

臺灣臺南地方法院民事判決

110年度建字第71號

原告 李榮宗

訴訟代理人 李耿誠律師

複代理人 黃勃樑律師

被告 神斧工程有限公司

法定代理人 李文祥

被告 福恩營造有限公司

兼法定代理

人 吳慧君

上列當事人間請求給付違約金等事件，本院於民國113年2月27日
言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告神斧工程有限公司應給付原告新臺幣96萬6,160元，及自民國112年12月26日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

第1項如強制執行無效果時，由被告福恩營造有限公司給付。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告神斧工程有限公司、福恩營造有限公司負擔百分之60，餘由原告負擔。

本判決原告勝訴部分於原告以新臺幣32萬2,053元供擔保後，得假執行。但被告神斧工程有限公司、福恩營造有限公司如以新臺幣96萬6,160元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，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255條第1項第3款定有明文。本件原告起訴時原先位訴之聲明為：(一)被告神斧工程有限公司(下稱神斧公司)應給付新臺幣(下同)153萬9,469元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。(二)第1項如強制執行無效果時，由被告吳慧君給付之。原備位訴之聲明為：(一)被告神斧公司應給付153萬9,469元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。(二)第1項如強制執行無效果時，由被告福恩營造有限公司(下稱福恩公司)給付之。嗣於民國113年1月2號具狀變更先位訴之聲明為：(一)被告神斧公司應給付161萬4,469元，及其中153萬9,469元自起訴狀繕本送達翌日起，其中7萬5,000元自民事準備(二)狀繕本送達翌日即112年11月21日起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。(二)第1項如強制執行無效果時，由被告福恩公司給付之；備位訴之聲明變更為：(一)被告神斧公司應給付161萬4,469元，及其中153萬9,469元自起訴狀繕本送達翌日起，其中7萬5,000元自民事準備(二)狀繕本送達翌日即112年11月21日起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。(二)第1項如強制執行無效果時，由被告吳慧君給付之。經核係屬擴張應受判決之事項，符合前開法條規定之情形，應予准許。

二、原告起訴主張

(一)原告於108年10月24日將位在臺南市○○區○○段0000地號土地上之農舍新建工程(下稱系爭工程)委由被告神斧公司承攬施作，被告福恩公司擔任保證人(被告吳慧君為福恩公司之負責人)，並簽立工程契約書(下稱系爭契約)，工程總價520萬元，並約定開工日期為108年11月3日，為期120個工作天即應於109年7月13日前完工，如未於期限內完成工程，每逾期1日應按日給付工程總價千分之1計算遲延違約金，違約金總額以契約總額百分之10為限，原告已陸續預先支付工程款合計312萬元與被告神斧公司。詎被告神斧公司因可歸責

於己之因素無法遵期完工，於109年8月24日自願無條件放棄系爭工程承攬權，由原告自行接續施作工程，兩造遂於109年8月24日終止系爭契約。

(二)被告神斧公司未如期完工，應返還原告溢領工程款、原告代墊板模工資費用，及原告另找廠商施作系爭工程剩餘部分費用，並因被告神斧公司債務不履行致有鑑定系爭工程必要之鑑定費用。為此，爰依系爭契約第10條第1款、第13條第3款約定、民法第179條、第226條規定，請求被告神斧公司給付違約金52萬元【計算式：520萬元 $\times$ 10%=52萬元】、溢領工程款26萬元【計算式：312萬元(原告已給付工程款)－286萬元(原約定施作至2樓所需工程款)=26萬元】、原告代墊板模工資費用7萬8,300元、委由第三人繼續施作支出費用68萬1,169元、鑑定費用7萬5,000元，合計161萬4,469元。又被被告福恩公司擔任系爭工程之保證人，須負保證責任，倘被告福恩公司不得為保證人，其負責人即被告吳慧君依公司法第16條規定應負保證責任，並於強制執行被告神斧公司財產無效果時，由被告福恩公司或吳慧君給付等語。

(三)並聲明：

1. 先位聲明：

(1)被告神斧公司應給付161萬4,469元，及其中153萬9,469元自起訴狀繕本送達翌日起，其中7萬5,000元自民事準備(二)狀繕本送達翌日即112年11月21日起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

(2)第1項如強制執行無效果時，由被告福恩公司給付之。

(3)願提供擔保，請准宣告假執行。

2. 備位聲明：

(1)被告神斧公司應給付161萬4,469元，及其中153萬9,469元自起訴狀繕本送達翌日起，其中7萬5,000元自民事準備(二)狀繕本送達翌日即112年11月21日起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

(2)第1項如強制執行無效果時，由被告吳慧君給付之。

01 (3)願提供擔保，請准宣告假執行。

02 三、被告方面：

03 (一)被告神斧公司則以：

04 1. 系爭工程於108年11月3日開工，工期120個工作天，非日曆
05 天，且開工後發現土地建築線有問題，原告申請鑑界，鑑界
06 花費約1個月的時間，該期間應不能計入系爭工程之工作
07 天。又因被告對於該地區不熟悉，不清楚牛墟市集的日期，
08 及有牛墟市集就必須停工之問題，且施工期間遇雨期嚴重延
09 宕系爭工程，如有問題必須討論、修改圖說、修改合約，方
10 能繼續施作，契約修訂期間亦不能納入工作天範圍。此外，
11 系爭工程被告雖已請領312萬元，惟當時承接系爭工程是以
12 低於物價行情承接，該年物價不斷上漲，造成系爭工程支出
13 的金錢已經超出預期，且實際施工內容與系爭契約有差異，
14 修改施工內容兩造僅是口頭協議而未再另簽立合約，故無原
15 告主張溢領之情形。另神斧公司之法定代理人即李文祥與被
16 告吳慧君為夫妻關係，李文祥未經被告吳慧君同意即以被告
17 福恩公司擔任系爭工程之保證人，實際上被告福恩公司、吳
18 慧君並不知情等語，資為抗辯。

19 2. 並聲明：

20 (1)原告先位之訴、備位之訴及其假執行之聲請均駁回。

21 (2)如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

22 (二)被告福恩公司、吳慧君則以：

23 1. 被告吳慧君不知李文祥拿被告福恩公司印章去簽訂系爭契
24 約擔任系爭工程保證人，直到訴訟方知此事，就系爭工程擔
25 任保證人一事於訴訟前並不知情等語，資為抗辯。

26 2. 並聲明：

27 (1)原告先位之訴、備位之訴及其假執行之聲請均駁回。

28 (2)如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

29 四、兩造不爭執事項：

30 (一)被告神斧公司承攬系爭工程，兩造並於108年10月24日簽訂
31 系爭契約，約定工程總價520萬元，開工日期為108年11月3

01 日，為期120個工作天，系爭契約之承攬擔保人欄記載「福
02 恩營造有限公司、負責人吳慧君」，並蓋有該公司大小章印
03 文。其餘契約內容詳如原證1即本院110年度補字第952號卷
04 (下稱補字卷)第27至39頁所示。

05 (二)被告神斧公司法定代理人為訴外人李文祥，被告福恩公司法
06 定代理人為被告吳慧君，李文祥與被告吳慧君為夫妻關係。

07 (三)系爭契約第10條約定：「乙方（即本件被告神斧公司，下
08 同）負責事項應依下列規定辦理：1. 乙方應依本契約書、所
09 附圖說文件及估價單施工，其有違反致甲方（即本件原告，
10 下同）或其他第三人任何損害，乙方應負賠償責任。…」等
11 語。

12 (四)系爭契約第13條約定「甲乙雙方違約之處理應依下列規定辦
13 理：1. 乙方違約之處理：乙方如未於開工日起算20日曆天
14 （誤載，應為120日）內完成工程者，或無故不履行合約，
15 視同違約。甲方可向乙方追討訂金，並終止契約，乙方不得
16 異議。但因甲方之因素或不可歸責於乙方之事由而遲延者，
17 不在此限。2. 甲方違約之處理：甲方未依約定付款時，經乙
18 方書面定相當期間催告履行，仍不履行付款者，甲方應個別
19 按日以工程總價，每逾期1日，課以工程總價千分之1之遲延
20 違約金予乙方，違約金總額以本契約總價百分之10為限。3.
21 乙方未依規定在預定完工日前完成工程，經甲方催告仍無法
22 履行，乙方應個別按日以工程總價，每逾期1日，課以工程
23 總價千分之1之延遲違約金予甲方，違約金以契約總價10%為
24 上限。」等語。

25 (五)原告自108年10月24日起至109年7月2日止，已匯系爭工程款
26 312萬元與被告神斧公司。

27 (六)被告神斧公司至109年8月24日未完成2樓結構施工，原告委
28 由第三人進場施作至2樓結構完成，共花費68萬1,169元。

29 (七)原告於109年8月22日為被告神斧公司代墊板模工資費用共計
30 7萬8,300元，嗣因被告神斧公司無法繼續依約履行，原告與
31 被告神斧公司法定代理人李文祥於109年8月24日簽立書面

(下稱系爭書面)，表示：「…故從109/08/24起，至申請使用執照通過期間，改由甲方（即本件原告）主導處理…」等語，其餘書面內容詳如原證3即補字卷第61頁所示。原告與被告神斧公司合意於109年8月24日終止系爭契約，終止時系爭工程進行之狀況如原證5即補字卷第65、67頁照片所示。

(八)原告於起訴前已就系爭工程結算部分委由臺南市土木技師公會進行鑑定，並繳納鑑定費用7萬5,000元。

(九)被告福恩公司資本額為1,200萬元，公司章程第18條規定：「本公司就業務上之需要得為對外保證及轉投資其他事業，轉投資總額得超過本公司資本總額百分之40。」。

五、本院得心證之理由：

(一)查原告與神斧公司於108年10月24日簽訂系爭契約，被告神斧公司負責承攬系爭工程，約定工程總價520萬元，開工日期為108年11月3日，為期120個工作天，系爭契約之承攬擔保人欄並記載「福恩營造有限公司、負責人吳慧君」，及蓋印該公司大小章印文；原告自108年10月24日起至109年7月2日止，已匯工程款合計312萬元與被告神斧公司等情，有系爭契約、郵政銀行匯款申請書、京城銀行匯款委託書及善化區農會匯款回條(補字卷第27至39頁、第51至59頁)在卷可稽，亦為原告與神斧公司所不爭執(被告福恩公司、吳慧君否認擔任系爭工程保證人部分，詳後述)，則被告承攬系爭工程施作，約定工程總價520萬元，工程期120個工作天，已於108年11月3日開工，並收訖原告給付合計312萬元工程款之事實，即堪無訛。

(二)次查，系爭契約第4條有關工程期限約定：「開工日期108年11月3日，預定完工日期：108年 月 日前(120工作天)，如有變更設計、增加項目或甲方因其他應配合工程以致影響時，完工日期應由雙方另行協商定之。倘因不可抗力之事變，或其他不可歸責於乙方之事故，致工程進行受影響時應經雙方會同至現場查驗屬實後，按照不能工作之實際日數核算延長工作期限。」，此有系爭契約(補字卷第29頁)在卷可

01 稽，依此可知，系爭工程於108年11月3日開工，工程期為12
02 0個工作天，如開工後有變更設計、增加項目或須配合其他
03 工程進行，致被告無法按時施工，或因不可抗力之事變(例
04 如天災等原因)，或不可歸責於被告神斧公司之事故發生，
05 致工程受影響並至現場查驗屬實後，因上開因素影響而不能
06 工作之天數，即不得計入而應延長工作期限。基此，原告與
07 被告神斧公司簽立系爭契約後，被告應按契約履行，如有上
08 開約定可延長工作期限之情形，依民事訴訟法第277條：
09 「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責
10 任。」規定，自應由被告神斧公司就其抗辯有利於己之事
11 實，負舉證之責。雖被告神斧公司就其無法按期完工乙節，
12 抗辯：開工後發現土地建築線有問題，原告申請鑑界，鑑界
13 花費約1個月的時間，及其對於該地區不熟悉，不清楚牛墟
14 市集的日期，有牛墟市集就必須停工之問題，且施工期間遇
15 雨期嚴重延宕系爭工程，並有修改圖說等情形，故上開因素
16 致無法工作之期間，不得納入工作天範圍云云。惟原告否認
17 有被告上開所辯之情，且牛墟市集期間為何時、為何有牛墟
18 市集即必須停工，及修改何一工程項目等情形，被告神斧公
19 司均僅片面辯解，並未提出任何說明或證據以證其實；另觀
20 諸被告神斧公司與原告簽立之系爭書面，其上亦僅記載：
21 「…但乙方聲稱被他人倒帳、資金周轉不靈，致甲方工程款
22 挪至它用，以致甲方工程無法依合約進度階段完成…」等語
23 (補字卷第61頁)，對於遲延工程之原因，並無一語言及被告
24 神斧公司上開所辯之情，尚無從認定有何符合前揭約定之事
25 由而得延長工作期限之情形發生。從而，依上開約定之工程
26 期120個工作天予以計算，系爭工程於108年11月3日開工，
27 不計入星期六、日或國定假日等日期，原告主張應於109年7
28 月13日前完工乙節，應符合前揭約定之工程期限，惟被告神
29 斧公司因可歸責於己之事由，無法繼續依約履行，與原告於
30 109年8月24日簽立系爭書面，表示系爭工程自109年8月24日
31 起由原告主導處理，並同意系爭工程於該日終止，且系爭工

程於契約終止時，依原告提出照片所示(補字卷第65、67頁)，僅約完成2樓初步結構體，板模、鷹架等均未拆除，顯然並未完工等情，此均為被告神斧公司所是認(參兩造不爭執事項(七))，則原告主張被告神斧公司未依系爭契約約定於工程期限內完工一事，即堪採認。

(三)被告未依系爭契約約定於工程期限內完工，原告請求被告給付違約金52萬元、溢領工程款26萬元、完成2樓結構體工程款18萬6,160元，為有理由，逾此金額之主張，則屬無據：

1. 原告請求被告神斧公司給付違約金部分：

查系爭契約第13條第3款約定：「乙方未依規定在預定完工日前完成工程，經甲方催告仍無法履行，乙方應個別按日以工程總價，每逾期1日，課以工程總價千分之1之延遲違約金予甲方，違約金以契約總價10%為上限。」等語明確(補字卷第33頁)，該約定亦為被告神斧公司所不爭執，則被告神斧公司於109年8月24日因無法繼續依約履行而與原告簽立系爭書面，並表示系爭契約於該日終止，應已無履約完工之可能，原告依上開約定，以工程總價520萬元之百分之10計算，請求被告神斧公司給付違約金52萬元，即屬有憑，應予准許。

2. 原告請求被告神斧公司給付溢領工程款部分：

(1)按鑑定為調查證據方法之一種，當事人因裁判上確定事實所需之證據資料而行鑑定時，參照民事訴訟法第376條之1第1項、第326條第2項前段及第270條之1第1項第3款、第3項之規定，得於起訴前或訴訟進行中，就鑑定人、鑑定範圍、鑑定方法等事項加以合意；此種調查證據方法所定之證據契約，兼有程序法與實體法之雙重效力，具紛爭自主解決之特性及簡化紛爭處理程序之功能。倘其內容無礙於公益，且非屬法院依職權應調查之事項，及不侵害法官對證據評價之自由心證下，並在當事人原有自由處分之權限內，基於私法上契約自由及訴訟法上辯論主義與處分權主義之原則，自應承認其效力，以尊重當事人本於權利主體與程序主體地位合意

01 選擇追求訴訟經濟之程序利益(最高法院102年度台上字第24
02 6號判決意旨參照)。

03 (2)查被告神斧公司承攬系爭工程後，因無法繼續依約履行而與
04 原告於109年8月24日簽立系爭書面，並表示系爭契約於該日
05 終止，且於終止契約時，系爭工程僅約完成2樓初步結構
06 體，板模、鷹架等均未拆除等情，已如前述，且系爭書面內
07 容記載：「…由於甲方使用執照申請期限至109/9月底，離
08 今日只剩約1個月時間，尚有多處未施作…」一語明確，可
09 見系爭工程因被告神斧公司延宕而終止契約時，仍有大部分
10 工程未施作，原告於終止系爭契約、接手後續工程後，為求
11 即時釐清被告神斧公司已施作工程進度之工程價額，及解決
12 後續建築執照即將屆期展延之問題，於起訴前先行委託臺南
13 市土木技師公會鑑定系爭工程至109年8月已施作完成項目，
14 依工程契約金額計算合理工程款為何等事項，應為日後提起
15 本件訴訟確定事實之所需，且被告神斧公司於本件訴訟言詞
16 辯論期日，亦自承「我當時有贊成他們去找第三方鑑定，因
17 為可以證明我沒有溢領款項。」一語明確(本院卷第138
18 頁)，可得推認原告委託臺南市土木技師公會鑑定時，被告
19 神斧公司應有同意之意思表示；又臺南市土木技師公會係委
20 派具有工程專業之技師至現場會勘，綜合現場會勘情形、設
21 計圖說、合約書、照片、建築技術規則、結構技師公會全國
22 聯合會鋼筋混凝土結構參考圖及營建物價等資料，就本件訴
23 訟涉及系爭工程於109年8月24日終止時，被告神斧公司已施
24 作程度之工程價額進行鑑定，應具有專業性，並有簡化紛爭
25 處理程序之功能存在，揆諸前揭說明，於不侵害法官對證據
26 評價之自由心證，及不違反辯論主義原則等情形下，原告委
27 託臺南市土木技師鑑定之結果，應認有其效力，並得採為本
28 件訴訟判斷之參考。

29 (3)次查，原告委託臺南市土木技師公會就系爭工程至109年8月
30 已施作完成項目(完成主建物1樓、部分2樓及圍牆粗胚)，依
31 工程契約金額計算之合理工程款、286萬元是否可完成2樓主

建物及200萬元可否完成後續多項工程等事項進行鑑定，經臺南市土木技師公會派員鑑定後，於112年12月26日以(112)南土技字第3224號函檢附鑑定報告書(下稱系爭鑑定報告書)到院，鑑定結果為：「(一)本案總樓地板面積約為63.23坪(=209.01m²*0.3025，詳附件九-1)，合約金額為520萬元…(二)依據申請人提供之設計圖說(詳附件十)計算所需之鋼筋、混凝土、模板、土方工程及施工架等數量，再依計算申請單位提供之施工照片…，計算神斧工程公司已完成之鋼筋、混凝土、模板、土方工程及施工架等數量，區分為『結構體已施作項目』及『結構體未施作項目』，其中，#3-#5鋼筋損耗：5%，#6-#8鋼筋損耗：8%，混凝土損耗：5%，模板不計損耗。…(數量計算)(三)依2019營建物價(詳附件十二)或當時市價，計算『結構體已施作項目』及『結構體未施作項目』之金額，計算表如下：1. 結構體已施作項目及金額(依2019營建物價或當時市價計算)…3,535,991元(未稅)。2. 結構體未施作項目及金額(依2019營建物價或當時市價計算)…589,544元(未稅)。(四)『結構體已施作項目』占『結構體需施作項目』比例為(3,535,991/(3,535,991+589,544))*100%=85.7%。(五)因契約書除搭接螺栓、馬桶、洗臉盆、蓮蓬頭、淋浴拉門、門窗及隔柵有數量外，鋼筋、模板、混凝土、土方工程、施工架等結構體工程及其餘項目之數量均為1式。故僅能依一般工程慣例，結構體工程金額約為整體工程金額之60%，本案契約金額為520萬元，結構體完成(即完成2樓主建物)之工程金額約為5,200,000*60%=312萬。本案至109年8月已施作完成項目(完成1樓多及圍牆粗胚)，依工程契約金額計算之合理工程款為5,200,000*60%*85.7%=2,673,840元(未含稅)。(六)合約金額與設計圖說之坪數換算每坪之造價約為520萬/63.23坪=8.22萬/坪，依當時市場行情，屬偏低，200萬元無法完成後續依合約項目需完成之工程。」等語綦詳(參外放系爭鑑定報告書第2至5頁)，足徵系爭工程於109年8月24日終止時，依系爭契約工程總價計算被告神斧公司已施

01 作完成項目工程之合理工程款為267萬3,840元，被告亦未就
02 上開鑑定結果，提出書狀予以爭執。基此，因原告於簽立系
03 爭契約後，已陸續匯款合計312萬元與被告神斧公司，有卷
04 附匯款申請書、匯款委託書可稽(補字卷第51至59頁)，此亦
05 為被告神斧公司所是認(參兩造不爭執事項(五))，依此扣減上
06 開鑑定結果後被告神斧公司溢領之金額為44萬6,160元【計
07 算式：312萬元-267萬3,840元=44萬6,160元】，原告以匯款
08 金額312萬元與被告神斧公司約定完成2樓主建物工程金額28
09 6萬元相減後之金額26萬元【計算式：312萬元-286萬元=26
10 萬元】予以計算，依民法第179條之規定請求被告神斧公司
11 給付26萬元，未逾上開計算(44萬6,160元)之結果，應屬有
12 據。

13 3. 原告請求被告神斧公司給付代墊板模工資費用，及委由第三
14 人繼續施作至2樓結構體完成支出費用部分：

15 (1)原告固主張其為被告神斧公司代墊板模工資7萬8,300元，及
16 委由第三人進場施作至2樓結構完成，共花費68萬1,169元，
17 並提出維修派工單、請(繳)款通知單、存入憑證(證明聯)、
18 請款明細表、國泰世華銀行存摺封面、匯款申請書等為證
19 (補字卷第71至115頁)。惟查，原告請求代墊板模工資7萬8,
20 300元部分，依起訴狀所載係援引原證6之證據資料(參起訴
21 狀第6頁)，而原證6係其委由第三人進場施作至2樓結構所花
22 費之全部金額，並未指明原證6中何一項目金額為代墊板模
23 工資部分，則依原告上開援引之證據資料及請求之項目、內
24 容觀之，原告所稱代墊板模工資7萬8,300元部分，應含括於
25 其主張委由第三人進場施作至2樓結構完成所花費之金額範
26 圍內，故該代墊板模工資尚不得另行計算而應併入原告請求
27 之68萬1,169元範圍內予以斟酌。

28 (2)查系爭契約既於109年8月24日終止，原告與被告神斧公司就
29 系爭工程，即不再互負承攬契約關係終止後之權利、義務，
30 亦即原告於終止契約後再委由第三人承攬系爭工程尚未完成
31 部分所花費之金額，除非被告神斧公司另有約定同意給付或

負責，否則此源於系爭契約終止後所生之費用，原告自不得向被告神斧公司請求。又上開認定之溢領工程款，係指被告神斧公司領取之工程款，逾已施作工程可得領取之金額，該超過部分之金額非屬系爭契約可請領之報酬範圍內，故被告神斧公司溢領之工程款可視為無法律原因而受有利益，得依不當得利法律關係請求返還，然原告於終止契約後另行委由第三人承攬尚未完成至2樓結構體所生之費用，乃其自行委託施作，被告神斧公司並未因此而受有利益，並不符合不當得利之要件，此情形至多可解為原告與被告神斧公司約定施作至2樓結構體完成可請領之工程報酬，因被告神斧公司未依約完成2樓結構體，依終止時施作程度鑑定結果之價值，原告就其差額部分可得請求之情形而言。基此，因原告主張與被告神斧公司約定系爭工程2樓結構體完成時應給付之工程款為286萬元乙節，此為被告神斧公司所不爭執(本院卷第137頁)，原告亦依此約定(286萬元)就被告神斧公司已領取之工程款312萬元，請求兩者差額之溢領工程款即26萬元，則依前開說明，原告得請求被告神斧公司給付終止契約後至完成2樓結構體所花費之工程款，至多僅能依鑑定結果與286萬元之差額即18萬6,160元【計算式：286萬元-267萬3,840元(被告神斧公司已施作完成項目工程之合理工程款)=18萬6,160元】予以請求，故原告依不當得利法律關係請求被告神斧公司給付至完成2樓結構體之費用應為18萬6,160元，逾此金額之主張，則屬無據。

4. 原告請求被告神斧公司給付鑑定費用部分：

(1)按因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。民法第226條第1項定有明文。而該條所稱債權人得請求賠償損害之範圍，應指可歸責於債務人之事由而無法依約履行，債權人得本於債權效力，請求其不履行之損害賠償(立法理由參照)。亦即該損害賠償之目的在於填補債權人所生之損害，債權人可得請求債務人賠償之範圍，應為債務人已無從依債務本旨為給付，未能履行所生之損害而言，且

該損害賠償之債，性質上為原債權之延長。準此，上開條文債權人可得請求之損害賠償範圍，應僅限於債務人未繼續履行所生之損害，如非因未履行而係為其他目的而恣生之損失，即不符合該條文規範之目的。

(2)原告委託臺南市土木技師公會，就系爭工程於109年8月已施作完成項目(完成主建物1樓、部分2樓及圍牆粗胚)，依工程契約金額計算之合理工程款、286萬元是否可完成2樓主建物及200萬元可否完成後續多項工程等事項進行鑑定，固已支付鑑定費用7萬5,000元，並有臺南市土木技師公會函文1紙(補字卷第117頁)附卷可稽。惟上開鑑定費用乃原告為提起本件訴訟先行支出之花費，其目的係為證明被告神斧公司終止契約時，已施作工程之工程價額有無溢領之情形，並非原告因被告神斧公司未履行系爭契約，源於該契約所生之損害，原告以上開條文為請求權基礎，請求被告神斧公司給付已支付之鑑定費7萬5,000元，於法即未有合，不應准許。至於系爭契約第10條第1款約定，係指被告神斧公司未依契約書、圖說文件及估價單予以「施工」，致原告或其他第三人受有損害而應負賠償責任之情形而言，此與原告委託鑑定支出費用之情形，並非相同，故原告另援引上開約定予以請求鑑定費，亦非有據，併予指明之。

5. 綜上，原告可請求被告神斧公司給付之金額合計為96萬6,160元【計算式：52萬元(違約金)+26萬元(溢領工程款)+18萬6,160元(完成2樓結構體工程款)=96萬6,160元】，逾此範圍之主張，則屬無據。

(四)被告福恩公司就被告神斧公司應負上開賠償金額範圍內，負保證人之責：

1. 查系爭契約之承攬擔保人欄記載「福恩營造有限公司、負責人吳慧君」，並蓋有該公司大小章印文等情，此觀系爭契約至明；又被告福恩公司章程第18條規定：「本公司就業務上之需要得為對外保證及轉投資其他事業，轉投資總額得超過本公司資本總額百分之40。」，亦有該公司章程1份(本院卷

第37頁)附卷可參，可見被告福恩公司於公司章程中已明文規定於業務上之需要時，得為保證之行為。是依系爭契約內容、擔保人欄記載、印文及被告福恩公司得擔任保證人之情形而論，如被告神斧公司無法履行系爭契約時，即應由福恩公司負保證人地位而代負履行責任，且依民法第745條規定，原告對被告神斧公司之工程債權(即96萬6,160元)，須先就被告神斧公司之財產為強制執行，如執行無效果，方得依保證之約定向被告福恩公司請求給付之。

2. 被告神斧公司、福恩公司雖同以負責人李文祥未經同意擅自拿福恩公司大小印章蓋印在系爭契約上一語為抗辯，被告福恩公司、吳慧君並辯稱直至本件訴訟始知該情，未曾同意擔任系爭契約保證人云云。惟查，系爭契約之承攬擔保人欄確實記載「福恩營造有限公司、負責人吳慧君」，並蓋有該公司大小章印文等情，已如前述，被告神斧公司、福恩公司欲以上開情詞置辯，自應提出有利於己之積極證據以證其實。然僅片面為抗辯，並無任何證據資料可資辯駁，且被告神斧公司負責人李文祥、被告福恩公司負責人吳慧君，2人為夫妻關係(參兩造不爭執事項(二))，及被告福恩公司經營之事業為營造業乙節，亦有福恩公司章程至明，則基於夫妻同財同居關係，及被告神斧公司與福恩公司經營相同承攬營造工程之事業，李文祥、吳慧君卻各自擔任上開公司負責人之情形以觀，堪可推認李文祥、吳慧君除互知各別公司承攬之工程外，亦有擴大事業經營體，及相互支援、資源調配之目的存在，此從原告提出其與被告神斧公司負責人李文祥對話內容，李文祥表示：「福恩負責人是我的老婆，神斧負責人是我的」、「要用福恩承攬也可以，用神斧是為了我個人對你們負責(法律上可究責)」、「對你們是個保證，也相對對我有個約束」、「每年繳的稅都破百萬，所以我們有三間公司在幫忙節稅」及「…那大概能夠支付的訂金大概多少，我來跟公司交代(其實就是我太太啦!)」等語(本院卷第45、47頁)，足證該情。是本院綜合上情，再參酌被告神斧公司承

攬系爭工程自108年11月3日開工迄至109年8月24日終止，此期間長達約10個月，被告神斧公司負責人李文祥與原告對話中，就訂金比例及工程金額、請款部分，曾陳稱：「…因公司內部一些長輩的問題，覺得我破例收你們10%訂金(公司對外規定30%)覺得我破壞規矩，有點受到一些責難，雖然都是『自己家的人』，想說應該沒關係…」、「(原告表示錢都是花在刀口上，且期限已將近，並詢問是否要請福恩公司負責人處理)先跟太太借了，就只是臉拉不來而已啦!」(本院卷第47、49頁)等語判斷，被告福恩公司負責人吳慧君顯難推諉而不知上情，被告福恩公司、吳慧君上開所辯，應為臨訟編纂之詞，並無可採。從而，原告主張被告福恩公司擔任系爭契約之保證人，其對被告神斧公司之工程債權，如對被告神斧公司之財產強制執行無效果時，被告福恩公司應負清償之責，於法有據，應予准許。

六、綜合上述，被告神斧公司承攬系爭工程，因可歸責於己之事由，未完工即告終止，自應依系爭契約約定給付違約金與原告，且因收取之工程款已逾系爭工程終止時可取得之報酬，就逾領之工程款部分，應依不當得利法律關係負返還之責，被告福恩公司擔任系爭契約之保證人，自應就被告神斧公司之債務，負保證清償責任。從而，原告依系爭契約第13條第3款約定，民法第179條及保證人之規定，先位聲明請求：(一)被告神斧公司應給付96萬6,160元，及自起訴狀繕本送達翌日即112年12月26日起(送達證書參本院卷第23頁)至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。(二)第1項如強制執行無效果時，由被告福恩公司給付之，為有理由，應予准許。逾此範圍之主張，則屬無據，應予駁回。又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。本件原告所提之先位、備位之訴，第1項請求之內容均屬相同，且先位之訴第2項聲明為有理由，均經認定如前，則依前揭說明，本院自無庸再

01 就原告所提備位之訴為裁判，附此敘明之。

02 七、本件先位原告勝訴部分，兩造皆陳明願供擔保，請求宣告准
03 予假執行及免為假執行，經核均無不合，爰酌定如主文第5
04 項所示之金額，分別准許之。至原告先位敗訴部分，其假執
05 行之聲請因訴之駁回而失所附麗，應併駁回之。

06 八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所提證
07 據，經審酌後認與判決結果並無影響，爰不逐一論述，附此
08 敘明之。

09 九、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

10 中 華 民 國 113 年 3 月 22 日

11 民事第四庭 法 官 林勳煜

12 上列正本證明與原本無異。

13 如不服本判決，應於判決送達後20日內，向本院提出上訴狀並表
14 明上訴理由，如於本判決宣示後送達前提起上訴者，應於判決送
15 達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。

16 如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

17 中 華 民 國 113 年 3 月 25 日

18 書記官 莊文茹