臺灣臺北地方法院民事判決

106年度重訴字第576號

原　　告　璞真建設股份有限公司
法定代理人　林廷芳
訴訟代理人　李岳洋律師
複　代理人　陳冠琳律師
訴訟代理人　王妙華律師
被　　告　謝易玖
訴訟代理人　張立業律師
複　代理人　蔡全凌律師
訴訟代理人　許光承律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，本院於民國108 年5 月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序部分

原告原起訴聲明：被告與訴外人吳錦秀應給付原告新臺幣（下同）3125萬7905元，及起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5 %計算之利息。嗣原告撤回對吳錦秀部分，並擴張請求金額為4185萬4335元，核屬請求之基礎事實同一及擴張應受判決事項之聲明，合於民事訴訟法第255 條第1 項第2 款、第3 款規定，應予准許，合先敘明。

一、原告主張：

㈠原告與訴外人謝財源於民國101 年7 月11日簽訂「『大稻埕歷史風貌特定專用區』歷史建築容積移轉買賣契約書」（下稱系爭契約），由原告向謝財源買受謝財源所有臺北市○○區○○段一小段595 、596 、597 、598 、611 、612 等6 筆地號土地（下稱送出基地）之可移轉獎勵容積，俾利移轉至原告可接受容積移轉之基地（下稱接受基地），原告買受之獎勵容積公告現值總值9353萬2977元，買賣價金以送出基

地平均公告現值之100％計價，故價金為9353萬2977元，原告已依系爭契約將上開買賣價款全數匯入華南商業銀行（下稱華南銀行）價金信託專戶。嗣原告與謝財源復於103年2月27日簽訂「『大稻埕歷史風貌特定專用區』歷史建築容積移轉買賣增補契約書」（即系爭契約之增補契約，下稱系爭增補契約，與系爭契約合稱系爭2契約），將買賣價款修正以送出基地101年之土地平均公告現值103％計算，總價變為9633萬8966元。系爭2契約簽訂後，送出基地曾於10 4年6月1日獲許可移轉容積148.33平方公尺，公告現值總值6227萬5072元，系爭2契約剩餘公告現值總值為3125萬7905元。

㈡謝財源於105年2月24日逝世，被告作為謝財源之法定繼承人，依系爭契約第12條約定，繼承謝財源關於系爭契約之權利及義務。原告因建案進行在即，倘未於105年12月31日前向主管機關辦竣容積移轉之申請，原告便無法在年底辦竣建案之相關前置程序，且原告系爭契約購買之標的為101年之公告現值「總值」是為固定數，若106年接受基地之公告現值又發生變動，將使原告取得之容積量受到影響，無法進行建案相關程序，原告對此則須支出更高之經濟、時間成本，影響不可謂不大，故原告於105年12月5日委請律師函請被告於105年12月19日前辦妥繼承登記，並依系爭契約第6條約定就本件容積移轉申請事宜，配合用印於相關文件，俾利本件容積移轉之申請。詎料，被告非但未遵期辦妥繼承登記，亦未就本件容積移轉申請事宜，配合用印於相關文件，僅於105年12月21日委請律師代撰存證信函，告知信託銀行華南銀行因其與吳錦秀間繼承權涉訟，不願受理終止信託關係返還財產之請求，導致無法辦理容積移轉相關事宜云云，原告在催告未果之情況下，為免整體建案延宕，影響開發進度，損失更將難以估量，只能使用其他容積進行開發，俾利後續都市設計及土地使用開發許可審議、容積移轉許可證明之核發，並以之申請建照。

㈢因系爭2契約均未規範容積權利之買方（即原告），應於何時完成容積移轉程序，僅規定賣方（即被告）須配合買方辦理容積移轉事宜，故原告已給付所有價金，自有權利要求被告配合辦理後續容積移轉事宜，在原告提出需求之時，被告即應配合辦理，被告因與吳錦秀間涉有繼承權官司，華南銀行無法配合用印，致容積移轉程序未能完成，影響原告既定建案規劃與興建，被告即屬給付不能，被告與吳錦秀間私人恩怨所生繼承權官司，產生之不利益不應由原告承擔。被告縱事後給付，原告現無對應可資適用之建案，對原告亦無實益可言。

㈣按「容積移轉申請案經審查通過後，經申請人完成清理送出基地上土地改良物、租賃契約、他項權利及限制登記等法律關係後，由本府核發『容積移轉許可證明』，許可送出基地之容積移轉，並副知本府工務局建管處套繪登錄及管理，且送由本府地政處建檔。」，大稻埕歷史風貌特定專用區容積移轉作業要點（下稱系爭要點）第13點定有明文。本件送出基地其上之建物經謝財源生前之債權人依法辦理限制登記，清楚載明限制範圍為所有權全部，且禁止受託人安信建築經理股份有限公司於信託消滅後將建物交付或移轉予債務人謝財源及其繼承人，可見本件存有限制登記情況，無法完成容積移轉，陷入給付不能，此當係可歸責於謝財源之事由所致，被告作為謝財源之繼承人，自應概括承受，故亦屬可歸責於被告之事由。

㈤原告多次委請律師發函催告被告移轉容積，被告拒不履行，當可認係可歸責於被告之給付不能，符合民法第226條第1項、第2項之情形，原告得依民法第256條，就未履行之部分，解除系爭2契約，並依民法第259條，扣除已移轉部分之公告現值，被告應賠償原告3219萬5642元（計算式：（9353萬2977元-6227萬5072元）x 103％＝3219萬5642元）。

㈥按「若乙方（即賣方謝財源，下同）因可歸責於己之事由而違約，經甲方（即買方原告，下同）書面催告後七日內不履

行義務時，甲方有權解除契約，乙方除應返還已取得之所有價款予甲方外，並應給付甲方買賣總價款之30%作為懲罰性違約金，乙方不得異議。」，系爭契約第8條第2項定有明文。承前所述，被告因可歸責於己之事由致給付不能，原告依系爭契約第8條第2項自得請求買賣總價款之30%作為懲罰性違約金，因本件容積移轉係屬可分之債，故原告僅就未履行之部分請求，被告應給付懲罰性違約金965萬8693元（計算式：3219萬5642元x 30%＝965萬8693元）。

㈦爰依民法第259條規定、系爭契約第8條第2項約定提起本件訴訟等語，並聲明：被告應給付原告4185萬4335元，及自起訴狀繕本送達被告翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：

㈠被告雖於原告催告之時間內，因華南銀行以繼承權爭訟為由不配合用印，暫時性不能提出給付，但給付仍屬可能，本件應僅屬給付遲延，並非給付不能。

㈡原告並未依照系爭契約之約定，於送出基地取得使用執照後之約定時程內，完成容積移轉，原告早已陷於受領遲延，謝財源或被告僅就故意或重大過失負責，對此原告未加以舉證被告有何故意或重大過失。

㈢被告實際上自始至終皆願意配合原告為容積移轉，為此數度奔走，華南銀行以吳錦秀所提繼承權訴訟為由，拒絕配合用印，訴外人即百辰創新有限公司（下稱百辰公司）法定代理人王公正無法提供用印指示書，供被告用印，被告除與訴外人即華南銀行信託部林上清屢次協調外，試圖另以返還信託物尋求解套未果，難認被告有何故意或過失。原告僅空言主張被告與吳錦秀間繼承權訴訟所致生之不利益不應由原告承擔云云，並未舉證被告有何可歸責事由。

㈣本件係送出基地上之建物因訴外人假扣押而存有限制登記，是否應清除建物之限制登記始能為送出基地之容積移轉，本屬有疑，況限制登記亦可因為供反擔保而除去，尚難逕論因

限制登記即屬給付不能。

㈤本件應屬給付遲延，並非給付不能，縱認屬給付不能，亦屬因不可歸責被告之事由而給付不能，原告自不得依系爭契約第8條第2項約定請求懲罰性違約金等語，資為抗辯，並聲明：原告之訴駁回。如受不利判決，願供擔保請准宣告免予假執行。

三、經查，原告與謝財源於101年7月11日簽訂系爭契約，由原告向謝財源買受謝財源所有送出基地之可移轉獎勵容積，俾利移轉至原告之接受基地，原告買受之獎勵容積公告現值總值9353萬2977元，買賣價金以送出基地平均公告現值之100％計價，價金為9353萬2977元，依系爭契約第4條約定，系爭契約中之送出基地，信託登記予華南銀行，系爭契約之容積買賣價金，由華南銀行辦理價金信託；系爭契約第10條復約定，系爭契約以訴外人張修衡、百辰公司為容積移轉之代辦人；系爭契約第12條約定系爭契約對於繼承人及受讓人有同等效力。送出基地於101年12月26日取得使用執照，原告分別於101年7月11日、102年1月2日、102年2月5日給付系爭契約第一期款2805萬9893元、第二期款2805萬9893元、第三期款3741萬3191元至華南銀行價金信託專戶，華南銀行分別於101年7月16日、102年2月26日存入2805萬9893元、6547萬3084元（即第二期款及第三期款）至謝財源帳戶。嗣原告與謝財源復於103年2月27日簽訂系爭增補契約，將買賣價款修正以101年送出基地之土地平均公告現值103％計算，總價變為9633萬8966元，增加之買賣價款，由原告開立現金票予謝財源之方式給付完畢。系爭2契約簽訂後，送出基地曾於104年6月1日獲許可移轉容積148.33平方公尺，公告現值總值6227萬5072元，系爭2契約剩餘公告現值總值為3125萬7905元。謝財源於105年2月24日去世，謝財源去世時，謝財源戶籍上無登記之配偶，被告為謝財源之子，為謝財源之繼承人，被告繼承謝財源關於系爭2契約之權利、義務等情，有系爭2契約、華南銀行總行107年10月

15 日 信資字第1070092457號函暨檢附之信託專戶存摺及華南銀行存款憑條、臺北市000000000000000000000路○段0 號（大千百貨）歷史建築- 璞真建設購入容積剩餘計算表」、謝財源除戶謄本及被告戶籍謄本各1 份在卷可稽（見本院卷一第7 頁至第13頁、第44頁至第45頁、第201 頁至第202 頁反面），復為兩造所不爭執，應堪信為真實。

四、原告另主張本件送出基地第二次容積移轉，因可歸責於被告之事由，致給付不能，就系爭2 契約未履行之部分解除契約，並請求返還價金3219萬5642元，及懲罰性違約金965 萬8693元等節，則為被告所否認，是本件應審酌者厥為：㈠原告主張本件構成給付不能，是否有理由？㈡原告主張係因可歸責於被告之事由，致給付不能，是否有理由？㈢原告本件請求有無理由？茲分述如下：

㈠原告主張本件構成給付不能為有理由：

1.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。前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償，民法第226 條第1 項、第2 項分別定有明文。所謂給付不能，係指債務人應為之給付，不能依債務本旨實現之意，不僅指物理上或邏輯上不能給付，凡依社會觀念，認為不能給付者，亦包括在內。

2.按「乙方應配合甲方辦理容積移轉事宜。乙方應備齊所有容積移轉相關文件並配合用印，配合甲方辦理容積移轉手續，不得藉詞拖延拒絕、刁難或要求任何額外費用，否則視同違約。」，系爭契約第6 條定有明文。是依系爭契約第6 條約定，系爭契約之容積移轉，應由賣方配合買方辦理甚明。且綜觀系爭2 契約，均未約定原告須一次性辦理容積移轉，容積移轉本質為可分之債，故原告於104 年6 月1 日始第一次獲許可移轉容積148.33平方公尺，公告現值總值6227萬5072元後，系爭契約尚有系爭2 契約剩餘公告現值總值為3125萬

7905元（計算式：9353萬2977元－6227萬5072元＝3125萬7905元），謝財源已於105年2月24日去世，原告於謝財源去世後自得依系爭契約第12條約定，請求被告配合原告，備齊所有容積移轉相關文件辦理第二次容積移轉事宜。查原告於105年12月5日委請律師發函被告，為免公告現值調漲，若未於105年12月31日前申請容積移轉，原告將受有損失，請被告於105年12月19日前辦妥繼承登記，並就本件容積移轉申請事宜，配合用印於相關容積移轉申請文件等情，有承理法律事務所105年12月5日105年度承律字第1050126號函在卷可稽（下稱原告105年12月5日函，見本院卷一第14頁至第15頁），而被告並未能用印於容積移轉相關文件，原告終未能於105年12月31日前以送出基地向臺北市政府都市更新處掛件申請容積移轉乙節，為被告所不爭，就原告請求被告應於105年度以前配合用印於容積移轉相關文件乙事，被告自已屬給付不能。

3.被告雖辯稱：被告僅係因吳錦秀所提繼承權官司，暫時不能配合用印，但給付仍屬可能，本件應僅屬給付遲延，並非給付不能云云。然所謂給付不能，係指債務人應為之給付，不能依債務本旨實現之意，已如前述，衡諸系爭契約第6條約定，已經約定容積移轉事宜係由原告主動發動，被告須被動配合辦理，且依系爭要點第7點規定（見本院卷一第75頁），接受基地移入之容積之計算公式為：「接受基地移入之容積＝送出基地移出之容積x申請容積移轉當期送出基地之公告土地現值÷申請容積移轉當期接受基地之公告土地現值」，是基地之公告土地現值之漲跌變動，當會影響最終接受基地移入容積之計算。再者，建案之規劃，亦有特殊性，原告並非隨時均有可資適用之建案，容積移轉亦非所有建地均得作為接受基地，須符合政府法規，原告尚需衡量移入土地規模、區域位置、公告現值、性質等經濟效益，此觀原告提出之百辰公司105年12月30日百創字第105123003號函（見本院卷一第18頁），百辰公司於105年12月30日代原告以他筆

送出基地提出容積移轉申請，益證原告確實有於105 年度掛件申請容積移轉之需求及必要性。是當原告以原告105 年12月5 日函催告被告須於105 年度以前，配合用印於容積移轉相關文件，以利原告於105 年度掛件申請容積移轉，以免跨至106 年度，公告現值漲跌影響原告規劃，若被告未能於105 年度以前配合辦理，對於原告而言，系爭2 契約之債務本旨，被告已確定不能實現，自屬給付不能，非僅給付遲延，被告此部分辯解，無足可採。

4.原告雖另以送出基地其上之建物經謝財源生前之債權人依法辦理限制登記，無法完成容積移轉，亦陷於給付不能云云。然按「容積移轉申請案經審查通過後，經申請人完成清理送出基地上土地改良物、租賃契約、他項權利及限制登記等法律關係後，由本府核發『容積移轉許可證明』，許可送出基地之容積移轉，並副知本府工務局建管處套繪登錄及管理，且送由本府地政處建檔。」，系爭要點第13點定有明文（見本院卷一第75頁）。然依原告提出之建物登記謄本顯示（見本院卷一第88頁），限制登記係存在送出基地其上之建物，並非存在送出基地上，難認屬系爭要點第13點規範範圍。且本件送出基地第二次容積移轉申請並未掛件申請，原告不能證明因送出基地上建物之限制登記導致無法完成容積移轉，原告此部分給付不能事由之主張，尚屬無據。

㈡原告主張係因可歸責於被告之事由致給付不能為無理由：

1.按在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失，負其責任，民法第237 條定有明文。次按「於送出基地取得使用執照時15日內備妥申請容積移轉所需之各項文件交付代辦人。甲、乙雙方容積移轉所需之文件悉依代辦人所列臺北市政府有關單位所需之文件清單為準。文件交付日期以代辦人簽收日期為準，任一方未能於約定期限內交付應備之文件者，以違約論」、「甲乙雙方同意自第三期款起算四個月內取得臺北市都市更新處『容積移轉許可函』。如因行政機關之係或法令變革，不可歸責於甲乙雙方之因素時，則雙方同意前述四

個月期限可經商議後延長，但如可歸責於甲乙雙方之一方因素時，則以違約論。」，系爭契約第10條、第11條固分別定有明文。然上開約定並非係指送出基地取得使用執照15日內，原告即必須備妥申請容積移轉所需之各項文件交付代辦人，亦非約定原告必須於第三期款起算之4 個月內取得容積移轉許可函，否則原告即屬違反系爭契約。此由證人即系爭契約之代辦人百辰公司之法定代理人王公正於本院審理中證稱：簽訂系爭契約時，原告及百辰公司對系爭契約第11條產生疑慮，看起來是說如果說4 個月如果沒有辦法取得臺北市都更處容積移轉許可函，可歸責於甲乙雙方之一方時，以違約論，以百辰公司辦理臺北市大稻埕的容積申請案，目前超過40件，均無法於4 個月內取得許可函，簽約不就變成要違約了嗎？所以當時有針對這個跟謝財源反應。謝財源於簽約時，在價金信託銀行現場提到這條是為了彌補系爭契約付款條件內容的不足，系爭契約是透過價金信託，賣方無法及時取得款項，而必須在完成要件之下才能由價金信託銀行轉撥進賣方帳戶，付款條件是要取得容積移轉許可函才能領取這些款項，但是系爭契約要求甲方也就是買方必須要按時申請容積移轉，如果買方按時申請容積移轉，但是沒有完成後續的容積移轉許可函的核備，賣方一樣是沒辦法領得款項，所以系爭契約設計就是以4 個月要領得許可函，如果沒有的話要回到系爭契約第5 條特別約定，讓賣方領取款項，一般而言，容積許可證明辦理流程大約半年，可能達到8 個月至12個月，本件簽訂系爭契約後，至101 年12月26日才取得使用執照，由賣方提供使用執照文件，提供使用執照以後，沒有要求辦理容積移轉，系爭契約規定取得45天內要去辦理，如果不辦理，價金一樣要給付，一切照系爭契約執行，不用另外再特別要求，容積移轉申請的時間點通常會在年度12月30日之前一定要去把文件送到臺北市政府都市更新處，因為臺北市土地公告現值在100 年至105 年每年都是往上飆升，所以建設公司就是買方必須在年度12月30日前，如果不送，接受

基地的容積申請公告現值會大幅增加，本案的送出基地直到101 年12月26日才取得使用執照。買方為了不要蒙受損失，所以決定先暫不用本案的容積，但是依照契約的執行一樣出具用印指示書，指示價金信託銀行依契約辦理轉帳給賣方。本件沒有於取得使用執照之45日內，申請容積移轉，原因就是因為直到101 年12月26日才取得使用執照，原告決定暫不使用系爭契約之容積等語（見本院卷一第191 頁至第194 頁），參以系爭契約第3 條約定：「第一期款：甲乙雙方約定同時完成本契約及價金信託契約之簽訂同時，甲方應給付乙方按買賣總價款30%，計新臺幣貳仟捌佰零伍萬玖仟捌佰玖拾參元（28,059,893. - ），由甲方匯入價金信託專戶同時轉匯至乙方指定之帳戶。第二期款：新臺幣貳仟捌佰零伍萬玖仟捌佰玖拾參元（28,059,893. - ）於送出基地取得使用執照時7 日內，甲方應將本期款項存入價金信託轉戶內，惟暫不匯入乙方指定之帳戶，併第三期款同時匯入乙方指定之帳戶。第三期款：新臺幣參仟柒佰肆拾壹萬參仟壹佰玖拾壹元（37,413,191. - ）一、甲方應於送出基地取得使用執照時45日內將本期款存入價金信託專戶內，惟暫不匯入乙方指定之帳戶，俟甲方取得臺北市都市更新處「容積移轉許可函」時7 日內，雙方應依本約第二條約定確認實際容積移轉數量及總價款，並至受託銀行信託部提示『容積移轉許可函』正本，由受託銀行將結算金額併第二期款匯入乙方指定帳戶。二、甲、乙雙方並應於送出基地取得使用執照後45日內備齊申請容積移轉相關資料及所須全部文件用印完成向主管機關臺北市都市更新處掛件申請容積移轉。三、甲方如未能於上開45日內依約備齊上開約定之相關文件申請容積移轉掛件，乙方於該期限屆滿翌日，即可逕向華南商業銀行價金信託專戶領取第二、三期款」之約定可知，王公正證述屬實，即系爭契約第10條、第11條約定，需與系爭契約第3 條約定併同解釋，系爭契約第10條、第11條約定「取得使用執照時15日內備妥申請容積移轉所需之各項文件交付代辦人」、「第

三期款起算4個月內取得臺北市都市更新處『容積移轉許可函』」，係因系爭契約第3條就第二期款、第三期款，原則上係約定於原告取得「容積移轉許可函」7日內，方轉匯入謝財源帳戶，故於系爭契約第10條、第11條宣示原告之申請容積移轉辦理時程，惟系爭契約第3條已同時約定若原告未於取得使用執照45日申請容積移轉掛件，謝財源亦可逕向華南銀行價金信託專戶領取第二期、第三期款，故本件原告未於取得使用執照15日內備妥文件申請容積移轉所需各項文件交付代辦人，未於45日內掛件申請容積移轉，亦未於第三期款起算4個月內取得「容積移轉許可函」，原告尚無違約或受領遲延可言，此部分由系爭2契約簽訂後，送出基地已於101年12月26日取得使用執照，卻直至104年6月1日始第一次獲許可移轉容積148.33平方公尺，公告現值總值6227萬5072元，亦未曾經謝財源指為原告違約或受領遲延，亦堪佐證。是本件原告尚無受領遲延情事，被告此部分辯稱因原告受領遲延，被告僅就故意或重大過失，負其責任云云，無足憑採，合先敘明。

2.本件係因不可歸責於被告之事由致給付不能：

⑴被告於收受原告105年12月5日函後，未向華南銀行出具用印指示書，而係向華南銀行請求終止信託關係返還信託財產，為華南銀行以因被告與吳錦秀間有繼承權紛爭，於該繼承權存在訴訟確定前，為免影響繼承權人之權利為由，拒絕受理被告終止信託關係返還財產之請求等情，有臺北仁愛路郵局（24支）存證號碼000454號存證信函、華南銀行總行105年11月18日信企字第1050057635號函、華南銀行總行107年5月18日信資字第1070041686號函及華南銀行總行108年1月28日信資字第1080009974號函各1份在卷可稽（見本院卷一第15頁至第17頁、第140頁至第141頁、第268頁至第269頁），固堪認定。然就被告未向華南銀行出具用印指示書之原因，原告不爭執本件送出基地第二次容積移轉案，因未於謝財源過世前送件申請容積移轉，華南銀行表示須俟被告

與吳錦秀繼承權官司確定後，華南銀行方得配合用印等情（見本院卷一第293頁），王公正亦於本院審理中證稱：送出基地分兩次辦理容積移轉，第一次有辦理容積移轉，也順利取得許可證明，第二次就無法辦理，因為華南銀行不配合用印，說謝財源已經往生，繼承人目前有繼承權官司等語（見本院卷一第192頁反面），復參以華南銀行信託部林上清105年9月21日致王公正電子郵件內容略以：「據貴單位稱，謝君（即謝財源）另有繼承權糾紛，則謝易玖是否為唯一繼承權人尚待釐清，本行如配合其指示用印完成容積移轉許可證明變更，是否可能遭其他繼承人爭執。」等語，足見被告雖未向華南銀行出具用印指示書，惟縱被告出具用印指示書，本件因被告與吳錦秀間繼承權爭議，華南銀行亦不會配合完成用印程序。況若佐以華南銀行信託部林上清105年11月8日致王公正電子郵件內容暨所附被告用印指示書暨切結書、吳錦秀用印指示書暨切結書可知（見本院卷一第78頁至第80頁），就另案容積移轉案，係由華南銀行檢附填妥送出基地、接受基地、移出容積量等資訊之被告用印指示書暨切結書、吳錦秀用印指示書暨切結書予王公正，由王公正交被告、吳錦秀用印，並製作完成應供華南銀行用印文件後，再提供予華南銀行，堪認被告辯稱本件因繼承權爭議，華南銀行拒絕配合用印，王公正無法提供用印指示書供其用印，被告根本無可用印之用印指示書等節，應屬可信。

⑵被告與吳錦秀間繼承權官司，係由吳錦秀向被告為提起請求確認繼承權存在事件，被告於該家事案件否認吳錦秀與謝財源間有夫妻關係，聲明駁回吳錦秀之請求等情，有本院105年度重家訴字第21號民事判決、臺灣高等法院107年度重家上字第8號民事判決各1份在卷可考（見本院卷一第100頁至第102頁反面、第301頁至第303頁），是該家事案件係由吳錦秀提起，被告係被動遭吳錦秀提訴之對象，就繼承權之主張，亦與吳錦秀正相反對，難認被告與吳錦秀間繼承權官司之存在，係可歸責於被告。

㈢原告雖另以送出基地上建物存有限制登記，為給付不能之事由，惟原告不能證明構成給付不能，已如前述，是本院無庸再予判斷被告就此可否歸責，附此敘明。

㈣原告本件請求無理由：

1.返還價金部分：

本件被告不能於105 年度以前，配合原告要求辦理第二次容積移轉，確屬給付不能，惟該給付不能之原因，係因吳錦秀對被告提起繼承權存在訴訟所致，不可歸責於被告。是原告主張依民法第226 條第1 項、第256 條、第259 條規定，就未完成容積移轉部分，解除系爭2 契約，請求返還買賣價金3219萬5642元，應屬無據。另原告雖另以民法第226 條第2 項為據，主張給付不能，然該項係以給付一部不能，他部分雖能履行，但於債權人無利益為前提，本件並無給付一部不能，他部分得履行情形，與民法第226 條第2 項尚屬無涉，附此敘明。

2.懲罰性違約金部分：

按「若乙方因可歸責於己之事由而違約，經甲方書面催告後七日內不履行義務時，甲方有權解除契約，乙方除應返還已取得之所有價款予甲方外，並應給付甲方買賣總價款之30%作為懲罰性違約金，乙方不得異議。」，系爭契約第8 條第2 項定有明文。查被告並非因可歸責於己之事由而違約，已如前述，因此原告自不得依系爭契約第8 條第2 項約定，請求被告給付懲罰性違約金965 萬8693元。

五、綜上所述，原告請求被告返還價金3219萬5642元，給付懲罰性違約金965 萬8693元，均屬無據。從而，原告依民法第259 條規定、系爭契約第8 條第2 項約定請求：被告應給付原告4185萬4335元，及自起訴狀繕本送達被告翌日起至清償日止，按年息5 %計算之利息，為無理由，應予駁回。又原告之訴既經駁回，其所為假執行之聲請即失所附麗，爰一併駁回之。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，核與判

決之結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　3　　日

民事第一庭　　法　官　李子寧

以上正本係照原本作成。

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。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　　3　　日

書記官　簡素惠