臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度上易字第389號

上訴人即附
帶被上訴人　拜倫營造有限公司
000000000000000000
法定代理人　叢哲怡
訴訟代理人　古仲遠
被上訴人即
附帶上訴人　張瑞桑
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　沈炎平律師
複 代理 人　王晨瀚律師
　　黃冠中律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國108年6月11日臺灣臺中地方法院106年度訴字第2515號第一審判決提起上訴，被上訴人並為附帶上訴，本院於110年9月1日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴及附帶上訴均駁回。

第二審訴訟費用關於上訴部分，由上訴人即附帶被上訴人負擔；關於附帶上訴部分，由被上訴人即附帶上訴人負擔。

事　　實

一、被上訴人即附帶上訴人（下稱被上訴人或甲○○）主張：

①上訴人即附帶被上訴人拜倫營造有限公司（下稱上訴人或拜倫公司）承攬伊所有臺中市○○區○○段000000○000000地號土地（下稱系爭土地）上之店舖新建工程（下稱系爭工程），兩造於民國104年3月25日簽訂工程合約書（下稱系爭契約），依系爭契約第3條（工程期限）約定：「簽約後於7日內進場施工，第1期工程在210個工作日完工，第2期工程在使用執照取得後75個工作日完工。」，惟伊依系爭契約第

6條（付款方式）約定於104年3月25日支付定金及於同年4月28日支付建物設計工程款後，拜倫公司即開始藉故拖延直至105年5月4日僅將鋼構鐵材組裝完成，顯逾越系爭契約第3條約定之210個工作天需將第1期工程完工之期限，已屬遲延給付。伊仍依約於105年3月30日、4月7日、5月4日給付各階段工程款共計490萬元，拜倫公司於104年11月3日更以代付山坡地開發回饋金為由，要求伊再給付新臺幣（下同）1,113,508元，伊亦照付，然此後至105年12月，系爭工程皆未有動靜。系爭契約係屬有約定完成期限，且可因承攬人之給付遲延而為解除契約之承攬契約。又依系爭工程之工程進度現況觀之，拜倫公司顯已無法於系爭工程應完工之期限內完工，依民法第503條規定伊自可解除契約。伊於105年12月2日以臺中水湳郵局第000000號存證信函催告拜倫公司應於7日內完成第1期工程，因拜倫公司仍置之不理，伊於相當期限後之105年12月13日，以臺中中清路郵局第000000號存證信函，對拜倫公司為解除系爭契約之意思表示，系爭契約自已合法解除。然拜倫公司未經伊同意，於105年12月中旬派人將104中都建字第00000號建造執照（下稱系爭建造執照）正本取走，致伊無法請他人繼續完成系爭工程，造成諸多營業上損害。

②系爭契約簽訂前，伊已與訴外人何○豐簽定房地租賃契約，因系爭工程之進行，伊便於104年2月5日與何○豐解除租賃契約。依上開房地租賃契約可知，伊所有房地倘出租他人應有每月17萬之租金所得，然因拜倫公司施作工程延宕，且扣留系爭建造執照正本，致伊無法將系爭房地出租。依系爭契約約定，系爭工程應於105年5月6日完成，給付遲延應自105年5月6日起算，至伊105年12月13日寄發存證信函解除契約止，共計7個月，伊因而受有119萬元之損害，爰依民法第231條第1項、第260條、第503條之法律規定，請求拜倫公司負損害賠償責任。

③拜倫公司於伊解除系爭契約後，未將系爭建造執照正本返還

予伊，致伊遲遲未能重為開工，且屢次向拜倫公司追討皆未置理，致系爭工程持續延宕，遲至106年5月25日臺中市政府都市發展局發函同意變更建照始能繼續動工。拜倫公司拒不返還系爭建造執照正本，致伊自105年12月14日起至106年5月25日止，共計5個月，因未能重為發包而受有85萬元之損害，爰依民法第184條第1項、第260條之法律規定，請求拜倫公司負損害賠償責任。

④系爭土地之公告現值分別為每平方公尺107,000元、104,251元，土地公告現值合計為39,387,631元，加上其上建物之價值，伊與前承租人約定每月17萬元之租金應屬合理。縱認伊所受損害不可逕以與前承租人約定之租金計算，依土地法第97條規定之10%租金上限計算，伊就土地部分至少亦受有399,668元之損害，遑論還有建物之價值及損害，請斟酌系爭土地公告現值及申報地價，認定伊因拜倫公司遲延施作所致之損失等情。求為命：1.拜倫公司應返還甲○○所有系爭建造執照正本。2.拜倫公司應給付甲○○187萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。3.願供擔保，請准宣告假執行。

二、拜倫公司則以：

①甲○○依系爭契約第6條第5項約定，於105年5月4日支付第5期工程款。拜倫公司於105年6、7月間鋼構主體已經完成，甲○○準備就2樓之樓板、頂板灌漿。在此之前，需先就水、電等管線進行配管。同一時期，拜倫公司另有臺中市太平區太順路之尤麗卡幼兒園工程，亦進行管線工程施作。因拜倫公司長期合作之水電廠商劉○名分身乏術，乃徵得甲○○同意，就系爭工程暫緩施作，嗣尤麗卡幼兒園工程結束，再施作系爭工程之配管，並進行灌漿。尤麗卡幼兒園工程約於105年11、12月結束，拜倫公司旋於105年12月8日向臺中市政府都市發展局申請施工勘驗，準備進行灌漿。詎甲○○竟於105年12月2、13日連續寄發存證信函主張解除契約，並禁止繼續施工。另依系爭建造執照所附工程圖樣，系爭工程

施作之2棟建築物，本是坐落於同一水平，嗣經甲○○要求依地勢施工，使2棟建築物具有高低落差，是系爭工程進度落後，實非可歸責於拜倫公司。

②系爭契約僅於第3條有工程期限之約定，並無非於一定期限為給付，不能達契約目的之相關記載，顯見兩造於締約時，並無以期限作為契約要素之約定，則甲○○依民法第502條第2項、第503條規定解除系爭契約，難認合法。又民法第254條關於因給付遲延而解除契約之規定，於承攬關係遭排除而不適用。甲○○主張依民法第254條規定解除系爭契約，亦不合法。甲○○解除系爭契約既未合法，則兩造之承攬關係仍繼續存在。甲○○依民法第259條解除契約後回復原狀之規定為請求，即屬無據。

③拜倫公司否認有陷於給付遲延之情形，自無須對甲○○為任何賠償，已如前述。縱使拜倫公司確實有給付遲延之事實，甲○○請求租金損失仍屬無據。若甲○○解除系爭契約不合法，拜倫公司仍有繼續施作之義務，惟甲○○自105年12月13日寄發解除系爭契約之存證信函後，拒絕讓拜倫公司再行施工。拜倫公司雖未再施工，難認係可歸責於拜倫公司之事由，致未為給付之情形，拜倫公司無庸負給付遲延之責任。甲○○僅能請求賠償至105年12月13日止，已經發生之遲延損害。甲○○起訴請求逾越上開範圍，顯屬無據。

④系爭契約已於105年12月26日因甲○○解除契約之表示到達拜倫公司而消滅，則拜倫公司自是時起不再負有依約施工之義務，自無從繼續發生給付遲延之事實。甲○○僅能請求賠償至105年12月25日止，已經發生之遲延損害。甲○○請求逾越上開範圍，亦屬無據。

⑤甲○○與何○豐解除租賃契約時，並未約定將來系爭工程完工後再行續租，則系爭工程縱如期完工，甲○○究竟作何用途？有無自用之可能？況房屋租賃取決於市場因素，系爭工程完工後，能否順利將房屋出租？租金能否達到每月17萬元？均非無疑。甲○○復提出與訴外人楊○光間，租賃期間

自97年1月1日至98年12月30日，每月租金8萬元之租賃契約書，以及與訴外人陳○賜間，租賃期間自102年8月至103年12月31日，每月租金8萬元之租賃證明書。由此可知，甲○○就系爭工程施工前之房屋，並非持續有出租之事實，縱系爭工程如期完工，甲○○未必能即時出租。且甲○○所提3份租賃契約所約定之每月租金數額相距甚大，益見租金數額之決定，涉及市場景氣及個人談判技巧等因素。甲○○既未證明客觀上其有已定之計劃等事實，則系爭建物將來之出租，不過是甲○○主觀上之期待或臆測而已，難認甲○○因拜倫公司給付遲延，受有所失利益之損害。甲○○請求依每月17萬元計算租金損失，為無理由。

⑥劉○名於105年9月就幼稚園工程配管告一段落後，即回到系爭工地施作配電工程。配電工程結束後，拜倫公司陸續施作下列工程：施作整地、砌磚工程；施作化糞池，並由劉○名配合施作污水管；施作回填整地；製作通往1、2樓之樓梯；綁鋼筋；由劉○名施作落水管。上開工程陸續結束後，方由拜倫公司於105年12月8日向臺中市政府都市發展局申請施工勘驗，準備進行灌漿。由此可知，在甲○○同意暫緩施工期間經過後，拜倫公司隨即施工，並無任何遲延之情形。

⑦系爭契約第3條關於工期分析於第3款約定，建築執照核發後約計120個工作日完成建物建築第1期工程。系爭建造執照係於104年11月25日核發，主管機關並核准自105年1月29日開工。是第1期工程應於105年1月30日起算120工作日即105年7月28日完成；第4款約定，使用執照申請約計30個工作日（以臺中市政府實際作業日計算之）。因拜倫公司尚未為甲○○取得使用執照，依目前申請作業流程，通常需60個工作日，則倘系爭工程進行順利，預估可於105年10月24日取得使用執照。又第2期工程在使用執照取得後75個工作日完工，則本件預估完工日應為106年2月13日。以上工作日，係依據105、106年政府行政機關辦公日曆表計算而來，未考量晴、雨天，故施工期中若遇有下雨時應依工程慣例停工，不

計得入工作日，系爭工程施工期間確有下雨之工作日未予扣除之情形，此部分亦應予扣除，方與工程慣例相符等語，資為抗辯。並答辯聲明：1.原告之訴及假執行之聲請均駁回。2.如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、原審為甲○○一部勝訴、一部敗訴之判決，即判命：拜倫公司應給付甲○○300,333元，及自106年7月7日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並諭知甲○○勝訴部分得假執行，但拜倫公司以300,333元為甲○○供擔保後，得免假執行。另駁回甲○○其餘之訴及假執行之聲請。拜倫公司就其敗訴部分聲明不服，並上訴聲明：1.原判決不利於上訴人部分廢棄。2.上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。甲○○之答辯聲明：上訴駁回。另甲○○就其敗訴部分，提起附帶上訴，其附帶上訴聲明：1.原判決關於駁回附帶上訴人甲○○後開第二項部分及該部分假執行之聲請暨訴訟費用之裁判（除確定部分外）均廢棄。2.上開廢棄部分，附帶被上訴人拜倫公司應再給付附帶上訴人甲○○156萬9,667元，及自106年7月7日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。3.附帶上訴人甲○○願提供擔保，請准宣告假執行。拜倫公司對附帶上訴之答辯聲明：附帶上訴駁回（關於原審判決駁回甲○○請求拜倫公司應返還甲○○所有系爭建造執照正本部分，因甲○○就此部分未為附帶上訴，此部分本院自無庸審酌，併予指明）。

四、不爭執事項：

㈠兩造於104年3月25日簽訂系爭契約。

㈡甲○○於105年12月2日寄發臺中水湳郵局存證號碼000000號信函，拜倫公司於105年12月14日收受。

㈢甲○○於105年12月13日寄發臺中中清路郵局存證號碼000000號信函，拜倫公司於105年12月26日收受。

㈣甲○○於105年12月23日寄發臺中水湳郵局存證號碼000000號信函，拜倫公司於105年12月29日收受。

㈤104中都建字第00000號建造執照，於106年5月11日由起造人

甲○○之妻及子單獨向臺中市政府都市發展局申請變更承造人，嗣於106年5月25日經臺中市政府都市發展局以中市都工字第0000000000號函同意備查。

㈥甲○○已給付拜倫公司之工程款合計為490萬元。

五、本院得心證之理由：

①兩造於104年3月25日簽訂系爭契約，嗣甲○○於105年12月2日寄發臺中水湳郵局存證號碼000000號信函，拜倫公司於105年12月14日收受；甲○○又於105年12月13日寄發臺中中清路郵局存證號碼000000號信函，拜倫公司於105年12月26日收受。甲○○再於105年12月23日寄發臺中水湳郵局存證號碼000000號信函，拜倫公司於105年12月29日收受。104中都建字第00000號建造執照，於106年5月11日由起造人張○珍（甲○○之妻）、張○競（原名張○勛，甲○○之子）單獨依建築法第55條規定，向臺中市政府都市發展局申請變更承造人，嗣於106年5月25日經臺中市政府都市發展局以中市都工字第0000000000號函同意變更。甲○○已給付予拜倫公司之工程款合計為490萬元等情，為兩造所不爭執，並有系爭契約、上開各次存證信函附卷可稽（見原審卷第10至25頁），復經本院依職權向臺中市政府都市發展局調取104府都建字第00000號建造執照資料3冊核對無誤，應堪信實。

②系爭工程是否因可歸責於拜倫公司之事由而遲延完工：

⑴系爭工程之約定完工日期：

甲○○主張：依系爭契約第3條約定，系爭工程應於105年5月6日完成等語，為拜倫公司所否認，並辯稱系爭建造執照係於104年11月25日核發，主管機關核准自105年1月29日開工，第1期工程應於105年7月28日完成，加計使用執照申請流程通常需60個工作日，第2期工程在使用執照取得後75個工作日完工，系爭工程完工日應為106年2月13日等語。經查：

㈠系爭契約第3條（見原審卷第10頁）約定：「工程期限：簽約後於7日內進場施工，第1期工程在210個工作日完工（如

下01-04工期分析），第2期工程在使用執照取得後75個工作日完工。（01）簽約後，約計30個工作日完成設計工程。（02）建築執照申請（送件日起）約計30個工作日（以臺中市政府實際作業日計算之）。（03）建築執照核發後，約計120個工作日完成建物建築第1期工程。（04）使用執照申請（送件日起）約計30個工作日（以臺中市政府實際作業日計算之）。」關於建造執照及使用執照之取得時間長短，既繫諸於主管機關審核作業時間，且系爭契約既已明定「以臺中市政府實際作業日計算之」，則關於系爭工程之約定完工期限，自應加計主管機關審核建築執照及使用執照之作業時間，而非逕依系爭契約第3條所定，以第1期工程210個工作日、第2期工程75個工作日合併計算。

㈡系爭契約第6條第1款至第5款（見原審卷第11頁）約定：「付款方式：（01）簽約後，甲方（即甲○○）支付乙方（即拜倫公司）定金10萬元整。（02）建物設計完成時，申請建築執照前，甲方支付乙方工程款30萬元整。（03）地基基礎、地樑工程施工完成時，甲方支付乙方工程款150萬元整。（04）鋼構鐵材加工完成送至現場時，甲方支付乙方工程款150萬元整。（05）鋼構鐵材組裝施工完成時，甲方支付乙方工程款150萬元整。---」兩造於104年3月25日簽訂系爭契約後，甲○○先後於104年3月25日、4月28日，分別給付拜倫公司定金及工程款10萬元、30萬元，此為兩造所不爭執，堪認拜倫公司於104年4月28日前，即已完成系爭工程設計。又臺中市政府係於104年11月25日始核發系爭工程之建造執照，此有系爭建造執照附卷（見原審卷第109頁）可佐。而甲○○並未主張及舉證證明關於系爭建造執照申請及核發之時程，有何可歸責於拜倫公司之事由致發生遲延之情事，則系爭契約第3條第3款所定第1期工程起算日，即應自系爭建造執照核發日104年11月25日之翌日即同月26日起算。

㈢依系爭契約第3條約定，系爭工程完工日應為系爭建造執照

核發後120個工作日（第1期工程完成）、加計30個工作日（使用執照申請）、再加計75個工作日（第2期工程完成），合計225個工作日，扣除星期六、日及國定假日之休息日後，第1期工程完成日應為105年5月23日、系爭工程完工日則為105年10月20日。拜倫公司至105年12月13日甲○○第2次寄發存證信函為止，尚未完成第1期工程，亦有臺中市政府都市發展局104府都建字第00000號建造執照資料3冊可稽，自屬遲延。

⑵拜倫公司雖辯稱：系爭工程因變更設計，致未能如期完工云云。而證人即系爭工程之水電工程包商劉○名於原審亦證稱：系爭工程會遲延的原因，除水電配管問題外，基礎樑柱也有做過變更等語（見原審卷第100頁）。然系爭工程於105年3月24日即已完成一般基礎配筋，且經監造建築師勘驗合格，此有臺中市政府都市發展局勘驗紀錄表（見原審卷第110頁）可佐，且甲○○亦於105年3月30日即依系爭契約第6條第3款約定，給付地基基礎、地樑工程施工完成之工程款150萬元，可見系爭工程之基礎早於105年3月30日以前即已施作完成，並無拜倫公司或證人劉○名所稱因基礎樑柱變更設計致工程遲延之情事。復經本院核對所調取之104府都建字第00000號建造執照資料3冊，其內並無拜倫公司所辯變更設計之情形，況且，依系爭契約第4條（見原審卷第10頁）約定，系爭工程係採統包方式，由拜倫公司負責設計、施工，倘因拜倫公司設計有誤，致系爭工程需變更設計，因而遲延完工，則其遲延仍屬可歸責於拜倫公司之事由所致。此外，拜倫公司復未能提出其他證據足資證明系爭工程確因變更設計致工程遲延，且變更設計係不可歸責於拜倫公司之事由所致之事實，則拜倫公司此部分抗辯，自不可採。

⑶拜倫公司另辯稱：甲○○曾同意延長施工期限云云。惟為甲○○所否認，雖證人劉○名於原審證稱：「（工程部分有無遲延狀況？）當初是在太平幼稚園的工地在趕工，也是我和被告（指拜倫公司）配合的工程，因為幼稚園有招生期限，

所以要配合幼稚園的工程，要申請證照，原告（指甲○○）也會跑去太平幼稚園的工程，希望工程告一段落趕快回來幫他做。」「（原告何時答應可以延緩工程？）在太平幼稚園工地，我在那邊碰到他大約4、5次，當時被告訴代古先生也在，木作是另外1位古先生也有在，時間點大約是在105年5、6月份。」「（你是否還記得當時所謂的答應，其具體對話內容？）當時原告去那邊，他應該也瞭解幼稚園進度，有用要求的口吻說，這邊盡量快弄好，趕緊去那邊做。」等語（見原審卷第99、100頁），可見劉○名因施作拜倫公司另行承攬之幼稚園工程，致無法施作系爭工程時，甲○○曾多次前往該幼稚園工地，催促拜倫公司及劉○名儘速施作系爭工程。倘若甲○○確有同意拜倫公司延長系爭工程之施工期間，當無一再前往幼稚園工地催促拜倫公司及劉○名之必要。此外，拜倫公司為一專業之營造廠商，對於工程期間是否有延展工期之理由；及因延展工期所能獲得之利益，必知之甚詳，若甲○○有任何同意展延工期之意思表示，衡情拜倫公司必會予以保存及註記，今拜倫公司既未能提出其他證據資以證明甲○○確有同意拜倫公司延長施工期間之事實，則拜倫公司此部分抗辯，當無足採。

⑷綜上，系爭工程自105年10月21日起即因可歸責於拜倫公司之事由而遲延，堪以認定。

③甲○○於105年12月13日以存證信函對被告所為解除系爭契約之意思表示是否發生解除契約之效力：

⑴按（第1項）因可歸責於承攬人之事由，致工作逾約定期限始完成，或未定期限而逾相當時期始完成者，定作人得請求減少報酬或請求賠償因遲延而生之損害。（第2項）前項情形，如以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者，定作人得解除契約，並得請求賠償因不履行而生之損害。民法第502條固有明文。惟按承攬契約，在工作未完成前，依民法第511條之規定，定作人固得隨時終止契約，但除有民法第494條、第502條第2項、第503條所定情形或契約另有特別訂

定外，倘許定作人依一般債務遲延之法則解除契約，則承攬人已耗費勞力、時間與鉅額資金，無法求償，對承攬人甚為不利，且非衡平之道。關於可歸責於承攬人之事由，致工作不能於約定期限完成者，除以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者外，依民法第502條第2項之反面解釋，定作人不得解除契約。一般情形，期限本非契約要素，故定作人得解除契約者，限於客觀性質上為期限利益行為，且經當事人約定承攬人須於特定期限完成或交付者，始有適用（最高法院89年度台上字第2506號判決意旨參照）。次按民法第502條第1項有關承攬人不能於約定期限完成工作，定作人僅得請求減少報酬，而不得解除契約之規定，係同法第254條一般契約解除之特別規定。是承攬之工作因可歸責於承攬人之事由，致不能於約定期限完成，或未定期限經過相當時期而未完成時，除有同條第2項規定以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者外，定作人即應受民法第502條第1項規定之限制而不得任意解除契約，初無再適用同法第254條規定之餘地（最高法院87年度台上字第1779號判決意旨參照）。末按承攬之性質，除勞務之給付外，另有完成一定工作之要件。工作之完成可能價值不菲，或須承攬人之特殊技術、耗費勞力與鉅額資金始能完成。是繼續性質之承攬契約，一經承攬人履行，若解除契約使其自始歸於消滅，將使法律關係趨於複雜，故僅得終止契約，使契約嗣後失其效力，始符公平原則。

⑵甲○○於105年12月13日寄發臺中中清路郵局存證號碼000000號信函，對拜倫公司所為解除系爭契約之意思表示，經拜倫公司於105年12月26日收受，此有存證信函（見原審卷第19至23頁）為證，且為兩造所不爭執，堪信屬實。

⑶系爭契約第3條雖約定：「工程期限：簽約後於7日內進場施工，第1期工程在210個工作日完工（如下01-04工期分析），第2期工程在使用執照取得後75個工作日完工。」然系爭工程係一般之店舖新建工程，依其性質，並無非於約定

之期限內完成，不能達其契約之目的，或遲延完成，對於定作人已無利益之情形，依照前揭說明，即與民法第502條第2項所定「以工作於特定期限完成或交付為契約之要素」之要件不符。縱使拜倫公司於105年10月20日系爭契約約定完工日，仍未完成系爭工程，甲○○亦僅得依民法第502條第1項規定，請求甲○○減少報酬或賠償因遲延而生之損害，而無依民法第502條第2項、第254條規定，解除系爭契約之權。因此，甲○○於105年12月13日以存證信函對拜倫公司所為解除系爭契約之意思表示，不生解除契約之效力。

⑷按定作人行使法定解除權與任意終止承攬契約，雖均足使契約消滅，惟契約當事人因而所負之責任顯有不同；如定作人行使法定解除權不合於法律規定，應僅不生契約解除之效果，無從逕轉換為同法第511條所稱之定作人終止承攬契約之意思表示，自不涉及民法第112條規定之適用（最高法院95年度台上字第2588號判決意旨參照）。又契約合意終止，係契約雙方當事人，依合意訂立契約，使原有契約之效力向後歸於無效，亦即以第二次之契約終止原有之契約（第一次之契約）。依契約自由原則，契約之雙方當事人雖得再訂契約，使原屬有效之契約向將來歸於無效，惟其成立要件仍應依民法第153條之規定定之。而依該條規定，當事人對於契約必要之點必須意思一致，契約始能立。已開始履行之承攬契約或其他類似之繼續性契約一經合法成立，倘於中途發生當事人給付遲延或給付不能時，民法雖無明文得為終止契約之規定，但為使過去之給付保持效力，避免法律關係趨於複雜，應類推適用民法第254條至第256條之規定，許其終止將來之契約關係，依同法第263條準用第258條規定，向他方當事人以意思表示為之（最高法院100年度台上字第1161號判決意旨參見）。查，甲○○於105年12月13日存證信函既明確表示係「以本函作為解除上開工程合約之意思表示」，而無任何終止契約之文字及意思表示，依照前揭說明，雖因不合於法律規定，致不生解除契約之效力，然兩造既無終止契

約必要之點之意思表示合致，當亦不因而發生終止系爭契約之效力。

⑸承上，甲○○於105年12月13日以存證信函對拜倫公司所為解除系爭契約之意思表示，不生解除契約或終止契約之效力，業如前述。則兩造間系爭契約之效力既仍存在，即無民法第259條規定之適用。甲○○自不得要求拜倫公司返還系爭建造執照正本。

④甲○○得否請求拜倫公司賠償自105年5月6日起至同年12月13日止因遲延完工所生之損害：

甲○○主張：依系爭契約約定，系爭工程應於105年5月6日完成，給付遲延應自105年5月6日起算，至甲○○105年12月13日寄發存證信函解除契約止，共計7個月，系爭房地如出租他人每月應有17萬元之租金所得，甲○○因拜倫公司遲延而受有119萬元之損害，爰依民法第231條第1項、第260條、第503條之法律規定，請求拜倫公司負損害賠償責任等語。

經查：

⑴系爭工程之約定完工日為105年10月20日，並自105年10月21日起因可歸責於拜倫公司之事由而遲延，業如前述，是甲○○主張系爭工程應於105年5月6日完成，並自105年5月6日起算遲延乙節，並不可採。

⑵按因可歸責於承攬人之事由，致工作逾約定期限始完成，或未定期限而逾相當時期始完成者，定作人得請求減少報酬或請求賠償因遲延而生之損害，民法第502條第1項定有明文。系爭工程自105年10月21日起既因可歸責於拜倫公司之事由而遲延，甲○○自得請求拜倫公司賠償自105年10月21日起至同年12月13日止因遲延而生之損害。

⑶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。該條規定之所失利益，乃指一般可得預期利益之損害，並不以取得利益之絕對的確實為必

要，凡按外部情事，足認已有取得利益之可能，因責任原因事實之發生，致不能取得者，即為所失之利益（最高法院89年度台上字第1274號、106年度台上字第424號判決意旨參照）。甲○○在系爭土地上原建有鐵皮屋，自97年1月1日起至98年12月30日止，以每月租金8萬元，出租作為基督教會聚會活動使用；自102年8月起至103年12月31日止，以每月租金8萬元，出租作為接待會館使用；另於104年1月16日與何○豐簽訂房屋租賃契約書，約定每月租金17萬元，出租予何○豐作為營業使用，租賃期間自104年3月25日起至112年3月24日止，嗣因甲○○擬將鐵皮屋拆除委由拜倫公司施作系爭工程，而與何○豐於104年2月5日合意解除上開租約；此有房屋租賃契約書、證明書、經民間公證人公證之房屋租賃契約書及解除租賃契約書（見原審卷第83至97頁）可佐。可見甲○○確實長期出租系爭土地及其上建物，而獲有租金收入，則甲○○主張其因拜倫公司遲延完成系爭工程，而無法出租系爭房地，致受有相當於租金收入之損害，即屬有據。又甲○○於104年1月16日以每月租金17萬元，將改建前系爭土地及其上之鐵皮屋出租予何○豐作為營業使用，業如前述，系爭工程完成後，原有鐵皮屋既經改建為全新之系爭建物，甲○○每月可獲得之租金應不少於原有鐵皮屋之租金。再參以系爭0000-0地號土地之面積為243.71平方公尺、公告土地現值為104,251元/平方公尺，系爭0000-0地號土地之面積為130.66平方公尺、公告土地現值為107,000元/平方公尺，此有土地登記謄本（見原審卷第187、188頁）為證，系爭2筆土地之公告土地現值合計達39,387,631元（104,251元/平方公尺x243.71平方公尺＋107,000元/平方公尺x130.66平方公尺＝39,387,631元；元以下四捨五入，下同），再加計兩造約定興建系爭建物之總工程款為760萬元（見原審卷第10頁），合計系爭房地之總價值應逾46,987,631元，則甲○○主張其所失之利益應以每月可獲得之租金17萬元計算等語，尚屬合理，應為可採。

⑷綜上，甲○○得請求拜倫公司賠償因遲延完工所生之損害為300,333元（17萬元x1又23/30＝300,333元）；逾此範圍之請求，即屬無據。

⑤甲○○得否請求拜倫公司賠償自105年12月14日起至106年5月25日止因拒不返還系爭建造執照正本所生之損害：

甲○○主張：拜倫公司於伊解除系爭契約後，未將系爭建造執照正本返還予伊，致伊遲遲未能重為開工，且伊屢次向拜倫公司追討，皆未置理，致系爭工程持續延宕，遲至106年5月25日臺中市政府都市發展局發函同意變更建照始能繼續動工。拜倫公司拒不返還系爭建造執照正本，致伊自105年12月14日起至106年5月25日止，共計5個月，因未能重為發包而受有85萬元之損害，爰依民法第184條第1項、第260條之法律規定，請求拜倫公司負損害賠償責任等語。然甲○○係因系爭契約之法律關係，而將系爭建造執照正本交付予拜倫公司持有，此為甲○○所不爭執（見原審卷第181頁）。而甲○○於105年12月13日以存證信函對拜倫公司所為解除系爭契約之意思表示，不生解除契約或終止契約之效力，兩造間系爭契約之效力依然存在，已如前述，則拜倫公司依系爭契約之法律關係，繼續持有系爭建造執照正本，自無不法侵害甲○○之權利。況甲○○及系爭建造執照之起造人何時向臺中市政府都市發展局聲請變更建照，本有渠等自身之考量，且主動權亦僅存在甲○○一方，非拜倫公司所得預見，自不可將由甲○○一方決定何時聲請變更系爭建造執照之時間不利益，逕歸屬於拜倫公司。故甲○○依民法第184條第1項侵權行為之規定，請求拜倫公司賠償85萬元，即屬無據。

⑥至上訴人另抗辯：系爭工程施工期間，若遇有下雨時應依工程慣例停工，不計得入工作日，系爭工程施工期間確有下雨之工作日未予扣除之情形，此部分亦應予扣除，方與工程慣例相符云云，為甲○○所否認。查，依兩造所簽系爭契約內容觀之，系爭契約就此均無何約定，有系爭契約在卷可參（見原審卷第10至13頁），且拜倫公司於本件訴訟中亦未提

出有向甲○○申請因下雨展延工期之證據（見本院卷第232頁），雖拜倫公司有提出2015至2016年臺中氣象站逐日雨量資料（見本院卷第59至73頁），然因無法證明施工地點正確之下雨量，拜倫公司嗣又提出2015年西屯氣象站之逐日氣象資料（見本院卷第113頁），惟仍無法明確顯示下雨之時間是否為即施工上班及上班前之時間？施工地點是否有下雨？所下雨量如何？均無法為證明，衡以拜倫公司既為專業之營造廠商，對於下雨可展延工期一事必知之甚詳，從而拜倫公司於系爭工程施工期間果若有因下雨致無法施工，衡情必會通知甲○○以展延工期，反之拜倫公司若未通知甲○○有因下雨而需停工，則是否因下雨停工純屬拜倫公司之專業判斷，本件拜倫公司既未能舉證天候已達可停工之情況，復未能證明施工期間曾通知甲○○有因下雨停工而需展延工期，是拜倫公司此部分之抗辯，自無足採。另拜倫公司請求將本件送請行政院公共工程委員會鑑定，鑑定系爭工程是否有因下雨致無法施工而需展延工期之情形，本院認依上開說明既已足以為判斷，要無再送請行政院公共工程委員會鑑定之必要。附此敘明。

六、綜上所述，甲○○依系爭契約及民法第502條第1項之規定，主張因可歸責於拜倫公司之事由，遲延完工，請求拜倫公司賠償因遲延而生之損害300,333元，及自起訴狀繕本送達之翌日即106年7月7日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息部分，為有理由，應予准許，逾此部分之請求，為無理由，不應准許。原審就上開不應准許部分，駁回甲○○之請求（即駁回1,569,667元本息）及假執行之聲請，及就上開應准許部分（即判命拜倫公司應給付300,333元本息），為拜倫公司敗訴之判決，並為供擔保得、免假執行之諭知，均無不合。拜倫公司、甲○○（不含未上訴之請求返還系爭建造執照正本部分）就其敗訴部分分別提起上訴及附帶上訴，均指摘原判決各該不利己之部分不當，求予廢棄改判，為無理由，兩造之上訴及附帶上訴均應駁回。

七、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。

八、據上論結，本件上訴及附帶上訴，均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　15　　日

工程法庭　審判長法　官　黃玉清

法　官　葛永輝

法　官　許旭聖

正本係照原本作成。

被上訴人即附帶上訴人得上訴；上訴人即附帶被上訴人不得上訴。

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）。因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

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。

如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　陳麗玉

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　15　　日