臺灣高等法院民事判決

110年度重上更一字第59號

上　訴　人　樺資建設開發股份有限公司
法定代理人　賴健治
訴訟代理人　謝天仁律師
複　代理人　陳建至律師
被　上訴人　許文鼎
訴訟代理人　蘇美玲律師
　　沈玉庭

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國106年8月16日臺灣臺北地方法院105年度重訴字第847號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於民國110年12月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、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，暨該訴訟費用之裁判均廢棄。

二、被上訴人應給付上訴人新臺幣肆仟玖佰陸拾壹萬玖仟捌佰玖拾肆元，及其中新臺幣肆仟萬元自民國一〇〇年五月十九日起；其餘新臺幣玖佰陸拾壹萬玖仟捌佰玖拾肆元自民國一〇六年九月二十一日起，均至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、其餘上訴駁回。

四、第一審訴訟費用關於廢棄部分，由被上訴人負擔。第二審（除確定部分外）及發回前第三審訴訟費用，均由被上訴人負擔百分之七十一，餘由上訴人負擔。

五、本判決第二項所命給付，於上訴人以新臺幣壹仟陸佰伍拾肆萬元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣肆仟玖佰陸拾壹萬玖仟捌佰玖拾肆元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：被上訴人自民國（下同）95年間起擔任伊之董事長，於100年3月21日代表伊，就被上訴人所有坐落臺北市

○○區○○段○○段00地號土地（下稱系爭土地），與被上訴人簽立「房地合建分售契約書」（下稱系爭合建契約），約定由被上訴人提供系爭土地，由伊在其上興建房屋，再分別出售基地及房屋謀利（下稱系爭合建案），伊並於同年5月19日將合建保證金新臺幣（下同）4,000萬元（下稱系爭保證金）匯款予被上訴人。嗣因被上訴人無法清償其對訴外人賴林富美之債務，賴林富美聲請拍賣系爭土地，經臺灣臺北地方法院民事執行處（下稱系爭執行法院）於104年2月9日查封、翌日為查封登記，被上訴人已不能交付系爭土地給伊興建房屋，且不能於興建完成後移轉房屋坐落土地所有權持分（下稱持分）予伊及買受人，為給付不能，伊於104年9月25日依民法第226條第1項、第256條規定解除系爭合建契約。如認伊解約不合法，系爭土地嗣於105年5月18日被拍賣，拍定人即訴外人忠泰建設股份有限公司（下稱忠泰建設公司）於105年6月20日取得權利移轉證明，被上訴人提供系爭土地合建之義務給付不能，伊於106年9月20日以106年9月15日民事上訴理由狀送達予被上訴人，第二度解除系爭合建契約，爰依民法第259條第1、2款規定，請求返還系爭保證金4,000萬元本息，及依民法第226條第1項規定，請求賠償伊所受損害961萬9,894元本息及所失利益2,000萬元本息等語【上訴人於原審起訴聲明求為判決：被上訴人應給付9,188萬7,639元，其中4,000萬元自100年5月19日起；其餘5,188萬7,639元自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。經原審以105年度重訴字第847號判決上訴人全部敗訴，上訴人不服提起上訴，經發回前本院以106年度重上字第714號判決（下稱本院前審判決）廢棄改判命被上訴人給付4,916萬9,894元本息，駁回上訴人其餘上訴，上訴人僅就敗訴之所失利益2,000萬元本息，提起上訴，其餘敗訴部分未上訴，而告確定；被上訴人就其敗訴部分（即4,916萬9,894元本息部分）提起上訴，經最高法院就「本院前審判決駁回上訴人請求所失利益2,000萬元本息之

上訴，及命被上訴人為給付4,916萬9,894元本息部分，暨各訴訟費用部分」廢棄並發回本院，是上開確定部分非本院審理範圍，下不贅述；另上訴人備位依民法第179條、第113條規定為相同請求部分，業據其於本院審理時撤回，亦非本院審理範圍，下不贅述，本院更一卷第607頁】。上訴人上訴聲明求為判決：㈠、原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請暨訴訟費用之裁判均廢棄。㈡、被上訴人應給付上訴人6,961萬9,894元，及其中4,000萬元自100年5月19日起；其餘2,961萬9,894元自105年8月4日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢、願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：伊於100年4月間已將系爭土地交予上訴人，上訴人有進行鑽探、開工等事項，上訴人對於系爭土地有事實上管領力，系爭土地雖於104年2月9日遭查封，上訴人要非不得繼續施工，且當時尚無移轉系爭土地持分予上訴人或買受人之義務存在，是上訴人於104年9月25日解除系爭合建契約，並不合法。再者，系爭保證金係擔保因上訴人有系爭合建契約第6條所定違約事項致伊所受損害及所失利益，上訴人未於約定期限103年2月27日前完成興建，自103年4月1日起應負民法第229條第1項之遲延責任，且因系爭合建案之臺北市99建字第0361號建築執照（下稱系爭建照）於104年4月28日逾期失效，無法再持系爭建照興建房屋，有可歸責上訴人之事由致給付不能，致伊喪失系爭合建契約之履行利益即土地銷售款77,568萬元，且因此使伊遲延清償對賴林富美之本票債務46,976萬元，致支出該本票債務自103年4月1日起至104年9月25日止，按週年利率6%計算之利息共計4,193萬0,906元【46,876萬元×6%×（1+178/365）】及執行費用390萬6,870元，而受有損害，故伊於104年9月25日沒收系爭保證金，自屬有據。又伊已於106年7月26日，以系爭建照逾期失效致上訴人給付不能為由解除系爭合建契約，是上訴人嗣後於106年9月20日為解除契約意思表示，不生解約效力。

且系爭合建案因系爭建照失效、上訴人無資力興建致給付不能，上訴人不得請求伊賠償已支出之必要費用961萬9,894元，且此等費用乃履行系爭合建契約獲取利潤之必要成本，自不得視為損害。又上訴人未進行施工、未向金融機構申辦建築融資、未銷售預售屋，與民法第216條第2項規定要件不合，不得請求所失利益等語，資為抗辯。答辯聲明：㈠、上訴駁回。㈡、如受不利判決，願預供擔保請准免為假執行。

三、兩造不爭執之事實（本院更一卷第252至255頁）

㈠、上訴人於95年9月7日登記設立，被上訴人原為上訴人董事長，許榮輝原為上訴人監察人。訴外人鼎甫資產管理股份有限公司（下稱鼎甫公司）為上訴人100%持股之母公司，該公司董事會於102年1月23日決議解除被上訴人為上訴人董事長職務，並禁止被上訴人進入上訴人公司；上訴人於102年4月10日召開董事會，解任原董事、監察人，改派賴健銘、賴林富美為董事、賴健治為董事長，賴健朗為監察人，並於同年4月29日辦理變更登記，賴健治繼續擔任董事長迄今（原審卷1第186頁、第236至238頁）。

㈡、被上訴人於100年3月21日代表上訴人與自己簽立系爭合建契約。上訴人於100年3月23日與訴外人永楊建設股份有限公司（下稱永楊公司）、訴外人林勝文簽立「合作興建房屋契約轉讓協議書」（原審卷1第12至13頁、本院更一卷第225頁）。

㈢、永楊公司為系爭建照之原起造人，於100年3月29日向臺北市政府都市發展局（下稱臺北市都發局）申報在系爭土地開工（原審卷1第173頁）。

㈣、兩造與林勝文、訴外人合眾建設經理股份有限公司（下稱合眾建經公司）於100年5月13日就系爭土地及同段81-2地號土地上之系爭建照建案，簽訂建築經理業務暨信託契約書（原審卷1第198至202頁）

㈤、上訴人於100年5月18日以其所有坐落於臺北市○○街00巷00號房地，向國泰世華銀行抵押貸款3,200萬元，該行於同年

月19日撥付貸款3,200萬元予上訴人。上訴人於100年5月19日將貸款3,200萬元及其在該行之原存款800萬元共計4,000萬元，以合建保證金名義存入被上訴人於合作金庫銀行（下稱合庫銀行）光復南路分行帳號000000000號帳戶（原審卷1第10至11頁）。

㈥、被上訴人於100年5月23日以買賣為原因登記為系爭土地所有權人（本院更一卷第209頁）。

㈦、上訴人於100年5月23日將系爭建照之起造人變更為合眾經建公司（原審卷1第296頁），並於100年5月30日以合眾經建公司名義，向臺北市政府建築管理處（下稱臺北市建管處）申請系爭建照變更設計，於同年6月1日遭核退（原審卷1第205頁）。

㈧、被上訴人於100年11月22日、25日分別簽發面額為4,576萬元、1,400萬元及4億1,000萬元之本票3紙(下合稱系爭本票)予賴林富美，並於100年12月2日以系爭土地設定擔保債權額4億8,000萬元之最高限額抵押權予賴林富美（原審卷1第16至17頁、本院更一卷第211至218頁）。

㈨、上訴人之監察人許榮輝於100年11月24日代表上訴人與被上訴人、林勝文、上海商業銀行（下稱上海銀行）簽立系爭土地及同小段81-2號土地（地主為林勝文）不動產信託契約，信託目的為合作興建開發不動產，是上訴人斯時追認系爭合建契約效力，被上訴人並於100年12月7日將系爭土地以信託為原因移轉登記予上海銀行（原審卷2第96至106頁、本院更一卷第123頁、第211至218頁）。

㈩、兩造與合眾建經公司於100年11月28日簽訂解除「建築經理業務委任書」同意書，內容記載：現因上訴人對系爭合建案另有計畫，立書人同意解除系爭合建案建築經理業務委任契約等語（原卷1第206頁）。

㈠、被上訴人與忠泰建設公司於102年6月28日就系爭土地及同小段81-2地號土地簽立合作興建契約書。忠泰建設公司於102年7月5日交付面額5,535萬7,500元之支票乙紙予被上訴人。

被上訴人與忠泰建設公司於102年11月18日就系爭土地簽立不動產買賣契約書、同月19日簽立不動產買賣補充協議書（原審卷2第241至254頁、第255頁、第233至236、237至238頁）。

㈢、賴林富美持系爭本票聲請本票裁定，並於103年7月7日聲請拍賣系爭土地，經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）以103年度司拍字第122號裁定准予拍賣。賴林富美持上開本票裁定、拍賣抵押物裁定聲請對系爭土地強制執行，經系爭執行法院於104年2月9日實施查封，並發函囑託臺北市建成地政事務所於104年2月10日為查封登記，系爭土地於105年5月18日由忠泰建設公司以7億7,568萬元拍定，並於105年6月20日以拍賣為原因，移轉登記所有權予忠泰建設公司，斯時系爭土地上無興建之建物（原審卷1第16至17頁、第20至23頁、本院更一卷第51至55頁、第196頁）。

㈣、系爭建照於104年4月28日逾期失效（原審卷2第65頁）。

㈤、臺北地院103年度北簡字第7373號兩造間確認本票債權不存在訴訟事件，上訴人於104年9月25日上午11時10分之言詞辯論期日，當庭對被上訴人為解除系爭合建契約之意思表示；嗣後被上訴人當庭表示已經沒收系爭保證金（原審卷1第27至28頁）。

㈥、被上訴人於104年9月24日寄出臺北正義郵局存證號碼234號信函，上訴人於同年9月25日中午收受（原審卷1第175至176頁、本院更一卷第617頁）。

㈦、被上訴人於原審106年7月26日言詞辯論期日，當庭以系爭建照僅剩2個月的有效期間，上訴人給付不能，依民法第226條第1項、第256條規定，對上訴人為解除系爭合建契約之意思表示（原審卷3第86頁反面）。

㈧、上訴人以106年9月15日民事上訴理由狀，主張系爭土地由忠泰建設公司拍定取得，被上訴人給付不能，依民法第226條第1項、第256條規定，向被上訴人為解除系爭合建契約之意思表示，該書狀於106年9月20日送達被上訴人（本院重上卷

第69、77頁）。

四、上訴人主張系爭合建契約經伊於104年9月25日、106年9月20日先後合法解除，被上訴人應依民法259條第1、2款規定，返還伊系爭保證金4,000萬元本息，並依民法第226條第1項規定，賠償伊所受損害961萬9,894元本息、所失利益2,000萬元本息，被上訴人則以前詞置辯，茲查：

㈠、按所謂給付不能，係指於履行期屆至時，債務人不能依債之本旨而為給付之情形。次按民法上所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言。基地及房屋如僅受查封並未付諸拍賣，依社會觀念，將來於撤銷查封者，仍非無給付之可能，尚不得祇以查封一事即謂給付不能（最高法院44年台上字第417號民事判決意旨）。又按債務人應交出之不動產，現為債務人占有或於查封後為第三人占有者，執行法院應解除其占有，點交於買受人或承受人；如有拒絕交出或其他情事時，得請警察協助。第三人對其在查封前無權占有不爭執或其占有為前條第2項但書（即經執行法院除去）之情形者，前項規定亦適用之，強制執行法第99條第1、2項定有明文。換言之，如第三人於查封時或查封前，已有權占有不動產，該查封之效力無從解除第三人對該不動產之占有，該不動產拍定後，執行法院亦不得解除第三人之占有，將不動產予以點交拍定人（最高法院100年度台抗字第705號、100度台抗字第251號民事裁定意旨參照）。

㈡、觀系爭合建契約前言記載：「甲方（即被上訴人，下同）出售土地，乙方（即上訴人，下同）出售建築房屋事宜，雙方本於誠信之原則，協議左列事項共資信守」；第1條約定：「甲方（即被上訴人）同意乙方（即上訴人）於甲方現有座落於台北市○○區○○段0○段00地號等1筆之土地，依甲方事先審查同意之方式，規劃設計開發興建大樓出售。」、「甲方將前項土地依乙方房屋建物之比例規劃持分土地面積，由甲、乙雙方自行出售；甲方得委託乙方於房地銷售時代收土地款，且房地需併同銷售於同一購屋者，土地銷售價

款佔房地總價款百分之65，餘百分之35為房屋款。」；第2條約定：「甲方出售第1條之土地由甲方與土地承購人自行簽訂『預定土地買賣契約書』，並依該買賣契約書由甲方單獨行使及負擔其權利與義務，其損益之計算與危險分擔等與乙方無涉。」、「乙方出售前條地號之房屋，由乙方與房屋承購人自行簽訂『預定房屋買賣契約書』，並依該買賣契約書由乙方單獨行使及負擔其權利與義務，其損益之計算與危險分擔等與甲方無涉。」、「另因房屋及土地所生之各項稅捐及費用…，依法律之規定及可歸屬於房屋或土地之區分，由甲乙雙方依法律之規定各自負擔之，法律無規定時依習慣分擔之。」；第11條第1項約定：「甲方應向第三人保證本約土地產權清楚，如有任何他項權利之設定或他種糾紛概由甲方自理與乙方無涉。」（原審卷1第12頁正反面），足見兩造約定被上訴人應提供系爭土地予上訴人興建房屋，並由兩造各自出售土地、房屋予買受人，與買受人各自簽立土地、房屋買賣契約書，再依各自買賣契約，對買受人負擔義務、行使權利。

㈢、上訴人以系爭土地於104年2月9日遭查封，被上訴人無法交付系爭土地予伊興建房屋，且不能於興建完成後移轉系爭土地持分予買受人而給付不能為由，於104年9月25日依民法第256條規定解除契約，是否有據？

1.依上開三之㈥、㈦所示，被上訴人於100年5月23日登記為系爭土地所有權人，上訴人於同日將系爭建照之起造人變更為合眾經建公司，並於100年5月30日以合眾經建公司名義，向臺北市建築管理處申請系爭建照變更設計，於同年6月1日遭核退。次查，上訴人於100年4月、8月間委託儀大工程股份有限公司（下稱儀大公司）就系爭土地進行鑽探工程後，取得地質調查分析報告、捷運影響評估報告；於100年5月25日進行動土典禮，於100年6月22日申報開工，100年6月30日配置系爭合建案圍牆大門鑰匙，同日進行開工拜拜儀式；於100年8月30日進行工地圍離修繕工程、導溝用預拌混凝土、

基地測量放樣、工地臨時水電設置；再於101年5月30日進行系爭土地除草作業等情，此有臺北市都發局100年7月15日函文影本（原審卷1第281頁）、兩造不爭執之上訴人支出系爭合建案之必要費用明細（如本案前審判決附表所示），及上訴人提出開工代辦費用發票、工程估驗計價表、工程報價單、上訴人轉帳傳票、儀大公司發票、鑰匙、配鎖費用發票、挖土機作業費用發票、搬運費發票、開工費用明細、預拌混凝土費用發票、基地測量放樣費用傳票、請款單、圍籬修繕傳票、費用發票、明細、電話請款單、電話費安裝費用繳款通知、除草費用傳票、請款單等影本可稽（原審卷1第39至41頁反面、第56、58、70、72、76、84至86、88至89、112頁），堪予認定，可見被上訴人於100年4、5月間已交付系爭土地予上訴人，上訴人始得於系爭土地進行上述系爭合建案之興建前置及假設作業，上訴人辯稱：被上訴人未交付系爭土地予伊，致伊無法進行興建，此部分給付不能云云，與事證不符，委不可採。從而，系爭土地於104年2月9日被查封前，上訴人已合法占有系爭土地。揆諸前開四之㈠說明，上訴人對系爭土地之占有狀態及在其上興建房屋之權利行使，均不因該查封而喪失或受阻。

2.次查，被上訴人為了向合庫銀行申請系爭合建案之土地融資（48,400萬元）及建築融資案（14,500萬元），曾以上訴人名義提出系爭土地興建暨還款計畫書予合庫銀行，內載系爭合建案規劃興建面積為4,927.66平方公尺（即1,490.61坪），預計銷售價格為每坪98萬元，銷售總額145,046萬元，總成本為106,650萬元，預估盈餘為38,396萬元等語（原審卷1第185頁），此規劃興建之面積相較系爭建照所載興建面積3,709.46平方公尺（即1122.11坪）（原審卷1第294頁），增加1,218.2平方公尺（即368.5坪），此增加面積368.5坪如以預計銷售價額每坪98萬元計算之銷售額為36,113萬元（98萬元×368.5坪＝361,130,000元），與上開計算書預估系爭合建案全部盈餘38,396萬元相去不遠。經合庫銀行

函覆上訴人：貸款條件，其中7,400萬元須於系爭建照起造人變更為上訴人及總樓地板面積變更為1,490.61坪後方撥款；其中7,460萬元應俟動工後始得撥款等語，有合庫銀行於100年4月12日函文影本可證（原審卷1第230頁），可徵系爭建照若未經核准變更設計，增加樓地板面積368.5坪，兩造預期之系爭合建案銷售所得難以實現，合庫銀行亦不同意提供上述建築融資。遞查，系爭建照之變更設計申請於100年6月1日遭核退，雖經被上訴人於100年9月27日以系爭土地地主身分向臺北市都發局陳情，有該陳情函影本可佐（見上開三之㈦內容、原審卷1第235頁），仍無法變更系爭建照之樓地板面積。隨後，上訴人母公司鼎甫公司董事長、副董事長於100年11月7日業務大會中先後指示：「成功案（即系爭合建案，下同）等都更案做個整理，並做暫停。」、「開發合作小建案，尤其成功案能共同合作做都更，所以暫緩」（原審卷3第83頁），決定系爭合建案暫停進行，改推展都更案，被上訴人斯時任上訴人董事長參與該次會議，且任「總監」一職，未有反對意見（本院更一卷第619頁），並於100年11月28日，代表上訴人及自己與合眾建經公司合意解除系爭合建案建築經理業務之委任契約，可知系爭合建案於100年12月間已在兩造之共識下而實質停止。

3.且參上訴人支出系爭合建案之必要費用明細（如本院前審判決附表所示），上訴人自101年6月起未在系爭土地上進行任何作業，爾後任由系爭建照逾期失效，以及系爭土地屆至105年5月18日拍賣時，其上無興建之建物等情（見上開三之㈩、㈠、㈡），又上訴人自認：被上訴人於102年1月23日起不能執行上訴人董事長職務，嗣由賴健治接任，至系爭土地104年2月9日被查封前，沒有進行合建事務，因系爭土地已經信託給上海銀行，並設定抵押權給賴林富美，無法再以系爭土地向銀行貸款，沒有辦法辦理土地建築融資，故無法興建等語（本院更一卷第398頁），益見系爭合建案於100年12月間實質停止後，即未再進行興建、銷售事項，與系爭土地

於104年2月9日遭查封一情無關。揆諸前開四之㈡，被上訴人依系爭合建契約固有履行將房屋坐落系爭土地持份移轉登記予上訴人及建案買受人之義務，惟依一般預售屋買賣實務，及系爭合建契約第1條第2項意旨，被上訴人係於合建房屋興建完成，為建物所有權第一次登記完竣，據以計算分攤基地持分額後，始負有將系爭土地持分移轉登記予上訴人或買受人之義務。系爭合建案已自100年12月間起實質停止，可徵系爭土地於104年2月9日被查封當時，上訴人尚無權請求被上訴人移轉系爭土地所有權持分予上訴人，遑論根本不存在之買受人，自難謂被上訴人有何給付不能情形。

4.綜上，上訴人主張因系爭土地被查封，被上訴人給付不能云云，為不可採，則上訴人於104年9月25日執此解除契約（見上開三之㈥），自非合法，不生解除契約之效力。

㈣、被上訴人以系爭建照失效，上訴人已無法憑以興建系爭合建案約定之房屋，陷於給付不能為由，於106年7月26日依民法第256條規定解除契約，是否有據？

1.按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任，民法第229條第1項定有明文。次按給付不能與給付遲延要件及效力均有不同，前者係指客觀上契約當事人不能依債之本旨為給付之謂；倘非客觀上不能為給付，而係主觀上不為給付，則屬給付遲延之問題（最高法院109年度台上字第197號民事判決意旨參照）。依系爭合建契約第5條第1項約定：「為甲方（即被上訴人）得按時收取土地款之原因，乙方（即上訴人）應於本約簽訂後90日內開工興建其房屋，自開工日起算730個工作天興建完成，並辦妥領取使用執照之手續。但因不可抗力及不可歸責於乙方之因素時，不在此限。」。查兩造於100年3月21日簽立系爭合建契約，系爭合建案於100年6月22日開工（原審卷1第281頁），起算730個工作天為103年5月23日（100年135工作天、101年249工作天、102年250工作天、103年96天），此有100年至103年日曆表影本可稽（本院更一卷第383至389頁），是上訴人依約

原應於103年5月23日興建完成並辦妥領取使用執照之手續。

2.被上訴人主張上訴人僅能根據系爭建照興建房屋，系爭建照於104年4月28日失效，上訴人陷於給付不能云云。然遍觀系爭合建契約條款，僅於第1條第1項約定須依被上訴人事先審查同意之方式，規劃設計開發興建大樓，並未限定按系爭建照核准設計圖說興建；且依上開三之㈣、㈦所示，兩造於簽立系爭合建契約後，隨即於100年5月13日與合眾建經公司簽立建築經理業務暨信託契約，將系爭建照起造人變更為合眾經建公司，再由合眾建經公司於100年5月30日向臺北市建管處申請變更設計，另依前開四.㈢之2，兩造於100年11月達成暫停推動系爭合建案，以改為都更案為目標之共識，益徵兩造本無按系爭建照原核准內容興建之意。再查，發回前本院向臺北市建管處函詢，是否得於系爭土地與同段81-2地號土地上重新申請與系爭建照內容相同之建築執照或優於系爭建照之建物容積率之建築執照等節，經該處於107年2月6日函覆：本案如有重新申請建造之需，應由起造人委託開業建築師依重新申請建照時之建築法、建築技術規則及都市計畫等等相關規定檢討符合後，向本處提出申請，並依建築法第30條提出申請文件等語（本院重上卷第203、209至210頁），參以被上訴人自承：忠泰建設公司於拍定取得系爭土地後，就系爭土地與同段81-2地號土地重新申請取得108年建字第0011號建築執照等語（本院更一卷第93、97、99頁），此有108年建字第0011號建築執照影本可佐（本院更一卷第653至656頁），是系爭建照雖於104年4月28日逾期失效，上訴人仍可以系爭土地與同段81-2地號土地作為基地，向臺北市建管處重新申請核發建照，並據以興建房屋，故上訴人不因系爭建照逾期失效，而客觀上無法履行興建系爭合建案房屋之義務。至於上訴人於104年4月28日後未申請新建照及興建房屋，此乃上訴人主觀上不為給付，揆諸上開四.㈣之1.說明，此乃給付遲延情形，而非給付不能，被上訴人主張上訴人因系爭建照失效而給付不能云云，顯屬無據。準

此，被上訴人於106年7月26日以上訴人給付不能為由，解除系爭合建契約（見上開三之㈥），自非合法，不生解約效力。

3.再按契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約，民法第254條定有明文。依上開四.㈢之2，兩造於100年11月達成暫停推動系爭合建案，以改為都更案為目標等情，上訴人未於103年5月23日興建完成並辦妥領取使用執照之手續，係基於兩造共識及意願，且被上訴人未定相當期限催告上訴人履行，自不得依民法第254條規定解除契約，是被上訴人於106年7月26日之解約不合法。

㈤、上訴人以忠泰建設公司於105年6月20日因拍賣取得系爭土地所有權，致被上訴人給付不能為由，於106年9月20日依民法第256條規定解除契約，並依民法第226條第1項規定，請求被上訴人賠償所受損害961萬9,894元本息，是否有據？

1.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；債權人於有第226條之情形時，得解除其契約；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。但約定利率較高者，仍從其約定利率，民法第226條第1項、第256條、第233條第1項分別定有明文。

2.依系爭合建契約第1條約定，系爭合建案須以系爭土地為基地。因被上訴人無法清償對賴林富美之債務，賴林富美聲請拍賣系爭土地，由忠泰建設公司拍定，並於105年6月20日取得系爭土地所有權（見上開三之㈤內容），被上訴人已非系爭土地所有權人，顯無法再提供系爭土地作為系爭合建案之基地，自屬可歸責於被上訴人之事由致給付不能，且為兩造所不爭執（本院更一卷第399頁），故上訴人於106年9月20日，依民法第256條規定解除系爭合建契約（見上開三之㈦），當屬合法有效。

3.上訴人於100年至105年間陸續支出系爭合建案之必要費用，

共計961萬9,894元（明細如原審判決附表所示），為兩造所不爭執（本院更一卷第124頁），現因忠泰建設公司於105年6月20日取得系爭土地所有權，被上訴人給付不能，致系爭合建案無繼續進行可能，上訴人前投入系爭合建案之必要費用付諸流水，自屬其因被上訴人給付不能而生之損害，故上訴人以106年9月15日民事上訴理由狀（本院重上卷第59至73頁），主張依民法第226條第1項規定，請求被上訴人賠償所受損害961萬9,894元，及自該書狀繕本送達翌日即106年9月21日（於106年9月20日送達被上訴人，本院重上卷第77頁）起，至清償日止，按週年利率5%計算之利息，洵屬有據。逾此所為利息請求，則屬無據。

㈥、上訴人依民法第259條第1、2款規定，請求被上訴人返還系爭保證金4,000萬元並給付利息，有無理由？被上訴人抗辯其於104年9月25日已合法沒收系爭保證金，上訴人不得請求返還系爭保證金，是否有據？

1.按契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，由他方所受領之給付物，應返還之；受領之給付為金錢者，應附加自受領時起之利息償還之，民法第259條第1、2款定有明文。經查，被上訴人於100年5月19日受領上訴人交付之系爭保證金（見上開三之㈤內容），系爭合建契約於106年9月20日經上訴人合法解除，已如前述，是上訴人依民法第259條第1、2款規定，請求被上訴人返還系爭保證金4,000萬元，及自被上訴人受領時即100年5月19日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，自屬有據。

2.被上訴人抗辯：上訴人自103年4月1日起遲延給付，及於104年4月28日給付不能，致伊無法取得系爭土地銷售款77,568萬元，且因無法以該銷售款清償伊對賴林富美之債務，致伊賠償遲延利息4,193萬0,906元及執行費用390萬6,870元，是伊於104年9月25日沒收系爭保證金，並無不合云云，經查：

⑴依前開四.㈣之3之論述，上訴人遲延給付，有不可歸責事

由，被上訴人主張沒收系爭保證金以抵充其因遲延給付所生之損害及所失利益，難謂有據。

⑵按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任，民事訴訟法第277條本文定有明文。次按履約保證金，係用以擔保債務人之履行為目的，信託讓與其所有權予債權人，乃信託讓與擔保性質，非使債權人終局地享有該給付。又按損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，民法第216條定有明文。伸言之，所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害。如依外部客觀情事觀之，足認債權人可合理預期之利益，因責任原因事實之發生，致不能取得者，即可認係所失之利益。依系爭合建契約第6條第1項約定：「乙方（即上訴人，下同）為保證本約房屋之營建，其工程品質、完工期限不損及甲方（即被上訴人，下同）工地之銷售價及各期自備款及銀行貸款之收取，應於本約簽訂之同時支付甲方新臺幣陸仟萬元整做為乙方興建第一條所列地號各項建築等工程之履約保證金」、第2項約定：「甲方並應於本約房屋取得使用執照接通水電後，退還乙方」（原審卷1第12頁反面），可知系爭保證金擔保被上訴人因上訴人違反系爭合建契約第5條第1項未按期完工取得使用執照所生之損害賠償債權，屬讓與擔保性質，此為兩造所不爭執（本院更一卷第616至617頁）。被上訴人主張伊因上訴人遲延興建完成及取得使用執照，受有損害及所失利益等情，為上訴人所否認，被上訴人自應就此等主張之事實負舉證之責。

⑶依前開四.㈢之2論述，兩造於100年12月時即合意停止系爭合建案，迄至104年9月25日均無任何進度，顯已無獲取房地銷售價金之期待可能性，此外，被上訴人於102年6月至11月間，私下與忠泰建設公司簽立系爭土地之合作興建契約書及買賣契約書（見上開三之㈡所示），益徵被上訴人無意繼續

履行系爭合建契約。從而，被上訴人主張其因上訴人逾期完工、取得使用執照，致其喪失預期銷售利益77,568萬元，及因遲延清償其對賴林富美之債務而受有損害云云，顯屬無據。

⑷綜上，上訴人未依系爭合建契約所定期限興建完成、取得使用執照，有不可歸責事由，被上訴人無權請求損害賠償。且被上訴人抗辯其因上訴人遲延給付而受有損害或喪失利益，為不可採。是被上訴人於104年9月25日主張沒收系爭保證金，抵充所受損害及所失利益，自非合法。

㈦、上訴人依民法第226條第1項規定，請求被上訴人賠償所失利益2,000萬元本息，是否有據？

依前開四.㈢之2、四.㈥.2之⑵論述，上訴人自100年11月起至106年9月20日解約時止，根本無履行系爭合建契約之意願，亦未有實際興建、銷售作為，已無獲取系爭合建案之房屋銷售款之期待可能性，是上訴人主張其因契約解除而喪失履行利益即銷售利潤2,000萬元云云，顯非可採，故上訴人依民法第226條第1項規定，請求被上訴人賠償所失利益2,000萬元本息云云，即無理由，不應准許。

五、綜上所述，上訴人依民法第226條第1項規定，請求被上訴人給付961萬9,894元，及自106年9月21日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；依民法第259條第1、2項規定，請求被上訴人給付4,000萬元，及自100年5月19日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息等部分，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。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2項所示。至於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。

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449條第1項、第450條、第463條、第390條第2項、第392條第2項、第79條，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　25　　日

民事第二十一庭

審判長法　官　翁昭蓉

法　官　鍾素鳳

法　官　羅惠雯

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。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　25　　日

書記官　洪秋帆