

臺灣高等法院民事判決

111年度建上字第48號

上訴人 千朔生化科技有限公司

法定代理人 呂婕瑛

訴訟代理人 方駿森

蔡志忠律師

涂榆政律師

黃聖棻律師

文大中律師

被上訴人 宸億營造股份有限公司

法定代理人 許嘉豪

訴訟代理人 蔡文燦律師

上列當事人間給付承攬報酬等事件，上訴人對於中華民國111年7月21日臺灣桃園地方法院107年度建字第28號判決，提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，經本院於114年9月2日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於命上訴人給付及在附表所示建物以被上訴人為抵押權人設定同給付額之抵押權部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

被上訴人之附帶上訴駁回。

第一、二審訴訟費用（含附帶上訴部分）均由被上訴人負擔。

事實及理由

一、按當事人不得於二審提出新攻擊防禦方法，但如不許其提出顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第6款定有明文。查上訴人雖於原審表示不提出抵銷抗辯（見原審16卷159頁），惟其對被上訴人請求本件工程之損害賠償事件，經本院於民國114年2月25日以110年度建上字第31號判決（下稱另案）認定上訴人對被上訴人有逾期違約金債權新臺幣（下同）1,084萬元本息，則上訴人在二審提出上開逾

01 期違約金及其他損害賠償債權等抵銷抗辯，因事涉被上訴人
02 請求工程款債權是否消滅，如不許其提出上開新攻擊防禦方
03 法，顯有失公平，依上開規定，應予准許。

04 二、被上訴人主張：兩造於105年7月29日簽訂工程承攬合約書
05 （下稱系爭契約），約定由伊以總價承攬方式在上訴人坐落
06 桃園市○○區○○段000○○00地號土地上施作○○廠房新建
07 工程（下稱系爭工程），工程總價5,420萬元、營業稅135萬
08 元。惟上訴人於105年8月30日申報開工前，上訴人或設計監
09 造傅紀宏建築師以電子郵件傳送與建造執照不同之圖面資
10 料，上訴人於105年12月23日申請變更設計，經桃園市政府
11 於106年2月7日准予變更設計後，又再傳送變更設計圖面，
12 要求伊追加施作而影響工期，嗣伊於106年6月19日興建完工
13 如附表所示建物（下稱系爭建物），並取得桃園市政府於10
14 7年3月13日核發使用執照，上訴人以107年3月6日桃園府前
15 郵局000234號存證信函終止系爭契約，並不合法。又桃園市
16 建築師公會鑑定認為系爭工程合理報酬為62,637,525元，扣
17 減（未施作）追加部分查核金額1,474,714元，另加計消防
18 工程報酬168萬元及追加查核金額148,821元，合計66,141,2
19 14元（含稅），扣除上訴人已給付39,318,763元，上訴人尚
20 應給給付工程款26,822,451元等情。爰依系爭契約（追加工
21 程部分依契約或民法第176條或第179條規定）及民法第513
22 條第1項規定，求為命：(一)上訴人應給付26,822,451元及自
23 起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。
24 (二)上訴人應將系爭建物以被上訴人為抵押權人，辦理債權額
25 為26,822,451元法定抵押權登記之判決。願供擔保請准就第
26 1項聲明宣告假執行。

27 三、上訴人則以：兩造於105年7月29日簽訂系爭契約，約定工程
28 期限自105年8月1日起至106年6月30日完工，交付使用執
29 照，工期共計334日曆天。系爭工程為總價承攬，不因實際
30 完成數量有異即得追加工程款。又系爭契約第12條約定，工
31 程變更須經兩造協議，並經伊同意方得為之；另依第6條約

01 定，被上訴人未舉證證明係經伊指示追加施工，若被上訴人
02 未按圖施作而擅自變更設計，自無請求工程款之理。雖被上
03 訴人提出電子郵件主張伊指示變更設計，惟電子郵件多為細
04 部修改並未達系爭契約第23條第2項約定變更設計應以書面
05 同意之程度。被上訴人未於約定期限內完工，且部分施工品
06 質不符約定要求與數量，經伊以存證信函催告被上訴人已延
07 誤工期，要求應依約施作水電工程，並補正、負擔工程瑕
08 疵。被上訴人却以107年1月17日楊梅高榮郵局000016號存證
09 信函回復已完工取得使用執照完工，不願意負責水電工程及
10 改善工程缺失云云，顯無再施作後續工程之意，伊依系爭契
11 約第21條第2項第1款第1目、第4目約定，以107年3月6日函
12 為終止系爭契約，自屬合法。因被上訴人有部分未完工或瑕
13 疵，伊自得拒絕支付承攬報酬，並以逾期罰款之違約金債權
14 1,084萬元及損害賠償債權23,328,050元為抵銷等語，資為
15 抗辯。

16 四、原審為被上訴人一部勝、敗之判決，即命上訴人應給付被上
17 訴人17,953,237元本息，並應將系爭建物以被上訴人為抵押
18 權人，辦理上開債權額之抵押權登記，另駁回被上訴人其餘
19 之訴及假執行之聲請。上訴人聲明全部不服，提起上訴，其
20 上訴及答辯聲明：(一)原判決不利上訴人部分廢棄。(二)上開廢
21 棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。(三)
22 被上訴人之附帶上訴及假執行之聲請均駁回。(四)如受不利之
23 判決，願供擔保請准宣告免為假執行。被上訴人就原判決不
24 利部分提起附帶上訴，其附帶上訴及答辯聲明：(一)原判決關
25 於駁回被上訴人下開第二項之訴及假執行之聲請均廢棄。(二)
26 上開廢棄部分：(1)上訴人應再給付8,869,214元及自107年7
27 月5日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(2)上訴人應將
28 系爭建物以被上訴人為抵押權人增加辦理8,869,214元之抵
29 押權登記。(三)願就給付部分供擔保請准宣告假執行。(四)上訴
30 駁回。

31 五、不爭執事項：

01 (一)、上訴人委由傅紀宏建築師事務所設計監造系爭建物，上訴人
02 於105年2月3日以起造人名義申請建造執照，經桃園市政府1
03 05年6月21日府都建照字第1050148379號函核發105桃市都建
04 執照字第會楊00660號建造執照。

05 (二)、兩造於105年7月29日就系爭工程簽訂系爭契約，包含二期工
06 程在內，系爭工程依總價承攬方式議價為5,420萬元，營業
07 稅135萬元，以及追加消防工程168萬元。

08 (三)、上訴人於105年12月23日向桃園市政府申請建築物變更設
09 計，經桃園市政府於106年2月7日函覆：「准予變更設
10 計」。

11 (四)、桃園市政府於107年3月13日核發使用執照記載：「附件所列
12 建築物經查依核准圖說建築完竣茲檢附竣工圖乙份准予給照
13 使用，發照日期：106年2月6日(第1次：105年6月20日)，
14 建照號碼：(105)桃市都建執照字第會楊00660-01號，開工
15 日期：105年8月30日，竣工日期：106年6月19日」。上訴人
16 於107年3月15日取得使用執照。

17 六、茲將兩造爭執要點，分項析述如后：

18 (一)、依系爭契約第4條合約文件：「合約條款、合約附加條款或
19 其他工程補充說明、本工程經建管單位核准之建照圖、書、
20 表及甲（指上訴人）乙（指被上訴人）雙方議定之最終圖
21 說、書面資料、表單等（附表後）、其他要件：本工程施工
22 項目報價明細表、工程施工進度表。」，第6條合約總價及
23 結算方式：「…總價為伍仟肆佰貳拾萬元、營業稅2.5%計壹
24 佰叁拾伍萬元…本合約報價為總價承攬。」，第7條工程期
25 限：「…2.工程期限：自105年8月1日起算。於106年6月30
26 日完工，使用執照交付甲方，共計334日曆天。」，附約說
27 明：本案乙方亦須履行下列事項，不得另行向甲方要求加價
28 1.本案乙方不含衛浴設備，但乙方須安裝該衛浴設備。2.本
29 案乙方不含空調設備，但乙方須安裝該空調設備。3.本案乙
30 方須無條件完全協助甲方完成五大管線圖說之繪製及技師簽
31 證，並完成各政府機關對於本建案，案件送審完畢核准之文

01 件及圖說。4.本案乙方不帶任何燈具照明設備，但乙方須安
02 裝該燈具照明設備。5.消防工程設備及施工，若由乙方承接
03 時，其價格經甲乙雙方議價為壹佰陸拾捌萬元整（含繪圖、
04 送審、技師簽證、設備及施工）。6.機電水電工程設備及施
05 工圖說，由乙方負責，其價格已含在總價內（含機電水電工
06 程繪圖、送審、技師簽證、設備及施工）。7.基地內原土須
07 降低100公分，其費用（100000元內）由乙方向原地主協調
08 後並向原地主請領。8.基地前方道路拆除板岩，須將該材料
09 放置完善，以備以後業主施工用，施工位置在建物後方，乙
10 方負責施工。9.預設廁所及台電受電室其施工位置在建物後
11 方，地坪R.C由乙方負責施工，須高於1F.L至少15公分。10.
12 本合約已包含二次工程在內，即：二次水保擋土牆、基地
13 左、右側圍牆、伸縮大門2座、伸縮大門R.C屋2座、SD不銹鋼
14 鐵捲門（627.5x460cm）4樘。11.基地前方道路須移路樹2
15 株，乙方其移除後位置須注意安全及恢復原狀。」（見原審
16 2卷9至29頁）。被上訴人依系爭契約文件及附約說明所列載
17 工項內容，以工程總價5,420萬元施作系爭建物，工期自105
18 年8月1日起算，於106年6月30日完工，交付使用執照予上訴
19 人，共計334日曆天，合先敘明。

20 (二)、被上訴人主張系爭契約圖面並非第1次變更設計圖，上訴人
21 在申報開工前，傳送不同於建造執照之圖面，在桃園市政府
22 核准第1次變更設計後，另傳送修改圖面要求其施作而影響
23 工期云云。惟查，證人楊安沅於另案一審證陳：伊係被上訴
24 人派駐系爭工程之工地主任，約於105年8月10日離職，系爭
25 契約是伊與被上訴人會計小姐到上訴人廠房討論確認無誤
26 後，由被上訴人會計小姐帶回用印，上訴人亦用印。工程報
27 價單是依第1次變更設計圖說為計算，被上訴人從未取得建
28 照圖說，討論合約時就是依據第1次變更設計圖面進行計算
29 而得出工程報價單，之後有進行一些修改。但修改方案不影
30 響當時估算，系爭合約附約說明的內容，有些是被上訴人當
31 時經理答應上訴人要處理的工項，或是被上訴人會計小姐許

01 諾要做的東西，但這些工項沒有顯示在估價單內，所以才簽
02 立附約說明等語（見原審1卷249至254頁）。設計監造建築
03 師傅紀宏於另案一審證述：系爭工程曾辦過1次變更設計，
04 主要是增加隔間，於105年12月23日送件辦理，原本設計是
05 沒有隔間，建築法第39條規定關於主要結構、結構系統、面
06 積、樓板高度等項，須辦理變更設計，其餘部分就不須要辦
07 理，因為有觀光工廠專家給予意見，伊在不違反建築法第39
08 條規定，依上訴人指示微調圖面後，陸續發給被上訴人等語
09 （見原審1卷255至263頁）。傅紀宏建築師於105年7月11日
10 寄發「本圖面尚未經相關單位核准在案，實際圖面仍以核准
11 版本為準」、於同年月21日寄發附件「○○○○段廠房0000
12 0000-建築設計圖（PDF）檔案」之電子郵件，經上訴人於翌
13 日下午11時24分及26分轉發予被上訴人（見原審1卷49至56
14 頁），並非傳送桃園市政府於105年6月21日核發建照之圖
15 面。再觀諸傅紀宏建築師其後寄發電子郵件檢附圖面均標註
16 用途，其中105年8月4日「千朔建造執照圖、陳小姐您好，
17 報開工用，千朔建造執照圖」（見原審2卷170頁）；105年8
18 月9日「千朔開工申報用圖＋第1次變更設計圖（估價、施工
19 用）已經準備好可以來拿了」（見原審3卷1頁）；105年8月
20 15日下午1時57分寄發「千朔原核准結構圖（開工申報
21 用），陳小姐您好，此檔案為申報開工用，麻煩請分清楚圖
22 面功能，以免用錯，謝謝」、同日下午2時4分寄發「千朔第
23 1次變更設計圖（施工、估價用）、陳小姐您好，此檔案為
24 第1次變更設計圖（施工、估價用），麻煩請分清楚圖面功
25 能，以免用錯，謝謝」（見原審3卷7至8頁），被上訴人既
26 質疑上開不同圖面之用途，復參諸楊安沅前開證詞，足認被
27 上訴人明悉建照核准圖面僅供申報開工之用，第1次變更設
28 計圖始為簽約估價及施工之圖面甚明。是被上訴人以傅紀宏
29 建築師傳送第1次變更設計圖之電子郵件日期晚於系爭契約
30 簽立日期，主張第1次變更設計圖面並非系爭工程之契約圖
31 面云云，自無可取。至被上訴人主張上訴人在申報開工後，

傳送不同於建造執照核准圖面，影響工期云云。查系爭工程於105年8月30日申報開工，105年12月23日申請辦理變更設計，經桃園市政府於106年2月7日核准，雖傅紀宏建築師持續寄發設計平面圖、剖面圖等修改資料予被上訴人，惟其業已陳明上開調整修改圖面，並未涉及須依建築法第39條規定辦理變更設計，被上訴人亦未曾依系爭契約第10條約定向上訴人申請展延工期，甚在本件及另案均主張其於106年6月19日提前完工（詳後述），則其主張傅紀宏建築師事後依上訴人指示陸續傳送調整圖面，影響其施作工期云云，顯相互扞格，殊無可取。

(三)、被上訴人再以上訴人傳送修改圖面要求其施作等工項，主張其得向上訴人請求追加工程款云云。惟依系爭契約第6條後段：「業主不得擅自變更設計，若爾後本工程完工結算時，如因業主變更設計致工程項目或數量有增減時，甲乙雙方應就變更或增減部分協議，經甲方同意才可辦理工程追加減帳結算。」，第23條第2項：「本合約文件及其附件內，所指的申請、報告、同意、指示、核准、通知、解釋等其他類似行為之意思表示，均須書面獲通知為之。書面之遞交，以面交簽收為之通知則以郵寄至雙方定約之地址為準。本工程施工期間，如乙方工地負責人與甲方指派人員，以口頭向對方有意見表示時，均應於7日內以書面通知對方確認。甲方指派人員於施工監督以口頭向乙方指示，乙方應於7日以書面送請甲方指派人員確認，甲方或其指派人員應於3日內簽復，否則即視同確認。」可見追加工項應先由兩造協議，經上訴人書面同意後，始得為工程之追加。然依被上訴人提出上訴人或傅紀宏建築師傳送圖面資料，僅係施工期間調整工項之圖面，前已敘明，尚無從據此認定兩造有達成追加工程之合意。雖被上訴人舉桃園市建築師公會鑑定報告，主張兩造有追加工程云云。惟桃園市建築師公會受原審囑託指派輪值建築師江庭芳、曹中誌於109年12月會勘系爭建物，距上訴人於107年7月13日遷入使用，已有2年之遙，客觀上已難

01 認系爭建物係被上訴人於106年10月30日最後施工之態樣。
02 況江庭芳建築師於原審證陳：鑑定報告記載契約欄位、單價
03 及數量是依報價單及所附圖說記載，營造方追加金額欄位，
04 則是被上訴人主張請求數量及金額，而鑑定結果記載核定數
05 量，是依竣工圖電子檔上面的尺寸進行計算施作數量，至於
06 那些數量包含在原契約範圍，則未鑑定判斷，本件係依竣工
07 圖進行評估施作價值等語（見原審16卷10至11頁），桃園市
08 建築師公會鑑定報告僅轉載被上訴人主張追加工程及數量，
09 並未查核系爭契約之工項範圍，對於追加工程存否形同未予
10 鑑定，則被上訴人執此主張有追加工程存在云云，自無可
11 取。再參以另案送請淡江大學學校財團法人淡江大學工程法
12 律研究發展中心出具鑑定報告書（下稱淡大鑑定報告），比
13 較系爭工程之契約圖說〈即台灣省土木技師公會鑑定報告
14 （下稱土木技師鑑定報告）附件7〉、竣工圖（同前鑑定報
15 告附件8）及土木技師現場鑑定（107年2月2日）現場所依據
16 平面圖，三者圖說主要差異為室內空間隔間位置於竣工圖有
17 做調整，以及因室內隔間位置調整，少數開口（門、窗位置
18 規格尺寸）有配合修正等情（見本院2卷147頁），縱認有調
19 整上開隔間及門、窗位置規格尺寸，但被上訴人並未證明此
20 部分符合系爭契約之追加工項，則其依追加契約、無因管理
21 或不當得利，請求上訴人給付追加工程款云云，即無可取。
22 (四)、被上訴人主張其於106年6月19日完工云云，固舉使用執照記
23 載竣工日期為據。

- 24 1. 惟按建築法第70條第1項：「建築工程完竣後，應由起造人
25 會同承造人及監造人申請使用執照。直轄市、縣(市)(局)主
26 管建築機關應自接到申請之日起，10日內派員查驗完竣。其
27 主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符
28 者，發給使用執照，並得核發謄本；不相符者，一次通知其
29 修改後，再報請查驗。」又按桃園市建築管理自治條例第35
30 條：「本法第70條第1項所稱建築物主要設備之項目如下：
31 1. 消防設備。2. 避雷設備。3. 污水處理設備。4. 昇降設備。

01 5. 機械式停車設備。6. 防空避難設備。前項第1款至第5款之
02 主要設備應取得各該主管機關或受委託行使公權力之團體核
03 發合格證明文件，始得申請核發使用執照。」桃園市政府建
04 築管理處111年12月16日桃建施字第1110099730號函亦敘
05 明：107年1月9日辦理系爭建物之竣工查驗，並依查驗紀錄
06 表所載項目抽查後，填具查驗紀錄表，使用執照上之竣工日
07 期係依申請書上申報竣工日期填載等情（見本院2卷363至36
08 4頁）。可見，桃園市政府建築管理處依上開建築法規查驗
09 系爭建物之主要設備等項與設計圖樣相符，即核發使用執
10 照，而使用執照所載竣工日期則係轉載申請書日期，並非代
11 表被上訴人於該日依系爭契約完工甚明。是被上訴人徒以使用
12 執照轉載其自行申報之竣工日期，主張其於106年6月19日
13 完工云云，顯不足取。

14 2. 再者，系爭建物之消防設備及昇降設備依上開建築法規，應
15 取得主管機關或委託行使公權力之團體核發合格證明文件始
16 得核發使用執照乙節，有桃園市政府111年11月30日府都建
17 施字第1110336297號函可參。而系爭建物之昇降設備及消防
18 設備合格證明文件，分別經中華民國建築物昇降暨機械停車
19 設備協會106年11月13日106中建昇檢竣字第10611019號函及
20 桃園市政府消防局107年1月30日桃消預字第1070003427號函
21 查驗合格（見本院1卷197至201頁），足認被上訴人並未於1
22 06年6月19日完工。雖被上訴人主張係因上訴人指示修改現
23 場施工現況變更原隔間位置，經修正消防設備竣工圖面多次
24 報驗方為合格始能報請使用執照，其並無延誤工程進度之可
25 歸責事由云云。惟被上訴人依約除應完成土建工程外，尚應
26 完成附約說明所載之機電水電工程設備及施工圖說（含機電
27 水電工程繪圖、送審、技師簽證、設備及施工），以及消防
28 工程（含繪圖、送審、技師簽證、設備及施工）。雖上訴人
29 或傅紀宏建築師在第1次變更設計圖之後，另傳送其他調整
30 之圖面資料，惟被上訴人並未因此辦理展延工期，前已詳
31 述，被上訴人亦未舉證證明消防設備於107年1月30日始獲合

01 格證明係因可歸責於上訴人事由所致，則被上訴人主張其並
02 無延誤工期責任云云，自無可取。

- 03 3. 被上訴人主張其因上訴人拒絕申請雜項執照，致未能施作二
04 期工程云云，並提出107年1月17日楊梅高榮郵局000015號存
05 證信函為證（見原審7卷613至615頁）。查二期工程之工期
06 並未列入系爭工程之施工預定進度表，核與俗稱待取得使用
07 執照後再施作「二工」性質相仿，縱認上訴人就二期工程須
08 申請雜項執照，惟觀諸被上訴人於107年1月17日楊梅高榮郵
09 局000016號存證信函已表明其完成97%工程，剩餘3%依約取
10 得使用執照即完成所有承攬工程（見原審7卷607至609
11 頁），被上訴人認為其已完成97%工程，僅待取得使用執照
12 即完成所有工程，顯無施作二期工程之意，則其事後將未施
13 作二期工程歸咎於上訴人未申請雜項執照所致云云，即無可
14 取。

- 15 (五)、被上訴人主張上訴人以107年3月6日存證信函終止系爭契約
16 為不合法云云。惟依系爭契約第21條第2項：「合約解除：
17 1. 乙方有下列情事之一者，甲方得解除本合約，並得將違規
18 事實移送主管機關懲戒，甲方因此所受一切損失，乙方應負
19 賠償之全責。(1)因可歸責於乙方之事由，致施工進度較預定
20 進度落後百分之二十以上者…(4)無正當理由而不履行合約之
21 一部或全部者…」（見原審2卷24頁），雖契約使用「解
22 除」文字，然系爭契約為承攬性質，屬繼續性契約，依締約
23 本意應為終止之意，業據兩造陳明在卷（見本院2卷272
24 頁）。上訴人以被上訴人未依約於106年6月30日完工並取得
25 使用執照，先以107年1月12日桃園府前郵局000042號存證信
26 函催告（見原審7卷603至605頁），被上訴人以107年1月17
27 日楊梅高榮郵局000016號存證信函回復：「本公司已依照原
28 設計圖面完成97%之承攬工程事項…剩餘之3%依照合約進度
29 為取得使用執照…近日內取得使用執照即完成所有承攬工程
30 事項。」（見同上卷607至615頁），然被上訴人斯時並未完
31 工，且無意願繼續施作，前已詳述，則系爭工程自105年8月

01 1日算至107年3月5日之天數（即契約約定工期＋延誤工期）
02 與契約約定工期之比例計算〈計算式： $(334+248) \div 334 =$
03 1.7425 ， $1.7425-1 \div 74.3\%$ 〉，被上訴人於斯時之施工進度
04 落後顯已超過20%。則上訴人以107年3月6日桃園府前郵局00
05 0234號存證信函：「…台端延誤工期至今（3/5）248天，相
06 較約定工期334天（第7條）顯然延誤工期超過20%…且就約
07 定機電水電工程之施工（附約說明6）…至今仍未依約派員
08 施作該等工程，顯然不願依約履行合約之一部或全部…特以
09 此書面通知台端，作成解除契約之意思表示。」經被上訴人
10 於同日收受（見同上卷623至635頁），上訴人依系爭契約第
11 21條第2項第1款第1目及第4目約定終止系爭契約，自屬合
12 法。從而，系爭契約自上訴人依上開約定合法終止時起，向
13 將來失其效力，而非溯及的歸於消滅，被上訴人（承攬人）
14 於終止前已完成工作之報酬請求權（債權），仍然有效存
15 在，並不受契約終止之影響，仍可依原契約請求上訴人（定
16 作人）給付，此觀系爭契約第21條第2項第3款第2目：已完
17 成工程項目，依合約規定估驗計價等語即明，此與第21條第
18 1項任意終止之約定，並不相同，則上訴人執此抗辯其無須
19 給付報酬云云，自屬無據。

20 (六)、被上訴人主張其施作系爭建物之完工比例及價值，為上訴人
21 所否認，經查：

- 22 1. 被上訴人依桃園市建築師公會鑑定報告，主張其施作系爭工
23 程價值為61,162,811元（見外放鑑定報告），惟該公會江庭
24 芳建築師於原審證陳其係依被上訴人主張追加數量及金額記
25 載在鑑定報告欄位，鑑定結果記載核定數量係依竣工圖電子
26 檔上面尺寸進行計算，並未判斷那些數量屬原契約範圍等
27 情，前已詳述。更何況，被上訴人並未依約完工情形下，桃
28 園市建築師公會鑑估價值，竟高過系爭契約之工程總價，顯
29 悖離總價承攬之精神，殊無可採。
- 30 2. 被上訴人主張其已完成系爭工程97%，僅剩3%取得使用執照
31 工項云云，並舉系爭契約附件一付款明細配當表最後1期

「使用執照取得」付款條件佔比3%為證（見原審2卷38頁）。然承攬採報酬後付原則，除當事人間另有特約外，承攬人於工作完成後，始得請求報酬。而工程實務多採用分期估驗付款及結算工程款之給付方式，雖一般估驗款與施作進度有關，但施作之工程數量及價值未依承攬契約驗收之前，尚難僅依分期估驗款數額認定完工比例。況系爭工程之整體直接工程費（即系爭工程報價單「壹、建築工程」及「貳、水保工程」之工程費用）合計為61,086,175元（計算式：57,890,470+3,195,705=61,086,175），第1期至第8期所應完成工程項目（即主體結構含水電配管完成），依系爭工程報價單施作金額為32,447,175元（計算式：1,225,000+781,420+28,160,850+289,000+1,734,305+256,600=32,447,175），約佔整體工程費53.12%（計算式：32,447,175÷61,086,175=0.53117），經與付款配當表記載第1期至第8期累計付款67%相較，兩者差距多達13.88%，益徵付款明細配當表僅係分期估驗付款資料，不能作為審認完工比例之證據。是被上訴人執此主張其完工程度已達97%云云，自無可取。

3. 再查，另案囑託淡江大學鑑定系爭工程於106年6月19日是否完工？如未完工，則完工比例及剩餘工項為何？淡大鑑定報告結論：「…依據系爭契約工程承攬合約書及附件內之工程報價單內容明細分析，除建築工程項目有細項工項可供設算比例外，系爭契約工程報價單內並無機電工程或其明細，實應已內含於工程總價金內。因此要鑑別未完工項剩餘機電工程項目及所佔比例，實有難度。故針對機電工程未完項目，概以系爭工程日報表內所填屬於機電項目為主，亦即空調工程及機水電工程…三、故依據出工工作日報表紀錄之工數，分別以106/10/30為全部完工日之基礎，及依據臺灣省土木技師公會鑑定報告書內容結論之系爭工程契約內未完工項金額（機電項目金額已含於未完工項金額內），再以未完工項採取點工方式，以每工每日工資2500元計酬，得出所需增加

之出工數，來設算比較106/6/19當時已完工部分佔全部應完工之百分比。綜上得出三種設算結果，詳本報告第陸項鑑定經過內容，據此研判已完工之合理比例應在62~74%之間。

四、鑑定委員再依傳統工程履約經驗研判，系爭工程已合法取得建築使用執照，可為承造人續取得送水送電的基礎，此為一般工程履約之重要工項…故本件鑑定，採取工程慣例及客觀合理原則判斷，採鑑定設算一之結果較符合系爭契約之原意。五、故總結初審鑑定106/6/19當時已完工項部分佔全部應完工項約74%」（見本院2卷167至170頁）。然106年10月30日係被上訴人提供工程日報表之最後出工日期，並非完工日，淡大鑑定報告或囿於受囑託問題所限，假設該日為完工日及每工每日2,500元之設算前提，鑑定被上訴人於106年6月19日完工比例如設算一所示74%，或上訴人抗辯完工比例僅為設算二或三之62%~65%，抑或被上訴人主張扣除未完工項目金額計算完工比例為93.45%云云，均與被上訴人於106年10月30日最後施工日之完工比例無關。

4. 施工預定進度表乃施工廠商於開工前，依工程契約、圖說及規範，規劃工程的順序、方法、時程與資源配置，確保工程順利完工，並藉此追蹤工程進度，系爭契約第8條亦載明被上訴人提出開工報告應檢附施工預定進度表，供上訴人核算及展延工期之參考依據，且為第21條第2項檢視施工進度落後之重要資料。則被上訴人施作至106年10月30日之完工比例，依其累計施作天數佔繼續施作至完工之全部天數（即加計施工預定進度表所列尚未施作天數）比例估算，避免工程報價單因缺少機電工程及其明細，難以設算此部分完工比例，亦無須假設完工日及每工每日費用等不確定前提推算完工比例等疑義。經查：

- (1) 依被上訴人提出106年10月30日工程日報表（最後施工日）重要工作事項：「1. 水電配置管線。2. 一樓排水溝側回填土施作。3. 二樓廁所地坪及B樓梯地磚施作。4. AM9：00業主及公司許董、賴建築師、各工種承商於工地開會。5. PM15：30業

主呂總至工地與公司許董及三洋、冠軍廠商選樣及確認室內地壁磁磚。6. 個人已將工地近日預定工程及門鎖等工務事宜正式點交於賴建築。」（見原審13卷412頁），僅就室內地壁磁磚進行材料選樣及確認，尚未進場施作，經審視工程預定進度表（見原審6卷207至212頁）之任務名稱及工期，室內地壁磁磚之相關工項係包括「室內地坪地磚材料進場及吊料」（識別碼228）及「室內地坪地磚」（識別碼234），預定施作起訖日期分別為「106年5月26日至5月29日」及「106年5月30日至6月18日」，共計24日曆天（見同上卷211頁），而其後接續進行「室內牆壁及平頂二度面漆施工」（識別碼237）預定自106年6月19日起至同年6月26日施作（計8日曆天），且為系爭工程預定施作之最後工項，則被上訴人完成上開工項，尚需32日曆天（計算式： $24+8=32$ ）。

(2)再依工程預定進度表，屬於空調設備安裝之任務名稱分別為「消防拉線及空調設備拉線安裝」（識別碼221）及「空調設備安裝」（識別碼239），預定施作天數均為20日曆天，合計40日曆天。復檢視工程日報表，被上訴人進場施作消防拉線相關工項（消防工）期間，分別為106年6月14日至16日、26日至28日，7月10日至12日（見原審13卷272至274、284至286、298至300頁），計9日曆天，剩餘31日曆天則為進場施作空調設備安裝期間，依工程日報表記載施作期間，分別為106年8月16日至17日、22日至24日、29日、31日（共7日曆天，見同上卷335、336、341至343、348、350頁）、106年9月7日、12日、14日、16日、19日、21日至23日、26日、28日、30日（共11日曆天，見同上卷357、362、364、366、369、371至373、376、378、380頁）、106年10月2日、3日、5日至7日、17日、19日至21日、24日、26日（共11日曆天，見同上卷382、383、387至389、399、401至403、406、408頁），合計29日曆天，依施工日數計算被上訴人就空調工程之完成比例為93.55%（計算式： $29\div31=0.93548$ ），

01 經核與證人即被上訴人委託施作空調工程之黃文澤於另案一
02 審證述其施作工項至少有達到90%等語（見原審1卷254頁）
03 相當，亦即被上訴人欲完成空調工程尚需2日曆天。

04 (3)另依淡大鑑定報告參考土木技師公會鑑估未完工項目，刪除
05 工程瑕疵及圖說規格不符項目，認為未完成項目計有裝修工
06 程、雜項工程、水保工程及二期工期，詳如表三「未完工項
07 項目表」（見本院2卷153頁）。被上訴人爭執表三所列雜項
08 工程項次19（大喬木含樹穴）為施工預定進度表識別碼244
09 （綠化工程施工），項次28（戶外地坪鋪設AC渣）、29（戶
10 外地坪AC鋪設）為施工預定進度表識別碼245（AC地坪施
11 工），依土木技師現場拍攝相片所示並非未施作工項，姑不
12 論被上訴人是否有依施工圖面確實施作上開工項之爭論，先
13 將此部分摒除未施作工項之列，然被上訴人爭執其餘工項係
14 因上訴人要求改設計而不施作云云，既為上訴人所否認，被
15 上訴人復未能舉證以實其說，仍應認為其未施作工項。其中
16 粉飾工程關於項次11「地坪1：3水泥砂漿鋪60x60樓梯磚（1
17 ～R2F）含梯廳R2～R3F樓梯為水泥粉光」（識別碼222）；
18 項次14、15「內牆1：3水泥砂漿粉光一底二度」（識別碼21
19 3）；項次16「內牆1：2水泥砂漿粉光」（識別碼215）；項
20 次「輕質灌漿隔間牆刷乳膠漆」（識別碼224、225、23
21 7），預計施工日曆天分別為7、25、12、10、5、7日，且各
22 工期並無重疊之處，亦即被上訴人尚需66日曆天始能完成上
23 開工項。

24 (4)被上訴人陳報工程日報表最後於106年10月30日之實際施作
25 天數為411天，則被上訴人在此之後施作上開尚未完成工
26 項，至少需100日曆天（計算式： $32+2+66=100$ ），亦即
27 被上訴人完成全部工項計需511日曆天，則被上訴人於106年
28 10月30日完工（不包括二期工程）比例為80%（計算式： 411
29 $\div 511=0.8043$ ）。

30 (七)、被上訴人於上訴人終止系爭契約後，依約得請求已施作之工
31 程款數額，以及上訴人抵銷抗辯部分：

- 01 1. 系爭契約工程報價單第1頁列載工程款總計為61,881,175元
02 (不含2.5%營業稅)，經議價後為5,420萬元，據此計算議
03 價比應為0.88，並非淡大鑑定報告所載0.87；另為求議價前
04 工程款金額計算之一致性，依第1頁工程報價單所載議價前
05 二期工程價款915,800元計算等節，業經兩造同意在案（見
06 本院3卷7頁）。本件依工程預定進度表估算被上訴人完工比
07 例為80%，則依該完工比例計算工程款，應先扣除未列在工
08 程預定進度表之二期工程之價款，加上系爭契約約定135萬
09 元營業稅，乘以80%完工比例，再加上追加消防工程價款168
10 萬元（此部分無營業稅），被上訴人得請求工程款應為45,4
11 75,277元 { 計算式：〈54,200,000－(915,800×0.88)＋1,
12 350,000〉×0.8＋1,680,000＝45,475,277，元以下四捨五
13 入 }，扣減上訴人已支付工程款39,318,763元後，被上訴人
14 尚得向上訴人請求工程款6,156,514元。
- 15 2. 上訴人雖以被上訴人未完成瑕疵修補前，其可拒絕支付承攬
16 報酬云云，惟按工作之完成與工作有無瑕疵，係屬二事，定
17 作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給
18 付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬人修補，如
19 承攬人不於所定期限內修補瑕疵、或拒絕修補、或瑕疵不能
20 修補者，定作人得依民法第493條、第494條等規定請求償還
21 修補費用、減少報酬而已。縱認系爭建物有上訴人所指被上
22 訴人迄未修補之瑕疵存在，上訴人亦不得拒絕給付報酬，是
23 其執此所為抗辯，自無可取。
- 24 3. 上訴人以其對被上訴人有逾期違約金債權1,084萬元為抵銷
25 抗辯。依系爭契約第20條逾期罰款：「乙方如不依照合約規
26 定期限竣工，或逾期改善驗收缺失，應按逾期的日數及按結
27 算總價千分之一每日計算逾期罰款，賠償甲方損失，該項罰
28 款應由乙方在本工程驗收合格後向甲方繳納，甲方亦得在乙
29 方未領之工程款中扣除，如有不足，得向乙方追繳之，但逾
30 期罰款的額度，以不超過工程結算總價20%為上限。」（見
31 原審1卷23頁）。該逾期罰款並無懲罰性之文義，核其性質

01 應係被上訴人發生違約（債務不履行），上訴人可請求損害
02 賠償總額預定之違約金。查被上訴人未依約於106年6月30日
03 完工，經上訴人催告又拒不履行，上訴人於107年3月6日合
04 法終止系爭契約後，須另覓他人接手完成後續工項，受有另
05 行發包之損害，則上訴人依上開約款，按契約總價5,420萬
06 元以每日千分之1，對被上訴人計罰自106年7月1日至107年3
07 月5日共計248天（計算式： $54,200,000 \times 0.001 \times 248 = 13,441,600$ ），以不超過契約總價20%之逾期違約金1,084萬元

08 （計算式： $54,200,000 \times 0.2 = 10,840,000$ ），自屬有據。再
09 者，系爭契約係由被上訴人所提供，顯見其於訂約時，已盱
10 衡自己履約之意願、經濟能力，本諸自由意識及平等地位自
11 主決定，而該逾期違約金約定之計罰標準及上限，亦為工程
12 業界普遍採用之版本，被上訴人並未舉證證明有何過高之情
13 事，自無酌減之餘地。從而，上訴人於107年4月17日另案起
14 訴請求被上訴人給付上開逾期違約金1,084萬元，則被上訴
15 人請求上訴人給付工程款6,156,514元，經上訴人以上開逾
16 期違約金為抵銷後已消滅，本院無庸再行判斷上訴人另舉其
17 他損害賠償債權之抵銷部分，併此敘明。是被上訴人請求上
18 訴人給付工程款26,822,451元本息，以及上訴人在系爭建物
19 設定同額工程款之抵押權云云，均為無理由。

20
21 七、綜上所述，被上訴人依系爭契約（追加工程部分另依契約、
22 或無因管理或不當得利）及民法第513條第1項之規定，請求
23 上訴人給付26,822,451元及起訴狀繕本送達翌日（即107年7
24 月5日）起至清償日止，按年息5%計算之利息，以及在系爭
25 建物設定上開工程款之抵押權，均為無理由，不應准許。原
26 審命上訴人給付17,953,237元本息，以及在系爭建物設定同
27 額抵押權予被上訴人之判決，自有未洽，上訴意旨指摘原判
28 決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改
29 判如主文第二項所示。至原審駁回被上訴人請求上訴人給付
30 8,869,214元本息及在系爭建物設定該數額之抵押權部分，
31 所持理由雖與本院不同，但其結果並無二致，仍應予維持。

被上訴人就此部分提起附帶上訴，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一詳予論駁，併此敘明。

九、據上論結，上訴人之上訴為有理由；被上訴人之附帶上訴為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第2項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 114 年 9 月 16 日

工程法庭

審判長法 官 傅中樂

法 官 黃欣怡

法 官 洪純莉

正本係照原本作成。

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（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項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。

中 華 民 國 114 年 9 月 16 日

書記官 劉美垣

附表

建 號	坐 落 基 地 ----- 門 牌 號 碼	主 要 建 材 及 層 數	建物面積（平方公尺）
			樓 層 面 積
桃園市 ○○區 ○○段 00000 號	桃園市○○區○○ 段000○○000地號 ----- 桃園市○○區○○ 路0段000號	鋼 筋 混 凝 土 造 4 層	一層：911.46 二層：914.13 三層：914.13 四層：914.13 突出物一層：117.97

(續上頁)

01

			突出物二層：108.19 突出物三層：108.19 合計：3988.20
--	--	--	--