臺灣高等法院民事判決

106年度上字第1336號

上　訴　人
即被上訴人　楊慧芬
訴訟代理人　錢裕國律師
複　代理人　周志一律師
被上訴人即
上　訴　人　總瑩建設股份有限公司
法定代理人　張廖貴裕
被上訴人即
上　訴　人　楊碧玲
共　　同
訴訟代理人　林坤賢律師
　　邱華南律師

上列當事人間請求返還價金等事件，兩造對於民國106 年7 月19日臺灣桃園地方法院105 年度訴字第1848號第一審判決各自提起上訴，上訴人即被上訴人楊慧芬並為訴之追加，本院於108 年4 月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、原判決關於（一）主文第一、二項命總瑩建設股份有限公司、楊碧玲各給付新臺幣壹佰貳拾萬元之利息部分；（二）主文第五項命楊碧玲給付超過新臺幣肆萬陸仟肆佰元本息部分，及各該部分假執行之宣告，暨訴訟費用（不含未上訴部分）之裁判均廢棄。

二、上開廢棄部分，楊慧芬在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、楊慧芬之上訴、總瑩建設股份有限公司及楊碧玲之其餘上訴均駁回。

四、總瑩建設股份有限公司、楊碧玲應於楊慧芬移轉如附表所示房地予總瑩建設股份有限公司、楊碧玲之同時，給付原判決主文第一、二項中之新臺幣壹佰貳拾萬元。

五、楊碧玲應再給付楊慧芬新臺幣肆萬陸仟肆佰元，及自民國一

０六年八月二十二日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

六、楊慧芬其餘追加之訴駁回。

七、第一審（不含未上訴部分）訴訟費用，由總瑩建設股份有限公司、楊碧玲負擔十分之七，餘由楊慧芬負擔；第二審訴訟費用，關於上訴部分，由兩造各自負擔，關於追加之訴部分，由總瑩建設股份有限公司、楊碧玲負擔二分之一，餘由楊慧芬負擔。

八、本判決第五項，於楊慧芬以新臺幣壹萬陸仟元為楊碧玲供擔保後，得為假執行；但楊碧玲如以新臺幣肆萬陸仟肆佰元為楊慧芬預供擔保，得免為假執行。

九、楊慧芬其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序方面：

按於第二審為訴之追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446 條第1 項、第255 條第1 項第2 款定有明文。上訴人即被上訴人楊慧芬（下稱上訴人）於本院審理期間，基於與原審所主張相同之買賣糾紛，追加請求被上訴人即上訴人總瑩建設股份有限公司（下稱總瑩公司）給付上訴人已付房屋稅新臺幣（下同）1 萬7,690 元本息、追加請求被上訴人即上訴人楊碧玲（下稱楊碧玲，與總瑩公司合稱被上訴人）給付上訴人已付地價稅3,622 元本息、第二審律師費5 萬8,000 元本息（見本院卷一第276 、277 頁），業經被上訴人表示程序上同意（見本院卷二第162 頁），應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：上訴人於民國99年8 月14日各與總瑩公司、楊碧玲簽立「大樓房屋預定買賣合約書」（下稱系爭房屋契約）、「大樓土地預定買賣合約書」（下稱系爭土地契約，與系爭房屋契約合稱系爭房地契約），以655 萬元向被上訴人購買如附表所示「湯城世紀」甲區編號Ｂ25棟9 樓房屋（下

稱系爭房屋）及坐落基地應有部分（下稱系爭土地，與系爭房屋合稱系爭房地），上訴人已給付買賣價金139 萬6,004 元。依系爭房屋契約第15條第1 項約定，總瑩公司應於102 年12月15日完成系爭房屋主建物、附屬建物及使用執照所定之必要措施，並取得使用執照，詎總瑩公司竟未如期完工。因系爭房屋契約第29條、系爭土地契約第12條第1 項約定，系爭房地契約具有連帶不可分性，上訴人自得依系爭房屋契約第15條第1 項、第2 項約定，以起訴狀繕本之送達作為解除系爭房地契約之意思表示。為此依系爭房屋契約第26條第1 項約定及民法第259 條、內政部公告之「預售屋買賣定型化契約應記載及不得記載事項」之應記載事項（下稱系爭應記載事項）第24點等規定，先位請求被上訴人給付已付價金139 萬6,004 元本息、違約金98萬2,500 元本息；依系爭房屋契約第15條第2 項約定，請求被上訴人給付遲延利息58萬8,604 元本息；依民法第179 條前段規定，追加請求總瑩公司給付已付房屋稅1 萬7,690 元本息、追加請求楊碧玲給付已付地價稅3,622 元本息。退步而言，若認上訴人不得解約，上訴人仍得依系爭房屋契約第15條第2 項約定，備位請求被上訴人給付遲延利息43萬9,380 元本息。此外，不論上訴人解約是否合法，上訴人均得依系爭土地契約第11條第1 項約定，請求楊碧玲給付已支付第一審律師費5 萬8,000 元本息，追加請求楊碧玲給付已支付第二審律師費5 萬8,000 元本息。另被上訴人就前述同一給付，彼此間應負不真正連帶給付責任（上訴人先位之訴逾此之請求經判決敗訴後，未據上訴，不在本院審理範圍）。

二、被上訴人則以：總瑩公司已於104 年8 月10日取得使用執照，並依債之本旨，於104 年12月29日將系爭房地所有權移轉登記予上訴人，上訴人在此之前，未行使解除系爭房地契約之權利，繼續給付價金，直至105 年9 月間始起訴主張解除系爭房地契約，被上訴人於105 年11月8 日方收受，顯然違反誠信原則，不生合法解除系爭房地契約之效果。退步而言

，若認被上訴人得解除系爭房地契約，因系爭房屋與系爭土地之買賣各自獨立，楊碧玲亦非消費者保護法之企業經營者，總瑩公司、楊碧玲無庸負連帶或不真正連帶責任。準此，上訴人給付之120 萬元乃購買系爭土地之價金，僅有楊碧玲應返還買賣價金；而系爭房地契約固應一同成立、一同解除，然違約事由應獨立觀察，總瑩公司違約，楊碧玲無庸負責，上訴人給付之款項包含系爭房屋價款，依比例計算，上訴人至多得請求違約金39萬3,000 元，且應依民法第252 條規定，予以酌減；上訴人另給付之19萬6,004 元則是代收代付款項，非屬買賣價金，其中契稅得申請退還，上訴人無損害，其他部分，應已由損害賠償預定性質之違約金所彌補，上訴人不得另行求償；上訴人請求之遲延利息，同樣無從在已請求違約金之情況下，重複求償，如可求償，應依契約約定，以臺灣銀行放款利率計算；至房屋稅、地價稅之受領人乃國家，非被上訴人，被上訴人未受有不當得利。此外，被上訴人已將系爭房地移轉登記予上訴人，此與上訴人請求買賣價金之返還，立於對待給付關係，被上訴人得行使同時履行抗辯權。其次，若認上訴人不得解除系爭房地契約，依系爭房屋契約第19條第2 項第1 款約定，遲延利息尚未屆清償期間，上訴人此部分請求無理由，若仍應給付，應計算系爭房屋價款占總價之比例，扣除56日不應計入工期之天數才合理。至上訴人請求之律師費部分，應當考量被上訴人人數、勝敗比例、律師之合理報酬等為綜合認定，不應要求楊碧玲全額負擔等語，資為抗辯。

三、上訴人於原審請求（見本院卷一第12頁）：

（一）先位聲明：

1 總瑩公司應給付上訴人296 萬7,108 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。

2 楊碧玲應給付上訴人302 萬5,108 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。

3 前2 項所命給付於296 萬7,108 元範圍內，如任一者為給

付時，他者於給付範圍內，免除給付責任。

4願供擔保，請准宣告假執行。

（二）備位聲明：

1總營公司應給付上訴人43萬9,380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。

2楊碧玲應給付上訴人49萬7,380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。

3前2項所命給付於43萬9,380元範圍內，如任一者為給付時，他者於給付範圍內，免除給付責任。

4願供擔保，請准宣告假執行。

原審為上訴人先位之訴一部勝訴、一部敗訴之判決，即（見本院卷一第9頁）：

（一）總營公司應給付上訴人218萬2,500元，及其中120萬元自105年11月8日起至清償日止，按年息4.756％計算之利息，暨其中98萬2,500元自105年11月8日起至清償日止，按年息5％計算之利息。

（二）楊碧玲應給付上訴人218萬2,500元，及其中120萬元自105年11月8日起至清償日止，按年息4.756％計算之利息，暨其中98萬2,500元自105年11月8日起至清償日止，按年息5％計算之利息。

（三）前2項所命給付，如任一者為給付時，他者於給付範圍內，免除給付責任。

（四）總營公司應給付上訴人19萬6,004元，及自105年11月8日起至清償日止，按年息5％計算之利息。

（五）楊碧玲應給付上訴人5萬8,000元，及自105年11月8日起至清償日止，按年息5％計算之利息。

（六）上訴人其餘之訴駁回。

並依兩造之聲請宣告准、免假執行。

四、上訴人就其敗訴之先位部分，提起一部上訴（於原審請求之利息經判決敗訴部分，未據上訴），並為訴之追加，上訴聲明（見本院卷二第161、162頁）：

（一）原判決關於駁回上訴人後開第2至4項請求部分廢棄。
（二）總瑩公司應再給付上訴人58萬8,604元，及自起訴狀繕本送達翌日即105年11月8日起至清償日止，按年息5％計算之利息。
（三）楊碧玲應再給付上訴人58萬8,604元，及自起訴狀繕本送達翌日即105年11月8日起至清償日止，按年息5％計算之利息。
（四）前2項請求，如任一者為給付時，他者於給付範圍內，免除給付責任。
（五）願供擔保，請准宣告假執行。
追加聲明（見本院卷二第162頁）：
（一）總瑩公司應再給付上訴人1萬7,690元，及自民事陳報狀繕本送達翌日即106年12月30日起至清償日止，按年息5％計算之利息。
（二）楊碧玲應再給付上訴人3,622元，及自民事陳報狀繕本送達翌日即106年12月30日起至清償日止，按年息5％計算之利息。
（三）楊碧玲應再給付上訴人5萬8,000元，及自上訴狀繕本送達翌日即106年8月22日起至清償日止，按年息5％計算之利息。
（四）願供擔保，請准宣告假執行。
被上訴人答辯聲明（見本院卷二第162頁）：
（一）上訴及追加之訴均駁回。
（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。
被上訴人就其敗訴之部分，全部提起上訴，預備之訴同生移審之效力，上訴聲明（見本院卷二第162、163頁）：
（一）原判決不利被上訴人部分廢棄。
（二）上開廢棄部分，上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。
上訴人答辯聲明（見本院卷二第163頁）：
上訴駁回。

五、兩造不爭執事項（見本院卷二第133 、134 頁，並由本院依相關卷證為部分文字修正）：

（一）兩造於99年8 月14日簽立屬定型化契約性質之系爭房地契約，由上訴人以655 萬元向被上訴人購買系爭房地，其中系爭房屋之買賣價金為262 萬元、系爭土地之買賣價金為393 萬元。

（二）上訴人因系爭房地之買賣，已繳付買賣價金120 萬元、代墊款19萬6,004 元，共計139 萬6,004 元。

（三）系爭房屋於102 月12月13日竣工，並於104 年8 月10日取得使用執照。

（四）被上訴人於104 年12月29日將系爭房地所有權移轉登記予上訴人。

（五）總瑩公司於105 年1 月29日通知上訴人交屋。

（六）上訴人以總瑩公司逾期未取得使用執照為由，以起訴狀之送達作為解除系爭房地契約之意思表示，被上訴人於105 年11月8 日收受。

（七）總瑩公司為企業經營者，依修正前消費者保護法施行細則第15條第2 項規定，內政部公告之系爭應記載事項構成系爭房屋契約之一部分。

（八）上訴人因本件訴訟，一審支出律師費用5 萬8,000 元，二審支出律師費用5 萬8,000 元。

六、本院就兩造爭執事項之判斷：

（一）上訴人已合法解除系爭房地契約：

1 依系爭房屋契約第15條第1 項、第2 項：「本預售屋之建築工程……於民國102 年12月15日以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……」、「賣方如……逾期6 個月仍未……完工，視同賣方違約……」；第26條第1 項：「賣方違反第15條第2 項……，買方得解除本合約」等約定（見原審卷一第19、20、27頁），總瑩公司如未於103 年6 月15日前取得使用執照，上訴人即得解除系爭房屋契約。總瑩公司遲至104 年8 月10日始

取得使用執照，為兩造所不爭執（兩造不爭執事項第3項參照），上訴人自103年6月16日起，取得系爭房屋契約約定之解除權，堪予認定。

2 觀諸系爭房屋契約之內容，未有賣方提出給付，買方原已取得之約定解除權即消滅之約定，自難遽認上訴人之約定解除權，一經總瑩公司取得使用執照，即行消滅，是總瑩公司以使用執照業已取得為由，辯稱上訴人之解除權消滅，並不可採。

3 上訴人雖於103年9月11日、104年9月2日及同年11月5日繳買賣價金（見原審卷一第77、78頁），並於104年12月29日受領系爭房地所有權移轉登記，經總瑩公司於105年1月29日通知上訴人交屋（兩造不爭執事項第4、5項參照）。然觀諸系爭房屋契約第9條、第17條及第18條第4項、第5項關於付款條件及方式、驗收、房地產權登記期限等約定（見原審卷一第17、21、22頁），上訴人於締約後應交付有關文件，由總瑩公司指定之地政士辦理產權登記及貸款，無論已否取得解約權，於行使契約解除權前，皆有續付價金之義務，且應依總瑩公司之通知，進行驗屋手續。上訴人取得解約權後，本可自由決定如何行使，其於行使前為免自陷於違約窘境而續為履約，不能解為無意解除契約，復與拋棄解除權有別，當無權利失效可言。總瑩公司抗辯上訴人之解約權已消滅、其解約違反誠信原則云云，亦不可取。

4 上訴人以起訴狀之送達作為解除系爭房地契約之意思表示，被上訴人並於105年11月8日收受，為兩造所不爭執（兩造不爭執事項第6項參照），堪認系爭房屋契約已解除。又房屋不能脫離土地而獨立存在，使用房屋必須使用該房屋之基地，系爭房地契約間具有不可分離之依存關係，系爭房屋契約第29條、系爭土地契約第12條第1項均約定上訴人解除其中一契約時，視為全部解除（見原審卷一第28、36頁），系爭土地契約應同生解除之效力。是故，系

爭房地契約俱經合法解除。

（二）系爭房地契約解除後，被上訴人應依不真正連帶關係，返還上訴人已付買賣價金120 萬元：

1系爭房屋契約第26條約定：「賣方違反第15條第2 項（即逾期完工逾6 個月）……買方得解除本合約。解約時賣方……應將買方已繳之房屋價款……全部退還買方……」（見原審卷一第27、28頁）。上訴人因總瑩公司逾期6 個月取得使用執照，解除系爭房屋契約，自得據此約定請求總瑩公司返還已付之房屋價金。雖系爭土地契約未有因前述原因解約後返還價金之明文，惟內政部公告之系爭應記載事項第24點第1 款、第3 款規定（見本院卷二第125 、126 頁），與系爭房屋契約第26條約定意旨相同，依修正前消費者保護法施行細則第15條第2 項規定，應構成系爭土地契約之內容。上訴人解除系爭土地契約後，自得以此為據，請求返還已付之土地價金。

2系爭房地契約就系爭房屋、系爭土地之買賣價金，雖是分別約定（兩造不爭執事項第1 項參照），惟就消費者而言，其依建商通知繳納之分期付款，主觀上係按預售房屋興建之工程進度而繳納，所繳納者皆為房地買賣總價之一部分，未區分房屋及土地價款，而被上訴人所舉客戶繳款明細表（見原審卷一第77、78頁），於款項欄之各期款項名稱前方固均載有「土」字，但後方期款名稱欄內，不乏記載為牆版或頂版灌漿等語，對照系爭房地契約之付款明細表（見原審卷一第235 至240 頁），均以房屋興建進度作為款項支付進度，客觀上，同樣無法區分上訴人各期繳付之款項係土地或房屋價款，被上訴人顯係基於特定目的，將原應一併規範之系爭房地契約，拆解為不同契約。參酌系爭房屋契約第29條、系爭土地契約第12條第1 項均約定，系爭房地契約「具連帶不可分性應共同履行……任何一部分不履約時視同全部違約」（見原審卷一第28、36頁），以及後述系爭應記載事項第24點第2 款規定，將房屋與

土地合為一體規範，在未見被上訴人就前述「連帶不可分性」、「應共同履行」，係約定就相關給付應負連帶責任之情況下，應認被上訴人基於系爭房地契約履行之同一目的，就系爭房地契約之義務，負有不真正連帶給付之責任，始合於契約約定之旨趣，違約責任亦然。職是，上訴人得請求被上訴人依不真正連帶關係，返還所付之買賣價金120萬元。

3被上訴人雖謂系爭房地契約各自獨立，上訴人不得對非契約當事人請求給付云云，然各別成立之契約，本得約定相同之給付內容，且契約所定給付，不以當事人己力完成者為限，由他人為之，亦無不可，被上訴人上詞所辯，自無可取。

（三）上訴人尚得依不真正連帶關係，請求被上訴人給付違約金98萬2,500元；請求給付遲延利息58萬8,640元部分，則屬無據：

1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。

2依系爭房屋契約第15條第2項：「賣方如逾前款期間（即102年12月15日）未完工者，每逾1日應按已繳房屋價款萬分之5計算遲延利息予買方。若逾期6個月仍未……完工，視同賣方違約，雙方同意依第25條（應為第26條之誤）第1款違約之規定辦理」、第26條第1款、第3款：「賣方違反第15條第2項……買方得解除本合約。解約時賣方……應同時賠償房屋總價款15％之違約金……」、「買賣雙方當事人除依前2項之請求外，不得另行請求損害賠償」（見原審卷一第20、27、28頁）等約定，總瑩公司若遲延完工取得使用執照，逾期未滿6個月者，應按已繳房

屋價款日息萬分之5計付「遲延利息」，若逾期6個月以上，並選擇解約時，則應按房屋總價款之15%計付違約金予上訴人。

3系爭應記載事項第24點第2款規定：「賣方有前款違約情事之一者（違反取得使用執照期限）……；解約時賣方應將買方已繳之房地價款退還予買方……並應同時賠償房地總價百分之__（不得低於15%）之違約金」（見本院卷二第125頁），此規定與系爭房屋契約所約定違約金按「房屋」總價計算，並不相符。依修正前消費者保護法施行細則第15條第2項規定，違反主管機關公告應記載事項之定型化契約條款無效，系爭房屋契約第26條第1項之違約金，自應依系爭應記載事項之規定，按房地總價計算。被上訴人固辯稱違約金無連帶負責問題、系爭土地部分無違約事由、上訴人所繳納均為土地款而非房屋款、違約金僅能以系爭房屋總價計算云云，但系爭房地契約僅形式上具獨立法律行為外觀，實則具有不可分離之依存關係，而上訴人各期繳付之款項，無從區分係土地或房屋價款，被上訴人就相關給付，應負不真正連帶關係，已認定如前。系爭房屋契約第29條、系爭土地契約第12條第1項既明定系爭房地契約「具連帶不可分性」、「應共同履行」、「任何一部分不履約時視同全部違約」，本質上與系爭應記載事項之規範基礎並無不同，應有該規定之適用。

4楊碧玲辯稱伊為自然人，非屬企業經營者，不適用消費者保護法及系爭應記載事項之規定云云。然依消費者保護法第2條第2款規定，凡以經銷商品為營業者，即為企業經營者，並未排除自然人之適用。楊碧玲與總瑩公司銷售系爭房屋所屬湯城世紀大樓之預售屋房地，與訂購戶發生眾多與本件相類之糾紛而爭訟之事實，有各該訴訟之判決在卷可稽（見本院卷一第443至476頁），楊碧玲乃總瑩公司負責人之配偶，總瑩公司、楊碧玲復分別為房屋、坐落基地之出賣人，顯見楊碧玲與總瑩公司係共同以銷售該大

樓之預售屋房地為營業，自均屬企業經營者，有系爭應記載事項之適用。楊碧玲空言否認，並不可採。

5 總瑩公司遲延完工取得使用執照，逾期6個月以上，應按房地總價款655萬元（兩造不爭執事項第1項參照）之15%計算違約金，為98萬2,500元，此金額未逾上訴人已繳價款120萬元（兩造不爭執事項第2項參照），被上訴人自應如數給付。而衡諸總瑩公司遲延期間甚長，上訴人之買賣價金120萬元迄未歸還，資金長期不能運用，損失非低，98萬2,500元之違約金難謂過高，被上訴人辯稱應予酌減，為無理由。

6 總瑩公司逾期超過6個月以上未取得使用執照，視同總瑩公司違約，應依系爭房屋契約第26條第1款違約之規定處理，非依系爭房屋契約第15條第2項約定請求給付遲延利息，已論述如前。上訴人既不爭執此遲延利息亦是違約金性質（見本院卷二第164頁），上訴人應不得再請求被上訴人給付遲延利息58萬8,640元。

（四）上訴人另得依民法第259條規定，請求總瑩公司返還代墊款19萬6,004元：

上訴人於履行系爭房地契約之過程中，除買賣價金120萬元外，曾給付代墊款19萬6,004元予總瑩公司，兩造並無爭執（兩造不爭執事項第2項參照）。無論此代墊款之約定法律性質為何，上訴人既是因系爭房地買賣而交付，與系爭房地契約具有依存關係，應同其效力，系爭房地契約解約後，總瑩公司無權再保有該款項，應依民法第259條規定，負回復原狀義務，將19萬6,004元返還上訴人。至總瑩公司收受該等款項後，作為他用，乃總瑩公司與第三人間之關係，基於債之相對性，無礙上訴人得向總瑩公司請求返還代墊款之認定。

（五）上訴人依民法第179條前段規定，追加請求被上訴人給付自行繳納之稅款，為無理由：

上訴人追加請求總瑩公司給付系爭房屋105、106年度房

屋稅各6,559 元、1 萬1,131 元；追加請求楊碧玲給付系爭土地105 、106 年度地價稅各1,811 元，固據上訴人提出房屋稅、地價稅繳款書為憑（見本院卷一第178-15至178-18頁）。然依上訴人所述，此乃其自行繳納之稅款（見本院卷一第178-12頁），各該款項之繳款人亦是記載上訴人，上訴人基於系爭房屋所有權人之地位，依政府機關之通知，交此等款項予稅捐機關，履行公法上之義務，難認兩造間存有不當得利關係，上訴人無從依民法第179 條前段規定，請求被上訴人返還。

（六）系爭房地契約解除後，兩造互復回復原狀義務，被上訴人得就買賣價金之返還，為同時履行抗辯：

1 按契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第264 條第1 項前段定有明文。而契約解除，雙方互負回復原狀之義務，亦為民法第259 條所明定。此項互負之義務，依同法第261 條準用第264 條之規定，於他方未為對待給付前，得拒絕自己之給付（最高法院85年度台上字第2220號裁判要旨參照）。上訴人解除系爭房地契約後，原受領系爭房地之資格即已喪失，應負返還義務。此項義務與總瑩公司、楊碧玲所負返還已付價金120 萬元之義務，皆因系爭房地契約解除所發生，符合民法第261 條準用第264 條第1 項規定，於他方未為對待給付前，得拒絕己之給付。被上訴人上訴後，主張上訴人於返還系爭房地所有權前，不負返還買賣價金之義務（見本院卷一第63、384 頁），行使同時履行抗辯權，本院應就此為對待給付之諭知。

2 又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號判例參照），是債務人得主張同時履行抗辯者，未行使其抗辯權前，固可發生遲延責任，然於其合法提出同時履行之抗辯後，其遲延責任即溯及免除（最高法院107 年度第8 次民事庭會議決議參照）。

基此，被上訴人提起上訴後，對於上訴人返還買賣價金之請求，行使同時履行抗辯權，就此部分之遲延責任，應溯及免除，上訴人所請求買賣價金120 萬元之遲延利息，無從准許。

3 所謂同時履行之抗辯，係基於雙務契約而發生，倘雙方之債務，非本於同一之雙務契約而發生，縱令雙方債務在事實上有密切之關係，或雙方之債務雖因同一之雙務契約而發生，然其一方之給付，與他方之給付，並非立於互為對待給付之關係者，均不能發生同時履行之抗辯（最高法院101 年度台上字第1246號裁判要旨參照）。且應經當事人行使是項抗辯權，法院始得斟酌。被上訴人僅針對上訴人所為買賣價金之請求，行使同時履行抗辯權（見本院卷一第63、384 頁），就被上訴人應給付之違約金、總瑩公司應給付之代墊款、楊碧玲應給付之律師費等，既未主張與系爭房地之返還立於互為對待給付之關係，本院無庸就此部分贅為審究。

（七）上訴人得請求楊碧玲給付因本件訴訟，支出之一、二審律師費各4 萬6,400 元：

系爭土地契約第11條第1 項約定敗訴之一方應負擔他方律師費（見原審卷一第36頁），應當斟酌勝敗比例及律師之合理報酬。兩造不爭執上訴人因本件訴訟，一、二審各支出律師費用5 萬8,000 元（兩造不爭執事項第8 項參照），而上訴人之請求，除律師費外，於一審請求給付已付價金139 萬6,004 元、遲延利息58萬8,604 元、違約金98萬2,500 元，於二審追加請求房屋稅1 萬7,690 元、地價稅3,622 元，本院判准之金額包括價金120 萬元、違約金98萬2,500 元、代墊款19萬6,004 元，亦經審認如上。衡量本件案情，上訴人主張之律師費未逾合理行情，為本院辦理相似案件職務上所已知，依兩造勝敗比例，本院認由被上訴人負擔該費用8 成為適當，故上訴人請求楊碧玲給付一、二審律師費各4 萬6,400 元（計算式：5 萬8,000 元

× 80%）為有理由，逾此之請求，尚屬無據。

（八）上訴人得就買賣價金120 萬元以外經認定有理由部分，請求被上訴人加給法定遲延利息：

給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5 %，民法第229 條第2 項、第233 條第1 項前段、第203 條規定甚明。兩造對於倘被上訴人應給付上訴人請求之款項，遲延利息之起算日應自105 年11月8 日、106 年8 月22日起算，俱無爭執（見本院卷一第349 頁），故除買賣價金120 萬元部分，被上訴人不負遲延責任，不須給付遲延利息外，上訴人得就其餘經本院認定有理由者，請求被上訴人自各該日起，加給按年息5 %計算之法定遲延利息。

（九）上訴人提起之備位之訴，本院無庸裁判：

預備訴之合併，係以當事人先位之訴有理由，為備位之訴裁判之解除條件；先位之訴無理由，為備位之訴裁判之停止條件（最高法院92年度台上字第1445號裁判要旨參照）。上訴人先位之訴，以系爭房地契約合法解除為前提，備位之訴，以系爭房地契約未經解除為前提，2 者不相容。系爭房地契約業經上訴人合法解除，上訴人因解除系爭房地契約後所為請求有無理由，並經本院判決如上，上訴人提起之備位之訴，自無裁判之必要。

七、綜上所述，上訴人依系爭房屋契約第26條第1 項約定、民法第259 條規定、系爭應記載事項第24點規定、系爭土地契約第11條第1 項約定，請求總瑩公司、楊碧玲依不真正連帶給付之關係，給付上訴人已付價金120 萬元、違約金98萬2,500 元本息，請求總瑩公司給付代墊款19萬6,004 元本息、請求楊碧玲給付一審律師費4 萬6,400 元本息，為有理由，應

予准許，就價金120 萬元部分，應與上訴人所負返還系爭房地義務，為對待給付之判決。逾此範圍所為請求，洵屬無據，不應准許。原審判決主文第1 、2 、5 項（買賣價金之遲延利息、一審律師費部分）就超過上開應准許部分，為被上訴人敗訴之判決，以及假執行之宣告，尚有未洽。被上訴人就此部分提起上訴，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，茲由本院改判如主文第2 項所示。至於上開應准許部分，原審判命被上訴人如數給付，並依兩造聲請為准、免假執行之諭知；不應准許部分，予以駁回，核無違誤。兩造各自就敗訴部分上訴，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。本院應就被上訴人於第二審所為同時履行抗辯，併為對待給付之判決如主文第4 項所示。上訴人另依系爭土地契約第11條第1 項約定，追加請求楊碧玲給付二審律師費4 萬6,400 元本息，為有理由，應予准許；依民法第179 條前段規定，追加請求總瑩公司給付房屋稅1 萬7,690 元本息、追加請求楊碧玲給付地價稅3,622 元本息，為無理由，應予駁回。兩造就上訴人所提追加之訴，陳明願供擔保，請准宣告假執行、免為假執行，關於上訴人勝訴部分，爰各酌定相當之擔保金額准許之；關於上訴人敗訴部分，其假執行之聲請已失所附麗，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘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。

參、據上論結，總瑩公司、楊碧玲之上訴為一部有理由，一部無理由，上訴人之上訴為無理由，上訴人追加之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450 條、第449 條第1 項、第78條、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　　5　　月　　8　　日

民事第二十四庭

審判長法　官　陳麗芬

法　官　黃欣怡

法　官　許炎灶

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後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日內向本院補提理由書狀（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；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1 第1 項但書或第2 項所定關係之釋明文書影本。若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　　5　　月　　8　　日

書記官　王詩涵

附註：

民事訴訟法第466 條之1 （第1 項、第2 項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

附表：

編號	內　　容	面　　積	權利範圍
1	桃園市○○區○○段6 地號土地（即系爭土地）	6 萬3,136 平方公尺	10萬分之37
2	桃園市○○區○○段804 建號建物（即系爭房屋）	80.54 平方公尺	1 分之1
備註：系爭房屋另有附屬建物陽台、雨遮及共有部分（見本院卷一第77頁）。			