

福建高等法院金門分院民事判決

109年度建上易字第1號

上訴人 陸軍馬祖防衛指揮部

法定代理人 廖建興

訴訟代理人 利明偉

劉旻昕

劉大可

被上訴人 煒軒工程有限公司

法定代理人 柳淑芬

訴訟代理人 張珮琦律師

陳明良律師

上列當事人間請求給付承攬報酬事件，上訴人對於中華民國109年8月5日福建連江地方法院108年度建字第1號第一審判決提起上訴，本院於110年9月29日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

本件於本院審理中，上訴人之法定代理人由章元勳變更為廖建興，有國防部民國110年7月22日國人管理字第1100161913號令在卷可稽，業經廖建興具狀聲明承受訴訟(本院卷第215至220頁)，核無不合，應予准許。

貳、實體方面：

一、被上訴人主張：伊與上訴人於104年3月4日就南竿地區空調電力改善工程(下稱系爭工程)簽立工程採購承攬契約(下稱系爭契約)，總工程款新臺幣(下同)275萬元，伊繳納履約保證金13萬7,500元。伊於同年月27日申報開工，並依圖施工，於同年5月27日申報完工。詎上訴人於104年10月7日表

01 示終止契約，僅提存57萬1,114元，尚有工程款214萬8,369
02 元、履約保證金137,500元、保固保證金2萬9,517元，共計2
03 31萬5,386元未還等情。爰依系爭契約法律關係、民法第490
04 條及不當得利之法律關係提起本件訴訟，求為命上訴人給付
05 上開金額及自起訴狀繕本送達翌日即105年11月7日起至清償
06 日止按年息5%計算利息之判決。原審判決上訴人應給付75萬
07 9,423元本息，駁回被上訴人其餘請求，上訴人就其敗訴部
08 分提起上訴，被上訴人答辯聲明：上訴駁回(被上訴人就其
09 請求材料費223萬7,681元、工程款超過151萬8,724元、履約
10 保證金超過7萬5,941元、應付違約金29萬2,645元敗訴部
11 分，未上訴而確定)。

12 二、上訴人則以：被上訴人並未完成系爭工程，伊同意被上訴人
13 於104年6月19日停工，至同年月29日復工。惟被上訴人並未
14 依約完工及修補缺失，伊因此依系爭契約第21條第1項第7、
15 8、11款規定終止契約，被上訴人於104年10月12日收受終止
16 通知。伊於104年10月23日以函通知被上訴人，系爭工程依9
17 8萬3,881元計價予以驗收。嗣伊將系爭工程另行發包榮發企
18 業工程行施作，並已施作完畢。又系爭工程於104年3月27日
19 開工，工期60日曆天，應於同年5月26日竣工，被上訴人自1
20 04年5月27日起至同年10月12日契約終止日止，共計逾期139
21 日，應計罰違約金38萬2,250元。系爭工程結算金額98萬3,8
22 81元，扣除違約金38萬2,250元、保固保證金2萬9,517元，
23 及應由被上訴人負擔之提存費用1,000元後，被上訴人僅能
24 請求57萬1,114元，伊已將上開金額予以提存。又被上訴人
25 未依約完工，伊自得不發還保證金等語，資為抗辯。於本院
26 聲明：(一)原判決不利於上訴人部分廢棄。(二)上開廢棄部分，
27 被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

28 三、兩造不爭執事項：

29 (一)被上訴人於104年3月3日投標上訴人所招攬之「系爭工程
30 (案號：000-0000000000000000)」，以275萬元得標。被
31 上訴人於同年3月4日繳納履約保證金13萬7,500元，兩造並

01 簽立系爭契約。

02 (二)被上訴人依系爭契約第7條約定於104年3月27日開工，工期6
03 0日曆天，於同年5月27日發函向上訴人申報完工。

04 (三)因兩造對於系爭契約施工範圍有爭議，上訴人同意被上訴人
05 自104年6月19日停工，至同年6月29日復工。上訴人於同年1
06 0月7日以被上訴人有系爭契約第21條第1項第7款、第8款、1
07 1款之情形，單方終止系爭契約，被上訴人於同年10月12日
08 收受上訴人終止系爭契約之通知。

09 (四)上訴人已依系爭契約為被上訴人提存57萬1,114元，被上訴
10 人已領取該金額。

11 (五)系爭工程總表及系爭工程材料明細表確實均為系爭契約文
12 件。

13 (六)上訴人於104年4月29日發函通知被上訴人第一次材料驗收紀
14 錄及缺失。

15 (七)上訴人於104年5月11日發函通知被上訴人第二次材料驗收及
16 第一次驗收缺失已全部改進。

17 (八)上訴人於104年6月4日發函回覆被上訴人不同意被上訴人於
18 同年5月27日申報竣工，並通知系爭工程缺失及於同年5月28
19 日起計算違約金。

20 (九)上訴人於104年6月18日與被上訴人開協調會，被上訴人由高
21 士建參加。

22 (十)上訴人於104年6月25日召開第二次協調會，被上訴人未到
23 場。

24 ☐上訴人於104年6月26日發函通知被上訴人復工及未依圖施
25 工，並限期30日完工。

26 ☐上訴人於104年6月30日發函通知被上訴人於8月上旬辦理驗
27 收。

28 ☐上訴人於104年7月9日發函通知被上訴人於同年7月26日前完
29 工，並於8月上旬辦理驗收。

30 ☐被上訴人分別於104年7月13日發函、104年8月2日存證信
31 函，通知上訴人本案未辦理驗收但上訴人已先使用部分應先

01 部分驗收。

02 ☐上訴人於104年8月11日發函通知被上訴人計價付款及驗收。

03 ☐上訴人於104年8月28日發函通知被上訴人同年9月14日召開
04 工程計價協調會議。

05 ☐104年9月14日工程計價協調會議，被上訴人由張士良出席參
06 加。

07 ☐104年9月29日被上訴人發函對上訴人工程計價明細表之計價
08 方式與金額表示異議。

09 ☐104 年11月13日上訴人發函通知被上訴人繳納保固金、罰鍰
10 金額總數及履約保證金不予發還。

11 ☐對於系爭工程第一次材料檢驗表及第二次材料檢驗表，已檢
12 驗合格並放置於營區內。

13 ☐檢驗合格材料放置地點與施工地點不同。

14 四、本院之判斷：

15 (一)被上訴人就系爭工程尚未完工：

16 1、本件被上訴人於104年3月27日申報開工，於同年5月27日申
17 報完工（原審卷一第134頁）。惟上訴人認為被上訴人就系
18 爭工程計有5處8項缺失（下稱系爭缺失），屬於合約應完成
19 工項尚未完成，因此不同意被上訴人申報竣工等語（原審卷
20 二第24-25頁）。被上訴人則於104年7月2日函覆：本案施工
21 時均依照材料明細表、施工圖及施工說明施作，上函所列工
22 程缺失，部分非本案施工範圍及項目，本公司無法施作等語
23 （原審卷一第150頁）。故本件首應探究者，厥為系爭缺失
24 是否屬系爭工程範圍？亦即被上訴人就系爭工程是否業已完
25 工？

26 2、按乙方（即被上訴人）履約所供應或完成之標的，應符合契
27 約規定，無減少或滅失價值或不適用通常或約定使用之瑕
28 疵，且為新品；驗收程序：乙方應於履約標的預定竣工日前
29 或竣工當日，將竣工日期書面通知監造單位/ 地區工營處及
30 甲方（即上訴人），該通知須檢附工程竣工圖表。甲方應於
31 接到該通知之日起7 日內會同監造單位/ 地區工營處及乙

01 方，依據契約、圖說或貨樣核對竣工之項目及數量，以確定
02 是否竣工；依第1 目查核之日起30日內，由甲方所屬之地區
03 工營處辦理初驗，並做成初驗紀錄。初驗合格並取得使用執
04 照（無則免）及完成水電、升降設備、消防安全、無障礙設
05 施設備等檢查後，甲方應於20日內辦理驗收，並作成驗收紀
06 錄…；查驗、測試或檢驗結果不符合契約規定者，甲方得予
07 拒絕，乙方應於限期內免費改善、拆除、重作、退貨或換
08 貨…，為系爭契約第十五條第(一)款、第(二)款、第(五)款分別所
09 約定。故系爭工程完工時，被上訴人應先申請竣工、經上訴
10 人初驗合格後，辦理驗收、作成紀錄，程序始為完成。經
11 查，被上訴人主張系爭工程已完工乙情，雖據提出104年5月
12 27日函為證（原審卷一第134 頁），惟該函文內容僅略以：
13 本公司（即被上訴人）承攬貴部（即上訴人）系爭工程已於
14 104年5月27日完工，呈請貴部擇期並派員等語，故該函僅能
15 證明被上訴人於當時先向上訴人申報竣工乙情，尚不能證明
16 系爭工程業已完工之事實。又佐以上訴人分別於(1)同年6月4
17 日以函覆被上訴人不同意被上訴人於同年5 月27日申報竣
18 工，並通知系爭工程缺失；(2)於同年6 月26日通知被上訴人
19 復工及未依圖施工，並限期30日完工；(3)於同年6 月30日通
20 知被上訴人於8月上旬辦理驗收；(4)於同年7月9日通知被上
21 訴人於同年月26日前完工，並於8月上旬辦理驗收；(5)於同
22 年8月11日通知被上訴人計價付款及驗收等情，以及兩造於
23 同年6 月18日召開協調會，被上訴人並由其人員高士建參與
24 等節，益證上訴人就系爭工程業已完工乙節，並未同意。故
25 被上訴人主張系爭工程已完工云云，尚屬有疑。

26 3、又系爭契約是否完工等情，經兩造同意由中華民國電機技師
27 公會（下稱中華電機公會）鑑定（原審卷三第77頁正反面），
28 中華電機公會107年7月16日鑑定報告書（下稱鑑定報
29 告書）鑑定結果為：1.(6)工作表A2的「迴路名稱」和「電纜
30 規格」欄是鑑定技師從契約工程圖中整理出來認為應該施工
31 的迴路，其右邊「計算/ 實測」欄中有數值的代表該條線路

01 已經施工，因此可以量得長度；打「X」符號的迴路代表未
02 施工，包括下列三種情況：A. 如前述之既有線路，非本期的
03 工作，但工程圖中未標示者；B. 施工期間更改電纜線規格，
04 原本設計圖所標示的規格即不施工；C. 應施工而未施工的項
05 目…。其中屬於C的項目占了打「X」符號的大部分，這些項
06 目在工作表A2的第3行「被上訴人意見」中都有敘述。(7)綜
07 合以上所述，由於工作表A2中打「X」符號的迴路為數不
08 少，且大部分屬於上述(6).C，可以確認：A. 被上訴人並未履
09 約完工（見鑑定報告書第8至21、43至44頁），並觀鑑定報
10 告書工作表A2項次4、5、6、7、7-1、7-3、9、10、10-1、
11 10-2、11、12、15、19、20-4、20-5、20-6、20-7、20-8、
12 22-1、22-2、33、36、37、46的「計算/實測」欄中全部或
13 部分均打「X」，可知被上訴人就系爭工程未施工比例甚高
14 之事實。再佐以被上訴人提出104年8月13日、14日驗收報告
15 （見原審卷二第29至36頁），驗收報告驗收結果中明確記載
16 數項施工項目與契約、圖說、貨樣規定不符及其情形，並有
17 被上訴人人員高士達、張士良簽名等情，足認上訴人抗辯系
18 爭工程尚未完工之事實，應屬可信。

19 4、按系爭契約第二條第(一)款第4目工作事項約定：依據契約文
20 件（包括但不限於投標、決標、權責劃分表、補充規定、設
21 計圖、施工規範等文件）完成本工程標的之施工、保固等工
22 作。又系爭契約所稱圖說，係指甲方（即上訴人）依契約提
23 供乙方（即被上訴人）之全部圖樣及其所附資料。另由乙方
24 提出經甲方認可之全部圖樣及其所附資料，包含必要之樣品
25 及模型，亦屬之。圖說包含（但不限於）設計圖、施工圖、
26 構造圖、工廠施工製造圖、大樣圖等，系爭契約第一條第(一)
27 款第10目有所約定（原審卷一第18頁）。又按本工程施工說
28 明書、圖樣、與詳細表等，如遇有不符，或有疑問之處，應
29 即詢問監造單位，並依契約第一條辦理；其施工方法及材料
30 之規格，圖樣如無特別註明，概以施工規範為準，如施工規
31 範無註明，但為工程習慣上所不可缺者，乙方應依照工程慣

例辦理，不應藉詞推諉，或要求加價，若有價差應予減帳，為第1章施工規範總則第4目有所明定（原審卷二第234頁）。惟查，系爭契約工程圖面包括單線圖和平面圖，而系爭契約兩者標示工作範圍並不一致，有些用電負載標示於單線圖上但平面圖卻找不到，有些標示於單線圖上的負載卻是既有線路，並非本期工作，圖上沒有交代等情，此有系爭鑑定報告書在卷可參（見鑑定報告書第43頁），堪信，系爭工程圖確有標示不一致之情。而該等施工項目既已於契約工程圖面中予以標註（見鑑定報告第43頁），自應由被上訴人負責供應或施作，鑑定報告亦同此認定（見鑑定報告第43頁）；何況被上訴人遇有圖說不明或有衝突時，揆諸前開說明，亦應詢問監造單位，再依系爭契約第一條辦理，上訴人方能知悉有圖說不明之情形，而非由被上訴人擅自認定非施作範圍，因此被上訴人主張系爭缺失並非系爭契約工程範圍，其已依約完工云云，尚不足採。

- 5、被上訴人主張施作項目未出現於原設計圖，或上訴人要求應施作之材料實際上未採購，上訴人應依採購法辦理契約變更等語。惟按契約價金之給付，依契約價金總額結算；採契約價金總額結算給付者，未列入標單項目，如經甲方確認屬漏列且未於其他項目中編列者，得依第三條第(一)款經雙方合意以書面辦理契約變更增加契約價金；溢列項目亦同。未列入單價分析項目及數量，其已於契約（含工程圖說）載明或繪明應由乙方施作或供應或為乙方完成履約所必須者，仍應由乙方負責供應或施作，不得據以請求加價；契約價金總額，除另有規定外，為完成契約所需全部材料、人工、機具、設備、交通運輸、水、電、油料、燃料及施工所必須之費用。分別為系爭契約第三條第(一)款、第四條第(三)款、第五條第(二)款第9目所約定（原審卷一第20、21、26頁）。顯見兩造所約定系爭契約為價金總額結算契約，約定之總額為完成系爭契約所需全部材料、人工、機具、設備、交通運輸、水、電、油料、燃料及施工所必須之費用；又已於系爭契約（含

工程圖說)載明或繪明應由被上訴人施作或供應或完成履約所必須者,仍應由被上訴人負責供應或施作,不得據以請求加價。準此,系爭缺失之工程項目既已載明於契約工程圖面,揆諸上開說明,自應由被上訴人負責施作,故被上訴人主張上訴人應依採購法辦理契約變更云云,尚無可採。又契約價金總額,依上開約定,包括為完成契約所需全部材料及施工所必須之費用,則被上訴人抗辯因材料未採購故未為系爭缺失項目之施作,亦無理由。

6、被上訴人另主張上訴人104年6月18日驗收照片與於同年5月30日初次完工驗收有不同之處等語。惟按甲方就乙方履約標的為查驗、測試或檢驗之權利,不受該標的曾通過其他查驗、測試或檢驗之限制,系爭契約第十五條第(六)款約定甚明(原審卷一第55頁)。參以104年6月4日陸馬防工字第1040003089號函內容第2點明確記載:本部(即上訴人)已於104年5月30日辦理完工查驗,所見缺失計有5處8項如附件,均屬合約應完成工項,因此不同意貴公司(即被上訴人)申報竣工等語(原審卷一第135頁),可見同年5月30日應非初次完工驗收一情,甚為灼然;且依系爭契約第十五條第(六)款規定,上訴人並不受前次查驗之限制,仍有再次查驗權利,故上訴人即使已為查驗亦可再次查驗,更可推知再次查驗結果未必一定相同,否則何須規定上訴人再次查驗權利;又上訴人於同年5月30日查核既已發現系爭缺失即知系爭工程尚未完工,自可通知被上訴人未竣工之事實,無須待被上訴人施工項目全部查驗再行通知,是被上訴人以上訴人提出同年6月18日照片與同年5月30日查驗缺失不同,主張同年6月18日照片及所列缺失不可採信等情,亦不可採。

7、綜上,被上訴人就系爭工程確有未按約完工之情,堪以認定。

(二)上訴人終止契約應屬合法:

1、按乙方履約,有下列情形之一者,甲方得以書面通知乙方終止或解除契約之部分或全部,且不補償乙方因此所生之損

失：(11)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，分別為系爭契約第二十一條第(十一)款所約定。

2、經查，系爭契約兩造約定被上訴人應於104年3月27日開工日起60日曆天即同年5月26日完工等情，此有系爭契約在卷可參（原審卷一第27頁），惟被上訴人如前述並未完成，上訴人嗣於同年6月26日通知被上訴人未依圖施工，請於同年月29日復工，並限期30日完工（原審卷一第139-140頁），再於同年7月9日再次通知被上訴人於同年月26日前完工，並於8月上旬辦理驗收（原審卷一第221頁），嗣於同年10月7日以陸馬防工字第1040005956函號函終止系爭契約（原審卷一第157-158頁），有上開函文在卷可參。且系爭工程既未完工，足認被上訴人有未依契約規定履約之事實。又被上訴人於接獲上訴人上開限期完工書面所載30日即104年7月26日仍未完工，業已符合前揭系爭契約第二十一條第(十一)款之要件，自得以書面通知被上訴人終止系爭契約，從而上訴人終止契約自屬合法，被上訴人抗辯上訴人終止契約不合法云云，尚屬無據。

(三)被上訴人請求上訴人給付材料費用223萬7,681元部分：

1、按契約所需工程材料、機具、設備、工作場地設備等，除契約另有規定外，概由乙方自備；乙方自備之材料、機具、設備，其品質應符合契約之規定，進入施工場所後由乙方保管，並負責該等財產損失及損壞之風險。其非經甲方書面同意，均不得擅自運離；履約標的未經驗收移交接管單位接收前，所有已完成之工程及到場之建材工料、機具、設備，乙方負善良保管人之保管責任，如有損壞缺少，概由乙方負責。其屬上述由乙方放置工地現場並經檢驗合格之建材工料等等，倘經甲方估驗計價付款（含預付款）者，其所有權當然歸屬甲方。分別為系爭契約第八條第(一)款、第(三)款、第九條第(八)款所約定（原審卷一第29、36頁）。可知，系爭工程材料應由被上訴人自備，且被上訴人自備之材料品質應經上

01 訴人檢驗以確保該材料品質符合系爭契約約定；且履約標的
02 未經驗收移交接管單位接收前，系爭工程材料均由被上訴人
03 負善良保管人之保管責任，系爭工程材料於未經估驗計價付
04 款或預付款者，系爭工程材料所有權仍屬被上訴人所有，於
05 驗收點交後方才移轉與上訴人。

06 2、又系爭契約第三條第(三)款及第五條第(二)款兩造約定採驗收後
07 乙次付款方式支付，且不採預付款等情，此有系爭契約在卷
08 可稽（原審卷一第20、22頁），可見系爭契約並未採預付款
09 及估驗計價付款。又被上訴人所提出上訴人104年4月29日陸
10 馬防工字第1040002226號函及104年5月11日陸馬防工字第10
11 40002529號函中主旨及說明一雖有記載材料驗收紀錄表案及
12 驗收缺失計有…等語，有上開2 函及所附系爭工程材料檢驗
13 表在卷可參（原審卷一第167 頁、原審卷二第42頁），惟觀
14 上開2 函所附資料，其名稱分別為系爭工程第一次檢驗表及
15 系爭工程第二次檢驗表，且該檢驗表內容亦僅記載材料名稱
16 及規格之檢驗是否合格之情形，何況上訴人104年4月25日陸
17 馬防工字第1040002151號函及104年5月11日陸馬防工字第10
18 40002529號函中主旨及說明亦有記載第二次材料進場查驗、
19 第一次查驗所見缺失、查驗材料、規格及相關證明文件均符
20 合契約規定及第一次材料查驗缺失等字，亦有上訴人104年4
21 月25日陸馬防工字第1040002151號函及104年5月11日陸馬防
22 工字第1040002529號函在卷可憑（原審卷一第168至170頁、
23 原審卷二第41至44頁），可知上開2 函內容所稱驗收應非兩
24 造系爭契約所約定驗收程序，而係系爭契約所約定檢驗程
25 序。是被上訴人主張系爭契約所採購之材料業已進場經上訴
26 人驗收合格，故上訴人應給付材料費用223萬7,681元云云，
27 亦不足採。

28 (四)上訴人全部應給付被上訴人工程款151萬8,724元：

29 1、按乙方因第(一) 款情形接獲甲方終止或解除契約通知後，
30 …；對於已施作完成之工作項目及數量，應會同監造單位/
31 地區工程處辦理結算，並拍照存證，乙方不會同辦理時，甲

01 方得逕行辦理結算；必要時，得洽請公正、專業之鑑定機構
02 協助辦理。…；契約經依第(一)款規定或因可歸責於乙方之事
03 由致終止或解除者，甲方得自通知乙方終止或解除契約日
04 起，扣發乙方應得之工程款，包括未領取之工程估驗款、全
05 部保留款等，並不發還乙方之履約保證金。本契約經甲方自
06 行或洽請其他廠商完成後，如扣除甲方未完成本契約支付之
07 一切費用及所受損後有剩餘者，甲方應將該差額給付乙方；
08 洽其他廠商完成之必要者，亦同。如有不足者，乙方應將該
09 項差額賠償甲方，分別為系爭契約第二十一條第(三)款、第(四)
10 款所約定。本件上訴人雖已依系爭契約第二十一條第(三)款
11 逕行辦理結算，惟兩造對於已結算外其他施作部分是否已完
12 成仍有爭議，是對於被上訴人已結算以外施作部分，被上訴
13 人認為已施作且完成亦應結算，並依系爭契約向上訴人請
14 求，自應對此部分負舉證之責。

15 2、經查，兩造對於上訴人所作之計價項目表是否正確及若計價
16 有誤，依被上訴人完工程度上訴人應給付之報酬為何乙節，
17 亦經中華電機公會鑑定為：(1)從表1和表2看來，已計價數量
18 與調查結果的安裝數量略有差異，所影響的價錢列於表9 和
19 表10。(2)表9為直接工程費的計算，是根據原證3-1及附證二
20 的項目所作；表10為工程總價的計算，是根據原證3-1第1頁
21 的項目所作。逾期罰款與履約保證金是否退還都不在考慮之
22 列。(3)從表9 看來，直接工程費部分，馬防部（即上訴人）
23 原本計價98萬3,881元，鑑定調查結果，建議給付132萬2,02
24 6元，…。(4)包含其他間接費用及營業稅之總價列於表10。
25 …。經核對，原證3-1第1頁契約總表的金額完全符合該表
26 「備註」欄所列公式，因此表10乃根據原證3-1第1頁「備
27 註」欄的公式推算，…依該表計算鑑定結果應給付總價為15
28 1萬8,724元。(5)無熔絲開關和電纜線等，依照契約材料明細
29 表的規定，需要餘料繳回，本應計算餘料費用，但因沒有繳
30 回餘料的簽收文件，無法列出繳回數量，表9乃從略（見鑑
31 定報告書第45頁），再觀鑑定報告書表9與表10計算之內容

(見鑑定報告書第48至52頁)，足認上訴人所製作之計價項目表對於部分被上訴人已施工尚未計價之事實，揆諸前開說明及鑑定報告書內容，依被上訴人完成工程程度，上訴人應給付被上訴人151萬8,724元。又被上訴人雖主張因上訴人終止契約無法辦理餘料繳回等語，惟依系爭契約第二十一條第(三)款約定，兩造於終止契約後仍應辦理結算，被上訴人仍可餘料繳回，是被上訴人此部分主張，難認有據。

3、另上訴人雖抗辯系爭鑑定書將其另行發包予榮發企業工程行(下稱榮發工程行)之工項誤予計入系爭工程範圍等語，並提出被上訴人未施工項目、榮發工程行施作項目影本為憑(原審卷三第216至225頁)。被上訴人固不爭執榮發工程行施作項目形式真正，但爭執另行發包施作項目與系爭工程施工項目並不相同或無重疊之處，而上訴人雖提出自製重複發包項目對照表(原審建字卷第53-57頁)，並指出黃色標記部分是榮發工程行另行施作部分，惟上訴人於105年6月14日將被上訴人未施工部分，以89萬元發包予榮發工程行施作完成，有承攬契約等文件在卷足憑(原審卷三第80-93頁)。嗣原審將兩造間對於施作工程項目及內容之爭執項目對照表(原審卷三第99-105頁)，交付鑑定機關，中華電機公會通知兩造各自準備資料，定期至現場會勘，並據以作成鑑定報告書，一一說明其認定之理由，有該公會106年12月28日電機技師(全國)字第10612520號函在卷可稽(原審卷三第127-142頁)。而上訴人就其該部分抗辯，並未能舉證以實其說；況上訴人將被上訴人未施作部分，以89萬元另行發包，加計鑑定報告認應給付被上訴人之工程款151萬8,724元，合計240萬8,724元，並未逾系爭工程原定工程總價275萬元，均難認有將榮發工程行施作部分重複計價予被上訴人，是上訴人此部分抗辯，並無足採。

(五)上訴人應返還被上訴人履約保證金7萬5,941元：

1、按工程部分完工後，有部分先行使用之必要或已履約之部分有減損滅失之虞者，應先就該部分辦理驗收或分段查驗供驗

收之用，並就辦理部分驗收者支付價金及起算保固期，可採部分驗收方式者，優先採部分驗收…；履約保證金為契約金額5%，於驗收合格後發還；乙方所繳納之履約保證金及其孳息部分或全部不予發還之情形：4. 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，分別為系爭契約第十四條第(五)款第4目、第十五條第(九)款所約定。從系爭契約採行部分驗收而仍須支付價金及起算保固期觀之，可知上訴人若採行部分驗收，雖有可歸責於被上訴人之事由時，亦僅能部分終止契約而不得全部終止契約，就已施作部分之履約保證金應比例發還，方符合兩造所約定系爭契約之意旨。

2、經查，本件上訴人自承驗收部分為部分驗收（參原審108年度建字第1號卷【下稱建字卷】第126頁），以及上訴人104年11月13日陸馬防工字第1040006947號函中說明一內容明確記載：依契約第十五條第(九)項（應為第十五條第(九)款誤載）規定，請貴公司繳納保固金2萬9,517元整等字樣（見原審卷一第163頁），應可認定上訴人於被上訴人未完工後有採部分驗收之事實。是系爭工程既經上訴人部分驗收，則上訴人終止契約應為部分終止契約而非全部終止契約。又上訴人終止既為部分終止契約，且本院認定被上訴人已施作完成部分上訴人應給付151萬8,724元，該151萬8,724元中，除已驗收部分外，其餘部分仍應認為非系爭契約所約定終止契約不予發還部分，是依系爭契約第十五條第(九)款規定，應將此部分之保證金返還。履約保證金為13萬7,500元，則此部分上訴人應返還7萬5,941元與被上訴人（計算式：137,500元－137,500元 $\square$ （2,750,000元－1,518,724元） $\div$ 2,750,000元＝75,941元，小數點以下四捨五入）。上訴人抗辯得全部不予發還，尚屬無據。

（六）上訴人應返還被上訴人保固保證金2萬9,517元：

1、按保證金之發還情形如下：3. 保固保證金為契約金額3%於保

固期滿且無待解決事項後30日內發還；保固期之認定：1. 起算日：(1)全部完工辦理驗收者，自驗收結果符合契約規定之日起算。(2)有部分先行使用之必要或已履約之部分有減損滅失之虞，辦理部分驗收者，自部分驗收結果符合契約規定之日起算。(3)…。2. 保固年限：1年，分別為系爭契約第十四條第(三)款第3目、第十七條第(一)款所約定。

2、經查，上訴人自承就系爭工程金額98萬3,881元，於提存時有扣除保固保證金2萬9,517元等語（原審卷四第42頁反面），如前所述系爭工程既經部分驗收，其保固年限依系爭契約第十四條第(三)款第3目、第十七條第(一)款約定，應自驗收結果符合系爭契約規定之日即104年8月13日、14日開始起算1年，分別於105年8月12日、13日即已屆滿。又上訴人未抗辯部分驗收工程項目中有何應解決事項得不予發還保固保證金之情形，揆諸前開說明，上訴人自應於保固年限屆滿後30日內發還保固保證金，是被上訴人主張上訴人應返還被上訴人保固保證金2萬9,517元，應有理由。

(七)上訴人得扣除違約金29萬2,645元及提存費用1,000元：

1、上訴人抗辯：被上訴人既未完工，依系爭契約第十八條第(一)款約定，被上訴人自應完工日起至上訴人終止契約日即104年10月12日期間共139日，給付上訴人違約金38萬2,250元。原審衡量上訴人既已部分驗收，及上訴人因被上訴人違約將未完成部分另行發包予訴外人榮發工程行工程費僅89萬元，未受有進一步損害，故認上開逾期違約金38萬2,250元，容有過高，應酌減計算至部分驗收日即104年8月14日即29萬2,645元已足，尚無違誤，應予維持。

2、至於上訴人抗辯提存費用1,000元應由被上訴人負擔等語，此有提存通知書可參（原審卷四第17至18頁），此筆費用既係上訴人為被上訴人之利益而支出，自應予以扣除而由被上訴人負擔，上訴人此部分抗辯，尚屬可採。

五、綜上所述，上訴人就系爭工程應給付被上訴人工程款151萬8,724元、履約保證金7萬5,941元及保固保證金2萬9,517

元，並應扣除已給付工程款57萬1,114元、違約金29萬2,645元及提存費用1,000元，是被上訴人主張依系爭契約、民法第490條及不當得利之法律關係，請求上訴人給付75萬9,423元（計算式：1,518,724+75,941+29,517-571,114-292,645-1,000=759,423），為有理由，逾此部分之請求，即屬無據，應予駁回。原判決就上開應准許部分，命上訴人如數給付，並分別諭知兩造供擔保後，得、免假執行，核無不合，上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

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，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 110 年 10 月 13 日
民事庭

審判長法官 陳真真
法官 許志龍
法官 張 震

正本係照原本作成。

不得上訴。

中 華 民 國 110 年 10 月 15 日
書記官 李麗鳳