臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度重上字第59號

上　訴　人　　陳癸栢
訴訟代理人　　李玲玲律師
　　何旭苓律師
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

上列當事人間請求減少價金等事件，上訴人對於中華民國107 年4 月10日臺灣高雄地方法院106 年度重訴字第97號第一審判決提起上訴，本院於民國108 年11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後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用（確定部分除外）之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣柒佰零伍萬柒仟捌佰元，及其中新臺幣貳佰零壹萬肆仟捌佰元部分自本件判決確定翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一審（確定部分除外）及第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，於上訴人以新臺幣貳佰參拾伍萬貳仟陸佰元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣柒佰零伍萬柒仟捌佰元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：㈠被上訴人及訴外人興富發建設股份有限公司、財資企業股份有限公司，於坐落高雄市○○區○○段○○○○○○○○ ○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○ ○號共5 筆土地上，共同興合式住宅大樓，並以預售屋方式辦理銷售。被上訴人於銷售時向上訴人之前手李喬茵表示B5戶房屋之公設比為33.80%。李喬茵遂向被上訴人購買門牌號碼高雄市○○區○○路○○○○號36樓房屋（即B5-36 樓；下稱系爭房屋）及其坐落土地之應有部分（與系爭房屋合稱系爭房地），約定總價金新台幣

（下同）33,580,000元，雙方並於102年6月29日訂立房屋土地預定買賣契約書（下稱系爭買賣契約），嗣李喬茵於104年10月22日將上開買賣權利讓與上訴人，並簽立讓渡書予被上訴人。㈡被上訴人從未告知李喬茵或上訴人有將該樓層電梯前梯廳走廊面積共19.57平方公尺（下稱系爭梯廳）計入系爭房屋之室內專有面積範圍內，嗣於上訴人為裝潢設計規劃時，始知被上訴人將系爭梯廳列入專有部分面積，如將系爭梯廳面積自專有部分剔除後，可供專用面積之坪數將由原約定之64.44坪減為58.29坪，主建物面積將不足，並逾3%，且如將19.57平方公尺改列為公設，則公設比將提高為40.11%，將有嚴重使用效能及價值減損之物之瑕疵（下稱系爭瑕疵），與系爭買賣契約之約定不符，上訴人因被上訴人未誠實告知系爭梯廳面積列入專有部分，致陷於錯誤而買受系爭房地，爰依民法第92條規定，以105年1月14日律師函之送達為撤銷系爭買賣契約之意思表示，並依民法第114條第1項、第179條、第184條第1項後段規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元。㈢如認上訴人之撤銷系爭買賣契約不生效力時，因主建物面積將不足，並逾3%，有系爭瑕疵，被上訴人未依債之本旨而為給付，則上訴人以105年1月14日律師函之送達主張依系爭買賣契約第6條第3項規定為解除系爭買賣契約之意思表示；另以起訴狀繕本之送達主張依系爭買賣契約第25條第1項、民法第359條（應負同法第354條瑕疵責任）、第226條第2項及第256條規定為解除系爭買賣契約之意思表示；暨於原審以106年9月7日民事準備㈤狀之送達主張民法第353條、第227條、第226條第2項及第256條規定為解除兩造間系爭買賣契約之意思表示；並以被上訴人已於107年12月11日將系爭房地出售與移轉予第三人，致生給付不能為由，而以108年9月27日民事準備（十五）狀之送達，主張依民法第226條第1項及第256條規定解除契約，而依系爭買賣契約第25條第1項、民法第259條第2款及第179條規定，請求被上訴人返還已付

價金10,080,000元。㈣上訴人另依系爭買賣契約第25條第1項、104年修正前消費者保護法第51條前段、及104年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償違約金2,920,000元。㈤如法院認為上訴人之上開請求為無理由，及被上訴人以上訴人遲延給付為由，於106年1月20日發函解除系爭買賣契約是合法，則上訴人請求酌減違約金而請求返還10,080,000元。㈥系爭梯廳不具備專有專用效能，致系爭房屋之專有部分坪數有不足情形，且公設比與系爭買賣契約之約定不符而有瑕疵，爰依民法第184條第1項後段、第227條第1項、第226條第1項、第349條、第353條、第354條、第360條及104年修正前之公平交易法第31條規定，請求被上訴人賠償1,882,497元；並依104年修正前消費者保護法第51條及104年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償3倍懲罰性違約金5,647,491元（1,882,497元x3）。㈦系爭房地因被上訴人已於107年12月11日出售予第三人並已完成所有權移轉登記，致給付不能，此乃可歸責於被上訴人，上訴人得依民法第226條第1項規定，請求被上訴人賠償10,080,000元等語。於原審聲明求為判決：㈠先位聲明：1.被上訴人與原審共同被告魯奐毅應連帶給付上訴人15,117,000元及各自如附表（即原審卷二第54頁背面、原審卷一第27頁之附表）所示利息起算日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。2.願供擔保，請准宣告假執行。㈡備位聲明：確認被上訴人就系爭房地對上訴人所餘之23,500,000元買賣價金請求權逾16,031,576元以外部分不存在。原審判決上訴人敗訴後，上訴人就先位敗訴部分不服，提起上訴，上訴聲明求為判決：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人1,300萬元（項目及金額分別如附表所示），及各自如附表所示利息起算日起均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。㈣請准供擔保宣告假執行。【上訴人同意除了下開四、爭執事項所主張之法律關係外，其餘法律關

係及請求均不再主張（見本院卷二第129 頁），且上訴人於本院撤回備位之訴，均不在本院審理範圍，故不予贅述】。

二、被上訴人則以：㈠系爭買賣契約已明確將系爭梯廳列為區分所有權登記「專有」面積之範圍而非公共設施範圍，且被上訴人於系爭買賣契約或廣告文宣均未提及「室內面積」字句，亦無「室內面積」記載，僅將建物之登記區分為「專有部分」、「共有部分」，與上訴人所提之廣告平面配置圖，以不同顏色區分將系爭梯廳歸類屬於建物專有面積登記範圍，而未歸類為公共設施面積登記範圍，相互一致，並無上訴人所指虛偽不實、引人錯誤之廣告表示或隱瞞交易內容重大資訊等情。又補充規定第12點所謂「共有部分登記之項目」包含「走廊」之前提係以該建物依主管建築機關備查之圖說標示為「共用部分」及「約定專有部分」為限，倘建物「走廊」依主管建築機關備查之圖說標示非屬「共用部分」，而為「約定專有部分」或標示為「專有部分」，則受理建物所有權第一次登記之地政機關，無權且不得將「走廊」列入公共設施登記面積範圍，仍應將之登記為「專有部分」。補充規定第11點係將屬性歸屬「共有部分」之騎樓，應如何為所有權之登記，明確規範仍以主管建築機關備查之圖說標示為準，倘主管建築機關備查之圖說將「騎樓」標示為專有部分，則受理之登記機關仍應將「騎樓」登記為專有面積範圍，是上訴人購買之系爭房屋關於系爭梯廳部分，既經主管建築機關備查圖說標示為專有部分，地政機關依法登記為專有面積，則被上訴人並無何隱瞞、施用詐術之情事，上訴人自不得向被上訴人為撤銷系爭買賣契約、解除系爭買賣契約、減少價金及請求賠償所受損害與懲罰性賠償金等。㈡因上訴人違反系爭買賣契約第14條第4 項約定，經被上訴人限期催告而未於指定期限內辦理融資貸款，被上訴人已於106 年1 月20日發文解除系爭買賣契約並沒收總價金15% 即5,037,000 元，並請提供銀行帳號以退還剩餘已給付價金5,043,000 元（10,080,000－5,037,000 ），因上訴人主張已在訴訟中，要

求暫勿辦理清償提存，故被上訴人雖未辦理清償提存，亦未將房地所有權移轉登記予上訴人當屬合法有據等語置辯。答辯聲明求為判決：㈠上訴駁回。㈡第一、二審訴訟費用由上訴人負擔。㈢如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項如下：

㈠訴外人李喬茵於102年6月29日與被上訴人訂立房屋土地預定買賣契約書（即系爭買賣契約；原審卷一第3-85頁），向被上訴人預購坐落高雄市○○區○○段○○○

次登記亦登記「總面積及層次面積均為193.16平方公尺，另附屬建物陽台面積19.12 平方公尺」（原審卷一第99頁），將上開電梯前梯廳走廊所在即系爭梯廳（即等待搭乘空間）面積共19.57 平方公尺（見原審卷二第107-108 頁之謄本註記）計入上訴人之室內專有面積範圍內，而未另列為附屬建物，亦未計入共有部分範圍。（原審卷一第217 頁筆錄、原審卷二第93頁背面筆錄）。

㈤兩造所訂房屋土地預定買賣契約書第30、31頁記載「本社區大樓各戶面積：一、主建物部分：即一般所稱室內面積。二、附屬建物部分：陽台、雨遮（雨遮僅登記面積，但不計價）。三、共用部分詳如下列：…4.地上三層至三十八層：梯廳、樓梯間、電梯間及其他法令應列入共同使用部分之分擔。四、房屋共用部分持分面積計算：1.專有部分：主建物、附屬建物。2.當戶住家共用部分面積= 當戶房屋專有面積/1-（約33.80%）∨- 當戶房屋專有部分面積。33.80%公設比內不含一樓夾層鄰里會議中心、二樓社區圖書館之公共受益面積應有部分。（原審審重訴卷第73-74 、159-160 頁，原審卷一第33-34 頁、卷二第94頁、第101 頁）。

㈥兩造所訂房屋土地預定買賣契約書第65頁附圖一所標示房屋平面圖上有以黃色螢光筆標示範圍，將系爭梯廳標示入螢光筆範圍內（原審審重訴卷第108 頁、194 頁，原審卷一第69頁、卷二第95頁）。

㈦上訴人曾於105 年1 月14日委由律師發函予被上訴人表示撤銷及解除系爭買賣契約（即本院卷一第250 頁上證12之律師函），被上訴人於105 年1 月15日收受該函。

㈧被上訴人以上訴人遲延給付為由，於106 年1 月20日發函予上訴人表示解除系爭買賣契約，上訴人於106 年1 月23日收受該函。

四、兩造爭執事項如下：㈠上訴人依民法第92條規定，以105 年1 月14日律師函之送達為撤銷系爭買賣契約之意思表示，並依民法第114 條第1 項、第179 條、第184 條第1 項後段規

定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，有無理由？㈡如認上訴人之撤銷系爭買賣契約不生效力時，則上訴人以105 年1 月14日律師函之送達主張依系爭買賣契約第6 條第3 項規定為解除系爭買賣契約之意思表示；另以起訴狀繕本之送達主張依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第359 條（應負同法第354 條瑕疵責任）、第226 條第2 項及第256 條規定為解除系爭買賣契約之意思表示；暨於原審以106 年9 月7 日民事準備㈤狀之送達主張民法第353 條、第227 條、第226 條第2 項及第256 條規定為解除兩造間系爭買賣契約之意思表示；並以被上訴人已於107 年12月11日將系爭房地出售與移轉第三人，致生給付不能為由，而以108 年9 月27日民事準備（十五）狀之送達主張依民法第226 條第1 項及第256 條規定解除契約，而依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第259 條第2 款及第179 條規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，有無理由？㈢上訴人依系爭買賣契約第25條第1 項、104 年修正前消費者保護法第51條前段、及104 年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償違約金2,920,000 元及其利息，有無理由？㈣被上訴人以上訴人遲延給付為由，於106 年1 月20日發函解除系爭買賣契約，是否合法？倘合法，上訴人請求酌減違約金有無理由？倘有理由，得請求返還的金額應為若干？㈤系爭房屋之專有部分坪數有無不足，系爭梯廳是否具備專有專用效能？及公設比與系爭買賣契約之約定是否不符，而有瑕疵情形？上訴人依民法第184 條第1 項後段、第227 條第1 項、第226 條第1 項、第349 條、第353 條、第354 條、第360 條及104 年修正前之公平交易法第31條規定，請求被上訴人賠償1,882,497 元，有無理由？㈥上訴人依104 年修正前消費者保護法第51條及104 年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償3 倍懲罰性違約金5,647,491 元（1,882,497 元x3），有無理由？㈦系爭房地因被上訴人已於107 年12月11日出售予第三人並已完成所有權移轉登記，致

給付不能，是否可歸責於被上訴人？上訴人得否依民法第226條第1項請求被上訴人賠償金10,080,000元？茲分述如下：

（一）上訴人依民法第92條規定，以105年1月14日律師函之送達為撤銷系爭買賣契約之意思表示，並依民法第114條第1項、第179條、第184條第1項後段規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，有無理由？

①上訴人主張系爭梯廳無法排他專用，不能納入室內專有面積範圍，且於簽立系爭買賣契約時，被上訴人從未告知李喬茵或上訴人有將系爭梯廳計入室內專有面積範圍內，可供專用面積之坪數將由原約定之64.44坪減為58.29坪，主建物面積將不足，並逾3%，且如將19.57平方公尺改列為公設，則公設比將提高為40.11%，將有系爭瑕疵，與系爭買賣契約之約定不符，因被上訴人未誠實告知系爭梯廳面積列入專有部分，致上訴人陷於錯誤而買受系爭房地，爰先位依民法第92條規定，以105年1月14日律師函之送達為撤銷系爭買賣契約等情，被上訴人則以：系爭買賣契約已明確將系爭梯廳列為區分所有權登記「專有」面積之範圍而非公共設施範圍，且伊於系爭買賣契約或廣告文宣均未提及「室內面積」字句，亦無「室內面積」記載，僅將系爭房屋之登記區分為「專有部分」、「共有部分」，與上訴人所提之廣告平面配置圖，以不同顏色區分將系爭梯廳歸類屬於建物專有面積登記範圍，而未歸類為公共設施面積登記範圍，相互一致，並無上訴人所指虛偽不實、引人錯誤之廣告表示或隱瞞交易內容重大資訊等語。

②按「前項專有部分，指區分所有建築物在構造上及使用上可獨立，且得單獨為所有權之標的者。共有部分，指區分所有建築物專有部分以外之其他部分及不屬於專有部分之附屬物，民法第799條第2項定有明文，公寓大廈管理條例第3條第3款、第4款亦有類同之規定。就關於「公寓大廈通往各樓層之昇降機出入口空間，如僅通往單一住宅

單位，供使用者進出及等待搭乘昇降機等之空間，於申請建造執照時，標示得否為專有部分」之問題，內政部於106年5月5日曾以台內營字第1060806460號函釋表示：「昇降機廂運行之垂直空間係通達各樓層且有固定使用方法，並屬住戶生活利用上不可或缺之共用部分。…昇降機廂駐停於建築物各樓層時，供使用者進出及等待搭乘之空間，係昇降機運行使用所必需之空間，應為一體且不得分離。又據本編第242條規定『高層建築物昇降機道併同昇降機間，應以具有一小時以上防火時效之牆壁、防火門窗等防火設備及該處防火構造之樓地板，自成一個獨立之防火區劃…』且供共同使用，是供昇降機廂運行之垂直空間，與其於各樓層供使用者進出及等待搭乘之空間，已未具有使用上之獨立性，與（公寓大廈管理）條例第3條第3款專有部分之定義不合，非屬條例規定之專有部分」，有該函可參（見原審卷一第210頁）。又依建築法授權所訂定之建築技術規則建築設計施工篇（下稱施工規則）第242條規定「高層建築物『昇降機道』併同『昇降機間』，應以具有一小時以上防火時效之牆壁、防火門窗等防火設備及該處防火構造之樓地板自成一個獨立之防火區劃。昇降機間出入口裝設之防火設備應具有遮烟性能。連接昇降機間之走廊，應以具有一小時以上防火時效之牆壁、防火門窗等防火設備及該層防火構造之樓地板自成一個獨立之防火區劃」，上該升降機間，依施工規則第1條第47款規定「昇降機間：昇降機廂駐停於建築物各樓層時，供使用者進出及等待搭乘之空間」。本件系爭梯廳位在系爭房屋大門前方、周圍有昇降機及行動不便昇降機（設有常閉式防火門，未設置門鎖或卡榫，現狀內外均可任意推開）、緊急昇降機、牆壁之間等，有高雄鹽埕地政事務所函及所附圖示及原審勘驗筆錄在卷可稽（見原審卷二第152、305、308頁），就此空間使用，以高層建築物之防火避難性能而言，因昇降機道（指昇降機廂運行之垂直空間）係應

併同昇降機間之防火區劃內，在該區劃內存在可能蓄積起火樓層經昇降機道蔓延而來之火、煙，故而位於該二部昇降機外而未再做任何分隔之系爭梯廳，全部即屬於上開規則第1條第47款所指之「昇降機間」（按：除緊急昇降機外，法規尚無明定昇降機間之面積或尺寸），系爭梯廳依法令應屬昇降機間之區域，不因被上訴人於買賣時將之標示為「走廊」而異其應然之實質屬性。而有昇降機停駐之樓層，該昇降機道前，屬高層建築者（指50公尺或16層以上之建築），並應依規則第242條前段規定區劃。系爭梯廳除「昇降機間」外，既未另有區劃以外之空間，自應屬第242條前段所指獨立防火區劃之範圍，是而訟爭區域係該二部昇降機運行使用所必需之空間，而屬昇降機間，為達到該棟大樓整體防火避難目的及功能之發揮，訟爭屬性為昇降機間之區域，該區域與昇降機廂、昇降機道在使用上，當為一體，若將該屬昇降機間之區域，作為專有部分，使之供專有部分之所有人支配，有害區分所有建築物之共同利益，系爭梯廳部份欠缺「共有部分不存在」要素，應認不具使用上之獨立性，不能作為專有部分，核其性質應歸區分所有權之共有部分。

③被上訴人雖以：其申請建造時，曾檢具華人匯建築詳細圖說供審核，完成後經主管機關審定相符，於104年9月15日發給使用執照，地政機關亦依法審核、測繪後，將訟爭區域登記在主建物之面積內，而為專有，上該事項皆經主管機關實質審查，可證確符合構造上及使用上獨立性，始會如是云云。惟查，據內政部96年11月8日內授營建管字第0960807061號函說明已就此建築管理行政事項，明釋「公寓大廈之起造人於申請建造執照時，應檢附專有部分、共用部分、約定專用部分、約定共用部分標示之詳細圖說及規約草約。於設計變更時亦同，為公寓大廈管理條例第56條第1項所明定；至上開條文所稱『詳細圖說』及『規約草約』，僅為申請建造執照時，應檢附文件之一，非主

管建築機關審查項目」（見本院卷二第91、92頁），是而被上訴人以業經實質審查，登記為專有，自有實質拘束力云云之說，已非足取。況依前所述，區分所有建築物之特定部分，如未具備使用上獨立性要件，縱辦理區分所有權之登記，本諸物權客體必備使用上獨立性原則，自不因登記為專有即認屬專有，何況系爭房屋有關系爭梯廳之登記，地政機關嗣後已將之註記「本建號之專有部分面積，尚在釐清中」（下稱系爭註記；見原審卷二第30頁），顯然系爭梯廳能否登記為專有部分仍有爭議，是被上訴人之上開辯稱，自非足取。

④系爭買賣契約第4條約定：「房屋、土地及停車位面積，詳如【附件一】說明。」；第5條約定：「一、房屋、土地面積及汽車停車空間包含之項目、計算方式均如【附件三】房地及汽車停車空間面積說明所載．．．」，附件一之貳、「一、房屋面積合計約:321.02平方公尺，97.11坪。1.主建物面積約:173.67平方公尺，52.54坪。2.附屬建物面積約:38.71平方公尺，11.71坪，含⑴陽台約:19.3平方公尺，5.84坪；走廊約:19.41平方公尺，5.87坪．．．．。3.共同部分總面積約:108.64平方公尺，32.86坪。4.主建物面積占本房屋登記總面積之比54.10%...」；附件三記載：專有面積=主建物面積+附屬建物面積；主建物部分即一般所稱室內面積、附屬建物部分即陽台、雨遮（雨遮僅登記面積，但不計價）等（見原審卷一第6、31、33頁），準此，依附件三記載，「附屬建物」面積係包含陽台及「走廊」；但是依附件一之記載，系爭房屋之「專有面積」僅包括主建物面積173.67平方公尺及附屬建物中之陽台面積19.3平方公尺，「不」包括走廊面積約19.41平方公尺（嗣登記為19.57平方公尺），意即前者是就各項目建物面積如何計算為規定；後者是就各項目面積為規定，併為敘明。

⑤系爭梯廳面積19.57平方公尺，雖登記為主建物之一部分

，但地政機關已為系爭註記，本院應認屬區分所有之共有部分，已如前述，故應將該面積自系爭房屋之主建物面積193.16平方公尺中扣除【系爭房屋之附屬建物陽台面積為19.12 平方公尺；共用部分為龍中段6746建號，權利範圍10萬分之347（包括2 個車位的權利範圍各為10萬分之46）】，有建物謄本在卷可稽（見原審卷二第30頁），扣除系爭梯廳面積後，主建物面積將變為173.59平方公尺（193.16－19.57 ＝173.59）。又兩造於訂立買賣契約時，約定主建物面積約173.67平方公尺（52.54 坪）、附屬建物包括二部分，一為陽台，約19.3平方公尺（5.84坪），一為走廊約19.41 平方公尺（5.87坪），已如前述。又系爭買賣契約第6 條第3 款係約定「前款之土地面積、房屋主建物或登記總面積（不含汽車停車位空間、雨遮面積）如有誤差，其不足部分超過百分之三（含）以上者，甲方（指上訴人）得解除契約，解約時乙方（指被上訴人）返還甲方已兌現價金…」（原審卷一第6 頁），惟訟爭房屋之主建物登記面積為193.16平方公尺，於扣除該性質應屬共有之系爭梯廳（即走廊）19.57 平方公尺面積後，應為173.59平方公尺，該主建物面積與系爭買賣契約所約定「主建物約173.67平方公尺」相差甚微（僅相差0.08平方公尺，不足百分之一），並無上開所約定「主建物面積不足超過百分之三（含）以上」之情形一節，為兩造所不爭執（見本院卷二第14頁背面、第57頁），是上訴人主張扣除系爭梯廳面積後，系爭房屋面積與系爭買賣契約之約定不符，主建物面積不足超過百分之三，將有嚴重使用效能及價值減損之物之瑕疵（即系爭瑕疵），致伊陷於錯誤而買受系爭房地，爰依民法第92條規定，以105 年1 月14日律師函之送達為撤銷系爭買賣契約之意思表示云云，自屬無據，自不生撤銷之效力。從而上訴人依民法第114 條第1 項、第179 條、第184 條第1 項後段規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，不予准許。

⑥另上訴人主張：被上訴人招攬時提出A、B棟樓之平面圖予伊，將系爭梯廳及同層樓以斜線標示為同一區塊，讓伊誤認系爭梯廳是在公設比33.8%以內，致使伊陷於錯誤而為意思表示云云，提出B棟雙數層平面配置圖（原審卷一第86頁）及契約附圖一（原審卷一第69頁）為證；被上訴人則辯稱：系爭買賣契約已明確將「走廊」列為區分所有權「登記專有」面積之範圍，並未歸屬在公共設施範圍；被上訴人製作之相關契約紙本或廣告文宣均未提及「室內面積」字句，亦無「室內面積」記載，僅將建物之登記區分為「專有部分」、「共有部分」，與上訴人指摘之廣告平面配置圖，以不同顏色區分將走廊歸類屬於建物專有面積登記範圍，而未歸類為公共設施面積登記範圍，相互一致，並無上訴人所指虛偽不實、引人錯誤之廣告表示或隱瞞交易內容重大資訊等。經查：

㈠上訴人所提出之廣告配置圖（見原審卷一第86頁），載明「打樣稿」，並註明「平面配置圖僅供參考，實際平面圖說及外觀造型依合約書附圖所準」，雖有上訴人所稱之色差，惟該色差代表何意，並無標示，無從就色差據以解讀係專有或共有部分之區別。又上訴人所提出之平面圖（見原審卷一第200、201頁），並未標示螢光筆所標示之部分是專有或共有部分；又上訴人所提之廣告圖（即「傢俱配置圖」，原審卷一第202頁），有將訟爭走廊納入其中作為室內傢具配置範圍，可知各該廣告配置圖所標示範圍究係何指，依圖說而有不同，不能僅以其中一未明文標示的單一廣告圖逕為解讀。另系爭買賣契約已將包含專有部分及共有部分之定義、面積，在契約書中明確標示載明（包含契約本文、附件及附圖），締約之兩造均應足以認知建案之專有及共有部分，悉依系爭買賣契約之約定為準。

㈡系爭買賣契約之附件三記載：專有面積=主建物面積+附屬建物面積；主建物部分即一般所稱室內面積、附屬

建物部即陽台、雨遮，而附件一記載：1.主建物面積約:173.67 平方公尺，52.54 坪。2.附屬建物面積約:38.71平方公尺，11.71 坪，含⑴陽台約:19.3 平方公尺，5.84坪；走廊約:19.41平方公尺，5.87坪等情，已如上開④所述，則兩造所簽訂之系爭買賣契約係將系爭梯廳納入附屬建物即專有面積之一部分，系爭買賣契約既為如斯之約定，且經上訴人同意而簽訂，雖經本院認該空間欠缺「共有部分不存在」要素，性質上不能作為物權之專有部分，惟被上訴人並非藉此損害上訴人，與上訴人所指其因「被詐欺」而為意思表示之情形有間，故上訴人以被上訴人將系爭梯廳納入專有部分，且如將系爭梯廳面積納入公共部分，則公設比將逾33.8% ，將系爭買賣契約約定公設比為33.8% 不符，而主張伊受詐欺，致陷於錯誤而買受系爭房地，爰依民法第92條規定，撤銷系爭買賣契約之意思表示，難認無據，自不生撤銷之效力。從而上訴人依民法第114 條第1 項、第179 條、第184 條第1 項後段規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，無從准許。

（二）如認上訴人之撤銷系爭買賣契約不生效力時，則上訴人以105 年1 月14日律師函之送達主張依系爭買賣契約第6 條第3 項規定為解除系爭買賣契約之意思表示；另以起訴狀繕本之送達主張依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第359 條（應負同法第354 條瑕疵責任）、第226 條第2 項及第256 條規定為解除系爭買賣契約之意思表示；暨於原審以106 年9 月7 日民事準備㈤狀之送達主張民法第353 條、第227 條、第226 條第2 項及第256 條規定為解除兩造間系爭買賣契約之意思表示；並以被上訴人已於107 年12月11日將系爭房地出售與移轉第三人，致生給付不能為由，而以108 年9 月27日民事準備（十五）狀之送達主張依民法第226 條第1 項及第256 條規定解除契約，而依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第259 條第2 款及第179 條

規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，有無理由？

①另本件系爭房屋在「使用上效能」是否有不符約定情事，而足以構成上訴人所稱之詐欺及系爭瑕疵情形，應考量上訴人在契約訂立時所認知之系爭梯廳情況，並以之與嗣後被上訴人交付之情形相比較，是否確有不符之情。經查：系爭建案為預售屋，上訴人對於系爭梯廳完成之狀況，於契約訂立時無法看到實屋，則其所獲得之資訊，來自於相關廣告圖面及契約之附圖。就此，依系爭買賣契約附圖、廣告配置圖、B5戶平面圖平面及照片（原審卷一第68至86頁、第200 至202 頁；卷二第316 至322 頁），均可看出系爭走廊為2 部電梯之出入走廊，兩側分別經由門戶（住家大門、防火門）通往該區單戶住家及公共空間。而上開廣告圖、系爭買賣契約附圖、平面圖與建案完成時之竣工圖（原審卷一第68至86頁、200 至202 頁、208 頁）及原審法院之勘驗筆錄附圖（見原審卷二第308 頁）大致相同，可知系爭梯廳所在及其與各配置（如電梯）、區域之相對位置，廣告配置圖及系爭買賣契約附圖與大樓完成後之情況幾無差異。換言之，上訴人從廣告配置圖及系爭買賣契約附圖，即足以知悉每一樓層有4 區塊、每區塊各1 戶、該戶各配置2 部專用電梯，而各該區塊專用電梯前之空間即為系爭梯廳，兩側分別經由門戶通往公共空間及各專戶。從而上訴人既已知上開配置，自應知悉各區塊之電梯為該區塊各樓層之用戶所使用，亦可預想到此部分係藉由現今已普遍使用之生活科技即電梯之管控，而確保系爭走廊有約定之使用效能。上述各區塊之電梯，分別有水平之控管及垂直之控管，就前者而言，即使係同一樓層之住戶，但各區塊之住戶僅能搭乘各所屬區塊之電梯，不能搭乘其他區塊之電梯；而即使是同一區塊之住戶，不同樓層住戶亦僅能搭乘電梯至各該樓層，而不能搭至其他樓層（意即36樓B5區塊之住戶，在電梯控管情形下，僅能搭乘B5區

塊配置之該2部電梯，並僅能搭乘至36樓）等情，有原審勘驗筆錄在卷可稽（見原審卷二第305至306頁）；各該走廊僅連接該區塊之單一住戶，是可認系爭梯廳雖為電梯出入口，惟藉由其所在位置及電梯控管，在通常情形下，該戶以外之人，難以到達該處，以保有住居隱私之目的。上訴人主張電梯控管非操之在各該住戶，且若有其他事由亦可能開放控管等語，惟上開配置位置在廣告圖上已明確標明，且完成後除非有緊急狀況外，不得任意變動停留各樓層（見原審卷二第305頁背面），且上訴人未能證明系爭大樓有任意更改之情形，則上訴人早知悉上開配置情況，並可知悉係藉由電梯控管而確保使用上之效能，自可認此部分使用上之狀況，係上訴人於訂約前早已知悉並接受，亦可預見在特殊情況下，如部分電梯有故障或有緊急使用需要等特殊情形，會變更或放寬各專用電梯之控管，方予訂約，而電梯藉由磁扣、指紋等科技方法，予以控管，乃十餘年來社會上所習見，上訴人自不得嗣後藉此為相異之主張，並謂其受有詐欺，是其上開主張，無足取。

②上訴人主張：若依系爭買賣契約，系爭梯廳為專有部分，則應具有專有部分之使用上效能，然系爭梯廳為電梯出入通道，電梯控管亦非完全取決於住戶自身，一旦控管變更將使任何人可藉由電梯出入系爭梯廳，且系爭梯廳向東通往公共空間之防火門依法不得任意上鎖，不特定之人均可藉由電梯或東邊之公共空間進入系爭梯廳，該處不具使用上之獨立性，失去專有之效能，有使用及價值減損之瑕疵，其自得解除契約等語。被上訴人則辯稱：系爭建案上訴人所在大樓每樓層均設有9部電梯，除其中1部為公共電梯外，其他4個區塊各有2部電梯，可專供該樓層各區個別住戶使用，各該專用電梯亦設有管制，僅該區、該樓層住戶可出入至各該梯廳；又系爭梯廳通往公共空間之防火門，自內部可上鎖，亦不妨礙使用上之獨立性等語。查，經原審勘驗系爭房屋內部，確認各戶之內部除正門大門外

，均另有2道防火門，確定可以使用卡榫或非鑰匙方式由住戶端上鎖（見原審卷二第305頁背面），並有照片可證（見原審卷三第19頁），且防火門是否可關鎖，依內政部86年9月2日台內營字第8681594號函釋稱「在不妨礙避難逃生原則下，可於防火門（安全門）往避難方向之他側設置可開啟防火門（安全門）原有插梢的鎖孔，以兼顧避難逃生、安全及使用管理上的實際需要，尚非法所不許」（見原審卷三第80頁），意即在不變更或破壞原防火門之構造及組件前提下，可在該防火門往避難方向側設置免用任何形式之鑰匙即可開啟之鎖（包含磁力鎖、插梢等），從而上開門扇雖為防火門，惟只要不變更或破壞原防火門之構造，可由該區塊該住戶側設置「免用任何形式之鑰匙即可開啟之鎖」，故若自內部以插梢或磁力方式上鎖，則其他區塊之住戶或不特定人自無從可自公共空間任意通過該防火門而進入系爭梯廳；上開防火門內部係僅該區塊之該單一住戶，此觀上開配置圖、平面圖及前述電梯之管控，可保上述之使用效能，自難認依目前之設置，存有通常情形下其他住戶等人得以自由進出系爭梯廳之情。上訴人主張系爭梯廳因防火門不可上鎖而喪失其使用上之專屬效能，自非可取。又上訴人於簽立系爭買賣契約時，不論依廣告配置圖或依契約附圖，均當知悉系爭梯廳屬電梯出入之等待空間，而足以預見可透過電梯之控管，另端之防火門亦可自內上鎖，難認被上訴人所交付之情況，與上訴人在簽訂系爭買賣契約時所知悉狀況，有目的上之重大差異。又該區域經本院認性質上屬公共部分，非得專有，已如前述，上訴人固不得為裝璜、自行設置門扇等，惟透過電梯之控管及防火門裝設的安全控制設置，配合該大樓各戶位置、格局，上訴人確可實質上使用系爭梯廳，雖不能在其內為裝璜等設置，然系爭梯廳本即位在該戶大門之外，且係電梯之等候空間，此於購屋、訂約之際，從圖面即可明白得知，是而該區域名雖非專有，但實質上除不得在其

內為裝璜等妨礙攸關公共安全之行舉外，實質上可享住居隱私之目的，幾無軒輊，此差異瑕疵甚微（依契約之附件一所示，兩造就系爭梯廳係以附屬建物價格計算價金，該每坪價格尚且低於共有部分每坪之價格），該買賣價金達3千3百餘萬元之系爭買賣契約，若予解約，被上訴人就先前所付財務、人力成本，損害甚鉅，而系爭瑕疵對上訴人住居影響不大，解除契約對兩造所生損害兩相衡量，若因此瑕疵即准予解除契約顯失公平，本院認解除契約有失平衡，是上訴人解除系爭買賣契約，自屬不合法，應不生解除契約之效力。

③系爭梯廳應列入共有部分，且訟爭房屋之主建物登記面積為193.16平方公尺，於扣除該性質應屬共有之系爭梯廳（即走廊）19.57平方公尺面積後，應為173.59平方公尺，該主建物面積與契約所約定「主建物約173.67平方公尺」相差甚微（僅相差0.08平方公尺，不足百分之一），並無系爭買賣契約所約定「主建物面積不足超過百分之三（含）以上」等情，已如前述，則主建物面積與系爭買賣契約所約定之面積相差0.08平方公尺，應在誤差值範圍內，無系爭買賣契約第6條第3款所稱不足超過3%以上，而需負瑕疵擔保之情形，亦難認有上訴人所主張系爭房屋之主建物面積不足，嚴重影響使用效能及價值減損之物之瑕疵（即系爭瑕疵）之情況。是上訴人以105年1月14日律師函之送達主張依系爭買賣契約第6條第3項規定為解除系爭買賣契約之意思表示；另以起訴狀繕本之送達主張依系爭買賣契約第25條第1項、民法第359條（應負同法第354條瑕疵責任）、第226條第2項及第256條規定為解除系爭買賣契約之意思表示；暨於原審以106年9月7日民事準備㈤狀之送達主張民法第353條、第227條、第226條第2項及第256條規定為解除兩造間系爭買賣契約之意思表示，均屬無據，從而其依系爭買賣契約第25條第1項、民法第259條第2款及第179條規定，請求被上訴人返還

已付價金10,080,000元及其利息，無理由。

④又上訴人主張將19.57 平方公尺改列為公設，則公設比將提高為40.11%，核與系爭買賣契約所約定公設比33.8%不符云云，為被上訴人所否認，並辯稱：系爭買賣契約附件三之貳、四、2.記載，所稱之公設比33.8% 是不包括一樓夾層鄰里會議中心及二樓社區圖書館在內，但登記之共有面積109.529 平方公尺係包括上開一樓夾層鄰里會議中心及二樓社區圖書館在內，系爭房屋之公設比並未逾33.8% 等情。經查，系爭買賣契約附件三之貳、四、2.之記載：「33.8 %公設比內不含一樓夾層鄰里會議中心、二樓社區圖書館之公共受益面積持分」（見原審卷一第34頁），故於計算公設比時，應將共有面積扣除一樓夾層鄰里會議中心及二樓社區圖書館之公共受益持分面積，然上訴人主張共用部分面積129.1 平方公尺（登記面積109.53平方公尺+ 系爭梯廳19.57 平方公尺）占總面積321.81平方公尺之40.11%（129.1/321.81），已逾約定之33.8% 云云，並未依將109.53平方公尺中之一樓夾層鄰里會議中心及二樓社區圖書館之受益面積扣除，且就被上訴人辯稱將一樓夾層鄰里會議中心及二樓社區圖書館之受益面積扣除後，系爭房屋之公設比並未逾33.8% 一節未為爭執，是其上開主張，不足採信。何況系爭買賣契約已將系爭梯廳納入附屬建物即專有面積之一部分，且經上訴人同意而簽訂，茲系爭梯廳雖經本院認定該空間欠缺「共有部分不存在」要素，性質上不能作為物權之專有部分，致將有爭議之系爭梯廳面積19.57 平方公尺自系爭房屋之專有面積改列為共有面積，致公設比33.8% 有變更，然其面積仍符合當初系爭買賣契約之約定，已如上開（一）之⑥㈡所述，則難認系爭房屋有上訴人所指稱之上開瑕疵，及被上訴人係故意將系爭梯廳列為專有部分，藉此損害上訴人，從而上訴人據此解除系爭買賣契約，並依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第259 條第2 款及第179 條規定，請求被上訴人返還

已付價金10,080,000元及其利息，難認有據。

⑤再者，依後開（四）所述，被上訴人以上訴人遲延給付為由，於106 年1 月20日發函解除系爭買賣契約，係屬合法，則兩造間之系爭買賣契約已不存在，被上訴人無再移轉系爭房地所有權及交付系爭房地予上訴人之義務，故被上訴人有權利將系爭房地出售與移轉予第三人，難認有何給付不能之情事，故上訴人以之為由，認被上訴人有給付不能之事由，而以108 年9 月27日民事準備（十五）狀之送達，主張依民法第226 條第1 項及第256 條規定解除契約，自屬不合法，不生解約之效力，並依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第259 條第2 款及第179 條規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，應屬無據。

⑥綜上，上訴人以105 年1 月14日律師函之送達主張依系爭買賣契約第6 條第3 項規定為解除系爭買賣契約之意思表示；另以起訴狀繕本之送達主張依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第359 條（應負同法第354 條瑕疵責任）、第226 條第2 項及第256 條規定為解除系爭買賣契約之意思表示；暨於原審以106 年9 月7 日民事準備㈤狀之送達主張民法第353 條、第227 條、第226 條第2 項及第256 條規定為解除兩造間系爭買賣契約之意思表示；並以被上訴人已於107 年12月11日將系爭房地出售與移轉第三人，致生給付不能為由，而以108 年9 月27日民事準備（十五）狀之送達，主張依民法第226 條第1 項及第256 條規定解除契約，而依系爭買賣契約第25條第1 項、民法第259 條第2 款及第179 條規定，請求被上訴人返還已付價金10,080,000元及其利息，為無理由，不予准許。

（三）上訴人依系爭買賣契約第25條第1 項、104 年修正前消費者保護法第51條前段、及104 年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償違約金2,920,000 元及其利息，有無理由？

①按104 年修正前消費者保護法第51條規定：「依本法所提

之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」；次按104 年修正前公平交易法第32條規定：「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額。」。又系爭買賣契約第25條第1 項約定，係以被上訴人違反有關「瑕疵擔保責任」之規定時，始需負違約金賠償（見原審卷一第25頁）。

②上訴人主張被上訴人應負前開所述之系爭瑕疵擔保責任，而依系爭買賣契約第25條第1 項、104 年修正前消費者保護法第51條前段、及104 年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償違約金2,920,000 元及其利息；被上訴人則否認其應負瑕疵擔保責任。查，被上訴人就系爭房屋已依約完成，茲本院雖認應將系爭梯廳面積列入共有部分面積，惟主建物面積亦符合系爭買賣契約之約定，且公設比亦非如上訴人所主張有達40.11%，何況系爭買賣契約已將系爭梯廳納入附屬建物即專有面積之一部分，且經上訴人同意而簽訂，茲系爭梯廳雖經本院認定該空間欠缺「共有部分不存在」要素，性質上不能作為物權之專有部分，致將有爭議之系爭梯廳面積19.57 平方公尺自系爭房屋之專有面積改列為共有面積，致公設比有所變更，然其面積仍符合當初系爭買賣契約之約定，則難認系爭房屋有上訴人所指之系爭瑕疵及損害存在，均已如前述，從而上訴人以系爭房屋存在系爭瑕疵，致其受有損害，而依系爭買賣契約第25條第1 項、104 年修正前消費者保護法第51條前段、及104 年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償違約金2,920,000 元及其利息，當無理由。

（四）被上訴人以上訴人遲延給付為由，於106 年1 月20日發函解除系爭買賣契約，是否合法？倘合法，上訴人請求

酌減違約金有無理由？倘有理由，得請求返還的金額應為若干？

①按債務人之給付兼須債權人之行為而不行為，債權人即負受領遲延之責任。又債權人遲延後，須再表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，受領遲延之狀態，始因滌除而告終了。次按系爭買賣契約第14條第4項約定：「甲方（即上訴人，下同）於乙方（即被上訴人，下同）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〕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。又系爭買賣契約第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16、25頁）。被上訴人主張上訴人並未依約申辦房貸給付剩餘價金，伊於105年8月19日寄發存證信函催告上訴人於7日內依約辦理申辦貸款手續，復於105年11月30日再發存證信函催告上訴人於7日內依約辦理申辦貸款手續等情，有存證信函及回執可憑（本院卷第185至187頁、189至190頁），且為上訴人所不爭執，自堪認上訴人於被上訴人依約限期其辦理申辦貸款手續時，仍拒絕辦

理。又上訴人撤銷或解除系爭買賣契約並不合法，均已如前所述，則其拒絕繼續履行系爭買賣合約，自應就其未依約給付剩餘價金負遲延責任。從而，被上訴人以106 年1 月20日寄發存證信函表示，因上訴人違約，未繳納預定貸款金額，依系爭買賣合約第14條第4 項、第25條第2 項約定，解除系爭買賣合約，並經上訴人收受等情，有存證信函及回執在卷可稽（見原審卷一第157 至159 頁），則被上訴人解除系爭買賣契約，自屬合法，而生解約之效力。

②上訴人主張系爭房屋有系爭瑕疵存在，被上訴人違反系爭買賣契約約定，應負債務不履行、物之瑕疵及權利瑕疵等責任，伊自得行使同時履行抗辯權而拒絕給付買賣價金，被上訴人以上訴人遲延給付為由而解除系爭買賣契約，即不合法云云。為被上訴人所否認，並辯稱：上訴人違反系爭買賣契約第14條第4 項約定，經被上訴人催告未於指定期限內辦理融資貸款，被上訴人遂於106 年1 月20日發文解除系爭買賣契約等語。查，系爭房屋並無上訴人所指稱之系爭瑕疵存在，上訴人解約不合法，已如前述，則上訴人以系爭房屋有系爭瑕疵存在，而主張同時履行抗辯及拒絕給付買賣價金，難認有據。

③按當事人約定之違約金過高者，法院得依民法第252 條規定，酌減至相當之數額，然是否相當，應依一般客觀事實，社會經濟狀況及債務人若能如期履行債務，債權人可得享受之一切利益為酌定之標準。上訴人主張系爭買賣合約約定之違約金過高，被上訴人則辯稱依系爭買賣契約約定，伊可沒收已繳納之價金15% ，且兩造簽訂系爭買賣契約後，伊已支付本揚國際有限公司（下稱本揚公司）按承攬報酬金額1,746,160 元，於伊解除系爭買賣契約後，本揚公司並未退還該報酬等情，為上訴人所不爭執，並有本揚公司致本院函在卷可稽（見本院卷二第180 頁），嗣被上訴人再委由本揚公司出售系爭房地，而支付報酬1,615,900 元等情，為上訴人所不爭執，固有統一發票在卷可證（

見本院卷二第142 頁）。惟查：

⑴系爭買賣合約第25條約定之違約金，並未定其為懲罰性之違約金，性質應屬賠償總額預定性之違約金無誤。被上訴人因上訴人遲延未依約申辦房貸給付剩餘價金而解除系爭買賣契約，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，尚有系爭預售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，又以系爭預售屋兩造約定買賣總價為3,358 萬元，係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，佐以被上訴人稱再次銷售之總價額為2,938 萬元（低於原總價420 萬元），及斟酌客觀經濟環境、投資報酬率、不動產市場價格變化等一切情況，是認系爭買賣合約約定違約金為買賣總價15% ，尚嫌過高，應予酌減為9%，較為適當。從而，被上訴人僅得沒收3,022,200 元（3358萬元x 9%＝3,022,200 元）充作違約金。是被上訴人沒收5,037,000 元，自屬過高，應返還上訴人其中2,014,800 元（5,037,000 元－3,022,200 元＝2,014,800 元）。

⑵被上訴人稱：因兩造簽立買賣合約，伊已給付代銷系爭建案之本揚公司按成交金額5.2%計算之代銷費用1,746,160 元乙情，雖為上訴人所不爭執，而被上訴人固又謂：本揚公司並未返還代銷費用，解約後如再出售，須再給付代銷費用云云。然觀之被上訴人提出之代銷企劃合約書第5 條關於銷售成數之認定，已約定「但如簽約後退戶則不計入銷售戶數」（見本院卷二第85頁），則本件可歸責於上訴人事由致解除契約，自不計入銷售戶數，難認被上訴人應給付代銷費用，而無從請求本揚公司返還已付代銷費用。上訴人因上訴人債務不履行所受損害應不包括此部分代銷費用支出。至於被上訴人解約後

再行出售之成本，應屬因契約解除所生損害，並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）。

④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。查，被上訴人以其已於106 年1 月6 日以存證信函告知因上訴人遲延未於指定期限內辦理金融貸款程序繳納預定貸款金額為由，於106 年1 月20日發函予上訴人表示解除系爭買賣契約，沒收已繳納總價款15% 之違約金即5,037,000 元，並請上訴人於函到10日內提供金融帳號，以利被上訴人退回所剩買賣價款（即5,043,000 元），上訴人於106 年1 月23日收受該函，並於106 年2 月16日回函稱，其已提起訴訟，請被上訴人暫「勿」提存款項，俾免衍生困擾等情，為兩造所不爭執（見本院卷二第129 頁正、反面），並有存證信函及回執在卷可證（見原審卷一第157 至161 頁），故就上開5,043,000 元部分應屬上訴人受領遲延，自不得請求被上訴人給付遲延利息，至於其餘2,014,800 元部分，則得請求自本件判決確定翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

⑤綜上，因可歸責於上訴人之事由，造成解除契約之結果，被上訴人至少受有前揭積極及消極之損害。因此，被上訴人依系爭買賣契約第25條第2 項之約定，沒收違約金5,037,000 元，尚屬過高，應予核減，已如前述，故上訴人請求被上訴人給付7,057,800 元（5,043,000 元+2,014,800 元），及其中2,014,800 元部分自本件判決確定翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為有理由，應予准許，至於逾上開請求部分，即屬無據，不予准許。

（五）系爭房屋之專有部分坪數有無不足，系爭梯廳是否具備專有專用效能？及公設比與系爭買賣契約之約定是否不符，

而有瑕疵情形？上訴人依民法第184條第1項後段、第227條第1項、第226條第1項、第349條、第353條、第354條、第360條及104年修正前之公平交易法第31條規定，請求被上訴人賠償1,882,497元，有無理由？

①上訴人主張系爭房屋之專有部分坪數不足，系爭梯廳不具備專有專用效能，及公設比與系爭買賣契約之約定不符等系爭瑕疵情形云云，為被上訴人所否認。

②查，系爭房屋並無上訴人所指有專有部分坪數不足、系爭梯廳不具備專有專用效能、及公設比與系爭買賣契約之約定不符等系爭瑕疵情形，已如前述，從而上訴人依民法第184條第1項後段、第227條第1項、第226條第1項、第349條、第353條、第354條、第360條及104年修正前之公平交易法第31條規定，請求被上訴人賠償1,882,497元及其利息，自屬無據，不予准許。

（六）上訴人依104年修正前消費者保護法第51條及104年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償3倍懲罰性違約金5,647,491元（1,882,497元x3），有無理由？

①按104年修正前消費者保護法第51條規定：「依本法所提之訴訟，因企業經營者之故意所致之損害，消費者得請求損害額三倍以下之懲罰性賠償金；但因過失所致之損害，得請求損害額一倍以下之懲罰性賠償金。」；104年修正前公平交易法第31條、第32條第1項分別規定：「事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。」、「法院因前條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。」。

②上訴人主張系爭房屋有系爭瑕疵，致伊受有損害云云，為被上訴人所否認。查，系爭買賣契約已將系爭梯廳納入附屬建物即專有面積之一部分，且經上訴人同意而簽訂，茲系爭梯廳雖經本院認定該空間欠缺「共有部分不存在」要素，性質上不能作為物權之專有部分，致將有爭議之系爭

梯廳面積19.57 平方公尺自系爭房屋之專有面積改列為共有面積，致公設比33.8% 有變動，然其面積仍符合當初系爭買賣契約之約定，則難認系爭房屋有上訴人所指之專有部分坪數不足、系爭梯廳不具備專有專用效能、及公設比與系爭買賣契約之約定不符等之系爭瑕疵及損害存在，均已如前述，則難認被上訴人有何故意致上訴人受損或侵害其權益，故上訴人依前開104 年修正前消費者保護法第51條及104 年修正前公平交易法第32條規定，請求被上訴人賠償3 倍懲罰性違約金5,647,491 元，應無理由。

（七）系爭房地因被上訴人已於107 年12月11日出售予第三人並已完成所有權移轉登記，致給付不能，是否可歸責於被上訴人？上訴人得否依民法第226 條第1 項請求被上訴人賠償金10,080,000元？

查，依上開（四）所述，被上訴人以上訴人遲延給付價金為由，於106 年1 月20日發函解除系爭買賣契約，係屬合法，則兩造間之系爭買賣契約已不存在，被上訴人無再移轉系爭房地所有權及交付系爭房地予上訴人之義務，故被上訴人於107 年12月11日將系爭房地出售與移轉第三人，難認有何給付不能之可歸責事由，故上訴人以之為由，認被上訴人有給付不能之事由，而依民法第226 條第1 項請求被上訴人賠償金10,080,000元，不予准許。

五、綜上所述，上訴人主張被上訴人沒收違約金過高，應予酌減，而請求被上訴人給付7,057,800 元，及其中2,014,800 元部分自本件判決確定翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不予准許。從而原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，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二項所示。至於上訴人之上開請求不應准許部分，經原審為敗訴判決，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。

六、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。

七、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　　12　　月　　25　　日

民事第一庭　　審判長法　官　鄭月霞

法　官　蘇姿月

法　官　張維君

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　　12　　月　　25　　日

書記官　楊茱宜

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。

附表：

一、 就上訴人給付各期價金部分(依民法第213條第2項：因回復原狀而應給付金錢者，自損害發生時起，加給利息)	項次	款項	金額（新臺幣）	利息起算日	附　　註
	1	土地款(訂金)	672,000	102.07.05	
	2	簽約金	2,686,000	102.07.05	
		開工款	672,000	102.07.05	
	3	工程期款㈠	604,000	102.11.18	
		工程期款㈡	604,000	102.11.18	
	4	工程期款㈢	604,000	103.03.21	
	5	工程期款㈣	604,000	103.05.23	
		工程期款㈤	604,000	103.05.23	
	6	工程期款㈥	604,000	103.08.26	
	7	工程期款㈦	604,000	103.10.02	
	8	工程期款㈧	604,000	103.11.20	
	9	工程期款㈨	604,000	104.02.24	
	10	工程期款㈩	614,000	104.03.09	
二、 依契約第25條請求之違約金		違約金	2,920,000	被上訴人收受起訴狀繕本之翌日	依系爭買賣契約第25條計算之違約金原應為5,037,000 元，今上訴人於二審減縮此部分之請求，僅請求2,920,000 元
		合計：	13,000,000		