臺灣高等法院花蓮分院民事判決

95年度建上更(一)字第21號

上　訴　人
即被上訴人　宏隆營造有限公司

法定代理人　楊麒弘
上　訴　人
即被上訴人　交通部公路總局第四區養護工程處

法定代理人　張運鴻
訴訟代理人　曾泰源律師

上列當事人間請求損害賠償事件，不服臺灣花蓮地方法院92年度重訴字第52號中華民國94年4月21日第一審判決，提起上訴，本院判決後，經最高法院發回更審，本院判決如下：

主　文

兩造上訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

事　實

甲、上訴人即被上訴人宏隆營造有限公司（下稱宏隆營造）部分

一、聲明：

（一）上訴部分—

１、原判決關於駁回後開第二項之訴部分暨訴訟費用之裁判均廢棄。

２、上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人新台幣3,297,919元，及自91年10月21日起至清償日止，按年利率百分之5計算之利息。

３、上開廢棄部分，第一、二審訴訟費用由上訴人交通部公路總局第四區養護工程處（下稱第四區工程處）負擔。

（二）答辯部分—

１、上訴駁回。

２、訴訟費用由上訴人負擔。

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲予引用外，另補稱：

（一）上訴人第四區工程處有重大過失，且不得預先免除。上訴人第四區工程處於原審92年12月2日書狀自承部分補償費於89年8月14日至17日及90年8月7日才存入「國庫補償費保管專戶」，足證上訴人第四區工程處在完工期限89年8月10日契約約定之完工日期後，尚有土地未完成徵收，遑論交付上訴人宏隆營造施工，顯有重大過失。依最高法院73年度第10次民事庭會議決議「金融機關如以定型化契約約定其不負善良管理人注意之義務，免除其抽象的輕過失責任，則應認此項特約違背公共秩序，而解為無效。」，因此，縱認上訴人第四區工程處並無重大過失，非謂即得以定型化契約免除其抽象的輕過失責任。公共工程契約亦有民法第247條之1規定適用（最高法院89年台上字第1402號判決），兩造所訂之施工說明既係上訴人第四區工程皮預定之定型化契約，約定免除其責任，使上訴人宏隆營造拋棄求償之權利。惟上訴人第四區工程處於招標時並未告知上訴人宏隆營造施工用地尚未完成徵收，導致延長工期之風險顯然超過可預期範圍。故上開棄權條款顯失公平，依上開規定，應屬無效，上訴人宏隆營造應得請求上訴人第四區工程處賠償損失。

（二）上訴人宏隆營造得主張情事變更，請求法院增加給付。系爭契約成立後，工期因用地未完成徵收問題展延464天，達原定工期600天之7成以上（464÷600＝0.77），情事顯有變更，且超乎合理期待，絕非投標時所得預料。上訴人第四區工程處於原審92年12月2日書狀自承部分補償費於89年8月14至17日及90年8月7日才存入「國庫補償費保管專戶」，足證上訴人第四區工程處在完工期限89年8月10日契約約定之完工日期後，工程用地尚未全部完成徵收，上訴人於投標時豈能預見？上訴人第四區工程處辯稱上訴人宏隆營造過去承包其工程時亦有用地未完成徵收之經驗，惟當時並無展延工期達原定工期之七成以上，更無已超過

完工期限，工程用地尚未全部完成徵收，上訴人宏隆營造依過去經驗，僅能預料用地將於開工後不久完成徵收，不致於影響進度，顯然無法因過去經驗而預料本件工期展延之程度。故即使上訴人第四區工程處於招標相關文件已註明用地未完成徵收，上訴人宏隆營造仍得主張情事變更，更何況上訴人第四區工程處根本未告知此一訊息。另上訴人第四區工程處雖主張應扣因中華電信管線拆遷而展延之工期14日，惟該次工期展延亦係因用地未能順利取得所致，自不應扣除。

（三）工程保留款利息依系爭工程合約第7條約定，上訴人第四區工程處應於工程驗收合格後將工程保留款給付上訴人宏隆營造。系爭工程因不可歸責於上訴人之事由而展延工期，工程驗收合格及得請求給付保留款之日期亦因而延後，顯非上訴人宏隆營造於契約成立當時所得預料，如上訴人宏隆營造僅得依原合約，請求無息給付保留款，上訴人第四區工程處享有保留款之利息，顯失公平，上訴人宏隆營造自得基於情事變更原則，聲請法院變更為得請求利息損失。上訴人第四區工程處雖辯稱系爭工程驗收合格前，條件未成就，無給付保留款之義務，惟上訴人宏隆營造非主張上訴人第四區工程處遲延給付，顯與條件何時成就無關。上訴人宏隆營造認自90年12月27日第37期估驗時，退還保留款7,174,315元，改為以定存單作為保留款後，仍有原審認定之損失。如認自當時起就7,174,315元即無利息損失，因上訴人第四區工程處自認保留款中7,174,315元之退還遲延219天，利息損失應為161,422元（7,174,315×3.％×219÷365）。此外，尚有保留款1,473,109元，係於工程驗收合格後方退還，因工期展延464天，給付保留款之日期亦因而延後約464天，利息損失為70,225元（1,473,109×3.75％×464÷365）。準此，上訴人宏隆營造仍有利息損失231,6477元。

（四）履約保證金為59,640,000元，依合約附件之台灣省各機關

營繕工程投標須知及附件第23條規定，應於工程完成25%、50%、75%及正式驗收合格後，分四期無息退還。上訴人第四區工程處自認預定返還日期與實際返還日期計算，第1期遲延153天、第2期遲延471天、第1期遲延473天、第4期遲延505天，總共遲延1602天。扣除颱風28天及運動會14天，總遲延天數為1560天。遲延天數甚久，顯非上訴人宏營隆造於契約成立當時所能預料，如上訴人宏隆營造僅得依原合約，請求無息退還保證金，任上訴人第四區工程處坐享保證金之利息，顯失公平。原審基於情事變更，變更為得請求依年利率3.75%即88年、89年間之臺灣銀行活期存款利率計算之利息，顯然偏低。因1千萬元以上定存之利率為面議，故上訴人宏隆營造無法舉證，惟查依合約附件之台灣省交通處公路局工程投標須知補充說明第8條之規定，開工後因本局原因致全部工程停工1次連續達6個月者，承包商得要求解除合約，請求公路局補償依年利率5 %計算之履約保證金利息。系爭工程展延工期之天數為464天，較工程停工1次連續達6個月者尤有過之，上訴人乃請求法院以年利率5%計算履約保證金利息，計為3,186,246 元（59,640,000×1/4×5%×1560÷365）。原審已判決此部分應給付2,843,092元，上訴人宏隆營造請求維持之。

（五）「一式」計價之項目應增加之給付部分。按當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，民事訴訟法第222 條第2項定有明文。以上按「一式」計價之項目，原費用總計為2,949,832元，爰依仲裁實務認定之75%為標準，請求增加給付1,710,902元（2949832÷600×464×75%）。按「一式（乙式）計價之項目既係採一式計價方式計價，而不論其實際施作之數量為何，則在承包商實際施作之數量大於合約原所預估之數量時，業主僅須按合約所定之一式金額計。反之，在承包商所實際施作之數量小

於合約預估之數量時，業主亦不得主張調減合約金額。蓋合約既已規定某一工程項目按一式計價方式計價，則關於實做數量與原合約或當事人雙方所預估數量之差異，自應由當事人自行考量並承擔其風險，不過實際施作之數量如與原合約之數量誤達百分之10以上者，仲裁實務上亦有認此時應得合理調整（增減)給付者，事實上，有關一式計價項目之數量差異問題，與總價承攬合約之數量差異問題相同，其有關數量誤差之風險負擔，均尚應考量承包商於投標報價時是否得以合理預見」。系爭工程估價單按一式計價項目中，有關交通設施管理維護、安衛設施之管理維護、環保設施之管理維護、工地灑水及工地清潔，係每日例行工作，且每日管理維護、灑水及清潔範圍皆為6.8公里長之全部工地，非僅限於當日施工路段，故上開費用因可歸責於上訴人第四區工程處重大過失之事由而使工期展延致比例增加，另旗手負責指揮交通、工地品質管制人員負責監工，均係每日例行工作，皆因工期展延而比例增加，此外沈澱池污泥於積滿時即需清除，費用亦因工期展延而比例增加。臨時排水費用亦因工期展延而比例增加。施工時佔用民地，須臨時租地，費用亦因工期展延而比例增加，上訴人宏隆營造係以原合約工期為基礎，計算上開項目費用，進而決定投標金額，故上開項目採用一式計價，應以原合約工期未延長為前提。系爭工程因不可歸責於上訴人宏隆營造之事由而展延464天，上開費用隨之增加，顯非投標時所得預見，如僅依原合約請求，顯失公平，上訴人自得基於情事變更，請求法院展延天數比例增加上開給付。至上訴人第四區工程處辯稱上訴人宏隆營造派工之挖土機、卡車不足約定數量，不得主張按一式項目增加給付，因挖土機、卡車係路基路面、橋樑工程所須之機具，上訴人宏隆營造並非就路基路面等主張比例增加給，係就交通設施、安衛設施、環保設施等按一式計算之項目主張比例增加給付，與派工之挖土機、卡車數量無

關，因上開費用難以舉證，故有捨棄繁雜單據認定方式，改採單價比例法計算之必要，此為學說及工程仲裁實務見解。況上訴人宏隆營造曾於88年3月25日發函上訴人第四區工程處，請求准予停工，惟上訴人第四區工程處置之不理，致上訴人宏隆營造無法撤回每日派駐工地之人員及機械設備，且因展延工期而導致更大損失，顯符合情事變更原則，上訴人宏隆營造自得請求法院增加給付及變更其他原有效果。

（六）材料漲價應增加之給付。上訴人第四區工程處辯稱上訴人宏隆營造於得標後即應評估風險訂料在先，惟系爭工程預定工期為600天，在600天當中陸續進貨使用之材料，實無可能在一開始就1次訂購。況上訴人宏隆營造非從事期貨，亦無法預估材料未來之漲落，自無預先訂購之義務。依民法第227條之2規定。

（七）包商利潤管理費應增加之給付。按民法第491條規定「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」。系爭棄權條款既屬無效，工期之約定在承攬契約上之意義不應僅限於承攬人是否遲延完工之判斷標準，工期長短即應重新納入決定承攬報酬之考量因素，原定之包商利潤管理費在工期展延期間自應按比例增加，方符合承攬契約為有償契約之原則。系爭工程因不可歸責於上訴人宏隆營造之事由而展延工期464天，上訴人宏隆營造得依情事變更或債務不履行之規定，而參酌「台北市政府工程採購契約範本」第11條第5項規定，請求增加包商利潤管理費之給付。

（八）清運廢土之費用。上訴人宏隆營造得依無因管理或不當得利規定請求上訴人第四區工程處給付清運廢土之費用。原審就利用挖方填方部分，以「並未在合法的棄土場處理」為由，認定上訴人宏隆營造不得列入清運費用。惟上訴人宏隆營造並未在合法的棄土場處理廢土，係應否處罰之問題，並不因此喪失民法上之請求權。

（九）上訴人宏隆營造得請求有關營業稅應增加之給付。系爭工程按一式計價項目應增加之給付為1,710,902元，材料漲價應增加之給付為2,918,084元，工程款總計增加4,628,986元，上訴人宏隆營造就增加之工程款須擔百分之5營業稅，依工程估價單第9項，營業稅由上訴人第四區工程處負擔，上訴人宏隆營造自得請求上訴人第四區工程處就營業稅增加給付231,449元。

（十）上訴人宏隆營造於91年10月21日就系爭工程申請行政院公共工程委員會調解，被上訴人第四區工程處自調解申請狀送達之日起即應負遲延責任。

三、證據:引用原審提出之證據。

乙、上訴人即被上訴人第四區工程處部分

一、聲明：

（一）上訴部分—

１、原判決不利上訴人部分廢棄。

２、上開廢棄部分，被上訴人第一審之訴駁回。

３、訴訟費用由被上訴人負擔。

（二）答辯部分—

１、上訴人追加上訴部分駁回。

２、訴訟費用由上訴人負擔。

二、陳述：除與原判決記載相同者，茲以引用外，另補稱：

（一）民法第507條第2項係給付遲延或不完成給付之特別規定。定作人之協助行為並非定作人之對待給付，故定作人遲延履行此種行為並非債務不履行，而民法第507條第2項之立法理由，係因定作人不為其行為，承攬人即無法完成工作，故為保護承攬人利益，而規定承攬人可定相當期間，催促定作人履行其行為，若定作人不於此期間內履行行為者，承攬人僅得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害，不得請求給付遲延或不完成給付所生之損害賠償。至所能請求賠償損害數額，僅含信賴利益之損害，不包括未來將發生之損害。故上訴人宏隆營造主張其他如

『一式』之請求，為未來損害，或應扣除對他處得獲得之利益，不應包括。

（二）上訴人宏隆營造之前已多次承包上訴人第四區工程處之工程，應知悉系爭工程有邊施工邊辦用地徵收之情事，而仍參與投標，並於得標後締約，顯已同意免除上訴人第四區工程處提供土地遲延之責任。上訴人宏隆營造既有此經驗與認識，其於投標前，依招標公告，即應知悉上訴人第四區工程處之施工說明書及兩造合約本有排除上訴人第四區工程處提供土地遲延之責任義務，而評估應有之風險，卻仍參與投標，並進而締約，況且依兩造締約內容，尚有拆屋還地、管線拆遷之後續事宜，必然會影響工程工期，顯見上訴人宏隆營造已同意免除上訴人第四區工程處提供土地遲延之責任。

（三）「工程施工說明書」等文件，並非定型化契約，故其上所載之「工期延長承包商不得提出賠償要求」之棄權條款，應屬有效，且該免責條款之約定，並不違法工程施工說明書總則第3條第2項「工期延長承包商不得提出賠償要求」，惟工程延期對於上訴人第四區工程處並未受益，反而蒙受上訴人宏隆營造遲延給付之不利益，故該約定符合雙方之公平正義。況且，兩造合約中已表明尚有拆除地上物土地取得，管線拆遷之情事會影響工期，上訴人宏隆營造得提出延長工期之請求，上訴人第四區工程處則放棄請求遲延給付之權利，足見該約定並非定型化契約，故棄權條款之約定應屬有效，且該免責條款之約定，並無違反民法關於故意或重大過失不得預先免除之約定。

（四）本件提供土地遲延，係不可歸責於上訴人第四區工程處。蓋系爭工程自89年2月12日起雖委請花蓮縣政府徵收用地，卻因地主之抗爭，而無順利施工，導致停工，故就徵收用地之取得，起因於地主之非法抗爭，實非上訴人第四區工程處於發包時所能預料，自不可歸責於上訴人第四區工程處。

（五）對上訴人宏隆營造之各項請求（即上訴人第四區工程處於原審敗訴部分），陳述如下：

⑴工程保留款利息及履約保證金利息部分：

依契約規定，均須待「驗收」合格，上訴人方始負「無償」返還責任，因此未經驗收，是否合格尚屬未知，上訴人第四區工程處自無從返還，自亦不生遲延返還之利息，縱上訴人宏隆營造一方受有該利息之損害，亦應由上訴人宏隆營造負舉證「何時點」得領得前開2筆款項，以計算利息起算。另：

①工程保留款以承攬人已施作後，方得領取，故本部份應以在原訂竣工日期（89年8月10日）前所完成工程之保留款2777947元，才有延遲利息之產生。工程保留款係在工程正式驗收完成後無息退還，系爭工程於90年12月28日竣工，而經初、複驗等手續後於91年8月30日給付未期估驗款，故從完工至給付末期款計245天，此245天為本工程給付保留款之實際作業時程，在此之前所完成估驗之工程款所保留之保留款均已退還，故折算保留款之退還實際僅延宕464天－245天＝219天，而應計之利息為2,777,947×3.75%×219／365＝62,504元。

②履約保證金之延遲退還，應以預定進度與實際進度之延遲比較，較為合理；履約保證金係依進度25%、50%、75%及驗收合格等4次退還，而並非每期退還履約保證金之期程均延宕464天。因每期預定進度與實際進度天數分別為151天、456天、438天及464天，依此計算履約保證金之利息為（14,910,000×3.75％／365）＋（14,910,000×3.75%×438／365）＋（14,910,000×3.75%×464／365）＝2,311,561元。

⑵材料漲價應增加給付部分：

系爭合約規定，無論工料漲落與否，均採合約單價計算，原判決已認定本件無情事變更原則之適用，卻於本部分判決理由，卻依情事變更原則准予之，顯有判決理由矛盾。

⑶清運廢土之單價及數量部分：

上訴人第四區工程處之協力義務係在完成徵收，徵收完畢則協力義務已盡，其後因地主抗爭而傾倒廢土，應由上訴人宏隆營造負責清除。若廢土傾倒係在徵收前，即上訴人宏隆營造亦應提出廢土傾倒數量及清理廢土所支出費用之單據，以證明是否有無因管理或不當得利之請求權。何況，本件廢土清運之爭執，係徵收後由訴外人唐耀東倒入，其危險自應由上訴人宏隆營造負擔。此外，上訴人宏隆營造應就清運數量提出卡車運輸憑證以資證明其清運之數量，土方之鑑定報告，亦僅能證明該棄土區目前之地面線而已，無法證明棄土之數量。因此，棄土數量應以3,267m3為計算基礎，其費用為：135元／m3×3,267m3＝441,045元。

（六）對上訴人宏隆營造之各項請求（即上訴人第四區工程處於原審勝訴部分），答辯如下：

⑴按一式計算之項目應增加之給付部分：

本部分之請求非屬承攬報請求權，仍係請求損害賠償，依填補損害原則，無損害何來賠償，故上訴人宏隆營造如認已受有損害，應就請求之原因、項目與實際發生損害所支出之費用等負舉証責任，惟上訴人宏隆營造並未負舉證責任。

⑵包商利潤管理費應增加之給付：

①系爭工程，上訴人第四區工程處縱使負有協力義務，亦須承攬人限期催告後，方得解除契約請求損害賠償，故上訴人宏隆營造不得基於可歸責之債務不履行事由，請求所受損失及所失利益，進而認為請求包商利潤管理費，係屬於所失利益。

②上訴人宏隆營造之請求係因工期延誤，而非工作勞務之給付，與民法第491條之規定係以「非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」不同，不得依據上開法條請求包商利潤管理費，而本件並非仲裁事件，亦不應依

據仲裁案例來請求。

⑶廢土清運應增加給付之部分

上訴人宏隆營造如係將棄土遠運至合法之棄土場處理，則土資場接受棄土後，自會將該棄土處理，根本沒有再收受棄土人之「利用挖方填方」之單價損害。

（七）被上訴人於投標及施工時即應知有管線拆遷問題，並已明定於契約內，為被上訴人所知，並依約排除責任，此係由被上訴人主動向中華電信申請延期，實無可歸責於上訴人第四區工程處，故此部分之14天應扣除。

三、證據:引用原審提出之證據。

丙、本院依職權向花蓮縣政府函查系爭土地徵收之依據。

理　由

一、本件兩造法定代理人均已更換，且均已聲明承受訴訟，先予敘明。

二、上訴人宏隆營造於原審起訴主張與上訴人第四區工程處簽訂工程合約，承攬系爭工程，契約約定完工日期為89年8月10日，惟上訴人第四區工程處未盡協力義務，未能適時提供土地交由上訴人宏隆營造施工，致系爭工程延至90年12月28日始完工，共計遲延464日，此延誤完工日期，係可歸責於上訴人第四區工程處之事由，且非上訴人宏隆營造於簽約時能預見，爰依債務不履行不完全給付、給付遲延及情事變更，請求上訴人第四區工程處給付12,704,042元及利息。上訴人第四區工程處對於未能適時提供土地交由上訴人宏隆營造施工乙節並不爭執，惟以定作人所負之協力義務為債務不履行之特別規定，承攬人僅能依此規定經催告後解除契約，並請求賠償因契約解除所生之信賴利益之損害，不得再依債務不履行請求賠償，茲上訴人宏隆營造既自認未經催告解除契約，自亦不得請求損害賠償。況兩造所簽訂之工程合約中已載有「工期延長承包商不得提出賠償要求」之棄權條款，此為上訴人宏隆營造締約時所明知，該棄權條款，應屬有效。又上訴人宏隆營造之前已多次承包上訴人第四區工程處之工

程，應知悉系爭工程有邊施工邊辦用地徵收之情事，而仍參與投標，並於得標後締約，顯已同意免除上訴人第四區工程處提供土地遲延之責任。另徵收用地之取得，係因地主非法抗爭，實非上訴人第四區工程處於發包時所不可預料，自屬不可歸責於上訴人第四區工程處等語置辯。

三、本件原審判決上訴人第四區工程處應付上訴人宏隆營造8,195,051元，及自91年10月21日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，駁回其餘請求，兩造各就其敗訴部分提起上訴。另上訴人宏隆營造就所主張之廢土清運費於第一審駁回之355, 567元部分原擴張聲明為355,568元，惟於本院言詞辯論時已減縮該擴張1元部分之聲明，併予敘明。

四、系爭工程所首需釐清者為：用地機關與徵收機關間之關係。系爭工程之用地係由臺灣省政府交通處公路局（需地機關）分別於86年及88年，報請臺灣省政府分別於86年12月31日86府地二字第130582號及88年1月11日函准徵收，並經花蓮縣政府於87年3月26日及88年3月3日辦理公告徵收土地，並依土地法第233條規定發放徵收補償費，隨即辦理土地所有權移轉登記為中華民國，由（改制前）臺灣省政府交通處公路局管理，已完成土地徵收用地取得作業，需用土地機關工程單位為交通部公路總局第四區養護工程處，有花蓮縣政府96年8月10日府地用字第09601153180號函及附件附卷可參。其徵收土地之依據為土地法第222條，故上訴人第四區工程處係依土地法之相關法律規定，以徵收機關花蓮縣政府為類似於使用人之地位辦理徵收，故花蓮縣政府若未依法完成徵收程序，該遲延責任自應由上訴人第四區工程處負擔。而依土地法第23 5條、第231條及土地徵收條例第20條、第26條第1、3項之規定，被徵收土地之所有權人，對於其土地之權利義務，於應受補償發給完竣時終止，在補償費未發給完竣前，有繼續使用土地之權，而需用土地人應俟補償地價及其他補償費發給完竣後，方得進入徵收土地內工作；直轄市或縣市主管機關應於國庫設立土地徵收補償費保管專戶，保管

因受領遲延、拒絕受領或不能受領之補償費，不能適用提存法之規定。直轄市或縣市主管機關應於本條例規定應發給補償費之期限屆滿次日起3個月內存入專戶保管，並通知應受補償人；未受領之徵收補償費，依第一項規定存入專戶保管時，視同補償完竣。系爭工程需用土地之部分補償費於89年8月14日至17日及90年8月7日方存入「國庫補償費保管專戶」，業經上訴人第四區工程處於原審92年12月2日書狀自承在卷，足證上訴人第四區工程處在完工期限89年8月10日契約約定之完工日期後，尚有土地未完成徵收，故系爭工程係因上訴人第四區工程處未能適時提供土地致遲延完工，此亦經兩造所不爭執，故上訴人第四區工程處自應就此項工程負遲延責任。

五、按民法第490條第1項規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」，故承攬契約之目的在於完成一定之工作，惟契約之完成須定作人之協力者，而定作人不為其協力行為時，契約之主要目的即無從實現，此雖屬不可歸責於承攬人之事由，承攬人無庸負擔債務不履行責任，然亦因無法完成工作而獲得報酬，故承攬人原得依債務不履行之規定，向定作人請求給付遲延或不完成給付所生之損害賠償，然為保護承攬人之利益，立法者另於民法第507條規定：「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。」，換言之，該項規定僅賦予承攬人更周全之保護，並未減損承攬人之保護，或限制承攬人依據給付遲延或不完成給付之規定向定作人請求損害賠償。故上訴人宏隆營造主張雖未經催告解除契約，僅止於不得依據民法第507條規定行使權利，非謂因此喪失其他請求權，為有理由，上訴人第四區工程處抗辯該條為損害賠償之特別規定，否則，將使該條規定成為具文云云，自不可採信。且工作之完成既須定作人

之協力，如定作人不為協力，承攬人勢難完成工作，而自契約目的及經濟價值觀之，定作人不為工作協力，承攬人為不可歸責，則定作人亦無法享有工作物完成之經濟價值，致承攬人亦無法獲得報酬利潤，則契約目的即無由實現，此當非法律規範之意旨，故為積極成就契約目的之實現，定作人之協力實為其義務，其未能提供協力義務，自應認有可歸責之事由。系爭工程係由上訴人第四區工程處依法委由花蓮縣政府負責徵收工程用地，再由上訴人第四區工程處交由上訴人宏隆營造施作，惟因地主抗爭，致徵收不順，並因此導致上訴人第四區工程處提供土地遲延等情，為兩造所不爭執，故上訴人第四區工程處既未盡其協力義務，自應就此遲延給付負責。

六、兩造所簽訂之施工說明書總則第3條第2項規定「如非承包商之責任而影響工程之進行時，僅得按實際情形免計工期，不得提出賠償要求」之棄權條款約定。契約之訂立著重於雙方當事人簽約地位之平等、思考之平等、經濟價值觀之平等，而立於自由意志下判斷是否合理而願意接受，而為契約之締結，始可謂之契約自由，若契約中風險顯不對等價致影響經濟價值顯不對等時，該等條款就契約目的而言，實難認係基於雙方自由意志下判斷而訂約，故「如非承包商之責任，而影響工程之進行，僅得按實際情形免計工期不得提出賠償請求」，已經使交易雙方所負之風險顯不對等，再加以上開規定之內容，配合事先備妥之施工說明書總則第1條規定「本施工說明書總則，及其所附之各種施工說明書，均為本局各項工程合約之一部分。」，顯然係民法第247條之1第1、3項規定之「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效」，且公共工程契約亦有民法第247條之1規定適用（參最高法院89年台上字第1402號判決），兩造所訂之施工說明既係上訴人第四區工程皮預定之定型化契約，約定免除其責任，使上訴人宏隆營造拋

棄求償之權利。惟上訴人第四區工程處於招標時並未告知上訴人宏隆營造施工用地尚未完成徵收，導致延長工期之風險顯然超過可預期範圍。故上開棄權條款顯失公平，依上開規定，應屬無效，上訴人宏隆營造自得請求上訴人第四區工程處賠償損失。

七、本件兩造於本院言詞辯論時對工程保留款、履約保證金之利息，及活期存款利率為百分之3.75部分均不爭執。上訴人宏隆營造對一式計價之項目亦同意減縮而不再請求。故上訴人宏隆營造得請求之項目分敘如下：

（一）兩造就經原審合計之①工程保留款利息（延誤取得之損失）。工程保留款為910萬元（182,000,000×5%）。遲延464日：433,805元（9,100,000×3.75%×464/365）。②履約保證金利息（延誤取得之損失）。履約保證金為5,964萬元，遲延464日：2,843, 092元（59,640,000×3.75%×464/365）。既均不爭執，故上訴人宏隆營造此部分請求為正當。

（二）材料漲價應增加之給付。本件上訴人宏隆營造於原審業已提出詳細之各項資量佐證材料供應之情形，在正常工期下材料之採購費用，確實不同於上訴人第四區工程處延誤工期之後之採購費用（確實為漲價），本院認為該部分費用之增加確實與工期之延展有相當因果關係，故本院認上訴人宏隆營造此部份之主張，為民法第227條第2項「因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償」，或第231條第1項「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害」，上訴人第四區工程處當然應該賠償「因之而生之損害」，依上訴人宏隆營造計算總計為291,804元，此部份之主張為有理由。

（三）包商利潤管理費、營業稅應增加之給付（延誤而增加之費用）。本院認工程款之增加（如工程之追加）必然衍生包商利潤管理費及營業稅，但如為損害賠償則不同。上訴人宏隆營造主張材料漲價應增加之給付，係基於民法第227

條第2項或第231第1項規定所衍生之「損害賠償」，是彌補損失的一環，並非工程款的一部份，更不是工程利潤增加的一部份，因為是「損害之彌補」，故無關於「利潤管理」，亦無關「營業」，自與上開費用無關，故上訴人第四區工程處之抗辯為可採，上訴人宏隆營造此部份之主張為無理由。

（四）廢土清運部分：本件工程之用地因地主抗爭徵收作業，有人放置廢土影響用地之取得，既為雙方所不爭執，且上訴人第四區工程處既有提供用地之工作協力義務，原審委由李聖堂測量技師事務所工程鑑定報告（參卷二），系爭廢土之數量經鑑定為14815.33立方公尺，並依清運廢土之流程包括「挖方（挖起）」、「棄土遠運（運送）」、「利用挖方填方（填平）」3項，每項單價20元、115元、24計算，經計算單價為每立方米135元。經合計廢土清運費為2,000,070元（14815.33×135=2,000,070元）為可採。

（五）上訴人宏隆營造於91年10月21日就系爭工程申請行政院公共工程委員會調解，被上訴人第四區工程處自調解申請狀送達之日起負遲延責任。

八、綜上所述，本件定作人違反協力義務，且系爭工程施工用地之遲延交付，既係可歸責於上訴人第四區工程處之事由，又非為上訴人宏隆營造於締約時所預先認知，另兩造簽訂之工程合約書雖有「如非承包商之責任而影響工程之進行時，僅得按實際情形免計工期，不得提出賠償要求」之棄權條款約定，惟該棄權條款顯失公平，上訴人第四區工程處須負擔債務不履行不完全給付、給付遲延之責任。另上訴人宏隆營造主張其於簽約時，無法預測系爭工程將遲延徵收達1年以上，亦應有情事變更原則之適用乙節，已無審究之必要。原審命上訴人第四區工程處應付上訴人宏隆營造8,195,051元，及自91年10月21日起至清償日止按年息百分之5計算之利息，為有理由，上訴人第四區工程處上訴，指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，至上訴人宏隆營造上訴請求

再付利息231,6477元及營業稅損失部分均無理由，亦應予駁回。

十、本件事證已臻明確，兩造所為其他之主張，陳述並所提之證據，經審酌後，認均與本件之結論無礙，爰不一一論列，附此敘明。

據上論結，本件上訴人宏隆營造及第四區工程處之上訴均無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　96　　年　　10　　月　　19　　日

審判長法　官　何方興

法　官　林德盛

法　官　王紋瑩

以上正本係照原本作成。

如不服本判決，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。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狀（須按他造人數提出繕本)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，另應附具律師及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。

書記官　吳家瑩

中　　華　　民　　國　　96　　年　　10　　月　　19　　日

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。