福建高等法院金門分院民事判決

113年度建上字第1號

上訴人即附
帶被上訴人
即反訴被告　金暐工程顧問有限公司
000000000000000000
法定代理人　李誠仁
訴訟代理人　李佳純律師
被上訴人即
附帶上訴人
即反訴原告　王元鴻
訴訟代理人　鄭崇煌律師

上列當事人間因給付工程款事件，上訴人對於中華民國112年11月10日福建金門地方法院110年度建字第4號第一審判決提起上訴並為訴之追加，被上訴人為一部附帶上訴並為訴之追加，本院於民國115年7月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨該部分訴訟費用之裁判，均廢棄。

二、前項廢棄部分，被上訴人應給付上訴人新臺幣645,058元，及自民國110年1月1日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

三、原判決關於命上訴人給付被上訴人新臺幣1,257,350元，及該部分假執行之宣告，暨該部分訴訟費用之裁判，均廢棄。

四、前項廢棄部分，被上訴人在第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。

五、上訴人其餘上訴、追加之訴暨假執行之聲請均駁回。

六、被上訴人追加之訴、附帶上訴暨假執行之聲請均駁回。

七、第一審經廢棄部分之訴訟費用，均由被上訴人負擔。

八、第二審（含附帶上訴及追加之訴）訴訟費用，上訴及本訴追加之訴部分，由上訴人負擔3分之2，餘由被上訴人負擔；附

帶上訴及反訴追加之訴部分，均由被上訴人負擔。

九、本判決第二項所命給付，於上訴人以新臺幣215,019元為被上訴人供擔保後，得假執行；但被上訴人如以新臺幣645,058元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序事項

一、本訴部分：

（一）按不變更訴訟標的，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256條定有明文，依同法第463條，於第二審程序準用之。又原告不得將原訴變更或追加他訴，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項但書準用同法第255條第1項第2款，定有明文。

（二）查上訴人於原審依民國（下同）108年12月19日王元鴻住宅新建工程（下稱：「系爭工程」）承攬契約書（下稱：「第二份契約書」）、民法第490條第1項、第505條第1項等規定，先位請求被上訴人給付承攬報酬新臺幣（下同）3,801,895元及自109年12月31日之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息；並依兩造於107年5月11日簽訂之系爭工程承攬契約書（下稱：「系爭契約」、「第一份契約書」）、民法第490條、第179條、第227條、第231條等規定，備位請求被上訴人給付承攬報酬或不當得利及遲延損害賠償共計4,121,936元及自110年1月7日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息（見原審卷四第185、186頁）。嗣於本院審理時，表示不再區分先、備位之訴，僅就第一份契約書、第二份契約書或兩造倘無契約關係，則依不當得利法律關係，將原審所為先、備位聲明變更合為同一聲明：被上訴人應給付上訴人4,121,936元，其中3,879,856元自109年12月31日之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算利息，餘自110年1月7日翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算利息（見本院卷

一第197至199頁、本院卷二第227、228頁）。核上訴人本金請求部分相同，就利息請求部分，上訴人於本院追加就77,961元（計算式：3,879,856-3,801,895=77,961）部分，主張自109年12月31日之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息暨假執行之聲請，其請求之基礎事實同一，合於前述規定，應予准許。

二、反訴部分：

（一）按「得提起附帶上訴者，不以同一訴訟標的，經判決一部勝訴、一部敗訴時為限，當事人以一訴主張數項標的，經第一審法院為一部勝訴、一部敗訴之判決，而當事人僅就其中某項訴訟標的提起上訴，他造當事人非不得就他項訴訟標的自己敗訴部分提起附帶上訴，此於本訴及反訴合併判決時，亦同。故兩造均得上訴之第一審判決，經一造合法上訴即發生全部不確定之效果，除依民事訴訟法第460條第1項但書規定不得提起附帶上訴部分之第一審判決，於第三審法院發回或發交判決宣示或公告時確定外，必對當事人兩造同時確定，而無一部先行確定之情形」（最高法院111年度臺抗字第557號民事裁定意旨參照），而本件上訴人就本訴及反訴部分均提起上訴，被上訴人就原判決駁回其反訴部分其中120萬元提起附帶上訴（見本院卷三第120頁），應予准許。

（二）本件被上訴人於第二審本於上訴人就系爭工程有遲延之同一基礎事實，主張依民法第502條、第231條第1項、第250條第1項、第216條、系爭契約第4條第2、4項、第6條第2項、第13條等規定，請求違約損害賠償440萬元租金損害之反訴（見本院卷三第120、121、133頁），此部分尚非於第二審提出之新反訴，而屬對其於第一審所提反訴之追加，依民事訴訟法第446條第1項準用同法第255條第1項第2款規定，應予准許。

貳、兩造聲明與陳述要旨

一、上訴人部分：

（一）本訴部分：

1、被上訴人委由上訴人承攬施作系爭工程，兩造就系爭工程簽訂系爭契約（第一份契約書），約定完工日為108年10月19日，工程價款為2,800萬元。後因被上訴人將門窗、衛浴、貼地磚、樓梯、電梯等工項取回自行發包，並增建屋突二層（下稱：「R2工程」），第一份契約書原訂之時程顯然不足，兩造因此更新契約內容為108年12月19日版本之第二份契約書，約定工程價款為2,259萬元，並更新完工期限為自108年8月5日核准第二次變更設計之日起算550日曆天，即110年2月6日。兩造其後就付款、扣抵與工程進行，均係依第二份契約書分期表運作。上訴人已就系爭工程於109年12月31日取得使用執照，並於110年1月7日交付使用執照予被上訴人，並無逾期情事，被上訴人依第二份契約書應給付工程款2,259萬元、R2工程款1,092,333元，扣除被上訴人已給付工程款19,796,600元（含扣抵之水費10,000元）、未安裝避雷針費用5,000元、被上訴人代墊之水費差額878元，仍應給付工程款3,879,855元（計算式：22,590,000元＋1,092,333元－19,796,600元－5,000元－878元=3,879,855元）。

2、倘認兩造間無第二份契約書存在，則依第一份契約書約定，被上訴人就系爭工程已施作部分應給付工程款22,512,040元、R2工程款1,092,333元；另因被上訴人取回部分工項，自行發包第三人施作，導致上訴人施作後續工程均須配合第三人施作進度，方能進行後續工程施工，故被上訴人就自行取回發包之工項，應負於第一份契約書所定之108年10月19日完工日前，適時施作完成之協力義務。然被上訴人進場施作之時點，已逾第一份契約書所定完工日，其違反協力義務，導致上訴人自108年12月3日至109年12月31日，須支出額外人力、維護工地安全衛生等管理費用763,178元，自得依民法第227條、第231條等規定請求賠償。

3、被上訴人應給付系爭工程款3,358,758元、違反協力義務致生管理成本損害763,178元，合計4,121,936元及法定遲延利息（見本院卷二第228頁），倘認僅有第一份契約書有效，或第二份契約書有效，或兩造間無契約關係，則依不當得利法律關係請求（見本院卷二第229頁）。

4、為此，爰依第二份契約書、第一份契約書、民法第490條第1項、第505條第1項、第227條、第231條規定、第259條及第179條之規定提出本件訴訟（本院卷一第199頁），並聲明（本院卷二第227、228頁）：（1）原判決不利於上訴人部分廢棄；（2）上開廢棄本訴部分，被上訴人應給付上訴人4,121,936元，其中3,879,856元自109年12月31日翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算利息。餘自110年1月7日交付使用執照翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算利息；（3）上訴人願供擔保，請准宣告假執行。

（二）反訴部分：

1、被上訴人因有追加工程而變更建造執照之需求，依第二份契約書預定之完工期限為110年2月6日，上訴人已於109年12月31日取得使用執照施作完畢，並未遲延，無須負擔任何遲延責任。退步言之，倘認兩造依第一份契約書履約，而認上訴人履約逾期，惟此係因被上訴人取回自行發包之工項違反協力義務所致，自不可歸責於上訴人。

2、又兩造間就系爭工程，並無任何關於逾期違約金之約定，上訴人亦未自認兩造係按總工程款每日千分之1計算逾期違約金之事實。倘認上訴人有自認之情事，爰依民事訴訟法第279條第3項規定撤銷自認。

3、縱認上訴人不得撤銷自認，然因被上訴人於110年1月7日受領使用執照，可自由使用系爭工程之建物且已出租民宿業者經營迄今，收有利益。縱有遲延，被上訴人所受損害與請求之逾期違約金，顯不相當，爰依民法第252條規定，請求酌減至零。

4、取得使用執照後之個別點交、竣工圖、水電或瑕疵爭議，均不等於上訴人仍未完工，更不得作為被上訴人主張高額反訴請求之基礎。被上訴人如以租金損失或所失利益作為反訴請求基礎，亦欠缺可歸責性、相當因果關係及損害證明。

5、反訴上訴聲明（本院卷二第227至278頁）：（1）原判決不利於上訴人部分廢棄；（2）上開廢棄反訴部分，被上訴人在第一審之反訴及假執行之聲請，均駁回；（3）上訴人如受不利益之判決，願供擔保，請准免為假執行。

6、對於被上訴人於第二審追加反訴及附帶上訴之聲明：（1）被上訴人反訴及其假執行之聲請均駁回；（2）如受不利益之判決，上訴人願供擔保，請准免為假執行（見本院卷三第109頁）。

二、被上訴人部分：

（一）本訴部分：

1、依第一份契約書約定，系爭工程完工期限，為自開工日起550個日曆天完成申請使用執照之所有工作進度，即應於108年10月19日前完工。惟上訴人遲至109年12月31日，始取得使用執照，遲延438日。兩造並未就撤銷承攬部分工程項目、增加R2工程等達成第二份契約書之合意。被上訴人取回部分工程項目，係因上訴人無法於約定之108年10月19日前完成，被上訴人只好另行鳩工施作，並非增減工程項目而更新第一份契約書。況第二份契約書上並無兩造之簽章，自難謂被上訴人同意竣工期限延長。

2、上訴人承攬系爭工程給付遲延，且尚有「門鈴及出線口」、「1：5對講機管路工程及安裝」、「避雷針系統」、「頂樓幹管線與地坪接合處防水」、「一樓至二樓外牆防水未施作（併出現壁癌）、外牆磁磚脫落」、「給、排水、污水之幹管線破裂」、「電表箱及幹管線設備工程未按圖施作」、「各樓層配電箱及無熔絲開關未按圖施作」等諸多工項未施作或存有瑕疵，系爭工程未完成

驗收，亦未辦理交屋。被上訴人曾於110年6月15日委請律師發函催告並請求上訴人改善缺失、儘速完工，然未見上訴人如期修補、完工，爰依第一份契約書第13條第2款、第3款約定解除契約。倘認上開律師函之寄送，尚未達到解除契約要件，則以被上訴人於原審提出之111年5月3日答辯狀送達上訴人時，為解除契約之意思表示。

3、系爭工程既存有瑕疵，被上訴人得請求賠償瑕疵修補費用或減少報酬，上訴人尚可領之工程款，經與被上訴人反訴主張之逾期違約金抵銷後，已無餘額。

4、本訴答辯聲明（本院卷二第347頁）：（1）上訴駁回；（2）如受不利益判決，被上訴人願供擔保，請准宣告免為假執行。

（二）反訴部分：

1、上訴人就系爭工程逾期未完工，應給付逾期違約金。就逾期違約金之計算，上訴人自認依行政院公共工程委員會之採購契約範本第17條所規定之一般工程慣例，依契約價金總額每一日以千分之1計算違約金。系爭工程之工程款為23,161,236元，應扣除原判決附表二編號1之10,878元、編號2之87,450元、編號3依臺灣省結構工程技師公會112年8月4日鑑定報告書（下稱：「系爭鑑定報告」，單獨成冊外放於卷宗）之118,700元、編號4依系爭鑑定報告之17萬元、編號5依系爭鑑定報告之4千元，再扣除被上訴人已支付之19,884,928元，上訴人尚可領之系爭工程款為2,885,280元，而上訴人應支付被上訴人之違約金，依不同之計算方式，金額分別為11,032,000元、12,576,480元，經抵銷後，依不同之計算方式，上訴人尚應給付被上訴人之逾期違約金分別為8,146,720元、9,691,200元，被上訴人先就其中5,811,473元部分訴請反訴（見原審卷四第112、113頁）。

2、縱以總工程款28,649,196元之百分之20計算，上訴人應支付被上訴人之逾期違約金為5,729,839元，原判決僅核准

其中4,502,408元，被上訴人就原判決未核准之1,227,432元其中120萬元提起附帶上訴（見本院卷三第126頁）。

3、系爭契約第4條第2、4項、第6條第2項分別約定上訴人逾期未完工時，即須支付違約逾期罰款，因上訴人系爭工程逾期、遲延給付，致被上訴人無法使用收益系爭工程之工作物而受有損害，被上訴人依民法第502條、第231條第1項、第250條第1項、第216條及系爭契約第4條第2、4項、第6條第2項、第13條約定，於第二審追加請求以108年12月3日完工日起算至110年10月1日將尚未完成驗收之部分交付第三人使用時止，共1年10月，以每月租金20萬元計算之440萬元租金損害，並以該440萬元抵銷上訴人主張有理由之金額。

4、關於反訴之聲明（見本院卷二第281、282頁）：上訴人應給付被上訴人560萬元（包括追加反訴440萬元及附帶上訴120萬元，見本院卷三第119、120頁）；願供擔保請准宣告假執行。

參、兩造不爭執與爭執事項（見本院卷三第130、131頁）

一、不爭執事項：

（一）兩造於107年5月11日簽訂第一份契約書（系爭契約），約定上訴人以2,800萬元總價承攬系爭工程，依系爭契約，原定完工日為108年10月19日。

（二）上訴人於109年12月31日取得使用執照，並於110年1月7日交付使用執照與被上訴人。

二、爭執事項：

（一）上訴人得請求之系爭工程餘款為何？得請求之利潤管理費用為何？

（二）被上訴人得否請求若干違約金？如為肯定，應如何計算？有無上限？應否酌減？得否抵銷上訴人得請求之金額若干？

（三）被上訴人於第二審追加反訴請求440萬元租金損害，是否合法？有無理由？

（四）被上訴人於第二審之附帶上訴120萬元有無理由？

（五）兩造於第二審之聲明有無理由？

肆、本院之判斷

一、兩造間僅成立第一份契約書，並未合意第二份契約書：

（一）兩造不爭執事項第一項為：兩造於107年5月11日簽訂第一份契約書（系爭契約），約定上訴人以2,800萬元總價承攬系爭工程，依系爭契約，原定完工日為108年10月19日（見本院卷二第290頁），並有被上訴人不爭執（見原審卷二第280頁）上訴人簽署之系爭契約附卷可稽（見原審卷一第29至63頁），故兩造間成立系爭契約。

（二）按「主張法律關係存在之當事人，須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任」（最高法院106年度臺上字第92號民事判決意旨參照）。查上訴人主張兩造間有第二份契約書之法律關係存在，被上訴人則辯稱：第二份契約書為上訴人單方製作之文書，並無兩造之簽名蓋章，且被上訴人否認有同意延展系爭契約工期等語（見本院卷一第152、159頁），而上訴人所提之第二份契約書，確未經兩造簽章（見原審卷一第85頁），則上訴人自應就該第二份契約書法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證之責任。

（三）上訴人主張：依第二份契約書，系爭工程完工期限應係自108年8月5日核准變更設計日起算550天，即110年2月6日等語（見本院卷一第134頁）。然依上訴人主張其已提出於金門縣政府並提出影本於法院之施工日誌（一）、（二）、（三）（見外放影本三冊），預定完工日期記載為108年1月27日，與第二份契約書之約定不同，則第二份契約書是否確實成立，即屬可疑。又R2工程部分，依第二份契約書所載簽約日期之108年12月19日（見原審卷一第65頁），對照上訴人所提上開施工日誌（二）於當天之記載，當天「屋突二層增建部分」即R2工程，已進行至「室內水電配管埋設打鑿水電工項」及「樓層接縫和門窗

框外部防水工項」，則被上訴人是否同意以第二份契約書再延長工期至110年2月6日，同屬可疑。

（四）上訴人主張兩造間成立第二份契約書，另以108年12月20日之LINE對話紀錄（見原審卷一第295頁），為其論據。查該對話紀錄，被上訴人提問：「這是修訂後的嗎」，上訴人回覆並由被上訴人於下午2時25分讀取：「這是舊的 新的作好再傳給你 整份的是你要過來取還是…」，下午2時31分被上訴人表示：「請你送到大同3c交給王小姐」，下午2時43分由被上訴人讀取之上訴人問：「金瑞飯店旁邊對吧」，下午2時43分被上訴人稱：「對」，下午2時45分上訴人表示：「傍晚送」，下午5時44分上訴人表示：「已經送過去給王小姐了 連總表也一起給你了你先看 有不了解的地方 找時間再到公司了解ＯＫ」（見本院卷一第295頁），依上開對話可知，上訴人稱「這是舊的 新的作好再傳給你」，故該對話當天，上訴人所稱之第二份契約書尚未製作完成，遑論交付被上訴人，而上訴人當天交付被上訴人者，應係所謂「舊的」第一份契約書，而被上訴人同意並收取者，係第一份契約書而非第二份契約書。此與上訴人自認：108年12月20日修訂後，已依指示送給被上訴人，被上訴人未予簽署返還（見原審卷一第233頁、原審卷二第205頁）；108年12月19日承攬契約書（按：指第二份契約書），對造沒有簽回來（見本院卷一第106頁）等語相符，故上訴人並未證明兩造間確就第二份契約書達成合意，自應認該第二份契約書之法律關係並不存在。

（五）上開LINE對話紀錄（見原審卷一第295頁），上訴人回覆並由被上訴人於下午2時25分讀取之內容為：「新的『作』好再傳給你」，而非上訴人所稱之「新的『最』好再傳給你」（見本院卷一第132頁），足見當時確無第二份契約書之法律關係。而由上述對話可知，被上訴人問「這是修訂後的嗎」，僅係確認是否為舊約，而非向上訴

人索取新約，並於確認為舊約之後，始同意上訴人送來交給王小姐，故此部分對話，尚無法證明兩造間確實成立第二份契約書之法律關係。

（六）按「表見代理云者，即代理人雖無代理權而因有可信其有代理權之正當理由，遂由法律課以授權人責任之謂，而代理權僅限於意思表示範圍以內，不得為意思表示以外之行為，故不法行為及事實行為不僅不得成立代理，且亦不得成立表見代理，本院55年臺上字第1054號著有判例」（最高法院99年度臺上字第1475號民事判決意旨參照）。上訴人主張被上訴人有依第二份契約書付款之情形，故同意以第二份契約書取代第一份契約書等語（見本院卷一第132頁），並提出上訴人之臺灣企銀存摺資料為證（見原審卷一第281頁），惟依上訴人所提之該存摺影本，上訴人所稱（見原審卷一第237頁、本院卷一第234頁）108年9月11日、108年10月4日、109年1月22日、109年12月4日匯款予上訴人者，均係被上訴人之父王精忠，而非被上訴人本人（見原審卷一第279、281頁上訴人之存摺影本），依上述說明，縱王精忠確有何代理或表見代理被上訴人之情形，且縱使此部分給付確為系爭工程款之一部，但上訴人並未舉證證明王精忠此部分決定匯款額度多寡之金額選擇行為，確係經被上訴人本人所同意者，且匯款特定數額之原因多端，或因上訴人要求，或基於其他原因，尚難因該等匯款之金額縱或符合第二份契約書之分期表，即據此斷定被上訴人本人必然同意以第二份契約書取代第一份契約書。

（七）按「當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，民事訴訟法第282條之1第1項固定有明文。惟上開規定並非課與不負舉證責任一方之一般性事案解明義務，必負舉證責任之一方所欲證明待證事項之證據為他造持有，而他造有將該證據滅失、隱匿或

其他妨礙負舉證責任一方使用時，始得謂負舉證責任之一方依該證據應證之事實為真實」（最高法院111年度臺上字第1860號民事判決意旨參照）。查上訴人並未證明其已將第二份契約書交付被上訴人，且陳稱：係交付被上訴人之妹等語（見原審卷二第280頁），故上訴人自認並未將第二份契約書交付被上訴人本人，且縱使上訴人確將第二份契約書交付被上訴人本人，亦未證明被上訴人確實同意，故即使被上訴人不交出其並不同意之第二份契約書，亦與本案無關，故無所謂將該證據滅失、隱匿或其他妨礙負舉證責任一方使用之問題。

（八）按「法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所指定之人為之」，民事訴訟法第340條第1項定有明文。次按：「人證、書證、鑑定均為證據方法之一種」（最高法院107年度臺上字第1611號民事判決意旨參照，最高法院79年度臺上字第540號民事判決、113年度臺上字第1550號刑事判決意旨，均同此見解），「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，為民事訴訟法第277條本文所明定。查系爭工程因綠建築要求及空調因素，辦理2次變更設計，並簽訂補充契約…。參以一審囑託工程會鑑定意見認為：第2、3、8、9次停工，兩造已辦理契約變更，追加減工期及費用，已無增加廠商履約成本，而得請求增加必要費用之問題。究竟兩造在2次變更設計時，是否將綠建築及空調因素，經上訴人展延工期125天之被上訴人增加必要費用乙事，磋商協議後簽訂補充契約？亦滋疑問。原審未詳查細究，亦未責由被上訴人就其因展延工期125天增加之必要費用負舉證責任，即以上訴人未證明付訖被上訴人增加之必要費用，而為不利上訴人之判決，亦有舉證責任分配之違誤」（最高法院109年度臺上字第2180號民事判決意旨參照），是當事人對於證據方法之一並已具相當證明力之專業鑑定意見，如有不同

意見，尤應舉證以實其說，用以證明該鑑定意見有何不可採之處，而非僅單純提出質疑，而不提出足以推翻該鑑定意見之證據或證據方法；從而，鑑定人或受囑託之機關或團體，依其特別知識就鑑定事項加以判斷，所得之鑑定意見，固僅供作法院判斷事實之證據資料，惟倘鑑定人或受囑託之機關、團體提出之鑑定書，已詳盡說明其獲得鑑定結論之理由，並無不明瞭或不完足之處者，當事人亦未舉證證明其有何不實之處，自得採為判決之基礎。經查：

1、被上訴人於原審聲請由臺灣省結構工程技師公會鑑定，上訴人並當庭表示同意（見原審卷二第363頁），故該公會係兩造事先合意之鑑定機關，且該鑑定機關，為技師法第26條所稱之省技師公會，具一定之組織規範、代表性及公信力，是其出具之系爭鑑定報告，依上述說明，自為證據方法之一，且其內容，已詳盡說明其獲得鑑定結論之理由，並無不明瞭或不完足之處，亦無可指摘之明顯瑕疵，兩造復未舉證予以推翻，應有其證明力，自難僅因鑑定結果對己不利或不符期待，即得任意指摘為不可採，故得採為判決之基礎。

2、上訴人主張：「屋突二層增建部分，因R2工程需仰賴被上訴人向設計師申請取得圖說後交由上訴人，始得開始著手進行工程；然係於108年8月7日才從被上訴人取得圖說」等語（見本院卷一第41、43頁），然系爭鑑定報告之意見，已將R2工程部分，納入系爭契約合理完成日期之考量，且縱使上訴人確於108年8月7日，始取得R2工程之圖說，然系爭鑑定報告既認：「兩造合意追加屋突二層（R2）工程，契約工期應加以展延，研判追加工程之合理工期為45日曆天，系爭契約合理完工日期應可展延至108年12月3日」等語（見系爭鑑定報告第5頁），業已考量R2工程之合理工期，上訴人亦未舉證證明兩造間必然因此成立第二份契約書，故上訴人以此部分理由，主張兩造間成立第二份契約書等情，並不足採。

（九）上訴人所提金門縣政府108年1月4日同意展期至109年1月27日止之函文、建造執照、建築工程竣工展期申請書、使用執照等影本（見原審卷一第131至137頁），即使為被上訴人所同意，但被上訴人辯稱：伊未同意變更契約等語（見原審卷二第351頁），而因建造執照屆期後，承攬人即不得繼續施工（建築法第25條、第53條規定參照），被上訴人即使同意向金門縣政府申請竣工展期，亦不無可能係為系爭工程在行政程序上，得以在施工現場繼續施工之故，尚難斷定被上訴人因此即必然有何變更系爭契約、延展民事契約關係上之完工日期、或免除上訴人遲延責任之意思，故無法據以認定被上訴人因此必然有何同意第二份契約書之意思。

（十）綜上所述，兩造間僅成立第一份契約書，並未合意第二份契約書，故上訴人基於第二份契約書之主張，均無理由。

二、被上訴人主張解除系爭契約，並無理由：

（一）按「承攬契約，在工作未完成前，依民法第511條規定，定作人固得隨時終止契約，但除有同法第494條、第502條第2項、第503條所定情形或契約另有特別訂定外，倘許定作人依一般債務遲延之法則解除契約，則承攬人已耗費勞力、時間與鉅額資金，無法求償，對承攬人甚為不利，且非衡平之道。又關於可歸責於承攬人之事由，致工作不能於約定期限完成者，除以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者外，依民法第502條第2項之反面解釋，定作人不得解除契約。而一般情形，期限本非契約要素，故定作人得解除契約者，限於客觀性質上為期限利益行為，且經當事人約定承攬人須於特定期限完成或交付者，始有適用」（最高法院112年度臺上字第385號、111年度臺上字第1885號、106年度臺上字第369號民事判決意旨參照），「按承攬人之工作有瑕疵時，定作人得定相當期限請求承攬人修補之，承攬人不於所定期限內修補或拒絕修補或不能修補者，定作人得解除契約，或請求減少價金，民法第

493條第1項，第494條本文定有明文。準此，定作人如認承攬人之工作有瑕疵，僅得於定期催告修補被拒，或承攬人不於所定期限內修補，或不能修補時，行使解除權或請求減少報酬，而不得逕行解除契約」（最高法院109年度臺上字第3066號判決要旨參照）。查系爭契約並非以期限為要素，且其第5條前段亦約定：「工程糾正：如甲方（按：指被上訴人）檢驗發現乙方（按：指上訴人）工作品質不合本契約規定，甲方得依書面指示乙方限期改善，或拆除重做」（見原審卷一第35頁），故被上訴人如認上訴人施工有瑕疵，應定相當期限合法催告上訴人修補瑕疵，否則不得逕行解除系爭契約。

（二）被上訴人主張：其已於110年6月15日以律師函向上訴人表示解除契約，如法院認該函未達解除系爭契約之要件，則以111年5月3日之民事答辯狀送達上訴人時，依系爭契約第13條第2款、第3款約定為解除系爭契約之意思表示等語（見本院卷一第159頁），上訴人則主張：被上訴人解除契約不符合要件；依照契約，應進行二次通知，第一次通知改進後，第二次才可以進行解約，但被上訴人以110年6月15日所發律師函通知並解除，所以不符合要件等語。經查：被上訴人主張以110年6月15日律師函（見原審卷一第193、194頁）及111年5月3日民事答辯狀（見原審卷一第188頁）解除系爭契約，惟其內容，均未定相當期限請求上訴人修補瑕疵，上開律師函更未提及解除系爭契約，另被上訴人於原審提出之證物九協調會議紀錄（見原審卷二第377至380頁），復未提及相當修補期限及解除系爭契約，依上述說明，自難認被上訴人已合法解除系爭契約。

（三）次按「工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。承攬人未依限修補、拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，定作人固得解除契約。但瑕疵非重要者，定作人不得解除契約，民法第493條第1項、第494條規定甚明。其立法意旨在於兼顧定作人及承攬人權益與維護社會公益，

係屬限制定作人解除權之強制規定，當事人不得以契約排除其適用。系爭設備之瑕疵未達重大、非解除契約不可之程度，為原審合法確定之事實，則上訴人自不得依系爭契約第8條第4款約定解除系爭契約」（最高法院103年度臺上字第2339號民事判決意旨參照）。查系爭鑑定報告略以：「有關被告主張系爭工程仍有多項瑕疵，系爭工程尚未實際完工部分：因依系爭契約第十一條『工程驗收』，兩造已約定驗收程序，工程缺失改善應依契約辦理，工程瑕疵尚不致完全影響完工日之認定」（見系爭鑑定報告第5頁），且依系爭鑑定報告，系爭工程因瑕疵而應減少之承攬報酬數額相當有限（見原判決附表二「鑑定結果」欄所示），足認系爭契約之承攬工作物，其瑕疵未達重大、非解除契約不可之程度，依上述說明，被上訴人自不得解除系爭契約；從而，被上訴人受領系爭工程款，乃具有系爭契約之法律上原因，上訴人關於不當得利之請求，並無理由。

（四）又按：「契約經解除，契約即溯及歸於消滅，當事人在契約存續期間所受領之給付，即成為無法律上之原因，債權人可依民法第259條或第179條之規定，請求債務人回復原狀或返還其所受之利益」（最高法院104年度臺上字第799號民事判決意旨參照），「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，民法第260條，定有明文。此項損害賠償額，應不包括同法第259條第2款所定應返還自受領時起之利息，蓋此項利息之支付，為回復原狀之方法，而非損害賠償。從而被上訴人除依民法第259條第2款規定，請求返還自受領時起之利息外，尚非不得依約定請求給付違約金以為賠償」（最高法院72年度臺上字第4365號民事判決意旨參照），「查民法第179條所謂無法律上之原因而受利益，係指無權利或給付之目的欠缺而言。原審係認上訴人施作系爭*工項，非屬系爭契約範圍，其不得依系爭契約請求被上訴人給付工程款。果爾，倘被上訴人確無要求上

訴人施作系爭*工項，兩造間就該等工項並無契約或其他債之關係存在，能否謂上訴人施作系爭*工項之給付目的未欠缺，被上訴人受領上訴人該工項之給付，有法律上之原因，尚非無疑」（最高法院110年度臺上字第1065號民事判決意旨參照）。因此退而言之，即使被上訴人業已合法解除系爭契約，上訴人仍得依其主張之民法第259、179條規定，請求回復原狀或就已完成工項給付相當於工程款之不當得利，而被上訴人亦仍得主張違約金，並據為主動債權主張抵銷，故系爭契約是否經被上訴人合法解除，應不直接影響本判決之結論。

三、上訴人主張利潤管理費用763,178元為無理由：

（一）上訴人主張：因被上訴人將若干項目拿回自行施作，並追加增建四樓Ｒ2工程及新增155地號納入基地使用、配置變更等情，均為被上訴人應負擔之協力義務，而被上訴人違反協力義務，且有可歸責事由，故上訴人依民法第227條第1項、第231條第1項規定，請求賠償因可歸責於被上訴人之事由致工期展延，108年12月3日（按：鑑定報告認定之合理完工日期）至109年12月31日（按：金門縣政府核發使用執照日）共計394日，均為可歸責於被上訴人之遲延，以每日1,937元計算，上訴人請求增加支出763,178元之利潤管理費用為有理由等語（見本院卷一第39至45頁、第116至120頁、第216、217頁）。被上訴人則抗辯：上訴人所提協力部分，不影響上訴人之工程進度等語（見本院卷一第217頁）。

（二）按「工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人經定相當期限催告後定作人仍未為其行為者，即得解除契約，請求賠償因契約解除而生之損害，此觀民法第507條規定自明」（最高法院107年度臺上字第1610號民事判決意旨參照），然上訴人就所稱協力義務部分，並未主張並舉證其曾對被上訴人有何定相當期限之催告，而其所提之LINE訊息（見本院卷一第143、145頁、本

院卷二第235頁所載上證3之內容），縱為催告，亦未訂有相當期限，依上述說明，自難主張此部分損害賠償。

（三）查上訴人主張被上訴人施作之工項延宕，無非係以上訴人提出之施工日誌摘要（見原審卷四第67至85頁）及LINE對話記錄（本院卷一第143、145頁）為其依據（見本院卷三第11、73頁）。然查上證1（見本院卷一第143頁）、上證2（見本院卷一第145頁）之對話紀錄，均屬上訴人之片面陳述，不足為證。又上開施工日誌摘要，係上訴人所自行製作之文書，不足為證，且被上訴人否認上訴人提出於法院之施工日誌之形式真實性，並陳稱：經被上訴人互核比對，上訴人送至金門縣政府之施工日誌是空白，提出於原審之施工日誌，卻有記載部分內容，足見上訴人提出於原審之施工日誌，係上訴人臨訟杜撰者等語（見本院卷一第88、89頁），並提出蓋有金門縣政府印章之施工日誌影本為證（見本院卷一第93至99頁），上訴人復未舉證證明其所提出於法院之施工日誌、施工日誌摘要為真實，自難據為主張被上訴人施作工項延宕之依據。而上訴人之法定代理人縱受偽造文書告訴之不起訴處分，亦僅能證明其並未犯罪，並無法當然據以證明其提出於法院之施工日誌必屬真實。

（四）按「損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者有相當因果關係為其成立要件。所謂相當因果關係，係以行為人之行為所造成之客觀存在事實為觀察，依吾人智識經驗判斷，無此行為，必不發生此損害；有此行為，通常即足發生此種損害者，為有因果關係；有此行為，通常亦不生此種損害者，即無因果關係」（最高法院111年度臺上字第349號民事判決意旨參照）。上訴人主張因被上訴人施作之工項延宕，致上訴人工期遲延等語（見本院卷一第41、43頁），被上訴人則以：上訴人所言乃追減工程項目，對系爭工程尚無影響，施工期限自應減縮而非延長（見本院卷一第89、152、153頁），R2工程鷹架

尚保留使用，全部沒有拆除，都保留以供使用，且陽臺進出口等未封閉（見本院卷一第156頁）；上訴人迄今未說明所稱被上訴人自行施作部分，與上訴人原施作工項間之工序關係為何？何以會影響上訴人施作？被上訴人自行施作部分，本來就不會影響上訴人原施作工項，上訴人未舉證以實其說，關此部分，當屬無據（見本院卷一第354頁）；就上訴人所提被上訴人協力義務部分，就被上訴人之後針對門窗外框、室內貼地磚等工項，依照兩造工程契約書工序之安排，屬於末端之工項，不會影響上訴人依照工程契約書本來應按圖施作之工程進度（見本院卷一第217頁）等語置辯。經查：

1、上訴人並未就被上訴人自行施工之事項縱或有何延宕，此與上訴人之遲延工期間，具有何相當因果關係，舉證以實其說。

2、即使上訴人提出之該施工日誌為真，上訴人對於所主張之施工順序，亦即其主張須先由被上訴人完成某工項，其始能接續進行某工項之部分，亦未舉證以實其說，自難認其間有何相當因果關係，益徵上訴人不得請求此部分損害賠償。

3、同理，上訴人若確於108年8月7日始取得Ｒ2工程之圖說，其亦未舉證證明此與其遲延工期之間，有何相當因果關係，自難據為主張延長工期之正當理由。

（五）系爭鑑定報告略以：「因系爭工程開工後並無擬訂工程預定進度表及施工網圖，尚難論斷『追減工程』之施工項目為施工主要徑之作業工項，是以『追減工程』對契約工期尚無影響，無需縮短契約工期；兩造合意追加屋突二層（Ｒ2）工程，契約工期應加以展延，研判追加工程之合理工期為45日曆天，系爭契約合理完工日期應可展延至108年12月3日」等語（見鑑定報告第4、5頁），則追減工程部分，對於工期及上訴人之遲延，並無相當因果關係，且系爭鑑定報告業已考量Ｒ2工程部分之合理完成工期為45

日曆天，上訴人自難主張超過該45日曆天部分之延展工期。

（六）綜上所述，並非一旦有任何定作人將部分工項另行發包或取回自作，或一旦有何追減工程，即必然造成承攬人工期延後或增加成本，故上訴人主張利潤管理費用763,178元為無理由。

四、上訴人就本訴部分得請求之系爭工程款餘額應為3,245,058元：

（一）按「當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時自認者，無庸舉證。在未經自認人合法撤銷其自認前，法院不得為與自認之事實相反之認定。而自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之，此觀民事訴訟法第279條第1項、第3項規定自明」（最高法院114年度臺上字第1989號民事判決意旨參照），「承攬工作是否完成與承攬工作有無瑕疵，兩者之概念不同，前者係指是否完成約定之工作，後者係指完成之工作是否具備約定品質及有無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。而承攬之工作是否完成，應於具體個案中，就契約之內容、目的觀察，依一般社會通念及誠信原則而為判斷」（最高法院114年度臺上字第522號民事判決意旨參照）。查兩造已於原審同意不爭執事項為「原告於本件之施工完工日期為109年12月31日」（見原審卷四第193頁），並均同意系爭工程經追減後之金額以22,512,040元計價（見原審卷四第38頁被上訴人之民事答辯（五）狀、第129頁之上訴人言詞辯論意旨狀），核與系爭鑑定報告認系爭工程依施工日誌所載內容，尚難以研判「完成申請使用執照之所有工作進度」之實際完成日，惟保守推論研判，以金門縣政府核發使用執照日（109年12月31日）為實質依系爭契約完工日期，而系爭契約經追減工程後，調整後之合理金額建議參考金額為22,512,040元等語（見鑑定報告書第5、9頁）相符，兩造亦未

舉證以合法撤銷此部分自認，並同時舉證推翻系爭鑑定報告之上開意見，被上訴人亦無法舉證證明其所指之事項確為未完工而非僅止於工程瑕疵，自應認上訴人就系爭工程已於109年12月31日完工，且系爭工程經追減後之金額為22,512,040元。

（二）被上訴人已匯款予上訴人19,786,600元，並向金門縣自來水廠繳交10,878元之事實，為兩造所不爭執（見原審卷四第190、191頁），並有被上訴人所提出之收據、存款憑條、水費通知書影本附卷可證（見原審卷一第385至405頁），故應堪信為真實（見原審卷一第361頁支付明細表）。而兩造均同意上訴人得請求之系爭工程款，應扣除被上訴人之已匯款項（見原審卷四第112、135頁）。

（三）被上訴人主張：該10,878元係因上訴人之因素，賠償鄰居之水費（見原判決附表二編號1），而原判決附表二編號2之87,450元，係系爭工程款之一部等語。上訴人則同意系爭工程款扣除上開水費10,878元，並由其請求之金額中扣除（見原審卷四第135頁、本院卷一第106、107、116、200、206、223頁），故應自上訴人得請求之系爭工程餘款中扣除該水費。

（四）原判決附表二編號2之87,450元部分，系爭鑑定報告略以：「1.系爭工程之『門窗工程』為契約追減工程項目之一，依系爭契約工程估價明細表所示，項次：壹.四.16『嵌縫及矽利康』應屬被告施作之工項。2.原告代為委託下包商進行填窗縫，研判該筆工程款項應屬門窗工程之代墊款，不應計入系爭工程契約變更後支付之工程款」（見系爭鑑定報告第13頁），被上訴人亦自認此部分為門窗工程代墊款（見原審卷二第44頁），故此部分應屬被上訴人對上訴人之還款，而非給付系爭工程款。

（五）兩造均主張關於Ｒ2工程部分，並無民法第227條之2情事變更原則規定之適用（見本院卷三第4、17頁）。上訴人主張：此部分應以原證二之一「（增建Ｒ2）王元鴻追加

新建工程估價明細表」（下稱：「明細表」，見原審卷一第117至127頁）之工程價額為依據（見本院卷三第15頁），被上訴人則抗辯：否認明細表之形式真正，此為上訴人單方製作之文書，其上亦無兩造之簽章，系爭鑑定報告認R2工程參考金額為649,196元，尚無違誤；鷹架當時沒有全部拆除，自非上訴人所稱另行搭設，於計算追加工程款時，本不應將此列入計算等語（見原審卷四第112頁、本院卷一第156頁、本院卷三第19、20、23頁）。經查：

1、上訴人所提明細表，係上訴人片面自行製作之文書，不足為證。

2、系爭契約第6條第2項約定：「如因工程變更至原訂工程價款或項目變動時，乙方（按：指上訴人）不得藉詞議價未完成而中止工程施工或拒絕依照新的施工計劃，否則甲方（按：指被上訴人）得依合約第十三條逾期罰款規定辦理」（見原審卷一第35頁），故兩造係約定系爭工程之工程變更或項目變動時，上訴人應於議價完成前，依新施工計劃施工，則即使如上訴人所稱：「108年8月5日第二次變更設計核准後，始增建屋突二層」（見本院卷三第112頁），該R2工程部分，上訴人應於兩造議價完成前，依變更設計之新施工計劃施工，尚難認兩造必然成立第二契約書。至該R2工程部分，依系爭鑑定報告第12頁之工程費明細表所述，R2工程之建議參考金額為649,196元。上訴人撤回此部分R2工程重新鑑定之聲請（見本院卷三第132頁），然未另行舉證證明系爭鑑定報告此部分意見有何違誤，且陳稱：若認無第二份契約書之追加工程，似可依系爭鑑定報告建議之649,196元等語（見原審卷四第59頁），而被上訴人亦表示：同意R2工程以649,196元計價等語（見原審卷四第39頁、本院卷二第395頁、本院卷三第19、23頁），則無論該R2工程部分是否確經兩造意思表示合致，此部分追加之工程款，即應以649,196元計

算。

（六）就被上訴人主張原判決附表二編號3瑕疵修補費用或減少報酬部分，系爭鑑定報告以原判決附表二編號3「鑑定結果」欄所示之理由，認此部分被上訴人得主張扣減之金額為118,700元，上訴人並未舉證證明此部分鑑定意見有何不實之處，而被上訴人亦同意此部分扣減金額應以118,700元計價（見原審卷四第40頁），故應屬可採。

（七）由上述可知，上訴人之本訴部分之系爭工程款，為系爭工程追減後工程總價22,512,040元，加上R2工程款649,196元後。至於應減項目，包括被上訴人已匯款予上訴人之系爭工程款19,786,600元、原判決附表二編號1之10,878元水費、編號3瑕疵修補費用或減少報酬金額118,700元。

（八）原判決認被上訴人得主張反訴之違約金為4,502,408元，並依被上訴人之請求，以此為主動債權，抵銷所認定系爭工程款剩餘之3,245,058元被動債權數額後，判認上訴人尚應給付違約金1,257,350元及利息。被上訴人就第一審反訴敗訴之1,309,065元（被上訴人於第一審提出違約金反訴之金額為5,811,473元，見原審卷四第113頁，而原判決准許其中4,502,408元，故原判決反訴敗訴之部分為1,309,065元）其中120萬元提起附帶上訴，並陳稱：其提起120萬元附帶上訴之理由，係認應依其民事陳述意見（八）狀主張之基數及違約日數（見本院卷三第125、126頁），計算每日千分之1之違約金等語（見本院卷三第133、135頁），故被上訴人僅係就其主張違約金主動債權之結構及其如何計算，提出該120萬元之附帶上訴，尚非爭執原判決關於系爭工程款並未扣除原判決附表二編號4、5部分之瑕疵修補費用或減少報酬，亦非爭執應否扣除被上訴人所主張漏水及磁磚剝落部分之瑕疵修補費用或減少報酬，故被上訴人就附表二編號4、5部分及所稱漏水及磁磚剝落部分之主張，亦即此等關於被動債權之結構及其如何計算之問題，即與其附帶上訴之120萬元部分無關，且其中如有

涉及原判決附表二編號3（5）部分，業經系爭鑑定報告評估，被上訴人亦已同意原判決附表二編號3部分扣減金額應以118,700元計價（見原審卷四第40頁），是即無必要鑑定該等部分之瑕疵修補費用或減少之報酬（民事訴訟法第286條但書規定參照）。

（九）依被上訴人所提之商談錄音譯文（見原審卷二第83至86頁），兩造對於議員石永城所提金額部分，並未積極具體回應，即便確如上訴人所言（見原審卷二第111、313頁），背景聲音確係由被上訴人表示「嗯」等情為真實，亦難僅憑此「嗯」之聲音，即因此斷定被上訴人確已自認尚有380幾萬元之工程款尚未給付。

（十）綜上所述，上訴人之本訴部分之系爭工程款，為系爭工程追減後工程總價22,512,040元，加上R2工程款649,196元後，減去被上訴人已匯款予上訴人之系爭工程款19,786,600元、原判決附表二編號1之10,878元水費、編號3瑕疵修補費用或減少報酬金額118,700元，而為3,245,058元，原判決就此部分亦為相同之認定，尚無違誤，故上訴人就超過此範圍之系爭工程款請求，並無理由。

五、被上訴人得請求之違約金及租金損害賠償：

（一）被上訴人於原審之反訴請求權基礎為：系爭契約第4條第2項、第13條、民法第250條第1項（原審卷一第327頁），其並主張以反訴請求之違約金抵銷上訴人請求之系爭工程款等語（見本院卷一第160頁、本院卷三第95頁）。

（二）按「給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任，其因不可歸責於債務人之事由致未為給付者，債務人雖不負遲延責任，但不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責」（最高法院92年度臺上字第1175號、87年度臺上字第1480號民事判決意旨參照），「原審係以依約前述壓浮載閥之缺失屬上訴人施修範圍，上訴人不能證明非可歸責於自己，應負缺改責任，於舉證責任分配並無不當，上訴意旨以被上訴人主張抵銷，應負舉證責任，

指摘原判決關於舉證責任分配有違背法令情形，尚有誤會」（最高法院112年度臺上字第1550號民事判決意旨參照），「原審未查明系爭工程因系爭契約附件報價單項次五之1至3數量之增加，及兩造於*年*月*日簽訂系爭協議，追加部分工程，因此所需增加之施工期間多少，新設備安裝並測試無誤以前，不能移除舊設備，影響被上訴人完成系爭契約原定工作之時間如何，並命被上訴人就不應歸責於自己之事由，負舉證責任，遽以前揭理由謂被上訴人之遲延完工係不可歸責，其毋庸負遲延給付之違約責任，否准上訴人就此所為抵銷之抗辯，亦嫌疏略」（最高法院103年度臺上字第2588號民事判決意旨參照），「查系爭工作有約定期限，為原審合法確定之事實。上訴人主張：被上訴人未及時將布料交其染整，伊始遲延完成工作云云，對於此項不可歸責於上訴人之抗辯事由，上訴人自應負舉證之責，原審以上訴人對此不能舉證證明，因認其應負遲延責任，於法洵無違背」（最高法院90年度臺上字第1009號民事判決意旨參照），是承攬人完成工作遲延，自應就其遲延不可歸責於己之事實，負舉證責任。經查：

1、系爭鑑定報告略以：系爭工程契約開工日為107年4月16日，契約完工日為108年10月19日，因依系爭契約第11條「工程驗收」，兩造已約定驗收程序，工程缺失改善應依契約辦理，工程瑕疵尚不致完全影響完工日之認定；因系爭工程開工後並無擬訂工程預定進度表及施工網圖，尚難論斷「追減工程」之施工項目為施工主要徑之作業工項，是以「追減工程」對契約工期尚無影響，無需縮短契約工期；兩造合意追加屋突二層（R2)工程，契約工期應加以展延，研判追加工程之合理工期為45日曆天，系爭契約合理完工日期應可展延至108年12月3日（見系爭鑑定報告第4、5頁），被上訴人亦同意以該日為合理完工日（見原審卷四第38頁、本院卷三第21頁），上訴人則無法證明系爭鑑定意見此部分有何不實之處，自應以該日為合理完工

日。

2、系爭契約之合理完工日，既為108年12月3日，而上訴人遲至109年12月31日始實際完工，已如前述，則就其間之394日遲延，上訴人確有遲延，且上訴人並未舉證證明該遲延係因被上訴人自行施工所造成，或有何其他不可歸責於上訴人之事由，以實其說，已如前述，依上述說明，上訴人即應負遲延責任。

（三）按「原審先認系爭工程之植栽工項已完工，僅土層內含石塊，經查驗不合格且未依約改善而具有瑕疵；繼謂未完工之植栽及木作工項，不影響其他已完工部分之使用，應按未完工之植栽及木作工項部分契約價金，每日依千分之1計算逾期違約金。先後論列不一，亦有判決理由矛盾之違法」（最高法院113年度臺上字第486號民事判決意旨參照），且約定有違約金者，有債務不履行情事發生時，債權人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定之違約金，請求債務人支付。如約定之違約金過高者，債務人固得依民法第252條規定，請求法院減至相當之數額，惟就約定違約金過高之事實，應由主張此項有利於己事實之債務人負舉證責任（最高法院92年度臺上字第697號民事判決意旨參照），同理，債務人如依民法第251條請求核減違約金，亦應就其依約所負債務已一部履行，且債權人因此受有利益之事實負舉證責任（臺灣高等法院113年度建上字第46號民事判決，亦同此見解）。查被上訴人抗辯：系爭工程因整體尚未完成，必定影響已完成部分無法使用，上訴人復未能證明有何「未完成履約之部分不影響其他已完成部分之使用」，是上訴人所辯：應就逾期時未完成履約部分之工程總價核計違約金為不當等語（見原審卷四第110頁、本院卷一第160頁），而上訴人並未舉證證明其就系爭工程已按期給付之部分，與其遲延之部分全然可分，且被上訴人就前者因此受有何利益等情，以實其說，況系爭工程於109年12月3

1日核發使用執照之完工日前，系爭契約之工作物因欠缺使用執照，故全部無法使用。綜上所述，自應以系爭契約全部之遲延計算上訴人之遲延責任。

（四）按「解釋契約，應探求當事人立約時之真意，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎。再契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，固為民法第166條所明定。惟當事人約定其契約須用一定方式，有以保全契約之證據為目的，而非屬契約成立之要件者，即無上開法條適用之餘地。前者，係完成某種形式，為契約之成立要件；後者，係權利之行使（請求）或意思通知約定應依一定方式，旨在保全證據，免除爭議發生時之舉證困難而已，二者顯然不同」（最高法院114年度臺簡上字第20號、97年度臺上字第2638號民事判決意旨參照）。查系爭契約第4條第4項約定：「本工程竣工期限因工程之增減變更得予延縮，但須由甲乙雙方另計增減日期，乙方須報備甲方（按：指被上訴人），取得甲方核准方為有效，如逾延展之期限其罰責仍應依罰款條文辦理」（見原審卷一第33、35頁），然系爭契約並無所稱之「罰款條文」，故依系爭契約第17條約定：「本合約條文如有為未盡事宜，應經甲乙雙方同意後修訂或補充之，並以書面為憑，視為合約之一部分」（見原審卷一第45頁），所謂「憑」，係指證明之意思，故旨在保全證據，免除爭議發生時之舉證困難而已，尚非以書面為成立要件。另民法第250條第1項規定之違約金，亦非以書面為必要，被上訴人主張之違約金，其請求權基礎，既包括民法第250條之規定，自得主張該約定之違約金不以書面為必要。

（五）按「契約固須當事人互相表示意思一致始能成立，但所謂互相表示意思一致，並不限於當事人間直接為之，其由第

三人為媒介而將各方互為之意思表示從中傳達，因而獲致意思表示之一致者，仍不得謂契約並未成立。本件兩造於第一審檢察官偵查中，就檢察官所徵詢：由上訴人給付新臺幣*元之同時，由被上訴人將全部系爭房地交還上訴人，並辦理所有權移轉登記與上訴人之和解條件，似已分別表示同意，有該偵查筆錄影本附卷可稽。檢察官如係將一方要約之意思表示轉達於他方，復將他方承諾之意思表示傳達於此方，則能否謂兩造間並非相互為意思表示，而成立契約，不無疑義」（最高法院68年臺上字第1504號民事判決先例意旨參照），故當事人間之契約，得以第三人為媒介，而將各方互為之意思表示從中傳達，該媒介包括承辦案件之司法人員。觀諸兩造間就違約金形成合意之過程：先由被上訴人以111年6月14日送達於原審法院之111年6月9日民事反訴起訴狀，主張：被上訴人於110年6月15日寄發律師函通知上訴人給付逾期違約金12,264,000元之意思表示，故上訴人應支付被上訴人逾期違約金12,264,000元等語（見原審卷一第327頁），而該狀所附證物二律師函略以：「計逾期426日，每日按千分之一計算違約金；即總工程造價2,800萬元*438日*千分之一= 1226.4萬元」（見原審卷一第349頁），因此，上訴人之法定代理人其後於原審111年10月31日言詞辯論時，陳稱：「（法官問：針對被告所提起的反訴，主張本件兩造應該依照原證一的契約，完工日應為108年10月19日，主張原告在109年12月31日才取得使用執照，認為原告逾期438日，並主張以逾期每日千分之1計算違約金，有無意見？）原告即反訴被告法定代理人答：原證一預計完工日為108年10月19日不爭執，但本件應按照原證二契約計算完工工期，完工日為110年6月21日。逾期以每日千分之1計算違約金部分，我不知道法律如何規定，但若原告真的有逾期違約的情形，對被告主張計算違約金的計算方式我沒有意見。我有附被告的展延工期的證據，就是原證二我們重新約定的

契約，所以工期要重新起算550日」（見原審卷二第283頁），兩造間即就以2,800萬元為基數，並以每日千分之1計算違約金之比例部分，業已達成合意，並經記明筆錄而形成書面，兩造間僅就約定完工日為何日、共應以幾日計算每日千分之1違約金，並未達成意思表示合致。

（六）嗣被上訴人於原審之民事答辯（五）暨反訴陳述意見狀主張應以23,161,236元為基數，以383日計算每日千分之一之違約金（見原審卷四第42頁）後，上訴人之法定代理人於原審112年9月15日言詞辯論時，表示：「（法官問：針對反訴原告主張以總工程款23,161,236元，以383日，以千分之1加以計算違約金，有無意見？）原告即反訴被告法定代理人答：跟我補充理由五狀第7頁主張394天的計算方式不一樣」（見原審卷四第94頁），均維持同意以千分之一計算違約金之方式，而並未附有任何條件，當時被上訴人本人及其訴訟代理人亦均在場，因此達成違約金之意思表示合致，並經原審法院記明於筆錄，而形成書面，故兩造間確有關於系爭契約違約金之合意（下稱：「系爭違約金」）無誤，上訴人自難片面任意否認系爭違約金之存在，僅嗣後於112年9月15日言詞辯論當時，以新基數23,161,236元取代舊基數2,800萬元，而被上訴人主張之違約日數，甚至較上訴人承認之違約日數為少。

（七）按「民事訴訟法第279條第1項規定之自認，乃當事人對於他造主張之事實，於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前，積極的表示承認之情形。而當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，依民事訴訟法第280條第1項之規定，視同自認。此之所謂『不爭執』，係指不陳述真否之意見而言，若已明白表示對於他造主張之事實不爭執，則為自認而非不爭執」（最高法院105年度臺上字第2138號民事判決意旨參照），「當事人對於他造主張之事實，或對於法官整理協議之不爭執事項，於言詞辯論或準備程序積極而明確的表示沒有意見，性質上應

屬民事訴訟法第279條第1項所規定之自認，除依同條第3項規定撤銷外，在辯論主義之範圍內有拘束法院之效力，應以該自認之事實作為裁判之基礎。上訴人主張系爭房屋未辦理交屋、驗收之事實，分別經被上訴人於第一審…言詞辯論，及於原審…準備程序表示『沒有意見』，有各該筆錄足憑，則被上訴人就上訴人主張系爭房屋未辦理交屋、驗收乙節，應已自認」（最高法院104年度臺上字第207號民事判決意旨參照），「當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認，為民事訴訟法第280條第1項前段所明定。查被上訴人就上訴人證明支付**企業社便道工程款*元之發票，於原法院提出之呈報狀附表『對形式及實質真正被上訴人有爭執欄』，對於該部分（即編號九）為空白，未表示意見，嗣於言詞辯論時亦未爭執。依上開規定，似應視同自認。原審疏未注意及此，遽以上訴人上開主張為被上訴人所否認，進而以上訴人未舉證證明施作上開工項，即為不利上訴人之認定，並嫌速斷」（最高法院105年度臺上字第2159號民事判決意旨參照），因此在訴訟上表示「沒有意見」或未表示意見，即視同自認。經查：上訴人之法定代理人既於原審111年10月31日言詞辯論時，陳稱：「對被告主張計算違約金的計算方式我沒有意見」（見原審卷二第283頁），復於原審112年9月15日言詞辯論時，對於被上訴人主張以23,161,236元為基數，並以每日千分之1計算之違約金，並未表示意見，依上述說明，均屬自認，上訴人復未舉證證明該自認與事實不符，以實其說，自應以其自認之事實，作為裁判之基礎。

（八）按「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額，民法第250條第2項定有明

文。故當事人間約定之違約金性質究屬何者？應依當事人之意思定之，如無從依當事人之意思認定違約金之種類時，自應依上開規定，視為賠償額預定性違約金」（最高法院102年度臺上字第807號民事判決意旨參照）。查兩造就前述每日千分之一違約金之合意，並未明確約定為懲罰性違約金，自應認定為損害賠償額預定性質之違約金。

（九）又由以上系爭違約金於兩造間形成合意之過程可知，上訴人先係針對被上訴人以2,800萬元為基數之計算方式，表示同意，其後因被上訴人改以總工程款23,161,236元為基數，而再度就該基數，形成新之合意，並以最後較新合意之23,161,236元基數為準，該合意一旦形成，尚非上訴人得任意片面予以否認或反悔者，且以上之合意，並非上訴人所稱：以「按未完工部分」之金額計算等語（見本院卷一第47頁）。兩造最後既合意以23,161,236元為基數，並以每日千分之一計算之違約金達成合意，而該23,161,236元，係指第一份契約經系爭鑑定報告鑑定後之追減工程款22,512,040元加上R2工程款649,196元之數額，依此計算，系爭違約金應為9,125,527元（計算式：22,512,040元加上649,196元等於23,161,236元，而23,161,236元除以一千後再乘以394日等於9,125,527元，元以下4捨5入），如乘以被上訴人最初提出要約之原審民事答辯（五）暨反訴陳述意見狀主張之383日（見原審卷四第42頁），則為8,870,753元（計算式：22,512,040元加上649,196元等於23,161,236元，而23,161,236元除以一千後再乘以383日等於8,870,753元，元以下4捨5入）。

（十）其後，因上訴人於112年10月18日送達於原審法院之民事言詞辯論意旨狀，主張違約金應以契約價金總額之百分之20為上限等語（見原審卷四第149頁），被上訴人於112年10月20日言詞辯論期日，表示：「就違約金計算以契約總價百分之20為上限沒有意見」（見原審卷四第190頁），因被上訴人始終不承認兩造間成立第二份契約書，因此被

上訴人所同意之「契約總價」，自為系爭契約之總價2,800萬元，則兩造就系爭違約金所達成之合意上限，係以系爭契約之總價為基數，而非以23,161,236元為基數，亦即兩造合意系爭違約金計算每日千分之一之基數，與約定系爭違約金上限之基數，有所不同，故以2,800萬元為基數計算百分之20之上限，則為560萬元。又即使以系爭契約總價2,800萬元加上R2工程款649,196元之28,649,196元為契約總價，其百分之20之上限仍為5,729,839元（元以下4捨5入）。然兩造為此部分合意時，既均表明為「上限」，尚非合意酌減為560萬元或5,729,839元整，本院自得考量有無酌減之必要。

（十一）按「約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。至於違約金是否過高，無論其性質係屬損害賠償額預定或懲罰約定，均須依一般客觀事實，社會經濟狀況，斟酌倘債務人如期履行債務時，債權人可得享受之一切利益，以為衡量之標準，而非以僅約定一日之違約金額若干為衡量之標準」（最高法院102年度臺上字第1773號民事判決意旨參照），「當事人所約定之違約金，如屬損害賠償預定性質者，該違約金即係作為債務人於債務不履行時之損害賠償預定之總額，其目的旨在填補債權人因其債權不能實現而受之損害，並不具懲罰之色彩，初與債務人主觀之歸責事由無關。又關於損害賠償之範圍，民法係採完全賠償主義，除法律另有規定或契約別有約定，應以填補債權人所受損害及所失之利益（民法第216條第1項參照），故法院對於損害賠償額預定性之違約金，應以債權人實際所受之積極損害及消極損害（所失利益），作為主要之考量因素，以酌定其所約定之違約金是否過高」（最高法院105年度臺上字第679、2289號、107年度臺上字第1038、1696號民事判決意旨參照），是兩造約定之系爭違約金，既為損害賠償額預定之性質，即應以被上訴人實

際所受之積極損害及消極損害（所失利益），作為主要之考量因素，以衡量系爭違約金是否過高。

（十二）按「原審既認系爭契約第11條第2項約定之違約金屬損害賠償總額預定性質。而上訴人抗辯其因被上訴人違約而受有貸款利息等具體損害，並提出利息清單等件為證，倘屬實在，核與上訴人是否受有積極損害、消極損害及該違約金酌減數額等項之判定有關，即屬重要之防禦方法」（最高法院109年度臺上字第1013號民事判決意旨參照）。查上訴人主張於第二審，依民法第502條、231條第1項、第250條第1項、第216條、系爭契約第4條第2、4項、第6條第2項、第13條規定提出追加反訴，請求因上訴人工程逾期、遲延給付，致被上訴人無法使用收益系爭契約之工作物所受損害，以每月租金20萬元計算自108年12月3日合理完工日起至110年10月1日止，共計22月之租金損失440萬元（見本院卷三第95、97頁），並提出租賃契約為證（見本院卷二第397至414頁），雖係於損害賠償額預定性質之系爭違約金以外，另行重複請求租金損害賠償，並無理由，但此部分租金損失之計算標準即每月20萬元，核與被上訴人是否受有積極損害、消極損害及該違約金酌減數額等事項之判定有關，即屬重要之防禦方法，自應予考量。

（十三）按「倘違約金係屬損害賠償總額預定之性質者，尤應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高」（最高法院113年度臺上字第1857號民事判決意旨參照），「前揭違約金之約定，究為損害賠償預定性之違約金，或懲罰性之違約金？被上訴人受有如何之損害？原審未詳予調查審認，僅以前揭事由，否准上訴人酌減違約金之抗辯，尚嫌疏略」（最高法院111年度臺上字第2443號民事判決意旨參照），「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或

依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。民法第216條定有明文。原審既認系爭工程使用執照請領延誤100日確屬可歸責於被上訴人之事由所致，上訴人復辯稱：伊因此無法提前使用系爭大樓停車位及建物，受有相當於租金收益之損害（如按實價登錄價格計算損害為*萬*元，按土地法第97條規定計算損害則為*萬*元），而對被上訴人有債務不履行之損害賠償債權可資抵銷等語，並提出系爭大樓使用執照、所在土地公告地價查詢結果、不動產實價登錄網站資料、系爭大樓分戶面積表為證。其使用執照記載系爭大樓1、2層用途為金融保險業（銀行），地上3層至9層為集合住宅，地下1、2樓規劃為防空避難室及停車空間，則是否不能認依通常情形，上訴人可預期於取得使用執照後，即得為上開使用，因可歸責於被上訴人之事由致無法提前使用，受有相當於租金之損害？上訴人主張以其對被上訴人之損害賠償債權為抵銷，是否無足採？亦非無斟酌之餘地」（最高法院109年度臺上字第2738號民事判決意旨參照），「系爭建物之用途為店舖及住宅，有建造執照在卷可稽，依通常情形，上訴人可預期於建竣後即得住居使用，因**公司及林**未履行修復義務，致其無法住用，自受有損害。而實際損害金額若干，原審既不採上訴人所為以每月相當於租金3千元計算損害之主張，復未為其他調查或審酌一切情況，依所得心證定其數額，徒以上訴人未證明其無法使用系爭建物，受有相當於租金之損害，及其未主張並證明就系爭建物有何出租或使用之計劃，因該建物未如期完工，致無法獲得預期利益，遽行駁回其相當於租金損害之請求，殊有未合」（最高法院94年度臺上字第828號民事判決意旨參照），「依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。民法第216條定有明文。該條規定之所失利益，乃指一

般可得預期利益之損害，並不以取得利益之絕對的確實為必要，凡按外部情事，足認已有取得利益之可能，因責任原因事實之發生，致不能取得者，即為所失之利益。本件上訴人主張被上訴人遲至*年*月*日始交屋，復未依同意書約定修復瑕疵，倘若屬實，則上訴人主張被上訴人因遲延致伊不能正常使用出租系爭房屋而生相當於租金收入之損害，似非無據」（最高法院89年度臺上字第1274號民事判決意旨參照），因此，被上訴人於上訴人前述遲延之394日內，依通常情形，被上訴人原本預期於108年12月3日取得使用執照後，即得為出租使用，而已有取得租金利益之可能，但因可歸責於上訴人之遲延，直至109年12月31日核發使用執照，並於110年1月7日自上訴人處取得該使用執照後，始得出租使用系爭工程之工作物，致受有相當於約13個月租金共260萬元之損害，依上述說明，被上訴人不需證明於該13個月遲延期間，系爭工程之工作物有何具體出租或使用之計劃，即得請求此部分之租金損害。而被上訴人提出110年10月1日起租之租約影本二份（見本院卷二第397至414頁）為證，雖非該13個月遲延期間之租金，但足以證明於該13個月遲延期間內，依通常情形，被上訴人得為出租使用，通常可能取得之每月租金標準。

（十四）按「工作之完成與工作有無瑕疵，係屬兩事，此就民法第490條及第494條參照觀之，不難索解。是定作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬修補，如承攬人不於所定期限內修補瑕疵，或拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，定作人得依民法第494條之規定請求減少報酬而已」（最高法院73年度臺上字第2814號民事判決意旨參照），「系爭房屋既依建築法規定取得使用執照及接通水電，兩造之買賣契約亦約定以申請使用執照為完工日期，房屋建造完成取得使用執照，接通水電後出

賣人即被上訴人應通知交屋時間，足證系爭房屋在*年*月*日被上訴人通知交屋時，應已完工」（最高法院85年度臺上字第2465號民事判決意旨參照），「損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，及二者間有相當因果關係為成立要件，如不合於此項成立要件，即難謂有損害賠償請求權存在，且主張損害賠償請求權之人，依民事訴訟法第277條前段規定，對於其成立要件應負舉證責任」（最高法院107年度臺上字第523號民事判決意旨參照）。經查：

1、系爭鑑定報告既認略以：「依施工日誌所載內容尚難以研判『完成申請使用執照之所有工作進度』之實際完成日，惟保守推論研判，以金門縣政府核發使用執照日（109年12月31日）為實質依系爭契約完工日期。有關被告主張系爭工程仍有多項瑕疵，系爭工程尚未實際完工部分：因依系爭契約第十一條『工程驗收』，兩造已約定驗收程序，工程缺失改善應依契約辦理，工程瑕疵尚不致完全影響完工日之認定」（見系爭鑑定報告第5頁），且依系爭鑑定報告，系爭工程因瑕疵而應減少之承攬報酬數額有限（見原判決附表二「鑑定結果」欄所示），足認系爭契約之承攬工作物，縱有瑕疵，但既已於109年12月31日核發使用執照並完工，參照建築法第73條第1項前段「建築物非經領得使用執照，不准接水、接電及使用」之規定，即得開始接水、接電及使用（故於核發使用執照前，確難出租使用收益，致被上訴人受有租金損害），其餘僅為是否修補瑕疵、減少報酬或系爭契約第12條保固條款等問題。

2、系爭鑑定報告第14頁略以：「管線與地坪接合處防水研判應有施作，本項研判原告尚無施工疏失」，第15頁略以：「一樓至二樓外牆防水研判原告應有施作，本項研判原告尚無施工疏失；外牆磁磚脫落部分，目前已修繕完成」，而臺灣省結構工程技師公會114年10月28日函

文略以：原判決附表二編號4、5部分，均維持原鑑定意見，就其中編號4部分，研判屋頂地坪、管線與地坪接合處之防水並非未施作、一樓至二樓外牆防水亦非未施作，且認兩造系爭契約外牆僅施作隔層施工縫防水及窗門邊開口防水等語（見本院卷二第105、106頁），該會115年3月23日函略以：「上訴人提供防水工程施工照片，依照片所示施工地點、施工方法及施工材料，足以證明系爭工程承攬契約書之『防水施工』工項確有施作，且鑑定標的物現場亦有跡可循，實無必要進行破壞性檢測，故本會維持原鑑定意見」、「有關滲漏水乙項，本會於民國112年5月27日辦理鑑定時，經兩造同意已擇四處進行檢視，樓板尚無明顯滲漏水情形，依附件所示照片尚無法判斷目前有無滲漏水」、「被上訴人之被上證物十九照片，該照片所示外牆位置，本會民國112年8月4日鑑定報告並未納入（本會於112年5月27日辦理鑑定會勘時，僅就被上訴人所標示位置進行檢視）；本會於114年12月2日辦理會勘時，被上訴人有指引證物十九照片位置之外觀，外牆磁磚有局部剝離，應有貼著不確實情形」等語（見本院卷二第311、312頁），依上述說明，系爭工程除於被上證物十九照片位置（見本院卷二第137頁）之外觀部分，外牆磁磚有局部剝離之瑕疵外，並無其他瑕疵，且被上訴人所指之瑕疵，是否確屬系爭契約之施工範圍、是否確為系爭契約之瑕疵、是否確與上訴人有關等事項，均不無可疑。即使有何瑕疵，亦無法證明係110年10月1日前即存在者（益徵並無再行補充鑑定該部分瑕疵修補費用或減少報酬若干之必要）。

3、上訴人爭執被上訴人所提照片之拍攝日期及形式真正，並主張有被上訴人自辦自行發包工項之疏失等語（見本院卷二第247、323、324頁）。查被上訴人所提之照片（見本院卷一第183至195頁、本院卷二第33至93頁、第

111至131頁、第299至307頁、第259至269頁），均無法證明其實際拍攝日期，且照片內容是否確為瑕疵，亦屬可疑，又縱為瑕疵，被上訴人復無法證明係被上訴人主張租金損害之110年1月至9月期間已經存在，且該瑕疵確實使得被上訴人無法出租等情，以實其說，自難認110年1月至9月期間，被上訴人確實受有何租金損害。又系爭工程之工作物，即使於被上證物十九照片位置之外觀部分（見本院卷二第137頁），有外牆磁磚局部剝離之瑕疵，但此部分瑕疵，是否必然使得被上訴人無法就全部兩棟工作物，110年1月至9月期間均全部無法使用、收益、出租，此亦未經被上訴人舉證以實其說。又被上訴人是否必然不得依民法第493條第2項規定，先自行修補此部分瑕疵後，再向上訴人請求償還修補必要費用，以使該部分瑕疵不影響其使用、收益、出租？亦非無疑。

4、上訴人陳稱：被上訴人於原鑑定程序結束後，似已有自行或使他人破壞系爭工程結構、防水層或磁磚飾面之情事，其現所指稱之「瑕疵」，顯已非上訴人原施工範圍，且情狀已與原鑑定時不同等語（見本院卷二第157頁），而由上述可知，被上訴人並未舉證證明其所主張之瑕疵，於110年1月至9月間即存在於系爭工程之工作物，且必然使其無法於該期間內使用、收益、出租等，或該瑕疵與其於該期間內無法使用、收益、出租系爭工程之工作物間，有何相當果關係等節，以實其說，自應認自被上訴人取得使用執照後，已無所受利益之損害可言，故被上訴人請求110年1月至9月期間之租金損害，並無理由。

5、按「原審本其採證、認事之職權行使，認定上訴人未能舉證證明被上訴人有遲延交付系爭廠房，致其無法出租而受有系爭期間之預期租金損失情事，自難令被上訴人負遲延損害賠償責任，上訴人請求被上訴人賠償*元本

息，為無所據，因而維持第一審就此部分所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，經核於法並無違背」（最高法院115年度臺上字第206號民事判決意旨參照），「上訴人安裝阻尼器之數量及位置，既與系爭契約之約定相符，則能否以系爭工程之施作有多項未依圖說施作及施工品質不良之瑕疵，逕謂系爭工程未完工？非無研求之餘地」（最高法院110年度臺上字第2616號民事判決意旨參照）。查系爭鑑定報告既認上訴人已於109年12月31日完工，兩造亦均同意以該日為實際完工日（見原審卷一第187頁書狀、第193頁存證信函，另兩造已於原審同意不爭執事項為「原告於本件之施工完工日期為109年12月31日」，見原審卷四第193頁），即應認上訴人於該日已完成系爭契約之工作，則被上訴人嗣後復陳稱：「因為110年5月間，水電仍然還在施作，被上訴人有檢附當時水力公司與電力公司所開立申設水錶電錶繳費單收據為證，所以並不是鑑定報告所稱合理完工期限，當天系爭建築物就處於可以使用的狀態」等語（見本院卷三第132、133頁），並檢附記載受文者為被上訴人，並記載：「110年5月25日裝表供電」、「復貴戶112年1月4日申請書」之臺灣電力公司金門營業處函影本為證（見本院卷二第369頁），因系爭工程之工作物，自109年12月31日核發使用執照時起，即得接水、接電，並已完工，已如前述，則以被上訴人為申請人之接通水電，縱於110年5月25日始實際接通，然此與上訴人之何行為有何相當因果關係？遲延接通水電之原因多端，何以必然係因上訴人仍在施作？何以係可歸責於上訴人，致上訴人應負擔被上訴人此部分租金之損害賠償？又退而言之，即使此部分遲延接通水電，確係可歸責於上訴人，但被上訴人是否必然因此無法於110年1至9月間出租？其間有何相當因果關係？被上訴人何以不能依民法第493條第2項規定，自行施工並申請接通水

電，以修補瑕疵後，再向上訴人請求償還必要修補費用？以上均未經被上訴人舉證以實其說，自難認被上訴人就系爭工程之工作物，於110年1至9月間，必然受有何租金之損害。

6、由上述可知，被上訴人實際受有之租金損害，應為合理完工日期之108年12月3日至109年12月31日核發使用執照、110年1月7日實際取得使用執照，約13個月期間，以其所主張之每月租金20萬元計算，約為260萬元（20×13＝260）之租金損害，而此部分之租金損害，雖因兩造間已有損害賠償額預定性質之系爭違約金，而不得額外請求，但仍得作為該違約金應否或如何酌減之參考。爰參考被上訴人此部分所受之租金損害，將被上訴人所得請求之系爭違約金，酌減至260萬元。

（十五）上開違約金所斟酌之每月20萬元租金標準，經被上訴人提出110年10月1日起租之租約影本二份為證，較上訴人主張之租金行情每月25萬元（見原審卷一第241頁、原審卷二第109頁）為低，故對上訴人而言，應非過高。另斟酌被上訴人所提出之每月20萬元租金損害，實係以其所提租賃契約約定之每月租金（見本院卷二第398、405頁，共兩棟房屋，每棟每月10萬元，合計每月20萬元）為依據，然該租金收益，僅為被上訴人收取之毛利潤，尚未扣除被上訴人為履行民法第423條保持租賃物合於約定使用、收益狀態之成本，故對被上訴人而言，應非過低。因此，經衡酌被上訴人之租金損害及其他一切相關因素後，益徵被上訴人於第一審得請求之系爭違約金，應以260萬元為適當。

（十六）按「系爭租約第6條約定遲付租金之違約金，係屬損害賠償額預定之性質，乃為原審所認定，則被上訴人自不得於違約金外，更請求因遲延給付所生之違約金，原審見未及此，於系爭租約第6條約定之範圍，除違約金外，復命上訴人就系爭租金給付遲延利息，已有未合」

（最高法院113年度臺上字第1857號民事判決意旨參照），「如為損害賠償約定之性質，則應視為就因遲延所生之損害已依契約預定其賠償，不得更請求遲延利息及賠償其他之損害，此觀同法第250條第2項規定自明」（最高法院107年度臺上字第1959號民事判決意旨參照），「原審依系爭合約第7條之規定，認兩造約定之違約金*萬元，屬損害賠償額預定性質，不得額外請求，因而駁回上訴人超過違約金部分之利潤損失*元之請求，經核於法並無違誤」（最高法院94年度臺上字第1002 號民事判決意旨參照）。經查：

1、被上訴人除前述損害賠償預定性質之系爭違約金外，仍於第二審依民法第502條、第231條第1項、第216條等規定規定，另行追加更請求440萬元之租金損害賠償（見本院卷三第120頁），依上述說明，核屬重複請求，自無理由，應予駁回。

2、此部分440萬元之追加反訴，即使依民法第250條第1項規定、系爭契約第4條第2、4項、第6條、第13條等，以基數計算每日千分之一之系爭違約金為其請求權基礎，亦無理由；蓋因，被上訴人於系爭工程得請求之違約金，總計為260萬元，已如前述，於抵銷上訴人得請求之系爭工程餘款3,245,058元後，尚無餘額，故被上訴人於第二審再追加請求此部分之440萬元違約金請求，並無理由。

（十七）末按「違約金債權，於債務人違約時即發生而獨立存在，並非基於一定法律關係而定期反覆發生者，應適用民法第125條所定15年之消滅時效，並無民法第514條第1項規定之適用。原審謂上訴人之上開違約金債權屬於民法第514條第1項定作人之損害賠償請求權，而有該條1年短期消滅時效之適用云云，自有可議」（最高法院109年度臺上字第75號民事判決意旨參照），故被上訴人之系爭違約金債權，並無一年短期消滅時效之適用，併

此敘明。

（十八）綜上所述，被上訴人得請求之合理違約金為260萬元。

伍、結論

一、上訴人就本訴部分得請求之系爭工程款餘額為3,245,058元，而被上訴人得請求之違約金為260萬元，經依被上訴人之請求（見本院卷三第120頁），以系爭違約金為主動債權抵銷之結果，系爭違約金之主動債權已無餘額，而上訴人本訴之被動債權，經抵銷後，仍得請求645,058元及利息。原判決駁回上訴人此部分本訴之本息及假執行之聲請，即有違誤，上訴人之上訴意旨，指摘此部分為不當，求予廢棄改判，在645,058元及其利息範圍內為有理由，應予准許，逾此範圍則無理由，而應駁回其上訴。

二、按「承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約；承攬報酬，應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付；工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。為民法第490條第1項、第505條所明定。足見承攬採報酬後付原則，除當事人間另有特約外，承攬人於工作完成後，始得請求報酬」（最高法院110年度臺上字第619號民事判決意旨參照）。查兩造及系爭鑑定報告，均以109年12月31日核發使用執照之日，為系爭工程完工日，已如前述，則主文第二項之工程款給付部分，爰依上訴人之聲請（見本院卷二第227頁），准其請求自翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

三、被上訴人於原審反訴得請求之系爭違約金僅為260萬元，原判決認定為4,502,408元，已屬過多，遑論原判決駁回被上訴人反訴請求之其他1,309,065元（被上訴人於原審主張系爭違約金，故提起反訴請求5,811,473元，原判決認被上訴人得主張違約金之數額為4,502,408元，故駁回其1,309,065元之反訴請求），則被上訴人就原判決駁回其反訴請求之其他1,309,065元其中之120萬元（見本院卷三第120頁），於

第二審所提起之附帶上訴，更應予駁回。

四、被上訴人於第二審追加反訴440萬元之租金損害，其以民法第231、502、216條等規定為請求權基礎之部分，核與其請求損害賠償預定性質之違約金重複請求，故無理由；而其以基數千分之一計算系爭違約金之請求權基礎部分，因被上訴人總計得請求之違約金僅為260萬元，已如前述，故亦無理由；從而，此部分追加反訴並無理由，應予駁回。

五、綜上所述，上訴人之上訴，在645,058元及其利息範圍內為有理由，應予准許，逾此範圍則無理由，應駁回其上訴及追加之訴。被上訴人於第二審之追加反訴及一部附帶上訴，則均無理由。

陸、上訴有理由部分，應為假執行及免為假執行之宣告；上訴無理由及追加之訴、附帶上訴、追加反訴部分之假執行聲請，應併予駁回。

柒、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及舉證，經核與判決結果均不生影響，爰不另逐一論述，併此敘明。

捌、據上論結，上訴人之上訴為一部有理由，一部無理由，追加之訴則無理由；被上訴人之附帶上訴、追加之訴均無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第450條、第78條、第79條、第463條準用同法第390條第2項、第392條第2項規定，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　5　　日

民事庭審判長法　官　邱志平

法　官　許志龍

法　官　伍偉華

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　　115　　年　　8　　月　　5　　日

書記官　李麗鳳