臺灣高等法院民事判決

107年度重上更一字第126號

上　訴　人　正道工業股份有限公司
法定代理人　郭建廷
訴訟代理人　黃永琛律師
複代理人　劉桂君律師
訴訟代理人　王寶輝律師
複代理人　陳明隆律師
被上訴人　簡慶輝
　　簡慶煌
　　簡慶銘
　　簡慶星
共　同
訴訟代理人　陳福寧律師
　　李平義律師
　　朱昭勳律師

上列當事人間請求給付違約金等事件，上訴人對於中華民國105年4月15日臺灣臺北地方法院102年度重訴字第1206號第一審判決提起一部上訴，經最高法院發回更審，本院於108年8月6日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決（已確定部分除外）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，暨該訴訟費用負擔之裁判，均廢棄。

二、被上訴人應連帶給付上訴人新臺幣肆仟玖佰參拾萬壹仟伍佰壹拾貳元，及自民國一0三年七月六日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、其餘上訴駁回。

四、廢棄部分之第一審訴訟費用由被上訴人連帶負擔。第二審及發回前第三審（已確定部分除外）訴訟費用，由被上訴人連帶負擔百分之十四，餘由上訴人負擔。

五、本判決所命給付，於上訴人以新臺幣壹仟陸佰肆拾參萬元供

擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣肆仟玖佰參拾萬壹仟伍佰壹拾貳元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、本件上訴人主張：兩造於民國97年3月7日簽訂預定土地買賣契約書（下稱系爭契約），及於97年5月2日簽定補充協議書（下稱系爭補充協議），約定被上訴人就坐落新北市○○區○○段○○○○號等110筆土地（下稱系爭重劃前土地，各別土地則以地號稱之），參與「變更板橋都市計畫（江翠北側地區）細部計畫」AB區發展單元重劃區（下稱系爭重劃區）之自辦市地重劃後，應將所配回面積27186.1平方公尺（約8223.83坪）土地中之4637.98平方公尺（約1402.99坪）住宅區土地部分，由伊選擇依方案一或方案二位置交易，每坪單價為新臺幣（下同）45萬元，買賣總價金約為6億3134萬元；伊已支付第1期價金3089萬元予被上訴人，被上訴人並以重劃之新北市○○區○○段○○○○號等13筆土地，共同設定本金最高限額3593萬1000元之抵押權予伊作為擔保。詎被上訴人自97年10月間起，陸續將方案一、方案二範圍中之重劃前國光段824-16、824-17、824-18、824-19地號土地出售予訴外人亞昕國際開發股份有限公司（下稱亞昕公司），及將同段823-2、823-9、823-10、824-8、824-9地號土地，贈與訴外人簡嘉成、簡嘉興、簡詩韻、簡瑞瑩、簡瑞瑤、簡宏宇、簡吟如、簡伯勳、簡嘉喆等人（下稱簡嘉成等人）；簡嘉成等人再將其中823-2、824-8、824-9地號土地售予亞昕公司；被上訴人復將同段829-3、830-3、832-3、832-4、808 -1、823-1地號土地，贈與簡嘉成等人，再由簡嘉成等人將其中823-1地號土地出售予亞昕公司及訴外人永翊開發股份有限公司（下稱永翊公司）；系爭重劃案後於101年7月16日完成土地分配，亞昕公司、永翊公司並配回坐落前開方案一、方案二位置內之重劃後土地。倘被上訴人未處分系爭重劃前土地，被上訴人必可配回坐落方案二之重劃後土地，甚至可配回坐落方案一之土地，供伊選擇欲辦理移轉之土地。因伊

原本預計購買重劃後土地進行開發、建設及銷售營利，倘被上訴人能依約履行移轉買賣標的物之義務，伊本可取得面積共1402.99坪之重劃後土地，然因被上訴人一物二賣之故，致被上訴人於重劃後並未配回方案一土地全部及方案二土地之一部，因而陷於給付不能，伊即於102年7月1日寄發台南地方法院郵局第920號存證信函（下稱920存證信函），催告被上訴人依約履行，否則將解除契約及請求加倍返還價金，被上訴人仍未提出此部分給付，因被上訴人就方案一土地已全部給付不能，就方案二土地係部分給付不能，惟剩餘部分之給付對其無利益，其得拒絕該部分之給付，伊即於同年7月24日委由律師寄發「（102）（7）然法二字第1182號函」（下稱1182號函）向被上訴人解除契約。伊原本係以每坪45萬元單價購地，惟重劃後土地之交易市價已於102年4月間漲至每坪115萬元之多，然因可歸責於被上訴人之給付不能，致伊無法受領該土地漲價之利益，共計受有所失利益損害9億8209萬3000元【計算式：1402.99×(1,150,000-450,000）＝982,093,000）。另被上訴人故意處分土地之不法行為，侵害伊之權利，致伊受有損害，為共同侵權行為，被上訴人應連帶如數賠償之。為此，提起本件訴訟，並為一部請求，爰請求依民法第226條第1項、第2項規定、第184條第1項後段規定，及系爭契約第8條第2項約定，擇一判命被上訴人應連帶給付伊3億5000萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息等語（上訴人請求被上訴人加倍返還已支付之價金合計6178萬元〈包括懲罰性違約金3089萬元〉本息部分，業已確定，非本院審理範圍，不另贅論）。

二、被上訴人則以：兩造成立系爭契約及補充協議後，伊便積極參與土地重劃，因新北市永翠水岸綠能特區（發展單元AB區）重劃會（下稱系爭重劃會）於99年12月20日始經新北市政府核定成立，上訴人於102年7月24日單方解約時，系爭重劃會之理事會職權則遭法院裁定假處分而無法行使，土地分配

結果自未確定，上訴人本不得行使選擇權；又系爭重劃會係於104年9月10日將系爭重劃案之配地結果陳報新北市政府備查，可知本件重劃事務未於99年11月完成，兩造亦未協議延長期限，系爭契約當然失效，伊可免為給付。又本件為選擇之債，即便部分買賣標的係給付不能，上訴人仍要先選擇該給付不能部分為契約履行之標的後，始得認為伊負有給付該標的予上訴人之義務，惟上訴人起訴時並未行使選擇權，致債之關係及伊應給付之標的並未特定，伊無從給付，上訴人自無從請求債務不履行之損害賠償。縱認上訴人於解約時已行使選擇權，惟因系爭契約成立後，需由訴外人豐華土地開發有限公司（下稱豐華公司）努力促成重劃，使伊可於重劃後取得坐落方案一或方案二範圍內之土地，以供上訴人選擇，惟豐華公司並未努力促成此事，致伊事實上並未取得坐落方案一或方案二範圍內之土地，則上訴人無法依前開2個方案選擇要購買之土地，係不可歸責於伊之事由所致；上訴人亦未證明其確實受有所失利益損害達3億5000萬元。依此，上訴人請求伊連帶賠償3億5000萬元本息，應屬無據等語，資為抗辯。

三、原審就前開部分為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起一部上訴，其聲明：㈠原判決（已確定部分除外）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，並該訴訟費用負擔之裁判均廢棄。㈡被上訴人應再連帶給付上訴人3億5000萬元，及自103年7月6日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢願供擔保請准宣告假執行。被上訴人之答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、下列事項為兩造所不爭執，應可信為真實：

(一)兩造先後於97年3月7日簽訂系爭契約，約定由被上訴人以系爭重劃前土地，參與系爭重劃案，並將重劃後所配回土地中部分住宅區之重劃後土地，以每坪41萬元價格出售予上訴人，約定總價5億7522萬元；買賣標的係約定由上訴人就系爭

契約附件4所示方案一或附件5所示方案二，擇一為買賣標的，而由被上訴人出售予上訴人。兩造另於97年5月2日簽定系爭補充協議，約定土地每坪價金增加4萬元（即每坪變為45萬元），其土地總價亦隨之調整。

(二)被上訴人已依約於97年3月24日將系爭重劃土地中國光段13筆土地共同設定3593萬1000元之最高限額抵押權予上訴人，且上訴人陸續於97年4月間起至同年7月間止，給付第1期款3089萬元予被上訴人。

(三)被上訴人於99年11月5日寄發存證信函予上訴人，表示其等無繼續延長兩造本件重劃案辦理時程之意願，欲退還上訴人「原訂給付豐華公司之委託費用515萬元」，及請求上訴人塗銷上開最高限額抵押權登記。

(四)被上訴人於99年12月1日寄發存證信函予上訴人，表示其等無繼續延長系爭重劃案辦理時程之意願及義務，並通知上訴人前來辦理解約、返還上開委託豐華公司費用及塗銷最高限額抵押權設定事宜。

(五)被上訴人於簽立系爭契約及系爭補充協議後，即於97年10月間起陸續將坐落方案一、方案二範圍內之重劃前國光段823-2、824-8、824-9等地號土地，以贈與為原因移轉登記予簡嘉成等人，再由簡嘉成等人將前開3筆土地，以買賣為原因，於99年9月24日移轉登記予亞昕公司（嗣824-8地號土地逕分割出824-16、824-17地號土地；824-9地號土地逕分割出824-18、824-19地號土地）；及被上訴人於100年2月間將同段824-11地號土地，以買賣為原因移轉登記予亞昕公司。被上訴人另將同段829-3、830-3、832-4、808-1、823-1等地號土地，以贈與為原因移轉登記予簡嘉成等人，再由簡嘉成等人將其中823-1地號土地以買賣為原因移轉登記予亞昕公司及永翊公司。

(六)亞昕公司、永翊公司因買受前開被上訴人之土地，經參與重劃分配，依公告配回之土地即坐落在方案一、方案二之土地位置內。

(七)上訴人於102年7月1日以「920存證信函」通知被上訴人，依系爭契約第10條約定催告被上訴人履行系爭契約。

(八)上訴人於102年7月24日以「1182號函」通知被上訴人解除系爭契約，並請求被上訴人給付懲罰性違約金，該律師函已於102年7月26日送達被上訴人。

五、兩造間之爭點如下：

(一)上訴人主張系爭契約係可歸責於被上訴人之事由所解除，其得依民法第226條第1項、第2項規定或同法第184條第1項後段侵權行為損害賠償請求權規定，請求被上訴人賠償其所失利益損害之一部3億5000萬元本息等語，有無理由？

(二)被上訴人抗辯兩造有以系爭契約第10條約定被上訴人違約影響上訴人權利時，上訴人得解除契約，解約時被上訴人應將上訴人支付之價款加倍返還上訴人作為作為懲罰性違約金之內容，倘認定本件係可歸責於被上訴人致給付不能時，上訴人除請求被上訴人前開加倍返還金額外，是否仍可主張其受有所失利益損害而另請求被上訴人賠償？

六、茲就兩造之爭點，說明本院之判斷如下：

(一)被上訴人將原坐落方案一及方案二範圍內之重劃前土地，直接或輾轉出售予亞昕公司、永翊公司，致自己事後無法配回坐落方案一範圍內之全部土地，及僅配回坐落方案二範圍內之部分土地，係嗣後給付不能，且可歸責於被上訴人。

1.按訴訟標的之法律關係，於確定之終局判決中經裁判者，當事人之一造以該確定判決之結果為基礎，於新訴訟用作攻擊防禦方法時，他造應受其既判力之拘束，不得以該確定判決言詞辯論終結前所提或得提出而未提出之其他攻擊防禦方法，為與該確定判決意旨相反之主張，法院亦不得為反於確定判決意旨之裁判，觀之民事訴訟法第400條第1項規定甚明。

2.經查：上訴人主張兩造成立系爭契約及系爭補充協議後，被上訴人於97年10月間起，陸續處分位在方案一及方案二範圍內之土地，包括出售國光段824-16地號等4筆土地予亞昕公司、贈與同段823-2地號等5筆土地予簡嘉成等人，再由簡嘉

成等人出售其中823-2地號等3筆土地予亞昕公司、贈與同段829-3地號等6筆土地予簡嘉成等人，再由簡嘉成等人出售其中823-1地號土地予亞昕公司及永翊公司等；系爭重劃案已於101年7月16日完成土地分配，因亞昕公司及永翊公司於重劃後配回之土地，即坐落在方案一、方案二之範圍內，足見被上訴人陸續處分系爭重劃前土地，致重劃後未分配到方案一土地，及被上訴人雖分配到方案二之部分土地，然已不能達契約之目的，屬嗣後給付不能，且因系爭重劃案已於101年7月16日完成土地分配，並於104年11月26日換發新權狀，並無不能繼續辦理之情事，足見前揭嗣後給付不能之情，係可歸責於被上訴人；系爭重劃案未於99年11月前完成，尚不影響系爭契約之效力，故其得於解除系爭契約後，依系爭契約第10條第2項約定，請求被上訴人加倍返還價金6178萬元本息等節，業經本院前審105年度重上字第437號（下稱前審判決）判決被上訴人敗訴，經最高法院106年度台上字第2437號裁定駁回被上訴人此部分上訴確定，有該前審判決及最高法院判決可稽（見最高法院106年度台上字第2437號卷第9至32頁、第475至477頁）。依此，本院前審判決認定兩造成立系爭契約後，在系爭重劃會公告分配土地清冊前，被上訴人已將方案一土地、方案二土地，以買賣、贈與之方式移轉所有權予訴外人，輾轉均由亞昕公司、永翊公司取得，供亞昕公司、永翊公司以所購買土地參加重劃，並分配取得重劃後之方案一土地全部及方案二土地之一部，被上訴人依系爭契約所負移轉方案一土地予上訴人之義務，即因可歸責於被上訴人之事由致全部給付不能，上訴人以「920存證信函」催告被上訴人履行系爭契約，嗣因方案二土地之一部亦陷於給付不能，剩餘部分對其無利益，而以「1182號函」向被上訴人解除系爭契約，其解約之意思表示於102年7月26日到達被上訴人而生效，上訴人得請求被上訴人連帶返還價金3089萬元及給付違約金3089萬元，並加付法定遲延利息乙情，已有既判力，上訴人此部分主張，已為前審確定判決效力

所及，本院及當事人應同受其既判力之拘束，不容被上訴人為相異之主張，本院亦不得為反於該確定判決意旨之裁判。從而，上訴人主張被上訴人就系爭契約之履行，有可歸責上訴人之嗣後給付不能，且方案二土地剩餘之給付對伊無實益，其得解除系爭契約全部等語，應為可取。至被上訴人抗辯：縱認其等有給付不能情形，亦為自始不能，且不可歸責於其等，上訴人不得依民法第226條規定請求其等賠償損害云云，應無理由。

3.又按違約金有懲罰性違約金與損害賠償總額預約違約金之分。若係前者，於債務人不履行債務時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求賠償損害；若係後者，乃以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額之預定，債權人除違約金外，不得另行請求損害賠償，此觀民法第250條第2項但書之規定自明。又當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之。查兩造係以系爭契約第10條第2項約定：「乙方違反本契約致影響甲方（按指上訴人，下同）權利時，甲方得定十五日以上期限催告乙方解決，逾期仍未解決者，甲方得解除本契約。解約時乙方應將甲方已支付之價款加倍返還甲方，作為懲罰性違約金。」（見原審卷一第14頁反面），審酌被上訴人違約之情形，包括給付不能、給付遲延或不完全給付之情形在內，兩造於締約時，既已特別約定被上訴人違反系爭契約致上訴人受損害時，上訴人可請求被上訴人以加倍返還價金之方式，作為其債務不履行之懲罰性違約金，則前開約定自非僅為賠償總額之預定。依前開說明，於被上訴人未依約履行出賣人義務時，上訴人除得依系爭契約第10條第2項約定，請求被上訴人支付違約金外，自得依法對被上訴人行使其債務不履行之損害賠償請求權。此外，上訴人以「1182號函」解除系爭契約之意思表示，已於102年7月26日到達被上訴人，業如前述。依民法第260條規定，解除權之行使，不妨礙其因被上訴人給付不能所生之損害賠償請求權，故上訴人於解除契約後，自得併行依民法第226條規定請

求被上訴人賠償因可歸責被上訴人之給付不能所生之損害。依此，被上訴人抗辯：上訴人已取得違約金3089萬元，不得併行請求給付不能之損害賠償，且上訴人已解除系爭契約，契約溯及失效，其不得再依民法第226條規定請求其賠償損害云云，容有誤會，應無可取，併此說明。

(二)系爭方案一土地、方案二土地之重劃分配結果於101年7月16日公告後，未經土地所有權人異議，於公告30日期滿後即告確定，被上訴人已陷於給付不能，且可歸責於被上訴人；上訴人認為方案二剩餘之被上訴人土地，對其無利益，其得依民法第226條規定請求被上訴人賠償全部不能之損害，應有理由。

1.按土地所有權人自行組織重劃會辦理市地重劃者，其重劃會組織、職權、重劃業務、獎勵措施等事項之辦法，應依內政部所頒佈「獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法(下稱系爭重劃辦法)」之規定為之，平均地權條例第58條第2項定有明文；又系爭重劃辦法第2條規定：「土地所有權人自行辦理市地重劃，依本辦法之規定。本辦法未規定者，準用市地重劃實施辦法之規定」；而市地重劃實施辦法第31條第1項第1、2款規定：「重劃後土地分配之位置，以重劃前原有土地相關位次分配於原街廓之面臨原有路街線者為準，其調整分配方法如下：一、同一土地所有權人在重劃區內有數宗土地，其每宗土地應分配之面積已達原街廓原路街線最小分配面積標準者，除依第22條規定辦理外，應逐宗個別分配；其未達原街廓原路街線最小分配面積標準者，按應分配之面積較大者集中合併分配。但不得合併分配於公共設施用地及依法不能建築之土地。二、同一土地所有權人在重劃區內所有土地應分配之面積，未達或合併後仍未達重劃區內最小分配面積標準2分之1者，除通知土地所有權人申請與其他土地所有權人合併分配者外，應以現金補償之；其已達重劃區內最小分配面積標準2分之1者，得於深度較淺、重劃後地價較低之街廓按最小分配面積標準分配或協調合併分配之」，可知重

劃後土地分配之位置，係以重劃前原有土地相關位次分配於原街廓之面臨原有路街線者為原則。經查：

⑴依系爭契約第2條約定，被上訴人於締約時，係以其等於重劃後可能受分配之方案一或方案二土地，作為買賣標的出售予被上訴人，二個方案之土地總面積相同，方案一土地位於系爭重劃區中央位置之一大塊方正土地（包括823-2、824-8、824-9、824-11、825-7、826-7、827-7、282-6等地號土地）；方案二土地則分成二小塊不相連之土地，面積各818.78坪、584.21坪（其中1塊包括823-2、824-8、824-9、824-11等地號土地，另1塊則包括836-1、836-2、837-2、1567-4等地號土地），被上訴人雖非方案一或方案二土地之單獨所有權人，但其等於簽立系爭契約時，就方案一或方案二土地之所有權應有部分，約占半數或有超過一半等情，有方案一及方案二土地範圍圖、系爭契約簽訂時之被上訴人持有土地範圍圖及重劃後土地分配圖可參（見原審卷三第259、263頁；本院105年度重上字第437號卷〈下稱本院重上卷〉三第57、58頁；本院卷三第189至191頁），並據證人即德安開發股份有限公司（下稱德安公司）總經理賴粵興於原審具結證稱：兩造簽訂系爭契約時，地主應該有1萬5000多坪原始土地，依系爭重劃辦法可分得50%建築用地。兩造約定方案一土地部分，是正道公司希望一個理想、完整的土地，方案二土地部分，是地主就其所有土地坐落位置，絕對可以提供給正道公司的土地等語明確(見原審卷二第11至12頁)，此為被上訴人所未否認，堪認屬實。

⑵參佐市地重劃實施辦法第31條第1項第4款有關於重劃後分配土地時，如共有人依該宗應有部分計算之應分配面積已達原街廓原路街線最小分配面積標準，且經共有人過半數及其應有部分合計過半數之同意或其應有部分合計逾三分之二之同意者，得分配為單獨所有；其應有部分未達原街廓原路街線最小分配面積標準者，得依第2款規定辦理或仍分配為共有之規定，既為系爭重劃辦法所準用，衡情，依前開規定之原

位次原街廓分配原則，倘被上訴人以系爭重劃前土地參與重劃，應可合理預期於重劃後，得依共有人數過半數及其應有部分合計過半數之同意，決定分配為單獨所有或依市地重劃實施辦法第31條第1項第2款規定辦理配地，藉以達到受分配取得坐落方案一或方案二範圍內之土地之目的，彼等始有可能同意將重劃後可配回土地中之部分住宅區土地面積共4637.98平方公尺部分之重劃後土地，依方案一或方案二之方式，出售予上訴人。從而，上訴人主張其係預期被上訴人於重劃後可配回方案一土地或方案二土地，而與被上訴人成立系爭契約，方案一土地為較理想之選擇，方案二土地則為被上訴人絕對可履行之方案，倘被上訴人未處分其重劃前之土地，必然可於重劃後配回坐落方案二範圍之土地，甚至可配回坐落方案一範圍之土地，但因被上訴人已將重劃前土地輾轉出售予亞昕公司、永翊公司，始導致被上訴人無法配得方案一土地，且僅配得部分方案二土地等語，應非無據，洵堪採信。則被上訴人抗辯：兩造締約時，其等未必可配回方案一土地或方案二土地，尚須經由豐華公司努力促成才有可能，惟豐華公司並未努力促成其等配回方案一或方案二土地，上訴人本即無法取得該2方案之土地，自無所失利益可言云云，應無可取。

2.其次，依平均地權條例第60-2條規定，主管機關於辦理重劃分配完畢後，應將分配結果公告30日，並通知土地所有權人。土地所有權人對於重劃之分配結果，得於公告期間內向主管機關以書面提出異議；未提出異議者，其分配結果於公告期滿時確定；又依同法第62條前段規定，市地重劃後，重行分配與原土地所有權人之土地，自分配結果確定之日起，視為其原有之土地。而系爭重劃辦法第34條規定，理事會經研擬重劃分配結果草案後，應即檢具計算負擔總計表、重劃前後土地分配清冊、重劃後土地分配圖、重劃前地籍圖、重劃前後地號圖、重劃前後地價圖等圖冊，提經會員大會通過，公告公開閱覽30日，並通知土地所有權人；土地所有權人得

於前項公告期間內對重劃分配結果提出異議，理事會應予協調處理，並將協調處理結果送會員大會追認；協調不成時，異議人得依章程所定期限訴請司法機關裁判。而依同法第35條規定，重劃分配結果公告期滿確定後，重劃會應即辦理實地埋設界樁，並檢附重劃前後土地分配清冊、重劃後土地分配圖、重劃前後地號圖等圖冊，申請直轄市或縣（市）主管機關辦理地籍測量及土地登記。準此，理事會所擬重劃分配結果，倘經會員大會通過，且經公告公開閱覽30日，均未經土地所有權人聲明異議時，其分配結果應於公告期滿後確定，而屬得辦理地籍測量及土地登記之標的。經查：

⑴系爭重劃案土地分配各項圖冊經系爭重劃會第14次理事會決議通過後，經新北市政府於101年8月6日北地劃字第1012268508號函核備，並由系爭重劃會自101年8月13日起至101年9月12日止公告30日乙節，有系爭重劃會公告及計算負擔總計表、重劃前後土地分配清冊、重劃後土地分配圖、重劃前地籍圖、重劃前後地號圖可參（見本院卷三第61至65頁）；又坐落方案一之重劃後新北市○○區○○段○○○○○○號土地，係分配予亞昕公司、永翊公司，而非被上訴人，坐落方案二之重劃後新北市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○號土地，被上訴人簡慶輝、簡慶銘、簡慶星各僅分得同段89地號土地之應有部分1295 /10000，被上訴人簡慶輝另分得同段90地號土地所有權全部，其餘大部分土地係分配予亞昕公司，而非被上訴人乙節，此經核對系爭重劃會101年7月16日重劃前後土地分配清冊、重劃後土地分配圖、方案一、方案二位置對照套繪圖及重劃前後方案一、方案二土地範圍圖即明（見原審卷二第102至154、159至162頁、卷三第260至266頁；本院重上卷三第57至84頁）。遍閱本件卷證，均查無亞昕公司、永翊公司或被上訴人有於前開公告期間內就其等重劃分配結果向理事會提出異議之情，兩造就此部分亦未爭執，應認系爭重劃案關於方案一及方案二之土地重劃分配結果，已於101年9月12日確定。

⑵依前開說明，系爭重劃分配結果既已確定，被上訴人斯時能否依約履行給付買賣標的物之義務，已可明確判斷。審酌被上訴人於兩造締約後，即陸續將重劃前之土地直接或輾轉出售予亞昕公司、永翊公司，致坐落方案一範圍之全部重劃後土地及坐落方案二範圍之部分重劃後土地，係由亞昕公司、永翊公司分配取得，而非全部由被上訴人配回，業如前述；益徵被上訴人所為處分重劃前土地之行為，直接導致該土地所有權人有所變更，亦影響重劃後土地分配之面積、位置及比例，致其等於重劃後無法配回全部方案一或方案二土地，上訴人因此無從依系爭契約第4條之約定，選擇採用方案一交易；縱被上訴人有受分配部分坐落方案二之重劃後土地，然因共有人數及其應有部分均未達半數，可處分之面積已少於系爭契約第2條約定之面積4637.98平方公尺（即1402.99坪）甚多，對照上訴人於締約前擬定之「板橋江子翠北側地區（AB整體開發區）開發案評估報告」（見原審卷一第228至240頁反面），足徵上訴人已無法僅以被上訴人事實上受分配之方案二部分重劃後土地，作為其原本預計以面積4637.98平方公尺之重劃後土地進行開發、建設之標的，以達到預計之銷售營利目的；基此，上訴人主張：於系爭重劃分配結果確定時，即知被上訴人就方案一土地已全部給付不能，就方案二土地為部分給付不能，且被上訴人就坐落方案二部分所配得之重劃後土地，對其已無利益，故其選擇解除全部契約，並請求被上訴人連帶賠償其全部給付不能之損害等語，應屬有據。至被上訴人抗辯：系爭重劃會是於104年9月10日才將配地結果陳報新北市政府備查，系爭重劃事務未於99年間完成，故於上訴人於102年7月1日發函催告其履行契約時，方案一及方案二土地之配地結果尚未確定，上訴人尚不得請求其等移轉土地，自不得請求其等賠償損害云云，亦無可取。

3.按因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行

，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。民法第226條第1項、第2項分別定有明文。又損害賠償之範圍，應以被害人實際所受損害為衡；損害賠償除法律另有規定或契約另有訂定外，須填補債權人所受損害(即積極損害)與所失利益(即消極損害)。而依通常情形，或依已定之計劃設備，或其他特別情事，可得預定之利益，視為所失利益，民法第216條第2項亦有明文。據此規定，凡依外部情事，足認其已有取得利益之可能，因責任原因事實之發生，致不能取得者，即為所失之利益，應由債務人賠償，而不以有取得利益之絕對確實為必要。至「所失利益」，固非以現實有此具體利益為限，惟該可得預期之利益亦非指僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，有客觀之確定性始得稱之。經查：

⑴系爭重劃分配結果已於101年9月12日確定，且被上訴人斯時就方案一土地已全部給付不能，就方案二土地則係部分給付不能，剩餘給付對上訴人已無利益，經上訴人以「1182號函」向被上訴人解除系爭契約全部等情，已如前述；又上訴人係以每坪45萬元購買方案一或方案二之土地，而亞昕公司於重劃分配確定後之102年4月8日，係以每坪115萬元購買重劃後之土地，故系爭重劃區土地於重劃前、後，存有每坪交易價格達70萬元之價差等語，業據提出亞昕公司重大訊息公告為憑(見原審卷二第99至101頁)；且經原審囑託中華徵信不動產估價師聯合事務所(下稱系爭鑑定機構)鑑定上訴人欲購買之方案一土地、方案二土地於102年7月間之每坪市價及總價、如已重劃完成之每坪市價及總價乙節，經系爭鑑定機構以比較法、土地開發分析法為估價方法，考慮市場供需及交易慣例評估其合理價格，做成不動產估價報告書(下稱系爭鑑定報告)，認為方案一土地於102年7月31日前之重劃前單價為每坪59萬5000元，重劃後單價為每坪119萬3000元，及方案二土地中面積818.78坪部分，於102年7月31日前之重劃

前單價為每坪57萬7150元，重劃後單價為每坪115萬7210元，其餘面積584.21坪部分，於102年7月31日前之重劃前單價為每坪58萬9050元，重劃後單價為每坪118萬1070元等情，有系爭鑑定報告可佐(見外放鑑定報告)，可徵上訴人所欲購買之方案一土地、方案二土地，倘於102年7月間已經重劃完成，其每坪交易價格確會呈明顯上漲之趨勢無疑。

⑵又被上訴人如未處分其重劃前之土地，上訴人本可於被上訴人依配地結果通知其支付第三期款時，依系爭契約第2條約定，告知被上訴人其要採用方案一或方案二交易(見原審卷一第11至12頁)；惟因被上訴人處分其重劃前之土地，致該等土地於重劃後，雖可配回方案一及方案二之位置，惟該重劃後土地均已由亞昕公司、永翊公司分配取得，上訴人已無從選擇方案一交易，就方案二之部分土地亦無法要求被上訴人移轉面積達1402.99坪之土地所有權，且被上訴人取得之方案二剩餘土地，對於上訴人預定進行之整體開發計劃而言，顯無利益，業如前述；則上訴人主張其因可歸責被上訴人之給付不能，致受有不能取得預期土地漲價利益之損害，其得請求上訴人賠償等語，應屬有據。至被上訴人抗辯：上訴人解約前，未選擇要採方案一或方案二交易，其於契約解除後，已不得依民法第226條規定請求其等賠償損害云云，應無可取。

⑶兩造係約定上訴人第一期款3089萬元，應於被上訴人提供重劃前土地予上訴人設定最高限額抵押權完成時支付，第2期款4633萬元是約定於被上訴人取得第一次重劃理監事會之過半理監事席次，並於拆遷補償費公告後，經被上訴人通知之日起10個工作天內支付，第3期款2574萬元俟分配結果公告後，經被上訴人通知之日起10個工作天內支付，第4期款2574萬元則待被上訴人交付產權移轉所需證文件並用印完成之日起10個工作天內支付，第5期款即尾款係買賣總價扣除前4期款所應付之款項，應於銀行貸款核撥且土地點交完成時支付乙節，有系爭契約第4條及系爭補充協議第3條約定可佐（

見原審卷一第11頁反面至第12頁、第15頁正反面），參以上訴人於102年7月1日發函催告被上訴人履行契約時，僅交付第1期價金3089萬元，其餘價金均未給付乙節，此為兩造所未爭執，則上訴人斯時預期可取得之漲價利益是否確為其主張之9億8209萬3000元（計算式：700,000× 1402.99坪＝982,093,000），抑或以系爭鑑定報告鑑估之方案一、方案二土地於重劃完成後總值扣除上訴人購地成本之差額10億4242萬7070元（計算式：1,673,767,070－631,340,000＝1,042,427,070），或10億615萬3309元（計算式：1,637,493,309－631,340,000＝1,006,153,309），猶屬未定，自難遽採；另上訴人就其主張依已排定之計劃至少可取得預期利益3億5000萬元部分，僅提出訴外人德安公司於兩造締約時製作之整體開發案評估報告為憑（見原審卷一第228至240頁反面），別無其他證據足資推認上訴人於系爭契約順利履行完畢之際，其客觀上確可獲得之預期利益將達前開評估報告樂觀方案所估算之稅前利益8億9865萬元之多，亦無可採。準此，本院認為上訴人主張依所提出之整體開發評估報告、亞昕公司102年4月8日購買重劃區土地之每坪單價高達115萬元等情，可認為其至少受有所失利益3億5000萬元云云，尚無足取。

⑷審酌上訴人於解除契約之前，如已依約給付買賣價金總額6億3134萬元予被上訴人，被上訴人本應依約移轉方案一或方案二土地所有權全部予上訴人，惟因被上訴人已陷於給付不能，上訴人即可請求被上訴人債務不履行之損害賠償，因為系爭重劃土地分配結果已於101年9月12日確定，已如前述，故參照系爭鑑定報告以系爭重劃區於102年7月31日已完成重劃為條件所估算之方案二土地鑑估總為16億3749萬3309元【計算式：(818.78× 1,157,210）＋(584.21× 1,181,070)＝1,637,493,309】，減去上訴人本應支出之購地成本6億3134萬元後，應可認為上訴人於支付全部購地價金且順利取得全部土地所有權時，實際可享受之重劃後土地漲價利益約為10億615萬3309元（計算式：1,637,493,309－631,340,000＝1

,006,153,309）；然因上訴人發函解除系爭契約時，仍僅繳納第一期價金3089萬元，該事實上給付之價金數額，僅佔契約全部價金之4.9%，則在上訴人僅支出價金3089萬元之情況下，實難想像其因可歸責被上訴人之給付不能所致生之所失利益損害，會高達10億615萬3309元之多；縱以上訴人起訴時所為一部請求3億5000萬元而言，對於被上訴人仍屬過苛。此外，倘逕以系爭報告鑑估之重劃後方案二土地總值16億3749萬3309元，減去該土地重劃前之鑑估總值8億1668萬7778元，其差額仍高達8億2080萬5531元，如據此認為係上訴人於契約順利履行時預期可取得之利益，亦非客觀合理，應非可取。

⑸準此，本院斟酌上訴人於被上訴人陷於給付不能時已實際支付之價金數額，係佔契約全部價金之4.9%、系爭土地於重劃前、後之每坪單價上漲情形、上訴人因此省下未支出之購地成本達6億45萬元，暨斟酌系爭鑑定報告鑑估之方案一、方案二土地於102年7月31日間經重劃完成之每坪合理單價及土地總值等一切情狀，認為上訴人因可歸責被上訴人之給付不能而得請求之所失利益，應以上訴人在契約解除前已支付價金佔系爭契約全部價金之比例（即4.9%），乘以上訴人如履行全部價金給付義務仍無法取得方案二土地之最大額漲價利益約10億615萬3309元，俾計算上訴人本件所失利益損害數額，亦即，上訴人本件得請求之所失利益應為4930萬1512元(1,006,153,309× 4.9% ＝ 49,301,512，元以下四捨五入)，較為合理、公允。

⑹末查，系爭契約第8條第2項約定：「乙方（按即被上訴人，下同）4人互為連帶保證責任。」意即被上訴人與上訴人約定就系爭契約主債務負連帶履行責任或拋棄先訴抗辯權之保證；兩造既有此約定，被上訴人互負同一債務，且對於上訴人均負全部給付之責任；其連帶負擔之義務，除契約所約定之主給付義務外，亦包括因債務不履行所衍生之次給付義務在內。依此，上訴人主張其就本件給付不能之損害賠償，得

依前開約定請求被上訴人負連帶賠償責任等語，應為可取。

4.按給付無確定期限者，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。前項催告定有期限者，債務人自期限屆滿時起負遲延責任；又遲延之債務，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3項、第233條第1項、第203條分別定有明文。查被上訴人所負給付不能損害賠償之義務，並未約定確定期限，屬未定期限之債務，且本件「民事追加聲明暨準備（五）狀」繕本已於103年7月5日送達被上訴人之共同訴訟代理人陳福寧律師乙情，有上訴人提出之中華郵政掛號郵件收件回執可參（見本院重上卷一第100至101頁），被上訴人收受後並未清償，已為給付遲延，則上訴人就請求被上訴人賠償損害有理由部分，請求被上訴人加付自前開追加聲明書狀繕本送達翌日即103年7月6日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，應有理由。

5.綜此，上訴人依民法第226條第2項規定及系爭契約第8條第2項約定，請求被上訴人連帶賠償其4930萬1512元，及自103年7月6日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息部分，為有理由；其逾此範圍之請求，要屬無據，不應准許。

(三)末查，上訴人就系爭損害賠償之請求，係主張依民法第226條第1項、第2項規定之債務不履行損害賠償請求權，及系爭契約第8條第2項有關出賣人間連帶保證責任約定，請求本院就此部分擇一為其勝訴判決，本院既認上訴人依前開債務不履行法律關係之請求有理由，爰不另就侵權行為損害賠償請求權主張部分論述，附此說明。

七、綜上所述，上訴人依民法第226條第2項規定及系爭契約第8條第2項約定，請求被上訴人連帶給付其4930萬1512元，及自103年7月6日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，核屬正當，應予准許；其逾此部分之請求，應屬無據，不應准許。原審就前開請求有理由部分，為上訴人敗訴之判決，

容有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院改判如主文第2項所示。原審就上開不應准許部分，為上訴人敗訴之判決，應無違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，應無理由，不應准許。並依民事訴訟法第79條、第85條第2項規定，為訴訟費用負擔之判決。又本判決命被上訴人給付金錢部分，兩造陳明願供擔保，請准宣告假執行及免為假執行之宣告，核無不合，爰分別酌定相當之擔保金額，予以准許。

八、兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　20　　日

民事第八庭

審判長法　官　陳邦豪

法　官　胡宏文

法　官　胡芷瑜

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（詳附註）所定關係之釋明文書影本。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　20　　日

書記官　莊智凱

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。但上訴人或其他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。