

臺灣高雄地方法院民事判決

110年度建字第48號

原告

即反訴被告 耐震營造股份有限公司

法定代理人 曹宣慧

訴訟代理人 謝彥安律師

被告

即反訴原告 高雄市政府工務局新建工程處

法定代理人 許永穆

訴訟代理人 張堯程律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，本院於民國112年5月23日
言詞辯論終結，判決如下：

主 文

一、原告之訴及假執行之聲請均駁回。

二、反訴被告應給付反訴原告新臺幣壹拾壹萬伍仟伍佰伍拾陸
元，及自民國一一一年一月四日起至清償日止，按週年利率
百分之五計算之利息。

三、反訴原告其餘之訴駁回。

四、本訴訴訟費用由原告負擔，反訴訴訟費用由反訴被告負擔百
分之四，餘由反訴原告負擔。

五、本判決第二項得假執行，反訴被告如以新臺幣壹拾壹萬伍仟
伍佰伍拾陸元為反訴原告預供擔保，得免為假執行。

六、反訴原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序部分：

一、本件被告即反訴原告之法定代理人於民國110年9月8日變
更為許永穆，並據其具狀聲明承受訴訟（審建字卷第37
7、381頁），核無不合，應予准許。

二、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但擴張

或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第3款定有明文。又按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴；反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起。反訴，非與本訴得行同種之訴訟程序者，不得提起。當事人意圖延滯訴訟而提起反訴者，法院得駁回之，民事訴訟法第259條、第260條亦有明文。經查：

- (一)原告起訴時，聲明請求：(1)被告應給付原告新台幣（下同）1138萬1038元，及自108年11月1日起至清償日止之法定遲延利息。(2)被告應給予原告展延工期186工作天。(3)確認被告對原告之債權132萬4000元不存在。嗣於訴狀送達後，變更聲明僅請求被告給付1136萬9538元，及自108年11月1日起至清償日止之法定遲延利息（建字卷二第69頁）。核係減縮應受判決事項之聲明，原告所為訴之變更，合於前述規定，應予准許。
- (二)原告主張被告任意終止兩造間工程承攬契約，原告已施作工項、訂購之材料，得請求之報酬、所失利益，被告尚未足額給付，爰請求被告給付如附表所示數額；又契約終止後，被告原受領履約保證金190萬元，已無法律上原因，應一併返還。被告則以反訴主張，兩造間工程承攬契約乃因可歸責於原告之事由而終止，截至契約終止時，原告有逾期情形，應計逾期違約金；且原告於履約過程中，遲延提送文件資料，依約應處罰款；又被告因契約終止受有損害（重新發包衍生費用差額損失、營運權利金損失、監造服務費增加支出損失），爰依工程承攬契約法律關係，請求原告給付如反訴聲明所載。衡諸被告反訴之標的，並無專屬他法院管轄之情形，且與本訴之標的及其防禦方法相牽連，其提起反訴，應屬合法，嗣為聲明之減縮（建字卷二第389、393頁），亦合於前述規定，應予准許。

貳、本訴部分

01 一、原告主張

02 (一)原告前得標被告發包之「鳳山體育館耐震補強工程」(下稱
03 系爭工程)，並於108年3月22日與被告簽訂工程採購契約書
04 (下稱系爭契約)，約定契約價金為1,915 萬元。嗣系爭工
05 程於108年4月23日開工，原告陸續施作並訂購材料，惟系爭
06 工程所設計之位移型消能制震壁元件(下稱系爭元件)，當
07 時市面上無法尋得符合契約設計規範之產品，經原告多次反
08 應，被告拒絕變更設計，甚至以原告送審延誤為由，於109
09 年3月17日發函任意終止系爭契約。然截至終止契約時(18
10 日)，原告陸續已施作、訂購如附表編號1至6所示之工項、
11 材料，應得請求如附表所示之報酬、所失利益，被告並未如
12 數給付，扣除被告前已給付142萬5339元，原告得依第490條
13 第2項、第491條第2項、第505條、第511條但書規定，擇一
14 請求946萬9538元。

15 (二)系爭契約乃不可歸責於原告而終止，被告即無由繼續保有原
16 告前已繳付之履約保證金190萬元，原告得依民法第179條規
17 定請求被告返還，縱認被告得沒收履約保證金，因此屬違約
18 金性質，原告已一部履約，且被告並無具體損失，被告全部
19 沒收充作違約金顯然過高，應按比例沒收或予以酌減，並將
20 剩餘部分返還。原告前於108年10月30日向高雄市政府採購
21 申訴審議委員會申請調解，並於翌日(即31日)將繕本送達
22 被告，被告應自108年11月1日起負遲延責任，為此提起本
23 訴，並聲明：(1)被告應給付原告1136萬9538元，及自108年1
24 1月1日起至清償日止，按週年利率百分之5計算利息。(二)願
25 供擔保，聲請宣告假執行。

26 二、被告則以：兩造於108年3月22日簽訂系爭契約，由原告承攬
27 被告發包之系爭工程，契約價金為1,915 萬元，原告於108
28 年4 月23日開工，預計於108 年11月21日完工。系爭元件並
29 非事實上無法履行之標的，然原告履約過程中，無法完成系
30 爭元件之材料送審程序，經被告多次召開會議通知原告進度
31 落後，並協助原告進行採購，原告仍未能完成，有符合系爭

01 契約第55條第2項「乙方開工後進度遲緩，其進度較預定進
02 度落後15%以上者」、第3項「乙方違反契約或因可歸責於乙
03 方之事由發生不能營運之變故，甲方認為不能履行契約責任
04 時。」、第7項「契約約定之其他情形」之情形，並可歸責
05 於原告，被告因此依據上述可歸責於原告之事由，於109年3
06 月17日發函通知原告終止系爭契約，並於同年月31日就原告
07 已施作工項及數量進行現況點收，結算數額為188萬3083
08 元，超過部分原告不得請求，而被告已經給付142萬5339
09 元，且系爭工程既係因可歸責於原告之事由致全部終止契
10 約，被告依約沒收全部履約保證金，並非無法律上原因，原
11 告不得請求發還。又被告對於原告有如反訴請求之債權，得
12 於本訴為抵銷等語，資為抗辯，並答辯聲明：(1)原告之訴駁
13 回。(2)如受不利判決，願供擔保，聲請宣告免為假執行。

14 三、兩造不爭執事實

15 (一)原告得標被告發包之系爭工程，兩造於108 年3 月22日簽訂
16 系爭契約，約定契約價金為1915 萬元，原告於108 年4 月2
17 3日開工，預計於108 年11月21日完工（原告是否有不可歸
18 責事由致不能如期完工，兩造尚有爭執）。

19 (二)系爭工程之監造單位為被告另行委託之聚柏顧問有限公司
20 （下稱聚柏公司）。

21 (三)原告已交付被告履約保證金190萬元。

22 (四)被告於109 年3 月17日發函向原告終止系爭契約，被告已經
23 給付報酬數額為142萬5339元。

24 (五)原告前於108年10月30日向高雄市政府採購申訴審議委員會
25 申請調解，並於翌日（即31日）將繕本送達被告。

26 四、本訴爭點：

27 (一)被告依系爭契約第55條第2項、第3項、第7項約定，終止系
28 爭契約，是否有據？原告主張被告係任意終止系爭契約，是
29 否可採？

30 (二)截至契約終止時，原告已完成工項得請求之報酬數額為若
31 干？原告請求被告給付如附表所示之數額，有無理由？

01 (三)原告請求被告返還履約保證金，有無理由？

02 (四)被告以反訴請求項目為抵銷抗辯，有無理由？

03 五、得心證理由

04 (一)被告依系爭契約第55條第2項、第3項、第7項約定，終止系
05 爭契約，是否有據？原告主張被告係任意終止系爭契約，是
06 否可採？

07 1.按系爭契約第55條（可歸責於乙方之契約終止或解除）約
08 定，乙方有下列情事之一者，甲方得以書面通知廠商終止契
09 約或解除契約之部分或全部，除依本契約相關規定辦理外，
10 將違規事實移送主管機關懲戒並依採購法相關規定辦
11 理。...(二)乙方逾規定期限尚未開工，或開工後進度遲緩，
12 其進度較預定進度落後15%以上者。(三)乙方違反契約或因可
13 歸責於乙方之事由發生不能營運之變故，甲方認為不能履行
14 契約責任時。...(七)契約約定之其他情形。又按系爭契約第3
15 5條（工程品管）第2項約定，乙方自備材料、機具、設備在
16 進場前，應依個案實際需要，將有關資料及可提供之樣品，
17 先送工程司審查同意，如需辦理試（檢）驗之項目，應會同
18 工程司取樣，並會同送往試（檢）驗單位試（檢）驗合格後
19 始得進場。但進場時，乙方仍應通知工程司或其代表人作現
20 場檢驗。因甲方需求而就同一標的作2次以上試（檢）驗
21 者，其所生費用，結果合格者由甲方負擔；不合格者由乙方
22 負擔。

23 2.原告主張系爭工程所設計之系爭元件，當時市面上無法尋得
24 符合契約設計規範之產品，經原告多次反應，被告拒絕變更
25 設計，甚至以原告送審延誤為由，於109年3月17日發函任意
26 終止系爭契約乙節，被告則以系爭元件並非事實上無法履行
27 之標的，原告無法完成系爭元件之材料送審程序，有符合系
28 爭契約第55條第2項、第3項、第7項之情形，且可歸責於原
29 告，被告乃據以終止契約等語為辯。經查：

30 (1)關於系爭元件是否為事實上不能履行之標的，承攬人即原
31 告未提供是否有可歸責事由，經本院送請兩造合意指定

(建字卷二第52、69頁)之台灣省結構工程技師公會(下稱省結構公會)鑑定,結果略為:①系爭工程從設計階段至109年3月31日(應為17日之誤)被告終止契約為止,經由設計單位、原告、被告會同設計單位與原告共同等,共有5波段的訪價、廠商訪查,相關訪查紀錄顯示,計有崧聖公司、捷創公司、山銘公司以及中興社(其不同時期之經銷商為瑞利德公司及三木公司)等廠商,均確認其產品或客製化後之產品,可以符合系爭工程原設計圖說所要求之系爭位移型消能制震元件規格、規範及實驗條件,並曾經多次報價給設計單位與原告;廠商交貨所需時間則有2個月、有3個月,若需要客製,則客製化所需時間約1個半月,因此廠商所需工期也符合原告送審及經被告核備之工作進度表預定進度(75工作天內完成制震消能元件試驗、130工作天內完成制震元件裝設)。②而工程實務上,廠商即使技術能力沒有問題,但是否願意簽約出售產品,則還有價格、產能狀況、履約條件等因素必須考量,惟此部分為承攬人之採購策略或廠商之自身業務考量。且再由原告之發包預算僅為市價之48%-55%亦可知,原告並非無法採買到圖說要求之制震元件,而在於原告制震元件之發包單價不符合與市場行情有很大之落差。③綜上研判,系爭位移型消能制震元件並非事實上無法履行之標的,未提供難謂非可歸責於承攬人。另外,被告於終止系爭工程契約後,就原告未施作部分,以與系爭工程相同之圖說規範重新辦理後續工程招標,後續工程由至揚公司得標並於109年7月6日開工,至揚公司提出送審之制震壁元件即為中興社鋼板制震壁,於109年9月21日、9月25日提送國立臺灣科技大學進行性能測試,測試結果復經設計監造單位判定為合格,全案於110年1月25日竣工,並於110年4月6日驗收結案,雖然相關事實發生於系爭工程契約終止後,但亦可證實被告之原設計圖說所規定之系爭位移型消能制震元件為可取得之產品,並非事實上無法履行之標的。有鑑定

01 報告可憑（外放鑑定報告第5至17頁）。本院審酌省結構
02 公會針對本院提供資料先行研議，了解案件內容及背景，
03 並依據兩造各自提出之資料，另參考由政府電子採購網蒐
04 集之相關阻尼器資料，彙整系爭工程各項作業時間點、系
05 爭工程從設計階段起至終止時之歷次訪價、廠商訪查紀
06 錄、兩造提供廠商報價單及原設計預算、原告所提制震壁
07 報告遭退審之原因，綜合研判作成上述鑑定意見，顯係熟
08 悉受囑託鑑定事項之內容、背景及相關資料，本於專業背
09 景之判斷，所採鑑定方式並無瑕疵，結論亦無違背經驗法
10 則及論理法則，應為可採。

11 (2)原告雖謂：省結構公會鑑定作業程序與其官網所揭示內容
12 不符，並未實際到現場勘驗、未進行採樣、實驗、未提供
13 任何當時有該產品相關之型錄或測試報告，僅以一次線上
14 會議，並依該線上會議之會議紀錄，及將被告之歷次訪
15 價、廠商訪查紀錄表做成後，即草率做出本件鑑定結果，
16 顯不足信云云。然據省結構公會函覆：本公會官網所列工
17 作項目，已表明係「以現況鑑定為例」，而本件係就系爭
18 元件規格是否可以履行為鑑定，並非現況鑑定，原告指摘
19 已非可採，況官網所列工作項目僅為一般性之例示，於個
20 案鑑定本應配合實際需要調整；再者，現況安裝於鳳山體
21 育館之制震壁乃被告於後續工程發包後由至揚公司所施
22 作，該制震壁實體現況並無爭議，亦非鑑定標的，而原告
23 之系爭位移型消能制震元件並未實際安裝於鳳山體育館現
24 場，因此本會自無辦理測量、現況記錄及拍照必要。原告
25 指摘本會鑑定作業違法，顯然無理由（建字卷二第471、4
26 73頁）。本院審酌系爭契約於原告送審系爭元件階段，因
27 發生爭議而嗣經被告終止，鳳山體育館於省結構公會鑑定
28 時之現況，並無原告提供或施作之系爭元件存在，此為不
29 爭之事實。現場由至揚公司施作之制震壁並非鑑定範圍，
30 且已施作完畢，並無類似原告所主張之爭議，則鑑定關於
31 系爭元件是否為事實上無法履行之標的，省結構公會依鑑

01 定過程中所獲相關資料，彙整後綜合研判，並無不足，應
02 無就至揚公司施作之制震壁元件現場測量、記錄拍照之實
03 益，況且，至揚公司施作完成之制震元件，並無爭議，已
04 經完成驗收，發包設計圖說經確認與系爭元件相同，省結
05 構公會鑑定意見據以認為，可佐證系爭元件並非事實上無
06 法履行之標的，尚無可議之處。原告以省結構公會不當連
07 結，又以其未就至揚公司所施作制震壁進行實際測量，指
08 摘鑑定程序有違失，並無可採。省結構公會上述函覆，應
09 為可採，原告前述主張，難認有據。

10 (3)原告又稱：省結構公會鑑定報告之表10.2非但僅單純由先
11 前廠商報價資料整理，且忽略廠商報價與有實際施作完成
12 係屬二事，縱然有廠商報價，尚不能據以佐證確實能生產
13 施作完成系爭元件；又當時捷創公司、山銘公司、瑞利德
14 公司均未提出型錄、測試報告等相關資料，僅憑報價單，
15 實無從認可渠等可提供實際產品；原告雖曾向彛承公司採
16 購，但後續製作時才發現，無法製造與原始設計相符之制
17 震元件，導致遭監造廠商刁難；省結構公會忽略山銘公司
18 表示「但無多餘產能，須待5個月後方能協助生產製
19 造」、捷創公司表示「公務繁忙無法承接本案，請另覓合
20 適廠商」，且有關原告洽詢彛承公司之單價為何，並非評
21 價是否有符合產品之要件，更無因果關係，省結構公會竟
22 將其做不當連結，更可見其已先射箭再畫靶，忽視真實之
23 狀況，尤其囑託鑑定之範圍已限縮於「招標時起迄109年3
24 月31日，是否為事實上無法履行之標的」，但鑑定報告卻
25 多次援引「109年3月31日之後發包予至揚公司之成果」做
26 為佐證，亦屬不當連結，且無法真正判斷當時(招標時起
27 迄109年3月31日)之真實狀況云云。省結構公會函覆：本
28 件事實上仍係有其他廠商可以履行，國內制震壁廠商也不
29 只原告所列詢價廠商而已，況「工程實務上，廠商即使技
30 術能力沒有問題，但是否願意簽約出售產品則還有價格、
31 產能狀況、履約條件等因素必須考量，惟此部分為承攬人

之採購策略或廠商之自身業務考量」，此意見本公會亦已表明於鑑定報告，原告指摘廠商個人因素不願承做或交貨期程無法配合云云，均為原告採購時應自行考量並克服之因素，本公會尚難以此認定系爭履約標的係屬事實上無法履行。由至揚公司得標並於109年7月6日開工，至揚公司於後續工程所採用之制震壁元件為中興社鋼板制震壁，而該鋼板制震壁於本案(含設計階段)歷次詢價及訪談曾經多次被詢問（詳鑑定報告表10-2）；而自原告108年履約至至揚公司109年9月制震元件送審通過，制震元件技術及市場情形並無顯著變化而可導致108年無法履行之標的卻於109年成為可以履行。至揚公司履約成果亦經國立臺灣科技大學進行性能測試，測試結果復經設計監造單位判定為合格，足見本件履約標的並非事實上無法履行，本件制震元件規格又無涉及特殊產品、材料、專利…等。原告空言本件鑑定並未考量原告於108年間開工時之各種情況云云，尚無從使本公會認為系爭履約標的於原告履約時事實上係無法履行之認定等語（建字卷二第475頁）。本院審酌省結構公會針對本院囑託鑑定事項（即截至被告終止契約時，系爭元件是否事實上無法履行之標的，原告未提供是否有可歸責事由），考量工程採購實務上在規劃設計階段對於材料、設備等之材質、規格等應確認有足夠之廠商可提供，以避免有不合理限制之爭議，違反政府採購法相關規定，因此認為於檢視是否有廠商可提供符合規定之產品時應從設計階段開始，並審視從設計階段起至被告終止契約時之訪價、訪查資料，並佐以被告終止契約後另行將原告未施作工程發包，得標廠商即至揚公司於109年9月送審通過所採用之制震元件供應廠商於系爭工程設計階段，即曾被詢價、訪談，又考量此期間制震元件技術及市場情形並無顯著變化，據以認定系爭元件於原告履約期間，並非事實上無法履行，廠商不願承作或交期無法配合，純屬原告採購策略或廠商自身業務考量，並不能因此認定系爭元

件屬事實上無法履行之標的，尚無違背論理、經驗法則之處。原告復未提出自原告108年履約至至揚公司109年9月制震元件送審通過期間，制震元件技術及市場情形有顯著變化之利己事實證據，上述質疑，並非可採。

(4)原告雖稱：縱然本件可以客製化系爭元件，其所花費之時間顯然將超過契約所定期間，故縱然有逾期亦不可歸責於原告云云，並以三木工程/國升營造工程股份有限公司於108年10月4日回覆電子郵件為據（建字卷二第333、334頁），然省結構公會鑑定報告提及：系爭工程從設計單位於設計階段之詢價資料、原告發包彙承公司之採購資料、被告於施工階段提供之詢價資料、被告政風室人員會同設計單位與原告進行之材料商訪查紀錄，以及台北市結構技師公會（下稱北市結構公會）於訴訟前受原告委託鑑定期間所進行之廠商訪查紀錄，部分受訪廠商雖無規格品可滿足設計圖說之相關規定，但都認為經客製化研發（時間約45天），可以符合規定，而系爭工程之履約期限為150工作天，依據原告提送給被告核備之施工預定進度表（審建字卷第199頁）顯示，原告之工作進度安排是「75工作天內完成制震消能元件試驗、130工作天內完成制震元件裝設」，因此，45天廠商客製化時間再加上試驗時間應該可以符合原告原訂之工作進度安排，不會影響整體工程進度。（系爭工程於108年3月29日決標，原告於108年4月23日申報開工，原告於108年4月12日就已將鑑定標的物決標予彙承公司）。按一般工程慣例，廠商接到設計圖說時，會依據自身技術能力、工期、價格等因素來決定是否願意報價承攬該工作，而由表10-2被告、原告提供與各制震元件廠商間之往來資料可知，捷創公司、山銘公司、崧聖公司，於設計階段至108年7月間均有報價予原告，願意提供制震元件產品予原告；而三木工程則於108年10月18日亦表示可客製化本案制震元件。再由表10-9顯示三木工程、新卓康公司、隔減震公司也有能力提供制震壁元件產品予

原告。總計有6家制震壁元件廠商均有技術能力提供系爭工程之制震壁元件，因此，設計圖說規定之制震壁元件取得並無困難。而後續工程所採用之制震壁產品即為設計單位、被告及被告會同原告於施工階段訪查、北市結構公會鑑定期間也曾訪查之三木工程(代理中興社產品)，證明實際上客製化符合系爭工程圖說規定之制震壁不需並無技術上之困難，也不需要經過「冗長之客製化期間」，在原告得標後即可進行，可能性並無問題（外放鑑定報告第16、27、28頁）。可見，原告於得標後即可能找尋適合廠商客製化系爭元件，系爭元件客製化既無技術上困難，客製化期間亦尚能符合原告自訂之工作進度，則如何取得系爭元件如期履行契約義務，即屬原告應自行考量並克服，尚難以前述電子郵件所提及研發時間、排成生產所需時間，認為原告未提供系爭元件並無可歸責事由。

(5)原告又謂：由監造單位兩次審查內容，可見監造單位有無故刁難之狀況云云。然省結構公會鑑定報告指出：原告第一次提送制震元件試驗報告被審退的主要原因在於設計降伏剪力強度及疲勞試驗無法達到圖說規範之要求，但原告第二次提送制震元件試驗報告被審退的主要原因則僅剩設計降伏剪力強度無法達到圖說規範之要求，顯示原告制震元件無法通過審查之原因其實在於設計降伏剪力強度無法達到要求而非無法達到30次完全反覆循環且試體不可破壞之設計要求，以SW2為例，依原告第一次提送之制震元件報告顯示，設計降伏剪力強度僅達到圖說要求值之43%~43.5%(第二次提送之制震器報告僅達33.6%~39.7%)，而降伏剪力強度攸關係爭工程耐震能力補強之成敗，被告自然無法通過原告所提出之制震元件樣品（鑑定報告第16頁）。足認，原告送審被退件，主要係因系爭元件不能符合系爭契約的設計規範，自不能以監造單位對於其他缺失之指正情形，解免原告此部分契約義務之違反，並進而認定原告對於未提供系爭元件並無可歸責事由。

(6)原告雖援引國立交通大學土木工程系王彥博教授製作之檢討報告、北市結構公會鑑定報告。然此均為原告於本件訴訟繫屬前自行委託辦理，並非民事訴訟法第324條以下規定之鑑定，僅係私鑑定。實務上或有認，私鑑定之結果仍具私文書性質，如予當事人辯論機會，非不得成為法院形成心證原因，而仍屬事實認定之自由心證範圍，並為確保該專家之適格性、中立性，法院可依聲請傳訊專家為證人。然有學者認為，民事訴訟法關於鑑定既已詳細規定，不依循此等規定，而依書證加上證人訊問等方式，代替正規之鑑定或取得相同之結果，在理論上實有疑義，鑑於私鑑定欠缺具結、拒卻、提供意見、發問等程序，其中立性及專門知識之妥當性具有問題而未受保障，如輕易認許其做為裁判基礎，可能有害於公正程序，且對具有委託私鑑定餘裕之當事人作成有利判決之危險，原則上應否認私鑑定具有書證之證據能力，僅認其係提出當事人之陳述，具體化其主張而已，例外如經兩造當事人合意，應許將私鑑定之意見與裁判上鑑定人之意見相同處理。抑或在具體事件，如因有不能實施正規鑑定之情事存在，已獲得對己方有利之私鑑定報告之當事人，卻不得以之做為證據予以利用，反而造成遠離適正裁判之結果。而且在民事訴訟上，既然對書證對象之文書性質未設限制，則將私鑑定報告作為書證處理，亦不能謂其違法。是以，提出私鑑定報告書而為書證聲請時，除非可認為其有不當逃避正規鑑定之旨趣，否則亦可作為書證而予證據調查。當然此際應保障他造當事人之程序權，並於證據評價時充分斟酌私鑑定的問題，尤其應檢討私鑑定是否公正、誠實實施，有無充分之前提資料，是否依據一造當事人所提供之偏頗資料。（許仕宦，私鑑定之證據能力與證據價值，月旦法學教室第16期）。本院認為從形式外觀，私鑑定之結果固係原告引為證據之文書，然實質而論，此乃當事人以外第三人於訴訟外陳述意見，其性質類似證人，僅相較於供述過去經驗或

01 認識之事實本身之證人而言，私鑑定係具有特別學識經驗
02 專家分析及評價之結果。而按證人須依據文書、資料為陳
03 述，或依事件之性質、證人之狀況，經法院認為適當者，
04 得命兩造會同證人於公證人前作成陳述書狀。又經兩造同
05 意者，證人亦得於法院外以書狀為陳述。另證人以書狀為
06 陳述者，仍應具結，並將結文附於書狀，經公證人認證後
07 提出，民事訴訟法第305條第2、3、6項定有明文。本件原
08 告起訴前，因認系爭元件為當時市面上無法尋得之產品，
09 未經被告同意即送請北市結構公會、王彥博教授出具專業
10 意見，然被告並未同意北市結構公會、王彥博教授，針對
11 此爭議，於法院外以書狀為陳述，且觀之渠等報告內容，
12 可知其形成過程，均僅有原告一造提供資料及意見，未予
13 被告參與、陳述意見機會，報告意見所憑基礎，顯然偏於
14 一造，原告復未釋明有何不能實施正規鑑定之情事存在，
15 本院認原告提出上述報告，僅能認係當事人提出具體化之
16 陳述之一部分。基此考量，於本件訴訟進行中，依兩造合
17 意選定省結構技師公會鑑定（建字卷二第52、69頁），針
18 對原告此部分主張陳述予以確認、檢視，鑑定意見略為：

19 ①王彥博教授雖認為依照學理雙線性阻尼器極限強度之計
20 算公式，以系爭元件其中SW1為例，解出 $\alpha = 0.0278$ ，
21 只有一般位移型阻尼器之2分之1，這違反鋼的材料特
22 性，根本設計不出這樣的阻尼器云云。然由原設計圖要
23 求，極限剪力及極限位移數值後係記載「以上」。因
24 此，SW1極限位移可大於60mm，與王彥博教授意見內所
25 指之極限位移等於60mm，此兩者意義完全不同。假設某
26 廠商生產之制震壁（代號XX）其降伏剪力為80tonf、降伏
27 位移需符合6mm、極限剪力可達到124tonf、極限位移可
28 達到72mm，則其韌性比 $\mu = \delta u / \delta y = 12$ ，根據王彥博教
29 授之公式計算，可得到XX制震壁阻尼器降伏勁度比 $\alpha =$
30 0.05，則此XX制震壁不但符合原設計圖說設計值要求，
31 也符合王彥博教授所說之 $\alpha = 0.05$ 。再者，本公會由政

府採購網下載於109年3月31日前已完成發包類似設計案例之制震元件規格彙整如表10-7所示，顯示系爭元件所採之設計規格與本會蒐集得類似設計案例之設計 α 值約介於0.02~0.037間，均小於0.05。由表10-7所列政府採購網下載目前已完工之各制震元件設計案例與本案鑑定標的物之設計值比較亦可知，項次2、3、6、7、9制震元件不論設計剪力強度與設計降伏位移均與系爭元件設計值相近，顯示系爭元件設計要求及圖說規範並非特殊規格而導致無法設計及製造。又表10-7第9項為北市結構公會鑑定報告附件12-6所列舉之安固工程股份有限公司型錄，根據安固公司網站上之說明，此產品之設計參數計算係依據「含消能阻尼器之制震結構耐震能力評估方法研究」，國立交通大學土木工程學研究所碩士論文(2005)』中之式(3.12)、(3.14)、(3.17)作為其理論值計算式。而此論文作者為陳豐山，指導教授為王彥博教授；該公司根據此論文所設計生產之阻尼器產品 α 值=0.02，可以證明應無「根本設計不出這樣的阻尼器」之情形。綜合研判，不論 α =0.05或者0.0278、0.02均為常見之阻尼器設計，已經有許多案例、產品存在。王彥博教授認為真實世界並不存在符合本案規格又能通過其所列測試條件之位移型阻尼器，但本公會研判，工程實務界確實存在能夠符合規定之位移型阻尼器，其理由說明如後。王彥博教授意見稱所謂「極限位移」就是指阻尼器達極限剪力時對應的位移量，一旦測試振幅超過極限位移，如何要求「進行至少20次完全反覆循環且試體不可破壞？真實世界裡並不存在符合本案規格又能通過其所列測試條件之位移型阻尼器」云云，然自前開原圖說設計值表，極限剪力及極限位移數值之後係有記載「以上」，可知設計單位所列「極限位移」僅係阻尼器達極限剪力時之下限值，而非王彥博教授所認之對應值，王彥博教授意見所列阻尼器規格表（建字

卷一第60頁），與原圖說設計值表（建字卷一第51頁）二者並非全然相同，測試振幅超過極限位移下限值，仍有「進行至少20次完全反覆循環且試體不可破壞」之可能，王彥博教授意見認為「真實世界裡並不存在符合本案規格又能通過其所列測試條件之位移型阻尼器」云云，應有誤會。（鑑定報告第18至21頁）

- ②北市結構公會先是認為「…第(2)點試驗係超出建築物耐震設計規範第10.7節之基本要求，應屬於結構設計簽證技師基於本案之特性所必須進行之試驗。」（該公會報告主文第9頁第6至10行），然而，該報告於鑑定結果卻又認為「並依據民國109年4月7日鑑定說明會會議紀錄(詳附件三)，本鑑定研判試驗項目尚屬合理；惟疲勞測試條件，對應於位移量 $\pm 15 \delta y$ 進行額外拉壓反覆加載不少於30次完全反覆循環且試體不可破壞，過於嚴苛且無敘明明確之額外拉壓與破壞方式之判斷準則」（該公會報告主文第9頁第12至16行），鑑定結果與前文有相互違背之情形，此部分本公會有不同意見。查，北市結構公會認定設計單位訂定之疲勞試驗條件過於嚴苛，惟報告內並沒有提出任何試驗數據、統計資料或規範規定來說明其判斷之依據，稱本件疲勞試驗條件有過於嚴苛情形，尚乏依據。況是否過苛與鑑定題旨「事實上無法履行」程度上亦有不同，自不能以此認為本件有事實上無法履行之情形。其次，由表10-2，系爭工程從設計單位於設計階段之詢價資料、原告提供之制震元件發包彥承公司之採購資料、被告於施工階段所提供之詢價資料、被告政風室會同設計單位與原告進行之材料商訪查紀錄以及北市結構公會於鑑定期間所進行之廠商訪查紀錄等，均未見到有受訪廠商反應第(2)點之試驗要求過於嚴苛，部分受訪廠商雖無規格品可滿足設計圖說之相關規定，但都認為經客製化研發後（時間約1個半月），應可符合規定。另查，系爭工程第二次招標共有

5家廠商投標（包含原告），無廠商於招標過程對於制震壁之性能保證試驗測試內容及標準疑義。又，由表10-7項次2、3之類似工程設計圖說中，亦有與本案鑑定標的物相同之疲勞試驗要求，且該二個案例目前均已完工（發包時間較本案早）。彙整原告提供兩次送審之制震元件報告數據(附件7，P7-42~P7-117)與被告後續工程決標予至揚公司後至揚公司送審之制震元件測試報告數據(附件8，P8~48、P8-117)及被告設計單位審查意見亦可知(附件7，P7-42~P7-43及P7-87)，原告第一次提送制震元件試驗報告被審退的主要原因在於設計降伏剪力強度及疲勞試驗無法達到圖說規範之要求，但原告第二次提送制震元件試驗報告被審退的主要原因則僅剩設計降伏剪力強度無法達到圖說規範之要求，顯示原告第二次送審之鋼板制震壁(SW2-60噸)有關疲勞測試條件部分已通過設計單位之審查，即系爭元件疲勞測試條件已可符合規定，故「對應於位移量 $\pm 15 \delta y$ 進行額外拉壓反覆加載不少於30次完全反覆循環且試體不可破壞」之疲勞測試條件，於技術上並無任何問題，亦沒有北市結構公會報告所指疲勞試過於嚴苛之情形。以SW2為例，原告第一次提送之制震元件報告顯示，設計降伏剪力強度僅達到圖說要求值之43%~43.5%，第二次提送之制震器報告僅達33.6~39.7%，而降伏剪力強度攸關係爭元件補強工程之成敗，被告自然無法核准原告所提出之制震元件樣品。且再由原告之發包預算僅為市價之48%~55%亦可知，原告並非無法採買到圖說要求之制震元件，而在於原告提出的採買價格無法達到市價之採購需求，此由表10-3被告制震元件原發包預算與重新發包後續工程預算均相同及後續工程已完工可知。被告以相同圖說及規定進行後續工程招標，於109年6月19日決標、同年7月6日開工，依圖S-05之原規定完成試驗、審查，並於110年1月25日完工，得標廠商(至揚公司)於招標、施工過程亦

均未反應測試條件有問題。而後續工程所採用之制震壁產品即為設計單位、被告及被告會同原告於施工階段訪查、北市結構公會鑑定期間訪查之三木工程(代理中興社產品)，再次證明實際上並無「過於嚴苛」之情形。綜合上述，「疲勞測試條件，對應於位移量 $\pm 15 \delta y$ 進行額外拉壓反覆加載不少於30次完全反覆循環且試體不可破壞」應該是大多數專業廠商於規格品或客製化研發後可以達到之條件，北市結構公會報告所指疲勞測試條件「要求太嚴苛」顯然為其主觀之認定，並無充分之根據，該報告此部分之意見本公會不能認同。至於「無敘明明確之額外拉壓與破壞方式之判斷準則」部分，於圖S-05，肆、2.(2)已有規定「…於30次完全反覆循環且試體不可破壞」，因此，目視檢視「試體破壞與否」即是判斷準則，而有經驗之試驗單位亦可從反覆循環試驗之遲滯迴圈曲線形狀判斷試體是否破壞。有關「(三)制震壁規範圖說(附件四、圖號S-05)，所明之原料及參數是否為市面上一般形式？若客制開發之可能性及時間為何？」部分：北市結構公會報告針對此項目認為「制震壁規範圖說圖號S-03~S-06，其原料及參數為市面上一般形式，…」(報告主文第13頁第5-6行)，此部分本公會贊同其意見。但對於該報告中指「…，平均一般須客製化訂製且開發成約30至60天，且不能確保通過試驗單位之性能測試。…」，此部分本公會有不同意見，說明如下：首先，從彙整北市結構公會報告訪查紀錄摘要(如表10-9)，可見，廠商客製化所需時約1個半月(45天)；同時，該公會對5家廠商之訪查紀要內容並無「不能確保通過試驗單位之性能測試」之紀錄；且由表10-2被告政風室會同設計單位及原告進行之6家材料商訪查紀錄亦無類似之敘述或說明，因此本公會無法認同北市結構公會報告中「…，且不能確保通過試驗單位之性能測試。」之意見。又，該報告中「…，其工程期

限為150工作天，若制震壁規範圖說規定之產品，無現成且需經冗長之客製化期間，難以將其視為市面上之一般產品。…」此部分本公會也有不同意見，因大多數廠商均說明客製化所需時約1個半月（45天），而系爭工程之履約期限為150工作天，依據原告提送給被告核備之施工預定進度表（審建字卷第199頁），原告之工作進度安排是「75工作天內完成制震消能元件試驗、130工作天內完成制震元件裝設」，因此，45天廠商客製化時間再加上試驗時間應該可以符合原告原訂之工作進度安排，不會影響整體工程進度。（系爭工程於108年3月29日決標，原告於108年4月23日申報開工，而原告於108年4月12日就已將系爭元件決標予翊承公司）。按一般工程慣例，廠商接到設計圖說時，會依據自身技術能力、工期、價格等因素來決定是否願意報價承攬該工作，而由表10-2被告、原告提供與各制震元件廠商間之往來資料可知，捷創公司、山銘公司、崧聖公司，於設計階段至108年7月間均有報價予原告，願意提供制震元件產品予原告；而三木工程則於108年10月18日亦表示可客製化本案制震元件，再由表10-9顯示三木工程、新卓康公司、隔減震公司也有能力提供制震壁元件產品予原告。總計有6家制震壁元件廠商均有技術能力提供系爭工程之制震壁元件，因此，設計圖說規定之制震壁元件取得並無困難。而後續工程所採用之制震壁產品即為設計單位、被告及被告會同原告於施工階段訪查、北市結構公會鑑定期間也曾訪查之三木工程（代理中興社產品，證明實際上客製化符合系爭工程圖說規定之制震壁並無技術上之困難，也不需要經過「冗長之客製化期間」，在原告得標後即可進行，可能性並無問題。綜上研判，從設計階段到施工階段甚至北市結構公會鑑定期間之歷次廠商詢價、訪查紀錄顯示，有部分廠商有符合規定之現成品，也有多家廠商表示可以在約1個半月（45

天)完成客製化，因此，所謂「…需經冗長之客製化期間，難以將其視為市面上之一般產品…」實屬台北市結構公會主觀之認定。(鑑定報告第22至28頁)

- ③原告雖稱：因建築物之結構及受力面積不同，阻尼器之使用亦有不同，一般有2種，位移型阻尼器及速度型阻尼器。省結構公會之鑑定報告，並未說明系何種阻尼器，亦未進行實驗，僅以其自身依理論之狀況，及表10-7之各類似設計案例阻尼器降伏勁度比 α 彙整表，據以說明王彥博教授之意見書之意見有違誤，實屬鑑定單位之主觀判斷，所為之推論尚乏憑據云云。省結構公會則函覆：本會依據政府採購網下載於系爭工程招標時起，迄109年3月31日前已完成發包類似設計案例之制震元件規格彙整如鑑定報告表10-7所示，所有蒐集的制震元件設計均為與本案所採用之雙線性(金屬降伏元件)位移型阻尼器相同之設計，此部分由鑑定報告書附件9所附之各案例設計圖說均可察證。本會所蒐集案例於政府採購網均為公開透明之資訊，而雙線性(金屬降伏元件)位移型阻尼器之消能機制主要是利用金屬的非彈性變形來消散地震能量，本會亦按王彥博教授所採用之公式來推算各案例雙線性(金屬降伏元件)位移型阻尼器之 α 值並加以比對，故於學理上及資料正確性均無任何違誤之處。另由鑑定報告第18頁所述「以制震元件編號SW1為例，原設計圖說要求降伏剪力於需符合80tonf $\pm$ 15%、降伏位移需符合6mm $\pm$ 15%、極限剪力則要求需符合最小100tonf以上、極限位移要求需符合60mm以上，由原設計圖要求可知，原設計理念在於要求初始降伏強度及降伏位移之比值需達一定值(降伏剪力及降伏位移均需符合表定值之 $\pm$ 15%)，但對於極限剪力及極限位移則僅要求達到最小值(含)以上即可(亦即極限剪力及極限位移可大於上表值，由各廠商之技術能力自行調整及設計)，此點由表10-7於極限剪力及極限位移數值後係記

載「以上」即明。因此，SW1極限位移可大於60mm，與王彥博教授意見內所指之極限位移等於60mm，此兩者意義完全不同。」可知，本會並未指王彥博教授所提出之理論有誤，而是指王彥博教授對於原設計圖說之理解與原設計單位之設計原意有落差；並且藉由這些既有之案例說明不論 $\alpha=0.05$ 或者0.0278、0.02均為常見之阻尼器設計，已經有許多案例、產品存在，並且顯示鑑定標的物原設計要求及圖說規範並非特殊規格而導致無法設計及製造。可見，省結構公會針對原告於起訴前向交通大學王彥博教授詢問所獲意見，認為王彥博教授對於系爭元件設計值之解讀與不符設計原意，並比較系爭案件及由政府採購網下載目前已完工之各制震元件設計案例，確認系爭元件為常見之阻尼器設計，已經有許多案例、產品存在。即透過已經公開的相關制震壁設計規格，檢視確認王彥博教授之意見是否正確，與試驗數據結果無涉。王彥博教授之意見既不涉及試驗數據，則省結構公會就此部分亦無提及試驗數據，並無任何違誤，原告此部分主張，並無可採。

④由上，省結構公會對於原告所援引之報告，均已詳述其不認同之理由及依據，核無違反經驗法則、論理法則，原告此部分主張，自難採取。又此部分爭執，經省結構公會鑑定，事實已臻明確，原告聲請函詢或傳訊王彥博教授、北市結構公會技師到庭，應無必要，附此敘明。

(7)綜上，系爭契約經被告終止前之有效期間，系爭元件並非事實上不能履行之標的，未提供難謂非可歸責於原告，應可認定。

3.原告得標被告發包之系爭工程，兩造於108年3月22日簽訂系爭契約，約定契約價金為1915萬元，原告於108年4月23日開工，預計於108年11月21日完工，被告於109年3月17日發函向原告終止系爭契約，為兩造所不爭執（原告於翌日收受，建字卷一第30、47頁）。據此，截至109年3月17日，

原告已經逾期完工117日曆天，原定工期為150工作天，原告於工作進度安排於第75工作天完成系爭元件之試驗，第130工作天完成系爭元件之裝設，按施工預定進度表所示，分別應完成比例為55.351%、97.358%（審建字卷第199頁），原告於完工期限屆滿（預定進度100%），仍未通過系爭元件之送審試驗，顯然較預定進度落後超過15%以上，有符合系爭契約第55條第2項之情形，應可認定。又系爭元件並非事實上無從履行之標的，未提供難謂非可歸責於原告，原告遲未提送系爭元件，雖違反系爭契約第35條第2項所約定之材料送審義務，然此僅係遲延，尚難謂已達不能履行契約責任，與55條第3項約定情形尚屬有別。被告抗辯原告有系爭契約第55條第3項之情形，難認可採。至被告另抗辯終止事由尚有同條第7項「契約約定之其他情形」部分，本院認此項係針對同條第1項至第6項終止事由以外情形之補充約定，本件既已符合同條第2項，應不再同時該當同條第7項之情形，附此敘明。

4.原告雖主張被告曾於108年8月29日同意停工，嗣於108年11月5日發文要求原告續行，故此部分停工期間應不計工期云云。觀之被告108年8月29日高市工新建施字第10872099700號，針對原告申請暫停施工乙事，乃回覆：「旨揭工程因制震壁材料施作疑義致本工程無法續行施作一事，本處同意施工廠商暫停施工（自本函發文日起）。待疑義釐清後，依據契約規定及『高雄市政府及所屬各機關學校辦理工程案件之工期核算要點』檢討本案履約責任之工期並通知復工」（建字卷一第43頁）。可見，被告對於原告申請停工，雖表同意，但同時亦表明待疑義釐清後，依契約規定及上述工期核算要點計算停工期間之工期，被告抗辯疑義釐清後，若可歸責於原告，仍應計工期，非無可採。原告雖稱此部分純屬被告單方所發，未經原告同意，然原告並未能證明兩造就停工期間已有不計工期之合意，系爭元件未能提供既係可歸責於原告，此部分工期自應併予計算，不能扣除。

01 5.原告又謂系爭工程招標之等標期過短，故無從知悉系爭元件
02 是否有當時無法尋得材料之問題，也不知道是否要進行客製
03 化云云。然系爭工程第一次招標於108年2月1日公告，同年
04 月22日開標（等標期20日），第一次招標流標後，辦理第二
05 次續行招標，於108年2月25日公告（翌日更正公告），同年
06 3月7日開標，等標期有9日〔即自108年2月25日起至108年3
07 月6日（非假日）止，始日不算入〕，有公開招標公告資
08 料、紀錄表可憑（建字卷二第221、405、407頁）。原告扣
09 除其中國定假日及休假日，計算第二次招標之等標期僅有5
10 日，並非可採。又依公告所載，系爭工程係公告金額以上未
11 達查核金額之採購，依據招標期限標準第2條規定，等標期
12 不得少於14日。而政府採購法第48條第2項規定，第一次開
13 標，因未滿三家而流標者，第二次招標之等標期間得予縮
14 短，並得不受前項三家廠商之限制。據此，系爭工程第一、
15 二次招標之等標期，均無違反政府採購法相關規定之情形。
16 原告決意參與投標並得標，負有履約義務，系爭元件既非事
17 實上不能履行之標的，原告嗣後以等標期過短為由，謂其不
18 能提供係不可歸責於己云云，顯無可採。

19 6.綜上，被告依系爭契約第55條第2項約定終止系爭契約，核
20 係有據，原告主張被告係依民法第511條規定任意終止系爭
21 契約，尚無可採。系爭工程經被告於109年3月17日發函向原
22 告為終止之意思表示，原告於翌日收受，而生終止效力，應
23 可認定。

24 (二)截至契約終止時，原告已完成工項得請求之報酬數額為若
25 干？原告請求被告給付如附表所示數額，有無理由？

26 1.按工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬
27 人因契約終止而生之損害，民法第511條定有明文。又民
28 法第511條但書所稱賠償因契約終止而生之損害，係針對
29 承攬人因契約終止而未完成工作部分所生之損害，並不包
30 括工作已完成部分之報酬在內（最高法院106年度台上字
31 第721號判決意旨參照）。是原告就其已完成部分仍得依

01 原承攬契約關係，請求報酬，應無疑義。惟原告主張被告
02 係依民法第511條規定任意終止契約云云，並無可採，已
03 如前述，則原告不得依此規定請求其尚未施作、未完成部
04 分之損害（包含所受損害及所失利益）。又按系爭契約第
05 55條第8項約定：「因乙方（即原告）原因而被終止或解
06 除本契約時，應即時停工，負責遣散工人，並將到場材料
07 機具等交由甲方使用，無論甲方（即被告）自辦或另行招
08 商承辦，乙方已完成部分工作及存場材料之價款，應作現
09 況點收，並俟該工程全部竣工，正式驗收後再行辦理結
10 算，如乙方拒不會同辦理點收結算，則甲方得逕行辦理；
11 甲方因解除或終止契約所受一切損失及危險，乙方或其保
12 證人應負責並賠償之。如發生訴訟應以台灣高雄地方法院
13 為第一審管轄法院。」，據此，原告於契約終止前已完成
14 部分工作及存場材料之價款，應作現況點收，並於全部工
15 程驗收後辦理結算原告得請領之報酬。茲就原告請求如附
16 表所示各項，分述如下。

- 17 2.附表編號1所示部分：原告就此工項已施作部分，兩造同
18 意以原定報酬10萬8960元之8成（即8萬7168元）計算（建
19 字卷二第36、63、72頁）。被告雖抗辯系爭工程乃因可歸
20 責於原告之事由而終止，原告不得依民法第511條規定請
21 求此工項已施作部分之損害賠償云云。依前述說明，原告
22 固不得依民法第511條規定請求因終止而生之損害，然其
23 於契約終止前已施作部分，仍得本於終止前之承攬契約關
24 係請求報酬，此即為系爭契約第55條第8項所定應予結算
25 之範圍。被告提出之可用性調查成果報告（下稱可用性報
26 告）雖記載「調查結果...B.檢視打除施工面是否確實打
27 除至結構體：原有施工廠商（即原告）確已打除完成，惟
28 尚有部份交界面須依後續實際施工界面修飾打除。」（建
29 字卷一第130頁）。然縱依被告自陳，後續實際施工界面
30 修飾打除係工程本身需要，若契約未終止，原告亦需施
31 作。則原告乃因工程需要，分兩階段施作，僅剩餘後續實

01 際施工介面修飾打除部分，依通常情形，終止前已施作部
02 分應屬可估驗計價。兩造嗣並同意原告就此工項已施作部
03 分報酬以8成計算，足認原告已施作部分，雖僅一部履
04 行，對被告而言仍有利益，自應按兩造同意之上開數額，
05 計入原告終止前得請求報酬範圍。

06 3.附表編號2所示部分：原告主張已完成此工項，被告雖否
07 認之，然觀之可用性報告載明「調查結果...C.鋼筋掃描
08 作業：經本公司人員逐孔確認，已施作之孔位確無損害原
09 結構之鋼筋，故暫無掃描必要…本公司勉為接受。」等語
10 （建字卷一第130頁），可見，被告終止後之後續工項，
11 暫無重新進行鋼筋掃描作業之必要。被告雖又抗辯原告並
12 未提送鋼筋掃描探測報告予監造單位審查，亦未經監造單
13 位審查通過，原告之鋼筋掃描探測報告僅能證明原告為鋼
14 筋探測時有經監造單位之查驗，惟無法證明該鋼筋掃描探
15 測報告可為被告後續施工使用云云。然原告提出之鋼筋掃
16 描探測報告，其首頁蓋有監造單位之專用戳章（建字卷一
17 第437頁），可見監造單位已收受並知悉原告鋼筋掃描之
18 結果；而有關「建築物及構造物之保護，鋼筋探測」之探
19 測報告，依系爭工程設計圖「G-03」：「化學錨栓植筋工
20 法施工規範」二、拉拔試驗：「說明4.植筋鑽孔前為避免
21 鑽到原有鋼筋，應使用鋼筋探測器確認並繪置鑽孔位置於
22 原有結構物上，掃描結果需列印留存，交由業主或現場工
23 程師審查核可後方可施工。」（建字卷二第65頁），可見，
24 原告須在鋼筋掃描探測結果經審查核可後方可進行鑽孔作
25 業，對照原告已曾在系爭工程現場進行鑽孔作業，被告亦
26 曾查驗，有查驗照片可憑（建字卷一第435、436頁），足
27 認，原告之鋼筋掃描報告業經監造單位審查通過，否則原
28 告豈能進行後續之鑽孔作業。被告雖稱監造單位只是簽收
29 探測報告，然從原告事後施工情況來看，監造單位或被告
30 對於探測報告應已審查核可，被告上述所辯，並無可採。
31 又被告原爭執原告鑽孔有瑕疵，後續施作之至揚公司須將

原告鑽孔位置填平，並再次為鋼筋掃瞄作業，嗣已陳明不於本件抗辯（建字卷二第50頁），而鑽孔作業有無瑕疵，與原告是否完成附表編號2所示部分，本屬二事，是難認原告並未完成鋼筋掃描報告，或其報告非可利用，原告主張此工項已完成，應計算報酬，自屬可採。

4.附表編號3所示部分：原告主張此部分材料已與附表編號4至6所示部分，合計付款203萬1750元予製造之下包商，並進行「M24錨栓材料」部分試驗合格等情，被告雖不爭執（建字卷一第253、254、479頁），然以：材料試驗合格與進場係不同階段之行為，截至契約終止時，此部分材料並未進場、點交予現場監造人員等語為辯。查，系爭工程因可歸責於原告而終止，原告不得依民法第511條但書規定，請求未施作、未完成部分之損害賠償，已如前述。此部分材料經試驗合格，僅係符合系爭契約第35條第2項前段約定「乙方自備材料、機具、設備在進場前，應依個案實際需要，將有關資料及可提供之樣品，先送工程司審查同意，如需辦理試（檢）驗之項目，應會同工程司取樣，並會同送往試（檢）驗單位試（檢）驗合格後始得進場。」，被告抗辯此部分嗣後並未進場、點交，原告未予爭執，且未提出利己事證。則此部分材料於被告結算時，未經被告受領，即難謂得依原承攬契約關係請求報酬；且契約因可歸責於原告之事由而終止，原告雖已有支出材料費，亦不得依民法第511條規定請求被告給付。原告此部分請求，應非有據。

5.附表編號4至6所示部分：原告主張此部分已與附表編號3所示部分，合計付款203萬1750元予製造之下包商，被告雖無爭執，然原告此部分材料於送審階段，無法通過試驗，有可歸責於原告之事由，經被告終止系爭契約，已如前述，故此部分材料尚未進場、點交予被告受領，原告自不得請求報酬，且不得依民法第511條規定請求已支出之材料費用，此部分請求，並非有理。

01 6.附表編號7所示部分：此部分性質為系爭工程之間接費
02 用，即由系爭契約總表「壹.一結構補強工程」按6%計算
03 而來，原告經被告結算已完成之「壹.一結構補強工程」
04 數額為166萬8879元（審建字卷第349頁），加計被告結算
05 時並未計入之前述附表編號1、2所示部分，原告已完成之
06 「壹.一結構補強工程」總額應為179萬1447元（計算式：
07 $1,668,879 + 108,960 \times 80\% + 35,400 = 1,791,447$ ），換算
08 6%之「廠商管理費及利潤與綜合保險費」，為10萬7487元
09 （ $1,791,447 \times 6\% = 107,487$ ，小數點以下4捨5入）應得結
10 算計價（被告結算已計100,133元，差額為7,354元）。超
11 過部分，因系爭契約乃可歸責於原告之事由而終止，原告
12 自不得請求。

13 7.綜上，附表編號1、2、7，原告共得請求計入報酬之數額
14 為23萬55元（計算式： $87,168 + 35,400 + 107,487 = 230,0$
15 55 ，未稅），加計5%營業稅為24萬1558元。本件原告請求
16 係按附表所示各項數額計算後，扣除原告實際已領得報酬
17 數額142萬5339元（審建字卷第215至219頁），經本院闡
18 明（原告請求項目之金額，是否與被告結算項目重疊而有
19 足額計入的部分？若項目不同，本件為何要扣掉被告已經
20 給付的數額，提示被證2），原告仍確認係以被告未計算
21 的項目報酬扣除原告已經受領數額（建字卷二第394
22 頁），基於當事人之處分權，本院按此方式計算，則上述
23 附表編號1、2、7合計得請求之稅後數額24萬1558元，再
24 扣除原告已領得數額142萬5339元，並無剩餘得為請求。

25 (三)原告請求被告返還履約保證金，有無理由？

26 1.按契約債務人交付履約保證金予債權人，係以擔保契約債
27 務之履行為目的，讓與其所有權予債權人，為讓與擔保性
28 質，其擔保範圍包括債務不履行之損害賠償、違約金等。
29 又當事人為督促履約，約定債務人於一定違約情事發生
30 時，即應為一定金錢給付，作為賠償預定或懲罰，或債權
31 人得沒收履約保證金或不予發還，性質上即為違約金之約

01 定，自有民法第252條規定之適用。又按系爭契約第17條
02 （保證金規定）第1項約定，本工程所稱保證金包括履約
03 保證金、差額保證金、保固保證金等，其中履約保證金係
04 屬於擔保工程執行之保證金，差額保證金屬擔保工程品質
05 之保證金，兩者均非損害賠償總額預定之性質而為懲罰性
06 質之違約金。系爭契約第19條（保證金不予發還之情形）
07 約定，有下列情形之一者，乙方所繳納之履約保證金及差
08 額保證金（均含其孳息），得全部或部分不予發還：...

09 4. 因可歸責於乙方之事由，致部分終止或部分解除契約
10 者，依該部分所占總契約金額比率計算之保證金；終止或
11 解除契約者，全部保證金。依上述契約約定之文義，可見
12 於原告已部分履約時，即使因可歸責於原告事由致被告終
13 止契約，僅原告剩餘未施作、未完成部分所占總契約金額
14 比例計算之履約保證金，被告方得充作懲罰性違約金，不
15 予發還。

16 2. 原告雖主張被告依民法第511條規定終止契約後，已無保
17 有履約保證金之法律上原因，應依不當得利法則返還全部
18 履約保證金。惟系爭契約乃因可歸責於原告之事由，經被
19 告依系爭契約第55條第2項約定終止，已如前述，依前述
20 規定、說明，被告得就終止時未施作、未完成之契約金額
21 比例計算之履約保證金，沒收不予發還，尚非全部無法律
22 上原因。原告已經履行之「壹. 一結構補強工程」總額為1
23 79萬1447元，約占原契約報酬比例10.6%（ $1,791,447 \div 16,971,663 = 0.106$ ，4捨5入取至小數點以下第3位），原告
24 主張已經履行56.9%云云（建字卷二第518頁），並無可
25 採。據此，被告得不予發還之履約保證金為169萬8600元
26 〔計算式： $1,900,000 \times (1 - 10.6\%) = 1,698,600$ 〕，剩餘
27 20萬1400元應予發還。被告抗辯其係全部終止，得不予發
28 還全部履約保證金云云，並非可採。

29
30 3. 原告另主張被告不予發還之履約保證金充作違約金亦有過
31 高，應予酌減。本院審酌系爭契約明文履約保證金係擔保

01 工程執行，為懲罰性違約金，即係以強制債務之履行為目
02 的，確保債權效力所定之強制罰，於債務不履行時，債權
03 人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行
04 之損害賠償。契約約定履約保證金190萬元，約相當於總
05 價10%（ $19,150,000 \div 1,900,000 = 0.0992$ ），系爭契約第1
06 7條第2項約定，按工程進度，分4期按比例無息發還；扣
07 除原告已經履行部分，剩餘部分為169萬8600元，系爭契
08 約雖因可歸責於原告遲延履行而終止，然被告尚得請求逾
09 期違約金160萬元填補其因原告遲延、終止所受損害（詳
10 後述），則從強制債務履行之目的以觀，被告沒收169萬8
11 600元之履約保證金作為懲罰性違約金，應有過高，爰酌
12 減50%（即約相當於未施作、未完成部分契約價金總價
13 5%），較為適當。是被告得沒收之履約保證金為84萬9,30
14 0元（計算式： $1,698,600 \times 50\% = 849,300$ ），超過部分105
15 萬700元（ $1,900,000 - 849,300 = 1,050,700$ ），應予發
16 還。

17 4.綜上，系爭契約因可歸責於原告而終止，經按比例計算及
18 酌減後，被告僅得沒收履約保證金84萬9300元部分充作懲
19 罰性違約金；剩餘105萬700元部分，被告於契約向後失其
20 效力後，已無保有此部分履約保證金之法律上原因，原告
21 依不當得利法律關係，請求被告返還105萬700元，自屬有
22 理。

23 (四)被告以反訴請求項目為抵銷抗辯，有無理由？

24 原告就附表編號1、2、7所示部分，雖尚有得請求併予結算
25 之數額，然依原告主張之方式計算後，並無餘額得為請求，
26 僅得請求被告返還履約保證金其中105萬700元，已如前述。
27 又此部分數額，與被告反訴請求有理由部分（詳後述），給
28 付種類相同，並均屆清償期，經抵銷後，已無餘額。

29 六、綜上所述，原告依第490條第2項、第491條第2項、第505
30 條、第511條但書規定，請求946萬9538元本息部分為無理
31 由，又原告雖得依民法第179條規定請求105萬700元，然經

01 被告於反訴得請求之債權抵銷後，已無餘額。是原告之訴為
02 無理由，應予駁回。原告之訴既經駁回，其假執行之聲請亦
03 失所依附，併予駁回之。本件事證已臻明確，兩造其餘陳述
04 及攻防，經核與判決結果不生影響，爰不逐一論述。

05 七、據上論結，本件原告之訴為無理由，爰判決如主文。

06 參、反訴部分

07 一、反訴原告主張

08 (一)系爭工程約定完工期限，係自開工日起150工作天，反訴
09 被告於108年4月23日開工，預計完工日為108年11月21日
10 完工，截至反訴原告於109年3月17日通知反訴被告終止契
11 約，已逾原定完工日117日，依系爭契約第51條第1項約
12 定，應計逾期違約金224萬550元。

13 (二)系爭契約第39條第6項約定：「依契約，圖說規定或經甲
14 方書面通知應依限提送甲方之文件資料，逾契約或甲方規
15 定期限未提送者，罰款新臺幣陸仟元整，並得連續處罰
16 之。」，反訴被告因逾期提送系爭元件之材料送審文件，
17 經監造單位依前開契約約定，建請反訴原告扣罰6000元，
18 共4次，合計24,000元，反訴原告得依上述約定請求。

19 (三)系爭契約因可歸責於反訴被告之事由，經反訴原告依系爭
20 工程契約第55條第2、3、7項約定終止契約，依同條第8項
21 後段之約定，反訴被告應賠償反訴原告因終止契約所受之
22 損害：

23 (1)反訴原告就反訴被告未完成之工項，重新發包第三人施
24 作完成，結算金額為1834萬7785元，扣除非屬原契約項
25 目金額4萬5443元、反訴被告已完成並經結算金額188萬
26 3083元，再扣抵反訴原告尚未給付45萬7744元，反訴原
27 告重新發包受有差額損害57萬7681元【計算式：18,34
28 7,785-45,443-(19,150,000-1,883,083)-457,744=57
29 7,681】。

30 (2)系爭工程如完工後，反訴原告將移交鳳山體育館予高雄
31 市政府運動發展局委外管理，並與高雄市鳳山運動園區

內其他3場館共同委託訴外人舞動陽光有限公司營運，4場館依「高雄市鳳山運動園區營運移轉案投資契約」，每年預估可收權利金27萬756元，系爭工程預定於108年11月21日完工，自108年11月22日起算至後續工程竣工日110年1月25日止，計430日，系爭工程因反訴被告遲延完工，致反訴原告受有未能如期委外營運、收取權利金之損失。扣除已收權利金15萬8985元，每年受有權利金損失11萬1774元，遲延完工430日，總計損失13萬1,679元【計算式：111,774元×430/365=13萬1,679元】。

(3)系爭工程終止後，就未完成工項，反訴原告重新發包第三人施作期間，需延長監造，增加監造服務費支出381621元。

(四)綜上，反訴被告應給付反訴原告335萬5531元，為此提起反訴，並聲明：(1)反訴被告應給付反訴原告335萬5531元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。(2)願供擔保，聲請宣告假執行。

二、反訴被告則以：系爭工程之工期延誤，非可歸責於反訴被告，乃因系爭元件非市面上之一般產品，致無法送審通過，工期應展延186工作天，且兩造合意自108年8月29日至同年11月5日停工，共計49工作天亦應展延。工期經展延後，反訴被告並無逾期情事，未能依限提送文件資料，亦非可歸責於反訴被告，反訴原告不得計罰。系爭契約乃非可歸責於反訴被告之事由，經反訴原告任意終止，反訴原告自不得請求因契約終止所受損害及所失利益。縱認有逾期完工情事，本件逾期違約金為賠償總額預定性質，反訴原告不得再請求與遲延相關及契約終止後所發生之損害，且反訴原告請求逾期違約金過高應予酌減。況反訴原告應舉證後續發包施作工項與系爭契約未完成部分完全相同，且反訴原告提出之營運投資契約書，契約當事人為高雄市政府，並非反訴原告，且簽約日期係108年7月22日，反訴原告不得據以請求營運權利金損

01 失；反訴原告就延長監造之原因，應舉證證明係可歸責於反
02 訴被告，且延長、後續施工期間確有實施監造之事實，並已
03 實際支付，方能請求等語，資為抗辯，並聲明：(1)反訴原告
04 之訴及假執行之聲請均駁回。(2)如受不利判決，願供擔保，
05 聲請宣告免為假執行。

06 三、反訴爭點

07 (一)反訴原告請求逾期違約金有無理由？

08 (二)反訴原告請求反訴被告未依限提送系爭元件材料送審文件罰
09 款，有無理由？

10 (三)反訴原告請求因契約終止之損害賠償，有無理由？

11 四、得心證理由

12 (一)反訴原告請求逾期違約金有無理由？

13 1.按當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。
14 違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之
15 賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法
16 履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債
17 務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債
18 務所生損害之賠償總額，民法第250條定有明文。準此，
19 除當事人另有訂定外，違約金即應視為因債務不履行而生
20 損害之賠償總額。（最高法院108年度台上字第81號判
21 決、111年度台上字第1853號判決意旨參照）。

22 2.系爭契約第51條第1項約定，乙方如不依照契約規定期限
23 完工，應按逾期的日數，每日賠償甲方，按結算總價千分
24 之一的逾期罰款，該項罰款應由乙方在本工程驗收合格後
25 向甲方繳納，甲方亦得在乙方未領工程款，差額保證金或
26 其他保證金中扣除，如無第19條第1項第4款情事者，並得
27 自履約保證金中扣抵，如有不足，得向乙方或連帶保證人
28 追繳之，但其最高額的逾期罰款金額，以不超過契約價金
29 總額之20%為限。由上述約定文義，並未明示逾期罰款係
30 懲罰性違約金，亦無表明逾期時，除逾期罰款外，就乙方
31 逾期（遲延）併得請求不履行之損害賠償。則前述逾期罰

款，應屬損害賠償額預定性之違約金。

3.反訴原告雖謂依照系爭契約第5條第7項第2款、第6條第4項約定，可見契約並未排除反訴原告其他損害賠償請求權，第51條第1項之逾期罰款應係懲罰性違約金性質云云。然系爭契約第5條第7項第2款約定「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。乙方不於期限內，依照改善或履行者，甲方得終止或解除契約，並得請求損害賠償。」乃針對有可預見原告履約瑕疵，或違反契約情事，契約經終止或解除後，有損害賠償責任，核與違約金之給付約定，除請求違約金外，併得請求不履行之損害賠償之情形尚有不同，難以據此認前述逾期罰款性質為懲罰性違約金。而系爭契約第6條第4項約定「乙方履約有逾期違約金、損害賠償、採購標的損壞或短缺、不實行為、未完全履約、不符契約規定、溢領價金或減少履約事項等情形時，甲方得自應付價金中扣抵；其有不足者，得通知乙方給付或自保證金扣抵。」，僅係約定反訴原告之扣抵權，並無使反訴原告於反訴被告有計逾期罰款情事時，除請求違約金外，併得請求（逾期）遲延損害賠償之意思，反訴原告據此主張第51條第1項之逾期罰款係懲罰性違約金性質，應無可採。

4.兩造於108年3月22日簽訂系爭契約，約定契約價金為1915萬元，反訴被告於108年4月23日開工，預計於108年11月21日完工，為兩造所不爭執。據此，截至反訴原告於109年3月17日發函向反訴被告終止系爭契約，已經逾期完工117日曆天（反訴原告僅請求計算至109年3月17日），亦如前述。依系爭契約第51條第1項約定，反訴被告應計逾期違約金224萬550元（ $19,150,000 \div 1,000 \times 117 = 2,240,550$ ）。反訴被告雖稱系爭工程之工期延誤，非可歸責於反訴被告，乃因系爭元件非市面上之一般產品，致無法送審通過，工期應展延186工作天云云，然反訴被告未能提

供系爭元件，係有可歸責事由，於本訴已經認定，反訴被告此部分抗辯，自非可採。反訴被告另抗辯應扣除合意停工期間云云，並無可採，亦同前述。

5. 又損害賠償額預定性違約金之約定，係一旦有債務不履行情事發生，債權人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定違約金請求債務人支付，僅於債權人無損害時，不能請求。如約定之違約金過高者，債務人得依民法第252條規定，請求法院減至相當之數額，惟就約定違約金過高之事實，應由主張此項有利於己事實之債務人負舉證責任。本院審酌反訴被告已經部分履約，比例約10.6%，業如前述，以下就反訴原告主張因反訴被告逾期所受損害，即重新發包差額損害、營運權利金損失、延長監造服務費用（建字卷二第519頁），分述如下：

(1) 差額損害部分，依反訴原告所提出關於差額損害部分資料，其重新發包所支出費用1834萬7785元（建字卷一第147頁），扣除反訴原告自陳其中非原契約項目之45,443元，剩餘費用為1830萬2342元；本院前已認定反訴被告已部分履行比例為10.6%，未履行比例為89.4%，換算工程費用數額為1712萬100元（ $19,150,000 \times 89.4\% = 17,120,100$ ），差額為118萬2242元（ $18,302,342 - 17,120,100 = 1,182,242$ ，反訴原告計算差額損害實為103萬5425元，經扣抵反訴被告尚未領取結算報酬45萬7744元，剩餘57萬7681元，而本院於本訴認定反訴被告尚有應計入結算報酬之數額，故未完成工程費用數額即隨之減少，計算結果因此有所不同）。本院函詢系爭工程之監造單位聚柏公司確認系爭工程後續發包有無增加系爭契約所無工項，聚柏公司112年4月6日聚設字第1070015-283號函雖提及另增加「壹.一.3-1已施作工項可行性逐孔丈量探勘（函現場會勘）19萬7557元。」，然此部分乃為確認反訴被告已施作部分之情形之花費，於系爭

01 契約因可歸責於反訴被告之事由（即開工後進度落後1
02 5%以上）並逾完工期限，經反訴原告終止，有部分工項
03 未施作、未完成之情況下，此部分費用支出即與逾期、
04 終止，有相當因果關係，故於估算反訴原告重新發包所
05 知支出費用不須扣除之。此外，經監造單位比對圖說確
06 認，重新發包項目均與原契約範圍相同（建字卷二第48
07 1頁），是以，針對反訴被告於終止時遲延未完成部分
08 重新發包，較原工程費用增加支出即差額損害為118萬2
09 242元。

10 (2)營運權利金損害部分，依反訴原告提出投資契約（建字
11 卷一第329至402頁），可見系爭工程完工後預計交由高
12 雄市政府委託民間機構營運管理。該投資契約之主辦機
13 關（即甲方）雖係高雄市政府，然反訴原告為高雄市政
14 府所屬機關，僅因業務劃分由反訴原告承辦系爭工程之
15 招標事宜，實屬同一，堪認系爭工程如期完工，於反訴
16 原告有如該投資契約所示之可預期利益，反訴原告因反
17 訴被告逾期完工而有營運權利金之所失利益，應可認
18 定。反訴被告以投資契約之主辦機關高雄市政府，謂反
19 訴原告此部分主張有主體錯誤情形云云，並無可採。又
20 觀之反訴原告提出高雄市政府運動發展局所檢送系爭工
21 程於驗收點交前、後之營收入表，其中點交前108年11
22 月至111年3月，營收入總數5040萬1585元（建字卷一第
23 325至327頁），換算平均每月營收入約為296萬元，相
24 當於年營收入約3552萬元；點交後之110年4月至10月，
25 營收入共1569萬1873元，平均每月營收入224萬元，換
26 算年營收入2688萬元，考量於反訴被告遲延期間（即10
27 8年11月22起至109年3月18日止），相較於點交後之110
28 年4月至10月間，新冠肺炎疫情尚非嚴峻，遲延期間營
29 收入應會較佳，以及鳳山體育館101年至105年（即施工
30 前）平均年收入已有約440萬元（建字卷一第403頁），
31 認以點交前之平均年營收入約3552萬元，加計鳳山體育

館施工前平均年收入約440萬元，合計約3,992萬元，如能順利完工交付，整體營收入預估應近4000萬元，較為合理。則概估營運權利金即為反訴原告所陳之2000萬元至未滿4000萬元之權利金20萬元（建字卷一第271頁），扣除反訴原告自陳已收營運權利金數額15萬8985元，每年減少權利金約4萬元，逾期117日，約為1萬2900元（ $40,000 \times 117 / 365 = 12,822$ ）。

(3)延長監造服務費部分，反訴原告與聚柏公司經高雄市採購申訴審議委員會調解成立，確認增加監造服務費38萬1,621元，有調解成立書可稽（建字卷二第267至278頁）。觀之其內調解雙方之陳述，此項數額係依反訴原告於調解時主張「申請人（即聚柏公司）實地監造期間共延長112工作天【計算式：原工程127工作天＋後續工程135工作天－原工程預定工期150工作天＝112工作天】。又『鳳山體育館耐震補強工程』及『鳳山體育館耐震補強工程（後續工程）』之監造服務費金額共計698,087元，依勞務契約第5條第（十二）項所列算式計算後，申請人可請求之延長實地監造服務費為38萬1621元【計算式：工程監造服務費698,087元／工程發包契約訂定之工期150工作天×（延長工程監造期間112工作天－30工作天）延長期間甲方核定之監造人數1／本契約規定之監造人數1＝381,621元】（建字卷二第273頁）。嗣經調解成立，堪認反訴原告主張系爭契約因反訴被告逾期未完工所需增加之監造費用，確實有據。又此部分既經調解成立，反訴原告對聚柏公司負有債務，即有損害，不因尚未給付而有異，反訴被告抗辯反訴原告應證明已實際支付，方能請求云云，並非可採。

6.綜上，考量反訴被告已經部分履約，反訴原告因反訴被告逾期所受損害、所失利益，亦如上述。反訴原告請求逾期違約金數額224萬550元，顯然過高，認應酌減為160萬元較為適當。

01 (二)反訴原告請求反訴被告未依限提送系爭元件材料送審文件罰
02 款，有無理由？

03 1.系爭契約第39條第6項約定，依契約、圖說規定或經甲方
04 （或工地工程司）書面通知應依限提送甲方（或工地工程
05 司）之文件資料，逾契約或甲方（或工地工程司）規定期
06 限未提送者，罰款新台幣陸仟元整，並得連續處罰之。

07 2.反訴原告主張反訴被告因未依限提送材料送審文件，經監
08 造單位依前開契約約定，建請反訴原告扣罰6000元，共4
09 次，合計24,000元，有歷次函文在卷可查（審建字卷第351
10 至361頁、建字卷一第145頁）。反訴被告以未能提供非可
11 歸責於己為辯，並無可採，已如前述，反訴原告請求此部
12 分罰款，核係有據，應予准許。

13 (三)反訴原告請求因契約終止之損害賠償，有無理由？

14 反訴原告主張系爭契約因可歸責於反訴被告之事由而終止，
15 其因系爭契約終止，受有重新發包差額損害、營運權利金損
16 失、延長監造服務費用損害，得依系爭契約第55條第8項約
17 定，併請求此部分因契約終止之損害賠償。惟反訴被告抗辯
18 反訴原告請求逾期違約金，為損害賠償總額預定性質，不得
19 再請求與遲延相關及契約終止後所發生之損害。查，系爭契
20 約第51條第1項約定反訴被告不按期限完工應計逾期罰款，
21 其性質為損害賠償額預定性違約金，已如前述。系爭契約第
22 55條第8項約定「... 甲方因解除或終止契約所受一切損失及
23 危險，乙方或其保證人應負責並賠償之。」，僅針對系爭契
24 約因可歸責於反訴被告之事由而終止時，反訴原告因契約終
25 止之損害，得請求反訴被告賠償，非屬約定違約金時之特別
26 約定，自不得據此認逾期罰款係懲罰性違約金。反訴原告係
27 以反訴被告施工進度落後超過15%為由，於逾約定完工日後
28 終止系爭契約，則反訴被告因遲延履行所應負之全部賠償責
29 任（遲延未施作、未完成），與契約終止（致有未施作、未
30 完成部分）之損害相同，此並為反訴原告所陳明（建字卷二
31 第518、519頁），反訴原告此部分請求，雖強調係因終止而

生之損害賠償，但契約終止係源自反訴被告履約進度落後，且逾完工期限，則此部分亦屬逾期違約金預定之損害賠償範圍，應無疑義。反訴原告已得請求給付逾期違約金，自不得再請求反訴被告賠償相同之前述損害。（最高法院108年度台上字第81號判決、111台上字第1853號判決意旨可參）

(四)綜上，反訴原告得請求逾期違約金160萬元、逾期提送系爭元件材料送審文件罰款2萬4000元，合計162萬4000元，其中105萬700元於本訴抵銷，另反訴原告自陳反訴被告尚有未領報酬45萬7744元應扣除，則反訴原告僅得請求115,556元（ $1,600,000 + 24,000 - 1,050,700 - 457,744 = 115,556$ 元）

五、綜上所述，反訴原告依系爭契約第51條第1項、第39條第6項規定，請求反訴被告給付於11萬5556元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日（即111年1月4日）起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息範圍內，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，並無理由，應予駁回。反訴原告勝訴部分，未逾50萬元，爰依民事訴訟法第389條第1項第5款規定，職權宣告假執行，反訴被告陳明願供擔保，聲請宣告免為假執行，核無不合，爰酌定相當擔保金額宣告之；至反訴原告敗訴部分，其假執行之聲請因訴之駁回而失所依附，應駁回之。本件反訴事證已臻明確，兩造其餘陳述及攻防，經核與判決結果不生影響，爰不逐一論述。

六、據上論結，本件反訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 112 年 6 月 20 日
工程法庭 法 官 陳宛榆

以上正本係照原本作成。

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。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 111 年 6 月 20 日
書記官 張家瑜

01 附表

02

編號	項目	備註
1	柱樑打毛至結構體處：108,960 元，計算式：60處×單價1,816 元=108,960元(未稅)	
2	建築物及構造物之保護與鋼筋探測：35,400元，計算式：60處×單價590 元=35,400元(未稅)	
3	M24 錨栓材料：845,208 元，計算式：3,096 支×單價273 元=845,208 元(未稅)	
4	制震消能元件SW1：1,579,308 元，計算式：12只×單價131,609 元=1,579,308 元(未稅)	
5	制震消能元件SW2：5,445,840 元，計算式：48只×單價113,455 元=5,445,840 元(未稅)	
6	鋼構材料費含防火漆：1,354,010 元，計算式：38,686支×單價35元=1,354,010 元(未稅)	
7	廠商管理費及利潤與營造綜合保險費為1,057,715 元(含稅)	
小結：編號1至6，合計9,368,726元(未稅，含稅為9,837,162元)，編號1至7，合計10,894,877元(含稅)，扣除原告已經領得1,425,339元，剩餘9,469,538元。		