臺灣臺南地方法院民事判決

107年度建字第53號

原　　告
即反訴被告　三香科技股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　林明陽
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　許世烜律師
　　楊家明律師
被　　告
即反訴原告　裕坤營造有限公司
000000000000000000
000000000000000000
法定代理人　林進順
訴訟代理人　張克豪律師

上列當事人間請求損害賠償事件，經本院於民國110年7月29日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告應給付原告新臺幣5,477,592元，及自民國107年6月19日起至清償日止，按周年利率5%計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之四十，餘由原告負擔。

本判決第一項於原告以新臺幣1,825,964元為被告供擔保後，得假執行；但被告如以新臺幣5,477,592元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。

反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：……三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。民事訴訟法第255條第1項第3款定有明文。查原告提起本件民事訴訟時，訴之聲明第一項原主張：被告應給付原告新台幣（下同）10,000,000元，及自民國107年6月19日起至清償日止，按周年利率5%計算之利息。嗣於訴狀送達後，原告數度為具狀變更聲明，最後於110年7月29日具狀變更聲明為：被告應給付原告13,577,592元，及其中10,000,000 元自107年6月19日起；其餘金額自110年7月29日民事更正狀繕本送達翌日起，均計至清償日止，按周年利率5%計算之利息（見卷㈢第77頁）。經核上開原告所為訴之變更，核屬擴張及減縮應受判決事項之聲明，按諸上揭規定，應予准許，合先敘明。

二、次按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起。民事訴訟法第259條、第260條第1項分別定有明文。又所謂反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法有牽連關係者，乃指反訴標的之法律關係與本訴標的之法律關係兩者之間，或反訴標的之法律關係與本訴被告作為防禦方法所主張之法律關係兩者之間，有牽連關係而言，即舉凡本訴標的之法律關係或作為防禦方法所主張之法律關係，與反訴標的之法律關係同一，或當事人兩造所主張之權利，由同一法律關係發生，或本訴標的之法律關係發生之原因，與反訴標的之法律關係發生之原因，其主要部分相同，均可認兩者間有牽連關係。查本件原告起訴係以兩造於104年12月30日訂立「三香科技股份有限公司廠房及辦公室新建工程」工程合約（下稱系爭工程合約），並訂有工程合約書，由被告承造原告之廠房及辦公室新建工程，惟系爭工程有瑕疵又逾期完工，乃依系爭工程合約請求被告賠償瑕疵修補費用及逾期完工罰款。被告則以原告未給付其系爭工程款，及原告任意

終止契約致其受有損害，提起反訴請求工程款及賠償因契約終止而生之損害。則其反訴之標的與本訴之標的間，有牽連關係，依據前述規定及說明，自無不合，反訴原告所提之反訴，應予准許。

貳、實體方面：

一、本訴部分：

（一）原告主張：

1.兩造於104年12月30日訂立系爭工程合約，委由甲級營造商即被告承造該工程。為此，原告向銀行借款8500萬元。而系爭工程合約第3條約定：「工程總價：捌仟壹佰萬元整（含稅）。」，且第4條中之工程期限約定：「400個日曆天（開工日始起至使照申請）。548個日曆天（開工日起至全部完工，含合約範圍之土建工程），乙方（即被告，下同）應於105年1月15日前，向臺南市政府工務局申報開工。」（使照係使用執照之簡稱，下同。），因此，被告應於106年7月15日前完工。惟自開工日起，迄今已逾900天，被告仍未完工。且原告主張系爭工程瑕疵，均有催告被告修補，而因被告施工錯誤、偷工減料，其中最重要之D棟及E棟工程，結構安全存有重大瑕疵，非經補強修復不能使用，且嚴重遲延，而造成原告生產延滯及投資不能回收等重大損失。

2.於106年10月初，已逾完工期限，惟原告發現系爭工程之施工與原設計不符，經兩造與建築師會勘後，目視檢查發現：獨立平台樓地板施工厚度15公分，與原設計不符，以及鋼結構柱樑接合之施工，全部未作開槽滲透焊接，與原設計不符，對於整體建築物耐震安全造成嚴重影響。因此，建築師建議對本工程鋼結構做全面性檢驗，對於施工現況與原設計不符部分進行改善（原證2）。

3.雖被告提出貳樓SS2版補強計畫書（原證5），然該計畫書未經結構技師簽名，亦無補強後強度檢討，無法確認補強後之強度。且被告並未提出趕工計畫書，經原告委託律師

於106年10月31日發文再次催促被告提出經技師簽認可行之改善計畫及趕工計畫，並於106年11月7日召開工程協調會催促被告。雖被告於106年11月23日提出修正之改善計畫書，但因有諸多缺失仍未言如何修補，且未有技師簽證，故原告再委請律師於106年12月1日發函（原證3）予被告，請其依照建築師之意見，重新提出修正後之改善計畫。

4.因被告一直未委請專業技師就改善計畫簽證，原告再委請律師於106年12月26日發函（原證4）通知召開工程協調會，並請被告應協同委任之技師共同到場討論。雖被告於107年1月5日再提出改善計畫，然因有樓板未施作剪力釘（先前被告均隱瞞樓板未施作剪力釘），致無法達到安全規範，改善計畫等同無效，且未經技師簽證等問題未能解決，故原告再委託律師於107年1月10日發函（原證5），催促被告依建築師要求，提出切實可行並經結構工程技師分析及簽證之改善計畫。嗣於107年1月19日，建築師應是擔心建築執照逾期，始配合被告蓋章，而由其申請使用執照。

5.因被告之改善計畫一直未能一次將全部問題解決，東缺西補，均難以採用。原告為避免拖延，及期待能一次解決，故於107年2月13日再召開工程會議（原證6），由兩造會同建築師、土木技師及營造業同業一同討論、協調，決議下列8項：「

⑴獨立平台依原設計20㎝厚度施工。

⑵開槽滿焊缺失部分，依裕坤提出之改善計畫施工。

⑶柱封板厚度，由原告指定五個處所開板檢驗。

⑷柱接合擴孔問題之檢驗，依裕坤提出之改善計畫進行。

⑸C型鋼、剪力釘問題，請蔡技師依實際現況及業主疑慮，重新檢核並提出建議與結論。

⑹關於本工程所使用之鋼材，由業主取樣進行檢驗是否符合原設計圖說之要求。如符合原設計圖說要求，由業主

負擔檢測費用。

⑺一小時防火漆，經確認依工程合約約定，由裕坤「僅提供證明」即可。

⑻請裕坤公司依上列決議暨107年2月5日改善計畫執行，並儘速提出工作進度表。」

6.又原期待於建造執照到期日即107年7月13日前改善並全部完工，詎於107年3月2日兩造進行柱封板及鋼材之檢驗取樣時，竟發現D棟使用鋼柱有SN400YB之烙印（見補字卷第141、143頁照片），與合約要求應使用SN490YB規格不符。因SN400雖長度夠，但彈性不夠，故建築師堅持採用SN490。且經金屬中心檢測現場取樣鋼材不符合SN490YB規範（原證8）。故原告再委請律師於107年3月29日發函（原證9），表示依系爭工程合約第9條第3項第2款約定，不符合契約規定之材質應拆除重做，故請被告提出D棟拆除重做之改善計畫，且通知被告應就所使用之材料全部重新檢測。嗣雖兩造有再討論鋼材材質如何檢驗，然因距離建造執照期限即107年7月13日已迫在眉睫，且被告陸續撤出其材料、施工機具，顯無能力，也無意願將工程完成。而原告原預計之生產線全被迫取消，訂購之機械設備仍放置於他處而未能使用，且銀行貸款因被告遲延，無端支出額外龐大利息，損失很大，故兩造合意委託臺南市土木技師公會就本工程之已施作金額、瑕疵暨修復費用、逾期罰款等項目進行鑑定，業經受理（原證10），並於107年5月24日，會同兩造初勘，並約定有關「材質不符項目」之取樣、試驗、恢復費用，由被告負擔全額。其他試驗費用，若合格，由原告負擔，若不合格，由被告負擔。鑑定費用由兩造各負擔50%。（原證11）。

7.嗣因被告未依兩造之約定予以支付上開鑑定中之一項檢驗費用，且撤走施工機具，原告遂依系爭工程合約第25條第1款、第2款約定，以及民法第511條規定，委請律師於107年6月14日發函（原證12），終止兩造間之系爭工程合約，經

被告於107年6月15日簽收函文。

8.原告委託臺南市木土技師公會就系爭工程已完工之價值，合理工期為鑑定，依據該會108年8月19日臺南市土木技師公會（108）南土技字第1355號鑑定報告書（下稱土木技師鑑定報告）之結論：「

⑴工程結算：

①已工部分價值（含利潤不含稅）：69,807,408元（原證14：木土技師鑑定報告第一冊附件五-1、-2）

②未附證明文件，暫時保留款9,103,951元（不含稅，見土木技師鑑定報告第一冊第27頁十、結論（工程結算）、附件五-1及-2）。

③D棟及E棟因梁柱接頭及柱內加勁板未焊接、柱封版焊接及板對接焊接不符合規定及螺栓扭力測試不合格等嚴重缺失，無法符合原結構抗彎矩構架，地震來臨時無法傳遞彎矩，造成結構破壞，嚴重危害廠房人員生命安全及財產之損失，另D棟SN490原設計有160支柱及梁，本鑑定案隨機取樣4支鋼柱及檢視先前取樣位置1支鋼柱，共隨機取樣5支鋼柱，即發現2支誤用SN400，因SN490誤用SN400，更加劇其危險性。上述嚴重施工瑕疵非經專業技師設計及專業廠商補強，無法於安全情況下使用，然後續若經補強後，三香科技公司表示對空間使用影響極大，因無法量化該影響之費用，本鑑定未估列。

④D棟1F柱包覆混凝土突出地面（詳附件三，照片D-6～D-11），與設計圖不符，三香科技表示已影響其使用動線，此瑕疵無法量化影響之費用，本鑑定未估列。

⑤工程合約書備忘錄載明，A棟廠房墊高與一樓第一階樓梯平面平，經本次鑑定廠區高程測量結果顯示（詳附件十.4），測點2、3、5、6、7高程均高於合約書預定高程（測點BM.1）15cm～23.6cm不等，即約與第二階高程（測點BM.2）同高，顯見整區放樣高程與工

程合約書不符，三香科技公司表示，該高程過高，導致A棟室內高度不足，影響日後機具擺設，此瑕疵無法量化影響之費用，本鑑定未估列。

⑵合理工期（開工日起至使照申請）：

①依相關資料研判分析，因本案屬同一建造執照，D棟、E棟及F棟各棟之合理完工期限（開工日起至使照申請）最晚時間（即D棟）為全案合理完工期限，即合理完工期限（開工日起至使照申請）為106年11月29日。

②本案因D棟及E棟鋼構工程有嚴重施工瑕疵，非經補強無法達原設計之安全需求，三香科技公司表示，此為106年9月8日裕坤提出使用執照申請，呂明憲建築師不用印之主因；至鑑定第一次會勘日期（107年7月2日）止，裕坤營造尚未提出D棟及E棟鋼構施工瑕疵補強設計（含技師簽證），經設計建築師同意並辦理變更設計送臺南市政府審核通過，據以施作補強工程。又合理完工期限為106年11月29日，惟至終止承攬契約日即107年6月15日（被告收文日），被告仍未完工，故遲延日數為198天。而依系爭工程合約第23條逾期責任第1項約定：「由於乙方之責任未能按第4條規定期限內完工，每逾期一天依工程總價千分之一計罰，但以總價金之百分之十為上限，其逾期部分如與其他部分不相牽連，可獨立計算」。則每逾期一日應罰款81,000元；逾期198天合計應罰款16,038,000元。若以上限工程總價10%為限，仍應罰款810萬元。

9.本案因D棟及E棟鋼構工程有嚴重施工瑕疵，非經補強無法達原設計之安全需求，依109年10月15日臺南市結構工程技師公會南市結技鑑字第710號鑑定報告書（下稱結構工程技師鑑定報告）研判結果如下：

⑴D棟廠房部分（見結構工程技師鑑定報告D卷第6至9頁）：「

①梁柱接頭及柱內加勁板經現場目視確認(詳附件七），

兩者均未依規定如實銲接，此兩項施工瑕疵導致鑑定標的物D棟之梁柱接頭由原設計的彎矩接頭（momentconnection）變成剪力接頭（shearconnection），使地震力（水平側力）無法透過樓版及鋼梁順利傳給鋼柱再下傳至基礎，讓鑑定標的物D棟結構由靜不定轉為不穩定結構而有安全疑慮。

②柱封板銲接及板對接銲接部分，由非破壞檢驗報告（詳附件八）及現場目視可知，施工單位未依規定將20㎜厚之柱封板開槽，致使銲條只能融燒表面0至5㎜的深度，而在5～20㎜深度範圍內存在銲道瑕疵，亦即檢測結果是D棟所有柱封板銲接及板對接銲接之銲道全數不合格……

③螺栓扭力測式不合格部分，裕坤營造有限公司已於鑑定技師第三次初勘會議中同意不檢測，雙方兩造同意螺栓扭力測試不合格……

⑩委託專業施工廠商依據補強設計圖說編製預算供雙方參考，且不同廠商所估之預算亦會有所不同；D棟廠房結構補強經費概算為壹仟伍佰貳拾柒萬參仟捌佰伍拾壹元……」。

⑵E棟廠房部分（見結構工程技師鑑定報告E卷第5至6頁）：「……『會議結論確認D、E兩棟之梁柱接頭銲接與柱內加勁板全部未依規定施作，裕坤營造有限公司同意不進行鑑定…』，針對此項目經現場目視檢測E棟所有梁柱接頭後，確定皆未依原設計圖說施作梁、柱接頭銲道，現況接頭照片詳附件七。依原設計圖說之接頭設計型式為抗彎接頭，惟依現場勘查後接頭確有施工缺失，該缺失使大梁彎矩傳遞至柱之機制喪失，在現況結構評估上採用無法傳遞彎矩之剪力接頭來模擬。經電腦分析結果，因施工缺失使現況結構在自重、設計風力、設計地震力各外力作用下，編號"SC1"鋼柱已無法符合現行相關法規需求，須進行結構上補強或依原設計圖說進行施

工缺失改善。……方案一：鋼斜撐補強，工程總價為壹佰壹拾伍萬玖仟肆佰元；方案二：接頭銲道補銲，工程總價為貳佰零柒萬柒仟元……」。原告主張應採方案二補強，始能保有較多的廠房使用空間，且對原告損害較小。

⑶以上因D、E棟廠房施工瑕疵而必須進行修繕及補強工程總價為17,350,851元（15,273,851＋2,077,000＝17,350,851，未稅）。又此一金額爲未含營業稅之金額，惟承攬契約工程總價不含營業稅僅爲兩造間之約定，而瑕疵修補工程原告須另外委託第三人進行修補，應不得僅以兩造約定之不含稅方式進行計算，故本件工程瑕疵修補費用加計5%之營業稅後計算之金額18,218,394元，始爲原告因被告不完全給付所生之額外支出。

10.原告爰依系爭工程合約及民法第263條準用第260條，以及第492條、第493條、第494條前段規定，主張應減少報酬，且被告應賠償補強及修復費用之損害，及請求被告返還溢領工程款之不當得利予原告。計算如下：

⑴被告已完成部分價值（含利潤，不含稅）：69,807,408元。

⑵未付證明文件暫時保留款（不含稅）:9,103,951元。

⑶工程瑕疵修復及補強費（含稅）：18,218,394元。

⑷追加工程（不含稅）：435,693元。

⑸試驗取樣復原及試驗費（不含稅）：355,308元

⑹施工界面（不含稅）：18,810元。

⑺上述金額結算，原告應給付被告41,832,408元〈計算式：69,807,408-（9,103,951+18,218,394-435,695+355,308+18,810）×1.0262(利潤率）＝41,832,408元〉。

⑻被告已領工程款53,460,000元

⑼被告逾期應交付之罰款8,100,000元。

⑽被告已清償金額：6,150,000元。

⑾綜上，被告應給付原告之金額為13,577,592元（計算

式：已領工程款53,460,000元+逾期罰款8,100,000元-原告應給款項41,832,408元-被告已清償6,150,000元＝13,577,592元）。

11.並聲明：

⑴被告應給付原告13,577,592元，及其中10,000,000 元自107年6月19日起；其餘金額自110年7月29日民事更正狀繕本送達翌日起，均計至清償日止，按周年利率5%計算之利息。

⑵訴訟費用由被告負擔。

⑶原告願供擔保，請准宣告假執行。

（二）被告則以：

1.被告就系爭工程瑕疵並無不為修補或拒絕修補之意，原告於兩造仍於釐清瑕疵爭議過程中逕自發函解約，並請求損害賠償，並無理由。

⑴被告自始至終均依照原告指示辦理，並配合瑕疵修繕之期程(見被證1-38函文）。

⑵在被告欲進行修繕之準備程序中，原告先於107年4月逕自將屬於工程款訂金擔保交換之本票聲請裁定進行強制執行(被證24)，後又於107年5月3日以未收受函文紙本通知為由而拒絕被告進場取樣進行材質檢測，甚至還於107年5月10日逕自向土木技師公會申請工程瑕疵結算鑑定，然此部分與被告欲進行之瑕疵修繕作業相互扞格，故被告請其確認是否拒絕修補而有終止契約之意，惟原告並未回應，即於107年6月14日發文終止契約，被告於107年6月15日收受。是以，原告於兩造仍於釐清瑕疵爭議過程中即逕自發函解約，其解約自非合法。

2.被告並無逾期之情事，且原告所委請之建築師拒為用印非可歸責予被告：

⑴依系爭工程合約第17條約定：「工程延長：因下列原因及甲方（即原告，下同）之 影響，致不能工作時照實際情況延長工期：㈠天雨及人力不可抗拒之事故。㈡經

甲方同意需配合其他工程施工因素之延誤。」，兩造契約約定工程期限為應於申報開工400日申請使用執照、548日全部完工，惟實際上倘有上開第17條約定之情形時自應按實際情況延長工期。

⑵經查，本件工程分成D、E、F三棟建物，惟使照申請係三棟建物合併於同一張使照上，故無法單獨切割視之，實際上仍需視能真正開工之日期起算工期，固然合約載明被告應自105年1月15日前向臺南市政府工務局申報開工，然因原告使用之故，其遲至105年10月31日方將D棟建物部分移交予被告及提供設計圖說，此有D棟設計圖說（被證43)為據(上載日期為105年10月31日），故D棟實際上遲至105年11月3日起被告方能進場開挖進行施工，故工期自該時起算400日係至106年12月7日為使照申請期限。

⑶此外，因本件工程多屬戶外鋼構作業，倘遇天候問題例如遇 天雨之情形，會影響灌漿程序及結構穩固之問題，故礙於氣候因素之情形下無法施工，此亦係上開契約第十七條約定天雨為展延工期之緣由。復查，自D棟於105年11月3日正式開工後至最後完工收尾106年8月25日為止，期間適逢雨天無法施工之日期共計33日，此有中央氣象局氣候統計資料（被證44)可稽，倘再加計天雨無法施工而應展延之期限，則上開申請使照之日期應再向後展延33日而至107年1月9日為止（106年12月7日加33日）。

⑷實際上，D棟早於106年8月17日已經臺南市政府工務局勘驗完成，此有臺南市政府政府公務局（104)南工造字第01599號申報勘驗紀錄表（被證45)為據，而被告106年9月8日即提出使用執照申請，僅因原告遲未讓建築師用印送件而擱置，則被告於106年9月8日即提出使用執照申請，並未超過400日應申請使照之期限約定（退步言之，縱以原告所提鑑定報告僅展延331天、加計至106

年9月27日之時點亦無逾期），此部分遲延係原告及其使用人之原因所導致，且被告早於106年7月20日早已拆除鷹架完成第七期工程作業，倘非原告刻意习難，實際上剩餘工程部分僅剩文書事務之流程作業，實質上已等同完工。鑑定報告中固然以原告公司表示因D、E棟有瑕疵、非經補強無法達原設計之安全需求，此為建築師不用印之主因云云（見土木技師鑑定報告第一冊第28頁），惟事實上建築師後於107年1月19日卻又用印配合送件（被證51），然當時客觀條件均未改變，建築師卻逕自改變用印之立場，在在證明用印流程部分致使照申請遲延係原告及其使用人即建築師之原因所致，並非可歸責予被告。

3.臺南市木土技師公會鑑定報告，對於未附證明文件之工程款9,103,951元遭暫時保留之結論，明顯與合約約定不符。按系爭工程合約第4條約定載明：「第一期E棟鋼構組立完成10%、第二期D棟F棟基礎拆模回填完成10%、第二期D棟鋼柱進場10%、第四期D棟鋼構組立完成10%、第五期F棟本體結構完成澆置10%、第六期D棟鋼浪板完成組立10%、第七期本工程鷹架拆除10%、第八期消檢合格10%、第九期使照取得5%、第十期二次完成15%」，並未約定被告需先提供證明文件方得請求工程款，僅在第九期使照取得時需配合提出證明文件辦理程序即可，此僅屬文件作業流程之一部分，並非給付工程款之要件。更何況，於工程陸續完工後，被告即已持續繳交合格證明影本予原告，證明確實依照施工規範作業且符合品質要求，此有所留存之合格證明（被證47)可稽。事實上係因後來兩造產生施工爭議，原告積欠被告已施作完成然尚未給付之第七期工程開始，方無法就後續程序完成，包含交付合格證明、申請並取得使照及完成二次施工。然實際上就鑑定報告所指未附證明文件暫時保留之9,103,951元部分均已完成（見土木技師鑑定報告第一冊第27頁），原告就此自應給付工程

款項無疑。

4.退步言之，倘本訴部分原告主張有理，被告業已退還工程款615萬元，此部分主張與原告之請求為抵銷抗辯。

5.聲明：

⑴原告之訴及假執行均駁回。

⑵訴訟費用由原告負擔。

⑶被告如受不利判決，願供擔保免為假執行。

二、反訴部分：

（一）反訴原告主張：

1.反訴被告應給付反訴原告已施作完成然尚未給付之第七期工程款6,885,000元:本件反訴原告公司就系爭工程已施工並經反訴被告估驗後，已請款至第六期款，惟後續反訴原告就第七期部分完工後，經多次催告後，反訴被告仍拒絕給付款項，共計6,885,000元，此有反訴原告所開立之請款發票及計價資料（被證39)可稽。

2.反訴被告應給付反訴原告已施作惟尚未計價之工程款12,952,778元：

系爭工程中因反訴被告於工程期間曾為追加減工程變更之要求，經計算後，實際工程金額依鑑定結果達73,297,778元，然因反訴被告於107年6月15日無預警終止契約，故並未與反訴原告進行結算，此部分扣除上開第七期工程款及先前反訴原告已領取之款項後，尚差12,952,778元(73,297,778-53,460,000-6,885,000=12,952,778)，因系爭工程合約已經反訴被告終止，就此結算差額部分亦應給付予反訴原告。

3.反訴被告應給付反訴原告追加工程款457,480元(含稅，未稅金額為435,695元）。

4.反訴被告任意終止與反訴原告之承攬合約，依民法第511條規定，應賠償反訴原告因契約終止而生損害1,620,000元。按反訴原告對於系爭工程未完成部分應可取得利益之計算，以106年「同業利潤標準」之「淨利率」（被證42)為

標準，而反訴原告行業名稱為房屋建築營建，標準代號：4100-13，淨利率為8%。本件工程總價是8,100萬元（含稅），扣除反訴原告已完工領取及尚未領取之第七期工程款後，尚未進行完成者為第八至十期部分即20,250,000元，是本件得請求之預期可得利益，應為1,620,000元（20,250,000×8%=1,620,000）。

5.綜上，反訴被告任意終止系爭工程合約，就其所積欠之工程款、因契約終止造成反訴原告所生之損害，共21,541,140元（計算式：6,885,000+12,952,778+457,480+1,620,000，再扣除試驗取樣復原及試驗費355,308元、施工介面18,810元），反訴被告自應給付。

6.聲明：

⑴反訴被告應給付反訴原告21,541,140元，及自反訴起訴狀繕本收受翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

⑵反訴費用由反訴被告負擔。

⑶反訴原告願供擔保，請准宣告假執行。

（二）反訴被告答辯：

1.反訴原告已受領工程款金額，及應賠償反訴被告之瑕疵修補已超出其可受領之報酬總額，則反訴原告已無可對反訴被告請求給付之工程款，故反訴原告反訴請求給付工程款，顯無理由。

2.關於未附證明文件暫時保留款9,103,951元部分：

⑴依木土技師鑑定報告所列未付證明文件暫時保留，所欠缺之證明文件均為取得使用執照所必需之文件，俟提供證明文件，使用執照取得後，再行付款之款項目為（土木技師鑑定報告第一冊附件五83～87頁）：

①D棟廠房部分：

複合防火屋頂鋼板、複合防火外牆鋼板、輕隔間牆（耐燃一級雙面）、烤漆鋼板防火門、不鏽鋼防火門、電動防火捲門，未提供防火證明保留5,625,450

元。

②E棟餐廳、宿舍工程：

一小時防火漆、複合防火屋頂鋼板、複合防火外牆鋼板、不鏽鋼防門、防火捲門等，未提供防火證明共計保留1,788,050元。

③F棟辦公室工程：

輕隔間、不鏽鋼防火門、木質防火門、烤漆鋼板防火門、鋁框蜂巢門、鋁框蜂巢門、烤漆鋼板防火門，未提供防火證明共計保425,100元。

④全區高壓配電盤設備工程未檢附相關證明文件向台電申請合格證明保留929,915元。

⑤消防設備工程相關證明尚未提供，以完成金額1,118,120元之30%估列扣除335,436元。

⑥以上合計保留款9,103,951元。

⑵就D棟廠房、E棟餐廳、F棟辦公室工程之扣款：

①宿舍工程系爭工程合約被告應提供證明文件之項目，詳列於系爭工程合約附件「詳細價目標（標單）」。

②由系爭工程合約附件之「詳細價目表（標單）」之備註欄記載 「提供證明」、「提供防火證明」可知，被告除應依約定規格施工外，另須提供證明，始符合契約本旨。因反訴原告未能提供詳細價目表（標單）所要求之證明文件，乃未依合約本旨履行，反訴被告得於反訴原告補正前，拒絕各該項目工程款之給付。故木土技師鑑定報告中，將各該項未出具證明文件之項目之工程款金額加以保留，與系爭工程合約之約定相符。

⑶關於全區高壓配電盤設備工程及消防設備工程相關證明尚未提供之扣款，反訴被告補充說明如下：

①依系爭工程合約付款方式中「第八期消檢合格」及「第九期使照取得」之約定可知，反訴原告負有使系爭工程之消防安檢合格及取得使用執照之義務。

②申請使用執照前必須先取得消防核可函，而消防核可函之取得必須檢具相關證明文件向消防主管機關申請會勘查驗。如欠缺相關證明文件，即無法取得消防設備檢查核可函，即欠缺申請使用執照應備文件，自無法取得使用照。

③反訴原告承作廠房新建工程之用電設備，除將設備施作完成外，另應依電業法及相關法規，申請檢驗合格，才能接電使用。查反訴原告未能取得全區高壓配電盤設備之檢驗合格證明，應認尚未施作完成，故於反訴原告補正前，反訴被告就此部分工程款，得拒絕給付。

3.聲明：

⑴反訴駁回。

⑵反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

⑶若受不利判決，反訴被告願供擔保，請准免假執行。

三、兩造不爭執事項：

（一）兩造於104年12月30日訂立「三香科技股份有限公司廠房及辦公室新建工程」工程合約，並訂有工程合約書（原證1），由被告承造原告之廠房及辦公室新建工程，依系爭工程合約第3條約定工程總價為81,000,000元；第4條工程期限約定為400 個日曆天（自開工日始起至使用執照申請）；548 個日曆天（開工日起至全部完工，含合約範圍之土建工程），被告已於105 年1 月15日向臺南市政府工務局申報開工，故依系爭工程合約被告應於106 年2 月17日申請使用執照，106年7 月15日完工。

（二）原告提出原證1-12形式上均屬真正，被告已受收原證2、3、4、5、9、10、12函文。

（三）原告於107年6月14日發文終止兩造間之工程合約（原證12），被告於107年6月15日收受。

（四）原告已給付被告系爭工程款53,460,000元（已含5%營業稅）。

（五）被告已完成系爭工程部分之價值為73,297,778元（含稅及利潤、管理費）。

（六）被告已完成系爭工程，但未附證明文件，原告暫時保留之工程款為9,103,951元。

（七）原告應該給付被告追加工程款435,695元。

（八）被告應負擔試驗取樣復原及試驗費355,308元、施工界面18,810元。

（九）被告已經返還原告工程款6,150,000元。

四、得心證之理由：

（一）原告主張：其於106年10月初發現系爭工程之施工與原設計不符：獨立平台樓地板施工厚度15公分，與原設計不符。鋼結構柱樑接合之施工，全部未作開槽滲透焊接，與原設計不符，對於整體築物耐震安全造成嚴重影響，原告請被告就施工現況與原設計不符部分進行改善。惟被告迄未修補完成，是否屬實？經查：

被告對於系爭工程之施工與原設計不符，有上述之瑕疵等情並不爭執，兩造及原告指派之建築師呂明憲為以下之行為，有各該函文、會議記錄、存證信函在卷可按：

1.呂明憲建築師於106年10月16日發函被告盡速改善（原證2）、106年10月31日發函被告施工缺失應確實改善（被證6）。

2.被告提出補強計畫書（被證5、10），惟原告認被告之計畫書未經結構技師簽名，且內容並無補強後強度檢討，無法確認補強後之強度，原告委託律師於106年10月31日（被證8）、106年12月1日（原證3）、107年1月10日（原證5）發函被告請其提出切實可行並經結構技師分析及簽證之改善計畫。

3.兩造於107年2月13日召開工程會議，會同建築師、土木技師等，定出結論，請被告依決議提出工作進度表（原證6）。

4.被告於107年2月23日提出缺失改善施工預定進度網圖（被

證18）。

5.惟兩造於107年3月2日進行柱封板及鋼材之檢驗取樣時，原告發現D棟使用鋼柱有SN400之烙印（原證7），與合約要求應使用SN490規格不符，且取樣經金屬中心檢測現場取樣鋼材不符合SN490規範（原證8），乃於107年3月15日發函被告，主張被告使用鋼材不符約定，提出不實之出廠證明，使107年2月13日召開工程會議與會之建築師及專業人士受騙，影響會議結果，遂撤銷上開會議決議，並請被告提出確實可行之方案（被證20）。

6.呂明憲建築師於107年5月24日發函被告，認被告公司未改善未依照設計圖說規範施工及使用鋼材瑕疵，若有建築物及公共安全之疑慮，被告應負全責（被證33）。被告則於107年6月6日函呂明憲建築師，稱系爭工程缺失未改善是原告拒絕修補，非被告不改善，且原告已先行使用，如有安全疑慮，應由原告自負風險（被證34）。

7.因兩造就瑕疵內容之確定及修復，及原告囑託臺南市土木技師公會申請瑕疵結算鑑定意見不一、互有主張，迄原告於107年6月14日發文終止兩造間之工程合約（原證12）為止，被告並未修復上述工程之瑕疵。

（二）原告主張：兩造於107年3月2日進行柱封板及鋼材之檢驗取樣時，竟發現D棟使用鋼柱有SN400之建烙印，與合約要求應使用築師建SN490規格不符，且取樣經金屬中心檢測現場取樣鋼材不符合SN490規範，乃委請律師以107年3月29日發文表示依工程鋼兩造工程合約書第9條第3項第2款規定，不符合規定之材質應拆除重做，故請被告提出D棟拆除重做之改善計畫，且通知被告應就所使用之材料全部重新檢測，惟被告迄未修補完成，是否屬實？經查：

1.兩造於107年3月2日進行柱封板及鋼材之檢驗取樣時，原告）發現D棟使用鋼柱有SN400之烙印（原證7），與合約要求應使用SN490規格不符，且取樣經金屬中心檢測現場取樣鋼材不符合SN490規範（原證8），此有取樣照片、試

驗報告可按。被告雖否認有鋼材不符規範情事，惟本件經臺南市土木技師公會鑑定結果認為：「…另D棟SN490原設計有160支柱及梁，本鑑定案隨機取樣4支鋼柱及檢視先前取樣位置1支鋼柱，共隨機取樣5支鋼柱，即發現2支誤用SN400，因SN490誤用SN400，更加劇其危險性。上述嚴重施工瑕疵非經專業技師設計及專業廠商補強，無法於安全情況下使用，然後續若經補強後，三香科技公司表示對空間使用影響極大，因無法量化該影響之費用，本鑑定未估列。」等語（見土木技師鑑定報告第一冊第27頁）；又本件經臺南市結構工程技師公會鑑定結果，D棟廠房鋼柱材質柱線D-2、柱線D-3兩鋼柱（一樓至屋頂層）材質為SN400，其餘為SN490B，此有鑑定報告可按（結構工程技師鑑定報告D棟第7頁），原告主張被告使用鋼材不符合規範應可採信。

2.又如前所述，兩造就瑕疵檢驗之採樣，及原告囑託臺南市土木技師公會申請瑕疵結算鑑定意見不一、互有主張，迄原告於107年6月15日終止兩造間之工程合約為止，被告並未修復上述工程之瑕疵。

（三）原告於107年6月15日依系爭工程合約第25條第1、2款「乙方（即被告）違背本契約有重大過失者；乙方工作能力薄弱任意停止工作或作輟無常進行遲滯不能如期竣工之約定。」，及民法第511條規定，終止系爭工程合約是否有理由？經查：

1.系爭工程依系爭工程合約第4條約定，工程期限應自開工日始起於400個日曆天申請使用執照，自開工日起548個日曆天全部完工。而自開工日至使照申請日之合理工期，經臺南市土木技師公會鑑定結果為106年11月26日（詳如後述），再加148個日曆天即應完工。

2.然被告施作之系爭工程有未依照設計圖說規範施工及使用不符合規範之鋼材已如前述；本院審理中被告就系爭中程中之D、E兩棟建築之「梁柱接頭及柱內加勁板全部未依規

定施作」、「螺栓扭力測試不合格。」為自認（見結構工程技師鑑定報告D棟第6頁、E棟鑑定報告第5頁）， 此部分事實可認定為真正。而上開工程瑕疵修補費用為17,350,851元（不含稅），此亦有臺南市結構工程技師公會之鑑定報告書在卷可按。

3.查被告未依照設計圖說規範施工及使用不符合規範之鋼材，修補費用高達17,350,851元，違背系爭工程合約而有重大過失，且經原告多次催告修補，被告均未修補完成，應認被告有工作能力薄弱。再者，被告應自106年11月29日之後之148個日曆天全部完工，完工期限即將屆至，被告又有數量龐大的瑕疵待修補，然就工程瑕疵採樣鑑定等事由與原告爭執不休，迄107年6月間未能完工及修補完成，原告稱被告有不能如期竣工之情事應可採信。原告依據系爭工程合約第25條第1、2款規定終止系爭工程合約，自屬於法有據，兩造系爭工程合約於107年6月15日終止。

4.又按工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害，民法第511條定有明文。依該條規定，祇須在工作完成前，定作人得隨時終止契約，不受任何限制，故一般稱之任意終止權，此與因可歸責於承攬人之事由而終止承攬契約，性質不同，效果亦異。又按終止權之行使祇須以意思表示，向他方當事人為之，且不得撤銷，故同一契約不可能有二次以上之終止（最高法院72年度台上字第1795號判決意旨參照）。 原告於107年6月14日委託律師發函予被告，函文主旨為：「茲依當事人三香科技股份有限公司委任代為發函向台端終止 104年12月30日『三香科技股份有限公司廠房及辦公室新建工程』工程合約，並請求賠償損害如下（詳如說明），請查照。」，並以被告遲延及工程瑕疵，請求賠償53,460,000元，有該函文足按（原證12）。雖原告上開函文列舉終止系爭工程合約之依據，除系爭工程合約第25條第1、2款外，另列舉民法第511條，惟原告上開函文意旨，係以被

告逾期完工，且無意願將瑕疵修補符合契約要求，亦無能力將工程完工，足認係以可歸責於被告之事由而終止承攬契約，本件非屬民法第511條規定之任意終止應可認定。綜上，原告於107年6月15日依系爭工程合約第25條第1、2款為由終系爭工程合約為有理由。

（四）原告主張：原告依系爭工程合約第25條，及民法第263條準用260條，民法第493條規定，請求被告應賠償瑕疵修補費用17,350,851元（後更正為18,218,394元，見本院卷㈢第78頁）是否有理由？經查：

1.查系爭工程合約第25條約定：「甲方之終止契約權：乙方有下列各項之一者，甲方得限期改正，乙方逾期不為改正時甲方得終止本契約，甲方因此而受有損失，乙方應負賠償之責。㈠乙方違背本契約有重大過失者。㈡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。」；「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。」、「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」、「第258條及第260條之規定，於當事人依法律之規定終止契約者準用之。」民法第493、260、263條分別定有明文。

2.按被告未依照設計圖說規範施工及使用不符合規範之鋼材，違背系爭工程合約而有重大過失，且經原告多次催告修補，被告未修補完成，工作能力薄弱，有逾完工期限不能如期竣工之情事，經原告依據系爭工程合約第25條第1、2款規定終止契約已如前述，原告依該約定請求被告賠償因此所受之損失，為有理由。

3.又被告施作之系爭工程有前述按未依照設計圖說規範施工及使用不符合規範之鋼材之瑕疵，原告委任之監工即呂明憲建築師於106年7月4日發函請被告改善（被證1）、106年10月16日發函被告改善（被證2）；又原告於106年10月

31日委任律師發函被告，請被告於二週內就建築師所指施工與原設計不符部分，就鋼結構做全面性檢核（含D棟及E棟），與原設計圖不符部分進行改善，該計畫必須經過技師簽證屬確實可行之計畫（見被證8）；原告於106年12月8日委任律師發函被告，以被告未能依照106年11月7日工程會議之結論提出改善計畫切 實改善施工瑕疵錯誤及遲延等缺失，請被告於106年12月10日前重新提出修正後之改善計畫書審核（被證12）；原告於107年1月10日委任律師發函被告，就被告提出之改善計畫為回覆，並要求「又因樓板未施作剪力釘而無法符合原 設計之安全規範，則其他改善方式將因為樓地板未達安全規範而等同無效。就結構工程技師分析及簽證部分，請務必於107年1月15日以前完成。」（被證13）；原告於107年3月15日委任律師發函被告，請被告提出確實可行之修復方案（被證20）；原告又於107年3月29日委任律師發函被告，以被告施作之鋼材不符合規定，依系爭工程合約第9條第3項第2款及民法第493條第1項規定，請被告應於七日內提出D棟拆除重做的改善計畫，並應於一個月內修補完畢（被證22），此有各該函文在卷可按。然被告並未於相當期限內修補完成，從而原告依民法第493條第1項規定，自行修補並請求被告償還修補必要之費用，亦屬有據。

4.按系爭工程瑕疵及修補費用，本院囑託臺南市結構工程技師公會鑑定結果如下，有鑑定報告書兩份可按：

⑴D棟鑑定結論：

①梁柱接頭及柱內加勁板經現場目視確認，兩者均未依規定如實銲接，此兩項施工瑕庇導致鑑定標的物D棟之梁柱接頭由原設計的彎矩接頭(momentconnection)變成剪力接頭(shearconnection)，使地震力(水平側力)無法透過樓版及鋼梁順利傳給鋼柱再下傳至基礎，讓鑑定標的物D棟結構由靜不定轉為不穩定結構而有安全疑慮。

②柱封板銲接及板對接銲接部分，由非破壞檢驗報告及現場目視可知，施工單位未依規定將20mm厚之柱封板開槽，致使銲條只能融燒表面0至5mm的深度，而在5～20mm深度範圍內存在銲道瑕疵，亦即檢測結果是D棟所有柱封板銲接及板對接銲接之銲道全數不合格，依此檢驗結果並考慮本標的物強度是彎矩控制，故於現況與補強分析模型中將20mm厚鋼板改模擬成5mm厚鋼板。

③螺栓扭力測式不合格部分，裕坤營造有限公司已於鑑定技師第三次初勘會議中同意不檢測，雙方兩造同意螺栓扭力測試不合格。

④SN490誤用SN400鋼材部分再細述如下：…

除柱線D-2、柱線D-3兩鋼柱(一樓至屋頂層)材質為SN400外，D棟其餘SC1與SC2鋼柱材質認定為SN490B，…。

⑦…，經現況分析模型檢核可知，一樓至三樓有90%以上鋼柱、37%(63/170=0.371，其中有 8 支型鋼大梁RH700x300x13x24)左右的鋼梁，無法滿足設計規範_鋼結構極限設計法規範及解說之要求，亦即①～④點之施工瑕疵影響了鑑定標的物D棟之結構安全，若要符合原設計可繼續使用，鑑定標的物D棟必須進行結構補強。

⑧在三香科技股份有限公司冀望維持現有內部使用空間亦即內部不增設斜撐系統或剪力牆的前提下，修改現況分析模型成為補強分析模型，相關修正如下列所示：…

f.D棟廠房結構補強設計圖如附件十三，附件十三之補強設計圖是本鑑定工作為辦理補強分析與編定補強經費所採用之補強原則，後續如要辦理補強施工時，應依規定委由專業技師辦理設計與簽證各項補強設計圖說。

⑨補強分析模型經檢核確認所有鋼柱、鋼梁均可滿足設計規範_鋼結構極限設計法規範及解說之要求，即補強後D棟廠房可以達成符合原設計結構安全與契約之要求，D棟廠房補強設計結構計算書詳附件十四。

⑩委託專業施工廠商依據補強設計圖說編製預算供雙方參考，且不同廠商所估之預算亦會有所不同；D棟廠房結構補強經費概算為壹仟伍佰貳拾柒萬參仟捌佰伍拾壹元整，詳細經費概算資料詳附件十五。

⑪按依據臺南市結構工程技師公會上開鑑定，被告施作D棟廠房，有梁柱接頭及柱內加勁板，未依規定如實銲接，所有柱封板銲接及板對接銲接之銲道全數不合格，螺栓扭力測試不合格，柱線D-2、柱線D-3兩鋼柱(一樓至屋頂層)材質為不符合契約規定之SN400之瑕疵，影響結構安全，若要符合原設計可繼續使用，D棟必須進行結構補強，補強至可以達成符合原設計結構安全與契約之要求之程度，補強費用為15,273,851元。

⑵E棟鑑定結論：

①…「會議結論確認D、E兩棟之梁柱接頭銲接與柱內加勁板全部未依規定施作，…裕坤營造有限公司同意不進行鑑定…」，針對此項目經現場目視檢測E棟所有梁柱接頭後，確定皆未依原設計圖說施作梁、柱接頭銲道，現況接頭照片詳附件七。依原設計圖說之接頭設計型式為抗彎接頭，惟依現場勘查後接頭確有施工缺失，該缺失使大梁彎矩傳遞至柱之機制喪失，在現況結構評估上採用無法傳遞彎矩之剪力接頭來模擬。經電腦分析結果，因施工缺失使現況結構在自重、設計風力、設計地震力各外力作用下，編號“SCI”鋼柱已無法符合現行相關法規需求，須進行結構上補強或依原設計圖說進行施工缺失改善。…

②本次鑑定報告書將依現場勘查結果、結構補強之合理

性與可行性，提出兩種型式之補強方案。分述如下：
方案一：鋼斜撐補強。…
方案二：接頭銲道補銲。…

③上開相關各方案之補強工程經費，委託專業施工承商依據補強 設計圖說編製預算供雙方參考，且不同廠商所估算之預算亦會有所不同。方案一：鋼斜撐補強，工程總價為壹佰壹拾伍萬玖仟肆佰元；方案二：接頭銲道補銲，工程總價為貳佰零柒萬柒仟元，預算總表詳附件十。

④按依據臺南市結構工程技師公會上開鑑定，被告施作E棟廠房，有梁柱接頭及柱內加勁板，未依規定施作之瑕疵，因施工缺失使現況結構無法符合現行相關法規需求，須進行結構上補強或依原設計圖說進行施工缺失改善。而缺失之改善雖有上述方案一與方案二，然方案一僅係在進行補強後，所有構件檢核結果皆符合現行相關法規需求；而以方案二補強後之廠房其使用性、功能性能回復原設計理念，經現場重新銲道補銲後可回復至原設計圖說之結構系統行為、耐震能力、安全性與使用性，即與原設計相同之結構型式無異。瑕疵之修復除應符合法規要求外，更應回復至原契約設計圖說之要求，故本件應以方案二為適當，瑕疵修補費用為2,077,000元。

5.綜上，D棟廠房結構補強經費概算為15,273,851元，E廠房結構補強費用為2,077,000元，以上共17,350,851元。又上開鑑定人之瑕疵修補之鑑定報價單不含營業稅，而原告須另外委託第三人進行瑕疵修補工程，故本件工程瑕疵修補費用，應加計5%之營業稅後計算之金額18,218,394元。從而，原告依系爭工程合約第25條第1、2款，及民法第493條規定，自行修補並請求被告償還修補瑕疵之必要費用18,218,394元為有理由。

（五）原告主張被告因逾期完工應賠付原告逾期罰款8,100,000

元，是否有理由？

1.查「逾期責任：一、由於乙方之責任未能按第4條規定期限內完工，每逾期一天依工程總總價千分之一計罰；但以總價金之百分之十為上限，其逾期部份如與其他項目不相牽連，可獨立計算。」、「工程期限：400個日曆天（開工日始至使照申請）」系爭工程合約第23條、第4條分別定有明文。原告主張系爭工程之之合理完工期限為106年11月29日，被告至終止承攬契約日即107年6月15日止未完工，故遲延日數為198天云云。惟系爭工程合約第4條約定工程期限400個日曆天係自開工日至使照申請為止，並非以實際完工之日，原告以被告迄107年6月15日仍未完工而有遲延尚有誤會。按系爭工程第4條約定工程期限至申請使照為止為400個日曆天，該合理工期經臺南市土木技師公會鑑定結果為106年11月29日，此有鑑定報告書可按（見第一冊第27頁）。故被告至遲應於106年11月29日申請使用執照，否則即應負遲延責任。

2.經查，系爭工程之D棟早於106年8月17日已經臺南市政府工務局勘驗完成，此有臺南市政府政府公務局（104)南工造字第01599號申報勘驗紀錄表（被證45)為據，而被告早在106年9月8日即欲提出使用執照之申請，僅係因瑕疵修繕之爭議，建築師遲未用印送件而擱置，此有兩造間承辦人員之LINE對話記錄可按（被證46）。依上開對話記錄，原告承辦人員於106年9月8日以LINE傳送使用執照申請書予被告，向被告承辦人員稱：「請印出各一份簽名蓋章後寄給我，建築師才要簽，起造承造都要簽名。」嗣於106年9月20日，兩造承辦人員對話如下：

被告：請問一下三香的使照申請書好了嗎？

原告：建築師還沒有給我。

被告：知道何時會給嗎？還有問題嗎？

原告：建築師方說有問題，有跟你們聯絡請改善後跟他聯繫（誤為系）詳細我也不清楚。

被告主張其於106年9月8日即在使用執照上簽名蓋章請原告及建築師用印後送件應可認定。

3.雖原告主張系爭工程合約第4條係約定被告應於400個日曆天取得使用執照，及被告施作之工程有瑕疵，非經補強無法達原設計之安全需求，此為建築師不用印之主因，但到107年1月19日因建築師擔心建築執照逾期才送使用執照之申請云云。惟查：

⑴系爭工程合約第4條約定工程期限400日曆天係「開工日始起至『使照申請』」，對比同條文付款方式之第九期款應於「使照取得」時支付，二者用字不同，其意義亦不相同，400日曆天之工程期限僅限於使用執照之申請，而非使用執照之取得應可認定。

⑵按民法第224條規定：「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任」。又系爭工程合約第八條監造作業約定：「一、本工程由甲方或甲方指派之建築師為監造單位，監造單位之職權如下：…㈨協辦乙方取得使用執照。」本件原告指派之李明憲建築師為監造單位，其為原告之使用人。查系爭工程於107年1月19日申請使用執照，此有使用執照之申請資料在卷可按（被證52），晚於400日曆天之合理工期106年11月29日。原告雖主張係因系爭工程非經補強無法達原設計之安全需求，因此建築師不用印云云，惟李明憲建築師後於107年1月19日用印配合使用執照申請送件當時，被告同樣未提出任何所謂D、E棟鋼構施工瑕疵補強設計之計畫，足見該瑕疵之補強計畫並非申請使用執照之要件，而在客觀條件均未改變下，原告及其使用人建築師改變用印立場，使致使用執照申請遲延，並非可歸責於被告。被告就系爭工程合約第4條約定，應於400日曆天申請使照並無遲延。

⑶再查，系爭工程合約400日曆天之合理工期為106年11月29日，已由臺南市土木技師公會鑑定在案，再加計148日

曆天始為全部完工期限。然合理工期除應扣除「紀念日及節日實施辦法」之節日外，另應扣除天雨及人力不可抗拒之事故等日（系爭工程合約第17條參照）。原告復未能證明其於107年6月15日終止系爭工程合約時，被告已逾548日曆天，原告請求被告給付逾期完工之損害亦無可採。

⑷綜上，本件被告完成之系爭工程於106年9月8日已足堪申請使用執照，雖因原告及使用人建築師未配合用印，遲至107年1月19日使請申請使用執照，已逾106年11月29日之400日曆天工期，被告並無未依期限申請使照之情事。又全部完工期限為自106年11月29日再起算148日曆天，然原告未舉證證明其於107年6月15日終止系爭工程合約時，完工期限已屆至，難認被告已遲延。從而，原告依系爭契約第23條規定，請被告賠償自106年11月29日起至系爭契約107年6月15日終止日止之逾期責任8,100,000元，為無理由。

（六）反訴原告主張：反訴被告應給付反訴原告已施作完成然尚未給付之第七期工程款6,885,000元（含稅），是否有理由？經查：

1.反訴原告主張上開事實業據提出請款發票及已收工程款明細（被證39)可稽，反訴被告對此亦不爭執，此部分之事實可以認定為真正。

2.然查，依系爭工程合約第4條付款方式，反訴原告依工程進度，分十期請求階段性付款。惟系爭工程合約已由反訴被告於107年6月15日終止，系爭工程合約無再依工程進度階段性付款之必要，系爭工程合約終止後，反訴被告已委由臺南市土木技師公會計算反訴原告完成系爭工程之價值為69,807,408元（含利潤，不含稅，見木土技師鑑定報告第一冊附件五-1、-2），反訴原告依系爭工程合約第4條約定可請求之第七期工程款，已由土木技師公會鑑定完工價值時加以評價，反訴被告並以此計算應給付反訴原告之

工程款，反訴原告再依系爭工程合約第4條規定，請求階段性之工程款，自無理由，應予駁回。

（七）反訴原告主張：反訴被告應給付反訴原告已施作惟尚未計價之工程款12,952,778元（含稅），追加工程款435,695元（未稅），是否有理由？經查：

1.查系爭工程合約終止後，反訴被告已委由臺南市土木技師公會計算反訴原告完成系爭工程之價值，為69,807,408元（含利潤，不含稅，見木土技師鑑定報告第一冊附件五-1、-2，含利潤及稅為73,297,778元），此有鑑定報告可按並為兩造所不爭執，應可認定為真正。

2.上開已完成之工程中，依臺南市木土技師鑑定報告，對於未付證明文件之工程款9,103,951元（不含稅），遭暫時保留之結論，並註明防火證明尚未提供，於工程款中先予以計價，暫予以估列扣除，俟提供證明文件，使用執照取得後，再行付款，有鑑定報告可按（見鑑定報告第一冊第27頁十（工程結算）附件五83-87頁）。雖反訴原告主張，依系爭工程合約第4條之付款條件，並未約定被告需先提供證明文件方得請求工程款，僅在第九期使照取得時需配合提出證明文件辦理程序即可，此僅屬文件作業流程之一部分，並非給付工程款之要件云云。然查：

⑴鑑定人鑑定應予保留之D棟廠房、E棟餐廳宿舍工程、F棟辦公室，因未提供防火證明共計保留5,625,450元、1,788,050元、425,100元，共計7,838,600元之工程款。按上開工程契約附件之「詳細價目標（標單）」之備註欄記載「提供證明」、「提供防火證明」，反訴原告除應依約定規格施工外，另須提供證明，始符合契約本旨。雖反訴原告主張：依契約第4條之付款條件，並未約定反訴原告需先提供證明文件方得請求工程款云云。惟「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；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。」為民法第490條第1項、第505條第1項所明定，此乃報酬後付原則之規定。兩造間系爭工程合約已終止，工程款不是按工程進度階段性付款，自無反訴原告所稱各期請款毋須證明文件即可請領期工程款之情事；上開工程款既是一次性給付，反訴被告為了消防檢查合格、使用執照取得，均須上開證明文件，否則難認已依合約本旨履行，未附證明文件，上開工程尚未完工，反訴被告得於反訴原告補正前，拒絕各該項目工程款之給付。

⑵鑑定人鑑定應予保留之消防設備工程相關證明尚未提供之扣款為335,436元。按依系爭工程合約付款方式中「第八期消檢合格」及「第九期使照取得」之約定可知，反訴原告負有使系爭工程之消防安檢合格及取得使用執照之義務。 依臺南市政府所製定「申請建築物使用執照自主檢查項目表」，反訴被告申請使用執照必先取得消防主管機關核發之消防設備檢查核可函。而消防設備之核可函之取得 ，依據「消防機關辦理建築物消防安全設備審查及查驗作業基準」，必須檢具「相關證明文件」向消防主管機關申請會勘查驗。如欠缺相關證明文件，即無法取得消防設備檢查核可函，欠缺申請使用執照應備文件，自無法取得使用照，難認反訴原告已依合約本旨履行，上開工程尚未完工，反訴被告得於反訴原告補正前，拒絕該項目工程款之給付。

⑶鑑定人鑑定應予保留之全區高壓配電盤設備工程未檢附相關證明文件向台電申請合格證明保留款929,915元。依電業法第32條規定：「輸配電業或自設線路直接供電之再 生能源發電業對用戶用電設備，應依規定進行檢驗，經檢驗合格時，方得接電」。另按「用戶用電設備檢驗辦法」第3條規定：「輸配電業或再生能源發電業對用戶新增設之用電設備及既有設備變更應進行新增設檢驗，經檢驗合格時，方得接電」。是以，反訴原告承

作廠房新建工程之用電設備，除將設備施作完成外，另應依電業法及相關法規申請檢驗合格，才能接電使用。查反訴原告未能取得全區高壓配電盤設備之檢驗合格證明，應認尚未施作完成，故於反訴原告補正前，反訴被告就此部分工程款929,915元，得拒絕給付。

⑷綜上，反訴被告主張臺南市土木技師公會計算反訴原告完成系爭工程之價值69,807,408元（不含稅），未付證明文件之工程不能認定為完工，應扣工程款9,103,951元（不含稅），為有理由。

3.再查，反訴被告應該給付反訴原告追加工程款435,695元，及反訴原告應負擔試驗取樣復原及試驗費355,308元、施工界面18,810元（均不含稅）等情，為兩造所不爭執，應可認定。

4.綜上，反訴原告已完工工程價值為69,807,408元，加計反訴被告應給付追加工程款435,695元，扣除未付證明文件暫時款9,103,951元、瑕疵修補用18,218,394元、試驗取樣復原及試驗費355,308元、施工界面18,810元，加計利潤率1.0260%（土木技師鑑定報告第一冊第27頁），反訴原告得請求之工程款為41,832,408元〈計算式：69,807,408-（9,103,951+18,218,394-435,695+355,308+18,810）×1.0262（利潤率）＝41,832,408元〉。

5.惟反訴被告已給付反訴原告請求工程款5,346,000元，另又反訴原告清償6,150,000元，以此計算，反訴原告之工程款請求權已全部消滅，反訴原告應再給付反訴被告5,477,592元（計算式：53,460,000-41,832,408-6,150,000＝5,477,592）。從而，反訴原告主張：反訴被告應給付反訴原告已施作惟尚未計價之工程款12,952,778元、追加工程款435,695元為無理由應予駁回。

（八）反訴原告主張：反訴被告任意終止與反訴原告之系爭工程合約，依民法第511條規定，應賠償反訴原告因契約終止而生之損害，計1,620,000元，是否有理由？經查：

1.工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害，民法第511條定有明文。

2.反訴被告於107年6月14日委託律師發函予被告終止系爭工程合約（原證12），上開函文列舉終止系爭工程合約之依據，除系爭工程合約第25條第1、2款外，另列舉民法第511條，惟反訴被告上開函文意旨，係以反訴原告逾期完工，且無意願將瑕疵修補符合契約要求，亦無能力將工程完工，足認係以可歸責於反訴原告之事由而終止承攬契約，本件非屬民法第511條規定之任意終止應可認定，本件無民法第511條之適用。從而，反訴原告依民法第511條規定，請求反訴被告賠償因契約終止而生之損害1,620,000元為無理由，應予駁回。

五、綜上所述，原告主張被告施作之系爭工程有瑕疵，且不能如期竣工，乃依約終止系爭工程合約，經結算被告已完成之工程價值，扣除未附證明文件暫時保留工程款、工程瑕疵修復及補強費、原告已付工程款、被告已清償金額等，被告應再給付原告5,477,592元。又給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%。民法第229條第2項前段、第233條第1項前段、第203條分別定有明文。本件原告以被告施作之系爭工程有瑕疵，乃依系爭工程合約第25條、民法第493條第1項規定請求被告賠償瑕疵修補費用，給付無確定期限，原告於107年6月14日發文終止兩造間之工程合約（原證12），同時請求被告賠償損失53,460,000元，被告於107年6月15日收受該函文，則被告自107年6月16日起負遲延責任。從而原告請求被告賠償5,477,592元，及自107年6月19日起至清償日止按年息百分之五計算之利息為有理由；逾此之請求為無理由，應予駁回。

六、反訴部分：系爭工程合約終止，反訴原告已完工之工程已由

鑑定人臺南市土木技師公會鑑定其價值，反訴被告並以此計算應給付反訴原告之工程款，其中9,103,951元因未附證明文件，尚未完工，反訴原告尚不得請求給付，其餘反訴原告得請求之工程款，經反訴被告以瑕疵修補費用抵銷後已無剩餘，反訴原告請求工程款為無理由，應予駁回；又系爭工程合約終止無民法第511條之適用，反訴原告依該條文請求反被告賠償因契約終止所生之損害亦無理由，應予駁回。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及攻擊防禦方法，經本院審酌後，認均不影響本件判決結果，爰不一一論述，併此敘明。

八、本訴部分，兩造均陳明願供擔保請准宣告假執行及免為假執行，原告勝訴部分核無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之，至原告敗訴部分，其假執行之聲請，即失所依據，應予駁回。反訴部分，反訴原告之訴為無理由，假執行之聲請失所依附，應予駁回。

九、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第79條。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　26　　日

民事第五庭　　法　官　張麗娟

以上正本係照原本作成。

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。

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　　110　　年　　8　　月　　26　　日

書記官　高培馨