臺灣新北地方法院民事判決

107年度建字第91號

原　　告　鼎創達股份有限公司
法定代理人　郭佩芝
訴訟代理人　葉恕宏律師
　　李奇哲律師
　　吳旻珊律師
　　王寶輝律師
上　一　人
複　代理人　陳明隆律師
被　　告　沈國皓即沈國皓建築師事務所
訴訟代理人　林雅芬律師
　　王龍寬律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，經本院於民國109 年2 月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

一、原告主張：兩造於民國93年8 月2 日簽訂「大霸電子土城高科技園區總部大樓新建工程委託規劃、設計與監造服務契約書」（下稱系爭契約），約定原告委託被告規劃、設計、監造位於臺北縣土城市（現改制為新北市○○區○○○段○○○○○號土地上「大霸電子土城頂埔高科技園區總部大樓新建工程」（下稱系爭工程），系爭契約第12條第3 項約定被告負擔保依其設計發包之系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於新臺幣（下同）5 萬元之義務，原告與訴外人華熊營造股份有限公司（下稱華熊公司）於94年11月28日簽訂「大霸電子股份有限公司企業總部興建工程」營建契約（下稱系爭營建契約），約定華熊公司承攬系爭工程，系爭營建契約第3 條第1 項約定系爭工程總工程費含稅價10億6,000 萬元，為總價承攬契約，被告自應嚴格控制系爭工程實際結算之建造

費用每坪應低於5 萬元及系爭工程最終結算之總工程費含稅價不得超過總價承攬之封頂價10億6,000 萬元，而原告全權委託被告監督系爭工程，從未干預設計，亦無指示變更設計，詎被告未把關系爭工程之規格與品質，放任承包商偷工減料，未經原告同意，擅自取消圍牆及景觀步道，明知圍牆所在基地與後方土地間有3 公尺落差而有安全疑慮，竟欺瞞原告，經原告事後發現，乃於96年1 月16日要求華熊公司及被告恢復圍牆及景觀步道既有工項之施作，華熊公司則於97年5 月1 日依臺北縣政府（現改制為新北市政府，下同）96土什字第011 號雜項執照完成圍牆及步道工程，因被告未盡善良管理人之注意義務嚴格監造系爭工程，違反系爭契約第3 條第11項第4 、5 、6 、11、15款、第12項、第11條第1 項、第21條第1 項、第4 項約定、建築師法第17、18、19、20條規定及誠信原則，致另案華熊公司請求原告給付工程款事件（下稱另案給付工程款事件），判決原告就回復施作圍牆及步道工程，除系爭營建契約原定施工保留款974 萬9,855 元外，尚應給付華熊公司787 萬2,155 元，及自98年4 月4 日起至清償日止之法定遲延利息確定，原告乃於106 年10月20日給付華熊公司1,160 萬9,590 元，已逾系爭工程總價承攬之封頂價10億6,000 萬元，被告違反系爭契約第12條第3 項約定擔保系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於5 萬元之義務及系爭契約第3 條第11項、第21條第4 項之約定，屬系爭契約第18條第1 項第7 款之違約情形，原告自得擇一依系爭契約第18條第2 項第4 款約定、民法第544 條、第227 條第2 項規定，請求被告給付圍牆及步道工程金額計算錯誤3 倍之懲罰性違約金3,482 萬8,770 元，且系爭契約第21條第1 項約定被告計算錯誤之責任，不因原告審定或同意而豁免等語。並聲明：1.被告應給付原告3,482 萬8,770 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5 %計算之利息。2.願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：原告未舉證被告如何違反系爭契約第12條第3 項

約定，且原告董事長於94年7 月22日系爭工程議價會議視訊決標華熊公司以總價10億6,000 萬元、每建坪價51,591元承攬系爭工程，故原告自始所決定之系爭工程建造費用每坪即逾5 萬元，此非被告違約所造成。又兩造於93年9 月2 日系爭合約會議決議系爭工程設計營建成本以每坪5 萬元原則，依建材波動價格作為規劃方向，是系爭工程建造費用每坪5 萬元僅為規劃方向，此為原告所明知，原告竟主張被告違反系爭契約第12條第3 項約定，容無可採。再原告未舉證其給付華熊公司1,160 萬9,590 元係因被告計算錯誤所致，而原告於95年5 月24日透過其委請之訴外人欣陸工程顧問股份有限公司（下稱欣陸公司）指示華熊公司取消圍牆及變更景觀步道，要求被告配合申請變更設計，並於變更設計申請書上起造人欄蓋印簽名，對變更設計同意且知情，原告主張被告欺瞞原告、放任華熊公司偷工減料，顯與事實不符。況另案給付工程款事件確定判決認定原告先指示取消圍牆及鋪面後，再重新向華熊公司定作圍牆及步道之新建工程，另行施作之圍牆及步道工項，與系爭營建契約原範圍不同，不受系爭營建契約總價10億6,000 萬元之限制，則原告依系爭契約第18條第2 項第4 款約定，請求被告給付計算錯誤3 倍之懲罰性違約金，實無理由。至原告空言主張被告違反系爭契約第3 條第11項、第12項、第21條第1 項、第4 項約定，卻未具體特定被告如何違反各該約定，並說明此與系爭契約第18條第2 項第4 款約定間有何關連，自無可採。另原告依民法第544 條、第227 條第2 項規定，請求被告給付計算錯誤3 倍之懲罰性違約金，迄未具體說明其何以得依各該規定請求，自應逕予駁回等語資為抗辯。並聲明：1.原告之訴及假執行之聲請均駁回。2.如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事實（見本院卷二第361 頁至第364 頁）：

㈠兩造於93年8 月2 日簽訂系爭契約，約定原告委託被告規劃、設計、監造系爭工程（見本院卷一第17頁至第77頁系爭契

約）。

㈡系爭工程於93年11月19日領得臺北縣政府核准發給之93年土建字第687號建造執照（見本院卷一第115頁臺北縣政府93年土建字第687號建造執照）。

㈢原告與華熊公司於94年7月22日召開「大霸電子股份有限公司企業總部興建工程議價會議」，代理主席郭文中，參加人員為原告頂埔專案管制室、財務處、稽核人員、PCM高必威、華熊公司代表人田代靜夫及陳一上代理被告事務所出席，經原告與華熊公司議價後，原告當時董事長莫皓然視訊決標華熊公司以10億6,000萬元、每建坪價51,591元承攬系爭工程（見本院卷一第379頁大霸電子股份有限公司企業總部興建工程議價會議紀錄）。

㈣原告與華熊公司於94年11月28日簽訂系爭營建契約，約定華熊公司承攬系爭工程，履約標的總工程費含稅價10億6,000萬元，且為總價承攬契約，所支出之總工程費含稅價不得超過價金總額（見本院卷一第297頁至第355頁系爭營建契約）。

㈤欣陸公司大霸頂埔專案工務所以95年5月24日霸埔發-0053備忘錄及附圖通知華熊公司將原屬系爭營建契約工項範圍內之景觀工程取消圍牆及變更部分鋪面，列入「變更設計後，追加減為零」平衡方案之減項，並將變更後之減帳金額列入平衡VE案使用，附圖經被告派駐工地主任林永盛記載「業主同意取消基地圍牆併入VE價值工程（業主平衡方案）」，副本通知原告（見另案本院98年度建字第32號【下稱本院98建32】卷一第45頁至第47頁欣陸公司霸埔發-0053備忘錄備忘錄及附圖）。

㈥系爭工程於95年7月13日向臺北縣政府提出第二次變更設計申請書，申請取消圍牆及變更部分照明、鋪面，經臺北縣政府以95年8月1日北府城設字第0950520886號函同意備查，經臺北縣政府工務局以95年9月6日北府工建字第0950583971號建造執照設計變更通知書核准在案（見本院卷一第119

頁第二次變更設計紀錄、第381 頁至第385 頁第二次變更設計申請書、臺北縣政府95年8 月1 日北府城設字第0950520886號函、臺北縣政府建造執照變更通知書）。

㈦原告以95年8 月4 日編號A-T-0-MO-OH-163 備忘錄通知被告、欣陸公司及華熊公司關於系爭工程被告於95年7 月13日提出變更部分照明及鋪面並取消圍牆部分，臺北縣政府同意備案，請被告提供必要資源供欣陸公司及華熊公司應用（見另案本院98建32卷二第50頁原告編號A-T-0-MO-OH-163 備忘錄）。

㈧華熊公司於95年11月17日依變更設計後之圖面（含取消圍牆及部分鋪面工項之變更設計圖面）施作完成，系爭工程於95年11月17日經臺北縣政府核准發給95年土使字第631 號使用執照（見本院卷一第121 頁臺北縣政府95年土使字第631 號使用執照）。

㈨原告於96年6 月向臺北縣政府提出雜項執照申請書，申請變更鋪面材質及重設圍牆，經臺北縣政府核准發給96年土什字第011 號雜項執照（見另案本院98建32卷四第6 頁至第8 頁臺北縣政府雜項執照副本通知書、雜項執照申請書、雜項工作物概要表）。

㈩原告與華熊公司於96年12月25日簽訂協議書（下稱系爭協議書），約定華熊公司依臺北縣政府96年土什字第011 號雜項執照施作圍牆及步道雜項工程（下稱系爭圍牆步道雜項工程」，華熊公司乃於97年5 月1 日依96土什字第011 號雜項執照施作完成系爭圍牆步道雜項工程（見另案本院98建32卷一第8 頁至第13頁系爭協議書）。

㈪系爭圍牆步道雜項工程領得臺北縣政府核准發給之97年土雜使字第010 號雜項使用執照（見另案本院98建32卷四第9 頁至第13頁臺北縣政府工務局雜項使用執照副本通知書、使用執照申請書、雜項工作物概要表、地號表）。

㈫原告已給付系爭工程第一期至第十七期工程款（第一期工程款31,181,810元、1,559,091 元。第二期工程款46,082,460

元。第三期工程款77,345,409元。第四期工程款41,881,084元。第五期工程款88,599,698元。第六期工程款58,380,204元。第七期工程款65,433,946元。第八期工程款42,224,916元。第九期工程款52,945,138元。第十期工程款95,075,988元。第十一期工程款104,694,777 元。第十二期工程款82,139,453元。第十三期工程款63,391,065元。第十四期工程款61,317,421元。第十五期工程款34,540,675元。第十六期工程款30,146,122元。第十七期工程款21,033,942元）及第十八期工程款扣除系爭圍牆步道雜項工程保留款9,749,855 元之餘額52,276,946元予華熊公司，嗣華熊公司已兌現系爭圍牆步道雜項工程保留款支票9,749,855 元。以上合計10億6千萬元。

㈢華熊公司於另案給付工程款事件，依系爭協議書之承攬法律關係，請求原告除系爭圍牆步道雜項工程保留款9,749,855元外，另應給付系爭圍牆步道雜項工程款12,578,854元，經另案臺灣高等法院104 年度建上更㈠字第43號【下稱臺高院104 建上更㈠43】判決原告就系爭圍牆步道雜項工程尚應給付華熊公司7,872,155 元，及自98年4 月4 日起至清償日止按年息5 %計算之利息確定（另案兩造華熊公司、原告上訴第三審均經最高法院以106 年度台上字第934 號認上訴均不合法而裁定駁回確定）。

㈣原告於106 年10月20日匯款1,160 萬9,590 元予華熊公司（見本院卷一第79頁第一商業銀行匯款申請書回條）。

四、本院之判斷：

㈠被告有無違反系爭契約第12條第3 項約定之擔保責任？

1.按系爭契約第12條第3 項約定「乙方（指被告，下同）擔保依乙方設計發包之建築結構、設備及裝修等所有工程實際結算之建造費用每坪應低於5 萬元」（見本院卷一第49頁）。

2.依兩造93年9 月2 日系爭合約會議紀錄記載「決議：設計營建成本以每坪5 萬為原則依建材波動價格作為規劃方向，不含室內裝潢部分」並「列入合約」、「視同合約」等節，有

該會議紀錄可憑（見本院卷二第131 頁至第135 頁），及證人即被告工程部經理程世良於本院審理中具結證稱：兩造簽完系爭契約後，有開會決定設計營建成本每坪5 萬元僅為原則，若物價波動則不同，且每坪5 萬元不含室內裝潢部分等語（見本院卷二第121 頁），可知系爭契約第12條第3 項原雖約定被告擔保依其設計發包之系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於5 萬元，但嗣業經兩造於93年9 月2 日系爭合約會議合意變更為系爭工程之建造費用以每坪5 萬元為原則，且依建材波動價格規劃，則被告依系爭契約第12條第3 項所負之擔保責任，已非絕對不可撼動。

3.原告與華熊公司簽訂之系爭營建契約固約定總工程費含稅價10億6,000 萬元，且為總價承攬契約，惟依系爭工程94年7 月22日議價會議紀錄記載「華熊公司投標報價：10億8,500 萬元、每建坪價52,185元/ 坪。第一次減價後總價：10億6,000 萬元、每建坪價約51,591元/ 坪。議價結果：董事長視訊決標。華熊公司願以10億6,000 萬元、每建坪價約51,591元/ 坪承攬系爭工程」等情，有該議價會議紀錄可佐（見本院卷一第379 頁），可知原告明知華熊公司以每坪逾5 萬元之建造費用投標承攬系爭工程，仍予同意並決標，則原告所決定系爭工程發包華熊公司承攬之建造費用既已逾每坪5 萬元，被告即無擔保系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於5 萬元之可能，自不能責令被告仍負系爭契約第12條第3 項約定之擔保責任。

4.系爭營建契約工項範圍內之景觀工程經欣陸公司大霸頂埔專案工務所於95年5 月24日以霸埔發-0053 備忘錄及附圖通知華熊公司及副知原告取消圍牆及部分鋪面，列入「變更設計後，追加減為零」平衡VE方案之減項，並將變更後之減帳金額列入平衡VE案使用等節，有該備忘錄及附圖可稽（見另案本院98建32卷一第45頁至第47頁），且為兩造所不爭執；又系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計申請書，業經起造人即原告在其上用印及原告當時負責人莫皓然在其上

簽名之情，有該第二次變更設計申請書可考（見本院卷一第381 頁），核與系爭契約附件四權責區分表約定「變更設計有關事宜」應「依程序呈莫董（即原告當時負責人莫皓然）裁示」一節（見本院卷一第71頁權責區分表）無違；而系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計經臺北縣政府同意備查後，原告於95年8 月4 日以編號A-T-0-MO-OH-163 備忘錄通知被告、欣陸公司及華熊公司系爭工程取消圍牆及部分鋪面部分經臺北縣政府同意備案，請被告提供必要資源予欣陸公司及華熊公司應用等情，有該備忘錄可按（見另案本院98建32卷二第50頁），且為兩造所不爭執；再系爭工程「工程變更及價值（VE）工程檢討彙總審核表」變更項目「景觀變更工程- 鋪面變更」、「景觀變更工程- 圍牆變更」均記載業主「同意」，並備註「依霸埔發-0053 備忘錄所收執圖面辦理追加減」等節，有該彙總審核表可參（見另案本院98建32卷一第281 頁）；稽之證人程世良於本院審理時具結證述：系爭工程二次變更設計均係業主即原告要求變更，系爭工程第二次變更設計取消圍牆及變更鋪面，係原告要求變更設計，原告知情且以起造人身分在第二次變更設計申請書上蓋章簽名後，被告才替原告送件申請第二次變更設計，且第二次變更設計經臺北縣政府同意備查後，原告亦於95年8 月4 日以備忘錄通知被告、欣陸公司及華熊公司按臺北縣政府同意備查結果辦理等語（見本院卷二第117 頁、第119 頁至第124 頁），及證人即華熊公司法務經理王麗玉於另案給付工程款事件第二審更審審理中具結證陳：系爭工程施工過程中經原告指示圍牆及部分鋪面（景觀步道）工項減作等語（見另案臺高院104 建上更㈠43卷第189 頁反面）；綜上各情可知系爭工程由欣陸公司通知華熊公司取消圍牆及部分鋪面並副知原告後，原告業以起造人身分在取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計申請書上用印簽名，委由被告向臺北縣政府申請第二次變更設計，迨第二次變更設計經臺北縣政府同意備查後，原告即指示華熊公司依第二次變更設計圖面施

作，並要求被告提供相關資源，華熊公司乃於95年11月17日依變更設計後之圖面施工完竣，原告既自陳欣陸公司係其所聘請參與監造系爭工程之情（見本院卷一第469 頁），且盱衡上情，足見原告不僅知悉且同意系爭工程取消圍牆及部分鋪面之第二次變更設計，亦指示華熊公司依第二次變更設計圖面取消圍牆及部分鋪面之施作，並要求被告配合提供相關資源；況徵之原告於另案給付工程款事件明確自陳系爭工程之圍牆及步道經原告與華熊公司合意取消施作一情（見另案臺灣高等法院100 年度建上字第56號【下稱臺高院100 建上56】卷二第297 頁反面、臺高院104 建上更㈠43卷第4 頁反面、第45頁反面、第337 頁反面），益徵系爭工程第二次變更設計取消圍牆及部分鋪面，確為原告所同意且指示取消無訛，原告主張其未指示取消系爭工程之圍牆及景觀步道，係被告、華熊公司未經其同意擅自取消，且被告放任華熊公司偷工減料，欺瞞原告云云，不符事實，委無可採。

5.原告既先於95年指示取消系爭工程之圍牆及部分鋪面，嗣再於96年向臺北縣政府申請領得變更鋪面材質及重設圍牆之96年土什字第011 號雜項執照，並於96年12月25日與華熊公司簽訂系爭協議書，約定華熊公司依臺北縣政府96年土什字第011 號雜項執照施作系爭圍牆步道雜項工程，華熊公司乃依系爭協議書之約定，承攬施作系爭圍牆步道雜項工程並於97年5 月1 日完工後，依系爭協議書之承攬法律關係，另案起訴請求原告就系爭圍牆步道雜項工程給付超過系爭圍牆步道雜項工程保留款974 萬9,855 元之工程款，經另案給付工程款事件判決扣除系爭圍牆步道雜項工程保留款974 萬9,855 元，原告尚應給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款787 萬2,155 元本息確定，有臺北縣政府雜項執照副本通知書、雜項執照申請書、雜項工作物概要表、臺北縣政府工務局雜項使用執照副本通知書、使用執照申請書、雜項工作物概要表、地號表、協議書可查（見另案本院98建32卷四第6 頁至第13頁、本院98建32卷一第8 頁至第13頁）及另案給付工程款

事件歷審判決可佐，且為兩造所不爭執。從而，另案給付工程款事件確定判決命原告給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款787 萬2,155 元本息，及原告乃於106 年10月20日匯款1,160 萬9,590 元予華熊公司給付之，顯係因原告先指示取消系爭工程之圍牆及部分鋪面後，又再以系爭協議書向華熊公司定作系爭圍牆步道雜項工程所致，難認被告就此有何違反系爭契約第12條第3 項約定或其他約定之處，原告就此主張，已非可取。

6.原告於另案給付工程款事件已抗辯系爭圍牆步道雜項工程係系爭營建契約既有工項之回復施作云云，業經另案給付工程款事件承審法院綜合審酌①系爭協議書第3 條約定「依第2 條約定施作所增加之工程款、空污費退費及工程款遲付利息等部分，除甲（即原告）乙（即華熊公司）雙方另行達成協議外，均得以訴訟請求」（見另案本院98建32卷一第10頁）之文義，明確約定系爭圍牆步道雜項工程所增加之工程款，由兩造另行協議，協議不成，得以訴訟請求；②原告與華熊公司於簽立系爭協議書前往來電子郵件（見另案臺高院104建上更㈠43卷第100 頁至第153 頁）所示之交涉過程，原告終同意系爭圍牆步道雜項工程係新建工程，因此所增加之工程款，原告有給付義務，乃簽立系爭協議書定案；③證人王麗玉於另案給付工程款事件第二審更審審理中具結證述：系爭工程施工過程中，原告指示圍牆及部分鋪面（即景觀步道）工項減作，領得使用執照後，原告又要求依系爭營建契約不加減總價之方式施作圍牆及步道，華熊公司回復原告此為新工程，須另外追加工程款，不同意依系爭營建契約不加減總價，後幾經協商，最終華熊公司同意施作新圍牆步道工程款超過保留款900 餘萬部分，由雙方協議，協議不成，由法院判決判斷，原告亦同意，雙方乃簽立系爭協議書，此即系爭協議書第3 條約定「依第2 條約定施作所增加之工程款，除甲乙雙方另行達成協議外，均得以訴訟請求」之意旨等語（見另案臺高院104 建上更㈠43卷第189 頁反面至第191 頁

）；④系爭營建契約之臺北縣政府93土建字第687號建造執照圖說所示圍牆及部分鋪面工項之範圍（見另案臺高院100建上56卷一第179頁、第181頁），與系爭圍牆步道雜項工程之臺北縣政府96土什字第011號雜項執照圖說所示圍牆及步道工程之範圍（見另案臺高院100建上56卷一第176頁、第177頁），就圍牆長度、圍牆RC高度、圍牆基座型式、基座寬度、圍牆基座鋪面材料等均不一致等事證，乃認定系爭協議書係原告與華熊公司獨立於系爭營建契約外就系爭圍牆步道雜項工程所另行訂立之新契約，系爭圍牆步道雜項工程則係原告與華熊公司以系爭協議書另行所約定不同於系爭工程之新建工程，而非系爭營建契約原有圍牆及部分鋪面工項之恢復，故不受系爭營建契約所定系爭工程總工程費不得逾10億6,000萬元之拘束，且華熊公司就系爭圍牆步道雜項工程所得請求之工程款，亦不以系爭圍牆步道雜項工程保留款974萬9,855元之額度為限，就增加超過之工程款，仍得起訴請求原告給付等事實確定，並駁斥原告於另案給付工程款事件之前揭抗辯，有另案臺高院104建上更㈠43確定判決可查（見另案臺高院104建上更㈠43卷第340頁反面至第340頁反面至第344頁、第345頁反面），可知原告依另案給付工程款事件確定判決所給付華熊公司之系爭圍牆步道雜項工程款787萬2,155元本息，乃係不同於系爭工程之新建工程之工程款，非屬系爭工程之建造費用，不包含在系爭工程總工程費內，則原告所給付華熊公司之系爭圍牆步道雜項工程款787萬2,155元本息共1,160萬9,590元，自不屬系爭契約第12條第3項約定被告擔保系爭工程實際結算之建造費用每坪應低於5萬元之範圍，故被告就原告所給付華熊公司之系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元，無須負系爭契約第12條第3項約定之擔保責任甚明。至原告於本件復為相同主張，再事爭執，既背離另案給付工程款事件確定判決認定之事實，經本院審酌後亦認原告就此主張與另案給付工程款事件之前開事證不合，容非可採。

7.被告於107年4月25日另案105年度建上更㈠字第29號給付承攬報酬事件第二審更審審理中以證人身分作證時已明確證述：依系爭工程建造執照之紀錄，系爭工程有二次變更設計，系爭工程二次變更設計之申請，均有經起造人即原告之同意，並均經原告在二次變更設計申請文件上用印等語（見本院卷一第185頁、第189頁），與前揭四㈠4.所示之事證相符，堪值採取。至被告證稱：原告無口頭及書面指示變更設計，系爭工程無何變更設計經原告當時負責人莫皓然同意，原告要求華熊公司回復施作圍牆及景觀步道係屬系爭營建契約既有工項云云，則與前開四㈠4.、6.所示之事證有違，諒係因時隔日久而對過往事物之部分記憶略有退化或失真所致，且被告既未參與原告與華熊公司間就系爭圍牆步道雜項工程及系爭協議書之交涉磋商，則其就系爭圍牆步道雜項工程暨工程款屬性之認知，未必全面完整、清晰正確，無從執為有利原告之認定，遑論動搖本院前揭認定。

8.準此，原告所決定系爭工程發包華熊公司承攬之建造費用既已逾每坪5萬元，被告已無可能擔保系爭工程實際結算之建造費用每坪低於5萬元，自不得責令被告仍負系爭契約第12條第3項約定之擔保責任。又原告所給付華熊公司之系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元，既係不同於系爭工程之新建工程之工程款，非屬系爭工程之建造費用，不包含在系爭工程總工程費內，即不在被告依系爭契約第12條第3項約定負擔保責任之範疇，被告自無違反系爭契約第12條第3項約定之擔保責任可言，原告主張被告違反系爭契約第12條第3項約定，要無可取。

㈡被告是否未盡善良管理人之注意義務？有無違反系爭契約第3條第11項、第12項、第11條第1項、第21條第1項、第4項約定、建築師法第17、18、19、20條規定及誠信原則？

1.系爭工程之圍牆及部分鋪面既因原告指示取消，嗣原告再以系爭協議書向華熊公司定作系爭圍牆步道雜項工程，難認被告就此有何未盡善良管理人之注意義務可言，原告就此主張

，殊非可採。

2.原告空言侈稱被告違反系爭契約第3條第11項、第12項、第11條第1項、第21條第1項、第4項約定、建築師法第17、18、19、20條規定及誠信原則，卻未具體特定被告違反各該約定、法規及法則之事實，亦未舉證以證實，原告就此主張，洵無可採。

㈢被告是否構成系爭契約第18條第1項第7款所定之違約情形？

1.按系爭契約第18條第1項第7款約定「乙方違反本契約之情形，包括但不限於下列事項：7.乙方辦理之規劃設計，如有疏失，造成重大變更設計者」（見本院卷一第55頁）。

2.系爭工程既係因原告指示取消圍牆及部分鋪面，因此辦理第二次變更設計，自非被告有何規劃設計之疏失造成第二次變更設計，嗣原告辦理前揭雜項執照，並以系爭協議書向華熊公司定作依前開雜項執照施作系爭圍牆步道雜項工程，亦難謂被告就此有何規劃設計之疏失可言，被告自不構成系爭契約第18條第1項第7款所定之違約情形，原告就此主張，咸非可取。

㈣原告依系爭契約第18條第2項第4款請求被告給付計算錯誤3倍之懲罰性違約金3,482萬8,770元本息，有無理由？

1.按系爭契約第18條第2項第4款約定「乙方提供之設計工程圖說及施工預算之單項工程之金額計算錯誤超過1％時，乙方應給付甲方（指原告，下同）相當於計算錯誤3倍之懲罰性違約金」（見本院卷一第57頁）。

2.原告所給付華熊公司之系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元，既係不同於系爭工程之新建工程之工程款，非屬系爭工程之建造費用，不包含在系爭工程總工程費內，不屬於被告依系爭契約第12條第3項約定負擔保責任之範圍，被告自無違反系爭契約第12條第3項約定之擔保責任可言，則原告主張因被告違反系爭契約第12條第3項約定，依系爭契約第18條第2項第4款約定，請求被告給付計算錯誤3倍

之懲罰性違約金3,482萬8,770元本息，自非有據。

3.原告經另案給付工程款事件判決命給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款787萬2,155元本息確定，係因原告先指示取消系爭工程之圍牆及部分鋪面後，又再以系爭協議書向華熊公司定作系爭圍牆步道雜項工程所致，而非被告提供之設計圖說或施工預算之工程金額有何計算錯誤之情，原告復未提出其他證據證明被告提供之設計工程圖說及施工預算之工程金額有計算錯誤超過1％之事實，則原告依系爭契約第18條第2項第4款約定，請求被告給付計算錯誤3倍之懲罰性違約金3,482萬8,770元本息，容屬無據，應予駁回。

4.系爭契約第21條第1項固約定「本契約所定應由乙方辦理之各項規劃設計、監造工作，雖經甲方審定，乙方仍應負本工程規劃設計、監造及其委託事項之完全責任（包括建築法、建築師法、技師法及其他相關法令規章之規定含引進新工法、新技術之規範），不因甲方審定或同意，豁免乙方之故意、過失、無過失或損害賠償之責任」（見本院卷一第39頁），惟原告既未能先舉證另案給付工程款事件確定判決命其給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款787萬2,155元本息，係因被告辦理之規劃設計、監造工作有何違反系爭契約約定、民法、建築法、建築師法、技師法及其他相關法令規章之規定所致，被告就此即不存在應負之違約、違法責任，自無系爭契約第21條第1項約定適用之餘地，原告就此主張，尚非有據。

㈤原告依民法第544條、第227條第2項請求被告給付計算錯誤3倍之懲罰性違約金3,482萬8,770元本息，有無理由？

1.按依民法第544條或第277條第2項規定，請求對造賠償所生之損害，均以填補其所受損害為限。原告主張之所受損害既為其給付華熊公司之系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160萬9,590元，則原告依民法第544條、第277條第2項規定所得請求之損害賠償，至多僅以1,160萬9,590元為限，原告卻請求被告給付計算錯誤3倍之懲罰性違約金3,482萬8,

770 元，已非有據。

2.按受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責，民法第544 條定有明文。是民法第544 條之受任人債務不履行責任，以受任人有違約行為，且與委任人所生損害間有相當因果關係為要件。故主張被告應負民法第544 條之受任人債務不履行責任者，應就被告有違約行為且與原告所生之損害間有相當因果關係，負舉證責任。又債務不履行（給付不能、給付遲延、不完全給付）責任，以債之關係存在及債權人因債務人債務不履行而受損害為要件。故主張被告應負債務不履行責任者，應就兩造間存在債之關係及因被告債務不履行而受損害負舉證責任。原告主張被告應負民法第544 條之受任人債務不履行責任、民法第277 條第2 項不完全給付之債務不履行責任，被告雖不爭執兩造間存在委任之債之關係，但否認違約、不完全給付並致原告受損害，依前開舉證責任分配法則，自應由原告就因被告違約、不完全給付而受損害負舉證之責。然原告既未能舉證被告違約、不完全給付及原告給付華熊公司系爭圍牆步道雜項工程款本息1,160 萬9,590 元係因被告違約、不完全給付所致，則原告擇一依民法第544 條、第227 條第2 項規定，請求被告給付3,482 萬8,770 元本息，均屬無據，均應駁回。

五、綜上所述，原告擇一依系爭契約第18條第2 項第4 款約定、民法第544 條、第227 條第2 項規定，請求被告給付3,482 萬8,770 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5 %計算之利息，均無理由，均應駁回。又原告之訴既經駁回，其假執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。

六、本件事證已臻明確，原告聲請傳訊證人高必威、田代靜夫，暨兩造其餘攻擊防禦方法及證據，經審酌後與判決之結果不生影響，自無訊問之必要，亦不一一論列。

據上論結，本件原告之訴為無理由，依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　31　　日

民事第五庭　法　官　陳佳君

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　李淑卿