臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度建上字第5號

上　訴　人　凱大工程有限公司

000000000000000000

法定代理人　莊高榜

訴訟代理人　許春素

林亮宇律師

陳韋樵律師

被 上訴 人　吳奇振即富凱工程行

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　賴協成律師

複 代理 人　黃則瑜律師

林詩婷

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國106年11月17日臺灣臺中地方法院103年度建字第100號第一審判決提起上訴，本院於110年4月28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，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄。

被上訴人應再給付上訴人新臺幣貳佰捌拾玖萬參仟捌佰陸拾陸元，及自民國一百零三年五月二十二日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一審（除確定部分外）及第二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之五十一，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付部分，於上訴人以新臺幣玖拾陸萬伍仟元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣貳佰捌拾玖萬參仟捌佰陸拾陸元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、本件上訴人起訴主張：兩造於民國100 年5 月26日簽訂承攬

工程合約書（下稱系爭合約），由被上訴人向伊承攬施作位在臺中市○○區○○段000 地號「○○○○」新建工程A、B棟地下5樓至地上21樓（含屋突部分）之模板工程（下稱系爭工程）。被上訴人另簽立「承攬權利拋棄切結書」，同意「因無法配合施工，經貴公司催告兩次，依合約規定，願拋棄承攬權利，未估驗部分及未付之款項及一成保留款沒收，…後續未完成工程衍生增加之工程款應負起賠償責任」（下稱系爭切結書）。詎被上訴人於101年2月17日無預警停工，經伊以存證信函告知被上訴人應負賠償責任，被上訴人才繼續施作。然被上訴人又於同年4月26日惡意停工並拒絕繼續施作，伊遂於101年4月27日以臺中法院郵局1022號存證信函（下稱1022號存證信函）通知被上訴人終止系爭合約。經結算後，伊受有下列損害：⑴因被上訴人無故停工，另請第三人進場施作A棟4-21樓、B棟7-21樓（均含屋突部分）模板工程，而增加工程費用新臺幣（下同）4,556,604 元；⑵替被上訴人代墊泥作補厚費用117,650元及打石費用296,133元；⑶被上訴人就附表一所示施工內容，已領款但未施作，伊另僱工完成而支付340,250元；⑷替被上訴人代墊上游業者○○工程股份有限公司（下稱○○公司）就垃圾部分扣款212,468 元；⑸因被上訴人以塑膠管套住螺桿，於灌漿後再將螺桿抽出之偷工減料行為，伊另行僱工填補滲水處並加強防水處理而支出20萬元。以上合計5,723,105元。爰依系爭合約、系爭切結書之約定及民法第493 條、第495條、第227條、第179條之規定，求為命被上訴人給付5,723,105元，及其中5,035,176元自103年5月22日起，其餘687,929元自103年12月11日起加計法定遲延利息之判決（上訴人其餘起訴請求107,600元本息部分，業已勝訴確定，非本院審理範圍，不予贅敘）。

二、被上訴人則以：上訴人屢屢遲延付款或未足額撥款，致伊長期墊付工資及材料費用而資金周轉不靈，伊遂於101年4月26日以神岡岸裡郵局第40號存證信函（下稱40號存證信函），

主張上訴人未依約給足各樓層款項，就系爭工程之施作行使同時履行抗辯權，故伊非惡意停工且不具可歸責事由。又系爭切結書約定伊如無法配合施工，上訴人須經2次催告，方得請求賠償，上訴人僅以1022號存證信函逕行終止系爭合約，未經2次催告，不得請求賠償。另上訴人因可歸責於己事由所受損失及遭○○公司罰款，自無令伊負擔之理，況上訴人就罰款及損失金額亦未舉證以實其說，且請求權亦已罹於民法第514條之1年時效。縱伊應賠償，亦可以系爭合約保留款抵銷云云。

三、原審判決命被上訴人給付107,600元，及自103年5月22日起加計法定遲延利息，並駁回上訴人其餘之請求。上訴人提起上訴，聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第2項之訴部分，及該部分假執行之聲請均廢棄。㈡被上訴人應再給付上訴人5,723,105元，其中5,035,173元自103年5月22日起，其餘687,929元自103年12月11日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、得心證之理由：

㈠被上訴人不得以各樓層估驗款之給付與系爭工程之施作主張同時履行抗辯：

1.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，承攬人完成工作之義務與定作人給付報酬之義務，並非當然同時履行，承攬人不得以定作人未給付報酬為由拒絕工作（最高法院107年度台上字第1154號判決意旨參照）。又按兩造約定按工程完成之數量分期

估驗付款，並非將系爭工程分為數部分，就各部分約定報酬。故各期估驗款之給付與各期施作項目，並非立於互為對待給付之關係，不發生同時履行抗辯問題（最高法院99年度台上字第145號判決意旨參照）。

2.系爭合約之付款方法約定：「依工程進度發放。1.本工程為地上21層、地下5層之新建大樓。2.基礎水箱包函（含）於本工程內不另計價。3.地下5樓放款：依地下四樓板撲（鋪）滿後放款。地下室每樓層發單價7成款，保留1成，其（餘）15%款分攤至地上層中發放。另0.5%(應為5%之誤）留至屋突完成後退款。地下四樓放款：依地下三樓板撲（鋪）滿後放款。每層以此類推放款。地面層領90%全部現金票遇假日順延發放」（見原審卷一9頁背面），則兩造約定系爭工程施作範圍含AB棟地上21層、地下5層全部，兩造亦均不爭執上開付款方式係估驗款之性質（見本院卷三149頁），足見兩造係就系爭工程完成之進度按樓層分期估驗付款，非將系爭工程分為數部分，就各部分約定報酬；且從兩造約定將地下樓層估驗款15%分攤至地上樓層給付，更見兩造並非將系爭工程按樓層分拆為數個承攬契約，亦非如被上訴人抗辯系爭工程係「分部約定報酬，分部交付」（見原審卷三44頁），揆諸前揭判決意旨，各樓層估驗款之給付與各樓層之施作項目，並非立於互為對待給付之關係，不發生同時履行抗辯問題。又兩造並無上訴人未按時給付各樓層估驗款時，被上訴人即可退場之特約，此為兩造所不爭執（見本院卷三149頁），則被上訴人抗辯：上訴人未依約給足各樓層款項，就系爭工程之施作行使同時履行抗辯權云云，即屬無據。

3.被上訴人雖以最高法院101年度台上字第322號判決為據，抗辯：因上訴人遲延給付估驗款，其可行使同時履行抗辯，拒絕進場施工云云。然上開最高法院判決有關同時履行抗辯部分係引述二審判決之判斷基礎，非最高法院之見解，且最高法院業已廢棄該二審判決發回更為審理，未見

該最高法院判決贊同有同時履行抗辯適用之情事，被上訴人辯稱該最高法院判決之法律見解與其相同云云，尚有誤會。

㈡被上訴人於101年4月26日停工屬無故怠工，上訴人已於同年月30日合法終止系爭合約：

1.系爭合約□本工程模板分包工程內容及附帶項目第12點（下稱系爭合約□12）約定：「因違反公司之施工規範"不聽指揮、怠工或工程進度落後三日"，本公司（即上訴人，下同）可隨時解除本合約並回收自理，未估驗部分、未付之款項及一成保留款，視同保證金沒收，不予估驗給付。經本公司通知裁撤後，代工無條件放棄並於三日內撤離工地，不得異議。後續工程由他人執行完成，所衍生不足工程款，及已領款樓層所未完成工作，乙方（即被上訴人，下同）應負全部損失賠償責任」（見原審卷一10頁背面），上開契約條款雖約定「解除本合約」，惟本院探求兩造此部分之真意，兩造均表示係終止系爭合約之意（本院卷三227頁），故依系爭合約□12之約定，如被上訴人有怠工情事，上訴人可隨時終止系爭合約。查被上訴人主張上訴人未依約給足各樓層款項，而以40號存證信函就系爭工程之施作行使同時履行抗辯權，惟此不生同時履行抗辯問題，業如前述；且40號存證信函係以上訴人未給付因物價波動所承諾之補貼及變更設計所增加之支出，而暫停施作系爭工程（見原審卷一16、17頁），然物價波動與變更設計要屬情事變更與契約變更之問題，更與系爭工程之施作非立於互為對待給付之關係，被上訴人以此主張同時履行抗辯，顯屬無據。從而，被上訴人於101年4月26日停工自屬無故怠工，依系爭合約□12之約定，上訴人當可終止系爭合約。

2.上訴人依系爭合約□12之約定，於同年月27日寄發1022號存證信函（見原審卷一21、22頁）予被上訴人，雖以被上訴人無故怠工而「解除」系爭合約，然上訴人已表示其真

意為終止系爭合約（見見本院卷三376頁），且兩造就1022號存證信函於101年4月30日送達被上訴人乙節，並不爭執（見本院卷三377頁），是系爭合約業已於101年4月30日經上訴人合法終止。

㈢上訴人得依系爭合約□12之約定，向被上訴人請求賠償因另請第三人進場施作A棟4-21樓、B棟7-21樓（均含屋突部分，B棟7樓面積以2成計算）模板工程，而增加之工程費用2,265,973元：

1.被上訴人於101年4月26日停工既屬無故怠工，上訴人可依系爭合約□12之約定終止系爭合約，並將系爭工程收回自理，且就後續工程由他人執行完成，所衍生不足工程款，得向被上訴人請求賠償（見原審卷一10頁背面）。被上訴人雖辯稱：依系爭切結書，上訴人須經催告兩次，方得請求伊賠償云云。查兩造固不爭執被上訴人有簽立系爭切結書，惟系爭切結書內容記載：「茲向凱大工程有限公司承攬模板組立代工工程，因無法配合施工，經貴公司催告兩次，依合約規定，願拋棄承攬權利，未估部分及未付之款項及一成保留款沒收，並在三日內無條件撤離並不得要求任何賠償、貼補及放棄民法規定先訴抗辯權。在工地之器具、設備未依約日日（應係幾日之誤）撤出，由貴公司自行處理絕無異議。後續未完成工程衍生增加之工程款應負起貼償責任，特立此書」（見原審卷一13頁）。觀此內容，係被上訴人單方面向上訴人承諾如無法配合施工，經上訴人催告兩次，願放棄如系爭切結書所載權利及負損害賠償責任。故而，系爭切結書顯係被上訴人出具予上訴人之保證，一旦上訴人催告兩次，被上訴人即同意主動拋棄權利及承諾賠償。被上訴人於101年4月26日無故怠工，當屬系爭切結書所稱無法配合施工，縱上訴人未為兩次催告，僅不生被上訴人主動拋棄權利及承諾賠償之效力而已，要非上訴人行使權利須受系爭切結書所載催告兩次之限制。兩造就系爭工程之權利義務，仍應回歸系爭合約

□12之契約本文約定，該條款既約定上訴人於被上訴人無故怠工時即得終止系爭合約收回自理，並可不經催告請求被上訴人賠償因請他人施作後續工程而增加之工程費用，上訴人據此主張損害賠償權利，於法有據，被上訴人抗辯上訴人須經兩次催告方得請求賠償云云，即無理由。

2.被上訴人辯稱其已完成B棟7樓之模板施作云云，然為上訴人所否認，被上訴人自應就此有利於己之事實負舉證之責。證人○○○即被上訴人員工雖於原審證稱：撤走時做到7樓頂、8樓底夾板等語（見原審卷二40頁），然證人陳○○即系爭工程之臨時工於原審證稱：被上訴人退場後，因7樓天花板沒有釘完，需要趕工給○○公司，就叫了很多人去趕工綁鐵釘好，且有部分沒有螺桿，伊看到後，認為底部沒有釘好，整樓會塌掉，伊印象中，被上訴人是離開那天一大早載東西出去，伊就上去看，伊看到7樓沒有釘好，很危險等語（見原審卷三209頁及其背面、211頁背面）；且證人馮○○即系爭工程之臨時工於原審證稱：伊是去7樓做人家沒有做完的部分等語（見原審卷三第212頁背面）；又證人林○○即○○公司員工於原審證稱：被上訴人未就B棟7樓施工完成，這是伊實際現場監工之判斷等語（見原審卷一236頁），是證人陳○○、馮○○、林○○均一致證稱B棟7樓未施作完成，且依上訴人提出101年4月26日之照片（見本院卷一248、249頁），B棟7樓板模缺少部分螺桿、五金，且部分未封模，實難認被上訴人已完成B棟7樓之施作。又系爭工程已委由他人施作完成，目前已無法回復至被上訴人離場之狀態，上訴人證明B棟7樓損害範圍即有重大困難，故本院依民事訴訟法第222條第2項之規定，審酌前開照片及證人證詞，被上訴人已完成B棟7樓頂版，惟尚缺少部分螺桿、鐵線、橫豎壓桿等五金而影響板模結構，且窗台下牆面、樑柱、隔戶牆未封膜等一切情況，認被上訴人僅施作B棟7樓約8成工作，尚有2成工作係由上訴人另行僱工完成。

3.原審送社團法人○○○○發展學會（下稱○○○○學會）鑑定A棟4-21樓、B棟7-21樓（均含屋突部分）未施作部分所需之工程費用，○○○○學會以實際施作模板面積（立體表面積）為計價方式，認應以每平方公尺350元計算，此有○○○○學會鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）可憑（見原審卷四26頁）。惟依系爭合約□本工程模板分包工程內容及附帶項目第4點（下稱系爭合約□4）：「施工中所需之材料，公司（即上訴人）載運到工地後，全由代工（即被上訴人）自行支配與搬吊處理，其餘與本公司無關」（見原審卷一10頁），再參以○○○○學會106年8月2日臺建發學鑑（104027）字第10410061-6號函附之單價分析表（見原審卷四178頁），其中模板材料費、模板支撐料、模板損耗，依系爭合約□4之約定，為上訴人所應負擔，其餘模板搬運工資3元/㎡、模板組立工資210元/㎡、模板固定用零星工料22元/㎡、拆模搬運清除3元/㎡，為代工廠商負擔，故被上訴人委由他人施作未完成部分之單價應為238元/㎡（計算式：3＋210＋22＋3＝238），此亦為上訴人所自認（見本院卷三110頁）。又系爭鑑定報告認定A棟4-21樓（含屋突部分）實際模板面積為32,885.9㎡（見原審卷四48頁）；B棟部分，B棟7樓實際模板面積為1217.8㎡（見原審卷四50頁），惟上訴人僅委由他人施作2成，此部分應以243.56㎡計算（1217.8□0.2＝243.56），故上訴人委由他人施成之B棟7-21樓（含屋突部分）實際模板面積應為26,869.06㎡（其餘樓層面積見原審卷四50頁）。據上，上訴人當時請他人代為施作A棟4-21樓、B棟7-21樓（均含屋突部分）之合理工程費用為14,221,681元（計算式：32,885.9□238＋26,869.06□238＝14,221,680.48，元以下四捨五入）。

4.系爭合約原約定每坪單價2,900元（見原審卷一9頁背面），惟因當時模板工資上漲，被上訴人曾與上訴人之法定代理人莊高榜進行電話聯繫，並加以錄音後於原審提出

被證1之電話錄音光碟（見原審卷一46頁）。兩造於本院107年度建上字第6號案件準備程序中當庭勘驗上開電話錄音光碟如下（見本院卷三353頁）：

被上訴人：現在我的，你說我的錢怎麼用，是2,950？

莊高榜：100元從尾款拿出來。

被上訴人：100元從我的尾款拿出來？

莊高榜：嘿拿出來。

被上訴人：變3,050？

莊高榜：嘿，3,050啊，啊我再多150給你，3,200。

被上訴人：150是你另外拿出來的，這樣嗎？

莊高榜：我另外拿出來的。

被上訴人：算是從你的模稅拿出來，這樣嗎？

莊高榜：嘿啦，我拿出來的，沒辦法啦，遇到了。

從上開譯文可知，莊高榜對被上訴人所稱每坪單價2,950元，並未為任何異議，僅稱100元從尾款拿出來，足見兩造前已達成施作單價改為每坪2,950元之協議，且依上訴人提出之手寫記帳筆記中，地上2、3樓以每坪單價2,950元撥付90%計算（見本院卷一94、96頁），更徵兩造已達成每坪單價增加為2,950元之合意，上訴人主張撤銷原審不爭執事項9.之自認，並無理由。又兩造原約定估驗後保留1成為尾款，則莊高榜表示每坪2,950元中100元從尾款拿出來之真意，當指1成尾款中之以每坪單價100元計算施作面積所得金額於估驗時先支付，並非增加單價至每坪3,050元，此時每坪單價仍為2,950元，只是先支付部分尾款給被上訴人而已，依上開譯文之前後語意，被上訴人與莊高榜所稱3,050元顯然計算錯誤，並不能以此而認兩造已合意將施作單價調高至3,050元；又莊高榜之後表示再多給被上訴人150元，並經被上訴人確認係另行提供，顯係單純增加施作單價，此時施作單價即增加至每坪3,100元（計算式：2,950＋150＝3,100），莊高榜稱3,200元云云，亦屬計算錯誤。是以，本院認定兩造已約定4樓以上

施作單價增加至每坪3,100元。

5.系爭合約□施工及配合事項第1.點（下稱系爭合約□1.）約定：「施工範圍依甲方（即上訴人，下同）提供之建設設計圖及附屬設施，計價面積以縣（市）政府核准的總樓地板面積為計價依據」（見原審卷一10頁），是兩造約定計價面積以縣（市）政府核准的總樓地板面積（平面面積）為準。又屋突、陽台、雨遮等均為建設計計圖及附屬設施範圍內，自為被上訴人之施工範圍，且系爭合約之付款方法約定地下樓層5%款項留至屋突完成後退款（見原審卷一9頁背面），益見屋突屬系爭合約之施作範圍。被上訴人辯稱施作範圍不含屋突云云，並無可採。查臺中市政府核定之竣工圖所示4樓至屋突部分各層樓板總面積如附表二所示（詳見原審卷○000-000頁），是A棟4-21樓、B棟7-21樓（含屋突部分，B棟7樓面積以2成計算）合計總樓地板面積為12,749.358㎡平方公尺，約3,856.68坪（12,749.358□0.3025＝3856.680795坪，小數點第2位以下四捨五入）。原審判決不爭執事項7.雖列「被告就系爭工程各層樓應施作之坪數以本院建100號卷一第64頁之附表，作為兩造約定被告應實際施作坪數」，然依該表計算之A棟4-21樓、B棟7-21樓合計應施作坪數為3,303.31坪，顯與系爭合約□1.約定臺中市政府核定之竣工圖所示總面積不符，且未含屋突部分，上訴人以此為由撤銷自認（見本院卷二23頁），符合民事訴訟法第279條第3項之規定，本件事實認定即不受原審判決不爭執事項7.之拘束，而依系爭合約□1.約定認定A棟4-21樓、B棟7-21樓（含屋突部分，B棟7樓面積以2成計算）計價面積為3,856.68坪，是被上訴人如依約施作，上訴人應支付11,955,708元予被上訴人（計算式：3,856.68□3,100＝11,955,708）。

6.從而，上訴人因被上訴人於101年4月26日無故怠工而終止系爭合約，另請第三人施作A棟4-21樓、B棟7-21樓（均含屋突部分，B棟7樓面積以2成計算），而增加之工程費用

為2,265,973元（計算式：14,221,681－11,955,708＝2,265,973）。上訴人依系爭合約□12之約定請求被上訴人賠償2,265,973元，即屬有據，應予准許，逾此部分之請求，則無理由，應予駁回。另上訴人依系爭切結書之約定及民法第493 條、第495條、第227 條之規定求為同一之判決，核屬請求權之競合，上訴人既依系爭合約□12之約定請求為有理由，其起訴之目的已達，其餘競合之請求權自毋庸再為審究。

㈣上訴人得依民法第179條之規定，向被上訴人請求返還代墊泥作補厚費用117,650元及打石費用296,133元：

1.按民法關於定作人催告承攬人修補瑕疵，並非強行規定，當事人得以特約免除定作之催告責任；基於契約自由原則，當事人關於瑕疵修補之催告責任，另有特約者，原則上自應從其特約。

2.系爭合約□本工程模板分包工程內容及附帶項目第13.、□點（下稱系爭合約□13.、□）約定：「施工板模傾斜或走樣超過±3公分為品質低劣。經勸導無效，本公司可以隨時更換承包代工。所施工數量不另計價，所有損失乙方必須照價賠償」、「泥作人員補厚、打石應配合泥作人員處理，金額由泥作人員與乙方雙方協調，甲方負責監督，金額由乙方支付」（見原審卷一10頁背面、11頁）。基此，上訴人施作之板模如傾斜或走樣超過±3公分，致澆灌之混凝土凝固後產生凹凸不平之外觀，固屬瑕疵，惟此瑕疵之修補，依系爭合約□□約定係由泥作人員進行補厚、打石，非由被上訴人（模板人員）施作，蓋模板人員本不具施作泥作之專業或機具，故而系爭合約□□約定之真意即為上訴人無庸催告被上訴人修補瑕疵，而係直接約定由被上訴人負擔泥作人員施作之補厚、打石費用，被上訴人自應遵守系爭合約□□關於補厚、打石費用之特約，尚不得以上訴人未向其催告修補瑕疵而拒絕支付補厚、打石費用。

3.上訴人就A、B棟地下1-5樓、A棟地上1-3樓、B棟地上1-6樓代被上訴人支付補厚費用117,650元及打石費用296,133元，有訴外人許○○簽立之請款單及代工田○○、劉○○、○○、陳○○簽立之收據、○○工程行收據（其中原審卷一165頁A棟4-6樓之板模非被上訴人施作，此部分打石費用37,950元不計入）、上訴人支付○○工程行之支票為憑（見原審卷○000-000頁），堪信為真。從而，依系爭合約□□之約定，補厚及打石費用413,783元（計算式：117,650＋296,133＝413,783）本應由被上訴人給付，惟由上訴人代為支付，被上訴人即無法律上原因而受有利益，致上訴人受有損害，是上訴人依民法第179條之規定（見本院卷二291頁），請求被上訴人返還413,783元，即屬有據。另上訴人依系爭切結書之約定及民法第493條、第495條、第227條之規定求為同一之判決，核屬請求權之競合，上訴人既依系爭合約□□之約定及民法第179條之規定請求為有理由，其起訴之目的已達，其餘競合之請求權自毋庸再為審究。

㈤上訴人得依民法第179條之規定，請求被上訴人返還溢領工程款214,110元：

1.按終止契約，僅使契約關係自終止之時起向將來消滅，並無溯及之效力；與契約解除係使契約關係溯及於訂約時失其效力，尚有不同。此觀民法第 263條之規定，就終止契約之效力，並無準用同法第 259條關於回復原狀義務之規定自明。是終止以前之契約關係，不發生回復原狀之問題，終止以後契約消滅，當事人間如有給付物之授受，惟有依不當得利之規定請求返還。而承攬契約之終止，僅使契約自終止之時起向將來消滅，並無溯及效力，定作人固仍應就契約終止前承攬人已完成工作部分給付報酬，惟定作人於契約終止前如已超付承攬人完成工作所得受領之報酬，於契約終止後，承攬人就該超額報酬受有利益之原因即失其存在，定作人非不得依不當得利規定請求返還之

（最高法院107年度台上字第1931號判決意旨參照）。

2.上訴人以1022號存證信函為終止系爭合約之意思表示，而1022號存證信函於101年4月30日送達被上訴人，是系爭合約自101年4月30日起向後失其效力。又上訴人既主張已於系爭合約終止前給付附表一所示工項工程款予上訴人，並提出相關匯款憑條為證（見原審卷一79-134頁），當可認上訴人係以匯款單內之部分金額支付附表一所示工項之工程款予被上訴人。被上訴人雖辯稱：附表一所示工項有非伊應施作之範圍，亦有伊已施作之部分云云，然依系爭合約□1.約定施工範圍依上訴人提供之建設設計圖及附屬設施（見原審卷一10頁），且證人陳○○於原審指出附表一所示樹穴、圍牆、車道、樓梯等工項均位在地上1樓（見原審卷三210頁背面），當屬系爭合約終止前被上訴人施作之範圍，是被上訴人辯稱附表一所示工項部分非其應施作之範圍云云，即無可採。又上訴人提出上證30記帳筆記（見本院卷二359頁），陳○○簽名領款金額與附表一編號8-18之工程款相符，且證人陳○○於原審證稱：系爭工程的樹穴在一樓，小的樹穴是被上訴人退場後，伊叫人施作，小的樹穴大門前有7、8個，靠近河北路有3、4個左右，後門天井也有1個等語（見原審卷一301、302、303頁），又證稱：印象中伊有做到樹穴，因為材料是伊準備的，拆模是伊拆的，兩邊車道的圍牆，還有1樓因為挑高，1樓要上樓梯的部分沒有拆乾淨的，伊把它拆乾淨，伊做幾天就跟上訴人回報，上訴人給伊多少錢伊就簽名，上訴人有拿簿子給伊簽，上面有記載施工項目、金額，伊領多少錢就領多少錢等語（見原審卷三210頁），堪認上證30記帳筆記為真，附表一編號8-18之工項確為上訴人另行找陳○○施作無訛，被上訴人辯稱有部分為其施作云云，即非可採。另上訴人雖支付陳○○附表一編號8-18工項之工程款（含五金材料費）計237,900元，然依系爭合約付款辦法第3點約定地上樓領90%（見原審卷一9頁背

面），故上訴人於系爭合約終止前給付予被上訴人附表一編號8-18工項之工程款應為214,110元（計算式：237,900□0.9＝214,110）。從而，上訴人於契約終止前已給付被上訴人附表一編號8-18工項工程款214,110元，惟被上訴人尚未施作系爭合約即終止，被上訴人受領上開報酬之原因即失其存在，上訴人依不當得利規定請求被上訴人返還214,110元，即有理由。

3.證人陳○○於原審證稱：威力實業社於被上訴人退場後，有派工進入系爭工程施工，威力實業社派工的工人跟伊施作的工作是一樣的，把板模搬到師傅要做的地方，幫忙拆模，但威力實業社派工工人實際施作的地點，這麼久了，伊沒辦法記等語（見原審卷三209頁背面至210頁），是證人陳○○無法確認威力實業社施作項目即為附表一編號1-7所示工項。又上訴人雖另提出威力實業社於101年5月17日開立面額97,020元之統一發票為證（見原審卷一167頁），惟與附表一編號1-7合計之金額91,200元不符，且上開統一發票僅記載「組工一式」，尚無從證明即為附表一編號1-7所示工項。從而，上訴人之舉證未能使本院得被上訴人未施作附表一編號1-7所示工項之確信，其依不當得利之法律關係請求被上訴人返還此部分工程款，即無理由。

4.上訴人另主張代被上訴人支付附表一編號19所示便當、涼水費用，惟未提出相關收據以實其說，此部分主張即無所據；況便當、涼水費用係上訴人自願支付予代工工人之費用，並非系爭工程之工程款，尚難認被上訴人受有不當得利。

㈥上訴人主張替被上訴人代墊○○公司就垃圾部分扣款212,468元部分：

1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。又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，負舉證責任。上訴人主張：伊遭○○公司就垃圾清理費用扣款，依系爭合約□本工程模板分包工程內容及附帶項目7.、8.點（下稱系爭合約□7.、8.）之約定，伊可自工程款中扣除，伊已先扣款49,337 元，被上訴人尚應給付212,468 元云云，然此為被上訴人所否認，上訴人自應就被上訴人有違反系爭合約□7.、8.之約定，致其遭○○公司扣款乙節，負舉證責任。

2.系爭合約□7.、8.約定：「施工中所製造之垃圾、廢料，代工需每層樓集中丟棄到垃圾管道可載運走之地方，由甲方派人載走。未依約清理，甲方派工清除之成本，由乙方工程款中扣除」、「完工後，所有材料必須清至頂樓。或接至一樓地面所指定的地方。如違反遭受營造廠扣款，代工應自行負責。接料時模板、角料、鐵角材、鋼管支柱，必須分類放好，不得混淆而讓甲方派人整理後吊離現場（清料需三日內完成）」（見原審卷一10頁）。查上訴人固提出「○○工程股份有限公司分攤合約估驗明細表」（見原審卷○000-000 頁）為證，然觀諸該表下方部門主管、單位主管、工地主管、經辦等欄位均未見有人簽章於其上，已難認為真正；且上訴人於該表中以螢光筆畫出之內容，雖有「扣凱大」之記載，惟上訴人未能證明被上訴人有違反系爭合約□7.、8.情事致其遭○○公司扣款，尚不得憑此而認上開扣款係可歸責於被上訴人。從而，上訴人依系爭合約□7.、8.請求被上訴人給付212,468元，並無理由。

㈦上訴人主張因被上訴人以塑膠管套住螺桿之施工方式，致其另行僱工填補滲水處並加強防水處理而支出20萬元部分：

1.按承攬人完成之工作如有瑕疵，定作人除得請求承攬人負瑕疵擔保責任外，如承攬人為可歸責者，並得以不完全給付為理由，依債務不履行法則，請求承攬人賠償損害。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，且定作人於行使不完全給付損害賠償請求權，而該瑕疵為承攬人可能補正，其補正給付無確定期限者，定作人必先依民法第229條第2項或第3項規定，催告或定有期限催告承攬人補正而未為給付後，承攬人自受催告或自期限屆滿時起，負遲延責任，定作人於此時始得謂有該項損害賠償請求權存在（最高法院108年度台上字第2461號判決意旨參照）。

2.證人林○○於原審證稱：○○公司規定外牆不能使用塑膠管套住螺桿之施工方式，而被上訴人在窗台以此方式施工，塑膠管套住螺桿部分會連接到外牆，該施工方式是○○公司所不允許，○○公司與上訴人的合約有約定不能使用回收式螺桿，就是塑膠管套住螺桿的意思等語（見原審卷一235頁），核與上訴人、○○公司間模板工程規範書、○○○○模板施工要求約定禁止可回收式螺桿等情相符（見原審卷一271、272頁），足見被上訴人在外牆使用塑膠管套住螺桿之施工方式，就上訴人而言係屬瑕疵無訛。又該施工方式會使外牆留有孔洞，造成滲漏水，惟仍得以填補滲水處並加強防水之方式加以修補，揆諸前揭判決意旨，縱上訴人主張依民法第227條第1項、第493條第2項、第495條第1項之規定請求，均應先向被上訴人催告修補瑕疵後，方得行使之。上訴人雖主張：曾口頭告知被上訴人修補云云，然未舉證以實其說，自無從採信。從而，上訴人未經催告被上訴人修補瑕疵，自不得依民法第227條第1項、第493條第2項、第495條第1項之規定，請求被上訴人賠償其另行僱工填補滲水處並加強防水處理而支出之20萬元。

3.按侵權行為，即不法侵害他人權利之行為，屬於所謂違法行為之一種，債務不履行為債務人侵害債權之行為，性質上雖亦屬侵權行為，但法律另有關於債務不履行之規定，故關於侵權行為之規定，於債務不履行不適用之（最高法院43年台上字第752號民事判例意旨參照）。查上訴人主

張其僱工填補滲水處並加強防水處理而支出20萬元云云，乃瑕疵修補費用或不完全給付損害賠償等法律關係，民法關於此部分既有特別規定，屬法規競合之關係，自無關於侵權行為規定之適用，上訴人另主張依侵權行為請求被上訴人賠償云云（見本院卷二290頁），於法無據。又系爭合約、系爭切結書均無關於瑕疵修補可不經催告即得請求之約定，上訴人依系爭合約、系爭切結書請求被上訴人賠償云云，亦無可採。

㈧按民法第498條第1項、第514條第1項規定，定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，如其瑕疵自工作交付後經過1年始發見者，不得主張；因瑕疵發見後1年間不行使而消滅，均須工作已交付，始有上開法條所定1年期間之適用（最高法院106年度台上字第2851號判決意旨參照）。被上訴人辯稱：上訴人請求之另行發包損害、補厚及打石費用及已領款未完工另僱工費用，均已罹於民法第514條第1項之1年請求權時效云云。然被上訴人迄上訴人終止系爭合約前，並未完成系爭工程，揆諸前揭判決意旨，自無民法第498條第1項、第514條第1項規定適用之餘地，是被上訴人抗辯另行發包之損害賠償請求權已罹於時效云云，即非可採。又上訴人係依民法第179條之規定，請求被上訴人返還補厚、打石費用及已領取卻未施作之工程款，自與民法第498條第1項、第514條第1項規定之時效無關，併予敘明。

㈨被上訴人辯稱：上訴人就系爭合約終止前已完工部分，應為結算並給付報酬，無從依原來約定保留工程款或拒絕尾款之支付，上訴人仍扣有保留款1,852,339元，其性質應屬損害賠償總額預定之違約金或債務不履行之擔保，伊如有應負賠償或返還不當得利等債務，結算時皆應扣除保留款云云。然系爭合約□12約定：「因違反公司之施工規範"不聽指揮、怠工或工程進度落後三日"，本公司可隨時解除本合約並回收自理，未估驗部分、未付之款項及1成保留款，視同保證

金沒收，不予估驗給付。…後續工程由他人執行完成，所衍生不足工程款，及已領款樓層所未完成工作，乙方應負全部損失賠償責任」（見原審卷一10頁背面），兩造均同意上開「解除本合約」之真意為終止系爭合約，亦即上訴人任意終止系爭合約後，兩造間就1成保留款部分應依系爭合約□12之約定處理。又兩造既已約定被上訴人無故怠工時，未付之1成保留款「視同保證金沒收，不予估驗給付」，上開契約條文雖名為「保證金」，惟上訴人既已終止系爭合約，已無擔保契約履行之實益，況系爭工程為模板施作，混凝土灌入凝固後即可拆除，並無保固之問題，是被上訴人辯稱此為債務不履行之擔保，要無可採，堪認該1成保留款因被上訴人無故怠工而不予放款，即已變更為違約金之性質。另兩造既約定一旦被上訴人無故怠工，上訴人得不予估驗給付1成保留款，此顯與損害賠償數額多寡無關，自非損害賠償總額預定之違約金；況系爭合約□12約定上訴人除不予估驗給付1成保留款外，更可對被上訴人請求委由他人施作所增加工程費用之損害賠償，益見此不予估驗給付1成保留款之性質為懲罰性違約金，被上訴人辯稱係損害賠償總額預定之違約金云云，亦無可採。從而，上訴人依系爭合約□12之約定不予估驗給付1成保留款，既屬懲罰性違約金，上訴人當可另就其他損害賠償為請求，則該1成保留款即無從與委由他人施作所增加工程費用之損害賠償或返還不當得利債務抵銷或扣除，被上訴人前揭置辯，即非可採。

五、綜上所述，上訴人依系爭合約□12之約定及民法第179條之規定，請求被上訴人應再給付上訴人2,893,866元（計算式：2,265,973＋413,783＋214,110＝2,893,866），及自103年5月22日起（起訴狀繕本於103年5月21日送達，見原審卷一31頁）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，則無理由，應予駁回。上開應再給付本息部分，原審為上訴人敗訴之判決，尚有未合，上訴人指摘原判決此部分不當，求為廢棄改判，為有理由，爰由

本院改判如主文第二項所示。上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其此部分假執行之聲請，核無不合，上訴人指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。又上訴人前開勝訴部分，兩造均陳明願供擔保宣告准免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。

六、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，併此敘明。

據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　5　　月　　26　　日

工程法庭

審判長法　官　杭起鶴

法　官　吳國聖

法　官　黃裕仁

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，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　王麗珍

中　　華　　民　　國　　110　　年　　5　　月　　27　　日

附表一

編號	施工內容及範圍	施作日期	工資 （計算式：工數x每工金額）	五金
1	拔釘、清料、拆6欄杆磨板	101.05.03	11,200元 （7x1600=11200）	
2	拔釘、清料、接料至8樓底板	101.05.04	11,200元 （7x1600=11200）	
3	接料製8樓底板、6樓欄杆接至7樓備用	101.05.05	11,200元 （7x1600=11200）	
4	拆6樓頂板模、鋼柱、木角材、塑膠版至8樓頂模備用	101.05.08至101.05.09	22,400元 （14x1600=22400）	
5	接5樓樑底模、拔釘、接料至8樓底板	101.05.10	11,200元 （7x1600=11200）	
6	接鋼柱、模板、角材、清5樓與6樓之廢料	101.05.11	14,400元 （9x1600=144000）	
7	切5、6樓鍥桿、鋼筋、內外牆	101.05.12	9,600元 （6x1600=9600）	
8	人行道造型及現有樹坑施作	102.07.25	8,400元 （4x2100=8400）	
9	上開工程拆模、拔釘、清料、傳料		1,600元 （1x1600=1600）	
10	西向圍牆、南向圍牆及車道側牆施作	102.03.21～102.03.26 102.05.03～102.05.04 102.09.18～102.09.24	136,500元 （65x2100=136500）	13,000元

		102.03.21～102.03.22 102.09.22 102.09.24		
11	上開工程拆模、拔釘、清料、傳料		26,400元 （16.5×1600=26400）	
12	樹穴側牆共11個		23,100元 （11×2100=23100）	2,500元
13	上開工程拆模、拔釘、清料、傳料		6,400元 （4×1600=6400）	
14	一樓南向地坪、花台組模	102.05.09102.05.17	6,300元 （3×2100=6300）	
15	花台拆模		1,600元 （1×1600=1600）	
16	南向圍牆墩施作組模與拆模	102.05.14至102.05.15	6,300元 （3×2100=6300）	
17	A棟公共樓梯補測組模、B棟梯側補組	102.07.05至102.07.06	4,200元 （2×2100=4200）	
18	上開工程拆模、拔釘、清料、傳料		1,600元 （1×1600=1600）	
19	每工每天需 100 元之便當、涼水錢		11,150元 （111.5×100=11150）	
合計 （計算式：各項目之工資＋五金）		340,250元		

附表二：

A棟、B棟核准樓地板面積（㎡）					
樓層		專有部分－室內面積及陽台超出200cm	共有部分	專有部分－陽台面積	專有部分－雨遮面積
4樓	A棟	275.03	70.40	37.73	13.97
5樓	A棟	275.03	70.40	37.73	13.97
6樓	A棟	275.03	70.40	37.73	13.97
7樓	A棟	275.03	70.40	37.73	13.97
	B棟	275.03	70.40	37.73	14.78
	備註：B棟部分共計397.94，因另尋他人施作部分以2成計算，核計為79.588，並以此加總計算下列合計面積。				
8樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
9樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
10樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
11樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
12樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
13樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
14樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
15樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
16樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
17樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
18樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
19樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
20樓	A+B棟	690.86		75.46	28.75
21樓	A+B棟	326.28(專有部分無陽台超出200cm部份)		57.40	－
屋突	1層	131.40			
	2層	96.93			

（續上頁）

	3層	133.33
合計面積		12,749.358