

臺灣高等法院民事判決

106年度建上字第58號

上訴人 一百營造股份有限公司

法定代理人 王榮昌

訴訟代理人 侯傑中律師

張漢榮律師

葉慶人律師

上一人

複代理人 葉慶媛律師

楊偉毓律師

被上訴人 吉安開發建設股份有限公司

法定代理人 陳天賜

訴訟代理人 李明諭律師

陳逸華律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國106年5月31日臺灣基隆地方法院104年度建字第26號第一審判決提起上訴，本院於109年10月14日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於(一)駁回上訴人後開第二項之訴及該部分假執行之聲請；(二)命上訴人給付部分及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判（確定部分除外）均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣捌佰陸拾伍萬參仟肆佰柒拾肆元，及自民國一〇六年一月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

上開廢棄(二)部分，被上訴人在第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用（確定部分除外）關於本訴部分，由上訴人負擔百分之三十三，其餘部分及關於反訴部分，均由被上訴人負

擔。

本判決所命給付部分，於上訴人以新臺幣貳佰捌拾捌萬伍仟元為被上訴人供擔保後，得為假執行；但被上訴人如以新臺幣捌佰陸拾伍萬參仟肆佰柒拾肆元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：

(一)伊於民國102年9月27日以總價新臺幣（下同）1億3300萬元向被上訴人承攬「○○社區○○段新建三層集合住宅」工程（下稱系爭工程），簽有工程承攬合約書（下稱系爭契約）。系爭工程採總價承攬，付款辦法共分為18個階段，如伊依約已達各該階段應付款之條件，被上訴人即應支付該階段之工程款。系爭工程施工範圍共分為A、B、C三區，原建築設計圖說關於B區部分並無地下室車庫設計，在簽約前，被上訴人要求伊須超挖地下室，並以此地下室RC體之完成，作為支付該階段工程款之時間點（即付款辦法項次4「B戶車庫RC體完成付款5%」計665萬元）。伊應允並開始施作後，竟於103年6月19日遭系爭工程之監造人廖進雄建築師要求停工，並要求將超挖部分予以回填；經兩造協調B區部分暫不施作，由被上訴人先向市政府申請變更設計，俟變更完成後再繼續施工，A、C區項次5以下部分則繼續施工，並依付款辦法之施工進度請領60%之款項。嗣伊就A、C區部分已施作至付款辦法項次14「外牆鷹架拆除完成」之階段，然(1)伊請求付款辦法項次1至4全額工程款及項次5至12及項次14之60%工程款合計應為7287萬8000元，被上訴人竟逕自扣除36萬元，應依系爭契約補足給付之。(2)付款辦法項次13「外牆磁磚完成付款7%」（930萬元）之60%工程款即558萬元部分，被上訴人一再藉詞拒絕支付，亦應依系爭契約給付之。(3)系爭工程進行中，伊應被上訴人要求超挖B區地下室，除為施作B區地下室2次開挖及回填工程，而負擔工資、機具等施作成本，及另委請協力廠商施作而支出款項外，為因應開挖B區地下室之要求，必須增加L型擋土牆、基樁工程之深度和數

量及結構體工程，依系爭契約第24條第1項約定，被上訴人應給付伊施作B區地下室之追加工程款共1764萬5639元。(4)因被上訴人指示超挖B區地下室，將牽動系爭工程之水土保持計畫，全區均需一起變更設計，需俟整體變更設計報驗許可暨施工完成，斷無可能得在完成A、C區之工程後即申請部分使用執照，而B區當時因被上訴人辦理變更設計未完成而停工無法施作，因此伊無法依系爭契約完工期限之約定，在放樣勘驗完成日起算300日曆天即104年1月5日前完成使用執照掛件申請，乃係可歸責於被上訴人之事由，被上訴人於104年9月1日以存證信函向伊表示解除系爭未完成部分之工程契約，並不合法，故被上訴人拒絕伊繼續施作，拒絕受領伊施作工程，伊已不負擔給付義務，然伊因施作後續工程，支出相關費用112萬9140元，被上訴人仍應依民法第227條不完全給付之規定負損害賠償責任。以上合計2471萬4779元（360,000 + 5,580,000 + 17,645,639 + 1,129,140 = 24,714,779），求為判命：被上訴人應給付上訴人2471萬4779元，及其中558萬元自起訴狀繕本送達翌日起，其餘自擴張聲明狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息；並願供擔保請准宣告假執行。

(二)就被上訴人提起之反訴，則以：系爭工程原建築設計圖說並無地下室車庫之設計，係被上訴人要求伊超挖B區地下室，遭設計及監工之廖進雄建築師檢舉，而遭基隆市政府勒令停工，致無法於約定期限內完成使用執照掛件申請，被上訴人自無權請求給付逾期違約金；況系爭契約約定之違約金亦屬過高，應予酌減，伊並得以前開得向被上訴人請求之款項為抵銷等語，資為抗辯，並聲明：被上訴人之反訴駁回，如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

二、被上訴人則以：

(一)伊確有擬就系爭工程B區為變更設計之計畫，雖曾先與上訴人開會討論將來變更設計完成後之優先施工範圍及方式，惟無論伊、現場監工人員鄭夏勇或廖進雄建築師均未指示上訴

01 人在未經基隆市政府許可辦理變更設計前即先行施作B區開
02 挖地下室，上訴人自行違法施作，經鄭夏勇以廖進雄建築師
03 名義向基隆市政府檢舉，遭基隆市政府於103年6月27日依建
04 築法第87條規定，以違反該法第39條、第56條未依圖施工，
05 對上訴人裁罰並勒令B區停工，屬可歸責於上訴人之事由所
06 致。兩造於系爭契約約定上訴人應於「放樣勘驗完成」日起
07 算300日曆天完成「使用執照掛件申請」，並於核准日60日
08 曆天內完成水電接通及驗收。系爭工程已於103年3月12日完
09 成放樣勘驗，依約應於104年1月5日完成「使用執照掛件申
10 請」，而系爭工程A、B、C區各為2幢以上建築物，其中任一
11 幢建物全部施工完竣，依建築法第70條之1及建築物部分使
12 用執照核發辦法第3條第1項第1款之規定，即得各自申請部
13 分使用執照。惟上訴人無法於104年1月5日完成使用執照掛
14 件申請，更於104年7月9日未經伊同意即逕行停止施作A、C
15 區，確有該當系爭契約第19條第2項第1款約定，乙方（即上
16 訴人）開工後工程進度遲緩進度落後30%以上，甲方（即被
17 上訴人）認為不能依期完工之情。另上訴人違反建築法未依
18 圖施工，亦該當系爭契約第19條第2項第3款約定。然經伊於
19 104年7月19日發函催告上訴人於104年8月15日前完成系爭工
20 程，惟其拒不繼續施工，伊乃依系爭契約第19條第2項約
21 定，於104年9月1日發函解除系爭契約。嗣伊委由戴賜雄建
22 築師於104年8月所為基地現場鑑定報告，系爭工程A、C區之
23 「外牆山型磚、平磚」、「外牆水泥粉刷面抵石子」均未施
24 作，上訴人顯未完成項次13工程，自不得請求該部分工程
25 款。又上訴人於103年6月27日前違法施作B區地下室，與B區
26 之後核准之變更設計圖說不符，致伊須再以7600多萬元之工
27 程費，委由後續承包商興億營造有限公司（下稱興億公司）
28 依核准之變更設計圖說為改正，其施工實屬民法第227條可
29 歸責於上訴人之加害給付，其請求追加工程款1764萬5639
30 元，於法不合。況上訴人未依系爭契約第7條第1項工程變更
31 約定辦理追加，且遲至106年1月12日方追加請求此部分款

項，已逾103年3月12日放樣勘驗完成起算之1年時效，其請求B區追加工程款1764萬5639元部分，亦無理由。另上訴人遲至106年1月12日始請求不完全給付之損害賠償112萬9140元，亦已罹於民法第514條規定之1年短期時效，伊得拒絕給付。此外，上訴人違反建築法之規定遭基隆市政府裁罰9000元，卻由伊代為繳納，伊得依無因管理、不當得利之規定請求上訴人給付。另上訴人無法於104年1月5日完成使用執照掛件申請，迄至104年9月2日上訴人收受伊解除契約意思表示止，逾期達240日，依系爭契約第9條約定，應按日以5萬7500元計算逾期違約金，伊僅以60%請求上訴人應賠償伊828萬元，且該金額並未過高，伊得以上開代繳之罰款及逾期違約金與上訴人請求之款項為抵銷等語，資為抗辯。

(二)於原審提起反訴主張：除依前所述，伊得向上訴人請求逾期違約金828萬元外，伊於104年7月15日、18日、24日就上訴人已完成之工程予以會勘，上訴人僅得請領6332萬7240元，然伊已給付7251萬8000元，上訴人溢領工程款919萬760元，為不當得利。爰依民法第179條、第254條、第260條、第502條第1項規定及系爭契約第9條約定，請求上訴人返還溢領工程款919萬760元及給付逾期違約金828萬元等語。於原審反訴求為判命：上訴人應給付被上訴人1747萬760元，及自收受反訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息；並願供擔保請准宣告假執行。

三、原審就本訴部分，為上訴人敗訴之判決；反訴部分，判命上訴人應給付被上訴人792萬9000元（即上訴人應給付被上訴人違約金828萬元、償還代繳9000元罰款，與被上訴人短付上訴人之工程款36萬元互為抵銷後所得），及自105年5月26日起至清償日止，按年息5%計算之利息；另駁回被上訴人其餘之訴。被上訴人就其反訴敗訴部分即返還溢領工程款部分，並未聲明不服，亦未再以該部分主張抵銷（見本院卷五第91、92頁），不在本院審理範圍。上訴人就其敗訴部分，提起上訴，上訴聲明：本訴部分：(一)原判決廢棄。(二)上開廢

棄部分，被上訴人應給付上訴人2471萬4779元，其中558萬元自起訴狀繕本送達翌日起，其餘自擴張聲明狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(三)願供擔保請准宣告假執行。反訴部分：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人於第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、本件不爭執事項（見本院卷一第153、154頁）：

(一)上訴人以總價1億3300萬元向被上訴人承攬「○○社區○○段新建三層集合住宅」工程（即系爭工程），兩造於102年9月27日簽訂系爭契約，約定完工期限為：上訴人應於「放樣勘驗完成」即103年3月12日起算300日曆天即104年1月5日以前完成「使用執照掛件申請」，並於核准日60日曆天內完成水電接通及被上訴人驗收，且依付款辦法項次1-18支付款項（見原審卷一第7-13頁）。

(二)廖進雄建築師事務所於103年6月19日以廖建師字第0000000000號函檢附現場施工照片函知上訴人，B棟基礎工程未依圖施工，依建築法第39條規定應立即停工，辦理變更設計後始可施工，停工期間超挖部分儘速回填。並以副本送達基隆市政府都發處（見原審卷一第14頁）。

(三)基隆市政府於103年6月27日以基府都建罰貳字第0000000000號函知上訴人：(1)依廖進雄建築師103年6月19日廖建師字第0000000000號函及本府103年6月14日水土保持計畫監造紀錄辦理。(2)系爭工程基地內B區建物基礎版未依建照圖說施工（基礎版高程超限開挖約2公尺深）及未經報驗即先行施工為由，業已違反建築法第39條、56條規定，除依建築法第87條規定懲處外，另基於公共安全考量，應依建築法第58條規定，於勘驗時請違規承造人就未依規申報勘驗之樓層，提出專業公會出具之安全鑑定報告書及結構強度證明文件，本建案B棟建物工地應於本府文到日起即刻停工，並俟安全鑑定報告書合格及變更設計程序完成後，再行提出復工申請補報

勘驗，停工期間超挖區域應儘速回填並施作安全措施以維公共安全。(3)本案B棟建物（基礎版）未依建照圖說施工及未經報驗即先行施工樓層計1樓層，已違反建築法第39、56條規定，按建築法第87條規定每一樓層裁處承造人一百營造股份有限公司9000元罰鍰。並以副本通知起造人、監造人（見原審卷三第36-37頁）。

(四)系爭工程B區停工後，雙方協議系爭工程A、C區繼續施工，且工程款自付款辦法項次5開始，每階段之工程款被上訴人以60%支付上訴人，迄至104年9月1日前，被上訴人已支付上訴人工程款7251萬8000元（包含付款辦法項次1至4全部金額，及項次5至12及14金額60%，扣除36萬元，見原審卷一第94、182頁）。

(五)被上訴人於104年7月19日以基隆愛三路郵局000號存證信函催告上訴人於104年8月15日前完成承攬工程（含全數承攬工程項目、使用執照掛件申請、水電接通及驗收等），上訴人於104年7月20日收受存證信函（見原審卷一第46-49頁）。

(六)被上訴人於104年9月1日以新北市政府郵局000號存證信函向上訴人表示：上訴人逾期天數比例計算進度早已落後30%以上，且迄未如期完工完成使用執照掛件申請，又據悉近日上訴人有票據跳票情事，財務狀況不佳，認上訴人無能力繼續施作，且前以函催上訴人限期於104年8月15日前履約，茲因上訴人仍未為承攬施作，迄今未完成承攬工程，而向上訴人表示解除兩造間承攬工程合約（僅就未完成工程部分）等語，上訴人於104年9月2日收受該存證信函（見原審卷一第50-56頁）。被上訴人自承上開383號存證信函所為解除契約之真意，實為契約向後失其效力之終止之意（見本院卷五第94頁）。

(七)被上訴人於103年7月13日委由戴雄賜建築師事務所就系爭工程之工程現況鑑定，主要為調查基地施工現況及未完工之調查鑑定，戴雄賜建築師於104年7月15日、同年月18日及同年月24日會勘後，於104年8月製作「基地現場鑑定報告書」

01 (見原審卷二第33-173頁)。

02 五、上訴人主張伊已完成系爭工程付款辦法項次1至14階段，被
03 上訴人短付、未付工程款計36萬元、558萬元；又被上訴人
04 於變更設計前要求伊先行超挖B區地下室，致伊支出追加工
05 程款1764萬5639元，後遭被上訴人違法解約受有損害112萬
06 9140元，爰依系爭契約、民法承攬及不完全給付之規定，請
07 求被上訴人給付2471萬4779元等語，被上訴人對於應給付上
08 訴人36萬元工程款，並不爭執（見本院卷五第90頁），惟就
09 其餘部分以前詞置辯，並於原審提起反訴，主張上訴人應給
10 付伊逾期違約金828萬元及償還伊代繳9000元罰款，先於本
11 訴主張抵銷，抵銷後之餘額於反訴請求。則本件應審酌之爭
12 點為：(一)上訴人於變更設計前先行超挖B區地下室是否係受
13 被上訴人指示？(二)被上訴人於104年9月1日以存證信函向上
14 訴人表示解除（實為終止）系爭契約，有無理由？(三)上訴人
15 得否依系爭契約請求被上訴人給付系爭契約付款辦法第13期
16 工程款558萬元？(四)上訴人得否依系爭契約第24條第1項約定
17 請求被上訴人給付開挖B區地下室所生追加工程款1764萬
18 5639元？其此部分請求是否已罹於時效？(五)上訴人得否依民
19 法第227條規定請求所受損害112萬9140元？(六)被上訴人對上
20 訴人有無違約金債權？得否以其對上訴人之違約金債權及上
21 訴人不爭執之代繳罰款9000元，與上訴人本訴之請求互為抵
22 銷，並就抵銷餘額以反訴請求？

23 六、上訴人於變更設計前先行超挖B區地下室是否係受被上訴人
24 指示？

25 (一)上訴人主張：系爭工程施工範圍共分為A、B、C三區，原設
26 計每區的一樓都是作為停車空間使用；而B區共6棟建物，每
27 棟建物都是各自獨立沒有共同使用部分，也完全沒有地下室
28 的設計；然被上訴人早即規劃將B區1樓停車空間變更為室內
29 生活空間，另從B區右側（即台電配電場預留地與滯洪沉沙
30 池預留位置中間）偷挖一個地下室連貫整個B區6棟建物，作
31 為B區地下停車場使用，故被上訴人在製作銷售中心之社區

01 模型以及廣告DM時，就已將1樓作為室內生活空間，並製作
02 地下室出入口，作為銷售時向消費者介紹之用等語，業據其
03 提出系爭建案銷售中心社區模型及廣告DM為證（見原審卷三
04 第162-164頁）。向被上訴人購買B區預售屋之證人林香芸亦
05 於本院證稱：伊於102年10月向被上訴人負責人陳天賜購買B
06 區編號6房屋，B區全部是獨棟別墅，地下室有停車位伊才會
07 購買，建商還有給伊一張平面示意圖，房屋有地下室且車子
08 停在地下室，陳天賜跟伊說開車到地下室坐電梯就可直達家
09 裡，沒有跟伊說若車子要停在地下室需要向市政府聲請變
10 更，當初簽訂之買賣契約記載1樓規劃為停車使用，被上訴
11 人說只是預定契約，到時候會再簽立正式合約，後來又突然
12 寄發通知單告知伊地下室要多支付385萬元等語（見本院卷
13 一第370-373頁）；證人邱冠綸證稱：伊於102年10月與被上
14 訴人簽約購買B區編號5房屋，銷售人員告知伊停車位在房屋
15 地下室，社區分A、B、C三區，僅B區有地下室，契約附件平
16 面圖右下角標示「車道（綠地下面）」，表示為地下停車
17 場，現場銷售DM中伊房屋前面為拱門還有樓梯，若車子停在
18 1樓，不知道要停在何處等語（見本院卷一第375-378頁）；
19 證人吳清萍亦證稱：伊於102年12月8日與被上訴人簽約購買
20 B區房屋，當初購買時建商有說有停車位，在地下室，房屋
21 為預售屋，僅有看到模型，銷售人員解釋車位在地下室，一
22 樓規劃為類似庭院花園，因為比較高，且有柵欄圍住，無法
23 停車，買賣契約雖記載1樓規劃為停車使用，陳天賜說是預
24 定的，以後會有正式契約；伊購屋時有找設計公司規劃，建
25 商有提供平面圖電子檔供伊設計師規劃地下室的配電及儲藏
26 室等語（見本院卷一第352頁）。依證人林香芸提出被上訴
27 人設置於銷售中心之現場模型及廣告DM，確可見地下室車道
28 入口（見本院卷一第403、533頁），上開證人提出之房地預
29 定買賣契約書附件五「建造執照暨核准之房屋平面圖影本乙
30 份」右下方亦確有標示「車道（綠地下面）」，介於「台電
31 配電場預留地」與「滯洪沉砂池」之間（見本院卷一第

433、527、561頁），附件六「建築設備」亦有「車庫：採輕質鋁合金捲門，並附有遙控器」之記載（見本院卷一第435、529頁），且依上開廣告DM及模型並未見B區房屋1樓有規劃車庫之情形（見本院卷一第533頁、原審卷第163頁），足見被上訴人於102年間銷售B區房屋時確有向買方宣稱B區地下室規劃有停車位。

(二)被上訴人雖自承就系爭工程B區有變更設計，增設地下室之計畫，惟辯稱並無指示上訴人在未經基隆市政府許可辦理變更設計前即先行施作B區開挖地下室云云，然被上訴人實際取得基隆市政府核准B區地下室變更設計之時間為105年3月21日，有第1次變更設計建照在卷可稽（見本院卷一第347頁），而依前揭購買B區房屋之證人提出之房地預定買賣契約書第11條約定，被上訴人應於104年6月10日前完成主建物、附屬建物及使用執照所定之必要措施，並取得使用執照（見本院卷一第413、507、541頁），堪認被上訴人如指示上訴人於變更設計核准後始能施作B區地下室，顯難於買賣契約期限內完成B區建築。又依兩造所訂系爭契約付款辦法，項次1「開工及工地圍籬完成付款2.5%」、項次2「排樁機械設施及鋼筋進場完成付款2.5%」、項次3「基樁、排樁、擋土牆完成付款10%」等基礎工程之後，項次4為「B戶車庫RC體完成付款5%」（見原審卷一第13頁），而依前所述，系爭工程B區一樓並無車庫規劃，上開「B戶車庫RC體」顯係指B區地下室車庫RC體，更可見「B戶車庫RC體完成」係兩造約定工序在前之工程。

(三)再上訴人主張：兩造於102年9月27日簽約後，陸續開始以電子郵件討論工作施作內容，廖進雄建築師僱用之工程師鄭夏勇於102年11月11日寄發之「○○街圖面-結構-地下室」郵件，即檢附「地下一層基礎結構平面圖」，於102年11月14日寄發之「○○街地下一層B棟示意圖-陳祐辰主任」之郵件，亦檢附「○○街地下一層立面圖」；又102年12月2日，伊發函被上訴人，告知系爭工程實地排樁施作後發現基地基

01 礎岩盤與鑽探報告不符，需補強排樁深度，嗣被上訴人於
02 「A棟70CM排樁深度與B棟地下室剖面示意圖」用印簽認
03 （陳鴻億代），註明「經本公司同意施作」之字句；被上訴
04 人固定每週與上訴人開會，於103年5月27日會議中指示伊
05 「B區地下室先趕出來，繼而做沉沙池」（如前所述，沉沙
06 池在地下室入口旁邊），於103年6月10日指示「B區地下室
07 樓梯改另一背面，1F廁所變半套」、「B區地下室車庫地
08 排，水龍頭放在電梯前，另樓梯放預留筋」；另伊於103年2
09 月7日與臺灣三菱電梯股份有限公司簽訂訂購「停止樓數：4
10 停」、「停止樓名：1-3，R」，「貨品規格：CPX-3, 2BC，
11 P6-2S-45M/MIN-5S/0(B1-3，R)*6SETS（中菱牌）」之電梯6
12 部，與系爭工程B區所欲建造之6棟地下1層、地上3層建築物
13 相符等情，業據其提出電子郵件及地下一層基礎結構平面
14 圖、地下一層立面圖、上訴人102年12月2日函及「A棟70CM
15 排樁深度與B棟地下室剖面示意圖」、兩造103年5月27日、
16 同年6月10日會議記錄、電梯設備買賣合約及電梯規格表等
17 件為證（見本院卷一第67-82頁、原審卷三第18、19頁、本
18 院卷一第83-94頁），證人鄭夏勇於本院審理時亦證稱：兩
19 造可能以為地下室變更會核准，就先超挖，被上訴人應該知
20 道上訴人有超挖，因被上訴人每天都有人在現場，伊有看過
21 被上訴人的人員在巡邏等語（見本院卷二第76頁），更足見
22 被上訴人於變更設計前即提供B區地下室平面圖、立面圖、
23 地下室剖面圖予上訴人，並每日派員巡邏現場，於兩造會議
24 中更明確指示上訴人先完成B區地下室及相關地下室工程施
25 作方式，且上訴人採購之中菱牌、6人份電梯，復與被上訴
26 人與預售屋買方約定之電梯規格相符（見本院卷一第437、
27 531頁），如非受被上訴人明確指示施作B區地下室，上訴人
28 豈會先行締約採購「停止樓數：4停」、「停止樓名：1-3，
29 R」之電梯，並逕行施作B區地下室。另基隆市政府於105年7
30 月27日、105年12月27日亦發函予被上訴人表示「貴公司在
31 旨揭建造執照變更設計未辦理完成前且無B戶車庫（地下一

層)圖說之狀況下同意原承造人擅自施工及支付工程款，今推說全權委託原承造人承造施工，無法得知土石方流向顯與事實不符…」、「本案遠規開挖地下室乙案，經查為起造人指示原承造人違規施工…」等語(見本院卷二第239、243頁)，可知基隆市政府經調查後亦認係被上訴人指示上訴人先行超挖地下室，被上訴人空言否認有指示上訴人於變更設計前先行超挖B區地下室云云，與上開事證不符，亦與常情有違，顯無足採。

七、被上訴人於104年9月1日以存證信函向上訴人表示解除(實為終止)系爭契約，有無理由？

(一)按契約經解除者，溯及訂約時失其效力，與自始未訂契約同。此與契約之終止，僅使契約嗣後失其效力者迥異。查系爭契約第19條第2項第1款雖約定上訴人逾規定期限尚未開工，或開工後工程進度遲緩進度落後達30%以上，被上訴人認為不能依期完工時，得隨時「解除」本合約(見原審卷一第9頁)。然被上訴人於104年9月1日寄發予上訴人之383號存證信函說明二、四表示：「本公司前業經函催貴公司限期於104年8月15日前履約，茲因貴公司接函後仍未為承攬工程之施作，迄今亦未完成承攬工程，為此爰以此函解除本公司與貴公司間上開承攬工程合約(僅就未完成工程部分)…」、「爰以本函對貴公司為上開解除契約(未完成工程部分)之意思表示…」等語(見原審卷一第53、55頁)，亦一再重申「解除契約(未完成部分)」，顯見被上訴人並無使系爭契約溯及訂約時失其效力，而係終止契約之意甚明，被上訴人於本院亦自承上開存證信函所為解除契約之真意，實為契約向後失其效力之終止之意(見本院卷五第94頁)，並為上訴人所不爭執。

(二)再依系爭工程契約第19條第2項約定，上訴人應於「放樣勘驗完成」之日，即103年3月12日起算300日曆天，即於104年1月5日以前完成「使用執照掛件申請」，並於核准日60日曆天內完成水電接通及被上訴人驗收(見原審卷一第7頁)；

而系爭工程於B區部分遭基隆市政府勒令停工後，兩造協議系爭工程A、C區部分繼續施工，然上訴人自104年7月9日起停止施作，經被上訴人於104年7月19日以存證信函函催上訴人於104年8月15日前完成系爭工程，上訴人仍未續行施作，被上訴人乃於104年9月1日以存證信函向上訴人解除（實為終止）契約等情，為兩造所不爭執。依被上訴人提出上訴人停工時之照片（見原審卷一第58-81頁、本院卷五第91頁），A、C區建築物外圍仍有鷹架，工程進度顯未達系爭工程A、C區使用執照掛件申請之進度，則被上訴人抗辯自104年1月6日起至上訴人收受上開終止契約存證信函之104年9月2日止，上訴人共計逾期240日，固非無據。然衡諸系爭契約第4條約定：「本工程以建造執照與圖面為標準」（見本院卷一第7頁），上訴人主張系爭工程總價1億3300萬元並不包含B區地下室工程部分，因兩造簽約之初係以建築執照之設計圖說作為估價之基礎，當時無法就超挖之地下室工程款加以計算，「B戶車庫RC體完成付款5%」（665萬元）係以該工項施作完成作為原承包金額付款之條件，並非指追加工程金額等語（見本院卷一第149-151頁），被上訴人對此亦未爭執，陳稱：「B戶車庫RC體完成付款」係指上訴人完成RC擋土牆就請款，上訴人請款也是如此等語（見本院卷一第152頁），堪認系爭契約約定「放樣勘驗完成之日起算300日曆天前完成使用執照掛件申請」之工期應係指施作建造執照範圍內工程之時間，而不包含B區地下室部分，則被上訴人指示上訴人超挖B區地下室之工期，自應自上開工程期限中扣除。而依上訴人提出之時序表，可見上訴人於103年1月17日完成系爭契約付款辦法第3期「基樁、排樁、擋土牆」後，開始施作第4期「B戶車庫RC體」工程，亦有施作A、C區部分，被上訴人對此並未爭執（見本院卷一第143、188、189頁），堪認自工程期限起算日即放樣勘驗完成之103年3月12日起，至廖進雄建築師於103年6月19日發函要求上訴人停工之日止（見原審卷第14頁），共計100日期間，上訴人同時

01 施作B區地下室及A、C區部分。參酌兩造均不爭執B區之工程
02 佔全部工程之40%，則上訴人施作B區地下室部分應按比例以
03 40日計算（100日×40%=40日），其逾期240日扣除40日後，
04 A、C區仍逾期200日，佔契約約定工期300日之2/3，被上訴
05 人陳稱：上訴人開工後工程進度遲緩，進度落後達30%以
06 上，伊認為不能依期完工，而依系爭契約第19條第2項第1款
07 約定解除（實為終止）系爭契約等語，尚屬有據。

08 (三)雖上訴人陳稱：依會議記錄可知，被上訴人於104年1月間根
09 本還未提出水電配置圖，被上訴人在開會時亦未認為本件工
10 程有遲延一事，而要求上訴人負責云云，並提出104年1月20
11 日、同年月27日會議記錄為證（見原審卷第20、21頁），然
12 依上訴人所提出之103年12月16日、同年月23日、104年1月6
13 日、同年月16日會議記錄，係記載「業主無B區水電配置
14 圖」（見原審卷第166-169頁），並稱：因被上訴人早已決
15 定要超挖地下室，因此相關水電配線都要拉到地下室，而原
16 來的水電管線配置並無地下室部分，所以兩造開會時，伊才
17 會一直要求被上訴人提出新的水電配置圖等語（見原審卷三
18 第132頁），足見上訴人所指被上訴人於104年1月間尚未提
19 出之水電配置圖係當時已停工之B區部分，尚難認與A、C區
20 之遲延有關。

21 (四)又上訴人陳稱：因被上訴人超挖地下室，被上訴人申請變更
22 設計，連同水土保持計畫都需變更設計，斷無可能在完成
23 A、C區工程後即申請部分使用執照云云。然上訴人停工時，
24 A、C區建築物外圍仍有鷹架，已如前述，證人即興億公司工
25 地負責人張威賢於本院亦證稱：伊與被上訴人是104年9月簽
26 約，同年11月進駐，進駐時現況有A、B、C 三棟，A、C棟結
27 構體完成，但內裝修尚未施作，很凌亂等語（見本院卷二第
28 107頁），足見上訴人施作之工程進度顯未達A、C區完工之
29 程度，並非僅待被上訴人變更設計或完成水土保持計畫即可
30 掛件申請使用執照，其上開所述自無從認定為其工程遲延之
31 正當理由。上訴人另陳稱：因被上訴人拒不給付付款辦法項

01 次13外牆磁磚完成之工程款，伊才會於104年7月9日停工云
02 云，然依被上訴人提出上訴人停工後之現場照片（見原審卷
03 一第58-81頁），上訴人確未全部完成項次13之外牆磁磚工
04 程，此亦為兩造所不爭執（見本院卷五第91頁），則上訴人
05 既未完成該項次工程，其主張因同時履行抗辯而停工，自難
06 認為有理由，亦不得據為其逾期完工之正當理由。

07 (五)綜上所述，上訴人逾期200日，被上訴人以上訴人工程進度
08 遲緩，進度落後達30%以上，不能依期完工，而依系爭契約
09 第19條第2項第1款約定終止系爭契約，為有理由；則系爭契
10 約於上訴人104年9月2日收受被上訴人終止契約之存證信函
11 時即發生終止之效力。

12 八、上訴人得否依系爭契約請求被上訴人給付系爭契約付款辦法
13 第13期工程款558萬元？

14 (一)上訴人主張：伊於系爭工程契約終止前，已完成付款辦法項
15 次1-14項目，得依付款辦法及兩造協議請求付款辦法項次1
16 至4項目工程款全額、項次5至14項目工程款60%，計為7845
17 萬8000元，惟被上訴人除付款辦法項次13工程款之60%即558
18 萬元未支付外，其餘應付之工程款亦僅給付7251萬8000元，
19 尚短付36萬元，依系爭契約請求被上訴人給付積欠之工程款
20 等語，被上訴人不爭執短付36萬元（見本院卷五第90頁），
21 惟否認應給付付款辦法項次13工程款之60%即558萬元，並以
22 前詞置辯。

23 (二)按工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及
24 給付相當報酬之義務，民法第512條第2項定有明文。又按終
25 止之契約，僅使契約自終止之時起，嗣後歸於消滅，承攬契
26 約在終止以前，承攬人業已完成之工作，苟具備一定之經濟
27 上效用，可達訂約意旨所欲達成之目的者，定作人就其受領
28 之工作，有給付相當報酬之義務，此觀民法第512條第2項規
29 定自明（最高法院90年度台上字第664號判決意旨參照）。
30 又所謂總價承包之承攬契約，係承攬廠商於承攬工程前須就
31 整個工程之施作細節如施作地點、施作項目、施作材料、完

01 工期限等評估後，核算包括工料成本及考量施作期間可能影
02 響成本之各項因素，以決定可能之成本及利潤，始向定作人
03 報價及投標，並經定作人認可或決標後成立承攬契約。定作
04 人及承攬廠商間採取總價承攬性質之契約，係避免工程施工
05 過程中因施作數量、施作項目容易發生爭執，致使雙方計算
06 報酬不易，而約定承攬廠商以一固定金額履行所有契約工
07 作。

08 (三)查系爭契約第5條工程總價約定為1億3300萬元，第7條工程
09 變更約定：「一、甲方（即被上訴人）對本工程如有變更及
10 增減工程數量時，乙方（即上訴人）於接到通知後，應即依
11 變更後的新計劃辦理。對於增減數量雙方參照本承攬契約所
12 定單價增減之，如有新增工程項目時，得由雙方協議合理單
13 價計價。…」，第8條付款辦法約定：「一、乙方應於每階
14 段施工完成後將請款單送予甲方審核，經簽章確認無誤後，
15 五個工作日放款。二、乙方應依工程進度檢附工程請款單、
16 照片及發票向甲方申請估驗請款，經甲方人員驗收無誤後，
17 核付工程款。…」（見原審卷一第7頁）。兩造均不爭執系
18 爭工程為總價承攬契約（見本院卷五第93頁），及系爭工程
19 款依付款辦法分為18個階段付款（見原審卷一第13頁），則
20 依上開約定及總價承攬契約之精神，系爭契約範圍內之工程
21 （依契約第4條約定即建築執照範圍內之工程），兩造應按
22 系爭契約付款辦法，依完成之階段分期請領款項及付款，僅
23 於工程變更時，雙方才會依增減數量參照系爭契約所定單價
24 核實計算變更追加之工程款。

25 (四)又系爭契約第19條第2項僅約定：「乙方有下列情事時，甲
26 方得隨時解除（應為終止）本合約，甲方因此所受之一切損
27 失，乙方應負賠償之全責…當合約解除時，乙方應隨即停工
28 負責遣散工人並到場點交料、具、設備交由甲方使用。」並
29 未就契約終止後，上訴人已完成之工程及已進場之材料應如
30 何計價作任何約定，則依終止契約之效力僅使契約向後失
31 效，被上訴人就上訴人已施作完成部分，仍有支付報酬之義

務。且付款辦法中記載各階段項目「完成」後給付若干比例工程款，應係就上訴人分期工程款債權之行使約定以該項目工程完成之事實為各期工程款清償之「期限」，而非以「完成」為請款之「條件」，若工程完成之事實到來已確定不發生，應認其期限已屆至。系爭工程B區停工後，兩造協議A、C區繼續施工，並依付款辦法項次5-14項目所載工程款付款60%，而被上訴人除拒絕給付付款辦法項次13之工程款外，並不否認已依上開付款辦法及兩造協議付款至付款辦法項次14項目共計7251萬8000元（見原審卷一第182頁付款明細），並應給付短付之36萬元，雖其否認上訴人得請求項次13「外牆磁磚完成」工程款930萬元之60%即558萬元部分，然依被上訴人提出上訴人停工後之系爭工程現場照片（見原審卷一第58-81頁），上訴人確實已施作部分外牆磁磚，僅未全部施作完畢，此亦為兩造所不爭執（見本院卷五第91頁），嗣因系爭契約已於104年9月2日經被上訴人終止，上訴人已無法完成該項目工程，應認該階段工程款之付款期限已屆至，則上訴人請求被上訴人給付已完成部分之工程款，即屬有據；被上訴人辯稱上訴人未完成該階段工程即不得請領該期全部工程款云云，並不可採。

(五)又被上訴人主張外牆磁磚工程包含「外牆1：3水泥粉刷面貼山型磚」數量500M²、「外牆施作桃花紅花崗岩」數量1式、「外牆 1：3水泥粉刷面抵石子」數量1200M²、「外牆屋頂斜面1:3水泥+ 防水彈泥+面鋪鋼板瓦」數量315M²、「外牆1：3水泥粉刷面貼平磚」數量1120M²等項目，核與工程標單所載相符（見原審卷一第41頁）；而上開項目均為A、B、C三區合併計算，故依兩造協議，A、C區應完成上開所約定全部數量之60%。然系爭契約並未約定契約終止後，各項次工程應如何計算其完成之比例，則類推適用民事訴訟法第222條第2項規定，應由本院審酌一切情況，依所得心證定其數額。本院衡諸被上訴人製作之溢領金額計算表，其就「外牆1：3水泥粉刷面貼山型磚」、「外牆施作桃花紅花崗岩」、

「外牆屋頂斜面1:3水泥+ 防水彈泥+面鋪鋼板瓦」均認定A、C區全部完成（即完成全部數量之60%），另「外牆1：3水泥粉刷面抵石子」、「外牆1：3水泥粉刷面貼平磚」則認定A區已完成，C3未完成，完成全部數量之50%，以A、C區計算即完成83%（ $50\%/60\%=83\%$ ）（見原審卷一第131頁）；依被上訴人所提出上訴人停工後現場照片（見原審卷一第58-81頁），亦可見上訴人確已完成大部分之磁磚鋪設，則依被上訴人前開溢領金額計算表，系爭契約付款辦法項次13「外牆磁磚」A、C區之完成比例，應以所含各項目工程之平均完成比例計算之，即為93%〈 $(100\%+100\%+100\%+83\%+83\%)/5=93\%$ 〉。至被上訴人嗣雖另提出其於104年7月13日自行委託第三人戴雄賜建築師鑑定之鑑定報告書，陳稱：上訴人就A、C區外牆山型磚、平磚已完成 $683.75M^2$ ，完成率為63.3%；就A、C區外牆水泥粉刷抵石子，已完成 $345M^2$ ，完成率為43.1%；就A、C區屋頂斜面1：3水泥+防水彈泥+面鋪鋼板瓦，均無施作，完成率為0%，平均總完成比例為35.36%云云（見原審卷二第201頁背面、206頁）。然被上訴人於104年7月13日自行委由戴雄賜建築師就上訴人已完成之工程部分予以鑑定，並未通知上訴人會同勘驗，上訴人否認該鑑定結果（見原審卷二第9-21頁），且該鑑定報告書僅表示「外牆山型磚、平磚」及「外牆水泥粉刷抵石子」未完成（見原審卷一第168頁），並未表示其餘外牆施工項目未完成，被上訴人上開計算方式自難逕予採認。從而，上訴人就項次13階段所得請領之工程款應為518萬9400元（ $5,580,000 \times 93\% = 5,189,400$ ），其逾此部分之請求，則屬無據，不應准許。

九、上訴人得否依系爭契約第24條第1項約定請求被上訴人給付開挖B區地下室所生追加工程款1764萬5639元？其此部分請求是否已罹於時效？

(一)系爭契約第24條第1項約定：「甲方於接受乙方所提出須變更之事項即請求乙方先行施作與供應，其後未依原通知辦理契約變更或僅部分辦理者應補償乙方所增加之必要費用」

(見原審卷一第10頁)。承前所述，系爭工程為總價承包之承攬契約，系爭契約範圍內之工程，兩造應按系爭契約付款辦法，依完成之階段分期請領款項及付款，若定作人即被上訴人於契約範圍外，再有變更或追加工程範圍，即應依系爭契約所定之變更追加工程之條款，定其報酬。又被上訴人指示上訴人先行超挖B區地下室不在系爭契約工程範圍內，亦如前述，且被上訴人並未通知上訴人辦理契約變更，上訴人主張依系爭契約第24條第1項約定，被上訴人應補貼伊開挖B區地下室所增加之必要費用等語，自屬有據。

(二)上訴人主張系爭工程進行中，伊應被上訴人要求超挖B區地下室，致生B區地下室2次開挖及回填之追加工程款，除負擔之工資、機具等施作成本376萬7769元外，另委請協力廠商施作而支出346萬1231元；又因應開挖B區地下室之要求，必須增加L型擋土牆、基樁工程的深度和數量及結構體工程，依系爭工程契約之單價計算，分別增加94萬7019元及862萬9351元之工程款，以上共計1680萬5370元，加計5%營業稅為1764萬5639元等語，雖據其提出加減帳資料整理、付款明細及單據為證（見原審卷二第211-217頁、卷三第136-158頁），然被上訴人辯稱：伊從未見過上開加減帳資料整理，應係上訴人於本件訴訟後所製作，無從證明與系爭工程之關連性，伊否認其形式上及實質上之真正等語。是本院經依上訴人之聲請，囑託臺北市建築師公會指派建築師就上訴人提出之追加工程款之工程是否屬必要項目、數量及單價是否合理為鑑定，鑑定人斟酌上訴人所提出之加減帳資料整理、證人張威賢所提出其進駐現場後所拍攝之B區地下室照片、系爭工程圖說及變更設計後之圖說等資料，並於鑑定過程中命上訴人提出各項計算式、樁的規格、深度及口徑、數量、設計圖說等資料，作成鑑定結果及補充說明略以：若本件乃被上訴人（定作人）指示上訴人（原承造人）違規開挖系爭工程B區地下室為真，則上訴人所施作之「L型擋土牆基礎工程」、「地下室附屬結構及剪力牆工程」、「B區地下室兩

次施工」等工程項目，研判是屬開挖系爭工程B區地下室之必要項目（見本院卷四第407頁），至於新增之工程數量及單價是否合理？經檢視法院來函所附之附件資料之工程數量及單價，研判有局部調整之空間；①鑑定事項「貳、L型擋土牆錨定式排樁擋土牆及基礎工程」其中新增之工程項目亦即「新增1」、「新增2」、「新增3」等項目，原計算小計總價為94萬7019元，本次鑑定為83萬700元；②「伍、結構體工程」其中新增之工程項目亦即「B區地下室附屬結構『新增E-1』～『新增E-11』」、「B區地下室補強剪力牆『新增E-6』～『新增E-10』」等項目，原計算小計總價為862萬9351元，本次鑑定調整為782萬2261元；③鑑定事項「拾、雜項工程」其中新增之工程項目，亦即B區地下室兩次回填及開挖（A）～（D）」等項目，因（A）首次水保技師勒令回填（103.5）與（C）水保技師再次勒令回填（103.6.18）兩項為「水保技師勒令回填」，表示施工程序有誤致遭勒令回填，依工程慣例及建築工程實務，屬承造人權責，不應予以加帳；其他兩項（B）與（D）項目，依工程慣例、附件二之照片及附件一資料判斷，系爭工程若需兩次回填及開挖地下室，研判（B）與（D）項目是屬必要，原計算加帳小計總價為722萬9000元，本次鑑定經檢視後調整為171萬4000元等語（見卷外鑑定報告書第3-6頁，及其附件（六）工程估算明細表）。

(三)準此，本院審酌：

- 1.依證人張威賢所提出其進駐現場後所拍攝之B區地下室照片確可見上訴人已施作B區地下室，並有為模板組立、鋼筋、綁紮及灌漿等工項之施工外觀（見本院卷四第7頁），另鑑定人依前述資料，本於其專業判斷，認定上訴人施作「B區地下室附屬結構『新增E-1』～『新增E-11』」、「B區地下室補強剪力牆『新增E-6』～『新增E-10』」等項目合理工程金額為782萬2261元，應屬可採，被上訴人未能就上訴人實際施作數量提出任何積極事證為佐，僅仍以其未指示上訴

01 人施作，上訴人施作數量為0云云為抗辯，自非可採。

02 2.至於「L型擋土牆錨定式排樁擋土牆及基礎工程」其中新增
03 之工程項目亦即「新增1：A區：H：1.5m」、「新增2：70cm
04 加深」、「新增3錨樁」等項目，鑑定人固認係開挖系爭工
05 程B區地下室之必要項目，然被上訴人已辯稱：鑑定報告內
06 所附圖說即所憑之依據，均為原設計圖或與上訴人無關之變
07 更設計後圖說，實無從認定上訴人施作之數量，且觀諸卓卿
08 仁大地水土保持技師就系爭工程所製作之錨碇式排樁擋土牆
09 展開圖所示，依系爭工程之圖說，系爭工程需施作「12米排
10 樁11支」、「13米排樁16支」、「12米排樁17支」、「11米
11 排樁14支」、「10米排樁8支」、「9米排樁5支」、「8米排
12 樁9支」，且排樁底至少入岩3米，可知系爭工程之排樁每支
13 均為8米以上，甚至最多為13米，且排樁底至少入岩3米，並
14 無上訴人所稱「原建築圖說之工法，上訴人僅需打到地下7
15 米即可符合要求」之情事等語，業據其提出與所述相符之錨
16 碇式排樁擋土牆展開圖為證（見本院卷四第419頁），則依
17 系爭工程原設計錨樁之長度似已慮及未來施作B區地下室所
18 需，是否確有追加「新增2：70cm加深」、「新增3錨樁」之
19 必要，尚有疑問，且上開「新增1：A區：H：1.5m」項目，
20 既明載「A區」，亦難認係因開挖B區地下室所增加之項目，
21 上訴人就此部分增加之數量係屬原契約以外且係針對B區地
22 下室所為乙節未能再進一步舉證，核諸上開鑑定報告亦未見
23 就此為進一步說明，或令上訴人提出原契約圖說以外之施工
24 圖以補強其所述，則上訴人請求追加「L型擋土牆錨定式排
25 樁擋土牆及基礎工程」中「新增1：A區：H：1.5m」、「新
26 增2：70cm加深」、「新增3錨樁」等項目之工程款，難認有
27 據。

28 3.另關於「雜項工程」新增項目部分，鑑定人雖係以上訴人施
29 工程序有誤而認上訴人請求回填地下室之工程款部分不應予
30 加帳，而未斟酌係被上訴人要求上訴人開挖地下室；然證人
31 鄭夏勇於本院審理時證稱：市府後來因為現場已挖了地下

01 室，考慮被上訴人可能會違規使用，故同意被上訴人變更設
02 計，地下室就無須回填，後來就沒有回填等語（見本院卷一
03 第80頁），證人張威賢亦證稱：伊進駐時B棟有看到許多
04 草，但有挖地下室，伊當時站在A棟往下看，是山坡地，現
05 況看不出來B棟地下室有挖好又有回填之情形等語（見本院
06 卷四第107頁），且依上訴人所提出之回填照片（見本院卷
07 四第143頁），僅有沙包放置現場，上訴人亦自承當初挖了
08 之後，有去買沙包放置掩蓋，當時被上訴人有補上訴人一些
09 金錢等語（見本院卷一第251頁），尚難認上訴人確有因回
10 填而增加支出，是鑑定報告書認為此部分工程款並無必要，
11 其理由雖與本院認定不同，然鑑定結果仍屬正確。至其餘開
12 挖部分，既係受被上訴人指示後所為，且確有進行，是其中
13 B、D費用共計171萬4000元，應屬正當。

14 (四)另被上訴人辯稱：上訴人於106年1月12日方追加請求此部分
15 款項，已逾103年3月12日放樣勘驗完成起算之1年時效云
16 云。然民法第127條第7款規定承攬人之報酬及墊款因2年間
17 不行使而消滅，並非僅1年之時效，且民法第128條前段規
18 定，消滅時效，自請求權可行使時起算；上訴人於變更設計
19 前先行依被上訴人之指示超挖B區地下室，惟並未進一步約
20 定此部分付款時間，依民法第490條第1項規定，自應於完成
21 時為給付，然B區工程於103年6月19日、同月27日分別經廖
22 進雄建築師、基隆市政府勒令停工，而與被上訴人協議先行
23 施作A、C區，並等待被上訴人完成變更設計再行施作B區工
24 程，其後被上訴人又於104年9月2日終止契約，應認上訴人
25 上開追加工程款應自104年9月2日契約終止時方開始起算，
26 則上訴人於原審審理中之106年1月12日追加請求此部分工程
27 款（見原審卷二第209頁），自未逾承攬人報酬請求權之2年
28 時效。

29 (五)綜上所述，上訴人依系爭契約第24條第1項約定請求被上訴
30 人給付開挖B區地下室所生追加工程款953萬6261元
31 （7,822,261 + 1,714,000 = 9,536,261），加計營業稅5%

01 後，為1001萬3074元，為有理由，且其請求並未罹於時效；
02 其逾此部分之請求，則屬無據，不應准許。

03 十、上訴人得否依民法第227條規定請求所受損害112萬9140元？

04 上訴人主張：被上訴人於104年9月1日以存證信函向伊表示
05 解除（實為終止）系爭工程未完成部分之契約後拒絕伊繼續
06 施作，伊已不負擔給付義務，然被上訴人仍應就伊支出相關
07 材料費112萬9140元負不完全給付之損害賠償責任等語，固
08 據提出和解書、發票等件為證（見原審卷第24-29頁），然
09 觀諸上訴人所提出之文書內容，均未記載工程名稱，亦無從
10 判斷原因，難認與被上訴人所述因終止契約所受之損害有何
11 關連，況上訴人係因工程進度遲延方遭被上訴人終止契約，
12 自難認被上訴人應就其終止契約負不完全給付之損害賠償責
13 任。

14 十一、被上訴人對上訴人有無違約金債權？得否以其對上訴人之
15 違約金債權及上訴人不爭執之代繳罰款9000元，與上訴人
16 本訴之請求互為抵銷，並就抵銷餘額以反訴請求？

17 (一)按「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約
18 金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損
19 害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當
20 方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履
21 行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履
22 行債務所生損害之賠償總額。」民法第250條定有明文；
23 又「按民法第250條就違約金之性質，區分為損害賠償預
24 定性質之違約金，及懲罰性違約金，前者乃將債務不履行
25 債務人應賠償之數額予以約定，亦即一旦有債務不履行情
26 事發生，債權人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履
27 行所致及損害額之多寡，均得按約定違約金請求債務人支
28 付，此種違約金於債權人無損害時，不能請求。後者之違
29 約金係以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強
30 制罰，故如債務人未依債之關係所定之債務履行時，債權
31 人無論損害有無，皆得請求，且如有損害時，除懲罰性違

約金，更得請求其他損害賠償。」（有最高法院83年台上字第2879號判決可照）。查，系爭契約第9條就逾期罰款之約定為：「一、逾期違約金之金額，乙方應按逾期之日曆天數，每日賠償甲方損失新臺幣伍萬柒仟伍佰元計算。」，並未約定其性質，依上開規定應屬損害賠償預定性質之違約金。

(二)次按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第252條所明定，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。況違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨。倘債務人於違約時，仍得任意指摘原約定之違約金額過高而要求核減，無異將債務人不履行契約之不利利益歸由債權人分攤，不僅對債權人難謂為公平，抑且有礙交易安全及私法秩序之維護（最高法院49年台上字第807號判例、92年度台上字第2747號判決意旨參照）。

(三)經查，上訴人就系爭工程逾期200日，已如前述，依前揭契約約定，應按日以5萬7500元計算逾期違約金，因兩造已協議繼續施工之系爭工程A、C區部分之工程款係以付款辦法所載金額之60%計付，故違約金部分被上訴人亦以60%向上訴人請求，即為690萬元（200日×5萬7500元×60%=690萬元），已屬公允；且衡諸被上訴人於終止契約後尚

01 須重新發包，增加各種勞力、時間、費用、貸款利息之成
02 本，並承受預售屋買方求償逾期違約金之風險；再審酌兩
03 造均為公司法人，締約地位平等，並於盱衡自己履約能力
04 後約定違約金，其請求690萬元範圍之違約金難認過高，
05 上訴人請求酌減違約金，難認有理。至被上訴人逾此部分
06 之請求，則屬無據。

07 (四)又按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期
08 者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。又抵銷應
09 以意思表示向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得
10 為抵銷時，按抵銷數額而消滅。民法第334條第1項及第
11 335條第1項分別定有明文。承上所述，上訴人得依系爭契
12 約請求被上訴人給付系爭契約付款辦法第13期工程款518
13 萬9400元、被上訴人短給之工程款36萬元，及B區地下室
14 追加工程款1001萬3074元，共計1556萬2474元
15 $(5,189,400 + 360,000 + 10,013,074 = 15,562,474)$ ，被
16 上訴人則得向上訴人請求逾期違約金690萬元，上訴人亦
17 不爭執應給付被上訴人代繳之罰款9000元（見本院卷五第
18 90頁），則於被上訴人抵銷後（即就先到期之工程款為抵
19 銷，再抵銷追加工程款），上訴人尚得請求被上訴人給付
20 865萬3474元 $(15,562,474 - 6,900,000 - 9,000 = 8,653,474)$
21 ），被上訴人已無餘額得以反訴向上訴人請求。

22 十二、綜上所述，上訴人依系爭契約，請求被上訴人應給付865
23 萬3474元，及其民事擴張聲明狀繕本送達翌日即106年1月
24 13日（見原審卷二第209頁）起至清償日止，按年息百分
25 之5計算之利息，為有理由，應予准許。逾此部分之請
26 求，則屬無據，不應准許。原審就上開應予准許之部分，
27 駁回上訴人之請求及該部分假執行之聲請，自有未合。上
28 訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理
29 由，爰予廢棄改判如主文第二項所示。又兩造就上訴人請
30 求應予准許部分，均陳明願供擔保宣告准、免假執行，經
31 核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。另被上訴

01 人於原審所為反訴請求並無理由，不應准許，原審判命上
02 訴人給付792萬9000元本息，亦有未合，上訴意旨指摘原
03 判決此部分不當，求予廢棄改判，亦有理由，爰由本院將
04 原判決此部分廢棄，改判如主文第三項所示。至上訴人之
05 請求不應准許部分，原審為其敗訴之判決及駁回其該部分
06 假執行之聲請，經核於法並無不合，上訴意旨指摘原判決
07 此部分不當，求予廢棄，非有理由，應予駁回。

08 十三、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之
09 證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，
10 爰不逐一論列，附此敘明。

11 十四、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事
12 訴訟法第449條第1項、第450條、第78條、第79條、第463
13 條、第390條第2項、第392條，判決如主文。

14 中 華 民 國 109 年 11 月 4 日
15 工程法庭

16 審判長法 官 邱景芬

17 法 官 邱蓮華

18 法 官 林純如

19 正本係照原本作成。

20 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
21 未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀
22 （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
23 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
24 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項但
25 書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提
26 起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

27 中 華 民 國 109 年 11 月 10 日
28 書記官 陳美宜

29 附註：

30 民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

31 對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴

人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

臺灣高等法院民事裁定

106年度建上字第58號

主 文

原判決原本及正本主文第五項關於「由上訴人負擔百分之三十三」之記載，應更正為「百分之六十五」。

理 由

一、按判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得隨時或依聲請以裁定更正之，民事訴訟法第232條第1項定有明文。

二、查本院前開判決原本及正本有如主文所示之顯然錯誤，應予更正。

三、依首開規定裁定如主文。

中 華 民 國 109 年 11 月 10 日

工程法庭

審判長法 官 邱景芬

法 官 邱蓮華

法 官 林純如

正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於收受送達後10日內向本院提出抗告狀，並繳納抗告費新臺幣1千元。但如對本件判決已合法上訴，則本裁定不得抗告。

中 華 民 國 109 年 11 月 10 日

書記官 陳美宜