

最高法院民事判決

108年度台上字第2441號

上訴人 鈞格營造有限公司

法定代理人 許文彥

訴訟代理人 黃映智律師

被上訴人 奕墅建設有限公司

法定代理人 賴秉宥（更名前為賴銘泉）

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國106年12月26日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（106年度建上字第7號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人請求被上訴人再給付新臺幣貳佰玖拾伍萬貳仟貳佰玖拾壹元本息之上訴，暨該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

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

本件上訴人主張：伊於民國101年12月17日承攬被上訴人發包之奕墅住宅新建工程（下稱系爭工程），工程地點為臺中市○區○○段○○○○○○號土地（下稱84-27地號土地），工程總價為新臺幣（下同）1124萬元（未稅），並簽訂工程契約書（下稱系爭契約），約定工程內容包含一、二期工程，於取得使用執照後施作二期工程。惟伊遭臺中市政府都市發展局（下稱中市都發局）以二期工程違反建築法第25條第1項前段規定為由，於102年3月13日發函勒令停工，經被上訴人辦理變更設計後，中市都發局始於102年5月16日核准復工。嗣因主管機關要求被上訴人委請之建築師多次修改設計圖面，致上訴人於103年6月24日始取得使用執照。伊已完成一期工程取得使用執照（下稱系爭使用執照），惟被上訴人除已給付505萬8000元，及原審判決確定其應再給付80萬8961元工程款外，尚積欠伊45萬7011元未給付。伊於103年9月3日發函催告被上訴人給付未果後，於103年9月15日依系爭契約第29條約定解除系爭契約並中止系爭工程，被上訴人自應給付前揭積欠

之工程款。又系爭工程係因可歸責於被上訴人之三次變更設計而停頓工程共計222日（包括102年3月6日至同年5月16日共72日、103年1月23日至同年6月24日共150日），致伊受有停工期間支出人事成本、行政費用及其他費用之損害，被上訴人應依系爭契約第26條第2項之約定，按日給付以工程總價1000分之1計算之違約金計249萬5280元。爰依承攬契約之法律關係，求為判決命被上訴人再給付295萬2291元，及其中45萬7011元自起訴狀繕本送達翌日即103年10月14日起，另249萬5280元自追加起訴狀繕本送達翌日即103年11月5日起，均加付法定遲延利息之判決（未繫屬於本院者，不予贅述）。另就被上訴人反訴部分，抗辯謂因系爭工程迄未結算，伊為暫時保存現狀，始在系爭工程工地設置鐵皮圍籬以避免損壞及維護安全，有其必要，被上訴人反訴要求伊拆除，並無理由等語。

被上訴人則以：上訴人施作系爭工程，發現現場情事變更無法按圖施作，竟未先與建築師及伊商議變更設計，即逕行施作，始遭中市都發局查知圖面與實際不符，勒令停工，致伊需申請變更設計。又系爭工程於102年1月15日開工，上訴人依系爭契約第4條約定，扣除勒令停工之64日期間，仍應於102年11月19日之前完工並取得使用執照，惟其遲至103年7月4日始領取系爭使用執照，共逾期227日，均可歸責於上訴人。而上訴人於103年9月3日以二期工程屬違章建築而無施作義務，及伊積欠工程款顯已無力支付為由，催告伊限期給付，復於103年9月15日解除契約並終止系爭工程，請求伊給付工程款及停工期間之損害，均無理由。次就上訴人請求伊給付之項目，其主張B戶追加排水溝施作費用9034元部分，該工程追加單並未經伊簽名承認，自不得向伊請求。就內外牆裝修完成之工程款部分，係屬二期工程之項目，上訴人既拒絕施作，自無從向伊請求。又上訴人就其工程款並未開立發票，致伊無從申報營業稅，其請求給付營業稅部分亦屬無據。再者，伊縱使應於上訴人取得系爭使用執照時給付工程款56萬2000元，然系爭工程逾期完工，上訴人復拒絕施作二期工程及部分一期工程，伊催告上訴人履約未果，乃於103年9月19日解除系爭契約

01 ，上訴人自應依系爭契約第26條第1項約定，給付逾期完工之違
02 約金30萬元，伊並得據此與上訴人之工程款主張抵銷等語置辯。
03 又提起反訴主張系爭工程之一期部分已取得使用執照，則上訴人
04 為施作一期工程所設置如臺灣臺中地方法院103年度建字第201號
05 判決附圖（下稱附圖）編號a部分占用伊84-27地號土地2.30平方
06 公尺，及編號b部分占用臺中市○○○○○地段00000地號土地（
07 下稱84-30地號土地）2.80平方公尺之鐵皮圍籬（下稱系爭圍籬
08 ），因目的完成而無繼續存在必要，並妨害伊所有權之行使，爰
09 依民法第767條規定，求為上訴人予以拆除之判決（反訴未繫屬
10 於本院者，亦不予贅述）。

11 原審以：系爭契約二期工程部分係以不能之給付為標的而屬無效
12 ，為兩造所不爭，則上訴人就此部分即無施作之義務，惟一期工
13 程部分則仍屬有效。又兩造雖互相主張解除契約，惟上訴人並未
14 證明被上訴人有系爭契約第29條第4項所定無能力支付工程款之
15 解約事由，其主張解約即非可採；而上訴人係因二期工程遭中市
16 都發局勒令停工，相關連之部分一期工程亦因而無從施作，加以
17 被上訴人積欠部分一期工程款，經催告未付，亦難認上訴人有系
18 爭契約第28條第1項第1、2款所定之重大過失違約及任意停工或
19 作輟無常之事由。則被上訴人所為解約表示，亦不生效力。次就
20 上訴人請求被上訴人給付之工程款部分，上訴人主張追加施作之
21 水溝包括A、B部分，就B戶之費用9034元並非有據，僅得請求被
22 上訴人之A戶部分5萬5982元。另申請復工費用2萬6000元並未區
23 別A、B戶，且依證人李東修之證述，因系爭工程施工有困難度，
24 因此一期與二期合併施作，在取得使用執照前先施作二期工程之
25 基礎，被上訴人已知悉並同意，上訴人應無可歸責，自得請求此
26 部分復工費，與前述追加施作水溝A戶部分合計為8萬1982元。而
27 本件一、二期工程款內外牆裝修費用為56萬2000元，上訴人雖請
28 求其半數即一期工程裝修費用28萬1000元，惟其所提出之工程預
29 算明細表不能證明均已施作，再參以本件建物申請建照之圖面、
30 上訴人所提建物照片，及第一審法院現場勘驗結果，上訴人就一
31 期工程部分已施作建物外牆磁磚、大理石裝飾及防水等工程，惟

並未進行內部細部裝修，嗣因兩造履約發生糾紛而拆除施工架，則上訴人就一、二期工程之內外牆裝修共4個部分，僅施作一期工程之外牆裝修，約完成此項工程之25%，應得請求14萬500元，其逾此範圍之內外牆裝修工程費用請求，亦不可採。另就上訴人請求配合使用執照請領追加施作二期圍牆費用2萬4479元，依證人即建築師張榮峰及上訴人工地主任賴瑞榕之證述，此部分圍牆係因經勒令停工後以施作圍牆方式變更設計，始能合法申請使用執照，而使用執照取得後該圍牆已拆除，被上訴人亦知悉，則上訴人主張此部分費用應由被上訴人負擔，即屬有據。另系爭工程一期業已領取使用執照，依系爭契約營建付款比列表之記載，上訴人請求被上訴人給付工程款56萬2000元，亦有理由，被上訴人抗辯應俟一、二期工程一併結算始能給付，亦無可採。總計上訴人得請求被上訴人給付之款項共80萬8961元（計算式：8萬1892元+14萬500元+2萬4479元+5萬62000=80萬8961元），加計上訴人所主張被上訴人已給付之工程款505萬8000元，共586萬6961元，以其計算應由被上訴人負擔之5%營業稅為29萬3348元，則上訴人得請求尚未給付之一期工程款為110萬2309元（80萬8961元+29萬3348元）。再者，上訴人已逾約定之期限始取得一期工程之使用執照，為兩造所不爭，被上訴人得依系爭契約第26條約定請求違約金。審酌系爭合約第4條約定，系爭工程應自開工日期102年1月15日起8個月內，即102年9月14日前完工取得使用執照，惟該工程歷經3次變更設計，上訴人遲至103年6月24日始取得使用執照，惟中市都發局於102年3月13日以系爭工程有於法定空地埋設管線及灌漿之情事為由發函勒令停工，至同年5月16日核准復工，共停工64日，此部分係因兩造合意就二期之基礎工程先行施作所致，非可歸責於上訴人，予以扣除後，上訴人仍遲延達219日。且依系爭工程建築師張榮峰之證述、中市都發局建築物使用執照查驗紀錄表、第2次變更申請書、建築執照審查紀錄表、第3次變更設計申請書等文件，第2次變更設計申請之原因為面寬與圖面不符及樓層變更，第3次變更設計之原因為開口未依規定封閉及陽台尺寸不符，然上訴人未與建築師及被上訴人商議變更設計

01 後再行施工，仍逕行變更圖面而為施工，致圖面與實際不符，始
02 遭勒令停工，此等延誤應可歸責於上訴人。參以系爭契約第26條
03 所定每遲延1日扣除工程總價1/1000之約定，性質上為損害賠償
04 總額預定之違約金，惟上訴人就二期工程已無施作義務，應以仍
05 屬有效之一期工程價款即586萬6961元計算違約金。並斟酌經濟
06 景氣及市場利率水平等情，認上開違約金條款之約定核屬過高，
07 應酌減為30萬元始適當，則被上訴人就此範圍內所為抵銷之抗辯
08 ，係屬有據，逾此範圍之抵銷，則非可採。從而，上訴人本訴部
09 分依承攬之法律關係，得請求被上訴人給付數額為80萬2309元（
10 即未付工程款110萬2309元扣除遲延違約金30萬元）及自起訴狀
11 繕本送達翌日起加計之法定利息。上訴人逾此範圍之給付請求，
12 即屬無據。又系爭工程一期部分既已取得使用執照，而二期工程
13 復為無效，則上訴人為系爭工程設置系爭圍籬之目的已完成。且
14 系爭圍籬如附圖a、b部分雖分別占用被上訴人之84-27地號土地
15 及臺中市政府所有之84-30地號土地，惟該圍籬係屬一體無法分
16 離，且占有84-30地號土地部分對被上訴人之84-27地號所有權行
17 使仍有妨害，則被上訴人反訴請求系爭圍籬應全部拆除，為有理
18 由等詞，因而就上訴人本訴請求被上訴人再給付295萬2291元本
19 息（即逾80萬2309元部分），被上訴人反訴請求上訴人拆除圍牆
20 部分，均維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。
21 關於廢棄部分（即原判決駁回上訴人本訴請求被上訴人再給付工
22 程款含稅及違約金共295萬2291元本息之上訴部分）：
23 按判決書理由項下，應記載關於攻擊防禦方法之意見，民事訴訟
24 法第226條第3項定有明文。法院為原告或被告敗訴之判決，而其
25 關於攻擊或防禦方法之意見有未記載於判決理由項下者，即為同
26 法第469條第6款所謂判決不備理由。查上訴人於事實審主張就系
27 爭工程追加施作排水溝工程部分係因被上訴人指示施作二期工程
28 ，造成鄰居排水溝阻塞，因而須另外支出依建物基地範圍計算之
29 施作排水溝費用及變更施工費用，應得請求被上訴人給付6萬501
30 6元等語（見原審卷(二)第48頁至49頁），原審既認上訴人提出之
31 工程追加單所載排水溝鄰近A戶之5萬5982元及申請復工費用2萬

6000元，確屬有據，惟就排水溝鄰近B戶部分之施工費用9034元，則不予准許，並未說明同屬追加排水溝施作之工程，其區別應否給付之根據為何？自嫌疏略。又上訴人於事實審主張兩造締約時，係將系爭工程一、二期內外牆裝修完成合併款項為56萬2000元，其得請求已完成之一期內外牆裝修工程款28萬1000元等語（見同上卷第100頁至101頁），觀諸上訴人所提出之系爭建物外牆照片（見一審卷(一)第128頁），及證人即上訴人之工地主任賴瑞榕於一審證稱上訴人於取得使用執照後仍然有施作後續之門窗、地板裝修材料。且其中地板裝修是屬於一期工程…，地板施作完成後，有再施作清潔部分和牆面油漆、修補等語（見一審卷(二)第27頁反面至第28頁），則上訴人主張就一期工程之內外牆裝修部分均有施作之情，似非全然無據。則其完成之項目及程度如何？攸關上訴人得請求之工程款為若干，自應覈實查明並說明其依據。乃原審僅以被上訴人單方陳述上訴人至多完成25%，未遑究明是否與事實相符，即認上訴人不得請求一期內外牆裝修工程款中之14萬500元，亦有可議。末查，上訴人於事實審已主張系爭工程因可歸責於被上訴人之事由致停頓222日，依系爭契約第26條第2項約定，請求按每日依工程總價之1/1000補償上訴人249萬5280元停工損失（見原審卷(二)第66頁），並舉證人李東修、賴瑞榕為證。原審既認系爭工程歷經3次變更設計導致遲延，其中第1次係因臺中市政府於102年3月13日發函勒令停工，至102年5月16日變更設計後核准復工所致之遲延期間，係因兩造合意就二期工程之基礎部分與一期工程同時施作所致，非可歸責於上訴人（見原判決第22頁至23頁）。果爾，則上訴人主張被上訴人就此部分應依系爭契約第26條第2項之約定，補償上訴人停工損失，是否全然無據？非無斟酌之餘地。乃原審就此部分未為任何論斷，即逕為駁回上訴人該部分之請求判決，自有違誤。又就系爭工程因第二、三次變更設計所致遲延完工之原因，證人李東修於事實審證稱第二次變更設計係因被上訴人所委任之建築師於第一次變更設計時未將業主因鄰居抗議而同意建物面寬縮小部分納入，以致需第二次變更，變更設計時有通知建築師及業主，是被上訴人之負

責人或其兄決定要縮小等語（見一審卷(一)第274頁、原審卷(一)第186頁至188頁）。另賴瑞榕則稱第三次變更設計係因陽台尺寸不符，應由建築師通知被上訴人同意才能辦理變更設計，被上訴人知道變更設計等語（見同上卷第181頁反面至182頁），原審就上述有利上訴人之證詞恣置不論，未於判決書理由項下記載其取捨之意見，即逕依證人張榮峰相左之證詞，認定該部分變更設計之遲延係因上訴人於現場情事變更無法按圖施工時，未經與建築師及被上訴人商議即逕行變更圖面施作所致，係可歸責於上訴人，被上訴人得依系爭契約第26條第1項規定，請求遲延違約金30萬元並與工程款抵銷，而為不利上訴人之論斷，自難昭折服。上訴意旨，指摘原判決上開部分不當，求予廢棄，非無理由。

關於駁回上訴部分（即原判決駁回上訴人對於命其拆除系爭圍籬之反訴上訴部分）：

原審以系爭工程一期部分已取得使用執照，且二期工程無庸施作，上訴人為系爭工程設置系爭圍籬之目的已完成，系爭圍籬如附圖a、b部分分別占用被上訴人之84-27地號土地及臺中市政府所有之84-30地號土地，因該圍籬係屬一體無法分離，且對被上訴人之84-27地號所有權行使均有妨害，被上訴人反訴依民法第767條規定，請求系爭圍籬應予拆除為有理由，因而維持第一審所為被上訴人此部分反訴勝訴之判決，駁回上訴人之上訴。已說明其心證所由得，於法並無違誤。又被上訴人之84-27地號土地所有權雖於103年10月21日第一審訴訟中移轉於第三人（見一審卷(二)第73頁土地謄本），惟於本件反訴並無影響（民事訴訟法第254條第1項參照）。上訴意旨指摘原判決違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴一部為有理由、一部為無理由。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 109 年 5 月 28 日
最 高 法 院 民 事 第 五 庭
審 判 長 法 官 劉 靜 嫻

01		法官	林	恩	山	
02		法官	高	金	枝	
03		法官	李	媛	媛	
04		法官	黃	麟	倫	
05	本件正本證明與原本無異					
06			書	記	官	
07	中華民國 109 年 6 月 4 日					