

臺灣高等法院民事判決

114年度重上字第368號

上訴人 柏格營造股份有限公司

法定代理人 方玉蘭

訴訟代理人 楊延壽律師

吳永鴻律師

被上訴人 鄭智夫

訴訟代理人 鄧宗富律師

曹世儒律師

上列當事人間請求債務不履行損害賠償事件，上訴人對於中華民國113年11月20日臺灣臺北地方法院111年度重訴字第730號第一審判決提起上訴，本院於114年12月24日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分及該部分假執行之聲請，並訴訟費用之裁判均廢棄。

二、被上訴人應給付上訴人新臺幣6,658,824元，及自民國111年8月19日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、其餘上訴駁回。

四、第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔百分之六十三，餘由上訴人負擔。

五、本判決主文第二項上訴人以新臺幣2,219,608元供擔保後，得假執行。但被上訴人如以新臺幣6,658,824元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：伊負責人即訴外人方玉蘭於民國109年初與被上訴人擬在坐落臺北市○○區○○段0○段000○000○000地號土地（下合稱系爭土地）合作開發建案（下稱系爭建案），並交換移轉股權，由被上訴人以其擔任負責人之訴外人永霖投資顧問有限公司（下稱永霖投資公司）名義取得訴

外人詠綸建設股份有限公司（負責人為被上訴人，下稱詠綸建設公司）及由方玉蘭以其時任負責人之訴外人柏格投資股份有限公司（下稱柏格投資公司）名義取得伊各50%之股權，而由詠綸建設公司與系爭土地地主進行合建、伊則負責系爭建案興建工程。詠綸建設公司於同年2月2日與系爭土地地主簽立土地合建契約書（下稱系爭合建契約）；嗣幾經協商後，方玉蘭於同年8月25日與被上訴人簽署意向書（下稱系爭意向書），約定後續由被上訴人以永霖投資公司名義取得詠綸建設公司全數股權即由柏格投資公司將持有之詠綸建設公司股權全數移轉予永霖投資公司、方玉蘭以柏格投資公司名義取得伊全數股權即由永霖投資公司將持有伊股權全數移轉予柏格投資公司，並於第3條約定被上訴人同意將系爭建案交由伊承攬，第4條約定承攬之細節由詠綸建設公司與伊另訂承攬契約，如違反系爭意向書內容所致他方或契約第三人（含本意向書所載各公司）之損失或所失利益應負賠償之責。詎被上訴人於方玉蘭依約履行股權交換之移轉後，詠綸建設公司迄未與伊簽訂系爭建案之承攬契約，更將系爭建案交由訴外人一百營造股份有限公司（下稱一百營造公司）承攬，致伊受有所失利益即預期可獲得承攬利潤之損失。即總承攬費用按系爭意向書第3條約定以建照圖營造坪每坪未稅單價新臺幣（下同）22.5萬元並依110年11月10日建照圖只請求營造坪面積563.71坪計算〈按財團法人臺灣省土木技師公會112年5月2日（112）省土技字第1986號計算報告書記載，建造圖營造坪面積總計566.85坪〉，再按110年度營利事業各業所得額暨同業利潤標準代號4100--13「住宅營建」之淨利率為8%計算，再加計5%營業稅，伊得請求被上訴人賠償1065萬4119元。爰擇一依系爭意向書第4條約定、利他契約或類推適用利他契約法律關係，求為命被上訴人如數給付，及自起訴狀繕本送達翌日（即111年8月19日）起算法定遲延利息之判決。原審為上訴人敗訴之判決，上訴人提起上訴。上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人應給付上訴人

1065萬4119元，及自111年8月19日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(三)願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：系爭意向書第4條所以約定承攬之細節由詠綸建設公司與上訴人另訂承攬契約，乃係若上訴人與詠綸建設公司間簽立承攬契約，應就承攬細節另行訂定契約，而非系爭意向書所欲一併處理之範圍；第3條僅約定伊「同意」詠綸建設公司將系爭建案交由上訴人承攬，無從推論上訴人有直接請求詠綸建設公司簽立承攬契約之權利，系爭意向書非第三人利益契約，上訴人亦非意向書當事人，自不得請求伊依約負賠償責任；況上訴人未能承攬系爭建案，係因上訴人於詠綸建設公司邀標後，索要依交易習慣無須提供之資料、主張有建材設備指定權（按系爭合建契約備註2所載，建材設備指定權屬於詠綸建設公司，而上訴人依系爭意向書第3條約定應遵守系爭合建契約）、誣指詠綸建設公司重新掛件申請建照、以結構滴水坪主張總營建坪、不合理要求展延60日報價期限而報價延宕，復因所提出2份工程標單，未列工程細項、不符合綠建築相關規範、總建坪為445.44坪竟以563.71結構滴水坪計算總營建面積，違反系爭合建契約及系爭意向書，詠綸建設公司迫於限期開工之壓力，遂遲至111年12月22日委請一百營造公司承攬系爭建案。縱伊應負賠償責任，根據附表二被上訴人主張欄編號1至5所示證據資料及系爭意向書約定，建照圖營造坪係指總樓地板面積即445.44坪，上訴人以建照圖主張563.71坪為計算基礎，自非可採；又上訴人並未實際施作，亦無繳納稅捐，不得加計營業稅；另上訴人已獲得系爭建案之開發獎金，而營造工程物價於109年8月至111年7月間上漲20.2%，上訴人因未承攬系爭建案，避免營建材料上漲虧損，無實質損害，自不得以同業利潤標準即淨利率8%計算本件損害等語，資為抗辯。答辯聲明：(一)上訴駁回。(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：

01 (一)詠綸建設公司於109年2月2日與系爭土地地主即訴外人蘇維
02 鈞、蘇聖芬、蘇維文（下稱蘇維鈞等3人）簽立系爭合建契
03 約，約定由蘇維鈞等3人提供系爭土地做為建築用地，詠綸
04 建設公司負責系爭建案之出資、規劃、設計、請照、施工、
05 營造等事宜。

06 (二)被上訴人與方玉蘭於109年8月25日簽立系爭意向書，約定被
07 上訴人同意詠綸建設公司將系爭建案交由上訴人承攬。

08 (三)詠綸建設公司於111年12月22日與一百營造公司簽立工程合
09 約書，將系爭建案交由一百營造公司承攬。

10 (四)上開事實，為兩造所不爭執（見本院卷第273頁），並有卷
11 附系爭合建契約、系爭意向書、詠綸建設公司與一百營造公
12 司之工程合約書可稽（見原審卷一第15至34頁、卷二第425
13 至531頁），堪信為真。

14 四、本件爭點：

15 (一)上訴人得否主張類推適用民法第269、268條之規定及依據系
16 爭意向書第4條，向被上訴人請求損害賠償？

17 (二)被上訴人抗辯：「上訴人未能承攬系爭建案，係因上訴人違
18 約在先（索要不當資料、主張建材設備指定權等）」有無理
19 由？

20 (三)被上訴人抗辯上訴人已受領開發獎金，應自損害賠償額中扣
21 除等語，有無理由？

22 (四)被上訴人辯稱營建物價於109年至111年間大幅上漲，上訴人
23 若實際承攬系爭建案必將面臨虧損，今因未承攬而避免虧
24 損，即無損害可言等語，有無理由？

25 (五)系爭意向書所約定之建照圖營造坪所指為何？

26 (六)上訴人得主張之承攬單價應採每坪21.5萬元或22.5萬元？

27 (七)上訴人主張依財政部同業利潤標準之住宅營建業淨利率8%
28 計算損害賠償有無理由？

29 (八)上訴人得請求之金額應否加計5%之營業稅？

30 五、本院判斷：

31 (一)上訴人得否主張類推適用民法第269、268條之規定及依據系

01 爭意向書第4條，向被上訴人請求損害賠償？

02 (1)證人陳雅萍即系爭意向書之見證律師兼擬稿人於本院114年9
03 月25日準備期日之證詞詳如附表一所示，堪認系爭意向書之
04 核心目的乃透過「確保柏格營造公司取得承攬機會」替代
05 「難以計算之合作利潤分配」。其證述核與系爭意向書第4
06 條約定：「如違反意向書內容所致他方或契約第三人（含本
07 意向書所載各公司）之損失或所失利益應負賠償之責」相
08 符，足認本件上訴人雖非系爭意向書之當事人，但約定被上
09 訴人應使第三人詠綸建設公司向另一第三人即上訴人為訂定
10 契約承攬契約給付行為。按民法第268條、第269條係由第三
11 人向契約他方為給付或規定債務人應向第三人為給付。然本
12 件特殊之處在於，被上訴人之給付義務須透過其控制之第三
13 人法人（詠綸建設公司）向另一第三人即上訴人履行。再由
14 本案與涉他契約在「尊重私法自治」、「保護第三人信賴」
15 及「簡化交易結構」之法律評價上具有高度相似性，本於
16 「相同事務應為相同處理」之法理，應類推適用民法第268
17 條、第269條第1項規定，認上訴人具備直接向被上訴人請求
18 損害賠償之權利。

19 (2)被上訴人於系爭意向書第3條約定「同意」詠綸建設公司將
20 建案交由上訴人承攬。參酌被上訴人於股權移轉後取得詠綸
21 建設公司「全數股權」（意向書第1條），具有實質控制
22 權，在此控制權架構下，其「同意」實質上等同於承諾促使
23 詠綸建設公司為給付。此外系爭意向書第4條明定違反第3條
24 約定時，對「契約第三人（含本意向書所載各公司）」負賠
25 償責任。此賠償責任條款之存在，足證第3條之「同意」非
26 僅道德義務，而係具強制力之法律義務。況證人陳雅萍證
27 述：「所以後續詠綸股權應該都會給被上訴人，所以被上訴
28 人有權決定詠綸建案要給誰承攬，所以才會同意上開內
29 容。」足證被上訴人之「同意」係基於其對詠綸建設公司之
30 決定權，並非單純之意見表達。參諸民法第268條第三人負
31 擔契約之立法理由即在於承認「約定使第三人為給付」之效

01 力，本案被上訴人約定「促使詠綸建設公司為給付」，與民
02 法第268條之規範意旨實質相同，應類推適用，當被上訴人
03 未能促使該第三人履行時，即應由被上訴人負賠償之責。

04 (二)被上訴人抗辯上訴人未能承攬系爭建案，係因上訴人違約在
05 先（索要不當資料、主張建材設備指定權等）等語，有無理
06 由？

07 (1)按系爭意向書性質上屬兩造處理股權與開發利益之總結，已
08 認定如前，被上訴人依約負有「促成」其控制之詠綸建設公
09 司與上訴人簽約之義務。此義務自包含積極提供報價所需資
10 料（如精確建材設備表、最新建照圖說）之附隨義務。

11 (2)被上訴人指稱上訴人索要「無須提供之資料」云云。然查，
12 意向書第3條但書明定「柏格營造公司得在符合地主戶之契
13 約約定條件下調整建材設備等級」。且證人陳雅萍證述：
14 「只要符合地主戶的契約約定，上訴人公司有調整建材設備
15 等級之權利」（見原審卷一第311頁）。上訴人針對建材規
16 格之主張，係本於意向書第3條賦予之權利，非屬違約。

17 (3)依卷附「臺北市政府都市發展局建造執照注意事項附表」
18 （見原審卷二第460頁）記載，系爭建案受限於「危老重建
19 計畫協議書」，被上訴人負有達成「結構安全性能第三級」
20 之義務，而於「放樣勘驗前」有極嚴格之審核要求，是上訴
21 人本於專業營造商之立場，要求被上訴人提供最新建照圖
22 說、精確建材清單以進行估算，係為確保能達成上述行政規
23 格，自難認有違約之情。

24 (4)承攬總價逾億元之高規格建案，上訴人要求釐清施工細節乃
25 屬合理之誠信磋商行為。被上訴人拒絕提供完整圖說配合估
26 價，反指上訴人索資為延宕，顯係將自身「協力義務之違
27 反」轉嫁予上訴人，於法不合。

28 (5)被上訴人該部分之抗辯均不可採，已可認定。詠綸建設公司
29 於111年12月22日與一百營造公司簽約，距意向書簽訂（109
30 年8月25日）已逾2年4個月，期間詠綸建設公司從未正式拒
31 絕與上訴人簽約，亦未發函催告上訴人改正，反而逕與他人

01 簽約，依民法第101條第1項之規定，當事人因故意或過失阻
02 礙條件之成就者，視為條件已成就。被上訴人控制詠綸建設
03 公司，藉由拒絕合理展延報價期限、爭執建材指定權等方
04 式，製造上訴人給付遲延之表象，隨即將工程發包予一百營
05 造公司，此舉實屬「以不正當行為阻礙契約細節之達成」，
06 被上訴人不得再以上訴人報價延宕為由主張免責。其行為已
07 構成系爭意向書第4條所指之「違反意向書內容」，自應負
08 損害賠償責任。

09 (三)被上訴人另抗辯上訴人已受領開發獎金，應自損害賠償額中
10 扣除云云。惟查：

11 按民法第216條之1規定之損益相抵，須利益與損害係「基於
12 同一原因」所生，且利益與損害之間須有相當因果關係。查
13 被上訴人自陳因詠綸建設公司開發部員工莊子樑、方玉蘭之
14 子劉育瑄、盛開建設有限公司（下稱盛開公司）負責人吳焜
15 良與系爭土地地主之洽談交涉及前揭地主與被上訴人亦為舊
16 識加上對盛開公司之信任，而於109年2月2日與詠綸建設公
17 司簽立系爭合建契約，嗣詠綸建設公司發放開發獎金予莊子
18 樑26萬1100元、方玉蘭及其子劉育瑄26萬1100元、盛開公司
19 550萬元，而盛開公司則於109年4月18日、同年8月11日開立
20 品名為整合費，金額各275萬元、275萬元之統一發票予詠綸
21 建設公司等語（見原審卷一第138、147頁）。堪認「開發獎
22 金」之本質，係針對建案前期之土地取得、整合、規劃等

23 「過去已完成勞務」之報酬或成功媒合之對價；而「營造利
24 潤」則係上訴人本於營造專業，於未來施工期間透過工地管
25 理、技術投入及成本控制所「預期獲得之剩餘財產」。兩者
26 不僅當事人不同、債權發生原因各別，且針對之勞務時點與
27 內容截然不同。依系爭意向書所示，上訴人法定代理人之所
28 以同意股權置換，係以「取得開發獎金」及「承攬後續工
29 程」為共同前提。開發獎金係填補前期支出之勞務成本，營
30 造利潤則係拆夥後之主要經濟補償。被上訴人主張兩者具損
31 益折抵之同一原因關係，顯係混淆「勞務對價」與「契約預

期利益」，自屬於法無據。

(四)被上訴人雖辯稱營建物價於109年至111年間大幅上漲，上訴人若實際承攬系爭建案必將面臨虧損，今因未承攬而避免虧損，即無損害可言等語，有無理由？

(1)然按民法第216條第2項規定，所失利益之計算，應以債權人於契約履行時「依通常情形」或「依已定之計劃、設備或其他特別情事」可得預期之利益為準。經查，系爭意向書於109年8月25日簽訂時，兩造已明確約定單價上限為每坪22.5萬元，此即屬該條項所稱之「已定之計劃」。上訴人之預期利益係基於109年8月當時之市場條件與雙方合致之對價，此項期待權於契約成立時即已確定，自不應受事後不可預見之市場波動影響。況損害賠償旨在填補債權人因債務不履行所喪失之客觀法益，若容許違約方事後以「若履行契約反而會虧損」為由主張免責，無異於賦予違約方得根據市場變化選擇性履行契約之不當權利，進而完全架空契約之拘束力與應嚴守之原則。

(2)系爭意向書第3條約定單價上限，上訴人既為此承諾，即表示其願意於109年8月之預期範圍內承擔物價波動風險，此項風險之承擔係承攬人基於專業能力所為之經營判斷與風險分配。被上訴人自不得以其違約而於事後代上訴人主張其「無力承擔風險」而反受有利益。

(3)況依系爭意向書第3條內容及證人陳雅萍律師之證述，上訴人具有「在符合地主戶契約約定條件下調整建材設備等級」之權利，此項機制即係為了因應成本變動、控制經營損益之配套設計。被上訴人違約轉發包，使上訴人喪失運用此種機制因應物價風險之權利，事後卻以此辯稱上訴人因未承攬而「避免虧損」，顯係倒果為因，且違反誠信原則。

(4)綜上所述，被上訴人關於「避免虧損」之抗辯，不僅與民法第216條第2項之規範本旨不符，亦無視系爭意向書關於風險分配之明文約定，委無可採。

(五)系爭意向書約定之建照圖營造坪所指為何（兩造主張詳如附

表二)？建築師公會鑑定之445.44坪(總樓地板面積)與土木技師公會鑑定之566.85坪(營造面積)存有顯著差異。本院認應以後者為準，理由如下：

- (1)系爭意向書第3條明確約定以「建照圖營造坪」計價。按營造實務，「營造坪」係指營造商實際須投入工料、放樣及施工之物理規模。若兩造欲採行政法規上之「總樓地板面積」，僅需沿用建照上記載之數據即可，無須刻意約定「營造坪」之特殊用語。證人陳雅萍律師亦證稱當事人當時確實討論過營造面積與登記面積之別，「上訴人法定代理人的先生有講說坪數要說清楚，坪數有很多種，比如登記的坪數、營造的坪數都不同，這是營造公司要施作的坪數，故必須寫清楚依照建造圖營造公司必須施作的坪數來算，故特別標註建造圖營造坪」(見原審卷一第306頁)。此證述清楚揭示：當事人於簽訂意向書時，已充分認識「登記坪數」與「營造坪數」之差異，並刻意約定採用「營造公司實際須施作之坪數」作為計價基礎。
- (2)建築師公會鑑定結果係基於建築技術規則之容積規範，原則上排除陽台、機電空間及結構滴水坪。然對營造商而言，上開區域之結構體施作(含鋼筋綁紮、模板支撐、混凝土澆置)與主體建物並無二致，衡以損害賠償旨在填補上訴人「若能施工可獲得之利益」，該利益之計算自應以其實質須負擔之施作範圍為準。
- (3)至於被上訴人所提興建計畫書、銀行貸款文件、都市更新費用提列項目總表等，均為融資、報建或建商向主管機關申報用以核定「權利變換價值」等用途之「行政管理面積」，且多早於系爭意向書簽訂，不能推翻系爭意向書明確約定之「建照圖營造坪」。
- (4)爰此，土木技師公會依據建照圖說，就結構板實際面積核算之566.85坪，較能真實反映上訴人依系爭意向書預期可承攬之施作規模。被上訴人辯稱應以建築師公會鑑定之法定樓地板面積為準，顯係混淆行政管理面積與私法承攬面積之別，

不足採信。

(六)承攬單價應採每坪22.5萬元：

(1)經查，系爭建案之謝樹林建築師早於109年3月4日所出具之「面積分析表」中，即已明確標註「結構安全性能第三級」及「綠建築銀級」之設計內容（見原審卷一第159頁）。兩造係於109年8月25日簽署系爭意向書，約定加計綠建築及耐震之單價上限為22.5萬元。由於該面積分析表之日期早於意向書，足以認定雙方在簽約時，均已明確知悉系爭建案係以此高規格進行規劃。

(2)依卷附「臺北市政府都市發展局建造執照注意事項附表」（見原審卷二第460頁）記載，系爭建案係依「危老重建計畫協議書」辦理。該附表明確規定，被上訴人應於「申報一樓樓版勘驗前」取得「候選銀級綠建築證書」。被上訴人依法已繳納「綠建築標章保證金」高達新臺幣2,432,540元。依規定，若未於領得使用執照2年內取得「銀級綠建築標章」，該筆逾240萬元之保證金將無法退還，被上訴人自無冒保證金遭沒收之風險，而令施作之營造廠未為綠建築。

(3)同上開注意事項附表記載，被上訴人必須於「放樣勘驗前」，通過住宅性能評估實施辦法之「結構安全性能第三級」。被上訴人已另繳納「結構安全性能保證金」811,062元。「結構安全性能第三級」係屬加強型之耐震設計（即意向書所稱之「耐震建築」）。被上訴人既受危老協議約束必須達成此標準，否則將面臨保證金被沒收及無法結案之風險，自可認定該建案確包含「耐震建築」之規格。

(4)損害賠償旨在填補「若契約履行時可得之利益」。既然系爭建案受限於危老計畫，於行政法規上已確定必須達成「銀級綠建築」與「結構安全第三級」之規格，則上訴人若依約承攬該案，必然須負擔此等加強規格之施作。系爭意向書第3條約定：若增加綠建築及耐震建築，單價上限為每坪22.5萬元。參諸卷內上開建造執照注意事項附表與總額超過324萬元（2,432,540+811,062）的兩筆保證金，堪認該加價條件

01 已成就。是被上訴人辯稱單價應以21.5萬元計算云云，雖其
02 所提出之興建計畫書（見原審卷一第149至158頁）等早期文
03 件，並未反映此一受危老協議約束之最終工程規格，然被上
04 訴人既已取得以此高規格為前提之容積獎勵與建照，卻主張
05 以不含該規格之低價計算賠償，顯非公允，自不足採。

06 (5)此外，詠綸建設公司與一百營造公司之工程承攬契約（111
07 年12月22日）明確載明須「請領銀級綠建築標章」（見原審
08 卷二第425至531頁）。此為系爭建案實際施工之契約，最能
09 反映建案真實規格。既然被上訴人要求一百營造公司施作綠
10 建築，足證系爭建案確實包含綠建築。民法第216條旨在使
11 債權人回復至「如同契約履行」之狀態。既然被上訴人實際
12 發包之規格包含綠建築（一百營造公司契約明定），則上訴
13 人若依約承攬，所得請求之報酬單價自應為每坪22.5萬元。

14 (七)上訴人主張依財政部同業利潤標準之住宅營建業淨利率8%
15 計算損害賠償之金額有無理由？

16 按財政部公佈之同業利潤標準，僅為其課稅之參考，其所訂
17 利潤通常均偏高。最高法院107年度台上字第1038號著有判
18 決可資參照。又按民法第216條第2項規定，依通常情形可得
19 預期之利益，視為所失利益。上訴人主張依財政部「同業利
20 潤標準」之住宅營建業淨利率8%計算，然揆諸上開最高法院
21 裁判意旨，財政部公佈之同業利潤標準，係供稅捐機關課稅
22 之參考，其標準通常偏高且具推定性質，未必等同於民事賠
23 償法上之「實際損害」或「通常可得預期之利益」。本院審
24 酌當前營建市場原物料波動情形、勞務成本上升，原預期之
25 8%淨利在實際執行中極可能遭侵蝕，及上訴人並未實際投入
26 履約成本（如工地管理、保險、施工損耗、資金週轉風險
27 等）之節省，逕以8%計算，顯有過度補償之虞。爰參酌一般
28 社會經濟狀況、營造同業之平均利潤水平及上訴人節省之勞
29 費與風險負擔，認以5%淨利率計算所失利益，方能兼顧兩造
30 當事人之衡平。

31 (八)上訴人請求之金額應否加計5%之營業稅？

01 被上訴人抗辯上訴人未實際施作不應加計營業稅。惟查，本
02 件賠償金性質上屬「所失利益」之填補，若上訴人如期承
03 攬，其獲得之工程款收入依法須加計5%營業稅。且上訴人取
04 得本案賠償金後，未來仍須列入營業收入申報所得稅及相關
05 稅賦。為使賠償金額確實達到「填補損害」之目的，應加計
06 5%營業稅。

07 (九)綜上所述，本件損害賠償額金額計算如下：含稅承攬費＝
08 563.71坪（上訴人僅請求563.71坪，見原審卷三第87頁、本
09 院卷第115、119、258頁） $\times 22.5$ 萬元/坪 $\times 1.05$ ＝
10 133,176,487.5元預期淨利（5%）＝133,176,487.5元 $\times 5\%$ ＝
11 6,658,824元（元以下四捨五入）。

12 六、按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其
13 催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人
14 起訴而送達訴狀，與催告有同一之效力；又遲延之債務，以
15 支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利
16 息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，
17 週年利率為5%，此觀民法第229條第2項、第233條第1項前
18 段、第203條規定甚明，上訴人自得據此規定，請求加付法
19 定遲延利息。查上訴人之民事起訴狀繕本係於111年8月18日
20 送達被上訴人，此有送達證書存卷可查（見原審卷一第111
21 頁），則其請求被上訴人自同年月19日起算法定遲延利息，
22 並無不合。

23 七、綜上所述，上訴人主張類推適用民法第268、269條第1項規
24 定及依據系爭意向書第4條約定，請求被上訴人給付
25 6,658,824元，及自111年8月19日起，至清償日止，按年息
26 5%計算之利息部分，為有理由，應予准許；逾此部分之請
27 求，為無理由，不應准許。從而原審就上開應准許部分，為
28 上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決此部分
29 不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文
30 第二項所示並為准免假執行之宣告如主文第五項所示。至於
31 上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並

駁回其假執行之聲請，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。

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，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中 華 民 國 115 年 1 月 21 日
民事第十六庭

審判長法 官 朱耀平

法 官 羅立德

法 官 陳婉玉

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 115 年 1 月 22 日

書記官 陳奕仔

附表一

編號	證人陳雅萍於本院114年9月25日準備程序證詞（見本院卷第179至185頁）
1	上訴人訴訟代理人：是否曾因本案在112年5月8日原審到庭作證？ 陳雅萍：是。

上訴人訴訟代理人：提示原審卷一第31頁，109年8月25日意向書是否由您所見證？內容是否由您繕打？

陳雅萍：是。其上簽名均為本人所簽。

上訴人訴訟代理人：意向書為何是由鄭智夫、方玉蘭二人作為甲乙雙方，而沒有將永霖投資公司、柏格投資公司、柏格營造公司、詠綸建設公司列為當事人之一？

陳雅萍：當初鄭智夫、方玉蘭在這幾間公司都有互相持股，印象中是柏格給方玉蘭、詠綸給鄭智夫，要做後續的股權轉讓，就講說由他們個人來做相關的協議。但內容應該有寫到公司相關的協議。

上訴人訴訟代理人：意向書第3條約定甲方（鄭智夫）同意詠綸建設公司將系爭土地上之建案交由柏格營造公司單一公司承攬，可否說明當時約定這一條的原因、關係、過程？

陳雅萍：方玉蘭、鄭智夫在這些公司之股權原來是互相持股，後來要分割出來，建設公司好像要給鄭智夫、營造要給方玉蘭這邊，所以後續詠綸股權應該都會給鄭智夫，所以鄭智夫有權決定詠綸建案要給誰承攬，所以才會同意上開內容。

上訴人訴訟代理人：依照意向書第4條後段，有約定：如違反意向書內容，致他方或第三人（含本意向書所載各公司）之損失或所失利益應付賠償之責。所謂違反意向書內容，指的是什麼情形？是否包含第3條所述未將建案交由柏格營造公司承攬之情形？

陳雅萍：在協議書中鄭智夫、方玉蘭彼此間都有很多義務，包括股權移轉、將建案交柏格承攬等義務，所以沒有特別寫哪項義務，只要是此意向書所載義務都算，甚至是意向書所載第三人只要有受損或是所失利益都算要賠償之範圍。

上訴人訴訟代理人：意向書所指應負賠償之責義務人是誰？

陳雅萍：甲方或乙方，即鄭智夫或方玉蘭。因為他們股權轉讓後，對各公司都有單獨的決定權，到時候有權決定公司要作什麼事情，如果他們沒有照意向書走，就要負賠償責任。

上訴人訴訟代理人：所以依照當時雙方簽訂這份意向書的意思，是否表示意向書所載各公司可以依照意向書第4條約定向甲方或乙方來請求損害賠償？

陳雅萍：是。甲方或乙方可能違約，如果沒有照意向書做，可能是他們或是各公司受損，受損方都可以請求。所以當時到底哪公司可請求，才會這樣記載。

上訴人訴訟代理人：依照意向書第3條約定，甲方是要同意詠綸公司把建案交給柏格公司來承攬，如果甲方違約的話，依照當時雙方簽的意向書意旨，是否柏格營造公司就可以向甲方請求損害賠償？

陳雅萍：是。當初在寫協議書時，因為針對鄭智夫跟方玉蘭拆股後，方玉蘭方面原來合作的建案可以分配利潤，但如果他們分開之後利潤如何計算，很難計算一個標準，所以就將建案給柏格承作，柏格藉由營造工程所賺的錢就做為這個利潤，所以針對柏格之後如果無法承作這個建案營造工程的話，就會有損失，故特別針對營建、承攬的計算算的很清楚，確保柏格後面的營造利潤確實可以拿得到，如果柏格無法拿到建案營造工程，鄭智夫就要對柏格負賠償之責。

被上訴人訴訟代理人：就您所知，意向書所提及的四家公司股權結構有鄭智夫、方玉蘭外，有無其他人？

陳雅萍：印象中還有投資公司，我有點忘記，但是不管還有誰，主要就是他們二人掌控。

被上訴人訴訟代理人：自然人股東只有鄭智夫跟方玉蘭？

陳雅萍：我不確定是否有其他自然人股東，但這些公司都是鄭智夫、方玉蘭可以掌控，因為當初他們兩人要合作建案，有利用公司去相互持股。

被上訴人訴訟代理人：兩造簽署系爭意向書時，鄭智夫或方玉蘭有說代表公司或兼代表公司？

陳雅萍：當時已經確定之後股權會變動，當下是尚未變動，所以沒有讓公司進來，故約定以個人名義對他方或第三人負責。

被上訴人訴訟代理人：證人知道自然人或法人格在權利義務上不同？

陳雅萍：知道，就是知道才會這樣約定說，當個人無法讓公司履行契約義務的話，就要負賠償之責。

被上訴人訴訟代理人：證人從系爭意向書哪個條款可以推導出柏格可以取得向鄭智夫求償之權利？

陳雅萍：第4條後面「如違反意向書內容所致他方或契約第三人之損失或所失利益應負賠償之責」，「如」就是指甲方或乙方如果違反所致另一方或第三人受損，就要負責。當時怕第三人範圍太廣或不確定，才會特別去寫「含本意向書所載各公司」。

被上訴人訴訟代理人：但要使他人取得權利，依照實務見解，就契約第三人的定義，應該要具體特定，以本案來說應將柏格公司及詠綸公司列為當事人，您是否知道相關實務見解？

陳雅萍：當初的立場是因為無法特定之後是哪一家公司受損，所以才會特定「本意向書所載各公司」。到時候如果他無法讓柏格承攬的話，柏格的利益如何計算，當初才會花很多時間處理這部分。

被上訴人訴訟代理人：如果證人所稱此份意向書是保障方玉蘭因拆夥後可能損失之利益，那為何約定營造坪單價的

上限，而非下限？為何已經將方玉蘭出資的1250萬元加計為1340萬元？

陳雅萍：對營造來說，成本越低越好，所以當時約定上限。方玉蘭出資1250萬元變為1340萬元，是因為拆夥前，方玉蘭或他配偶花了很多勞力，但勞力無法評價，故後來用出資去加一定金額給方玉蘭，這跟利潤無關。

被上訴人訴訟代理人：既然是方玉蘭配偶的勞力，為何未在意向書載明？

陳雅萍：意向書僅寫結果，但會多加錢就是因為勞力，意向書僅寫結論，包括如何計算坪數、價格都是過程討論很久的，但是意向書上沒有寫出來。

法官：109年8月簽訂意向書時，詠綸建設公司跟柏格營造公司的股權結構，是否清楚？

陳雅萍：我記得雙方持股，當時我知道股權結構，但我現在不記得了。不是獨資商號。

法官：根據意向書，柏格營造跟鄭智夫間有契約關係嗎？

陳雅萍：當時就是要讓柏格可以跟鄭智夫請求，這是其中一個組合，所以才會約定第4條。

法官：直接請求給付之權在哪裡？

陳雅萍：因為當時柏格到底要跟鄭智夫還是其他人請求，因為太多關係了，到底會怎麼違約不知道，誰會受損，都有太多組合關係，所以才沒有特別去寫哪一家公司可以跟誰請求。

法官：為何沒將可能有請求權之人納為當事人？

陳雅萍：當時想法是將來股權一定會有變動，法代也會變動，所以才沒有把公司寫進來。

法官：後來股權有變動嗎？

被上訴人訴訟代理人：法代沒有變。

陳雅萍：當時的想法就是要讓每個公司都有權利可以要，才會這樣寫。

附表二（建造圖營造坪面積相關證據及內容）

編號	上訴人主張		被上訴人主張	
1	財團法人臺灣省土木技師公會112年5月2日（112）省	上訴人於112年4月20日函請財團法人臺灣省土木技師公會	方玉蘭偕同向銀行辦理貸款於109年5月13日提出之興建計畫書（見原審卷一第149至158頁）	以總樓地板面積，統稱為總營建（造）坪
2	土技字第1986號計算報告書（見原審卷一第365至381頁）	協助計算系爭建案地上9層地下2層、屋突1至3層新建工程之建照圖營造坪之範圍與數量，鑑定結論認為建造圖營造坪面積總計566.85坪	系爭建案之謝樹林建築師108年12月13日及109年9月4日出具之面積分析表（見原審卷一第159至161頁）	以491坪或507坪為總營建坪（差異乃因容積獎勵不同）
3			華南銀行城東分行109年6月20日額度通知書（見原審卷一第291頁）	…本次申請樓地板面積（498坪），序號2金額仍維持不變；若核發（建照）後總樓地板面積小於本次申請樓地板面積，序號2金額（核貸金額）則按比例縮減
4			都市更新事業及權利變換計畫內有關費用提列項目總表（見原審卷一第292至295頁）	營建費用＝總樓地板面積×工程造價
5			臺北市建築師公會112年9月20日發包營	建造執照新建工程所需發包之總

(續上頁)

01

			造之總面積數量鑑定報告書（見原審卷二第23至109頁）	面積數量，依臺北市建管處核准建造執照圖核算為1472.53m ² （約445.44坪）
--	--	--	-----------------------------	--