最高法院民事裁定

110年度台上字第2941號

上　訴　人　國立中山大學

法定代理人　鄭英耀
訴訟代理人　蘇義洲律師
　　黃郁婷律師
　　林育如律師
被 上訴 人　興亞營造工程股份有限公司

法定代理人　卓燦然
訴訟代理人　林永頌律師
　　邱瑛琦律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國110年3月24日臺灣高等法院高雄分院第二審判決（106年度建上字第24號），提起一部上訴，本院裁定如下：

主　文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

按上訴第三審法院，非以原判決違背法令為理由，不得為之。又提起上訴，上訴狀內應記載上訴理由，其以民事訴訟法第469條所定事由提起第三審上訴者，應於上訴狀內表明：原判決所違背之法令及其具體內容、暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實。其依同法第469條之1規定提起上訴者，並應具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。同法第467條、第470條第2項分別定有明文。而依同法第468條規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；依同法第469條規定，判決有該條所列各款情形之一者，為當然違背法令。是當事人提起第三審上訴，如合併以同法第469條及第469條之1之事由為上訴理由時，其上訴狀或理由書應表

明該判決所違背之法令條項，或有關之司法院大法官解釋、憲法法庭裁判，或成文法以外之習慣或法理等及其具體內容，暨係依何訴訟資料合於該違背法令之具體事實，並具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由。如未依上述方法表明，或其所表明者與上開法條規定不合時，即難認為已合法表明上訴理由，其上訴自非合法。本件上訴人對於原判決關於駁回其對第一審判決命其給付被上訴人新臺幣（下同）5,171萬0,474元本息，及駁回其反訴請求被上訴人給付2,011萬4,384元本息之上訴部分提起第三審上訴，雖以該不利部分判決違背法令為由，惟核其上訴理由狀所載內容，係就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使所論斷：兩造於民國98年1月8日簽立「國立中山大學國際研究大樓新建統包工程」契約（下稱系爭契約），由被上訴人承攬上訴人學校之「A水池遷建工程」（下稱水池工程）及「國際研究大樓（下稱國研大樓）新建統包工程」（下稱大樓工程，與水池工程合稱系爭工程）。水池工程由上訴人自行設計，上訴人違反建築技術規則建築構造編規定，就水池工程未施作地質鑽探供被上訴人研判基地地質，經辦理地基調查，非採引孔工法無法打設鋼板樁，核屬水池工程設計疏漏，增加引孔為必要工法，係可歸責於上訴人致被上訴人施工工法變更，有關大量咕咾石破除、被上訴人原僱用小包退場另覓適當承包商、原設計鋼筋及模板數量不足辦理追加，應依序展延工期如原判決附表（下稱附表）一編號8、9、7所示9天、3 天、28天。水池工程新設永久機房建築物，涉與A水池共構，需辦理變更設計及併同永久機房申請相關建築執照，國研大樓建於舊水池用地上，上訴人全校用水皆賴舊水池，必須俟A水池及永久機房完工並正常運作後，方能拆除舊水池而興建國研大樓，A水池及永久機房變更設計於99年5月18日取得，上訴人核准水池工程展延185天，原至同年4月6日，但於同年9月27日取得使用執照正常供水後，始能拆除舊水池興建國研大樓，堪認上訴人同意展延工期70天含水池工程。則水池工程包括附表一編號1至5上訴人核准展延249天及上開展延日數共359天，加計水池工程原

預定施工180天，工期應為539天，水池工程於98年2月2日開工，預定完工日應為99年7月25日。兩造於99年10月12日辦理第一次變更契約前，被上訴人多次發函要求上訴人因水池工程需變更設計而應展延工期，自無拋棄展延工期之意思。系爭工程於100年1月31日辦理第12期估驗計價，被上訴人於同年5月26日、6月14日送審第13至15期估驗計價請款資料，經監造單位亞新工程顧問股份有限公司（下稱亞新公司）於同年6月22日核定，另被上訴人於同年8月31日提出第18期估驗計價請款，亞新公司於同年9月5日審查無誤送上訴人查核，可認被上訴人已施作各該期工程完畢。上訴人認被上訴人施作遲延落後預定進度逾10%，惟未計入前開應展延之期日，與事實不合。上訴人核准展延工期之工程預定進度表，系爭工程於100年7月22日預定進度僅47.78%，而同年月5日系爭工程第116次工地協調會議紀錄被上訴人之施工進度達48.23%，顯無施工落後情形。又水池工程於99年7月11日竣工、同年9月27日取得使用執照，被上訴人原提送之國研大樓施工網圖、規劃設計進度管制表等，不得作為認定被上訴人就國研大樓有無施作遲延之判斷依據。兩造就展延工期爭議未釐清前，上訴人仍應依約給付已估驗工程款，上訴人自100年2月起即未依約給付分期估驗款，經被上訴人於同年7月7日催告仍拒不給付，上訴人無正當理由遲延給付估驗款，被上訴人因而於同年月22日拒絕繼續履約，為有理由。系爭工程至100年7月5日施工進度已逾同年月22日預定進度，上訴人未能證明被上訴人有延誤履約且情節重大，或被上訴人無正當理由而不履行契約之情事，亦無非因政策變更且非可歸責於被上訴人事由而有終止必要，上訴人依系爭契約第24條第1項第5、8、11款約定，自100年8月31日終止系爭契約，即不合法。惟上訴人於終止後就後續未完成工項另行發包他人施作並已完工，可認已生依民法第511條規定任意終止系爭契約之效果，上訴人受領被上訴人完成工作部分，有給付相當報酬之義務。水池工程因原設計鋼板樁工法不足，經上訴人於98年4月1日決定新增引孔工法，因而增加引孔工法費用206萬6,571元及咕咾石破碎打除費用13萬5,000元，另水池結構鋼筋模板數量

不足，應再增加給付182萬7,420元，上訴人不爭執被上訴人請求工程款應加計一式間接工程費及營業稅等計10.73%，則被上訴人依系爭契約第5條第3項、第22條第3項約定，就上開部分即附表三編號一、1、3、4所示得依序請求228萬8,314元、14萬9,486元、202萬3,502元。上訴人曾以被上訴人施作逾期96天自工程款中扣罰違約金515萬7,364元（編號一、2），被上訴人依系爭契約第5 條第1項約定及民法第490條第1項規定，得請求此部分工程款。上訴人未就水池工程進行結算，單方終止系爭契約，系爭工程估驗或其他工程款之請求權時效，應自上訴人100年9月1日為終止意思表示時起算，被上訴人於102年1月23日提起本件訴訟，未罹於時效。第13至18期已估驗之工程款合計為4,876萬6,760元、第1至12期工程保留款990萬7,206元，被上訴人得依系爭契約第5 條第3項約定及民法第490條第1項規定請求；第12至18期物價指數調整工程款134萬8,009元，被上訴人得依系爭契約第5條第10項第1款約定請求。被上訴人現場實際完工進度為48.46%，已完工未估驗之工程款加計相關已進場之材料或半成品等費用之工程款為2,431萬9,639元，被上訴人自得請求。至高雄市土木技師公會鑑定之結案報告，係依經驗就未審定者以50%計算、未核定者以75% 計算，或僅計算材料而無包工，或依據查驗表而非依據結算數量，自不足採。累計第1至12期工程款中以預付款扣還為599萬1,246元，上訴人業於100年10月3日收取上開預付款，被上訴人依民法第490 條第1項規定、系爭契約第5條之約定得請求上訴人給付。再依系爭契約第5條第3項約定、系爭工程之工程總表，及本於誠信原則，水池工程遷建完成確實為大樓工程必要前置施工要徑，被上訴人得請求因水池工程展延工期359天所增加之管理費，以每日3,940元計算加計5%營業稅為148萬5,183元，扣除第一次變更契約之管理費9萬3,954元，為139萬1,229元。上訴人任意終止系爭契約，不得依系爭契約第17條第1、5項約定，扣留履約保證金不予發還。兩造於系爭契約未約定提前終止契約時如何發還履約保證金，參酌系爭契約第30條第15項約定及政府採購法第30條第3項、押標金保證金暨其他擔保作業辦法

第19條第2項規定，上訴人應返還履約保證金2,324萬2,950元。上訴人沒入被上訴人所提出之預付款還款保證金所衍生之利息506萬5,511元，屬被上訴人所有，因上訴人之沒入而受損害，被上訴人得依民法第179條規定請求上訴人返還。綜上，被上訴人得請求上訴人給付1億2,965萬1,216元，其中已完工未估驗之工程款及預付款扣回合計3,031萬0,885元部分，係於102年6月25日始追加請求，利息起算日應自同年月26日起算，其餘9,934萬0,331元則自起訴狀繕本送達翌日即同年2月1日起算。被上訴人就履約或契約之終止無可歸責之事由存在，且計算至上訴人終止契約時，被上訴人施作系爭工程亦無逾期或遲延情事，上訴人抗辯因被上訴人施作逾期而違約，依系爭契約第20條之1約定，被上訴人應給付違約金6,762萬2,236元；依系爭契約第24條第4、5項、第25條約定，被上訴人應給付辦理系爭工程接續設計服務及重新發包作業增加工程費用6,532萬8,763元；支付專案顧問亞新公司技術服務費250萬3,422元，及支出工程結算鑑定費、結構安全鑑定費、專案管理增加費用、接續細部設計費、工地圍籬修繕費、結構重新外審費、綠建築證書重審費、建築重審費、建造執照請領規費、空氣污染防制費、交通影響評估費共399萬5,673元，以之為抵銷，均不應准許。上訴人以上開違約金及後續另行發包所衍生之相關費用，與被上訴人得請求之工程款抵銷後，依系爭契約約定及債務不履行之法律關係，反訴請求被上訴人給付3,310萬6,038元本息，亦乏依據。從而，被上訴人本訴依上開法律關係，請求上訴人給付1億2,965萬1,216元本息，為有理由；上訴人反訴依系爭契約約定及債務不履行之法律關係，請求被上訴人給付3,310萬6,038元本息，為無理由等情，指摘為不當，並就原審命為辯論及已論斷或其他與判決結果不生影響者，泛言謂為違法，而非表明該不利部分判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。末查系爭契約第29條第3項第1、2款已約定，被

上訴人因系爭工程履約爭議得暫停履約。兩造除因水池工程工期展延及變更設計等生履約爭議，上訴人並拒付其後之第13至18期估驗計價款，是其爭議非僅限於水池工程，原審認被上訴人得拒絕履約，無違背法令，附此敘明。

據上論結，本件上訴為不合法。依民事訴訟法第481條、第444條第1項、第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　3　　月　　30　　日

最高法院民事第九庭

審判長法官　盧　彥　如

法官　吳　麗　惠

法官　翁　金　緞

法官　黃　明　發

法官　林　麗　玲

本件正本證明與原本無異

書　記　官　賴　立　旻

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　11　　日