臺灣高等法院高雄分院民事判決

111年度建上字第14號

上　訴　人
即附帶被上
訴人　　陳麗清
訴訟代理人　許瑞晃
訴訟代理人　楊申田律師
　　何宗翰律師
被上訴人即
附帶上訴人　黃冠軍
訴訟代理人　陳世明律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，上訴人對於中華民國111年3月25日臺灣屏東地方法院108年度建字第37號第一審判決提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，本院於115年5月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及附帶上訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

理　由

壹、本訴部分：

一、被上訴人主張：

㈠伊經由訴外人ＡＯ１介紹，於民國107年12月20日向上訴人承攬坐落屏東縣○○鄉○○段000地號土地之農舍（下稱系爭農舍）興建工程（下稱系爭工程），並簽訂工程契約書（下稱系爭契約），約定系爭工程之承攬費用以單價每坪新臺幣（下同）7萬2,000元乘以「實際建造總坪數」計算。惟上訴人為減輕其必須支付之營造稅，乃要求系爭契約之工程總價記載為700萬元，伊為保障自身權益，遂於系爭契約備註欄記載「單價每坪72,000元」，並經上訴人簽名確認；付款方式則依系爭契約第26條約定按期工作完成後，依約定金額支付現金，系爭工程分為10期（非完全按照施工順序列

載）即如附表所示，伊完成各期工程時，再依各期施工內容、進度向上訴人報價請款。嗣伊依約進場施工，依序完成附表所示第1至3期及第7期之工程，上訴人匯款給付伊系爭工程款共計360萬元。被上訴人陸續又完成如附表第4期斜頂、第5期（完成約8成）打底工程、第8期內部磁磚等工程，並向上訴人請款，然上訴人一再拖欠，拒不付款。被上訴人遂依系爭契約第29條約定，於108年8月15日以屏東永安郵局存證號碼212號存證信函（下稱系爭212號存證信函）通知上訴人依系爭契約第32條第3項約定終止契約，上訴人於翌日收受。

㈡伊自開工以來已完成如附表所示第1至4期、第7、8期之工程、第5期打底工程已近完成之工程。經財團法人台灣經濟科技發展研究院(下稱經科院)鑑定，伊施工進度達總工程78.92%，依每坪7萬2,000元計算，伊已完成之工程進度金額為803萬8,097元（計算式：7萬2,000元x141.46〈坪〉x78.92%），扣除上訴人已給付之360萬元，上訴人尚積欠伊443萬8,097元(計算式：803萬8,097元－360萬元＝443萬8,097元）。綜上，爰依系爭契約第29條第2項、第32條第3款約定，終止系爭契約，擇一依系爭契約第29條第2項、第32條第3款、民法第179條規定，提起本件訴訟。聲明：(一)上訴人應給付被上訴人443萬8,097元，及其中318萬4,037元自起訴狀繕本送達翌日即109年1月9日起，其中125萬4,060元自民事陳述意見暨擴張聲明狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(二)願供擔保，請准宣告假執行等語。

二、上訴人則以：伊與配偶Ａ０４為興建農舍，原意擬由伊舅舅Ａ０１承攬施作，估價內容為一、二樓建坪各約為60坪、35坪，建築單價為每坪7萬2,000元，工程款總價為700萬元。嗣Ａ０１突介紹由被上訴人承攬系爭工程，當時Ａ０４亦有交付經審核通過建照執照之相關圖說等供被上訴人再為估算，其估算後仍決定以總工程款700萬元承攬系爭工程，遂

於107年12月20日邀Ａ０１為連帶保證人與伊簽立系爭契約，約定分10期支付工程款。又系爭契約備註欄之記載，係被上訴人自行所列估價情形，與最終實際之承攬工程總價無關。又伊已按工程進度付款共計366萬元（其中第7期的內部粉光工程尚未完成，惟伊於清償期屆至前已先為給付第7期工程款60萬元）。嗣被上訴人於108年8月6日又向伊表示請領工程款300萬元。然伊檢視施工狀況，並無其他已完成之工程進度，乃請被上訴人說明請領哪些期別之工程款及工程完成情形，其竟未能予以說明，伊自無法應允給付。又系爭工程雖經鑑定第1至4、7期工程已全部完成，然第4工程「斜頂」項目，於被上訴人停工時，斜頂中間實際尚有一供材料搬運使用之面積約1平方公尺之孔洞，尚未予以填補密封，且尚有斜屋頂工程尚未完成，故被上訴人依約即不得請領第4期工程款。第5期「內外打底」完成度達96％，顯屬過高，且尚未全部完成，被上訴人依約不得請領工程款。從而，伊已給付第1至3、7期工程款，其餘各期依約無須給付，自無系爭契約第29條第2項約定之「無故遲延」情事，故被上訴人以系爭212號存證信函終止系爭契約，於法未合，不生終止效力等語置辯。

三、原審判決上訴人應給付被上訴人192萬4,400元本息，暨附條件准免假執行之宣告，並駁回被上訴人其餘之訴及假執行之聲請，上訴人就其敗訴部分提起上訴，上訴人於本院聲明：（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。（二）上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人之答辯聲明：上訴駁回。另被上訴人就其敗訴部分提起附帶上訴，其附帶上訴聲明；（一）原判決不利於附帶上訴人部分廢棄。（二）上開廢棄部分，上訴人應再給付被上訴人251萬3,697元，及其中125萬9,637元自109年1月9日起，其中125萬4,060元自110年11月9日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。上訴人對附帶上訴之答辯聲明：附帶上訴駁回。

四、兩造不爭執事項：

㈠被上訴人於107年12月20日向上訴人系爭工程，並簽訂系爭契約），系爭契約記載：「㈢工程總價：柒佰萬元正」，單價每坪7萬2,000元（備註欄3）。

㈡被上訴人進場施工，上訴人以匯款方式，分別於108年1月14日給付140萬元、108年4月29日給付100萬元、於108年6月10日給付60萬元、於108年7月10日給付60萬元，共計給付被上訴人360萬元。

㈢被上訴人於108年8月15日以屏東永安郵局存證號碼212號存證信函（下稱系爭212號存證信函）通知上訴人依系爭契約第32條第3款規定解除（意為終止）系爭契約，上訴人於翌日收受該存證信函。

㈣上訴人於108年8月15日寄發高雄凹仔底郵局存證號碼318號存證信函（下稱系爭318號存證信函）予被上訴人及Ａ０１，函稱：「…Ａ０５於108年8月6日竟通知本人(即上訴人），按其工程進度，本人應先再給付伊參佰萬元工程款…」，並請被上訴人、Ａ０１於函到三日內恢復施工，或協商終止雙方契約，或由Ａ０１承接工程，被上訴人於翌日收受該存證信函。

㈤上訴人於108年8月26日寄發高雄凹仔底郵局存證號碼333號存證信函（下稱系爭第333號存證信函）予被上訴人及Ａ０１，表明解除契約（應為終止之意）並將請求損害賠償等之意思，被上訴人於翌日收受該存證信函。

五、本件爭點：

㈠被上訴人依系爭契約第29條第2項、第32條第3項、民法第179條擇一請求上訴人給付系爭工程款443萬8,097元，有無理由？系爭工程之總工程款為若干元？上訴人是否於108年5月31日給付被上訴人6萬元？

㈡被上訴人完成之工程進度比例為何？

六、本院之判斷：

㈠被上訴人依系爭契約第29條第2項、第32條第3項、民法第17

9條規定擇一請求上訴人給付系爭工程款443萬8,097元，有無理由？系爭工程之總工程款為若干元？上訴人是否於108年5月31日給付被上訴人6萬元？

1.按稱承攬者，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。民法第490條第1項定有明文。次按解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解（最高法院115年度台上字第634號判決意旨參照）。經查，系爭契約第3條載明：「工程總價：柒佰萬元正」(見原審卷一第250頁)，應認兩造已明確約定系爭工程總價為700萬元。再者，系爭契約第26條約定「付款辦法：按附件期數比率表，於該期工作完成後，按約定金額支付現金」，該附件將系爭工程分為10期，並記載每期工程項目及應付金額（見原審卷一第267頁），即如附表所示，且被上訴人已依約陸續完成附表所示第1至3期、第7期之工程，並收受上訴人分別於108年1月14日給付140萬元、108年4月29日給付100萬元、於108年6月10日給付60萬元、於108年7月10日給付60萬元，共計給付360萬元，為兩造所不爭執（見本院卷二第26頁，不爭執事項㈡)，而參諸被上訴人主張已進行第4、5期工程並已完工，上訴人抗辯均未完工，亦核與被上訴人尚未請領第4、5期之記載相符，則被上訴人實際已請領之第1、2、3、7期各期工程款項，均與附表所列應付各期之金額相當，足見系爭工程總價款確為系爭契約記載之700萬元。

2.被上訴人固辯稱：兩造係就每坪單價7萬2,000元之估價、報價達成共識，最終結算仍以實際建造坪數為計算依據。因簽約當時兩造均認為申請建照面積共95坪（一樓60坪、二樓35坪），以此作為估算總價基礎（72,000元x95＝684萬元），故預估總價而記載工程總價為700萬元，倘若有追加（超出）再加計工程款云云；固舉證人ＡＯ４之證詞為據。然查：系爭契約備註欄固記載每坪單價7萬2,000元，惟據證人

即上訴人配偶Ａ０４證述：聲請面積是我申請的，我是以地面60坪、2樓35坪為基礎叫設計師去核算，以農地百分之10可以通過的面積去算的。Ａ０１每坪單價7萬2,000元。總價684萬元。合法圍籬他要以點工，不要承攬，整個房子以總價700萬承攬等語（見原審卷一第282頁）；又證述：Ａ０１開出總價700 萬元，工程細項是由被上訴人列出，上訴人抄寫。總價700 萬是Ａ０１說出來，工程付款方式是被上訴人列出來的，上訴人只負責抄寫，當時我在場等語（見原審一第283頁），且據被上訴人自承：因簽約當時兩造均認為申請建照面積共95坪（一樓60坪、二樓35坪），以此作為估算總價基礎（72,000元x95＝684萬元），而圍籬以點工計算，故預估總價記載700萬元等語（見本院卷二第32頁），則依Ａ０４之證詞，兩造合意以700萬元系爭工程之總價。倘若兩造約定係以實際施作坪數計算總工程款，則以被上訴人主張之工程款1千餘萬元與系爭契約所載700萬元之差距達數百萬元，實難想像未將此明確記載於書面內，是難認兩造達成最終結算工程總價以實際建造坪數為計算依據之合意。

3.被上訴人雖又主張：係上訴人為減輕其必須支付之營造稅，乃要求系爭契約之工程總價記載為700萬元云云。惟查，被上訴人就其主張所謂減輕之營造稅究指為何？超過700萬元部分之工程款應如何支付？分期支付抑或於工程後一次付清？致上訴人所能減輕之稅金金額多少？等節並未具體說明，已屬有疑。至於證人Ａ０１於原審證稱：本件是我介紹被上訴人承接上訴人系爭工程。上訴人來屏東請我找設計師幫她設計農舍圖樣及申請農舍之設計圖，上訴人又要我幫她介紹被上訴人。兩造在協商系爭工程時我有在場，上訴人拿圖讓被上訴人回去估價，估價後就討論合約，上訴人說總工程款700萬，我們不同意，因為造假、逃漏稅，上訴人說沒有這樣他沒有辦法開工。我們不同意總工程款700萬元，所以要上訴人備註每坪72,000元等語（見原審卷一第273頁）。惟查，證人Ａ０１為被上訴人就系爭工程之「保證

人」，依系爭契約第8條約定，保證人須負連帶賠償責任(見原審卷一第257頁)，於兩造發生系爭工程糾紛時，上訴人寄發系爭318、333號存證信函主張權利之對象亦包含證人ＡＯ１（見原審卷一第149至155頁），故其與上訴人利害關係相反，自難僅憑上開證詞逕認被上訴人就契約載明工程總價700萬元未與上訴人達成合意。再者，證人ＡＯ１證述：上訴人係為減輕營造稅將系爭契約工程總價記載為700萬元等語，然所述減輕營造稅所指為何，僅證述：就是按設計圖的總坪數不可能會是這樣，所以才會有後面的備註。我不曉得減輕營造稅是什麼稅等語（見原審卷一第275頁）；並參以證人ＡＯ１證述：我有看過設計圖，但不是很瞭解；我是監工，幾坪是結構，沒有做完不知道幾坪。他們按圖施工，算模板，我沒有問他們坪數等語（見原審卷一第277至278頁）。則證人ＡＯ１既稱不瞭解系爭工程設計圖、施工坪數，自無可能評估系爭工程總價合理與否，亦不知悉稅捐規避為何，故其證詞不足採為有利於被上訴人之認定。

㈡被上訴人完成之工程進度比例為何？

1.經兩造合意(見原審卷二第81頁)由原審囑託經科院就被上訴人施工進度為總工程款之比例？各該期工程是否實際完成？已完成或未完成之期別為何？等節為鑑定，其鑑定結果認系爭工程施工進度為總工程之78.92%(見系爭鑑定報告書第61至64頁)，被上訴人以此78.92%主張為其完成工程進度之比例，茲參考系爭鑑定報告，說明如下：

⑴期別1「大底」，已施作完成，包含整地、開挖、圍籬、筏基柱樑板鋼筋綁紮、水電配管，完成度100%。

⑵期別2「一樓天花板」，已施作完成，包含1樓柱、牆、2F樑板結構、水電配管，完成度100%。

⑶期別3「二樓天花板」，已施作完成，包含2樓柱、牆、斜屋頂下部樑板結構、水電配管，完成度100%。

⑷期別4「斜頂」，已施作完成，包含斜屋頂屋脊樑板及屋突結構、水電配管，完成度100%。

⑸期別5「內外打底」，僅剩屋突未完成，完成度96%。
⑹期別6「外牆抿石子」，未施作，完成度0%。
⑺期別7「內部粉光」，已施作完成，完成度100%。
⑻期別8「內部磁磚」，包含內部神明廳、廚、浴牆面、油漆底、水電穿線及裝配電盤，但水電尚未穿線及裝配電盤，完成度75.5%。
⑼期別9「大理石加地磚」，未施作，完成度0%。
⑽系爭工程施工進度為總工程之78.92%(見系爭鑑定報告書第61頁)。

2.本院審酌經科院為專業學術機構，且經兩造合意選定為鑑定機關（見原審卷二第81頁），其指派之鑑定人檢視本案相關資料、親赴現場勘察，依其專業知識、經驗據以分析推論研判所得，與兩造並無特殊情誼或怨隙，所出具之鑑定報告，所為之鑑定結論亦無悖於科學論理法則之情事，自有相當之正確性及公信力，堪予採認。

3.上訴人固辯稱：第4期工程「斜頂」項目，於被上訴人停工當時，斜頂中間實際尚有一供材料搬運使用之面積約1平方公尺之孔洞，尚未予以填補密封，故該期工程完成度並非100%云云。惟該孔洞既係保留供進出施工材料或進行第二次施作時使用，因此是在工程後期收尾階段始予以填補密封，而非在第4期工程中應完成等節，業據經科院111年2月7日(111)經研良字第02004號函(下稱經科院111年2月7日函)覆明確(見原審卷二第281至282頁)，則依鑑定機關經科院之函文，該孔洞自不影響被上訴人已就第4期工程全部施作完成之認定。又上訴人抗辯：斜頂部分女兒牆尚未施作完成云云，固另引證人李勝棋之證詞、被上訴人提出之系爭工程之建築平面設計圖（見原審卷二第35頁）及上訴人於被上訴人退場後拍攝之停工後現況擷取照片攝有斜頂女兒牆僅有釘板模為據（見本院卷第101-103頁），惟證人李勝棋於原審雖證稱：我在被上訴人退場後接續參與系爭農舍的興建工程，我承接時系爭農舍的斜屋頂尚未施工完成，板模還沒有灌漿也還沒

有綁鐵，此部分工程為女兒牆工程，我並非按照上訴人提供予被上訴人之設計圖施作，而是依上訴人另外提供之圖面進行工程，以及女兒牆是否會涵蓋在斜屋頂工程內，亦會視不同包商而定等語(見原審卷二第267、269頁、271頁)。惟審酌證人李勝棋既然證述其並非按照上訴人提供予被上訴人之設計圖施作，而係依上訴人另提供之圖面進行工程，況且女兒牆是否會涵蓋在斜屋頂工程內視不同包商而定等情，自難以其證述推論第4期工期尚未完工係因女兒牆尚未施作完成，不足採為與系爭鑑定報告相異之認定。

4.上訴人再抗辯：第7期工程「內部粉光」項目並未完成，因屋內確有多處地方尚未為內部粉光云云。經查，經科院111年2月7日函復略以：「一般慣例，合約以建坪計價之工程及以列項之進度付款工程，因施工項目為交錯進行，其依進度付款之項目，並未完整表達其進度項目期間內交錯之工程細項，故通常會經雙方協商後納入少部分未完全完成之施工部分，俟相關工程完成後，再為補施作完成…由於本案系爭工程並非由被告（指上訴人）方完全施作完成，而鑑定報告設定上訴人已付款該進度款為前述情形，因此在不影響改以相關施工項目計算施工數量及施工期間市場行情計算之已施工之工程總價估列情況下予以認定」等語(見原審卷二第282頁)。由被上訴人陸續施作之項目及請款期別(第1至3、第7期)，並非按照附表期別依序進行，而係交錯施工，況且上訴人亦已如數給付第7期工程款，故以不影響施工項目計算施工數量及施工期間市場行情計算已施工之工程總價之情況下，系爭鑑定報告基於一般工程慣例認定第7期工程完成度為100%，應認可採。

5.上訴人復抗辯：第5期工程「內外打底」，除屋突以外之房屋其他諸多部分均未進行打底，系爭鑑定報告認完成度為96%，顯認過高云云，固據提出照片為證（見原審卷一第159至163、185頁；卷二第187、225、233、239、247頁）。惟查，此部分由經科院鑑定人員實地前往現場勘查，並認第5

期工程確實僅餘外牆之屋突並未打底完成，故依未完成之44.54平方公尺，說明並提出詳細計算式計算得出施作之單價（參系爭鑑定報告書第50頁），再除以第5期工程總費用，計算得出本期工程完成進度為96%等情，有經科院111年2月7日函存卷可查(見原審卷二第283頁)，上訴人徒以前開照片主張系爭鑑定報告結果認完成度為96%顯為過高云云，自非可採。

6.綜上，被上訴人就系爭工程完成進度為總工程之78.92%。

㈢系爭工程之總工程款為若干元？上訴人是否於108年5月31日給付被上訴人6萬元？

1.系爭契約第29條第1項前段約定：「甲方（指上訴人）有按期付款之義務」、同條第2項約定：「甲方對應付工程款，無故遲延，經乙方（指被上訴人）催告無效時，乙方得中止工程，並隨時通知甲方。乙方因此所受之損失，由甲方賠償之。」(見原審卷一第31、254頁)。

2.系爭工程之總工程款應為700萬元，而被上訴人就系爭工程完成進度為總工程之78.92%，業如前述，因此被上訴人已完成之報酬應為552萬4,400元(計算式：700萬元x78.92%＝552萬4,400元)，然上訴人僅給付360萬元，尚餘192萬4,400元未給付(計算式：552萬4,400元－360萬元＝192萬4,400元)。上訴人雖抗辯：被上訴人曾要求伊支付第4期後已完成之工程款300萬元（或至少200萬元），伊既對第4期後之各期未完成有爭執，自得拒絕給付云云。然查，第4期施工業已完成（完成度100%），第5期工程業已施工，完成度96%；第8期工程完成度75.5%，有系爭鑑定報告可資參採，此外，上訴人就其遲延給付工程款有何正當事由未舉證以實其說，應認符合系爭契約第29條第2項約定之對應付工程款「無故遲延」之情形。

3.觀諸上訴人寄發予被上訴人之系爭318號存證信函：「…Ａ０５於108年8月6日竟通知本人(即上訴人)，聲稱按其工程進度，本人應先再給付伊參佰萬元工程款…」(見原審卷一

第149頁）。足認被上訴人曾向上訴人催告給付應付之工程款，且縱被上訴人催告請求之工程款金額高於其得請求之金額，亦僅就該超過部分不生效力，就債務人應給付部分亦生催告之效力（最高法院70年度台上字第3159號判決意旨參照），故於被上訴人得請求給付之工程款範圍內，已生催告之效力。嗣被上訴人復於108年8月15日以系爭212號存證信函通知上訴人：「…契約第32條第3款之規定，甲方有因甲方（指上訴人）違反契約致工程無法進行時，乙方（指被上訴人）得解除契約，甲方並須賠償乙方所受之一切損失。本人已多次通知台端按約定支付第四期後，各期完成之工程款項，台端皆充耳未聞…今台端無故拒絕履約，顯無理由。為保障雙方之權益，並維持本人營運之必要，特發函解除上開合約，並通知台端於三日內即與本人付清前開已完成之各期工程款…」等語(見原審卷一第128至130頁)。足見被上訴人於存證信函表明因上訴人未按期給付各期工程款，且經被上訴人催告無效，致被上訴人無法繼續進行工程，其真意係依系爭契約第29條第2項終止系爭工程（按：系爭契約第32條第3款約定因上訴人違反契約致工程無法進行等語，應不排除第29條第2項之適用）。準此，系爭契約業經被上訴人合法終止，上訴人依該約定並應賠償被上訴人損害，應包括被上訴人先前已完成但尚未請求報酬即192萬4,400元(計算式：已完成報酬552萬4,400元－上訴人已給付360萬元＝192萬4,400元)，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，則屬無據，應予駁回。

4.上訴人主張：於108年5月31日給付系爭工程款項6萬元予被上訴人云云，業據其提出估價單為憑（見原審卷二第89頁），被上訴人不否認上訴人於108年5月31日給付被上訴人6萬元乙節，然抗辯：此為系爭工程以外之追加圍牆地基之施工等語，觀諸估價單載有：「2月12日圍牆4分鐵823公斤×27元＝22221元」、「地基混凝土2100cm5風×1750元＝8750元」（風系方之台語發音，意指立方公尺）、「2月14日壁

牆混凝土2100cm3.5風x1750元＝6125元」、「2月16日整理地坪山貓工資＝2500元」、「2月22日地坪3分鐵300公斤x27元＝8100元」、「2月20日植筋膠6罐x100元＝600元、鑽尾5分2支x120元＝240元」、「2月25日地坪混凝土2100cm、6風x1750＝10500元、風車=1000元」、「共60036元」等語，依其內容，足見係將施工日期、材料、數量、工資等逐一列載，而系爭契約之約定係就系爭工程連工帶料承包施作，無須在請領簽收工程款時，將施工日期、材料、數量、工資等逐一列明，本院審酌上情，堪認上訴人於108年5月31日給付被上訴人之6萬元並非支付系爭工程之工程款。

七、綜上所述，被上訴人依系爭契約第29條第2項約定請求上訴人給付192萬4,400元，及自起訴狀繕本送達翌日即109年1月9日(見原審卷一第137、141頁)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，為無理由，應予駁回。至被上訴人併依民法第179條及系爭契約第32條約定，擇一請求上訴人給付上開金額。然就被上訴人請求逾前開本院判准之金額，並無法律上之原因，亦非符合契約第32條約定之事由（上訴人要求減少工程、停工、違反契約致工程無法進行、顯無能力支付工程款、上訴人因必要而終止工程進行），則被上訴人此部分逾前開本院判准金額之請求，亦屬無據，附此敘明。

貳、反訴部分：

一、上訴人即反訴原告主張：系爭工程因被上訴人無故停止施工，並於108年8月11日將施工工具、材料搬離工地。經伊寄發存證信函函請被上訴人於3日內復工，或協商中止雙方契約，或由ＡＯ１承接工程，被上訴人均置之不理。伊乃再寄發系爭333號存證信函予被上訴人，表明解除系爭契約並請求賠償之意，經該2人於108年8月27日收受。伊就被上訴人施作系爭工程之工程瑕疵，委請訴外人予以修補，計支出工程款6萬9,000元，另就被上訴人退場後所遺留之板模、鷹架為拆除及運離、廢棄物清除等事項，共計支出工程款受有損

失19萬9,400元。此外，因系爭工程有竣工期限之壓力，伊又委請第三人接續施作未完成之各項工程，合計各項工程估價總承攬金額為494萬5,896元，扣除被上訴人若依約完工伊尚應給付工程款334萬元(即700萬元-336萬元)，伊因支出多於原約定工程款而損失160萬5,896元(即494萬5,896元-334萬元)，合計損害共187萬4,296元(即6萬9,000元+19萬9,400元+160萬5,896元)。爰依民法第495條第1項、第227條第1項、第226條規定及系爭契約第30條第1項第1、2款約定，請求擇一為上訴人勝訴判決，聲明：(一)被上訴人應給付上訴人187萬4,296元，及自反訴起訴狀繕本送達被上訴人翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(二)願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人即反訴被告則以：伊所施作之工程並無瑕疵，縱有瑕疵，上訴人亦未定相當期限請求伊修補，且本件係上訴人無故遲延給付應付之工程款，伊才拒絕繼續施作後續工程，並無可歸責於己之事由，伊亦否認上訴人所提出之單據實質上之真正，故上訴人反訴請求均無理由等語置辯。

三、原審判決駁回上訴人之反訴請求。上訴人就其敗訴部分提起上訴，於本院聲明：(一)原判決關駁回上訴人後開之訴部分廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人187萬4,296元，及自109年8月11日反訴起訴狀繕本送達翌日即109年8月17日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(三)願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人則於本院聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項同本訴部分兩造不爭執事項。

五、兩造之爭點：

㈠被上訴人以系爭212 號存證信函，以上訴人對應付工程款，無故遲延，通知上訴人終止系爭契約是否生終止效力？

㈡上訴人以系爭333號存證信函依系爭契約第30條第1項第1款及第2款終止系爭契約，並請求損害賠償，有無理由？

㈢上訴人依民法第495條第1項、第226條、第227條第1項擇一及系爭契約第30條第1項第1、2款約定請求委請第三人修補

系爭工程施作瑕疵支出之金額6萬9,000元，有無理由？

㈣上訴人擇一依民法第227條第1項、系爭契約第30條第1項第1、2款約定，主張被上訴人退場後，所遺留模板及鷹架，經上訴人拆除、運離及廢棄物清除，請求支出費用19萬9,400元，有無理由？

㈤上訴人依民法第226條第1項、第227條第1項及系爭契約第30條第1項第1、2款約定，主張委託第三人接續施作未完成之各項工程，因此多支出之工程款160萬5,896元，有無理由？

㈥上訴人請求被上訴人給付187萬4,296元，有無理由？（計算式：6萬9,000元+19萬9,400元+160萬5,896元＝187萬4,296元）

六、本院之判斷：

㈠被上訴人以系爭212 號存證信函，以上訴人對應付工程款，無故遲延，通知上訴人終止系爭契約，已生合法終止效力，業如前述，理由同前。

㈡上訴人以系爭333號存證信函依系爭契約第30條第1項第1款及第2款終止系爭契約，並請求損害賠償，有無理由？

1.按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。民法第264條第1項前段定有明文。又按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之。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。民法第505條亦有明定。是定作人之承攬報酬給付義務固以「後付主義」為原則，然如雙方之契約中，已有按工程進度，於各階段完成時即應分次給付報酬，而非全部完工後始一次付款之約定時，此時，承攬人即得於約定之各階段工程完工時，向定作人請求給付分期之工程款，定作人尚不得以承攬人未完成全部工程，而拒付承攬人已完成之各期工程款。又按系爭契約第30條第1項第1、2款約定：「乙方（指被上訴人）有左列各項之一者，甲方得解除本契約，甲方因此而受有損失，乙方應負賠償之責，如乙方無力賠償時，應由保證人賠償之。⑴乙方違背本

契約有重大過失者。⑵乙方工作能力薄弱，任意停止工作，或作輟無常，進行遲滯有事實者，甲方認為不能如期竣工時」（見原審卷一第254頁）。

2.上訴人主張其於108年8月15日以系爭318號存證信函催告被上訴人於3日內復工（見原審卷一第151頁存證信函，兩造不爭執事項），然被上訴人收受存證信函後仍置之不理。又上訴人主張：因系爭工程有施工竣工期限之壓力，伊乃委請第三人接續施作未完成之各項工程，導致伊另需支出160萬5,896元款項云云，固據提出系爭333號存證信函、各項工程明細表、估價單為證(見原審卷一第149至155、219至237頁)。惟查，依系爭契約第26條約定之付款辦法，兩造就系爭工程係約定分部給付各期工程之報酬(如附表所示)，且就被上訴人所施作完成之工程而言，上訴人尚積欠其工程款192萬4,400元，已如前述，可知上訴人於108年8月15日催告被上訴人應派員復工之際，上訴人已有積欠被上訴人工程款未付之情形，則審酌被上訴人先前已投入之材料、人工、資金等成本，如單方繼續投入恐對營運產生嚴重影響，因此被上訴人在上訴人未給付已發生之全部工程款前，被上訴人拒絕繼續施作後續工程，自難認屬可歸責於己之事由，並非無故停止施工，自非符合系爭契約第30條第1項第1、2款所約定之違背契約有重大過失或任意停止工作之情形，則上訴人以系爭333號存證信函依系爭契約第30條第1項第1款及第2款終止系爭契約，並請求損害賠償，並無理由。

㈢上訴人依民法第495條第1項、第226條、第227條第1項規定擇一及系爭契約第30條第1項第1、2款約定請求委請第三人修補系爭工程施作瑕疵支出之金額6萬9,000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。承攬人不於前項期限內修補者，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。承攬人不於前條第1項所定期限內修補瑕疵，或依前條第3項之規定拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。民

法第493條第1、2項、第494條定有明文。又因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。民法第495條第1項亦有明文。復按定作人依民法第495條第1項規定請求承攬人賠償損害，仍應依民法第493條規定定期催告承攬人修補瑕疵，始得為之（最高法院108年度台上字第2461號、112年度台上字第98號民事判決參照）。

2.上訴人主張被上訴人已施作之工程有如下之瑕疵：①第二承包商進場前—檢驗鋼筋及混凝土工程瑕疵1萬元。②第二承包商進場前—室內管路檢驗水壓集磅抓漏工程1萬7,000元。③第二承包商進場前—室內管路檢驗水壓集磅打石工程4萬2,000元，系爭工程瑕疵修補費用共69,000元云云。均為被上訴人所否認。然經本院送請高雄市土木技師公會（下稱土木技師公會）鑑定結果，其出具鑑定報告書（下稱土木技師鑑定書）亦同此認定，有土木技師鑑定書在卷可稽（土木技師鑑定書見外放，第9-10頁）。基此，土木技師鑑定書之鑑定分析及結果，上訴人主張之上開瑕疵項目之修補及費用，有其合理性及必要性，被上訴人之施工固有上訴人所指之瑕疵，然依前揭說明，上訴人須已定相當期限請求被上訴人修補，被上訴人仍不於期限內修補等節舉證。且觀諸上訴人主張以108年8月26日系爭333號存證信函為催告之意思表示等語（見本院卷二第85頁），該函固記載：「…因Ａ０５先生工作進行中有故意違約；工作能力薄弱致施工品質不佳…③本人將『整理』施工工程之瑕疵，『請求限期修補』…」等語(見原審卷一第153至154頁)。依其文義，該函並未定相當期限通知被上訴人修補，迄至本件訴訟中原審於109年3月24日時始整理提出列有上開瑕疵「工程異常明細表」(見原審卷一第157頁)，且斯時上訴人已自行委請第三方於108年8月30日至9月5日、9月、9月16日修補完成（見土木技師鑑定書第9-10頁），致被上訴人無從修補。準此，上訴人未定相當期限請求被上訴人修補，自不得請求被上訴人償還其自行委

請第三人修補瑕疵所支出之費用。

3.上訴人另主張：因可歸責於被上訴人之事由，致工作物發生如前述工程異常明細表（原審卷一第157頁）之瑕疵，致為不完全給付，自得依民法第227條第1項關於給付不能之規定行使其權利。又伊依系爭契約第30條第1項第1、2款約定終止系爭契約，被上訴人已無法依債之本旨履行契約，且屬主觀、嗣後不能，伊自得依民法第226條第1項給付不能之規定請求損害賠償云云（見本院卷二第17至18頁）。然被上訴人並非無故停工，亦非符合系爭契約第30條第1項第1、2款所約定可歸責於被上訴人事由而得由上訴人終止契約，已如前述，則上訴人依系爭契約第30條第1項第1、2款約定終止系爭契約，並無理由，其依民法第226條第1項給付不能規定請求損害賠償，自屬無據。

㈣上訴人擇一依民法第227條第1項、系爭契約第30條第1項第1、2款約定，主張被上訴人退場後，所遺留模板及鷹架，經上訴人拆除、運離及廢棄物清除，請求支出費用19萬9,400元，有無理由？

1.上訴人主張於被上訴人退場後，尚遺留模板及鷹架，經上訴人拆除、運離及廢棄物清除，共支出費用199,400元等語，固提出停工後退場清除工程明細表、工地照片、估價單、簽收單、營建混合廢棄物運送處理遞送聯單為證(見原審卷一第183至217頁)。經查，上訴人主張民法第495條第1項、第226條、第227條第1項，及系爭契約第30第1項，均係以履約過程中有可歸責於被上訴人之事由存在為前提要件，惟本件係上訴人無故遲延給付應付之工程款，被上訴人始拒絕繼續施作後續工程，並非無故停工，自難認屬可歸責於被上訴人之事由，業如前述，是上訴人援引上開主張為請求，尚屬無據。

2.況且，參酌系爭契約第18條約定：「工程中止：甲方（指上訴人）於必要時得中止本工程之進行，按照下列辦法結算之。1.已完成之工程按照原訂單價結算。2.已到場之材料及

半成品由雙方依原訂分析單價計算之，如無分析單價者照市價另加合法利潤由甲方收購。3.乙方（指被上訴人）到場之模板架料及棚場機具等由甲乙雙方協議『補償』乙方之損失。4.乙方如因此遭受其他損失時，得檢同憑證由雙方協議補償之。」（見原審卷一第29、252頁）。依該條文義，係規範定作人之任意終止（契約文字為中止，其意為終止)權及所生之結算義務，本件雖非定作人主動終止工程，而係定作人無故遲延給付工程款，致承攬人依系爭契約第29條第2項終止契約（終止工程施作），惟與前者即系爭契約第18條同屬不可歸責於承攬人之事由導致工程終止，是於契約終止後兩造權利義務關係自得予以比附援引。因此，依契約第18條約定，已進場之模板及鷹架等，因係承攬人投入工程之成本，於工程終止後，應由定作人予以補償，自無由定作人向承攬人請求拆除、運離費用。是以，上訴人請求被上訴人給付退場後所遺留之模板、鷹架為拆除及運離、廢棄物清除等費用19萬9,400元，與系爭契約第18條課予定作人於工程終止對於承攬人之補償義務規範有違，委無可採。

㈤上訴人依民法第226條第1項、第227條第1項及系爭契約第30條第1項第1、2款約定，主張委託第三人接續施作未完成之各項工程，因此多支出之工程款160萬5896元，有無理由？本件係上訴人無故遲延給付應付之工程款，被上訴人始拒絕繼續施作後續工程，並非無故停工，自難認屬可歸責於被上訴人之事由，業如前述，自非符合民法第226條第1項、第227條第1項及系爭契約第30條第1項第1、2款約定之要件，故上訴人依民法第226條第1項、第227條第1項及系爭契約第30條第1項第1、2款，主張其委請第三人接續施作未完成之各項工程，因此需另支出之160萬5,896元工程款項乙節，自不得請求被上訴人賠償。

㈥綜上，上訴人請求被上訴人給付187萬4,296元（計算式：6萬9,000元+19萬9,400元+160萬5,896元＝187萬4,296元），並無理由。

七、綜上所述，上訴人依民法第495條第1項、第227條第1項、第226條規定及系爭契約第30條第1項第1、2款約定，擇一請求被上訴人應給付上訴人187萬4,296元，及自反訴起訴狀繕本送達被上訴人翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為無理由。

參、綜上所述，被上訴人依系爭契約第29條第2項約定請求上訴人給付192萬4,400元，及自109年1月9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，為無理由，應予駁回。上訴人依民法第495條第1項、第227條第1項、第226條規定及系爭契約第30條第1項第1、2款約定，擇一請求被上訴人應給付上訴人187萬4,296元，及自反訴起訴狀繕本送達被上訴人翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為無理由，應予駁回。從而，原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。另原審就上開不應准許部分，為上訴人、被上訴人敗訴之判決，亦無不合，上訴人提起上訴、被上訴人提起附帶上訴，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應各駁回其上訴、附帶上訴。

肆、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。

伍、據上論結，本件上訴及附帶上訴均為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　24　　日

工程法庭

審判長法　官　洪能超

法　官　張琬如

法　官　郭慧珊

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　　115　　年　　6　　月　　24　　日

書記官　邱李如

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。

附表

期別	配合工程進度付款	應付金額（新臺幣）
1	大底	1,400,000元
2	一樓天花板	1,000,000元
3	二樓天花板	600,000元
4	斜頂	600,000元
5	內外打底	500,000元
6	外牆敏石	500,000元
7	內部粉光	600,000元
8	內部磁磚	700,000元
9	大理石加地磚	700,000元
10	尾款一成	