

最高法院民事判決

111年度台上字第90號

上訴人 郭秀惠
訴訟代理人 劉韋廷律師
許博森律師
陳羿蓁律師
被上訴人 嘉天下營造有限公司

法定代理人 王守玄
被上訴人 徐宥森即大展電機企業社

曾午彬

上二人共同
訴訟代理人 陳建佑律師
孟欣達律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國110年6月2日臺灣高等法院第二審判決（109年度上易字第969號），提起一部上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人請求被上訴人徐宥森即大展電機企業社給付新臺幣一百二十七萬五千元及自民國106年5月9日起算法定遲延利息之訴，與對被上訴人徐宥森即大展電機企業社之上訴、追加之訴，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

其他上訴駁回。

第三審訴訟費用關於駁回其他上訴部分，由上訴人負擔。

理 由

一、本件上訴人主張：伊為興建宜蘭縣○○鄉○○村○○路00號之○○○○○○○○休閒農場，於民國106年1月間將該屋之水電工程（下稱系爭工程）委由被上訴人徐宥森承攬系爭工程，並書立承攬契約（下稱系爭契約），議定承攬報酬為新臺幣（下同）350萬元，伊已給付157萬5,000元承攬報酬，詎徐宥

01 森於同年5月8日簽訂工程法定拋棄書（下稱系爭工程拋棄
02 書），擅自放棄承攬工作，且至同年5月退場止，有未依契
03 約圖面施作、未受指示而變更為明管等可歸責之施工瑕疵，
04 伊於同年6月12日以羅東郵局第208號存證信函（下稱系爭存
05 證信函）催告修補瑕疵未果，另支出修補必要費用62萬4,64
06 4元，自得依民法第495條第1項、第493條第1項、第2項規定
07 請求徐宥森如數返還。又伊於105年12月13日委由被上訴人
08 嘉天下營造有限公司（下稱嘉天下公司）或其員工即被上訴人
09 曾午彬監工系爭工程，約定監工報酬為每月6萬元，伊自106
10 年1月至6月按月以現金或轉帳共付36萬元予曾午彬，然嘉天
11 下公司或曾午彬未盡監工注意義務，未發現徐宥森上開施工
12 瑕疵，亦應依民法第544條規定賠償伊損害等情，爰依上開
13 法律關係，並於原審主張以系爭存證信函或以109年10月27
14 日提出民事準備(一)狀向徐宥森為解除系爭契約之意思表示，
15 並追加依民法第259條、第260條規定，求為命(一)徐宥森給付
16 伊219萬9,644元，及加計其中127萬5,000元自106年5月9
17 日、其餘92萬4,644元自起訴狀繕本送達翌日即107年7月7日
18 起算之法定遲延利息；(二)先位求為嘉天下公司給付伊36萬
19 元、備位求為曾午彬給付伊36萬元，並依序加計自107年7月
20 7日、同年月11日起算法定遲延利息之判決（上訴人逾上開請
21 求部分，未繫屬本院，不予贅述；至上訴人於本院擴張上訴
22 聲明部分，另以裁定駁回）。

23 二、被上訴人徐宥森則以：上訴人未通知伊進場修補前，即委由
24 訴外人隆晟企業社進場續作系爭工程，再於106年5月8日令
25 伊簽署系爭工程拋棄書，要求伊離場，顯見上訴人始終無要
26 求伊修補瑕疵之意思，系爭存證信函不符合瑕疵修補先行原
27 則，其解除契約不合法。又伊否認有未按圖施作瑕疵，實際
28 上係上訴人不斷變更設計致設計圖遲未定稿，伊無可歸責事
29 由。嘉天下公司以：伊否認與上訴人間存在監工契約，該契
30 約係存在上訴人與曾午彬間，曾午彬並非伊員工，監工薪資
31 亦由上訴人直接給付曾午彬。曾午彬以：伊係受嘉天下公司

01 法定代理人王守玄指示而監工系爭工程，由嘉天下公司為伊
02 投保，伊與嘉天下公司存在僱傭關係，伊已盡監工責任各等
03 語，資為抗辯。

04 三、原審以：徐宥森於106年5月8日簽立系爭工程拋棄書予上訴
05 人，該拋棄書雖記載承攬人「因故放棄」承攬系爭工程，惟
06 依徐宥森、上訴人及曾午彬之結證所陳，可知上訴人希望徐
07 宥森提前退場、放棄施工權利義務，始請曾午彬提供系爭工
08 程拋棄書範本，讓徐宥森於該拋棄書上簽名，上訴人於徐宥
09 森在106年5月8日退場後，亦不同意其再進場施作或修繕瑕
10 疵。堪認上訴人請徐宥森於系爭工程拋棄書簽名退場之真
11 意，即係以定作人地位，任意終止系爭契約之意思表示，已
12 發生終止之效力。系爭契約效力自該終止時點往後失其效
13 力，上訴人無從再解除契約。上訴人雖主張徐宥森施作系爭
14 工程存在「未按圖施作」、「未以暗管鋪設」、「結構體內
15 配管數量不足或插座位置錯誤」等瑕疵，惟為徐宥森所否
16 認，依上訴人寄發系爭存證信函所載內容，佐以上訴人陳述
17 伊不是要徐宥森補正瑕疵，而是要他還錢等語，可認上訴人
18 實無請求徐宥森再進場修補瑕疵之意思，僅係請求徐宥森返
19 還先前受領報酬、償還修繕費用，難認上訴人有以系爭存證
20 信函定期催告徐宥森進行修補。至106年5月15日會議記錄
21 （下稱系爭會議記錄）雖有與會人員簽名（劉江宜、上訴
22 人、王守玄、曾午彬、徐宥森），且討論議題、結論敘及未
23 施工等相關瑕疵，或請求相關水電、消防技師協助確認可行
24 性等節，然並無表明請求徐宥森針對該會議所討論瑕疵進行
25 修補之意思；參酌曾午彬陳稱：伊有於系爭會議記錄簽名，
26 瑕疵內容則係上訴人到場看過，要求伊記錄下來，但伊覺得
27 該等部分僅是不符合上訴人期待，伊認為並非瑕疵各等語，
28 可知系爭會議僅係討論上訴人質疑施作瑕疵部分，徐宥森縱
29 於系爭會議記錄與會人員欄簽名，亦難認上訴人有於系爭會
30 議表明定期催告徐宥森修補瑕疵之意思。上訴人既未先行定
31 期催告修補瑕疵，則其依民法第493條第2項、第495條第1項

規定主張解除契約或損害賠償，請求徐宥森返還先前受領報酬、修補瑕疵費用本息，均無理由。而民法第259條關於契約解除後回復原狀之規定，於契約終止之情形，並不在準用之列。上訴人係依民法第511條規定任意終止系爭契約，則其依民法第259條第1款關於回復原狀規定，請求徐宥森返還先前受領報酬、修補瑕疵費用本息，亦無理由。又上訴人與嘉天下公司或曾午彬間就監工契約並無書面約定，參酌上訴人、曾午彬及王守玄之結證所陳，可知上訴人因與王守玄為舊識，信任王守玄具備建設公司、營造廠等背景知識，委任王守玄指派監工之人，王守玄初始指派他人為系爭工程監工，嗣指派曾午彬監工，曾午彬離開後，再指派訴外人即嘉天下公司經理劉明宗監工；上訴人雖依其與嘉天下公司約定逕行給付監工報酬予曾午彬，然無從認曾午彬為監工契約之當事人。依證人即隆晟企業社負責人林志忠、員工陳宏文證述，渠等第2次進場係依照上訴人交付圖面做現場確認，無法肯認該圖面即為上訴人與徐宥森間之指示圖面，亦無從遽認徐宥森有未按圖施作之瑕疵或嘉天下公司有監工之過失。另依宜蘭縣建築師公會函覆關於系爭工程完成程度、瑕疵與否、瑕疵補正費用等節之鑑定報告書所載，可知系爭工程經上訴人委由隆晟企業社、徐宥森接續施作，徐宥森退場後，隆晟企業社再次進場，最終現況與水電圖、竣工圖三者均有局部不同，存在多處修改，無法徒憑現場外觀確認隱蔽管線情形，鑑定人無法確認該等施作究係出於定作人或設計監造單位指示變更設計，或承攬人確實存在何等施作瑕疵，故鑑定結果無法佐證徐宥森有施工瑕疵，亦無法證明嘉天下公司有何未盡監工義務之過失，另曾午彬並非監工契約之當事人。從而，上訴人主張解除系爭契約，依上開法律規定，請求徐宥森返還受領報酬、修補瑕疵費用合計219萬9,644元本息，另依監工契約、民法第544條規定，先位請求嘉天下公司、備位請求曾午彬給付36萬元本息，均無理由，為其心證之所由得，並說明兩造其餘攻擊防禦方法及聲明證據為不足

01 取，與不再逐一論駁之理由，因而將第一審所命徐宥森給付
02 127萬5,000元及自106年5月8日起算法定遲延利息部分之判
03 決廢棄，改判駁回上訴人該部分在第一審之訴，並駁回上訴
04 人之上訴及追加之訴。

05 四、(一)關於廢棄發回部分（即上訴人對於徐宥森之上訴部分）：
06 按適用法律為法院之職責，法院應就其依卷內資料所確定之
07 事實，依職權尋求、發現，並就當事人具體紛爭所應遵循之
08 規範予以適用，固不受當事人主張之法律見解所拘束。然受
09 訴法院所持法律見解，倘與當事人陳述或表明者不同，因將
10 影響裁判之結果，審判長自應依民事訴訟法第199條第1項、
11 第2項規定，向當事人發問或曉諭，令其為必要之法律上陳
12 述，以利當事人為充分之攻擊防禦及為適當完全之辯論。否
13 則，遽行作為判決之基礎，致生突襲性裁判之結果，其訴訟
14 程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，亦屬違背法令。本
15 件就系爭工程拋棄書之簽立，上訴人主張：就是徐宥森對伊
16 表示退場不再施作系爭工程，伊也不敢再讓他繼續施作工
17 程，意即雙方合意解除系爭契約等語（見原審卷(一)第329
18 頁、卷(二)第151頁）；徐宥森辯稱：上訴人要求伊退場，上
19 訴人之夫劉江宜就拿系爭工程拋棄書給伊簽名，就是要求伊
20 退場，伊也放棄繼續施工等語（見原審卷(一)第305頁），似
21 見兩造並未主張或抗辯系爭工程拋棄書之書立係上訴人行使
22 定作人任意終止承攬契約之權利。果爾，原審就此未予闡
23 明，並曉諭兩造充分舉證及為完全之辯論，即逕認上訴人請
24 徐宥森於系爭工程拋棄書簽名退場之真意，係上訴人以定作
25 人之地位，任意終止系爭契約之意思表示，依上說明，其訴
26 訟程序之踐行非無重大瑕疵，基此所為之判決自屬違背法
27 令。又依民法第511條前段規範意旨，工作未完成前，定作
28 人固得隨時終止承攬契約，惟倘定作人之終止契約，係經過
29 承攬人之同意時，承攬人既得經由利害衡量，而為一定之盤
30 算，自行決定其終止後與定作人間之權利義務關係，並受該
31 合意終止後特別約定之拘束，自與定作人片面終止契約之情

01 形有別。查上訴人希望徐宥森提前退場、放棄施工權利義
02 務，始請曾午彬提供系爭工程拋棄書範本，讓徐宥森於該拋
03 棄書上簽名，且該拋棄書記載承攬人「因故放棄」承攬系爭
04 工程，均為原審所確定之事實，則能否謂上訴人係未經徐宥
05 森同意而任意終止系爭契約？亦非無進一步研求之餘地。乃
06 原審就此部分未詳加調查審認，遽為上訴人不利之判決，不
07 免速斷。上訴論旨，執以指摘原判決關此部分為不當，聲明
08 廢棄，非無理由。

09 (二)關於駁回上訴部分（即上訴人對於嘉天下公司、曾午彬之
10 上訴部分）：

11 按取捨證據、認定事實屬於事實審法院之職權，若其取捨、
12 認定並不違背法令，即不許任意指摘其採證、認定不當，以
13 為上訴理由。本件原審參酌上開事證，綜合研判，本其認
14 事、採證及解釋契約之職權行使，並據調查所得之證據資
15 料，合法認定上訴人無法證明嘉天下公司有何未盡監工義務
16 之過失，且曾午彬並非監工契約之當事人，因以上述理由就
17 此部分為上訴人不利之論斷。依上說明，經核於法洵無違
18 誤。上訴論旨，執此並以原審取捨證據、認定事實及解釋契
19 約之職權行使暨其他贅述而與判決基礎無涉之理由，指摘原
20 判決關此部分為不當，聲明廢棄，非有理由。

21 五、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由。依民事訴
22 訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1
23 項、第78條，判決如主文。

24 中 華 民 國 112 年 1 月 5 日

25 最高法院民事第九庭

26 審判長法官 盧 彥 如

27 法官 林 麗 玲

28 法官 翁 金 緞

29 法官 黃 明 發

30 法官 吳 麗 惠

01 本件正本證明與原本無異

02 書記官賴立旻

03 中華民國 112 年 1 月 13 日