福建高等法院金門分院民事判決

108年度重上字第4號

上　訴　人　宜欣營造有限公司
法定代理人　溫千慧
訴訟代理人　莊志剛律師
被上訴人　　蔡甲庚
訴訟代理人　詹振寧律師
　　林美伶律師

上列當事人間給付違約金事件，上訴人對於中華民國108年3月11日福建金門地方法院107年度重訴字第20號所為第一審判決提起上訴，本院於109年5月14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、程序部分

按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款定有明文。查本件上訴人於原審起訴原聲明請求被上訴人給付新臺幣（下同）4000萬元及法定利息（原審卷第11至13頁），嗣經提起上訴後，於民國108年4月1日具狀變更上訴聲明為請求被上訴人給付1000萬元及法定利息（見本院卷第17至23頁），核屬減縮應受判決事項之聲明，依上開說明，應予准許。

貳、實體部分

一、上訴人起訴主張：兩造於106年5月22日簽定合建契約書（下稱系爭契約），約定兩造以被上訴人所有坐落金門縣○○鄉○○○○段○○○○○○○○○號土地（下分別稱315土地、316土地，合稱系爭土地）合作開發興建住宅，並由上訴人委請建築師規劃設計後，為被上訴人於315土地上，興建雙併透天住宅共4戶，被上訴人應於前開4戶房屋建築執照核發之日7日內，將316地號土地之所有權移轉登記予上訴人，由上訴人

自行興建房屋，而上訴人在訂約之時，除須簽發票面金額2000萬元之支票予被上訴人，尚要支付被上訴人457萬元，作為履行系爭契約之保證，還須負責清理系爭土地之地上物，統籌辦理相關事宜，所生費用均由上訴人全額負擔，依系爭契約第14條規定，若被上訴人違約，則須賠償上訴人前開所簽發支票之面額2,000萬元及所有已支出相關費用2倍之金額作為違約金。兩造簽約後，上訴人即積極進行相關興建事宜，並委請沈建宏建築師設計、規劃、請照，又以被上訴人所指定之蔡永木、蔡永聰、蔡永文、蔡遠進為起造人，向金門縣政府申請取得建造執照，在一切就緒即將實際興建之前，被上訴人及其所指定之起造人竟於106年11月16日，向金門縣政府申請停止核發建造執照，上訴人與被上訴人洽談後，被上訴人仍執意不照約履行，且拒絕進行協商，導致系爭契約迄今無法完成，被上訴人之行為違反誠信，違約情節重大，爰依系爭契約第14條約定，請求被上訴人給付以前開上訴人已簽發支票面額2千萬元之2倍，共計4千萬之違約金等語，並聲明：㈠被上訴人應給付上訴人4,000萬元，及自本狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈡上訴人願供擔保，請准予宣告假執行。

二、被上訴人辯以：被上訴人固有依系爭契約第4條於建造執照核發之日起7日內辦理所有權移轉之義務，但106年9月間，金門地區建商告知上訴人已有資金周轉不靈狀況，被上訴人為求慎重，乃先於106年9、10月間向台灣中小企業銀行金門分行查詢上訴人之債信，經該分行告知上訴人當時已有跳票紀錄，並有2次退票紀錄，被上訴人於建造執照核發後，即需依系爭契約第4條之約定將316土地移轉予上訴人所有，恐有遭上訴人之債權人查封拍賣之虞，顯無從確保系爭契約之履行，為確保系爭契約之履行，乃於106年11月16日向金門縣政府申請停止核發建造執照，等待上訴人解決周轉不靈及債信不良之問題，目的僅在於暫時停止建造執照之申請，並無故意不履約情事，如上訴人順利解決周轉不靈及債信不良

之問題，被上訴人自當重新申請建照執照。另被上訴人前已依約由蔡永木、蔡永聰、蔡永文及蔡遠進4人為起造人，向金門縣政府申請核發建造執照，並無違反隨時提供之義務，且被上訴人行使不安抗辯之結果，已使被上訴人不負遲延責任，要無違約之問題，則上訴人依系爭契約第14條之約定請求給付違約金，即顯無理由等語，並聲明：㈠上訴人之訴及假執行之聲請均駁回；㈡如受不利判決願供擔保免為假執行。

三、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，對於上訴人之請求為敗訴判決，即駁回上訴人之訴，上訴人不服，提起上訴，並聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項廢棄；㈡被上訴人應給付上訴人1,000萬元及自原審起訴狀繕本送達翌日起，按週年利率百分之5計算之利息；㈢第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔；㈣上訴人願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人則答辯聲明：㈠上訴駁回；㈡第二審訴訟費用由上訴人負擔；㈢如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。

四、本院偕同兩造整理不爭執事項如下（見本院卷第74頁，為說明之便，文字略作修正）：

㈠兩造於106年5月22日簽訂原證1之系爭契約及原證4協議書。

㈡上訴人簽發台灣中小企業銀行金門分行票載發票日108年5月20日，憑票支付被上訴人2000萬元禁止背書轉讓之支票1紙，由被上訴人之子蔡遠進於106年5月22日代被上訴人簽收。

㈢被上訴人以蔡永木、蔡永聰、蔡永文及蔡遠進等4人（下稱蔡永木等4人）為起造人，向金門縣政府申請核發建造執照。

㈣蔡永木等4人於106年11月16日向金門縣政府申請停止核發建造執照；金門縣政府於106年11月20日同意停止核發建造執照，並檢還執照正本及書圖文件。

五、本件經依民事訴訟法第463條準用同法第270條之1第1項第3款、第3項規定，整理並協議簡化爭點後，兩造同意在本院108年9月11日準備程序中，兩造協議簡化之爭點為辯論範圍

（見本院卷第74頁），茲就本件爭點，分述如下：

㈠被上訴人有無違反系爭契約第11條規定？

㈡上訴人於訂約後債信及資金有無問題？

㈢被上訴人可否因上訴人欠缺債信及資金等履約能力，而向金門縣政府申請停止核發建造執照?亦即被上訴人可否主張民法第265條不安抗辯？

㈣上訴人所請求之違約金有無過高情事？

六、本院之判斷：

本件關鍵之爭點亦為首應探究者厥為，被上訴人未依約申請核發建造執照，有無違約？上訴人可否據此依系爭契約第14條請求違約金？又被上訴人可否主張民法第265條之不安抗辯權而免除其債務不履行之損害賠償責任？經查：

㈠按民法第265條所定不安之抗辯權，須以他方之財產於訂約後顯形減少而有難為對待給付之虞方足當之。該條規範之目的重在他方之財產減少所生客觀上難為對待給付之虞，而有保護先給付義務人之必要為前提，必以他方於訂約後財產顯形減少，先給付義務人如為履行，嗣後無從依債務不履行規定對之獲取損害賠償者，始賦與先給付義務人該項不安之抗辯權，使其在他方提出對待給付或相當擔保前，得拒絕給付，並免除其債務遲延責任。否則，先給付義務人本得依債務不履行之規定獲致損害賠償者，即無特別保護之必要（最高法院102年度台上字第2243號判決著有意旨可供參照）。準此，本件應進一步探討者為，上訴人於兩造訂定系爭契約之後，其財產是否有顯形減少而有難為對待給付之虞的情形，合先敘明。

㈡系爭契約訂約後，上訴人發生票信、債信不良及資金不足等財產權有顯著減少而有難為對待給付之虞之情事：

1.兩造係於106年5月22日簽定系爭契約，上訴人嗣於同年11月15日在同一日之內，連續發生4次因「存款不足」而退票之情事，退票金額分別為10萬元、18萬4000元、20萬元、35萬元，金額合計83萬4000元；又於同年11月27日因「存款不足

」而退票，金額為20萬9000元；續於同年11月30日因「存款不足」而退票，金額為400萬元、50萬元；嗣於同年12月15日，再度因「存款不足」而退票，金額為7萬5000元，並因此被列為拒絕往來戶，累計退票共計8次，退票總金額高達2301萬8仟元；如果把時間拉長至108年7月間，則上訴人累計退票張數為45張，因「存款不足」而退票之總金額高達5594萬7063元等情，有臺灣中小企業銀行金門分行107年10月19日107年金門字第83號函及所檢附上訴人銀行甲存退票資料一份、臺灣中小企業銀行金門分行108年12月9日108金門字第099號函及所檢附上訴人銀行甲存退票資料一份在卷可按（原審卷第95-99頁；本院卷第91-95頁）。由是足證上訴人於訂約後確實有資金周轉不靈，無法支應票款，任由票據退票之情事，堪以認定。況上訴人上開退票金額，少至10萬元，竟也因「存款不足」而退票，並有於同一日之內連續發生4次因「存款不足」而退票之情形，益證上訴人除資金週轉不靈、票據存款不足、債信不良之外，其財產於訂約後亦有顯著減少而有難為對待給付之情形發生，否則衡情上訴人斷不會因小額支票「存款不足」而連續退票致令自己債信受損之情形發生。況上訴人法定代理人溫千慧名下土地亦遭其債權人查封拍賣（福建金門地方法院108年度司執甲字第871號拍賣公告影本），此亦為上訴人所不否認，益證上訴人於訂約後財產權確有顯著減少而有難為對待給付之虞的情形甚明。

2.另上訴人雖稱有商請訴外人宜居營造有限公司（下稱宜居公司）再開立2000萬元之本票或支票提供給被上訴人以為擔保，故上訴人之履約能力已獲得保證，但遭被上訴人拒絕等語，並經證人高國華於原審證稱「有說願意再開立一張2000萬元的本票或支票，希望不要影響本件工程，被告不同意」等語（見原審卷第132頁）以為佐證。然查，本件上訴人尚應提出之擔保金額高達2000萬，並非小額，而宜居公司與上訴人為兩家公司，但股東互相有投資，互相支援，此有證人高

國華之證述可資參照（見原審卷第131頁），上訴人與宜居公司間雖尚難稱有資金共通情事，但兩者關係密切，又長期互相支援，於上訴人欠缺債信及資金之情況下，宜居公司是否仍能保有充足之擔保能力，亦不無疑問，且於被上訴人與宜居公司欠缺互信基礎下，被上訴人亦無從相信宜居公司之資力正常，所提出之票據具有兌現能力等情，因此，被上訴人拒絕由宜居公司開立票據代替上訴人擔保，於系爭契約亦無違背。

3.綜上所述，系爭契約訂約後，上訴人已依系爭契約第3條及第11條之約定，先向金門縣政府申請建築執照而履行先為給付之義務，惟因上訴人於訂約後陸續發生票信、債信不良及資金不足等財產權有顯著減少之情事，而有難為履行系爭契約對待給付義務之虞之情事，加以上訴人之票據信用、債務信用、資金皆有不足之情況，且已成為銀行拒絕往來戶，系爭支票失去履約保證作用，上訴人復未能提出對待給付或提出擔保，故被上訴人依民法第265條之規定，自得拒絕自己之給付，從而被上訴人申請停止核發建築執照，以避免移轉316地號土地義務之發生，揆諸上開實務見解，尚難課以債務不履行之賠償責任。

㈢上訴人於訂約後欠缺債信及資金等履約能力，系爭履約保證支票喪失保證功能，於上訴人就系爭契約提出對待給付或提出擔保前，被上訴人乃向金門縣政府申請停止核發建造執照，被上訴人並未違約：

1.倘債務人未依債之本旨提出給付，自難認已生提出給付之效力，最高法院84年度台上字第1452號判決意旨參照；又所謂附隨義務，乃為履行給付義務或保護債權人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力及告知義務以輔助實現債權人之給付利益（最高法院100年度台上字第2號判決意旨參照）。

2.依系爭契約第7條規定，上訴人應開立系爭2000萬元面額之支票予被上訴人收執以為履約保證金，另支付457萬元作為

補貼被上訴人應繳納之土地增值稅，有系爭契約書一份在卷可佐（原審卷第19-21頁），又查上訴人確有交付上開2000萬元支票予被上訴人收執，惟並未交付457萬元予被上訴人等情，為兩造所不爭（本院卷第115頁）。因此，被上訴人實際取得者，僅上訴人所開立之系爭2000萬元支票一紙而已。然而觀其實質，上訴人於系爭契約訂立後，既有資金不足、債信不良之問題，又列拒絕往來戶，已如前述，則實際上，系爭2000萬元支票一紙已無兌現之可能而不具擔保功能，如此，自與上訴人從未提出履約保證支票之情形無異，而兩造間契約既約定系爭支票係作為系爭契約合建之保證，其自應具有擔保之功能，方符合債之本旨，系爭支票既已不具履約保證功能，難認上訴人有依債之本旨提出給付，被上訴人自亦得暫停建築執照之申請。

3.又本件兩造並未約定被上訴人不得撤回或停止建築執照之申請，縱認被上訴人於申請建築執照後有不得撤回或停止建築執照申請之義務，此項附隨義務存在之前提，仍需建立在上訴人已依債之本旨提出履約保證後方會發生，而上訴人並未完成履約保證支票之給付義務，被上訴人所謂不得撤回或停止建築執照申請之附隨義務無從發生，自不得要求被上訴人於上訴人確實履行提出履約保證責任之前仍應繼續履行建築執照申請之義務，被上訴人於上訴人確實提出履約保證前，暫時撤回建築執照之申請，尚無違約之情事，甚為灼然。

㈣承上，上訴人之票據信用、債務信用、資金皆有不足之情況，且已列於拒絕往來戶，系爭支票失去擔保作用，上訴人並未先完成為合建提供保證之給付義務，被上訴人配合維持建築執照之附隨義務無從發生，其申請停止核發建築執照，以避免有移轉316地號土地之可能，主張民法第265條所定不安抗辯權，以免除其債務遲延責任，洵屬有據。從而，上訴人依系爭契約第14條約定，請求被上訴人給付上訴人1000萬元違約金，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，顯無理由。

七、綜上所述，原審法院為上訴人敗訴之判決，即無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

八、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。

九、據上論結，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　4　　日

民事庭審判長法　官　洪曉能

法　官　許志龍

法　官　張　震

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。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　6　　月　　4　　日

書記官　李麗鳳

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。