

臺灣高等法院高雄分院民事判決

106年度建上更(二)字第1號

上訴人 廣進工程有限公司

法定代理人 林忠成

訴訟代理人 洪國欽律師

被上訴人 國軍退除役官兵輔導委員會台北勞務中心（即行政院國軍退除役官兵輔導委員會高雄榮民技術勞務中心之承受訴訟人）

法定代理人 楊明富

訴訟代理人 馬惠美律師

陳紹倫律師

複代理人 鄧國璽律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國98年5月20日臺灣高雄地方法院93年度重訴字第57號第一審判決提起上訴，經最高法院第二次發回更審，本院於民國108年5月16日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於(一)駁回上訴人後開第二項之訴部分，(二)命上訴人給付部分，及該部分假執行之宣告，暨(三)訴訟費用之裁判，均廢棄。上開廢棄(一)部分，被上訴人應給付上訴人新臺幣叁佰肆拾萬柒仟叁佰貳拾捌元，及自民國九十二年四月一日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

上開廢棄(二)部分，被上訴人在第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。

被上訴人另應給付上訴人新臺幣貳佰陸拾貳萬零肆佰捌拾貳元，及自民國九十八年八月二十六日起，至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

上訴人其餘追加之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用，由被上訴人負擔五分之四，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付，於上訴人以新臺幣貳佰萬元供擔保後得假執行

，但被上訴人如以新臺幣陸佰零貳萬柒仟捌佰壹拾元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人起訴主張：兩造於91年6月17日簽訂工程合約（下稱系爭合約），由上訴人承攬被上訴人發包之桃園縣自立精忠合建國宅（甲標）水電工程（C區）（下稱系爭工程），工程總價新臺幣（下同）5598萬元，已於同年12月15日完工，依約得請求總工程款85%即47,583,000元。詎被上訴人僅給付第1至6期款項，尚欠10,825,311元迄未給付。又系爭工程業經業主桃園縣政府（下稱業主）於92年6月6日驗收，上訴人應得依承攬契約之法律關係，請求被上訴人給付1082萬5311元，及自92年4月1日起，至清償日止，按週年利率5%計算之利息。並於本院前審（建上審）追加主張系爭工程保固期已屆滿，被上訴人應返還伊繳交之履約保證金285萬元，及加計自92年4月1日起，至清償日止，按週年利率5%計算之利息。並就被上訴人之反訴，以：伊並無北榮中心所稱違約或債務不履行情事，其所指瑕疵情形非伊依系爭合約應施作之範圍；況其請求權已罹於時效而消滅，伊得拒絕給付。另系爭工程已於92年6月6日經業主驗收合格，保固期亦已屆滿，伊得請領全部工程款，而以尚未請求之百分之十五工程尾款債權即839萬7000元與北榮中心鳩工修繕費用債權抵銷等語，資為抗辯。

二、被上訴人則以：系爭工程係就訴外人佑昇工程有限公司（下稱佑昇公司）未完工部分為發包，採總價承包方式，上訴人應負責全部工程經業主桃園縣政府驗收合格。然上訴人所施作工程經初驗後，發見瑕疵甚多，雖經限期應於92年4月6日前修繕，惟上訴人並未完成，被上訴人乃自行僱工修繕，上訴人自屬違約，應負承攬之債務不履行損害賠償責任。被上訴人得以上訴人逾期改善之違約罰款10,244,340元及自行僱工修繕而支出修繕費30,100,458元為抵銷，上訴人已無得請求之款項等語置辯。並於第一審提起反訴主張：被上訴人因

上訴人債務不履行而支出上開修繕費受有損害，扣除上訴人請求之10,825,311元後，尚餘19,275,147元，自得求償。爰依承攬契約之法律關係為本件請求等語。求為判決：(1)上訴人應給付19,275,147元及自反訴狀繕本送達翌日即94年10月5日起算之法定遲延利息。(2)願供擔保准予宣告免為假執行。

上訴人則以：上訴人並無被上訴人所稱違約或債務不履行之情事，其所指瑕疵情形非上訴人依系爭合約應施作之範圍，且否認其損害金額，又其請求權已罹於時效而消滅，上訴人得拒絕給付等語置辯。

三、原審就本反訴均為上訴人全部敗訴之判決，並命上訴人應給付被上訴人19,275,147元本息，上訴人聲明不服，經本院更審前98年度建上字第8號判決廢棄原判決，改命被上訴人應給付上訴人846,410元及自98年8月26日起算之法定遲延利息，兩造均就敗訴部分提起第三審上訴，經最高法院以103年度台上字第1549號判決全案廢棄發回。本院更(一)審即103年度建上更(一)字第8號判決本訴部分命被上訴人應給付上訴人3,407,328元及自93年2月10日起算之法定遲延利息；追加之訴部分被上訴人應給付上訴人285萬元及自98年8月26日起算之法定遲延利息並駁回上訴人其餘上訴。兩造均不服，提起第三審上訴，經最高法院以106年度台上字第352號將本院更(一)審判決除假執行部分外予以廢棄發回。上訴人於本院聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人應給付上訴人1367萬5311元及自92年4月1日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。(三)上訴人願供擔保，請准予宣告假執行。(四)被上訴人在第一審之反訴駁回。

被上訴人於本院聲明：(一)上訴及追加之訴均駁回。(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執之事項：

(一)兩造於91年6月17日成立「桃園縣自立精忠合建國宅(甲標)水電工程(C區)」承攬契約，約定由上訴人承攬系爭工

01 程，總價為5,598萬元，上訴人已於91年12月15日完工，依
02 約得請求85%之總工程款即4,758萬3,000元，被上訴人已
03 給付其中第1期至第6期之款項合計3,675萬7,689元。若
04 系爭工程初驗合格，則上訴人尚可得工程款1,082萬5,311
05 元。

06 (二)系爭工程係承接第三人右昇工程公司未完工工程，並採總價
07 承包方式為決標。又系爭契約約定之施工範圍為「前手廠商
08 (即右昇工程公司)尚未施作(即C區)及已施作(即A、
09 B、D、E區)有瑕疵之部分，並使業主以完成驗收為目的
10 」。

11 (三)上訴人已施作部分，僅止於C區工程標單內容。關於契約約
12 定，比價須知約定第13條工程範圍及責任歸屬為「C區工程
13 全部A、B、D、E區完成消防檢查」及保固責任。且上訴
14 人只有施作C區工程標單上之數量，A、B、D、E區均未
15 施作或修繕。

16 (四)系爭工程經業主於91年12月26日起至92年3月7日止進行初
17 驗時有多項瑕疵，兩造就此修繕事宜於92年3月25日召開初
18 驗缺失改善趕工會議，並達成『廣進工程有限公司(即上訴
19 人)應於92年4月6日前，依合約精神將初驗缺失改進完成
20 』決議。嗣上訴人於92年4月5日通知被上訴人已修繕完畢
21 ，業主於92年4月29日起迄5月16日複驗時發現仍有瑕疵。
22 上訴人則於92年4月30日向被上訴人為解除系爭契約之意思
23 表示，嗣被上訴人未通知上訴人就上開複驗瑕疵修繕，乃另
24 行僱工修繕。

25 (五)系爭工程已於92年6月6日經業主正式驗收完成，另系爭工
26 程經業主正式驗收完成，迄今已屆滿3年保固期，及保固期
27 間被上訴人係自行僱工修繕。

28 五、兩造不爭執之事項：

29 (一)上訴人應施作部分，有無瑕疵？若有，上訴人得否請求被上
30 訴人給付系爭工程尾款1,082萬5,311元(含5%營業稅)，
31 及履約保證金285萬元？

01 (二)若系爭工程有瑕疵，其修繕費用（含驗收及保固期間）之金
02 額為何？被上訴人得否以自行修繕費用（含驗收及保固期間
03 ）3,010萬0,458元抵銷應給付之工程款及履約保證金？

04 (三)系爭工程完工有無逾期61日？若有，被上訴人得否依系爭契
05 約承攬投標須知第11條約定，按合約總價3/1000計罰，主張
06 抵銷逾期罰款金額1,024萬4,340元？又該違約金是否過高
07 而應予核減？

08 (四)上訴人得否以被上訴人於驗收完成後，有給付未含稅工程保
09 留款15%即799萬7,143元（即未含稅工程總價5,331萬4,
10 286元 $\times$ 15%=799萬7,143元）之義務，而主張抵銷應給
11 付被上訴人修繕費用（含驗收及保固期間）債權？

12 (五)被上訴人於93年8月12日依系爭契約、民法第227條之法律
13 關係反訴請求上開款項扣除應給付之工程款之1,927萬5,14
14 7元及法定遲延利息，是否已罹於時效而上訴人得拒絕給付
15 ？若否，則上訴人得否以尚未請領之15%保留款839萬
16 7,000元（含稅5%）抵銷？

17 六、本院之判斷：

18 (一)上訴人應施作部分，有無瑕疵？若有，上訴人得否請求被上
19 訴人給付系爭工程尾款10,825,311元（含5%營業稅），及履
20 約保證金285萬元？

21 1.上訴人原起訴請求被上訴人給付系爭工程尾款10,825,311
22 元（含5%營業稅），嗣於本院建上審追加請求給付系爭工
23 程之履約保證金285萬元，核此追加部分涉及上訴人是否
24 履約完畢以及保固期限是否屆滿之爭議，與上訴人起訴請
25 求之事實基礎事實同一，且被上訴人亦無異議而為本案之
26 言詞辯論，程序上自應予准許，先予敘明。

27 2.經查：系爭工程經業主於91年12月26日起至92年3月7日
28 止進行初驗時有多項瑕疵，兩造就此修繕事宜於92年3月
29 25日召開初驗缺失改善趕工會議，並達成『廣進工程有限
30 公司（即上訴人）應於92年4月6日前，依合約精神將初
31 驗缺失改進完成』決議。嗣上訴人於92年4月5日通知被

上訴人已修繕完畢，業主於92年4月29日起迄5月16日複驗時發現仍有瑕疵。上訴人則於92年4月30日向被上訴人為解除系爭契約之意思表示，嗣被上訴人未通知上訴人就上開複驗瑕疵修繕，乃另行僱工修繕一節，為兩造所不爭執，並有初驗記錄表、被上訴人92年4月2日高勞業二字第0920000470號函附92年3月25日會議記錄、上訴人92年4月5日廣中字第92028號函、自立精忠C區正驗缺失記錄分析表、上訴人92年4月30日廣中字第92036號函附卷可稽（見一審卷(一)第100頁至第347頁、第47頁至第49頁、第64頁至第66頁、一審卷(二)第224頁至第266頁、本院更(一)卷(一)第105頁至第107頁）。並經更審前電機技師公會鑑定確認無訛，有該會101年12月14日鑑定報告書（下稱第一次鑑定報告）可憑（另置卷外），及系爭工程初驗缺失鑑定判定分析表（估價總表）（即第一次鑑定報告附件N）在卷可考（見本院建上卷(四)第77頁）。足認上訴人所施作之系爭工程經被上訴人初驗、業主複驗後，確有瑕疵存在。

3. 次查：系爭合約第6條第1款付款辦法約定依比價須知第12條內容，比價須知第12條第1、2款則約定：1. 開工後每15日計價1次，並依乙方（即上訴人）所提工程估驗單，由本中心（即被上訴人）施工所初驗合格後，再由本中心審核組審核後給付該期完工價值85%。2. 全部工程完工，經業主正式驗收合格，並出具保固3年之切結書後，給付尾款5%，交屋完成付5%，其餘5%尾款俟保固期滿付清等語；及系爭合約第21條工程驗收約定：工程全部完竣，須經業主及甲方（即被上訴人）驗收合格，…，如發現工程與設計圖樣、說明書規範等規定不符時，乙方應在甲方指定期限內修改完善，並報請複驗，逾期甲方得動用乙方未領之工程款或保證金自行改善，如有不敷，仍由乙方或其連帶保證人補足之等語，第23條工程保固約定：本工程自驗收合格日起，應由乙方出具保固切結書，保固期限3年

01 …保固金於保固期間未予支用，保固期滿無息退還乙方等
02 語；且兩造約定以押標金移為履約保證金，有系爭合約、
03 比價須知在卷可稽（見一審卷（一）第9頁、第12頁至第13頁
04 、第20頁、第24頁）。足認依比價須知第12條第1款之約
05 定，若上訴人完成所有工期，復經被上訴人初驗完成，上
06 訴人即可取得總工程款85%之工程估驗款。且於系爭工程
07 保固期滿，上訴人可領回履約保證金。

08 4.又查：系爭工程經業主初驗時列出多項瑕疵，兩造就此召
09 開初驗缺失改善趕工會議時達成上訴人應於92年4月6日
10 前改進完成決議。嗣上訴人於92年4月5日通知被上訴人
11 已修繕完畢，業主複驗時發現仍有瑕疵，惟上訴人於同年
12 月30日向被上訴人表示解除系爭契約，被上訴人即未通知
13 上訴人修繕複驗瑕疵，乃另行僱工修繕一節，業如上述。
14 按系爭工程驗收程序為上訴人完工→被上訴人驗收合格→
15 被上訴人通知業主初驗→被上訴人通知業主複驗，基此，
16 足認系爭工程業經被上訴人及業主完成初驗，被上訴人始
17 報請業主進行複驗。因此，依比價須知第12條第1款之約
18 定，被上訴人應給付上訴人總工程款5598萬元之85%即47
19 ,583,000元（5598萬元×85%=47,583,000元）。佐以兩
20 造於91年6月17日成立「桃園縣自立精忠合建國宅（甲標
21 ）水電工程（C區）」承攬契約，約定由上訴人承攬系爭
22 工程，總價為5598萬元，上訴人已於91年12月15日完工，
23 依約得請求85%之總工程款即47,583,000元，被上訴人已
24 給付其中第1期至第6期之款項合計36,757,689元。若系
25 爭工程初驗合格，則上訴人尚可得工程款10,825,311元；
26 系爭工程已於92年6月6日經業主正式驗收完成，另系爭
27 工程經業主正式驗收完成，迄今已屆滿3年保固期，及保
28 固期間被上訴人係自行僱工修繕等節，為兩造所不爭執。
29 足認系爭工程確已驗收完成及保固期間已屆滿，乃符合兩
30 造約定之系爭工程初驗合格時，上訴人即得請求被上訴人
31 給付總工程款85%之其餘未付工程款10,825,311元，及請

01 求被上訴人返還履約保證金285萬元。

02 5.至被上訴人辯稱：依比價須知第12條第1款之約定，付款
03 計價係以「實際完工價值」為給付依據，上訴人不得以總
04 金額5598萬元（含稅）×85%作為第7、8、9期未領款
05 之計算基礎，因依上訴人自行審核之第7、8、9期工程
06 估價單所示，自91年1月29日止第9期顯示92.83%完工比
07 ，未達100%完工進度，第7、8、9期之85%金額共7,
08 412,467元（含稅），未達10,825,311元（含稅）之完工
09 價值；系爭合約所約定之完工係指：佑昇公司未施作部分
10 +佑昇公司已施作但有瑕疵部分+暗管阻塞等全部至業主
11 正式驗收合格+ABCDE區消防檢查合格通過，且上訴人於
12 原審審理中自認其僅完成C區工程標單上之數量，ABDE區
13 均未施作等語，故須將上訴人未履約部分利益扣除，始符
14 完工價值定義，經比較上訴人第1至6期自行估驗工程款
15 與被上訴人第1至6期審核計價金額，差距約86%至90%
16 ，可知被上訴人係依比價須知第12條第1項經審核後方給
17 付完工價值85%。復因上訴人第7、8、9期估驗時尚有
18 瑕疵尚未修補及部分設備未附測試報告，估驗款之審核條
19 件未成就；縱全部計價，該第7、8、9期估驗款僅為8,
20 720,550元（含稅），其85%係7,412,467元等語，並以
21 被上訴人92年3月20日高勞業二字第0920000403號函、上
22 訴人92年1月18日廣中字第92003號函、上訴人92年1月
23 29日廣中字第92007號函附92年1月29日第9期計價書、
24 工程計價單、上訴人於原審94年7月26日、95年9月12日
25 審理中之陳述為據（見一審卷（一）第62頁至第63頁、更（一）卷
26 （一）第108頁、第134頁至第136頁）。惟查：

27 (1)比價須知第12條第1、2款約定：開工後每15日計價1
28 次，並依上訴人所提工程估驗單，由被上訴人施工所初
29 驗合格後，再由本中心審核組審核後給付該期完工價值
30 85%。全部工程完工，經業主正式驗收合格，並出具保
31 固3年之切結書後，給付尾款5%，交屋完成付5%，其餘

01 5%尾款俟保固期滿付清等語；及比價須知第10條約定系
02 爭工程為「總價承包契約」，有比價須知附卷可參（見
03 一審卷(一)第19頁至第20頁）。足認依上開約定，每15日
04 1期之計價款，係以該期完工價值乘以85%計價，迄系
05 爭工程全部初驗完成，被上訴人應給付上訴人完工價值
06 之85%。惟參酌比價須知第12條第2款之約定，及第10
07 條約定系爭工程為「總價承包契約」，若被上訴人僅按
08 「完工價值」計算85%之工程估驗款，則被上訴人按總
09 工程款之15%計算工程保留款，二者相加之結果必不完
10 全等於總工程款數額，如此即與比價須知第10條約定系
11 爭工程為「總價承包契約」之精神違背。

12 (2)上訴人完成系爭工程，並報請被上訴人進行初驗，嗣經
13 業主完成初驗一節，有系爭工程竣工初驗記錄乙紙及缺
14 失表（247張）、被上訴人92年3月31日自立工字第92
15 03310001號函、92年3月25日初驗缺失改善會議記錄、
16 被上訴人92年4月8日高勞業二字第092000521號函、
17 被上訴人92年4月7日高勞業二字第0920000515號函附
18 初驗記錄表（爭議部分）附卷可佐（見一審卷(一)第100
19 頁至第347頁、第50頁、第413頁至第415頁、本院建
20 上卷(一)第33頁、第37頁至第60頁）。足認系爭工程全部
21 業經被上訴人初驗完成，僅存有諸多項瑕疵。佐以事後
22 被上訴人已先行出資鳩工修繕，經業主複驗及驗收完成
23 ，已如前述，被上訴人並主張以其先行出資之修繕費用
24 抵銷系爭工程款等語，亦即上訴人將可得之工程款用以
25 支付被上訴人代墊之修繕款後，應視同已自行修繕完成
26 ，符合驗收條件。據此自應認上訴人確已完成系爭工程
27 之施工已經初驗合格，則依比價須知第12條第1款約定
28 ，上訴人自得對被上訴人請求總工程款之85%。被上訴
29 人固辯稱：系爭工程雖經被上訴人初驗通過，惟具有多
30 項瑕疵，且上訴人未修補及部分設備未附測試報告，估
31 驗款之審核條件未成就等語。惟此僅係被上訴人得再請

01 求上訴人修補初驗瑕疵或依系爭合約第21條約定以應給
02 付上訴人之工程款自行僱工修復之問題，尚不得於上訴
03 人以未領工程款支付修繕初、複驗瑕疵工程款後，猶認
04 其施作之系爭工程尚未經被上訴人及業主完成初驗。是
05 以，被上訴人上開所辯各節，均不足採。被上訴人雖復
06 以書狀爭執上開未付工程款10,825,311元之計算方式，
07 惟其既已同意列為不爭執事項，揆諸首揭說明，即視為
08 民事訴訟法第279條第1項所規定之自認，而被上訴人
09 所辯既與比價須知第10條、第12條第1款、第2款之約
10 定不符，自無從依民事訴訟法第279條第3項規定撤銷
11 其自認。

12 6.又被上訴人另辯稱：依系爭合約第10條（工程監督）、第
13 21條（工程驗收）、比價須知第11條（逾期罰款）均有「
14 保證金抵充工程款，充抵逾期罰款」之約定，因上訴人92
15 年4月5日所指完工（完成修補瑕疵）僅限於工程標單內
16 工項，工程標單以外之工項全部拒絕修補，已屬惡意違約
17 在前，故上訴人對於履約保證金之請求或主張抵銷，仍須
18 先扣除上訴人應負修補及逾期罰款之損害賠償後仍有餘額
19 時，始得請求返還其餘額，並非如同一般工程一經保固期
20 間期滿即可請求返還等語。惟查：系爭合約第21條工程驗
21 收固約定：工程全部完竣，須經業主及甲方（即被上訴人
22 ）驗收合格，…，如發現工程與設計圖樣、說明書規範等
23 規定不符時，乙方（即上訴人）應在甲方指定期限內修改
24 完善，並報請複驗，逾期甲方得動用乙方未領之工程款或
25 保證金自行改善，如有不敷，仍由乙方或其連帶保證人補
26 足之等語，有系爭契約附卷可憑（見一審卷(一)第13頁）。
27 因被上訴人已於本件訴訟就其另行僱工所支付之修繕費用
28 、保固費用及逾期罰款主張抵銷，亦即係以上訴人之工程
29 款及履約保證金支付修繕費用及保固款，參諸前述系爭工
30 程業已由業主完成驗收及保固期滿，足認上訴人已履行系
31 爭契約。職故，被上訴人主張抵銷並以反訴請求抵銷後之

01 餘額，此與其先依契約約定就履約保證金予以抵扣，並無
02 差別，從而被上訴人應僅得請求修繕系爭工程之瑕疵費用
03 抵銷上訴人之工程款及履約保證金，惟若有餘額，尚不得
04 執此拒絕返還履約保證金285萬元。被上訴人就此抗辯，
05 應不足採。

06 (二)若系爭工程有瑕疵，其修繕費用（含驗收及保固期間）之金
07 額為何？被上訴人得否以自行修繕費用（含驗收及保固期間
08 ）30,100,458元抵銷應給付之工程款及履約保證金？

09 1.經查：系爭合約第21條工程驗收約定：工程全部完竣，需
10 經業主及被上訴人驗收合格，…，如發現工程與設計圖樣
11 、說明書規範等規定不符時，上訴人應在指定期限內修改
12 完善，並報請複驗，逾期被上訴人得動用未領之工程款或保
13 證金自行改善等語，已如上述，佐以系爭工程初、複驗後
14 仍有瑕疵一情，業如上述，因此被上訴人自得依上揭約定
15 ，請求上訴人給付瑕疵修繕費用。

16 2.本件業主初驗有瑕疵部分，經兩造於本院建上審，同意囑
17 託電機技師公會鑑定結果第一次鑑定報告認定初驗瑕疵修
18 繕費4,887,875元及管理費461,904元（共計5,349,779
19 元），於更一審第二次鑑定報告認定，複驗、正驗修繕費
20 78萬7181元、保固修繕費34萬8702元，合計648萬5662元
21 ，有第一次鑑定報告（101年12月14日），及第二次鑑定
22 報告（104年9月9日）可稽（置卷外）及第一次鑑定報
23 告之判定分析表（估價總表）在卷可稽（本院卷第182、
24 91頁，取自第一次鑑定報告附件N電子檔），且上訴人於
25 本院建上審即對第一次鑑定報告中多項表示爭執（建上卷
26 (四)第140至142頁反面），本院更(一)審105年1月18日準
27 備程序期日整理不爭執事項時詢問是否將「(六)上訴人同意
28 被上訴人主張抵銷之項目及金額為：業主初驗系爭工程瑕
29 疵修繕費4,887,875元及管理費461,904元（共計5,349,
30 779元）、複驗、正驗修繕費787,181元、保固修繕費34
31 8,702元，合計6,485,662元」列為不爭執事項（更一卷

01 (二)第130頁)，上訴人訴代表示於確認後再行陳報，隨即
02 於105年2月1日具狀陳報表示：「就第一次鑑定結果（
03 即系爭工程初驗瑕疵修繕費）中，初驗瑕疵修繕費4,887,
04 875元部分基於舉證責任之分配，被上訴人應證明瑕疵非
05 屬其他承包商施作範圍而應由上訴人負擔為是，殊無由上
06 訴人負擔「1/2」之法理。修繕費用中之「德寶公司（營
07 造商）903,045部分該缺失屬營造商德寶公司應負責之範
08 圍，卻又認定上訴人應負1/2之修繕費，顯不合理而缺乏
09 依據。修繕費用中之「工具及其他耗材」48,395部分：(1)
10 兩造原合約本即無編列「工具及其他耗材」一項目，今鑑
11 定報告卻新增該項目，並以1%計價，已屬無據。(2)縱認本
12 件上訴人應負擔「工具及其他耗材」之費用，然上開修繕
13 費用應扣除「未明」（即3,480,525元）及「德寶公司（
14 營造商）」（903,045元）部分。(3)該費用與施工小五金
15 費用10萬5,352元（單據費用）形成重複。就系爭工程初
16 驗瑕疵之管理費461,904元部分：管理費之內容包含有：
17 臨時電話費、臨時水電費及利潤（參鑑定報告之附件P）
18 。管理費用基數應扣除「未明」、「德寶公司（營造商）」
19 及有爭議之「工具及其他耗材」部分。上開「管理費」
20 之項目已包含水電費在內，且原契約所編列之臨時水電費
21 亦僅有13萬0748元，與被上訴人主張之水電費支出憑證66
22 萬5,657元重複。就第二次鑑定（初驗複驗及正驗瑕疵修
23 繕費用）結果之意見：複驗、正驗修繕費787,181元，保
24 固修繕費348,702元，上訴人無意見。」等語（見更(一)審
25 卷(二)第139、140頁），並隨即於105年2月5日之更一
26 審言詞辯論狀列舉不爭事項(六)為：上訴人同意被上訴人主
27 張抵銷之項目及金額為：屬「初驗瑕疵修繕費用」鑑定報
28 告中之「廣進公司未完成項目1,833,095元」及「高勞中
29 心完成項目814,600元」；屬「業主複驗、正驗瑕疵修繕
30 費用787,181元」及「保固修繕費348,702元」（更(一)審
31 卷(二)第142頁）。兩造於本件審理中，並就上開上訴人所

爭執者為攻擊防禦之陳述，是足見上訴人就此部分所不爭執同意被上訴人抵銷之項目及金額只為上開更一審卷(三)第142頁之言詞辯論狀所列舉之事項及金額，對於其餘部分，仍有爭執，基此，本院就其對於第一次鑑定報告（即初驗瑕疵修繕費）及有關之管理費之爭執，論述如下：

(1) 鑑定報告中之「未明」3,480,525元部分（本院卷(一)第182、91頁）：

經查鑑定人戴義隆證稱：第一次鑑定報告判定分析表所列「未明」即如編號壹之貳所示，該未明1126項係指更審前被上證13初驗所列瑕疵無法判定之工項，因為不知由何人施作，所以就列為「未明」，但工程業經驗收，所以應該有施作該等項目，基於衡平原則，就鑑定兩造各付一半等語（更(一)審卷(一)第178頁），足認第一次鑑定報告記載「未明」部分，係因鑑定人無法判定該等工項由何人所施作，又上訴人承攬工程限於水電施作，而業主所列初驗瑕疵係就全部工程予以檢驗，有初、複驗記錄表在卷可據（更(一)卷(二)第4至253頁，及建上卷被上證13，則鑑定人就「未明」部分以無法判定該工項由何人施作，而判定應由上訴人負擔二分之一費用，參酌民事訴訟法第222條第2項之規定，尚屬合理可採。

(2) 修繕費用中「德寶公司（營造商）903,045元部分：

上訴人主張此部分缺失屬營造商德寶公司應負責之範圍，鑑定報告認定上訴人應負擔二分之一修繕費，顯不合理等語。查，鑑定人戴義隆證稱：廠商負責項目683是德寶負責393數量，廠商負責290數量之總和，而編號壹之叁之壹德寶公司負責393數量，無資料可判定由誰完成，因此依衡平原則判定兩造各負擔二分之一等語（更一審卷(一)第179頁），亦屬合理可取。

(3) 修繕費中之「工具及其他耗材」48,395元部分：

上訴人主張：兩造原合約本即無編列「工具及其他耗材」項目，鑑定報告卻新增該項目，並以1%計算，並無依

據等語，經查，原合約雖無編列「工具及其他耗材」項目，惟被上訴人僱工修繕而發生此部分費用，依經驗法則，無不合理之處，從而鑑定報告列出該部分項目，並以1%計價，尚難認不合理。

(4) 管理費461,904元部分：

鑑定人戴義隆證稱：一般工程之管理費用是5%至10%，我有參考中央政府各機關工程管理費支用要點，其計算式詳如鑑定報告附件P計算所示，該計算方式是工程慣例等語（更(一)審卷(一)第179頁），此證言合於一般工程慣例，堪予採取，故鑑定報告所列此部分管理費亦屬合理可取。

3. 又查：上訴人更審前已自行審查被上訴人檢附修繕瑕疵之支出憑證，自認與上訴人有關之部分為未鑑定之水電費665,657元、施工小五金費105,352元、支援工班僱工費161,312元，共932,321元（合稱未經鑑定費用）一節，有上訴人99年6月22日民事準備(四)狀在卷可稽（見本院建上卷(二)第2頁），此自應由上訴人負擔。至上訴人雖於更審後主張：第一次鑑定報告中關於「工具及其他耗材48,395元」部分，為系爭合約所無。縱有，該筆費用與施工小五金費用105,352元重複；「管理費461,904元」部分，依第一次鑑定報告附件P包括臨時電話費、臨時水電費及利潤，惟系爭合約所編列之臨時水電費僅有130,748元，與被上訴人主張水電費支出憑證665,657元重複等語。惟查：被上訴人上開未經鑑定之費用均有原始憑證可佐（見本院建上卷(二)第99頁至第313頁），上訴人復不爭執其真正及確係作為系爭工程修繕瑕疵所支出者，應堪認定為真實。而第一次鑑定報告中雖列有「工具及其他耗材48,395元」部分、「管理費461,904元」部分，惟金額暨工項與上開未經鑑定費用不盡相同，況且，鑑定結果並非依被上訴人提出之支出憑證予以列「工具及其他耗材」、「管理費」非屬被上訴人支出之水電費、施工小五金費、支援工班

僱工費。上訴人所主張有重複計算等語，亦未舉證以實其說，自無從依民事訴訟法第279條第3項規定撤銷其自認。是以，上訴人主張未經鑑定費用不應計入被上訴人自行支出之修繕費用等語，委無足採。

4. 綜上，本件被上訴人得主張抵銷之修繕費用（含驗收及保固期間暨未經鑑定費用）應為7,417,983元（6,485,662+932,321=7,417,983）。

5. 又如前所述，上訴人已同意第二次鑑定報告中之保固期間之瑕疵修繕費348,702元可抵銷並主張以其尚未請求15%工程尾款債權與被上訴人之鳩工修繕費用債權抵銷，則其前所為定作人有事先通知瑕疵修補義務，否則不能請求瑕疵修補費用之抗辯，是否有理，本院即不予論述。

6. 至被上訴人又辯稱：在被上訴人所提出會計傳票及原始憑證之真正被推翻前，應推定確有為修繕系爭工程瑕疵及履行保固責任支出30,100,458元，而非以鑑定報告所認金額為據。又公共工程委員會及技師公會所謂「無法代為判斷所附單據之真實與否」，係指「無法代為判斷」，均非否定單據之真正，且該等單據均經審計部實質查核；況被上訴人就上訴人拒絕施作及佑昇公司已施作而有瑕疵部分，編列改善預算9,635,356元，已逾第一次鑑定報告所認6,907,969元，足徵被上訴人確有實支實付支出自行僱工修補費用30,100,458元等語。惟查：被上訴人就第一次鑑定報告認定其就業主初驗系爭工程瑕疵支出修繕費4,887,875元及管理費461,904元（共計5,349,779元）一節，同意不爭執（見本院卷(三)第130頁至第131頁）。況且，被上訴人向業主承攬「自立精忠合建國宅工程」後，僅就其中水電工程發包與上訴人施作，其餘工程另委由他人施作，再者，上訴人承攬系爭工程僅限於水電部分，並不含管閥類、電線、設備等材料，而業主所列初驗瑕疵又係就全部工程予以檢驗，業經前述。因此，被上訴人雖就業主驗收時所列瑕疵自行支出修繕費用30,100,458元予以補正，

並有原始憑證為證（見本院建上卷(三)第99頁至第313頁）。惟查：

- (1) 依被上訴人所提出之「鳩工修繕代墊費」之支出憑證內容為酒精、棉花、耳溫槍、雨傘、文具、影印紙、墨水匣、白板、雙孔本夾、雜誌箱、檔案夾、文具（辦公用品）（參被上證1之第5及8項次），並非通常工程修繕會支出之物品，即不能認與此修繕費用有相當因果關係。
- (2) 被上訴人之支出憑證有不實之處，如有筆「項次2」名為「弱電點工薪資」金額46190（被上證1）被上訴人並註明係引其於92年3月3日所發之高勞業0000000000函為證（參被上證5），惟該函載明：「…二、經本中心調派技工5人指導一天半，合計工資新台幣1萬6000元（含稅），將自貴公司未領工程款項下扣除」等語（上證15），亦即其實際支出16,000元，支出憑證卻記載46,190元，故其支出憑證之真實性自屬有疑。
- (3) 被上訴人主張屬發包保固工作款項198萬5,155元部份，被上訴人僅檢附發包契約（參98年12月18日民事答辯續二狀，附件F）為證，惟查，依據該發包契約，「C區保固工作」一項之工程款僅為150萬1,063元，並非198萬5,155元，故其實際支出亦有可疑。
- (4) 被上訴人於本訴及反訴時均主張，伊自92年4月8日進場施作，屆至93年3月25日止，總計支出修繕費用2,703萬2,560元，惟查，系爭「桃園縣自立新村、精忠六村合建國宅水電工程（甲標）」經業主驗收合格之日期為92年6月6日，亦即從被上訴人4月8日進場施作至6月6日驗收合格日止，補修期間約僅2個月，該期間被上訴人之補修費用及支出用途皆曾函文通知上訴人負擔，分別有3筆即：92年5月7日高勞業二字第0920000727號文通知支出16萬1,312元（上證7）92年5月21日高勞業二字第0000000000號文通知支出438,060元（上證8）；92年5月28日高勞業二字第0920000892號文通知支出4萬6,200元（

上證9)，合計僅通知支出修繕費用64萬5,572元。換言之，補修期間被上訴人自承應由上訴人負擔之費用僅有64萬5,572元，為何伊臨訟製作之債權債務明細表卻高達2,703萬2,560元（參被上訴人93年8月12日之民事反訴狀），且該明細表中前開3筆支出，除一筆4月份之點工費相符外，其餘2筆卻未曾出現於明細表之記載中，職此，該明細之真實性及可信度已非無疑。尤有甚者，該債權債務明細表中有二筆巨額支出分別為：92年7月10日支出「北勞代施作驗收缺失1期」831萬4,382元；92年7月28日支出「北勞代施作驗收缺失2期」1,164萬4,042元，二筆合計高達1,995萬8,424元，惟系爭工程既於6月6日驗收合格，何以7月份還有高達近2000萬之代施作驗收缺失之支出？如屬驗收期間之支出，為何既有代為修繕之點工費用，卻又有該二筆巨額之代施作支出？由此益徵，被上訴人所提債權債務明細表之支出金額及明細，其真實性自有可疑。

(5) 被上訴人的支出明細中，既已列有4月點工薪資（被上證1之第7項次）、5月代施作費（被上證1之第9、11項次）、5月點工薪資（被上證1之第44項次）、6月代施作費（被上證1之第13、14、20項次）、6月點工薪資（被上證1之第18、22、45項次），為何卻又重複臚列高達2,047萬7,294元，鳩工人數多達210人（被上證1之第17項次）之「北勞代施作費用」（被上證1之第12、16及17項次）？由此益徵，前開所謂「北勞代施作費用」是否與修繕系爭施工瑕疵有關，自屬有疑。

(6) 被上訴人所主張之點工費用，經逐一比對點工人員之姓名、職位及薪資後發現，同一人之職位及日薪竟然不同，例如：名為「陳勝雄」之工人，忽為「電氣工」，忽為「油漆工」，日薪忽為「2000」，忽為「1800」；名為「陳英耀」之工人，忽為「消防電」、「消防水」，忽為「雜工」，日薪忽為「2000」，忽為「1200」（上證16），此亦

見被上訴人之憑證所載與常理有違。

(7) 依據被上訴人所提出之憑證資料可知，屬於C區應負擔之電號為「中壢市○○段○○○ ○○○○ ○號1267至8,1273至4，電號：00000000000 乙類」，此觀被上訴人所提被上證1第1項次之分錄轉帳傳票載有：「應收C區1月份電費37,031元」，並於所附電號：00000000000之收據上加註「C區」字樣可證。據此，上訴人應負擔之電費既為電號：00000000000所載之金額，然被上訴人確故意將其他電號之電費全灌由上訴人負擔，並計入上開修繕費用3,010萬0,458元內，此有C區2月份應負擔（即電號：00000000000）之電費僅43,936元，然被上訴人之分錄轉帳傳票卻載明電費135,181元（被上證1之第3項次）可證。相同的情形，3月份應負擔（即電號：00000000000）之電費僅61,588元，憑證卻高達204,859元（被上證1之第6項次）；4月份應負擔之電費僅62,848元，憑證卻高達417,200元（被上證1之第15項次）。凡此，均足證被上訴人自行製作之分錄轉帳傳票，是否均與上訴人應施作之工項有關即屬有疑。此外，系爭工程既已於92年6月6日經業主正式驗收合格。則為何自6月份起仍有6月（30萬439元）、7月（34萬987元）及8月（18萬2294元）等3筆電費之支出，且該3筆電費既係於驗收合格後所生，為何比施工期間之電費高出數倍之多？此支出與系爭工程修繕有關亦屬有疑。

(8) 行政院公共工程委員會（下稱工程會）對本案之鑑定意見要旨主要認為，鑑定單立無法判斷單據真實與否，亦無法核算金額多少，且認為瑕疵修繕費用應以上訴人負責範圍內應支出之瑕疵逾期改善或保固所生之費用為限。另，認為甲方（即被上訴人）就初驗缺失及保固瑕疵自行僱工修繕之工程款達30,100,458元，占本件工程款總價53.77%，亦有不合理之處。

(9) 另查，被上訴人所主張之瑕疵修繕費用中，有一筆92年4

01 月1日至4月15日支出之僱工費用16萬1,312元整（參上
02 證18，項次7-2），該筆費用被上訴人固曾函文通知由
03 上訴人負擔。惟嗣後被上訴人提起反訴時，竟在同一時間
04 （即92年4月8日至4月30日）又憑空多出一筆達831萬
05 4,382元（參上證18，項次12-2）之僱工費用高支出，
06 且該筆高達831萬4,382元之費用未曾通知上訴人，是該
07 筆831萬4,382元之僱工費用，其真實性亦有可疑。又被
08 上訴人所提出之憑證，其真實性可疑。

09 (10)另參以被上訴人98年10月2日民事答辯狀所檢附之簽呈（
10 參被上證1第46項次之證物），載明將來僅向上訴人求償
11 198萬5155元亦可明證。蓋因，系爭簽呈係於93年8月1
12 日所撰簽，機關首長係於8月9日批准求償，如被上訴人
13 確實有支出3,010萬0,458元之代墊款及代施作費用，則
14 於簽呈當時（即93年8月1日）被上訴人支出之修繕費用
15 3,010萬0,458元業已報銷確定，為何簽呈內容僅表示求
16 償198萬5155元，而對此高額費用之支出卻隻字未提？

17 7.被上訴人另抗辯稱：業主初驗發現有多項缺失，兩造就此
18 修繕事宜於92年3月25日召開缺失改善會議，達成於92年
19 4月6日前，將初驗缺失改善完成之決議，被上訴人面臨
20 業主所定修補期限屆滿陷於遲延，每日734,315元逾期罰
21 款之壓力，上訴人又拒絕施作，倉促下須緊急僱工加以趕
22 工以完成瑕疵修補工作，被上訴人又非專業水電工程承攬
23 人，所支出之修繕費用，衡情應會高於上訴人原本會支出
24 之修繕費用，鑑定報告未斟酌被上訴人須緊急僱工加以趕
25 工之情狀，而係以「系爭契約工程標單」、「工程慣例」
26 與市價進行核給，故所鑑定之修繕費自屬過低等語（本院
27 卷(一)第111、112頁）。惟查，系爭工程初驗缺失固計有
28 5154項，惟上訴人於92年3月7日初驗完成後，即先行依
29 據業主初驗時之手稿進行修補，並請被上訴人提出正式之
30 瑕疵修補明細，嗣於92年4月5日完成修補，並請求被上
31 訴人派員複驗，被上訴人於92年4月7日始以高勞業二字

第09200005 15 號函提供正式初驗之缺失項目，內容略以：「…『桃園縣自立新村、精忠六村合建國宅水電工程（假標）』於92年3月7日完成初驗在案。」…案內初驗紀錄相關缺失，…其中計1,444項缺失…屬承攬合約之爭議範圍，經本中心…查證如后：(一)材料設備缺失：…共計136項，本中心已完成負責修繕。…(二)其餘缺失：…仍屬貴公司合約承攬範圍」命上訴人限期改善（參上證5）。據此可知，被上訴人亦自承，於4月8日伊進場修補初驗缺失之前，上訴人應負責之瑕疵最多也僅有1308項（即1,444-136=1308），且該1308項缺失是否全屬上訴人應負責之瑕疵仍有待釐清，更何況該缺失中之絕大部分，上訴人已於4月5日完成修補，等待被上訴人進行複驗，嗣上開5154項缺失，經鑑定人鑑定之結果（參附件「鑑定報告之估價總表」本院卷(二)第107頁），真正屬廣進公司應負責之項目且尚未改善完成者，僅有1116項（968項+148項），並非5154項。又從鑑定報告可知，上訴人於不到二個月內即已修改3267項（2141項+1126項，見本院卷(二)第107頁），縱使尚有1116項，被上訴人應可於2個月內完成或修繕，茲被上訴人有約2個月時間（92年4月8日至92年6月6日，本院卷(二)第168頁，被上訴人之陳述）可修繕，依常理，自無須有趕工之情事，且如前所述，被上訴人所提出之支出憑證有諸多不合理之處，不能證明其須支出如此巨大之費用於其所稱之上訴人應負責修繕之工程部分，故被上訴人此抗辯自非可採。其聲請訊問鑑定人或聲請再囑託鑑定，核無必要。

(二)系爭工程完工有無逾期61日？若有，被上訴人得否依系爭契約承攬投標須知第11條約定，按合約總價3/1000計罰，主張抵銷逾期罰款金額10,244,340元？又該違約金是否過高而應予核減？

1.被上訴人主張：上訴人自92年4月7日至92年6月6日經業主驗收期間為工程逾期期間，依合約承攬投標須知第11

條，每延1日按合約總價千分之3計罰，逾期罰款金額為10,244,340元，而主張抵銷等語，另主張上訴人已自認其僅施作C區工程標單上之數量，其餘ABDE區均未施作，復未履行保固責任，且逕於92年4月30日解除系爭契約，顯未達完工之約定條件，則自91年12月15日應完工之日起至92年6月6日業主正式驗收合格止，上訴人已逾期171日，且屬於惡意違約，可歸責於上訴人，故被上訴人得依系爭合約向上訴人請求逾期罰款；上訴人於92年4月5日拒絕進場施作，被上訴人分別自92年4月7日起迄6月6日為書面催告，未獲置理，則被上訴人自行鳩工而免遭業主罰款之利益，屬於被上訴人自行全面戮力趕工而生之利益，且若上訴人遵期完工，被上訴人至多僅需支出契約總價5598萬元，而無須支出雙倍人力趕工、另行發包保固3年等額外成本，使被上訴人可取得之履約利益因上開重新發包保固而減損。又第一次鑑定報告未以趕工之工資計算上訴人應承擔之修補費用，故上訴人自不能無端受此免於業主計罰逾期違約金之利益，則被上訴人僅從92年4月6日起至6月6日止計算61日逾期罰款10,244,340元，尚屬合理等語。

2. 上訴人則主張：上訴人於92年3月7日初驗完成後，為縮短修補時程，即先行依據業主初驗時之手稿進行修補，同時催促被上訴人提供正式之瑕疵修補明細，嗣於同年4月5日完成修補，並請求被上訴人派員複驗（見上證1），惟被上訴人卻遲未派員進行驗收，嗣後亦未有何任何驗收結果之通知，顯有受領遲延之情形，又，被上訴人通知上訴人改善初驗瑕疵之函文，是於92年4月7日以高勞業二字第0920000515號函提供正式初驗之缺失項目，內容略以：「…『桃園縣自立新村、精忠六村合建國宅水電工程（甲標）』於92年3月7日完成初驗在案。…案內初驗紀錄相關缺失，…其中計1,444項缺失…屬承攬合約之爭議範圍，經本中心…查證如后：（一）材料設備缺失：…共計136

01 項，本中心已完成負責修繕。…(三)其餘缺失：…仍屬貴公
02 司合約承攬範圍」命上訴人限期改善（參上證5），換言之
03 ，被上訴人通知上訴人補正瑕疵之通知，既係於4月7日
04 才到達上訴人處，則改善期限自應該往後1個月，應至92
05 年5月7日方屬期限屆滿，上訴人既於92年4月5日完成
06 改善，無逾期問題等語。

07 3. 查，本件業主初驗發現多項瑕疵，經被上訴人通知上訴人
08 應於92年4月6日前修繕完成，上訴人於92年4月5日通
09 知被上訴人已修繕完畢，業主於92年4月29日迄5月16日
10 複驗時發現仍有瑕疵，經被上訴人自行修繕複驗瑕疵，業
11 主始於92年6月6日正式驗收完成，為兩造不爭執之事實
12 ，基此，被上訴人雖未再定期催告上訴人修繕複驗瑕疵，
13 上訴人自仍須負逾期修繕責任。又被上訴人雖主張應自92
14 年4月7日至92年6月6日計算逾期61日云云，惟查，上
15 訴人於92年4月5日通知被上訴人修繕完畢，被上訴人本
16 應於一般工程合理期限6日內進行複驗，惟其竟遲至92年
17 4月26日始會同業主進行複驗，自有遲誤20日之情形，基
18 此，於計算上訴人逾期修繕之日期，自應扣除被上訴人遲
19 誤之20日，扣除後應認上訴人逾期41日。

20 4. 查：系爭合約第21條約定工程全部完竣，需經業主及被上
21 訴人驗收合格，如發現工程與設計圖樣、說明書規範等規
22 定不符時，上訴人應在指定期限內修改完善，並報請複驗
23 ，逾期被上訴人得動用未領之工程款或保證金自行改善；第
24 22條約定上訴人倘逾約定期限完工，應按逾期日數，每逾
25 1日償付合約總價千分之3違約金；比價須知第11條約定
26 上訴人未能依合約規定期限管工或經業主驗收缺點未能於
27 期限內改善完成者，每延1日按合約總價千分之3計罰等
28 情，有系爭合約、比價須知附卷可據（見一審卷(一)第12頁
29 至第13頁、第19頁）。惟審酌被上訴人並未舉證證明其因
30 上訴人未修繕業主複驗時發現之瑕疵，而遭業主處以違約
31 金或請求損害賠償（見更(一)審卷(一)第53、84頁、卷(三)第78

至81頁），及上訴人所完成系爭合約工程之比例已逾85%及被上訴人有未通知上訴人複驗之情形，且被上訴人得向上訴人請求瑕疵修補費，被上訴人之損害較小等情，本院認被上訴人請求之違約金以酌減為每逾1日萬分之一為適當，準此，被上訴人得請求之逾期違約金為229,518元（ $55,980,000 \times 1/10000 \times 41 = 229,518$ ）。

(四)上訴人主張，被上訴人於驗收完成後有給付未含稅之工程保留款15%即7,997,143元（即未含稅工程總價53,314,286元 $\times 15\%$ ）之義務，而主張抵銷應給付被上訴人之修繕費用（含修繕及保固工程款）債權，有無理由？

1.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，民法第334條第1項前段定有明文。惟他方無主動債權存在，即無從抵銷。

2.經查：上訴人得請求被上訴人給付系爭工程尾款10,825,311元、被上訴人得請求上訴人給付自行修繕費用（含驗收及保固期間暨未經鑑定費用）7,417,983元一節，業如上述。如此經抵銷之結果，上訴人尚得請求被上訴人給付340萬7328元（ $10,825,311 - 7,417,983 = 3,407,328$ ），又上訴人得請求履約保證金，惟被上訴人得請求上訴人給付逾期修繕違約金229,518元，見此部分應由履約保證金中扣抵（依兩造之約定保證金充抵逾期罰款），經扣抵後，上訴人得請求被上訴人給付履約保證金2,620,482元。因被上訴人已無抵銷之主動債權，而上訴人亦主張：須被上訴人之修繕費用抵銷上訴人之工程款及履約保證金後，仍有餘額，始以上訴人之工程保留款抵銷修繕費用之餘額等語（見更(一)卷(二)第127頁、本院卷(一)第57頁）。是以揆諸上開說明，本件因被上訴人已無供抵銷之修繕費用餘額，上訴人自無從再以總工程款15%之工程保留款行使抵銷權。

(五)被上訴人於93年8月12日依系爭契約、民法第227條之法律關係反訴請求上開款項扣除應給付之工程款之19,275,147元

01 及法定遲延利息，是否已罹於時效而上訴人得拒絕給付？若
02 否，則上訴人得否以尚未請領之15%保留款8,397,000元（
03 含稅5%）抵銷？

04 經查：上訴人得請求被上訴人給付系爭工程尾款10,825,311
05 元、履約保證金285萬元；而被上訴人僅得請求上訴人給付
06 自行修繕費用及保固修繕費用共7,417,983元及逾期違約金
07 229,518元，經抵銷之結果，上訴人尚得請求被上訴人給付
08 6,027,810元，因此足認被上訴人之修繕費用經抵銷後已無
09 餘額，如此自不得再以反訴請求。

10 七、綜上所述，上訴人依系爭合約之承攬法律關係，起訴請求被
11 上訴人給付在340萬7328元及自92年4月1日（原證三之催
12 告函，被上訴人對此利息起算日亦表示無意見（見一審卷(一)
13 第32頁、卷(二)第138頁））起，至清償日止，按週年利率百
14 分之五計算之法定遲延利息為有理由，原審就此部分連同其
15 假執行之聲請予以駁回，自有未當，上訴意旨，指摘原判決
16 此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，自應由本院將原判
17 決此部分廢棄改判如主文第二項所示。又原判決將超過上開
18 應准許部分連同假執行予以駁回，並無不合，此部分上訴為
19 無理由，應予駁回。又被上訴人在第一審之反訴為不應准許
20 ，原判決予以准許，並為假執行之宣告，自有未當，上訴意
21 旨求予就此部分廢棄改判，為有理由，自應由本院將原判決
22 此部分被上訴人在第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。又
23 上訴人於本院建上審追加請求履約保證金2,620,482元，及
24 自訴之追加暨準備書(一)狀繕本送達被上訴人之翌日（98年8
25 月26日）（建上卷(四)卷第194頁）起，至清償日止，按年利
26 率百分之五計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許，超
27 過此部分之請求為無理由，應連同其假執行之聲請予以駁回
28 。又上訴人勝訴部分兩造均陳明願供擔保請准宣告假執行及
29 免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之
30 。

31 八、兩造其餘攻擊防禦方法與判決之結果不生影響，爰不予一一

01 論述，併此敘明。

02 九、據上論結，本件上訴及追加之訴均為一部有理由，一部無理
03 由，爰判決如主文。

04 中 華 民 國 108 年 6 月 13 日

05 工程法庭

06 審判長法官黃科瑜

07 法官黃悅璇

08 法官洪培睿

09 以上正本證明與原本無異。

10 如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其
11 未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（
12 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
13 有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。

14 中 華 民 國 108 年 6 月 17 日

15 書記官 吳璧娟

16 附註：

17 民事訴訟法第466條之1：

18 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
19 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

20 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
21 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
22 院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

23 第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。