最高法院民事判決

111年度台上字第35號

上　訴　人　凱大工程有限公司

法定代理人　莊高榜
訴訟代理人　林亮宇律師
上　訴　人　吳奇振即富凱工程行

訴訟代理人　楊玉珍律師

上列當事人間請求損害賠償事件，兩造對於中華民國110年5月26日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（107年度建上字第5號），各自提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於㈠駁回上訴人凱大工程有限公司請求給付增加之工程費用新臺幣貳佰貳拾玖萬零陸佰參拾壹元本息之上訴；㈡命上訴人吳奇振即富凱工程行給付，暨各該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

上訴人凱大工程有限公司其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人凱大工程有限公司負擔。

理　由

一、本件上訴人凱大工程有限公司（下稱凱大公司）主張：兩造於民國100年5月26日簽訂承攬工程合約書（下稱系爭合約），由對造上訴人吳奇振即富凱工程行（下稱吳奇振）向伊承攬施作位於臺中市○○區○○段000地號「順天敦凰」新建工程A、B棟地下5樓至地上21樓（均含屋突部分，下同）之模板工程（下稱系爭工程）。吳奇振另簽立承攬權利拋棄切結書（下稱系爭切結書）。詎吳奇振於101年2月17日無預警停工，經伊以存證信函催告才復工，復於同年4月26日惡意停工並拒絕繼續施作，伊遂以同年月27日臺中法院郵

局第1022號存證信函（下稱1022號存證信函）通知吳奇振終止系爭合約。經結算後，伊受有下列損害：⑴另請第三人進場施作A棟4-21樓、B棟7-21樓模板工程，增加工程費用新臺幣（下同）455萬6,604元；⑵替吳奇振代墊泥作補厚費用11萬7,650元及打石費用29萬6,133元；⑶吳奇振就原判決附表（下稱附表）一所示工項未施作，溢領工程款34萬0,250元；⑷代墊建高工程股份有限公司（下稱建高公司）垃圾費扣款21萬2,468元；⑸因吳奇振以塑膠管套住螺桿，於灌漿後再將螺桿抽出，致伊另支出修補費用20萬元（總計572萬3,105元）。爰依系爭合約、系爭切結書約定及民法第493條、第495條、第227條、第179條及侵權行為規定，求為命吳奇振如數給付上開本息之判決（未繫屬本院部分，不予贅述）。

二、吳奇振抗辯：凱大公司屢屢遲延付款或未足額撥款，伊於101年4月26日以神岡岸裡郵局第40號存證信函（下稱40號存證信函），就系爭工程之施作行使同時履行抗辯權，伊非惡意停工且不具可歸責事由。伊如無法配合施工，凱大公司須催告2次方得請求賠償，其以1022號存證信函逕行終止系爭合約，與系爭切結書約定不符。凱大公司就其請求並未舉證，且已罹於1年時效。縱伊應賠償，伊亦得以系爭合約保留款主張扣抵等語。

三、原審將第一審駁回凱大公司其餘之訴部分一部予以廢棄，改判命吳奇振再給付289萬3,866元本息，並維持第一審所為凱大公司其餘敗訴部分之判決，駁回凱大公司之其餘上訴。理由如下：

㈠吳奇振不得主張同時履行抗辯；系爭合約已合法終止：系爭合約於「付款方法：依工程進度發放」項下（下稱付款方法）約定：「1.本工程為地上21層、地下5層之新建大樓。…3.地下5樓放款：依地下4樓板撲（鋪）滿後放款。地下室每樓層發單價7成款，保留1成，其（餘）15%款分攤至地上層款中發放。…地下4樓放款：依地下3樓板撲

（鋪）滿後放款。每層樓以此類推放款。地面層領90%全部現金票…」。兩造均不爭執上開付款方式為估驗款性質，就系爭工程依完成進度按樓層分期估驗付款，且約定將地下樓層估驗款15%分攤至地上樓層給付。故系爭工程並非分為數部分，就各部分約定報酬，各樓層估驗款之給付與各樓層之施作項目，並非立於互為對待給付關係。系爭合約於「二、本工程模板分包工程內容及附帶項目」項下（下稱第二項）第12點（下稱系爭合約□12）約定：「因違反公司之施工規範『不聽指揮、怠工或工程進度落後3日』，本公司（即凱大公司）可隨時解除本合約並回收自理，未估驗部分、未付之款項及1成保留款，視同保證金沒收，不予估驗給付。…後續工程由他人執行完成，所衍生不足工程款，及已領款樓層所未完成工作，乙方（即吳奇振）應負全部損失賠償責任」，兩造均表示上開約定之「解除本合約」為終止系爭合約之意。吳奇振以凱大公司未給付因物價波動所承諾之補貼及變更設計所增加之支出為由，寄送40號存證信函而暫停施作系爭工程，惟上開事項與系爭工程之施作非立於互為對待給付關係；兩造亦無凱大公司未按時給付各樓層估驗款時，吳奇振即可退場之約定。故吳奇振於101年4月26日停工屬無故怠工，凱大公司得依系爭合約□12本文約定終止系爭合約收回自理，不受系爭切結書須催告2次之限制；且凱大公司已於同年月27日寄發1022號存證信函，於同年月30日送達，已合法終止系爭合約。

㈡增加之工程費用部分：

1. 審酌證人陳文建、馮有岳、林志峯之證述及凱大公司提出之101年4月26日照片等，凱大公司證明B棟7樓損害範圍有重大困難，依民事訴訟法第222條第2項規定，認吳奇振僅施作B棟7樓約8成工程，另有2成係由凱大公司另行僱工完成。參酌系爭合約第二項第4點約定凱大公司應負擔之材料範圍，以及一審送請社團法人臺灣建築發

展學會（下稱鑑定人）鑑定A棟4-21樓、B棟7-21樓未施作部分每平方公尺所需之工程費用及單價分析表中應由吳奇振負擔之部分，倘委由他人施作上開未施作部分所需單價為每平方公尺238元。又依鑑定人提出之鑑定報告書認A棟4-21樓實際模板面積為3萬2,885.9平方公尺；而B棟部分，依鑑定報告書記載及7樓僅委由他人施作2成等資料計算後，B棟7-21樓實際模板面積為2萬6,869.06平方公尺。故凱大公司委請他人代為施作A棟4-21樓、B棟7-21樓之合理工程費用為1,422萬1,681元〔計算式：（32,885.9＋26,869.06）平方公尺□238元〕。

2.依系爭合約施工單價為每坪2,900元，惟依凱大公司法定代理人莊高榜與吳奇振之電話錄音譯文（下稱電話錄音譯文），莊高榜對吳奇振所稱每坪單價2,950元並無異議，僅稱100元從尾款拿出來等語，且凱大公司提出之「順天敦凰代工吳奇振請款明細表」手寫記帳筆記（下稱手寫記帳筆記）中記載地上2、3樓以每坪單價2,950元撥付90%計算；又依上開譯文，莊高榜表示再多給吳奇振150元等語，顯係單純增加施作單價，故增加至每坪3,100元（計算式：2,950元+150元）。依系爭合約「一、施工及配合事項」項下第1.點（下稱系爭合約□1.）之約定及臺中市政府核定之竣工圖所示4樓至屋突部分各層樓板總面積如附表二所示，故A棟4-21樓、B棟7-21樓（7樓面積以2成計算）合計總樓地板面積為1萬2,749.358平方公尺，約為3,856.68坪。倘吳奇振依約施作，凱大公司應支付其之金額為1,195萬5,708元（計算式：3,856.68坪□3,100元）。故凱大公司另請第三人施作上開部分增加之工程費用為226萬5,973元（計算式：1,422萬1,681元-1,195萬5,708元）。其依系爭合約□12約定請求吳奇振賠償上開金額，即屬有據；逾此金額部分，尚屬無據。

㈢代墊泥作補厚及打石費用部分：依系爭合約第二項第13.點約定：施工板模傾斜或走樣超過±3公分為品質低劣。經勸導無效，凱大公司可以隨時更換承包代工；第□點約定：泥水人員補厚、打石費用由泥作人員與吳奇振協調，金額由吳奇振支付。因澆灌之混凝土凝固後產生凹凸不平之外觀，係屬瑕疵，依上開約定之真意，凱大公司無庸催告吳奇振修補瑕疵，直接由吳奇振負擔泥作人員施作費用。凱大公司就A、B棟地下1-5樓、A棟地上1-3樓、B棟地上1-6樓代吳奇振支付泥作補厚費用11萬7,650元、打石費用29萬6,133元，得依系爭合約□□約定及民法第179條規定，請求吳奇振返還。

㈣溢領工程款部分：依系爭合約□1.約定，施工範圍依凱大公司提供之建設設計圖及附屬設施；證人陳文建證述附表一編號8-18所示樹穴、圍牆、車道、樓梯等工項均位在地上1樓，並由其施作完成及領取23萬7,900元工程款。上開工項應屬系爭合約終止前吳奇振應施作之範圍，而凱大公司已支付其上開工項之工程款。因依付款方法第3點約定，凱大公司就地上樓層僅需支付工程款中90%，故其於系爭合約終止前就附表一編號8-18工項應給付吳奇振之工程款僅有21萬4,110元（計算式：23萬7,900元□0.9），得依不當得利規定請求吳奇振返還。另凱大公司就吳奇振溢領附表一編號1-7所示工程款及代吳奇振支付編號19所示便當、涼水費用，均無法證明，自不得請求返還。

㈤代墊建高公司扣款垃圾費部分：依系爭合約第二項第7點、第8點約定，施工中所製造之垃圾、廢料，應集中由凱大公司派人載走，如有違反遭營造廠扣款，吳奇振應自行負責。惟凱大公司提出之「建高公司分攤合約估驗明細表」下方相關之人員均未簽章，難認為真正；且凱大公司未能證明吳奇振有違反上開約定，致其遭建高公司扣款情事，其不得依上開約定請求吳奇振給付21萬2,468元。

㈥螺桿瑕疵修補費用部分：系爭工程係禁止以在外牆使用塑膠管套住螺桿之方式施工，而吳奇振有上開行為，使外牆留有孔洞，造成滲漏水，確屬瑕疵。惟凱大公司未舉證曾催告吳奇振修補，即不得依民法第227條第1項、第493條第2項、第495條第1項規定及系爭合約、系爭切結書約定，請求吳奇振賠償其另行僱工修補上開瑕疵而支出之20萬元；且此部分亦無民法侵權行為規定之適用。

㈦於凱大公司終止系爭合約前，吳奇振並未完成系爭工程，就凱大公司增加工程費用之損害賠償請求權，即無民法第498條第1項、第514條第1項規定1年期間之適用；至凱大公司依民法第179條規定，請求返還代墊之泥作補厚、打石費用及溢領之工程款，與上開時效規定無關。另依系爭合約□12約定，凱大公司終止系爭合約後，1成之保留款「視同保證金沒收，不予估驗給付」，已變更為違約金之性質；且因凱大公司另可對吳奇振請求損害賠償，故屬懲罰性違約金之性質，吳奇振主張以保留款185萬2,339元為抵銷，即非可採。從而，凱大公司依系爭合約□12約定及民法第179條規定，請求吳奇振再給付增加工程費用226萬5,973元、代墊之泥作補厚費用11萬7,650元及打石費用29萬6,133元、溢領工程款21萬4,110元（合計為289萬3,866元）本息，為有理由，應予准許；逾此部分之各項請求（合計為282萬9,239元），均無理由，應予駁回。

四、本院之判斷：

㈠關於廢棄發回（即原審駁回凱大公司請求給付增加之工程費用229萬0,631元本息之上訴；判命吳奇振給付增加之工程費用226萬5,973元本息、代墊泥作補厚費用11萬7,650元及打石費用29萬6,133元本息、溢領工程款21萬4,110元，共計289萬3,866元本息）部分：

1.本件吳奇振抗辯：兩造就系爭工程2樓之每坪單價已變更為2,950元；就3-6樓之每坪單價則變更為3,200元（其中100元從尾款先撥付），但發票填寫為3,050元等

語，並提出電話錄音譯文為證（見一審卷一第41頁背面、45、61頁背面、卷二第255頁、卷三第46-47頁、原審卷一第79頁背面、109-110、141頁背面、144、184頁背面-187頁、卷二第163-164頁、卷三第388頁-389頁）。凱大公司則主張：每坪單價仍為2,900元並無變更；因施作地上樓層難度較高，有將保留款先撥付給吳奇振；給付吳奇振地上2、3樓層工程款之計算方式為坪數□（每坪單價2,900元＋地下室分攤款每坪50元）□90%；地上4-6樓層為坪數□〔每坪單價2,900元＋地下室分攤款每坪150元（50＋100）〕□90%；就4-6樓層部分，不可能變更為每坪單價3,200元等語，並提出手寫記帳筆記及說明為證（見原審卷一第79頁背面、82-106、117頁背面-118、150頁背面-151、171頁背面-175頁、卷二第37-38、49、94、277-279、295-296頁、卷三第51-56、101-103、319-326頁）。查依系爭合約地下及地上層之施工單價均為每坪2,900元；第二項第11點約定不得因物價波動要求調價或停工；付款方法約定：地下室每樓層發單價7成款，保留1成，其餘15%款分攤至地上層款中發放（下稱分攤款）；地面層領90%（即保留10%；見一審卷一第6-7頁）。另觀諸電話錄音譯文，莊高榜就吳奇振談及每坪施工單價為2,950元時，表示100元從尾款拿出來；另談及3,050元時，表示再多給吳奇振150元，金額為3,200元等語。倘每坪施工單價為2,900元，凱大公司再由尾款拿出100元，何以金額成為2,950元？另對照凱大公司手寫記帳筆記記載：「4樓超做B棟從保留款拉出100元加在未完成之樓層坪數中計算，每坪3,050元」等內容，亦與莊高榜於電話中談及每坪單價為3,200元不符，則莊高榜上開電話對話之語意究竟為何？實有未明，尚待釐清。因兩造就系爭工程2樓每坪施工單價是否已變更為2,950元？就3-6樓部分是否已變更為3,050元、3,100元或3,200元？倘

有變更，係就原有之2,900元單純增加給付金額（50元、100元、150元）？或係就地下層1成保留款、15%分攤款或地面層未領10%保留款之提前撥付？攸關兩造有無變更系爭合約第二項第11點之約定，並涉及地下室1成保留款、15%分攤款及地面層10%保留款等各項金額之分配與計算，以及吳奇振如依約施作A棟4-21樓、B棟7-21樓，凱大公司應支付予吳奇振金額之計算基準（見原判決第10頁第24-28行），影響兩造權益甚巨。原審就此未詳加勾稽，逕以電話錄音譯文及凱大公司之手寫記帳筆記，遽認系爭工程2、3樓每坪單價增加為2,950元，並認上開電話錄音譯文中，吳奇振與莊高榜所敘及之3,050元、莊高榜所敘及之3,200元均屬錯誤，4樓以上每坪施工單價應係單純增加金額至3,100元，而分別為不利於兩造之判決，自屬速斷。

2. 又依系爭合約第二項第13點、第24點之約定內容，似無免除凱大公司定期限催告吳奇振修補瑕疵之義務。倘系爭工程有需補厚、打石之瑕疵時，依民法第493條、第495條及第227條第1項規定，凱大公司應先定期催告吳奇振修補，倘吳奇振未於期限內修補時，凱大公司始得自行修補，並向吳奇振請求償還修補必要之費用。則吳奇振抗辯：凱大公司就所謂瑕疵部分，並未定期命其修補，縱然有所支出，亦不得向其請求等語（見一審卷三第26頁、原審卷一第63、280頁、卷二第175-176、185頁），似非全然無據。原審就此未詳加審認，遽以上開第24點約定之真意為凱大公司無庸催告吳奇振修補瑕疵，認凱大公司代為支付後，得依民法不當得利規定請求返還，而為不利於吳奇振之論斷，自有可議。

3. 另按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。此規定不問違約金性質為懲罰性或為損害賠償之預定，均有其適用。吳奇振於事實審抗辯：凱大公司仍扣有保留款185萬2,339元，縱認伊有違

約，因伊已施作完成多項工程，而約定之違約金及扣款金額顯然過高，請予以減少，並與積欠凱大公司款項為抵銷等語（見一審卷一第43頁背面）。乃有關兩造約定之違約金是否過高？得否酌減之重要防禦方法，原審恝置不論，復未於理由項下說明取捨意見，遽以上開違約金性質為懲罰性，凱大公司得另就其他損害賠償為請求，吳奇振無從主張扣銷或扣除，而為不利吳奇振之判決，亦有判決不備理由之違法。因吳奇振上開請求酌減違約金部分，攸關其是否尚有保留款餘額可供扣抵，自有將原審判命吳奇振再給付溢領工程款21萬4,110元本息部分併予廢棄發回之必要。

4.兩造上訴論旨，各自指摘原判決上開不利於己部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

㈡關於駁回其他上訴（即原審駁回凱大公司請求再給付溢領工程款12萬6,140元本息、代墊建高公司扣款垃圾費21萬2,468元及螺桿瑕疵修補費用20萬元本息之上訴）部分：

關於凱大公司請求吳奇振再給付溢領工程款34萬0,250元中12萬6,140元本息、給付代墊建高公司扣款垃圾費21萬2,468元及螺桿瑕疵修補費用20萬元本息部分之上訴，原審維持第一審所為其敗訴之判決，駁回其此部分之上訴。認事用法並無不合。凱大公司上訴意旨，就原審解釋契約、取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決此部分不當，求予廢棄，非有理由。

五、據上論結，本件凱大公司之上訴為一部有理由、一部無理由，吳奇振之上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　22　　日

最高法院民事第七庭

審判長法官　林　恩　山

法官　吳　青　蓉

法官　謝　說　容

法官　許　紋　華

法官　邱　瑞　祥

本件正本證明與原本無異

書　記　官　張　翔　惠

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　27　　日