

臺灣高等法院民事判決

108年度建上字第21號

上訴人 基隆市政府

法定代理人 林右昌

訴訟代理人 許智勝律師

被上訴人 吳西源律師即翔禾鑫營造股份有限公司破產管理人

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國107年12月18日臺灣基隆地方法院103年度建字第11號第一審判決提起一部上訴，被上訴人並為訴之擴張，本院於111年5月31日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

一、原判決關於命上訴人給付超過新臺幣貳仟陸佰陸拾壹萬參仟零捌拾壹元本息部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用（確定部分除外）之裁判廢棄。

二、上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請駁回。

三、其餘上訴駁回。

四、被上訴人擴張之訴及假執行之聲請均駁回。

五、第一審（確定部分除外）、第二審訴訟費用，關於上訴部分，由上訴人負擔百分之七十五，餘由被上訴人負擔。關於擴張之訴部分，由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但擴張應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款定有明文。本件被上訴人於原審起訴時，主張上訴人與翔禾鑫營造股份有限公司（下稱翔禾鑫公司，於民國105年5月20日經臺灣士林地方法院103年度破

字第1號裁定宣告破產，經選任吳西源律師為破產管理人，並據其聲明承受訴訟）間之工程採購契約（下稱系爭契約），因不可歸責於翔禾鑫公司之事由而提前終止，上訴人遲未返還剩餘履約保證金新臺幣（下同）1413萬元，其得依民法第179條規定請求上訴人如數返還（見原審卷一第75頁）；後於本院審理中更正其主張之剩餘履約保證金數額為1586萬6701元（見本院卷四第481頁），於本院追加請求上訴人給付173萬6701元及自擴張聲明狀送達翌日起算之法定遲延利息（見本院卷四第477頁）。核屬擴張應受判決事項聲明，合於上開規定，應予准許。

貳、實體事項：

一、被上訴人起訴主張：翔禾鑫公司於100年8月9日與上訴人簽立系爭契約，承攬施作上訴人發包之「海軍基隆後勤支援指揮部官兵營舍新建工程」（下稱系爭工程），自100年10月20日開工，進行至102年7月間第22期估驗時，施工進度已達91.16%，惟因契約原約定之棄土運量不足，翔禾鑫公司於102年8月12日發函向監造人王志中建築師事務所（下稱監造人）提出契約數量不足之土方計算式，獲監造人同意修正為1072立方公尺，翔禾鑫公司據此數量購買土方收容同意書後，已提出剩餘土方處理計畫書供上訴人審核，上訴人遲未核准廢土運棄證明及剩餘土石方運棄計畫書，係未盡協力義務，應展延工期115天。又上訴人遲延給付第1至22期估驗款，又擅自以第22期估驗款扣抵逾期違約金378萬1780元，及遲不進行第23期估驗計價，導致翔禾鑫公司無法進行後續工程，不得已始於同年9月27日發函向上訴人表示在雙方未協調認定合理工期之前暫停施工，上訴人未估驗金額達8000萬元，已達工程總價1/4，係可歸責於上訴人之事由導致工程遲延，至少依展延工期68天（合計展延工期183天）。詎上訴人竟於同年11月14日發函終止契約，顯屬無理，翔禾鑫公司已於同年11月19日回函向上訴人表示同意終止契約並依約辦理結算，故系爭契約是經雙方合意終止，非上訴人單方

終止，應不可歸責於翔禾鑫公司。系爭契約既已合意終止，上訴人亦將系爭工程未完成部分另行發包他人施作完成，惟就翔禾鑫公司於契約終止前已完成之工作，尚有剩餘工程款6971萬9343元及追加工程款459萬8545元未清償，伊自得依約請求上訴人如數給付。又上訴人於契約終止後，本應提前返還剩餘履約保證金1413萬元，並無繼續持有該保證金之法律上原因，上訴人迄未返還，受有不當得利，伊得依民法第179條規定請求上訴人返還上開履約保證金。為此，爰起訴請求上訴人應給付8844萬7888元（剩餘工程款6971萬9343元、追加工程款459萬8545元、履約保證金1413萬元），及自103年6月4日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（原審認上訴人未付工程款為4847萬9646元，扣除逾期違約金2731萬5436元，加計履約保證金1413萬元，命上訴人應給付被上訴人3529萬4210元本息，因被上訴人就敗訴部分未據上訴聲明不服，非屬本院審理範圍，不予贅述）。被上訴人於本院審理中就不當得利請求擴張聲明：(一)上訴人應給付被上訴人173萬6701元，及自擴張聲明狀送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。(二)願供擔保請准宣告假執行。於本院聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：翔禾鑫公司所提估驗請款表記載施工進度，與伊提出之估驗請款公文對照表所載日數不同，除其中第17期估驗計價因翔禾鑫公司工進落後達11.55%而依約暫停付款外，其餘核准付款之天數尚在合理範圍內，伊無遲延給付估驗款情形。翔禾鑫公司申請第23期估驗計價時，未依監造人要求提出材料出廠證明及相關證明文件，且所提文件無法證明已完成該次申請估驗之工作，並非伊無故不辦理第23期估驗計價。另系爭工程預定竣工日為102年7月20日，翔禾鑫公司遲至同年7月10日始發函向伊提及原契約土方運棄數量與其取得之土方運棄證明數量不同，顯是因工程進度遲延後意圖卸責所為，翔禾鑫公司發函時自承雙方約定之土方運棄數量為19627.83立方公尺，監造人於同年7月17日亦回覆同意

就契約數量變更設計為20983.865立方公尺，翔禾鑫公司卻僅購買棄土證明數量19924立方公尺，顯有不足，伊才會要求翔禾鑫公司需自行購買不足之棄土證明數量；翔禾鑫公司在102年8月13日102年度第7次工督會議中未向伊表示要增加棄土數量，何來伊遲延核發棄土證明數量之事，況棄土運送並不影響工進，被上訴人執此要求展延工期，並無理由。監造人自102年3月19日起多次發函要求翔禾鑫公司加派人員、機具及備齊材料設備進場趕工，期能趕上施工要徑期程，惟至同年7月1日時之累計施工進度僅為89.61%，較預定工程進度99.65%尚落後10.04%，且該公司自同年8月29日起完全不進場施工，對監造人催促施工之通知亦置之不理，施工品質低落，始導致系爭工程無法如期竣工，本件工期延宕應可歸責於翔禾鑫公司。伊於102年11月14日以翔禾鑫公司遲延完工，情節重大為由，發函終止契約，於同年11月18日送達翔禾鑫公司而生終止之效力，雙方亦已辦理中途驗收結算，確認翔禾鑫公司就系爭工程之應領工程款僅2億1450萬4861元，惟翔禾鑫公司就第1至22期估驗款已實領2億1954萬8228元，故伊已無庸給付翔禾鑫公司任何工程款。又本件因可歸責於翔禾鑫公司之事由經伊發函終止契約，伊已通知連帶履約保證人臺灣中小企業銀行股份有限公司（下稱中小企銀）基隆分行代翔禾鑫公司繳納剩餘履約保證金1586萬6701元，被上訴人已不得請求返還上開保證金，縱認其得請求，惟依翔禾鑫公司於契約終止時完成之工作進度約75%，伊至多返還剩餘25%履約保證金。另因翔禾鑫公司逾期未完工，自預定竣工日102年7月20日起，迄伊102年11月14日發函終止契約時止，共逾期118天，係翔禾鑫公司履約遲延，伊可依系爭契約第17條對翔禾鑫公司扣罰違約金3744萬3586元（計算式： $317,318,529 \times 1/1000 \times 118 \text{日} = 37,443,586$ ），減去伊在發放第22期估驗款時所扣逾期違約金378萬1780元後，伊對翔禾鑫公司尚有逾期違約金債權3366萬1806元（計算式： $37,443,586 - 3,781,780 = 33,661,806$ ），可與本件被上訴

01 人請求之金額抵銷，於抵銷後，伊無庸給付被上訴人任何金
02 錢等語，資為抗辯。於本院聲明：(一)原判決關於命上訴人給
03 付部分，及該部分假執行之宣告，暨該訴訟費用之裁判，均
04 廢棄，(二)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之
05 聲請均駁回，(三)擴張之訴部分：①被上訴人擴張之訴駁回。
06 ②如受不利之判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

07 三、被上訴人主張上訴人與翔禾鑫公司於100年8月9日簽立系爭
08 契約，由翔禾鑫公司承攬施作系爭工程，約定工程總價本為
09 2億8260萬元，於100年10月20日開工，經2次變更設計後之
10 契約總價為3億1731萬8529元，工期展延為640日曆天，預定
11 竣工日為102年7月20日，翔禾鑫公司未遵期完工，上訴人於
12 109年9月3日就第22期估驗款扣款逾期違約金378萬1780元
13 後，僅撥付756萬8343元予翔禾鑫公司，嗣該公司於同年9月
14 27日發函向上訴人表示要暫停施工，上訴人不同意，並於同
15 年11月14日依系爭契約第21條第1款第5目（按系爭契約之文
16 字並未使用「項」，為使所引用契約之文義前後一致，下引
17 契約條文均統一使用契約使用之「款」、「目」文字稱之）
18 之約定，發函向翔禾鑫公司終止契約，該函於同年11月18日
19 到達翔禾鑫公司，惟翔禾鑫公司於翌（19）日回函表示不同
20 意單方終止契約，但同意依契約第21條辦理結算等情，此有
21 系爭契約、工程標單（含總表、詳細價目表）、第22期估驗
22 計價總表、100年10月至102年7月請款明細、上訴人工務處
23 工程審驗申請單、翔禾鑫公司102年9月27日102翔（工）字
24 第0170號函、上訴人102年11月14日函、翔禾鑫公司102年11
25 月19日函為證（見原審卷一第25至51、53至77、81、83至
26 85、101至102、105、107至108頁），上訴人對此並不爭執
27 （見本院卷一第398至399頁），互核相符，堪認屬實。

28 四、惟被上訴人主張上訴人單方終止契約不生效力，系爭契約是
29 經契約當事人合意終止，翔禾鑫公司尚可請求上訴人給付工
30 程款4847萬9646元等情，為上訴人所否認，並以：其依系爭
31 契約第21條第1款第5目約定終止契約，並無合意終止情形，

01 翔禾鑫公司在契約終止前已完工部分之承攬報酬總額僅2億
02 1450萬4861元，該公司就第1至22期估驗款已實領2億1954萬
03 8228元，其已無庸給付被上訴人任何工程款等語置辯。經
04 查：

- 05 (一)按契約之合意終止為契約行為，法定或約定終止權之行使則
06 為單獨行為，後者發生效力與否，端視有無法定或約定終止
07 之事由存在，既無待他方當事人之承諾，自不因他方當事人
08 之同意或未為反對之意思表示而成為合意終止。次按工程採
09 購在2億元以上者，為巨額採購，投標廠商資格與特殊或巨
10 額採購認定標準第8條就此亦有明定。於102年11月14日當時
11 有效之政府採購法施行細則第111條規定：「(第1項)本法
12 第101條第1項第10款所稱延誤履約期限情節重大者，機關得
13 於招標文件載明其情形。其未載明者，於巨額工程採購，指
14 履約進度落後百分之10以上；於其他採購，指履約進度落後
15 百分之20以上，且日數達10日以上。(第2項)前項百分比
16 之計算，應符合下列規定：一、屬尚未完成履約而進度落後
17 已達前項百分比者，機關應先通知廠商限期改善；屆期未改
18 善者，依逾期日數計算之。二、屬已完成履約而逾履約期限
19 者，依逾期日數計算之。」(該條於108年11月8日修法時刪
20 除)。觀諸兩造就定作人約定終止權之行使，係以系爭契約
21 第17條第11款約定：「因可歸責於廠商之事由致延誤履約進
22 度，情節重大者之認定，除招標文件另有規定外，並適用採
23 購法施行細則第111條規定(機關得於招標文件載明情節重
24 大之認定方式)」，及第21條第1款第5目約定：「(一)廠商履
25 約有下列情形之一者，機關得以書面通知廠商終止契約或解
26 除契約之部分或全部，且不補償廠商因此所生之損失：…5.
27 因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。」
28 (見原審卷一第45頁)。查系爭契約經二次變更設計後之最
29 後契約總價為3億1731萬8529元，業如前述，符合前述巨額
30 採購之要件，且未完成履約，如因可歸責於翔禾鑫公司之事
31 由，致延誤履約進度達10%以上，且經上訴人通知限期改善

而屆期未改善者，應認屬情節重大，上訴人自得依前開約定單方終止契約，合先說明。

(二)翔禾鑫公司未於預定竣工日102年7月20日之前完成系爭工程，並於同年9月27日以上訴人遲延付款、擅自扣罰違約金而發函向上訴人要求暫停施工，未獲上訴人同意乙情，為兩造所不爭，已如前述；而監造人在翔禾鑫公司逾期未完工後，曾於同年7月30日起至同年11月11日止之期間內，多次發函要求翔禾鑫公司應積極趕工，盡快改善，迄同年11月14日仍未改善，上訴人始發函向翔禾鑫公司終止契約等情，此有監造人於102年7月30日、8月5日、8月14日、8月16日、8月26日、8月30日、8月30日、9月4日、9月10日、9月16日、9月23日、9月30日、10月2日、10月7日、10月14日、10月21日、10月28日、11月4日、11月11日先後發給翔禾鑫公司促其積極進場施工之函文可參（見原審卷一第363至401頁），嗣因屆期未改善，上訴人乃於102年11月14日函知翔禾鑫公司行使約定終止權，於同年月18日該函送達翔禾鑫公司時生效，亦如前述。足見上訴人抗辯其是因翔禾鑫公司超過預定竣工日仍未完工，經監造人多次發函促其改善未果，始依約對翔禾鑫公司行使約定終止權而單方終止契約等語，應係實情。

(三)再，翔禾鑫公司收受系爭終止函後，於102年11月28日以102翔（工）字第201號函提送中途結算明細表予上訴人及監造人乙節，業據證人即監造人王志中於本院審理中具結證稱：系爭工程的設計監造工作是由我辦理…翔禾鑫公司施工進度延誤工期，上訴人依合約對翔禾鑫公司終止契約…翔禾鑫公司在102年11月28日初驗之前有提出中途工程結算表，是翔禾鑫公司提出給基隆市政府進行中途結算；102年12月6日開始辦理初驗，初驗完畢後，根據結算書的內容我有參加正驗；我們從102年12月6日開始驗，到103年1月2日，有去現場初驗好幾天，翔禾鑫公司只有在初驗的第一天、第二天有派人到現場，後來他們就沒有派人過來，初驗紀錄表是監造

單位做的，我有提給上訴人等語（見本院卷二第372至376頁），及經證人林賢家於本院審理中到庭具結證稱：系爭工程派我主驗。我根據承辦單位送過來的文件去現場驗收3次。因為一次驗不完，所以才分3次驗收完。我是一棟一棟驗收，時間有點久，詳細的內容想不起來。一般驗收時會有竣工圖、結算明細表、結算數量，去跟現場要驗收的標的比對，會丈量所做出項目的長、寬、高，包括門、柱、窗這些都會丈量，詳細的驗收內容如驗收紀錄後附正驗紀錄表所載。承辦單位、監造單位先看過、審認過後，提出資料給我，我才會就資料去現場抽驗，我抽驗的紀錄如正驗紀錄表記載，沒有抽驗到的就由承辦單位負責等語明確（見本院卷二第377至378頁），並有翔禾鑫公司102年11月28日函及中途結算明細表（見本院卷五第3至97頁），及工程結算驗收證明書（契約終止）、驗收紀錄、初驗紀錄表（含水電及土建）及初驗照片832張（見原審卷二第335至336、353至389頁；本院卷五第173至299、301至465頁，卷二第79至346頁）可參。被上訴人於本院審理中已不再爭執上述翔禾鑫公司102年11月28日函之真正（見本院卷四第512頁），並於本院具狀主張：「翔禾鑫公司102年11月28日函及監造人於109年2月5日所提該函及中途結算表，應為翔禾鑫公司於102年11月28日自行初步中途結算，金額為2億5803萬6436元，實際上已施工進度為81.3178%，應有相當依據」（見本院卷四第392至393頁，及於言詞辯論期日陳述：「832張照片是兩造在102年底初驗的照片，是在終止契約之後…102年11月28日函是由翔禾鑫公司發出」在卷（見本院卷四第512至513頁）。顯見上訴人與翔禾鑫公司於系爭契約終止後，業就該公司於契約終止前已完成之工作，於102年12月6日起至103年1月2日辦理初驗，及於103年2月11日辦理正驗而驗收完畢無訛。

（四）雖被上訴人主張：依照監工日報表之記載，102年7月31日施工進度已達91.16%，同年8月翔禾鑫公司有零星施工，上訴

01 人發函終止契約時，翔禾鑫公司並無延誤履約進度達10%以
02 上，上訴人單方終止契約不合法等語。惟查：

03 1.觀諸102年7、8月監工日報表之記載，翔禾鑫公司於102年7
04 月1日之累積預定進度為99.65%，累計實際進度雖為
05 89.61%，落後10.04%，惟自同年7月9日起至同年11月14日
06 止，該公司就系爭工程之累計實際進度為91.6%至91.8%不
07 等，落後進度均未超過10%，有前開監工日報表可參（見原
08 審卷一第333至341頁），故本院尚難僅憑前開監工日報表記
09 載之102年7月1日累計實際進度為89.61%乙事，逕認翔禾鑫
10 公司在102年11月14日經上訴人發函終止契約時之實際履約
11 進度亦有落後10%以上之情形。

12 2.而被上訴人主張上訴人曾在103年1月16日發函中小企銀基隆
13 分行，記載翔禾鑫公司尚可領取之工程款為4847萬9646元，
14 可證明該款項為上訴人於契約終止後尚應給付翔禾鑫公司之
15 剩餘工程款等語，係舉上開函文為證（見原審卷四第435
16 頁），上訴人對此固有異詞。惟查，證人即公文承辦人高士
17 興於原審到庭具結證稱：「…終止契約後即陸續發函中小企
18 銀，請中小企銀發還履約保證金給被告，中小企銀有一天打
19 電話說要來科裡拜訪，我們就談到後續請中小企銀繳回履約
20 保證金或找同資格營造廠，後來過了一陣子，中小企銀仍未
21 繳回履約保證金，103年1月9日中小企銀發文給我們，我收
22 文之後在1月14日以稿代簽發103年1月16日函文。因為函文
23 進來時間很短，而且工程時間已經拖很久，所以當時我就打
24 電話到海軍後勤指揮部工地，請他們大致核算一下，如果中
25 小企銀要承接的話，到系爭工程全部完工請領使用執照並包
26 含接水接電。後續能領到多少工程款。依22期的估驗款項為
27 基準，因為還有9千4百多萬還沒有領，扣除逾期違約金3、4
28 千萬，剩4千多萬元，還有被告逕行支付圍籬工程款及保固
29 費用，及清償積欠海軍水電費，後續衍生的勞務費用，所以
30 約略算出4847萬元。大概是這個錢，我請監造單位大約用手
31 稿算一下。這個公文發出去，原意只是希望把履約保證金繳

01 進來，會趕快提接辦計畫。這份公文當時還沒與原告進行結
02 算驗收…監造單位計算之後，後續完工結算後才可以領4847
03 萬9646元工程款…依監造單位的陳述自己寫一份手稿，核算
04 大約的工程金額。當時監造單位是王志中建築師事務所…我
05 已經在主旨明確記載契約終止，後續承接事宜，正本給中小
06 企銀，副本通知原告。因為接辦計畫要原告同意，所以才會
07 副本通知原告。我要補充手稿部分，中小企銀的想法是不想
08 把履約保證金繳進來，這只是函稿的函覆而已。…告知這個
09 金額，是要讓中小企銀知道剩餘工程款不是九千多萬元。看
10 中小企銀有沒有要承接的意願。承接原告之系爭契約做到完
11 為止。」綦詳（見原審卷四第605至613頁），此觀上訴人
12 103年1月16日函文說明第1點，亦可知該函係針對中小企銀
13 基隆分行103年1月9日103基隆字第1500300009號函所為之回
14 覆無疑。又觀社團法人新北市土木技師公會（下稱系爭鑑定
15 機構）107年5月11日新北土技字第0786號函檢送原審之鑑定
16 報告書（下稱原鑑定報告）內所附中小企銀基隆分行103年1
17 月9日103基隆字第1500300009號函，已載明：「(一)有關貴府
18 『海軍基隆後勤支援指揮部官兵營舍新建工程』終止契約乙
19 案，本行已洽其他廠商查勘評估，廠商有意願就未完成部分
20 繼續施作完成履約，惟對承接後可具領工程款金額，保固責
21 任是否包含全部工程及未來是否拒保留款請求權等尚有疑
22 慮，故無法確認承接意願，敬請核算告知，以利後續洽辦承
23 接事宜。(二)另本案對於全案履約完成後，是否得全數免除保
24 證責任，並依原工程進度解除保證責任，抑或仍有其他擔保
25 責任需從中償付，若有，目前數額若干？亦請核算告知，以
26 利本行評估及陳報總行。」（見原鑑定報告附件4第4-105
27 頁），對照上訴人103年1月16日函文之說明第2、3、4點所
28 載：「二、本工程截至目前經監造單位核算後尚可領工程款
29 約4847萬9646元，其保固責任範圍包含契約所載全部工項，
30 工程保留款俟完成驗收程序後，繳交工程保固金（契約結算
31 金額百分之1）依契約規定領回。三、另貴分行於全案履約

01 完成後方無保證責任，並依契約規定依工程進度核退履約保
02 證金。四、請貴分行於103年1月21日前，提送接辦計畫或依
03 履約保證金連帶保證書所載事項，撥付本府履約保證金1586
04 萬6701元」（見原審卷四第435頁），併觀之證人高士興於
05 原審提出之發文函稿，可見上開103年1月16日函是由高士興
06 擬稿後，經技士張信雄、公有建築科科長林彥旻、工務處技
07 正何明堂、工務處副處長張元良層層簽核後，經工務處處長
08 李銅城簽核並代為決行，始以上訴人名義發送中小企銀基隆
09 分行，及以副本送中小企銀總行、翔禾鑫公司及上訴人所屬
10 工務處（見原審卷四第629至631頁）。審酌該次發函目的，
11 關涉系爭契約終止時之結算數量及翔禾鑫公司應領報酬爭
12 議，對於上訴人可否盡快自中小企銀基隆分行處取得履約保
13 證金並沒收之履約事項而言，至關重大，證人高士興斷無可
14 能徒憑己意輕率辦理；況上訴人作成103年1月16日函當時，
15 已就翔禾鑫公司在契約終止前已完成之工作，於102年12月6
16 日至103年1月2日進行為期近月之初驗程序，欲俟監造人製
17 作初驗結算書後再進行正驗，且上訴人發函之目的，是為了
18 就中小企銀基隆分行有關承接後可具領之工程款金額、保固
19 金額、全案履約完成後可否全數免除保證責任、有無其他擔
20 保責任需償付等疑慮提出回應，始由高士興先行委請監造人
21 計算出之翔禾鑫公司尚可領剩餘工程款數額，而提供中小企
22 銀基隆分行參考，衡情，該函記載之「尚可領工程款4847萬
23 9646元」，應係監造人考量初驗時清點之翔禾鑫公司施作數
24 量及複價、逾期完工日數、第1至22期已實領工程款數額等
25 資料後所核算出之剩餘工程款數額，應具一定程度的可信
26 性。足認被上訴人所稱參考上訴人103年1月16日函文內容，
27 適可證明翔禾鑫公司於本件契約終止後尚可領取之工程款為
28 4847萬9646元等語，並非子虛。至證人王志中事後於本院審
29 理中所稱：這份資料是由上訴人發出之函文，不是伊核算，
30 伊已經依合約製作終止結算書，無法提出被上訴人所問的核
31 算資料等語（見本院卷二第377頁），顯然事後卸責，尚無

01 可採，自不足以作為對上訴人有利之認定依據。

02 3.此外，本件經原審囑託系爭鑑定機構鑑定所得之原鑑定報
03 告，認定上訴人103年1月16日函文記載之4847萬9646元，是
04 在嚴謹情況下，由上訴人責成監造建築師詳細核算翔禾鑫公
05 司自開工至解約離場，扣除已領之第1至22期全部工程款金
06 額後，尚可領取之實際金額，據此而作成上訴人應支付翔禾
07 鑫公司之計價款（含直接及間接工程費）應為4847萬9646
08 元，且該金額已包含第23期計價款，及契約未規範、漏項或
09 契約設計數量不足等契約外之施工而應予增加之施工費用之
10 鑑定結論乙節，有該鑑定報告之8.5「重要證據之檢視、調
11 查結果，與專業判斷」、8.5.3「綜合研判、分析」、
12 8.5.4「鑑定技師之專業判斷」、8.5.4「鑑定結論」之記載
13 可按（見原鑑定報告第19至24頁），並經證人即鑑定技師余
14 烈於原審到庭具結證稱：主要是附件八基隆市政府103年1月
15 16日的公文。鑑定報告第17頁可知，原告在102年8月31日就
16 不做了，一直到103年1月16日的公文發出將近4個半月的時
17 間，依工程慣例，被告、監造建築師跟原告一定會在這段期
18 間內詳細的結算，我在鑑定期間詢問原告及監造建築師，當
19 時依他們的陳述有花很多時間去計算，原告只有在剛開始
20 1、2次參加，後來就沒有去，只有監造建築師單方面去核
21 算，我相信建築師一定有一疊厚厚的資料算出4847萬9646
22 元，但當時建築師告訴我沒有資料，也說不是他算的。而且
23 若約4千8百多萬元我認為是概算，但是本件不可能是概算，
24 因為已經明確指出詳細的數字，況且時間有4個多月計算，
25 因此我判斷4847萬9646元的金額是建築師單方面結算的結
26 果，所以以此為基準，計算截至102年8月31日原告還可以領
27 工程款應該是3千5百多萬元，因為還有23期1304萬5950元，
28 市政府沒有付這筆款，我判斷是有些已經做好，但原告提不
29 出出廠證明、材料實驗報告等，所以23期計價沒付等語綦詳
30 （見原審卷四第615至617頁）。審酌證人余烈為原鑑定時，
31 曾於107年3月15日會同兩造、翔禾鑫公司工地主任萬修辰到

01 現場會勘，因現場已施作完成，故只針對施工相片及現場位
02 置進行瞭解，翔禾鑫公司就水塔只進行部分水塔切割及拆除
03 的施作，其餘均未施作，就水溝部分只施作水溝結構體，其
04 餘均未施作，經現場確認水溝計價差異金額為5萬9788元，
05 水塔拆除金額為100萬4086元，有該次鑑定（估）會勘紀錄
06 表可參（見原鑑定報告附件9第9-2至9-5頁），核與監造人王
07 志中於原審鑑定技師余烈所召開之107年3月15日會勘會議中
08 所說：「3. 驗收及結算是原告無法再繼續施作才來進行的，
09 且原告或原施工廠商也不願進行原施工項目修繕，造成部分
10 工程款需扣回。4. 按原告的原施作廠商已施作部分，原告有
11 部分工程款尚未給付原施作廠商，如另案發包亦需原施作廠
12 商配合或施作，故造成部分工程款扣回」之內容（見原鑑定
13 報告第21頁），若合符節。足徵證人余烈之上開證詞，並非
14 毫無所據。

15 4. 至翔禾鑫公司於締約時，雖以其應給付上訴人之履約保證金
16 中之2826萬元，約定由中小企銀基隆分行出具連帶履約保證
17 書代之，嗣上訴人先後以101年11月30日基府工築壹字第
18 1010185868號函、102年3月14日基府工築壹字第1020147676
19 號函通知上開分行，各解除翔禾鑫公司25%、25%（合計
20 50%）之履約保證責任（累計解除擔保數額1239萬3299元），
21 翔禾鑫公司與中小企銀基隆分行於102年4月30日重行簽立保
22 證金連帶保證書，約定該分行就翔禾鑫公司承攬系爭工程所
23 餘履約保證金1586萬6701元辦理展期，該分行亦開立第2次
24 連帶保證書予上訴人收執；嗣上訴人以翔禾鑫公司延誤履約
25 期間，情節重大為由，終止系爭契約，同時於102年11月14
26 日發函中小企銀基隆分行要求撥付上開履約保證金，又於同
27 年11月29日、12月13日、103年1月16日先後發函催促該分行
28 撥付履約保證金後，中小企銀基隆分行即以103年2月18日
29 103基隆字第1500300046號函，檢送與上開保證金同額之本
30 行支票給上訴人乙情，固有上訴人於101年11月30日、102年
31 3月14日、11月29日、12月13日及103年1月16日所發函文及

連帶保證書可參（見本院卷四第33、35至37、123、295、297、307至308頁；原審卷四第435頁），兩造對此並未爭執（見本院卷四第256至257頁）；堪認屬實。然查，觀諸監造人簽核之第17期估驗計價總表，記載迄102年2月28日止之累積估驗進度為54.6174%（見原審卷一第113頁），核與上訴人於102年3月14日解除之連帶履約擔保比例近50%相若，嗣中小企銀基隆分行與翔禾鑫公司重新簽立連帶保證書時，亦僅約定以原擔保責任額2826萬元，減去已解除擔保責任額1239萬3299元之餘額1586萬6701元，為其繼續擔保履約之範圍，故其擔保額之計算，顯與翔禾鑫公司於102年11月間經上訴人終止契約時已完成之工作進度無關，尚不得以上訴人於102年11月14日終止契約時通知中小企銀基隆分行繳納之履約保證金仍有1586萬6701元之多，即推認翔禾鑫公司在契約終止時之實際施工進度未逾75%。

5.從而，本件翔禾鑫公司承攬工程之契約總價為3億1731萬8529元，第1至22期實際領得估驗款共2億1954萬8228元，加計翔禾鑫公司在第22期估驗計價以後至契約終止前因有繼續施工而尚可領取之工程款4847萬9646元，可知翔禾鑫公司於契約終止時之系爭工程報酬總額應為2億6802萬7874元（計算式：219,548,228+48,479,646=268,027,874），其實際施工進度比例為84.47%（即268,027,874/317,318,529）。準此，上訴人抗辯：因翔禾鑫公司延誤履約期限，落後進度達10%以上，情節重大，符合系爭契約第21條第1款第5目之情形，其依約於102年11月14日發函對翔禾鑫公司終止契約，該函於同年月18日送達翔禾鑫公司時發生終止之效力等語，應係實情。

（五）雖上訴人抗辯：翔禾鑫公司在契約終止前已完成工作之報酬，經驗收結算後僅2億1450萬4861元，上開103年1月16日函所記載翔禾鑫公司尚可領取工程款4847萬9646元並非正確等語。惟查：

1.系爭契約第5條「契約價金之給付條件」第1款約定價金之付

款時期，依序為「預付款」、「估驗款」、「驗收後付款」，其中第2目「估驗款」部分，係約定：「估驗款：…(1)契約自開工日起，每__日或每半月或每月（由機關於招標時載明；未載明時，為每月月底）估驗計價一次。估驗時應由廠商提出估驗明細單，機關至遲應於10日內完成審核程序，並於接到廠商提出請款單據後5日內付款，如需補正資料，其審核及付款時程，自資料補正之次日重新起算；機關應先就無爭議且可單獨計價之部分辦理付款。…(3)估驗以完成施工者為限，如另有規定其半成品或進場材料得以估驗計價者，從其規定。該項估驗款每期均應扣除5%作為保留款。…(8)廠商於申請估驗時，應檢附估驗請款書、施工日報表、數量計算式、估驗照片及經TAF認證合格機構出具之相關材料檢驗報告（混凝土應檢附7天材齡試驗報告）。…(9)機械設備諸如發電機、消防設備及抽水設備等，其估驗計價採下列方式辦理。①當機械設備進場尚未安裝，且廠商已出具設備出廠合格證明書正本者（屬進口機具者含海關報單正本），應予估驗該部分60%之價款②當設備安裝完成，且完成單機運轉正常測試，應予估驗至80%之價款。③剩餘款項，俟整體運轉測試完成，並出具相關證明文件及測試報告後再予以支付。」另第3目有關「驗收後付款」部分，則明訂「除契約另有規定外，於驗收合格，廠商繳納保固保證金後，機關應於接到廠商提出請款單據後15日（由機關於招標時載明；未載明者，依第4目之規定）內，一次無息結付尾款。」復另就「估驗款」部分，約定「如需廠商補正資料，其審核及付款時程，自資料補正之次日重新起算；機關並應先就無爭議且可單獨計價之部分辦理付款」（見原審卷一第29至30頁），其約定之目的，係在估驗付款階段督促廠商盡快提出相關證明文件或補正資料。蓋承攬乃報酬後付原則，一般工程施工工期較長，契約價金甚高，於全部工程完工後再行給付工程報酬，對承攬人之資金運用存有極大壓力，分期估驗計價制度遂因應而生，是以，估驗計價制度乃定作人

給付承攬人之暫付款，於工程完工或終止時仍會辦理詳細之結算，對之前所支付之估驗計價款（暫付款）進行找補並確認工程報酬。故系爭契約雖約定在「估驗款」計付階段，機械設備之估驗計價係採按照：未安裝完成但有出廠合格證明書正本者估驗60%價款、已安裝完畢且完成單機運轉正常測試者估驗至80%之價款、整體運轉測試完成且具相關證明文件及測試報告者支付剩餘價款之方式支付，惟於工程完工或契約終止而辦理結算時，即應就承攬人已施作之項目詳細計算數量，俾覈實評價承攬人可領取之確切報酬數額，如承攬人有未依契約補正、未依契約履行或有其他可受歸責之違約事由時，上訴人亦得依約扣罰違約金或扣發款項、不發還履約保證金之方式辦理，衡情應無就驗收後之付款，採取如暫付估驗款比例計價結算之理。

2. 查上訴人於系爭契約終止後，已會同翔禾鑫公司辦理驗收結算，雖翔禾鑫公司僅派員參加1、2次初驗程序，未全程參與驗收，而僅由上訴人、監造人完成驗收結算程序乙情，固經證人王志中於本院證述明確（見本院卷二第373頁），被上訴人對此並無異詞；嗣上訴人以103年3月4日基府工築參字第0000000007號函通知翔禾鑫公司召開工程移交會議，並檢送終止結算書、驗收紀錄予其，翔禾鑫公司於同年3月5日及13日派曹明遠參加工程移交會議後，業以同年3月21日103翔（工）字第12號函，向上訴人表示其對前開終止結算書有異議（異議內容包括①上訴人以終止結算書扣回中途已計價項目為無出廠證明及無防火證明者，已於中途估驗時附上證明影本，也經監造數量核對屬實，終止結算書又扣回已領取工程款，工程契約並無相關規定，②契約明訂機械設備諸如發電機、消防設備及抽水設備估驗計價出具設備出廠合格證明書正本者，應予估驗該部分60%，也於公有建築科會議中，主持人裁定僅限契約文字之機械設備需提出，終止契約結算又扣回其它尚未施工完成項目含磁磚、欄杆等要求提出出廠證明，與會議結論及契約不符，③終止結算書未依規定將已

01 完成部分，依工程契約內單價分析結算認定，造成已做項目
02 未計價，而做完項目經中途估驗查驗確定領款後，又扣回款
03 項，已違反工程契約規定，④依據貴府已核定工程日報，
04 102年7月31日工程進度為91.6%，估驗進度為74.06%，現
05 終止結算書結算金額進度為67.59%，每次中途計價均有貴
06 府人員及監造現場確實查核，總工程款317,318,529元，後
07 續施作工程依貴府工程日報表只餘8.84%未完成，終止結算
08 書尚需後續施作卻為32.41%，後續施做數量太過膨脹，金
09 額擴大為101,404,134，敬請貴府依契約規定核定結算金
10 額，避免施做後續工程承包商獲得重大利益）；惟上訴人仍
11 於103年4月14日召開終止結算相關會議，翔禾鑫公司人員在
12 會中詢問「已施作尚未估驗計價部分及已施作估驗計價部分
13 如何處置」，監造人當場回覆「已施作尚未估驗計價部分，
14 該部分並未完成查驗程序無法辦理計價，另已施作估驗計價
15 部分，因現場相關缺失需要改善及缺出廠證明相關文件，故
16 本所予以扣除」，上訴人亦當場做成「本府業於103年3月4
17 日基府工築參字第1030209194號函，檢送終止結算書及驗收
18 紀錄予翔禾鑫營造股份有限公司，並於3月5日及14日檢送移
19 交物品紀錄，貴公司於3月21日來函針對終止結算書提出異
20 議，本府函請設計監造單位依契約再行審認，並於103年4月
21 8日基府工築參字第1030213543號函，檢送終止結算書（設
22 計監造單位說明），另請該公司對終止結算書提出異議部
23 分，先行備齊相關資料包含正本出廠證明，操作手冊等相關
24 文件。翔禾鑫營造有限公司本日並未提出廠證明相關文件，
25 相關扣款依設計監造單位所估列結算書核實辦理。」之會議
26 結論，上訴人嗣於103年10月6日所核發之工程結算驗收證明
27 書內，乃記載結算總價為2億1450萬4861元等節，有工程結
28 算驗收證明書（契約終止）、上訴人103年3月4日基府工築
29 參字第0000000007號函（本院卷四第171頁），103年3月5日及
30 同年月14日工程移交物品會議紀錄及物品點交表、同年4月
31 14日終止結算相關會議紀錄、終止結算總表及終止結算詳細

表（見原審卷二第335至336、341至357、441至474頁），及翔禾鑫公司103年3月21日函（見原審卷四第433至434頁）可參，兩造對此過程並未爭執（見本院卷一第399頁）。茲查，以上訴人結算總價除以契約價金之比例約僅67.60%（即214,504,861/317,318,529），遠低於第1至22期之累積估驗付款比例70.3605%（不含第1至22期所扣保留款及第22期所扣逾期違約金），益徵截至102年9月2日上訴人撥付第22期估驗款給翔禾鑫公司為止，僅是按照監造人就各期估驗計價之初步清點數量及契約第5條第2款有關「估驗款」給付之比例支付，尚非按照翔禾鑫公司實際施作數量計價付款，則第22期估驗計價總表內所載「累計估驗74.0638%」、「本期累計付款70.3605%」等項，自應不得認為是翔禾鑫公司截至102年7月31日止已列入第22期估驗計價範圍之真正完工數量。

3.又系爭契約第5條第1款第2目第3點既約定「估驗以完成施工者為限」，而上訴人所撥付之第1至22期估驗款，事實上亦於每期扣下5%保留款未付，另觀系爭工程之102年7月31日建築物施工日誌記載「實際進度%」為91.16%，而同年8月31日建築物施工日誌亦記載「實際進度%」為91.8%，及記載截至該日止之施工概述為A棟3樓浴廁配件安裝、A棟2、3、4樓浴廁門扇分料2項及當日施工數量等情，有上開日期之建築數施工日誌可參（見原審卷三第315至330、331至352頁）。審酌翔禾鑫公司縱於102年8月31日以後未再進場施工，惟截至當日為止之累計施工進度，衡情應較其就102年7月份施工內容申請第22期估驗時之累計施工進度91.16%為多，方屬合理，要無可能出現後期估驗計價數量反而少於前期估驗計價數量，或驗收結算數量少於累計估驗計價數量之理。依此，本院經以上訴人結算之數量（見原審卷二第441至474頁終止結算總表及終止結算詳細表所示），對照監造人核算至第22期為止之累計估驗數量（見原審卷一第79頁第22期估驗計價總表及外放第22期估驗請款單1冊所示）、系

01 爭工程截至102年8月31日為止之建築物施工日誌（見原審卷
02 三第103至352頁），卻見上訴人結算之數量，反較第1至22
03 期累計估驗數量為少，難謂合理。參佐證人王志中於原審到
04 庭具結證稱：「（問：系爭工程的施工進度已經達到
05 91.16%，為何原告申請估驗計價的比例只到74.0638%）原
06 告部分雖然工程進度達到91.16%，但施作的項目只有部分完
07 成，且未提供相關的證件及相片，所以未達估驗計價之條
08 件，故無法予以計價。迄結算止，原告僅提供74.0638%的
09 估驗計價所必備文件；在原告提出估驗計價申請時，因為有
10 未完成的部分，也有相關文件未備齊的情形，所以監造單位
11 就直接發回原告，並沒有留存相關資料，故我無法指出是哪
12 些部分未達估驗計價之條件無法予以計價。」（見原審卷二
13 第479、487頁）、「（問：結算金額的數量是如何得出的？）
14 會依照現場看原告施作的數量、是否符合契約規範、
15 有無施作或是否施作完成、有無提出申請使用執照、消防綠
16 建築標章等應備的證明文件，如有缺失或未提出相關文件我
17 們會去問廠商後續來銜接界面，應該要多少費用才能完成系
18 爭工程，以此兩者相互計算，得出結算金額數量。如出廠證
19 明未提出及銜接、缺失改算的問題，通常會以單價或數量之
20 1-2成的價格來計算，這是依照我的工程經驗、現場狀況及
21 詢問廠商後算出。關於結算部分，依照契約規定，是我們提
22 出結算資料出來」（見原審卷三第387頁），及於原審鑑定
23 技師余烈召開之107年3月15日會勘會議中稱：「翔禾鑫公司
24 有部分工程款尚未給付原施作廠商，如另案發包亦需原施作
25 廠商配合或施作，故造成部分工程款扣回」（見原鑑定報告
26 第21頁）。顯見證人王志中就第1至22期累計估驗數量僅核
27 算74.0638%之原因，係以翔禾鑫公司或僅部分完成，或部
28 分已施作工項未提出機器設備出廠合格證明文件，而未能估
29 驗，方導致監造人就翔禾鑫公司102年7月31日建築物施工日
30 誌所簽核之實際進度雖為91.16%，惟僅准許估驗計價至
31 74.0638%之原因；亦見上訴人結算之數量及其據以計算出

之報酬總價2億1450萬4861元，因摻入監造人以翔禾鑫公司部分已完成工項仍未提出機器設備出廠合格證明文件而未能驗收，或因銜接介面缺失改善以不足之成數驗收，或扣除翔禾鑫公司積欠施工廠商款項，及因要重行發包故予扣回款項之情形，該結算數量自非正確，難認係翔禾鑫公司於契約終止時之實際完成數量甚明。

- 4.此外，證人余烈已於原審具結證稱：鑑定報告附件5第1頁最後一欄鑑定金額216,710,835元是我事務所蔡主任算的…這是一個調查的過程，請看附件5的隔頁紙標題，那如果依第1頁的調查結果是不合理的，但又必須要調查的過程，所以才把資料附上去，但沒有參考價值，是要讓當事人知道就這些資料有審查調查；基隆市政府終止結算表，結算結果是監造建築師單方面為之，該結算表不足為本案鑑定的依據，因為雙方沒有會算，如果雙方差距過大，當時可以協議請第三方來鑑定，既沒有雙方會算也沒有鑑定，我認為沒有參考價值；估驗計價是累計的計價金額，除以合約金額就是實際完成施工進度；王志中在法院表示雖然工程進度達到91.16%，但依規定估價除以施工完成為限外，還要提供相關的出廠證明、照片等文件才能計價的說法不合理，原因是可以要廠商限期提出，若逾期可以保留該期5%至10%的估驗款，不應該全部不給等語明確（見原審卷四第621至623頁），堪認原鑑定報告之附件5表格之鑑定數量（B6欄位）及鑑定金額（C6）之內容，係參考上訴人之結算數量（B3欄位）及已估驗計價數量（B2欄位）所作成（見原鑑定報告附件5第5-1至5-16頁）。依上開說明，上訴人之結算數量既不能認為是翔禾鑫公司在系爭契約終止時已實際施作之數量，上開附件5表格之內容（含表格所載鑑定總價2億1671萬835元），自不足以作為本件判斷翔禾鑫公司對上訴人尚可請求之剩餘工程款數額之認定依據，亦為原鑑定報告所不採；是本件尚不得逕以原鑑定報告之附件5表格內容，反推上訴人以103年1月16日函文記載之翔禾鑫公司尚可領工程款4847萬

01 9646元乙節並非正確。

02 5.此外，本院依上訴人聲請囑託系爭鑑定機構就本件為補充鑑
03 定後，雖取得補充鑑定報告書1份（見本院卷三第415頁及外
04 放補充鑑定報告，下稱補充鑑定），及經證人即鑑定技師鄭
05 志賢於本院審理中具結證稱：依據監造建築師於102年10月2
06 日發函給翔禾鑫公司，副本給上訴人，建築師就102年8月31
07 日估驗申請書審核之後核定其進度為75.5826%，與上訴人在
08 一審所說在102年8月31日時之進度實際上已經超過75%，誤
09 差很小，其認為二者相符，主要的依據是此資料建築師是逐
10 項核對、逐項計算其估驗金額，才得出75.5826%的結論，伊
11 認為這個數值是可以採認的…因為按照上訴人103年10月6日
12 工程結算驗收證明書（契約終止），關於結算總價就記載為
13 2億1450萬4861元，伊認為該金額就是廠商最終可向定作人
14 請領之金額，該金額並非按照75.5826%計算的…不能依
15 75.5826%來推算最終廠商可領取的金額，因為施工進度是廠
16 商在工程期間施作的進度及施工比例，照合約規定最終可領
17 取得金額要依契約明定結算驗收證明書所載金額為準，該驗
18 收結算證明是經過初驗、正驗，按其規定程序來進行，此金
19 額應無錯誤等語在卷（見本院卷四第147至149、153頁），
20 顯見補充鑑定亦是依照上訴人之結算數量及其複價金額所作
21 成其結論。本院既認定上訴人之結算數量非為翔禾鑫公司在
22 契約終止時已實際施作之數量，業如前述，補充鑑定逕引上
23 訴人以其結算數量複價所得之結算總價2億1450萬4861元，
24 認定為翔禾鑫公司於契約終止時可請求之報酬總額云云（見
25 補充鑑定報告第10、11、17頁），亦屬無據。故補充鑑定結
26 果及證人鄭志賢之證詞，均無從採為對上訴人有利之認定依
27 據，併此敘明。

28 （六）而按當事人因妨礙他造使用，故意將證據滅失、隱匿或致礙
29 難使用者，法院得審酌情形認他造關於該證據之主張或依該
30 證據應證之事實為真實。民事訴訟法第282條之1第1項定
31 有明文。查系爭契約第21條第3款明訂廠商因第1款情形接獲

01 機關終止或解除契約通知後，應即將該部分工程停工，負責
02 遣散工人，將有關之機具設備及到場合格器材等就地點交機
03 關使用；對於已施作完成之工作項目及數量，應會同監造單
04 位/工程司辦理結算，並拍照存證，廠商不會同辦理時，機
05 關得逕行辦理結算；必要時，得洽請公正、專業鑑定機構協
06 助辦理（見原審卷一第48頁），上訴人對此約定應知之甚
07 稔。審酌翔禾鑫公司於契約終止後，雖同意上訴人依系爭契
08 約第21條第3款約定辦理結算，並於103年2月11日驗收完畢
09 後，於同年2月25日向原審起訴，請求上訴人給付估驗款及
10 履約保證金、追加工程款，且以金額尚待釐清為由，僅一部
11 請求上訴人給付165萬元乙情，有翔禾鑫公司所提民事起訴
12 狀可稽（見原審卷一第13至17頁），顯見彼等斯時對於系爭
13 契約經終止後之結算總價若干、翔禾鑫公司尚可領剩餘工程
14 款若干等項，確實存有爭執，原審命翔禾鑫公司補正第一審
15 裁判費之裁定、起訴狀繕本亦先後於同年3月4日、同年4月9
16 日送達上訴人，此有原審命補正裁定及送達證書可稽（見原
17 審卷一第115、117、125頁），顯見上訴人至遲於103年4月9
18 日收受起訴狀繕本時應知悉翔禾鑫公司已對其提起請求給付
19 工程款訴訟。惟上訴人除於103年3月4日發函檢送終止結算
20 書給翔禾鑫公司，及陸續於同年3月5日及14日召開物品移交
21 事宜會議外，亦於接獲翔禾鑫公司以103年3月21日函對其終
22 止結算結果所提出之爭執事項後，未思與翔禾鑫公司商討是
23 否另洽請第三方專業機構鑑定，而仍於同年4月14日召開終
24 止結算會議，作成按監造人所估列結算書辦理之結論，其
25 後，復在兩造尚在第一審法院交換書狀、未及開庭辯論之訟
26 爭狀態下，逕於103年8月29日將系爭工程重新發包予訴外人
27 正豪公司施作，重新發包契約金額原為1億4080萬元，嗣變
28 更設計為1億4021萬9686元之事實，亦有上訴人與正豪公司
29 間之結算明細表可參（見原鑑定報告附件11第11-36至11-97
30 頁）。此乃導致原審囑託之系爭鑑定機構，因翔禾鑫公司完
31 成之工作已為正豪公司事後施作之工作所覆蓋，致無從就翔

禾鑫公司施作之工作逐項清點計算其數量之主要原因，亦經證人余烈於原審證稱：現場已完工，無法結算施作數量等語明確（見原審卷四第619頁）。斟酌本院送補充鑑定結果，補充鑑定結論亦在「說明三(五)」敘明：在本次補充鑑定中，被上訴方提出本案施工現場所拍攝光碟照片832張（附件五、高院函文說明中附表編號1），然而照片僅能檢視某一特定位置拍攝時之現況，並無標示相關圖面尺寸，無法僅憑照片來核算合約內各工項已完成之數量、金額，進而加總各工項之數量、金額後得出結算總金額；又因本案翔禾鑫公司未完工部分，基隆市政府已另案重新發包，並由正豪營造有限公司施工完成，並經結算驗收結案。工程現場情況已被正豪營造後續施工所覆蓋，致使鑑定單位無法丈量核算翔禾鑫公司各工項施作數量等語（見補充鑑定第18頁）。足認本件縱有上訴人、監造人及翔禾鑫公司會同初驗時拍攝之現場照片存證（見本院卷二第79至346頁），亦無法提供法院或系爭鑑定機構詳予計算翔禾鑫公司於契約終止時之實際完成數量。揆諸上開說明，上訴人逕行重新發包之舉，最終導致本件被上訴人就翔禾鑫公司於契約終止時之實際施作數量之舉證，確實存有困難，縱經原審及本院以囑託鑑定方式調查，亦無從根據系爭契約終止當時之工作物原況計算數量並予核算承攬人之報酬；而上訴人結算之數量又有上述經本院認為不可採信之處需由施工廠商施作而予扣款等情形之按比例估驗付款或扣回，且證人王志中否認上訴人103年1月16日函文所載「4847萬9646元」為其計算云云之證詞，亦為本院所不採，業如前述。從而，爰認被上訴人主張應以上訴人103年1月16日函文所載「4847萬9646元」，認定為翔禾鑫公司在契約終止時尚可領取之剩餘工程款數額等語，較符合事實而可採信。至上訴人所辯：系爭契約經終止後之結算總額僅2億1450萬4861元，少於翔禾鑫公司已領之第1至22期估驗款總額，其無庸再給付翔禾鑫公司任何工程款云云，尚難採信。

(七)末查，本院既認定系爭契約是因翔禾鑫公司延誤履約進度落

01 後10%以上，而經上訴人102年11月14日發函終止，於同年
02 11月18日生效，並經上訴人與翔禾鑫公司辦理結算等情，業
03 如前述，系爭契約經終止後，即無從由當事人雙方再為合意
04 終止。是以，翔禾鑫公司縱於102年11月19日發函回覆上訴
05 人時，表明「本公司因貴府延遲付款，並於07月估驗計價便
06 逕行擅扣逾期罰款，業已影響本公司履約能力，經雙方合意
07 後，同意依貴府指示與監造王志中建築師事務所，依工程契
08 約第21條相關規定，辦理結算作業」之意（見原審卷一第
09 107頁），亦不發生合意終止契約之法律效果。故被上訴人
10 猶執前詞主張系爭契約是上訴人與翔禾鑫公司合意終止云
11 云，應無可取。

12 (八)被上訴人下列聲請事項，無再予調查必要：

- 13 1.被上訴人於本院聲請命上訴人提出103年3月4日基府工築參
14 字第000000000函所附正驗紀錄、土建初驗紀錄、水電初驗
15 紀錄、103年3月4日基府工築參字第1030209194號函，及該2
16 函之終止結算書及102年11月份終止結算書（見本院卷四第
17 65至66頁、第137頁）。查本件已據上訴人提出系爭工程初
18 驗紀錄（含土建工程及水電工程）、驗收紀錄（見原審卷二
19 第359至389頁）、終止結算詳細表（見原鑑定書附件11第
20 11-1至11-35頁），及103年3月4日基府工築參字第
21 000000000函（見本院卷四第171頁）為證；且依上開翔禾鑫
22 公司103年3月21日函文內容，可知該公司確有收到上訴人發
23 函交付之102年11月份終止結算書之事實（見原審卷四第433
24 頁），故上訴人縱未再提出103年3月4日基府工築參字第
25 1030209194號函，對於本院所認定翔禾鑫公司在契約終止時
26 尚可領取之報酬結果並無影響，自無再命上訴人提出該紙函
27 文之必要。
- 28 2.被上訴人另聲請命上訴人提出103年間就系爭工程另行公告
29 招標及決標之公告資料等語（見本院卷四第138至139、
30 157、185至187、245、260、466頁）。惟查，上開招標及決
31 標公告資料，係供證明正豪公司就重新發包工程之投標內容

01 及因此簽立之工程採購契約內容，又上訴人重新發包之工
02 項、數量、單價，均與本件翔禾鑫公司所提中途結算明細表
03 記載之契約數量、單價及已施作數量不同（見本院卷五第9
04 至97頁），本院尚無依據上開重新發包招標決標資料認定本
05 件被上訴人主張有無理由之必要，故認無再命上訴人提出重
06 新發包招標決標資料之必要，附此說明。

07 （九）綜上，上訴人既是因翔禾鑫公司延誤履約期限，落後10%以
08 上而予依約終止契約，且經上訴人與翔禾鑫公司辦理結算在
09 案，翔禾鑫公司就契約終止前所完成工作可領取之報酬總額
10 為2億6802萬7873元，其尚可請求上訴人給付之工程款為
11 4847萬9646元等情，既經本院認定如。因翔禾鑫公司起訴
12 後，嗣經士林地院以105年5月20日103 年度破字第1號裁定
13 宣告破產，經本院以105年度破抗字第15號裁定駁回抗告確
14 定後，已由士林地院裁定選任吳西源律師為其破產管理人，
15 有上開裁定可按（見原審卷四第181、201至204頁）。故被
16 上訴人主張其為翔禾鑫公司之破產管理人，得依上訴人與翔
17 禾鑫公司間之承攬契約關係，請求上訴人給付未付工程款
18 4847萬9646元等語，應為可取。上訴人就此部分之抗辯，則
19 屬無據。

20 五、上訴人抗辯翔禾鑫公司未依照契約所定履約期限竣工，至其
21 發函終止契約時為止，共逾期118日，顯然遲延履約，其得
22 請求翔禾鑫公司給付逾期違約金，扣除以第22期估驗款所扣
23 違約金378萬8780元後，其對翔禾鑫公司尚有逾期違約金債
24 權3366萬1806元，可與本件被上訴人請求之金額抵銷等語，
25 固為被上訴人所否認。經查：

26 （一）民法第250條第1項規定：「當事人得約定債務人於債務不履
27 行時，應支付違約金。」系爭契約第7條第3款第1目第4點、
28 第5點係約定：「(三)工程延期：1.契約履約期間，有下列情
29 形之一（且非可歸責於廠商），致影響進度綱圖要徑作業之
30 進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消滅後7 日內
31 通知機關，並於30日內檢具事證，以書面向機關申請展延工

01 期。機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限，不計
02 算逾期違約金。其事由未達半日者，以半日計；逾半日未達
03 1日者，以1日計。…(4)因辦理變更設計或增加工程數量或項
04 目。(5)機關應辦事項未及時辦妥。」系爭契約第17條第1款
05 第1目則約定：「(一)逾期違約金，以日為單位，按逾期日
06 數，每日依契約價金總額__‰（由機關於招標時載明比率；
07 未載明者，為1‰）計算逾期違約金。1.廠商如未依照契約所
08 定履約期限竣工，自該期限之次日起算逾期日數。但未完成
09 履約之部分不影響其他已完成部分之使用者，按未完成履約
10 部分之契約價金，每日依__‰（由機關於招標時載明比率；
11 未載明者，為3 ‰）計算逾期違約金」、第3款：「逾期違約
12 金之支付，機關得自應付價金中扣抵；其有不足者，得通知
13 廠商繳納或自保證金扣抵」、第4款：「逾期違約金為損害
14 賠償額預定性違約金，其總額（含逾期未改正之違約金）以
15 契約價金總額之20%（由機關於招標時載明，但不高於2
16 0%；未載明者，為20%）為上限，且不計入第18條第8款之
17 賠償責任上限金額內。前述逾期日數之計算無工作天及日曆
18 天之分別，且舉凡所有紀念日、民俗節日、國定假日、全國
19 性選舉投票日、星期六、星期日之國定例假日及基隆地區因
20 天然災害宣布停止上班之日數等均視為逾期日數。」（見原
21 審卷一第33、45頁）。查翔禾鑫公司施作系爭工程，未遵期
22 完工，在其工作尚未完成時即經上訴人單方終止契約，並經
23 上訴人與翔禾鑫公司辦理結算完畢，已如前述，是上訴人抗
24 辯：系爭契約是因翔禾鑫公司延誤履約期限，情節重大之事
25 由而終止，可歸責於翔禾鑫公司，其得請求翔禾鑫公司給付
26 逾期違約金等語，應為可取。依前開說明，本件應自翔禾鑫
27 公司履約期限之次日（即預定竣工日102年7月20日之次日）
28 起，計算至上訴人發函終止契約之日（同年11月14日）止之
29 餘期日數共117日。上訴人誤自履約期限屆滿當日（102年7
30 月20日）起算逾期日數計118日云云，則無可採。從而，上
31 訴人得依約對翔禾鑫公司扣罰之逾期違約金應為3712萬6268

元（計算式：317,318,529元 $\times$ 1/1000 $\times$ 117日＝37,126,268，元以下四捨五入），尚未超過以契約價金總額20%計算之上限（即6346萬3701元），核無不合。茲上訴人於102年9月2日核撥第22期估驗款時，已自行扣下逾期違約金378萬1780元未發放，為兩造所不爭，業如前述，可知上訴人於系爭契約終止時，對翔禾鑫公司尚有逾期違約金債權3334萬4488元（計算式：37,126,268－3,781,780＝33,344,488），應堪認定。

（二）被上訴人雖主張本件經展延工期183天後，上訴人不得對翔禾鑫公司扣罰逾期違約金等語，惟查：

1.被上訴人雖主張上訴人於工程進行中遲延核准追加土石方運棄證明，違反協力義務，應展延工期115天等語。然：

（1）系爭契約第9條第23款約定：「契約施工產生工程剩餘土石方者，廠商應於施工前，提出剩餘土石方棄運計畫（棄土場位置：限宜蘭及新竹以北，含營建廢棄物流向證明）、棄運路線等相關資料，送請機關備查；併依營建工程剩餘土石方處理及資源堆置處理場設置管理要點上網申報，據以執行。其改變者亦同。廠商處理營建土石方須運送至合法土資場，或於不影響履約、不重複計價、不提高契約價金及扣除節省費用價差之前提下，自覓符合契約及相關法規要求之合法土資場或借土區，依契約變更程序經機關同意後辦理（廠商如於投標文件中建議其他合法土資場或借土區，並經機關審查同意者，亦可）。」是系爭工程之剩餘廢棄土石方運送及堆置，既屬翔禾鑫公司承攬施作之工項，依約應由翔禾鑫公司尋找符合契約及相關法規要求之合法土資場，並取得主管機關同意後始得為之，在取得主管機關同意前之相關前置作業內容（含土石處理計畫書）及流程，亦應由翔禾鑫公司負責查明及辦理，而非由上訴人為之。則被上訴人主張依內政部營建署公布之「營建餘土石方處理方案」之「參、剩餘土石方處理方針」一、建築工程及民間工程剩餘土石方處理第3.規定、二、公共工程剩餘土石方處理第4.規定，及基隆市營

建工程剩餘土石方處理及資源堆置處理場設置管理自治條例第11條等規定，因上訴人為系爭工程主辦機關，應負責督導承包商翔禾鑫公司對於剩餘土石方之處理，上訴人因此負有追購棄土證明之協力義務云云，應無可取。

(2)又被上訴人主張系爭契約原先設計數量為1萬8456立方公尺，翔禾鑫公司於開工前分別覓妥榮大、中幅子、咸臨土石方資源堆置處理場，同意運置土石方各1142立方公尺、7314立方公尺及1萬立方公尺（合計1萬8456立方公尺），系爭工程開工後，現場土石方數量大於契約數量，翔禾鑫公司於101年10月19日發函告知上訴人後，上訴人遲未核准翔禾鑫公司追購棄土證明，致過多土石方持續堆積工地而延宕工程要徑，經翔禾鑫公司於102年7月10日向監造人請求追加遭拒等語，固據提出系爭契約詳細價目表、土石方收容處理同意書、翔禾鑫公司102年翔(工)字第0109號函、監造人102建字第102071701號函為證（見原審卷一第53至77、259、263、265、267、271至277頁）。惟查，證人王志中於原審到庭具結證稱：所有的廢棄土證明合計總數量為20995.265立方公尺，此規定見詳細表單價分析及合約圖面…依契約及變更設計後，棄土量為20995.265立方公尺，這是在合約內，是原告沒有購足；原證三詳細價目表第2頁只是主結構含整地的棄土數量，另外尚有附屬構造物的棄土，此部分也有在契約裡…原證三詳細價目表雖未記載附屬構造物的棄土數量，但不能光憑詳細價目表判斷，必須再加上單價分析表，單價分析表上有記載該基樁的棄土數量，單價分析表在原契約及變更後契約均有記載，只是項次有所調整等語明確（見原審卷二第571、573、575頁），並有證人王志中所提棄土證明項目及數量表、第2次變更詳細價目表及單價分析表、原契約與第一次變更後棄土比較表可參（見原審卷二第583至603頁，卷三第43至63頁），互核相符；可知原契約關於棄土數量之約定，除被上訴人所指詳細價目表項次壹.一.2.(16)號之外，尚有如附表所示之項次壹.一.2.

(7)、(8)、(9)號、項次壹.一.12.(15)、(16)、(18)、(19)、(17)號等關於棄土數量之約定，合計原契約約定之棄土量為2萬0159.37立方公尺。顯見翔禾鑫公司於締約後自行購買之棄土證明數量，自始即不足1703.37立方公尺（計算式： $20,159.37-18,456=1,703.37$ ）；嗣經二次變更設計後，詳細價目表項次壹.一.2.(16)、(19)(22)號，及項次壹.一.2.(46).9號之棄土數量均追加，其餘則無變動，合計變更後棄土數量為2萬0995.265立方公尺，故翔禾鑫公司在101年12月28日第二次變更設計後（見原審卷一第233頁第17期估驗計價總表備註欄記載），亦應購足棄土證明達2萬0995.265立方公尺，其僅於102年3月28日加購棄土證明1468立方公尺（見原審卷一第261頁），合計僅1萬9924立方公尺（計算式： $18,456+1,468=19,924$ ），尚與二次變更設計後約定之棄土證明數量不符。準此，監造人於102年7月17日發函請翔禾鑫公司自行追購漏未購買之棄土證明，自非無由。翔禾鑫公司既自始即漏購棄土證明，且於契約變更設計後未追購合於變更設計數量之棄土證明，應可歸責於自己，並非因上訴人遲延核准追加土石方運棄證明所致。

(3)從而，被上訴人主張上訴人就翔禾鑫公司加購棄土證明數量、等待上訴人核准廢土運棄計畫等情，違反協力義務，系爭契約應展延工期115天云云，應無可取。

2.被上訴人另主張上訴人遲延給付第1至22期估驗款、未依約就第23期估驗計價、擅自以第22期估驗款扣罰違約金，應可歸則上訴人之事由導致工程延誤，至少應展延工期68天等語，惟查：

(1)系爭契約第21條第11款第2目固約定「因非可歸責於廠商之事由，機關有延遲付款之情形：…2.廠商得於通知機關__個月後（由機關於招標時合理訂定，如未填寫，則為1個月）暫停或減緩施工進度、依第7條第3款規定，申請延長履約期限；廠商因此增加之必要費用，由機關負擔。」（見原審卷一第48至49頁）。然而，揆諸上開四、(五)、1.所述之系爭契

約第5條第1款第2目、第3款、第8款、第9款之約定（見原審卷一第29、30頁），翔禾鑫公司提出申請估驗時，上訴人應於10日內完成審核，並於廠商提出請款單據後5日內付款。而除有資料需補正外，上訴人應先就無爭議且可單獨計價之部分辦理付款。惟本件翔禾鑫公司已依約向上訴人提出第1至22期之估驗計價申請後，上訴人就各期申請撥付估驗款至翔禾鑫公司帳戶之時點，依該公司中小企銀備償專戶備查簿存摺、翔禾鑫公司送交監造單位、監造單位提送市府之公文往來內容，可悉自翔禾鑫公司送交監造單位之日起至上訴人匯出估驗款之日，經過之天數，其中第1期為36天、第2期為28天、第3期為42天、第4期為30天、第5期為30天、第6期為23天、第7期為36天、第8期為29天、第9期為25天、第10期為25天、第11期為31天、第12期為27天、第13期為16天、第14期為19天、第15期為28天、第16期為33天、第17期為52天、第18期為23天、第19期為21天、第20期為18天、第21期為17天、第22期為20天，各期均已超出上開第5條約定「機關至遲應於10日內完成審核程序，並於接到廠商提出請款單據後5日內付款」之期限，且有就第22期估驗款扣下逾期違約金378萬1780元未撥付之情形，固有系爭工程第1至22期之各期估驗請款單、中途估驗查核紀錄、估驗計價總表、工程中途估驗申請書、監造人審驗表、上訴人分期付款表（見原審卷一第161至256頁）、翔禾鑫公司中小企銀備償專戶備查簿存摺及該公司送交監造單位、監造單位提送市府之公文（見原審卷二第255至333、399至409頁）可參，上訴人亦提出估驗請款公文對照表為憑（見原審卷二第251至333頁），互核相符，堪認上訴人就各期工程款確實有遲延給付工程款項之情。惟按債務人之遲延責任，因債務人依債務本旨提出給付而消滅，所謂消滅，乃指以後免負遲延責任而言。本件上訴人最後一次給付估驗款日期是於102年9月2日撥付第22期估驗款之事實，既有各期估驗計價單及上訴人提出之估驗請款公文對照表記載之「市府匯款日期」可參（見

原審卷一第124、693至694頁），足見上訴人就第1至22期估驗計價後應給付之估驗款，除各期扣下5%保留款及第22期扣下逾期違約金378萬1780元未撥付外，其餘工程款均已給付完畢，縱有逾期撥付估驗款之遲誤，該給付遲延情形亦於上訴人撥付各期估驗款時消滅而免負遲延責任。

(2)又估驗已完成施工者，或按機器設備施作者因未提出機器設備出廠合格證明文件，是施工進度與估驗計價比例，並未相當，均如上開四、(五)、3.所述，而被上訴人未舉證上訴人未依約核實估驗計價而有短付各期估驗款之情形。依此，翔禾鑫公司於取得第22期估驗款後，事後再以102年9月27日102翔（工）字第0170號函，向上訴人表示其共請款22期，每期請款流程約需26至60天，本案至102年7月31日工程進度為91.16%，累計付款進度為70.36%，核定工程進度與付款比例太過懸殊，每期計價至送件到核撥時間太過冗長，故要求上訴人給予合理應有工期，在未得到雙方合理協調認定之前，…通知上訴人其暫停施工等語（見原審卷一第97至98、101至102頁），應不符合系爭契約第21條第11款第2目所訂暫停施工或得依第7條第3款約定申請延長履約期限之要件，被上訴人主張應展延工期云云，自屬無據。

(3)另翔禾鑫公司於102年8月31日以後向上訴人提出第23期估驗請款乙事，固有該次估驗請款單及所附估驗計價總表、計算統計表、估驗數量表、施工相片、試驗報告及審驗單申請資料影本可參（見外放第23期估驗請款單卷宗），上訴人抗辯因翔禾鑫公司就第23期估驗款提出申請後，有施工缺失、未就材料設備進場檢附出廠證明文件、未依102年8月1日至31日之實際施作數量計價之情形，經監造人以同年9月3日102建字0000000-0號函通知翔禾鑫公司改善後再提出，監造人於同年9月3日、6日、23日，復以翔禾鑫公司第23期估驗請款有需補正資料為由，先後發函命其補正等情，業據提出上述監造人函文為證（見原審卷一第431至447、449、387頁），並經證人王志中於本院審理中到庭具結證稱：系爭契

01 約終止時，翔禾鑫公司已有請領工程款，估驗計價到22期，
02 也有提出第23期估驗款的請款資料，我以監造機關函覆翔禾
03 鑫公司要他依現場施工完成數量來請求估驗，翔禾鑫公司沒
04 有再繼續提出第23期的估驗請款等語明確（見本院卷二第
05 372頁），參佐翔禾鑫公司事後於102年9月28日再度以翔
06 （工）字第169號函提出第23期估驗請款後，監造人仍於同
07 年10月2日函請翔禾鑫公司依照實際施作數量提出第23期估
08 驗請款並檢附出廠證明、就機電部分按照附件（按即第23期
09 估驗說明）所述逐項修改等語，亦有監造人102年10月2日
10 102建字第102100202號函及第23期估驗說明可參（見本院卷
11 一第339、341至347頁），亦徵監造人斯時尚未就第23期估
12 驗請款為審核及命補正資料階段，尚未提送予上訴人撥款，
13 難謂上訴人有無故拒絕估驗計價情事。至翔禾鑫公司以102
14 年9月27日函文向上訴人請求暫停施工，既為上訴人所不同
15 意，此為兩造所不爭執（見本院卷一第399頁），則翔禾鑫
16 公司該次發函縱有針對上訴人尚未就第23期估驗計價乙事要
17 求暫停施工，亦與系爭契約第21條第11款第2目約定之暫停
18 施工或第7條約定之申請展延工期之要件不符，翔禾鑫公司
19 逕行停工，自失所據，被上訴人主張因上訴人拒絕就第23期
20 估驗計價，滯礙正常工程進度，係可歸責於上訴人之事由導
21 致工程延誤，亦應展延工期云云，亦無可取。

22 (4)是以，被上訴人主張上訴人遲延給付第1至22期估驗款、拒
23 絕辦理第23期估驗計價、擅自以第22期估驗款扣除逾期違約
24 金378萬1780元未撥付翔禾鑫公司，導致系爭工程逾期未完
25 工，可歸責於上訴人，應展延工期68天云云，亦屬無據。

26 (三)綜上，被上訴人所主張應予展延工期事由，均無可採，業如
27 前述；故上訴人主張翔禾鑫公司因延誤履約進度，翔禾鑫公
28 司就逾期117日部分應給付逾期違約金，而不得展延工期等
29 語，應可採信。

30 六、被上訴人另主張系爭契約已終止，其得請求上訴人返還剩餘
31 50%履約保證金1586萬6701元等語，亦為上訴人所否認，經

01 查：

02 (一)政府採購工程契約規定廠商應繳納履約保證金者，目的在於
03 擔保得標廠商依契約約定履約之用，其發還得以履約進度、
04 驗收、維修或保固期間等條件，一次或分次發還，由機關視
05 案件性質及實際需要，於招標文件中訂明。履約保證金，除
06 契約另有規定或有得不予發還之情形者外，於符合發還條件
07 且無待解決事項後發還。其因不可歸責於廠商之事由，致終
08 止或解除契約或暫停履約者，得提前發還之。但屬暫停履約
09 者，於暫停原因消滅後應重新繳納履約保證金。履約保證金
10 及其孳息得不予發還之情形，由機關視案件性質及實際需
11 要，於招標文件中訂明。機關得於招標文件中規定，廠商所
12 繳納之履約保證金（含其孳息），得部分或全部不發還之情
13 形。此觀行政院公共工程委員會發布之「押標金保證金暨其
14 他擔保作業辦法」第8條第1款、第19條第1、2項、第20條第
15 1、2項之規定即明。又按承攬人交付履約保證金予定作人，
16 係以擔保承攬債務之履行為目的。此項保證金於工程終了或
17 約定之返還期限屆至時，倘無應由承攬人負擔保責任之事
18 由，或扣除承攬人應負擔保責任之賠償金額尚有餘額者，承
19 攬人即因條件成就，得向定作人請求返還。且履約保證金之
20 擔保範圍，或為定作人因承攬人債務不履行事由所生損害之
21 賠償，或充作違約罰，應綜觀契約約定之內容定之（最高法
22 院110年度台上字第3045號判決參照）。

23 (二)系爭契約第14條第1款就「履約保證金」約定：「履約保證
24 金於工程進度達25%、50%、75%及驗收合格後，各發還25%
25 …」，同條第3款載明機關就廠商所繳納之履約保證金得不
26 予發還之情形，其中第4目約定：「因可歸責於廠商之事
27 由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率
28 計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金。」
29 （見原審卷一第40頁），係約定機關依契約終止或解除之比
30 率不予發還保證金，而非就機關所受損害相等金額不予發
31 還，目的係督促廠商履行契約，尚與系爭契約第17條第4款

明訂「逾期違約金為損害賠償額預定性違約金」之性質不同。是依第14條第3款第4目約定之文義觀之，應認此處所稱機關因可歸責於廠商之事由而部分終止或解除系爭契約時得不予發還履約保證金之情形，非僅屬擔保因承攬人債務不履行所生損害之賠償，而係當事人約定廠商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。至系爭契約第21條（契約終止解除及暫停執行）第4款約定：「契約經…終止或解除者，機關得自通知廠商終止或解除契約日起，扣發廠商應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款等，『並不發還廠商之履約保證金』。至本契約經機關自行或洽請其他廠商完成後，如扣除機關為完成本契約所支付之一切費用及所受損害後有剩餘者，機關應將該差額給付廠商…」（見原審卷一第48頁），約定內容係包括各項未領取工程款之處理，並未載明機關因可歸責於廠商之事由終止或解除契約時應不發還之履約保證金比率及其辦理方式，惟本條規定尚與上述第14條第3款第4目所約定機關就終止部分占契約金額比率之保證金得不予發還之規定無悖。是以，就上訴人本件得不予發還之履約保證金數額，仍應依第14條第3款第4目約定按終止部分占契約金額之比率定之。

（三）承上，翔禾鑫公司承攬系爭工程後，所負履約保證金責任係約定以中小企銀基隆分行出具連帶履約保證書方式代之，截至102年3月14日止，已經上訴人解除累計1239萬3299元之連帶履約保證責任，翔禾鑫公司與中小企銀基隆分行於102年4月30日重行簽立履約保證金連帶保證書，約定該分行就所餘履約保證金1586萬6701元（即28,260,000－12,393,299＝15,866,701）負連帶保證責任；俟上訴人於102年11月14日單方終止契約時，同時通知中小企銀基隆分行撥付上開數額之履約保證金，復於同年11月29日及12月13日發函催促上開分行盡快繳納履約保證金乙節，有上訴人與中小企銀基隆分行間往來函文、履約保證金連帶保證書、本行支票影本暨上訴人簽收記錄、委任保證契約及上訴人自行收納款項統一收

據（見本院卷四第29至45、309至325、335至337、339頁），及上訴人103年1月16日函（見原審卷四第435頁）可參，兩造對此並無異詞（見本院卷四第256至257頁）。依此，上訴人於102年11月14日及同年12月13日發函要求中小企銀基隆分行撥付履約保證金所引之契約條文雖僅系爭契約第21條第4款之約定（見本院卷四第35、318頁），惟本件上訴人既是因可歸責於翔禾鑫公司之事由，致延誤履約進度，屬未完成履約而進度落後已達10%以上之情形，情節重大為由，終止契約，並依約通知連帶履約保證人繳納履約保證金供其沒收。準此，本院既認上訴人單方終止契約時之翔禾鑫公司實際履約進度為84.47%，業如前述，上訴人終止契約部分所占契約金額比率之履約保證金為438萬8778元（計算式： $28,260,000 \times (1 - 84.47\%) = 4,388,778$ ），而以中小企銀基隆分行撥付上訴人之履約保證金1586萬6701元中，扣除上開438萬8778元之餘額1147萬7923元，即非屬上訴人得不予發還之範圍，上訴人無繼續保有該應發還履約保證金之正當合法權源，故被上訴人主張其得依民法不當得利規定請求上訴人返還履約保證金1147萬7923元部分，應屬有據；其逾此範圍之請求，則屬無據。

七、上訴人所為抵銷抗辯，於3334萬4488元範圍內為有理由，逾此範圍所辯為無理由。被上訴人請求上訴人給付元本息，為有理由。

（一）民法第334條第1項規定：「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。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限。」又破產法第114條規定：「有左列各款情形之一時，不得為抵銷：一、破產債權人，在破產宣告後，對於破產財團負債務者。二、破產人之債務人，在破產宣告後，對於破產人取得債權或取得他人之破產債權者。三、破產人之債務人，已知其停止支付或聲請破產後而取得債權者，但其取得係基於法定原因或基於其知悉以前所生之原因

者，不在此限。而「抵銷使破產財團減少，於他破產債權人有害，故破產法有關抵銷之規定，限於破產債權人主張抵銷時，始有其適用。破產人及破產管理人均不得主動主張抵銷。此與民法第334條規定之抵銷，雙方皆得相互主張抵銷者不同。」（最高法院103年度台上字第1995號判決意旨）。查被上訴人為翔禾鑫公司之破產管理人，於本件主張翔禾鑫公司尚可請求上訴人給付剩餘工程款4847萬9646元、返還不當得利1147萬7923元，上訴人為破產人之債務人，在系爭契約終止時即對翔禾鑫公司有上開逾期違約金債權3334萬4488元，業如前述，斯時翔禾鑫公司尚未破產，該違約金債權並非上訴人在翔禾鑫公司破產宣告後始對破產人取得之債權，揆諸破產法第114條第2款規定之反面意旨，不在破產法禁止抵銷之列。依此，上訴人抗辯其對翔禾鑫公司之逾期違約金債權，可與本件被上訴人請求有理由之部分抵銷等語，尚屬有據。經以上訴人對翔禾鑫公司之逾期違約金債權3334萬4488元，與上開被上訴人得請求上訴人給付之4847萬9646元、1147萬7923元抵銷後，被上訴人尚請求上訴人給付2661萬3081元（計算式：48,479,646 + 11,477,923 - 33,344,488 = 26,613,081）部分，為有理由。被上訴人逾此範圍之主張，為無理由。

（二）末按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。前項催告定有期限者，債務人自期限屆滿時起負遲延責任；又遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%，民法第229條第2項、第3項、第233條第1項、第203條分別定有明文。本件被上訴人所提民事爭點整理狀繕本已於103年6月3日送達上訴人，有原審送達證書可參（見原審卷一第317頁），上訴人收受後並未清償，則被上訴人主張上訴人應加付自上開書狀繕本送達翌日即103年6月4日起算之法定遲延利息等語，亦屬有據。

01 (三)從而，被上訴人依上開規定，請求上訴人應給付剩餘工程款
02 2661萬3081元，及自103年6月4日起至清償日止，按週年利
03 率5%計算之利息部分，應屬有據。

04 八、綜上所述，被上訴人依翔禾鑫公司與上訴人間承攬契約關
05 係，求為判令上訴人給付被上訴人2661萬3081元，及自103
06 年6月4日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息部分，
07 為有理由，應予准許。其逾此部分之請求，為無理由，不應
08 准許。原審就上開不應准許部分，判決上訴人敗訴，尚有未
09 洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有
10 理由，應由本院於廢棄後改判如主文第2項所示。至於上開
11 應予准許部分，原審判決上訴人敗訴，並依聲請為准免假執
12 行之宣告，並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求
13 予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。另被上訴人擴張之訴
14 依民法第179條規定請求上訴人給付173萬6701元本息，為無
15 理由，應予駁回，其假執行聲請失所附麗，應併駁回之。

16 九、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
17 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
18 逐一論列，併此敘明。

19 參、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部為無理由，被上訴
20 人擴張之訴為無理由，爰判決如主文。

21 中 華 民 國 111 年 6 月 28 日
22 工程法庭

23 審判長法 官 李媛媛

24 法 官 呂綺珍

25 法 官 胡芷瑜

26 正本係照原本作成。

27 如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其
28 未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀
29 (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
30 有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資
31 格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466 條之1第1項但

書或第2項所定關係之釋明文書影本。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 28 日

書記官 莊智凱

附表

編號	詳細價目表、單價分析表項次	二次變更設計後棄土數量增減情形
1	壹.一.2.(16)廢土方運棄(含棄土證) 18456m ³	棄土數量增加為18,464m ³ 。
2	壹.一.2.(7)基樁120 cm ϕ L=16m(入岩3m): 27支*22 m ³ /支=594 m ³	
3	壹.一.2.(8)基樁100cm ϕ L=16 m(入岩3m)):4支*15m ³ /支=60m ³	
4	壹.一.2.(9)基樁60cm ϕ L=16 m(入岩3m) :28支*5.3m ³ /支=148.4 m ³	
5	壹.一.12.(15)排水暗溝40*40cm(含區內連接 水溝):0.5 m ³ /m*84.5m=42.25 m ³	
6	壹.一.12.(16)排水暗溝40*60cm:0.6 m ³ /m*422m=253.2 m ³	
7	壹.一.12.(18)陰井及鍍鋅格柵板40*40cm: 19處*0.6m ³ /處=11.4m ³	
8	壹.一.12.(19)陰井及鍍鋅格柵板50*50cm: 14處*1.03 m ³ /處=14.42 m ³	此項次棄土數量刪除
9	壹.一.12.(17)新設圍牆排水溝共構H= 200cm:1.7m ³ /m*341 m=579.7m ³	
10		壹.一.12.(22)排水箱涵改道之棄 土數量追加253 m ³
11		壹.一.2.(46).9廢土方運棄(含 棄土證)(圍牆)之棄土數量追 加1163.83m ³