

最高法院民事判決

109年度台上字第2173號

上訴人 游岱錦
訴訟代理人 吳純怡律師
被上訴人 雅朋營造有限公司
法定代理人 黃薇娟
被上訴人 陳正宏
共同

訴訟代理人 狄彥君律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國108年4月25日臺灣高等法院第二審判決（105年度建上字第71號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於（一）本訴部分駁回上訴人請求被上訴人雅朋營造有限公司返還未施作之山型磚新臺幣貳拾柒萬陸仟伍佰肆拾元本息、紗窗新臺幣壹拾壹萬捌仟肆佰肆拾壹元本息之上訴，（二）反訴部分駁回上訴人對於命其給付雅朋營造有限公司新臺幣壹拾玖萬貳仟柒佰貳拾柒元本息、准抵銷新臺幣肆拾柒萬貳仟伍佰伍拾壹元之上訴，及命上訴人再為給付，暨各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

本件上訴人主張：伊計畫在宜蘭縣○○鄉○○段○○○ ○號土地上興建3層樓鋼骨造房屋（下稱系爭房屋），於民國99年10月14日與被上訴人陳正宏簽訂建築工程設計委任契約書（下稱系爭委任契約），委由陳正宏設計系爭房屋之建築、結構、水電等事項，並負責監造；另先後與被上訴人雅朋營造有限公司（下稱雅朋公司）簽訂如原判決附表（下稱附表）1編號1至5所示工程契約（下稱編號1至5契約）及編號6所示追加工程契約（下稱編號6契約，與編號1至5契約合稱系爭工程契約），由雅朋公司負責系爭房屋興建工程（下稱系爭工程）。編號1至5契約之工程款共新

01 臺幣（下同）1076萬334元，伊已支付949萬4949元，編號6契約
02 工程款302萬9574元伊已付清，僅餘工程款126萬5385元未付，惟
03 系爭工程有如附表2所示瑕疵，伊已於102年6月10日催告雅朋公
04 司修補而無效果，乃於同年7月19日發函終止系爭工程契約，伊
05 自得請求雅朋公司減少報酬、賠償損害及返還不當得利（各項請
06 求詳如附表2所示），共計279萬7788元；陳正宏未善盡監工責任
07 ，應與雅朋公司負不真正連帶賠償責任等情。爰依附表2「請求
08 權基礎」欄所載法律關係及民法第184條第2項規定，求為命雅朋
09 公司、陳正宏各給付279萬7788元，及均自103年10月7日起加付
10 法定遲延利息，其中1人清償時，另1人於該清償範圍內免除給付
11 責任之判決。就被上訴人提起之反訴，則以：系爭工程未完成項
12 目至少有295萬8244元，雅朋公司不得再請求伊給付工程款；陳
13 正宏未交付相關文件、物品，不得請求伊給付報酬等語，資為抗
14 辯。

15 被上訴人則以：雅朋公司施作系爭工程並無瑕疵，縱有瑕疵
16 ，亦係上訴人指示不當所致。上訴人積欠工程款達3個月，雅朋
17 公司已於102年5月27日依系爭工程契約之約定終止契約，至遲於
18 同年6月10日發生終止效力。附表2編號5、6、8、11、12所示工
19 項雖未施作，惟上訴人不得請求返還款項或賠償損害。另陳正宏
20 不負責現場監工工作，其就上訴人與雅朋公司之工程糾紛，不負
21 損害賠償責任等語，資為抗辯。並提起反訴，主張：上訴人未付
22 工程款為126萬5385元，扣除雅朋公司終止契約後未施作項目款
23 項，雅朋公司尚得請求上訴人給付79萬4965元。陳正宏已完成系
24 爭房屋之設計工作，上訴人尚欠委任報酬2萬7724元未付等情，
25 雅朋公司依承攬報酬請求權，陳正宏依系爭委任契約之約定，求
26 為命上訴人依序給付79萬4965元、2萬7724元，及均自102年11月
27 27日起加付法定遲延利息之判決（原審認上訴人本訴得請求雅朋
28 公司給付47萬2551元本息，雅朋公司反訴得請求上訴人給付79萬
29 4965元本息，經抵銷後，雅朋公司得請求上訴人給付32萬2414元
30 ；另雅朋公司逾上開範圍之請求，業受敗訴判決確定）。

31 原審以：（一）上訴人為興建系爭房屋，與陳正宏簽訂系爭

委任契約，委由陳正宏就系爭工程擔任設計工作；另與雅朋公司簽訂系爭工程契約，委由雅朋公司興建系爭房屋。編號1契約第13條第3項第2款、編號2契約第14條第3項第2款、編號4契約第14條第3項第2款及編號5契約第14條第3項第2款均約定：雅朋公司就各期請款應於1週前通知，上訴人若違背契約規定，未按時給付工程款逾期達7日，雅朋公司得終止契約。上訴人就編號3、6契約已結清，就編號1、2、4、5契約尚欠工程款126萬5385元，雅朋公司先後於102年2月4日、同年3月4日、同年4月2日向上訴人請領工程款，上訴人於收受通知後逾期7日仍未給付，是雅朋公司於同年5月27日發函向上訴人表示終止契約，自屬有據。上訴人於同年6月10日前收受該終止函，是編號1、2、4、5契約業經雅朋公司合法終止。又雅朋公司發函終止契約後即未繼續施工，兩造不爭執附表2編號5、6、8、11、12所示工項尚未施作完成。

（二）關於上訴人本訴對雅朋公司就附表2各項請求部分：1. 編號1、2（1）、3部分：經囑託財團法人新北市建築師公會鑑定結果，認系爭工程確有上訴人所主張此部分瑕疵，其費用依序為14萬5673元、17萬1666元、3萬3660元，並經鑑定人江星仁建築師證述屬實。上訴人已催告雅朋公司修補上開瑕疵，雅朋公司均未處理，是上訴人得依民法第494條規定就編號1、2（1）部分依序請求減少報酬14萬5673元、17萬1666元，及依同法第495條規定就編號3部分請求損害賠償3萬3660元。2. 編號2（2）部分：上訴人主張被上訴人就419箱山型磚（下稱系爭山型磚）未運至現場施作，應返還該部分價金與工程管理費27萬6540元等語。惟編號5契約第5條約定泥作工程之工程總價為106萬4873元，係總價承攬，雅朋公司抗辯系爭山型磚屬總價承攬範圍，如有剩餘，應交付剩料予上訴人，而非返還該價金等語，尚合常情，是上訴人就此部分僅可請求雅朋公司交付剩料，其請求雅朋公司返還27萬6540元，即屬無據。3. 編號4部分：依編號5契約第4條第2項約定，泥作工程應自101年9月12日起60個工作日完工，完工日期則以使用執照核發日為準。系爭房屋之使用執照於102年2月21日核發，為兩造所不爭，逾期60天，上訴人依編號5契約第13條約定，

01 請求按該契約總價5%計付違約金5萬3244元，尚非無據。4.編號5
02 部分：此工項未施作完成，該部分工程款為4萬5617元，固為兩
03 造所不爭，惟上訴人並未提出雅朋公司請領此部分工程款之單據
04 ，難認其已支付該款項，則上訴人依民法第179條、第494條請求
05 給付4萬5617元，於法未合。5.編號6部分：此項工程未完成，為
06 兩造所不爭，雅朋公司不爭執該部分工程款為6600元，而上訴人
07 不能證明該工程款逾6600元，是其依民法第179條、第494條規定
08 ，請求雅朋公司給付6600元為可採。6.編號7部分：系爭房屋於
09 102年2月21日獲發使用執照，同年5月6日辦理建物第1次所有權
10 登記，上訴人並自行安裝門鎖，堪認上訴人可出入該建物，非完
11 全無法使用。上訴人已依編號5契約第13條約定請求逾期完工之
12 違約金，該違約金核屬損害賠償總額預定性質，上訴人自不得再
13 依民法第495條、第227條規定請求損害賠償。又上訴人未證明雅
14 朋公司終止契約前，尚有其他違約事由致其無法使用系爭房屋，
15 其主張上開違約金應按系爭工程總價之5%即37萬4344元計算，難
16 謂有據。7.編號8部分：被上訴人不爭執此項工作物現不存在，
17 其雖抗辯係依上訴人指示敲除，惟未舉證以實其說，難予採信，
18 是上訴人依民法第179條、第494條規定，請求雅朋公司返還此部
19 分工程款1萬1254元，即屬有據。8.編號9部分：系爭房屋主棟2
20 、3樓陽台固定式欄杆有鏽斑，經鑑定結果認：該鏽斑與自然環
21 境天候因素及久未使用維護有關，如能定期對不鏽鋼表面進行清
22 潔擦拭，去除附著物，應可改善；復經鑑定人江星仁證述屬實，
23 可見上開欄杆鏽斑非屬工程瑕疵，上訴人請求賠償此項損害1萬
24 6000元，尚無可取。另系爭房屋2、3樓陽台固定式玻璃雖未平整
25 排列，惟上訴人就此項瑕疵並未定期催告雅朋公司修補，其逕依
26 民法第495條、第227條規定，請求雅朋公司賠償損害14萬3767元
27 ，於法不合。9.編號10部分：雅朋公司既因未施作系爭房屋外牆
28 防水劑，應減少報酬及賠付白樺清潔費（即編號2（1）、3部分
29 ），則上訴人不得再請求雅朋公司賠償其自行施作撥水劑之費用
30 ；且鑑定人江星仁證稱：防水劑效用僅3年等語，是上訴人依民
31 法第495條、第227條規定，請求雅朋公司賠償其2次施作防水劑

之費用共85萬1840元，亦屬無據。10.編號11部分：系爭房屋經鑑定結果認主棟2、3樓陽台排水不良、2樓陽台防水工程有瑕疵，其修復費用依序為1萬6500元、1萬9800元，復經鑑定人江星仁證述明確。惟上訴人於101年12月27日即發現2樓主臥室前陽台排水不通，其雖於102年6月10日定期催告雅朋公司修補，惟遲至6個月後之103年1月23日始請求此部分損害賠償，難認發生時效中斷之效力，是上訴人就此項損害9900元之賠償請求權已罹於民法第514條第1項所定1年消滅時效，被上訴人為時效抗辯，自得拒絕給付。則扣除上開金額，上訴人依民法第495條第1項及民法第227條第1項規定，尚得請求雅朋公司賠償2萬6400元。11.編號12部分：雅朋公司固不爭執未施作紗窗，此部分費用為11萬8441元，惟系爭費用一覽表第2表格已載明「窗戶紗窗（丹頂鶴）53,789」、「窗戶紗窗（優墅）78,428」，堪認雅朋公司已進料，隨時可安裝紗窗，其已完成此工項，得請領此部分款項，上訴人依民法第494條第1項、第179條規定，請求雅朋公司返還，尚屬無據。12.編號13部分：系爭房屋窗框其中8樘有破口、凹痕，另1樘未安裝等情，經勘驗明確，且鑑定結果亦為相同認定。上訴人於102年6月10日發函催告雅朋公司修補上開瑕疵，雅朋公司於翌（11）日收受該函後未予修補，上訴人得依民法第495條第1項、第227條第1項規定，請求雅朋公司賠償此部分損害。上訴人未證明此部分實際受損金額，爰依民事訴訟法第222條第2項規定，審酌系爭工程窗框與玻璃共計21樘，總價為11萬2421元，上開瑕疵比例占總價9/42等情，認上訴人就此部分得請求賠償2萬4090元。上訴人另主張系爭房屋玻璃有擠壓、不符規格之瑕疵。惟兩造原約定規格為「6m/m清強化+6m/mSS20強化膠合玻璃」，嗣因該玻璃厚度無法塞入上訴人指定之窗框，雅朋公司於101年7月27日以電子郵件通知上訴人將改用「5m/m清強化+5m/mSS20強化膠合玻璃」，並調整報價，上訴人於收受通知後未為反對，堪認上訴人已同意該項變更。又上訴人雖主張系爭房屋玻璃遭擠壓變形，惟經鑑定及台灣玻璃工業股份有限公司檢驗結果，均認系爭房屋玻璃表面呈現波紋現象，符合業界之玻璃品質，難謂為瑕疵，上

01 訴人請求賠償此部分損害，尚屬無據。13.編號14部分：系爭房
02 屋別棟2樓天花板固有漏水瑕疵，惟上訴人並未定期催告修補，
03 其逕依民法第495條第1項、第227條規定，請求賠償1萬4300元，
04 即有未合。14.編號15部分：雅朋公司不爭執外牆磁磚有65箱未
05 使用，其已收取該部分費用3萬1725元。惟編號5契約係總價承攬
06 契約，磁磚如有剩餘，上訴人得請求點交，尚不得逕依民法第17
07 9條、第494條規定，請求雅朋公司返還該部分款項。15.依上，
08 上訴人原得請求雅朋公司給付47萬2551元。（三）關於上訴人本
09 訴請求陳正宏給付部分：系爭委任契約第3條關於上訴人委任陳
10 正宏服務範圍，未約定監造工作，付款辦法所列項目亦為「設計
11 費」，復依該契約第9條第4項約定，堪認陳正宏主要任務為設計
12 工作，並配合申辦建築執照、使用執照，及負責勘驗系爭工程之
13 放樣、基礎、一樓頂版、二樓頂版及屋頂版有無按圖施工，而不
14 負責「日常監工」事務，是上訴人與雅朋公司間上開工程瑕疵糾
15 紛，與陳正宏無涉。上訴人據以主張陳正宏違反建築法等規定，
16 依民法第184條第2項規定，請求陳正宏賠償損害，即屬無據。（
17 四）關於雅朋公司反訴請求上訴人給付報酬部分：編號1至5契約
18 之工程款共計1076萬334元，上訴人已支付949萬4949元，就編號
19 6契約已付清，是未付工程款為126萬5385元，為兩造所不爭執。
20 雅朋公司主張該未付工程款，扣除因終止契約致未施作之後續屋
21 瓦、水電及衛浴設備工程款共47萬420元後，上訴人尚應支付79
22 萬4965元等語，業據提出系爭費用一覽表為證，參酌系爭房屋已
23 獲發使用執照，並辦理第1次建物所有權登記，堪認系爭工程幾
24 已完成，是雅朋公司主張其尚得請求報酬79萬4965元，應屬可信
25 。上訴人本訴原得請求雅朋公司給付47萬2551元，其主張以之與
26 所負上開債務抵銷，則經抵銷後，雅朋公司尚得請求上訴人給付
27 32萬2414元。（五）關於陳正宏反訴請求上訴人給付部分：陳正
28 宏主張上訴人尚欠委任報酬2萬7724元未付，有系爭委任契約、
29 結算明細表可證，堪信為真正。系爭委任契約第14條第2項僅約
30 定陳正宏應交付上訴人設計圖說，而上訴人請求陳正宏交付之數
31 十項文件及物品均非上開契約所定應交付文件，且與陳正宏之委

任報酬不具對待給付關係，是陳正宏請求上訴人給付2萬7724元，洵屬有據。（六）綜上，上訴人本訴請求雅朋公司、陳正宏各給付279萬7788元本息，並負不真正連帶給付責任，為無理由，不應准許；雅朋公司、陳正宏反訴請求上訴人依序給付32萬2414元、2萬7724元，及均自102年11月27日起加付法定遲延利息，為有理由，應予准許。爰維持第一審就本訴所為上訴人敗訴（其中47萬2551元本息准抵銷），及就反訴命上訴人給付雅朋公司19萬2727元本息、陳正宏2萬7724元本息之判決部分，駁回上訴人該部分之上訴；廢棄第一審駁回雅朋公司反訴請求上訴人再給付12萬9687元本息部分之判決，改判命上訴人如數給付。

關於廢棄發回部分（即上訴人本訴請求雅朋公司返還附表2編號2（2）未施作系爭山型磚27萬6540元本息、編號12紗窗11萬8441元本息，雅朋公司反訴請求上訴人給付報酬79萬4965元本息部分）：

查編號5契約第5條約定：「本工程契約總價為新臺幣壹佰零拾陸萬肆仟捌佰柒拾參元整；惟施作期間因甲方（即上訴人）通知變更設計或施作方式時，依照實際驗收數量核實計給」，第8條第1項約定：「甲方對本工程原則上有變更計畫及增減工程數量之權。其變更作業需以經甲乙雙方簽認之『工程交辦單』為準，並以此做為結算之憑據…」（見一審卷一第50、51頁），則依上開約定，該契約之工項原則上採總價承攬，於變更計畫及增減工程數量時，則依工程交辦單之內容實作實算。又上開契約所附單價分析表關於「黑色外牆山型磚」（即附表2編號2（2）部分），僅記載規格，未記載數量及價格，並於備註欄記載「按工程交辦單辦理」（見同上卷第54頁反面）；兩造就該工項於101年5月29日簽訂工程交辦單，並記載「工程追加減金額」共27萬6540元（見同上卷第85頁）；另雅朋公司提出之工程費用一覽表記載：「2012.05.29（出簷、線板用及二工外牆磁磚追加），合約金額276,540」（見同上卷第152頁），似將「外牆山型磚」列為追加工程。果爾，上訴人主張此部分工程非屬編號5契約所定總價承攬範圍，而屬追加工程，應實作實算等語，是否毫無可取？倘此部分

01 工程款依約應實作實算，則雅朋公司就此部分究有無進料？有無
02 施作？其施作數量若干？攸關上訴人得否請求返還溢付之報酬及
03 其金額，自應予以究明。乃原審未詳查審認，遽謂此部分工程屬
04 總價承攬範疇，上訴人僅得請求交付剩料，不得請求返還價款云
05 云，已有可議。又當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉
06 證之責任；當事人提出之私文書，如他造當事人有爭執者，應由
07 舉證人證其為真正，此觀民事訴訟法第277條、第357條規定自明
08 。雅朋公司固提出系爭費用一覽表以證明其就附表2編號12所示
09 紗窗已進料，僅未安裝之事實，惟系爭費用一覽表係雅朋公司所
10 製作之文書，上訴人一再否認該文書所載內容為真正，則雅朋公
11 司自應舉證證明其就上開紗窗確已進料之事實，乃原審未命雅朋
12 公司舉證，率認系爭費用一覽表所載內容為真正，進而為上訴人
13 不利之認定，亦有未合。又原審認定編號12所示工程款為11萬84
14 41元，則該款項是否包括紗窗安裝費用？倘屬肯定，雅朋公司既
15 未安裝，上訴人是否不得請求減少該安裝部分之工程款？亦非無
16 疑。原審未予細究，遽謂雅朋公司就編號12所示工項，於進料時
17 即已完成工作，而得請求上開工程款，亦有疏略。再上訴人就系
18 爭工程尚有工程款126萬5385元未付，而雅朋公司發函終止契約
19 後即未繼續施工，斯時尚有如附表2編號5、6、8、11、12所示工
20 項尚未施作完成，為原審所認定。雅朋公司雖提出系爭費用一覽
21 表，證明其因終止契約致未施作之工程為「後續屋瓦、水電及衛
22 浴設備」及其工程款為47萬420元，然上訴人既否認該文書為真
23 正，即應由雅朋公司舉證證明之，並說明所稱「後續屋瓦、水電
24 及衛浴設備」與附表2編號5、6、8、11、12所示未完成工項有何
25 關聯，及該「47萬420元工程款」如何計算而得。乃原審未予詳
26 查審認，遽謂雅朋公司所為上開主張為可採，進而認雅朋公司得
27 請求上訴人給付報酬79萬4965元本息，亦嫌率斷。上訴論旨，指
28 摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

29 關於駁回其他上訴部分（即上訴人本訴其餘請求及陳正宏反
30 訴請求上訴人給付2萬7724元本息部分）：

31 原審以前揭理由，認上訴人本訴其餘請求為無理由，陳正宏反訴

請求上訴人給付2萬7724元本息為有理由，因而維持第一審就該部分所為上訴人敗訴之判決，駁回其該部分之上訴，經核於法並無違誤。上訴論旨，復執陳詞，就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘原判決此部分違背法令，聲明廢棄，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 111 年 1 月 6 日

最高法院民事第二庭

審判長法官 高 孟 焄

法官 蘇 芹 英

法官 邱 璿 如

法官 徐 福 晉

法官 彭 昭 芬

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 111 年 1 月 11 日