

臺灣高等法院臺南分院民事判決

108年度建上字第23號

上訴人 陳學壯（即東設營造有限公司及吳家聞之承當訴訟人）

訴訟代理人 楊沛錦律師

王進輝律師

被上訴人 緣善建設有限公司

法定代理人 凌敏善

訴訟代理人 蘇義洲律師

黃郁婷律師

林育如律師

上列當事人間請求設定抵押權登記等事件，上訴人對於中華民國108年10月16日臺灣臺南地方法院第一審判決(104年度建字第11號)，提起一部上訴，本院於112年4月13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，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣壹仟伍佰伍拾捌萬叁仟叁佰伍拾叁元，及自民國一〇四年八月六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之四十七，餘由上訴人負擔。

本判決第二項所命給付部分，於上訴人以新臺幣伍佰壹拾玖萬伍仟元供擔保後得假執行；但被上訴人如以新臺幣壹仟伍佰伍拾捌萬叁仟叁佰伍拾叁元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按訴訟繫屬中為訴訟標的之法律關係，雖移轉於第三人，於訴訟無影響。但第三人如經兩造同意，得聲請代當事人承當

01 訴訟；民事訴訟法第254條第1項定有明文。查，本件起訴時
02 之原審原告東設營造有限公司（下稱東設公司），於原審訴
03 訟繫屬中之民國（下同）107年4月25日，將其主張對被上訴
04 人之工程款新臺幣（下同）3,300萬元中之2,500萬元移轉予
05 第三人陳學壯，其餘800萬元移轉予第三人吳家聞，經陳學
06 壯、吳家聞聲請承當訴訟（見原審卷三第13至14頁），並經
07 被上訴人同意（見同上卷第23頁背面），應予准許。又在
08 本院審理時，原上訴人吳家聞已於110年5月5日將其對被上訴
09 人之工程款800萬元債權讓與予上訴人陳學壯，經陳學壯向
10 本院具狀聲請承當訴訟（見本院卷二第81頁），並經被上訴
11 人同意（見本院卷二第174頁），自應准許。

12 二、按當事人法定代理人之代理權消滅者，應由有代理權之法定
13 代理人承受訴訟。該條所定之承受訴訟人，於得為承受時，
14 應即為承受之聲明；民事訴訟法第170條、第175條第1項分
15 別定有明文。被上訴人法定代理人許人桔已於109年1月14日
16 變更為凌敏善，並依法具狀聲明承受訴訟，有委任書、被上
17 訴人公司變更登記表等在卷可稽（見本院卷一第79、93至97
18 頁），經核並無不合，應予准許。

19 貳、實體方面：

20 一、上訴人主張：

21 (一)從事營造之東設公司與被上訴人於102年9月間訂立新建工程
22 合約書（上訴人指合約附表工程估價明細表上註有結構體文
23 字，下稱新建工程合約或稱系爭結構體工程合約），由被上
24 訴人委託東設公司將坐落臺南市○○區○○段0000○00000
25 ○00000○地號土地上興建4層樓房屋（透天厝豪宅）共6棟
26 （6戶），依序興建坐落臺南市○○區○○段0000○號至000
27 0建號（門牌號碼依序為○○○路之00號、00號、00號、00
28 號、00號、00號）等6棟建物（下合稱系爭建物，分稱各建
29 號或門牌號碼，其中一棟00號房地已經被上訴人以3,600萬
30 元出售並辦理所有權移轉登記予訴外人，其餘5棟建物，下
31 合稱系爭其餘建物），前揭新建工程合約實僅係結構體工程

(按被上訴人爭執此約應包含裝修工程)總價3,900萬元。兩造又於同年12月間另成立水電工程合約總價860萬元,另裝修工程經雙方實際議價並口頭合意後(尚未及成立書面),總價4,800萬元(與結構體工程、水電工程,下合稱系爭合約,分稱各工程合約),全部工程款為9,560萬元。

(二)詎被上訴人給付至104年2月部分工程款後,竟遲付各期工程款,惟東設公司因被上訴人表示願賣一屋還1,000萬元,而繼續施工將全部工程施作完成,並取得使用執照交付被上訴人辦理系爭建物所有權登記。被上訴人迄未支付之工程尾款合計3,300萬元(下稱系爭工程尾款,包含結構體工程900萬元、水電工程300萬元及裝修工程2,100萬元),因被上訴人自104年3月起一再拖延未給付工程款,東設公司乃於同年7月14日以存證信函催告被上訴人給付系爭工程尾款,惟被上訴人置之不理,拒不清償。

(三)被上訴人雖爭執稱東設公司施工有瑕疵、未驗收,其未與東設公司就裝修工程達成合意云云,然東設公司與被上訴人間就裝修工程已有合意,被上訴人亦陸續支付裝修部分各項次工程款達2,700萬元予東設公司,可見兩造間確有裝修工程之合意。原審曾依兩造和解時有實作實算之合意,囑託臺北市建築師公會(下稱臺北公會)鑑定東設公司就系爭建物(含結構體、水電及裝修)之建造費用結果:

1. 結構體工程:依臺北公會107年2月7日107(十七)鑑字第0300號函鑑定說明(下稱107年2月函文說明)「結構體工程估價明細表所列全部工項,結構體計算為28,816,233元,加計粉刷工程、圍牆工程等總計36,021,861元(按臺北公會第一、二次鑑定結構體工程金額均僅為26,519,553元,有關上訴人主張部分有重覆計算)。
2. 水電工程:(1)依臺北公會105年12月15日(105)(十七)鑑字第3175號鑑定報告書(下稱第一次鑑定)結果:認「…查合約水電部分之工程金額為:860萬元整,故水電完成部分之金額為860萬元—未施作部分55,300元=8,544,700元」。

01 3. 裝修工程：

- 02 (1)依第二次鑑定及更正結果：依實作實算方法結算系爭建物裝
03 修部分建造費用40,270,695元，又臺北公會107年1月12日10
04 7（十七）鑑字第0094號函說明（下稱107年1月函文說明）
05 再加計間接工程項目（即項次貳至陸工程）金額、圍牆工程
06 等後，就系爭建物裝修工程部分建造費用為43,248,130元。
07 (2)又因鑑定單位漏未鑑定部分工程，經上訴人聲請補充鑑定
08 後，則就系爭建物「裝修工程」部分經鑑定建造費用合計應
09 為43,546,630元（即43,248,130 + 298,500 = 43,546,630，
10 按此部分仍有脫漏計算）。

- 11 4. 是東設公司就系爭建物（含結構體、水電及裝修）之建造費
12 用，依臺北公會鑑定總額為88,113,191元（即36,021,861 +
13 8,544,700 + 43,546,630 = 88,113,191），被上訴人已付部
14 分結構體工程3,000萬元、水電工程560萬元、裝修工程2,70
15 0萬元，計6,260萬元，扣減後，被上訴人尚欠其工程款3,30
16 0萬元（9,560萬 - 6,260萬 = 3,300萬），如依實作實算之和
17 解方案尚積欠工程款25,513,191元（88,113,191 - 6,260萬
18 = 25,513,191）。

- 19 (四)上訴人爰依系爭合約、民法第490條、第491條、不當得利及
20 債權讓與、和解協議等法律關係，請求被上訴人應給付其工
21 程尾款3,300萬元，及依法設定系爭其餘建物法定抵押權；
22 退步言，依實作實算被上訴人至少積欠工程款金額25,513,1
23 91元等語（原審為其全部敗訴之判決，上訴人不服，提起一
24 部上訴，上訴聲明：1. 原判決關於駁回後開第二項部分廢
25 棄。2. 被上訴人應給付其3,300萬元，及自民事起訴狀繕本
26 送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。
27 至上訴人請求依民法第513條第1項規定，由被上訴人以系爭
28 其餘建物為前揭工程尾款債務之共同擔保標的物，設定擔保
29 債權總金額2,500萬元、800萬元之法定抵押權登記予上訴人
30 陳學壯、吳家聞部分，業經上訴人撤回在卷）。

31 二、被上訴人抗辯以：

- 01 (一)兩造就系爭新建工程（包含裝修工程）及水電工程分別簽訂
02 工程費總價各為3,900萬元及860萬元（含稅）之契約，契約
03 上均蓋有兩造公司大、小章，惟系爭新建工程及水電工程契
04 約內之「衛浴設備」、「廚具」及「木地板」部分工程，係
05 由被上訴人另行僱工施作，非屬兩造系爭新建工程及水電工
06 程合約之內容；且工程並未全部完成及驗收，其中部分建材
07 （外牆磁磚未用指定材質、門框無品牌、油漆非使用虹牌油
08 漆等），與兩造契約內容約定不符，則在東設公司尚未完成
09 工程前，被上訴人自無給付工程款之義務。
- 10 (二)又其否認上訴人主張兩造間有裝修工程款4,800萬元部分之
11 約定，上訴人迄今未提出東設公司與被上訴人間就裝修工程
12 有簽訂此部分工程合約書。上訴人所提之附件丙「室內外裝
13 修工程估價明細表」均無東設公司與被上訴人共同簽名、用
14 印；況上開裝修工程款高達4,800萬元，遠高於結構體工程
15 及水電工程等，倘有約定，豈有未簽立工程合約書，上訴人
16 就系爭裝修工程款之請求，顯屬無據。
- 17 (三)領得使用執照，並不能執為建物已全部完工之證明。況依起
18 訴狀所載「被上訴人自104年2月份付款後開始遲付各期工程
19 款，東設公司仍依約將全部工程完工，並取得使用執照交付
20 被上訴人辦理所有權登記」，足認上訴人自認東設公司於10
21 4年2月份之後，仍繼續施作系爭合約工程（使用執照雖於10
22 3年12月18日發照），可見系爭合約工程尚未完工。
- 23 (四)兩造就系爭工程尾款糾紛，業於104年9月25日成立工程款和
24 解協議，雙方協議由東設公司提供「實作實算」工程明細表
25 與被上訴人結算。上訴人所提出之給付工程款進度表，雖載
26 明係按實際工程進度付款，惟上開給付工程款進度表係東設
27 公司單方制作之私文書，未經被上訴人簽字確認，被上訴人
28 否認上開工程款進度表之真正。
- 29 (五)雖被上訴人同意以臺北公會鑑定實作數量為據，就「裝修工
30 程」項目之單價（參原審卷二第207至211頁其提出之106年7
31 月24日訴狀附表），表示意見如下：

- 01 1.按「印度黑」石材於當時工程界係屬最高石材，當時「印度
02 黑」施做連工帶料每「一才（即一台尺平方面積）」係333
03 元，換算後即每平方公尺（下稱 m^2 ）3,663元，而「克羅地
04 灰」石材之材質係低於「印度黑」，詎上訴人竟以每 m^2 4,13
05 8元計之，自無理由。
- 06 2.項目編號2木地板材料係被上訴人提供，東設公司僅負責施
07 工，施工費係每 m^2 600元，而非2,850元。
- 08 3.項目編號3係「克羅地灰」材料，而施工係於樓梯，此於工
09 程上係較地板施工為便宜，詎此項目竟還比地板每 m^2 高出10
10 0元，被上訴人亦同意如地板施工每 m^2 3,663元計算。
- 11 4.項目編號4，東設公司只附進口報單，並無單價分析表，且
12 依東慶行之材料最高每 m^2 500元，工資每 m^2 200至250元，因
13 此被上訴人同意以每 m^2 750元計之，而非上訴人主張以每 m^2
14 1,150元計。
- 15 5.項目編號5、7、8、9之理由同編號4；項目編號6之理由亦同
16 編號4，詎上訴人竟以每 m^2 1,380元之不同價格計之。
- 17 6.項目編號10關於一樓車庫地坪係貼「觀音石」，上訴人並無
18 提出材料（質）證明書、出廠證明書及單價分析表，因此上
19 訴人以每 m^2 1,780元係屬不實。
- 20 7.項目編號11之「木紋石」部分工資每 m^2 170元，材料（含水
21 泥、砂、木紋石）每 m^2 係580元，因此合計每 m^2 750元，則上
22 訴人所提單價1,150元並非實在，應提出證據證明。
- 23 8.項目編號12及22之理由同編號11。
- 24 9.項目編號13、14、16等之工資每 m^2 300元、材料（含粉刷打
25 底接著劑、壁磚）每 m^2 700元，合計每 m^2 1,000元，則上訴人
26 所提單價不實。
- 27 10.項目編號15之理由同項目編號13、14、16，然上訴人卻又將
28 單價提高至1,550元，係屬不實。
- 29 11.項目編號17、18等之理由同項目編號13、14，上訴人之單價
30 以每 m^2 1,220元，並非實在。
- 31 12.項目編號19、20、35、36等均係牆面，牆面打底工資每 m^2 19

- 0元、打底材料（含砂子、水泥、接著劑）每 m^2 50元、抵石子工資每 m^2 335元、抵石子材料（石仔，以進口最高級計之）每 m^2 75元、搭鷹架及接著劑每 m^2 100元，合計每 m^2 750元，有當時另案工程單價及發票足供參酌，因此上訴人主張每 m^2 1,150元，並非實在。
- 13.項目編號21，東設公司係貼「印度黑」之材質，因此同編號1以每 m^2 3,663元計之，而非上訴人主張之每 m^2 4,600元。
- 14.項目編號23，被上訴人主張單價係每 m^2 300元，上訴人自應就每 m^2 380元舉證。
- 15.項目編號24，琉璃瓦及施工覆蓋之連工帶料每 m^2 760元（係日本進口系列）、1：2（防水及粉刷及打底）每 m^2 440元，合計每 m^2 1,200元，則上訴人單價不實。
- 16.項目編號25部分施做無需粉刷，東設公司只用清水模式，因此每 m^2 為130元，而非上訴人主張每 m^2 480元。
- 17.項目編號26，此部分需粉刷，連工帶料（水泥、砂）每 m^2 220元、油漆每 m^2 80元，合計每 m^2 300元，而非上訴人主張每 m^2 480元。
- 18.項目編號30，水泥粉刷及油漆係每 m^2 300元，因水泥粉刷連工帶料（含水泥、砂）每 m^2 220元、油漆每 m^2 80元，合計每 m^2 300元，有另案工程單價發票足供參酌，上訴人主張單價不實。
- 19.項目編號37，被上訴人係約定「印度黑」，惟東設公司卻施做「山西黑」，「山西黑」之價格每 m^2 較「印度黑」少300元以上，因此應以每 m^2 3,500元計價，而非上訴人主張之單價。
- 20.項目編號38，被上訴人主張每 m^2 3,800元，有從事此項生意之證人謝家寶可證，上訴人所提每 m^2 4,500元並非實在。
- 21.項目編號41、42等，被上訴人主張每 m^2 200元，上訴人主張每 m^2 450元非實在，上訴人自應提出發包單價。
- 22.項目編號43，此項工程僅是「樓層牆與樓地板之接縫之防水黑膠」，係簡易工程，且防水黑膠猶如瀝青之質，因此單價

- 01 很低，是上訴人主張每 m^2 220元並非實在。
- 02 23.項目編號45之理由同編號43，上訴人以每 m^2 180元並非實在
- 03 。
- 04 24.項目編號49，被上訴人主張每座17,000元，而非上訴人主張
- 05 44,000元，上訴人應提出單價分析表及發票佐證。
- 06 25.項目編號50，被上訴人主張每座23,000元，而非上訴人主張
- 07 63,000元，上訴人應提出單價分表及發票佐證。
- 08 26.項目編號51、52、56、57、58、60、61、62、63、64、65、
- 09 66、67、68、69等，上訴人之單價不實，應提出單價分析表
- 10 及發票佐證。
- 11 27.項目編號70、71等，被上訴人主張此係相同，每支單價係60
- 12 0元，而上訴人分別為700元、1,200元，並非實在。
- 13 28.項目編號72至101等，上開材料約定日本製，然東設公司卻
- 14 以臺灣製施做，日本製單價比臺灣製高，然上訴人以臺灣製
- 15 卻報以比日本製單價為高，有工程另案價格參考。
- 16 29.項目編號102（大門旁之小鐵門），上訴人單價不實，上訴
- 17 人應提出材質證明、出廠證明及單價分析表佐證。
- 18 30.項目編號103，上訴人單價不實，門之正面係硫銅門，惟門
- 19 之背面卻非以硫銅門之塑膠代之，顯偷工減料，上訴人自應
- 20 提出出廠證明、單價分析表佐證。
- 21 31.項目編號104、109等，上訴人僅施做門框，每一門框係5,00
- 22 0元，惟門片係由被上訴人施做，有收據可稽。
- 23 32.項目編號105、108、110、111、112、113、114、116、11
- 24 7、118、119、120、121、122、123、124、125、126等，上
- 25 訴人單價不實，上訴人應提出出廠證明書、材料（質）證明
- 26 書及發票佐證。
- 27 33.項目編號139，每一磚塊成本1.7元、用水泥及砂成本0.3
- 28 元、工資2元、吊工1元，每 m^2 需5塊半B磚（即12公分吋—4
- 29 吋厚）、長20公分，即每 m^2 375元，被上訴人以每 m^2 400元計
- 30 之，上訴人之每 m^2 865元不實在，上訴人自應提出磚塊之數
- 31 量表、材質證明書、發票佐證。被上訴人依工程界當時施做

之單價為據，計為25,819,923元，而非40,270,695元。

(六)又依系爭新建工程及水電工程之合約第3條規定，兩造既於102年9月5日訂立前揭契約，系爭合約工程於102年9月26日已發建照，依約既於簽約7日即應於102年9月12日內報開工，且依約係動工後8個月之日曆天（即應於103年5月12日）為完工日，況無大雨成災而無法施做，惟東設公司遲至102年11月1日始報開工，則算至104年7月10日，依約顯已逾期424日，則逾期罰款為20,182,400元[$(39,000,000 + 8,600,000) \times 1/1000 \times 424 = 20,182,400$]，依約自應予以扣除，扣減後，上訴人應無請求之款項。

(七)再者，東設公司迄未提出工程保固切結書交被上訴人收執；依前揭契約第21條，東設公司亦需於付清工程尾款前先提出百分之2現金保固款952,000元交被上訴人，惟東設公司迄未提出上開現金保固款，則被上訴人自得以其書狀送達予以抵銷。

(八)再者，兩造既未就裝修工程簽約，被上訴人對於東設公司之裝修工程合約有所爭執，自無合意之存在，何來「園藝：54萬元」、「勞工安全及衛生管理費用：36,000元」、「營造工程綜合保險費：27,000元」、「廠商稅金及管理費：315,000元」、「營業稅5%：2,059,435元」共計2,977,435元等項目之約定及完工金額；是鑑定單位之總表明細調整之金額，難據為本件證據。

(九)依上，東設公司對於系爭新建工程及水電工程部分之施作並未完成，復依臺北公會第二次鑑定後系爭新建工程為26,519,553元、水電工程為7,812,628元，鑑定單位於107年2月函文增加補充鑑定實作數量及建造費用298,500元，惟東設公司亦自承已自被上訴人取得款項6,260萬元（預付款），顯見系爭新建工程及水電工程之施作金額均已涵蓋於6,260萬元之範圍內，被上訴人自無積欠東設公司上開工程金額；至於裝修工程部分，上訴人主張依承攬關係請求，自屬無據等語（故答辯聲明：上訴駁回）。

01 三、兩造不爭執之事實（本院卷三第78至82頁）：

02 (一)被上訴人於102年9月間委託東設公司於坐落臺南市○○區○
03 ○段0000○00000○00000○地號土地上興建地上4層樓房屋
04 共6棟6戶。

05 (二)東設公司與被上訴人於102年9月間就系爭新建工程合約簽訂
06 總價3,900萬元之新建工程合約書（見原審卷一第64至71
07 頁）；東設公司與被上訴人於簽訂系爭新建合約書後（於10
08 2年12月間）所簽訂之系爭水電工程合約（見原審卷一第72
09 至85頁）。

10 (三)被上訴人已付結構體工程3,000萬元、水電工程560萬元、裝
11 修工程2,700萬元，合計6,260萬元予上訴人。

12 (四)東設公司於本件繫屬中，經將對於被上訴人之起訴債權額，
13 其中2,500萬元移轉給上訴人陳學壯，餘800萬元移轉給吳家
14 聞，吳家聞再轉讓予陳學壯，上開債權移轉已經通知被上訴
15 人。

16 (五)本院於109年6月9日至系爭建物87號、89號、91號、95號、9
17 7號進行勘驗，勘驗結果：可以供人居住（本院卷一第304
18 頁），其中93號已經出售。

19 (六)臺北公會就系爭工程歷次鑑定意見略以：

20 1.第一次鑑定報告（原審卷二第162頁）：

21 (1)本件鑑定核算結構體部分數量，參照合約單價，計算工程金
22 額共計26,519,553元。

23 (2)本件鑑定核算結構體部份之工程金額占契約約定金額之比例
24 為：0.9414，即百分之94.14。

25 (3)水電部分金額為8,600,000元-55,300元=8,544,700元。

26 (4)水電完成部分金額占契約比例為0.9936，即百分之99.36。

27 2.第二次鑑定報告（原審卷二第189頁）：

28 (1)有關建築裝修部分：依實作實算方法計算，共計為40,895,1
29 45元。

30 (2)有關結構體部分：共計為26,519,553元。

31 (3)有關水電部分：依實作實算方法計算，共計為7,812,628

元。

(4)總計為74,602,876元。

(5)故本件鑑定依實作實算方法計算上訴人就起訴狀所載系爭合約建物（含結構體、水電及裝修）之建造費用總計為74,602,876元整。

3.107年1月函文說明（原審卷二第282頁）：

(1)第一次鑑定報告內容附件(四)之1～附件(四)之7之「鑑定單價」，是依附件丙（原審卷二第284頁）工程估價明細表上所載之「單價」為計算依據。

(2)鑑定結果裝修部分之「複價」小計為40,270,695元。

(3)參照前述(二)之間接工程項目計算，則總表明細調整如下：

一. 粉刷裝修工程40,270,695元，二. 園藝54萬元，…貳. 勞工安全及衛生管理費用36,000元，參. 營造工程綜合保險費27,000元，肆. 廠商稅金及管理費315,000元、…陸. 營業稅(5%)2,059,435元，總計（壹～陸）43,248,130元。

4.107年2月函文說明（原審卷二第306至308頁）：

(1)結構體、粉刷裝修工程小計共28,816,233元。

(2)圍牆工程、粉刷工程總計36,021,861元。

(3)原證17所列項目鑑定上訴人實作數量及建造費計算如下：水泥粉刷、觀音石+草皮、AW1-3鋁窗框、儲藏室木門、不鏽鋼鐵條等合計298,500元。

(4)園藝54萬元。

(5)本案鑑定各工程項目（含結構體、水電及裝修）之單價已內含各項材料應計算之損耗率，研判應無（計入損耗率後之建造費用為若干）之問題。

5.108年2月20日發文108鑑字第0431號函（原審卷三第176至178頁）：

(1)結構體工程：

①項次8.9等：經再核算後，9.「餘土運棄」鑑定數量，更正為234m³，8.「回填土夯實」鑑定數量，更正為1,754m³。

(2)粉刷裝修工程：

01 ①項次2-1-4F地坪1：3MT釘木地板：木地板表材為緣善公司購
02 買，工資及底材為東設公司處裡。經現場測量廚房共130
03 m²，客廳共307m²。

04 ②項次30-內牆1：3水泥粉光+虹牌（水性）平光水泥漆：原報
05 告書數量與現場量測尚符合。

06 ③項次35-內牆1：3水泥粉光+抵石子（銀灰）：經檢核為4,25
07 9-212=4,047m²。

08 ④項次36-內牆1：3水泥粉光+抵石子（白色）」：經現場實際
09 量測白色為212m²。

10 ⑤項次104-D2雕花木門100×225：東設公司只施作門框，共23
11 樘。

12 ⑥項次105-D3浴廁門85×223：共6樘，研判單價調為14,900
13 元。

14 ⑦項次108-D6浴廁門85×213：共30樘，研判單價調為14,200
15 元。

16 ⑧項次109-D7雕花木門（60+100）×225：東設公司只施作門
17 框，共1樘。

18 ⑨原證17編號7-不鏽鋼鐵條：經現場量測核算數量為「540公
19 尺」。

20 6.110年4月14日發文110鑑字第0879號函補充鑑定（本院卷二第
21 51至63頁）。

22 (1)本會於107年1月函文說明檢送附件(四)之1至附件(四)之7中所記
23 載：「鑑定單價」欄之金額，是如何認定此部分之合約單價
24 符合一般行情，而採為鑑定之單價？

25 本會於107年1月函文說明檢送附件(四)之1至附件(四)之7中所記
26 載：「鑑定單價」欄之金額，是兩造於鑑定過程中，均有表
27 示只需鑑定「數量」，不用特別鑑定各項單價，依原合約之
28 單價即可，故該鑑定報告書之「單價」是以合約單價為「鑑
29 定單價」。

30 (2)依據現場查驗之結果，針對上開函詢附件(四)之1至附件(四)之7
31 中各工項之單價，核算符合一般市場行情之價格，請依據各

01 工項之單價、數量、複價、總價予以記載？

02 本次鑑定經重新檢討上開鑑定報告附件(四)之1至附件(四)之7中
03 各工項之單價，核算是否符合一般市場行情之價格，最後再
04 依據各工項之單價、數量、複價、總價予以記載之，詳本函
05 附件所示。

06 (3)建築裝修部分：

07 ①項次1-1～5F地坪1：3MT貼石材(克羅地灰)：合約複價4,11
08 7,310元，鑑定複價4,742,148元。

09 ②項次2-1～4F地坪1：3MT釘木地板：合約複價3,628,050元，
10 鑑定複價1,972,200元。

11 ③項次3-樓梯1：3MT貼石材(克羅地灰)：合約複價1,318,018
12 元，鑑定複價771,316元。

13 ④項次4～26：單價尚無偏離市場行情。

14 ⑤項次27～29：原有單價偏低。

15 ⑥項次30～139（不含121、126、135、136）：單價尚無偏離
16 市場行情。

17 ⑦總計合約複價為44,776,959元，鑑定複價為40,504,265
18 元。

19 四、兩造爭執之事項：

20 (一)上訴人依民法第490條、第491條承攬契約、第179條等規定
21 及工程款和解協議書之法律關係，本於債權讓與請求被上訴
22 人給付3,300萬元，於法是否有據？

23 (二)被上訴人主張就東設公司施作瑕疵所生之損害2,722,062
24 元、支出之裝修費用2,192,641元、245,600元，以上共計5,
25 160,303元，及東設公司之逾期罰款20,182,400元、被上訴
26 人溢付之1,500萬元為抵銷，是否有理由？

27 五、得心證之理由：

28 (一)當事人主張於己有利之事實者，就其事實有舉證之責任，民
29 事訴訟法第277條定有明文。上訴人主張東設公司與被上訴
30 人就系爭工程訂有3份契約，即系爭新建工程總價3,900萬
31 元、系爭水電工程總價860萬元、系爭裝修工程總價4,800萬

元，全部工程款為9,560萬元等情；惟為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

1. 上訴人主張：東設公司與被上訴人於102年9月間就系爭新建工程合約簽訂總價3,900萬元（見原審卷一第64至71頁），其上有東設公司與被上訴人公司大、小章印文，而兩造亦不爭執其真正，自應認系爭新建工程合約為真正。復觀東設公司與被上訴人於簽訂系爭新建工程合約後所簽訂之系爭水電工程合約書（見原審卷一第72至85頁）上亦有東設公司與被上訴人公司大、小章印文，兩造亦不爭執其上印文為真正，亦應認系爭水電工程合約為真正。被上訴人雖以：系爭水電工程合約係因上訴人要求其預支工程款項被拒，東設公司威脅停工情形下，其迫於無奈所簽，又住宅營建工程絕不可能不含室內水電管線配置，且系爭新建工程合約中之工程估價明細表中已有水電項目，系爭水電工程合約並非東設公司與其合意所簽，而係其被威脅才簽訂云云。惟查，被上訴人就其係因東設公司威脅停工，始簽訂系爭水電工程合約乙節，為上訴人所否認，被上訴人亦未舉證東設公司有如何威脅以實其說，且未曾表示撤銷系爭水電工程契約等情，則被上訴人此部分抗辯，實難憑採為有利被上訴人之認定。
2. 東設公司與被上訴人既於簽訂系爭新建工程合約後，再簽訂系爭水電工程合約，復未在系爭水電工程合約中註明合約之860萬元水電工程款係系爭新建工程合約總價3,900萬元中之一部分，證人即系爭建物之建築師陳尚志，亦於本院具結後證稱：（系爭建案水電圖是否證人處理？）水電圖是委託水電技師設計，給水電技師畫設計圖，業主或營造廠都會直接向水電技師要圖，不會透過建築師；（系爭建案取得水電圖之時間為何？）應該在建照取得之後，水電技師才會於此時開始畫圖、送審。當初有與業主討論過，業主有提過一棟房屋預定銷售之價格約3千多萬。通常要報開工之前，水電圖始出來；營造廠都需要另外水電包商承包這些工程，有些業主水電部分會單獨發包，有些是同一個營造商承包結構體與

01 水電。（何種情況下，水電、裝修、結構體會分開簽立合
02 約？）有正常的情況，就會有例外，裝修工程總價有可能比
03 結構體總價還高，因裝修材料差很多，比如木地板價格（一
04 坪）從3、4千元至1萬多元，視使用之等級而定，石材也
05 是；裝修部分沒有在第一次合約（指系爭結構體工程合約）
06 內，因單價、總價都是空的等語（見本院卷一第212至214、
07 302至303頁）。況被上訴人亦直承其93號房地實際售價：土
08 地80坪售價為2,160萬元、房屋售價為1,440萬元（合計3,60
09 0萬元），符合實價登錄價格；另87號房地（當時）預估出
10 售價格（土地100坪售價2,760萬元、房屋售價1,600萬元）
11 等語（見本院卷一第409頁），應皆屬大坪數豪宅，價值不
12 菲；況就系爭建物水電工程係另經水電技師另外製圖處理，
13 並未透過建築師合併處理可據。

- 14 3. 證人即東設公司負責人吳家銘亦於本院具結後證稱：（當初
15 如何約定工程承作的範圍、價額？）當時先估結構體，等到
16 水電完成後再簽水電。因為裝修部分，我們的業主時常換來
17 換去，材料一直在變，所以裝修部分單價就一直變更，到最
18 後確定的時候，我們就開始做，對方也有回傳總價。這個工
19 程應該是分成三個階段，即結構體、水電、裝修工程。（裝
20 修工程合約有無達成合意？）我們有達成合意，最後也有談
21 價錢，因為當時他要求的建材還在變。（整個裝修工程合約
22 雙方還沒有達成共識？）有達成共識，還有繼續付款。我們
23 的付款表也每一次都有回傳給他們，被上訴人已經付款6千
24 多萬元。引用原審卷一第19、23頁，工程進度付款表。這個
25 都是付款表。（付款到哪個地方？）我已經忘了。應該是最
26 後一次的5百萬元，總付款有統計，至於哪個階段要看他有
27 沒有錢。（為何沒有付錢還繼續做？）被上訴人說賣一戶要
28 還我們公司1千萬，我們也介紹朋友跟他買，我認為這是雙
29 贏，所以繼續幫被上訴人完成。（有達成共識，為何860萬
30 水電工程有簽約，但4,800萬沒有簽約？）他一諾千金，這
31 個沒有圖。我們有文書往來，他沒有簽契約為什麼要付

錢？（提示原審卷二第56頁以下裝修工程估價明細表，單價是否是你自己填寫？）這個是原本我們跟他合意的，這是我們成本所算出來的數字，我是跟被上訴人合意的，不是我自己算的，書面已經送給他了，而且他也已經（部分）付款了；（簽立合約時，結構體、水電、裝修是否分為三個合約？）建照取得之後，要算結構體就能算，但取得建照後，水電圖還未畫，年底時，水電估價才出來，才簽訂水電合約。裝修部分，因為業主不知道系爭合約房屋要使用何種等級材料，直到結構體完成，業主遲遲尚未簽訂裝修合約，但業主已依工程進度表支付部分款項；又於原審卷二第56至61頁之工程估價明細表（即附件丙）與同卷第31至36頁大部分都重複，但兩個數量不一定相同，該36頁是結構體合約，僅係估算公司的表格，就原審卷二第60頁第103項所示之硫化銅門每樘11萬元，普通住宅僅15,000元到16,000元；且被上訴人在工程估價明細表上特別括弧「結構體」，因被上訴人說願賣一屋還1,000萬元，我們也介紹朋友來跟他買，我認為這是可雙贏，而繼續施工將全部工程施作完成等語在卷可稽（見本院卷一第215至216、244至248頁、原審卷一第13頁背面、卷二第32至37頁），並有其列出價格之附件丙在卷可憑（見原審卷二第55至61頁）。

4. 另被上訴人曾於104年10月2日出具系爭工程應依實作實算方法辦理工程款結算之承諾書（見原審卷一第105頁），並於同年12月10日陳報鑑定意見及鑑定範圍（見同上卷第139至140頁），臺北公會有實際已考慮被上訴人提出要求扣減未施作（水電）情形，經臺北公會依實作實算方式所為第一次鑑定報告水電工程施作完成情形（8,544,700元）及完成之比例百分之99.36等情附卷可稽（見第一次鑑定報告第5頁）。衡情東設公司與被上訴人分2份合約簽訂之形式上觀察，自應認係2份獨立合約。是被上訴人此部分抗辯，亦難憑採。依上所述，系爭水電工程合約書形式上既為真正，上訴人復主張東設公司與被上訴人已就系爭新建工程外，另簽訂總價

01 為860萬元之系爭水電工程合約，且860萬元並不包含在系爭
02 新建工程合約總價3,900萬元之內，堪予採信。

- 03 5. 又就兩造爭執之系爭新建工程是否包含上訴人主張裝修工程
04 4,800萬元部分？證人建築師陳尚志，亦迭於本院具結後證
05 稱：「（本件系爭房屋提供項目為何？提示原審卷二第116-
06 130頁）各工程數量，請業主委託工程顧問公司計算數量。

07 （有無包含裝潢？提示原審卷二第116-130頁）請工程顧問
08 公司估算都是估算到結構體，無包括裝修，因為當時（結構
09 體）還沒有確定，所以無法估算裝潢部分，但有包括牆壁油
10 漆、地坪鋪設磁磚，係屬於建築裝修與木作裝潢不一樣。

11 （提示原審卷一第19頁工程進度付款表，是否包含於上開提
12 示部分？）不包含。（提示原審卷二第55頁即附件丙之室內
13 外裝修工程估價明細表，下稱附件丙，是否你所估算？）我
14 交給業主的不會這麼詳細，是營造廠向業主報價之估價單，
15 與我們交給業主估算表不一樣，從提示資料可知係東設公司
16 估給被上訴人即業主之明細表；（是否知悉系爭建案裝修工
17 程由何人負責？）還是由東設公司負責；但不知悉東設公司
18 與被上訴人有無簽訂裝修工程合約，約定裝修工程款為何等
19 語（見本院卷一第210至213頁）。又於本院109年6月9日現
20 場履勘系爭建物時，證人陳尚志建築師仍為相同之證言，且
21 並一再陳明「（第一次合約裝修工程項目，是否於建築師設
22 計圖面中均有畫到？）結構體包括所有牆面粉刷及打底，是
23 否包含油漆要看合約是否有記載。若依照圖面，沒有標示很
24 清楚，為了取得建造、使用執照，我不能寫太清楚，因牽涉
25 取得執照時間及工序之問題。應直接從合約比對現場才對，
26 不能用我畫的圖面。（裝修工程總價比結構體總價高？）有
27 可能，裝修材料差很多，比如木地板價格從3、4千元到1萬
28 多元，視使用之等級而定，石材也是」等語（見本院卷一第
29 302至303頁）。可見建築師就東設公司與緣善公司間簽訂裝
30 修工程合約，並未參與且不知悉，僅知悉裝修工程仍由東設
31 公司負責，且就其設計當時新建工程合約後附之工程估價明

細表，應無包括裝修，因為當時還沒有確定，所以無法估算裝潢部分（但有包括牆壁油漆、地坪鋪設磁磚，係屬於建築裝修與木作裝潢不一樣）；不包含4,800萬元之（裝修）工程進度付款表（見原審卷一第19頁），且前揭附件丙之工程估價明細表亦非其所估算，係營造廠（即東設公司）向業主（即被上訴人）報價之估價單，與我們交給業主估算表不一樣，建築師給的不會這麼細等情，衡情結構體未完成前木作裝潢等裝修無以確定，並無不合理之情形。此核與經隔離訊問之東設公司負責人吳家銘所為證言關於裝修工程之項目係屬另一契約大致相符，即吳家銘證言「（提示原審卷二第56-61頁、原審卷一第19頁之二工程有無重複？）該19頁是付款表、56-61頁是工項明細表。」「（有無在原來契約內？）沒有，原來契約（按係第一份之系爭新建工程合約）有項目但沒有單價、總價。（提示原審卷二第31頁工程估價明細表3,900萬元，是否為第一個契約？）對。（原審卷二第31頁所指之裝修工程為何？）是指（結構體）粗坯工程，不是裝修工程，沒有粉刷，因為含有砌磚工程，所以我們列一個大項目，建照取得之後，要算結構體就能算，但取得建照後，水電圖還未畫，年底時水電估價才出來，才簽訂水電合約。裝修部分，因為業主不知道系爭房屋要使用何種等級材料，直到結構體完成，業主遲遲尚未簽訂裝修合約，但業主已經支付部分款項，裝修工程有達成合意、有共識，還有繼續付款。」等語（見本院卷一第215至216、247頁）。衡情系爭新建工程在結構體完成前，尚不能如何施作裝修工程（含木作裝修），此與建築師之前揭證言並無齟齬不合理之處，堪以採信。

6. 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。查系爭新建工程合約及水電合約內，均有附加條款第一條約定，其他裝修建材，經甲乙雙方實際議價並同意後，進行施作（見原審卷一第12頁背面、第17頁背面），及前揭

東設公司與被上訴人間口頭合意，可見兩造間就裝修工程，並非全然無據，且兩造不爭執之事實(三)所示被上訴人已付結構體工程3,000萬元、水電工程560萬元、裝修工程2,700萬元，合計6,260萬元予上訴人；核與證人吳家銘所陳被上訴人已為部分裝修工程付款等情相符，並不否認被上訴人已就部分裝修工程款給付高達2,700萬元，倘未經東設公司及被上訴人間之合意，被上訴人豈可能即已先給付高達2,700萬元之工程款；且證人吳家銘又於本院證稱：我們的付款表也每一次都有回傳給他們，被上訴人已付款6千多萬，最後一次付款500萬元，我們也有介紹朋友跟他買（93號房地），我認為這是雙贏，所以繼續幫被上訴人完成（工程），他沒有簽約為什麼要付錢，如附件丙是原本我們跟他合意的，是我們成本所算出來的數字，我是跟被上訴人合意的，不是我自己算的，書面已經送給他了，而且他也已經付款了，如果被上訴人第一次付款被騙，第二次付款也被騙，難道被上訴人被騙十幾次嗎？等語（見本院卷一第247至248頁）。並有與吳家銘陳述相符，由東設公司製作之請款明細表（含結構體工程即土建本工程、水電工程及裝修工程），其上記載關於被上訴人已10次給付裝修工程款情形，並於104年2月5日給付其最後一筆500萬元發票金額，10次合計2,700萬元金額可據（見原審卷一第23頁），衡情其陳述與被上訴人間有合意之情，並無矛盾齟齬之處，應較為接近真實而為可採。是被上訴人雖抗辯：上訴人提出之裝修工程進度付款表（見原審卷一第19頁），並未經東設公司與被上訴人用印簽認；又系爭新建工程合約所附工程估價明細表第壹節「建築工程」第一項「結構體、粉刷裝修工程」共158項次中計有120項次均為裝修工程，其餘大部分為土木結構；系爭新建工程之裝修工程部分已包含在系爭新建工程合約中云云，殆與上開調查事實之結果不符，且參該工程估價明細表有關第19項貼石材以下，幾無單價、複價可稽（見原審卷一第68至70頁）。衡情一般新建結構體工程所載之8個月，如結構體連同裝修

(含室內外裝璜)，殆不可能在8個月內同時完成裝璜，此有混凝土或水泥、砂石等有無牢固堅實等建築安全之問題。觀前揭被上訴人繳款情形自102年9月後，幾乎按月給付工程款項，有如前揭工程進度付款表、請款明細表之情形可考，尚屬合理符合實際具體之工程進度實情（況屆滿系爭新建工程之8個完工期時（即103年4月間止）。故東設公司負責人吳家銘之證言表示前揭所陳空白（無單價、複價）之工程估價明細表，並不在結構體工程合約內，應屬實情（見本院卷一第215頁），應僅係虛列供將來參考之用，被上訴人前揭抗辯，並不可採為有利被上訴人之認定。

(二)又本院曾於109年6月9日至系爭建物現場履勘，並製有勘驗筆錄附卷可稽（見本院卷一第299至304頁），面對系爭建物6棟由左至右之門牌號碼依序為87號、89號、91號、93號、95號、97號，已經完工可供人居住（外觀美侖美奐、雄偉豪宅），有本院勘驗筆錄及相片30幀（見本院卷一第309至337頁），及地籍圖謄本（見原審卷一第20頁）、原審囑託臺北公會第一次鑑定報告之外觀現況相片12幀在卷可稽（見第一次鑑定第30至35頁），暨建物登記謄本6份各登記總面積及附屬建物陽台面積（觀諸其中1068建號即門牌號碼87號合計建坪面積為591.06m²（約 178坪）、1073建號即門牌號碼97號合計建坪面積為514.41m²（約155坪）之間坪數，其餘4戶皆合計建坪面積為526.68m²，見原審卷一第26至31頁）可據，皆屬空間設計超大，具備電梯設施可按（其中門牌號碼87號為土地100坪之大地坪建物，其餘5棟皆約占地80坪，有被上訴人所為陳述可據，見本院卷一第409頁）。

(三)兩造於104年9月間曾透過第三人李富國、林呈隆等代表被上訴人參與協商前揭工程款糾紛，並提出以「實作實算」方式結算工程款，惟要求上訴人需提供實作實算之工程款明細表，並擬定如何付款條件及保固、驗收承諾等情，有兩造工程款和解協議書、被上訴人出具之承諾書在卷可稽（見原審卷一第104、105頁）；並經被上訴人於原審表示願就鑑定結

01 果給付工程款，上訴人於原審104年10月21日審理時亦表示
02 已經全部完工，且賣出一戶，並以實作實算來計價等語（見
03 原審卷一第104、109至110頁）；嗣雖經東設公司以實作實
04 算之金額不明，故原先由李富國建議之和解顯難達成等為
05 由，向被上訴人以存證信函1922號函表示和解協議不成立，
06 有該存證信函及被上訴人委託大業國際法律事務所於104年1
07 0月13日向東設公司所發函文可據（見原審卷一第106至107
08 頁），且為被上訴人所不爭執，惟被上訴人仍由其訴訟代理
09 人迭次具狀要求鑑定，並均同意由臺北公會承辦鑑定工作
10 （見同上卷第113至114、129、133至134、139頁）；可見雙
11 方確已有實作實算之共識。復查：

- 12 1. 按「所謂總價承包之承攬契約，係由承包商計算出相關之成
13 本與利潤，向業主報價或投標，經業主認可或決標後成立之
14 承攬契約。總價承包承攬契約工程實務，關於其中漏項或數
15 量不足工項部分，承包商於投標時，即可審閱施工圖、價目
16 表、清單等，決定是否增列項目，或將缺漏項目之成本由其
17 他項目分攤。在決標方式採取最有利標評選時，為防範先低
18 價搶標後，再巧立名目增加工程款，於工程施作時如有增減
19 工程項目及費用必要時，自應與業主以契約辦理增減工作項
20 目及其費用，否則即與最有利標決標之目的及總價承攬契約
21 之精神有悖」（最高法院103年度台上字第2242號裁判參
22 照）。而實作實算契約，係指約定採用實作實算方法，在契
23 約執行完畢後之結算金額通常會與契約總價有所差異，實作
24 實算可能高於或低於契約數量，即以結算數量作為契約之約
25 定給付總價款。本件兩造已於原審法院囑託臺北公會鑑定勘
26 查時，仍合意以實作實算方法就系爭建物（結構體、水電、
27 及裝修工程）之建造費用問題為鑑定，有第二次鑑定之會勘
28 紀錄表及兩造簽署可據（見第二次鑑定報告第7頁），自應
29 以此實作實算為解決本件之方針。雖原系爭合約（含新建工
30 程、水電工程契約）第二條第三款本約定「本工程係估價單
31 承攬，雙方均不得因工資、物價及匯率要求增減承攬價格，

01 係屬總價承攬」（見原審卷一第10頁背面、第15頁背面），
02 有上揭總價承攬之意；惟因被上訴人就本件爭議迭次要求實
03 作實算，而於前揭第二次鑑定時（106年4月6日）兩造又合
04 意簽署按實作實算結算，且如有增做（追加）或減做（追
05 減）部分，兩造可補提資料，有臺北公會鑑定案件會勘紀錄
06 表可據（見第二次鑑定報告第7頁）；則雖東設公司前於104
07 年10月13日以1922號存證信函通知被上訴人（主張兩造間和
08 解協議不成立，要求全部回歸依貴我雙方承攬契約總價承包
09 為主張及請求，見原審卷一第106至107頁）等情，惟仍因兩
10 造嗣後於臺北公會第二次鑑定會勘時，仍合意實作實算結
11 算，捨棄總價承包結算方法而不存在。是系爭合約雖有所稱
12 之「工程總價」，或所稱「不得要求增減承攬價格」等用
13 語，應認系爭工程已改按實作實算之計算總金額，難認系爭
14 建物係總價承攬，合先說明。

- 15 2. 兩造已於原審法院請求囑託臺北公會就下列問題：一. 以實
16 作實算方法計算系爭建物有關結構體、水電及裝修工程之建
17 造費用；二. 系爭建物結構體及水電部分是否已依約定完
18 成？完成部分占契約比例為何？價格為何？而為鑑定（見原
19 審卷一第144頁）。臺北公會第一次鑑定結果，依兩造不爭
20 執事實(六)之1所示，結構體部分計26,519,553元（卻僅就鋼
21 筋、普通模板、清水模板等計算結果，未及裝修工程部分鑑
22 定），並參照合約單價，計算之工程金額占合約約定金額之
23 比例為百分之94.14。水電工程部分之金額已如前述8,544,7
24 00元（已扣除被上訴人所主張與合約不符之未完成部分項目
25 55,300元），完成部分之金額占契約比例為百分之99.36，
26 有第一次鑑定可據（見第一次鑑定報告第5頁），就前揭已
27 為鑑定之處，並無顯然不合理之情形。
- 28 3. 又原審法院嗣依被上訴人之聲請（見原審卷二第101頁）再
29 囑請臺北公會依實作實算方法對系爭建物（結構體、水電、
30 及裝修工程）之建造費用問題為第二次鑑定（補充鑑定性
31 質），結果如兩造不爭執事實(六)之2所示，(1)有關建築裝修

01 部分：依實作實算方法計算，共計為40,895,145元。(2)有關
02 結構體部分：計為26,519,553元。(3)有關水電部分：依實作
03 實算方法結算，計為7,812,628元（按此部分係臺北公會之
04 誤植第一次鑑定結果，未附任何理由誤列，故應仍為8,544,
05 700元），亦經被上訴人表示應以第一次鑑定為準（見本院
06 卷二第499頁）。(4)總計為74,602,876元（按計算上應為75,
07 959,398元）可據（見第二次鑑定報告第2至7頁），但後因
08 兩造仍有爭執及更正如後。

- 09 4. 臺北公會嗣就被上訴人爭執查明鑑定單價與複價是否僅依附
10 件丙之工程估價明細表逕為計算問題（見原審卷二第238
11 頁），於107年1月函文說明答覆（見原審卷二第282頁）：
12 「…二. 依…附件丙內容係為室內外裝修工程估價明細表，
13 總表明係如下：壹. 建築工程…陸. 總計（壹至陸）48,086,8
14 07元，三. 又查第二次鑑定書內容附件(四)之1至附件(四)之7之
15 『鑑定單價』，是依附件丙（原審卷二第284頁）工程估價
16 明細表上所載之『單價』為計算依據；但『鑑定複價』並非
17 依附件丙所載複價為計算依據。鑑定結果裝修部分之複價，
18 小計為40,270,695元。四. 若參照前述二之間接工程項目計
19 算，則總表明細調整如下：「壹. 建築工程：一. 粉刷裝修工
20 程40,270,695元，二. 園藝54萬元，貳. 勞工安全及衛生管理
21 費用36,000元，參. 營造工程綜合保險費27,000元，肆. 廠商
22 稅金及管理費315,000元，伍. 空氣污染防制費（空白）陸.
23 營業稅（5%）2,059,435元（上開貳至陸項下合稱間接工程項
24 目，合計2,437,435元），總計（壹～陸）43,248,130
25 元」。已加計間接工程項目計算，即園藝、勞工安全及衛生
26 管理費用、營造工程綜合保險費、廠商稅金及管理費、營業
27 稅（5%）等費用，總計（壹～陸）43,248,130元。惟兩造就
28 裝修部分金額仍有爭執經補充鑑定，詳如後述。
- 29 5. 臺北公會又重新就本院於110年4月14日發文110鑑字第0879
30 號函之問題（即就附件(四)之1至附件(四)之7所記載鑑定單價欄
31 之金額，是如何認定此部分合約單價符合一般行情，而採為

01 鑑定之單價），補充鑑定答覆說明(本院卷二第51至63頁)：

02 「(1)本會於107年1月函文說明檢送附件(四)之1至附件(四)之7中
03 所記載：「鑑定單價」欄之金額，是兩造於鑑定過程中，均
04 有表示只需鑑定「數量」，不用特別鑑定各項單價，依原合
05 約之單價即可，故該鑑定報告書之「單價」是以合約單價為
06 「鑑定單價」。(2)本次鑑定經重新檢討上開鑑定報告書附件
07 (四)之1至附件(四)之7中各工項之單價，核算是否符合一般市場
08 行情之價格，最後再依據各工項之單價、數量、複價、總價
09 予以記載，詳本函附件所示。(3)建築裝修部分：①項次1.
10 1～5F地坪1：3MT貼石材(克羅地灰)：合約複價4,117,310
11 元，鑑定複價4,742,148元。②項次2.1～4F地坪1：3MT釘木
12 地板：合約複價3,628,050元，鑑定複價1,972,200元。③項
13 次3.樓梯1：3MT貼石材(克羅地灰)：合約複價1,318,018
14 元，鑑定複價771,316元。④項次4～項次26：單價尚無偏離
15 市場行情。⑤項次27～項次29：原有單價偏低，應予更正。
16 ⑥項次30～項次139（不含項次121、項次126、項次135、項
17 次136）：單價尚無偏離市場行情。⑦總計合約複價為44,77
18 6,959元，鑑定複價原為40,270,695元，本次鑑定為40,504,
19 265元（此因虹牌水泥漆等原鑑定單價偏低，故本次更正鑑
20 定複價價格，見本院卷二第55、63頁），已然與合約複價減
21 低價格（觀其中項次②、③已減價）甚多。被上訴人雖稱鑑
22 定報告所謂「未偏離市場行情」，係嚴重背離當事人合意範
23 圍，擅作主張云云，並未就其有利之事實舉證以實其說，尚
24 僅係其無法查證與事實相符之唯一陳述，不足採為有利被上
25 訴人之認定。

- 26 6. 依上，經臺北公會鑑定暨補充鑑定更正後，有關(1)有關建築
27 裝修部分：依實作實算方法計算，共計為40,504,265元，再
28 加兩造不爭執事實欄(六)之3、4、5所示漏未計算之園藝54萬
29 元、間接工程項目（2,437,435元）、補充鑑定地坪鋪觀音
30 石、草皮等298,500元（見原審卷二第308頁）、更正「回填
31 土夯實為1754m³、餘土運棄鑑定數量為234m³」（見原審卷

二第307頁、卷三第177頁），應增加147,800元（即 $1754 \times 150 + 234 \times 50 - 276 \times 000 - 0000 \times 50 = 147,800$ ）、又裝修工程第2項有關係爭合約建物1至4樓地坪1:3M釘木地板，木地板表材為被上訴人購買，工資及底材為東設公司處理，現場測量廚房共 130m^2 、客廳共 307m^2 ，計花費1,245,450元（見原審卷三第177頁、本院卷二第200頁）、第35項內牆1:3水泥粉光加抵石子（銀灰），因東設公司有施作但未提供相關資料共 $4,047\text{m}^2$ ，計4,654,050元（見同上卷頁）、第36項外牆1:3水泥粉光加抵石子（白色），現場實際測量 212m^2 ，加計243,800元、有關105項D3浴廁門 85×223 工項短少36,000元〔即 $(14,900 - 8,900) \times 6 = 36,000$ 〕、有關108項D6浴廁門 85×213 工項短少132,000元〔即 $(14,200 - 9,800) \times 30 = 132,000$ 〕、有關不鏽鋼鐵條，現場測量核算540公尺，計128,400元，尚非顯然不合理；至上訴人尚主張鑑定報告所不同意更正之第68項樓梯南洋實木扶手加欄杆等，依序漏算取得使用執照應檢查用之欄杆等1,545,600元、植栽少算6萬元等應再加計云云，惟為鑑定人所不認同，自難遽依上訴人之主張而列入，則以上合計50,367,700元；則上訴人認達51,825,500元，尚非全然有據；被上訴人認應含在新建工程內，不再另計裝修云云，亦確屬誤會。依上，則加計有關結構體部分為26,519,553元、有關水電部分為8,544,700元，以上合計工程款應為85,431,953元（ $26,519,553 + 8,544,700 + 50,367,700 = 85,431,953$ ）。扣除被上訴人已交付之工程款6,260萬元，則被上訴人尚積欠工程款22,831,953元，自應由被上訴人給付款項。

(四)又被上訴人抗辯：依承攬報酬後付原則之規定，以及實務意旨，東設公司並無「同時履行抗辯」而擅自片面停工權利云云。惟為上訴人否認，並以前詞抗辯。查：

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。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

01 付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該
02 部分之報酬；民法第490條第1項、第505條分別定有明文。

03 2. 查系爭新建工程合約及水電工程合約第4條付款辦法固載有
04 「工程款付款，依階段比例金額現金核撥，詳附表一，工程
05 付款表。」有上開各合約附卷可稽（見原審卷一第10頁背
06 面、第15頁背面），並有上訴人提出被上訴人提供支票、上
07 訴人開立統一發票暨發票號碼之系爭三項工程請款明細表在
08 卷可稽（見原審卷一第23頁，如後所述）；然（兩造除就裝
09 修契約並未訂立書面本無法知悉如何進度付款外）上訴人提
10 出被上訴人按期給付之東設公司請款明細表（內含土建本工
11 程、水電工程及裝修工程），及工程進度付款表（土建本工
12 程即系爭結構體工程自102年9月10日即開始收取支票、並開
13 立統一發票，至104年2月6日止，累計收取3,000萬元；水電
14 工程則自102年12月2日起收取支票暨開立統一發票，至103
15 年3月25日止，累計收取560萬元，均未經被上訴人簽署肯認
16 於上開工程進度付款表、請款明細表之分期情形，均未據被
17 上訴人或兩造簽名其上，皆僅係上訴人單方片面製作之文書
18 （見原審卷一第19、23頁），即無從採為有利上訴人之認
19 定。則上訴人之主張：因被上訴人拖延付款，其就系爭工程
20 享有同時履行抗辯之權利云云，並無可採為有利上訴人之論
21 據。

22 3. 再自前揭被上訴人就土建本工程（按即結構體工程）、水電
23 工程部分，皆於第5條約定本工程自簽約七天內報開工，動
24 工日起算共計8個月（依中央氣象局為依據不含業主簽約後
25 所提變更追加工期），有系爭合約可憑（見原審卷一第10頁
26 背面、第15頁背面）。又就系爭合約新建工程（結構體工
27 程）雖上訴人主張：「於102年9月間簽立，惟依台南市建築
28 物申報開工檢核表所載（見原審卷三第263頁原證24），及
29 台南市政府工務局（下稱市府工務局）107年11月7日南市工
30 管一字第1071263217號函覆之建造執照及使用執照資料可
31 知，上訴人合法開工前，須依法申報開工並備妥申報開工所

01 需相關文件，且被上訴人或其委任之建築師須配合提供『電
02 信配管審核證明單』、『水利局審查其用戶排水設備雨汙水
03 分流之准駁函』『開工登錄證明』等申報開工之必要文件，
04 是依函覆開工申報資料可知：(1)上訴人於102年10月3日已申
05 報開工，申報開工登記日期102年10月30日，准予備查日期
06 為102年11月1日（見原審卷三第263頁原證25）；(2)被上訴
07 人取得『電信設備審查收執回條』日期為102年10月15日
08 （見原審卷三第266頁原證26）；(3)取得『水利局雨汙水分
09 流核准函』日期為102年10月9日（見原審卷三第267頁原證
10 27）；(4)取得『會員申報開工報備登記證明書』日期為102
11 年10月29日（見原審卷三第269頁原證28）。由上可知，上
12 訴人於兩造簽訂『新建工程合約書』（結構體工程）後，即
13 辦理開工申請，須經市府工務局審查通過後，始能合法開
14 工。被上訴人於102年10月29日始取得『會員申報開工報備
15 登記證明書』，經審查後，准予開工之日期為102年11月1
16 日，因此系爭建物（結構體工程）開工日（即系爭合約之動
17 工日）為102年11月1日，並有使用執照內之開工記載可按；
18 則自此動工日起算8個月，即系爭結構體工程理應竣工期限
19 為103年7月1日屆滿（上訴人並未主張有中央氣象局為依據
20 之停工日數）。上訴人陳稱其已於同年3月3日已向市府工務
21 局申請勘驗，經准予備查，有被上訴人公司建築開工申報書
22 附卷可稽（見原審卷三第265頁）」云云，惟就系爭結構體
23 工程遲至同年10月27日始向市府工務局申報竣工，有該工務
24 局發給之使用執照記載附卷可稽（見原審卷一第21頁）。則
25 依系爭合約期限代催告；系爭結構體工程自102年9月12日應
26 動工日起計算，竣工日應為至103年5月12日，實際竣工日為
27 同年10月27日止，已遲延168日；是被上訴人主張此部分應
28 依約計算違約金，即屬有據。

- 29 4. 另系爭水電工程係於102年12月間始簽定，有系爭水電工程
30 合約附卷可稽（見原審卷一第18頁）；惟並未記載成約日
31 期，依上訴人自行提出之水電工程請款明細表（見原審卷一

第23頁），則自同年月2日已有被上訴人交付之華南銀行○○○○分行支票000000000號、面額340萬元乙紙經轉帳匯款予上訴人，則以此推求上訴人就系爭水電工程，理應自同年月7日起動工，計算8個月即至103年8月7日理應屆期竣工；惟上訴人未提出有關水電工程在其所述同年3月20日即已竣工之證明，無從憑採為有利上訴人之認定；則上訴人之水電工程迄前揭使用執照所載103年10月27日始申報竣工，則該工程已遲延81日。被上訴人主張此部分應依約計算違約金，即屬有據。上開系爭結構體工程、水電工程，依系爭合約第3條逾期罰款之約定（如乙方未能按規定完工，每逾期一天須罰總工程款千分之一，甲方應得從應付工程總價中扣減之，但因天災事變經甲方承認係不可抗力所致者，不在此限）。因上訴人未就此有主張何天災事變經被上訴人承認之不可抗力所致情形，則依前揭兩造和解合意採實作實算之工程總額計算，合計逾期罰款之違約金為7,248,600元（39,000,000元結構體工程總價 $\times 1/1000 \times 168 + 8,600,000$ 元水電工程總價 $\times 1/1000 \times 81 = 7,248,600$ 元，元以下4捨5入）。

5. 至兩造不爭執事實之(二)所示反面解釋，兩造就系爭裝修工程部分，並未書立書面契約，亦未定有竣工期限，被上訴人復未以存證信函或其他方式催告，通知限期竣工完成，使上訴人發生遲延責任；縱被上訴人曾於104年（即西元2015年）1月26日始發媒體簡訊，表示：「本公司樸閣建案（按指○○○路系爭合約建案）截至目前工程進度及工程款尚有最新進度未核對，敬請貴公司速完成相關資料彙整，擇期會同建築師等與本公司進行研討，以釐清疑難與研商解決方案，俾利工程順利…」等語，有該截圖附卷可按（見本院卷三第15頁）；可見並未限期催告承攬營造系爭建物之東設公司儘速完工，否則逾期應由其負責。被上訴人嗣於104年7月9日所發截圖上簡訊稱：「一. …自開工日迄今已逾1年8個月，工程進度嚴重延遲，且自7月2日起，貴公司應施作之工作項目逾7日未進場施工，已違背合約精神，合約將自動失效…二.

01 基於該案場產權，…請貴公司人員勿擅自進入，…本公司循
02 法律途徑處理。」（見本院卷三第19頁）。可見被上訴人並
03 未就未定有期限之裝修工程，依法定相當期限催告東設公司
04 儘速完成裝修工程，使上訴人應負遲延責任。被上訴人上開
05 104年7月9日之截圖，就系爭裝修工程而言，不足遽採為有
06 利被上訴人之論據，難認被上訴人已合法行使權利，上訴人
07 就此部分抗辯其裝修工程並未逾期，即非無由，且被上訴人
08 亦未就此舉出確切證明，自無從憑採為有利被上訴人之認
09 定。

- 10 6. 依上，被上訴人尚積欠工程款22,831,953元，再扣減前揭逾
11 期罰款之違約金7,248,600元，則上訴人得請求被上訴人給
12 付金額為15,583,353元（22,831,953－7,248,600＝15,583,
13 353），洵屬有據。

14 (五)被上訴人雖為抵銷抗辯稱：東設公司施作瑕疵所生之損害2,
15 722,062元、支出之裝修費用2,192,641元、245,600元，以
16 上共計5,160,303元，被上訴人自得就上開修繕金額；又東
17 設公司應提供保固款等，與上訴人得請求之金額為抵銷云
18 云。惟為上訴人否認，並以前詞抗辯。查：

- 19 1. 按工作有瑕疵者，定作人得定相當之期限，請求承攬人修補
20 之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並
21 得向承攬人請求償還修補必要之費用。如修補所需費用過鉅
22 者承攬人得拒絕修補。前項規定，不適用之；民法第493條
23 定有明文。又所謂定作人得自行修補，係以承攬人不於定作
24 人所定之期間內修補，或拒絕修補為其要件（最高法院86年
25 度台上字第2298號裁判參照）。
- 26 2. 被上訴人雖辯稱：東設公司施作瑕疵所生之損害2,722,062
27 元、支出之裝修費用2,192,641元、245,600元，以上合計5,
28 160,303元云云，惟為上訴人否認，陳稱：被上訴人迄未依
29 法通知其修補瑕疵，且依法尚須於東設公司拒絕補修時，被
30 上訴人始得自費修補瑕疵；況前揭鑑定報告作成前已要求鑑
31 定人就未完成部分者予以扣除（即已按契約約定之比例計算

01 完成百分之94.14，且金額僅剩26,519,553元、水電工程僅
02 為8,544,700元即百分之99.36，如兩造不爭執事實之(六)所
03 示)，加上未施作工程之裝修費用，被上訴人亦未給付即無
04 主動債權，不同意被上訴人為抵銷等語。經查，被上訴人雖
05 提出東設公司系爭合約工程進度嚴重落後之截圖（見本院卷
06 三第15、17頁）；惟此僅係指摘「東設公司有關施工進度之
07 尚未核對」、「未達到進度表目標」（被上訴人亦未提出何
08 進度表說明、比對）等問題，並非系爭合約建物有何瑕疵應
09 由東設公司修補並限期修補之合法通知；此外，亦未舉出確
10 證證明東設公司系爭建物工作有瑕疵之證明；縱被上訴人雖
11 提出「廠商修補瑕疵支出費用及統計表」（見原審卷一第99
12 至100頁），而該表並非確與被上訴人所述相符，且未載有
13 所謂廠商出具瑕疵修補之收據（該統計表僅載已付工程費
14 用）云云，顯非瑕疵修補之說明。至被上訴人自行擅向定金
15 企業股份有限公司、正懿企業有限公司購買木地板、雕花門
16 等支出之裝修費用2,192,641元、245,600元等情（見原審卷
17 三第188頁、卷二第213頁）；惟臺北公會第二次鑑定已將原
18 合約面積1,273m²，複價3,628,050元減為692m²（經臺北公會
19 108年2月20日以108（17）鑑字第431號函說明：木地板為被
20 上訴人購買，工資及底材為東設公司處理，故二樓地板鑑定
21 數量為0，見原審卷三第176至178頁、第二次鑑定報告第15
22 頁），故複價核減為1,972,200元，顯已扣減甚多；另D2雕
23 花木門29樘，已因被上訴人更改「不鏽鋼」，故減為不鏽鋼
24 門框計23樘門框，D7雕花木門1樘，且均僅門框，非門片計
25 價，且複價自429,200元減為340,400元，並無計算雕花木門
26 門片之價額等情（見原審卷三第178、236頁、第二次鑑定報
27 告第8、13頁）；況此為被上訴人自行購置設備，未經上訴
28 人同意簽署肯認，難遽認上訴人應就此負擔。則被上訴人辯
29 稱：上訴人之施作有瑕疵，致其損害2,722,062元、支出之
30 裝修費用2,192,641元、245,600元，以上合計5,160,303元
31 云云，主張其自行修補，及請求償還修補費用，即於法無

01 據。

02 3. 又兩造間系爭合約第21條已約定「本工程除另有規定外，自
03 驗收日起保固一年，乙方工程完工後，付清尾款前，應提出
04 工程保固切結書及現金保固款（工程總價之2%）」，有前揭
05 新建工程合約、水電工程合約各在卷可稽（見原審卷一第12
06 頁背面、第17頁背面）；惟查系爭合約建物確已完工，取得
07 系爭建物之使用執照，暨配合被上訴人辦妥建物所有權第一
08 次登記予被上訴人，有使用執照、建物登記謄本及系爭建物
09 外觀照片可稽（見原審卷一第21至22、26至31及94頁），被
10 上訴人亦已出售系爭建物中一戶（93號）並獲取價金3,600
11 萬元，為被上訴人所直承，且有建物登記簿謄本、地政事務
12 所異動索引（104年7月10日之登記原因為買賣等在卷可按
13 （見同上卷第29至30及32頁）。兩造因爭執遽經被上訴人突
14 然換鎖占有，自無法依約辦理完工驗收，上訴人自無法提出
15 保固款952,000元，尚非可歸責於上訴人；況契約約定之保
16 固期間一年（參民法第499條之規定保固期限則為5年），是
17 自104年間完工起算，本件亦已經超過5年，被上訴人亦未提
18 出何確切瑕疵證明，其仍應將上訴人提供之保固款返還，是
19 此主張保固款抵銷云云，殆已無何意義，上訴人自己無必要
20 再提供保固款或以被上訴人未給付之工程款抵銷。

21 六、綜上所述，上訴人依系爭合約及民法第490條及債權讓與等
22 規定之法律關係，請求被上訴人應給付其工程尾款15,583,3
23 53元，及自起訴狀繕本送達之翌日即104年8月6日（見原審
24 卷一第46頁送達證書）起至清償日止，按年息百分之5計算
25 之利息部分，洵屬正當，應予准許；逾此部分之請求，即屬
26 無據，不應准許。從而原審就上開應准許部分，為上訴人敗
27 訴之判決並駁回上訴人假執行之聲請，尚有未洽，上訴論旨
28 指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本
29 院廢棄改判如主文第二項所示。至於上訴人之請求不應准許
30 部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，
31 經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄

01 改判，為無理由，應駁回其上訴。又就上訴人勝訴部分，兩
02 造均陳明願供擔保宣告准、免假執行，經核均無不合，爰分
03 別酌定相當擔保金額准許之。

04 七、本件事證已明，兩造其餘之攻擊或防禦方法及舉證，核與本
05 判決之結果不生影響，爰毋庸逐一論列，附此敘明。

06 八、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴
07 訟法第450條、第449條第1項、第79條、第463條、第390條
08 第2項、第392條第2項，判決如主文。

09 中 華 民 國 112 年 5 月 4 日
10 工程法庭 審判長法官 張世展

11 法官 黃瑪玲

12 法官 莊俊華

13 上為正本係照原本作成。

14 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
15 未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書
16 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
17 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
18 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
19 項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律
20 師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

21 中 華 民 國 112 年 5 月 4 日

22 書記官 楊宗倫

23 【附註】

24 民事訴訟法第466條之1：

25 (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
26 訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

27 (2)上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人
28 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

- 01 經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。
- 02 民事訴訟法第466條之2第1項：
- 03 上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第
- 04 三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。