

臺灣高等法院臺南分院民事判決

108年度建上字第8號

上訴人即附
帶被上訴人
(原審反訴 洋基營造股份有限公司
被告)

法定代理人 陳俊仁
訴訟代理人 鄭植元律師
王又真律師
複代理人 蔡文健律師

被上訴人即
附帶上訴人
(原審反訴 王建順
原告)

訴訟代理人 張世明律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國108年1月24日臺灣嘉義地方法院第一審判決(105年度建字第21號)，提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，本院於108年11月28日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於命上訴人給付逾新臺幣肆拾肆萬元本息，及該部分假執行之宣告暨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。其餘上訴駁回。

附帶上訴駁回。

廢棄部分第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔；駁回部分第二審訴訟費用，由上訴人負擔；附帶上訴部分第二審訴訟費用，由附帶上訴人負擔。

事實及理由

甲、本訴部分

一、上訴人本訴起訴主張：伊於民國(下同)99年11月31日承攬被上訴人所有嘉義市○○段○○○段000地號土地上之新建

01 住房、托兒所工程（下稱系爭工程），並於工程合約書（下
02 稱系爭合約書）第4條、第18條約定系爭工程總價、變更工
03 程計價方式及付款方式；另依工程合約書如附表一所示之階
04 段付款比例表（下稱付款比例表），被上訴人應於系爭工程
05 二次地磚鋪貼完成時，依付款比例表項次第17給付新臺幣（
06 下同）110萬元工程款。嗣伊完成二次地磚鋪貼，並於102年
07 3、4月間依被上訴人指示完成缺失改善後請求付款，被上訴
08 人卻以施工有瑕疵為由，拒不給付二次地磚鋪貼工程款110
09 萬元及付款比例表項次第19之交屋尾款110萬元。另被上訴
10 人有指示變更追加減工程項目如附表二之追加減明細表所示
11 （下稱追加減明細表），故伊尚得請求追加款49,577元，以
12 上合計2,249,577元。爰依系爭工程契約之法律關係，求為
13 命被上訴人給付2,249,577元及法定遲延利息等語。原審就
14 此部分判命上訴人敗訴，上訴人不服，提起上訴，聲明：(一)
15 原判決廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人新台
16 幣224萬9577元，及自起訴狀繕本送達之翌日即105年7月19
17 日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。(三)願供擔保
18 ，請准宣告假執行。

19 二、被上訴人則以：系爭工程由上訴人連工帶料施作，係著重於
20 工作物之完成，而非著重所有權之移轉，故系爭合約應定性
21 為承攬契約，而非承攬與買賣混合契約。二次地磚鋪貼完成
22 日期為102年8月16日，惟廣場前地磚不僅存有明顯色差，且
23 存有大規模龜裂，經伊於105年8月16日答辯狀請求上訴人4
24 週內完成瑕疵修補，上訴人迄今未完成修補，故伊行使同時
25 履行抗辯。縱本院認二次地磚鋪貼已完成，惟上訴人遲至10
26 5年7月11日始起訴請求工程款110萬元，其此部分報酬請求
27 權已罹於時效。又依系爭合約書第13條規定，給付尾款必須
28 以驗收合格為要件，但伊至今未收到竣工的通知，亦未驗收
29 接管，系爭工程自屬尚未完工，故上訴人不得請求尾款。縱
30 本院認上訴人已完工，伊亦已接管系爭建物，則尾款應自二
31 次地磚鋪貼102年8月16日完成開始起算時效，惟上訴人遲至

105年7月11日始起訴請求，上訴人此部分報酬請求權亦罹於時效。末者，上訴人提出如附表二所示之追加減明細表部分，關於追加工程部分，並非伊指示變更，且縱認係伊指示變更，亦未經伊驗收，故上訴人不得請款。至於附表二項次14至17、19、20、25、28部分未施作，係上訴人單方面取消施作，並非伊所指示，實則附表二未施作之部分，皆係伊經營幼稚園之必要設備，伊無理由取消施作，上開未施作部分均係上訴人逕未予施作，益證系爭工程迄今仍未完工之事實等語，資為抗辯。並答辯聲明：(一)上訴駁回。(二)若受不利判決，被上訴人願供擔保請准宣告免予假執行。

乙、反訴部分

一、被上訴人反訴主張：系爭工程原訂於100年12月30日完工，惟上訴人迄今尚未為「竣工」之通知，亦未經伊驗收，實際上因可歸責於上訴人事由而未完工，且其施工粗糙、多處瑕疵，依系爭工程合約備註5：「若因乙方之責任使工程超過期限，每逾期1天需扣除工程總價千分之1，按日計算。」，核其性質乃懲罰性違約金。故自100年12月30日交屋期限算至本件反訴起訴日即106年3月27日止，違約金總計為41,932,000元，伊依契約之法律關係，僅一部請求上訴人應給付伊1,000萬元及法定遲延利息等語。原審就此部分判命上訴人應給付被上訴人200萬元及法定遲延利息，駁回其餘請求。兩造各就其等敗訴部分提起上訴、附帶上訴。被上訴人對於上訴人之上訴，答辯聲明：上訴駁回。附帶上訴聲明：(一)原判決關於駁回被上訴人後開第二項部分及該部分訴訟費用之裁判均廢棄。(二)上訴人應再給付400萬元，及自106年3月29日起算至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

二、上訴人則以：依系爭工程合約書第5條、第10條、第17條第2項，及合約備註第5條之反面解釋，可知倘為被上訴人責任，則上訴人無從扣除。被上訴人就系爭工程圖說及合約書之解釋常有變更，如拆模工期原約定14天，被上訴人卻堅持須28天始得拆模，加以被上訴人於101年6月16日交付圖面檔案

、102年3月20日始交付廣場磁磚檔案、102年8月12日始交付大門入口造型雨遮新檔等情事，系爭工程之工期延誤，被上訴人多有責任，其主張應無理由等語，資為抗辯。反訴部分之上訴聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴駁回。就附帶上訴部分答辯聲明：附帶上訴駁回。

三、兩造不爭執事實：

(一)二次地磚工程款110萬部分：

二次地磚鋪貼於102年8月16日完成，迄今尚有如被上訴人105年8月16日民事答辯狀(一)所附被證一所示之色差(原審卷(一)第125至129頁)，及被證二所示之龜裂情形(原審卷(一)第131至145頁)，兩造同意自106年3月28日起算被上訴人請求上訴人修補之日期(原審卷(二)第125頁)，惟因上訴人僅同意修補龜裂部分，被上訴人則要求一併修補色差部分，迄今尚未進行有關色差或龜裂之修補。

(二)追加款4萬9,557元部分：

1.如原證二所示之追加明細表(原審卷(一)第67頁)，為證人即系爭工程之工地主任向宏元所製作。追加明細表除項次4、5、8至13部分有經被上訴人同意(被上訴人對項次11至13之施作明細有爭執)外，其餘項次均未經被上訴人書面簽名確認。

2.追加明細表項次：

(1)項次4、5：系爭契約原約定「天花板刷高5公分」，現況為粉刷至頂。此係兩造同意後施作。

(2)項次6、7、18、21、22、26、27、29：上訴人有施作。

(3)項次14至17、19、20、25、28：上訴人未施作。

(4)項次23、24：被上訴人不爭執。

(5)項次30：上訴人有施作如原證十八請款單編號一至六所示之工程。

(三)交屋尾款110萬元部分：

1.系爭工程五樓屬違章建築，並經嘉義市政府於102年12月4

日以府工使字第1022124292號為違章建築拆除裁處，目前尚未拆除。

2.系爭工程尚未經兩造協同驗收。

3.系爭工程有如工程估價單總表（原審卷(一)第29頁）所載以下之部分未施作：

(1)伍、雜項工程：項次16（原審卷(一)第47頁）。

(2)陸、電力設備工程：

①項次1：少一顆電表未安裝（原審卷(一)第49頁）。

②項次二、5：未施作（原審卷(一)第53頁）。

(3)柒、給排水工程：項次16、26（原審卷(一)第55頁）。

(4)捌、弱電工程：項次46、47、48、54未施作（原審卷(一)第61頁）。

(5)依圖說被證十五（原審卷(一)第411頁）之管道間應以混凝土牆隔間，上訴人改以矽酸鈣板隔間。

(四)被上訴人於101年6月16日交付圖面檔案、102年3月20日交付廣場磁磚檔案、102年8月12日交付大門入口造型雨遮新檔。

四、兩造爭執之事項：

(一)系爭工程契約係屬承攬契約，或買賣承攬混合契約？上訴人請求二次地磚鋪貼金額110萬元、交屋尾款110萬元、追加款4萬9,577元，是否有理由？

(二)上訴人就系爭工程是否有可歸責之原因而遲延完工？若有，則被上訴人得請求之違約金金額應予若干為適當？

五、本院之判斷：

(一)系爭合約之法律性質為承攬契約，其承攬報酬請求權應適用民法第127條第7款之2年時效之規定：

1.按稱承攬者，謂當事人約定，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。技師、承攬人之報酬及其墊款之請求權因2年間不行使而消滅；民法第490條、第127條第7款分別定有明文。而承攬關係重在勞務之給付，非如買賣關係之重在財產權之移轉。所謂製造物供給契約，乃當事人之一方專以或主要以自己之材料，製成物

品供給他方，而由他方給付報酬之契約。此種契約之性質，究係買賣抑或承攬，仍應探求當事人之真意釋之。如當事人之意思，重在工作之完成，應定性為承攬契約；如當事人之意思，重在財產權之移轉，即應解釋為買賣契約；兩者無所偏重或輕重不分時，則為承攬與買賣之混合契約，並非凡工作物供給契約即屬承攬與買賣之混合契約。是承攬關係重在勞務之給付及工作之完成，與著重在財產權之移轉之買賣關係不同，至承攬關係中，材料究應由何方當事人供給，通常係依契約之約定或參酌交易慣例定之，其材料可能由定作人提供，亦可能由承攬人自備；製作物供給契約，如當事人之意思重在工作物之完成時，不失為承攬契約之一種，承攬人之報酬及其墊款請求權，因2年間不行使而消滅（最高法院89年度台上字第831號、102年度台上字第1468號判決意旨參照）。又按具有承攬與買賣混合契約性質之「不動產買賣承攬」（即不動產製造物供給契約），就不動產財產權之移轉而言，不啻與民法第127條第7款所定「技師、承攬人之報酬及其墊款」為一般單純之承攬有間，更與同條第8款所稱「商人、製造人、手工業人所供給之商品」係專指「動產」者不相侔，故此類不動產買賣承攬之價金或報酬請求權，應無上開條款2年短期消滅時效期間規定之適用（最高法院88年度台上字第156號、99年度台上字第196號判決意旨參照）。

2. 本件上訴人主張系爭工程承包總價（連工帶料計價）22,000,000元，而總材料費用之金額為14,877,359元佔承包總價高達68%，並由系爭合約書備註第2項約定，可知系爭工程採用建材、設備之廠牌、規格皆以估價單所列為基準，為合約重心，則系爭合約書具有承攬與買賣混合契約，且性質偏重買賣，就承攬報酬請求權時效應適用民法第125條「一般消滅時效期間為15年」之規定云云，然為被上訴人所否認，並以時效抗辯。經查：

(1) 系爭工程起造人均以被上訴人名義申請，有使用執照在

01 卷足按（見原審卷（一）第175頁），因之，所完成工作物
02 所有權屬於被上訴人原始取得，並未有所有權移轉的問
03 題。

04 (2) 觀諸系爭合約書第4條第3項約定：「本工程依總價發包
05 (估價單數量超出實做數量，得減共超額數量款項)，圖
06 說及合約有者均須施作，不得要求加價(工程估價單中
07 註明不含工程者除外)，若有變更部分就合約單價調整
08 ，若有新增項目部分雙方協議後施作。」第7條約定保
09 固期限，第10條約定工程變更，第11條約定材料檢查，
10 第13條約定驗收合格後給付工程款，第18條約定變更工
11 程計價方式及付款方式，均與一般工程承攬契約相同，
12 顯然重在勞務之給付、工作之完成及報酬後付，與一買
13 賣契約於出賣人交付標的物後，同時買受人需給付價金
14 之約定不同；至於其餘約定工程範圍、工期、圖說、保
15 固期限、安全責任、保險及驗收接管等等，亦非一般買
16 賣常見之約定事項；且對於上訴人應如何將工作物所有
17 權移轉予被上訴人乙節，均未約定，有系爭合約書在卷
18 可稽（見同上卷第13至25頁）。參以系爭工程估價單總
19 表及各項工程明細（見同上卷第29-65頁），載明兩造
20 約定之各項工程須完成之施作項目內容明細。足見系爭
21 工程採總價承包，由上訴人連工帶料施作，系爭合約書
22 之約定內容著重工作物之完成，並非著重工作物所有權
23 之移轉，至為明灼。則依上開說明，系爭合約之法律性
24 質應定性為承攬契約，其承攬報酬請求權應適用民法第
25 127條第7款之2年消滅時效之規定，堪予認定。故上訴
26 人主張系爭工程合約為買賣與承攬混合之製造物供給契
27 約，其報酬請求權之消滅時效期間為15年云云，無可採
28 取。

29 (二) 系爭工程雖未經驗收及接管，但整體已完工：

30 兩造就系爭工程各階段之付款約定如附表一之付款比例表，
31 且除了付款比例表項次17所示二次地磚鋪貼完成、19所示交

01 屋尾款及追加減工程款部分外，其餘施工項目之工程款項，
02 被上訴人皆已付款之事實，為兩造所不爭執（見原審卷(三)第
03 44頁）。又依不爭執事實(二)所示及付款比例表所約定之各個
04 付款階段可知，兩造就系爭工程約定取得使用執照後，另約
05 定二次施工項目，是系爭工程申請使用執照所載之峻工日期
06 ，僅係一次施工之申報完工日期，然系爭工程「整體」是否
07 完工，依本件兩造約定內容而言，應以二次施工之工程完成
08 度，來判斷整體工程是否已經完工及最後施工項目完成日期
09 為何，以起算時效。經查：

10 1. 按承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，無減少或減
11 失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，固為民法第492
12 條所明定，惟此乃有關承攬人瑕疵擔保責任之規定，與承
13 攬工作之完成無涉。倘承攬工作已完成，縱該工作有瑕疵
14 ，亦不得因而謂工作尚未完成（最高法院85年度台上字第
15 2280號判決意旨參照）；次按工程是否完工，與工程之瑕
16 疵及工程之驗收乃屬不同之概念。工程雖已完工，但有瑕
17 疵，僅生瑕疵修補或減少價金請求之問題，究不能謂尚未
18 完工，仍無解於應給付報酬之義務（最高法院73年度台上
19 字第2814號判決意旨參照）；末按工程雖已完工，尚未驗
20 收或驗收未合格，亦不能因未驗收或驗收不合格，即謂工
21 程未完工（最高法院89年度台上字第2068號判決意旨參照
22 ）。亦即承攬工作若已完成，如該工作有所瑕疵，僅涉及
23 承攬人瑕疵擔保責任之問題，即保固責任之範疇，絕非得
24 因此認為承攬人尚未完工。至於在契約有約定施作之部分
25 ，倘若承攬人未予施作，究竟應認定為未完工，抑或未施
26 作部分減價之問題？則須視未施作部分之項目及數量為何
27 、未施作部分與工程推展之關聯度、未施作部分是否影響
28 工程完成後之使用目的等等因素，加以綜合為個案上之判
29 斷。

30 2. 被上訴人對於上訴人請求二次地磚鋪貼金額110萬元乙節
31 ，不爭執其金額，但辯稱：廣場前地磚不僅存有明顯色差

，且存有大規模龜裂，上訴人迄今未完成修補，故伊行使同時履行抗辯云云，並提出照片為佐（見原審卷(一)第125-145頁），然二次磁磚鋪貼工程已完成，若有上開瑕疵，乃涉及承攬人瑕疵擔保責任之問題，即僅生瑕疵修補或減少價金請求之問題，不得因此認為上訴人就此部分尚未完工，仍無解於應給付報酬之義務，有上開最高法院73年度台上字第2814號判決意旨可參。

3. 又上訴人請求交屋尾款110萬元部分，被上訴人亦不爭執其金額，但辯稱：依系爭合約書第13條約定，給付尾款必須以驗收合格為要件，伊至今未收到竣工的通知，亦未驗收接管，系爭工程自屬尚未完工，故上訴人不得請求尾款云云。查，雖依不爭執事實(二)3.所示，系爭工程有如工程估價單總表（見原審卷(一)第29頁）所載：(1)伍、雜項工程：項次16。(2)陸、電力設備工程：①項次1：少一顆電表未安裝。②項次二、5：未施作。(3)柒、給排水工程：項次16、26。(4)捌、弱電工程：項次46、47、48、54未施作。(5)依圖說被證十五之管道間應以混凝土牆隔間，上訴人改以矽酸鈣板隔間。等部分未施作（見同上卷第47、49、53、55、61、411頁）：然上開未施作部分之項目及數量並非占系爭工程主體重要項目，（如報告第4、5頁）。兩造爭執電表4顆是否僅施作3顆（見工程估價總表項次陸1、原審卷(一)第399頁）、吊扇調速器（見工程估價總表項次陸二5）等等是否施作，此乃係不嚴重影響使用目的之小部分，參以①兩造對於系爭工程之估價單總表中之鐵製品（弱電工程/項次捌22/磁簧開關出線口部分）、網路流量管制器（弱電工程/項次捌57）、電子貓眼等等是否有施作有所爭執，此部分經鑑定人現場清點結果，1至3樓有接磁簧開關未配鐵盒，4樓磁簧開關有接鐵盒計20個、多預留鐵盒5個，5樓預留鐵盒計21個磁簧開關尚未配線，屋突1處有磁簧開關配鐵盒；現場有施作網路流量管制器；至於電子貓眼機出線口含器具，因設計圖係裝設在電梯內，現

場無法關啟電梯門，無法確認是否有裝設等情，有社團法人嘉義市建築師公會（下稱嘉義市建築師公會）鑑定報告附卷足憑（詳外放鑑定報告第4、5頁）。況被上訴人已搬遷入住系爭工程完工之建物，此有被上訴人幼兒園之桌椅、教具等設備搬入擺置之照片在卷可稽（見同上卷第255-261頁）。因之，本院審酌以系爭工程估價單總表約定之施作項目而言，上開未施作之數量非屬甚多，且不影響後續施工之工程推展之關聯度，亦無嚴重影響工程完成後之使用目的等等因素，加以綜合為個案上之判斷，應認為此部分之工程已完工。至被上訴人抗辯上開鐵製品、電表或電子貓眼等設施未安裝等語，縱使屬實，亦僅係未確實施作得請求減少價金之問題，尚難以上開項目未施作，即謂等同未完工。況102年12月4日府工使字第1022124292號嘉義市政府違章建築拆除裁處書亦明確表明系爭建物完成程度約100/100（見同上卷第331頁），堪認系爭工程業已完工。

4. 上訴人請求追加款4萬9,577元部分：

(1) 依不爭執事實(二)2.(1)(3)所示，追加減明細表，除項次4、5部分有經被上訴人同意外，其餘項次均未經被上訴人書面簽名確認，且上訴人就追加減明細表項次14至17、19、20、25、28部分未施作等情，然上訴人主張追加減明細表各項次均經雙方同意，惟證人即系爭工程配管水電電匠陳毅林證稱：就追加部分並沒有直接接觸到被上訴人等語（見原審卷(二)第361頁），此外，上訴人除提出瓦斯裝置工程報價單、明細單、工程說明暨施作照片（見原審卷(一)第459-471頁）外，未能提出其他證據足以證明被上訴人曾表示同意，則上訴人主張追加減明細表各項次均經雙方同意云云，難予遽採。

(2) 參以被上訴人就上訴人提出之追加減明細表（見同上卷第67頁）抗辯有部分未施作（見同上卷第335-343頁）分別為1樓、4樓及5樓浴室天花板、1樓至3樓幼稚園廁所輕鋼架天花板、礦纖天花板（一級防火）、1樓至3樓教

01 室地坪鋪耐磨木地板、4樓臥房木地板含防潮布、木夾
02 板窗簾盒、廁所隔間等。而系爭建物，預定1樓至3樓作
03 為幼稚園使用，4樓及5樓作為住家使用等情（見原審卷
04 二第104頁），然如上所述，被上訴人已將幼兒園之桌椅
05 、教具等設備搬入擺置，並入住系爭工程建物，足見已
06 達可使用之目的。因之，本院審酌此追加減部分係追加
07 減原合約以外之施工項目，非屬工程重要部分，其未施
08 作之數量非多，僅涉及減價問題或缺者可另僱工修補追
09 加施作，既未觸及結構體，顯然客觀上不影響工程完成
10 後之使用目的，因此判斷此部分工程應已完工。

11 5. 綜上，上訴人施作二次地磚鋪貼、系爭工程及追加減工程
12 ，均已完成，是系爭工程整體已完工。至上訴人雖主張曾
13 請業主會同驗收，被上訴人拒絕會同驗收，但渠已經接管
14 系爭建物云云，然為被上訴人所否認，並辯稱：伊原本即
15 經營幼稚園，租約到期必須搬遷，原本計劃系爭工程完工
16 時（預定完工日期為100年12月30日），將幼稚園相關物品
17 搬至系爭建物，然因遲延完工，乃商借系爭建物5樓放置
18 物品等語。雖上訴人之法定代理人甲○○及工地主任向宏
19 元，固證稱有請業主會同驗收云云（見原審卷二第152、1
20 58頁），然渠等與上訴人有職務上密切關係，所為上開證
21 詞難免有偏頗迴護之虞，難予遽採。此外，未能提出其他
22 證據足證上訴人曾請被上訴人會同驗收及被上訴人有接管
23 或使用其他1至4樓樓層等情，且系爭建物之水電費原本皆
24 由上訴人繳納（繳納至105年8月），迨上訴人於105年7月11
25 日提起本件訴訟後，即未再繳納之事實，為上訴人所不爭
26 執（見原審卷二第144頁），則被上訴人若已接管系爭建物
27 ，衡情上訴人於102年8月16日二次地磚鋪設完成後，當不
28 致以自己之款項，為被上訴人繳納水電費到105年8月份，
29 益證上訴人上開主張與事實不符，不足採信。又依上開最
30 高法院89年度台上字第2068號判決意旨，本院如上述系爭
31 工程已完工，雖尚未驗收或接管，亦不能因之即謂工程未

完工。

(三) 上訴人承攬報酬請求權之2年時效，應於最後施作二次磁磚鋪貼完成日期102年8月16日起算，已逾期而消滅：

1. 按「消滅時效，自請求權可行使時起算」、「報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之。」、「工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。」民法第128條前段、第505條分別定有明文。

2. 如上所述，本件承攬報酬請求權適用民法第127條第7款規定之2年消滅時效，則上訴人向被上訴人請求承攬報酬，應於最後施作項目完成日起2年內請求，而兩造約定二次施工項目中最後施作之二次磁磚鋪貼工程，鋪設完成日期為102年8月16日乙節，為兩造所不爭執。則依民法第505條規定，並參照實務意旨，自該日起上訴人即得向被上訴人請求給付報酬。換言之，自102年8月16日起，上訴人之請求權已在可以行使之狀態，消滅時效即自該時起算，系爭報酬請求權2年時效，應於104年8月15日屆滿。然上訴人遲至105年7月11日始起訴請求，有本院收文戳章在卷可按（見原審卷(一)第7頁），故不論上訴人請求之「二次地磚鋪貼完成」款項、「交屋尾款」款項，及上訴人所主張經兩造協商之追加工程款項，顯然皆已罹於時效。故被上訴人抗辯上訴人請求已罹於時效等語，洵屬可採。

3. 基上，上訴人承攬報酬請求權已罹於時效而消滅，其請求二次地磚鋪貼金額110萬元、交屋尾款110萬元、追加款4萬9,577元，於法無據。

(四) 被上訴人（即原審反訴原告，下同）主張系爭工程原訂於100年12月30日完工，惟上訴人（即原審反訴被告，下同）迄今尚有工程項目未施作，亦未經驗收，此遲延完工係可歸責於上訴人，依系爭工程合約書備註5之約定，請求上訴人給付違約金其中1,000萬元等語。被上訴人對於系爭工程合約書約定完工日期為100年12月30日完工乙事不爭執，餘則矢

口否認，並以前詞置辯。經查：

1. 系爭工程與全部追加工程之合理工期，總計為605天：

(1) 系爭工程（一次施工）之合理工期301天：①附表一付款比例表項次2、3、4、5、6、7之合理工期，各如附表一「鑑定報告鑑定各工項所需之合理工期」欄位所示，有上開公會鑑定報告第4頁在卷可按。依鑑定結果之最多日數加總之後，共計為194天（ $17+46+32+32+32+35=194$ ）。②附表一所示付款比例表項次8至13原本預估之工期107天。③以上總計為301天（ $194+107=301$ ）。即自99年12月1日開工後，迄付款比例表項次2至13各項工程完成所需合理工期約為301天。

(2) 二次施工之合理工期91天：附表一付款比例表項次15至18二次施工之施作項目部分，兩造約定取得使用執照後為二次施工，因此參酌付款比例表項次14，原預估取得使用執照日期為100年9月30日，系爭合約書預定之完工日期為100年12月30日，足見此部分預估之合理工期約為91天（ $30+31+30=91$ ）；以上(1)(2)有嘉義市建築師公會鑑定報告第4頁在卷可按。

(3) 系爭建物申領使用執照之期間約為102天：系爭建物於101年2月20日申報竣工申請使用執照，迄同年5月31日領照，有使用執照及其申請書在卷可稽（見原審卷(二)第69至77頁），計其申領期間約為102天（ $10+31+30+31=102$ ）。

(4) 追加工程之合理工期為111天：本院認為追加減明細表項次8至13、18有經被上訴人同意，其餘施作項目，上訴人則未能舉證證明，然參以嘉義市建築師公會鑑定結果：爭議1至30工項....需要增加工期5.22%的合約工期。如依要徑分析，項次2、3需底模、植筋、鋼筋綁紮、灌漿、再養護、施作牆筋、模板、灌漿、拆模、粉刷等，合理工期要增18天，地磚如延期供貨，增加工期另計等情，有上開鑑定報告存卷足憑（詳外放鑑定報告第4頁

01)。則縱使以「全部」追加工程占合約工期之5.22%計
02 算，反訴被上訴人施作全部追加工程所需之合理工期，
03 僅約20天($392 \times 5.22\% = 20.46$ ，小數點以下4捨5入)。
04 倘採要徑分析，再加計追加減明細表項次2、3施作之18
05 天工期，總共約38天($20 + 18 = 38$)。另外，就進口地磚
06 因國內存量不足，反訴被上訴人於102年3月23日向正陶
07 企業股份有限公司(下稱正陶公司)訂購，正陶公司再向
08 進口商美利德公司訂購，同年6月3日到貨等情，為兩造
09 所不爭執，並有正陶公司送貨通知單在卷可參(見原審
10 卷(二)第219、221頁，卷(三)148頁)。此段等候供貨之期間
11 ，係因存量不足，非可歸責於反訴被上訴人，故等候供
12 貨之73天($9 + 30 + 31 + 3 = 73$)，不應計入工程遲延期間
13 。是以，全部追加工程之合理工期應為111天($38 + 73 =$
14 111)。

15 (5) 綜上，系爭工程與全部追加工程之合理工期，總計應為
16 605天($301 + 91 + 102 + 111 = 605$)。

17 2. 系爭工程自99年12月1日開工後，加算605天合理工期，上
18 訴人應可於101年7月27日完工。然如上所述，系爭工程迄
19 今尚有工程項目未施作，亦未經驗收，此遲延完工係可歸
20 責於上訴人，足見上訴人確有遲延完工之事實，故被上訴
21 人依系爭工程合約書備註5之約定請求違約金，洵屬有據
22 。至上訴人主張：拆模工期原約定14天，被上訴人卻堅持
23 須28天始得拆模；被上訴人遲至101年2月14日始決定將樓
24 梯改貼大理石，此部分未施工完畢無法請領使用執照，故
25 自100年12月30日至101年5月31日領取使用執照期間之工
26 程延誤，均不可歸責於伊。又系爭建物被舉報違建，經被
27 上訴人告知暫緩二次施工云云，尚乏實據以實其說。又主
28 張：被上訴人就系爭工程已完成部分，嗣後多有修正圖說
29 並要求伊按修正圖說重新施工，如系爭工程大門入口造型
30 兩遮圖形、大門圍牆原為二丁掛磁磚改為抵石子、圍牆欄
31 杆造型等，伊亦多為配合。被上訴人於101年6月16日交付

圖面檔案、102年3月20日始交付廣場磁磚檔案、102年8月12日始交付大門入口造型雨遮新檔云云，然查，經比對系爭大門入口造型雨遮新圖與原設計一致，大門圍牆部分亦未變更；再比較圖說（見原審卷(二)第207、215頁），園區地磚之原始圖說與被上訴人後續交付之圖檔，僅後者描繪出磁磚分布及將圖形右下方圓弧部分往上移，圖形部分未有更動，二者並無甚差異。故上訴人上開主張非實。上訴人又主張：被上訴人遲至102年3月20日始交付系爭工程最後部分「園區地磚」圖檔，且因國內現貨不足需向國外調貨，故系爭工程雖遲於102年6月底始完工，惟自101年5月30日使用執照領取日至102年6月底完工日期間之工程延誤，亦不可歸責於伊云云。惟查，本院如上述已將等候供貨之期間扣除。故上訴人此主張亦無足採。

3. 被上訴人得請求違約金44萬元：

(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。」民法第250條第1項、第2項前段定有明文。又違約金有賠償性違約金及懲罰性違約金，其效力各自不同。前者以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額。後者以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，於債務不履行時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償。當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之。如無從依當事人之意思認定違約金之種類，則依民法第250條第2項規定，視為賠償性違約金（最高法院86年度台上字第1620號、70年度台上字第1644號判決意旨參照）。查，系爭工程合約書備註5約定「若因乙方（即反訴被上訴人）之責任使工程超過期限，每逾期1天需扣除工程總價千分之1，按日計算」（見原審卷(一)第23頁）。經核上開約定內容，並未明文約定屬懲罰性違約金性質，揆諸前開法條規定之旨，應認系爭工程合

約書備註5之約定內容，係屬損害賠償預定性質之違約金。被上訴人主張上開約定性質上屬於懲罰性違約金云云，無可採取。

(2) 被上訴人依系爭工程合約書備註5之約定請求上訴人給付違約金，然該違約金約定並無金額上限，顯對上訴人有失公平。本院參酌行政院公共工程委員會108年1月22日修正之工程採購契約範本其中第17條規定機關於招標時載明違約金總額，但不高於契約價金總額20%；未載明者為20%。是以，本院認應以工程總價之20%為上限。而系爭工程總價(含二次施工)為2,200萬元，載明於系爭工程合約書第1條，故工程總價之20%應為440萬元($22,000,000 \times 20\% = 4,400,000$)。

(3) 又按當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院原得依民法第252條以職權減至相當之數額，惟是否相當仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準，而債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額(最高法院49年台上字第807號判決意旨參照)。本院審酌上訴人請求給付之工程款共2,249,577元(含二次地磚鋪貼110萬元、交屋尾款110萬元、追加工程款49,577元)，皆經本院駁回其訴，反訴上訴人即本訴被上訴人已毋庸支付上開工程款金額。本院斟酌反訴上訴人所受之損害，因毋庸支付上開工程款已稍有彌補，本院認違約金應酌減至44萬元，始為允當，反訴上訴人逾此部分請求，即無可採。

六、綜上所述，被上訴人依民法第250條第1項、第2項前段規定，請求上訴人給付違約金於44萬元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日即106年3月29日(見原審卷(二)第113頁)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。其假執行之聲請，亦失所依據，均應予駁回。原審判命上訴人給付被上訴人超過44萬元本息部分，尚有未洽，上訴意旨就此部分指摘原判決不

01 當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄，改判如
02 主文第2項所示。至上開應准許部分，原審為被上訴人勝訴
03 之判決，經核於法並無不合，上訴意旨就此部分求為廢棄改
04 判，為無理由，應駁回其餘上訴。再上訴人依系爭工程契約
05 之法律關係，求為命被上訴人應給付2,249,577元及法定遲
06 延利息，非屬正當，不應准許。從而原審就此部分為上訴人
07 敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決此部分不當，
08 求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。另被上訴人提起
09 附帶上訴，請求廢棄原審對其不利部分之判決，命上訴人應
10 再給付被上訴人400萬元及法定遲延利息部分，為無理由，
11 應予駁回其附帶上訴。

12 七、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
13 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
14 逐一論列，附此敘明。

15 八、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由；附帶上訴
16 為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條
17 、第78條，判決如主文。

18 中 華 民 國 108 年 12 月 19 日
19 工 程 法 庭 審 判 長 法 官 張 世 展
20 法 官 黃 佩 韻
21 法 官 王 浦 傑

22 上為正本係照原本作成。

23 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
24 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
25 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
26 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
27 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
28 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
29 提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

30 中 華 民 國 108 年 12 月 19 日
31 書 記 官 翁 心 欣

01 【附註】

02 民事訴訟法第466條之1：

03 (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
04 訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

05 (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
06 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
07 經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

08 民事訴訟法第466條之2第1項：

09 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
10 三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

11 附表一：階段付款比例表（見原審卷(一)第27頁）

	付 款 階 段	付款 比例	金額 (萬元)	鑑定報告鑑定各工 項所需之合理工期 (鑑定報告第4頁)
1	契約簽訂預付款(99.12.01開工)	0%		
2	基礎大底完成(約99.12.20)	8%	176	15-17天
3	1F結構頂版完成(約100.01.25)	8%	176	42-46天
4	2F結構頂版完成(約100.02.28)	8%	176	23-32天
5	3F結構頂版完成(約100.03.25)	8%	176	23-32天
6	4F結構頂版完成(約100.04.20)	8%	176	23-32天
7	5F結構梁完成(約100.05.15)	5%	110	31-35天
8	一次門窗框安裝完成(約100.06.20)	3%	66	
9	內牆打底粉刷完成(約100.07.30)	5%	110	
10	內牆壁磚施作完成(約100.08.30)	5%	110	

(續上頁)

11	一次地磚鋪貼完成(約100.07.30)	5%	110	
12	外牆打底粉刷完成(約100.07.30)	5%	110	
13	外牆磁磚及拆架完成(約100.08.30)	6%	132	
14	取得使用執照(約100.09.30)	5%	110	
15	二次屋頂鋼結構頂版完成	3%	66	14-16天
16	二次門窗框安裝完成	3%	66	
17	二次地磚鋪貼完成	5%	110	
18	二次泥作工程完成	5%	110	
19	交屋尾款	5%	110	
備註： 1.每階段完成經查驗無誤後10日內付款，每期請款金額以100%即期票支付。 2.若工程變更，追加部分之工程差額於施工完成後，與該階段請款一併辦理。 3.上列付款階段若同時完成可同時請款。 4.若甲方無法依約付款則乙方得立即停工，待該原因消失後始進場施作，工期另議。 5.上表第14項「取得使用執照」後之工程款，需待完成保存登記，取得貸款後支付。				

附表二：上訴人主張之工程追加減明細表(見原審卷(一)第67頁)
暨兩造陳述之意見(見原審卷(二)第58至64、84至88頁)

項次	工 程 項 目	本訴被上訴人意見	本訴上訴人意見
1	瓦斯管線追加工程款	(1)契約外。瓦時計、末端開關未安裝。 (2)1樓廚房末端管線未施作。 (3)上訴人實未完工，該項目於整時即告知施工，非臨時追加而影響施工進度	(1)此部分為整地時之裝置工程費用。 (2)瓦時計、末端開關確實尚未安裝，惟管路已埋設(安裝)完畢(此部分為追加，工程款67,537元，欣嘉公司表示

(續上頁)

		(4)倘鈞院認為屬已查驗，因係契約外，仍須經驗收始得請款。	會向被上訴人另外請款)，倘欲安裝亦可，若不安裝，此部分費用可扣除。
2	2.3.4樓○○街西側牆外推	無意見	
3	5樓○○街西側牆修改	無意見	
4	1.2.3F合約施作天花板刷高5cm改樑及牆全部粉刷及油漆	(1)契約外，追加之費用未經被上訴人同意。 (2)未落實批土油漆(一二度)、ICI美利漆漆面顏色不均。單價部應逐層開立明細表。 (3)倘鈞院認為屬已查驗，因係契約外，仍須經驗收始得請款。	兩造口頭合意，由原契約僅「天花板刷高5公分」(參契約裝修工程備註4)改為粉刷至頂，單價同契約--裝修工程項次參.31之單價
5	1.2.3F合約施作天花板加平頂批土油漆	(1)契約外，追加之費用未經上訴人同意。 (2)未落實批土油漆(一二度)、ICI美利漆漆面顏色不均。單價部應逐層開立明細表。 (3)倘鈞院認為屬已查驗，因係契約外，仍須經驗收始得請款。	兩造口頭合意，單價同契約--裝修工程項次參.50之單價
6	2F陽台增設格來得鍍鋁鋅快速捲門	(1)契約內。依工程合約第三點，圖說有均需施作，不得要求加價，此為圖說所明列(被證8) (2)依系爭工程合約書第5頁備註四，凡工程圖未載明而為完成所必需，或依工程慣例所必需，乙方依甲方指示完成，不得拒絕推諉或要求加價。此門為防盜、防風與之必要設施，因繪圖人員疏漏，但末端營造估價、核圖、工地主任亦知是繪圖人員疏忽，當補正之。 (3)階段比例付款表係約定結構體之進度，細項部分並未明確約定需於何階段完成，此細項亦須經驗收始得請款。	(1)兩造合意增設 (2)被證八圖說所指為水電預留管路線(均有施作)，並無加設捲門圖示 (3)貳層平面圖之建照圖、二次施工完成圖均無門窗編號及圖示。
7	5mm透明玻璃加強	(1)契約外，應出示差價憑據。	參耀仁企業行報價單(原證14)

(續上頁)

	化(實作實算、補差價)	(2)倘鈞院認為屬已查驗,因係契約外,仍須經驗收始得請款。	,差價為25(61-36),此部分為追加。
8-13	石英磚改貼大理石	(1)契約外,應出示差價憑據。 (2)若項次12更正為110元,則複價應為 $110 \times 236.04 = 25960$ 元(原為28325元) (3)倘鈞院認為屬已查驗,因係契約外,仍須經驗收始得請款。	追加減明細表項次12「單價:120」係誤載,應更正為「單價110」,合約書亦有塗改痕跡。
14 -17	1F、4F浴室天花板 -6吋PVC板5F浴室 60*60礦纖天花板 -12mm1F~3F幼稚園 廁所輕鋼架60*60 PVC天花板-8mm 1F~3F60*60輕鋼架 礦纖天花板-12mm (一級防火)	(1)契約內,實則未施作,被上訴人未取消天花板施作。 (2)階段比例付款表係約定結構體之進度,細項部分並未明確約定需於何階段完成,此細項亦須經驗收始得請款。	被上訴人取消天花板施作。
18	園區地磚改20*20 進口地磚(甲乙雙方 負擔一半)	(1)契約外,未有此協議 (2)倘鈞院認為屬已查驗,因係契約外,仍須經驗收始得請款。	此部分包含在裝修工程項次參.3部分
19	1F~3F教室地坪鋪8 mm耐磨木地板	(1)契約內,實則未施作,被上訴人從未取消施。 (2)階段比例付款表係約定結構體之進度,細項部分並未明確約定需於何階段完成,此細項亦須經驗收始得請款。	被上訴人取消施作。
20	4F臥房A+B:200 條木地板(架高10 cm)含防潮布+12 mm夾板	(1)契約內,實則未施作,被上訴人未取消施。 (2)階段比例付款表係約定結構體之進度,細項部分並未明確約定需於何階段完成,此細項亦須經驗收始得請款。	被上訴人取消施作
21	出入口棧道增加10 強化噴砂	(1)契約內。依工程合約第三點,圖說有均需施作,不得要求加價,此為圖說所明列(被證9) (2)依系爭工程合約書第5頁備註四,凡工程圖未載明而為完成所必需,或依工程慣例所必需	圖說(原證16第1頁)並無玻璃圖示,惟現況有玻璃,係被上訴人嗣後請上訴人追加施作,否則告豈會率行施作,徒增成本。

(續上頁)

		，乙方依甲方指示完成，不得拒絕推諉或要求加價。出入口棧道本有遮風避雨之要求，玻璃噴砂為完成系爭工程所必需，乙方不得要求加價。	
22	5F東側增設鋁窗	(1)契約內。依工程合約第三點，圖說有均需施作，不得要求加價，此為圖說所明列(被證10) (2)依系爭工程合約書第5頁備註四，凡工程圖未載明而為完成所必需，或依工程慣例所必需，乙方依甲方指示完成，不得拒絕推諉或要求加價。消防法規規定需此開口才能申請建築執照，且此鋁窗為防風防雨設備，自為完成工程所必需，乙方不得要求加價。 (3)階段比例付款表係約定結構體之進度，細項部分並未明確約定需於何階段完成，此細項亦須經驗收始得請款。	(1)被證10圖說圖示僅為單純開口並非窗戶。 (2)系爭位置緊鄰鄰房，未免火警引火，故消防法規規定不得開窗，現況確有增設鋁窗，顯係被上訴人嗣後請上訴人施作，否則上訴人豈會率行施作，徒增成本。
23-24	自來水線路補助費 電力公司線路補助費	請出示收據。	確有支出，惟收據遺失。
25	木夾板窗簾盒(含油漆)	(1)契約內，實則未施作，被上訴人未取消。 (2)階段比例付款表係約定結構體之進度，細項部分並未明確約定需於何階段完成，此細項亦須經驗收始得請款。	被上訴人取消此部分施作。
26	1F園區增設可拆通風百頁	(1)契約外，為上訴人同意附贈，臨訟添加此筆費用為追加款，且追加之費用未經被上訴人同意 (2)倘鈞院認為屬已查驗，因係契約外，仍須經驗收始得請款。	圖說(原證17第1頁)並無圖示通風百頁，現況卻有，顯係被告嗣後請上訴人追加施作，否上訴人豈會率行施作，徒增成本。
27	園區廣場圍牆牆面1：3MT打底粉貼6*22.7二丁掛平磚(62530)改抵石	(1)契約外，對照被證6「裝修工程項次47」，本應全為二丁掛平磚，被上訴人擅自變更牆面半為成本較低之抵石子，卻追	抵石子施作成本較二丁掛平磚昂貴，顯係被上訴人嗣後請原為施作，否則上訴人豈會率行施作，徒增成本。

(續上頁)

	子	加金額。 (2)倘鈞院認為屬已查驗，因係契約外，仍須經驗收始得請款。	
28	廁所隔間(H=1.9M))-ABS板-33mm	(1)契約內，實則未施作被上訴人取消。況廁所無隔間如何使用。 (2)階段比例付款表係約定結構體之進度，細項部分並未明確約定需於何階段完成，此細項亦須經驗收始得請款。	被上訴人取消此部分施作
29	1F~3F廁所地坪貼 20*20cm石英磚(A2201)改25*25地磚	未有此協議。且25*25地磚未必比20*20石英磚昂貴，被上訴人自始至終並未知悉廁所地磚更換一事。	25*25地磚成本較20*20石英磚昂貴，顯係被上訴人嗣後請上訴人更為施作，否則上訴人豈會率行施作，徒增成本。
30	水電追加	(1)本件合約為承攬契約，該給排水及電力工程皆已涵蓋於契約內，縱有追加款項，亦應由上訴人吸收，豈有再請求被上訴人之理。 (2)其中冷氣套管加封口部分是插座出口，對於有施作不爭執，但應是原契約就應施作部分，不屬於追加部分。 (3)2F電梯旁加排水及5F屋頂鐵厝加排水部分，對於有施作不爭執，但屬戶外必要之排水設施，依慣例上訴人本應施作，屬追加。 (4)屋外管道間部分，是原設計必要工程，並非追加。 (5)1F前追加排水孔、1/2"ST*15cmBOX(原為鐵製品)部分，對於有施作不爭執，但是契約內。 (6)5F增設2套衛浴配管部分，對於有施作不爭執，但其實是燈具座出口，非衛浴配管，本是必要設施。	參照毅泰水電行請款單。