臺灣高等法院臺南分院民事判決

106年度建上易字第19號

上訴人即附帶被上訴人　立博工程有限公司
法定代理人　陳加樺
訴訟代理人　洪梅芬律師
　　李政儒律師
　　涂欣成律師
被上訴人即附帶上訴人　佳義設計工程有限公司
法定代理人　黃清江
訴訟代理人　莊美貴律師
複代理人　王國忠律師
　　劉展光律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國106 年7 月28日臺灣臺南地方法院103 年度建字第3 號第一審判決提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，並為訴之追加，本院於108年4月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命上訴人給付部分及該部分假執行之宣告，暨命上訴人負擔訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

附帶上訴及追加之訴均駁回。

第一審訴訟費用關於命上訴人負擔部分及第二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

一、按當事人於第二審為訴之變更、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。本件被上訴人即附帶上訴人佳義設計工程有限公司（下稱佳義公司）在原審起訴係主張依據民法第511 條規定而為請求（見原審卷一第6 頁），嗣於本院審理中追加依據上訴人即附帶被上

訴人立博工程有限公司（下稱立博公司）之承攬契約（詳後述）為擇一請求（見本院卷二第32-33 頁），核其追加請求之基礎事實與起訴請求之基礎事實同一，依上開規定，自應准許。合先敘明。

二、佳義公司主張：伊承攬立博公司向訴外人煥軒有限公司（下稱煥軒公司）承攬位於臺南市○區○○段○○○ ○○○○ ○號土地上新建房屋之興建工程（下稱系爭工程），兩造於民國101 年4 月24日簽訂房屋新建工程合約（下稱系爭合約），約定工程價金為新臺幣（下同）10,640,000元（不含加值營業稅），經伊施作後，於102 年1 月間取得使用執照。因立博公司與煥軒公司合意於取得使用執照後進行增建工程，伊依立博公司提供之圖說進行增建工程施作。嗣遭檢舉系爭工程有違建情況，臺南市政府工務局於102 年2 月間派員勘查，而第一次停工，於同年3 月間，伊接獲立博公司通知復工，又於同年5 月間，系爭工程增建部分之結構體均已完工並完成粉刷，再遭檢舉有違建情況，伊遂第二次停工。因立博公司要求伊進行拆除工程後再行增建，伊乃要求此部分需另行商議工程費用，惟立博公司於102 年8 月14日以存證信函向伊為終止系爭合約之表示，伊自得依民法第511 條規定及系爭契約第19條約定請求已完成工作部分之報酬（含於工程期間追加、變更之工程），原判決為伊部分勝訴即命立博公司給付1,456,868 元，及自103 年4 月10日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，固屬妥適，立博公司之上訴自無理由。惟判決伊敗訴部分，其中有關立博公司主張以違約金212,800 元抵銷部分，則有不當，立博公司自應再為給付等語。並為答辯聲明：上訴駁回。另提起附帶上訴，其附帶上訴聲明：㈠原判決關於駁回佳義公司後開第2 項之訴部分廢棄；㈡上開廢棄部分，立博公司應再給付佳義公司212,800 元，及自103 年4 月10日起至清償日止，按年息百分之5 計算之利息；㈢願供擔保，請准宣告假執行。（立博公司就原判決有關佳義公司勝訴部分全部上訴；佳義公司就敗訴部分

，僅為一部附帶上訴，其餘部分自不在本院審酌範圍。）

三、立博公司則以：佳義公司遲誤完工期限，且工程多有缺失，擅自停工，伊依系爭合約第19條規定，於102 年8 月14日以前揭存證信函向佳義公司為終止契約之意思表示，非依民法第511 條終止契約，是佳義公司依民法第511 條規定請求給付上開工程款，並無理由。退步言，縱認佳義公司得依民法第511 條請求其已完成工作部分之報酬，惟佳義公司僅提出自行製作之工程結算書（下稱系爭工程結算書）為據，迄今未就系爭工程進行結算，且伊已支付百分之85之工程款予佳義公司，足付佳義公司已完工工程之報酬。系爭工程未有追加減之情，佳義公司應就其已完成之範圍及追加減部分負舉證之責。另系爭合約工程估價單（下稱原工程估價單）「項次四、05」之50*50 拋光石英磚，變更為60*60 拋光石英磚，僅為佳義公司與煥軒公司間之協議，並非伊轉承攬予佳義公司施作之範圍，況系爭合約所定之60*60 拋光石英磚單價，是含雷射切割之單價，佳義公司以此計算變更後之地磚施工費用並不合理。佳義公司就系爭工程遲延超過20日，依系爭合約第17條約定，佳義公司應賠償212,800 元（計算式：10,640,000元x 0.001 × 20＝212,800 元），又佳義公司於101 年9 月就系爭工程施工過程造成鄰損，雖通知佳義公司處理，不獲置理，由伊自行僱工善後，共支出252,790 元，伊均得主張抵銷。伊並無積欠佳義公司工程款，佳義公司之請求並無理由，原審判命其給付部分，實有不當等語資為抗辯。上訴聲明：㈠原判決不利於立博公司部分廢棄；㈡上開廢棄部分，佳義公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回；㈢第一、二審訴訟費用由佳義公司負擔。對佳義公司所提附帶上訴之答辯聲明：㈠附帶上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項：

㈠立博公司向煥軒公司承攬系爭工程，並轉由佳義公司承作，兩造於101 年4 月24日簽訂系爭合約，約定工程價金為10,

640,000 元（不含加值營業稅）（第2 條），立博公司應自簽訂合約之10日內開工，全部工程（新建工程及增建工程）完工日共210 日，但應扣除申請使用執照所需期間（第4 條第1 項、第2 項）；並約定如由於佳義公司之責任未能按規定期限內完工，每過期1 日須扣除工程總價千分之1 前項違約金，立博公司得在佳義公司未領工程款內扣除，最終扣除千分之20（第17條）。

㈡系爭工程於101 年12月26日向臺南市政府申請使用執照，經臺南市政府於102 年1 月29日核發。

㈢系爭工程因有未經許可增建情事，先後經臺南市政府以 102 年3 月28日府工使一字第1020265283號函、102 年4 月12日府工使一字第1020317809號函勒令停工（見原審卷一第37-38 頁）。

㈣立博公司已給付佳義公司工程款8,916,000 元（未稅）。

㈤立博公司於102 年8 月14日以存證信函（見原審卷一第92-94 頁）向佳義公司為終止系爭合約之意思表示，該存證信函於102 年8 月15日送達佳義公司。

㈥兩造就尚未施作下列工程及因未施作應扣除之金額（不含營業稅）不爭執：

1.節能電梯（原工程估價單項次七03，以下載為系爭估價單項次者，均指該估價單項次壹「建築工程」之項次），600,000 元。

2.各樓層電梯牆面貼壁磚30*60 ，22㎡（原工程估價單項次四11），26,400元（含工資）。

3.一樓車庫耐磨地磚30*30 ，26㎡（原工程估價單項次四03），9,100 元。

4.一樓後院地面石頭、磁磚9 ㎡（原工程估價單項次四04），3,150 元。

5.浴室上PVC 板（原工程估價單項次四15），15,592元。

五、佳義公司主張除立博公司已給付之工程款8,916,000 元，尚有1,669,668 元（即原審判命立博公司給付部分「1,456,86

8元」及佳義公司附帶上訴請求再給付部分「212,800元」等情，則為立博公司所否認，並以前揭情詞置辯。是本件兩造之爭點在於：佳義公司依系爭契約第19條及民法第511條請求立博公司給付已完工之工程款1,669,668元，是否有理由？

六、本院得心證之理由：

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。次按終止契約，僅使契約自終止之時起向將來消滅，並無溯及之效力，使契約自始歸於消滅。是承攬契約在終止以前，承攬人業已完成之工作，苟具備一定之經濟上效用，可達訂約意旨之目的而於定作人為有用者，定作人就該承攬人在承攬契約有效期間內所為之工作，仍有受領及給付相當報酬之義務，此觀民法第511條及第512條第2項規定自明（最高法院90年度台上字第664號判決意旨參照）。而承攬人承攬工作之目的，在取得報酬。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，自應包括承攬人已完成工作部分之報酬及其就未完成部分應可取得之利益，但應扣除承攬人因契約消滅所節省之費用及其勞力使用於其他工作所可取得或惡意怠於取得之利益，始符立法之本旨及公平原則（最高法院92年度台上字第738號判決意旨參照）。惟若定作人係以承攬人有違反契約目的之行為，以之為可歸責之重大事由終止契約，即與民法第511條之規定有間，自無該條之適用（最高法院92年度台上字第2114號判決意旨參照）。又當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，則為民事訴訟法第277條前段所明定。故定作人主張係以可歸責於承攬人之重大事由終止契約者，自應就該事由存在之事實負舉證之責。

1.立博公司用以對佳義公司為終止兩造間承攬契約所據之事由

為「擅自停工」、「妨礙進入建物」、「未能及時處理系爭合約事宜致工程延宕」等情，固提出前揭存證信函（見原審卷一第92-94頁）為證，惟立博公司並未舉證證明佳義公司有何前揭擅自停工、妨礙進入建物之情事，另系爭工程之標的建物確有未經許可增建情事，並經臺南市政府勒令停工，縱佳義公司曾告知煥軒公司系爭工程所興建之建物為違建，亦屬實情，更難認此係違反兩造間契約目的之行為；又佳義公司依承攬契約所負義務，乃完成系爭工程，縱未能及時協助立博公司與煥軒公司間彙算工程款，亦難認違反契約義務。至立博公司於本件訴訟雖另辯稱係因佳義公司施作之工程有多項缺失而終止契約，然此既未列於上開存證信函所述之終止契約理由中，自無從認立博公司於終止契約時，有以此為終止事由之意思。從而，立博公司既未能證明佳義公司有可歸責之重大事由，則其據此辯稱佳義公司不得依民法第511條規定請求因契約終止而生之損害，自難採憑。

2.立博公司雖另辯稱其係依系爭合約第19條終止契約，非依民法第511條終止，故無民法第511條之適用云云，惟上開存證信函並未提及係依系爭合約何條文終止契約。且系爭合約第19條約定：「合約中止：甲方（立博公司）認為工程有中止之必要，得隨時解除合約之全部或一部份，一經以存證信函通知乙方（佳義公司），乙方即應立即停工。而乙方應計算解除合約之一切損失，並由甲方負責賠償乙方損失」，第20條則為：「解除合約：乙方如有左列情事之一，甲方得隨時解除本合約…」（見原審卷一第10頁）；第19條雖亦有使用「解除合約」之文字，然標題已載明「合約中止」，而「中止」一詞用於承攬契約上，與「終止」同有指契約向將來消滅，而無溯及失效之意；再觀第20條已另就解除契約事由為約定，應認兩造於訂立系爭合約第19條、第20條時，乃有意識的分別就「契約終止」、「契約解除」二種不同情形為約定，是系爭合約第19條應解釋為就「終止契約」之約定，其中「解除合約」一詞，顯為「中（終）止合約」之誤，始

符兩造立約時之真意。而第19條係約定定作人即立博公司得隨時終止契約，並賠償承攬人即佳義公司之損失，實即為民法第511 條規定之引用，故縱立博公司係依此約定終止兩造間之承攬契約，仍應依民法第511 條規定，賠償佳義公司因契約終止而生之損害。

3.綜上，立博公司於為終止契約之意思表示時，固論列佳義公司有可歸責之重大事由，然並無法證明佳義公司有其所舉之可歸責事由存在，惟民法第511 條既允許定作人可不附理由隨時終止承攬契約，則立博公司以上開存證信函所為之意思表示，仍發生終止兩造間承攬契約之效力；而佳義公司既無違反契約目的之行為而可歸責之重大事由，自得援引民法第511 條規定，請求立博公司給付其已完成工作可得之報酬。

㈡按承攬，係指當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。民法第490 條定有明文。而承攬契約之終止，僅使契約自終止之時起向將來消滅，並無溯及效力，定作人固仍應就承攬契約終止前承攬人已完成工作部分，給付報酬，惟承攬人請求該項報酬者，自應就其承攬契約終止前已完成之工作負舉證責任。查佳義公司固以系爭工程結算書（見原審卷一第19-23 頁）為據，主張立博公司尚應給付其已完成之工程報酬1,669,668 元。惟其中有兩造不爭執確為佳義公司施作及單項工程款數額，或佳義公司不爭執並未施作，或兩造僅就工程價額爭執，或是否為佳義公司施作亦有爭執等，茲分析如下：

1.立博公司對佳義公司之請求不爭執或未表示爭執部分：

①系爭工程結算書項次壹【建築工程】一【假設工程】1 【基地整理及準備工程】，金額44,000元。（即原工程估價單，項次壹【建築工程】一【假設工程】1 【基地整理及準備工程】）。

②系爭工程結算書項次壹【建築工程】二【基礎工程】，金額219,600 元（即原工程估價單項次壹【建築工程】二【基礎工程】）。

③系爭工程結算書項次壹【建築工程】三【結構工程】，金額5,908,300元（即原工程估價單項次壹【建築工程】三【結構工程】）。

④系爭工程結算書項次壹【建築工程】八【請照工程】（即原工程估價單，項次壹【建築工程】八【請照工程】），除1【二次工程打除及防水處理】外之金額43,900元。

⑤系爭工程結算書項次壹【建築工程】四【裝修工程】（即原工程估價單壹【建築工程】四【裝修工程】）

⑴系爭工程結算書項次1【砌1/2B磚】195,804元。（即原工程估價單項次01）

⑵系爭工程結算書項次3「地坪1：3粉光貼20*20地磚】，【20*20地磚材料】10,037元，【水泥、沙及運搬、安裝工資】4,313元。（即原工程估價單項次07）

⑶系爭工程結算書項次4【地坪貼20*20止滑地磚】，【20*20地磚材料】14,688元，【水泥、沙及運搬、安裝工資】6,312元。（即原工程估價單項次08）

⑷系爭工程結算書項次5【地坪1：3粉光貼20*20地磚】，【20*20地磚材料】33,293元，【水泥、沙及運搬、安裝工資】14,307元。（即即工程估價單項次09）

⑸系爭工程結算書項次6【內牆1：3打底貼25*33磁磚】，【25*33磁磚材料】69,502元，【水泥、沙及運搬、安裝工資】104,613元。（即原工程估價單項次10）

⑹系爭工程結算書項次8【外牆1：3粉刷貼二丁掛磚】部分，與原工程估價單項次13【外牆1：3粉刷貼二丁掛磚】①「二丁掛磚材料」施作數量為1,260平方公尺，單價為146元。總價184,477元及②安裝工資為306,923元部分（逾此部分詳後述）。

⑥系爭工程結算書項次六【門窗工程】（即原工程估價單項次六【門窗工程】）

⑴系爭工程結算書項次2【W2鋁窗178*110】5,170元（即原工程估價單項次六02）。

⑵系爭工程結算書項次3【W4鋁推窗99.5*102】（即原工程估價單項次六04），數量應以「4 樘」計算，工程款為22,800元。

⑶系爭工程結算書項次7【DW2 落地鋁門225*220 】74,800元（即原工程估價單項次六09）。

⑷系爭工程結算書項次8【DW3 落地鋁門410*210 】200,200元（即原工程估價單項次六10）。

⑸原工程估價單項次11【D1木門90 *210 】，數量29樘，單價為7,900 元，總價為229,100 元，於系爭工程結算書中列為項次9 【D1木門90*210（改硫化銅門）】，數量29樘，單價為8,400 元，總價為243,600 元。

⑹系爭工程結算書項次10【D2塑鋼門70*210】58,800元（即原工程估價單項次六13）。

⑺系爭工程結算書項次11【D3a 硫化銅門90*210】72,000元（即原工程估價單項次六15）。

⑻系爭工程結算書項次13【D5硫化銅門105*210 】25,500元（即原工程估價單項次六17），。

⑼系爭工程結算書項次16【5MM 半反射玻璃】53,690元（即原工程估價單項次六18）。

⑽系爭工程結算書項次17【8MM 半反射玻璃】95,900元（即原工程估價單項次六19）。

⑾系爭工程結算書項次18【塞水路】30,320元（即原工程估價單項次六20）。

⑿系爭工程結算書項次19【門窗嵌縫】31,200元（即原工程估價單項次六21）。

⒀系爭工程結算書項次20【人造大理石門檻L=70】19,000元（即原工程估價單項次六22）。

⒁系爭工程結算書項次21【人造大理石門檻L=105 】2,100 元（即原工程估價單項次六23）。

⑦系爭工程結算書項次八【請照工程】（即原工程估價單項次六【請照工程】）

⑴系爭工程結算書項次2【SDa270*210】2,750元（即原工程估價單項次八03）。
⑵系爭工程結算書項次3【SDb255*210】2,600元（即原工程估價單項次八04）。
⑶系爭工程結算書項次4【SDc287*210】2,850元（即原工程估價單項次八05）。
⑷系爭工程結算書項次5【D1 '90*210】1,900元（即原工程估價單項次八06）。
⑸系爭工程結算書項次6【Wa90*100】13,600元（即原工程估價單項次八07）。
⑹系爭工程結算書項次7【Wb105*110 】3,600元（即原工程估價單項次八08）。
⑺系爭工程結算書項次8【不燃材料】9,100元（即原工程估價單項次八09）。
⑻系爭工程結算書項次9【欄杆H=100 】7,500元（即原工程估價單項次八10）。
⑧以上金額共計：8,139,049元。
2.由佳義公司施作，惟立博公司爭執工程款部分：
①佳義公司提出之系爭工程結算書項次四2【地坪貼60*60拋光石英磚】，材料數量452㎡，此部分即包括原工程估價單項次四06【地坪貼60*60拋光石英磚】，數量29㎡及項次四05【地坪貼50*50拋光石英磚】，數量423㎡，單價435元；水泥、沙及運搬、安裝工資之數量387㎡。並全部依原工程估價單項次四06【地坪貼60*60拋光石英磚】，工資3,665元計算。立博公司對此部分即原工程估價單項次05【地坪貼50*50地磚】已改為【地坪貼60*60拋光石英磚】與項次06【地坪貼60*60拋光石英磚】，由佳義公司施作【地坪貼60 *60拋光石英磚】，材料數量452㎡，單價435元，及水泥、沙及運搬、安裝工資之數量「387㎡」等情固不爭執；而佳義公司就此部分工法，其係採「平鋪方式」為之，亦無意見。惟兩造就此部分之工資，應以每平方公尺346元或3,

665 元計價，則有所爭執。立博公司辯稱上開施工單價係須經雷射切割之地磚施工費用，不應用於單純平鋪施作之地磚工程，並提出建物地坪配置圖1 份為證（見原審卷二第21頁），上開配置圖已足證原工程估價單項次四06【地坪貼60*60 拋光石英磚】，係於系爭工程1 樓之地磚原本設計以切割後之黑、白地磚鋪設為特定形狀，與實際施作之「平鋪方式」，顯有不同，是佳義公司主張應依系爭工程估價單約定之3,665 元計算工程款，尚難認有理由。而【地坪貼60*60 拋光石英磚】之合理計價，經社團法人臺南市建築師公會鑑定稱：每平方公尺之安裝工資，參考「財團法人臺灣營建研究所2013年1 月第93期營建物價」之安裝交易價格，「鋪地磚50*50 軟底抹縫」、與「鋪地磚60*60 軟底抹縫」安裝工資同「05地坪貼50*50 地磚」之合理價格為每平方公尺346 元等語，有外放之鑑定報告書為證，是此部分之工程款應為：「60*60 拋光石英磚材料196,620 元」，加上「水泥、沙及運搬、安裝工資：387*346=133,902 元」，共計330,522 元。

㈡佳義公司提出之系爭工程結算書項次四8 【外牆1 ：3 粉刷貼二丁掛磚】部分，即原工程估價單項次13【外牆1 ：3 粉刷貼二丁掛磚】⑴二丁掛磚材料施作數量為1,260 平方公尺，單價為146 元。總價184,477 元及⑵安裝工資為306, 923 元部分，共計491,400 元，立博公司固不爭執，如前所述。惟就系爭工程結算書於此工項所列⑴二丁掛磚材料施作數量為590 平方公尺，單價為146 元，總價86,382元；⑵二丁掛磚材料，規則#621501 ，施作數量為38,700支，單價為1.68元，總價65,016元；⑶特殊丁掛磚材料，規則#BE4964 ，施作數量為43,400支，單價為2.78元，總價120,652 元；⑷安裝工資為306,923 元，共計578,973 元中逾前揭491,400 元部分即87,573元（578,973-491,400=87,573）則否認之。惟佳義公司此部分確有依系爭工程結算書施作，有宏宇不動產估價師事務所出之鑑定報告稱佳義公司提出之系爭工程結算

表，經核對與現況相符合等語（見原審卷一第215 頁）足證。立博公司既不爭執此工項已完成，且認確應給付工程款，可證立博公司已確認此工項已完成且符系爭工程契約之本旨，則有關此工項因變更而增加之工程款87,573元，立博公司自應給付之。

③基上，立博公司應給付款項為418,095 元（330,522+87,573=418,095）。

3.立博公司爭執非由佳義公司依原工程估價單施作部分：

①立博公司雖爭執佳義公司提出之系爭工程結算單上有關下列工項雖已完工，然非由佳義公司所施作：⑴系爭工程結算書項次四9【平頂磨平批土刷油性水泥漆】219,474 元（即原工程估價單項次四14）；⑵系爭工程結算書項次四10【樓梯地坪貼花崗石】102,388 元（即原工程估價單項次四16）；⑶系爭工程結算書項次壹【建築工程】八【請照工程】1 【二次工程打除及防水處理】金額55,000元（即原工程估價單項次壹【建築工程】八【請照工程】1 【二次工程打除及防水處理】）。惟查，此部分之工項既與原工程估價單相符，且依宏宇不動產估價師事務所出之鑑定報告稱佳義公司提出之系爭工程結算表，經核對與現況相符合等語（見原審卷一第215 頁），應認佳義公司已盡其舉證之責，蓋承攬人依工程契約施作完工為常態事實，立博公司既抗辯此部分工項非由佳義公司施作，自應由其負舉證之責。然查證人卜令楷於原審僅證稱：有關「平頂磨平批土刷油性水泥漆」項目，其對口單位為陳朝昌，所以一定是陳朝昌做的等語；而陳朝昌則證稱：佳義公司1 樓全部沒做，1 樓的牆壁粉刷、油漆、抿石子等都沒有做等語，且陳朝昌自承其算是立博公司之工地主任，可認與立博公司有一定情誼存在，是所為證述既有偏頗立博公司之虞，尚難以其概略性之證述，而為有利立博公司之認定。是有關前揭部分係由立博公司自行施作或委由第三人施作等情，未據其舉證以明之。自應為有利於佳義公司之認定。

②立博公司雖否認佳義公司提出之系爭工程結算書項次貳【營造工程保險費】38,000 元、項次參【營建管理費】100,000元（即原工程估價單項次貳【營造工程保險費：38,000元】、項次肆【營建管理費：100,000 元】）之請求。惟查，此部分係屬系爭契約之工項，依立博公司自承已給付百分之85之工程款，可認立博公司認可百分之85之工程進度，有關營造工程保險費、營建管理費亦應依比例支付，是此部分佳義公司得請求營造工程保險費：32,300元、營建管理費：85,000元。

③立博公司抗辯佳義公司提出之系爭工程結算書項次壹七【欄杆及雜項工程】1【樓梯木質扶手】（即原工程估價單項次七02）金額20,638元，係由業主卜令楷自行找人施作等語。惟查證人卜令楷於原審或本院作證時均未提及上情（見原審卷0000-000 頁，原審卷二第3-5頁，本院卷一第177-191頁），立博公司此一抗辯，尚難認可採。而依前揭說明，應為有利佳義公司之認定。

④以上金額合計：514,800 元（219,474+102,388+55,000+32,300+85,000+20,638=514,800 ）

4.立博公司爭執有追加工程部分（即原工程估價單上所無之工項）：

①立博公司否認有追加下列工項：⑴系爭工程結算書項次四10【規格#654，單位㎡，數量1 】30,000元；⑵系爭工程結算書項次六所列：㈱項次5 【鋁推窗193*45】，數量1 樘，6,500 元；㈲項次6 【鋁推窗＋固定窗40*245】，數量1 樘，6,600 元；㈳項次13【硫化銅門（管道間用）】，數量11樘，總價85,800元；㈴項次14【快速捲門（1F）2135 *3020】，數量1 樘，39,533元；㈵項次15【快速捲門（1F）1340*3050】，數量1 樘，32,748元。另辯稱㈴㈵係立博公司委由惠隱公司所施作等語。按「兩造所訂合作建屋契約以外之追加工程，係屬另一承攬契約行為，被上訴人請求上訴人給付追加工程款，須就該另一承攬契約之存在，負舉證責任（最

高法院68年度台上字第1617號判決參照）。查依宏宇不動產估價師事務所出之鑑定報告雖稱佳義公司提出之系爭工程結算表，經核對與現況相符合等語（見原審卷一第215頁），惟依上開說明，佳義公司既主張於系爭工程契約外，另有追加工程之工程款，自應先證明兩造有追加工程契約存在，且佳義公司係主張於立博公司終止系爭契約前已完工部分之工程款，則在立博公司終止契約後尚有未施作部分，由立博公司或立博公司委由第三人施作，是自難僅以經立博公司否認之系爭工程結算表上之工項與現況相符，即推認全係由佳義公司所施作，佳義公司就此部分既未能舉證以明之，尚難為有利其之認定。況有關立博公司此部分之抗辯，佳義公司曾表示無意見（見本院卷一第449頁）。

②立博公司亦否認系爭工程結算書項次七【欄杆及雜項工程】所增列之⑴項次2【客用節能電梯－門框加大工資】，數量1式，單價10,000元；⑵項次3【電梯頂刨除及屋頂砌磚牆】，數量1式，單價16,000元；⑶項次4【與右鄰房地坪處理費】，數量1式，單價3,000元；⑷項次5【磚＋沙＋水泥材料（停車場後鐵柱包磚材料）】，數量1式，單價5,600元等為追加工項。並以佳義公司就原工程估價單項次七03【客用節能電梯：600,000元】，未列於系爭工程結算書，顯見佳義公司並未施作「客用節能電梯」之工程，何來施作上開追加工程等語，資為抗辯。查佳義公司主張追加工程款，應先就兩造有追加工程之合意舉證，如前所述，佳義公司之主張為立博公司所否認，佳義公司未能舉證已明之，所為之請求，自無可採。

5.原判決認定佳義公司不得請求，佳義公司未據上訴部分：

原判決認定⑴系爭工程結算書項次四7【內牆1：3粉光刷油性水泥漆】（即原工程估價單項次四12）753,300元；⑵系爭工程結算書項次一2【垃圾運棄什項工程】（即原工程估價單項次一03）50,000元；⑶系爭工程結算書項次五【防水工程】（即原工程估價單項次五），116,850元；⑷系爭

工程結算書項次六【門窗工程】1【W1鋁推窗102*120，9 樘（原工程估價單項次六01）34,650元；4【W4鋁推窗99.5*120，6樘（原工程估價單項次六04，10樘），應扣除之金額每樘5,720元（6樘共計34,320元）等工項，佳義公司不得請求，且佳義公司未據上訴，此部分本無庸審酌，惟佳義公司就上開㈡部分主張佳義公司既已施作部分工程，自已有從事部分垃圾運棄之工作，至少得請求一半之費用即25,000元云云。惟佳義公司遲至本件言詞辯論時始為此主張，且縱有理由，立博公司已給付之工程款已超過含此部分之請求，不響本院最終之判斷（詳後述）。

6.立博公司雖爭執原工程估價單項次四【裝修工程】、02【地坪抿石子】、03【地坪貼30*30 耐磨地磚】、04【地坪貼20*20地磚】、11【電梯牆面貼30*60 壁磚】、15【平頂PVC板】等工項非佳義公司所施作，不得請求。惟佳義公司所提出之系爭工程結算書並未列上開部分據以請求，自無庸一一論述。

7.綜上所述，佳義公司已完成工作可得之報酬為9,071,944 元。（8,139,049+418,095+514,800=9,071,944 ）

㈢查立博公司已給付佳義公司8,916,000 元，為兩造所不爭之事實，佳義公司得請求立博公司給付之承攬報酬為 155,944元。（9,071,944-8,916,000=155,944 ）

㈣按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限。民法第 334條第1 項分別定有明文。經查：系爭合約第4 條：「一、開工期限乙方應自簽訂合約之10日起正式開工，房屋新建事宜。二、完工期限：本工程區分新建工程及增建工程，全部工程完工日共210 日。（不含申請使用執照）」；第17條：「由於於乙方之責任未能按規定期限內完工，每過期1 天須扣除工程總價千分之1 之前項違約金，甲方得在乙方未領工程款內扣除，最終扣除千分之20」。依上開約定，系爭工程預

定之完工日應為兩造簽立系爭合約之翌日（101 年4 月25日）起算第220 日，即101 年11月30日。而系爭工程於立博公司終止兩造間承攬契約之102 年8 月15日，仍未完工，此為兩造所不爭執，佳義公司雖主張施工期限應扣除申請使用執照所需期間，及系爭工程因違建遭臺南市政府勒令停工之期間，惟系爭工程於101 年12月26日向臺南市政府申請使用執照前，即已逾期，且逾期完工之日數已達20日以上，佳義公司復未能舉證證明此逾期完工係因不可歸責於己之事由所致，則依系爭合約第17條約定，佳義公司即應賠償按工程總價千分之20計算之違約金。又因所生之違約金已達所約定之違約金金額上限，則無論嗣後申請使用執照期間及勒令停工期間是否須自完工期限內扣除，均不影響此違約金金額之計算，爰不贅述。另系爭合約書第2 條既已明定工程總價為10,640,000元，則上開違約金亦應以此總價作為計算基準。從而，佳義公司依系爭合約書第17條約定，應給付立博公司違約金212,800 元（計算式：10,640,000元x 1/1000× 20＝212,800 元），此債權與佳義公司對立博公司之承攬報酬債權，給付種類相同，且均屆清償期，復無依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷之情形，自得互為抵銷。本件佳義公司得請求立博公司給付之承攬報酬為155,944 元，經與上開違約金債權抵銷後，佳義公司不得請求立博公司給付工程款（縱加計佳義公司主張之垃圾運棄25,000元，佳義公司亦不得為請求）。

七、綜上所述，立博公司既已給付佳義公司全部工程款，則佳義公司依民法第511 條規定及於本院追加依承攬契約法律關係，請求立博公司給付積欠之工程款，並加付法定遲延利息，即為無理由。從而，原審所為立博公司敗訴之判決部分，自有未合，立博公司之上訴意旨指摘原判決此部分為不當，求予廢棄改判，為有理由，應予准許。至原審所為佳義公司敗訴之判決部分，核無違誤，佳義公司為一部附帶上訴，指摘原判決此部分為不當，併求予廢棄改判，為無理由，不應准

許，應予駁回。

八、至兩造其餘攻擊或防禦方法及未經援用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無逐一詳予論駁之必要。附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，附帶上訴及追加之訴均無理由，依民事訴訟法第449 條第1 項、第450 條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　16　　日

工程法庭　審判長法　官　李素靖

法　官　莊俊華

法　官　施介元

上為正本係照原本作成。

佳義設計工程有限公司如不服本判決，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。

立博工程有限公司不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　16　　日

書記官　黃玉秀

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

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

三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。