最高法院民事判決

110年度台上字第1553號

上　訴　人　鐵山營造工程有限公司
法定代理人　林茂森
訴訟代理人　林雅儒律師
上　訴　人　臺中市政府
法定代理人　盧秀燕
訴訟代理人　葉張基律師

上列當事人間請求給付工程款事件，兩造對於中華民國109年9月30日臺灣高等法院臺中分院第二審判決（108 年度建上字第61號），各自提起上訴、一部上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人鐵山營造工程有限公司請求給付新臺幣伍拾壹萬陸仟陸佰玖拾貳元本息之其餘上訴、及駁回上訴人臺中市政府請求給付新臺幣伍拾壹萬陸仟陸佰玖拾貳元本息在第一審之訴，暨各該訴訟費用部分均廢棄，發回臺灣高等法院臺中分院。

兩造其餘上訴均駁回。

第三審訴訟費用關於駁回上訴部分，由兩造各自負擔。

理　由

一、本件上訴人鐵山營造工程有限公司（下稱鐵山公司）主張：）伊於民國92年11月13日與縣市合併前之臺中縣政府簽訂「臺中縣政府九二一地震〇〇〇區〇〇道路、停車場、橋樑等工程採購契約」（下稱系爭契約），承攬臺中縣政府發包之九二一地震〇〇〇區〇〇道路、停車場、橋樑主體及橋樑引道工程（下稱系爭工程），並繳交彰化商業銀行南投分行編號OY0000000、OY0000000 號，面額各為新臺幣（下同）192萬1250元之定期存單為履約保證金（下稱系爭履約保證金）。嗣臺中縣政府取消施作橋樑主體工程部分（下稱橋樑工程），並於94年11月28日召開系爭工程後續處理會議，決議橋樑部分俟鑑定確定責任歸屬後再追究有關單位應負之責（下稱94年11月28日會議結論）。有關責任歸屬，原審另案以101 年度建上更（一）字第10號確定判決（下稱前案判決）認

定伊、對造上訴人臺中市政府、設計監造單位即世合工程技術顧問股份有限公司（下稱世合公司）應各負60%、20%、20%之過失責任。又法院囑託臺灣省土木技師公會（下稱土木技師公會）鑑定伊就橋樑工程（含已備料進場未施工部分）已施作項目總費用為2119萬9424元，扣除臺中市政府已給付該部分之估驗款1704萬9237元，臺中市政府應再給付415萬187元　即橋樑工程已施作之工程款281萬4137元及原判決附表（下稱附表）一未施作已購置之材料款133萬6050元（下稱系爭材料款）Ⅴ。臺中市政府迄未退還履約保證金等情。爰依系爭契約及承攬關係，求為命臺中市政府給付415萬187元及自起訴狀繕本送達翌日起加計法定遲延利息，暨返還系爭履約保證金之判決。對臺中市政府之反訴，則以：兩造係合意終止系爭契約。依土木技師公會108年1月3日鑑定報告（下稱系爭鑑定報告），臺中市政府於兩造終止系爭契約後就相同工項再行發包之金額，並未高於系爭契約原定報酬，臺中市政府顯未因之受有損害。另臺中市政府重新發包後已變更工法，使用材料亦不同，無從比較差異價格。況臺中市政府與重新發包之承包商友山營造股份有限公司（下稱友山公司）已於96年1月25日驗收完畢，臺中市政府於逾民法第514條第1項所定1年除斥期間後始為本件請求，亦非有據等語，資為抗辯。

二、臺中市政府則以：前案判決已認定鐵山公司應就橋樑工程部分負擔60%過失責任，鐵山公司請求給付此部分工程款應受此比例之拘束，且應扣除伊已給付之工程款1300萬7728元。橋樑引道部分於95年4月19日完成驗收，關於橋樑工程款項之請求權時效應自95年4月19日起算。即或不然，最後一份行政院公共工程委員會補充鑑定報告係於102年4月2日出具，以之為起算日，鐵山公司之請求權，已罹於時效。鐵山公司就系爭材料款之材料未提出檢驗合格證明，亦未經伊核定驗收，依系爭契約第8條第1項約定，鐵山公司自無權請求系爭材料款，亦不能類推適用民法第101條第1項主張視為驗收

合格。法院如認定伊須給付系爭材料款，伊主張同時履行抗辯權。另系爭鑑定報告關於系爭材料款中「景觀橋扶手欄杆」計算單價誤為1733.63元/M，應以1597.96元/M計算。又因鐵山公司違約情況嚴重，伊依法終止契約並受有重新發包之差額損害717萬6323元，依系爭契約第15條第3項約定，系爭履約保證金已全數被扣抵與沒收，鐵山公司不得請求返還等語，資為抗辯。並於第一審提起反訴，以伊受有重新發包之差額損害等情，爰依民法第502條第2項、第503 條、系爭契約第16條第8項後段規定，求為命鐵山公司給付717萬6323元，及自民事反訴狀送達翌日起加計法定遲延利息之判決（臺中市政府原反訴請求給付717 萬6323元本息。第一審判決臺中市政府全部勝訴，鐵山公司不服提起上訴，原判決認定鐵山公司得請求給付已施作工程款112 萬5656元、系爭材料款51萬6692元本息及返還系爭履約保證金，臺中市政府則得請求717 萬6323元本息，二者經扣抵結果，臺中市政府得反訴請求169 萬1475元本息。臺中市政府就其應負擔已施作工程款112萬5656元本息之債務，未聲明不服，已告確定）。

三、原審以：兩造於94年11月28日召開系爭工程後續處理會議，作成：「1.鐵山公司與世合公司均同意本工程終止合約，並依工程合約及程序辦理終止合約事宜；2.本工程已完成部分（道路、停車場及橋樑引道）依行政程序按現況先行辦理結算，橋樑部分則俟鑑定結果並確定責任歸屬後再追究有關單位應負之責。…」等語之結論；前案判決認定鐵山公司就橋樑工程所生事故應負擔60% 過失責任，且橋樑工程之瑕疵不能修補。又鐵山公司就已施作「北岸橋墩已完成之掉落節塊」等4 工項工程款為1687萬6579元，臺中市政府就橋樑工程已給付估驗款1704萬9237元，扣除留存有用橋墩柱子工程費140萬6495元後，為1564萬2742元，與上開工程款合計為3251 萬9321元。依鐵山公司應負擔之過失比例計算其得請求工程款為1300萬7728元，計鐵山公司溢領263萬5014元（即00000000－00000000=0000000 ）。鐵山公司不服提起上訴，再

經本院於103年10月22日以103年度台上字第2185號判決駁回上訴確定，鐵山公司已於105年2月17日返還該溢領款項；鐵山公司就橋樑工程已施作完成之工項及未施作之「橋樑及公共設施裝修工程」及「電氣設備工程」已購買之系爭材料款，經第一審法院囑託土木技師公會鑑定結果，已施作工程款為1986萬3374元、材料款為133 萬6050元；兩造終止契約後，臺中市政府辦理第二次變更設計並重新發包予友山公司施作完工，為兩造所不爭。系爭鑑定報告記載系爭材料款為133萬6050元，其中附表一編號1之「景觀橋扶手欄杆」，係以單價1733.63元/M 計算，惟該工項既未施工，自應按扣除安裝工資及零星工料費用135.67元/M後之單價1597.96元/M 計價，是項材料款應更正為46萬2481.58 元，則連同比例調整附表二編號2至6所示勞工衛生管理費、營業稅等項後，橋樑工程總價應為2115萬5105元（詳如附表二），加計前案判決認定鐵山公司得請求之工程款1687萬6579元及扣除留存有用橋墩柱子工程費140 萬6495元，鐵山公司原得請求之工程款合計為3662萬5189元。再依鐵山公司歸責比例計算，鐵山公司得請求之工程款應為1465萬76元，扣除臺中市政府已給付1300萬7728元後，其尚得請求164 萬2348元（即已施作工程款112 萬5656元加計系爭材料款51萬6692元）。又前案判決已認定鐵山公司就橋樑工程所生事故應負擔60% 過失責任，且橋樑工程之瑕疵不能修補，依民法第493條第1項、第 494條第1 項前段規定，臺中市政府抗辯應按歸責程度減少報酬，自屬有據。鐵山公司於96年2 月27日即函請臺中市政府就系爭材料款之材料派員驗收點交，經臺中市政府轉請監造單位表示意見後，監造單位以該等材料尚未裝設於現場，未達監造查驗點為由，未實地派員點交，以致無法判斷是否合格材料。又橋樑工程由鐵山公司施作部分，部分工項業經拆除，且臺中市政府已變更設計另行發包予友山公司施工完畢，現場狀況與鐵山公司當初施作時不同，臺中市政府、監造單位已無法依系爭契約第8條第1項後段規定進行「核定驗收」

，土木技師公會亦無從至現場查看，僅得依兩造及法院提供之書證進行鑑定。系爭材料款之數額，業經土木技師公會鑑定後提出系爭鑑定報告，除前開「景觀橋扶手欄杆」工項有誤外，經核與卷證資料相符，是應由法院判斷代替上開約款「由機關核定驗收」之程序。系爭契約第15條第3項關於不予發還履約保證金之約款，固未排除「合意終止契約」情形之適用，惟所謂「因可歸責於廠商之事由」，於兩造合意終止契約時，應限於「全部」可歸責於廠商之事由。兩造合意終止系爭契約，鐵山公司就橋樑工程事故僅負60%過失責任，臺中市政府自不得沒收系爭履約保證金。又系爭契約第16條第8項後段明定：因可歸責於廠商之事由，致履約有瑕疵者，機關除依前二項規定辦理外，並得請求損害賠償等語，鐵山公司就橋樑工程所生事故負擔60%過失責任，且橋樑主體工程之瑕疵不能修補，兩造終止系爭契約後，臺中市政府以3909萬8480元重行發包予友山公司施作，與系爭契約所定橋樑工程2713萬7941元（小數點以下，四捨五入），差額為1196萬539元，依鐵山公司歸責比例60%計算，臺中市政府即受有另行發包之差額損害717萬6323元，自得依上開約定請求鐵山公司給付上開數額。又臺中市政府重行發包採行之工法雖與系爭契約原定工法不同，惟依土木技師公會108年5月13日補充鑑定報告所示：施工時為不同時間點，各工程項目價格會受到當時市場行情變動之影響而產生差異。又橋樑結構體工法由原定預鑄節塊預力混凝土工法變更為三跨連續鋼箱型樑，並未變更其作為橋樑使用之功能性，應認具有功能上之替代性等語，並審究鐵山公司所施作橋樑工程發生事故，與鐵山公司施工部分有直接因果關係，與原設計是否不當尚無關聯等情，應認臺中市政府因重行發包所衍生溢出原契約工程金額之支出，確屬其所受之損害。系爭契約第5條第6項第1款明定，鐵山公司履約有損害賠償情形時，臺中市政府得自應付價金中扣抵，不足者，得自履約保證金扣抵。本件鐵山公司雖得請求給付164萬2348元及返還系爭履約保證

金，然扣抵後，鐵山公司已無可得請求給付之金額，臺中市政府尚得請求169 萬1475元。又依94年11月28日會議結論，橋樑工程部分「俟鑑定結果並確定責任歸屬後再追究」。而橋樑工程責任歸屬比例，為前案判決審理程序之重要爭點，迨103 年10月22日始告確定，則兩造關於橋樑工程之請求權，均應自103 年10月22日起算，鐵山公司係於104年7月13日提起本件訴訟，自未罹於2 年時效期間。至臺中市政府之損害賠償請求權，係屬不完全給付中加害給付之債務不履行，應適用15年時效期間。臺中市政府已於105年2月16日就上開損害提起反訴，亦未逾時效期間。另鐵山公司請求給付系爭材料款部分，經扣抵後已無餘額，臺中市政府就鐵山公司此部分請求所為同時履行抗辯，即無庸再予審認。從而，鐵山公司依系爭契約及承攬關係，請求臺中市政府給付415萬187元本息，及返還系爭履約保證金，為無理由，不應准許；臺中市政府依系爭契約第16條第8 項後段約款，請求鐵山公司給付169 萬1475元及自105年2月24日起加計法定遲延利息，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求為無理由，不應准許等詞，因而廢棄第一審所為臺中市政府請求鐵山公司給付逾169 萬1475元本息之判決，改判駁回其在第一審之反訴，並駁回鐵山公司其餘上訴。

四、本院判斷：

（一）廢棄發回部分（即駁回鐵山公司請求給付系爭材料款51萬6692元本息，及駁回臺中市政府請求給付51萬6692元本息）

按抵銷抗辯之主動債權雖已屆清償期，但被動債權部分，經債務人為同時履行抗辯而應為對待給付者，於該被動債權之債權人提出對待給付前，應認二者未具有抵銷適狀而不得抵銷，以保障被動債權之債務人關於對待給付之受償。系爭材料未經核定驗收，系爭契約第8條第1項又約定：「…倘因機關變更計畫，廠商須拆除已完工之一部或已到現場之合格材料時，由機關核定驗收後，參照本合約所訂

單價，或比照訂約時料價計算給付之。」，臺中市政府業就鐵山公司請求給付系爭材料款乙節，提出鐵山公司亦應給付系爭材料，而為同時履行抗辯。則鐵山公司有無提出系爭材料之義務？此與其請求系爭材料款間，有無對待給付關係？倘兩者立於對待給付關係，原審既認臺中市政府應給付系爭材料款，且因鐵山公司應負60% 之歸責原因，命臺中市政府給付51萬6692元本息，而於主文未為同時履行之諭知，已有可議。又此部分關乎系爭材料款債權與重行發包之差額損害賠償債權，得否依系爭契約第5條第6項第1 款約款互為扣抵，原審未遑詳為細究，遽以系爭材料款債權業依上開約款與差額損害賠償債權扣抵而消滅，無庸審認鐵山公司是否應為對待給付，進而為臺中市政府此部分不利之認定，未免速斷。兩造上訴論旨，指摘關此部分原判決為不當，求予廢棄，非無理由。

（二）駁回上訴部分（即駁回鐵山公司請求給付已施作工程款281 萬4137元、系爭材料款逾51萬6692元範圍之本息、返還系爭履約保證金及其對臺中市政府負擔717 萬6323元本息之損害賠償債務；暨駁回臺中市政府請求給付384 萬2500元本息）

按契約債務人交付履約保證金予債權人，係以擔保契約債務之履行為目的，信託讓與其所有權予債權人，乃信託讓與擔保性質，其擔保範圍包括債務不履行之損害賠償、違約金等，須確無應擔保之債務發生，債務人始得請求返還履約保證金。原審業已認定鐵山公司應就臺中市政府重行發包所受之損害負擔損害賠償之責，則臺中市政府以之扣抵系爭履約保證金，即無不合。原審所為鐵山公司不得請求返還系爭履約保證金，理由雖未盡相同，結論並無二致，仍應予維持。又原審本其採證、認事及適用法律之職權行使，依調查所得之證據資料，以上述理由，認定鐵山公司依系爭契約及承攬關係請求給付橋樑工程已施作工程款及系爭材料款之數額，分別不得逾112 萬5656元及51萬66

92元本息。又鐵山公司就所施作之橋樑工程有瑕疵且不能修補，兩造終止系爭契約後，臺中市政府以高於系爭契約承攬報酬之價格重行發包予友山公司施作，依鐵山公司歸責比例60%計算，臺中市政府受有717萬6323元之重行發包差額損害，其依系爭契約第16條第8 項後段約款請求鐵山公司就上開數額負擔給付之責，自屬有據。另臺中市政府依系爭契約第5條第6項第1 款約款，以上開債權與其應給付予鐵山公司之已施作工程款112 萬5656元及系爭履約保證金扣抵後，尚得請求鐵山公司給付169 萬1475元之本息，經核於法並無違背。兩造上訴論旨，以原審認定事實、取捨證據之職權行使暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘關此部分原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件兩造上訴均為一部有理由、一部無理由。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　　110　　年　　10　　月　　28　　日

最高法院民事第五庭

審判長法官　袁　靜　文

法官　林　金　吾

法官　陳　靜　芬

法官　許　秀　芬

法官　石　有　為

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　11　　月　　15　　日