最高法院民事判決

108年度台上字第367號

上　訴　人　大陸工程股份有限公司
法定代理人　殷　琪
訴訟代理人　古家諄律師
　　陳秋華律師
　　王雪娟律師
上　訴　人　交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處
法定代理人　江金璋
訴訟代理人　楊昌禧律師
參　加　人　台灣自來水股份有限公司第七區管理處
法定代理人　武經文
參　加　人　台灣自來水股份有限公司南區工程處
法定代理人　陳振豐
上二人共同
訴訟代理人　楊昌禧律師
參　加　人　台灣電力股份有限公司輸變電工程處南區施工處
法定代理人　張耀宗
訴訟代理人　李美慧律師
參　加　人　中華電信股份有限公司高雄營運處
法定代理人　黃格致

上列當事人間請求給付工程款事件，兩造對於中華民國107年9月26日臺灣高等法院高雄分院第二審更審判決（103年度建上更㈠字第 5號），各自提起一部上訴、上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於㈠駁回上訴人大陸工程股份有限公司就其請求如原判決附表所示主案二、三、四、五、九、十一、十二、十三之營業稅依序為新臺幣陸佰壹拾貳萬捌仟貳佰壹拾叁元、新臺幣叁佰零陸萬肆仟肆佰伍拾伍元、新臺幣柒拾壹萬柒仟叁佰陸拾柒元、新臺幣伍拾玖萬捌仟柒佰貳拾叁元、新臺幣貳拾捌萬叁仟叁佰柒拾貳元、新臺幣玖萬叁仟伍佰壹拾叁元、新臺幣肆萬叁仟肆佰玖拾元、新臺幣貳拾柒萬捌仟玖佰壹拾壹元均本息之上訴及訴；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就主案二、三、四、五、九、十一、代案二依序為新臺幣壹億貳仟貳佰伍拾陸萬肆仟貳佰陸拾捌元、新臺幣陸仟壹佰貳拾捌萬玖仟壹佰零肆元、新臺幣壹仟肆佰叁拾肆萬柒仟叁佰肆拾叁元、新臺幣壹仟壹佰玖拾柒萬肆仟肆佰陸拾捌元、新臺幣伍佰陸拾陸萬柒仟肆佰肆拾柒元、新臺幣壹佰捌拾柒萬貳佰陸拾叁元、新臺幣捌佰伍拾萬肆仟叁佰壹拾柒元均本息之上訴；㈢命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主案十二新臺幣捌拾陸萬玖仟柒佰玖拾玖元本息、主案十三本金新臺幣伍佰伍拾柒萬捌仟貳佰壹拾肆元自民國九十四年四月六日至一〇六年十二月十一日之利息；暨各該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院高雄分院。

兩造之其他上訴均駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回兩造之其他上訴部分，由兩造各自負擔。

理　由

本件參加人台灣自來水股份有限公司第七區管理處、台灣電力股份有限公司輸變電工程處南區施工處之法定代理人已分別變更為武經文、張耀宗，有台灣自來水股份有限公司令、台灣電力股份有限公司函影本可證，茲據其等聲明承受訴訟，核無不合，先予敘明。

本件上訴人大陸工程股份有限公司（下稱大陸工程公司）主張：伊於民國86年8月5日承攬對造上訴人交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處（下稱公路總局南區工程處）之「E802～E806東西向快速公路高雄潮州線0k+500～8k+950五甲～上寮段工程」（下稱主體工程），及主體工程之「電信管線」、「台電管線」、「台電輸變電工程」、「自來水過埤路管線」、「自來水幹管」等代辦工程（下稱代辦工程，與主體工程合稱系爭工程，其契約下稱系爭契約）。伊於 86年9月30日開工，工期1100天，預計於89年10月 3日完工。嗣因不可歸責於伊之事由，公路總局南區工程處同意展期4次，完工日期延展至93年2月13日。伊於同年月11日完工，並經驗收完畢，展延工期合計1226天。惟因砂石短缺

漲價、工期展延、變更設計及公路總局南區工程處設計不當導致鄰房受損等事由，造成伊增加支出如原判決附表（下稱附表）所示各項費用等情。爰依系爭契約第 7條約定，民法第176條第1項、第227條之2、第227條、第231條、第490條、第491條規定，並於二審追加民法第 179條規定，求為命公路總局南區工程處給付伊新臺幣（下同）3億3013萬1566元，及加付自 94年4月6日起至清償日止法定遲延利息之判決（未繫屬本院者，不予贅述）。

公路總局南區工程處則以：大陸工程公司之各項請求，或係依約應自行承擔，或不符情事變更原則，或未能舉證受有損害，或已同意不為請求，自不得再請求伊給付等語，資為抗辯。

原審以：兩造簽約後，砂石、級配指數一路上揚，漲幅平均逾5%，87年2月指數漲幅已達11.10%，87年9月指數上漲22.79%，88年10月指數上漲33.10%，預定完工月之89年10月指數上漲29.11%，91年10月指數上漲32.03%，92年10月指數上漲36.93%，92年10月指數上漲49.31%，迄實際完工月之93年2月，指數上漲更高達64.68%。交通部因砂石價格明顯上漲，於87年9月訂定交通部暨所屬機關因應國內砂石價格上漲之物價補償或調整方案（下稱物調方案），依該方案分析，系爭契約訂立後，砂石價格確因高屏溪禁採砂石而大幅上漲，客觀上難認為大陸工程公司於投標或訂約時所能預見，若仍依系爭契約所訂內容為給付，對大陸工程公司言顯失公平，其依情事變更原則請求增加給付，洵屬有據。行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會88年10月28日決議（下稱決議）第 1點記載，交通部暨所屬各機關主辦之工程爭議，依物調方案辦理。公路總局南區工程處自88年7月1日起改隸交通部，自屬交通部所屬機關，依決議第 1點所示，應依物調方案辦理。系爭契約第11條、台灣省交通處公路局工程發包費按物價總指數調整說明第 1項約定，乃一般工程契約之物調款約定，係為因應營建物價總指數超出正常漲跌之情事所為，所調整者為各期估驗工程款，而非針對單項個別工料進行調整，該約定已失風險分攤原則，基於衡平、合理及風險分攤考量，本件應適用物調方案增加給付。就原判決附表（下稱附表）所示案件分述如下：㈠附表主

案（下稱主案）一（即砂石短缺）部分，大陸工程公司依情事變更原則，得請求增加砂石價格給付，依物調方案處理原則及計算公式計算金額為7426萬7135元，加計5%加值型營業稅（下稱營業稅）371萬3357元，合計7798萬492元。又當事人依情事變更規定，請求法院增加給付，就增加給付部分為形成之訴，應待法院判決確定後，得請求給付之內容始告確定，義務人自法院為增加給付判決確定之翌日始負遲延責任。大陸工程公司請求之遲延利息，應自本件判決確定翌日起算。㈡主案二（即工期展延衍生增加管理費用）部分，依系爭契約本體工程契約第6條第4項及施工說明書第1章總則第3.2節第4條4.1項約定，公路總局南區工程處就系爭工程所需用地，包括地上房屋拆除、土地取得、管線清除及拆遷等，負有協力義務，其應於開工日之 86年9月30日前完成，該協力義務即為附隨義務。協力義務之違反，即屬附隨義務之違反。公路總局南區工程處因替代道路移交等事由，同意延展1226天，自非可歸責於大陸工程公司。大陸工程公司依不完全給付及給付遲延之法律關係，請求公路總局南區工程處賠償展延期間所生管理費之損害，即非無據。又依系爭契約約定，係將所有施工工項工作費及營造綜合保險費累計後再乘 15%作為「包商利潤管理費及稅捐」， 5%為營業稅，10%則包含利潤及管理費（下稱利管費）。大陸工程公司依不完全給付及給付遲延規定，得請求公路總局南區工程處給付所增加合理必要費用 1億2256萬4268元本息。大陸工程公司依不完全給付及給付遲延規定之請求，係屬損害賠償性質，並非原來給付量之增加，自不得請求5%營業稅（612萬8213元）。㈢主案三（即租用台糖土地租金）部分，公路總局南區工程處未盡協力義務，致使工期展延1226天，屬不可歸責於大陸工程公司之事由所致，大陸工程公司依民法不完全給付及給付遲延之法律關係，得請求公路總局南區工程處給付因展延工期期間所增加租金支出費用6128萬9104元本息。大陸工程公司依不完全給付及給付遲延規定請求部分，因大陸工程公司所為之請求，係屬損害賠償性質，並非原來給付量之增加，不得請求加計5% 營業稅（306萬4455元）。㈣主案四（即工期展延致預鑄節塊

生產成本增加）部分，大陸工程公司因工期展延1226天，依不完全給付及給付遲延法律關係，得請求公路總局南區工程處給付因展延工期期間所生人力支出費用1434萬7343元本息。另大陸工程公司依不完全給付及給付遲延規定請求損害賠償時，不得請求5%之營業稅（71萬7367元）。㈤主案五（即工期展延致預鑄節塊吊裝成本增加）部分，大陸工程公司依不完全給付及給付遲延之法律關係，得請求公路總局南區工程處給付因展延工期期間所生鑄節塊吊裝成本增加費用1197萬4468元本息。大陸工程公司不得請求5%之營業稅（59萬8723元）。㈥主案七（即管線試挖數量不足）部分，除公路總局南區工程處原同意之50處外，大陸工程公司建議再增加試挖19處，經公路總局南區工程處同意，大陸工程公司依系爭契約第10條約定，得請求公路總局南區工程處給付因增加試挖19處工程費用282萬9588元本息。㈦主案八（即平面道路工程漏列數量）部分，實際施工時工區鄰房增加，乃變更施工方法，屬不可歸責於大陸工程公司之因素所致，自非其於訂約時所可預見，因施工方法之變更，有使用鋼軌鋼板樁擋土設施及採取電信桿保護措施必要，大陸工程公司依情事變更原則，請求准予增加給付此部分費用，即屬有據。鋼軌鋼板樁擋土設施費用及電力、電信桿保護措施費用合計111萬9360元，另加計10%利管費11萬1936元，總計123萬1296元。公路總局南區工程處已給付11萬5279元，剩餘 100萬4081元加計15%之利管費及稅捐。當事人依民法第227條之2 第1項規定為增加給付之請求，係就原來給付為量之增加，並未變更原來給付之性質。大陸工程公司得請求公路總局南區工程處給付加計10%利管費及5%營業稅，合計115萬4693元，及自本件判決確定翌日起至清償日止之利息。㈧主案九（即民安橋加勁補強案【場鑄】）部分，民安橋承載力確實不足，有加勁必要，公路總局南區工程處未盡協力義務，應負不完全給付及給付遲延責任。大陸工程公司依不完全給付及給付遲延之法律關係，得請求公路總局南區工程處給付施作加勁橋墩及便道橋支出費用566萬7447元本息。另依前揭說明，大陸工程公司不得請求5%之營業稅（28萬3372元）。㈨主案十（即1U09單元場鑄段變更

案）部分，因工地環境變遷，而變更施工方法，既不可歸責於大陸工程公司，自非其訂約時所可預見，大陸工程公司因施工方法變更，增加使用鋼鍵續接器，依情事變更原則，得請求增加給付費用43萬4201元。依系爭契約約定，包商得按工程款加計 15%之利管費及稅捐，合計49萬9331元。大陸工程公司依情事變更原則，得請求給付49萬9331元，及自本件判決確定翌日起至清償日止之利息。㈩主案十一（即2U04、2U09單元場鑄段支撐架租金案）部分，公路總局南區工程處未盡協力義務，應負不完全給付及給付遲延責任，大陸工程公司依不完全給付及給付遲延之法律關係，得請求公路總局南區工程處給付本項延緩拆架所受損害187萬263元本息。另大陸工程公司依不完全給付及給付遲延規定請求，屬損害賠償性質，不得請求5%營業稅（9萬3513元）。㈩一主案十二（即民安橋鋼便橋加勁補強案【節塊】）部分，公路總局南區工程處未盡協力義務，應負不完全給付及給付遲延責任，大陸工程公司依不完全給付及給付遲延之法律關係，得請求公路總局南區工程處給付本項施作加勁鋼便橋支出費用86萬9799元本息。另依前揭說明，大陸工程公司不得請求5%營業稅（ 4萬3490元）。㈩二主案十三（即預鑄場地局供材料費案）部分，本項施作節塊預鑄床，須使用鋼筋，由大陸工程公司提供鋼筋材料，依兩造約定，施作預鑄節塊床之鋼筋，應由公路總局南區工程處提供。大陸工程公司施作預鑄節塊床所使用之鋼筋，屬合理必要，公路總局南區工程處因節省提供鋼筋材料所獲得之利益，致大陸工程公司支出購買鋼筋費用受有損害，其間有因果關係。大陸工程公司依不當得利返還請求權，得請求公路總局南區工程處給付鋼筋支出合理費用 557萬8214元，及自94年4月6日起算之遲延利息。又大陸工程公司依不當得利返還請求權得請求之金額，應僅限於合理實支金額557萬8214元，不及於 5%之稅捐（27萬8911元）。㈩三代案一（即 345KV涵洞鋼板樁擋土設備費計價原則案）部分，擋土設備之鋼板樁打設，係以鋼板樁打設長度計價，而非以實際開挖深度計價。大陸工程公司依系爭契約第 7條約定，得請求公路總局南區工程處給付鋼板樁打設費用320萬8551 元，加計5%營業稅

，合計336萬8979元本息。㈣代案二（即345KV鄰房損害案）部分，本件施工對於鄰房所造成損害，可歸責於公路總局南區工程處之設計不當，應由公路總局南區工程處對鄰房損失負損害賠償責任。本件損鄰事件導致居民抗爭，拒絕讓工程繼續施作，公路總局南區工程處未與居民商談和解，大陸工程公司為儘速推動工程，避免延宕，為公路總局南區工程處應負之損害賠償責任，與受損居民協商，並達成和解，以利工事進展，自屬為公路總局南區工程處管理事務，且有利於本人之無因管理。大陸工程公司依無因管理規定，得請求公路總局南區工程處給付其支出之必要費用 850萬4317元本息。無因管理請求權之性質，並無因銷售貨物或勞務行為所為之支出或應得之報酬，自與營業稅性質不符，大陸工程公司不得請求加計5%營業稅（42萬5216元）等情。因認大陸工程公司依上揭請求權，得請求公路總局南區工程處給付3億1849萬8306元，其中2億3886萬3790元，自94年4 月6日起，另7963萬4516 元，自本判決確定翌日起至清償日止，加付法定遲延利息。逾此部分之請求，為無理由。因而就第一審所為大陸工程公司勝訴之判決，廢棄一部（即命公路總局南區工程處給付超過 3億1849萬8306元本息及其中7963萬4516元，自94年4月6日起至本判決確定日止之利息部分），駁回大陸工程公司該部分之訴，維持一部（即命公路總局南區工程處給付 3億1849萬8306元本息部分），駁回公路總局南區工程處該部分之上訴。

關於廢棄發回部分（即㈠主案二、三、四、五、九、十一、十二、十三之營業稅依序為612萬8213元、306萬4455元、71萬7367元、59萬8723元、28萬3372元、9萬3513元、4萬3490元、27萬8911元均本息部分，及㈡主案二、三、四、五、九、十一、十二、代案二依序為 1億2256萬4268元、6128萬9104元、1434萬7343元、1197萬4468元、566萬7447元、187萬263元、86萬9799元、850萬4317元均本息，及主案十三本金557萬8214元自94年4月6日至106年12月11日之利息部分）：

按「營業人銷售貨物或勞務，除本章第2 節另有規定外，均應就銷售額，分別按第7 條或第10條規定計算其銷項稅額……」、「

銷項稅額，指營業人銷售貨物或勞務時，依規定應收取之營業稅額」、「第14條所定之銷售額，為營業人銷售貨物或勞務所收取之全部代價，包括營業人在貨物或勞務之價額外收取之一切費用……」，加值型及非加值型營業稅法第14條第1項、第2項、第16條第1項分別定有明文。準此，債務不履行或不當得利債權人所請求之損害賠償或不當得利，應視其受領之給付是否構成或相當於貨物或勞務之「銷售」，以判斷應否核課營業稅。倘該「損害賠償」或「不當得利」，係取代或相當於原有之對價給付，而具「銷售」貨物或勞務之性質，或屬於在貨物或勞務之價額外收取之一切費用，則不因請求權之基礎不同，而有所差異，仍應核課營業稅。又受訴法院所持法律見解，倘與當事人陳述或表明者有所不同，因將影響裁判之結果，審判長應向當事人發問或曉諭，令其就訴訟關係所涉法律觀點，為必要之法律上陳述，以盡審判長依民事訴訟法第 199條第1項、第2項規定之闡明義務，並利當事人為充分之攻擊防禦及適當完全之辯論。查上揭主案二、主案三、主案四、主案五、主案九、主案十一、主案十二、主案十三部分，大陸工程公司請求給付5%之營業稅，原審分別依不完全給付、給付遲延或不當得利之法律關係為判決。倘大陸工程公司請求之損害賠償或返還不當得利之性質，係取代或相當於原先約定之給付，或就原先約定給付外更有所得，即不得因主張請求權基礎之「形式」不同，即謂其非屬營業人銷售貨物或勞務所收取之全部代價。原審未踐行闡明義務，並使當事人為充分之攻擊防禦及適當完全之辯論，徒以其為不完全給付、給付遲延之損害賠償或不當得利，「形式」上並非銷售行為，遽認大陸工程公司均不得請求5%之營業稅，未免疏略。其次，倘承攬契約雙方當事人未將定作人之協力行為約定為契約義務，或該協力行為尚不構成附隨義務之內涵時，依民法第507 條規定，於定作人不為協力行為時，承攬人僅得先行催告定作人未果後，始得解除契約，並請求賠償因解除契約而生之損害，尚無就定作人不為協力行為，逕依債務不履行規定請求損害賠償之餘地。又所謂「附隨義務」乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過

程，基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現「債權人」之給付利益。準此，協力義務並不當然屬於附隨義務。倘當事人未將協力義務約定為契約義務，或該協力義務尚非屬附隨義務時，承攬人不得以定作人違反協力義務，逕依不完全給付規定請求損害賠償。查公路總局南區工程處為定作人，為原審認定之事實。兩造是否有將該定作人之協力義務約定為契約義務？該「協力義務」是否與「附隨義務」之內涵相當？自待調查釐清。原審未察，逕謂公路總局南區工程處未盡協力義務，係屬附隨義務之違反，應負主案二、三、四、五、九、十一、十二部分（下稱主案二等部分）之不完全給付損害賠償責任，尚屬速斷。再者，公路總局南區工程處抗辯：主案二等部分，大陸工程公司依民法第227條及民法第231條規定對其請求損害賠償，已罹於 1年之時效等語（見原審更㈠卷㈥第89至90頁）之重要防禦方法，原審就此竟恝置不論，悉未調查審認，亦有可議。復查大陸工程公司依無因管理之法律關係，請求代案二 850萬4317元本息部分，公路總局南區工程處抗辯：依省土木技師公會鑑定報告所示，本件鄰損原因係「鋼板樁打設線距離鄰房太近」，則大陸工程公司為鄰損之侵權行為人，依民法第184條、第189條規定，應對鄰屋所有權人負損害賠償責任，另依和解書當事人及第4 條記載，其為自身事務而和解，與無因管理之要件不符等語（見原審更㈠卷㈤第108至110頁），乃攸關代案二是否屬無因管理之重要防禦方法，原審未遑詳加調查審究，遽以大陸工程公司係為公路總局南區工程處支出該費用屬無因管理，而為不利公路總局南區工程處之判決，非無可議。末查主案十三本金 557萬8214元部分，大陸工程公司於 106年12月11日始追加不當得利之法律關係為請求（見原審更㈠卷㈥第46頁），原審判命公路總局南區工程處應給付不當得利 557萬8214元及自94年4月6日起算之利息，惟就追加之前即94年4月6日起至 106年12月11日止之利息，未敘明准許之理由，亦有未合。大陸工程公司、公路總局南區工程處上訴論旨分別指摘原判決上述各部分違背法令，求予廢棄，均非無理由。

關於駁回部分：

按當事人依情事變更規定，請求法院增加給付，就增加給付部分為形成之訴，應待法院判決確定後，得請求給付之內容始告確定，義務人自法院為增加給付判決確定之翌日始負遲延責任。大陸工程公司請求之遲延利息，應自本件判決確定翌日起算。原判決駁回大陸工程公司主案一、八、十，其本金依序為 7798萬492元、115萬4693元、49萬9331元，其等自 94年4月6日起至判決確定日止利息部分之訴，核無違背法令。另原審就㈠代案二營業稅42萬5216元本息；㈡主案一、七、八、十、代案一依序為7798萬492元、282萬9588元、115萬4693元、49萬9331元、336萬8979元均本息；主案十三557萬8214元及自106年12月12日起算之利息部分，分別為大陸工程公司、公路總局南區工程處之不利論斷，經核於法並無違誤。大陸工程公司、公路總局南區工程處上訴意旨，分別指摘原判決各該部分違背法令，求予廢棄，均非有理由。

據上論結，本件兩造之上訴均一部為有理由、一部為無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　19　　日

最高法院民事第五庭

審判長法官　劉　靜　嫻

法官　高　金　枝

法官　李　媛　媛

法官　黃　麟　倫

法官　林　恩　山

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　3　　月　　24　　日