最高法院民事判決

108年度台上字第537號

上　訴　人　大發大樓管理委員會
法定代理人　游義義
訴訟代理人　吳慶隆律師
被 上訴 人　茂誠工程有限公司
法定代理人　林李旺
訴訟代理人　林明勳律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國106年2月14日臺灣高等法院第二審判決（104年度上易字第441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給付新臺幣壹佰零陸萬陸仟參佰肆拾貳元本息之訴及附帶上訴並命其給付，暨各訴訟費用部分均廢棄，發回臺灣高等法院。

理　由

本件原審以：被上訴人於民國101年9月21日以總價新臺幣（下同）134萬9,800元承攬上訴人之屋頂PU防水工程（下稱系爭工程），約定自開工之日起120 天完工，如未依限竣工應按逾期日數乘以工程總價1 %計付違約金，有工程承攬合約書（下稱系爭合約）為證。依該合約第3 條「工程範圍」及附則㈡「付款方式變更」記載，「本工程共分三區塊施工，其主要施作名稱、程序內容如下：項目1.屋頂泡沫水泥及女兒牆汎水墩壓磚全面打除至PC層含地面水錶（含水泥與磚塊清運）1,130㎡、項目2. 施工素地坪補裂及隅角補強施工及排水坡度1,130㎡、項目3. 屋頂全面PU防水材分道施工：一PU底漆1道、二PU防水材1道、三不織布1 道、四PU防水材1道、五PU完工面1道1,180㎡、項目4. 女兒牆全面高度防水施工分底材、不織布、防水材、面材等4道」、「1. 依區塊施工進度請款，工程進度需完成至防水材PU第2 道方可請款，請領工程款80%。2.PU防水材面漆全面屋頂施作完成請領工程款項10%。3.全面屋頂完工經驗收請領工程款項10%」等語，及上訴人任由被上訴人自行決定區塊範圍之情，堪認被上訴人完成至

系爭合約項目3.防水材PU第2道之區塊，如已達全部施工面積之3分之1，即可請領該區塊工程款80%。依證人即上訴人會計林姿伶證言及其製作配置圖，佐以法院現場履勘結果，被上訴人於102年1月底僅部分區塊完成至PU防水材第2道階段，仍有部分區塊未施作或未完成至PU防水材第2道。經宜蘭縣建築師公會依套圖測繪面積計算施工數量，再換算為已施作或未施作之比率，鑑定結果（下稱系爭鑑定）認為：⑴原有屋頂面層泡沫混凝土打除項之完成率為65%。⑵屋頂地坪補裂、角隅補強及排水坡度順平項之完成率為58%。⑶屋頂PU防水項（5道工序）完成率為11.71%，有施作但不符合契約5道工序，可視為有瑕疵的比率為70.54%，完全未施作PU防水的比率為17.75%。⑷女兒牆防水完成率為82%。查上開瑕疵比率70.54%部分，固包括缺少第1道PU防水材（即項目3.屋頂全面PU防水材分道施工之第2道工序），及缺少第2道PU防水材（即同項之第4道工序），惟PU防水材塗佈具有一定之厚度，可由肉眼識別有無施作，該部分已達完工程度，僅係欠缺約定品質之瑕疵，仍屬得請款之區塊範圍。而系爭工程標單記載項目1、2、3、4之工程款，依序為34萬元、13萬5,000元、76萬4,800元、11萬元。準此，被上訴人於102年1月間得請求之第1期款應為66萬1,227元，其於同年1月28日向上訴人請領其中44萬9,900元，即屬有據，尚不得謂被上訴人請領此部分工程款之期限尚未屆至。又被上訴人請領上開工程款未獲付款後，102年4月25日函催亦未獲置理，業先後於同年5月11日、29日函知上訴人將暫停執行系爭合約云云，已行使同時履行抗辯權，自102年5月11日即不再負遲延完工責任。系爭工程於101年10月8日開工，依約被上訴人應於102年2月7日完工，兩造合意展延工期至102年4月14日止，參酌系爭鑑定報告，可認被上訴人自102年4月15日起至同年5月11日行使同時履行抗辯日之期間，含水率達8%以上無法施作之日數共6日，扣除後逾期日數應為21日。依系爭合約第7條約定按日以工程總價1%核算，上訴人得請求之違約金為28萬3,458元。扣除其已將押標金支票提示兌現抵充26萬9,960元，僅得請求違約金1萬3,498元。再者，系爭合約附則第2項第1

款係約定依區塊施工進度定第1 期報酬給付之時期，並非須待系爭工程全部防水材第2 道施作完成時，始得請求給付工程款，被上訴人於102年1月間得請求給付第1期款66萬1,227元，且於同年1月28日發函催告，上訴人仍未給付，依民法第229條第2 項規定，應自受催告時起負遲延責任。被上訴人復於同年7 月17日發函限於文到3日內給付，上訴人亦未置理，被上訴人乃於同年7月25日發函終止契約，該函於同年月29日送達，即生終止效力，則依終止前已完工比例計算，系爭工程應結算工程款為101萬8,548元。扣除上訴人已付17萬元後，尚得請求給付工程款84萬8,548 元。綜上，上訴人本訴依系爭合約之約定，請求被上訴人給付違約金310萬4,540元本息，於1萬3,498元本息範圍，及被上訴人反訴依系爭合約之約定及不當得利之法律關係，請求上訴人給付工程款127萬8,100元本息，於84萬8,548 元本息範圍均屬有據，應予准許，逾各該部分之請求，不應准許。因而將第一審關於本訴部分所為上訴人勝訴判決超過1萬3,498元本息部分及反訴部分所為被上訴人敗訴判決，均予以廢棄，改判駁回上訴人上開部分之本訴及附帶上訴，並命其給付被上訴人84萬8,548 元本息，暨駁回被上訴人其餘上訴。上訴人僅就原審駁回其請求被上訴人給付違約金106萬6,342元本息之訴及附帶上訴暨命其給付部分提起第三審上訴。

按債務人在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責。但債務人證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者，不在此限。觀之民法第231條第2項規定即明。依此法意，債務人遲延中，除因不可抗力且證明縱不遲延給付，而仍不免發生損害者外，仍應負責。則因可歸責於債務人之事由，發生逾期完工情事，即應負逾期責任，此逾期責任之效果並不因債務人遲延中有無法工作事由而免除。查被上訴人依約應於102年2月7 日完工，兩造合意展延工期至同年4月14日止，系爭合約嗣經被上訴人於同年7月29日合法終止，為原審認定之事實。果爾，被上訴人自102年4月15日起，即負遲延責任。原審認被上訴人於遲延後，就因天候因素無法施作之日數，得免負遲延責任而將之自逾期日數扣除，已有可議

。次查，系爭合約附則第㈡項第1款記載依區塊施工進度請款，工程進度需完成至防水材PU第2道，方可請款，請領該區塊工程款80%等語（見一審卷第9頁）。而被上訴人於102年1月底，仍有部分區塊未施作或未完成至PU防水材第2道，經鑑定有施作不符合約定5道工序之比例為70.54%，完全未施作PU防水的比率為17.75%，其中有缺少第2道PU防水材，亦有缺少第1道PU防水材，為原審所認定之事實。果爾，系爭工程似未依上開附則第㈡項第1款之約定至完成第2道PU防水材之進度。原審就此未予究明，竟認上開情形僅係瑕疵，非未達完工進度，進而認被上訴人已得請求付款，且謂其得行使同時履行抗辯權，自102年5月11日即不再負遲延責任並嫌速斷。上訴論旨，指摘原判決駁回其請求違約金106萬6,342元本息之訴及附帶上訴，暨命其給付工程款部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　23　　日

最高法院民事第二庭

審判長法官　陳　重　瑜

法官　陳　駿　璧

法官　吳　青　蓉

法官　周　舒　雁

法官　吳　謀　焰

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　4　　日