

臺灣高等法院民事判決

111年度上易字第868號

上訴人即附

帶被上訴人 優勢國際綠能有限公司

法定代理人 林紓嫻

訴訟代理人 鄭仁壽律師

被上訴人即

附帶上訴人 錦德鋼鐵股份有限公司

法定代理人 何自柔

訴訟代理人 陳家彥律師

廖家瑜律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國111年5月26日臺灣桃園地方法院109年度建字第135號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，被上訴人則提起一部附帶上訴，本院於112年8月8日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

一、原判決關於命(一)上訴人應給付新臺幣伍拾萬伍仟元；(二)上訴人應就上開新臺幣伍拾萬伍仟元給付自民國一〇九年十二月十九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息；及該(二)部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

二、上開廢棄(一)部分，上訴人應於被上訴人交付附表一、二所示鋼鐵材料之同時，給付被上訴人新臺幣伍拾萬伍仟元。

三、上開廢棄(二)部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請駁回。

四、被上訴人應於上訴人給付新臺幣伍拾萬伍仟元之同時，交付上訴人附表一、二所示鋼鐵材料。

五、其餘上訴及附帶上訴均駁回。

六、第一、二審訴訟費用（含追加之訴），由被上訴人負擔百分

01 之三，餘由上訴人負擔。

02 事實及理由

03 壹、程序方面：

04 一、本件被上訴人即附帶上訴人（下稱被上訴人）已變更組織為
05 股份有限公司，有被上訴人公司變更登記表可稽（見本院卷
06 一第51頁），合先說明。

07 二、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之；
08 但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條
09 第1項、第255條第1項第2款分別定有明文。上訴人即附帶被
10 上訴人（下稱上訴人）於原審以被上訴人未依約於民國109
11 年8月25日完工，且於109年9月15日拒絕施工，經伊寄發存
12 證信函催告至遲應於同年月21日前完工，被上訴人仍置之不
13 理，兩造間契約業經伊於同年月23日寄發存證信函解除，伊
14 得依民法第502條、第503條規定，請求預期20年發電所失利
15 益新臺幣（下同）17萬6882元，及自109年8月26日起至同年
16 9月23日解約日止，依兩造間契約第23條約定計罰逾期違約
17 金9萬1959元，爰依上開規定及約定，反訴請求被上訴人給
18 付26萬8841元本息（見原審卷一第343至351頁）。嗣於本院
19 審理時，將上開請求列為先位聲明，並主張如伊上開請求無
20 理由，並認兩造就爭執已成立和解契約，追加備位之訴請求
21 被上訴人給付附表一、二所示之鋼鐵材料（下稱系爭材
22 料），與原訴請求之基礎事實，均係本於兩造間契約所衍生
23 爭執，核與上開規定相符，應予准許。

24 貳、實體方面：

25 一、被上訴人本訴主張及反訴答辯如下：

26 (一)本訴部分：

27 被上訴人主張：上訴人於109年5月間提供自行製作之施工配
28 置圖（下稱系爭配置圖），委請伊按圖面規劃內容，含施作
29 位置、材料、尺寸進行報價並提出施工圖說，經上訴人確認
30 後，將高雄市○○區○○路00號及桃園市○○區○○路000
31 號之太陽能鋼構工程（下分稱茄苳工程、路得工程，合稱系

爭工程）各以51萬9750元、27萬3000元交由伊承攬施作，並於同年7月23日簽訂工程契約（下稱系爭契約）。詎伊於同年8月間前往施作時，發現地面水泥墩相互間距離與系爭配置圖不符，平均差距達0.2至0.3公尺，導致伊依施工圖說採購材料無法施作於系爭工程。上訴人違反指示協力義務，伊以起訴狀繕本送達解除系爭契約，並得請求上訴人賠償損害53萬2979元。如認伊上開請求無理由，伊曾委由謝益盛與上訴人工程部主管徐宇宏洽談和解（下稱系爭和解），達成先由上訴人支付50萬5000元，伊再將系爭材料讓與上訴人之合意，上訴人仍應依系爭和解給付50萬5000元等情。爰先位依民法第227條第1項、第507條第2項規定，求為命上訴人給付53萬2979元本息；備位依系爭和解，求為命上訴人給付50萬5000元本息之判決（原審判准上訴人應依備位給付被上訴人50萬5000元本息，被上訴人僅就先位差額部分提起一部附帶上訴，見本院卷一第158、159頁、卷二第55、56頁）。

(二)反訴部分：

伊未依約施作系爭工程，係可歸責於上訴人，伊就遲延並無可歸責事由，上訴人解約並不合法，不得向伊請求損害賠償及計付違約金。縱認上訴人解約合法，亦不得向伊請求發電價差損害，且違約金過高，應予酌減。上訴人依系爭和解有先給付50萬5000元之義務等語，資為抗辯。

二、上訴人本訴答辯及反訴主張則以：

(一)本訴部分：

兩造於締約前磋商期間，徐宇宏多次提醒謝益盛，為避免尺寸有誤，應至現場丈量放樣後才可施工，伊職員李珊如亦於109年7月28日透過通訊軟體要求謝益盛務必至現場放樣，謝益盛復承諾一定前往放樣，被上訴人未至現場施測確認尺寸即進行材料加工，事後發現尺寸錯誤，向伊要求增加費用，並拒絕施工，伊無可歸責之事由，被上訴人解除契約並不合法，亦不得請求損害賠償。兩造洽談爭執期間並未達成和解，被上訴人亦不得依和解契約請求等情，資為抗辯。

01 (二)反訴部分：

02 被上訴人未依約於109年8月25日完工，且於同年9月15日拒
03 絕施工，經伊寄發存證信函催告至遲應於同年9月21日前完
04 工，被上訴人仍置之不理，伊於同年9月23日寄發存證信函解
05 除系爭契約，自得依民法第502條、第503條規定，請求賠償
06 預期20年發電所失利益17萬6882元，及自109年8月26日起至
07 同年9月23日解約日止，依系爭契約第23條約定計罰逾期違
08 約金，茄苳工程、路得工程各為6萬291元、3萬1668元。倘
09 伊上開請求無理由，並認兩造就爭議已成立和解契約，被上
10 訴人負有給付系爭材料之義務，伊得為同時履行抗辯等情。
11 爰先位依民法第502條、503條規定及系爭契約第23條約定，
12 求為命被上訴人給付26萬8841元本息；備位以若依系爭和解
13 契約，伊有先為給付價金之義務，求為命被上訴人給付系爭
14 材料之判決。

15 三、原審判決駁回被上訴人先位之訴，依備位之訴判命上訴人給
16 付被上訴人50萬5000元本息，並駁回上訴人之反訴。上訴人
17 不服，提起上訴，並為訴之追加，被上訴人則提起附帶上
18 訴。

19 (一)上訴部分：

20 1.上訴人上訴聲明：

21 (1)原判決關於①命上訴人給付被上訴人50萬5000元本息及該部
22 分假執行之宣告，及②駁回上訴人之反訴部分，均廢棄。

23 (2)上開廢棄①部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均
24 駁回。

25 (3)上開廢棄②部分，被上訴人應給付上訴人26萬8841元，及自
26 反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計
27 算之利息。

28 (4)（追加備位反訴請求）被上訴人應給付上訴人系爭材料。

29 2.被上訴人答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

30 (二)附帶上訴部分：

31 1.被上訴人附帶上訴聲明：

01 (1)原判決關於駁回被上訴人後開第(2)項之訴部分廢棄。(先位
02 之訴部分)

03 (2)上訴人應再給付被上訴人2萬7979元，及自109年12月19日
04 (即起訴狀繕本送達翌日)起至清償日止，按週年利率5%
05 計算之利息。

06 2.上訴人答辯聲明：附帶上訴駁回。

07 四、下列事項為兩造所不爭執，應可信為真實(本院卷一第215
08 至216頁)：

09 (一)上訴人於109年5月間提供自行製作之施工配置圖予被上訴
10 人，委請被上訴人按圖面規劃內容，含施作位置、材料、尺
11 寸進行報價並提出施工圖說，上訴人將高雄市○○區○○路
12 00號及桃園市○○區○○路000號之太陽能鋼構工程，即茄
13 荳工程、路得工程各以51萬9750元、27萬3000元交由被上訴
14 人承攬施作，並於同年7月23日簽訂工程契約。

15 (二)被上訴人於同年8月間前往施作時，發現地面水泥墩相互間
16 距離與系爭配置圖不符，平均差距達0.2至0.3公尺，被上訴
17 人原依施工圖採購材料無法施作於系爭工程。

18 (三)被上訴人迄未進場施工，系爭工程並未依原定109年8月25日
19 完工。上訴人於109年9月15日寄發存證信函催告被上訴人至
20 遲應於同年月21日前完工，被上訴人仍未進場施作，上訴人
21 於同年月23日寄發存證信函解除系爭契約，被上訴人於翌日
22 收受。

23 (四)兩造就此爭執，被上訴人曾委由謝益盛與上訴人工程部主管
24 徐宇宏洽商。

25 五、本件之爭點如下：

26 (一)(本訴部分)上訴人有無違反定作人協力義務，被上訴人主
27 張解除系爭契約，請求損害賠償，是否有據？又兩造有無達
28 成和解契約，被上訴人得否再請求損害賠償？

29 (二)(反訴部分)被上訴人有無違約，上訴人以被上訴人遲延給
30 付解除系爭契約是否有據？若為肯定，其得請求被上訴人賠
31 償之損害若干(違約金是否過高)？如達成和解契約，上訴

01 人追加請求被上訴人給付系爭材料，是否有據？

02 六、茲就本件之爭點，說明本院之判斷如下：

03 (一)上訴人授權徐宇宏與被上訴人代理人謝益盛達成系爭和解，
04 系爭和解為創設性和解，被上訴人不得再依系爭契約請求上
05 訴人為給付，其先位以上訴人違反定作人協力義務，主張解
06 除系爭契約，並請求損害賠償，即屬無據；備位依系爭和解
07 請求上訴人為給付，即為可採，且與上訴人請求被上訴人給
08 付系爭材料間立於對待給付關係：

09 1.按稱和解者，謂當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止
10 爭執發生之契約，民法第736條定有明文。是和解為諾成契
11 約，不以文字為必要，其代理權之授與亦同，亦為民法第53
12 1條所明文規定。又代理權係代理人於代理權限內，以本人
13 名義所為之意思表示或所受意思表示，直接對本人發生效力
14 之謂。

15 2.查，兩造於109年7月23日簽立系爭契約，上訴人將鋼構工程
16 交被上訴人施作（含工帶料），被上訴人於同年8月間前往
17 施作時，發現地面水泥墩相互間距離與系爭配置圖不符，平
18 均差距達0.2至0.3公尺，被上訴人原依施工圖採購材料無法
19 施作於系爭工程（見不爭執事項(一)(二)）；經上訴人工程部主任
20 徐宇宏、被上訴人承辦業務謝益盛（譯文分別以徐、謝代
21 稱）就此爭執洽商過程以：「（9月10日）（謝：）副總，
22 明天我再去找您我們想辦法把事情處理好…（徐：）我不覺
23 得可以善了，你老闆還在爭…（9月11日）以上為我找廠商
24 問的資訊，包含估計材料及熱浸，以及後續加工修改的費
25 用…（9月12日）你有需要再跟他聯絡吧，無論如何找什麼
26 人都可以但下週一要有定論，不然我們存證信函就會發過去
27 了會要求你們立即交貨否則要解約並損害賠償…（謝：）會
28 啊，決議就是按我們昨天說的，我會給貴司一個新的報價單
29 （除去組裝及其他費用）…（9月14日）如果材料部分我按
30 照鐵工老闆寫的單價來跟公司談，您認為可以嗎（徐：）還
31 有加工費（謝：）我用這個單價下去抓金額是落在188614

（含加工，製圖不算了）…（謝：）我們這兩場的組裝都抓的比較低，兩場也前後降價2次（徐：）兩場安裝及修改費25萬未稅，扣除後（49.5+26-25）=50.5萬未稅（材料費），你提供相關材質證明，我們解約。這個是我老闆最後條件…（期間有兩造撥打電話往來）（9月22日）（徐：）你剛才提到這2案只出材料的建議（50.5萬），請正式mail提出，中午前必須要讓我跟老闆報告裁示，如果拖到明天，那我們絕對掛錶來不及，那損失還是要跟你們求償，加油吧（謝：）副總mail需要老闆看過，請稍等喔。決議一樣，就是我們出材料部分（下午12：00）。副總，抱歉，老闆開會較晚，mail我發過去了，請您查收…（下午4：00）（徐：）沒有，還是沒收到（謝：）咦？…（徐：）被退信。真不行，你傳真來好了，蓋個公司章…（謝：）『副總您好：針對貴司路得及茄苳案，本著讓案件順利結案的原則下，敝司同意貴司的要求，路得及茄苳兩案以低於敝司成本的單價出貨，鋼構材料，兩案總價50.5萬，如下說明也請知悉(1)此總價50.5萬僅針對鋼構材料，不含組裝費用，出貨後雙方解除合約，由貴司自行安排組裝、吊掛(2)出貨時程，請貴司告知，以利安排車趟出貨(3)出貨時請協助支付此50.5萬貨款』（徐：）收到了（傳送電腦電子郵件收件匣截圖）」等情，有2人間Line通訊對話截圖可稽（見原審卷二第82、83、84、85、86、89、91、93頁、原審卷一第243至249頁），足見徐宇宏於109年9月14日表明「這是我老闆最後條件…」等經上訴人授權提出以50萬5000元結算材料以為和解要約之意思表示，復經謝益盛以「需要老闆看過」、「老闆開會較晚」等表明經被上訴人授權之旨後，於109年9月22日透過傳送電子郵件予徐宇宏為和解承諾之意思表示，互相意思表示一致，其效力及於本人，兩造間之和解契約即為成立。

3.上訴人雖抗辯謝益盛並無代表被上訴人之權限，就前開和解磋商未提出經被上訴人授權之證明文件，且徐宇宏透過Line

01 通訊軟體詢問被上訴人法定代理人何自柔，何自柔已讀不
02 回，系爭和解未經被上訴人之授權，自難認兩造間已成立系
03 爭和解云云。惟：

04 (1)民法第167條代理權之授與，因本人向代理人為意思表示即
05 生效力，無須一定方式，但代理人代理本人與第三人為法律
06 行為時，固應就其代理權存在為相當證明，以資保護交易之
07 安全。惟認定事實所憑之證據，不以能直接證明待證事實之
08 證據為限，倘綜合各種情況及資料能證明一定之事實，依該
09 事實，根據經驗法則及論理法律之研判與推理作用，得以推
10 論待證事實存在之證據，亦包括在內。又當事人本人授與他
11 人以代理權，通常情形係先有基本法律關係，或為委任關係
12 或其他，代理權授與，非不得於基本法律關係明確表明授與
13 代理人之權限。

14 (2)依徐宇宏與被上訴人法定代理人何自柔（對話名稱錦德小
15 柔，譯文以柔代稱）間Line通訊對話截圖：「（未見時間）
16 （柔：）依照上述圖面，我司皆依貴公司圖面做設計，且合
17 約並沒有任何條文需要我司去做收測，因為貴公司圖面有
18 誤，我司可提供以下方案，1.若需由我司協助修改人力與吊
19 車25000元/日，實作實算2.我司可以僅供應材料貴公司自己
20 安裝及修改（徐：）（傳送路得案更新合約檔案）（柔：）
21 這是貴公司單方面通知，並未在合約上，依合約行動，難不
22 成我發一個訊息過去，就是依我講的算了嗎？而且這不是筆
23 誤，是貴公司十足十的設計錯誤。（9月22日）（徐：）
24 （傳送其收受之謝益盛所傳前述和解之電子郵件畫面）請問
25 這個作法確實是您授意的嗎」等語，最後訊息僅顯示已讀，
26 此後彼此再無其他任何訊息往來等情（見原審卷二第38至40
27 頁、第94至96頁），並有公司變更登記表可按（見原審卷一
28 第477頁）；再對照前述徐宇宏與謝益盛間之Line通訊對話
29 訊息，於（9月10日）徐宇宏表示：「你老闆還在爭」後，
30 兩人就材料報價事宜為相當之討論，且兩造均不否認被上訴
31 人委託謝益盛與徐宇宏就此爭執為洽商等情（見不爭執事項

01 (四)，足見徐宇宏雖有加何自柔之Line，可直接與何自柔對
02 話聯繫，然何自柔除曾以前開對話直接向徐宇宏表達異議，
03 概括表明可接受加價修改安裝或提供材料由上訴人自行修改
04 之方法後，對徐宇宏之提案則置之未理，可推知何自柔乃同
05 步掌握謝益盛處理進程，然既已將該爭執事項授權謝益盛處
06 理，嗣未再與徐宇宏就此作其他討論，足見被上訴人並未以
07 此聯繫方式作為與上訴人協調該爭執事項之對話窗口；應認
08 被上訴人已將就該爭執之磋商和解條件之基本法律關係，包
09 括最後達成和解所需之法律行為均委託謝益盛為之，此代理
10 權之授與並為徐宇宏所明知，徐宇宏始會逕向謝益盛傳送和
11 解要約：「（9月14日）兩場安裝及修改費25萬未稅，扣除
12 後（49.5+26-25）=50.5萬未稅（材料費），你提供相關
13 材質證明，我們解約。這個是我老闆最後條件…（9月22
14 日）你剛才提到這2案只出材料的建議（50.5萬），請正式m
15 ail提出」等語（原審卷一第243、247頁、卷二第89、91
16 頁），而非向何自柔傳送要約訊息自明。況何自柔讀取後並
17 未否認徐宇宏轉傳自謝益盛和解契約內容乙事，是被上訴人
18 主張：謝益盛已應徐宇宏之要求由公司發電子郵件以為正式
19 回覆，並已達成和解，徐宇宏雖有以Line通訊軟體向伊法定
20 代理人再行確認，但謝益盛既非無權代理，且當時兩造已生
21 爭議，更已授權謝益盛談和解，突然收到徐宇宏詢問有無授
22 權，若非認徐宇宏明知故問，亦必會感到莫名其妙，衡情自
23 不會回覆，以免衝突（見原審卷二第43、44頁）等語，即與
24 前情相符，而非不可採信。上訴人以：徐宇宏事後將上開和
25 解內容另行傳送何自柔後，何自柔並未確答，即認被上訴人
26 未授權謝益盛為和解之法律行為，系爭和解並未成立云云，
27 實無可採。

28 (3)次以，經提示前述徐宇宏、謝益盛間就爭執洽商過程之line
29 通訊對話截圖後，證人謝益盛就上開和解亦證述：最後是跟
30 副總徐宇宏口頭上達成協議，中途有提到我們這邊需以正式
31 郵件發出告知對方我們同意和解以這樣的方式去進行，郵件

當時是有發的，後來是有再要求這部分需要由我們公司的老闆具名，後來老闆認為既然業務已經以公司名義通知同意和解條件，他不需要再自己做任何通知，後來雙方就有點不了了之等語（見原審卷二第7頁），益徵謝益盛確經授權而於109年9月22日與上訴人達成和解，嗣後上訴人另行要求由何自柔為具名通知，被上訴人未配合為之，要不影響兩造已達成和解之效力。況上訴人旋於同年月23日即寄送存證信函解除系爭契約，於翌日送達被上訴人（見不爭執事項(三)），兩造未依系爭和解通知出貨時程及支付貨款，因而不了了之，即與證人謝益盛證述無違，上訴人以證人謝益盛證述「不了了之」而認兩造最終未達成和解云云，即無可採。

(4)至證人徐宇宏雖證述：是有與謝益盛協調，當時協議某天要把材料運給我們，謝益盛要求我們先支付現金，但是我們從頭到尾都沒有看到任何產品，要求謝益盛提供證明其得到授權，但謝益盛無法提供，後來有在Line上問何自柔，但何自柔一直已讀不回，就沒有辦法把錢匯給他，因為我們擔心是騙局云云（見原審卷二第12頁），然依前述徐宇宏與謝益盛間Line通訊對話訊息中，並無徐宇宏質疑謝益盛無代理權或要求謝益盛提出授權證明之情形，僅於徐宇宏一開始未能收到謝益盛傳送之電子郵件時，曾表示「（徐：）真不行，你傳真來好了，蓋個公司章…」，事後謝益盛即成功傳送電子郵件，並經徐宇宏收受（見原審卷二第91至93頁），業如前述，是徐宇宏上開有關謝益盛未經授權之證述即與就爭執過程均以謝益盛為被上訴人代理人而與之磋商等情不符，尚難逕予採憑。

(5)準此，綜合上開徐宇宏與謝益盛就該爭執磋商過程等間接事實，堪認被上訴人授權謝益盛為系爭和解，乃徐宇宏所明知，上訴人仍執前詞否認系爭和解有效成立云云，自無可採。

4.再按和解之本質，究為創設，抑為認定，應依和解契約之內容定之。當事人以他種之法律關係或以單純無因性之債務拘

束等，替代原有之法律關係時，屬於創設；否則，以原來而明確之法律關係為基礎而成立和解時，則屬認定。和解內容，倘以他種法律關係替代原有法律關係者，則係以和解契約創設新法律關係，故債務人如不履行和解契約，債權人應依和解創設之新法律關係請求履行，不得再依原有法律關係請求給付（最高法院83年台上字第620號判例意旨參照）。查兩造所簽立系爭契約，上訴人將鋼構工程交被上訴人施作（含工帶料），其性質為承攬契約，嗣兩造所達成之和解，以2案（即茄苳工程、路得工程）上訴人只出材料費50萬5000元，被上訴人出貨，上訴人支付貨款，即行解除原承攬契約等條件，該和解替代兩造間因解除系爭契約所生之法律關係，約定被上訴人移轉系爭材料之財產權，並由上訴人支付被上訴人購買系爭材料之費用，是兩造所達成之和解，屬創設性和解，於上訴人不履行和解契約時，依前揭說明，被上訴人僅得以和解契約請求履行，不得再依系爭契約請求給付。是被上訴人先位仍以上訴人違反系爭契約關於定作人承攬指示義務云云，請求上訴人賠償，並無可採。又被上訴人備位依和解契約，請求上訴人給付50萬5000元，即屬可採。

5.按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第264條第1項前段定有明文。所謂同時履行之抗辯，乃因成立或履行上有牽連關係之雙務契約而生，倘雙方之債務，本於同一雙務契約而發生，且其一方之給付與他方之給付，立於互為對待給付之關係者，即可主張同時履行抗辯。又債務人享有同時履行抗辯權者，在未行使此抗辯權前，仍可發生遲延責任之關係，必須行使以後始可免責，且於合法提出同時履行抗辯後，其遲延責任即溯及免除。查兩造因系爭和解，由上訴人負有支付材料費用之義務，被上訴人負有交付系爭材料義務，該二義務係本於同一創設性和解契約而生，並立於互為對待給付之關係，是兩造均得為同時履行之抗辯。系爭和解時謝益盛以：「出貨時程，請貴司告知，以利安排車趟出貨、出貨時請協助支付此

50.5萬貨款」等詞（見原審卷一第245頁、卷二第93頁），即被上訴人履行其因系爭和解所負出貨即交付系爭材料之義務時，請求上訴人亦應履行其給付價金之義務，難認兩造係約定上訴人有先為給付材料費用之義務，惟被上訴人一再主張上訴人依系爭和解，有先行給付材料費用義務，探求其真意實可認被上訴人亦就上訴人請求其交付系爭材料時，已行使上訴人應給付該材料費用之同時履行抗辯。第按「被告就原告請求履行因雙務契約所負之債務，在裁判上援用民法第264條之抗辯權時，原告如不能證明自己已為對待給付或已提出對待給付，法院應為原告提出對待給付時，被告即向原告為給付之判決，不得僅命被告為給付，而置原告之對給付於不顧」（最高法院39年台上字第902號判例意旨參照），是上訴人於二審為同時履行抗辯，被上訴人應於上訴人給付和解契約價金之同時，給付上訴人系爭材料為可採。雖係上訴人於二審所提出新防禦方法，惟依前揭判例意旨，自不得置於不顧，依民事訴訟法第447條第1項第6款規定應准其提出始符公平。且依前揭說明，上訴人給付材料費用之遲延責任，亦應其為同時履行抗辯而溯及消滅，是被上訴人請求上訴人給付自催告翌日起即109年12月19日起至清償日止之法定遲延利息部分，即屬無據。

(二)被上訴人有無違約，上訴人以被上訴人遲延給付解除契約是否有據？若為肯定，其得請求被上訴人賠償之損害若干（兼論違約金是否過高）？備位請求被上訴人給付系爭材料，是否有據？

1.上訴人固以：系爭契約約定被上訴人應於109年8月25日完工，因被上訴人未進場施作，上訴人於109年9月15日寄發存證信函催告被上訴人至遲應於同年月21日前完工，並於同年月23日寄發存證信函解除契約，被上訴人於翌日收受，被上訴人應就其遲延給付，依系爭契約第23條約定計罰逾期違約金，並負損害賠償責任云云。惟：

(1)關於被上訴人就給付遲延是否具可歸責事由部分：

01 上訴人抗辯：系爭契約為統包工程，被上訴人有至現場測量
02 以繪製施工圖說之義務，不得以圖說尺寸不符拒絕履行等
03 語；被上訴人則以：其係依上訴人提供之系爭配置圖尺寸進
04 行規劃、設計及採購材料，伊並無至現場施測之義務，現場
05 水泥墩座因與圖說尺寸不符而無法進場施作，非可歸責於
06 伊，伊不負遲延責任，上訴人亦不得解除契約，請求損害賠
07 償等語。查：

08 ①上訴人於109年5月間提供自行製作之系爭配置圖予被上訴
09 人，委請被上訴人按圖面規劃內容，兩造並於同年7月23日
10 簽約，有施工配置圖、兩造Line通訊對話截圖及系爭契約可
11 按（見原審卷一第19至35頁、第173至215頁）。被上訴人依
12 系爭配置圖提出報價單，其備註欄載明：「依提供之圖面設
13 計規劃」，並作為系爭契約附件而為契約之一部分（見原審
14 卷一第37、39、187、209頁），被上訴人主張其係依上訴人
15 施測結果之指示規劃、施作，尚非無憑。至報價單上記載
16 「放樣值筋、水泥墩座」等報價項目，依證人即專業廠商林
17 家弘證述：放樣值筋係指至現場把柱位點確認出來，把螺絲
18 位置做記號，開始開挖鑽孔，牙條放進去，這是表示要施作
19 了等語（見本院卷一第199頁），是上訴人以報價單上已有
20 「放樣值筋」等項目字樣即表示被上訴人有現場施測確認圖
21 說之義務，已無可採。

22 ②證人林家弘復證述：有些是統包工程，由承攬商去做現況量
23 測，製造圖面，確認沒有問題後，才進行製造；另一種是代
24 工，直接按業主提供的資料，利潤會有差，但是沒有一定的
25 標準。兩造的合約很一般，只有討論到施工過程及雙方權利
26 義務，統包及代工契約差別最多的是在於工作項目有無包含
27 現場設計規劃的費用等語（見本院卷一第199頁），足見現
28 場施測並非當然屬承商之契約義務。而上訴人復不否認其簽
29 約前有至現場進行簡易測量等情，被上訴人則表示其並未至
30 現場測量（見本院卷一第61、62頁），由前述簽約前兩造間
31 Line通訊對話可知上訴人有將測量結果傳送圖面予被上訴人

01 進行規劃設計，被上訴人即據以進行備料採購，再將材料送
02 至現場安裝，並基此就組裝、現場吊掛進行報價，其上並無
03 現勘費用及丈量費用等情，有上開報價單足憑（見原審卷一
04 第161至171頁），證人謝益盛亦證述：如果有到現場去做實
05 際丈量跟確認的話，在報價上會加上現勘的費用及現場丈量的
06 費用，本件現勘不在報價範圍，就是依對方提供現場丈量
07 圖面等語（見原審卷二第6、9頁）。是被上訴人係依上訴人
08 提供圖面設計規劃，兩造約定之報酬並不包括被上訴人之測
09 量費用，應堪認定。上訴人主張系爭契約為統包工程，被上
10 訴人負有至現場測量之義務云云，即無可採。

11 ③又系爭契約並無約定被上訴人應至現場測量，或應依被上訴
12 人測量之圖說為準，再對照系爭契約第10條第2款約定「所
13 有設計變更，均應以甲方（即上訴人）書面核定之變更指示
14 始得辦理」（見原審卷一第177、199頁）及上訴人解除契約
15 後就路得工程、茄荳工程一併另行發包予新盈企業社施作，
16 其工程契約第10條第2款改約定為「甲方（即上訴人）所提
17 供的圖說需經乙方（新盈企業社）現場工程放樣後，由甲方
18 確認使為最終施工圖」（見本院卷一第278頁）等情，可推
19 知系爭契約並未約定應由被上訴人至現場測量後，以被上訴
20 人測得尺寸製作之施工圖說為依據。是被上訴人主張上訴人
21 測量有誤，致造成其依上訴人提供之配置圖尺寸訂購之材料
22 與現場水泥墩座尺寸存有差異，而無法施作，非可歸責於被
23 上訴人，即屬可採。

24 ④至上訴人雖以：謝益盛於109年4月29日提及配合上訴人要求
25 現勘丈量而約定時間云云，並提出徐宇宏與謝益盛間之Line
26 通訊對話截圖（見本院卷一第143、145頁），惟：該對話上
27 下文：「（謝：）副總您好，我是上周有去拜訪您的錦德鋼
28 鐵EASON，不知道您這裡關於上週提及的案場現勘丈量，是
29 否有確認的時間，以利敝司這裡做安排（徐：）有幾個地方
30 已經有建築圖，目前還沒畫鋼構，有一些要去建管調圖，有
31 2-3棟（可）能要找測量公司（謝：）好的，謝謝…（徐）

（傳送幼獅工業區擺佈檔案）」（見原審卷二第60頁、本院卷一第149頁），且證人謝益盛亦證述：時間有點久，但看這個對話紀錄包括回覆應該是在談其他案子等語（見原審卷二第8、9頁），是該證物尚不足認定謝益盛就系爭工程曾要求至現場施測。又兩造簽約後，徐宇宏雖於109年7月27日曾寄送電子郵件「請貴公司加工前，務必要到場量測放樣，以免圖說有所筆誤」，並於同年8月28日再以Line通訊軟體通知「（徐：）在麻煩您務必至現場放樣，已（以）免爾後多有爭議（謝：）一定會去放樣，不放我也不敢做」（見原審卷二第32頁、卷一第321頁）、並於同年8月13日、19日分別約定至茄荳工程、路得工程之現場（見本院卷一第151、153頁），均係在兩造簽約後所為，縱事後現場施測發現與契約施工圖說不符等情，亦係兩造得否辦理契約之變更追加，尚無從據以推論被上訴人依約有現場施測之義務。另證人徐宇宏雖證述：是到現場勘測後被上訴人始提出報價單，及上訴人多次要求被上訴人到場放樣云云（見原審卷二第11頁），惟前開報價單並未記載係依被上訴人測量後提供之圖說據以報價請款，且被上訴人到場放樣並非其製作契約圖說之義務，業如前述，縱證人徐宇宏此部分之證述屬實，亦無從執為有利於上訴人之認定。

⑤準此，被上訴人於109年8月間前往施作時，發現地面水泥墩相互間距離與系爭配置圖不符，原採購材料無法施作於系爭工程後，兩造即進行磋商等情，有前述兩造間之Line通訊對話截圖可憑，被上訴人因而未能如期完工，其就給付遲延並無可歸責之事由，上訴人以被上訴人應負給付遲延責任，而賠償伊損害及依約計付違約金，尚難採憑。

(2)況被上訴人於109年8月間前往施作發生上訴人所提供圖說與現場不符之情形後，兩造即進行磋商，由前述謝益盛與徐宇宏間之Line通訊對話：「（9月12日）（徐：）你有需要再跟他聯絡吧，無論如何找什麼人都可以但下週一要有定論，不然我們存證信函就會發過去了會要求你們立即交貨否則要

01 解約並損害賠償…（謝：）會啊」（見原審卷二第84頁），
02 迄於同年月22日達成系爭和解時，上訴人前於同年月15日所
03 寄送存證信函限期被上訴人於同年月21日完工之期間已屆
04 至，兩造仍合意解除系爭契約而創設新契約之法律關係等
05 情，可知兩造磋商時已就因承攬契約關於被上訴人給付遲延
06 之損害賠償一併為和解讓步，未為保留，上訴人已無從再於
07 同年月23日以所寄送之存證信函解除系爭契約，依前揭創設
08 性和解效力之說明，縱被上訴人未依系爭和解為給付，上訴
09 人仍依原系爭契約請求被上訴人因給付遲延所生之損害賠償
10 及違約金云云，亦屬無據，附此敘明。

11 2.上訴人既不得再以被上訴人因違反系爭契約應負給付遲延責
12 任，其先位依民法第502條、第503條及系爭契約第23條約
13 定，請求被上訴人賠償損害及給付違約金，關於上訴人得請
14 求被上訴人賠償之金額若干，及違約金是否應予酌減云云，
15 亦無再予審究之必要，亦併敘明。

16 3.至上訴人反訴備位追加部分，因系爭和解其請求被上訴人給
17 付系爭材料之義務與被上訴人請求上訴人支付該材料之費用
18 立於對待給付，且被上訴人已為同時履行抗辯，均如前述，
19 亦應准於上訴人給付被上訴人該材料費用之同時，得請求被
20 上訴人給付系爭材料，是上訴人追加備位之訴，即屬可採。

21 七、綜上所述，被上訴人本訴備位依系爭和解之法律關係，請求
22 上訴人應於被上訴人交付系爭材料之同時，給付被上訴人50
23 萬5000元，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求（即先位
24 之訴部分及備位之訴之利息部分），為無理由，應予駁回。
25 上訴人反訴先位依民法第502條、第503條規定及系爭契約第
26 23條約定，請求被上訴人給付26萬8841元本息部分，為無理
27 由，亦應予駁回。原審就上開本訴應准許部分，未及審酌上
28 訴人於本院為同時履行抗辯而為被上訴人勝訴之判決，自有
29 未洽。按當事人一方如果在裁判上援用同時履行抗辯權，則
30 法院應為他方提出對待給付時應對之為給付之判決。此種命
31 被告為本案給付及命原告同時履行，兩者之間在性質上有不

可分割之關係，不得單獨確定，無論係對本案給付部分或對同時履行之對待給付部分，其中之一上訴有理由時即應將全部判決廢棄（最高法院97年度台上字第2478號判決參照）。上訴人上訴意旨以同時履行抗辯指摘原判決此部分，及准許法定遲延利息部分不當，求予廢棄改判，為有理由，並改判如主文第2、3項所示。上訴人其餘上訴（即反訴先位之訴）及被上訴人附帶上訴（本訴先位之訴）意旨指摘原判決對渠等各自不利部分為不當，求予廢棄改判，為無理由，均應予駁回。至上訴人追加備位之訴請求被上訴人應於上訴人給付50萬5000元之同時，給付上訴人系爭材料，為有理由，亦應准許。另就假執行之本案訴訟如獲勝訴判決確定者，雖其判決附有同時對待給付之裁判，就原告訴請判決之訴訟標的而言，仍不失為全部勝訴，僅原告未為給付前，不得就被告應有之給付聲請強制執行（最高法院92年度台抗字第376號裁定意旨參照），就前開本院廢棄改判命上訴人之給付被上訴人應同時履行部分，原審准被上訴人此部分假執行之聲請部分，並無不當，毋庸另就此部分為廢棄之諭知，附此敘明。

八、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。

九、據上論結，本件上訴人之上訴為一部有理由，一部無理由，追加之訴為有理由，被上訴人之附帶上訴為無理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 112 年 8 月 29 日
民事第一庭

審判長法官 李媛媛
法官 賴秀蘭
法官 陳筱蓉

正本係照原本作成。
不得上訴。

中 華 民 國 112 年 8 月 30 日

