

臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度建上字第47號

上訴人 苗栗縣通霄鎮公所

法定代理人 陳漢志

訴訟代理人 張瑋好律師

複代理人 邱智偉律師

複代理人 林恩瑋律師

被上訴人 荃威營造有限公司

法定代理人 洪春玉

訴訟代理人 林雅儒律師

上列當事人間給付工程款等事件，上訴人對於民國108年5月31日臺灣苗栗地方法院108年度建字第5號第一審判決提起上訴，本院於109年6月23日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於命上訴人給付逾新臺幣44萬3,523元本息，及該部分假執行之宣告，暨除減縮部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。其餘上訴駁回。

第一審（除減縮部分外）、第二審訴訟費用由上訴人負擔十分之三，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

一、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意不得為之。但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，此觀民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第3款規定自明。本件被上訴人於原審起訴請求上訴人應給付被上訴人新臺幣（下同）163萬9,818元本息，嗣於本院審理中減縮為請求上訴人應給付被上訴人139萬1,155元本息（見本院卷二第176頁），核與上開規定並無不合，應予准許。

二、按當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：六、如不許其提出顯失公平者。民事訴訟法第447條第1項第3款定有明文。又民事訴訟法第280條第1項之

規定，係指當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時，消極的不表示意見，法律擬制其為自認而言，此與同法第279條第1項所定自認，必須當事人對於他造主張之事實，積極的表示承認之情形有別，兩者在法律上之效果亦不相同。前者本無自認行為，不生撤銷自認之問題，依同法第196條規定，應許當事人於言詞辯論終結前，隨時為追復爭執之陳述，此項追復依同法第447條第2項規定，至第二審程序，仍得為之（最高法院71年台上字第3516號民事判決意旨參照）。查上訴人上訴後於本院提出以下之答辯（詳見下述），並釋明原審以擬制自認為由，以被上訴人所主張之事實作成判決，惟本件疑點甚多，若不許上訴人提出，對上訴人顯失公平，並影響上訴人之權益甚鉅，應許上訴人於上訴程序補充提出攻擊防禦方法暨為追復爭執陳述之機會等語。被上訴人雖表示不同意，惟本院稽以本件屬公共工程契約履約爭議事件，兩造爭議甚大，被上訴人已曾就兩造履約爭議，向行政院公共工程委員會（下稱公共工程委員會）提出申訴，經公共工程委員會於民國107年9月7日以該會訴00000000號採購申訴審議判斷書駁回其申訴，被上訴人不服，復向臺中高等行政法院提起行政訴訟，經該院107年度訴字第347號於108年4月11日辯論終結，於108年4月25日判決駁回被上訴人之訴（下稱行政法院另案判決）。而原審僅於108年4月17日進行唯一1次言詞辯論程序，即行辯論終結定期宣判，且上訴人於該日已為答辯聲明請求駁回被上訴人之訴，原審逕認上訴人未具體答辯應視同自認，而以視同自認為基礎，判准被上訴人全部請求，顯未給予上訴人充分答辯陳述之機會，且上訴人之主張，確經行政法院另案判決肯認，並非顯無理由，當認本件如不許上訴人於本院補充提出攻擊防禦方法暨為追復爭執陳述之機會，顯失公平，揆諸前開規定及說明，自應許上訴人提出，合先敘明。

乙、實體方面：

壹、被上訴人主張：

01 一、上訴人於106年6月26日公告招標「圳頭社區（里）活動中心
02 興建工程」（下稱系爭工程），而由被上訴人於106年7月5
03 日以總工程款880萬元得標，兩造於106年7月25日簽訂工程
04 採購契約書（下稱系爭工程契約），由被上訴人承攬系爭工
05 程。依系爭工程契約第7條第1項第1款約定，系爭工程應於
06 決標日起15日內開工，被上訴人依約於106年7月19日申報開
07 工，然因系爭工程拆除執照、建築執照及五大管線均尚未核
08 准，被上訴人於開工當日即申請停工，並經上訴人同意（下
09 稱第一階段停工）。嗣被上訴人於106年8月14日接獲監造單
10 位張薰和建築師事務所通知因拆除執照已核准，要求被上訴
11 人復工，被上訴人乃於106年8月17日復工，是自106年7月19
12 日起至同年8月16日止，第一階段停工期間共計29日。

13 二、被上訴人於106年8月17日復工後，即進場施作拆除工程，嗣
14 於106年8月23日因原有建築物及地坪已拆除及清除運棄完成
15 ，且現地亦已整平，現場可施作之工項皆已施作完成，其後
16 續工項需待建築執照及五大管線許可後方可施工，現場已無
17 其他可施作工項，被上訴人乃申請自106年8月23日起停工，
18 並經上訴人同意（下稱第二階段停工）。嗣被上訴人於106
19 年11月1日接獲監造單位張薰和建築師事務所通知系爭工程
20 業經苗栗縣政府核發建造執照，請被上訴人復工，然因系爭
21 工程五大管線審核資料尚未核准，依一般行政程序仍不可開
22 挖，否則被上訴人將遭處罰鍰，被上訴人乃於106年11月1日
23 函覆監造單位及上訴人，請求准予至五大管線核准及變更設
24 計完成後再行復工，經上訴人審查後同意俟相關作業完成再
25 行通知被上訴人復工。其後，上訴人再於106年11月23日發
26 函通知被上訴人建造執照已核准，且四大管線申辦已於106
27 年11月17日取得，再次請被上訴人復工，然斯時因建照圖說
28 與上訴人交付被上訴人之合約圖說有部分不符，尚未完成變
29 更設計程序，是被上訴人於106年11月27日函覆，請求上訴
30 人准予至變更設計及議價程序完成後再行復工，上訴人亦同
31 意被上訴人所請，未再要求被上訴人復工，並接續辦理變更

設計及議價程序。嗣兩造於106年12月21日議價不成，亦無法達成變更契約之協議，上訴人遂於107年2月5日召開工程協商會議（下稱系爭會議），上訴人於系爭會議中指示「本案基礎部分及其他無涉及變更設計部分，請被上訴人於本年度農曆春節後1週內辦理復工並進場施作」。惟因上訴人決定將變更設計部分另行發包予其他廠商施作，所涉及之工程介面及日後請領消防執照、使用執照爭議，並將影響被上訴人請款時程，被上訴人為維權益，乃於107年2月13日發函請上訴人協議終止契約，然上訴人仍於107年2月26日函覆請求被上訴人依系爭會議結論指示於107年2月27日前辦理復工，並表示將於107年2月27日起開始計算工期。是自106年8月23日起至107年2月26日止，第二階段停工期間共計188日。從而，上述第一階段及第二階段停工期間累計已達217天（計算式： $29+188=217$ ）。

三、系爭工程自被上訴人申報開工後，因上訴人應辦理之建築執照、五大管線事項尚未辦妥及上訴人辦理圖說變更設計等可歸責於上訴人之事由，致兩階段停工時間累計已達217天，已逾6個月，被上訴人業於107年3月1日以荃字第107030101號函，依系爭工程契約第21條第10項第3款（系爭工程契約記載為條、款、目，本院使用條、項、款之用語，下同）約定向上訴人表示終止系爭工程契約。則系爭工程契約既經被上訴人合法終止，被上訴人自得依系爭工程契約第3條第2項約定請求上訴人辦理工程結算，依被上訴人實際施作完成之工作項目及數量給付報酬44萬3,523元（詳如附表荃威公司主張請求金額欄），並依系爭工程契約第21條第10項第3款約定，向上訴人請求賠償因契約終止所生之開工前之動土祭祀費用4萬2,632元、推土費用2萬5,000元，二者合計6萬7,632元之損害（下稱開工前支出之動土祭祀等費用）；另依系爭工程契約第14條第1項、第2項前段約定請求返還履約保證金88萬元。以上，上訴人總計應給付被上訴人139萬1,155元（計算式： $44萬3,523元+6萬7,632元+88萬元=139萬1,155元$ ）。

5元)。為此，爰依兩造間系爭工程契約之法律關係請求上訴人給付上開金額。並聲明：1.上訴人應給付被上訴人139萬1,155元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。2.並願供擔保，請准宣告假執行。

貳、上訴人答辯：

一、對於被上訴人主張兩造簽立系爭工程契約，及期間有第一階段停工、第二階段停工固不爭執。惟該二次停工（或稱暫停執行期間，下同）累計之期間，並非被上訴人主張之217天。被上訴人主張之106年12月22日至107年2月26日，並未經上訴人同意，不應計入停工日數，蓋兩造於106年12月21日進行議價未果，其議價程序即屬完成，因此停工責任自上開議價日完成後即不再由上訴人承擔，雖上訴人曾以107年2月26日通鎮建字第1070002651號函請被上訴人「依據107年2月5日協商會議結論，貴公司應於本年度農曆春節後1週內（107年2月27日前）辦理復工，據此，本工程將於107年2月27日起開始計算工期，請貴公司儘速進場施作」，然此僅為若被上訴人同意於107年2月27日前辦理復工，上訴人同意予以重新計算被上訴人施工工期之要約意思表示而已，被上訴人既未同意復工，兩造重新計算工期之條件即無從成就。故系爭工程第一、二階段停工累計期間並未達到6個月即180天，被上訴人據此終止系爭工程契約，並不合法，此情亦與公共工程委員會訴0000000號採購申訴審議判斷、行政法院另案判決之認定相同。再依系爭工程契約第7條第1項第2款約定，系爭工程契約所定之日（天）數，應以工作天計算，而非以日曆天計算，被上訴人逕以日曆天計算停工期間，與上開約定不符，是縱依被上訴人主張之停工期間，依工作天計算亦僅140餘天，並未逾180天，被上訴人主張終止系爭工程契約，自不合法。

二、因兩造106年12月21日議價程序結束後，被上訴人仍不復工，上訴人曾先後於同年2月26日、3月8日及3月21日函催被上訴人復工未果，上訴人遂於同年3月29日函知被上訴人，依

01 系爭工程合約第21條第1項第5款、第8款及第11款約定終止
02 契約，故系爭工程合約，應係經上訴人以上開函文於106年3
03 月29日合法終止。故本件被上訴人終止系爭工程契約，既不
04 合法，則其以系爭工程契約經其合法終止，屬不可歸責於被
05 上訴人之事由，請求上訴人返還履約保證金88萬元、及給付
06 開工前支出之動土祭祀等費用6萬7,632元，並無理由。

07 三、上訴人雖同意就被上訴人已施作完成之工程項目給付工程款
08 項，惟被上訴人已施作之工程項目經其結算，金額應如附表
09 通霄鎮公所主張結算金額欄所示共計40萬8,209元，並非被
10 上訴人主張之44萬3,523元，是被上訴人請求逾上訴人同意
11 之金額部分，亦無理由。

12 參、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服提起上訴。兩造聲明
13 如下：

14 一、上訴人上訴聲明：(一)、原判決廢棄。(二)、上開廢棄部分，被
15 上訴人在第一審之訴駁回。

16 二、被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

17 肆、本件經會同兩造進行爭點整理及協議簡化爭點，結果如下（
18 見本院卷一第298-301頁，本院卷二第178頁，本院依判決格
19 式調整文字）：

20 一、兩造不爭執事項：

21 (一)、上訴人於106年6月26日公開招標系爭工程，由被上訴人於10
22 6年7月5日以總工程款880萬元得標，兩造復於106年7月25日
23 簽訂系爭工程契約，由被上訴人承攬系爭工程。

24 (二)、被上訴人於開工當日即106年7月19日以荃字第106071902號
25 函申請停工，並經上訴人於106年7月27日以通鎮建字第1060
26 010630號函復同意同意（第一階段停工）。嗣後系爭工程之
27 監造單位於106年8月14日通知被上訴人儘速復工，被上訴人
28 於106年8月16日以荃字第106081602號函覆定於106年8月17
29 日復工，上訴人於106年8月17日以通鎮建字第1060012146號
30 函准予被上訴人復工。自106年7月19日起至同年8月16日止
31 ，第一階段停工期間共計29日。

01 (三)、被上訴人於106年8月17日復工後，即進場施作拆除工程，嗣
02 於106年8月23日因原有建築物及地坪已拆除及清除運棄完成
03 ，且現地亦已整平，現場可施作之工項皆已施作完成，其後
04 續工項需待建築執照及五大管線許可後方可施工，現場已無
05 其他可施作工項，被上訴人乃於同日以荃字第10608230 1號
06 函申請自106年8月23日起再次停工，並經上訴人於106年8月
07 28日以通鎮建字第1060012535號函同意核備（下稱第二階段
08 停工）。

09 (四)、上訴人於106年10月27日以通鎮建字第1060016005號函通知
10 監造單位函請被上訴人儘速復工，監造單位於106年11月1日
11 函通知被上訴人儘速復工，被上訴人於106年11月1日同日以
12 荃字第106110101號函，請求准予至五大管線核准及變更設
13 計完成後再行復工，上訴人於106年11月17日以通鎮建字第
14 1060016258號函覆原則同意俟管線申辦核准及變更設計完成
15 再行復工。上訴人嗣於106年11月23日以通鎮建字第1060017
16 230號函通知業於106年11月17日取得四大管線申辦，請被上
17 訴人盡速申報復工，被上訴人則於106年11月27日以荃字第
18 106112701號函覆，請求上訴人准予至變更設計及議價程序
19 完成後再行復工，上訴人亦同意，並接續辦理變更設計及議
20 價程序。嗣兩造於106年12月21日議價不成，亦無法達成變
21 更系爭工程契約之協議。

22 (五)、上訴人於107年2月5日召開工程協商會議（系爭會議），上
23 訴人於系爭會議中指示「本案基礎部分及其他無涉及變更設
24 計部分，請被上訴人於本年度農曆春節後1週內辦理復工並
25 進場施作」。被上訴人於107年2月13日以荃字第107021301
26 號函向上訴人終止契約，然上訴人於107年2月26日以通鎮建
27 字第1070002651號函覆被上訴人，依系爭會議結論指示於10
28 7年2月27日前辦理復工，並表示將於107年2月27日起開始計
29 算工期。

30 (六)、上訴人主張自106年8月23日起至106年12月21日止，系爭工
31 程第二階段停工共計118日，累計停工期間並未達6個月。，

上開事實並經公共工程委員會採購申訴審議判斷書訴000000
0號，及行政法院另案判決採認確定（但被上訴人主張第二
階段停工日數應為188天）。

(七)、106年12月21日議價程序結束後，被上訴人未予復工，被上
訴人並先後於107年1月30日以荃字第107013001號函、107年
2月13日以荃字第107021301號函，請上訴人協議終止契約，
上訴人未同意，並於107年2月26日以通鎮建字第1070002651
號函、107年3月8日以通鎮建字第1070003796號函、107年3
月21日以通鎮建字第1070004227號函，三度函催被上訴人應
儘速復工。惟被上訴人未予復工，上訴人遂於107年3月29日
以通鎮建字第1070004966號函，通知被上訴人依系爭工程契
約第21條第1項第5款、第8款及第11款約定，終止系爭工程
契約。被上訴人則於107年3月1日以荃字第107030101號函向
上訴人終止系爭工程契約。

(八)、被上訴人主張終止合約如有理由，上訴人對於被上訴人得請
求開工前支出之動土祭祀等費用共計6萬7,632元不爭執。

(九)、被上訴人主張終止合約如有理由，上訴人對於被上訴人得請
求發還履約保證金88萬元不爭執。

(十)、兩造所提證物形式上均為真正。

二、兩造爭執事項：

(一)、上訴人於二審提出新的攻擊防禦方法是否符合民事訴訟法第
447條第1項第6款如不許提出顯失公平而應准許提出？

(二)、系爭工程暫停執行期間累計是否逾6個月，亦即106年12月22
日至107年2月26日是否屬暫停執行期間而應計入停工日數？

(三)、被上訴人主張依據系爭工程合約第21條第10項第3款約定終
止契約；上訴人主張依據系爭工程合約第21條第1項第5款、
第8款及第11款約定終止契約，何者有理由？

(四)、被上訴人請求上訴人給付終止契約前已施作完成之款項計44
萬3,523元，是否有理由？

(五)、被上訴人請求上訴人給付：1.開工前支出之動土祭祀等費用
共計6萬7,632元，2.返還履約保證金88萬元，是否有理由？

01 伍、本院得心證之理由：

02 一、系爭工程暫停執行期間累計並未逾6個月，被上訴人主張依
03 據系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定終止系爭工程
04 契約，並無理由：

05 (一)、系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定：暫停執行期間
06 累計逾6個月者，廠商得通知機關終止或解除部分或全部契
07 約，並得向機關請求賠償因契約終止或解除而生之損害。被
08 上訴人主張系爭工程第一階段及第二階段停工期間累計已達
09 217天（計算式： $29+188=217$ ），故其得依上開約定，終
10 止系爭工程契約等語。上訴人則以上開停工累計期間，並未
11 逾6個月，被上訴人不得依上開約定終止系爭工程契約等語
12 置辯。

13 (二)、經查：

14 1.按月或年非連續計算者，每月為30日，每年為365日，民法
15 第123條第2項定有明文。則系爭工程合約第21條第10項第3
16 款前段約定之「暫停執行期間累計逾6個月者」，該6個月應
17 為180日（即 $6\text{月}\times 30\text{日}=180\text{日}$ ），此亦為兩造所不爭執，
18 當信屬實。

19 2.被上訴人雖主張系爭工程第一階段停工，自106年7月19日起
20 至同年8月16日止共計29日；第二階段停工自106年8月23日
21 起至107年2月26日止共計188日，故而第一階段停工及第二
22 階段停工期間累計已達217天（計算式： $29+188=217$ ），
23 已逾6個月180天，故其得依系爭工程合約第21條第10項第3
24 款前段約定終止系爭工程契約等語。惟按系爭工程契約第7
25 條履約期限第1項第2款約定：本契約所稱日（天）數，除已
26 明定為日曆天或工作天者外，以工作天計算。……（2）以
27 工作天計算者，下列放假日，均應不記入：①星期六（補行
28 上班日除外）及星期日。但與②至⑤放假日相互重疊者，不
29 得重複計算。②依「紀念日及節日實施辦法」規定放假之紀
30 念日、節日及其補假。③軍人節（9月3日）之放假及補假（
31 依國防部規定，但以國軍之工程為限）。④行政院人事行政

總處公布之調整放假日。⑤全國性選舉投票日及行政院所屬中央各業務機關公告放假者，有系爭工程契約在卷可按（見原審卷第42頁）。是由該約定可知，兩造對於系爭工程契約有關之日（天）數計算，既已明文約定以工作天計算，而非日曆天，當無捨契約文義而另行解釋採日曆天計算之餘地。雖被上訴人主張上開系爭工程契約第7條履約期限之約定，與系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定暫停執行期間之計算二者有間，上開暫停執行期間之計算，應以日曆天計算云云，然其主張業經上訴人否認，且核與上開系爭工程契約第7條約定不符，洵無可採。又雖上訴人曾自陳系爭工程第一階段停工，自106年7月19日起至同年8月16日止，共計29日（按此為按日曆天計算），第二階段停工計算自106年8月23日起至106年12月21日止共計118日（按此為按日曆天計算），並經兩造列為不爭執事項。惟本院稽以上訴人雖曾為上開表示，然尚難因此即認其業已自認上開暫停執行期間之計算，應以日曆天計算，而非工作天計算；且縱認此係自認，上訴人事後已表示暫停執行期間之計算，依系爭工程契約第7條第1項第2款約定，應以工作天而非日曆天計算，揆諸上開約定及說明，亦應認其業已證明其先前陳述第一、二階段停工為29日、118日確與事實不符，而得撤銷自認，故被上訴人以兩造曾將第一、二階段停工29日、118日列為兩造不爭執事項為由，主張上開暫停執行期間之計算，應以日曆天計算云云，亦無可採。

3. 基上，本件姑且不論兩造對於106年12月22日至107年2月26日（按日曆天計算共計67天，按工作天計算為42天）是否屬暫停執行期間而應計入停工日數已有爭執。縱如被上訴人所述上開期間亦屬停工期間，依上訴人提出之工期統計表（見本院卷一第259頁），以被上訴人主張之停工期間之工作天計算，第一階段停工應為21天（按日曆天計算為29天）、第二階段停工應為127天（按日曆天計算為188天），二者合計應為148天（ $21+127=148$ ），並未逾系爭工程合約第21條

第10項第3款前段約定之暫停執行期間累計逾6個月即180天，則被上訴人依該約定主張終止系爭工程契約，自難認有理由。另依上開說明可知，本件縱如被上訴人所述106年12月22日至107年2月26日，亦屬停工期間，被上訴人亦無從依系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定，終止系爭工程契約，則兩造有關上開期間是否亦屬停工期間之爭點，即無贅予審究之必要，附此敘明。

二、上訴人依據系爭工程合約第21條第1項第5款、第8款及第11款約定終止系爭工程契約，應認有理由：

(一)、按廠商履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除契約之部分或全部，且不補償廠商因此所生之損失：……5.因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。……8.無正當理由而不履行契約者。……11.廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知次日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未自動改正者，系爭工程契約第21條第1項第5款、第8款、第11款分別定有明文，此有系爭工程契約在卷可稽（見原審卷第67頁）。又兩造於106年12月21日議價程序結束後，被上訴人未予復工，被上訴人先後於107年1月30日以荃字第107013001號函、107年2月13日以荃字第107021301號函，請上訴人協議終止契約，上訴人未同意，並於107年2月26日以通鎮建字第1070002651號函、107年3月8日以通鎮建字第1070003796號函、107年3月21日以通鎮建字第1070004227號函，三度函催被上訴人應儘速復工，惟被上訴人未予復工，上訴人遂於107年3月29日以通鎮建字第1070004966號函，通知被上訴人依系爭工程契約第21條第1項第5款、第8款及第11款約定，終止系爭工程契約乙節，為兩造所不爭執（見兩造不爭執事項(七)），當信屬實。

(二)、查被上訴人主張依據系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定終止系爭工程契約，並無理由，已據前述。則被上訴人於107年3月1日以荃字第107030101號函，依上開約定主張終止系爭工程契約既無理由，且其亦確未依上訴人上開函文履

約，當已符合系爭工程契約第21條第1項第5款、第8款、第11款約定之事由，故而，上訴人於107年3月29日以通鎮建字第1070004966號函，依上開約定，通知被上訴人終止系爭工程契約，即應認有理由。

三、被上訴人請求上訴人給付終止契約前已施作完成之工程款項計44萬3,523元，為有理由：

(一)、被上訴人主張其於終止系爭工程契約前，已施作完成之工程項目金額，上訴人應依系爭工程契約第3條約定核實計給，其金額應如附表荃威公司主張請求金額欄所示共計44萬3,523元。上訴人對於被上訴人得請求已施作完成之工程項目款項並不爭執（見本院卷二第177頁），惟辯稱系爭工程經其結算，金額應如附表通霄鎮公所主張結算金額欄所示共計40萬8,209元，並非被上訴人主張之上開金額。查除附表編號3、4、11外，上訴人對於被上訴人請求之附表所示其餘編號金額並不爭執，則被上訴人請求上訴人給付上開不爭執編號項目之金額，即可採認。

(二)、茲就兩造爭執之附表編號3、4、11項目，分述如下：

1. 關於附表編號3安全圍籬（含止水墩）部分：查此項目之單價為1,454元/公尺，兩造並不爭執。上訴人雖主張被上訴人固然實際施作53.9公尺，惟此項目依系爭工程估價單之契約數量為50.54公尺（見原審卷第87頁），仍應以50.54公尺計價；且依工期統計表所示，被上訴人於106年7月19日開工至107年2月26日為止，以工作天計算之工期日共計為153天，占總工期240天之比例為63.75%（計算式： $153/240=63.75\%$ ），故依此計算之金額應為4萬6,847元（計算式： $1,454 \times 50.54 \times 63.75\% = 46,847$ ，元以下四捨五入，下同）。惟上訴人上開主張，核與系爭工程契約第3條第2項約定「契約價金之給付，依實際施作或供應之項目及數量結算」顯然不符，當無可採。亦即此項目依上開約定，當以上開單價及實際施作53.9公尺計價，其金額應以被上訴人主張之7萬8,371元（計算式： $1,454 \times 53.9 = 78,371$ ），為可採認。

2. 關於附表編號4安全大門部分：查此項目被上訴人施作1樁，單價為5,815元乙節，兩造並不爭執。上訴人雖主張此項目，亦應以工期日153天占總工期240天之比例63.75%計價，故依此計算之金額應為3,707元（計算式：5,815×63.75%=3,707）。惟上訴人上開主張，亦核與系爭工程契約第3條第2項約定「契約價金之給付，依實際施作或供應之項目及數量結算」顯然不符，自無可採。亦即本件依上開約定，應以被上訴人主張之5,815元，為可採認。

3. 關於附表編號11營業稅金（1-9項5%）部分：查兩造關於此項目之差異，僅在於因兩造就附表編號1-9項加總金額之不同而有差異。而除上開附表編號3、4、11項目外，上訴人對於附表其餘編號項目被上訴人主張之金額並不爭執；又上開附表編號3、4項目之金額，應以被上訴人主張之金額為可採信，已據前述。準此，此項目之金額，自應以被上訴人主張之附表編號1-9項之5%即2萬1,111元，為可採認。

(三)、基上，上訴人辯稱被上訴人得請求上訴人給付終止契約前已施作完成之工程款項，僅為如附表通霄鎮公所主張結算金額欄所示共計40萬8,209元云云，並無可採。亦即，本件被上訴人得請求上訴人給付終止契約前已施作完成之款項，應如附表荃威公司主張請求金額欄所示，合計為44萬3,523元。

四、被上訴人請求上訴人給付：1. 開工前支出之動土祭祀等費用共計6萬7,632元，2. 返還履約保證金88萬元，並無理由：

(一)、關於1. 開工前支出之動土祭祀等費用共計6萬7,632元部分：被上訴人主張開工前動土祭祀支出費用4萬2,632元、開工前推土費用支出2萬5,000元，二者共計6萬7,632元，係其依上訴人106年9月21日召開開工動土典禮前置作業協調會會議紀錄決議指示內容辦理，屬於系爭工程支出之費用，是系爭工程契約既經其合法終止，其自得依系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定，請求上訴人賠償此部分費用支出之損害，與上訴人是否曾同意支付無涉等語。上訴人則否認被上訴人得請求此部分金額。經查，被上訴人上開主張，固據其提

出系爭會議紀錄為證（見本院卷一第389-393頁），然依上開會議紀錄之記載，並無從得知上訴人曾同意支付被上訴人此項目之支出金額。雖被上訴人主張本件如果合約有履行完成，此部分其可以從工程款裡面吸收，但本件因為終止契約，故此部分無法從工程款裡面吸收，應屬被上訴人所受損害（見本院卷二第180頁），故其應可請求上訴人賠償此部分費用支出之損害云云。然被上訴人上開主張，乃以其依系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定，終止系爭工程契約有理由為前提，而本件不符系爭工程合約第21條第10項第3款前段約定，被上訴人尚不得依該約定合法終止系爭工程契約，業經本院認定如前。則被上訴人以上開事由，請求上訴人給付此部分共計6萬7,632元之開工前動土祭祀等支出費用損害，自屬無據。

(二)、關於2.返還履約保證金88萬元部分：

被上訴人主張其已依系爭工程投標須知第39條約定，繳納履約保證金88萬元乙節，為被上訴人所不爭執，堪信屬實。被上訴人主張系爭工程契約第14條第1項約定：履約保證金於履約驗收合格後且無待解決事項後30日內發還。及同條第2項前段約定：因不可歸責於廠商之事由，致全部終止或解除契約，或暫停履約逾6個月者，履約保證金應提前發還，則系爭工程契約既經其於107年3月1日合法終止；且經驗收合格，其自得依上開約定，請求發還履約保證金88萬元等語。惟上訴人已否認之。經查，被上訴人終止系爭工程契約並不合法；反之，上訴人終止系爭工程契約則屬合法，業經本院認定如前。則被上訴人以系爭工程契約經其合法終止為由，請求上訴人返還履約保證金88萬元，即屬無據。又按廠商所繳納之履約保證金及其孳息得部分或全部不予發還之情形：……4.因可歸責於廠商之事由，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。契約經依第1款規定或因可歸責於廠商之事由致終止或解除者，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。系爭工程契約第14條第3項第4款、第21條第4項前段分別定有明文。本件既係因可歸責於被上訴人之事由，經上訴人合法終止系爭工程契約全部，則上訴人辯稱依上開約定，其得不予發還履約保證金88萬元，即可採信。故而，被上訴人以上開事由，請求上訴人返還履約保證金88萬元，亦屬無據。

五、綜上所述，本件被上訴人依系爭工程契約之法律關係，請求上訴人給付44萬3,523元，及自起訴狀繕本送達翌日即108年4月2日起（見原審卷第169頁）至清償日止，按年息百分之5計算之利息部分，洵屬有據，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。從而原審就超過上開應予准許部分，為上訴人敗訴之判決，自有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至於上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴人仍執陳詞，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

陸、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。

柒、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，爰判決如主文。

中	華	民	國	109	年	7	月	14	日
			工	程	法	庭	審	判	長
							法	官	張
							法	官	瑞
							法	官	蘭
							法	官	林
							法	官	孟
							法	官	和
							法	官	洪
							法	官	堯
							法	官	讚

正本係照原本作成。

兩造均不得上訴。

書記官 賴玉芬

中 華 民 國 109 年 7 月 14 日

附表：兩造主張金額差異對照表（金額單位新臺幣元）

