臺灣高等法院民事判決

109年度重上字第516號

上　訴　人　鼎創達股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　郭佩芝

訴訟代理人　葉恕宏律師

　　吳旻珊律師

　　王寶輝律師

上　一　人

複　代理人　陳明隆律師

被　上訴人　沈國皓即沈國皓建築師事務所

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　王龍寬律師

　　林雅芬律師

上　一　人

複　代理人　洪凱倫律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國109年3月31日臺灣新北地方法院107年度建字第91號第一審判決提起上訴，本院於110年4月13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

一、上訴人主張：伊於民國93年8月2日與被上訴人簽訂「大霸電子土城高科技園區總部大樓新建工程委託規劃、設計與監造服務契約書」（下稱系爭契約），委託被上訴人規劃、設計、監造伊大霸電子土城頂埔高科技園區總部大樓（下稱系爭大樓）新建工程（下稱系爭工程），系爭契約第12條第3項約定被上訴人應擔保依其設計發包之系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於新臺幣（下同）5萬元。又伊與訴外人

華熊營造股份有限公司（下稱華熊公司）於94年11月28日簽訂「大霸電子股份有限公司企業總部興建工程營建契約」（下稱系爭營建契約），由華熊公司承攬系爭工程，系爭營建契約第3條第1項約定系爭工程總工程費含稅價10億6,000萬元，為總價承攬。被上訴人自應嚴格控制系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於5萬元及系爭工程最終結算之總工程費含稅價不得超過總價承攬之封頂價10億6,000萬元。詎被上訴人明知圍牆所在基地與後方土地間有3公尺高低落差，竟不顧行人及車輛之通行安全，放任承包商偷工減料，擅自取消圍牆及景觀步道。嗣經伊要求華熊公司及被上訴人回復圍牆及景觀步道既有工項之施作，華熊公司於97年5月1日依臺北縣政府（現改制為新北市政府）96土什字第011號雜項執照（下稱11號雜項執照）完成圍牆及步道工程後，竟訴請伊給付圍牆及步道工程之工程款，經本院104年度建上更㈠字第43號給付工程款事件（下稱甲案）判決伊除系爭營建契約原定施工保留款974萬9,855元外，尚應給付華熊公司787萬2,155元及其利息確定，伊已於106年10月20日給付華熊公司1,160萬9,590元（下稱系爭款項）。被上訴人未盡監造人應負之善良管理人注意義務，違反系爭契約第3條第11項11款、第15款、第12項第3款、第5條第4項第9款、第12項、第21條第1項、建築師法第17至20條及誠信原則，致伊須支付華熊公司系爭款項，已超出原定之總價承攬封頂價10億6,000萬元，違反系爭契約第12條第3項所定建造費用之擔保義務。爰依系爭契約第18條第2項第4款約定、民法第544條、第227條第2項規定，擇一請求被上訴人給付圍牆及步道工程金額計算錯誤3倍之懲罰性違約金3,482萬8,770元或賠償伊支出之系爭款項等語。並聲明：㈠被上訴人應給付上訴人3,482萬8,770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。㈡願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：兩造於93年9月2日系爭契約會議（下稱93年9月2日會議）決議系爭工程設計營建成本以每坪5萬元原

則，依建材波動價格為規劃，兩造已合意不再堅持每坪建造費用不得超過5萬元。上訴人董事長於94年7月22日系爭工程議價會議（下稱議價會議）視訊決標華熊公司以總價10億6,000萬元、每建坪價5萬1,591元承攬系爭工程，上訴人自始所決定之系爭工程建造費用每坪即逾5萬元，非伊違約所造成。伊並無違反系爭契約第12條第3項約定。上訴人於95年5月24日透過其委請之訴外人欣陸工程顧問股份有限公司（下稱欣陸公司）指示華熊公司取消圍牆及變更景觀步道，要求伊配合申請變更設計，並於變更設計申請書上起造人欄蓋印簽名，對變更設計知情並同意，伊並無欺瞞上訴人，放任華熊公司偷工減料。甲案確定判決亦為相同認定。上訴人亦未舉證其給付華熊公司系爭款項係因伊計算錯誤所致。上訴人依系爭契約第18條第2項第4款約定，請求伊給付計算錯誤3倍之懲罰性違約金，實無理由。另上訴人未具體主張伊如何違反系爭契約及建築師法，其依民法第544條、第227條第2項規定，請求伊賠償損害，亦無理由等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴。並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人3,482萬8,770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。㈢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如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項（見本院卷第10至12、83頁）：

(一)兩造於93年8月2日簽訂系爭契約，約定上訴人委託被上訴人規劃、設計、監造系爭工程。

(二)系爭工程於93年11月19日領得臺北縣政府核准發給之93年土建字第687號建造執照。

(三)上訴人與華熊公司於94年7月22日召開議價會議，代理主席郭文中，參加人員為上訴人頂埔專案管制室、財務處、稽核人員、PCM高必威、華熊公司代表人田代靜夫及陳一上代理被上訴人事務所出席，經上訴人與華熊公司議價後，上訴人

當時董事長莫皓然視訊決標華熊公司以10億6,000萬元、每建坪價5萬1,591元承攬系爭工程。

(四)上訴人與華熊公司於94年11月28日簽訂系爭營建契約，約定華熊公司承攬系爭工程，履約標的總工程費含稅價10億6,000萬元，為總價承攬，所支出之總工程費含稅價不得超過價金總額。

(五)欣陸公司大霸頂埔專案工務所以95年5月24日霸埔發-0053備忘錄及附圖通知華熊公司將原屬系爭營建契約工項範圍內之景觀工程取消圍牆及變更部分鋪面，列入「變更設計後，追加減為零」平衡方案之減項，並將變更後之減帳金額列入平衡VE案使用，附圖經被上訴人派駐工地主任林永盛記載「業主同意取消基地圍牆併入VE價值工程（業主平衡方案）」，副本通知上訴人。

(六)系爭工程於95年7月13日向臺北縣政府提出第二次變更設計申請書，申請取消圍牆及變更部分照明、鋪面，經臺北縣政府以95年8月1日函同意備查，經臺北縣政府工務局以95年9月6日北府工建字第0950583971號建造執照設計變更通知書核准在案。

(七)上訴人以95年8月4日編號A-T-0-MO-OH-163備忘錄通知被上訴人、欣陸公司及華熊公司關於系爭工程被上訴人於95年7月13日提出變更部分照明及鋪面並取消圍牆部分，臺北縣政府同意備案，請被上訴人提供必要資源供欣陸公司及華熊公司應用。

(八)華熊公司於95年11月17日依變更設計後之圖面（含取消圍牆及部分鋪面工項之變更設計圖面）施作完成。系爭工程於同年11月17日經臺北縣政府核准發給95年土使字第631號使用執照。

(九)上訴人於96年6月向臺北縣政府提出雜項執照申請書，申請變更鋪面材質及重設圍牆，經臺北縣政府核准發給11號雜項執照。

(十)上訴人與華熊公司於96年12月25日簽訂協議書（下稱系爭協

議書），約定華熊公司依臺北縣政府11號雜項執照施作圍牆及步道雜項工程（下稱系爭圍牆步道雜項工程），華熊公司乃於97年5月1日依11號雜項執照施作完成系爭圍牆步道雜項工程。系爭圍牆步道雜項工程並領得臺北縣政府核准發給之97年土雜使字第010號雜項使用執照。

(十一)上訴人已給付系爭工程第1期至第17期工程款及第18期工程款扣除系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元之餘額5,227萬6,946元予華熊公司，嗣華熊公司已兌現系爭圍牆步道雜項工程保留款支票974萬9,855元。以上合計10億6,000萬元。

(十二)華熊公司依系爭協議書之承攬法律關係，請求上訴人除系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元外，另應給付系爭圍牆步道雜項工程款1,257萬8,854元，經甲案判決上訴人就系爭圍牆步道雜項工程尚應給付華熊公司787萬2,155元本息確定。

(十三)上訴人於106年10月20日匯系爭款項予華熊公司。

五、上訴人主張被上訴人未嚴守系爭契約第12條第3項約定每坪建造費用應低於5萬元之擔保責任，亦未嚴控伊與華熊公司間系爭工程之最終結算總工程費含稅不得超過總價承攬之封頂價10億6,000萬元，致伊須就系爭圍牆步道雜項工程另給付華熊公司系爭款項，自應依系爭契約第18條第2項第4款給付懲罰性違約金，或依民法第544條、第227條第2項賠償伊所受損害云云，為被上訴人所否認。茲查：

(一)被上訴人有無違反系爭契約第12條第3項約定之擔保責任？

1.按系爭契約第12條第3項約定：「乙方（即被上訴人）擔保依乙方設計發包之建築結構、設備及裝修等所有工程實際結算之建造費用每坪應低於新台幣5萬元」；第3條第13項約定：「甲（即上訴人）乙雙方開會作成之會議紀錄及決議事項，除甲方另有書面指示外，均屬本契約之增修內容」（見原審卷一第31、49頁）。

2.上訴人主張被上訴人應嚴守系爭契約第12條第3項約定每坪

建造費用應低於5萬元。被上訴人則抗辯兩造於93年9月2日會議已合意變更價格規劃，兩造已不再堅持每坪不得超過5萬元等語。經查：

⑴證人即被上訴人工程部經理程世良具結證稱：兩造簽完系爭契約後，有開會決定設計營建成本每坪5萬元僅為原則，若物價波動則不同，且每坪5萬元不含室內裝潢部分等語（見原審卷二第121頁）。並有上訴人93年9月6日備忘錄所附兩造93年9月2日會議記錄就營建造價事項之討論，記載：「決議：設計營建成本以每坪5萬為原則依建材波動價格作為規劃方向，不含室內裝潢部分」，另就合約疑義事項之討論，則決議：「辦公文案等內部裝潢費用，不含營建造價預算內」，並同意將疑義解釋「列入合約」、「視同合約」等語可稽（見原審卷二第131至135頁）。足見兩造於93年9月2日會議已合意系爭工程建造費用每坪5萬元僅為原則，惟得依建材物價波動規劃，且不含室內裝潢部分。故系爭契約第12條第3項雖約定被上訴人擔保依其設計發包之系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於5萬元，惟依系爭契約第3條第13項約定，該93年9月2日會議決議屬系爭契約之增修內容，兩造受該決議之拘束。

⑵上訴人雖主張93年9月2日會議決議，充其量得解釋為兩造合意具體例示約定其範疇而已，尚難擴張文義而認定被上訴人得排除不受每坪應低於5萬元之約定云云。惟93年9月2日會議已明確決議被上訴人設計營建成本以每坪5萬元為原則，惟得依建材波動價格為規劃，且不含室內裝潢部分，相對於系爭契約第12條第3項約定被上訴人應擔保建造費用每坪低於5萬元，未有任何例外或排除規定，顯然較為寬鬆。又93年9月2日會議之決議屬系爭契約之增修內容，兩造均受拘束，已如前述，且該部分不屬系爭契約附件四「權責區分表」、「管制室、建築師與承包商之權責區分表」所載應呈莫董裁示範疇（見原審卷一第71頁）。足見被上訴人依系爭契約第12條第3項擔保建造費用每坪低於5萬元之義務，自93

年9月2日會議後，已變更為得依建材波動價格為調整。

⑶被上訴人雖於本院105年度建上更㈠字第29號華熊公司與上訴人間給付承攬報酬事件（下稱乙案）中證稱：伊為遠東世紀廣場大樓(即坐落於新北市中和區中正路、連城路口之商業辦公大樓）之設計建築師，莫皓然磋商系爭契約當時有表示系爭工程之設計及規格完全依照遠東世紀廣場大樓之標準及品質；系爭契約是伊跟上訴人簽訂，當初有講每坪5萬元，是封頂價之特別約定等語（見原審卷一第175至179頁）。惟被上訴人上開證詞係就系爭契約第12條第3項約定內容所為證述，僅能證明兩造於簽訂系爭契約時之真意，不能據以推翻前開兩造嗣於93年9月2日會議決議就系爭契約第12條第3項被上訴人應擔保建造費用每坪低於5萬元之約定已有所調整之認定。

⑷據上，兩造既已於93年9月2日會議決議就系爭契約第12條第3項被上訴人應擔保建造費用每坪低於5萬元之約定有所調整，被上訴人自得依建材波動價格為規劃。

3.又兩造均不爭執上訴人與華熊公司於94年7月22日召開議價會議，經上訴人與華熊公司議價後，上訴人當時董事長莫皓然視訊決標華熊公司以10億6,000萬元、每建坪價5萬1,591元承攬系爭工程（見兩造不爭執事項㈢）。細繹該次議價會議紀錄記載：「華熊公司投標報價：計新台幣10億8,500萬元、每建坪價52,185元/坪」、「第一次減價後總價：10億6,000萬元、每建坪價約51,591元/坪」’「議價結果：董事長視訊決標」、「華熊公司願以10億6,000萬元、每建坪價約51,591元/坪承攬大霸電子股份有限公司企業總部新建工程」等語，有議價會議紀錄可佐（見原審卷一第379頁）。上訴人對於華熊公司以每坪逾5萬元之建造費用投標報價，減價後每建坪仍逾5萬元，顯然知情。被上訴人雖指派陳一上經理參與議價會議，惟依系爭契約附件四權責區分表約定「發包階段」、「營建（含裝修）工程開標、審標、決標」應「依程序呈莫董（即莫皓然）裁示」（見原審卷一第71

頁），足見決標權限在上訴人董事長，上訴人既經時任董事長莫皓然裁示，已符合權責區分表之約定。上訴人全程參與議價程序，明知華熊公司欲以每坪逾5萬元之建造費用承攬系爭工程，仍以建造費用10億6,000萬元、每建坪5萬1,591元決標，同意系爭工程發包華熊公司承攬，並與華熊公司於94年11月28日簽訂系爭營建契約，約定華熊公司承攬系爭工程，履約標的總工程費含稅價10億6,000萬元（見前述四㈣）。自難執以認被上訴人違反系爭契約第12條第3項之擔保責任或93年9月2日會議決議內容。

4.上訴人雖於本院辯論時始當庭主張華熊公司投標報價10億8,500萬元，每建坪5萬2,185元係含稅價，不含稅價為4萬9,700元，仍符合每建坪不超過5萬元之要求云云，並提出工程標單影本為據（見本院卷第335頁）。惟按私文書應提出其原本，但僅因文書之效力或解釋有爭執者，得提出繕本或影本，民事訴訟法第352條第2項定有明文。被上訴人否認該工程標單影本之真正，上訴人即應提出原本為證據，惟上訴人自承未攜帶正本到庭，不能提出乙情（見本院卷第311頁），自不能認為該工程標單為真正，已無從認定上訴人前開主張為真。況華熊公司以10億6,000萬元，每建坪5萬1,591元，承攬系爭工程，係含稅價（見前四㈣），縱果依上訴人所述兩造係以不含稅價計算每坪建造費用應低於5萬元，而華熊公司承攬系爭工程，每建坪不含稅價並未超過5萬元〔51,591÷（1＋0.5%）〕，上訴人更無從據以謂被上訴人有違反系爭契約第12條第3項之約定。

5.上訴人主張系爭圍牆步道雜項工程本為系爭工程之施工內容範圍，伊並未干預設計，亦無指示變更設計，被上訴人放任承包商偷工減料，擅自取消系爭工程之圍牆及景觀步道，致須另行給付華熊公司系爭款項，被上訴人未嚴控伊與華熊公司間系爭工程之最終結算總工程費含稅不得超過總價承攬之封頂價10億6,000萬元之擔保責任云云。惟查：

⑴上訴人確有指示取消系爭工程圍牆及景觀步道，並同意系爭

工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計申請：

①證人即被上訴人經理程世良證述：系爭工程二次變更設計均係業主即上訴人要求變更，第二次變更設計取消圍牆及變更鋪面係上訴人要求變更設計，變更設計被上訴人要花費很多人力，要製作都審報告書及建造變更流程，被上訴人不會自己去辦變更，除非業主同意等語（見原審卷二第117、119至124頁）。核與證人即華熊公司法務經理王麗玉於甲案證稱：系爭工程施工過程中經上訴人指示圍牆及部分鋪面（景觀步道）工項減作等語（見本院104年度建上更㈠字第43號卷，下稱本院104建上更㈠43卷，第189頁背面，經本院調取電子卷證，下均同）相符，並有上訴人自承另聘請參與系爭工程施工階段之監造工作之欣陸公司大霸頂埔專案工務所於95年5月24日以霸埔發-0053備忘錄及附圖通知：華熊公司取消圍牆及部分鋪面，列入「變更設計後，追加減為零」平衡VE方案之減項，並將變更後之減帳金額列入平衡VE案使用，附圖經被上訴人派駐工地主任林永盛記載：「業主同意取消基地圍牆併入VE價值工程（業主平衡方案）」等語可佐（見兩造不爭執事項㈤，備忘錄及附圖見原法院98年度建字第32號卷，下稱原法院98建32卷，卷一第45至47頁）。證人程世良雖係被上訴人經理，所為上開證詞應堪憑採。況上訴人於甲案更審前本院100年度建上字第56號審理時亦主張：系爭工程之圍牆及步道工程經伊與華熊公司於系爭工程進行中，曾合意取消施作；系爭圍牆步道工程爭議之緣由，乃系爭工程所在基地本無與鄰地之落差，華熊公司整地後，造成後方土地與基地間存有高達3公尺落差，本欲以植栽作為阻絕之用，惟所選用植栽疏落，有安全上疑慮，故要求華熊公司回復施作，惟華熊公司所拒絕等情（見本院100年度建上字第56號卷，下稱本院100建上56卷，卷二第269頁背面至第270頁、第274頁背面、第297頁背面、104建上更㈠43卷第45頁背面），亦承認系爭工程之圍牆及步道工程係其與華熊公司合意取消。據上，堪認系爭工程第二次變更設計取消圍牆及

部分鋪面確為上訴人所指示取消無訛。被上訴人抗辯係上訴人指示變更設計等情，應屬有據。

②又系爭工程由欣陸公司通知華熊公司取消圍牆及部分鋪面並副知上訴人後，系爭工程於95年7月13日向臺北縣政府提出第二次變更設計申請書，申請取消圍牆及變更部分照明、鋪面，經臺北縣政府以95年8月1日函同意備查，經臺北縣政府工務局以95年9月6日北府工建字第0950583971號建造執照設計變更通知書核准在案（見兩造不爭執事項㈥）。證人程世良亦證述：第二次變更設計取消圍牆及變更鋪面，上訴人知情，且經上訴人董事長莫皓然以起造人身分在第二次變更設計申請書上簽名用印，被上訴人才替上訴人送件申請第二次變更設計，且第二次變更設計經臺北縣政府同意備查後，上訴人亦於95年8月4日以備忘錄通知被上訴人、欣陸公司及華熊公司按臺北縣政府同意備查結果辦理等語（見原審卷二第117、119至124頁）。是系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計申請書，確經起造人即上訴人用印及當時負責人莫皓然簽名（見原審卷一第381頁）。且系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計經臺北縣政府同意備查後，上訴人於95年8月4日以編號A-T-0-MO-OH-163備忘錄通知被上訴人、欣陸公司及華熊公司：系爭工程取消圍牆及部分鋪面部分經臺北縣政府同意備案，請被上訴人提供必要資源予欣陸公司及華熊公司應用等語（見兩造不爭執事項㈦，備忘錄見原法院98建32卷二第50頁）。且系爭工程「工程變更及價值（VE）工程檢討彙總審核表」就合約後之變更工程，於建築工程項下之主要變更項目「景觀變更工程-鋪面變更」、「景觀變更工程-圍牆變更」欄均記載業主審核意見為「同意」，並說明「依霸埔發-0053備忘錄所收執圖面辦理追加減」等節，有該彙總審核表可參（見另案本院98建32卷一第280、281頁）。系爭工程由欣陸公司通知華熊公司取消圍牆及部分鋪面並副知上訴人後，上訴人以起造人身分在取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計申請書上用印簽名，

委由被上訴人向臺北縣政府申請第二次變更設計，迨第二次變更設計經臺北縣政府同意備查後，上訴人並指示華熊公司依第二次變更設計圖面施作，要求被上訴人提供相關資源，華熊公司乃於95年11月17日依變更設計後之圖面施工完竣。足見上訴人確實知悉且同意系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計。

⑵上訴人雖以被上訴人於乙案證稱：上訴人無口頭及書面指示變更設計，系爭工程無何變更設計經上訴人當時負責人莫皓然同意等語（見原審卷一第187、225、227頁），主張其並未變更設計云云。惟被上訴人於該案證稱：時間有點久了，伊印象中上訴人沒有以書面或口頭指示伊變更設計，但依建築執照背後記錄，系爭工程有2次變更設計，該2次申請均有經起造人即上訴人之同意，並均經上訴人在二次變更設計申請文件上用印等語（見原審卷一第185、187頁）。足見被上訴人於該案證詞已有前後矛盾情事。且被上訴人所提出系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計申請書確經上訴人當時負責人莫皓然簽名，顯已符合系爭契約附件四權責區分表三、施工階段下「㈧變更設計有關事宜」應「依程序呈莫董（即原告當時負責人莫皓然）裁示」之約定（見原審卷一第71頁）。上訴人擷取被上訴人部分證詞所為主張，與前開⑴之事證不符，更與證人王麗玉於甲案證述：系爭工程施工過程中，上訴人指示圍牆及部分鋪面（即景觀步道）工項減作等語（見本院104建上更㈠43卷第189頁背面至第191頁，協議書見原法院98建32卷一第8至13頁）相違，無從據以為有利上訴人之認定，進而推翻本院前揭認定。

⑶上訴人取消系爭工程之圍牆及部分鋪面後，嗣於96年6月以起造人名義向臺北縣政府申請領得變更鋪面材質及重設圍牆之11號雜項執照，並於同年12月25日與華熊公司簽訂系爭協議書，約定華熊公司依11號雜項執照施作系爭圍牆步道雜項工程，華熊公司並依系爭協議書之約定，承攬施作系爭圍牆步道雜項工程，有臺北縣政府工務局核發11號雜項執照資料

內之臺北縣政府雜項執照副本通知書、雜項執照申請書、雜項工作物概要表、臺北縣政府工務局雜項使用執照副本通知書、使用執照申請書、雜項工作物概要表、地號表、協議書可稽（見原法院98建32卷四第6至13、20頁、卷一第8至13頁）。華熊公司於97年5月1日完工後，依系爭協議書之承攬法律關係，起訴請求上訴人就系爭圍牆步道雜項工程給付超過系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元之工程款，經甲案判決扣除系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元，上訴人尚應給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款787萬2,155元本息確定，有甲案確定判決可佐（見原審卷一第256至259頁）。上訴人並已依甲案確定判決於106年10月20日匯款1,160萬9,590元予華熊公司。足見上訴人指示取消系爭工程之圍牆及部分鋪面後，再以系爭協議書向華熊公司定作圍牆步道雜項工程，為新建工程，不含蓋在系爭工程內，自不受系爭營建契約所定系爭工程總工程費不得逾10億6,000萬元之拘束。

⑷上訴人雖以被上訴人於乙案證稱：上訴人要求華熊公司回復圍牆及景觀步道施作係屬系爭營建契約既有工項等語（見原審卷一第187、225、227頁），主張圍牆及景觀步道工程本為系爭工程之施工內容範圍，本應回復施作云云。惟證人王麗玉於甲案證述：系爭工程施工過程中，上訴人指示圍牆及部分鋪面（即景觀步道）工項減作，領得使用執照後，又要求依系爭營建契約不加減總價之方式施作圍牆及步道，華熊公司回復上訴人此為新工程，須另外追加工程款，不同意依系爭營建契約不加減總價，後幾經協商，最終華熊公司同意施作新圍牆步道工程款超過保留款900餘萬部分，由雙方協議，協議不成，由法院判決判斷，上訴人亦同意，雙方乃簽立系爭協議書，此即系爭協議書第3條約定：「依第2條約定施作所增加之工程款，除甲乙雙方另行達成協議外，均得以訴訟請求」之意旨等語（見本院104建上更㈠43卷第189頁背面至第191頁，系爭協議書見原法院98建32卷一第8至13

頁）。再審諸系爭營建契約之臺北縣政府93土建字第687號建造執照圖說所示圍牆及部分鋪面工項之範圍（見本院100建上56卷一第179、181頁），與系爭圍牆步道雜項工程之11號雜項執照圖說所示圍牆及步道工程之範圍（見同上卷一第176、177頁），就圍牆長度、圍牆RC高度、圍牆基座型式、基座寬度、圍牆基座鋪面材料等均不一致等。上訴人於甲案抗辯系爭圍牆步道雜項工程係系爭營建契約既有工項之回復施作云云，亦經另案判決認定系爭圍牆步道雜項工程係上訴人與華熊公司另行約定之新建工程，非系爭營建契約原有圍牆及部分鋪面工項之恢復，認定上訴人前開抗辯不足採，有甲案確定判決可稽（見原審卷一第256至259頁）。被上訴人並非系爭協議書之當事人，自無從據被上訴人前開證詞推翻前開認定。

⑸上訴人復主張被上訴人依系爭契約第3條第1項、第2項，有勘查及測量系爭工程基地之義務，兩造於93年8月2日簽立系爭契約後，被上訴人即著手開始為上訴人規劃、設計系爭大樓，經過調查測量後，已知悉建築基地較正面中央路面為低，考量後認有設置背面擋土牆之必要，故圍牆當屬原有工項云云，並援引94年6月17日「大霸電子頂埔高科技園區企業總部邀標估價說明書」就「壹、基地現況」第7項記載：「現地高低差：中央路較高於基地地表面75～80cm，回填土方以園區工程開挖現有土方回填為主」，「參、工程範圍」第2項記載：「四周圍牆、大門、崗亭、背面擋土牆、園區道路及排水溝、立體停車場、污水排放等相關工程」等語，及被上訴人於94年7月12日提出「大霸電子總部大樓圖說疑義回覆」第3點「施工範圍中有提到背面擋土牆，請問於何處施工？若屬於主體工程，請提供擋土牆建築及構造圖？答：施工範圍為背側地界線，圖說已補」等語為據（見原審卷一第483至491頁）。惟查，被上訴人就系爭工程原本有規劃圍牆、背面擋土牆，上訴人嗣指示原屬系爭營建契約工項範圍內之景觀工程取消圍牆及變更部分鋪面，並同意辦理第

二次變更設計，後又以系爭協議書向華熊公司定作系爭圍牆步道雜項工程，已如前述，自不能以系爭營建契約成立前之前開說明書及疑義回覆，認定系爭圍牆步道雜項工程係系爭營建契約原有工項。至上訴人於96年1月16日函知承包商華熊公司：「有關圍牆及景觀步道（磁磚）工項施作乙節，該工項為原營建契約既有工項，非為單一工程。本公司同意按營建契約設計施工圖施作。請貴公司依約執行」等語（見原審卷一第237頁），更係事後片面主張，均無從據以為有利於上訴人之認定。

⑹上訴人雖以證人即華熊公司94、95年之總經理田代靜夫證稱：伊於94年7月22日以華熊公司董事長兼總經理身份參與議價會議，嗣於同年11月28日與上訴人簽訂系爭營建契約，伊部下會將上開會議及契約之內容向伊說明，並在徵得伊同意下，由伊以法定代理人之身分代表訴外人華熊公司議價並簽約等語，主張系爭營建契約第3條第1項明定上訴人與華熊公司間就此一工程之最終結算總工程費含稅不得超過總價承攬之封頂價10億6,000萬元，係在證人田代靜夫理解並同意下與上訴人達成總價承攬封頂價之契約合意，足徵證人田代靜夫當時身為訴外人華熊公司之董事長兼任總經理，對於系爭工程之投標、議價、簽約及施工為最終決策權者云云。然證人田代靜夫證稱：伊對有無參加議價會議沒有印象，不記得內容，沒有印象當天被上訴人事務所人員有無表示任何意見，對系爭營建契約內容也沒有印象等語（見本院卷第158、159頁），亦無從據以認上訴人主張為真。

⑺據上各節，上訴人指示取消系爭工程之圍牆及部分鋪面，同意系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計後，又再以系爭協議書向華熊公司定作圍牆步道雜項工程，該部分為新建工程，不含蓋在系爭工程內，不受系爭營建契約所定系爭工程總工程費不得逾10億6,000萬元之拘束。則上訴人以其除10億6,000萬元外，另依甲案確定判決給付華熊公司之系爭款項，主張被上訴人未嚴控伊與華熊公司間系爭工程之

最終結算總工程費含稅不得超過總價承攬之封頂價10億6,000萬元，被上訴人違反系爭契約第12條第3項之約定云云，自屬無據，難認可採。

(二)上訴人主張被上訴人違反系爭契約、建築師法及契約誠信之交易原則，未盡善良管理人注意義務，有無理由？

1.按系爭契約第3條第11項、第12項第3款約定：「乙方（即被上訴人）應依據甲方（即上訴人）之需求、指示以及附件二所示之工作進度期程表提供本新建工程規劃、設計與監造有關之一切服務。服務範圍包括但不限於下列事項：（十一）乙方應提供本新建工程施工有關之一切監造服務，應盡善良管理人之注意義務監督本新建工程所有廠商依照設計圖說、合約及相關之法令進行施工。乙方就監工監造應提供之服務，包括但不限於下列事項：...4、應盡善良管理人之注意義務審查承包商之『工程日報表』及填寫『監工日報表』及各項報表，並提供書面審查意見。一旦發現任何違反施工計畫、時程表、契約、法令或其他規定時，應立即以書面通知甲方，並以書面要求承包商改進...6、就施工廠商之施工計畫、預定進度、施工圖、器材樣品及其它審查案件，乙方應盡善良管理人之注意義務進行審查，並提供書面審查意見...（十二）其他服務...3、價值工程分析」；第5條第4項第9款約定：「依甲方核定之建造費，進行施工預算書編製，並依甲方提供之表單辦理工地調查」；第11條第1項、第2項約定：「乙方承辦本工程規劃設計，其實際提供服務人員應於完成之圖樣及書表上簽署，所有服務項目應由合格之專業技師簽證，乙方應保證簽證內容符合所有建築法規之規定並負連帶責任」、「前項所稱圖樣及書表，包括依本契約應提出之預算書、設計圖、規範、施工說明書及其他文件」；第18條第1項第7款：「乙方辦理之規劃設計，如有疏失，造成重大變更設計者」（見原審卷一第23至59頁）。

2.次按建築師法第17、18、19、20條規定：「建築師受委託設計之圖樣、說明書及其他書件，應合於建築法及基於建築法

所發布之建築技術規則、建築管理規則及其他有關法令之規定；其設計內容，應能使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工」、「建築師受委託辦理建築物監造時，應遵守左列各款之規定：一、監督營造業依照前條設計之圖說施工。二、遵守建築法令所規定監造人應辦事項。三、查核建築材料之規格及品質。四、其他約定之監造事項」、「建築師受委託辦理建築物之設計，應負該工程設計之責任；其受委託監造者，應負監督該工程施工之責任」、「建築師受委託辦理各項業務，應遵守誠實信用之原則，不得有不正當行為及違反或廢弛其業務上應盡之義務」。

3. 由系爭契約第3條可知，被上訴人本係依上訴人之需求、指示，提供工程規劃、設計與監造服務。上訴人既明知並同意以每坪建造費用10億6,000萬元、每建坪5萬1,591元將系爭工程發包華熊公司承攬，並與華熊公司於94年11月28日簽訂系爭營建契約；系爭工程之圍牆及部分鋪面係因上訴人指示取消，因此辦理第二次變更設計；嗣上訴人辦理前揭雜項執照，並以系爭協議書向華熊公司定作依前開雜項執照施作系爭圍牆步道雜項工程，並於96年12月25日與華熊公司簽訂系爭協議書，約定華熊公司依11號雜項執照施作系爭圍牆步道雜項工程，華熊公司依系爭協議書約定，承攬施作系爭圍牆步道雜項工程，於97年5月1日完工後，依系爭協議書之承攬法律關係，起訴請求上訴人就該圍牆步道雜項工程給付超過系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元之工程款，經甲案判決扣除系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元，上訴人尚應給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款787萬2,155元本息確定；上訴人給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元，係新建工程之工程款，不包含在系爭工程總工程費內，均如前述，且依前開說明書已記載基地現況及工程範圍，被上訴人已善盡其勘查及測量基地之義務，自難認被上訴人有何違反前揭約定或規定，或有何規劃設計之疏失，及未盡善良管理人注意義務、違反誠信原則之情

事，更無從據以謂被上訴人違反系爭契約第12條第3項之擔保責任。上訴人前開主張，自屬無據。

4. 上訴人另援引系爭契約第21條第1項約定，主張被上訴人仍應就系爭圍牆及步道工程之工項金額計算錯誤乙節及未依善良管理人之注意履行系爭工程監造之義務及責任，負懲罰性違約金責任云云。按系爭契約第21條第1項固約定：「本契約所定應由乙方辦理之各項規劃設計、監造工作，雖經甲方審定，乙方仍應負本工程規劃設計、監造及其委託事項之完全責任（包括建築法、建築師法、技師法及其他相關法令規章之規定含引進新工法、新技術之規範），不因甲方審定或同意，豁免乙方之故意、過失、無過失或損害賠償之責任」（見原審卷一第39頁）。惟上訴人既未能舉證證明被上訴人就系爭圍牆及步道工程之工項有金額計算錯誤及未依善良管理人之注意履行系爭工程監造之義務及責任，復未能舉證證明被上訴人辦理之規劃設計、監造工作有何違反系爭契約約定、民法、建築法、建築師法、技師法及其他相關法令規章之規定所致，已如前述，無從主張被上訴人應負違約之損害賠償責任，自亦無系爭契約第21條第1項約定適用之餘地。上訴人是項主張，尚非有據。

(三)上訴人依系爭契約第18條第2項第4款請求被上訴人給付計算錯誤3倍之懲罰性違約金3,482萬8,770元本息，有無理由？

1. 按系爭契約第18條第2項第4款約定「乙方（即被上訴人）提供之設計工程圖說及施工預算之單項工程之金額計算錯誤超過1%時，乙方應給付甲方（即上訴人）相當於計算錯誤3倍之懲罰性違約金」（見原審卷一第57頁）。

2. 查甲案判決命上訴人給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款787萬2,155元本息確定，係因上訴人指示華熊公司取消系爭工程之圍牆及部分鋪面後，又再以系爭協議書向華熊公司定作系爭圍牆步道雜項工程所致，並非被上訴人提供之設計工程圖說或施工預算之單項工程之金額有何計算錯誤之情形，此外，上訴人並未提出其他證據證明被上訴人有何提供之設

計工程圖說及施工預算之工程金額有計算錯誤超過1%之情事。又被上訴人並無違反系爭契約第12條第3項約定之擔保責任，業經本院認定於前。則上訴人主張因被上訴人違反系爭契約第12條第3項約定，依系爭契約第18條第2項第4款約定，請求被上訴人給付計算錯誤3倍之懲罰性違約金3,482萬8,770元本息，自非有據。

(四)上訴人主張依民法第544條、第227條第2項請求被上訴人賠償因其違背契約義務導致伊多給付華熊公司1,160萬9,590元工程款，有無理由？

1.按受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責，民法第544條固定有明文。次按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。民法第227條亦有明定。

2.上訴人主張被上訴人違反系爭契約第12條第3項，致其負責設計監造之系爭工程總價超過10億6,000萬元，違反善良管理人之注意義務，處理委任事務有過失，且未向上訴人說明及提出取消圍牆及步道之危險性，逕自取消該項工程而導致伊事後回復施作而給付1,160萬9,590元，逾越權限，依民法第544條規定請求被上訴人負賠償之責云云（見本院卷第82、83、246、247頁）。兩造固不爭執系爭契約為委任契約（見本院卷第246頁），惟被上訴人並無違反系爭契約第12條第3項約定之擔保責任，亦無違反系爭契約其他約定或建築法規之情事，且無違背善良管理人注意義務之情形，係上訴人指示取消系爭工程之圍牆及部分鋪面，並同意被上訴人第二次變更設計，均已如前述，自難認被上訴人處理委任事務所過失或有逾越權限之行為。又上訴人給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元，係新建工程之工程款，不包含在系爭工程總工程費內，華熊公司係依系爭協議書約定，承攬施作系爭圍牆步道雜項工程，且經甲案判決

華熊公司依系爭協議書之承攬法律關係，請求上訴人就該圍牆步道雜項工程給付超過系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元之工程款，為有理由，如上所述，足見上訴人給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元亦非因被上訴人處理委任事務所過失或逾越權限所致。上訴人主張依民法第544條規定，請求被上訴人負賠償之責云云，自屬無據，應予駁回。

3. 上訴人另主張被上訴人未履行系爭契約第12條第3項之擔保責任，為不完全給付，致伊多給付華熊公司系爭款項，應依民法第227條第2項賠償伊所受損害云云（見本院卷第83、246、247頁）。惟被上訴人並無違反系爭契約第12條第3項約定之擔保責任，亦無違反系爭契約或建築法之情事，且上訴人給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元亦非因被上訴人不完全給付所致。上訴人既未能舉證證明被上訴人有何不完全給付致其受損害，則其依民法第227條第2項規定，請求被上訴人負不完全給付之債務不履行責任云云，亦屬無據。

六、綜上所述，上訴人主張依系爭契約第18條第2項第4款約定、民法第544條、第227條第2項規定，請求被上訴人給付3,482萬8,770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，均無理由，均應駁回。其訴既經駁回，其假執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。從而原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

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　　4　　月　　30　　日

民事第十五庭

審判長法　官　方彬彬

法　官　陳杰正

法　官　沈佳宜

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　　110　　年　　4　　月　　30　　日

書記官　陳禹任