

臺灣高等法院高雄分院民事判決

112年度建上字第23號

上訴人即附

帶被上訴人 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

被上訴人即

附帶上訴人 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

上列當事人間請求給付工程款等事件，上訴人對於中華民國112年6月20日臺灣高雄地方法院110年度建字第48號第一審判決提起上訴，被上訴人提起附帶上訴，本院於113年1月31日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用負擔之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人新台幣（下同）10萬0,700元，及自民國（下同）111年1月4日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

其餘上訴駁回。

被上訴人之附帶上訴駁回。

第一、二審訴訟費用，關於上訴部分（即反訴）由上訴人負擔百分之六，餘由被上訴人負擔；關於附帶上訴部分由附帶上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

按民事訴訟法第460條規定，被上訴人於言詞辯論終結前，得為附帶上訴。參其立法理由，謂附帶控告（即附帶上訴），

01 乃被控告人為自己之利益，附帶於控告人之控告，而請求以
02 判決變更第一審判決之方法，被控告人得有變更控告人所聲
03 明不服第一審判決之聲明權，以平等保護兩造利益。而對於
04 第一審判決於上訴期間內有合法上訴者，依民事訴訟法第39
05 8條第1項但書規定，阻其確定，基於該判決所裁判之事件全
06 體無法分割，當事人對於第一審判決之一部合法提起上訴
07 時，該判決全部之確定即被阻斷，嗣後上訴人得於言詞辯論
08 終結前擴張其上訴聲明，不受上訴期間之拘束，為保障兩造
09 上訴程序地位與武器平等，自應給予被上訴人附帶上訴之權
10 利。又受不利益判決之當事人得於喪失上訴權後提起附帶上
11 訴，亦可牽制當事人濫行上訴。是附帶上訴與上訴係針對同
12 一第一審終局判決聲明不服，第一審就本訴與反訴合併判
13 決，一造對本訴部分提起上訴，反訴部分與之不無牽涉，他
14 造得就反訴部分提起附帶上訴，反之，亦然，方能符合附帶
15 上訴衡平兩造利益之立法意旨，及兼收抑制不必要上訴之
16 效，並使上訴審能對原判決進行全面審查，作成較符合實體
17 法律狀態之判決（最高法院111年度台抗字第1052號裁定意
18 旨參照）。本件上訴人就其反請求敗訴部分提起上訴，被上
19 訴人雖未對其本請求敗訴部分提起上訴，惟嗣已就其本、反
20 請求敗訴部分均提起附帶上訴，依上開說明，其本訴之附帶
21 上訴仍應予准許，合先敘明。

22 貳、實體方面

23 一、被上訴人即附帶上訴人起訴主張：伊前以1,915萬元承攬上
24 訴人即附帶被上訴人（下稱上訴人）發包之「鳳山體育館耐
25 震補強工程」（下稱系爭工程），並於108年3月22日簽訂工
26 程採購契約書（下稱系爭契約），伊開工後已陸續施作並訂
27 購材料，惟系爭工程所設計之位移型消能制震壁元件（下稱
28 系爭元件）在當時市面上並無法尋得符合設計規範之產品，
29 經多次反應，上訴人均拒絕變更設計，甚以伊送審延誤為由
30 於109年3月17日通知任意終止系爭契約。伊截至同月18日終
31 止契約時止，已續施作、訂購如原判決附表（下僅稱附表）

01 編號1至6所示工項、材料，應得請求各該報酬及所失利益，
02 扣除上訴人已給付之1,425,339元，仍得請求9,469,538元，
03 且系爭契約非可歸責於伊而終止，上訴人應返還履約保證金
04 190萬元，縱得沒收，惟此屬違約金性質，全部沒收顯然過
05 高而應予酌減後返還，爰依民法第490條第2項、第491條第2
06 項、第505條、第511條但書（擇一）及第179條規定提起本
07 件訴訟，聲明：(一)上訴人應給付被上訴人11,369,538元，及
08 自調解申請狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計
09 算之利息；(二)願供擔保請准宣告假執行。

10 二、上訴人則以：系爭元件為履約當時市場上已有之產品，非無
11 法履行之標的，被上訴人遲未完成系爭元件之材料送審程
12 序，經伊多次通知進度落後並協助其進行採購仍不為完成，
13 已符系爭契約第55條第2、3、7項情形，伊因此於109年3月1
14 7日發函通知終止系爭契約，並於同月31日就被上訴人已施
15 作工項及數量進行現況點收並結算數額為1,883,083元，其
16 於超過部分自不得請求，而伊已給付被上訴人1,425,339
17 元，並得依約沒收全部履約保證金，對之並有如反訴請求之
18 債權得於本訴為抵銷，被上訴人請求並無理由等語，資為抗
19 辯。

20 三、上訴人並於原審反訴主張：系爭工程約定完工期限係自開工
21 日起算150工作天，預計完工日為108年11月21日，惟被上訴
22 人截至109年3月17日通知終止契約日止已逾期117日，依系
23 爭契約第51條第1項約定，應計逾期違約金2,240,550元，且
24 被上訴人因逾期提送系爭元件送審文件，監造單位依系爭契
25 約第39條第6項約定已建請扣罰6,000元共4次，合計24,000
26 元，而伊就被上訴人未完成之工項已重新發包第三人施作完
27 成，因此受有差額損害577,681元、增加監造服務費支出38
28 1,621元及未能如期委外營運以收取權利金之損失共131,679
29 元，爰依系爭契約約定求為命被上訴人給付上訴人3,355,53
30 1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
31 5%計算之利息，並願供擔保請准宣告假執行。

01 四、被上訴人則以：系爭工程延誤並非可歸責於伊，且工期應展
02 延186工作天，併計兩造合意自108年8月29日至同年11月5日
03 停工之49工作天，經展延後伊並無逾期情事，上訴人並不得
04 計罰。又系爭契約係上訴人任意終止，自不得請求因契約終
05 止所受損害及所失利益，且本件逾期違約金為賠償總額預定
06 性質，上訴人亦不得再請求與遲延相關及契約終止後所發生
07 之損害，況其請求之逾期違約金亦過高而應予酌減，另上訴
08 人就其所受其他損害亦未完全舉證等語，資為抗辯。

09 五、原審就本訴部分判決被上訴人敗訴，反訴部分判命被上訴人
10 應給付115,556本息，並駁回上訴人其餘之訴及假執行之聲
11 請。上訴人就其敗訴部分提起上訴，聲明：(一)原判決不利於
12 上訴人部分廢棄；(二)上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人
13 3,098,515元，及自111年1月4日起至清償日止按年息5%計算
14 之利息。被上訴人答辯聲明：(一)上訴駁回；(二)如受不利判
15 決，願供擔保請准免為假執行之宣告。並於本院提起附帶上
16 訴，聲明：(一)原判決不利於被上訴人部分廢棄；(二)上開廢棄
17 之本訴部分，上訴人應給付被上訴人11,369,538元及自108
18 年 11月1日起至清償日止按年息5%計算之利息；(三)廢棄反訴
19 部分，上訴人在第一審之訴及假執行均駁回。上訴人答辯聲
20 明：附帶上訴駁回。

21 六、兩造不爭執事項：

22 (一)被上訴人得標上訴人所發包之系爭工程，兩造於108年3月22
23 日簽訂系爭契約，約定契約價金為1915萬元，被上訴人於同
24 年4月23日開工，預計於同年11月21日完工。

25 (二)系爭工程之監造單位為上訴人委任之聚柏顧問有限公司（下
26 稱聚柏公司）。

27 (三)被上訴人已交付上訴人履約保證金190萬元。

28 (四)上訴人於109年3月17日發函通知被上訴人終止系爭契約，上
29 訴人已給付報酬共142萬5339元。

30 (五)被上訴人於108年10月30日向高雄市政府採購申訴審議委員
31 會申請調解，並於翌日將繕本送達上訴人。

01 七、茲就兩造之爭點及本院之判斷，分述如下：

02 (一)上訴人依系爭契約第55條第2、3、7項約定主張終止系爭契
03 約是否有據？

04 (1)按系爭契約第55條約定：「乙方（即被上訴人，下同）有下
05 列情事之一者，甲方（即上訴人，下同）得以書面通知廠商
06 終止契約或解除契約之部分或全部... (二)乙方逾規定期限尚
07 未開工，或開工後進度遲緩，其進度較預定進度落後15%以
08 上者。(三)乙方違反契約或因可歸責於乙方之事由發生不能營
09 運之變故，甲方認為不能履行契約責任時。...(七)契約約定
10 之其他情形」，第35條第2項則約定：「乙方自備材料、機
11 具、設備在進場前，應依個案實際需要，將有關資料及可提
12 供之樣品，先送工程司審查同意，如需辦理試（檢）驗之項
13 目，應會同工程司取樣，並會同送往試（檢）驗單位試
14 （檢）驗合格後始得進場。但進場時，乙方仍應通知工程司
15 或其代表人作現場檢驗。因甲方需求而就同一標的作2次以
16 上試（檢）驗者，其所生費用，結果合格者由甲方負擔；不
17 合格者由乙方負擔」等語（原審審建卷第77、99至101
18 頁）。

19 (2)被上訴人主張系爭工程所設計之系爭元件，於履約時之市面
20 上並無法尋得符合契約設計規範的產品，惟上訴人拒絕變更
21 設計，其並無送審延誤之可歸責事由云云，上訴人則予否
22 認，並以被上訴人未完成系爭元件之材料送審程序，已符系
23 爭契約第55條第2、3、7項情形等語為辯。經查：

24 ㊟關於系爭元件於履約當時是否為事實上不能履行之標的，經
25 送請兩造合意指定（原審建字卷二第52、69頁）之台灣省結
26 構工程技師公會（下稱省結構公會）鑑定結果略以：「①系
27 爭工程從設計階段至終止契約為止，經由兩造會同設計單位
28 共有5波段的訪價、廠商訪查，相關訪查紀錄顯示，計有崧
29 聖公司、捷創公司、山銘公司以及中興社（其不同時期之經
30 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
31 化後之產品，可符合原設計圖說所要求之規格、規範及實驗

01 條件，並曾多次報價給設計單位與被上訴人；廠商交貨所需
02 時間則有2或3個月，若需要客製，則客製化所需時間約1個
03 半月，因此廠商所需工期也符合被上訴人送審及經上訴人核
04 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
05 驗、130工作天內完成制震元件裝設)。②工程實務上，廠
06 商即使技術能力沒有問題，但是否願意簽約出售產品，還有
07 價格、產能狀況、履約條件等因素必須考量，惟此部分為承
08 攬人之採購策略或廠商之自身業務考量。由被上訴人發包預
09 算僅為市價之48%-55%可知，其並非無法採買到圖說要求之
10 制震元件，而係發包單價不符合，與市場行情有很大之落
11 差。③綜上研判，系爭元件並非事實上無法履行之標的，未
12 提供難謂非可歸責於承攬人。另上訴人終止系爭工程契約
13 後，就被上訴人未施作部分，以與系爭工程相同之圖說規範
14 重新辦理後續工程招標，由至揚公司得標並於109年7月6日
15 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
16 壁，於109年9月21日、9月25日提送國立臺灣科技大學（下
17 稱台科大）進行性能測試，測試結果復經設計監造單位判定
18 合格，全案於110年1月25日竣工，並於同年4月6日驗收結
19 案，雖相關事實發生於系爭契約終止後，但亦可證實原設計
20 圖說所規定之系爭元件為可取得之產品，並非事實上無法履
21 行之標的」等語，有鑑定報告可稽（外放鑑定報告第5至17
22 頁）。審酌省結構公會針對原審提供資料先行研議，了解案
23 件內容及背景，並依兩造各自提出之資料，另參考由政府電
24 子採購網蒐集之相關阻尼器資料，彙整系爭工程各項作業時
25 間點、從設計階段起至終止時之歷次訪價、廠商訪查紀錄、
26 兩造提供廠商報價單及原設計預算、被上訴人所提制震壁報
27 告遭退審之原因及嗣後以同條件為重新發包者已完工等情，
28 綜合研判作成上述鑑定意見，顯係熟悉受囑託鑑定事項之內
29 容、背景及相關資料而本於專業背景所為之判斷，其所採鑑
30 定方式並無瑕疵，結論亦無違背經驗法則及論理法則，應為
31 可採。

01 ㊟被上訴人雖謂省結構公會鑑定作業程序與其官網所揭示內容
02 不符，並未實際到場勘驗、未進行採樣及實驗、未提供任何
03 當時有該產品相關之型錄或測試報告，顯不足信云云。省結
04 構公會於此已函覆：「本公會官網所列工作項目，已表明係
05 『以現況鑑定為例』，本件係就系爭元件規格是否可以履行
06 為鑑定，並非現況鑑定，被上訴人指摘已非可採，況官網所
07 列工作項目僅為一般性之例示，於個案鑑定本應配合實際需
08 要調整；再者，現況安裝於鳳山體育館之制震壁乃上訴人於
09 後續工程發包後由至揚公司所施作，該制震壁實體現況並無
10 爭議，亦非鑑定標的，而被上訴人之系爭元件並未實際安
11 裝，自無辦理測量、現況記錄及拍照必要」等語（原審建字
12 卷二第471、473頁）。審酌系爭契約於被上訴人送審系爭元
13 件階段，因發生爭議嗣經上訴人終止，鳳山體育館於省結構
14 公會鑑定時，並無被上訴人提供或施作之系爭元件存在，此
15 為不爭之事實，而現場由至揚公司施作之制震壁並非鑑定範
16 圍，且已施作完畢，亦無驗收爭議，則鑑定系爭元件是否為
17 事實上無法履行之標的，省結構公會依鑑定過程中所獲相關
18 資料、事實，彙整後為綜合研判，並無不足，應無就至揚公
19 司施作之制震壁元件現場測量、記錄拍照之實益，況至揚公
20 司施作完成之制震元件並無爭議，發包設計圖說經確認與系
21 爭元件相同，省結構公會鑑定意見據以認為可佐證系爭元件
22 並非事實上無法履行之標的，尚無可議之處，其上述函覆應
23 為可採，被上訴人前述主張難認有據。

24 ㊟被上訴人又稱鑑定報告之表10.2僅單純由先前廠商報價資料
25 整理，忽略廠商報價與有實際施作完成不同，縱有報價，尚
26 不能據以佐證確實能生產系爭元件；又捷創公司、山銘公
27 司、瑞利德公司當時均未提出型錄、測試報告等相關資料，
28 僅憑報價單尚無從認可提供實際產品；伊雖曾向彛承公司採
29 購，但後續製作時才發現無法製造與原始設計相符之制震元
30 件；省結構公會忽略山銘公司表示「但無多餘產能，須待5
31 個月後方能協助生產製造」、捷創公司表示「公務繁忙無法

01 承接本案，請另覓合適廠商」之情，且有關伊洽詢彛承公司
02 之單價為何，並非評價是否有符合產品之要件，囑託鑑定範
03 圍限縮於「招標時起迄109年3月31日，是否為事實上無法履
04 行之標的」，但鑑定報告卻多次援引「109年3月31日之後發
05 包予至揚公司之成果佐證，屬不當連結，且無法判斷當時之
06 真實狀況云云。省結構公會則函覆：「本件事實上仍係有其
07 他廠商可以履行，國內制震壁廠商也不只被上訴人所列詢價
08 廠商而已，況『工程實務上，廠商即使技術能力沒有問題，
09 但是否願意簽約出售產品則還有價格、產能狀況、履約條件
10 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
11 身業務考量』，此意見本公會亦已表明於鑑定報告，被上訴
12 人指摘廠商個人因素不願承做或交貨期程無法配合云云，均
13 為其採購時應自行考量並克服之因素，本公會尚難以此認定
14 系爭履約標的係屬事實上無法履行。又至揚公司於後續工程
15 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
16 於本案(含設計階段)歷次詢價及訪談曾經多次被詢問（詳鑑
17 定報告表10-2），而自被上訴人108年履約至至揚公司109年9
18 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
19 化可導致108年無法履行之標的卻於109年成為可履行。至揚
20 公司履約成果亦經臺科大進行性能測試，測試結果復經設計
21 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
22 行，系爭元件規格又無涉及特殊產品、材料、專利…等。被
23 上訴人空言本件鑑定並未考量其於108年間開工時之各種情
24 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
25 實上係無法履行之認定」等語（原審建字卷二第475頁）。
26 審酌省結構公會針對囑託鑑定事項，已考量工程採購實務上
27 在規劃設計階段對於材料、設備等之材質、規格等應確認有
28 足夠之廠商可提供，以避免有不合理限制之爭議，違反政府
29 採購法相關規定，因此認在檢視是否有廠商可提供符合規定
30 之產品時應從設計階段開始，並審視從設計階段起至終止契
31 約時之訪價、訪查資料，並佐以終止契約後續發包之得標廠

商於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被上訴人履約期間並非事實上無法履行，而各廠商不願承作或交期無法配合，純係因被上訴人採購策略（僅願以市價之半數發包而不以一般市價採購，致廠商不予理會、配合）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。而被上訴人復未提出自其履約時起至至揚公司送審通過期間，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，且其亦不得以自己不當之低價採購策略以致無法於期間內取得合於規範之系爭元件履約，反謂其無可歸責事由者。

④被上訴人雖稱縱本件可客製化系爭元件，所花費之時間顯將超過契約所定期間，故縱有逾期亦不可歸責云云，並以三木工程/國升營造工程股份有限公司回覆郵件為據（原審建字卷二第333、334頁）。然鑑定報告已提及：「系爭工程從設計階段之詢價資料、被上訴人發包彙承公司採購資料、上訴人於施工階段提供之詢價資料、政風室人員會同設計單位與被上訴人進行之材料商訪查紀錄，及台北市結構技師公會（下稱北市結構公會）於訴訟前受被上訴人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，但都認經客製化研發（時間約45天）可符合規定，而系爭工程履約期限為150工作天，依被上訴人提送核備之施工預定進度表（原審審建字卷第199頁）顯示，其工作進度安排是『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天廠商客製化時間加上試驗時間應可符合原訂工作進度安排，不會影響整體工程進度。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10-2兩造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000年0

月間均有報價予被上訴人，願提供制震元件產品；三木工程則於108年10月18日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被上訴人。總計有6家制震壁元件廠商均有技術能力提供系爭元件，因此設計圖說規定之系爭元件取得並無困難。而後續發包所採用之制震壁產品即為前揭各單位曾訪查之三木工程（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，也不需經『冗長之客製化期間』，在被上訴人得標後即可進行，可能性並無問題」（外放鑑定報告第16、27、28頁）。可見被上訴人於得標後即得尋到適合廠商客製化系爭元件，且客製化並無技術上困難，客製化期間亦尚能符合被上訴人自訂之工作進度，況其如何取得系爭元件按期履行契約義務，本屬其應自行考量並為克服之問題，且縱客製化會稍有延誤，亦非不得履行，自難以前述電子郵件所提及研發時間、排成生產所需時間，即認被上訴人並無可歸責事由。

⑤被上訴人又謂由監造單位兩次審查內容，可見其為無故刁難云云。然鑑定報告已指出：「被上訴人第一次提送制震元件試驗報告被審退之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要求，但第二次提送被審退之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，顯示其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，依被上訴人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，上訴人自然無法通過被上訴人所提出之制震元件樣品」（鑑定報告第16頁）。足認被上訴人送審被退件係因所提系爭元件不能符合系爭契約之設計規範，自不能以監造單位對於其他缺失之指正情形，解免被上訴人此部分契約義務之違反，並進而認定其對於未提

01 供系爭元件並無可歸責事由。

02 ⑥被上訴人雖援引國立交通大學土木工程系王彥博教授（下稱
03 王教授）製作之檢討報告、北市結構公會鑑定報告而否定上
04 開鑑定報告，然此均為其於本件訴訟繫屬前自行委託辦理，
05 非民事訴訟法第324條以下規定之鑑定而僅屬私鑑定。以民
06 事訴訟法關於鑑定既已詳細規定，自應循此規定為之，且兩
07 造亦因此已合意指定省結構公會為前開鑑定，自不宜於合意
08 鑑定後再以先前所為有中立性疑慮之上開私鑑定代替正規之
09 鑑定而害及公正程序，且以該私鑑定之形成過程均僅有被上
10 訴人一造提供資料及意見，未予上訴人參與、陳述意見機
11 會，該報告意見所憑基礎顯有偏於一造之虞，被上訴人復未
12 釋明有何不能實施正規鑑定之情事存在，自不得以此否定系
13 爭鑑定報告。又針對被上訴人此部分主張陳述，鑑定意見略
14 為：

15 ①王教授雖認依學理雙線性阻尼器極限強度之計算公式，以
16 系爭元件其中SW1為例，解出 $\alpha = 0.0278$ ，只有一般位移
17 型阻尼器之2分之1，已違反鋼的材料特性，根本設計不出
18 這樣的阻尼器云云。然由原設計圖要求，極限剪力及極限
19 位移數值後係記載「以上」。因此，SW1極限位移可大於6
20 0mm，與王教授所指之極限位移等於60mm，兩者意義完全
21 不同。假設某廠商生產之制震壁(代號XX)其降伏剪力為80
22 tonf、降伏位移需符合6mm、極限剪力可達到124tonf、極
23 限位移可達到72mm，則其韌性比 $\mu = \delta u / \delta y = 12$ ，根據王
24 教授之公式計算，可得到XX制震壁阻尼器降伏勁度比 $\alpha =$
25 0.05，則此XX制震壁不但符合原設計圖說設計值要求，也
26 符合王教授所說之 $\alpha = 0.05$ 。再者由政府採購網下載於109
27 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
28 整如表10-7所示，系爭元件所採之設計規格與本會蒐集得
29 類似設計案例之設計 α 值約介於0.02~0.037間，均小於
30 0.05。由表10-7所列目前已完工之各制震元件設計案例與
31 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所列舉之安固公司型錄，根據該公司網站說明，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。王教授稱所謂「極限位移」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，而非王教授所認之對應值，王教授意見所列阻尼器規格表（原審建字卷一第60頁），與原圖說設計值表（同上卷第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，王教授認為「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北市結構公會先認「…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），但鑑定結果卻又認「並依據109年4月7日鑑定說明會會議紀錄，本鑑定研判試驗項目尚屬合理；惟

01 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
02 載不少於30次完全反覆循環且試體不可破壞，過於嚴苛且
03 無敘明明確之額外拉壓與破壞方式之判斷準則」（該公會
04 報告主文第9頁第12至16行），與前文相互違背，此部分
05 本公會有不同意見。查北市結構公會認設計單位訂定之疲
06 勞試驗條件過於嚴苛，惟報告內並未提出任何試驗數據、
07 統計資料或規範規定來說明其判斷依據，所稱尚乏依據。
08 況是否過苛與鑑定題旨「事實上無法履行」程度上亦有不
09 同，自不能以此認本件有事實上無法履行之情形。其次，
10 由表10-2，系爭工程從設計階段之詢價資料、被上訴人提
11 供之制震元件發包承公司之採購資料、上訴人於施工階
12 段所提供之詢價資料、政風室會同設計單位與被上訴人進
13 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
14 之廠商訪查紀錄等，均未見有受訪廠商反應第(2)點之試
15 驗要求過於嚴苛，部分受訪廠商雖無規格品可滿足設計圖
16 說之相關規定，但都認為經客製化研發後（時間約1個半
17 月）應可符合規定。另系爭工程招標共有5家廠商投標
18 （包含被上訴人），無廠商於招標過程對制震壁之性能保
19 證試驗測試內容及標準疑義。又由表10-7項次2、3之類似
20 工程設計圖說中，亦有與本案鑑定標的物相同之疲勞試驗
21 要求，且該二個案例目前均已完工（發包時間較本案
22 早）。彙整被上訴人提供兩次送審之制震元件報告數據
23 （附件7，P7-42~P7-117）與至揚公司送審之制震元件測試
24 報告數據（附件8，P8~48、P8-117）及設計單位審查意見亦
25 可知（附件7，P7-42~P7-43及P7-87），被上訴人第一次提
26 送制震元件試驗報告審退主要原因在於設計降伏剪力強度
27 及疲勞試驗無法達到圖說規範之要求，但第二次試驗報告
28 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
29 規範之要求，顯示第二次送審之鋼板制震壁（SW2-60噸）有
30 關疲勞測試條件部分已通過設計單位之審查，即系爭元件
31 疲勞測試條件已可符合規定，故「對應於位移量 $\pm 15 \delta y$ 進

01 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
02 破壞」之疲勞測試條件，於技術上並無任何問題，亦無北
03 市結構公會報告所指疲勞試過於嚴苛之情。以SW2為例，
04 被上訴人第一次提送之制震元件報告顯示，設計降伏剪力
05 強度僅達到圖說要求值之43%~43.5%，第二次提送之制震
06 器報告僅達33.6~39.7%，而降伏剪力強度攸關係爭元件補
07 強工程之成敗，上訴人自然無法核准被上訴人所提出之制
08 震元件樣品。且再由被上訴人之發包預算僅為市價之4
09 8%~55%亦可知，其並非無法買到圖說要求之制震元件，
10 而在於採買價格無法達到市價要求，此由表10-3上訴人制
11 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
12 工程已完工可知。上訴人以相同圖說及規定進行後續工程
13 招標業已完工，得標廠商於招標、施工過程亦均未反應測
14 試條件有問題。而後續工程所採用之制震壁產品即為先前
15 已訪查之三木工程，再次證明實際上並無「過於嚴苛」之
16 情形。綜合上述，「疲勞測試條件，對應於位移量 $\pm 15\delta_y$
17 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
18 可破壞」應是大多數專業廠商於規格品或客製化研發後可
19 達到之條件，北市結構公會報告所指疲勞測試條件「要求
20 太嚴苛」顯然為其主觀之認定，並無充分之根據。至於
21 「無敘明明確之額外拉壓與破壞方式之判斷準則」部分，
22 於圖S-05，肆、2.(2)已有規定「…於30次完全反覆循環
23 且試體不可破壞」，因此，目視檢視「試體破壞與否」即
24 是判斷準則，而有經驗之試驗單位亦可從反覆循環試驗之
25 遲滯迴圈曲線形狀判斷試體是否破壞。有關「(三)制震壁
26 規範圖說(附件四、圖號S-05)，所明之原料及參數是否為
27 市面上一般形式？若客製開發之可能性及時間為何？」部
28 分：北市結構公會報告針對此項目認為「制震壁規範圖說
29 圖號S-03~S-06，其原料及參數為市面上一般形式，…」
30 (報告主文第13頁第5-6行)，此部分本公會贊同其意見。
31 但對於該報告中指「…平均一般須客製化訂製且開發成約

01 30至60天，且不能確保通過試驗單位之性能測試…」，此
02 部分本公會有不同意見，說明如下：從彙整北市結構公會
03 報告訪查紀錄摘要(如表10-9)，可見廠商客製化所需時
04 約1個半月(45天)；同時，該公會對5家廠商之訪查紀要
05 內容並無「不能確保通過試驗單位之性能測試」之紀錄；
06 且由表10-2所示6家材料商訪查紀錄亦無類似之敘述或說
07 明，因此本公會無法認同北市結構公會報告中「不能確保
08 通過試驗單位之性能測試」之意見。又該報告中「…其工
09 程期限為150工作天，若制震壁規範圖說規定之產品，無
10 現成且需經冗長之客製化期間，難以將其視為市面上之一
11 般產品…」此部分本公會也有不同意見，因大多數廠商均
12 說明客製化所需時約1個半月(45天)，而系爭工程之履
13 約期限為150工作天，依被上訴人提送核備之如前述施工
14 預定進度表時程，45天廠商客製化時間加上試驗時間應可
15 符合原訂之工作進度安排，不會影響整體工程進度。又由
16 表10-2、表10-9可知，三木工程等多家公司均有能力提供
17 制震壁元件產品，因此，設計圖說規定之制震壁元件取得
18 並無困難。而後續工程係採用曾為訪查廠商之三木工程
19 (代理中興社產品)，證明實際上客製化符合系爭工程圖
20 說規定之制震壁並無技術上之困難，也不需要經過「冗長
21 之客製化期間」，在被上訴人得標後即可進行，可能性並
22 無問題。綜上研判，部分廠商有符合規定之現成品，也有
23 多家廠商表示可在約1個半月(45天)完成客製化，因此所
24 謂「…需經冗長之客製化期間，難以將其視為市面上之一
25 般產品…」實屬台北市結構公會主觀之認定(鑑定報告第
26 22至28頁)。

27 依上，省結構公會對被上訴人所援引之報告，均已詳述其不
28 認同之理由及依據，且核無違反經驗、論理法則，應可採
29 信，被上訴人所辯尚屬無據。

30 ⑦被上訴人雖又稱：因建築物之結構及受力面積不同，阻尼器
31 之使用亦有不同，鑑定報告未說明應使用何種阻尼器，亦未

01 進行實驗即認王教授意見書意見違誤，實屬主觀判斷云云。
02 省結構公會則函覆：「本會依據政府採購網下載自系爭工程
03 招標時起，迄109年3月17日前已完成發包類似設計案例之制
04 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
05 件設計均為與本案所採用之雙線性（金屬降伏元件）位移型
06 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
07 例設計圖說均可察證。而雙線性（金屬降伏元件）位移型阻
08 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
09 量，本會亦按王教授所採用之公式來推算各案例雙線性位移
10 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
11 任何違誤。另由鑑定報告第18頁所述以制震元件編號SW1為
12 例，原設計圖說要求降伏剪力於需符合80tonf $\pm$ 15%、降伏位
13 移需符合6mm $\pm$ 15%、極限剪力則要求需符合最小100tonf以
14 上、極限位移要求需符合60mm以上，由原設計圖要求可知，
15 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
16 定值（降伏剪力及降伏位移均需符合表定值之 $\pm$ 15%），但對於
17 極限剪力及極限位移則僅要求達到最小值（含）以上即可
18 （亦即極限剪力及極限位移可大於上表值，由各廠商之技術
19 能力自行調整及設計），此點由表10-7於極限剪力及極限位
20 移數值後係記載『以上』即明。因此，SW1極限位移可大於6
21 0mm，與王教授意見內所指之極限位移等於60mm，此兩者意
22 義完全不同。可知，本會並未指王教授所提出之理論有誤，
23 而是指其對原設計圖說之理解與設計原意有落差；並藉由這
24 些既有案例說明不論 $\alpha=0.05$ 或者0.0278、0.02均為常見之
25 阻尼器設計，已有許多案例、產品存在，且顯示鑑定標的物
26 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
27 造」（原審建字卷二第477至479頁）。依此，省結構公會認
28 王教授對系爭元件設計值之解讀不符設計原意，並於比較系
29 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
30 例，確認系爭元件為市面上常見之阻尼器設計，即透過已經
31 公開之相關制震壁設計規格，檢視確認王教授意見是否正

確，與試驗數據結果無涉。而王教授之意見既不涉及試驗數據，則省結構公會就此部分未提及試驗數據，亦無違誤，被上訴人此部分主張並無可採。

⑧被上訴人雖謂上訴人後續發包所使用之系爭元件，其試驗結果並不合於設計規範，且前鑑定不實有再送請其他單位鑑定，或函詢王教授、北市結構公會或傳訊技師到庭為證之必要云云。惟本案所採用系爭元件，與自招標時起迄109年3月17日前政府採購已完成發包類似設計案例之制震元件規格均為相同之設計，且至揚公司所提系爭元件，已提送臺科大進行性能測試，測試結果復經設計監造單位判定合格，已如上述，以系爭元件既非為系爭工程所特別設計而僅沿用其他已完成之政府採購案既有設計，各案既均得符合規範，自無獨有本件不合於設計規範之理，況此業經理工專業之臺科大測試合格，所出具試驗報告亦已詳載各測試數據，自無不信賴其專業鑑定之理，而上訴人於被上訴人據此所為之質疑亦已依該報告內容詳為說明（本院卷第191至194頁），且系爭工程亦經監造單位驗收無誤，系爭元件合於設計規範明確，自無再送請鑑定之必要。又被上訴人所為之爭執均經省結構公會鑑定及說明，事實已明，並無另行鑑定、再予函查或傳喚證人作證必要，附此敘明。

⑨綜上，系爭元件於上訴人終止前之有效期間內，並非事實上不能履行之標的，被上訴人因自己採購策略之因素而未予提供，自有可歸責之事由應可認定。

(3)被上訴人得標系爭工程後於108年4月23日開工，預計應於同年11月21日完工，而上訴人於109年3月17日已以被上訴人違反系爭契約第55條第2、3、7項規定通知終止系爭契約，並由被上訴人於翌日收受，為兩造所不爭執。據此，截至109年3月17日止，被上訴人已逾期完工117日曆天，而系爭元件於當時並非事實上不能履行之標的，被上訴人不為提出，為有可歸責於己之事由，亦為本院認定如上，以如前述之原定工期為150工作天，其工作進度安排於第75工作天完成系爭

01 元件之試驗，第130工作天完成系爭元件之裝設，則按施工
02 預定進度表，其應完成比例分別為55.351%、97.358%（原審
03 審建字卷第199頁），且被上訴人於完工期限屆滿時（預定
04 進度100%）仍未通過系爭元件之送審試驗，顯然較預定進度
05 落後超過15%以上，自己符合系爭契約第55條第2項之情形。
06 至被上訴人遲未提送系爭元件，雖違反上開材料送審義務，
07 然此僅為遲延，尚無法遽認其已不願或無法履行，難謂為不
08 能履行契約責任，此與系爭契約第55條第3項約定尚屬有
09 別。而同條第7項「契約約定之其他情形」部分，係針對同
10 條第1至6項終止事由以外情形之補充約定，本件既已符合第
11 2項約定，自不再同時該當同條第7項之情形，上訴人此之主
12 張尚無可採，附此敘明。

13 (4)被上訴人雖主張上訴人曾於108年8月29日同意停工，嗣於同
14 年11月5日發文要求續行，此部分停工期間應不計工期云
15 云。惟觀上訴人108年8月29日高市工新建施字第1087209970
16 0號函所示，其針對被上訴人申請暫停施工乙事乃回覆：
17 「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
18 事，本處同意施工廠商暫停施工（自本函發文日起）。待疑
19 義釐清後，依據契約規定及『高雄市政府及所屬各機關學校
20 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
21 通知復工」等語（原審建字卷一第43頁），可見上訴人對被
22 上訴人申請「暫停」施工之表示同意，係為釐清旨揭疑義而
23 來，故釐清後若係可歸責於被上訴人，自仍應依契約規定及
24 上述工期核算要點計算停工期間之工期，否則豈非被上訴人
25 反因可歸責之違約而得延長工期，而系爭元件之未能提供既
26 係可歸責於被上訴人，上訴人所辯此仍應併計工期不能扣除
27 等語自屬可採。至被上訴人雖稱此部分純屬上訴人單方所
28 發，未經其同意云云，然上訴人已表明其意如上，其是否為
29 無條件之同意，本應依其意思表示內容視之，無須得被上訴
30 人同意之理，所辯無足為採。

31 (5)被上訴人又謂系爭工程招標之等標期過短，故無從知悉系爭

01 元件是否有當時無法尋得材料之問題，亦不知是否要進行客
02 製化云云。然系爭工程第一次招標係於108年2月1日公告，
03 同年2月22日開標（等標期20日），流標後所辦理第二次續行
04 招標係於同年2月25日公告（翌日更正公告），同年3月7日
05 開標，等標期為9日〔即自108年2月25日起至108年3月6日
06 （非假日）止，始日不算入〕，有公開招標公告資料、紀錄
07 表可憑（原審建字卷二第221、405、407頁），被上訴人自
08 扣其中國定假日及休假日以計算第二次招標之等標期僅有5
09 日，自非可採。又依公告所載，系爭工程係公告金額以上未
10 達查核金額之採購，依招標期限標準第2條規定，等標期不
11 得少於14日，而政府採購法第48條第2項規定，第一次開標
12 因未滿三家而流標者，第二次招標之等標期間得予縮短，並
13 得不受前項三家廠商之限制，據此，系爭工程第一、二次招
14 標之等標期，均未違反政府採購法相關規定。而被上訴人既
15 決意參與投標並得標，即負有履約義務，且系爭元件既非事
16 實上不能履行之標的，其嗣再以等標期過短為由，謂其係不
17 可歸責云云顯無可採。

18 (6)綜上，上訴人依系爭契約第55條第2項約定終止系爭契約，
19 核屬有據，被上訴人主張上訴人係依民法第511條規定任意
20 終止系爭契約云云並無可採。則系爭工程既經上訴人於109
21 年3月17日發函向被上訴人為終止之意思表示，並於翌日為
22 其收受，自己生終止之效力至明。

23 (二)截至契約終止時，被上訴人尚得請求之報酬數額若干？

24 (1)系爭契約係因可歸責於被上訴人之事由而經上訴人終止，非
25 上訴人依民法第511條規定而任意終止，已如上述，則被上
26 訴人主張依民法第511條規定請求其尚未施作、未完成部分
27 之損害（包含所受損害及所失利益）自為無據。

28 (2)又系爭契約第55條第8項約定：「因乙方原因而被終止或解
29 除本契約時，應即時停工，負責遣散工人，並將到場材料機
30 具等交由甲方使用，無論甲方自辦或另行招商承辦，乙方已
31 完成部分工作及存場材料之價款，應作現況點收，並俟該工

01 程全部竣工，正式驗收後再行辦理結算，如乙方拒不會同辦
02 理點收結算，則甲方得逕行辦理；甲方因解除或終止契約所
03 受一切損失及危險，乙方或其保證人應負責並賠償之」，據
04 此，被上訴人於契約終止前已完成部分工作及存場材料之價
05 款，即應作現況點收，並於全部工程驗收後辦理結算其得請
06 領之報酬。茲就被上訴人請求如附表所示各項，分述如下。

07 ①附表編號1、2部分：

08 被上訴人就原審所認編號1部分以原定報酬10萬8,960元之
09 8成（即8萬7168元）計算、編號2部分（35,400元）為已
10 完成之工項應予准許，已不爭執（本院卷第145至146），
11 此二者即不再審認判斷。

12 ②附表編號3部分：

13 被上訴人主張此部分材料已與編號4至6部分合計付款203
14 萬1750元予製造之下包商，並進行「M24錨栓材料」部分
15 試驗合格，雖為上訴人所不爭執（原審建字卷一第253、2
16 54、479頁），惟以此部分材料於截至契約終止時並未進
17 場、點交予現場監造人員等語為辯。而查，前揭材料雖經
18 試驗合格，然亦僅係符合系爭契約第35條第2項前段約定
19 「乙方自備材料、機具、設備在進場前，應依個案實際需
20 要，將有關資料及可提供之樣品，先送工程司審查同意，
21 如需辦理試（檢）驗之項目，應會同工程司取樣，並會同
22 送往試（檢）驗單位試（檢）驗合格後始得進場」而已，而被
23 上訴人復未爭執此部分材料嗣後並未進場、點交之情，則
24 此於上訴人結算時既未經受領，難謂得依原承攬契約關係
25 請求報酬，且系爭契約因可歸責於被上訴人之事由而終
26 止，其雖已有支出材料費，亦不得依民法第511條規定請
27 求給付，被上訴人此部分請求應非有據。

28 ③附表編號4至6部分：

29 上訴人就被上訴人主張此部分已與編號3部分合計付款予
30 製造之下包商雖無爭執，然此部分材料於送審階段並未通
31 過試驗，且經上訴人終止系爭契約已如前述，此部分材料

既未進場、點交，被上訴人自不得請求報酬，亦不得依民法第511條規定請求已支出之材料費用，此之請求並非有理。

④附表編號7部分：

此部分性質為系爭工程之間接費用，即由系爭契約總表「壹.一結構補強工程」按6%計算而來，被上訴人經上訴人結算已完成之「壹.一結構補強工程」數額為166萬8879元（原審審建字卷第349頁），加計上訴人結算時並未計入之前述附表編號1、2所示部分，被上訴人已完成之「壹.一結構補強工程」總額應為179萬1,447元（計算式： $1,668,879 + 108,960 \times 80\% + 35,400 = 1,791,447$ ），換算6%之「廠商管理費及利潤與綜合保險費」，為10萬7,487元（ $1,791,447 \times 6\% = 107,487$ ，小數點以下4捨5入）應得結算計價（上訴人結算已計100,133元，差額為7,354元）。超過部分，因系爭契約乃可歸責於被上訴人之事由而終止，即不得請求。

⑤綜上，按被上訴人附表所示之請求審認，其中編號1、2、7依約應得請求計入報酬之數額共23萬0,055元（計算式： $87,168 + 35,400 + 107,487 = 230,055$ ，未稅），加計5%營業稅為24萬1,558元，餘則均不得請求。惟上訴人已稱被上訴人經結算可請求之金額共188萬3,083元，扣除已給付之142萬5,339元，應再給付被上訴人45萬7,744元，其自認應再給付之契約終止後現況點收的尚未計價工作或存場材料價款既高於被上訴人附表所示工項等之「可」請求金額（低於原請求數額），自得認被上訴人於終止後仍可請求之未計價款即為此數，此亦不違被上訴人主張及上訴人之意。至被上訴人雖主張其請求係以附表各項數額扣除已領報酬142萬5339元（原審審建字卷第215至219頁）方式計算，且經原審闡明後，仍確認係以上訴人未計算之項目報酬扣除其已受領數額（原審建字卷二第394頁），惟被上訴人之上開計算方法係以自系爭工程開始至終止時，依

其所自認之全部可請求總金額再扣除已受數額，然上揭可計入報酬部分係以被上訴人於遭終止時，在前開已給付工程款範圍外之已完成或進場而尚未計價的可請求報酬認定，此自不得再以為支付先前已完成而計價部分之工程款支付（扣抵），即無從按被上訴人自設之計算方式為之，否則將因其計算方法之不同而致無法請求此分段給付，與其處分權尚屬無礙，故被上訴人可再請求上訴人給付之工程款即為45萬7,744元。

(三)被上訴人請求返還履約保證金有無理由？

(1)按履約保證金係承攬人於訂約時或訂約後相當期間內交付予定作人之款項，係以擔保承攬人對契約之履行為目的，信託讓與其所有權予債權人，屬信託讓與擔保性質，其擔保範圍包括債務不履行之損害賠償、違約金等，除有不予發回之情形或契約另有約定者外，須於符合發還條件且無待解決事項後始予發還。又承攬契約中常見「抵充約款」及「沒收約款」之約定，前者係指定作人得以承攬人違約情事所致損害數額範圍內，以保證金抵償債務之約定，用以界定定作人得以保證金抵償債務之範圍，僅具宣示保證金擔保目的及範圍之功能；後者則係保證金在一定情況下不予返還之約定，乃具有督促履約功能，與違約金之功能相同，應可認係當事人約定承攬人於一定違約情事發生時，即應為一定金錢給付之違約金約定，自有民法第252條規定之適用。而當事人所約定之違約金究屬何性質，應依當事人之意思定之，倘當事人未約定，則視為以預定債務不履行之損害賠償額為目的，此觀民法第250條第2項之規定自明。

(2)查系爭契約第17條第1項約定：「本工程所稱保證金包括履約保證金、差額保證金、保固保證金等，其中履約保證金係屬於擔保工程執行之保證金，差額保證金屬擔保工程品質之保證金，兩者均非損害賠償總額預定之性質而為懲罰性質之違約金」、第19條第1項約定：「有下列情形之一者，乙方所繳納之履約保證金及差額保證金（均含其孳息），得全部

或部分不予發還：...4. 因可歸責於乙方之事由，致部分終止或部分解除契約者，依該部分所占總契約金額比率計算之保證金；終止或解除契約者，全部保證金」（原審審建卷第45、49頁），依此明示不予發還約定，系爭履約保證金為懲罰性違約金之性質。

(3)被上訴人雖主張上訴人終止契約後已無保有履約保證金之法律上原因，應返還全部履約保證金之不當得利云云。惟系爭契約係因可歸責於被上訴人之上事由，經上訴人依系爭契約第55條第2項約定終止，已如前述，則依前述規定，上訴人自得就終止時未施作、未完成之契約金額比例計算之履約保證金，沒收不予發還，此部分尚非無法律上原因。又被上訴人已經履行之「壹. 一結構補強工程」總額為179萬1447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），其主張已經履行56.9%云云（原審建字卷二第518頁）並無可採，且其既已部分履行，上訴人抗辯其係全部終止，得不予發還全部履約保證金云云亦屬無據。從而上訴人得不予發還之履約保證金即為169萬8,600元〔計算式： $1,900,000 \times (1 - 10.6\%) = 1,698,600$ 〕，其餘20萬1,400元本應發還予被上訴人。

(4)被上訴人主張上訴人不予發還之履約保證金充作違約金時亦屬過高，應予酌減為0等語。按違約金之約定，乃基於個人自主意思之發展、自我決定及自我拘束所形成之當事人間之規範，本諸契約自由原則之精神，契約當事人對於其所約定之違約金數額，原應受其約束。惟當事人所約定之違約金過高者，為避免違約金制度造成違背契約正義等值之原則，法院得比照債權人因一部履行所受之利益或參酌當事人所受損害情形，減少違約金。故約定之違約金苟有過高情事，法院即得依規定核減至相當之數額，並無應待至債權人請求給付後始得核減之限制。至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況、當事人實際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享受之一切利益為衡量標準，而債務人

已為一部履行者，亦得比照債權人所受利益減少其數額。本院審酌系爭履約保證金為懲罰性違約金之性質，係以強制債務履行為目的之強制罰，故除上開所述衡量標準外，並應參酌債務人違約之情狀以為判斷。而系爭履約保證金為190萬元，扣除上述之被上訴人已一部履行部分，得不予發還者為169萬8600元，酌之被上訴人於終止時已逾期117日曆天（原工期150工作天），並上訴人所受損害（詳後述）等一切情狀，認上訴人沒收169萬8600元之履約保證金作為懲罰性違約金尚屬過高，應酌減為約半數之85萬元較為適當，逾此部分之84萬8,600即應予發還。合計前開不得沒入之20萬1,400元，被上訴人即得請求上訴人發還1,050,000元（848,600+201,400=1,050,000），從而其依不當得利之法律關係請求返還上開數額，自屬有理。

(四)上訴人得請求之逾期違約金應為若干？

(1)按契約當事人以確保債務之履行為目的，約定於債務人不履行債務或不為適當之履行時，所應支付之違約金，除契約約定其為懲罰性之違約金外，概屬於賠償總額預定性之違約金，以免對債務人造成不利，此觀民法第250條之規定及其修正理由自明。

(2)系爭契約第51條第1項係約定「乙方如不依照契約規定期限完工，應按逾期的日數，每日賠償甲方，按結算總價千分之一的逾期罰款，該項罰款應由乙方在本工程驗收合格後向甲方繳納，甲方亦得在乙方未領工程款，差額保證金或其他保證金中扣除，如無第19條第1項第4款情事者，並得自履約保證金中扣抵，如有不足，得向乙方或連帶保證人追繳之，但其最高額的逾期罰款金額，以不超過契約價金總額之20%為限」（原審審建卷第93頁），此特訂條款既未明訂其性質為何，亦無表明逾期時，除逾期罰款外，就其遲延併得請求不履行之損害賠償，此應認屬損害賠償總額預定之違約金。

(3)上訴人雖謂依系爭契約第5條第7項第2款、第6條第4項約定，並未排除其他損害賠償請求權，上開逾期罰款應係懲罰

性違約金云云。然上開第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」，乃針對因可歸責於被上訴人之上開情事，經終止或解除契約後，明示得因此請求損害賠償而已，並未排除逾期罰款非此損害賠償之範圍；又第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」，則係約定上訴人得有扣抵之權而已，此二約款均無使上訴人於有得計逾期罰款情事時，除逾期罰款外得併請求其他不履行損害賠償之意，自難據此另外之約定認逾期罰款性質為懲罰性違約金性質，其主張尚無可採。

(4)查兩造於108年3月22日簽訂系爭契約，約定契約價金為1,915萬元，被上訴人於108年4月23日開工，預計於同年11月21日完工，為兩造所不爭執。據此，截至上訴人於109年3月17日通知終止系爭契約時，已逾完工日117日曆天（上訴人僅請求計算至通知日），為兩造所未爭執。則依上開約定，被上訴人應計之逾期違約金即為224萬0,550元（ $19,150,000 \div 1,000 \times 117 = 2,240,550$ ）。又約定之違約金是否相當，除上述標準外，在違約金係屬損害賠償總額預定之性質者，尤應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高。審酌如上述被上訴人已經部分履約（比例約10.6%），而上訴人主張其因逾期所受損害有如下述（原審建字卷二第519頁）：

①重新發包差額損害部分：

上訴人主張其重新發包計支出費用1,834萬7,785元，已提出工程結算驗收證明書可稽（原審建字卷一第147頁），扣除自陳其中非原契約項目之45,443元（同上卷第119頁），餘為1,830萬2,342元。又經監造單位比對圖說確

認，重新發包項目均與原契約範圍相同（原審建字卷二第481頁），是以，系爭契約終止後就未完成部分而重新發包，較原工程費用增加之支出差額，即得逕以兩者數額為比較計算。又被上訴人已部分履行比例為10.6%，已如上述，則其未履行比例為89.4%，換算工程費用數額為1,712萬0,100元（ $19,150,000 \times 89.4\% = 17,120,100$ ），與上開重新發包金額之差額即為118萬2,242元（ $18,302,342 - 17,120,100 = 1,182,242$ ）。至系爭工程監造單位聚柏公司就後續發包有無增加系爭契約所無之工項，其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（含現場會勘）19萬7,557元」（原審建字卷二第481頁），然此乃為確認被上訴人已施作部分情形之花費，此之支出與其逾期遭終止有相當因果關係，故於估算重新發包所支出費用時，應不須扣除之。

②營運權利金損害部分：

依上訴人所提投資契約（原審建字卷一第329至402頁），可見系爭工程完工後即預計交由高雄市政府委託民間機構營運管理。而該投資契約之主辦機關雖為高雄市政府，然上訴人既為其所屬機關，僅因業務劃分承辦系爭工程事宜，實屬同一，堪認系爭工程如期完工，於上訴人應有如該投資契約所示之可預期利益，並因被上訴人逾期完工而有蒙營運權利金之所失利益，應可認定。又依上訴人所提高雄市政府運動發展局檢送系爭工程於驗收點交前、後之營收入表所示，其中點交前之108年11月至111年3月營收入總數為5,040萬1,585元（原審建字卷一第325至327頁），換算平均每月營收入約為296萬元，年營收入約3,552萬元；點交後之110年4月至10月營收入共1,569萬1,873元，平均每月營收入約224萬元，換算年營收入約2,688萬元。審酌遲延期間（即108年11月22起至109年3月18日止）相較於點交後之110年4月至10月間，新冠肺炎疫情尚

非嚴峻，遲延期間月營收入應會較佳，暨鳳山體育館101年至105年（即施工前）平均年收入已有約440萬元（原審建字卷一第403頁），故認如能順利完工交付，其整體營收入預估以點交前之平均年營收入加計鳳山體育館施工前平均年收入約4,000萬元，較為合理。準此，依上開投資契約之標準，其概估營運權利金即為2000萬元至未滿4000萬元之權利金20萬元（原審建字卷一第271頁），扣除上訴人自陳已收營運權利金數額15萬8,985元，其每年減少權利金約4萬元，以逾期117日計算即約為1萬2,900元（ $40,000 \times 117 / 365 = 12,822$ ）。

③延長監造服務費部分：

查上訴人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（原審建字卷二第267至278頁）。觀此調解雙方之陳述，此項數額係依上訴人於調解時主張「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】（原審建字卷二第273頁），堪認上訴人主張系爭契約因逾期未完工所需增加之監造費用為該金額，確實有據。又此部分既經調解成立，上訴人對聚柏公司已負債務，此之損害不因尚未給付而有異，被上訴人抗辯應實際支付方能請求云云，並非可採。

(5)審酌上訴人所提有關其實際已受（1,576,763元）及可能蒙受之損失（如因此增加之人力成本等），暨被上訴人部分履

01 約及社會經濟情況等情，認其請求依約計算之逾期違約金22
02 4萬0,550元尚屬過高，應酌減為170萬元較為適當。

03 (五)上訴人請求被上訴人賠償終止系爭契約所受其他不履行損
04 害，有無理由？金額應為若干？

05 上訴人主張系爭契約因可歸責於被上訴人之事由而終止，其
06 因系爭契約終止，另受有重新發包差額損害、營運權利金損
07 失、延長監造服務費用等損害，得依系爭契約第55條第8項
08 約定，於逾期罰款外，併請求此部分因契約終止之損害賠償
09 云云。惟上開條項雖約定「...甲方因解除或終止契約所受
10 一切損失及危險，乙方或其保證人應負責並賠償之」，然此
11 僅針對系爭契約因可歸責於被上訴人之事由而經終止時，明
12 示上訴人得就其所受損害請求賠償而已，非屬約定違約金時
13 之特別約定，此並不影響逾期罰款之違約金性質認定，而逾
14 期罰款原亦屬「賠償」之範圍，以系爭契約第51條第1項所
15 定逾期罰款，其性質為損害賠償額預定性違約金，已經本院
16 認定如前，則上訴人因被上訴人遲延履約而終止系爭契約所
17 得請求之賠償額，既應以該預定額數為限，其主張因終止契
18 約所生上開3損害，即亦屬逾期違約金所預定之損害賠償範
19 圍，自不得再請求被上訴人賠償相同之前述損害（最高法院
20 108年度台上字第81號判決、111台上字第1853號判決意旨參
21 照），上訴人上開請求即屬無據。

22 (六)上訴人請求被上訴人給付未依限提送系爭元件材料送審文件
23 罰款，有無理由？

24 查系爭契約第39條第6項約定「依契約、圖說規定或經甲方
25 （或工地工程司）書面通知應依限提送甲方（或工地工程
26 司）之文件資料，逾契約或甲方（或工地工程司）規定期限
27 未提送者，罰款6,000元整，並得連續處罰之」（原審審建
28 卷第81頁）。而被上訴人因未依限提送材料送審文件，業經
29 監造單位依上開約定建請上訴人扣罰6,000元，共4次，合計
30 2萬4,000元，有歷次函文可查（原審審建字卷第351至361
31 頁、建字卷一第145頁）。則被上訴人既因可歸責於己之事

01 由未依約提送應送審文件已如前述，上訴人請求此部分罰款
02 核屬有據，應予准許。

03 (七)綜上，被上訴人於契約終止後得再請求上訴人給付應計價之
04 工程款45萬7,744元，並返還履約保證金105萬元，共150萬
05 7,744元，而上訴人得對被上訴人罰課之逾期違約金為170萬
06 元、未依限提送材料送審文件罰款2萬4,000元，共172萬4,0
07 00元。又上訴人已主張以其對被上訴人所得請求之上開賠償
08 金額，與被上訴人得對之請求返還的債權抵銷，此二債務給
09 付種類既同，亦均屆清償期，自應准許，則被上訴人於抵銷
10 後即已無任何債權金額可得請求，上訴人反訴則可再請求被
11 上訴人給付21萬6,256元。

12 八、綜上所述，被上訴人本訴依民法第490條第2項、第491條第2
13 項、第505條及第179條規定，固得請求上訴人給付150萬7,7
14 44元本息，惟此經上訴人主張抵銷後已不得請求。從而被上
15 訴人本訴請求上訴人給付，為無理由，應予駁回。原審就上
16 開本訴部分為被上訴人敗訴之判決，並無違誤。附帶上訴意
17 旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁
18 回其附帶上訴。又上訴人反訴依系爭契約約定請求被上訴人
19 給付172萬4,000元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日即111年1
20 月4日起至清償日止按週年利率5%計算之利息為有理由，應
21 予准許，惟經其主張抵銷後則餘21萬6,256元（1,724,000-
22 1,507,744=216,256）本息，原審就上開應准許部分，駁回
23 被上訴人請求10萬0,700元本息，即有未合，上訴意旨指摘
24 該部分不當，求予廢棄改判，為有理由，自應廢棄該部分改
25 判如主文第2項所示。至其餘部分，原判決既無不合，上訴
26 意旨及此部分附帶上訴指摘原判決有誤，求予廢棄改判，均
27 為無理由，應駁回上訴人之上訴及被上訴人此部分附帶上
28 訴。又本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所
29 用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結
30 果，爰不逐一論列，附此敘明。

31 九、據上論結，本件上訴人之上訴為一部有理由、一部無理由；

01 被上訴人之附帶上訴為無理由，判決如主文。

02 中 華 民 國 113 年 3 月 4 日

03 工程法庭

04 審判長法官 黃國川

05 法官 郭慧珊

06 法官 黃宏欽

07 以上正本證明與原本無異。

08 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
09 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（
10 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
11 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
12 提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

13 中 華 民 國 113 年 3 月 4 日

14 書記官 梁美姿

15 附註：

16 民事訴訟法第466 條之1：

17 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
18 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

19 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
20 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
21 院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

22 第1 項但書及第2 項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。