臺南地方法院民事判決　　106年度訴字第829號原　　告　李
訴訟代理人　楊珮如律師
被　　告　僑昱建築股份有限公司
法定代理人　蘇國桂
訴訟代理人　蘇柏翰
　　江信賢律師
　　蔡麗珠律師
　　蘇榕芝律師
　　林湘清律師
上列當事人間請求債務不履行損害賠償事件，經本院於民國109年8月25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

一、原告起訴主張：

（一）原告於民國101年10月28日與被告公司簽訂【僑昱iLife】「建物部分」不動產買賣契約書（下稱系爭買賣契約），與訴外人蘇林寶珠等6人簽訂「土地部分」不動產買賣契約書（與系爭買賣契約合稱系爭契約），約定由原告向被告購買「僑昱iLife」大廈A2棟14樓、地下一層編號第12、13號車位（下合稱系爭房屋），及向蘇林寶珠等6人購買系爭房屋坐落土地之應有部分，買賣價金為系爭房屋價款新臺幣（下同）11,260,000元及土地價款16,890,000元，房地總價合計28,150,000元。依系爭買賣契約第11條約定，除有第1項但書之情事者外，本件建案應於100年2月11日之前開工，102年11月11日之前完成主建物、附屬建物及使用執照所定之必要設施，並取得使用執照，如逾期未開工或未取得使用執照者，每逾一日應按已繳房地價款依萬分之五單利計算遲延利息予買方，若逾期3個月仍未開工或未取得使用執照，視同賣方違約，兩造同意依違約之處罰規定處理；另依系爭買賣契約第25條第1、3款約定，

被告違反開工及取得使用執照期限之規定，原告得解除契約，被告並應同時賠償房地總價款百分之15之違約金。臺南市政府工務局於104年2月24日就本件建案以被告為起造人核發（104）南工使字第00770號使用執照，距系爭買賣契約所約定之日期，共計逾期470日，是依系爭買賣契約第11條第2項後段、第25條第3項約定，請求被告賠償房地總價款百分之15即4,222,500元。

（二）對被告抗辯之陳述：

1、被告抗辯本件建案需辦理「丁類工作場所之審查」作業完成後，始能動工云云，惟依危險性工作場所審查暨檢查辦法第17條第1項規定，可知「丁類工作場所之審查」送審之資料與是否開工並無關聯性，且審諸該規範之目的乃在於事業單位應就可能發生之災害，預先作好風險評估，擬定因應對策及採取必要之安全衛生設施，並針對危險性工作場所中各項危害因素，採取預防管理措施，以避免重大危害，足認「丁類工作場所之審查」作業乃係事前書面文書資料之審查，被告公司於開工前即應備妥文件送審，並於開工前完成「丁類工作場所之審查」作業。依據勞動部職業安全衛生署107年5月31日勞職安南4第0000000000號函檢附本件建案丁類危險性工作場所審查相關資料可知，被告於100年1月3日向主管機關提出丁類危險性工作場所審查申請書，經行政院勞工委員會南區勞動檢查所（下稱南區勞檢所）於100年1月17日審查結果為不合格，被告遲於100年3月1日始就不合格部分改善並提出審查申請，經南區勞檢所於100年3月14日審查並於100年3月25日函知被告審查結果為合格。南區勞檢所就被告提出本件建案「丁類工作場所之審查」於100年3月25日始評定合格，既係因被告未使本件建案之工作場所符合規定致審查不合格所致，且被告遲至100年3月1日始就不合格部分為改善，已遲逾系爭買賣契約所約定之開工日100年2月11日，則本件建案之工程遲誤開工日期，應認係可歸責於被告之事由所致

，故被告抗辯南區勞檢所於100年3月25日始評定合格，致被告遲延開工，不可歸責於被告公司云云，要屬無據。

2、被告公司抗辯本件建案因強風、下雨、停電等因素符合停工條件，共計49.5天，符合系爭買賣契約第11條第1項第1款事由，得不計入工期云云，惟按所謂不可抗力，係指人力所不能抗拒之事由，即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免者而言。依行政院勞工委員會（88）台勞安二字第0029348號函釋內容，可知縱強風、大雨符合停工條件，如雇主可提供足夠維護勞工作業或作業場所安全之設施，並確實實施自動檢查，確認無發生災害之虞時，既可繼續作業，難認係屬不可抗力之事由。依內政部台內營字第794622號函所訂「營繕工程工期計算方式」第2條、第5條規定，如係採取「工作天」者，則遇有雨天雨量業已影響正常工作之進行或國定假日及民俗假日等，均得構成得合理展延工期之事由。如係採取「日曆天」者，除非將不計入工期之事由明訂於契約中，否則不應就上開雨量風速等天氣因素或民俗假日等「工作天免計工期之事由」主張免計工期。如採「限期完工」者，則不能工作之雨天、國定假日、星期日，以及依習俗不工作之日數，自不得扣除，除工程契約明確約定得順延期間者外，自應於約定日完工。否則將與工作天混為一談，失去限期完工之意義。臺灣屬海島型氣候，臺南地區之氣候較為潮溼，為眾所皆知，兩造既約定工期採限期完工，顯已將天候等不能施工之因素預估其中，非有特殊情形，例如嚴重之颱風、地震等天災地變等不可抗力事由致工程不能施工者外，不得據以主張增加工期。本件強風、下雨日數是否自工期中扣除之依據，應以天然災害停止辦公及上課作業辦及各通報權責機關停止上班上課雨量參考基準為認定標準，臺南地區停止上班上課雨量參考基準為24小時累積雨量達350毫米以上，據交通部中央氣象局臺灣南局氣象中心107年5 月4日南區象字第1072600430號函檢附臺南氣象站100年7 月至103

年9月逐時雨量資料，臺南地區每日降雨量均未達350毫米，故被告抗辯本件建案因強風、下雨、停電停工共計49.5天，符合系爭買賣契約第11條第1項第1款之事由云云，要屬無據。

3、本件建案於101年5月30日發現有施工不慎造成鄰屋損害之情事，經臺南市政府於101年5月31日南市府工一字第1010451404號函命被告應至現場勘查，並於7日內檢具安全鑑定書至主管機關，必要時應具維護鄰房安全措施檢討及執行報告書，經備查後始得繼續施工；起造人、承造人應就損鄰事件與受損戶協議修復賠償事宜，自行協議者應簽訂和解書送主管機關予以撤銷列管。被告於103年6月24日始與全體受損戶達成協議並簽訂和解書。上開鄰屋損害事件顯係可歸責於被告公司之事由所致，不應自本件建案工期中扣除，乃屬當然。

4、被告抗辯本件建案因配合買受人之要求變更設計、施工即所謂客戶變更，導致工期增加，故應得順延工期云云，惟依系爭買賣契約第12條第1、2項約定，有關建築主要結構、大樓立面外觀、管道間、浴廁位置、消防設施、公共設施等，買受人均不得要求變更，又買受人申請變更設計時，既仍應依被告指定之期限內為之，縱認被告因客戶變更工程需增加施工日數，然被告就執行契約期間並未編製預定施工進度表（圖）或網狀圖，無從認定被告遲延完工並取得使用執照係因客戶變更工程需增加施工日數所致。又本於債之關係相對性原則，自不容被告以其他客戶有申請變更工程為詞，對於原告抗辯，參以台南市土木技師公會鑑定報告雖謂本件建案客戶工程變更所需增加之施工日數為48天，然原告申請變更工程所需增加施工日數為1日，被告不得對原告主張應增加其他客戶變更工程所增加施工日數，乃屬當然。是兩造約定工期既採限期完工，復無明文約定客戶變更設計得不計入工期，而原告申請變更工程項目經被告同意並於被告指定之期日為之，加以兩造並未

另為約定得展延工期，被告辯稱因客戶變更工程增加施工日數得展延工期云云，要屬無據。

5、依系爭買賣契約第7條約定，原告逾期繳款之情形，應以原告接獲被告書面通知繳款7日後，原告仍未繳款，始足當之。兩造於101年10月28日簽約，被告就本件建案第4期至第7期工程款通知客戶繳款，顯無可能在兩造締約前即以書面送達原告，且觀之被告簽約時交付原告之土地及房屋價款分期付款明細表，除訂金、簽約款及開工款外，並未記載各期付款日期，被告既未舉證第4期至第7期工程款之書面繳款通知何時送達原告，則被告抗辯原告就本件建案第4期至第7期工程款遲延2個月付款等語云云，顯有論證跳躍之謬誤，應不足取。

6、又依民法第260條規定，解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，兩造既已合意約定被告遲延取得使用執照而構成「違約」時，被告應給付違約金予原告，則原告是否行使解除契約權，自不妨礙原告此部分違約金之請求。依最高法院92年度台上字第697號判決意旨，該違約金應視為原告因被告債務不履行而生損害之賠償總額，原告無庸舉證所受實際損害數額即得請求被告給付房地及車位總價百分之15之「違約金」。系爭買賣契約第25條及系爭土地買賣契約第14條既列為「違約之處罰」處理範圍，可知系爭買賣契約第11條第2項約定，係以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，亦即避免房屋長久無法完成致影響購買人之權益，故系爭買賣契約第11條第2項及第25條第3款、系爭土地買賣契約第14條第2項約定自應解為懲罰性違約金。內政部100年3月24日內政部內授中辦地字第0000000000號公告修正之預售屋買賣定型化契約應記載事項壹、預售屋買賣定型化契約應記載事項第24條第3款「違約金不得低於房地總價款15%」之規定，此既為主管機關依消費者保護法之授權，經斟酌現今社會預售屋買賣之現況，及衡量企業經營者與消費者間之關係，並為達保

護消費者權益，促進國民消費生活安全，提昇國民消費生活品質之立法目的，本於其專業判斷所制訂之規範，企業經營者及消費者均應受其拘束。對照系爭買賣契約所定違約金比例為總價金之15%，即為前述主管機關所定之最低下限，而被告請求酌減云云，既未舉證為之，實屬無由。況違約金之約定為當事人契約自由、私法自治原則之體現，被告既為系爭房地之出售者，足認具有相當經濟能力與社會地位，且議約能力應高於一般民眾，其身為社會經濟及履約能力較強之一方，於訂約時既已盱衡自己履約之意願、經濟能力等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，而為上開違約金計算方式之約定，自應受該約定之拘束，被告逾期470日完工，違約情節非輕，其請求酌減違約金，自非可採。

7、被告辯稱原告於締約時，經被告告知本件工程無法於102年11月11日前完工，仍同意買受，足見被告對於原告不行使合約上遲延責任賠償之權利已有正當信任，原告提起本件訴訟請求違約金，原告之行為實有違誠信云云，並舉證人劉毓蓁之證詞為證，然證人劉毓蓁為銷售人員，並未具備營造建築相關專門技術及知識，另參之本件建案為地上26層、地下3層之建案，如依證人劉毓蓁所稱本件建案興建一層樓需耗費1個半月，則完成本件建案地上26層之建築工程，至少需耗費39月，然100年2月11日至102年11月11日期間為33月，證人劉毓蓁復稱伊係聽聞過去承辦銷售建案之工地主任提及興建一層樓需耗費1個半月，推測本件建案興建一層樓需耗費1個半月，並以此推測本件建案無法如期完工，可見證人劉毓蓁證稱原告簽約時已確認本件建案無法如期完工等語，顯係證人劉毓蓁個人臆測之詞，自不足憑採。被告於104年7月9日與原告辦理交屋手續時，原告即向被告表示本件建案遲誤系爭買賣契約所定取得使用執照期限逾3個月以上，被告已構成違約且情節嚴重。原告於104年11月16日、105年10月11日寄發存證信函

予被告，催請被告盡速處理違約事宜，足證兩造簽立系爭買賣契約時，並無約定本件建案遲延完工或交屋時，原告仍不請求違約賠償之情事，且觀諸系爭買賣契約亦無任何原告放棄損害賠償請求權之約定。原告於交屋後，寄發存證信函催請被告公司盡速處理違約事宜，被告均置之不理，則原告於106年提起本件訴訟，乃其權利之正當行使，要難遽指有何這反誠信原則等語。

（三）並聲明：

1、被告應給付原告4,222,500元，及自起訴狀繕本送達翌日起按年利率百分之5計算之利息。

2、願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：

（一）系爭房屋買賣契約第11條第2項前段約定之「已繳房地價款」，係指開工日、取得使用執照日前一日買方已經繳付予賣方之價金。本件建案取得使用執照日期為104年2月26日，原告於102年11月11日前所繳納款項僅有825萬元，其中包含定金100萬元、簽約金180萬元、開工金20萬元應予扣除不算，已繳房地價款應為525萬元，是原告以全部買賣總價來計算，應有錯誤，而原告與其配偶陳國慶為不動產投資客，多次以此為由對建商興訟，本院106年度消字第13號民事判決亦採取相同見解。又依系爭買賣契約第11條第2項、第25條第3款約定，倘可歸責於賣方逾期3個月未取得使用執照，買方取得解除系爭買賣契約之權利，又買方解除系爭買賣契約後，除雙方應互負返還義務外，買方尚得對賣方請求房地總價款之百分之15，換言之，買方依該條約定請求賣方賠償房地總價款百分之15，其前提須買方有依該條第1款或第2款約定解除系爭買賣契約。系爭買賣契約內容係援引行政院內政部頒「預售屋買賣契約書範本」，並非被告單方面預先擬定，難認系爭買賣契約條款內容有較利於任何一方、顯失公平等情形。抑者，倘原告依上開約定解除契約，被告除須返還已繳房地價款、利

息外，尚須額外給付房地總價款百分之15之違約金，足認該結果對被告不可不謂嚴重，殊難想像被告有刻意延期超過3個月以規避違約責任之意圖。又況系爭買賣契約之約定明確表示買家於「解除契約」後，始得對賣家請求賠償房地總價款百分之15之違約金，揆之最高法院17年上字第1118號判例意旨，系爭買賣契約文字業已表示當事人之真意，豈有反捨契約文字更為曲解之理？是原告主張得於不解除契約情形下，逕為請求房地總價款之百分之15之違約金，洵不足採。原告迄今均未以被告違反系爭買賣契約有關「開工及取得使用執照期限」之約定，依系爭買賣契約第25條第1款解除系爭買賣契約，自無從依據系爭買賣契約第25條第3款，請求被告公司應按系爭買賣契約總價款之百分之15即4,222,500元之違約金給付予原告，至為明確。

（二）系爭買賣契約第11條及第25條關於遲延利息及違約金之約定，核其性質應屬損害賠償總額預定性之違約金，依最高法院83年度台上字第2879號判決意旨，債權人得不待舉證證明所受損害，即得按約定請求債務人支付，惟於債權人無損害時，不得請求。依證人劉毓蓁之證述，兩造於101年10月28日簽立系爭買賣契約時，被告所屬銷售人員已明確告知原告本件工程無法於102年11月11日前完成主建物、附屬建物及取得使用執照所定之必要設施，當時原告表示可以接受，並簽立系爭買賣契約，況被告均有按期通知原告及其他買受人本件工程之施工進度（102年11月19日通知於103年11月15日完成26樓之頂版澆置作業、102 年12月19日通知完成整體結構工程等），足見原告就本件工程必定無法於合約所載期日完工乙節知之甚深。甚且，原告於103年2月11日之後（即合約約定取得使用執照期限102年11月11日3個月後），更陸續於103年4月10日加購車位、104年7月1日繳納貸款及同年月9日辦理交屋等手續，足見兩造就系爭房地無法依約於102年11月11日取得使用執

照乙節，已有不行使系爭買賣契約關於遲延賠償權利之合意，被告對此亦生正當信任。倘原告有因被告於104年2月24日始取得使用執照而受有損害，何以於前開長達1年5個月期間均未有任何爭執、逾期解約賠償之主張？顯見原告主觀上根本未認有因未依合約期限取得使用執照乙節而受有任何損害，客觀上亦無提出任何事證說明其究竟受有何等損害，揆諸前揭實務意旨，原告既無受有任何損害，自不得請求違約金之給付。詎原告竟一改前諾，復於104年11月16日及105年10月11日以存證信函依系爭買賣契約第11條第1、2項約定主張遲延利息？更於106年5月22日逸脫系爭買賣契約約定，主張不解除契約逕請求系爭房地總價款百分之15違約金？依最高法院97年度台上字第950號裁判要旨，原告之行為實有違誠信，要不可取。

（三）系爭買賣契約非由被告單方預先擬定，而係依內政部頒佈之預售屋買賣契約書範本，關於違約金之訂定屬應記載事項，且不得低於百分之15，被告實無從刪減。抑者，系爭房地坐落於臺南市○區○○路三段，該區域相類似坪數之房屋租金行情約為28,000元，若依原告主張系爭房地遲延469日，則換算租金應為437,733元，惟依系爭買賣契約關於違約金之約定，竟高達4,222,500元，數倍於上揭租金計算之結果，洵認系爭買賣契約關於百分之15違約金之約定，顯然過高。

（四）系爭房屋施工期間即100年至103年間，因降雨、颱風及台電停電，合計共有94天停止施作，經109年4月10日社團法人臺南市建築公會鑑定報告認定本件工程中，因強風、下雨、停電符合停工條件之停工天數統計為49.5天。另系爭房屋最早採用磚造、濕式輕隔間之室內浴廁牆垣之設計，因為買受人提出採用變更之材質，被告認為應提供住戶最高級住宅享受的理念，遂將全棟浴廁改為品質最佳之鋼筋混凝土材質，增加建材費用，且未向買受人追加買賣價金，而變更施工材料會變更施工方式，較原來預定每層樓15

天之施工期間必須增加6天之時間，故26層樓施工期間全部增加共156天，此施工期間之增加實非可歸責於被告之事由，是該增加之156天施工期間依約定當然應順延期間。又經109年4月10日社團法人臺南市建築公會鑑定報告亦認定本件工程中，僑昱建設iLife集合住宅全棟共26層，室內浴廁牆垣由磚造、濕式輕隔間牆構造，變更為鋼筋混凝土材質牆構造，依建築常規逐層判斷，總計所需增加之工期為77天。又依系爭房屋買賣契約第12條約定，買方可以有一次申請變更設計，本件建案計有96戶，其中有78位購買戶均提出變更設計之要求，被告本於服務客戶、讓客戶買到符合需求房屋之善意，因此對於客戶要求變更設計部分均同意並按客戶之意思進行變更設計施工，甚且有的客戶違反契約約定不止一次要求變更設計施工，更是影響施工天數，增加施工期間共188天，此非可歸責於被告之事由，是因客戶要求變更設計所增加之188天施工期間依約定當然應順延期間。台南市土木技師公會鑑定報告書雖認定僅得展延工期148天，然依被告所提出之僑昱建築iLife客戶工程變更明細表，其中項次5追減項目浴缸追減金額10,400元，項次12追加項目電源插座、1處單價僅850元，但其需另外新增配管線及電源插座需增加工期，鑑定報告卻僅憑追加金額與追減金額差距，認定有無增加工期之必要，顯然過於率斷，不足採信，仍應認定展延工期為188天。系爭房屋因客戶要求變更設計部分，依規定需辦理建照執照施工圖面變更，被告於103年7月29日提出第一次變更設計申請，惟臺南市政府遲至103年10月14日始通知同意變更，是政府機關審查期間長達77天，亦非可歸責於被告之事由，故增加77天期間依約定當然應順延期間。本件工程屬於地下室深度開挖（深度達15公尺）、地上物為超高層建築（高度超過50公尺），依法須向南區勞檢所申請第一階段丁類危險性工作場所審查，於取得合格評定前之申請階段皆不可動工，本件工程早於100年1月5日即向

南區勞檢所提出申請，惟南區勞檢所遲於100年3月25日始評定合格，是自100年1月5日起至100年3月25日間，均不得使勞工於本件工程場所作業，合計有80天之多，乃係受主管機關辦理相關程序之時間影響，故該部分停止施工實不可歸責於被告，依系爭買賣約定應予加計順延完工期限。末者，系爭建案於103年12月24日竣工，臺南市政府工務局於104年2月24日核發使用執照，核發使用執照審查期間共計60日，實非被告所能預期，更非可歸責被告，此申請核發使用執照共計60日之期間係屬不可歸責於被告之事由，依約定當然應順延期間等語，資為抗辯。

（五）並聲明：原告之訴駁回。

三、本件經依民事訴訟法第270條之1第1項第3款規定，整理兩造不爭執事項暨簡化爭點如下：

（一）不爭執事項：

以下事實為兩造所不爭執，並有系爭契約、台灣電力股份有限公司台南區營業處107年2月14日台南字第1071291491號函、臺南市政府工務局（104）南公使字第00770號使用執照各1份附卷可稽（見本院卷1第8至22頁、卷3第36頁），堪信為真實。

1、原告分別向被告、訴外人蘇林寶珠等6人，購買系爭房屋及其座落土地，雙方於101年10月28日簽立系爭契約，約定房屋總價款11,260,000元、土地總價款16,890,000元，合計房地地價款28,150,000元。

2、系爭買賣契約第11條約定：「開工及取得使用執照期限/一、本預售屋之建築工程於民國100年2月11日之前開工，民國102年11月11日之前完成主建物、附屬建物及使用執照所定之必要設施，並取得使用執照。但有下列情事之一者，得順延其期間：（一）因天災地變等不可抗力之事由，致賣方不能施工者，其停工期間。（二）因政府法令變更或其他非可歸責於賣方之事由發生時，其影響期間。（三）本預售屋外水、外電、電信及瓦斯等配管及埋設工程

，其接通日期須依各該公用事業單位之作業和程序而定，不受本條完工期限之約束。二、賣方如逾前款期限未開工或未取得使用執照者，每逾一日應按已繳房地價款依萬分之五單利計算遲延利息予買方。若逾期三個月仍未開工或未取得使用執照，視同賣方違約，雙方同意依違約之處罰規定處理。」系爭買賣契約第25條第1至3、5款約定：「違約之處罰/一、賣方違反『主要建材及其廠牌、規格』、『開工及取得使用執照期限』之規定者，買方得解除本契約。二、賣方違反『賣方之瑕疵擔保責任』之規定者，即為賣方違約，買方得依法解除契約。三、買方依第一款或第二款解除契約時，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十五（不得低於百分之十五）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。……五、買賣雙方當事人除依前二款之請求外，不得另行請求其他損害賠償。」

3、本件建築工程於100年7月23日10時至16時因台灣電力股份有限公司台南區營業處配電線路施工需要而實施停電。

4、被告於104年2月24日始取得使用執照，並於104年7月9日交屋。

（二）爭執事項：

1、被告有無違反約定而逾期取得系爭房屋使用執照之情事？亦即：

（1）原告於101年10月28日簽訂系爭買賣契約時，是否曾經被告之銷售人員告知本件建築工程無法於102年11月11日前取得使用執照並表示同意？

（2）被告抗辯其申請之「僑昱iLife集合住宅新建工程」第一階段丁類危險性工作場所審查，至100年3月25日始經南區勞檢所審查合格，致被告無法於100年2月11日之前開工，非可歸責於被告，應得作為順延期日之事由等語，有無理由？

（３）被告有無因天災地變等不可抗力之事由，致其不能施工，而未能於102年11月11日前取得使用執照？若有，日數為何？

（４）被告抗辯其因變更室內浴廁牆垣之材質，及因應買受人提出變更設計之要求，致被告無法於100年2月11日之前開工，非可歸責於被告，應得作為順延期日之事由等語，有無理由？

（５）被告抗辯臺南市政府工務局核發使用執照審查期間共計60日，非可歸責於被告，應得作為順延期日之事由等語，有無理由？

２、被告若有違反約定，逾期取得系爭房屋之使用執照？則：

（１）原告是否需先依系爭買賣契約第25條第1款約定向被告表示解除契約，始得依同條第3款請求違約金？

（２）系爭買賣契約約定之違約金性質為何？

（３）原告可否依系爭買賣契約第25條第3款約定，請求被告給付違約金？若可，違約金之金額應為多少，始為適宜？

四、得心證之理由：

（一）按系爭買賣契約第11條第2項後段係約定：「……若逾期三個月仍未開工或未取得使用執照，視同賣方違約，雙方同意依違約之處罰規定處理。」又該「違約之處罰」規定應係指系爭買賣契約第25條之約定，該約定第1至3項內容為「違約之處罰/一、賣方違反『主要建材及其廠牌、規格』、『開工及取得使用執照期限』之規定者，買方得解除本契約。二、賣方違反『賣方之瑕疵擔保責任』之規定者，即為賣方違約，買方得依法解除契約。三、買方依第一款或第二款解除契約時，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十五（不得低於百分之十五）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。……」，觀以該約定第1、2項均係約定買方有權解除契約

之事由，又該約定第3項明確約定「買方……解除契約時」，始得請求賣方賠償房地總價款百分之15，可知買方依據系爭買賣契約第25條「違約之處罰」約定請求賣方賠償時，應以解除契約為其前提。再參酌系爭買賣契約第11條第2項後段係約定「……雙方同意依違約之處罰規定處理」，並未約定僅依該處罰規定之法律效果處理，自應認系爭買賣契約第25條所約定之要件及法律效果均在適用之範圍內，且系爭第25條第3項係約定「……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十五（不得低於百分之十五）之違約金」，此時買方尚有請求賣方退還已繳之房地價款之權利，則倘非買方解除買賣契約，賣方豈有退還房地價款之義務；是據上，買方在依據系爭買賣契約第11條第2項後段約定轉據適用系爭買賣契約第25條第3項之約定請求違約金時，應以買方解除契約為前提無疑。

（二）再者，賣方倘有逾期限未開工或未取得使用執照之情形，系爭買賣契約第11條第2項前段已約定賣方「每逾一日應按已繳房地價款依萬分之五單利計算遲延利息予買方」，又依民法第233條第1項之規定，遲延之債務以支付金錢為標的者，債權人始得請求遲延利息，倘所負債務非以支付金錢為標的者，縱有遲延給付情事，債權人亦無從請求遲延之利息（最高法院37年度上字第8014號判決要旨參照）；惟遲延利息原有違約金之性質，如該項契約當事人之真意，其約定債務人給付遲延時應支付遲延利息，即係關於違約金之訂定，自應依民法關於違約金之規定而為實質上之裁判（最高法院43年度台上字第576號判決要旨參照）；據之，系爭買賣契約第11條第2項約定賣方所負之債務係依約定期限完工及取得使用執照，非屬以支付金錢為標的，依上開說明，應認系爭買賣契約第11條第2項前段關於「遲延利息」之約定，其性質為違約金約定。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250條定有明文；又該條就違約金之性質，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）；當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之，如無從依當事人之意思認定違約金之種類，則依民法第250條第2項規定，視為賠償性違約金（最高法院86年度台上字第1620號判決要旨參照）；是酌以系爭買賣契約第11條第2項前段並未載明該違約金約定之性質，則該約定之違約金應視為損害賠償性質之違約金，堪以認定。再者，考量系爭買賣契約第25條第5項係約定「買賣雙方當事人除依前二款之請求外，不得另行請求其他損害賠償。」是買方依據系爭買賣契約第25條約定請求違約金後，即不得請求損害賠償，可知系爭買賣契約第25條約定之違約金性質上亦為賠償性違約金，另考量在賣方有逾期限未開工或未取得使用執照之情形且買方未解除契約時，買方依據系爭買賣契約第11條第2項前段之約定請求違約金已足以保障買方之之權益，要無再另約定系爭第11條第2項後段之必要，是可徵系爭第11條第2項前、後段約定應有其不同之處，而應認依據系爭買賣契約第11條第2項後段約定轉據適

用系爭買賣契約第25條第3項之約定請求違約金時，應以買方解除契約為前提，始為合理。況系爭買賣契約第25條約定之違約金係為以房地總價款百分之15計算之高額違約金，以本件而言，該違約金即高達4,222,500元（計算式：28,150,000× 15％＝4,222,500），核其用意應係因買方解除契約後，即喪失取得房地之權利或負有返還房地之義務，其結果將使買方無法取得房地所有權，再衡之近來臺灣房產價值高漲之情形，買方將因此有無法取得該房產漲價利益之損失，因此為彌補買方此時性質上為所失利益之損害，乃有該高額違約金約定之必要，從而，益徵買方在依據系爭買賣契約第11條第2項後段約定轉據適用系爭買賣契約第25條第3項之約定請求違約金時，應以買方解除契約為前提，始為合理。

（三）又原告雖主張：依民法第260條規定，兩造既已合意約定被告遲延取得使用執照而構成「違約」時，被告應給付違約金予原告，則原告是否行使解除契約權，自不妨礙原告此部分違約金之請求云云，然該條之立法理由為「謹按契約之解除，與損害賠償之請求，有無妨礙，各國立法例，有契約當事人一方遲延給付時，他方當事人或請求賠償損害，或解除契約兩者之中任擇其一者，亦有由他方當事人除解除契約外，並得損害請求賠償者，兩種法例。後者最為妥適。本條特定解除權之之行使，於損害賠償請求權並無妨礙，所以祛實際之疑惑也。」又按民法第260條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，並非積極的認有新賠償請求權發生，不過規定因其他已發生之賠償請求權，不因解除權之行使而受妨礙。故因契約消滅所生之損害，並不包括在內，因此該條所規定之損害賠償請求權，係專指因債務不履行之損害賠償而言（最高法院55年台上字第2727號判決意旨參照）；綜上，可知在契約當事人一方遲延給付時，關於他方當事人之權利內容，在各國立法例有「請求賠償損害或解除契約兩者之中任擇其一者」之方

式，另有「除解除契約外，並得損害請求賠償者」之方式，民法第260條之意旨僅在於明確規定採取「除解除契約外，並得損害請求賠償者之立法例」，並無規範契約當事人雙方均不得將解除契約之情事約定為請求賠償（或違約金）前提之意旨，是原告上揭猶據民法第260條規定主張：是否行使解除契約權，均不妨礙依據系爭買賣契約第11條第2項後段、第25條約定請求此部分之違約金云云，自不足採。

（四）查本件原告係依據系爭買賣契約第11條第2項後段、第25條第3項約定請求本件違約金，業經其主張明確在卷（見本院卷4第147頁），而買方在依據系爭買賣契約第11條第2項後段約定轉據適用系爭買賣契約第25條第3項約定請求違約金時，應以買方解除契約為前提，業如前述，然原告並未解除系爭契約，復經其自承在卷（見本院卷1第67頁），是其顯然未符合請求該違約金之要件，則縱認被告有逾期3個月仍未開工或未取得使用執照之情事，其請求被告給付本件違約金，自難認有據。至原告雖曾具狀主張「依系爭買賣契約第11條第2項及第25條第3項……請求被告公司違約金，應屬有據」云云（見本院卷六第193頁），然其業已明確主張其請求本件違約金之依據為系爭買賣契約第11條第2項後段、第25條第3項約定，已如前述，又遍查其陳述及書狀，均未有追加系爭買賣契約第11條第2項前段為本件請求依據之表示，是自難認其有將系爭買賣契約第11條第2項前段約定列為本件請求權基礎之情，則其請求有無符合系爭買賣契約第11條第2項前段約定，自不在本院審酌之範圍，附此敘明。

五、綜上所述，原告既未解除系爭契約，則其要無依據系爭買賣契約第11條第2項後段、第25條第3項約定，請求本件違約金之餘地，是其請求被告應給付原告4,222,500元，及自起訴狀繕本送達翌日起按年利率百分之5計算之利息，為無理由，應予駁回。又原告之訴既經駁回，其假執行之聲請即失所

附麗，應併予駁回。

六、另本件結論已臻明確，是關於被告有無違反約定而逾期取得系爭房屋使用執照，即無判斷之必要，又兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，核與本件判決結果不生影響，爰不逐一論述，併此敘明。

七、末按訴訟費用，由敗訴之當事人負擔，民事訴訟法第78條定有明文。本件為原告敗訴之判決，自應由原告負擔本件訴訟費用，爰判決如主文第2項所示。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　29　　日

民事第二庭　　法　官　王參和

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　　109　　年　　9　　月　　30　　日

書記官　程伊妝