臺灣高等法院高雄分院民事判決

106年度建上字第24號

上　訴　人　國立中山大學
法定代理人　鄭英耀
訴訟代理人　謝佳伯律師
複　代理　人　黃雅玲律師
　　林育如律師
訴訟代理人　蘇義洲律師
　　黃郁婷律師
被　上訴　人　興亞營造工程股份有限公司
法定代理人　卓燦然
訴訟代理人　邱崇耀
訴訟代理人　林永頌律師
　　邱瑛琦律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於民國106 年3 月30日臺灣高雄地方法院102 年度建字第30號第一審判決提起上訴，本院於民國110年2月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決（除確定部分外）判命上訴人給付逾附件所示部分暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人其餘上訴均駁回。

第一、二審訴訟費用（除確定部分外），本訴上訴部分由上訴人負擔百分之九十五，餘由被上訴人負擔；反訴部分訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但請求之基礎事實同一、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限。次按，訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但第255 條第1 項第2 款至第6 款情形，不在此限。民事訴訟法第255 條第1 項第2 、3 款、第446 條第1 項分別定有明

文。本件被上訴人於本院減縮請求給付之總金額為新臺幣（下同）129,779,463 元，及其中30,310,885元自102 年6 月25日變更訴之聲明狀繕本送達翌日起，其餘自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按法定利率計算之利息。經核被上訴人此部分之請求，與起訴時所據以請求者，均基於同一基礎事實，且為減縮應受判決事項之聲明，合於民事訴訟法第446 條第1 項、第255 條第1 項第2 、3 款之規定，應予准許。

貳、本訴部分：

一、被上訴人主張：

㈠兩造於民國98年1 月8 日簽立「國立中山大學國際研究大樓新建統包工程」契約（下稱系爭契約），由伊承攬上訴人學校之「A 水池遷建工程」（下稱A 水池工程）及「國際研究大樓新建統包工程」（下稱國研大樓工程，與A 水池工程合稱系爭工程）。A 水池工程原定98年7 月31日完工、國研大樓工程原定98年10月31日前取得建照並申報開工，於100 年5 月31日竣工，100 年7 月31日前取得使用執照。其後因如附表1 所示之因素應延展施工期日，是伊於99年7 月11日申報A 水池竣工並未逾期。另國研大樓之部分亦因附表2 之因素核准延工期75日，又需於A 水池工程完工後始能開工，故完工日應為101 年5 月25日。然因上訴人無故減縮工期157 天，又未依約給付第13期至15期估驗款，伊經催告付款而遭拒絕，乃於100 年7 月22日依系爭契約第29條第3 項第2 款之約定，行使同時履行抗辯權，拒絕繼續進場施工。詎上訴人竟於伊行使同時履行抗辯權，且實際施作進度已達48.23%超前進度之情形下，依系爭契約第24條第1 項第5 、8 、11款，於100 年8 月31日終止系爭契約，並沒收被上訴人之履約保證金新臺幣（下同）23,242,950元及預付款利息5,065,511 元。

㈡又因上訴人提供之鑽探資料及原設計錯誤、數量不足、變更設計等因素，伊得再請求展延如附表3 所示之工期共127 日

及增加給付如附表3 所示工程款9,618,666 元。並尚得請求如附表4 所示物調款90,332,860元及展期管理費共1,816,875 元。且依伊實際施作之進度，計算至18期止，另有已完工未估驗請款之工程款24,319,639元，伊自亦得一併請求之。

㈢復因上訴人將預付款42,948,000元存入星展銀行專戶，伊自1 至12期估驗已逐期扣回預付款共5,991,246 元，惟上訴人已於100 年8 月31日終止契約，並於100 年9 月1 日行文星展銀行將全額預付款連同利息5,065,511 元匯還上訴人帳戶，星展銀行已匯還，伊自得再請求上訴人以預付款扣回方式而未實際給付之上開工程款5,991,264 元。

㈣綜上，依民法第490 條第1 項、第227 條之2 及系爭契約、情事變更原則、採購契約要項第20點第3 項、第32點、誠信原則、不當得利之法律關係等提起本訴。並聲明：1.上訴人應給付被上訴人129,779,463 元，及其中30,310,885元自102 年6 月25日變更訴之聲明狀繕本送達翌日起、其餘自起訴狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按年息5 %計算之利息；2.願以現金或同額之臺灣銀行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。

二、上訴人則以：

㈠上訴人就系爭工程所提供之鑽探資料無誤，依招標須知第78條第4 項被上訴人應於投標前充分瞭解系爭工地地質情況，且依約被上訴人應補充鑽探A 水池施工項目亦編有地質鑽探項目，被上訴人就臨時鋼板樁增加引孔工法僅為輔助工法，而上訴人已展延工期48日；至A 水池原設計圖並無錯誤及數量不足，僅數量統計錯誤，不涉工期增減，被上訴人請求展延32日工期無理由；莫拉克颱風上訴人已核准展延3 日工期；被上訴人在99年4 月6 日完成A 水池遷建工程之機水電切換後，國研大樓即可開始施作，與A 水池取得使用執照否無關，又因就國研大樓統包之細部設計文件遲至99年11月24日假設工程預算書始經上訴人核定，被上訴人卻因統包系爭工程設計遲延影響施工進度，應由其自負責任，請求展延28日

應無理由。另就永久機房建造執照申報執照係於99年5 月21日函送被上訴人，被上訴人次日即可申報開工，惟遲至99年6 月2 日仍未申報開工，此期間上訴人已酌予展期10日，上訴人主張應展延17日並無理由。又國研大樓被上訴人僅於99年12月7 日、99年12月14日、99年12月24日進行破碎作業，且非要徑工項，被上訴人以咕咾石破碎請求展延23日同屬無據。是被上訴人主張就A 水池及國研大樓再准予展延工期127 日，均屬無理由。

㈡上訴人於100 年7 月21日並未拒絕給付工程款，且已於98年5 月給付預付款42,948,000元，而至第12期計價時自預付款扣回之金額為5,991,246 元，被上訴人已受領預付款36,956,754元，上訴人並未積欠工程款，被上訴人自100 年7 月22日起行使同時履行抗辯拒絕施作之後工程並無依據；又計至第12期止，上訴人已付工程款為87,360,120元，加計預付款扣回為93,351,366元。另因可歸責於被上訴人之事由而施工預定進度落後達10％以上，經上訴人限期催告仍未積極改善，上訴人依系爭契約第6 條第4 項約定暫停給付工程款亦無不合，且因可歸責於被上訴人之事由，上訴人已於100 年9 月1 日函文終止兩造契約。

㈢就被上訴人各項請求，上訴人就不爭執及否認之部分分別答辯如附表四所示。另上訴人因被上訴人違約，可對被上訴人請求之損害賠償詳如後述反訴部分所示，被上訴人爰為抵銷抗辯：並聲明：1.被上訴人之訴及假執行之聲請均駁回；2.如受不利判決，願以現金或同額之台灣銀行高雄分行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告免為假執行。

三、原審判命上訴人應給付被上訴人129,932,442 元，及其中30,310,885元自102 年6 月26日起、其中99,621,557元自102年2 月1 日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息，並駁回被上訴人其餘之訴。上訴人不服提起上訴，聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄；㈡上開廢棄部分，被上訴人興亞營造工程股份有限公司於第一審之訴及假執行之聲請均駁回

。被上訴人則聲明：㈠上訴人上訴於297,397 元外，其餘駁回（被上訴人經駁回之部分，未據上訴，已告確定）。

四、兩造不爭執事項：

㈠兩造於98年1 月8 日訂立系爭契約，由被上訴人向上訴人承攬A 水池工程及國研大樓工程，總工程款為3,579 萬元，並A 水池工程應於98年7 月31日完工且可正常使用，國研大樓工程應於98年10月31日前取得建造並申報開工，於100 年5 月31日前竣工，100 年7 月31日前取得使用執照。

㈡A 水池工程、國研大樓工程施工過程，分別因附表1 、2 所示之因素，經上訴人准予展延如附表1 編號1-5 、附表2 所示展延日數之工期各為249 日、75日。

㈢上訴人於100 年9 月1 日以中總字第1000003229號函文，表示被上訴人施作系爭工程有可歸責之事由致延誤履約期限，情節重大，且無正當理由而不履行契約，而依系爭契約第24條第1 項第5 、8 、11款約定終止契約。

㈣上訴人已依系爭契約第6 條約定，於98年5 月間將預付款42,948,000元匯入被上訴人指定之星展銀行中港分行專戶（帳號000000000000，戶名興亞營造工程股份有限公司），被上訴人則由星展銀行於98年4 月20日提供同額之預付款還款保證連帶保證書予上訴人。依第1 至12期工程估驗結果，應扣回之預付款為5,991,246 元，上訴人已於100 年10月3 日向星展銀行收取上開全額預付款。

㈤至100 年1 月31日第12期估驗計價時止，上訴人就第1 至11期工款估驗款已給付80,913,226元（已扣除20% 保留款），第12期估驗款計為14,178,708元，除扣除保留款20% ，以預付款扣還累計為5,991,246 元，上訴人就第12期支付6,446,894 元；系爭工程第13至18期之工程估驗款合計為48,766,760元。

㈥A 水池工程約定鋼筋及彎紮組立（SD420 、SD280 ）數量為370,602 公斤、乙種模板數量為6,622 ㎡，因計算數量不足等因素，上訴人於99年10月12日辦理第一次變更契約追加工

程造價5,998,000 元，變更後之鋼筋及彎紮組立數量為593,369 公斤、模板數量為8,828 ㎡。

㈦上訴人前依政府採購法第101 條第1 項第10款、第12款規定，以被上訴人就系爭工程有違約情事，將被上訴人刊登於政府採購公報，被上訴人不服而提出申訴，經行政院公共工程委員會採購會申訴委員會於102 年3 月8 日以訴0000000 號審議判斷，認定部分撤銷、部分申訴駁回，被上訴人就駁回申訴部分提起行政訴訟，經臺灣高雄高等行政法院以102 年度訴字第191 號判決認定上訴人通知被上訴人將刊登採購公報及異議處理結果之行政處分均違法，最高行政法院以104 年判字第140 號駁回上訴人之上訴確定。

㈧被證3（原審卷一第95-98 頁）為上訴人於招標階段所提供之鑽探及試驗工作成果紀實報告（鑽探地點為國研大樓基地），與原證12（原審審建卷一第92-97 頁）即被上訴人98年3 月就A 水池遷建工程所做地基調查報告書所調查之資料大體一致（原審卷一第158 頁），顯示地表下10公尺以下有N 值大於20之地層（原審卷二第245 頁）。

㈨被證8 、9 系爭工程之會議紀錄形式上為真正（原審卷一第161 頁）。另就A 水池工程之鋼筋與模板實際數量與詳細價目表不符部分，設計單位於98年2 月10日（原證15，原審審建卷一第106 頁）工地協調會中表示就數量出入部分，將一併於變更設計中辦理、另於98年2 月24日第5 次工地協調會（被證9 ）記載上開項目已結案。

㈩本件曾送臺灣省土木技師公會鑑定，製有（105 ）省土技字第5233號鑑定報告書。

㈪上訴人對於下列各項金額，共計99,479,046元不爭執：

1.第13至18期已估驗之工程款48,766,760元。

2.第1 至12期工程保留款共9,907,206 元。

3.第12至18期物價指數調整款共1,348,009 元。

4.預付款扣回溢扣共5,991,246 元。

5.履約保證金23,242,950元。

6.返還預付款衍生利息5,065,511 元。

7.上訴人以被上訴人施作逾期共96日扣罰違約金共5,157,364 元。

㈤上訴人對被上訴人請求已完工未估驗付款之工程款24,319,639元部分，依高雄市土木技師公會以被上訴人所結算之金額，得再請領6,862,010 元不爭執。

㈥被上訴人曾於100 年9 月1 日收受上訴人終止系爭契約之意思表示。

五、本件爭點：

㈠被上訴人主張A 水池施工合理工期，因有展延必要而應至99年8 月25日，有無理由？

㈡被上訴人得否以上訴人未辦理展延工期、追加工程款及給付第13至15期工程估驗款為由，行使同時履行抗辯？

㈢上訴人於100 年9 月1 日以被上訴人延誤履約期限，依系爭契約第24條第1 項第5 款、第8 款、第11款，自100 年8 月31日起終止兩造間工程契約，有無理由？系爭契約是否因此終止？

㈣被上訴人就附表三所示之各項請求，有無理由？

㈤上訴人所為之抵銷抗辯有無理由？

六、本院之判斷：

㈠被上訴人主張A 水池施工合理工期，因有展延必要而應至99年8 月25日，有無理由？

1.按契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。民法第227 條之2 第1 項定有明文。上開條文所定者即為情事變更原則，其旨在規範契約成立後有訂約當時不可預料之情事發生時，經由法院裁量以公平分配契約當事人間之風險及不可預見之損失。

2.被上訴人主張除上訴人已給予如附表一編號1-5 展延之日數外，A 水池工程有尚如原判決附表一編號6-10所示之原因，應再予展延工期部分：經原審送請兩造同意之鑑定機構即臺

灣省土木技師公會鑑定意見（下稱臺灣省鑑定報告）：

⑴上訴人所提供之地質鑽探資料僅就國研大樓位置設了4個鑽探點，A水池建物並未有地質鑽探點（見外放臺灣省鑑定報告第12頁）；依建築技術規則建築構造編第65條規定，每三百平方公尺應設一調查點，且每個建築要獨立鑽探，兩個基地應該要分別鑽探，而A水池基礎本身就應該鑽探四個鑽探點，故上訴人所提供之地質鑽探資料並不足以讓被上訴人評估在A水池鋼板樁工項需增加引孔工法之可能，A水池之地質鑽探資料有取樣不足之事實，工程實務A水池係由上訴人自行設計，由被上訴人施工，但契約上已編列A水池工程之鑽探費用，故被上訴人（臺灣省鑑定報告載為上訴人，被上訴人自陳有誤，見原審卷八第189頁）有義務依建築技術規則規定之孔數及設計深度，自行鑽探以瞭解A水池之地質狀況（臺灣省鑑定報告第13頁）。

⑵A水池遷建工程於98年3月間，由上訴人委託開通大地工程股份有限公司辦理地基調查，共鑽C1、C2二孔。C1孔在深度10.5公尺處N值即達70，C2在深度15公尺時N值為24，顯示非採引孔工法則無法打設鋼板樁。鋼板樁在一般N值小於22之地質並不需要引孔，在碰到較堅硬地質，鋼板樁無法打設才需要引孔，此時引孔並非「輔助工法」，而是「必要之工法」；如果需要增加引孔工法而原來預算未編列引孔費用，即可要求展延工期及增加給付工程款。被上訴人主張設計疏漏部分，應為A水池部分，因A水池係由上訴人設計，被上訴人承包施工，惟於A水池基地，上訴人並無施作地質鑽探供被上訴人研判基地地質，故應認為A水池係屬設計疏漏（臺灣省鑑定報告第14-16頁）。

⑶上訴人雖爭執稱引孔並非獨立工法，而係輔助工法云云。然查，上訴人此部分之主張已與上開鑑定報告之內容相左；再者，依上訴人99年5月14日中99總營字第149號函所檢送之會議紀錄所示，於99年4月22日由兩造所邀集之專家學者所召開之協調會議，當時上訴人所屬之沈茂松委員即表示：「

亞新公司報告．．但在泥岩設計打擊式鋼格樁，卻因實際施工鋼板樁無法打入，而欲變更追加2500萬元之連續壁，後來因請一些專家學者來研商，改為鎢鋼牙排樁鑽孔，再埋入鋼板樁，如此工程順利完工，而廠商再提出追加380 萬元，如此亦為幫助主辦單位及亞新省錢，『此經費應該補給人家』。4.承包商應妥善設計臨時支撐工法及其附屬建構，但A 水池之臨時之臨時檔土支撐鋼板樁工法，卻為設計單位所設計，非承包商設針，故『工法變更』增加之成本，亦由設計單位來承擔。5.『工法變更』，設計單位應有加減項處理。」另營建署陳鴻益委員亦稱：「3.有關咕咾石層之鋼板樁引孔之要求『追加增加施工費』，亦可以依契約第3 條規定，予以追加方屬合理，以符雙方公平原則。」（見原審卷二第173 頁背面）。是由當時上訴人所邀集之專家學者，亦肯認引孔施作應為變更工法，且應適當追加施工費用，是上訴人所稱引孔應僅為輔助工法而非獨立工法，不屬工法變更，不應增加施工日期云云，尚無足採。

⑷而就引孔工法展延工期部分，監造單位亞新工程顧問建議展延工期89日（見臺灣省鑑定報告報第117-118 頁），上訴人核准48日，扣除減該核准展延48天，可展延之日數本可再增加41日，是被上訴人請求再展延31天似為合理（附表1 編號10），惟因被上訴人此部分之請求，已包含於上開已核准展延之48日之內，不宜再重覆計入【詳後述，證物部分見見本院卷九第305 頁，臺灣省土木技師公會109 年8 月28日（109 ）省土技字4464號函】。復因有大量咕咾石需破除，請求展延工期9 天（附表一編號8 ）、原小包退場3 天（附表一編號9 ），莫拉克颱風應再展延工期1 天，皆應屬合理（臺灣省鑑定報告第16頁）。另因A 水池鋼筋模板原設計數量不足部分應再給予展延數日為28天（附表一編號7 ）（見臺灣省鑑定報告第18頁）。上訴人雖爭執稱咕咾石破除屬被上訴人應承擔之風險，原小包退場3 天係被上訴人之債務履行輔助人之問題，應由被上訴人承擔，另鋼筋模板原設計不足部

分被上訴人前未提出任何展延工期之請求，屬被上訴人應自行負責之施工期程規劃云云。惟因有關A 水池部分，上訴人所提供之地質鑽探資料既有取樣不足，而致被上訴人需變更施工工法，俱如前述，則有關咕咾石破除顯難認已為被上訴人於施作A 水池前所可預見，致被上訴人原所僱佣之小包，因諸如施工器具不足、或無能力繼續施作等情，而予以退場，既係可歸責於上訴人導致被上訴人施工工法需改變，衡情自應予被上訴人另覓適當之下包承包商，並因施工方法變更而有增加施工時間之必要。而鋼筋及板模數量上訴人原設計計算既屬有誤而有追加之必要，為上訴人所不爭執，自應酌予延展工期，不能單以被上訴人前於98年2 月24日工地協調會中，僅就數量增加達成契約變更合意，即認被上訴人已拋棄展延工期請求，上訴人此部分之主張，並無理由。

⑸再者，上訴人又稱原證8 所示上訴人99年10月4 日中總字第0990003667號函所延展之70日，係用於延展國研大樓之施工期，而非係延展A 水池之工期云云。惟查，本件A 水池經被上訴人向建管單位申辦使用執照及竣工勘驗事宜，經高雄市建管單位指示，新設永久機房涉與A 水池共構，需辦理變更設計及併同永久機房申相關執照，被上訴人乃向上訴人申報自99年1 月5 日起停工，有被上訴人99年5 月24日興工字第99052401號函可憑（本院卷三第247 頁）。本院就此再予函詢，高雄市工務局函覆稱：系爭A 水池之雜項執照於竣工後，依建築法第73條之規定，應請領使用執照後始得使用，又新設永久機房已符合建築法第4 條所稱之建築物，應請領建築執照。至因中山大學欲至系爭A 水池上興建永久機房，而需辦理變更設計，其理由為因原核定之系爭A 水池雜項執照合併至永久機房，故依建築法第39條之規定，自應辦理變更設計等語，有高雄市政府工務局109 年3 月4 日高市工務建字第10931704500 號函可憑（見本院卷九第205-206 頁）。被上訴人再於99年9 月20日以興工字第00000000號函函知上訴人，其內容即載明：永久機房之變更工期乙案，應以實際

之永久機房執照開工核准日99年6 月7 日辦理延展工期，另原國研大樓新建工程，如無A 水池新建完成及舊有水池拆除完成無法開工，因原以98年10月31日起算國研大樓新建工程，應變更為A 水池申報竣工日99年7 月11日為起算點，請上訴人依契約規定「調整A 水池之展延工期」，併予國研大樓工程之修正進度表等情（見本院卷三第204 頁）。上訴人雖以原證8 函覆被上訴人：有關本校「國際研究大樓新建統工程」之國際研究大樓新建工期調整案等語。惟其後就延展工期70日曆天之部分，其原因係「因永久機房興建與其建照取得及開工申報事宜」（見原審審建卷一第87頁）。是永久機房興建既需與A 水池共構，已如前述，佐以由被上訴人之上開00000000號函之函文內容，本即係請求展延A 水池之施工工期，堪認上訴人應係同意延展A 水池之施工工期無訛。參以被上訴人已於99年7 月11日申報A 水池竣工，上訴人於99年10月4 日發函原證8 予被上訴人，苟被上訴人就A 水池之施工確有遲延，上訴人當無就此未加以指摘之理。再參本院就此再函詢臺灣省土木技師公會，亦據函覆：「按國研大樓建於舊水池用地上，但全校用水皆賴舊水池供水，必須俟A 水池及永久機房（需申請建照）完工並正常運作後，方能拆除舊水池，也才能興建國研大樓。因A 水池（含永久機房）建造變更設計取得是99.5.18 ，A 水池之展延185 天，係至99.4.6，但使用執照取得在99.9.27 ，才能正常供水，也才能拆除舊水池興建國研大樓，故展延70天含A 水池無疑。」等情（見本院卷六第191 頁）。是上訴人此部分所辯，尚屬無理。

⑹綜合，審酌臺灣省土木技師公會與兩造並無任何利害或特殊關係，且係受原審法院囑託就本件進行鑑定，又其鑑定過程中已斟酌是否變更工法及變更工法之影響、鋼筋及模板數量不足之影響，及變更設計對A 水池之影響等諸多因素，復由具有專業之土木技師進行鑑定，其鑑定結果自屬可信。是依上揭臺灣省鑑定報告及論述，被上訴人主張就A 水池工程應

展延之工期，如不重複列計附表一編號10之A水池引孔工法展延之31日，合計即為359日【即包括：①A水池里程碑完工展延185天（經上訴人許可，見原判決不爭執事項㈡，原判決附表1編號1）；②A水池上方變更追加永久機房興建及建照取得應停工70天；③世運停工9天（經上訴人許可，見原判決不爭執事項㈡，原判決附表1編號3）；④莫拉克颱風及積水停工6天（經上訴人許可，見原判決不爭執事項㈡，原判決附表1編號4）；⑤畢業典禮停工1天（上訴人不爭執，見本院卷九第247頁）；⑥A水池鋼筋及模版數量追加增施工28天（見臺灣省鑑定報告第18頁）；⑦A水池擋土施工增加48天（上訴人核准，見原判決不爭執事項㈡，原判決附表1編號7）；⑧A水池咕咾石破碎應展延9天（見臺灣省鑑定報告第16頁）；⑨A水池原小包退場應展延3天（見臺灣省鑑定報告第16頁）。以上①～⑨項共應展延359天】。如加計原A水池預定施工180天，共為539天。是自A水池從98年2月2日開工，加計539天工期，即預定完工日期應為99年7月25日。

⑺另系爭工程監造單位雖曾出具意見認為，有關A水池遷建工程里程碑完工期限，除鋼板樁引孔工期，經上訴人展延48日外，其餘有關契約變更內容展延案，僅建議展延192日，有亞新公司100年1月18日函在卷（本院卷三第268頁）。然本院審酌亞新公司上開函示中，有關咕咾石破打除部分，認不再給予工期，惟因此部分涉及上訴人設計疏漏，而有變更之必要，苟不予以適當之工期，尚難謂洽，且未同時加計因變更設計使原小包退場而有更換小包之必要。又有關永久機房新建工程部分，僅計入34日工期，未如臺灣省鑑定報告所載認應加計建照取得之時間，復未考慮既有追加A水池之鋼筋及模版數量追加，應酌增施工日數等情，是如再加計上開包括世運停工、莫拉克颱風停工等因素，監造單位所出具之展延日數意見難認為適當，故仍應以上開本院所採認臺灣省鑑定報告所載之展延日數為當，是監造單位上開意見，不足

採信。

3.另就國研大樓應否准予展延工期部分，臺灣省鑑定報告以：國研大樓因係由被上訴人興亞營造公司以統包方式承辦，故認為引孔工法工期及大量咕咾石需破除，皆應由被上訴人自行負責，不宜再行請求（見臺灣省鑑定報告第16頁）。因此部分與前述A水池之部分，上訴人存在設計疏漏而需變更工法之情形不同，系爭工程契約由被上訴人以統包方式承攬，工程施作過程，除有不可抗力外，本應由被上訴人自行以適當工法實施並控制工程進度，此外，在被上訴人未證明於國研大樓施作之過程中有何不可抗力之情形外，難認有再予展延工期之必要。

4.被上訴人雖以臺灣省鑑定報告：就興建永久機房而延誤國研大樓開工，再展延31天工期部分未加計，主張全部應展延390天，而非鑑定報告認定應加計359天云云。並以鑑定報告或認只要A水池與原本在國研大樓下之舊水池機水電轉換，將舊水池的水及供應系統移至A水池後國研大樓即可準備施作，而機水電轉換係在99年4月6日，故鑑定報告自該日起即將工程分為上方工期為A水池、下方工期即為國研大樓。上訴人則以上訴人就國研大樓展延70天係重複展期之日數，A水池既已展延390天，則國研大樓之細部計畫未完成之前，不應再就國研大樓部分予予展延，國研大樓部分展延應予扣除等語。經本院再函詢鑑定單位，據臺灣省土木技師公會函稱：上訴人就A水池擋土施工事宜，已同意展延48日，被上訴人所主張加展延工期31日，係針對「引孔工法」而論，復查本工程之擋土施工措施，係採用鋼版樁擋土，因地質關係，鋼版樁施打困難，故增加引孔作業，而「引孔工法」係先行於「鋼版樁打設」之前，故被上訴人此部分之請求，已包含於前揭已計入展延天數之48日內，故不宜重覆計入，此有臺灣省土木技師公會109年8月28日（109）省土技字4464號函可憑（見本院卷九第305頁），是被上訴人主張國研大樓應再予以列計展延期日，即無足採。況參鑑定報告附件

十六進度表所示，國研大樓之細部計畫係於99年9 月29日方全部審核完成，同時段之工期另有結構設計圖及大地開挖審查至99年7 月30日完成，日期均在上開A 水池工程預定完工日99年7 月25日、被上訴人99年7 月11日申報A 水池竣工之後，是國研大樓本身細部計畫之審核及結構設計及大地開挖之完成日期，既均在A 水池預定完工日，甚至係於被上訴人申報A 水池竣工之後，足認國研大樓之興建並未受上開A 水池遷建興建永久機房之影響，被上訴人主張應再展延31天工期即無理由。是系爭工程應再展延之工期日數以鑑定報告認定之359 天為合理，上訴人此部分請求應再展延31天即無理由。

5.兩造於99年10月12日辦理第一次變更契約，被上訴人於前述變更前，已多次發函要求上訴人因A 水池需變更設計而應展延工期之需求，然上訴人僅部分准許。又依系爭工程契約第22條第1 、2 項之約定：「甲方（上訴人，下同）於必要時得於契約所約定之範圍內通乙方（被上訴人，下同）變更契約（含已核定細部設計與新增項目部分），乙方於接獲通知後應向甲方提出契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容需變更之相關文件。．．．二、乙方於甲方接受其依本條第一款所提出須變更之相關文件前，不得自行變更變契約。除甲方另有請求者外，乙方不得因前款之通知而遲延履約期限。」是由上開契約文義，是否准予展延即全繫於上訴人之決定。惟經本院認定既需展延359 日，且被上訴人前已向上訴人請求展延，是縱認其合意變更契約，亦不得認被上訴人已拋棄展延工期之意思。

㈡被上訴人得否以上訴人未辦理展延工期、追加工程款及給付第13至15期工程估驗款為由，行使同時履行抗辯？

1.按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付，民法第264 條第1 項前段定有明文。而工程實務所謂工程估驗款者，係因相關材料多須由承包商自行購置，且工程進行期間均極冗長，甚至長達數年之久，若業主

至工程全部完工時始須給付全部工程款，對於承包商將造成龐大資金壓力，故為減輕承包商之資金壓力，並利於工程進行，當事人間通常約定當工程進行至一定期間時，承包商得以書面向業主申請估驗計價，經業主核實審驗後，給付承包商於該期間內所完成工程數量之一定比例金額，其餘則為保留款。暫且不論此種方式之付款，其法律上性質為何？惟承攬契約既為繼續性契約，且契約當事人既考慮上情，促使承攬工程得以如期進行，而為估驗款之約定，自應受拘束，亦即此約定就業主各階段之施工估驗款之給付，與承攬人（承包商）之後續工程之施作，已立於互為對待給付之性質。承包商施作合於契約約定得為估驗請款之程度，並向業主申請計價給付，如業主無正當理由予以拒絕，自應賦與承包商得依前揭民法第264 條第1 項前段之規定，拒絕其後工程之施作，以符事理之平。

2.經查：

⑴系爭工程至第12期估驗計價時（100 年1 月31日）為止，計算已付之1 至11期工款估驗款（扣除20% 保留款）為80,913,226元，第12期估驗款計價為14,178,708元，除扣除保留款20% 外，以預付款支付而記載預付款扣還累計為5,991,246元、上訴人第12期支付6,446,894 元，有第12期計價單可佐（見原審審建卷二第286 頁、原審卷二第244 頁）；另系爭工程第13至18期之工程估驗款合計為48,766,760元（見原審卷八第113 頁）等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈤）。又被上訴人係在100 年6 月14日以工地備忘錄提出第13-15 期之估驗計價請款資料，經設計監造亞新公司於100 年6 月22日以預定進度落後已達10% 以上為由請上訴人核示、被上訴人再於100 年8 月31日以工地備忘錄提出第18期估驗計價請款予亞新公司，亞新公司於100 年9 月5 日審查無誤送上訴人查核等情，有工地備忘錄及亞新公司函文可參（見原審審建卷二第8-19頁）；被上訴人並於100 年7 月7 日再行文上訴人以上訴人尚未給付100 年2 至5 月已施作完成部分

之工程款，已逾4個月仍未付，造成被上訴人資金調度困難為由，請上訴人儘速付款，另再於100年7月4日以存證信函催告上訴人應付款，否則被上訴人將立即有財務困難情事等，亦有被上訴人與亞新公司函文為憑（見原審審建卷二第20-26頁）；足認被上訴人所主張已向上訴人請求給付第13-15期估驗計價工程款，惟未獲給付之事實，乃屬真實。又被上訴人其後請求第18期估驗計價款，既經監造單位審核無誤，可認被上訴人於請求給付第13-15期估驗工程款時，已施作各該期工程完畢無訛。

⑵第13至18期估驗款累計為48,766,760元，經監造單位審核第18期無誤送交上訴人，已如前述，是就估驗計價工程款數額部分，監造單位審查結果並無錯誤；另第13至第15期估驗款被上訴人係在100年5月26日提請送審，監造單位修改後，被上訴人再於100年6月14日提出核定版之申請，監造單位僅認被上訴人施作已有遲延，然對請求金額並無意見，並於100年6月22日核定，金額則為20,022,892元，此有監造單位函文可憑（見原審審建卷二第17頁）。

⑶上訴人雖以被上訴人施作遲延為由而拒不支付上揭13-18期之估驗款，然系爭工程工期既應展延，上訴人未計入前開應展延之期日，逕認被上訴人施作遲延逾10%，與事實不合。況依上訴人核准展延工期之工程預定進度表（見高雄高等行政法院102年度訴字第191號卷卷二第28頁），本件工程於100年7月22日預定進度僅47.78%，然依據100年7月5日系爭工程第116次工地協調會議紀錄，被上訴人截至100年7月5日，實際施工進度已達48.23%，有上開會議紀錄可憑（見高雄高等行政法院102年度訴字第191號卷卷二第156頁），是被上訴人並無施工落後之情形存在。

⑷至被上訴人雖曾於99年10月29日提送國研大樓之施工網圖，並標註99年6月1日即可開工，於100年8月9日完工，而經上訴人核定。然上開國研大樓施工網圖所標註之開工日期，係早於A水池99年7月11日竣工、A水池99年9月27日取

得使用執照之前。且須俟A水池及永久機房完工並正常運作後，始能拆除舊水池並進行興建國研大樓，已如前述，堪認被上訴人原所提送之國研大樓施工圖實際上不可能施工，自不得以上開網圖作為施工進度之判斷依據。同理，A水池之施工既應予以延展工期，則被上訴人前所提報之規劃設計進度管制表等，自亦無由作為認定被上訴人就國研大樓有無施作遲延之判斷依據。

⑸又縱兩造就應否展延工期或展延日數有爭議，然於爭議未釐清前，上訴人就被上訴人已施作部分，應依約給付已估驗工程款，方合於誠信原則，是上訴人所為抗辯並無理由。

⑹上訴人再以系爭工程於98年5月初已支付42,948,000元之預付款（見原審審建卷二第281頁），迄至12期估驗為止，被上訴人已受領預付款36,956,754元云云。惟查，就上訴人先付之預付款，被上訴人亦由星展銀行中港分行提供預付款還款保證書連帶保證書，保證一經上訴人通知該行即將預付款連同利息返還予上訴人。而上訴人已於100年9月1日行文星展銀行中港分行要求將履約保證金餘額23,242,950元及上開預付款保證金42,948,000元及計算至100年9月30日止之利息5,065,511元，合計71,256,461元給付予上訴人，該行並於100年9月26日支付，有預付款還款保證連帶保證書及上訴人、星展銀行中港分行函文可參（見原審審建卷二第56-59頁）。足認上訴人雖支付預付款，然被上訴人亦提供相當之預付款保證書，且預付款之性質係分期扣回，尚與單純先行預支工程款之情形有別，故上訴人以有預付款為由而抗辯未依約給付分期估驗款即無理由。

3.綜上，被上訴人向上訴人請求第13-18期之工程估驗款，復無施工遲延之情形，上訴人無正當理由遲延給付估驗款，揆諸首揭論述，被上訴人行使同時履行抗辯權，拒絕繼續進場施作，為有理由。

㈢上訴人於100年9月1日以被上訴人延誤履約期限，依系爭契約第24條第1項第5款、第8款、第11款，自100年8月

31日起終止兩造間工程契約，有無理由？系爭契約是否因此終止？

1.按工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害，民法第511 條規定甚明。故定作人終止承攬契約之理由，縱非事實，如其真意係在嗣後終局消滅契約關係，即屬終止契約之意思表示，對於契約終止之效力不生影響。

2.上訴人以100 年9 月1 日中總字第1000003229號函文：「被上訴人施作系爭工程進度已落後達50% 以上為由，且被上訴人擅自自100 年7 月3 日起全面停工延誤履約期限，情節重大，而依兩造工程契約第24條第1 項第5 款、第8 款、第11款等約定，自100 年8 月31日起終止與被上訴人間之承攬契約關係，有上開函文可憑（見原審審建卷二第3-4 頁）。惟查：

⑴兩造工程契約第24條第1 項第5 款、第8 款、第11款係分別約定：「因可歸責於乙方（即被上訴人，下同）之事由，致延誤履約期限，情節重大者。」、「無正當理由而不履行契約者。」、「乙方未依契約規定履約，自接獲甲方（上訴人，下同）書面通知之次日起十日內或書面通知所載較長期限內，仍未改善者。」有兩造工程契約可證（見原審審審建卷一第47-75 頁，另外放契約）。

⑵被上訴人施作系爭工程經鑑定結果因有如附表一之應再展延工期事由存在，由鑑定機關認定共應展延359 天，加計原A 水池預定施工180 天，共為539 天，在A 水池係從98年2 月2 日開工，於加計上開工期後，預定完工日期應為99年7 月25日，然上訴人自100 年2 月起即未依約給付分期估驗款，經被上訴人催告仍拒不給付，被上訴人因而於100 年7 月22日為拒絕施作後續工程之同時履行抗辯為有理由；又系爭工程截至100 年7 月5 日，實際施工進度已逾100 年7 月22日預定進度，俱如前述，即上訴人於100 年2 月間拒絕依約給付估驗款時，被上訴人並無履約遲延情事。此外，上訴人亦

未提出被上訴人有何延誤履約且情節重大等情，或證明被上訴人有何無正當理由而不履行契約之情事；上訴人依系爭契約條款終止系爭契約，即非合法。

⑶至上訴人抗辯因兩造契約第24條第8項已約定：「非因政策變更且非可歸責於乙方事由而有終止或解除契約必要者，準用前二款規定。」，是系爭契約之終止應優先適用該條之規定云云（見原審卷六第273頁）。惟查兩造契約第24條第8項（應為第8項，上訴人載為第8款）約定係指非因政策變更且非可歸責於被上訴人事由，但契約有必需終止或解除必要之情形而言，然本件上訴人係以被上訴人履約遲延為由而終止契約，自非「非因政策變更且非可歸責於乙方事由而有終止或解除契約必要」之情事，自無該規定適用，上訴人此部分之主張，並無理由。

⑷依前揭民法第511條之規定，可知工作之完成，係基於定作人之利益及需求，如定作人認工作之完成，對其已無意義或利益時，立法者即允許定作人於工作完成前，得隨時任意終止承攬契約，以免繼續無利益或無意義之工作，此為定作人得任意、不附理由終止承攬契約之特權。查上訴人依前揭契約約定所為終止契約，固不生終止效力，但上訴人於終止後就後續未完成之工項，既已另行發包予其第三人施作並已完工，並反訴請求被上訴人應賠償接續設計服務及重新發包所增加之工程費用65,328,763元（此部分無理由如後述），足認上訴人於上開終止契約行為，主觀上已無意願再由被上訴人繼續施作系爭工程未完工部分。應認上訴人所為終止之意思表示已生依民法511條任意終止之效果，是兩造契約在被上訴人於100年9月1日收受上訴人上開終止契約之函文後已生依民法第511條而為終止之效力。

㈣被上訴人就附表三所示之各項請求，有無理由？

1.按終止契約，乃使現存繼續的契約關係，向將來消滅之行為，故終止契約，僅使契約自終止時起，嗣後失其效力，與解除契約係溯及訂約時失其效力之情形不同。苟承攬契約在終

止以前，承攬人業已完成之工作，苟已具備一定之經濟上效用，可達訂約意旨所欲達成之目的者，定作人就其受領之工作，有給付相當報酬之義務。

2.就被上訴人所請求如附表三所示各項請求有無理由，分述如下：

⑴A水池工程部分（附表三.一、1、3部分）：

①A水池因原設計鋼板樁工法有不足而經上訴人於98年4月1日決定需新增引孔工法乙節，業據被上訴人提出施工日誌為憑（見原審審建卷一第132頁），而新增引孔工法確有必要，然初時僅以上訴人提供之地質鑽探資料不足以使被上訴人評估應新增引孔工法之可能等，亦均經鑑定機關認定無誤，且引孔工法係在碰到較堅硬地質，鋼板樁無法打設才需要引孔，而引孔並非輔助工法為必要之工法，如需要增加引孔工法而原來預算未編列引孔費用，即可要求展延工法及增加給付工程款，均如前述，且為鑑定機關載明（外放臺灣省鑑定報告14-15頁）。鑑定機關亦計算認定本件因而增加A水池引孔工法費用2,066,571元及咕咾石破碎打除費用135,000元，亦有鑑定報告可參（外放臺灣省鑑定報告第17頁），而被上訴人請求之工程款均應加計一式間接工程費及營業稅計算之事實，亦為上訴人所不爭執（原審卷九第107頁背面）。是上訴人既決定新增引孔工法，並經被上訴人以引孔工法施作完畢，惟此部分上訴人既未就此辦理變更設計，被上訴人依上揭系爭契約第22條第3項之規定，請求上訴人予以補償此部分之費用，自屬有據。而如加計被上訴人所主張而為上訴人不爭執之一式計價項目【包括安全衛生及環保設施費（工程款1％）、品管費（工程款1％）、保險費（工程款0.4％）、利潤運雜費（工程款3.33％）及營業稅（工程款5％），合計為10.73％；比例依工程總表計算得出，見原審審建卷二第185頁，以下均同】，是被上訴人就附表三一、1、3之部分，分別依系爭契約第5條第3項、第22條第3項及民法第227條第2第1項（原審卷八第248頁），合

計請求2,437,800 元之部分【計算式：（2,066,571 ＋135,000 ）x 1.1073＝2,437,799.56，小數點以下四捨五入】，為有理由，應予准許。

㈡扣罰逾期違約金（附表三.一、2部分）：

被上訴人遭上訴人以施作逾期共96日，扣罰違約金5,157,364 元部分，因上訴人對於扣罰違約金之數額並不爭執（見不爭執事項㈣、7.），而被上訴人施作本件工程並未逾期已如上述，上訴人以逾期為由而扣罰違約金而未給付此部分工程款自無理由，被上訴人依兩造契約第5 條第1 項約定及民法第490 條第1 項規定，請求上訴人給付此部分工程款（見原審卷八第250 、257 頁，本院卷六第274 頁反面），即有理由。

㈢就A 水池結構鋼筋模板不足部分（附表三.一、4部分）：

被上訴人主張就A 水池結構鋼筋模板不足部分，雖經上訴人辦理變更追加，惟僅追加593,369 公斤，尚有不足，依系爭契約第5 條第3 項、第22條第3 項之約定，上訴人自應給付等語，並提出變更契約之詳細價目表為憑（見原審審建卷一第184 頁）。而就變更後被上訴人所主張應追加之鋼筋數量是否有據乙節，經送鑑定之結果，鑑定機關以：㈠被上訴人所提之A 水池鋼筋計算已不含鋼筋損耗數量；㈡工作筋及版墊筋按一般工程慣例，係由鋼筋損耗數量中裁切使用，既然工程合約A 水池之鋼筋單價分析表未含有「鋼筋損耗率及被上訴人所提出之A 水池鋼筋計算表已不含鋼筋損耗數量，而工作筋及版墊筋又是工程上必須使用，則被上訴人所提出之A 水池鋼筋計算表中將其列入，應為有理；㈢中間柱補強鋼筋依現場施作號數計算，此點監造單位意見影響鋼筋數量甚微；㈣搭接次數請依契約第03210 章規定，經查契約第03210 章中未有搭接次數多寡之規定；㈤綜上所述，被上訴人主張上訴人就上開部份所增加給付之鋼筋及彎紮組立項目仍不足，應再增加給付共1,827,420 元（見外放臺灣省鑑定報告第19頁）。本院審酌工程施作過程，鋼筋因裁切使用或作為

非結構之工作筋等，而產生必要損耗，乃屬正常，鑑定單位上揭鑑定意見，既已充分考慮必要耗損、搭接次數及可不計入影響數量之因素，復如前述與兩造並無特殊情誼，而係基於專業考量而為鑑定意見之提出，自屬可採。又此部分既經上訴人辦理追加，苟有追加數量不足，惟被上訴人仍於合理數量範圍內施工完畢，依系爭契約第5 條第3 項、第22條第3 項之約定，自應予以追加帳給付。是如依上開鑑定之金額1,827,420 元，加計上開一式項目計價10.73 %，即為2,023,502 元（計算式：1,827,420 × 1.1073＝2,023,502.166，小數點以下四捨五入），被上訴人於此範圍內之請求，應為合理。

④上訴人雖主張稱A 水池之工程款中關於增加A 水池引孔工法費用、咕咾石破碎打除費用及A 水池結構鋼筋模板費用部分，應自A 水池驗收結算完畢即起算請求權時效，故被上訴人就A 水池之工程款請求權已罹於時效等語（本院卷四第136頁背面）。然查，因A 水池僅有施工費用，而依系爭契約第6 條有關契約價金之給付條件，於該條第2 項第2 款第5 目：「估驗款每期均應扣除5 %作為保留款，並於工程竣工驗收合格、取得使用執照、試運轉完成、乙方繳納保固保證金且無待辦事項後，結清施工費用。」（原審審建卷一第52頁背面）。另就保固保證金之部分，系爭契約第19條第2 項第1 款前段約定：「乙方為履行保固的責任，應於驗收合格後，提供按契約『結算』總價5 %計算之保固保證金。」（原審審建卷一第67頁背面）。上訴人雖稱於99年12月21日驗收時，已於驗收紀錄上記載結算金額為53,992,000元，並提出驗收紀錄為憑（見本院卷四第118 頁），然於上開驗收報告中，前述金額為「契約金額」，並非結算金額，又尚於備註欄載明：「逾期281 日.281× 00000000× 0.001 ＝15,171,752」、「逾期相關事宜，另案辦理中」，上訴人復無法提出諸如工程結算證明書，證明就A 水池部分已結算完畢。A 水池既尚未結算，被上訴人自無由經結算之金額提出保固保證

金，自無法請求A 水池之工程款。上訴人既未就A 水池進行結算，即在100 年9 月1 日單方終止兩造間承攬工程契約關係，本件工程估驗驗或其他工程款之請求權時效，應自上訴人為終止之意思表示時起方能起算，計算至被上訴人提起本件訴訟繫屬日之102 年1 月23日時止（見原審審建卷一第1頁收狀章），尚未罹於請求權時效。

⑵已估驗之工程款（即附表三.二部分）：

①就已估驗之第13至18期工程款48,766,760元部分（即附表三、二、1 之部分）：

此部分被上訴人已提出經上訴人之監造審核確認之估驗計價單（見原審卷一第50-59 頁），而上訴人對上開已估驗計價款及數額亦均不爭執（原審卷二第283 頁、不爭執事項㈤），並經鑑定機關臺灣省土木技師公會技師認定無誤（外放鑑定報告第27頁）。上訴人既已任意終止系爭契約，且被上訴人前揭同時履行抗辯為可採，被上訴人自得就已依約施作惟未獲給付之工程款請求給付，是被上訴人部分之請求，為有理由。

②就第1 至12期工程保留款9,907,206 元部分（即附表三．二、2 之部分）：

查依系爭契約第6 條第2 項第2 款第5 目：「估驗款每期均應扣除5 %作為保留款，並於工程竣工驗收合格、取得使用執照、試運轉完成、乙方繳納保固金保證金且無待辦事項後，結清施工費用。」（原審審建卷一第52頁背面）顯見保留款為工程款之一部。上訴人對於被上訴人施作第1 至12期工程估驗保留款為9,907,206 元之事實並不爭執，而上訴人已任意終止系爭契約，被上訴人依系爭契約第5 條第3 項及民法第490 條第1 項規定（原審卷六第202 頁），請求上訴人給付已施作之保留款，為有理由。

③就第12至18期之物價指數調整工程款1,348,009 元部分（即附表三.二、3 之部分）：

依系爭契約第5 條第10項第1 款：「工程進行期間，如遇物

價波動時，就總指數漲跌幅超越2.5％之部分，於估驗完成後調整工程款。」（見原審審建卷一第50頁背面）。可認物價指數調整工程款，係系爭契約明定因應物價變動情事而為增減給付工程款之約定，是如符合前揭物價變動要件，被上訴人本即得依上揭規定予以請求。而被上訴人請求第12至18期物價指數調整款共1,348,009 元部分為上訴人所不爭執（原審卷八第112 頁正反面；不爭執事項㈡、3.），並為鑑定機關臺灣省土木技師公會技師肯認（外放臺灣省鑑定報告第27頁），是被上訴人依前揭系爭契約約定，請求上訴人給付此部分工程款為有理由。

㈣就已實際完工未估驗付款之工程款24,319,639元部分（即附表三、二、4 之部分）：

㈠被上訴人主張依現場實際施工進度48.23%計算已實際完工，而未估驗之工程款數額為24,319,639元之事實，業據提出100 年7 月3 日之監造日報表（原審卷四第115 頁，原證101)為證，其上確實記載實際進度為48.23%，並經監造審核蓋章無誤；且鑑定機關臺灣省土木技師公會亦載明：「依亞新工程顧問股份有限公司100 年7 月5 日第116 次工地協調會紀錄暨統包趕工會議紀錄核定完工進度為48.23%，計算所得完成金額為363,898,000 × 48.46%=176,344,970元，扣除已給付之估驗款152,025,332 元後，上訴人尚應給付24,319,639元。」（外放臺灣省鑑定報告第27頁）；是被上訴人本項請求即有理由。

㈡上訴人雖以估驗限於已施工完成為限，即以估價單上所載請款實際進度為請款依據，並非以施工實際進度為依據，因施工實際進度之計算會加計進場材料，並將半成品、瑕疵品及預留開孔等視為已完成而計入進度，故估驗計價單上右下欄所列之施工實際進度非指已施工完成者，被上訴人以之主張實際進度48.46%而請求工程款並無理由，應依高雄市土木技師公會於100 年12月30日製作之鑑定報告結算總表，並以亞新公司所認定之105,272,816 元為已完成之結算金額方為合

理云云（見原審卷三第130-131 頁、原審卷九第3 頁）。惟查，上訴人既已任意終止系爭契約，被上訴人請求已完工未估驗之工程款加計相關已進場之材料或半成品等費用，自無不合，又最後期日之監造日報表之實際進度既經監造單位審核，自應認定屬實無訛。上訴人以高雄市土木技師公會事後所為之鑑定數量結算總表（外放高雄市土木技師公會105 年5 月31日高市土技字第00000000號鑑定報告書附件三，第110 頁，卷九第13-17 頁；下稱高雄市鑑定報告）為抗辯難認有據。況高雄市土木技師公會鑑定之結案報告，其中部分未審定均以50 %計算、未核定則以75% 計算，惟未說明理由（見原審卷九第15頁）。而證人高雄市土木技師公會之鑑定人劉昌南於本院調查期間，亦僅來院證稱：此比例係依據「經驗」而來的等語（本院卷八頁23背面），所為鑑定亦難認公允。本院於調查後，認因高雄市土木技師公會尚有其他未予斟酌之事項，諸如：證人即高雄市土木技師公會之鑑定人劉昌南來院證稱：一般工程鑑定計算實際完成進度之比例，是依照已完成之「工」與「料」的金額，佔契約總價金之比例換算（見本院卷八頁45面背面、第46頁），然證人劉昌南亦證稱：鑑定報告第222 頁至226 頁機電部分，所記載結算的部分僅有材料而沒有包工等語（見本院卷八頁44背面）。又依高雄市土木技師公會鑑定報告所載：本會乃「以」興亞營造公司及亞新顧問公司所簽認第18期工程「估驗數量」為參考資料，以及亞新顧問公司提送之監造結算表，據以客觀檢核及研判本鑑定工程之結算數量，其中基礎工程為地下工程，因無法明視，依據監造單位計算之數量為準，．．（鑑定報告第5 頁）。然證人即高雄市土木技師公會之鑑定人劉昌南於本院審理期間，來院證述：有地下室外牆防水周長，是依據查驗表，不是依據結算數量，「並沒有」看18期估驗之數字，這個鑑定數量沒有關係等語（本院卷八頁42背面），高雄市鑑定報告所載之內容，亦與鑑定人劉昌南之證述不合。綜上，本院認應以臺灣省鑑定報告之鑑定方式為可採，被

上訴人主張為有理由。

⑤估驗扣回之預付款共5,991,246 元（即附表三、二、4 ）之部分：

上訴人既對於被上訴人所主張此部分預付款扣回溢扣數額共5,991,246 元，以及此部分係第1 期至第12期工程估驗結果所扣回之事實不爭執（原審卷四第137 頁筆錄、原審卷八第264 頁筆錄；不爭執事項㈢、4.；本院卷四第105 頁）。此部分已預付扣回之第1 至第12期工程款本為被上訴人於施作後依約得請求之對價給付，上訴人既於終止契約後，於100 年10月3 日向星展銀行收取上開全額預付款（原審卷一第49頁），此為兩造所不爭執（不爭執事項㈣），被上訴人依民法第490 條第1 項、系爭契約第5 條之規定請求上訴人給付此部分工程款即有理由。

⑶管理費部分（即附表三.三部分）：

①查系爭契約第5 條第3 項約明：「本工程按照契約總價結算，即依契約總價計給。如因甲方指示辦理工程變更致工程項目或數量有增減時，就變更部分予以加減帳結算，若有相關項目如稅金、利潤、『管理費』、工程品管費等另列一式計者，應依結算總價與契約總價比例增減之。」（見原審審建卷一第50頁）。而依系爭工程之工程總表（見原審審建卷二第185 頁），其中確編列有「利潤、『管理』及運雜費」乙欄，是如施工工期應予以展延，依前開規定，佐以誠信原則，縱上訴人未予以延展惟事實上應予以展延工期者，就延展之工期部分，應比例增加管理費之給付。

②依監造單位亞新公司99年10月26日07013-CS(KHO) -0655號函文說明四明載「有關A 水池遷建工程與國際研究大樓工進之關聯性，依工程契契約精神完成A 水池遷建工程為興建國際研究大樓工程之必要前置施工作業要徑。」（原審卷六第63頁函文），是足認A 水池遷建完成確實為國研大樓工程必要前置施工要徑，被上訴人請求因A 水池展延而增加之管理費即有理由。而經送臺灣省土木技師公會鑑定結果，被上訴

人得請求加計之管理費包括：㈠上訴人核准展延249 日之管理費1,104,766 元；㈡被上訴人請求展延40日之管理費177,472元；㈢上訴人已核准展延之70日管理費310,576 元；㈣加計5%營業稅79,641元。合計被上訴人得請求加計之管理費用數額為1,672,455 元（外放臺灣省鑑定報告書第28頁）。審酌此部分之金額既經專業土木技師予以審認，且與系爭契約約定亦無不合，自屬可信。是被上訴人得請求因A 水池展延工期而增加之管理費數額即以1,672,455 元為有理由。又雖被上訴人稱臺灣省鑑定報告漏未計入31日之展延工期，僅以359 日計算未當云云，惟此31日展延工期不應重複列計之理由已如前述（見前揭六、㈠、2.⑹、4.），被上訴人此部分之主張自無理由，爰不再贅。

③被上訴人於本院審理期間，就管理費之計算基礎，同意減縮為每日3,940 元（見本院卷四第97頁），復再同意扣除第一次變更契約之管理費用93,954元（本院卷四第145 頁），則依上開展延之日數，加計5 %營業稅後，被上訴人可請求之管理費應為1,485,183 元【計算式：（249 ＋110 ）x 3,940 × 1.05＝1,485,183 】，再扣除上揭93,954元，即為1,391,229 元。

⑷履約保證金（即附表三.四、1部分）：

就履約保證金23,242,950元部分：上訴人對於履約保證金數額並不爭執（見不爭執事項㈣），系爭契約第17條第1 項約定，履約保證金之性質為懲罰性違約金性質，依同條第5 項約定均以被上訴人有違約情事時，上訴人方得沒收履約保證金。上訴人既係任意終止系爭契約，自無將履約保證金扣留不予發還之理由。又兩造就履約保證金之發還條件於契約提前終止之情形固未有明文應如何返還，然審酌系爭契約第30條第15項既明定：「本契約未載明事項，依政府採購相關法令（見原審審建卷一第74頁背面）。」又政府採購法第30條第3 項所授權訂定之「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第19條第2 項中段明定：「其因不可歸責於廠商之事由，致

終止或解除契約或暫停履約者，得提前發還之。」是被上訴人主張依系爭契約第30條第15項、押標金保證金暨其他擔保作業辦法第19條第2 項中段之規定，請求返還履約保證金（原審卷六第204 頁），即有理由而應予准許。

⑸預付款利息（即附表三、四、2部分）：

①按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。民法第179條前段定有明文。

②依被上訴人主張，此部分係被上訴人依系爭契約第6 條第1項第1 款（見原審審建卷一第51頁背面）所出具之預付款還款保證金，自98年5 月22日起至100 年9 月30日止，以年息5 %計算所得。而上訴人在被上訴人未違約之情形下，竟依系爭契約第17條第5 項第4 款之規定（見原審審建卷一第65頁背面），沒入此部分由被上訴人所提出而存入星展銀行之預付款還款保證金所衍生之利息（見原審卷六第204 頁背面），而上訴人就此部分亦未有爭執（見不爭執事項㈤），且有星展銀行將預付款連同衍生之利息5,065,511 元一併依上訴人要求而於100 年9 月30日給付予上訴人之函文可憑（見原審審建卷二第58-5 9頁）。被上訴人就本件履約既無可歸責之事由存在，上訴人沒入被上訴人所提出之預付款還款保證金所衍生之利息即屬無法律上之原因而受有利益，而此部分本應屬上訴人任意終止系爭契約後，向星展銀行領回預付款還款保證金時，可合併取回之款項，自應屬被上訴人所有，而因上訴人之沒入而受有損害，被上訴人依民法第179 條規定，請求上訴人返還此部分之款項（原審卷六第205 頁），自有理由，應予准許。

3.綜上，被上訴人就附表三之部分，請求上訴人給付129,651,216 元，為有理由，逾此範圍，即無理由而不應准許。又上訴人請求之已完工未估驗之工程款24,319,639元（即附表三．二、4 ）及預付款扣回5,991,246 元（即附表三．二、5 ），合計30,310,885元部分，係於102 年6 月25日始追加請求，上訴人並在同日收受繕本，有民事變更訴之聲明狀可參

（見原審卷二第266-268頁），故此部分被上訴人利息起算日應自102年6月26日起算、其餘99,340,331元則自起訴狀繕本送達翌日之102年2月1日起算（見原審審建卷二第271頁，起訴狀繕本於102年1月31日送達）。

㈤上訴人所為之抵銷抗辯有無理由？

1.上訴人雖主張因被上訴人施作逾期，依契約第20條之1約定，被上訴人應給付違約金67,622,236元，且因上訴人於解除系爭後，因辦理系爭工接續設計服務及重新發包作業，接續工程發包額外增加工程費用65,328,763元，依契約第24條第4、5項，第25條約定，此部分亦應由被上訴人負擔。復因被上訴人施作逾期而違約，導致上訴人增加支付專案顧問亞新公司技術服務費2,503,422元，以及包括支出：①工程結算鑑定費用98,000元、②結構安全鑑定費用98,000元、③專案管理增加費用192萬元、④接續細部設計費用97萬元、⑤工地圍籬修繕費16,863元、⑥結構重新外審費180,730元、⑦綠建築證書重審費5萬元、⑧建築重審費42,081元、⑨建造執照請領規費105,334元、⑩空氣污染防制費144,865元、⑪交通影響評估費369,800元；合計共3,995,673元。前開費用既均致被上訴人違約所致，自應由被上訴人負責賠償云云。

2.惟查，被上訴人就履約或契約之終止既無任可歸責之事由存在，且計算至終止契約時止施作亦未逾期或施作遲延，均如前述，則上訴人所主張依契約所為上開請求及後續另行發包所生相關費用，自不得請求被上訴人負擔，是上訴人此部分之抵銷抗辯均無理由，不應准許。

七、綜上所述，被上訴人依系爭契約之法律關係，及民法第490條第1項、第227條之2、第179條之規定，請求上訴人給付129,651,216元，其中30,310,885元部分自102年6月26日起算、其餘99,340,331元則自102年2月1日起至清償日止，按週年利率5％計算之利息，為有理由，應予准許，逾前開範圍部分，不應准許。原審就上開應予准許之部分為被

上訴人勝訴之判決，經核尚無不合，上訴人上訴指摘此部分之判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。惟逾上開被上訴人請求有理由之部分，原審為被上訴人勝訴之判決，尚有違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院將原判決此部分予以廢棄改判如主文第2項所示。又本件事證已明，兩造其餘攻防及證據，經核與本院上揭結論不生影響，爰不一一論駁。

參、反訴部分：

一、上訴人反訴起訴主張：系爭工程於上訴人在100年8月31日終止契約時之預定進度為100%，然被上訴人僅完成43.7%，依被上訴人提出經監造於99年11月1日核定之工程預定進度表計算，被上訴人尚須施作209日，是上訴人自得依系爭契約第20條第1項約定計罰逾期違約金共76,054,682元，惟依同條第3項約定違約金總額以契約價金20%為上限即72,779,600元，上訴人已依契約20條第4項第3款約定，於A水池遷建工暫時收取違約金5,157,364元，經扣抵後，上訴人尚得請求被上訴人給付違約金67,622,236元。又因被上訴人違約之故，上訴人為辦理系爭工程接續設計服務及重新發包作業，致上訴人為完成系爭工程額外增加工程費用65,328,763元，並額外增加包括工程結算鑑定費用等（詳如上開貳、六、㈤所示抵銷金額項目所示）相關必要費用共3,995,673元。復因重新發包之故，致上訴人須增加支付專案顧問亞新公司技術服務費2,503,422元，以上上訴人得向被上訴人請求之款項合計為139,447,094元，扣除上訴人於本訴為抵銷抗辯不爭執被上訴人得請求之工程款共106,341,056元後，上訴人尚得請求被上訴人給付33,106,038元，爰依系爭契約及債務不履行之法律關係，提起反訴，聲明：㈠被上訴人應給付上訴人33,106,038元，及其中1千萬元自102年12月23日反訴起訴狀繕本送達翌日起、其中23,106,038元自104年6月10日民事擴張反訴聲明狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息；㈡願以現金或同額之台灣銀行

無記名定期存單供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：被上訴人於終止契約時未至系爭工程預定完工日，無從認定被上訴人逾期完工，請求逾期違約金自無理由。而上訴人主張另行發包工程費，因接續工程所定規格與設計與原契約不同所致，不應由被上訴人負擔，上訴人主張類推契約遲延意旨而請求被上訴人應給付辦理建造執照展期至101 年9 月11日止之逾期違約金，並無任何法律請求權基礎。又因被上訴人就系爭工程並無任何遲延或其他違約情事存在，上訴人所為反訴請求均無理由等語置辯。並聲明：㈠上訴人反訴駁回；㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、原審就反訴部分判決上訴人全部敗訴，上訴人不服提起上訴，聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄；㈡被上訴人應給付上訴人33,106,038元，及其中1000萬元自102 年12月23日反訴狀繕本送達翌日起，其中23,106,038元自104 年6 月11日起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息；㈢願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人則聲明：上訴人反訴部分上訴駁回。

四、本院之判斷：被上訴人就履約或契約之終止並無任可歸責之事由存在，且計算至終止契約時止施作亦未逾期，均俱如前本訴部分所述，是上訴人依系爭契約約定及債務不履行之規定，請求被上訴人給付包括後續另行發包所衍生之相關費用，自乏依據，是上訴人所為反訴之請求均無理由，自應予以駁回。又本件事證已明，兩造其餘攻防及所舉證據，已與本院上開判斷無關，爰不再一一論駁。

肆、據上論結，本件上訴人之上訴，就本訴部分為一部有理由、一部無理由；反訴部分則為無理由，依民事訴訟法第449 條第1 項、第450 條、第78條、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　3　　月　　24　　日

工程法庭

審判長法　官　黃國川

法　官　何佩陵

法　官　李怡諄

以上正本證明與原本無異。

上訴人如對本判決上訴，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　　110　　年　　3　　月　　24　　日

書記官　郭蘭蕙

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。

附件：

上訴人應給付本金：新臺幣壹億貳仟玖佰陸拾伍萬壹仟貳佰壹拾陸元	
利息計算及起息日	1.新臺幣參仟零參拾壹萬捌佰捌拾伍元部分，自民國102 年6 月26日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。
	2.新臺幣玖仟玖佰參拾肆萬零參佰參拾壹元，自民國102 年2 月1日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。