臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度建上更一字第39號

上　訴　人　全省企業水電股份有限公司
法定代理人　呂字滿
訴訟代理人　黃仕勳律師
被上訴人　總瑩建設股份有限公司
法定代理人　張廖泓境
訴訟代理人　林坤賢律師
　　邱華南律師
上一人
複代理人　張莠茹律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於民國102年7月25日臺灣臺中地方法院101年度建字第60號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審，本院於109年8月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判，均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣8,671,537元，及自民國101年5月4日起至清償日止按年息百分之5計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審（除確定部分外）及發回前第三審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之72，餘由上訴人負擔。

本判決命被上訴人給付部分，於上訴人以新臺幣290萬元為被上訴人預供擔保後得假執行；但被上訴人如以新臺幣8,671,537元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序事項：

一、被上訴人之法定代理人於民國108年10月5日由張廖貴裕變更為張廖泓境，此有被上訴人之公司變更登記表在卷可稽，並經張廖泓境具狀聲明承受訴訟（見本院卷二第68至72頁），合於民事訴訟法第170條、第175條第1項及第176條規定，爰

准由變更後之法定代理人續行訴訟。

二、於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條、第255條第1項第3款定有明文。本件上訴人於原審請求被上訴人給付新臺幣（下同）13,488,281元本息，經原審判決上訴人全部敗訴後，上訴人僅就其中12,245,905元本息部分提起一部上訴，又於民國104年8月21日具狀減縮請求被上訴人給付12,230,029元本息（見本院前審《下稱前審》卷二第75頁）；嗣其中超過12,003,229元本息部分之請求（即226,800元本息）經前審判決駁回上訴人之上訴後，上訴人未聲明不服，已經確定。而案經最高法院發回後，上訴人就請求之金額減縮為11,981,570元（見本院卷一第53頁），此核屬訴之聲明之減縮，依上開規定，毋庸對造同意，應予准許。

貳、兩造爭執要旨：

一、上訴人主張：

㈠兩造簽訂工程承攬合約（下稱系爭工程合約），約定由上訴人承攬被上訴人之桃園市○○區○○路一段湯城世紀丙區住宅共99戶之水電工程，總價為5670萬元（下稱系爭工程）。上訴人自97年10月26日進場施作，因配合變更設計及二次施工，已於99年4月、6月間完成送水、送電。嗣上訴人依兩造於99年9月7日簽立之機電施工概況及工程尾款分析表（下稱系爭分析表）約定，於同年10月6日前完工，並於100年1月24日前配合完成交屋44戶。除兩造約定毋庸施作之溫泉泵浦安裝工程外，完工比例達百分之95.972，被上訴人應給付工程款54,416,124元，扣除其已付第1至18期、第20期工程款共40,165,713元、第19期工程款2,020,382元，及上訴人未繪製竣工圖之費用226,800元、未安裝消防防火鐵捲門相關中繼器及偵煙感知器之費用21,659元，尚欠11,981,570元。爰依兩造間之承攬契約及民法第505條第1項規定，請求被上訴人如數給付，並加計法定遲延利息。

㈡被上訴人以100年11月30日台中法院郵局第2812號存證信函表示上訴人未依期完工，且有不按圖施工及偷工減料之情況，已違反契約約定等，均非實情，其以該函終止系爭工程合約，並無理由，兩造間之承攬契約仍存在。

㈢系爭工程合約第13條約定：「本工程甲方（即被上訴人，下同）移交社區委員會完成後起，由乙方（即上訴人，下同）保固一年，依工程總價2%作為保固，於保固期間屆滿後，無息退還乙方…」，而被上訴人已表示對於保固款部分不主張，則依上開約定，被上訴人即應將第1至18期及第20期所扣留之保留款4,462,857元返還上訴人。

㈣由99年7月9日第19期工程估驗請款單所載「累計估驗」、「數量87.3%」，比對99年8月1日第20期工程估驗請款單所載「累計估驗」、「數量88.16%」，被上訴人既肯認第20期工程估驗進度達百分之88.16，並給付第20期工程款，代表已承認之前19期之工程估驗進度為百分之87.3；且依中華民國電機技師公會鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）之結論，亦認系爭工程完工比例為百分之95.972，已超過第19期工程估驗請款單所載累計估驗數量百分之87.3，被上訴人自無理由拒絕給付第19期未付款。又被上訴人於前審審理時已當庭捨棄有關「第19期工程款未完成估驗而得拒絕給付該期其餘工程款」之抗辯，代表被上訴人亦承認第19期已經完工，同意給付上訴人第19期其餘工程款，則依訴訟上誠信原則及禁反言原則，被上訴人於本院不得再以第19期工程款未完成估驗為由而拒絕給付第19期剩餘工程款。

㈤被上訴人於99年1月14日取得使用執照後，確有變更設計進行二次施工情事，上訴人須待該二次施工於5月份均完工並油漆完成後，才能進行最後水電收尾工程，再向自來水公司、台灣電力公司申請送水、送電，故正式送水完成日99年5月24日、送電完成日99年6月18日，均係配合被上訴人二次施工之故，並無所謂可歸責上訴人延遲之問題。被上訴人主張上訴人應負擔遲延送水送電罰款及水、電費，並主張抵銷

，實無理由。

二、被上訴人抗辯：

㈠上訴人並未依系爭分析表之約定於99年10月6日前完工，且部分項目違約使用同等品，經被上訴人於100年1月21日發函要求其退場，另行僱工完成系爭工程，並於100年11月30日以台中法院郵局第2812號存證信函正式終止系爭工程合約。

㈡依民法第490條規定，承攬人須將工作完成，並將工作物交付時，始得請求報酬。惟上訴人未完成本件工作，系爭工程上訴人未施作部分，均由被上訴人自行僱工完成。而保留款為兩造估驗時雙方同意保留於驗收時給付之款項，系爭工程既未完成，亦未經驗收，上訴人請求被上訴人應返還估驗保留款4,462,857元，自無理由。且估驗保留款性質為履約保證金，而依系爭工程合約第12條第2項約定，被上訴人亦得沒收上訴人之估驗保留款作為懲罰性違約金。

㈢依系爭工程合約第5條第1項約定及所附水電工程請款比例表，可知上訴人須完成特定工程後，於每月5日前得向被上訴人請求估驗，待被上訴人估驗完成，上訴人始得依被上訴人估驗完成之金額請求給付估驗款。而第19期工程迄至99年12月2日仍未估驗完成，嗣因上訴人財務缺口太大，下包廠商不願繼續替上訴人完成工程，被上訴人乃於100年1月21日發函請求上訴人退場。第19期工程既未完成估驗，上訴人嗣後亦未提出任何估驗申請，自無從請求被上訴人給付第19期剩餘未付款3,309,418元。

㈣被上訴人就系爭工程僅估驗完成第1至18期及第20期部分，該等款項均已給付完畢。至其他工程部分，上訴人並未請求估驗，亦未請求驗收，自無從依民法第490條規定及系爭工程合約第5條約定請求被上訴人給付工程款。故上訴人主張除先前第1至20期工程估驗單累計請款金額49,958,370元（含應返還保留款、第19期剩餘款等已請款但未取得之款項）外，可再向被上訴人請求工程款4,209,925元，為無理由。

㈤被上訴人於前審聲請鑑定之事項只有2項，一為系爭工程是

否有二次施工，二為系爭工程有無完工，且主要目的乃為請求鑑定人確認現場未施作之工程為何。故鑑定人只要確認系爭工程未施作之項目為何即可，至於其他事項之判斷，並非鑑定人之權限。而依系爭鑑定報告所載，系爭工程確有部分項目未施作或使用同等品，至於鑑定人脫逸囑託意旨範圍所表示之其他主觀意見部分，均應構成法院不能斟酌採納之理由。且系爭鑑定報告為現況鑑定，該鑑定雖認系爭工程已完成百分之95.972，但無法確定被上訴人所主張點工完成部分是由何人所完成。

㈥縱認上訴人尚有工程款項得以請求，然上訴人未依約於99年1月14日系爭工程取得使用執照後30日內完成送水、送電、電信通話，遲至同年5月24日、6月18日、8月18日始完成，計逾期216日，應依系爭工程合約第15條、施工規範第95條及系爭分析表約定，按日給付1000分之3逾期罰款共36,741,600元，並負擔水、電費288,100元、894,400元。經抵銷後，上訴人確已無工程款得請求。

參、原審為上訴人全部敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請。上訴人提起一部上訴（未上訴部分，非本院審理範圍），且於前審為上訴人部分敗訴判決後，上訴人就其敗訴部分未聲明不服；嗣於最高法院發回後，上訴人減縮請求金額，其上訴聲明為：原判決關於駁回後開第二項之訴及該部分假執行之宣告暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判均廢棄；上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人11,981,570元，及自起訴狀繕本送達之翌日（即101年5月4日）起至清償日止按年息百分之5計算之利息；願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回；如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

肆、兩造經本院整理及簡化爭點，並告知爭點整理協議與爭點整理結果效力之不同後，同意成立爭點整理協議如下（見本院卷二第98至99頁反面）：

一、兩造不爭執事項：

㈠兩造就「桃園縣中壢市○○路○段湯城世紀丙區水電工程」簽立系爭工程合約，約定由上訴人承攬被上訴人之上開水電工程，工程總價（含稅）為5670萬元。

㈡兩造已完成估驗計價系爭工程第1期至第18期及第20期，共19期之估驗款為44,628,570元，保留款1成為4,462,857元，上訴人實際具領40,165,713元。

㈢第19期工程款，上訴人已具領2,020,382元。

㈣兩造於99年9月7日簽署系爭分析表，其上有記載「本表第1頁至第5頁內容於99年9月7日經甲乙雙方確認無誤，全省水電公司同意本表第1頁至第5頁（除參-1項溫泉泵浦外）於30日內即99.10.6前全數完成，到期若未完工，業主立即全面收尾完工，承包商不得異議。」

㈤系爭工程合約第13條約定：「本工程甲方移交社區委員會完成後起，由乙方保固一年，依工程總價2%作為保固，於保固期間屆滿後，無息退還乙方…」，被上訴人對於保固款部分不再主張。

㈥被上訴人於100年11月30日以台中法院郵局第2812號存證信函終止系爭工程合約，上訴人已收受該存證信函。

㈦系爭鑑定報告之「鑑定結論」記載：

1.鑑定事項：桃園縣中壢市○○路○段「湯城世紀丙區」是否有二次施工？

鑑定結論：有二次施工。

2.鑑定事項：又其水電曾有無完工？

鑑定結論：有完工，但有追減扣款之事實。經分析結果：「湯城丙區追減及未施作完成工程明細29項」中有下列四項因工程變更或取消等因素應予扣款處理，視同未完工：私有部分有2項及公共設施部分有2項，扣款總金額為2,174,857元。

3.鑑定事項：若未完工，其已完成之工程比例為何？

鑑定結論：扣款總金額依據工程未稅總價量化為未完成之工程比例為4.028%，其已完成之工程比例為95.972%。

㈧消防防火鐵捲門相關之中繼器及偵煙感知器未安裝部分，上訴人同意扣減21,659元。

㈨公共景觀水池工程取消追減部分，上訴人同意扣減805,761元。

二、兩造爭執事項：

㈠上訴人主張被上訴人應返還估驗保留款4,462,857元，是否有理由？

㈡上訴人主張被上訴人應給付第19期剩餘未付款3,309,418元，是否有理由？

㈢上訴人主張除先前第1期至第20期工程估驗單累計請款金額49,958,370元（含應返還保留款、第19期剩餘款等已請款但未取得之款項）外，可再向被上訴人請求工程款4,209,295元，是否有理由？

㈣上訴人是否因有不完全給付或給付遲延之情事，而使被上訴人得以違約罰款36,741,600元及應負擔之水費288,100元、電費894,440元主張抵銷？

伍、本院之判斷：

一、被上訴人應返還上訴人估驗保留款4,462,857元：

㈠兩造已完成估驗計價系爭工程第1期至第18期及第20期，共19期之估驗款為44,628,570元，保留款1成為4,462,857元，上訴人實際具領40,165,713元，此為兩造所不爭執（不爭執事項㈡參照），堪信為真。

㈡兩造就各期估驗款保留1成作為估驗保留款之約定，並未明定於系爭工程合約中，為兩造所不爭執（見本院卷二第135頁反面、136頁），並有系爭工程合約在卷可憑（見原審卷一第10至17頁），故兩造顯然是依工程慣例為估驗保留款之操作執行。而估驗保留款通常是為預防承包商不履約或履約不良，致業主受有損害時，得主張扣款之用；或於工程結算時，業主如有超估時作為加減帳款之用。被上訴人雖主張估驗保留款是於全部工程完成驗收後始得請領，故其法律性質為履約保證金；且依系爭工程合約第12條第2項約定，亦得

將估驗保留款作為懲罰性違約金。惟系爭工程合約關於「履約保證」部分，已於第14條第1項明定：「乙方應提供信實之保證或等值之有價證券及不動產作為擔保」，並無以估驗保留款作為履約保證金之約定，故被上訴人主張估驗保留款屬履約保證金之性質，核與系爭工程合約之約定未合，尚屬無據。又系爭工程合約第12條之「違約處罰」約定，並未明示得將估驗保留款沒收作為懲罰性違約金，自不得任意擴張約定違約金之適用範圍，故被上訴人主張估驗保留款得作為懲罰性違約金予以沒收，亦非可採。

㈢估驗保留款係屬承包商工程款債權之一部，應無疑義；而縱使估驗保留款必須至工程全部完工、業主正式驗收合格且承包商辦妥保固手續後，始由業主予以支付，亦僅是清償期何時屆至，承包商何時方得請求給付之問題。茲查，被上訴人之湯城世紀丙區建案，其住戶多已入住，自可合理推知系爭工程應已完成驗收，否則於無水、電可用情形下，住戶應無可能入住。至於上訴人施作之系爭工程是否有瑕疵，或部分工程是否由被上訴人另僱工完成，應屬瑕疵扣款之問題。又系爭工程合約第13條約定：「本工程甲方移交社區委員會完成後起，由乙方保固一年，依工程總價2%作為保固，於保固期間屆滿後，無息退還乙方，乙方在保固期間內，如未能在雙方約定期限內履行保固義務，而因保固所發生之修繕費用，甲方得由保固保證金中扣除，乙方不得異議，如有不足之數，乙方及連帶保證人應負給付責任。」而上開工程總價2%之保固金，通常是自被上訴人應給付上訴人之工程尾款中扣留，於1年保固期滿後再依情況發還上訴人，亦為兩造所不爭執（見本院卷二第117頁反面）。然被上訴人對於保固款部分已不再主張（不爭執事項㈤參照），亦即被上訴人就系爭工程並不主張上訴人應負保固責任。質言之，上訴人施作之該水電工程，於被上訴人移交社區委員會後，並未發生須由上訴人負擔之保固責任，則本屬上訴人應得工程款之估驗保留款4,462,857元，被上訴人自不得再予扣留不發。

㈣基上，上訴人主張被上訴人應返還估驗保留款4,462,857元，為有理由，應予准許。

二、上訴人不得向被上訴人請求給付第19期剩餘未付款3,309,418元：

㈠第19期估驗款為5,329,800元，此有第19期工程估驗請款單在卷可憑（見前審卷一第32至34頁）。而第19期工程款，被上訴人以監督付款方式給付上訴人2,020,382元，有「湯城世紀-丙區水電統包工程請款監督付款切結書」（下稱監督付款切結書）附卷足參（見本院卷一第50、51頁），並為兩造所不爭執（不爭執事項㈢併為參照）。

㈡依上開工程估驗請款單所示，第19期工程是於99年7月9日估驗（按第20期工程是於99年8月1日估驗，見前審卷一第35至37頁）。而兩造嗣於99年9月7日簽署系爭分析表，其上有記載「本表第1頁至第5頁內容於99年9月7日經甲乙雙方確認無誤，全省水電公司同意本表第1頁至第5頁（除參-1項溫泉泵浦外）於30日內即99.10.6前全數完成，到期若未完工，業主立即全面收尾完工，承包商不得異議。」另兩造與訴外人○○工業股份有限公司、○○○○○工程有限公司、○○○○工程行等於99年12月2日簽立系爭監督付款切結書，其監督付款背景記載：「茲因乙方（指上訴人）工程支出所開立支票於民國99年11月1日起陸續跳票，為確保本合約甲（指被上訴人），乙雙方及乙方所屬下包商，材料設備商之權益，經本合約甲、乙雙方協商同意，自本合約工程第十九期請款起之所有工程請款，一律採用監督付款模式，乙方所有工程放款均須會同甲，乙雙方及乙方所屬已跳票之下包商，材料設備商，共同協商付款分配比例確定後，甲方始得放款。」監督付款條文記載：「1.監督付款適用對象：僅限於乙方所屬已跳票之下包商及材料設備商（含○○○），且跳票票據並限定施工於湯城世紀-丙區之工班，或售予並用於湯城世紀-丙區材料器具之廠商。任何非施工於湯城世紀-丙區之工班，或非用於湯城世紀-丙區之材料器具廠商，其不論跳

票與否，均與甲方無涉，不得列入監督付款通用對象。2.監督付款票據日期：僅限於乙方開票日期在民國99年10月31日以前並跳票之票據，甲方始同意將之納入監督付款適用對象，任何乙方在民國99年11月1日之後開立之票據，不論跳票與否，甲方均不予處理。3.監督付款金額限定：僅限於乙方當期可請款之工程款金額按比例分配予乙方所屬已跳票之下包商及材料設備商（含○○○）。當期可請款之工程款金額不足分配時，各分配下包商及廠商按相同百分比依同比例分配。所有不足分配之金額，乙方須自行善後處理，甲方不負任何連帶給付及易位求償責任，且甲方亦不負任何民事及刑事責任。…」，且於第三點明確記載「乙方第19期請款可放款金額：2,020,382元」、「上列各分配金額經與會乙方及乙方所屬下包商、材料設備商協商後確認無誤」等語。茲由上開19期工程估驗、簽立系爭分析表及監督付款切結書之時序觀之，上訴人於99年7月9日請求第19期估驗款時，因有工程瑕疵或未施工完成而未能完成估驗，兩造乃於99年9月7日簽立系爭分析表，約定上訴人應於99年10月6日前將該分析表第1至5頁（除溫泉泵浦外）所示工程全數完成；嗣兩造於99年12月2日簽立監督付款切結書，約定限於上訴人當期（指第19期）可請款之工程款金額，由被上訴人按比例分配予上訴人之下包商及材料設備商。而上訴人雖主張其於99年10月6日已完成全部工程，因此可請領第19期全部估驗款。然上訴人於99年12月2日簽立監督付款切結書時，對該切結書上記載限於上訴人當期可請款之工程款金額按比例分配予其下包商及材料設備商，且其第19期請款可放款金額為2,020,382元等情未有異議，並已簽章確認，自可合理推認上訴人應有同意其於99年10月6日完工後所得請領之第19期工程款僅有2,020,382元。

㈢依上所述，上訴人就第19期估驗款僅得請求2,020,382元，而此與第19期工程有無完成估驗無關。故被上訴人雖於前審捨棄有關「第19期工程款未完成估驗而得拒絕給付該期其餘

工程款」之抗辯（見前審卷二第140頁反面），然對本院前開認定，尚不生影響。

㈣基上，上訴人主張被上訴人應給付第19期剩餘未付款3,309,418元，核屬無據，不應准許。

三、被上訴人尚應給付上訴人工程款共8,671,537元：

㈠上訴人主張其就系爭工程已完成近97%，且均由其施作；被上訴人則否認之，並辯稱上訴人頂多僅完成81%或82%，其餘均由其自行點工完成，依上訴人完工之比例計算，其已溢領工程款，自不得再向被上訴人請求給付工程款。經查，上訴人就系爭工程已完工之比例，經前審囑託中華民國電機技師公會就兩造所提出之系爭工程中追減及未施作完成之項目及金額予以鑑定，於鑑定當時並由該公會指派二名專業技師，會同兩造，於隨機徵得住戶同意後，進入屋內為會勘並逐項比對實質認定，其鑑定結果，有下述部分應扣款之項目：各戶一樓SUS水塔及相關管線取消追減工程應扣451,539元、J棟及P棟PEX絕緣PVC被覆電纜600V1/C30mm未作應扣1,281元、溫泉系統恒壓加壓泵組6組及幹管未施工應扣855,378元、公共景觀水池取消追減應扣805,761元、PEX絕緣電纜6000V1/C5.5mm未作應扣60,898元等項目，總計應扣款2,174,857元。再依總合約款金額5670萬元扣除稅金後之金額5400萬元比例計算，系爭工程之總完工率為95.972%，此有系爭鑑定報告附卷可參。

㈡系爭鑑定報告是由鑑定人依其工程專業，實際勘查系爭工程之施作情形，參酌工程慣例常規等因素後所得之結論；而被上訴人並未舉證證明鑑定結果有何違反工程慣例常規之處，故上開鑑定意見，足堪採酌。惟鑑定人係為現況鑑定，而第19期工程部分，其中有3,309,418元所對應之工程並非上訴人完成，此部分不能算入上訴人已完工範圍，應予扣除，而其扣除稅金後之金額為3,151,827元（計算式：3,309,418÷1.05=3,151,827，元以下四捨五入）。另「消防防火鐵門相關之中繼器、偵煙感知未安裝」21,659元部分，上訴人自承

並未安裝，故亦應扣除。準此，扣款總金額應為5,348,343元（計算式：鑑定報告所載扣款2,174,857元+非上訴人施作金額3,151,827元+消防防火鐵門相關之中繼器、偵煙感知未安裝金額21,659元）。再依總合約款金額5670萬元扣除稅金後之金額5400萬元比例計算，系爭工程之總完工率為90.096%（計算式：《54,000,000-5,348,343》÷ 54,000,000=90.096%）。

㈢被上訴人主張上訴人未提出系爭工程之竣工圖，為上訴人所不爭執。而工程竣工圖之項目，未在系爭鑑定報告所列鑑定追減及未施作完成之項目及金額內，亦為兩造所不爭執，復有中華民國電機技師公會104年10月22日函文足資佐憑（見前審卷二第112頁）。是以上訴人同意自可領取之工程款扣減未繪製竣工圖之費用，自無不可。而依系爭分析表所示，竣工圖與施工圖之繪製係合併於同一項，單價為453,600元（見本院卷一第46頁），此外並無證據證明竣工圖與施工圖之繪製費用各有不同，故上訴人自願以該單價2分之1之價格即226,800元予以扣減，即可准許。

㈣系爭工程總工程款（含稅）為5670萬元，上訴人已完成90.096%之工程比例，已如前述，則被上訴人應給付之工程款為51,084,432元（計算式：56,700,000× 0.90096=51,084,432，而此金額係包含被上訴人應返還上訴人之估驗保留款4,462,857元。茲系爭工程第1期至第18期及第20期工程款，已由上訴人具領40,165,713元（不爭執事項㈡參照）；第19期工程款，已由上訴人具領2,020,382元（不爭執事項㈢參照），合計共42,186,095元（計算式：40,165,713+2,020,382=42,186,095）。從而，被上訴人應給付之總工程款51,084,432元，經扣除上訴人已具領之工程款42,186,095元，及未繪製竣工圖之費用226,800元後，尚應給付上訴人8,671,537元（計算式：51,084,432-42,186,095-226,800=8,671,537）。

四、被上訴人主張以違約罰款36,741,600元及上訴人應負擔水費

288,100元、電費894,440元為抵銷，並無可採：

㈠被上訴人主張上訴人施作系爭工程有不完全給付或給付遲延之債務不履行情事，得以系爭分析表第伍項「一、使用執照取得後，延遲送水、送電、電信通話罰款36,741,600元」、「二、各戶及公設延遲送水4.3月，丙區水費由承商負擔288,100元」、「三、各戶及公設延遲送電5.2月，丙區電費由承商負擔894,400元」等損害賠償債權為抵銷，固據被上訴人提出系爭分析表為證（見本院卷一第45頁）。惟為上訴人所否認，並主張因系爭工程有二次施工，致無法依原合約約定如期安裝水、電錶，始於99年4月送水完成、99年6月送電完成，故無不完全給付或給付遲延之情事；且代表上訴人簽署系爭分析表之○○○已在其上寫明「單價數量再核對」，表示上訴人並未承認或同意分擔水電逾期違約罰款及水電費等語。

㈡經查，代表（或代理）上訴人簽署系爭分析表之○○○，確有在該分析表上以手寫註記「單價數量再核對」，顯見○○○對系爭分析表所載各品項之數量、單價係持保留意見，而非概予承認。故尚難僅以○○○已在系爭分析表上簽名，即認上訴人已同意給付上開違約罰款及負擔水費、電費。

㈢又查，系爭工程於取得建築使用執照後，確有「二次施工」之情，業據證人即上訴人之前員工○○○於前審到庭證稱：系爭工程取得使用執照後，有進行二次施工；二次施工會影響水電工程，例如沒有牆門，如何安裝電線，因為門跟牆是二次施工範圍，沒有施作，就沒有辦法安裝水電；必需二次施工全部完成，包括磁磚貼完後，才能安裝水電，二次施工之期間可以看日報表等語綦詳（見前審卷一第53頁反面至第54頁），核與證人○○○於原審到庭證稱：我是上訴人的下包，自97年12月工程剛開始時就到工地工作，做到99年9月份，我是從事湯城世紀丙區J2到J28室內水電配管拉線、裝設器具的工作；系爭建物拿到使用執照後有二次施工，有一些陽台外推、地下停車隔牆，本來有樓梯可以到地下室，但

使用執照沒有樓梯，所以第一次施工時就先隔一道牆，將樓梯隔起來，二次施工時就將牆打掉，讓樓梯可以使用。二次施工會影響到水電的工程，因為有些牆隔起來，還是要配合開關插座的施工等語相符（見原審卷二第213頁反面至214頁）；且證人即被上訴人前員工謝明仁於原審亦證稱：系爭工程一樓有部分改成中間有夾層，且約有12戶二、三、四樓後段改成廚房、臥室及次臥室等語（見原審卷二第123頁反面）。參以系爭鑑定報告亦認：「兩造皆認為有二次施工，雙方沒有爭議」（見鑑定報告書第7頁）。是以上訴人主張系爭工程有二次施工，致其於99年4月、6月始分別完成送水、送電等情，堪以採信。

㈣按給付遲延、不完全給付及違約金之處罰，係以可歸責於債務人之事由為前提。本件上訴人係按工程進度施工，僅因被上訴人在取得使用執照後又再二次施工，致使上訴人無法安裝水、電、通信設施，並向自來水公司、台灣電力公司、電信機關申請送水、送電、通電信，故送水、送電及電信通話延遲係可歸責於被上訴人，而非可歸咎於上訴人，自難謂上訴人有逾期違約等不完全給付或遲延給付之事由。故被上訴人以系爭分析表第伍項所載上訴人因延遲送水、送電、電信通話應負擔之逾期違約罰款36,741,600元，及遲延送水、送電所應分擔之水費288,100元及電費864,400元，對上訴人之工程款債權主張抵銷，自屬無據。

五、末查，被上訴人雖於100年11月30日以台中法院郵局第2812號存證信函表示上訴人未依期完工，且有偷工減料之情事，因而以該存證函終止系爭工程合約（不爭執事項㈥參照，並參見原審卷一第37至40頁）。惟上訴人係因被上訴人在取得使用執照後又再二次施工，致使上訴人無法安裝水、電、通信設施，並向自來水公司、台灣電力公司、電信機關申請送水、送電、通電信，故送水、送電及電信通話延遲係可歸責於被上訴人，而非可歸咎於上訴人，難謂上訴人有逾期違約等不完全給付或遲延給付之事由；且被上訴人就第1至18期

及第20期工程估驗部分已給付估驗款，第19期工程款部分，亦於99年12月2日以監督付款方式結算完畢，均如前述。故被上訴人嗣後於100年11月30日以上開事由終止系爭工程合約，難認有據，不生終止效力。因此，上訴人依系爭工程合約為本件請求，於法並無不合。

六、綜上所述，上訴人依承攬之法律關係，請求被上訴人應給付8,671,537元，及自起訴狀繕本送達之翌日即101年5月4日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。原審就上開應准許部分，駁回上訴人之訴及假執行之聲請，容有違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，為有理由，爰廢棄原判決此部分，改判如主文第二項所示；並依兩造之聲請，分別酌定相當擔保金額為准、免假執行之宣告。至於上開不應准許部分（確定部分除外），原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，核無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，聲明廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所提出之各項證據資料，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，附此敘明。

陸、結論：本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第463條、第390條第2項、第392條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　25　　日

工程法庭　審判長法　官　許秀芬

法　官　吳崇道

法　官　游文科

正本係照原本作成。

兩造均得上訴（上訴所得受之利益均逾新臺幣150萬元）。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項所定關係之釋明文書影本。

書記官　吳麗琴

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　25　　日