

臺灣高等法院民事判決

111年度上字第845號

上訴人 鑫隆程開發建設股份有限公司

視同上訴人

兼上一人

法定代理人 劉明柱

共 同

訴訟代理人 鄧湘全律師

洪國華律師

被上訴人 童寶環

黃明偉

黃明強

共 同

訴訟代理人 陳欣佑律師

複代理人 謝孟儒律師

上列當事人間請求回復原狀等事件，上訴人對於中華民國111年5月5日臺灣桃園地方法院110年度訴字第946號第一審判決提起上訴，本院於112年6月20日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按主觀預備之訴，以先位之訴有理由，為備位之訴之解除條件。即以先位之訴有理由判決確定時，該解除條件始告成就。是第二審如就先位原告之訴為其勝訴判決，在尚未確定前，備位原告之訴之訴訟繫屬並未消滅，經被告合法上訴時，備位原告之訴即生移審效力（最高法院110年度台上字

第2189號裁判要旨參照）。查本件被上訴人於原審提起主觀預備之訴，先位之訴請求上訴人應給付新臺幣（下同）300萬元本息；備位之訴請求上訴人與原審共同被告劉明柱應連帶給付300萬元本息。原審就先位之訴為被上訴人勝訴判決，先位之訴被告即上訴人提起上訴，揆諸前揭最高法院裁判意旨，備位之訴之訴訟繫屬並未消滅，故備位之訴之被告劉明柱（下逕稱其名）雖未上訴，仍為視同上訴人。

貳、程序方面：

一、被上訴人主張：上訴人前與訴外人邱翌程就渠所有坐落桃園市○○區○○段387-5、387-51、387-52地號土地（下稱系爭土地）成立合建分售契約，上訴人透過其法定代理人即劉明柱遊說伊等之被繼承人黃日紅從事投資，並於民國105年9月23日與黃日紅簽訂建築興建投資協議書（下稱系爭協議），約定由黃日紅投資金額300萬元，上訴人於系爭土地，興建地上7層，地下2層，共計1500坪之「鑫園佾締-建築師的家作品二」建案（下稱系爭建案）並銷售之。黃日紅於105年9月29日匯出300萬元後，迄今系爭建案從未進行施作工程，甚至於109年間作為建築基地之系爭土地竟出售予訴外人福網開發建設有限公司（下稱福網公司），並於其上建築其他建物，系爭土地現已由福網公司為起造人於其上建築房屋，系爭協議現已陷於可歸責於上訴人之給付不能狀態，故伊等於110年2月17日委請律師發函解除契約請求返還交付款項。退步言，劉明柱僅以系爭建案為噱頭詐術，未曾實際進行營建銷售，實則炒作地皮，對外騙取資金支應其管銷、利息，再浮列成本託言虧損之勸誘投資行為，故上訴人與劉明柱應依公司法第23條第2項、民法第184條第1項前段規定負擔連帶賠償責任。爰先位之訴依民法第226條、第256條、第259條第1項第1、2款規定，先位聲明：上訴人應給付300萬元，及自105年9月29日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息予被上訴人共同共有。備位之訴依公司法第23條第2項、民法第184條第1項前段規定，備位聲明：劉明柱與

01 上訴人應連帶給付300萬元，及自105年9月29日起至清償日
02 止，按週年利率5%計算之利息予被上訴人公司共有（原審為
03 被上訴人勝訴之判決。上訴人不服，提起上訴）。並答辯聲
04 明：上訴駁回。

05 二、上訴人及劉明柱則以：劉明柱於原審110年9月23日言詞辯論
06 之陳述，並未構成自認。系爭協議為合資契約性質，僅約定
07 上訴人如何分配利潤予黃日紅，並未約定與黃日紅共同經營
08 事業，系爭建案是由上訴人進行，黃日紅係單純出資取得財
09 產，且系爭協議所募集之資金已無賸餘，系爭協議之目的事
10 業已不能完成，應類推適用民法合夥之相關規定即民法第69
11 2條第3款、第697條，解散清算上訴人與黃日紅成立之合資
12 關係，非謂系爭協議已陷於給付不能。依系爭協議內容，上
13 訴人之給付義務應為清算盈虧，如有盈餘再分配予黃日紅，
14 而非系爭建案之營建與銷售，且依都市計畫法第83條之1、
15 都市計畫容積移轉實施辦法第6、7條，土地所有人得向地方
16 政府捐贈公共設施保留地，並申請將該地之容積移轉至同一
17 主要計畫地區範圍內之其他可建築用地，容積移轉係使系爭
18 土地有更多容積得以開發，並非使系爭協議陷於給付不能自
19 明。退步言，系爭建案之營建與銷售至多為上訴人為履行給
20 付義務之附隨義務，須使系爭協議之目的無法達成，被上訴
21 人才得解除契約，惟投資本有風險，開發土地之前期因買入
22 土地、申請建照及營建等程序須投資大量資金，獲利與否則
23 深受經濟政策、物價指數、景氣等因素影響，本無法保證獲
24 利，系爭協議之目的更著重於清算盈虧，故系爭建案雖因所
25 募得之資金用罄而未興建完成，但未使系爭協議目的無法達
26 成，無給付不能情事。又系爭協議之合資關係經結算後，成
27 本合計至少1億0805萬5668元，大幅超過募集之資金1960萬
28 元及出售系爭土地所得價金6461萬1425元，已無資金得返還
29 被上訴人；縱使售地所得6461萬1425元，僅扣除購地銀行貸
30 款餘額2826萬8108元、上訴人墊付由桃園市龜山鄉農會轉貸
31 新光銀行差額373萬1892元、建築融資貸款660萬元、土地增

01 值稅285萬9402元之成本，剩餘合資之資金2315萬2023元，
02 按黃日紅之投資比例2.77%計算，上訴人至多返還被上訴人6
03 4萬1311元。再者，退步言之，縱認系爭協議已陷於給付不
04 能，亦不可歸責於上訴人，蓋因航空城計畫延宕、政府打房
05 政策、政黨輪替陸客不來而觀光業嚴重衰退等，導致上訴人
06 一再調整產品定位，仍無法吸引足夠之投資人。另伊等有進
07 行系爭建案之營建及銷售，劉明柱並未對黃日紅使用詐術，
08 黃日紅夫妻亦有充足資訊判斷投資風險，無詐欺情事等語，
09 資為抗辯。並上訴聲明：（一）原判決廢棄。（二）被上訴
10 人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

11 三、兩造不爭執事項（見本院卷第96頁）：

12 （一）黃日紅於108年9月20日死亡，被上訴人全體為黃日紅之繼承
13 人（見原審卷一第37至45頁）。

14 （二）上訴人曾於101年12月20日向桃園縣政府申請建造執照，並
15 於103年5月9日為變更設計申請（見原審卷二第145至151
16 頁）。

17 （三）黃日紅於105年9月23日與上訴人簽立系爭協議，約定由黃日
18 紅投資300萬元，上訴人於系爭土地，興建地上7層，地下2
19 層，共計1500坪之「鑫園佾締-建築師的家作品二」建案
20 （即系爭建案）。又黃日紅於105年9月29日由玉山商業銀行
21 股份有限公司匯款300萬元至劉明柱之遠東國際商業銀行股
22 份有限公司帳戶（見原審卷一第9至11頁）。

23 （四）邱翌程於109年1月3日（見原審卷一第367至371頁）將系爭
24 土地出售予福綱公司，福綱公司並就系爭土地取得建照執照
25 〔（109）桃市都建執照字第會園01182號〕，開工日期110年5
26 月4日、工程期限114年7月4日（見原審卷二第39至75頁、第
27 107至111頁）。

28 （五）系爭協議屬共同投資（即合資）契約，系爭建案最終未興建
29 完成（整地、基礎水電連接、申報開工）。

30 （六）被上訴人於110年2月17日委請律師發函以給付不能為由解除
31 系爭協議。

01 四、茲就兩造之爭點及本院之判斷，分述如下：

02 (一)先位之訴部分

03 1.按基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之
04 種類及內容，以形成其所欲發生之權利義務關係（最高法院
05 112年度台上字第47號判決意旨參照）。又所謂類推適用，
06 係就法律未規定之事項，比附援引與其性質相類似事項之規
07 定，加以適用，為基於平等原則及社會通念以填補法律漏洞
08 的方法。得否類推適用，應先探求法律規定之規範目的，再
09 判斷得否基於「同一法律理由」，依平等原則將該法律規
10 定，類推及於該未經法律規範之事項（最高法院112年度台
11 上字第548號民事判決意旨參照）。是就系爭協議屬共同投
12 資（即合資）契約乙節，雖為兩造所不爭執（見不爭執事項
13 (五)），然所謂共同投資契約或合資契約，非屬民法規定之典
14 型契約，系爭協議既屬無名契約，契約當事人之權利義務原
15 則上應依雙方約定之內容而定。

16 2.查被上訴人之被繼承人黃日紅於105年9月23日與上訴人簽立
17 系爭協議，雙方約定：由黃日紅投資300萬元（占本投資案3
18 00/12000，全案總投資額為1億2000萬元），上訴人於系爭
19 土地，興建地上7層，地下2層，共計1500坪之系爭建案，系
20 爭建案之產品定位依市場景氣變化另調整之；利潤分配為於
21 出售系爭建案產品所得價款減除成本（土地款、利息、監造
22 費、營造費用及必要費用，含保固款及查稅保留款）後之盈
23 餘，於全案銷售完成後清算本案盈虧，按原出資比例以現金
24 或即期票分配予投資人；房屋興建完成，銷售經一定時間後
25 仍有部分餘屋未完銷，對餘屋之處理，採減價銷售或依持股
26 比例分配各股東持有，視當時環境狀況另協議之；本案清算
27 盈虧後，本協議書自動解除等，有系爭協議可證（見原審卷
28 一第49、51頁）。準此，堪認系爭協議係約定上訴人負有出
29 資或募集資金興建系爭建案、銷售系爭建案、於全案銷售完
30 成後清算分配盈虧之給付義務；黃日紅之給付義務僅為出資
31 300萬元，不負責系爭建案之興建與銷售，對於系爭建案所

01 坐落之基地與所興建之房屋並未共同共有。是雙方締結系爭
02 協議之目的應在於黃日紅提供上訴人興建系爭建案所需之一
03 部分資金，上訴人因此將其經營興建、銷售系爭建案事業之
04 成果，依比例分配利潤予黃日紅，亦即黃日紅將其資金300
05 萬元交由上訴人運用經營系爭建案以獲取投資利益，上訴人
06 藉此獲得經營系爭建案事業之資金，黃日紅則藉由上訴人經
07 營系爭建案事業之成果獲取利益，而所謂利潤分配，僅是獲
08 利之計算方式，即使上訴人興建系爭建案之房屋未能出售部
09 分，黃日紅仍可依投資比例分配該等房屋。因此，系爭協議
10 性質上為黃日紅提供資金予上訴人運用於特定標的以營業獲
11 利之無名契約，上訴人經營興建、銷售系爭建案之事業，方
12 為黃日紅交付300萬元之契約目的，是上訴人之給付義務自
13 包含系爭建案之興建與銷售在內。因此，即使系爭協議有約
14 定上訴人與黃日紅最終應進行利潤分配（包括分配餘屋），
15 然上訴人就系爭協議所約定之興建系爭建案、銷售系爭建案
16 之給付義務，仍有履行之義務，就此義務之履行若有過失，
17 仍應對黃日紅負債務不履行責任，非謂系爭協議因有利潤分
18 配約定，於上訴人履行系爭協議有過失致其依系爭協議所負
19 之義務給付不能時，黃日紅僅得依關於利潤分配之約定行使
20 權利，故就此部分顯無類推適用民法合夥關於解散、結算規
21 定之餘地。

22 3.按「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請
23 求賠償損害。前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履
24 行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全
25 部不履行之損害賠償。」、「債權人於有民法第226條之情
26 形時，得解除其契約。」，民法第226條、第256條分別定有
27 明文。次按債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，
28 係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關
29 係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務
30 人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責
31 於債務人之事由所致，自應由其負舉證責任，如未能舉證證

01 明，即不能免責（最高法院97年度台上字第1000號裁判要旨
02 參照）。

03 4.查系爭建案所欲興建之基地即系爭土地（嗣合併為1筆387-5
04 地號土地），業於109年1月3日出售予福綱公司，福綱公司
05 並就系爭土地取得建照執照〔(109)桃市都建執照字第會園0
06 1182號〕，開工日期110年5月4日、工程期限114年7月4日乙
07 情，為兩造所不爭執（見不爭執事項(四)），復有土地登記資
08 料及異動索引可憑（見原審卷二第251至260頁），從而，上
09 訴人依系爭協議所負之興建系爭建案、銷售系爭建案之給付
10 義務，於109年間業已確定無法履行，而有給付不能之情
11 事，洵堪認定。

12 5.上訴人雖辯稱伊因政府政策及經濟景氣等因素，一直無法募
13 集足夠資金以完成系爭建案之開發，不得已調整產品定位及
14 支出廣告費用，然僅募得黃日紅、訴外人吳淑珍、曹昌歲之
15 資金合計1960萬元，無資金進行開發，最終在108年間無力
16 清償因購買系爭土地對新光銀行所負之貸款本息，為免系爭
17 土地遭法拍，只會損失更多，不得已出售系爭土地，系爭協
18 議陷於給付不能不應歸責於伊等語。惟查，上訴人於101年1
19 2月20日向桃園縣政府申請建造執照，並於103年5月9日為變
20 更設計申請乙情，為兩造所不爭執（見不爭執事項(二)），復
21 有改制前桃園縣政府102年4月18日、103年6月23日函及桃園
22 市政府111年1月25日函可稽（見原審卷二第145至151、305
23 至306頁）。又上訴人僅於103年間在系爭土地進行整地、放
24 樣、建築工地圍籬及鋪設水電管線，嗣於109年間以其上無
25 建物之「素地」現況將系爭土地出售給福綱公司，期間未進
26 行任何興建建築行為乙情，有上訴人所提103年間整地之工
27 程費用收據、系爭土地之整地等照片、福綱公司111年1月28
28 日「民事陳報狀」可稽（見原審卷一第251至259頁，卷二第
29 153至169、309頁），足見上訴人所謂興建行為僅是整地、
30 基礎水電連接及在工地四周架設圍籬，均係在系爭協議105
31 年9月23日簽立前所為，亦即上訴人於簽立系爭協議後並未

01 為任何興建行為，何況前述整地等行為亦非屬建築物之興
02 建，上訴人自103年5月9日變更設計、105年9月23日與黃日
03 紅簽立系爭協議至109年間將系爭土地出售為止，此段期間
04 連最基礎之地基開挖都未動工，實難謂上訴人並無過失。且
05 系爭協議並無約定須待上訴人募足資金後才開始興建，系爭
06 協議亦約定全案總投資金額為1億2000萬元，及上訴人可依
07 市場景氣變化調整系爭建案之產品，以及黃日紅可分配未能
08 銷售之餘屋等（見原審卷一第49頁），則探求當事人真意，
09 堪認上訴人之興建系爭建案之給付義務自包含負有自行出資
10 或募集足夠資金以完成興建系爭建案之義務在內，從而，上
11 訴人一直未實質興建系爭建案，亦未能籌措足夠資金，進而
12 將系爭土地出售，致其無法履行興建系爭建案之給付義務，
13 自屬可歸責於上訴人，上訴人復未舉證證明其有不可歸責己
14 之情事，因此，上訴人前開所辯，難認可取。

15 6.系爭協議關於上訴人之興建系爭建案及銷售之義務於109年
16 間已經陷於給付不能，且係可歸責於上訴人所致，即使上訴
17 人有就系爭土地進行整地、放樣及鋪設水電管線，然此等非
18 屬興建行為，已如前述，且系爭土地係以「素地」狀況出
19 售，前述整地等作為對於被上訴人並無利益。因此，被上訴
20 人於110年2月17日以律師函（見原審卷一第15、16頁），依
21 據民法第226條、256條為解除契約意思表示，並於110年2月
22 18日送達上訴人（見原審卷一第47頁，卷二第12頁），自屬
23 有據，是系爭協議業經被上訴人於110年2月18日合法解除。

24 7.按「契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有
25 規定或契約另有訂定外，依左列之規定：一由他方所受領之
26 給付物，應返還之。二受領之給付為金錢者，應附加自受領
27 時起之利息償還之。」、「繼承人有數人時，在分割遺產
28 前，各繼承人對於遺產全部為共同共有。」，民法第259條
29 第1項第1、2款、第1151條分別定有明文。查被上訴人於110
30 年2月18日合法解除系爭協議，則被上訴人先位之訴依據民
31 法第259條第1項第1、2款，請求上訴人返還被繼承人黃日紅

於105年9月29日匯出之300萬元，及自該日期即上訴人受領300萬元之日起計算之法定遲延利息予被上訴人公司共有，即有理由，應予准許。

(二)按當事人提起預備合併之訴，係以先位之訴無理由為停止條件，請求法院就備位之訴為裁判，故法院應就先位之訴先為審判，必待先位之訴無理由時，始得就備位之訴為裁判（最高法院85年度台上字第2009號判決意旨參照）。本件被上訴人先位之訴主張上訴人給付不能，其依據民法第226條、256條解除系爭協議，並依民法第259條第1項第1、2款請求所交付之投資款300萬元本息，既經本院認定有理由，則其所提備位之訴，依民法第184條第1項前段、公司法第23條第2項，請求上訴人與劉明柱應連帶賠償300萬元本息予被上訴人公司共有部分，即無審酌之必要。

五、綜上所述，被上訴人依民法第259條第1項第1、2款規定，請求上訴人給付300萬元，及自105年9月29日起至清償日止，按年息5%計算之利息，自屬正當，應予准許。從而原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

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，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 112 年 6 月 27 日
民事第一庭

審判長法 官 李媛媛

法 官 陳筱蓉

法 官 賴秀蘭

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

01 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
02 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
03 但書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴
04 者，應一併繳納上訴審裁判費。

05 中 華 民 國 112 年 6 月 30 日

06 書記官 林淑貞