最高法院民事判決

107年度台上字第279號

上　訴　人　膺豐營造股份有限公司
法定代理人　施永發
訴訟代理人　石繼志律師
上　訴　人　交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處（原交通部公路總局東西向快速公路高南區工程處）
法定代理人　江金璋
訴訟代理人　楊昌禧律師

上列當事人間請求給付工程款事件，兩造對於中華民國106年11月1日臺灣高等法院高雄分院第二審更審判決（105年度建上更㈡字第2號），各自提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於㈠駁回上訴人膺豐營造股份有限公司請求上訴人交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處給付實作工程款新臺幣伍佰陸拾玖萬伍仟陸佰肆拾捌元本息之訴。㈡駁回上訴人交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處對於命其給付新臺幣參仟玖佰伍拾陸萬肆仟陸佰玖拾柒元本息之上訴，暨各該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

兩造其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由兩造各自負擔。

理　由

本件上訴人交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處（原交通部公路總局東西向快速公路高南區工程處，下稱臨時工程處）之法定代理人變更為江金璋，有交通部令可稽，其已依法聲明承受訴訟，合先敘明。

次查上訴人膺豐營造股份有限公司（下稱膺豐公司）主張：伊於民國92年8月18日與對造上訴人臨時工程處就「高速○路○區○○道路系統改善計劃臺南沙崙站高鐵橋下道路工程第一標（301K+110～308K+000）」（下稱系爭工程）簽訂承攬契約（下稱系爭契約），總工程款為新臺幣（下同）9億9193萬3676元。伊於同年月26日申報開工後，即按工程規劃施作，詎臨時工程處竟於93

年11月24日以伊工程進度落後超過10% 為由終止系爭契約。伊雖不表認同，但臨時工程處嗣後既將未完工部分另行發包與第三人，即有任意終止之意思，伊乃同意終止。惟無論任意或合意終止，臨時工程處均應依系爭契約，就伊已施作之工程部分辦理結算核實給付，並賠償伊所受之損害。伊經臨時工程處同意後，乃委請臺灣省土木技師公會（下稱省技師公會）鑑定，臨時工程處卻拒絕依鑑定結果處理，伊已於94年10月6日催告限其於5日內給付，臨時工程處仍拒絕，伊得請求臨時工程處給付：㈠實作工程款6304萬7877元；㈡追加工程款1118萬8044元；㈢臨時工程款等429 萬6801元；㈣物價指數追加款3789萬1621元；㈤終止契約所受之消極損害5680萬9268元；㈥賠償協力廠商之損失4138萬3731元，合計2億1461萬7342元。爰依承攬契約法律關係及民法第511條、第225 條、第226條、第267條規定，求為命臨時工程處如數給付，及加計自94年10月12日起算法定遲延利息之判決（未繫屬本院部分，不予贅述）。

上訴人臨時工程處則以：膺豐公司施工進度落後，計至93年10月15日止僅38.87%，已落後預定進度50.08%達11.21%，伊已依系爭契約第15條第2項第2款約定為終止之意思表示，膺豐公司亦表示無意見而同意辦理結算，系爭契約已合法終止。至膺豐公司所稱之損害，或其計算數據與事實不符，或屬其依約應辦理事項，或其主張與契約約定內容不符，或屬可歸責膺豐公司之事由，均不得請求。縱認伊有給付義務，膺豐公司因違約致伊重新發包而受有增加支出2 億2165萬8145元之損害，伊亦得為抵銷等語，資為抗辯。

原審審理結果，以：兩造於92年8 月18日就系爭工程簽訂系爭契約，膺豐公司於同年月26日申報開工；臨時工程處嗣於93年11月24日以膺豐公司施工進度於93年10月15日為38.87%，較預定進度50.08%落後超過10% 為由終止系爭契約。惟嗣經省技師公會鑑定結果，認膺豐公司施作達42.24762%，縱再扣除膺豐公司於93年10 月間停工後僅施作1%之收尾進度，膺豐公司於93年10月15日之施工進度仍達41.24762 %，相較於預定之50.08%，約落後8.8%，

並無落後超過10％，臨時工程處依系爭契約第15條第2條第2項終止系爭契約，難認為合法。兩造於第一審調解庭雖同意以省技師公會鑑定報告為基礎，就兩造爭執部分再請財團法人臺灣營建研究院（下稱營建院）鑑定，但營建院非依具體之會勘測量、檢測、取樣核算，而以兩造陳述意見及證據取捨為判斷，與鑑定之本旨不符，是其鑑定膺豐公司於93年10月15日之施工進度為38.87%，自不足採。按定作人行使約定終止權與依民法第511 條規定終止契約，雖均足使契約向後失其效力，惟對於契約終止後之當事人所負責任明顯不同。前者倘係可歸責於承攬人，定作人尚可對之主張債務不履行賠償責任，後者依民法第511 條規定，應由定作人賠償承攬人因契約終止而生之損害。故定作人於工作未完成前，行使約定終止權不合於法律規定者，應僅不生契約終止之效果，無從逕轉換為民法第511 條所稱之定作人任意終止契約之意思表示及其法律效果。臨時工程處於93年11月24日終止系爭契約，並非因認系爭工程之完成對其無意義或利益，而任意終止系爭契約，其行使終止權雖不合法，亦無從轉換為民法第511 條之任意終止意思表示。但兩造於93年10月18日召開趕工協調會議紀錄記載：一、本工程經雙方協議後，「同意」依契約第15條第2項第2款規定辦理終止契約。二、雙方終止契約前，因履約而生爭議事項，同意依契約第22條之規定辦理各項調解事宜。嗣於同年11月 4日召開「終止契約待辦事項協調會」，以系爭契約終止為前提，就鄰屋鄰地受損、土方移除、竣工結算數量之確認等事項予以討論，並於會議紀錄載明雙方意見之異同，有會議紀錄可稽。膺豐公司隨後於同年月11日發函予臨時工程處，說明二之㈢記載：本案工程在臨時工程處之要求終止合約之溝通下，本公司僅就「終止合約」該點勉為「同意」，亦願配合處理相關終止合約之後續事宜，工程進度落後之責既不在本公司，工程處不得沒收本公司之履約保證金等語，可知兩造於同年11月間已合意終止系爭契約。而依膺豐公司於同年11月29日、12月27日寄予臨時工程處之函，雙方就系爭工程已施作部分，臨時工程處是否應負遲延受領之責，及膺豐公司有無因契約終止而受損害，連同前已論及之履約

保證金，仍無結論。惟兩造嗣於94年1 月31日召開協調會議達成：㈠有關工程結算數量爭議部分，雙方同意依契約附件投標須知第43條規定，由承包商自行委託合格專業技師或顧問公司丈量計算之及負擔費用。以鑑定結果為協商基準，另訂期協商。㈡有關工程履約保證金返還部分，雙方同意另擇期邀集雙方法律顧問再行協商等語，即膺豐公司前所提及終止合約後損失、受領遲延責任各節，均無保留再議；且94年2、3月間僅見臨時工程處或監造單位函催膺豐公司依上開會議結論履行，或表明願配合膺豐公司委請省技師公會進行丈量，足認雙方於94年1 月31日協議將應辦事項限定在已作工程數量之結算及履約保證金之發還，而將其餘賠償事項均排除在外。至臨時工程處再於93年11月24日以存證信函表示終止契約，或膺豐公司於94年4月7日發函主張臨時處應依政府採購法第64條規定補償其因終止所生之損失云云，均片面違反雙方之合意，對既存之終止合意及議定後續權義關係，不生影響。茲就膺豐公司請求給付金額審酌如下：㈠實作工程款：依省技師公會鑑定膺豐公司實作之工程款，剔除膺豐公司第一審法院判決其敗訴（增加試驗次數費用、鹽水溪河川區土方2 次搬運費、已進場並經檢驗之材料款）及不得請求之樁底灌漿費、「竣工圖結算書編製費」後，為3億6835萬6841元，加計10%之利潤管理費及5%之營業稅為4億2361萬367元，再扣除下述巨額工程告示牌工程安裝費用13萬1385元，及臨時沉沙池及臨時排水溝部分、工地交通維持費、衛生安全費用計429萬6801元，餘額為4億1918萬2181元。而膺豐公司已領估驗款3億6219萬1966元，尚得領取5699 萬215元（包含第1至17期保留款1906萬2736元）。㈡追加工程款：1.樁底灌漿費用部分：依編號GE-307設計圖之「說明」第 4項、「補充施工說明書」第15章套管式鑽掘混凝土基樁第1 點「說明」之⑵記載，膺豐公司就基樁位在地表以下50公尺外部分，如不以全套管工法施作，則得選擇替代工法，惟需提出孔壁保護計畫，且須經工程司核可。臨時工程處藉函轉亞新工程顧問有限公司函，指示膺豐公司就基樁位在地表以下50公尺外部分，得自選工法，如不以全套管工法施作，則須施作樁底灌漿，該費用已

包含在基樁部分之預算編列之內，且省技師公會鑑定報告亦係依全套管工法編制單價核計工程款。臨時工程處僅於93年2 月24日將膺豐公司之函文交接予其委託監造單位昭凌工程顧問股份有限公司，無允諾辦理追加，膺豐公司提出施工計畫書（定稿本），無從佐證其所稱臨時工程處或監造單位並未要求在地表下50公尺外不以套管保護部分須施作樁底灌漿、若以全套管設備完成全部樁長則樁底灌漿可免施作云云為真，其進稱樁底灌漿與基樁鑽掘施工方法無涉，亦難採憑，故膺豐公司再請求此部分費用，自屬無據。2.巨額工程告示牌工程安裝費用部分：臨時工程處要求將原設計之規格變更為5.0m× 3.2m× 3.2mm厚鋁板及H型鋼柱，膺豐公司並已施作完成，膺豐公司得請求13萬1385元。㈢臨時工程款：1.臨時沉沙池及臨時排水溝部分：依省技師公會之鑑定結果，認確有施作但數量無從考據，膺豐公司主張施作之數量，尚稱相當。依系爭契約之單價核算，合計178 萬6907元。2.工地交通維持費、3.衛生安全費用部分：膺豐公司確有施作，且膺豐公司稱已施作數量與工程總數量相符，並經省技師公會鑑定確認，依契約單價計算為160萬954元、34萬8488元。上開金額加計10% 利潤管理費及5%營業稅合計為429 萬6801元。㈣物價指數追加款部分：兩造不爭執本件存在物價調整之客觀情狀，且「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變動之物價調整處理原則」（下稱物調原則）第1 條已明確規定：無論原契約是否訂有物價調整規定，機關應同意以行政院主計處公布之台灣地區營造工程物價指數表內之總指數，就漲跌幅超過2.5%部分，辦理工程款調整等語，可見就此項物價調整款部分，應以物調原則所規定之2.5%為依據。系爭工程自第1 至17期計價金額經依物調原則調整金額為3735萬8994元；尾款即尚未領取之實作工程款5699萬215 元、追加工程款13萬1385元及臨時工程款429 萬6801元，合計6141萬840 1元，扣除管理、保險、利潤及其他稅雜費801萬1048 元（依臨時工程處所主張較低之比例0.130434核計），未領尾款為5340萬7353元，再按14.09%比例計算，加計5% 營業稅後，該部分調整款為790萬1351元，合計物價調整款為4526 萬345元，扣除膺豐公司已領

569萬5648元（下稱系爭物調款）後，臨時工程處應再給付3956萬4697元。㈤終止契約所受消極損害、賠償協力廠商之損失：兩造就系爭契約終止後之權利義務關係議定在已施作部分之結算，而不及於其他賠償事項，故膺豐公司事後依民法第225條、第226條、第267條規定再請求臨時工程處賠償損害，不應准許。至臨時工程處主張其將膺豐公司未施作部分另行發包，致受有額外支出工程款2億2165萬8145元之損害，為抵銷之抗辯，亦屬無據，不應准許。從而，膺豐公司依承攬契約法律關係，請求臨時工程處給付1億98萬3098元，及自94年10月12日起算之法定遲延利息，為有理由，應予准許，逾此部分，為無理由，不應准許。為其心證之所由得，因而將第一審判決關於命臨時工程處給付逾1億98萬3098元本息部分，予以廢棄，改判駁回膺豐公司該部分之訴，其餘部分判予維持，駁回臨時工程處該部分之上訴，並駁回膺豐公司之上訴。

廢棄發回部分（即駁回膺豐公司請求實作工程款569萬5648元本息及第二審命臨時工程處給付物價指數追加款3956萬4697元本息部分）：

原審謂膺豐公司實際完成之工程款為4億1918萬2181元，扣除膺豐公司已領估驗款3億6219萬1966元，尚得領取5699萬215元等語，惟依第17期工程估驗款計價表所示，及臨時工程處陳述（見原審卷㈠第113頁、一審卷㈦第23頁），所稱之已領「估驗款」，似包含系爭物調款569萬5648元，而就膺豐公司得請領之實作工程款，原審如已扣除該569萬5648元，則於計算膺豐公司得請求給付物價指數追加款部分，原審再扣除該物調款，是否重複扣除？致於計算膺豐公司得請求實作工程款部分，短計569萬5648元，即非無疑。另第一審判決認定膺豐公司得請求臨時工程處給付物價指數追加款為3789萬1621元，膺豐公司就此部分未據聲明不服，惟原審認定膺豐公司得請求3956萬4697元，已逾第一審判決之認定，其理由為何？況原審認定第1至17期之物價指數追加款3735萬8994元，係以第1至17期計價金額3億7555萬9054元為計算基礎（見一審卷㈦第177頁），該金額包括第1至17期保留款1906

萬2736元，則計算尾款之物價指數追加款，自不得再將第1至17期保留款計入。乃原審計算末期物價指數追加款，又以未領實作工程款5699萬215元（此金額包含第1至17期保留款）為計算基準，亦有所誤。兩造上訴論旨，分別指摘此部分之原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

駁回上訴部分（即膺豐公司逾上開發回部分之上訴；臨時工程處對於命其給付實作工程款5699萬215 元、巨額工程告示牌工程安裝費用13萬1385元、臨時工程款429 萬6801元本息之上訴部分）：

按工作之完成，係基於定作人之利益及需求，如定作人認工作之完成，對其已無意義或利益時，應允許定作人於工作完成前，得隨時任意終止承攬契約，以免繼續無利益或無意義之工作，但應賠償承攬人因契約終止所生之損害，以兼顧承攬人之權益，此乃民法第511 條規定所由設。惟該條之規定係限於定作人任意終止承攬契約之情形，不包含合意終止在內，蓋合意終止為契約行為，於合意終止後，當事人間權利義務關係，悉依當事人之約定定之。查兩造於93年11月間合意終止系爭契約，且膺豐公司於94年1 月31日會議中就前所提及之終止合約後損失、臨時工程處受領遲延責任，並未與臨時工程處達成合致，為原審所認定，則其認膺豐公司不得依民法第511 條、第226條、第267條規定請求臨時工程處賠償損害，臨時工程處亦不得請求膺豐公司給付額外支出工程款之損害，於法並無違誤。兩造上訴論旨，以原審認定事實、取捨證據、意思表示解釋之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，各自指摘此部分原判決為違背法令，聲明廢棄，均非有理由。

據上論結，本件兩造上訴均為一部有理由，一部為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第477條第1項、第478條第 2 項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　10　　日

最高法院民事第三庭

審判長法官　高　孟　焄

法官　袁　靜　文

法官　彭　昭　芬

法官　陳　玉　完

法官　蘇　芹　英

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　22　　日