臺灣臺中地方法院民事判決

108年度建字第55號

原　　告　巨匠建設事業開發股份有限公司
法定代理人　許綉梅
訴訟代理人　林堡欽律師
複　代理人　許立功律師
被　　告　亞洲國際工程股份有限公司
法定代理人　王孝瑜
被　　告　江隆基
訴訟代理人　龔厚丞律師
複　代理人　章文傑律師

上列當事人間請求給付逾期違約金等事件，經本院於民國109年8月27日言詞辯論終結，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

甲、程序部分：

壹、被告亞洲國際工程股份有限公司（原名亞洲國際營造工程股份有限公司，下稱被告亞洲公司）經合法通知，未於最後言詞辯論期日到場，核無民事訴訟法第386條各款所列情形，爰依原告之聲請，由其一造辯論而為判決。

貳、按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止；第168條、第169條第1項及第170條至前條之規定，於有訴訟代理人時不適用之。民事訴訟法第168條至第172條及前條所定之承受訴訟人，於得承受時，應即為承受訴訟之聲明。他造當事人，亦得聲明承受訴訟。民事訴訟法第170條、第173條、第175條分別定有明文。又訴訟代理權，不因本人死亡、破產或訴訟能力喪失而消滅；法定代理人有變更者亦同，民事訴訟法第73條亦有明文。查被告亞洲公司法定代理人原為被告江隆基，嗣於訴訟進行中變更為

羅運金，再變更為王孝瑜（見本院卷一第303頁、卷二第145頁），並經原告於民國（下同）108年11月20日、109年7月28日陸續具狀聲明請求承受訴訟（見本院卷一第319頁、卷二第153頁），核無不合，應予准許。

參、原告起訴時訴之聲明為：被告應連帶給付原告新臺幣（下同）19,256,151元，及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息；嗣原告於109年7月11日更正聲明如後聲明第1、2項所示，核屬減縮應受判決事項之聲明，依民事訴訟法第255條第1項第3款規定，應予准許。

乙、實體部分：

壹、原告主張：

一、原告為興建位於南投縣○○○○段000地號土地之「寓上溪頭集合住宅新建工程」（下稱系爭工程），曾於107年7月26日與被告亞洲公司簽立「亞洲國際營造工程承攬契約書」（下稱系爭契約），工程之總價約定為95,800,000元，當時被告亞洲公司之負責人為葉榮吉，並由被告江隆基擔任系爭契約之連帶保證人。系爭工程經南投縣政府核准於107年7月25日開工，被告亞洲公司並於107年8月3日寄送付款通知書，向原告請求給付第一期款項即假設工程之工程款4,023, 600元。若認兩造締結系爭契約之際，工程尚未實際開工，惟觀諸系爭契約第5條其中「縣府核准開工後開始計算工期」之手寫文字上方已明確書立「107/8/15」，至遲亦應以該日為準據，非如被告江隆基辯稱開工日於107年9月13日申報開工之日起算。

二、被告亞洲公司於系爭工程開工後，曾分別於107年8月3日、同年10月29日、同年11月9日檢具付款通知書、折款表、請款單及現場施工照片等文件，向原告申請第一期至第三期之「假設工程」及「鋼軌樁工程完成1/2」暨「鋼軌樁工程全部完成」等工程款，請款4,023,600元、3,017,700元、3,017,700元，共10,059,000元工程款，原告亦分別開立4紙支

票予被告亞洲公司收受且已被兌領。惟被告亞洲公司施工進度嚴重延宕，108年4月15日後，經原告進行實勘，赫然發現被告亞洲公司未經原告同意無故停工，嗣並知悉被告亞洲公司財務狀況不良，原告僅能陸續自行雇工或委由其他廠商接手施作，並就系爭工程現場實況進行確認，方發現被告亞洲公司僅施作部分工程，對應支出工程款合計僅為4,119,049元，則被告亞洲公司受領逾4,119,049元之部分，高達5,939,951元（10,059,000-4,119,049=5,939,951元），原告得本於民法第179條不當得利法律關係，請求被告亞洲公司返還溢領之工程款。

三、系爭契約第5條約定，應於122日曆天內即於107年11月24日前完成系爭工程之假設工程及基礎工程之施作。依雙方LINE對話紀錄，可知系爭案場之基礎工程（土方工程及安全支撐工程）至少於108年3月20日之前尚未完工，此觀切結書上亦有記載：「…施作項目：地下室土方二次開挖工程…」等語。而系爭工程已於108年3月10日變更由巨逸建設事業開發股份有限公司（下稱巨逸公司）接手施作系爭工程之「結構工程」部分，並另外簽立承攬契約書，總價65,193,000元。故關於違約逾期之末日以108年3月10日為基準日，即施工違約期間從107年11月25日起算至108年3月10日共計106日。依系爭契約第22條：「乙方（即被告亞洲公司）有左列各款之一者，甲方（即原告）得終止本合約，甲方因此而有損失，乙方應負擔賠償之責。如乙方無力賠償時，應由保證人賠償之乙方之…2、乙方能力薄弱，任意停止工作，或作輟無常，進行遲滯有事實嚴重者，無法如期竣工時」；第24條第3項、第4項分別約定：「逾期違約金，以工作日為單位，乙方如未依照規定期限取得使用執照，應按逾期日數，其逾期日數參照晴雨表施工總日數參照標準扣除，每次依其千分之一計算逾期保證金」、「乙方因破產清算或其他事由致無法履行本項違約責任時，由乙方之保證人負擔違約責任。」等內容，原告得請求被告給連帶給付之違約金應為10,154,800

元【計算式：95,800,000元x 0.1%x 106日＝10,154,800元】。準此，依系爭契約第24條第3項、第4項請求被告連帶給付上開違約金。

四、系爭工程於被告亞洲公司停工前均處於持續趕工施作之狀態，並未停歇，即系爭工程並無被告辯稱所謂之「休息日」存在，是其抗辯逾期違約金之計算應扣除「休息日」云云，自應由其提出施作工程之施工日誌等資料加以舉證，且上開期間之工作日誌應為被告亞洲公司製作紀錄且保管，被告江隆基亦曾擔任被告亞洲公司之法定代理人，難諉稱不知。兩造於系爭契約上業已載明依「日曆天」之工期計算方式，其等約定之真意甚明，並無文義不清，自無反捨契約文義而另為解釋之必要。系爭契約第24條關於逾期違約金條款所記載之「工作日」自應同以「日曆天」計算，方符合契約文義、體系。

五、系爭契約第5條約款所指之「假設工程」之部分係指「項目A假設工程」之部分；另「基礎工程」之部分則為「項目B土方工程」及「項目C安全支撐工程」等部分。而被告亞洲公司針對勞安設施、地下室土方開挖及運棄工程、棄土證明、筏基坑回填劣質混凝土（含壓送）、挖井工程、鋼軌樁、5分木襯板、鋼軌樁保護帆布、水平支撐第一層、水平支撐第二層、中間柱、構台柱、施工構台、水平支撐用安全母索、中間柱引孔根固填充、開挖面四周安全欄杆、安全觀測系統、棄土坑工程等多項假設工程及基礎工程均未完成施作。嗣後，被告已於108年3月10日同意辦理變更承造人，巨逸公司遂如前述，於108年3月10日後進場施作取代被告，系爭工程並於108年4月2日變更承造人為巨逸公司，就系爭工程之假設工程及基礎工程等持續進行施作，並支付款項予協力廠商，足見被告亞洲公司並未準時完成假設工程及基礎工程。就系爭契約總價95,800,000元部分，原告與被告亞洲公司約定之施作範圍除包括「結構工程」外，尚有包括「內部裝修工程」、「外部裝修工程」三大部分；對比原告與巨逸公司簽

立之系爭承攬契約書所付之付款比率明細表，可知原告與巨逸公司僅有就「結構工程」約定施作，至於「內部裝修工程」、「外部裝修工程」部分，則並非原告與巨逸公司所締結之系爭承攬契約書所約定之施工事項，系爭契約與前揭承攬契約書兩者間總工程款有30,607,000元之落差。至被告提出之108年3月13日以後數則LINE對話紀錄，均係工地主任吳毅庭就施工進度回覆予原告及巨逸公司知悉，亦可知系爭案場之基礎工程（土方工程及安全支撐工程）至少於108年3月20日之前尚未完工，對照切結書上亦有記載：「…施作項目：地下室土方二次開挖工程…」等語足佐，被告確實逾期施作、且未施作完畢。

六、並聲明：

（一）被告亞洲公司及被告江隆基應連帶給付原告10,154,800元，及自本起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

（二）被告亞洲公司給付原告5,939,951元，及自本起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

（三）原告願供擔保，請准宣告假執行。

貳、被告抗辯：

一、被告亞洲公司未於最後言詞辯論期日到場，惟曾與被告江隆基具狀共同為下列抗辯：

（一）關於溢領之工程款5,939,951元：

原告雖主張被告亞洲公司實際施作工程，該相對應進度之金額僅4,119,049元云云。惟根據其提出之亞洲公司工程明細表記載「A假設工程合計451,272元、B土方工程合計1,595,426元、C安全支撐工程合計1,667,502元。小計3,714,200。總計4,119,049元（含稅）」。原告已經主張被告亞洲公司受領4,119,049元的部分就是已施作完成部分。而上開已施作完成之「假設工程、土方工程、安全支撐工程」等工項，佐以原告提出之「現場施工照片」標示

107年10月26日鋼軌樁施作、107年11月9日標示鋼軌樁工程全部完工。且原告自承是依「工程估驗請款單」提出之現場施工照片等文件為據，方分別於107年8月3日、107年10月29日、107年11月9日依次給付給被告亞洲公司4,023,600元、3,017,700元、3,017,700元，可證至少於107年11月9日之前，被告亞洲公司已施作完成「假設工程、土方工程、安全支撐工程」（即「項次1、假設工程」、「項次2、鋼軌樁工程完成1/2」、「項次3、鋼軌樁工程全部完成」及「項次4、出土完成（含安全支撐工程完成）」）等工項，衡情原告不會在未確認施工進度之情形下即撥款。被告亞洲公司並未溢領工程款之情事。

（二）賠償逾期違約金10,154,800元部分：

1、被告亞洲公司依系爭契約第5條約定須於縣府核准開工後開始計算工期122日曆天施工完成系爭工程之「假設工程」及「基礎工程」，原告並未舉證證明上開縣府核准開工之確定日期，自無從計算正確之122日曆天之末日是哪一天。就系爭契約第24條逾期違約金之約定意旨，是以承攬人未依約取得使用執照，而以取得使用執照之日回溯以工作日為計算基準，計罰違約金，並非是以日曆天為計算單位，原告起訴主張之計算，顯與系爭契約之約定不符；且本件原告與被告亞洲公司提前合意終止契約，被告亞洲公司已無為原告取得使用執照之義務，自無可能取得使用執照逾期之情事發生，即原告無從依系爭契約第24條第3、4項約定向被告主張逾期取得使用執照之可能，兩造無適用系爭契約第24條第3、4項約定之問題。依原告提出之重要驗收付款文件以及其所主張之內容，實已可認被告亞洲公司確實已於約定期限內施作完成系爭工程之「假設工程」及「基礎工程」。而原告初始主張系爭工程經南投縣政府核准於107年7月25日開工，被告亞洲公司就系爭契約簽約日為107年7月26日，斯時尚未立約確認雙方之權利義務關係之前，豈有申報開工可能，107年7月25日僅是原告「申

報開工的日期」，南投縣政府對上開日期僅是「備查」，並非是「核准」；嗣原告又主張系爭工程實際開工日至遲應以契約手寫日期107年8月15日為計算基礎，惟被告亞洲公司為何於107年8月3日請領第一期款，其背後原因或有諸多之可能，尚非能逕解讀為被告亞洲公司早已實際開工施作系爭工程。原告以「申報開工日」作為計算系爭假設及基礎工程完工期限之起算日與系爭契約有違。細觀系爭契約第24條第3項係約定以「工作日」為計算單位，並非如系爭契約第5條完工期限般係以「日曆天」為計算單位。依照實務見解，「工作日」是指可實際工作的天數，且指「自向工務機關申報開工之日起算，扣除國定假日、星期例假日、颱風、降雨量達一定標準之雨天或變更設計尚未獲准前之不工作或無法工作之實際能工作天數」，於系爭契約約定，應係指「自縣府核准開工之日起算，扣除國定假日、星期例假日、颱風、降雨量達一定標準之雨天或變更設計尚未獲准前之不工作或無法工作之實際能工作天數」或是指「自縣府核准開工之日起算，扣除晴雨表施工總日數參照標準之實際能工作天數」，且條文中約定「其逾期日數參照晴雨表施工總日數參照標準扣除」，既言「參照晴雨表施工總日數」，亦可知計算逾期違約金確實是以「工作天」做為計算單位無疑。而原告更於109年7月23日言詞辯論期日自承表示，確實無法提出被告亞洲公司施工之日報表等語。上開原告起訴主張之計算，逕以「日曆天」天數計算，顯與約定有違，自無可採。

2、被告亞洲公司曾分別於107年8月3日、同年10月29日、同年11月9日檢具付款通知書、拆款表、請款單及現場施工照片等文件，向原告公司申請第一期至第三期之「假設工程」及「鐵軌樁工程完成1/2」暨「鐵軌樁工程全部完成」等工程款，原告公司亦分別開立4紙支票予被告亞洲公司收受，並經按期兌領在案，故被告亞洲公司已先向原告公司共收取10,059,000元工程款。至於系爭契約第34條拆

款表項次4「出土完成（含安全支撐工程）」是另一個施作工項，並非是基礎工程。原告謂基礎工程之部分為項目B土方工程及項目C安全支撐工程等部分等主張，被告江隆基否認。而巨逸公司與原告關係密切，兩家公司登記地址在同一地址，董監事亦互有重疊，顯為家族事業。既然原告依據巨逸公司提出之「工程估驗請款單」依次對被告亞洲公司依據系爭契約第34條拆款表項次1、2、3付款，再佐以巨逸公司是依照上開「比率明細表」之施工項目欄位接續施作尚未完工之工程，即可充足證明系爭工程之假設工程以及基礎工程（即鋼軌樁工項）均已如期完成，並無逾期。被告亞洲公司並未逾越原告所指稱之107年11月24日完工期限，被告江隆基亦無依系爭契約第24條第4項以及第22條之規定，負保證人之責。縱被告亞洲公司應負逾期違約金之責，原告至今已給付被告亞洲公司之工程款，約占係爭工程總價之10.5%，可認被告亞洲公司已完成系爭工程之10.5%，尚有89.5%未完成，原告計算之逾期違約金顯然過高，應依比例酌減。

3、原告雖然主張系爭契約載有「連帶保證人」之字樣，被告江隆基即應擔負連帶保證之責等語，然系爭契約之保證人自始未放棄民法第745條之先訴抗辯權，本案應屬一般之保證。被告亞洲公司對原告既不負任何給付義務，依民法第742條第1項規定，僅為一般保證之被告江隆基亦得主張相同之抗辯。縱被告亞洲公司確應擔負逾期違約金，然依前開約定內容可知，被告江隆基僅於被告亞洲公司無力賠償或無法履行違約責任時，始負相同之賠償及違約責任，被告江隆基仍得主張先訴抗辯權。

二、並聲明：駁回原告之訴及假執行之聲請；如受不利益判決，被告願供擔保請准宣告免予假執行。

參、本院之判斷：

一、原告主張：原告為興建位於南投縣○○○○段000地號土地之系爭工程，曾於107年7月26日，與被告亞洲公司簽立系爭

契約書，並由被告江隆基擔任系爭契約之連帶保證人，系爭契約第4條約定，原告與被告亞洲公司就系爭工程之工程總價約定為95,800,000元。又系爭契約第5條約定於南投縣政府核准開工後開始，計算工期122日曆天施工完成系爭工程之「假設工程」及「基礎工程」；又被告亞洲公司曾分別於107年8月3日、同年10月29日、同年11月9日檢具付款通知書、拆款表、請款單及現場施工照片統一發票等文件，向原告公司申請第一期至第三期之「假設工程」及「鋼軌樁工程完成1/2」暨「鋼軌樁工程全部完成」等工程款4,023,600元、3,017,700元、3,017,700元，原告公司亦分別開立如起訴狀附表所示之4紙支票予被告亞洲公司收受，並經按期兌領在案，故被告亞洲公司已先向原告共收取10,059,000元工程款；而系爭工程之起造人為原告，承造人原為被告亞洲公司，嗣於108年3月10日變更由第三人巨逸公司擔任承造人，第三人巨逸公司為進場承接被告亞洲公司施作系爭工程，曾與原告簽立承攬契約書，第三人巨逸公司亦出具「比率明細表」，向原告公司表示將依照上開明細表「施工項目」所載工項接續施作未完成之工程，且原告公司亦同意依上開明細表「付款比例」欄之比例，就渠等所約定之工程總價按比例支付工程款項予第三人巨逸公司。被告亞洲公司曾於108年4月間發函自承已無繼續營業，並受倒債拖累，無力清償全部負債，並請協力廠商循法律途徑索討債務等情，為被告江隆基所不爭執，且被告亞洲公司復未到庭爭執，並有原告所提出之系爭契約書1份（本院卷一第33-53頁）、被告亞洲公司付款通知書1份（見本院卷一第59-63頁）、拆款表、請款單、請款總表及現場施工照片、統一發票各1份（本院卷一第65-97頁）、臺中商業銀行彰化分行票號CAA0000000、CAA0000000、CAA0 000000、CAA0000000支票4紙（見本院卷一第99-101頁）、變更承造人申請書、變更承造人名冊各1份（見本院卷一第297-299頁）、原告與第三人巨逸公司之承攬契約書1份（見本院卷一第339-347頁）、比率明細表1份（見

本院卷一第363頁）、被告亞洲公司暨久樘營造股份有限公司、久樘建設股份有限公司108年4月12日函文1份（見本院卷一第167-169頁）、空白債權申報書1份（見本院卷一第171頁），在卷可憑，自堪信為真實。

二、原告復主張被告亞洲公司向其承攬前述之系爭工程，雖兩造已合意終止契約，惟被告亞洲公司至契約終止時，僅完成為報酬4,119,049元之工作，惟被告亞洲公司向原告領取10,059,000元報酬，則被告亞洲公司逾領5,939,951元，無法律上原因，原告得本於不當得利法律關係，請求被告亞洲公司返還溢領之工程款；又被告亞洲公司未依約完成約定之工作而有逾期違約，應依系爭契約第5條及第24條第3項約定支付原告10,154,800元逾期違約金，而被告江隆基為被告亞洲公司之連帶保證人，就被告亞洲公司前述違約金給付義務應負連帶賠償之責等語，惟原告之主張業經被告所否認，並以前詞置辯，是本件所應審究者為：①被告亞洲公司是否有原告主張之不當得利情事？原告依民法第179條，請求被告亞洲公司給付5,939,951元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五算之利息，有無理由？

②被告亞洲公司是否有原告主張逾期完工違約之情事？原告主張其得依系爭契約第24條第3項約定，請求被告亞洲公司給付10,154,800元逾期違約金及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五算之利息，有無理由？

③原告公司主張被告江隆基應依系爭契約第24條第4項約定，與被告亞洲公司連帶給付原告10,154,800元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，有無理由？按「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。」民事訴訟法第277條前段定有明文。經查：

（一）被告亞洲公司並無原告所主張溢領工程款不當得利之情事，原告依民法第179條，請求被告亞洲公司給付5,939,951元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利

率百分之五計算之利息，為無理由：

原告主張：被告亞洲公司施工進度嚴重延宕，108年4月15日後，經原告進行實勘，赫然發現被告亞洲公司未經原告同意無故停工，原告僅能陸續自行雇工或委由其他廠商接手施作，並就系爭工程現場實況進行確認，方發現被告亞洲公司僅施作部分工程，對應支出工程款合計僅為4,119,049元，則被告亞洲公司受領逾4,119,049元之部分，高達5,939,951元，原告得本於民法第179條不當得利法律關係，請求被告亞洲公司返還溢領之工程款云云。惟原告之主張業為被告所否認，雖原告提出亞洲公司工程明細表1份（見本院卷一第113-119頁），及舉證人吳毅庭、賴鐵強到庭為證，惟查：

1、原告所提出前述亞洲公司工程明細表，其內容業為被告所否認，且該文書係原告自行製作之文書，其上未有被告亞洲公司之簽認，自難以原告單方製作之文書，遽認亞洲公司有溢領工程款之情事。

2、依卷附系爭契約第18條約定：「驗收及接管：乙方（即被告亞洲公司）於工程完成時，應即通知甲方（即原告）：㈠甲方接獲乙方前項通知時，甲方應於十日內按施工圖面或變更後計畫進行初驗，俟驗收合格後，甲方於乙方持發票辦理請款起三日內付清承包價款。㈡驗收時如有局部不合格時，乙方應即在限期內修理完成後，再行申請甲方複驗。經驗收合格後，甲方應即行接管（保固除外）。㈢本工程使用之材料，得檢送樣品交甲方確認核可後，作為將來驗收之依據。㈣乙方請款時需開立估驗金額的全額發票辦理請款，其品名、數量、單價等均應與估驗內容相符，發票內容經甲方核實無誤後，由甲方依約完成付款作業；工程款不得轉讓或委託他人代領。」，上開規定為原告與跟被告亞洲公司的估驗請款流程等情，為原告所自承（見本院卷二第137頁）。而被告亞洲公司曾分別於107年8月3日、同年10月29日、同年11月9日檢具付款通知書、拆款

表、請款單及現場施工照片、統一發票等文件，向原告申請第一期至第三期之「假設工程」及「鋼軌樁工程完成1/2」暨「鋼軌樁工程全部完成」等工程款4,023,600元、3,017,700元、3,017,700元，原告公司亦分別開立4紙支票予被告亞洲公司收受，並經按期兌領完畢等情，為原告所不爭執，已如前述。且原告聲請之現場工地主任即證人吳毅庭復到庭證稱：「‧‧（證人擔任被告亞洲公司之工地主任期間，亞洲公司是施作完成工項後方得向原告請款或於施作未完成即可先預支工程款？）答：我記得是依照合約的請款順序去請款，都要完成工作才可以請款，依我的印象本件沒有預支工程款。‧‧（於被告亞洲公司退出系爭工程施作時，證人是否有為被告亞洲公司清點全部已施作之工項及計算已施作工程可向原告請款之數額？）答：我只有作小樣工地的工具清點而已，亞洲公司完成的工程、還有可依照完成項目，及可以請領的款項我沒有幫忙清點。‧‧」等語（詳見本院卷一第462頁、第463頁），依證人吳毅庭前開證述內容，其並未為原告清點被告亞洲公司已施作之工項，及計算已施作工程可向原告請款之數額，且亞洲公司依約要完成工作才可以請款，亦無預支工程款之情事，自無從依證人吳毅庭之上開證述內容為原告有利之認定。

3、又依原告提出之「現場施工照片」標示107年10月26日鋼軌樁施作（見本院卷一第87頁）、107年11月9日標示鋼軌樁工程全部完工（見本院卷一第93頁）。且原告自承是依被告亞洲公司「工程估驗請款單」提出之現場施工照片等文件為據，方分別於107年8月3日、107年10月29日、107年1 1月9日依次給付給被告亞洲公司4,023,600元、3,017,700元、3,017,700元，衡情可證至少於107年11月9日之前，被告亞洲公司已施作完成拆款表所示「項次1、假設工程」、「項次2、鋼軌樁工程完成1/2」、「項次3、鋼軌樁工程全部完成」等工項，否則原告豈會依被告亞

洲公司之請款而依約給付工程報酬予被告亞洲公司？原告主張其在未確認施工之進度即肆意撥款，實與一般工程慣例嚴重背離，尚難採信。

4、又依原告請求傳訊之證人賴鐵強到庭結證稱：「．．（證人現從事何工作？）答：怪手工作。（本件被告亞洲公司向原告承攬『寓上溪頭集合住宅新建工程』，證人是否有向被告亞洲公司轉承包工程施做？若有承攬那部分之工作？）答：二次開挖是我作的，比較深的地下室需要用我的怪手才能挖到。．．（證人何時開始進場施作？施作至何時？有無相關資料《如點工單、請款資料等》可供參考？）答：大約是108年3月3日，到108年3月18日結束，我沒有向亞洲公司請款，因為它倒了。（承上，證人在上開工地為被告亞洲公司施工至何時？承攬之工作施作完成之程度為何？地下室土方開挖及運棄工程之施工項是否已完成？）答：我施工到108年3月18日，而且地下室的二次開挖都已經完成，開挖出來的土有放在亞洲公司所承租的土地，所以地下室的開挖及土方都已經完成了。．．亞洲公司退出時我剛施工完成。．．亞洲公司有積欠我工程款，但巨逸公司有先付給我30萬元。（提示奕新工程行之切結書、估價單、統一發票《見本院卷第211-215頁》，證人有見過該等文件？若有該等文件是因何事而出具？）答：有看過，這些文件是巨逸公司要我出具的，因為我跟它領了30萬元。（依上開估價單記載『鹿谷工地安全支撐後地下室第二次挖出土』等語，是代表何意？該工項是否已屬完工？）答：當時的鋼軌樁已經完成，第二次開挖是指別人已經挖過，我去接續完成，我完成的部分是出土，我施作部分完成，出土的工程就已經完成。（證人承攬之工作係屬出土完成項目？）答：是。．．因為工程施作完成，亞洲公司退出，當初我向巨逸公司表示我工程已經完成，我要先拿錢去付機械錢，所以巨逸公司就先幫亞洲公司墊款給我。（證人為被告亞洲公司承攬施作所完成之工作，是

否已至地下室出土完成？）答：是。（證人為被告亞洲公司承攬施作所完成之工作時，安全支撐工程是否已完成？）答：是，因為安全支撐要先完成，我才能夠進場施工，因為我的怪手是搭建在安全支撐上面。‧‧（你進場施作時，安全支撐工程就已經全部完成或是你施作的工項完成時上開安全支撐工程方施作完成？）答：安全支撐工程一定要先完成，我的怪手才能搭在上面施作。（你剛才提到土方如何清運？）答：是我運去堆置場的。‧‧（108年3月18日離場後，你是否有回到工地去施作？）答：沒有。‧‧」等語（見本院卷第一第467-470頁），依證人賴鐵強前開證述內容，被告亞洲公司與原告合意退場時，工程實際進度已至第四項次之出土完成階段，安全支撐工程全部完成，其方得進場施作出土工程，且係其向後承包商表示出土工程已完成，方由訴外人巨逸公司代亞洲公司 給付其30萬元工程款，是原告主張被告亞洲公司於合意退場時僅工作至鋼軌樁工程，安全支撐工程未完成云云，實無可採。而依被告亞洲公司與原告之拆款表所示，被告亞洲公司於完成安全支撐工程時，就該工項可依約請求之款項為4, 790,000元（累計則為14,370,000元），衡諸被告亞洲公司向原告請領之總款項10,059,000元，遠低於約定之14,3 70,000元，尚難以原告單方之主張即認被告亞洲公司有溢領工程款之情事存在。

5、按原告與被告亞洲公司合意終止承攬契約，於終止後，被告亞洲公司將所施作完成之工作，及工作地點現場交由原告占有，以供原告就未完成之工作再發包予他人繼續承作，原告於再行發包前，自應就被告亞洲公司施作完成之工作，加以保全現場並與被告亞洲公司合力清點結算，惟原告於終止後即再行發包予巨逸公司承作，就被告亞洲公司承作已完成之工項，未能提出保全現場及與被告亞洲公司共同清點計算之資料，自難以原告單方無憑之主張，即遽認原告主張被告亞洲公司有溢領工程款之事實為真。再參

諸卷附原告與訴外人巨逸公司之承攬契約書（見本院卷一第339-347頁），原告將被告亞洲公司未完成之工程再轉包予巨逸公司承作，巨逸公司承攬之報酬總額為65,193,000元，與被告亞洲公司承攬總價相差30,607,000元（95,800,000元-65,19 3,000元，=30,607,000元），其差額遠高於被告亞洲公司向原告承領之10,059,000元；再參諸原告所提出其與巨逸公司之比率明細表（見本院卷一第363頁），其記載巨逸公司承作之項目雖記載包括（期別1）出土完成（含安全支撐工程完成，比率12%即7,823,160元），該工項之工程款約定7,823,160元遠高於原告與被告亞洲公司之約定4,790,000元，已不符合常情；且依原告所舉證人賴鐵強前開證述，證人賴鐵強施作完成時該出土完成工項已全部完成，僅被告亞洲公司未給付其工程30萬元，經其向巨逸公司表示有完成工程，而由巨逸公司代被告亞洲公司向其報付工程款30萬元等情，足證前述原告與巨逸公司之比率明細表，就出土完成工項之約定即有不實，且原告就巨逸公司完成出土完成工項之全部支出資料復未能提出以供本院審認，是難以原告與巨逸公司之承攬契約之內容，即認被告亞洲公司有溢領工程款之情事存在。

6、基上，被告亞洲公司於其承作系爭工程之過程中，依其與原告之約定，於施作完成後依約提具契約規定之文件向原告請款，經原告認同後依被告亞洲公司之請求予以付款，客觀上，被告亞洲公司依契約提具約定文件向原告請款，並得原告所領具之款項，其施作之工作業已完成，並經原告估驗確認無誤。依上所述，被告亞洲公司既是依約於工作完成後，並提出契約文件，經原告估驗完成而給付被告亞洲公司10,059,000元工程款，被告亞洲公司所領之上開報酬為原告其依約所應得之報酬，自無不當得利之情事。且依前述，被告亞洲公司已依約履行假設工程及基礎工程，依約本得向原告請求出土完成(含安全支撐工程完成)之工程款4,790,000元（累計可申請總額為14,370,000元）

而未及請領，衡諸被告亞洲公司向原告請領之工程總額為10,059,000元，客觀上難認有溢領款項之前事存在。原告既無法舉證證明其有肆意撥款而溢付被告亞洲公司工程款之事實存在，是原告主張被告亞洲公司有溢領工程款而有不當得利5,939,951元之事實，即無可採。被告亞洲公司既無原告主張之不當得利情事，原告依民法第179條，請求被告亞洲公司返還溢領之工程款5,939,951元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為無理由。

（二）原告對被告亞洲公司並無依系爭契約第24條第3項約定之逾期違約金請求權存在，原告公司主張被告亞洲公司應依系爭契約第24條第3項約定，支付原告10,154,800元逾期違約金及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為無理由：

原告主張，系爭契約第5條上方手寫註記：「縣府核准開工後開始計算工期」及蓋用雙方當時法定代理人印章，假設工程及基礎工程共122日曆天。市府開工核准後，使照取得工程期限共503日曆天，總工期625日曆天，107年7月25日開工，被告亞洲公司應於122日曆天內即於107年11月24日前完成系爭工程之假設工程及基礎工程之施作，惟被告亞洲公司於108年3月10日之前尚未完工，故關於違約逾期之末日以108年3月10日為基準日，即施工違約期間從107年11月25日起算迄至108年3月10日共計106日，被告亞洲公司依約給付違約金應為10,154,800元【計算式：9580萬元x 0.1%x 106日＝10,154,800元】予原告云云。惟原告之主張業為被告所否認，且查：

1、按「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行

債務所生損害之賠償總額。」民法第250條固定有明文，惟違約金給付義務之產生，必須當事人明文所約定應給付違約金之債務不履行情事發生時，違約之人方有給付違約金之義務，即就特定事項之違約，訂有違約金給付條款，必須有該當該條款約定之債務不履情事發生，方得依約請求給付違約金，非謂一有債務不履行之情事發生，均得引用該特定事項之違約金約定，請求對造給付違約金，合先敘明。

2、原告所主張之假設工程及基礎工程係指「原證七項目A假設工程，項目B是土方工程，項目C是安全支撐工程，此部分就是原告主張假設工程及基礎工程部分」等語（詳見本院卷一第153頁），惟為被告江隆基所否認，並抗辯假設工程及基礎工程應係指原告與被告亞洲公司拆款表所約定之項次一至四（即至出土完成）之工項等語，按兩造於契約中雖未言明假設工程及基礎工程之工項明細為何，惟假設工程及基礎工程，係為興建主體建物之前行工程即主體建物興建前為便於施工之準備工程，審諸系爭契約所訂拆款表，其中項次1為假設工程，項次2為鋼軌樁工程完成1/2，項次3鋼軌樁工程全部完成，項次4為出土完成(含安全支撐工程完成)，項次5-14則均屬基礎、地下室及各樓混凝土澆置完成，是依前述拆款表之約定，項次5-14為主體建物混凝土澆置屬主體建物之興建工程，而項次1-4分應屬主體建物興建之前行工程無誤，是系爭契約所載之假設工程及基礎工程係指拆款表所約定之項次1-4（即至出土完成）之工項，應堪認定。

3、又系爭拆款表所約定之項次1-4工程之完成與否，被告亞洲公司固未到庭提出資料以供憑斷，惟依原告所陳述被告亞洲公司請款之過程，及原告所舉證人賴鐵強前開證述其已於108年3月18日完成出土工作，並經其向巨逸公司表示完工而請其代墊工程款30萬元，得巨逸公司同意給付等情事觀之，應堪認系爭拆款表所載項次1-4之工程至遲於108

年3月18日已全部完工。至於證人吳毅庭復到庭陳證：「・・（證人曾受僱於被告亞洲公司？擔任何職？負責何事務？受僱至何時？）答：有，擔任工地主任，管理工地，受僱到去年的3月底，去年3月15日把我調去鹿谷的工地。・・108年3月15日，執行到108年3月底，108年3月15日之前偶而也會派我去工地看。・・（證人擔任被告亞洲公司之工地主任期間有製作工作日誌？若有，該工作日誌現在何處？證人將該工作日誌交予何人？）答：曾經有寫過，工務所裡面還有其他的主任，資料應該是在亞洲公司裡面。當時有一個工務助理，工作日誌是交給他，是我工作日誌交給工務助理，是小姐，名字忘記了。・・請款是・・工務部的人在負責，・・請款流程我不是完全清楚，只有在請款需要照片的時候我們會協助提供。・・（證人擔任被告亞洲公司之工地主任期間，亞洲公司是施作完成工項後方得向原告請款或於施作未完成即可先預支工程款？）答：我記得是依照合約的請款順序去請款，都要完成工作才可以請款，依我的印象本件沒有預支工程款。・・我只有作小樣工地的工具清點而已，亞洲公司完成的工程、還有可依照完成項目，及可以請領的款項我沒有幫忙清點。（於被告亞洲公司離場後，證人仍在現場擔任工地主任？若有，係受僱於何人？何時開始任職？擔任至何時？）答：是業主即原告，因為還有工程沒有完工，原告就聘我到他們公司擔任工地主任，我是108年4月1日受僱的，到目前還在現場的工地。・・工作日誌是從108年4月1日開始記載，當時記得是開始地下室工程。・・（於被告亞洲公司退出系爭工程施作時，鋼軌樁工程是否已經完成？）答：鋼軌樁已經有定到地下室，但還沒有完成。（地下室的出土工程是否已經完成？）答：還沒。（是否鋼軌樁工程要先完成才能夠從事地下室的開挖？）答：鋼軌樁要先定，固定完後再開挖，開挖完成之後再做木板樁保護，鋼軌樁中間需要有木板來作保護，那是要挖土之後才能作，一

般來講要木板做完，才能作鋼軌樁工程，一層一層做保護。．．（請提示原證七工程明細表（本院卷第113-120頁），你有無看過這份工程明細表？）答：我沒有看過。．．（請提示原證四所附照片（本院卷第93頁）上面有寫『11月9日鋼軌樁工程全部完成』，這個鋼軌樁工程全部完成是指何意？）答：是指鋼軌樁施打訂樁完成，是屬於第一階段，後階段還有出土保護施作工程。．．．．」等語（詳見本卷一第460-467頁），依證人吳毅庭上開證述內容，其係於108年3月15日方至現場工地，其對原告與被告亞洲公司在108年3月15日前履約及完成估驗請款之事項，並無參與。且證人吳毅庭其到工地後並未為原告清點被告亞洲公司在現場之施工項目及該等完工項目之承攬報酬數額，原證七工程明細表證人吳毅庭未曾看過，則原告主張證人吳毅庭知悉並協助原告清點被告亞洲公司在現場之施工項目及該等完工項目之承攬報酬數額，亦非屬實，自難以其證詞為原告有利之認定。

4、原告主張系爭契約第5條上方手寫註記：「縣府核准開工後開始計算工期」及蓋用雙方當時法定代理人印章，假設工程及基礎工程共122日曆天。縣府開工核准後，使照取得工程期限共503日曆天，總工期625日曆天，107年7月25日開工，被告亞洲公司應於122日曆天內即於107年11月24日前完成系爭工程之假設工程及基礎工程之施作云云，原告上開主張，業為被告江隆基所否認，且查：

⑴參諸兩造係於107年7月26日簽訂系爭契約，殊難想像，被告亞洲公司會同意以訂約前之107年7月25日為開工日計算工期，原告主張系爭工程之開工日應以原告向南投縣政府申報之107年7月25日為開工日，尚難遽採。

⑵又按直轄市、縣(市)主管建築機關，於發給建造執照或雜項執照時，應依照建築期限基準之規定，核定其建築期限。前項建築期限，以開工之日起算。起造人自領得建造執照或雜項執照之日起，應於6個月內開工，建築法第53條

第1項、第2項前段及第54條第1項前段固定有明文。惟此僅係主管機關在行政上有關建築期限之管理，原告與被告亞洲公司簽訂之系爭契約，屬私法上之承攬契約，基於私法自治及契約自由原則，雙方自得另行約定系爭工程計算工期之起迄時間，要不得謂應以建築法第53條第1項、第2項前段及第54條第1項前段作為認定基準。原告主張應以其向南投縣政府申報之107年7月25日為開工日，自無可採。

⑶原告復主張如107年7月25日非開工日，應以系爭契約上記載之107年8月15日為系爭契約所約定之開工日云云，惟系爭契約上原告與被告亞洲公司僅於「縣府核准開工後開始計算工期」等字語後簽名用印，而該「107年8月15日」之字體與上開「縣府核准開工後開始計算工期」等字語之字體粗細不同，顯非同時以同支筆所書寫之文字，尚難以該事後加諸於契約之文字，即認兩造有以「107年8月15日」約定為開工日之事實存在。

⑷按一般建物營造工程，承攬人必須招集工作人員、備料及準備大型器具，其開工日期均在簽約後一段期間，且契約未約定特定日為開工日，一般以定作人通知開工為開工日，此參諸原告與巨逸公司之工程契約第6條第1項即約明巨逸公司應等侯原告通知開工方可開工即可知。惟因本件兩造無法提供施工日誌以供參考，而契約所載之原告與被告亞洲公司約定「縣府核准開工後開始計算工期」等字語，語意亦不明，究係以南投縣政府核准開工申報函之發文日或到達日為開工日？或南投縣政府核准原告開工申請函之申請日為開工日莫衷一事。本院審諸原告前揭申報開工必有被告亞洲公司開工施作之相關資料（即開挖施作照片等文件），原告於107年9月13日提供資料向南投縣政府發函申報開工，並得南投縣政府於107年9月15日函覆准許，被告亞洲公司既於107年9月5日向原告申請假設工程款項，並於107年9月27日兌現第一筆工程款，再審諸被告亞洲公

司107年9月5日提供資料向原告申請假設工程款項之內容為整地工程、施工放樣、甲種圍籬大門、臨時流動廁所、工務所搭設、裝潢、事務設備等一般簡易工事，是至遲被告亞洲公司107年9月5日有施作之情事，應可認定，本院綜觀上開事實，以最有利於被告亞洲公司之認定，應以107年9月5日為開工日。

⑸依兩造之約定，假設工程及基礎工程應於開工日後122日曆天內完成，而兩造之開工日經認定為107年9月5日，是被告亞洲公司自應於108年1月5日前完成假設工程及基礎工程，而被告亞洲公司於108年3月10日同意原告變更承造人之申請，而其下游廠商賴鐵強於108年3月18日完成基礎工作，原告主張被告亞洲公司就基礎工程工作中之「出土完成」工項未依約完成而有逾期，應可認定。

5、按被告亞洲公司就基礎工程工作中之「出土完成」工項未依約完成而有逾期之情事，固如前述，惟系爭契約第24條第3項、第4項分別明文約定：「㈢逾期違約金，以工作日為單位，乙方如未依照規定期限取得使用執照，應按逾期日數，其逾期日數參照晴雨表施工總日數參照標準扣除，每次依其千分之一計算逾期保證金」、「㈣乙方因破產清算或其他事由致無法履行本項違約責任時，由乙方之保證人負擔違約責任。」等語，依前述系爭契約第24條第3項約定之內容，係明文約定有取得使用執照義務之人，如未依期取得使用執照而有逾期，就其逾期之工作日數，應依約給付定作人違約金，其就債務不履行之內容明載：未依約於期限內取得使用執照之人，負有給付違約金之義務，是不具取得使用執照義務之人，自無該違約金條款適用之餘地。是依系爭契約第24條第3項之約定，本係指承攬人未有變更，於依約完成工作後，因未依期限完工取得使用執照而有逾期之處罰，應以取得使用執照之日依約回溯計算逾期日數（工作日數）而計罰違約金，然本件係原告與被告亞洲公司合意期前終止承攬契約，並合意變更承攬人

由後手巨逸公司繼續施作，被告亞洲公司自終止後，即無為原告取得使用執照之義務，即被告亞洲公司不可能有取得使用執照逾期而應受罰之情事存在，原告比附爰引此一條款約定，就被告亞洲公司未依限完成基礎工程之事項，請求被告亞洲公司依此未依期取得使用執照之違約金約定計罰違約金，並請求被告江隆基負連帶賠償責任，於法無據。另依系爭契約第22條合約終止權之約定「㈠工程未完成前甲方有權與乙方協議終止合約，但應賠償乙方所產生之所有損害。而乙方（即被告亞洲公司）有左列各款之一者，甲方（即原告）得終止本合約，甲方因此而有損失，乙方應負擔賠償之責。如乙方無力賠償時，應由保證人賠償之乙方之…2、乙方能力薄弱，任意停止工作，或作輟無常，進行遲滯有事實嚴重者，無法如期竣工時」等語，此條款係指被告亞洲公司無力履行契約，原告得與被告亞洲公司合意終止契約或單方終止契約，並舉證請求被告亞洲公司賠償之條款，雖被告亞洲公司確因無法完成履約，而與原告提前終止系爭契約，可能有涉及此賠償條款之適用，惟此條款與前述系爭契約第24條約定之使用執照取得逾期計罰違約金事項無涉，原告主張其得比附援引系爭契約第24條第3項、第4項約定，請求被告連帶給付其所請求之違約金，自屬無據。

6、基上，被告亞洲公司就上述假設工程及基礎工程之施作固有逾期之情事，惟系爭契約係經原告與被告亞洲公司合意期前終止，被告亞洲公司已無為原告施作取得使用執照之義務，自不可能產生被告亞洲公司取得使用執照逾期而應遭原告計罰違約金之情事發生。是原告與被告亞洲公司間自無適用系爭契約第24條第3項約定之可能，原告爰引系爭契約第24條第3項約定主張被告亞洲公司有該條款逾期違約之情事，進而主張被告亞洲公司應依系爭契約第24條第3項約定給付原告10,154,800元逾期違約金及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計

算之利息，為無理由，不應准許。

（三）原告公司主張被告江隆基應依連帶保證法律關係，與被告亞洲公司連帶給付原告逾期違約金10,154,800元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為無理由：

1、依前所述，被告江隆基就原告與被告亞洲公司之系爭契約擔任被告亞洲公司之連帶保證人，惟被告亞洲公司就上述假設工程及基礎工程之施作雖有逾期之情事，然因系爭契約係經原告與被告亞洲公司合意期前終止，被告亞洲公司已無為原告施作取得使用執照之義務，自不可能產生被告亞洲公司取得使用執照逾期而應遭原告計罰違約金之情事發生。是原告主張被告亞洲公司應依系爭契約第24條第3項約定支付原告10,154,800元逾期違約金及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為無理由。被告亞洲公司對原告並未負給付逾期違約金之義務，則被告江隆基對原告亦無連帶保證責任存在，應可認定，原告主張被告江隆基應與被告亞洲公司連帶給付原告逾期違約金10,154,800元及法定遲延利息，自無可採。

2、被告江隆基對原告並無任何連帶給付違約金之保證責任存在，原告公司主張被告江隆基應依系爭契約第24條第4項連帶保證法律關係，與被告亞洲公司連帶給付原告違約金10,154,800元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為無理由，不應准許。

三、綜上所述，依原告之舉證，尚不足以證明其對被告亞洲公司有不當得利返還請求權存在；亦不足證明其對被告亞洲公司及被告江隆基有系爭契約第4條第3項逾期違約金請求權存在；則原告基於不當得利返還請求權訴請被告亞洲公司返還溢領之工程款5,939,951元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息；及基於系爭契

約第24條第3項、第4項約定之逾期違約金請求權及連帶保證關係，訴請被告亞洲公司及被告江隆基連帶給付原告10,154,800元及自起訴狀繕本送達之翌日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，均無理由，應予駁回。又原告之訴既經駁回，其假執行之聲請亦缺乏宣告之依據，應併予駁回。

四、本件判決之基礎已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，核與判決無影響，爰不另一一論述，併此敘明。

肆、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　9　　月　　28　　日

工程法庭　　法　官　王金洲

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於判決送達後20日內，向本院提出上訴狀（須按他造當事人之人數附繕本），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　　28　　日

書記官　吳欣叡