臺灣高等法院臺南分院民事判決

108年度建上字第14號

上　訴　人　金鴻潤工程有限公司
法定代理人　吳秉鴻
訴訟代理人　王維立律師
被上訴　人　東急營造股份有限公司
法定代理人　林軍谷
訴訟代理人　蔡文斌律師
　　林冠廷律師
　　林韋甫律師
　　林亭宇律師

上列當事人間請求返還保留款事件，上訴人對於中華民國108年5月31日臺灣臺南地方法院107年度建字第61號第一審判決提起上訴，本院於109年4月8日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣（下同）9,025,790元，及自民國107年10月5日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：兩造於民國104年6月22日簽訂東急營造股份有限公司工程採購合約書（下稱系爭契約），由上訴人承攬被上訴人坐落於臺南市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○號土地上之伍彩東急集合式新建大樓（下稱系爭建案）之連續壁工程（下稱系爭連續壁工程）。上訴人依約完成各項工程，並由被上訴人依約給付上訴人各期工程款，另保留如原判決附表所示之各期保留款總額共計9,025,790元（下稱系爭保留款）。詎被上訴人於105年4月底無預警停工，嗣兩造於106年5月18日簽定協議書（下稱系爭協議），僅先就被上訴人返還保證金2,550,000元達成協議，同意系爭契約暫不終止，系爭保留款再行協商。惟被上訴人自簽定系爭協議後迄未復工，上訴人乃於106年11月6日發函催告被上訴人應於14日內繼

續施工，否則將終止契約，並請求返還保留款等語。被上訴人收受後於106年11月16日函覆表示將盡速開始繼續施工云云，後再無任何進度。本件因被上訴人之設計錯誤，自105年4月底停工至今均未復工，為可歸責被上訴人之事由，導致無法繼續施工，上訴人自得依系爭契約第48條第1項之約定終止契約，並以起訴狀繕本送達之翌日即107年10月5日作為終止契約之日。再系爭保留款之性質屬工程款之一部分，僅先依兩造間約定保留40%之工程款，現系爭契約既已終止，被上訴人無再有保留之權利，自屬不當得利。又系爭契約既已合法終止，所約定之「一樓板完成」、「屋突三頂板完成」已確定不會發生，縱令完成，亦與本契約無涉，應認清償期已屆至，而得行使債權。上訴人爰依系爭契約第11條第1項第1款第1目約定、民法第179條後段、第491條第1項規定，擇一請求被上訴人給付系爭保留款及法定利息。原判決駁回上訴人之訴，實有未當，爰提起上訴等語。並聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人9,025,790元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

二、被上訴人則辯以：上訴人於105年間未按工程圖說之工法施作系爭連續壁工程，致所完成部分之連續壁有支撐力不足之安全疑慮，經被上訴人催告修補後，上訴人無法保證修補後部分及隱蔽於地面以下部分連續壁之安全性，被上訴人不敢貿然開挖建築物地基，使系爭建案整體工程停頓，上訴人難謂不可歸責，其依系爭契約第48條第1項約定終止契約，並無理由。系爭契約尚未終止，上訴人已履行承攬契約之部分仍受契約拘束，被上訴人並非無法律上理由而受有利益，上訴人主張依民法第179條後段規定請求被上訴人返還保留款為無理由。此外，上訴人於106年8月2日即申請停業迄今，係為規避所應負擔之對待給付及瑕疵修補之義務，顯有難為對待給付之虞，縱符合系爭契約第48條第1項所定之終止契約事由，其契約終止權之行使顯未依誠實及信用方法，應無

理由。至於因設計錯誤而停工者為建築物主體工程部分，與上訴人承攬之系爭連續壁工程無涉，且建築物主體工程須待連續壁完成後始能進行，上訴人仍能施作剩餘之工程。系爭連續壁工程除連續壁本身施作外，尚包含開挖地下室時相關安全工程，目前連續壁僅施工至一個階段，還未進行開挖後之安全措施，工程尚未完成。且依系爭契約第11條第3至5項約定可推知，本件工程保留款係附有解除條件之債權，於工作如有瑕疵或上訴人有其他債務不履行之情形發生，被上訴人得逕自該保留款中扣除其因此所生之損害，並於結構體工程全部竣工且連續壁工程無待解決事項後始為給付。從而，系爭保留款本質上並非承攬報酬，上訴人主張依民法第491條承攬報酬請求權之規定，請求被上訴人給付系爭保留款，並無理由。再系爭建案之工程竣工期限為開工日起113個月，最後竣工日為113年12月13日，主體建築物之建造執照迄今仍有效，距離建造執照之施工期限時間尚未屆至，仍有寬裕之施工期間且仍在辦理變更設計程序。系爭契約第11條第1項第1款第1目後段為針對保留款清償期限之特別約定，與上訴人是否完成承攬工作無涉，縱使上訴人之終止契約為有理由，但終止前所完成之部分仍有原契約之適用。而現付款條件尚未成就，且付款條件因建築工程仍在繼續並非不能成就，因此上訴人尚不得依據契約請求返還系爭保留款。又系爭連續壁工程與系爭建案之建築物主體工程不同，連續壁工程縱經上訴人終止，被上訴人仍得將連續壁工程改由其他廠商進行承攬，繼續施作連續壁工程，俟連續壁工程完成後，「一樓板」與「屋突三頂板」即能進行施作，不能謂「一樓板」、「屋突三頂板」完成為已確定不能發生，清償期業已屆至。上訴人依系爭契約第11條第1項第1款第1目約定之請求，亦無理由。原審駁回上訴人之請求，並無不當等語。並聲明：上訴駁回。

三、兩造不爭執事項：

㈠兩造於104年6月22日簽訂系爭契約，約定由上訴人承攬系爭

連續壁工程，系爭契約全部內容為本院卷第115至173頁之契約及相關施工規範、說明書、圖說。

㈡系爭契約形式上為真正，其中：

1.第11條（估驗款之給付）第1項第1款第1目約定：「…保留款為每期估驗計價款之40%。一樓板完成後退回總工程保留款20%，屋突三頂板完成後退回總工程保留款20%」。

2.第48條（不可歸責於乙方之契約終止或解除）第1項約定：「因可歸責於甲方（被上訴人）之事由，致乙方（上訴人）未能開工、延期開工或無法施工，其期間逾6個月者，乙方得請求甲方辦理開工或繼續施工，如甲方自接獲通知之次日起逾14日，仍無法同意乙方開工或繼續施工時，乙方得終止契約或解除契約，甲乙雙方應儘速完成清點數量及點驗結算作業，並得依下列項目檢附計算及相關證明文件，請求甲方補償，但不得請求所失利益之補償…」。

㈢上訴人完成各期工程以及被上訴人保留各期工程保留款如原判決附表所示即系爭保留款。

㈣上訴人於105年4月底停工，上訴人於106年3月間向臺灣臺南地方法院（下稱臺南地院）提起返還保證金及退還保留款訴訟，經臺南地院106年度重訴字第91號審議在案。兩造於審理中之106年5月18日，僅先就返還保證金達成協議，由被上訴人返還履約保證金2,550,000元，合約暫不終止，上訴人遂於106年5月18日具狀撤回前案訴訟（下稱前案）。

㈤自106年5月18日系爭協議簽訂至今，被上訴人仍未復工。上訴人委託律師於106年11月6日寄發國史館郵局584號存證信函向被上訴人通知應依系爭契約第48條第1項約定於接獲通知次日起14日內繼續施工，否則將以本函終止契約之意思表示送達，並請求返還保留款等語，被上訴人於106年11月7日收受。被上訴人於106年11月16日委託律師以公道法律事務所函覆表示「盡速開始繼續施工」等語，上訴人於106年11月17日收受。嗣上訴人委託律師於107年4月11日寄發馬在勤律師事務所107年勤字第011號函予被上訴人要求退還本件保

留款等語，被上訴人並於107年6月4日收受。

㈥系爭建案新建工程於104年9月1日申報開工，依建造執照之竣工期限為開工日起113個月，最後竣工日應為113年12月13日。

㈦系爭建案新建工程目前尚未完成「一樓板」、「屋突三頂板」之部分。

㈧坐落臺南市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○號土地申請興建店舖、集合住宅新興工程乙案，該案中有關建築外牆結構柱樑外露部分，未符合臺南市安南區都市計畫（細部計畫）通盤檢討案土地使用分區管制要點（下稱土管）第23條之規定，而有變更設計之必要。

四、本院得心證之理由：

㈠兩造簽訂系爭契約，系爭契約屬承攬契約性質，契約全部內容及第11、48條之約定內容，兩造履約情形，前案訴訟過程，系爭協議之簽訂及簽訂後仍未復工、兩造陸續發函情形，系爭建案之申報開工、竣工期限、最後竣工日、目前完成情形，系爭建案之設計未符規定而有變更設計之必要等情，有上訴人提出系爭契約、系爭協議、存證信函、公道法律事務所106年11月16日律師函、馬在勤律師事務所107年4月11日107年勤字第011號律師函、收件回執、工程估驗請款單、連續壁工程報價單、連續壁工程施工規範、連續壁工程補充施工說明書、內扶壁與連續壁接合詳圖、連續壁配置圖、連續壁場地配置平面圖、連續壁及扶壁單元分割平面圖、連續壁配筋圖等（見原審補字卷第23-77頁，本院卷第115-173頁），及被上訴人提出伍彩企業股份有限公司（下稱伍彩公司）104年1月9日伍彩設字第1040109號函及附件、臺南市政府都市發展局104年1月23日南市都管字第1040035997號函、臺南市政府工務局（下稱工務局）104年1月6日（104）南工造字第00002號建造執照、工務局（104）南工雜字第00091號雜項執照、建築工程勘驗申報書、施工管理登錄表、申報勘驗紀錄表、108年2月12日工地現場列印照片6幀、現場整地工

程列印照片8幀、工務局108年9月30日南市工管一字第10811
41250號函、104年6月25日（104）南工造字第00000-00號建
造執照第01次變更設計暨附表、臺南市政府108年10月24日
府都綜字第0000000000A號函（見原審建字卷第43-47、73-8
5頁，本院卷第95-98、199-239、301頁）為證。且經本院依
上訴人聲請向中華郵政股份有限公司調取106年11月6日國史
館郵局584號存證信函，有該公司臺北郵局108年10月22日北
營字第1081802283號函及檢附上開存證信函影本（見本院卷
第179-183頁）可稽。復為兩造所不爭執（見兩造不爭執事
項㈠至㈧），並經本院依職權調取前案卷宗核閱無誤，堪信
為真實。

㈡上訴人依系爭契約第48條第1項約定終止系爭契約為合法：

1.上訴人主張：本件因被上訴人之設計錯誤，自105年4月底停
工至今均未復工，為可歸責被上訴人之事由，導致無法繼續
施工，上訴人得依系爭契約第48條第1項之約定終止契約，
並以起訴狀繕本送達之翌日即107年10月5日作為終止契約之
日等語。被上訴人對設若上訴人終止系爭契約為有理由，則
同意以起訴狀繕本送達之翌日即107年10月5日作為終止契約
之日（見本院卷第191-192頁）；惟對上訴人主張終止系爭
契約，則辯以：上訴人於105年間未按工程圖說之工法施作
系爭連續壁工程，致所完成部分之連續壁有支撐力不足之安
全疑慮，經被上訴人催告修補後，上訴人無法保證修補後部
分及隱蔽於地面以下部分連續壁之安全性，被上訴人不敢貿
然開挖建築物地基，使系爭建案整體工程停頓，上訴人難謂
不可歸責，其依系爭契約第48條第1項約定終止契約，並無
理由等語。茲就兩造各自主張有無理由，依其發生時序，分
段論述之。

2.系爭建案新建工程於104年9月1日申報開工，上訴人完成各
期工程如原判決附表所示，嗣上訴人於105年4月底停工，已
認定如上（見前述㈠）。被上訴人固辯以：本件工程並未申
請停工，仍屬繼續施作之狀態云云，並提出工務局108年9月

30日南市工管一字第1081141250號函影本（見本院卷第199頁）為證。查上開函文係記載伍彩公司未有向該局申請停工之紀錄，然是否有繼續施工，應以實際現況有無繼續施作工程而定，而非以被上訴人有無向工務局申請停工而定，尚非得以此即認仍屬繼續施工之狀態。再被上訴人自陳：就本件上訴人施作工程部分，進場日期是104年9月11日，目前最後1個進度的日期是在105年3月27日。在上訴人進場至最後進度完成日期之期間，只有被上訴人自行負責做工地安全維護及工地現場的整理工作而已。在上訴人最後進度完成日期迄今，被上訴人只有做整地工作等語（見本院卷第103頁），核與被上訴人上開所提108年2月12日工地現場列印照片6幀及現場整地工程列印照片8幀相符。堪認自上訴人於105年4月底停工後，系爭建案確無繼續施工。是被上訴人上開所辯，並無足採。

3.被上訴人辯以：上訴人於105年間未按工程圖說之工法施作系爭連續壁工程，驗收時發現如105年4月6日臺南伍彩東急集合式新建大樓新建工程缺失改善計畫及結案報告（下稱系爭缺失改善計畫）所載之未按圖施工之瑕疵（下稱系爭瑕疵），兩造即協議具體內容如105年4月14日協議承諾書㈠及㈡（以下分稱協議承諾書㈠、㈡，合稱系爭協議承諾書）所載之修復方式等語，並提出系爭協議承諾書、系爭缺失改善計畫等資料（見原審建字卷第33-35、115-187頁）為證。上訴人對上開證物之形式真正不爭執，但主張系爭瑕疵均已修復等語。然被上訴人則否認系爭瑕疵已修復。就被上訴人所辯系爭連續壁工程有系爭缺失改善計畫所載之瑕疵乙節，應堪採信。至系爭瑕疵是否已修復，與系爭建案無繼續施工究係歸責何人，則論述如後列。

4.上訴人於105年5月間有依系爭協議承諾書進入系爭工地進行修補系爭瑕疵，修補後，被上訴人遲未繼續施工，其原因係可歸責於被上訴人，其理由如下：

⑴上訴人主張其於105年5月間有依系爭協議承諾書進入系爭工

地進行修補系爭瑕疵乙節，業據其提出105年5月17日請款單、廠商工程估驗請款單（見本院卷第261、263頁）為證。被上訴人對上訴人此部分之主張及上開證物之形式真正均不爭執（見本院卷第249、252、285頁）。是上訴人之主張，應堪採信。

⑵被上訴人雖對系爭連續壁工程之瑕疵已修復乙節有爭執，然被上訴人僅於105年4月21日通知上訴人，依系爭協議承諾書進場施作進行修補系爭瑕疵，並提出105年4月21日被上訴人工地備忘錄（見本院卷第299頁）為證。依上開工地備忘錄記載：「以上請於105年5月5日前施工完畢，以利貴公司最末期工程款申請」，其上並有上訴人法定代理人吳秉鴻之簽名及日期。上開工地備忘錄既已載明「105年5月5日前施工完畢」，且敘明上訴人係得申請「最末期工程款」。是被上訴人自己即已指明施工期限，則在上訴人於105年5月間進行修補系爭瑕疵後，如尚未修復完成，被上訴人應即會知悉，卻自上訴人於105年5月間進入系爭工地進行修補系爭瑕疵後迄今約4年期間，均未見被上訴人有再要求上訴人進場修補系爭瑕疵或繼續施工之任何通知，其所稱系爭瑕疵尚未修復完成云云，已有可疑。且被上訴人係依系爭協議承諾書通知上訴人修補系爭瑕疵後，以利上訴人申請最末期工程款，並未提及上訴人尚有其他未施作完成項目，足認上訴人主張其已完成系爭連續壁工程乙節，應屬可採。

⑶被上訴人復辯以：上訴人所完成部分之連續壁有支撐力不足之安全疑慮，經被上訴人催告修補後，上訴人無法保證修補後部分及隱蔽於地面以下部分連續壁之安全性，被上訴人不敢貿然開挖建築物地基，使系爭建案整體工程停頓云云。惟查，如上訴人於105年5月間所完成之連續壁有支撐力不足之安全疑慮或系爭瑕疵尚未修復完成之情形，則在上訴人於105年5月間進行修補系爭瑕疵後，時間經過至今約4年，以被上訴人所提建造執照記載，其欲興建地上29層、地下3層、4幢、8棟、516戶之新建店鋪、集合住宅，工程造價（含雜項

造價）高達1,793,350,000元之建案，顯見規模甚為龐大，所涉資金更屬鉅大，如係因上訴人施作系爭連續壁工程之瑕疵問題，致使系爭建案整體工程停頓，所造成後續建案興建或銷售之影響必然甚鉅，被上訴人竟於4年期間，均僅係自行負責做工地安全維護及工地現場之整理工作而已，而全未再作通知上訴人修補系爭瑕疵或繼續施工之任何動作，此顯與常情有違。再依協議承諾書㈠第2項記載「其餘隱蔽部份（未查驗單元）依原合約辦理」及協議承諾書㈡第2段記載「以上工程經東急營造股份有限公司（被上訴人）通知進場施工時請貴公司（上訴人）務必於30日內配合進場施作，如貴公司延遲造成本公司（被上訴人）施工進度延誤時，則本公司有權力另行發包其專業廠商進行施作，其所有費用將由金鴻潤工程有限公司（上訴人）無條件負責」。即就隱蔽部份（未查驗單元）及上訴人如遲延未配合修補系爭瑕疵時之處理方式，均已作明確相對應之方案措施，上訴人若有違反情事，被上訴人仍有得以解決之途徑，然被上訴人均捨此不為，而採消極全面未處理之方式，亦未繼續施工，足見並非因可歸責於上訴人之因素而使系爭建案工程停頓。是以被上訴人之所辯實難認可採。

⑷再上訴人於106年3月間提起前案訴訟，在該案審理中，被上訴人並未以系爭連續壁工程有瑕疵作抗辯。甚且兩造於106年5月18日簽立系爭協議書，被上訴人在該協議書內容中亦未提出系爭連續壁工程有瑕疵，反係同意返還履約保證金，保留款同意日後再行協商，按工作進度由上訴人向被上訴人申請付款，堪認未繼續施工與系爭連續壁工程瑕疵並無因果關係。

⑸又被上訴人於109年4月8日開庭自陳：

①系爭建案中有關建築外牆結構柱樑外露部分，未符合臺南市安南區都市計畫（細部計畫）通盤檢討案土管第23條之規定，而有變更設計之必要。被上訴人尚未辦理變更設計，應該還在申請中。

②本件工程沒有繼續施工的原因，之前有提出臺南市政府108年10月24日府都綜字第0000000000A號函，因為還在跟市政府協調有關變更設計案，看是否可以放寬建築物間距，因為間距和市政府規劃不一樣，所以申請放寬棟距。

③有關雜項工程目前除進行整地工程，其餘部分沒有施工。沒有施工是因為還在跟市政府協調棟距問題，因此連雜項工程都先暫停下來。

④被上訴人於系爭協議書簽立後至今，沒有通知上訴人進場施工或修補瑕疵，因當時和市政府協調關於棟距的問題，打算等協調到一定程度，要開挖地基的時候，才會發現瑕疵，再請上訴人來修補。而且被上訴人不敢貿然開挖，怕坍塌等語（以上見本院卷第330-332頁）。

⑤依被上訴人所述，其係在等候市政府協調有關變更設計案，尋求跟市政府協調棟距問題，因此連雜項工程都先暫停下來。堪認其未繼續施工原因顯係因被上訴人之原設計不符規定，須先與主管機關協商或進行變更設計案，而與系爭連續壁工程有何瑕疵並無因果關係。

⑹上訴人委託律師於106年11月6日寄發國史館郵局584號存證信函向被上訴人通知應依系爭契約第48條第1項約定於接獲通知次日起14日內繼續施工，否則將以本函終止契約之意思表示送達，並請求返還保留款等語，被上訴人於106年11月7日收受。被上訴人於106年11月16日委託律師以公道法律事務所函覆表示「盡速開始繼續施工」等語，上訴人於106年11月17日收受。被上訴人亦未提及系爭連續壁工程有何瑕疵情事，反而回覆稱「盡速開始繼續施工」，益證上情。

⑺綜上，上訴人於105年5月間進行修補系爭瑕疵後，時間經過至今約4年，被上訴人均僅係自行負責做工地安全維護及工地現場之整理工作而已，而全未再作通知上訴人修補系爭瑕疵或繼續施工之任何動作。在前案中，被上訴人並未以系爭連續壁工程有瑕疵作抗辯。甚且於106年5月18日簽立系爭協議書時，被上訴人亦全然未提及系爭連續壁工程有任何瑕疵

之問題，復於簽立系爭協議書後至今，均未通知上訴人進場施工或修補瑕疵，而無何積極作為。且自陳係在等候市政府協調有關變更設計案，尋求跟市政府協調棟距問題，因此連雜項工程都先暫停下來。未繼續施工原因顯係因被上訴人之原設計不符規定，須先與主管機關協商或進行變更設計案，而與系爭連續壁工程有何瑕疵並無因果關係。足認被上訴人遲遲未繼續施工，其原因係可歸責於被上訴人。

5.依系爭契約第48條第1項約定，因可歸責於被上訴人之事由，致上訴人未能開工、延期開工或無法施工，其期間逾6個月者，上訴人得請求被上訴人辦理開工或繼續施工，如被上訴人自接獲通知之次日起逾14日，仍無法同意上訴人開工或繼續施工時，上訴人得終止契約或解除契約。本件被上訴人消極不作為，遲不進行復工，未盡協力義務，則遲未繼續施工之原因顯係可歸責於被上訴人，且其無法施工期間逾6個月，經上訴人於106年11月6日以國史館郵局584號存證信函定期催告被上訴人繼續施工，被上訴人收受通知後逾期迄今均未繼續施工，符合上開上訴人得終止契約之要件，是以上訴人依系爭契約第48條第1項約定終止契約屬有理由。並以起訴狀繕本送達之翌日即107年10月5日作為終止契約之日。

6.再依系爭契約第11條第1項第1款第1目約定，系爭保留款係於完成一樓板、屋突三頂板後退回，且同條第3項約定「結構體施工期間，若有連續壁壁體漏水之現象，乙方應無條件進行有效之改善措施。若無有效改善不合規範所列之情事（包括但不限於壁體漏水），經通知後，由甲方以代工扣款方式另行委託專業廠商代為改善/處理，並由乙方之保留款中扣除，乙方不得異議。」、第5項約定「結構體工程全部竣工，並經驗收無壁體漏水之情形，除有特殊事由外，甲方應於十五日內填發結算驗收證明書，且無待解決事項後，付清尾款。」堪認上訴人固僅施作系爭連續壁工程，實則其工程乃與結構體之施工息息相關，保留款及尾款之給付均視結構體之施工、竣工而定。是以就系爭契約第48條第1項約定所

指之「施工」之解釋自應作廣義解釋，而包括結構體之施工，應較符契約當事人對「施工」之定義。且以此解釋，亦較符合契約之對等平衡。是以上訴人發文被上訴人要求繼續施工，應符合系爭契約第48條第1項之約定。被上訴人辯以：本件不符系爭契約第48條第1項約定之終止事由云云，並無足採。

7.被上訴人另抗辯：上訴人自106年8月2日申請停業迄今，為規避修補義務，其終止權之行使違反誠信原則云云。惟查，協議承諾書㈡第2段已記載上訴人如遲延未配合修補系爭瑕疵時，被上訴人得另行發包其專業廠商進行施作，其所有費用由上訴人負責，已如前述。是縱使上訴人有停業，並不影響其責任，修補不限由上訴人親自為之。況被上訴人在上訴人於105年5月間進行修補系爭瑕疵後迄今，從未通知上訴人修補系爭瑕疵或繼續施工之任何動作，已如前述。是被上訴人此部分所辯，亦無足採。

㈢上訴人得依民法第179條後段不當得利之法律關係請求被上訴人返還系爭保留款：

1.按契約經當事人終止後，當事人間之契約關係應向將來失去其效力，如當事人之一方因終止契約而受有損害，而另一方當事人因此受有利益者，此項利益與所受損害間即有相當因果關係，核與民法第179條後段所定之情形相當，因此，受有損害之一方當事人自得本於不當得利之法律關係，請求受有利益之另一方當事人返還不當得利及不當得利為金錢時之利息。

2.本件上訴人完成各期工程以及被上訴人保留各期工程保留款如原判決附表所示即系爭保留款，已認定如上（見前述㈠）。堪認系爭保留款均屬已確定發生之債權，而僅其清償期限依系爭契約第11條第1項第1款第1目約定，係於完成一樓板、屋突三頂板後退回。被上訴人雖辯以：終止前所完成之部分仍有原契約之適用。而現付款條件尚未成就，且付款條件因建築工程仍在繼續並非不能成就，因此上訴人尚不得請求

返還系爭保留款云云。然上訴人已合法終止系爭契約，業如前述，則系爭契約不可能依原約定完成條件，被上訴人持有系爭保留款原有法律上之原因，因契約終止而不復存在，上訴人依不當得利法律關係，請求被上訴人返還，即屬有據。被上訴人所辯並無足採。

3.綜上，上訴人自得依民法第179條後段不當得利之法律關係請求被上訴人返還系爭保留款。

㈣又上訴人依民法第179條後段不當得利之法律關係請求返還系爭保留款，本院既為上訴人准許之判決，關於其另依系爭契約第11條第1項第1款第1目約定、民法第491條第1項規定為請求部分，本院不再審酌。另上訴人聲請本院函調系爭連續壁工程之雜項工程有申報完工之證明乙節，亦無必要，在此敘明。

五、綜上所述，上訴人依民法第179條後段之規定，請求被上訴人給付9,025,790元，及自起訴狀繕本送達之翌日即107年10月5日（於107年10月4日送達被上訴人，見原審建字卷第19頁之送達證書）起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，自屬正當，應予准許。從而原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　6　　日

工程法庭　　審判長法　官　高榮宏

法　官　林富郎

法　官　黃瑪玲

上為正本係照原本作成。

被上訴人如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴

書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本），上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。
如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。
上訴人不得上訴。
中　　華　　民　　國　　109　　年　　5　　月　　6　　日
書記官　許雅華
【附註】
民事訴訟法第466條之1：
⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。
⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。
民事訴訟法第466條之2第1項：
上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。