臺灣高等法院高雄分院民事判決

110年度重上字第97號

上　訴　人　興富發建設股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　曹淵博

訴訟代理人　吳玉豐律師

　　黃捷琳律師

附帶上訴人　蘇家鈴

訴訟代理人　王瀚誼律師

　　莊曜隸律師

上列當事人間請求返還買賣價金等事件，兩造對於民國110年7月23日臺灣高雄地方法院109年度重訴字第11號第一審判決分別提起上訴、附帶上訴，附帶上訴人並為訴之追加，本院於113年2月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決不利於上訴人部分廢棄。

上開廢棄部分，附帶上訴人於第一審之訴駁回。

附帶上訴及追加之訴均駁回。

第一、二審訴訟費用由附帶上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第2、3款分別定有明文。本件附帶上訴人於原審請求上訴人給付新臺幣（下同）1,766萬9,500元（含買賣價金1,493萬元、違約金223萬9,500元、不當得利50萬元，合計1,766萬9,500元）及自起訴狀送達翌日起至清償日止，按年息5%計算利息（見原審卷二第280頁）。嗣於本院審理中，依民法第259條第2款規定，就其請求上訴人返還價金1,493萬元及代收款21萬2,459元部分，追加請求上訴人給付自受領全

部價金時起即107年12月19日起至108年11月20日止，按年息5%計算之利息（本院卷一第279頁、卷二第416至417頁第），係本於同一基礎事實所為利息聲明之擴張，合於依前揭規定，應予准許。上訴人以附帶上訴人於原審審理中明確為未為保留之請求，基於禁反言原則，不得於第二審為上開利息之擴張請求云云（本院卷一第296至297頁），惟基於民事訴訟處分權主義，當事人為一部請求，不以明示為限，且附帶上訴人於原審並無拋棄餘額請求之意思表示，是附帶上訴人所為前揭擴張，於法無不合。上訴人上開所辯，核無足採。

二、按當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法。但事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者，或其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者，或如不許其提出顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項但書第2、5、7款固有明文。

㈠附帶上訴人於本院主張上訴人將門牌編號高雄市○○區○○○路000號18樓房屋（下稱A11-18房屋）、門牌編號高雄市○○區○○○路000號18樓房屋（下稱A12-18房屋，與A11-18房屋下合稱系爭房屋）之室內配電盤配置開口均開設於同一處即A11-18房屋內，違反系爭買賣契約（詳見下述）第12條第4項「若因甲方承購兩戶以上需將其合併成一戶時…室內配電盤…仍維持原狀不做取消或變更之要求」之約定，致伊倘無法解約，內部未能回復為兩戶而無法出售。又上訴人嗣雖將配電盤電箱開口回復至A12-18房屋內，惟卻移置於浴室內牆壁，依一般社會通念，此舉將極易發生浴室觸電、配電盤鏽蝕、電線走火等風險，更屬明顯重大之瑕疵，依民訴447條第2、5、6款規定，追加提出為本件另一解約事由云云（本院卷一第201、215頁、卷二第61、163至165頁）。

㈡惟查，附帶上訴人於本院審理中始提出上開A11-18房屋、A12-18房屋之配電盤電箱開口均設在A11-18房屋內之質疑，經上訴人於本院民國111年1月3日準備程序期日辯稱：A12-18

房屋亦有裝設配電盤，僅因附帶上訴人自行客變將A12-18房屋客廳靠近門口處變更為浴室，而106年3月23日工程變更設計並不含電箱之變更，係機電廠商為免浴室水氣與配電盤接觸，及見附帶上訴人已將A11-18房屋、A12-18房屋兩戶合併為一戶，乃善意將A12-18房屋原配電盤開關箱之開口改開設於同一面牆壁之另側A11-18房屋內，此善意舉措並未影響A12-18房屋契約預定效用，或通常效用，顯無瑕疵，伊並表示如附帶上訴人對此善意舉措不欲領情，伊可隨時依附帶上訴人指示將A12-18房屋電箱開口改回該戶（按指A12-18房屋）之該側牆壁等語，在附帶上訴人於同次期日陳稱關於上訴人稱願意將配電盤電箱開口改回A12-18房屋沒有意見等語後，上訴人乃將配電盤電箱開口依系爭買賣契約及機電客變圖說約定之位置，回復到A12-18房屋內（本院卷一第257、259、261、364頁）。

㈢依上，上訴人於本院審理中已陳明如附帶上訴人要求，其願將A12-18房屋電箱開口「回復到該戶牆壁之該側」，嗣係附帶上訴人對上訴人此陳述表示沒意見，上訴人乃於本院審理中依附帶上訴人要求，回復到契約原來位置（本院卷二第41頁）。附帶上訴人嗣再以此為由，主張電箱開口回復後之狀態屬明顯重大之瑕疵，其得據以解除契約，核屬可歸責於附帶上訴人，要與民事訴訟法第447條第1項但書第1至5款之立法理由，明揭該五款規定均屬不可歸責於當事人者，有所不符。此外，兩造於原審均委任有律師為訴訟代理人，如不許附帶上訴人於本院提出此攻擊防禦方法，尚無顯失公平情事。是附帶上訴人所為此部分新攻擊防禦方法之提出，於法不合，不應准許。

貳、實體部分：

一、附帶上訴人主張：

㈠伊於105年5月21日與上訴人簽立買賣契約，向上訴人購買坐落高雄市○○區○○段00○0地號土地上之「民生香榭」預售屋A11-18房屋（建物為同段12429建號）、A12-18房屋

（建物為同段12454建號），約定價金各838萬元、655萬元，合計1,493萬元（即系爭買賣契約），伊為合併使用系爭房屋，於購買當時並與上訴人約定系爭房屋需變更設計，兩造乃於106年3月23日合意以A11-18、A12-18房屋「客變機電圖」（下合稱系爭客變圖，分別則以各屋客變圖稱之）內容變更管線、爐灶及排油煙機插座位置，並備註「廚具取消，管線依客變圖配置」，上訴人即負有設置室內排油煙管（含套管）之契約義務。

㈡詎伊於107年12月25日受上訴人通知辦理交屋時，發現系爭房屋爐灶上方至通外排油煙管路之間，有一主結構大樑，大樑下緣至廚房天花板高度僅餘約10公分之間距，致排油煙管因間距不足而無法安裝，此乃施工時未預留管路規劃所造成，而有不能合併系爭房屋使用之設計上之瑕疵。且該排煙設置之瑕疵，經高雄市建築師公會鑑定結果（下稱系爭鑑定報告），確有排煙管路並未依系爭客變圖爐灶位置配置預留套管，且系爭房屋排油煙機上方之設置環境因無足夠空間配置排煙風管，致無法達到一般家庭正常使用排油煙機應有之排煙性能瑕疵。而排油煙機為一般家庭廚房必備設備，倘無法發揮正常排煙功能，將對人體健康造成重大危害，系爭房屋之廚房顯不具備通常效用，屬重大瑕疵，致伊無法達成居住系爭房屋之目的；且系爭鑑定報告所提變更格局之修復方法（即將爐灶及排煙機位置與水槽對調），並不符合伊購屋之方位需求。伊自得依民法第227條第1項準用同法第226條、第256條及第354條、第359條之規定，主張解除系爭買賣契約，並已於108年2月23日以存證信函對上訴人為解除契約之意思表示，另併依民法第259條第1、2款及系爭買賣契約第23條第2款及第25條第1款約定，請求上訴人返還價金1,493萬元及賠償以總價15%計算之違約金223萬9,500元（8,380,000+6,550,000×15%=2,239,500）。

㈢退步而言，上訴人於兩造辦理變更設計時及施作過程中，如發現依系爭客變圖無法或難以設置排煙管線，亦應基於履約

之誠信，善盡告知之義務。然上訴人未予告知，而違反系爭買賣契約之從義務或附隨義務，致該契約之目的無法達成，上訴人應負不完全給付之債務不履行責任，伊亦得解除系爭買賣契約。

㈣另伊已交付上訴人暫收款50萬元，於系爭買賣契約經解除後，上訴人已無保有之法律上原因，伊得依不當得利之法律關係，請求上訴人返還。

㈤爰提起本訴，聲明：上訴人應給付附帶上訴人1,766萬9,500元（含價金1,493萬元、違約金223萬9,500元、不當得利50萬元，合計1,766萬9,500元），及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息5%計算利息。

二、上訴人則以：

㈠附帶上訴人因擬合併使用系爭房屋，而依系爭買賣契約辦理內部設備變更，兩造於106年3月23日合意為室內格局、設備之調整，伊已於107年12月20日完成並通知附帶上訴人於同年12月25日辦理交屋。又附帶上訴人將A11-18房屋內原規劃廚房位置，挪移至原規劃為衛浴空間之位置，因排油煙管之出口位置涉及消防安全規劃，系爭買賣契約第12條第5項已約明系爭房屋之廚房排油煙管之出口位置不得變更，且室內排油煙管為廚具配件之一部分，並採明管施工。倘有約定伊在變更設計過程中須額外施作排油煙明管，自須在系爭客變圖上標繪排油煙明管之路徑位置，作為施作之依據。惟A11-18房屋客變圖上，完全沒有標示預留排煙套管及標繪排油煙明管管路及路徑位置，故伊並無為附帶上訴人設置室內排油煙管（含預留排煙套管）之契約義務。

㈡又附帶上訴人就系爭房屋辦理變更設計時，已取消全套廚具，兩間房屋並均在追加減款明細表中減帳2萬9,354元，且附帶上訴人未一併提供其欲另購之廚具設備之規格尺寸目錄圖示予伊，則依兩造於系爭客變圖備註欄第3、5點之約定，廚具排油煙管應於附帶上訴人日後另選定廚具、確定廚具規格尺寸目錄圖示後，由附帶上訴人自行處理，並非伊之契約

義務，伊亦無為其規劃室內排油煙管路之義務。伊已提出合於契約之給付，附帶上訴人違約拒絕受領伊之給付，並無解約權。

㈢縱認A11-18樓房屋有「未設置室內排油煙管」、「未設置穿樑套管」、「無法安裝可達通常效用排油煙管」之瑕疵，惟此係附帶上訴人客變要求將廚房往房屋內側挪移至距離排油煙管出口約7公尺之原浴室位置，致須大幅拉長排油煙管路之長度及途經屋內空間之轉折，附帶上訴人對此亦知之甚明。又其在107年10月23日現場勘查時已明知當時天花板上有大樑，二者間距僅有10公分，仍執意變更原客變(即取消天花板)之約定，改要求保留原應拆除之廚房天花板所致，其自身顯有重大過失，上開瑕疵未達不能居住之重大程度，且可補正，附帶上訴人主張解除契約，顯屬權利濫用，且違反公平及誠信原則，依民法第355條第2項、第359條及第148條規定，不應准許。

㈣依系爭買賣契約附件四建材設備表中「室內建材選用」第5項及系爭客變圖備註欄第5點之約定，排油煙管為廚具配件之一部分，且採明管施工，承購戶如欲取消廚具須整套（即含排油煙管）取消不接受加裝任何配件，A11-18房屋客變圖已將客變前排油煙明管之標繪刪除取消，客變後圖面亦完全未標示排油煙明管之路徑及位置，兩造並已取消全套廚具及辦理減帳完成，伊已於系爭客變圖及約款明確告知並無為附帶上訴人設置室內排油煙明管之義務，自無違反告知義務可言。

㈤倘認附帶上訴人得解除契約請求返還已給付之買賣價金，伊已為同時履行抗辯權之行使，在附帶上訴人將系爭房地移轉回復為伊所有之前，伊並無先行返還買賣價金1,493萬元之義務，且可溯及不生遲延給付之責任，附帶上訴人依民法第259條第2款規定，就請求返還之買賣價金1,493萬元，追加請求自受領日翌日即107年12月19日起自之法定遲延利息並無理由。

㈥附帶上訴人依系爭買賣契約第25條第1項約定請求伊給付違約金，須以附帶上訴人已合法解除契約為前提，惟伊並無違反契約之瑕疵及不完全給付情事，且縱認A11-18樓房屋有「未設置室內排油煙管」、「未設置穿樑套管」、「無法安裝可達通常效用排油煙管」之瑕疵，附帶上訴人不得據以解除契約，自無由依系爭買賣契約第25條第1項約定請求伊給付違約金。又倘附帶上訴人得以其主張之瑕疵解除契約，惟系爭房屋原為二戶獨立，因附帶上訴人個人之需求為重大之內部調整變更，專為附帶上訴人量身訂做，只適用於附帶上訴人個人之使用，回復原狀須費甚大；反觀上開瑕疵並非重大，補正費用甚微，A11-18房屋內經伊測試可安裝達通常效用之排油煙機及附屬排油煙管路，附帶上訴人並未因此受有何實際損害，故違約金應酌減至0元。

㈦附帶上訴人請求解除契約既無理由，伊依系爭買賣契約預收房屋及車位等公共設施管理維護之費用，二戶合計50萬元之款項，已依約定事項代為支出相關費用，並已依代收代付之內容給付予第三人，不能向伊請求返還。倘附帶上訴人解除契約有理由，該「代收代付」款經核算後尚有餘額20萬3,459元，性質上應屬未定履行期之債務，附帶上訴人除在本件起訴狀為催告返還外，從未對伊為何定期催告，附帶上訴人追加請求伊應另給付自107年12月19日起至108年11月20日止，按年息5%計算之遲延利息並無理由等語置辯。

三、原審判決上訴人應給付附帶上訴人1,533萬3,459元（含買賣價金1,493萬元、違約金20萬元及返還代收款20萬3,459元），及自108年11月21日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並駁回附帶上訴人其餘之訴。上訴人及附帶上訴人就各自敗訴部分均不服，分別提起上訴、一部附帶上訴（即原審判決駁回其餘違約金請求203萬9,500元及駁回請求其餘代收款中之9,000元部分），附帶上訴人並為訴之追加如前開壹、一所示（追加利息請求部分）。上訴人上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄。㈡上開廢棄部分，附帶上訴人

第一審之訴駁回。附帶上訴人答辯聲明：上訴駁回，並附帶上訴聲明：㈠原判決關於駁回附帶上訴人後開第二項部分廢棄。㈡上訴人應再給付附帶上訴人204萬8,500元，及自108年11月21日起至清償日止，按年息5%計算之利息（本院卷二第422頁）。㈢追加聲明：1.上訴人就應返還之價金1,493萬元及代收款21萬2,459元部分，再給付附帶上訴人自107年12月19日至108年11月20日止，按年息5%計算之利息。2.願供擔保，請准宣告假執行（本院卷二第416至417頁）。上訴人答辯聲明：㈠附帶上訴及追加之訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行（原審判決駁回附帶上訴人請求給付代收款逾21萬2,459元部分，未據上訴，已確定，茲不贅述）。

四、兩造不爭執之事項（見本院卷二第43-44頁）：

㈠附帶上訴人於105年5月21日向上訴人購買系爭房地，約定價金合計1,493萬元。

㈡附帶上訴人為合併使用系爭房屋，於購買當時與上訴人約定系爭房屋需變更設計，嗣兩造於106年3月23日完成工程變更申請，內容明示管線依系爭客變圖配置，該圖中明確標示爐灶及排油煙機插座位置。

㈢上訴人於107年12月17日將系爭房地所有權即高雄市○○區○○段00○0地號權利範圍10萬分之413、同段建號12429號權利範圍全部、同段建號12454號權利範圍全部移轉予附帶上訴人，附帶上訴人已於107年12月19日支付上訴人全部價金，嗣上訴人通知附帶上訴人於107年12月25日辦理交屋。

㈣附帶上訴人於108年2月23日以高雄10支郵局存證號碼第0191號存證信函通知上訴人解除契約，並請求上訴人返還已兌現之系爭房地價金、遲延利息及賠償依系爭房地總價款15%計算之違約金，該存證信函於108年2月26日送達上訴人。

五、附帶上訴人依民法第227條第1項準用第226條、第256條、第354條、第359條，主張解除系爭買賣契約，並依民法第259條第1、2款、系爭買賣契約第23條第2款、第25條第1款，請

求興富發公司返還買賣價金1,493萬元，依民法第179條規定，請求上訴人返還代收款21萬2,459元，是否有理？

㈠依系爭買賣契約及系爭客變圖說、條款及加減帳款約定，興富發公司就A11-18樓房屋，有無設置室內排油煙管（含套管）之契約義務?

1.附帶上訴人主張兩造就A11-18樓房屋，於106年3月23日系爭客變圖上明確記載：「管線依客變圖配置」等文字，圖中亦明示爐灶及排油煙機插座位置，兩造於客變時已約定排油煙管應依系爭客變圖中爐灶及排油煙機插座位置為排油煙管之配置等語（本院卷二第165至167頁），惟為上訴人所否認，辯稱依系爭買賣契約及系爭客變圖說、條款及加減帳款約定，上訴人並無設置室內排油煙管（含套管）之契約義務等語（本院卷二第115至122頁）。查，

⑴依系爭買賣契約第12條第5項約定：「……廚房防火區劃隔間及防火門、排油煙管出口位置，不得要求取消或變更」、系爭買賣契約附件四建材設備表，其中室內建材選用第五項約定：「廚具：採高級廚具，含……排油煙機……；另配備……排油煙管採明管施工配至陽台……」等語（原審審重訴卷第68、87至88頁），足見兩造簽約時已約明：廚房排油煙管之出口位置不得變更，且室內排油煙管為廚具配件之一部分，且採明管施工。則兩造在客變取消全套廚具(含排油煙管路)之際，倘有約定上訴人須額外施作排油煙明管時，自須在系爭客變圖上標繪排油煙明管之路徑、位置，以資為施作之依據。

⑵又依系爭客變圖備註欄第2點約定：「……廚房排油煙管出口位置不得移動」、第3點約定：「……倘有自行另購之設備，請一併提供相關規格尺寸、目錄、圖示、以利預留管路插座，未提供者，本公司仍維持原設計相關管路，爾後客戶自行選購之設備管路、插座，若有不能配合時，概由客戶自行處理，不得再要求本公司配合變更……」、第5點約定：「廚具不得取消其中任何配件，需整套取消，亦不接受加裝

任何配件」（原審審重訴卷第23至26、35至38頁），附帶上訴人亦自陳上訴人有表示要退廚具要全退等語（原審卷二第30頁），堪認兩造於客變時已約明取消廚具時需整套取消。

⑶觀諸系爭客變圖上，完全未標繪排油煙明管管路及路徑、位置（本院卷二第263頁），且當日簽立之A11-18房屋、A12-18房屋「工程變更設計申請表」，其中A12-18房屋工程變更設計申請表之變更設計內容機電部分第二點載：「廚具(含管線)全部退除」、機電工程變更設計追加減款明細表第3項載：「廚具L=182，數量1組，單價29,354，減帳29,354」；A11-18房屋之工程變更設計申請表之變更設計內容機電部分第二點載：「廚具取消，管線依客變圖配置」、機電工程變更設計追加減款明細表第1項亦載：「全套廚具L182，數量1組，單價29,354,減帳29,354」等語（本院卷一第87、91、99、105頁），即二戶就契約附件四建材設備表之室內建材選用第五項全套廚具(含管線)之減帳數額均為2萬9,354元，堪認兩造針對A11-18房屋及A12-18房屋之全套廚具(含配件排油煙管）已全部取消退除並減帳，則上訴人主張依系爭買賣契約及系爭客變圖說、條款及加減帳款約定，上訴人並無設置室內排油煙管（含套管）之契約義務，核屬有據。

2.附帶上訴人主張對照A12-18房屋客變圖約定：「廚具（含管線）全部退除」、A11-18房屋客變圖則約定：「廚具取消，管線依客變圖配置」之文字記載，且A11-18房屋客變圖標示有爐灶及水槽位置，並於爐灶及水槽處註明「廚具取消，此僅示意參考管線位置」等語，可知兩造已約定上訴人負有於A11-18房屋設置排油煙明管之義務，僅客變圖上漏未標繪，上開個別磋商條款效力應優先於系爭客變圖備註欄之定型化契約條款之約定，且如系爭客變圖面標記及手寫客變圖文字（即管線依客變圖配置）記載如果仍有解釋空間，依照消費者保護法第11條第2項規定，應做有利於附帶上訴人之解釋云云（本院卷二第169至173頁）。查，A11-18、A12-18房屋客變圖，固有A11-18房屋客變圖載有與管線相關之手寫文

詞，而A12-18房屋客變圖並無之差異。惟依系爭買賣契約附件四建材設備表中「室內建材選用」第5項及系爭客變圖備註欄第5點之約定，排油煙管為廚具配件之一部分，且採明管施工，承購戶如欲取消廚具須整套（即含排油煙管）取消，已如上述。而系爭房屋之廚具已全數取消（即退除），並辦理契約減帳，且A11-18房屋客變圖完全未標示排油煙明管之路徑及位置各節，俱如前述。是故，A11-18房屋客變圖雖記載「廚具取消，管線依客變圖配置」，惟廚具即包含排油煙管，系爭房屋之廚具既經退除，已難認上訴人尚需施作排油煙管，且A11-18房屋客變圖並無排油煙明管路徑及位置之標示，則上訴人抗辯該圖內所載「管線」，係指應增設「埋設於結構體內之水、電暗管」，而非排油煙管，尚非無據。附帶上訴人徒以A11-18、A12-18房屋客變圖內手寫註記之差異，主張應就A11-18房屋客變圖所載「管線」為有利於其之解釋，即指該「管線」包含排油煙管，無以為取。

3.附帶上訴人另主張上訴人自行提出之「系爭房屋變更前、後之內部空間規劃建築圖」（下稱系爭建築圖），在變更後圖面A11-18房屋確有排油煙管管路之配置，並於圖面右側記載：「針對106年3月23日該戶執行客變之客變內容：管線配置部分變更：黑色變更前→藍色變更後/以上為客變原內容」等手寫文字，可認為兩造確實有約定A11-18房屋仍保留管線，並變更管線配置，上訴人負有設置室內排油煙管（含套管）之契約義務云云（本院卷二第271、297頁）。上訴人固不否認系爭建築圖為其所提出，惟辯稱系爭建築圖非兩造合意內容，僅為上訴人於本件訴訟期間，請現場工務所長張登貴就系爭房屋之現況與兩造簽立之系爭客變圖之差異，對上訴人提出說明之內部說明文件等語（原審審重訴卷第231頁，本院卷二第323頁）。按解釋契約，應探求當事人之真意，不能拘泥於所用之辭句，為民法第98條所明定。所謂探求當事人之真意，應從該意思表示所根基之原因事實、經濟目的、一般社會之理性客觀認知、經驗法則及當事人所欲使

該意思表示發生之法律效果而為探求，藉以檢視解釋之結果是否符合公平正義，惟契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。兩造間就系爭房屋之變更設計，應以在106年3月23日之工程變更設計申請表及工程變更設計追加減款總表及明細表暨系爭客變圖為準（本院卷一第87至109頁），系爭建築圖固為上訴人於本件訴訟中提出，惟圖上並無兩造簽名確認，自不得逕認為即屬兩造客變時合意之內容（原審審重訴卷第231頁）。況依系爭建築圖上「藍線」標示之管線路徑，明顯未連接至「H」排油煙機插座位置。是尚難僅以系爭建築圖即認兩造先前變更設計時，已約定上訴人有設置排油煙管（含套管）之義務，且此亦與系爭買賣契約及系爭客變圖說、約款之明文不符，尚難逕採為附帶上訴人有利之認定。

4.附帶上訴人另主張依系爭鑑定報告結論㈠：「排煙管路未依客變圖爐灶位置配置預留套管」，惟查，依系爭買賣契約、系爭客變圖及約款之約定，附帶上訴人取消全套廚具(含管線)後，其日後另行選購屬廚具設備之排油煙管規劃設置，應係附帶上訴人依約應自行處理之事項，並非上訴人之契約義務，已據前述，而系爭鑑定報告之上開結論，係以上訴人依約負有設置排油煙管線（含套管）之義務為前提，是尚難以系爭鑑定報告結論逕認上訴人有未依系爭客變圖預留排煙管路及套管之債務不履行情事。又依106年3月23日土建工程變更設計追加減款明細表，當時兩造合意退除原規劃之A11-18房屋浴室矽酸鈣板天花板（該浴室即變更後之廚房位置；減帳2,171元，本院卷一第89頁），故於兩造變更設計當下，亦無排油煙機上方之設置環境無足夠空間配置排煙風管之情事，係附帶上訴人於107年10月23日變更原客變要求，改要求保留原應拆除之天花板（本院卷一第89頁），方造成大樑與天花板間之空間不足而影響排油煙管之通過。惟排油煙管路之規劃設置本為客變後附帶上訴人應自行處理事項，其嗣後決定保留天花板致影響排油煙管之設置，要屬其事後

自行考量之事項，上訴人至多構成未盡告知或說明義務之附隨義務違反（詳見下述），並不因此影響其並無設置排油煙管（含套管）義務之判斷。

5.綜上，依系爭買賣契約及系爭客變圖說、條款及加減帳款約定，上訴人就A11-18樓房屋，並無設置室內排油煙管（含套管）之契約義務，附帶上訴人主張上訴人未依約施工預留管路規劃，造成排煙設置不當、未能達到一般排油煙機應有之排煙性能，而有欠缺通常效用及兩造契約預定效用之瑕疵，並無理由。

㈡附帶上訴人主張上訴人未告知樑柱位置將影響通常排油煙管之裝設，未盡履約誠信之告知義務，主張解除系爭買賣契約並請求興富發公司返還價金及代收款，是否有理？

1.按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利；因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害；債權人於有第226條之情形時，得解除契約，民法第227條第1項、第226條第1項、第256條分別定有明定。次按契約成立生效後，債務人除負有主給付義務外，為準備、確定、支持及完全履行之主給付義務，尚負有從給付義務，以確保債權人之利益能獲得完全之滿足，俾當事人締結契約之目的得以實現；另負有附隨義務，即為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此等義務，應負民法第227條第1項不完全給付債務不履行之責任。又附隨義務性質上屬於非構成契約原素或要素之義務，如有違反，債權人原則上固僅得請求損害賠償，然倘為與給付目的相關之附隨義務之違反，而足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，則與違反主給付義務對債權人所造成之結果，在本質上並無差異（皆使當事人締結契約之目的無法達成），自亦應賦予債權人契約解除權，以確保債權人利益得以獲得完全之滿足，

俾維護契約應有之規範功能與秩序（最高法院100年度台上字第171號、100年度台上字第2號判決意旨參照）。則債務人未盡附隨義務，債權人雖得依不完全給付之規定行使權利，惟須該附隨義務之違反足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，與違反契約主給付義務之結果在實質上並無差異者，債權人始得依法解除契約。

2.依系爭鑑定報告說明，依鑑定時系爭房屋現場設置情形，若不降低天花板之高度，因樑底至天花板間之高度僅10公分，扣除天花板之支撐架後可配置之排煙管直徑為3英吋，系爭房屋排油煙機上方之設置環境因無足夠空間配置排煙風管，致使一般家庭正常使用之排油煙機無法達到應有之排煙性能一節，有系爭鑑定報告附卷可參（見鑑定報告第2頁，存卷外放）。

3.附帶上訴人就此主張上訴人未告知樑柱位置將影響通常排油煙管之裝設，有未盡履約誠信之告知義務。查，附帶上訴人與上訴人約定客變時，要求將系爭兩戶合併為一戶，並將A11-18房屋之廚房變更至原浴廁處所，為附帶上訴人所陳明（原審審重訴卷第13頁、原審卷二第32頁，本院卷一第117頁），並有系爭客變圖附卷可佐（原審審重訴卷第23至26、35至38頁）。又排油煙管出口位置不得取消或變更，為系爭買賣契約第12條第5項及系爭客變圖備註欄第2點所約明，故前述變更勢致廚房排油煙機之排油煙管路需大幅拉長（自外部雨遮牆處橫跨客餐廳再進入變更後之廚房），且管路較之原先設計勢須因應房屋內格局而須有多處轉折，有A11-18房屋客變圖可佐（本院卷一第79頁），客觀上自可能影響排煙效果。而A11-18房屋為預售屋，客變當時尚未興建，就系爭房屋建造後之樑柱位置是否影響排油煙管路之設置，上訴人為專業之建商，自當知悉，且於施作過程中更當可得預測，然卻未告知附帶上訴人，供其評估未來排油煙管路規畫之可行性。其後，於兩造107年10月23日勘查現況時，對於106年3月23日客變約定原應取消之天花板漏未取消乙事，上訴人

未依當時現況，告知附帶上訴人如保留天花板，將造成廚房天花板與結構大樑之間距僅10公分，如不降低天花板高度，通常難以安裝排油煙管等情，復率爾與附帶上訴人約定同意附帶上訴人保留原應拆除之天花板（本院卷二第129、131頁），最終導致系爭房屋在不修改格局下出現上開排油煙機上方之設置環境無足夠空間配置排油煙管之缺失，堪認上訴人確有違反告知義務。

4.然依上開說明，與給付目的相關之附隨義務違反，如未達足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，則尚不得賦予附帶上訴人契約解除權。本院審酌上訴人雖有違反告知義務，惟考量上訴人雖未盡告知義務，致廚房部分之客變目的不達，而未能盡如附帶上訴人所期待，然系爭房屋之廚房及其他室內空間位置之格局及功能均無變更而未受影響，尚未達不能居住使用之契約目的；且依系爭鑑定報告之鑑定結果㈢載稱：依現場設置之情形，若不降低天花板高度，建議廚房配置可將現有客變圖爐灶及排煙機插座位置與客變圖中廚具水槽之位置對調，並將水槽位置之給水管及RO插座配置於客變圖爐灶之位置，且將電陶爐插座與抽油煙機插座配置於客變圖之水槽位置。……如此排油煙機之排風管即可不需經由結構大樑而直接以6英吋之排煙管徑配管至排煙機之外牆預留孔排氣……合計施工費用4萬9,246元等語可稽（見系爭鑑定報告書第2至3頁，存卷外放）。即若不計較系爭廚房設備之格局、方位，僅需花費4萬9,246元稍加調整即能補救，上訴人違約情節客觀上並未致系爭房屋達於無法住用之嚴重程度，惟因附帶上訴人對於房屋之格局及方位（風水）有所堅持致其主觀上不願使用系爭房屋。參酌上開說明意旨，上訴人就告知附隨義務之違反，尚未達可解除契約之程度。

㈢從而，附帶上訴人依民法第227條第1項準用第226條、第256條、第354條、第359條，及系爭買賣契約第25條第1項約定，主張解除系爭買賣契約，為無理由。

㈣附帶上訴人請求上訴人返還代收款21萬2,459元，有無理由？

1.附帶上訴人主張其依系爭買賣契約已交付上訴人暫收款50萬元，扣除上訴人已代付之相關稅費後，依系爭買賣契約第17條第2項第5款約定，不論其解約有無理由，均得依上開約定，請求上訴人返還交屋前所代收之5個月管理費，合計21萬2,459元云云（本院卷二第386頁）。

2.查，系爭買賣契約第17條就稅規費暨相關費用負擔，約定兩造各應負擔之項目（原審審重訴卷第131至133頁），及自通知交屋日起30日內（含視為點收完成）所發生之水、電費及通知交屋日前之管理維護費，應由乙方（即上訴人）負擔。惟觀同條第1項第6款本文約定「為維護本社區之良好品質及全體區分所有權人之共同權益，甲方（即附帶上訴人）應於乙方（即上訴人）通知繳交本條所列各項費用同時，預繳五個月份下列各項管理維護費用予乙方」，該第6款第3目復約定：「上開管理維護費用乃用以支付代管期間之管理維護費用（如：物業管理人員薪資、清潔費用、代理購置相關設備及設備維護與耗材之費用……等）；該管理維護費用於乙方擔任本社區之管理負責人期間，由乙方負保管之責，乙方並應於本社區之管理委員會成立或選任管理負責人時，扣除代管期間之所有管理維護費用並結算上述該管理維護費後，若有餘額無息移交管理委員會或選任之管理負責人統籌運用，若有不足仍應由甲方依區分所有權比例繳納」。

3.本件上訴人已於107年12月17日將系爭房地所有權全部移轉予附帶上訴人，附帶上訴人已於107年12月19日支付上訴人全部價金，上訴人並已通知附帶上訴人於107年12月25日辦理交屋一節，為兩造所不爭執（兩造不爭執事項㈢），嗣附帶上訴人主張解除契約並不合法，業敘如前，則系爭買賣契約仍存在於兩造之間，兩造仍應依系爭買賣契約第17條第1項第6款第3目規定，結算上訴人向附帶上訴人代收之5個月管理維護費，及將餘額移交管理委員會或選任之管理負責人

統籌運用，是附帶上訴人依民法第179條規定，請求上訴人返還交屋前所代收之5個月管理費，合計21萬2,459元，並無理由。

㈤綜上，附帶上訴人依民法第227條第1項準用第226條、第256條、第354條、第359條，主張解除系爭買賣契約，並依民法第259條第1、2款、系爭買賣契約第23條第2款、第25條第1款，請求興富發公司返還買賣價金1,493萬元，依民法第179條規定，請求上訴人返還代收款21萬2,459元，及均請求自107年12月19日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，應予駁回。

六、蘇家鈴依系爭買賣契約第25條第1 款請求興富發公司給付違約金，是否有理? 如是，違約金是否過高應予酌減？

依系爭買賣契約第25 條第1項約定：「除經雙方個別磋商同意之約定外，乙方（指上訴人）違反主要建材及其廠牌規格、開工及取得使用執照期限、瑕疵擔保責任之規定者，甲方（指附帶上訴人）得解除本契約：解約時乙方除應退還甲方已兌現之房地價款外，如有遲延利息應一併退還，並應同時賠償依房地總價款百分之十五計算之違約金予甲方…」，準此，附帶上訴人僅得在其「契約解除權存在，並經合法行使」之情形下，始得同時請求給付違約金。如前所述，附帶上訴人主張解除系爭買賣契約，並無理由，則其依上開約定，請求給付違約金，即屬無據，不應准許。

七、綜上所述，附帶上訴人依民法第227條第1項準用第226條、第256條，第354條、第359條，系爭買賣契約第23條第2款、第25條第1款規定，主張解除系爭買賣契約，並請求上訴人返還買賣價金1,493萬元；依民法第179條規定請求上訴人返還代收款21萬2,459元；依系爭買賣契約第25條第1款請求上訴人給付違約金223萬9,500元，並無理由，應予駁回。原審判決在1,533萬3,459元（含買賣價金1,493萬元、違約金20萬元及返還代收款20萬3,459元）本息範圍內為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨求予廢棄改判，為有理由，爰

由本院予以廢棄改判如主文第2項所示。又附帶上訴人提起附帶上訴，請求上訴人應再給付204萬8,500元（違約金203萬9,500元＋代收款中之9,000元）本息部分，並無理由，應予駁回，原審就此部分為其敗訴之判決，並無違誤，附帶上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。另附帶上訴人就其請求返還價金1,493萬元、代收款21萬2,459元部分，追加請求自107年12月19日起至108年11月20日止按年息5%計算之利息，亦無理由，應併予駁回。

八、本件事證業臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及未經援用或調查之證據，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，附帶上訴及追加之訴均無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　3　　月　　20　　日

民事第一庭

審判長法　官　甯　馨

法　官　吳芝瑛

法　官　林雅莉

以上正本證明與原本無異。

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，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。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　　113　　年　　3　　月　　20　　日

書記官　林宛玲

附註：

民事訴訟法第466條之1：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為

法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。