寫任何文字的。」(問：依拍賣會錄影光碟所見，拍賣官以175萬元落槌時，看到你半舉牌，有无意見？)、「我是看被告在寫什麼東西，就直覺拿起來，沒有任何意義，而且要以100萬餘元買藝術品，應該很高興或興奮，不可能沒有反應，而且被告跟旁邊之趙董都是第1次去，如果舉牌都是舉很高」(問：剛才勘驗時，最後1個動作，你有拿1個73牌號，拿起來又放下去？)、「沒有談到，這是不相關的談話。」(問：拍賣官喊價175萬元時，你們3人是否談到要購買？)、「

「在拍賣會上，習慣上要購買要舉很高，讓拍賣官知道我們有應買之意思，除非大家很熟，有默契，有共識，說點頭搖頭就可以代表是否應買。」(問：你應買時如何表示?)、「沒有特別注意到」(問：你當時有無聽到拍賣官在詢問牌號幾號?)、「沒有」(問：被告自進場前到拍賣官落槌之期間，被告有無向你表示可以代表她舉牌或報牌號?或被告向原告公司人員及拍賣官表示你可以代表她舉牌或報牌號?)各情屬實(參見該日言詞辯論筆錄第3頁至第6頁)。是依證人蕭敦仁之上開證言，被告並未委任證人蕭敦仁為其參加本件拍賣會之代理人，亦未授權證人蕭敦仁代為舉牌或報牌號，則證人蕭敦仁上開半舉牌之動作，無論是否如原告及證人林振廷所述係回應落槌後報牌號之行爲，對被告自不生舉牌應買之效力。至原告雖以依被告參加拍賣會所留個人資料係證人蕭敦仁之友人，在拍賣過程其等2人坐在一起，甚至被告在出價應買過程均有徵詢證人蕭敦仁意見，故拍賣官確認牌號時，由證人蕭敦仁代為舉牌，被告亦無反對之意見，顯然被告確有授權證人蕭敦仁代為舉牌，如被告否認授權，仍有表見代理之情事，故被告當時確有以175萬元應買之行爲云云。惟此爲被告及證人蕭敦仁一致否認，而依前揭原告之交易條款第3條第1項規定：「喊價行爲者皆視爲競標者，如以書面通知本公司並經確認者得指定代理人爲喊價行爲。」，參與喊價競標者欲指定代理人，需以「書面」通知原告公司，及經原告公司「確認」後，始得爲之，故在原告舉辦之拍賣會場，參與喊價競標者欲指定代理人，唯有提出委任代理人之書面予原告及經確認後，方符合原告前揭交易條款之規定，在客觀上自不存在有所謂「表見代理」情事之發生。是原告主張「表見代理」部分，顯爲原告前揭交易條款第3條第1項規定所不允許，否則該項交易條款之約定豈非形同具文?再原告迄至本件言詞辯論終結前，均未提出被告委任證人蕭敦仁爲代理人之書面文件爲證，自不得認定證人蕭敦仁爲被告之代理人，故證人蕭敦仁即使代舉被告之73牌號回應證人林振廷之確認牌號詢問，乃屬無權代理之行爲，而被告復明示不同意以175萬元應買，依民法第170條第1項規定，證人蕭敦仁代舉牌號之行爲對被告應不生效力。準此，原告主張兩造間就系爭「綿羊」銅雕作品以175萬元拍定之買賣契約已經成立，顯與事實不符，不足採信。

(五)依前述，本院既認定兩造間就系爭「綿羊」銅雕作品以

175萬元拍定之買賣契約尚未合法成立，兩造間自不生履行買賣契約之後續問題，則系爭「綿羊」銅雕作品究竟是否確為黃土水先生之「親作真品原件」？及被告得否以意思表示錯誤為由撤銷應買之意思表示？本院自無再行論究及判斷之必要。

六、綜上所述，依本院會同兩造勘驗原告提供拍賣會現場前、後方錄影光碟內容所見，就系爭「綿羊」銅雕作品拍賣時，在拍賣官喊價過程，被告除於160萬元時明確舉牌應買，但未成交外，無論是喊價170萬元、175萬元、180萬元，或拍賣官「特准」降為175萬元時，被告均未舉牌表示應買之意思，而拍賣官以175萬元落槌3次拍定，詢問牌號為最後確認時，被告友人即證人蕭敦仁固有半舉牌之動作，但因證人蕭敦仁並非被告參加此次拍賣會以書面指定之代理人，證人蕭敦仁半舉牌行為縱使如原告主張係回應拍賣官最後確認牌號，亦屬無權代理，未經被告承認，對被告自不生效力。從而兩造間就系爭「綿羊」銅雕作品以175萬元拍定之買賣契約並未合法成立，兩造間自不生履行買賣契約之後續問題，故原告請求被告給付拍賣價金175萬元及佣金315000元，共計206萬5000元，及自100年3月19日起至清償日止按年息百分之5計算之遲延利息，為無理由，應予駁回。又原告之訴已經駁回，其假執行之聲請亦失其依附，併駁回之。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所舉證據資料，核與本件判決得心證及結果均不生影響，毋庸逐一論述，附此敘明。

八、結論：本件原告之訴為無理由，依民事訴訟法第78條判決如主文。

中 華 民 國 100 年 12 月 6 日
民事第三庭 法 官 林金灶

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀(須附繕本)。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中 華 民 國 100 年 12 月 6 日
書記官 蕭榮峰