

臺灣高等法院臺中分院民事判決

111年度建上字第34號

上訴人 中達福均宮（即：臺中市達福均宮）

法定代理人 林清福

訴訟代理人 常照倫律師

複代理人 林孟儒律師

王妤文律師

被上訴人 慶吉營造有限公司

法定代理人 賴紋玉

訴訟代理人 朱坤棋律師

陳政嘉

上列當事人間請求給付逾期違約金等事件，上訴人對於民國110年12月30日臺灣臺中地方法院110年度建更一字第1號第一審判決提起上訴，本院於113年12月25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，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新台幣48萬5758元，及自民國107年12月20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（含假執行之聲請）駁回。

第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔十分之四，餘由上訴人負擔。

事實及理由

01 甲、程序部分

02 一、林清福在籌建寺廟過程，以「臺中市達福均宮」與「中達
03 福均宮」2個名義與外界互動，然代表人同為林清福，可認
04 屬同一團體；嗣上訴人以「中達福均宮」於民國109年10月2
05 6日經臺中市政府民政局核發○○市臨時寺廟登記證，為具
06 有一定名稱之寺廟，所在地登記於門牌號碼○○市○區○○
07 里○○街00號，並有獨立財產，且設有代表人等情，有○○
08 市政府民政局於109年10月26日核發之○○市臨時寺廟登記
09 證○○寺登字第544號在卷可稽（原審卷二第261頁、本院11
10 0年度抗字第43號卷第47頁）。可認兩造同認「中達福均
11 宮」為對外表彰權利義務主體之名稱及其效果。因之，依兩
12 造間互動之社會事實，兩造間均不得否認「臺中市達福均
13 宮」名義所建立之契約法律關係，與「中達福均宮」無涉，
14 合先敘明。

15 二、兩造間實有簽訂2契約，即先以「中達福均宮」（法定代理
16 林清福）名義於104年7月20日簽訂工程承攬契約（下稱系爭
17 契約），由被上訴人承攬施作坐落○○市○區○○○段0000
18 00地號等3筆土地之○○市○區中達福均宮新建工程（下稱
19 系爭工程，108年度建字第10號卷一第29-73頁）；嗣於同日
20 再以「臺中市達福均宮」（林清福）名義，另訂《工程承
21 攬附約》（下稱《附約》）規範「二次工程」與「第一期工
22 程」之二次工程期限、總工程期限及得據為延長施工期限之
23 事由等約定（108年度建字第10號卷一第307-309頁），2契
24 約間就同一新工程具有密切關聯性。

25 三、上訴人嗣於上訴理由狀再援引民法第179條、第511條前段等
26 規定，作為請求結算系爭工程溢付價金（工程款等）之依據
27 （本院卷一第73-79頁），上訴人此部分陳述，相較其在原
28 審所引法律條文，固有多引；然實僅用以說明其得依系爭契
29 約第5條第(三)項請求被上訴返還經結算程序所確認之溢領價
30 金，容屬補充請求溢領價金之事實上與法律上之陳述，自無
31 不當。

01 四、上訴人（原告）起訴請求「被告應將○○市政府都市發展局
02 000中都使字第00000號使用執照正本交付予原告。」部分，
03 被上訴人業於113年12月25日當庭交付上開「使用執照正
04 本」予上訴人；旋由上訴人撤回此部分之起訴，亦經被上訴
05 人同意撤回（本院卷二第73頁、第79頁），此部分已非本院
06 應審理之範圍。

07 五、被上訴人於本院終結準備程序後，雖以書狀為抵銷抗辯，嗣
08 則於辯論期日當庭撤回此部分抗辯（本院卷一第444頁、卷
09 二第64-65頁、第75頁）。

10 六、因之，本院審理範圍僅為兩造關於工程溢付款（含分攤之稅
11 款）、違約金之爭執。

12 乙、實體部分

13 壹、按民事訴訟法第454條第1項規定：判決書內應記載之事實，
14 得引用第一審判決。當事人提出新攻擊或防禦方法者，應併
15 記載之。

16 一、兩造關於起訴、上訴及答辯意旨、舉證等主張、陳述：

17 (一)上訴人：

18 1.兩造於000年0月20日簽訂系爭契約，由被上訴人承攬施作坐
19 落○○市○區○○○段000000地號等3筆土地之○○市○區
20 中達福均宮新建工程。約定系爭工程應於000年0月30日開
21 工，000年0月23日竣工；工程總價款為新台幣(下同)0000萬
22 元；伊已給付970萬元。

23 2.兩造間因被上訴人逾期仍未完工，且遲至000年0月19日始取
24 得使用執照。伊函請被上訴人於1個月內竣工，未獲置理，
25 前已依系爭契約第21條第1項第5、8、11款終止系爭契約及
26 《附約》。

27 (1)原審判決雖略以「原告給付第七、八期工程款係依系爭契約
28 第5條第(一)項約定之付款範圍…。則原告依系爭契約第5條第
29 (三)項之約定主張被上訴人所領得第七、八期工程款有溢領之
30 情，顯然採認…」等語，為不利上訴人之認定。

31 (2)然依(一)民法第179條規定…。(二)民法第511條規定「工作未完

成前，定作人得隨時終止契約」，上訴人自得作為主張終止契約請求結算、返還溢付工程款之請求權依據。

(3)上訴人於二審所為依民法第511條規定為終止契約等陳述，實屬就兩造爭點補充事實上及法律上之陳述；及於二審聲請送交鑑定，均無違被上訴人審級利益(本院卷一73頁、第157頁、第171頁、第189頁、卷二第74頁)。

3.系爭契約及《附約》既經終止，被上訴人已無由再繼續施作未完成之部分，兩造自應依系爭契約第3、21條，以實作數量結算。被上訴人雖辯稱應以總價結算，但總價結算須以工程全部完工為前提；系爭工程既未全部完工，自無總價結算可言。又依○○○建築師提供之估算表及其證述，及○○市建築師公會鑑定結果，可知被上訴人確有溢領工程款之情形，伊自得依民法第493、494條及上開規定，與系爭契約第5條第(三)項之約定，請求被上訴人返還溢領款項。關於溢領款項之數額，其計算式有三(詳載於本院卷二第49頁)，伊依序主張①126萬7985元、②54萬4980元、③28萬644元(本院卷一第141頁、卷二第45至51頁)。

4.系爭工程應於000年0月23日完工，但被上訴人迄至起訴時止仍未完工，致伊無法依預定期程使用新建成之建物，受有重大損害，被上訴人自應依系爭契約第17條第(一)、(四)項約定，給付伊以契約總價20%計算之逾期違約金計250萬元。被上訴人雖辯稱工程逾期完工係因伊資金不足、遲延付款，因而同意停工云云。惟依民法第505條規定，承攬人於工作完成後，始得請求給付報酬，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。被上訴人自不得以伊付款稍有遲誤而拒絕工作或遲延完工(本院卷一第413頁、卷二第51至53頁)。

(二)被上訴人：

1.上訴人終止契約並不合法。上訴人自第五期款開始，即有分次付款遲延之情形，且第七期依約應給付000萬元，實際上亦僅給付70萬元。上訴人遲延給付工程款，依系爭契約第21

01 條(十一)項第2款，伊得停工或減緩施工進度，上訴人為免
02 停工延誤申請使用執照，乃與伊協商決議於法定工程期限內
03 取得使用執照(第九期)及支付部分工程款，伊已依該決議取
04 得使用執照，至於其後二次工程部分(第十期)係因上訴人未
05 能取得水利地使用權而無法施作，故系爭工程無法完全竣
06 工，非可歸責於伊。從而上訴人以伊延誤履約期限為由終止
07 契約，並不合法，亦無從轉換為民法第511條之任意終止。
08 至上訴人雖援引最高法院102年度台上字第1529號判決意
09 旨，主張伊不得以未給付承攬報酬為由拒絕工作云云。惟上
10 開案例係未約定分期給付之情形，與系爭契約第5條已明確
11 約定按工程進度分12期給付不同，且系爭契約第21條□項第
12 2款亦已明定，遲延給付工程款為停工或減緩施工進度之事
13 由，故上訴人所辯並不足採(本院卷一第91至93頁、第461至
14 466頁、卷二第58至63頁)。

15 2.違約金部分：

16 系爭工程無法完全竣工，非可歸責於伊，已如前述，則上訴
17 人以伊延誤履約期限為由，請求伊給付逾期違約金，為無理
18 由(本院卷二第63頁)。

19 3.溢領工程款部分：

20 (1)系爭契約既為總價承攬，應依系爭契約第5條，按約定進度
21 分12期給付各期工程款，並非以實作數量為計價標準。伊既
22 已取得使用執照，足認系爭工程已達第九期即使用執照核發
23 之付款進度，累積應付工程款為1062.5萬，但上訴人僅給付
24 970萬元，尚欠92.5萬，顯未付足應付款項，伊並無溢領之
25 情形。至於室內裝修、外牆部分未完全完工，伊不爭執。但
26 此部分係為配合二次結構施工，而於接鄰工程介面處保留部
27 分工作與二次結構施工併同施作完成，以免拆除重作之浪
28 費。鑑定報告亦為相同之認定(本院卷一第84頁、第137頁、
29 第347至349頁)。

30 (2)依契約3條系爭工程為總價承攬，其工程實作數量較契約所
31 定數量增減未達5%，契約價金不予增減。本件鑑定結果，伊

實作數量941萬3556元，與已領工程款970萬元之差額為28萬6444元，減少之比例為2.95%，增減尚未達5%，依上開約定，價金應不予增減。故上訴人本件請求亦無理由(本院卷一第466至467頁、卷二第63至64頁)。

二、承上，可見兩造上訴意旨及答辯所陳述各情，主要立基於各自在原審所為主張、抗辯事由，再各自為法律上及事實之補述。

三、本件經綜合全辯論意旨與事證，依兩造關於「權利義務法律關係基本事實」之主張與抗辯之文義內容，核其要旨，除上開法律上及事實上之補充陳述外，各自前後一致。另兩造於原審所確定之不爭執事項，則以附記方式載於判決之末供參。

四、因之，兩造各自關於「權利義務法律關係等基本事實」之主張、陳述，除對原審判決所載各情，為上開補充外，既類同於第一審判決正本所載，宜依上開規定引用第一審判決之記載，爰引用之，並補充如上所述。

貳、兩造續行爭執之聲明與紛爭：

一、原判決主文：「原告之訴及假執行之聲請均駁回。」。

二、上訴聲明：

(一)原判決廢棄。

(二)被上訴人應給付上訴人376萬7985元，及自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。

(三)上訴人願供擔保，請准宣告假執行。

三、答辯聲明：

(一)上訴駁回。

(二)如受不利判決，被上訴人願供擔保，請准宣告免為假執行。

四、紛爭結構

(一)兩造間之權利義務法律關係應以系爭契約、《附約》所明定「二次工程」之事理為審斷基礎：

1.系爭契約第5條第(一)項明列「二次結構」，可認同日所定《附約》是系爭契約之補充約定。

01 2.因之，兩造間之權利義務法律關係之基本事實，不能僅依上
02 訴人所執系爭契約進行建構，應綜合系爭契約與《附約》之
03 約定內容，始得完整之建構。

04 (二)按是否有溢領工程款、價金之紛爭，本應以系爭工程之施工
05 內容等、請領工程款等之結算為基準；並非以是否有違約情
06 事為前提。苟系爭工程之當事人於主、客觀上就已竣工，或
07 工程已不能再續行，或工程進度與工程款間所對應之項目、
08 比例等情有具體爭執，當事人間自應進行結算以為確認，不
09 因一方是否應負違約責任，遽予改變工程款與工程內容之客
10 觀關連性。從而，縱使當事人關於違約部分，是否另有爭
11 執，容無礙其有無溢領工程款等結算與判斷。從而，本件兩
12 造間既有具體爭執，自應結算系爭工程款與工程內容（進度
13 等），以明當事人之權利義務法律關係。

14 1.上訴人起訴時即依系爭契約第5條第(三)項約定請求返還「溢
15 領價金（工程款）」，核契約文義既以「通知廠商給付或自
16 保證金扣抵」等情事，益見此部分請求權並非以承攬人違約
17 為前提；係依工程契約之內容、進度與工程款等關連性為有
18 無理由之判斷基準。

19 (1)當事人間既有此項金錢請求與爭執，法院除應先確認兩造對
20 各自所為之計算式，有無爭執外，亦應確認當事人有無請求
21 法院審理並其請求法院審理之依據。

22 (2)換言之，若契約當事人一方否認有溢領，或當事人間對金額
23 等情有具體爭執情事，法院為判斷此金錢請求有無理由，宜
24 依事理及卷證闡明是否應啟動結算機制。

25 2.上訴人合併起訴分別請求溢領價金、違約金；雖以同一工程
26 契約為基礎事實，然各自請求權之依據與判斷則不同。

27 (1)兩造在原審均已同認無再續行系爭工程之可能，復自始即有
28 是否溢付工程款等爭執，法院本宜依上訴人之請求進行工程
29 款等結算。

30 (2)遑論被上訴人亦有終止契約之意思表示，並送達對造；原審
31 復於109年3月10日當庭闡明（108年度建字第10號卷二第100

頁），並據上訴人指摘被上訴人已先為終止合約之意思表示（108年度建字第10號卷二第180頁）。

3.依兩造互動事實及法院之闡明等事實，揆以計算有無溢領工程款，應具體結算等事理，及兩造同認應送鑑定，本院乃於112年2月7日囑託臺中市建築師公會鑑定被上訴人是否有溢領工程款及溢領金額，以明兩造權利義務法律關係之事實（本院卷一第213-221頁）。

(1)上訴人先於111年10月20日提《民事聲請鑑定狀》聲請就是否有溢付款情形等鑑定事項（本院卷一第171、195頁）。

(2)被上訴人則稱送鑑定以結算工程款，應從原審起訴結算工程款，以保護雙方審級利益等語，並稱鑑定事項應包含原設計之實作數量及增加施作之數量等語（本院卷一第179頁、183、196頁），可認被上訴人除稱對鑑定與鑑定單位沒有意見外，更具體回應鑑定事項等情。

4.因之，本院囑託○○市建築師公會為鑑定，於法有據；則鑑定人所提鑑定報告，自得作為本件認事用法之證據（本件因上訴人自原審即請求被上訴人給付溢領工程款，並經證人於原審審理期間到庭證言工程款有無溢領及計算方式等情，從而，建構法院應審理之範圍與次序等當事人各自關於終止權行使之論證，因無礙本件結論，爰另以【附記】方式載明於判決之末供參）。

(三)準此，本件紛爭結構之審理，應在兩造同認應結算工程期間、進度、工程款之基礎上，審斷上訴人所為下列請求是否有理由？

1.上訴人主張被上訴人違約，進而依系爭契約第17條第(一)項第1款、第(四)項約定請求給付違約金，有無理由？若得請求，則其金額為何？

2.系爭契約既已因當事人行使終止權，而應進行結算，上訴人得否依第5條第(三)項約定請求返還溢領工程款？若得請求，則其金額為何？

參、法院得心證之理由

01 一、系爭工程（含《附約》）所約定之工程，未全部竣工，能否
02 歸責於被上訴人（上訴人能否請求違約金）之分析：

03 (一)按債務人就其故意或過失之行為，應負責任。因不可歸責於
04 債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任。當事
05 人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。民法第22
06 0條第1項、第230條第1項、第250條第1項分有明文。次按
07 「因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害者，廠商應負賠
08 償責任。」，系爭契約第18條權利及責任第(八)項亦有明定。
09 從而，上訴人主張請求逾期違約金，須該給付遲延可歸責被
10 上訴人，倘被上訴人無可歸責事由，上訴人即不得請求該違
11 約金。再按當事人就其主張之事實已有適當之證明者，如他
12 方否認其主張並提出反對之主張者，就其反對之主張，應負
13 證明之責，此為舉證責任分擔之原則。

14 (二)系爭契約履約情形：

15 1.工程進度：於103年11月6日核發建造執照、104年8月3日申
16 報開工、104年9月8日一般基礎配筋經監造建築師勘驗合
17 格、104年11月6日貳樓版配筋經監造建築師勘驗合格、104
18 年12月15日參樓版配筋經監造建築師勘驗合格、105年1月19
19 日參樓頂版配筋經監造建築師勘驗合格，於107年7月19日核
20 准使用執照等情，有在卷建照執照、○○市政府都市發展局
21 勘驗紀錄表、使用執照影本可按（108年度建字第10號卷一
22 第193、203、275、285、295至296、385頁）。

23 2.工程之給付：於104年10月間給付50萬元、30萬元、45萬元
24 完成第二期地基基礎之完成款，於104年10月20日給付000萬
25 元完成第三期一樓板之完成款，於104年11月25日給付000萬
26 元完成第四期二樓板之完成款，於104年12月15日給付25萬
27 元及105年1月8日給付100萬元完成第五期三樓板之完成款，
28 於105年1月8日給付100萬元及105年3月4日給付25萬元完成
29 第六期屋頂樓板之完成款等情，有上訴人陳報支付明細可按
30 （108年度建字第10號卷一第489頁）。

31 (三)經查：

01 1.證人○○○於原審更審前108年9月5日言詞辯論期日證稱在
02 系爭工程變更設計及使用執照申請過程中，由伊送予○○○
03 建築師及上訴人核印，並且由被上訴人依建築師的竣工圖施
04 工，現勘是由○○市政府委託○○市建築師公會現場勘查後
05 核發使用執照。申請核發使用執照，一定會檢具竣工圖，檢
06 附竣工圖會依照現場校對後再做微調，微調後才是正確的竣
07 工圖，最後的竣工圖已經修改好幾次，沒有問題，才會核發
08 使用執照。依建築法規定，主要設備、構造完成，即俗稱的
09 毛胚屋，就可以核發使用執照，不會管外牆或磁磚、內部的
10 磁磚等情在卷（108年度建字第10號卷二第12至15頁）。

11 2.證人○○○：

12 (1)先於原審更審前108年9月5日言詞辯論期日證稱：①在使用
13 執照申請時，被上訴人有與使用執照委任申請人○○○及○
14 ○○建築師針對變更設計及使用執照核准改善事項進行施工
15 及配合，方能完成使用執照。②依系爭契約的圖說，確實有
16 將建築物結構外推、騎樓改為辦公室、樓梯改在騎樓位置，
17 兩造都了解這部分是屬於違建的部分，就是所謂的二次施
18 工，要不要做是由兩造決定。因為上訴人有取得鄰地的可
19 能，以後可以補照，所以屬於程序違建，兩造只要同意就
20 好，這部分的工程確實是在合約內。③這個建案品質、項目
21 沒什麼問題，現場確實有未完成的部分，但使用執照領得的
22 前提，那些不一定要完成，使用執照發下來代表建築本身及
23 外牆均已可以使用，不需要貼磁磚，這個案子有考量要二次
24 施工的部分，所以被上訴人施作外牆銜接部分先用防火矽酸
25 鈣板。④依系爭契約第5條第(一)項約定，被上訴人沒有溢
26 領，但依實做數量，被上訴人有溢領，○○○建築師事務所
27 107年10月29日所書立減帳說明是依上訴人要求，就被上訴
28 人實做數量與計價數量的差異表示，溢領部分屬於未施作部
29 分。行政部門的竣工只要達到使用執照的標準，民間合約完
30 工係所有合約項目完成才算完工，系爭契約第5條第(一)項約
31 定竣工是指使用執照而已等情在卷（108年度建字第10號卷

二第17至24頁)。

(2)再於原審110年8月19日證述系爭工程有二次工程，範圍為建築以後順利取得建築物後側水利地加以一併使用，在原來設計裡面，屬於建築執照容許的範圍，以後要做的話，正常的程序是還要再取得水利地，再補增建執照，也有告知上訴人說如果真的要這樣做的話，需要取得後側水利地的使用權來這樣做，會影響樓梯及部分結構。取得使用執照後，【要施行二次工程結構時，會把原本使用執照部分敲掉，再施作第二次工程，二次結構沒有做當然有影響二次結構，不會影響一次結構，系爭契約第5條於二次結構後還有粉刷、竣工，粉刷指全部包含二次結構的室內牆壁水泥沙漿粉刷、刷油漆，依系爭契約內容順利取得水利地使用權後的包括二次工程的完工始為竣工】等情在卷（原審更一卷第106至108頁）。

3.上訴人固主張應歸責於被上訴人延宕工程，已逾完工期限，然為被上訴人否認，並以可歸責於上訴人遲延給付工程款致停工等語置辯。

(1)上訴人僅以系爭工程施工迄今未達第12期「竣工」且逾完工期限之自然事實、情狀，主張可歸責於被上訴人，卻未能舉證其他有利事實證明被上訴人確有遲延施工之情。

(2)被上訴人則反證其均已依約履行至系爭契約第九期「使用執照」請領完成，並舉證如前，證明上訴人確有遲延給付工程款及尚未完全給付截至第九期工程款之有利事實。

(3)因之，上訴人仍未能舉證證明系爭工程之施工狀況，已達可接續進行系爭契約第十期「二次結構」之情狀。

(四)復查，被上訴人已依系爭契約施作系爭工程至第九期使用執照，縱有未粉刷、磁磚外牆及以防火矽酸鈣板銜接外牆部分，係因尚待二次工程所致。

1.佐以此一可歸責於上訴人尚未取得水利地使用權之事由，為兩造所不爭執；本件可認系爭契約之延宕完工，確難遽認有可歸責於被上訴人之事由。

01 2.因之，系爭工程既尚待上訴人取得水利地之使用權，始能進
02 行二次工程；自不應逕以有未竣工之外觀現象，遽歸責被上
03 訴人；實應將未能接續進行二次施工等工程之原因，歸責於
04 定作人即上訴人一方。

05 3.從而，本件確不能率認有合於系爭契約第18條約定事實。

06 (五)準此，上訴人逕依系爭契約第17條第(一)項等約定，請求被上
07 訴人給付逾期違約金250萬元，於法無據，不能採憑。

08 二、本件進行工程款結算，有無溢領工程款之分析：

09 (一)被上訴人雖一再抗辯系爭工程為總價承攬，然總額承攬所生
10 總額結算係以全部工程竣工為前提；然本件係處於系爭契約
11 所約定之工程未全部完工，且兩造同認不可能再繼續完成系
12 爭工程之狀態。

13 1.上訴人主張終止契約請求結算溢付工程款，復補充其得於任
14 意終止之陳述，法院自應進行結算工程進度與工程款，以明
15 兩造權利義務基本事實。

16 2.嗣兩造同意由鑑定人鑑定工程進度，則鑑定依照卷證所為分
17 析，既合於學理，鑑定方法與過程復無不當，此一鑑定報告
18 自得供作為兩造辯論之證據方法，並與上開證人之證言等全
19 案卷證相互勾稽；自得由本院依全辯論意旨於勾稽卷證後，
20 而援引作為認事用法之辯證、事理所依憑資料。

21 (二)上訴人援引證人○○○出具之溢領工程款估算表，認被上訴
22 人溢領126萬7985元。

23 1.然依證人所證言，可見系爭工程中確有告知上訴人說如果真
24 的要這樣做的話，需要取得後側水利地的使用權來這樣做，
25 會影響樓梯及部分結構。取得使用執照後，【要施行二次工
26 程結構時，會把原本使用執照部分敲掉，再施作第二次工
27 程】，二次結構沒有做當然有影響，二次結構不會影響一次
28 結構，系爭契約第5條於二次結構後還有粉刷、竣工，粉刷
29 指全部包含二次結構的室內牆壁水泥沙漿粉刷、刷油漆，依
30 系爭契約內容順利取得水利地使用權後的包括二次工程的完
31 工始為竣工】等情，並為上訴人所認知（原審更一卷第106

至108頁)；可見工程款與工程進度間，既有約定先施作取得使用執照後，再破壞，才得續行二次施工等特約；則在此未全部竣工之情狀，即難從系爭契約所約定之工期等進行客觀數據之對照，則上開證言及計算表所述，因無從以具體逐項對照之工項、數據為憑，自不能精準作為有無溢領工程款之判斷依據。

2.承上，依系爭工程與《附約》所述工程等關連性，既有於開始二度施工前，應將原已完成施工部分毀壞以利二度施工，再於第二次施工後為補正等規劃。惟本件並未開始第二次施工即終止系爭契約；況且，第二次工程施工前之部分工程未能即時施工，係因【未開始二次施工】所致，且有已施工部分，日後將因第二次施工而破壞，再重新施作等情。

3.故本件之基本事實，既屬於「未全部竣工前之結算」，自不能純以2契約所約定之全部工程完工後之觀點，臆測工程進度與歸責因素；本件應進行更精準之鑑定及結算，以符事理。因認本件尚難逕以證人所計算之數據，作為工程款是否溢領之標準；職是，上開溢領工程款估算表，不能採憑。

(三)反之，依○○市建築師公會鑑定結果，先依工程項目等參照系爭契約而計算被上訴人應得請領之工程款為908萬546元（含增值營業稅40萬5744元）；再依被上訴人要求而補充鑑定，認被上訴人得請領款項，應再加計33萬3010元（含增值營業稅1萬4880元），結算後上訴人溢付金額為28萬6444元。因之，經比較各專業人員之估算與鑑定資料，應認臺中市建築師公會鑑定結果關於系爭工程之施作內容，及其所對應依系爭契約應支付工程款數額等，顯較上開證人之工程款估算表所為估算，更接近兩造之紛爭事實，容可以此作為判斷兩造紛爭事實之佐證。

(四)嗣上訴人主張系爭契約既明定上訴人應負擔增值營業稅為22萬1310元，經依比例計算，僅需負擔16萬2088元，故合計溢付54萬4980元等情，被上訴人則否認上訴人之主張。

1.查，系爭契約確實明定上訴人應負擔增值營業稅為22萬1310

元（108年度建字第10號卷第313頁）。基於營業稅之繳納乃公法義務，應認此部分約定之性質，乃兩造關於公法義務之金錢分攤，與工程款應隨工程比例而定不同；系爭契約既已明定此項目之金額，自應認兩造間有總額分攤公法義務之約定，始符兩造契約本旨。

2.雖上訴人係隨同各期工程款而為給付，然未能因此而改變總額分攤公法義務之性質，復無依工程分期計算、給付之明文。佐以，被上訴人實際所支付之加值營業稅達42萬0624元（ $405,744 + 14,880 = 420,624$ ），為上訴人所自承（本院卷二第51頁第1-2行），適足以彰顯被上訴人實際應負擔之加值營業稅較上訴人依約應負擔22萬1310元為多。

(1)因之，依客觀事實，雖見上訴人有超額給付依約應負擔稅額之情，然此乃屬是否有溢額給付之爭議；尚難認上訴人得於履行後，再以終止契約為由，溯及否認契約文義，將「總額分攤」公法義務之約定，臨訟再片面主張改依「比例分攤」。

(2)遑論，上訴人片面終止系爭契約，若欲變更先前與約定應負擔之總金額，容屬因自己主觀之法律行為而恣意變更。揆以誠信原則及契約條件成就不成就之擬制法理，依一般社會交易之情理，亦不能認同上訴人得事後主觀更改契約文義，則其主張依比例分攤，不可採憑。

(3)故本件在兩造各已超額給付契約所定稅額基礎上，宜維持契約明文所示總額分攤金額，以符兩造之契約義務。

3.基於上開鑑定報告已具體計算出上訴人所支付稅款，經減計兩造約定由上訴人依約應負擔之金額22萬1310元；可見上訴人此部分所為給付，有因隨同各期工程款給付加值營業稅金額，未及時結算而給付較兩造契約所定總額分攤，多付19萬9314元（ $405,744 + 14,880 - 221,310 = 199,314$ ）。

4.因之，上訴人確有溢付工程款28萬6444元、溢付系爭契約所約定總額分攤之稅款19萬9314元，合計溢付48萬5758元。析言之：

01 (1)上訴人已支付工程款970萬元（含依約定應負擔之稅款），
02 然被上訴人得主張之工程款921萬4242元（含被上訴人應分
03 擔之總稅額22萬1310元），可見被上訴人有溢領48萬5758
04 元。

05 (2)復因本件並非全部工程竣工所為結算，自不宜以被上訴人所
06 稱總價承攬之總價金作為計算之基準；為期衡平，應基於兩
07 造終止契約之實情與契約文義，以被上訴人「得領金額」與
08 「溢領金額」，作為計算比例之基準，以計算有無逾兩造所
09 約定不相找補之5%比例基準。

10 (3)經核被上訴人「得領金額」與「溢領金額」之比例計算式
11 為： $485,758/9,214,242=5.27\%$ ，已顯逾系爭契約第3條第
12 (二)項第1款5%之基準；上訴人自得請求返還。

13 三、基此，(一)系爭工程契約已確定無從再續行，且不應歸責被上
14 訴人；上訴人請求違約金即無所據。(二)系爭工程雖未能完全
15 竣工，然上訴人已補充陳述有本於定作人資格依民法第511
16 條前段任意終止系爭契約；被上訴人亦早有結算工程款之意
17 思表示；兩造復同意鑑定系爭工程有無溢付價金情事，亦可
18 認有終止系爭契約以為結算之合意；法院自應為工程款等結
19 算與審斷。(三)本件經勾稽計算工程進度與應給付工程款、系
20 爭契約所定上訴人應分攤之稅額，可認上訴人合計溢付金額
21 為48萬5758元。

22 肆、綜上所述，上訴人依系爭契約第5條第(三)項款請求被上訴返
23 還經結算程序所確認之溢領價金（含工程款、應分攤之稅
24 款）部分，在48萬5758元本息範圍內，為有理由，應予准
25 許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。(一)原審就上開
26 應准許部分，未及為工程款之結算，逕為上訴人敗訴之判
27 決，尚有未洽；上訴意旨求予廢棄改判，為有理由。爰由本
28 院予以廢棄並改判如主文第二項所示。(二)又上訴人勝訴部
29 分，原審固未為假執行之諭知，惟於第二審程序則因判准給
30 付之金額未逾150萬元，被上訴人不得上訴，不生假執行問
31 題；此部分，兩造雖分別陳明願供擔保為准、免假執行之宣

告，然仍應認均無必要，且不宜另為准、駁之諭知。(三)至於上訴人主張對造違約所為請求違約金而不應准許等逾上開應准許之金額本息部分，原判決為上訴人敗訴之判決，並以其執行之聲請失所附麗，併予駁回假執行之聲請，經核於法均無不合；上訴意旨求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴（含此部分之假執行聲請）。

伍、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等事證，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。

丙、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 114 年 1 月 15 日
工程法庭 審判長法官 陳得利
法官 高英賓
法官 黃玉清

正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

如不服本判決，須於收受判決送達後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日內向本院提出上訴理由書狀（均須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

書記官 李妍嬋

中 華 民 國 114 年 1 月 15 日

【附記一】

兩造不爭執事項（因援引原審所為整理，則稱謂同依原審之稱謂）：

01 (一)兩造不爭執之事項

- 02 1.兩造確實於104年7月20日簽立中達福均宮契約書、工程承攬
03 附約。
- 04 2.原告於104年10月1日給付第二期工程款之1（基礎10%）50萬
05 元，並於104年10月6日再給付第二期工程款之2（基礎10%）
06 75萬元，合計000萬元。
- 07 3.原告於104年10月20日給付第三期工程款（1F版10%）現金00
08 0萬元予被告。
- 09 4.原告於104年11月20日給付第四期工程款（2F版10%）現金00
10 0萬元予被告。
- 11 5.原告於104年12月15日給付第五期工程款（3F版10%）25萬
12 元，並於105年1月8日再給付第五期工程款（3F版10%）100
13 萬元，合計000萬元予被告。
- 14 6.原告於105年1月8日給付第六期工程款（屋頂版10%）現金10
15 0萬元予被告，並於105年3月4日從臺灣土地銀行匯款25萬元
16 予被告，已給付第六期工程款（屋頂版10%）合計000萬元。
- 17 7.原告於105年5月12日給付第七期工程款之1（室內裝修10%）
18 現金50萬元，並於105年7月5日再給付第七期工程款之2（室
19 內裝修10%）現金20萬元予被告。
- 20 8.原告於106年1月4日給付工程款85萬元予被告。
- 21 9.原告於106年7月12日給付65萬元予被告。
- 22 10.原告總計已給付被告系爭工程總價款970萬元。

23 【附記二】本件應就兩造工程款有無溢領之爭執，開啟結算程序
24 之論證：

- 25 一、按終止權之行使不得撤銷，民法第263條明文準用同法第258
26 條第3項規定。又契約當事人除合意終止外，各自得依法行
27 使終止權，若當事人各自行使終止權，自應各自審查其行使
28 終止權是否合法有據，不生重複起訴問題。惟其效果則一，
29 就系爭工程契約而言，即應進行工程款等權利義務之結算。
- 30 二、又工程款結算時機，或因竣工或因契約解除、終止等情不

一。終止契約亦有合意終止、一方依契約行使終止權或任意終止等不同權利義務事實。以下係依卷證及兩造攻防所為論證，容不能因兩造各自本於訴訟程序與得失考量，致有詞意閃鑠等情，反指摘法院本於兩造辯論意旨勾稽卷證，依法規範、事理之論證為認作主張。

三、兩造在原審各自所為主張，依時間序流分析，可見：

(一)上訴人起訴時，主張依系爭契約第21條第1項第5款、第8款終止系爭契約（108年度建字第10號卷一第18頁）；

進而主張被上訴人違約乃依民法第493、494條及系爭契約第5條第3款主張減少報酬而請求返還溢領工程款。重在以對造違約為由而終止系爭契約並結算工程款。

1.上訴人係主張之事實為被上訴人逾期二年未完工，必須另行尋找廠商完成系爭工程等語（卷一第23-24頁）。可認上訴人有終止系爭契約之意思表示，然係以對造違約作為行使終止權之依據。

2.然未見上訴人在原審有具體主張本於定作人資格任意終止；上訴人主觀容屬重在主張對造違約，而行使終止權，

(二)按系爭契約第21條第12項約定「履行契約需機關之行為始能完成，而機關不為其行為時，廠商得定相當期限催告機關為之。機關不於前述期限為其行為者，廠商得通知終止或解除契約…」。

1.上訴人於原審即主張被上訴人先於107年10月30日委請律師發函表示在律師函到20日內要中止合約，所以上訴人一方認知被上訴人已先為中止合約的意思表示（108年度建字第10號卷二第180頁）。

2.再佐以被上訴人分別於108年2月23日、6月14日重複提出《民事答辯狀》均明白表示「…將該款項敬獻給土地公並鐫刻於芳名錄上，雙方合約關係到此為止，不再追究」（法院於同年2月25日、6月17日收文，並於同年6月20日當庭由上訴人訴訟代理人簽收，108年度建字第10號卷一第185-191頁，第000-0000頁），更可以佐證被上訴人在原審審理過

01 程，就兩造間契約關係，具體回應對造並以意思表示應終止
02 結算以了結兩造糾紛。

03 3.承上，可見被上訴人除否認有違約事實、責任，抗辯請求法
04 院應查證系爭工程有違建築法規等語外，同時另有具體為終
05 止系爭契約之意思表示，並已送達對造；復據原審法院就此
06 為闡明（108年度建字第10號卷二第100頁）。

07 (三)基於系爭工程有二度施工之約定，載於系爭契約與《附
08 約》，確因上訴人未能取得水利地之使用權，致無從啟動二
09 度施工。

10 1.上開各情業據原審於109年3月20日言詞辯論期日即當庭闡明
11 （108年度建字第10號卷第100頁）。

12 2.雖被上訴人訴訟代理人於109年3月10日當庭否認上開事實
13 （108年度建字第10號卷二第100頁），然查上開陳詞，經揆
14 以《民事答辯狀》係由被上訴人（含法定代理人）具名提
15 出，復載明原法定代理人即訴訟理人陳政嘉為撰狀人。

16 3.揆以終止權之行使不得撤銷之法律規定（民法第263條、第2
17 58條第3項），再參以民事訴訟法第71條規範意旨，第72條
18 反面解釋，應認被上訴人應受其意表示所拘束，即其確已為
19 終止契約之意思表示，法院自應進而審查其行使終止權是否
20 於法有據？

21 (四)查，兩造於原審經由證人○○○建築師證言兩造有約定系爭
22 契約包含「違建」、二次施工「將建築物結構外推、騎樓改
23 為辦公室、樓梯改在騎樓位置」（108年度建字第10號卷二
24 第20頁）。

25 1.經核上開工程，顯然故違原來設計，兩造此部分違反建管法
26 令之約定，自應由上訴人一方負提供得開啟二次施工之依
27 據，否則被上訴人自得依系爭契約第21條第12項行使終止
28 權。

29 2.因之，佐以兩造在原審審理過程所為攻防與陳述，揆以法律
30 規範、系爭契約（含附約），應認被上訴人確有行使終止契
31 約之意思表示，復據原審法院具體闡明，被上訴人代理人嗣

01 後所為臨訟之言，顯不足採。

02 三、兩造在本院之主張與攻防

03 (一)上訴人嗣於上訴理由狀更援引民法第179條、第511條前段等
04 法律規定作為請求結算之依據（本院卷一第73-79頁），容
05 屬已追加行使定作人之【任意終止權】。

06 (二)其次，兩造更同認本件應移送鑑定以結算工程施作內容及對
07 應價金有無溢付。

08 (三)被上訴人亦另引民法第511條後段但書之規定，抵銷抗辯之
09 法律依據（本院卷二第64-65頁）。

10 四、準此，可信兩造同認應具體結算兩造間有溢領工程款之必
11 要，適足以彰顯系爭契約業已終止，法院自應為工程款之結
12 算。

13 五、兩造所約定不相找補之5%比例基準（計算式）：

14 (一)若系爭工程全部工程竣工所為結算，固應以兩造約定承攬人
15 （被上訴人）「得領金額」即【總價承攬之總價金】作為計
16 算之基準（計算式之分母）。

17 (二)然若未竣工，基於兩造終止契約之實情與契約文義，自應以
18 承攬人（被上訴人）「得領金額」即經結算之金額為基準
19 （計算式之分母）。反之，若仍以【總價承攬之總價金】作
20 為分母，除與契約實情不合外，亦違事理與衡平。

21 (三)計算式之分子，則應以所區辨、確認之「少領金額」或「溢
22 領金額」為依據。