臺灣橋頭地方法院民事判決

104年度建字第83號

原　　告
即反訴被告　梵華工程企業有限公司
法定代理人　林王雪
訴訟代理人　李明益律師
　　陳樹村律師
　　宋瑞政律師
被　　告
即反訴原告　光盛營造股份有限公司
法定代理人　柯俊吉
訴訟代理人　王恒正律師
　　王伊忱律師
複代理人　　蕭乙萱律師

上列當事人間給付工程款事件，本院於民國109年9月9日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告應給付原告新臺幣參佰玖拾伍萬壹仟參佰捌拾陸元，及自民國一〇四年六月五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。

訴訟費用由原告負擔百分之一，餘由被告負擔。

本判決原告勝訴部分，於原告以新臺幣壹佰參拾壹萬元為被告預供擔保後，得假執行，但被告以新臺幣參佰玖拾伍萬壹仟參佰捌拾陸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

甲、程序事項：

壹、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。反訴，非與本訴得行同種之訴訟程序者，不得提起。當事人意圖延滯訴訟而提起反訴者，法院得駁回之，民事訴訟法第259 條、第260 條分別定有明文。又該條項所稱之「相牽連」者，係指反訴之標的與本訴之標的間，或反訴之標的與防禦方法間，兩者在法律上或事實上關係密切，審判資料有共通性或牽連性者而言。舉凡本訴標的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，或當事人兩造所主張之權利，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，均可認為兩者間有牽連關係。（最高法院91年度台抗字第440 號民事裁定參照）。本件原告起訴之請求係主張兩造簽訂工程承攬合約書（下稱系爭契約），由原告承攬被告「青海段248 、249 地號店舖、住宅新建工程」之「模板組立工程」（下稱系爭工程），並就原告已施作部分向被告請求給付工程款，另主張就遭被告違法終止系爭契約部分，向被告請求賠償所失利益。而被告於民國104 年10月13日具狀提起反訴，主張原告未依工作期限完成施作，經被告終止系爭契約，並依系爭契約第22條第2項及債務不履行之法律關係請求原告賠償另行發包增加之工程款，且因原告就系爭工程之施作有瑕疵，另依民法第495條第1 項規定，向原告請求修補瑕疵之費用及鑑定費用，又於106 年5 月23日具狀擴張聲明追加請求未依限施作之違約金，經核反訴標的與本訴之防禦方法均係基於系爭契約之履行而生，故原告本訴與被告反訴所主張之法律關係有牽連關係甚明，被告提起反訴自屬合法，應予准許，先予敘明。

貳、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但經被告同意或為擴張或減縮應受判決事項之聲明者者，不在此限，民事訴訟法第255 條第1 項第1 款、第3 款定有明文。本件反訴原告原反訴請求反訴被告給付新臺幣（下同）1,434,535 元及自反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，嗣追加請求未依限施作之違約金987,350 元，因而將聲明變更為：反訴被告應給付反訴原告2,421,885 元，及其中1,434,535 元自104 年10月17日起，其中987,350 元自擴張反訴聲明狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率5 %計算之利息；又於106 年11月2 日具狀減縮反訴之聲明為：反訴被告應給付反訴原告2,009,857 元，及其中1,434,535 元自104 年10月17日起，其中575,322 元自106 年5 月24日起，均至清償日止按週年利率5 %計算之利息，皆核屬擴張或減縮應受判決事項之聲明，揆諸上開說明，應予准許。

乙、兩造陳述要旨：

壹、本訴部分：

一、原告主張：

㈠原告於103 年1 月17日與被告簽訂系爭契約，約定由原告承攬被告之系爭工程，施作單價為每坪6,200 元，共需施作2,450 坪，總計工程總價為15,190,000元。而依系爭契約第4條約定，工程結算總價按實作工程數量結算工程款，原告業依系爭契約完成系爭工程之B1F 至B4F 之模板工程，實際施作坪數為886.37坪，依每坪單價6,200 元計算，共計工程款應為5,495,494 元，加計5 %營業稅27萬4775元，合計5,770,269 元，扣除被告已給付2,800,307 元，被告尚應給付原告系爭工程餘款2,969,962 元。

㈡又原告並無未按期施作情形，亦無工班不足、進度嚴重落後之情形，就系爭契約之履行應無違約情事，被告竟於103 年12月5 日發函表示終止系爭契約，應不生終止契約之效力。被告卻將本件未完工程重新發包予訴外人日垚企業有限公司（下稱日垚公司）施作，致原告無法繼續施作，被告就系爭契約因可歸責於其之事由已陷於給付不能，是依民法第226 條第1 項之規定，被告應就原告就未完成工程所失利益負損害賠償責任；縱原告得任意終止契約，原告亦得依民法第511 條但書規定請求被告賠償原告因終止契約所受之損害。損

害數額之計算，應以未完工程金額為9,261,312 元，依財政部核定營利事業同業利潤標準中模板工程之淨利率為11%計算，故原告所受所失利益之損害計為1,018,744 元。爰依系爭契約及民法第226 條第1 項或同法第511 條但書規定請求被告給付工程款及損害賠償等語，並聲明：1.被告應給付原告3,988,706 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；2.願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：

㈠原告就系爭工程施作進度落後，於103 年10月25日時尚未完成B1F 模板工程，其雖於103 年11月6 日完成B1F 模板組立，但有相當瑕疵，且工程進度落後，故被告之工地主任陳世昌請原告於103 年11月11日至被告公司召開協調會議（下稱系爭會議），原告指派林佳瑩參加，當日雙方確實有開會協商達成共識後由林佳瑩於系爭會議紀錄簽名，被告從未告知林佳瑩系爭會議紀錄僅具形式，不具法律效果，僅為儘速撥款之用等語，林佳瑩並未受何詐欺或脅迫，依系爭契約第2 條第3 項及廠商報價確認單說明第35點、模板工程施工規範第8 點等約定，該會議有拘束兩造之效力，原告即應依會議記錄結論之工作期限完工。

㈡然原告於103 年11月11日後不依該會議紀錄所訂之工作期限施工，且將模板材料等任意棄置工地未予清理，被告公司因而於103 年11月25日函請原告應依會議紀錄所載事項辦理，若原告認所稱系爭會議紀錄並非兩造之合意或有所謂遭脅迫詐欺而簽立，依常理原告自應立即回覆、反對上開函文，但本件原告卻遲至被告於103 年12月5 日通知終止契約後，始於104 年1 月21日委請律師發函表示撤銷意思表示，可證原告所謂受詐欺脅迫等主張係因被告終止契約後所為之卸責之詞，與事實不符。原告僅施作B1F 至B4F 部分，且進度嚴重落後，經兩造以系爭會議協調工程進度，原告仍未依約按期完成工作，是被告即得依系爭契約第22條第2 項約定終止契

約，並得向原告請求另行發包之損害，且依系爭契約第22條第2項第14款後段約定，亦可沒收原告之保留款，故系爭工程就原告可領取之工程款扣除保留款，再加計5％營業稅後則為5,193,242元，但另需扣除原告已領取工程款含稅金額2,800,664元、營造綜合保險扣款75,950元、代叫垃圾清理及未戴安全帽等扣款合計9,486元，原告尚得請求之工程款為2,307,142元。

㈢惟因系爭工程係可歸責於原告之因素而終止契約，原告未依約履行，使被告受有未施工部分需另行發包予日垚公司承攬而增加支出之損害，新發包契約之每建坪單價為7,835元，加計5％營業稅則為8,226.75元，與系爭工程之含稅契約單價6,510元相較，新發包契約之每建坪單價價差則為1,716.75元，而系爭工程剩餘未施作坪數為1512.88建坪，故被告需增加支出工程款為2,597,237元，被告自得依系爭契約第22條第2項及債務不履行之規定請求原告就被告所受上開損害負賠償責任。另原告完成系爭工程之部分發生瑕疵，經高雄市土木技師公會鑑定需修復或補償之費用為702,412元，及被告因此所支付鑑定費用3萬元，被告亦得依民法第495條第1項規定請求損害賠償。經以上開賠償數額抵銷後原告應已無餘額得再向被告請求等語資為抗辯，並聲明：1.原告之訴及假執行之聲請均駁回；2.如受不例判決，願供擔保請准需告免為假執行。

貳、反訴部分：

一、反訴原告主張：

反訴被告承攬系爭工程施工進度落後，且未依系爭會議結論之施作進度及期限施作，經反訴原告終止契約在案。依系爭契約第22條第2項、第19條約定，系爭工程既因可歸責於反訴被告之事由而終止，致使反訴原告受有需另行發包予日垚公司繼續施作剩餘工程而增加支出之損害，經與反訴被告得請求反訴原告給付之工程尾款抵銷後，反訴被告尚應給付反訴原告290,095元。另反訴被告就已完成系爭工程之部分有

瑕疵，經高雄市土木技師公會鑑定需修復或補償之費用為702,412 元，及反訴原告因鑑定所支付鑑定費用30,000元，反訴原告亦得依民法第495 條第1 項規定請求反訴被告賠償上開修補瑕疵及鑑定費用合計732,412 元。又反訴被告未依系爭會議紀錄之約定於103 年11月26日完成1F頂版組模作業，其未依期限完工，反訴原告即得依系爭契約第19條約定，自完工期限翌日103 年11月27日起計至103 年12月9 日止，請求依系爭契約總價為15,190,000元千分之五計算之逾期違約金987,350 元。爰依系爭契約及上開規定請求反訴被告給付等語，並聲明：㈠反訴被告應給付反訴原告2,009,857 元，及其中1,434,535 元自反訴起訴狀繕本送達反訴被告翌日起；其中575,322 元自擴張反訴聲明狀繕本送達反訴被告翌日起至清償日止，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：

系爭會議紀錄因反訴被告員工林佳瑩遭反訴原告職員魏仁鴻以假意給付工程款之詐術欺騙，及陳世昌以脅迫方式而為之意思表示，屬意思表示瑕疵，業經反訴被告依法撤銷該意思表示。系爭會議記錄既經撤銷而無效，反訴原告依系爭契約第22條第2 項約定為據終止系爭契約，即不生終止之效力。且反訴原告就系爭工程1F圖面辦理變更設計，致反訴被告無法施作1F模板組立。而反訴原告卻隱瞞未告知反訴被告，方致使反訴被告無從按期施作，反訴原告終止系爭契約顯不合法，自無從向反訴被告請求另行由其他廠商施作剩餘工程之工程款差額。另反訴原告發包予日垚公司之單價加計營業稅為8226.75 元，較原契約含稅單價6,510 元多出1716.75 元，亦有違常情。又反訴原告主張反訴被告已施作完成部分有瑕疵而支出修繕費用及鑑定費，無非以高雄市土木技師公會鑑定報告為據。而該鑑定報告記載系爭工程B1F 至B4F 清水模板未達應有效果，須粉刷修正等情形，乃灌漿是否完善問題，核與模板組立無關，並非模板組立之瑕疵。況反訴原告

並未通知反訴被告修補，即自行處理，則依民法第493 條、第494 條規定不符，應不得向反訴被告請求賠償修補瑕疵之費用。而鑑定費用係反訴原告自行委託他人，反訴原告請求反訴被告賠償鑑定費用亦無理由。再者，反訴原告對反訴被告請求逾期違約金部分，其無非以系爭會議記錄所載施工期限為依據，惟系爭會議記錄既經反訴被告撤銷意思表示，反訴被告自無施工進度落後情形，反訴原告請求反訴被告給付逾期違約金，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如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

丙、本件經法官會同兩造整理爭執、不爭執事項如下：

壹、不爭執事項：

一、原告於103 年1 月7 日與被告就系爭工程簽立系爭契約，約定工程總價為15,190,000元（未稅），工程結算總價按照實做工程數量計算，計價單位為每建坪單價6,200 元（未稅），其餘契約約款即如原證一所示。又兩造就系爭合約第22條第2 項所為「解除本合約」、「解約」等用語，實際上均係指「終止合約」之意並不爭執。

二、原告之員工林佳瑩曾於103 年11月間代表原告，與被告工地主任陳世昌、工程師魏仁鴻召開工地檢討協調會議，林佳瑩並有於如反原證二所示之系爭會議記錄上簽名。兩造對於系爭會議記錄之結論如有效成立未經撤銷得視為系爭契約之內容而拘束兩造並不爭執。

三、被告於103 年11月25日發函予原告通知進度落後，請原告加派工班以免再次延誤，否則將依合約規定終止契約，其餘內容即如被證四所示，且經原告收受。又被告另於103 年11月26日發函通知本期估驗暫不付款，其餘內容即如反原證五所示，經原告收受。另被告於103 年12月5 日以左營新莊仔郵局第1261號存證信函向原告為終止契約之意思表示，該存證信函於同年月9 日送達原告，其餘內容即如反原證7 所示。原告則於104 年1 月21日委請律師以律師函向被告撤銷原告

員工林佳瑩就不爭執事項二所示系爭會議紀錄原為之意思表示，經被告收受。

四、原告就系爭工程B4F 至B1F 部分，實際施作完成之數量為886.37建坪，且原告就系爭工程B4F 至B1F 部分已全部施作完成，兩造對於原告已領得之工程款為2,800,664 元，及原告依上開實做數量得領得之工程款為5,495,494 元，原告得就其中扣除10%保留款後之4,945,945 元（未稅），加計5 %稅後為5,193,242 元向被告請求兩造並不爭執（保留款是否得請求兩造有爭執）。又兩造對於得請領之工程款應扣除被告代叫垃圾清理及未戴安全帽罰款共9,486 元及營造綜合保險（原約定金額為75,950元，是否應以總工程款比例計算兩造有爭執）並不爭執。另兩造對於如被告不得依系爭合約第22條第2 項終止契約時，原告即得請求保留款部分亦不爭執。

五、被告就系爭工程原告尚未施作部分，另行發包與訴外人日垚公司承攬，約定每建坪單價為7,835 元（未稅），約定施作數量為1,513 建坪。

六、系爭工程B4F至B1F部分經原告於訴訟外委請高雄市土木技師公會鑑定，認定有清水模板施工不良，所需補正工程費用為702,412元，鑑定內容即如反原證九所示，被告並因該鑑定支出鑑定費用30,000元。

七、兩造對於如反訴被告依系爭會議記錄應於103年11月26日完成系爭工程1F頂版組模，且有可歸責於反訴被告之逾時完工情形時，反訴原告得依系爭合約第19條約定及系爭合約附件之「模板工程施工規範」第6條約定，自103年11月27日起至103年12月9日止向反訴被告請求違約金並不爭執（但對得請求之違約金數額有爭執）。

貳、爭執事項：

一、本訴部分：

㈠原告主張得向被告請求之工程款數額為2,969,605 元有無理由？

1.被告以系爭契約第22條第2 項第14款後段主張保留款549,945 元應歸由被告取得，而應自原告得請領之工程款中扣除有無理由？

⑴被告以原告經催請後，就不爭執事項二系爭會議記錄說明2 、3 事項未依協調會議約定期限完成，而依系爭合約第22條第2 項約定向原告終止契約有無理由？

①原告員工林佳瑩是否因遭被告詐欺而於系爭會議記錄簽名？原告向被告撤銷林佳瑩於系爭會議記錄上之意思表示有無理由？

②如原告不得撤銷系爭會議記錄之意思表示，則被告是否有因不爭執事項二協調會議說明2 事項未依協調會議約定期限完成為由向原告終止契約？

③原告就系爭會議記錄說明2 、3 事項有無逾時完工之情形？

④如有逾時完工之情形，該遲延是否可歸責於原告？被告以此依系爭契約第22條第2 項約定，向原告終止系爭契約有無理由？

⑵如被告得依上開約定終止系爭契約，是否得依系爭契約第22條第2 項第14款後段主張扣除保留款？

2.於原告得請領之工程款中應扣除之營造綜合保險金額為何？？是否應依原告得請領之工程款金額與工程總價比例計算？

3.經扣除上開得扣除之部分後，原告得請領之工程款為何？

㈡原告主張因被告終止系爭契約，而應依民法第226 條、第511 條規定，就未完成工程受有所失利益之損害1,018,744 元有無理由？所失利益應如何計算？

㈢被告抗辯得以因終止系爭契約所受損害、修補瑕疵費用及鑑定費用向原告主張抵銷有無理由？

1.被告抗辯因需另行發包系爭工程原告部分而受有損害2,597,443元有無理由？

2.被告抗辯因原告已施作部分有瑕疵而須支出修補瑕疵費用702,412元及鑑定費30,000元有無理由？

⑴原告就系爭工程已施作部分有無瑕疵？

㈡如有，瑕疵修補費用為何？
㈢被告得否未先請求原告修補瑕疵即向原告請求修補瑕疵費用？
㈣被告得否向原告請求鑑定瑕疵之鑑定費用30,000元？
3.以上開被告得抵銷之款項抵銷後，原告是否仍有餘額得請求？
二、反訴部分：
㈠反訴原告就系爭工程因終止系爭契約所受損害、修補瑕疵費用及鑑定費用，經與原告得請領之工程款抵銷後是否尚有餘額得向反訴被告請求？
㈡反訴原告是否得以反訴被告未於103年11月26日完成系爭工程1F頂版組模，而依系爭合約第19條約定及系爭合約附件之「模板工程施工規範」第6條約定，自103年11月27日起至103年12月9日止向反訴被告請求合約總價千分之五計算之違約金987,350元？
丁、得心證之理由：
壹、本訴部分：
一、原告得向被告請求之工程款數額為2,932,642 元：
㈠被告不得依系爭契約第22條第2 項約定向原告終止契約，自亦不得自原告得請領之工程款扣除保留款：
1.原告應不得依民法第92條第1項規定撤銷系爭會議記錄：
⑴按因詐欺或被脅迫而為意思表示者，表意人得撤銷其意思表示，民法第92條第1 項前段定有明文。而所謂詐欺云者，係謂欲相對人陷於錯誤，故意示以不實之事，令其因錯誤而為意思之表示，所謂因被脅迫而為意思表示，係指因相對人或第三人以不法危害之言語或舉動加諸表意人，使其心生恐怖，致為意思表示而言。當事人主張其意思表示係因被詐欺或脅迫而為之者，應就其被詐欺或被脅迫之事實，負舉證之責任（最高法院18年上字第371 號、44年台上字第75號、95年度台上字第2948號民事裁判意旨參照）。本件原告之員工林佳瑩曾於103 年11月間代表原告，與被告工地主任陳世昌、

工程師魏仁鴻召開工地檢討協調會議，林佳瑩並有於如反原證二所示之系爭會議記錄上簽名等情，為兩造所不爭執，且兩造對於該會議記錄之結論如有效成立未經撤銷得視為系爭契約之內容而拘束兩造亦不爭執，自堪認如系爭會議記錄未遭撤銷時，應具有拘束兩造之效力，原告即應依系爭會議記錄約定之完工時程施作。

⑵原告雖主系爭會議記錄係林佳瑩於遭陳世昌脅迫及遭魏仁鴻詐欺始為之意思表示，並主張依民法第92條第1 項規定撤銷該意思表示。然查：

①脅迫部分：

證人陳世昌於本院審理中證稱：我沒有向原告表示103 年11月15日會放款，若原告不簽系爭會議記錄就不會放款等語，我們工地只是負責進度，因為之前原告有很多不良紀錄，所以找原告開會的目的，就是要寫白紙黑字的會議記錄，這與所謂請款沒有關係等語（見本院卷五第111 頁），尚難認陳世昌有何脅迫原告之舉。且證人林佳瑩於本院審理中證稱：當天陳世昌跟我說我不簽的話，公司不會放款給我，若有簽系爭會議記錄公司11月15日就會放款給我，我跟陳世昌說如果要叫我簽的話，被告公司一定要在11月15日放款給我，而且工程圖說不可變更，且其他廠商也都配合，假如陳世昌沒有答應我的條件，我也不會簽等語（見本院卷五第143 至145 頁），可知林佳瑩於簽立系爭會議記錄前，尚有提出條件要求陳世昌應允，足見當時雙方確有協調之過程，則林佳瑩當時之意思自由是否已遭脅迫而壓抑，即不無疑問。況縱使林佳瑩不簽立系爭會議記錄，其結果亦僅係被告拒不付款，該等單純不履行給付義務之結果，是否屬以不法危害之言語或舉動加諸林佳瑩，亦有疑義，更難認林佳瑩確有因脅迫而為簽立系爭會議記錄之意思表示。

②詐欺部分：

原告雖主張遭魏仁鴻向林佳瑩佯稱系爭會議記錄僅為形式而不具拘束力云云，惟證人林佳瑩於本院審理中證述系爭會議

之經過，從未提及魏仁鴻有向其告知系爭會議記錄僅為形式而不具拘束力，且復明確證稱：簽系爭會議紀錄時，沒有人跟我說簽了不用照這個時間做等語（見本院卷五第145 頁），自難認魏仁鴻有向證人林佳瑩佯稱系爭會議記錄僅為形式而不具拘束力等語，應無從認證人林佳瑩係因遭詐欺而簽立系爭會議記錄。

③此外，原告亦未提出其他證據證明林佳瑩係遭被告人員脅迫或詐欺而為系爭會議記錄之意思表示，應認林佳瑩並未遭被告人員為詐欺或脅迫，原告自無從依民法第92條規定撤銷系爭會議記錄約定內容之意思表示，系爭會議記錄應仍得拘束兩造，原告自應依系爭會議記錄約定之時程完成工作。

2.被告非因原告未依系爭會議記錄說明2 約定期限完成為由向原告終止契約：

⑴被告於103 年11月25日發函予原告通知進度落後，請原告加派工班以免再次延誤，否則將依合約規定終止契約，其餘內容即如被證四所示，且經原告收受。又被告另於103 年11月26日發函通知本期估驗暫不付款，其餘內容即如反原證五所示，經原告收受。另被告於103 年12月5 日以左營新莊仔郵局第1261號存證信函向原告為終止契約之意思表示，該存證信函於同年月9 日送達原告，其餘內容即如反原證7 所示等節，為兩造所不爭執。

⑵依被告上開103 年11月25日函文記載內容（見本院卷一第81頁），即已說明系爭會議記錄說明2 約定之「103 年11月20日完成地界周邊圍牆組模工程，已延誤未於期限完成」等語，並提醒原告1F頂版組模作業進度亦落後，請原告加派工班以免再次延誤，否則將依合約規定中止契約，顯見被告確有表明因原告進度一再落後，要求原告加派工班施作，否則於再次未能依系爭會議記錄達成施作時程時，將依系爭契約約定終止契約之意。是原告於103 年12月5 日寄發之存證信函，其內容雖僅提及曾催告原告加派工班施作1F頂版組模作業，而認原告有工班不足，進度嚴重落後之情形，因而依系爭

契約第22條第2項約定終止契約（見本院卷一第20頁），惟結合前開函文內容，可知被告認定原告有工班不足且進度嚴重落後之情形，自亦包含地界周邊圍牆組模工程未於期限內施作完成部分。

⑶惟被告如係因原告未如期完成地界周邊圍牆組模工程而終止系爭契約，則被告大可於原告未能如期完成地界周邊圍牆組模工程時即終止系爭契約，而毋庸再以103年11月25日函文提醒原告1F頂版組模作業進度亦落後，請原告加派工班以免再次延誤，否則將依合約規定中止契約等語，是依上開函文往來過程可知，原告雖未依系爭會議記錄說明2約定期限完成地界周邊圍牆組模工程，然如能於系爭會議記錄說明3約定期限完成1F頂版組模作業，則被告仍不至向原告終止系爭契約，是被告終止系爭契約之原因，實際上應仍係因原告於被告催請加派工班後，仍未如期完成1F頂版組模作業所致，從而，本件考量被告得否終止系爭契約時，所應審究者，應仍係原告就系爭會議記錄說明3事項逾時完工是否可歸責於原告。

3.原告就系爭會議記錄說明3事項縱有逾時完工之情形，但不可歸責於原告，被告以此依系爭合約第22條第2項約定向原告終止系爭契約，為無理由：

⑴系爭會議記錄約定內容應得拘束兩造已如前述，而系爭會議記錄說明3係約定：模板工程需於103年11月20日完成1F牆柱組模，並於103年11月26日完成1F頂版組模作業（見本院卷一第175頁），是被告在103年12月5日以存證信函向原告終止契約時，原告就1F牆柱組模及1F頂版組模如均尚未施作完成等情，即有未依系爭會議記錄說明3完成組模而有逾時完工之情形。

⑵然本件系爭工程於103年12月1日申請第二次變更設計，於同年月11月經高雄市政府工務局核准，有該局105年2月17日高市工務建字第10530934800號函在卷可參（見本院卷二第21頁），且依上開函文所檢送第二次變更設計圖說中一層

及二層平面圖之記載，該等圖說製圖時間為103 年11月26日（見本院卷二第43反面至44頁），被告應係於103 年11月26日前即已預訂將變更設計，應堪認定。而證人陳世昌於本院審理中亦證稱：大概在建築師變更涉及階段時，工地就會知道公司政策有變更，但我們還不會拿到圖說，要等到整個變更設計的程序完成才會拿到，因為到工務局時可能還會審核修正。一般建築公司會一邊做一邊改，但會在要施作的樓層進度之前完成變更，否則會導致已經做好的東西還要變更等語（見本院卷五第106 至107 頁），顯見被告至要求原告需完成1F牆柱組模及1F頂版組模之時點，仍進行變更設計，且圖說仍有修正可能，而該等變更設計部分，如將影響原告對1F牆柱組模及1F頂版組模之施作，被告變更設計之時點，顯有過晚，而與證人陳世昌證述之工程慣例不符，原告因而不能完成施作，即應屬可歸責於被告之事由，而不可歸責於原告。

⑶而就前述變更設計部分是否影響原告之施作乙節，鑑定人葉國清土木技師於本院審理中到庭陳稱：1 樓頂版就是2 樓的底板，2 樓底板變更一定影響到1 樓頂版，這變更過程就要由兩造相互協議進行，兩造協議103 年11月26日以前要完成，核准日期是103 年12月11日，還沒核准之前當然無法完成。柱上面是接大樑、小樑、樑有變更，1 樓的頂版就不能完成了，所以不能說沒有影響，其他的部分可能先做，但涉及陽台的牆、柱就會有受影響等語（見本院卷五第128 至129 頁、第138 頁），堪認該等變更設計確有影響原告就1F牆柱組模及1F頂版組模之施作。是被告既已於103 年11月26日前即已預訂要變更設計，且該變更設計亦將影響原告就1F頂版之施作，而於該變更設計核准前，因工務局是否同意該變更設計尚無法確定，原告自無從判斷該部分應如何施作，自難認原告未於103 年11月20日完成1F牆柱組模及於103 年11月26日前完成1F頂版組模為可歸責於原告。且被告於103 年12月5 日以存證信函向原告終止系爭契約時，上開變更設計部

分亦尚未經工務局核准，縱原告當時仍未完成1F牆柱組模及1F頂版組模，亦難認有何可歸責原告之處。是縱使原告有被告所指逾期完工之情形，亦係因被告變更設計所致而不可歸責，被告以此認原告有系爭契約第22條第2 項事由而向原告終止系爭契約，自難認有據。此外，被告既不得依系爭契約第22條第2 項終止契約，自亦無從依同條項第14款後段主張扣除保留款，被告此部分抗辯，亦屬無據。

⑷被告雖辯稱：鑑定人鑑定意見依據之圖說為原告單方提供，被告並無提供該等圖說予原告，鑑定人之意見自無依據云云，然系爭工程2 樓陽台部分確有變更設計之情形，業有前述高雄市政府工務局提供之圖說在卷可參，應堪認確有該變更情形，而鑑定人意見既係針對陽台變更可能導致1F牆柱組模及1F頂版組模施作之影響，自仍堪認陽台變更將對原告之施作發生影響，而不因鑑定人依據之圖說是否係被告提供而有不同，被告此部分抗辯，並無理由。被告另辯稱：原告於103 年11月20日即未完成1F牆柱組模之施作，該部分不因2 樓陽台變更而受影響，原告自仍有違反系爭契約之情形云云，然鑑定人已明確說明因牆、柱仍須以大樑、小樑相接，故與2 樓陽台有關之牆、柱仍將受陽台變更設計之影響而無法施作業如前述，自無被告所指仍得先行施作之情形，仍應認原告未能於103 年11月20日完成1F牆柱組模，亦係因被告變更設計所致，而仍屬不可歸責於原告，被告此部分辯解，亦不足採。被告又辯稱：鑑定人稱鑑定報告第93頁、第94頁為2 樓陽台變更平面圖，且94頁為變更後之圖面，然94頁陽台明顯較小，應非外推後之圖面，鑑定意見確有值商榷云云，然鑑定報告第94頁之陽台與第93頁之陽台相較，確實以94頁之陽台有明顯外推之情形，且與前述高雄市政府工務局提供之陽台外推圖說相符，被告此部分辯解，應係誤解圖說中實際屬於陽台面積之範圍而為陳述，被告以此質疑鑑定人之專業，實不足採。

⑸又本件經高雄市土木技師公會鑑定結果，雖認原告有延誤工

期之情形，被告得依系爭契約第22條第2項第2款乙方開工後工程進度遲緩，工人機具設備不足，甲方認為不能依期限完成或依同條項第12款乙方施工進度未能達到甲方工地規劃之要求，經甲方催告後仍無改善終止合約等語（見鑑定報告第9頁），然得否依系爭契約終止契約本需綜合事實認定及法律適用而為判斷，應非屬鑑定人所得鑑定之事項，本院本不受鑑定報告之拘束。且認定被告得否終止系爭契約，仍應視其主張終止契約之事由而定，本院既認定被告係因原告未依系爭會議記錄說明第3項約定期限完工而終止契約，然原告該部分逾期完工為不可歸責，被告自不得依系爭契約第22條第2項規定終止系爭契約，至原告就系爭工程地下室部分縱有延誤情形，然既非經被告催告後仍無改善而遭被告終止系爭契約之原因，自不影響本件之論斷，故鑑定報告係就整體工程有無延誤而判斷被告得否終止系爭契約，即與方與本院前開認定有所不同，鑑定報告此部分結論，自亦不影響本件之認定，併此敘明。

㈡於原告得請領之工程款中應扣除之營造綜合保險金額應為27,477元：

按乙方應依照承攬金額千分之五，分擔本工程之營造綜合險，並於第一次請款時扣除，為系爭契約第10條第2項所約定，是於工程正常進行時，原告應分擔之營造綜合險數額，應以原告承攬系爭工程總價15,190,000元之千分之五計算，此種分擔之約定，實際上即屬被告將原應由被告承擔之營造綜合險，轉嫁由下包商分擔，以減輕被告保險費用之開支。惟本件系爭工程既經終止契約而未能履行完畢，且被告將原告未施作完成之模板工程，另行發包由訴外人日垚公司承攬，為兩造所不爭執，而依被告提出與該公司之承攬合約書，其中第10條亦約定該公司應按照承攬金額千分之五分擔營造綜合險（見本院卷一第185頁反面），足徵原告未施作完成部分之營造綜合險負擔，被告已透過另行發包而再轉嫁於其他包商分擔，如仍許被告依上開金額扣除原告應分擔之營造綜

合險款項，不啻使被告雙重獲利，亦增加原告不應有之負擔，自應認原告應分擔之營造綜合險金額，應以原告實際施作而得請領工程款金額千分之五計算，方屬合理，被告抗辯應以原告承攬金額計算，應屬無據。而本件依原告實做數量得領得之工程款為5,495,494 元，為兩造所不爭執，以該金額千分之五計算之營造綜合險分擔費用即為27,477元（計算式：5,495,494 × 0.005 ＝27,477，小數點以下四捨五入，下同）。

㈢從而，系爭工程依原告實做數量得領得之工程款為5,495,494 元，為兩造所不爭執，加計5 %稅款後原告得請領之款項應為5,770,269 元（計算式：5,495,494 × 1.05＝5,770,269 ）。再扣除兩造不爭執得扣除之被告代叫垃圾清理及未戴安全帽罰款共9,486 元，及前述得扣除營造綜合保險27,477元後，原告得請領之工程款應為5,733,306 元（計算式：5,770,269 －9,486 －27,477＝5,733,306 ），再扣除兩造均不爭執原告已領得之工程款2,800,664 元，原告尚得向被告請領之工程款數額應為2,932,642 元（計算式：5,733,306 －2,800,664 ＝2,932,642 ）。

二、原告主張因被告終止系爭契約，而應依民法第511 條規定賠償原告就未完成工程受有所失利益之損害1,018,744 元為有理由：

㈠按工作未完成前，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，民法第511 條定有明文。又承攬之性質，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 號裁判意旨可資參照。至於所失之利益之數額或證明顯有重大困難者，自非不得依民事訴訟法第222 條第2 項之規定，由法院審酌一切情況，依所得心證定其數額（最高法院102 年度台上字第837 號裁判要旨可參）。本件系爭工程業經被告向原告終止契約，為兩造所不爭執，而被告雖不得依系爭契約22條第2 項規定終止契約已如前述，但依上開民法第511 條規定，被告仍得以定作人身分隨時終止契約，是被告終止系爭契約，仍屬有效，僅應賠償原告因契約終止所受之損害而已，原告主張被告不得任意終止系爭契約，應屬無據。

㈡至原告預期可獲得利益之計算方式，原告主張系爭工程未施作部分可獲得預期利益，依103 年度營利事業各業所得額暨同業利潤標準模板工程業之淨利率為11%，因被告終止系爭契約，以系爭工程未施作部分9,261,312 元計算，原告即受有1,018,744 元之所失利益乙節，業據原告提出該標準為據（見本院卷一第27頁）。而查財政部每年均就營利事業各種同業，核定利潤標準，作為課徵所得稅之依據，其核定之同業利潤標準，係依據各業抽樣調查並徵詢各該業同業公會之意見而為核定（參見所得稅法第80條規定），可謂依統計及經驗所定之標準。本件觀諸系爭契約，雖未記載原告承攬系爭工程之利潤為何，然原告承攬系爭工程，自有一定之利潤可期，因被告行使任意終止權而終止，該可期之利潤，應屬民法第216 條第2 項規定之所失利益，原告應得請求被告賠償，又本件並無證據證明原告係削價承攬，原告以上開同業淨利率11%計算其所失利益，應屬有據。而原告本件已施作部分得請領之工程款數額為5,495,494 元已如前述，經以系爭契約約定總價款15,190,000扣除上開已施作部分後，尚未施作部分之價款應為9,649,506 元（計算式：15,190,000－5,495,494 ＝9,694,506 ），所失利益如以上開標準計算後，應為1,066,396 元（計算式：9,694,506 × 11%＝1,066,

396），原告主張所失利益之數額，並未逾越該數額，應屬合理之數額，原告請求被告賠償該部分損害，應有理由。

三、被告雖抗辯得以另行發包損害、瑕疵修補費用、鑑定費向原告主張抵銷，惟查：

㈠被告雖抗辯因需另行發包系爭工程原告部分而受有損害2,597,443元云云，然本件被告不得依系爭契約第22條第2項終止契約，是本件被告終止契約應係行使定作人之任意終止權均如前述。本件系爭契約既係因被告行使任意終止權而終止，方導致被告需另行覓得其他廠商繼續施作，縱有因而增加之費用，亦非係因被告自己之行為所致，而難認係因可歸責於原告之事由所生損害，自無從請求原告賠償，故被告抗辯原告因賠償另行發包系爭工程之損害2,597,443元，應屬無據。

㈡修補瑕疵費用部分：

1.系爭工程原告已施作部分，經高雄市土木技師公會鑑定結果，認定因清水模板施工不良而有如鑑定報告6003至6070頁所示之瑕疵，所需補正B1F至B4F樓之工程費用為702,412元等情，有該公會104年9月8日高市土技字第00000000號鑑定報告在卷可參（見本院卷二第199頁、第235至303頁、第333至340頁），該等鑑定報告雖非由本院囑託鑑定，然仍係土木技師依其專業知識，就當時施作之現況所為鑑定，應仍有一定之可信性，而堪採為判決之基礎。

2.原告雖主張該等瑕疵應係混凝土澆灌不當所致，與原告施作之模板工程無關云云，然經製作前開鑑定報告之胡福如土木技師於本院審理中證稱：假設原告做的是普通模板，拆模以後有一些接合不良或上下左右不良，在普通模板都可接受，若是清水模板，若沒有達到施工單位可以油漆工程的標準的話，施工單位勢必要再做1：3粉刷的工作才能達到清水模板的標準，原告做出來的不合清水模板整齊對縫的標準，修補費用是依達到清水模板標準的修補費用鑑定得出。混凝土灌漿如果有問題就產生蜂窩現象，振動過度超過模板的固定

力量（爆模）漿液就會漏出，此時會搶救，用模板再去重新架設，在搶救途中，混凝土就會脫離整平面，但爆模的差距約是幾十公分的差距，所以我們認為如果不是清水模與普通模的問題，則本件就沒問題，應該與混凝土的灌注無關等語（見本院卷四第35至39頁），堪認本件原告施作部分之瑕疵，純係因模板未達清水模板所需之平整度，而與混凝土澆灌不當無涉，原告此部分主張，應無理由。

3.惟按承攬人具有專業知識，修繕能力較強，且較定作人接近生產程序，更易於判斷瑕疵可否修補，故由原承攬人先行修補瑕疵較能實現以最低成本獲取最大收益之經濟目的。是以民法第495 條雖規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依同法第493 條及第494 條規定請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。惟定作人依此規定請求承攬人賠償損害，仍應依同法第493 條規定先行定期催告承攬人修補瑕疵，始得為之，尚不得逕行請求承攬人賠償損害，庶免可修繕之工作物流於無用，浪費社會資源（最高法院95年度台上字第2474號判決、96年度台上字第2070號判決、98年度台上字第721 號判決意旨參照）。是以，縱因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，承攬人依民法第493 條第1 項規定，本有修補瑕疵以獲取報酬之權利，不因其瑕疵係可歸責於承攬人而加以剝奪，是定作人依民法第495 條規定，就工作瑕疵所受損害請求承攬人損害賠償，仍須先行定期催告承攬人修補瑕疵，承攬人未於期限內修補時，始得為之，倘若被告未先行定期催告原告辦理瑕疵改善修復之工作，自不容其逕自請求原告負擔該修補工作之費用。而原告否認被告曾請求其修補系爭工程之瑕疵，被告亦未提出任何證據證明曾請求原告修補系爭工程之瑕疵，自難認被告已定期限催請原告辦理本項修補之工作，則依前所述，被告應不得逕行依民法第495 條規定請求原告給付修補瑕疵費用。

㈢至被告另主張鑑定系爭工程瑕疵部分支出鑑定費30,000元，

亦得請求原告賠償云云，然被告不得逕行請求原告賠償瑕疵修補費用已如前述，該部分支出自難認屬請求損害賠償之必要支出，應亦不得請求原告賠償。從而，被告既無從向原告請求另行發包損害、瑕疵修補費用、鑑定費等賠償，自亦無從以該等債權向原告主張抵銷，被告此部分抗辯，應無理由。

㈣綜上，原告尚得請求被告給付之系爭工程工程餘款為2,932,642 元，再加計原告得因被告終止契約而向被告請求之所失利益1,018,744 元，合計原告得請求被告給付之款項即為3,951,386 元（計算式：2,932,642 ＋1,018,744 ＝3,951,386 ），被告主張抵銷則無理由，是原告依系爭契約及民法第511 條但書規定請求被告給付工程款及損害賠償，於請求被告給付3,951,386 元，及自起訴狀繕本送達翌日即104 年6 月5 日起至清償日止，按週年利率5 %計算利息之範圍內，為有理由。

貳、反訴部分：

一、反訴原告雖主張因終止系爭合約所受損害、修補瑕疵費用及鑑定費用，經與原告得請領之工程款抵銷後是否尚有餘額得向反訴被告請求，惟反訴原告並無上開債權得向反訴被告主張抵銷已如前述，自亦無抵銷後之餘款得向反訴被告請求，是反訴原告反訴請求反訴被告賠償抵銷後之餘款，應無理由。

二、反訴原告另主張反訴被告未依系爭會議紀錄之約定於103 年11月26日完成1F頂版組模作業，其未依期限完工，反訴原告即得依系爭契約第19條約定，自完工期限翌日103 年11月27日起計至103 年12月9 日止，請求依系爭契約總價為15,190,000元千分之五計算之逾期違約金987,350 元云云。然查，反訴被告縱未於103 年11月20日完成1F牆柱組模，及未於103 年11月26日完成系爭工程1F頂版組模作業，但實係因反訴原告未能完成變更設計程序所致，而屬不可歸責於反訴被告之事由已如前述，且反訴原告變更設計之程序至103 年12月

11日始經核准，未核准之前反訴被告當然無法完成亦如前述，從而，於103 年12月11日前反訴被告未能完成1F牆柱組模及1F頂版組模作業，應均屬不可歸責反訴被告之事由所致，自不得向反訴被告請求逾期違約金，從而，反訴原告主張反訴被告於103 年11月27日起至103 年12月9 日間應負遲延責任而應給付預期違約金，應屬無據。

三、從而，反訴原告既無於向反訴被告抵銷後之餘款可得請求，亦無從依系爭契約第19條規定向反訴被告請求逾期違約金，則反訴原告依系爭契約第19條、第22條第2 項、民法第495 條第1 項及債務不履行規定，請求反訴被告賠償另行發包之損失、修補瑕疵及鑑定費用及逾期違約金合計2,009,857 元及遲延利息，均無理由。

戊、綜上所述，原告依系爭契約及民法第511 條但書規定請求被告給付工程款及損害賠償，於請求被告給付3,951,386 元，及自起訴狀繕本送達翌日即104 年6 月5 日起至清償日止，按週年利率5 %計算利息之範圍內，為有理由，應予准許，逾此部分之請求，則無理由，應予駁回。另反訴原告依系爭契約第19條、第22條第2 項、民法第495 條第1 項及債務不履行規定，請求反訴被告賠償另行發包之損失、修補瑕疵及鑑定費用及逾期違約金合計2,009,857 元，及其中1,434,535 元自反訴起訴狀繕本送達反訴被告翌日起；其中575,322 元自擴張反訴聲明狀繕本送達反訴被告翌日起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息，均無理由，應予駁回。另原告雖就本件聲請送淡江大學工程法律研究發之估算部分，然該部分與本件被告得否終止系爭契約之認定無關已如前述，自無另行鑑定之必要，原告此部分調查證據之聲請，亦無必要，爰不予鑑定，附此敘明。

己、兩造均陳明願供擔保，各聲請宣告准予假執行及免為假執行，就本訴原告勝訴部分，經核均無不合，爰依民事訴訟法第390 條第2 項、第392 條第2 項規定，分別酌定相當之擔保金額併准許之；至於本訴原告敗訴及反訴原告敗訴部分，其

假執行之聲請已失所附麗，應予駁回。

庚、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提之證據，經逐一審酌後於本件判決結果無影響，爰不一一論述，附此敘明。

辛、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第79條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　30　　日

工程法庭　　法　官　蕭承信

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　　9　　月　　30　　日

書記官　黃進遠