

臺灣高等法院高雄分院民事判決

108年度建上易字第3號

上訴人 銘登營造有限公司

法定代理人 董榮進

訴訟代理人 羅其峯

洪幼珍律師

附帶上訴人 宸毅實業有限公司

法定代理人 張雨靜

訴訟代理人 江雍正律師

陶德斌律師

郭子茜律師

上列當事人間請求給付承攬報酬事件，上訴人對於中華民國107年12月21日臺灣高雄地方法院106年度建字第99號第一審判決提起上訴，附帶上訴人亦提起附帶上訴，本院於110年4月16日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於駁回附帶上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上訴人應再給付附帶上訴人新臺幣肆萬陸仟壹佰柒拾貳元，及自民國一〇六年六月二十四日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

上訴人之上訴駁回。

附帶上訴人之其餘附帶上訴駁回。

第一（除確定部分外）、二審訴訟費用，關於上訴人上訴部分，由上訴人負擔；關於附帶上訴人附帶上訴部分，由上訴人負擔五分之一，餘由附帶上訴人負擔。

事實及理由

一、附帶上訴人主張：上訴人承攬高雄市政府工務局新建工程處（下稱新工處）發包之「高雄市三民區河堤國民小學第一期校舍新建工程後續施作項目（建築部分，依施作先後順序，可分為一、二期工程；前開工程中興建之校舍下各稱一、二期校舍）」，並將其中二期校舍外牆塗料工程（下稱系爭工

程)交由附帶上訴人承攬施作，兩造遂於民國104年5月20日簽立工程合約書(下稱系爭合約)。附帶上訴人已於105年1月31日完工，依系爭合約約定實作實算，得請求報酬為新台幣(下同)58萬5,176元。而附帶上訴人於完工後，屬二期校舍之行政大樓外牆泥作膨拱(南向窗戶下緣2.4平方公尺、東向頂部1平方公尺，共計面積3.4平方公尺)，應上訴人之要求於105年3月間重行上漆修補(下稱修補工程)完畢；此外，上訴人另因二期工程施作時污染東向一期校舍之結構體(非系爭工程約定之施作範圍)，於同年4月間要求附帶上訴人針對受污染之15.2平方公尺面積施作塗料(下稱東向一期工程)，附帶上訴人亦已於105年4月10日施作完畢。是上訴人應給付附帶上訴人承攬報酬共計63萬6,626元(系爭工程款58萬5,176元+修補工程款3萬2,812元+東向一期工程款1萬8,638元=63萬6,626元)等情。爰依系爭合約、民法第490條第1項、第505條第1項或民法第179條規定，聲明：上訴人應給付附帶上訴人63萬6,626元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

二、上訴人則以：上訴人固應給付附帶上訴人施作系爭工程、修補工程及東向一期工程之報酬，惟修補工程、東向一期工程均屬系爭合約之施作範圍，依合約應以每平方公尺390元，採實作實算計價，是附帶上訴人得請求之報酬各為1,392元(含稅，3.4平方公尺 $\times$ 390元 $\times$ 1.05=1,392元)、6,224元(含稅，15.2平方公尺 $\times$ 390元 $\times$ 1.05=6,224元)。其次，附帶上訴人請求工程款58萬5,176元，須扣除其應負擔之工程營造險2,340元，又附帶上訴人未依建築師指定「比照一期顏色」之墨綠色，而以亮綠色塗料施作，致上訴人因修改外牆綠漆而支出費用30萬4,763元(下稱修改綠漆費用)；暨因附帶上訴人未施作行政大樓屋頂平台及側邊黑漆(下略稱屋頂平台黑漆)，及南側2樓牆面施作之黑漆亦有色差、塗料抗污性不佳等瑕疵，致上訴人重新僱工噴塗，支

出11萬8,631元（下稱施作黑漆費用）。再者，上訴人依系爭合約施工說明書施工要求（下稱施工要求）第20點，及民法第493、494條規定，應得向附帶上訴人請求前揭修改綠漆費用30萬4,763元、施作黑漆費用11萬8,631元。此外，系爭工程依約應於105年1月3日完工，經上訴人同意展延至同年4月4日，惟附帶上訴人未完成屋頂平台黑漆之施作，直至105年12月5日上訴人另僱工施作完成，已逾期334日，應依系爭合約扣罰違約金100萬2,000元（334日×3,000元/日=100萬2,000元，下稱逾期違約金），爰以對附帶上訴人之工程營造險、修改綠漆費用、施作黑漆費用、逾期違約金共142萬7,734元（2,340元+30萬4,763元+11萬8,631元+100萬2,000元=142萬7,734元），為抵銷抗辯等語。

三、原審判決上訴人應給付附帶上訴人41萬3,321元，及自106年6月24日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（包括附帶上訴人請求之系爭工程款58萬5,176元、修補工程款1,392元、東向一期工程款6,224元，並扣除上訴人為抵銷抗辯之工程營造險2,340元、施作黑漆費用11萬8,631元、逾期違約金5萬8,500元《58萬5,176元+1,392元+6,224元-2,340元-11萬8,631元-5萬8,500元=41萬3,321元》），暨兩造分別供擔保後，得為假執行或免為假執行。並駁回附帶上訴人其餘之訴（即63萬6,626元-41萬3,321元=22萬3,305元）及假執行之聲請。上訴人就敗訴之41萬3,321元部分，及附帶上訴人就遭駁回22萬0,965元（系爭工程款扣除工程營造險2,340元部分未爭執，僅針對其餘遭駁回請求部分附帶上訴《22萬3,305元-2,340元=22萬0,965元》）提起附帶上訴，上訴人上訴聲明：（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。（二）上開廢棄部分，附帶上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。就附帶上訴部分，答辯聲明：附帶上訴駁回。附帶上訴人於本院聲明：（一）原判決後開不利於附帶上訴人部分廢棄。（二）上訴人應再給付附帶上訴人22萬0,965元，及自起

01 訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息
02 （原審判決附帶上訴人敗訴金額2,340元，未據附帶上訴，
03 已經確定）。就上訴部分，答辯聲明：上訴駁回。

04 四、兩造不爭執事項（本院卷第303-305頁）：

05 (一)上訴人承攬新工處一期工程後續施作項目，並將系爭工程交
06 由附帶上訴人承攬施作，兩造於104年5月20日簽署系爭合
07 約。依約報酬採實作實算計價，且附帶上訴人應自進場日（
08 104年12月15日）起算20日曆天即105年1月3日完工。上訴人
09 同意完工日延展至同年月4日。

10 (二)倘附帶上訴人完成系爭工程之施作並驗收合格，得請領之報
11 酬為58萬5,176元（含稅）。

12 (三)系爭工程外牆塗料經業主及監造單位選定顏色為「同一期校
13 舍」之黑色及墨綠色，惟附帶上訴人施作為黑色及亮綠色；
14 又上訴人如欲修補，有支出修改綠漆費用30萬4,763元之必
15 要性。

16 (四)依系爭合約圖說約定「顏色計畫須經由建築師審定顏色計畫
17 核可後方可施工」，附帶上訴人製作顏色樣板由員工即訴外人
18 張文軒交由上訴人工地主任即訴外人蘇仲信，送請建築師
19 即訴外人姜樂靜審定，建築師審定後於104年9月9日將選
20 色結果交予上訴人，上訴人未將建築師審定後之選色明細表
21 提示附帶上訴人（惟上訴人抗辯已由員工即訴外人林威宏口
22 頭告知附帶上訴人選色結果）。

23 (五)附帶上訴人於104年12月15日進場施作系爭工程，105年1
24 月31日拆除校舍外牆之保護貼。又進行系爭工程所搭設之鷹
25 架自105年2月12日起開始拆除，至同年月29日拆除完畢。

26 (六)上訴人因二期工程泥作施工時，污染東向一期校舍之結構體
27 ，故要求附帶上訴人施作東向一期工程（施作面積15.2平方
28 公尺），附帶上訴人於105年4月7日至同年月10日僱請吊
29 車施作完畢。

30 (七)上訴人因行政大樓牆面泥作膨拱，要求附帶上訴人施作修補
31 工程，修補面積為3.4平方公尺（即南向窗戶下緣2.4平方

公尺、東向頂部1平方公尺)，附帶上訴人於105年3月間施作完畢。上訴人不爭執有支付附帶上訴人修補工程款之義務。

(八)兩造於105年3月9日召開工程進度及施工品質追蹤協調會議（下稱第一次協調會），決議附帶上訴人應於105年3月19日完成瑕疵項目改善、修補。

(九)上訴人得向附帶上訴人請求給付營造工程險分擔額2,340元

(十)附帶上訴人自105年4月10日後即未再進場施作。

(十一)系爭工程經業主新工處於106年8月17日驗收完畢。

五、兩造協商之爭點：(一)附帶上訴人請求上訴人給付東向一期工程款1萬8,638元，是否有據？(二)附帶上訴人請求上訴人給付修補工程款3萬2,812元，是否有據？(三)上訴人依施工要求第20點及民法第493、494條規定，就附帶上訴人應給付其修改綠漆費用30萬4,763元，並為抵銷抗辯，是否有據？(四)上訴人依施工要求第20點及民法第493、494條規定，就附帶上訴人應給付其施作黑漆費用11萬8,631元，並為抵銷抗辯，是否有據？(五)上訴人就附帶上訴人應給付其逾期違約金100萬2,000元，並為抵銷抗辯，是否有據？

(一)附帶上訴人請求上訴人給付東向一期工程款1萬8,638元，是否有據？

1.兩造固不爭執上訴人應給付附帶上訴人東向一期工程款乙節（見本院卷一第424頁），惟就工程款如何計算，附帶上訴人主張：東向一期工程之施作位置（位於一期校舍），非系爭合約之施作範圍（即二期校舍）。上訴人於系爭工程完工後始要求其施作東向一期工程，當時施工之鷹架已拆除，其另僱請吊車，並以點工方式完成，施工成本顯高於系爭合約約定之計價方式，其應得依實際支出，請求工程款1萬8,636元（見原審卷一第20頁、本院卷一第179、138頁）等語，惟上訴人予以否認，並辯稱：兩造於104年5月20日簽約時，上訴人已口頭告知附帶上訴人應一併施作東向一期工程，計價方式按系爭合約約定實作實算。另張文軒於同年12月

01 至現場勘察時，再次告知應施作東向一期工程，故依兩造合
02 意之內容，附帶上訴人僅得請求按系爭合約計算之6,224元
03 （見本院卷一第355頁、本院卷二第269頁）云云。

04 2.經查，附帶上訴人主張其依系爭合約，係施作二期校舍外牆
05 之塗料工程（見本院卷一第299頁），上訴人對於系爭工程
06 係針對二期校舍牆面，而不包括一期校舍乙節，並不爭執（
07 見原審卷二第144頁），故東向一期工程並非系爭合約約定
08 之施作範圍，堪予認定。又據上訴人原審訴訟代理人林威宏
09 陳稱：系爭工程在進行改善時，始要求附帶上訴人施作東向
10 一期工程。上訴人要求附帶上訴人施作前開兩項工程之時間
11 點係分開的（見本院卷一第428頁勘驗譯文）等語；及兩造
12 於105年3月9日召開第一次協調會，並於會中確認系爭工
13 程待改善項目，有會議紀錄附卷可佐（見原審卷一第60頁）
14 ；暨上訴人均未於會議中提及附帶上訴人尚未施作東向一期
15 工程，並將之列入改善項目各情，堪認上訴人係與附帶上訴
16 人簽署系爭合約後，始再要求其施作東向一期工程，且時間
17 點應在105年3月9日第一次協調會之後。據此，附帶上訴
18 人主張：東向一期工程係上訴人於105年4月間要求其施作
19 （見本院卷二第269頁）等語，應屬可採。是東向一期工程
20 之施作範圍，與系爭合約範圍不同，且係上訴人在系爭工程
21 施作完畢後，另要求附帶上訴人施作等情，堪可認定。

22 3.至上訴人抗辯其於104年5月20日兩造簽約，及張文軒同年
23 12月至工地現勘時，已兩度告知附帶上訴人應施作東向一期
24 工程，且計價方式按系爭合約實作實算云云，固援引林威宏
25 於本院審理時之證詞，及其製作104年12月19日工作備忘錄
26 （見本院卷二第27至29頁，下稱系爭備忘錄）為證。經查，
27 證人林威宏於本院審理中雖證稱：兩造104年5月20日簽約
28 時，就有提到要施作東向一期工程，104年12月15日張文軒
29 來看現場時，伊亦有提到東向一期工程應一併施作。附帶上
30 訴人施作系爭工程時，可利用當時搭建二期工程之鷹架，施
31 作東向一期工程（見本院卷一第405頁）云云，惟前開所證

，核與其前於原審表示：上訴人係在系爭工程進行改善時（即指系爭工程施作後），始要求附帶上訴人施作東向一期工程，上訴人要求附帶上訴人施作系爭工程及施作東向一期工程之時間點係分開的（見本院卷一第428頁勘驗譯文）等語不符，已難遽信。參以林威宏亦未就兩造簽約時，如上訴人已告知附帶上訴人應一併施作東向一期工程，且按系爭合約採實作實算，何以未將該合意內容併載明於系爭合約內，為合理說明（見本院卷一第340頁）乙節相互以觀，則林威宏於本院所證云云，尚難遽採。至系爭備忘錄固記載：「．．．一期工程E棟因污損（非宸毅即附帶上訴人責任）應一併施作（實作實算），承商張小姐本週到現場現勘時職親自告知．．．」（見本院卷二第27頁）云云，惟此係上訴人所製作之私文書，既為附帶上訴人所否認（見本院卷二第431頁），已難採信。況系爭備忘錄係上訴人遲至二審審理中始提出，且與林威宏於原審所證，及第一次協調會未將東向一期工程列入改善項目等事證均有不符，亦難憑採。是上訴人抗辯其於附帶上訴人進場施作系爭工程前，已告知應一併施作東向一期工程，及兩造並合意按系爭合約實作實算云云，即非可採。

4. 據上，東向一期工程非系爭合約之施作範圍，且係上訴人在系爭工程完工後，另要求附帶上訴人施作，而兩造復無按系爭合約計價之合意，則上訴人抗辯，東向一期工程應依系爭合約約定之計價方式計算報酬（見本院卷一第337頁）云云，即乏依據。此外，附帶上訴人主張：東向一期工程之施作時，鷹架已拆除後，其僱請吊車，並以點工方式施作完畢，施工成本較高等語，核與東向一期工程施作時，系爭工程已完工，鷹架亦已拆除之客觀情狀相符，參以上訴人亦不爭執附帶上訴人關於該項工程之請款數額，有與行情不符之情形（見本院卷一第337頁），則附帶上訴人請求上訴人給付東向一期工程款1萬8,636元，自屬有據。

5. 又按自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不

01 符或經他造同意者，始得為之，民事訴訟法第279條第3項
02 定有明文。附帶上訴人於本院108年3月8日準備程序時，
03 固對原審判決認東向一期工程款應依系爭合約之單價加計營
04 業稅計算乙節，表示無意見（見本院卷一第49頁），惟其已
05 證明東向一期工程非系爭合約範圍，依同法第279條第3項
06 規定，撤銷其同意以系爭合約之計價基準，計算之工程款6,
07 224元，而生撤銷自認效力，是上訴人辯稱：附帶上訴人既
08 表示認同原審判決東向一期工程款之金額，應發生自認之效
09 力，不得再為爭執（見本院卷一第159頁）云云，亦非可採
10 。

11 (二)附帶上訴人請求上訴人給付修補工程款3萬2,812元，是否
12 有據？

13 1.兩造固不爭執上訴人應給付附帶上訴人修補工程款乙節（見
14 本院卷一第424頁），惟附帶上訴人主張：修補工程款應按
15 其實際支出成本，以3萬2,812元計算（見原審卷一第20頁
16 、本院卷二第138頁）等語，上訴人則予否認，並辯稱：修
17 補工程屬系爭合約範圍內，應按系爭合約之計價方式計算，
18 故應為1,392元（本院卷二第138頁）云云。

19 2.經查，兩造對於修補工程係因行政大樓牆面泥作發生膨拱而
20 施作乙情，均不爭執，而牆面發生泥作膨拱，並非兩造簽署
21 系爭合約時所得預見乙節，此參諸林威宏於本院審理時亦證
22 稱：泥作膨拱的話，須先敲除泥作進行修補，才可以再噴塗
23 塗料；裂縫則是由噴塗塗料的廠商，進行裂縫修補後噴塗，
24 這是兩個不同的責任。施工要求第10點規定裂縫修補包含在
25 單價內，但膨拱就沒有包含（見本院卷一第342頁）等語即
26 明，故修補工程非系爭合約之施作範圍，堪可認定。故上訴
27 人辯稱：修補工程屬系爭合約範圍，應按系爭合約之計價方
28 式計算云云，要不足採。據上，足認修補工程施工時間係在
29 系爭工程完工之後，則附帶上訴人主張：修補工程因以吊車
30 、點工方式施工，成本較高等語，應可採信。此外，參以上
31 訴人並不爭執該項請款，有與行情不符之情形（見本院卷一

第337頁），則附帶上訴人請求上訴人給付修補工程款3萬2,812元，自屬有據。至上訴人另辯稱：南向窗戶下緣僅有一樓的高度，並不需要使用吊車；至東向頂部可在屋頂平台向下探之方式施作，下探之深度未達50至60公分，亦無使用吊車之必要（本院卷二第270-271頁）云云，以質疑支出吊車費之必要性。惟自屋頂平台下探之方式施作塗料工程，原即具有一定之危險性，佐以兩造亦不爭執東向頂部之施作範圍為1平方公尺，面積非小，施作之危險性亦隨之提高，尚難認上訴人前揭所辯為可採。

3. 又按自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之，民事訴訟法第279條第3項定有明文。附帶上訴人固於本院108年3月8日準備程序時，表示認同原審判決修補工程款為1,392元乙情（見本院卷一第49頁）。惟附帶上訴人已證明修補工程非系爭合約範圍，依同法第279條第3項規定，撤銷其同意以系爭合約之計價基準，計算之工程款1,392元，而生撤銷自認效力，是上訴人辯稱：附帶上訴人既表示認同原審判決修補工程款之金額，應發生自認之效力，不得再為爭執（見本院卷一第203頁）云云，亦非可採。

4. 綜上，附帶上訴人得請求上訴人給付東向一期工程款1萬8,636元、修補工程款3萬2,812元。參以上訴人同意附帶上訴人得請求系爭工程款58萬5,176元，暨系爭工程未完工（即行政大樓屋頂平台未施作黑漆）部分，則以代僱工施作完成之費用為抵銷抗辯（詳後述，見本院卷二第136頁），則附帶上訴人得請求上訴人給付63萬6,624元（58萬5,176元＋1萬8,636元＋3萬2,812元＝63萬6,624元），堪可認定。

(三) 上訴人依施工要求第20點及民法第493、494條規定，就附帶上訴人應給付其修改綠漆費用30萬4,763元，並為抵銷抗辯，是否有據？

1. 查，施工標準及作業方式，不得違反本公司（即上訴人）與

01 業主簽訂工程合約之相關規定；一切施工需配合工地負責人
02 指示施工，如有不合規定，需敲除重作之一切損失由乙方（
03 即附帶上訴人）負責，若衍生其它工種及工料配合之費用，
04 一概由乙方負責，為施工要求第20點所明訂（見原審卷一第
05 10頁）。次按工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承
06 攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行
07 修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用，民法第493
08 條第1、2項定有明文。兩造對於系爭工程外牆塗料經業主
09 及監造單位選定顏色為「同一期校舍」之黑色及墨綠色，惟
10 附帶上訴人施作為黑色及亮綠色，暨上訴人未將建築師審定
11 後之選色明細表提示附帶上訴人等情均不爭執，並有選色明
12 細表在卷可憑（見原審卷一第44頁），堪予認定。至上訴人
13 主張林威宏已告知附帶上訴人選色結果，造成牆面誤施作為
14 亮綠色之瑕疵，為附帶上訴人未依上訴人指示施工所致（見
15 本院卷二第277頁）云云，既為附帶上訴人所否認，自應由
16 上訴人就林威宏曾告知附帶上訴人選色結果之有利事實，負
17 舉證責任。

18 2.經查，林威宏雖於本院審理中證稱：伊在附帶上訴人施工前
19 ，已將建築師選色結果告知張文軒（見本院卷一第406頁）
20 等語，惟張文軒於原審作證時，則否認曾受林威宏告知選色
21 結果（見原審卷一第170頁）等詞，已難逕採林威宏之證述
22 。況比對林威宏於原審證稱：「（問：後來建築師有選定？
23 ）建築師針對色卡有寫選色意見書，有特別標記以上一期工
24 程顏色施作」、「（問：你們有將結果通知原告？）有，至
25 少是現場工地主任蘇仲信」（見原審卷一第167頁）等語，
26 似指係由蘇仲信將建築師選色結果通知張文軒，然參諸蘇仲
27 信於原審作證時，否認曾告知附帶上訴人選色結果（見原審
28 卷一第165頁背面）等語以觀，除可徵林威宏於原審作證時
29 ，主觀上並未認知選色結果係其告知附帶上訴人外，另林威
30 宏於本院審理中改稱曾將選色結果告知張文軒（無論直接或
31 間接）云云，均難採信。其次，塗料進場時需上訴人現場工

01 程師簽點確認，且系爭工程自底塗至面漆完成過程中，每道
02 程序均需請上訴人工程師簽名確認，亦為施工要求第3、5
03 點所明訂（見原審卷一第9頁），故上訴人倘已告知選色結
04 果為同一期工程牆面之墨綠色，則上訴人之工地現場人員於
05 看見附帶上訴人進場之塗料為亮綠色漆，且將牆面施作為亮
06 綠色，其現場工程師於依前開施工要求進行塗料進場及噴塗
07 程序確認時，衡情，應無未予制止之理，尤難認上訴人確有
08 依建築師之選色結果告知附帶上訴人。至系爭備忘錄固記載
09 ：「...3. 丙烯酸硅矽石外牆塗料施工依據按姜建築師指
10 示依審查意見參考一期工程噴塗顏色施作... 承商張小姐
11 本週到現場現勘時職親自告知...」（見本院卷二第27頁
12 ）等語，惟斟酌林威宏製作系爭備忘錄之時間係在104年12
13 月19日，且附帶上訴人員工於104年12月10日已向蘇仲信洽
14 詢進漆之數量，並經蘇仲信回覆「綠色：410 m²、黑色820
15 m²」等語，有line對話紀錄在卷可憑（下稱12月10日對話，
16 見原審卷一第108頁），而附帶上訴人既已於104年12月10
17 日著手訂漆，可見系爭備忘錄記載林威宏於104年12月19日
18 當週（即12月17日至12月19日）之時間點，告知附帶上訴人
19 選色結果，與情理不符。此外，附帶上訴人亦否認系爭備忘
20 錄之真實性，如前所述，故上訴人遲至二審審理中始提出之
21 系爭備忘錄，難認可採。末者，依12月10日對話可知，蘇仲
22 信與附帶上訴人員工交談之內容係建築師選定黑、綠漆之施
23 作數量為何，是上訴人另辯稱：底漆不需要選色結果，12月
24 10日對話係在討論底漆部分，附帶上訴人係於林威宏告知後
25 始知選色結果（見本院卷二第279頁）云云，顯悖離事實，
26 亦不足採。

27 3. 據上，上訴人主張林威宏已將建築師選色結果通知附帶上訴
28 人云云，尚乏依據。故其抗辯附帶上訴人未依指示，逕將系
29 爭工程牆面誤施作為亮綠色，應給付其修改顏色費用30萬4,
30 763元云云，即屬無據。

31 (四) 上訴人依施工要求第20點及民法第493、494條規定，就附

帶上訴人應給付其施作黑漆費用11萬8,631元，並為抵銷抗辯，是否有據？

上訴人辯稱：附帶上訴人針對行政大樓屋頂平台東、西側及邊緣未施作黑漆，且該大樓南側2樓牆面施作之黑漆亦有色差、塗料抗污性不佳等瑕疵，上訴人因而僱請訴外人翔在工程行之卓進春、李玉合、武雄重新施作黑漆，共支出11萬8,631元等語，惟附帶上訴人否認其未施作屋頂平台之黑漆，並主張：上訴人提出現場照片顯示屋頂平台未有噴塗黑漆，應係上訴人泥作膨拱打除所造成；至牆面黑漆色差及塗料無法抗污除污部分，上訴人於105年4月25日協調會（下稱第二次協調會）已肯認其修補完成（本院卷二第20、329、389頁）等詞。茲分別就屋頂平台黑漆及牆面黑漆說明如下：

1.屋頂平台黑漆部分：

- (1)經查，證人陳國章於原審證稱：伊為附帶上訴人承攬系爭工程之外包，負責屋頂平台及外牆噴漆，屋頂平台總共上四道漆，拆鷹架時屋頂平台已施作完畢（見原審卷一第174背面、175背面、176頁）等語，核與上訴人104年12月15日、同年月18日工程日報表「施工簡述」欄位記載：「．．．石頭漆（宸毅）：校舍屋頂石頭漆噴底塗．．．」、「．．．石頭漆（宸毅）：校舍屋突樓板噴漆．．．」（見原審卷二第17頁、18頁背面）等情大致相符，足見附帶上訴人確有施作屋頂平台之黑漆。參以監造人員李孟憲於原審證稱：屋頂平台在鷹架拆除前已經做好，有上色也有滾邊，就是依圖施作（見原審卷二第88頁）等語，暨審酌上訴人於第一次協調會中僅將附帶上訴人施作系爭工程中「丙烯酸硅矽石黑色與綠色塗料有色差差異及無抗污除污狀況待改善」乙節列為改善項目，並未針對屋頂平台黑漆未施作完成，要求附帶上訴人改善（見原審卷一第60頁）；及上訴人於105年5月5日以函文（下稱5月5日函文）催告附帶上訴人進行瑕疵改善時，亦未提及屋頂平台未施作黑漆乙

節，有該函文在卷可憑（見原審卷一第61-62頁），是附帶上訴人主張屋頂平台之黑漆業已施作完畢等語，應可採信。

- (2) 至上訴人雖援引屋頂平台照片及林威宏於本院審理中之證述，抗辯附帶上訴人未施作屋頂平台黑漆（見本院卷二第274頁）云云。而林威宏雖於本院審理中證稱：欲前往附帶上訴人施作屋頂平台黑漆的位置，通道只有一處，中間沒有扶手且管線密佈，通行危險。伊為上訴人之專案管理人員，上訴人在申報竣工前，將所有工程項目重新確認一遍，始於105年5月底至6月初發現屋頂平台東、西側未施作黑漆（見本院卷一第407-408頁）云云，惟兩造既於第一次協調會確認系爭工程之改善項目（見原審卷一第60頁），衡情，上訴人豈有未於會前先行巡視系爭工程施作情形，以確認何處應予改善之理，是林威宏證稱屋頂平台黑漆未施作完成云云，尚難採信。另上訴人提出行105年5月以後拍攝之屋頂平台照片（見本院卷一第73頁），固可見平台呈現白色牆面顏色（即未有黑漆），惟據陳國章於原審證稱：伊在屋頂平台施作到第二道漆時有發生膨拱，膨拱面積還蠻大的，上訴人打除後伊才繼續施作，有全部做完（見原審卷二第251頁）等語；及翔在工程行卓進春於原審證稱：屋頂之前有人做，上訴人覺得做得不好又要伊去做，屋頂白白的部分，看得出來曾經油漆過黑色，應該是掉了（見原審卷二第182頁背面）等詞以觀，可見屋頂平台曾有泥作膨拱情形，且在翔在工程行人員重新施作前，屋頂平台曾噴塗過黑漆，此參諸附帶上訴人員工韓明義於第二次協調會時陳稱：「．．．現在你樓頂的部分，我們最早來做的部分，過年前都做好了，現在也膨拱了，這個你最清楚了，膨拱打掉又重新噴塗，現在又膨拱了，你們又打掉，我們又要重新噴塗，這些錢，我們不可能一直自行吸收．．．」（見原審卷二第11頁第二次

01 協調會錄音譯文)等語，且為上訴人於會議現場所未否
02 認乙節益明，自不得僅憑上訴人提出屋頂平台照片呈現
03 白色牆面，逕認附帶上訴人未施作完成屋頂平台之黑漆
04 。此外，附帶上訴人依上訴人於第一次協調會中要求於
05 105年3月19日前完成「丙烯酸硅矽石黑色與綠色塗料
06 有色差差異及無抗污除污狀況」改善之期限（見原審卷
07 一第60頁），進行改善項目之施工，張文軒於同年月21
08 日傳送屋頂平台、牆面裂痕照片予林威宏，表示：「說
09 好要19號完成修補，但下了5天雨，去到現場竟又是一
10 堆的修補，可是修補後又澎空（即膨拱），所以是你們
11 在耽誤我們的，實在很難配合你們的現場數不完的狀況
12 」、「主任跟我們協調說，他要全部修補好，我們再進
13 去作，所以我們今天就撤（應為撤之誤）場了」等語，
14 有line對話紀錄附卷可憑（下稱3月21日對話，見原審
15 卷一第109-115頁、本院卷二第413頁），亦可知屋頂
16 平台業經上訴人進行完工查驗，認施作之黑漆有色差，
17 而於第一次協調會中列入改善項目要求附帶上訴人修補
18 ，益可證林威宏證稱：前往屋頂平台之通道因通行危險
19 ，故上訴人遲至105年5月底始發現附帶上訴人未施作
20 平台黑漆等語，與事實不符。據上，上訴人援引屋頂平
21 台照片及林威宏於本院審理時之證詞，抗辯附帶上訴人
22 屋頂平台之黑漆未施作完成云云，要非可採。

- 23 (3)又系爭工程施工步驟方法自底塗、面塗、保護透明漆施
24 作膜厚須符合公共工程委員會施工規範綱要（下稱施工
25 規範），且不得有色差，為施工要求第4、8點所明訂
26 （見原審卷一第9頁）。再者，依施工規範3.3.1、3.3.
27 3、3.3.4之規定，塗料共須噴塗5層（含底漆2層、中層
28 漆1層、面漆2層）乙節，亦有施工規範在卷可憑（見本
29 院卷一第80-81頁）。參以兩造對於附帶上訴人施作系
30 爭工程應噴塗5層漆乙情亦不爭執（見本院卷二第235、
31 276頁），堪予認定。此外，上訴人另抗辯附帶上訴人

於屋頂平台施作之黑漆，未按施工規範完成五道漆之噴塗，致產生色差（本院卷一第60-61頁）等語。經查，陳國章證稱：「（問：屋頂黑色部分你上幾道漆？）一次施工總共有4道」（見原審卷一第176頁），與前揭施工規範已有不符，且附帶上訴人自陳張文軒於3月21日對話中傳送屋頂平台照片，為第一次協調會決議事項三「有關本工程校舍部分丙烯酸硅矽石黑色與綠色塗料有色差差異及無抗污除污狀況待改善」之改善範圍（見本院卷二第273、275頁）乙節以觀，足見附帶上訴人就屋頂平台黑漆固已施作完畢，惟仍存有色差，倘參諸附帶上訴人亦於第一次協調會中表示同意改善，則上訴人抗辯屋頂平台黑漆之施作有色差之瑕疵，即屬有據。

2. 牆面黑漆部分：

上訴人另抗辯行政大樓南側2樓牆面黑漆亦有色差（見本院卷二第273頁）等詞，核與翔在工程行卓進春、李玉合於原審證稱外牆黑色有色差及不均勻之情形，上訴人因而僱請其等重新施作（見原審卷二第184頁背面、187頁背面）等語相符。此外，附帶上訴人自承已於第一次協調會中同意改善黑漆色差及無抗污除污等瑕疵，惟迄未完成修補（見本院卷二第273-274頁），益證上訴人前開所辯等語，應屬有據。

3. 據上，附帶上訴人施作屋頂平台及牆面黑漆存有色差之瑕疵，應可認定。至附帶上訴人雖援引上訴人品管人員黃春榮於第二次協調會表示「黑色的應該是沒什麼問題」（見原審卷二第11頁錄音譯文），主張其就同意改善黑漆色差之部分，亦已修補完畢（見本院卷二第432頁）等語。惟查，自黃春榮前開所言之前後文記載：「黃春榮：黑色的應該是沒什麼問題」、「張文軒：黑色的，我們師傅今天有沒有來找你」、「黃春榮：沒有，現在是說黑色與綠色，現在是綠色我想聽聽看你打算怎麼弄」、「韓明義：綠色，你如果說要改色，看你怎麼送樣板，我們就提供樣板

給你，你先去審過，簽名確認過」（見原審卷二第11頁第二次協調會錄音譯文）觀之，可見黃春榮該段交談，旨在商討修改綠漆之部分，尚難遽認係肯認黑漆已修補完畢之意。又附帶上訴人亦未舉證證明，在張文軒於3月21日對話中表示撤場後，復有進場修補黑漆色差之事實，佐以上訴人以5月5日函文再次催告附帶上訴人進行黑漆色差之修補，亦有該函文在卷可考（見原審卷一第61頁），是尚難僅憑黃春榮於105年4月25日協調會為前開表示，逕認附帶上訴人就黑漆色差業已修補完畢。

4. 此外，上訴人就屋頂平台及牆面黑漆色差之瑕疵，已於第一次協調會及以系爭5月5日函文通知其修補（見原審卷一第60-61頁），惟附帶上訴人未為修補，如前所述。而上訴人僱請翔在工程行人員重行施作，共計支出11萬8,631元乙情，業據上訴人提出估驗計價單、估價單等件為證（見原審卷一第96-100頁、原審卷二第206-207頁），是上訴人依施工要求第20點、民法第493條規定，請求附帶上訴人給付11萬8,631元，並於本案中為抵銷抗辯，則屬有據。另附帶上訴人雖主張：黑漆色差修補工程，係由翔在工程行卓進春、李玉合2人施作，惟上訴人105年11月11日估驗計價單以粗工3人計算施工費用，顯然有誤，且姜樂靜建築師事務所110年1月13日000000000號函已提到「有關斜屋頂噴塗黑色丙烯酸硅矽石塗料，噴塗層數應非五層」（見本院卷二第185頁），故上訴人以噴塗5層之塗料計算面漆數量，亦有錯誤（見本院卷二第68、141、241頁）云云。惟查，翔在工程行施作黑漆色差修補之工人含李玉合、卓進春及武雄，有估價單在卷可憑（見原審卷二第207頁，估價單上記載「合仔」、「卓仔」、「武雄」），已徵附帶上訴人上開主張無據。復參諸姜樂靜建築師事務所前開函文雖函覆謂屋頂噴塗層數並非5層，惟此與前揭施工規範之要求不符，且兩造亦不爭執屋頂平台之黑漆應噴塗5層，益見附帶上訴人前揭主張云云，不

足採信。

(五)上訴人就附帶上訴人應給付其逾期違約金100萬2,000元，並為抵銷抗辯，是否有據？

按承攬工作之完成與工作有無瑕疵係屬二事，定作人於承攬人完成工作時，縱其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務（最高法院81年度台上字第2736號裁判要旨參照）。又按債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。前項債務人，在遲延中，對於因不可抗力而生之損害，亦應負責，民法第231條定有明文。兩造對於附帶上訴人依約應自進場日（即104年12月15日）起算20日曆天即105年1月3日完工，及上訴人同意延展至同年月4日完工乙情均不爭執，堪可認定。至上訴人辯稱：附帶上訴人未施作屋頂平台之黑漆，故系爭工程並未完工，自105年1月4日至105年12月5日上訴人另僱請翔在工程行人員施作完成，已逾期334日，應按系爭合約扣罰100萬2,000元之逾期違約金云云，惟附帶上訴人予以否認，並主張：系爭工程於105年1月31日拆除保護貼時，即已施作完成。又以105年1月31日為完工日計算系爭工程逾期之日數，亦應扣除上訴人分區交付而延誤工期，及因雨天、雨天翌日環境潮濕致無法施作之日數，扣除後，即無逾期等詞。經查：

- 1.附帶上訴人有完成屋頂平台黑漆之施作，已如前述，參之首揭裁判意旨，縱其施作系爭工程存有黑漆色差之瑕疵，仍無礙其已完工之認定。其次，系爭工程已於105年1月31日拆除保護貼乙情，亦有上訴人工程日報表「施工簡述」欄位記載：「1.外牆塗料工（宸毅）：校舍外牆噴丙烯酸硅矽石保護貼拆除」等語可據（見原審卷二第48頁），審酌塗料工程施作時，為了保護非噴漆之範圍（如抵石子、磁磚等）受污染，會將施作範圍以外之區域均貼保護貼，待全部噴塗完成後，再將保護貼一次拆除乙節，業據附帶上訴人陳述在卷（見本院卷二第307頁），核與施工要求第9點：「施工前對於已完成之門窗、五金、電器裝備、欄杆及其他設施或第三

人財物，應妥善加以保護以防止施工污染」之規定相符（見原審卷一第9頁），參以上訴人對附帶上訴人前開所陳施作系爭工程時貼保護貼之功用，亦未予爭執，據此，附帶上訴人主張：系爭工程於拆除保護貼即105年1月31日時，業已完工等語，應屬有據。

- 2.其次，施工要求第11點規定：「雨天、潮濕天氣或牆面有水氣凝結，未經甲方（即上訴人）工程師許可不得施工」（見原審卷一第9頁）等語，則以105年1月31日為完工日計算附帶上訴人之逾期日數，自應先扣除104年12月15日進場後，至105年1月4日約定完工日止，該段期間依前揭施工要求而無法施工之日數。又兩造對於應扣除上訴人工程日報表記載雨天之日數共7.5天（即105年1月2日0.5天、同年1月3日1天、同年1月6日0.5天、同年1月13日1天、同年1月15日1天、同年1月17日1天、同年1月23日1天、同年1月24日1天、同年1月30日0.5天，共7.5天，見原審卷二第26-40頁）乙節均不爭執（見本院卷二第13頁），是105年1月4日之約定完工日得往後展延7.5日，堪予認定。至附帶上訴人主張，除前揭7.5日外，應再扣除依高雄市三民區氣象觀測站紀錄資料（下稱觀測資料）顯示之雨日及降雨翌日共計12日（即105年1月4日、同年1月7日、同年1月8日、同年1月9日、同年1月14日、同年1月16日、同年1月18日、同年1月25日、同年1月27日、同年1月28日、同年1月29日，至同年1月6日與30日各應多計0.5日計，共12日，見本院卷一第143頁、本院卷二第13-14頁）云云，雖提出觀測資料為憑（見原審卷二第174頁）。惟附帶上訴人固主張105年1月4日為雨天翌日，依常情牆面必殘留水氣或較濕潤，應予扣除（見本院卷一第143頁）云云，然未據具體舉證105年1月4日當日為潮濕天氣或牆面有水氣凝結，即難逕為其有利之認定。此外，附帶上訴人主張其餘應扣除之日數，均已逾約定完工日（105年1月4日）而屬給付遲延，附帶上訴人依法對於不可抗力之雨天，亦應負遲延責任，故其主張：應再展延12日云云，要非可採。

01 3.又按系爭工程須待牆面結構體先以水泥打底（一次水泥砂漿
02 打底、二次水泥砂漿粉光）後，始能進行底塗及主材之噴塗
03 乙節，有施工圖在卷可考（見原審卷一第14頁），堪可認定
04 。至附帶上訴人固主張：上訴人牆面泥作（含抵石子）只要
05 未施作完成，其即無法施作系爭工程。伊進場後，二期工程
06 校舍外牆仍在施作抵石子工程，上訴人分次交付工區，致其
07 只得分區施作，因此延誤之28日工期，為不可歸責，亦應扣
08 除（見本院卷二第393-394頁）云云，惟上訴人否認有分區
09 交付之事實，並辯稱：附帶上訴人進場時，二期工程校舍外
10 牆均已可施作系爭工程（見本院卷二第71、76頁）等語。經
11 查，依上訴人105年1月4日工程日報表施工簡述記載：「
12 1.泥作工（南高雄）：(1)校舍1F走廊圓柱及外牆抵石子．．
13 」（見原審卷二第27頁）等語，固堪認附帶上訴人於104年
14 12月15日進場後，上訴人仍有進行外牆抵石子之施作，惟據
15 陳國章於原審證稱：伊沒有因等待粉光而未施工，但有部分
16 因等待上訴人抵石子工程做完，才能施作。系爭工程也可以
17 先於抵石子施作，但抵石子在黏貼時會有泥水，將污染施作
18 好的塗料，沒有馬上洗掉會附著在上面，塗料就需重新施作
19 （見原審卷二第250-251頁）等語，可見系爭工程並無必待
20 抵石子施作完成後始得施工之情形，且陳國章縱有等待抵石
21 子施工，亦難逕認將致附帶上訴人逾期完工。是附帶上訴人
22 主張其因待上訴人施作抵石子工程，而延誤完工云云，尚非
23 可採。從而，附帶上訴人主張因分區施作而延誤工期28日，
24 亦應扣除云云，要屬無據。

25 4.據上，系爭工程之約定完工日為105年1月4日，得因雨天
26 展延天數為7.5日，而附帶上訴人於同年月31日完工，遲延
27 日數合計為19.5天（即自105年1月13日至同年月31日，共
28 19天，並加計同年月12日之0.5天，為19.5天）。是上訴人
29 抗辯應依系爭合約「逾期罰款：3000元/日」（見原審卷一
30 第7頁）之約定扣罰逾期違約金5萬8,500元（19.5日×30
31 00元＝5萬8,500元），並為抵銷抗辯等語，即屬有據。從

而，本件上訴人以施作黑漆費用11萬8,631元、逾期違約金5萬8,500元為抵銷抗辯，均屬有據，故上訴人共計得抵銷之金額為17萬7,131元（11萬8,631元＋5萬8,500元＝17萬7,131元）。

(六)附帶上訴人得請求上訴人給付63萬6,624元，經上訴人以對附帶上訴人合計17萬7,131元之債權為抵銷後，尚餘45萬9,493元（63萬6,624元－17萬7,131元＝45萬9,493元）。

六、綜上所述，附帶上訴人依系爭合約、民法第490條第1項、第505條第1項規定，請求上訴人給付45萬9,493元，及自106年6月24日（即起訴狀繕本送達翌日，送達回證見原審卷一第29頁）起至清償日止，按週年利率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。上開應准許之部分，原審就其中4萬6,172元本息（45萬9,493元－41萬3,321元＝4萬6,172元），為附帶上訴人敗訴之判決，尚有未合，附帶上訴人上訴指摘原判決此部分不當，求為廢棄，為有理由，爰由本院予以廢棄並改判如主文第二項所示。至於上開其餘應准許之部分，原審為附帶上訴人勝訴之判決，並分別諭知兩造供擔保後，得、免假執行；及不應准許部分，原審為附帶上訴人敗訴判決之諭知，並駁回其此部分假執行之聲請，均無不合，上訴人之上訴、附帶上訴人之其餘附帶上訴，均無理由，應併予駁回。

七、據上論結，本件附帶上訴為一部有理由、一部無理由，上訴為無理由，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 110 年 5 月 11 日

民事第三庭

審判長法官 李昭彥

法官 郭慧珊

法官 王 琰

以上正本證明與原本無異。

01 本件不得上訴。
02 中 華 民 國 110 年 5 月 11 日
03 書記官 陳慧玲