

臺灣高等法院高雄分院民事判決

109年度建上字第34號

上訴人 光盛營造股份有限公司

法定代理人 柯俊吉

訴訟代理人 王伊忱律師

複代理人 呂季穎律師

訴訟代理人 王恒正律師

被上訴人 梵華工程企業有限公司

法定代理人 林王雪

訴訟代理人 林佳瑩

郭俐瑩律師

陳樹村律師

宋瑞政律師

複代理人 龔暉翔律師

上列當事人間因給付工程款事件，上訴人對於中華民國109年9月30日臺灣橋頭地方法院104年度建字第83號第一審判決提起上訴，本院於111年8月24日辯論終結，判決如下：

主 文

一、原判決關於：(一)第一項命上訴人給付部分，及該部分假執行之宣告；(二)第六項駁回上訴人後開第三項之訴部分，及該部分假執行之聲請；(三)除確定部分外訴訟費用之裁判，均廢棄。

二、上開廢棄(一)部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、上開廢棄(二)部分，被上訴人應給付上訴人新台幣捌拾參萬肆仟貳佰參拾捌元，及其中新台幣貳拾肆萬壹仟捌佰貳拾捌元，自民國一〇四年十月十七日起，其餘新台幣伍拾玖萬貳仟肆佰壹拾元自民國一〇六年五月二十四日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

01 四、上訴人其餘上訴駁回。

02 五、第一（除確定部分外）、二審訴訟費用，由被上訴人負擔十
03 分之八，餘由上訴人負擔。

04 六、本判決第三項命被上訴人給付部分，於上訴人以新台幣貳拾
05 捌萬元預供擔保後得假執行，但被上訴人如於假執行程序實
06 施前以新台幣捌拾參萬肆仟貳佰參拾捌元預供擔保，得免為
07 假執行。

08 事實及理由

09 壹、本訴部分：

10 一、被上訴人起訴主張：兩造於民國103 年1 月17日簽訂系爭契
11 約，由伊承攬上訴人「青海段248、249地號店鋪、住宅新建
12 工程」之「模版組立工程」（下稱系爭工程），約定施作單
13 價為每坪新台幣（下同）6,200 元，共需施作2,450 坪，工
14 程總價為1,519萬元。而依系爭契約第4條約定，按實作工程
15 數量結算工程款，伊已完成系爭工程B1F 至B4F 之模板工
16 程，實際施作坪數為886.37坪，依上開單價計算後，已施作
17 工程款加計5 %營業稅為577萬0,269 元，扣除上訴人已給
18 付280萬0,307 元，上訴人尚應給付伊工程餘款296萬9,962
19 元。又伊並無未按時施作情形，亦無工班不足、進度嚴重落
20 後之情事。至被上訴人之工地主任陳世昌於103 年11月11日
21 召開協調會議（下稱系爭會議），伊員工林佳瑩係遭詐欺及
22 脅迫始在系爭會議紀錄上簽名，其意思表示有瑕疵，伊已依
23 民法第92條規定撤銷該意思表示，故上訴人於103年12月5日
24 以左營新莊仔郵局第1261號存證信函（下稱系爭存證信函）
25 終止契約，不生終止之效力。然上訴人卻將伊未完工部分程
26 重新發包予訴外人日堽企業有限公司（下稱日堽公司）施
27 作，致伊無法繼續施作，上訴人有可受歸責之事由而陷於給
28 付不能，伊得依民法第226條第1 項規定，請求上訴人就伊
29 未完成工程所失利益負損害賠償責任。縱上訴人得任意終止
30 契約，伊亦得依民法第511 條但書規定，請求上訴人賠償伊
31 因終止契約所受之損害。而損害數額應以伊未完工之工程金

01 額926萬1,312 元，依財政部核定營利事業同業利潤標準中
02 模板工程之淨利率為11%計算，故伊所受損害為101萬8,744
03 元。爰依系爭契約、民法第226 條第1 項、第511 條但書規
04 定，求為判決：(一)上訴人應給付被上訴人398萬8,706 元
05 (2,969,962元+1,018,744元=3,988,706元)，及自起訴狀
06 繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息。
07 (二)願供擔保請准宣告假執行。

08 二、上訴人則以：被上訴人就系爭工程施作進度落後，時任伊工
09 地主任之陳世昌請被上訴人於103 年11月11日至上訴人公司
10 召開系爭會議，被上訴人指派林佳瑩參加，兩造達成協議，
11 被上訴人應於系爭會議紀錄所載約定日期施作完成，然被上
12 訴人未於期限內施作完成，且將模板材料等任意棄置工地未
13 予清理，伊乃於103年12月5日以系爭存證信函向被上訴人終
14 止契約，並得依系爭契約第22條第2項第14款約定，沒收被
15 上訴人之保留款，故被上訴人可領取之工程款經扣除保留款
16 後，加計5 %營業稅為519萬3,242 元，再扣除被上訴人已
17 領取工程款（含稅）280萬0,664 元、營造綜合保險7萬5,95
18 0元、代叫垃圾清理及未戴安全帽等9,486 元，被上訴人尚
19 得請求之工程款為230萬7,142元。而伊因被上訴人未依約施
20 作完成終止系爭契約，自得依系爭契約第22條第2項約定，
21 請求被上訴人賠償另行發包增加支出之損害259萬7,237元。
22 又被上訴人施作系爭工程有瑕疵未為修補，伊得依民法第49
23 5條第1項規定，請求被上訴人賠償瑕疵修補費用70萬2,412
24 元。經以上開賠償金額抵銷後，被上訴人已無餘額得向伊請
25 求等語置辯。

26 三、關於本訴部分，原審判決上訴人應給付被上訴人395萬1,386
27 元，及自104年6月5日起至清償日止，按週年利率5%計算之
28 利息，駁回被上訴人其餘之訴，並為附條件准、免假執行之
29 宣告。上訴人不服，提起上訴。上訴人上訴聲明：(一)原判決
30 不利於上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人第一審
31 之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁

01 回。至原審駁回被上訴人請求部分（3,988,706元-3,951,38
02 6元=37,320元），未據上訴，已確定。

03 四、兩造不爭執事項：

04 (一)兩造於103年1月7日簽立系爭契約，被上訴人承攬上訴人之
05 系爭工程，約定施作單價為每坪6,200 元（未稅），工程總
06 價為1,519萬元。

07 (二)被上訴人之員工林佳瑩曾於103 年11月11日代表被上訴人，
08 與上訴人之工地主任陳世昌、工程師魏仁鴻召開系爭會議，
09 林佳瑩並在系爭會議紀錄上簽名。

10 (三)上訴人曾於103 年11月25日發函通知被上訴人施工進度落
11 後，出工人數亦不足，其中103年11月20日完成地界周邊圍
12 牆組模工程，已延誤未於期限完成；103年11月26日完成1F
13 頂板組模作業，進度亦落後，請被上訴人加派工班攢趕工
14 進，以免再次延誤，否則將依合約規定終止契約。又於同年
15 月26日發函通知被上訴人該期估驗暫不付款，經被上訴人收
16 受。另於103 年12月5 日以系爭存證信函向被上訴人為終止
17 契約之意思表示，該函於同年月9 日送達被上訴人。被上訴
18 人則於104 年1 月21日以律師函向上訴人撤銷系爭會議紀錄
19 之意思表示，經上訴人收受。

20 (四)被上訴人就系爭工程B4F 至B1F 部分，已全部施作完成，實
21 際施作完成之數量為886.37坪。被上訴人依上開實做數量可
22 請領工程款549萬5,494 元，經扣除保留款後為494萬5,945
23 元（未稅）。被上訴人已領得工程款280萬0,664 元。

24 (五)被上訴人得請領之工程款，應扣除上訴人代叫垃圾清理及未
25 戴安全帽罰款共9,486 元及營造綜合保險（兩造對此部分金
26 額有爭執）。

27 (六)上訴人將被上訴人尚未施作部分，另行發包由日堽公司承
28 攬，約定每坪單價為7,835 元（未稅），施作數量為1,513
29 坪。

30 (七)關於被上訴人已施作完成之B4F至B1F部分，經高雄市土木技
31 師公會鑑定，認定有清水模板施工不良，所需補正工程費用

01 為70萬2,412元。

02 (八)若認被上訴人有可受歸責之事由，就系爭工程1F頂板組模未
03 於103年11月26日施作完成，上訴人得請求自103年11月27日
04 起至同年12月9日之違約金（被上訴人於本院就違約金計算
05 之終日有爭執）。

06 (九)上訴人第二次變更設計，不影響被上訴人地界周邊圍牆、1F
07 牆柱組模之施作。

08 五、被上訴人員工是否遭上訴人詐欺或脅迫而於系爭會議紀錄
09 （原審卷一第18頁）上簽名？

10 被上訴人主張上訴人之工地主任陳世昌，以上訴人將於103
11 年11月15日撥款為由，向伊員工林佳瑩詐稱系爭會議紀錄係
12 為儘速撥款之用，並脅迫稱若不簽即拿不到錢，致林佳瑩陷
13 於錯誤，而在系爭會議紀錄上簽名，嗣上訴人於103年11月1
14 5日仍未撥款，伊始知受騙，伊已依民法第92條規定撤銷該
15 意思表示，故系爭會議紀錄係林佳瑩遭上訴人詐欺脅迫而簽
16 署云云，並提出103年12月6日陳世昌與林佳瑩間、103年12
17 月29日蘇清池、林佳瑩與上訴人之機電副理黃稚家間之錄音
18 譯文為證（原審卷五第219至241頁、第245至297頁；本院卷
19 一第429至467頁），惟為上訴人所否認。查：

20 (一)證人陳世昌證稱：伊不可能向被上訴人表示上訴人於103年1
21 1月15日會放款，若被上訴人不簽系爭會議紀錄，即不放款
22 之語。伊工地只是負責進度，被上訴人先前有很多不良的紀
23 錄，所以伊才特別找被上訴人來開會，白紙黑字寫下進度才
24 能向公司（指上訴人）回報。一般都是打電話聯絡，如果廠
25 商有照約定，伊等就不會開這個會。因被上訴人進度落後，
26 開這個會的目的就是要求廠商白紙黑字寫在會議紀錄上面，
27 伊工地會找廠商開會，請廠商依協調進度執行，這與所謂請
28 款無關。伊應該是向被上訴人表示會幫其向上訴人爭取，伊
29 僅係工地主任，怎麼可能以放款作為簽到之條件等語（原審
30 卷五第111頁；本院卷三第71、72頁）。可見證人陳世昌係
31 因被上訴人施工進度落後，始召開系爭會議，以督促被上訴

01 人能依協商進度施作，並要求被上訴人在會議紀錄上簽名，
02 以向上訴人回報協商結果，證人陳世昌並未向被上訴人表示
03 上訴人同意將於103年11月15日發放工程款予被上訴人。蓋
04 果如被上訴人所言，其係因上訴人表示將於上開期日發放工
05 程款始在系爭會議紀錄上簽名乙節為真，此既屬攸關其重要
06 權利事項，被上訴人理應要求將上訴人應允事項記明於系爭
07 會議紀錄內，以免日後滋生爭端，然觀以系爭會議紀錄內
08 容，並無類此文義，自難遽認被上訴人上開片面指述係屬真
09 實。又觀之陳世昌與林佳瑩間上開錄音譯文內容，
10 林佳瑩：「都是你害我的，沒事叫我簽那張，才可以領錢。

11 」

12 陳世昌：「本來就是，公司都是這樣跟我說的，結果你算我
13 排11月26，11月7日灌漿到11月26日幾天妳知道
14 嗎？」等語（本院卷一第438頁）。

15 由上開對話內容，無從認定上訴人曾表示其將於103年11月1
16 5日給付工程款予被上訴人，若被上訴人拒絕在系爭會議紀
17 錄上簽名，即不於該日發放工程款予被上訴人之詞。況證人
18 林佳瑩復證稱：當日陳世昌跟伊說，若伊不簽系爭會議紀
19 錄，公司不會放款給伊，若有簽，公司就會放款給伊，伊跟
20 陳世昌說如果要伊簽的話，公司一定要在11月15日放款給
21 伊，而且工程圖說不可變更，且其他廠商也要配合，假如陳
22 世昌沒有答應伊之條件，伊也不會簽等語（原審卷武帝143
23 至145頁），可知林佳瑩於簽立系爭會議紀錄前，尚有提出
24 條件要求陳世昌應允，足見斯時雙方確有協調之過程，則林
25 佳瑩於簽立系爭會議紀錄之意思自由是否已遭脅迫而受壓
26 抑，即非無疑。據此，難認上訴人有以此藉詞詐騙或脅迫被
27 上訴人簽署系爭會議紀錄之情事。

28 (二)被上訴人雖又引蘇清池、林佳瑩與黃稚家上開錄音譯文內容
29 為佐，

30 林佳瑩：「對啊，他騙我簽會議紀錄，也不是 11/11日簽，
31 是11/12、11/13才簽的」

01 林佳瑩：「他說我若沒簽，地下室一樓11月15日不可能放款
02 」

03 黃稚家：「結果還是沒有給你吧」

04 林佳瑩：「對啊，地下室一樓他15日也沒放款給我。」

05 林佳瑩：「你看也都沒放款下來，都已12/29（誤繕為11/29
06 ）了」

07 林佳瑩：「你先聽我說，15號錢沒下來，我就跟他說你不是
08 叫我簽那會議紀錄，公司就會把錢給我啊，怎麼
09 沒下來？」

10 黃稚家：「那他怎麼回答？」

11 林佳瑩：「他說，我也是被公司騙了，他說公司叫他寫的」

12 林佳瑩：「知道，我有可能那麼笨，明知到不可能20號做得
13 出來，我會自己找自己麻煩，要不是他強調叫我
14 簽那一張會議紀錄，公司才會把錢給我，我才不
15 會簽」

16 黃稚家：「他就是利用你需要這條工程款，才會陷害你，對
17 不對！我會不知嗎？」

18 林佳瑩：「對啊，他這樣是誰的不對，他就是存心要陷害於
19 我們」等語（本院卷一第451至453頁），

20 惟證人黃稚家證稱：伊不知道兩造間有無被上訴人在系爭會
21 議紀錄上簽名，上訴人在103年11月15日就會發放工程款之
22 約定，伊記得當時是向林佳瑩表示，有嗎？伊不知道此事。
23 伊並未參與系爭會議，會議紀錄亦無伊之簽名等語（本院卷
24 二第124至128頁）。是證人黃稚家並未參與系爭會議，其對
25 兩造間是否有被上訴人在系爭會議紀錄簽名，上訴人即於10
26 3年11月15日發放工程款之約定，亦不知情，且參以上開對
27 話內容，林佳瑩先一再片面指稱其遭上訴人詐稱將於103年1
28 1月15日發放工程款始於系爭會議紀錄上簽名之語，黃稚家
29 因而據此回應林佳瑩不應簽署，可知黃稚家並非依其在系爭
30 會議親身見聞所知者而為證述。至黃稚家雖曾向被上訴人透

01 露系爭會議紀錄之約定期限，係由陳世昌自己所定，而非由
02 上訴人所決定之語，然陳世昌為系爭工程之工地主任，具有
03 管理及督導現場施工人員按工進施作之職責，上訴人嗣後亦
04 一再依系爭會議內容函催被上訴人趕工（不爭執事項(三)），
05 可見黃稚家所稱陳世昌擅自決定期限或陷害被上訴人，顯係
06 其個人主觀臆測之詞，無從採為有利於被上訴人之判斷。

07 (三)據上，被上訴人所舉諸事證，均不足以證明被上訴人係遭上
08 訴人詐欺或脅迫而簽署系爭會議紀錄，被上訴人上開主張，
09 係屬無稽。是被上訴人簽署系爭會議紀錄之意思表示既無瑕
10 疵，其自不得依民法第92條規定撤銷該意思表示。又依系爭
11 契約第2條第3項約定：「合約有未盡事宜，以工地協調會甲
12 乙方之決議紀錄，列入合約之一部分，具有合約之同等效
13 力」等語，是系爭會議紀錄為系爭契約內容之一部，視為與
14 系爭契約有同等效力，兩造既簽立系爭會議紀錄，自均應受
15 該會議紀錄內容之拘束。

16 六、上訴人以被上訴人施工進度落後為由，依系爭契約第22條第
17 2項約定終止契約，有無理由？

18 (一)關於系爭工程B1F至B4F施工部分：

19 1.查，上訴人曾於103年8月29日就系爭工程之地下室結構體工
20 程進度召開廠商工地檢討協調會議，被上訴人派員（蘇俊
21 銘）參加該會議，其中關於系爭工程記載：「模板工程人數
22 每天約僅10餘人，出工人數略有不足，請梵華公司招募足夠
23 之工人，以免影響後續工程進度」等語，此有該會議紀錄附
24 卷可稽（本院卷一第347頁）。又原審委託高雄市土木技師
25 公會鑑定系爭工程自地下4樓施作至地下1樓、地上1樓，各
26 樓層所需之合理工期為若干？以系爭工程之實際施作情形，
27 被上訴人施作系爭工程有無延誤工期？如有延誤工期，則是
28 否可歸責於被上訴人等，鑑定結論略為：「每層模板正常施
29 工時間最長為14天（需協調配合施工），實際模板施工為8
30 天，則每層樓平均每天出工數理論應為161天/8天 $\div$ 20工，
31 因工地現況環境施工難易度，各工種配合度、工人施工技術

等因素，往往影響工進…綜上雖每層模板施工總出工數超過正常施工之理論出工總數，但每天出工數大部分皆不足20人…地下4樓（B4樓）～地下1樓（B1樓）合理工期約為 $14 \times 4 = 56$ 天，雖進度使用87天不如預期，出工數明顯不足，被告（即上訴人）仍繼續請原告（即被上訴人）增加出工數，攢趕進度」、「系爭工程實際施作情形B4F～B1F，因原告出工數明顯不足，雖經工地協調會催告，仍未改善，影響工進」等語，此有該鑑定報告可稽（外放存卷）。該公會亦函覆補充說明：「但本系爭工程每層樓實際使用工期皆多達21天～24天，超出正常工期14天甚多，且出工數明顯不足」、「經檢視B4F～B1F施工工程日報表之出工數…出工數B4F僅4天達20工，B3F僅2天達20天，B2F僅2天達20工，B1F僅6天達20工」、「在實際可完全施工期間內，系爭工程原告應派足20工攢趕工進，才能完成預定進度，而非在可施工期間出工數不足無效施工，拖延施工期至21～24天」等語（原審卷四第389、390頁）。另證人即鑑定人葉國清技師證稱：施作地下1、2層部分出工數明顯不足，有時1、2人出來，平均出工數有明顯不足，造成工期遲延。像地下1、2、3層都已經成形了，工期應可縮短，所以經過統計認為效率沒有那麼好等語（原審卷五第130至133頁）。再者，證人陳世昌證稱：模板工程自地下室開工後，進度一直跟不上，品質也不良等語（原審卷五105頁）。據上，足認被上訴人施作系爭工程B4F至B1F，確有出工數不足而有施工進度落後之情形。

2.被上訴人雖主張：上開鑑定報告已認定B4F至B1F之實際出工數為979工，已超過正常施工之理論出工數644工，伊顯然已支出更多人力成本施作系爭工程，並無出工數不足之情事云云。惟證人葉國清證稱：出了很多工，可能今天出了3工，明天出了5工，一下子又出了20工，總工數有達到，但沒有達到實際效果，才講是無效施工。（出工數與點工數有無關連？若點工數高，有效出工率隨同亦高？）不是人多施工品質及進度就會好，例如：出10人工，實際有效施工僅3人

01 工。功率20人係前鑑定報告統計出來，由施工日報表來看，
02 大部分均未達20人。若功率非常好，可能15人就可以做20人
03 的工作，可達預定施工進度，或施工進度超前，但被上訴人
04 施作系爭工程B4F至B1F之施工進度有落後，表示被上訴人施
05 工效率不好，功率不佳從施工進度可以看出（原審卷五第13
06 3頁；本院卷二第120、121頁）。是所謂出工數是否已足，
07 係以承攬人之施工效率即功率之高低而定，縱實際出工人數
08 多，若其等功率不佳，仍應謂為出工數不足。故被上訴人上
09 開主張，不符一般工程理論及實務，係屬無據。

- 10 3.被上訴人又主張：系爭契約並未約定伊每日應出工之人數，
11 且伊需配合其他廠商工程之進行，故未約定具體完工時間。
12 又伊僅係系爭工程之承攬人，尚須配合前段其他工程承攬人
13 之工程進度（例如水電管線配置、鋼筋綁筋、混凝土灌漿工
14 程等），始能進場施作，故伊在等待前段工程期間，不可能
15 每日出工人數維持20工，不應將該等待期間計入系爭工程之
16 工期云云。查，證人葉國清技師證稱：挖地下室最下層時，
17 因是準備動工，準備時間較長，但之後上面幾層就會比較
18 順，工期較短，所以14天是統計之平均數，並非每一層都是
19 14天，地下層比較簡單，沒有開窗、陽台，但地面層有花
20 臺、開窗，所以平均起來14天是這樣算出來的。正常來講平
21 均一個樓層是14天，14天是正常施工的平均值，應該14天可
22 以做完，拖到20幾天做完比較沒有效率。伊計算工期已把異
23 常部分剔除。伊已將模板工程應配合之其他工項均考慮在
24 內，始認定每層模板施工合理工期為14日。模板工期所謂14
25 天是通知模板進場時開始計算，配合工程是計算在模板的14
26 天內。（鋼筋的時間也算在14天內嗎）如模板全部做完讓鋼
27 筋做，就不算你模板的時間。但有時綁鋼筋是兩層鋼筋時，
28 可能模板要先組好一邊，然後再組鋼筋起來，然後再去組模
29 版，不然模板組好鋼筋就不能綁，這是配合工程。模板完全
30 沒有辦法做的時間，不能算模板的時間，但模板配合的時候
31 是算模板的工期，像綁水電時，鋼筋做好，水電要配管，配

完之後封模，否則封模後，其他工班都不能進去等語（原審卷五第129至133頁；本院卷二第120頁）。又高雄市土木技師公會對此亦函覆補充說明：「因考量配合工程協調配合施工，故組立每層模板正常為14天，而每層樓實際模板施工為8天，另在鑑定報告書中已考量其他工種（因每一工地配合工種不盡相同故非特殊工地皆採用正常施工期為14天），已考量給予適當餘裕時間」、「依每層模板正常施工期14天，扣除配合其他工種施工，實際施工期為8天，在實際施工期每天出工數應密集派足20工攢趕，方能如期完成工進」、「每層模板正常施工期為14天，實際施工期為8天，即已考量其他配合工程之等待期間，在配合其他工種施工，實際模板施工期為8天」等語（原審卷四第389、390頁）。可見鑑定技師已考量系爭工程之施工面積、現況及其他配合工程之等待期間等因素，本於其工程專業理論及經驗為計算，因而認定系爭工程每樓層平均每日出工數理論為20工；系爭工程每樓層實際施工工期為8日，加計其他配合工程之工期後，所需合理工期平均為14日。而被上訴人負責施作之模板工程，本應與其他工程相互配合循序完成，非謂系爭契約並未約定完工期限，被上訴人即可任意延宕工程進度。故被上訴人上開主張，要無可採。

(二)關於系爭工程之地界周邊圍牆、1F牆柱組模、1F頂板組模作業施工部分（兩造不爭執此為被上訴人應施作部分，本院卷一第512、513頁。至1F地坪撐牆及上層板施作部分，被上訴人自陳與地界周邊圍牆工程一起施作，本院卷二第72頁，故以地界周邊圍牆，統稱之）：

1.被上訴人簽署系爭會議紀錄，應受該會議紀錄之拘束，已如前述，則依系爭會議紀錄記載，被上訴人就地界周邊圍牆工程，應於103年11月20日完成組模工程；就1F牆柱組模，應於103年11月20日完成；就1F頂板組模作業，應於103年11月26日完成。而被上訴人先自承：伊依上訴人指示，先施作完成與隔壁大樓周邊圍牆相鄰之外牆之模板組立部分，自103

01 年11月13日起開始施作圍牆，圍牆工程於103年11月28日完
02 成灌漿，故圍牆工程已完成。伊繼續施作1F外牆至頂板並封
03 模直至103年12月6日，僅餘一塊版面未施作完成，其餘皆已
04 完成等語（本院卷一第159頁），後又改稱：地界周邊圍牆
05 工程係於103年11月28日完工；1F牆柱組模係於103年11月20
06 日開始施作，於103年11月29日施作完成；1F頂板組模作
07 業，係於103年12月2日開始施作，於同年月5日施作完成等
08 語（本院卷三第32頁），姑不論前後何者可採，經與系爭會
09 議紀錄內容比對後，被上訴人就系爭會議紀錄所約定應負責
10 施作之各工項，確均已逾約定期限始施工完成，至為明確。

11 2.被上訴人雖主張：伊係依上訴人提供之圖面始可進行施作，
12 而上訴人於103年12月1日申請第二次變更設計，可認其在此
13 之前已有變更設計之計畫，然上訴人並未依系爭契約第6條
14 第1項及第7條約定通知伊，亦未提供第二次變更設計圖說予
15 伊，卻要求伊應於103年11月26日前完成1F頂板組模作業，
16 其目的係為使伊拆除重做，增加伊施工費用，再藉此終止系
17 爭契約，故伊未完成1樓頂板組模作業，係可歸責於上訴人
18 未提供第二次變更設計之圖面所致云云。經查：

19 (1)依系爭契約第6條工程變更第1項約定：「甲方對本工程如有
20 變更計畫及增加減工程數量之必需時，乙方接到甲方通知後
21 須依新計畫辦理。乙方不得因數量增減而要求調整合約之各
22 項單價」、第7條工程圖說約定：「所有本工程之圖樣及施
23 工說明書等乙方須確實依照辦理，甲方如發現乙方所做工程
24 不合圖說規定得通知乙方拆除重做，其損失由乙方負責。凡
25 圖說中未經註明而為施工上所必須或慣例上所應有者亦須照
26 做，不得推諉，並不得要求加價或補貼」等語。而系爭工程
27 第二次變更設計（即陽台變更），被上訴人約於103年11月
28 中旬開始進行設計變更圖說，並於103年11月20日完成初
29 稿，103年11月24日定稿，於103年11月26日向主管機關申請
30 第二次變更設計，103年12月11日主管機關核准第二次變更
31 設計，此有陳鵬宇建築師事務所111年2月10日（111）磊光

01 洲字第0000000-0號函可稽（本院卷二第459至465頁）。又
02 證人陳世昌證稱：本件工程有變更設計之情形，印象中就是
03 高雄厝之陽台變更設計外推。變更設計會先通知工地主任，
04 由建築師出具變更設計之圖面經公司審查確認後，就交給工
05 地施作執行。大概在建築師變更設計階段時，工地就會知道
06 公司政策有變更，但伊等還不會拿到圖說，一般建築公司會
07 一邊做一邊改，但會在要施作之樓層進度前完成變更，否則
08 會導致已經做好的東西還要變更。整個變更設計完成才會拿
09 到圖說，到工務局可能還會審核修正，所以要等到整個程序
10 確定，圖說才會交給工地。承商也要等到伊等拿到圖說後，
11 才知道哪些地方有修改。依工地慣例，未拿到新圖說前，都
12 是要依舊圖面繼續施作，上訴人並未下停工指令，伊雖有預
13 告被上訴人要施作高雄厝的陽台，但被上訴人仍可繼續施
14 作，上訴人並未因第二次變更設計陽台部分，而要求被上訴
15 人停工等語（原審卷五第106、107頁；本院卷三第70頁）。

16 (2)承上可知，上訴人依約有變更設計之權利，被上訴人於接獲
17 上訴人通知後亦有按變更設計後新圖說施工之義務；被上訴
18 人係於103年11月間為第二次變更設計之前置作業及申請，
19 嗣經主管機關於103年12月11日核准；上訴人現場執行施工
20 人員確有通知被上訴人將辦理第二次變更設計，且依施工慣
21 例，可一面施作一面修改，然在工務局核准變更設計圖說
22 前，工地現場尚未取得新圖說，且上訴人亦未要求被上訴人
23 因變更設計而停止施作。基此而論，被上訴人自應依變更設
24 計前之原圖說繼續施作，直至接獲上訴人通知須依變更設計
25 計畫為之，方可改依變更設計後之新圖說施作。本件被上訴
26 人自承其於103年11月28日始知有第二次變更設計之情等語
27 （本院卷一第180頁），而其就1F頂板組模作業，應於103年
28 11月26日施作完成，業如前述，依時序觀之，被上訴人於10
29 3年11月26日之約定完工日期，既尚未得知上訴人將辦理第
30 二次變更設計之情，上訴人亦不可能提供嗣後始經主管機關
31 核准之變更設計後之新圖說予被上訴人，且上訴人亦未要求

01 被上訴人停止依原圖說施作，則依前開說明，被上訴人就1F
02 頂板組模作業之施作，不論為陽台或非陽台部分，均應以第
03 二次變更設計前之「原圖說」於103年11月26日施作完成，
04 此與上訴人是否提供該變更設計後之新圖說顯然無涉。是被
05 上訴人未能依時限完成1F頂板組模作業，非上訴人未提供第
06 二次變更設計圖說所致。被上訴人此部分主張，洵非可採。

07 (3)至若被上訴人於上開約定期限前，就1F頂板組模作業已全部
08 施作完工部分，因與主管機關之後核准第二次變更設計圖說
09 不符而需拆除重做時，其因此而增加之施工費用應由何人負
10 擔者，則應由兩造依系爭契約或另行協商處理，故被上訴人
11 主張上訴人係為使伊拆除重做，增加伊施工費用，再藉此終
12 止系爭契約云云，純屬臆測之詞，要無可取。

13 3.被上訴人又主張：上訴人為第二次變更設計會影響1F頂板組
14 模作業之施作等語。查，證人陳世昌證稱：陽台第二次變更
15 設計不會影響被上訴人施作頂板，被上訴人可先施作非陽台
16 部分之頂板，之後再施作陽台外推加大部分之頂板。被上訴
17 人只是施作組模，不影響承重，承重部分以鋼筋補強處理。
18 第二次變設計陽台部分只會影響陽台面積加大外推組模的部
19 分，但不影響非陽台部分（室內）的組模，亦即不影響一樓
20 頂板非陽台部分之組模，仍可以繼續施作。一樓頂板是整體
21 的，即包含陽台及非陽台部分，若陽台部分有變更設計，一
22 樓頂板無法認定全部完工等語（本院卷三第70、71頁）。高
23 雄市土木技師公會鑑定報告認：「地面1樓（1F）由於2樓
24 （2F）陽台變更及1樓外景觀變更，影響1樓施工，部分可歸
25 責被告變更，部分歸責於原告出工數不足，無法攢趕工進」
26 等語（外放存卷）；對系爭工程第二次變更設計是否影響非
27 陽台部分之1樓頂板組模作業之施作，亦認：第二次變更設
28 計不影響非陽台變更部分之模版施工等語（本院卷二第457
29 頁、卷三第87頁）。固可認系爭工程第二次變更設計，確對
30 1F頂板組模陽台部分之施作有影響，而不影響非陽台部分組
31 模之施作，換言之，第二次變更設計前、後，有關非陽台部

分之圖面並無異動，被上訴人仍可依原圖說繼續施作，而有
關陽台部分之圖面，因第二次變更設計有更動，被上訴人應
依第二次變更設計後之新圖說施作，且因1F頂板組模係整體
作業，若其陽台部分因變更設計無法進行模版施工，即便非
陽台部分已施作完成，此施工項目仍不得視為全部完工。然
而，被上訴人於知悉上訴人有第二次變更設計之情事前，1F
頂板組模作業，不論為陽台或非陽台部分，均應依「原圖
說」於系爭會議紀錄所定約定期限內施作完成，業敘如前，
是證人陳世昌及鑑定單位之上開證述及意見，並未考量兩造
間簽立有系爭會議紀錄及被上訴人知悉第二次變更設計之時
點等因素，尚不足為有利於被上訴人之認定。

4.被上訴人再主張：上訴人於103年12月5日寄發存證信函向伊
終止系爭契約時，伊已完成1樓非陽台部分之牆柱、頂板之
組模工程，僅餘1塊頂板部分未施作完成云云，並引施工照
片（原審卷三第254頁上方；本院卷三第131頁）及舉證人金
永章為證。查：

(1)證人陳世昌於原審固證稱：（本件工程陽台外推變更，你拿
到圖說時施工進度為何？）結構體大概到二樓，一樓的結構
體頂板差不多都完成了等語（原審卷五第107頁），然據其
於本院證稱：依廠商之契約來看，灌漿完成才是整個結構體
完成，灌漿雖不是被上訴人之工作，但灌漿時，被上訴人應
派員到場監督，因有時灌漿可能爆模，代表被上訴人組模沒
有組好，算是被上訴人之責任，灌漿完成才可稱被上訴人完
工，以伊現陳述為主。被上訴人在退場時，尚未就陽台部分
施工，是後續接手之廠商幫被上訴人完成陽台施工。一樓頂
板完成之工程款，也是由後手廠商領走。被上訴人尚未施作
高雄厝陽台部分就已經退場了，如施工日報表所載（本院卷
一第243至259頁），被上訴人僅在103年12月3日有施作一樓
頂板之紀錄，其只有完成1樓牆柱，高度到樑以下的牆柱灌
漿完成，頂板的部分，被上訴人只有施作一日，出工數為23
人。一層頂板施工日數至少要一週，且出工人數要20人以上

01 才有辦法完成等語（本院卷三第71至74頁）。經核上開施工
02 日報表雖係上訴人所製作，惟該書面係由監工依現場實際情
03 形紀錄製作，業經證人陳世昌證述在卷（本院卷三第73
04 頁），而被上訴人復未能提出其他施工紀錄供審認，堪認該
05 施工日報表之內容，應屬可採，且證人陳世昌於本院以施工
06 日報表為據所為證述亦屬可信。由上證述可知，被上訴人僅
07 於103年12月3日有施作1F頂板模板組立，而1F頂板組模作業
08 殊無可能於1、2日內之同年月5日施作完成，故被上訴人上
09 開主張，洵非無疑。

10 (2)次者，上訴人於103年12月5日終止系爭契約後，將系爭工程
11 未完成部分另行發包日堽公司繼續施作，此有其等於104年1
12 月17日所簽立之工程承攬合約書可稽（原審卷一第118至123
13 頁、第184至189頁）。觀以該合約之承攬施作範圍為1F～15
14 F、屋突1～3層，可知日堽公司施作範圍涵括1F模板部分。
15 又證人即日堽公司之下包施工人員葉文志證稱：伊進場施作
16 時，一樓頂板的樑及模板幾乎未施作。1樓牆壁及柱子大部
17 分已經施作，伊無法確認一樓牆壁與柱子是否已完工，因可
18 能還有些誤差，但大部分已經完成。伊進場施作時，施作範
19 圍為一樓頂板即二樓底板模板施作，有包含陽台及非陽台部
20 分。伊是從1樓頂板幫忙施作3、4日，之後2樓底板開始往上
21 施作至15樓都是伊等自己施作，一個樓層的頂板包含牆柱及
22 頂板（底板）到可以讓他人綁鋼筋約需10個施工日，單單頂
23 板一層樓不含牆柱施作日約3、4日等語（本院卷三第29、3
24 0、34頁）。

25 (3)被上訴人雖質疑證人葉文志證詞之可信度，主張依上訴人所
26 陳，日堽公司係自104年1月5日繼續施作系爭工程，而上訴
27 人所提日堽公司開始施作系爭工程後之104年1月7日、同年
28 月8日「施工現場勤前教育/危害因素告知單」上，並無證人
29 葉文志之簽名，顯見日堽公司於104年1月5日開始施作系爭
30 工程時，證人葉文志根本未參與，其如何知悉伊於系爭契約
31 終止前已完成之狀態？又證人葉文志有在上開告知單上簽名

之日期為104年1月26、28、30日，此距日 堽公司於104年1月5日開始施作有20日以上，且日 堽公司於104年1月8日正在拆除伊所完成1樓頂板工程，故證人葉文志所見系爭工程之實際狀況，顯非伊於系爭契約終止前所完成之狀態云云，並提出施工照片為證（原審卷三第20至22頁）。觀以上訴人所提「施工現場勤前教育/危害因素告知單」（本院卷二第279至283頁、第431至435頁；卷三第11至16頁），證人葉文志固未在104年1月7、8日之告知單上簽名，而有在104年1月26、28、29、30、31日之告知單上簽名。惟據證人葉文志證稱：伊不記得何時進場施作，伊是接續他人施作完成之部分繼續施作，原先之包商也跟著伊等一起施作。伊是日 堽公司趕工不及，才找伊一起進場施作，伊進場時，已有其他廠商在工地施工了，日 堽公司叫伊一起去幫忙一樓模板之施作工程，伊不記得何時進場施作。每日進入工地就會簽告知單，不會某日簽多份告知單。伊入工地時，有時會簽告知單，有時未簽。伊去支援時（一樓頂板）有簽或沒簽告知單，伊不清楚等語（本院卷三第29至31頁、第34頁）。是證人葉文志每次進場施作系爭工程時，未必均在上開告知單上簽名，且系爭工程施作時間迄今已相隔7、8年之久，其對何時進場施作已不復記憶，並未有悖常情。至被上訴人所提上開施工照片，所呈現之畫面內容，為多數模板組立完成，少部分模板堆置一旁，無從辨識係「拆除」已完成組立之模板。且其上所載拍攝日期為104年1月8日及10日，然依該2日之施工日報表所載（原審卷三第89、91頁），並無拆除1樓頂板之相關記載（此參104年1月13、23日之施工日報表，分別有1F圍牆拆模、1F拆模之記載，本院卷二第349、359頁），況該日與上訴人於103年12月5日終止系爭契約已相隔一月，自難憑此推認被上訴人於系爭契約終止時已就1F頂板組模作業施作完成。衡以證人葉文志係日 堽公司之下包，與兩造均無特殊情誼或怨隙，亦無其他利害關係，當無偏袒一方而故為虛偽不實陳述之可能，故其依親身經歷及所知事實所為證述，自堪

憑採。

(4)證人即為被上訴人負責模板放樣之人員金永章雖證稱：伊離職時，二樓結構全部（包含第二次變更設計後之陽台）、一樓之頂板及二樓底板均已施作完成，修改後之陽台已施作完成。伊離職前，變更後之前後陽台之一樓頂板尚未施作，扣除陽台以外之一樓頂板已施作完成等語（本院卷二第240、243頁）。惟承前所述，被上訴人僅於103年12月3日有施作1F頂板模板組立，而單純施作1層頂板（不含牆柱施作）約需3、4日之工作日，亦經證人葉文志證述如前，足見被上訴人於一日無法完成1F頂板組模之施作，是證人金永章上開所述已與施工日報表之記載不符。又參以上訴人所提上開告知單（本院卷一第329至346頁；卷二第279至283頁、第431至435頁；卷三第11至16頁），證人金永章曾於103年10月13、22日、同年11月3、16日、同年12月4日、104年1月7、8、15日之告知單上簽名，可見證人金永章於上訴人為終止系爭契約時尚未離職，其於日堽公司接續施作被上訴人未完工部分仍在工地現場施作，則證人金永章所稱其離職時一樓頂板已施作完成，是否為被上訴人於103年12月5日經上訴人終止契約時所完成之狀態，已非無疑。

(5)被上訴人又引其所稱103年12月12日拍攝之施工照片為證（原審卷三第254頁；本院卷三第131頁）為佐。然觀以上開照片，無從確認被上訴人就1F頂板組模作業是否已施作完成，且若該時1F頂板組模已施作完成，何以104年1月5、7、9、11日之施工日報表（本院卷二第341至347頁），仍有「1F模板組立」之記載？自難憑此遽認被上訴人於上訴人終止系爭契約時，就1F頂板組模作業之非陽台部分已施作完畢。基此，被上訴人聲請傳喚上開施工照片上之證人郭盈宏以證明其於終止契約前，已完成1樓非陽台部分之牆、柱、頂板之組模工程（本院卷三第113頁），即無必要。又日堽公司雖於104年1月17日始與上訴人簽立工程承攬合約書，然依上開施工日報表可知，日堽公司於簽約前即已進場施作，被上

01 訴人主張日 堽公司於簽約日後始進場施作，尚有誤會，附此
02 敘明。

03 (6)據上，被上訴人就1F頂板組模作業，僅於103年12月3日施作
04 一日，一日無法施作完成1F頂板組模作業，上訴人於103年1
05 2月5日終止系爭契約時，被上訴人就1F牆柱組模，大部分固
06 已施工完成，然1F頂板含陽台及非陽台之組模部分，幾乎尚
07 未施作，上訴人乃重新發包予日 堽公司接續施作。被上訴人
08 上開主張，不足採信。

09 (三)依系爭契約第22條第2項第2款約定：「乙方如有左列情事之
10 一時，甲方得隨時不經催告，解除本合約，並得以任何方式
11 將全部或一部份工程改招他商承辦，或由甲方自辦；甲方因
12 此所受之一切損失，乙方及其保證人，應負賠償之全責。2.
13 乙方逾規定期限尚未開工或開工後工程進行遲緩、作輟無常
14 或工人機具設備不足，甲方認為不能依期限完工時」。查，
15 被上訴人就系爭工程B4F至B1F之施作，有出工數不足而施工
16 遲延之情形，又就系爭會議紀錄所載應施作工項，未於約定
17 期限內施工完成，業經認定如前。又上訴人曾於103 年11月
18 25日發函通知被上訴人施工進度落後，出工人數亦不足，其
19 中103年11月20日完成地界周邊圍牆組模工程，已延誤未於
20 期限完成；103年11月26日完成1F頂板組模作業，進度亦落
21 後，請被上訴人加派工班攢趕工進，以免再次延誤，否則將
22 依合約規定終止契約，為兩造所不爭（不爭執事項(三)）。是
23 被上訴人就系爭工程既有出工數不足而施工遲延且未於約定
24 期限施作完成等情事，則上訴人於103年12月5日以存證信函
25 依系爭契約第22條第2項之約定終止系爭契約，自為適法。

26 (四)又上開存證信函係載：「本公司曾催告，請貴公司加派工班
27 攢趕1F頂板組模作業工進，然貴公司至發文日止，施工進度
28 仍是落後未完成，更不論早該清運離地下室之模版材料，仍
29 舊散亂堆置在地下室中，明顯有工班不足，進度嚴重落後。
30 因此本公司依合約第22條第2項規定，予以終止本工程合
31 約」等語（原審卷一第85、86頁）。是上訴人於該函固係以

01 被上訴人1F頂板組模作業之施工進度落後、未運離地下室之
02 模版材料等為終止事由，而未表明被上訴人亦有施作B4F至B
03 1F、地界周邊圍牆、1F牆柱之模板工程等，有施工遲延或未
04 如期施作完成等情事。然有關終止權之行使，應否以表明終
05 止事由及依據為必要？行使後可否轉換事由或依據？均無法
06 律明文之規範。參照民法有關終止權之規定，均無以表明終
07 止事由及依據為權利行使之要件。凡具有法定終止事由，即
08 得以意思表示行使終止權。而所謂終止之意思表示，只須表
09 意人將內心欲發生終止法律效果之意思，表示於外部即足，
10 至於終止事由及依據，不必包含於意思表示之內。故終止權
11 人行使終止權，未一併表示其終止之事由及依據，對終止之
12 效力應無影響，縱使為終止之表示時，僅於眾多終止事由中
13 擇一表示，亦不影響其他終止事由得藉由該終止之表示，發
14 生終止之效力（最高法院111年度台上字第291號、臺灣高等
15 法院109年度建上字第22號裁判意旨參照）。細繹系爭契約
16 全文，並無約定終止權之行使須表明事由及依據，被上訴人
17 既就B4F至B1F之組模施工遲延，未如期施作完成地界周邊圍
18 牆、1F牆柱之模板工程等情，上訴人就此縱未於終止函文內
19 敘明，而於本件訴訟審理時始為主張，依前開說明，對終止
20 系爭契約之效力亦無影響，仍生終止之效力，附此敘明。

21 七、被上訴人依系爭契約，請求上訴人給付工程款，有無理由？
22 金額若干？

23 (一)兩造對被上訴人得請領之工程款，應扣除上訴人代叫垃圾清
24 理及未戴安全帽罰款共9,486 元及營造綜合保險，固未爭執
25 （不爭執事項(五)），惟對營造綜合險金額應如何計算，意見
26 不一致。按系爭契約第10條第2項約定：「乙方應依照承攬
27 金額千分之五，分擔本工程之營造綜合險，並於第一次請款
28 時扣除」等語。是被上訴人依上開約定，應分擔之營造綜合
29 險金額為7萬5,950元（ $15,190,000 \text{ 元} \times 5/1000 = 75,950$
30 元），然上訴人將系爭契約終止後，將被上訴人未施作完成
31 部分，另行發包予日堽公司承攬，依其等間之工程承攬合約

書第10條約定（原審卷一第185頁），日堽公司應分擔營造綜合險金額之計算式與系爭契約之約定相同，為避免上訴人就模板工程承攬人所應分擔之營造綜合險雙重獲利，本院認被上訴人於系爭契約終止前，其依約應分擔之營造綜合險金額，應以其實際施作而得請領工程款比例計算，較為允當。而被上訴人就系爭工程B4F 至B1F 部分，已全部施作完成，其依實做數量得請領工程款為549萬5,494元（不爭執事項四），以此計算被上訴人應負擔之營造綜合險金額為2萬7,477元（ $5,495,494 \text{元} \times 5/1000 = 27,477 \text{元}$ ，小數點以下四捨五入，下同）。

(二)系爭契約第4條付款辦法第3項約定：「按工程完成階段數量估驗，每次支付計價款之90%、保留款10%，保留款其中4%於使用執照取得後三個月無息退還，另6%於二次工程完竣三個月後無息退還。」、第22條第2項第14款後段約定：「如可歸責於乙方之因素而解約（兩造不爭執該「解約」之文義，實為終止契約之意，原審卷五第21頁），乙方之保留款無條件歸甲方沒收」等語。查，系爭契約業經上訴人以被上訴人施工遲延為由而合法終止，已敘如前，則依前開約定，上訴人自得沒收被上訴人按估驗計價款10%計算之保留款。又被上訴人就系爭工程B4F 至B1F 部分實做數量得請領工程款549萬5,494 元，亦如前述，經計算後，此部分保留款為549萬,549元。至被上訴人實際在上訴人處之保留款金額為30萬3,800元，為上訴人自陳在卷（本院卷一第201至207頁），上訴人就上開保留款之差額（549,549元-303,800元），既未主張不予沒收，則該差額仍屬上訴人依約得沒收之金額，附此敘明。

(三)據此，被上訴人得向上訴人請領之實做數量工程款，經扣除保留款加計5%營業稅後，再扣除上訴人代叫垃圾清理及未戴安全帽罰款共9,486 元、營造綜合保險27,477元及被上訴人已領得之工程款280萬0,664元（不爭執事項四），本件被上訴人尚得向上訴人請領之工程款金額為235萬5,615元

01 【（5,495,494元-549,549元） $\times$ 1.05=5,193,242元；5,19
02 3,242元-9,486元-27,477元-2,800,664元=2,355,615
03 元】。

04 八、被上訴人依民法第226條第1項、民法第511條但書規定，請
05 求上訴人賠償所失利益之損害，有無理由？

06 (一)按定作人行使契約終止權與任意終止承攬契約，雖均足使契
07 約向後失其效力，惟對於契約終止後之當事人所負責任明顯
08 不同。前者倘係可歸責於承攬人，定作人尚可對之主張債務
09 不履行賠償責任，後者依民法第511條規定，應由定作人賠
10 償承攬人因契約終止而生之損害。故定作人於工作未完成
11 前，行使契約終止權不合於法律規定者，應僅不生契約終止
12 之效果，無從逕轉換為民法第511條所稱之定作人任意終止
13 契約之意思表示（最高法院105年度台上字第820號裁判意旨
14 參照）。

15 (二)被上訴人主張上訴人將未施作之模板工程重新發包予日堽公
16 司施作，致伊無法繼續施作，上訴人已陷於給付不能，上訴
17 人應依民法第226條第1項規定負損害賠償責任。又系爭契約
18 為繼續性契約，伊已依約施作完成B4～B1之模板組立工程，
19 及依變更設計前之圖說完成1樓部分牆柱工程，上訴人應依
20 同法第511條但書規定，賠償伊所失利益之損害云云。查，
21 系爭契約係因被上訴人施工遲延而合法終止，上訴人並無可
22 受歸責之事由，則被上訴人依民法第226條第1項規定，請求
23 被上訴人負債務不履行之損害賠償責任，洵屬無據。又上訴
24 人係依系爭契約第22條第2項約定行使契約終止權，終止系
25 爭契約合法，而非依民法第511條規定任意終止系爭契約，
26 則依前開說明，被上訴人自不得將上訴人依約行使契約終止
27 權逕轉換為民法第511條之定作人任意終止契約之意思表
28 示。故被上訴人依民法第511條但書規定，請求上訴人賠償
29 其未施作部分所失利益之損害，亦屬無據。

30 九、上訴人以其重新發包增加支出工程款及瑕疵修補費用，向被
31 上訴人主張抵銷，有無理由？

01 (一)上訴人抗辯：系爭契約因可歸責於被上訴人而終止，伊乃將
02 系爭工程未完成部分重新發包予日堦公司施作，因而受有重
03 新發包增加之工程款之損害，自得以該損害金額與伊應給付
04 予被上訴人之工程款主張抵銷等語。查，依系爭契約第22條
05 第2項本文約定：「乙方如有左列情事之一時，甲方得隨時
06 不經催告，解除本合約，並得以任何方式將全部或一部份工
07 程改招他商承辦，或由甲方自辦；甲方因此所受之一切損
08 失，乙方及其保證人，應負賠償之全責」等語。本件被上訴
09 人施工進度落後且遲延，上訴人發函通知被上訴人合法終止
10 系爭契約後，乃將系爭工程未完成部分重新發包予日堦公
11 司，以被上訴人與日堦公司每坪施作單價各為6,200元（未
12 稅）、7,835元（未稅），日堦公司施作數量為1,513坪（不
13 爭執事項(一)、(六)）為計，上訴人因而增加支出工程款259萬
14 7,443元【 $(7,835\text{元}-6,200\text{元}) \times 1.05$ （含營業稅） $\times 1,513$
15 坪 $=2,597,443\text{元}$ 】。是系爭契約既因被上訴人未依約履行
16 而經上訴人合法終止，上訴人自得依約請求被上訴人賠償重
17 新發包所增加之工程款2,597,443元，並以之與被上訴人得
18 請領之上開工程款金額主張抵銷。

19 (二)被上訴人主張：若認上訴人得請求其另行發包所生損害賠
20 償，伊施工逾期係因上訴人第二次變更設計所致，上訴人亦
21 有民法第217條與有過失之情事，不能請求全額之損害賠償
22 云云。被上訴人雖於本院準備程序終結後，始追加主張本件
23 有民法第217條規定之適用，然其自本件訴訟進行初始，即
24 主張其未按時施作完成，係可歸責於上訴人未提供第二次變
25 更設計之圖面所致，且該次變更設計確實影響1樓頂板組模
26 作業之施作，可見係補充先前上開主張之攻擊防禦方法，且
27 不甚延滯訴訟，依民事訴訟法第463條、第276條第1項第
28 1項第2款、第447條第1項第3款規定，應予准許其提出。
29 查，被上訴人雖就B4F～B1F已施作完成，惟其施作階段
30 有因出工數不足而有施工遲延之情形，被上訴人就地界周邊
31 圍牆、1F牆柱組模、1F頂板組模作業，均未依第二次變更設

01 計前之原圖說，於系爭會議紀錄所約定期限內施作完成，此
02 與上訴人未提供第二次變更設計之新圖說無涉，俱敘如前，
03 基此，難謂上訴人就被上訴人施工遲延有何與有過失之可
04 言。被上訴人此部分主張，自無可取。

05 (三)上訴人又抗辯：本件經高雄市土木技師公會鑑定，被上訴人
06 已施作部分之瑕疵修補費用為70萬2,412元，伊自得據此主
07 張抵銷云云。按承攬人之工作有瑕疵，須定作人定相當期限
08 請求承攬人修補，承攬人如不於期限內修補時，定作人始得
09 自行修補，並請求承攬人償還修補必要費用，或解除契約或
10 請求減少報酬，此觀之民法第493條、第494條規定自明。
11 又按因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人
12 除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬
13 外，並得請求損害賠償，民法第495條第1項定有明文，且
14 承攬人具有專業知識，修繕能力較強，較定作人接近生產程
15 序，更易於判斷瑕疵可否修補，故由原承攬人先行修補瑕疵
16 較能實現以最低成本獲取最大收益之經濟目的。是以民法第
17 495條雖規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵
18 者，定作人除依民法第493條及第494條規定請求修補或解
19 除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。惟定作人
20 依此規定請求承攬人賠償損害仍應依民法第493條規定先行
21 定期催告承攬人修補瑕疵，始得為之，尚不得逕行請求承攬
22 人賠償損害，庶免可修繕之工作物流於無用，浪費社會資
23 源，最高法院106年第5次民事庭會議決議可資參照。本件
24 被上訴人否認上訴人有定期催告其修補瑕疵，上訴人亦未提
25 出有向被上訴人為定期催告之書面證明（本院卷三第7
26 頁）。上訴人雖辯以鑑定人於104年8月11日第二次會勘前曾
27 邀被上訴人出席，被上訴人以其已委由律師處理，建議在法
28 院談為由拒絕出席（原審卷一第195頁），可認被上訴人已
29 拒絕修補，伊自無定期催告被上訴人請其修補瑕疵之必要云
30 云，惟此尚無從視為被上訴人已表明拒絕修補之意，上訴人
31 上開所辯，要屬無稽。基此，上訴人既未能舉證證明已向被

01 上訴人為定期催告之事實，即不得依前引規定，請求被上訴
02 人償還瑕疵修補費用，其此部分抵銷之抗辯，委無可採。

03 十、綜上所述，被上訴人並無遭上訴人詐欺或脅迫始簽立系爭會
04 議紀錄，自應受系爭契約內容一部分之系爭會議紀錄內容拘
05 束，被上訴人就B4F至B1F模板施作之出工數不足而施工遲
06 延，且未就系爭會議紀錄所載工項於約定期限內施工完成，
07 上訴人乃依系爭契約第22條第2項第2款約定終止系爭契約合
08 法。本件被上訴人得向上訴人請領之工程款金額為235萬5,6
09 15元，經上訴人以其依約得請求被上訴人賠償重新發包所增
10 加工程款金額259萬7,443元主張抵銷後，被上訴人已無何工
11 程款得向上訴人請求。從而，被上訴人依系爭契約、第226
12 條第1項、第511條但書規定，請求上訴人給付395萬1,386
13 元，及自104年6月5日起至清償日止，按週年利率5%計算之
14 利息，為無理由，應予駁回，其就該部分所為假執行之聲請
15 亦失所附麗，應併予駁回。原審就此部分判命上訴人給付，
16 並為假執行之宣告，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決此部分
17 不當，求予廢棄改判，為有理由。爰由本院將原判決此部分
18 予以廢棄改判，如主文第2項所示。

19 貳、反訴部分：

20 一、上訴人主張：被上訴人已施作部分尚未領取之工程款，經伊
21 以可向被上訴人請求另行發包之價差損害主張抵銷後，伊尚
22 可請求被上訴人賠償餘額。又伊得依民法第495條第1項規
23 定，請求被上訴人賠償瑕疵修補費用70萬2,412元。另被上
24 訴人應於103年11月26日完成1F頂板組模作業，然其未遵期
25 完成，迄至被上訴人收受終止系爭契約之存證信函即103年1
26 2月9日止，伊可依系爭契約第19條約定，請求被上訴人給付
27 以每逾期一日依合約總價5/1000計算，逾期13日之違約金98
28 7,350元。爰依系爭契約、承攬之法律關係，求為判決：(一)
29 被上訴人應給付上訴人197萬9,857元，及其中140萬4,535元
30 自反訴起訴狀繕本送達翌日起；其中57萬5,322元自擴張反
31 訴聲明狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率5%

01 計算之利息。(二)願供擔保請准宣告假執行。

02 二、被上訴人則以：除同本訴主張外，若認伊有施工遲延之情
03 事，上訴人於103年12月5日即終止系爭契約，並禁止伊進場
04 施作，則計算逾期違約金應至103年12月5日為止等語置辯。

05 三、關於反訴部分，原審判決對於上訴人之請求判決全部敗訴，
06 上訴人聲明不服，提起上訴，並於本院聲明求為廢棄原判
07 決，其餘同一、之聲明。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。至
08 原審駁回上訴人請求鑑定費用3萬元部分，未據上訴，已確
09 定。

10 四、上訴人就本訴部分行使抵銷權後，得向被上訴人請求之餘額
11 為若干？

12 查，本件被上訴人得向上訴人請領之工程款金額為235萬5,6
13 15元，經上訴人以其依約得請求被上訴人賠償重新發包所增
14 加工程款金額259萬7,443元為抵銷後，上訴人尚可請求被上
15 訴人給付24萬1,828元。又上訴人不得向被上訴人請求賠償
16 瑕疵修補費用70萬2,412元，已如前述。稽此，上訴人就本
17 訴部分行使抵銷權後，得向被上訴人請求之餘額為24萬1,82
18 8元。

19 五、上訴人依系爭契約第19條約定，請求被上訴人給付逾期違約
20 金，有無理由？金額以若干適當？

21 (一)按違約金，乃契約當事人以確保債務之履行為目的，約定債
22 務人不履行債務或不為適當之履行時，所應支付之金錢或其
23 他給付。旨在確保契約訂立後，債務人能確實履行債務，以
24 強化契約之效力，並節省債權人對債務不履行而生之損害，
25 所負舉證責任之成本，如約定之違約金過高時，法院得減至
26 相當之金額，民法第252條定有明文。又約定之違約金過高
27 者，法院得減至相當之數額，至於是否相當，即須依一般客
28 觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之
29 標準。且約定之違約金過高者，除出於債務人之自由意思，
30 已任意給付，可認為債務人自願依約履行，不容其請求返還
31 外，法院仍得依前開規定，核減至相當之數額（最高法院79

01 年台上字第1915號裁判意旨參照)。

02 (二)查，被上訴人自進場施工後，施工進度即有落後，亦未依系
03 爭會議紀錄於103年11月26日施作完成1F頂板組模作業，上
04 訴人乃於103年12月5日發函終止系爭契約，被上訴人於同年
05 月9日收受該函（原審卷一第183頁）。被上訴人雖以前詞置
06 辯，然被上訴人既係於103年12月9日收受上開函文，上訴人
07 所為終止意思表示於該日始到達被上訴人而發生終止之效
08 力，自應以該日被上訴人逾期之終日，況被上訴人亦陳稱於
09 103年12月12日仍在施工現場等語（本院卷三第128頁）。故
10 被上訴人就此所辯，難認可採。

11 (三)依系爭契約第19條逾期賠償約定：「乙方倘不依照合約規定
12 期限完工，或驗收缺點逾期改善，應按逾期日數，每逾一日
13 償付甲方合約總價千分之五違約金」等語。本件被上訴人未
14 依系爭會議紀錄於103年11月26日施作完成1F頂板組模作
15 業，迄至上訴人終止系爭契約之存證信函送達被上訴人即10
16 3年12月9日止，計逾期13日。則依前開約定，被上訴人應給
17 付之違約金為98萬7,350元（ $15,190,000 \text{元} \times 5 / 1000 \times 13 \text{日} = 9$
18 $87,350 \text{元}$ ）。本院審酌被上訴人施工狀況、逾期天數等違約
19 情節，暨上訴人所受之損失及利益等一切情狀後，認上開約
20 定違約金額仍屬過高，依上開說明，認應酌予核減為每日3/
21 1000為適當，經酌減後，上訴人所得請求違約金額為59萬2,
22 410元（ $15,190,000 \text{元} \times 3 / 1000 \times 13 \text{日} = 592,410 \text{元}$ ），上訴人
23 逾此部分之請求，尚屬無據。

24 六、綜上所述，上訴人依系爭契約及承攬之法律關係，請求被上
25 訴人給付83萬4,238元（ $241,828 \text{元} + 592,410 \text{元} = 834,238$
26 元），其中241,828元自反訴起訴狀繕本送達翌日即104年10
27 月17日（原審卷一第145頁）起，其餘59萬2,410元自擴張反
28 訴聲明狀繕本送達翌日即106年5月24日（原審卷二第139
29 頁）起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有
30 理由，應予准許。逾此所為請求，為無理由，應予駁回，其
31 就該部分所為假執行之聲請亦失所附麗，應併予駁回。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，上訴意旨求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第3項所示，並依上訴人陳明及依職權為准、免假執行之宣告。至上訴人此部分之請求不應准許部分，原判決為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核於法並無不合，上訴意旨求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

參、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，均不足影響本判決結果，爰不逐一論列，附此敘明。

肆、據上論結：本件上訴為一部有理由，一部無理由，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 9 月 28 日
工程法庭

審判長法官 甯 馨

法 官 林雅莉

法 官 何悅芳

以上正本證明與原本無異。

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。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 111 年 9 月 28 日
書 記 官 戴育婷

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。

01 第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。