臺灣高等法院臺南分院民事判決

107年度建上字第14號

上　訴　人　朋億股份有限公司
法定代理人　梁進利
訴訟代理人　謝佳伯律師
複 代理 人　黃雅玲律師
被 上訴 人　欣瀛科技股份有限公司即致圓方正科技股份有限公司
法定代理人　劉致緯
訴訟代理人　洪嘉祥律師

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107年5月7日臺灣臺南地方法院第一審判決（105年度訴字第1727號）提起上訴，本院於108年1月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於⑴駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用部分均廢棄。⑵命上訴人給付部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用部分均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣壹佰零壹萬參仟柒佰陸拾捌元，及自民國105年3月20日起，至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

上開廢棄部分⑵，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。

廢棄部分第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔，上訴駁回部分，第二審訴訟費用，由上訴人負擔。

本判決所命給付部分，於上訴人以新臺幣參拾參萬捌仟元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣壹佰零壹萬參仟柒佰陸拾捌元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

一、上訴人主張：伊於民國（下同）104年12月28日，承攬被上訴人之「去除白煙工程」（下稱系爭工程）並簽訂系爭契約，約定承攬總價為新台幣（下同）337萬9227元(含稅)，完

工暨試車期限為105年1月29日。此工程主要係在被上訴人欣瀛公司之廠房的燒結窯與排放廢氣的煙囪間安裝加熱系統（由再熱器、加熱箱體、風管及配電、儀控系統組成），廢氣於排放前先經高溫加熱，便能去除水蒸氣於冷凝作用所形成之白煙。伊即按被上訴人之需求，設計加熱系統中配置一除水器設備，並搭配品牌為Maxion、型號為6" series C（gas）之天然氣加熱再熱器（下稱Maxion加熱再熱器）。嗣因被上訴人指示不要裝設除水器，故伊隨即於104年12月30日將改用加熱功率更大之德國品牌ELCO EK EVO 6之燃燒器（下稱ELCO燃燒器）之品牌、規格及加熱箱體之尺寸等資料，以面交方式提送被上訴人審查，被上訴人於104年12月31日就送審資料缺失進行會議，及於105年1月7日進行安裝前會議，均未就ELCO燃燒器之品牌、規格及加熱箱體之尺寸表示反對。伊於105年1月14日以電子郵件將製作完成之ELCO燃燒器照片寄給被上訴人確認後，始自105年1月22日至28日開始施工。然被上訴人突於105年1月29日會議上，主張燃燒器、加熱箱體規格與契約不符，要求上訴人拆除，並要使煙道（風管）及既有電盤能正常運作。伊迫於無奈，乃將燃燒爐頭及控制相關配件拆除後放置現場，箱體、風管則保留未拆除。伊已將配電盤等設備製作完成運送進到現場，因被上訴人拒絕，致無法完成安裝。伊多次派人至系爭工程現場請求進場施工及試車，均遭拒絕。嗣被上訴人於105年3月8日以存證信函表示終止系爭契約，伊則於同月11日以存證信函催告被上訴人依系爭契約給付第一期30%預付款及第二期50%完工款，共計270萬3382元。先位主張被上訴人以不正當之行為故意阻止伊進場施工乃至後續之驗收，應類推適用民法第101條之規定，視為系爭工程之全部工程款之清償期均已屆至。備位主張因被上訴人片面終止契約且拒絕伊進場施工，導致系爭工程未能全部完工，依系爭契約履約條款第8.8條第2項、民法第512條第2項及第101條第1項規定，請求被上訴人給付全部工程款337萬9227元。另伊並無債務不履行，被上訴

人不得依系爭契約第8.6條之規定，沒收第三人合作金庫商業銀行股份有限公司（下稱合庫銀行）給付履約保證金101萬3768元，伊自得依民法第179條規定，請求被上訴人返還履約保證金。對被上訴人之反訴，因加熱器之品牌及規格、加熱箱體尺寸已經兩造合意變更，而加熱箱體之尺寸亦合於工地現場尺寸，經鑑定結果認已100%完成安裝，伊並無違約。再者，依105年1月29日之工程進度已接近完工，相關設備均已運抵現場等待安裝，伊原本可於7日內完工，被上訴人卻未予伊7日改善期間，故被上訴人終止契約，顯不合於系爭契約第8.6條第1項之規定。被上訴人將伊逐離工地，致伊未能繼續施工，實非可歸責伊。是被上訴人反訴之請求，並無理由等語置辯。原審就本訴部分駁回上訴人之請求；反訴部分命上訴人給付被上訴人96萬8000元本息。上訴人就其敗訴部分提起上訴。聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人439萬2995元，其中270萬3382元自105年3月20日起，其中168萬9613元自原審民事起訴狀繕本送達被上訴人翌日（105年10月29日）起，均至清償日，按年利率百分之5計算之利息。㈢被上訴人於第一審之反訴及其假執行之聲請均駁回。㈣上開第二項部分，上訴人願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：系爭契約履約條款第9.14條約定天然氣加熱再熱器廠牌為「Maxion」，且兩造未依系爭契約履約條款第3.2條、第3.6條規定，簽署契約變更書，不生工程變更之效力。且伊在105年1月26日當天拆開再熱器包裝後，即向上訴人表示吊品牌不符，並同時就該再熱器進行量測，亦發現與契約所訂規格尺寸殊異，故伊自無就ELCO燃燒器及加熱箱體尺寸有何默示同意可言。伊於105年1月29日以書面通知上訴人進行改善，經多次協調會後，上訴人仍無法依照合約規定繼續履行，伊為避免工程繼續延宕致生其他損害，及因應臺南市政府環保局之要求，為如期展延乙級廢棄物之處理許可申請，僅得依系爭契約履約條款第6.7條之約定，另行重新

發包，自非故意以不正當行為阻止條件成就或不成就，更無故意妨害、違反法令或違背正義之行為。依淡江大學工程法律研究發展中心105年8月29日鑑定報告第7頁第7及11行以下所稱，兩造約定之「SU S304箱體及保溫」約定之設備規格尺寸為：「2200mmL*1500 mmW*1500mmH」，然上訴人施作之箱體尺寸則為：「A.長(L):約3500mm。B.寬(W):約1600mm。C.高（H):約1700mm。」；第9頁之（2）所載，契約規定之燃燒爐頭及控制相關配件之廠牌和尺寸與現場勘驗實際設備明顯不同；系爭契約之風管工程材質約定為SUS304(即不銹鋼之一種）鋼施作，然上訴人所施作之風管僅第一段風管（長度48公分)之材質為SUS304不銹鋼，其餘第二段(長度65公分）及第三段風管（長度66公分）之部分，均非以SUS304不銹鋼片施作（鑑定報告第13頁）；況上訴人對於風管工程前後端之風量控制器（DAMPER)及鋼構平台根本未為施作（鑑定報告第14頁第2行所示），又配電工程及儀控工程等裡面細項設備，均係為配合Maxion加熱再熱器而來，而與上訴人片面所稱更改之設備根本無法相容，上訴人自無從請求工程款。基上，上訴人逕自變更再熱器之品牌或規格，又未依規定改正施工過程查驗缺失，甚至自105年1月30日（即兩造約定完工日之翌日）起算逾期違約金，迄至105年3月8日止，已達逾期違約金之上限天數40天，伊始寄發存證信函終止系爭契約，於隔日送達予上訴人，迄於同年3月16日始寄發存證信函予合庫銀行。故伊依系爭契約履約條款第8.6條沒收履約保證金，即屬有據，資為抗辯。且伊為繼續施工並自行採取措施改善瑕疵而另行發包之費用計96萬8000元，乃依系爭契約履約條款第6.7條、第8.8條第1項，反訴請求上訴人如數給付等語。答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保免為假執行。

三、兩造不爭執之事項：

㈠兩造於104年12月28日簽訂系爭契約，約定由上訴人承攬被上訴人之系爭工程，工程地點在臺南市○○區○○○路○段

○○號，承攬總價為337萬9227元（含稅）。

㈡系爭契約第7條規定：

1.本工程完工暨試車期限為105年1月29日（完成後上訴人需提送完工報告書，經被上訴人同意日為完工日。再由被上訴人通知上訴人試車，以通知到達上訴人之日為竣工日，並完成竣工測試驗收完成點交被上訴人）。

2.天災及不可抗力或其他非上訴人因素所造成之工期影響，上訴人應於事發後3日曆天內，以書面通知被上訴人，並向被上訴人提出其全部書面細節說明，由被上訴人同意後給予展延工期。

㈢系爭契約第8條規定：

1.本工程30%預付款（101萬3768元），上訴人須同時提出30%預付款金額之履約保證金（銀行本票）（現金匯款）。

2.上訴人安裝完成後需立即以完工報告書通知被上訴人支付貨款50%（168萬9614元）（月結30天）。

3.本工程試車完成（驗收合格並辦妥點交接管）支付20%尾款（67萬5845元）（月結30天）。

4.契約變更及其金額之給付，按本契約B履約條款第3節契約變更規定辦理。

㈣合庫銀行於105年1月19日，出具履約保證金連帶保證書，其上記載因上訴人承攬被上訴人之系爭工程，上訴人應繳納履約保證金101萬3768元，該履約保證金由合庫銀行開具該保證書負連帶保證責任。

㈤上訴人於105年1月6日，曾以電子郵件寄送系爭工程規劃書等件予被上訴人收受（原證2）。

㈥上訴人於105年1月14日，曾以電子郵件寄送系爭工程之再熱器製作完成照片予被上訴人收受。

㈦被上訴人於105年1月29日，以通知書通知上訴人，上訴人於105年2月1日收受該通知書。內容約略如下：依系爭契約A、契約主文第7條「本工程完工暨試車期限為105年1月29日」，上訴人迄今尚未完工，顯然已逾期違約，被上訴人依系

爭契約B、履約條款第5條第9項（即第5.9條）要求上訴人立即提出加速施工所需之趕工計畫。另現場加熱箱體經查與合約不符，被上訴人依B履約條款第6.6條第1項，通知上訴人進行改善。

㈧上訴人於105年1月29日，以書面提出改善承諾並通知被上訴人，內容約略如下：

1.上訴人執行系爭工程進度已延遲，被上訴人依系爭契約規定通知原告即反訴被告，並針對進度進行檢討。

2.上訴人承諾於1月31日前，至少將煙道及現有電盤（包括電源及2顆馬達）恢復至可以運作。

3.有關違約事項，被上訴人另以書面方式逕行通知。

㈨被上訴人於105年3月8日，以存證信函通知上訴人，依系爭契約B履約條款第8條之規定，終止兩造間之系爭契約，上訴人於翌日收受該存證信函（原證4）。

㈩上訴人於105年3月11日，以存證信函通知被上訴人於文到7日內，給付第一、二期系爭工程款270萬3382元（原證5），被上訴人於翌日收受該存證信函。

㈩一被上訴人於105年3月16日，以存證信函通知合庫銀行，請其應將履約保證金101萬3768元匯入被上訴人帳戶內（原證7），被上訴人並已收受。

㈩二被上訴人就系爭工程，於105年3月8日委由三洋熱能工程有限公司進行煙道加熱去白煙工程（該工程名稱曾經表現在驗收紀錄表上、上證9之1）、（報價單品名記載煙囪尾氣加溫，本院卷㈠第275頁、上證9），承攬金額為80萬元，驗收日期為105年3月29日，實際完工日為105年4月5日；另委由淀展企業社進行煙囪風管修改，承攬金額為16萬8000元，驗收日期為105年2月19日，實際完工日為105年2月19日。

㈩三依系爭契約第8條規定，應該給付的工程款，全部均尚未給付。

四、兩造爭執之事項：

㈠被上訴人是否同意契約上約定專設Maxion加熱再熱器變更為

ELCO燃燒器，並加大加熱箱體尺寸？

㈡上訴人請求被上訴人給付工程款337萬9227元，有無理由？

㈢被上訴人依約沒收履約保證金部分，有無理由？

㈣被上訴人主張上訴人返還委由三洋熱能工程有限公司及淀展企業社完成系爭工程支出之費用96萬8000元，有無理由？

五、本院之判斷：

㈠被上訴人並未同意系爭契約上約定裝設之Maxion加熱再熱器變更為ELCO燃燒器，並加大加熱箱體之尺寸：

1.系爭契約上約定裝設Maxion加熱再熱器，加熱箱體之尺寸為2200mmL*1500mmW*1500mmH（見原審卷㈠第28頁反面），而上訴人實際上交付ELCO燃燒器，而加熱箱體也加大為3500mmL*1600mmW* 1700mmH。此為兩造所不爭執。

2.惟按系爭契約履約條款第10.1條約定「承包商對於契約之執行、補償及工期延長等有疑義而需要澄清時，應以書面函請甲方說明。」；第3.2條約定：「甲方變更契約之指示，應以書面通知。」；第3.6條約定：「契約變更經甲方與承包商達成協議後，由甲方編製契約變更書，經雙方簽署後生效。」，則系爭契約約明上訴人就工程事項有疑義時，應以書面函請被上訴人說明，工程若需變更時，應以書面通知並編製契約變更書，經雙方簽署後方生效力，已明文排除默示意思表示之適用。本件兩造未簽署契約變更書將系爭契約上Maxion加熱再熱器變更為ELCO燃燒器，及加大加熱箱體之尺寸。是上訴人將系爭契約上已確認Maxi -on加熱再熱器變更為ELCO燃燒器，及加大加熱箱體之尺寸，而主張系爭契約系統包契約，其約定之設備規格僅供參，應以伊提出工程規劃書及設備型錄送請被上訴人審查認可者為履約依據云云，與上開約定不符，尚難憑採。

3.且查，上訴人係於105年1月22日、25日分別將已完成製作之ELCO「天然氣加熱再熱器」安排設備進場（見本院卷㈠第69頁），則兩造於104年12月31日及105年1月7日之資料

審查會議時機器尚未進廠（證人陳均睿於原審亦證實，見原審卷㈡第4頁反面），無實體以資分辨，且依上訴人於105年2月19日自提之「履約時序說明書」第1頁所載，上訴人係於105年2月3日方提出規格差異說明（見原審卷㈢第229頁），被上訴人抗辯在此之前伊根本不知情，在上訴人重提及與說明下，伊於審查會中始終以「Maxion」此一品牌為認知乙節，合屬常情，堪予採信。上訴人主張被上訴人於資料審查過程中未就加熱再熱器及加熱箱體之品牌、規格、尺寸表示反對，足認已同意變更云云，不足採取。

4.又查，證人劉皓於原審證稱：報價單上之旋風除水器項目係上訴人在報價過程中用電腦繕打時自行劃掉的，非伊手寫劃掉的字跡。伊印象中上訴人並沒有跟伊提起要變更加熱器品牌或型式，以達被上訴人要求之效用等語（見原審卷㈠第222至224頁）。參以系爭契約於被上訴人首次向上訴人詢價時，即係以含有旋風除水器之前提下詢價，故上訴人首次提出報價單予被上訴人時，該報價單才會有旋風除水器，而被上訴人廠長劉皓於104年10月6日收到上訴人首次提出之報價單後回傳予上訴人時，被上訴人亦未就該旋風除水器表示異議，僅將兩造議價為350萬元之結果載明於回傳之報價單右下角上（見原審卷㈡第25頁），甚至雙方於同年月19日再度議價，劉皓持再度議價之結果360萬元記載於報價單右下角上回傳予上訴人時，仍未將旋風除水器自報價單上刪除（見原審卷㈡第26頁），有上開報價單在卷可稽。因此，設若被上訴人主動提出不要裝設旋風除水器，豈有可能在回傳予上訴人之報價單上仍保留旋風除水器之項目？且議價結果豈會高於未裝設旋風除水器之總價(323萬5750元）？再酌以被上訴人員工李琴如於104年11月18日寄信予上訴人員工陳協宗，表示上訴人就系爭工程提出之保證書僅須載明「以沒有白煙」、「需加熱廢氣到小於或等於150度」之內容即可，上訴人於翌日除

依照被上訴人之要求提出保證書外，尚自行承諾「在有旋風除水器及NG Heater(天然氣加熱再熱器)狀態下」保證去除因水蒸氣冷凝作用所形成之白煙及排氣溫度介於120度至150度之間，有保證書在卷可稽（見原審卷㈡第54頁），足見上訴人亦明知系爭工程內容尚包含旋風除水器在內，否則豈有於被上訴人未要求之情形下，作出上開保證之可能?足見上訴人並未要求變更加熱再熱器之品牌或型式，且上訴人自行刪除旋風除水器之項目，縱獲被上訴人同意，亦不表示被上訴人同意變更為ELCO燃燒器，否則系爭契約第26頁所記載Maxion加熱再熱器應會更正品牌為EL-CO燃燒器。上訴人指稱係因劉皓指示不要裝設熱水器致令伊須加大系爭工程之加熱箱體尺寸云云，顯屬無稽。

5. 又上訴人於105年1月25日將加熱器箱體等設備進廠，被上訴人發現廠牌及尺寸與契約約定不符，立即向上訴人現場人員陳均睿反應，其表示會跟公司確認等語，此經被上訴人柳營環保科技園區廠長陳信翰於原審結證明確（見原審卷㈡第7頁正反面）。參以於翌日（26日）在被上訴人廠房進行加熱箱體尺寸之丈量，被上訴人主張其規格仍為系爭契約所約定之2200mmL*1500mmW*1500mm H，此有淡江大學工程法律研究發展中心106年12月25日鑑定報告書第7頁之㈢及丈量時照片可證（見本院卷㈡第95頁、原審卷㈡第205頁）。復依不爭執事項㈦、㈧所示，被上訴人尚於系爭工程完工暨試車期限105年1月29日，依系爭契約履約條款第6.6條第1項之規定，以通知書通知上訴人現場加熱箱體與合約不符，要求進行改善等語，上訴人於同日以書面回覆，並承諾於105年1月31日前回復原狀等語，此為上訴人之副理徐子豪、環工處處長李漢忠於本院作證無訛（見本院卷㈡第11、12、14頁）。足證被上訴人從未同意變更，且發現加熱箱體尺寸與契約記載有出入（此為上訴人所自認；見本院卷㈡第199頁第5、6行），並有要求改善，而上訴人亦合意，於105年1月30日進廠為回復原狀之配管

、焊接、油漆等工程（見原審卷㈢第249頁反面第16、17行、第251頁反面第25、26行）等情屬實。則上訴人執此進行回復原狀之工程，而謂被上訴人同意其繼續進行工程，將風管完成焊接及安裝云云，並引上證22之照片，難予遽信。另證人陳均睿於原審證稱被上訴人並無提及加熱器與契約約定不符之情形云云（見原審卷㈡第5頁反面、第6頁正面）與事實不符，無可採取。

6.又查，依上開105年2月19日出具「履約時序說明書」所附趕工進度表所示，上訴人自承預計最快也要於105年2月18日方能完成，而兩造原約定之完工日為105年1月29日，依契約所載，上訴人至遲應於7日內改善，即便依上訴人稱應於收受後即105年2月2日起算7天，必然同樣發生違約之結果，被上訴人於105年3月8日以存證信函通知上訴人，依系爭契約B履約條款第8條之規定，終止兩造間之系爭契約，上訴人於翌日收受該存證信函（不爭執事項㈨）（見原審卷㈠第74頁），已合違約期線底限40天，即屬有據。上訴人主張雖已逾期完工，但仍可於7日內完成云云，無可採取。

7.綜上，被上訴人並未同意變更兩造已確認Maxion廠牌之加熱再熱器為ELCO燃燒器，應堪認定。

㈡上訴人得請求被上訴人給付工程預付款101萬3768元，其餘工程款之請求，於法無據：

上訴人固主張被上訴人已同意改用ELCO燃燒器，被上訴人卻於105年1月29日會議上，主張燃燒爐頭、加熱箱體規格與契約不符，要求伊拆除，並要使煙道（風管）及被上訴人既有之電盤能夠正常運作。伊迫於無奈，乃將燃燒爐頭及控制相關配件拆除後放置現場，箱體、風管則保留未拆除。至配電工程及儀控工程部分，伊已將配電盤等設備製作完成，且運送進到現場準備安裝，因遭被上訴人拒絕，導致無法完成安裝。經伊多次與被上訴人溝通，甚至於105年2月4日、22日派人至系爭工程現場，請求進場施工及試車，仍遭被上訴人

拒絕，實為以不正當之行為阻止完工及驗收，應類推適用民法第101條之規定，視為系爭工程之全部工程款之清償期均已屆至，被上訴人自應給付全部工程款云云。經查：

1.系爭工程總價337萬9227元，其付款辦法為：⑴本工程30%預付款（101萬3768元），上訴人須同時提出30%預付款金額之履約保證金（銀行本票）（現金匯款)⑵上訴人安裝完成後需立即以完工報告書通知被上訴人支付貨款50%（168萬9614元）（月結30天）。⑶本工程試車完成（驗收合格並辦妥點交接管）支付20%尾款（67萬5845元）（月結30天）。⑷契約變更及其金額之給付，按本契約B履約條款第3節契約變更規定辦理。則系爭契約簽訂後，上訴人已繳納履約保證金101萬3768元，委由合庫銀行於105年1月19日出具履約保證金連帶保證書，負連帶保證責任，如不爭執事項㈠、㈢、㈣所示。依上開約款⑴，上訴人提出履約保證金之同時，被上訴人有給付上訴人本工程第一期工程款即30%預付款101萬3768元之義務，故上訴人請求被上訴人本工程30%預付款101萬3768元本息，即屬有據。

2.至於上訴人請求給付完成安裝貨款168萬9614元及尾款67萬5845元部分：

⑴上訴人先位主張適用或類推適用民法第101條第1項之規定，視為系爭工程此部分工程款之清償期均已屆至而請求給付，經查：

①按因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就，民法第101條第1項定有明文。又按「所謂已提出之給付，係指債務人依債務本旨，於適當之處所及時期實行提出給付者而言。」（最高法院48年台上字第271號判例參照）。又按「承攬係以工作之完成為目的之契約，於未依當事人之約定，發生預期之結果（非祇效果）前，自難謂承攬之已完成。」（最高法院84年度台上字第2249號民事判決意旨參照）。

②如上所述，上訴人並未同意變更系爭契約上約定裝設之Maxion加熱再熱器為ELCO燃燒器並加大加熱箱體之尺寸，且風管第二段（長度65公分）及第三段風管（長度66公分）之部分，均未依系爭契約所約定材質SUS304不銹鋼片施作；配電工程及儀控工程之細項不論是何種設備，均係配合契約規定品牌「Maxion」而來，與上訴人片面所稱更改之設備根本無法相容等情，有淡江大學工程法律研究發展中心105年8月29日鑑定報告第7、9、13-15頁可稽，足證上訴人未依約履行，即未依債務本旨提出給付。

③基上，被上訴人不同意上訴人以不符契約內容之「EL-CO燃燒器」施作，即非以不正當行為阻止上訴人完成系爭工程。是上訴人上開主張依民法第101條第1項規定及系爭契約A、主文第8條付款辦法⑵、⑶約定關於完成安裝支付50%貨款即試車完成支付20%尾款等部分工程款之條件業已成就，進而請求被上訴人給付，難認有據。

⑵上訴人備位主張因被上訴人片面終止契約且拒絕上訴人進場施工，導致系爭工程未能全部完工，故依系爭契約履約條款第8.8條第2項、民法第512條第2項及第101條第1項規定，請求被上訴人給付此部分工程款：

①按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。次按承包商（上訴人）於終止契約通知前已依契約完成之工程或工作，或終止契約通知書內所指定應由承包商（上訴人）完成之工作，甲方（被上訴人）應核實計算其價款支付予承包商（上訴人），系爭契約之履約條款第8.8條第2項定有明文。再按工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務，民法第512條第2項定有明文。故上訴人自應就已依契約完成之工程或工作，於被上訴人有用之部分，

負舉證之責。

②被上訴人拒絕上訴人以不符合契約約定之ELCO燃燒器施作，並無不合。且上訴人迄未能安裝符合契約約定之Maxion加熱再熱器，而依系爭契約主文第7條規定，系爭工程完工暨試車期限為105年1月29日，被上訴人乃於105年1月29日，以通知書催告上訴人依系爭契約履約條款第6.6條第1項之約定趕工改善（不爭執事項㈦）後，而於上開期限屆至時，上訴人完全未依約提出給付，被上訴人復發函要求上訴人因此為回復原狀，並於105年3月8日，以存證信函通知上訴人，依系爭契約B履約條款第8條之規定，終止兩造間之系爭契約，上訴人於翌日收受該存證信函（不爭執事項㈨）。又上訴人撤出廠區前，已將施作之部分恢復原狀，即將煙道及現有電盤（包括電源及2顆馬達）恢復至可以運作之狀態乙情，亦據證人即上訴人先前員工陳均睿證述在卷（見原審卷㈡第5頁背面），故難認上訴人已依約完成工作。

③被上訴人就系爭工程，嗣委由三洋熱能工程有限公司進行煙道加熱去白煙工程，承攬金額為80萬元，驗收日期為105年3月29日，實際完工日為105年4月5日；另委由淀展企業社進行煙囪風管修改，承攬金額為16萬8000元，驗收日期為105年2月19日，實際完工日為105年2月19日等情（不爭執事項㈩），堪認屬實。是被上訴人就系爭工程，嗣委由三洋熱能工程有限公司及淀展企業社完成，上訴人亦未舉證證明上開廠商是否利用上訴人先前施作完成之部分而完成系爭工程，故上訴人主張被上訴人應就已施作之部分，給付80%之系爭工程款，在超過預付款101萬3768元部分，難謂有據。

④至淡江大學工程法律研究發展中心就系爭工程鑑定之結果，固認依系爭契約A、主文第8條付款辦法⑶約定

，系爭工程試車完成（驗收合格並辦妥點交接管）支付20%尾款，惟系爭工程未辦理試車、驗車及點交接管等程序，故僅能以系爭工程款之80%計價云云。然該中心並未慮及上訴人並未依系爭契約之約定完工，與系爭契約A、主文第8條付款辦法⑵約定未合，逕以系爭工程未辦理試車、驗車及點交接管等程序，率認得以上開條項請求80%之系爭工程款，在超過預付款101萬3768元部分，要屬無據。

㈢被上訴人得依約沒收履約保證金：

1.按承包商（上訴人）有不按契約條款規定履行契約、不依規定改正施工過程查驗缺失及驗收缺失、逾期違約金達處罰上限時，被上訴人得以書面通知上訴人，在7日內若未改善時，得終止或解除系爭合約，並得沒收上訴人繳交之履約保證金，系爭契約B、履約條款第8.6條第1、4、7款分別有約定（見原審卷㈠第26頁）。又按履約保證金係約定契約當事人之一方依約履行債務，由該當事人或第三人於契約履行前所交付之金錢，乃在契約履行前即由債務人先行交付，為金錢擔保之一種，其性質原則上為要物契約，其作用旨在使債權人擔保其債權快速實現，而要求債務人預先給付一定之金額，以備將來債務人發生債務不履行之損害賠償時，債權人得從中扣除或由債權人全數抵充之（最高法院104年度台上字第2436號民事判決意旨參照）。觀諸上開約款，被上訴人於得終止系爭合約，並得沒收上訴人繳交之履約保證金等內容，兩造之真意，應有充作違約金之合意，是本件履約保證金之性質有為損害賠償之預定。

2.查，依不爭執事項㈦、㈧所示，被上訴人於105年1月29日以通知書通知上訴人內容約略如下：依系爭契約A、契約主文第7條「本工程完工暨試車期限為105年1月29日」，上訴人迄今尚未完工，顯然已逾期違約，被上訴人依系爭契約履約條款第5.9條要求上訴人立即提出加速施工所需

之趕工計畫。另現場加熱箱體經查與合約不符，被上訴人依履約條款第6.6條第1項之規定，通知上訴人進行改善等語（見原審卷㈠第118頁）；上訴人於同日以書面提出改善承諾並通知被上訴人，內容約略如下：1.上訴人執行系爭工程進度已延遲，被上訴人依系爭契約規定通知上訴人，並針對進度進行檢討。2.上訴人承諾於1月31日前，至少將煙道及現有電盤（包括電源及2顆馬達）恢復至可以運作。3.有關違約事項，被上訴人另以書面方式逕行通知等情（見原審卷㈠第119頁），堪信為真。

3.系爭工程完工暨試車期限為105年1月29日，於此期限屆至時，上訴人未能依約提出給付，且經被上訴人為上開通知改善後，上訴人預計於105年2月18日完成系爭工程，此有其向被上訴人提出之再熱爐趕工計劃書及規格差異說明載明完成日為105年2月18日在卷可憑（見原審卷㈡第239頁），足見上訴人已自承其無法於105年1月29日起7日內完成系爭工程等情，是上訴人自行預估無法於被上訴人通知後7日內完成系爭工程，故被上訴人依系爭契約B、履約條款第8.6條第1款之約定，終止系爭契約並沒收上訴人繳交之履約保證金101萬3768元，自屬有據。

㈣被上訴人主張上訴人返還委由三洋熱能工程有限公司及淀展企業社完成系爭工程支出之費用96萬8,000元，為無理由：被上訴人主張依系爭契約B.履約條款第6.7條、第8.8條第1項第1、2、3款約定，請求上訴人返還委由三洋熱能工程有限公司及淀展企業社完成系爭工程支出之費用96萬8000元云云。經查：

1.按承包商（上訴人）不得將本工程（或工作）之全部或主要部分轉包；上訴人如欲將契約中之部分工程（或工作），分包給其他分包商時，得向甲方（被上訴人）報備。分包商就其分包部分，與上訴人連帶負瑕疵擔保責任。如被上訴人認定上訴人有下列情事之一時，被上訴人得接管工地，並將反訴被上訴人逐離：⑴上訴人業已放棄本契約或

將本契約轉包。⑵於接獲被上訴人之書面指示後逾7日，仍未開始辦理本工程或仍處於停頓狀態，且無正當理由者。⑶依系爭契約Ｂ、履約條款第6.7條之約定，上訴人於接獲被上訴人依6.6「工程及材料之拒收」約定之書面指示後逾7日，仍未將有瑕疵之設備或材料撤離工地並以合格品替換，或未將被上訴人指明之瑕疵改善。被上訴人依8.7「接管工地」並逐離上訴人時，被上訴人為繼續施工、修補瑕疵及因接管工地所發生之費用均應由上訴人負擔，系爭契約履約條款第4.1條、第8.7條第1至3款、第8.8條第1項固分別定有明文。又按履約保證金係約定契約當事人之一方依約履行債務，由該當事人或第三人於契約履行前所交付之金錢，乃在契約履行前即由債務人先行交付，為金錢擔保之一種，其性質原則上為要物契約，其作用旨在使債權人擔保其債權快速實現，而要求債務人預先給付一定之金額，以備將來債務人發生債務不履行之損害賠償時，債權人得從中扣除或由債權人全數抵充之（最高法院104年度台上字第2436號民事判決意旨參照）。觀諸上開B、履約條款第8.6條第1、4、7款等約定被上訴人於得終止系爭合約，並得沒收上訴人繳交之履約保證金等內容，兩造之真意，應有充作違約金之合意，是本件履約保證金之性質有為損害賠償之預定。

2.雖被上訴人接管系爭工程後，委由三洋熱能工程有限公司及淀展企業社完成，支出計有96萬8000元之損害（不爭執事項㈤），然依上開說明，系爭履約保證金具有損害賠償預定之性質，則此損害尚在上開沒收履約保證金101萬3768元而賠償範圍內，故被上訴人依系爭契約B、履約條款第8.8條⑴款約定，另請求上訴人給付繼續施工之費用96萬8000元，顯屬無據。

六、綜上所述，上訴人依系爭契約A、主文第8條付款辦法⑴款約定，請求被上訴人給付101萬3768元，及自上訴人於105年3月11日存證信函催告被上訴人於文到7日內給付之最後日翌

日即105年3月20日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴判決，尚有未洽，上訴人上訴意旨求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄，改判如主文第2項所示；至於上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回此部分假執行之聲請，經核於法並無不合，上訴意旨，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。又上訴人前開上訴勝訴部分，兩造陳明願供擔保，請准宣告假執行或免為假執行，核均無不合，應予准許，爰分別酌定相當之擔保金額宣告之。被上訴人反訴請求上訴人給付96萬8000元及法定遲延利息，為無理由，不應准許。原審就此部分為被上訴人勝訴之判決，並依兩造之陳明為准、免假執行之宣告，自有未洽，上訴人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。

七、兩造其餘主張、陳述及所提之證據暨攻擊防禦方法，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，無庸再逐一予以論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第390條第2項、第392條第2項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　19　　日

工程法庭　　審判長法　官　丁振昌

法　官　吳上康

法　官　王浦傑

上為正本係照原本作成。

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，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（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（詳附註）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。但上訴利益合併未逾新臺幣150萬元者，不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　25　　日

書記官　翁心欣

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

⑵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院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。