臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度上字第199號

上　訴　人　何澤合
訴訟代理人　黃君介律師
被上訴人　　宏泰人壽保險股份有限公司
法定代理人　魯奐毅
訴訟代理人　李昌明律師

上列當事人間請求返還價金事件，上訴人對於民國107 年6 月12日臺灣高雄地方法院106 年度訴字第400 號第一審判決提起上訴，本院於108 年3 月6 日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣貳佰肆拾萬壹仟元，及自本件判決確定翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔十五分之七，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付部分，於上訴人以新臺幣捌拾萬元供擔保後得假執行，被上訴人如以新臺幣貳佰肆拾萬壹仟元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：

㈠上訴人於民國102 年10月27日與被上訴人簽立華人匯房屋土地預訂買賣契約書（下稱系爭買賣契約）、華人匯買賣契約之個別磋商條款契約書（下稱系爭磋商條款）及協議書（下稱系爭協議），向被上訴人買受建案名稱「華人匯」B2棟15樓預售屋乙戶（下稱系爭房屋）及編號B5-13 、B5-14 之汽車停車空間，並約定買賣總價為新臺幣（下同）3,430 萬元，上訴人於華人匯建案開工後，即陸續給付價金共855 萬元（嗣經被上訴人退還3,135,000 元，詳如後述），該建案並於104 年9 月15日取得使用執照。然上訴人係於至華人匯建

案銷售中心看屋當日，即簽立系爭買賣契約、磋商條款及協議，被上訴人未依消費者保護法（下稱消保法）第11條之1規定給予上訴人審閱期間，對上訴人顯失公平，依消保法第11條之1第3項、第12條第1項、第16條及民法第247條之1規定，系爭買賣契約、磋商條款均不構成兩造之契約內容，應為無效，被上訴人受領價金之法律上原因自不存在，上訴人得依民法第179條規定，請求被上訴人返還5,145,000元。

㈡上訴人於建案完工後至現場察看，發現被上訴人在廣告宣傳單中上宣稱之公共設施，其中使用執照平面圖上之A棟1樓樓梯廳已變更為會議室、B棟地下1樓之機車停車位變更為遊戲室、B棟屋突增設1層樓發呆房，均屬違建而不能合法使用，被上訴人故意未告知此瑕疵，上訴人自得依民法第354條、第355條第2項、第365條規定解除契約，並依民法第259條規定請求被上訴人返還已收受之買賣價金。上訴人已於105年9月7日、10月24日向被上訴人表示解除契約，並拒絕繼續履行契約，詎被上訴人於105年12月9日以存證信函向上訴人表示解除契約，並以上訴人違約為由而自上訴人已付價金中沒收買賣總價15%即5,145,000元充作違約金，僅返還3,135,000元予上訴人。

㈢縱認上訴人解除契約為無理由，然華人匯建案既有上開瑕疵，上訴人得行使同時履行抗辯權，拒絕給付價金，被上訴人解除契約自不合法，不得請求違約金。再縱認上訴人應給付違約金，考量華人匯建案興建完成未久，日後仍有出售可能，被上訴人所受損失非鉅，且上訴人尚未辦理所有權移轉登記，被上訴人沒收之違約金實屬過高且顯失公平，應酌減至零，被上訴人應依民法第179條規定返還溢收之違約金。

㈣為此，依民法第179條、第259條規定，提起本件訴訟，於原審聲明請求被上訴人應給付上訴人5,145,000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，並陳明願供擔保請准宣告假執行。原審判決上訴人全部敗訴，

上訴人提起上訴，並聲明：原判決廢棄，餘如原審訴之聲明。

二、被上訴人則以：系爭買賣契約業經上訴人於102 年10月23日攜回審閱5 日後，始於同年月27日在華人匯建案現場代銷人員說明相關約定及磋商條款後簽訂，並無未給予契約審閱期之情事；又系爭磋商條款第1 條已約明，審閱期如少於5 日時，上訴人於契約簽立後5 日內得無條件解約，已保障上訴人之實質審閱期，而自兩造簽署系爭買賣契約、磋商條款時起迄上訴人提起本件訴訟時止，期間已逾3 年，上訴人從未主張審閱期間遭剝奪或不瞭解契約條款，上訴人不得再以違反審閱期為由，主張排除系爭買賣契約、磋商條款內容之適用，系爭買賣契約、磋商條款應非無效。又上訴人於簽訂系爭買賣契約、磋商條款時，已知悉A 棟1 樓樓梯廳、B 棟地下1 樓之機車停車位及B 棟屋突有二次施工情事，依民法第355 條第1 項規定，被上訴人自不負瑕疵擔保責任，且被上訴人早因上訴人未依約辦理貸款及給付價金，於105 年12月9 日寄存證信函予上訴人，依系爭買賣契約第14條第4 項、第25條第2 項約定，解除契約並沒收買賣總價15% 即上訴人已付價金其中5,145,000 元作為違約金，上訴人嗣後再以物之瑕疵為由主張解除契約，自無理由。再系爭買賣契約條款係根據內政部營建署核定之預售屋版本規範所製作，考量建商在預售房屋時，已投入大量資金且負擔建築融資之龐大利息等情，並參考以往慣例，始以總價金15% 作為違約金上限，並無過高情事等語，資為抗辯。

三、兩造不爭執事項：

㈠上訴人於102 年10月27日，與被上訴人簽訂系爭買賣契約、磋商條款及協議，以總價3,430 萬元向被上訴人買受系爭房屋及編號B5-13 、B5-14 號汽車停車空間。

㈡上訴人已給付定金686,000 元、簽約金2,744,000 元、開工款686,000 元、10期工程期款2,744,000 元及貸款不足額169 萬元，其已給付被上訴人之金額共計855 萬元。

㈢華人匯建案已於104 年9 月15日取得使用執照。

㈣華人匯建案於經主管機關核發使用執照後，被上訴人復進行下列第二次施工，而違反建築法第73條規定：

1.將使用執照平面圖上之A 棟1 樓樓梯廳變更為會議室。

2.將使用執照平面圖上B 棟地下1 樓之機車停車位變更為遊戲室（業經高雄市政府工務局稽查後裁罰）。

3.在B 棟屋突增設1 層樓發呆房，係屬違建（現已拆除）。

㈤被上訴人於華人匯建案完工後，於105 年10月21日以存證信函通知上訴人完成貸款一切手續事宜，然上訴人未辦理對保，亦未依約繳交餘款。

㈥上訴人於105 年10月24日以左營華夏路郵局000223號存證信函通知被上訴人，主張系爭買賣契約中之交屋保留款、二次施工、二次施工保管使用義務等，違反預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項及建築法等規定，系爭買賣契約無效。

㈦被上訴人於105 年12月9 日以台北台塑郵局第001485號存證信函通知上訴人，因上訴人未於期間繳納預定貸款金額，依系爭買賣契約第14條第4 項、第25條約定解除系爭買賣契約，並沒收系爭不動產總價15% 即5,145,000 元作為違約金，及請上訴人提供金融帳戶以退回剩餘價款，上訴人已於105 年12月12日收受存證信函。

四、系爭買賣契約及磋商條款是否無效？上訴人依民法第179 條規定請求返還價金，有無理由？

㈠上訴人主張：系爭買賣契約、磋商條款及協議均為定型化契約，被上訴人未給予合理審閱期間，對上訴人顯失公平，依消保法第11條之1 第3 項、第12條第1 項、第16條規定，系爭買賣契約、磋商條款應為無效等情，為被上訴人所否認。經查：

1.按企業經營者在定型化契約中所用之條款，應本平等互惠之原則；定型化契約條款如有疑義時，應為有利於消費者之解釋，消保法第11條定有明文。又企業經營者與消費者

訂立定型化契約前，應有30日以內之合理期間，供消費者審閱全部條款內容；違反前項規定者，其條款不構成契約之內容，但消費者得主張該條款仍構成契約之內容；中央主管機關得選擇特定行業，參酌定型化契約條款之重要性，涉及事項之多寡及複雜程度等事項，公告定型化契約之審閱期間，為104 年6 月17日修正前之消保法第11條之1所明定。其立法目的無非為維護消費者知的權利，使其於訂立定型化契約前，有充分瞭解定型化契約條款之機會，避免消費者於匆忙間不及瞭解其依定型化契約所得享受之權利及應負擔之義務，致訂立顯失公平之定型化契約而受有損害。企業經營者如未提供合理審閱期，可由消費者決定是否將條款納入契約內容，惟若消費者在簽約後，已有相當合理期間可審閱、瞭解、評估契約條款，堪認未事先給予合理審閱期之缺陷業已治癒，是消費者依上開規定主張契約條款不構成契約內容，解釋上應在合理之一定期間內提出主張，方符誠信原則。

2.上訴人主張系爭買賣契約、磋商條款及協議均為定型化契約一節，被上訴人對系爭買賣契約為定型化契約部分，雖不爭執，惟否認系爭磋商條款亦為定型化契約。經原審當庭勘驗系爭磋商條款原本，系爭磋商條款內容雖以手寫字體記載，但除買受人簽名欄、出賣人代表人簽名欄、編號第「B2」棟第「壹拾伍」樓、及甲方、乙方簽章、日期部分係另外填入外，其餘內容均係預擬後影印予當事人簽署者，有原審106 年5 月11日勘驗筆錄可佐（原審卷一第301 頁），且參酌系爭磋商條款長達4 頁，各條款間密接緊實，並無臨時添加之痕跡，被上訴人亦陳明系爭磋商條款未曾經兩造實際磋商後修改等語在卷（原審卷一第381頁），足見系爭磋商條款為被上訴人預定用於銷售華人匯建案同類買賣契約之約定條款，性質上屬定型化契約條款，不因其名稱註明為「買賣契約之『個別』磋商條款」，並以手寫文字繕寫非電腦繕打，而影響其為定型化契約條

款之事實。是以，系爭買賣契約及磋商條款均屬定型化契約，應堪認定。

3.上訴人復主張於簽立系爭買賣契約及磋商條款前，被上訴人未給予5日審閱期一節，業據證人即上訴人之子黃宥鈞於原審證稱：伊於102年10月26日與上訴人同至華人匯建案銷售中心看屋，當天兩造便談妥價格、準備簽約，銷售人員待雙方談妥後才拿出系爭買賣契約及磋商條款讓上訴人簽名，並未提及審閱期間，上訴人於當日即以刷卡方式給付定金10萬元，因上訴人未帶印章，僅先在契約上簽名，翌日即10月27日再到銷售中心蓋印，故系爭買賣契約及磋商條款上記載之簽約日期是102年10月27日，被上訴人在上訴人完成用印後，才交付系爭買賣契約及磋商條款等語明確（原審卷一第339至341頁），並有上訴人提出之102年10月26日信用卡人工簽帳單在卷可佐（原審卷一第369頁）。且由證人即華人匯建案銷售人員劉宇葳於原審證稱：上訴人及黃宥鈞購買華人匯建案，由伊負責接待，從其等進入銷售中心至決定購買大約花了一整天，通常伊會先收定金、決定戶型後再約簽約時間，伊已經不記得上訴人實際見到系爭買賣契約之日期，但系爭磋商條款是簽約當天才拿給上訴人看等語（原審卷一第348至350頁），及證人即華人匯建案銷售人員龐宗豫於原審證稱：依華人匯建案一般銷售作法，主契約（即系爭買賣契約）係在客戶付定金時提供給客戶看，若客戶願意就當天簽約，並在客戶看主契約沒問題後，拿出系爭磋商條款給客戶看，會有5天審閱期間，即客戶簽約後5天內都可毀約等語（原審卷一第356、357頁），可知華人匯建案之一般銷售模式乃價格談妥後，於當天即交付定金並簽約，堪認黃宥鈞前揭證述情節確與華人匯建案銷售簽約模式相符，自屬可採。是以，上訴人係於102年10月26日支付定金，翌日完成系爭買賣契約及磋商條款之簽訂後，始取回系爭買賣契約及磋商條款，堪予認定，系爭買賣契約書第1條記載

契約已由上訴人於102年10月23日攜回審閱5日（原審卷一第31頁）乙情，與事實不符，自無從僅因上訴人有於該條款下方簽名蓋章，而為不利於上訴人之認定。從而，上訴人主張被上訴人並未於兩造簽訂契約前5日，將系爭買賣契約、磋商條款交付上訴人審閱，違反消保法第11條之1第1項規定等情，自屬可採。

4.被上訴人未依消保法第11條之1第1項規定，於兩造訂立契約前，給予上訴人至少5日之期間審閱系爭買賣契約、磋商條款，固如前述，然由系爭買賣契約第1條已載明「契約審閱」、「契約審閱期間至少5日」字語（原審卷一第31頁），並經上訴人於該條約定句末簽名，及系爭磋商條款第1條載明「第1條契約審閱，經雙方各磋商後修改條款如下：甲方（即上訴人）審閱期間如少於5日者，本契約簽立後5日內如甲方解除本契約者，乙方（即被上訴人）同意無條件解約，並無息返還甲方已兌現之買賣價金，但超過簽約5日，則不得再以契約審閱期為由，要求解除契約」字語（原審卷一第201頁），則位在上訴人簽名下方之顯眼位置，上訴人對於該等審閱期間及相關權益之記載應非毫無所見、所知等情，應足見上訴人乃於知悉契約審閱期至少5日之情形下猶於看屋當日即簽約。而自兩造於102年12月27日完成簽約迄至上訴人所主張於105年9月7日解約時，已歷時2年8月，上訴人因持有系爭買賣契約、磋商條款，本可隨時查閱條款，竟於此期間從未表明有不瞭解系爭買賣契約、磋商條款內容之情形，亦未曾主張審閱期間利益遭剝奪，顯經過相當期間審酌契約條款而未有爭議，其迄至106年1月4日提起本件訴訟，始以被上訴人未給予審閱期間為由，依消保法第11條之1規定主張系爭買賣契約、磋商條款內容無效，有違誠信原則，委無足採。

㈡上訴人另主張系爭磋商條款第10條、第12條內容有消保法第12條及民法第247條之1規定情形，應屬無效云云。然查：

1.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，為免除或減輕預定契約條款之當事人之責任、加重他方當事人之責任、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利或其他於他方當事人有重大不利益之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效，為民法第247 條之1 所明定。次按定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效；定型化契約中之條款違反平等互惠原則、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾或契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者，推定其顯失公平，消保法第12條定有明文。再按定型化契約中之定型化契約條款，全部或一部無效或不構成契約內容之一部者，除去該部分，契約亦可成立者，該契約之其他部分，仍為有效，但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效，為消保法第16條所明定。準此，定型化契約條款縱使有無效或不構成契約內容之一部，除去該部分，契約仍可成立者，定型化契約仍屬有效而非當然無效。

2.系爭磋商條款第10條係關於上訴人同意於取得使用執照取得後，全權委由被上訴人變更社區1 、2 樓管委會使用空間、防災中心、屋頂平台、屋突1 、2 層、地下1 樓B 區之原定規劃、用途，僅在於揭示兩造意思表示內容，尚無涉及被上訴人對上訴人契約責任之免除或減輕，應未對上訴人有重大不利益，且被上訴人或起造人因違規使用或違建應負行政責任，本不因此約定而當然解免，自難謂系爭磋商條款第10條已構成違反誠信原則、對上訴人顯失公平之情形，上訴人主張此部分磋商條款之約定，不得作為契約內容之一部，並執此謂系爭買賣契約、磋商條款全部亦屬無效云云，委無足採。

3.系爭磋商條款第12條約定：第10條所列之各項均為二次工程，且均係在甲方（即上訴人）同意知情下施作，其規劃用途與使用執照圖所載不同，不符現行相關法令規定，已

為甲方明確知悉，日後如有主管機關命拆除回復原狀之情形，概由甲方自行處理，乙方（即被上訴人）不負回復或損害賠償責任（原審卷一第207 頁），乃預先使上訴人拋棄對於被上訴人就取得使用執照後變更部分空間規劃、用途所得對被上訴人主張之權利，自屬對上訴人有重大之不利益，且被上訴人於定型化契約預為有利於己之擬定，將此二次工程之風險全歸由上訴人負擔，實有違誠信原則，對上訴人顯失公平，依消保法第12條規定，此條款之約定應屬無效。然除去此部分約定，系爭買賣契約、磋商條款及協議仍可獨立有效存在，且華人匯建案僅有A 棟屋突、、B 棟屋突及B 棟地下室1 層機車停車空間有違建、違規使用情形（詳如後述），並非全部公共設施均有該情事，對於上訴人自無顯失公平，而無消保法第16條但書規定「但對當事人之一方顯失公平者，該契約全部無效」之適用。從而，上訴人執此謂系爭買賣契約、磋商條款全部亦屬無效云云，自無足採。

㈢綜上，上訴人主張系爭買賣契約及磋商條款全部無效云云，非可採信，其依民法第179 條規定，請求被上訴人返還已付價金其中5,145,000 元本息，洵屬無據。

五、系爭房屋是否有上訴人主張之瑕疵？上訴人以物之瑕疵為由，主張解除契約，並請求返還價金，有無理由？

㈠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，但減少之程度，無關重要者，不得視為瑕疵；買受人於契約成立時，知其物有民法第354 條第1 項所稱之瑕疵者，出賣人不負擔保之責，民法第354 條第1 項、第355 條第1 項分別定有明文。

㈡高雄市政府工務局（下稱工務局）在華人匯建案領取使用執照後，於106 年6 月12日派員到現場勘查結果為：①A 棟屋突一層樓梯間增設隔間、②A 棟屋突二層樓梯間增設隔間及浴缸、③B 棟屋突二層之樓梯間增設隔間、④B 棟地下室一

層機車停車空間增設隔間作為大樓遊戲室使用、⑤B 棟屋突一層綠化變更並搭設違章建築，未與原核准使用圖說相符等情，有該局106 年8 月9 日高市工務建字第10635006900 號函及所附資料、現場勘查照片在卷可稽（原審卷二第105 至115 頁）；另經原法院106 年重訴字第522 號返還價金事件（上訴人之子黃宥鈞訴請被上訴人返還價金事件，下稱另案）承辦法官會同工務局建管處人員到場勘驗，確認華人匯建案有：①使用執照平面圖上之A 棟1 樓梯廳已變更為「會議室」，係屬違規；②使用執照平面圖上B 棟地下1 樓之機車停車位已變更為「遊戲室」，係屬違規；③B 棟屋突曾增設1 層樓發呆房，係屬違建，現已拆除；④其餘項目均與使用執照目的相符，未違規亦非違建等情，為兩造所不爭執，並有另案勘驗筆錄及現場照片可稽（原審卷二第128 至138 頁），堪認華人匯建案之公共設施與使用執照核定使用項目不合者，計有A 棟屋突1 層樓梯間增設隔間、A 棟屋突2 層樓梯間增設隔間及浴缸、B 棟屋突2 層之樓梯間增設隔間、B 棟地下室1 層機車停車空間增設隔間作為大樓遊戲室使用及B 棟屋突1 層綠化變更（下合稱系爭二次施工）。又據工務局建管處人員於另案勘驗陳稱：違規使用與違建都是違反建築法第73條，違規部分只有裁罰，如果沒有增加樓面面積，無庸回復原狀，但是可申請變更使用執照，違建部分如有拆除必要會轉給拆除大隊處理，106 年6 月已第1 次開罰並命改善等語（原審卷二第128 、129 頁），足見系爭二次施工之違規使用及違建情事，因已違反建築法第73條第2 項規定，起造人負有拆除、回復原狀或遭處罰之行政上責任，依通常觀念，此情形確將使系爭房屋之價值及效用減少，而有瑕疵，應可認定。

㈢依系爭磋商條款第10條約定：「……㈢本社區屋頂平台、屋突一、二層原建造執照用途為樓梯間等空間，甲方同意於使用執照取得後全權委由乙方規劃作為橋藝室、美容（髮）室、SPA 池等設施（如附圖七）。㈣地下一樓B 區原建造執照

，用途為防空避難室、機（自行）車停車空間，甲方同意於使用執照取得後全權委由乙方規劃為遊戲室等設施（如附圖八）」，足見系爭二次施工之違規使用、違建部分，於系爭磋商條款已載明上訴人同意於使用執照取得後由被上訴人規劃使用。又據劉宇葳於原審證稱：銷售過程就有向上訴人提及二次施工部分，亦有告知磋商條款關於二次施工的約定，因為磋商條款是手寫字體，客戶會覺得很奇怪，故會向客戶逐條告知大概內容等語（原審卷一第348至351頁），佐以，系爭買賣契約、磋商條款之附圖，分別標有「請照圖」、「使照後交付圖」（原審卷一第159至193頁），益足徵上訴人於簽約當時已經劉宇葳告知二次施工部分，且有圖說可資參照，上訴人自應已知悉有系爭二次施工之情形。黃宥鈞於原審雖證述：於伊傳簡訊給被上訴人交屋的陳小姐的前1、2天，伊看了契約也去現場看房子，發現系爭磋商條款有寫二次施工，伊遂向上訴人說華人匯建案之公共設施與使用執照有不符情形，上訴人才知道有此狀況等語（原審卷一第342頁），然黃宥鈞與上訴人之子，兩人同時簽約買受華人匯建案之預售屋，黃宥鈞復於另件起訴請求被上訴人返還價金，與被上訴人間有訟爭，其立場並非客觀中立，又以本件買賣總價為3,430萬元之高價，磋商條款以手寫字體呈現，非一般不動產買賣交易常態所用，消費者通常容易察覺，並會探詢其內容，應無可能任由銷售人員未予說明逕行簽署，黃宥鈞上開證述，與常理有違，無從採為有利於上訴人之認定。

㈣上訴人於兩造訂立系爭買賣契約、磋商條款時，已知悉系爭二次施工情事，依前揭規定，被上訴人就此部分情事即不負瑕疵擔保責任，上訴人以此情事，主張被上訴人應負瑕疵擔保責任，並據此解除契約，並無可採。又上訴人未經被上訴人給予5日之期間審閱系爭磋商條款，雖如前述，然消保法關於審閱期間之規定，僅為使消費者充分瞭解定型化契約條款之機會，避免消費者於匆忙間不及瞭解其依定型化契約所

得享受之權利及應負擔之義務，致訂立顯失公平之定型化契約而受有損害。上訴人既於簽署系爭磋商條款時，已知悉有二次施工之事，即難因未給予審閱期而謂不知此瑕疵，故上訴人主張被上訴人乃明知有此瑕疵而故意不告知云云，亦無可採。

㈤綜上，上訴人已知悉系爭二次施工情事，被上訴人並無故意不告知此瑕疵之情形，被上訴人就系爭二次施工之瑕疵不負瑕疵擔保責任，故上訴人主張其得依民法第354 條、第355 條第2 項、第365 條規定解除契約云云，委無足採，其依民法第259 條規定，請求被上訴人返還已收受價金其中5,145,000 元本息，洵屬無據。

六、被上訴人解除契約是否合法？如是，被上訴人沒收買賣總價15% 之違約金是否過高？應酌減至若干為適當？

㈠系爭買賣合約第14條第4 項約定：「甲方（即上訴人）於乙方（即被上訴人）申辦房地產權移轉手續前應履行下列義務，否則乙方得拒絕辦理過戶，經書面催告後甲方仍不履行，乙方得逕行解除本契約，並依第25條第2 項違約約定處理：㈠除本契約約定之交屋保留款外，繳清房地移轉登記前應繳之一切款項及因逾期付款加計之遲延利息。㈡依乙方通知期限內完成交付辦理產權登記及銀行貸款之相關文件，預繳各項稅規費、代辦費用、完成銀貸對保手續並預立取款文件及委託撥款文件（三方簽署完成），並應開立與　附件二Ｖ付款明細表銀行貸款同額之禁止背書轉讓之擔保本票予乙方，不辦貸款或貸款金額不足該期期款者，應於乙方通知繳款期限繳清該期之期款或補足該期之期款。㈢前二款之費用，如以票據支付應在房地產權申報移轉前全部兌現。」，第25條第2 項約定：「除經雙方個別磋商同意之約定外，甲方違反『付款條件及方式』之規定者，乙方得解除本契約；解約時乙方得沒收入依房地總價款百分之15計算之違約金，但前開沒收之違約金金額超過已兌現價款者，則以已兌現價款為限。」（原審卷一第55、73頁）。被上訴人於華人匯建案完工

後，曾於105 年10月21日以存證信函通知上訴人完成貸款一切手續事宜，然上訴人未辦理對保，亦未依約繳交餘款，被上訴人遂於105 年12月9 日以台北台塑郵局第001485號存證信函通知上訴人，以上訴人未於期間繳納預定貸款金額，依系爭買賣契約第14條第4 項、第25條約定解除契約，上訴人已於105 年12月12日收受此存證信函等情，為兩造所不爭執，並有存證信函在卷可佐（原審卷一第219 至221 頁），且上訴人不得以系爭建物有物之瑕疵為由解除契約，已如前述，則本件上訴人經被上訴人催告後仍未依約辦理銀行貸款給付剩餘價金，確已違反系爭買賣契約之約定，被上訴人依系爭契約第14條第4 項、第25條第2 項約定解除契約，實屬有據。

㈡上訴人固主張系爭房屋因有公共設施二次施工之瑕疵，於危險移轉前，伊得拒絕給付價金，得為同時履行抗辯，被上訴人不得以伊未給付價金為由解除契約云云。惟按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，必須行使以後始能免責（最高法院50年台上字第1550號判例要旨參照）。於被上訴人以105 年12月9 日台北台塑郵局第001485號存證信函通知上訴人解除契約前，上訴人僅於105 年9 月7 日透過黃宥鈞以簡訊通知被上訴人解除契約（原審卷一第316 頁），復於105 年10月24日以左營華夏路郵局000223號存證信函通知被上訴人，主張系爭買賣契約中之交屋保留款、二次施工、二次施工保管使用義務等，違反預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項及建築法等規定，系爭買賣契約無效（原審卷一第393 頁），觀之該簡訊及存證信函內容，並無任何關於行使同時履行抗辯權之記載，自難謂上訴人已對被上訴人主張行使同時履行抗辯權，是以，在被上訴人解除契約前，上訴人之價金給付義務仍屬遲延狀態，被上訴人自得依系爭契約之約定解除契約，從而，上訴人此部分之抗辯，委無足採。

㈢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。次按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第252 條所明文規定。而違約金數額是否相當，須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定之標準。經查：

1.系爭買賣契約第25條第4 項係約定「依第1 、2 項之約定解除契約時，甲乙雙方除得依前2 項約定之賠償外，不得另行請求損害賠償」（原審卷一第23頁），可認同條第2 項之違約金屬損害賠償預定性質。本院審酌被上訴人因上訴人遲延未依約辦理銀行貸款給付剩餘價金而解除契約，所受損害除有無法如期取得剩餘價金予以利用（如償債或轉投資）外，尚有系爭房屋建造完成未能如期移轉登記予上訴人之折舊，且因上訴人拒絕繼續履約，被上訴人解除契約前已付出之銷售成本，亦屬被上訴人之損害，而被上訴人業因與上訴人簽立買賣契約，已給付代銷系爭建案之丰雲廣告公司按成交金額5.2%計算之代銷費用，丰雲廣告公司未因被上訴人解除系爭買賣契約而返還代銷費用之情有丰雲廣告公司107年1月19日（107）丰廣字第1070119號函暨所檢送之華人匯行銷企畫合約書、銷售服務費請款明細表為憑（原審卷二第70至81頁），又以系爭房屋兩造約定買賣總價為3,430 萬元，屬高雄地區售價較高之不動產商品，其市場需求不若一般中低價位之不動產，銷售期間通常較長，成本亦隨之增加，並斟酌客觀經濟環境、投資報酬率、不動產市場價格變化等一切情況，認系爭買賣契約約定違約金為買賣總價15% ，尚嫌過高，應酌減為買賣總價8%，較為適當。從而，被上訴人得沒收之違約金數額為2,744,000 元（計算式：34,300,000× 8%＝2,744,000），被上訴人將逾2,744,000 元之買賣價款一併充作違約金

，予以沒收，屬無法律上原因而受有利益，致上訴人受有損害，上訴人請求被上訴人返還2,401,000 元（計算式：5,145,000－2,744,000＝2,401,000），即屬有據，逾此數額之請求，則無理由。

2.至被上訴人抗辯：伊解除系爭買賣契約後如欲再行出售系爭房屋，須再給付代銷費用，此亦屬伊因上訴人違約所受損害云云，惟此為被上訴人解約後再行出售之成本，應屬因契約解除所生損害，自非本件酌減違約金所應斟酌之列（最高法院86年度台上字第1084號裁判意旨參照）。上訴人另主張：系爭房屋第一次登記之專有部分面積，竟將應屬共用部分之走廊面積算入，致使系爭房屋實際專有部分面積短少，此屬被上訴人設計上及建築上之缺失，於酌減違約金時併予審酌云云。然系爭買賣契約第25條第2 項之違約金屬損害賠償預定性質，而上訴人解除契約係屬無據，但上訴人經被上訴人催告後仍未依約辦理銀行貸款給付剩餘價金，被上訴人解除契約則屬有據，已如前述，則於審酌違約金金額時，自應以被上訴人解除契約時實際發生之損害及一切客觀事實為參考依據。依上訴人提出之黃宥鈞傳送予被上訴人員工之簡訊及105 年10月24日左營華夏路郵局000223號存證信函（原審卷一第316 、393 頁），可知於被上訴人解除契約前，上訴人係因系爭二次施工、二次施工保管使用義務、使用執照變更設計及系爭買賣契約中之交屋保留款等事項而欲解約或主張契約無效，乃未繳納剩餘之價金，全然未提及系爭房屋之專有部分面積有短少情事，係迄至提起本件上訴後始主張以該情事為酌減違約金之事由（本院卷第78、79頁）。系爭房屋之專有部分面積短少與否，既不屬上訴人當初拒絕繳納剩餘價金而主張解約之事由，自非審酌本件違約金有無過高情事時所應考量之事項，故上訴人此部分主張，不足憑採。

3.再按約定之違約金額過高者，應待法院為酌減違約金之裁判，始生形成效力，故當事人在法院為酌減前，並無返還

違約金之義務，必於法院為酌減裁判之法律效果形成後，返還請求權始確定發生，而有因給付遲延另須支付遲延利息之問題（臺灣高等法院暨所屬法院106 年法律座談會民事類提案第3 號）。是上訴人就酌減部分，僅得請求自本件判決確定翌日起算之遲延利息，上訴人請求被上訴人給付自起訴狀繕本送達翌日即106 年1 月19日起算之遲延利息，亦屬無據。

七、綜上所述，上訴人依民法第179 條規定，請求被上訴人應給付上訴人2,401,000 元，及自本件判決確定翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求，則無理由，應予駁回。原審就上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決並駁回其假執行之聲請，尚有未洽，上訴意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。至上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核並無不合，上訴意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。兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，核與判決結果並無影響，爰不逐予論述，附此敘明。

八、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　　108　　年　　3　　月　　20　　日

民事第四庭

審判長法　官　徐文祥

法　官　羅培毓

法　官　黃悅璇

以上正本證明與原本無異。

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，其

未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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　　3　　月　　20　　日

書記官　梁美姿

附註：

民事訴訟法第466 條之1 ：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1 項但書及第2 項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。