臺灣高等法院高雄分院民事判決

106年度建上更㈠字第2號

上　訴　人　名鹿機械工程股份有限公司

設高雄市○○區○○路000號18樓之2

法定代理人　賴英名　　住同上

訴訟代理人　王進勝律師

被上訴人　　勝榮營造有限公司

設高雄市○○區○○○路000○0號1樓

法定代理人　盧清池　　住同上

訴訟代理人　吳淑靜律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國103年4月9日臺灣高雄地方法院101年度建字第20號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，經最高法院第一次發回更審，本院於112年4月19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部分，及該部分假執行之聲請，並訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新台幣肆拾陸萬捌仟參佰參拾伍元，及自民國一○○年十一月四日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被上訴人應另給付上訴人新台幣貳佰壹拾捌萬壹仟陸佰壹拾元，及自民國一○四年三月二十五日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一（除確定部分外）、二審（含追加之訴）訴訟費用，由被上訴人負擔百分之八十四，餘由上訴人負擔。

本判決命被上訴人給付部分，於上訴人以新台幣捌拾捌萬元為被上訴人供擔保後，得假執行；但被上訴人得以新台幣貳佰陸拾肆萬玖仟玖佰肆拾伍元為上訴人供擔保後，免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：伊於民國99年8月5日與被上訴人簽訂工程合約

書（下稱系爭契約），承攬「高雄市立鹽埕國民中學校園整體規劃暨校舍改建工程（建築部分）」（下稱系爭工程），工程款新台幣（下同）2150萬元。嗣兩造分別於99年11月12日、100年1月26日、3月15日合意追加鋼筋加工工資5萬2500元、中間樁植入工程及斜撐工程31萬元、中間樁立柱18支55萬8千元，合計總工程款為2242萬500元。被上訴人自第一期工程款即遲延給付，並違約超額扣20%保留款（依約僅得扣10%保留款），經伊函催給付，均不予理會，伊乃於100年5月10日依系爭契約第14條第1項約定終止系爭契約。伊就系爭工程（含追加工程）完工部分，可請求工程款合計1994萬4504元（即2242萬500元扣除10%保留款218萬1610元及兩造合意扣除伊未施作之回填土含震動夯實20萬8534元、筏基回填土8萬5852元），被上訴人僅給付1895萬3264元，尚欠99萬1240元。嗣因系爭工程經業主即高雄市政府工務局新建工程處（下稱新工處）驗收，伊已可請求10%之保留款218萬1610元，是伊得請求之工程款為317萬2850元（含一審已請求部分99萬1240元，追加請求給付218萬1610元）。爰依承攬契約法律關係，聲明：㈠被上訴人應給付上訴人99萬1240元，及自起訴狀繕本送達翌日即100年11月4日至清償日止，按年息5%計算之利息。㈡被上訴人應另給付上訴人218萬1610 元，及自104年3月24日言詞辯論意旨狀送達翌日即104年3月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢願供擔保請准宣告假執行。（至上訴人請求被上訴人給付違約金部分，經部分減縮、部分判決敗訴確定，非本件審理範圍，不予載述）

二、被上訴人則以：上訴人未施作回填土含震動夯實、筏基回填土，未以靜壓式工法施作「中間樁立柱」，且施作部分亦有瑕疵等，經伊催告仍未施作及修繕，伊已以100年6月24日函終止系爭合約，則依系爭契約第11條第4項約定，上訴人應無條件放棄其餘尚未領取之工程款（含保留款），已無工程款得請求。縱伊尚應給付工程款，則應扣除上訴人不得請求

其餘25支預壘樁取樣費用33萬7,500元，另以下列債權主張抵銷：1.依系爭契約第14條第2項約定，上訴人應償還伊就施工瑕疵修繕支出之費用10萬元。2.上訴人違約未施作「回填土震動夯實」、「筏基回填土」，且未以靜壓式工法施作「中間樁立柱」，施作有瑕疵未依約修復，及逾期完工之違約情事，伊得依系爭契約第14條第1項約定，請求上訴人給付總工程款3分之1之違約金747萬3500元，其中違約金399萬3816元於本院106年度建上字第2號（下稱另案）已請求，其餘違約金347萬9684元於本件請求。3.上訴人應於開工後101日完工，其逾期完工55日，伊得依系爭契約第11條第3項約定，請求給付違約金591萬2500元。4.上訴人施作「中間樁立柱」計79支，其中21支擅自改用震動式工法施作，經業主扣伊該部分全部工程款，依系爭契約付款辦法第1、2、3、7項約定，不得請求此項目工程款，伊已支付上訴人此項工程款170萬1900元，得依不當得利法律關係請求返還。經抵銷後，伊已無給付義務等語，資為抗辯。

三、原審判決駁回上訴人請求。上訴人不服提起上訴，經本院前審判決被上訴人應給付上訴人24萬2309元及自100年11月4日起、應給付上訴人218萬1611元及自104年3月25日起；均至清償日止，按年息5%計算之利息，經最高法院駁回上訴人請求給付工程款75萬1000元部分廢棄及命被上訴人給付部分廢棄，駁回上訴人其餘之請求；上訴人於本院上訴及追加聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分暨訴訟費用之裁判均廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人99萬1240元，及自起訴狀繕本送達翌日即100年11月4日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢被上訴人應另給付上訴人218萬1610元，及自104年3月24日言詞辯論狀繕本送達翌日即104年3月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈣願供擔保請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：㈠上訴及追加之訴均駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。

四、兩造不爭執事項：

㈠兩造於99年8月5日就系爭工程簽訂契約即系爭契約，總工程款含稅為2150萬元，嗣再於99年11月12日、100年1月26日、100年3月15日合意追加工程項目，並約定追加鋼筋加工工資5萬2500元、中間樁植入工程及斜撐工程31萬元、中間樁立柱18支55萬8000元（均含稅），合計總工程款為2242萬0500元（均含稅）。

㈡被上訴人已給付上訴人工程款1895萬3264 元。

㈢業主即新工處就系爭工程（含追加工程）均已驗收完畢，上訴人已可請求返還全部保留款。

㈣上訴人同意扣除未施作之回填土含震動夯實20萬8534元、筏基回填土8萬5852元。

㈤業主新工處以勝榮公司未依約定工法施作中間樁立柱21支，在驗收結算表上記載，該工項數量為「0」，並扣罰被上訴人該工項全數工程款20萬6790元，及追繳溢領利息1萬4019元，合計共22萬809元。

五、兩造之爭點：

㈠上訴人得否請求工程款？金額若干？

㈡被上訴人得抵銷之項目及金額各為若干？

六、本院之判斷：

㈠上訴人得否請求工程款？金額若干？

1.系爭契約約定之工程款含稅為2150萬元，嗣後兩造合意追加工程項目，並約定追加鋼筋加工工資5萬2500元、中間樁植入工程及斜撐工程31萬元、中間樁立柱18支55萬8000元（均含稅），合計總工程款為2242萬0500元（均含稅），此有系爭契約及兩造往來函文在卷可稽（見原審卷㈠第9至29頁）。然因上訴人自陳「回填土含震動夯實（20萬8534元）」、「筏基回填土（8萬5852元）」等工項並未施作，則經扣除上開款項後，餘額為2212萬6114元。又系爭工程（含追加工程）均已完工，並經新工處驗收完畢，上訴人已得請求含保留款在內已施作部分之工程款，為被上訴人所不否認（見本院前審卷㈠第174頁，前審卷㈡第127頁），扣除

兩造不爭執被上訴人已給付1895萬3264元（見不爭執事項㈡）。被上訴人有尚未給付之工程款為317萬2850元（含保留款，計算式：2212萬6114元－1895萬3264＝317萬2850元）。

2.被上訴人抗辯：上訴人未施作回填土含震動夯實、筏基回填土，未以靜壓式工法施作「中間樁立柱」，且施作部分亦有瑕疵，經伊催告仍未施作，伊已以100年6月24日存證信函終止系爭契約，則依系爭契約第11條第4項約定，上訴人應無條件放棄其餘尚未領取之工程款（含保留款），已無工程款或保留款得請求云云，固提出100年6月24日存證信函為據（見本院更一卷㈡第517至523頁）。然，系爭契約第11條第4項固約定：「乙方（指上訴人）如曠工達2天經甲方（指被上訴人）通知乙方，而又經存證信函催告無效時，....其餘工程款乙方無條件放棄....」（見原審卷㈠第11頁），惟被上訴人並未就上訴人有何曠工達2日且經催告無效乙節舉證以實其說，自難僅以上開存證信函內容即逕認上訴人無條件放棄工程款請求之情事。則被上訴人此部分抗辯，應屬無據。

3.被上訴人又抗辯：系爭契約所約定取樣費用31支係指地質改良樁，不包括預壘樁之取樣，上訴人僅施作6支地質改良樁之取樣，其餘25支預壘樁之取樣費用33萬7500元自不得請求，故應扣除等語，為上訴人否認。經查：上訴人已就6支地質改良樁及31支預壘樁（僅請求其中25支預壘樁取樣費用）為取樣送驗，為兩造所不爭執，且有取樣支數明細表及試驗報告在卷可稽（見本院前審卷㈠第74至149頁）。依合約明細項目所示（見原審卷㈠第17頁），「預壘樁680支、單價4700元」，及「取樣費用31支、單價1萬3500元」，其備註欄第5項記載：「地質改良樁檢驗頻率，灌漿每1000方做一支單軸壓縮強度試驗。…」；可知就「單軸壓縮強度試驗」係針對「地質改良樁」；參以系爭工程地質改良平面圖（指地質改良樁），註明「改良樁單軸壓縮強度」「鑽心取

樣之單軸抗壓強度」，有圖說在卷可稽（見本院更一卷㈡第531頁）；並對照開挖支撐平面圖「預壘注漿樁配筋圖」（指預壘樁）（見本院更一卷㈠第180頁），並未有如上字樣之註記合併以觀，堪認合約明細項目「取樣費用31支」應指地質改良樁試驗取樣費用而言。再者，備註欄第6項記載：「預壘樁採低壓灌漿，檢驗頻率及品質管理標準詳附件」，其附件「第02471章預壘樁」第4.2節「計價」約定：「依契約詳細價目表計價。該項單價已包括完成本工作所需之一切人工、材料、機具、設備、運輸、動力及附屬工作等費用在內。」（原審卷㈠第17、20頁），可知「預壘樁」單價已包括成本工作所需費用含取樣在內，益見明細項目「取樣費用31支」，不包括預壘樁取樣費用在內。是以，被上訴人此部分抗辯，應屬可採。則上訴人請求31支取樣費用，其中25支預壘樁取樣費用33萬7500元應予扣除（計算式：1萬3500元×25支＝33萬7500元）。

㈡被上訴人得抵銷之項目及金額各為何？

1.瑕疵修補費用10萬元：

兩造陳明若上訴人有瑕疵修補義務時，其應給付金額則均同意為10萬元（見本院前審卷㈡第60、68頁、本院更一卷㈡第8頁、㈢第23頁）。被上訴人曾以系爭工程南邊中間樁水平支撐空間過大、水平支撐型鋼翼鈑變形扭曲、支撐對接處螺栓應調整防止鬆落等瑕疵，寄發存證信函催請上訴人修繕（見原審卷㈠第123至127頁），仍未改善，為上訴人不爭執，被上訴人自行僱工修繕而支出費用，並提出相關單據為證（見本院前審卷㈡第42、53頁），應認上訴人有瑕疵修補義務。則審酌被上訴人提出之修繕工項明細，包括挖土、抽水、混凝土澆置、吊車、山貓作業、粗工等內容，均屬與系爭工程相關之工項，且支付金額均為數千元至數萬元之間，亦與一般修繕工程之支出金額相當，故認被上訴人此部分主張有瑕疵而以修繕費10萬元為抵銷，即屬有據。

2.違約賠償347萬9684元：

被上訴人主張：上訴人①「中間樁立柱」以震動式工法施作②未依約施作回填土震動夯實、筏基回填土③逾期完工④工程施作有瑕疵之違約情事（見本院更一卷㈢第51頁、第113頁），依系爭契約第14條第1項約定以總工程款2242萬500元之3分之1即747萬3500元請求賠償，其中399萬3816元於另案請求，餘額347萬9684元債權，與本件上訴人工程款債權主張抵銷云云。查：

⑴按所謂爭點效，乃法院於前訴訟之確定判決理由中，就訴訟標的以外當事人主張之重要爭點，本於辯論結果而為判斷者，除有顯然違背法令、新訴訟資料足以推翻原判斷、原判斷顯失公平或前訴訟與本訴訟所得受之利益差異甚大等情形外，應解為在同一當事人間、就與該重要爭點有關所提起之本訴訟，法院及當事人對該重要爭點之法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張，以符民事訴訟上之誠信原則（最高法院111年度台上字第1335號裁判意旨參照）。

⑵依系爭契約第14條第1項：「甲（指被上訴人）乙（指上訴人）雙方若有違反本契約甲乙雙方得不經催告逕行解約並請求賠償金額為總工程款之3分之1。」（見原審卷㈠第12頁），該約定違約金之性質，目的旨在填補債權人因其債權不能實現而受之損害，核其性質係作為債務人於債務不履行時之損害賠償預定總額。

⑶本件被上訴人主張上訴人有前揭違約情事，依系爭契約第14條第1項約定請求違約金乙節，業經被上訴人於另案主張上訴人有①「中間樁立柱」以震動式工法施作②未依約施作回填土震動夯實、筏基回填土、未開立棄土證明③逾期完工④工程施作有瑕疵即相同之違約事由，依系爭契約第14條第1項約定請求違約金，經該事件判決依兩造所提證據資料及辯論結果，認定：①上訴人有以震動式工法施作其中21支中間樁，而震動式工法與靜壓式工法成本差異甚大，且影響附近安寧及房舍安全。②雖未依約施作回填土震動夯實、筏基回填土，然此工項上訴人並未施作，亦未請求工程款，況且上

訴人事後已開立棄土證明，被上訴人並無具體損害，無給付違約金之必要。③經業主新工處認定並無逾期完工，且被上訴人並無任何因上訴人逾期受有損害。④被上訴人主張施工項目有瑕疵，曾以信函敍明瑕疵情狀通知上訴人修繕，經催告仍未改善，而自行僱工修繕而支出費用；衡量上訴人違約情節之客觀事實，社會經濟等狀況，認上訴人上開違約①④部分共應賠償被上訴人違約金合計以180萬元為相當，其餘部分不得請求，其中①②④業已確定，有另案即本院106年度建上字第2號、最高法院108年度台上字第2476號民事判決在卷可稽（見本院卷㈠第130至150頁、第221至223頁）。

⑷經核另案判決已認定上訴人有以震動式工法施作其中21支中間樁，及未改善工程部分施作項目瑕疵之違約，並認未施作部分無具體損害，無給付違約金必要等情，依系爭契約第14條第1項得請求損害賠償額違約金180萬元確定，而上開判斷核無顯然違背法令之情事，且兩造並無提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形，原判斷亦無顯失公平或前訴訟與本訴訟所得受之利益差異甚大，依上開說明，另案判決就被上訴人依系爭契約第14條第1項請求上訴人給付違約金之爭點之判斷，於本件即有爭點效之適用，兩造不得再為相反之主張，本院亦不得作相異之判斷。至於上訴人聲請訊問陳裕男，查明其就施作21支中間樁立柱之工法，所簽署之工程備忘錄形式及實質之真正，惟另案已就該證人訊問確有簽署工程備忘錄，查證明確，本件無再訊問必要。

⑸又上訴人雖有逾期完工之情事（詳如後述），惟本件工程另有追加工程繼續施工，最終業主並未認定逾期完工，兩造對此並無爭執，難認被上訴人受有損害而得請求違約金。故被上訴人上開瑕疵請求違約金賠償180萬元本息，應堪認定。是被上訴人本件請求另案以外違約金餘款347萬9684元即屬無據。被上訴人以此債權與上訴人工程款債權抵銷云云，自不可採。

3.逾期違約金591萬2500元：

被上訴人抗辯：上訴人逾期完工55日，應依系爭契約第11條第3項及付款辦法注意事項第3項第1款，給付逾期違約金591萬2500元（計算式：2150萬元x0.005x55=591萬2500元）乙節。上訴人則否認有逾期完工之情事。經查：

⑴被上訴人抗辯系爭工程工期為101日，為上訴人所否認。依系爭契約第3條「工程期限」及契約附件合約明細「施工期限」、注意事項第2項之「完工期限」約定，就有關工期之部分，均空白，而無完工期限或工期日數之記載，為兩造不爭執，並有系爭契約在卷可稽（見原審卷㈠第9頁至第18頁），惟系爭契約第2條記載：「乙方（指上訴人）依據工程合約、施工圖說、單價分析表及各項附件暨隨後陸續發給之有關施工圖說及文件等，均與合約具同等效力全部責任施工（含施工圖及施工計畫書）」（見原審卷㈠第10頁），足見施工計畫書為系爭契約之一部分。又依上訴人提出之施工計劃書「預定作業進度表」載有「預估施作工期＝101天」、「以上工期為工作天，工期不含例假日、混凝土不供應時間、及因豪雨造成無法施工」等語（見原審卷㈠第128至129頁），再參酌上訴人於100年1月12日致被上訴人之書函記載：「七……此乃須貴公司（即被上訴人）提供充足水源……一切均照正常工進，就不會有工進落後之虞。……以利貴公司辦理追加……及延伸工期，……本公司……屬合法停工，本工程如因此延宕，其責任歸屬貴公司」（見原審卷㈠第175至176頁），另被上訴人於同年2月23日致上訴人之函文則記載：「請貴公司確實掌握工進並全力配合趕工，依據貴公司提送之施工計畫書預定總工期為101天，目前尚餘42天」（見原審卷㈠第130頁），上訴人收受該函後，亦未見上訴人否認兩造有工期之約定。況且兩造倘若未曾約定工期，自無被上訴人上述函文所稱工進落後、延宕或延伸工期等情事，堪認兩造已有工期為101日之約定。至被上訴人於102年12月26日向新工處申報竣工，新工處就工程雖認定並無逾期完工之情，惟被上訴人既僅承攬工程之基礎工程，足見

系爭工程僅為總工程施工項目之一部，則上訴人有無逾期完成系爭工程，與被上訴人有無依其與業主約定如期完成工程，即屬二事，自無從採為有利於上訴人之認定。

⑵又就工期起算日部分，被上訴人抗辯：係99年10月30日為工期起算日，為上訴人否認，並主張應自99年12月4日起算工期等語。經查：

①系爭契約第3條「工程期限」第2項：「本工程需配合各分項施工，甲方（即被上訴人）通知施工5日後起，每各項應在○天內按裝完成。如逾期完成，其罰款應以全部總工程款5‰計算」（見原審卷㈠第9頁），則依此約定，系爭工程即應自被上訴人通知施工5日後起算工期。

②又就被上訴人於何時通知上訴人進場施工乙節，上訴人主張：被上訴人於99年11月29日通知伊進場施工等語（見本院更一卷㈡第556頁），並提出被上訴人於100年4月12日致上訴人函文為據（見原審卷㈠第245頁）。被上訴人抗辯：係於99年10月20日通知上訴人進場施工云云，固據提出99年10月22日工程協調會議會議紀錄及99年10月30日施工日誌為證（見本院更一卷㈡第315頁、第487至489頁）。惟觀諸被上訴人提出99年10月30日施工日誌記載：「預壘樁機具進場(拌合桶及發電機)」、「基礎工、本日人數：4」，至多僅能證明於99年10月30日有預壘樁機具及4名基礎工之工人進場，另99年10月22日第13次工程協調會議紀錄固記載：「下周預定進度(99年10月22日~99年10月28日)1.建築部分：…⑷預定施工內容：…預壘樁、地質改良。」等語，僅知有上開工項之預定進度期間，均無從逕認被上訴人於99年10月20日通知上訴人進場施作。至於被上訴人抗辯：伊早於99年11月29日之前，以口頭通知上訴人將預壘樁機具安排進場施工云云，固舉99年11月3日工程備忘錄、被上訴人99年11月12日函文、新工處99年11月24日工程督導報告表及被上訴人99年11月29日函文為證（見本院更一卷㈡第491至497頁）。惟99年11月3日工程備忘錄僅記載：「欲試施作螺旋筋」，被

上訴人99年11月12日函文意旨僅為兩造討論「鋼筋籠箍筋」之規格，無從證明被上訴人當時已通知上訴人進場施作。另新工處99年11月24日工程督導報告表固記載「預壘樁鋼筋籠綁紮」，以及被上訴人99年11月29日致函上訴人促其安排預壘樁機具第二次進場等語，然衡諸兩造既有約定被上訴人通知施工5日後起算工期，亦無約定上訴人不得提前進場或提前進場時即應以實際進場日起算工期，則無從以上訴人提前進場即遽認應從提前進場日起算工期，故上開證據自難採為有利於被上訴人之認定。

③審酌被上訴人於100年4月12日致上訴人函文自陳於99年11月29日通知上訴人進場施工等語（見原審卷㈠第245頁），此外，被上訴人復無舉出其他證據證明之前有通知上訴人進場施作，則本件應自99年12月4日起算工期。

⑶又本件工期為工作天，工期不含例假日，為系爭契約施工計劃書所約定。上訴人主張：國定假日及每週六、日均不應計入工期云云，為被上訴人否認，並抗辯：只有國定假日及每週星期日不計入工期等語。查，依99年、100年當時施行之勞動基準法（下稱修正前勞基法）第36條第1項規定：「勞工每七日中至少應有一日之休息，作為例假。」（於105年12月21日始修正為：「勞工每七日中應有二日之休息，其中一日為例假，一日為休息日」），則本件勞工每7日中有1日為例假日即應不計入工期，始符合修正前勞基法第36條第1項規定。再參酌施工日誌部分星期六有進場施工之記載（如99年12月4日、12月11日、12月18日等、見本院更一卷㈡第345、351、356頁），可知上訴人曾於系爭工程施工期間之週六進場施工，應認週六應計入工期。

⑷被上訴人抗辯：上訴人係100年7月4日始完工云云，為上訴人否認，主張：已於100年4月30日完工等語。查：

①施工計劃書預定作業進度表載有預估施作工期＝101天，業如前述，而上述預定作業進度表記載之預定作業進度，為第1至9項之預壘樁施作、CCP止水樁、壓樑施作、地質改良樁5

0CM H=6M、地質改良樁50CM H=10M、中間樁立柱、第一層土方挖運、第一層支撐施作及第二層土方挖運（見原審卷㈠第129頁），則本件計入101天工期之項目，自僅以上述9項工項為限。除上述9項工項之外，上訴人縱有其他施工項目，然被上訴人並未舉證兩造有約定應將其他施工項目一併計入上述工期，自不應予計入。

②依施工日誌所示，100年4月30日記載地下室土方第二層開挖（見本院更一卷㈡第457 頁），之後迄100年7月4日均無有關上述9項工項施工之記載（見本院更一卷㈡第458至第486頁），另依被上訴人自行製作之施作明細表所載，100年4月30日至同年5月4日均記載土方開挖（第二層）等語（見本院更一卷㈡第301至303 頁），此後僅有記載止水板銲接（100年5月5日至100年5月10日）、上訴人蘇先生與李經理至工地協調地下室外牆回填土事宜，並確認6/9進場施工回填土（100年6月4日）、上訴人不進場施作回填本公司代雇工回填（100年6月9日至6月22日）、正式解約（100年6月24日）、水平支撐拆除（100年6月30日）、水平支撐及中間樁拆除（100年7月1日至7月4日）等語（見本院更一卷㈡第303至311 頁），足見自100年4月30日起即無上述9項工項施工之記載，甚至可見兩造另外約定地下室外牆回填土之施工事宜，自無從一併計入上述101天工期。

③被上訴人抗辯：100年5月9日、10日施工日誌分別記載中間樁止水板銲接、中間樁止水板查驗，為「合約明細」記載之中間樁立柱施作項目，以及同年6月30日、100年7月1、2、4日仍有施作中間樁立柱之拔除及拆除水平支撐，此屬前述預定進度表「中間樁立柱」、「第一層支撐施作」工項內，可知上訴人於100年7月4日始完工云云，並舉施工日誌為據（見本院更一卷㈡第464、465頁、第483至486頁）；惟100年1月26日、3月15日始追加中間樁植入工程及斜撐工程31萬元、中間樁立柱18支55萬8千元，為兩造所不爭執，則100年5月9日、10日、6月30日、7月1、2、4日就止水板、水平支

撐之施工應亦與追加工程有關，難認均屬原定合約9項工項範圍而在預定進度表之施工項目內。是以被上訴人此部分抗辯，委無足採。

④承上所述，依施工日誌及施作明細表所示，自100年4月30日起即無上述9項工項施工之記載，則上訴人主張於100年4月30日完工乙節，應屬可採。

⑸本件自99年12月4日起算工期、國定假日及每週日均不應計入工期，如前所述，另兩造均同意99年12月16日有0.5天不計入工期，則依此計算，上訴人施工期限依約應至100年4月14日中午（計算式：99年12月23.5天、100年1月25天、100年2月18天、100年3月27天、100年4月1至14日共7.5天〈4月扣除被上訴人同意4月2日、4日、5日、6日共4日不計工期〉），是以上訴人逾期完工日數為14.5天。

⑹按民法第252條規定，約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。又依系爭契約第11條第3項：「逾期交貨每逾期1天應接受甲方（指被上訴人）以工程款總價5‰每日累計罰款，罰款得由總工程款中扣除。」（見原審卷㈠第11頁），依其文義係指若有逾期完工，應按總工程款5‰計算每日累計「罰款」；再依付款辦法注意事項第3項第1款：「逾期罰款：1.每逾1日罰款為總價之千分之5，最低為5,000元，以累計方式計算並由工程款中扣除。」（見原審卷㈠第18頁）。則上開條款應屬懲罰性違約金之約定。審酌客觀環境、社會經濟狀況、上訴人違約情況、嗣追加工程施工後，業主認定無逾期完工，被上訴人未因此受有損害等情事，以系爭工程總價2150萬元之千分之5計罰每日違約金為10萬7500元，應屬過高，應予酌減至以年息10%計罰每日違約金5890元，始屬相當，則上訴人逾期14.5日，被上訴人得計罰之違約金數額為8萬5405元（計算式：5890元x14.5＝8萬5405元）。從而，被上訴人以上訴人逾期違約金8萬5405元主張抵銷云云，應屬有據，逾此之金額主張抵銷，則屬無據。

4.中間椿立柱79支費用170萬1900元部分：

被上訴人抗辯：上訴人並未依約以靜壓式工法施作中間樁立柱79支，係採震動式工法，已屬違約，致遭業主核定結算中間樁數量為零，並扣罰相當於126支中間樁之工程款，而不得請求此項工程款。縱上訴人得請求，亦僅能請求其中58支中間樁工程款，不能請求違約以震動式工法所施作之21支中間樁工程款，上訴人前已受領中間樁部分工程款170萬1900元，並無法律上原因，得依不當得利請求返還170萬1900元，爰以此債權主張抵銷云云，固援引另案判決為據（見本院更一卷㈠第130至150頁）。為上訴人否認。然查：

⑴按確定判決所生之既判力，除使當事人就確定終局判決經裁判之訴訟標的法律關係，不得更行起訴或為相反之主張外，法院亦不得為與確定判決意旨相反之裁判，始能避免同一紛爭再燃，以保護權利，維持法之安定及私法秩序，達成裁判之強制性、終局性解決紛爭之目的。

⑵被上訴人另案主張上訴人施作中間樁79支，未依約定之靜壓式工法，而採震動式工法施作中間樁21支，致新工處核定結算中間樁數量為零；上訴人不得領取中間樁之工程款，其前已受領中間樁部分工程款170 萬1900元，並無法律上原因，應予返還予被上訴人乙節，經該判決認定被上訴人對上訴人受領中間樁部分工程款170 萬1900元，並無不當得利債權乙節確定，判決理由略以：依約中間樁立柱之施工方式為「靜壓式工法」，再依100年3月27日工程備忘錄記載現場未使用靜壓式打設，直接使用一般式震動機打設，現場已打設完成21支等語，依證人即被上訴人勞工安全衛生管理員鄭榮仁、工地負責人邱文高、上訴人現場人員陳裕男等之證詞、現場照片、上訴人請款單可知，上開工程備忘錄確由陳裕男於當日確認後簽署，嗣經監造人趙建銘建築師查核後認定上訴人實作中間樁79支，其中21支採震動式工法施作，與契約圖說不符。雖採購合約第47條第1項約定，按工料差額6倍扣罰相當於126 支中間樁之工程款，惟此乃罰扣金額之計算依據，非認定上訴人全數中間樁均未依約施作。則以兩造約定中間

樁每支單價3 萬1000元，經趙建銘建築師查核認定符合約定工法施作之中間樁共58支，被上訴人依系爭契約第6條「付款辦法」第1項、合約明細工程總價乙之約定，本即應給付上訴人該部分工程款179萬8000元，上訴人已自被上訴人受領170萬1900元，未逾依約得請領之金額，係有法律上原因受有利益，無須返還等情，有另案判決書在卷可稽（本院更一卷㈠第130至150頁、221至223頁），此部分經最高法院108年度台上字第2476號判決上訴駁回而告確定。依上開說明，被上訴人就上訴人中間樁施作受領工程款乙節，係有法律上原因，並無不當得利債權存在乙節，不得再為相反之主張，本院亦不得為相異之判斷。準此，被上訴人就上訴人受領之中間樁施作工程款，並無不當得利債權可主張抵銷。

5.依上所述，被上訴人得據以抵銷之金額為瑕疵修繕費用10萬元及逾期違約金8萬5405元。

七、業主即新工處就系爭工程（含追加工程）均已驗收完畢，上訴人已可請求返還全部保留款（見不爭執事項㈢），而就保留款金額為218萬1610元，兩造並不爭執（見本院更一卷㈡第58至59頁）。從而，系爭工程之工程款（含保留款）總計為2242萬500元（見不爭執事項㈠），經扣除上訴人未施作亦未請款之「回填土含震動夯實」工程款20萬8534元及「筏基回填土」工程款8萬5852元，再扣除上訴人不得請求之預壘樁取樣費用33萬7500元後，及被上訴人主張抵銷之瑕疵修繕費用10萬元、逾期違約金8萬5405元（兩造同意先抵銷本金，見本院前審卷㈡第96頁），上訴人得請求之工程款為2160萬3209元（含保留款218萬1610元，計算式：2242萬0500元－20萬8534元－8萬5852元－10萬元-33萬7500元-8萬5405元＝2160萬3209元）。而被上訴人已給付之金額為1895萬3264元，則上訴人尚得請求264萬9945元（計算式：2160萬3209元－1895萬3264元＝264萬9945元），此包括工程款46萬8335元、保留款218萬1610元。

八、綜上所述，上訴人依承攬契約法律關係，於原審請求上開金

額中之46萬8335元，及自起訴狀繕本送達翌日即100年11月4日起至清償日止，按年息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。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，尚有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄，並改判如主文第2項所示。至上訴人於原審之請求不應准許部分，原判決為其敗訴之判決，並駁回該部分假執行之聲請，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。另上訴人於本院二審追加請求保留款218萬1610元，及自104年3月24日言詞辯論意旨狀送達翌日即104年3月25日起至清償日止，按年息5%計算之利息部分，為有理由，應予准許，並判決如主文第3項所示。又兩造就上訴人勝訴部分，均陳明願供擔保為假執行及免為假執行，經核與法律規定相符，爰分別酌定相當之擔保金額准許之。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

十、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，追加之訴為有理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　24　　日

工程法庭

審判長法　官　魏式璧

法　官　黃悅璇

法　官　郭慧珊

以上正本證明與原本無異。

被上訴人如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。

上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　24　　日

書記官　馬蕙梅

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。