

最高法院民事判決

111年度台上字第2827號

上訴人 基隆市政府

法定代理人 謝國樑

訴訟代理人 許智勝律師

被上訴人 吳西源律師即翔禾鑫營造股份有限公司破產管理人

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國111年6月28日臺灣高等法院第二審判決（108年度建上字第21號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人其餘上訴及該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院。

理 由

本件上訴人基隆市政府之法定代理人業於民國111年12月25日由林右昌變更為謝國樑，有基隆市政府函附卷可稽，謝國樑聲明承受訴訟，核無不合，應予准許，合先敘明。

次查被上訴人主張：伊為翔禾鑫營造股份有限公司（下稱翔禾鑫公司，105年5月20日經法院裁定宣告破產）之破產管理人，該公司於破產前之100年8月9日與上訴人簽立工程採購契約（下稱系爭契約），承攬「海軍基隆後勤支援指揮部官兵營舍新建工程」（下稱系爭工程），約定於102年7月20日竣工。系爭工程進行至第22期估驗時，施工進度已達91.16%，然上訴人遲延給付部分估驗款，且拖延不進行第23期估驗計價，翔禾鑫公司不得已暫停施工。詎上訴人竟於102年11月18日終止契約，顯非合法，惟翔禾鑫公司於同年11月19日回函同意終止契約，系爭契約即經兩造合意終止。翔禾鑫公司就系爭工程已施作部分尚有工程款新臺幣（下同）4,847萬9,646元未領取，且上訴人持有履約保證金其中1,147萬7,923元，無法律上原因，自應如數給付，經上訴人主張抵銷翔禾鑫公司應負擔之逾期違約金3,334萬4,488元，上訴人尚

01 欠2,661萬3,081元等情。爰依系爭契約第5條約定及民法第179條
02 規定，求為命上訴人給付伊2,661萬3,081元，及自103年6月4日
03 起至清償日止，按年息5%計算利息之判決（未繫屬本院者，不予
04 贅述）。

05 上訴人則以：系爭工程因翔禾鑫公司施工進度落後，監造人自10
06 2年3月19日起多次發函要求其進場趕工未果，工程進度落後10%
07 以上，翔禾鑫公司甚至自同年8月29日起即未進場施工，伊乃於
08 同年11月18日終止契約，辦理中途驗收結算，確認翔禾鑫公司已
09 施作部分之應領工程款為2億1,450萬4,861元，而其就第1至22期
10 估驗款已實際領取2億1,954萬8,228元，伊自無庸給付任何工程
11 款。系爭契約因可歸責於翔禾鑫公司之事由經伊終止，伊就臺灣
12 中小企業銀行股份有限公司（下稱中小企銀）基隆分行撥付之履
13 約保證金，依約無須發還等語，資為抗辯。

14 原審維持第一審就上開部分所為上訴人敗訴之判決，駁回其該部
15 分之上訴，係以：上訴人與翔禾鑫公司於100年8月9日簽立系爭
16 契約，由翔禾鑫公司承攬系爭工程，經2次變更設計後，契約總
17 價為3億1,731萬8,529元，預定竣工日為102年7月20日，系爭工
18 程未依約完工，上訴人於102年11月18日向翔禾鑫公司終止契
19 約，為兩造所不爭執。次查系爭工程採購金額達2億元以上，為
20 巨額採購，系爭工程未於預定竣工日102年7月20日完工，監造人
21 自同年7月30日起至同年11月11日止，多次發函要求翔禾鑫公司
22 改善未果，嗣由上訴人於102年11月18日行使約定終止權而終止
23 契約。觀諸翔禾鑫公司102年11月28日向上訴人提出中途結算明
24 細表，及上訴人製作之工程結算驗收證明書（契約終止）、驗收
25 紀錄、初驗紀錄表（含水電及土建）及初驗照片832張，暨監造
26 人建築師王志中、上訴人主驗人員林賢家之證述，上訴人與翔禾
27 鑫公司於系爭契約終止後，就系爭工程終止時已完成施作部分，
28 於102年12月6日起至103年1月2日止辦理初驗，於103年2月11日
29 辦理正驗而驗收完畢。又上訴人曾於103年1月16日發函中小企銀
30 基隆分行，記載翔禾鑫公司尚可領取之工程款為4,847萬9,646
31 元，該函由上訴人承辦人高士興擬稿，經技士、公有建築科科

01 長、工務處技正、工務處副處長層層簽核，由工務處處長簽核決
02 行，係以回覆該行103年1月9日函詢承接系爭工程可具領之工程
03 款金額、保固金額、全案履約完成後可否全數免除保證責任、有
04 無其他擔保責任需償付等疑慮，至關重大，高士興斷無可能徒憑
05 己意輕率辦理。參以上訴人作成該回函時，已於102年12月6日起
06 至103年1月2日止進行初驗程序，俟監造人製作初驗結算書後進
07 行正驗，衡情該回函記載「尚可領工程款約4,847萬9,646元」，
08 應係監造人考量初驗時清點之施作數量及複價、逾期完工日數、
09 第1至22期實領工程款數額等資料後所核算之剩餘工程款數額，
10 具一定程度的可信性，是被上訴人主張翔禾鑫公司於系爭契約終
11 止時尚可領取工程款為4,847萬9,646元，並非子虛。參以第一審
12 法院囑託社團法人新北市土木技師公會（下稱新北市土木技師公
13 會）鑑定結果及鑑定技師余烈之證述，亦認上訴人於上開回函記
14 載之4,847萬9,646元，係在嚴謹情況下，由上訴人責成監造人核
15 算翔禾鑫公司自開工時起至終止契約離場止，扣除已領之第1至2
16 2期估驗款2億1,954萬8,228元，尚可領取之實際工程款金額，該
17 金額包含第23期估驗款，及契約未規範、漏項或契約設計數量不
18 足等契約外之施工而應予增加之施工費用，可知翔禾鑫公司於系
19 爭契約終止時之工程款總額應為2億6,802萬7,874元（219,548,2
20 28+48,479,646），以其所佔系爭契約總價3億1,731萬8,529元
21 之比例計算，翔禾鑫公司實際施工進度比例為84.47%（268,027,
22 874/317,318,529），落後施工進度達10%以上，情節重大，是上
23 訴人依系爭契約第21條第1項第5款約定，終止系爭契約，自屬合
24 法。上訴人抗辯：翔禾鑫公司在契約終止前已完成部分經其驗收
25 結算僅2億1,450萬4,861元云云。惟上訴人於系爭契約終止後，
26 會同翔禾鑫公司辦理驗收結算，翔禾鑫公司僅派員參加1、2次初
27 驗程序，未全程參與，上訴人於103年3月4日函送終止結算書、
28 驗收紀錄予翔禾鑫公司，翔禾鑫公司已於同年3月21日回函表示
29 異議，上訴人仍以翔禾鑫公司已施作而尚未估驗計價部分，未完
30 成查驗程序無法辦理計價，已施作估驗計價部分，因現場相關缺
31 失需要改善及欠缺出廠證明相關文件，應予扣回為由，依監造人

意見作成工程結算驗收證明書，結算總價為2億1,450萬4,861元，佔契約總價金比例為67.60%（即214,504,861/317,318,529），遠低於102年7月31日第22期估驗計價總表內所載「累計估驗74.0638%」、「本期累計付款70.3605%」，已有可議。況依系爭工程建築物施工日誌之記載，102年7月31日之實際進度為91.16%，同年8月31日為91.8%，審酌翔禾鑫公司縱於102年8月31日以後未再進場施工，截至斯時止之累計施工進度，衡情應較102年7月31日申請第22期估驗時之累計施工進度91.16%為多，是上訴人結算驗收數量較第22期累計估驗數量為少，難謂合理。按當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該證據應證之事實為真實，民事訴訟法第282條之1第1項定有明文。翔禾鑫公司於系爭契約終止後，雖依系爭契約第21條第3項約定，會同辦理結算，惟於103年2月25日提起本件訴訟，並於同年3月21日回函對上訴人之驗收結算金額表示異議，上訴人於同年4月9日收受起訴狀繕本時已知悉翔禾鑫公司提起本件訴訟，竟於同年8月29日將系爭工程重新發包予正豪營造有限公司（下稱正豪公司）施作，使翔禾鑫公司完成之工作為正豪公司施作之工作覆蓋，鑑定人無從逐項清點數量，而上訴人之結算數量復有上開不可採信之情形，爰認被上訴人主張應以上訴人103年1月16日回函所載「4,847萬9,646元」，作為系爭契約終止時翔禾鑫公司尚可領取之工程款數額，較符真實而可採信。又查翔禾鑫公司施作系爭工程，未遵期完工，經上訴人終止契約，依系爭契約第17條第1項第1款約定，上訴人得請求給付按逾期日數，每日依契約總價1%計算之逾期違約金。自系爭契約預定竣工期限之次日102年7月21日起至終止日止之逾期日數共117日，逾期違約金為3,712萬6,268元（ $317,318,529 \times 1/1000 \times 117$ ），未逾系爭契約第17條第4項約定契約總價20%之上限，而上訴人於102年9月2日核撥第22期估驗款時，業已扣抵逾期違約金378萬1,780元，是上訴人對翔禾鑫公司尚有逾期違約金債權3,334萬4,488元（ $3,712,628 - 378,178$ ）。復查系爭契約第14條第3項約定機關就廠商所繳納之履約保證金得不

01 予發還之情形，其中第4款約定：「因可歸責於廠商之事由，致
02 部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證
03 金；全部終止或解除契約者，全部保證金。」，是上訴人就終止
04 部分所占契約總金額之比率自得不予發還保證金。系爭契約之履
05 約保證金2,826萬元係以中小企銀基隆分行出具連帶履約保證書
06 方式提供，上訴人業已通知中小企銀基隆分行撥付1,586萬6,701
07 元之履約保證金，以系爭契約終止時翔禾鑫公司實際施工進度為
08 84.47%計，未完成部分占契約總價比率之履約保證金為438萬8,7
09 78元〈 $28,260,000 \times (1 - 84.47\%)$ 〉，上訴人得不予發還，其餘
10 1,147萬7,923元（ $15,866,701 - 4,388,778$ ）應依民法第179條規
11 定返還予翔禾鑫公司。基上，被上訴人得請求上訴人給付工程款
12 4,847萬9,646元、履約保證金1,147萬7,923元，經上訴人以逾期
13 違約金債權3,334萬4,488元抵銷後，被上訴人請求上訴人給付2,
14 661萬3,081元（ $48,479,646 + 11,477,923 - 33,344,488$ ）本息，
15 應予准許等詞，為其判斷之基礎。

16 系爭契約第21條第3項約定：「廠商（指翔禾鑫公司）因第1款情
17 形接獲機關（指上訴人）終止或解除契約通知後，應即將該部分
18 工程停工，…對於已施作完成之工作項目及數量，應會同監造單
19 位/工程司辦理結算，並拍照存證，廠商不會同辦理時，機關得
20 逕行辦理結算；必要時，得洽請公正、專業之鑑定機構協助辦
21 理。…」。查翔禾鑫公司向上訴人承攬系爭工程，經變更設計後
22 之契約總價為3億1,731萬8,529元，翔禾鑫公司施工進度落後，
23 情節重大，上訴人於102年11月18日合法終止系爭契約，翔禾鑫
24 公司就第1至22期估驗已領取估驗款計2億1,954萬8,228元，其於
25 系爭契約終止後之同年11月28日函送中途結算明細表予上訴人，
26 就其施作部分自行初步結算金額為2億5,803萬6,436元（即尚有
27 3,848萬8,208元未領），上訴人於102年12月6日至103年1月2日
28 辦理系爭工程初驗，翔禾鑫公司最初曾1、2次會同到場，嗣未繼
29 續會同辦理初驗，上訴人於103年2月11日自行進行正驗，其結算
30 系爭工程已施作部分應領工程款為2億1,450萬4,861元，為原審
31 認定之事實。系爭契約終止後，上訴人催告系爭契約負有履約保

證責任之中小企銀基隆分行撥付履約保證金，或代洽符合資格廠商就未完成部分完成履約，中小企銀基隆分行於103年1月9日函詢上訴人謂：「…本行已洽其他營造廠商查勘評估，廠商有意願就未完成部分繼續施作完成履約，惟對承接後可具領工程款金額…故無法確認承接意願，敬請核算告知，以利後續洽辦承接事宜。」，上訴人以同年1月16日函回覆稱：「二、本工程截止目前經監造單位核算後尚可領工程款約4,847萬9,646元…四、請貴分行於103年1月21日前，提送接辦計畫或依履約保證金連帶保證書所載事項，撥付本府履約保證金…」，而上訴人之承辦人高士興於事實審證述：伊請監造人大約算一下，如果中小企銀承接系爭工程到全部完工請領使用執照並包含接水接電，後續能領到多少工程款。當時還沒結算驗收，告知這個金額是要讓中小企銀知道系爭契約剩餘的工程款不是9,000多萬元（即契約總價3億1,731萬8,529元扣除翔禾鑫公司已領取之估驗款2億1,954萬8,228元），有沒有意願承接系爭契約做到完為止等語（見鑑定報告附件10-6至10-10頁、一審卷四第605至613頁）。果爾，上訴人一再抗辯：伊103年1月16日回函所載之4,847萬9,646元係就中小企銀基隆分行函詢代洽廠商接辦系爭工程未完成部分，概算出承接系爭工程至完成履約為止尚可具領之工程款，俾供其評估接辦系爭工程完成履約或撥付履約保證金，斯時就翔禾鑫公司已施作部分尚未驗收完成，無從結算，何況回函所稱之4,847萬9,646元較諸翔禾鑫公司自行結算之未領金額3,848萬8,208元高出甚多，伊不可能採為結算金額，因翔禾鑫公司拒不會同結算，103年2月11日伊已依系爭契約第21條約定逕行辦理結算為2億1,450萬4,861元，翔禾鑫公司已領取之估驗款已逾結算金額，不得請求伊給付工程款等語，是否毫無足取，即不無研求之餘地。乃原審未予詳查審究，遽以上訴人斯時已進行初驗程序，逕認該函記載之「尚可領工程款約4,847萬9,646元」，係監造人確認翔禾鑫公司已施作部分經驗收結算尚可領取之工程款，進而為不利於上訴人之認定，自嫌速斷。次按當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張

或依該證據應證之事實為真實，民事訴訟法第282條之1第1項定有明文。準此，必須證據之滅失、隱匿或致礙難使用，係由於當事人妨礙他造使用之故意行為所致者，始有該項規定適用之餘地。查第一審法院囑託新北市土木技師公會鑑定系爭契約終止時翔禾鑫公司之實際施作數量，因系爭工程已於103年8月29日另行發包予正豪公司施作，翔禾鑫公司完成之工作為正豪公司施作之工作覆蓋，無從鑑定計算，為原審認定之事實。惟第一審法院係於105年1月8日囑託鑑定，而正豪公司承攬系爭工程後續未完成部分，於103年9月5日開工，104年1月1日竣工（見外放鑑定報告書及正豪公司工程結算驗收證明書）。即早於法院囑託鑑定前，系爭工程已由正豪公司施作完成。則能否謂上訴人將系爭工程發包予正豪公司施作係故意使法院囑託鑑定事項無法進行，即滋疑問。原審未予究明，徒以翔禾鑫公司施作完成部分已為正豪公司之工作覆蓋而無從鑑定，即認上訴人有妨害證明之情形，亦有可議。又翔禾鑫公司就系爭工程已施作部分之金額，既待事實審調查審認，則就系爭工程終止部分所占契約總價之比率及上訴人應發還履約保證金數額即屬未定，應併予廢棄發回。上訴論旨，指摘原判決上開部分違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 113 年 1 月 10 日

最高法院民事第三庭

審判長法官 鄭 雅 萍

法官 張 競 文

法官 王 本 源

法官 王 怡 雯

法官 賴 惠 慈

本件正本證明與原本無異

書 記 官 郭 惠 玫

中 華 民 國 113 年 1 月 22 日