最高法院民事判決

109年度台上字第1081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

上　訴　人　許文鼎

訴訟代理人　張淑敏律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，兩造對於中華民國107 年11月20日臺灣高等法院第二審判決（106年度重上字第714號），各自提起一部上訴、上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人樺資建設開發股份有限公司請求給付所失利益新臺幣貳仟萬元本息之上訴，及命上訴人許文鼎為給付，暨各該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

理　由

本件上訴人樺資建設開發股份有限公司（下稱樺資公司）主張：對造上訴人許文鼎自民國95 年間起擔任伊之董事長，於100年3月21日就臺北市○○區○○段○○段00 地號土地（下稱系爭土地），以自己代理之方式與伊簽立「房地合建分售契約書」（下稱系爭契約），並於同年5月19 日指示財會人員將伊銀行存款新臺幣（下同）4000萬元（下稱系爭保證金），以合建保證金名義存入許文鼎之合庫銀行帳戶，作為許文鼎個人購買系爭土地之資金。許文鼎又於同年12月2 日將系爭土地設定抵押權（下稱系爭抵押權）予訴外人即伊現任法定代理人賴健治之配偶賴林富美，嗣因許文鼎無法清償其對賴林富美之債務，賴林富美聲請拍賣系爭土地，經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）民事執行處於104年2月9日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，伊已無法依約進行合建工程，自屬可歸責於許文鼎違反保證系爭土地產權清楚之義務，致給付不能，伊分別於104 年9月25日、106年9月16 日向許文鼎為解除系爭契約之意思表示，許文鼎應返還系爭保證金及自交付時起之利息。伊為執行系爭契約，支出如原判決附表（下稱附表）「本院認定」欄所示之必要

費用共計961萬9894元，乃因許文鼎給付不能所受之損害，且因此喪失系爭契約順利履行所能獲得之利益2000萬元。縱認伊解除系爭契約不合法，然許文鼎未經由監察人，逕以自己名義代表伊與自己簽立之系爭契約，因違反公司法第223條而無效，許文鼎亦應返還系爭保證金及賠償上開所受損害及所失利益。爰以民法第259條第2款、第226條第1項規定為先位請求，並以同法第179條、第113條規定為備位請求權基礎，求為命許文鼎給付6961萬9894元，其中4000萬元自100年5月19日起；其餘2961萬9894元自起訴狀繕本送達翌日起加計法定遲延利息之判決（樺資公司原請求賠償所受損害1012萬254元、所失利益4176萬元7385元，經原審判命許文鼎給付所受損害961萬9894元，駁回其餘請求，其就所失利益2000萬元本息部分提起本件上訴，其餘部分業經原審駁回其上訴確定）。

許文鼎則以：樺資公司僅於100年3月29日向主管機關申報開工，卻未為任何興建房屋行為，致系爭合建案之臺北市99建字第0361號建造執照（含系爭土地及訴外人林勝文所有同段81-2地號土地在內，下稱系爭建照）因逾竣工期限而於104年4月28日失效，已無法興建房屋，乃可歸責於樺資公司之給付不能。系爭保證金屬於違約定金性質，伊已於104年9月24日以存證信函為解除系爭契約及沒收系爭保證金之意思表示；縱認伊於該存證信函未為解除系爭契約之意思表示，惟伊已於106年7月26日再次為解除系爭契約之意思表示。又系爭土地雖遭查封，亦不會對樺資公司造成不安之情況，尚非給付不能，樺資公司不得以系爭土地遭查封或拍定予第三人為由解除系爭契約。再者，樺資公司同意伊將系爭土地設定抵押權予賴林富美，則賴林富美聲請法院查封系爭土地，即不可歸責於伊。且賴林富美藉詞賴健治為上海商業儲蓄銀行股份有限公司（下稱上海商銀）退休之總會計，向伊佯稱系爭土地如轉至上海商銀貸款，可取得更優惠之貸款條件，伊遂以系爭土地轉向上海商銀設定抵押權以資借款，詎賴林富美利用前揭貸款程序就系爭土地設定為第一順位系爭抵押權之權利人，嗣忠泰建設股份有限公司（下稱忠泰公司）於102年10月18日表示願

洽商富邦商業銀行股份有限公司（下稱富邦銀行）清償樺資公司之貸款債務本金，經上海商銀及富邦銀行同意，但賴健治以公司負責人身分竟不同意代償事宜，故意由賴林富美於系爭建照到期前行使抵押權，再以系爭土地遭法院查封拍賣為由，解除系爭契約，請求伊損害賠償，賴林富美係故意以背於善良風俗之方法，拒絕伊之清償，以遂行其行使抵押權拍賣壓低系爭土地之售價承購，藉機取得系爭土地，屬權利濫用。另樺資公司所指支出1012萬254元執行費用損害，其中請款單6份，未經伊簽名，伊否認其真正。而樺資公司以忠泰公司得標系爭土地價格7億7568 萬元，依系爭契約第1條第2項約定分配比例反推計算所失利益，二者並無相當因果關係，另以國稅局公布之上開同業利潤標準每年淨利潤10 %作為計算所失利益之標準，亦不可採，且系爭建案無開發利益，樺資公司並無所失利益可言等語，資為抗辯。

原審就樺資公司請求許文鼎給付4961萬9894元本息部分，將第一審所為其敗訴之判決廢棄，改判如其聲明，並維持第一審所為駁回樺資公司請求許文鼎賠償所失利益2000萬元本息部分之判決，駁回樺資公司該部分之上訴，無非以： 許文鼎代表樺資公司與自己於100年3月21日簽立系爭契約，約定由樺資公司負責興建房屋後，許文鼎出售系爭土地，樺資公司出售建築房屋。系爭土地原為訴外人永楊建設股份有限公司（下稱永楊公司）所有，並與同段81-2地號土地所有權人林勝文簽訂合建契約及補充協議，且就該2筆土地取得建造建照，許文鼎代表樺資公司於100 年3月23日受讓上開合建契約及建照，永楊公司於同年3月29 日向臺北市政府都市發展局（下稱北市都發局）申報開工。許文鼎於100年12月2日將系爭土地設定系爭抵押權予賴林富美，嗣賴林富美於102年12月24 日以本票提示付款，並聲請拍賣系爭土地，臺北地院104年度司執字第15706號執行事件（嗣後併入103 年度司執字第47469 號卷）拍賣公告記載系爭土地於拍定後點交，且依系爭契約第1、2條約定，許文鼎於系爭契約簽立後即有將系爭土地交由樺資公司興建房屋，並將系爭土地移轉登記予合建案之買受人之義務，是查封後交付樺資公司占有之行為顯然有礙執行效果

，執行法院不可能同意樺資公司占有系爭土地及興建房屋，許文鼎即不能將系爭土地交付樺資公司占有以興建房屋，亦不能履行將系爭土地所有權移轉登記與合建案買受人之契約上義務，許文鼎就系爭契約即陷於給付不能之狀態，其辯稱系爭土地遭第三人拍定前，伊有籌款清償，聲請撤銷查封之可能，故尚非給付不能云云，並非可採。　系爭土地遭查封拍賣，係因許文鼎未清償其對上海商銀之借款債務，上海商銀就賴林富美所提供擔保該借款債務之定期存款取償，賴林富美乃行使系爭抵押權，許文鼎於給付不能具有可歸責性。賴健治、賴林富美雖於103年6月20日與訴外人柯淑敏簽訂合作備忘錄，惟該合作備忘錄係其等規劃取得系爭土地等事宜，許文鼎以此抗辯其對給付不能無可歸責之事由，亦無可取。另許文鼎所稱由忠泰公司代償之銀行本票交付第三人保管、待上海商銀之信託登記塗銷及賴林富美塗銷系爭抵押權登記後始得獲得清償之返還方式，不符債之本旨，賴林富美不予同意，尚難認有違背善良風俗或權利濫用之情事。樺資公司於 104年9月25 日言詞辯論期日當庭以系爭土地遭查封，系爭契約給付不能為由，為解除系爭契約之意思表示，自屬合法，系爭契約因而消滅。　許文鼎於擔任樺資公司董事長期間，主導系爭契約之簽訂，並評估申請變更設計以增加總樓地板面積而有利可圖，方購買系爭土地及系爭建照。樺資公司為增加將系爭建照之樓地板面積為1490.61坪而申請建造執照變更設計，惟系爭建照於100年6月1日遭主管機關核退，並於104年4月28日逾期失效，系爭土地於105年5月18日拍定前均未興建任何建物。足見許文鼎至102年1月23日擔任樺資公司董事長之期間，並無任何有關進行系爭合建案之積極作為。系爭建照逾期既可歸責於許文鼎所致，其稱得沒收系爭保證金，並得據以解除契約，亦屬無據。ŋ系爭契約既業經樺資公司合法解除，其依民法第259條第2款規定，請求許文鼎返還系爭保證金4000萬元，及自100年5月19日受領時起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，自屬有據；許文鼎對於樺資公司並無1億9680 萬元損害賠償債權可資抵銷。ē樺資公司為執行系爭合建案，支付如附表「本院認定」欄所示961萬9894 元，乃其

因解除系爭契約所受損害。又系爭合建案因系爭建照無法變更設計以增加總樓地板面積，致無利潤可圖，為樺資公司所自承，既無開發利益，即難認樺資公司有所失利益之損害，其請求許文鼎賠償所失利益2000萬元本息，難認有據。　樺資公司先位依民法第259條第2款、第226條第1項規定請求許文鼎給付4916萬9864元本息，為有理由，應予准許，另請求許文鼎賠償所失利益2000萬元本息，則屬無據，應予駁回；其備位依民法第179 條規定請求許文鼎返還系爭保證金及依民法第113 條規定請求許文鼎賠償損害部分，則毋庸審究等詞，為其判斷之基礎。

惟查：　系爭土地原為永楊公司所有，並與同段81-2地號土地所有權人林勝文簽訂合建契約，且已取得建造執照，許文鼎代表樺資公司於100年3月23日受讓上開合建契約及建照，永楊公司於同年3月29 日向北市都發局申報開工等情，為原審認定之事實，且樺資公司已於100年5月間變更起造人為該公司（見一審卷一第295頁），甚至兩造於100年5月13 日與合眾建築經理股份有限公司以系爭建案簽訂建築經理業務暨信託契約書，似見樺資公司已著手進行建築事宜，則許文鼎辯稱伊於簽立系爭契約後，即將系爭土地交付予樺資公司等語，是否全無可採，尚非無疑。倘許文鼎於104年2月10日查封前已交付系爭土地予樺資公司使用，則能否因系爭土地遭查封，即謂其已無法交付系爭土地予樺資公司興建房屋，即滋疑義。又所謂給付不能，係指於履行期屆至時，債務人無依債之本旨而為給付之情形。許文鼎依系爭契約固有履行將系爭土地所有權移轉登記予建案買受人之契約上義務，惟依一般預售屋買賣實務，土地出賣人係於合建房屋興建完成後，始負有將系爭土地移轉登記予建案買受人之義務，許文鼎於系爭土地遭查封時，上開移轉系爭土地所有權之義務是否已屆清償期，攸關許文鼎之給付義務是否因系爭土地遭查封而陷於不能，核屬許文鼎重要之攻擊方法，自不能恝置不論。乃原審未詳查審認，遽以許文鼎不能履行移轉系爭土地所有權予建案買受人之契約上義務，已陷於給付不能之狀態為由，逕認樺資公司於104年9月25日為解除契約之意思表示，係合法有效，並得請求許文鼎賠償其

所受損害，而為許文鼎不利之論斷，自有可議（惟樺資公司於106年9月15日另以系爭土地業經忠泰公司拍得為由解除系爭契約，是否合法，應併予釐清）。　按民法第226條第1項所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。如依外部客觀情事觀之，足認其可預期取得之利益，因責任原因事實之發生，致不能取得者，即可認為係所失之利益。依系爭契約第1條第2項約定：「甲方（即許文鼎）將前項土地依乙方（即樺資公司）房屋建物之比例規劃持分土地面積，由甲、乙雙方自行出售…且房地需併同銷售於同一購屋者，土地銷售價佔房地總價款百分之六十五，餘百分之三十五為房屋款。」（見一審卷一第12頁），是樺資公司售屋之營業收入，係包括土地價款之分成，而樺資公司主張許文鼎以6億5000萬元購得系爭土地，系爭土地嗣以7億7568萬元拍定等語，如屬真實，則系爭建照未經核准變更設計，增加建案之樓地板面積，亦有提高系爭土地出售價格之可能，能否僅以系爭建案之樓地板未增加，逕認樺資公司於系爭建案無所失利益之損害，非無研求之餘地。原審未遑詳求，逕以系爭契約按原定系爭建照執行，無開發利益為由，而為不利於樺資公司之認定，亦嫌速斷。　兩造上訴論旨，各自指摘原判決上開不利己部分不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件兩造上訴均為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　11　　日

最高法院民事第三庭

審判長法官　高　孟　焄

法官　彭　昭　芬

法官　蘇　芹　英

法官　邱　璿　如

法官　徐　福　妙

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　18　　日