# 臺灣高等法院花蓮分院民事判決

112年度消上字第1號

上　訴　人　臺東縣政府
法定代理人　饒慶玲
訴訟代理人　林偉漢
　　劉秀真律師
被上訴人　　蔡益璋
訴訟代理人　張靜律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國112年7月11日臺灣臺東地方法院109年度消字第3號第一審判決提起上訴，本院於113年8月6日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於命上訴人給付逾新臺幣壹佰貳拾玖萬柒仟玖佰捌拾貳元部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用(除確定部分外)之裁判均廢棄。

二、上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。

三、其餘上訴駁回。

四、第一(除確定部分外)、二審訴訟費用由上訴人負擔百分之八十四，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、被上訴人主張：兩造於民國106年12月28日簽定「○○○○○○○預售買賣契約書」(下稱系爭契約)，伊向上訴人承購坐落臺東縣○○市○○段0000地號土地、由上訴人興建之「○○○○○○○○」(下稱系爭建案)○○○0棟0樓第0戶(下稱系爭房地)，約定總價金為新臺幣(下同)373萬元，伊已支付111萬9,000元。依系爭契約第10條第1款約定，系爭建案於106年10月12日開工，上訴人應於開工後590日曆天內取得使用執照，詎上訴人遲至109年3月3日始取得，距原約定日期已逾272日，被上訴人優先依系爭契約第24條第1款，以起訴狀送達為解除系爭契約之意思表示，依該契約第10條第2

款、第24條第3款約定，上訴人應返還預付價款、遲延利息及違約金。如認不符合系爭契約第24條第1款解約要件，因系爭房地存有諸多瑕疵，被上訴人則依民法瑕疵擔保責任規定及系爭契約第24條第2款約定解除系爭契約。爰依系爭契約第10條第2款、第24條第3款約定，求為命：㈠上訴人應給付被上訴人167萬8,500元，及自108年9月5日起至109年3月3日止，按日依119萬9,000元之萬分之5計算之利息；㈡被上訴人願供擔保，請准宣告假執行之判決。

貳、上訴人則以：

㈠系爭契約第10條第1款所稱590日係指工作天而非日曆天。系爭建案雖於109年3月3日始取得使用執照，然有如附表編號一至七所示不可歸責上訴人之事由，致有附表「請求順延日數」欄所載共532.5日無法施工，依系爭爭契約第10條第1款但書約定順延後，上訴人並無逾期取得使用執照之違約情形。

㈡上訴人有向包括被上訴人在內之承購戶說明附表編號五所示2次變更設計，被上訴人未表示反對，繼續繳納分期價款，足見被上訴人對2次變更設計及因變更所致使用執照取得延後，已默示同意。其次，被上訴人於109年10月26日解除契約，然上訴人於109年3月4日以第三期繳款說明單，通知已取得使用執照，被上訴人對此未拒絕受領或為任何保留，亦如期繳納第三期價款，上訴人於被上訴人解除契約前，已提出給付(取得使用執照)，故被上訴人解除權應已消滅。又因被上訴人未反對2次變更設計，兩造後續復有履約互動，上訴人據此信賴，就被上訴人各項需求繼續投入，則被上訴人突於1年後表示解約，有違誠信。

㈢如認上訴人有前述違約情事，違約金亦屬過高，應予酌減。至被上訴人雖又以系爭房地有瑕疵，為其解除系爭契約之理由，惟未見舉證以實其說，此部分主張亦屬無據等語置辯。並聲明：㈠被上訴人之訴及假執行之聲請均駁回；㈡如受不利益判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

參、原審判命上訴人應給付被上訴人153萬8,215元及得供擔保准、免假執行之宣告，上訴人不服，全部提起上訴，並聲明：原判決不利上訴人部分廢棄；上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人答辯：上訴駁回。另被上訴人就原判決不利部分，未聲明不服，該部分已確定，復於本院不再主張依消費者保護法(下稱消保法)之法律關係請求(本院卷二第83頁)，皆不贅，合先敘明。

肆、兩造不爭執事項（原審卷三第257頁）：

㈠兩造於106年12月28日簽定系爭契約，約定由被上訴人向上訴人承購系爭房地，系爭契約所定房地總價款為373萬元，被上訴人已給付上訴人111萬9,000元。

㈡系爭契約第10條第1款約定上訴人應於開工後590日內，取得使用執照，但如有同條款但書所定情事，得順延其期間。

㈢系爭建案已於106年10月12日開工，於109年3月3日取得使用執照。

㈣兩造同意如附表所示編號一㈢、㈧之其中8月27至29日共3日、㈨、㈩之其中5月28日下午、㈥，及編號二所示3日，應自逾期天數中扣除。

伍、本院之判斷

被上訴人就上訴人抗辯得順延附表「請求順延日數」欄所示日數，除不爭執事項㈣所載外，其餘均不同意。是依兩造攻防，本件主要爭點厥為：一、系爭契約第10條第1款約定需於開工後590日取得使用執照係指日曆天抑或工作天？二、被上訴人解除契約是否合法？三、系爭契約第24條第3款違約金之約定有無過高？茲認定如下：

一、系爭契約第10條第1款約定需於開工後590日取得使用執照係指日曆天：

㈠系爭契約第10條第1款約定(賣方：上訴人，買方：被上訴人，下同)：本預售屋建築工程已於106年10月12日開工，開工後590日內取得使用執照。但有下列情事之一者，得順延其期間：㈠因天災地變或天候等不可抗力之事由，致賣方不

能施工。㈡因政府法令變更或其他非可歸責於賣方事由發生。㈢依採購法辦理工程採購所產生之延後決標或完工日延後，確非可歸責於賣方(原審卷一第47頁)。又所謂日曆天，係指應自某一定期日至另一定期日所歷經之天數作為應完工期限者而言，約定工期按日曆天計算者，本已將天候、假日等不能施工之因素預估其中，除契約另有約定或不可抗力等因素外，雨天、星期例假及國定假日，均應包含在內，不得任意主張扣除或延長工期；所謂工作天，則係指自開工之日起算，扣除國定假日、星期例假日、颱風、降雨量達一定標準之雨天或變更設計尚未獲准前之不工作或無法工作之實際能工作天數，作為應完工期間而言。循此，以日曆天為計當較有利被上訴人，要無疑義。

㈡定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋。消保法第11條第2項定有明文。系爭契約未約定590日如何計算，經衡酌上訴人為政府機關，建蓋系爭建案以低於市價出售符合一定資格民眾，係以私法行為落實居住正義之重大公共政策，且系爭建案為上訴人施政首例，建屋銷售非上訴人經常性業務，難認屬「營業」活動，固無消保法之適用。然系爭契約為上訴人單方事先擬定之定型化契約，被上訴人無置喙之餘地。上訴人以國家資源為後盾，較具契約風險控管能力，如約款存有爭議，宜參照上開消保法規定之旨趣，為有利買方即被上訴人之解釋，方屬公允。

㈢另析系爭契約第10條第1款但書約定意旨，係以天災、法令變更等不可歸責上訴人事由致施工延宕，始得順延取得使用執照期間，適與以日曆天為計者，於發生不可抗力等因素方可扣除或延長工期之性質契合，亦徵當事人真意應係以日曆天為計。

㈣再觀上訴人與系爭建案承造商明正營造有限公司（下稱明正公司）所簽訂之工程承攬契約(下稱系爭工程承攬契約)第7條約定，明正公司應於上訴人通知開工之日起「540日曆天」內竣工（見系爭工程承攬契約書，外放)，足見系爭契

約第10條第1款約定590日以日曆天計算，已將上訴人於明正公司申報完工後等待取得使用執照之合理期間考量在內，對上訴人並無不公平之處。

㈤基上，系爭契約第10條第1款約定取得使用執照「期限」之性質，兩造既存爭議，經探求當事人真意及參照消保法第11條第2項規定旨趣，該約款所稱「590日」應係指日曆天。

二、上訴人逾期3個月始取得使用執照，被上訴人得依系爭契約第10條第2款、第24條第1款解除契約：

被上訴人主張：上訴人逾期272日取得使用執照，伊得依系爭契約第10條第2款、第24條第1款解除契約等語，上訴人則以：伊有附表編號一至七所示得依系爭契約第10條第1款但書順延之事由，並未逾期等語為辯。按系爭契約第10條第1款但書約定：有下列情事之一者，得順延其期間：㈠因天災地變或天候等不可抗力之事由，致賣方不能施工。㈡因政府法令變更或其他非可歸責於賣方事由發生。㈢依採購法辦理工程採購所產生之延後決標或完工日延後，確非可歸責於賣方。同條第2款約定：賣方如逾期3個月仍未取得使用執照，視同賣方違約，雙方同意第24條違約之處罰規定處理。第24條第1款約定：賣方違反「開工及取得使用執照期限」之規定者，買方得解除本契約(原審卷一第47、50頁)。經查：

㈠附表編號一部分，合計得予順延86.5日：

1.上訴人主張如附表編號一㈡、㈣、㈤、㈧至㈩、㈩一、㈩二至㈩四、㈩五至㈩六係因天候因素，編號一㈢則因停電，均致現場無法施工等事實，業據其提出附表「明正營造○○○及○○○○○○」、「鍾昇遠建築事務所○○○○」欄所載證據為憑。觀諸明正公司○○○均已檢具施工日誌、現場照片、雨量表、停電證明書等件，敘明各日天候或其他無可歸責於廠商之因素，對於施工要徑之具體影響及無法施工之天數，並經系爭建案設計監造單位鍾昇遠建築師事務所逐案審查後，認為合於實情及契約約定，建議同意展延工期，堪可採信，故此部分得予順延上開編號「請求順延日數」欄所示日數。

2.證人鍾昇遠於本院證稱：附表編號一㈣、㈤、㈥、㈢、㈨及㈩所示日期，原本預定施工目項，均與天氣有關，如窗戶、陽台防水、外牆粉刷等，因各該期日都有下雨，無法施工，原應會同意給予明正公司如附表「請求順延日數」欄所示工期，然因明正公司未申請或逾期申請展延工期，方未予不計算逾期日數等語(本院卷一第208至210頁)。審酌鍾昇遠建築師為系爭建案設計監造者，對系爭建案施工情況應屬明悉，所言要屬可採，故此部分得予順延上開編號「請求順延日數」欄所示日數。至明正公司未依系爭工程承攬契約第7條約定申請展延工期或逾期申請，僅生該公司與上訴人依系爭工程承攬契約計罰違約金日數之爭議，與附表所示事由是否符合系爭契約第10條第1款但書所列不可歸責上訴人事由之判斷無涉，併予敘明。

3.編號一㈠、㈥、㈦、㈢部分，明正公司固分別申請展延工期3、1、2、4天，惟經鍾昇遠建築師事務所審查後，僅建議同意各展延2、0.5、1.5、3天，可見其餘天數並未影響現場實際施工，則此部分上訴人得順延之天數，自應以監造單位審查後建議展延之上開日數為限。另編號一㈧所示事由，經鍾昇遠建築師事務所審查後認雨量甚微且現場有施工事實，不建議展延工期，有附表「鍾昇遠建築師事務所○○○○」欄所示函文可參，則上訴人請求此部分順延2日，自非可取。

4.基上，堪認編號一㈡至㈤、㈧至㈢、㈢至㈩、㈩之「請求順延日數」欄所示日數及前述監造單位就編號一㈠、㈥、㈦、㈢同意展延之日數，確因天候及停電等不可歸責於上訴人之因素，導致現場無法施工，合於系爭契約第10條第1款第1目約定，合計得予順延86.5日，上訴人逾此部分之抗辯，則無理由。

㈡附表編號二部分，合計得予順延3日：

兩造同意編號二所示因卡努颱風致無法施工3日得予順延(見不爭執事項㈣)，應無爭議。

㈢附表編號三部分，不得順延：

上訴人抗辯：上訴人與明正公司間之系爭工程承攬契約第7條工期雖以日曆天計，但不包括春節，故系爭契約第10條第1款約定使用執照取得期限如以日曆天為計，亦應順延春節日數，方屬公允等語。經查：

1.以日曆天為計算者，除契約另有約定或不可抗力等因素外，雨天、星期例假及國定假日，均應包含在內，不得任意主張扣除或延長工期，前已說明。系爭工程承攬契約第7條㈠2.⑴約定540日工期雖載明「不包含人事行政總處規定之農曆春節」（見系爭工程承攬契約第11至12頁），然系爭契約就此並無明文約定，已難比附援引。

2.觀諸系爭工程承攬契約第7條㈠2.⑴約定：以日曆天計算者，所有日數，包括⑵所載之放假日，均應計入。同條㈠2.⑵約定：以工作天計算者，下列放假日，均應不計入：②依「紀念日及節日實施辦法」規定放假之紀念日。同條㈠3.約定：免計工作天之日，以不得施工為原則。廠商如欲施作，應先徵得機關書面同意，該日數□應；□免計入工期（由機關於招標時勾選，未勾選者，免計入工期）（見工程承攬契約書第11頁）；「紀念日及節日實施辦法」第4條第1款規定春節放假3日；可知明正公司徵得上訴人同意後，於春節亦得施工，難認有何不可歸責上訴人之事由而無法施工，上訴人復未具體說明系爭建案於春節施工有何違反政府採購法之情事，故上訴人抗辯附表編號三所示春節期間得依系爭契約10條第1款第2目後段或第3目約定予以順延，未合於契約約定，不應准許。

㈣附表編號四部分，得予順延8日：

上訴人抗辯：上訴人受臺東縣議會監督，承購戶亦有要求參訪，被上訴人也有參加。議員或承購戶參訪工地時，會影響施工，為不可歸責於上訴人，依系爭契約第10條第1款第2目後段，得予順延等語。經查：

1.上訴人有於附表編號四㈠至㈢、㈣之000年00月00日、㈤所示日期安排參訪，其中，被上訴人有參加000年00月00日參

訪(編號四㈡)，有上訴人所提出附表所示明正公司、鍾昇遠建築師事務所函文及被上訴人於000年0月00日參訪簽名紀錄(本院卷一第142頁)可參。至編號四㈣所示「000年00月00日」參訪，上訴人並未提出證據，爰不予認定。

2.鍾昇遠於本院證稱：住戶參訪是上訴人排定時間，明正公司安排動線，我印象中也有參與出席做簡報。工地考察要安排簡報場地及參觀動線，基於安全，參觀動線都要停工，會導致廠商施工不便，所以我會視參訪行程半日或1日，酌給相等之工期等語(本院卷一第213頁)。審酌系爭建案為上訴人重要政策，備受各界關切矚目，上訴人建蓋系爭建案，相關預算依法受臺東縣議會監督，為建立民眾信賴，以利後續相關政策之推行，及對議會所負施政報告義務，因安排參訪工地致無法施工，考量系爭建案具高度公益性質，而承購戶或議會是否要求參訪、參訪時間與次數為何，皆非上訴人事先所得預見，應認符合系爭契約第10條第1款第2目後段所示不可歸責於上訴人致無法施工之事由，得予順延。

3.鍾昇遠就編號四㈠至㈢之參訪行程核給各該編號「鍾昇遠建築師事務所○○○○」欄所示工期；另依上訴人所提資料(原審卷二第668至670頁)，編號四㈣係於000年00月00日下午0時00分參訪，併同編號四㈤所示期日，皆為半日參訪行程，經參照鍾昇遠之證述，各該參訪期日僅各得順延0.5日。

4.基上，上訴人抗辯附表編號四所示因議員、承購戶參觀工地，致無法施工，得順延8日等語，為有理由，逾此部分，則不可採。

㈤附表編號五部分，得順延18日：

上訴人抗辯：第一次變更設計是因為配合台電圖審結果而移動配電場。第二次變更設計係因承辦人親見牛隻闖入系爭建案工區，危及人車安全，且有承購戶提出加蓋圍牆要求，上訴人為維護住戶安全方變更設計。又因前述2次變更設計，需召開都市設計審議會議(下稱都審會議)、變更原建造執照

等後續事宜致完工延後。第一、二次變更設計及所需都審時間均不可歸責上訴人，所致如附表編號五「請求順延日數」欄所示延長工期日數，得依系爭契約第10條第1款第2目後段或第3目約定，予以順延等語。經查：

1.鍾昇遠於本院證稱：伊一開始設計為了美觀，故將配電場放在住宅區內側，後來先與台電交換意見，台電認為要改移到靠近馬路一側，方便其維護。台電雖沒有正式將原始設計圖退件，但如不照台電意思更改設計，日後就不會同意供電。取得使用執照後，才會申請台電送電，配電場未完成，雖不會影響使用執照之取得，但因系爭建案總預算是固定，移動電場須配合增減其他工項，以維持原預算不變，故會導致工程延後。如未辦理第一次變更，可能無法取得使用執照，會有履約爭議，與政府採購法有關等語(本院卷一第158、206頁)。考量配電場移位係為日後順利取得供電而配合台電要求，非原設計之缺失；電力供應為系爭房地不可或缺之品質，如無法送電將影響上訴人給付義務之履行，衍生政府採購法之爭議，囿於政府預算之有限性與不易變更性，為因應變更配電場位置所生費用，而需增減與之無關工項，導致延後取得使用執照，堪認因第一次變更設計所增工期18日，實不可歸責於上訴人，得依系爭契約第10條第1款第2目後段、第3目約定，予以順延。

2.鍾昇遠於本院證稱：承購戶參訪時，有人建議增建圍牆，上訴人採納。承購戶是跟明正公司反應增建圍牆，明正公司再跟我講。第二次變更與建築主體結構安全沒有關連，第二次變更跟政府採購法沒有關係，有無圍牆均不會影響原來設計取得使用執照。我於第二次變更前未向承購戶說明會因變更設計而延後使用執照取得等語(本院卷一第200、203、206頁)。證人即上訴人新建工程科長洪渝甯於本院證稱：增建圍牆因而延後使用執照取得，事前並未逐一取得承購戶同意等語(本院卷一第253頁)。足見第二次變更設計，係因有承購戶建議增建圍牆，上訴人予以採納。審酌：

⑴第二次變更設計增加工期長達109日，圍牆之增建與否，與建築主體結構安全並無關連，所謂住戶心理安全感純屬主觀感受，因人而異，且非必以增加圍牆為唯一方式。第二次變更設計增加工期占原約定使用執照取得期限已達18%，影響被上訴人權益難認輕微。

⑵上訴人雖抗辯：被上訴人知悉增建圍牆及因變更設計會延長使用執照取得，未為反對且繼續繳納價款及驗屋，已默示同意延長使用執照之取得等語，並提出被上訴人驗屋及匯款紀錄、「○○○○○○○○○○」為憑(本院卷一第178至189頁)。惟觀之上開懶人包，係就第一、二次變更設計內容及為何預定使用執照取得時間延後之說明，與一般政府機關單方向民眾解釋政策或施政疑義之方式無異，於私法上究有何效力，未見上訴人說明。又系爭契約已約定各期價款支付期限，於解除前，被上訴人仍有依約履行給付價款之義務，故被上訴人未反對增建圍牆及對懶人包內容未予回應，僅得評價為單純沉默；另被上訴人係於000年0月00日驗屋(本院卷一第178頁)，斯時已取得系爭契約第24條第1款解除契約之權利，系爭契約復未約定被上訴人驗屋為喪失解除權事由；依上，尚難以被上訴人為避免違約所為履約行為及驗屋，而得推認其默示同意延長使用執照取得期限。

⑶上訴人另抗辯：被上訴人依系爭契約約定應加入管理委員會(下稱管委會)，多數承購戶希望增建圍牆，上訴人依集體多數意思，啟動第二次變更設計，管委會亦感謝上訴人所為，如認上訴人可歸責，有失公允等語，並提出系爭建案管委會000年0月0日、000年0月00日函文、上訴人000年0月00日函文為據(上證15-1至15-3，本院卷一第281至283頁)。惟上訴人為第二次變更設計時，系爭建案尚未成立管委會，上訴人復未提出該次變更係經管委會或區分所有權人會議決議通過之證據，自難以管委會嗣後感謝函文而認已得被上訴人之同意。其次，上訴人為落實居住正義政策而興建銷售系爭建案，於私法上係逐一與每一承購戶簽訂買賣契約，每一契約

各構成契約當事人私法自治規範，無從託言「集體化」而得忽略各別私法契約之神聖性。依上訴人所提出被上訴人所簽署之「105年度○○○○○○○○承購申請書」、「○○○○○○○登記名義人預告登記同意書」(原審卷二第142至143頁)，被上訴人承購系爭房地需遵守「○○○○○○○出售及管理自治條例」，然不論上開條例抑或上訴人制訂之系爭契約，俱無賦予上訴人得片面基於所謂多數承購戶要求即得任意變更設計及延長使用執照取得期限之權限。經考量系爭契約違約風險實得由上訴人事先控管，然其先未周延賣方違約之風險預防，事後復未徵得被上訴人之同意，縱立意良善，仍不失官本位之思維，而忽略延後交屋對各別承購戶之損害。上訴人既有如此失，第二次變更設計復非必要，亦未徵得被上訴人同意，則其逕為第二次變更設計致增加109日工期所生風險，歸由上訴人承擔，並無失之公允之情。另鍾昇遠已明白證稱：未為第二次變更設計並不會違反採購法規定等語(本院卷一第206頁)，上訴人復未說明未為第二次變更設計所違反政府採購法相關規定為何，故其抗辯因第二次變更設計得依系爭契約第10條第1款第2目後段或第3目順延109日等語，未合於契約要件，並非可採。

3.鍾昇遠於本院證稱：第一、二次變更設計只有進行一次都審變更審查。除非都審變更嚴重影響工程進行，否則一般工期延長不會考慮執照送審時間。本案都審變更沒有審查很久，無嚴重影響工期的情形，在都審期間都有持續施工等語(本院卷一第203、205頁)。本案都審變更既無礙工程進行，於都審期間亦有持續施工之事實，難認有予以順延之必要，上訴人抗辯此部分得順延33日，為無理由。

4.基上，上訴人抗辯因第一次變更設計得依系爭契約第10條第1款第2目後段、第3目約定予以順延18日，為有理由，逾此部分則屬無據。

㈥附表編號六部分，得順延38日：

被上訴人主張：附表編號六所示事件，是明正公司工地主任

陳清松所為，明正公司為上訴人於系爭契約之履行輔助人，該公司未盡監督員工之責，具有過失，依民法第224條規定，應視同上訴人之過失等語。上訴人則以：陳清松為明正公司協力廠商力鼎公司員工，明正公司與力鼎公司於000年00月00日已合意終止契約，陳清松於000年00月00日起，破壞系爭建案工地等行為時，已非明正公司使用人或代理人，明正公司無指揮、監督、管理陳清松或力鼎公司之權限，且陳清松前揭行為與上訴人履行系爭契約義務不具內在牽連性，應無民法第224條適用。故陳清松上開行為影響工程進行，致延長如附表編號六所示38日工期，不可歸責上訴人，依系爭契約第10條第1款第2目後段，得予順延等語。經查：

1.陳清松為明正公司協力廠商力鼎公司員工，原為明正公司於系爭建案工程之工地負責人，惟明正公司與力鼎公司於000年00月00日已合意終止契約，並自是日起解除力鼎公司工地管理之權利且解任陳清松工地主任一職，嗣陳清松於000年00月00日至000年0月00日，陸續擅自進入系爭工地拿取鋼筋等材料、放置貨櫃1只於工地大門外、駕車衝撞工區大門與圍籬等情(下稱系爭破壞行為)，有附表編號六「明正營造有限公司○○○及○○○○○○○」欄所示證據可佐，被上訴人復未爭執，堪可採信。可知陳清松為系爭破壞行為時，與明正公司已無代理人或使用人關係，非可逕予視同明正公司之行為，應屬明悉。

2.陳清松於000年00月00日上午進入工地拆除臨時用電電盤及電錶，致工地無電可運作，明正公司人員為避免不必要衝突，採取拍照取證並立即報警處理，於同年月24日函知力鼎公司將提出法律行動；明正公司復於000年00月00日上午發現工區大門門鎖遭破壞另加裝新鎖，致施工人員無法進入，於同年月00日函知力鼎公司將提出法律行動；明正公司於000年00月00日早上0點，發現工區大門外遭陳清松放置貨櫃，機具無法進出，隨即於同日函知力鼎公司將提出法律行動；陳清松於000年0月00日上午0時00分許，駕車撞毀工區大

門，明正公司立即報警處理等情，有附表編號六「明正營造有限公司○○○及○○○○○○○」欄所示證據可佐；參以明正公司員工於000年0月00日有出面制止陳清松強行進入工地及駕車衝撞大門，有現場照片可參(原審卷二第587頁)。而明正公司與力鼎公司存有工程款糾紛，現由本院以112年度重上更一字第7號審理中，為本院職務上所知悉。基上，可知明正公司均能即時發現陳清松為系爭破壞行為，採取報警方式，以避免正面衝突而擴大損害，堪認明正公司應有派員巡守管理工地，事後並適時函知告誡力鼎公司以防止破壞行為再度發生。

3.明正公司因系爭破壞行為而無法正常施工，申請於000年00月00日至000年0月00日共38日免計工期，經鍾昇遠建築師事務所審查後，認有發生「履約標的遭破壞、竊盜、搶奪、強盜」之不可歸責明正公司事故，建議免計工期38日，有明正公司000年0月00日○○00000○○○○0000000000○○、鍾昇遠建築師事務所000○0○00○○○○0○0○○000000號函可參（原審卷一第246頁、卷二第44頁）。

4.基上，足認明正公司應已善盡工地監督管理之注意義務，對陳清松及力鼎公司挾怨、出其不意所為系爭破壞行為導致工期延後，實難防免，難認具有故意或過失。是以，明正公司雖為上訴人於系爭契約之履行輔助人，然其就附表編號六所示事件所致無法施工情形，既不具可歸責性，自無從依民法第224條規定將該期間無法施工之風險責由上訴人承擔。則上訴人抗辯此部分得依系爭契約第10條第1款第2目後段約定順延38日，應屬可採。

㈦附表編號七部分，不得予以順延：

上訴人抗辯：因取得使用執照牽涉諸多其他行政機關或單位，例假日無法進行作業，皆不可歸責上訴人，依系爭契約第10條第1款第2目後段得予順延202日等語，並提出附表編號七「明正營造有限公司○○○及○○○○○○○」欄所示證據為憑。審酌系爭契約第10條第1款約定取得使用執照之期

限，係以日曆天為計，訂約時已將天候、假日等不能施工的因素預估在其中；況系爭契約第10條第1款第2目約定載明「因政府法令變更或其他非可歸責於賣方事由發生」，所謂「其他非可歸責賣方事由發生」，依前後文義解釋應限於簽約後始發生且為賣方無法或顯難預見，並足以影響使用執照之取得者而言；行政機關或公司團體於例假日休息之事實，於系爭契約簽訂前已屬周知，上訴人為系爭契約制訂者，復為審查使用執照主管機關，使用執照所需文件、作業時間等，應知之甚詳，當已事先納入使用執照取得期限之考量，無不能或難以預見之情形，故上訴人抗辯此部分得依系爭契約第10條第1款第2目後段順延202日等語，未合於契約約定，並不可採。

㈧基上，系爭建案工程於000年00月00日開工，自是日起算590日曆天，上訴人應於000年0月00日取得使用執照，經順延附表「本院認定得順延日數」欄合計153.5日(計算式：86.5+3+0+8+18+38)，上訴人應於000年00月00日中午00點前取得使用執照，然遲於000年0月0日始取得使用執照，逾期129.5日(計算式：000年00月00日中午00點至000年0月0日)，已超過3個月，則被上訴人依系爭契約第10條第2款、第24條第1款約定，以起訴狀繕本送達上訴人即000年00月00日為解除系爭契約之意思表示(本院卷一第114至115頁)，解除權之行使合法，應生解除契約效力。被上訴人另以系爭契約第24條第2款約定解除系爭契約，即無庸再予審酌。

㈨上訴人雖抗辯：上訴人於000年0月0日以第三期繳款說明單，通知已取得使用執照，被上訴人對此未拒絕受領或為任何保留，亦如期繳納第三期款及驗屋，上訴人於被上訴人解除契約前，已提出給付(取得使用執照)，故被上訴人解除權應已消滅。又因被上訴人未反對2次變更設計，兩造後續復有履約互動，上訴人據此信賴，就被上訴人各項需求繼續投入，則被上訴人突於1年後表示解約，有違誠信等語。謹按：

1.因給付遲延所生之法定解除權，如債務人於他方行使解除權以前，已依債務本旨提出給付，解除權固歸於消滅，但此項法則，於約定解除權並不適用。約定解除權之消滅原因，應依成立約定解除權之契約決定之，而該契約是否為定期行為（非於一定時期為給付，不能達其契約之目的者），則非所問。申言之，約定解除權不因債務人為給付或給付之提出而當然消滅，其消滅與否，應依解除權成立契約之內容及趣旨決定之（最高法院78年度台上字第2177號、91年度台上字第2470號民事判決意旨參照）。查：

⑴系爭契約乃上訴人單方擬定，契約第10條第1、2款、第24條第1款，就系爭建案未如期完工取得使用執照，遲延取得使用執照逾3個月以上時，方予買方(被上訴人)解除契約之權利，此項約定解除權既無任何上訴人提出給付後，被上訴人原已取得之解除權即歸於消滅之記載，在風險負擔之分配上顯已有特別考量，上訴人為系爭契約制訂者，以此為辯，本無可採。

⑵酌以系爭房屋為預售屋，是否準時完工、交屋，影響被上訴人之生活規劃甚鉅；上訴人遲至000年0月0日始取得使用執照，經予順延仍逾期達129.5天，情節難認輕微等情，應認上訴人雖已於000年0月0日取得使用執照，仍不能使被上訴人已取得之約定解除權消滅。至被上訴人於上訴人遲延取得使用執照後，雖仍有給付分期款項及驗屋之舉，然審酌被上訴人於取得約定解除權後，系爭契約並未約定被上訴人喪失解除權事由，故是否行使或何時行使權利，被上訴人得自行決定，則其於行使權利前之猶豫期間，為避免陷於違約之窘境，乃配合契約續為履行，繼續繳款、驗屋等行為，自不能解為已無意解除契約，亦與拋棄解除權顯然有別。又系爭契約所約定之解除權行使既無約定期限，上訴人亦自承未依民法第257條催告被上訴人是否解除契約(本院卷一第254頁)，自難認被上訴人之解除權已經消滅。

2.另，不論被上訴人是否解約，上訴人均須繼續完成系爭建案

之建造及銷售，於被上訴人解除系爭契約後，上訴人仍得出賣系爭房地，並負瑕疵擔保責任，故上訴人所稱「因兩造仍有履約互動，據此信賴而就被上訴人各項需求繼續投入」之情，難認有何特別值得保護之利益。經衡酌系爭契約之內容、旨趣，及上訴人違約之情節、對被上訴人權利之影響程度，被上訴人依系爭契約第24條第1款規定解除契約，並無上訴人所稱違反誠信原則之權利失效情形，上訴人此部分辯解自非可採。

三被上訴人得依系爭契約第10條第2款、第24條第3款約定，請求上訴人給付129萬7,982元。

被上訴人主張：其依系爭契約第24條第1款解除契約後，得契約第10條第2款、第24條第3款請求遲延利息、違約金及已付價款，該違約金應屬懲罰性違約金等語。上訴人則以：上開違約金性質為賠償總額預定，被上訴人不得再請求遲延利息，且違約金有過高情事，應予酌減等語為辯。

㈠當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額；約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。民法第250條、第252條分有明文。其次，違約金有賠償總額預定性質及懲罰性質之分，前者作為債務不履行所生損害之賠償總額，債權人除違約金外，不得另行請求損害賠償；後者作為強制債務履行、確保債權效力之強制罰，於債務不履行時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償。又約定之違約金額是否過高，前者目的在於填補債權人因債權不能實現所受之損害，並不具懲罰色彩，法院除衡酌一般客觀事實、社會經濟狀況及債權人因債務已為一部履行所受之利益外，尤應以債權人實際所受之積極損害及消極損害為主要審定標準；後者則非以債

權人所受損害為唯一審定標準，尚應參酌債務人違約時之一切情狀斷之。是損害賠償預定性違約金及懲罰性違約金，二者效力及酌減之標準各自不同，法院於衡酌當事人約定之違約金額是否過高時，自應先就該違約金之約定予以定性，作為是否酌減及其數額若干之判斷。另，當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之。如無從依當事人之意思認定違約金之種類，則依民法第250條第2項規定，視為賠償性違約金(最高法院86年度台上字第1620號民事判決意旨參照)。

㈡系爭契約第10條第2款約定：賣方(上訴人)如逾前款期限未取得使用執照，每逾1日應按已繳房地價款依萬分之2單利計算遲延利息予買方(被上訴人)。賣方若逾期3個月仍未取得使用執照，視同賣方違約，雙方同意依本契約第24條違約之處罰規定處理。第24條第1款約定：賣方違反「開工及取得使用執照期限」之規定者，買方得解除本契約。同條第3款本文約定：買方依第一款解除本契約時，賣方除應將買方已繳之房地價款退還買方，如有遲延利息應一併退還，並應同意賠償房地總價百分之10之違約金。同條第5款約定：雙方除依前2款之請求外，不得另行請求其他損害賠償(原審卷一第47至50頁)。經細繹之，第10條第2款後段所稱「處罰」，似屬懲罰性違約金用語，然該「處罰」係依第24條處理，而第24條第5款已約明「雙方當事人除依前2款之請求外，不得另行請求其他損害賠償」，此與法律規定當事人約定懲罰性違約金者，於債務人不履行時，債權人除得請求債務人給付違約金外，尚得請求履行債務或債務不履行之損害賠償，明顯不合；另第10條第2款約定逾期取得使用執照需依已繳付價款按日萬分之2計算遲延利息，似為損害賠償之性質；惟第24條第3款約定退還之遲延利息，係指第10條第2款之遲延利息，為兩造所是認(本院卷一第116、171頁)，該「遲延利息」與「房地總價百分之10之違約金」併列，復與賠償總額預定違約金不得請求其他損害賠償之性質齟齬；是以，系爭

契約內容因有前述相異、不明之情，本件無從依當事人之意思認定，依民法第250條第2項規定應視為賠償總額預定性違約金。又被上訴人依系爭契約第24條第1款解除契約，得請求依已繳付價款按日萬分之2計算遲延利息及按房地總價百分之10之違約金，契約第24條第3款約定甚明，業已表示當事人真意，不得反捨契約文字而更為曲解，當以此作為損害賠償總額之範圍，則上訴人抗辯：被上訴人僅得請求按房地總價百分之10之違約金，不得再請求第10條第2款之遲延利息等語，並非可採。

㈢被上訴人主張：系爭契約係上訴人單方擬訂，違約金如何約定，均由上訴人決定，上訴人自應遵守，並無過高等語。上訴人抗辯：系爭房地位於住宅區，非商業用途，依「○○○○○○○○出售及管理自治條例」規定，被上訴人不論何時取得系爭房地，皆僅能自住使用。系爭建案坐落土地000年0月申報地價為每平方公尺650元，經參考土地法第97條房屋租金規定，則被上訴人請求按系爭房地總價10%計算違約金，實屬過高，應予酌減等語。

1.約定違約金過高與否之事實，應由主張此項有利於己事實之債務人負舉證責任。蓋因民法第252條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。

2.被上訴人就違約金是否過高雖不負舉證之責，然仍負有事案解明義務，經本院闡明兩造就此部分進行攻防(本院卷一第253頁)，被上訴人並未釋明其因上訴人逾期取得使用執照所受損害為何。經查：

⑴系爭契約第6條第1款約定繳款方式共分四期，第三期及尾款付款期限均於取得使用執照之後(原審卷一第47、55頁)；第12條第1款約定：賣方依約定完成本戶一切建物、設備及領

得使用執照並接通自來水、電力及完成契約所示設施後，應通知買方進行驗屋(原審卷一第48頁)。換言之，上訴人未取得使用執照即無法進行驗屋及後續繳款、交屋手續，損害被上訴人對系爭房地之使用收益權利。

⑵依上訴人所提出被上訴人所簽署之「000年度○○○○○○○承購申請書」、「○○○○○○○登記名義人預告登記同意書」(原審卷二第142至143頁)，被上訴人承購系爭房地需遵守「○○○○○○○出售及管理自治條例」，5年內不得出售、出典、贈與、互易或信託移轉予他人；「○○○○○○出售及管理自治條例」(000年0月00日公布)第6條亦規定：承購○○○○5年內除繼承或依法強制信託外，不得出售、出典、贈與、互易或信託移轉予他人。而一般人購買預售屋，大多為投資增值或居住使用為主要目的，因系爭建案具社會住宅性質，所有權權能受有上開限制，故被上訴人因上訴人逾期取得使用執照所受損害，係遲延遷入居住所生損害，可排除投資轉售之所失利益。

⑶上訴人雖以系爭地申報地價依土地法97條計算被上訴人實際損害，除未計入建物價額，亦未證明被上訴人遲延遷入期間之居住區域及該區域土地申報地價為何等節，尚難逕憑以認定被上訴人實際損害。因本件與本院112年度上易字第42號案件(下稱另案)爭議事實相近而合併審理，另案原告許智盈(承購戶)表示台東市住宅房屋出租行情約為每日333元，上訴人並未證明有何不實之處，系爭建案確位於○○市，可為參考，併考量系爭房屋面積31.45坪，大於許智盈所購買之21.9坪，故被上訴人所受租金損害應較後者為多。

⑷被上訴人坦承：上訴人通知取得使用執照時，伊還想履約，係因驗屋後，發現諸多瑕疵，不想遷入故解除契約等語(本院卷一第119頁)，足知被上訴人對上訴人逾期取得使用執照，具一定程度容忍性，可推知所受損害應非甚鉅。又被上訴人遲延使用系爭房地，除租金損害，尚可能有增加交通、搬遷費用等損害。基上，經衡酌一般客觀事實、社會經濟狀

況，上訴人逾期取得使用執照日數為129.5日，系爭房屋面積大小，每日租金應較333元為多，被上訴人實際所受損害情形及另受有系爭契約第10條第2款約定遲延利息補償等情，認本件依系爭契約第24條第3款按系爭房地總價款10%計算之違約金達37萬3,000元顯有過高，應酌減為15萬元方屬允當。

㈣系爭契約約定總價款為373萬元，被上訴人已付119萬元，為兩造不爭執(見不爭執事項㈠)。經酌減違約金後，被上訴人依系爭契約第24條第3款得請求上訴人給付129萬7,982元(計算式：1,119,000《已付價款》+28,982《1,119,000×0.0002×129.5【按日依已付價款萬分之2計算之遲延利息】，四捨五入至個位數》+150,000《按系爭房地總價款10%計算並經酌減後之違約金》)，為有理由，逾此部分則屬無據。

陸、綜上所述，被上訴人本於系爭契約第10條第2款、第24條第3款約定，請求上訴人給付129萬7,982元，為有理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，應予駁回。除確定部分外，原審就逾上開應准許部分，判決上訴人敗訴，自有未洽；上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄，為有理由，爰予廢棄，改判如主文第2項所示。又原審就上開應准許部分，判命上訴人給付，核無違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。

柒、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為不足以影響本判決之結果，自無逐一詳予論駁之必要，併此敘明。

捌、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　26　　日

民事第一庭審判長法　官　劉雪惠

法　官　鍾志雄

法　官　廖曉萍

以上正本係照原本作成。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　8　　月　　26　　日

書記官　廖子絜