臺灣高等法院花蓮分院民事判決

108年度建上字第4號

上　訴　人　彭振聲即宇峻土木包工業
訴訟代理人　徐韻晴律師
被上訴人　　洪恬靜
訴訟代理人　李文平律師
　　張照堂律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，上訴人對於中華民國108年6月27日臺灣花蓮地方法院106年度建字第5號第一審判決提起上訴，本院於109年1月21日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

壹、【本訴部分】：

一、上訴駁回。

二、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

貳、【反訴部分】：

一、上訴及假執行之聲請均駁回。

二、第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

按反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起。民事訴訟法第260條第1項定有明文。該條項所稱之「相牽連」者，係指反訴之標的與本訴之標的間，或反訴之標的與防禦方法間，兩者在法律上或事實上關係密切，審判資料有共通性或牽連性者而言。舉凡本訴標的法律關係或作為防禦方法所主張之法律關係，與反訴標的之法律關係同一，或當事人兩造所主張之權利，由同一法律關係發生，或本訴標的之法律關係發生之原因，與反訴標的之法律關係發生之原因，其主要部分相同，均可認為兩者間有牽連關係。查本件反訴聲明之標的及防禦方法與本訴相牽連，且訴訟資料共通，可互為利用，依前開規定，上訴人於本件本訴原審繫屬中提起反訴，於法並無不合，合先敘明。

貳、實體部分：

一、被上訴人於原審起訴主張及反訴答辯：

(一)緣上訴人於民國104年3月12日向被上訴人承攬花蓮縣○○鄉○○段○○○○○○號土地（下稱系爭土地）之「新建農舍工程」（下稱系爭工程），總價計新台幣（下同）820萬元，承攬施作內容包括建築、結構、水電、空調等，兩造並簽訂花蓮縣○○鄉○○段000-0地段農舍新建工程契約書（下稱系爭契約），惟上訴人嚴重延誤工期，遲至兩造合意解除系爭契約當日即105年11月18日，系爭工程仍未完成，且施工品質惡劣並造成標的物的損害，經被上訴人委請訴外人高雄市土木技師公會鑑定做成鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告），上訴人應給付被上訴人之金額臚列如下：

1.經鑑定清點結算已施作工程總金額為675萬3,691元，扣除被上訴人已給付之金額533萬元，被上訴人尚須給付142萬3,691元。

2.經鑑定上訴人應給付被上訴人修復工程費用80萬5,008元。

3.經鑑定上訴人應給付被上訴人逾期罰款費用160萬7,200元。

4.依系爭契約第17條第2項第1款、第3款、第4款、第6款沒收履約保證金82萬元。

5.鑑定相關費用21萬4,000元。

基上，上訴人尚須給付被上訴人2,022,517元【計算式：805,008+1,607,200+820,000元+214,000元-1,423,691元=2,022,517元】。另當初高雄土木技師公會就水電工程僅認未施作部分為水塔、馬達及RC基礎座位施作而扣除，其餘電力管線均認已完成，惟經入住發現上開線路均未拉線，此屬工程瑕疵需補正金額為2萬9,592元，爰依系爭契約第17條第2項第1款、第3款、第4款、第6款及第21條等約定向上訴人請求等語。並聲明：1.上訴人應給付被上訴人2,052,107元（應為2,052,109元），暨自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息；2.被上訴人願供擔保，請准宣告假執行。

(二)依兩造委託之鑑定機構，清點結算已施作工程總金額為675萬3,691元，扣除被上訴人已給付之金額533萬元，被上訴人尚須給付上訴人142萬3,691元，此部分於本訴中業已扣除，準此，上訴人自無提反訴之必要，況上訴人主張已完成工程項目為723萬7,643元，與經鑑定清點結算已施作工程為675萬3,691元顯不相符。又上訴人於反訴請求被上訴人返還支票3紙，已由被上訴人依系爭契約第17條第2項第1款（擅自減省工料情節重大）、第3款（無正當理由不履行契約）、第4款（可歸責被告之事由，致終止或解除本契約）、第6款（嚴重延誤履約期限情節重大）等事由而沒收履約保證金82萬元，茲述如下：

1.依系爭鑑定報告第十一、（五）、8.認為：「…綜上，本鑑定標的工程履約期限情形，自工程契約應完工期限為民國105年4月25日至申請單位(人)於105年11月7日發存證信函通知宇峻土木包工業表示本鑑定標的工程依據契約第23條第1項第2款通知終止契約止，宇峻土木包工業仍未申報工程完工，已嚴重延誤履約期限情節重大，已明顯逾期196日。故依據工程契約第21條逾期罰款規定，按逾期的日數，每日賠償申請單位(人)按契約價金總額千分之1計算逾期違約金，其最高額的逾期罰款金額，以不超過契約價金總額百分之20（8,200,000元x 20%=1,640,000元）為限之規定。本鑑定標的工程之逾期罰款應為：8,200,000元x 19.6%=1,607,200元。」乙節，已無疑義。

2.上訴人本應依系爭契約第14條每日填寫施工日誌，並送交被上訴人備查，如有要延期，也應依契約提出書面申請，然上訴人均未為之，亦屬無正當理由不履行契約。

3.鑑定機構亦認：「…根據工程契約書第6條摘要及附件二之會勘紀錄表之會勘確認事項摘要顯示，本案並無因故延期且宇峻土木包工業亦未有工程變更及無申請展延事項且宇峻土木包工業均無相關書面資料向甲方提出申請。而所謂『日曆天』計算工期者，係指包括：星期例假日、國定假日、民俗

節日、選舉投票日、臨時放假日、其他休息日或天候（天災除外）影響等所有導致無法履約之時間均已計入，且廠商不得因前述日期施工為由，再申請延期。」乙節。

4.依鑑定結果，上訴人施工有重大瑕疵，且已嚴重延誤履約期限情節重大，已明顯逾期196日，且亦屬無正當理由不履行契約，亦因此可歸責上訴人之事由，致終止或解除本契約等語置辯，反訴答辯聲明：上訴人之訴(反訴部分)駁回。

二、上訴人於原審本訴答辯及反訴主張：

(一)上訴人並未同意由被上訴人委請訴外人高雄市土木技師公會進行鑑定，本件如有鑑定需要，應由法院函請公正鑑定機構進行鑑定，方足為判斷之依據。況本件上訴人施作系爭工程並無遲延情形，蓋：

1.依上訴人應於系爭契約簽訂完成後10日曆天申報開工，並於開工核准日起400日曆工作天完工，完工之定義為乙方申報使用執照之日期，系爭契約第6條第1項約定甚明。兩造於104年3月12日簽訂系爭契約後，因系爭土地與鄰地界址不明而無法進行施作，嗣經被上訴人於同年5月底取得複丈成果圖後，上訴人始得施作。又系爭工程部分材料及施作係由被上訴人自行購買或自行發包，然因被上訴人所購買之材料延遲進場或施作而影響上訴人工期，此屬不可歸責於上訴人之事由所致。從而，系爭工程自104年6月初起算，迄上訴人於105年8月29日將相關工程資料傳送予建築師開始申請使用執照為止，扣除例假日後，並未超過系爭契約第6條第1項約定之工程期限（按自104年6月起算至105年8月底，扣除例假日後僅經過316個工作天）。縱計算至被上訴人於105年11月間阻止上訴人繼續施作後續工程為止，亦未滿370日，故上訴人自毋庸負擔遲延之責。

2.系爭工程已完成之比例已逾總工程進度之75%，依系爭契約第17條第1項第1款約定，被上訴人本應將上訴人所交付之4紙履約保證金支票中之3紙（票載金額各20萬5千元）交還上訴人，另被上訴人就其所主張上訴人有系爭契約第17條第2

項第1至第6款應沒收履約保證金之情事並未舉證以實其說，其主張核無足採。

3.系爭工程因被上訴人在上訴人依約申請使用執照後即藉口刁難並拒絕上訴人繼續施作後續工程，並非可歸責於上訴人之事由所致，系爭工程於105年11月間被上訴人拒絕繼續施作後續工程前，上訴人已完成之工程項目金額為723萬7,643元。

4.基上，上訴人並無系爭契約第23條第1項第2款「可歸責於被告之事由，致延誤履約期限，情節重大」、第5款「無正當理由而不履行契約」之情形，被上訴人應就此部分負舉證之責；另被上訴人固得依民法第511條規定終止系爭契約，然亦應賠償上訴人因契約終止而生之損害，又系爭工程已完成之工程項目金額為723萬7,643元，扣除被上訴人已支付之工程款533萬元，被上訴人尚應給付伊190萬7,643元等語，資為抗辯。答辯聲明：1.被上訴人之訴（本訴部分）駁回。2.如受不利判決，上訴人願供擔保請准宣告免為假執行。

(二)被上訴人固得片面終止系爭契約，然應賠償上訴人因契約終止而生之損害，又系爭工程已完成之工程項目金額為723萬7,643元，扣除被上訴人已支付之工程款533萬元，尚欠190萬7,643元之工程款未給付，上訴人自得依系爭契約及民法第511條規定請求被上訴人給付。再依上訴人應於訂約時，提供契約總價10%為履約保證金，並均分為4張支票開立給被上訴人，每張面額貳拾萬伍仟元，上訴人完成總工程進度25%，被上訴人即須返還第1張支票給上訴人，上訴人完成總工程進度50%，被上訴人即須返還第2張支票給上訴人，上訴人完成總工程進度75%，被上訴人即須返還第3張支票給上訴人，上訴人完成總工程進度100%，並取得使用執照，經被上訴人完成驗收行政程序認可後，被上訴人即須返還第4張支票給上訴人，上訴人得以開立支票繳納履約保證金，系爭契約第17條一之(一)約定甚明。被上訴人就其因上開約定而持有上訴人所簽發票號000000000號、000000000號、000000000號

、000000000號，付款人均為臺灣中小企業銀行花蓮分行，票載金額均為20萬5千元之支票共4紙（下合稱系爭支票）並不爭執。又依系爭契約第5條約定，系爭工程總價為820萬元，從而不論依被上訴人所主張之已施作工程金額675萬3,691元（佔總工程比例約82%），或依上訴人所主張之已施作工程金額723萬7,643元（佔總工程比例約88 %），均已超過總工程進度75%。準此，上訴人自得依上開約定請求被上訴人返還其中前3張支票等語。反訴聲明：1.被上訴人應給付上訴人190萬7,643元，及自書狀送達翌日起至清償日止按年息5%計算之利息。2.被上訴人應將上訴人所簽發票號000000000號、000000000號、000000000號，付款人臺灣中小企業銀行花蓮分行，票載金額均為20萬5千元之支票3紙返還上訴人。3.上訴人願供擔保請准就反訴部分宣告假執行。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴，其陳述除援引原審之陳述外，於本院補充陳述：

(一)關於系爭鑑定報告內容上訴人未與被上訴人有合意，並未同意以系爭鑑定報告決定兩造間之系爭工程爭議，原審逕採為兩造之主張洵有違誤，是本件縱有鑑定必要，自應依舉證責任分配，由被上訴人就其有利於己之主張另行聲請鑑定並由法院函請公正鑑定機構為鑑定，始為本件判斷依據。況系爭鑑定報告第十一、（五）、3.關於系爭契約第6條將「申報開工」期間及「完工」期間，於同條項中分別以「日曆天」、「日曆工作天」等不同文字為規範，設若二者意義相同，殊難想像兩造有何必要如此約定，經上訴人查詢花蓮縣政府公開資訊得知本件開工核准日為104年4月8日，而系爭鑑定報告逕以104年3月21日起算開工日，顯與系爭契約有違，足見其鑑定不具專業性，殊難令人信服。然系爭鑑定報告中關於指摘屋頂文化瓦瑕疵及漏水部分與事實亦有違誤，蓋訴外人高雄市土木技師公會於105年11月23、24日至工地現場為勘驗時並未下雨，徒憑被上訴人於現場指稱起居室漏水拍攝照片後即得出屋頂文化瓦連接瑕疵與防水層漏水結論，顯屬

率斷，且系爭鑑定報告內亦未檢具屋內漏水照片，足證系爭鑑定報告結論無所憑據，實不足採。再系爭鑑定報告之結算數量與上訴人自行結算數量亦有差異，即：

1.包商稅金及簽證費，此為系爭工程造價發票金額為89,080元【計算式：1,781,600元x 5%=89,080元】，上訴人於一開始即開立發票予被上訴人。

2.室內牆面1:3水泥砂漿粉光刷水泥漆，其中1:3水泥砂漿粉光已完成（450元/㎡），刷水泥漆依工程慣例應完成1底2度，目前上訴人已完成2底2度，僅剩面漆、補漆工作未完成，依工程慣例僅應扣款35,000元。

3.平頂刷水泥漆（包含平頂接縫研磨、批土刷水泥漆1底2度），目前僅剩部分修補，應僅扣工料費約8,000元。

4.1樓右側室外水塔（3T× 2座，13,500元x 2=27,000元）、3hp馬達（變頻恆壓泵浦）x 2台（22,500元x 2=45,000元）及RC基座（12,000元）未施作，應扣款84,000元【計算式：27,000元+45,000元+12,000元=84,000元】。

5.已完成2"管線配置（40M）工料費16,500元，電桿埋設工料費10,000元，其他申請外電及電箱未施作，結算金額為26,500元【計算式：16,500元+10,000元=26,500元】。

6.工程管理及利潤依原契約計算方式為施工費x 10.07%，結算金額為613,248元【計算式：6,761,278元x 10.07% -1%〈內業費用〉=613,248元】。

7.內廊、坡道、2樓陽露台使用宜蘭石收邊（含坡道面）未施作，應扣除22,653元【計算式：25.17× 900=22,653元】。

8.浴室天花板用杉木板鋪設，應扣除26,253元【計算式：29.17× 900=26,253元】。

9.挑空部分欄杆（含樓梯欄杆）h=110cm數量（14.3m）內，故不應扣款。

10.衛浴設備與避雷針安裝（地下安裝材料），衛浴設備6套未安裝，應扣款18,000元【計算式：3,000元x 6=18,000元】。

11.二次格柵未安裝，應扣款60,000元。

12.浴室排水以排水溝方式施工，經協調後營造廠提高10× 60cm不銹鋼落水頭材料費為11,770元，未安裝應扣除11,770元。

又被上訴人固主張應以系爭鑑定報告為據，請求追加修復水電費29,592元部分，惟依證人翁啟雄於原審證稱可知，被上訴人所主張之水電工程係無必要，然原審未說明上訴人何以需支付上開修復水電費，遽認上訴人應支付，顯有判決違背法令之情形，應予廢棄等語。上訴聲明：1.原判決關於本訴部分鈞廢棄。2.被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。3.上訴人如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

(二)承如前述，系爭工程已完成之比例已逾總工程進度75%，依系爭契約第17條第1項第1款約定，被上訴人本應將系爭支票中之3紙支票交還予上訴人，另被上訴人主張有系爭契約第17條第2項第1至6款之應沒收履約保證金之情形，其效力不能高於同條項第1款，且被上訴人迄未舉證以實其說，準此，被上訴人應返還將系爭支票中之3紙支票予上訴人。再被上訴人固得主張終止系爭契約，惟亦應賠償上訴人因契約終止而生之損害，即以上訴人已完成之工程項目為7,237,643元扣除被上訴人已支付533萬元，被上訴人尚應給付0000000元予上訴人等語。反訴上訴聲明：1.原判決關於反訴部分均廢棄。2.被上訴人應給付上訴人1,907,643元及自民事答辯(三)暨反訴狀送達翌日起至清償日止按年息5%計算之利息。3.被上訴人應將上訴人所簽發票號000000000號、000000000號、000000000號；付款人臺灣中小企業銀行花蓮分行，票載均為20萬5千元之支票3紙返還上訴人。4.上訴人願供擔保請准就反訴部分宣告假執行。

四、被上訴人除援引原審之陳述外，於本院補充陳述：

(一)系爭鑑定報告乃兩造同意由訴外人高雄土木技師公會所為之鑑定結果，蓋系爭鑑定報告係鑑定兩造履約爭議及清點鑑定

，經上訴人同意鑑定並予以簽名，況上訴人於鑑定期間亦配合提供系爭工程相關資料，基此，上訴人改稱其不同意，顯悖於經驗法則及論理法則。而系爭鑑定報告乃基於客觀第三人角度，本諸專業知識立於超然立場所為之；有關「概估值」一語，系爭鑑定報告亦表明概估值僅供雙方協商或調解參考，不影響本案鑑定所作成之專業報告。又上訴人除無申請展延工期，亦無因申請複丈確認界址而影響工期，亦即，本案現場本有界址，然因上訴人挖掘現場且未做好防護措施，致界址遺失，始有重新複丈情形，而申報開工、開工核准亦與複丈成果圖無涉，上訴人推託遲延責任歸責於此，顯悖於實務常規，然系爭契約均由上訴人所擬定，對於現場情況亦知之甚詳，若有需複丈成果圖則依實務常規亦包含兩造約定工期內，且上訴人指摘因被上訴人自購材料與自行發包致影響工期乙節，除未有資料以實其說，亦未於鑑定提出，遑論上訴人於遲延後得藉此拖延工期。基此，上訴人除先前均未依約主張，且亦無權利主張外，於第一審亦未提出相關資料以實其說，嗣於第二審空言主張亦無事證且非事實，顯有逾時提出攻擊防禦方法等語置辯。本訴答辯聲明：上訴（本訴部分）駁回。

(二)鑑定機構亦認本案並無因故延期，且上訴人亦未有工程變更及無申請展延事項，而上訴人均無相關資料向被上訴人提出申請；關於「日曆天」計算工期者，係指包括星期例假日、國定假日、民俗節日、選舉投票日、臨時放假日、其他休息日或天候（天災除外）影響等所有導致無法履約之時間均已計入，且廠商不得因上開日期施工為由，再申請展延，是依系爭鑑定報告上訴人施工有重大瑕疵且已嚴重延宕履約期限情節重大，顯逾196日，亦屬無正當理由不履約，因此可歸責於上訴人之事由。至上訴人主張被上訴人應返還已施作部分之履約保證金，惟上訴人於施作時即有違約情事，自得依系爭契約沒收之，自不因上訴人事後有施作而不得沒收。據此，本件除造成被上訴人損害外，亦未由被上訴人驗收，其

工期更為少計，是上訴人之主張洵屬無據等語置辯。反訴答辯聲明：上訴（反訴部分）駁回。

參、本件經兩造協議後簡化爭點如下(本院卷第145、146頁)：

一、不爭執事項：

(一)兩造於104年3月12日簽訂系爭契約，由上訴人承攬系爭工程，總價為820萬元。

(二)被上訴人已支付工程款533萬元。

(三)系爭工程所用磁磚、石材等材料為被上訴人自行購買之材料，另門窗工程則由被上訴人自行發包（詳系爭承攬契約後附詳細價目表）。

(四)上訴人依系爭承攬契約第17條一之(一)之約定，簽發系爭支票予被上訴人作為履約保證金。

(五)兩造簽訂系爭契約後，被上訴人於104年3月27日就系爭工程坐落之花蓮縣○○鄉○○段○○○○○○號土地與鄰地址申請複丈，花蓮地政事務所於104年4月22日進行複丈，其後於104年5月15日核發複丈成果圖。

(六)被上訴人於105年11月7日寄發存證信函通知上訴人終止系爭承攬契約。

二、本案爭點：

(一)本訴上訴人有無同意本訴被上訴人委請高雄市土木技師公會進行鑑定，又該公會所出具之系爭鑑定報告是否妥適而得作為本件審判之依據？

(二)上訴人施作系爭工程有無遲延逾期之情事？

(三)上訴人施作系爭工程有無被上訴人所稱之瑕疵？

(四)系爭工程已完成之工程比例及金額為何？

(五)被上訴人請求上訴人給付205萬2,107元，有無理由？

(六)上訴人反訴請求被上訴人給付190萬7,643元及法定利息，並請求被上訴人返還上訴人所簽發之系爭3紙支票，有無理由？

肆、本院之判斷：

一、本訴上訴人有無同意被上訴人委請高雄市土木技師公會進行

鑑定？又該公會所出具之系爭鑑定報告是否妥適而得作為本件審判之依據？

(一)按鑑定為調查證據方法之一種，當事人因裁判上確定事實所需之證據資料而行鑑定時，參照民事訴訟法第376條之1第1項、第326條第2項前段及第270條之1第1項第3款、第3項之規定，得於起訴前或訴訟進行中，就鑑定人、鑑定範圍、鑑定方法等事項加以合意；此種調查證據方法所定之證據契約，兼有程序法與實體法之雙重效力，具紛爭自主解決之特性及簡化紛爭處理程序之功能。倘其內容無礙於公益，且非屬法院依職權應調查之事項，及不侵害法官對證據評價之自由心證下，並在當事人原有自由處分之權限內，基於私法上契約自由及訴訟法上辯論主義與處分權主義之原則，自應承認其效力，以尊重當事人本於權利主體與程序主體地位合意選擇追求訴訟經濟之程序利益（最高法院102年度台上字第246號判決意旨參照）。

(二)查上訴人以系爭鑑定報告載明該次鑑定之申請人為上訴人，且鑑定申請書上並無被上訴人之具名，及被上訴人於105年11月3日繳交申請鑑定費用後才知會伊上情，在木已成舟，亦不知可得拒卻被上訴人片面委請之鑑定人，迫於無奈才回覆「本案將待鑑定結果再行妥處」，不應倒果為因等節，主張被上訴人未經伊同意即片面委由高雄市土木技師公會就兩造之爭議進行鑑定云云。惟查：上訴人曾先後於105年10月17日、同年12月19日分別以北埔郵局第137號、第153號存證信函回覆被上訴人：「本業建議委請第三方公正單位鑑定…本業將依據鑑定結果及建議施工方式即刻改善…本業亦委請第三公正單位認定，並依裁示結果作後續處理…除上述回覆事項，其餘台端所持之疑慮，本業建議委請專業工程人員（建築師、土木技師）擔任第三方公正人士協助」、「目前既已委託第三公證人高雄市土木技師公會辦理鑑定事宜，本業將俟鑑定結果再行妥處」（原審卷第115頁正、反面、117頁反面），嗣上訴人亦於高雄市土木技師公會105年12月23日

至同年月24日鑑定(估)會勘記錄表上簽名（原審卷第118頁、系爭鑑定報告第25頁），其上之會勘概述欄並載明雙方說明爭議、雙方提供資料等內容，全無上訴人反對或拒絕該公會進行鑑定之記載，故由上揭文書可知，於系爭鑑定報告結果尚未作成前，上訴人就委請第三方公證單位鑑定，與被上訴人已有共識，且並無明確反對由高雄市土木技師公會進行鑑定，嗣於系爭鑑定報告結果作成後，本案訴訟進行中，上訴人始為上開答辯，再參酌上訴人於高雄市土木技師公會會勘時既已到場陳述意見，且對該會函請提出系爭工程相關文書皆有提出(系爭鑑定報告第141至167頁)，以高雄市土木技師公會並非有強制力之民間公會受委託鑑定，倘上訴人不同意由高雄市土木技師公會鑑定，應於鑑定過程中即拒絕提出任何有關之工程資料，然上訴人均欣然提供，綜上說明，足認上訴人同意高雄市土木技師公會進行鑑定。上訴人稱其不同意，與上開客觀事證不符，不足採信。

(三)上訴人另爭執高雄市土木技師公會出具之鑑定報告會勘紀錄並未有兩造約定作為證據契約之約定，以及鑑定內容包含計算工程違約金及履約保證金是否返還等情，是否妥適而得作為本件審判之依據一事，查高雄市土木技師公會107年2月6日高市土技字第00000000號回函：「本鑑定報告書為本案申請單位(人)所提出之訴訟證據資料，然就鑑定人之鑑定意見可採與否，則法院尚需踐行調查證據之程序而後定其取捨，依自由心證判斷事實之真偽。故在尚未定案前，本公會基於遵守法院相關規定及謙恭語氣所出現之前述字眼「本鑑定報告純屬客觀第三者….」、「概估值，僅供雙方協商或調解參考等記載，並不影響本案鑑定所做成之專業報告書，仍可做為訴訟參考依據」(原審卷第206頁正、反面）。上訴人事後以前詞置辯，認系爭鑑定報告不得作為本件審判之依據，惟被上訴人於事前、事中、事後均有徵得上訴人之同意，且上訴人於事中亦配合高雄市土木技師公會提供系爭工程相關資料以供鑑定，而高雄市土木技師公會曾受全國不同法院、

主管機關、業界之委託進行鑑定，揆諸首揭最高法院判決意旨，應認高雄市土木技師公會所出具之鑑定報告為兩造就調查證據方法所為之證據契約，而得作為本件裁判之依據。

二、上訴人施作系爭工程有無遲延逾期之情事？

(一)按乙方(上訴人)應於本契約簽訂後10日曆天內申報開工，完工之定義為乙方申報使用執照之日期；乙方應將工程開工、竣工日期以書面通知甲方(被上訴人)，並以甲方核定之結果計算工期；工程依本契約竣工後，乙方應對施工期間損害或遷移之公共設施予以修復或回復，並將現場堆置之施工機具、器材、廢棄物及非本工程所應有之設施全部運離或清除，並填具竣工報告，經甲方勘驗認可，始得認定工程完工，乙方並應在七日內以書面通知甲方備查，系爭契約第6條、第8條及第19條分別定有明文（原審卷第43、52頁）。又因故延期：1.因甲方之因素，或天災人禍等人力不可抗拒因素，致需延長完工期限時，乙方應以書面向甲方申請延期，甲方得視實際影響情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議。2.因工程變更，致增加工作項目或數量時，乙方可提出延長工期之請求，甲方得視實際需要予以延期。有關工期爭議部分，經雙方說明如后：(1)104/3/12訂約。(2)105/8/29申報使用執照。(3)大約105年11月取得使用執照。(4)是否竣工依鑑定結果認定。(5)本案未有書面申請展延資料。(6)申請人(被上訴人)認定本案係以日曆天計算工期，而廠商(上訴人)認為是以日曆上可記載工作計算工期。(7)不計工期由鑑定認定。(8)本案未有工程變更及無申請展延事項(系爭鑑定報告附件二會勘紀錄表之會勘概述欄關於工期爭議兩造說明事項，該報告第25頁)。

(二)本案鑑定標的物自104年3月12日簽訂後10日曆天內申報開工，故本鑑定建議雙方以104年3月21日起算開工日。另工程總工期計400日曆工作天完工，依據系爭契約書有提到之工期計算僅出現在同條契約提到10日曆天，在相關契約內並無再詳加定義工期計算係指日曆天或工作天，故基於契約規定說

明以甲方之說明做為施工之依據（系爭契約第4條），本鑑定建議契約之工期計算應採日曆天計算較為適當。故工程契約應完工期限為105年4月25日。根據系爭契約第6條及鑑定報告書附件二之會勘紀錄表之會勘概述欄關於工期爭議兩造說明事項顯示，本案並無因故延期，且上訴人亦未有工程變更及無申請展延事項，且上訴人均無相關書面資料向甲方（即被上訴人）提出申請。而所謂「日曆天」計算工期者，係指包括：星期例假日、國定假日、民俗節日、選舉投票日、臨時放假日、其他休息日或天候（天災除外）影響等所有導致無法履約之時間均已計入，且廠商(上訴人)不得因前述日期施工為由，再申請延期（系爭鑑定報告第13至14頁）。是以上訴人以系爭契約第6條將「申報開工」期間及「完工」等有「日曆天」、「日曆工作天」不同文字之約定，進而主張應以日曆上可記載工作計算工期等語，為本院所不採。

(三)本案未有書面申請展延資料，已如鑑定單位載明。是本案未有工程變更及無申請展延事項，且申報開工、開工核准並無需複丈成果圖，上訴人事後空言主張因申請複丈確認界址影響工期等情，為本院所不採。另關於上訴人主張被上訴人自購材料及自行發包影響工期部分，並未提出資料以佐證其說法，且相關材料及門窗工程被上訴人及相關廠商早已備妥，隨時可以入場等情，此有上訴人於原審提出之原證15可證；又上訴人遲至105年3月份，上訴人在系爭工程工地還在敲除，四處都是碎石，無從安裝門窗、門框，也無法運送門窗、門框到工地現場；其他諸如洗石子、油漆、磁磚等情，均係肇因上訴人遲延施工，上訴人空言主張，難認為有理由。

(四)另針對本案之完工問題，雖然系爭契約第6條約定：完工之定義為乙方申報使用執照之日期。惟系爭契約第19條明確定義「工程完工」是指：工程依本契約竣工後，乙方應對施工期間損害或遷移之公共設施予以修復或回復，並將現場堆置之施工機具、器材、廢棄物及非本工程所應有之設施全部搬離或清除，並填具竣工報告，經甲方勘驗認可始得認定工程

完工，乙方並應在7日內以書面通知甲方備查。而依據工程應有之概念，需實際全部工程完工後方可據以申報使用執照，始符合契約精神；至於實際上未完工而能否申請到使用執照，則屬行政慣例上之便宜作業，與工程完工並無一定之關係存在。綜上，本鑑定建議全部工程完工後方可據以申報使用執照，始可符合契約精神，惟上訴人致105年11月間仍未申報完工，因此，本案尚未工程完工。

(五)被上訴人曾於105年11月7日以存證信函依系爭契約第23條第1項第2款通知上訴人終止系爭契約（系爭鑑定報告第114至119頁），然系爭工程應完工期限為105年4月25日，自該日起至105年11月7日止，上訴人仍未申報工程完工，已嚴重延誤履約期限情節重大，已明顯逾期196日，是上訴人施作系爭工程確有遲延逾期之情事（系爭鑑定報告第15頁參照）。

三、上訴人施作系爭工程有無被上訴人所稱之瑕疵？

(一)按當事人主張有利於己之事實者，應就其事實有舉證責任，民事訴訟法第277條定有明文；主張法律關係存在之當事人，須就該法律關係發生所須具備之特別要件，負舉證責任；民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（最高法院89年度台上字2061號判決意旨參照）。次按稱承攬者，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。如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬。未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付。承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。民法第490條第1項、第491條、第492條、第495條第1項分別定有明文。

(二)查系爭工程有下列之瑕疵：1樓室外西側及南側窗戶部分未

施打SILICON造成室內滲水（系爭鑑定報告第179頁）；上訴人修築屋瓦多有瑕疵，包括裝修不確實，有以殘瓦充作屋瓦等現象（系爭鑑定報告第249至256頁）；1樓門廊柱之自然石條發生白華瑕疵（系爭鑑定報告第196頁）；1樓主臥室1廁所地盤基座部分現況空心，回填土方夯實不確實、牆樑裂縫、屋頂滲水等（系爭鑑定報告第179頁以下），復有系爭鑑定報告所附之施工品質不良及施工缺施之修復、檢核結果（系爭鑑定報告第9頁至第13頁）、本案鑑定標的現況調查記錄、現況照片暨說明、本案鑑定標的瑕疵或損壞修復數量計算表及工程預算書、本案鑑定標的物瑕疵或損壞修復參考工程單價（系爭鑑定報告附件十、十一、十二、十三，第177至245頁）等件可參，如上訴人認所施作之工程完美無缺，以上訴人為系爭契約之承攬人，具有建築方面之專業技能，應能就系爭鑑定報告所認有瑕疵部分提出辯駁，然本件自被上訴人106年3月10日起訴迄今，均未見上訴人就系爭鑑定報告所指瑕疵之處提出對己有利之證據，至於證人李錦堂建築師關於文化屋瓦及施工有無瑕疵之證詞(本院卷第267至269頁)與系爭鑑定報告之內容相符，難為上訴人有利之認定，堪認被上訴人主張系爭工程存在瑕疵乙節為可採。又依系爭鑑定報告所列修復費用鑑估－工程預算書所載修復費用為80萬5,008元（系爭鑑定報告附件十一，第235頁），被上訴人主張依前揭民法規定請求上訴人給付，為有理由，應予准許。

四、系爭工程已完成之工程比例及金額為何？

系爭工程完成比例，大約合約數量之一半，室內牆面、平頂刷水泥漆完成數量為合約數量之一半，鑑定建議將工程管理費用部分減半處理（即工程管理包括內業及外業，本鑑定認為乙方內業未善盡應盡責任，故建議內業管理費用須扣除），本項完成率＝0.5×0.87（利潤）＋0.5×0.5（管理費）＝0.69。由鑑定報告書附件十三、附件十四說明所示，系爭工程有多項未施作或未完成，訴訟標的物工程款總價為820

萬元整，清點結算總價金額為675萬3,691元，未完成之工程款部分為144萬6,309元（系爭鑑定報告第245、247至248頁）。

五、被上訴人請求上訴人給付205萬2,107元，為有理由：

依據系爭鑑定報告修復費用鑑估－工程預算書所載，系爭工程經鑑定修復費用鑑估為80萬5,008元（系爭鑑定報告第235頁），經鑑定清點結算已施作工程總金額為675萬3,691元，扣除原告已給付之金額533萬元，被上訴人尚須給付上訴人142萬3,691元，經鑑定上訴人應給付被上訴人逾期罰款費用為160萬7,200元，依系爭契約第17條第2項第1款、第3款、第4款、第6款沒收履約保證金82萬元，鑑定相關費用21萬4,000元，被上訴人另追加水電工程工程瑕疵部分2萬9,592元，總計205萬2,107元（應為2,052,109元），是被上訴人之主張為有理由。

六、上訴人反訴請求被上訴人給付190萬7,643元及法定利息，並請求被上訴人返還上訴人所簽發之系爭支票三紙有無理由？

(一)上訴人反訴依民法第511條請求被上訴人應賠償終止契約而生之損害，請求被上訴人給付190萬7,643元及法定利息等語，依系爭契約第11條付款辦法，第1次、第5次、第10次付款係工程總價5%，第2次至第4次係工程總價15%，第6次至第9次係工程總價10%，除第1次付款係於兩造締約時由被上訴人支付訂金5%外，各次付款之前提均為上訴人完成約定工作項目，書面檢送該次請款單，經被上訴人核實後給付該次之工程款。由系爭鑑定報告附件十三、十四清算鑑定數量記錄表、鑑定清點結算總表所列，上訴人所施作之系爭工程，幾近一半未完成、未施作，並有部分由業主自行發包，依系爭鑑定報告系爭工程已完工部分，已施作工程總金額為675萬3,691元，扣除被上訴人已給付之金額533萬元，被上訴人尚須給付142萬3,691元，上訴人主張已完成之工程項目價額為723萬7,643元，與鑑定報告不符，復未舉證加以說明，自無足採，況此部分業經被上訴人起訴時扣除，故上訴人此部分主

張即無理由。

(二)按一般履約保證金乃契約當事人之一方為確保其契約之履行而交付於他方之一定金額，以為履行契約之擔保。而履約保證金保證書或不可撤銷擔保信用狀，係為顧及承攬人資金調度之困難，以經定作人認可之金融機構或第三人出具保證書或不可撤銷擔保信用狀，以代替現金給付。此履約保證金之作用在使定作人擔保其債權快速實現，而得自保證金中扣除或抵充其債權，其性質為履約之擔保，主要義務在於付款，縱其有不予發還之約定，但主要目的仍擔保契約之履行。

(三)查系爭契約關於履約保證之約定，依第17條為：「一、履約保證金繳交：(一)乙方(指上訴人)應於訂約時，提供契約總價10%為履約保證金，並均分為4張支票開立給甲方(指被上訴人)，每張面額20萬5千元，乙方完成總工程進度25%，甲方即須返還第一張支票給乙方，乙方完成總工程進度50%，甲方即須返還第二張支票給乙方，乙方完成總工程進度75%，甲方即須返還第三張支票給乙方，乙方完成總工程進度100%，並取得使用執照，經甲方完成驗收行政程序認可後，甲方即須返還第四張支票給乙方。乙方得以開立支票繳納履約保證金。二履約保證金沒收：乙方有下列情形之一，其所繳納之履約保證金得不予發還。其情形屬契約一部未履行者，甲得視其情形不發還履約保證金之一部或全部。(一)擅自減省工料情節重大者。(二)偽造、變造契約或履約相關文件，經查明屬實者。(三)無正當理由而不履行契約者。(四)可歸責於廠商之事由，致終止或解除契約者。(五)查驗或驗收不合格。(六)因可歸責於廠商之事由，且未於通知期限內依規定辦理者。…(八)有破產或其他重大情事者，致無法繼續履約者」（原審卷第51至52頁，系爭鑑定報告第42至43頁）。兩造對於履約保證金之繳交、沒收既約定如上，足見履約保證金只有在系爭契約約定條件成就時，方得返還上訴人，且如有系爭契約第17條第2項所列事由時，被上訴人即得不發還履約保證金。

(四)本件上訴人主張：依系爭契約第5條約定，系爭工程總價為820萬元，從而不論依被上訴人所主張之已施作工程金額675萬3,691元（佔總工程比例約82%），或依上訴人所主張之已施作工程金額723萬7,643元（佔總工程比例約88%），均已超過總工程進度75%，上訴人自得依系爭契約第17條一之(一)之約定請求被上訴人返還系爭3紙支票云云，為被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：被上訴人主張上訴人施作系爭工程有固定鋼筋、地坪空心、灌漿後敲除混凝土重新配管，並於梁柱位置敲除混擬土，影響房屋結構，屋頂文化瓦裂縫、破損、結合空隙過大、未密接、滲水白華及屋頂防水工程等瑕疵乙節，有系爭鑑定報告第9頁至第12頁可參，另系爭工程標的物之筏基回填土方夯實，惟現況空心，不符合施工品質基本要求，故回填土方夯實不確實，面積2.6m× 2.9m。故需地盤改良低壓灌漿至GL。建議在此範圍面積需進行地盤改良低壓灌漿，灌漿高度建議至約GL範圍（建議70cm）即可達到功能性要求等瑕疵事項，亦有系爭鑑定報告附件十三、附件十四及鑑定現場照片可參（系爭鑑定報告第163至230頁），是被上訴人以上訴人有系爭契約第17條第2項所列節省工料情節重大、無正當理由不履行契約、可歸責上訴人之事由，致終止或解除契約之情事，從而主張沒收履約保證金82萬元等語，為有理由。

七、綜上所述，本訴部分被上訴人依系爭契約第17條第1項、第2項第1款、第3款、第4款、第6款規定，請求上訴人給付2,052,107元及自起訴狀繕本送達翌日（即106年3月18日）起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許；反訴部分，因上訴人迄未證明其已施作完成之程項目價額為723萬7,643元，與系爭鑑定報告認定之675萬3,691元不符，及被上訴人得依約沒收履約保證金，則上訴人請求被上訴人給付積欠工程款190萬7,643元及返還系爭3紙支票云云，均屬無據，不應准許。原審就本訴部分判命上訴人應給付2,052,107元，及自106年3月18日起至清償日止，按年息百分之5計

算之利息部分，並依兩造聲請准宣告假執行或免為假執行；及駁回上訴人反訴部分之請求，經核並無違誤。上訴人就其敗訴部分上訴(本訴及反訴部分均提起上訴)，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其本訴及反訴之上訴。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經審酌後認均與判決結果不生影響，爰不逐一論述。

伍、據上論結，本件上訴人就本訴及反訴部分之上訴均無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　27　　日

民事庭審判長法　官　張健河

法　官　林慧英

法　官　李水源

以上正本係照原本作成。

一、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。

二、被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　27　　日

書記官　徐珮綾

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。