

臺灣高等法院高雄分院民事判決

106年度建上字第26號

上訴人 交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處

法定代理人 江金樟

訴訟代理人 王啟榕

吳碧娟律師

被上訴人 茂聯營造股份有限公司

法定代理人 林茂聰

訴訟代理人 杜孟真律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於民國106年4月11日臺灣高雄地方法院104年度建字第53號第一審判決提起上訴，被上訴人並為訴之減縮及追加，本院於111年5月25日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

原判決主文第一項減縮為：上訴人應給付被上訴人新臺幣壹仟貳佰陸拾萬參仟參佰陸拾伍元，及自民國一〇四年一月九日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

確認上訴人就「台78線斗南交流道增設東向匝道工程」對於被上訴人之新臺幣伍仟陸佰參拾參萬參仟伍佰零壹元逾期違約金債權不存在。

第二審（減縮部分除外）訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、上訴人原名「交通部公路總局東西向快速公路高南區工程處」，自民國107年1月15日起變更為「交通部公路總局西部濱海公路南區臨時工程處」，法定代理人並先後變更為蘇文崎及江金樟，並聲明承受訴訟，合先敘明（見本院卷一第13頁，卷二第139頁）。

01 二、按於第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，
02 但擴張或減縮應受判決事項之聲明或請求之基礎事實同一
03 者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1
04 項但書第2款、第3款定有明文。查，

05 (一)被上訴人於原審主張上訴人招標「台78線斗南交流道增設東
06 向匝道工程」(契約編號「98東西快南工字第010號」，下稱
07 系爭工程)，由被上訴人於99年2月2日得標，兩造並於同年
08 月12日簽訂系爭工程之書面契約(下稱系爭工程契約)。詎
09 系爭工程完工後，上訴人以被上訴人逾期完工為由，計罰逾
10 期違約金新臺幣(下同)5,633萬3,501元，而拒絕給付同額
11 之工程款予被上訴人，被上訴人依兩造間承攬契約關係，聲
12 明請求上訴人應給付被上訴人5,633萬3,501元，及自起訴狀
13 繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。嗣於本
14 院審理中，被上訴人主張依系爭工程契約約定，上訴人應給
15 付工程保留款703萬7,505元(即結算金額2億8,166萬7,505
16 元—上訴人已給付2億7,463萬元)，及履約保證金772萬5,0
17 00元，扣除工程餘料折價215萬9,140元(詳見下述不爭執事
18 項(三))後，上訴人尚應給付被上訴人1,260萬3,365元，而變
19 更聲明為：(一)確認上訴人就系爭工程對於被上訴人之5,633
20 萬3,501元逾期違約金債權不存在；(二)上訴人應給付被上訴
21 人1,260萬3,365元，及自起訴狀繕本送達翌日即104年1月9
22 日起至清償日止，按年息5%計算之利息(見本院卷六第123-
23 124頁)。核屬減縮應受判決事項之聲明及追加確認之訴，
24 追加部分亦基於被上訴人承攬系爭工程是否逾期完工之事
25 實，與原訴有社會事實上之共通性及關聯性，得利用原訴所
26 主張之事實及證據資料，且無害於上訴人程序權保障，核與
27 上開規定，尚無不符，應予准許。

28 (二)被上訴人雖主張上開聲明之變更，性質上應均屬縮減起訴聲
29 明，並無訴之追加等語(見本院卷六第125頁)。上訴人則
30 辯稱被上訴人所為上開聲明之變更，應屬將原給付之訴減縮
31 為確認之訴，再追加給付之訴；或係就原給付之訴為聲明之

01 減縮，另追加確認之訴等語（見本院卷六第141頁）。查，

02 1.所謂擴張或減縮應受判決事項之聲明，係指聲明之擴張或減
03 縮，在形式上雖有訴之變更或追加之外觀，但在實質上其擴
04 張或減縮均在原訴訟標的法律關係之範圍內，僅在該範圍內
05 伸縮而已。其包括數量上之擴張或減縮，實質上之擴張或減
06 縮，前者如請求金額之增減，後者如將給付或確認之訴，改
07 為確認或給付之訴（最高法院110年度台上字第136號判決意
08 旨參照）。亦即給付之訴同時具確認訴訟之性質，需以在原
09 訴訟標的法律關係之範圍內為前提。

10 2.被上訴人於原審本於兩造間就系爭工程之承攬契約關係，起
11 訴請求上訴人給付工程款5,633萬3,501元本息，嗣於本院審
12 理中，經結算後，請求將上訴人應給付及返還之金額減縮為
13 1,260萬3,365元本息，為請求金額之增減，核屬減縮應受判
14 決事項之聲明。其另於本院審理中請求確認上訴人就系爭工
15 程對被上訴人之逾期違約金債權5,633萬3,501元不存在，雖
16 請求確認之債權額與其原審請求給付之訴金額相同，惟訴訟
17 標的為上訴人對於被上訴人之逾期違約金債權，與原審給付
18 之訴之訴訟標的為被上訴人對於上訴人之工程款等債權，二
19 者訴訟標的法律關係並不相同，故性質上應為訴之追加，被
20 上訴人主張上開聲明之變更，性質上應均係縮減起訴聲明，
21 並不足採，合先敘明。

22 貳、實體方面：

23 一、被上訴人起訴主張：

24 (一)被上訴人承攬上訴人招標之系爭工程，兩造並於99年2月12
25 日簽訂系爭工程契約，約定工程總價3億900萬元，履約期限
26 自開工日起算698日曆天全部完工。系爭工程於99年2月26日
27 開工，加計不計工期之日數（23天），及經上訴人核准展延
28 之日數（222天）後，預計完工日為101年9月25日。系爭工
29 程實際完工日為102年12月27日，上訴人嗣以被上訴人逾期4
30 58日曆天為由，依系爭工程契約第10條定，計罰被上訴人逾
31 期違約金至上限5,633萬3,501元（即工程結算書記載結算金

01 額2億8,166萬7,505元×20%)，並扣抵被上訴人同額之工程
02 款未為給付。

03 (二)惟系爭工程係由上訴人提供土方供被上訴人施作，施工過程
04 因發生供土不足，由上訴人先後辦理2次變更設計及環境影
05 響差異評估作業，而於101年8月31日函知被上訴人停止系爭
06 工程交流道東北側路堤段進土作業並將到場材料運離，另要
07 求被上訴人於完成環境影響差異評估作業前不得施工，迄10
08 2年6月14日方核准被上訴人之借土計畫而得復工，致被上訴
09 人於102年6月14日前無法進行系爭工程要徑「LEG-6、LOOP-
10 2-1路堤填築」即東北側路堤段填築工作，自100年12月28日
11 起迄102年6月14日止影響共計535日曆天，依系爭工程契約
12 一般條款第H.8、H.6(8)「暫停施工」約定，上訴人指示被上
13 訴人暫停進行該要徑所導致之延遲，應予展延工期535日曆
14 天；又被上訴人自100年9月起即催告上訴人解決系爭工程供
15 土不足問題，惟上訴人怠為指示，於101年3月14日第1次辦
16 理變更設計後又於同年7月自行取消，於102年2月7日方辦理
17 第2次變更設計，上訴人指示遲延與系爭工程延宕亦有因果
18 關係，符合系爭工程契約施工說明書一般條款H.6.(3)「工程
19 司提供...指示，有不合理之遲延」之規定，亦應展延工
20 期。從而，被上訴人就系爭工程並無逾期完工情事，上訴人
21 計罰違約金5,633萬3,501元，並據以扣抵同額之工程款不予
22 給付，並無理由，爰依兩造承攬契約關係提起本訴，並聲
23 明：(一)上訴人應給付被上訴人5,633萬3,501元，及自起訴狀
24 繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(二)願供
25 擔保，請准宣告假執行。

26 二、上訴人則以：

27 (一)系爭工程期間被上訴人一再主張供土不足，惟被上訴人僅按
28 現地未完成部分工區請求追加借土數量，非以全部工區之土
29 方數量計算，嗣系爭工程完工後，因兩造對土方數量收方測
30 量成果有爭議，曾聲請行政院公共工程委員會（下稱工程
31 會）進行調解，並經工程會建議，兩造同意由被上訴人於10

01 3年1月27日委託社團法人臺灣省土木技師公會（下稱鑑定單
02 位）進行土方收方數量測量鑑定。經鑑定單位委託詠翔測量
03 工程有限公司（下稱詠翔公司）在現地實測土方收方斷面
04 後，製做成果圖表，發現現場土方填土完成橫斷面，部分橫
05 斷面填土方有高出設計圖斷面，部分橫斷面填土方低於設計
06 圖斷面，依現況斷面計算所填土方量約118,800餘立方公
07 尺，上訴人主張填土方超出設計斷面者，其所填土方數量只
08 能計算至設計斷面，填方斷面填土方數量不足之處，經觀察
09 不影響通車功能，而不再填補，但只能依目前實測之斷面計
10 算土方數量，經鑑定單位委託詠翔公司依上訴人之意見重新
11 計算填土方數量為113,569立方公尺（下稱103鑑定報告）。
12 故系爭工程應填土方數量應為113,569立方公尺，而上訴人
13 依103年10月份測量現況斷面計算實際供給填築土方數量約1
14 18,800餘立方公尺，土方供給數量足夠。

15 (二)系爭工程既已完工結算驗收，且兩造曾輾轉委託詠翔公司進
16 行現地實測土方收方繪製成斷面圖，並據引為完工圖之一部
17 分，即應以完工圖之橫斷面取代原設計圖以計算應填土方數
18 量，原審雖曾囑託鑑定單位鑑定，並經鑑定單位出具000-00
19 00號鑑定報告（下稱105鑑定報告），惟105鑑定報告據以為
20 說明基礎之原設計工程數量計算書，原設計圖數值誤植等處
21 甚多，鑑定報告應不可採。鑑定單位嗣於本院審理中復受囑
22 託為補充鑑定，於109年5月7日所出具之案號0000000000號
23 鑑定報告（含同年6月9日函所附之修正原鑑定報告主文資
24 料，下統稱109鑑定報告），及110年9月20日函文補充鑑定
25 意見（下稱110補充意見函），鑑定結論就實際供給土方數
26 量部分，漏計原合約設計「借土（詳細價目表一、路工工程
27 13）之數量1,038立方公尺」，該部分土方確實已於102年4
28 月29日全數運至工區回填在工地；另鑑定結論將實際填土數
29 量加計容許誤差值3,072.252立方公尺部分，亦不合理。

30 (三)依103鑑定報告，系爭工程並無供土不足情事，被上訴人係
31 因自己對工區內土方管理不善，且未積極趕工，造成土方不

01 足。被上訴人因管理不善造成之缺土問題，致需另外購買合
02 法借土區土方，致另行辦理變更環境影響差異分析評估作業
03 所造成延宕施工期皆屬可歸責於被上訴人，並致系爭工程逾
04 期計458天，依系爭工程契約第10條規定，每逾期1日按契約
05 結算金額1/1,000計算，累計最高不得超過契約結算金額2
06 0%，被上訴人依約應給付上訴人逾期違約金至上限5,633萬
07 3,501元，而得與被上訴人請求給付之工程款等金額互為抵
08 銷。

09 (四)又倘認應依109鑑定報告及110補充意見函認定土方實際填築
10 數量為115,389.616立方公尺（未加計容許差數量3,072.252
11 立方公尺），土方實際供給數量為112,956.707立方公尺，
12 惟再加計漏未計算之供給數量1,038立方公尺後，其供土不
13 足數量計1,394.909立方公尺，依此計算因供土不足造成工
14 期之影響為4天，連帶影響後續施工網狀圖主要徑之工期，
15 影響合計215天。惟系爭工程之環境影響差異評估作業於102
16 年3月14日經行政院環保署核定後，上訴人已於同年月20日
17 通知被上訴人應依契約規定辦理取土作業，被上訴人遲至10
18 2年5月8日始以函文提出借土計畫，經上訴人於102年6月14
19 日函覆同意備查，致造成延宕工期，故復工日應自102年3月
20 21日起算，應完工期限為102年10月21日，被上訴人於102年
21 12月27日始完工，仍逾期66天，應計罰逾期違約金1,859萬5
22 5元，上訴人亦據以為抵銷抗辯。

23 (五)另因被上訴人逾期完工，依系爭工程契約施工補充條款第66
24 條規定，因承包商即被上訴人因素而延誤工期期間應繳納之
25 空污費應由被上訴人負擔，上訴人另應給付逾期履約期間之
26 空污費267萬9,076元，並主張與被上訴人請求之工程款等金
27 額互為抵銷等語。

28 三、原審為被上訴人全部勝訴之判決，並為附條件准免假執行之
29 宣告。上訴人提起上訴，被上訴人於本院審理中為前開壹、
30 二聲明之減縮及追加確認之訴。上訴人上訴聲明：(一)原判決
31 廢棄。(二)被上訴人於第一審之訴及追加之訴均駁回。(三)如受

01 不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。被上訴人答辯
02 聲明：上訴駁回（減縮部分已非本院審理範圍，茲不贅
03 述）。

04 四、兩造不爭執事項（本院卷六第91-92、107、125、153頁）：

05 (一)被上訴人於99年2月2日得標上訴人所招標之系爭工程，兩造
06 並於99年2月12日簽訂系爭工程契約，約定工程總價為3億90
07 0萬元，履約期限為自開工日起算698日曆天內全部完工，另
08 第10條並約定：本工程未按契約規定期限完工，每逾1日，
09 承包商應向主辦機關繳納契約結算金額之1/1000，累計最高
10 不得超過契約結算金額20%。

11 (二)系爭工程開工日為99年2月26日，加計不計工期之日數（23
12 天）及上訴人核准展延工期之日數（222天，自101年2月16
13 日起至101年9月25日，該事件與本件爭執之展延事由不重
14 疊）後，履約期限為943日曆天，預定完工日期為101年9月2
15 5日，而實際之完工日期為102年12月27日，驗收合格日為10
16 3年9月11日，上訴人認定被上訴人之逾期日數為458日曆
17 天。

18 (三)被上訴人截至51期共計估驗金額為2 億8,909萬7,319元，上
19 訴人扣回超估金額742萬9,814元後，於工程結算書記載結算
20 金額2億8,166萬7,505元，上訴人已給付被上訴人2億7,463
21 萬元；另扣留履約保證金772萬5,000 元。

22 (四)上訴人依系爭工程契約第10條約定，計罰被上訴人逾期違約
23 金5,633萬3,501元（計算式：2億8,166萬7,505 元 $\times$ 20%=5,63
24 3萬3,501元）。被上訴人針對其他有爭議之工程款，已另向
25 臺灣橋頭地方法院提起給付訴訟，請求1,708萬9,006元。

26 (五)兩造同意系爭工程餘料折價215萬9,140元（見本院卷一第57
27 頁）。

28 (六)被上訴人曾向工程會就系爭工程應予展延工期等事由聲請調
29 解，惟調解並未成立（工程會103年11月20日工程訴字第103
30 00404750號函及附件調解不成立證明書）。

31 五、按確認法律關係之訴，非上訴人有即受確認判決之法律上利

01 益，不得提起之，民事訴訟法第247 條第1 項前段定有明
02 文。所謂即受確認判決之法律上利益，係指法律關係之存否
03 不明確，上訴人主觀上認其在法律上之地位有不妥之狀態存
04 在，且此種不妥之狀態，能以確認判決將之除去者而言。本
05 件被上訴人主張其承攬系爭工程，並無逾期完工情事，惟上
06 訴人卻以其逾期458日曆天為由，計罰逾期違約金5,633萬3,
07 501元，被上訴人因而追加訴請確認上訴人就系爭工程對被
08 上訴人之逾期違約金5,633萬3,501元債權不存在。足見兩造
09 間就上開違約金債權存否容有爭議，被上訴人之法律上地位
10 顯有不妥之狀態存在，得以本件確認判決加以除去。依上開
11 說明，被上訴人自有受確認判決之法律上利益。上訴人雖主
12 張被上訴人原提起之給付訴訟已含有消極確認訴訟之本質，
13 且被上訴人尚未給付逾期違約金，其於本件核算剩餘之工程
14 款後減縮請求給付金額，已可達訴訟目的，倘判決認定上訴
15 人應給付被上訴人工程款，相對之意義即無逾期違約金可
16 言，故本件並無提起確認債權不存在之實益云云（見本院卷
17 六第141-142頁）。惟給付判決於原告勝訴時，即生積極確
18 認判決效力之前提需在原訴訟標的法律關係之範圍內，本件
19 被上訴人追加確認之訴與原起訴之給付之訴，訴訟標的並非
20 同一，已據前述（見前述壹、二），又被上訴人所提給付之
21 訴已減縮請求金額，與訟爭逾期違約金債權額範圍已不相
22 同，且所追加之確認訴訟所涉者除上訴人對被上訴人之違約
23 金債權存否外，尚涉及違約金債權範圍之認定，是尚難謂被
24 上訴人提起上開確認之訴無受確認判決之法律上利益存在，
25 上訴人上開主張並不足採。

26 六、系爭工程應填築之土方為若干？被上訴人於系爭工程履約過
27 程中供應之土方是否足夠？若有不足，缺土數量為何部分：

28 (一)被上訴人主張上訴人就系爭工程有提供土方之義務，須供被
29 上訴人載運並進行施工乙節，上訴人未予爭執，自承系爭工
30 程所需路堤填土，土方來源為系爭工程之工區內挖填平衡，
31 及工區外運進土方，而工區外運進土方包含「借土挖運」及

「借土」方式等語（見原審卷一第55頁）；另觀系爭工程契約施工補充條款第38條亦載明：「本工程不足土石方，優先由鄰近工區（西濱快速公路WH56-A標雲—交流道至海豐橋段216K+000-000K+906主線新建工程、西濱快速公路WH56-B標雲—交流道至海豐橋段220K+906～225K+340主線新建工程）以公共工程土石方交換利用方式辦理，承包商至該工區餘土暫置場挖運所需之土石方，以『借土挖運』工作項目計量計價，如該鄰近工區之餘土暫置場無法適時供應土方時，再以『借土』工作項目，並依實作數量計價」等語（見原審卷一第76頁）。又欲辦理「借土」，在開始借土前，承包商應先擬定土方借土計畫，送請工程司審核後，必要時轉送相關機關或地方主管機關同意，方得開始自借土區進行挖運土石方工作；借土區可為土石方資源堆置處理場，或承包商自行申請設置土區或土石方資源堆置處理場一節，亦有系爭工程契約附件之施工說明書（技術規定）第02322章關於借土計畫等說明在卷可參（見原審卷一第206頁），堪認被上訴人上開主張為真實。依上，上訴人既有提供土方義務，其自應提供足敷系爭工程使用之土方數量，俾利被上訴人施工所需而不致影響系爭工程之施工進行。

(二)又兩造因系爭工程是否應予展延工期等事由，曾向工程會聲請調解，期間曾經兩造合意由被上訴人於103年間委託鑑定單位就土方收方數量測量鑑定（即103鑑定報告，存卷外附），嗣於本件審理中，因上訴人聲請再經原審囑託鑑定單位鑑定（即105鑑定報告，存卷外附）及本院囑託為補充鑑定（即109鑑定報告及110補充意見函，109鑑定報告存卷外附，110補充意見函見本院卷五第469-493頁），合先敘明。

(三)依系爭工程契約詳細價目表記載：「甲.壹.一.8基地及路堤填築」之數量為122,944立方公尺（見原審卷一第75頁），即上訴人於系爭工程發包前依據其設計系爭工程應填築之土方為122,944立方公尺。經原審囑託鑑定單位鑑定，105鑑定報告意見略以：依原合約設計基地及路堤填築之數量為122,

01 944立方公尺，經鑑定後依合約設計應填築之數量為122,59
02 6.355立方公尺，設計可供土數量則為116,495.739立方公
03 尺，設計供土不足6073.620立方公尺等情（見105鑑定報告
04 一第17頁）。嗣於本院審理中，上訴人聲請再為補充鑑定，
05 兩造於108年10月23日鑑定開說明會議中，對上開設計應填
06 土及設計可供土數量均無異議而不爭執（見109鑑定報告第6
07 頁，本院卷五第41、73頁），堪信屬實。

08 (四)而就現場實際挖、填土施作數量，兩造於鑑定單位提出109
09 鑑定報告後，在核算上訴人實際供給土方數量中，關於經由
10 內部近運方式供給土方部分，上訴人就原經兩造於鑑定過程
11 討論應扣除之農路刨除1,146.43立方公尺（見109鑑定報告
12 第2-20頁），應否扣除一節再提出疑問，經鑑定單位與兩造
13 討論後，兩造同意不加扣該1,146.43立方公尺，鑑定單位乃
14 以110補充意見函將109鑑定報告認定之土方實際供給數量11
15 1,810.277立方公尺，修正為112,956.707立方公尺（計算
16 式：111,810.277立方公尺+1,146.43立方公尺），及依此
17 為相關計算之修正，最終認定：1.土方實際填築數量為115,
18 389.616立方公尺；2.土方實際供給數量為112,956.707立方
19 公尺；3.實際供土數量少於實際填築數量，其供土不足數量
20 計2,432.909立方公尺（計算式：115,389.616-112,956.70
21 7）；4.本案容許差之數量為3,072.252立方公尺，加計容許
22 差後之實際填築數量為118,461.868立方公尺（計算式：11
23 5,389.616+3,072.252）；5.本案加計容許差之實際填供土
24 數量少於實際填築數量，其供土不足數量計5,505.161立方
25 公尺（計算式118,461.868-112,956.707）（見本院卷五第4
26 97、499頁）。

27 (五)上訴人於鑑定單位出具109鑑定報告後，主張系爭工程履約
28 過程中其供應之土方足夠，且鑑定單位漏計系爭工程原合約
29 設計「借土（詳細價目表壹、一、路工工程13）之數量1,03
30 8立方公尺」，並主張105鑑定報告有將上開借土數量1,038
31 立方公尺計入，且被上訴人確已於102年4月29日購入土方1,

038立方公尺回填在工地，109鑑定報告漏計上開供土數量云云，並提出被上訴人102年4月26日函文及交通部公路總局東西向快速公路高南工程區第六工務段102年5月3日高南六字第102000065號函為證（見本院卷五第173-175頁）。惟為被上訴人所否認，辯稱上訴人係將不同時期之不同鑑定事項，混為一談，109鑑定報告未有漏計數量等語。查，

1. 鑑定單位在110補充意見函以下開理由回覆表示：系爭工程契約雖有編列該借土數量1,038立方公尺，但據上訴人所提供之下列往來公文，即交通部公路總局東西向快速公路高南區工程處第六工務段102年1月28日高南六字第1020000120號函，其中說明二略以「本案借土部分因本路線環境影響說明書第五次變更環境影響差異分析報告，正陳報行政院環境保護署審理中，俟核定後另行通知，始得進土施工（見本院卷五第493頁）；另交通部公路總局東西向快速公路高南區工程處第六工務段102年3月20日高南六字第1020000042號函，略以「台78線斗南交流道增設東向匝道工程之路線環境影響說明書第5次環境影響差異分析報告書定稿本，業報准行政院環境保護署102年3月14日函覆已予備查」（見本院卷五第483頁），及交通部公路總局東西向快速公路高南區工程處第六工務段102年6月14日高南六字第1020000623號函以「貴公司提送承攬台78線斗南交流道增設東向匝道工程界土計畫書（第四區），擬由千玉企業有限公司（經濟部水利署第五河川局標售八掌溪斷面41-43疏濬工程【第一次標售】土方）供應1案，業報工程處核備同意備查」（見本院卷五第491頁）等內容可知，前述原合約設計供土數量1,038立方公尺，係於環境影響差異分析報告核准後，才得以供土，應不能納入原設計供土數量等情，有110補充意見函附卷可參（見本院卷五第497-498頁）。依上開函文，再觀諸被上訴人曾於104年4月26日函文通知上訴人：系爭工程要徑工項尚需土方13,853.48立方公尺，依契約借土數量只1,038立方公尺，尚不足土方約12,818立方公尺，尚缺之土方12,818立方

公尺，將依契約施工補充條款第38條，以「借土」工作項目增加辦理，被上訴人將於102年4月29日後進行借土路堤填築作業等語（見原審卷一第196頁）；而上訴人審核後則確認東北側路堤段填築未完成填土部分約11,562立方公尺，而以102年5月3日以高南六字第102000065號函回覆略以「交流道東北側……路堤填築作業未完成填土部分約12,600立方公尺（實方），因貴公司所提送借土計畫書（第三區）委由世全建業有限公司之土石方資源堆置場供應約1,038立方米（實方），尚不足該路所需土方約1萬1,562立方米（實方）【12,600-1,038=11,562】，為利工程進行，貴公司擬先行依契約規定尋覓合法土源，請提送關計畫過段」等語（見本院卷五第485頁）可知，系爭工程合約原確規劃載有「借土（詳細價目表壹、一、路工工程13）之數量1,038立方公尺」，惟上訴人並非一開始即提供該借土數量1,038立方公尺予被上訴人，而係在工區發生缺土，於環境差異影響評估分析做成後，被上訴人始先委由世全建業有限公司之土石方資源堆置場供應1,038立方公尺，其他不足部分，再由上訴人變更追加借土數量11,562立方公尺，供被上訴人另提送借土計畫書再行購入。故該1,038立方公尺之設計借土數量，於101年8月31日上訴人函令被上訴人停工（詳見後述八、之（二）前，並未由上訴人實際提供土方予被上訴人施作，而係上訴人於102年3月20日函知被上訴人環境影響差異分析報告業經環保署備查後，始由被上訴人自覓合法土源，經上訴人核可後進土施作。則於兩造間關於上訴人供土數量是否足夠，有無因而影響工期之爭議中，該1,038立方公尺之設計借土數量自不應計入上訴人之現場供土數量。

2.105鑑定報告雖有將該1,038立方公尺納入供土數量計算，惟其係在說明「『設計』供土是否足夠？若有不足，缺土數量若干？」之設題下所為回應，鑑定單位檢視原合約「設計」供土數量，而認「設計可供土數量」為116,495.739立方公尺（見105年鑑定報告第17-18頁記載，及18頁記載「原合約

設計『借土(詳細價目表一、路工工程13)』」可稽)，惟原設計數量並非指已實際借土予被上訴人，而係須工區發生缺土，且經過環境差異影響評估後才能供土。再者，上訴人因不認同105年鑑定報告認定之供土數量有誤算及重複計算等情事，而檢具自行出具之完工圖說及工程數量計算表再聲請補充鑑定（見本院卷三第116-117頁），鑑定單位受囑託後，因兩造多次提出相關佐證資料，鑑定單位為確定兩造主張內容與實際之差異性，乃數度召集鑑定說明會議，就系爭工程現場實際應填築土方之數量及上訴人履約過程中供應之土方數量等，針對工程實作項目之數量逐條討論，並由鑑定單位詳實計算及核對，109鑑定報告書並其說明計算原則係以「A. 現場實際填土數量原則上依據完工圖說計算，如能提出其他佐證資料並經確者，依據佐證資料。B. 現場供土數量，原則依據設計圖計算，如能提出其他佐證資料並經確者，依據佐證資料。3. 依據上述原則逐條討論後，經兩造提出佐證資料討論後，雙方同意除下列項目依據佐證資料修正外，其餘部分則依據完工圖數量計算」，並列出須修正之項目，據以核算系爭工程土方供給數量及土方填築總量之差異，以判讀系爭工程是否有缺土，以及上訴人實際供土數量若干(見109鑑定報告第8-13頁，本院卷五第45-57頁)。依上開鑑定過程及認定原則，已與105鑑定報告有所不同，堪認已無再將系爭工程契約原設計「壹. 一. 13借土」1,038立方公尺單獨一項提出討論之必要，則被上訴人辯稱上訴人混淆不同時期之不同鑑定事項及方式，非屬無據。

3. 至上訴人另抗辯應依103鑑定報告書以現地鑑測方式所認定之實際路幅填築土方數量為113,569立方公尺方為合理，並據以主張供土並無不足云云，惟查：103鑑定報告之鑑定緣由係因上訴人稱被上訴人有超填土方數量，為被上訴人所否認，經鑑定單位就是否有超填土方事宜委託詠翔公司在現地實測土方收方斷面並製作成果圖表，並依上訴人主張意見即填土方超出設計斷面者，其所填土方數量只計算至設計斷

面，填方斷面填土方數量不足之處，只依目前實測之斷面計算土方數量，重新計算後出具鑑定結論，認鑑定標的物填土方數量為113,569立方公尺等情，有103鑑定報告可稽(見103鑑定報告第2-3頁)。然該鑑定報告所認定之填土方數量為113,569立方公尺，與兩造上開原各自主張之實際填土方數量差距甚大，故經鑑定單位先後於原審及本院審理中再為鑑定，109鑑定報告終局認定實際填土數量應為115,389.616立方公尺(未加計容許差)，另105鑑定報告並說明因詠翔公司於現場測量土方之時間距完工時已約10個月，期間經雨水沖刷等因素或有誤差，其誤差比例甚大等語(見105鑑定報告一第16頁)，則103鑑定報告所援引之詠翔公司現地實測數據既因時間經過而有誤差比例過大情形，即難遽引該鑑定報告之土方數量作為認定10個月前系爭工程完工狀態實際填土土方數量。而上訴人原稱實際填土數量為12萬1千餘立方公尺(見原審卷一第57頁、105鑑定報告書二第10-5頁)，嗣方改稱應以103鑑定報告為據，顯然忽略完工時之實際填土土方數量與現地鑑測時因時間經過所可能造成之落差問題，其上開所辯，要無足採。

(六)上訴人另主張109鑑定報告及110補充意見函所述將土方實際填築數量加計許可誤差值(3,072.252立方公尺)並不合理，系爭工程契約附件之施工說明書第02331章雖有述及容許誤差部分，即該章第3.2.1項填築鋪平略以：「填方區及路堤斜坡應按設計圖說或工程司核可之填方線及坡度完成之。已完成之斜坡與規定坡面之許可差，若按垂直於設計坡面度量時，距路肩高程1m以內者，其許可差不得大於20cm；距路肩高程1m以上者，其許可差不得大於40cm」。惟該規定係針對施工方法所為規定，即進行邊坡填土分層鋪築施工時每一層之許可差。另第3.2.1(3)項修整坡面之規定，因工程係以大型機具施工才需修整坡面，而非土方數量容許計算誤差值，並認鑑定單位所提天雨造成沖刷路堤因素為個人臆測云云(見本院卷六第17頁)。查，

01 1.鑑定單位認加計容許誤差數量符合施工說明書第02331章
02 「基地及路堤填築」規定，並以110年補充意見函回應認定
03 依據：(1)本案於施工說明書第02331章「基地及路堤填築」
04 已載明容許差之計算原則，109鑑定報告書係請兩造依據該
05 施工說明書之原則計算(超出範圍不計入容許差)，尚符合
06 施工說明書之約定；(2)本案路堤填築係利用大型機具於戶外
07 施工，路堤填築完成後，至完工驗收，尚需一段時間暴露於
08 戶外，考量大型機具施工之精度及天雨造成沖刷路堤等因
09 素，本案土方之容許差介於2.4%~2.9%間，尚屬合理；(3)本
10 案鑑定內容係針對土方供給及填築量鑑定，至於容許差是否
11 得予估驗計價？建請兩造當事人依據合約約定辦理等語（見
12 本院卷五第498頁）。

13 2.依上，鑑定單位係依據土方工程特性作業與一般結構物作業
14 工程不同，在施工技術之性質，須利用大型機具於戶外施
15 工，考量大型機具施工之精度，及路堤填築土方完成後至完
16 工驗收，尚需一段時間暴露於戶外，會受回填土方土質、含
17 水量、鬆實比及雨水沖刷等因素產生變化，因此應考量誤差
18 值，在符合誤差值內，計入實際土方填築數量，此符合土方
19 填築之施工技術規範，鑑定單位上開意見認被上訴人實際填
20 築數量應包含「符合施工說明書」規定之容許誤差範圍內之
21 土方數量，尚屬合理有據，況縱未計入容許誤差數量，此於
22 本件最終認定被上訴人是否逾期完工亦無影響（詳見下述
23 九、(四)），是上訴人上開主張，並不足採。

24 (七)綜上，本件土方實際填築數量為115,389.616立方公尺，加
25 計容許差數量3,072.252立方公尺後，土方實際填築數量為1
26 18,461.868立方公尺（計算式：115,389.616+3,072.25
27 2），而土方實際供給數量為112,956.707立方公尺，實際供
28 土數量少於實際填築數量，其供土不足數量計5,505.161立
29 方公尺（計算式118,461.868-112,956.707）乙節，已據前
30 述（見本院卷五第499頁），則系爭工程之缺土數量為5,50
31 5.161立方公尺，應堪認定，從而，被上訴人主張上訴人所

01 提供之土方數量不足系爭工程所需乙情，核屬有據。

02 七、如因土方不足，造成工期之影響為何？

03 (一)依上所述，系爭工程之缺土數量為5,505.161立方公尺，而
04 就此缺土情形是否影響系爭工程之進行及所影響之工期為何
05 等節，經鑑定單位審酌主要徑施工順序及需土狀況後認定系
06 爭工程因土方不足造成工期之影響計為224天，有109鑑定報
07 告及110補充鑑定意見函可佐(見外附鑑定報告及本院卷五第
08 499-500頁)；又109鑑定報告復載明因供土不足造成無法施
09 工，期間經辦理環境影響差異分析等作業後，直至上訴人於
10 102年6月14日函同意被上訴人之借土計畫而繼續施工方為解
11 決，故自復工之日即102年6月15日起算224日，即至103年1
12 月25日始為被上訴人應完工期日等語(見本院卷五第500
13 頁)。

14 (二)上訴人主張其已於102年3月20日函文通知被上訴人有關辦理
15 環境影響差異分析評估作業經報准行政院環境保護署備查，
16 請被上訴人辦理取土作業，惟被上訴人遲至102年5月8日方
17 提出借土計畫，經其於102年6月14日以函文通知被上訴人同
18 意該借土計畫，則自102年3月21日起至102年5月8日止計49
19 天之工期，乃屬被上訴人自行遲延而非可歸責於上訴人，惟
20 為被上訴人否認，稱在上訴人以上開102年3月20日函文通知
21 被上訴人後，尚須向上訴人及借土場所在縣市政府申請同意
22 借土，且上訴人遲至102年5月3日始確認東北側路堤段填築
23 尚欠土方11,562立方公尺而提供其正確借土數量，其方得於
24 102年5月8日提出借土計畫等語。查，上訴人係於102年3月2
25 0日行文被上訴人有關辦理環境影響差異分析程序業經報准
26 行政院環境保護署備查，請被上訴人辦理取土作業，復於10
27 2年5月3日行文予被上訴人有關交流道東北側路堤填築作業
28 未完成填土部分尚需土方11,562立方公尺乙節，有上開函文
29 在卷可佐(見原審卷一第38-39頁)，而被上訴人於收受上訴
30 人102年5月3日函文後，於102年5月8日以函文通知被上訴人
31 追加借土數量為11,562立方公尺，提送借土計畫書等情，亦

有該函文附卷可稽(見原審卷一第41頁)，堪認被上訴人係於上訴人102年5月3日函文通知後方依其函文所載數量提出借土計畫，且上訴人於原審亦自承：被上訴人提送借土計畫前，上訴人要先告知被上訴人借土數量，被上訴人才有辦法提借土計畫等語(見原審卷三第242-243頁)，則上訴人係於102年3月20日函文通知被上訴人環境影響差異分析程序已完畢後，遲至102年5月3日方告知被上訴人交流道東北側借土數量應再增加11,562立方公尺，被上訴人自僅能於收受該通知後方可提出借土計畫；佐以鑑定單位於110年補充意見函亦表示，依上開公文往來時間，自上訴人於102年3月20日發函通知被上訴人，至102年5月8日上訴人提送借土計畫書止(計約49天)，辦理尋覓合法土原及提送相關計畫書等作業時間，尚屬合理(見本院卷五第498-499頁)。則自102年3月21日至同年5月8日止之期間尚未能復工，自不可歸責於被上訴人，上訴人辯稱此應屬被上訴人之遲誤工期云云並不足採。

八、上訴人以工程結算總價2億8,166萬7,505元，依系爭工程契約第10條之約定，計罰被上訴人逾期違約金56,333,501元，有無理由？

(一)依系爭工程契約第10條約定：本工程未按契約規定期限完工，每逾1日，承包商應向主辦機關繳納契約結算金額之1/1000，累計最高不得超過契約結算金額之20%等語(見原審卷一第17頁)。另依系爭工程契約施工說明書一般條款H.8約定：「承包商應依據工程司之書面指示，暫停工程之全部或其任何部分之施工，並對工程予以適當之保護」，且一般條款H.6亦約定：「承包商為完成契約內之工程或其任何部分工程，或為達成時程表規定進度，而發生延遲或阻礙，係由於下列任一情況時，甲方(即上訴人，下同)應考慮給予展延工期：(8)按H.8『暫停施工』指示所導致之延遲」等語(見原審卷一第22-23頁)。被上訴人依系爭工程契約既有依上訴人指示而暫停施工之義務，則此即屬系爭工程應為展延工期之

01 事由。

02 (二)上訴人固以被上訴人逾期完工為由，依系爭工程契約第10條
03 約定計罰被上訴人逾期違約金5,633萬3,501元(見不爭執事
04 項(四))，惟被上訴人否認有逾期完工情事。查，上訴人因缺
05 土問題需待辦理變更環境影響差異分析評估作業而於101年8
06 月31日函知被上訴人停止系爭工程交流道東北側路堤段進土
07 作業並將到場材料運離，有該函文在卷可參(見原審卷一第1
08 9頁)，則依前揭一般條款H.6約定，被上訴人自應暫停系爭
09 工程該段施工作業，嗣上訴人於102年6月14日以函文通知被
10 上訴人核准其所提出之借土計畫，被上訴人方得進行借土及
11 復工，是被上訴人因上訴人所為暫停施工指示之停工期間應
12 為101年8月31日起迄102年6月14日止，依前段說明，此一期
13 間依約應展延工期。再者，因上訴人供土不足問題實際上所
14 影響系爭工程之工期計為224日，而自102年6月15日起算224
15 日，系爭工程之完工截止日應為103年1月25日，此經109鑑
16 定報告及110補充意見認定如前，被上訴人於102年12月27日
17 完工顯未逾越應展延之工期，則上訴人以被上訴人逾期完工
18 為由依系爭工程契約第10條約定計罰逾期違約金5,633萬3,5
19 01元，自屬無據。

20 (三)上訴人雖主張倘依109鑑定報告及110年補充意見函認定土方
21 實際填築數量為115,389.616立方公尺(不加計容許差數量
22 3,072.252立方公尺)，而土方實際供給數量為112,956.707
23 立方公尺，並應加計漏未計算之供土1,038立方公尺後，其
24 供土不足數量計1,394.909立方公尺，則因土方造成工期之
25 影響為3.26天，進位為4天，土方不足造成影響計215天(計
26 算方式同下述(四))，另應自停工原因消失翌日之102年3月21
27 日起算，則應完工期限為102年10月21日，被上訴人於102年
28 12月27日始完工，仍有逾期66天，應計罰逾期違約金1,859
29 萬55元云云。惟系爭工程土方實際供給數量為112,956.707
30 立方公尺，鑑定單位並未漏計1,038立方公尺，土方實際填
31 築數量為115,389.616立方公尺，應另加計容許差數量3,07

2. 252立方公尺，合計118,461.868立方公尺，依此計算因上訴人供土不足，實際上影響系爭工程之工期計為224日，另自102年3月21日至同年5月8日止之期間延宕，不可歸責於被上訴人，復工之起算日應自102年6月15日起算224日即至103年1月25日始為被上訴人應完工期日等情，均已據前述，則上訴人主張復工之起算日應自102年3月21日起算，並據以主張被上訴人仍有逾期66天，並不足採。

(四)另縱依上訴人主張土方實際填築數量為115,389.616立方公尺，不再加計容許差數量3,072.252立方公尺，依此計算，供土不足數量為2,432.909立方公尺，因土方造成工期影響則為217天（即施工進度網狀圖主要徑④⑤-⑤⑩之土方填築數量合計為26,492.77立方公尺，缺土數量為2,432.909立方公尺，約為 $2,432.909/26,492.77=9.18\%$ ，④⑤-⑤⑩《工期61天》作業，因土方不足造成無法施工之工期為 $61\text{天}\times 9.18\%=5.59\text{天}$ ，進位為6天，後續要徑工期亦無法施工，合計因土方不足造成工期影響計 $6+23+34+30+31+30+33+30=217\text{天}$ ，參依109鑑定報告第18頁計算方式）。則自102年6月15日為復工日起算，加計217天即103年1月18日為應完工日期，被上訴人係於102年12月27日完工，並未逾期，亦即土方實際填築數量是否加計容許差數量，於計算被上訴人是否逾期完工一節，尚無影響，併予敘明。

(五)從而，上訴人就系爭工程對於被上訴人並無5,633萬3,501元逾期違約金債權，被上訴人追加請求確認上訴人就系爭工程對於被上訴人之5,633萬3,501元逾期違約金債權不存在，為有理由。

九、被上訴人請求上訴人應給付1,260萬3,365元之本息有無理由？上訴人得否以被上訴人於逾期之期間應繳空污費267萬9,076元為抵銷抗辯部分：

(一)依系爭工程契約一般條款G.4.(5).C關於保留款之退還約定：保留款保留至工程完工後，經甲方初驗合格且無逾期情形者，先發還保留款之50%，另50%俟甲方正式驗收合格，並

01 經承包商繳納保固保證金後一次付清；另一般條款第G.4.
02 (2) C關於履約保證金退還方式約定：依工程施工進度分四
03 階段（進度達25%、50%及工程驗收合格）無息退還，各階段
04 退還金額均為履約保證金之25%，分段竣工得比照之（見系
05 爭工程契約第21、22頁，存卷外放）。

06 (二)系爭工程已於102年12月27日完工，103年9月11日驗收合
07 格，又被上訴人尚有工程保留款703萬7,505元及履約保證金
08 772萬5,000元，尚未退還乙節，為兩造所不爭執（見不爭執
09 事項(二)(三)(四)），又上訴人對於上開工程保留款及履約保證金
10 應予退還，亦不爭執（見本院卷一第196頁，卷六第147
11 頁），則被上訴人主張依系爭契約一般條款G.4.(5).C及G.
12 4.(2) C約定，上訴人應退還被上訴人工程保留款703萬7,50
13 5元及履約保證金772萬5,000元，即屬有據。另兩造合意工
14 程餘料折價為215萬9,140元（見不爭執事項(五)），此部分應
15 自被上訴人得請求返還之上開款項中扣除，則被上訴人得請
16 求上訴人返還之金額應為1,260萬3,365元（計算式：703萬
17 7,505元 + 772萬5,000元 - 215萬9,140元 = 1,260萬3,365
18 元）。又被上訴人請求上訴人返還1,260萬3,365元本息部
19 分，核屬減縮應受判決事項之聲明，並非於本院審理中另為
20 訴之追加亦據前述（見前開壹、二），則上訴人主張倘被上
21 訴人上開給付請求經認定為訴之追加，其併為時效抗辯之前
22 提並不存在，而毋庸另為時效抗辯之審酌，併此敘明。

23 (三)至上訴人抗辯有關空氣污染防治費之徵收，如因承包商因素
24 而延誤工期，依系爭工程契約施工補充條款第66條約定，其
25 應繳納之空污費由承包商負擔，而系爭工程工期共計1,401
26 天，經結算後，其逾期以435天計，關於空污費之徵收以月
27 計算，系爭工程共計繳納空污費404萬2,012元，換算逾期期
28 間應繳空污費為267萬9,076元（計算式：施工面積 $\times$ 費率 $\times$ 工
29 期日曆天 $\div$ 30 = 空污費應繳金額，即 $122,717\text{ (m}^2\text{)} \times 1.43$
30 $\text{(元/m}^2\text{/月)} \times 435 \div 30 = 2,679,076$ ），主張應予抵銷云云，並
31 提出空污費繳款書收據影本為證（見本院卷二第145-147

頁)。惟上訴人自承依上開規定，空污費係在認定被上訴人有延誤工期之前提下，始應由被上訴人負擔等語（見本院卷一第196頁），而系爭工程因上訴人供土之數量不足，造成延長完工期限，應展延後之完工期限為103年1月25日，被上訴人已於102年12月27日完工，並未發生因被上訴人因素而延誤工期情事，則上訴人上開抵銷抗辯，亦屬無據。

十、綜上所述，被上訴人依系爭工程契約關係，減縮聲明請求上訴人返還1,260萬3,365元，及自起訴狀繕本送達之翌日即104年1月9日（見原審卷一第51頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。原審在上開減縮後之範圍內，為上訴人敗訴之判決，並分別為准、免假執行之諭知，並無違誤。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。另被上訴人追加請求確認上訴人就系爭工程對於被上訴人之5,633萬3,501元逾期違約金債權不存在，為有理由，應予准許。

十一、本件事證已臻明確，兩造其餘陳述及攻擊防禦方法核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，附此敘明。

十二、據上論結，本件上訴為無理由，被上訴人追加之訴為有理由，爰判決如主文。

中 華 民 國 111 年 6 月 29 日

工程法庭

審判長法 官 甯 馨

法 官 何悅芳

法 官 林雅莉

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。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 29 日

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。