臺灣高等法院民事判決

106年度重上更㈠字第46號

上　訴　人　葉文勇（兼葉美華之承受訴訟人）
　　葉王素芳（即葉俊麟之承受訴訟人）
　　葉青樺（兼葉俊麟之承受訴訟人）
　　葉建宏（兼葉俊麟之承受訴訟人）
　　葉貞吟（兼葉俊麟之承受訴訟人）
共　　同
訴訟代理人　孫銘豫律師
　　陳家彥律師
上　訴　人　葉月華（兼葉美華之承受訴訟人）
訴訟代理人　崔百慶律師
複代理人　孫銘豫律師
上　訴　人　林秀峯（即林葉靜惠之承受訴訟人）
　　林聖泰（即林葉靜惠之承受訴訟人）
　　林雅芬（即林葉靜惠之承受訴訟人）
　　林聖智（即林葉靜惠之承受訴訟人）
　　林聖彥（即林葉靜惠之承受訴訟人）
　　林雅婷（即林葉靜惠之承受訴訟人）
上六人共同
訴訟代理人　蕭棋云律師
複代理人　廖孟意律師
　　彭彥植律師
上　訴　人　富陽建設股份有限公司
法定代理人　彭乾業
訴訟代理人　林志強律師
　　郭俊廷律師
　　吳姝叡律師

上列當事人間回復原狀等事件，兩造對於中華民國103年2月14日臺灣臺北地方法院100年度重訴字第43號判決，各自提起上訴，上訴人葉文勇以次12人並為訴之變更及追加，經最高法院發回更審，本院於108年3月19日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決（除確定部分外）關於駁回上訴人富陽建設股份有限公司下開第二項之訴及假執行之聲請，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，上訴人葉文勇、葉王素芳、葉青樺、葉貞吟、葉建宏、葉月華、林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷應連帶給付上訴人富陽建設股份有限公司新臺幣貳仟叁佰萬元及自本判決確定翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

上訴人葉文勇、葉王素芳、葉青樺、葉貞吟、葉建宏、葉月華、林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷之變更、追加之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用（除確定部分外）及發回前第三審訴訟費用，關於廢棄改判部分由上訴人葉文勇、葉王素芳、葉青樺、葉貞吟、葉建宏、葉月華、林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷連帶負擔；關於駁回部分由上訴人葉文勇、葉王素芳、葉青樺、葉貞吟、葉建宏、葉月華、林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷負擔。

本判決第二項所命給付部分，於上訴人富陽建設股份有限公司以新臺幣柒佰陸拾陸萬元為上訴人葉文勇、葉王素芳、葉青樺、葉貞吟、葉建宏、葉月華、林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷供擔保後，得假執行；但上訴人葉文勇、葉王素芳、葉青樺、葉貞吟、葉建宏、葉月華、林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷如以新臺幣貳仟叁佰萬元為上訴人富陽建設股份有限公司預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面

一、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之；但因情事變更而以他項聲明代替最初之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第4款定有明文。又在第二審為訴之變更合法者，原訴可認為已因而視為撤回

時，第一審就原訴所為判決，自當然失其效力；第二審法院應專就新訴為裁判，無須更就該判決之上訴為裁判（最高法院71年台上字第3746號判例參照）。查上訴人葉文勇及葉月華（同兼原告葉美華之承受訴訟人）、葉俊麟（即原告葉美華之承受訴訟人，於民國105年7月24日死亡，由葉王素芳、葉青樺、葉貞吟、葉建宏承受訴訟）、葉青樺、葉貞吟、葉建宏、林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷（林秀峯、林聖泰、林雅芬、林聖智、林聖彥、林雅婷為原告林葉靜惠之承受訴訟人；葉文勇以次等12人，下合稱葉文勇等人），於原審聲明請求：㈠確認上訴人富陽建設股份有限公司（下稱富陽公司）與葉高罔市間就臺北市○○區○○段0○段00地號土地（合併自原同小段96、97地號土地，下稱系爭土地），於88年2月3日簽署合建契約書（下稱系爭合建契約）法律關係不存在。㈡富陽公司應將系爭土地所有權應有部分36%（下稱系爭應有部分土地），移轉登記予葉文勇等人公同共有。㈢先位求為：確認福連營造工程股份有限公司（下稱福連公司）對於富陽公司於97年11月7日以系爭應有部分土地向臺北市中山地政事務所辦理設定最高限額新臺幣（下同）3,600萬元抵押權（下稱系爭抵押權）所擔保債權不存在；備位求為：福連公司對於富陽公司設定系爭抵押權之債權及物權行為，應予撤銷。㈣富陽公司及福連公司應塗銷系爭抵押權登記。經原審判決全部敗訴後，葉文勇等人提起上訴，在本院103年度重上字第340號（下稱本院前審）審理期間，以系爭應有部分土地經富陽公司於103年2月17日，以買賣原因移轉登記予訴外人第五大道建設股份有限公司（下稱第五大道公司），再於104年3月16日以法人分割登記移轉予訴外人第六大道建設股份有限公司（下稱第六大道公司），依情事變更將上訴㈡至㈣項聲明，依民法第259條第6款、民法第226條第1項或追加民法第179條之規定，變更請求為：富陽公司應給付葉文勇等人41,767,872元本息（見本院前審2卷273頁），依前揭說明，本院應專就葉文勇等人

變更後新訴為裁判。

二、葉文勇等人請求確認富陽公司與葉高罔市間系爭合建契約書之法律關係不存在（即原上訴聲明㈠部分），業經本院前審判決勝訴確定，葉文勇等人於本院撤回此部分上訴聲明；另富陽公司將反訴請求葉文勇等人應連帶給付2,300萬元之法定遲延利息起算日，減縮自本判決確定翌日起算等情（見本院2卷218至219頁），上開非屬本院審理範圍，下不贅述。

乙、實體方面

一、上訴人葉文勇等人主張：富陽公司與伊之被繼承人葉高罔市於88年2月3日簽訂系爭合建契約，約定由富陽公司在葉高罔市所有系爭土地上興建鋼筋混凝土造之地上10至14樓、地下1層集合式住宅商業大樓及停車塔乙座；於88年2月26日及同年8月1日再簽訂協議書及補充協議書。葉高罔市隨即依系爭合建契約第5條第1項約定，將系爭應有部分土地移轉登記予富陽公司，並於88年8月1日將系爭土地點交予富陽公司。富陽公司於89年1月13日申報開工後即停工，建造執照迄於96年11月26日因展延期限屆至未施工而失效，均未再施工。富陽公司於88年4月8日及5月7日向訴外人臺灣土地銀行股份有限公司（下稱土地銀行）借款5,500萬元及2,700萬元，並以系爭應有部分土地設定最高限額6,600萬元抵押權，以及由葉高罔市依約提供系爭土地應有部分64%，設定最高限額3,240萬元抵押權予土地銀行為擔保。詎富陽公司未依約清償借款，經土地銀行聲請拍賣系爭土地，葉美華催告富陽公司清償土地銀行借款，以及依約應給付租金補償費及第三期履約保證金暨逾期違約金，未獲置理，葉美華代為清償土地銀行31,714,900元及10,148,406元，並受讓土地銀行對富陽公司之借款債權及抵押權，葉美華於98年7月30日解除契約，再經葉高罔市之繼承人進行催告及解約。惟系爭應有部分土地經富陽公司於103年2月17日以買賣原因移轉登記予第五大道公司，再於104年3月16日以法人分割移轉登記予第六大道公司，富陽公司應償還系爭應有部分土地之價額，另富陽公司

係有償出售系爭應有部分土地，應返還不當得利等情。爰依民法第259條第6款、第226條第1項或追加民法第179條之規定，變更求為命富陽公司給付41,767,872元及自104年10月7日起至清償日止，按年息5%計算利息之判決，並願供擔保請准宣告假執行。至富陽公司因違反系爭合建契約第7條及第11條，經伊依系爭合建契約第20條解約及沒收履約保證金2,300萬元，因屬違約定金之性質，富陽公司反訴主張酌減違約金至零，請求伊返還2,300萬元本息云云，為無理由等語，資為抗辯。

二、富陽公司則以：葉文勇等人於99年8月2日已與第五大道公司簽訂不動產買賣契約書，將系爭土地全部賣予第五大道公司，伊為一次性解決紛爭，乃依民法第311條規定，將系爭應有部分土地移轉予第五大道公司，為葉文勇等人履行其等對第五大道公司應盡之義務，依民法第310條規定，葉文勇等人對第五大道公司發生清償效力，是葉文勇等人與伊間回復原狀之債權債務關係亦已消滅。況伊係為葉文勇等人履行其對第五大道公司之義務，始將系爭應有部分土地移轉登記予該公司，並無取得對價，且無可歸責事由致給付不能，則葉文勇等人依民法第259條第6款或第226條第1項或第179條之規定，請求伊賠償損害，亦無理由等語，資為抗辯。另伊並無違約情事，葉文勇等人卻以伊違反系爭合建契約第7條及第11條之事由，依第20條解約並沒收履約保證金2,300萬元，惟葉文勇等人前以伊違反系爭合建契約第11條，訴請伊給付懲罰性違約金2,340萬元本息，業經本院105年度重上更㈡字第97號及最高法院107年度台上字第764號判決勝訴確定，現又以相同之違約事由，在原審起訴請求伊給付3,000萬元懲罰性違約金；另葉文勇等人以伊違反系爭合建契約，業已強制執行受償50,516,405元。葉文勇等人再依系爭合建契約第20條約定，沒收履約保證金2,300萬元作為懲罰性違約金，實屬無理由且過高，應酌減至零等情。爰依民法第179條或追加民法第259條第2款之規定，反訴求為命葉文勇等人應

連帶給付富陽公司2,300萬元及自本判決確定翌日起至清償日止，按年息5%計算利息之判決。並願供擔保請准宣告假執行。

三、原審就葉文勇等人之本訴及富陽公司之反訴部分，分別為兩造敗訴之判決，兩造均聲明不服，各自提起上訴，經本院前審判決確認富陽公司與葉高罔市於88年2月3日簽署系爭合建契約書法律關係不存在，駁回葉文勇等人變更之訴及假執行之聲請；並駁回富陽公司之上訴及追加之訴及假執行之聲請。兩造就敗訴部分，各自提起上訴，經最高法院106年度台上字第394號判決廢棄發回。葉文勇等人於本院變更之訴及答辯聲明：㈠富陽公司應給付葉文勇等人41,767,872元，及自104年10月7日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈡願供擔保請准宣告假執行。㈢富陽公司之上訴駁回。㈣如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。富陽公司之上訴及答辯聲明：㈠原判決關於駁回富陽公司下開第二項之訴部分廢棄。㈡上開廢棄部分，葉文勇等人應連帶給付富陽公司2,300萬元，及自本判決確定翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢願供擔保請准宣告假執行。㈣葉文勇等人之變更、追加之訴及假執行之聲請均駁回。㈤如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、不爭執事項：

㈠、葉高罔市與富陽公司於88年2月3日簽訂系爭合建契約，約定由富陽公司在葉高罔市提供系爭土地興建大樓，雙方於88年2月26日、8月1日再簽訂協議書及補充協議書。葉高罔市於88年8月1日將系爭土地上門牌編號臺北市○○○路○段○○○號1至3樓房屋點交予富陽公司等情，有系爭合建契約、協議書及補充協議書可參（見原審1卷12至38頁）。

㈡、富陽公司於88年5月27日領得建造執照，於89年1月13日申報開工後因故停工，並於91年9月間委託乙太建築所辦理變更設計，但未向臺北市政府提出變更設計之申請，亦未繼續施工，建造執照展延期限至96年11月26日後仍因屆期未施工而

失效。

㈢、葉高罔市依系爭合建契約第6條第1項、第2項之約定，受領富陽公司給付第1期履約保證金300萬元及第2期履約保證金2,000萬元，合計2,300萬元。

五、葉文勇等人主張已合法解除系爭合建契約，因富陽公司將系爭應有部分土地出售並移轉登記予第五大道公司，致無法返還，依民法第259條第6款、第226條第1項或追加第179條之規定，變更請求富陽公司應給付41,767,872元本息等情，為富陽公司所否認，並以上開情詞置辯。另富陽公司以葉文勇等人無權沒收履約保證金2,300萬元，縱得沒收亦屬過高之違約金，應酌減至零，依民法第179條或第259條第2款之規定，反訴請求葉文勇等人應連帶給付2,300萬元本息，為葉文勇等人以上開辯詞所否認。茲將兩造爭點分項析述如后：

㈠、依系爭合建契約第6條第1項第2款約定：「⑵第2期：甲方（指葉高罔市）依第5條第㈠項規定將『本土地』百分之36之持分辦理所有權移轉登記予乙方（指富陽公司），取得土地增值稅單3日內時，由乙方支付新臺幣2,000萬元整之履約保證金。」；第7條第1項第1款約定：「甲方願於本契約簽訂之日起1個月內提供『本土地』百分之64持分所有權設定本金最高限額新臺幣3,500萬元整之第1順位抵押權（以下稱『借款抵押權』）予乙方指定之銀行，以擔保乙方向該銀行借款新臺幣貳仟萬元整，用以支付前條第2期之履約保證金。前開抵押借款之利息及設定抵押權所發生之一切費用，由乙方負擔。」、第5款約定：「如乙方未按期繳納抵押借款之利息或費用，或依本契約清償借款時，視為乙方違約，甲方除得依本契約第20條規定處理外…」。準此，富陽公司未按期繳納土地銀行借款利息或未依約清償借款等違約行為，經葉高罔市定期催告改正而不改正時，葉高罔市即得解除系爭合建契約，並沒收系爭履約保證金，作為懲罰性違約金。查葉高罔市依系爭合建契約之約定，將系爭土地移轉登記為葉高罔市與富陽公司共有，應有部分分別為64%與36%；嗣富陽

公司於88年4月8日、5月7日向土地銀行借款5,500萬元及2,700萬元，並分別以系爭應有部分土地設定最高限額6,600萬元及由葉高罔市依系爭合建契約第7條第1項第1款約定提供系爭土地應有部分64%設定最高限額3,240萬元抵押權予土地銀行作為擔保。惟富陽公司自97年7月起未償還土地銀行之借款債務，土地銀行聲請原法院裁定准許拍賣系爭土地。葉美華以98年6月3日台北仁愛路郵局第367號存證信函催告限30日內清償對土地銀行之借款、依系爭合建契約應給付之租金補償金及第三期履約保證金暨逾期違約金，但富陽公司仍未清償，經葉美華於99年9月15日清償土地銀行之借款31,714,900元、10,148,406元，並受讓土地銀行對富陽公司之債權（含借款本金、利息、違約金、墊付費用等）及抵押權等情，有系爭土地謄本、原法院97年度審司拍字第229號裁定、催告存證信函及回執、土地銀行債權額確定證明書及臺北市中山地政事務所檢送99年中山字第33090、33091號登記案件資料可參（依序見原審1卷39至50、55至56、76至106頁），為兩造所不爭執，堪信為真實。然葉高罔市死亡後，系爭合建契約之權利應由繼承該契約之全體繼承人行使，始謂合法。依葉高罔市之全體繼承人以103年5月27日催告函：「主旨：貴公司（即富陽公司）已重大違反與葉高罔市所簽署之合建契約，請貴公司於30日內改正，特此催告，否則解除合建契約…說明…此外，貴公司借款不還，土地銀行將拍賣系爭土地之際，葉美華出名代葉高罔市全體繼承人於民國99年9月15日清償貴公司對該銀行欠款新台幣3,171萬4,900元、1,014萬8,406元…葉高罔市全體繼承人已承受該等借款債權…特此請求貴公司於文到後7日內，償還前述欠款之全部…予葉高罔市全體繼承人。」，並於同年5月23日送達富陽公司（見本院前審2卷10至11頁），富陽公司逾期未償付欠款，經葉高罔市之全體繼承人以103年7月18日函解除系爭合建契約，於103年7月25日送達富陽公司（見同上卷17頁）。是系爭合建契約經葉高罔市全體繼承人依次催告及解約，業已

合法解除。

㈡、富陽公司辯以葉文勇等人出售系爭土地，將系爭應有部分土地返還請求權讓與第五大道公司云云，並舉葉文勇訴訟代理人孫銘豫律師當庭自承將系爭應有部分土地返還請求權讓與第五大道公司等語為證（見本院前審2卷133頁）。惟查，孫律師事後提出葉家與第五大道公司於99年8月2日簽訂之不動產買賣契約書，其中第1條明定買賣標的為系爭土地全部，第4條第4項及第5項之約定，葉家負有訴請富陽公司返還或塗銷系爭應有部分土地所有權登記，並將之移轉登記予第五大道公司或指定人名下之義務（見同上卷147至150頁），再以書狀撤銷其先前與該買賣契約內容不符之當庭陳述等情（見同上卷227頁）。況富陽公司提出第五大道公司106年9月13日函請葉文勇等人撤回本件回復原狀訴訟，其中說明欄亦載明：葉文勇等人為履行不動產買賣契約書第4條之約定，使本公司取得系爭應有部分土地之義務，在本公司指示下於99年底對富陽公司提起本件回復原狀訴訟，但訴訟進度遲滯，本公司為突破審理速度緩慢及困境，始與富陽公司溝通及協商，終獲富陽公司同意將系爭應有部分土地移轉登記至本公司，但本公司並未將此部分價金交付富陽公司，葉文勇等人受領本公司給付全額買賣價金時，已知悉此事，並未為反對之意思，原來訴訟之客觀目的既已達成，自無再續為訴訟必要，函請葉文勇等人撤回對富陽公司之回復原狀訴訟等語（見本院1卷332至333頁）。足認葉文勇等人係將系爭應有部分土地售予第五大道公司，並非僅讓與返還請求權甚明。是富陽公司抗辯葉文勇等人將系爭應有部分土地之返還請求權讓與第五大道公司云云，即無可取。

㈢、按向第三人為清償，經其受領者，其效力依左列各款之規定：1.經債權人承認或受領人於受領後取得其債權者，有清償之效力。2.受領人係債權之準占有人者，以債務人不知其非債權人者為限，有清償之效力。3.除前2款情形外，於債權人因而受利益之限度內，有清償之效力；又債之清償，得由

第三人為之。但當事人另有訂定或依債之性質不得由第三人清償者，不在此限，民法第311條第1項定有明文。惟按民法第311條規定之第三人清償，與同法第310條所稱之向第三人清償並非相同。第三人清償，為債務人以外之第三人代債務人向債權人為清償。第三人清償之為有效，須以為債務人之意思為之，且因清償而消滅者，係債務人之債務。而向第三人為清償，則係債務人向非債權人之第三人為清償，係基於為自己清償之意思，所消滅者係清償人本身之債務（最高法院106年度台上字第394號判決發回意旨參照）。雖富陽公司以其為履行葉文勇等人對第五大道公司應移轉系爭應有部分土地之義務，同時履行其對葉文勇等人返還系爭應有部分土地之回復原狀義務，於103年2月17日將系爭應有部分土地移轉登記予第五大道公司，具有民法第310條及第311條之清償云云。惟依富陽公司與第五大道公司簽訂之協議書前言敘明：「緣葉高罔市女士前與富陽建設股份有限公司（以下簡稱甲方）簽訂合建契約，嗣葉高罔市之繼承人出售合建土地予第五大道建設有限公司（嗣已改為股份有限公司，以下簡稱乙方），並簽訂買賣契約，茲因乙方有意承擔前揭合建契約，甲方有意代葉高罔市之繼承人履行買賣契約所約定之移轉所有權債務（即第三人清償），雙方爰基於善意訂立本協議書，並約定條件如后，以資共同遵守」等語（見本院1卷88頁）。況富陽公司於105年7月12日之前，不斷爭執葉文勇等人未合法解除系爭合建契約，縱認其係因葉文勇等人在多件訴訟中指摘可歸責之解約事由，基於訴訟攻防所為之爭執，亦難認富陽公司於103年已承認其對葉文勇等人負有移轉系爭應有部分土地之回復原狀義務。從而，富陽公司在協議書既已表明係為葉文勇等人履行買賣契約之移轉義務，將系爭應有部分土地移轉登記予第五大道公司，顯係基於第三人地位所為清償行為，依民法第311條規定乃消滅葉文勇等人對第五大道公司履行移轉系爭應有部分土地之債務，顯無法兼以債務人地位向第三人（第五大道公司），以同一行為達成

民法第310條消滅自己對葉文勇等人應負回復原狀之債務。是富陽公司辯以葉文勇等人所為解約請求回復原狀，業經其將系爭應有部分土地移轉登記予第五大道公司而消滅云云，並無可取。

㈣、葉文勇等人主張富陽公司無法返還系爭應有部分土地，以其出售第五大道公司之系爭土地價格3億5,275萬元計算，系爭應有部分土地價額為126,990,000元，依民法第259條第6款或第226條第1項或第179條之規定，請求富陽公司給付41,767,872元本息云云。惟查，葉家於99年將系爭土地（含系爭應有部分土地）全部出售予第五大道公司，葉文勇等人依該買賣契約第4條之約定，對富陽公司提起本件回復原狀事件，嗣富陽公司與第五大道公司於103年達成協議，富陽公司為葉文勇等人履行出賣人之義務，將系爭應有部分土地移轉登記予第五大道公司，葉文勇等人亦自承於105年12月21日收受第五大道公司給付最後1筆買賣價金56,551,836元，已受領全部買賣價金等情，並提出聯名帳戶存摺為證（見本院1卷168頁）。可見葉文勇等人為履行將系爭應有部分土地移轉登記予第五大道公司之義務，在第五大道公司之指示下，起訴請求富陽公司返還系爭應有部分土地，事後經富陽公司將之移轉登記予第五大道公司，完成其與第五大道公司間之買賣，並受領第五大道公司交付全部買賣價金。然葉文勇等人卻以富陽公司為其等履行出賣人義務之結果，主張富陽公司無法返還解約後之系爭應有部分土地，變更請求富陽公司返還系爭應有部分土地之價額，無異使葉文勇等人享有出售系爭應有部分土地之利益，卻又可再要求富陽公司返還相當於其等出售系爭應有部分土地價額之不合理情形，則其依民法第259條第6款、第226條第1項之規定，請求富陽公司給付41,767,872元本息云云，自欠缺權利保護之必要，不應准許。至葉文勇等人以富陽公司將系爭應有部分土地移轉登記予第五大道公司，乃屬有償行為，應返還出售之不當得利云云。惟富陽公司與第五大道公司所簽定協議書並無買賣價金之

約定，且富陽公司亦否認獲有利益，葉文勇等人既無法舉證以實其說，則其追加民法第179條之規定，請求富陽公司給付41,767,872元本息云云，為無理由。

㈤、再按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準（最高法院79年台上字第1915號判例參照）。葉文勇等人以富陽公司違反系爭合建契約第7條及第11條之約定，依第20條沒收履約保證金2,300萬元，並主張該履約保證金屬違約定金，不得酌減云云（見本院2卷220頁），顯與系爭合建契約第20條明定沒收履約保證金作為「懲罰性違約金」之文義不合，殊無可取。再觀諸系爭合建契約第7條第1項第5款約定：「如乙方未按期繳納抵押借款之利息或費用，或依本契約清償借款時，視為乙方違約，甲方除得依本契約第20條規定處理外，並得將其依本契約對於乙方所發生之債權當然即移轉予甲方指定之人葉美華（以下稱抵押權設定名義人），抵押權設定名義人即得拍賣『擔保抵押權』或依本契約主張權利，以求償之」；第11條約定：「⑴乙方應於甲方騰空點交『本土地』及地上物之日起3個月內正式開工，並自正式開工日起950日曆天建築完工，領得使用執照…乙方如未按期完工，每逾1日應按建造執照所載工程造價千分之5之金額計付甲方作為懲罰性違約金…」；第20條第1項、第2項約定：「乙方未依期限申請建照，申報開工，或於施工期間無故連續停工1個月以上，經甲方以書面定期30天以上催告後，仍未開工或復工者，或乙方有其他違約之行為，經甲方催告定期改正而不改正時，甲方得解除本契約，並沒收乙方所支付之履約保證金及以施工之地上物及材料，以作為懲罰性違約金。乙方應於甲方解除契約之日起5日內負責以現金一次清償『借款抵押權』之借款」「因可歸責於乙方之事由（包括工地災變、乙方違約行為、債務糾紛而受法院或主管機關為禁止處分、停止施工或其他類似之處分等），致未能依期完工、

或取得使用執照、或辦理保存登記，或所有權登記，或交屋時，乙方應按甲方分得房屋之法定工程造價值按每日千分之5計付甲方懲罰性違約金。若乙方違約定之期限6個月仍未解決、完工或交屋時，甲方得解除本契約，並得沒收履約保證金及已完成之地上物及建材，作為懲罰性違約金」（見原審1卷12至32頁）。可見系爭合建契約第20條以富陽公司未按期申報開工、無故停工30日以上、未依期完工、辦理所有權登記、交屋，再概括性約定「其他違約之行為」，皆得為沒收履約保證金之事由，範圍自較第7條及第11條約定之違約事由為廣。雖葉文勇等人主張富陽公司自94年7月26日至98年7月31日逾期完工之懲罰性違約金，依工程造價每日千分之5計算為192,487,251元（計算式：34,997,682× 5/1000×1100＝192,487,251），扣除其在另案起訴請求3,040萬元，尚有162,087,251元，其一部請求2,300萬元並無過高云云（見本院2卷200頁）。惟查，葉文勇等人前依系爭合建契約第7條事由，強制執行富陽公司簽發面額1億元之保證本票，經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）99年度司執字第000000號給付票款事件受償18,311,200元；另依系爭合建契約第11條事由，請求富陽公司給付自91年6月7日至98年7月31日，依工程造價千分之2減縮計算違約金34,997,682元，經臺灣士林地方法院（下稱士林地院）98年度司執字第12941號拍賣抵押物事件，受償32,205,205元，共執行受償50,516,405元等情，有民事陳報狀、臺北地院分配表、士林地院分配表、臺北地院債權憑證、士林地院執行名義（本院100年度重上字第801號分配表異議之訴和解筆錄及書記官處分書）、拍賣抵押物聲請狀及民事參與分配狀可稽（依序見原審3卷282至288、290至291、本院2卷23至35頁）。再者，系爭合建契約第11條或第20條以5/1000計算逾期之懲罰性違約金已高於一般工程契約之比例，所乘以逾期天數計罰之金額，又無上限之約定，足見葉文勇等人據此主張高達工程造價5.5倍之懲罰性違約金，並先後在不同事件為執行或一部請求，顯

不合理。茲參酌行政院公共工程委員會頒行工程採購契約範本第17條約定，依工程造價20%計算超過6,999,536元懲罰性違約金部分，顯屬過高；另參以最高法院107年度台上字第764號判決認定葉文勇等人無法依系爭合建契約分得建物面積64%，依工程造價計算所失利益逾2,274萬元，以及房租補貼款2,340萬元之損害，判准葉文勇等人依系爭合建契約第11條約定，請求富陽公司給付懲罰性違約金2,340萬元本息乙節，有判決書可參（見本院1卷556至561頁），以及葉文勇等人事後將系爭土地出售予第五大道公司，並受領全部買賣價金等情狀，認葉文勇等人再依相同違約事由，沒收履約保證金2,300萬元作為懲罰性違約金，顯有違背契約正義等值原則，應酌減至零。又違約金酌減為形成訴權，於法院判決確定時，債務人就酌減數額以外之不當得利請求權始確定發生，應認債權人於斯時確定知悉其受領超過酌減後數額部分，受領法律上原因已不存在。準此，富陽公司依民法第179條之規定，反訴請求葉文勇等人應連帶給付2,300萬元及自本判決確定翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。另富陽公司上開請求既為有理由，本院無庸再審究其依選擇合併追加民法第259條第2款之請求權部分，併此敘明。

六、綜上所述，富陽公司依民法第179條之規定，請求葉文勇等人應連帶給付2,300萬元及自本判決確定翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。原審就上開應准許部分，為富陽公司敗訴之判決，尚有未洽，上訴意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。至葉文勇等人依民法第259條第6款、第226條第1項或追加民法第179條之規定，變更請求富陽公司應給付41,767,872元及自104年10月7日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許。又本判決主文第2項所命給付部分，兩造陳明願供擔保請准宣告假執行或免為假執行，核無不合，爰分別酌定相當擔保金額，予

以准許。至本院駁回上訴人變更及追加之訴部分，其假執行之聲請亦失其附麗，應併予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一詳予論駁，併此敘明。

八、據上論結，富陽公司之上訴為有理由；葉文勇等人之變更及追加之訴為無理由，依民事訴訟法第450條、第85條第1項前段、第2項、第78條、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　9　　日

民事第四庭

審判長法　官　傅中樂

法　官　陳君鳳

法　官　賴淑美

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　9　　日

書記官　鄭信昱

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。但上訴人或其他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。