臺灣高等法院臺南分院民事判決

111年度重上字第118號

上　訴　人　昇晁建設股份有限公司

法定代理人　陳芳琴

訴訟代理人　劉炯意律師

複代理人　　蕭宇廷律師

被上訴人　　台灣糖業股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　楊明州

訴訟代理人　黃裕中律師

上列當事人間債務不履行等事件，上訴人對於中華民國111年8月23日臺灣嘉義地方法院第一審判決(111年度重訴字第20號)提起上訴，經本院於113年3月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、本件上訴人主張：兩造於民國（下同）105年1月22日簽立嘉義縣○○市○○○○0之0地號土地(下稱系爭土地)合作興建房屋契約（下稱系爭契約），依該契約第10條第2項約定，開挖地下室面積達基地面積一半以上或基地面積達6,000㎡且興建戶數達60戶以上者，得順延90日，依伊所提都市設計審議報告書所示，系爭工程規劃開挖地下1層且面積達1,930.84㎡，而系爭工程之開發面積為2,149.45㎡，地下室開挖面積為基地面積之89.8%，是系爭契約第3期款之支付期限即應順延90日。另依系爭契約第21條第3項約定，若因嘉義縣政府都市設計審議委員會（下稱都審會）進行都市設計審議(下稱都審)之故，伊無法按「預定第1次建造執照核發日」前取得建造執照時，被上訴人得酌予延長，伊並應提出延長之申請，本件因兩造共同委託之詹益源建築師修正都市審議報書延宕，致都審會之審議時程逾越「預定第1次建造執照

核發日」，伊曾函請被上訴人同意展延第3期款支付期限至106年4月16日，未為被上訴人同意，竟於106年4月10日發函終止系爭契約，沒收伊已給付之第1、2 期款、遲延利息及履約保證金，總計2,000萬6,519元，實屬不當。況縱認伊有違約情事，衡諸被上訴人並未因系爭契約未履行而受有積極損害，甚至得以更高金額出售系爭土地，且承辦建築師詹益源係兩造共同委託，被上訴人亦應負監督之責，伊違反系爭契約之情節應屬輕微，被上訴人上開沒收之2,000萬6,519元係屬懲罰性違約金，亦應酌減至總價金2%即157萬3,200元計算始為合理，被上訴人逾此部分沒收之違約金，應依不當得利之規定返還。爰依民法第179條、第226條第1項規定、系爭契約第26條第2項約定，求為命被上訴人給付2,000萬6,519元，及自起訴狀送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

二、被上訴人則以下列情詞置辯，並求為判決駁回上訴人本件請求：系爭契約第10條第2項，係有關房屋取得使用執照展延之約定，即展延前必須先取得建造執照、申報開工，並實際施工進行開挖，待取得使用執照時，才能計算上訴人取得使用執照期日是否遲延，斷無以不存在之建造執照，逕自主張將開挖地下室或其開挖面積，進而主張展期。詹益源建築師係上訴人之履行輔助人，其因都審修正所使用之補正期間與被上訴人無涉，自不得據以請求展期，上訴人未依約定如期給付第3期款，伊已合法終止系爭契約，自得沒收上訴人已給付之第1、2期款、遲延利息及履約保證金。又上開沒收之金額中之遲延利息及履約保證金不具懲罰性違約金性質，不應酌減；第1、2期款雖具懲罰性違約金性質，惟上訴人違約情節重大，亦不應酌減。倘法院認應酌減，而認伊應返還酌減後之餘額，伊亦得以重新招標之損失2,403萬2,000元及第三期遲延利息5萬1,048元，合計2,408萬3,048元主張抵銷等語。【原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，聲明：原判決廢棄，被上訴人應給付上訴人2,000萬6,519元，

及自起訴狀送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並願供擔保請准宣告假執行。被上訴人則求為判決駁回上訴。】

三、兩造不爭執事項

㈠兩造於105年1月22日就系爭土地約定系爭工程，並簽訂系爭契約。

㈡被上訴人曾於106年2月2日後，4次催告上訴人給付第3期款，上訴人收受催告函後均未履行，經被上訴人以106年4月10日雲嘉土開二字第0000000000號函，通知上訴人終止系爭契約(如附表編號11至14、17)。

㈢兩造對於被上訴人已沒收上訴人給付之第1、2期款1,209萬3,975元、遲延利息4萬2,544元及履約保證金787萬元，總計2,000萬6,519元，不爭執。

㈣兩造對於附表所列事項不爭執(見本院卷第208頁)。

㈤本件合建案向主管機關申辦歷程為:上訴人需1.先取得都市審議會議核准，2.申請並取得建造執照後，始得申報開工，3.待建築竣工後，申請使用執照。

㈥被上訴人於105年9月19日同意於都審期間同意先行展延工期90日曆天(見附表編號8)。

㈦被上訴人依不爭執事項㈢沒收之款項，其中第1、2期款性質為懲罰性違約金(見本院卷第111、178及328頁)。

㈧本件受託辦理都審之建築師詹益源，係由上訴人指定(見本院卷第123頁)。

㈨兩造對於展延90天以後之第3期款付款日期應為106年1月29日，若被上訴人於106年4月10日終止契約，期間日數是72天，第3期款遲延利息為5萬1,048元，均不爭執(見本院卷第330頁)。

㈩兩造對於系爭合建契約，係由上訴人得標，第一次招標底價為5,625萬8,965元，得標金額為7,866萬元(本院卷第163頁)；系爭契約終止後，重新招標底價為5,461萬5,286元，並由訴外人堃昇建設有限公司得標，得標金額為5,462萬8,0

00元(見原審卷第97頁)，兩次得標金額相差為2,403萬2,000元，不爭執(見本院卷第329頁)。

四、兩造爭執事項:

㈠上訴人於106年2月2日繳款期限前，仍未繳納第3期款及遲延利息，有無可歸責事由？被上訴人依附表編號17發函終止系爭契約，是否發生終止效果？

㈡被上訴人依系爭契約第26條第3項之約定，將上訴人已繳付之第1、2期款項、遲延利息及履約保證金沒收，除其中第1、2期款性質為懲罰性違約金為兩造所不爭執外，其餘遲延利息、履約保證金是否為違約金？若是，其性質究為懲罰性違約金或損害賠償預定性違約金？得否依民法第252條予以酌減？其酌減比例為何？

㈢前開第1、2期款項、遲延利息、履約保證金，若經法院認定需返還上訴人者，被上訴人主張就重新招標差額2,403萬2,000元、第3期遲延利息5萬1,048元，計為2,408萬3,048元主張抵銷，有無理由？

㈣被上訴人抵銷如有理由，而抵銷後仍有餘額，應返還上訴人之金額，利息起算日究應自起訴狀繕本送達翌日起算，或自本件判決確定翌日起算？

五、得心證理由

㈠上訴人於106年2月2日繳款期限前，仍未繳納第3期款及遲延利息，有無可歸責事由？被上訴人依附表編號17發函終止系爭契約，是否發生終止效果？

1.上訴人於106年2月2日繳款期限前，仍未繳納第3期款及遲延利息，確有可歸責事由:

⑴系爭契約第10條第1項約定:「第1次建造執照取得期限:以簽約日起第90日曆天，作為本合建案『第一次建造執照核發日』…」、第11條第1項第3款約定:「第3期款:工程屋頂配筋完畢，經乙方(上訴人，下同)監造人驗之日起7日內，乙方給付甲方(被上訴人，下同)總價10%(第3期款)…，倘於預定第一次建築執照核發日起195日內未完成者，仍應於上述

期間屆滿日前給付甲方本期款(第3期款)」(見原審卷第24、25頁），系爭契約第21條第3項則約定「基地開發需經都市設計審議委員會審議…或因其他建管機關審查進度等情形，乙方確實未能依第10條規定之『預定第1次建造執照核發日』前取得者，甲方得酌予延長，乙方應據實以書面向甲方申請延長期限，其天數須經甲方核定」(見原審卷第30頁），依上約定可知，上訴人因都審會審議等事由，致未能依第10第1項約定之「預定第1次建造執照核發日」前取得(建造執照)者，須由上訴人以書面向被上訴人申請酌予延長期限，且延長天數多寡，應由被上訴人核定。

⑵被上訴人於105年9月19日同意於都審期間同意先行展延工期90日曆天等情，為兩造所不爭(見兩造不爭執事項㈥，附表編號8）。上訴人雖又抗辯:①兩造共同委託詹益源建築師辦理都市審議事項，距105年1月22日簽約日，已經過193日，此193日無法為任何建築執照之申請，故系爭契約第10條第1項約定「簽約日起90日曆天取得建築執照」，顯然不合理，應以兩造於105年8月2日共同委託詹益源建築師辦理都市審議日起算。②另有關地下室之開挖應再延長90日，被上訴人僅同意展延工期90日曆天，顯然過短，被上訴人應再延長取得建築執照之申請云云。惟查:

①本件設計監造之建築師詹益源係由上訴人委任，故其作業期間，應列入建築執照取得展延期間:

系爭契約第3條第2項約定:「本合建房屋之設計與監造，由乙方（上訴人）委託依法登記開業之建築師負責」，系爭契約第16條第4項約定：「乙方（上訴人）除應負擔設計監造建築師暨各施工廠商之費用報酬外，應就設計監造建築師暨各施工廠商之行為，與自己之行為負同一之責任」(見本院卷第22、27頁），證人詹益源建築師於本院證稱:「本件建築師之遴選係上訴人所為」、「伊並非聽被上訴人之指揮」(見本院卷第210、211頁），足見本合建案之設計監造建築師詹益源，係由上訴人委任並支付報酬，乃上訴人之履行輔

助人。至被上訴人與上訴人均出具都市設計審議委託書(下稱系爭委託書)，其內容為「茲委託詹益源建築師事務所全權代表本人辦理嘉義縣○○市○○○段000地號集合住宅新建工程都市設計審議一切手續事宜」各一紙(見原審卷第43、45頁），觀其文義可知，被上訴人與上訴人委託詹益源建築師辦理系爭土地都市設計審議事項，系爭委託書內容均無記載任何關於系爭契約之設計監造事項，詹益源亦證稱:「(這張委託書是否指被上訴人只委託你去做辦理都市設計審議事項，其他事項沒有委託你？)是」(見本院卷第211頁）等語，可認被上訴人出具系爭委託書委託詹益源辦理事項，僅限於都審，並不及於其他，建築師詹益源因作業期間所致遲延，係不可歸責於被上訴人，不應列入建築執照取得展延期間。上訴人持系爭委託書為據，抗辯:詹益源建築師係兩造共同委託，其作業期間，應列入展延期間云云，並無可採。

②本件並無地下室之開挖，導致使用執照取得展延，自無建造執照取得延長之事由:

系爭契約第10條第2項約定「房屋使用執照取得期限：乙方應於預定第一次建築執照核發日起255日曆天內，即完成合建營建工作並經政府核發取得本合建案房屋之使用執照。前述255日曆天係以4樓層為準，實際如有增減，每1樓層各順延或遞減60日曆天（樓層數以建照執照登載為準）；有關挖地下室達基地面積一半以上…，得順延90日曆天。」(見原審卷㈠第25頁），係對於「使用執照取得期間」所為之約定，且明定以「以4樓層為準，實際如有增減，每1樓層各順延或遞減60日曆天(取得使用執照之期限)」，惟本件合建案向主管機關申辦歷程為:上訴人需a先取得都市審議會議核准，b申請並取得建造執照後，始得申報開工，c待建築竣工後，申請使用執照，為兩造所不爭(見附表編號7、兩造不爭執事項㈤)，待取得使用執照時，才能計算取得使用執照期日是否遲延。上訴人迄106年4月10日被上訴人發函終止系爭

契約(見附表編號17)時，既然均未通過都審(106年4月26日嘉義縣政府始發函通知被上訴人都審報告書圖審查結果同意備查，見附表編號18)，亦為兩造所不爭，自無可能取得建造執照及申報開工，遑論取得使用執照，從而，自無系爭契約第10條第2項之適用。上訴人援引系爭契約第10條第2項「有關地下室開挖」延展使用執照之約定，據以主張期限之延展云云，並無可採。

③況系爭契約第11條第1項各期款項之付款期限，係採雙軌制，其一為以合建施工期程（例如第2期申報開工、第3期屋頂配筋完畢等，見系爭契約第11條第1項第2、3款）作為附條件約定外，另一為以系爭契約第10條第1項所定「預訂第1次建造執照核發日」為附期限，而實際付款期限視上開附條件或附期限之約定，何者先成就或屆至，作為各期款給付之期日(見系爭契約第11條第1項第2至5款後段之約定「倘於『預定第1次建造執照核發日』起算至…日內，未…者，乙方(即上訴人)仍應於上述期間屆滿日前給付甲方(即被上訴人)本期款」，原審卷第25頁)。查上訴人未按系爭契約第10條第1項約定於簽約日起第90日曆天（105年7月19日）預訂第1次建造執照核發日取得建造執照，其付款方式應採「附期限約定」之計期方式，即第三期款付款期日為「預訂第1次建造執照核發日」105年7月19日起195日，即106年1月29日為第3期款付款期日，因逢農曆春節假期至休息日次日即106年2月2日前繳納(見附表編號10「內容」欄)。則本件付款方式既已採「附期限約定」之計期方式，期限屆至即應付款，並不採「附條件約定」之計期方式，自與系爭契約履約期程無涉，地下室是否開挖、都審審查期程等關係工程進度各節，均無礙於第3期款應於106年2月2日支付之情，上訴人亦不得持以作為展延建造執照之原因，據以主張第三期款得以延期支付。

④上訴人未依系爭契約約定於106年2月2日繳款期限前，繳納第3期款(見附表編號10），且經被上訴人四次催告(見附表

編號11至14），仍未繳納，自有可歸責上訴人之事由。被上訴人以106年4月10日雲嘉土開二字第0000000000號函通知上訴人終止系爭契約，收回土地(見附表編號17），自發生契約終止效果，被上訴人依系爭契約第11條第2項、第26條第3項之約定，沒收上訴人已給付之第1、2期款1,209萬3,975元、遲延利息4萬2,544元及履約保證金787萬元，總計2,000萬6,519元，並無不合。上訴人主張:被上訴人未考慮都審所需時間，僅同意延展90日，違反誠信原則及契約約定云云，洵無可採。

㈡被上訴人依系爭契約第26條第3項之約定，將上訴人已繳付之第1、2期款項、遲延利息及履約保證金沒收，除其中第1、2期款性質為懲罰性違約金為兩造所不爭執外，其餘遲延利息、履約保證金是否為違約金？若是，其性質究為懲罰性違約金或損害賠償預定性違約金？得否依民法第252條予以酌減？其酌減比例為何？

1.系爭契約第26條第3項有關「上訴人違約時，被上訴人得沒收上訴人支付之款項及履約保證金」之約定，其中被上訴人沒收之第1、2期款及履約保證金之性質，係屬懲罰性違約金之約定：

⑴按「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。」，民法第250條第1、2項定有明文。次按「民法第二百五十條就違約金之性質，區分為損害賠償預定性質之違約金，及懲罰性違約金，前者乃將債務不履行債務人應賠償之數額予以約定，亦即一旦有債務不履行情事發生，債務人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定違約金請求債務人支付，此種違約金於債權人無損害時，不能請求。後者之違約

金係以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，故如債務人未依債之關係所定之債務履行時，債權人無論損害有無，皆得請求，且如有損害時，除懲罰性違約金，更得請求其他損害賠償。」（最高法院83年度台上字第2879號判決意旨參照）。再按「 承攬人交付履約保證金予定作人，係以擔保承攬債務之履行為目的。此項保證金於工程終了或約定之返還期限屆至時，倘無應由承攬人負擔保責任之事由，或扣除承攬人應負擔保責任之賠償金額尚有餘額者，承攬人即因條件成就，得向定作人請求返還。且履約保證金之擔保範圍，或為定作人因承攬人債務不履行事由所生損害之賠償，或充作違約罰，應綜觀契約約定之內容定之」(最高法院110年台上字第3045號判決意旨參照)。

⑵經查:

①系爭契約第26條第3項約定：「如乙方違約時，甲方除得沒收乙方支付之款項及履約保證金（均含利息）外，並得解除或終止本契約收回土地。甲方並得不經催告逕就乙方分得部分或以乙方為全部房屋起造人之房屋，變更起造人名義為甲方，乙方不得異議。…」、第4項約定：「甲方因乙方違約所遭受之損害，乙方應負損害賠償責任。」等語（見原審卷第31頁）。足見系爭契約就上訴人所得請求之違約金與損害賠償，係分列兩項加以約定。

②系爭契約有承攬、互易及買賣性質，約定上訴人須完成合建房屋並銷售，此觀系爭契約第12條係有關「合建房屋之房地互易及交換」之約定，及第14條第2項約定「甲方同意乙方就甲方所分配之房地，以乙方為出賣人辦理銷售。」自明(見原審卷㈠第26、27頁）。另在合建房屋未完成前，若上訴人有違約之情形，被上訴人為免因部分以上訴人為起造人之地上物無法處分，或上訴人所施作未完成之地上物因違約擱置，影響土地價值，第26條第3項乃約定「如乙方違約時，甲方除得沒收乙方支付之款項及履約保證金（均含利息）外，並得解除或終止本契約收回土地。甲方並得不經催告逕就乙方分

得部分或以乙方為全部房屋起造人之房屋，變更起造人名義為甲方，乙方不得異議。若甲方就上述房屋以廢棄物處理時，乙方不得異議並應負擔處理費用。」，系爭契約既約定，上訴人違約時，被上訴人即得沒收履約保證金，可見被上訴人沒收履約保證金之性質，係屬違約罰之性質。且依系爭契約第26條第4項約定「甲方(上訴人)如有違約之情形，乙方(被上訴人)除得沒收已支付之價款及履約保證金充作違約金外，另得請求損害賠償」，益徵系爭契約第26條第3項約定乃屬懲罰性違約金，兩造間始會另有第26條第4項關於損害賠償責任之約定(見上開①)。是除被上訴人所沒收之第1、2期款性質為懲罰性違約金，為兩造所不爭外，另被上訴人沒收之履約保證金，其性質亦屬懲罰性違約金至明。

2.被上訴人依系爭契約第26條第3項沒收之遲延利息4萬2,544元，其性質非懲罰性違約金之約定:

⑴按「若當事人係於發生債務不履行情事後，始約定一方應給付他方一定之金額，以賠償他方所受之損害，既非懲罰金或損害賠償額之預定，自與違約金之性質有間，即不得依上開法條(民法第252條)之規定予以酌減。」(最高法院99年度台上字第1525號裁判意旨參照)。

⑵上訴人因遲延60日支付第2期價款，繳交之遲延利息4萬2,544元〔依合建案各期款明細表（見原審卷㈠第35頁）第2期款上訴人應繳金額806萬2,650元，遲延60日的遲延利息4萬2,544元（806萬2,650×（中華郵政1年期定存利率0.210%+系爭契約第11條第2項前段之約定再加3%）÷365×60=4萬2,544），乃上訴人發生債務不履行（第2期款遲延給付）之後，上訴人所為之給付。至系爭契約第11條第2項前段之約定「遲延利率按中華郵政1年期定存利率加3%計算遲延利息」僅為計算基準。本筆上訴人因遲延給付(債務不履行)後所支付之遲延利息，其性質並非違約金，無從依民法第252條酌減。上訴人主張:遲延利息為期款遲繳時加收之利息，應為期款之一部分且有懲罰之性質，故仍屬懲罰性違約金云云，並無可採。

3.按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準(最高法院79年台上字第1915號判決意旨參照)。經查:

⑴系爭契約屬合建契約，依系爭契約第11條第1項約定，上訴人以總價7,866萬元(見原審卷第25頁），承購被上訴人分得之房地，其付款方式分5期給付等情觀之，可見被上訴人簽訂系爭契約之最終目的，在於取得上訴人按期所支付之款項。

⑵上訴人已給付被上訴人金額第2,000萬6519元，其中787萬元為履約保證金，依系爭契約第5條第2項約定，如上訴人依系爭契約第11條約定付清房地價款及其他應負擔損害賠償相關費用後，被上訴人本應無息返還，故該履約保證金本不列為系爭契約第11條第1項約定買回總價之內。另繳交遲延第2期款之利息4萬2,544元，並非違約金，已如上述，不應酌減。至於其餘款項，本院審酌上訴人於訂約之後，已給付第1期及第2期款共1,209萬3,975元，其已履行部分之金額，佔買回總價7,866萬元之比例約為百分之15(1,209萬3,975元÷7,866萬元≒0.15)，而上訴人僅由詹益源建築師申請都審，未申請建造執照、亦未施工，僅一再要求展期，幾未著手履行系爭契約，讓系爭土地閒置1年餘(兩造於105年1月22日訂約迄106年4月10日被上訴人發函終止契約，見附表編號1及17)，迄系爭契約終止後之同年月26日始取得都審同意備查(見附表編號17、18）等違約情節非輕；另審酌被上訴人曾同意都審期間工期展期90日曆天(如附表編號8)及因上訴人未能依約按期付款所受之損害情形〔被上訴人所受遲延利息金額為5萬1,048元及重新招標差額2,403萬2,000元，合計2,408萬3,048元與買回總價之比例約為百分之31(2,408萬3,048元÷7,866萬元≒0.31)〕，再審酌被上訴人四度發函上訴人請求給付第3期款，上訴人仍未給付之遲延情形，及因被上訴人未能依約按期付款所受之損害情形，上訴人已給付被上

訴人金額2,000萬6519元中，除遲延利息4萬2,544元，其性質非懲罰性違約金，不能酌減外，如被上訴人將其餘1,996萬3,975元違約金全數沒收，亦屬過高，爰依民法第251條、第252條規定，予以酌減百分之30，即予以酌減598萬9,193元（元以下四捨五入），就被酌減之上開金額，被上訴人受領上開違約金之法律上原因即失其存在，則上訴人應得請求返還598萬9,193元。上訴人主張:伊違約情節輕微，本件違約金應酌減至2%云云，並無可採。

㈢前開第1、2期款項、遲延利息、履約保證金，若經法院認定需返還上訴人者，被上訴人主張就重新招標差額2,403萬2,000元、第3期遲延利息5萬1,048元，計為2,408萬3,048元主張抵銷，有無理由？

1.按「違約金如屬懲罰性質者，債務人不履行債務時，債權人除得請求債務人給付此違約金外，尚得請求履行或不履行之損害賠償；而損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應填補債權人所受損害及所失利益」（最高法院93年度台上字第1857號判決意旨參照），系爭契約第26條第4項約定:「甲方因乙方違約所遭受之損害，乙方應負損害賠償責任」(見原審卷第31頁），則被上訴人主張其依系爭契約第26條第4項約定，向上訴人請求因遲延給付第3期款所受遲延利息之損害及系爭契約終止後，被上訴人重新招標所受損害，揆諸上開說明，即屬有據。

2.兩造對於展延90天以後之第3期款付款日期應為106年1月29日，若被上訴人於106年4月10日終止契約，期間日數是72天，第3期款遲延利息為5萬1,048元均不爭執(見兩造不爭執事項㈨），是被上訴人因上訴人遲延支付第3期款，所受遲延利息損害為5萬1,048元。

3.被上訴人主張其因上訴人遲延交付第3期款，終止系爭契約，並重新招標，受有2,403萬2,000元之損害部分:

⑴系爭契約於106年4月10日經被上訴人發函終止後，被上訴人於107年4月19日及同年5月24日兩次重新公開招標，底價均為

5,461萬5,286元（每坪單價8萬3,996元），均無人投標，有土地合建案招標廠商標價表2紙可稽(見本院卷第165、166頁），嗣於107年7月5日以相同底價第3次招標，才由訴外人堃昇建設有限公司(下稱堃昇公司)以5,462萬8,000元得標（見原審卷第97頁），足認被上訴人重新招標後，可得價款減少2,403萬2,000元〔7,866萬元(系爭契約第11條第1項約定上訴人承購之金額)-5,462萬8,000元(堃昇公司標價)=2,403萬2,000元〕，被上訴人主張:伊得向上訴人請求此部分損害之賠償，洵屬有據。

⑵按「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。」、「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」，民法第216條第1、2項定有明文。次按民法第216條第1項所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害。所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。本件被上訴人以上訴人承攬之工程違約未予完成，應另行標建，須多支付如其聲明之酬金，並非謂房屋如已完成可獲轉售之預期利益，因上訴人違約而受損失，是其請求賠償者，顯屬一種積極損害，而非消極損害」(最高法院48年台上字第1934號裁判意旨參照)。再「民法第260條採履行利益賠償主義，認為損害賠償請求權係因債務不履行所發生，屬原債權之變換型態，非因解除權之行使而新發生，條文所稱『不妨礙損害賠償之請求』，即係表明原有之損害賠償請求權，不因契約之解除失其存在。蓋自解除契約之效果而言，於契約有效期間，基於債務所為之給付，均應返還，始能回復契約訂立前之狀態，則契約有效時，基於債務所生之損害，亦應一併賠償，方可達回復原狀之趣旨，民法第二百六十條規定，即係在立法政策上，對於契約之溯及效力，酌加限制，允許當事人得就債務不履行所生損害，請求賠償，亦即在此範圍內，契約之效力仍然存續，是其損害賠償請求權，自不分行使解

除權之當事人抑相對人，均不因契約之解除而失其存在」(最高法院96年度台上字第1204號判決意旨參照)。又「契約之終止，有由當事人合意而終止者，亦有依當事人一方行使終止權而為終止之意思表示者；又當事人一方行使終止權，其終止權之發生原因有依法律規定者，謂之法定終止權，亦有基於當事人約定者，謂之約定終止權。合意終止為契約行為，於合意終止後，當事人間權利義務關係，悉依當事人之約定定之；…倘當事人一方合法行使約定終止權後，當事人間權利義務關係，則取決於契約之約定」(最高法院112年度台上字第652號判決意旨參照）。系爭契約第26條第4項約定「甲方因乙方違約所遭受之損害，乙方應負損害賠償責任」(見原審卷㈠第31頁），本件被上訴人以上訴人未於期限內繳納第3期款，因而依約發函終止系爭契約(見附表編號17)，依上說明，被上訴人自得依系爭契約第26條第4項之約定，請求上訴人賠償損害。上訴人抗辯:「被上訴人終止契約，雙方當事人互負回復原狀之義務，被上訴人重新招標，屬解除權之行使而發生之事實，並不能依民法第260條請求」云云，並無可採。本件被上訴人重新招標之價差損失，係屬上訴人債務不履行所生之積極損害，被上訴人自得於違約罰外另行請求賠償(最高法院94年度台上字第1462號判決參照)。被上訴人主張依民法第263條準用第260條之規定，伊得向上訴人請求系爭土地重新招標後，可得價款減少2,403萬2,000元之損害，洵屬正當。

⑶上訴人雖又抗辯:系爭土地公告現值之漲幅，被上訴人重新招標底價訂定不當云云，惟查:

①系爭契約兼有承攬、互易及買賣性質，是以招標底價，並非以土地市價為唯一考量因素，被上訴人主張:招標底價得先查估計算得銷售房地總金額，及土地、建物之開發成本，得出投資權益比例，另計算營業稅用房地比，扣除營業稅後，被上訴人可分得實收底價，再反推地價，作為招標底價等語，並提出被上訴人107年3月6日所附「107年2月董事會議討論

案-營建土地合建案摘要表」、「土地合建效益分析」、「基地 位置暨行政區位示意圖」、「被上訴人鄰近土地使用現況表」、「市場調查表」、「市調案彙整表」、「地籍圖」、「規劃配置圖」、「107 年度行政院主計總處編列之一般房屋建築費標準表」、「現況照片」為據(見本院卷第259至278頁），經核並無不合，應可採信。

②次查:107年間被上訴人查估系爭土地市價每坪約7萬5,000元（見本院卷第262頁），較系爭契約招標資料104年間被上訴人查估系爭土地市價每坪約7萬元（見本院卷第281至282）為高，但因建築成本增幅大於地價漲幅，使得計算投資權益比例，104年土地占比37.80%(見本院卷第284頁），107年間土地占比卻降為34.40%（見本院卷第265頁），而按投資權益比推算被上訴人可分得實收底價，再反推投標底價的結果，始出現底價由104年每坪86,500元降為107年每坪84,000元(見本院卷第284、265頁），益徵被上訴人非單以土地市價作為唯一訂定招標底價之依據，則上訴人執系爭土地公告現值漲幅，據以主張被重新招標底價訂定不當，並無可採。

③被上訴人經董事會決議核定招標底價(見本院卷第281至282頁），將招標公告於相關不動產開發通路公示(見本院卷第279、259頁），然重新招標仍經2次流標(見本院卷第165至166頁）後，第3次招標才有廠商以5,462萬8000元投標（見原審卷第97頁），足見被上訴人並無刻意壓低底價情事，其重新招標底價、決標價格均符合當時土地開發價格。

⑷被上訴人主張受有遲延利息5萬1,048元，及重新招標後，可得價款減少2,403萬2,000元，合計為2,408萬3,048元之損害，並以此與上訴人前開請求返還之違約金598萬9,193元為抵銷，經抵銷後被上訴人已無返還之義務。

㈣被上訴人抵銷如有理由，而抵銷後仍有餘額，應返還上訴人之金額，利息起算日究應自起訴狀繕本送達翌日起算，或自本件判決確定翌日起算？

末按「當事人約定之違約金過高，經法院酌減至相當之數額而為判決確定者，就該酌減之數額部分，如債務人已先為非出於自由意思之任意給付，自得依不當得利法律關係請求債權人返還。此項返還請求權原具有賠償債務人所受損害之性質，應認於法院判決確定時，其請求權始告發生，並於斯時屆其清償期，方符酌減違約金所生形成力之原意」(最高法院97年度台上字第1078號判決意旨參照）。故本件違約金經酌減後，上訴人對被上訴人得依不當得利法律關係請求債權人返還，其利息起算日應自法院判決確定翌日起算。惟本件被上訴人主張因上訴人違約受有2,408萬3,048元之損害與上訴人前開請求返還之違約金598萬9,193元為抵銷，經抵銷後已無餘額，則其利息起算日究應自起訴狀繕本送達翌日起算，或自本件判決確定翌日起算乙節，自可不論。

六、綜上所述，上訴人依民法第226條第1項、第251條、第179之規定及系爭契約第26條第2項之約定，請求被上訴人應給付2,000萬6,519元，及自106年4月10日(系爭契約終止日)起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，所持理由雖與本院不同，惟結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第2項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　113　　年　　4　　月　　24　　日

民事第一庭　　審判長法　官　王金龍

法　官　劉秀君

法　官　孫玉文

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（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；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。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　　113　　年　　4　　月　　24　　日

書記官　鄭鈺瓊

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附表:

編號	日期	證據名稱	內 容	出處
1	105.01.22	簽訂合作興建房屋契約書	契約關係存在	原審卷第21-32頁
2	105.01.22	繳交履約保證金787萬元		兩造不爭執
3	105.02.01	繳交第一期款		兩造不爭執

		403萬1325元		
3-1	105.02.15	昇晃公司105.02.15昇業字第000000000號函檢送嘉義縣○○市○○○段000地號土地合建案開發計畫書	上訴人依系爭契約第7條約定提交被上訴人，其中財務計畫內容記載：履約保證金及各期款總額80%由本公司自有資金籌措支付，20%由銷售自備款支付。	原審卷第96頁
4	105.08.02	繳交第二期款		兩造不爭執
5	105.08.02	兩造於都市設計審議委託書上用印	委託詹益源全權代表被上訴人辦理「嘉義縣○○市○○○段000地號土地集合住宅新建工程」一切手續事宜。	原審卷㈠第43-45頁
5-1	105.08.02	兩造於都市設計審議申請書與委託書用印申請書	上訴人交付「都市設計審議申請書及委託書」（一審卷第43頁）給被上訴人，申請用印。	原審卷第89頁
5-2	105.08.04	上訴人領取都市設計審議申請書與委託書證明書	上訴人所屬人員劉成瀚取回被上訴人完成用印「都市設計審議申請書及委託書」。	原審卷㈠第90頁
6	105.08.31	詹益源建築師事	檢送「嘉義縣○	原審卷第91

		務所發出詹字第0000000號函	○市○○○段000地號土地集合住宅新建工程」都市設計供嘉義縣政府審查。	頁
7	105.09.08	昇晃公司發出昇建字第0000000000號函(申請展延工期180日)	兩造興建「嘉義縣○○市○○○段000地號」土地合建案，因本案需經都市設計審議。審查程序核准後，始能申請建造執照，無法依約規定期限內取得建照，懇請同意展延工期180天。	原審卷第165頁
8	105.09.19	台糖公司發出雲嘉土開二字第0000000000號函(函覆僅同意展延工期90日)	說明二、本案因需要都市審議，貴公司已於105年8月31日向嘉義縣政府掛件申請都市設計審議，都審審議期間同意先行展延工期90日曆天，未到期款亦隨之順延，都審核計天數俟本案正式通過都審後，再依合建契約書第二十一條第三款規定，據實以書面向本	原審卷第169頁

			公司申請延長期限。	
9	105.10.11	嘉義縣政府發出府經城字第0000000000號函	檢送都市設計審議委員會105年度第7次審查會會議紀錄	原審卷第47頁
10	106.01.17	台灣糖業股份有限公司雲嘉區處發出雲嘉土開二字第0000000000號函 (催繳第三期款)	「嘉義縣○○市○○○段000地號」土地合建案，第3期款806萬2,650元整(含稅)，應於106年1月29日前繳納，因適逢農曆春節延至於106年2月2日前繳納。	原審卷第37頁
11	106.02.09	台灣糖業股份有限公司雲嘉區處發出雲嘉土開二字第0000000000號函 (催繳第三期款)	「嘉義縣○○市○○○段000地號」土地合建案，第三期款806萬2,650元整（含稅），應於106年2月2日前繳納，迄今尚未繳納，請儘速繳納。	原審卷第119頁
12	106.03.03	台灣糖業股份有限公司雲嘉區處發出雲嘉土開二字第0000000000號函 (催繳第三期款)	「嘉義縣○○市○○○段000地號」土地合建案，第三期款806萬2,650元整（含稅），應於106年2月2日前繳納，	原審卷第120頁

			迄今尚未繳納，請儘速繳納。	
13	106.03.16	台灣糖業股份有限公司雲嘉區處發出雲嘉土開二字第0000000000號函 (催繳第三期款)	「嘉義縣○○市○○○段000地號」土地合建案，第三期款806萬2,650元整（含稅），應於106年2月2日前繳納，迄今尚未繳納，如逾期超過60日仍不履行時，本公司得依本契約第26條之規定違約處理	原審卷第121頁
14	106.03.22	台灣糖業股份有限公司雲嘉區處發出函 (催繳第三期款)	「嘉義縣○○市○○○段000地號」土地合建案，第三期款806萬2,650元整（含稅），應於106年2月2日前繳納，迄今尚未繳納，如逾期超過60日仍不履行時，本公司得依本契約第26條之規定違約處理	原審卷第123頁
15	106.03.31	昇晃公司發出昇建字第0000000000號函 (請求被上訴人公司延展支付第三	有關上訴人與被上訴人合作興建「嘉義縣○○市○○○段000地號」土地合建	原審卷第39頁

		期款期限至106年4月16日）	案，因本案經都市設計審議會決議，需補正審查資料確認後，始能申請建造執照。故無法依約規定期限內取得建照，懇請同意展延第三期款支付期限至106年4月16日	
16	106.03.31	詹益源建築師事務所發出詹字第0000000號函	檢送「嘉義縣○○市○○○段000地號土地集合住宅新建工程」都市設計審議報告書	原審卷第53頁
17	106.04.10	台灣糖業股份有限公司雲嘉區處發出雲嘉土開二字第0000000000號函	「太保市○○○段000地號」土地合建案，上訴人要求申請展延第3期款繳款期限至4月16日，因逾越契約規定，歉難同意，且上訴人於106年4月2日前仍未繳納第3～4期款及延遲利息（如附件），依契約第11條第2款暨第26條規定，除沒收已支付之第1-2期款、遲延	原審卷第33頁

			利息及履約保證金（均含利息）外，並終止契約收回土地	
18	106.04.26	嘉義縣政府發出府經城字第0000000000號函	詹益源事務所代辦上訴人及被上訴人申請於本縣○○市○○○段000地號土地集合住宅新建工程案，所送都市設計審議報告書圖，經審查結果同意備查	原審卷第55頁