臺灣高等法院民事判決

110年度重上更一字第190號

上　訴　人　趙東洲

訴訟代理人　李永然律師
　　陳宜鴻律師
　　翁呈瑋律師
被上訴人　　台灣肥料股份有限公司

法定代理人　黃耀興
訴訟代理人　陳添信律師
　　李宗憲律師
　　陳怡秀律師
　　蕭偉松律師
　　張敦威律師
　　杜英達律師
上　一　人
複 代 理人　林宗諺律師

上列當事人間請求返還買賣價金等事件，上訴人對於中華民國107年11月23日臺灣臺北地方法院106年度重訴字第1017號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於111年12月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於駁回上訴人下列第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣貳仟肆佰壹拾捌萬元，及其中新臺幣壹仟貳佰零玖萬元自民國一０六年六月二十八日起、新臺幣壹仟貳佰零玖萬元自民國一０八年六月一日起，均至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用（均除確定部分外），均由

被上訴人負擔。

本判決所命給付，於上訴人以新臺幣捌佰零陸萬元供擔保後，得假執行；但被上訴人如以新臺幣貳仟肆佰壹拾捌萬元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：伊於民國100年2月24日與被上訴人簽訂房屋土地預定買賣合約書（下稱系爭買賣契約），約定由伊向被上訴人買受「日升月恆」預售建案（下稱系爭建物）之A棟A3戶10樓房屋（下稱系爭10樓房屋）及地下1層編號253、254號停車位暨坐落基地應有部分（下合稱系爭10樓房地），價金為新臺幣（下同）8,060萬元，並已支付2,126萬1,071元。惟系爭10樓房地有如附表一所示之各項瑕疵，同時構成不完全給付，經伊於104年5月24日、104年9月11日驗屋時，要求被上訴人修補如附表一編號1至3所示瑕疵，及於108年2月23日以台北古亭郵件第192號存證信函（下稱108年2月23日存證信函）催告被上訴人修補如附表一編號4至11所示瑕疵，惟被上訴人遲未補正，並於108年5月6日將系爭10樓房地所有權移轉登記予第三人，並已完成交屋，顯已無法履行移轉系爭10樓房地所有權予伊之義務而構成給付不能，伊已於如附表二「解約日期」欄所示日期合法解除系爭買賣契約（解約之日期、依據如附表二所示），即得依系爭買賣契約第26條第2項約定，及民法第259條第1款、第2款規定，請求被上訴人返還價金2,126萬1,071元；並依系爭買賣契約第26條第2項約定，請求被上訴人給付以房地總價15%計算之違約金1,209萬元，或依民法第227條、第231條第1項、第360條、第226條第1項規定，請求被上訴人給付相當於違約金計算標準之損害賠償1,209萬元，並求為命：被上訴人應給付上訴人3,335萬1,071元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；並願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：伊否認系爭房地及系爭建物之公共設施具有

瑕疵，或有不完全給付情事，縱使系爭房地及系爭建物之公共設施具有瑕疵，惟依系爭買賣契約第20條第1項約定之驗收，係就專有部分交付之約定；第20條第3項所稱「交屋」，係指第3條所載之房屋、汽車停車位（不含共有部分），上訴人不得以共有部分或公共設施未完成交付或進行瑕疵修繕或房地有其他瑕疵為由拒絕交屋及繳交應付款項，上訴人於原審起訴時，含糊主張部分公共設施之瑕疵，原審審理時僅主張專有部分地坪之輕微瑕疵，上訴人不得據此解除系爭買賣契約，亦不得以部分公共設施之瑕疵為由拒絕交屋及繳交應付款項；況上訴人行使民法第359條解約權已超過1年除斥期間。伊於104年6月2日以肥資產字第1040000473號函（下稱104年6月2日函），依系爭買賣契約第17條約定通知上訴人於104年6月3日後與伊辦理交屋手續，上訴人即應繳清所有應付未付款（含交屋保留款），及完成包括過戶、辦理貸款、驗收交屋等一切交屋手續，惟上訴人並未遵期辦理，包括銀行貸款、過戶等一切交屋手續均未履行，伊再於105年1月14日以肥土字第10500000030號函（下稱105年1月14日函）通知上訴人於105年1月22日完成驗收交屋，然上訴人仍未於期限內完成驗收及繳納所有應付未付款項，故伊於105年3月9日以台北長春郵局第630號存證信函（下稱105年3月9日存證信函）通知上訴人解除系爭買賣契約，自屬合法有效。退步言，縱認伊前開所為辦理交屋手續之通知未完成合法催告之程序，則伊已於108年2月19日委請律師以台北老松郵局第37號存證信函（下稱108年2月19日存證信函）催告上訴人履行給付應付未付之買賣價金，上訴人於108年2月20日收受後，僅以108年2月23日存證信函告知伊應依約補正原審判決所示系爭10樓房屋各項瑕疵及其他上列各項瑕疵，始能同時請求上訴人給付買賣價金等語，並未履行給付買賣價金之義務，伊再於108年3月21日以台北老松郵局第86號存證信函（下稱108年3月21日存證信函）通知上訴人，解除系爭買賣契約，故伊亦已完成合法之解約程序。伊既已以105年3月9

日存證信函或108年3月21日存證信函合法解除系爭買賣契約，則事後再將系爭10樓房地出售，並非一屋二賣，亦未構成給付不能，上訴人請求伊返還價金、給付違約金或賠償損害，均於法無據。至上訴人所稱如附表一編號4至11所示瑕疵，均係於二審審理時追加主張之瑕疵等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人全部敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴，其上訴聲明：㈠原判決關於駁回上訴人下列第二項之訴部分廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人3,335萬1,071元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢願供擔保請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。經本院108年度重上字第124號（下稱本院前審）判決駁回上訴人之上訴，上訴人扣除被上訴人已返還之917萬1,071元，就被上訴人尚應給付之2,418萬元部分聲明不服，提起上訴，經最高法院廢棄發回。上訴人之上訴聲明：㈠原判決關於駁回上訴人下列第二項之訴部分廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人2,418萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢願供擔保請准宣告假執行（上訴人其餘敗訴部分業已確定，下不再贅述）。被上訴人之答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項〔見本院卷㈢第254頁至第256頁、第368頁至第369頁〕：

㈠上訴人於100年2月24日與被上訴人簽訂系爭買賣契約，以總價8,060萬元，向被上訴人購買「日升月恆」預售建案之系爭10樓房地，並已支付2,126萬1,071元價金。

㈡被上訴人以105年1月14日函通知上訴人關於驗屋作業已改善完成，並請其於同年月22日前辦理驗收交屋手續〔見原審卷㈠第97頁、第98頁〕，但上訴人未配合辦理。

㈢被上訴人以105年3月9日存證信函通知上訴人，表明依系爭買賣契約第17條第3項、第26條約定解除系爭買賣契約，及

沒收房地買賣總價15%之違約金之意〔見原審卷㈠25頁至第28頁〕，上訴人於105年3月間收受上開存證信函〔見原審卷㈠第99頁至第102頁〕。

㈣被上訴人於105年8月31日將上訴人已繳價金扣除違約金後之餘款917萬1,071元，於士林地院提存所辦理清償提存〔案號：105年度存字第975號，見原審卷㈠第236頁〕，並經上訴人於107年3月21日向士林地院提存所領取前述提存款項〔見本院前審卷㈡第334頁）。

㈤原審判決後，被上訴人再以108年2月19日存證信函催告上訴人給付未付之買賣價金，上訴人於108年2月20日收受此催告函〔見本院前審卷㈠第155頁至第161頁〕。被上訴人復以108年3月21日存證信函通知上訴人，表明解除系爭買賣契約之意，經上訴人於108年3月22日收受〔見本院前審卷㈠第163頁至第175頁〕。

㈥被上訴人於108年5月6日將系爭10樓房地所有權移轉登記予第三人，並已辦理交屋〔原因發生日期為108年3月21日，見本院前審卷㈠第263頁至第265頁〕。

五、兩造爭執事項〔見本院卷㈢第256頁至第257頁、第369頁〕：

㈠上訴人於本院前審主張系爭10樓房地之公共設施有如附表一編號4至11所示之瑕疵，是否屬新攻擊防禦方法？若是，是否符合民事訴訟法第447條第1項第3款、第6款規定，而應准許提出？

㈡系爭買賣契約第20條第3項之約定，是否違反民法第247條之1規定，及消費者保護法第11條、第12條規定，應屬無效？

㈢被上訴人分別以104年6月2日函、105年1月14日函通知上訴人驗收交屋時，是否已依債之本旨向上訴人提出給付（即系爭10樓房地及其公共設施有無如附表一編號1至11所示之瑕疵）？若否，上訴人有無通知被上訴人修補？被上訴人有無修補完畢？

㈣系爭買賣契約是否已經上訴人或被上訴人合法解除？

1.上訴人於106年6月5日委請律師發函（下稱106年6月5日律師函）向被上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並於同年月6日送達被上訴人，是否合法生效？

2.上訴人抗辯其於被上訴人以108年3月21日存證信函解除系爭買賣契約前，已具體主張系爭10樓房地及其公共設施有如附表一編號1至10所示之瑕疵，並通知被上訴人修補瑕疵合法行使同時履行抗辯權，有無理由？

3.被上訴人以108年3月21日存證信函向上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並於同年月22日送達上訴人，是否合法生效？

4.上訴人於108年5月31日以民事準備三狀主張被上訴人已將系爭10樓房地出賣予第三人，屬給付不能而主張解除系爭買賣契約，有無理由？

㈤上訴人請求被上訴人返還買賣價金1,209萬元，及給付違約金1,209萬元，有無理由？

㈥系爭買賣契約第26條第1項、第2項約定之違約金是否有過高，應予酌減之情事？

六、得心證之理由：

㈠上訴人於本院前審主張系爭10樓房地之公共設施有如附表一編號4至11所示之瑕疵，是否屬新攻擊防禦方法？若是，是否符合民事訴訟法第447條第1項第3款、第6款規定，而應准許提出？

按當事人在第二審不得提出新攻擊或防禦方法；但對於第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充，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項第3款、第6款分別有明文規定。查，本件上訴人於原審起訴時固僅主張系爭10樓房屋有如附表一編號1至3所示之室內地面磁磚之瑕疵〔見原審卷㈠第4頁背頁、第65頁、第66頁〕；惟其於起訴狀已記載：「且近日又經媒體…揭露系爭建物確實存有諸多重大瑕疵，甚至涉及：根本尚未取得建築標章，即藉此騙取容積、花園僅約493餘坪與預售廣告所揭示之1500坪，存有近

千坪差距等廣告不實，或爆出掛名建築師高松伸根本即未承攬全部建築之整體設計等欺瞞消費大眾之醜聞，另又經其他消費者舉發系爭建物另有使用爐渣、連續壁瑕疵或未依約設置植生牆等重大瑕疵……」等語，且所引用之原證8號證物即媒體報導中亦提及「在外牆加上格柵，但這其實就是二次施工的違建」等語〔見原審卷㈠第8頁背頁、第38頁〕，則上訴人於本院前審主張系爭10樓房地之公共設施有如附表一編號5、7（外牆格柵屬違章建築部分）、10所示之瑕疵，核屬對於第一審已提出之攻擊方法之補充，應予准許。又本件上訴人於原審及本院前審係主張兩造間之買賣標的物即系爭10樓房地及公共設施有如附表一編號1至3、5、7（外牆格柵屬違章建築部分）、10所示之瑕疵，被上訴人未依債之本旨給付而有債務不履行之違約情事，則其於本院前審再為主張系爭10樓房地之公共設施有如附表一編號4、6、7（游泳池上方棚架部分）至9、11所示之瑕疵，亦屬上訴人所主張兩造間買賣標的物具瑕疵之一部分，此屬實體之爭執，縱在交屋後亦得主張（最高法院87年度台上字第2549號民事判決意旨可資參照），如不許上訴人於第二審程序提出，對其顯失公平。是上訴人於本院前審主張系爭10樓房地之公共設施有如附表一編號4、6、7（游泳池上方棚架部分）至9、11所示之瑕疵，核與民事訴訟法第447條第1項第6款規定，並無不合，亦應予准許。

㈡系爭買賣契約第20條第3項之約定，是否違反民法第247條之1規定，及消費者保護法第11條、第12條規定，應屬無效？

1.次按「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定有明文。又該法條所稱「按其情形顯失公平者」，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法

律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形。申言之，定型化契約條款是否顯失公平而為無效，法院應於具體個案中，全盤考量該契約條款之內容及目的、締約當事人之能力、交易經過、風險控制與分配、權利義務平衡、客觀環境條件等相關因素，本於誠信原則，以為判斷之依據，發揮司法對定型化契約條款之審查規整功能，而維憲法平等原則及對契約自由之保障（最高法院110年度台上字第1172號民事判決意旨可資參照）。再按定型化契約，係指企業經營者為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬定之契約條款；消費者保護法第2條第7款著有明文。又同法條第2款所稱之「企業經營者」，係指以設計、生產、製造、輸入、經營商品或提供服務為營業者而言。易言之，凡以提供商品或服務為營業之人，不論其為公司、團體或個人，亦不論其營業於行政上是否曾經合法登記或許可經營，只要是營業之人，均為企業經營者。查，本件被上訴人為向不特定之消費者銷售系爭建物及坐落土地應有部分，而單方預先擬定系爭買賣契約，並於消費者向其購買系爭建物及坐落土地應有部分時，供作雙方簽約之用，顯見被上訴人於向消費者銷售系爭建物及坐落土地應有部分時，係以出售房屋及土地為營業之人，而屬消保法第2條第2款所稱之企業經營者，且其單方預先擬定之系爭買賣契約亦屬消費者保護法第2條第7款所稱之定型化契約。

2.另按買賣因物有瑕疵，而出賣人依民法第354條至第358條之規定應負擔保之責者，為保護買受人之利益，買受人固得退還原物而解除買賣契約，亦得受領其物而請求減少價金。惟依買賣之情形，解除契約顯失公平者，為兼顧出賣人之利益，買受人僅得請求減少價金，以免出賣人因此受有重大損失。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，或依當事人之約定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者即為有瑕疵。其以公寓大廈之部分為買賣標的者，其缺點不問存在於專有部分或共用部分，倘其應具備之價值、效用或品質因而不具備者均難謂無瑕疵（最高法院90

年度台上字第1460號民事判決意旨可資參照）。是以，公寓大廈區分所有建物之共用部分（含公共設施）如應具備之價值、效用或品質因而不具備者，即屬瑕疵，買受人自得依前開規定，請求出賣人負物之瑕疵擔保責任。查，系爭買賣契約第20條第3項固約定：「本條款所稱『交屋』，係指本合約第3條所載之房屋、汽車停車位（不含共有部分），甲方（按即上訴人）不得以共有部分或公共設施未完成交付或進行瑕疵修繕或房地有其他瑕疵為由拒絕交屋及繳交應付款項。……」等語〔見原審卷㈠第174頁背頁至第175頁〕。然依系爭買賣契約第4條之二（房屋面積）所載〔見原審卷㈠第166頁背頁至第167頁〕，系爭房屋買賣面積為274.76平方公尺，共有部分面積為89.88平方公尺，共有部分面積約占系爭房屋買賣面積之32.71％（計算式：89.88÷274.76＝0.3271，小數點後第4位以下四捨五入），而系爭房地之買賣價金為8,060萬元，共有部分所占買賣價金為2,636萬4,260元（計算式：80,600,000×32.71％＝26,364,260），倘系爭10樓房地之共有共用部分及公共設施有瑕疵，而以系爭買賣契約第20條第3項約定上訴人於交屋時，不得以共有部分或公共設施未完成交付或進行瑕疵修繕或房地有其他瑕疵為由，拒絕交屋及繳交應付款項，而為同時履行之抗辯，此一定型化契約條款之約定，顯係免除或減輕被上訴人於交屋前應就共有共用部分及公共設施瑕疵部分修繕完畢之責任，及使上訴人預先拋棄於交屋時，得以共有部分或公共設施未完成交付或進行瑕疵修繕或房地有其他瑕疵為由，拒絕交屋及繳交應付款項，而行使同時履行抗辯權，對上訴人顯失公平。是系爭買賣契約第20條第3項關於「本條款所稱『交屋』，係指本合約第3條所載之房屋、汽車停車位（不含共有部分），甲方（按即上訴人）不得以共有部分或公共設施未完成交付或進行瑕疵修繕或房地有其他瑕疵為由拒絕交屋及繳交應付款項」之約定，違反民法第247條之1第1款、第3款規定，應屬無效。從而，被上訴人抗辯依系爭買賣契約第20條第3項

約定，上訴人不得以系爭10樓房地有部分公共設施之瑕疵為由拒絕交屋及繳交應付款項云云，尚無可採。

㈢被上訴人分別以104年6月2日函、105年1月14日函通知上訴人驗收交屋時，是否已依債之本旨向上訴人提出給付（即系爭10樓房地及其公共設施有無如附表一編號1至11所示之瑕疵）？若否，上訴人有無通知被上訴人修補？被上訴人有無修補完畢？

復按民法第354條第1項規定，物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第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。是依第373條之規定，危險移轉於買受人之時，有第354條第1項所稱之瑕疵者，雖在契約成立時此項瑕疵尚未存在，出賣人對於買受人，亦應負擔保之責（最高法院29年渝上字第826號民事判決先例意旨可資參照）。又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（最高法院73年台上字第1173號民事判決先例意旨可資參照）。是出賣人依民法第354條第1項規定，自負有擔保其物依民法第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（最高法院94年度台上字第1112號民事判決意旨可資參照）。復按區分所有，指數人區分一建築物而各有其專有部分，並就其共用部分按其應有部分有所有權；專有部分，指公寓大廈之全部或一部分，具有使用上之獨立性，且為區分所有之標的者；共用部分：指公寓大廈專有部分以外之其他部分及不屬專有之附屬建築物，而供共同使用者，公寓大廈管理條例第3條第2款、第3款、第4款分別定有明文。又建築物非經申請直轄市、縣（市）（局）主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造或使用或拆除；違反第25條之規定者，依左列規定，分別處罰：一、擅自建造者，處以建築物造價

千分之50以下罰鍰，並勒令停工補辦手續；必要時得強制拆除其建築物。二、擅自使用者，處以建築物造價千分之50以下罰鍰，並勒令停止使用補辦手續；其有第58條情事之一者，並得封閉其建築物，限期修改或強制拆除之。建築法第25條第1項、第86條分別定有明文。被告於系爭社區所建築之陽台隔柵及游泳池棚架，均違反前揭建築法規定，遭臺北市建築管理工程處查報列管（參見宇豐不動產估價師聯合事務所不動產估價報告書第41頁至第53頁），有遭主管機關拆除或科以罰鍰之風險，依通常交易觀念，其物之交換價值應有所減損，自屬物之瑕疵。經查：

1.如附表一編號1至3所示瑕疵部分：

被上訴人為起造人之系爭建物，業於103年12月4日取得主管機關核發之使用執照〔見本院前審卷㈡第407頁使用執照存根〕，兩造於104年5月24日、9月11日進行驗屋，依104年9月11日最後1次驗屋之驗屋紀錄表所載，上訴人認為系爭10樓房屋之缺失為「1.客廳石英磚不平整，接縫殘膠。2.浴室地磚高低不平整，地磚周圍未做加工處理。3.客廳落地紗窗推拉卡卡，再做調整。4.排油煙機有水漬再清潔保養。5.交屋前保護紙拆除並清潔乾淨。」等語，另備註欄記載：「1.驗屋相關缺失於交屋前改善完成……」等語〔見原審卷㈠第66頁〕；原審於107年3月13日會同兩造至系爭10樓房屋勘驗時，上訴人指出瑕疵處為：客、餐廳以及廚房之磁磚並未鋪平；3間浴廁之地面磁磚（淋浴間以外）由大片磁磚切割鋪設，導致磁磚接縫處銳利，赤腳會刮傷等語，有原審勘驗筆錄附卷可稽〔見原審卷㈡第39頁至第40頁〕。經原審委請台北市建築師公會就上訴人前揭所指瑕疵鑑定結果，認系爭10樓房屋客廳、餐廳及廚房之磁磚地面不符國家標準（CNS）施工規範，磁磚地面不完全100％水平，修復費用金額為11萬2,500元。另3間浴廁之地面磁磚，沒有證據顯示磁磚切割，磁磚切割不符合施工規範，磁磚地面有部分不完全水平，對年幼及年長者使用，可能產生困擾，需修復至符合浴廁磁

磚地面之施工規範並足以適合作為浴廁地面使用之情形，所需修復費用金額為3萬6,000元等情，亦有台北市建築師公會107年8月2日（107）㈦鑑字第1661號鑑定報告書可參（見外放鑑定報告書第7頁）。顯見系爭10樓房屋僅有如附表一編號1所示客廳、餐廳、廚房地面磁磚不平整之瑕疵，及編號2所示3間浴廁地面磁磚不平整之瑕疵，並無編號2、3所示3間浴廁地面磁磚由大片磁磚切割後所鋪設，未符合系爭合約書附件五建材設備說明，及磁磚接縫處過於銳利，易使人刮傷，不適宜作為浴廁磁磚之瑕疵。是上訴人主張系爭10樓房屋有客廳、餐廳、廚房及3間浴廁地面磁磚不平整之瑕疵等語，堪可採信；另主張有如附表一編號2、3所示之前述瑕疵部分，則屬無據。又系爭10樓房屋客廳、餐廳、廚房及3間浴廁地面磁磚不平整之瑕疵，自104年9月11日驗屋結束後，迄至原審於107年3月13日會同兩造勘驗時，均未修繕完畢，且修繕前開地面磁磚不平整之瑕疵所需修復費用合計為14萬8,500元（計算式：112,500＋36,000＝148,500），約占系爭10樓房地買賣價金之0.18％（計算式：148,500÷80,600,000＝0.0018，小數點後第4位以下四捨五入）。

2.如附表一編號4地下室消防水管設計不良爆管部分：

上訴人主張地下室消防水管因設計不良，不斷有爆管情事乙節，已據其提出地下停車場淹水照片、LINE住戶群組對話截圖照片為憑〔見本院前審卷㈠第67頁至第79頁〕，觀之前開LINE住戶群組對話內容稱：「B1停車場又再度爆管漏水了！不同！這次在A棟出來直走到底最裡面的靠牆處！且面積很大……」、「壞消息：B1停車場又再度爆管漏水了！」、「天啊！同一個地方嗎？」、「不同！這次在A棟出來直走到底最裡面的靠牆處！且面積很大」等語；另參以日升月恆社區第1屆管理委員會105年7月8日第3次臨時會之「議案十二、公設管線漏水問題台肥如何防範討論」〔見本院卷㈢第139頁、第151頁〕，系爭10樓房地所在之日升月恆社區地下1樓停車場確曾發生消防水管漏水，造成地面積水乙事，否則

該社區住戶所成立之LINE住戶群組中，豈會有住戶將地下1樓停車場消防水管漏水，造成地面積水乙事告知其住戶，並在日升月恆社區第1屆管理委員會第3次臨時會中提案討論如何解決漏水問題。至日升月恆社區管理委員會111年4月7日日升月恆（111）函字第111040701號函雖稱該社區之文件查無「消防管線有無發生爆管漏水」之相關紀錄云云〔見本院卷㈡第401頁〕，惟觀之上訴人提前揭地下停車場淹水照片，該社區地下停車場明顯有大片泡沫積水，應可判斷係消防管線漏水所致，並有2名人員在清除積水，是日升月恆社區管理委員會上開函文稱查無「消防管線有無發生爆管漏水」之相關紀錄云云，尚難據以認定該社區地下停車場未曾發生消防管線漏水，造成地面積水之事實。從而，上訴人主張地下室消防水管有爆管漏水之瑕疵，尚非無據，應堪採信。

3.如附表一編號5公共設施設備與銷售廣告及契約內容不符：⑴庭園面積嚴重不足、⑵植生牆未施作、⑶未與高松伸建築大師簽約部分：

⑴庭園面積嚴重不足部分：

上訴人主張依被上訴人於系爭建物銷售時所提供之廣告圖說，應交付專屬於日升月恆社區住戶面積達1,500坪私人花園，然實際面積僅有1,632.54平方公尺（即493.84坪），於原法院106年度消字第12號事件（下稱消字第12號訴訟）審理時，經囑託臺北市松山地政事務所測量，實際私人花園面積僅約3,628平方公尺（即1,097.4坪），認被上訴人未依契約本旨為給付，應構成物之瑕疵云云。查，依系爭建物銷售時之銷售廣告圖冊說明記載：「……映入眼簾近1500坪的庭園，是層層疊疊的梯田式水池……」、「……杜文正先生以沉穩內斂的風格語彙，貫穿公設空間的尺度與四米二的垂直輪廓，同時呼應1500坪的中庭花園…」等語〔見本院前審卷㈠第85頁〕可知，被上訴人承諾於「日升月恆」社區1樓配置面積為1,500坪之庭園（中庭花園）。次查，我國建築技術規則等相關法規，皆未有針對

私人花園或庭園（中庭花園）為相關之定義，不動產交易市場亦無私人花園或庭園（中庭花園）之通說見解，且系爭買賣契約亦未就「私人花園」或「庭園（中庭花園）」之定義為特別約定，則依臺北市新建建築物綠化實施規則第3條規定「本規則用詞定義如下：一、總綠覆面積：指新建建築物建築基地之法定空地及建築物本體上各綠覆面積之總和。二、綠覆率：指總綠覆面積與法定空地面積之百分比。三、各類植栽綠覆面積比率：指法定空地內各類植栽之綠覆面積與法定空地綠覆面積總和之比。」。本件系爭建物之庭園景觀設計之設計面積為6,460平方公尺（即1,954.15坪），此有頤和設計有限公司111年3月2日函及函附之住宅景觀新建工程委任契約、景觀平面配置圖在卷可參〔見本院卷㈡第133頁至第147頁〕；嗣建築完成經主管機關核准之使用執照圖〔見原審卷㈠第156頁〕，花園內所種植植物，喬木類為3,260平方公尺、灌木類為957.53平方公尺、地被類2,239.41平方公尺，合計總綠覆面積6,456.94平方公尺（即1,953.22坪），但綠覆面積之計算方式以覆蓋面積為基礎，不同類別植栽間可能會有重疊覆蓋，因此，總覆蓋面積超過實際法定空地面積。又消字第12號訴訟審理時，經臺北市松山地政事務所依被上訴人所指界包含涼亭等造景之「庭園」範圍測量後之庭園面積為5,558平方公尺（即1,684.2坪）乙節，有臺北市松山地政事務所107年3月22日土地複丈成果圖附卷可佐〔見本院前審卷㈠第375頁、第379頁〕。是系爭建物無論係依最初委託設計規劃之庭園景觀設計面積1,954.15坪、或完工後之總綠覆面積1,953.22坪、或被上訴人於消字第12號訴訟案件所指界包含涼亭等造景之庭園面積1,684.2坪，均逾廣告圖說所載之1,500坪，並無與廣告圖說不符之瑕疵。是上訴人依其片面認定之私人花園定義主張被上訴人完工交付之庭園面積未達廣告圖說之1,500坪，而屬物之瑕疵云云，尚乏依據。

⑵植生牆未施作部分：

上訴人主張依據銷售廣告圖說及展示模型，系爭建物1樓大廳應設有7米高植生牆，然被上訴人於1樓大廳僅設置銅製藝術品，並未設置7米高植生牆，應構成物之瑕疵云云。查，不動產某部分之價值，應以其對整體價值之貢獻而定，非以其本身建造或購買成本計算，植生牆及銅製藝術品雖施作成本不同，但生產者投入成本並不一定會完整反映在售價，仍須視其增加的成本是否能提高消費者的效用，刺激消費者願意支付更高購買金額。1樓大廳牆面應置植生牆或銅製藝術品，應屬個人主觀偏好，難以認定客觀上市場價值會受影響，更不造成持有不動產的風險變動。被上訴人雖未設置7米植生牆，惟對於日升月恆社區建物之功能、效用、價值，難認有何客觀上之影響，應不構成瑕疵。況被上訴人辯稱：7米植生牆維護困難，若日升月恆社區區分所有權人會議不同意以銅製藝術品裝飾，伊願重新施作，並非無法補正事項等語。再者，日升月恆社區管理委員會111年2月11日日升月恆（111）函字第111021102號函亦表示植生牆應如何處理，需經日升月恆公寓大廈區分所有權人會議作成決議後始得據以後續執行，惟於106年度第2屆區分所有權人會議就植生牆之設置並未作成決議，該社區管理委員會認植生牆係被上訴人未依買賣契約約定履行之事項，故曾多次與被上訴人協商，請被上訴人依約履行或補償相當之金額，惟因故迄今遲遲無法達成共識，但該社區管理委員會仍認被上訴人應以補（賠）償項之方式處理，故就應施作何位置等項，尚未作具體之討論與計劃等語〔見本院卷㈡第481頁至第483頁〕。足認此植生牆設置並非無從恢復或修補，且被上訴人亦有修補之意願，僅因日升月恆社區管理委員會與被上訴人仍在協商中，致未有具體之處理方式，若經日升月恆社區管理委員會與被上訴人協商決定重新設置植生牆，並經社區區分所有權人會議作成決議，即與銷售廣告圖說及展示模型相符，

尚難謂係物之瑕疵。

⑶未與高松伸建築大師簽約部分：

上訴人主張系爭建物銷售時，所提供之廣告圖說，應由日籍建築師高松伸為主設計及監造者，然系爭建物相關執照或主管機關審查過程中，相關資料具名者均為建築師陳介凡，因認被上訴人給付有瑕疵云云。查，依宇豐不動產估價師聯合事務所（下稱宇豐事務所）109年4月24日不動產估價報告書（下稱宇豐事務所估價報告）所附之臺北市政府法務局行政調查會議紀錄所示，被上訴人之出席代表表示確實請代銷公司宣傳時，有向消費者告知日本知名建築師高松伸先生設計、杜文正先生空間設計、姚文恭先生燈光設計及頤和景觀公司負責景觀設計等訊息等語（見外放宇豐估價報告第70頁）；另依株式會社高松伸建築設計事務所官方網頁（www.takamatsu.com.jp），亦顯示系爭建物為該建築師事務所之作品（見宇豐估價報告第71頁），可認高松伸建築師應有參與系爭建物之建築設計。又依株式會社高松伸建築設計事務所官方網頁所示（見宇豐事務所估價報告第72頁），高松伸建築設計事務所承辦國內住宅大廈建案約12筆，其中8筆皆非以高松伸具名為設計人或監造人向主管機關申請建築執照及使用執照。再參以建築設計牽涉層面廣泛，包含外觀設計、機電、結構等專業，目前國內住宅建案如有聘請國際知名建築師，多負責外觀設計部分，並由國內建築師事務所負責擔任設計人及監造人。建築設計之優劣包含建築美學觀感及建築結構強度，前者較偏向主觀感受，開發銷售時多以國際知名建築師之名號，尋求市場潛在消費者認同；而後者除需具有良好技術外，更需符合國內建築法規，但由於國際知名建築師多未取得國內建築師資格，因此，實務上經常搭配國內建築師事務所共同執業，此為國內不動產豪宅等級產品之市場常態，尚難僅以系爭建物相關執照或主管機關審查過程中，相關資料具名者均為建築師陳介凡而非高松伸，即認

被上訴人於銷售時為不實、誇大宣傳，使上訴人誤認系爭建物設計監造者係高松伸之重要交易資訊而購入系爭10樓房地。是上訴人主張系爭建物非與高松伸簽約設計之瑕疵，並無可採。

4.如附表一編號6系爭建物是否有以PVC管等非不燃材料作為配管之瑕疵部分：

按103年11月26日「建築技術規則」設計施工編第247條規定：「高層建築物各種配管管材均應以不燃材質製成，或使用具有同等效能之防火措施……」等語。經查：

⑴系爭建物為地上21層、地下3層建築物，屬高層建築物，依前開規定，各種配管管材均應以不燃材料製成，或使用具有同等效能之防火措施。經查，依宇豐事務所及社團法人中華民國建築技術學會（下稱建築技術學會）派員至現場履勘結果，雖認系爭建物現況多處管材皆為PVC材質：如泳池、水景機房排水、地下室排水吊管、監控設備軟管、消防系爭排水管等，應採用不燃材料管材（建築技術規則設計施工編247條），且上開缺失於複驗時仍存在，被上訴人於系爭建物以PVC管等非不燃材料作為配管管材，與法令要求之一般品質不符。至系爭建物之公共設備大部分PVC管採用鋁皮包覆，無法得知內部管路是否為不燃材料及鋁皮之防火性能，且閥類開關將傳導火場高溫導致開關與PVC管接續處鬆脫甚至融化，並非僅以玻璃棉保溫筒包覆PVC管即可認定符合建築技術規則之規定等情，有宇豐事務所估價報告、建築技術學會109年3月10日鑑定報告書（下稱建築技術學會鑑定報告）附卷可參（見宇豐事務所估價報告第76頁、第79頁、第81頁，外放建築技術學會鑑定報告第一冊附件六-2之PVC管相片）。然觀建築技術學會鑑定報告第一冊附件六-2之PVC管相片所示，分別係系爭建物地下室所裝之配泳池機房管路、階梯水瀑水景機房管路、景觀中央噴泉水景機房管路、地下1樓28號及272號車位上方排水管管路、272號車位前方空調機房旁排水

管管路，均採鋁皮包覆，並不含系爭建物其他公共設施所使用之配管管路，是宇豐事務所估價報告僅依前開地點採樣所發現管路均採鋁皮包覆，即推認系爭建物之公共設備所使用之配管管路大部分配用PVC管，並以鋁皮包覆云云（見宇豐事務所估價報告第81頁），尚乏依據。

⑵關於系爭建物地下室前開管路PVC管所包覆之玻璃棉保溫筒是否能達建築設計施工編第1條第28項不燃材料同等效能之防火效果節，於消字第12號訴訟，經鑑定單位台北市土木技師公會函詢台達化學工業股份有限公司（下稱台達化公司），台達化公司函覆稱：「一、本公司生產之玻璃棉保溫筒產品，即是使用玻璃纖維製成，與建築技術規則建築設計施工編第1條第28項內所列不燃材料之玻璃纖維相同，故本公司之玻璃棉保溫筒產品，可達建築技術規則建築設計施工編第1條第28項不燃材料同等之耐燃效果。二、貴會函所檢附之材質證明書，確為本公司之經銷商所提供，防火性報告依美國ASTM-E84（UL723）耐燃測試標準進行，且達通過標準。」等語，台北市土木技師公會據此研判系爭建物地下室所使用之PVC管材，經以台達化公司生產之玻璃棉保溫筒包覆後，應可達到建築設計施工編第1條第28項不燃材料同等效能之防火效果等情，有台北市土木技師公會107年2月6日北土技字第10730000212號鑑定報告書（下稱土木技師公會107年2月6日鑑定報告）在卷可按（見外放土木技師公會107年2月6日鑑定報告第4頁至第5頁，附件八台達化公司107年1月24日台達玻處字第1070124-1號函及驗證檢測實驗室委託試驗報告）。

⑶綜上，系爭建物地下室之管路雖使用PVC管材，惟經以台達化公司生產之玻璃棉保溫筒包覆後，應可達到建築設計施工編第1條第28項不燃材料同等效能之防火效果，亦即可達到103年11月26日「建築技術規則」設計施工編第247條所規定之使用具有同等效能之防火措施，故無違反前開規定之情事。上訴人主張系爭建物有以PVC管等非不燃材

料作為配管之瑕疵云云，難以採信。

5.如附表一編號7系爭建物游泳池上方棚架及陽台格柵屬違章建物之瑕疵部分：

被上訴人依系爭買賣契約本應交付符合建築法規之合法建物予上訴人，而系爭建物游泳池上方棚架及陽台格柵屬違章建物乙節，為兩造所不爭執，依建築法第25條、第86條規定，自有隨時被拆除之虞。另參日昇月恆社區管理委員會111年9月14日日昇月恆（111）函字第111091401號函檢附日昇月恆第1屆管理委員會105年7月8日第3次臨時管委會之議案一記載：「……，且游泳池上方棚架與竣工圖不符，待台肥改善完成且經驗收無誤再行點交。…」等語〔見本院卷㈢第137頁至第141頁〕，堪認系爭建物游泳池上方棚架及陽台格柵確屬違章建物之瑕疵。又前揭游泳池上方棚架及陽台格柵為違章建物，對系爭10樓房地所造成污名價值損程度為總價之1.51%，此有宇豐事務所估價報告可參（見宇豐事務所估價報告摘18頁）。

6.如附表一編號8燈箱鏽蝕嚴重之瑕疵部分：

系爭建物外牆燈箱經隨機抽檢，發現鏽蝕嚴重及材質黑化狀態，經判定應為烤漆及材質不良所致乙節，有建築技術學會鑑定報告、宇豐事務所估價報告可佐（見建築技術學會鑑定報告第一冊附件六-1燈箱設備照片，宇豐事務所估價報告第81頁）。另參以日升月恆社區管理委員會111年2月11日日升月恆（111）函字第111021102號函稱：「……本社區業已於106年5月31日收受台灣肥料股份有限公司款項10,142,030元，而該筆款項內含7,740,000元外牆燈箱修繕頭期款款項…本工程係因燈飾箱體品質不良，或有缺洩水孔或洩水孔反置，焊接點不規則間距過大、防水矽利康塗佈不良等缺失所生……」等語〔見本院卷㈡第481頁至第482頁〕，堪認系爭建物確有燈箱鏽蝕之瑕疵存在。又經宇豐事務所就外牆所有燈箱更新費用進行估價，費用需5,169萬5,820元之情，亦有宇豐事務所估價報告可參（見宇豐事務所估價報告第81頁）。

7.如附表一編號9系爭建物1樓大廳之大理石、地板有裂縫之瑕疵部分：

上訴人主張系爭買賣契約約定「一樓接待門廳地坪採拋光石英磚搭配天然石材、牆面採石英磚搭配天然石材或木作、金屬、玻璃等」，被上訴人應使用無裂痕、破損或缺角之地磚石材，惟被上訴人交屋後，系爭建物1樓大廳地坪大理石發現有些有裂痕、裂損，有些則有滲痕呈現表面霧化情況等瑕疵乙節，有土木技師鑑定報告、建築技術學會鑑定報告可參（見土木技師公會107年2月6日鑑定報告第3頁至第4頁及第5-2頁至第5-18頁之照片，建築技術學會鑑定報告第一冊附件五之照片及說明），堪認系爭建物1樓大廳地坪大理石確有多處之大理石地坪有裂痕、裂損，甚至有些有滲痕呈現表面霧化情況等瑕疵存在。又經宇豐事務所評估，更換前開有瑕疵之大理石地坪，不含瑕疵未達1/2部分，所需更換修復費用共計518萬0,932元之情，亦有宇豐事務所估價報告可佐（見宇豐事務所估價報告第81頁）。

8.如附表一編號10使用爐碴混凝土為系爭建物之結構體之瑕疵部分：

按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。民事訴訟法第277條有明文規定。前開規定，固已揭示舉證責任分配之方向，惟其規定，尚無具體標準，仍應視各別事件情形之不同而為具體之認定，使舉證責任公平合理分配於兩造負擔（最高法院101年度台上字第995號民事判決意旨可資參照）。本件被上訴人係系爭建物之起造人，此有臺北市政府都市發展局使用執照存根（103使字第0303號）存卷可考〔見本院前審卷㈡第269頁〕，則其對系爭建物於建造過程中所使用之材料及材料品質，應為其所控管，倘與購屋之消費者間就系爭建物所使用之材料及材料品質有所爭執時，審諸建商與消費者雙方在專業知識及證據掌握上明顯不對等之關係，如仍由消費者負高度舉證責任，消費者將面臨舉證困難

，求償無門，而有顯失公平之情形，故有依民事訴訟法第27條但書規定，減輕消費者舉證責任之必要。本件上訴人主張被上訴人使用含有爐碴成分之混凝土為系爭建物之結構體，可能導致建物結構安全之危害，有害住戶身體健康等語；惟為被上訴人所否認。經查：

⑴系爭建物之結構體是否使用含有爐碴成分之混凝土之情，經原法院105年度重訴字第1090號減少價金事件（下稱重訴1090號訴訟）囑託土木技師公會鑑定，鑑定技師雖因無法至系爭建物地下1、2、3樓對於結構柱或連續壁混凝土進行相關取樣工作，惟經鑑定技師依肉眼判斷系爭建物地下1、2、3樓之結構柱或連續壁混凝土可能含有微添加爐碴含量之成分，但因無法進行採樣，並至試驗室檢驗，故無法判斷爐碴含量，亦無法判斷是否屬正當安全使用範圍。另地下室連續壁主要功能為提供工程一開始地下開挖擋土支撐，地下開挖時連續壁所受之應力最大，工程完工後連續壁主要提供地下室之擋土壤側壓力及擋水壓力之功能，因此微添加含量之爐碴對於結構安全尚不致有影響，至於使用年限要視連續壁是否因爐碴而造成局部滲漏水，但鑑定時因被隔板遮住，無法檢視是否局部漏水，故無法判定是否影響使用年限。若連續壁有爆點，其修復方式為將爆點處局部敲除，再以強度超過連續壁強度之樹脂砂漿進行修補，因鑑定時遭隔板遮住，無法檢視爆點數量，故無法估算修復費用等情，有土木技師公會107年4月11日鑑定報告書（下稱土木技師公會107年4月11日鑑定報告）可參（見外放土木技師公會107年4月11日鑑定報告第4頁至第6頁）。另證人即彰化縣預拌混凝土商業同業公會理事長張銀濃於原法院重訴1090號訴訟中證稱：「（問：請問你的學歷與經歷？現在擔任何職務？）答：我是土木研究所畢業，目前是彰濱實業砂石場、泉溢預拌混凝土股份有限公司負責人、彰化縣預拌混凝土商業同業公會的理事長。」、「（問：對於混凝土構成骨材與膠結料是否非常清楚明

瞭？）答：是，因為我從78年入行到現在。」、「骨材分為天然跟人造……骨材就是指砂石，分為細骨材（砂）、粗骨材（石頭）。膠結料是指水泥、爐石粉、飛灰，能用在混凝土的膠結料只有水淬高爐爐石粉。目前法規都是正面表列，沒有負面表列，只有寫明對於混凝土有害的不能加，有害就是對混凝土的膨脹、耐久性、強度有影響的…目前發生最多案子就是爐碴，就會像長青春疸，混凝土會爆裂掉下來，例如松菸案件，因為爐碴含有游離石灰……」、「（問：經濟部有無公告鍊鋼廠的爐碴不能添加在混凝土？是否有禁止使用？）答：有公告，爐碴需要有再利用許可才能拿到……」、「（問：你剛才說有再利用許可才能拿到，即使有再利用許可，可以用去結構性混凝土嗎？或只能用去CLSM？）答：若要用在再利用結構體，再利用許可就不會發，不會核准，只能用去回填，只能用去CLSM（非結構性混凝土），就像我們挖路完要當土再回填的。」、「（問：所以鍊鋼廠的爐碴是否禁止使用於結構性混凝土？）答：一定是禁止不能使用。」、「依我們業界來說這東西不能用在混凝土中，久了就會爆裂。爐碴是這幾年才開始發生……」、「〔問：（提示重訴1090號卷㈡第219頁、第243頁照片〈即B5-11F廚房平頂照片及B棟梯廳出口正上方平頂照片〉）這樣混凝土結構從照片上顯示，是否含有還原爐碴所產生膨脹剝落現象？〕答：這個應該是，因為有一個爆裂，他會膨脹把混凝土撐開，有一個爆出的口，目前來說業界只有爐碴才會這樣噴出來。」、「（問：混凝土若是正常的骨材是否會產生照片的狀況？）答：不會，海砂也不會。」、「〔問：（提示重訴1090號卷㈡第242頁照片）這樣混凝土結構從照片上顯示，是否含有還原爐碴所產生膨脹剝落現象？柱的灌漿完成後可能如此作為？〕答：從照片看應該是爐碴屋的現象。從照片看起來有經過粉刷油漆，除非裡面柱子有問題爆裂開來，不然不可能一個洞一個洞，這個現象是從混凝土裡面

爆裂出來，油漆粉刷完後不可能一個洞一個洞，我們實務上看到，有爐碴他要打開後再做修補。」、「〔問：（提示重訴1090號卷㈡第237至240頁之照片）在地板灌漿後，混凝土會呈現坑坑洞洞嗎？要舖上彈性水泥需要把地板打得坑坑洞洞嗎？〕答：只能看到一些不平而已，在實務上，地板平的不可能打一個坑坑洞洞，除非是有問題，於實務上爐碴最容易發生的是地板，因為潮濕接觸到水，反應比較快，比較容易產生爆裂的的情況，實務上是把膨脹出來爆裂的部位打掉，再做修補，通常都沒有救……其他部位也可能有爆裂反應繼續發生，如果是用磁磚掩飾，磁磚時間久也會澎起不密合。」、「（問：……松菸文創與台肥無雙建案同時期及同一混凝土廠灌漿時間重疊，這在混凝土廠實務運作上應該如何處理？重疊的灌漿建案，是否可能有的灌漿是爐碴，有的不是？請從混凝土廠業界的實際運作模式來證述？）答：若是同一工廠、同一個時間出貨，都會中，因為砂石的儲藏庫都是一樣。照我知道，亞東進來的砂石是含有爐碴，因為同業都有傳，都知道這是個案例。這個時間有就全部都有……」、「（問：混凝土粒料中含有還原碴的骨材，經灌漿後，是否可以修復？）答：缺陷點應該叫修飾，不能說修復，因為其功能性都不見了，功能性是指他爆裂開了，原來有算力學在裡面，但爆裂後力學點就都不見了，之後頂多用水泥漿把表面補平而已。」、「（問：爐碴是否會均勻的散布於結構性混凝土的每個地方而不只是表面而已？）答：當然會散布，表面是最早接觸空氣、水分反應而已。」、「（問：有關於混凝土中含有爐碴，他會膨脹爆裂時間大約多長？）答：不一定，要看含量、氣候潮濕狀況。」、「〔問：有關於爐碴會爆裂的原因是否是因為有F-Ca O（游離氧化鈣）？〕答：是，因為游離氧化鈣以後會轉變氫氧化鈣及氫氧化鎂，到最後會變成碳酸鈣、碳酸鎂就會膨脹。」、「問：碳酸鈣、碳酸鎂是否為混凝土中原來就有的元素？）答：

有，但有一定的比例，在爐碴添加下去於實務上絕對會出問題……砂石進來，只要混到一點點爐碴我就不敢用，整批只能級配用，就是用來填土用。」、「（問：像你們於混凝土業界，要測試混凝土是否有爐碴，一般會如何測試？）答：……目前測試只有從原料測試，用酚酞去噴，還有利用磁鐵去吸，因為含有鐵質。因混凝土中化學物質太多，國家沒有標準方式，目前只能用目視，有爆跟沒有爆。」、「（問：有無聽過熱壓膨脹法？）答：有，但是沒有辦法百分之百測出，這是房子蓋好後，鑽心取樣，這我們試過不準，我們有自己試過加一點爐碴進去，熱壓膨脹法來測試，但是沒有很準確，只能推估……」、「（問：目前業界是否常以熱壓膨脹法來測試？）答：是， 但是沒有很準。」、「（問：元素定量分析跟酚酞部分，可以針對已經固化的混凝土來測試有無爐碴嗎？）答：沒有辦法，酚酞是對鹼有反應，但混凝土本身就是強鹼的東西，在業界就是有爆跟沒有爆來判斷。」、「（問：剛才你證述的碳酸鎂，如果是正常的混凝土成品可不可能會有你剛才看到的爆點情形？）答：……正常的混凝土不可能含有碳酸鎂而有爆點的情形，他的量很低不足產生爆點……」、「（問：若有這樣爆點狀況是否會判斷含有爐碴？是否會影響住戶安全？）答：是。目前還無法判斷……只有修飾到看不出來而已，依我們的經驗，有業者10幾年前用到爐碴，到目前還在修補。」、「（問：爐碴會導致混凝土產生爆點的情況，是會持續發生還是發生之後就會趨緩？）答：會慢慢減少……」、「（問：所以不會一次爆完之後，以後就不再爆？）答：不同的點還會再發生。」、「（問：是否同一個點爆兩次？）答：不會，因為已經反應完。」等語〔見本院卷㈡第70頁至第78頁〕。依前開土木技師公會107年4月11日鑑定報告及證人張銀濃之證述可知，土木技師公會指派之鑑定技師及證人張銀濃雖均係依肉眼判斷系爭建物所使用之混凝土是否含有爐碴成分，然因

日升月恒管理委員會並未同意鑑定技師進入系爭建物地下1、2、3層進行相關採樣工作（見土木技師公會107年4月11日鑑定報告第11.4-2頁至第11.4-4頁），並送至試驗室檢驗，以確定混凝土是否含有爐碴成分，若有，含量為何，而面臨舉證困難。本院審酌兩造在專業知識及證據掌握上明顯不對等之關係，如仍由上訴人負高度舉證責任，對身為消費者之上訴人而言，有顯失公平之情形，故應依民事訴訟法第27條但書規定，減輕上訴人之舉證責任。是認上訴人就其主張系爭建物所使用之混凝土有含爐碴成分之事實，應已盡相當之舉證責任；被上訴人如欲否認上訴人之主張，即應舉反證證明之。

⑵被上訴人所舉證人即日商日本國土開發股份有限公司臺灣分公司副總經理張容瑞於本院109年度重上字第943號減少價金事件審理時雖證稱：伊為營造廠日商日本國土開發股份有限公司派駐系爭建物建造時之現場工務所所長，從100年下半年開始興建到105年下半年期間，都派駐在現場。地下室牆面的黑色孔洞，是因有住戶反應地下室有泥作空心的現象，故請施作廠商以將環氧樹脂（EPOXY）灌注入牆壁內空心區方式進行修補，才會在牆面留下黑色孔洞，並非電弧碴混凝土爆突（爆點）造成的現象等語〔見本院卷㈠第287頁至第289頁〕。然系爭建物如使用之混凝土含有含爐碴成分，致混凝土表面產生爆點現象，亦是採用爆點處鑽除，並以灌注砂漿或樹脂方式進行修補。是證人張容瑞所稱灌注環氧樹脂係為修補泥作空心云云，僅係其單方片面之證述，並無其他證據加以佐證；且依前揭土木技師公會107年4月11日鑑定報告及證人張銀濃之證述可知，上訴人所指系爭建物所使用之混凝土有含爐碴成分之處，除地下1、2、3層之牆面外，尚有B5-11F廚房平頂及B棟梯廳出口正上方平頂之處，是證人張容瑞之證述，尚不足採為有利於被上訴人之認定。被上訴人復未提出其他事證證明系爭建物所使用之混凝土並未含有爐碴。從而，上訴人

主張系爭建物之結構體使用含有爐碴成分之混凝土等語，堪可採信；被上訴人否認系爭建物之結構體使用含有爐碴成分之混凝土云云，尚無可採。

⑶依土木技師公會106年5月26日北土技字第10630000771號函略謂：即使確定系爭建物含有爐碴，惟目前仍無相關檢驗方法可準確檢驗建物含爐碴之百分比。目前文獻並無爐碴含量對建物之使用年限是否有影響之相關報導，且目前相關案例僅說明爐碴導致混凝土發生表面爆點，並亦未有產生結構性損壞之案例。反應性粒料能導致混凝土表面產生爆點，係因其吸水膨脹後膨脹應力大於混凝土容許張應力，進而產生爆裂，然當反應性粒料距離混凝土表面較深時，其膨脹應力並無法高於混凝土容許張應力，此時亦無法對混凝土產生損害等語〔見本院卷㈡第111頁至第112頁〕。是依土木技師公會前開函文，縱爐碴無法對混凝土產生損害，亦未對系爭建物產生結構性之損壞，並影響建物之使用年限，僅是依目前文獻並無相關報導，及相關案例所得出之結論，並無確卻之相關科學檢驗方法證明建築物之結構體使用含有爐碴成分之混凝土，並不會對結構體產生破壞，亦不會影響建物之使用年限。而參酌觀諸經濟部工業局106年4月12日工永字第10600272620號函意旨稱：「說明：……二、有關本部100年2月9日修正公告（自100年2月6日生效）『經濟部事業廢棄物再利用種類及管理方式』之『編號14、電弧爐煉鋼爐碴（石）』再利用管理方式，其中所列『非結構性混凝土粒料原料』再利用用途所產製之非結構性混凝土最終產品，僅限用於『非結構性』用途使用。三、有鑑於『非結構性混凝土』無具體明確之名詞定義，為避免事業廢棄物再利用產品使用不當，致影響工程品質或危害人民居住安全，爰本部於105年6月20日修正發布『經濟部事業廢棄物再利用管理辦法』……。四、綜上，105年6月20日『經濟部事業廢棄物再利用管理辦法』修正前後，電弧爐煉鋼爐碴（石）（以下簡稱鋼爐碴

）再利用管理方式皆未列有得作為結構性混凝土之相關用途，自不得用於建築物混凝土結構體或隔間牆等相關用途。五、……㈠鋼爐碴再利用管理方式中之事業廢棄物來源規定，已排除有害事業廢棄物之適用；另於運作管理一節，亦已明訂再利用機構針對鋼爐碴經再利用程序之產出物，於出廠前，應依中央主管機關公告之檢測方法，每年度至少檢測一次戴奧鋅及依毒性特性溶出程序檢測有毒重金屬項目，經檢測未超過再利用管理方式所列標準者，始得作為再利用用途之產品使用。」等語〔見本院前審卷㈡第423頁至第424頁〕；及經濟部工業局106年8月3日工永字第10600645830號函意旨謂：「說明：……三、有關於電弧爐煉鋼爐碴（石）含游離氧化鈣成分，與水反應生成氫氧化鈣，體積膨脹性高，但因具質地堅硬、耐磨性佳等特性，先進國家廣為運用於道路工程材料用途，本部則於再利用管理辦法附表『編號14、電弧爐煉鋼爐碴（石）』再利用管理方式明訂， 其再利用用途以水泥原料、瀝青混凝土粒料原料、瀝青混凝土原料、控制性低強度回填材料用粒料原料（限氧化碴〈石〉）、控制性低強度回填材料原料（限氧化碴〈石〉）或舖面工程（道路、人行道、貨櫃場或停車場）之基層或底層級配粒料原料為限，故不得用於住宅大樓結構體。」等語〔見本院前審卷㈡第425頁至第427頁〕。可知電弧爐煉鋼爐碴（石）不得使用於建築物混凝土結構體或隔間牆等相關用途，以避免影響工程品質或危害人民居住安全。

⑷從而，上訴人主張被上訴人使用含有爐碴成分之混凝土為系爭建物之結構體，可能危害系爭建物結構安全及住戶居住安全，而屬瑕疵等語，應堪採信；被上訴人抗辯系爭建物是否含有爐碴，應經縝密的科學實驗及驗證，非單以土木技師公會鑑定技師及證人張銀濃之目測或經驗來判斷；且土木技師公會107年4月11日鑑定報告所指牆面有爐碴位置分別位於連續壁，及結構柱與連續壁之交接面，縱有微

添加含之爐碴，亦不致對結構安全有太大影響，並不構成瑕疵。牆面上呈現之黑色孔洞係灌注環氧樹脂後所留孔洞，並非混凝土含電弧爐碴爆突之情形云云，委無可採。

⑸系爭建物因使用之混凝土含爐碴成分已內建於建物本體部分，難以從混凝土中分離出爐碴，故無法進行有效且經濟的修復，僅能於爆裂點局部敲除，進行修飾，且以目前科學技術尚無法根本修復爐碴瑕疵，僅能減緩或避免結構安全惡化，因此，即使進行修復仍無法回復應有品質。經宇豐事務所以5項指標評估是否具有顯著污名效果，即：①修復可能性、②修復完善度、③資訊揭露度、④市場替代性、⑤融資困難度；及以文獻回顧法、深度訪談法蒐集測試指標所需之相關資訊，以分析此瑕疵所造成之污名效果，經綜合分析認有顯著的污名效果，並採用比較法及折現現金流量法評估瑕疵價值減損及瑕疵情況價值，認減損價值百分比為12.58%等情，亦有宇豐事務所鑑定報告可據（見宇豐事務所鑑定報告第摘14頁至第摘18頁）。

9.如附表一編號11系爭建物部分公共設施具有違反法令、與竣工圖不符及違反施工常規等物之瑕疵部分：

上訴人主張日升月恆社區管理委員會於105年7月委託真禾機電有限公司就共用設備實施複檢查核報告，尚有違反法令、與竣工圖不符及違反施工常規之電機等共476項缺失（包含發電機設備、電器設備、消防設備、給排水設備、噴灌設備、水景設備、電梯設備、弱電監控設備、空調通風設備、公共安全設備等）等情，有建築技術學會鑑定報告、真禾機電有限公司製作之日升月恆共有共用設備設施複檢查核報告附卷可參〔見建築技術學會鑑定報告第一冊第6頁及附件六-3至六-12之說明、照片，本院卷㈠第261頁至第262頁〕，堪認系爭建物之公設部分確有此部分之瑕疵尚待修復。又前開瑕疵所需更換修復費用合計為538萬8,400元之情，亦有宇豐事務所鑑定報告可佐（見宇豐事務所鑑定報告第81頁）。

10.綜上，上訴人主張系爭10樓房屋及公共設施有附表一編號1

所示客廳、餐廳、廚房地面磁磚不平整、編號2所示3間浴廁地面磁磚不平整、編號4地下室消防水管設計不良爆管、編號7系爭建物游泳池上方棚架及陽台格柵屬違章建物、編號8系爭建物燈箱鏽蝕、編號9系爭建物1樓大廳地坪大理石有裂痕、編號10使用爐碴混凝土為系爭建物之結構體、編號11日系爭建物部分公共設施具有違反法令、與竣工圖不符及違反施工常規等物之瑕疵部分為有理由。且修繕編號1、2地面磁磚不平整之瑕疵所需修復費用合計為14萬8,500元，約占系爭10樓房地買賣價金之0.18%，編號7游泳池上方棚架及陽台格柵為違章建物，對系爭10樓房地所造成污名價值損程度為總價之1.51%，編號8外牆所有燈箱更新費用需5,169萬5,820元，編號9更換有瑕疵之大理石地坪，所需修復費用518萬0,932元，編號10使用爐碴混凝土為日升月恆社區建物之結構體對系爭10樓房地所造成污名價值損程度為總價之12.58%，編號11瑕疵所需更換修復費用為538萬8,400元。

㈣系爭買賣契約是否已經上訴人或被上訴人合法解除？

1.上訴人以106年6月5日律師函向被上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並於同年月6日送達被上訴人，是否合法生效？

按民法第359條規定，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。是該瑕疵於買受人所生之損害與解除對出賣人所生之損害，有失平衡者，即不得解除契約（最高法院97年度台上字第739號民事判決意旨可資參照）。查，本件上訴人固曾於106年5月22日委請律師發函，催告被上訴人於函到10日內修補系爭10樓房屋地板之瑕疵，該函於106年5月23日送達被上訴人；嗣以被上訴人逾期未修補前揭瑕疵為由，以106年6月5日律師函向被上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並於同年月6日送達被上訴人之情，有前開2份律師函及回執在卷可參〔見原審卷㈠第39頁至第42頁背頁〕。惟上訴

人上開所指系爭10樓房屋地板之瑕疵為如附表一編號1所示客廳、餐廳、廚房地面磁磚不平整，及編號2所示3間浴廁地面磁磚不平整等瑕疵，所需修復費用為14萬8,500元等情，已如前述，而系爭房地之買賣價金為8,060萬元，扣除上訴人已繳價款2,126萬1,071元，尚有餘款5,933萬8,929元（計算式：80,600,000－21,261,071＝59,338,929），即上訴人因修補瑕疵所生之損害為14萬8,500元，被上訴人因解除契約所生之損害為5,933萬8,929元。二者相較，上訴人如以被上訴人逾期未修補系爭10樓房屋地板之瑕疵為由，解除系爭買賣契約，對被上訴人所生之損害明顯遠大於上訴人因系爭10樓房屋地板之瑕疵所生之損害，而有顯失公平之情形。是依前開說明，上訴人僅得請求減少此部分瑕疵之價金，而不得行使解除權。從而，上訴人以106年6月5日律師函向被上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並不合法，不生解除系爭買賣契約之效力。

2.上訴人抗辯其於被上訴人以108年3月21日存證信函解除系爭買賣契約前，已具體主張系爭10樓房屋及其公共設施有無如附表一編號1至11所示之瑕疵，並通知被上訴人修補瑕疵合法行使同時履行抗辯權，有無理由？

次按物之出賣人就其交付之買賣標的物，有應負擔保責任之瑕疵，其瑕疵係於契約成立後始發生者，出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。買受人如請求補正瑕疵，在出賣人補正前，非不得行使同時履行抗辯權。此於種類之債，在特定時即存有瑕疵者，買受人當然亦得請求補正或賠償損害，並有民法第264條關於同時履行抗辯權規定之適用。苟出賣人應負擔保責任之瑕疵於契約成立後（交付前）始發生者，買受人如請求補正瑕疵，在出賣人補正前，買受人既非不得行使同時履行抗辯（最高法院98年度台上字第1691號民事判決意旨同此見解）。再按物之出賣人就其交付之買賣標的物，有應負瑕疵擔保責任或不完全給付之債務不履行責任，買受人固得請求出賣人補正或

賠償損害，並得依民法第264條規定行使同時履行抗辯權；惟行使同時履行抗辯拒絕給付部分，應與出賣人應負之瑕疵補正或損害賠償責任「相當」（最高法院102年度台再字第19號民事判決意旨可資參照）。查，上訴人於104年5月24日、104年9月11日驗屋時，已要求被上訴人修補附表一編號1所示客廳、餐廳、廚房地面磁磚不平整、編號2所示3間浴廁地面磁磚不平整之瑕疵。另以108年2月23日存證信函催告被上訴人應補正原審判決所示系爭10樓房屋各項瑕疵，及其他上列各項瑕疵（係指附表一編號7之外牆格柵屬違章建築部分）、10使用爐碴之瑕疵），始能請求上訴人給付買賣價金〔見本院前審卷㈠第139頁〕。另上訴人提起上訴，於本院前審審理時之108年3月18日民事準備狀並再主張系爭建物之公共設施有如附表一編號4、7之游泳池上方棚架遲違章建築部分、編號8、9、11所示之瑕疵，且被上訴人遲未補正，被上訴人應於補正後始能請求上訴人給付買賣價金等語〔見本院前審卷㈠第61頁至第62頁、第65頁至第131頁〕，堪認上訴人於被上訴人以108年3月21日存證信函解除系爭買賣契約前，已主張系爭10樓房屋及其公共設施有如附表一附表一編號1所示客廳、餐廳、廚房地面磁磚不平整、編號2所示3間浴廁地面磁磚不平整、編號4、7至11所示之瑕疵，並催告被上訴人應於補正前揭各項瑕疵後，始得請求其給付買賣價而，而行使同時履行抗辯權。次查，修補編號1、2地面磁磚不平整之瑕疵所需修復費用合計為14萬8,500元，約占系爭10樓房地買賣價金之0.18％，編號7游泳池上方棚架及陽台格柵為違章建物，對系爭10樓房地所造成污名價值損程度為總價之1.51％，編號8外牆所有燈箱更新費用需5,169萬5,820元，編號9更換有瑕疵之大理石地坪，所需修復費用518萬0,932元，編號10使用爐碴混凝土為日升月恆社區建物之結構體對系爭10樓房地所造成污名價值損程度為總價之12.58％，編號11瑕疵所需更換修復費用為538萬8,400元；與被上訴人得請求上訴人給付系爭10樓房地買賣價金之餘款5,933萬

8,929元相較，上訴人行使同時履行抗辯拒絕給付部分，應與出賣人應負之瑕疵補正責任相當。從而，上訴人主張在被上訴人未補正前述各項瑕疵前，行使同時履行抗辯拒絕給付剩餘之買賣價金5,933萬8,929元，即為有理由。

3.被上訴人以108年3月21日存證信函向上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並於同年月22日送達上訴人，是否合法生效？

又按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第264條第1項前段定有明文。又債務人享有同時履行抗辯權者，在未行使此抗辯權以前，仍可發生遲延責任之問題，必須行使以後始可免責（最高法院50年台上字第1550號民事判例意旨參照），是債務人得主張同時履行抗辯者，未行使其抗辯權前，固可發生遲延責任，然於其合法提出同時履行之抗辯後，其遲延責任即溯及免除，是債務人主張同時履行抗辯時，應溯及免除債務人之遲延責任（最高法院 107年度第8次民事庭會議決議意旨可資參照）。查，本件被上訴人固以108年2月19日催告上訴人於函到7日內給付剩餘未付之買賣價金，並以上訴人逾期未付剩餘之買賣價金為由，依系爭買賣契約第26條約定，以108年3月21日存證信函向上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並於同年月22日送達上訴人〔見本院前審卷㈠第155頁至第175頁〕。然上訴人於被上訴人以108年3月21日存證信函解除系爭買賣契約前，已對被上訴人合法行使同時履行抗辯權乙節，已如前述，參酌前開說明，上訴人不負遲延責任。是被上訴人以108年3月21日存證信函向上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並不合法，自不生解除系爭買賣契約之效力。

4.上訴人於108年5月31日以民事準備三狀主張被上訴人已將系爭10樓房地出賣予第三人，屬給付不能而主張解除系爭買賣契約，有無理由？

第按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。又債權人於有第226條之情形時，得解除其契

約。民法第226條第1項、第256條分別定有明文。查，本件被上訴人因認其以108年3月21日向上訴人解除系爭買賣契約為合法，而於108年3月21日將系爭10樓房地轉售第三人，並於108年5月6日將系爭10樓房地所有權移轉登記予第三人之情，有不動產買賣契約書、建物登記第二類謄本可參〔見本院卷㈢第91頁至第130頁，本院前審卷㈠第263頁至第265頁〕。惟被上訴人以108年3月21日存證信函向上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，並不合法等情，業經本院認定如前，則上訴人主張被上訴人關於履行移轉系爭10樓房地所有權之義務，因可歸責於己之事由而給付不能之情，應堪採信。又上訴人以被上訴人就履行移轉系爭10樓房地所有權之義務已屬給付不能為由，依民法第256條規定，以本院前審108年5月31日民事準備㈢狀繕本之送達，向被上訴人為解除系爭買賣契約之意思表示，於法即無不合，被上訴人並於本院前審108年5月31日準備程序期日收受該書狀繕本〔見本院前審卷㈠第246頁、第257頁至第259頁〕。是系爭買賣契約已於108年5月31日生解約之效力，堪可認定。

㈤上訴人請求被上訴人返還買賣價金1,209萬元，及給付違約金1,209萬元，有無理由？

1.請求返還已繳房地價款1,209萬元部分：

復按契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，由他方所受領之給付物，應返還之。民法第259條第1款有明文規定。又系爭買賣契約第25條第1項約定：「乙方（按即被上訴人）保證產權清楚，絕無一物數賣……」、第26條第2項約定：「乙方如有違反本合約第12條逾期達6個月以上仍未辦理通知交屋或逾期未釐清產糾紛……甲方（按即上訴人）得解除契約，乙方除應將甲方已繳價款全部返還甲方外，並應賠償依本合約總價款15%計算之違約金，惟該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。」等語〔見原審卷㈠第177頁背頁至第178頁〕。查，被上訴人已將系爭10樓房地另行出賣予第三人，並辦理所

有權移轉登記，被上訴人顯已無法履行將系爭10樓房地所有權移轉予上訴人，及辦理點交之義務，被上訴人因可歸責於己之事由而給付不能，業經上訴人合法解除系爭買賣契約等情，已如前述，且上訴人前已給付房地價款2,126萬1,071元，扣除上訴人於107年3月21日向士林地院提存所領取被上訴人提存之款項917萬1,071元，餘款為1,209萬元之情，為兩造所不爭執。則上訴人依前揭規定及約定，請求被上訴人返還所受領之房地價款1,209萬元，即屬有據。

2.請求給付違約金1,209萬元部分：

再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252條著有明文。本件兩造已於系爭買賣契約26條第2項約定，被上訴人違反第12條約定時，上訴人得解除系爭買賣契約，被上訴人除應退還上訴人已繳之房地價款外，並應賠償上訴人系爭買賣契約總價款15%之違約金。查，被上訴人已將系爭10樓房地另行出賣予第三人，並辦理所有權移轉登記，被上訴人顯已無法履行將系爭10樓房地所有權移轉予上訴人，及辦理點交之義務，被上訴人因可歸責於己之事由而給付不能，業經上訴人合法解除系爭買賣契約等情，已如上述，則上訴人依系爭買賣契約26條第2項約定，請求被上訴人給付系爭買賣契約總價款15%計算之違約金1,209萬元（計算式：80,600,000×15%＝12,090,000），為有理由。

㈥系爭買賣契約第26條第1項、第2項約定之違約金是否有過高，應予酌減之情事？

按系爭買賣契約第26條第2項關於違約金之約定，以系爭買賣契約總價款15%計算之方式，並未違反預售屋買賣定型化契約之應記載事項第24點第3項關於：「買方依第1款或第2

款解除契約時，賣方除應將買方已繳之房地價款退還予買方，如有遲延利息應一併退還，並應同時賠償房地總價款百分之　（不得低於15％）之違約金。但該賠償之金額超過已繳價款者，則以已繳價款為限。…」之規定〔見本院卷㈠第126頁〕。且違約金之約定，不論係懲罰性違約金性質，或損害賠償預定性違約金性質，基於當事人契約自由、私法自治原則之體現，在不違反前開預售屋買賣定型化契約之應記載事項第24點第3項關於計算違約金方式之規定下，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金過高而顯失公平，法院得基於公平原則，審酌該約定違約金是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。倘債務人於違約時，仍得任意指摘原約定之違約金過高而要求核減，無異將債務人不履行契約之不利益歸由債權人分攤，不僅對債權人難謂為公平，抑且有礙交易安全及私法秩序之維護。準此，當事人間如有違約金之約定，且有債務不履行情事發生時，債權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，均得依約定請求債務人給付違約金。如債務人主張債權人請求之違約金過高，並請求法院減至相當之數額者，債務人應就約定之違約金過高之有利事實，負舉證責任。況被上訴人於本院審理時自承，系爭買賣契約第26條第1項、第2項關於違約金之約定，對兩造均無顯失公平之情，無論任何一方違約，均毋庸酌減違約金等語〔見本院卷㈢第375頁〕。是本院認被上訴人應給付上訴人違約金部分，即無加以酌減之必要。

七、末按契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之。民法第259條第2款定有明文。另給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而

未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。又應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%。民法第229條第2項、第233條第1項前段、第203條分別定有明文。查，本件上訴人請求被上訴人返還所受領之房地價款1,209萬元及給付違約金1,209萬元，均係以支付金錢為標的。是上訴人請求被上訴人給付房地價款1,209萬元部分，自起訴狀繕本送達翌日即106年6月28日〔繕本於106年6月27日送達被上訴人，見原審卷㈠第47頁之送達證書〕起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，即屬有據；另請求違約金1,209萬元部分，自108年5月31日民事準備㈢狀繕本送達翌日即108年6月1日〔繕本於108年5月31日送達被上訴人，見本院前審卷㈠第257頁〕起至清償日止，按週年利率5%計算之利息部分，為有理由，逾前開範圍之請求，則為無理由。

八、綜上所述，上訴人依民法第259條第1款、第2款規定，系爭買賣契約第26條第2項約定，請求被上訴人應給付上訴人2,418萬元，及其中1,209萬元自106年6月28日起、1,209萬元自108年6月1日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息部分，自屬正當，應予准許；逾前開範圍之請求，則不應准許。從而，原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並駁回該部分假執行之聲請，尚有未洽；上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示。至前開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回此部分假執行之聲請，核無不合；上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。又上訴人前揭勝訴部分，兩造均陳明願供擔保宣告准免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。

九、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。

十、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　7　　日

民事第十庭

審判長法　官　何君豪

法　官　邱靜琪

法　官　高明德

附表一：

編號	瑕疵內容
1	客廳、餐廳、廚房之磁磚（地坪）未符合施工規範而鋪設不平整。
2	三間浴廁地面磁磚由大片磁磚切割後所鋪設，未符合系爭合約書附件五建材設備說明及施工規範而鋪設不平整。
3	磁磚接縫處過於銳利，易使人刮傷，不適宜作為浴廁磁磚。
4	地下室消防管設計不良爆管淹水。
5	公共設施設備與銷售廣告及契約內容不符：⑴庭園面積嚴重不足、⑵植生牆未施作、⑶未與高松伸建築大師簽約。
6	違反建築技術成規使用pvc 管材。
7	游泳池上方棚架及陽台格柵屬違章建築。
8	燈箱鏽蝕嚴重。
9	社區大廳之大理石、地板有裂縫。
10	使用爐碴混凝土為系爭社區建案之結構體。
11	日升月恆社區部分公共設施違反法令、與竣工圖不符及違反施工常規

附表二：

編號	解約日期	主張解約之事實	解約依據	相關證物
1.	民國106年6月6日	①系爭房屋專有部分及公共設施部分具有瑕疵。 ②台肥公司取得使用執照後逾期6個月以上仍未通知交屋。	①民法第359條。 ②系爭買賣契約書第26條第2項。	106年6月5日律師函、回執（見原審卷㈠42、41頁）。
2.	108年3月28日	系爭房屋專有部分及公共設施部分具有瑕疵，同時構成不完全給付，經催告台肥公司於7日內補正瑕疵未果。	民法第227條第1項、第254條。	108年3月18日準備書狀（見本院前審卷㈠第62、344頁）。
3.	108年6月4日	系爭房屋專有部分及公共設施部分具有瑕疵，同時構成不完全給付，經定期催告台肥公司補正瑕疵未果。	民法第227條第1項、第254條。	108年5月22日準備㈡狀（見本院前審卷㈠第208、344頁）。
4.	108年5月31日	台肥公司將系爭10樓房地出售予他人並辦妥所有權移轉登記，已陷於給付不能。	民法第256條或系爭買賣契約書第26條第2項。	108年5月31日準備㈢狀（見本院前審卷㈠第259、257頁）。

正本係照原本作成。

上訴人不得上訴。

被上訴人如不服本判決，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項所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　2　　月　　7　　日

書記官　郭彥琪