臺灣臺北地方法院民事判決

109年度建字第70號

原　　告
即反訴被告　睿泰開發股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　紀銘杰
訴訟代理人　陳士綱律師
　　陳德弘律師
被　　告
即反訴原告　正力營造股份有限公司
000000000000000000
法定代理人　蔡英傑
被　　告　金盟營造有限公司
000000000000000000
法定代理人　江文志
共　　同
訴訟代理人　謝彥安律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，本院於民國111年11月10日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

反訴被告應給付反訴原告新臺幣柒佰陸拾捌萬伍仟伍佰元，及自民國一百零九年十一月十八日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

反訴原告其餘之訴駁回。

反訴訴訟費用由反訴被告負擔百分之九十三，餘由反訴原告負擔。

本判決反訴原告勝訴部分，於反訴原告以新臺幣貳佰伍拾陸萬元為反訴被告供擔保後，得假執行；但反訴被告如以新臺幣柒佰陸拾捌萬伍仟伍佰元為反訴原告預供擔保，得免為假執行。

反訴原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、程序方面

壹、原告金盟營造有限公司（下稱金盟公司）之法定代理人原為黃宜和，於本件訴訟繫屬中變更為江文志，並據其具狀聲明承受訴訟，有民事答辯狀及公司變更登記表在卷可稽（本院卷一第210、238頁），核與民事訴訟法第175條第1項、第176條規定相符，應予准許。

貳、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第3款定有明文。查原告起訴時聲明原為：被告應連帶給付原告新臺幣（下同）2320萬6950元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（本院卷一第9頁）。嗣於民國109年12月21日具狀變更聲明為：被告應連帶給付原告1500萬6950元，及自民事訴之變更暨準備四狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（本院卷三第110頁），復於本院111年11月10日言詞辯論期日再變更聲明為：被告應連帶給付原告1464萬0500元，及自111年11月10日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（本院卷四第249、320頁），核原告所為上開聲明之變更，為減縮應受判決事項之聲明，揆諸上開規定，應予准許。

參、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。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，或當事人雙方所主張之權利，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（最高法院70年度台抗字第522號裁定意旨參照）。本件原告起訴請求被告連帶給付瑕疵修補費用、逾期逾期違約金，被告正力營造股份有限公司（下稱正力公司）於本院審理時提起反訴請求原告返還履約保證金（本院卷三第61頁），經核與本訴所為攻擊、防禦方法相牽連，且無民事訴訟法第260條規定之情形，即應准許。

乙、實體方面

壹、本訴部分

一、原告主張：

㈠兩造就「台北市○○區○○段○○○○○○○○○○號碼：105建字第0226號〉」（下稱系爭工程），於民國106年8月11日簽訂工程承攬合約（下稱系爭契約），工程總價為新臺幣（下同）8200萬元，由正力公司向伊承攬系爭工程，並由金盟公司擔任正力公司之連帶保證人。惟因正力公司延宕工期，且施工品質堪慮，故兩造於108年1月21日簽訂「契約終止協議書」（下稱系爭協議書），被告並簽立「工程拋棄承攬切結書」（下稱系爭切結書），約定進行結算，並就逾期罰款、修補責任等予以釐清。嗣於108年2月27日進行初步驗收時，發覺有多處施工瑕疵，並作成地下連續壁及結構體初步驗收紀錄表（下稱初步驗收紀錄表，參原證4），伊遂於108年3月5日以電子郵件通知正力公司修繕，然正力公司不僅未聯繫修繕，竟於108年3月27日寄發存證信函予以卸責而無意修繕；伊另於108年3月25日正式發函檢附缺失照片通知正力公司儘速進場修補，然正力公司置之不理，伊又陸續於108年4月2日、4月22日以存證信函催告被告正力公司修補瑕疵及計算有無追加減工程款及逾期罰款等，然被告正力公司仍置之不理，伊遂於108年6月6日、12月4日委請恒典國際法律事務所寄發律師函，然正力公司仍未理會。伊遂自行雇工修補瑕疵，包括⑴地下室防水抓漏工程計51萬4500元，⑵地下

室B2連續壁修繕、結構補強計82萬6000元，⑶地下室連續壁安全鑑定計9萬元，合計支出費用計143萬0500元（參本院卷一第12至13頁）。另正力公司施工延宕超出「施工進度表」（參原證17），依系爭契約第6條第1項約定及「工期檢討計算表」（參原證18）可知延宕225日，按系爭契約第22條第1項約定每日罰款為工程總價之1/1000，金額計1845萬元（82,000,000元×1/1000×225日＝18,450,000）。又系爭工程於108年2月27日進行初步驗收並作成初步驗收紀錄表，缺失項目計10項，然正力公司未進行改善，其後伊於108年3月5日發函敦促正力公司進場修繕，自翌日起至109年1月15日計296天，依系爭契約第20條第3項約定每項每日罰款1,000元，罰款金額計296萬元（10項×1,000元×296日＝2,960,000元）。以上合計2284萬元，其後伊提示正力公司依約所提出票號CH0000000號、票面金額820萬元之履約保證本票1紙（下稱系爭本票），於抵充後尚餘1464萬元。爰依民法第493條第2項規定、系爭契約第22條第1項及系爭協議書第3條第1項約定、系爭契約第20條第3項約定，請求被告連帶給付1464萬0500元等語。

㈡並聲明：

1.被告應連帶給付原告1464萬0500元，及自111年11月10日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

2.願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：

㈠原告請求瑕疵修補費用143萬0500元，並無理由：

1.正力公司依約進場施工後，因發生鄰房鋼軌越界致施作連續壁時發生嚴重坍孔及挖掘機具損壞及造成鋪面沉陷、地質改良、額外破碎工程、整地至路面同高等事由，致生延長工期事由，正力公司為避免上開非可歸責於己之事由致損失擴大，與原告於108年1月21日合意終止契約並簽署系爭協議、系爭切結書。有關基地上既有地上物及地下基礎拆除責任，雙方106年8月11日議價單上第5點載明系爭工程不含拆照工

程（參被證21），及依106年8月15日會議紀錄（參被證22）、106年9月12日會議紀錄（參被證23）內容，顯示原舊有地上物及地下舊基礎拆除等應屬原告負責，並非屬正力公司之責。正力公司就施作上開地質改良等之追加工程款，另案對原告提付仲裁，經臺灣仲裁協會108年度臺仲聲字第7號仲裁判斷書（下稱系爭仲裁判斷）認定原舊有地上物及地下舊基礎拆除等應屬原告負責，非為正力公司之責，且後續施工因鄰房基礎鋼軌樁等侵界事由，正力公司對於地下隱蔽物並無法於投標時得以預見，故正力公司於連續壁挖掘時因遇鋼軌樁造成嚴重坍孔、挖掘機具損壞及地質改良等項目所發生之額外費用，仲裁庭判斷乃非可歸責於正力公司而原告應給予追加。爭仲裁判斷已針對本件重要爭點即連續壁漏水等結構體缺失是否可歸責於正力公司之命題，本於當事人辯論之結果而為判斷，原告對於該重要爭點所為之判斷，自不得作相反之主張，本院亦不應為相反之判斷。

2.系爭契約已於108年1月21日合意終止，僅能就現況點交，自無驗收之可能；又依系爭協議書第3條第1項約定，已排除適用系爭契約第20條初步驗收、第21條正式驗收、第23條工程保固等規定，該等規定於簽訂系爭協議書時即喪失效力；且系爭切結書約定7日內辦理點交及接管作業，足徵兩造約明後續僅進行點交而非驗收；故原告不得就終止契約後事由有所主張，自無原告所指初驗缺失待改善而請求代僱工費用等問題。兩造於108年2月21日在原告公司召開點交會議，會議紀錄第2點雖記載「連續壁打石、止漏，正力108.2.25前提出時程」（參被證7），惟正力公司就此於會議中即表示此為鄰屋鋼軌樁越界所衍生問題，責任不在正力公司，當時雙方同意現場點交時再討論。正力公司於108年2月27日完成收尾並與原告點交完成，且會勘當日在雙方確認現況後，正力公司提出連續壁打石及抓漏何時可進場施作，而原告表示現況點交即可，可見當時並無進行所謂驗收，而僅係現況點交，但結束後並無填寫會議紀錄；然原告竟單方以108年3月

5日電子郵件、108年3月25日來函提出未經正力公司簽認之初步驗收紀錄表，自稱正力公司應改善缺失，正力公司立即發函表示異議；且倘如原告所言係辦理驗收，依工程實務，當日應有會當場製作驗收紀錄，故實未有驗收程序。而正力公司員工周煌琪噴紅漆之用意在於提醒業主後續處理，並非正力公司應負責修繕範圍。

3.依系爭協議書第3條第1項約定除終止契約條款、補充條款、爭訟條款、履約保證條款、逾期罰款條款外，於簽訂日起，其餘合約條款喪失其效力，故無原告得代僱工修繕支出費用可言；同條第2項約定雙方就未達成共識部分之爭執事項（工期延遲、工程費用追加減、合約增減帳之已請領工程款找補等）將持續進行協商，亦未提及相關代僱工之情事，原告再提出此項要求正力公司給付，違反上開約定。另⑴地下室防水抓漏工程51萬4500元部分，其工程計價單僅粗略註明地下室防水抓漏工程，且發票品名無從認定係本案工程；⑵地下室B2連續壁修繕、結構補強82萬6000元部分，由於係基地原有就基礎及鄰房侵界之鋼軌樁造成之現象，乃連續壁需補強之責任，如前所述，並非正力公司責任，且由發票品名無從認定係基於連續壁修繕、結構補強所為，況其中報價單或計價單第2項連續壁粉刷費用，正力公司並未支領契約費用，原告請求賠償即無理由；⑶地下室連續壁安全鑑定9萬元部分，如前所述，由於此係地原有就基礎及鄰房侵界之鋼軌樁造成之現象，乃連續壁需補強之責任，故並非正力公司責任。

4.綜上，系爭仲裁判斷認定乃非可歸責於正力公司而原告應給予追加，已產生既判力或爭點效，正力公司自不負有瑕疵擔保責任，原告依民法第493條第2項規定，請求被告連帶給付瑕疵修補費用143萬0500元，並無理由。

㈡原告請求施工進度延宕之逾期罰款1845萬元，並無理由：

1.依系爭協議書第3條第2項約定，逾期罰款條款應透過雙方協商達成共識始生效力，雙方迄今尚未完成相關之協議，故逾

期罰款條款不應直接適用系爭契約第22條約定。

2.縱有逾期罰款條款適用，系爭契約第22條第1項係全部工程於原告認定完工後為前提，今雙方合意終止契約，自無完工之可能，即無逾期罰款計算之問題；況於工程實務中，多有承攬人縱於前階段工程進度未如預期，但可能在後階段將工進追回之情況，因而系爭契約第22條第1項方於完工後方生是否逾期之問題。

3.縱有計算逾期罰款之問題，原告已同意免計工期153天，正力公司仍有231天之工期，並無逾期225天之問題。又依民法第230條、第502條規定，於可歸責於承攬人之事由所致遲延，承攬人始負遲延責任，如上所述，原有地上物及地下舊基礎拆除等責任應由原告負責，本件因不可歸責正力公司之鄰房鋼軌樁侵界因素致生工期展延，自不得向正力公司主張逾期或損害賠償。且被告所請求之違約金，顯屬過高，應予酌減為184萬元。

㈢原告請求修補進度延宕之逾期罰款296萬元，並無理由：

1.依系爭協議書第3條第1項約定，已排除適用系爭契約第20條初步驗收、第21條正式驗收、第23條工程保固等規定，故原告不得就合意終止契約後事由有所主張，自無原告所稱初驗缺失待改善而請求代僱工費用或罰款等問題。

2.兩造既於108年1月21日合意終止契約，且於108年2月27日點交完畢而非工程驗收，正力公司之義務已終了，不會產生瑕疵逾期修復及罰款問題。

3.況契約既已終止，何來系爭契約第20條第3項約定2日內列表管制、列表管制後7日內完成改善之實施可能，足見系爭契約第第20條第3項並不適用於本案。

4.又原告曾同意針對連續壁爭議為展期及追加補強工程，故展期後正力公司並無逾期可言，亦非可歸責正力公司，已如前述等語，資為抗辯。

㈣並聲明：

1.原告之訴及假執行之聲請均駁回。

2.願供擔保，請准宣告免為假執行。

貳、反訴部分

一、反訴原告主張：伊與反訴被告於簽訂系爭契約時，由伊依約提出系爭本票作為履約擔保。嗣兩造於108年1月21日簽訂系爭協議書，且日後並無依系爭協議書第3條第1項、第2項約定，針對履約保證金條款為後續協商，於未達成協商以前，該等契約條款效力終止，應無直接適用系爭契約第18條之餘地。又依系爭契約第18條第2項約定，可知反訴被告動用履約保證金應以伊有無力完成本工程或違反契約規定為前提，而伊並無違約情事，反訴被告並無權動用履約保證金。詎反訴被告在另案仲裁判斷作出後，竟匆忙兌現系爭本票，經伊於109年11月9日以存證信函通知反訴被告於文到7日內返還820萬元，該函於109年11月10日由反訴被告收受。而履約保證金性質上係擔保工程順利履行及充作違約金時之扣款，屬於報酬之預扣，伊於完成工作、終止契約後，得請求返還履約保證金；另雙方既經合意終止契約，且系爭工程延宕與缺失應可歸責於反訴被告，反訴被告自無受領履約保證金之法律上原因，其拒不返還，致依受有損害。爰依民法第505條第2項、第491條、第179條規定，請求反訴被告給付伊820萬元等語。並聲明：㈠反訴被告應給付反訴原告820萬元，及自109年11月18日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈡願供擔保，請准宣告假執行。

二、反訴被告則以：反訴原告施作系爭工程，確有違反契約約定之情，故其請求返還履約保證金，並無理由等語，資為抗辯。並聲明：㈠反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回；㈡願供擔保，請准宣告免為假執行。

參、兩造不爭執事項（本院卷第215至216、250頁）：

一、兩造就系爭工程於106年8月11日簽訂系爭契約，工程總價為8200萬元，由正力公司向原告承攬系爭工程，並由金盟公司擔任正力公司之連帶保證廠商（本院卷二第5至200頁）。

二、兩造於108年1月21日簽訂系爭協議書，被告並簽立系爭切結

書，合意終止系爭契約（本院卷一第54至56頁）。

三、正力公司就系爭工程請求給付工程款等事件提付仲裁，經臺灣仲裁協會於109年10月13日作成系爭仲裁判斷；嗣原告提起撤銷仲裁判斷之訴，經本院於110年7月30日以110年度仲訴字第2號判決原告之訴駁回，原告不服提起上訴，再經臺灣高等法院以110年度上字第999號判決、最高法院111年度台上字第1458號裁定駁回在案（見外放之仲裁判斷書、本院卷四第49至60、195至207頁）。

四、原告已兌現系爭本票，嗣正力公司以109年11月9日存證信函通知原告於文到7日內返還820萬元，該存證信函於109年11月10日送達（本院卷三第67至73頁）。

肆、兩造爭執之要點：

一、原告依民法第493條第2項規定，請求被告連帶給付瑕疵修補費用143萬0500元，是否有理？

二、原告主張系爭工程各階段延宕工期合計225天，依系爭契約第22條第1項、系爭協議書第3條第1項約定，請求被告連帶給付1845萬元，是否有理？

三、原告主張正力公司遲未就系爭工程10項缺失進行修繕，計遲延296天，依系爭契約第20條第3項約定，請求被告連帶給付違約金296萬元，是否有理？

四、原告主張其兌現履約保證本票820萬元後，尚得請求被告連帶給付1464萬0500元；反訴原告主張反訴被告不得動用履約保證金卻兌現履約保證本票820萬元，依民法第505條第2項、第491條、第179條規定，請求反訴被告給付反訴原告820萬元，何者有理？

伍、本院之判斷：

一、原告依民法第493條第2項規定，請求被告連帶給付瑕疵修補費用143萬0500元，是否有理？

㈠兩造於終止契約時，有無約定僅需現況點交、承攬人不負瑕疵修補義務乙節：

1.按系爭協議書第3條第1、2項約定：「㈠因應本合約提前終

止後，本合約中之約定條款，除雙方後續應辦理之工程結算各項合約規定引用條款（解除（終止）契約條款、補充條款、爭訟條款、履約保證條款、逾期罰款條款）及本協議書中另有說明事項外，自乙方簽立『工程拋棄承攬切結書』及本『契約終止協議書』之日起即喪失其效力。㈡本合約雖雙方同意經前述程序終止，惟就本合約範圍內雙方尚未達成共識部分之爭執事項（工期遲延、工程費用追加減、合約增減帳之已請領工程款找補...等）將持續進行協商，該爭執事項若經雙方協商亦無法於90日內達成共識時，雙方同意就尚有爭執部分逕送調解、仲裁或訴訟，雙方絕無異議。」（本院卷一第54頁）；顯示在108年1月21日雙方協議終止契約時，原告應非概括同意僅需現況點交而不再主張任何契約上或法律上權利，否則應不致在系爭協議書中約明上開內容，並例示可能存在之爭執事項與處理原則。

2.另經兩造人員簽名之108年2月21日會議紀錄於「會議內容及決議事項」欄載有「2.連續壁打石、止漏，正力108.2.25前提出時程。」（本院卷一第314頁）；及證人周煌琪即正力公司副總兼工區經理證稱：「（問：〈提示被證7〉關於108.2.21會議結論第二項：連續壁打石止漏，正力108.2.25前提出時程，所指為何？）因為剛才有提到連續壁鋼軌樁的侵界導致連續壁有坍孔，造成開挖時的大肚，也就是連續壁鄰房鋼軌樁侵界所造成的。當天在開會時，我記得他們有一併提出就連續壁打石的部分，但我有當場要求請他們先付我們百分之25的履約保證金，再來討論後續事宜。」、「（問：請問當時正力公司是否有表示此鋼軌樁侵界一事並非正力公司的責任？要去釐清責任歸屬？）有。我們一再強調這非屬本公司的責任。」、「（問：〈提示原證4〉當天是否有製作此驗收紀錄表？）沒有。」、「（問：你上開所提到的鋼筋生鏽用紅丹漆、或連續壁上有留存渣料是否為施工本身之出現之瑕疵？）是。」、「（問：所謂施工本身出現的瑕疵，是在鋼筋施工綁紮或施作連續壁體灌漿過程的瑕疵，或

是施工完成長久滯留於工地自然發生？）在從地下二樓到一樓的本身結構體並無這些問題，有出現上述的瑕疵，是因為連續壁所產生的侵界所造成的問題，也即鄰房鋼軌樁所造成的。這並非是正力公司的責任。」、「（問：就你所知，雙方於終止契約前，是否就工程瑕疵修補，工程費用追加減，逾期罰款尚未有共識？）對。」等語（本院卷三第78至91頁）；證人潘昆治即正力公司員工證稱：「（問：108年2月27日當日你是否有聽到周煌琪要求原告支付百分之25履約保證金？）有。」、「（問：當時你有無聽到周煌琪提到要原告支付百分之25履約保證金後，才願意就缺失進場修繕？）有。」等語（本院卷三第92至95頁）；證人王恩凰即原告員工證稱：「（問：〈提示原證24頁2-1至2-21〉其中噴紅漆標記是否為周煌琪噴漆註記，作用為何？）紅漆在到達現場時，就已經在壁面上，這個結果是否為周煌琪或潘昆治噴的，我本人沒有看到，就2月27日當日初驗的狀況，有告知這噴紅漆的部分，正力公司跟金盟公司應予以修繕，當場正力公司、金盟公司也有提供紅漆，表示現場有缺失的，也可以予以噴上，所以這些缺失應該是在之前噴上，或當場噴上的。噴上紅漆的用意就表示這部分應該要修繕及打石工作要進行的地方。當日因為巡視的瑕疵很多，沒有辦法一一全部都噴上紅漆，所以正力公司、金盟公司、周煌琪有提供一罐噴漆交予我們，說如果有需要噴上的，就可以噴上，就擺在我們一樓工區的桌面上，就這樣。」等語（本院卷三第95至99頁）。據上，可知原告於108年1月21日簽署系爭協議後，仍於108年2月21日會議中要求正力公司修繕並限期提出預定工作時程，復於108年2月27日在工地現場要求正力公司修繕，益徵原告於當時應未概括同意僅需現況點交且允諾不再主張任何請求修補瑕疵權利；至於雙方於當時針對瑕疵修補爭議究有無達成共識、何者有理，則屬另事。

3.基上，應堪認兩造於終止契約時，應未約定僅需現況點交及承攬人不負瑕疵修補義務，從而原告仍得主張法定之瑕疵修

補相關權利。

㈡系爭工程有無缺失乙節（暫不論歸責性）：

1.原告主張其以108年3月5日電子郵件（本院卷一第60頁）檢送初步驗收紀錄表（本院卷一第58頁）予正力公司，通知正力公司修補瑕疵；嗣委由第三人修補瑕疵，及提出相關單據為佐（參原證12至16，見本院卷第110至182頁）；並據以請求3大項瑕疵修補費用等語（本院卷一第12至13頁、卷似第260頁）。又原告於本件訴訟外，針對系爭工程位於B1F、B2F之編號1、3號連續壁體，委託康閱印土木、結構技師進行鑑定，經技師於108年6月14日前往現場勘查，鑑定結果認為有壁體內擠變形、多處壁面鋼筋外露、公母單元端板滲水與傾斜、二次施工柱接合滲水及接合處封塞物未拆除修補、壁體厚度不足、壁體內部局部混凝土材質瑕疵不完整等缺失，並提出需進行修復補強之建議施工方式等情，有訴外鑑定報告在卷可稽（本院卷三第405至541頁）；顯示正力公司所施作部分，至少應有該鑑定報告所述缺失。

2.系爭工程現場多處以紅色噴漆標註等情，有照片在卷可參（本院卷二第243至371頁）；及證人周煌琪證稱：「（問：該表的項目一，須提送計畫及施工說明項目，有列出一到四點，並且有寫上須完成時間，請你逐點表示意見。）一、第一點當天108年2月27日沒有提到。二、第二點在108年2月27日我們快要走的時候，我有提到你們是否要先付百分之25履約保證金後，梁副總說有些連續壁請修整一下，我們不同意。三、第三點部分，當初點交的時候，現場有些連續壁端板部分少許生鏽，有要求我們用紅丹漆一漆，我還是一樣要求請他們先付百分之25履約保證金後，我再派員做修繕，但他們置之不理。四、第四點在當天108年2月27日沒有提到。」、「（問：該表的項目二，現場應修繕項目有列出一至六點，並列出完成時間，請你逐點表示意見。）一、第一點當天108年2月27日沒有說。二、第二點部分，端板生鏽部分，梁副總說用紅丹漆漆漆就好，並沒有說到此點之內容。

三、第三點部分，並沒有提出於108年2月27日當天。四、第四點部分，當初就跟第一項有些相同，就現況點交的廢棄物或一些黏在連續壁上的渣料等稍微再做清理，並非指原本施作的項目有缺失。我還是一樣，我要求先付百分之25履約保證金再說。五、第五點部分，這個當天已經清除完成，嗣後鏤空的部分有下雨是否有雨水滲進去，我就不知道。六、第六點部分，開口當初在點交的時候，有問過他們是否有些開口要封閉，業主有指示到時候再說，因為他們後續有水電是否要用不知道。」、「（問：你上開所提到的鋼筋生鏽用紅丹漆、或連續壁上有留存渣料是否為施工本身之出現之瑕疵？）是。」、「（問：〈提示原證24〉請問2-1至2-21中，有噴紅漆標記部分，是否為被告噴漆，作用為何？）有些部分都是我噴的，我是要提醒業主這些部分是因為鋼軌樁所造成大肚的部分，而且在108年2月27日當天我有請問他們後續連續壁要如何施作，是否要做覆壁，但當天業主三位原告法定代理人、梁副總、王恩凰，他們只說回公司討論後續要如何處理，之後就沒有下文。」等語（本院卷三第78至91頁）；及證人潘昆治證稱：「（問：〈提示原證24頁2-1至2-21〉，請問你有看過這些紅漆嗎？）有。」、「（問：這些紅漆是何時噴的？）108年2月27日當天。」、「（問：是誰噴的？）周煌琪。」、「（問：當下你有無聽到為何周煌琪要噴此紅漆？）提醒業主嗣後要處理。」、「（問：這個是指說業主嗣後要找其他人來修繕嗎？）是這個意思。」等語（本院卷三第92至95頁）；及證人王恩凰證稱：「（問：原證4的各個項目有無在原證24中的頁碼2-1至2-21項目上？）照片2-1、2-2、2-3、2-4、2-5、2-6、2-7、2-8、2-9、2-10、2-11、2-12、2-13就是屬於項次一的1至4，第二大項應修繕的部分，是說明第一大項除了提送計畫以外，還必須經過結構補強的修繕，在照片的部分在2-14、2-15、2-16、2-17、2-18、2-19、2-20、2-21都屬於第二大項第一至六的工作項目。」等語（本院卷三第95至99頁）。據上，顯

示在108年2月27日前後，正力公司人員有在工地現場以紅色噴漆標註缺失，內容至少包括連續壁端板生鏽、鄰房基礎鋼軌樁越界造成連續壁體灌漿厚度膨大等項目。

3.基上，應堪認正力公司所施作工作物應有上述缺失，包括連續壁壁體內擠變形、多處壁面鋼筋外露、公母單元端板滲水與傾斜、二次施工柱接合滲水及接合處封塞物未拆除修補、壁體厚度不足、壁體內部局部混凝土材質瑕疵不完整、連續壁端板生鏽、壁體灌漿厚度膨大等。

㈢上開缺失是否有非屬可歸責於正力公司之施工瑕疵乙節：

1.依兩造106年8月11日議價單上第5點載明「本工程不含拆照工程（含建管程序）」（本院卷三第55頁），以及106年8月15日會議紀錄記載「1.甲方發包之拆照工程需將地下室結構破碎，整地完成後之高程同面前現有路面高程。2.甲方所屬拆照工程之鄰損由甲方自行處理...4.拆除工程完成整地後，由甲方辦理土地鑑界將土地界點及範圍點交乙方施工，其鑑界之複丈成果表另移交與乙方。...6.申報開工之圍籬施工時間待拆除工程完成時，由甲方通知乙方進場施工。」（本院卷三第57頁）、106年9月12日會議紀錄記載「...8.工地拆除廠商須整平地基，經三方（睿泰/正力/業昌）會勘會議後正式移交正力。9.工地拆除完畢後，需由睿泰鑑界，並將結果交付正力，具以執行後續作業。」（本院卷三第59頁），足見兩造已約定原舊有地上物及地下舊基礎拆除等應屬原告負責，並非屬正力公司之責。且後續施工因鄰房基礎鋼軌樁等侵界事由，正力公司對於地下隱蔽物並無法於投標時得以預見，故正力公司於連續壁挖掘時因遇鋼軌樁造成嚴重坍孔，乃非可歸責於正力公司，系爭仲裁判斷亦同此認定（見外放之仲裁判斷書第75頁）。

2.原告雖主張依系爭契約第3條第2、5項、第5條第6項、第11條第1項、第29條第5項、工程招標需知第6條、連續壁施工規範第1條第5項約定，系爭工程屬總價承攬，應由正力公司於執行目標內完成施作，於總價承攬範圍內不得要求增加費

用及金額，並應基於專業於詳研工程圖說後，親赴工地落實勘查，及對於障礙物應負排除之責任，然正力公司未盡義務確實履勘，且本件門牌位置為132巷2號，鄰房為130號，伊委由業昌工程有限公司（下稱業昌公司）拆除舊基礎之坐落位置，與後續被告應施作連續壁位置不同，插入之鋼軌樁，非舊基礎之結構，故與伊委由業昌公司拆除無涉，鋼軌樁之位置與正力公司應施作連續壁位置相同，施作連續壁工程單元13時遭遇130號大樓車道擋土措施鋼軌樁，屬於正力公司責任，非伊責任云云。而系爭契約第29條第5項固約定「乙方於投標前已針對甲方提供之地下室擋土支撐等圖說，另行加以分析評估及檢討，乙方如認為安全上有必要時，應自行佳作必要之措施。如重作地質鑽探增加安全支撐層數或中間樁支數，或地盤改良，或增作必要之抽水或止水措施，擋土牆之深度或型式等，並已將工程費用反應在標單各工程要項之其他項目，不得藉工程項目或數量有所增加而向甲方請求增加所需之工程費或追加工期」（本院卷二第21頁）；惟此係正力公司投標前針對原告提供之地下室擋土支撐等圖說加以分析評估及檢討後，認為有必要之措施，而鄰房基礎鋼軌樁等侵界事由，無從由原告提供之圖說評估得知，即難認正力公司未盡義務確實履勘。又兩造於106年8月11日簽訂之系爭契約所附連續壁施工規範第1條第5項雖規定「乙方於估價前應詳細調查施工現場及土質，乙方於施工中若遇到原有建物基礎或其他障礙物，乙方應設法自行去除，或改變施工工法（需得甲方同意），所耗之工期及工程費用由乙方自行負責，將來不得以該理由要求加價或追加工期」（本院卷二第76頁）；惟兩造除於簽約同日之議價單上第5點載明系爭工程不含拆照工程，嗣復於106年8月15日、106年9月12日會議紀錄另行約定如上開所述之事項，足見兩造已約定原舊有地上物及地下舊基礎拆除等應屬原告負責，業如前述，是被告抗辯依兩造真意，上開施工規範第1條第5項正力公司所負勘查義務及排除地下障礙物責任，應是基於兩造約定之內容範

圍內，如基地內管線、水溝及衛生下水道查詢等（可向政府機關查詢之範圍者），正力公司方負有該等義務等語，應屬可採。又依上開施工規範第1條第5項規定內容，可知正力公司得藉由調查施工現場及土質發現之障礙物，於施工中始由正力公司負責，反之則由原告負責，始屬公允；而依正力公司107年4月9日工程聯絡單說明一記載「一、107/03/22連續壁工程挖掘單元13時，第二刀挖至7米深時發現有異物，將其排除時發現為130號大樓車道擋土措施之鋼軌樁」（本院卷一第372頁），足見鄰房基礎鋼軌樁等侵界事由，正力公司對於地下隱蔽物並無法於投標時得以預見，亦無事證足認正力公司藉由詳研工程圖說、投標前調查施工現場及土質即得以發現，故應非上開施工規範第1條第5項規定應由被告負責之障礙物，而屬上開會議紀錄約定由原告負責之範疇。是原告主張鄰房基礎鋼軌樁等侵界事由屬於正力公司責任，非伊負責云云，並非可採。

3.原告另主張被告使用錯誤工法，自行拔除鋼軌樁擾動基地內原土層後，造成坍孔，被告地改填補後後續造成大肚瑕疵之結果，亦即被告採取不恰當施工方法才導致基地嚴重坍塌與掏空，衍生後續損壞云云，並提出照片（本院卷四第160、163、164頁），及援引正力公司107年4月9日工程聯絡單說明二、三、五記載「二、因拔除時有擾動到本案基地內之原土層，原為穩定之土層因此次擾動，發生嚴重坍孔，基地內部掏空，經本所緊急回填後，目前無立即之危險。三、本公司聯絡廠商經討論後決議執行地質改良及PPC排樁之工程。...五、（附件一）107/03/22鋼軌樁拔除狀況」（本院卷一第372頁）為證；然為被告所否認，辯稱：因鋼軌樁為斜打設插入，故抓掘時抓斗無可避免夾出鋼軌樁而造成原土層鬆動，壁面坍孔，伊即停止施工，並與原告討論後，改採地改工程注漿，至原告主張可擴挖或採深導溝施工，然此並非契約約定工法，且未必能順利排除障礙等語，並提出107年3月27日會議記錄為憑（本院卷四第211頁）。而兩造已約定原舊有

地上物及地下舊基礎拆除等應屬原告負責，並非屬正力公司之責，且後續施工因鄰房基礎鋼軌樁等侵界事由，正力公司對於地下隱蔽物並無法於投標時得以預見，故正力公司於連續壁挖掘時因遇鋼軌樁造成嚴重坍孔，乃非可歸責於正力公司等情，業如前述；且上開107年4月9日工程聯絡單僅記載正力公司拔除鋼軌樁後有坍孔情形發生之事實，然不足以證明正力公司處理鋼軌樁侵界事宜有何使用錯誤工法之情，此外，原告復未能再舉證以實其說，所提上開證據既不足證明待證事實為真實，尚難認其已盡舉證責任，正力公司抗辯其非可歸責，係屬可採。

4.據上，堪認系爭工程有因鄰房鋼軌樁越界侵入系爭工程基地範圍，導致在連續壁挖掘時發生嚴重坍孔，此應非屬可歸責於正力公司之施工瑕疵；至於其餘部分，倘正力公司未有另行積極舉證說明，應可推定屬可歸責於正力公司之施工瑕疵。

㈣原告有無催告修補缺失乙節：

1.按工作有瑕疵者，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，民法第493條第1項、第2項分別定有明文。此項定作人之自行修補權及修補費用償還請求權，必以承攬之工作有瑕疵，經定作人定相當期限請求承攬人修補，承攬人不於該期限內修補者始足當之（最高法院101年度台上字第661號民事判決參照）。

2.原告於108年3月5日以電子郵件檢附初步驗收紀錄表通知被告正力公司修繕缺失等情，有電子郵件、初步驗收紀錄表影本在卷可佐（本院卷一第58、60頁），足見原告就初步驗收紀錄表所列項目內容，應有催告正力公司修補缺失，其催告修繕項目如初步驗收紀錄表之「二、現場應修繕項目」欄位所列6項內容所示，包括「1.連續壁壁體大肚、混凝土結構灌漿敗模、漏漿等，致產生須敲除連續壁」、「2.連續壁端版接合處，於開挖時已先行打出之V形槽，其裸露之端版，

應全部加強防銹並作止漏填塞處理，再將其V型槽以水泥砂漿填補粉刷抹平與左右兩側壁面平齊」、「3.於B2F靠基地左側（停車升降機坑處）之連續壁壁面，應吊線將壁面修打平整」、「4.於B1F、B2F已完成之結構體，其壁面凸出之模板拉桿、鐵釘請剪除與壁面平齊，填塞之雜物、帆布、木塊、免拆模板...等，請清除並將該處以水泥砂漿粉刷填補抹平」、「5.水箱、蓄水池、機坑，需將內部積水抽除後並整理清潔交付」、「6.清查臨時性開口，如無後續施工需要，須以結構開口補強方式封閉開口」等（本院卷一第58頁）。

㈤原告所主張瑕疵修補費用是否有理乙節：

1.「地下室防水抓漏工程」計51萬4500元部分：

⑴依原告所提出支出費用文件（參原證12），其中施工廠商所出具「追加工項估價單」（本院卷一第116頁）顯示工作內容為「止水工程」與「端版打石抓漏及填補」，以及前述工作所需之「室內施工架」、「水泥」、「點工」、「垃圾吊運及清運」等，此主體施工項目應包含於前述初步驗收紀錄表之第2項催告修繕項目（本院卷一第58頁）。

⑵依前所述，雖因鄰房鋼軌樁越界侵入系爭工程基地範圍，導致在連續壁挖掘時發生嚴重坍孔，此應非屬可歸責於被告之施工瑕疵；然本項「止水工程」與「端版打石抓漏及填補」應與上開非屬可歸責於被告之施工瑕疵項目有別，且原告另有主張「地下室B2連續壁修繕、結構補強」之費用（另述如後），益徵本項與鄰房鋼軌樁越界侵入致連續壁體施工發生缺失之不可歸責於正力公司之事由無關。是原告請求此項瑕疵修補費用，應屬有據。

⑶至於金額若干，原告提出承攬廠商請款之金額為51萬4500元之統一發票為佐，且後附「雜項工程計價單」所載案別名稱亦與系爭工程相符（本院卷一第110至136頁）；則原告主張此項瑕疵修補費用為51萬4500元，應值採憑。

2.「地下室B2連續壁修繕、結構補強」計82萬6000元部分：

⑴依原告所提出支出費用文件（參原證14），其中施工廠商所出具「報價單」與「合約追加減帳計價單」（本院卷一第156、158頁）顯示主要工作內容為「B2F連續壁結構補強工程」，細項包括「裸露鋼筋除鏽及塗鋅粉漆」、「無收縮水泥澆灌」、「5㎜厚鋼板鎖固施作」等，此項目應包含於前述初步驗收紀錄表之第1項催告修繕項目（本院卷一第58頁）。

⑵惟依前所述，因鄰房鋼軌樁越界侵入系爭工程基地範圍，導致在連續壁挖掘時發生嚴重坍孔，此應非屬可歸責於被告之施工瑕疵；從而所衍生之連續壁體修繕補強費用，應非可歸責於正力公司之瑕疵修補費用。是原告請求此部分費用，難認有理。

3.「地下室連續壁安全鑑定」計9萬元部分：

⑴依原告所提出支出費用文件（參原證15，見本院卷一第166至176頁），顯示此筆費用應係用於支付訴外鑑定報告之相關費用。

⑵然此費用顯非屬修補瑕疵所需費用，況前述「地下室B2連續壁修繕、結構補強」乃不可歸責於正力公司；則原告依償還瑕疵修補費用之法律規定請求給付，應屬無據。

㈥原告主張被告應負連帶責任，應屬有據：

系爭契約於「立契約人」欄載明「乙方（即正力公司）連帶保證廠商：金盟營造有限公司」，並經金盟公司蓋印其公司大小章（本院卷二第23頁），且金盟公司並簽立連帶保證書，依第1點記載，應負履約及賠償連帶保證責任（本院卷二第25頁），則原告主張金盟公司與正力公司應負連帶給付「地下室防水抓漏工程」修補費用51萬4500元，應屬有據。

二、原告主張系爭工程各階段延宕工期合計225天，依系爭契約第22條第1項、系爭協議書第3條第1項約定，請求被告連帶給付1845萬元，是否有理？

㈠依系爭契約第22條第1項約定：「逾期罰款：一、全部工程

於甲方認定完工後，按總工期逾期日數，每日罰款工程契約總價之千分之一之款項，甲方得於乙方未領之工程款內扣除，如有不足得由乙方履約保證金補足或由連帶保證人支付之。」（本院卷二第18頁）、系爭協議書第3條第1項約定：「因應本合約提前終止後，本合約中之約定條款，除雙方後續應辦理之工程結算各項合約規定引用條款（解除（終止）契約條款、補充條款、爭訟條款、履約保證條款、逾期罰款條款）及本協議書中另有說明事項外，自乙方簽立『工程拋棄承攬切結書』及本『契約終止協議書』之日起即喪失其效力。」（本院卷一第54頁）。

㈡查依系爭協議書第3條第1項約定，固堪認兩造已約明在終止承攬關係後，於辦理結算程序中仍得適用系爭契約之逾期罰款條款，包含系爭契約第22條第1項約定；惟觀諸系爭契約第22條第1項約款內容，應係針對全部工程完工之遲延加以約定每日罰款金額（逾期違約金）若干，並未見有針對階段性里程碑之施工遲延予以約定逾期違約金若干。而如前所述，系爭工程係在完工前經兩造於108年1月21日合意終止契約，自無從適用上開逾期違約金約款以核算有無逾期完工違約金；至於先前施工期間縱有遲誤階段性里程碑，仍無從依上開約款課以逾期違約金。

㈢是原告依系爭契約第22條第1項、系爭協議書第3條第1項約定，主張正力公司應給付逾期違約金1845萬元，並主張金盟公司負連帶給付義務云云，難認有據。

三、原告主張正力公司遲未就系爭工程10項缺失進行修繕，計遲延296天，依系爭契約第20條第3項約定，請求被告連帶給付違約金296萬元，是否有理？

㈠依系爭契約第20條第3項約定：「三、工程進行期間經業主或監造現場勘驗所列缺失，乙方須於2日內列表管制，並於列表管制後7日內或下一工項進行前改善完成，且由業主/監造簽名認可，始得進行下一階段工項，缺失逾期未處理完成，經業主/監造告知後持續未改善者，每項缺失每日將罰

款NT1,000.-元整，直至改善完畢，罰款最高上限為工程造價之20%。」（本院卷二第18頁）；觀諸上開約款所使用「工程進行期間」、「並於列表管制後7日內或下一工項進行前改善完成」等用字，應堪認其係針對持續施工期間之各階段子工項所定缺失處理期限及所對應之違約金計算方式，以避免衍生後續延誤，否則不會使用「下一工項進行前改善完成」之用語。

㈡而本件原告所主張逾期天數之計算基礎為自108年3月5日發函敦促正力公司進場修繕之翌日起至109年1月15日（本院卷一第16頁）；然兩造既已於108年1月21日合意終止系爭契約，則108年3月5日以後之期間顯非上開約款所稱之「工程進行期間」，且其所催告修繕事項亦非針對持續施工期間之各階段子工項缺失加以要求；則原告主張適用系爭契約第20條第3項約定核算違約金，請求被告連帶給付296萬元，應屬無據。

四、原告主張其兌現履約保證本票820萬元後，尚得請求被告連帶給付1464萬0500元；反訴原告主張反訴被告不得動用履約保證金卻兌現履約保證本票820萬元，依民法第505條第2項、第491條、第179條規定，請求反訴被告給付反訴原告820萬元，何者有理？

㈠按履約保證金乃債權人為求能快速實現債權且無庸支付以實現擔保權利之費用，要求債務人預先支付一定之金錢，倘債務人不履行債務時，直接由該筆金錢抵充債務，而於政府採購情形，履約保證金目的在於擔保得標廠商依契約約定履約之用（行政院公共工程委員會發布之「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第八條第一款規定參照），得標廠商依約履行後，擔保目的消滅，採購之政府機關本於擔保約定之內容或不當得利規定，負有返還履約保證金之義務，若得標廠商未依約履行，政府機關得以履約保證金扣抵得標廠商應負損害賠償、瑕疵擔保義務，如有不足，固得就不足額向得標廠商求償，但有剩餘者，仍應依前開說明予以返還（最高法院

103年度台上字第145號判決意旨參照）。次按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益；雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同，民法第179條定有明文。

㈠查依系爭契約第18條第2項約定：「履約保證：一、就本工程乙方應於訂約時提供工程總價百分之十履約保證票作為履約保證...。二、甲方依本工程達下列工程里程碑時陸續退還，但乙方無力完成本工程或違反契約規定，甲方得動用該項保證金，以維持工程進行...」（本院卷二第17頁）；足見力正公司提供之履約保證金係用以擔保其依契約履行債務，倘其有違反契約規定之不履行債務情事時，原告可直接由該筆金錢抵充其所受之損失，於原告動用履約保證金扣抵後，應發還其餘履約保證金。

㈡本件原告已兌現系爭本票而取得820萬元之履約保證金，其得請求被告連帶給付「地下室防水抓漏工程」之修補費用為51萬4500元，均如前述，正力公司此部分未依約履行，原告即得由履約保證金抵充其所受損害51萬4500元，經抵充後，原告已無得向被告主張之債權存在，而履約保證金尚餘768萬5500元，反訴被告已無受領之法律上原因，依上開說明及民法第179條規定，其負有返還履約保證金768萬5500元之義務。另履約保證金應係用以擔保履約，且為承攬人方面交付予定作人之金錢，其性質顯非屬定作人應給付予承攬人之承攬報酬，則反訴原告依民法第505條第2項、第491條關於承攬報酬之規定請求給付，於法不合。

㈣又按給付無確定期限者，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；前項催告定有期限者，債務人自期限屆滿時起負遲延責任，民法第229條第2項前段、第3項定有明文。查反訴原告係以109年11月9日存證信函催告反訴被告於文到7日內返還履約保證金820萬元，反訴被告於109年11月10日收受，為兩造所不爭執，已如前述，應自催告期限屆滿時即起，即自109年11月18日

起負遲延責任。從而，原告本訴請求被告連帶給付1464萬0500元及遲延利息，應屬無據；反訴原告依民法第179條規定，反訴請求反訴被告給付768萬5500元及自109年11月18日起之法定遲延利息，應屬有據，逾此範圍之請求，則屬無據。

陸、綜上所述，本訴部分，原告依民法第493條第2項規定、系爭契約第22條第1項及系爭協議書第3條第1項約定、系爭契約第20條第3項約定，請求被告連帶給付原告1464萬0500元，及自111年11月10日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為無理由，應予駁回。反訴部分，反訴原告依民法第179條規定，請求反訴被告給付反訴原告768萬5500元，及自109年11月18日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。

柒、兩造均陳明願供擔保，聲請宣告假執行及免為假執行，經核反訴原告勝訴部分，與法律規定相符，爰分別酌定相當之擔保金額予以准許。至本訴與反訴原告敗訴部分，其假執行之聲請，因訴之駁回而失所依據，不應准許。

捌、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及提出之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論駁，併此敘明。

玖、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第79條。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　12　　月　　21　　日

工程法庭　　法　官　蕭清清

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　　111　　年　　12　　月　　21　　日

書記官　林家鋐