臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度建上更二字第2號

上　訴　人　銘登營造有限公司
法定代理人　董榮進
訴訟代理人　張競文律師
　　洪濬詠律師
上　訴　人　財團法人濟興長青基金會
法定代理人　陳銘華
訴訟代理人　石繼志律師
　　郭峻豪律師
　　江采綸律師

上列當事人間請求給付工程款事件，兩造對於中華民國101 年3 月7 日臺灣高雄地方法院99年度建字第76號第一審判決各自提起上訴，經最高法院第二次發回更審，本院於108 年2 月13日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回銘登營造有限公司下列第二項之訴及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用（除確定部分外）之裁判廢棄。

財團法人濟興長青基金會應再給付銘登營造有限公司新台幣柒佰伍拾壹萬陸仟參佰肆拾壹元本息。

銘登營造有限公司其餘上訴駁回。

財團法人濟興長青基金會之上訴駁回。

第一（確定部分除外）、二審及發回前第三審訴訟費用由財團法人濟興長青基金會負擔三分之二，餘由銘登營造有限公司負擔。

本判決所命給付，於銘登營造有限公司以新台幣貳佰伍拾萬元供擔保後，得假執行；但財團法人濟興長青基金會如以新台幣柒佰伍拾壹萬陸仟參佰肆拾壹元為銘登營造有限公司預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、銘登營造有限公司（下稱銘登公司）起訴主張：銘登公司於民國97年間與對造上訴人財團法人濟興長青基金會（下稱濟興基金會）簽訂工程採購契約，以新臺幣（下同）88,400,

000 元承攬高雄縣私立濟興長青園長期照護之家新建工程（下稱系爭工程），工期180 日曆天，每完成工程進度10% ，得聲請估驗計價付款。銘登公司於98年1 月16日開工，同年3 月3 日、6 月3 日申請給付第一、二期估驗款各8,398,000 元，濟興基金會遲至同年8 月13日給付，依合約第20條第13項約定，銘登公司得請求濟興基金會給付按年息3%計算之遲延利息112,510 元、49,008元（合計161,518 元）。又因可歸責於濟興基金會之事由停工134 天，致支出工地管理費580,957 元，及濟興基金會土方計算錯誤，影響施工動線，應賠償銘登公司因此增加之鋼板及土方搬運費用106,625 元。再者，銘登公司於98年7 月14日向濟興基金會申請給付第三期估驗款，因未獲置理，於同年9 月3 日依合約第20條第13項終止契約。濟興基金會應給付已完成部分（35.56%）之工程款為31,435,040元，扣除已給付部分，尚欠15,946,639元未付。其依合約及民法第491 條、第227 條、第227 條之2 、第231 條、第509 條後段規定，求命濟興基金會給付16,795,739元，及其中16,634,421元加計法定遲延利息之判決（第一審判准其中5,064,999 元本息，駁回其餘請求。銘登公司就其敗訴部分提起第二審上訴，濟興基金會則就敗訴部分其中之1,111,499 元本息上訴；至其餘未繫屬本院者，不予贅敘）。

二、濟興基金會則以：銘登公司施作之混凝土強度不符合契約之約定，基金會依契約第6 條第2 項及施工說明書之約定，就第一、二期估驗款減價20% 計付，合乎約定。又兩造僅合意自98年7 月8 日至同年8 月20日止停工，不計入工期，其他期間均係銘登公司擅自停工；基金會98年3 月16日通知銘登公司待確認結構安全無虞後再繼續施作，並未為停工指示，銘登公司不得請求給付停工期間之費用；另銘登公司因自行規劃施工動線錯誤所支出之費用，不得請求基金會賠償。銘登公司施工進度落後10% ，基金會依約本得暫停估驗計價，況該公司檢送之估驗資料，經改制前之高雄縣政府指示應予

補正，基金會並未遲延付款。銘登公司自98年8月21日起停工，經催告仍不復工，至預定完工日（98年11月16日）進度落後64.44%，基金會於99年3月3日依合約第20條第1項第5款終止契約，合法有效。銘登公司經通知未於同年月22日到場結算，依第20條第3項約定，應負擔結算鑑定費15萬元。銘登公司迄尚未繳納未完成工程部分（80%）之履約保證金7,072,000元，依約應補繳；其逾期108天未完工，應給付逾期違約金9,547,200元，基金會以上開鑑定費、履約保證金及逾期違約金等債權，與銘登公司主張之債權抵銷等語，資為抗辯。

三、原審判命濟興基金會應給付銘登公司5,064,999元，及自99年1月5日起至清償日止，按年息5％計算之利息。並為附條件之准免假執行宣告。駁回銘登公司其餘之訴及假執行聲請。銘登公司就其受不利判決部分提起上訴，濟興基金會也就其敗訴之一部提起上訴。銘登公司上訴聲明：㈠原判決關於駁回銘登公司後開第㈡、㈢項之訴部分廢棄。㈡濟興基金會應再給付銘登公司161,518元。㈢濟興基金會應再給付銘登公司11,569,422元，及自99年1月5日起至清償日止，按年息5％計算之利息。㈣願供擔保請准宣告假執行。答辯聲明：濟興基金會之上訴駁回；濟興基金會上訴聲明：㈠原判決關於命其給付銘登公司超過3,953,500元本息部分廢棄㈡上開廢棄部分，銘登公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。答辯聲明：㈠銘登公司之上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項：

㈠銘登公司於97年11月28日向濟興基金會承攬訟爭工程，約定工程總價8,840萬元，工期180日。

㈡該工程於98年1月16日開工，兩造合意自98年7月8日起至98年8月20日止停工，銘登公司自98年7月8日停工後，即未再進場復工，工程進度為35.56%。

㈢濟興基金會已於98年8月13日給付銘登公司工程款15,488,0

41元。

㈣銘登公司於98年9月3日以濟興基金會積欠工程款遲付為由，向濟興基金會為終止契約之表示，經濟興基金會收受該終止表示之存證信函；濟興基金會於99年3月3日以銘登公司延遲完工等事由，向銘登公司為終止契約之表示，該終止表示之函於99年3月4日送達銘登公司。

㈤就訟爭工程兩造在契約書內約定混凝土抗壓強度應達210kg/㎠。

五、本院判斷：

㈠銘登公司是否有混凝土施工品質不符合契約約定之情形？濟興基金會主張應就混凝土合約單價予以減價20%，是否可採？

濟興基金會主張銘登公司混凝土強度未達設計標準，應依施工說明書所約辦理；銘登公司則以：合約第11條第13項約定：「有關工程品質材料試驗除參照高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點辦理外，其他工程品管未盡事宜，本契約施工期間，乙方應參照高雄縣政府公共工程施工品質管理作業要點辦理。」，訟爭混凝土強度之測試，屬工程品質材料之試驗，依約應依「高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點」，且依當時政府採購公報網上之電子領標資料夾中，招標文件亦包含施工說明書，故施工說明書僅為招標文件，依兩造所訂合約第1條第3項第1款規定，契約條款優於招標文件內之其他文件所附記之條款，故關於本件工程材料品質之試驗依工程採購契約第11條第13項規定，應參照高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點辦理，依要點其所施作之混凝土強度，符合國家標準等語抗辯。經查：

1.訟爭工程之施工說明書及發包圖說等資料，雖同列在電子領標資料夾中，供投標者明瞭，是屬當時招標文件之一，但上開資料嗣於簽訂工程採購契約時，一旦雙方在簽約時，將該施工說明書列為工程採購契約附件，施工說明書即

不再僅是單純之招標文件，而係屬於契約附件，為契約本文之一部分，其效力與契約本文之條款相同，此觀兩造所訂工程採購契約第1條第1項約定：本契約包括下列文件：「・・・㈣契約本文、附件及其變更或補充」，即明白將之列在同一款即明，亦可從兩造所訂工程採購契約第1頁變更契約書明載甲、乙雙方同意變更將以下附件（含第6點施工規範及說明書）納入契約範圍更明（更二卷一第137頁以下），足見施工說明書經簽約後，已非僅是前階段單純之招標文件。是而銘登公司所指之工程採購契約第11條第13項規定，依上開說明，並沒有優於施工說明書條款規定之效力。

2. 再，依同屬契約本文條款之工程採購契約第11條各項規定，關於本件工程之工程品管及工程查驗，應依據施工規範（即施工說明書）辦理，在契約本文第11條第4項：「乙方於施工中，應依照施工有關規範，對施工品質，嚴予控制。隱蔽部分之施工項目，應事先通知甲方工程司派員現場監督進行」、第11條第5項：「工程施工各項材料品質，需依照合約規格施工。甲方得隨時派員檢驗，所需經費由乙方負責，如發現不符規定，乙方須無條件拆除重做」、及第11條第8項工程查驗第㈡款：「甲方工程司如發現乙方施工有與設計規範、樣品、品質不符或履約品質有瑕疵或不符合本契約規定，或有不當措施將危及工程之安全時，得通知乙方限期改善、改正或將不符規定之部分拆除重做」（更二卷一第117頁），銘登公司施作工程及材料之試驗查驗，應依該工程施工規範即施工說明書辦理。工程契約附件施工說明書總則第壹條施工說明書效力範圍，即已明確載明：「本施工說明書即俗稱施工規範其與圖樣、標單應相輔配合。所列之各種工作品質材料規格及其施工要求為施工之標準，承包人須據以負責本工程之施工品質達到之要求。」（更二卷一第118頁），施工說明書就「混凝土工程」並列有專章（本院卷第171至177頁），

其中就圓柱體28天抗體強度未達設計標準，並訂有扣款一覽表（同上第174 頁）。雖銘登公司指稱：「高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點」（下稱執行作業要點）第七點㈡2.採用之「圓柱試體」標準為「CNS1232A3045」，而「施工說明書0301規定」採用之「圓柱試體」標準為「CNS1232A48」，二者不同。及執行作業要點關於試體個數、測試方法與效果判定之規定，與施工說明書均不同。就混凝土圓柱試體抗壓強度試驗之取樣數量及試驗標準，試驗作業要點第4 點㈠3 、第7 點㈡2 係規定：建築物、水溝及橋樑工程之混凝土部分，每50立方公尺（包含50立方公尺）應製作圓柱試體1 組（2 個）試體，超過50立方公尺以上者每增加100 立方公尺加取1 組（2 個）試體進行抗壓強度試驗；混凝土圓柱試體抗壓強度試驗結果及判定，依照中國國家標準CNS1232 A3045 之規定辦理（一審卷一226 至227 頁），與施工說明書0301.B .a . 之規定有異。銘登公司之取樣組數係與執行作業要點相符，而與施工說明書0301不符，顯無濟興基金會所稱之圓柱體試驗方法相同之情，因此據而主張依合約第11條第13項約定，工程品質材料試驗（含混凝土）應依試驗作業要點為之，不能適用施工說明之規範云云。惟查，CNS1232A48係指CNS 總號1232、類號A48 ，A48 乃CNS 混凝土圓柱試體抗壓強度檢驗法修正前的舊類號，修正後的新類號為A3045 ，故CNS1232 A304 5即係CNS1232A48，有『建築技術規則建築構造編』第346 條於91年6 月12日修正前後之對照條文可稽（更二卷一第308 頁），修正後已沒有CNS1232 A48 ，而係改以CNS1232A3045，並有經濟部標準檢驗局印行之CNSl232A3045足參（見同上卷第310 頁）。在CNSl232A3045第3.3 載明『本試驗法所求得之抗壓強度值，可作為混凝土配比、拌和、澆置等品質控制之調整依據，以及驗證與規範要求是否相符、評估添加化學摻料對混凝土影響等之參考。』即現行混凝土圓柱試體抗壓強度檢驗法僅

有CNS1232A3045一種（不再有CNS1232A48），銘登公司指二者檢驗法不同，已有誤解。又因施工說明書0301與執行作業要點所採用之CNS1232 試驗方法是相同的，只有取樣數量多寡而已，但只要取樣數量符合法令規定之數量，即建築技術規則建集構造編第351 條規定之數量即可。因此，銘登公司雖主張其係以執行作業要點所採用之取樣組數作圓柱體抗壓強度試驗，但因所用之試驗方法均係相同之中國國家標準CNS1232 ，並無不同，監造建築師羅燦博基於牽涉雙方權益及工程期限，依照施工說明書0301第5 點拌和與輸送B 預拌混凝土c 之規定，要求銘登公司作結構分析以評估該施工強度對構造物安全之影響，銘登公司才會依施工說明書0301之規定進一步委請台灣省建築師公會高雄辦事處進行結構分析，而先作混凝土實體之鑽心試驗，與約定無違。矧上揭「執行作業要點」僅係高雄縣政府所頒佈之通用要點，供公共工程之政府採購單位、承攬廠商、監造單位參照辦理，要點本身並非具體合約規範，執行作業要點第七點試驗方法暨不合格案件判定原則第三項故而載明「有關各項材料試驗規定及程序，依照工程合約書所附各項材料施工說明書及規範規定辦理。」，故縱係依執行作業要點辦理圓柱體試驗，其試驗不合格後之規定及程序，當應遵循兩造工程契約之施工說明書相關規範辦理。銘登公司誤解上情並據以抗辯不應依施工說明書0301規定辦理云云，核非足取。

3. 兩造約定混凝土設計強度每平方公分應達210 公斤（下稱系爭設計強度）。於98年2 月7 日將系爭工程混凝土圓柱試體送交試驗，依98年3 月9 日圓柱試體試驗報告，18個圓柱試體中有12個未達設計強度（一審卷一第199 頁），乃不爭之事實，濟興基金會因認銘登公司施作之工程品質不符約定，應依契約作結構分析、暫停給付工程款、扣減工程款，並於確認結構安全無虞後再繼續施作，銘登公司嗣將該混凝土以鑽心試體送請臺灣省建築師公會鑑定，98

年5月4日經鑑認：各組試體之平均強度及最低強度皆符合內政部營建署結構混凝土施工規範鑽心試體合格之標準，鑑定結果合格（一審卷一第83-120頁）。就此，雖銘登公司主張：上該圓柱試體試驗報告，可能係試體運送過程震動毀損或檢驗誤差，導致混凝土試體強度不足，臺灣省建築師公會鑑定係實體鑽心採樣，其試驗結果比實驗室所養護之圓柱試體更能代表混凝土之實際強度，濟興基金會扣款並無依據；濟興基金會則以：臺灣省建築師公會鑑定報告認為工程混凝土已「合格」，係指不影響結構安全，無需再作進一步的結構分析或拆除重作而已，並不意味系爭混凝土已達契約所定之約定設計強度，依兩造契約約定，仍須依約扣款。

查圓柱試體採樣乃結構物澆置混凝土前，將混凝土材料置入直徑15公分、高度30公分之圓柱鐵模製作而成，澆置隔天拆膜後，置常溫水箱或蒸氣室一定天數養護後，再取出所做之混凝土抗壓強度檢測，屬非破壞性檢測；而實體鑽心試體取樣係自現場已澆置完成之結構體本身鑽心取樣直徑約7公分，高度約14公分之試體，經過現場鑽取擾動破壞，為破壞性檢測等情，為臺灣省建築師公會高雄縣辦事處函說明確（一審卷三第13頁）。內政部營建署結構混凝土施工規範，之所以將「同組試體之平均強度不低於FC´（即規定強度；本件為210kg/ cm²）之85%，任一試體之強度不低於FC´之75%」定為合格標準（下稱營建署鑽心試體合格標準），係基於實際狀況考量，因為實體鑽心取樣試驗過程中存在試體尺寸之效應，鑽心取樣及處理過程等之影響，且工地養護效果不能達試驗室養護之程度，故鑽心試體無法要求其強度達系爭設計強度，而以系爭設計強度之85%為標準，此亦有該施工規範解說可稽（一審卷三第14頁），足見圓柱試體係因混凝土澆鑄施工前，將混凝土材料置入模型澆置養護而成。而鑽心試體是就已澆鑄完成之建物，選址後實際鑽心取樣而得，故該批混凝土若

已澆鑄完成，即無法再作圓柱試體之實驗。兩者在取樣的時間並非一致，且具有先後之關係，通常是圓柱試體測試結果未通過，才會進一步作鑽心取樣，而一旦混凝土實際澆鑄完成，亦無法再重行圓柱體強度測試；又圓柱試體係因於實驗室養護，屬非破壞性檢測，其測試結果為何，其強度即為該測試數據，而鑽心試體因須顧及破壞擾動等因素，其測試結果在「不低系爭設計強度之85%，任一試體之強度不低於系爭設計強度之75%」範圍內，其判定即屬「合格」，兩者判斷標準並不一致，而此差異乃因取樣方式、製作方式不同，而受到採樣試體尺寸、現場取樣破壞擾動、養護照料等因素所致，兩者雖均為對混凝土強度之分析，惟因條件不同，故有不同評估標準。依契約附件「施工說明書」第三章0301混凝土工程預拌混凝土約定，系爭契約係以測試強度達「210kg/ ㎠」之「100 %」作為約定之設計強度，因測試結果若不合格試體數量超過約定比例，而相當比例之試體平均28天抗壓強度為設計強度之100%以下至92%（即本件情形），即有作結構分析之必要，並在確認構造物安全無影響之情形下，混凝土始得同意使用，但濟興基金會仍得將該部分混凝土數量價款折價20% 作為懲罰。另參諸上開施工說明書約定並對於「不合格試體數量超過一只，而五只試體平均28天抗壓強度為設計強度之92% 以下至85% 」、「不合格試體數量超過一只，而五只試體平均28天抗壓強度低於設計強度之85%」分別定有不同之扣款比例，是否需拆除重作等條件以觀，堪認混凝土不僅需達「對構造物安全無影響」即可，其測試強度若干，亦影響濟興基金會是否得扣減銘登公司混凝土之價款，扣除多少、是否需拆除重作等疑慮。系爭工程之所以進行實體鑽心測試，即因第一階段之圓柱試體強度檢測有「不合格試體數量超過一只，而五只試體平均28天抗壓強度為設計強度之100 %以下至92%」情形，銘登公司必須出具該施工強度確對構造物安全無影響之證明，始得

繼續施作，且不需拆除重作，惟並不排除濟興基金會得依所約「按混凝土合約單價80%折價付該部分混凝土數量之價款」之約定。經查，據出具上揭臺灣省建築師公會鑑定報告之鑑定人曾威貴建築師證稱：「．．．我們作鑑定意旨，只是判定建築物合格或不合格。解釋上屬於合格。」、「根據內政部合格標準，如附件18.5.5，所謂鑽心試體有達到設計強度的意思，是因為鑽心的時候，受到擾動破壞，只要達到上開系爭85%標準，就是達到合格的標準，但是合格之後，沒有所謂其強度究竟等語多少kg/cm²的說法，只能作合格不合格的判定。」、「在一般圓柱試體有疑慮的時候，就會進行下一步的判定，就是用實體作鑽心取樣來判定，若合格就表示合乎標準，就代表強度是合格的。」、「（為何鑽心取樣，只要達到85%的標準，就等同於圓柱體試驗的100 %標準，可以這樣說嗎？）不能這樣講，因為兩個取樣方式不一樣．．．」（一審卷三第36、37、39頁），核與本件工程設計建築師羅燦博所證：「（有無可能在鑽心試體的數據未達到210 kg/cm²，但是到了圓柱型試體的解讀，就可認為達到210 kg/cm²？）這兩個解讀是不一樣，是先作試體，檢驗不合格，才進到破壞型試體，兩個不能相對比，他有一個先後的因果關係，前面的試體不合格，才去作後面破壞性的鑽心。」、「（如果鑽心試體的數據出來以後，未達到210 kg/cm²，得否因此認定，圓柱型試體的數據原來的檢驗有誤？）不會，因為它是不同的取樣方式，如果後面有達到210 kg/cm²的標準，基本上混凝土強度是認定合格。」、「（鑽心試體抗壓強度若判定合格，可以表示已達210 kg/cm²？）就我認知是不行的，『是沒有達到，但是他是合格』」、「依照合約是要提出結構安全分析，這個部分營造廠（銘登公司）先作後續的鑽心試驗而且達合格，跟基金會討論之後，認為這樣已經符合，就達到合格的階段，所以不需要再作後續的結構分析，如果不合格再作後續的載重分析或結構

分析。」、「（根據你剛才所述，你認為本件鑽心試體採樣合格並不足以證明達設計強度，理由為何？）因為測試出來的數值，很明顯就是未達到。就我認知『他是合格，但是沒有達到設計強度』。」相符（一審卷三第43、44、45、51頁）。曾威貴本其專業之立場說明，實體鑽心、圓柱試體測試乃不同的測試方法，實體鑽心因取樣擾動破壞等因素，故無法期待其測試強度達FC´之100％，而以符合營建署鑽心試體合格標準即屬合格，但不能以此反推其實際強度確達FC´之100％，更不能據此推測先前之圓柱試體測試即有錯誤。羅燦博建築師並證陳，鑽心試體抗壓強度判定合格，並非表示已達210 kg/cm²，本件是鑽心試驗合格，但未達到約定設計強度。是而銘登公司雖提出其自行委由高雄市土木技師公會，就該台灣省建築師公會高雄縣辦事處出具之上該高縣鑑字第030 鑑定報告書，就該文書作「技術研判」，該鑑定報告表示「為探討鑽心強度等同多少實際強度，凡是試驗強度< 85%FC ´者，可以數學公式換算該強度當值，再判定是否有大於210KG/ Cm²」，並將台灣省建築師公司鑑定報告中混凝土鑽心試驗抗壓強度，一一帶入公式計算，反推結構體之實驗強度分別為23 3.75KG/C m²～256.86KG/Cm²之結果，認7 組平均強度換算成實際強度都大於210KGF/Cm²，可見確係符合設計強度云云。惟如前述，上開之說法，業經羅燦博、曾威貴二位建築師所否認，該「技術研判」僅據現論上之參考，並無其他依據以佐其確能按此換算實際強度，該研判意見，為本院所不採。本件之實體鑽心測試至多只能證明該混凝土強度對構造物安全無影響，而免除施工說明書約定中所規定進一步就整個建築物更繁複之結構分析、載重分析，其測試目的在於「合格」與否，以確認工程得以繼續進行（混凝土堪以使用、其結構安全無虞），而無需拆除重作。

4.查，自銘登公司將混凝土圓柱試體送驗起始，至圓柱試體

試驗報告結果混凝土抗壓強度不足，及後續如何處理與契約設計規範不符之兩造往來函文，兩造間未有隻字片語提及係依契約本文第11條第13項「高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點」辦理試驗，而係都是在討論如何依施工說明書0301（即混凝土工程章）之規定辦理結構分析及混凝土施工強度對構造物安全是否無影響等事，有不爭之兩造間往來之函文可稽。至於銘登公司所製作之圓柱試體組數，未盡依施工說明書0301之規定製作同組數之試體乙節，僅係試體數量不同而已，其對圓柱試體抗壓強度檢驗法之標準，同為修正後之CNS1232A3045，而無不同；而「高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點」，並非具體合約規範，要點對強度多少，並無規定，而有賴契約之施工說明書相關規範辦理，已如前述，是而縱銘登公司係按要點所載製作圓柱試體數量，並不影響施工說明書之規範及效力。依SGS（台灣檢驗科技股份有限公司）混凝土圓柱試體抗壓強度試驗報告，9組18只試體僅有6只合格，達到210kg/ Cm²以上，另12只均不合格，未達到210kg/ cm²，而平均抗壓強度僅達199.88kg/cm²，不足210kg/ cm²，故濟興基金會監造人員陳振輝在試驗報告上註記「本件不符，待鑽心及公正鑑定單位判定結構安全無問題之鑑定報告」，亦經銘登公司蓋章同意試驗報之結果，有98年3月9日SGS混凝土圓柱試體抗壓強度試驗報告可稽（更二卷一第296頁），羅燦博建築師知悉試驗報告結果後，亦於98年3月10日以電子郵件告知銘登公司基礎板混凝土圓柱試體抗壓試驗不符處理內容為：「……經檢視試驗報告九組試體各2粒計18粒，僅6粒合格另12粒不合格，平均抗壓強度僅達設計強度95%，請銘登營造於30日內洽請顧問工程公司辦理完成該結構分析，檢討該施工強度對構造物安全影響之評估報告。二、需提請評估單位注意『本建物基礎為爾後增建三樓設計所需』（更二卷一第298頁）。羅燦博建築師所告知銘登公司之基礎板混

凝土圓柱試體抗壓試驗不符處理內容，係依施工說明書0301第5點拌和與輸送B預拌混凝土C之規定辦理，（更二卷一第298頁）。銘登公司更於98年3月13日發函濟興基金會，就有關該公司之基礎版混凝土試體抗壓強度僅達設計強度98%乙事，擬請召開協調會由銘登公司提出後續處理方案，有銘登公司函可稽（同上301頁），其且於98年3月17日再函濟興基金會，表明其處理方案：「因基礎版混凝土抗壓強度平均值僅達95.18%，……基礎版階段之混凝土材料係宏裕混凝土工業股份有限公司供料，……但因該公司之製程品管瑕疵，造成部分產品強度未能符合規定，……本公司應當加強日後各階段施工品質之管控工作，對於該公司產品往後已不再續用，並願按合約0301混凝土工程施工說明書規定，基礎版階段之混凝土計價扣減20%，作成懲罰性扣款，另本公司為貫徹品質之決心，爾後各階段混凝土澆置強度，自原來210kg/㎠無償提升至245k g/㎠，建請同意，……」（同上302頁）。濟興基金會於翌日（98年3月18日）函知銘登公司：「請依施工說明書第三章0301混凝土工程第五項拌和與輸送第2款預拌混凝土相關規定作結構分析並出具安全證明辦理。」（同上304頁），銘登公司回覆：「有關本公司承攬『高雄縣私立濟興長青園長期照護之家新建工程』基礎版28天混凝土試體強度不符設計規範，依施工說明書第三章0301混凝土工程規定，委請台灣省建築師公會高雄辦事處辦理結構分析」（更二卷一第305頁），可知兩造對於基礎版混凝土圓柱體抗壓強度試驗不符設計規範之處理，均係依施工說明書之規定辦理，銘登公司亦照說工說明書約定委請台灣省建築師公會高雄辦事處先進行實體鑽心試驗，以明構造物之結構安全是否無影響，並非依「高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點」辦理。銘登公司臨訟始稱其當初係依照「高雄縣政府公共工程品質材料試驗執行作業要點」辦理試驗，無視當時其即表示係遵行之施工說

明書處理內容，所辯自難採信。

5.是而濟興基金會主張混凝土抗壓強度不足設計強度，應依契約所定，按混凝土合約單價80%折價扣款，自屬有據。訟爭契約附件之施工說明書明載：「應按混凝土合約單價80%折價付該部分混凝土數量之價款．．．」（一審卷一第202頁），該按混凝合約單價80%折價付款，係指「混凝土項目」的合約單價折價80%付款，非指只以「混凝土材料」的單價折價付款，同理，有關不合格處理辦理欄所定之「扣減混凝土單價20%」之標準，亦係指扣減「混凝土項目」的合約單價20%，而非僅只扣減「混凝土材料」單價之20%，即兩者均應包含人工澆置、機具等費用，依工程合約之費用總表及詳細價目表（一審卷一第428至430頁），合約各項目之付款除依各項目之單價加上澆置、灌漿、運送等費用得出複價外（一審卷二第228頁），另應給付管理費及什費5%、營業稅5%，故以折價80%付款時，自應加計算管理費及什費5%、營業稅5%，同理，折價後未給付部分（即扣減部分）亦應依比例同時扣減管理費及什費、營業稅，兩造於98年6月17日第一、二期工程款估驗紀錄上亦記載「基礎版預拌混凝土不符合約規定應扣款747 ㎥×2,134元x 20%=318,820元，及相關部分款項」，經兩造簽名無訛（一審卷二第149頁），足見雙方同意扣減之合約單價為2,134元，而非混凝土材料之單價1,834元（一審卷二第228頁），是而扣減混凝土合約單價金額應為⑴747 ㎥×2,134×20%=318,820元⑵管理費及什費=318,820×5%=15,941元⑶營業稅（318,820+15,941）x 5%=16,738元，合計351,499元。

㈡訟爭契約是否因可歸責於一方當事人之事由，而據他方有效終止？

1.濟興基金會於98年8月13日給付銘登公司第1、2期工程款15,488,041元，惟以混凝土不符規定為由扣款1,307,959元，銘登公司因而要求濟興基金會應給付第3期估驗款

8,398,000 元，並就上開扣款部分應一併給付，否則不願意復工，然被濟興基金會拒絕，銘登公司催告未果，即以濟興基金會積欠工程款9,705,959 元（8,398,000+1,307,959 ＝9,705,959 ）為由，通知對造終止契約（一審卷一第130-135 頁）。兩造所訂契約第20條第13項約定：「因非可歸責於乙方之事由，甲方有遲延付款之情形，乙方得向甲方請求加計年息3 %之遲延利息。延遲付款達3 個月者，乙方得通知甲方終止或解除部分或全部契約」（一審卷一第15頁），銘登公司就第3 期估驗款聲請日期為98年7 月14日（一審卷一第245 頁、一審卷二第133 頁），是自該第3 期估驗款聲請日至銘登公司表示終止契約日即98年9 月3 日止，未逾所約定之3 個月，銘登公司據此終止契約，微論已不合契約第20條第13項之約定，不生終止效力。雖銘登公司另稱：其主張之延遲付款達3 個月，是指濟興基金會所扣除的1,307,959 元（一審卷二第133 頁），惟濟興基金會以依契約約定，認混凝土抗壓強度不足約定之設計強度，因而折價扣款，核屬有據，已如前述，雖金額計算略有出入，惟相較於契約總價而言，金額非鉅，且事關計算之爭議，衡情難認儘依銘登公司所請，如數完全給付，此部分自非上開條款所指得為終止之情形，故銘登公司主張濟興基金會拒不給付該部分款項，係屬遲延，其得終止契約云云，自非可採。銘登公司於98年9 月3 日終止契約，要與契約第20條第13項約定未合，所為終止不生效力。銘登公司另主張：濟興基金會就98年8 月13日給付之第1 、2 期工程款，先前即已遲延給付之情形，亦非可採（理由如後㈣所述內容）。

2.銘登公司於98年7 月8 日停工後，即未再進場施作，為兩造所不爭執。濟興基金會於98年8 月26日催請銘登公司趕工，為銘登公司所拒，濟興基金會復先後於98年9 月1 日、98年12月14日、99年1 月5 日函催復工，銘登公司均未回應，濟興基金會於99年3 月3 日遂以銘登公司延遲完工

，違反契約第9條第20、21項，第20條第1項約定事由，向銘登公司為終止契約之表示，於99年3月4日送達銘登公司，有各該存證信函可稽（一審卷一第252-268頁）。依訟爭契約第9條第20項、第21項約定：「甲方於乙方履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知乙方限期改善。」、「乙方不於前款期限內，依照改善或履行者，甲方得採行下列措施：．．．㈡終止或解除本契約，並得請求損害賠償。．．．」、「乙方履約有下列情形之一者，甲方得以書面通知乙方終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償乙方因此所生之損失：．．．㈤因可歸責於乙方之事由，致延誤履約期限，情節重大者。．．．㈧無正當理由而不履行契約者。．．．十乙方未依契約規定履約，自接獲甲方書面通知次日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正者。．．．」（一審卷一第176頁），銘登公司於98年7月8日停工後，即拒絕進場施工，雖主張：其已於98年9月3日終止契約，無繼續施作之義務云云，惟銘登公司終止契約之表示並不生終止效力，已如前述，其經濟興基金會多次催告復工，仍拒絕履行，違反契約約定，濟興基金會據而對銘登公司終止契約，即屬有據。訟爭契約因可歸責於銘登公司之事由，經濟興基金會終止，該終止契約之意思表示於99年3月4日到達銘登公司生效。

㈡銘登公司主張濟興基金會三次不當指示銘登公司停工，因而據以向濟興基金會請求該期間之管理費用，是否有據？

銘登公司主張：因濟興基金會不當指示，其自98年3月6日起至98年5月12日，自98年6月10日起至同年月17日止、98年8月20日起至同年9月3日停工，為濟興基金會所否認。

經查：

1.98年3月6日起至98年5月12日部分：契約第8條第3項項約定，契約履行期間，除非有非可歸責於銘登公司，並影響進度網圖要徑作業之進行，經濟興基金會同意延長工

期者，始得延長履約期限，並不計算逾期違約金（一審卷一第170 頁）。銘登公司以濟興基金會於98年3 月16日以銘登公司混凝土試體強度僅達設計強度95％為由，要求銘登公司暫停施工，指示銘登公司待工作物混凝土強度確認安全無虞再繼續施作，提出濟興基金會函文1 紙為證（一審卷一第80頁）。惟查，依約該混凝土抗壓強度試驗未通過前，銘登公司本不得再繼續施作，必須經銘登公司出具該施工強度確實對構造物安全無影響之證明後，方可經濟興基金會同意而繼續使用及施工，核濟興基金會該函係重申契約之該約定而已，其並無命銘登公司停工之情，此係為確認構造物安全無虞所為約定，在證明該混凝土之強度足以繼續施工之前，銘登公司仍可繼續與該混凝土無關之工程（即非要徑作業之工程），銘登公司指其為濟興基金會停工之指示，自有誤解。銘登公司提供之混凝土經測試後，因抗壓強度不足約定之強度，導致於經確認結構安全無虞前依約不能繼續施工，可歸責於銘登公司自身，濟興基金會於嗣後銘登公司申請展延工期，又未曾准許，有濟興基金會覆函可稽（一審卷一第225 、227 頁），銘登公司主張此時間應自工期中扣除，要屬無據。

2.98年6 月10日起至98年6 月17日部分：銘登公司主張此部分屢向濟興基金會請款，而濟興基金會一再藉工程落後為由，拒絕給付，因當時伊欲終止契約，而向高雄市政府陳情，嗣高雄市政府於98年6 月10日召開協調會，濟興基金會才於98年6 月17日辦理估驗，故此部分停工之工期應扣除云云。查銘登公司上該停工係因其主觀懷疑濟興基金會履約能力，且因兩造對於上開期間是否應計入工期，生有糾葛，在對工程進度認知不同之情形下，銘登公司未經同意擅自停工，該作為不合契約第8 條約定。又98年3 月6 日至98年5 月12日並不應自工期中扣除，已如前述，濟興基金會主張銘登公司工程進度落後，核屬有據。銘登公司擅自停工，不能認有不可歸責之事由，其主張應自工期中

扣除，亦屬無據。

3.98年8月20日起至98年9月3日部分：98年7月8日至98年8月20日兩造合意停工之原因，乃因銘登公司恐濟興基金會專戶內自籌款4000萬元不敷支付工程款，故要求待自籌資金全數匯入專戶後再行復工（一審卷第一第310頁），然經濟興基金會同意停工並不計入工期，有上開函文可佐（一審卷一第311頁），而濟興基金會剩餘之自籌款17,635,750元已於98年8月10日匯入專戶，濟興基金會並於98年7月17日發函銘登公司，請銘登公司於98年8月21日復工，有匯款單、濟興基金會函可參（一審卷一第312頁、卷三第129頁），上開合意停工之原因已於98年8月20日消滅。銘登公司雖主張：因濟興基金會於98年8月14日函稱第1、2期工程款部分應扣除基礎版混凝土不符契約約定之金額1,307,959元，其無可忍，於98年8月20日主張同時履行抗辯並拒絕復工，嗣因濟興基金會仍拒絕，故於98年9月3日終止契約，此段時間因其為同時履行抗辯拒絕施工，屬可歸責於濟興基金會之事由所致，期間應予扣除云云。惟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，但自己有先為給付之義務者，不在此限，民法第264條第1項定有明文。濟興基金會依約扣除銘登公司混凝土項目單價百分之二十係屬正當，業如前述，即經訴訟中計算應扣金額以351499元為是，濟興基金會於給付第1、2期估驗款時所扣除0000000元有誤，然濟興基金會於98年8月13日給付第1、2期估驗款金額高達00000000元，該超扣之金額，與已付之款項相較，金額非鉅，依誠信原則銘登公司自有繼續施工先為給付之義務，不能認其可主張同時履行抗辯據而停工。

4.綜上，不計入工期之時間，應僅自98年7月8日起至98年8月20日止之兩造合意停工期間。兩造約定預定完工期限98年10月2日，加計上開期間後，工程完工期限應為98年11月16日。契約於99年3月4日終止，距工程預定完工期

限98年11月16日，計遲延108 日。98年3 月6 日至同年5 月12日、98年6 月10日至同年月17日、98年8 月20日至同年9 月3 日期間，濟興基金會並無指示停工之情，銘登公司請求基金會給付期間之管理費用，自屬無據。至於兩造合意自98年7 月8 日至同年8 月20日停工乙情，基金會於同意停工當時，即已表明該段期間不計工期，亦不支付管理費用，有該函可稽（一審卷一第311 頁），銘登公司提出之98年7 月16日兩造合議紀錄亦載明「銘登公司7 月8 日申請停工，停工期間管理費等不計……」，（同上卷105 頁），是銘登公司請求濟興基金會給付管理費，自無所據。

㈣濟興基金會有無可歸責並遲延給付工程款之情？

1.銘登公司主張其於98年3 月3 日請求濟興基金會估驗核發第1 期工程款，於98年6 月3 日請求第2 期估驗款，濟興基金會，遲至98年8 月13日始核發第1 、2 期之工程款，故依契約第20條第13項約定以3 %計息，請求給付161,518 元遲延利息。惟濟興基金則辯稱：上情係可歸責於銘登公司，濟興基金會並無拖延付款情形。查，銘登公司於98年3 月3 日向濟興基金會請領第1 期估驗款，於同年6 月3 日向濟興基金會請領第2 期估驗款，濟興基金會於98年6 月17日辦理現場估驗，於98年8 月13日匯予銘登公司第1 、2 期估驗工程款15,488,041元，有銘登公司之請領估驗款函等件可稽（一審卷一第79頁），且為兩造不爭之事實。

2.契約第5 條第1 項第1 款前段第1 目及後段第1 目、第5 目約定：「工程進度完成10%時分別估驗計價撥付估驗款1 次。估驗時應由乙方提出估驗明細單，經甲方工程司核符簽認後，送請甲方於完成審核程序付款。惟甲方得就該估驗案予以抽驗及查核，抽驗及查核結算其符合規定，再依程序付款，另其結果不符規定，除依有關規定辦理，並保留部分資料外，將剩餘資料退回修正。」、「乙方履約

有下列情形之一者，甲方得暫停給付估驗計價款至情形消滅為止：1.履約實際進度因可歸責於乙方之事由，落後預定進度達10%者，且經甲方通知限期改善未積極改善者。但乙方如提報趕工計畫經甲方核可並據以實施後，其進度落後情形經甲方認定已有改善者，甲方得恢復核發估驗計價款．．．5.乙方有施工品質不良或其他違反公共工程施工品質作業要點之情事者」（一審卷一第167頁）。銘登公司於98年3月3日申請估驗，因同年月之混凝土圓柱試體抗壓強度試驗報告表示混凝土抗壓強度不足，故濟興基金會於，同月19日函知銘登公司，依契約第5條第1項第1款後段第5目約定，暫停給付第1期工程款（一審卷一第210頁），此段期間濟興基金會因而暫停估驗計價，依約有據。嗣臺灣省建築師公會另行於98年5月1日完成實體鑽心試體測試，確認結構安全無虞可繼續施作後，其暫停估驗計價之原因雖已消失，惟銘登公司此段停工期間仍應計入工期，（已如前述），濟興基金會於98年5月12日，通知銘登公司工程進度已比預定進度落後13.13%，依契約第5條第1項第1款後段第1目約定，要求銘登公司提出趕工計畫，供其審核，否則仍得暫停估驗（一審卷一㈠第225頁），銘登公司表示其累積實際進度已達17.63%，其金會即於98年5月15日函銘登公司，如依所陳僅落後8%，可恢復估驗計價，請銘登公司儘速提送工作日報表及補附各項估驗資料供查核（一審卷一第228頁），足認濟興基金會所辯，並非子虛。依契約第5條第1項第1款前段第1目約定，銘登公司所檢送之估驗資料，濟興基金會有審核權限，若結果不符規定，得將資料退回銘登公司修正，濟興基金會就系爭工程受內政部補助經費，並受內政部監督，內政部並因此責由高雄市政府社會局直接督導，送來估驗請款資料，濟興基金會送高雄市政府複核後，因高雄市政府指示估驗資料有誤或應補正，濟興基金會遂於98年5月20日、6月2日二次通知銘登公司補正，銘

登公司於98年6月5日補正資料後，仍有缺漏，濟興基金會於6月6日再次通知補正，銘登公司於尚未補正前，即已向高雄市政府申請召開協調會，經高雄市政府通知兩造定於98年6月10日召開付款協調會等情，有函文等文件可稽（一審卷一第230-236頁），銘登公司雖指濟興基金會係刻意刁難云云，惟濟興基金會要求補正之事項既係經督導機關高雄市政府所指正，有其提出之高雄市政府函可稽，銘登公司所指即非足採。至於濟興基金會因受內政部補助經費，依規定應將自籌款全數存入高雄市政府所設之專戶保管，內政部始會撥入補助款，自籌款全數存入前，專戶內款項不能動支，濟興基金會於98年6月6日始將4000萬元存入專戶，另外不足之自籌款17,635,750元至98年8月10日始存入專戶，高雄市政府於98年6月26日亦因此函內政部，請內政部同意在濟興基金會17,635,750元未存入專戶前，可先動支已存入之4000萬元支應工程款（一審卷一第303頁）。查事件初始乃因銘登公司施作之基礎版混凝土測試後抗壓強度不足，嗣又因工程進度落後、銘登公司所提出估驗資料有所缺漏等原因，暫停估驗計價付款，並非濟興基金會無故拖延，難謂可歸責於濟興基金會，已如前述。濟興基金會就上開自籌款存入不足，致不能先行動用等情，屬內部管理問題，且核與上情無因果關係，不得據此認濟興基金會有可歸責事由，是而銘登公司請求濟興基金會應給付第1、2期估驗工程款遲延利息161,518元云云，不應准許。

㈤銘登公司指濟興基金會指示錯誤，致其因而受有施工費用增加之損害，據而請求賠償，是否有據？

銘登公司主張：系爭工程設計將全部土方回填，不得外運，因建築師計算錯誤，故土方回填後，現場仍留存1500立方公尺之棄土，嚴重影響施工動線，此影響動線所增加之人工、機具費用，乃濟興基金會土方設計錯誤所致，應由濟興基金會負擔云云。經查，據建築師羅燦博證稱：本案設計之初，

在工程數量表有載明挖方是2370立方，填方是1730立方，因為基礎的地方土方沒辦法回填，挖方本來就會大於填方，但我們規劃是土方不外運，在建築基地裡面可以作景觀，所以在銘登公司提出施工計畫書的時候，事務所在98年1 月12日已經提醒廠商施工區的規劃，須針對分項工程的施工步驟，詳細說明施工區的分配及動線之規劃，北側大概有1843平方的空地，如果放到後面去，不至於影響到施工動線（一審卷二第299-300 頁），濟興基金會並提出羅燦博建築師事務所於銘登公司送審施工計畫時，先後於98年1 月12日、98年2 月11日函覆銘登公司之審查意見（一審卷三第139-14 6頁），內容明載：「施工區規劃：針對分項工程的施工步驟，詳細說明施工區之分配與動線之規劃。」、「土方暫存區及各不同開挖高程分別以圖示表明納入施工區規劃」，及銘登公司所提之工地配置圖，北方確實亦設有「臨時土方堆置場」（一審卷一第295 頁），應證羅燦博所證非虛。其設計之初即有預計土方在回填後尚有剩餘，並有規劃存放土方之處，亦提醒銘登公司在設計施工動線時應注意及此，是而銘登公司所執建築師設計係開挖後回填土方剩餘為零云云之主張，自不可採。羅燦博證稱：銘登公司在98年4 月1 日、濟興基金會在98年4 月7 日詢問土方多很多的處理問題，我於98年4 月22日函提4 點建議（一審卷一第298 頁），這4 點建議並沒有變更原來的設計，但是工程的價格可能有變化，如果土丘太高，還是可以變更設計，但是我認為對於施工動線，並不一定有影響，我有到現場看過，銘登公司挖掘出來的土方是直接放在道路、化糞池上面，不管是再行經動線或是預留施作的位置，勢必要把土方移開以後才能施作，所以才會影響到施工進度，若是放在後面空地就不會影響建築動線，在南側大型活動廣場也有空間可以放，基地回填之後，北側的空地就足以堆放剩餘的土方，但是施工單位並沒有將基地周圍的土方全部移到北方去，所以造成了動線的阻礙（一審卷二第300-306 頁），該施工計畫書內所列工地配置圖，其

北方確設置有「臨時土方堆置場」（一審卷一第295 頁），銘登公司既未依規劃設計之施工計畫內容堆置土方，其施工受碍，應係歸責於己，其主張增加之人力、機具費用係濟興基金會指示錯誤所致云云，為不可採。與其主張有民法第227 條之2 規定「情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者」之情有間。銘登公司又以兩造曾於98年7 月16日會議中決議：「土方問題：本會將函文請建築師辦理變更設計並延展工程，函報高雄縣政府轉內政部核備，辦理土方外運」，主張濟興基金會曾承認此部分係其設計錯誤云云（一審卷一第337 頁）。惟查，此應屬工程之後就剩餘土方超出預估數量部分，是否在景觀造價需予提高，或有無另行辦理土方外運需要之範疇，與「影響施工動線增加費用」之情形，係屬二事，此經羅燦博證述綦詳（按：因訟爭契約未完成且未變更設計前即已終止，無再審究此追加工程費用之問題），是而銘登公司向請求基金會超過增加施工費用之損害106,625 元，不應准許。

㈥濟興基金會主張銘登公司有施工落後而可歸責，逾期完工之情，應扣減逾期違約金，有無理由？

契約第17條第1 項、第3 項、第4 項約定：「逾期違約金，以日為單位，乙方如未依照契約規定期限完工，應按逾期日數，每日依契約價金總額千分之一計算逾期違約金」、「逾期違約金之支付，甲方得自應付價金中扣抵；其有不足者，得通知乙方繳納或自保證金扣抵」、「逾期違約金為損害賠償預定性違約金，其總額以契約價金總額之20％為上限，且不計入第18條第8 款之賠償責任上限金額內」（一審卷一第185 頁），是而銘登公司若有可歸責而未能於契約規定期限完工者，濟興基金會即得請求逾期違約金。系爭契約約定工期為180 日曆天，銘登公司於98年1 月16日開工，雙方合意停止不計入工期之時間為98年7 月8 日至98年8 月20日，銘登公司施工遲延計108 日等情，已如前述。按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252 條定有明文。

至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準。銘登公司就工程已完成百分之三五・五六，雖有混凝土施工品質不符契約約定情事，然此業經濟興基金會依約扣減混凝土項目單價百分之二十。契約終止日銘登公司雖遲延108 日，但考量該遲延之肇因，係因圓柱體試體抗壓試驗未達210kg/㎡而停工，嗣作鑽心試驗強度固未達210kg/㎡，但依營建署結構混凝土施工規範已達合格標準，然該合格是否即等同或合於兩造契約約定之強度，因兩造主觀認知不同，而生爭執，引發停工後續未復工而遲延諸問題。而銘登公司予以扣減混凝土項目單價固屬有據，但經核計應僅能扣351499元，然銘登公司有所誤計而多扣（已如前述），且約定盡依總價金之千分之一計算，有失彈性，並斟酌濟興基金會因之再將未完成之部分發包，惟濟興基金會就終止契約後發包該未完成部分，所費並未高於原先之金額，濟興基金會亦未證明其有另受費用等損害等情，併考量銘登公司違約情節及濟興基金會受損情況，認若儘依契約就逾期違約金約定每日按契約價金總額千分之一計算，顯然過高，應衡情予核減為每日依契約價金總額千分之0.3 計算，以資兼顧。從而濟興基金會得核處銘登公司之逾期違約金應為0000000 元（即88,400,000元x千分之 0.3 x 108=0000000 元）。逾此金額之請求，不應准許。

㈦濟興基金會主張銘登公司應負擔高雄市土木技師公會結算鑑定費15萬元，是否有據？

兩造所訂契約第20條第3 項約定：乙方（銘登公司）接獲終止契約通知後，對於已施作完成之工作項目及數量，應會同監造單位辦理結算，乙方不會同辦理時，甲方得逕行辦理結算，必要時，得洽請公正、專業之鑑定機構協助辦理。系爭契約因可歸責銘登公司之事由，經濟興基金會終止契約後，濟興基金會通知銘登公司於99年3 月22日辦理點交已施作完成之工作項目及數量結算，銘登公司未派人到場，（一審卷二第150 至152 頁），濟興基金會因而洽請高雄市土木技師

公會派員鑑定，因而支出鑑定費15萬元，該15萬元支出係因可歸責於銘登公司所致，濟興基金會請求銘登公司給付，核屬有據。

㈧濟興基金會主張以應扣除之履約保證金據為抵銷，有無理由？

1.兩造就系爭工程約定之履約保證金為工程款之十分之一（即884 萬元），由銘登公司出具銀行保證書供擔保，又因銘登公司為優良廠商，依工程投標須知規定，得減少40/100繳納等事實，為兩造所不爭執，銘登公司因之主張此項可否抵銷之履約保證金計算，不應為884 萬元為計，而應以0000000 元（即0000000 元x 60/100=0000000元）計算云云。惟查，契約第14條第14項約定：「乙方為優良廠商而減收履約保證金、保固保證金者，其有不發還保證金之情形者，乙方應就不發還金額中，屬減收之金額補繳之」（一審卷一第182 頁），即所約定之884 萬履約保證金因銘登公司為優良廠商，固得暫減40 /100 繳納，惟嗣後如發生合於約定「不發還保證金」之情者，銘登公司仍應就不發還金額中，原來暫時減收40/100之該金額，予以補繳，始符約定本旨。銘登公司執上情抗辯，核屬誤解，而不足取。

2.兩造所訂契約第14條第7 項第4 款約定「乙方所繳納之履約、差額保證金及其孳息得部分或全部不予發還之情形：．．．（四）因可歸責於乙方之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金。．．．」，及第20條第5 項約定「甲方得自通知乙方終止或解除契約日起，扣發乙方應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款等，並不發還乙方之履約保證金。．．．」（一審卷一第181 、187-188 頁），就上該約定，兩造各有不同解讀之主張。銘登公司以：第14條7 項第4 款雖有約定於可歸責乙方致終止契約時，得不予發還履約保證金，惟第20

條第5項再次針對同樣可歸責於乙方而終止契約之情形，約定「甲方得……扣發乙方應得之工程款，包括……，並不發還乙方之履約保證金。至本契約經甲方自行或洽商其他廠商完成後，如扣除甲方為完成本契約所支付之一切費用或損失、損害後有剩餘者，甲方應將差額給付乙方，如有不足者，乙方……將該差額賠償甲方」，足見「不予發還」之約定，只是暫時的不予發還，非使基金會終局保有履約保證金，於扣除被上訴人一切損失後，如有剩餘，應返還銘登公司等語；濟興基金會則謂：合約第20條第5項係就終止契約後「工程款」之處理方式約定，該項前段「不發還乙方之履約保證金」乙語，僅在強調其餘可扣減銘登公司工程款外，履約保證金並不發還，是而依第14條第7項第4款、第20條第4項約定，其縱無損失，亦得不發還履約保證金，無於事後與銘登公司結算未完工損失之問題等語。

按解釋契約應通規全文，依當時之情形及其他一切證據資料，並斟酌交易習慣依誠信原則為斷定之標準，於文義上及論理上詳為推求，以探求當事之真意，不得拘泥字面或截取書據中之一二語，致失立約之真意。履約保證金是否兼具於不履行契約或不依約履行時，充作違約金之性質，應綜觀契約之內容定之。又除經當事人約定承攬人不依約履行時，定作人得沒收履約保證金充作違約金之情形外，該項履約保證金之返還請求權乃附有條件，即以約定返還期限屆至時或承攬契約因解除或終止而失效後，應無由承攬人負擔保責任之事由發生，或縱有應由承攬人負擔保責任之事由發生，惟於扣除承攬人應負擔保責任之賠償金額後猶有餘額者為停止條件，上開停止條件成就後，承攬人自得請求返還履約保證或其餘額。濟興基金會以：觀諸契約第14條第7項其中第2款、第8款情形，基金會並不會有實際損失，但仍約定不予發還保證金，可知本件履約保證金之約定，非一律需再計算具體費用、損失數額，足見

訟爭履約保證金係違約定金性質，第20條第5項，旨在約定甲方終止契約後，關於乙方應得「工程款」之處理方式，非指履約保證金，只有工程款才有結算問題，履約保證金無結算可言云云。惟工程契約中例皆有記載如何之違約事由，應為賠償之約定，上指之第2款、第8款，並非不可藉由約定而求償。又承攬工程之人，並非皆屬諳於契約文字者，訟爭契約第20條第5項記載「並不發還乙方履約保證金」，究係何指？兩造各有解讀，於訴訟中歷經數審，法院且有不同之見解，自難期待雙方於訂約時，就該履約保證金之約定，有濟興基金會所指之「不供扣抵費用、損失、損害之用，而得由定作人不發還而逕予沒收」之認知，衡諸事理及誠信，亦難期待承攬人即銘登公司有該合意。經查，銘登公司承攬系爭工程所應交付之履約保證金，經兩造在合約第14條（內容共有15項）就履約保證金之繳納、追討、發還、不予發還等情形分別約定，於發生第14條第7項所列舉部分或全部不予發還履約保證金事由時（計有九款），濟興基金會得不按同條第5項約定，按期（估驗進度）退還履約保證金，並未約定具有各款列舉情形時，上訴人得將履約保證金沒收充作違約金；徵諸契約第17條第1項、第3項約定「逾期違約金，以日為單位，乙方如未依照契約規定期限完工，應按逾期日數，每日依契約價金總額千分之一計算逾約金……」、「逾期違約金之支付，甲方得自應付價金中扣抵；其有不足者，得通知乙方繳納或『自保證金扣除』」（上更二卷一第134頁背面），益見履約保證金與違約罰款係分別列於不同之條款，濟興基金會得選擇扣除（或追繳）履約保證金充作銘登公司賠償之違約罰款，即履約保證金僅為違約金之擔保而已，縱有第14條第7項第4款之情形，濟興基金會不得逕予沒收履約保證金。上該逾期違約金既得自保證金扣除，若將解釋為保證金係屬沒收、不予發還，則何來得將逾期違約金自保證金扣除之理？要與事務之本質不符。是而上

該第14條第7項、第20條第5項就履約保證金「不予發還」之約定，只是暫時的不發還，並非使濟興基金會得將之沒收，而終局保有該履約保證金，濟興基金會於完成工程後，若受有損失或對銘登公司有債權，於扣除後如有剩餘，自應返還予銘登公司。濟興基金會以契約中不予發還之規定，係屬違約定金性質，主張沒收尚待繳納未完成工程部分之履約保證金7,072,000元，並據為抵銷，自屬無據。

㈨銘登公司請求工程款，經濟興公司抵銷後，得請求給付之金額為若干？

銘登公司所完成之工程進度35.56%，得請求之工程款為31,435,040元，扣除混凝土強度不符約定之減價351,499元、已領取之第1、2期工程估驗款15,488,041元，尚有工程款15,595,500元未領取。而濟興基金會據為抵銷之主動債權，其中逾期違約金為2,864,160元，加計高雄市土木技師公會鑑定費用150,000元，共計3,014,160元。按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務互為抵銷（民法第334條第1項前段定有明文）。兩造債務經抵銷後，銘登公司得向濟興基金會請求之金額為12,581,340元。

六、綜上，銘登公司請求濟興基金會給付工程款，其請求之金額在12,581,340元，及自支付命令送達翌日即99年1月5日起至清償日止，按週年利率百分之五計算法定遲延利息範圍內，洵屬正當，應予准許。逾此金額之請求，不應准許。原審所命給付尚不足7,516,341元（即12,581,340元－5,064,999元＝7,516,341元）本息。銘登公司上訴求命濟興基金會再為給付之金額，在7,516,341元本息範圍內既屬正當，自應由本院將原判決駁回銘登公司此部分之請求及假執行聲請部分之裁判廢棄，改判如主文第二項所示。銘登公司逾此部分之上訴，則應予駁回。至於濟興基金會上訴請求將命其給付超過3,593,500元本息部分之裁判廢棄，為無理由，應予

駁回其上訴。本判決第二項命濟興基金會再給付部分，兩造各陳明願供擔保，請求為准、免假執行之宣告，核無不合，爰分別酌定相當擔保金額，併為附條件之准、免假執行宣告。又兩造其餘攻防及所提資料，經核不影響上開之認定及判決結果，爰不一一贅敘。

據上論結，本件銘登公司之上訴為一部有理由，一部無理由，濟興基金會之上訴為無理由，依民事訴訟法第450 條、第449 條第1 項、第79條、第463 條、第390 條第2 項、第392 條第2 項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　13　　日

民事第二庭

審判長法官　黃國川

法　　官　黃宏欽

法　　官　許明進

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　13　　日

書記官　蔡妮庭

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為適當者，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。