臺灣桃園地方法院民事判決

106年度建字第45號

原　　告　宸億營造股份有限公司
法定代理人　許嘉豪
訴訟代理人　黃嘉振
被　　告　鄭欽鴻
訴訟代理人　李克欣律師

上列當事人間請求給付承攬費用事件，於民國109 年6 月17日辯論終結，本院判決如下：

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。

事實及理由

一、原告主張：

兩造於104 年7 月6 日簽訂由原告承作坐落桃園市○○區○○街之鄭欽鴻廠房新建工程合約（下稱系爭契約，廠房下稱為系爭工程），承攬報酬為新臺幣（下同）13,400,000元，付款辦法依系爭契約第5 條（下稱系爭付款辦法）約定，第1 期合約簽訂20% 、第2 期1 樓地板完成20% 、第3 期鋼構進場吊裝20% 、第4 期屋頂彩色鋼板封板10% 、第5 期土建泥座內裝工程完成10% 、第6 期室外景觀工程5%、第7 期使用執照取得5%、第8 期保固款10% 等各付款條件達成時給付各約定部分款項，嗣原告就系爭工程已全部施作完成，並於105 年10月取得使用執照，惟被告僅給付第1 期至第3 期共計60%工程款，尚有5,746,918 元未為給付（第4 款至第8 款共計40%工程款即5,360,000 元＋各向立面外牆金屬板內層面以岩棉及矽酸鈣板並以水泥牆粉刷986,918 元－立川牌六人份電梯因廠商同意退貨870,000 元），而原告僅請求5,360,000 元，經原告催告給付仍不獲置理，而系爭契約為總價承攬契約，二次施工部分已因被告要求先施作完成，係因使用執照查驗時，經主管機關要求而拆除，兩造間並無約定系爭工程施工期限，原告並未逾期給付，故原告仍可請求全

部工程款，而被告不得主張逾期違約金。且原告交付系爭工程工作物後，被告亦未催告原告就瑕疵進行修補，被告亦不得行使損害賠償請求權。而被告曾於工地備忘錄中要求原告「不必考慮二工問題」，要求原告不用再施作二工，而系爭契約既為總價承攬契約，被告仍應給付全部工程款。為此，爰依系爭契約法律關係、民法第490 條規定提起本件訴訟，並聲明：（一）被告應給付原告5,360,000 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之5 計算之利息。（二）願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：

經兩造約定，系爭工程分為一工及二工，二工需於使用執照取得後完成，惟原告完全未施作二工；而一工部分，原告自承攬系爭工程起，一再更換工地主任，且未依建築圖面施工，造成工程品質嚴重瑕疵，系爭工程雖取得使用執照，惟使用執照之核發僅為主管機關就建物之主要構造、室內隔間等結構查驗是否符合圖面施工，與原告是否依系爭契約完工應屬二事，是原告實作金額僅7,247,970 元，而被告已給付工程款8,040,000 元。原告承諾會於104 年12月31日前完工並取得使用執照，惟其因施工疏忽，將消防排煙窗口開口尺寸施作錯誤，導致驗收不通過而需經修改方得重新檢驗，直到105 年9 月23日始取得使用執照，共延誤8 個月又23天（263 天），依系爭契約第16條約定，以實作金額7,247,970 元計算，每逾期一天罰款1,000 分之3 工程款，每天罰款21,744元，逾期已達5,718,672 元；而因工程逾期致被告無法如期使用房屋，需額外支出在外租屋費用達9 個月，每月租金25,000元，共計225,000 元，故再以上開罰款及租金主張抵銷。而工地備忘錄上雖記載有不必考慮二工問題，但被告是要原告先將一工施作完成，再進行二工之意思，並非要被告不施作二工等語，資以抗辯，並聲明：（一）原告之訴駁回。（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、原告主張兩造於104 年7 月6 日簽訂系爭契約，被告已陸續

給付8,040,000元工程款，系爭工程並於105年9月取得使用執照等情，為被告所不爭執，堪信為真實。

本件之爭點為：㈠系爭契約為總價承攬契約？系爭契約實際工程款及應施作範圍為何？㈡系爭工程是否已經完工？二次工程部分是否不需施作？㈢原告得請求之工程款為何？㈣被告主張之遲延損害、違約金抵銷有無理由？

四、得心證之理由：

㈠系爭契約為總價承攬契約？系爭契約實際工程款及應施作範圍為何？

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，民法第490條第1項定有明文。而關於報酬之計算方式，大致可區分為總價承攬契約及實作實算契約兩類；所謂總價承攬契約，係指業主提供詳細、正確之設計圖及詳細價目表，由廠商依圖說完成契約約定之一定工作後，業主悉依契約約定之總價計算報酬辦理結算，並參酌契約所訂之變更或調整價金事由約款辦理計價，其重點在於計價結算方式，係以契約約定總價為基礎，而非以個別工作項目實際施作數量加乘單價後累計結算，與實作實算契約係以廠商最後實際施工數量計價結算報酬不同。

2.經查，系爭契約係由被告提供建築、設計圖說，由原告提供各工程細項之估價單後，兩造就系爭工程總價以13,400,000元達成合意，且系爭契約第9條亦規定：甲方（即被告）於必要時，對工程計畫，設計內容有隨時變更之權，其變更後數量應照合約內之單價增減之，乙方（即原告）不得異議，如有新增工程範圍，由甲方雙方重新議定單價，而工作期限應視實際情形予以延長或縮短，上述經雙方議定後，用書面補充附入合約之一部分。此有系爭契約第9條、及估價單在卷可稽（臺灣新北地方法院106年度建字第36號卷（下稱新北卷）第16頁、本院卷一第97至106頁），可見上開金額僅為預算金額，兩造於系爭工程中如有增減施作項目數量等情形，應依實作實算，並非總價承攬契約。是原告主張系爭契

約為總價承攬契約等語，並不足採。

3.系爭契約約定之工程款為何？施作範圍為何？

⑴系爭契約之工程款雖經兩造於104 年6 月30日以13,400,000元為合意之工程款，然查，就其中外牆烤漆板工程部分，原告之估價單小計金額為1,001,336 元，然於計算系爭工程總價時，原告誤繕為「101,336 」元，此有估價單附卷可佐（本院卷一第99、101 頁），惟就外牆烤漆板工程，實際上之工項有牆面蓋395 型PU1 .5公分三明治陶板岩橫式板、各式鋁料收邊，並非101,336 元可以涵蓋，且該工項均在上開估價上記載清楚（本院卷一第99頁），故本院認為就外牆烤漆板工程超出101,336 元部分工程款，應「視為兩造有合意追加」此部分工程款，較符兩造真意，從而，本案之工程款，若將外牆烤漆板工程以1,001,336 元計價後，並連帶影響以工程總價比例計算之勞工安全衛生管理費、營造工程保險費、包商管理及利潤費後，視為合意追加後合計工程款應為14,694,015元。而原告誤繕之工程款原本為13,644,775元，兩造議價之金額為13,400,000元，議價後金額為誤繕工程款之0.0000000 倍，以此標準計算視為合意追加後應有之工程款應為14,430,417元（計算式：14,694,015x0.0000000），此亦同桃園市建築師公會鑑定報告書之鑑定意見（鑑定報告書附件8 第1 頁），本院認為可採。

⑵原告雖主張系爭工程已取得使用執照，屬於完工等語。然查，兩造就系爭工程之系爭契約中明確約定有二次工程部分，且二次工程金額未議價前之金額高達3,766,567 元，占系爭工程二成多接近三成之金額，雖然系爭契約僅約定第1 期合約簽訂20% 、第2 期1 樓地板完成20% 、第3 期鋼構進場吊裝20% 、第4 期屋頂彩色鋼板封板10% 、第5 期土建泥座內裝工程完成10% 、第6 期室外景觀工程5%、第7 期使用執照取得5%、第8 期保固款10% 等期程，但二次工程既為取得使用執照後才能施工之法律上意義之違建，此二次工程亦為重要的期程之一，亦即在使用執照取得後，仍有許多的工程需

要進行，從而，本院認為綜觀整份承攬契約後，就付款期程部分，不因單純取得使用執照，即可取得系爭契約第5條前7期合計90%的工程款，且就二次工程部分若未完成，原告並無請求此部分工程款的權利存在。原告雖另主張二次施工部分已因被告要求完工，因使用執照之查驗過程而拆除等語，被告否認之，經查，原告並未提出何證據以實其說，且證人楊安沅、王培良即系爭工程之前後任工地主任作證時（證詞見本院卷二第21至29頁、第35至39頁），亦均未提及原告已將二次工程完工後復行拆除乙事，且觀諸系爭工程使用執照卷宗中，亦無建管機關要求拆除二次工程之紀錄存在（桃園市政府建管處府都建施字第1050237556號卷宗，下稱使用執照卷宗），且衡以常情，二次工程顧名思義即為取得使用執照後才會進行施作之法律上違建，若系爭工程尚未取得使用執照，先進行二次工程之施工並不合常情，故本院認原告此主張並不可採。

⑶原告追加各向立面外牆金屬板內層面以岩棉及矽酸鈣板並以水泥牆粉刷986,918元，是否有理由？

經查，原告並未提出任何證據證明兩造間有此追加工程合意，僅空言主張此部分工程係為了使系爭工程之工作物符合建築法規云云，不應准許。

㈡系爭工程是否已經完工？二次工程部分是否不需施作？

1.按建築工程完竣後，應由起造人會同承造人及監造人申請使用執照。直轄市、縣（市）（局）主管建築機關應自接到申請之日起，10日內派員查驗完竣。其主要構造、室內隔間及建築物主要設備等與設計圖樣相符者，發給使用執照，並得核發謄本；不相符者，一次通知其修改後，再報請查驗。但供公眾使用建築物之查驗期限，得展延為20日。建築法第70條第1項定有明文。

2.經查，系爭工程已經於105年10月6日核發使用執照等情，有建管機關核發之函文、系爭工程使用執照在卷可稽（使用執照卷宗第134頁、第131頁），是以，系爭工程雖已取得

使用執照，僅足認系爭工程其主要構造、室內隔間、建築物主要設備等與設計圖樣相符，惟因系爭契約既有二次工程之約定，且二次工程金額占系爭工程二成多接近三成之金額，已如前述，而二次工程既大部分均未施作，詳如鑑定報告書所示，實難認為系爭工程已達完工程度。

3.原告雖主張被告曾於工地備忘錄表示「不必考慮二工問題」，而不需施作二次工程等語，為被告所否認，被告則抗辯「不必考慮二工問題」是要原告先完成一次工程，先不用做二次工語等語。

⑴經查，被告於105 年8 月31日曾就系爭工程之施工缺失向原告提出備忘錄，有工地備忘錄在卷可稽（本院卷一第37頁），其中有記載多項施工缺失，並在多項施工缺失後方說明「請依合約立即施作，不必考慮二工問題」，例如：屋頂露臺地坪未做防水施工及鋪貼地磚，請依合約立即施工，不必考慮二工問題。室內油漆未施作，請依合約立即施工，不必考慮二工問題。2 樓室內廁所地坪及牆面磁磚、PVC 天花板、防水工程及廁所門等均未完成，1 樓工作室都沒作也未完成。請依合約立即施工不必考慮二工問題。1 樓及2 樓廁所大理石門檻未施作，請依合約立即施工，不必考慮二工問題等等。被告向原告提出此份備忘錄之時間點之105 年8 月，系爭工程確尚未取得使用執照，但系爭工程實早於105 年6 月17日已完成使用執照申請流程中之建築工程查驗，此有使用執照卷宗在卷可稽（使用執照卷宗第127 頁）。觀諸此備忘錄與上開估價單明細後（本院卷一第97至106 頁），備忘錄之工項，多記載於估價單之二次工程內，但亦有部分工項於一次工程及二次工程內均有相同名稱工項，僅施作數量不盡相同，綜觀上開證據及時間序，本院認為因為兩造已經知道105 年6 月系爭工程完成建築工程查驗，使用執照取得前不會再有建管機關人員至現場查驗，在無人去檢舉有二次施工情形下，取得使用執照只是時間問題，被告要求原告依原合約中一次工程、二次工程有相同或類似工項部分一起進行，

而「不必考慮」是否為二次工程，本院認為才合乎備忘錄之文字真意。兩造就此文字解讀均偏離文義甚多，而不可採。

⑵是以，本院認被告並未要求原告不要進行二次工程部分，而因系爭工程雖已取得使用執照，仍無從認為已達完工程度。

㈢原告得請求之工程款為何？

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。如修補所需費用過鉅者，承攬人得拒絕修補，前項規定，不適用之。承攬人不於前條第1項所定期限內修補瑕疵，或依前條第3項之規定拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約。民法第493條、第494條分別定有明文。是承攬人之工作有瑕疵者，須定作人定相當期限請求承攬人修補，承攬人如不於期限內修補時，定作人始得自行修補，請求承攬人償還修補必要費用，或解除契約或請求減少報酬。另按承攬契約在終止以前，承攬人業已完成之工作，苟已具備一定之經濟上效用，可達訂約意旨所欲達成之目的者，定作人就其受領之工作，有給付相當報酬之義務。

2.經查：系爭工程雖尚未完工，業如上述，惟因已完成一定程度之工作，並取得使用執照，已具備一定之經濟上效用，定作人就其受領之工作，仍有給付相當報酬之義務。又因定作人即被告已於105年8月向原告提出工地備忘錄，具體指明系爭工程之許多瑕疵，其上並有原告法定代理人簽名，顯見原告已受催告修補瑕疵，若原告未修補瑕疵，被告可請求減少報酬。經查，原告並未修補瑕疵，亦為原告所不爭執，是被告雖應給付相當報酬，但就未施作及有瑕疵經催告未修補部分，無庸給付工程款。

3.系爭工程經本院囑託桃園市建築師公會就系爭契約之工程總價、單價明細，現場量測後鑑定系爭工程之現況完工比例、

已完工之工程項目及合理已支出費用，而該鑑定結果認為原告可請求合理報酬部分為8,851,038 元，此有該鑑定報告附件8 第1 頁及相關現場照片、估價單、工程圖等在鑑定報告書內可佐，本院審酌該鑑定報告作成並無何不誠實公正情事，經本院要求兩造就鑑定報告表示意見，惟兩造就此鑑定報告均未提出何等不足以採信或有鑑定錯誤之理由，本院認為此鑑定結果應堪採信，從而，本院認為系爭工程，原告能請求之工程款即為8,851,038 元。

4.而被告已給付8,040,000 元，原告仍可再請求之工程款為811,038 元。（計算式：8,851,038-8,040,000=811,038）

㈣被告主張之遲延損害、違約金抵銷有無理由？

1.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。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，此參民法第334 條第1 項前段、第335條第1項規定自明。

2.按系爭合約第7 條約定完工期限：本工程不論晴雨、颱風、地震，乙方應進場施工，若因乙方配合不當拖延依本合約第16條辦理。第16條約定逾期罰款：乙方如不依規定日期開工或完工及不按進度表之每階段施工期限完成，自該期限之翌日起，每逾一日，依工程總價之1000分之3 計算罰款。倘每階段施工期限乙方逾期超過3 日時視同違約，第4 日起甲方可逕行雇工整理，工地因逾期之損失，所有費用由乙方工程款中扣除，乙方不得異議。

3.被告主張兩造間有約定要在104 年12月31日前取得使用執照等語，原告否認之。經查，系爭工程原告之第一任工地主任游全安曾於LINE對話中曾多次向被告表示104 年12月31日答應的事，不容改變，相信原告，OK，使照如期取得等語，被告亦曾要求要在104 年12月底前使用執照取得，亦經原告之經理莊瑞峰肯諾，此有相關對話紀錄在卷可稽（本院卷一第131 至137 頁），是以，堪認兩造就使用執照之取得有約定

以10 4年12月底前取得，然系爭工程之使用執照至105 年9月23日才經原告提出申請，已逾期甚久，堪認已符合「不按進度表之每階段施工期限完成」，而依系爭工程之兩造約定總價或鑑定之施作總價，均高於被告主張之7,247,900 元，被告以7,247,900 計算每日1000分之3 之違約金21,744元，為有理由。而原告尚可請求之金額為811,038 元已如上述，被告以每日21,744元之違約金，僅38日之違約金即超過原告尚可請求之金額，而原告逾期甚久，故被告主張抵銷之違約金於811,038 元範圍內為有理由，且有既判力，併予敘明，逾此範圍之違約金、遲延損害，則非本件訴訟審理範圍。

4.原告雖抗辯系爭工程因被告圖說、指示先行二次施工之因素而遲至105 年9 月才取得使用執照、游全安非有代表原告權限之人等語，惟於105 年9 月前相關對話紀錄中，均無原告員工或代理人表示被告有何義務違反情形，而游全安既為系爭工程工地主任，控制工程進度本為其權限，不能認為其為無代表原告權限之人，又原告法定代理人亦曾於105 年9 月6 日向被告表示因公司管理問題，導致工期嚴重落後等情（本院卷一第139 頁），是以，原告抗辯被告有指示先行施作二工、因設計圖說不良導致延遲等語，均難逕信。

五、綜上所述，原告依系爭契約、承攬法律關係得請求之工程款為811,038 元，惟被告就此範圍內可以系爭契約第16條之違約金主張抵銷，於法有據，乃兩造上開債權債務之關係，溯及最初得為抵銷時消滅。從而，本件原告請求，於法無據。原告之訴既經駁回，其假執行之聲請，亦失所附麗，應併予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘主張及所提證據，核於判決結果不生影響，毋庸逐一論述，附此敘明。

七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　24　　日

民事第五庭　　法　　官　　黃致毅

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　　109　　年　　7　　月　　24　　日

書記官　謝宛橙