臺灣高雄地方法院民事判決

111年度建字第10號

原　　告
即反訴被告　開鼎營造有限公司
000000000000000000
法定代理人　蔡家聲
訴訟代理人　陳樹村律師
複　代理人　王識涵律師
被　　告
即反訴原告　正和工程有限公司
000000000000000000
法定代理人　蘇詠盛
訴訟代理人　吳復興律師

上列當事人間請求損害賠償事件，本院於民國115年10月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原告之訴及假執行之聲請均駁回。

二、本訴訴訟費用由原告負擔。

三、反訴被告應給付反訴原告新臺幣79萬6,114元，及自民國112年2月3日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

四、反訴原告其餘之訴駁回。

五、反訴訴訟費用由反訴被告負擔53%，餘由反訴原告負擔。

六、本判決第三項於反訴原告以新臺幣26萬6,000元為反訴被告供擔保後，得假執行；但反訴被告如以新臺幣79萬6,114元為反訴原告預供擔保，得免為假執行。

七、反訴原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、程序事項：

壹、按當事人得以合意定第一審管轄法院，但以關於由一定法律關係而生之訴訟為限；前項合意，應以文書證之，民事訴訟法第24條定有明文。兩造簽訂之工程承攬合約書（下稱系爭

契約）第16條約定，因系爭契約涉訟時，合意以本院為第一審管轄法院（見審建卷第23頁），本院自有管轄權。

貳、按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴；反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起，民事訴訟法第259條、第260條第1項分別定有明文。原告依民法第493條第1項、第2項及系爭契約請求被告給付漏水修繕費用及逾期違約金，被告則於民國112年2月2日提起反訴，依系爭契約請求原告給付工程保留款新臺幣（下同）150萬元（本院卷一第497至503頁）。本訴與反訴均係本於系爭契約所生之爭執，攻擊防禦方法相牽連，復無民事訴訟法第260條所定不得提起反訴之情形，應予准許。

參、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第3款定有明文。查本訴原告原起訴請求被告給付520萬1,550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（見審建第11頁），嗣變更聲明為：被告應給付原告506萬2,293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（見本院卷三第505頁）；經核本訴原告為減縮應受判決事項之聲明，於法並無不合，應予准許。

乙、實體部分：

壹、本訴部分：

一、原告主張：㈠兩造於107年10月17日就「藍田西段118地號121戶大樓新建工程」簽訂系爭契約，由被告承攬前揭大樓新建工程中之地質改良、連續壁工程、安全支撐及抽水工程工項（下稱系爭工程），工程總價1,564萬1,900元。系爭工程完工後，原告於109年5月間發現連續壁工程有漏水瑕疵，屢催被告於期限內修補未果，復於110年4月16日發函予被告限期一週內修繕，時效因而中斷，惟被告於同年月22日發函拒

絕修補，原告乃自行修補，陸續支出修繕費用共計111萬8,912元（計算式詳如附表一）。原告嗣於110年9月間，即時效中斷後6個月內提起本件訴訟，並未罹於時效，依民法第493條第1項、第2項及系爭契約第14條第1項後段，自得請求被告償還前揭瑕疵修補費用。㈡又依施工進度表，連續壁工程本應於108年3月11日完工，惟因被告未依圖說採高壓噴射改良樁工法，為節省費用而改採葉片攪拌樁工法，且仍有部分空打之情形，致施工期間發生抓斗陷落事件（下稱系爭事故），連續壁工程遲至108年7月5日始完工，共逾期116日。依系爭契約第6條第1項、第2項約定，被告應給付違約金544萬3,381元，經依系爭契約第14條第1項後段約定扣抵工程保留款150萬元後，尚得請求394萬3,381元（計算式：544萬3,381元－150萬元＝394萬3,381元）。上開金額合計506萬2,293元（計算式：111萬8,912元＋394萬3,381元＝506萬2,293元）。爰依系爭契約第14條第1項後段、民法第493條第1項、第2項及系爭契約第6條第1項、第2項規定提起本訴，並聲明：㈠被告應給付原告506萬2,293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。㈡願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：原告所指地下3樓漏水，係地下室封井後地下水位回升，沿周圍邊樑水箱蓋板冒出之二次接縫滲水，非被告施工不良所致，亦非被告應負責之範圍，且被告於完工當年度之108年間已積極處理。嗣原告於109年5月間即已發現滲水，卻遲至110年9月24日始提起本件訴訟，已逾民法第514條所定1年期間；原告110年4月16日函文並未請求損害賠償，自不生中斷時效之效力。至逾期違約金本質上亦為損害賠償，同受上開期間之限制。縱未罹於時效，被告退場時，原告亦未主張遲延，可見原告亦同意展延，退步言之，縱認被告確有逾期情形，亦應扣除可歸責於原告之系爭事故所致遲延101日（108年1月26日至同年5月6日）、大雨無法施工3日及假日不施工8日（詳如附表二），共112日，扣除後僅逾

期4日。且原告請求之違約金已近工程總價3分之1，被告復因系爭事故支出近500萬元，違約金顯屬過高，請求酌減等語置辯，並聲明：㈠原告之訴及假執行之聲請均駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：

㈠兩造於107年10月17日簽立系爭契約，由被告承攬系爭工程，工程總價1,564萬1,900元（含稅）。

㈡系爭工程依約應於108年1月16日開工、108年3月11日完工（包括地質改良工程、抽水工程、連續壁工程等，參見原證5 ）；108年1月26日發生抓斗遭土方塌陷埋入之系爭事故，至108年3月14日始取出，並於108年5月7日恢復施作，於108年7月5日完成，與約定完工日相差116日。系爭工程於108年10月22日全部完工，兩造未為驗收程序。系爭大樓於111年4月6日取得使用執照。

㈢系爭工程尚有保留款150萬元未給付。

㈣系爭契約第6條第1項約定：「工程期限：本工程應於即配合工地進度施工；並按照預定工地進度表施工。」第2項約定：「逾期罰款：乙方如逾完工期限完工，按日計算懲罰性違約金為工程總價千分之三。上述罰金得在乙方各期款內優先扣抵。」前揭第6條第1項所指預定工地進度表即「連續壁計畫書9-2施工進度表」（見審建卷第147頁）。

㈤依系爭契約所附合約明細表所載，改良樁規格為空打14.1公尺、實打12.9公尺（見審建卷第26頁）。

四、兩造爭執事項：

㈠原告依民法第493條第1項、第2項及系爭契約第14條第1項，請求被告給付漏水修繕費用111萬8,912元，有無理由？

㈡原告依系爭契約第6條第1項、第2項，請求被告給付違約金394萬3,381元，有無理由？

五、得心證之理由：

㈠原告依民法第493條第1項、第2項及系爭契約第14條第1項，請求被告給付漏水修繕費用111萬8,912元，有無理由？

1. 按工作有瑕疵者，定作人得定相當期限請求承攬人修補之；承攬人不於期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用，民法第493條第1項、第2項定有明文。又定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、損害賠償請求權等，均因瑕疵發見後1年間不行使而消滅，同法第514條第1項亦有明定。再消滅時效因請求而中斷；時效因請求而中斷者，若於請求後6個月內不起訴，視為不中斷，同法第129條第1項第1款、第130條分別定有明文。所謂請求，係指債權人向債務人表示行使債權之意思，雖不以特定方式為必要，惟仍須依其表示足使債務人知悉債權人係就特定債權請求履行，始足當之。
2. 原告主張其雖於109年5月間即發見系爭漏水瑕疵，惟已於110年4月16日發函請求被告修繕，且函文所載「逾期本公司將依違約方式處理」，已包含請求損害賠償之意思，故本件請求權未罹於時效云云。惟查，原告於110年4月16日寄發存證信函載稱：「……本公司迫於無奈只得自雇廠商維修……敬請台端於收文一週內派員維修並提出妥善處理方式，逾期本公司將依違約方式處理」等語，被告則於同年月22日函覆否認漏水屬其責任範圍，有各該存證信函在卷可稽（見審建卷第33至37頁）。依上開函文內容，原告固提及已自行委由廠商維修，惟僅係陳述處理經過，既未請求被告償還修繕費用，亦未表明損害內容或金額；而其具體要求者，係限期派員修補漏水並提出處理方式，足認其當時行使者為民法第493條第1項之瑕疵修補請求權。至所稱「逾期本公司將依違約方式處理」，依系爭契約第14條第1項約定，被告違約時原告得採取之措施包括終止契約、自行或另使他人施作、由工程款或保留款扣抵費用及請求損害賠償等（見審建卷第23頁），並非僅有損害賠償一途，是該語至多僅表示日後將追究違約責任，尚難認已就修補費用償還或損害賠償請求權向被告為請求。又瑕疵修補請求權與修補費用償還請求權之成立要件及給付內容有別，後者係以承攬人未於定作人所定期

限內修補為前提，原告既僅以上開函文催告被告派員修補，自難認已一併就嗣後自行修補所支出之費用向被告為請求。被告於110年4月22日函覆後，卷內復無證據足認原告於民法第514條第1項所定期間屆滿前，曾向被告請求償還修繕費用或賠償損害。是原告主張上開函文已中斷本件修補費用償還或損害賠償請求權之時效，尚非可採。

3.原告雖另援引系爭契約第14條第1項約定為請求依據，惟民法第514條第1項所定期間，凡屬承攬人應擔保之瑕疵所生請求權均有適用，不因定作人係依契約約定或民法關於承攬瑕疵擔保之規定為請求而異（最高法院113年度台上字第483號判決意旨參照）。原告本件請求之漏水修繕費用，及因漏水所生機械停車場設備零件更換費用（附表一編號8），均係因系爭工程漏水瑕疵所生，縱併依系爭契約第14條第1項約定為請求，仍應受民法第514條第1項所定期間之限制。

4.從而，原告自承於109年5月間即已發見系爭漏水瑕疵，其修補費用償還及損害賠償請求權至遲於110年5月底即已罹於時效，原告遲至110年9月24日始提起本件訴訟（見審建卷第11頁），其主張之時效中斷事由復不足採，被告既已為時效抗辯，原告依民法第493條第1項、第2項及系爭契約第14條第1項請求被告給付漏水修繕費用111萬8,912元，即屬無據。至系爭漏水原因是否可歸責於被告，以及原告主張之修繕費用數額是否實在，均無再予審究之必要。

㈡原告依系爭契約第6條第1項、第2項約定，請求被告給付違約金394萬3,381元，有無理由？

1.被告主張附表二所示展延工期事由，是否有據？得扣除之展延工期日數若干？被告應負責之逾期日數為何？

⑴附表二編號1所示108年1月26日抓斗遭土方塌陷埋入後，迄108年5月6日止未能施工之101日，是否應自被告之逾期日數中扣除？

被告就此抗辯：其於108年1月26日施作連續壁抓掘工程時，因土方塌陷致抓斗遭埋入，嗣經取出抓斗、修復施工區域及

排除施工障礙後，至同年5月7日始恢復連續壁施作，是自108年1月26日起至同年5月6日止共101日，均屬不可歸責於被告之施工障礙期間，應自其逾期日數中扣除等語。原告則主張：系爭事故係因被告擅自變更工法及施工排程不當所致，不得據以扣除工期等語。經查：

①被告於108年1月26日進行連續壁抓掘工程時，因土方塌陷致抓斗遭埋入，至同年3月14日始將抓斗取出，並於同年5月7日恢復連續壁施作，為兩造所不爭執。又自108年1月26日起至同年5月6日止，首尾均計共101日，均屬系爭事故影響施工之期間，亦為兩造所不爭執（見本院卷三第503至504頁）。是系爭事故確造成連續壁工程停滯101日，堪以認定。

②按因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任，民法第230條定有明文。就系爭事故可歸責於何造，經本院依兩造聲請囑託社團法人中華民國大地工程技師公會（下稱大地技師公會）鑑定，結果認：合約明細表所載「空打14.1M、實打12.9M」，係指地面0公尺至地下14公尺深度範圍，僅鑽掘孔位而於孔內不進行灌漿之意；該範圍係粉土質細砂層，於鑽孔空打而不灌漿時，鑽孔土層有崩落之虞，而大幅降低地層之土壤勁度；系爭事故之原因研判為於地面0公尺至地下14公尺進行鑽孔空打而不灌漿，空打範圍因未回填砂土，導致地層之土壤勁度降低所引致；又系爭契約合約明細表所載改良樁單價每支4,257元，遠低於當時每支約3萬4,913元之費用行情等語（見本院卷三第313至314頁）。上開鑑定意見係依系爭工程之施工圖說、地質鑽探報告等資料所為之專業分析，核與抓斗遭埋入之事故情形相符，應堪採信。而改良樁「空打14.1M、實打12.9M」之規格，明載於系爭契約所附合約明細表（見審建卷第26頁），並為兩造所不爭執（見本院卷三第500至501頁），被告依系爭契約第17條約定復負有按設計圖樣及施工說明書施作之義務（見審建卷第23頁），而系爭工程之改良樁平面圖（見本

院卷一第429頁）及合約明細表（見審建卷第26頁），均無空打範圍應回填砂土之記載。參以證人即時任原告工地主任蔣榮宗於本院證稱：合約記載實打12.9公尺、空打14.1公尺，係依建築師圖面即被證9改良樁平面圖記載於合約明細表，並非現場決定，亦非被告決定，係按圖施工，系爭契約及明細表則係兩造議價後由原告採購部門製作等語（見本院卷三第299至301頁）；其於本院111年度建字第23號事件（下稱另案）並證稱：系爭事故發生時其在場，抓掘機操作人員正常作業，並無操作異常或不當，僅係突然發生抓斗無法拉起之情形等語（見本院卷三第195至203頁）；證人即同為系爭工程投標廠商之華立公司員工蘇富堯於本院證稱：廠商係依業主提供之圖面規劃、報價，不會自行決定採空打或實打等語（見本院卷三第244至247頁），互核相符，並與上開合約明細表之記載一致。另案確定判決亦認定事故發生時抓掘機操作人員係正常作業，尚難認被告有原告所指之過失（見本院卷二第133至143頁），足見「空打14.1M、實打12.9M」係依建築師圖說而記載於原告製作之合約明細表之施工規格，並非被告於履約過程中自行決定或擅自變更；被告依約按圖施作，操作上亦無不當。

③原告雖主張：依被證9改良樁平面圖，如採葉片攪拌樁工法即應全部實打，被告為節省費用改採葉片攪拌樁工法卻仍部分空打，與圖說不符云云。查被證9改良樁平面圖註5記載工法建議採用高壓噴射改良樁，若使用葉片攪拌樁則改良深度應至地面，業據證人蔣榮宗證述明確（見本院卷三第299頁），固堪認依該圖說，倘採葉片攪拌工法即應全部實打。惟系爭契約所附合約明細表明載改良樁規格為「空打14.1M、實打12.9M」，且係由原告製作，已如前述，足見兩造締約時即以部分空打、部分實打為約定之施工內容。蔣榮宗復證稱：空打、實打符合合約要求；其記憶中系爭工程係採高壓噴射改良樁，惟不敢確定等語（見本院卷三第300頁）。而大地技師公會之鑑定意見係認定空打範圍未經灌漿為系爭

事故之原因，並未認定被告實際係採葉片攪拌樁施作；原告就其主張被告改採葉片攪拌樁一節，復未提出其他證據以實其說。且依上開鑑定意見，系爭契約所定改良樁單價遠低於當時行情，亦與系爭契約明細表所載部分空打、部分實打之施工內容相符，原告主張被告係為節省費用而擅自變更工法，尚難採信。參以蔣榮宗為原告派駐現場之工地主任，全程監工，倘被告確有擅自變更圖說所示工法之情形，原告理應有所察覺，惟原告亦未提出其於施工期間曾就工法向被告提出異議之相關資料。是原告主張被告擅自改採葉片攪拌樁工法而違反圖說，尚乏依據，自難採憑。

④原告另主張：被告施作第19單元之槽段長度達7.98公尺，逾施工計畫書所載最大施工長度6公尺，且第18、19、20單元施工順序不當，未待相鄰單元混凝土達一定強度即進行開挖，因而導致系爭事故，並聲請補充鑑定云云。惟查，原證5連續壁計畫書第12頁固記載「公單元以5.0～6.0公尺」等語，然同時將「配合連續壁結構體形狀」列為單元劃分之考慮因素，依其文義，僅屬單元分割之規劃原則，尚難認係槽段長度之上限。且原告據以主張第19單元槽段長度為7.98公尺之同計畫書第44頁「9-1連續壁單元分割圖」，並未標示該單元之槽段長度為7.98公尺，原告亦未說明其計算依據。縱認其長度確如原告所述，既係依上開分割圖所定單元施作，亦難認被告有違反施工計畫書之情事；原告復未舉證證明該槽段長度與系爭事故之發生具有因果關係，其此部分主張，尚難採認。至原告主張第18、19、20單元施工順序不當，且相鄰單元混凝土尚未達必要強度即行開挖部分，並未提出混凝土試體抗壓強度試驗報告或其他證據，且於115年9月17日言詞辯論期日自承尚未提出相關憑證（見本院卷三第504頁）。其據以主張施工順序之原證18施工日報表，復經被告爭執其真正，而該日報表未有製作人簽名，證人蔣榮宗亦未確認係其所製作，原告復未提出其他證據證明其真正，自難據為認定當時施工順序之依據。是原告未能提出足以確

認施工順序、施工時間及相鄰單元混凝土強度之可靠資料，鑑定人亦無從據以判斷其所主張之施工情形是否存在及與系爭事故間有無因果關係，其聲請補充鑑定，欠缺必要之基礎資料，核無調查之必要。況本件自110年9月24日起訴後，業經本院依兩造聲請囑託大地技師公會鑑定，而原證5連續壁計畫書及施工日報表均屬原告所得掌握之資料，原告本得於聲請鑑定時一併提出，或於鑑定結果送達後及時主張，卻遲至115年9月14日始提出原證18並聲請補充鑑定，復未釋明有何不能及早提出之正當事由（見本院卷三第421至425頁），應認係因重大過失逾時提出攻擊方法。又補充鑑定尚須重新整理基礎資料、送請鑑定人表示專業意見，並予兩造陳述意見之機會，勢將延滯訴訟程序而有礙本件訴訟之終結，依民事訴訟法第196條第2項規定，亦應予駁回。從而，原告主張被告施作之槽段長度違反施工計畫書，或因施工順序不當致生系爭事故，均難採認。

⑤綜上，系爭事故係因地面0公尺至地下14.1公尺之空打範圍未經灌漿，致地層土壤勁度降低所致；惟系爭契約明細表既明定改良樁規格為「空打14.1M、實打12.9M」，被告係依約定施工規格施作，操作上亦無不當，原告復未能證明被告有擅自變更工法或施工排程不當之情形，則系爭事故之發生尚難歸責於被告。從而，自108年1月26日起至同年5月6日止，因系爭事故而未能施作連續壁之101日，被告依民法第230條規定不負遲延責任，其抗辯應自逾期日數中扣除，核屬有據。

⑵附表二編號2所示因降雨影響施工3日部分，是否應自被告之逾期日數中扣除？

被告就此抗辯：系爭工程於108年4月16日、同年月19日、同年5月1日、同年月20日、同年6月4日及同年月11日均因降雨影響施工（詳如附表三），並提出氣象日報表為證，其中前3日與附表二編號1所示期間重疊，爰僅主張108年5月20日、6月4日及6月11日共3日應自逾期日數中扣除等語。原告則主

張：上開3日雖有降雨，惟均仍有施工紀錄，被告未能證明降雨已達影響工程進度而應展延工期之程度等語。經查：系爭契約各條款均未約定因降雨或其他天候因素工期即當然順延，亦未就停工標準、展延工期之要件或程序另為約定。而降雨本屬施工期間可能發生之天候現象，被告抗辯因降雨而得扣除工期，自應就各該日期確因降雨致無法施工，且已影響連續壁工程之進度，負舉證之責。被告就上開3日有降雨之事實，固提出氣象日報表為證（見本院卷三第163至173頁），惟該資料僅足證明各該日期有降雨，尚不足認連續壁工程即因此無法施作；被告復未提出其自身之施工紀錄、停工紀錄或監造指示等證據，證明各該日期確因降雨而停工。是被告就此部分之舉證尚有不足，被告抗辯附表二編號2所示3日應自其逾期日數中扣除，為無理由。

⑶附表二編號3所示假日不施工天數9日部分，是否應自被告之逾期日數中扣除？

被告主張：系爭工程之工期應以工作日計算，108年5月5日、同年月12日、19日、26日、6月2日、9日、16日、23日及30日均為星期日而未施工，其中108年5月5日已與附表二編號1所示期間重疊，故其餘8日應自逾期日數中扣除等語。

原告則主張：系爭工程工期係以日曆天計算，契約並未約定星期日不計入工期等語。經查，上開日期均為星期日，且除108年5月5日外，其餘8日均記載為假日未施工，固有被告所提施工日期表可稽（見本院卷三第119至123頁）。惟依系爭契約第6條第1項、第2項約定，僅約定被告應配合工地進度並按照預定工地進度表施工，逾期則按日計算違約金，並未約定工期以工作日計算，亦未約定星期日、例假日及國定假日不計入工期。兩造不爭執上開約定所稱預定工地進度表即系爭施工進度表（見審建卷第147頁），其上亦無工期以工作日計算或不含例假日之記載。又依被告所提施工日期表，108年1月20日、同年2月24日及3月3日雖均為星期日，現場仍有進柴油、單元挖掘、支撐施作及預壓等作業（詳如附表

五），足見系爭工程並非逢星期日即當然停工，是否於星期日施工，仍視工程進度及現場需求而定。證人蔣榮宗證稱：「假日、雨天是否施作是雙方認定的問題，當時沒有討論工期的問題」等語（見本院卷三第300頁），尚不足證明兩造有星期日不計入工期之約定。被告復未提出其他證據證明兩造約定工期以工作日計算，是其主張附表二編號3所示其餘8日應自逾期日數中扣除，即屬無據。

⑷綜上，被告主張附表二所示展延工期事由，僅編號1所示自108年1月26日起至同年5月6日止共101日之期間，屬不可歸責於被告之施工障礙期間，應予扣除；至編號2所示因降雨影響施工3日及編號3所示假日不施工8日部分，均屬無據。又連續壁工程依約應於108年3月11日完工，實際則於108年7月5日完成，與約定完工日期相差116日，為兩造所不爭執（見本院卷三第500至501頁）。依此計算，扣除前開應予展延之101日後，被告應負遲延責任之日數為15日（計算式：116日－101日＝15日）。

2.原告請求之違約金是否過高？被告請求酌減，有無理由？如有，應酌減至若干為適當？

⑴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。又民法所定違約金有二，一為以預定債務不履行之損害賠償額為目的之損害賠償總額預定性違約金；一為以強制債務履行為目的之懲罰性違約金。當事人所約定之違約金究屬何種性質，應依當事人之意思定之（最高法院112年度台上字第2753號判決意旨參照）。查系爭契約第6條第2項約定：「乙方（即被告）如逾完工期限完工，按日計算懲罰性違約金為工程總價千分之三。」（見審建卷第21頁），足認兩造約定被告逾期完工所應給付者為懲罰性違約金。

⑵按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。約定之違約金是否過高，應依一般客觀事實、社會經濟狀況，以及債務人如期履行時債權人所得享受之一切利益為衡量標準。又民法第252條固賦予法院依兩造所提出之事證，斟酌社會經濟狀況並平衡雙方利益而為裁量之權限，惟主張違約金過高之債務人，仍應就此有利於己之事實負舉證責任（最高法院49年台上字第807號、92年度台上字第2747號判決意旨參照）。查被告原逾期日數為116日，扣除附表二編號1所示不可歸責於被告之101日後，被告應負遲延責任之日數為15日，依系爭契約第6條第2項約定計算，其應給付之違約金為70萬3,886元（計算式：1,564萬1,900元×3‰×15日＝70萬3,885.5元，元以下四捨五入）。被告雖辯稱其因處理系爭事故已支出相當費用，且依約計算之違約金顯屬過高，應予酌減云云。惟本院既已將因系爭事故所生而不可歸責於被告之101日全數排除，未列入逾期日數計算，已充分反映系爭事故對工期所生影響；扣除後之15日仍屬應由被告負遲延責任之期間，自應依約負擔違約責任。又工程能否如期完成，攸關定作人整體施工進度、後續工序銜接及資金運用等利益。被告為專業工程承攬廠商，對工程進度管理及逾期完工責任應有所認識及評估，仍與原告約定按日以工程總價千分之三計算懲罰性違約金。況前開違約金約占工程總價4.5%，尚非過鉅；被告復未提出具體證據，證明該違約金與其違約程度或原告因遲延完工所受不利益顯不相當，或有其他足認違約金過高之情形。綜合兩造締約地位、契約內容、履約情形、被告應負遲延責任之期間及違約程度等一切情狀，本院認上開違約金尚屬相當，並無民法第252條所定過高之情形。被告請求酌減違約金，自屬無據。

⑶承前所述，原告所得主張之違約金為70萬3,886元。惟原告自陳應依系爭契約第14條第1項約定，以該違約金扣抵其尚未給付被告之工程保留款150萬元，並僅就扣抵後之餘額為本件請求（見審建卷第17頁）；系爭契約第6條第2項亦約

定：「上述罰金得在乙方各期款內優先扣抵。」原告所得主張之違約金70萬3,886元既未逾工程保留款150萬元，依原告主張之扣抵方式計算後，已無違約金餘額得向被告請求給付。是原告請求被告給付違約金，為無理由，其遲延利息之請求亦失所附麗。

六、綜上所述，原告依民法第493條第1項、第2項及系爭契約第14條第1項後段請求被告給付漏水修繕費用111萬8,912元部分，其請求權已因逾民法第514條第1項所定期間而罹於時效；依系爭契約第6條第1項、第2項約定請求被告給付違約金部分，原告所得主張之違約金經扣抵工程保留款後，已無餘額可向被告請求。從而，原告請求被告給付506萬2,293元及法定遲延利息，為無理由，應予駁回。原告之訴既經駁回，其假執行之聲請亦失所依附，應併予駁回。

貳、反訴部分

一、反訴原告主張：反訴被告就系爭工程尚有保留款150萬元未給付予反訴原告，依系爭契約第5條之約定，應於系爭工程全數完工後給付，系爭工程已全數完工，反訴被告自應依約給付反訴原告保留款。且兩造不爭執系爭工程未辦理驗收程序，則反訴原告之保留款請求權自未罹於時效等語，並聲明：㈠反訴被告應給付反訴原告150萬元，及自反訴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。㈡願供擔保請准宣告假執行。

二、反訴被告則以：反訴原告有逾期完工之情形，反訴被告自得依系爭契約第6條第2項約定，將系爭工程150萬元保留款扣抵逾期違約金，經扣抵後已無餘額可請求。縱經扣抵後尚有餘額，該工程保留款之性質屬民法第127條第7款所定承攬人之報酬，請求權時效僅有2年，反訴原告於108年7月6日退場，則其遲至112年2月始起訴請求給付，即已罹於時效，且上開請求權時效之起算，與兩造有無驗收無涉等語，並聲明：㈠反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。㈡如受不利判決願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：同本訴部分。

四、爭執事項：

㈠反訴原告之工程保留款請求權，是否已罹於時效？

㈡反訴原告得否依系爭契約第5條第3款、第4款，請求反訴被告給付工程保留款150萬元？

㈢反訴被告得否依系爭契約第6條第2項約定，以其對反訴原告之違約金債權扣抵工程保留款？如得扣抵，得扣抵之金額應為若干？

五、得心證之理由：

㈠反訴原告之工程保留款請求權，是否已罹於時效？

1.按承攬人之報酬及其墊款，其請求權因2年間不行使而消滅；消滅時效，自請求權可行使時起算；消滅時效因承認而中斷；時效中斷者，自中斷之事由終止時，重行起算，民法第127條第7款、第128條前段、第129條第1項第2款、第137條第1項分別定有明文。所謂請求權可行使時，係指權利人行使請求權已無法律上之障礙而言。又工程保留款係定作人就承攬人已完成之工作暫時保留之一部報酬，俟約定之給付條件成就或期限屆至時始為給付，其性質仍屬承攬報酬之一部，應適用上開2年時效之規定。

2.系爭契約第5條第3款、第4款就工程保留款之給付，分別約定「至頂版完成後且連續壁無滲水跡象，待甲方確認無誤後10%」、「中間柱止水完成，待甲方確認無誤後支付10%工程保留款」（見審建卷第20至21頁），可見保留款之給付另有約定之給付條件，與各期進度款係依施工進度計價給付者不同，尚難僅因反訴原告完成工程或退場，即認保留款請求權已可行使。反訴被告雖抗辯反訴原告於108年7月6日退場時即得請求，時效應自斯時起算，惟其並未舉證證明斯時前開給付條件已具備；且反訴被告於本訴自陳其於109年5月間發現連續壁有漏水情形，經催告反訴原告修補未果後自行修繕（見審建卷第12頁），依其所述，系爭契約第5條第3款所定「連續壁無滲水跡象」之情形，於109年5月間尚未具備，益

難認反訴原告於108年7月6日退場時即可請求給付保留款。是反訴被告主張保留款請求權應自108年7月6日起算時效，尚非可採。

3.反訴原告雖主張系爭工程未經驗收，其請求權時效尚未起算云云。惟系爭契約第5條並未以驗收作為給付保留款之要件，系爭契約亦無其他以驗收為付款條件之約定，自難認保留款須經驗收始得請求。況確認與否若全繫於反訴被告之意思，使其得因遲未確認而令保留款請求權永久無從行使，亦非契約約定之合理解釋。反訴原告此部分主張，亦無可採。

4.又反訴被告於本訴主張以工程保留款150萬元扣抵其所得請求之違約金（見審建卷第17頁），其主張係以反訴原告之保留款債權存在為前提，足認反訴被告已承認該債務，而屬民法第129條第1項第2款所定之承認。本訴起訴狀繕本於111年1月18日送達反訴原告（見審建卷第91頁），縱自反訴被告自陳發現漏水之109年5月間起算2年時效，至反訴被告為上開承認時，時效亦尚未完成，並因其承認而中斷，自承認時重行起算。反訴原告嗣於112年2月2日提起本件反訴（見本院卷一第497至503頁），距前開承認時尚未逾2年，故其保留款請求權並未罹於時效。

5.從而，反訴原告之工程保留款請求權尚未罹於時效，反訴被告所為時效抗辯，為無理由。

㈡反訴原告得否依系爭契約第5條第3款、第4款，請求反訴被告給付工程保留款150萬元？

1.系爭工程尚有工程保留款150萬元未據反訴被告給付，為兩造所不爭執（見本院卷三第502頁）。而依系爭契約第5條第3款、第4款約定，工程保留款應於連續壁無滲水跡象、中間柱止水完成，並經反訴被告確認無誤後給付，已如前述。

2.查反訴原告承攬施作之系爭工程（包括地質改良工程、抽水工程、連續壁工程等，參見原證5）於108年7月5日完成，系爭大樓其餘非反訴原告承攬之工程則於108年10月22日完工，為兩造所不爭執。又反訴被告於本訴主張以工程保留款

150萬元全額扣抵其所得請求之違約金，係以該保留款債權存在且已得為扣抵為前提；其於反訴中亦僅以時效完成及違約金扣抵為辯，並自承反訴原告於退場後即得請求保留款（見本院卷一第533至534頁），未曾抗辯系爭契約第5條第3款、第4款所定保留款之給付條件尚未具備。綜合反訴被告前開訴訟上陳述，足認其已不爭執系爭保留款之給付條件業已具備，反訴原告自得依約請求給付。從而，反訴原告依系爭契約第5條第3款、第4款約定，請求反訴被告給付工程保留款，洵屬有據。惟其實際得請求之數額，尚應扣除反訴被告所得扣抵之違約金，詳如後述。

㈢反訴被告得否依系爭契約第6條第2項約定，以其對反訴原告之違約金債權扣抵工程保留款？如得扣抵，得扣抵之金額應為若干？

1.查系爭契約第6條第2項約定：「上述罰金得在乙方（按即反訴原告）各期款內優先扣抵」（見審建卷第21頁）。準此，反訴原告如有逾期完工而應給付違約金之情形，反訴被告得逕自其應給付反訴原告之工程款中扣抵。工程保留款為承攬報酬之一部，係反訴被告暫時保留而尚未給付之工程款，自屬上開約定所稱得扣抵之款項。

2.反訴被告抗辯反訴原告逾期完工116日，應給付違約金544萬3,381元，經扣抵工程保留款150萬元後已無餘額云云。惟反訴原告應負遲延責任之日數為15日，反訴被告依系爭契約第6條第2項約定得請求之違約金為70萬3,886元，業經本院認定如前（見本訴部分五、㈡），反訴被告逾此範圍之違約金債權並不存在，其得扣抵之金額，自應以70萬3,886元為限。從而，反訴原告得請求之工程保留款150萬元，經反訴被告以違約金70萬3,886元扣抵後，尚餘79萬6,114元（計算式：150萬元－70萬3,886元＝79萬6,114元）。反訴被告抗辯扣抵後已無保留款餘額可資請求，並無可採。

㈣按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任；其經債權人

起訴而送達訴狀者，與催告有同一之效力。遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%，民法第229條第2項、第233條第1項前段及第203條分別定有明文。查反訴原告請求反訴被告給付工程保留款，係以支付金錢為標的，而本件反訴起訴狀繕本係於112年2月2日送達反訴被告，有該書狀反訴被告收文戳章在卷可稽（見本院卷一第497頁），則反訴原告請求自反訴起訴狀繕本送達翌日即112年2月3日起至清償日止，按週年利率5%計算之遲延利息，即屬有據。

六、綜上所述，反訴原告之工程保留款請求權尚未罹於時效，其得請求之工程保留款150萬元，經反訴被告以違約金70萬3,886元扣抵後，尚餘79萬6,114元。從而，反訴原告依系爭契約第5條第3款、第4款約定，請求反訴被告給付79萬6,114元，及自112年2月3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；逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。又反訴原告勝訴部分，兩造均陳明願供擔保，聲請宣告假執行或免為假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當之擔保金額准許之。至反訴原告敗訴部分，其假執行之聲請亦失所附麗，應併予駁回。

參、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊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，爰不逐一論列。至原告聲請囑託高雄市土木技師公會鑑定系爭連續壁漏水之原因，因原告關於漏水修繕費用之請求權已逾民法第514條第1項所定期間而罹於時效，漏水原因為何，於本件判決之結果不生影響，核無調查之必要，附此敘明。

肆、訴訟費用負擔之依據：本訴部分，民事訴訟法第78條；反訴部分，民事訴訟法第79條。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　29　　日

民事第三庭法　官　林綉君

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　　115　　年　　10　　月　　30　　日

書記官　儲鳴霄

附表一：原告主張之漏水修繕費用（金額單位：新臺幣/元）

編號	項目	金額
1	地下室抓漏、浴室門檻止水板及外牆防水材噴塗	131,250
2	高壓灌注材料費	29,862
3	地下室抓漏（水池、污水池、機械停車場、電梯機坑）、高壓灌注（含稅）	97,500
4	機械停車場矽酸酯施作及保護施作（含稅）	65,000
5	高壓灌注材料費	10,050
6	矽酸酯及底劑材料費	30,000
7	漏水修繕費用	425,250
8	機械停車場機坑積水導致設備部分零件更換（細項詳如原證11）	330,000
	總額	1,118,912

附表二：被告主張之展延工期事由及本院認定

編號	項目	天數	備註
1	108年1月26日抓斗遭土方塌陷埋入後，修復施工區域及排除施工障礙，至108年5月6日止無法繼續施作連續壁	101日	自108年1月26日起至108年5月6日止，首尾均計，共101日；經本院認定屬不可歸責於被告之施工障礙期間，應予扣除
2	因降雨影響施工	3日	被告原主張108年4月16日、4月19日、5月1日、5月20日、6月4日及6月11日共6日，其中108年4月16日、4月19日及5月1日已包含於編號1之101日期間內，不得重複計算；其餘

			108年5月20日、6月4日及6月11日共3日，被告未能證明確因降雨致無法施工，不予扣除。
3	假日不施工天數	8日	被告主張108年5月5日、5月12日、5月19日、5月26日、6月2日、6月9日、6月16日、6月23日及6月30日共9日應扣除；其中108年5月5日已包含於編號1之101日期間內，其餘日期亦無證據足認兩造約定工期以工作天計算，均不得扣除
	被告主張合計天數	112日	
	本院准予	101日	

附表三：被告主張降雨停工日

編號	日期	被告主張	本院認定
1	108年4月16日	大雨無法施工	已包含於附表二編號1之101日期間內，不重複扣除
2	108年4月19日	豪大雨無法施工	同上
3	108年5月1日	中雨無法施工	同上
4	108年5月20日	豪雨無法施工	僅有氣象資料，未能證明確因降雨致無法施工
5	108年6月4日	大雨無法施工	同上
6	108年6月11日	豪大雨無法施工	同上

附表四：被告主張假日不施工天數整理表

編號	日期	星期	施工日期表記載（見本院卷三第119-123頁）
1	108年5月5日	星期日	假日無施工（已包含於附表二編號1之101日期間內），故扣除此

			日，原告僅主張8日
2	108年5月12日	星期日	假日無施工
3	108年5月19日	星期日	假日無施工
4	108年5月26日	星期日	假日無施工
5	108年6月2日	星期日	假日無施工
6	108年6月9日	星期日	假日無施工
7	108年6月16日	星期日	假日無施工
8	108年6月23日	星期日	假日無施工
9	108年6月30日	星期日	假日無施工

附表五：施工日期表所示星期日施工紀錄一覽表（見本院卷三第119-123頁）

日期	星期	施工內容
108年1月20日	星期日	進柴油2000L、18單元2刀
108年2月24日	星期日	第一撐施作完成
108年3月3日	星期日	支撐預壓完成，明天開挖