臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度重上字第138號

上　訴　人
即被上訴人　日南紡織股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　林銘崇
訴訟代理人　林銘德
　　周思傑律師
　　王耀賢律師
被　上訴人
即　上訴人　富詳營造股份有限公司
000000000000000000
000000000000000000
法定代理人　楊愷堂
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　姜至軒律師

上列當事人間請求返還不當得利事件，兩造對於中華民國108 年4 月30日臺灣臺中地方法院104 年度重訴字第45號第一審判決各自提起上訴，本院於110 年3 月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決（除確定部分外）關於命富詳營造股份有限公司（本訴）、日南紡織股份有限公司（反訴）給付本息部分，及該部分假執行之宣告，暨除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，日南紡織股份有限公司、富詳營造股份有限公司在第一審之本訴、反訴均駁回。

其餘上訴駁回。

第一審（除確定部分外）及第二審本訴之訴訟費用均由日南紡織股份有限公司負擔；反訴之訴訟費用均由富詳營造股份有限公司負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

按當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法。但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，民事訴訟法第447條第1 項第3款定有明文。查上訴人即被上訴人富詳營造股份有限公司（下稱富詳公司）於民國109年12月30日本院準備程序終結後之110年3月11日提出民事補充辯論意旨狀，主張就反訴部分，除依不當得利、承攬之法律關係請求外，尚依兩造於會議中「多退少補」之約定請求，並表明此部分乃係就已提出之攻擊防禦方法為補充等語（見本院卷二第331頁）。惟上訴人即被上訴人日南紡織股份有限公司（下稱日南公司）則抗辯富詳公司上開主張，已經違反民事訴訟法第447條第1項本文，已不得提出云云。經查，富詳公司於原審提起反訴，其請求權基礎已包括承攬契約之法律關係，則其於本院主張依會議中「多退少補」之約定請求，並未變更訴訟標的，僅就其所主張承攬契約之內容為補充，核屬對於在第一審已提出之攻擊防禦方法為事實上、法律上之補充，揆諸前揭說明，應予准許，先予敘明。

乙、實體方面：

壹、本訴部分：

一、日南公司起訴主張：

㈠日南公司於民國100 年1 月28日與富詳公司簽訂承攬契約書（下稱系爭契約），約定由富詳公司承攬「苗栗○○○○○第九期集合式住宅新建工程」（下稱系爭工程）之施作。而為紓解富詳公司之經濟壓力，在系爭工程未經驗收合格之前，日南公司即應富詳公司之請求，暫先將扣除2 %保固款後之全部工程款新臺幣（下同）1 億9,698 萬元給付予富詳公司，並約定系爭工程之追加減工項與金額另計之，再多退少補，至於追加減工項之鑑定工作，則均同意由系爭工程之原設計者即○○○建築師為之。嗣經○○○建築師計算結果，富詳公司得向日南公司請求給付追加工程款為113,838元，然有包含附表一所示應做未做等應扣減工程款9,851,52

0 元之事由，總計應追減之工程款為9,737,682 元（計算式：0000000 －000000＝9,737,682 ），富詳公司依兩造多退少補之約定，應將此部分工程款返還予日南公司；另富詳公司受領此部分之工程款，亦屬無法律上原因，而受有利益，致日南公司受有損害，日南公司亦得依民法第179 條之規定，請求富詳公司返還上開款項。

㈡又富詳公司於102 年6 月3 日以日南公司未同意其先前變更追加項目、數量、工期之請求，以及指稱日南公司未依其於同年4 月28日所提送之「雜項工程完成」請款暨於同年5 月28日所提送之「水電及電信設備接通完成」請款為由，率予停工逾5 日，已嚴重違約，日南公司因而於同年月10日，依系爭契約第21條第1 項第2、4、5 款約定，以大甲幼獅郵局存證號碼29號存證信函，向富詳公司為終止系爭契約之意思表示，日南公司自得依系爭契約第21條第2項之約定，請求富詳公司給付懲罰性違約金2,010 萬元，爰先一部請求500萬元。

㈢並聲明：①富詳公司應給付日南公司14,737,682元，及其中9,737,682元自起訴狀繕本送達翌日起；其中500 萬元自追加起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息。②願供擔保，請准宣告假執行。

二、富詳公司則以：

㈠日南公司雖主張富詳公司有如附表一所示應做未做之工程等應扣減工程款之情形云云。然查：

（參原審卷二第207頁）

1.編號1：施工圖並無此工項，日南公司主張扣款並無理由。

2.編號2：因系爭工程為總價承攬，日南公司若主張扣減此部分工程款，亦非以合約價差為依據，應以實際價款為準。

3.編號3：依照施工圖說應施作5人份電梯，故日南公司主張應屬無據。

4.編號4：富詳公司已經採購並交付日南公司。

5.編號5：PU工程為防水工程之用，日南公司於測試時，竟採

工程慣例所無之於PU上放水一週再加以測試方式，且富詳公司已於102 年6 月21日出具切結書（下稱系爭切結書）表示同意以400 萬元委請日南公司自行僱工進行系爭工程之瑕疵修繕，修繕費用同意由得請領之工程款中扣除，日南公司自不得再請求扣減此部分金額。

6.編號6、12、15、16、17：否認有日南公司主張之瑕疵，若有此瑕疵，亦屬瑕疵修補問題，兩造既已約定由日南公司自行僱工修繕，修繕費用並自富詳公司得請領之工程款中扣除，日南公司自不得再請求扣減此部分金額。

7.編號7：富詳公司無須分擔此費用。

8.編號11：富詳公司乃按圖施工，而工程圖說並無需施作此部分。

9.編號13：依工程慣例，圖示不清楚或不統一時，大比例尺優先於小比例尺，故應以大比例尺圖面為依據。經現場勘查，僅主臥衛浴有淋浴拉門，依系爭契約附件11建材說明衛浴設備第1 、2 點，主臥室衛浴採用五星級飯店式淋浴拉門，次臥衛浴未標示；另契約估價單第7/8 頁無框式淋浴拉門數量為39樘，現場實際施作之主臥浴室合計34間，應做未做數量為5 樘，應依契約扣減金額為6 萬2500元。日南公司主張系爭工程應施作之乾濕分離淋浴拉門總計應為123 樘，並無理由。

10.編號18：浴室平頂依約採用矽酸鈣板刷水泥漆，而依工程慣例，浴室施作天花板時，浴室牆面粉刷高度僅至天花板與牆面接觸面上緣約10公分處，故本項非屬應作未作或施作不當，不應扣減金額。

11.編號８、９、□、□：請依法審酌。

㈡日南公司就如附表二所示追加工程（詳情反訴之主張），尚有工程款1,200萬元未為給付。

㈢富詳公司於102 年6 月3 日停工前，即已多次要求與日南公司辦理變更追加減工項，然未獲日南公司回應，而系爭契約第10條亦約定變更設計須經雙方書面同意為之，則富詳公司

既已要求日南公司配合辦理，日南公司卻未置理，富詳公司所為之停工即難謂無正當理由。而日南公司於寄發終止系爭契約之存證信函後，兩造仍召開多次工務會議討論工程追加減帳款事宜，且在102 年10月24日、10月31日之工程會議曾在討論工程瑕疵修補之問題，富詳公司復已完成系爭工程，日南公司更給付所有之工程款，足證日南公司並無終止系爭契約之意。縱認日南公司有以存證信函終止系爭契約，然兩造嗣並未進行終止契約後之結算，且仍按系爭契約之約定接續履行，應認系爭契約已回復至終止前之狀況或是兩造間有默示接續系爭契約繼續履行之意。

㈣兩造已經約定由富詳公司法定代理人楊愷堂向日南公司購買系爭工程建案A17 、A18 、A19 、A20 、A1、A2、A3、A5、A6合計9 戶房地後，日南公司即不再向富詳公司請求逾期之違約金，日南公司並於102 年11月26日出具同意書表示上開房地之價金全數收訖後，日南公司不再訴究富詳公司前承攬系爭工程延誤工期與違約金，故日南公司請求懲罰性違約金，實屬無據。倘認為日南公司請求違約金有理由，則因富詳公司已經完成系爭工程，縱認有部分工項未完成，惟富詳公司依日南公司指示所施作完成之追加工程項目，遠超過合約範圍，日南公司並無任何損失，更受有未給付工程款之利益，富詳公司迄今尚無法請領追加工程款；且日南公司多次拖延給付工程款，更要求富詳公司之股東以購買系爭工程所興建之房地，折抵應給付之工程款，富詳公司法定代理人楊愷堂不得已購買系爭工程所興建之9 戶房地，買賣價金已超過1 億1 千萬元，逾系爭工程2 分之1 之工程款，日南公司實獲有重大利益，爰依民法第251 條、第252 條規定請求酌減違約金至零元。並聲明：㈠日南公司之訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

貳、反訴部分：

一、富詳公司主張：系爭工程有經日南公司變更或追加如附表二所示工程，富詳公司自得依承攬契約（含多退少補約定）之

法律關係之約定，請求日南公司給付1,200 萬元之工程款。倘認兩造間就如附表二所示工程並未成立承攬契約，則日南公司即屬無法律上原因受有利益，富詳公司因而受有損害，富詳公司亦得依不當得利之法律關係，請求日南公司返還所受利益。並聲明：㈠日南公司應給付富詳公司1,200 萬元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起，至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息。㈡願供擔保，請准宣告假執行（未繫屬本院部分，茲不贅述）。

二、日南公司則以：

㈠富詳公司依系爭契約第3 條第3 款約定，負有按圖施工之義務，且非僅以估價單之記載為限，凡設計圖有標示者，即應按圖施作。又系爭工程倘有變更原設計而施作時，依系爭契約第10條、第11條第4 項、第26條之約定，應屬約定要式行為，須經日南公司及其法定代理人簽名，及建築師書面確認始可，惟如附表二所示工程均不符合系爭契約之要式約定。且查：

1.附表二編號1、2、3、4部分：屬原約定施作之範圍，契約書第3 條第3 款之約定，富詳公司不得要求加價。

2.附表二編號4部分：屬系爭契約第3 條第3 款因「工程需要」而施作，依約亦屬原約定施作範圍。縱認富詳公司請求工程款為有理由，其金額亦應為422,938 元。

3.附表二編號5部分：乃因工程需要而施作，依據系爭契約，屬原約定施作範圍。又因原設計之二丁掛未施作，故應將未施作二丁掛之工程款381,100 元扣除。

4.附表二編號6部分：設計圖圖號1/D9即有此部分工程，應屬原約定施作範圍，不得請求加價。

5.附表二編號7部分：屬系爭契約第3 條第3 款因「工程需要」而施作，依約亦屬原約定施作範圍。

6.附表二編號8：設計圖有此部分設計，應屬富詳公司應依約施作之範圍，不得要求加價。

㈡富詳公司既出具系爭切結書同意修繕費用由得請領之工程款

項中扣除，可證富詳公司已無工程追加款項得請求。況日南公司已對富詳公司為終止系爭契約之意思表示，依系爭契約第21條約定，富詳公司已喪失系爭工程之相關報酬請求權，是富詳公司請求追加工程款，實非有理。又除2 %之保固款402 萬元外，日南公司業已給付富詳公司工程款1 億9698萬元，富詳公司並無工程款未獲給付之情。

㈢系爭工程如有變更、追加，富詳公司應循系爭契約第10條、第11條第4 項、第26條之約定，經兩造議價後以書面為之。而不得逕依不當得利之規定向日南公司請求。又依據請求權規範競合理論，富詳公司依契約關係既已不得請求追加工程款，且日南公司係基於系爭契約之法律關係受領系爭工程，則富詳公司主張依不當得利之法律關係請求，亦無理由。

㈣兩造另案給付違約金事件，經鈞院105 年度建上字第70號判決、最高法院108 年度台上字第815 號裁定判決富詳公司應給付日南公司28,341,150元並確定在案。倘認為富詳公司對日南公司有工程款債權，則日南公司可以上開違約金債權與富詳公司工程款債權相互抵銷。並聲明：㈠富詳公司之反訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

參、經原審就本訴、反訴部分分別為日南公司、富詳公司一部勝訴、一部敗訴之判決，兩造均就其敗訴部分聲明不服，提起上訴，兩造之上訴聲明及答辯聲明如下：

一、本訴部分：

㈠日南公司：

1.原判決關於駁回日南公司後開第二項之訴部分及該部分假執行之宣告暨訴訟費用之裁判均廢棄。

2.上開廢棄部分，富詳公司應給付日南公司12,403,280 元，及其中7,403,280 元自103 年12月26日起；其餘500 萬元自追加起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息。

3.願供擔保請准宣告假執行。

㈡富詳公司：

1.原判決不利於富詳公司部分廢棄。

2.上開廢棄部分，日南公司第一審之訴駁回。

3.如受不利判決，願供擔保請准宣告免於假執行。

二、反訴部分：

㈠富詳公司：

1.原判決關於駁回富詳公司後開第二項之訴部分廢棄。

2.上開廢棄部分，日南公司應再給付富詳公司2,667,064元。

3.願供擔保，請准宣告假執行。

㈡日南公司：

1.原判決不利於日南公司部分廢棄。

2.上開廢棄部分，富詳公司於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

肆、本院整理兩造爭執事項如下：

一、不爭執事項：

㈠兩造於100 年1 月28日簽訂系爭契約，約定由富詳公司承攬系爭工程之施作，依系爭契約第3 條第3 款約定，系爭工程為總價承攬制；第4 條約定：「總工程款：新臺幣2 億100 萬元整（含稅）。簽約後無論中途工料價格、工資上漲或其他因素，乙方均不得要求加價或追加工程款」（原審卷一第11至24頁）。

㈡依系爭契約第7 條第1 款約定，系爭工程自100 年2 月18日起算工期，101 年3 月25日以前全部完工且複驗合格並完成全部已售戶之交屋作業（原審卷一第14頁）。

㈢系爭契約第10條約定：「甲方（按即日南公司，下同）得為本工程以書面辦理變更設計，乙方（按即富詳公司，下同）應配合之，如變更設計造成乙方承攬數量有增減時，以合約書之單價計算增減工程款。若有新增單價時，則須經雙方議價後以書面同意為準，此為約定的要式行為，甲、乙雙方均應確實遵守」（原審卷一第15頁）。

㈣日南公司於系爭工程未經驗收合格之前，因富詳公司之請求，已將扣除2 %保固款之全部工程款1 億9,698 萬元給付

予富詳公司（原審卷一第28至30頁）（但日南公司主張兩造有多退少補之約定）。

㈤富詳公司曾以102 年6 月3 日(102)富工第000000000 號函以無法接受日南公司就其要求辦理變更及追加工期事宜函覆「任何追加減皆須以書面經雙方議定後始生效力」等情，及日南公司停付工程款為由，通知日南公司申請停工，待日南公司支付工程款後，再行復工（原審卷二第229 、230 、247 頁）。

㈥日南公司於102 年6 月10日以大甲幼獅郵局存證號碼29號存證信函通知富詳公司，依系爭契約第21條第1 項第5 款、第4 款及第2 款約定，為終止系爭契約之意思表示，經富詳公司於同年月11日收受（原審卷二第237 至242 頁）。

㈦兩造於系爭工程102 年6 月16日會議中達成協議：①楊愷堂同意向日南公司購買苗栗大將軍第九期（即系爭工程）編號A17 、A18 、A19 、A20 等四戶房地，買賣價金以土地每坪7 萬元，建物每坪8 萬元，外加管理費12% 計算；②自備款30% ，分4 次支付，第1 次15% ，於6 月20日前匯入日南公司：第2 次至第4 次各5%，由楊愷堂一次簽發本票交付日南公司；③系爭工程後續修繕款以400 萬元整交由日南公司自行修繕，該款項由日南公司應付之工程款中扣除（原審卷二第262 頁）。

㈧富詳公司於102 年6 月21日出具系爭切結書，表示因承攬系爭工程：「茲同意給付肆佰萬元整委由日南紡織公司自行僱工進行本工程之『瑕疵』修繕。上揭修繕費用本公司並同意由得請領工程款向中直接予以扣除。…至依本件承攬工程合約，尚待完成部分及應做未做或應裝置未裝置之設施或配備部分，立書人當應補做完成。特立本書據以明之。」（原審卷二第55頁）。

㈨日南公司於102 年11月21日寄發存證信函予富詳公司及楊愷堂，以楊愷堂經定期催告後仍未給付苗栗大將軍第九期A17-20 房地買賣價金為由，解除上開買賣契約，並沒收楊愷

堂、富詳公司已繳價金，做為懲罰性違約金；另表示依兩造簽立之補充協議書第1 點旨趣，富詳公司因擅自停工5 日以上，經日南公司終止系爭契約，就富詳公司應給付之違約金保留法律上追訴權等語（原審卷二第186 至189 頁），楊愷堂、富詳公司均已收受該函。

㈩日南公司於102 年11月26日出具內容為：「一、茲收到楊愷堂先生（按為富詳公司法定代理人）前購置本公司苗栗大將軍第九期編號A17 、A18 、A19 、A20 等四戶房地之期、尾款及代辦費新臺幣（下同）28,837,000元，另加計伊先期尚欠本公司為其代辦大將軍第九期A1、A2、A3、A5、A6等五戶之代辦費566,749 ，合計29,403,749元。二、上揭房地之價金經全數收訖無訛後，本公司同意民國（下同）102 年6 月19日雙方補充協議書及本公司102 年11月21日寄發之大甲幼獅郵局第000068號存證信函，有關富詳營造公司前承攬施作大將軍第九期工程新建案的延誤工期與違約懲罰金額四仟八佰餘萬元部分，不再訴究」之同意書（原審卷二第261 、262 頁、本院卷一第335 頁）。

□○○○○○第9 期A1、A2、A3、A5、A6、A17 、A18 、A19、A2 0即苗栗縣苗栗縣北龍岡172 、173 、175 、176 、177 、188 、189 、190 、191 號等不動產均已移轉予楊愷堂或其指定之人，並於103 年2 月10日點交完畢（本院卷一第233 至241 頁）。

□兩造於日南公司寄發終止系爭契約之存證信函後，曾於102年10月24日、同年11月7 日、103 年4 月10日、同年月17日召開系爭工程及苗栗○○○○○第十期工程工務會議討論工程追加減帳款事宜（原審卷一第31至39頁、本院卷一第391、393頁）。

□○○○建築師事務所以103年1月17日（誤載為102年12月31日）（102 ）所函字第10201231001 號函（下稱○○○建築師事務所103年1月17日函）建請日南公司依其檢附之工程報價單數額辦理議價及結算事宜（見原審卷一第40至42頁、第

44、45頁）。

□兩造於原審105年6月7日準備程序時曾合意由○○○建築師就系爭工程之追加減帳進行鑑定（原審卷二第111 頁）。

□日南公司曾因處理10戶牆面白樺、大理石色差，分別支出費用30萬元、50萬元（原審卷二第255 至258 頁）（惟富詳公司抗辯已以102 年6 月21日切結書同意扣款400 萬元，故不應再扣減工程款）。

□富詳公司收受起訴狀繕本日期為103年12月25日（原審卷一第82頁）；收受追加起訴狀繕本日期為105 年11月4 日（原審卷二第244頁）

□日南公司收受反訴狀日期為104年12月22日（見原審卷二第43頁）

□系爭契約第21條第2項約定之違約金，性質為懲罰性違約金。

□富詳公司有施作如附表二所示工程。

□除兩造有爭執之前項1～8是否為合意追加之工程外，系爭工程並無其他追加工程情事。

□就原審囑託○○○建築師鑑定結果，其中鑑定事項㈢部分，㈠～ ㈢、㈦鑑定之金額無意見（僅日南公司主張富詳公司不得請求）。

□富詳公司當時之法定代理人廖承暉或楊玲珠有參加102年11月7 日、103 年4 月10日、24日之工程工務會議及102年10月24日、同年月17日工務銷售會議，會後日南公司有將會議記錄寄送富詳公司（原審卷一第31至39頁、第129 至131頁、原審卷二第39至41頁）

□日南公司前訴請富詳公司依「苗栗○○○○○第十期集合式住宅新建工程A 區之承攬工程契約（下稱A 區工程契約）」、「苗栗○○○○○第十期集合式住宅新建工程B 、C 區之承攬工程契約（下稱BC區工程契約）」之約定，給付懲罰性違約金，經本院106 年4 月19日以105 年建上字第70號判決富詳公司應給付日南公司28,341,150元，及自104 年

12月3日起至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息，富詳公司不服，提起上訴後，經最高法院於108 年12月26日以108年台上字第815 號民事裁定駁回上訴確定在案。富詳公司迄未依上開確定判決給付。

□富詳公司係於109年9月14日收受日南公司民事準備㈤狀。

二、爭執事項：

㈠本訴部分：

1.日南公司主張擇一，依序依兩造間多退少補之約定、不當得利之法律關係，請求富詳公司給付9,737,682 元有無理由？

①日南公司主張富詳公司有應做未做工項【如○○○建築師事務所鑑定報告書（下稱鑑定報告書）第8 至10頁鑑定事項㈠、㈡所示】，有無理由？

②日南公司上開主張若有理由，則其主張經加上追加工程款113,838 元後，再扣款前項應扣工程款9,851,520 元後，富詳公司應返還9,737,682 元，有無理由？

2.日南公司主張依系爭契約第21條第2 項規定，一部請求違約金500 萬元，有無理由？

①日南公司主張依系爭契約第21條第1 項第2 、4 、5 款終止契約，有無理由？

②日南公司主張富詳公司依系爭契約第21條第2 項之約定，應給付違約金，有無理由？

③富詳公司抗辯日南公司依102 年11月26日之同意書，已不得向富詳公司請求違約金，有無理由？

④若認日南公司得請求違約金，則富詳公司抗辯違約金500 萬元過高，請求依民法第252 條規定予以酌減，有無理由？

㈡反訴部分：富詳公司主張依序依承攬契約、不當得利之法律關係，請求日南公司給付追加工程（如鑑定報告書第10、11頁鑑定事項㈢所示，C6戶變更追加除外）之工程款1,200萬元，有無理由？

伍、本院之判斷：

一、本訴部分：

㈠日南公司主張應自富詳公司得請求之工程款中扣除如附表一編號1、2、3、4、7、8、9、10、11、13、14、16、17「本院認定應扣減金額」欄之金額，共計2,334,389元，為有理由：

1.日南公司主張富詳公司有如附表一所示應做未做工項等情，富詳公司則以前詞置辯。經查：

①附表一編號1部分：

富詳公司就其並未完成此工項並未爭執，僅抗辯此工項並非系爭契約約定施作之範圍等情。經查：

⑴「公共排水溝維修」、「截水溝附鑄鐵蓋版」已列為系爭契約所附估價單六「雜項工程」項次50、51，應屬系爭工程之範圍等情，有日南公司提出之估價單、平面圖為證（見原審卷二第134 、135 頁、系爭契約估價單第7 頁），並經證人○○○於原審104年7月30日言詞辯論期日證述：設計圖有如附表一編號1所示之公共排水溝，但現場並未施作等情無訛（見原審卷二第7頁），應堪認定。是富詳公司抗辯此部分非屬其依約應施作之範圍云云，即無可採。日南公司主張富詳公司未依約完成此工項之施作等情，應屬可信。

⑵日南公司雖主張因此工項未施作完成，應扣減工程款215,000 元，並提出○○○建築師事務所103 年1 月17日函暨附件三「依合約『應做未作』工項及追減與應扣款項」為證（見原審卷一第40至42頁、第55、56頁），惟富詳公司抗辯○○○建築師103年1月17日函僅是其初審意見，並非以附件三作為計算價格之基礎等語。經查，該附件三乃係日南公司所製作等情，此由有○○○建築師103 年1 月7 日函說明欄第二項記載：「…另日南公司所提出之『應做未做』工項及追加與應扣款項（附件三）亦請甲乙雙方進行協商議定是禱」等語自明；另○○○建築師並於原審104年7月30日言詞辯論時證稱：該函附件三係日南公司交給伊等語明確（見原審卷三第6頁背面），足證○○○建築師103 年1 月7 日函之附件三，並非其所提供之專業判斷或意見，是日南公司主張應依

該附件三認定富詳公司未施作之工程應扣減金額云云，自無可採。

⑶兩造於原審審理時已合意由○○○建築師對於系爭工程之追加減帳重新鑑定，有富詳公司105 年3 月10日陳報狀、日南公司105 年3 月17日意見陳述狀、原審105 年6 月7 日準備程序筆錄可參（見本院卷二第92、95、111 頁）。經○○○建築師鑑定結果，認為附表一編號1部分，於B1至B3間約25公尺未連接完成，依設計圖圖號1/D2（4/33），本項為應做未做，應依契約單價扣減等情，有鑑定報告書及所附現況照片、壹樓平面圖在卷可稽（見鑑定報告書第4、11、14頁、附件四編號16照片、附件六6-1頁）。又依前揭估價單項次51「截水溝附鑄鐵蓋版」之單價為每公尺2,500元計算，則此部分工程未施作完成，應扣減之工程款應為62,500元（計算式：2500×25＝62500）。

②附表一編號2部分：

日南公司主張富詳公司未依約施作主臥暖風機裝置普通排風扇之工程等情，富詳公司則抗辯因系爭工程為總價承攬，若認應扣減此部分工程款，則僅能扣減差價等情。經原審囑託○○○建築師鑑定結果，認為：經現場勘查主臥（2 樓）浴室為抽風設備，依契約附件11建材說明衛浴設備第4 點，主臥室浴室裝多功能浴室暖風機，次臥浴室配抽風設備，本項為應做未做，應依契約單價扣減差價，依契約工程估價單每只價差7,011元，差34只，應予扣減238,374元，有鑑定報告書及所附現況照片在卷可參（見鑑定報告第4、12、14頁、附件四編號6照片），堪認日南公司主張富詳公司有如附表一編號2所示應做未做之工項，而應扣減差價238,374元等情，應屬可採。

③附表一編號3部分：

日南公司主張依系爭工程設計圖，富詳公司應施作6 人份電梯，然實際施作A8戶電梯為5 人份，屬應做未做，應依契約單價扣減差額等情。富詳公司就其係施作5人份電梯乙節並

不爭執，惟抗辯依施工圖電梯應施作5人份等情。經查，系爭工程之設計圖圖號2/A7（20/20）鋼索式家庭乘客電梯之規格表上「載重（乘員）」記載「450公斤6（人乘）」；而標準圖圖號EM9319A0、EM9320A0、EM9321A0之電梯規格表之「載重（乘員）」則記載「400公斤5（人乘）」等情，有上開圖說附卷可佐（見鑑定報告書附件六6-5、6-6、6-7、6-8、6-9頁），足證系爭工程之設計圖與標準圖關於電梯之規格有所出入。經原審囑託○○○建築師鑑定結果，認為：「依工程慣例以設計圖應優先於標準圖，應施作6人份。本項為應做未做，應依契約單價扣減差額」等情，有鑑定報告書可證（見鑑定報告書第4頁），故富詳公司依約負有依設計圖施作6人份電梯之義務，應堪認定。又此工項之電梯數量為5部等情，為兩造所不爭執。而5人份電梯與6人份電梯依市場行情估價（鑑定人電話詢價），每部為15,000元等情，亦有鑑定報告書可佐（見鑑定報告書第12頁）。依此計算，就此工項應扣減富詳公司之工程款為75,000元（計算式：25000×5＝75000）。

④附表一編號4部分：

日南公司主張有34戶未裝1樓揚升馬達等情，而富詳公司則抗辯已經採購上開馬達並交付予日南公司等情，然為日南公司所否認，則富詳公司自應就已交付馬達之有利於己之事實，負舉證責任。惟富詳公司迄未就此舉證以實其說，自難信其抗辯為真實。日南公司主張富詳公司未依約施作此工項，應足採信。又揚升馬達之單價為7,790元乙節，為兩造所不爭執，依此計算，日南公司主張應扣減富達公司之工程款264,860元（計算式：7790×34＝264860），應屬可採。

⑤附表一編號5、6、12、15部分：

日南公司主張系爭工程有如附表一編號5、6、12、15之瑕疵，而應扣減如附表一各該編號「日南公司主張扣減金額」欄所示金額等情。富詳公司則否認有各該瑕疵存在，並抗辯縱日南公司主張上開工項存有瑕疵等情屬實，然因兩造已約

定由富詳公司交付400萬元予日南公司，由日南公司自行修補瑕疵，日南公司自不得再請求扣減此部分費用等情。經查，經原審囑託○○○建築師鑑定結果，固認如附表一編號5、6、12、15部分經現場勘查，有瑕疵未經修補等情（見鑑定報告書第6頁），然富詳公司已於102 年6 月21日出具系爭切結書，表明：「茲同意給付肆佰萬元整委由日南紡織公司自行僱工進行本工程之『瑕疵』修繕。上揭修繕費用本公司並同意由得請領工程款項中直接予以扣除。…」等情，有系爭切結書附卷可稽（見原審卷二第55頁），且為兩造所不爭執，而堪認定。準此，依系爭切結書所載，富詳公司同意日南公司自工程款中扣除400萬元作為瑕疵修補費用，日南公司即不得再請求富詳公司就系爭工程之瑕疵負修補或損害賠償責任。是日南公司主張富詳公司因系爭工程有如附表一編號5、6、12、15所示瑕疵，而應扣減如附表一各該編號所示金額云云，自屬無據。

⑥附表一編號7部分：

日南公司主張富詳公司依約應分攤如附表一編號7之柏油工程費用，富詳公司則否認有此約定。經查，102年5月19日召開之系爭工程及苗栗○○○○○第十期工程工務會議之結論第5點為：「本社區內柏油重鋪工程費用由周主任估算後送呈公司核決，在範圍上，應屬富詳公司承攬施工之責任範圍由富詳營造公司負擔，另則由日南公司負擔」，且該內容經當場宣讀，並經與會者確認無誤等情，有該次會議紀錄在卷可參（見原審卷二第156、157頁）。而日南公司主張富詳公司總經理陳祥興有參與該會議，並簽名確認等情，復為富詳公司所不爭執，自堪信日南公司主張富詳公司依約應分擔如附表一編號7之費用等情。應屬可採。又富詳公司已陳明若認其應分擔此項費用時，則同意日南公司主張之分擔比例57.21％（見本院卷二第118頁）。而觀諸日南公司提出之請款單、統一發票，系爭工程柏油鋪設費用為997,500元（含稅）（見原審卷二第154、155頁），依此計算富詳公司應分

擔額應為570,670元（計算式：997500×0.5721＝570669.75，元以下四捨五入），則日南公司請求扣減570,670元為有理由，逾此金額部分，即無理由。

⑦附表一編號8、10、14部分：

日南公司主張富詳公司應負擔環境監測費384,471元、環保罰款20萬元、省電自動感應燈費用33,456元等情，富詳公司已於原審105年10月4日準備程序時表示同意負擔上開費用（見原審卷二第195頁），則日南公司請求扣減如附表一編號8、10、14之金額，均屬有據。

⑧附表一編號9部分：

日南公司主張富詳公司依約應負擔NCC 電信申辦費25,810元，富詳公司則否認有此約定。查系爭契約附件之工程估價單（變更）第1頁工項「肆」即為「電信申請費」，有該工程估價單在卷可佐（見原審卷二第169頁），足見NCC電信申辦費屬於富詳公司依約應完成之範圍。富詳公司就日南公司主張其並未完成此工項及日南公司主張扣減25,810元等情，並未爭執，堪認日南公司主張此工項乃應做未做，而應扣減25,810元，應屬有據。

⑨附表一編號11部分：

日南公司主張系爭工程C、D區之弱電系統未達應有樓層等情，富詳公司則抗辯其係按圖施工云云。經查，經○○○建築師現場勘查結果，認為C、D區之弱電系統未達應有樓層4樓等情，有鑑定報告書及所附工程估價單（變更）、現場照片可證（見鑑定報告書第12頁、14附件四4-9頁編號8照片、4-10頁編號9照片、附件六6-14-1頁），顯見日南公司主張富詳公司有此應做未做工項，信而有徵，應可採信。而富詳公司就日南公司主張系爭工程C、D區弱電系統未達應有樓層4樓，應扣減金額19,756元乙節並不爭執，則日南公司主張此部分應扣減19,756元，應屬可採。

⑩附表一編號13部分：

日南公司主張系爭工程依小比例尺設計圖計算，應施作淋浴

拉門122樘，富詳公司僅施作34樘，每樘單價以12,500元計算，應扣減工程款110萬元等情，富詳公司則以依系爭契約附件11建材說明，次臥衛浴並無標示淋浴拉門，且估價單之淋浴拉門數量為39樘，富詳公司施作34樘，應僅扣減62,500元等語。經查：

⑴經原審囑託○○○建築師鑑定，其鑑定結果認為：依契約附件11建材說明衛浴設備第1、2點：主臥室衛浴採用五星級飯店式淋浴拉門，次臥衛浴未標示，另契約估價單第7/8頁無框式淋浴拉門數量為39樘等情（見鑑定報告書第5、9、12頁），與系爭契約附件11之建材說明、估價單之內容核屬一致（見鑑定報告書附件六6-2、6-9頁、原審卷一第93頁）。

⑵日南公司雖主張依○○○建築師事務所繪製之系爭工程墨線平面圖應施作之淋浴拉門樘數應為122樘，若依大比例尺圖面計算，亦應施作40樘等情，並提出墨線平面圖為證（見原審卷三第73至77頁）。惟查，系爭契約設計平面圖有不同比例，依工程慣例圖示不清楚或有不統一時，大比例尺優先於小比例尺，故鑑定報告書係採用大比例尺圖面為依據，小比例尺為一般設計過成規劃圖（"S"表比例尺），大比例尺圖面方有詳細配置尺寸為依據等情，有○○○建築師事務所107年5月3日（107）所函字第1070503001號函在卷可憑（見原審卷三第113頁）；另○○○建築師於本院109年10月15日準備程序時證稱：墨線平面圖在銷售時才會用到，施工時不會使用到，施工還是要依照大比例圖說，伊記憶中系爭工程在做估算時，工程預算偏高，致第一次未發包出去，後續有再做調整，刪除一些工項，例如淋浴拉門原本要施作100多樘，但並非每間浴室都需要淋浴拉門，通常只有主臥室會做，嗣後伊提供預算書，讓日南公司去調整數量，刪除一部分，伊再依照日南公司提供調整後之數量去修正圖面，所以才會有淋浴拉門的數量差異，當時尚未發包，伊有將修改後之圖面提供給日南公司，讓日南公司去跟富詳公司訂約；又銷售海報雖為系爭契約之一部分，但現場銷售時與客戶間之

約定，應該要知會承攬人，承攬人才會知道應如何施作等語（見本院卷二第58至61頁），足證墨線平面圖、小比例尺圖面均非富詳公司施工之依據。雖系爭契約第3條第3款約定銷售海報或展示文宣有標明者，富詳公司均應照做等情（見原審卷一第13頁），然日南公司並未能證明銷售海報或展示文宣有註明次臥室浴室亦有淋浴拉門，且有將此通知富詳公司，而成為系爭契約之一部分，則日南公司主張富詳公司應依小比例尺圖面或墨線平面圖計算富詳公司應施作淋浴拉門之數量云云，自無可採。

⑶又系爭工程估價單就淋浴拉門之數量共計為39樘等情，已如前述，然依系爭工程大比例尺圖面計算結果，應施作之樘數則為40樘等情，有鑑定報告書在卷可佐（見鑑定報告書第5頁），並經○○○建築師於本院109年10月15日準備程序證述無訛（見本院卷二第55頁），是以系爭契約估價單與大比例尺圖面所示應施作淋浴拉門之數量並不相符，堪以認定。

⑷茲有疑義者，乃富詳公司就淋浴拉門有應做未做情形，而應扣減工程款時，應以工程估價單或大比例尺圖面之數量為計算基準。查系爭契約第3條第3款約定：「本工程爲總價承攬及責任施工制，凡圖說未註明而估價表、投標須知或銷售海報、展示文宣上有標明者，或圖說有註明而估價單、投標須知未註明者，或估價單、投標須知及圖說均未註明但爲工程之需要者，或因乙方施工（或安全）上所必需，或爲工程慣例上應由乙方施作者，乙方均應照做，不得以任何理由加以推諉或要求加價」（見原審卷一第13頁），是由此約定以觀，固堪認富詳公司依約應施作之淋浴拉門數量應依大比例尺圖面所示即40樘，然因大比例尺圖面所示數量與估價單之數量並不相符，且於計算工程款時，係以39樘計價，造成富詳公司依約應完成之數量，與其得請求工程款之計價數量不相符合之情形。則於富詳公司完成40樘淋浴拉門時，即會發生其得請求此工項之工程款是否應以40樘計價之問題（關於富詳公司得否請求契約漏項之工程款之問題，詳如後述），

然於富詳公司未依約全部施作完成，而於計算應扣減之工程款金額時，若認為計算未完成之數量應以圖面應完成之40樘為準，然計算扣減金額時，卻以約定施作39樘之估價單單價計算，勢必造成富詳公司已完成之每樘淋浴拉門之單價低於估價單所載單價之不公平現象。是在估價單記載之淋浴拉門數量發生漏項之情形，而認為富詳公司應按大比例尺圖面數量施作之情形下，於因未施作而扣減富詳公司工程款之金額時，其少作之數量應以估價單約定數量為計算之標準，如此始能使估價單之單價維持不變，而符合兩造關於單價之約定。準此，於認定富詳公司少作數量，以計算應扣減之工程款金額時，自應以估價單之39樘為準。

⑸兩造均不爭執富詳公司已完成之淋浴拉門數量為34樘，而於計算富詳公司因少作而應扣減之工程款時，其數量應以估價單之39樘計算，已如前述。而淋浴拉門每樘之單價為12,500元等情，亦為兩造所不爭執，則富詳公司因應做未做淋浴拉門，而應扣減之工程款應為62,500元【計算式：12500×（39－34）＝62500】。

⑪附表一編號16、17部分：

日南公司主張富詳公司未依約完成交屋清潔、週邊環境維護，應予扣除該等費用382,000元；另未完成消毒工程，應扣減工程款15,000元等情，富詳公司則抗辯此應屬瑕疵補正之範圍云云。經查，交屋清潔、周邊環境維護、消毒，均為系爭工程之建築工程其中假設工程之一部分（項次壹、一、13、14、15），而屬富詳公司依約應完成之工項乙節，為兩造所不爭執，且有系爭工程之估價單附卷可稽（見原審卷二第182頁），則富詳公司未施作上開3工項，自屬應做未做，而非工程瑕疵，是日南公司主張應扣減上開3工項之工程款，應屬可採。而觀諸上開估價單，交屋清潔費、週邊環境維護費之金額原約定工程款分別為281,992元、10萬元，共計381,992元（計算式：281992＋100000＝381992），消毒工程則為15,000元，則日南公司主張扣減如附表一編號17之

工程款15,000元、編號16之工程款在381,992元之範圍內，核屬有據，逾此部分之請求，即無可採。

⑫附表一編號18部分：

日南公司主張系爭工程浴室天花板以上未粉刷，應扣減工程款112,000元等情，富詳公司就其未施作上開部分工程並不爭執，惟以依工程慣例，浴室有施作天花板時，牆面粉刷高度僅至天花板與牆面接觸面上緣10公分處，故此工項並無未施作或施作不當之情形等語置辯。經原審囑託○○○建築師鑑定結果，認為：依契約附件11建材說明平頂第2點，浴室平頂採用矽酸鈣板刷水泥漆，且依設計圖圖號3/D1（3/33）粉刷表浴室平頂為矽酸鈣板刷水泥漆。而依工程慣例，浴室施作天花板時，浴室牆面粉刷高度僅至天花板與牆面接觸面上緣約10公分處，故本項非屬應做未做或施作不當，無扣減金額等情，有鑑定報告書在卷可查（見鑑定報告書第6頁）。又鑑定人○○○於本院109年10月15日亦以鑑定證人身分證稱：浴廁平頂就是天花板的最頂端，外面會再做一個矽酸鈣板，平頂是在矽酸鈣板的裡面，水泥漆則刷在矽酸鈣板的外側，鑑定報告書所指浴室牆面粉刷高度僅至天花板與牆面接觸面上緣10公分，是指矽酸鈣板與直立牆面接觸面的前面往上（內）10公分，是在矽酸鈣板內部，一般工程要與營造廠（承攬人）特別約定時才會粉刷矽酸鈣板之內側等語（見本院卷二第45頁），足見除非有特別約定，否則依工程慣例，浴室係以矽酸鈣板作為天花板時，牆面粉刷高度僅至矽酸鈣板內側10公分，而無須粉刷至浴室平頂，應無疑義。而日南公司並未主張或舉證證明兩造有牆面粉刷須至浴室平頂之特約，則其主張富詳公司有浴室天花板以上未粉刷之應做未做工項，應扣減工程款云云，自無可採。

2.綜上各節，日南公司主張富詳公司有如附表一編號1、2、3、4、7、8、9、10、11、13、14、16、17應做未做工項，或應負擔款項未付，而應扣減其工程款，共計 2,334,389元（計算式：62500＋238374＋75000＋264860＋570670＋3844

71＋25810＋200000＋19756＋62500＋33456＋381992＋1500
0＝0000000）等情，為有理由，逾此部分之主張，即無理
由。

㈡富詳公司抗辯應追加如附表二「本院認定應追加金額」欄所示之金額，共計8,957,836元為有理由：

1.富詳公司抗辯其有施作如附表二所示之工程，而得請求日南公司給付如附表二「富詳公司主張應追加金額」欄所示之工程款等情，而日南公司就富詳公司有施作如附表二所示工程，並不爭執，並就附表二編號1、3、7所示金額無意見，惟僅承認應給付追加工程款113,838元，其餘部分則否認有給付之義務。經查：

①附表二編號1部分：

富詳公司抗辯此工項乃於兩造訂約後，討論至該處收尾事宜時所追加，並非屬系爭契約或施工圖說所應施作之項目等情，惟日南公司則主張最初設計時，即已預定在取得使用執照後打除，另行施作扶手欄杆，自當為富詳公司所認知，應包含在系爭工程應施作之範圍內，且此工項為材料變更之增減，及為完成系爭工程所必要之收尾工作性質，依系爭契約第3條第3款之約定，富詳公司不得請求追加金額等情。經查：

⑴按當事人於訴訟上所主張之不利於己之事實，經他造為一致之陳述者，依法應生自認之效力。且當事人在第一審所為之自認，於第二審亦有效力。次按，當事人於訴訟上所為之自認，於辯論主義所行之範圍內有拘束當事人及法院之效力，法院應認其自認之事實為真，以之為裁判之基礎，在未經自認人合法撤銷其自認前，法院不得為與自認之事實相反之認定。又按自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之，民事訴訟法第279條第3項亦有明定。

⑵日南公司於起訴狀即主張「系爭工程之追加減之工項與金額，案經○○○建築師縝密查核後，提出書面鑑定報告乙份

（詳參：附件6…）○○○建築師之鑑定結論如下：㈠依據系爭鑑定報告之附件二（按指初審意見表）所示，被告公司（按指富詳公司）得向原告公司（按指日南公司）請求給付追加工程款之數額為113,838元（84,972元＋686,218元－657,352元）…」（見原審卷一第8頁），而參酌起訴狀之附件6即○○○建築師103年1月7日函所附初審意見表，其中84,972元部分，即為附表二編號1之工項，足見日南公司於起訴狀已經主張如附表二編號1之工項乃為追加之工程，且此工項之追加工程款為84,972元無訛。嗣富詳公司提起反訴，並主張兩造有如附表二編號1所示之追加工程，並請求日南公司給付追加之工程款等情（見原審卷二第66頁）。基此，日南公司主張如附表二編號1之工項乃屬追加工程乙節，依法已生自認之效力，日南公司嗣後翻異其詞，主張此部分工項屬於系爭契約原約定施作之範圍云云，然其迄未表示要撤銷上開自認，亦未舉證證明其自認與事實不符，則在日南公司未合法撤銷前揭自認前，揆之上開說明，法院及兩造當事人應併受拘束，以前述自認之事實作為裁判之基礎，法院不得為與自認之事實相反之認定。是富詳公司主張兩造有追加如附表二編號1所示工程等情，自屬可採。

⑶就如附表二編號1所示追加工程之工程款部分，日南公司主張為84,972元等情，惟富詳公司則抗辯應為195,001元云云，並提出工程報價單為證（見原審卷二第69頁）。經查，經原審囑託○○○建築師鑑定結果，認為依市場行情，富詳公司提出之報價單請求金額尚屬合理，惟其完成該工項必要之工作費用及包商利潤、管理費、營業稅應扣除，扣除後建議追加金額為84,972元等情（見鑑定意見書第13頁）；參以○○○建築師之初審意見表亦已說明本工項乃為設計時即已預設為取得使用執照後打除，嗣由銷售部門建議保留，經兩造於101年1月中旬多次討論，並委由○○○建築師事務所繪製3D立體視圖，討論定案後由富詳公司施作，惟應減工項已於標單上列示（四-2）故應刪減；以追加減之精神應為材料

變更之增減，而施工之細項僅為完成該工項所必要之工作，自不得要求加價；包商利潤及管理費、營業稅已於估價單編列，故不應再計入等情（見原審卷一第53頁）；另○○○建築師於原審104年7月30日言詞辯論期日亦證述：在原始設計圖中樓梯雖然要做側牆，但依系爭契約約定取得使用執照後要打除樓梯側牆，所以系爭契約有約定的工項，伊有扣除，未約定的才做追加減工程款等語（見原審卷二第6頁），是富詳公司請求加列包商利潤、管理費、營業稅、施工細項費用，復將原估價單已列者，重複加計，自無理由。準此，富詳公司就此工項得請求追加工程款84,972元，逾此部分之請求，則無理由。

②附表二編號2部分：

富詳公司抗辯此為追加之工項，其得請求追加之工程款196,928元，然日南公司則抗辯此工項乃因系爭工程需要而施作，依系爭契約之約定，富詳公司不得要求加價，且富詳公司並未能依約提出經日南公司及其董事長、建築師出具之書面確認、核可文件，自不得請求追加金額云云。經查：

⑴依系爭契約第3條第3款之約定，凡圖說、估價表、投標須知或銷售海報、展示文宣之一有標明，或因富詳公司施工或安全上所必需，或為工程慣例上應施作者，富詳公司均應照做，不得以任何理由加以推諉或要求加價等情，固如前述。然本工項係由現場工務單位指示修改並未知會系爭工程之設計監造單位即○○○建築師事務所，且此工項原本設計圖說標示為GIP金屬管，為法規規定容許材料等情，有○○○建築師事務所103年1月17日函所附附件二初審意見表在卷可憑（見原審卷一第53頁），該工項顯非為符合施工之需要所為變更，且原設計之瓦斯管線亦無不符法規要求而有更改為不鏽鋼管之必要；至於配合停車場景觀修改管路，顯係考量景觀佈局之美感，均與施工或安全上之需求無關，是日南公司主張此工項之變更乃因系爭工程之需要而施作云云，並無可採。

⑵日南公司雖又主張依系爭契約第10條、第11條第4項、第26條之約定，追加或變更工程應有書面約定云云。惟查：

Ⅰ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；又如依情形非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬。未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付，民法第490條、第491條分別著有明文。

Ⅱ系爭契約第10條約定：「甲方得為本工程以書面辦理變更設計，乙方應配合之，如變更設計造成乙方承攬數量有增減時，以合約書之單價計算增減工程款。若有新增單價時，則須經雙方議價後以書面同意為準，此為約定的要式行為，甲、乙雙方均應確實遵守」；第11條第4款則約定：「凡工程變更設計（含建材）加減帳及工程完工驗收均須經甲方書面確認，方為核可。又本工程倘有變更原設計而施作時，須經甲方（本契約書載明之甲方公司及其董事長簽章），及建築師書面確認始可，其他人員概無權作此決定，乙方必須確實遵守，否則視為違約」、第26條約定：「本契約書所謂須經『甲方書面確認』部分，是指以甲方公司及其董事長簽章所出具的書面認可文件」等語（見原審卷一第15、16、22頁）。惟系爭契約第10條，乃關於日南公司保留日後以書面變更工程之權利，且富詳公司有配合之義務約定，僅在新增單價時，由兩造議價後以書面為之。至第11條第4款、第26條之約定，則係分別就第10條關於日南公司有權決定變更設計之人，及書面確認之方式為具體之規定。縱認上開約定乃兩造就系爭工程之追加或變更，須以書面之要式方式為之之明文，然由兩造並未約定違反書面要式所為變更或追加工程之合意不生效力等情以觀，其書面要式約定之目的，應係為保留變更或追加工程之相關證據，以避免兩造日後發生爭議所為約定。則在兩造就變更、追加工程之內容已達成意思表示合致，富詳公司復未表示願意無償施作之情形下，尚難遽認兩造變更或追加工程之合意因欠缺書面之約定要式，即不

生效力。

Ⅲ經查，富詳公司抗辯此工項係依日南公司之指示施作等情，為日南公司所不爭執，且此工項業經富詳公司施作完成，亦為兩造所是認，則日南公司在認為有變更設計之必要時，未依循前揭系爭契約約定之方式，以書面辦理變更設計，並與富詳公司議價，而完備約定要式行為，即逕要求富詳公司按其指示變更施作之內容，富詳公司嗣亦依日南公司之指示完成此工項，堪認兩造就此工項之變更設計已達意思表示合致無疑。又承攬契約既非要式契約，在此情形下，應認兩造已有同意省略約定要式即書面之程序，否則在富詳公司負有按日南公司指示施作之義務，惟日南公司又不願將其變更或追加工程之指示以書面為之之情形下，若認待富詳公司依約完成追加或變更之工程後，允許日南公司得援引上開約定，而以書面之欠缺為由，否認有追加或變更工程之合意存在，並拒付工程款，豈非要求富詳公司無償為其施作變更或追加之工程，其權利之行使顯有違反誠信原則，應屬權利濫用（日南公司就如附表二其餘工項均為此項抗辯，爰不再一一論述，附此敘明）。

Ⅳ又兩造就此工項雖未經議定價格，然依民法第491條第2項之規定，其價格非不得參考一般建築造價之價目或市場行情，自屬可得確定；故本件工項縱未經兩造議定價格，亦不影響兩造間就此工項之施作，已有意思表示合致，日南公司依約自有給付此部分工程款之義務。基此，日南公司以此工項之變更不符合契約要式約定之約定為由，拒付工程款，自屬無據。

Ⅴ又經原審囑託○○○建築師鑑定結果，認為富詳公司提出之工程報價單請求金額尚屬合理，建議追加196,928元等情，亦有鑑定報告書在卷可參（見鑑定報告書第13、15頁），足證富詳公司抗辯此工項之工程款以196,928元計算，應符合市場行情，堪可採認。

③附表二編號3部分：

富詳公司抗辯此工項屬景觀工程，並非屬系爭契約或施工圖說所應施作之項目，日南公司自應給付追加工程款174,734元等情，惟日南公司則抗辯此部分工項乃屬收尾性質工作，乃因「工程需要」而施作，依系爭契約第3條第3款之約定，屬原約定施作範圍，富詳公司不得請求加價等情。經查：

⑴兩造就富詳公司有施作此工項等情，均不爭執，已如前述。而依工程慣例，此工項乃屬景觀工程，不在系爭工程之範圍內等情，亦有鑑定報告書在卷可憑（見鑑定報告書第7、10頁）。審之此工項性質上既屬景觀工程，其施作之目的僅美化環境，而非為符合施工之需要所為追加，足堪認富詳公司抗辯此部分非屬系爭契約原約定施作範圍乙節，應可採信。

⑵富詳公司主張日南公司應給付此工項之工程款174,734元等情，業據提出工程報價單為證（見原審卷二第71頁）。而經○○○建築師鑑定結果，亦認依市場行情，上開報價單金額尚屬合理，故建議如數追加工程款等情，有鑑定報告書在卷可參（見鑑定報告書第13頁），且日南公司就此金額亦不爭執，則富詳公司抗辯日南公司應給付此追加工項之工程款174,734元，應屬有據。

④附表二編號4部分：

富詳公司抗辯此部分乃為追加工程，日南公司應給付追加工程款等情，然日南公司則主張此為系爭工程原約定施作範圍，縱認富詳公司請求追加工程款為有理由，亦僅得請求422,938元等情。經查：

⑴日南公司於起訴狀引用○○○建築師事務所103年1月17日函初審意見表，主張富詳公司得請求給付追加工程款除附表二編號1部分之84,972元外，另筆686,218元，即為該初審意見表所列附表一編號4工項之追加金額，堪認日南公司於起訴狀中已主張此工項乃為追加工程，而非原約定施作之工程範圍無誤。嗣富詳公司提起反訴，亦主張兩造有如附表二編號4所示之追加工程，並請求日南公司給付追加之工程款等情（見原審卷二第66頁），是日南公司主張如附表二編號4之

工項乃屬追加工程乙節，依法已生自認之效力，日南公司嗣後翻異其詞，主張此部分工項屬於系爭契約原約定施作之範圍云云，然其迄未表示要撤銷上開自認，亦未舉證證明其自認與事實不符，則日南公司既未合法撤銷前揭自認，本院自應以前述自認之事實作為裁判之基礎，而不得為與自認之事實相反之認定。是富詳公司主張兩造有追加如附表二編號4所示工程等情，自屬可採。

⑵關於此工項之追加工程款應為若干，日南公司主張應為422,938元，富詳公司則抗辯應為2,677,438元，並提出工程報價單為證（見原審卷二第72頁）。經查，經原審囑託○○○建築師鑑定結果，認為依市場行情，富詳公司提出之報價單金額尚屬合理，惟完成該工項所必要之工作費用及包商利潤、管理費、營業稅應扣除，扣除後金額為585,970元等情（見鑑定報告書第13頁），惟查：

Ⅰ富詳公司抗辯此工項之追加工程款不應扣除包商利潤、管理費、營業稅等情，然○○○建築師於本院109年10月15日準備程序時已證述因為原估價單已經有編列包商利潤、管理費、營業稅，故就追加工程款部分即不應再計算等語（見本院卷二第49頁）。本院審酌系爭工程玄關花崗石地坪原設計圖標示為80公分乘以80公分拋光石英磚，施工單位鑑於安全考量建議修改材質，足見此部分乃屬施工材料之更改，則其工程款之增減，應以修改前後材料之差額計算，自無再以重複計給包商利潤、管理費及營業稅之理。是富詳公司抗辯不得扣除包商利潤、管理費及營業稅云云，自無可採。

Ⅱ又日南公司就鑑定報告書關於此工項之追加工程款計算方式、結果有所質疑，經本院請○○○建築師補充說明後，其以109年11月20日（109）所函字第1091120001號函更正此工項追加工程款之金額應為692,218元等情，有該函附卷可查（見本院卷二第79頁）。經查，觀諸富詳公司提出之工程報價單，就「A1～A9、A12～A20車庫前地坪」之工程款共計406,178元（即該工程報價單項次1至4，計算式：56000＋1320

00＋120990＋97188＝406178，下稱甲）；「後院即側邊平台」之工程款則為1,399,638元（即該工程報價單項次5至9，計算式：51200＋102000＋227920＋368946＋649572＝000000，下稱乙）；而此追加工項其中地坪花崗石貼作（含材料）之金額為1,402,352元（下稱丙），估價單項次11至16加總則為366,474元（計算式：5000＋6400＋00000－000000＋309493＋170221＝366474），其中編號14之地坪80公分乘以80公分拋光石英磚金額134,640元部分因單獨列為一項扣除，故從366,474元中扣除134,640元（下稱丁）後，餘231,834元（下稱戊）；另後院及側邊平台貼止滑石英磚（20公分*20公分）之金額則為649,800元（下稱己）；又因需刪減屬完工點交應做事項、拋光石英磚材料費，且包商利潤、管理費、營業稅因已於估價單編列，而不應再計算等，因此計算此工項之金額時，應以「甲－乙＋丙－丁－戊＋己」方式計算，共計692,218元（計算式：000000－0000000＋0000000－000000－000000＋649800＝692218）等情，有鑑定報告書及所附附件七初審意見表，及○○○建築師事務所109年11月29日（109）所函字第1091120001號函、110年1月25日（110）所函字第1100125001號函附卷可查（見鑑定報告書第13、16、附件七7-1、本院卷二第79、173頁），故富詳公司請求追加工程款逾此金額部分，即無理由。富詳公司抗辯此追加工程款應為422,938元，亦屬無據。

⑤附表二編號5部分：

富詳公司抗辯牌樓石柱原設計是貼二丁掛，於施工至一定程度後，經兩造開會討論，變更為石材，富詳公司將原施作部分除去後，重新施作，故請求此工項工程款1,151,785元等情，日南公司則主張此部分變更乃為工程需要，應屬約定施作範圍等情。經查：

⑴查本工項原設計為貼二丁掛，於施作後，因日南公司不滿意施作之效果，故於101年10月時開會討論修改材料，並於101年11月間交由○○○建築師事務所繪製3D效果圖定案，並交

由富詳公司施作等情，有初審意見表在卷可稽（見原審卷一第53頁），並經○○○建築師於本院109年10月19日準備程序時證述在卷（見本院卷二第47頁），足證此工項應係經過兩造合意變更施作之材料等情甚明。日南公司主張此工項屬原契約約定施作之範圍云云，並無可採。富詳公司上開抗辯，堪可採信。

⑵就此工項應追加之工程款，富詳公司抗辯應為1,151,785元，並提出工程報價單為證（見原審卷二第74頁）。經原審囑託○○○建築師鑑定結果，認為依市場行情，富詳公司提出之工程報價單金額尚屬合理，惟完成該工項所必要之工作費用及包商利潤、管理費、營業稅應扣除，經扣除後，追加金額應為585,970元等情，固有鑑定報告書在卷可參（見鑑定報告書第13頁）。然原設計之二丁掛嗣既因變更設計而未使用，則於計算應追加之工程款時，自應將未使用之二丁掛費用予以扣除，此亦據○○○建築師於本院上開準備程序時證述：於鑑定此項金額時，應該要扣除未施作二丁掛的金額，但這部分伊未考慮到，所以未施作二丁掛之金額及除去已施作二丁掛之費用均未考慮進去，只有依據富詳公司提出變更後時才報價單去計算等語（見本院卷二第47頁），足見其上開鑑定意見之金額並未扣除原預定施作，嗣因變更材料而未使用之二丁掛之費用甚明。而觀諸富詳公司提出之工程報價單，未施作之二丁掛金額為381,100元，日南公司就此並未爭執，則經扣除後，富詳公司就此工項得請求增加之工程款應為204,870元（計算式：000000-000000＝204870）。

⑥附表二編號6部分：

富詳公司抗辯設計圖圖號1/D9有此工項，惟契約估價單則無編列數量，故就此工項應追加工程款等情，日南公司則主張此工項乃為「圖說有註明」，屬原約定施作範圍，且系爭契約又屬總價承攬之性質，富詳公司本即有施作之義務，不得僅因估價單未編列數量，而請求加價等語。經查：

⑴按「漏項」，係指某一工程項目已標示於工程契約相關圖

說、資料內，然單價分析表卻遺漏編列此工程項目，致投標廠商於得標後，依圖說施作時，始發現該項目未編列於單價分析表中，而無法向業主請求計付工程款之情形。查本工項有設計圖號1/D9參考，屬於契約或施工圖應施作之項目等情，有鑑定報告書及○○○建築師事務所107年11月7日（107）所函字第1071107001號函在卷可證（見鑑定報告書第7頁、原審卷三第136頁），且經○○○建築師於本院上開準備程序證稱：設計圖有此工項，但估價單漏列，估價時提供之設計圖，沒有材料只有結構，但日南公司發包時提供之設計圖有包括材料等語（見本院卷二第47、57頁），足證此工項即屬施工圖說有標示，但估價單卻漏未編列，而為契約「漏項」，堪以認定。

⑵查系爭契約第3條第3款雖約定系爭工程為總價承攬，只要圖說、估價表、投標須知、銷售海報、展示文宣上有標明者，富詳公司均負有施作之義務。惟按工程招標關於總價決標約定所生之拘束力，應須以圖說與標單完整編製而無顯然漏列之情形為其前提。蓋不論是定作人或承攬人，均係依賴按圖說轉載而成之詳細價目表進行估價工作，倘因定作人未核實編製標單，致圖說已有繪製而標單詳細價目表漏列，使承攬人無法合理估算施工所需之費用時，除定作人能舉證證明承攬人投標時，係依據圖說詳細計算而自行斟酌後，仍願以決標之價格參與投標，應由承攬人自負圖說與詳細價目表不符之風險外，本於誠實信用原則，並參酌民法第491條第1項規定，該漏列之工作項目仍應認為允與報酬，而由定作人負給付報酬之義務，以符公平合理原則，初不因該工程係採總價承攬而有異。

⑶查○○○建築師於本院上開準備程序期日證稱：估價單是伊委託估價公司製作後，交給日南公司，再由日南公司提供給富詳公司，一般在發包之圖說上會註明若有漏項或數量短少，營造廠在施工時要提出，富詳公司後來在施工過程中發現估價單少了此工項，於開會中有提出來，就產生爭議，日

南公司要求富詳公司須按圖施工等語（見本院卷二第48頁），足見系爭工程之所以發生設計圖與估價單不符之情形，乃因日南公司提供給富詳公司之估價單漏列此部分工項所致，實屬可歸責於日南公司之事由；況富詳公司於施作過程中發現此工項為漏項，即依系爭契約第9條之規定，於開會中提出，惟日南公司就此工項一方面要求富詳公司按圖施作，另方面其估價單漏列之風險，卻歸由富詳公司承擔，而拒絕就漏項部分給付工程款，顯不符誠實信用原則。

⑷經原審囑託○○○建築師鑑定結果，亦認如附表二編號6之工項，應予追加金額等情，有鑑定報告在卷可憑（見鑑定報告書第7頁）。雖○○○建築師於103年1月17日函所附初審意見表中，認為依總價承攬契約之精神，此工項應為不可追加之工項云云（見原審卷一第54頁），日南公司並主張應以初審意見表作為認定系爭工程追加減之依據云云。惟富詳公司則抗辯初審意見表與○○○建築師對富詳公司所提出之加減帳內容所表示之意見亦有不同，不得以初審意見表之內容作為認定加減帳之依據等語，並提出系爭工程新建工程會議紀錄、○○○建築師事務所102年9月9日（102）所函字第1020908001號函及所附富詳公司備忘錄、工程報價單、圖說疑點請示及解釋單為證（見原審卷一第106至122頁）。經查：

Ⅰ鑑定為一種調查證據方法，所得結果係供作法院依自由心證判斷事實真偽之證據資料。當事人就其可處分之事項，對於鑑定人之人選、鑑定結果及於事實認定之效力，本得於起訴前以證據契約之形式為約定，倘無此證據契約，法院即不受鑑定結果之拘束，仍應踐行調查證據之程序而後定其取捨。

Ⅱ查○○○建築師於原審107年7月30日言詞辯論期日證稱：103年1月17日函及所附初審意見表等相關資料是伊製作後交給兩造，因當初兩造意見相左，富詳公司要求日南公司要做系爭工程之追加減帳，因伊與日南公司有合約關係，日南公司於兩造與伊三方開會之工務會議上要求伊作鑑定報告，富詳公司當時有同意讓伊做鑑定報告，希望能就富詳公司提出之

追加減做有效判斷，但兩造並沒有表示最後認定以伊鑑定結果為準，當初伊製作初審意見表時，兩造並未與伊一同會談，初審意見表關於追加減之資料是由兩造提供，伊再根據系爭契約內容包括圖說來鑑定，應減工程價款欄是日南公司的意見，合計欄是伊針對兩造的價金去做加減的結果，備註欄之記載才是伊的意見等語（見原審卷二第4頁背面起至7頁背面），惟觀之初審意見表備註欄，並無相關金額之記載，甚或就部分工項，其意見為「有待討論」，並無具體金額可資作為追加減金額之依據；○○○建築師事務所並以107年11月7日（107）所函字第1071107001號函表明：初審意見表乃本所與日南公司討論後之初審意見，並非鑑定報告，而106年7月25日之鑑定報告書係依系爭契約之估價單、設計圖、現場會勘比對、工程慣例及調解案例，並參酌公共工程圖說效力之優先順序，提供各鑑定事項結論等語（見原審卷三第135頁）；復於本院109年10月15日準備程序期日到庭證述：初審意見表與受原審囑託進行鑑定做成之鑑定報告最大不同點，乃初審意見表是與業主日南公司討論，針對富詳公司提出追加減及變更設計之工項作檢討，與鑑定報告書之鑑定項目不同，鑑定方法也不同，初審意見表是依照圖說作判斷，鑑定報告書則實地勘查，就現況進行鑑定，初審報告表並未依據一般鑑定之規則或方法為之等語（見本院卷二第44頁），由此益證其做成初審意見表之過程，並未依循一般鑑定規則或方法，初審意見表並不具有鑑定報告之性質，實堪認定，此不因○○○建築師於原審到庭證述時將其判斷稱之為「鑑定」、將初審意見表稱之「鑑定報告」而有異。又兩造於原審業已合意由○○○建築師進行鑑定（見原審卷二第92、96、247頁），基此，本院自應參酌○○○建築師受原審囑託鑑定之結果，踐行調查證據之程序後，予以認定事實，而不受初審意見表之拘束，應無疑義。

Ⅲ○○○建築師於本院上開準備程序期日業已證稱：當初在製作初審意見表時，是以圖面來看，當時圖面是完整的，有包

括材料之標示，但伊在製作鑑定報告時，有去翻閱之前提給估價公司之圖面，發現只有架構（結構）等語（見本院卷二第56頁），足見其於製作初審意見表時，並未發現此工項乃為估價單之漏項，始作出不應追加工程款之建議，是其初審意見表所參酌之資料既不完整，則其就此所提建議，自無可採。

Ⅳ基上，就此工項部分，富詳公司抗辯為漏項，日南公司應給付追加工程款等情，應屬可採。

⑸富詳公司抗辯此工項追加之工程款應為5,566,176元，而此金額依市場行情尚屬合理等情，亦有前揭○○○建築師事務所107年11月7日函可證（見原審卷三第136頁），是富詳公司請求日南公司給付此工項之工程款5,566,176元，應屬有據。

⑦附表二編號7部分：

富詳公司抗辯此工項係依日南公司指示而施作，且已施作完成等情，為日南公司所不爭執，惟主張此工項乃因工程需要而施作，依系爭契約之約定，屬原約定施作之範圍，不得請求加價等情。經查：

⑴此工項係由日南公司指示施作，契約估價單並未列入相關工項、數量、單價及複價，依工程慣例非屬應做未做或施作不當部分等情，有鑑定報告書、○○○建築師事務所107年11月7日（107）所函字第1071107001號函附卷可稽（見鑑定報告書第11頁、原審卷三第136頁），顯見此部分乃為系爭契約所未約定之追加工程，而非原約定應施作之範圍，或工程需要而施作，是日南公司上開主張並無可採。富詳公司抗辯此工項乃追加工程，應屬可信。

⑵富詳公司抗辯此工項之工程款應為386,288元等情，日南公司就此工程款之金額並不爭執，且經○○○建築師鑑定結果，亦認此金額符合市場行情等情，有上開○○○建築師事務所107年11月7日函在卷可參（見原審卷三第136頁），自堪認富詳公司就此工項得請求日南公司給付之工程款為386,

288元無訛。

⑧附表二編號8部分：

富詳公司抗辯此部分乃為估價單之漏項，不應由富詳公司承擔計算數量錯誤之責任，且富詳公司於會議中均有提出確認工項，故自得請求追加工程款等情；而日南公司則以此部分工程設計圖既有註明，即屬富詳公司依約應施作之範圍，不得請求加價等情。經查：

⑴系爭契約估價單第4/8頁標示電動捲門共7＋2樘，設計圖圖號1/D6（16/24）牌樓及外牆詳圖標示快速捲門完成數量為14＋2樘，超過契約數量7樘，依工程慣例本項非屬契約或施工圖說應施作項目，應予追加超過契約數量金額等情，有鑑定報告書附卷可佐（見鑑定報告書第7、11頁）；○○○建築師亦於本院前開準備程序期日證述：「7＋2樘」是指兩種不同的尺寸規格，一種是7樘，一種是2樘，後來7樘部分實際施作數量是14樘，會發生這種情形是因為估價單上漏算7樘等語（見本院卷二第48頁），堪認此工項亦有設計圖與估價單不符之情事無訛。

⑵而此工項之估價單亦是由○○○建築師委託估價公司製作，再交給日南公司，由日南公司提供給富詳公司等情，亦據○○○建築師於本院上開準備程序期日證述明確（見本院卷二第48頁），而此估計單漏項之錯誤，不應由富詳公司承擔，已如前述，故富詳公司抗辯日南公司應給付其施作超過估價單數量之7樘電動鐵捲門之追加工程款，核屬有據。

⑶富詳公司抗辯此部分追加工程款應為1,651,650元，而此金額尚符合市場價格等情，有上開○○○建築師事務所107年11月7日函附卷可憑（見原審卷三第136頁），是富詳公司請求日南公司給付此工項之工程款1,651,650元，應屬有據。

2.日南公司雖抗辯富詳公司既出具系爭切結書同意修繕費用由得請領之工程款項中扣除，可證富詳公司已無工程追加款項得請求云云。然查，富詳公司出具系爭切結書僅有表明同意工程瑕疵之修繕費用，由其得請領之工程款項中直接扣除，

至於其他應作未做等部分，則當補作完成等情（見原審卷二第55頁），並無提及追加工程之部分，亦未見有拋棄其就追加工程得請求之工程款之意；況系爭切結書既謂「同意由得請領之工程款項中，直接予以扣除」，益證富詳公司就系爭工程之工程款尚未請領完畢。是日南公司抗辯上情，殊無可採。

3.日南公司又主張其已對富詳公司為終止系爭契約之意思表示，依系爭契約第21條約定，富詳公司已喪失系爭工程之相關報酬請求權等情。經查：

①系爭契約第21條第1項約定：「乙方如有下列情形之一者，甲方得不經催告逕行解除或終止本契約：…二、乙方於約定期限尚未開工或開工後進度遲緩，作輟無常，物料、工人、機具設備不足，甲方認定其不能依限完工時。…四、乙方未按圖施工、不聽指揮、偷工減料，或違背本契約書約款，或發生變故無能力繼續履行本契約時。五、乙方無正當理由停工逾五日以上時。…」；第2項約定：「乙方倘因上列六項情節之一，致被甲方解除契約或終止本契約時，應即停工…，乙方已興建部分概歸甲方所有，並無條件放棄已完成工作之報酬請求權及原承攬之有關權益…。」（見原審卷一第19、20頁）。

②日南公司主張因富詳公司有系爭契約第21條第1項第2、4、5款之事由，其業於102年6月10日以大甲幼獅郵局存證號碼29號存證信函向富詳公司為終止系爭契約之意思表示，經富詳公司於同年月11日收受等情，並提出存證信函及中華郵政掛號收件回執為證（見原審卷二第237至242頁）。富詳公司就其有收受上開存證信函乙節並不爭執，惟否認系爭契約業經日南公司合法終止，並抗辯日南公司寄發終止系爭契約之存證信函後，兩造仍有召開多次工務會議討論工程追加減帳款事宜，且在102 年10月24日、10月31日之工程會議紀錄曾在討論工程瑕疵修補之問題，日南公司更持續給付工程款等情。經查，兩造於日南公司寄發終止系爭契約之存證信函

後，曾於102年10月24日、同年11月7 日、103 年4 月10日、同年月17日召開系爭工程及苗栗○○○○○第十期工程工務會議討論工程追加減帳款事宜等情，為兩造所不爭執，且有上開會議紀錄附卷可查（見原審卷一第31至39頁、本院卷一第391、393頁），是縱認系爭契約業經日南公司合法終止，且富詳公司依系爭契約第21條第2項之約定，本不得再請求工程款，然兩造嗣既於上開會議中，一再表示要計算加減帳款，顯見兩造嗣已達成仍依工程實際施作情形，計算加減帳後，以確定是否須再給付富詳公司工程款之協議，日南公司自不得再爰引系爭契約第21條第2項之約定，主張富詳公司已無工程款之請求權。是其此項抗辯，亦無理由。

4.綜上各節，富詳公司抗辯日南公司應給付追加工程款為8,957,836元（計算式：84972＋196928＋174734＋692218＋204870＋0000000＋386288＋0000000＝0000000）。日南公司主張追加工程款僅有113,838元，並無可採。

㈢日南公司不得請求富詳公司返還工程款：

日南公司主張其為紓解富詳公司之經濟壓力，而於未經驗收合格前，經富詳公司之請求，將系爭契約所載全部工程款項於扣除2%之保固款後，給付富詳公司1億9,698萬元，至於追加減工程款，兩造約定另計之，是依多退少補之約定，其得請求富詳公司返還上開應扣減之工程款等情，富詳公司就日南公司應其要求，有預先給付1億9,698萬元工程款及兩造間有多退少補之約定等情並不爭執，惟抗辯日南公司尚有附表二之工程款未給付，請求退還工程款並無理由等語。經查，日南公司就附表一部分，得請求富詳公司退還2,334,389元之工程款，而富詳公司另得請求日南公司給付如附表二所示追加工程款8,957,836元，均如前述。準此，日南公司依多退少補之約定，已不得再請求富詳公司退還工程款；且因富詳公司受領工程款，乃基於兩造間之承攬契約，並非無法律上原因，是日南公司亦無從依不當得利之法律關係，請求富詳公司返還已受領之工程款。從而，日南公司主張依多

退少補之約定、不當得利之法律關係，請求富詳公司給付9,737,682元，俱無理由。

㈣日南公司主張依系爭契約第21條第2項約定，一部請求富詳公司給付懲罰性違約金500萬元，並無理由：

1.系爭契約第21條第2項約定：「乙方倘因上列六項情節之一，致被甲方解除契約或終止本契約時，應即停工…，並另以本工程承攬總金額的百分之十，做為懲罰性違約金給付甲方。」（見原審卷一第19、20頁）。而日南公司曾以富詳公司有系爭契約第21條第1項第2、4、5款之事由，而於102年6月10日以存證信函向富詳公司為終止系爭契約之意思表示，並經富詳公司收受，然富詳公司否認系爭契約業經日南公司合法終止等情，業如前述。富詳公司復抗辯兩造另達成合意，由富詳公司法定代理人楊愷堂向日南公司購買系爭工程建案9戶房屋後，日南公司即不再向富詳公司請求違約金等情。經查，兩造就系爭契約是否經日南公司依系爭契約前揭約定，合法終止乙節，固有爭執。惟查：

①兩造曾於富詳公司收受日南公司上開終止契約存證信函後之系爭工程102年6月16日會議中達成下列協議：⑴楊愷堂同意向日南公司購買苗栗大將軍第九期（即系爭工程）編號A17、A18、A19、A20等四戶房地，買賣價金以土地每坪7萬元，建物每坪8萬元，外加管理費12%計算；⑵自備款30%，分4次支付，第1次15%，於6月20日前匯入日南公司：第2次至第4次各5%，由楊愷堂一次簽發本票交付日南公司；⑶系爭工程後續修繕款以400萬元整交由日南公司自行修繕，該款項由日南公司應付之工程款中扣除等情，業據富詳公司提出日南公司所不爭執之會議紀錄為證（見原審卷二第262頁），而堪採信。

②日南公司於102年11月21日寄發存證信函予富詳公司及楊愷堂，以楊愷堂經定期催告後仍未給付苗栗大將軍第九期A17-20房地買賣價金為由，解除上開買賣契約，並沒收楊愷堂、富詳公司已繳價金，做為懲罰性違約金；另表示依兩造簽立

之補充協議書第1點旨趣，富詳公司因擅自停工5日以上，經日南公司終止系爭契約，就富詳公司應給付之違約金保留法律上追訴權等語，楊愷堂、富詳公司均已收受該函；惟日南公司於同年11月26日又出具內容為：「一、茲收到楊愷堂先生（按為富詳公司法定代理人）前購置本公司苗栗大將軍第九期編號A17、A18、A19、A20等四戶房地之期、尾款及代辦費新臺幣（下同）28,837,000元，另加計伊先期尚欠本公司為其代辦大將軍第九期A1、A2、A3、A5、A6等五戶之代辦費566,749，合計29,403,749元。二、上揭房地之價金經全數收訖無訛後，本公司同意民國（下同）102年6月19日雙方補充協議書及本公司102年11月21日寄發之大甲幼獅郵局第000068號存證信函，有關富詳營造公司前承攬施作大將軍第九期工程新建案的延誤工期與違約懲罰金額四仟八佰餘萬元部分，不再訴究」之同意書，嗣○○○○○第9期A1、A2、A3、A5、A6、A17、A18、A19、A20即苗栗縣苗栗縣北龍岡172、173、175、176、177、188、189、190、191號等不動產均已移轉予楊愷堂或其指定之人，並於103年2月10日點交完畢等情，為兩造所不爭執，且有同意書、存證信函、交屋證明書在卷可憑（原審卷二第261頁、原審卷三第186至189頁、本院卷一第233至241頁），足見日南公司於富詳公司法定代理人楊愷堂依約向其購買系爭工程建案9戶房屋後，業已依買賣契約之約定，履行交付買賣標的物予楊愷堂或其指定之人之義務，應無疑義。

③日南公司雖又主張其固於102年11月26日出具前揭同意書，然該同意書第2點記載須房地價金經「全數收訖無訛」後，日南公司始同意不再訴究延誤工期與懲罰違約金，然楊愷堂雖已給付簽約金775萬元、期款259萬元、及以支票給付29,403,749元，然原預定以富詳公司得請求之系爭工程尾款扣抵給付之買賣價金13,183,000元，則因富詳公司未全部給付完畢，系爭同意書約定之條件並未成就云云。惟富詳公司否認楊愷堂尚有積欠上開房地買賣價金之情，並提出楊愷堂用以

支付買賣價金之合作金庫商業銀行彰化分行、華南商業銀行和美分行為發票人之支票、日南公司開立之統一發票為證（見原審卷三第218頁、本院卷一第190頁、第193至231頁）。查日南公司雖主張楊愷堂尚有買賣價金13,183,000元未為給付云云。然由其提出之系爭工程分期付款明細表（見原審卷一第30頁）以觀，關於其應於102年8月22日給付富詳公司工程款13,183,000元部分，其旁註記「102.8/26沖房售」等語，而日南公司亦陳明上開註記乃指有部分房屋買賣價金係以系爭工程之工程款抵充，實際上並未給付富詳公司該金額等情（見本院卷一第333頁），則該13,183,000元之買賣價金，既經以日南公司原應給付予富詳公司之工程款抵充，則於抵充時，即已生日南公司與楊愷堂間就上開買賣價金債權、債務消滅之法律效果，並不因嗣兩造就應給付之工程款金額、富詳公司是否有溢領工程款發生爭執而有異。準此，楊愷堂應給付日南公司之買賣價金其中13,183,000元部分，既經以富詳公司之同額工程款債權抵充，則富詳公司抗辯楊愷堂應給付日南公司之買賣價金業已全部給付完畢，應堪認定。日南公司主張因楊愷堂尚有積欠買賣價金，故上開同意書之停止條件未成就，其不受拘束云云，自無可採。

④日南公司既已出具同意書，表明收訖楊愷堂房地買賣價金之價金後，同意不向富詳公司請求系爭工程之違約金等情，而楊愷堂確已將買賣價金全數給付完畢，已如前述，則富詳公司抗辯日南公司依該同意書之約定，已不得再依系爭契約第21條第2項之約定，請求日南公司給付違約金，自屬可採。準此，日南公司主張依系爭第21條第2項之約定，向富詳公司一部請求懲罰性違約金500萬元，即屬無據。

二、反訴部分：

㈠富詳公司主張其就如附表二所示工項，得向日南公司請求給付工程款1,200萬元等情，然為日南公司所否認，並以前詞置辯。經查，富詳公司就如附表二所示工項得向日南公司請求之工程款，為8,957,836元，惟日南公司就如附表一所示

工項，得請求其返還工程款2,334,389元等情，均如前述。依此計算，富詳公司依承攬契約之約定，得請求之工程款僅有6,623,447元（計算式：0000000－0000000＝0000000），應堪認定。又富詳公司依承攬契約之法律關係，請求日南公司給付部分，既經本院審認為有理由，就富詳公司競合併依民法第179條規定請求部分，即無續行審認有無理由之必要，附此敘明。

㈡按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限，民法第334條第1 項定有明文。查富詳公司依承攬之法律關係，固得向日南公司請求給付工程款6,623,447元，然日南公司主張其前訴請富詳公司依「苗栗○○○○○第十期集合式住宅新建工程A 區之承攬工程契約（下稱A 區工程契約）」、「苗栗○○○○○第十期集合式住宅新建工程B 、C 區之承攬工程契約（下稱BC區工程契約）」之約定，給付懲罰性違約金，經本院106 年4 月19日以105 年建上字第70號判決富詳公司應給付日南公司28,341,150元，及自104 年12月3日起至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息，富詳公司不服，提起上訴後，經最高法院於108 年12月26日以108年台上字第815 號民事裁定駁回上訴確定在案，富詳公司迄未依上開確定判決給付等情，為兩造所不爭執，且有日南公司提出之上開判決、裁定、民事判決確定證明書為證（見本院卷一第259至261、289頁、本院卷二第27至40頁），而堪認定日南公司對富詳公司確有上開28,341,150元之違約金債權存在。而富詳公司之工程款債權與日南公司上開違約金債權，均屬通用貨幣之債，且兩造就上開債權皆屆清償期乙節，俱不爭執，則日南公司主張以其違約金債權與富詳公司之工程款債權相互抵銷，自屬有據。基上，經日南公司以其違約金債權與富詳公司之工程款債權抵銷（兩造同意均以債權本金抵銷，見本院卷二第64、112頁），則經抵銷後，富詳公司已

無工程款債權可以請求（計算式：0000000－00000000＝-00000000）。準此，富詳公司依承攬契約之法律關係，請求日南公司給付工程款，自無理由。

三、綜上所述，本訴部分，日南公司依多退少補之約定、不當得利之法律關係，請求富詳公司給付12,403,280元，及其中7,403,280 元自103 年12月26日起；其餘500 萬元自追加起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息；反訴部分，富詳公司主張依承攬契約、不當得利之法律關係，請求日南公司給付1,200萬元，及其中9,332,936元，自104年12月23日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，均無理由，皆應予以駁回。原判決就本、反訴，分別命富詳公司、日南公司給付本息部分，均有未洽，富詳公司、日南公司上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院將原判決此部分予以廢棄改判如主文第2 項所示。至原判決就本、反訴上開不應准許部分，分別為日南公司、富詳公司敗訴之判決，核無違誤，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回此部分之上訴。

四、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，與本件判決結果並無影響，爰不逐一論述。

五、據上論結，本件兩造上訴均為一部有理由，一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　27　　日

工程法庭　審判長法　官　王　銘

法　官　高英賓

法　官　郭妙俐

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十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四百六十六條之一第一項但書或第二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　劉恒宏

中　　華　　民　　國　　110　　年　　4　　月　　27　　日

附表一：日南公司主張應扣減金額（單位：新臺幣）

編號	工　項　名　稱	日南公司主張扣減金額	本院認定應扣減金額
1	公共排水溝雜項工程未完成	215,000元	62,500元
2	主臥暖風機裝置普通排風扇應做未做	238,374元	238,374元
3	電梯6人份施作5人份	500,000元	75,000元
4	一樓揚升馬達未裝	264,860元	264,860元
5	PU工程無功能需重做	1,025,75元	0元
6	A區外牆施工有誤起水泡需重新處理	140,000元	0元
7	柏油工程分擔	570,675元	570,670元
8	環境監測費	384,471元	384,471元
9	電信申辦費	25,810元	25,810元
10	環保罰款	20萬元	20萬元
11	C、D區弱電系統未達應有樓層	19,756元	19,756元
12	C、D區外牆白樺	300,000元	0元
13	淋浴拉門施作數量不足	1,100,00元	62,500元
14	省電自動感應燈	33,456元	33,456元
15	大理石色差嚴重未處理	500,000元	0元
16	交屋清潔費、周邊環境維護費	382,000元	381,992元
17	消毒工程未做	15,000元	15,000元
18	浴室天花板以上未粉刷	112,000元	0元
合計			2,334,389元

附表二：（單位：新臺幣）

編號	工項名稱	富詳公司主張應追加金額	本院認定應追加金額
1	1樓樓梯打除併增設欄杆扶手	195,001元	84,972元
2	C、D區瓦斯管路變更為不鏽鋼管及配合停車場景觀修改管路	196,928元	196,928元
3	C區花台追加	174,734元	174,734元
4	A1～A9、A12～A20車庫前壓花地坪、C1～C6、D1～D6玄關花崗石地坪增設各戶洗衣平臺	2,677,438元	692,218元
5	牌樓石柱變更石材	1,151,785元	204,870元
6	牌樓及圍牆泥作裝修工程（設計圖圖號1/D9有，契約估價單則無編列數量）	5,566,176元	5,566,176元
7	電梯牆打除、電梯門崁縫、電梯外牆貼做磁磚	386,288元	386,288元
8	電動鐵捲門變更（A1～A9、A12～A20，共16戶【設計圖圖號1/D6(16/24)，超過契約數量7樘】	1,651,650元	1,651,650元
合計：8,957,836元			