最高法院民事判決

108年度台上字第1271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　洪濬詠律師
　　張競文律師
上　訴　人　財團法人濟興長青基金會
法定代理人　陳銘華
訴訟代理人　石繼志律師

上列當事人間請求給付工程款事件，兩造對於中華民國108年3月13日臺灣高等法院高雄分院第二審更審判決（107年度建上更二字第2號），各自提起上訴，本院判決如下：

主　文

兩造上訴均駁回。

第三審訴訟費用由兩造各自負擔。

理　由

本件上訴人銘登營造有限公司（下稱銘登公司）主張：伊於民國97年11月28日與對造上訴人財團法人濟興長青基金會（下稱濟興基金會）簽訂工程採購契約（下稱系爭契約），以新臺幣（下同）8,840 萬元承攬高雄縣私立濟興長青園長期照護之家新建工程（下稱系爭工程），工期180日曆天，每完成工程進度10%，得請求估驗計價付款。伊於98年1月16日開工，嗣於同年3月3日、6月3日申請給付第1、2期估驗款各839萬8,000 元，濟興基金會遲至同年8 月13日給付，伊依系爭契約第20條第13項約定，得請求給付按年息3%計算之遲延利息11萬2,510元、4萬9,008 元，合計16萬1,518元。又系爭工程因可歸責於濟興基金會之事由停工134天，致伊支出工地管理費58萬0,957 元；另濟興基金會土方計算錯誤，影響施工動線，應賠償伊因此增加之鋼板及土方搬運費用10萬6,625元。再者，伊於98年7月14日向濟興基金會申請給付第 3 期估驗款，未獲置理，業於同年9月3日依系爭契約第20條第13項約定終止契約。濟興基金會應給付伊已完成部分（35.56%）之工程款為3,143萬5,040元，扣除已給付部分，尚欠1,594萬6,639元

等情。爰依系爭契約約定及民法第491條、第227條、第227條之2、第231條、第509條後段規定，求為命濟興基金會給付1,679萬5,739元，及其中1,663萬4,221元（原判決誤載為1,663萬4,421元）加計法定遲延利息之判決（第一審判准其中506萬4,999元本息，而駁回其餘請求，銘登公司就其敗訴部分提起第二審上訴，濟興基金會則僅就敗訴部分中之111萬1,499元本息部分上訴）。

濟興基金會則以：銘登公司施作之混凝土強度不符系爭契約約定，伊乃依系爭契約第6條第2項及施工說明書之約定，就第1、2期估驗款減價20%計付。又兩造僅合意自98年7月8日至同年8月20日止停工，不計入工期，其他期間係銘登公司擅自停工；伊於98年3月16日通知該公司待確認結構安全無虞後再繼續施作，並未指示停工，銘登公司不得請求給付停工期間之費用；另銘登公司因自行規劃施工動線錯誤所支出之鋼板及土方搬運費用，亦不得請求伊賠償。銘登公司施工進度落後10%，伊依約本得暫停估驗計價，況其檢送之估驗資料，經改制前之高雄縣政府指示應予補正，伊並未遲延付款。再者，銘登公司自98年8月21日起停工，經催告仍不復工，迄預定完工日（98年11月16日）進度落後64.44%，伊乃於99年3月3日依系爭契約第20條第1項第5款終止契約。契約終止後，銘登公司經通知未於同年月22日到場結算，依系爭契約第20條第3項約定，應負擔結算鑑定費15萬元。且其迄未繳納未完成工程部分（80%）之履約保證金707萬2,000元，復逾期108天未完工，應給付逾期違約金954萬7,200元，爰以上開鑑定費、履約保證金及逾期違約金等債權，與本件所負工程款債務相抵銷等語，資為抗辯。

原審以：銘登公司於97年11月28日以總價8,840萬元承攬濟興基金會發包之系爭工程，有系爭契約可稽，且為兩造所不爭。依該契約第1條第1項約定，原屬系爭工程招標文件之施工說明書，已列為契約附件，屬契約條款之一部，其效力與契約本文條款相同，且依該契約第11條第4、5、8項約定，銘登公司施作之工程品管及工程查驗，應依施工規範即施工說明書辦理。查系爭契約約定混凝土之設計強度為210kg/cm²（下稱系爭設計強度），施工

說明書0301.B.a.並記載：「預拌混凝土…應按規定製作試體一組5只，須按中國國家標準CNS1232A48（嗣修正為 CNS1232A3045）作抗壓強度試驗，證明其28天抗壓強度，最少應有4 只試體合格，如有低於設計強度時，應不得超過1 只，且強度亦不得低於設計強度之85%，5只試體平均抗壓強度應等於或大於規定之28天抗壓強度」等語。而銘登公司施作之混凝土圓柱試體送交試驗18個，其中有12個未達設計強度，平均強度係設計強度之95.18%，有台灣檢驗科技股份有限公司98年3月9日SGS 混凝土圓柱試體抗壓強度試驗報告可憑。又濟興基金會以該混凝土強度不符，於同年月18日函銘登公司要求其確認結構安全無虞後再繼續施作，雖經銘登公司將系爭混凝土以鑽心試體送請臺灣省建築師公會（下稱建築師公會）於同年5月4日鑑定結果，認各組試體之平均強度及最低強度皆符合內政部營建署結構混凝土施工規範鑽心試體合格之標準，然依證人即建築師公會鑑定人曾威貴建築師及設計系爭工程之羅燦博建築師之證言，可知混凝土之圓柱試體、實體鑽心乃兩種不同混凝土取樣方法，前者為非破壞性檢測，係結構物澆置混凝土前，將之置入直徑15公分、高30公分之圓柱鐵模，隔天拆膜，置於常溫水箱或蒸氣室養護一定天數後，再作混凝土抗壓強度檢測；後者係自現場已澆置完成之結構體本身鑽心取樣直徑7 公分、高14公分之試體，經過現場鑽取擾動破壞檢測之程序。二者取樣時間不同，具有先後關係，通常是圓柱試體測試不合格才做鑽心取樣。圓柱試體係在實驗室養護，測試之數據即為混凝土之強度，而鑽心試體有破壞擾動之因素，其測試結果在「同組試體之平均強度不低系爭設計強度之85％，任一試體之強度不低於系爭設計強度之75％」之範圍，即判定為合格，二者判斷標準並不一致。銘登公司施作之混凝土所為之圓柱試體測試，不合格試體數量超過1只，5只試體平均28天抗壓強度為設計強度之100%以下至92%（即本件情形），依約應出具該施工強度確對構造物安全無影響之證明後，方可同意繼續施作，且不需拆除重作，至其後所為之鑽心試體測試結果雖為合格，但無法以此推定其強度達到系爭設計強度，銘登公司主張施工說明書僅為招標文件，

依系爭契約第11條第13項約定，工程品質材料試驗（含混凝土）應依「高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點」為之，伊施作之混凝土強度符合設計標準云云，為無可採。系爭工程之混凝土抗壓強度既未達系爭設計強度，依施工說明書約定，應按混凝土合約單價80% 折價計付，該部分混凝土數量之價款，依98年6 月17日第一、二期工程款估驗紀錄記載「基礎版預拌混凝土不符合約規定應扣款747㎥× 2,134元x 20%=318,820 元，及相關部分款項」等語，並扣除管理費、什費及營業稅，濟興基金會得扣款共35萬1,499元。次查，銘登公司於98年3月3日、同年6月 3日分別申請給付第1、2期估驗款，濟興基金會固至同年6 月17日始辦理估驗，惟初始係因銘登公司施作之混凝土抗壓強度不足，嗣因施工進度落後等原因，暫停估驗計價付款，復因所提估驗資料缺漏，經改制前高雄縣政府查核要求補正，濟興基金會依系爭契約第5條第1項第1款前段第1目、後段第1目及第5目等約定暫停估驗計價付款，並無可歸責事由，銘登公司主張濟興基金會遲延給付第1、2期估驗款，請求給付遲延利息16萬1,518 元，洵屬無據。又銘登公司於98年3月6日至5 月12日停工，係混凝土抗壓強度不足，依約於確認結構安全無虞前無法繼續施工，係可歸責於己之事由，其後雖申請展延工期，未據濟興基金會同意，與系爭契約第8條第3項停工之約定不符；銘登公司於98年6 月10日至17日停工，係因懷疑濟興基金會履約能力，且兩造對於該期間是否計入工期發生爭執，乃自行停工，既未據濟興基金會同意，亦與上開停工之約定不符；兩造曾合意於98年7月8日至同年8 月20日停工期間管理費不計；另濟興基金會已通知銘登公司自98年8月21日復工，並於同年月13日給付第1、2 期估驗款，及就混凝土工項折價扣款130萬7,959元，雖較上開應扣款金額為高，然與其已付估驗款1,548萬8,041元相較，金額非鉅，銘登公司依誠信原則，仍有繼續先為施工之義務，不得主張同時履行抗辯權而於98年8月21日至同年9月3 日停工。是銘登公司請求賠償上開停工期間之工地管理費58萬0,957 元云云，亦屬無據。再依證人羅燦博之證言及濟興基金會98年1月12日、2月11日、4 月22日函覆銘登公

司之函文，可知系爭工程設計之初，已預計土方於回填現場後尚有剩餘，規劃工地北側之空地為存放處，並事先提醒銘登公司設計施工動線時應予注意；且銘登公司提出之工地配置圖，其北方確設置有「臨時土方堆置場」，其施工受礙，係可歸責於己。其未證明濟興基金會土方計算錯誤，致影響施工動線而支出費用，復與民法第227條之2規定之情事變更要件有間。故銘登公司請求給付鋼板及搬運土方費用10萬6,625元，亦乏所據。系爭契約第20條第13項固約定：「因非可歸責於乙方（銘登公司）之事由，甲方（濟興基金會）有遲延付款之情形，乙方得向甲方請求加計年息3%之遲延利息。延遲付款達3個月者，乙方得通知甲方終止或解除部分或全部契約」等語。惟查銘登公司於98年7月14日向濟興基金會申請第3期估驗款，迄該公司於同年9月3日終止契約止，未逾3個月，其執此終止契約，與上開約定不符，自不合法。另濟興基金會就第1、2期估驗款並無給付遲延，銘登公司據以終止契約，亦非正當。銘登公司於合意停工期限屆止後，仍未進場施作，濟興基金會於98年8月26日、9月1日、12月14日及99年1月5日多次通知復工，未獲置理，乃於99年3月3日以銘登公司遲延完工，依系爭契約第20條第1項第5款約定，終止系爭契約（終止函於翌日送達銘登公司），自屬合法。系爭工程加上不計入工期之合意停工期間，預定完工日為98年11月16日，迨系爭契約終止時，銘登公司逾期108天，固應依系爭契約第17條第1項約定，按契約價金總額千分之1計付逾期違約金，惟審酌該公司已完成之工程進度，遲延肇因於圓柱試體抗壓試驗未達210kg/cm² 而停工，引發後續誤計折價扣款金額、未復工諸問題，及濟興基金會未證明其後發包未完成部分所受費用損害等一切情形，認該逾期違約金顯然過高，應予核減為每日依契約價金總額千分之0.3計算，以286萬4,160元為適當。又系爭契約終止後，濟興基金會於99年3月22日辦理點交已施作部分及結算數量等事宜，銘登公司屆時未到場，濟興基金會自行委請高雄市土木技師公會鑑定，支出鑑定費15萬元，依系爭契約第20條第3項約定，自得請求銘登公司給付。再者，銘登公司就其依約應繳納之履約保證金884萬

元，係出具銀行保證書擔保，因其為優良廠商，得暫減繳納百分之40，惟依系爭契約第14條第14項約定，嗣如發生不發還保證金之情形，應予補繳。查系爭契約第14條第7項第4款約定：「乙方所繳納之履約、差額保證金及其孳息得部分或全部不予發還之情形：…㈣因可歸責於乙方之事由，致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金；全部終止或解除契約者，全部保證金。…」，及第20條第5 項約定：「甲方得自通知乙方終止或解除契約日起，扣發乙方應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款等，並不發還乙方之履約保證金。…」等語，所指履約保證金是否兼具承攬人不履行契約或未依約履行時，充作違約金之性質，應綜觀契約約定之內容定之。觀諸系爭契約第14條（共15項）就履約保證金之繳納、追討、發還、不予發還等分別約定，發生該條第7 項所列部分或全部不予發還履約保證金事由（共9款）時，濟興基金會僅得不依該條第5項約定，按期（估驗進度）退還履約保證金，並未約定其得將履約保證金沒收充作違約金；及第17條第1項、第3項約定：「逾期違約金，以日為單位，乙方如未依照契約規定期限完工，應按逾期日數，每日依契約價金總額千分之一計算逾約金…」、「逾期違約金之支付，甲方得自應付價金中扣抵；其有不足者，得通知乙方繳納或『自保證金扣除』」等情，足見履約保證金與違約罰款係分別列於不同條款，濟興基金會得選擇扣除（或追繳）履約保證金充作銘登公司賠償之違約罰款，即履約保證金僅為違約金之擔保而已，縱有第14條第7項第4款之情形，濟興基金會不得逕予沒收履約保證金，是其以系爭契約約定履約保證金不予發還，屬違約定金性質為由，抗辯其得沒收尚待繳納未完成工程部分之履約保證金707萬2,000元，並據以抵銷云云，為無可採。則銘登公司完成之工程進度為35.56%，得請求之工程款為3,143萬5,040元，扣除混凝土折價扣款35萬1,499元及已領取之估驗款後，尚有1,559萬5,500 元未領取，經與濟興基金會所得請求之上開逾期違約金及鑑定費共計301萬4,160元相抵銷後，銘登公司得請求之金額為1,258萬1,340元。綜上，銘登公司依系爭契約之約定，請求濟興

基金會給付之金額，於1,258萬1,340元本息範圍內，洵屬正當。第一審僅命濟興基金會給付506萬4,999元本息，尚有未足，因而將第一審所為銘登公司敗訴部分之判決，一部予以廢棄，改判命濟興基金會再給付751萬6,341元本息，並駁回銘登公司其餘上訴及濟興基金會之上訴，經核於法並無違誤。兩造上訴論旨，各指摘原判決不利於己部分違背法令，求予廢棄，均無理由。

據上論結，兩造上訴均為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　4　　日

最高法院民事第二庭

審判長法官　陳　重　瑜

法官　梁　玉　芬

法官　陳　麗　玲

法官　邱　璿　如

法官　陳　駿　璧

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　12　　日