

臺灣高等法院臺中分院民事判決

106年度建上易字第13號

上訴人 石來發有限公司

法定代理人 張晉碩

訴訟代理人 張智瑜

陳澤嘉律師

上一人

複代理人 梁家昊律師

上訴人 啟宇營造工程股份有限公司

法定代理人 王嘉儀

訴訟代理人 李明海律師

複代理人 梁鈺府律師

陳俊愷律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，兩造對於中華民國105年1月24日臺灣臺中地方法院102年度建字第45號第一審判決，各自提起上訴，上訴人石來發有限公司並為訴之追加，本院於109年1月25日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

一、原判決關於駁回石來發有限公司後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

二、啟宇營造工程股份有限公司應再給付石來發有限公司新臺幣貳萬零柒佰伍拾壹元，及自民國一百零二年二月二十一日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、啟宇營造工程股份有限公司應另給付石來發有限公司新臺幣柒萬玖仟捌佰陸拾壹元，及自民國一百零六年四月二十八日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

四、啟宇營造工程股份有限公司之上訴及石來發有限公司之其餘上訴均駁回。

五、第一、二審訴訟費用，關於啟宇營造工程股份有限公司上訴部分，由啟宇營造工程股份有限公司負擔；關於石來發有限公司上訴部分，由啟宇營造工程股份有限公司負擔百分之三，餘由石來發有限公司負擔；追加之訴訴訟費用由啟宇營造

工程股份有限公司負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、上訴人啟宇營造工程股份有限公司（下稱啟宇公司）之法定代理人原為李慕麟，嗣變更為王嘉儀，有臺中市政府都市發局函、公司變更登記表可考（見本院卷三第303-307頁），並聲明承受訴訟（見本院卷三第301頁之書狀），經核並無不合，應予准許。

二、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。本件上訴人石來發有限公司（下稱石來發公司）在原審依後述兩造簽立之工程承攬合約，請求啟宇公司給付工程款新臺幣（下同）135萬0946元本息（見原審卷二第174頁背面），嗣兩造各自提起上訴後，石來發公司追加依加值型與非加值型營業稅法第1、2、32條規定，請求啟宇公司給付營業稅額7萬9861元本息（見本院卷三第38、154頁），經核其追加請求之基礎事實均係因兩造間前開工程承攬合約所衍生之爭執，與民事訴訟法第446條第1項但書及第255條第1項第2款規定相符，自應予准許，合先敘明。

貳、實體方面：

一、石來發公司主張：兩造於民國101年3月28日就嘉義縣阿里山森林遊樂區○○車站（下稱○○車站）石材安裝工程簽立工程承攬合約書（下稱系爭合約），由石來發公司為啟宇公司安裝其向行政院農業委員會林務局嘉義林區管理處（下稱嘉義林管處）承攬○○車站改建工程之石材安裝工程（下稱系爭工程），合約總價270萬元（未稅），付款辦法依系爭合約第8條約定，系爭工程屬連工帶料，依實際進場數量實作實算，按期估驗計價，每月20日由石來發公司檢附相關請款資料結算計價，隔月10日請款，並留百分之10保留款，待工程保固期滿無息退還，又因兩造第一次合作，為配合啟宇公

01 司之請款方式，石來發公司先將每期請款單及估驗圖說以e-
02 mail傳送至啟宇公司指定之帳號，經啟宇公司核對實際完成
03 數量與圖說及請款數量無誤後，啟宇公司才會通知石來發公
04 司開足額統一發票予啟宇公司，故統一發票所載之金額，均
05 係已經啟宇公司核對正確，自無溢開發票金額情事，然啟宇
06 公司竟自101年11月20日起未依約給付石來發公司工程款，
07 已違約在先。再者，系爭合約雖約定為連工帶料，然石材材
08 料係由啟宇公司負責提供，石來發公司僅負責石材之安裝，
09 及需特別訂製之鐵料，然施工期間，啟宇公司非但嚴重缺料
10 ，致石來發公司無法順利施作，且提供之石材品質不佳，多
11 有破損，就現場破損之石材，是否施作，啟宇公司均未明確
12 指示，致石來發公司無所適從，嗣於101年12月19日經兩造
13 溝通無效，石來發公司始被迫停止施工，即未再行進場施工
14 ，啟宇公司竟於102年1月3日終止系爭合約，故石來發公司
15 就系爭合約之終止，並無可歸責事由，啟宇公司仍應依約給
16 付工程款；又石來發公司請款數量雖超出系爭合約數量，乃
17 因系爭合約所約定之數量有所不足，石來發公司完全按照系
18 爭合約圖面施作，自然會超出合約數量，此部分應屬追加工
19 程，且依系爭合約第5條就工程數量之約定，本即依實際進
20 場施作數量實做實算，故就超出系爭合約數量部分，啟宇公
21 司仍應依約計價；另石來發公司於101年12月19日停工退場
22 後，剩餘工程由啟宇公司另行僱工接續施作完成，兩造就石
23 來發公司完成數量既有爭執，即應以原審囑託嘉義市建築師
24 公會（下稱建築師公會）至現場實際量測所為補充鑑定報告
25 為準，核算啟宇公司應給付之工程款，且啟宇公司於101年4
26 月9日給付石來發公司56萬7000元，係其為啟宇公司代購鐵
27 件之費用，並非系爭合約之工程款，另系爭合約既於系爭工
28 程未完工前已經啟宇公司終止，石來發公司自己無保固責任
29 ，啟宇公司自應將保留款退還，故啟宇公司尚應給付石來發
30 公司工程款，合計為135萬0946元等情。爰依系爭合約法律
31 關係，求為命：（一）啟宇公司應給付石來發公司135萬094

6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5計算之利息。（二）願供擔保，請准宣告假執行（原審判命啟宇公司應給付石來發公司57萬6351元本息，而駁回石來發公司其餘之請求，兩造各自對其敗訴部分聲明不服，提起上訴，石來發公司並於本院主張系爭工程款之營業稅係外加方式，啟宇公司為依法應負擔之人，另追加依加值型與非加值型營業稅法第1、2、32條規定，請求啟宇公司給付營業稅）。並上訴及追加聲明：（一）原判決關於駁回其後開第二項之訴部分廢棄。（二）啟宇公司應再給付石來發公司77萬4595元，及自102年2月21日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。（三）啟宇公司應另給付石來發公司7萬9861元，及自106年4月28日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。答辯聲明：啟宇公司之上訴駁回。

二、啟宇公司則以：石來發公司就系爭工程之施工品質及工法規格均有問題，經啟宇公司多次發函請求改善，石來發公司均置之不理，竟於101年12月19日擅自停工退場後並未再行進場施工，已構成違約，故系爭工程無法依期完成工程，係可歸責於石來發公司，經啟宇公司於101年12月20日、102年1月3日分別以存證信函催告盡速復工仍無結果，啟宇公司乃依系爭合約第16條第7款約定，復於102年1月7日以存證信函對石來發公司為終止系爭合約之意思表示，石來發公司並於同年月8日收受，則依該條約定，石來發公司已放棄未領之工程款，自不得再向啟宇公司請求該工程款。又石來發公司退場後，剩餘工程已由啟宇公司另行僱工接續施作完成，故就石來發公司施作部分，應依系爭合約總價，扣除代點工之工數後結算，雖原審囑託建築師公會鑑定，然其鑑定結果之內容，多所錯誤，其客觀性、中立性與憑信性亦有嚴重瑕疵，不足憑採，應以訴外人五十○○夫製作審查報告書資為計算石來發公司施作之工程款，且就建築師公會之補充鑑定報告書附件28（下稱附件28）所示，就項目11石材編號We4，其單價依系爭合約所附承攬報價明細表應為209元，然該項

01 卻依234元計算，顯然有誤；就項目20石材編號HR6之複價亦
02 應更正為7萬8607元；就附件28第2頁回扣部分項目18、20，
03 因屬回扣部分無法測量部分，本應扣除，尚無重複扣除之情
04 形可言；就附件28項目追加鐵件複價2萬4000元部分，亦係
05 石來發公司應自行提供，不得計入其得向啟宇公司請求之工
06 程；再者，系爭工程石材安裝之鐵件本應由石來發公司自行
07 提供，非由石來發公司代啟宇公司購買之鐵件，故啟宇公司
08 於101年4月9日給付石來發公司56萬7000元，屬系爭合約之
09 工程款，非石來發公司為啟宇公司代購鐵件之費用；又系爭
10 工程之保留款依約已轉為保固款，並於工程保固期滿始全部
11 無息退還，則保留款之期間未屆滿前，石來發公司請求退還
12 ，自屬無據。另系爭工程款之營業稅已包含在工程款範圍之
13 內，倘另行加計，石來發公司有重複請求之情形，且啟宇公
14 司曾開立營業人銷貨退回進貨退出或折讓證明單（下稱折讓
15 證明單）金額2萬0751元予石來發公司，此部分金額亦應扣
16 除等語，資為抗辯。並上訴聲明：（一）原判決不利於啟宇
17 公司部分廢棄。（二）上開廢棄部分，石來發公司在第一審
18 之訴及假執行之聲請均駁回。並答辯聲明：上訴及追加之訴
19 均駁回。

20 三、兩造不爭執事項：

21 （一）兩造於101年3月28日簽立系爭合約（見臺灣嘉義地方法院10
22 2年度建字第5號卷<下稱第5號卷>第4-6頁、原審卷一第60-6
23 2頁）。

24 （二）石來發公司於101年4月9日開立鑑定報告附件四所示面額63
25 萬元支票，該支票業經啟宇公司於102年1月8日兌現。

26 （三）石來發公司曾開立下列統一發票給啟宇公司，記載日期、銷
27 售額、營業稅金額、總計金額，分別依序為：

28 A、101年4月3日、60萬元、3萬元、63萬元。

29 B、101年6月22日、33萬2685元、1萬6634元、34萬9319元
30 。

31 C、101年7月21日、71萬4900元、3萬5745元、75萬0645元

- 01 。
- 02 D、101年8月23日、54萬9637元、2萬7482元、57萬7119元
- 03 。（見原審卷一第20、22、24頁、本院卷一第115頁）
- 04 (四)啟宇公司於101年4月9日、7月15日、8月15日、9月15日分別
- 05 給付石來發公司56萬7000元、31萬4387元、67萬1249元、51
- 06 萬6522元，合計206萬9158元（啟宇公司抗辯均為本件之工
- 07 程款，石來發公司主張僅後3筆款為本件之工程款）。
- 08 (五)啟宇公司於上述4個月份付款予石來發公司，均有保留款，
- 09 其數額分別為：
- 10 A、101年4月（計價日期4月9日）：6萬3000元。
- 11 B、101年7月（計價日期6月25日）：3萬4932元。
- 12 C、101年8月（計價日期7月25日）：7萬5065元。
- 13 D、101年9月（計價日期8月25日）：6萬0597元。
- 14 (六)石來發公司於101年12月19日停工退場後並未再行進場施工
- 15 ，剩餘工程由啟宇公司另行僱工接續施作完成。
- 16 (七)啟宇公司於101年12月20日、102年1月3日分別以台中○○郵
- 17 局存證號碼000000號、000000號存證信函催告石來發公司儘
- 18 速復工進場施作，並於102年1月7日以台中○○郵局存證號
- 19 碼000000號存證信函終止系爭合約，石來發公司於102年1月
- 20 8日收受該終止合約之存證信函。
- 21 (八)對於石來發公司起訴狀所附原證二報價單明細表、102年5月
- 22 21日準備書狀所附證一資料、證三之統一發票、102年12月
- 23 10日言詞辯論期日提出照片、102年1月3日準備書狀四所附
- 24 證二存證信函等書證之形式上真正均不爭執。
- 25 (九)對於啟宇公司於102年10月3日民事反訴狀所附證一至證六、
- 26 103年4月10日陳報二狀所附證二、證三、證四（現場照片，
- 27 原審卷一第157-222頁）、103年11月18日補正狀所附證七銷
- 28 貨單、105年6月28日答辯七狀所附石材安裝工程施工計劃書
- 29 、105年7月15日答辯八狀所附支票簽收單（見原審卷二第12
- 30 2頁）等書證之形式上真正均不爭執。
- 31 (十)對於證人即系爭工程工地主任胡○裕於103年2月13日原審言

詞辯論期日提出相關照片及圖示（見原審卷一第118-128頁）之形式上真正均不爭執。

(十一)石來發公司依民法第179條之規定，請求啟宇公司給付63萬元本息，業經法院判決勝訴確定。

(十二)石材編號HR6複價溢算2萬2679元。

(十三)兩造同意複價差價附件28項目18「二樓露台蓋板-HR4」扣除9048元、項目20「二樓正面露台轉角磚」扣除4347元。

四、本院之判斷：

(一)石來發公司有無啟宇公司所指系爭合約第16條第7款之終止事由？啟宇公司終止合約是否合法？

1.啟宇公司抗辯：石來發公司於101年12月19日停工退場後並未再行進場施工，經啟宇公司二次以存證信函催告盡速復工仍無結果，啟宇公司乃依系爭合約第16條第7款約定，於102年1月7日以存證信函對石來發公司為終止系爭合約之意思表示，則依該條約定，石來發公司已放棄未領之工程款，自不得再向啟宇公司請領該工程款等語，固據其提出存證信函為證（見本院卷二第190-193頁），而石來發公司對於其在101年12月19日停工退場後未再行進場施工，及收受前開存證信函等情，固不爭執，惟否認其有無正當理由自行停工情形，並主張施工期間，啟宇公司提供之石材遲延，且品質不佳，是否施作，啟宇公司均未明確指示，致石來發公司無所適從，經兩造溝通無效，石來發公司始停工等語，經查：

(1)依系爭合約第16條第7款約定，石來發公司無正當理由自行停工達5日以上者，啟宇公司得逕行終止系爭合約，啟宇公司終止系爭合約時，石來發公司應隨即停工，並放棄未領之工程款，由啟宇公司全權處理，石來發公司不得異議或要求任何賠償。又系爭合約第14條第1、2款亦約定：施工中石來發公司人員須依啟宇公司工程人員指示，並配合圖說施工，圖說與現場不符，依啟宇公司工程人員指示為準；倘石來發公司發現有窒礙難行無法收頭之處，應隨時通知啟宇公司工程人員協調解決，倘石來發公司自行施

01 工而影響工程品質致須修改或拆除重作，一切工料及損失
02 均由石來發公司負責等語，均有系爭合約可證（見第5號
03 卷第6頁正背面），復為兩造所不爭執，堪信為真。

04 (2) 又系爭工程雖屬連工帶料，但石材材料係由啟宇公司負責
05 提供，石來發公司僅負責石材之安裝之事實，業經啟宇公
06 司自承在卷（見本院卷一第69頁背面），並有證人即啟宇
07 公司前員工胡○裕於原審證述屬實（見原審卷一第111頁
08 ），亦堪採信。而根據兩造於施工期間往來之聯絡單、存
09 證信函顯示：

10 ① 101年11月1日石來發公司向啟宇公司反映：部分之砂岩
11 有破裂，工務所為趕工程進度，指示照常安裝施作，日
12 後此破裂之砂岩有任何問題，石來發公司不負責任等語
13 （見本院卷一第64頁）。

14 ② 10年11月1日啟宇公司以函文回復石來發公司上開聯絡
15 單表示：針對有破裂之砂岩不允許安裝，啟宇公司並未
16 指示安裝，缺失部分仍須拆除換新，以驗收完工等語（
17 見本院卷一第65頁）。

18 ③ 101年12月17日石來發公司又向啟宇公司反映：部分之
19 砂岩有破裂，工務所為趕工程進度，指示照常安裝施作
20 ，日後此破裂之砂岩有任何問題，石來發公司不負責任
21 等語（見本院卷一第67頁）。

22 ④ 101年12月20日啟宇公司因石來發公司前1日（即同年月
23 19日）停工，即以存證信函催告石來發公司盡速復工，
24 並以系爭工程進度落後，表示依約停止估驗計價等語（
25 見本院卷二第190頁正背面）。

26 ⑤ 101年12月22日石來發公司收受上開信函後，即以存證
27 信函向啟宇公司表示，上開信函所言均非事實，而係啟
28 宇公司未能配合合約45天提供施作之現場，且所提供之
29 材料亦有異常，致影響工程進度，施工期間，啟宇公司
30 亦無法明確指示，雖經伊多次提醒，啟宇公司仍無法配
31 合，又藉故積欠11月份帳款，及以工程逾期而停止估驗

01 ，經雙方於101年12月19日溝通無效而被迫無奈停工，
02 請啟宇公司盡速與伊達成協議等語（見原審卷一第99
03 -100頁）。

04 ⑥102年1月3日啟宇公司收受石來發公司前開信函，即以
05 存證信函向石來發公司表示，前開信函所言均非事實，
06 及系爭工程逾期，伊得依約停止估驗計價等語（見本院
07 卷二第191-192頁）。

08 由前開聯絡單、存證信函觀之，固不能直接證明施工當時啟
09 宇公司提供之石材有如石來發公司所主張之破裂情形，然石
10 來發公司於施工期間，確有以啟宇公司提供之石材異常為由
11 ，向啟宇公司反應，兩造並為此而進行溝通，於無效後，石
12 來發公司始停工，更於停工後明確表明能與啟宇公司協商，
13 但啟宇公司始終未正面回應，仍逕以停止估驗計價，致石來
14 發公司未能取得11月份帳款，則石來發公司主張其係為避免
15 後續施工，發生須修改或拆除重作之損失，始依系爭合約第
16 14條第1、2款約定先行停止施工，即非無據，是其停工雖達
17 5日以上，但應認非無正當理由，故啟宇公司依系爭合約第1
18 6條第7款之約定終止合約，核與該條款約定即有不合。

19 2.再者，啟宇公司於原審雖曾抗辯石來發公司之施工日期斷斷
20 續續，施工天數及人數不足，復未依施工進度施作，導致工
21 程延宕，其依系爭合約第16條第4款約定，亦得終止合約等
22 語，然經原判決認啟宇公司就此部分未能舉證證明，不足憑
23 採（見原判決第24-25頁），啟宇公司上訴後，於本院審理
24 時明確表示是以系爭合約第16條第7款約定為由終止合約，
25 就第16條第4款之約定，則未再主張，此有準備程序筆錄可
26 證（見本院卷三第39、254、327頁），是石來發公司有無系
27 爭合約第16條第4款情形，即非本院審理範圍，此外，復查
28 無石來發公司有系爭合約第16條其他各款約定之情事，則啟
29 宇公司依系爭合約第16條終止合約，於法即屬無據。故啟宇
30 公司抗辯依系爭合約第16條之約定，石來發公司已放棄未領
31 之工程款，不得再向啟宇公司請領該工程款云云，不足採信

01 。

02 (二)石來發公司請求啟宇公司給付系爭工程款及追加工程款，有
03 無理由？

04 1.按工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人
05 因契約終止而生之損害，民法第511條規定甚明。故定作人
06 終止承攬契約之理由，縱非事實，亦於契約終止之效力不生
07 影響（最高法院93年度台上字第2599號、98年度台上字第
08 1325號、98年度台上字第1897號裁判參照）。查啟宇公司於
09 102年1月7日依系爭合約第16條約定發函終止合約，固有未
10 合，惟仍生終止系爭合約之效力，又該信函業經石來發公司
11 於102年1月8日收受（見兩造不爭執事項(七)），故系爭合約
12 已於102年1月8日經啟宇公司合法終止，堪以認定。

13 2.次按工作未完成前，定作人雖得隨時終止承攬契約，惟終止
14 承攬契約僅使契約往後失效，承攬人在契約終止前已完成之
15 工作，定作人依約仍有受領及給付報酬之義務（最高法院10
16 8年度台上字第3號判決參照）。又承攬契約之任意終止，僅
17 使承攬契約自終止時起，向將來失其效力，而非溯及的歸於
18 消滅，承攬人於契約終止前已完成工作之報酬請求權（債權
19 ），仍然有效存在，並不受契約終止之影響，承攬人仍可依
20 原契約請求給付，自不具有損害賠償之性質（最高法院62年
21 台上字第1536號判例參照）。本件系爭合約已於102年1月8
22 日經啟宇公司合法終止，業經本院認定如前，則石來發公司
23 於系爭合約終止前已完成工作之報酬請求權仍然有效存在，
24 其依終止前系爭合約請求啟宇公司給付此部分報酬，即屬有
25 據。

26 3.本件石來發公司於101年12月19日停工退場後並未再行進場
27 施工，剩餘工程已由啟宇公司另行僱工接續施作完成，此為
28 兩造所不爭執（見不爭執事項(六)），則關於石來發公司完成
29 系爭工程之項目及數量為何，因已無停工時石來發公司實際
30 施工現場實況，致兩造發生爭執，而石來發公司主張應依實
31 際進場數量實作實算，啟宇公司則抗辯依系爭合約總價，扣

除代點工之工數後結算，兩造意見不一，經兩造於原審合意囑託建築師公會鑑定，該公會受限於現場已全部完成，無法核對當時場景實況，且啟宇公司復未能提供其與嘉義林管處工程驗收結算數量（其中含有99年12月24日第一次及102年1月16日第二次契約變更內容資料）做為比對，故建築師公會第一次鑑定僅能依兩造提供之書面資料及完成後現況資料，為專業技術之研判，其鑑定結果認：系爭合約數量及實際完成數量有差異，且兩造間之承攬報價單明細表（見第5號卷第6-1頁），其中並未發現窗台收邊石及門框收邊石之報價工項，而現場確實有施作，因窗台收邊石及門框收邊石尺寸與牆面不同涉及石材裁減工資，應為石來發公司所主張之追加工程，經核算後石來發公司已完成及追加工程之金額為272萬6504元（鑑定報告誤繕為272萬6540元，經石來發公司同意予以更正，見原審卷二第174頁），並應再扣除石來發公司計算錯誤回扣之金額3萬6180元，即269萬0324元等語（下稱第一次鑑定），此有建築師公會鑑定報告書1冊可參。

4.嗣因啟宇公司以建築師公會第一次鑑定未實際一一進行量測石來發公司施作之面積、數量，質疑前開鑑定結果，故由原審又依啟宇公司之聲請，再次囑託建築師公會為補充鑑定，該公會乃依啟宇公司要求鑑定之事項及原審提供之資料及完成現況，就現場石材面積、長度、數量實際量測研判，認石來發公司已完成工程金額總計269萬9969萬元（見該報告第6頁及附件28之比較明細表），較第一次鑑定（未實際量測，僅依兩造提供之書面資料及完成後現況資料研判）金額269萬0324元，增加9645元，且此等差異係因石材安裝施作需裁減、放樣、溝縫施作大小有異、原建築構造體施工誤差等等，皆易造成表面石材施作面積、長度、數量的誤差。依現場實際面積、長度、數量完成數量（石材安裝工程完成數量與補充鑑定人到場實際量測數量比較明細表）面積、長度、數量等應在施工誤差值百分比範圍內，應為合理金額等語（下稱補充鑑定），此亦有建築師公會補充鑑定報告書1冊可參

01 。

02 5. 啟宇公司雖仍質疑前開補充鑑定結果，然由上開二次鑑定流

03 程，建築師公會乃兩造合意之鑑定機關，並由該公會指定具

04 有鑑定專業之建築師執行鑑定事務，其對石來發公司施作完

05 成之工作品項及數量，應有鑑定之專業能力，而且前開鑑定

06 報告係鑑定建築師依據兩造多次會勘時之說明與所提供系爭

07 合約、設計圖等書圖資料，再配合會勘鑑定標的物之現況，

08 以超然客觀第三者立場，根據鑑定建築師所受之專業學理技

09 術與實務經驗予以研判而作公正詳實之鑑定，應認具相當之

10 客觀與中立性，且會勘時，兩造均派員到場，並經鑑定人員

11 實際鑑勘石材安裝工程項目量測尺寸，且核對現場石材安裝

12 完工實景情形，並拍照紀錄等節以觀，足見前開鑑定報告書

13 應可憑採。又參酌前開石來發公司停工前兩造往來之存證信

14 函內容顯示，啟宇公司對石來發公司僅以系爭工程進度落後

15 ，及尚有未完成之工項催促盡速履約，對於石來發公司已實

16 際施工工程則未曾表示異議，此有前開存證信函可證，足認

17 啟宇公司對石來發公司停工當時已施工部分，係屬於系爭合

18 約實作實算之範圍無誤，而前開補充鑑定報告書既是由專業

19 鑑定人員會同兩造就現場石材面積、長度、數量實際量測予

20 以研判，自應以該報告較符合石來發公司實際完成情形，亦

21 與系爭合約所約定之依實際進場數量實作實算無違，故石來

22 發公司完成系爭工程之項目及數量，應以補充鑑定報告作為

23 認定之依據。至於啟宇公司雖另舉證人五十○○夫製作審查

24 報告書（見本院卷一第131-171頁）為證，抗辯補充鑑定報

25 告內容有所錯誤，不足憑採云云，然根據證人五十○○夫於

26 本院審理時到庭證述：「（問：106年9月4日民事陳報狀暨

27 所附審查報告書資料是否你所製作？（以實物電子投影方式

28 提示）是我製作。（問：是啟宇營造公司請你製作的嗎？）

29 不是，當初法官拿鑑定報告給我看，我發現鑑定報告有錯誤

30 的地方，基於自發性而為提出此件審查報告書。（問：鑑定

31 人員鑑定時，你有無被邀請在場？）沒有」等語（見本院卷

二第145頁背面至第146頁），反觀補充鑑定報告之鑑定證人詹○光於本院審理時到庭證述：「（問：針對啟宇營造公司所提民事答辯七狀中所提疑問，你的說明為何？）我們有按照啟宇營造公司在原審所提民事答辯六狀的要求去進行測量。補充鑑定附件九圖面1-8圖的來源都是啟宇營造公司提供的。（問：現場量測時，兩造對於石來發公司完工的部分，是否有做特別指明？）我們是按照成品數量量測，量測前有問兩造有無意見，兩造均表示無意見。現場測量時並沒有特別區分哪部分是石來發公司完工的。（問：補充鑑定報告所引用『廠商提供完成數量』就各項石材所記載之數量，數據根據為何？）這些數據都是實際測量填寫的，我們在會勘時兩造都在場，第一天測量大廳、欄杆、露台等，測量後記載位置、數量都有請兩造簽字。第二次的會勘是把剩下的東西再做量測也都有紀錄。（問：現此會勘三次啟宇營造工程股份有限公司的到場人，有沒有在比對或現場量測的時候告訴你某部分不能算入，因為此部分並非石來發有限公司施作？）有，有部分胡○裕有現場指明，是啟宇營造公司另外找人施作的。（問：你剛剛不是證稱補充鑑定報告完全是根據現場完工的情形去做測量的，而未區分是否為石來發公司所施作的嗎？）附件四是啟宇營造公司提供的圖說，啟宇營造公司現場有表示地下室部分的石片不要量進去，是啟宇營造公司另外委託他人施作的。所以我才說啟宇營造公司有指示我們不要量進去的，而石來發公司沒有意見部分，我們都沒有量。（問：現場要測量的地點、範圍、項目都是依照申請人啟宇營造公司還是石來發公司提供的資料或現場指示來測量？）會勘的資料是由啟宇營造公司提供給我們的，第二次會勘兩造都在，都有詢問兩造要量測什麼？是按照兩造說的去實際測量。（問：你剛剛說啟宇營造公司現場曾經指示你某部分是啟宇營造公司另外委託他人施作不要計算進去，意思為何？）啟宇營造公司當時有指明某一些關於地坪的石材，不是石來發公司做的，而是啟宇營造公司另外找人施作的，

該部分都沒有測量進去。如我的報告附件五第二張露台的地坪看起來很像同一個公司施作，但是啟宇營造公司指明該部分並非石來發公司施作，所以都沒有測量進去，現場石來發公司說地坪的石片雖然不是他們施作的，但是石片下面的部分是石來發公司施作，因為看不到所以我就沒有算進去」等語（見本院卷二第149-151頁），則由證人五十〇〇夫既未參與原審囑託之鑑定，且亦未會同兩造到場勘測，僅自發性提出審查報告書，則該審查報告書與原審囑託鑑定機關指派專業鑑定人員會同兩造在現場實際量測後所提出之補充鑑定報告書相較，自以後者較客觀與中立性，其憑信性優於前者，故尚不得以前者資為認定後者內容有所錯誤之依據，啟宇公司前開抗辯，不足採信。

6.按法院固得就鑑定人依其特別知識觀察事實，加以判斷而陳述之鑑定意見，依自由心證判斷事實之真偽。然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則應踐行調查證據之程序而後定其取捨。倘法院不問鑑定意見所由生之理由如何，遽採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據之方法之趣旨，殊有違背（最高法院79年台上字第540號判例參照）。本件兩造對於補充鑑定報告內容，尚有下列之爭執，茲審酌兩造提出之事證，認定如下：

(1)就附件28項目11石材編號We4複價為10萬3241元部分：石來發公司雖主張其提供相當之鐵件供施作，故該項單價應由209元提高為234元等語，惟為啟宇公司所否認，且由系爭合約所附承攬報價明細表（見第5號卷第6-1頁）所示，該項單價確為209元，而石來發公司復未能舉證證明就此項單價兩造事後有再另為不同於報價明細表所示單價之合意，故仍應以209元計算，則該項複價應更正為9萬2211元（計算式： $209 \times 441.2 = 92,211$ ），是附件28項目11所載複價溢算1萬1030元（計算式： $103,241 - 92,211 = 11,030$ ），自應扣除之。

(2)就附件28項目20石材編號HR6複價為10萬1286元部分：經

原審認定該項「現場實際量測數量」欄應更正為101.56公尺，則該項複價應更正為7萬8607元（計算式： $774 \times 101.56 = 78,607$ ），兩造就此於本院並未再予爭執，故附件28項目20所載複價溢算2萬2679元（計算式： $101,286 - 78,607 = 22,679$ ），亦應扣除之。

(3) 就附件28回扣部分項目18、20分別扣除9163元、4347元部分；石來發公司雖主張附件28項目18、20計算各項複價時，已分別扣除9048元、4347元，則於附件28第2頁回扣部分再分別扣除9163元、4347元，已構成重複扣除，此部分應予加回等語，惟為啟宇公司所否認，且附件28各項後端「複價差架（價）」欄，所示增減額數，乃係表示依現場實際量測（補充鑑定），及依書面資料研判之結果（第一次鑑定），二者複價之價差而已，故項目18、20後端「複價差架（價）」欄所示「-9,048」、「-4,347」，僅是表示二次鑑定所計算之差額而已，至於附件28第2頁回扣部分項目18、20，則屬回扣部分無法測量部分，本應扣除，故附件28所計算之總金額，雖扣除9163元、4347元，因僅扣除1次，自無重複扣除之情形可言，是以石來發公司前開主張，顯屬誤會，不足採信。

(4) 就附件28項目追加鐵件複價為2萬4000元部分：核與證人胡○裕於原審103年2月13日結證稱：「（原告〈即石來發公司，下同〉是否有提供額外的鐵件施作？）當初只有月台側之石牆，有請原告提供額外的小鐵件施工，這部分確實有跟原告討論過，也有施作，數量需要計算。」等語相符（見原審卷一第114頁），故該部分鐵件之費用自應算入本件工程款內，故啟宇公司抗辯無庸計算云云，自不可採信。

(5) 以上，核算石來發公司停工當時已施作部分，得請求啟宇公司給付系爭工程款及追加工程款合計266萬6260元（計算式：補充鑑定報告總金額269萬9969元－石材編號We4複價溢算1萬1030元－石材編號HR6複價溢算2萬2679元＝266

萬 6260 元) 。

7. 啟宇公司於 101 年 4 月 9 日給付石來發公司 56 萬 7000 元，為系爭合約之工程款：

按當事人於準備程序中經受命法官整理協議之不爭執事項，既係在受命法官前積極而明確的表示不爭執，性質上應屬民事訴訟法第 279 條第 1 項所規定之自認，是自認之撤銷，依同條第 3 項之規定，以當事人能證明其所不爭執之事項與事實不符或經他造同意者，始得為之（最高法院 100 年度台上字第 1939 號判決參照）。查啟宇公司於 101 年 4 月 9 日給付石來發公司 56 萬 7000 元，為系爭合約之工程款，經兩造於原審法官整理不爭執事項時所不爭執（見原審卷二第 169、176 頁），雖石來發公司於本院審理時，否認該筆款項為系爭合約之工程款，並主張係其為啟宇公司代購鐵件之費用等語，即屬撤銷不爭執事項所為之自認，然石來發公司於原審就系爭合約究係連工帶料，或是由啟宇公司備料問題，即已明確表示系爭合約雖係連工帶料，但石來發公司僅負責工作，鐵件是由石來發公司提供，石材則由啟宇公司提供等語，此有 103 年 2 月 13 日言詞辯論筆錄可證（見原審卷一第 110 頁背面），再參以建築師公會第一次鑑定報告書「八、鑑定分析：（五）所謂「連工帶料」，依工程慣例及報價單明細之價格研判帶料應指石材鋪貼之鐵件部分，並非指石材」等語（見該報告第 5 頁），足證系爭工程石材安裝之鐵件本應由石來發公司自行提供，非由石來發公司為啟宇公司代購鐵件，是無從否認前開款項非屬工程款，而認定屬石來發公司代啟宇公司購買鐵件，退還予石來發公司之費用，則石來發公司既未能證明其所不爭執之事項與事實不符，啟宇公司復不同意石來發公司撤銷自認，其自認之撤銷，並不合法。

8. 本件啟宇公司已於 101 年 4 月 9 日、7 月 15 日、8 月 15 日、9 月 15 日分別給付石來發公司 56 萬 7000 元、31 萬 4387 元、67 萬 1249 元、51 萬 6522 元，合計 206 萬 9158 元，其中後 3 筆款為系爭合約之工程款，為兩造所不爭執（見不爭執事項(四)），而第 1

筆款，亦為系爭合約之工程款，業經本院認定如前，則啟宇公司就系爭工程，已給付石來發公司206萬9158元，即堪認定。是啟宇公司就石來發公司完成系爭工程部分，尚有工程款59萬7102元未付（計算式： $2,666,260 - 2,069,158 = 597,102$ ），石來發公司請求啟宇公司給付系爭工程款及追加工程款59萬7102元，即屬有據。

(三) 石來發公司得向啟宇公司請求退還保留款：

啟宇公司雖抗辯：依系爭合約第8條付款方法約定，石來發公司請款時，應留百分之10保留款，待工程保固期滿無息退還，且系爭工程之保固期間，依系爭合約第15條約定，係自驗收合格且嘉義林管處核發驗收合格證明之翌日起算3年，石來發公司於保固期開始時，第1年保固保證金由保留款轉為保固款，故保固期間尚未屆滿，石來發公司自不得請求退還保留款等語，惟為石來發公司所否認，且石來發公司依系爭合約固負有保固責任，然係以合約有效存在為前提，本件系爭合約於完工驗收以前，既已由啟宇公司於102年1月8日合法終止，剩餘工程並由啟宇公司另行僱工接續施作完成，業如前述，則石來發公司保固責任即無從發生，啟宇公司自應退還保留款，其所為前開抗辯，自不足採。另此部分保留款，既係由石來發公司原得請求之工程款中先預留百分之10之款項，復經本院認定啟宇公司應退還該款項，故石來發公司得請求啟宇公司給付全數之工程款，仍為前開59萬7102元，石來發公司主張保留款應另加計入，即屬重複，自不足採，併予敘明。

(四) 石來發公司得向啟宇公司請求給付營業稅額7萬9861元：

1. 按司法院大法官會議釋字第688號解釋理由書意旨「依營業稅之制度精神，營業稅係對買受貨物或勞務之人，藉由消費所表彰之租稅負擔能力課徵之稅捐，稽徵技術上雖以營業人為納稅義務人，但經由後續之交易轉嫁於最終之買受人，亦即由消費者負擔。是以營業人轉嫁營業稅額之權益應予適當保護，以符合營業稅係屬消費稅之立法意旨暨體系正義。」

又依加值型及非加值型營業稅法第1條、第2條第1款、第32條第2項規定：「在中華民國境內銷售貨物或勞務及進口貨物，均應依本法規定課徵加值型或非加值型之營業稅」、「營業稅之納稅義務人如下：一、銷售貨物或勞務之營業人」、「營業人對於應稅貨物或勞務之定價，應內含營業稅」。再者，承攬契約，依契約自由原則，非不得將前開營業稅包含在工程總價之內，或約定在工程總價外加營業稅，而本件石來發公司除約定之工程款外，是否得另外請求給付營業稅，悉依兩造之約定為準。故除非系爭合約另有約定，啟宇公司就系爭工程款所產生之營業稅，依稅法規定即為應負擔之人，而依系爭合約第6條合約總價係載明「270萬元整（未稅）」，顯見營業稅並未包含在工程總價之內，而係採外加方式，且系爭合約其他條文亦未約定由石來發公司自行負擔營業稅，啟宇公司復未能舉證證明兩造有另為此之約定，是以石來發公司依加值型與非加值型營業稅法規定，請求啟宇公司應負擔系爭合約工程款所生營業稅，於法有據。啟宇公司抗辯：營業稅已包含在工程款範圍之內，倘另行加計，石來發公司有重複請求之情形云云，不足採信。

2. 本件系爭工程之營業稅，石來發公司曾開立統一發票給啟宇公司，其中就101年6、7、8月部分，其金額合計為7萬9861元（計算式： $16,634 + 35,745 + 27,482 = 79,861$ ），此為兩造所不爭執（見不爭執事項(三)），並有統一發票可稽（見原審卷一第20、22、24頁、本院卷一第115頁），是石來發公司請求啟宇公司給付前開營業稅額7萬9861元，亦屬有據。

3. 啟宇公司雖抗辯：依第一次鑑定報告認石來發公司得請求之工程款，尚應扣除折讓證明單所示金額2萬0751元，故石來發公司得請求之工程款亦應扣除該金額等語，固有其開立折讓證明單1件為證（見本院卷一第62頁），惟為石來發公司所否認，並主張：補充鑑定報告所得數據均係建立在實際有施作之數量上，並非無施作而需折讓，故如將折讓證明單所示金額2萬0751元扣除，將造成重複扣除等語，查第一次鑑

01 定報告係依兩造提出書面資料研判之結果，而補充鑑定報告
02 則依由鑑定機關依現場實際量測之結果，已如前述，則第一
03 次鑑定報告認應扣除折讓證明單所載金額，核非無據，然，
04 補充鑑定報告既係依現場實際量測計算工程款，自無折讓情
05 形，故應以石來發公司前開主張為可採，況前開石來發公司
06 請求啟宇公司給付前開營業稅額，其中101年8月部分，即是
07 以2萬7482元計算，此乃已折讓後之營業稅額，亦即石來發
08 公司開立101年8月23日統一發票營業稅原載2萬8470元（見
09 原審卷一第26頁），經扣除啟宇公司開立之折讓證明單營業
10 稅額988元，為2萬7482元，故如再扣除折讓證明單所示2萬
11 0751元，確有形成重複扣除之情形，故啟宇公司前開抗辯：
12 亦不足採。

13 五、綜上所述，石來發公司依系爭合約之約定，請求啟宇公司給
14 付工程款59萬7102元，及自起訴狀繕本送達之翌日即102年2
15 月21日（於102年2月20日送達啟宇公司，見第5號第23頁之
16 送達證書）起至清償日止，按週年利率息百分之5計算之利
17 息部分，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由
18 ，不應准許。上開應准許之部分，原審就其中啟宇公司應給
19 付石來發公司2萬0751元本息部分，為石來發公司敗訴之判
20 決，尚有未合，石來發公司指摘原判決此部分不當，求為廢
21 棄，為有理由，爰由本院改判如主文第二項所示。至於上開
22 其餘應准許之部分，原審為石來發公司勝訴之判決，並分別
23 諭知兩造供擔保後，得、免假執行；及不應准許部分，原審
24 判決為石來發公司敗訴之諭知，並駁回其此部分假執行之聲
25 請，均無不合，啟宇公司之上訴、石來發公司之其餘上訴，
26 均無理由，應予駁回。又石來發公司依加值型與非加值型營
27 業稅法規定，請求啟宇公司給付營業稅額7萬9861元本息，
28 亦為有理由，應予准許，爰判決如主文第三項所示。

29 六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法，經本院斟
30 酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附
31 此敘明。

01 七、據上論結，本件石來發公司之上訴一部有理由，一部無理由
02 其追加之訴為有理由，啟宇公司之上訴為無理由，依民事
03 訴訟法第450條、第449條第1項、第78條、第79條，判決如
04 主文。

05 中 華 民 國 109 年 12 月 16 日

06 工 程 法 庭 審 判 長 法 官 楊 國 精

07 法 官 李 立 傑

08 法 官 陳 正 禧

09 正本係照原本作成。

10 不得上訴。

11 書 記 官 陳 信 和

12 中 華 民 國 109 年 12 月 16 日