

臺灣高等法院臺南分院民事判決

106年度建上字第24號

上訴人 建惠營造有限公司

法定代理人 吳貞璉

訴訟代理人 吳國坤

唐治民 律師

被上訴人 榮民工程股份有限公司

法定代理人 張筱貞

訴訟代理人 陳秋華 律師

複代理人 洪國勛 律師

上列當事人間請求給付工程保留款等事件，上訴人對於中華民國106年6月15日臺灣臺南地方法院105年度建字第4號第一審判決提起上訴，經本院於108年6月26日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：兩造於民國97年3月11日就「金門縣政府『臺北縣中和五眷村-復興新村改建統包工程』（下稱統包工程）-土建工程第2標」工程（下稱系爭工程）簽訂承攬契約（下稱系爭契約），約定契約付款總價新臺幣（下同）462,077,908元（未稅），履約保證金為契約付款總價2.5%，即11,937,500元。履約保證金之退還按工程施工進度完工計價百分比分4期發還（即每期退還2,984,375元）；工程保留款為每期估驗款5%，經被上訴人初驗合格後先行發還50%（無息），正式驗收應配合被上訴人對業主即金門縣政府之驗收一併辦理，經業主正式驗收合格後，無息退還另50%工程保留款。系爭工程業於100年12月13日正式驗收合格，依系爭契約約定，除已發還之履約保證金與工程保留款者外，尚餘最後一期履約保證金2,984,375元及追加工程之履約保證金20,800元、18,750元，合計3,023,925元未發還，暨工程保留款11,551,949元未給付，扣除依約應扣留於被上訴人之保固保證金9

01 ,241,558元後，餘額5,334,316元，上訴人自得依系爭契約
02 第10條第1項第4款（履約保證金部分）、第24條第3項（工程
03 保留款部分）約定，請求被上訴人如數給付本息。原審駁回
04 上訴人請求，尚有未當。爰依法提起上訴，並聲明：原判決
05 （確定部分除外）關於駁回上訴人後開之訴部分廢棄，被上
06 訴人應給付上訴人5,334,316元，及自起訴狀繕本送達翌日
07 起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（未上訴部分，已
08 告確定，不予論述）。

09 二、被上訴人則辯以：對系爭工程尚有上述5,334,316元應支付
10 上訴人並不爭執。惟依系爭契約第9條及施工補充說明書第4
11 條約定，上訴人之工作範圍不僅包括自開工日起540日曆天
12 完成系爭工程，且包括取得使用執照，而系爭工程於97年9
13 月1日開工，依約上訴人應在100年5月2日完工並取得使用執
14 照，然因系爭工程遲至102年5月28日始取得使用執照，被上
15 訴人與業主間就系爭工程經仲裁判斷，認定被上訴人就取得
16 使用執照遲延乙節，應負遲延工期30日之責任，而此部分又
17 係上訴人所負責，故此30日之遲延責任應由上訴人負責。依
18 系爭工程施工補充說明書第5條「逾期罰款」及系爭契約第2
19 5條之約定，被上訴人得就上訴人逾期30日，罰款每逾1日按
20 工程總價3/1000計算，總計41,587,020元，又被上訴人為上
21 訴人代繳施工與代施作缺失改善項目作業費用4,175,438元
22 ，依系爭工程契約第26條、施工補充說明書第9條約定被上
23 訴人亦得向上訴人請求償還。是以被上訴人先以違約罰款扣
24 抵，若不足，再以代繳施工與代施作缺失改善項目作業費用
25 之債權抵銷後，上訴已無餘額可得請求，原審駁回上訴人之
26 請求，核無不合，上訴人上訴無理由。並聲明：上訴駁回。

27 三、本件經整理兩造不爭執事項，及依民事訴訟法第463條準用
28 同法第270條之1第1項第3款規定整理並協議簡化兩造爭點如
29 下：

30 (一)不爭執事項：

31 1.兩造於97年3月11日訂立系爭契約，由上訴人承攬系爭工程

，經追加及展延後，契約總價為462,077,908元（未稅），預定完工日為100年5月2日。

- 2.系爭工程之履約保證金依約為契約付款總價5%（系爭契約第10條第1項第1款）。惟實際繳付履約保證金經合意為契約付款總價2.5%，即11,937,500元。依系爭契約第10條第1項第4款約定，履約保證金之退還按工程施工進度完工計價百分比分4期發還。
- 3.系爭工程之工程保留款，為每期估驗款5%。工程初驗合格後被上訴人應先行發還50%，正式驗收應配合被上訴人對業主金門縣政府之驗收一併辦理，經業主正式驗收合格後，無息退還另50%工程保留款（系爭契約第14條第3項、第24條第3項）。
- 4.被上訴人已發還上訴人3期履約保證金，尚有最後1期履約保證金2,984,375元、追加工程履約保證金20,800元、18,750元，以上共3,023,925元未發還。
- 5.系爭工程之工程保留款共計23,103,897元，被上訴人已發還上訴人11,551,948元，尚餘11,551,949元未發還。
- 6.系爭契約第26條第4項約定：「第二十六條工程保固。一、…。四、保固保證金應為最後結算總價之2%，可逕由甲方（即被上訴人）扣抵相當之保留款為之，或由乙方（即上訴人）以其他與履約保證金相同之繳納方式辦理。保固保證金於保固期滿後無息發還。」本件系爭工程之保固保證金為最後結算總價之2%，且得逕由被上訴人自系爭工程保留款中扣除以轉作保固保證金。又系爭工程最後結算之金額為462,077,908元，保固保證金之金額為9,241,558元（計算式：本工程結算總價462,077,908元×契約約定之2%=9,241,558元）。上訴人在驗收合格後即須繳納保固保證金9,241,558元，本件上訴人對於如上訴人請求有理由，被上訴人得自請求履約保證金及工程保留款扣除保固保證金9,241,558元不爭執。
- 7.被上訴人就系爭工程有繳納施工用電費、自來水費、保全費

、清潔費、申請使用執照費用，合計共756,988元，上開費用本應由上訴人負擔。

8.上訴人對於被上訴人所提出原審被證5號之形式上真正不爭執，被上訴人有施作缺失改善作業等項目，費用合計共3,418,450元，且該項目是屬於上訴人施工範圍，本應由上訴人負擔。

9.系爭工程使用執照之取得，被上訴人對業主金門縣政府應負遲延工期30日的責任，並因此遭業主罰款41,224,710元。

10.新北市政府工務局100年11月29日北工施字第1001735013號函通知之缺失(三)及缺失(六)為承和營造有限公司（下稱承和公司）所負責之項目，缺失(四)則為成宜企業股份有限公司（下稱成宜公司）所負責之項目，餘為上訴人負責之項目。

11.新北市政府工務局100年11月29日北工施字第1001735013號函通知缺失改善之七個項目中，其中第(二)項至第(七)項之缺失，係於100年12月12日完成改善；第(一)項缺失之「無損壞公共設施部分未完成事宜，請修正現場」，於101年2月2日仍尚未改善完成，嗣由被上訴人於102年5月9日繳納代金完成核發無路損證明。

12.新北市政府工務局100年11月29日北工施字第1001735013號函通知缺失改善之七個項目中，與使用執照有關的項次為(二)、(五)、(七)項。

13.統包工程於102年5月28日始取得使用執照。

(二)爭執事項：

1.統包工程逾期取得使用執照是否可歸責於上訴人？若可歸責於上訴人，逾期日數及逾期罰款若干？被上訴人可否以逾期罰款於本件就上訴人之請求，依系爭契約第25條及施工補充說明書第5條之約定扣除？

2.本件被上訴人代繳如上開不爭執事項7.之費用，及如上開不爭執事項8.所施作缺失改善作業項目等費用，被上訴人得否以之與上訴人之請求，於被上訴人以逾期罰款扣除後，若有餘額，主張對其抵銷？

01 3.上訴人主張扣除上訴人在驗收合格後即須繳納保固保證金9,
02 241,558元後，被上訴人還須退還上訴人履約保證金及工程
03 保留款之餘額5,334,316元及其遲延利息，有無理由？

04 四、得心證之理由：

05 (一)統包工程逾期取得使用執照，是否可歸責於上訴人部分：

06 1.依系爭契約第9條及施工補充說明書第4條之約定，上訴人應
07 於開工日後540日曆天即100年5月2日前完成系爭工程全部工
08 作，含使用執照之取得乙節，有系爭契約、施工補充說明書
09 在卷（見原審補卷第9至24頁、建卷一第38至40頁）可稽，所
10 謂使用執照之取得，非僅指系爭工程，而係指整個統包工程
11 使用執照取得乙節，復為上訴人所不爭執（見本院卷第515至
12 516頁），而統包工程（含系爭工程）係直至102年5月28日始
13 取得使用執照等節，並有新北市政府公務局102年中使字002
14 46號使用執照、102年7月4日北工施字第1022153047號函等
15 在卷（見原審建卷一第41至43頁）可稽，則上訴人確實有因
16 遲延取得使用執照，而有給付遲延之情，則被上訴人辯稱上
17 訴人依約應負給付遲延之責，即堪認定。

18 2.又被上訴人就統包工程因工期爭議，曾以業主金門縣政府為
19 相對人，向中華工程仲裁協會（下稱仲裁協會）聲請仲裁，
20 經仲裁結果認為，統包工程因有土地遭鄰房越界占用情事，
21 被上訴人於100年7月21日提出使用執照之申請後，民眾抗爭
22 、地方民意代表、里長、區公所等多方干預阻撓公共設施及
23 受損鄰房之修復、賠償協調事宜，新北市政府因民眾抗爭等
24 因素，強行介入民事損鄰事件，以使用執照申請程序所無之
25 各種要求，拖延使用執照之核發；本工程更因民眾抗爭而無
26 法完成公共設施之修繕，致無法取得無路損證明；且新北
27 市政府無故拒絕被上訴人請求改採繳納代金方式解決無路損
28 證明之問題。從而造成統包工程至102年5月28日才取得使用
29 執照，仲裁庭認為部分屬於本契約（指被上訴人與業主間之契
30 約）一般條款第9.7條約定：「機關或工程司代表於提供資料
31 或給予之核定，有不合理之遲延」、「因7.11除外風險所發

生之遲延」、第7.11條第1項K款「不可抗力所造成之重大損害」、第L款「民眾抗爭」等事由之發生，實非可完全歸責於被上訴人一方，部分則屬被上訴人自己之執照文件具有瑕疵，經新北市政府工務局要求補正。因而被上訴人主張因民眾抗爭等不可抗力事由，無法進行公共設施修復工作，請求100年9月19日實際完工日之翌日至102年5月28日取得使用執照止，給予展延工期617天部分，仲裁庭審酌兩造主張及客觀事實，判斷被上訴人應負遲延工期30天之責任，准予展延工期587天為適當等情，有被上訴人提出之仲裁協會104年度工仲協字第34號仲裁判斷書在卷（見原審建卷一第173至241頁）可查。上訴人對被上訴人因使用執照之取得，對業主金門縣政府應負遲延工期30日的責任，並因此遭業主罰款41,224,710元之事實，則不爭執，此部分事實，亦堪認定。

3.雖上訴人主張前開使用執照之逾期取得，不可歸責於上訴人云云，然查：

- (1)新北市政府工務局因統包工程申請使用執照乙案，經該局於100年8月15日現場案理竣工查驗，而要求改善之缺失計有：
「(一)無損壞公共設施部分未完成事宜，請修正現場。(二)地下室部分污水蓋位置或形式有誤。(三)第169號車位畫線有誤，請修正現場。(四)第118號車位旁標示燈淨高不足事宜，請修正現場。(五)B1F增設電錶箱，請修正竣工圖。(六)第76及第77號車位有障礙物事宜，請依規定檢討釐清或修正現場。(七)請補拍各防水閘門照片。」有該局100年11月29日北工施字第1001735013號函在卷（見原審建卷一第127至129頁）可按，而上訴人不爭執其中與使用執照有關的項次為(二)、(五)、(七)，且係屬上訴人負責之項目（如不爭執事項10、12所示）之事實。換言之，前開仲裁判斷認為被上訴人自己之執照文件具有瑕疵，經新北市政府工務局要求補正，致遲至102年5月28日始取得使用執照，使被上訴人應負遲延工期30天責任之原因，實係上訴人應負責系爭工程有缺失所致，兩者間堪認有因果關係。

(2) 雖上訴人主張其僅負責系爭工程，而統包工程尚包含機電、消防、水電之配合，倘如該部分未完工，伊無法申領使用執照等語，而上訴人亦確實於100年3月9日即通知被上訴人系爭工程已竣工，可以進行使用執照之申領，有上訴人100年3月9日建營中字第100030901號函在卷（見原審建卷一第18頁）可稽。然被上訴人於100年4月28日即提出竣工報告表，向業主金門縣政府申報竣工，有被上訴人100年4月28日榮民工字第1000004522號函及竣工報告表在卷（見原審建卷一第81、20頁），業主金門縣政府則係就統包工程（即含系爭工程與電機工程）同時驗收，經業主先於100年6月20至24日辦理初驗，初驗缺失經統包團隊（即被上訴人辦理土建工程、訴外人晟展實業股份有限公司辦理水電工程、吳昌成建築師事務所辦理工程規劃與設計，下稱「統包團隊」）改善完成後，再於100年8月23至26日辦理初驗缺失複驗，驗收缺失經統包團隊改善完成後，於100年11月9至11日辦理驗收缺失複驗，複驗時原驗收缺失已改善完成，但發現仍有新增缺失，經討論再限期統包團隊辦理新增缺失改善。新增缺失改善經統包團隊完成後，復於100年12月12至13日辦理驗收缺失第二次複驗在案等情，亦有金門縣政府105年5月31日府工築字第1050039685號函在卷（見原審建卷一第94頁）可按。業主金門縣政府前述係就統包工程一併辦理驗收，當無上訴人所主張因機電、消防、水電或其他工程延宕，致其無法申請使用執照之情【雖被上訴人於上訴人100年3月9日申報完工，於翌月28日始提出相關文件向業主報請驗收，逾系爭契約第24條關於上訴人於報完工後，被上訴人應於收受全部資料之日起30日辦理初驗或驗收之約定，然依同條第3項另有約定於特殊狀況（如需配合業主辦理驗收與交屋），得予延期，而本件係為配合業主辦理驗收，合於該條約定，自無從論被上訴人遲延責任】，上訴人又未提出其他證據證明係因其他工程延宕，致其無法依限申請使用執照之情，其此部分所辯，即非足採。

01 (3) 上訴人主張被上訴人於竣工報告表（見原審建卷一第20至21
02 頁）之「逾期（提前）竣工」欄記載「無」，顯見被上訴人
03 已認其未逾期完工等語。然觀之該竣工報告表，乃係就系爭
04 工程部分有無逾期完工為記載，然本件被上訴人並未抗辯系
05 爭工程有遲延完工之情，而係上訴人未依約於100年5月2日
06 前為統包工程取得使用執照之遲延，是上訴人欲以上開竣工
07 報告表主張其無逾期完工，不應負給付遲延之責，即不可採
08 。又業主金門縣政府於100年5月2日竣工後曾辦理第2次建造
09 執照之變更，固為被上訴人所不爭執，並有建造執照、附表
10 、勘驗紀錄表附卷（見本院卷第535至552頁）可查，然觀之
11 上開建造執照所載，100年7月中旬辦理執照變更之原因（見
12 本院卷第546頁「第二次變更概要」欄所載），均與上訴人所
13 承攬之系爭工程範圍無涉，此亦為上訴人所不爭執（見本院
14 卷第484頁），又雖因這次變更建照執造，經被上訴人與訴外
15 人喻台生建築師事務所就申請使用執照應備文件逐項核對無
16 誤後，遲至100年7月21日始向新北市政府工務局申領使用執
17 照，有前開新北市政府工務局100年11月29日函及仲裁判斷
18 書在卷（見該判斷書第19頁即原審建卷一第182頁反面）可稽
19 ，然仲裁協會認定被上訴人應對業主負30日遲延責任，係因
20 後述待補正缺失項目所致，而應補正缺失項目乃屬於上訴人
21 承包系爭工程應負責之範圍，而非因第二次變更建造執照所
22 致，上訴人主張係因業主金門縣政府又辦理建造執照第2次
23 變更，始無法申請使用執照，因此不負給付遲延責任，實非
24 可採。

25 (4) 再上訴人主張係因主管機關新北市政府工務局為平息民怨，
26 故意遲發使用執照，並非系爭工程確實有缺失等語，查：

27 ① 按建築工程完竣後，經起造人會同承造人及監造人申請使用
28 執照，直轄市、縣(市)(局)主管建築機關應自接到申請之日
29 起10日內派員檢查完竣，供公眾使用之建築物之查驗期限，
30 得展延為20日，建築法第70條固定有明文。然統包工程是於
31 100年7月21日申請核發使用執照，而主管機關新北市政府工

務局先係訂於100年8月5日工地現場會勘，再於同年月15日至工程現場辦理竣工查驗等情，此由新北市政府工務局100年7月26日北工施字第1000772330號函（見原審建卷一第126頁）及前開100年11月29日函之說明可知，並無違反前開建築法之規定，而經100年8月15日現場查驗有如前述七項缺失，亦如前述，則新北市政府工務局尚無上訴人所指稱無故稽延查驗之情。

②又上訴人主張其於100年7月21日提出使用執照之申請後，係因新北市政府工務局為平息抗爭之民眾，故意拖延，始遲至102年5月28日核發使用執照乙節，已經前開仲裁協會就新北市政府工務局因民眾抗爭等因素，強行介入民事損鄰事件，以使用執照申請程序所無之各種要求，拖延使用執照之核發，更因民眾抗爭而無法完成公共設施之修繕，致無法取得無路損證明；且新北市政府工務局無故拒絕被上訴人請求改採繳納代金方式解決無路損證明之問題，認為此部分屬被上訴人與業主間之契約一般條款第9.7條、第7.11條第1項K款、第L款等事由之發生，非可完全歸責於被上訴人一方，給予展延工期617天，均如前述。換言之，仲裁判斷所認定被上訴人應負遲延工期30日者，已排除新北市政府工務局無故稽核部分，並說明此部分係屬被上訴人一方自己之執照文件具有瑕疵，經新北市政府工務局要求補正者，況被上訴人始終未曾抗辯關於新北市政府工務局因民眾抗爭等因素所致申領使用執照遲延，亦應歸責於上訴人，是上訴人再以此主張係因新北市政府工務局為平息抗爭，對民眾有所交代所為無故稽延，不應歸責上訴人云云，即非可採。

③上訴人主張仲裁判斷另認因新北市政府工務局之疏漏，而有「門牌地址重複」、「門牌地址遺漏」、「F3（一幢一棟11層一戶）誤載為（一幢一棟10層一戶）等」顯然錯誤、「經聲請人（即被上訴人，下同）請求，工務局於7月4日始更正完畢並通知相對人（即金門縣政府，下同），相對人則於7月15日通知聲請人」、「導致聲請人自102年6月4日向台灣電

力股份有限公司申請送電被要求補正，直至102年7月18日方補正新使用執照，因此102年6月4日至102年7月15日之41日」，為第三人核發錯誤使用執照原因所致之遲延，不可歸責於被上訴人，應予展延工期41日等語（見仲裁判斷書第128頁）。準此，本件就聲請使用執照天數問題，依仲裁判斷書判斷結果，應可展延工期11天（41天-30天=11天）；因此，本件使用執照之聲請洵無逾期之問題云云。然系爭工程係於102年5月28日取得使用執照，已如前述，則有關前開於102年5月28日依約取得使用執照日之後，因新北市政府工務局疏漏而有上開錯誤，致被上訴人補正後，再重新補正取得新使用執照，應展延工期部分，即與上訴人無涉，而被上訴人辯稱上訴人應負遲延工期30日之責任，係指上訴人至102年5月28日前之遲延責任，並未包含前開102年6月4日起至102年7月15日止41日之工期，上訴人主張其得據以主張展延工期41日，扣除後並未遲延云云，並非有據。

(5) 基此，上訴人主張其對統包工程使用執照遲至102年5月28日始取得，無可歸責事由云云，並非可採。

(二) 上訴人就逾期取得使用執照可歸責之日數部分：

1. 依前述，仲裁庭固於審酌被上訴人與業主雙方主張之客觀事實，判斷被上訴人應負遲延工期30日之責任。然仲裁判斷書，並未明確說明「執照文件具有瑕疵，經新北市政府工務局要求補正」者，究係何指，惟其既載明係審酌兩造主張之客觀事實為判斷，本院因此審酌被上訴人與業主金門縣政府於仲裁庭提出之各項主張與抗辯，前開所謂關於使用執照申請文件尚須補正，致無法取得使用執照之事項，除前述新北市政府工務局100年11月29日說明所列七項外，被上訴人部分尚有「無損壞公共設備證明」、「損鄰列管」、「未檢附最新一期營造業近期稅卡且需核章」、「防火材料證明文件不齊全」、「昇降設備許可證過期」、「竣工圖不夠詳盡、圖示應以一定之顏色標示」、「公寓大廈基金補繳」等應補正事項（見仲裁判斷書第22至28頁即原審建卷一第184至187頁

01)，業主金門縣政府則提及除「無損壞公共設備證明」、「
02 損鄰列管」外，尚有統包工程竣工查驗缺失，或文件資料填
03 寫不確實等因素（見仲裁判斷書第67至68頁即原審建卷一第
04 206頁反面至207頁），再參酌上訴人所提出前開新北市政府
05 工務局100年7月26日、100年11月29日函示內容，足認前開
06 仲裁判斷書所稱「屬被上訴人一方自己之執照文件具有瑕疵
07 ，經新北市政府工務局要求補正」而可歸責被上訴人應負遲
08 延工期30天之責任，應非均是前開新北市政府工務局100年1
09 1月29日函所述之七項缺失而已，更遑論兩造不爭執此七項
10 缺失中，僅其中第(一)、(二)、(五)、(七)項屬上訴人負責施工之項
11 目（其餘缺失(三)及缺失(六)為承和公司所負責之項目，缺失(四)
12 則為成宜公司所負責之項目，如不爭執事項10所示），且其
13 中與使用執照有關者，僅項次第(二)、(五)、(七)項而已（不爭執
14 事項12）。因而，仲裁庭考量被上訴人應負遲延完工責任30
15 日之因素，不僅含前開七項缺失全部，尚有其他應補正而可
16 歸責於被上訴人之事由，並不限於前開應補正七項缺失中與
17 使用執照有關之(二)、(五)、(七)項，則被上訴人抗辯30日遲延工
18 期之違約責任均應由上訴人承擔，當非可採。

- 19 2.又前開新北市政府工務局100年11月29日函通知缺失改善之
20 七個項目中，其中第(二)項至第(七)項之缺失，係於100年12月1
21 2日完成改善，除有上訴人提出之「建築工程使用執照竣工
22 查驗缺失改善報告書」、「竣工查驗缺失改善表」附卷（見
23 原審建卷一第130至131頁）可憑外，並為被上訴人所不爭執
24 （不爭執事項11）。申言之，被上訴人對上訴人所承攬系爭
25 工程施作部分，並未抗辯有逾期完工，僅因前開新北市政府
26 工務局函請改善缺失項目中與使用執照有關之項次第(二)、(五)
27 、(七)項，影響使用執照之取得，而該等項目屬上訴人承攬系
28 爭工程所應負責之項目所致，就此部分，上訴人於100年12
29 月12日即已改善完成，則其就使用執照之遲延取得，應認其
30 僅負由100年11月29日通知改善缺失之翌日起至100年12月12
31 日止，計13日之遲延責任，被上訴人就本院詢問前開缺失項

目既於100年12月12日即已改善完成，為何竟遲至102年5月28日始取得使用執照乙節，亦自承如仲裁判斷書所提到的有一些不可歸責於被上訴人之事由所導致之遲延，該部分仲裁判斷書也認為給予展延工期等語（見本院卷第467頁），此外，被上訴人並未再抗辯上訴人尚有其他可歸責事由，堪認上訴人就統包工程使用執照之遲延取得，應僅負13日遲延責任，被上訴人辯稱仲裁判斷認其應負30日之遲延責任，均應由上訴人負責等語，尚非可採

- 3.至前述新北市政府工務局100年11月29日函通知缺失改善第(一)項缺失之「無損壞公共設施部分未完成事宜，請修正現場」部分，雖經被上訴人先於100年12月12日以中和工字第100000363號函請上訴人修正改善，上訴人直至101年2月2日仍尚未改善完成，被上訴人再於101年4月18日以中和工字第1010000026號函檢送「使照缺失紀錄表（文件及圖說）」、「使照缺失紀錄表（現況照片）」，請上訴人修改及補正，有被上訴人提出之上開函文、紀錄表（見原審建卷三第273至275頁），及「無損害公共設施查紀錄表」（見本院卷第183頁）可查，及嗣由被上訴人於102年5月9日以繳納代金完成核發無路損證明代之乙節，亦為上訴人所不爭執。然該缺失項目與使用執照之取得無關，已如前述，上訴人對此項目之缺失改善已與使用執照之遲延取得，已無因果關係，況前開仲裁判斷書，亦認為統包工程因民眾抗爭而無法完成公共設施之修繕，致無法取得無路損證明，且新北市政府無故拒絕被上訴人請求改繳代金方式解決無路損證明之問題，從而造成統包工程至102年5月28日才取得使用執照，屬於不可歸責於等被上訴人，而准給予展延工期等情（見卷附仲裁判斷書第127頁即原審卷一第236頁反面），堪認前開項目之缺失改善，不能因此使上訴人負取得使用執照之遲延責任。
- 4.另上訴人主張關於統包工程中之土建工程，除其公司外，尚有承和公司，依該公司與被上訴人之契約，亦負有使用執照之取得乙節，有被上訴人提出其與承和公司之工程契約條款

、補充說明書（約定於第四條工期中）在卷（見本院卷第417至440頁）可稽，固非無據。然前開關於取得使用執照遲延責任，係因上訴人之事由而應由上訴人負責者，已經詳述如前，至承和公司另依其與被上訴人公司之契約，應負如何給付遲延之違約責任，則係該公司與被上訴人間之契約關係，況上訴人並未能舉證證明承和公司亦有可歸責之事由，其據此主張不應負遲延責任，即非可採。又上訴人主張前開缺失改善項目第(二)、(五)、(七)項之缺失，均是一天即可改善，不應將上訴人長期間未能取得使用執照之責任均歸上訴人負擔等語，然上開項目於新北市政府工務局通知改善後，上訴人是於100年12月12始改善完成，顯非如上訴人主張一天即可完成，況本院並未認定上訴人應負高達30日之遲延責任，其如此主張，並非可採。

(二)上訴人就逾期取得使用執照可歸責之罰款若干，及被上訴人可否以逾期罰款就上訴人之請求，主張依系爭契約第25條及施工補充說明書第5條之約定予以扣除部分：

- 1.按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準。且約定之違約金過高者，除出於債務人之自由意思，已任意給付，可認為債務人自願依約履行，不容其請求返還外，法院仍得依前開規定，核減至相當之數額（最高法院79年台上字第1915號判決意旨參照）。
- 2.依兩造簽訂之系爭契約第25條約定：「逾期罰款：本工程如乙方（即上訴人，下同）未能於規定工期完工時，每逾一日，乙方應罰契約總價千分之三之罰金，最高以百分之貳拾為限。」、施工補充說明書第5條約定：「若未能於規定工期完工，而責任非歸責於甲方（即被上訴人）者，每逾一日曆天，乙方（即上訴人，下同）應罰本契約總價千分之三之違約金，最多以百分之二十為限，並在乙方應得工程款或其履約保證金內扣繳。」而系爭契約總價為462,077,908元，千

分之三即為1,386,234元（元以下四捨五入）。依此，本件被上訴人依約本得對上訴人主張扣除遲延13日之違約金數額計為18,021,042元（計算式： $13 \times 1,386,234 \text{元} = 18,021,042 \text{元}$ ）。

- 3.然徵之公共工程採購契約範本，關於逾期違約金，原則上是以每日依契約總價千分之一計算，且未完成履約之部分不影響其他已完成部分之使用者，得按未完成履約部分之契約價金，每日依其千分之一計算逾期違約金，此為法院依職務所知悉之事項。本件被上訴人與業主金門縣政府關於統包工程契約第11條逾期違約金約定：「本工程未按契約主文第8條規定之期限竣工，每逾一日，承包商應向機關繳納該階段設計作業費或施工費之千分之一之逾期違約金，累計最高不超過該階段設計作業費或工程費之百分之二十。」（見卷附仲裁判斷書第7頁即原審建卷一第176頁反面），亦是以每日依契約階段分設計作業費或工程費之千分之一計算違約金。系爭契約竟約定每日按契約總價千分之三計算，已遠高於一般工程契約之約定；又本件上訴人就施作系爭工程（即土建工程）部分，並未逾期完工，而是其後關於為被上訴人取得統包工程使用執照部分，因有瑕疵待補正致遲延所致，後者著重在文書作業，於契約履行比重上，應遠低於土建工程施作部分；且系爭契約又未如被上訴人與業主間之統包工程契約，有區分設計作業費與工程費，復以統包工程契約金額為1,374,156,571元，其千分之一為1,374,157元（見卷附仲裁判斷書第131頁即原審建卷一第238頁反面），相較於系爭契約總價為462,077,908元，千分之三為1,386,234元（元以下四捨五入），竟使上訴人承攬統包工程中一部分土建工程之契約責任，重於承攬整體統包工程之被上訴人所負之契約責任，被上訴人無異將自己所負之契約責任（違約賠償）全然轉嫁由次承攬之下包即之上訴人承擔，其結果實對上訴人不公平；更且，被上訴人固經仲裁判斷而應對業主金門縣政府負擔逾期30日完工責任，並因此遭業主罰款，然期間並非全然

01 係上訴人之故，非無不可歸責於上訴人之其他事由同時存在
02 而，而不能將被上訴人對業主應負之違約責任所致損失，全然
03 由上訴人承受。

- 04 4.從而，本院衡酌本件上訴人違約之客觀事實、系爭契約關於
05 違約金約定較之一般工程契約為高，及被上訴人因違約而遭
06 業主金門縣政府罰款之損失，認本件被上訴人主張扣除之約
07 定違約金實屬過高，而應以逾期每日依契約總價千分之一即
08 462,078元為計算違約金之標準，而應核減至6,007,014元（
09 計算式： $13 \times 462,078 \text{元} = 6,007,014 \text{元}$ ）方為適當。從而，被
10 上訴人依系爭契約第25條及施工補充說明書第5條約定，得
11 主張扣除之違約金應為6,007,014元，逾此部分，即屬無據
12 。

13 (四)被上訴人對上訴人主張扣除上訴人在驗收合格後即須繳納保
14 固保證金9,241,558元後，被上訴人尚還須退還上訴人履約
15 保證金及工程保留款之餘額為5,334,316元乙節，並不爭執
16 。然承前述，被上訴人依系爭契約第25條及施工補充說明書
17 第5條約定，得對上訴人應得之工程款及履約保證金內扣除
18 ，而被上訴人得主張扣除之違約金為6,007,014元，被上訴
19 人以前開違約金扣除上訴人得請求之履約保證金及工程保留
20 款5,334,316元後，上訴人已無餘額得以向被上訴人請求。
21 是以，上訴人請求被上訴人給付前開5,334,316元及其法定
22 遲延利息，即屬無據。

23 (五)又被上訴人係抗辯先以違約金扣除上訴人得請求之前開履約
24 保證金及工程保留款5,334,316元後，如有不足，再以其依
25 系爭契約第26條、施工補充說明書第9條約定得向上訴人請
26 求償還代繳以及代為修繕之各項費用4,175,438元債權主張
27 抵銷，而因上訴人此主張之履約保證金及工程保留款經以違
28 約金扣除後已無餘額，上訴人之請求已無理由，本院自無庸
29 再就被上訴人主張此部分抵銷有無理由部分予以審酌，附此
30 說明。

31 五、綜上所述，上訴人依系爭契約第10條第1項第4款（履約保證

金部分)、第24條第3項(工程保留款部分)約定,請求被上訴人給付5,334,316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,為無理由,不應准許,其假執行之聲請,失所依附,應併予駁回。原審所為上訴人敗訴之判決,並無不合。上訴論旨指摘原判決不當,求予廢棄改判,為無理由,應駁回其上訴。

六、本件事證已臻明確,兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據,經本院斟酌後,認為均不足以影響本判決之結果,爰不逐一論列,附此敘明。

七、據上論結,本件上訴為無理由,依民事訴訟法第449條第1項、第78條,判決如主文。

中	華	民	國	108	年	8	月	14	日
			工	程	法	庭	審	判	長
							法	官	高
							法	官	榮
							法	官	宏
									陳
									春
									長
									林
									富
									郎

上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決,應於收受送達後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日內向本院補提出理由書狀(均須按他造當事人之人數附繕本)上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀;委任有律師資格者,另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項(詳附註)所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者,應一併繳納上訴審裁判費。

被上訴人不得上訴。

中	華	民	國	108	年	8	月	14	日
							書	記	官
									李
									育
									儒

【附註】

民事訴訟法第466條之1:

(1)對於第二審判決上訴,上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者,不在此限。

(2)上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親,或上訴人

01 為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並
02 經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。
03 民事訴訟法第466條之2第1項：
04 上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第
05 三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。