臺灣高等法院民事判決

105年度重上字第265號

上　訴　人　黃佳勳
訴訟代理人　廖國翔律師
　　黃世芳律師
被上訴人　佑福營造工程有限公司
法定代理人　曾國哲
訴訟代理人　曾煥基
　　王炳人律師
上　一　人
複代理人　柯宏奇律師

上列當事人間損害賠償事件，上訴人對於中華民國105年1月29日臺灣臺北地方法院103年度建字第391號判決提起上訴，並為訴之追加及擴張，經本院於107年12月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴及該部分假執行之聲請暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人新臺幣壹佰玖拾陸萬壹仟玖佰貳拾伍元，及自民國一0三年十一月六日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

追加、擴張之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用，關於上訴部分由被上訴人負擔百分之八，餘由上訴人負擔；關於追加及擴張之訴部分由上訴人負擔。

本判決所命給付，於上訴人以新臺幣陸拾陸萬元為被上訴人供擔保後，得假執行；但被上訴人如以新臺幣壹佰玖拾陸萬壹仟玖佰貳拾伍元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一或擴張應受判決事項之聲明者，不在此限。不

變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第255條第1項第2款及第256條定有明文，依同法第463條規定，為第二審程序所準用。所謂請求之基礎事實同一，係指變更或追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於變更或追加之訴得加以利用，且無害於他造當事人程序權之保障，俾符訴訟經濟者均屬之。上訴人起訴主張兩造於民國101年4月間簽訂「黃佳勳等四戶店鋪住宅新建工程」工程契約書（下稱系爭契約），約定由被上訴人在其所有坐落苗栗縣○○鎮○○段○○○○○○○○○○○○○○○○○○○○號土地上興建宅（下稱系爭房屋工程），因被上訴人遲延完工，依系爭契約第8條約定，一部請求被上訴人給付逾期違約金新臺幣（下同）4,428,900元本息，並自103年10月21日起按日給付逾期違約金9,713元。嗣於本院主張兩造簽訂系爭契約後，被上訴人表示可將房屋總樓地板坪數自398坪增加至581坪（下稱系爭二次工程），乃由訴外人陳建榮隱名代理被上訴人與上訴人簽訂施作範圍包含系爭房屋工程及系爭二次工程之另份工程契約書（下稱系爭擴建契約），因被上訴人遲延完工，依系爭擴建契約第8條約定，追加先位之訴，請求被上訴人應給付逾期違約金8,481,600元本息，並一部請求被上訴人自103年10月21日起按日給付9,713元。另將原訴列為備位之訴，並擴張請求被上訴人應給付逾期違約金3,049,725元本息。核其追加之訴與原訴皆本於系爭房屋工程所衍生之爭執，原訴所主張之事實及證據資料，於追加之訴亦得加以利用，且無害於他造程序權之保障，至其擴張之訴則係擴張應受判決事項之聲明，雖被上訴人不同意追加及擴張之訴，惟上訴人為訴之追加及擴張符合上開規定，應予准許。至上訴人於本院主張兩造係於101年10月5日簽訂系爭契約，被上訴人應於簽約後360個日曆天內完工等情，僅更正事實上之陳述，非為訴

之變更或追加。

二、另按當事人在第二審訴訟程序不得提出新攻擊或防禦方法。但如不許其提出顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第6款定有明文。查被上訴人於本院審理時另提出系爭契約施工期間有颱風來襲之不可抗力影響工期（見本院3卷141頁），固屬於第二審提出之新攻擊防禦方法，惟其於原審已提出其他可歸責上訴人而遲延完工事由（見原審1卷37頁），則被上訴人就上訴人主張逾期違約金，倘不許其提出新防禦方法，顯失公平，揆諸上開法文意旨，自應准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：兩造於101年4月間簽訂系爭契約，約定由被上訴人施作系爭房屋工程，其於同年7月25日申報開工，應於102年7月20日完工，惟其迄今仍未完工，爰依系爭契約第8條關於逾期違約金之約定，求為被上訴人應給付上訴人4,428,900元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並自103年10月21日起按日給付上訴人9,713元之判決。並願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：兩造簽訂系爭契約後，伊將系爭房屋工程交由陳建榮施作，伊則負責管理督導。因系爭二次工程屬違法增建，伊自始即拒絕施作，而由陳建榮單獨向上訴人承攬，並與上訴人簽訂系爭擴建契約，該契約與伊無關。另伊於102年底至103年初完成系爭房屋工程之毛胚屋後，已足供申請使用執照，且伊因不願施作違法之系爭二次工程，兩造乃就伊已完工部分進行結算，雙方同意系爭契約減價4,575,000元，並於103年1月5日簽訂工程減價契約書（下稱系爭減價契約）合意終止系爭房屋工程之承攬關係，日後伊即無庸再進場施作，對上訴人所指未完工部分自不負遲延責任。又系爭房屋工程因上訴人欲變更熱水器安裝位置致延宕35日，且施工期間因颱風來襲共計15日無法施工，上開期間均不得計入工期。縱認伊應給付逾期違約金，亦應就逾契約價金總額

10%部分予以酌減等語，資為抗辯。

三、原審為上訴人全部敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，上訴人聲明全部不服，提起上訴，並依系爭擴建契約第8條追加先位之訴：被上訴人應給付上訴人8,481,600元，及自107年3月28日民事訴之追加狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並自103年10月21日起按日給付上訴人9,713元。另將原訴列為備位之訴，並為訴之擴張：上訴聲明部分：1.原判決廢棄。2.被上訴人應給付上訴人4,428,900元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息，並自103年10月21日起按日給付上訴人9,713元。　擴張之訴部分：被上訴人應給付上訴人3,049,725元，及自107年3月28日民事訴之追加狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。上開聲明均願供擔保請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：　上訴、擴張、追加之訴及假執行之聲請均駁回。　如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、上訴人主張其與被上訴人先後簽訂系爭契約及系爭擴建契約，因系爭房屋工程及系爭二次工程迄今均未完工，先位之訴依系爭擴建契約第8條；備位之訴依系爭契約第8條請求被上訴人應給付逾期違約金等情，為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

先位之訴部分：

1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。又隱名代理之成立，須代理人為法律行為時，雖未以本人名義或明示以本人名義為之，惟實際上有代理本人之意思，且此項意思為相對人所明知或可得而知者，始足當之（最高法院103年度台上字第781號判決要旨參照）。上訴人主張兩造合意由被上訴人承攬系爭房屋工程及系爭二次工程，並由陳建榮隱名代理被上訴人簽訂系爭擴建契約乙節，為被上訴人所否認，自應由上訴人就此有利事實負舉證責任。查陳建榮

於原審證陳：伊曾向上訴人表明系爭房屋工程及系爭二次工程係由伊個人承攬，因上訴人欲向銀行申請建築融資，乃要求伊提供甲級營造牌照，因被上訴人負責人之父親與伊相識甚久，被上訴人才同意與上訴人簽訂系爭契約，上訴人知悉系爭擴建契約是伊個人與上訴人簽訂語（見原審1卷98頁反面至99頁），且系爭擴建契約封面及末頁立契約書人欄均載明承攬人為陳建榮，並約定工程款直接匯入訴外人即陳建榮之助理廖均卉帳戶，復經上訴人及陳建榮確認後簽名用印（見原審1卷54頁、55頁反面、62頁）。另陳建榮與上訴人簽訂系爭擴建契約後，即將系爭房屋工程及系爭二次工程全部轉包予訴外人楊玉工程有限公司（下稱楊玉公司）乙情，業據實際施作系爭房屋工程之證人黃榮華於原審證稱：伊向陳建榮承包系爭房屋工程，該工程有分一次及二次施工，伊向陳建榮領錢，工程款是由陳建榮之助理廖小姐簽發受款人為楊玉公司之支票交給伊，伊為該公司實際負責人等語（見原審1卷157頁反面至159頁），並有陳建榮與楊玉公司簽立之工程契約書可考（見本院3卷78至85頁反面）。況系爭擴建契約之工程款，係由陳建榮填具請款單，要求上訴人匯入其所指定廖均卉開設之臺灣企銀頭份分行帳戶乙節，有請款單及匯出匯款申請書可參（見原審1卷70至83頁），此付款流程亦與系爭擴建契約約定之工程款給付方式相符（見原審1卷55頁），足徵系爭擴建契約係陳建榮個人與上訴人簽訂，並由陳建榮負責履行，陳建榮並無代理被上訴人與上訴人簽訂系爭擴建契約之意，自無成立隱名代理之可能。

2.上訴人另以被上訴人為陳建榮印製名片及投保健保為由，主張陳建榮隱名代理被上訴人簽訂系爭擴建契約云云，惟上訴人並未證明陳建榮持用印有被上訴人公司名稱之名片係被上訴人印製，且陳建榮於原審證稱：伊非被上訴人員工，因伊承攬上訴人之工程，上訴人欲申請建築融資，要求伊提供甲級營造牌照，伊才印製被上訴人公司名片等語

（見原審1卷98頁反面），益徵該名片非被上訴人印製。另依衛生福利部中央健康保險署檢附陳建榮健保投保資料所示，雖被上訴人自100年2月22日至同年7月7日及自102年5月22日至同年7月2日期間，曾為陳建榮投保健保，然上訴人係主張陳建榮於101年10月12日隱名代理被上訴人簽訂系爭擴建契約，但斯時被上訴人並無替陳建榮投保健保，上訴人執此主張陳建榮隱名代理被上訴人，自屬無稽。是上訴人主張陳建榮隱名代理被上訴人簽訂系爭擴建契約，被上訴人為該契約當事人云云，並非可取。從而，上訴人於本院追加系爭擴建契約第8條約定，先位請求被上訴人給付8,481,600元，及自107年3月28日民事訴之追加狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並自103年10月21日起按日給付上訴人9,713元云云，為無理由，不應准許。

備位之訴部分：

1.上訴人主張兩造簽訂系爭契約，由被上訴人承攬系爭房屋工程，依該契約第2條第1項前段、第4條第5項、第8條第1項約定，被上訴人應於簽約後360個日曆天完工，如未依所定完工期限竣工，自期限之次日起算逾期日數，每日依契約總價千分之一計算逾期違約金，有系爭契約可參（見原審1卷5至12頁反面）。雖被上訴人於原審否認為該契約實質當事人（見原審1卷89頁），但於本院已自認其為系爭契約之承攬人。依系爭契約所示，簽約日期僅記載101年，月、日部分則為空白（見原審1卷12頁反面），上訴人主張簽約日為101年10月5日乙節，為被上訴人所否認，且其迄未舉證以實其說，所為主張並非足取。雖被上訴人抗辯簽約日為101年12月31日，並提出上訴人於101年10月3日出具之承諾書為證（下稱系爭承諾書，見本院3卷64頁），惟依該承諾書所示，其上記載之承攬人為陳建榮，可知系爭承諾書係上訴人與陳建榮間就系爭擴建契約所為之約定，自難採為認定系爭契約簽約日之證據，被上訴人執

以主張簽約日為101年12月31日云云，並非可取。本院參以被上訴人提出系爭房屋工程最早取得之進項發票，係由訴外人達成鑫鋼鐵股份有限公司於101年10月30日所開立（見原審1卷246頁），而依統一發票使用辦法第9條第1項規定，營業人開立統一發票，應依規定格式據實載明交易日期，則被上訴人自該日起既已開始採購系爭房屋工程所需材料，衡情兩造至遲於101年10月30日應已達成由被上訴人承攬系爭房屋工程之合意。準此，被上訴人承攬系爭房屋工程，應於101年10月30日簽約後360個日曆天即102年10月25日完工，堪予認定。

2.被上訴人固不否認系爭契約中1至3樓裝修工程迄今仍未完工，惟抗辯其完成毛胚屋後，兩造合意終止系爭契約，並簽訂系爭減價契約就其已完工部分進行結算，減價後其無庸再進場施作，對未完工部分不負遲延責任等語。查證人廖均卉於本院證稱：因上訴人想做一些假的工程去申請使用執照，取得後再將假的工程拆掉，但被上訴人認為涉及違法，不願做這樣的工程，雙方爭議很久，上訴人這方請伊跟被上訴人談，被上訴人表示不再繼續施工，應該做個結算，伊問上訴人配偶契約中有哪些沒有施作，沒做的部分就減價，上訴人亦同意就未施作部分刪減金額，減價金額是陳建榮與上訴人談，伊再將結果告知被上訴人，被上訴人對金額並無意見，伊就製作系爭減價契約，雙方於使用執照核發前2至4個月簽訂，被上訴人就不用再施作未完工部分等語（見本院2卷19頁反面至20頁、3卷109至110頁），且系爭減價契約亦記載：「……今因施作條件變更雙方同意減價爰訂立下列條款……共刪減金額為肆佰伍拾柒萬伍仟元整（含稅）」（見原審1卷17頁反面），可知兩造就系爭契約尚未施作部分，合意以減價4,575,000元方式處理，且減價後被上訴人即無庸再進場施作無訛。雖上訴人主張系爭減價契約為通謀虛偽意思表示，且僅刪減工程金額，並未減少施工範圍云云，惟與證人廖均卉上開證

述不符，上訴人並未證明兩造有何通謀虛偽意思表示簽訂系爭減價契約情事，另該契約既載明兩造係因施作條件變更而同意減價，自有減少工作項目之合意，倘如上訴人主張僅減少價金而未減少工作項目，等同被上訴人無端放棄高達4,575,000元之工程款，亦有違常情，是上訴人此部分主張，尚難憑採。基上，被上訴人抗辯兩造簽訂系爭減價契約，合意終止系爭契約，並完成結算，其無庸再施作未完工部分等情，應屬可取。

3.另系爭減價契約簽約日期僅記載103年，月、日部分則為空白（見原審1卷18頁），上訴人主張簽約日為103年3月1日，及被上訴人抗辯簽約日為同年1月5日云云，俱未舉證以實其說，均非可取。依證人廖均卉證陳兩造於使用執照核發前2至4個月簽訂系爭減價契約等語，再依上訴人係於103年3月10日申請使用執照，經苗栗縣政府於同年4月3日核發等情，有苗栗縣政府103年4月2日府商建字第1030048962號函及使用執照可考（見本院4卷134頁、原審1卷21頁），系爭減價契約簽約日應介於102年12月4日至103年2月4日之間。另按建築法第70條、第71條規定，建築工程完竣後，應由起造人會同承造人及監造人申請使用執照，且應備具申請書，並檢附原領建造執照或雜項執照及建築物竣工平面圖、立面圖，兩造既不爭執簽訂系爭減價契約後才會同申請使用執照，本院認兩造於簽訂系爭減價契約後，約需1個月準備期間於103年3月10日提出申請使用執照，則系爭減價契約之簽約日應為103年2月4日，被上訴人自當日起即免除系爭契約之遲延責任。

4.基上，被上訴人就系爭契約完工日期為102年10月25日，已如前述，則其自該日翌日起至103年2月3日，共計逾期101日。雖被上訴人抗辯施工期間因可歸責上訴人事由致延宕35日，且因颱風來襲被迫停工15日，應自逾期日數中扣除云云，但為上訴人所否認，並依系爭契約第2條第3項約定，主張被上訴人不得請求扣除。查系爭契約第2條第3項

約定：「本契約履約期間，有下列情形之一（且非可歸責承攬人），致影響工期預定進度表而須展延工期者，承攬人應於事故發生後10日內通知監造單位，並於30日內檢具事證以書面向監造單位申請展延工期，逾期視同放棄請求工程延期之權利……　因颱風或豪雨（指單日累積降雨量130mm以上）影響無法施工。　因業主要求全部或部分停工。……ē其他非可歸責於承攬人之情形。」（見原審1卷5頁反面至6頁），可知被上訴人若有須展延工期情形，應於約定期限內以書面向監造單位申請，逾期即生失權效果。又基於私法自治原則，當事人本於自主意思所訂立之契約，乃其相互間就具體紛爭所欲遵循之規範，除有無效之原因外，對締約之當事人具有與法律相同之效力（最高法院103年度台上字第1241號判決要旨參照）。查被上訴人為專業營造公司，承攬營建工程之經驗甚豐，對展延工期之重要性知之甚稔，其於締約時既同意上開展延工期之申請程序及失權效果，且未抗辯該約定有何無效情事，自應受拘束。況該條項約定就颱風、豪雨等不可抗力及非可歸責被上訴人之事由，已賦予被上訴人得申請展期之權利，亦難認有何顯失公平之情形，被上訴人既未證明已依系爭契約第2條第3項約定之程序申請展延工期，自不得事後再執此提出扣除逾期日數之抗辯。

5.再依系爭契約所示，原契約價金含稅總額為2,400萬元（計算式：22,857,143　1.05＝24,000,000，元以下四捨五入），扣除兩造合意減價之4,575,000元後，契約價金含稅總額為19,425,000（計算式：24,000,000－4,575,000＝19,425,000）。又被上訴人就系爭契約遲延完工之逾期日數為101日乙節，已如前述，每日依減價後契約價金總額千分之一即19,425元計算結果，被上訴人應負擔之逾期違約金總額為1,961,925元（計算式：19,425　101＝1,961,925）。雖被上訴人抗辯兩造未約定逾期違約金上限，就超過契約總價10%部分之違約金應予酌減云云，惟被上

訴人應給付之違約金，約占減價後系爭契約價金總額10.1%（計算式：1,961,925 19,425,000＝0.101），經核與行政院公共工程委員會工程採購契約範本第17條第4項約定，逾期違約金總額以契約價金總額20%為限，相差甚遠，且被上訴人為專業營造公司，理應能充分掌握工程進度，然逾期日數竟達原訂工期28%（計算式：101 360≒0.28），違約情形非輕，是被上訴人抗辯逾期違約金應予酌減云云，並非可取。從而，上訴人依系爭契約第8條約定，請求被上訴人給付逾期違約金1,961,925元，及自起訴狀繕本送達翌日即103年11月6日（見原審1卷27頁）起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。

五、綜上所述，上訴人依系爭契約第8條約定，請求被上訴人給付1,961,925元，及自103年11月6日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至原審就上開不應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核並無違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。至上訴人追加先位之訴以及擴張備位之訴部分，均為無理由，應予駁回，此部分假執行之聲請亦均失所依據，應併予駁回。又兩造就上訴人勝訴部分均陳明願供擔保請准宣告假執行或免為假執行，核無不合，爰酌定相當擔保金額分別准許之。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所提證據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論駁，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由，追加及擴張之訴均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第450條、第78條、第79條、第463條、第390條第2項、第392條第

2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　15　　日

民事第四庭

審判長法　官　傅中樂

法　官　賴淑美

法　官　魏于傑

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。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　　108　　年　　1　　月　　15　　日

書記官　陳韋杉

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。