臺灣高等法院高雄分院民事判決

106年度建上字第20號

上訴人即附帶被上訴人　枝鉦工程有限公司
法定代理人　洪春福
訴訟代理人　吳任偉律師
　　莊曜棣律師
參　加　人　巨路國際股份有限公司
法定代理人　林建國
訴訟代理人　吳翊誠律師
被上訴人即附帶上訴人　空軍軍官學校
法定代理人　唐洪安
訴訟代理人　鄭雅文
　　劉嘉裕律師
　　鍾美馨律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國106 年2 月16日臺灣橋頭地方法院103 年度建字第22號第一審判決提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，本院於109 年12月9 日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命被上訴人給付上訴人逾新臺幣貳佰玖拾玖萬肆仟貳佰參拾陸元本息部分，及該部分假執行之宣告，暨除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人之上訴、被上訴人之其餘附帶上訴均駁回。

第一審（除確定部分外）、第二審訴訟費用，本訴部分由上訴人；反訴部分由被上訴人負擔。參加費用由參加人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

一、被上訴人之法定代理人由彭明陽變更為王天祐、楊靜瑟、唐洪安，此有國防部106 年9 月29日國人管理字第0000000000

號令、107 年12月3 日國人管理字第1070030205號令、109 年7 月30日國人管理字第10901559703 號令在卷可佐（見本院卷一第168 頁至第169 頁、卷二第192 頁、本院卷三第168 頁至第169 頁），茲據其等具狀聲明承受訴訟（見本院卷一第167 頁、第170 頁至第171 頁、卷二第191 頁、卷三第29頁），於法並無不合，應予准許。

二、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但擴張應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446 條第1 項但書、第255 條第1 項第3 款定有明文。被上訴人對原判決就本訴命其給付上訴人新台幣（下同）4,243,697 元部分提起附帶上訴，並於本院為附帶上訴聲明： 原判決關於駁回附帶上訴人之反訴後開第2 項部份，及該部分假執行之宣告均廢棄。 附帶被上訴人應給付附帶上訴人5,385,151 元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息；嗣上訴人於本院審理中，就原判決命給付逾2,994,236 元部分為附帶上訴，並變更附帶上訴聲明為：原判決關於： 命被上訴人給付上訴人逾2,994,236 元本息部分； 駁回附帶上訴人之反訴逾5,385,151 元部分均廢棄。 前開 廢棄部分，上訴人於第一審之訴駁回；前開 廢棄部分，上訴人應給付附帶上訴人5,385,151 元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息（見本院卷三第11頁）。核係擴張應受判決事項之聲明，揆諸前開規定，應予准許。

乙、實體方面：

一、 上訴人起訴主張：被上訴人辦理政府採購案「航空教育展示館新建工程（機電部分）」（下稱系爭工程），上訴人於101 年3 月9 日得標，兩造訂有「工程採購契約」（下稱系爭契約），監造單位為許崇堯建築師事務所，專管單位為澄意聯合建築師事務所。依系爭契約第5 條第1 項第2 款第1 目約定，估驗計價至少以15日為單位，被上訴人至遲應於7 日內完成審核程序，並於接到廠商提出請款單

據後30日內付款。上訴人因第1期屬施作初期金額較低，於102年4月10日檢送第1期（101年5月15日至102年3月31日）工程估驗計價表予監造單位，被上訴人亦據此發放工程款312,212元。上訴人復於102年5月24日檢送第2期（102年4月1日至同年5月10日）工程估驗計價表予監造單位，向被上訴人申請200餘萬元之工程估驗款，監造單位於同年5月28日發函通知應補正資料，經上訴人補正後，並於同年6月14日檢送修正後第2期工程估驗計價表，嗣同年月18日監造單位竟通知上訴人於同年月13日施工進度已落後預定進度達5.192％而拒絕審核，被上訴人並據此拒絕核發第2期估驗款。惟第2期工程估驗計價截止日為102年5月10日，當日工程累計實際進度為4.661％，累計預定進度為5.859％，進度落後僅1.198％，並無系爭契約第5條第1項第5款所定落後預定進度達5％得暫停給付估驗計價款之情形，被上訴人復未依系爭契約第5條第1項第5款約定通知上訴人限期改善，即逕以進度落後5％暫停給付估驗款，乃不合法。嗣經上訴人於同年8月9日通知監造單位重新核定，監造單位遲至同年月20日始發函要求上訴人修正資料提報趕工計畫，經上訴人於同年月26日提送後，監造單位始於同年9月9日檢送上訴人之第2期估驗計價表予專管單位，然上訴人迄未收到第2期估驗款，造成上訴人施工資金難以周轉，致無法給付員工薪資及材料費用，而於同年10月16日發函向被上訴人為停工之表示。被上訴人之監造、專管單位均為被上訴人之履行輔助人，其等無正當理由拒絕審核第2期估驗款之申請，依民法第224條、第101條第1項規定，被上訴人以不正當行為阻止估驗審核完成之付款條件成就，視為該估驗審核付款條件已成就，故被上訴人至遲於102年6月18日檢退估驗申請時已陷於給付遲延，被上訴人拒絕給付第2期估驗款，自屬可歸責被上訴人之給付遲延，上訴人乃於102年11月22日委託律師發函向被上訴人為解

除系爭契約之意思表示。再者，依系爭工程102 年10月27日監造日報表記載，上訴人已完成系爭工程進度16.628%，扣除上訴人停工後依放行條運離材料所佔工程進度0.005 %，系爭工程實際施工進度為16.623%，再扣除被上訴人已付第1 期工程款312,212 元，上訴人自得依系爭契約第21條第11項第3 款約定請求被上訴人賠償12,467,550元（計算式：總工程金額76,880,000元x 16.623% － 312,212 元）。另依民法第259 條第6 款規定，上訴人解除系爭契約後，被上訴人已受領之16.628%工程進度依其性質不能返還，被上訴人仍應償還其價額即12,467,550元之工程款，或依民法第512 條第2 項規定，上訴人仍得請求就已施作工程給付相當報酬即工程款12,467,550元。再者，系爭契約經上訴人解除後，被上訴人就已完成之工程受有不當得利，上訴人亦得請求被上訴人返還相當工程款之不當得利12,467,550元，請求擇一為有利之判決等語，求為判決：　被上訴人應給付上訴人12,467,550元，及自起訴狀繕本送達之翌日（即103 年1 月30日）起至清償日止，按年息5 %計算之利息；　願供擔保准予宣告假執行。

上訴人對被上訴人於原審所提反訴則以：上訴人已合法解除契約，且被上訴人終止系爭契約之存證信函並未送達被上訴人，依民法第95條第1 項規定終止契約之意思表示不生效力，況上訴人已於102 年11月22日委託律師發函或以起訴狀繕本送達通知被上訴人解除契約，被上訴人亦無從再以103 年2 月21日民事答辯狀終止契約。另被上訴人主張之重新發包差額、專管及監造單位追加延長費用，係因可歸責被上訴人之事由所致，並不可歸責於上訴人。再者，被上訴人並未通知上訴人修補瑕疵，且管線漏配情形，並非工程進度16.628% 範圍內，上訴人既尚未施作，即不能認定有施作瑕疵，且系爭工程經上訴人解除契約後，即無繼續修改義務，乃不可歸責於上訴人。又被上訴人並未提出得向上訴人請求專管延長費用之依據，且同時請求重

新發包差額與瑕疵修補費用為重複請求。縱認被上訴人請求有理由，上訴人以本訴請求之損害賠償金額及應退還之履約保證金7,688,000 元予以抵銷，抵銷後被上訴人得請求之數額為0 等語，資為抗辯。並聲明： 被上訴人之附帶上訴駁回； 願供擔保准予宣告免為假執行。

二、 被上訴人本訴部分則以：上訴人於102 年6 月13日以後工程進度落後大於5 %，且無改善跡象，依系爭契約第5 條第1 項第5 款規定，被上訴人本可逕自暫停估驗程序，且監造單位已於102 年6 月18日要求上訴人儘速提出趕工計畫，通知上訴人限期改善，上訴人竟置之不理，遲至同年8 月9 日始為函覆，足見估驗計款程序延宕係可歸責上訴人之事由，被上訴人並無遲延給付，上訴人解除契約並不合法。又上訴人於102 年5 月24日提出第2 期計價屢遭審退，經專管單位查明後，被上訴人乃於同年10月21日、25日召開協商會議，上訴人於同年月30日已將計價資料提送被上訴人辦理計價作業，被上訴人於102 年11月6 日完成估驗準備撥款，惟上訴人所提供轉帳銀行帳戶與系爭契約約定不符，被上訴人乃要求上訴人修正。詎上訴人於102 年10月28日函知被上訴人將於同年月31日起停止施工，被上訴人乃於102 年11月29日寄發存證信函依系爭契約第21條第1 項第5 款、第8 款、第11款、民法第254 條、第503 條規定解除或終止系爭契約。再者，依系爭契約第21條第4 項約定，第2 期估驗款在被上訴人尚未撥款前，因可歸責於上訴人之事由致雙方解除契約，該款項須待被上訴人就系爭工程重新招標，委請其他廠商完工後，扣除被上訴人完成系爭工程所支付之費用及所受損害部分，始得將該款項撥予上訴人，且被上訴人既已解除契約，系爭工程應按實際施工進度計價，而上訴人已完成系爭工程進度僅為4.301 %，上訴人主張之工程進度及金額不實等語置辯。

被上訴人於原審提起反訴主張：被上訴人並未給付遲延，上訴人違法於102 年10月16日全面停工，經被上訴人多次通知

其派員進場施作未果，業經被上訴人解除或終止契約，上訴人給付遲延，致被上訴人增加重新發包系爭工程未施作項目差額3,800,000 元、重新發包玻璃棉費用1,585,151 元、專管單位追加延長費用2,625,600 元、監造單位追加延長費用1,196,740 元，被上訴人自得依系爭契約第21條第4 項、民法第227 條、第231 條、第503 條規定請求上訴人賠償債務不履行之損害。另經被上訴人清點上訴人已施作項目發現瑕疵甚多且其拒絕修補，被上訴人因而支出瑕疵修補費用5,198,047 元，亦得依系爭契約第21條第4 項、民法第495 條及第227 條之規定請求損害賠償。又上訴人實際工程進度經清算為4.817%，換算應付工程款為3,703,310 元（76,880,000元x 4.817%），扣除已付第1 期估驗款312,212 元，尚有工程款3,391,098 元未給付，另依系爭契約第14條第3 項第4 款約定，應按比例退還履約保證金370,331 元（76,880,000元x 10% x 4.817%），則以前開求償項目合計14,405,538元，抵銷未付之工程款3,391,098 元、應返還履約保證金370,331 元，被上訴人得向上訴人請求10,644,109元等語。並聲明： 上訴人應給付被上訴人10,644,109元，及自反訴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；願供擔保准予宣告假執行（被上訴人於原審反訴請求上訴人賠償專管單位追加延長費用2,625,600 元、監造單位追加延長費用1,196,740 元、瑕疵修補費用5,198,047 元，經原審判決被上訴人敗訴，上訴人未提起上訴及附帶上訴，非本院審理之範圍，不予論述）。

三、參加人輔助上訴人一造，除系爭工程上訴人完工進度及得請求之工程款，同意原審所認定以監造日報表所載工程進度16.628% 扣除尚未施工之材料進度4.43% 、依放行條運離現場之材料0.005%、上訴人浮報施作項目不符部分2.03% 、浮報工資4.237%後，上訴人已完成之實際工程進度僅為5.926 % ，換算應付工程款為4,555,909 元，扣除被上訴人已給付之第一期工程估驗款312,212 元，尚餘4,243,697 元外，其餘

意見均與上訴人相同。

四、原審判命被上訴人應給付上訴人4,243,697 元本息，而駁回上訴人其餘之訴暨假執行之聲請，及被上訴人之反訴暨假執行之聲請。上訴人就其敗訴部分提起上訴，上訴聲明： 原判決關於駁回上訴人後開第2 項之訴部分廢棄。 被上訴人應再給付上訴人8,223,853 元，及自103 年1 月30日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。 願供擔保准予宣告假執行。被上訴人答辯聲明： 上訴駁回。 願供擔保宣告准免為假執行。被上訴人就反訴敗訴部分提起附帶上訴，並擴張附帶上訴聲明： 原判決關於： 命被上訴人給付上訴人逾2,994,236 元本息部分； 駁回附帶上訴人之反訴逾5,385,151 元部分均廢棄。 前開 廢棄部分，上訴人於第一審之訴駁回；前開 廢棄部分，上訴人應給付附帶上訴人5,385,151 元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

五、兩造不爭執之事項：

上訴人為被上訴人政府採購案「航空教育展示館新建工程（機電部分）」之得標承包廠商，兩造訂立「工程採購契約」，監造單位為許崇堯建築師事務所，專管單位為澄意聯合建築師事務所。

依系爭契約約定，估驗計價至少以15日為單位，因第1 期屬施作初期金額較低，上訴人乃於102 年4 月10日檢送第1 期（101 年5 月15日至102 年3 月31日）工程估驗計價表予許事務所，被上訴人已據此發放工程款312,212 元予上訴人。第1、2期工程估驗款合計2,850,741元。

ŋ上訴人於102 年5 月10日、102 年5 月24日之工程進度，依照監工日報表之記載分別為4.661 %、5.742 %。依照102 年10月31日監工日報表，該日進度落後16.819%。

ē系爭工程材料進場時即先以80%之比例計入工程進度，上訴人於102 年7 月20日進場經查驗之電力電纜電線材料1 批，經以4.43%計入系爭工程施作進度。

上訴人於102 年10月31日撤離工地現場，並於102 年10月、11月間經以放行條運離部分材料，佔工程進度比例為0.005%。

ě上訴人於102 年11月22日委託律師發函予被上訴人解除系爭契約，該函文於102 年11月23日送達被上訴人。

上訴人撤離系爭工程工地現場後，另由訴外人康業國際股份有限公司（下稱康業公司）承攬航空教育展示館新建工程（未完竣機電部分），其以80,680,000元得標，被證28所示康業公司承攬之工程設計圖與上訴人承攬之系爭工程設計圖相同。

系爭工程重新發包被上訴人已支付康業公司重新發包差額（即未竣工機電部分）3,800,000 元，另就玻璃棉部分發包支付金額1,585,151 元，及支付專管單位追加延長費用2,625,600 元，監造單位追加延長費用1,196,740 元，及支付康業公司修補費用5,198,047 元。

承上，若被上訴人解除或終止契約有理由，上訴人應給付被上訴人重新發包差額（即未竣工機電部分）3,800,000 元、玻璃棉部分發包金額1,585,151 元。

系爭第5 條第1 項第5 款第1 目約定，機關暫停給付估驗款需同時具備履約實際進度落後進度約5%以上、落後進度係可歸責於廠商之事由及經機關通知限期改善未積極改善之要件。

上訴人於102 年5 月24日以（102 ）枝岡字第052402號函檢送第2 期工程估驗計價表予監造單位，監造單位於102 年5 月28日以（102 ）勤建工字第0528-8號函通知上訴人補送PVCE管進場抽驗測試報告，上訴人於102 年6 月14日檢送修正後第2 期工程估驗計價表後，監造單位於102 年6 月18日以（102 ）勤建工字第0000-00 號函以履約實際進度落後預定進度5 %以上暫停給付估驗款，要求上訴人提報趕工計畫，上訴人於102 年8 月9 日以（102 ）枝岡字第080901號函要求監造單位重新審查及核定。

六、本件之爭點：

本訴部分：

上訴人是否合法解除系爭契約？被上訴人是否合法解除或終止系爭契約？

上訴人依民法第259條第6款、同法第512條第2項及同法第179條規定（擇一為有利判決）請求被上訴人就其已施作之工程部分再給付新台幣9,076,452元（即12,467,550元-3,391,098元），有無理由？被上訴人抗辯其逾2,994,236元部分並無給付義務，有無理由？

反訴部分：

上訴人是否合法解除系爭契約？被上訴人是否合法解除或終止系爭契約？

被上訴人請求上訴人給付重新發包未施作項目差額380萬元、重新發包玻璃棉費用1,585,151元，有無理由？

承上，若有，上訴人以其工程款主張抵銷，有無理由？

七、本訴部分：

上訴人是否合法解除系爭契約？被上訴人是否合法解除或終止系爭契約？

經查：系爭契約第5條第1項第2款第1目前段關於估驗款約定：契約自開工日起，每15日估驗計價1次。估驗時應由廠商提出估驗明細單，機關至遲應於7日內完成審核程序，並於接到廠商提出請款單據後30日內付款。如須廠商補正資料，其審核及付款時程，自資料補正之次日起重新起算。同條項第5款第1目約定：廠商履約有下列情形之一者，機關得暫停給付估驗計價款至情形消失為止：-履約實際進度因可歸責於廠商之事由，落後預定進度達5%以上，且經機關通知限期改善未積極改善者。但廠商如提報趕工計畫經機關核可並據以實施後，其進度落後情形經機關認定已有改善者，機關得恢復核發估驗計價款，此有系爭契約在卷可稽（見外放工程契約第12頁、第14頁）。

次查：上訴人於102年5月24日以（102）枝岡字第0524

02號函檢送第2期工程估驗計價表予監造單位，監造單位於同年月28日以（102）勤建工字第0528-8號函通知上訴人補送PVC E管進場抽驗測試報告，嗣上訴人於同年6月14日檢送修正後第2期工程估驗計價表後，監造單位於同年月18日以（102）勤建工字第0000-00號函以履約實際進度落後預定進度5%以上暫停給付估驗款，要求上訴人提報趕工計畫，上訴人雖遲至102年8月9日以（102）枝岡字第080901號函要求監造單位重新審查及核定。本院審酌因廠商履約施工完成之進度本可依約請領報酬，倘機關得以事後進度落後暫停給付前已完工進度之估驗款，對廠商實為不利。又倘機關得將應發放之第2期估驗款扣留以作為其督促廠商對第3、4期等後期工程進度落後趕工之手段，則廠商往往因未能收到前期工程之估驗款，致影響其對後期工程進度落後之趕工能力，並將陷入惡性循環、擴大落後進度，甚至導致廠商無力負擔而倒閉，其手段顯然無助於督促廠商趕工之目的之達成；況機關以扣留「前期工程款」督促「後期工程進度」，要難謂二者有何正當合理關聯，且解釋上系爭契約第5條第1項第5款第1目「履約實際進度」以「估驗計價期間截止日」為判斷，已足達成機關督促廠商於「估驗計價期間」之實際工程進度不得落後達5%以上之目的，並兼顧兩造之權益，是上訴人主張系爭契約第5條第1項第1目約定，機關暫停給付估驗計價款之情形，應以廠商「申請估驗計價期間」之履約進度落後5%始為合理等語，自屬有據。被上訴人辯稱應以「重新估驗核發計價款」當時之履約實際進度判斷是否落後5%云云，並無足採。況監造單位並未說明履約進度落後有何可歸責於上訴人之事由，監造單位逕以上訴人於102年6月13日（即監造單位函覆上訴人前一日）之履約進度落後5%暫停給付第2期估驗計價款，自有未合。是依上開說明及系爭契約第5條第1項第2款第1目約定，應自102年6月14日上訴人補正修正後第2期工程估驗計價表次

日起重新起算審核及付款時程，亦即被上訴人至遲應於30日內即102 年7 月14日前給付上訴人第2 期工程估驗款，被上訴人未依契約履行，係屬給付遲延，堪以認定。

按契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約，民法第254 條定有明文。次按民法第254 條所定契約解除權，並非以債權人定相當期限催告為發生要件，而係以債務人於催告期限內不履行為發生要件，故債權人所定催告期限雖不相當，或未定期限催告，但若自催告後經過相當期限債務人仍不履行者，基於誠實信用原則，應認債權人已酌留相當期限，以待債務人履行，而難謂不發生該條所定契約解除權（最高法院69年度台上字第1590號判決意旨參照）。被上訴人雖抗辯上訴人並未定相當期間催告云云，然上訴人已檢附估驗資料於102 年8 月9 日以（102 ）枝岡字第080901號函請求被上訴人監造單位以估驗計價當期截止日之進度辦理給付，及於102 年10月7 日以（102 ）枝岡字第100703號函要求被上訴人儘速完成估驗審核撥款，有上開函文在卷可佐（見原審卷一第33頁、第50頁），足認上訴人已有催告被上訴人給付第2 期估驗款之意。

復依系爭契約第5 條第1 項第4 款約定：契約未載明機關接到廠商依契約規定提出之請款單據後之付款期限及審核程序者，應依行政院主計處頒訂之『公款支付時限及處理應行事項』規定辦理，此有系爭契約在卷可佐（見外放工程契約第14頁），因系爭契約並未就詳細審核程序另為規定，則依事發之際適用而於105 年1 月8 日廢止之公款支付時限及處理應行事項第10條規定：各機關審核應（待）付款單據時，如發現與原案及有關規定不合，須由受款人補正者，應通知受款人一次補正，不得分次辦理（該條規定亦已明文增訂於105 年1 月6 日公布修正之政府採購法第73條之1 第3 項）。則上訴人於催告被上訴人給付第2 期估驗款後，仍經監造、專管單位多次以補正資料、未用

印等事由核退，此舉亦與前述機關應一次通知澄清或補正，不得分次辦理之約定不符，上訴人主張被上訴人有拖延情事尚非無據。又被上訴人抗辯於102 年11月間核定估驗款後，上訴人提供之轉帳銀行戶頭與系爭契約約定不符，經要求上訴人修正云云。然被上訴人並未提出通知上訴人補正之相關證明，且其非不得逕按原約定將款項匯入兩造約定之三信銀行南屯分行帳戶，本院綜合上開各情，認上訴人於催告後已逾相當期間仍未獲付款，被上訴人審核程序又與系爭契約所定方式不符，則上訴人主張依民法第254 條規定，於102 年11月22日發函予被上訴人解除系爭契約等語，即屬可採。又該函文於102 年11月23日送達被上訴人，為兩造所不爭執（見本院卷二第125 頁），並有收件回執可證（見原審卷四第186 頁），堪認系爭契約已於102 年11月23日經上訴人解除而溯及歸於消滅。又系爭契約既已於102 年11月23日經上訴人解除而失效，則被上訴人於該期日後再主張解除或終止契約均屬無據，自無足採。

被上訴人固抗辯：依系爭契約第21條約定，僅於廠商有違約情節重大時始得解除或終止契約，機關對於廠商方得予解約或終止契約，基於契約平等互惠原則，亦須機關有違約情節重大時，承攬人始得主張解除契約或終止契約，第2 期估驗款為2,395,991 元，僅占被上訴人應給付總工程款項7,688 萬元之3.1 %，未支付款項占總工程比例甚微。且依系爭契約第5 條第1 項，上訴人尚可先行申請預付款（價金總額10% 即766 萬8 千元）款項予以支用，上訴人以第2 期款2 百餘萬元遲延給付，擅自停工不履行契約，並據此以主張解除契約，顯與誠信原則有違云云。惟上訴人係依民法第254 條規定，以被上訴人遲延給付第2 期工程款，定相當期限催告被上訴人履行，被上訴人遲未履行解除契約，核與依系爭契約第21條約定，於廠商有違約情節重大時始得解除或終止契約無涉，被上訴人抗辯並非

違約情節重大，基於契約平等互惠原則，上訴人不得解除契約云云，自屬無據。又被上訴人拒絕給付第2 期估驗款，將造成上訴人因未能收到該估驗款，致影響其對後期工程進度落後之趕工能力，並將陷入惡性循環、擴大落後進度，該違約情節自屬重大，且上訴人依民法第254 條規定經催告後行使契約解除權，係屬合法權利之行使，被上訴人辯稱第2 期估驗款為2,395,991 元，僅占被上訴人應給付總工程款項之3.1 %，上訴人據以主張解除契約，顯與誠信原則有違云云，自無足取。至依系爭契約第5 條約定，上訴人雖得申請價金總額10% 之契約預付款，惟觀諸前開約定（見外放工程契約第12頁），申請預付款仍需由兩造簽訂契約，上訴人並應辦妥各項保證，並提供預付款還款保證，經被上訴人核可後始得撥付，並非經上訴人申請後，即可取得預付款，申請手續繁複，且上訴人依民法第254 條規定行使契約解除權，係屬合法權利之行使，業如前述，是被上訴人辯稱依系爭契約第5 條第1 項，上訴人尚可先行申請預付款款項予以支用，上訴人未提出申請，遽以主張解除系爭契約，顯與誠信原則有違云云，亦無足採。

再按契約解除時，當事人雙方回復原狀之義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，應返還之物有毀損、滅失或因其他事由，致不能返還者，應償還其價額，民法第259 條第6 款定有明文。系爭契約因上訴人解除而溯及失其效力，而系爭工程為建築物之機電工程，被上訴人就上訴人已施工完成部分，依其性質不能返還，依前揭規定被上訴人仍應償還其價額即已施作工程之費用，上訴人此部分主張，即屬有據。至上訴人另主張依民法第179 條不當得利或同法第512 條第2 項、第511 條但書之規定請求本院擇一為有利之判決，即無論述必要。

上訴人依民法第259 條第6 款規定請求被上訴人就其已施作之工程部分再給付新台幣9,076,452 元（即12,467,550-3,3

91,098元），有無理由？被上訴人抗辯其逾2,994,236 元部分並無給付義務，有無理由？

上訴人主張系爭工程完成進度依監造日報表記載為16.628%，經扣除依被上訴人放行條運離材料所佔比例0.005%，系爭工程實際施工進度為16.623% 等語，被上訴人則以：系爭工程經本院囑託中華民國電機技師公會（下稱電機技師公會）鑑定後，於上訴人102 年10月31日之撤離工地現場時，已完成之工程比為4.301%等語置辯。

經查：

- 上訴人主張其實際工程進度為16.623%（於扣除兩造不爭執之材料運離工地佔0.005%之部分前，其實際工程進度為16.628%），固有102 年10月27日、102 年10月31日停工前之施工日報表在卷可佐（見原審卷一第38頁、原審卷五第61頁）、監造單位許事務所製作之102 年10月27日監造日報表、被上訴人之監造單位與上訴人施工日誌對照表在卷可稽（見原審卷五第60頁、卷三第263頁），並有監造單位許事務所於102 年10月25日發函要求上訴人提報趕工計畫，並於說明二載敘：「本案截至102 年10月15日預定進30.08%，實際進度16.42%，已落後13.65%等語，此有許事務所102 年10月25日（102）勤建工字第1025-2號函在卷可稽（見原審卷三第184 頁）。惟衡諸經驗法則，監造日報表僅係監管單位對工程進度初步認定所為之記載，實際工程進度仍需經過報驗結算，不得逕以監造日報表為準；再觀諸系爭契約補充規定第18條第5 項規定計價查驗、審查及付款程序，於承建廠商提出計價申請時，併附計價流程管制表，監造單位依據廠商所送計價單詳實逐項審查其項量，並負責辦理計價現地查驗後，填具計價查驗紀錄，簽證後逕送專案管理單位及監造單位審核認定（見外放工程契約第5 頁至第6 頁），及系爭契約第21條第14項約定：廠商依契約規定通知機關終止或解除部分或全部契約後，應

即將該部分工程停工，負責遣散工人，撤離機具設備，並將已獲得支付費用之所有物品移交機關使用；對於已施作之工作項目及數量，應會同監造單位/工程司辦理結算，並拍照存證。亦即，系爭工程已施作之工項數量於契約解除後，仍應以兩造共同辦理結算為依據（見外放工程契約第48頁），尚難以前開監造日報表、施工報表及確認工程進度之函文，認定上訴人系爭工程實際完成進度為16.623%。

㈠本院經兩造合意後，囑託電機技師公會就上訴人於102年10月31日撤離工地現場時，已完成之工程比例若干，及依系爭契約之約定，上訴人得請領之工程款若干等事項進行鑑定。經該會鑑定技師參考工程契約（含標單總表、詳細價目表、單價分析表），比對施工日報表及監造日報表彙整管線長度及數量，再與停工現場清算比較差異表內數量做比對基礎，以確認施作數量。本案分析主要專注上訴人進場施作至撤離工地期間「實作實算」之增減核定，計算上訴人實際完成之工項項目及進度百分比，經鑑定人做成「施工日報表實際工項與停工現場清算比較差異對照表」，據以計算各項工程之分項金額後，認上訴人於102年10月31日撤離工地現場時，已完成之工程比例為4.301%，得請領之工程款為3,306,448元等情，此有鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）在卷可稽（證物外放），本院審酌電機技師公會乃電機工程之專業單位，具有電機之專業知識技能，且於完成前開鑑定報告前，歷經多次鑑定會議，向兩造說明鑑定之方法及分析基礎等事項，並聽取兩造之意見，並工程契約（含標單總表、詳細價目表、單價分析表），比對施工日報表及監造日報表彙整管線長度及數量，再與停工現場清算比較差異表內數量做比對基礎，以確認施作數量，完成鑑定報告，其鑑定結果自屬可信，上訴人主張鑑定報告未以其專業就實際工程進度為鑑定，鑑定報告失之

偏頗云云，自無足取。

· 至被上訴人雖於本院曾就系爭工程實際工程進度為5.926%一節不爭執（見本院卷一第100 頁背面）。惟被上訴人於本院送請電機技師公會鑑定後，援引系爭鑑定報告，主張上訴人於102 年10月31日撤離工地現場時，已完成之工程比例為4.301%，即足以證明被上訴人之上開自認與事實不符，是被上訴人依民事訴訟法第279 條規定撤銷自認，自屬有據。

j 上訴人另質疑： 鑑定報告附表二施工日報表實際工項與停工現場清算比較差異表對照，其中「承商於102.10.13 撤離前現場實作概況」、「102.12.05 設計單位清算」欄位之數據出處為何？鑑定人係以何標準核定？（亦即，以「壹A 二86」工項為例（不限於該工項），施工日報表記載完成數量是700 ，然表二之「承商於102.10.13 撤離前現場實作概況」欄位卻僅記載實作數量196 ，此數據從何而來？又該工項於「102.12.05 設計單位清算」欄位記載數量是70，數字不一致之情況下，鑑定人係以何標準核定為70？）。 鑑定報告第5 頁ŋ稱上訴人日報表漏列記載之工項有60項，該部分有無納入實際施作之項目內？倘未列入，其原因為何？ 鑑定報告第4 頁稱：其分析過程參考資料包含停工清點數量紀錄表（下稱清點數量紀錄表），是否有將清點數量紀錄表所載之迴路數換算成合約計價之長度？ 鑑定報告第34頁表二「壹G 三施工圖、竣工圖製作、合約書裝訂」之部分，依照一般工程實務，順序上是否先為合約書裝訂，繼之施工圖製作，經定作人確認後，承攬人始得按圖施作，完工後才有竣工圖製作？鑑定報告認定上訴人實際完成項目應佔1/3 之依據為何？ 上訴人已將保險費219,031 元支付保險公司，被上訴人亦於第一次估驗時將前述保費予以計價支付，鑑定報告以完工比例核算保險費金額之依據為何？ 臨時工務所（臨時廁所及屋

頂灑水設備）鑑定報告以每日平均攤提之方式計算假設工程，並以實際使用時間1/2 認定之依據為何？等節，爭執系爭鑑定報告之可信度。經本院函請電機技師工會就前開事項再補充說明，經該會覆以： 附表二中「承商於102.10.13 撤離前現場實作概況」、「102.12.05 設計單位清算」兩個欄位之數據出自於表一（承商施工日報表）及設計單位102 年12月5 日清算表單，經由兩表單之對照，附件二之表格說明，請參閱鑑定報告四、分析說明。「壹A 二86」施工日報表記載完成數量是700 ，是承商自行統計累計之數量，而非當日實作數量，經由附表一得知，承商102 年8 月17日、同年月19日、同年10月11日至13日共5 日施作，總計為196 米長，但承商102 年10月13日記載當日施作為50米長，而累計總長度卻紀錄700 米長，顯與事實不符，故採用設計單位估算之長度70米長為核定工項。 經由承商所記載之工作日誌與設計單位所清算之結果比對（如附表二備註符號＊），發現承商所記載之項目缺少60項，承商漏列的部分無其他資料可查證或參考，故以設計單位清算項目為鑑定核定項目。 清點數量紀錄表所載之迴路數疑慮，鑑定技師已於鑑定會議中說明及釋疑，並於鑑定報告說明（詳四、分析六點說明），故無換算成合約長度。

一般工程實務對於「壹G 三施工圖、竣工圖製作、合約書裝訂」均重作在施工中之每月估驗、工程查驗等所產生之文書作業費用。施工圖及合約書裝訂為申報開工所必備之文書作業，相較於竣工圖製作、工程期間有無變更設計、決算報告等後續竣工必須之文書作業所需之成本較少，因此以1/3 認定，實屬合理。 核定營造綜合保險費為9,413 元，係依照原已完成施作工項總和依契約比例給付，另外，附件24甲方營造綜合保險補充條款第5 項亦說明保險期限應自開工日至甲方驗收合格為止，上訴人並未完成驗收，故應依契約實作金額比例給

付。　上訴人進駐工地至撤離工地時間（102 年10月31日）其施工日誌均載明「假設工程每日平均攤提」，而非標註「壹、G 、一臨時工務所設立（臨時廁所及屋頂灑水設備）」，故依一般工程實務及契約規定，臨時工務所為廠商進駐工地後必須完成設立，並於竣工後撤離。上訴人以開工日至102 年10月30日為止（共534 日），經鑑定已完成之比例為4.301%，理應依據工程百分比計算給付金額，但考慮工務所使用時間長且為貨櫃屋型式，尚有剩餘價值，故鑑定金額以契約金額1/2 估價等語，此有該會109 年9 月18日電機技師（公國）字0000 0000號函在卷可佐（見本院卷二第241 頁至第242 頁），電機技師公會已就上訴人質疑事項，詳為說明其判斷之依據及結論，益徵系爭鑑定報告合理客觀可信，足以認定上訴人於系爭工程完工比例之依據。上訴人執前開理由，主張系爭鑑定報告不足採云云，自不足採。

LL上訴人復主張電機技師公會原指派之鑑定人李家居於108 年6 月27日會同兩造至現場會勘後表示本案無法鑑定，然電機技師公會竟將李家居技師撤換，改由鄒春旺技師鑑定，並完成系爭鑑定報告，足認電機技師公會內部對於本件是否可鑑定乙事顯有爭議，並聲請傳訊李家居云云。惟系爭鑑定之作業程序，鑑定案成案前輪值鑑定技師可至現場勘察，以作為報價依據，本案輪值鑑定技師於108 年6 月27日辦理會勘，「表示無法評估鑑定費用」，電機技師公會乃基於專業考量，另輪派鑑定技師辦理等情，此有電機技師公會109 年11月11日電機技師（全囉）字00000000號函覆暨所附之現場會勘紀錄在卷可稽（見本院卷三第99頁至第101 頁），且電機技師公會經比對工程契約（含標單總表、詳細價目表、單價分析表）、施工日表及監造日報表，彙整管線長度及數量，再與停工現場清算比較差異表內數量做比對基礎，以確認施作數量，並已完成系爭鑑定報告，業如前述，是

上訴人主張本件不能鑑定，鑑定報告不足採信云云，自無足取，其聲請傳訊證人李家居，因待證事項已明，自無傳訊之必要。

綜上，上訴人於102 年10月31日撤離工地現場時，已完成之工程比例為4.301%，得請領之工程款為3,306,448 元，扣除被上訴人已給付之第1 期工程估驗款312,212 元，尚餘2,994,236 元，則上訴人請求被上訴人給付於2,994,236 元之範圍內，即屬有據，應予准許，逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。

八、反訴部分：

被上訴人請求上訴人給付重新發包未施作項目差額380 萬元、重新發包玻璃棉費用1,585,151 元，有無理由？

按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害，民法第227 條第1 項、第2 項、第231 條第1 項分別定有明文。又依系爭契約第21條第4 項約定：契約經依第1 款規定或因可歸責於廠商之事由致終止或解除者，機關得自通知廠商終止或解除契約日起，扣發廠商應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款等，並不發還廠商之履約保證金。至本契約經機關自行或洽請其他廠商完成後，如扣除機關為完成本契約所支付之一切費用及所受損害後有剩餘者，機關應將差額給付廠商；無洽其他廠商完成之必要者，亦同。如有不足者，廠商及其連帶保證人應將該項差額賠償機關，此有系爭契約在卷可佐（見外放工程契約第48頁）。

經查：系爭契約係由上訴人解除契約而溯及失效，非經被上訴人依系爭契約第21條第1 項規定或因可歸責於上訴人之事由解除或終止契約，業如前述，即上訴人因契約解除後，已無繼續施作系爭工程之義務，尚難認上訴人有給付

遲延之情事，且系爭契約經上訴人解除後，被上訴人本應另覓廠商施作系爭工程，其依系爭契約第21條第4項、民法第227條及第231條之規定，請求上訴人賠償其重新發包系爭工程未施作項目差額3,800,000元、重新發包玻璃棉費用1,585,151元，即屬無據，不應准許。又被上訴人解除契約既未合法，其另依民法第503條請求損害賠償部分，亦無庸再予論述。

綜上，被上訴人請求上訴人給付重新發包未施作項目差額、重新發包玻璃棉費用，均無理由，則關於上訴人得否以其工程款主張抵銷之爭點，即無論述之必要，附此敘明。

九、綜上所述，上訴人所提本訴，依民法第259條第6款規定請求被上訴人給付2,994,236元，及自103年1月30日起至清償日止，按年息5%計算之利息部分，洵屬有據，應予准許；上訴人逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。原審就上開不應准許部分，判決命被上訴人給付，尚有未合，被上訴人指摘原判決此部分不當，求為廢棄，為有理由，爰由本院改判如主文第2項所示。其他不應准許部分（即上訴人請求被上訴人再給付8,223,853元本息），原判決為上訴人敗訴之諭知，並駁回其此部分假執行之聲請，核無不合，上訴人上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，並無理由，應駁回其上訴。另被上訴人所提反訴，請求上訴人給付5,385,151元，為無理由，應予駁回，原判決為被上訴人敗訴之諭知，並駁回其此部分假執行之聲請，核無不合，被上訴人上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，並無理由，應駁回其上訴。

十、據上論結，本件上訴人之上訴為無理由，被上訴人之附帶上訴為一部有理由、一部分無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　30　　日

工程法庭

審判長法　官　謝靜雯

法　官　邱泰錄

法　官　洪能超

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　30　　日

書記官　黃月瞳

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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。

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。