

【裁判字號】99,台上,947

【裁判日期】990527

【裁判案由】給付違約金等

【裁判全文】

最高法院民事判決

九十九年度台上字第九四七號

上訴人 北鉅營造有限公司

法定代理人 甲○○

訴訟代理人 陳雅珍律師

被上訴人 桃園縣龜山鄉公所

法定代理人 乙○○

訴訟代理人 黃政雄律師

上列當事人間請求給付違約金等事件，上訴人對於中華民國九十九年一月十九日台灣高等法院第二審判決（九十八年度上字第五二一號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件被上訴人之法定代理人於上訴第三審後已變更爲乙○○，其具狀聲明承受訴訟，核無不合，先予明。

次查被上訴人主張：上訴人向伊承攬施作「文化三路等路面改善工程」（下稱系爭工程），兩造於民國九十四年五月十日簽約，約定工程價金新台幣（下同）九百八十七萬元，上訴人自九十四年五月二十五日開工，於同年七月七日竣工，系爭工程已於同年七月二十七日經伊驗收合格。其中工程項目混凝土厚度依約應達二十公分，惟上訴人僅施作十三公分，不足七公分，經兩造多次協調，於九十六年十月十五日達成系爭協議，上訴人同意混凝土施工厚度不足約七公分部分，依不符項目減價金額六倍給付違約金予伊。嗣經伊彙算工程減價及違約金等項，先後於九十六年十一月十二日、同年十一月十五日將計算式寄予上訴人核對，且於九十七年一月三日發函催告上訴人賠償，惟未獲置理等情，爰依工程採購契約第四條第一款約定，並於原審追加依系爭協議之約定，求爲命上訴人給付二百七十五萬二千二百四十元及自加給法定遲延利息之判決。

上訴人則以：系爭工程業經被上訴人於九十四年七月二十七日驗收合格，被上訴人遲至九十五年七月二十八日以後始通知伊系爭工程有未依約施作混凝土厚度之情形，依民法第四百九十八條及工程採購契約第十六條約定，不得再主張是項瑕疵。且系爭協調會議紀錄，伊並未派員參與，縱認伊有與會，亦僅係兩造以和解

協調之方式解決系爭工程糾紛，所作之會議紀錄，其內容記載被上訴人計算之費用需經伊核對確認，被上訴人提出計算式後，伊既無任何承諾之事實，顯然未就違約金數額達成合意，被上訴人亦不得依系爭協議為請求。伊願給付被上訴人減價款三十九萬三千一百七十七元，被上訴人處以減價六倍之違約金，顯然過高等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：上訴人向被上訴人承攬施作系爭工程，約定工程價金九百八十七萬元，於九十四年七月七日竣工，九十四年七月二十七日驗收合格，惟其中工程項目混凝土厚度依約應達二十公分，上訴人僅施作十三公分，不足七公分，有工程採購契約、工程結算驗收證明書為證，復經第一審囑託台灣省土木技師公會鑑定屬實，並認定系爭工程混凝土厚度不足部分，依合約單價與數量計算減價價金為三十九萬三千一百七十七元。又被上訴人於起訴時即提出系爭協議及其依系爭協議辦理上訴人應賠償工程款五百二十萬二千九百六十六元（嗣更正為四百八十四萬二千零十九元）之計算式予上訴人確認，並聲請傳訊證人即系爭協議之紀錄黃錦榮，以證明兩造成立系爭協議之過程與內容。惟上訴人在第一審陳稱：「應沒有傳訊證人（即黃錦榮）之必要，因為於和解書面資料均已詳實記載了。」等語，顯然對於系爭協議未加爭執，其於原審始否認有參與該協議會議及與被上訴人成立系爭協議等情，核屬提出新攻擊或防禦之方法，上訴人復未釋明有民事訴訟法第四百四十七條第一項但書所列各款情形，依同法第三項之規定，自應駁回其是項新攻擊或防禦方法之提出。次查兩造經協商後，於系爭協調會中達成協議，依其會議紀錄記載：「乙方（即上訴人）同意依契約 R.C（即混凝土）厚度不足路段計算工程費後，再通知乙方依約賠償龜山鄉公所（即被上訴人）。混凝土施工厚度不足約七公分部分，罰六倍。計算費用需含 A.C（應為「R.C」之誤）挖除復原及R.C挖除費用。費用需經乙方核對確認。」等語，可知上訴人同意施工路段之混凝土厚度不足工程採購契約所定，約七公分部分計算工程費，罰款六倍賠償被上訴人。被上訴人已於九十六年十月二十六日函送系爭協議予上訴人，復於九十六年十一月十二日函送其依系爭協議辦理上訴人應賠償工程款五百二十萬二千九百六十六元（嗣於九十六年十一月十五日函更正為四百八十四萬二千零十九元）之計算式予上訴人確認，及於九十七年一月三日發函向上訴人求償。上訴人應已知悉前揭函文內容，即使當時不明，然在本件訴訟中亦應知悉，乃竟拒不核對確認，即係以不正當之消極行為阻其條件成就，應視為履約賠償工程款之費用四百八十四萬二千零十九元業經上訴人核對確認，被上訴人自得行使系爭協議所

定之請求權。另倘按兩造所不爭執之鑑定報告所載估算標準，計算其賠償之數額為二百七十五萬二千二百四十元，被上訴人願按後者計算之結果為請求，並無不合。從而，被上訴人依追加之系爭協議約定，請求上訴人給付二百七十五萬二千二百四十元本息，為有理由，應予准許，為其心證之所由得，並說明兩造其他攻擊防禦方法及證據，無庸逐一論述，爰維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。

查當事人上訴第二審，原則上不得提出新攻擊防禦方法，此觀民事訴訟法第四百四十七條第一項之規定自明。此項規定係以八十九年二月九日民事訴訟法所修正之續審制，仍無法避免及改正當事人輕忽第一審程序，遲至第二審程序始提出新攻擊防禦方法之情形為由，將該「原則上准許新攻防方法，例外限制」之制度，修正為「原則上限制新攻防方法，例外准許」之「嚴格限制之續審制」或「改良式之續審制」或「接近事後審制」，以充實第一審之事實審功能，及合理分配司法資源，並維護當事人之程序利益。本件上訴人在第一審對於系爭協議未加爭執，且對第一審所欲傳訊之證人表明無訊問之必要，嗣於上訴原審始否認有參與該協議會議及爭執與被上訴人成立系爭協議，復未釋明有民事訴訟法第四百四十七條第一項但書所列各款情形，乃原審所合法認定，原審依同法第三項之規定，駁回其是項新攻擊或防禦方法之提出，即無不合。又當事人預期不確定事實之發生，以該事實發生時為債務之清償期者，應認該事實之發生時或其發生已不能時，為清償期屆至之時；倘當事人以不正當行為阻止該事實之發生，可類推適用民法第一百零一條第一項規定，視為清償期已屆至。兩造經協商後，對於上訴人應賠償之內容及計算方式已達成協議，至於計算出來之費用，須得上訴人核對確認，係以核對確認該計算之賠償金額之不確定事實，為債務之清償期。上訴人於獲悉被上訴人所計算之賠償費用金額後，無正當理由拒不核對確認，依社會觀念及誠信原則，此項消極不作為與不正當行為相當，應類推適用民法第一百零一條第一項之規定，視為上訴人已核對確認。原審為上訴人不利之判決，理由雖非盡同，但結果無異。至其餘贅述之理由，與判決結果不生影響。上訴論旨，以原審認定事實、取捨證據之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 五 月 二 十 七 日

最高法院民事第五庭

審判長法官 朱 建 男

法官 顏 南 全
法官 林 大 洋
法官 沈 方 維
法官 鄭 玉 山

本件正本證明與原本無異

書記官

中 華 民 國 九十九 年 六 月 八 日
E