臺灣高等法院臺中分院民事裁定

110年度抗字第375號

抗　告　人　食在好味道食品有限公司

000000000000000000

法定代理人　謝舜鵬

訴訟代理人　林俊宏律師

　　孔繁琦律師

　　林子靖律師

相　對　人　建埕營造有限公司

000000000000000000

法定代理人　黃俊穎

訴訟代理人　高靜怡律師

上列當事人間聲請假處分事件，抗告人對於中華民國110年7月20日臺灣臺中地方法院110年度全字第96號裁定提起抗告，本院裁定如下：

主　　文

原裁定除確定部分（即主文第二項）外，關於主文第一項部分及程序費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，相對人於原法院之聲請駁回。

其餘之抗告駁回。

聲請及抗告費用均由相對人負擔。

理　　由

一、按關於假處分聲請之裁定，得為抗告；抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會，為民事訴訟法第533條前段準用同法第528條第1項、第2項所明定。所謂應使債權人或債務人有陳述意見之機會，包括債權人或債務人以書狀陳述其意見。本件相對人向原法院聲請假處分，抗告人對原法院110年度全字第96號裁定（下稱原裁定）提起抗告，已具狀載明理由陳述意見；相對人亦於民國110年9月24日具狀陳述意見(見本院卷第123至175頁)，經核與上開規定相符。

二、相對人聲請假處分意旨略以：相對人承攬抗告人坐落臺中市○○區○○路00號至16號間之「食在好味道食品有限公司廠房新建工程」（下稱系爭工程），並簽有工程契約書（下稱系爭工程契約），相對人並交付京城商業銀行股份有限公司文心分公司（下稱京城銀行）於109年9月23日簽署之編號0000000、保證總額新臺幣（下同）16,320,000元之履約保證金連帶保證書（下稱系爭保證書），嗣因系爭工程產生諸多爭議，抗告人已發存證信函終止系爭工程契約，相對人並因此提起民事訴訟，除請求工程款外，並請求抗告人返還系爭保證書，現由臺灣臺中地方法院（下稱臺中地院）以110年度建字第92號（下稱系爭事件）審理中。惟抗告人業已發函京城銀行請求依照系爭保證書付款，而系爭保證書之功用即為付款，若京城銀行依照抗告人請求付款，將導致系爭保證書之現狀變更且難以回復，日後就返還系爭保證書之請求權有不能強制執行或甚難執行之虞，爰依民事訴訟法第532條聲請假處分，並願供擔保以代釋明，請求准予相對人以現金或無記名可轉讓銀行定期存單供擔保後，禁止抗告人於系爭事件本案判決確定前，向京城銀行為付款請求等語。

三、原裁定以：相對人以3,536,000元或同額無記名可轉讓銀行定期存單為抗告人提供擔保後，抗告人就京城銀行於109年9月23日簽署之編號0000000、保證總額16,320,000元之履約保證金連帶保證書，於臺中地院110年度建字第92號給付工程款等事件判決確定前，不得向京城銀行為付款請求。

四、抗告意旨略以：

㈠系爭保證書係京城銀行所出具，其擔保照付之法律關係乃存在於抗告人與京城銀行間，如因此衍生紛爭，乃屬抗告人與第三人京城銀行間之實體紛爭，與兩造間之「本案」即系爭工程契約所衍生之爭議有別，相對人自無聲請假處分可言。且抗告人於收受原裁定前，早已請求京城銀行依系爭保證書約定付款，並向京城銀行提起訴訟在案，足見原裁定事後禁止抗告人向京城銀行請求依系爭保證書為付款請求，已無實

益。又原裁定並未審究相對人是否釋明「請求及其原因事實」，而逕以若京城銀行依系爭保證書約定付款，則相對人日後將有不能執行或甚難執行之「假處分原因」為由，遽為准予相對人為本件假處分之聲請。如此認事用法，勢將導致假處分債務人僅因持有系爭保證書之情況下，假處分債權人即得以「系爭保證書付款後將無返還實益」為「假處分原因」，即得獲致准予假處分裁定之結果，此與系爭保證書具無因性之原則相違，更與民事訴訟法規定保全程序之意旨相悖。

㈡本件假處分乃屬兩造間系爭工程契約法律關係以外所生之「他案」，而非屬「本案」之實體爭議，原裁定竟准予相對人對「他案」假處分之聲請，於法未合。又本件並未存有日後不能強制執行或甚難執行之虞之「假處分原因」，原裁定僅謂相對人「假處分原因釋明不足」而准相對人供擔保後為假處分之聲請，確與民事訴訟法第532條規定相違。

㈢抗告人並未存有就其財產為不利益之處分或隱匿財產等「假處分原因」，而係因相對人違反系爭工程契約約定，抗告人始依約主張沒收履約保證金之權利，原裁定竟僅以相對人就「假處分原因」釋明不足，而得供擔保以准許其假處分聲請，不僅棄未論究本件相對人是否釋明「請求及其原因事實」，復未查明抗告人是否請求京城銀行依系爭保證書約定付款，相對人仍得請求返還同額之現金，本案系爭工程契約與他案系爭保證書事件分屬二事，為不同當事人間各自獨立之法律關係。凡此，俱見原裁定之作成確有違誤。

㈣綜上，原裁定之認定確有諸多違背法令之處，更與假處分之立法意旨有違，自屬有誤，難謂其裁定為合法。 並聲明：1.原裁定廢棄。2.相對人於原審之聲請均駁回。3.如受不利裁定，抗告人願以現金或等值定期存單提供擔保，請准宣告免為或撤銷原裁定。

五、相對人則以：

㈠本件假處分係因兩造系爭工程契約，由相對人委任之第三人

京城銀行所出具之系爭保證書所生之爭議，兩造關於系爭保證書之約定，抗告人係援引系爭工程契約第17條第2項「…甲方經認定乙方有違約情事及第15條所列事項或無力完成工程，經查明係由施工不良或其他可歸責於乙方之原因所致，而未於甲方規定期限內改善完成者，甲方得逕行動用履約保證金…」主張有權向京城銀行要求履行履約保證責任。而相對人於本案起訴聲明第四項中，亦係為確認抗告人不得以「原告（即相對人）有違約情事及契約第15條所列事由」，向京城銀行主張系爭保證書責任。顯見，本案訴訟即能確認該爭執之法律關係，屬「本案」之聲請，抗告人所辯顯無理由。又假處分係保全強制執行方法之一種，原為在本案請求尚未經判決確定以前，預防將來債權人勝訴後，因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行或甚難執行之虞者而設，至相對人聲請假處分所主張之權利，相對人對之有所爭執者，應於現在或將來有訴訟繫屬時，請求法院為本案之判決，應非假處分程序所能審究。

㈡民事訴訟法第532條第2項，所謂請求標的之現狀變更，不僅指為請求標的之物，其從前存在之狀態變更者而言，並包含已有變更者在內，故就為請求標的之物所為禁止其現狀變更之假處分，其效力併及於其從前存在之狀態已有變更之部分。本件姑不論系爭保證書已遭第三人（即京城銀行）拒絕付款，而尚未取得系爭保證書款項，依前揭說明可知，請求標的之現狀變更包含已變更部分，則本件假處分效力自應包含抗告人所稱「於收受假處分裁定前已為付款請求部分」，非如抗告人所稱本假處分無實益。

㈢臺灣高等法院108年度抗字第670號裁定意旨：「『執行名義係命債務人容忍他人之行為，或禁止債務人為一定之行為者，債務人不履行時，執行法院得處3萬元以上30萬元以下之怠金。其仍不履行時，得再處怠金或管收之。』，強制執行法第129條第1項定有明文。上開規定於假處分之執行程序準用之，同法第140條亦有明文。次依強制執行法第129條第

2項規定：『執行名義係命債務人容忍他人之行為或禁止債務人為一定之行為者，於必要時，尚得因債權人之聲請，以債務人費用，除去其行為之結果』，及辦理強制執行事件應行注意事項第68點第2款規定：『本法第129條第2項規定，所稱除去其行為之結果，係指禁止債務人為一定行為之執行名義成立後存在之行為結果而言，執行名義成立前發生者，亦包括在內』，堪認假處分關於『禁止債務人為一定行為者』，除消極地禁止債務人於假處分生效後之一定行為外，尚應包括積極地排除債務人於假處分生效前已為一定行為所造成之結果在內。」亦可知，關於禁止抗告人為一定行為之假處分，並非僅消極禁止，尚包含積極排除抗告人於假處分生效前已為一定行為之結果（即抗告人所稱「已向第三人請求付款」），是本件假處分非無實益。

㈣依一般社會之通念，系爭保證書之功用在付款，乃以提示付款為常態，若系爭保證書現狀變更，而於日後勝訴時請求返還系爭保證書，該系爭保證書將因已兌付完畢而有不能強制執行或甚難執行之虞，若令抗告人請求付款，將使相對人請求確認抗告人不得請求履保責任及返還系爭保證書之訴（即本案臺中地院110年度建字第92號），縱獲勝訴判決，亦無法強制執行要求返還系爭保證書，而抗告人已發函要求銀行付款，倘銀行就系爭保證書付款，將導致現狀變更，而生難以回復情狀，足認日後就返還系爭保證書之請求權有不能強制執行或甚難執行之虞。甚且，實務見解亦認假處分重在標的現狀變更，不以抗告人無資力為限，即抗告人於日後是否得返還相當於系爭保證書之保證金額，實非重點，抗告人辯稱相對人未具體指明抗告人是否有就其財產為不利益之處分或隱匿財產等原因進行釋明，且其有相當資力得於將來敗訴時返還系爭保證書同額之履約保證金，實有誤會。此參臺灣臺北地方法院101年度全字第2498號、臺灣士林地方法院101年度裁全字第68號假處分裁定，均著重於標的物現狀變更將致債權人無法行使權利，而有保全必要，不以債務人無資力

為限。

㈤本件係因抗告人以不合資格之監造、非屬契約規範之事由，導致工程進度有其單方面主張之工程延宕，無權依據系爭工程契約第15條合法終止契約，故應認定抗告人係基於定作人任意終止契約，應返還系爭保證書。

㈥本件抗告人拒絕尋找第三公正鑑定單位進場提供專業意見，判斷是否確實有瑕疵、工期落後，並且終止契約封鎖工地，在未釐清「是否有履約保證金提兌事由」（即相對人是否有違約責任、施工成果是否有瑕疵、工期是否應展延）前，率即要求京城銀行提兌系爭保證書，不符合系爭工程契約第17條之約定，此非以假處分難以禁止抗告人改變現狀，一旦抗告人提兌後，相對人縱獲勝訴判決亦無法強制執行要求返還系爭保證書等語，爰請駁回抗告。

六、按債權人就金錢以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。假處分，非因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行，或甚難執行之虞者，不得為之。請求及假處分之原因，應釋明之。前項釋明如有不足，債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假處分。民事訴訟法第532條、第533條前段準用第526條第1項、第2項規定甚明。而所謂請求標的之現狀變更，係指為請求標的之物，其從前存在之狀態，已有變更或將有變更而言，債務人就其物為法律上之處分，亦屬使其物之現狀有變更，不僅物之損毀或失其所在等情事始足稱為現狀變更（最高法院20年度抗字第336號裁判意旨參照）。又稱釋明者，僅係法院就某項事實之存否，得到大致為正當之心證，即為已足，此與證明須就當事人所提證據資料，足使法院產生堅強心證，可確信其主張為真實者，尚有不同。至於債權人聲請假處分所主張之權利，債務人對之有所爭執者，應於現在或將來訴訟繫屬時，請求法院為本案之判決，以資解決，非聲請假處分時先應解決之問題 （最高法院100年度台抗字第575號裁定意旨參照）。

七、本院查：

㈠工程實務上，定作人為促使承攬人能履行契約，多要求承攬人提出履約保證金以為擔保，履約保證金係於訂約時即應給付，惟為顧及得標廠商（承攬人）於訂約時，有無法提出鉅款繳納履約保證金之困難，乃肯認得以經定作人認可之金融機構出具保證書以代替現金給付。故履約保證金保證書之主要義務在付款而非履約，性質上為承攬人應繳交定作人履約保證金之替代，因保證銀行出具保證書，即使承攬人毋庸繳納依工程合約所應繳納之履約保證金，而將之移轉由出具該保證書之保證銀行承擔，是該保證書實屬付款之承諾，為現金之替代，具有利益第三人（即定作人）之性質，定作人得依此保證書逕向保證銀行請求給付，有其獨立性與無因性。又保證銀行出具保證書，係擔保履約保證金之交付為目的，並非違約時所發生損害賠償之保證，與民法上之保證具備從屬性及補充性迥異。申言之，履約保證為定作人與保證銀行間之契約關係，要與承攬人及定作人間之承攬契約，或承攬人及保證銀行間契約關係均各自獨立。履約保證之法律關係全依保證銀行出具之保證文件內容獨立認定，定作人只須證明損失發生原因確係因保證書約定之事項發生，即可逕就履約保證金取償，無須證明所受損失數額，保證銀行即應依約給付。至定作人實際損失金額若干，乃其與承攬人間之關係，要非保證銀行所得主張或援引抗辯。

㈡相對人提出之系爭保證書記載，京城銀行係因相對人與抗告人簽訂之系爭工程契約之招標文件（含其變更或補充）規定，應向機關（指抗告人）繳納履約保證金16,320,000（下稱保證總額），該履約保證金由京城銀行開具連帶保證書負連帶保證責任，機關依「招標文件/契約規定認定有不發還廠商（指相對人）履約保證金之情形者，一經機關書面通知本行（指京城銀行）後，本行當即在前開保證總額內，依機關書面通知所載金額如數撥付，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議，並無民法

第745條之權利--」等語（見原法院卷第25頁），核此部分之記載應係「抗告人與京城銀行」間，關於系爭保證書如何給付履約保證金之約定。而相對人敘明「其與抗告人」間簽訂系爭工程契約，因違反契約約定等事，終止系爭契約，或不生契約變更之效果，依相對人民事起訴狀所載聲明：「1.被告（即抗告人，下同）應給付原告（即相對人）78,576,265元，及自起訴狀送達翌日起至清償日止，以週年利率5%計算之利息。2.被告應自起訴狀送達翌日起至返還如附表6假設工程材料止，按日給付3,438元。3.被告應自起訴狀送達翌日起至返還如附表7結構工程材料止，按日給付21，057元。4.確認被告不得以原告有違約情事及契約第15條所列事由，向京城銀行請求依109年9月23日所出具編號0000000號履約保證金連帶保證書負履約保證責任，並應將前開履約保證金連帶保證書正本返還原告。」等語（見原法院卷第49頁），核其陳述係「相對人與抗告人」間有關「系爭工程契約」之爭執。

㈢又相對人與抗告人間關於系爭工程契約之法律關係，並無相對人有權禁止抗告人於本案判決確定前，不得以系爭保證書向京城銀行請求付款之約定，有系爭工程契約可憑（見原法院卷第15至23頁），尚難認相對人依系爭工程契約對抗告人有該金錢請求以外之請求；相對人又未舉證釋明其請求之標的將有毀損、滅失或債務人將就其物為法律上之處分行為之類，或該物行將移往遠方或應為某行為之債務人行將逃匿等原因，難認相對人已就本件假處分之請求及假處分之原因已為釋明。

㈣抗告人依「抗告人與京城銀行」間關於系爭保證書之法律關係（相對人並不在此法律關係內），以書面通知京城銀行付款後，京城銀行依系爭保證書即在前開保證總額內，依抗告人書面通知所載金額如數撥付之行為（見原法院卷第25頁），與相對人所稱京城銀行付款後，其請求確認抗告人不得請求履保責任及並應返還系爭保證書之訴，縱獲勝訴判決，亦

無法強制執行，而抗告人已發函要求銀行付款，倘銀行就系爭保證書付款，將導致現狀變更，而生難以回復之情狀，然相對人並未提出證據釋明，如准予處分，相對人將受有之利益或不許處分所受之損害、抗告人因准予處分所受損害及其他利害關係人之利益暨公益等，依前揭說明，亦難認相對人就本件假處分之原因，已為釋明。

㈤綜上，相對人對本件假處分之請求及原因，並未提出可使法院信其主張為真實並能即時調查之一切證據，自屬未釋明，依前揭說明，相對人即使「陳明」願供擔保以「補」釋明之不足，其聲請仍不應准許。原裁定准許相對人以3,536,000元或同額無記名可轉讓銀行定期存單為抗告人提供擔保後，抗告人就京城銀行於109年9月23日簽署之編號0000000、保證總額16,320,000元之履約保證金連帶保證書，於臺中地院110年度建字第92號給付工程款等事件判決確定前，不得向京城銀行為付款請求（即主文第一項）之聲請，顯有未合，抗告意旨指摘原裁定此部分不當，求予廢棄，為有理由，自應由本院予以廢棄改判，如主文第二項所示。至原裁定主文第二項既係駁回相對人於原法院其餘之聲請（相對人未為抗告），此部分對抗告人自無何不利益，抗告人對此部分本不得抗告，是抗告人抗告並請求本院予以廢棄，為不合法，本院自應駁回抗告人此部分之抗告。

八、據上論結，本件抗告一部為有理由，一部為不合法，依民事訴訟法第492條、第495條之1第1項、第444條第1項前段、第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　5　　日

民事第三庭　審判長法　官　黃玉清

法　官　葛永輝

法　官　許旭聖

正本係照原本作成。

再為抗告應以適用法規顯有錯誤為理由。

如提起再抗告者應於裁定送達後10日內向本院提出抗告理由狀（

須按照他造人數附具繕本）並繳納抗告裁判費新臺幣1,000元。同時委任律師或具有律師資格之關係人為代理人。因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

書記官　陳麗玉

中　　華　　民　　國　　110　　年　　10　　月　　5　　日