臺灣高等法院民事判決

108年度上更一字第118號

上訴人即附
帶被上訴人　茂誠工程有限公司
000000000000000000
法定代理人　林李旺
訴訟代理人　林明勳律師
被上訴人即
附帶上訴人　大發大樓管理委員會
000000000000000000
法定代理人　廖惠麗
訴訟代理人　吳慶隆律師
複　代理人　王子鳴律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國104年3月13日臺灣宜蘭地方法院第一審判決（102年度訴字第240號）提起上訴，被上訴人並為附帶上訴，經最高法院發回更審，本院於109年12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，由上訴人負擔；關於附帶上訴部分，由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

上訴人經合法通知，未於言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條所列各款情形，爰依被上訴人之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、實體方面

一、被上訴人主張：兩造於民國101年9月21日簽訂工程承攬合約書（下稱系爭合約），由上訴人承攬大發大樓屋頂PU防水工程（下稱系爭工程），約定總價為新臺幣（下同）134萬9,800元，上訴人依約應於102年2月7日完工。嗣兩造合意展延

工期至同年4月14日，上訴人逾期未完工，至103年12月31日止，共計逾期626日，考量期間或有不可抗力因素可資排除，以230日計算逾期天數，上訴人應給付違約金310萬4,540元（134萬9,800元×1%×230日=310萬4,540元）。縱本件違約遲延計算至上訴人於102年7月25日通知伊終止系爭合約止，合計逾期100日，應給付違約金134萬9,800元（134萬9,800元×1%×100日=134萬9,800元），經扣除上訴人於投標時交付之面額26萬9,960元支票，及前審判決上訴人應給付1萬3,498元確定部分，伊得請求上訴人給付106萬6,342元。爰依系爭合約第7條約定，求為命上訴人給付106萬6,342元，及加計自104年1月1日起算法定遲延利息之判決（原審就上開部分判決上訴人應給付被上訴人19萬6,126元及加計自102年12月15日起算之法定遲延利息，兩造各就其敗訴部分，提起上訴及附帶上訴；未繫屬本院部分，不另贅述）。對於上訴人反訴，則以：系爭工程固因施工面積大而需分區塊施工，然上訴人未依約施作5道工序，且均有瑕疵，復未施作至防水材PU第2道，依約不得請領剩餘工程款等語，資為抗辯。附帶上訴聲明：㈠原判決（除確定部分外）關於駁回被上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請均廢棄。㈡上訴人應再給付被上訴人88萬3,714元（1,066,342－〈196,126－13,498〉＝883,714），及自104年1月1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。答辯聲明：上訴人之上訴駁回。

二、上訴人則以：系爭工程採區塊施工，兩造約定付款方式係依區塊施工進度請款，系爭工程進度已完成至防水材PU階段，伊按已完工區塊之比例，先後於101年11月26日、同年12月31日、102年1月28日請款各67萬4,900元、17萬元、44萬9,900元，惟被上訴人僅於102年1月4日給付伊17萬元，其餘款項迄未給付。又系爭工程於101年10月8日開工後，即陰雨不斷，符合施工面含水率低於8%之日期極少，被上訴人同意將工期展延至102年4月14日，伊就系爭工程大部分區塊均施

作完畢，被上訴人拒不付款，伊已於102年5月11日、同年月29日發函被上訴人行使同時履行抗辯權，拒絕施作後續工程，自無違約；且被上訴人未證明其有損害，自不得請求伊給付逾期違約金。縱認被上訴人得請求逾期違約金，依約系爭工程若施工面含水率高於8%時，伊得展延工期，而依防水工程實務，通常雨後地面須經陽光照射4日始乾燥，須自第5日起始得施作防水工程，依氣象局羅東地區降雨量資料計算，自102年4月15日至同年12月31日，可施工日期僅41天，自103年1月1日至同年12月31日，可施工時期僅56天，被上訴人至多僅得請求逾期97日之違約金等語，資為抗辯。另反訴主張：被上訴人自認伊已完成系爭工程之部分區塊，依宜蘭縣建築師公會103年8月5日宜縣建師鑑字第0134號鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）認定完工比率，被上訴人就伊已施作區塊應給付工程款101萬8,548元，扣除被上訴人於102年1月4日給付之17萬元後，伊尚得請求工程款84萬8,548元等語。爰依系爭合約附則，求為命被上訴人如數給付，及加計自民事反訴擴張聲明狀繕本送達翌日即103年12月12日起算法定遲延利息之判決。上訴聲明：㈠原判決（除確定部分外）關於(1)駁回後開第二項之訴部分，及(2)命上訴人給付部分均廢棄。㈡上開廢棄(1)部分，被上訴人應給付上訴人84萬8,548元，及自103年12月12日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢上開廢棄(2)部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。答辯聲明：被上訴人之附帶上訴駁回。

三、查兩造於101年9月21日簽訂系爭合約，約定由上訴人承攬施作系爭工程，工程總價為134萬9,800元，上訴人於101年10月8日進場開工；上訴人先後於101年11月26日、同年12月31日、102年1月28日向被上訴人請款各67萬4,900元、17萬元、44萬9,900元，被上訴人已於102年1月4日給付上訴人17萬元，為兩造所不爭執（見本院卷第328至329頁）。被上訴人主張上訴人施工遲延，系爭工程迄未完工，自102年4月15

日至103年12月31日止，扣除不可抗力之天候因素，伊得依系爭合約第7條約定，請求上訴人給付按逾期日數100日乘以工程總價1%計算之違約金134萬9,800元（134萬9,800元×1%×100日=134萬9,800元），經扣除上訴人於投標時交付之面額26萬9,960元支票，及前審判命上訴人應給付1萬3,498元確定部分，尚得請求上訴人給付106萬6,342元等語，為上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。經本院於109年8月12日與兩造整理並協議簡化之爭點為（見本院卷第329頁，並依本院論述之妥適而調整其順序及內容）：

㈠系爭工程是否已完工？有無可歸責於上訴人之事由而致逾期完工？

㈡上訴人終止系爭合約是否合法？上訴人得否請求被上訴人給付工程款84萬8,548元本息？

㈢被上訴人得否請求上訴人給付違約金106萬6,342元本息？

四、茲論述如下：

㈠關於系爭工程已否完工及是否可歸責於上訴人而逾期完工之爭執：

1.原審於103年3月21日至現場履勘，兩造均不爭執照片即門牌宜蘭縣○○鎮○○路000號8樓上方、宜蘭縣○○鎮○○路00號8 樓上方、宜蘭縣○○鎮○○路000號8樓上方、宜蘭縣○○鎮○○路0號8樓上方、宜蘭縣○○鎮○○路0號8樓上方，並未施作完成，有被上訴人提出附圖及勘驗筆錄、現場照片在卷可稽（見原審卷一第62頁、第136至148頁、第151至154頁）。被上訴人自承：上訴人於102年中旬開始停工（見前審卷第41頁背面），有關系爭工程之完成進度，經原審囑託宜蘭縣建築師公會鑑定結果認：「...工程範圍包括：1、原有屋頂面層泡沫混凝土打除；2、屋頂地坪補裂、角隅補強及排水坡度順平；3、屋頂PU防水（五道工序）；4、女兒牆防水。茲因標的物房屋使用執照面積、工程契約數量面積、鑑定人套圖測繪面積，因計算方式各自不同而有所差異，鑑定人依套圖測繪面積

計算施工數量，再換算為已施作或未施作之比率，藉以分別判斷契約各工項之完成度如下：⑴原有屋頂面層泡沫混凝土打除：大發大樓8層屋頂全部面積=1,412㎡，扣除樓梯間面積206.4 ㎡毋須打除，應施作打除工項的面積=1,205.6㎡。因為鑑定標的物現場大部分已塗佈防水材料，鑑定人根據雙方所提供附件四之2、3、4 資料，並現場量測比對後認為，未打除原有屋頂面層泡沫混凝土範圍的面積=422.3㎡，有施作打除工項的面積=783.3㎡，故本工項的完成率為783.3/1,205.6=0.65，即完成65 %。⑵屋頂地坪補裂、角隅補強及排水坡度順平：大發大樓8層屋頂全部面積=1,412㎡，扣除樓梯間面積206.4㎡，應施作地坪補裂、角隅補強及排水坡度順平工項的面積=1,205.6㎡。其中，未打除原有面層故也未施作本工項的面積=422.3㎡，鑑定人於雨後至現場勘查發現積水較嚴重，認為砂漿補平工項有重大瑕疵，視為未施作的範圍面積=77㎡；其餘有施作防水且無積水或稍有積水部分，鑑定人認為本工程屬修繕性質且受到現場原有水錶、管線、通風管道限制，難以完全順平，可認為已施作本工項的面積=706.3㎡，故本工項的完成率為706.3/1,205.6=0.58，即完成58 %。⑶屋頂PU防水（五道工序）：大發大樓8層屋頂全部面積=1,412㎡，扣除樓梯間面積206.4㎡，但是樓梯間外牆角隅總長130公尺，於施工時應施30公分高度防水（比照系爭合約第4 項女兒牆防水）才能達到功能，該部分面積=130×0.3=39㎡，因此應施作屋頂PU防水的面積=1,412-206.4+39=1,244.6㎡...屋頂完全未施作PU防水範圍面積=183.7㎡，樓梯間外牆角隅未施作30公分高度防水範圍面積=37.2㎡；有施作但未符合契約五道工序之範圍面積=877.9㎡；有施作且符合契約規定之屋頂面積=144㎡，樓梯間外牆角隅有施作30公分高度防水範圍面積=1.8㎡，合計符合契約之施作面積=144+1.8=145.8㎡。故本工項的完成率為145.8/1,244.6=0.1171，即完成11.71%，有施作但不符合契約

五道工序，可視為有瑕疵的比率為877.9/1,244.6=0.7054，即70.54%，完全未施作PU防水的比率為（183.7+37.2）/1,244.6=0.1775，即17.75%。⑷女兒牆防水：大發大樓8層屋頂應施作防水之女兒牆全長=287.2 公尺，牆腳高度30公分範圍未施作者，不能達到防水功能，即使其上端有施作，鑑定人認定為未施作。依據雙方系爭合約，女兒牆防水工項由底至面分別為底材（功能為黏結原牆面和防水材）+不織布（功能為提高角隅處防水材之抗張裂性能）+防水材+面材等四道工序。由於PU防水材會垂流，抗垂流型 PU防水材表面又十分不平整，實務上在牆面很少使用PU防水材，通常於底材和不織布完成後，採用複合型防水塗料一次塗刷。鑑定人現場勘查，全部未施作以及牆腳未施作之女兒牆長度為50.4公尺，有施作之女兒牆長度為236.8公尺。故本工項的完成率為236.8/287.2=0.82，即82 %。...經換算系爭工程總完成率為65.47%（計算式：883,676/1,349,800＝0.6547）等語，有系爭鑑定報告可稽（見原審卷一第160至211頁）。由此可知，系爭工程之項目⑴原有屋頂面層泡沫混凝土打除部分，完成比率為65%；項目⑵屋頂地坪補裂、角隅補強及排水坡度順平部分，完成比率為58%；項目⑶屋頂PU防水（五道工序）部分，完成比率為11.71%，有施作但不符合系爭合約約定之五道工序，可視為有瑕疵的比率為70.54%，完全未施作之比率為17.75%；項目⑷女兒牆防水部分，完成比率為82%，總完成比率為65.47%。

2.又系爭鑑定報告指出：「屋頂防水工程必須將防水層形成一體，完全覆蓋方能達到最佳功能，因標的物面積過大，必須分段逐次施工者，必須讓分次施工的銜接面有足夠的交疊，此為防水工程之基本原則；因此承包廠商有責任妥為規劃各施工分區之工序、時間，調度人力與材料按次施工...鑑定人認為本件防水修繕工程，確實有因時間、工序安排不當，造成PU防水工項施作延宕。」等語（見原審

卷一第167頁），是被上訴人主張因可歸責於上訴人之事由，致系爭工程無法依照系爭合約約定期間完工等情，應堪採信。

㈡關於上訴人終止系爭合約是否合法及得否請求被上訴人給付工程款84萬8,548元本息之爭執：

1.按稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之；工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。民法第490條第1項、第505 條分別定有明文。

2.系爭合約附則㈡付款方式變更（含地面與女兒牆）約定：「1.依區塊施工進度請款，工程進度需完成至防水材PU第二道方可請款，請領工程款80%。2.PU防水材面漆全面屋頂施作完成請領工程款項10%。3.全面屋頂完工經驗收請領工程款項10%。」（見原審卷一第9頁），足見系爭工程之施作應達系爭合約附則㈡約定之「工程進度需完成至防水材PU第二道方可請款」，被上訴人始有按區塊工程進度給付該期工程款之義務，蓋系爭合約之目的在於頂樓PU防水，系爭工程項目⑶為最主要之工項，且佔系爭合約金額比例最高，顯見上開約定為特約條款，適用於各工項區塊之請款要件。而系爭工程之4項施作項目上訴人均未完全施作完成，已如前述，是上訴人自不得請求被上訴人給付第一期工程款即總工程款之80%。上訴人抗辯因被上訴人未依約給付其餘工程款，致伊無法再施工，不可歸責於伊，伊得於102年5月11日行使同時履行抗辯（見前審卷第221頁正背面、第227頁）云云，即非可採。

3.上訴人於101 年11月26日請款67萬4,900元、同年12月31日請款17萬元、102 年1月28日請款44萬9,900元，被上訴人僅於102年1月4日給付上訴人17萬元，其餘款項迄未給付，固為兩造所不爭執（見本院卷第329頁）。然上訴人

施工進度未達完成至防水材PU第二道之階段，不得請求第一期款，已如前述，則上訴人以被上訴人僅給付17萬元之工程款，其餘均未給付為由，於102年7月25日發函通知被上訴人終止系爭合約（存證信函誤載為「解除」，見前審卷第219頁背面），即不生效力。

4.系爭合約雖約定上訴人依3個區塊施工，然兩造均不爭執未具體明確約定施工區塊範圍（見前審卷第191頁背面）。又證人林姿伶雖證稱，有些區塊有做到PU防水材第二道，但上訴人未請款等語（見前審卷第119頁背面至第120頁）；以及林姿伶製作之前揭附圖關於禮運路19-8F、13-8F及陽明路196-8F部分，記載「有打除、有施工」、「按照合約施工」及「部分按照合約」等語（見原審卷一第62頁），惟證人林姿伶為被上訴人會計及警衛，自陳不具防水工程專業，亦不知悉上訴人有無施作第一道底漆等語（見前審卷第119頁背面、第122頁），且與具專業之宜蘭縣建築師公會鑑定結果認上訴人確未完成系爭工程相悖，自難為有利於上訴人之認定。是上訴人以此抗辯被上訴人已自認上訴人完成部分區塊施工，伊得請求工程款84萬8,548元（1,018,548－170,000＝848,548）云云，洵屬無據。

㈢關於被上訴人得否請求上訴人給付逾期違約金106萬6,342元本息之爭執：

1.按債務人在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責；但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限，此觀民法第231條第2項規定即明。依此法意，債務人遲延中，除因不可抗力且證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者外，仍應負責。則因可歸責於債務人之事由，發生逾期完工情事，即應負逾期責任，此逾期責任之效果並不因債務人遲延中有無法工作事由而免除。系爭工程於101年10月8日開工，依約上訴人原應於102年2月7日完工，然因扣除含水率達8%以上之天候因素，兩造合意

展延工期至同年4月14日止，共67日乙節，為兩造所不爭執（見前審卷第33頁背面），則上訴人自102年4月15日起，即負遲延責任，而系爭工程係因可歸責於上訴人之事由而致遲延完工，已如前述，上訴人復未證明縱不遲延給付仍不免發生損害，則被上訴人請求上訴人依約給付違約金，自屬有據。是上訴人抗辯其遲延後之工期應扣除含水率高於8%天數云云，為不可採。

2. 次按當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金；違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額，民法第250 條定有明文。約定有違約金者，有債務不履行情事發生時，債權人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定之違約金，請求債務人支付。如約定之違約金過高者，債務人固得依民法第252條規定，請求法院減至相當之數額，惟就約定違約金過高之事實，應由主張此項有利於己事實之債務人負舉證責任（最高法院92年度台上字第697號判決意旨參照）。系爭合約第6、7條約定：上訴人應於簽約次日起15日內開工，並於開工之日起120 天內全部完工；除遇有不可抗力之天候因素外，上訴人不得要求展延工期；如確有前項因素發生，上訴人得按實際情形向被上訴人議訂展延工期（因防水工程有分施作天候晴、雨天，本工程主力多屬晴天含水率須低於8%以下方可施作）；違約金以日為計算單位，上訴人如未依照契約規定期限竣工則按逾期日數乘上工程總價金（1/100）計算違約金予被上訴人（見原審卷一第7頁），足見系爭合約第7 條約定逾期違約金之性質為損害賠償總額之預定。被上訴人主張自102年4月15日至103年12月31日止，合計逾期626日，考量期間或有不可抗力因素可資排除，

依補充鑑定報告書計算之230日逾期日數及系爭合約第7條約定，伊請求上訴人給付逾期100日之違約金134萬9,800元（134萬9,800元×1％×100日=134萬9,800元），經扣除上訴人於投標時交付之面額26萬9,960元支票，及前審判命上訴人應給付1萬3,498元確定部分，伊得請求上訴人給付106萬6,342元等語，惟系爭工程總工程款僅134萬9,800元，而上訴人就系爭工程總完成率經鑑定為65.47%乙節（見原審卷第169頁），業如前述，被上訴人僅給付工程款17萬元，爰審酌上情應認以系爭鑑定報告認系爭工程未完成率34.53%（100％－65.47%＝34.53%）酌減逾期違約金為46萬6,086元（1,349,800×34.53%= 466,086，元以下四捨五入），較屬適當。經扣除上訴人於投標時交予被上訴人之面額26萬9,960元支票後，被上訴人尚得請求上訴人給付19萬6,126元（466,086－269,960＝196,126）。

五、綜上所述，被上訴人依系爭合約第7條約定，請求上訴人給付19萬6,126元，及自民事準備暨反訴爭點整理狀繕本送達上訴人之翌日即102 年12月15日（見原審卷二第14頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，則屬無據，應予駁回。又上訴人依系爭合約法律關係反訴請求被上訴人給付工程款84萬8,548元，及加計自民事反訴擴張聲明狀繕本送達翌日即103年12月12日起算法定遲延利息之判決，則無理由，應予駁回。從而，原審就上開被上訴人本訴（除確定部分外）不應准許部分（即1,066,342－〈196,126－13,498〉＝883,714），駁回被上訴人之請求及假執行之聲請，及就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為供擔保准、免假執行之諭知；就上訴人反訴部分，為其敗訴之判決，均無不合。兩造各就其上開敗訴部分提起上訴及附帶上訴，指摘原判決不當，求予廢棄，皆無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，至於兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，而無

逐一論駁之必要，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴及附帶上訴，均為無理由。爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　29　　日

民事第七庭

審判長法　官　李昆霖

法　官　譚德周

法　官　王育珍

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　7　　日

書記官　簡曉君

臺灣高等法院民事裁定

108年度上更一字第118號

主　文

本件判決主文第二項應更正為「第二審及發回前第三審訴訟費用（除確定部分外），關於上訴部分，由上訴人負擔；關於附帶上訴部分，由被上訴人負擔。」。

理　　由

按判決有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得依聲請或依職權以裁定更正，民事訴訟法第232條第1項定有明文。本件本院上開判決正本與判決原本有如主文所示顯然錯誤，應予更正。爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　7　　日

民事第七庭

審判長法　官　李昆霖

法　官　譚德周

法　官　王育珍

正本係照原本作成。

不得抗告。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　1　　月　　7　　日

書記官　簡曉君