臺灣高等法院臺中分院民事判決

103年度重上字第215號

上　訴　人　泉富金屬工業股份有限公司
法定代理人　陳謝秋月
訴訟代理人　林坤賢律師
　　邱華南律師
被　上訴人　呂詹金桂
　　呂柏宗
共　　同
訴訟代理人　洪錫欽律師
複　代理人　劉柏均律師

上列當事人間損害賠償事件，上訴人對於中華民國 103年10月14日臺灣臺中地方法院102年度重訴字第416號第一審判決提起上訴，本院於107年12月11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

壹、上訴人主張：

伊於民國（下同）80年12月13日就所有坐落臺中縣○○鄉○○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○號之土地（下稱0000地3筆土地）與被上訴人呂詹金桂，就呂詹金桂、被上訴人呂柏宗所有坐落同段第00○00000○00000○00000○00000○00000地號之土地（下稱32地號等6筆土地，與上開32-6地號等3筆土地，合稱系爭土地）簽訂合作（設計、興建、買賣）協議書（下稱系爭80年協議書）。嗣伊依系爭80年協議書之約定委託訴外人建築師○○○規劃興建店鋪集合住宅一棟，並向改制前臺中縣政府請領建築執照（下稱系爭建照）。於82年 6月間呂詹金桂申請變更系爭建照起造人為訴外人○○建設股份有限公司（下稱○○公司），伊亦申請變更系爭建照起造人為訴外人○○建設股份有限公司（下稱○○公司）。於82年10月間兩造均出具土地使用同意書，○○公司與○

○公司亦向臺中縣政府工務局申報開工。詎被上訴人於95年6月16日以台中○○○○○○○000號存證信函（下稱 000號存證信函）通知伊關於其與訴外人賴明仁簽訂預定買賣事實，請伊於函到12日內表示是否優先承買，伊則發函表示待股東會決議及通知，然於95年7月7日被上訴人即與賴明仁簽訂土地買賣契約書，買賣標的為系爭土地，並包含系爭建照之權利，呂柏宗並以伊之代理人身分簽署土地買賣契約書（下稱95年買賣契約）。嗣於95年 8月15日賴明仁即向原法院訴請伊移轉0000地號等 3筆土地，並變更系爭建照起造人及拆除0000○00000地號土地上之建物，嗣經本院96年重上字第151號判決（下稱本院 151號判決）賴明仁敗訴確定。因系爭80年協議書屬選擇之債，被上訴人已先選擇合建後，自不得再選擇出賣，嗣被上訴人嗣再選擇出賣並將合建之權利轉讓與第三人，已構成不完全給付債務不履行之違約事由，伊自得請求被上訴人賠償損害。縱認被上訴人仍得選擇出賣合建之土地，惟伊已行使「買斷權」，兩造最遲於95年10月13日已成立買賣契約，被上訴人即負有交付32地號等 6筆土地之義務，被上訴人違反約定，於97年1月23日將32地號等6筆土地出售予賴明仁，並於97年 3月14日將土地之產權移轉與賴明仁指定之第三人，已構成給付不能，而依系爭建照興建，伊所得分配之土地坪數為 2867.42坪，惟因被上訴人債務不履行而使土地無法合併興建，而分別興建之結果，伊僅得興建之坪數為1360.56坪，使伊受有減少1506.86坪可得興建之坪數之損失，以每坪新臺幣（下同） 6萬元計算，伊至少受有9041萬元之損失，縱然伊不興建上開建案，惟隨著建案之興建，系爭土地隨著當時不動產行情上漲乃伊可得預期之利益，是以當時伊得行使買斷權利時，每坪土地係17萬元之價格，而以現今系爭土地之行情為每坪41萬元之價格，則加上被上訴人等所有土地約902.9坪之開發利益，伊至少受有高達2億1669萬6000元之損失。退步言之，被上訴人違反通知義務，出賣並移轉登記系爭土地予訴外人，參酌 102年之公告土

地現值一坪約 9萬4310元，上訴人至少受有高達8515萬2499元之損失，更遑論是系爭土地公告現值10倍之賠償金額等情，爰依民法第227條、第226條之規定，聲明求為命：被上訴人應給付1500萬元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。

貳、被上訴人則以：

兩造簽訂系爭80年協議書後，雖共同申請系爭建照，然自82年10月申報開工後，迄至95年 6月伊決定出售，歷經12年多，實際上均未有任何積極之興建或出售之作為，可知此係兩造權衡經濟環境及建築之景氣動向，待觀察將來經濟市場變動再決定採用出售或合建，上訴人既主張在共同申請建照及辦理開工時，伊即已選擇合建，何以上訴人於長達10幾年內均未曾主張要求興建，伊於95年 6月決定依系爭80年協議書第 8條約定於預定出售土地前通知上訴人後，上訴人亦從未有「被上訴人已選擇合建後，該選擇之債即視為自始單純之債，其自當不得再選擇出賣」之主張，而僅是反覆以存證信函表示買賣重大資產必須召開全體股東會，請靜待其公司股東會之決議及通知。是如果上訴人自始即主張伊業已選擇合建而不得出賣土地，上訴人應向伊表示系爭土地不得出售並應開始實際興建，而伊既以存證信函明確向上訴人表示選擇出售，其效力自應溯及於債之發生時，故本件經伊選擇出售系爭土地，於系爭協議書簽訂時即視為自始為單純之債，上訴人自不得再行主張系爭土地僅得合建不得出賣，綜上，伊並未選擇合建，而是選擇出售。又伊決定出售時，依「相類事實，應為相同處理」之法理，上訴人所得主張行使優先承買權之期間，依土地法第34條之1執行要點第10項第2點及第6點可知，土地法第34條之1雖為債權效力之優先承買權，其得行使之期間仍準用土地法第 104條之規定，於接到出賣通知後10日內表示是否承買，而伊於95年6月16日以000號存證信函通知上訴人，並請上訴人於函到12日內表示是否決定優先承買，而上訴人於同年月28日表示尚無法具體答覆，遲至

同年10月12日方表示擬行使優先承買之權利，已逾行使期間達數月之久，其優先承買權早已視為放棄。縱認伊與賴明仁之買賣契約於97年1月23日始生效力，伊既於95年6月16日通知上訴人得優先承買之旨，且於95年 7月12日告知賴明仁已正式買受之事實，上訴人既未於知悉後10日內表示行使優先承買權，縱伊未再為通知，上訴人優先承買權亦視同放棄，而本院 151號判決是在就伊是否有權代理上訴人簽訂買賣契約及出售OOOO地號等 3筆土地部分為實質認定，就伊與賴明仁間之買賣契約是否有效之事實，並非列為足以影響判決結果之重要爭點，不生爭點效之效力。伊選擇出售土地，上訴人之優先承買權已視同放棄，自不得據此請求損害賠償，故上訴人請求損害賠償，並無理由。又有關系爭80年協議書之事項，係由起造人為之，而土地所有權人既於申請系爭建照時出具土地使用同意書，系爭協議書事項之履行當事人即為建造之起造人，與土地之所有權人無涉等語，資為抗辯。

叁、原審經審酌兩造所提出之攻擊防禦方法後，以上訴人依民法第227條、226條規定請求被上訴人賠償損害1500萬元，並無理由，而為上訴人敗訴之判決。上訴人不服，提起上訴。上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人1500萬元本息。並補陳：兩造於82年2月4日取得系爭建照後，於86年6 月10日兩造聯名申請變更起造人名義，變更後起造人名義為○○公司及○○公司，此變更是依系爭80年協議書第 7條約定為之。亦即起造人變更為選擇合建之要件，此要件既已具備，即表示被上訴人選擇權已經行使。縱認被上訴人自始至終未選擇合建，觀諸被上訴人與賴明仁間95年買賣契約第13條第6項之約定，本院151號判決顯示95年買賣契約，因解除條件成就而失其效力，即被上訴人與賴明仁於97年 1月23日所簽立之協議書（下稱97年協議書），為新訂定之買賣契約書，被上訴人未通知伊是否行使買斷權，並逕行將OO地號等 6筆土地移轉與第三人，則被上訴人構成債務不履行，伊自得請求損害賠償。另被上訴人為訴外人呂子龍之繼承人，

被上訴人於95年 6月16日即承認呂詹金桂係有權代理簽立系爭80年協議書，並非無權代理而效力未定。由原審函詢臺灣銀行系爭土地之市價行情得知，被上訴人之OO地號等 6筆土地之價格每坪至少為47萬元，再依臺中市不動產估價師公會（下稱不動產估價公會）鑑定結果於97年1月23日、97年3月14日、102年8月15日時之市價每坪分別為25萬6000元、25萬1000元、47萬7000元。即鑑定金額最低為25萬1000元，最高為47萬7000元，即每坪至少損失 8萬1000元，最多損失30萬7000元，而系爭土地約為 903坪，則上訴人所受損害額至少為7314萬3000元，最多則為2億7722萬1000元等語。

被上訴人答辯聲明則為：上訴駁回。並補稱：系爭80年協議書簽訂後，兩造經由指定或變更起造人之方式，將合作協議事項之履行，改由系爭建造執照之起造人○○公司、○○公司做為主體，嗣兩造就系爭80年協議書之履行，並無置喙之餘地。系爭80年協議書關於合併興建或合併出售之約定，應係指土地及建照一併興建或出售。伊等與賴明仁簽訂之系爭97年協議書係延續95年買賣契約，因本院 151號判決排除上訴人所有OOOO地號等 3筆土地之買賣，僅以伊等所有32地號等 6筆土地為買賣標的，就後續相關履行事宜所為之協議，並非新買賣契約，縱認95年土地買賣契約因賴明仁敗訴確定，解除條件成就而告全部解除，就此情形，亦不生溯及之效力，95年買賣契約出售所有土地之行為，仍屬有效。且依系爭80年協議書，上訴人並無買斷權；縱認上訴人有優先承買權，亦已消滅。如認兩造於共同委任建築師、申請建築執照時，已然選定合建房屋出賣獲取利益，上訴人即沒有出賣土地，行使優先承買權之問題。而因伊並無違反系爭80年協議書之約定而構成債務不履行情事，故上訴人請求實無理由。縱認上訴人主張有理由，因伊等所有土地為住宅區用地，臺灣銀行卻以附近商一用地之成交行情乘以0.53來計算土地之價格，顯屬高估。又本院囑託鑑定時，並未指示將被上訴人等所有土地領有系爭建照之事實列為鑑定之因素，且該建照

之起造人為○○公司及○○公司，縱由上訴人取得系爭土地，亦未必能依該建照開發，鑑定人在未究明前，即率依系爭建照及建築設計圖說計算土地之價值，其違誤甚明。況且32地號等6筆土地既於97年3月14日移轉予訴外人，則伊縱自斯時起，始陷於給付不能之情形，上訴人應自斯時起，便對伊取得民法第226條第1項所規定之債務不履行之損害賠償責任請求權，則上訴人主張損害賠償額之計算時點，應以伊給付不能之時即97年3月14日為準，而非以上訴人於102年起訴時價格飛漲之市價認定等語。

肆、得心證之理由：

一、上訴人主張其與呂詹金桂，就兩造所有系爭土地簽訂系爭80年協議書。嗣委託○○○規劃興建店鋪集合住宅一棟，並向改制前臺中縣政府請領系爭建照。於82年 6月間呂詹金桂申請變更系爭建照起造人為○○公司，其亦申請變更系爭建照起造人為○○公司。於82年10月間兩造均出具土地使用同意書，○○公司、○○公司亦向臺中縣政府工務局申報開工。被上訴人於95年6月16日以000號存證信函通知其關於與賴明仁簽訂預定買賣事實，請其於函到12日內表示是否優先承買，其則發函表示待股東會決議及通知，於95年7月7日被上訴人與賴明仁簽訂95年買賣契約，買賣標的為系爭土地，並包含系爭建照之權利，呂柏宗並以其之代理人身分簽署土地買賣契約書。嗣賴明仁訴請其移轉0000地號等 3筆土地，並變更系爭建照起造人及拆除 0000○00000地號土地上之建物，經本院151號判決賴明仁敗訴確定。被上訴人於97年1月23日將00地號等6筆土地出售予賴明仁，並於97年3月14日將土地之所有權移轉與第三人之事實，業據提出系爭80年協議書（見原審卷第13-15頁）、○○○委託契約書（見原審卷第210-211頁）、系爭建照（見原審卷第16頁）、存證信函（見原審卷第21-29頁）、本院 151號判決（見原審卷第54-71頁）、95年買賣契約（見原審卷第 30-35頁）為證，固為被上訴人所不爭執，而堪認為真實。惟被上訴人則以前揭等語置辯

。是所應審酌者為系爭80年協議書之約定是否為選擇之債，被上訴人是否已行使選擇權及其行使選擇權之時點及結果為何；被上訴人若已先選擇合建，再出賣土地，並將合建之權利轉讓與第三人，是否構成不完全給付之債務不履行；系爭80年協議書第 8條約定被上訴人決定價金，上訴人亦可買斷，此買斷權之性質、及其行使之方式為何；被上訴人是否違反系爭80年協議書第8條之約定而構成債務不履行等情。

二、按，選擇之債，謂於數宗給付中，得選擇其一以為給付之債；其數宗給付相互間，具有不同內容而有個別的特性，為當事人所重視，故須經選定而後特定（最高法院78年度台上字第1753號判例、78年度台上字第 899號裁判意旨參照）。準此，選擇之債係預定數宗內容不同之給付，於此範圍內，依選擇權之行使，或其他方法，特定其中一宗為給付標的之債。經查：

㈠系爭80年協議書開宗明義即約定：上訴人就其所有OOOO地號等3筆土地與被上訴人就其等分別所有OO地號等6筆土地。雙方願意依協議書所列條件共同申請建築執照及興建或出售等語。再依協議所列條件『1.雙方同意將上述土地由王乙鯨建築師設計規劃，並合併申請壹張建築執照，雙方並應配合提供各項證件及資料，因此合併申請建照所支付之一切費用依土地面積比例分擔之。2.雙方土地內之水利地，由甲方（即被上訴人）、乙方（即上訴人）各自負責承購。3.合併興建前之各項稅捐由雙方各自負責（如地價稅及甲乙雙方之土地如有貸款應自行償還本金及利息，等・・）。4.合併興建時甲乙雙方無條件開闢土地後面 8米寬巷道及無條件拆除地上物。5.雙方決定合併申請建照之土地、由甲方或其指定人決定出售或興建，並同意此協議書對雙方繼受人亦有效力。6.決定合建時因合建所應支付之一切費用依土地面積比例分擔，並同意依此比例分配合建開發之盈餘，且同意此分配方式至房屋售完為止。7.合建所須之廣告公司及建設公司及營造廠由甲方決定。8.決定出售由甲方決定，乙方無異議與甲方

共同出售，出售價金由甲方決定，並依前述比例分配之。（甲方決定之價金，乙方亦可買斷）。9.出售時各自負擔原有土地之增值稅。 10.乙方未經甲方同意前不得單獨在乙方之土地興建或出售，如有違約則以公告現值十倍賠償。 11.未盡事宜，有關權利、義務皆依前述比例分配。』內容觀之。其中1.至4.及6.、7.為委請建築師設計規劃、雙方土地內水利地各自承購、興建前各項稅損各自負擔、合併興建時雙方無條件開闢巷道、拆除地上物、興建費用及盈餘依雙方土地面積比例分配、合建所須廣告公司及營造廠之決定等，係有關合作興建事項之約定。惟就5.『雙方決定合併申請建照之土地、由甲方或其指定人決定出售或興建，並同意此協議書對雙方繼受人亦有效力。』之內容觀之，縱使雙方合併申請建照後，仍可決定將合併申請建照之土地『出售』或『興建』。準此，系爭80年協議書就兩造所有系爭土地，係由兩造「出售」或「興建」之二種不同內容之給付，且係約定由被上訴人或其指定之人行使選擇權以特定其給付之標的，是上訴人主張系爭80年協議書之約定為選擇之債，且系爭80年協議書約定之選擇權係屬被上訴人或其指定之人行使，應可採信。

㈡至於上訴人雖主張就系爭土地兩造已共同委請建築師設計規劃，並向台中縣政府請領系爭建照，嗣並各自指定變更起造人及由起造人向台中縣政府申報開工，可知被上訴人已選擇合建，系爭80年協議書即視為自始單純之債云云。惟查：系爭80年協議書開宗明義之約定內容，兩造本即約定系爭土地共同申請建築執照及「興建」或「出售」，而5.約定：「雙方決定合併申請建照之土地，由甲方或其指定之人決定『出售』或『興建」…」、第 6條約定：「決定『合建』時…」、第 8條約定：「決定『出售』由甲方定，乙方無異議與甲方共同出售，出售價金由甲方決定…」等語，依其契約條款之編排體系可知，無論被上訴人行使選擇權之結果為決定「出售」土地或「興建」，雖應委任王乙鯨進行設計規劃，並

合併向主管機關申請一張建築執照，則兩造雖有共同委任王乙鯨建築師設計規劃、支出相關費用及合併申請一張系爭建照等情，然均係兩造履行系爭80年協議書約定之前階段合作協議而已。縱使雙方合併申請建照後，仍可決定將合併申請建照之土地『出售』或『興建』，有如前述，是尚無從以兩造間有上開前階段之行為，即認為被上訴人已行使選擇權並選擇「合建」之事證。

㈢再以，兩造於取得系爭建照後，雖有各自變更起造人及由起造人申報開工之行為，惟兩造或兩造指定變更之起造人自82年間取得系爭建照時起至95年間止，均未曾在系爭土地上有任何整地開挖或實質興建之情形，為上訴人自認在卷（見原審卷第 207頁）。依○○○建築師設計規劃之建案為地下二層、地上十七層之集合住宅，共 259戶，興建之規模非小，被上訴人如已行使選擇權並選擇合建，則依系爭協議書6.之約定，有關合建所應支付之一切費用，兩造必定於事前就各自應承擔營建資金之籌措（如向金融機構辦理營建貸款）、營造事項之承攬、發包等事項為相當之整合規劃與準備。矧，兩造於本院亦不否認當初係為「容積率」（系爭建照容積率674%，見原審卷第190頁）而簽訂系爭80年協議書，則，兩造何以竟自取得系爭建照、由起造人申報開工後，十餘年間均未曾在系爭土地上進行任何實質之興建動作，且不僅被上訴人並無任何興建之行動，上訴人亦無實行合建計劃之行動，顯見兩造間根本尚未為實行合建之準備，被上訴人之所為自不能認為已有向上訴人表示選擇「合建」之意思。除此之外，上訴人復未能舉證證明被上訴人已向其行使選擇權並選擇合建之意思表示，則被上訴人辯稱其並未選擇合建，堪以採信。

㈣嗣被上訴人於95年6月16日以000號存證信函通知上訴人，其業已與賴明仁議定買賣條件如附件，上訴人依系爭80年協議書第 8條規定，有以同一條件優先承買之權利，請上訴人於函到12日內表示是否決定承買之情，為兩造所不爭執。據此

，被上訴人除通知上訴人是否行使優先承買權外，亦足認被上訴人已一併表示行使選擇權並選擇出售之意思表示，該行使選擇權之意思表示於到達上訴人時，系爭80年協議書約定之給付即予特定為「出售」系爭土地。

三、次按，「決定出售由甲方決定，乙方無異議與甲方共同出售，出售價金由甲方決定，並依前述比例分配之。（甲方決定之價金，乙方亦可買斷）」，系爭80年協議書第 8條約定有明文。準此，所謂「買斷」，核其性質係屬意定之優先承買權（下稱系爭買斷權），被上訴人若決定出售系爭土地及價金，而上訴人得按同一條件之價金主張買斷，即由兩造約定上訴人就被上訴人決定出售土地之價金享有具債權效力之買斷權。惟，有關系爭買斷權之行使方法、時期、效力等事項，在系爭80年協議書中並無約定，則系爭買斷權究竟應如何行使。經查：

㈠本院審酌系爭買斷權係成立買賣契約之形成權，有買斷權之人於不動產出賣予第三人時，有權向不動產所有人以意思表示，使買斷權人與不動產所有人間成立買賣契約，其目的固係為特別保障買斷權人之權益，然為避免法律關係久懸不定，影響交易安全及第三人之利益，就此買斷權之行使期間理應設有相當之限制，此觀民法針對形成權之行使均設有行使期間之規定，其目的即在使法律關係得以早日安定。準此，本院認為系爭買斷權，既屬具債權效力之優先承買權，則有關該買斷權行使之方式、時期及效力等事項，系爭80年協議書既未為特別約定，依「相類事實應為相同處理」之法理，應類推適用法定具債權效力之優先承買權之相關規定，即可類推適用土地法第34條之1有關共有人優先承買權之規定。

㈡按，共有人出賣其應有部分時，他共有人得以同一價格共同或單獨優先承購，土地法第34條之1第4項定有明文。又，徵求他共有人是否優先承購之手續，準用土地法第104條第2項規定，即優先購買權人於接到出賣通知後10日內不表示者，其優先購買權視為放棄，（101年10月3日修正前）土地法第

34條之1執行要點第10點第 2項規定，土地法第34條之1之優先承買權，其手續準用土地法第104條第2項規定，他共有人於接到出賣通知後十日內不表示者，其優先購買權視為放棄。準此，上訴人之系爭買斷權，應於接到出賣通知後10日內表示是否承買，逾期則其買斷權應視為放棄。

㈢被上訴人業已於95年6月16日以000號存證信函通知上訴人關於其與賴明仁間預定買賣土地之事實，並以95年買賣契約為附件，請上訴人於函到12日內表示是否決定優先承買。雖被上訴人與賴明仁之買賣契約，係於95年7月7日始行簽訂，惟出賣人之通知義務，旨在使買斷權人知悉買賣條件而得行使優先承買權，關於通知之方式，兩造既未為為任何約定，土地法亦無限制之規定，則買斷權人如已確實知悉買賣之事實、條件，而未能於知悉後10日內行使其優先承買權，其優先承購權亦應視為放棄，方符法理。而被上訴人既於95年 6月16日通知上訴人得優先承買之意旨，嗣後亦確實與賴明仁成立如 769號存證信函附件所示相同條件之買賣契約，賴明仁復於95年 7月12日以存證信函告知上訴人已與被上訴人簽訂買賣契約之事實，為上訴人所不爭執。據此，上訴人於客觀上已確實知悉被上訴人與賴明仁間之95年買賣契約及其條件，惟上訴人依其主張係於95年 9月25日原法院95年度建字第92號之言詞辯論中，上訴人向被上訴人表示已決議行使買斷權，及於95年10月12日以台中○○郵局第0000號存證信函，向被上訴人表示行使買斷權，其表示之時間均早已逾其知悉買賣事實及條件後10日之期間達數月之久，則被上訴人抗辯上訴人之系爭買斷權應已視為放棄之情，即應堪採納。

㈣至於上訴人雖主張上開被上訴人與賴明仁間就系爭土地之買賣契約為法院判決無效確定，而不能行使系爭買斷權云云。惟，系爭80年協議書8.約定「決定出售由甲方（即被上訴人）決定，乙方（上訴人）無異議與甲方共同出售，出售價金由甲方決定，並依前述比例分配之。（甲方決定之價金，乙方亦可買斷）」等語，準此，若被上訴人決定出售系爭土地

時，上訴人須無異議與被上訴人共同出售，則被上訴人係出售其所有32地號等 6筆土地，上訴人則係出售其所有OOOO地號等3筆土地，而OOOO地號等3筆土地本即為上訴人所有，則上訴人買斷者為被上訴人所有之OO地號等 6筆土地。而原法院95年度建字第92號、本院 151號判決訴訟事件，係賴明仁對上訴人提起移轉登記之訴，該事件當事人間爭執之事項為被上訴人是否有權代理上訴人出售OOOO地號等 3筆土地，賴明仁請求上訴人移轉OOOO地號等 3筆土地是否有理由，而經上開確定判決認定被上訴人為無權代理上訴人出售32-6地號等3筆土地，對上訴人不生效力（見本院151號判決肆、得心證之理由三），而駁回賴明仁之請求，並無涉於被上訴人就其所有OO地號等 6筆土地與賴明仁訂立買賣契約之效力，故被上訴人與賴明仁間就32地號等 6筆土地訂立之買賣契約既無何無效之事由，其買賣契約自屬有效，上訴人主張該買賣契約無效而不能行使買斷權，即非可採。

㈤至於上訴人雖又主張被上訴人與賴明仁間土地買賣契約書第13條第 6款之約定『若甲方（即賴明仁）未能獲得勝訴判決時，於敗訴判決確定後十日內，乙方（即被上訴人）應立即將已收之第一期款返還，雙方所訂買賣契約亦因甲之敗訴判決確定之同時而告解除，就本買賣契約等相關事項，除回復原狀外，雙方各自拋棄其餘請求，互不得對他方主張任何權利。』（見原審卷第46頁），而本院 151號判決顯示被上訴人與賴明仁間之買賣契約，因解除條件成就而失其效力，即被上訴人與賴明仁於97年 1月23日所簽立之協議書（下稱系爭97年協議書），為新訂定之買賣契約書，被上訴人於簽立系爭97年協議書時，未通知伊是否行使買斷權，並逕行將OO地號等 6筆土地移轉與第三人，則被上訴人構成債務不履行云云。惟：

⑴被上訴人與賴明仁簽訂之系爭97年協議書，係針對雙方於95年7月7日所簽訂95年買賣契約之後續履行事宜，經理性協商，達成合意。『一、於簽訂買賣契約後，因丙方泉富金屬工

業股份有限公司（下稱泉富公司）未行使優先承買權，復不承認乙方（即呂詹金桂、呂柏宗）有代為出售之權利，而致訴訟，關於訴訟之相關費用等，除第一審之訴訟費用及律師費用已由雙方平均分擔外，關於第二審之訴訟費用、律師費用及後續關於訴訟等之費用，由甲方（即賴明仁）負擔，乙方不再負擔。二、關於買賣契約之履行，雙方確認依乙方與泉富公司間之合作（設計、興建、買賣）協議書第五條：「雙方決定合併申請建照之土地，由甲方（即本協議書乙方）或其指定人決定出售或興建，並同意此協議書對雙方之繼受人亦有效力。」之約定，應由甲方基於繼受人之地位，與泉富公司協商或依前揭合作（設計、興建、買賣）協議書約定，行使權利，負擔義務。關於合作（設計、興建、買賣）協議書相關事項之後續處理，均由甲方以繼受人之地位，全權處理，與乙方無涉。三、就乙方所有土地之履行部分，雙方合議進行所有權移轉登記及給付價金等事項，條件如下：1.甲方應於本協議書簽署之同時，給付總價款（即壹億伍仟參佰陸拾萬陸仟肆佰柒拾伍元整）百分之十之價金。2.…。甲方得指定第三人為登記名義人，乙方並無異議。』（見原審卷第 72-74頁）。據此，被上訴人與賴明仁間就被上訴人所有OO地號等6筆土地所簽訂之95年買賣契約（OO地號6筆土地買賣價金1億5360萬6475元；OO地號等3筆土地為6006萬4400元，見原審卷第43頁），並未因本院 151號判決而無效，有如前述，而渠等簽訂系爭97年協議書，僅是為履行渠等間所簽訂之95年買賣契約，並非被上訴人與賴明仁間新成之買賣契約。嗣賴明仁即將OO地號等 6筆土地指定移轉登記予廖朝信、廖朝守、廖朝洲、廖維晟、廖維山、許秋水、賴濬哲等人（下稱廖朝信等7人，見本院卷一第189-213頁），並於97年 3月14日完成所有移轉登記，被上訴人、賴明仁、廖朝信等 7人並於97年4月15日以台中OO○○○000號存證信函通知上訴人，並主張依系爭80年協議書5.之約定對上訴人亦發生效力，上訴人於同年月16日收受（見本院卷一第147-1 53頁

）。據上，被上訴人與賴明仁間之97年協議書，僅是在履行渠等間就32地號等 6筆土地之95年買賣契約而已，而95年買賣契約，業經被上訴人於95年6月16日以000號存證信函通知並請上訴人函到12日內表示是否決定優先承買，賴明仁復於95年 7月12日以存證信函告知上訴人已與被上訴人簽訂95年買賣契約之事實，惟上訴人依其主張係於95年 9月25日原法院95年度建字第92號之言詞辯論中，上訴人向被上訴人表示已決議行使買斷權，及於95年10月12日以台中○○○○○000號存證信函，向被上訴人表示行使買斷權，其表示之時間均早已逾其知悉買賣事實及條件後10日之期間達數月之久，則被上訴人抗辯上訴人之系爭買斷權應已視為放棄，有如前述，則被上訴人自毋庸再行通知上訴人有關00地號等 6筆土地出賣予賴明仁，及是否行使買斷權。是上訴人此之主張，不足為採。

⑵況且，賴明仁、廖朝信等 7人、被上訴人等人，嗣以上訴人為被告，依系爭80年協議書5.之約定提起履行契約之訴，雖經原法院以97年度訴字第2572號（見原審卷第 75-81頁）、本院98年度上易字第315號民事判決（下稱本院315號判決，見原審卷第 82-89頁）敗訴確定。惟，系爭80年協議書即約定系爭土地共同申請建築執照及「興建」或「出售」，而5.約定：「雙方決定合併申請建照之土地，由甲方或其指定之人決定『出售』或『興建』，並同意此協議書對雙方之繼受人亦有效力。」、第6條約定：「決定『合建』時…」、第8條約定：「決定『出售』由甲方定，乙方無異議與甲方共同出售，出售價金由甲方決定…」等語，依其契約條款之編排體系可知，無論被上訴人行使選擇權之結果為決定「出售」土地或「興建」，雖應委任王乙鯨進行設計規劃，並合併向主管機關申請一張建築執照，則兩造雖有共同委任王乙鯨建築師設計規劃、支出相關費用及合併申請一張系爭建照等情，均係兩造履行系爭80年協議書約定之前階段合作協議而已，縱使雙方合併申請建照後，仍可決定將合併申請建照之土

地『出售』或『興建』；被上訴人於95年6月16日以000號存證信函通知上訴人，其業已與賴明仁議定買賣條件如附件，上訴人依系爭80年協議書第 8條規定，有以同一條件優先承買之權利，已足認被上訴人已一併表示行使選擇權並選擇出售之意思表示，該行使選擇權之意思表示於到達上訴人時，系爭80年協議書約定之給付即予特定為「出售」系爭土地，有如前述。如是，系爭80年協議書，就系爭土地「出售」或「興建」之決定權，既已約定由被上訴人行使，而被上訴人亦已決定「出售」，且對繼受人（即賴明仁）亦發生效力，而本院 315號判決雖認為【本件被上訴人（即本案上訴人）…，乃係基於契約權利之正當行使，固足使上訴人（即本案被上訴人，及賴明仁、廖朝信等7人）等蒙受不利，但被上訴人之目的係在行使其契約上之權利，不能謂其係為權利之濫用。上訴人主張都市計畫法於88年6月16日全面實行容積管制，有88年6月16日修正都市計畫法台灣省施行細則一件可稽，則合作協議標的之土地當於88年6月16日受容積管制，但因上開建照在82年即已申請，故現依上開建照建築房屋則不受容積管制之限制，可建築樓高17層之大樓，若在容積管制後再重新申請核發建照執照，僅可建築一般透天厝房屋，對兩造就土地使用利益而言，以上開建造執照合建房屋出售，係屬最大利益，現被上訴人拒絕履行合作協議，顯未依誠信原則行使權利、履行義務，當有權利濫用之情事云云，亦不足採。】（見本院315號判決第12-13頁即事實及理由五、㈣，見原審卷第88頁反面、89頁）。據此，本院 315號判決係依上訴人主張認為系爭80年協議書之決定權雖為被上訴人，被上訴人應選擇「興建房屋後出售」，不應選擇「出售土地」，對兩造係屬最大利益。是認定係上訴人『拒絕履行』系爭80年協議書，且足使包括被上訴人在內之人『蒙受不利』，僅不構成權利濫用而已。惟系爭80年協議書之決定權既歸屬於被上訴人，則被上訴人業已行使決定出售系爭土地之權，則被上訴人就系爭80年協議書之履行，均有如前述，

被上訴並不構成債務不履行。

四、末按，「乙方（即上訴人）未經甲方（即被上訴人）同意前不得單獨在乙方之土地興建或出售，如有違約則以公告現值十倍賠償。」，系爭80年協議書 10.固約有明文。而上訴人主張依上開約定之反面解釋，被上訴人未經上訴人同意出售土地，上訴人得請求按公告現值十倍之損害賠償云云。惟，上開約定僅限制上訴人不得未經被上訴人同意單獨興建或出售土地，並未約定被上訴人亦受此限制，且依系爭80年協議書，系爭土地「出售」或「興建」之決定權本歸屬於被上訴人，而被上訴人既已決定出售土地，且於單純出售土地時，其買受人並無需得對造同意之資格限制，此為兩造於原審審理時所是認（見原審卷第207頁即103年 9月17日言詞辯論筆錄），則依契約自由原則，兩造既未於系爭80年協議書中約定被上訴人單獨出售土地時，上訴人得向被上訴人請求賠償，則上訴人主張依系爭80年協議書第10條之反面解釋得向被上訴人為損害賠償之請求，於法無據。

五、綜上，系爭80年協議書就系爭土地之「出售」或「興建」之決定權，既經有決定權之被上訴人行使選擇權，使其給付特定為「出售」系爭土地，兩造間後續債之履行，即應按系爭80年協議書第8條、第9條之約定辦理，即：出售價金由被上訴人決定並依土地面積比例分配之（被上訴人決定之價金，上訴人亦可買斷）；出售時各自負擔原有土地之增值稅，無再適用系爭協議書中關於選擇「合建」約定條款之餘地。則上訴人以被上訴人業經選擇「合建」，復將其所有32地號等6 筆土地出售予賴明仁，致系爭土地無法合併興建，上訴人受有分配建坪減少之損害，依不完全給付債務不履行之規定請求被上訴人賠償其損害，即屬無據。又被上訴人已於95年6月16日以000號存證信函並附買賣條件之附件通知上訴人關於與賴明仁間預定買賣之事實，請上訴人於函到12日內表示是否決定優先承買，嗣賴明仁亦於同年 7月12日以存證信函通知上訴人，其已與被上訴人簽訂95年買賣契約之事實，則

上訴人已確實知悉被上訴人與賴明仁間買賣之事實及條件，逾期未為行使買斷權之意思表示，其買斷權應視為放棄；而本院 151號判決，僅認定被上訴人無權代理上訴人出賣OOOO地號等 3筆土地而已。則就被上訴人依95年買賣契約出賣自己所有OO地號等 6筆土地予賴明仁並無任何無效事由，仍應認為有效，嗣被上訴人與賴明仁簽訂97年協議書，係為履行95年買賣契約而達成協議而已；嗣賴明仁、廖朝信等 7人及被上訴人，依系爭80年協議書之約定請求上訴人履行協議，雖經本院315號判決敗訴確定，惟本院315號判決仍認定係上訴人『拒絕履行』系爭80年協議書，且足使包括被上訴人在內之人『蒙受不利』，僅不構成權利濫用而已。從而，上訴人主張受有土地價格上漲之所失利益，依不完全給付債務不履行之規定請求被上訴人賠償其損害，均屬無據，應予駁回。

六、綜合上述，上訴人依民法第227條、226條規定請求被上訴人告賠償損害1500萬元本息，並無理由，應予駁回。上訴人之訴既經駁回，其假執行之聲請失所附麗，應併予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，及駁回其假執行之聲請，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

七、本件判決之基礎已為明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及舉證，經核均與判決之結果無影響，爰不一一論駁，附此敘明。

伍、據上論結，本件上訴為無理由，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　　1　　月　　15　　日

民事第五庭　審判長法　官　許秀芬

法　官　簡燕子

法　官　顏世傑

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後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日內向本院提出上

訴理由書(須按他造人數附具繕本)。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項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。

書記官 劉雅玲

中 華 民 國 108 年 1 月 15 日