

臺灣高等法院民事判決

113年度上易字第410號

上訴人 李欣芳

兼上一人

訴訟代理人 李慶治

被上訴人 莫克國際開發建設有限公司

法定代理人 盧淑惠

訴訟代理人 李仁豪律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國112年1月14日臺灣臺北地方法院112年度訴字第348號第一審判決提起上訴，本院於113年7月31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：伊等及訴外人張宏旭、施龍成、馬漢臣、洪朝欽（下合稱張宏旭等4人）與被上訴人於民國108年9月18日簽定臺北市○○區○○段危老重建案委託興建契約書（下稱系爭契約），約定由伊等及張宏旭等4人提供坐落臺北市○○區○○段0小段00地號土地（上訴人應有部分各10分之1，下稱系爭土地）及其上同區段0000、0000、0000、0000、0000、0000建號建物（門牌號碼及信託前原所有權人如附表一所示，下合稱原建物）為建築基地，被上訴人辦理拆除原建物並規劃興建住宅大廈（下稱系爭工程）。被上訴人本應依系爭契約第9條第4項約定，於建造執照（下稱建照）核准後9個月內申報開工，卻未能統籌及解決住戶間有關選定營造廠商、營建費用等意見及問題，致迄今仍未開工，伊等自111年2月28日起自伊等所有門牌號碼臺北市○○區○○街00號4樓房屋（下稱00號4樓房屋）遷出並在外租屋，受有租金之損失，被上訴人應給付伊等遲延開工之違約金，爰依系爭契

約第15條第1項約定，請求被上訴人給付新臺幣（下同）77萬6,739元（計算式如附件所示），及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息。又被上訴人前向原法院起訴請求伊等履行系爭契約，嗣於110年11月22日調解成立（案列原法院110年度移調字第237號），調解筆錄（下稱系爭調解筆錄）第11條約定伊等同意於同年12月10日前給付被上訴人31萬5,154元（下稱系爭款項），伊等已依約如數給付，惟系爭款項為第5期服務費用，給付之期限為已選定營造廠及簽定營造工程契約，然系爭工程迄未達成繳付第5期款之期限，伊等誤信被上訴人已達成，被上訴人應如數返還予伊等，爰依民法第179條規定，請求被上訴人給付31萬5,154元，及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴）。上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人應給付上訴人77萬6,739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。(三)被上訴人應給付上訴人31萬5,154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。

二、被上訴人則以：系爭工程迄今未開工係因上訴人無端拒絕選定營造廠及搬遷移交00號4樓房屋，致工程期程延後，營建成本暴漲，全體地主無法負擔營造金額，系爭工程無法開工係非可歸責於伊之事由所致，上訴人自無從依系爭契約第15條第1項約定向伊請求遲延開工違約金。縱認可歸責伊之事由逾期開工，系爭調解筆錄第1條已約明如建照失效，上訴人同意伊重新送件申請建照，上訴人亦不得再向伊請求給付逾期開工違約金；又系爭調解筆錄第2條約定系爭契約之權利義務俱由張宏旭等4人承受，因此上訴人不得再本於系爭契約上開約定向伊請求遲延開工違約金。再系爭款項包含開工前置作業費用12萬9,154元（項目詳如附表二，計算式：69萬4,377元*上訴人權值比例均為9.3%*2=12萬9,154元），訴外人麗高營造股份有限公司（下稱麗高公司）已實際執行開工前置作業；其餘金額18萬6,000元則為第5期服務

費用（計算式：第5期費用100萬元*上訴人權值比例均為9.3%*2=18萬6,000元），因伊已於110年4月27日向臺北市政府都市發展局（下稱北市都發局）申報取得開工許可，伊自得依系爭契約第5條第3項、附件四委建費用分期給付說明表（下稱系爭說明表）之約定收取第5期款項。又上訴人已於系爭調解筆錄第11條同意給付系爭款項，伊收取系爭款項自是有法律上原因等語，資為抗辯。答辯聲明：上訴駁回。

三、兩造不爭執之事項：

(一)上訴人、張宏旭等4人與被上訴人於108年9月18日簽定系爭契約，約定由上訴人及張宏旭等4人提供系爭土地及其上原建物為建築基地，被上訴人辦理拆除原建物並規劃興建住宅大廈，有系爭契約、土地建物查詢資料、異動索引查詢資料等件在卷可稽（見原審卷第17至30頁，本院卷第137至139、165至194頁）。

(二)被上訴人於110年2月24日取得110建字第0050號建照（下稱原建照），有該建照在卷可稽（見原審卷第35頁）。

(三)被上訴人於110年4月27日向北市都發局申報取得開工備查，有建築工程開工申報書暨其上蓋用北市都發局開工備查章在卷可稽（見原審卷第179頁）。

(四)系爭工程於111年9月13日設牌準備開工，迄今仍未開工，有工程標示牌照片在卷可稽（見原審卷第53頁，本院卷第148頁）。

(五)上訴人於111年2月28日遷出00號4樓房屋（見本院卷第150頁）。

(六)系爭調解筆錄第11條約定：上訴人同意於110年12月10日前給付被上訴人31萬5,154元（此金額包含麗高公司之前置作業費用12萬9,154元、被上訴人第5期委建服務費用18萬6,000元）等語；上訴人已依系爭調解筆錄第11條約定，給付系爭款項予被上訴人，有系爭調解筆錄、111年3月1日協議書（下稱系爭協議書）在卷可稽（見原審卷第42、46頁）。

四、本院得心證之理由：

01 (一)上訴人不得依系爭契約第15條第1項約定，請求被上訴人給
02 付77萬6,739元之逾期開工違約金部分：

03 1.按「乙方（即被上訴人）應盡速於建造執照核准後九個月內
04 申報開工，並於申報開工後800個日曆天申報竣工（完成使
05 用執照申請），不得藉故拖延。」，「除因不可歸責於乙方
06 之事由外，乙方如有未依本契約第九條第四項規定期限內完
07 成所定事項等情形，每逾一日，乙方須以本契約酬金之千分
08 之一為基準，按日計算之罰金，以賠償甲方（即上訴人、張
09 宏旭等4人）損失，惟總上限不得超過該法定工程造價20%
10 為準。」系爭契約第9條第4項、第15條第1項分別定有明文
11 （見原審卷第23、26頁），又「另乙方亦應提供興建本案大
12 廈之經合法登記之營造廠（須無不良紀錄），供甲方選擇或
13 由甲方指定其他營建業者建造。」，「重建計畫、規劃申
14 請、審議、拆除房屋、房地規劃、建築設計、請領建造及使
15 用執照、建材用料、營造施工等均由乙方統籌管理並向甲方
16 負責。」系爭契約第2條第1項後段、第9條第1項定有明文。
17 次按起造人自領得建造執照或雜項執照之日起，應於6個月
18 內開工；並應於開工前，會同承造人及監造人將開工日期，
19 連同姓名或名稱、住址、證書字號及承造人施工計畫書，申
20 請該管主管建築機關備查，建築法第54條第1項定有明文。

21 2.上訴人主張系爭契約約定應於建照核准後9個月內申報開
22 工，系爭工程已於110年2月24日領得原建照，卻迄今仍未開
23 工，自應依系爭契約第15條第1項約定給付開工逾期違約金
24 云云。經查，稽之系爭契約第9條第4項，係約定被上訴人應
25 於建照核准後9個月內「申報開工」。被上訴人於110年2月2
26 4日取得原建照，有該建照在卷可稽（見原審卷第35頁）；
27 其復於同年4月27日向北市都發局申報取得開工備查，有建
28 築工程開工申報書暨其上蓋用北市都發局開工備查章在卷可
29 稽（見原審卷第179頁），是被上訴人已依約於取得建照之9
30 個月內申報開工，已難認被上訴人有何違反系爭契約第9條
31 第4項約定之情事。

01 3.又系爭工程迄今均未開工，為兩造所不爭（見本院卷第148
02 頁）。上訴人主張係因被上訴人僅提供麗高公司一家營造廠
03 供選擇，且麗高公司係有停業不良紀錄之廠商，故伊等遲未
04 能選定營造廠開工云云。經查，被上訴人提供麗高公司為營
05 造廠與上訴人及張宏旭等4人簽約，為兩造所不爭。而參諸
06 登記資料查詢及麗高公司94年5月4日營利事業暫停營業申請
07 書（見原審卷第309頁），麗高公司自94年11月15日起至同
08 年12月19日間固有停業，但無從知悉停業原因，尚難論斷其
09 有不良紀錄。再依證人即地主之一施龍成之子施偉倫具結證
10 述：一開始在遴選營造廠時，被上訴人提供2間營造廠供地
11 主選擇，張宏旭等4人選擇麗高公司，上訴人提出想要找其
12 他營造廠，但其等介紹的營造廠都無法來投標，因此張宏旭
13 等4人以多數決方式選定麗高公司。上訴人在某一次會議上
14 同意以多數決方式決定，但在選擇營造廠時，又否認以多數
15 決方式決定，要求要以全部同意方式決定，上訴人請伊等找
16 第二家估價師重新計算權值，5樓住戶願意犧牲自己權值補
17 足上訴人，上訴人才同意以多數決方式決定營造廠，但後來
18 又否定可以以多數決方式進行等語（見原審卷第273至274
19 頁）；證人即地主之一洪朝欽證稱：被上訴人建議1間營造
20 廠即麗高公司、上訴人建議2間營造廠，遴選前被上訴人提
21 供領標文件予上開3間營造廠領標，但到遴選日109年7月24
22 日時，只有麗高公司參與投標，上訴人建議之營造廠均未參
23 與投標。伊等多次開會討論是否採多數決方式選定營造廠，
24 在第13次及第21次所有權人說明會會議紀錄中決議，執行各
25 事項採多數決方式進行，該次會議李慶治兼任李欣芳代理人
26 出席，會議紀錄經李慶治簽名等語（見原審卷第330、332
27 頁），對照臺北市○○區○○街00號危老重建案109年4月22
28 日約後第十三次所有權人說明會會議記錄記載：「…本日決
29 議，後續案件執行過程中，各事項決議經由充分了解後，採
30 多數決方式進行…」，「00號4樓房屋所有權人代表」欄位
31 僅有李慶治簽名於其上（見原審卷第369頁）；109年8月19

01 日約後第二十一次所有權人說明會會議記錄記載：「本日再
02 經會議中決議，後續營造廠議價、簽約程序，應依前述決
03 議，經充分了解、討論後，再由各所有權人投票，多數決議
04 定。」等語，「00號4樓房屋所有權人代表」欄位僅有李慶
05 治簽名於其上，並註明「與家人討論後決定」等文字（見原
06 審卷第371頁）；109年11月3日約後第二十五次所有權人說
07 明會會議記錄記載：「2.麗高今日提供報價相關資料，…各
08 住戶以此資料為憑，詢訪價格，原則於下週會議提出成果討
09 論…。4.下週一（109.11.9）中午前請各住戶回報詢價結
10 果，並除非有廠商同意於2週內提出報價（109.11.17前），
11 否則不再等候，直接與麗高議約。」等語，「00號4樓房屋
12 所有權人代表」欄位僅有李慶治簽名於其上，並註明「搬遷
13 時間現尚無法確認」等文字（見原審卷第373至374頁）；上
14 訴人復委任律師發函通知被上訴人：李欣芳未委任李慶治出
15 席前開之約後所有權人說明會議，亦不同意以多數決方式選
16 定營造廠等語，有理律法律事務所109年12月18日0000-0000
17 0號函附卷可按（見原審卷第311至315頁）。可見被上訴人
18 已依約建議麗高公司作為系爭工程之營造廠，在無從認定麗
19 高公司確有不良紀錄之情況下，全體地主於遴選過程中，對
20 於各戶權值、承攬價格等仍存有疑慮，致是否與麗高公司簽
21 約無法達成一致共識，地主建議之其他營造廠亦未前來投標
22 承攬興建工程，因此迄今無法與任何營造廠簽約，自難認系
23 爭工程無法開工係可歸責於被上訴人至明。

24 4.上訴人復主張因被上訴人未能統合地主搬遷、建築規劃、營
25 造發包成本等事項，致開工日期延宕云云。經查，審究系爭
26 契約第9條第1項約定，被上訴人系爭契約義務包含重建計
27 畫、規劃申請、審議、拆除房屋、房地規劃、建築設計、請
28 領建照及使用執照、建材用料、營造施工等（見原審卷第23
29 頁），並未包含協調地主搬離原建物、統整歧異意見等。再
30 依證人施偉倫具結證述：108年間危老重建案啟動時，麗高
31 公司報價是一坪24至25萬元，地主以多數決方式決定營造廠

01 為麗高公司後，找陽信銀行商談融資事宜，但陽信銀行要對
02 保時，上訴人對於其等分得那戶權值分配不滿意；嗣後簽立
03 系爭調解筆錄時，約定上訴人應於110年12月10日前搬遷，
04 其等又違反系爭調解筆錄約定，迄至111年3月1日始搬遷點
05 交00號4樓房屋，此時拆除執照已經逾期，被上訴人又幫忙
06 申請新拆除執照，經歷前開延宕後，麗高公司要求一坪造價
07 為40萬元，營造成本已高漲到融資之貸款已無法負擔。麗高
08 公司遂提出變更設計以降低營造成本，上訴人不同意，陽信
09 銀行則提出若上訴人2人加入貸款之連帶保證人，可再多融
10 資1,800萬元，上訴人亦不同意，因此現在仍無法開工等語
11 （見原審卷第272至277頁）；證人洪朝欽證稱：依據系爭契
12 約，應在收受被上訴人搬遷通知之日起兩個月內搬離原建
13 物，當時應搬遷期限為109年12月21日，搬遷期限屆至時，
14 除上訴人外，其他住戶均已搬離。後來兩造及張宏旭等4人
15 在原法院行調解程序，所簽立之系爭調解筆錄第4條約定，
16 張宏旭等4人向陽信銀行申請變更為借款人，惟陽信銀行規
17 定起造人需擔任借款人或連帶保證人，李慶治卻不願意放棄
18 起造人身分，也不同意擔任連帶保證人，因此上訴人仍拒絕
19 依系爭調解筆錄第7條約定於110年12月10日遷出00號4樓房
20 屋，因此被上訴人及張宏旭等4人復向法院聲請對上訴人強
21 制執行，上訴人找原審製作系爭調解筆錄法官再次協調，才
22 又簽立系爭協議書，約定上訴人於111年3月1日遷離並點交0
23 0號4樓房屋，故在此之前，系爭工程均無法進行。經過這段
24 時間，建築費用上漲，地主申辦貸款之額度已無法再發包任
25 何營造廠興建等語（見原審卷第330至335頁），並有被上訴
26 人109年10月21日109莫開（晉江）字第1091021001號函、陽
27 光百合律師事務所112年4月10日陽光百合字第23號律師函在
28 卷可參（見原審卷第121、259至261頁）。而張宏旭等4人多
29 次委由律師發函上訴人，請上訴人儘速選定營造廠、搬遷出
30 原建物、決定變更設計或是擔任連帶保證人，有品仁法律事
31 務所109年12月21日仁字第109122101號函、109年12月31日

01 仁字第109123101號函、110年5月6日仁字第110050601號
02 函、110年6月15日仁字第110061501號函、前開陽光百合律
03 師事務所函文在卷可憑（見原審卷第129至132、143至144、
04 147至149、259至261頁），被上訴人並多次出席所有權人說
05 明會，有約後第十三次、第二十一一次、第二十五次所有權人
06 說明會會議記錄可考（見原審卷第369至374頁）；另被上訴
07 人復向訴外人久佳營造工程股份有限公司（下稱久佳公
08 司）、應州工程有限公司（下稱應州公司）、博匠營造股份
09 有限公司（下稱博匠公司）、進昱營造股份有限公司（下稱
10 進昱公司）詢價，均未有營造公司願意承接系爭工程，有久
11 佳公司112年3月31日佳112北字第1120331001號函、應州公
12 司112年4月20日112應城工字第112042003號函、博匠公司11
13 2年4月29日112博匠工字第1120429001號函、進昱公司112年
14 4月29日112進字第021-1號函、被上訴人與住戶在通訊軟體L
15 INE對話群組翻拍照片附卷可稽（見原審卷第285至291、407
16 至409頁），顯徵被上訴人已為履行其契約義務，盡力就承
17 攬價格、搬遷離原建物等為地主協調。準此，上訴人猶主張
18 被上訴人未能統合地主搬遷、建築規劃、營造發包成本等事
19 項，屬可歸責於被上訴人而致開工日延宕云云，顯不足採。

20 5.基上，系爭工程迄今未開工，難認有何可歸責於被上訴人之
21 事由，是上訴人依系爭契約第15條第1項約定，請求被上訴
22 人給付逾期開工違約金，洵屬無據，礙難採憑。

23 (二)上訴人不得依民法第179條規定請求返還系爭款項部分：

24 1.按和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契
25 約所訂明權利之效力，民法第737條定有明文。如當事人係
26 以他種之法律關係或以單純無因性之債務約束等，替代原有
27 之法律關係而成立者，為屬於創設性之和解；若僅以原來明
28 確之法律關係為基礎而成立和解時，則屬認定性之和解。倘
29 係前者，債務人如不履行和解契約，債權人應依和解所創設
30 之新法律關係請求履行，不得再依原有之法律關係請求給
31 付。如為後者，既係以原來明確之法律關係為基礎而成立之

01 和解，僅有認定之效力，債權人自非不得依原來之法律關係
02 訴請債務人給付，僅應受和解契約之拘束，法院亦不得為與
03 和解結果相反之認定（最高法院88年度台上字第143號、98
04 年度台上字第315號、100年度台上字第975號判決意旨參
05 照）。

06 2.經查，被上訴人抗辯系爭款項包含開工前置作業費用12萬9,
07 154元、第5期服務費用18萬6,000元，並提出系爭調解筆
08 錄、莫克建設○○區○○段危老重建案拆除工程合約書及付
09 款階段表、統一發票、開工前置作業請款明細表、系爭契約
10 委建服務費用分期給付說明表等件為證（見原審卷第31、4
11 2、157至169、171頁），堪信屬實。又上訴人已依系爭調解
12 筆錄第11條約定給付系爭款項予被上訴人，有系爭協議書在
13 卷可稽（見原審卷第46頁），並為兩造所無爭。執此，系爭
14 調解筆錄第11條關於開工前置作業費用部分，乃係上訴人同
15 意支付被上訴人依拆除工程合約書約定已給付予麗高公司之
16 報酬，應屬於創設性之和解；而就第5期服務費用部分，則
17 係以原來明確之法律關係即系爭契約第5條第1項約定及附件
18 四系爭說明表（見原審卷第21、31頁）約定在工地正式開工
19 時應給付第5期服務費用100萬元為基礎並依上訴人權值比例
20 計算而成立之和解，僅有認定之效力。從而，上訴人係本於
21 系爭調解筆錄及系爭契約給付系爭款項，而系爭調解筆錄及
22 系爭契約既仍有效存在，上訴人依民法第179條規定請求返
23 還系爭款項，要屬無據。上訴人雖另主張第5期服務費用係
24 以選定營造廠及簽定營造工程契約為期限云云，惟稽之系爭
25 說明表，第5期服務費用係以「工地正式開工」為給付之期
26 限，而系爭工程中拆除原建物工程已先發包予麗高公司，並
27 進行拆除完畢，拆除前，麗高公司需先向臺北市政府申請開
28 工備查，有拆除工程合約書、統一發票、建築工程開工申報
29 書存卷足按（見原審卷第157至169、179頁），是可認系爭
30 工程已達第5期服務費繳費期限，上訴人主張並不可採。

31 五、綜上所述，上訴人請求被上訴人依系爭契約第15條第1項約

定給付遲延開工違約金77萬6,739元，及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息，及依民法第179條規定返還系爭款項31萬5,154元，及自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息，俱為無理由，不應准許。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。

六、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。

七、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、第85條第1項，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 8 月 28 日
民事第十三庭

審判長法 官 林純如

法 官 林于人

法 官 江春瑩

正本係照原本作成。

不得上訴。

中 華 民 國 113 年 9 月 4 日

書記官 學妍伶

附表一

編號	建 號	門 牌	原 所 有 權 人
1	臺北市○○區○○段0○段0000○號	臺北市○○區○○街00號防空避難室等共用部分	張宏旭、施龍成、馬漢臣、李慶治、李欣芳、洪朝欽
2	臺北市○○區○○段0○段0000○號	臺北市○○區○○街00號1樓	張宏旭
3	臺北市○○區○○段0○段0000○號	臺北市○○區○○街00號2樓	施龍成
4	臺北市○○區○○	臺北市○○區○○	馬漢臣

(續上頁)

01

	段0○段0000○號	街00號3樓	
5	臺北市○○區○○ 段0○段0000○號	臺北市○○區○○ 街00號4樓	李慶治、李欣芳 (權利範圍各1/2)
6	臺北市○○區○○ 段0○段0000○號	臺北市○○區○○ 街00號5樓	洪朝欽

02

附表二

03

編號	項 目	費用 (新臺幣)	證 據
1	開工前置作業 費用 (即拆除 既有房屋相關 費用)	12萬9,154元	臺北市○○區○○段危老重建案委 託興建契約書第7條第5項、麗高營 造股份有限公司開立之統一發票、 開工前置作業請款明細表(見原審 卷第22、169、171、173頁)
2	第5期委建服 務費用	18萬6,000元	臺北市○○區○○段危老重建案委 託興建契約書第5條及其附件4「委 建服務費用分期給付說明表」、經 臺北市政府都市發展局蓋有施工備 查章之建築工程開工申報書(見原 審卷第21、31、179頁)
總	計	31萬5,154元	

04

附件：

05

一、 $1,000\text{萬元} \times 1/1000 \times 293\text{日}$ (建照核准後9個月即110年11月24

06

日起至架設施工牌日111年9月13日止) = 293萬元

07

二、本案法定工程造價 $1,165\text{萬}1,087\text{元} \times 20\% = 233\text{萬}0,217\text{元}$

08

三、 $233\text{萬}0,217\text{元} \times \text{上訴人占建案人數} 2/6 = 77\text{萬}6,739\text{元}$