臺灣高等法院民事判決

105年度重上字第34號

上　訴　人　曾福鄉
　　周銘霆
　　陸志騫
　　黃明宗
　　林淑惠
　　周嘉儀
　　徐瑞芬
　　李明德
　　巫曼文
　　李福壽
　　王芷翎
　　孫佩山
　　林昭武
　　高秋霞
　　陳增武
　　鄭敬真
　　陳李美珠
　　李仰高
　　郭永為
　　郭衣玲
　　高錫樵
　　姚吳麗玲
　　張本中
　　何嘉雯
共　　同
訴訟代理人　黃淑芬律師
　　洪銘徽律師
被 上訴 人　肯仲建設股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　曾景祺

000000000000000000

被 上訴 人　曾信妹

000000000000000000

共　　同

訴訟代理人　林雅芬律師

　　王龍寬律師

　　陳威韶律師

上列當事人間請求返還不當得利等事件，上訴人對於中華民國104年10月28日臺灣新北地方法院103年度重訴字第467號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於108年7月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及追加之訴及假執行之聲請均駁回。

第二審訴訟費用（含追加之訴）由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。本件上訴人在原審依民法第179條前段、第182條第2項、第354條、第359條、第360條、第227條第1項、第184條第1項、第185條第1項、第213條第2項等規定，請求被上訴人連帶給付上訴人如上訴人104年7月9日民事準備書（五）狀附件1項次11所示之金額，及法定遲延利息（見原審卷五第23頁至第31頁）。嗣於上訴人上訴後，追加依不真正連帶關係為請求（見本院卷一第214-215頁），經核請求權基礎相同（見本院卷三第218頁），並均係兩造買賣契約所衍生之爭執，與民事訴訟法第446條第1項但書及第255條第1項第2款規定相符，應予准許，合先敘明。

二、次按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但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255條第1項第3款定有明文。又第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255條第1項第2款至第6款情形，不在此限，亦為同法第446條第1項所明定。本件上訴人於原審起訴請求被上訴人（連帶）賠償金額合計新臺幣（下同）1億631萬9,069元本息，嗣於本院減縮請求合計1億263萬1,064元本息（見本院卷三第107頁），核屬就損害賠償數額為減縮之聲明，依據首揭規定，亦應准許，附此敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：被上訴人肯仲建設股份有限公司（下稱肯仲公司）在座落新北市○○區○○段000○000○0○地號土地（下稱系爭土地）上興建「中興馥」大樓，被上訴人曾信妹（下稱曾信妹，與肯仲公司合稱被上訴人）為系爭土地所有權人，上訴人曾福鄉、周銘霆、陸志騫、黃明宗、林淑惠、周嘉儀、徐瑞芬、李明德、巫曼文、李福壽、王芷翎等（下稱曾福鄉等11人）及上訴人姚吳麗玲、張本中、何嘉雯等（下稱姚吳麗玲等3人）前手即訴外人柯浩明、陳鵬文、藍國榮（下稱柯浩明等3人）於大樓預售期間分別與被上訴人肯仲公司、曾信妹簽訂「房屋預定買賣契約書」、「土地預定買賣契約書」；上訴人孫佩山、林昭武、高秋霞、陳增武、鄭敬真、陳李美珠、李仰高、郭永為、郭衣玲、高錫樵等（下稱孫佩山等10人）於大樓完工後分別與被上訴人肯仲公司及曾信妹簽訂「房屋買賣契約書」、「土地買賣契約書」，而購買系爭大樓房地及車位（房屋門牌號碼、房屋坪數、房屋價金、土地價金車位編號、車位價金詳如附表所示）。又本件房屋（預定）買賣契約第1條第2項規定「…汽車停車位面積…含車道及其他必要空間」、第3條第2項第2款㈠規定「…全棟公設：包括…防空避難室部分（未作汽車停車位部分）…」（即俗稱「大公面積」），故建物大公面積不應包括車道及汽車停車位必要空間。故依上揭規定計

算，每個汽車停車位面積應為11.9609坪，惟被上訴人實際交付之汽車停車位面積僅有7坪餘，可知被上訴人係將應屬汽車停車位面積登記為建物公設面積，藉以不法虛灌建物公設面積，而向上訴人超收買賣價金，合計1億263萬1,064元（虛灌坪數面積、超收買賣價金計算式及數額詳如附表所示）。又柯浩明等3人已將對被上訴人基於買賣契約之權利義務讓與上訴人姚吳麗玲等3人，則上訴人自得依物之瑕疵擔保、不完全給付、不當得利及侵權行為之法律關係求償。爰依民法第354條、第359條、第360條、第227條第1項、第179條前段、第184條第1項、第185條第1項、第213條第2項等規定，先位之訴求為命被上訴人連帶給付上訴人各人如附表項次11欄位所示之金額，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。如認被上訴人不負連帶責任，則以備位之訴求為命被上訴人肯仲公司、曾信妹給付上訴人各人如附表項次11欄位所示之金額，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，如任一被上訴人為一部或全部給付，另一被上訴人就其履行之範圍內免除給付責任。並均陳明願提供擔保，請准宣告假執行（原審駁回上訴人逾上開請求部分，上訴人未聲明不服，已告確定，不在本件審理範圍）。

二、被上訴人則以：本件買賣契約既未明示被上訴人須負連帶債務責任，且無法律規定，則上訴人請求被上訴人為連帶給付，顯然無據。本件關於預售屋買賣部分，「房屋預定買賣契約書」第1條第2項約定每1個汽車停車位約7坪，而被上訴人已依約交付；而該條項固約定汽車停車位含車道及其他必要空間，惟依臺北市建築師公會鑑定報告及鑑定人江星仁證詞可知，車道空間雖為車位必要空間，惟亦得為公共設施必要空間。預定買賣契約將該空間部分登記為汽車停車位面積，部分登記為公設面積，並將「主建物、附屬建物、共用部分及汽車停車位」各項面積清楚明確記載於「房屋預定買賣契約書」第2條、第1條第3項，且經上訴人合理審閱無

誤，自不容上訴人再事後翻易。上訴人主張被上訴人應負物之瑕疵擔保、不完全給付、侵權行為或不當得利責任云云，均無可取。本件關於成屋買賣部分，「房屋買賣契約書」第1條係以建物所有權狀影本為附件，並以建物所有權狀移轉登記為約定，更無上訴人所稱將汽車停車位面積列入建物共用面積，虛灌建物公設坪數、超收買賣價金可言。況本件建物完工交屋迄今已逾2年，縱有物之瑕疵，依民法第356條規定，應認上訴人已承認所受領之物，而不得再主張瑕疵擔保責任。且上訴人孫佩山等10人及姚吳麗玲等3人係成屋買賣，均約定現狀交付，無不完全給付可言。而柯浩明等3人縱將對被上訴人基於買賣契約之權利義務讓與上訴人姚吳麗玲等3人，惟未經被上訴人承認，上訴人姚吳麗玲等3人亦不得據以對被上訴人主張任何契約權利等語置辯，並答辯聲明：上訴駁回，如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、經查，上訴人主張：被上訴人肯仲公司在系爭土地上興建「中興馥」大樓，被上訴人曾信妹為系爭土地所有權人，上訴人曾福鄉等11人及上訴人姚吳麗玲等3人前手即柯浩明等3人於大樓預售期間分別與被上訴人肯仲公司、曾信妹簽訂「房屋預定買賣契約書」、「土地預定買賣契約書」；上訴人孫佩山等10人於大樓完工後分別與被上訴人肯仲公司及曾信妹簽訂「房屋買賣契約書」、「土地買賣契約書」，而購買該大樓房地、車位（房屋門牌號碼、房屋坪數、房屋價金、土地價金車位編號、車位價金詳如附表所示）等情，有房屋預定買賣契約書、土地預定買賣契約書、房屋買賣契約書、土地買賣契約書在卷足稽，且為被上訴人所不爭執（見本院卷一第54頁背面），堪信真實。

四、上訴人又主張：被上訴人將應屬汽車停車位面積登記為建物公設面積，不法提高建物公設面積，而有建物公設面積短少，不法向上訴人超收買賣價金，致上訴人受有損害，故被上訴人應負物之瑕疵擔保、不完全給付、不當得利及侵權行

為責任云云，則為被上訴人所否認，並以前詞置辯，經查：

㈠被上訴人不負物之瑕疵擔保責任上訴人主張：上訴人所購買之房屋（含主建物、附屬建物及共用部分）及汽車停車位，因被上訴人將應屬汽車停車位面積登記為建物共用面積，致建物共用面積短少，造成實際得使用之面積減少，依通常交易習慣及當事人之意思及使用目的，自足使房屋之價值、效用及品質欠缺，而構成瑕疵給付。且此瑕疵足以影響上訴人購買意願，故得依民法第359條請求減少價金。且虛灌坪數係被上訴人故意不告知，則買受人即上訴人得依民法第360條請求不履行之損害賠償云云，茲查：

1.按物之出賣人對於買受人，應擔保其物依民法第373條之規定危險移轉於買受人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵，民法第354條定有明文。同法第359條並規定：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金」；同法第360條另規定：「買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償；出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同」。而所謂物之瑕疵係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵，且不以物質上應具備者為限。若出賣特定物其所含數量短少，足使物之價值、效用或品質有所欠缺者，亦屬之（最高法院73年台上字第1173號判例意旨參照）。茲就本件預售屋買賣及成屋買賣分述如下：

2.本件預售屋買賣部分：

⑴經審視房屋預定買賣契約（以上訴人曾福鄉為例，見原審卷一第64-67頁）第2條第1項、第2項規定：「房屋出售面積及認定標準：一、房屋面積，本戶房屋面積共計約…。包含：1、主建物面積計約…坪。2、附屬建物面

積計約…坪。3、共用部分面積計約…坪」、「二、購買汽車停車位者，其車位產權登記依地政機關之有關規定辦理」；第1條第2項約定：「二、汽車位部分：甲方（如以上訴人曾福鄉為例）購買之汽車停車位…貳個…本汽車停車位面積約14坪…」。則依上揭規定可知，上訴人購買系爭建物可略區分為主建物面積、附屬建物面積、共用部分面積及汽車停車位面積，並約定面積約若干；汽車停車位面積亦約定每1個約7坪，但實際坪數以地政機關最後登記之坪數為準。本案興建完成後，上訴人取得房屋共用部分面積除上訴人陸志騫、孫佩山外（面積略少，且被上訴人已退費），其餘均較房屋預定買賣契約書所約定之面積為高；而汽車停車位經地政機關登記為23.45平方公尺，經換算為7.09坪。堪認被上訴人出賣上訴人曾福鄉等11人及柯浩明等3人（即上訴人姚吳麗玲等3人前手）之房屋共用部分並無面積短少，存在足使物之價值、效用或品質有所欠缺之瑕疵。

⑵上訴人雖謂：房屋預定買賣契約第1條第2項規定停車位，包含停車格、車道及其他必要空間；第3條第2項第2款規定有關地下一層「防空避難室（未作汽車停車位部分）」（即俗稱「大公面積」），大樓大公面積應不包括車道及汽車停車位必要空間。大樓地下室總面積為3,162.44平方公尺，實際上大公面積為434.17平方公尺，總停車位面積應為2,728.27平方公尺（計算式：3162.44－434.17＝2,728.27），經換算約為825.3017坪，而大樓共有69個汽車停車位，依此計算，每個汽車停車位面積應為11.9609坪（計算式：825.3017÷69＝11.9609），惟實際每個汽車停車位面積僅有7坪餘，可知被上訴人已將應屬汽車停車位面積登記為建物公設面積，藉以不法虛灌建物公設面積云云，惟查：

①房屋預定買賣契約第2條第2項除規定汽車停車位面積1個為約7坪外，另記載「…汽車停車位面積…含車道

及其他必要空間」、第3條第2項第2款規定：「2.全棟公設：㈠房屋之全棟公設共用部分包括：地下一、二、三、四層之樓梯間、梯廳、電梯間、管道間、機械室、發電機室、台電配電室、污水機房、水箱、消防泵浦室、供管委會使用設備空間、防空避難室（未作停車位部分）及其他公共設施之必要空間、屋頂突出物及必要空間（含樓梯間、機房、水箱等）。㈡一樓扣除A1、A2一般零售業店面二戶面積外，其餘之面積，包含車道口緩衝空間、防災中心、樓梯間、梯廳及電梯間、供管委會使用設備空間等公共設施之必要空間」（見原審卷一第65頁）。則被上訴人出賣之房屋共用面積，即應符合上揭約定，而不得有短少，致欠缺物之價值、效用或品質。

②本件大樓汽車停車位共69個，大樓地下一樓至四樓每層樓總面積為790.61平方公尺，四層合計為3,162.44平方公尺，地下一層將車道兼為防空避難室使用，此為兩造所不爭執（見本院卷一第54頁背面之兩造不爭執之事項第七至九項）。被上訴人主張其大樓竣工交屋及產權登記時，其憑以計算建物共用部面積及汽車停車位面積之地下一至四層共用部分各項目面積，業據提出附圖為憑（見本院卷一第196-197頁），本院嗣依上訴人聲請囑託臺北市建築師公會就本件大樓地下一至四層共用部分各項目面積為鑑定，經鑑定人到場實際會勘，並依建物登記謄本、建物測量成果圖、使用執照圖等完成鑑定，有鑑定報告足參。鑑定人江星仁建築師並到院證稱：「當時鑑定時總面積依據地政事務所之標示面積，鑑定報告地下一層編號(1)至(9)因為計算面積比較明確，但是其他有些零碎，不明用途面積，在我鑑定報告中均被歸類為零碎且用途不明的空間，所以就標示於在鑑定報告編號(10)『未作汽車停車位部分』的空間。但我認為車道應該是全

體住戶可以共同通行的，類似樓梯間的概念，早年有將樓梯間劃歸給各該層住戶，結果就有住戶認為是屬於自己的所以就封閉起來，所以後來觀念就改變了，認為應該屬大家的，以避免有住戶將之封閉起來。現在登記實務，車道都屬於公共的而非屬個人所有」、「大樓地下二、三、四層因為圖面上沒有標示防空避難室，所以地下二層、三層編號(6)及地下四層編號(8)歸為其他公共設施之必要空間。以地下四層為例，有水箱、污水機房等等，都已經標示公共設施的空間，這些可能須要維修，所以他就是公共設施必須維修所需之空間，因為可能車子或人須要經過這些空間，所以我們稱為其他公共設施必要空間。這是車位的必要空間，也是其他公共設施的必要空間。依系爭建物地下二層之測量成果圖，此樓層並無其他如污水機房、水箱等公共設施，且標示為『地下二層停車空間』，故將車道、汽車迴轉空間歸類於鑑定報告地下二層編號⑹範圍。但有些公共設施，如我要通往地下四層就有可能成為非做車位的必要空間」、「又竣工圖是承造人依據建造執照圖施工完成後，向建築主管機關申請竣工的圖說。從竣工圖來看，地下一層記載『防空避難室兼停車空間』、地下二層至地下四層記載『停車空間』，惟並非表示除樓梯間、電梯間、管道間、緊急升降機、排煙室、發電機室、台電配電場所、電錶區、電信機房、污水機房、水箱及消防泵浦室之外，其餘部分即屬供停車空間使用。如地下二層FAN風扇部份，應該是屬於大家的，佔用面積的地方，並非停車空間。地下四層41車位的上方…地下三樓也有砌一些牆壁，這些空間都非屬供停車位空間，地下二至四層還有樓梯間、電梯間的公共空間，但因為主要是做停車用，所以就標示為停車空間」、「標示停車空間的意思，並不是只能做停車使用，只是可

做停車使用」、「風扇也不全然是主要供地下一至四層汽車使用者使用，因為地下一層做防空避難室使用，而防空避難室屬於全體住戶使用。地下室的空氣會因為樓梯間也會影響到住戶，因此這設備應該是共享的」等語（見本院卷二第247-249頁）。從而，勾稽鑑定報告結論（見該報告第9-19頁）及鑑定人證詞可知，被上訴人附圖除「車旁面積」部分（鑑定人劃歸「防空避難室（標示停車空間，未作汽車停車部分）、被上訴人劃歸「停車位必要空間」）外其餘均相同，另審酌被上訴人於本大樓竣工交屋，依附圖所示地下一至四層共用部分各項目面積，計算汽車停車位面積為登記，並取得建物之建築執照、使用執照。堪認被上訴人主張依附圖計算建物共用部分面積、汽車停車位面積於法尚無不合。上訴人主張：被上訴人將應屬汽車停車位面積登記為建物公設面積，汽車停車位面積不應僅有7坪而係11.9609坪，本件建物公設面積短少，而有物之瑕疵云云，即嫌無據。

③上訴人主張：本件為定型化契約，應作有利於消費者之解釋，房屋預定買賣契約第1條第2項「汽車停車位面積乙個約7坪」規定，造成對於上訴人等有重大不利益及顯失公平且違反誠信原則之情，依民法第247條之1及消費者保護法第12條第1項、第2項規定，應屬無效云云，按「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者」，民法第247條之1固有明文。惟「定型化契約之條款，因違反誠信原則，顯失公平而無效者，應以契約當事人之一方於訂約當時，處於無從選擇締約對象或無拒絕

締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定者始足當之」（最高法院著有100年度台上字第1635號判決意旨參照），查上訴人於簽訂房屋預定買賣契約前攜回5天以上逐條審閱契約條款完畢，已充分瞭解契約內容無誤後始完成簽約，此有房屋預定買賣契約書足考。且上訴人如認系爭預售屋契約之相關條款對其不利亦可拒絕簽約或提出質疑，另審酌上訴人簽約當時，亦非處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況，則難謂房屋預定買賣契約第1條第2項規定有重大不利益、顯失公平、違反誠信原則情事，而無效。再者，房屋預定買賣契約明確規定主建物、附屬建物、共用部分及汽車停車位等各項面積，而被上訴人就上開空間規劃亦無違反相關建築法規，上訴人就上開契約條款亦無疑義，則無必要再依消費者保護法第11條第2項規定，作有利於消費者之解釋。

⑶況按「當事人之一方將其因契約所生之權利義務，概括的讓與第三人承受者，係屬契約承擔，與單純的債權讓與不同，非經他方之承認，對他方不生效力」（最高法院著有73年台上字第1573號判例意旨參照），是以概括讓與契約之權利義務予第三人承受，係屬契約承擔，並非債權讓與，應得他方承認始對他方發生效力。本件上訴人姚吳麗玲等3人主張其等各以轉讓協議書，取得系爭建物之前手柯浩明等3人與被上訴人間就系爭預售屋契約之一切權利義務，惟上開概括讓與契約未經被上訴人承認，對被上訴人不生效力，是上訴人姚吳麗玲等3人逕依轉讓協議書對被上訴人主張物之瑕疵擔保責任，亦屬無據。

3.本件成屋買賣部分：

⑴房屋買賣契約第1條規定：「買賣標的：…建物坐落：新北市新店區順安段，建號…汽車停車位壹位…本契約標的標示、面積、用途及權利範圍依(附件一)權狀影本

所載為準」，準此，系爭建物成屋買賣部分，締約時係以建物所有權狀為附件，並依建物所有權狀移轉登記。堪認被上訴人銷售時與上訴人核對建物之權狀或謄本登記情形，兩造就房屋主建物、附屬建物及共有部分面積已達成意思合致，而被上訴人並依建物所有權狀移轉登記完畢，被上訴人出賣之標的並無滅失或減少其價值、通常效用或契約預定效用之瑕疵。

⑵本件被上訴人依附圖計算建物共用部分面積、汽車停車位面積於法並無不合，已如前述。上訴人主張：本件買賣標的有建物公設面積短少之瑕疵云云，亦乏所據。

4.綜上，被上訴人出賣之建物並無公設面積短少，而有買賣標的違反契約預定效用之瑕疵，上訴人主張：被上訴人應負物之瑕疵擔保責任，為無理由。

5.況按買受人應按物之性質，依通常程序從速檢查其所受領之物。如發見有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時，應即通知出賣人。買受人怠於為前項之通知者，除依通常之檢查不能發見之瑕疵外，視為承認其所受領之物，民法第356條第1項、第2項定有明文。本件房屋（預定）買賣契約均明確規定主建物、附屬建物、共用部分及汽車停車位等各項面積，堪認被上訴人應無故意不告知本件共用部分面積情事，而被上訴人出賣本件標的，分別於99年12月31日及101年12月17日辦理交屋，並將上訴人各自購買之建物、土地所有權狀交付予上訴人收執，此有交屋明細單在卷可證（見原審卷一第351、354、357頁、原審卷四第119、122、125、128、131、135、138、140、143、147、150、153、156、159、162、212、215、219、222、225、228、231、234、237、240頁），而上訴人係迄至103年5月27日始主張被上訴人應負物之瑕疵擔保責任云云（見原審卷一第3頁之民事起訴狀原審收狀戳），揆諸前開說明，縱認建物有公設面積短少之瑕疵，亦因上訴人怠於通知而視為承認其所受領之物，而不得再請求被上

訴人負瑕疵擔保責任。

㈡被上訴人不負不完全給付責任

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。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償，民法第227條定有明文。

2.上訴人主張：被上訴人將應屬停車位空間之面積灌水至公設面積，導致共用面積不足，應屬可歸責於被上訴人，自得依民法第227條第1項、民法第226條第1項規定，請求債務不履行之損害賠償云云，惟本件被上訴人依附圖計算建物公設面積、汽車停車位面積於法並無不合，本件建物公設面積並無短少，既經認定，堪認被上訴人已依債之本旨提出給付。上訴人主張：被上訴人提出之建物公設面積不足，給付並不完全云云，即乏所據。

3.按所謂給付應係基於債務人履行債務之意思而為之者，始足當之。而所謂不完全給付，係指債務人雖為給付，惟給付之內容並不符合債務本旨，違反信義與衡平之原則而言。又物之瑕疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，其法律性質、構成要件及規範功能各不相同。出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，始構成不完全給付之債務不履行責任（最高法院104年度台上字第418號判決、最高法院77年度第7次民事庭會議決議參照）。故給付如以交付特定物為標的者，債務人應以契約成立時雙方約定之現狀交付之，苟以約定現狀交付之，即屬依債務本旨而為交付，即不構成不完全給付（最高法院101年度台上字第1898號判決意旨參照），故特定物之買賣，該特定物於契約成立時，即有瑕疵存在，苟以現狀交付之，仍屬依債務本旨而為給付，而不構成不完全給付。本件上訴人孫佩山等10人及上訴人姚吳麗玲等3人均係購買成屋，渠

等買受房屋時已有建物所有權狀及建物謄本足參，是縱有建物公設面積不足情事，亦於契約成立時已存在，自不構成不完全給付。

4.再者，上訴人姚吳麗玲等3人與前手柯浩明等3人間之轉讓協議書對被上訴人不生效力，業如前述，上訴人姚吳麗玲等3人逕對被上訴人主張不完全給付賠償責任，亦屬無據。

㈢被上訴人不負返還不當得利責任

1.按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益，民法第179條前段定有明文。

2.上訴人主張：上訴人被虛灌大公面積坪數以及損失金額如本書狀附表所載，而被上訴人於受領上訴人此部分款項時，明知無法律上原因，上訴人得依不當得利之規定請求被上訴人返還云云，惟被上訴人已依債之本旨提出給付，建物公設面積並無短少，且上訴人姚吳麗玲等3人與前手柯浩明等3人間之轉讓協議書對被上訴人不生效力各節，既如前述，則上訴人據此主張被上訴人受有不當得利云云，殊無足取。

㈣被上訴人不負侵權行為損害賠償責任

1.按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同，民法第184條第1項定有明文。

2.上訴人主張：被上訴人基於不法所有之犯意聯絡，明知停車位面積與共用部分面積並不相同，然其竟將原應登記屬於地下樓層車位面積，登記為公設面積，由上訴人及全體住戶分擔，藉此提高公設比例，使上訴人等住戶所購買之坪數虛增，被上訴人等非但隱瞞此等訊息且積極行使詐術，刻意將地下室公設空間與停車位空間登記為同一建號，故上訴人等人從所有權狀上僅能得知「公設空間」與「停車空間」之總面積及自己的持份比例，卻無從得知全社區公設總面積的正確數字，致使上訴人等人陷於錯誤，

誤認各承購戶所分攤之系爭房地之共用部分不含停車位面積，額外支付房地買賣價金，被上訴人所為，核屬故意不法侵害他人財產權之侵權行為，上訴人得依民法第184條第1項前段請求被上訴人負損害賠償責任。又被上訴人係以誇大不實之契約內容，誘使上訴人等人與之簽約，事後發現房屋坪數嚴重短少，亦屬故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人，從而上訴人亦得依民法第184條第1項後段請求被上訴人負損害賠償責任；則依民法第185條之規定，被上訴人等應連帶負損害賠償責任云云，惟被上訴人依附圖計算建物共用部分面積、汽車停車位面積於法無不合，其出賣之建物公設面積並無短少，且上訴人姚吳麗玲等3人與前手柯浩明等3人間之轉讓協議書對被上訴人不生效力，業如前述，則上訴人主張：被上訴人施用詐術，使上訴人等人陷於錯誤，額外支付（虛灌公設坪數）買賣價金云云，難謂有據。又本件房屋（預定）買賣契約既將「主建物、附屬建物、共用部分及汽車停車位」各項面積明確約定，被上訴人乃依約為移轉登記，亦無契約內容誇大不實之情，上訴人執此主張被上訴人有故意以背於善良風俗之方法，加損害於上訴人云云，為無可採。

3.末查，上訴人曾福鄉、周銘霆、陸志騫、黃明宗、林淑惠、周嘉儀、徐瑞芬、李明德、巫曼文、李福壽、孫佩山與原審共同原告何大成、韓敏、劉美伶、許庭文共同對被上訴人曾信妹及肯仲公司法定代理人曾景祺提出詐欺告訴，主張：本件被上訴人將應屬汽車停車位面積登記為建物公設面積，不法虛灌建物公設面積，向其等詐騙買賣價金，經檢察官偵查終結後，亦認被上訴人「建物共同使用部分之規劃，各有其設置目的，其範圍項目之多寡，是否必要合理，因消費者之需求而異，且以不動產交易價值通常較高，及共同使用部分非得專有專用之性質以觀，消費者於買賣前，就共同使用部分占建物產權之面積比例，通常會詳予審酌始為交易決定。告訴人簽訂前開房屋買賣契

約書、預定買賣契約轉讓協議書之共用部分之面積，與肯仲公司於事後登記予上訴人之車位、主建物、附屬建物、共用部分等之面積與房屋預定買賣契約書上之車位、主建物、附屬建物、共用部分之面積並無不符一情，亦經告訴代理人李兆環律師自陳在卷」，故認曾信妹及曾景祺並無詐欺犯行，而予以處分不起訴確定，有不起訴處分書在卷足憑（見原審卷五第59-62、110-112頁），益證被上訴人並無對上訴人為詐欺之不法行為。

㈤綜上，被上訴人對上訴人不負物之瑕疵擔保、不完全給付、不當得利及侵權行為責任，則上訴人先位主張被上訴人應負連帶賠償責任，或備位主張被上訴人應負不真正連帶賠償責任，均為無理由。

五、綜上所述，上訴人依依民法第354條、第359條、第360條、第227條第1項、第179條前段、第184條第1項、第185條第1項、第213條第2項等規定，先位請求被上訴人連帶給付上訴人各人如附表項次11欄位所示之金額，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並於本院追加備位之訴，請求被上訴人肯仲公司、曾信妹給付上訴人各人如附表項次11欄位所示之金額，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，如任一被上訴人為一部或全部給付，另一被上訴人就其履行之範圍內免除給付責任，均非屬正當，不應准許。從而原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。其追加之訴及假執行之聲請，亦屬無據，併予駁回。

六、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，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴及追加之訴均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　30　　日

民事第五庭

審判長法　官　黃麟倫

法　官　楊雅清

法　官　賴劍毅

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　　108　　年　　7　　月　　30　　日

書記官　林桂玉

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。