

臺灣新北地方法院民事判決

107年度建字第54號

原告兼反訴被告 陳活源

訴訟代理人 林育任律師

被告兼反訴原告 啟正營造有限公司

法定代理人 童聰信

訴訟代理人 鄒純忻律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，於中華民國109年5月26日言詞辯論終結，本院判決如下：

主 文

被告啟正營造有限公司應給付原告陳活源新臺幣壹萬伍仟參佰零玖元，及自中華民國一百零七年三月十六日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之一，餘由原告負擔。

本判決第一項關於原告勝訴部分，得假執行；被告以新臺幣壹萬伍仟參佰零玖元為原告預供擔保後，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、當事人之主張：

一、原告兼反訴被告方面：

聲明：

(一) 本訴部分：被告應連帶給付原告新臺幣（下同）534萬4,000元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之五計算之利息。原告願供擔保以代釋明，請准宣告假執行。

(二) 反訴部分：反訴原告之反訴駁回。如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

其陳述及所提出之證據如下：

(一) 新北市建築師公會之鑑定報告書已證明本件工程故被告並

未完工，被告未依兩造合約約定完工日期105年3月10日之前取得使用執照並全部完工，工程延宕已逾完工日長達一年半以上，原告陳活源依工程合約書第十八條得請求每日7000元（工程總價金700萬元之千分之一）工程遲延賠償，故原告於本件向被告請求自105年3月11日至107年1月31日已逾692日，每日7000元，共計484萬4000元之工程遲延損害賠償（7000 X 692），實有理由可言：

- 1、原告陳活源為新北市○○區○○段○○○○號之地主，於104年3月28日，原告與被告啟正營造有限公司簽訂住宅工程合約，依合約被告應於105年3月10日之前取得使用執照並完成全部工程。
- 2、被告向新北市政府工務局申報開工，新北市政府工務局核定本件工程開工日期為104年3月19日，之後原告依照工程合約之付款辦法（參原證二第2-3頁），於被告完成第一期至第四期工程後，原告給付被告第一期至第四期工程款共300萬元，後被告又向原告表示完成第五期工程，故原告又給付被告第五期工程款50萬元。
- 3、惟嗣後被告進行第六期外牆工程、第七期內牆工程，卻有諸多工程瑕疵，遲遲無法完工，後被告於106年9月25日向新北市政府工務局申請使用執照，然因被告第六期、第七期工程有多處未完工，甚至連第五期工程之污水設備亦未完工，故其申請使用執照一案遭新北市政府工務局於106年10月6日駁回，被告從此怠於進行工程，至今仍未完工。
- 4、按原告多次催促被告進行工程，然被告卻均置之不理，兩造多次溝通均無效，工程延宕已逾完工日長達一年半以上，原告陳活源依工程合約書第十八條得請求每日7000元（工程總價金700萬元之千分之一）工程遲延賠償，故原告於本件向被告請求自105年3月11日至107年1月31日已逾692日，每日7000元，共計484萬4000元之工程遲延損害賠償（7000 X 692），實有理由可言，懇請鈞院惠賜判決如原告

01 訴之聲明。

02 5、依據新北市建築師公會之鑑定報告書，本件系爭工程有多
03 處未完成之項目（參鑑定報告第5-8頁），故本件系爭工
04 程根本尚未完工，原告主張被告應給付原告遲延損害賠償
05 484萬4000元，洵屬有理。

06 （二）按被告因第五期工程內容之水電及污水設備未完工，故其
07 連水電及污水設備之照片都提不出來，亦因此無法申請取
08 得新北市政府工務局之使用執照，被告既然違約第五期工
09 程未完工，其即應返還原告已給付之第五期工程款50萬元
10 予原告：

11 1、按民法第179條規定：「無法律上之原因而受利益，致他
12 人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後
13 已不存在者，亦同。」

14 2、因被告向原告表示其已完工系爭工程第五期工程，故原告
15 於105年8月19日給付第五期工程款予被告，惟被告實則未
16 完成第五期工程中之水電及污水設備等，故導致被告申請
17 使用執照遭新北市政府工務局於106年10月6日駁回（參原
18 證四）。

19 3、新北市建築師公會鑑定報告書已證明本件第五期工程中之
20 水電及污水設備被告亦未完工（參鑑定報告第9頁），故
21 被告應返還原告第五期工程價金50萬元按被告既未完成第
22 五期工程，其即不應向原告索取第五期工程價金，其取得
23 第五期工程價金50萬元為不當得利，故原告依民法第179
24 條請求被告返還50萬元，顯有理由。

25 （三）本件第六、七、八、九期工程被告都未完工，則其提起反
26 訴請求原告給付尾款350萬元顯無理由，其反訴應予駁回
27 ：

28 1、依工程合約書第三條，本件系爭工程範圍包括使用執照申
29 請，且依第六條，被告取得使用執照後始得要求原告給付
30 該期估驗款50萬元。

31 2、按被告向新北市政府工務局申請使用執照遭新北市政府工

務局於106年10月6日駁回，因被告之工程有諸多瑕疵導致無法取得使用執照。

3、新北市建築師公會之鑑定報告書已證明被告第六、七、八、九期之工程都未完成，本件系爭工程合約並無預付款，係完工始付款，被告既未完工，其於本件提起反訴請求原告給付完工尾款350萬元即無理由可言，被告即反訴原告之反訴應予駁回，灼然甚明！

(四) 揆諸前揭說明，被告應給付原告5,344,000元（工程遲延賠償4,844,000元、返還第五期工程款50萬元），顯有理由，反訴原告提起反訴顯無理由。

二、被告兼反訴原告方面：

聲明：

(一) 本訴部分：原告之訴及假執行之聲請均駁回。如受不利益判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

(二) 反訴部分：反訴被告應給付反訴原告350萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率百分之五計算之利息。反訴原告願以現金或等值之臺灣銀行可轉讓定存單供擔保請准宣告假執行。

其陳述及所提出之證據如下：

(一) 不爭執事項：

1、原告與被告於104年3月28日訂立新北市○○區○○段○○○號住宅建築工程合約書，約定被告承攬坐落新北市○○區○○段○○○號住宅工程，原告應給付承攬報酬700萬元。

2、原告已給付被告第一期至第五期工程款共計350萬元。

3、被告承攬系爭工程業已交付原告管領。

(二) 原告主張被告給付遲延，請求被告給付違約金4,844,000元無理由：

1、被告承攬系爭工程業已施作完工，現由原告占有管領，原告應給付第一期至第七期之工程款，惟原告僅給付第一期至第五期工程款，被告為保障債權，行使同時履行抗辯權

，故原告指摘被告遲延，係可歸責於原告之事由，應扣除254日，且被告就追加工程款1,368,000元行使抵銷抗辯，原告請求被告給付4,844,000元違約金，為無理由：

- (1)「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。」、「前二條所定之受領，如依工作之性質，無須交付者，以工作完成時視為受領。」民法第505條第1項、第510條定有明文。又按工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。承攬人未依限修補、拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，定作人固得解除契約。但瑕疵非重要者，定作人不得解除契約，民法第493條第1項、第494條規定甚明。其立法意旨在於兼顧定作人及承攬人權益與維護社會公益，係屬限制定作人解除權之強制規定，當事人不得以契約排除其適用（最高法院103年度台上字第2339號民事判決意旨參照）。承攬工作完成與承攬工作有無瑕疵，兩者之概念不同，前者係指是否完成約定之工作？後者則是指完成之工作是否具備約定品質及有無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。而承攬之工作是否完成？不以檢視當事人所約定之工作內容是否已實質完成為限，定作人主觀上認定工作已經完成，且從形式外表觀察，該工作亦具有契約所約定之外觀形態，應認定工作完成（最高法院106年度台上字第1494號民事判決意旨參照）。工程之是否完工，與工程之瑕疵及工程之驗收各有不同之概念。工程雖已完工，但有瑕疵，僅生瑕疵修補或減少價金請求之問題，究不能謂尚未完工；又工程雖已完工，尚未驗收或驗收未合格，亦不能因未驗收或驗收不合格，即謂工程未完工（最高法院89年度台上字第2068號民事判決意旨參照）。工作之完成與工作有無瑕疵，係屬兩事，此就民法第490條及第494條參照觀之即明。是定作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬修補，如承攬人不於所定期限內修補瑕疵，或拒絕修補，或

其瑕疵不能修補者，定作人得依民法第494條之規定請求減少報酬而已（最高法院73年度台上字第2814號民事判決要旨參照）。因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人固得依民法第495條第1項規定，對承攬人同時或獨立行使修補費用償還請求權與損害賠償請求權，然該項損害賠償請求權，屬於債務不履行責任（不完全給付）之性質，要與同法第493條第2項所定之修補費用償還請求權，法律性質、構成要件、規範功能及所生法效均未盡相同。申言之，定作人直接行使此項不完全給付責任之損害賠償請求權時，既非行使民法第493條所定瑕疵擔保責任之修補費用償還請求權，自應回歸民法債編通則有關「不完全給付」之規範，並適用同法第227條第1項之規定。若其瑕疵給付可能補正者，依給付遲延之規定行使其權利；其不能補正時，則依給付不能之規定發生法律效果。因此，定作人對於有瑕疵之工作原得拒絕受領；倘已受領，並因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵，而該瑕疵為承攬人可能補正，其補正給付無確定期限者，定作人於行使上開損害賠償請求權，必先依民法第229條第2項或第3項規定，催告或定有期限催告承攬人補正而未為給付後，承攬人自受催告或自期限屆滿時起，負遲延責任，定作人亦於此時始得謂有該項損害賠償請求權存在。此乃同法第495條第1項所定之損害賠償請求權本係不完全給付責任性質，並尋繹是項請求權之規範功能，於89年5月5日將同法第227條修正為「不完全給付」之規定施行後，並非在排除該條第1項所定「債權人得依關於『給付遲延』之規定行使其權利」之適用所當然之解釋（最高法院101年度台上字第661號民事判決要旨參照）。法律行為之撤銷與解除契約不同，前者係指該行為有法定撤銷之原因事實存在，經撤銷權人行使撤銷權而使該法律行為溯及歸於無效；後者則係契約當事人依雙方之合意訂立契約，使原屬有效之契約歸於消滅；而終止契約，僅使契約自終止之時起向將

來消滅，並無溯及效力，當事人原已依約行使、履行之權利義務不受影響。次按承攬之性質，除勞務之給付外，另有完成一定工作之要件。工作之完成可能價值不菲，或須承攬人之特殊技術、耗費勞力與鉅額資金始能完成。是繼續性質之承攬契約，一經承攬人履行，若解除契約使其自始歸於消滅，將使法律關係趨於複雜，故僅得終止契約，使契約嗣後失其效力，始符公平原則。而民法第511條規定工作未完成前，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。因在終止前，原承攬契約既仍屬有效，是此項定作人應賠償因契約終止而生之損害，自應包括承攬人已完成工作部分之報酬（積極損害）及所失其就未完成部分應可取得之利益（消極損害）（最高法院99年度台上字第818號民事判決要旨參照）。次按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷；又抵銷，應以意思表示，向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅；債之請求權雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得為抵銷。民法第334條第1項前段、第335條第1項、337條分別定有明文。

- (2) 被告於104年3月28日承攬原告所有坐落新北市○○區○○段○○○○號土地之住宅建築工程，約定興建地上四層RC構造物，含水、電、電話、網路、電視天線、對講機等設備及使用執照申請，約定工程款700萬元。被告依約施作系爭工程1樓至4樓結構體、水電、污水設備、水塔、外牆磁磚及內牆，完工後於106年9月25日向新北市政府工務局申請使用執照，新北市政府以106年10月6日新北工施字第1061908036號函請原告補正缺失，並依建築法第70條第1項後段規定重新報請查驗（見卷第31頁），非指被告未完工。因系爭建物係興建於原告所有土地上，施工期間由原告全程監督工程進度，完工後由原告占有管領。系爭工程既

01 已完成，原告主張終止承攬契約，有悖民法第511條規定
02 及上揭最高法院判決意旨，不應准許。

03 (3)再依上揭法律規定，系爭建物於完工時視為原告受領，原
04 告應按期給付第一期至第七期工程款，共計510萬元（計
05 算式為 $1,500,000 + 500,000 + 500,000 + 500,000 + 500,000$
06 $+ 800,000 + 800,000 = 5,100,000$ ）。詎原告僅給付第一
07 期至第五期工程款，迄未給付第六期工程款80萬元、第七
08 期工程款80萬元，共計160萬元（計算式為 $800,000 + 800,$
09 $000 = 1,600,000$ ），迄未清償。被告為保障債權，遂行使
10 同時履行抗辯權而未繼續完成使用執照之申請，故原告指
11 摘被告給付遲延云云，究非事實，實係可歸責於原告給付
12 遲延所致，其訴請被告賠償違約金4,844,000元，難謂有
13 據，請予駁回。

14 (4)又被告依原告提供之施工圖說（被證2號）施作系爭工程
15 之外牆磁磚，施作完成欲請求第七期工程款時，原告稱建
16 物外牆之一部分磁磚貼不整齊，已標記要求改善，被告依
17 原告指示改善後，原告又以外牆未施作防水工程為由，要
18 求已施作完成之外牆磁磚全數拆除。惟原告提供之施工圖
19 說未標明應施作防水工程，且建物外牆張貼磁磚有防水效
20 果，被告為順利請領工程款，遂拆除外牆磁磚，重新施作
21 外牆磁磚，因此增加施工期日254日應予扣除，追加工程
22 款共計1,368,000元（詳后述），被告主張抵銷抗辯。故
23 原告主張被告遲延工期，並請求被告賠償違約金4,844,00
24 0元，為無理由，請予駁回。

25 (5)被告陳述施作本件工程及爭議之始末：

26 ①結構工程部分：本結構工程1樓6樓於105年8月完成，被
27 告依原告指示施作並預留假設窗戶為日後領取使用執照
28 後便於二次施工，原告因此盛讚被告施工進度及品質。

29 ②外牆工程部分：被告依承攬契約於105年11月完成外牆3
30 面貼磁磚，另一側與鄰房間外牆間隔僅約30公分，不能
31 貼磁磚，又無約定，故被告完成外牆磁磚鋪設後，即向

原告請求付款。但原告認外牆部分磁磚以噴紅漆為記號並指示修改，又因當時外牆鷹架尚未拆除，被告遂依原告指示進行修繕，修繕完成後拆除外牆鷹架工程，原告未曾提出異議，待拆除全部鷹架，原告竟要求被告拆除外牆，其要求雖不合理，但為順利完成工程並取得工程款項，遂依原告指示將已施作完成之外牆磁磚全部拆除重新施作。待第二次重新施作外牆磁磚完成後向原告請求給付工程款又遭原告所拒，故被告委請律師寄發存證信函催告付款，並依同時履行抗辯權，暫停施工。

③ 水電工程部分：依原告指示水電工程人員針對施工圖說上所載管線進行施作修繕，原告全程到場監工，但原告為日後使用方便，一併要求水電工程人員施作追加工程，費用共計8萬元。

④ 廁所工程部分：依兩造所訂承攬契約及所附建築圖說，被告僅須施作馬桶、臉盆、淋浴蓮蓬頭（和成牌香格里拉系列），一間衛浴之工程費約1萬元，但原告自行向被告之材料商訂貨並由其他包商施作契約無約定之乾濕分離淋浴間及裝設暖風機等，一間衛浴約增加成本3萬元，此屬追加工程，所增費用應由原告負擔。

⑤ 被告為配合原告日後使用及裝潢工程，以不影響結構為前提而施作，以取得使用執照。舉例而言：1、建物兩側先預留窗戶。2、前後陽台落地門窗？緩施作。3、隔間牆？緩施作。4、一樓廁所免作但預留管線。5、廚房位置變更。6、1至5樓地面磁磚暫緩鋪設。7、1至5樓牆面前陽台粉刷。8、水塔樣式。9、五樓預留1處門扇等，均配合原告需求及指示。

⑥ 綜上所述，被告配合原告為日後二次施工上節省不必要之拆除及裝修，原告亦稱只要好好配合施作完成工期不計較，如今卻不依約給付工程款，猶有甚者，竟要求因可歸責於原告之事由所生工期延誤之違約金，有欠公允，應扣除254日。另就增加之追加工程款1,368,000元，

表列如下，並主張抵銷抗辯，請予准許。

工期計算及追加工程款金額				
施工項目	日 期	日 數	追加工程款	備註
配合修改磁磚	0000000至0000000	150日	150,000元	
重新搭建鷹架	0000000至0000000	4日	180,000元	
拆除外牆磁磚	0000000至0000000	20日	150,000元	
重貼外牆磁磚	0000000至0000000	20日	450,000元	
重貼磁磚材料	x	x	250,000元	
水塔變更定金	原告變更重新訂製	30日	18,000元	
室內樓梯尺寸裁切	原告遲延	10日	0元	
水電配合施工	配合二工先行施作	20日	80,000元	
廁所追加工程	共3間廁所	x	90,000元	
總 計		254日	1,368,000元	

(三) 原告主張被告取得第五期工程款50萬元係不當得利，依民法第179條規定請求被告返還50萬元無理由：兩造所立系爭承攬契約並無解除而溯及失其效力，原告於系爭工程完工後始主張終止契約，其終止契約不合法，被告受領第五期工程款，係基於承攬契約約定，自無不當得利可言。故原告主張被告依返還不當得利50萬元，難謂有據，請予駁回：

- 1、「按承攬契約之合意終止與民法第511條規定之定作人任意終止契約（法定終止契約），兩者性質不同，效果亦異，前者為契約行為，即承攬人與定作人雙方合意以第二次

01 契約終止第一次契約，使原契約歸於消滅；後者為定作人
02 單方對於尚存在而未消滅之契約行使終止權之意思表示，
03 初無待承攬人承諾即生終止契約之效力，亦不因承攬人之
04 不反對而成為合意終止。」最高法院106年度台上字第721
05 號判決意旨參照。

06 2、原告主張被告未完成第五期工程中之水電及污水設備，致
07 申請使用執照遭新北市政府工務局駁回，因未完成第五期
08 工程，依民法第179條不當得利規定請求被告返還50萬元
09 云云，與事實不符，被告否認之。蓋新北市政府106年10
10 月6日新北工施字第1061908036號函說明欄二所列若干竣
11 工查驗缺失，指示原告依建築法第70條第1項後段規定重
12 新報請查驗，並非駁回，且被告皆已修復所列缺失。至於
13 上開函文說明欄三所列(四)污水處理設施完工證明書、施
14 工過程相片及竣工照片等文件，並未指明系爭工程未依圖
15 說施作污水設備，故被告申請辦理即可取得相關證明文件
16 ，不能以此反指被告未曾施作污水處理設備。

17 3、況且，系爭承攬契約並無因解除而溯及失其效力，原告於
18 系爭工程完工後始主張終止契約，其終止契約不合法，被
19 告受領第五期工程款50萬元，係基於承攬契約約定，所受
20 利益有法律上原因，自無不當得利之可言。故原告主張被
21 告依返還不當得利50萬元，難謂有據，請予駁回。

22 (四) 反訴部分：

23 1、「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作
24 ，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」、「(第一項)
25 報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成
26 時給付之。(第二項)工作係分部交付，而報酬係就各部
27 分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。」民
28 法第490條第1項、第505條定有明文。

29 2、反訴原告(下稱被告)與反訴被告(下稱原告)於104年3
30 月28日訂立新北市○○區○○段○○○○號住宅建築工程合

約書，約定被告承攬坐落新北市○○區○○段○○○○號住宅工程，原告應給付承攬報酬700萬元，並約定付款辦法。被告依原告提供之圖說施工興建，現已完工並向新北市政府工務局申請使用執照。詎原告僅給付第一期至第五期款，迄未給付第六期款80萬元、第七期款80萬元、第八期款50萬元、第九期完工款140萬元，共計350萬元（計算式為 $800,000+800,000+500,000+1,400,000=3,500,000$ ）。

- 3、另鑑定人社團法人新北市建築師公會提出109年2月11日新北市建師鑑字第037號鑑定報告書，惟就原告申訴有關「臨41號外牆」未貼磁磚乙節，鑑定人指明：「1、標的物與『臨41號間外牆』距離只約30cm，很難貼磁磚，因在此處外觀既看不到，雨水不會直接淋到，且貼磁磚之價錢較一般貼磁磚之價錢高，除雙方事先約定外，一般慣例只在最頂處做好防水，不貼磁磚。2、鑑定人經查閱『合約書』及相關內容並無該處是否該貼磁磚之敘述。3、再查閱『建造執照立面圖』亦無該處是否該貼磁磚之依據。」則原告稱「臨41號外牆」未貼磁磚云云，是否屬契約約定範圍？已非無疑。而被告施作系爭工程之外牆業已完工，有鑑定報告：「九、結論與建議……(五)除臨41號1-3樓外牆磁未貼及屋突二層頂部分磁磚掉落外，外牆磁磚已經完工。」等語可參。故鑑定報告認此部分費用1,476,000元（見鑑定報告九、(十)、5），因不在承攬契約範圍內，尚有疑義，及有關「業主已先代付款項」問題，共7項未提供證據，非鑑定人所能判斷，鑑定報告指明「請原告提供收據供法官參考」（見鑑定報告九、(九)、6）費用計138,745元，原告迄未提出證據，共計1,614,745元（計算式： $1,476,000+138,745=1,614,745$ ），均應予剔除。
- 4、綜上所述，被告承攬系爭工程，已完成第六期之外牆磁磚、第七期之內牆粉刷、第八期申請使用執照及第九期之完

01 工，原告自負有給付報酬之義務，經被告發文催告，原告
02 仍置之不理，被告訴請原告給付第六期至第九期之工程款
03 共計350萬元，依法有據，請予准許。

04 貳、得心證之理由：

05 一、不爭執事項：

06 (一) 原告為新北市○○區○○段○○○○號之土地所有權人，於
07 104年3月28日與被告簽訂住宅工程合約，委由被告施工營
08 造。

09 (二) 系爭工程曾向新北市政府工務局申請使用執照，遭新北
10 市政府工務局以106年10月6日新北工施字第1061908036號函
11 ，駁回申請。系爭工程迄今尚未取得使用執照。

12 (三) 原告已給付被告第一期至第四期工程款共300萬元，以及
13 第五期工程款50萬元。

14 二、原告主張被告承攬系爭新北市○○區○○段○○○○號土地住
15 宅建築工程，約定工期8個月，自開工日104年5月10日起算
16 ，於105年3月10日以前取得使用執照並全部完工，但被告迄
17 今尚未完工，及取得使用執照，原告主張終止系爭工程契約
18 等語。但為被告所否認，並以前詞資為抗辯。經查：

19 (一) 按「工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承
20 攬人因契約終止而生之損害。」，民法第511條定有明文
21 。又「契約之終止，僅使契約自終止之時起，嗣後歸於消
22 滅。承攬契約在終止以前，承攬人業已完成之工作，苟已
23 具備一定之經濟上效用，可達訂約意旨所欲達成之目的者
24 ，定作人就其受領之工作，有給付相當報酬之義務。」（
25 最高法院74年度台上字第1769號民事判決要旨參照）；次
26 按「工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承
27 攬人因契約終止而生之損害，民法第五百十一條規定甚明
28 。故定作人終止承攬契約之理由，縱非事實，亦於契約終
29 止之效力不生影響。」（最高法院98年度台上字第1897號
30 判決要旨參照）。

(二) 依兩造所簽訂之系爭工程合約約定，工程範圍包括「地上四層（含地基）RC構造物，含水、電、電話、網路、電視天線對講機等設備及使用執照申請」，合約總價為700萬元（本金額除合約另有規定外，不按物價指數調整），工程期限約定工期為8個月，自開工日起算，訂於104年5月10日開工，於105年3月10日以前取得使用執照並全部完工，並於該工程合約第20條約定「甲方之終止合約權」：「（一）工程未完成前甲方得隨時終止合約，但應賠償乙方所生之損害，而乙方有下列各項之一者，甲方終止本合約，甲方因此而受有損失，乙方應負賠償之責。1.乙方未履行本合約規定。2.乙方能力薄弱，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。（二）依據前項終止合約時，已完成工部分經過檢查合格者，為甲方所有，甲方應按合約單價於終止合約十天內付乙方承包金額。」，有系爭工程合約書影本在卷可參（見本院卷第20、23頁）。可知系爭工程應於105年3月10日以前完工，並取得使用執照，且於系爭工程未完成前，原告得隨時終止系爭契約。而依新北市建築師公會鑑定報告第九點第1項第1款：「鑑定人經現場勘察，上開住宅建築工程尚未完工，尚未領得使用執照。」（見鑑定報告第5頁），可見被告並未於約定工程期限105年3月10日前完工，並取得使用執照，即系爭工程尚未完工。本件原告主張以本件起訴之107年2月1日起訴狀繕本送達被告為終止系爭工程契約之意思表示，則系爭工程契約應於該起訴狀繕本送達被告之日即107年3月15日終止（註：本件應送達於被告之起訴狀繕本之送達，係於107年3月5日寄存在新北市政府警察局土城分局土城派出所而為送達，依民事訴訟法第138條第2項規定，應經過10日即107年3月15日發生送達效力），有送達證書在卷可稽（見本院卷第45頁）。從而，因系爭契約業經終止，兩造本應就原告已施作完成之工作

01 進行結算後，被告並應依原告業已完成之工作給付相當報
02 酬，合先敘明。

03 (三) 次依新北市建築師公會鑑定報告第九點「結論與建議」內
04 容：

05 1、鑑定報告第九點「結論與建議」：「…(二)有關函囑鑑
06 定事項二：『請比對建造執照所附圖說，鑑定是否尚有未
07 完成之？請列出未完成項目及數量，並估算尚需繼續施作
08 完成之項目及工程費用各為若干？』事項，茲分述如下：
09 1.鑑定人經比對建造執照所附圖說、參考『原告』提供『
10 土城永和段工地未完成事項』、並經現場勘察，尚有未完
11 成之項目，茲將未完成項目及數量列出如下：……(鑑定
12 報告第5至8頁表列)。2.鑑定人經估算尚需繼續施作完成
13 之項目及工程費用分大項列出如下：(費用詳附件六、P
14 .27~P.30；數量計算詳附件十四) 1.未歸類樓層：新台
15 幣陸萬參仟元整。(\$ 63,000) 2.一層：新台幣貳拾貳萬
16 柒仟柒佰壹拾貳元整。(\$ 227,712) 3.二層：新台幣貳
17 拾玖萬捌仟陸佰壹拾參元整。(\$ 298,613) 4.三層：新
18 台幣貳拾玖萬捌仟陸佰壹拾參元整。(\$ 298,613) 5.四
19 層：新台幣貳拾玖萬捌仟陸佰壹拾參元整。(\$ 298,613
20) 6.屋突一層：新台幣玖萬貳仟玖佰玖拾捌元整。(\$ 92
21 ,998) 7.屋突二層：新台幣柒萬貳仟捌佰捌拾捌元整。(
22 \$ 72,888) 8.水電工程：新台幣貳拾壹萬玖仟元整。(\$
23 219,000) 9.共計：新台幣壹佰伍拾柒肆萬壹仟肆佰參拾
24 柒元整。(\$ 1,571,437)。(三)有關函囑鑑定事項三
25 ：「新北市政府工務局106年10月6日北工施字第10619080
26 36號函內所列之缺失，請估算其改善所需費用？(若是此
27 項內所列缺失，即為前項未完成項目者，請列於前項未完
28 成項下)」事項，茲分述如下：……2.前揭『工務局函』
29 內所列之缺失，其改善方式所需費用如下：……(1)-(a)
30 地上一層機車位尚未劃設2,000元(1)-(d)地上二層至屋突

一層樓梯間窗戶台度不足（可增設不鏽鋼欄杆改善）12,000…(1)-(g)綠化未完成10,000元，……。共計貳萬肆仟元整。（\$24,000）。……（九）有關『原告』訴稱：「工程施作不良……」等事項，茲分述如下：1.本項非屬『法院』函囑鑑定事項。2.有關『室內梯階梯不一，行走不順』問題，依「建築技術規則」『建築設計施工編』『第二章_一般設計通則』『第七節_樓梯、欄杆、坡道』『第33條_樓梯之構造』之內容，樓梯之級高在20cm以下、級深在21cm以上；鑑定人參考『原告』提供『建築樓梯級高、級深一覽表』表，將其分析除3處階級須改善外，其他尚符合，詳附件十一。3.有關『戶外梯抵石子不平整及室內梯轉角磁磚未使用整塊磚。』問題，屬兩造對『工程價位』與『施工品質之認知』不同事宜。4.有關『2樓浴室洗臉檯未裝妥及3樓浴室洗臉盆、鏡箱毛巾架未裝、水龍頭移位。』問題，已於『第九條』『第（二）項』處理。5.有關『使用生鏽鋼筋』問題，目前已灌築於混凝土內。6.有關『業主已先代付款項』問題，共7項未提供證據，非鑑定人所能判斷，但內容視同未完成項目，請『原告』提供收據供『法官』參考。（1）.代付整棟樓梯間窗戶款項\$47,300元。（2）代付窗框防水工程及5.6樓露臺7樓頂層防水款項\$21,540元。（3）代付防火門尾款\$38,100元。（4）代付陰井\$12,000元。（5）.代付鑽孔2樓馬桶位置及6樓水管位置鑽孔）\$2,500元。（6）.代付水費計\$3,975元，電費計\$1,330元，共計代付水電費\$5,305元。（7）浴室天花板三間\$4000元*3間，合計費用\$12,000元。合計新台幣壹拾參萬捌仟柒佰肆拾伍元整。（\$138,745）。（十）綜上所述，…1.『直接工程費』：（1）『第九條』『第（二）項』所需費用：新台幣壹佰伍拾柒萬壹仟肆佰參拾柒元整。（\$1,571,437）。（2）『第九條』『第（三）項』所需費用：新台幣貳萬肆仟元整。（\$24,000）。（

01 3)業主已先代付款項：新台幣壹拾參萬捌仟柒佰肆拾伍元
02 整。(\$ 138,745)。(4)樓梯階級不順改善：新台幣伍仟
03 元整。(\$ 5,000)。合計：新台幣壹佰柒拾參萬玖仟壹
04 佰捌拾貳元整。(\$ 1,739,182)。2.『間接工程費』11%
05 : 新台幣壹拾玖萬壹仟參佰壹拾元整。(\$ 1,739,182× 1
06 1%= 191,310)。3.『營業稅』5%: 計新台幣玖萬陸仟伍
07 佰貳拾伍元整。((\$ 1,739,182+ 191,310) × 5%= 96,52
08 5)。4.共計新台幣貳佰零貳萬柒仟零壹拾柒元整。((\$
09 1,739,182+ 191,310+ 96,525) = 2,027,017)。5.另外
10 有疑義之『1-3樓外牆(臨41號牆面)未貼冠軍磁磚』之費
11 用計新台幣壹拾肆萬柒仟陸佰元整。(\$ 73.8m²× 2000元
12 /m²= 147,600元)。6.另外申請『使用執照』行政費用：
13 計新台幣貳拾伍萬元整。(若『被告』無法完成『使用執
14 照』，需更換『起造人』時需此費用。)」(見鑑定報告
15 第5至11頁)。由上開鑑定報告內容可知系爭工程經鑑定
16 單位鑑定後，就被告未完成施作之項目，繼續施作完成之
17 工程費用為1,571,437元，而就新北市政府工務局106年10
18 月6日北工施字第1061908036號函內所列之竣工查驗缺失
19 ，扣除已列入前述被告未完成施作之項目後，改善所需之
20 工程費用為24,000元，且就原告主張「室內梯階梯不一，
21 行走不順」問題，僅3處階級須改善，工程費用為5,000元
22 。

23 2、至於1-3樓外牆(臨41號牆面)未貼冠軍磁磚之費用部分
24 ，依鑑定報告第八點第八項：「原告申訴有關『臨41號外
25 牆』未貼磁磚事宜，研判分析如次：1.標的物與『臨41號
26 間外牆』距離只約30cm，很難貼磁磚，因在此處外觀既看
27 不到，雨水不會直接淋到，且貼磁磚之價錢較一般貼磁磚
28 之價錢高，除雙方事先約定外，一般慣例只在最頂處做好
29 防水，不貼磁磚。2.鑑定人經查閱『合約書』及相關內容
30 並無該處是否該貼磁磚之敘述。(詳附件八)3.再查閱

『建造執照立面圖』亦無該處是否該貼磁磚之依據。（詳附件九）2.參考付款辦法：第六期：完成外牆磁磚，給付估驗款新台幣捌拾萬元整。」（見鑑定報告第5頁）。因系爭契約與相關內容以及建造執照均未見該處是否應該貼磁磚之依據，且一般慣例只在最頂處做好防水，不貼磁磚，故難認此部分為被告應施作之範圍。

3、從而，本件可認系爭工程被告未完成施作與缺失之工程項目，所需施作與改善費用即直接工程費用，分別為繼續施作完成之工程費用為1,571,437元，與竣工查驗缺失改善費用24,000元，以及「室內梯階梯不一，行走不順」改善費用5,000元，共計1,600,437元（1,571,437+24,000+5,000），而間接工程費用依鑑定單位所採用11%之直接工程費用計算，為176,048元（1,600,437×11%），再加計5%營業稅即88,824元後（（1,600,437+176,048）×5%），共計1,865,309元（1,600,437+176,048+88,824）。此外，有關原告於鑑定時主張「業主已先代付款項」138,745元，以及申請「使用執照」行政費用25萬元部分，因非屬未完成施作與缺失之工程項目，即非屬直接工程費用，而係原告得否於結算工程尾款中抵銷扣除之問題。

（四）有關鑑定報告記載原告於鑑定時主張「業主已先代付款項」138,745元部分（見鑑定報告第10頁），雖然原告於109年5月7日民事陳報狀中，提出相關匯款單據與電費繳費憑證以及水費通知單（繳費憑證）等影本為證據，然其匯款予晶鑽玻璃工程行、唯客多工程企業有限公司、極品門金屬實業有限公司、星洋有限公司等人之金額與其向鑑定人提出之各項金額不符，難以採取；另水費、電費係於房屋交付原告管領前或交付後所發生者，原告並未詳列，無從認定屬於被告應負擔之範圍，則原告主張被告應償還其代付之138,745元一節，並無可採。

（五）又查，系爭工程尚未領得使用執照，又系爭工程契約業經

終止，均如前述，則因系爭工程被告已無法完成使用執照之請領，原告需另外委請他人辦理使用執照之請領，而依鑑定報告鑑定請領使用執照之行政費用為25萬元，故原告應得於結算工程尾款中扣除25萬元。

(六) 另查，被告抗辯追加工程款1,368,000元，係因結構工程部分依原告指示施作預留假設窗戶，作為日後領取使用執照後便於二次施工，外牆工程部分依原告指示進行修繕，並將已施作完成之外牆磁磚全部拆除重新施作，水電工程部分原告自行向被告之材料商訂貨並由其他包商施作契約無約定之乾濕分離淋浴間及裝設暖風機等，以及被告為配合原告日後使用及裝潢工程，以不影響結構為前提而施作，以取得使用執照，均配合原告需求及指示等語。惟因被告並未提出相關證明以資證明，且系爭工程業經新北市建築師公會鑑定，被告倘若有相關追加工程，應得於鑑定時提出，故難認被告上開抗辯尚無可採。

(七) 綜上，系爭工程於終止後，應結算之工程款計算方式如下：
【系爭工程總價700萬元】－【被告未完成施作與缺失之工程項目費用1,865,309元】－【另外委請他人辦理使用執照之行政費用為25萬元】（原告主張之業主代付款項不扣），則應結算之工程款金額為4,884,691元。

三、原告主張被告應返還第五期工程款50萬元一節，為被告所否認。經查，原告已給付被告第一期至第四期工程款共300萬元，以及第五期工程款50萬元，共計350萬元，為兩造所不爭執，則因系爭契約業已終止，兩造自應就系爭工程進行結算，因此，本件應將前述系爭工程於終止後應結算之工程款，扣除原告已給付被告之工程款350萬元後，即為系爭工程之工程尾款，倘若該工程尾款為負數時，原告即得請求被告返還該負數金額之工程款，尚不得直接請求被告返還第五期工程款50萬元。而結算後工程款金額為4,884,691元，原告僅支付被告350萬元，尚有工程款餘額未給付，原告自不得

01 請求被告返還第五期工程款50萬元，原告此部分主張自非可
02 採。

03 四、原告另主張被告逾期尚未完工，因而請求被告給付逾期違約
04 金484萬4,000元等語，亦為被告所否認，經查：

05 (一) 按「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工
06 作，他方俟工作完成，給付報酬之契約；報酬，應於工作
07 交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之，為
08 民法第四百九十條第一項、第五百零五條第一項所明定，
09 此乃報酬後付原則之規定。是雙務契約若為承攬關係，一
10 般咸認承攬人有先為給付之義務。」（最高法院97年度台
11 上字第319號裁判要旨參照）。

12 (二) 查系爭契約第4條合約總價：「全部工程總價新台幣柒佰
13 萬元整。」、第5條工程期限：「本工程工期八個月，自
14 開工日起算，訂於民國一〇四年伍月拾日開工，並於民國
15 一〇五年參月拾日以前取得使用執照並全部完工。」（見
16 本院卷第20頁）、第18條逾期責任：「由於乙方之責任未
17 能於規定期限內完工，每過期一天須扣除工程總價千分之
18 一。」（見本院卷第22頁）。則因系爭工程迄今尚未取得
19 使用執照，應為兩造所不爭執，顯見被告並於系爭契約第
20 5條所約定之工程期限105年3月10日取得使用執照並全部
21 完工，即系爭工程尚未全部完工，而原告主張以107年2月
22 1日起訴狀繕本為終止系爭契約之意思表示，故系爭契約
23 應於原告起訴狀繕本送達被告即意思表示到達被告之107
24 年3月15日終止，已如前述，則原告請求被告給付自105年
25 3月11日至107年1月31日止，共計692日之逾期違約金共48
26 4萬4,000元（ $7,000,000 \times 0.001 \times 692$ ），應屬有據。

27 (三) 次查，被告抗辯因原告僅給付第一期至第五期工程款，迄
28 今尚未給付第六期、第七期工程款，被告為保障債權，遂
29 行使同時履行抗辯權，而未繼續完成使用執照之申請等語
30 。惟依上開最高法院裁判要旨，兩造間系爭契約為承攬關

01 係，一般咸認承攬人有先為給付之義務，即被告有先為給
02 付之義務，尚不得行使同時履行抗辯權而未繼續完成使用
03 執照，足認未取得使用執照係可歸責於被告。此外，依系
04 爭契約第21條：「乙方之終止合約權：甲方有下列情事之
05 一者，乙方得終止本合約，甲方須賠償所受一切損失：（
06 一）因甲方違反合約之事實，致工程無法進行時。（二）
07 甲方顯無能力按合約規定支付工程款時。（三）甲方要求
08 減少工程達三分之一以上者。」（見本院卷第23頁）。可
09 知倘若原告未給付工程款，被告尚得終止系爭契約，並請
10 求賠償損失，而非行使同時履行抗辯權而未繼續完成使用
11 執照之申請。

12 （四）且查，被告抗辯為配合為日後二次施工上節省不必要之拆
13 除及裝修，並有增加之追加工程款1,368,000元，因此增
14 加施工期日254日應予扣除，而無遲延工期，原告請求賠
15 償違約金484萬4,000元，為無理由等語。惟依系爭契約第
16 12條工程變更略以：「……。唯有變更數目新增之工程項
17 目時，得經甲乙雙方協議另行議價後再行施工。其因增加
18 工程項目所需之工期，由雙方另行約定。……。」（見本
19 院卷第21頁）。則被告僅空言有增加之追加工程款1,368,
20 000元與增加施工期日254日，並未提出相關證明以實其說
21 ，且未提出兩造曾協議增加工程之證明，故難認被告上開
22 抗辯為可採。

23 （五）按「債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行
24 所受之利益，減少違約金。」、「約定之違約金額過高者
25 ，法院得減至相當之數額。」，民法第251條、第252條分
26 別定有明文。又按違約金之約定，乃基於個人自主意思之
27 發展、自我決定及自我拘束所形成之當事人間之規範，本
28 諸契約自由之精神及契約神聖與契約嚴守之原則，契約當
29 事人對於其所約定之違約金數額，原應受其約束。惟倘當
30 事人所約定之違約金過高者，為避免違約金制度造成違背

01 契約正義等值之原則，法院得參酌一般客觀事實、社會經
02 濟狀況及當事人所受損害情形，依職權減至相當之金額（
03 最高法院102年度台上字第1606號判決要旨參照）。則參
04 酌行政院公共工程委員會之工程採購契約範本第17條，所
05 建議之累計違約金上限為契約價金總額之20%，顯然以契
06 約價金總額之20%計算違約金上限，為一般工程採購常見
07 之約定，並廣為各級政府機關公共工程採購契約所採用，
08 符合社會經濟狀況，而無顯失公平之情形。從而，本件違
09 約金倘若以工程總價700萬元之20%為上限，即1,400,000
10 元（7,000,000×20%），應符合社會經濟狀況，而無顯失
11 公平之情形，故原告得請求之逾期違約金，應酌減至1,40
12 0,000元，原告此部分請求於此數額範圍內方屬可採。

13 四、綜上，本件兩造就系爭工程承攬契約，於經定作人即原告終
14 止後，應結算之工程款金額為4,884,691元，扣除原告已經
15 支付之第一期至第五期工程款共350萬元後，尚有未給付被
16 告之工程款餘額1,384,691元，而原告另得向被告請求給付
17 逾期違約金140萬元應得於原告應給付之金額先予扣減，則
18 原告所得向被告請求給付之金額應為15,309元，原告之請求
19 於此數額範圍內方屬可採。

20 四、反訴部分：

21 本件反訴原告請求反訴被告給付工程尾款350萬元，但為反
22 訴被告所否認。經查，反訴原告主張系爭工程現已完工並向
23 新北市政府工務局申請使用執照，故請求反訴被告給付第六
24 期至第九期工程款共計350萬元等語，但因系爭工程契約業
25 經原告終止，已如前述，兩造自應就系爭工程進行結算，因
26 此，本件應將前述系爭工程於終止後應結算之工程款，扣除
27 反訴被告已給付反訴原告之工程款350萬元後，即為系爭工
28 程之工程尾款，倘若該工程尾款為正數時，反訴原告始得請
29 求反訴被告給付該金額之工程尾款，尚不得直接請求反訴原
30 告給付第六期至第九期工程款共計350萬元。且反訴原告所

得向反訴被告請求給付之結算後之工程款餘額，於扣抵反訴被告得請求之逾期違約金後，已無剩餘，反訴原告自己無再向反訴被告請求給付之權利，其反訴並無理由。

五、綜上所述，原告主張依據承攬之法律關係，請求被告返還已支付之工程款及賠償違約金，於15,309元及自起訴狀繕本送達被告翌日即107年3月16日起至清償日止按法定利率年息百分之五計算之遲延利息之範圍內為有理由，應予准許；至於原告之請求超過該數額部分則為無理由，應予駁回。反訴原告之訴則為無理由，應予駁回。

參、假執行之宣告：本件原告勝訴部分，係所命給付之金額或價額未逾新臺幣50萬元之判決，該原告勝訴部分應依民事訴訟法第389條第1項第5款規定，依職權宣告假執行；被告陳明願預供擔保免為假執行，就原告勝訴部分，經核無不合，爰酌定相當之擔保金額就原告勝訴部分准許之；至於原告其餘假執行之聲請及反訴原告假執行之聲請，因該部分訴之駁回而失所附麗，應併予駁回。

肆、本件事證已臻明確，兩造其餘主張及攻擊防禦方法與證據，經本院斟酌後，與本件判決結果已不生影響，故不一一論列，附此敘明。

伍、結論：原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第78條、第79條、第389條第1項第5款、第392條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 6 月 16 日
民 事 第 五 庭 法 官 許 瑞 東

以上正本證明與原本無異。

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 109 年 6 月 16 日
書 記 官 曾 怡 婷