臺灣高等法院花蓮分院民事判決

107年度建上字第2號

上　訴　人　張同文
訴訟代理人　林政雄律師
被上訴人　　劉君冠即冠陞土木包工業
訴訟代理人　簡燦賢律師
　　林怡君律師

上列當事人間請求給付違約金等事件，上訴人對於中華民國107年1月31日臺灣花蓮地方法院105年度建字第12號第一審判決提起上訴，本院於108年1月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分及訴訟費用之裁判廢棄。

二、上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人新台幣壹佰萬元及自民國105年9月8日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

三、其餘上訴駁回。

四、第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之二十三，餘由上訴人負擔。

事實與理由

壹、程序事項：

按當事人不得於二審提出新攻擊防禦方法，但對於在第一審已提出攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第3款定有明文。被上訴人於本院主張因營建工程施作後，上訴人再要求被上訴人施作水電弱電工程，因而新增工期25日等語(本院卷第62、64頁)，上訴人認屬第二審提出之新攻擊防禦方法，被上訴人已逾時提出等語(本院卷第62頁)。然被上訴人於原審已提出因變更、追加工項而增加工期之攻防方法，而第一審判決並未就被上訴人提出之攻防方法為判斷，被上訴人於本院復提出上開新攻防方法，核屬對第一審已提出增加工期之攻防方法為補充，依上開規定，應准許被上訴人提出，先此敘明。

貳、實體事項：

甲、上訴人方面：

一、上訴人起訴主張：

(一)兩造於民國104年8月27日簽立「葳美莊園營建工程(下稱系爭工程)合約書」(下稱系爭工程契約)，其中第24條第2項第5款約定，如被上訴人施工進度較預定進度落後達百分之二十以上，上訴人可終止或解除契約，得請求損害賠償，並得請求返還已支付之工程款作為懲罰性違約金。兩造於105年1月5日另簽立之「葳美莊園水電弱電工程(下稱系爭水電工程)合約書」(下稱系爭水電工程契約，與前述系爭工程契約併稱系爭二份契約)第24條第1項第2款約定：如被上訴人延遲工程進度達90天以上，上訴人得終止或解除契約，並請求損害賠償。至105年5月26日進行葳美莊園農舍興建第二次工程檢討會議(下稱第二次會議，本院按：因兩造曾於104年8月28日召開第一次工程會議〈下稱第一次會議〉)，已確認被上訴人遲延工程進度逾百分之七十，被上訴人仍拖延進度，更於105年6月7日通知停工，再於105年6月13日以存證信函主張解除契約表明不願繼續履約，上訴人遂於105年8月8日以存證信函表達終止契約，並請求被上訴人依約返還上訴人已支付之工程款新臺幣（下同）4,344,970元。

(二)對被上訴人答辯之陳述：兩造於105年9月6日簽立之「協議書」(下稱系爭協議書，而兩造105年9月12日再簽立補充協議書，併此敘明)明示上訴人僅拋棄「契約第21條之逾期違約金」請求權，又無「兩造其餘請求權均拋棄」之概括記載，自難認上訴人亦有拋棄「契約第24條終止契約後之違約金」請求權之意思表示。

(三)並聲明：被上訴人應給付上訴人4,344,970元及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止按年息百分之五計算之利息暨願供擔保請准宣告假執行。

二、上訴人不服原判決提起上訴，其於本院之陳述除與原判決記載相同者予以引用外，補充略以：

(一)上訴人並未於系爭協議書中拋棄系爭工程契約第24條及系爭水電工程契約第24條請求違約金之權利，亦未以系爭協議書合意終止系爭二份契約，被上訴人之抗辯及原審之認定均無理由：

1.依證人邱劭璞律師於原審之證述，可知：兩造於105年9月6日、9月12日簽立系爭協議書及補充協議書之主要目的，係因當時適逢颱風季節，為避免未灌漿之結構體遭受颱風侵襲破壞，且雙方均已互相發函終止本件承攬契約關係，上訴人希望被上訴人能夠暫先完成二樓地板灌漿作業，被上訴人亦希望上訴人能夠給付契約第三期工程款，為此兩造簽訂協議書，其餘爭議則留待日後再行處理。

2.再依證人邱劭璞於原審證述：「（問：是否知道當時原告終止本件工程契約的依據為何？）知道，是進度落後20%。」等語，可知：被上訴人及證人邱劭璞律師均清楚知悉上訴人終止契約之依據，係被上訴人之施工進度已落後預定進度達百分之二十以上，亦即，上訴人係依系爭工程契約第24條第2項第5款約定終止契約。而第24條第2項本文已明確約定，上訴人除得終止或解除契約外，並得請求被上訴人賠償一切損失，及請求退還已支付之工程款作為懲罰性違約金，此為上訴人主張終止契約之同時得向被上訴人主張之契約請求權利，與系爭二份契約第21條之逾期違約金，分屬不同條款，其構成要件、違約金性質、計算方式均有差別等情事，應屬具有工程實務經驗之被上訴人及法律專業知識之證人邱劭璞律師所得分辨及瞭解。

3.承上，上訴人曾於105年8月8日存證信函中表明終止契約之條款依據及賠償懲罰性違約金之法律效果等內容，可徵上訴人欲追究被上訴人關於終止契約後之懲罰違約金等契約責任乙節，應為被上訴人方面所清楚知悉。且上訴人及其代理人林政雄律師於議定系爭協議書之過程，從未表示上訴人同意拋棄系爭二份契約第24條之懲罰性違約金請求權，亦為證人邱劭璞律師所自承：「（問：若依照協議書的約定，原告當

時有無明確表示要拋棄契約第24條的權益？）沒有明確表示…」。

4.至於被上訴人援引證人邱劭璞之證詞：「當時擬約時已經跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷」，主張兩造係合意終止系爭二份合約，亦屬無稽：

⑴按證人邱劭璞律師當時係就上訴人訴代詢問：「若依照協議書的約定，原告當時有無明確表示要拋棄契約第24條的權益」，答以：「沒有明確表示，但當時擬約時已經跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷。」，顯然上訴人方面始終未表示拋棄系爭二份契約第24條之權利，被上訴人及原判決僅擷取其中「當時擬約時已經跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷」作為兩造合意終止契約之依據，未詳察其回答陳述之緣由，顯有違誤。

⑵系爭協議書既為上訴人方面所擬定並提供予被上訴人方面進行修改或增刪，其中關於被上訴人履行協議書相關事項後，上訴人所應拋棄之權利，除系爭二份契約第21條逾期違約金請求權外，是否包含第24條之懲罰性違約金請求權，抑或拋棄契約其餘請求權，均得由證人邱劭璞律師代理被上訴人加註於協議書條款中，惟系爭協議書簽訂時，第9條既明確約定上訴人僅拋棄第21條逾期違約金請求權，未包含第24條之懲罰性違約金請求權，可證兩造並未達成上訴人拋棄懲罰性違約金請求權之合意，且此並非上訴人遺漏記載，而係以明示方式表明上訴人所欲拋棄之請求權，其餘未列載者即不在上訴人拋棄之範圍。

⑶證人邱劭璞之證稱：「…但當時擬約時已經跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷。」等語，此純屬被上訴人於協商時單方片面之意思表示，且證人亦稱「原告沒有明確表示拋棄第24條權益」，顯見兩造並未就此達成任何共識或合意，此由系爭協議書第9條或其餘條款中均無證人所稱「雙方作罷」之文字或約定可稽。

(二)被上訴人於第二次會議紀錄上簽名，係出於其自由之意思表

示，被上訴人抗辯係其受上訴人以給付工程等資金壓力之脅迫所簽名云云，應無理由：

1.被上訴人就其主張受上訴人脅迫之事實，迄今並未提出任何證據為佐，上訴人既否認其主張，自應由被上訴人舉證以實其說。

2.上訴人於第二次會議前已先將會議內容電子檔以電子郵件寄予被上訴人及陳建築師審視，會議後翌日105年5月27日，上訴人亦將會議紀錄製作完成並寄發電子檔予被上訴人及陳桂芳建築師，此亦可由證人陳桂芳於鈞院107年8月28日準備程序到庭證述可證。

3.上訴人不僅於會議前將會議內容寄予被上訴人審視；會議紀錄完成後，亦立刻寄予被上訴人確認，給予被上訴人4、5天的時間確認內容後，始由其於105年5月31日簽名確認，如今被上訴人臨訟竟辯稱其受上訴人脅迫云云，其抗辯實無足採。

4.上訴人於第二次會議討論過程中，均未有任何脅迫被上訴人必須接受會議紀錄內容或表示若被上訴人不簽名就不給付工程款之言詞或行為，此亦有證人陳桂芳之證述在卷可稽。甚至，被上訴人對於第二次會議討論內容較不利於己之部分，尚主動表示「沒有問題」、「同意上訴人之提議」等語，業經證人陳桂芳證述明確，足證被上訴人未有受上訴人脅迫而簽署會議紀錄之情。

5.被上訴人自原審審理迄今，始終無法就此項爭點主張舉證以實其說，甚至改稱上訴人係於105年5月31日工地現場脅迫被上訴人簽名云云，試問：以被上訴人之知識程度、社會歷練，如何任意受一個毫無地緣關係之上訴人所脅迫？且簽署地點是在工地，在場均為被上訴人之工班，人數眾多，上訴人如何脅迫被上訴人？

(三)依第二次會議紀錄所載，被上訴人已承認工程進度落後百分之七十以上，被上訴人臨訟否認此節事實，洵非可採：

1.依兩造第二次會議紀錄之檢討內容第2點至第5點記載，可知

：被上訴人之施工進度嚴重落後達百分之七十，且此工程延宕係因被上訴人施工進度管理不當及諸多施工錯誤及瑕疵所致，兩造乃於第二次會議中再次確認施工進度逾期之責任歸屬，並重申系爭二份契約第21條及第24條有關逾期違約金、施工進度落後之解除契約、及懲罰性違約金等相關契約責任，經與陳桂芳建築師討論後，始作成第二次會議紀錄供雙方存查為憑。故被上訴人於105年5月26日已自承其施工進度落後20%以上，上訴人據此終止契約，應無不合。

2.被上訴人於第二次會議後之第13日即105年6月7日，即片面以電子郵件通知停工，嗣後即放任工地現場不管，工程之整體進度僅完成至「A棟二樓地板灌漿完成、B棟二樓地板鋼筋綁紮完成但未灌漿」，以本件A、B棟建物均為地上三層樓之建築物，被上訴人之施工進度顯然尚不及30%，此觀鑑定報告亦認被上訴人之施工進度僅有30%可證，故兩造第二次會議所載「工程進度延宕超過70%以上」，核與事實無違。

3.依證人陳桂芳建築師於鈞院準備程序證述：「（問：第二項的『工程延誤檢討及咎責』，其中第2點記載『工程進度延宕超過70%以上』，這點在會議中是否經過雙方討論與確認？）會上張同文一直強調工程延宕，劉君冠也沒有辯解，這個會場是三方拿書面文字討論的，但是不是有很清楚的如同會議記錄的文字上講的『工程進度延宕超過70%以上，嚴重違反合約』，我的記憶中是有講到。（問：本項關於工程進度延宕的內容，是否列載於張同文事前提供的會議檢討事項內？）有。（問：當時有討論到70%的進度落後是怎麼去特定比例的嗎？）沒有。（問：依照開會的時間點，當時本件的工程施工進度，大約是佔整個工程的多少比例？）我已經忘了，但我記得開會的時間點是接近要完工的時間了，但現場只有地樑和地坪，上面都沒有弄，延宕是很清楚的，但是比例怎麼計算是沒有去斟酌，會場上對於工程有嚴重落後劉君冠沒有否認。（問：劉君冠有當場表示任何的反對或異議的意思嗎？）沒有。」等語，可證被上訴人於會議討論過程

中未曾就工程進度落後70%以上之事實有所爭執，甚且主動表示同意上訴人就此所提出「被上訴人應退還工程管理費15萬元」之要求，何來被上訴人所辯其於會議中曾就此提出異議或反對意思之情？

(四)被上訴人主張兩造就系爭工程之下列項目存在追加、變更，顯無理由，且被上訴人主張因此增加施工日數，亦屬無據：

1.兩造間未就被上訴人所主張之各工項成立工程變更或追加之合意，上訴人亦否認之，應由被上訴人舉證以實其說：

⑴觀諸兩造間之聯繫內容或會議紀錄，均未見被上訴人依系爭工程契約相關約定請求展延工期之內容，或表示該等工項變更可能影響工期之進度，是被上訴人所列各工項應增加之工期之依據，應由被上訴人舉證說明。

⑵依兩造間就系爭工程契約之簽約過程，可證被上訴人於簽約前已明確知悉系爭工程之施工內容及範圍，並且依此提出報價予上訴人，經雙方合意後始簽訂契約，並無被上訴人所稱上訴人於工程會議中無端要求變更或追加工項之情事：

A.104年8月13日下午1時38分，上訴人寄發電子郵件予被上訴人，與其約定同年8月18日進行第四版估價單說明及議價，並檢附有關A棟、B棟之施作問題之附件予被上訴人。

B.104年8月18日晚上8時，兩造約在飯店內見面，雙方針對估價單內容討論，並約定被上訴人以總價承攬方式承包，且針對合約書及估價單無法詳載之事項，雙方約定另以合約附件方式記載，雙方達成共識後始進行議價事宜，會後上訴人並提供系爭工程合約書予被上訴人攜回審閱。

C.104年8月26日晚上10時49分，上訴人寄發電子郵件予被上訴人及陳桂芳建築師，預訂於104年8月28日上午10時假陳建築師事所召開第一次會議，隨信檢附經過三次圖面釋疑會議及4次估價單修正會議中關於系爭工程合約書及估價單無法詳細列出總價承攬範圍共計82項。

D.104年8月26日晚上11時01分，上訴人以電子郵件通知被上

訴人，約定翌日8月27日晚上8時在飯店進行簽約。

E.104年8月27日晚上8時，上訴人就上開電子郵件所附之針對總價承攬的範圍除系爭工程契約估價單外及附件共計82項之施作內容，與被上訴人進行逐一討論及確認，獲被上訴人表示完全沒有問題之承諾後，雙方始進行工程合約書之簽約手續。

F.104年8月28日上午10時，兩造及陳桂芳建築師共同針對上開82項施作內容逐一討論，會議中並再增加5條文並確認為系爭工程契約總價承攬之範圍，被上訴人表示同意並允諾依此會議結論進行施作，事後作成會議紀錄並經兩造及建築師共同簽名確認列為合約附件。

G.準上，上訴人於工程合約簽訂之前已多次就本件工程之施作項目及施作範圍，與被上訴人討論、並獲其同意後列為系爭工程契約之履約範圍，非如被上訴人所稱上訴人事後無故追加或變更工程項目之情。

⑶以第一次工程會議係於兩造簽訂系爭工程契約書之翌日即105年8月28日，當時工程尚未開工，被上訴人亦未有任何實質工程準備行為，若謂上訴人當時即刻提出工程追加或變更之表示，且追加或變更之項目高達87項，實屬不可能之情事，亦不符工程之常態，尤見被上訴人之主張難認可採。

⑷被上訴人於第一次會議中，未曾就會議紀錄所列之87項工程細節事項可能增加施工成本或施工日期提出任何主張，兩造亦無就該等事項達成變更或追加之合意，此參證人陳桂芳於臺灣花蓮地方法院106年度建字第11號給付工程款事件（下稱另案工程款事件）106年12月13日言詞辯論時證述：「（問：本件工程於104年8月27日簽約，28日有無於貴事務所召開會議？該會議性質？）由我本人召開，但我不確定時間。被告張同文於前一天已把會議記錄內容EMAIL給我跟原告劉君冠，針對工程不確定的事再做確認。（問：是指原本契約的大方向已抵定，會議是就細節部

分再做確認？）被告張同文希望就細節部分再做確認。（問：於當天會議中，原告劉君冠有無提出任何金額要求？）沒有。（問：雙方於會議中有無就施作工程工項、數量進行工程變更追加確認？）沒有。」、「（問：被告張同文簽約後傳80幾個細項給你，隔天於貴事務所召開會議，為何當時沒有建議把細項列進合約書？）當時合約已簽好，依我的工程經驗程序已很完備並寫成書面，再到建築事務所召開會議逐項確認，一般工程慣例沒有寫的這麼細，只有口頭說或在現場講，他們的程序已比其他工程慣例還嚴謹，我好像不須說太多。（問：被告張同文有無說要將會議記錄附在契約裡？）依我的認知，已於會議中逐項確認已是合約中的一部分，只能確認他要我簽名，我沒有詳細確認會議記錄有無附在合約裡。」等語可稽。據此可知：被上訴人系爭工程契約簽訂前及簽訂時，已知悉系爭工程施作之範圍包含104年8月26日上訴人電子郵件所附「8月28日會議討論事項」共82項之內容。

2.關於被上訴人主張之「土石計畫及土方外運至土資場」部分：

系爭工地基礎工程所挖取之土方自始至終均留於現場作為日後回填使用，並未外運（原審卷一第152至153頁）。兩造於第一次會議中，早已約明挖出地基土方不外運，要作為回填之用（原審卷二第43至47頁）。被上訴人亦自承該等工項均為兩造於104年8月28日第一次會議紀錄所約定之事項，而上開事項為兩造於開工之前即已約定，被上訴人當時均無表示將因此增加工期，亦未依系爭工程契約第六條第四項請求展延工期。況依被上訴人所提被證23所檢附之「花蓮縣營建剩餘土石方運送處理證明文件」（原審卷二第8至12、14至19頁），其中資料顯示，土方清運時間僅有104年11月20日1天及11月21日半天，此均與被上訴人現場施工無關，自無增加其施工日程之可能。

3.關於被上訴人主張之「基礎深度再加深50公分」部分：

依系爭工程設計圖所示，基礎原訂下挖135公分，因工地所在位置之地層比路面低，為免日後發生淹水情形，第一次工程會議時，陳桂芳建築師建議以地基外露方式處理，陳建築師並要求基礎至少要再下挖50公分深度，確保結構體不會因地震滑動（原審卷一第154至155頁），經兩造同意辦理，被上訴人因此節省之開挖工程費用轉做回填工程費，故被上訴人不僅省工還省時，何來其所稱因此增加10天日程之理？上情可由證人陳桂芳於另案工程款事件之證詞可證(另案工程款事件原審卷第287頁)。被上訴人亦自承此工項為兩造於第一次會議紀錄所約定之事項，而上開事項為兩造於開工之前即已約定，被上訴人當時均未曾表示或請求必須展延工期，如今臨訟方託稱其嚴重遲延係因兩造於該工程會議所約定事項之故，其辯詞自顯非可採。

4.關於被上訴人主張之「基礎回填再生級配料」部分：

被上訴人曾於104年11月間向上訴人表示因其依第一次會議之決議必須同時負擔施工道路及地基回填級配之費用，壓力過於沈重，希望上訴人可就基地回填級配部分補貼給付費用，上訴人考量本件工程甫開工施作，遂請被上訴人依系爭契約約定提出相關文件，經上訴人於104年12月3日匯款193,200元（原審卷二第59頁），並於104年12月16日將上訴人簽認之請款單交付予被上訴人（本院卷第158頁）。承上可知，被上訴人清楚知悉關於工程變更或追加必須依系爭契約第6條所定程序請領工程款，始符兩造之約定。而兩造間除本項「基礎回填再生級配料」費用外，被上訴人未曾就其餘變更或追加項目，依系爭工程契約第6條約定辦理請款手續。被上訴人雖辯稱前項193,200元係作為系爭工地施工道路之費用，惟依兩造第一次會議紀錄第1點已明確決議「施工道路之土方由包商負責道路上方鋪細石」（原審卷一第21頁），上訴人又何需負擔此項費用？

5.關於被上訴人主張之「1FL一樓地板版鋼筋綁紮」部分：

兩造已於104年7月30日、104年8月3日、104年8月9日會議中

確認（原審卷三第121至122頁、131至133頁），會議中兩造針對一樓樓板鋼筋施作方式再次確認。且於第一次會議紀錄第84項結論請建築師補圖說資料，建築師嗣後亦提供1F樓板配筋詳圖（原審卷三第134頁）。甚且依鑑定報告第60、79頁鑑定人之檢討說明第2、3點均分別記載：「本項屬隱蔽部分，現況無法判斷是否確實施作，建請乙方提出相關佐證資料。」、「因無鋼筋量之證明文件，故依乙方提出（＃4@20cm雙層雙向）先行檢討，其檢討後工程費如上供參考。」，可知被上訴人並未提任鋼筋使用量之證明文件予鑑定人作為鑑定依據，鑑定人僅依被上訴人所提出數紙追加計算式說明檢討其工程費用是否合理，故最終僅建議「雙方另行協議」，由此可知，鑑定人並未認定此工項屬於雙方變更追加之範圍。針對此項工程，證人黃金童即鋼筋施作廠商雖於另案工程款事件到庭作證，惟其為被上訴人之承攬人，就此部分鋼筋綁紮工程所生之爭議及施工品質不良等問題，顯有直接利害關係，自難期其於另案所為證詞公正客觀。

6.關於被上訴人主張之「1F（一樓）迴廊柱變更為混凝土柱（A、B棟）」部分：

施工圖面註解說明「迴廊圓柱於原設計圖為裝設三支GRC造型麻花柱及GRC造型裝飾物樣式材料由業主即上訴人提供，何時裝設亦由上訴人決定。」原意為GRC是裝飾性質之表面材料，與結構體本屬不同的兩種建材，因不牽涉結構安全，故任何時間施工均可。依證人陳桂芳於鈞院準備程序之證述（本院卷第121頁反面），可知：GRC係空心設計，為裝飾用性質，無法承受重量，惟結構部分仍需要RC作為主體，方可固定或包覆GRC上去。故GRC和RC乃兩種不同的材料，因此圖面上才會標示GRC部分由業主即上訴人來決定。甚且，依兩造間第一次會議記錄第33項已協議圓柱及底座需RC一體成型表面需平整不可採二次粉光方式（原審卷一第21頁背面）。詎料，被上訴人擅以模板方式施作，造成圓柱灌漿後出現蜂窩狀瑕疵，製作出來之圓柱品質慘不忍睹，必須重新製作（

原審卷二第61至67頁）。另鑑定報告第61頁亦同上見解，且鑑定人「建議暫不給付」，蓋因被上訴人之施工錯誤之瑕疵，應由被上訴人負修復責任，若因此增加工期，應由被上訴人自行承擔不利益。

7.關於被上訴人主張之「降版浴缸變更修改兩次（A棟）」部分：

A棟之降版浴缸之施工位置始終未曾變更，被上訴人迄今無法提出降版浴缸修正兩次之證據資料，已難認其主張可採。且上訴人於104年12月15日寄發電子郵件予被上訴人，係補寄降版浴缸之詳圖，並請被上訴人確認降版深度是否低過污水池進水高度而造成日後排水困難，斯時之工程進度只進行至地樑鋼筋綁紮階段，嗣於104年12月22日上訴人再提供A棟一樓浴室所有施工細部尺寸圖，此際工程進度亦只進行至地樑灌漿瑕疵修補階段（原審卷一第156至159頁），何有被上訴人所稱歷經兩次修正而增加6天日程之情？甚且鑑定報告第62頁已說明：「一般工程圖若有疑異，應於施作前與甲方確認後始得施作」。被上訴人未盡工地管理之責，又未能舉證修改兩次之證據為何，自非可採。況鑑定報告第62頁所載「拆除浴缸降板修改二次工程費尚合理」，僅係鑑定人單純檢討被上訴人所提出之施作費用是否合理，非謂鑑定人已判定降版浴缸修正二次之事實存在，被上訴人片面將鑑定報告內容斷章取義，顯屬無稽。

8.關於被上訴人主張之「1F開關箱追加、變更為混凝土牆（A棟追加混凝土牆、B棟增加厚度為30cm）」部分：

因原先系爭水電工程設定的牆壁空間不足以設置所有開關箱體，故兩造104年11月3日會議中決定於A棟增加一牆體以安置所有開關箱，當時工程進度尚處於現場放樣階段（見原審卷一第160至163頁），自無被上訴人所稱可能因此增加1.5天日程之情，此見由水電工潘信誠所設計之系爭水電工程合約書，均有明白標示此部分牆體之位置(原審卷三第138頁)，可知兩造在簽訂系爭水電契約時即有共識。甚且B棟開關

箱牆體之厚度自始至終均為15公分，有說明及照片可參（原審卷一第160至163頁），並無被上訴人所稱增加厚度為30公分之情。之後，被上訴人所製作之開關箱牆體因為施工不良，造成牆體開關箱變形（俗稱大肚子），完全無法使用。上訴人甚至須花錢派工敲除，重新製作（A棟狀況見原審卷二第68至69頁；B棟狀況請見原審卷二第70至72頁）。甚且，鑑定報告63頁已說明A棟「水電合約簽訂時有此開關牆體，明載在水電合約施工圖中」、B棟「經查水電合約圖說原設計開關箱牆確實與原建築合約簽訂時合約書圖相符，應無此項工程費」。系爭工程契約及系爭水電工程契約之承攬人均為被上訴人，而系爭水電工程契約於106年2月18日始完成簽訂，依當時被上訴人回報之現場施工進度，可知在水電合約簽訂之前，系爭開關箱牆體已完成鋼筋綁紮作業（原審卷三第297頁），何有上訴人簽約後另行追加之情？

9.關於被上訴人主張之「1F(一樓)臥室浴廁變更為混凝土牆(二道)（A棟）」部分：

鑑定報告第64頁已說明A棟「水電合約簽訂時有此牆體，明載在水電合約施工圖中」。可知於水電工程合約書中之水電圖（由水電工潘信成所畫）即已明白標示此部分之牆體位置（原審卷三第139頁）。甚且系爭水電工程契約於106年2月18日始完成簽訂，依當時被上訴人回報之現場施工進度，A棟一樓浴廁二道牆鋼筋即已完成綁紮（原審卷三第298至299頁），自無上訴人事後追加之情事。而鑑定報告所載「一樓浴廁增加鋼筋混凝土牆8,686元」等語，僅係鑑定人單純檢討被上訴人所提出之施作費用是否合理，非謂鑑定人已判定此部分事實存在，被上訴人片面將鑑定報告內容斷章取義，顯屬無稽。

10.關於被上訴人主張之「1F（一樓）牆鋼筋綁紮變更要求（預留筋）（A、B棟）」部分：

「牆壁鋼筋」之問題在於被上訴人未將「預留筋」跟「升牆筋」綁在一起，而「樑柱鋼筋」之問題在於柱子的箍筋沒有

連續綁紮（原審卷二第74頁），而被上訴人竟將預留筋及柱子箍筋之問題編說成鋼筋間隔以4號鋼筋每15公分間隔等語，此為完全不相干之層面。被上訴人亦自承該等工項均為兩造於第一次工程會議紀錄所約定之事項（原審卷一第21至22頁背面），而上開事項為兩造於開工之前即已約定，被上訴人放任鋼筋工人隨意施作以致錯誤連連，如今卻稱係上訴人無故變更追加云云，顯非可採。就此，證人陳桂芳於另案工程款事件證述：「我覺得施工廠商寫『原合約圖說及鋼筋標準施工圖，僅約定以4號綱筋、每15公分間隔一個『#4@15』，並未特別要求以預留筋』這句話非常不負責任，牆壁綁紮鋼筋不須預留是不需要講的，只要做工程的人都知道，我會很有火氣，施工廠商太奇怪。在現場有針對『每一間隔鋼筋均需搭接之工法』的事討論過...(略)沒有要求預留筋絕對錯誤，沒有預留到一定是原告（即劉君冠）的責任，挖開植筋下去綁牆面的時候跟預留鋼筋沒有對在一起，整個配筋錯開，被告張同文要求直的鋼筋跟預留鋼筋要綁在一起，我跟原告講為何鋼筋要錯開讓業主質疑你，原告（即劉君冠）說是小事，改掉就好。」經承審法官當場詢問劉君冠，其答以：「確實有這件事。」（另案工程款事件原審卷一第288頁反面），可證被上訴人清楚知悉此部分為其施作錯誤所致之工程瑕疵，其因修繕所增加之施工日程，自與上訴人無涉。況查，鑑定報告第65頁已說明：「原牆體垂直向鋼筋確實未依鋼筋標準搭接法施工」，則被上訴人自身施工錯誤，與工程之變更追加毫無干係。

11.關於被上訴人主張之「2FL（二樓地板）柱樑鋼筋綁紮變更要求（增加箍筋）（A、B棟）」部分：

依照鋼筋標準圖柱子結構箍筋應連續綁紮，惟本案工地現場發現很多柱子與樑結構交接處，箍筋都預留在上方，並未依序放下綁紮固定。經詢問建築師有無補救措施，因現場已無法拆除重綁，故只能要求被上訴人加強樑柱箍筋連續綁紮，避免地震時產生結構性破壞（參原審卷一第164至165頁背面

），此乃上訴人因被上訴人施工疏失而依合約內容為求結構安全之合理要求，當時未見被上訴人提出增加工期之請求，如今臨訟始稱應增加6天日程云云，顯非有據。況依鑑定報告第66頁說明：「甲方於施做前得要求乙方加強配筋或調整」，倘若被上訴人真因瑕疵修補有因此增加工時，鑑定報告亦說明：「因小於一工，建議以一工協議」。「一工」係指一名工人施作一天之意，如此何來被上訴人所稱增加6天日程之理？依證人陳桂芳於另案工程款事件審理時證述：「（問：有關（十一）『2FL（二樓地板）柱樑鋼筋綁紮變更要求（增加箍筋）』（A、B棟），何部分與你有關？）921地震以後已全部的工地均要求要柱樑綁紮鋼筋，這部分跟前面的預留筋一樣，別的工地都不用要求，因為鋼筋已綁好。」等語(另案工程款事件原審卷一第289頁)，可證被上訴人就此應無增加工期之可能。

12.關於被上訴人主張之「1F混凝土圓柱變更為鋼製模板（A、B棟）」部分：

如上所述，1樓正面圓柱需RC一體成型，且表面需平整不可二次粉光，兩造間自始至終均無採用油漆粉刷工法之合意，且本工程第一次工程會議已決議1樓正面圓柱施工工法係採用紙模配合模板施工。上訴人再於105年1月21日寄發電子郵件予被上訴人確認一樓正面圓柱施工工法應採用保力龍配合模板施工，自始至終均未提及要採用鐵模或鋼模施作，詎料，被上訴人擅自以鋼模方式施作，不合於上訴人之指示，應由被上訴人自行承擔所增加之工期或成本。甚且鑑定報告第67頁已說明：「查原設計圖說及104/8/28會議記錄第33項確實如甲方說明」，鑑定人建議：「本項建議暫不給付」，可知此係被上訴人施工錯誤所致，應由其負修繕責任，何來上訴人任意變更或追加之情事？本件工程A、B棟一樓正面八支大圓柱原設計直接從一樓延伸至二樓天花板（原審卷三第300至301頁），因被上訴人施作一樓圓柱時定位錯誤造成鋼筋嚴重移位、柱體偏斜（原審卷三第302至305頁），致無法再

使用原先經雙方確認以保利龍作為模具之工法進行灌漿作業，為使灌漿作業順利進行，被上訴人乃自行變更以鐵皮施作圓柱外箍，此即施工工法變更為鋼模之原因。惟查，被上訴人所使用之薄鐵皮厚度僅0.2mm加角鐵，根本稱不上為模具（原一審卷三第306頁），且被上訴人施作時是以木料及鐵絲固定，灌漿時鐵皮因錯位造成結合處凹陷及柱身移位嚴重之瑕疵（原審卷三第307頁），因圓柱灌漿至二樓本有其延續性，為了補救及矯正八根圓柱之問題，不得不再另外定製厚度達0.5mm之模具施作，論此，此部分瑕疵皆因被上訴人不按照合約約定工法施作又偷工減料所致。

13.關於被上訴人主張之「動工前全區除草，增加施工約2天」部分：

此工項早在簽約前82項工項中就已約定在總價承攬範圍中，並為兩造於104年8月28日第一次工程會議紀錄所決議約定之事項，可證被上訴人劉君冠於簽約前已明確知悉系爭工程之施工內容及範圍，並變更或追加工項之情事，亦無增加工期之情事。甚且，鑑定報告第68頁已說明：「105/8/28會議記錄第一項協議全區除草…由乙方負責」、「查協議無提及所需費用」，可徵被上訴人所辯並非可採，且鑑定報告所載之費用金額，僅係鑑定人單純檢討被上訴人所提出之施作費用是否合理，非謂鑑定人已判定該部分事實存在，被上訴人僅片面將鑑定內容斷章取義，顯屬無稽。

14.關於被上訴人主張之「20呎貨櫃屋」部分：

理由同前，此為被上訴人於簽約前或第一次工程會議中經兩造約定之事項，應屬系爭契約所應施作之範圍。甚且鑑定報告69頁已說明：「105/8/28會議記錄第九項協議要求貨櫃工務所…由乙方負責」、「查協議無提及所需費用」，可徵被上訴人所辯並非可採，且鑑定報告所載，僅係鑑定人單純檢討被上訴人所提出之施作費用是否合理，非謂鑑定人已判定該部分事實存在，被上訴人據此主張，亦屬無稽。

15.關於被上訴人主張之「1F（一樓）結構體灌漿等無理要求（

A、B棟）」部分：

鑑定報告第70頁已說明：「1、大型或數棟建築物灌漿作業承包商應妥善控制，一般無特別因素應無增加工程費之必要。2、查工程估價單二棟各自估價，若需分二次灌漿應無不可。」亦即，被上訴人向上訴人收取兩次灌漿施工費用，卻意圖只想用一次灌漿施工成本來施作，其動議已屬可議，自難採信其主張為真實。另外，被上訴人所提因為工程需要配合上訴人至花蓮之時間始能施工，造成工程延誤等語，更屬無稽。蓋：每次工程會勘都是被上訴人事先與上訴人約定會勘時間，上訴人準時抵達花蓮，惟被上訴人均未按進度完成應受檢階段，致使上訴人經常空跑一趟，浪費無謂之時間及金錢。而第二次工程會議中亦有針對此部分缺失提出檢討（詳第三項第4條、第5條及第五項第5條），兩造並約定扣減工程管理費150,000元及日後再無法按照約定時間受檢，每日必需彌補上訴人2500元住宿及餐費及代為購買回程車票及第二次、第三次扣減管理費等會議結論，被上訴人對此更主動表示同意，亦有證人陳桂芳於鈞院準備程序之證述可稽。惟上訴人事後向被上訴人要求退還減價之工程管理費150,000元及彌補差旅費5,000元（原審卷三第140頁），被上訴人卻一再以各種理由拖延交付，如今臨訟反稱係因配合上訴人時間始生工程延宕，已難採信。就此，鑑定報告已明確指出「一般無特別因素應無增加工程費之必要」（鑑定報告第70頁檢討說明第1點），被上訴人始終未能提出合理說明，其主張自屬無稽。

16.關於被上訴人主張之「2000PSI預拌混凝土（A、B棟）」部分：

依證人陳桂芳於鈞院準備程序證述：「第四項（即2000PSI預拌混凝土）在兩次的會議紀錄都沒有提出，而且基礎鋪設預拌混擬土原施工圖應該都會有。」等語(本院卷第121頁)，可徵此項目為被上訴人片面主張，應無理由，其餘理由同前述第十三、十四項。

(五)被上訴人主張兩造就系爭水電契約之下列項目存在追加、變更，顯無理由，且被上訴人主張因此增加施工日數，亦屬無據：

1.兩造間就水電工程並無工程變更或追加之合意：

⑴被上訴人一方面主張系爭水電工程開工日應以105年2月18日系爭水電工程契約書簽訂日為起算基準，一方面又以105年2月18日以前之系爭水電工程相關爭議事項主張為工程追加範圍，試問：被上訴人所稱系爭水電工程合約既然尚未簽訂，何來被上訴人所稱變更或追加契約所無之工項？可徵被上訴人之抗辯主張前後矛盾，不足採信。

⑵系爭水電工程契約之簽約過程均係因被上訴人未積極提供相關簽約之必要協助事項（如：提供估價單、施工圖面等），致合約遲遲無法簽訂，最終仍須由上訴人親自完成所有電力、弱電、進水、排水等管線路圖之彙整工作，於105年2月18日才完成簽約。

⑶被上訴人於工程開工後並未依契約約定提供施工日報表，至第二次工程會議時，經上訴人提出檢討事項，被上訴人始承諾會依約履行其契約義務，惟對照被上訴人於105年5月26日以後提供之施工日報表，與原審被證17、18、19、20之施工日報表所呈現之記錄方式明顯有別，一為手寫記錄，一為電腦繕打，其間差異已足生質疑於其真正性，顯然原審被證17至20之施工日報表係被上訴人事後針對特定事由而臨時編造，不足憑採。

⑷更有甚者，原審被證20最末頁之105年5月18日施工日報表，與被上訴人於施工期間提供予上訴人同日之施工日報表，竟多出「重要記事」欄之手寫記事內容，且被證20之該日施工日報表下方「經理欄」被上訴人簽核之日期竟載為「元／18」，明顯非當天5月18日之日期，已有可議；再觀諸原審被證18之末三頁即105年元月15日、19日、20日施工日報表，被上訴人之簽核日期分別為「元／17」、「元／19」、「元／20」，獨缺「元／18」，顯為被上訴人

事後批次製作原審被證17至20之施工日報表時，誤繕原審被證20之105年5月18日手寫施工日報表之日期，其真正性實屬堪疑。

⑸被上訴人已施作之系爭水電工程項目多屬隱蔽部分，鑑定人至現場勘查時已無法確認施工時之狀況，故被上訴人援引鑑定報告書之內容，顯非有據，應不可採。

2.關於被上訴人主張之「地樑配管降低20公分」部分：

原工程設計圖明確畫出套管位置在地樑內並需開口補強鋼筋，而水電進場施作之前，上訴人於104年11月30日再次提醒被上訴人必須注意地樑套管位置（當時兩造尚未完成水電工程合約之簽訂），經被上訴人於同日回信表示「照辦」（原審卷一第255至256頁）。詎料，被上訴人並未將此注意事項轉告其水電廠商，任由水電包商自行施作，導致施作位置錯誤（原審卷一第257頁），此由證人潘信成即水電施作廠商於另案證述：「（問：既然你沒有看過合約書，你如何知道兩造沒有約定地樑套管的高度？）我們現場已經在施作好幾個月啦，我們是照工程慣例去做，我說兩造沒有跟我講，是我照一般工程慣例去做，一般工程套管不會指定高度。」等語可證（另案工程款事件原審卷第314頁反面、第315頁。）。再查，本件地樑配管之出管位置過高將造成完工後管路完全外露無法隱藏，且被上訴人擅自將出管埋設於地樑上方，顯係為圖節省地樑開口鋼筋補強施作之工時及成本，已與設計圖說不符，核屬被上訴人單方面之施工疏失，被上訴人事後修正地樑配管降低20公分，以符合契約圖說之標準，縱有增加被上訴人之施工時間，亦應由被上訴人自行承擔，核與上訴人無涉。甚且，鑑定報告第71頁已說明「水電工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理。一般承商多包含於總價承攬合約不另追加工程款」亦可證明。

3.關於被上訴人主張之「每層熱水回水空調套管及排水配管」部分：

系爭水電工程所有水電管路、空調管路之預留，於設計圖內

均明確標示，且兩造更曾多次會同水電廠商開會討論，亦有前述水電工程簽訂過程之相關事證可稽（詳原審卷一第258至260頁，其餘可查閱水電合約書設計圖），自無被上訴人所稱追加之情事。再依證人潘信成於另案之證述：「（問：請看這圖A棟，其上就熱水回水部分有無標明？）有。（問：其上B棟熱水回水部分有無標明？）有。」等語，可證被上訴人所稱施工內容均為系爭水電工程契約之設計圖說範圍，核屬被上訴人依約應施作之項目，自無其所謂變更或追加之情事。甚且，鑑定報告第71頁已說明「水電工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理。一般承商多包含於總價承攬合約不另追加工程款」等語，亦可證明。

4.關於被上訴人主張之「緊急照明設計高度配管變更、夜間照明配管」部分：

系爭水電工程之所有出線盒高度，於設計圖內均明確標示（原審卷一第261至263頁），被上訴人未按圖施工，經上訴人依合約要求修正，乃屬正當，核與工程變更或追加無涉。且依證人潘信成於另案之證述：「（問：其上有緊急照明的標示是否即有該設備？）是。（問：水電弱電工程合約書第36頁A棟一層平面圖上有無緊急照明燈標示？）有。（問：其上有夜燈出線口，此是否即為夜間照明部分的圖面？）對，圖面上是這樣標明。（問：水電弱電工程合約書第25頁A棟一層平面圖是否即剛才提示的規劃夜間出線口？）對。」等語，亦可證上情。甚且鑑定報告第71頁已說明「水電工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理。一般承商多包含於總價承攬合約不另追加工程款」。且此等工項兩造均於104年10月1日水電工程會議時即進行討論與決議，並無被上訴人所指上訴人事後變更或追加之情事。

5.關於被上訴人主張「樓板接線盒臨時變更高度8.5公分」部分：

兩造於系爭水電工程合約簽訂前見面討論時，曾共同確認天花板需要使用高腳出線盒（原審卷一第264頁），上訴人再

於105年5月17日以LINE通知工地主任潘俊芳必須提醒水電包商此注意事項，於翌日同年5月18日再次提醒潘俊芳（原審卷一第265至266頁），且當時工地現場施作進度尚處於修正A、B棟圓柱鋼筋及固定二樓板模板，有同年5月14、16日施工日報表可參（原審卷一第267頁），應無被上訴人所稱將因此增加施工日程之情事。另有關於高腳出線盒之材料，於花蓮縣境內之立貴水電材料行及鍵誠配管材料行皆可訂料出貨，被上訴人所稱需特別向高雄供貨商訂貨云云，純屬推諉卸責之詞。甚且，鑑定報告第71頁已說明「水電工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理。一般承商多包含於總價承攬合約不另追加工程款」，亦可證明。另外，證人潘俊芳雖於另案工程款事件原審審理時就此到庭作證，然潘俊芳自承伊係於105年4月始進入工地，對於兩造先前所約定之內容並不清楚，亦未參與105年1月2日水電工程會議，自難採信潘俊芳其餘不利於上訴人之證述為真實。

(六)被上訴人主張因營建工程施作後，上訴人再要求被上訴人施作水電弱電工程部分，因而新增工期25日云云，屬逾時提出之新攻擊防禦方法，應不予審酌，且被上訴人之主張亦屬無據：

1.被上訴人主張因上訴人於營建工程施作後再要求被上訴人施作水電工程而新增工期25日乙節，於原審長達一年餘之審理期間，均未見被上訴人為此主張，其遲至鈞院準備程序中始提出，顯屬逾期提出之新攻擊防禦方法，應不予審酌。

2.依兩造間第二次工程會議紀錄及證人陳桂芳之證述，可知：被上訴人自本件工程開工後迄至第二次會議之期間，均未曾依系爭工程契約約定提出每日施工日報表供上訴人確認存查，經上訴人於上開會議中提出檢討，被上訴人於此之後始依約製作並提供每日之施工日報表予上訴人，如今臨訟反提出被上證二之104年11月至105年1月間之施工日報表，其真實性如何，已令人質疑，上訴人爰否認其形式上之真正性。

3.兩造間之系爭水電工程契約書係於105年2月18日完成簽訂，

既為兩造所不爭執之事項，則上訴人又如何於兩造簽訂系爭水電工程契約之前，要求被上訴人施作系爭水電工程項目而增加系爭工程之施工日程？顯見被上訴人之主張與事實不符。

(七)本案工程之工期延宕，核屬可歸責於被上訴人之事由所致，上訴人自得依約請求被上訴人給付違約金：

1.兩造於第二次會議紀錄中已確認本件工程進度延宕超過70%以上，係因被上訴人之施工瑕疵及管理不善所致，經上訴人提出檢討後，被上訴人亦同意扣減工程管理費150,000元及日後再無法按照約定時間受檢，每日必需彌補上訴人2500元住宿及餐費及代為購買回程車票及第二次、第三次扣減管理費等，已如前述，被上訴人反推稱係因上訴人之因素始生工程延宕情事，自難認可採。

2.被上訴人遲誤本件工程進度之真正原因，係因其未善盡承包商管理之責，以致發生施作錯誤、工程品質不良及施工人數嚴重不足所致，主要事項有：地樑灌漿不確實(原審卷一第166至169頁背面）、放樣錯誤（原審卷一第170至181頁、卷二第78至84頁）、鋼筋綁紮錯誤（原審卷一第182至186頁）、水電施工人數不足（原審卷一第187至194頁）。

3.又參諸兩造間之line對話紀錄文字檔等內容，可證明被上訴人施工人數不足，甚至常以「喝酒慶祝」、「去外面賺現金」等荒謬藉口未出工，延宕施工進度。

4.本工程之開工日期應以104年10月22日為準，且被上訴人於105年6月7日片面停工時，其工程施度已落後達百分之二十以上，茲析述如下：

⑴按「開工期限：乙方於民國一0四年八月三十一日前完成合約手續，並取得甲方建築執照正本後申報開工程序（十五日）後正式動工」系爭工程契約第5條第1項定有明文。查被上訴人為上訴人向主管機關申報核准之開工日為104年10月7日，依上開約定，被上訴人自應於104年10月22日正式動工，並自此日開始計算工期，被上訴人辯稱開工獲

准日為同年10月27日云云，顯與事實不符。

⑵再依被上訴人申報之放樣勘驗日為104年10月29日，可證被上訴人於10月29日前已進場開始施工，如今臨訟辯稱需待上訴人的臨時電、施工道路完成後始能進場云云，純屬卸責之詞。

⑶本件工程期限自104年10月22日被上訴人應依約動工起至105年6月7日片面停工之日止，共229日曆天，僅得扣除105年農曆春節9天、雨天無法施工1天，被上訴人應有219天之可施工期間：

A.按「完工期限：自乙方動工日起，以二百四十個工作天（含假日）完成合約內工程項目，並於完工十日內辦理使用執照申請。但一0五年農曆春節九天（自一0五年二月六日至二月十四日），及因天氣、天災因素致無法施工之期間，則應扣除之，不計入工作天。」系爭工程契約第5條第2項定有明文。

B.查氣象局之逐時氣象資料，僅能提供作為時雨量及累積雨量之參考依據，並非系爭工程無法施工或必須停工之必然標準，被上訴人依本條項約定主張因天氣因素致無法施工之天數不計工期計算，自應由被上訴人就其因此無法施工之事實負舉證之責。

C.依臺南市政府頒訂「臺南市政府及所屬各機關學校辦理營繕工程工期核算注意事項」第五條第四項之規定可知：系爭工程因下雨影響正常工作，必須於一定時間內累積一定雨量始可認定有展延工期或停工之必要，非如被上訴人所陳只要當天上午或下午有任何零星降雨，即可謂達停工標準。

D.依上訴人向氣象局花蓮氣象站所申請之壽豐氣象站（位於本件施工地附近）逐時氣象資料所示，自104年10月22日開工起至105年6月7日停工止，以上開參考標準而言，僅有105年5月15日之降雨情形符合停工標準，其餘均未達標準。

E.再依系爭工程契約第5條第2項明文約定，本件工期含假日，僅得扣除105年農曆春節9天，其餘例假日均計入工期計算，詎被上訴人竟主張應扣除清明節3天及勞動節1天共4天，顯與兩造契約約定有違，應屬無據。

F.又兩造於104年8月28日第一次會議第67項固然約定混凝土澆置後需水濕潤養護7日，惟該次會議通篇會議紀錄文字完全未見被上訴人所稱「工程需待護養7日後始得施工」或「7日養護期間不計入工程」之約定，被上訴人自行創設兩造未約定之事項。況被上訴人因未依第一次會議約定進行養護7日，均只有養護3日，經上訴人於第二次工會議提出檢討，在在可證被上訴人所辯不實在。

㈣承上，截至被上訴人105年6月7日片面停工為止，被上訴人有219天之施工期間，卻僅完成「A棟建物二樓地板澆灌工程，B棟建物二樓地板鋼筋綁紮、尚未澆灌」，顯然已嚴重落後契約預訂之工程進度，自難期被上訴人得於約定之工程期限內完成本案二棟建物之所有工程項目。

5.被上訴人抗辯104年11月11、12日因地下水持續湧出而無法施工云云，業經上訴人於原審提出被上訴人於104年11月11、12日寄給上訴人之工地現況照片，可知被上訴人於11月11日一天完成基礎開挖，並於翌日11月12日進行基礎板灌漿作業，何有其所稱此二天需要抽水而無法施工之情事？

6.被上訴人另抗辯上訴人要求被上訴人施工進度必須配合上訴人抵達花蓮時間且待上訴人確認無誤後始得進行下階段施工云云，實屬無稽，蓋：因被上訴人施作過程中發生前後多次施工錯誤、諸多施工品質不佳，經上訴人要求改善，故上訴人會儘量安排時間前往工地現場會同被上訴人進行會勘確認，此應屬定作人之合理作為及指示，且均由被上訴人事先與上訴人約定會勘時間，何來被上訴人所稱須配合上訴人抵達花蓮之時間而影響施工進度乙情？兩造於第二次會議紀錄中已確認係因被上訴人之施工瑕疵及管理不善所致，已如前述，可徵被上訴人所辯與事實不合。況被上訴人就其所稱各項

追加或變更之工程項目僅泛稱需增加若干日程云云，迄今未見被上訴人舉證說明該等日程究係如何計算得之，其抗辯自難謂有據。

(八)上訴人請求被上訴人給付4,344,970元違約金，應有理由，且上訴人請求之金額亦無過高之虞：

1.按系爭工程契約書第24條第2項第5款既已明定如被上訴人之施工進度較預定進度落後達百分之二十以上，上訴人可終止或解除契約及請求損害賠償，並得請求返還已支付之工程款作為懲罰性違約金，自有拘束兩造之效力。且若被上訴人施工進度落後達百分之二十以上，勢必造成上訴人之系爭建物整體完工進度嚴重落後，致上訴人受有重大之損害，故兩造約定以上訴人已支付之工程款數額作為懲罰性違約金，應屬合理。

2.依系爭建物建造執照所示，系爭工程應自申報開工日104年10月7日起9個月個內完工，經上訴人申請展延一次後，完工期限於106年7月6日即告屆滿，若上訴人未能順利完工並申請核發使用執照，將面臨建造執照遭撤銷之風險。

3.系爭工程自被上訴人於104年10月開始施作起，至105年10月上訴人接手施作止，期間歷經近1年時間，被上訴人僅完成系爭二棟建物二樓樓地板之施作，況且，被上訴人交還工地予上訴人時，不僅未親自到場辦理點交作業，亦未派人至現場處理，放任整個工地猶如廢墟，致上訴人尚需耗費大筆金錢善後清運處理。故上訴人據此終止契約並請求被上訴人給付已支付之工程款作為懲罰性違約金，自屬有據。

4.系爭工程契約簽訂時，上訴人所支付被上訴人之第一期預收款金額高達總價10%即新台幣1660,000元（一般預收款皆在3-5%），無非係為使被上訴人可以安心籌備工作，無需擔心費用。每一期工程款給付均為被上訴人提前送發票請款，該期工程完成時上訴人即直接給付現金，就連停工前之當期工程款項，上訴人亦帶至工地擬待被上訴人完成B棟灌漿後立即給付。且從鑑定報告內容可知上訴人尚溢付工程款給被上

訴人。惟被上訴人將本件工程款挪作他用，以至於當二樓板灌漿之後，被上訴人依約可向上訴人請領之第三期工程款金額仍不足以填補其財務缺口，故被上訴人遂採取不再繼續施作後續工程，單方面毀約之策略，此由本工程預定灌漿當日，被上訴人片面通知不進行灌漿作業，隨後發出停工通知，寄出存證信函，並於工地懸掛白布條等舉動可稽。

5.被上訴人懸掛白布條之用意是為使其他工人不敢進場施工，欲使系爭工地長期廢置。而扣留上訴人之建造執照，無非欲使工程期限逾建照有效期限而遭廢照。另一方面被上訴人尚捏造不實言論，並在網路上毀謗上訴人之名譽，上訴人據此請求被上訴人給付懲罰性違約金，核屬有據。

6.上訴人接手本件工程後，於剩餘約8個月之施工期限內，不僅必須完成系爭兩棟建物之二樓、三樓、屋頂結構體及相關泥作裝修工程，並整地種植農作物恢復農地農用原貌，尚須改善修正被上訴人施工期間所造成之施工瑕疵及未按圖施工部分，8個月蓋一棟都未必可以順利完成，更何況是要蓋兩棟。上訴人必須花費數倍之金錢從台灣各地調來各領域人數眾多專業之工程人員至花蓮進駐施工。且例假日以兩倍工資同樣施作趕工，上訴人必須以金錢來換取時間以求務必在期間內完工順利請照。且上訴人自接手系爭工程施作後，完全無休假，無形之時間成本、精神耗損及名譽受損更是無法估計。

(九)並聲明：

1.原判決撤銷。

2.被上訴人應給付上訴人4,344,970元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息百分之五計算之利息。

3.第一審、第二審訴訟費用由被上訴人負擔。

4.因上訴人願供擔保，請准宣告假執行。

乙、被上訴人方面：

一、被上訴人答辯則以：

(一)本案工程之工期延宕，應不可歸責於被上訴人；依兩造嗣後

簽立之系爭協議書，已包含拋棄系爭二份契約第24條之請求違約金之權利，上訴人自不得再依該條請求懲罰性違約金等語置辯。

(二)並聲明：上訴人之訴駁回。

二、被上訴人於本院答辯略以：

(一)被上訴人抗辯上訴人依系爭協議書，已拋棄系爭工程契約第24條及系爭水電工程契約第24條請求違約金之權利，有無理由？

1.依系爭契約書約定上訴人應給付第三期尚未支付之工程款外，於第5、6條，尚約定退還工程保留款方式，可知雙方簽訂系爭協議書之真意為雙方合意終止兩造間承攬契約，上訴人何以得再主張上揭契約第24條之單方終止或解除權，顯見上訴人早在簽訂系爭協議書時即已拋棄該條之請求權，自無再請求懲罰性違約金之理。此可見，若如上訴人所述系爭協議書並未拋棄系爭二份工程契約第24條之懲罰性違約金請求權，被上訴人何以於簽訂系爭協議書後兩周再至現場澆灌混凝土，而上訴人又何以於當日依約給付被上訴人工程款，顯與常情有違。

2.依原審證人邱劭璞律師證稱，「(問：若依照協議書的約定，原告當時有無明確表示要拋棄契約第24條的權益？)沒有明確表示，但當時擬約時已經跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷。」，則證人邱劭璞律師與林政雄律師當時各為兩造之代理人，代表兩造協談相關事宜，效力直接歸於本人，既兩造代理人均已稱本件簽完系爭協議書後，雙方即作罷等語，當表示兩造不再就本件工程合約請求任何權利。

3.且證人邱劭璞律師再稱，「(問：為何在第一份協議書第九條只寫拋棄本約第21條的逾期違約金請求權？)因為兩造已經都互寄終止契約的存證信函，所以為了釐清兩造後續的法律關係，我們才訂了第九條拋棄對乙方的第21條逾期違約金請求權。第24條當時我們是因為認為兩造契約既然都已合意停止，所以並沒有寫在裡面。這份協議書的草稿由原告擬的

送給我們這邊，原告亦有許多堅持，當時涉及到灌漿的時間很趕，所以就直接簽了。協議書的意思是要全面終止兩造間所有契約關係。…(問：若依你上開所述，此份協議書是要終局解決雙方工程爭議，為何在協議書第九條或其他條款內未明確記載雙方和解或放棄其他相關權利之文字約定？)答：因當時覺得雙方就之後的金錢、執照等權益已經做了清楚規範，當時張同文經林政雄律師限定很短時間內要簽約，所有當時這個約擬的是很急迫，所以後來沒有再就其他契約的細項作一條條再擬約。」，可證簽定系爭協議書當時時間確實緊迫，無法將達成所有協議內容之文字明確化，惟口頭協議亦屬約定，縱系爭協議書僅載拋棄系爭二份工程契約第21條之請求權，然證人當時已與上訴人代理人以協議書簽訂後雙方即不再主張合約權利之共識，上訴人當受拘束，實無再提起本訴之理由。

4.縱鈞院認系爭協議書上訴人僅拋棄系爭工程契約書、系爭水電工程契約書第21條對被上訴人之逾期違約金請求權，上訴人得再系爭二份工程契約書第24條請求給付違約金等語，惟查，據系爭水電工程契約書內容，其中除第21條約定逾期罰款外，再無其他違約金內容，且該合約書第24條規定，乃係就被上訴人若有該條情事，被上訴人得將本工程之全部或部分改由第三人承辦，被上訴人須就此部分負賠償責任云云，並未稱須返還已支付之工程款等內容，難謂上訴人請求被上訴人給付609,970元，即給付予被上訴人之水電工程款，為有理由。

5.再者，所謂和解，乃係當事人約定，互相讓步，以終止爭執或防止爭執發生之契約；是和解有使當事人所拋棄之權利消滅及使當事人取得和解契約所定明權利之效力，民法第736條、第737條分別定有明文。另按，「和解內容，倘以他種法律關係替代原有法律關係者，則係以和解契約創設新法律關係，故債務人如不履行和解契約，債權人應依和解創設之新法律關係請求履行，不得再依原有法律關係請求給付」，

此有最高法院83年台上字第620號民事判例意旨參照。本件兩造既於105年9月6日簽立系爭協議書約明由上訴人給付第三期上未支付之工程款1,739,000元、被上訴人將系爭工程B棟二樓地板澆灌完成、交還建築執照撤離工地，將本件工程送請花蓮縣建築師公會就工程現況結算，多退少補等情，顯係兩造簽定系爭協議書之真意即已決定原有法律關係不再繼續（終止），而以不同於原契約內容之和解契約替代原有之系爭二份合約，則兩造原有法律關係消滅，而不論是否於和解契約中明示拋棄原有法律關係，故除非另有保留之約定，當不得再依原有法律關係請求給付。上訴人於和解契約中雖明示拋棄依系爭二份合約第21條對被告請求逾期違約金之權利，然因兩造係合意終止系爭二份合約，本不得依第24條請求懲罰性違約金，兩造未約定拋棄依第24條請求之權利，實屬情理之常。

(二)被上訴人主張兩造於105年5月26日進行第二次工程會議，其係受上訴人脅迫而簽名，有無理由？上訴人主張依第二次工程會議，被上訴人已經承認工程進度落後百分之70以上，是否可採？

1.上訴人上開終止系爭二份合約之函文(本院按：即105年8月8日函文)，其所憑乃係依兩造於第二次工程會議、鑑定報告，認被上訴人施工進度落後20%以上，依系爭二份合約第24條得終止契約，並請求被上訴人退還上訴人已支付之工程款作為懲罰性違約金。

2.然兩造於第二次工程會議中，被上訴人當場雖未表示，然並不同意「遲延工程進度超逾70%」之記載，未在其上簽名，係上訴人幾日後拿著會議記錄到工地要求被上訴人簽名，起初被上訴人亦不願為之，僅因上訴人稱被上訴人若簽名的話，就將尚未支付之工程款一併支付，且稱簽了之後違約金等事情也都好談，被上訴人礙於小包工業尚有上下游材料、工資需支付，資金調度緊張，在上訴人以給付工程款等資金壓力下受脅迫簽名，並非同意會議紀錄所寫內容，此可見原審

卷原證四最後一頁兩造簽名時間均非當日，及上訴人復於兩日後即105年6月2日匯款359,970元予被上訴人，可知被上訴人所述為真。

3.本件工程實際進度於兩造會議進行當下亦未逾70%，乃係因上訴人於本件興建、水電工程期間，不斷變更、追加工程項目、施作方法、使用設備等要求，始造成工程嚴重落後，因而增加施工日程。

4.證人陳桂芳證稱略為：第二次會議記錄第二項「工程延誤檢討及咎責」之第2點「工程進度延宕超過70%以上」於會議中有講過，但比例怎麼計算沒有去斟酌，劉君冠當場沒有反對的意思，當天會議還有提到「雙方同意以9月20日為最後期限」，簽會議紀錄時係上訴人單獨去伊辦公室給伊簽的，劉君冠簽的時候伊不在場，伊不知道他們之間的互動等語。從上開證述內容，非但不能證明上訴人所主張被上訴人未遭脅迫情事，亦無法證明施工進度是否落後等情，即證人所述，僅知被上訴人當場未有反對之意，然對是否進度延宕70%、兩造於會議記錄上簽名當時，被上訴人是否有遭脅迫情事，證人陳桂芳非但未核算，亦未在場，實無法作為被上訴人未遭脅迫及工程進度延宕之證明。

(三)被上訴人主張兩造就系爭工程有如本院卷第48頁背面上訴人民事準備書狀二、(三)所載之變更、追加工程項目，有無理由？若有理由，上開變更、追加工項增加或減少施工日數，有無理由？

1.本件上訴人於簽訂系爭工程合約後，即不斷變更、追加諸多工程項目，致本件工程無法按預期進度進行，此參鑑定報告第13頁及原審卷被證49、50臺灣花蓮地方檢察署檢察官不起訴、再議駁回處分書所載：

⑴臺灣花蓮地方檢察署(下稱花蓮地檢署)檢察官不起訴處分書，其上即載「(三)再查，告訴人確有以口頭或會議方式增加或變動系爭工程契約之原施作內容，縱依告訴人主觀上所認因被告劉君冠無異議同意施作，並非變更追加工程

，但該非合約範圍內之工程項目既係告訴人與被告劉君冠另行合意之工程項目，被告劉君冠又未向告訴人表示願意免費施作情況下，本應另行支付價金，為一般人應有之認知，而依前揭花蓮縣建築師公會鑑定報告書所示，認定系爭工程尚有就非合約範圍內之工程項目建議給付34萬4839元、27萬676元，是被告劉君冠應告訴人要求所為就非合約範圍內之工程項目施作，其依民法不當得利、承攬之規定向告訴人請求該部分之報酬或不當得利，尚非無據。…」。顯見本件工程契約原告於簽約後確再行變更、追加如鑑定報告所載之工程項目。

⑵再依，「…(二)…然觀系爭工程中，告訴人係以口頭或以會議方式要求被告劉君冠就非合約範圍外工程項目施作，已如前述，均非被告劉君冠擅自、逕自所為，尚難認被告劉君冠就該部分無法主張報酬…」。足證上訴人自簽約後即變更、追加多項工程項目，且均係在上訴人要求下始進行，此見上訴人未反駁追加牆面之灌漿，以及自承追加「土石計畫及土方外運至土資場」項目，故上訴人一再稱不知悉本件有變更、追加之工程項目，恐有違誠信。

2.依被上訴人於105年6月13日寄發如原審原證六存證信函，其中告知上訴人，被上訴人已施作多項變更追加之工程項目等等，兩造於105年9月6日簽訂系爭協議書，系爭協議書第五條載，「甲(此指被上訴人)、乙(此指上訴人)雙方同意於乙方完成本協議書第二條所示工程後，由甲方將本工程送請『花蓮縣建築師公會』就工程現況結算(含乙方主張之變更追加部分)為鑑定，並按鑑定之結算金額，扣除營建工程保留款10%後，由甲、乙雙方多退少補工程款。」，可證上訴人非但早已知悉被上訴人於本件已施作完成多項變更追加之工程，與被上訴人間具合意，並同意給付被上訴人就地結算後之工程費用，現再拒承認有變更追加工程項目，當有違誠信。

3.「土方計劃及土方外運至土資場」（A、B棟）：

依系爭工程契約約定，土方開挖並不包含土方外運等工程，，上訴人於第一次會議時再追加此工程，此見原審卷被證5會議記錄第3點可稽，則上訴人需再雇工及運送等情，屬上訴人簽約後追加之工程項目，增加工程約3-4天日程。上訴人再提出系爭工地於基礎工程所挖取之土方自始至終均留在現場云云。惟查，上訴人於原審106年7月26日庭期、書狀所載，已自承本件有追加土石計畫及土方外運至土資場之項目，僅爭執追加工程項目所增加之天數，鑑定報告亦認上該項目屬合約範圍外，並建議雙方協議給付；且，系爭工地實際載運A棟張同文56.62立方公尺、B棟李梅子70.79立方公尺之土方至威神企業有限公司(土質場)，此有原審卷被證23證明文件可稽，且載運之證明文件亦須經縣政府建設處核准，證明被上訴人確有將土方外運至土資場，並經另案提出威神企業有限公司之請款單(上訴人不爭執形式真正)、開興環保工程有限公司之對帳單及張富榕請款單等，及傳喚相關證人等，證明上該對帳單、請款單均係其所出具，施工地點即為本件上訴人興建房屋處，相關款項被上訴人已給付完全等語，可知被上訴人非但確有施作，且均已給付相關施工價款等情(本院被上證三，第1、2、16-18頁)，上訴人一再稱不知悉本件有變更、追加項目，有違誠信，與事實不符。

4.「基礎深度再加深50cm」（A、B棟）：

原合約約定地基深度為180公分，惟上訴人簽約後要求被上訴人再增加50公分深度，此可見第一次會議記錄第4點(原審卷一第108頁)、原施工圖(原審卷一第112至114頁)可稽，因而實際施作之地基為230公分，則被上訴人需再叫料、雇工、運送及抽水（因挖到水層，上訴人於108年1月9日民事辯論意旨狀第15頁第8行以下亦不否認）等，當屬上訴人簽約後追加之工程項目，增加被上訴人工程約10天日程。上訴人卻一再稱打地基時將兩造協議只下挖50公分，被上訴人因此節省開挖工程費用。惟查，上訴人於簽約後將原地基深度180公分加深50公分，增加為230公分，因系爭工地地勢低窪，

便以地基外露方式興建，並僅開挖50公分高度，然實際上施作之地基為230公分，並無反覆之情，因而上訴人企圖混淆開挖高度與地基實際高度，尚非可採。而鑑定報告所載，建議給付「基礎深度加深50cm」共299,440元，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。縱上訴人主張兩造簽約前曾經三次工程圖面釋疑會議，仍屬簽約前之討論內容，實際簽約情形，當以興建契約內所附施工圖說之地基深度載180公分，為簽約當時之真意，故因簽約後上訴人要求下始增加地基深度50公分，當與簽約前圖面釋疑會議內容無關。

5.「基礎回填再生級配料」（A、B棟）：

依系爭工程契約僅約定回填10公分之碎石，此見系爭工程契約所載「二結構體工程…(三)6分碎石級配回填(D=10cm)」可知，惟上訴人卻在簽約後要求增加基礎回填再生級配料之施工項目，依上訴人於另案亦將之列明不爭執事項，確有本項工程之施作，此有108年1月17日開庭筆錄可稽（本院卷被上證四），則被上訴人需再叫料及運送等，屬上訴人簽約後追加之工程項目，增加施工約2天日程。然，上訴人再稱已交付被上訴人193,200元云云。惟查，上該款項(本院卷第158頁)並非系作為基礎回填再生級配料之用，而係作為系爭工地施工道路之費用，即因系爭工地與四周道路高低相差130公分之多，須另外鋪設一斜坡道路，始方便施工通行之用，此見被上訴人於104年12月5日寄送予上訴人信件中載，『施工道路修建費用193200已經匯入帳戶，請確認款收到了，謝謝!』(本院卷被上證五)；且，上訴人既稱其所付費用乃係施工道路及地基回填級配之補貼費用，但施工道路及地基級配為不同項目，實無可能同列一項；且道路施工時間為104年11月10日(當日更有傳現場施作照片予被告)，與回填再生級配時間為104年12月25日，此有工程日報表及電子郵件可稽(本院卷被上證六)，二者相差近1個月，明顯晚於上訴人匯款時間，殊難想像上訴人在被上訴人尚未進行再生級配回填前，即願交付追加費用予被上訴人，可證上訴人上該所述

不實。

6.「2000PSI預拌混凝土(基礎全部鋪設)」(A、B棟)：

依系爭工程契約僅約定鋪設11、10立方公尺之預拌混凝土，此見系爭工程契約「二結構體工程…(六)2000psi預拌混凝土，單位：m3，數量：11」、「二結構體工程…(六)0000psi預拌混凝土，單位：m3，數量：10」所載可知，惟現場開挖時遇地下水層不斷湧現(上訴人於本院卷第140頁辯論意旨狀中亦不否認)，上訴人因而要求被上訴人增加預拌混凝土之鋪設，以免日後再有地下水冒出，致鋼筋表面遭損害之情，故A、B棟各增加2立方公尺之2000PSI預拌混凝土(基礎全部鋪設)之項目，當屬上訴人簽約後追加之工程項目。此可見鑑定報告，建議雙方協議「2000PSI預拌混凝土(A、B棟)」之工程款給付價額，並認被上訴人請求項目合理，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

7.「1FL(一樓地板)版鋼筋綁紮」(A、B棟)：

系爭工程契約僅就二、三樓樓板約定鋼筋綁紮及施工方法，均未約定一樓地板亦須綁鋼筋(於一般工程實務中亦多有一樓地板未綁鋼筋案例)，惟上訴人於簽約後要求被上訴人就一樓樓地板部分亦須以鋼筋綁紮，此見第一次會議紀錄第84點以及原施工圖(原審卷一第116至119頁)另案亦將之列明不爭執事項，確有本項工程之施作(本院被上證四第3頁)，則被上訴人需再叫料、雇工及運送等，屬上訴人簽約後追加之工程項目，需增加工程約14天日程。然，上訴人稱依簽約前會議針對一樓板無配筋圖問題達成共識，請包商先按照一般工程以3號鋼筋間隔20X20雙層雙向之施工法進行估價，再請建築師補圖面資料云云。惟查，遍查上訴人所提證物，均僅載請「建築師補圖」等語，然均未見一樓板配筋將以3號鋼筋間隔20X20雙層雙向之施工法，則兩造於簽約前是否已就一樓板無配筋圖達成由包商依前述之施工法進行估價之共識，上訴人實需負舉證之責；況，依鑑定報告第60頁載，「查原合約圖無標示一層板配筋其104/08/28會議記錄第84項

確實協議請設計建築師補足。本項屬隱蔽部分，現況無法判斷是否確實施作，建請乙方提出相關佐證資料。…」可知，鑑定結果認系爭工程契約簽訂時確無一層板配筋，係待簽約後始由建築師補足，證明原告上該所述不實。故實以鑑定報告所載，建議給付「1FL一樓地板版鋼筋綁紮」共168,696元，被上訴人亦有要求部分增加施工項目與數量等語，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

8.「1F（一樓）迴廊柱變更為混凝土柱」（A、B棟）：

系爭工程契約約定一樓迴廊柱使用GRC（玻璃纖維）造型圓柱，惟上訴人又於104年10月31日以電子郵件告知被上訴人改以RC（混凝土）造型圓柱，此見原施工圖(黃色螢光筆處)及電子郵件內文第1點可證（原審卷一第120頁-122頁），則上訴人需再叫料、雇工及運送等，屬上訴人簽約後追加之工程項目，需增加被上訴人工程約6天，上訴人自承簽約後更改原設計圖約定，即將一樓迴廊柱之GRC（玻璃纖維）造型圓柱，改以RC（混凝土）造型圓柱，然修改後之施工方式，係欲以混凝土且不可二次粉光，屬較難之施工技法，有一定風險，自屬追加原設計圖所未約定之項目，實以鑑定報告所載，建議雙方協議「1F（一樓）迴廊柱變更為混凝土柱（A、B棟）」之工程款給付價額，上訴人亦有要求部分增加施工項目與數量等語，認本件有變更、追加項目，並增加工期。又，鑑定報告第61頁僅係載「建議該項暫不給付，檢討金額供參考並建請雙方協議」可知該項工程上訴人並非無須給付，而係由兩造協議後金額為給付，上訴人稱無追加之情，顯無理由。上訴人再稱第一次會議紀錄第33項(原審卷一第21頁背面)已明確寫明圓柱就是要用RC了，RC就是混凝土云云。惟查，該會議紀錄第33項所指並非係本項一樓迴廊柱，此可見施工圖載迴廊柱為GRC（玻璃纖維）材質，而非混凝土(原審卷一第120-122頁)，以及證人陳桂芳鈞院證稱，「第一次會議記錄第三十三項圓柱指的是有一棟前面有四隻直的圓柱，跟迴廊柱是不同的事。」可證，顯見上訴人上該所

辯並非真實。

9.「降版浴缸變更（修改兩次）」（A棟）：

系爭工程契約設計A棟一樓廁所為圖面右往左方向之降版浴缸，又上訴人於104年12月15日以電子郵件告知被上訴人調整降版浴缸之尺寸，因上訴人提供錯誤之設計圖，致被上訴人歷經兩次之修正始符合上訴人要求，此有原施工圖(黃色螢光筆處，原審卷一第123-126頁)可稽，上訴人於另案亦不否認上該往返設計圖乃係其所提供，則被上訴人需再叫料及雇工等，屬上訴人簽約後追加之工程項目，需增加工程約3天日程。此亦可見證人陳桂芳於鈞院證稱，降版浴缸修改兩次部分，並未包含於會議記錄中，及系爭工程合約設計A棟一樓廁所為圖面右往左方向之降版浴缸；以及鑑定報告第62頁亦載，「檢討乙方所提拆除浴缸降板修改二次工程費尚合理」等語，可證被上訴人確有因上訴人施工圖說瑕疵，致兩次修改之工程費，顯有追加工程項目，增加工期之情。

10.「1F（一樓）開關箱追加、變更為混凝土牆」（A追加混凝土牆、B棟增加厚度為30cm）：

系爭工程契約設計A棟一樓入口處並未特別就總開關箱設計一道牆面，惟上訴人於104年10月31日告知被上訴人在A棟欲增加一道混凝土牆，B棟牆面從原15公分加厚為30公分(原審卷一第122頁)、原施工圖(粉紅色螢光筆處，原審卷一第127-129頁)、現場照片可稽，依上訴人於另案亦將A棟部分列明不爭執事項，確有本項工程之施作（本院卷被上證四第3頁），而上訴人亦不否認被上訴人有施作B棟增加厚度為30公分，即上訴人於原審待被上訴人提出B棟牆面施工現場圖，可見牆面以一模板固定，而一模板為30公分，可知B棟牆面加厚為30公分施作，顯屬上訴人簽約後追加之工程項目，增加被上訴人工程約1.5天日程。上訴人雖以鑑定報告第63頁說明A、B棟與水電合約中即有繪製云云。然，此屬系爭工程契約(興建工程)內之工程項目，當以系爭工程契約簽訂時是否含括為依據，況，鑑定報告亦建議上訴人給付「一樓開關

箱牆追加為鋼筋混凝土牆」12,343元，上訴人亦自承A棟有開關箱牆體不足，需再增設牆體之工程，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。被上訴人否認有如上訴人所言無償代上訴人施作該牆體之情。

11.「1F（一樓）臥室浴廁變更為混凝土牆（二道）」(A棟)：

系爭工程契設計A棟一樓臥室浴廁洗手台兩側並未設計混凝土牆，惟上訴人卻突告知被上訴人要在洗手台兩側增加兩道混凝土牆(實際位置約於原審卷一第123、126頁橘色螢光筆處)，此有原審卷一第130頁現場照片可稽。依上訴人於另案亦將之列明不爭執事項，確有本項工程之施作（本院卷被上證四第3頁），此顯屬上訴人簽約後追加之工程項目，增加被上訴人工程約2天日程。上訴人雖以鑑定報告第64頁說明A棟於水電合約中即有繪製，然此屬系爭工程契約內(興建)之工程項目，當以系爭工程合約簽訂時是否含括為依據，況，鑑定報告亦建議上訴人給付「一樓浴廁增加鋼筋混凝土牆」8,686元，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

12.「1F（一樓）牆鋼筋綁紮變更要求（預留筋）」（A、B棟）：

系爭工程契約圖說及鋼筋標準施工圖，僅約定以4號鋼筋、每15公分間隔一個「#4@15」，並未特別要求以預留筋且每一間隔鋼筋均需搭接之工法，且牆面非主要耐震之結構，一般工程多不會要求此種工法，惟施工當時遇台南維冠大樓倒塌意外，上訴人便突發（105年2月24日）要求牆面鋼筋工法改以臺南市政府之建築規範施工，此有原審卷一第131-134頁原施工圖(黃色螢光筆處)可稽，則被上訴人需再雇工變更鋼筋綁紮工法、增加耗費材料及運送等，屬上訴人簽約後追加之工程項目，需增加工程約14天日程。上訴人雖稱鋼筋綁紮須按照鋼筋標準施工圖施作，然被上訴人未按該施工法，放任工人隨意施作云云，惟查，兩造合約書之鋼筋標準施工圖中並未約定一樓牆鋼筋綁紮須將預留筋與升牆筋綁在一起

，而歷次會議紀錄亦未約定上該工法，故上訴人上該主張，當需提出證據證明之。況，上訴人指鑑定報告載有未依鋼筋標準搭接工法施作等語，僅係鑑定人記載上訴人之個人意見，並非建築師之鑑定意見，此見鑑定報告後載「本項因以部分拆除拆除調整綁紮檢討金額提供參考(即A棟19400元)。」可證。上訴人其並不爭執原告有施作一樓牆鋼筋綁紮變更要求（預留筋）工程，興義益鋼鐵(股)公司確有將上該工程項目之鋼筋送至本件上訴人興建房屋處施作(本院被上證三第10-12頁)，被上訴人亦將相關款項全數支付，可證被上訴人確有施作此項目。

13.「2FL（二樓地板）柱樑鋼筋綁紮變更要求（增加箍筋）」（A、B棟）：

系爭工程契約工程項目並無柱樑之鋼筋綁紮工程，且一般工程實務亦無此項工程項目，然上訴人卻於105年5月24日要求原告在二樓地板樑柱間增加箍筋固定工法，此有上訴人LINE記錄、電子郵件內容可稽(原審卷一第135-136頁)，依上訴人於另案亦將之列明不爭執事項，確有本項工程之施作（本院卷被上證四第3頁），則被上訴人需再雇工變更鋼筋綁紮工法及增加耗費材料等，屬追加原合約內容未約定之項目，增加工程約6天日程。再依本件鑑定報告所載，建議雙方協議「一樓頂板梁柱交接處鋼筋綁紮變更要求」之工程款給付價額，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

14.「1F混凝土圓柱變更為鋼製模板」（A、B棟）：

系爭工程契約就施工圖(粉紅色螢光筆處，原審卷一第120-121頁)之外牆圓柱施工工法，約定以模板加灌混凝土後，再以油漆粉刷，惟上訴人於104年10月31日以電子郵件告知被上訴人改以紙模施工，即希望以混凝土灌漿即可，不要用油漆粉刷，但灌漿後圓柱需呈現光滑表面(原審卷一第122頁)，然此要求現實上並無法以紙模方式灌漿（因紙模無法承受灌漿時之壓力），因而被上訴人須再向工廠定製鋼製模板、運費、現場組裝工資等，，因而增加工廠製作模板時間

10天，顯屬變更、追加原合約內容未約定之項目，此亦有鑑定報告所載，建議雙方協議「一樓正面圓柱變更追加為鋼製模板」之工程款給付價額可證。上訴人稱自始至終均未提及要採用鐵模或鋼模施作，被上訴人擅自以鋼模方式施作等語。惟查，上訴人於另案亦不爭執被上訴人有以金屬模板施作此項目(本院卷被上證四第3頁)，以及上訴人自行張貼網路文章所載，「不惜成本圓柱採用訂製鋼模，為了得到最好的柱體表面及列柱規格一致。只好一再用新台幣來貼。」、「為了要讓圓柱有更好的灌漿品質與準確度，也讓每一根柱子規格一致好安裝GRC柱頭，所以採用鐵製模具來灌漿，…」（原審卷一第137-138頁、原審卷二第104頁），可知當初採用鋼制模板施作，係經上訴人同意始訂製，屬事後追加之施工項目；以及鑑定報告第67頁載，「…經甲方重新訂製0.5mm鋼板模約24000元，…如何施作及所需工程費致雙方各持意見，故本項建議暫不給付，建請雙方協議…」等語，證明上訴人知悉並同意以鋼板模施工，鑑定報告亦僅因工程款尚有爭議，故建議暫時不予給付，並非被上訴人施工錯誤之情，然現上訴人卻一概不承認，實認上訴人主張無理由。

15.「動工前全區除草」（A、B棟）：

系爭工程契約內容並未特別約定開始動工之除草範圍，而一般工程承包商均僅就建物四周延伸約1、2公尺範圍除草，惟上訴人卻於第一次會議中要求被上訴人就其農地全部範圍均除草（原審卷一第21頁第1點），因而被上訴人僱用怪手至現場除草，屬追加原合約內容未約定之項目，增加工程2天日程。且鑑定報告第68頁實係載，「…乙方所提以怪手全區除草工程費應尚符合理，惟無法確當時施工是否以怪手全區除草，以耕耘機除除草工程費約為3000元。本案因故終止合約乙方要求工程費，故建請雙方協議」，可知鑑定報告，亦建議雙方協議『動工前全區除草』之工程款給付價額，並認被上訴人請求項目合理，認本件有變更、追加項目，尚屬適當。此有動工前後之照片(本院卷被上證八)，以及被上訴人

完成後寄發予上訴人之信件內容，其上被上訴人先稱，「…2.10/5已完成整地，並確認界樁位置.」，上訴人回復「感謝你，我有收到照片了」，顯見被上訴人確有施作上該項目，此有電子郵件及簽認單可稽(本院卷被上證九)，證明被上訴人確有施作該項目，並經開興環保工程有限公司之證人林正治證稱，其確有至本件上訴人興建房屋處施作，相關款項被上訴人亦已給付完全等語(本院卷被上證三)，可知原告確有此項目之施作。

16.「20呎貨櫃屋」：

系爭工程契約內容並未約定被上訴人須在工地現場設置貨櫃屋，惟上訴人卻於第一次會議中要求被上訴人須在工地現場設置一貨櫃屋(原審卷一第21頁第9點)，屬追加原合約內容未約定之項目，上訴人於另案亦不爭執被上訴人有此項目施作(本院被上證四第3頁)，增加被上訴人施工日數約2-3天數。而鑑定報告第69頁實係載，「…雙方各有主張，故建請雙方協議」，可知鑑定報告亦建議雙方協議「20呎貨櫃屋」之工程款給付價額，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

17.「一樓結構體灌漿工程無理要求（1天1棟）」(B棟)：

系爭工程契約內容並未特別約定灌漿工程之施工方法，惟上訴人卻於簽約後要求被上訴人一天只能灌漿一棟，使原本能夠一次灌漿完成之項目，被上訴人需花費兩倍的時間始能完成，其中增加的往返車程（施工地點：壽豐）、預約預拌水泥車等時間、人力成本，顯屬追加原合約內容未約定之項目，且上訴人於施工過程，更要求被上訴人於每一施工階段之開始與完成時，需通知上訴人前往，然上訴人住居地在台北，每次均須待上訴人到花蓮確認後始能施工，如此一、兩天之等待，長久下來亦屬造成工程延後之原因，此有上訴人電子郵件要求可稽（原審卷二第20-24頁），更可知被上訴人無法如期完成施工，均係因上訴人眾多無理要求所致，屬追加原合約內容未約定之項目。而鑑定報告第70頁實係載，「

…因故終止合約乙方要求工程費，故建請雙方協議」，可知鑑定報告亦建議雙方協議「一層混凝土澆置工程」之工程款給付價額，認本件有變更、追加項目，並增加工期。

(四)被上訴人主張兩造就系爭水電工程有如本院卷第49頁背面上訴人民事準備書狀二、(四)所載之變更、追加工程項目，有無理由？

1.兩造所簽訂之系爭水電工程契約，雖載明簽約日期為「105年1月5日」，為實際上兩造係在105年2月18日簽訂系爭水電工程契約，故系爭水電工程之約定開工日期實以105年2月18日起算。惟，上訴人自系爭工程開工(104年11月2日)後，便不斷追加多項水電工程，此可見通常工程施作以鋼筋、水電、模板灌漿之順序進行，實無可能在灌漿後再行設置水電管路可知。

2.上訴人否認被上訴人原審卷第197-210頁施工日報表之真正，惟上該日報表均係被上訴人依系爭工地現場施工狀況所記載，難以日報表之些微瑕疵逕認該日報表非真正。

3.花蓮地檢署不起訴處分書，其上即載本件工程存有多項變更、追加項目，即如水電包商潘信成於偵查中證稱，「…伊於施作系爭工程時，都是照原圖進行，但告訴人到現場後，就直接跟伊說要施作之項目，會與原契約內容不同…。」、證人即建築師李錦堂亦於偵查中證稱，「…伊到現場有發現現地與原契約、圖不符之處，非屬原契約範圍內之施作事項，但告訴人認為不是追加，不過依當時會議紀錄顯示，告訴人確實有要求部分增加施工項目與數量，被告劉君冠也有同意，但雙方對價金之部分沒有約定，所以伊於鑑定時只能提出建議給付…」等語。顯見本件工程上訴人於簽約後確再行變更、追加如鑑定報告所載之工程項目。

4.「地樑套管及排水配管完成再降低20公分」（A、B棟）：依兩造原設計圖僅載套管平面位置，並未約定地樑套管之高度方位，被上訴人當依設計圖所載施作，符合原設計圖之要求，惟上訴人卻在完成後又要求降低20公分，此可見施工日

報表可知(原審卷一第197-201頁)，則施作成本、材料等，屬追加之工程項目，花費工程約9天日程，此可參另案證人潘信成證稱，「重新改過時間上就會慢了…」等語證之，此有另案107年1月18日開庭筆錄可稽(本院卷被上證十，第15頁)。而鑑定報告第71頁實係載，「…工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理，…本案因故終止合約乙方要求工程費，建請雙方協議」，可知鑑定報告亦建議雙方協議工程款給付價額認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

5.「每層樓熱水及回水分開（於一樓樓地板配管）、空調套管及排水配管」（A、B棟）：

上訴人於105年1月4日要求被上訴人施作「每層樓熱水及回水分開（於一樓樓地板配管）」、「空調套管及排水配管」，此可見施工日報表可知(原審卷一第202-206頁)，則施作成本、工資及材料等，屬追加之工程項目，上訴人於另案亦不爭執被上訴人有此項目之施作(本院卷被上證四第3頁)，花費工成約10天日程，此可參另案證人潘信成稱，「施工中要達到他的要求，時間上還有修改」證之(本院卷被上證十第16頁)。而鑑定報告第71頁實係載，「…工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理，…本案因故終止合約乙方要求工程費，建請雙方協議」，可知本件鑑定報告亦建議雙方協議工程款給付價額認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

6.「緊急照明依設計高度配管變更、夜間照明配管」（A、B棟）：

系爭水電工程契約緊急照明燈約定高度為240公分，且無夜間照明配管，然待被上訴人依約施作完成緊急照明燈後，上訴人突於105年3月18日要求照明燈高度需升高約30公分及另設夜間照明配管，顯屬原水電工程契約未包含之工程項目，此有依被上訴人要求變更後緊急照明之現場圖可稽（原審卷二第232頁，此見現場模板高度約200公分，照明燈位置與模

板將尚有約7格鋼筋，以每隔鋼筋約10公分計，可得知照明燈位置約離地面270公分高度，顯與原契約約定不符，可證屬變更之工程項目），及施工日報表可知(原審卷一第207頁)，上訴人於另案亦不爭執被上訴人有此項目之施作(本院被上證四第3頁)，則被上訴人需再雇工及材料費用等，屬追加契約未約定之工程項目，增加工程約4天日程。而鑑定報告第71頁實係載，「…工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理，…本案因故終止合約乙方要求工程費，建請雙方協議」，可知本件鑑定報告亦建議雙方協議工程款給付價額，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

7.「樓板接線盒（BOX）臨時變更高度8.5公分」（A、B棟）：系爭水電工程契約欲安設之樓板接線盒為一般規格，惟上訴人卻直到105年5月18日始以LINE要求欲使用特殊規格之接線盒，然此接線盒並非隨處皆可購買，需特別向高雄供貨商訂貨，且接線盒增加高度後水電管線更需重新規劃、定位，此可見上訴人LINE要求變更接線管之訊息及施工日報表可知(原審卷一第208-210頁)，上訴人於另案亦不爭執被上訴人有此項目之施作(本院卷被上證四第3頁)，屬變更、追加契約未約定之工程項目，增加工程約7天日程。上訴人雖稱特殊規格之接線盒於花蓮縣境內之立貴水電材料行、鍵誠配管材料行均可訂料，惟事發當時被上訴人及證人潘信成均曾向上該二家材料行詢問，惟均獲無此接線盒之答覆，因而被上訴人及證人潘信成始在上訴人LINE要求下，向高雄供貨商訂貨，否則上訴人何以傳送如原審卷一第208頁之訊息，豈無矛盾，此可參另案證人潘信成稱，「…一般施工都是6.5而已，已經放樣好了要施作時說要變更，那時在花蓮材料行都沒有，我還從外縣市去買。」、「…從外縣市訂貨到花蓮要二、三天」可證。而鑑定報告第71頁實係載，「…工程若僅就部分配管位置移設、增設套管應屬合理，…本案因故終止合約乙方要求工程費，建請雙方協議」，認本件有變更、追加項目，並增加工期，尚屬適當。

(五)本案工程工期延宕，實係因上訴人於簽約後不斷變更、追加諸多工程項目，顯屬可歸責於上訴人事由。

1.本件工程工期之所以延長，實係因上訴人於簽約後不斷變更、追加諸多工程項目，依一般通常工程案件，定作人於簽約後變更追加之施工項目，本會增加多餘的施工日程，此為必然之工程慣例，而本件經鑑定報告所認定之變更追加項目高達16項，客觀上定會產生相當之工期，此為必然之結果。而歷次會議紀錄中雖無被上訴人要求增加工期之記載，然工期計算本有諸多不確定因素，被上訴人在接獲上訴人變更追加之要求，需要被上訴人事後精算現有工人、天氣、工程叫料等時間成本後，再回復上訴人因此需增加之工程日數；被上訴人事後雖有向上訴人提出需增加的工期，但上訴人在簽約後不斷地向被上訴人要求變更追加施作項目(104年8月、10月、12月間等)，有時候當被上訴人已計算完成後，上訴人又更改設計，被上訴人根本不及做成紙本請求向上訴人提出。故，本件實難以歷次會議記錄中未有相關記載，即可完全忽視變更追加工程所需花費之施工日程。

2.本件系爭工程部分：

系爭工程之開工日為104年11月2日(本件被上訴人代上訴人申請開工獲准之日為104年10月27日，原本得於翌日開工，因需待上訴人的臨時電、施工道路完成後始能進場，故本件開工日為104年11月2日，此見原審卷一第105-107頁花蓮縣政府申請案件查詢結果可證)，至被上訴人於105年6月7日寄送電子郵件通知上訴人暫時停工日止，即105年6月6日，共計217日曆天，惟其中須扣除105年農曆春節休假9天；天氣、天災因素58.5天，上訴人雖主張依臺南市政府頒訂「臺南市政府及所屬各機關學校辦理營繕工程工期核算注意事項」第五條第四項規定，實以二十四小時累積雨量達五十毫米以上，且其中至少一小時雨量達十五毫米以上，始不計工作天云云。惟查，本件並非政府採購契約，難謂得適用上該規定，而下雨天不計入工作天之情形，應以施工現場之調度、影

響工人起工及下雨導致無法於室外操作電動工具等情，此有司法院第一期司法業務研究會及相關研究報告可稽。則，本件兩造於終止契約前施作內容多係基礎鋼筋綁紮、水電、模板等室外工程，稍有雨勢即無法操作電動工具，故將之不列入工作天計算，尚屬合理。此亦可見上訴人於原審卷三第123頁被上訴人寄送予上訴人電子郵件上載，「1.11/21-11/22皆下大雨(晚上也是)，造成基礎積水逾50cm，且地表水也往基礎流動(含鄰地玉米田)，21日中午氣象報導有(大雨特報)目前現場暫無法施工。2.原預定21日鋼筋綁紮工程今日完成，21-22日完成模板工程(基礎版側模組立)，現不得已全部順延。22日若無下雨現象，現場會盡速抽水，希望23日全天可完成抽水。…」，上訴人對被上訴人無法施工之情亦未再加以反駁，可證上訴人亦同意現場因雨勢、積水問題無法施工，當不計入工作天。而此變更追加工程新增工期77.5天，以及系爭工程施作後，上訴人再要求被上訴人施作水電弱電工程部分，因而新增工期25天；尚且，本件系爭工程之開工日期雖為104年11月2日，然因臨時電等工程係上訴人自行委託施工，因該臨時電於104年11月5日至9日間，因施工瑕疵待修復，及遲延完成鑿井程序，被上訴人於當年月10日始能進行興建工程項目，則上該5日當不計入工期。待上訴人完成系爭工程前之準備程序，始能進場施工；以及兩造第一次會議記錄第67項，協議興建工程中，若經混凝土澆置後，需經養護7日始得繼續其後工程，故灌漿後養護期間當不算入工期計算，共15天。則，104年11月27日至29日，因104年11月26日被上訴人進行灌漿工程，其後三日即上該日程屬養護過程，當不計入工期。104年12月18日至24日，因104年12月17日被上訴人進行灌漿工程，其後七日即上該日程屬養護過程，當不計入工期。105年1月20日至26日，因105年1月19日被上訴人進行灌漿工程，其後五日（因其中2日有雨已扣除）即上該日程屬養護過程，當不計入工期。

3.本件系爭水電工程部分：

系爭水電工程之開工日為105年2月18日，至被上訴人於105年6月7日寄送電子郵件通知上訴人暫時停工日止，即105年6月6日，共計110日曆天，惟其中須扣除天氣、天災因素26.5天及變更追加工程新增工期30天(地樑配管降低20公分，增加工期9天；每層熱水回水空調套管及排水配管，增加工期10天；緊急照明設計高度配管變更、夜間照明配管，增加工期4天；樓板接線盒臨時變更高度8.5公分，增加工期7天)，不計入工作天。

4.再者，上訴人在水電工程尚未簽訂完成，即於興建工程期間追加水電施作項目，故被上訴人於系爭工程過程中施作水電工程項目者，當不計入工期，即104年12月28日至31日，105年1月1日、4日、5日進行管路開挖、配管、開關箱等情，又依當時施工階段，系爭工程僅能待系爭水電工程完成後，始能進場施作，此部分當屬被上訴人訂定興建工程合約時，未包含在契約範圍之日程，故上該期日共計7天當不計入工期。

5.系爭二項工程期間，上訴人均要求被上訴人施作進度需配合上訴人抵達花蓮時間，且需待上訴人確認無誤後，始能進行下階段施工，此有上訴人網路po文稱，『…再次重申依定要我檢查完後才可以封模』等語，因而遲延被上訴人施作進度多日，應扣除，其中包含：

⑴104年12月24日：因上訴人當日12點半始到現場檢查，遲延1日(原審卷三第73頁)。

⑵105年1月1、2日：因上訴人來電告知水電配管暫不要回填，須待其再為指示，故遲延2天，當予扣除之，此有施工日報表可稽(原審卷三第74頁)。

⑶105年4月5日至7日：因上訴人4月4日以電子郵件告知預計4月8日到現場檢查，至被上訴人無法接續工程進度，遲延3日(原審卷三第75頁)

⑷105年6月1、2日：因預拌混擬土廠無法即時配合，上訴人又提出部分修改，導致被上訴人無法進行灌漿，遲延2日

，當予扣除之。

6.就上訴人稱延宕工程乃係因被上訴人未盡承包商管理之責等，如地樑灌漿不確實、放樣錯誤、鋼筋綁紮錯誤、水電施工人數不足，以及被上訴人電子訊息各種荒謬言語云云，惟查：

⑴水泥灌漿本非被上訴人能完全掌控，且上訴人在灌漿後均會一一檢查，難謂被上訴人有灌漿不確實之情。

⑵被上訴人係本於設計圖施作、興建，惟興建過程非紙上畫圖，本即無可能完全依照設計圖所載無絲毫偏差地施工，況依本件施工現場偏差情形非鉅，難謂造成嚴重疏失致影響建物安全之虞。又，被上訴人均會定期回傳當日施工概況、照片等情予上訴人，則該尺寸些許偏差上訴人當已知悉，則上訴人在知悉情況下，自行訂定建材致報廢損失，當非屬可歸責於被上訴人之事由。

⑶上訴人就鋼筋綁紮之要求僅在合約中明示約定，則上訴人事後要求其他之綁紮方式，即屬追加之項目，難以此作為被上訴人未遵照執行之責任。

⑷近年來水電工人難求，且上訴人施工方法限制甚多，如上訴人自承之「材料須由上訴人提供、裝設時間須由上訴人決定」，以及每日照片回報等情，致水電施作工人難找，然被上訴人亦已盡其能力為上訴人找水電工人至現場施工，難謂有可歸責於被上訴人事由。

⑸再者，工人多為秀林鄉鄉民，候選人習慣在當選後邀請鄉民殺豬、喝酒同歡，此均屬常情所需之正當理由，難謂有何荒誕可言。

(六)上訴人請求被上訴人給付4,344,970元之違約金，有無理由？若有理由，此違約金之金額是否過高？

1.按，「民法第二百五十二條規定：『約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。』故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依上此規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。法院得以職權為之，亦得由

債務人訴請法院核減。」(最高法院79年台上字第1612號判例、90年度簡上字第313號判決意旨)、「按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之金額，民法第二百五十二條定有明文。又當事人約定契約不履行之違約金過高者，法院固得依民法第二百五十二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號判例參照。

2.本件，依前述第(一)點所述內容，難認上訴人向被上訴人請求違約金部分，為有理由；縱，鈞院認上訴人得向被上訴人請求違約金，然上訴人請求違約金4,344,970元之懲罰性違約金，恐有過高之情，即上訴人訴訟至今並未舉證證明其因被上訴人工程遲延而受有何損害，難謂僅以其空言所述，逕認其有4,344,970元之損害；況，縱認上訴人受有損害，惟上訴人待兩造於104年8月27日簽訂系爭工程契約後，隔日立即再約定總共87點之施工項目，被上訴人當下雖未立即提出追加之金額與日程，然被上訴人事後有向上訴人提出需增加的工期，但上訴人在簽約後不斷地向被上訴人要求變更追加施作項目，故本件實難以會議記錄中未有相關記載，即可完全忽視變更追加工程所需花費之施工日程，已如前述。難謂上訴人就損害之發生無可歸責，實可認上訴人請求違約金4,344,970元之數額過鉅，爰請予以酌減。

3.被上訴人原係依系爭工程契約之簽訂內容，評估約9個月內得以完工，然上訴人卻於簽約後隔日立即變更、追加諸多工程項目，則該變更、追加項目所衍生之工程日數及費用，當屬可歸責於上訴人事由，上訴人當應自行負擔期限內無法完工之風險。

4.上訴人於工程期間不斷變更追加施作項目，然均未給付被上訴人相當之工程費用，致被上訴人無法繼續為上訴人施作，被上訴人始以存證信函向上訴人表明欲終止本件合約，難謂

有何挪用工程款致無法進行工程之情；且，即係因上訴人均未給付變更追加之費用，上訴人又在網路上不斷貶低花蓮區承包商等情，被上訴人始在工地懸掛白布條，其上文字均係字字屬實，絕無詆毀上訴人之意。

5.另，上訴人於網路上一再稱讚被上訴人施工品質，卻又稱因需改善被上訴人施工瑕疵無法在8個月內完工，恐有矛盾之虞，且上訴人之所以須從台灣各地調派工人，係因上訴人不信任花蓮地區的工人，以及上訴人施作態度致花蓮工班均不願承接該工程所致，可知上訴人其後工程花費，難謂可歸責於被上訴人。

6.上訴人在工程期間，不斷修正水電管線施工圖，另有上訴人再要求配合其抵達花蓮時間，因而致施工進度延後數日，況，興建過程中多因天氣因素，致多日無法動工，亦非可歸責於被上訴人事由。

7.就上訴人稱不知悉本件工程存有變更、追加項目，未獲被上訴人交付請款單等情，惟查，且，上訴人每次到花蓮檢查施工情形，均係由被上訴人前往飯店或火車站接送，途中被上訴人均會交付期間變更、追加施工項目之請款單予上訴人：

⑴104年11月25日：被上訴人當日接送上訴人途中即向上訴人請款「動工前全區除草、20呎貨櫃屋、土方計畫及土方外運至棄土場、2000PSI預拌混凝土」項目。

⑵105年1月2日：被上訴人當日接送途中即請款「基礎深度再加深50公分、基礎回填再生級配料」項目。

⑶105年1月29日：被上訴人於當日到「星空海藍飯店」開會，席間被上訴人即向上訴人請款「一樓版鋼筋綁紮、降板浴缸變更(修改二次)」項目。

⑷105年5月23日：被上訴人中當日接送上訴人途中即請款「一樓迴廊柱變更為混凝土柱、一樓開關箱變更為混凝土牆(厚度30公分)、一樓臥室浴廁變更為混凝土牆(二道)、一樓牆鋼筋綁紮變更要求(預留筋)」項目。

⑸105年5月26日：被上訴人當日接送上訴人途中向其請款「

二樓柱樑鋼筋綁紮變更要求(增加箍筋)、一樓混凝土圓柱變更為鋼製模板」項目。

(七)並聲明：

1.上訴駁回。

2.第一、二審訴訟費用由上訴人負擔。

3.如受不利判決，願供擔保，請准宣告免假執行。

丙、兩造不爭執事項(本院卷第61頁)：

一、兩造於104年8月27日簽訂如原證一之「葳美莊園興建工程合約書」(見原審卷一第8-13頁)。

二、兩造有簽訂如原證二之「葳美莊園水電弱電工程合約書」(見原審卷一第14-20頁)該合約書上簽約日期雖為「105年1月5日」但實際簽約日期為「105年2月18日」。

三、兩造對於上開一、二合約書形式上之真正均不爭執。

四、104年8月28日兩造與陳桂芳建築師就營建工程事項召第一次開會議進行討論，兩造、陳桂芳建築師均於原證三之「8/28葳美莊園農舍興建工程會議紀錄」上簽名(見原審卷一第21頁至第22頁背面)。

五、兩造於105年5月26日進行葳美莊園農舍興建第二次工程檢討會議，內容如同原證四(見原審卷一第23-25頁)兩造與建築師均於同年月31日始在該次會議紀錄上簽名。

六、被上訴人於105年6月7日寄送如原證五之電子郵件予上訴人郵件內容為:「自105年6月7日起本公司依據工程合約第五條工程期限之第四點通知甲方張同文-暫時停工(含水電工程)」(見原審卷一第26頁)。

七、被上訴人於105年6月13日寄發如原證六之存證信函予上訴人以終止系爭二份契約(見原審卷一第27頁至第28頁背面)。上訴人有收受上開存證信函(被上訴人另外提出上訴人收受日期之送達資料)。

八、上訴人於105年8月8日委託律師寄發如原證九之存證信函予被上訴人終止系爭二份契約(見原審卷一第34頁至第35頁背面)。被上訴人於105年8月9日收受上開存證信函。(見原審

卷一第38頁）

九、上訴人於105年8月8日上開存證信函寄予被上訴人之前，業已給付被上訴人4,344,970元。

十、兩造於105年9月6日簽訂協議書(見原審卷一第57-58頁)，同年9月12日簽訂補充協議書(見原審卷一第59頁)，兩造對於協議書及補充協議書之記載內容之形式上真正均不爭執。

十一、被上訴人於105年9月19日完成上開系爭協議書第二條所示澆灌工程後，上訴人亦依上開系爭協議書約定給付1,739,000元予被上訴人，加計前開九、所述已經付之款項，上訴人就系爭二份契約，合計已經給付被上訴人共6,083,970元，其給付之明細如本院卷第48頁上訴人民事準備書狀一、(十二)所載。

十二、兩造依上開105年9月6日協議書第五條規定，已經送經花蓮縣建築師公會進行就地結算之鑑估，並經該公會出具鑑定報告書。

丁、本件爭執之重點：

一、被上訴人抗辯上訴人依上開系爭協議書，已拋棄系爭工程契約第24條及系爭水電工程契約第24條請求違約金之權利，有無理由？

二、被上訴人主張兩造於105年5月26日進行第二次會議，其係受上訴人脅迫而簽名，有無理由？上訴人主張依第二次會議，被上訴人已經承認工程進度落後百分之70以上，是否可採？

三、被上訴人主張兩造就系爭工程有如本院卷第48頁背面上訴人民事準備書狀二、(三)所載之變更、追加工程項目有無理由？若有理由，上開變更、追加工項增加或減少施工日數，有無理由？

四、被上訴人主張兩造就系爭水電工程有如本院卷第49頁背面上訴人民事準備書狀二、(四)所載之變更、追加工程項目有無理由？

五、本案工程工期延宕，是否可歸責於被上訴人？

六、上訴人請求被上訴人給付4,344,970元之違約金，有無理由

？若有理由，此違約金之金額是否過高？

七、被上訴人主張因營建工程施作後，上訴人再要求被上訴人施作水電弱電工程部分，因而新增工期25日，有無理由？是否為新攻擊防禦方法，於第二審逾時提出？

戊、本院之判斷：

一、經查，兩造於104年8月27日簽立系爭工程契約（見原審卷一第8-13頁），其中第24條第2項第5款約定：本工程未完成前，如乙方(即被上訴人)於開工後進行遲緩，施工進度較預定進度落後達百分之二十以上者，甲方(即上訴人)得隨時終止或解除契約，就一切損失向被上訴人請求損害賠償，並請求退還已支付予被上訴人之所有工程款作為懲罰性違約金；如甲方尚未給付乙方工程款，則得請求相當本合約第四條第一項附表第1期工程款比例計算之同額金額，以作為懲罰性違約金；另又日期為105年1月5日(實際簽約日期為105年2月18日)之系爭水電工程契約（見原審卷一第14-20頁），其中第24條第1項第2款約定：如乙方(即被上訴人)未依規定期限開工、復工，或開工、復工後進行遲緩、作輟無常情事(以延遲該項工程進度達90天以上時)，甲方(即上訴人)得隨時終止或解除契約，並得以任何方式將本工程之全部或部份改招第三人承辦或甲方自辦，甲方因此所受之一切損失，乙方應負賠償之責任。後因工程進行延誤，兩造於105年5月26日進行第二次工程會議（原審卷一第23-25頁），同意工期展延至105年9月20日，並再次切結工期延展所有相關責任及罰則。而被上訴人於105年6月7日通知上訴人暫時停工（原審卷一第26頁），並於105年6月13日通知上訴人解約並就地結算（原審卷一第27頁）；上訴人亦於105年8月8日通知被上訴人終止系爭二份契約並請求返還已支付之工程款4,344,970元作為懲罰性違約金（原審卷一第34頁）。為解決兩造間爭議，兩造嗣於105年9月6日簽立系爭協議書及補充協議書（原審卷一第57、59頁）約明由上訴人付清第三期款1,739,000元、被上訴人將「葳美莊園」B棟二樓地板澆灌完成、交還

建築執照撤離工地，將本工程送請花蓮縣建築師公會就工程現況結算，上訴人拋棄依「葳美莊園營建工程契約」及「葳美莊園水電工程契約」第21條對被上訴人請求逾期違約金之權利等事實，有系爭二份契約、系爭協議書在卷可按，並為兩造所不爭，自堪信實。

二、被上訴人抗辯上訴人依系爭協議書，已拋棄系爭工程契約第24條及系爭水電工程契約第24條請求違約金之權利，為無理由：

(一)兩造於105年9月6日簽立系爭協議書，就座落花蓮縣○○鄉○○段○○○○○○○○○○○號土地上之系爭工程及系爭水電工程爭議，達成由上訴人付清第三期款1,739,000元、被上訴人將系爭工程B棟二樓地板澆灌完成、交還建築執照撤離工地，將本工程送請花蓮縣建築師公會就工程現況結算等合意，其中第九條約定：「甲方(按：即上訴人)同意拋棄依『葳美莊園營建工程契約』及『葳美莊園水電工程契約』第21條對乙方(按：即被上訴人)之逾期違約金之請求權。但如乙方違反本協議書之約定(包括但不退於遲延本協議書第二條之工期、或未按鑑定之結果退還工程款等)，本條視為失效。」(見原審卷一第58頁系爭協議書)，就上開約定內容形式上觀之，上訴人是同意拋棄系爭二份契約「第21條」之「逾期違約金之請求權」，甚為顯然。

(二)上訴人於105年8月8日寄發存證信函終止系爭二份契約，並分別依系爭工程契約第24條第2項第5款、系爭水電工程契約第24條第1項第2款約定，請求被上訴人退還已支付之工程款4,344,970元作為懲罰性違約金等情，有上開存證信函在卷可按(見原審卷一第34頁)，而被上訴人於翌日收受上開存證信函，有掛號郵件收件回執可佐(見原審卷一第38頁)，足見兩造簽立系爭協議書之前，上訴人已依系爭二份契約第24條約定請求被上訴人給付本件4,344,970元懲罰性違約金，被上訴人亦已知悉上訴人本件之請求。

(三)證人即當時接受被上訴人委託參與系爭協議書擬定之律師邱

劭璞於原審證稱：大約去年8月、9月間，兩造發生爭執之後伊才開始處理。那時上訴人請律師寄撤銷原本契約存證信函，看來雙方可能有官司開始準備，被上訴人就到簡燦賢律師事務所委託接下來要處理的事情；大家在談的時候我們最主要的意見提過去，雙方後來終止，要就所有款項作結算；當時上訴人要求被上訴人把建照那些東西還他們，要求第三期工程結束完畢，被上訴人當時要求結清第三期款項，而且要向上訴人請求當時第一期到第三期變更追加的工程款，就有爭議的部分以鑑定方式作為解決，第五條是指鑑定完成後款項的處理方式；因為兩造已經都互寄終止契約的存證信函，所以為了釐清兩造後續的法律關係，我們才訂了第9條拋棄對乙方的第21條逾期違約金請求權。第24條當時我們是因為認為兩造契約既然都已合意終止，所以並沒有寫在裡面；這份協議書的草稿由上訴人擬的送給我們這邊，上訴人亦有許多堅持，當時涉及到灌漿的時間很趕，所以就直接簽了，協議書的意思是要全面終止兩造間所有契約關係；(問：為何原證53、54的協議書都未採？)那時就擬約過程雙方換約作討論，大日(按：法律事務所)把我們的意見加進去後，我們看過沒問題，所以才簽這一份；協助本件爭議處理時，對原證九105年8月8日存證信函不太有印象，比較有印象的是台北寄來那一份，好像有寫撤銷；原證55的協議書是伊修改的；當時這個約擬的很急迫，所以後來沒有再就其他契約的細項作一條條再擬約；依照系爭協議書約定，上訴人當時沒有明確表示要拋棄契約第24條的權益，但當時擬約時已經跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷；記得約簽了後被告才跑來跟伊說上訴人那邊提告；雙方在105年9月12日簽訂補充協議書；(問：當時被上訴人為何在簽訂補充協議書時未要求上訴人撤回本件起訴的意思？)當時覺得約履行，兩造作罷，認為上訴人應會自己撤，且伊記得被告是在約簽完之後才跟伊說上訴人已經提告，時間上不記得確實的時間等語（詳見原審卷四第127-129頁），被上訴人嗣後並提出發文

日期為105年6月23日之大舜律師事務所函，內容為表示解除系爭二份契約，並請求與本件相同金額之懲罰性違約金等語(見原審卷四第137頁）。

(四)上訴人於105年8月29日提起本件訴訟，有民事聲請調解暨起訴狀可按(見原審卷一第4頁），被上訴人於105年9月7日收受上開起訴狀繕本，亦有送達證書可佐(見原審卷一第46頁），對照前揭105年8月8日存證信函，可知上訴人請求被上訴人給付本件懲罰性違約金之意思明確。

(五)系爭工程契約第21條(遲延履約)、第22條(涉及第三人債務糾紛)、第24條(甲方終止或解除合約之情況)、第25條(乙方終止或解除合約之情況)、系爭水電工程契約第21條(逾期罰款)、第24條(解除或終止合約)各有兩造應負賠償或違約金之約定，有系爭二份契約可按(詳見原審卷一第8-20頁）。另第二次工程會議檢討內容四、合約罰責再次重申及五、再次切結工期展延所有相關責任及罰則等項，亦提及系爭工程契約第24條第2項第5款規定之懲罰性違約金、系爭水電工程契約第21條第2項之逾期違約金。而被上訴人簽署前開第二次工程會議後，即於105年6月7日通知上訴人停工，亦有被上訴人通知暫時停工之電子郵件可按(見原審卷一第26頁）。

(六)綜合前揭各項事證整體觀察，系爭二份契約中已經詳細規定締約雙方之損害賠償、逾期違約金及懲罰性違約金等各項權利義務，於第二次工程會議中並一再檢討系爭工程延誤、咎責、及重申合約罰則，於簽立系爭協議書之前，上訴人並已寄發存證信函表明將依系爭二份契約第24條之約定請求被上訴人給付4,344,970元之懲罰性違約金，被上訴人亦知悉上情；且兩造簽立系爭協議書時，雙方均委託律師代為審查系爭協議書之內容，卻僅於第九條約定上訴人拋棄系爭二份契約第21條約定之逾期違約金請求權，而不及其他，參酌上訴人於簽立系爭協議書之前已經寄發存證信函並遞狀提出本件訴訟，而被上訴人於105年9月6日簽立系爭協議書後，翌日

即收到本件民事聲請調解暨起訴狀，嗣雙方再於105年9月12日簽立補充協議書(見原審卷一第57頁）時，仍完全未提及上訴人須撤回本件起訴或拋棄懲罰性違約金請求權等語，足認系爭協議書簽立時，上訴人並無拋棄依系爭工程契約第24條約定之懲罰性違約金請求權之意思。

(七)被上訴人雖舉證人邱劭璞律師之證詞辯稱上訴人依系爭協議書已經拋棄系爭二份契約之懲罰性違約金請求權等語。查證人邱劭璞律師雖證稱因為認為兩造契約既然都已合意終止，所以系爭工程契約第24條並沒有寫在裡面；協議書的意思是要全面終止兩造間所有契約關係；依照系爭協議書約定，上訴人當時沒有明確表示要拋棄契約第24條的權益，但當時擬約時已經跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷等語，然：契約之終止，有由當事人合意而終止者，亦有依當事人一方行使終止權而為終止之意思表示者；又當事人一方行使終止權，其終止權之發生原因有依法律規定者，謂之法定終止權，亦有由於當事人以契約終止者，謂之約定終止權。合意終止為契約行為，於合意終止後，當事人間權利義務關係，悉依當事人之約定定之；至當事人一方行使法定終止權終止契約後，當事人間權利義務關係，依民法第二百六十三條準用同法第二百五十八條及第二百六十條規定；倘當事人一方合法行使約定終止權後，當事人間權利義務關係，則取決於契約之約定。此三種契約終止型態之發生原因、行使方法、法律效果迥異，無可混淆。故契約關係，經一方當事人合法行使法定或約定終止權後，即告消滅，無再以契約行為合意終止之餘地(參最高法院102年度台上字第1191號判決意旨)。本件系爭二份契約已經兩造各自於105年6月13日、105年8月8日為終止之意思表示，而上訴人終止系爭二份契約為有理由(詳如下述)，則系爭二份契約業經上訴人於105年8月8日終止，於翌日終止之意思表示到達被上訴人後，即告消滅，自無再以系爭協議書之契約行為合意終止之餘地。又上訴人依系爭二份契約行使契約終止權後，亦得依系爭二份契約

行使契約終止後約定之權利，況上訴人陳稱係因終止契約當時為颱風季節，為免未灌漿之結構體颱風侵襲破，故希望被上訴人能暫先完成二樓地板灌漿而簽訂系爭協議書，其餘留待日後再行處理等語，而依系爭協議書及補充協議書簽訂過程之內容，均無法認定上訴人有拋棄契約懲罰性違約金之意思，被上訴人辯稱上訴人已經拋棄契約之懲罰性違約金請求權云云，自非可採。又證人邱劭璞雖稱擬約時已跟林政雄律師說好這個約簽了之後雙方作罷等語，但其亦稱上訴人當時沒有明確表示要拋棄契約第24條之權益等語，則證人邱劭璞所稱雙方作罷等語究竟何指，並不明確，尚難憑此即認兩造已有口頭協議上訴人拋棄系爭工程契約之懲罰性違約金請求權。

(八)被上訴人雖辯以：系爭協議書第5、6條尚約定退還工程保留款方式，可知兩造真意為合意終止系爭二份契約，否則被上訴人何以於簽系爭協議書後再至現場澆灌混凝土云云。查上訴人於簽立系爭協議書之前已經終止系爭二份契約，系爭協議書及補充協議書雖約定上訴人給付第三期工程款、系爭工程二樓地板澆灌作業、送建築師公會現況結算等事項，然契約終止後，兩造仍能就後續如何處理重要未完成工項、如何結算、給付工程款等事項為約定，並非不能再就工程相關事項為任何處理，被上訴人上開抗辯亦無足取。

三、系爭工程延宕係可歸責於被上訴人，上訴人依系爭工程契約第24條約定終止系爭工程契約，並請求懲罰性違約金，核屬有據：

(一)按民法第250條第1項規定：「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。」，系爭工程契約第24條第2項第5款亦約定：本工程未完成前，如乙方(即被上訴人)於開工後進行遲緩，施工進度較預定進度落後達百分之二十以上者，甲方(即上訴人)得隨時終止或解除契約，就一切損失向被上訴人請求損害賠償，並請求退還已支付予被上訴人之所有工程款作為懲罰性違約金；如甲方尚未給付乙方工程款，則得

請求相當本合約第四條第一項附表第1期工程款比人例計算之同額金額，以作為懲罰性違約金。

(二)依兩造簽署之第二次工程會議紀錄，其檢討內容記載：第一點「工程施作未遵照第一次工程會議所決議的事項」、第二點「工程延誤檢討及咎責」：工程進度延宕超過70%以上，嚴重違反合約精神，構成解約條件可以進行索賠。第三點5.「要求減價工程管理費」：第一階段包含地基及一樓因管理不善，影響工程品質及工程進度嚴重落後，造成業主困擾，願意減價退還壹拾伍萬元(以即期支票支付)，業主承諾如包商第二第三階段不再違反第一次及第二次會議事項，且如期完工(依照新協商完工日期)，願意退還減價金額以資鼓勵...。第四點「合約罰則再次重申」4.記載：依據合約第24條第2項第5款規定...，第五點「再次切結工期展延所有相關責任及罰則」等事項，並由兩造及建築師陳桂芳簽名確認，並載明「本會議記錄一式四份，視為合約附件」等語(見原審卷一第23-25頁），則上開第二次工程會議紀錄內容，兩造已經約定作為系爭二份契約之內容，是以被上訴人已經承認系爭工程施工進度嚴重落後達百分之七十，已構成解約條件，上訴人可以進行索賠，且知悉依系爭工程契約第24條第2項第5款約定，上訴人已得請求被上訴人給付懲罰性違約金無訛，足認兩造於第二次工程會議已經確認被上訴人就系爭工程契約遲延達百分之七十，為可歸責於被上訴人之事由，故上訴人可依系爭工程契約第24條第2項第5款約定向被上訴人索賠，是以上訴人主張依系爭工程契約第24條第2項第5款約定終止系爭工程契約，並請求被上訴人給付懲罰性違約金，即屬有據。

(三)被上訴人雖抗辯：因受上訴人給付工程資金壓力之脅迫而於第二次工程會議上簽名等語，然：

1.被上訴人於第二次會議後之第13日即105年6月7日，即片面以電子郵件通知停工，嗣後即放任工地現場不管，工程之整體進度僅完成至「A棟二樓地板灌漿完成、B棟二樓地板鋼筋

綁紮完成但未灌漿」，以本件A、B棟建物均為地上三層樓之建築物，被上訴人之施工進度顯然尚不及30%，此觀鑑定報告亦認被上訴人之施工進度僅有30%可證，故兩造第二次會議所載「工程進度延宕超過70%以上」，核與事實無違。

2.證人陳桂芳建築師於本院證述：「（問：第二項的『工程延誤檢討及咎責』，其中第2點記載『工程進度延宕超過70%以上』，這點在會議中是否經過雙方討論與確認？）會上張同文一直強調工程延宕，劉君冠也沒有辯解，這個會場是三方拿書面文字討論的，但是不是有很清楚的如同會議記錄的文字上講的『工程進度延宕超過70%以上，嚴重違反合約』，我的記憶中是有講到。（問：本項關於工程進度延宕的內容，是否列載於張同文事前提供的會議檢討事項內？）有。（問：當時有討論到70%的進度落後是怎麼去特定比例的嗎？）沒有。（問：依照開會的時間點，當時本件的工程施工進度，大約是佔整個工程的多少比例？）我已經忘了，但我記得開會的時間點是接近要完工的時間了，但現場只有地樑和地坪，上面都沒有弄，延宕是很清楚的，但是比例怎麼計算是沒有去斟酌，會場上對於工程有嚴重落後劉君冠沒有否認。（問：劉君冠有當場表示任何的反對或異議的意思嗎？）沒有。(問：本次會議中，張同文有沒有任何脅迫劉君冠必須接受會議紀錄內容的言語或行為？)沒有；(問：105年5月26日開會當時，劉君冠有沒有提到資金壓力的問題？)沒有；(問：有沒有任何人勸說劉君冠，你簽名就可以拿到付款？)沒有」等語(見本院卷第116-118頁)，足見第二次工程會議紀錄所稱「工程進度延宕超過70%以上」，大致與事實相合。被上訴人亦稱：會議當天是105年5月26日，伊實際簽的日期是105年5月31日等語(見本院卷第120頁)，並有前揭第二次工程會議紀錄可佐，足見被上訴人於105年5月26日會議當日取得第二次工程會議紀錄之書面後，尚有5日考慮及評估是否簽署上開第二次工程會議紀錄及簽署後之效力，而被上訴人所述有資金壓力一節，客觀上難認為受到上訴人之

脅迫，被上訴人復未能舉證證明有何受到脅迫之事實云云，此部分抗辯自非可採。

(四)被上訴人雖抗辯系爭工程及系爭水電工程有如上訴人民事準備書狀二、(三)、(四)所載之變更、追加工程項目(見本院卷第 48 頁背面)，本件工程工期延宕，不可歸責於被上訴人，實係因上訴人簽約後不斷變更、追加諸多工項，顯屬可歸責於上訴人等語。姑不論被上訴人所列上開變更、追加工程項目是否屬實(此部分被上訴人已於另案工程款事件中請求上訴人給付)，依系爭工程契約第六條第四款約定：「關於變更、追加工程項目，及增加工程數量所需時間，乙方得請求甲方適當展延工期；關於減少工程數量(含減少工程項目)之情況，甲方得要求乙方適當縮短工期」(見原審卷一第9頁)，參酌被上訴人承攬之系爭工程為2棟地上三層建物之新建工程，系爭工程合約總價高達1660萬元(見原審卷一第8頁背面)，依一般社會經驗，建物於新建過程中工項繁多，且難免有變更或增、減工項之情形，而承攬人具有營造工程之專業能力，對於建物新建工程之施工狀況相較於定作人而言，應更能了解掌握，且可依實際施工情形彈性調配各個工項施工順序、增、減施工人數或進場施作之時間，雖有可能因追加工項而提高施工費用，但未必一定會延長工期，故於系爭工程契約第五條已特別定有工程期限之情形下，倘若被上訴人認為所主張之上開變更、追加工程項目已足以影響系爭工程之施工進度，自應事先告知上訴人並依系爭工程契約之約定請求上訴人適當展延合理之工期，殊無先於第二次工程會議中先承認可歸責於己而延誤施工進度70%及簽署該次會議紀錄後，再加以爭執，並就上開變更、追加工程項目一一主張增加工期；況且被上訴人所提出上開變更、追加工程之項目，形式上不足以明顯動搖前開第二次工程會議紀錄中所確認可歸責於被上訴人致延誤系爭工程進度達70%之事實，且第二次工程會議紀錄復已列為兩造契約之一部分，自不容被上訴人任意予以否認，其所辯上情並不足採。

(五)被上訴人終止系爭工程契約不生效力：

被上訴人雖於105年6月13日先以存證信函表達終止(其函文用語為解除工程合約，但內容要求就地結算，核其真意應為終止系爭工程契約之意思，且兩造已不爭執被上訴人係以上開存證信函終止系爭工程契約)系爭工程契約之意思(見原審卷一第27頁)，然兩造105年5月31日所簽署之第二次工程會議紀錄中，已確認被上訴人工程進度遲延逾70%，上訴人已可向被上訴人索賠等情；證人陳桂芳於本院亦證稱：(問：第二項的工程延誤檢討及咎責，其中第2點記載工程進度延宕超過70%以上，這點在會議中是否經過雙方討論與確認？)會上張同文一直強調工程延宕，劉君冠也沒有辯解；本項關於工程進度延宕的內容，有列載於張同文事前提供的會議檢討事項內；會場上對於工程有嚴重落後劉君冠沒有否認，也沒有表示任何反對或異議的意思；(問：會議紀錄三、5.「要求減價工程管理費」，當時兩造在討論到因工程品質及工程進度嚴重落後，造成業主困擾，劉君冠願意減價退還15萬元的管理費給張同文，這件事情當時有沒有討論？)有，這個張同文當時有提；這件事情我記得比較清楚，因為張同文講這件事情時，我很想替劉君冠求情，但是張同文講完之後，我還沒有求情，劉君冠就表示沒有異議，就是同意張同文這個寫法，所以我印象很深刻等語(見本院卷第117-120頁)，足見被上訴人於105年6月13日終止系爭工程契約之前，並未表明系爭工程契約延宕係可歸責於上訴人而非被上訴人等情，被上訴人嗣後以前開存證信函主張可歸責於上訴人之各個事項(未給付追加工程款及適當工期等)，應屬卸責之詞，尚非可採，難認與系爭工程契約第25條第1項約定終止契約之要件相合，被上訴人前揭終止系爭工程契約之意思對上訴人自不生效力，併此敘明。

四、上訴人不得依系爭水電工程契約請求被上訴人給付懲罰性違約金：

系爭水電工程契約第24條第1項第2款約定：如乙方(即被上

訴人)未依規定期限開工、復工，或開工、復工後進行遲緩、作輟無常情事(以延遲該項工程進度達90天以上時)，甲方(即上訴人)得隨時終止或解除契約，並得以任何方式將本工程之全部或部份改招第三人承辦或甲方自辦，甲方因此所受之一切損失，乙方應負賠償之責任(見原審卷一第12、19頁)，並未有關於請求懲罰性違約金之明文，上訴人依上開約定請求被上訴人給付系爭水電工程所給付之工程款609,970元(見另案工程款事件卷二第62頁)，尚嫌無據，應予駁回。

五、被上訴人主張上訴人依系爭工程契約請求被上訴人給付懲罰性違約金之金額過高，應予酌減，為有理由：

(一)按約定之違約金額過高者，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(最高法院79年台上字第1915號判例意旨參照)。

(二)上訴人主張依系爭二份契約，請求被上訴人退還已支付予被上訴人之所有工程款作為懲罰性違約金共4,344,970元等語，而依上訴人上開主張，其就系爭工程已經支付之款項為3,735,000元，就系爭水電工程已支付之工程款為609,970元(見另案工程款事件卷二第62頁)，則上訴人就系爭工程依前揭系爭工程契約第24條第2項第5款原得請求被上訴人給付3,735,000元之懲罰性違約金。惟上訴人終止系爭工程契約後，經花蓮縣建築師公會鑑定結果，認就地結算被上訴人施作工程之金額為6,319,488元，有花蓮縣建築師公會105年12月鑑定報告書一冊可按；系爭工程契約原約定完工之期限為240個工作天，被上訴人應信守約定、上訴人對系爭工程如期完工之計畫及所陳述受到之損害、卷內系爭工程施工之相關照片等全部情狀，認倘若命被上訴人給付3,735,000元之懲罰性違約金，依兩造及現今一般社會經濟狀況而言，恐嫌過高，被上訴人主張違約金過高應予酌減為有理由，認減為100萬元為適當。

六、綜上所述，上訴人本於系爭工程契約第24條第2項第5款之約

定，請求上訴人給付100萬元及自起訴狀繕本送達翌日即105年9月8日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之法定遲延利息部分，為有理由，應予准許。逾此範圍，上訴人之請求為無理由，應予駁回。又上訴人勝訴部分，本院判決後即已確定，兩造分別陳明願供擔保為准、免假執行之宣告，於法不合，上訴人此部分請求應予駁回。至於上訴人敗訴部分，其假執行之聲請失所附麗，應併予駁回。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第二項所示。至於上訴人之請求不應准許部分，原判決為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核於法並無不合，上訴意旨求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、本件判決基礎已臻明確，被上訴人請求鑑定變更、追加工項所需增加工期部分，暨兩造所提出之攻擊防禦方法及訴訟資料，經本院斟酌後，核與判決基礎不生影響，爰不一一論駁，附此敘明。

據上論結，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，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　8　　日

民事庭審判長法　官　張健河

法　官　李水源

法　官　林碧玲

以上正本係照原本作成。

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。

附　註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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。

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　8　　日

書記官　陳有信