臺灣高等法院民事判決

106年度重上字第72號

上　訴　人　華東電力股份有限公司
法定代理人　楊振成
訴訟代理人　李怡烽律師
參　加　人　任順律師即榮電股份有限公司破產管理人
被上訴人　台灣電力股份有限公司
法定代理人　楊偉甫
訴訟代理人　陳玫瑰律師
　　陳君漢律師
　　李昱葳律師

上列當事人間請求履行保證責任事件，上訴人對於中華民國105年11月30日臺灣桃園地方法院103 年度重訴字第192 號第一審判決提起上訴，本院於108 年2 月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

一、原判決廢棄。
二、被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。
三、第一、二審及參加訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：
一、查本件被上訴人之法定代理人原為朱文成，於本院審理中變更為楊偉甫，有經濟部民國106年10月27日經人字第10600707930號函、被上訴人106年11月6日電人字第1060021952號函附卷可參（見本院卷二第57至58頁），並據其具狀聲明承受訴訟（見本院卷二第53至55頁），核與民事訴訟法第175 條規定相符，應予准許。
二、按公司經主管機關撤銷或廢止登記者，應行清算，於清算之範圍內，視為尚未解散，公司法第26條之1 、第24條、第25條定有明文。公司之經理人、清算人或臨時管理人，股份有限公司之發起人、監察人、檢查人、重整人或重整監督人，在執行職務範圍內，亦為公司負責人，復為同法第8 條第2 項所明定。經查，上訴人業經經濟部命令解散，並於106 年

10月23日廢止登記，而於106年11月6日股東臨時會選任原法定代理人楊振成為清算人，有上訴人之公司登記資料及變更登記表、經濟部106年10月23日及106年8月28日函、上訴人106年11月6日股東臨時會議事錄等附卷可稽（見本院卷一第285至296、409頁），依上開規定，應以清算人楊振成為本件上訴人之法定代理人。

三、次按當事人在第二審訴訟程序不得提出新攻擊或防禦方法；但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第3款定有明文。查被上訴人於原審係主張其於100年6月10日與參加人榮電股份有限公司（下稱榮電公司）簽訂工程採購承攬契約（下稱系爭契約），由榮電公司以上訴人為連帶保證人，承攬被上訴人之桃園區營業處100年乙工區配電外線工程（下稱系爭工程），嗣因榮電公司破產而終止系爭契約，依系爭契約特訂條款第9條約定，榮電公司及上訴人應連帶賠償逾期罰款；上訴人則否認上情，並抗辯被上訴人就逾期罰款之發生亦可歸責。嗣於本院審理中陳稱被上訴人就逾期罰款之發生有重大過失，且被上訴人並未受有損害，不得請求逾期罰款，其亦得依民法第217條、第252條規定請求減輕或酌減逾期罰款等語，並提出被上訴人於101年3月後交辦工程案件之明細為證；核屬對第一審已提出之防禦方法為補充，業經其釋明在卷（見本院卷一第418至420、卷二第15至18頁），合於上開規定，應准其提出。

貳、實體方面：

一、被上訴人起訴主張：榮電公司邀同上訴人為連帶保證廠商，於100年6月10日與伊簽訂系爭契約，約定由榮電公司承攬系爭工程，承攬金額為新臺幣（下同）1億5,857萬1,429元，按實作工程數量結算。嗣伊因榮電公司未依約履行而發函終止系爭契約，得請求榮電公司給付4,971萬2,135元（詳如附表第　欄所示，包含供料未退還之賠償金3,217萬1,211元、非逾期罰款51萬8,154元、逾期罰款1,000萬4,50

0元、代墊材料試送費1萬8,270元、追繳700萬元履約保證金），經伊以榮電公司未領工程款4,227萬7,483元（詳如附表第　欄所示，包含系爭工程未領工程款2,751萬8,564元、其他工區未領工程款1,475萬8,919元）扣抵後，榮電公司仍積欠伊743萬4,652元，應由上訴人負連帶給付之責，爰依系爭契約第23條第2項及民法第739條規定，請求上訴人如數給付及加計法定遲延利息等語。並於原審聲明：上訴人應給付被上訴人743萬4,652元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。　願供擔保，請准宣告假執行。（原審為被上訴人勝訴之判決。上訴人不服，聲明上訴。）並於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：榮電公司前曾承攬被上訴人之桃配402號武陵D/S新設十六饋線（22.8KV）電氣工程，因發生電纜遭下包竊取變賣情形，而與被上訴人有扣款爭議，並因而涉訟（下稱桃配402案）；榮電公司雖曾就桃配402案與被上訴人達成扣款協議，惟伊並未擔任該案之連帶保證人，不受該扣款協議拘束，本件未領工程款自不得扣抵桃配402案賠償金；縱認得扣抵，惟該案業經判決確定，認定被上訴人應就其損害自負三成責任，其顯有溢扣本件工程款。又被上訴人在榮電公司停工後仍交辦工程並持續發料予榮電公司，未收回工程或追討材料，放任損害擴大，堪認被上訴人就供料未退所生損害與有過失。另就罰款部分，被上訴人僅得扣除非屬逾期罰款之金額51萬8,154元，其餘1,000萬4,500元逾期罰款性質上為損害賠償額預定性質之違約金，被上訴人並未證明其因系爭工程逾期受有損害，不得請求給付；縱認被上訴人得請求逾期罰款，惟被上訴人明知榮電公司無力履約仍持續交辦工程，且拒絕伊接續施作系爭工程，亦有重大過失；另被上訴人屬國營事業，榮電公司則已於101年8月間破產，經濟條件顯較被上訴人為弱，伊得請求酌減賠償金額。又系爭契約之履約保證金總額為1,400萬元，應依終止系爭契約前之完工比例34.4%退還481萬7,479元，不予發還之保

證金為918萬2,520元，因榮電公司已繳納700萬元，僅需再補足差額218萬2,520元，且不予發還之保證金918萬2,520元亦不得沒收，應先扣抵各項賠償金，經扣抵後尚有餘額，伊無須再行賠償被上訴人等語，資為抗辯。並於本院上訴聲明：　原判決廢棄。　被上訴人在第一審之訴駁回。

三、參加人則輔助上訴人為同上抗辯，並陳稱：被上訴人原陳報對於榮電公司之破產債權，其中關於被上訴人核能火力發電處龍門施工處申報之3億3,134萬8,032元破產債權部分，業經臺灣臺北地方法院（下稱臺北地院）以107年11月7日101年度破字第45號裁定全部剔除，其餘破產債權合計為3,098萬6,580元，尚低於被上訴人依桃配402案確定判決應返還榮電公司之3,888萬2,672元；上開雙方互負之債務經抵銷後，被上訴人對於榮電公司已無債權，上訴人即無保證債務存在，自不得為本件請求等語。

四、下列事項為兩造所不爭執（見本院卷一第308至310頁），並有相關證據在卷足稽，堪信為真實：

被上訴人於100年6月10日與榮電公司簽訂系爭契約，由榮電公司以上訴人為連帶保證人，承攬系爭工程，承攬金額為1億5,857萬1,429元，按實作工程數量結算（見原審卷一第8至18頁）。

榮電公司於101年8月間向臺北地院聲請破產，經該院以101年度破字第45號裁定破產並進行破產程序（見原審卷一第193頁）。

上訴人曾先後於101年6月7日、同年月14日發函請被上訴人召集會議說明保證責任範圍，並請求被上訴人協助儘速通知施工地點並交付供料、圖面；被上訴人於101年6月15日仍未依函交付配電工程所需之材料、施作圖面（見原審卷一第53至55頁）。

ŋ被上訴人以102年2月8日電業字第1028009877號函終止系爭契約（見原審卷一第20頁）。

ē系爭契約終止後，結算榮電公司已施作之系爭工程工程款為

5,456 萬5,328 元（見原審卷一第21頁），扣除已開發票工程款1,841 萬2,855 元，未開發票請領之工程款為3,615 萬2,473 元。

榮電公司承攬被上訴人其他工區之工程，尚有合計為1,475 萬8,919 元之工程款未領取。包含被上訴人桃園區營業處102 年6 月27日桃園字第1028055629號函所示工程款304 萬2,534 元，以及103 年4 月10日電業字第1038019317號函所示工程款各2,214 元、56萬5,307 元、95萬8,549 元、43萬1,756 元、89萬1,437 元、385 萬8,148 元、389 萬3,551 元、111 萬5,423 元（見原審卷一第21至23頁）。

ě 被上訴人得依系爭契約扣罰非逾期罰款51萬8,154 元。另得扣除代墊材料試送費1 萬8,270 元。

系爭契約投標須知第二十、 、1.與附註二十-1所定之履約保證金為1,400 萬元，另依上開投標須知第二十、 、2.規定，因榮電公司係提出履約及賠償連帶保證廠商之得標廠商，故僅需減半繳納履約保證金700 萬元（見原審卷一第236 頁）。榮電公司已將銀行開立用以繳納押標金之連帶保證書700 萬元轉換為履約保證金，被上訴人並已向保證銀行提領完畢。

五、兩造之爭點及論斷：

被上訴人依系爭契約第23條第2 項及民法第739 條請求上訴人給付743 萬4,652 元本息；然為上訴人所拒，並以前詞置辯。是本件應審究之爭點即為： 系爭工程之未領工程款數額為何？ 被上訴人得否請求榮電公司賠償供料未退還之款項？數額為何？ 被上訴人得否請求榮電公司給付罰款？數額為何？ŋ 被上訴人是否有權向榮電公司追繳履約保證金700 萬元，並沒收全部履約保證金1,400 萬元？茲分述如下：

被上訴人未付之系爭工程工程款為3,116 萬4,304 元：

被上訴人主張本件榮電公司未領之工程款為3,615 萬2,473 元，應再扣抵桃配402 案之賠償金863 萬3,909 元，扣抵後僅餘2,751 萬8,564 元（計算式詳如附表編號1 ）。上訴人

則抗辯被上訴人無權於本件工程款扣抵桃配402 案賠償金，縱得扣抵，數額亦非如被上訴人主張之金額。經查：

系爭契約第4 條明文約定係按實做工程數量結算工程款，第24條第2 項第2 款、第3 款、第3 項前段並分別約定：「乙方（即榮電公司）履約有下列各款之一情形者，甲方（即被上訴人）得以書面通知乙方終止或解除契約之部分或全部，且不補償乙方因此所生之損失。…二、有破產或其他重大情事，無法繼續或無正當理由而拒絕履行本契約者。三、工作不良影響工程品質，嚴重影響甲方計畫或未依契約規定履約，自接獲甲方書面通知期限內，仍未改正，或本契約第18條第4 項規定之情事者。…」、「前項情形，乙方接獲終止或解除契約通知後，應即將該部分工程停工，負責遣散工人，對已施作完成之工作項目及數量，應配合甲方辦理結算，並拍照存證，乙方不配合辦理時，甲方得逕行辦理結算。…」（見原審卷一第8 頁、第24頁反面）。而被上訴人主張榮電公司未能於交辦期限內完成部分工程，影響用戶用電權利造成民怨，被上訴人自101 年2 月起即多次召開施工檢討會並發函要求榮電公司儘速進場施工，榮電公司均未能於期限內改善，故其業於102 年2 月8 日發函終止系爭契約，業據其提出桃園區營業處101 年2 月23日D 桃園字第10102006461號函、102 年2 月8 日電業字第1028009877號函等為證（見原審卷一第19至20頁），並為上訴人所不爭執，堪認系爭契約係經被上訴人單方行使約定終止權而向後失其效力，則依上開約定，榮電公司於接獲終止契約通知後，自應配合被上訴人辦理結算已施作完成之工程項目及數量。又榮電公司經被上訴人多次發函通知，均未配合進行結算，亦有被上訴人桃園營業處102 年10月28日桃園字第1021123080號函附卷可參（見原審卷一第57頁），依前揭約定，被上訴人自得逕行辦理結算。又被上訴人主張系爭工程經其結算結果，總工程款為5,456 萬5,328 元，已開發票給付之工程款為1,841 萬2,855 元，未開發票而尚未給付之工程款為3,615 萬2,473

元，亦據其提出結算驗收證明書、系爭工程結算驗收之待收工程款表，以及上開桃園區營業處102 年6 月27日函等為證（見原審卷外放原證11、卷一第21頁、卷二第4 至5 頁）；被上訴人及榮電公司對於上開計算結果亦未加以爭執，即應認系爭工程未給付之工程款為3,615 萬2,473 元。

被上訴人另主張上開未給付之工程款3,615 萬2,473 元應再扣除桃配402 案榮電公司應給付之賠償金863 萬3,909 元，並提出桃配402 案後續賠償金事宜協調會議紀錄及扣款明細為憑（見原審卷二第240 至242 頁）；上訴人則抗辯被上訴人無權自本件工程款扣抵桃配402 案之賠償金。經查，榮電公司曾以99年8 月12日099 榮力字第1548號書函通知被上訴人：「就『桃配402 號武陵D/S 新設16饋線電器工程電纜失竊案』於法律賠償責任歸屬未確定前，敬請同意依暫先扣款方式扣款」等語，該函說明欄並載明：「本件電纜失竊案相關法律責任與損害金額，均尚未經司法程序確定釐清，理論上責任歸屬尚未確認，本公司實無義務賠償上開金額。惟本公司為避免電纜失竊案雙方責任未釐清前，台電公司擅逕扣抵尚未支付之其他工程估驗款，致本公司營運困難。乃基於桃園區營業處之要求，本著和諧平和處理原則，提出暫先扣款方案，俟電纜失竊案經由司法判決確定責任歸屬時，再依判決內容決定本公司是否有賠償義務及賠償金額若干？以此方式釐清上開爭議。」、「經雙方多次協商，榮電公司願在101 年8 月前，建議依下列暫先扣款方案執行：1.建請台電公司以本公司所承攬桃園區營業處『99年甲工區配電外線工程』，及『99○○○區○○○路工程』之尚未支付工程款，由每批請領工程款扣款20% 。2.不足部分由榮電公司承諾同意由進行中之『核四龍門專案』工程之可領工程款或累計保留款項下抵扣；惟本公司有承攬貴公司100 年配電工程時，則改由配電工程工程款中替代抵扣，並以承攬桃園營業區處工程部分優先處理。」等語（見原審卷一第58頁），足見榮電公司確曾與被上訴人達成先自榮電公司承攬之100 年配電

工程扣抵桃配402案賠償金，俟判決確定責任歸屬時再依判決內容決定賠償義務及賠償金額之合意，則被上訴人主張其有權自系爭工程款扣抵桃配402案之賠償金，自非無據。

關於此部分扣款金額，被上訴人原雖主張為863萬3,909元（見本院卷一第310頁），然榮電公司前以桃配402案電纜失竊被上訴人與有過失，應免除榮電公司之賠償責任為由，請求被上訴人返還遭扣抵之工程款，業經本院以105年度重上更　字第81號判決（下稱第81號判決）認定被上訴人與有過失，應減免榮電公司30%之賠償責任，故被上訴人應返還榮電公司部分工程款；嗣經最高法院以107年度台上字第506號判決駁回上訴確定在案（見本院卷一第363至383、457至469頁）。又依第81號判決事實及理由欄第四點及附表所載，被上訴人於該案係主張其因桃配402案電纜失竊受有1億0,113萬5,423元之損害，而自含本件系爭工程在內之14件工程榮電公司得請領之工程款中扣款抵償，其中系爭工程之扣款金額為1,215萬2,465元（見本院卷一第367、384頁）；上開確定判決既認定被上訴人應自負30%過失責任，則依系爭工程之扣款金額1,215萬2,465元以30%計算，被上訴人應自行負擔之損害數額即為364萬5,740元（1,215萬2,465元x 30% ＝364萬5,740元，元以下4捨5入），是被上訴人於本件主張之扣款金額863萬3,909元，應扣除上開自行負擔金額364萬5,740元，經扣除後，其得於本件扣抵之桃配402案賠償金應為498萬8,169元（863萬3,909元－364萬5,740元＝498萬8,169元）。而被上訴人就系爭工程尚未給付之工程款為3,615萬2,473元，業如前述，經扣抵上開桃配402案之賠償金498萬8,169元後，未給付之系爭工程工程款即為3,116萬4,304元（3,615萬2,473元－498萬8,169元＝3,116萬4,304元）。上訴人雖抗辯被上訴人前曾以桃配402案賠償金尚有3,040萬9,678元未扣足為由，於101年7月6日發函自含本件系爭工程在內之6件工程之工程款逕行扣款，如以系爭工程扣款比例28

.38%及桃配402 案確定判決認被上訴人應返還之數額3,034 萬0,627 元計算，被上訴人溢扣而應算入本件得請領取工程款之金額為861 萬0,313 元云云（見本院卷一第483 至484 、489 頁）；然被上訴人陳稱應以桃配402 案中系爭工程之扣款金額1,215 萬2,465 元之30% 計算被上訴人應自行負擔之損害數額，計算結果為364 萬5,740 元（見本院卷一第479 至481 頁）；榮電公司對於被上訴人前揭計算方式亦未加以爭執，僅抗辯如經認定被上訴人對於榮電公司就系爭工程仍有743 萬4,652 元之債權（即被上訴人於原審起訴請求金額），被上訴人得請求之金額應再扣除上開被上訴人自行計算之30% 負擔額364 萬5,740 元，以及被上訴人依桃配402 案確定判決應給付榮電公司而得為抵銷之遲延利息26萬0,196 元（即依364 萬5,740 元計算，自81號判決主文所定利息起算日101 年10月16日起，至榮電公司破產宣告日103 年3 月20日止，按年息5%計算之利息；破產宣告後之利息依法不得抵銷）（見本院卷一第491 至497 頁）；上訴人就其前揭抗辯則僅提出乙紙扣款明細為證（見本院卷一第489 頁），並未具體說明並舉證證明何以應以其扣款明細所載6 件工程為基礎計算桃配402 案確定判決命被上訴人給付金額應分配於各該工程之數額，自難認上訴人所辯可採。是本件仍應認被上訴人應自行負擔之桃配402 案損害數額為364 萬5,740 元，其得於本件扣抵之賠償金數額則為498 萬8,169 元。又本件經計算後，被上訴人就系爭工程對於榮電公司已無餘額得再為請求（詳如後述），是榮電公司關於遲延利息26萬0,196 元之抵銷有無理由部分，即無再予審究之必要。

依上所述，被上訴人業已自承系爭工程之未付工程款為3,116 萬4,304 元，上訴人既未提出其他證據證明上開結算金額有何違誤之處，即應認被上訴人此部分之主張可採。

被上訴人得請求榮電公司給付供料未退還之賠償金3,217 萬1,211 元：

被上訴人主張本件工程款應扣除榮電公司未退料之扣款3,21

7萬1,211元。上訴人對於上開扣款金額之計算雖無意見（見本院卷一第310、414頁），但抗辯被上訴人明知榮電公司已積案未如期履約，仍繼續供料，與有過失，應減輕賠償金額。經查：

系爭契約第17條第1項明文約定：「乙方領用或租借甲方材料、機具、設備，應於憑證蓋章並由甲方檢驗人員核轉；已領或已租借之材料、機具、設備等，須妥善保管運用維護，用畢（餘）歸還時，應清整修配至規定或甲方認可之程度，於規定之合理期限內運交甲方指定處所妥當放置，否則以工期逾期論。如有浪費、遺失、被竊或非自然消耗之毀損，無法返還或修理復原時，得經甲方書面同意以相同或同等品歸還，或依下列規定折合現金賠償：…」（見原審卷一第12頁反面）。被上訴人供料予榮電公司，榮電公司未加以返還，而應折合現金賠償之金額，經計算為3,217萬1,211元，既為兩造所不爭執，則依前揭約定，被上訴人自有權請求榮電公司如數賠償。

上訴人雖以榮電公司自101年2月起即有延滯工進情形而無法如期履約，抗辯被上訴人繼續供給材料予榮電公司，係與有過失，應減輕本項賠償責任云云。然查，系爭契約係於100年6月10日成立，並於102年2月8日經被上訴人發函終止，業如前述，是在100年6月10日至102年2月8日此段期間內，縱令榮電公司之履約狀況不如預期，仍不影響系爭契約之效力，契約當事人仍應依契約所定為權利之行使及義務之負擔。又依卷附工程採購投標須知附註頁，其中附註三十一-10第二項記載：「年度發包工程，工量估算以1年為期，惟工程交辦或實際施作數量與用戶申請或配合政府工程需要等因素有關，預估總工程款不易精確，交辦總工程款依下列原則辦理：　自開工日起未屆滿1年，而工程交辦總工程款估算達本工程契約總價（含稅）時，則停止交辦重行發包。　自開工日起屆滿1年，交辦總工程款已達本工程契約總價（含稅）之80%時，即停止交辦重行發包；反之，自開

工日起屆滿1年，交辦總工程款未達本工程契約總價（含稅）之80%時，經雙方同意後契約得展延，惟最長以1年為限，但展延期間工程交辦總工程款估算達本工程契約總價（含稅），即停止交辦重行發包…」等語（見原審卷一第237頁）。足見在系爭工程開工日起未屆滿1年之期間內，只要交辦工程款未達系爭工程契約總價（含稅）80%，被上訴人即應繼續履約並交辦工程予榮電公司。又系爭契約特定條款附冊第三部分品質管理第1條　復規定：「工程所需帶料材料以本公司『配電工程帶料發包施行要點』（附件1）所列帶料種類，及詳細價目表所列工程什項材料為限，其餘概由甲方供給。帶料材料項目，因故部分需由甲方供給，乙方應配合甲方庫存量先行領用…」等語（見原審卷一第238頁），足見於系爭契約有效期間內，被上訴人將工作單交與榮電公司後，榮電公司即得依工作單申請用料，被上訴人亦負有供給材料之義務。按工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之；定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害，民法第507條定有明文。上開條文之立法理由明揭：「謹按工作須定作人之行為，如須由定作人供給材料，或由定作人指示，或須定作人到場，例如寫真畫像之類，始得完成者，定作人不為其行為，即無由完成工作，遇有此種情形，不得不保護承攬人之利益。而保護之法，莫若使其可向定作人定相當期間，催令追完其行為，若不於此期間內追完者，自應予以解約之權。」，足見承攬契約約定由定作人供給材料時，如定作人未依約供給材料，即屬未履行協力義務，而可能遭受承攬人解除契約、請求損害賠償之不利益。被上訴人於系爭契約終止前既應繼續依約履行，即負有供給材料之義務，是上訴人以被上訴人於101年2月以後仍繼續供給材料予榮電公司為由，抗辯被上訴人與有過失，應減輕本項賠償金額，難認可採。

被上訴人得請求之罰款總額為542萬9,034元：

被上訴人主張本件工程款應扣罰款1,052 萬2,654 元。上訴人則抗辯僅得扣除非屬逾期罰款51萬8,154 元，逾期罰款部分被上訴人並未受有損害，不得請求，縱認得為請求，亦應酌減。經查：

系爭契約特訂條款第9 條違約處理係約定：「十二、 凡有下列情形者，每逾期1 日應計罰損害賠償額預定性逾期違約金新台幣500 元。 逾期竣工。… 凡有下列情形者，每逾期1 日應計罰損害賠償額預定性逾期違約金新台幣300 元。… 逾期補領退料。 逾期退回工作單。十三、甲式工程有下列事項者每逾期1 日，按該工程交辦單（或契約）實際結算金額（不含營業稅）之比例計罰損害賠償額預定性逾期違約金，各項逾期金額計至百元，百元以下四捨五入： 逾期竣工：按實際結算金額（不含營業稅）之1/1000計罰。」（見本院卷一第337 至338 頁）。被上訴人主張係因榮電公司逾期筆數達3 百餘筆，且有諸多工作單逾期日數嚴重，經其依上開約定計算逾期罰款，金額始高達1,000 萬4,500 元（見本院卷一第327 頁）。上訴人則抗辯該等逾期罰款屬損害賠償額預定性質之違約金，被上訴人實際上並未受有損害，不得請求逾期罰款，且其中有高達914 萬元之逾期罰款案件係被上訴人在101 年3 月後交辦，當時榮電公司未完成案件數已達20% 以上，顯無力履約，被上訴人未收回工程減輕損失，卻持續交辦案件，致逾期罰款數額遽增，被上訴人顯有重大過失，應依民法第217 條減輕違約金云云，並提出101 年3 月後交辦案件表為證（見本院卷第142 、161 至167 頁）。然被上訴人於系爭契約終止前，均需持續履約，業如前述，自不得僅以被上訴人於101 年3 月以後仍持續交辦工作單予榮電公司，即謂被上訴人與有過失；另觀上訴人自行彙整之上開交辦案件表，榮電公司逾期竣工天數達100 天以上者甚多，被上訴人主張系爭工程為配電外線工程，施作原因包含民眾用電需求而申請新設電力設施、管線老舊而需更換、因舊有道路不敷使用而需拓寬同時需配管線等，榮電公司

逾期完工，除導致其無法即時供電而受有售電利益之損失外，亦因此增加路權申請等其他行政作業費用，且需抽回工作單交由同年度跨區之其他承包商施作，致受有損失（見本院卷二第84至85頁），尚與常情無違，自不得僅以被上訴人未能提出具體損害金額之計算方式，即遽認其並未受有損害而不得請求逾期違約金。

惟按約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第252 條定有明文。至於是否相當，即須依一般客觀事實，社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為斟酌之標準（最高法院79年台上字第1915號判例參照）。經查，系爭工程之結算工程款為5,456 萬5,328 元，為兩造所不爭執，而被上訴人主張之逾期罰款數額為1,000 萬4,500 元，已達結算工程款之18.33%（1,000 萬4,500 元÷ 5,456 萬5,328 元x 100%＝18.33%，小數點第3 位以下4 捨5 入，下同），且被上訴人依約尚得沒收榮電公司之履約保證金1,400 萬元不予發還（詳如後述），上開逾期罰款加計沒收之履約保證金即達2,400 萬4,500 元（1,000 萬4,500 元＋1,400 萬元＝2,400 萬4,500 元），已達結算工程款之44%（2,400 萬4,500 元÷ 5,456 萬5,328 元x 100%＝44%），顯屬過高，難認合理，自應予以酌減。又營造業中長程、市區電力及電信線路工程100 年度之淨利率為9%（見本院卷二第189 頁同業利潤標準表），以系爭工程結算工程款5,456 萬5,328 元計算，榮電公司可獲取之利潤約為491 萬0,880 元（5,456 萬5,328 元x 9%＝491 萬0,880 元，元以下4 捨5 入），本院審酌上情及被上訴人所受損害情形，認本件被上訴人得請求之逾期違約金，應酌減為491 萬0,880 元，方屬適當；加計兩造不爭執被上訴人得請求之非屬逾期罰款51萬8,154 元（見本院卷一第310 、416 頁），被上訴人得請求之罰款總額即為542 萬9,034 元（51萬8,154 元＋491 萬0,880 元＝542 萬9,034 元）。

ŋ 被上訴人有權向榮電公司追繳履約保證金700 萬元，並沒收

全部履約保證金1,400萬元：

被上訴人主張其依約得追繳履約保證金700萬元，並沒收全額保證金1,400萬元。上訴人則抗辯依保證金總額1,400萬元及終止系爭契約前之完工比例34.4%計算，被上訴人應退還保證金481萬7,479元，不予發還之保證金為918萬2,520元，因榮電公司已繳700萬元，僅需再補足差額218萬2,520元；且不予發還之保證金不得沒收，應先扣抵各項賠償金。經查：

被上訴人主張系爭工程之履約保證金原為1,400萬元，因榮電公司係提出履約及賠償連帶保證廠商之得標廠商，遂減半繳納履約保證金為700萬元之事實，為兩造所不爭執，並有系爭工程採購投標須知附註頁、廠商履約及賠償連帶保證書、履約保證金連帶保證書在卷足稽（見原審卷二第192至196頁），堪認屬實。而系爭契約第26條第1項、第5項分別約定：「乙方所繳納之履約保證金、差額保證金及其孳息得部分或全部不予發還之情形。…四、因可歸責於乙方之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所佔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。」、「保證金有不發還之情形者，乙方與連帶保證廠商應向甲方補繳該不發還金額中原由連帶保證代之或減收之金額。但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，應先洽該廠商履約。否則，得標廠商及連帶保證廠商應於5日內向甲方補繳該不發還金額中原由連帶保證代之或減收之金額。」（見原審卷一第17頁）。又被上訴人係以榮電公司履約進度落後，經限期補正逾期仍未改善為由，依系爭契約第24條第2項第2款、第3款等約定，於102年2月8日發函終止系爭契約（見原審卷一第20頁），業如前述，自屬因可歸責於榮電公司之事由致終止契約，且被上訴人前揭終止函並未載明係終止部分契約，本件亦無證據足認被上訴人於為終止之意思表示後仍繼續將系爭工程部分交由榮電公司施作，自應認被上訴人係終止全部契約。從而，被上訴人主張其依前揭約定，得

請求榮電公司及被上訴人補繳原減收之履約保證金700萬元，自屬有據。上訴人抗辯被上訴人係部分終止契約，僅得依完工比例34.4%計算不予發還之履約保證金而請求補足差額218萬2,520元，則屬無據，難認可採。

上訴人雖另抗辯本件已繳納之履約保證金700萬元及被上訴人請求補繳之履約保證金，應得用以扣抵被上訴人主張之各項賠償、罰款等，然查，系爭契約第24條第3項係約定：「…終止部分或全部契約時，其履約保證金及差額保證金依本契約第26條規定辦理，乙方如有逾期違約或各項違約情形，甲方將自工程保留款及尚未支付之工程估驗款扣抵逾期違約金及各項違約金，如有不足者並通知乙方繳納或自得發還之履約保證金及差額保證金扣抵。」等語（見原審卷一第16頁），而系爭契約係因可歸責於榮電公司之事由致經被上訴人全部終止，依前引系爭契約第26條第1項第4款之約定，履約保證金全部不予發還，自非屬得發還之履約保證金，上訴人抗辯應自履約保證金扣抵各項賠償金及違約金，與系爭契約第24條第3項之約定不符，亦難認可採。

ē依上所述，榮電公司得領取之系爭工程工程款為3,116萬4,304元，加計兩造不爭執應納入本件結算之榮電公司承攬被上訴人其他工區工程得領取之工程款1,475萬8,919元，被上訴人應給付榮電公司之款項合計為4,592萬3,223元（3,116萬4,304元＋1,475萬8,919元＝4,592萬3,223元）；然被上訴人得請求榮電公司給付前述供料未退還之賠償金3,217萬1,211元、罰款542萬9,034元、補繳保證金700萬元，並得請求返還兩造不爭執之代墊材料試送費1萬8,270元，合計被上訴人得請求榮電公司給付之金額為4,461萬8,515元（3,217萬1,211元＋542萬9,034元＋700萬元＋1萬8,270元＝4,461萬8,515元），經以上開榮電公司得領取之工程款4,592萬3,223元扣抵後，並無不足，被上訴人自無權再請求榮電公司給付，難認榮電公司就系爭契約對被上訴人負有債務。從而，被上訴人主張上訴人應就系爭

契約負連帶保證責任，而請求上訴人給付743 萬4,652 元本息，自無理由。

六、綜上所述，被上訴人依系爭契約第23條第2 項及民法第739條請求上訴人給付743 萬4,652 元本息，為無理由，不應准許。原審為上訴人敗訴之判決，自有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2 項所示。

七、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法及所舉證據，核與本件判決結果不生影響，爰不再逐一論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450 條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　19　　日

民事第六庭

審判長法　官　陶亞琴

法　官　黃書苑

法　官　陳蒨儀

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　19　　日

書記官　葉國乾

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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。

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。

附表：

編號	被上訴人主張榮電公司得領取之項目及金額	被上訴人主張榮電公司應賠償之項目及金額	備　註
1	系爭工程未領工程款2,751萬8,564元： （已施作工程款5,456萬5,328元－已開發票工程款1,841萬2,855元＝未開發票請領之工程款為3,615萬2,473元，再扣抵桃配402案賠償金863萬3,909元）		
2	其他工區未領工程款： 1,475萬8,919元		兩造不爭執
3		供料未退還之賠償金3,217萬1,211元	上訴人對金額不爭執，但抗辯被上訴人與有過失
4		罰款1,052萬2,654元： －非逾期罰款51萬8,154元 —逾期罰款1,000萬4,500元	上訴人對於非逾期罰款51萬8,154元不爭執，但抗辯被上訴人不得請求逾期罰款或應予酌減
5		代墊材料試送費1萬8,270元	兩造不爭執
6		追繳700萬元履約保證金並全額沒收（原已繳700萬元）	上訴人抗辯僅需補繳保證金218萬2,520元，且全部保證金均應用以抵付各項賠償金，不得沒收。
合計	4,227萬7,483元	4,971萬2,135元	－　＝－743萬4,652元（被上訴人起訴請求金額）