臺灣高等法院高雄分院民事判決

108年度建上字第33號

上　訴　人　海洋委員會海巡署南部分署（原名：行政院海岸巡防署海岸巡防總局南部地區巡防局）

000000000000000000

法定代理人　宋子陽

訴訟代理人　賴柏宏律師

複代理人　　呂宜蓁律師

訴訟代理人　王森榮律師

被上訴人　　光曜工程有限公司（原名：富垣營造有限公司）

000000000000000000

法定代理人　蔡育芳

訴訟代理人　王正宏律師

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108年11月18日臺灣橋頭地方法院105年度建字第58號第一審判決提起上訴，本院於112年3月29日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命上訴人給付超逾新臺幣（下同）3,204,029元，及其中2,024,349元自民國104年6月24日起、624,975元自105年2月4日起、397,205元自105年12月27日起、157,500元自108年9月17日起之法定遲延利息部分，及該部分假執行宣告，暨訴訟費用之裁判（確定部分除外）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駁回。

其餘上訴駁回。

第一（確定部分除外）、二審訴訟費用由上訴人負擔百分之四十五，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、按國家機關因裁撤或改組而不存在者，其性質與法人因合併而消滅者相類，故其訴訟程序應類推適用民事訴訟法第169條第1項規定（最高法院民國89年台上字第868號判決要旨參照）。又當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權

消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止，惟有訴訟代理人者不適用之；承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，民事訴訟法第170條、第173條、第175條第1項分別定有明文。本件上訴人於被上訴人起訴時為行政院海岸巡防署海岸巡防總局南部地區巡防局，嗣已改制為海洋委員會海巡署南部分署，並經其於107年10月24日聲明承受訴訟（建字卷二第109頁），另其法定代理人原為滕永俊，嗣變更為許靜芝，再變更宋子陽，亦據其等陸續聲明承受訴訟（建字卷二第224頁、本院卷一第373-374、377頁），均合於前揭規定，應予准許。

二、被上訴人主張：上訴人辦理「青山港安檢所及執檢區新建工程」（下稱系爭工程）公開招標，由被上訴人得標，兩造於103年2月26日簽約(下稱系爭契約)，約定價金為新臺幣（下同）20,832,500元。被上訴人於104年2月間施作系爭工程安檢所4樓時，因屋突層設計圖說部分牆體及樓板所排置之鋼筋太密，且混凝土澆置時振動不易，致產生蜂窩瑕疵（下稱系爭瑕疵），上訴人指示被上訴人若配合敲除4樓全部牆壁並修補瑕疵後，即同意被上訴人繼續施工。詎上訴人於104年2月13日召開會議要求被上訴人須將4樓包含樑柱、頂版等結構體全部敲除，並限期被上訴人於104年2月26日前針對施工品質不良部分提出改善計畫及完成改善文件，如逾期未提送或遭監造單位張嘉玲建築師事務所（下稱監造單位）審退，將依系爭契約第9條第18項第2款約定終止契約。被上訴人並未同意將4樓結構體全部敲除，而係於上開期限內提出改善計畫及完成改善文件，並經監造單位審查提出建議且未審退，並無查驗或驗收不合格情事。惟上訴人仍於104年3月9日，以被上訴人不遵照打除4樓全部結構體為由，表示終止契約。然上訴人並非工程專業機構，如主觀上認為系爭瑕疵有影響結構安全之虞，程序上應先委託專業鑑定機構或召開系爭工程之結構安全評估會議，聘請結構工程方面專家學者，以評估是否有結構安全之虞，上訴人捨此不為，又不依

台南市土木技師公會鑑定報告認為不宜將4樓結構體全部打除之意見，及監造單位建議保留柱子之意見，竟指示被上訴人將安檢所4樓全部結構體予以敲除，顯為不當指示。且系爭工程承攬之工作物為建築物，縱有瑕疵，未重大致不能達使用之目的時，依民法第494條、第495條，上訴人亦不得解除契約。上訴人上開終止乃違法終止或屬民法第511條之任意終止，應賠償被上訴人已完成部分之報酬，與未完成部分應可取得之利益，及被上訴人已支付給下包廠商之訂金。又被上訴人已完成部分經臺灣省土木技師公會鑑定為12,888,396元、未能施作部分以工程慣例淨利利潤5%（已低於財政部公布之營造業標準淨利率8%）計算為397,205元（計算式：20,832,500元－12,888,396元＝7,944,104元；7,944,104元x5%＝397,205元，元以下四捨五入，下同），上訴人並應賠償被上訴人就雨水回收系統，已支付給下包廠商惟淨環境工程有限公司（下稱惟淨公司）之訂金157,500元，及返還履約保證金624,975元，扣除被上訴人已領工程款5,977,563元後，上訴人尚須給付被上訴人8,090,513元（計算式：12,888,396元＋397,205元＋624,975元－5,977,563元＋157,500元＝8,090,513元）。為此，爰依系爭契約、民法第511條、第184條第1項前段規定，提起本件訴訟等語。並聲明：㈠上訴人應給付被上訴人8,090,513元，及其中6,910,833元自104年6月18日起至清償日止，其中624,975元自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，其中397,205元自民事辯論㈠狀繕本送達翌日起至清償日止，其餘157,500元自民事辯論㈣狀繕本送達翌日起至清償日止，均按年息5%計算之利息。㈡願供擔保，請准宣告假執行。

三、上訴人則以：被上訴人於施工期間屢次發生品質不良及勞工安全缺失，監造單位共計開立91項缺失請被上訴人改善，尤以安檢所4樓層樑、柱及牆面發生孔洞、蜂窩及鋼筋嚴重裸露之缺失特別嚴重。被上訴人於103年12月24日進行灌漿澆置作業前，未報請監造單位到場查驗、採樣，更利用監造單

位人員離開工地辦理冷氣場驗之際，驟然自行灌漿，違反系爭契約第11條第6項第3款、第4款約定。監造單位於104年1月5日查看拆模狀況，發現有多處樑、柱、牆等部分有明顯孔洞、蜂窩及鋼筋嚴重裸露情事，認為該瑕疵明顯為施工品質不良，有影響結構安全之虞，且系爭工程為新建結構物，非老舊建物，故上訴人於104年1月19日、104年2月4日要求打除重做，不同意被上訴人自行提出之補強方式。被上訴人於104年2月11日針對上開瑕疵提出不合格品改善追蹤表，自承缺失發生原因為「混凝土澆置搗實不良、振搗時間不足，機具不良，為趕工夜間灌漿，導致4樓牆面、樑柱、搗實不足，造成許多蜂窩、空洞、粒料分離」，並非如被上訴人所稱係設計圖說之牆體及樓板排置鋼筋太密所致。上訴人於104年2月13日召開第3次品質檢討會議，與被上訴人達成各項缺失改善共識，上訴人同意予被上訴人至104年2月26日12時之改善期限，然被上訴人於104年2月26日所提最終改善資料，未獲監造單位審查通過，屬可歸責於被上訴人，構成系爭契約第9條第18項第2款未於期限內改善或履行、第21條第1項第9款查驗不合格等事由。被上訴人雖提出台南市土木技師公會之鑑定報告書主張上訴人指示敲除4樓結構為不當之錯誤指示，惟該鑑定報告非兩造合意委託鑑定，鑑定人亦未進入執檢區現場量測拍照，且該鑑定報告無非認為將4樓全數打除不符整體經濟效益、將衍生工程費及工程問題，並非基於結構安全角度判斷，上訴人無法接受。上訴人基於建築物整體結構安全及兼顧公共工程施工品質等考量，乃依系爭契約第9條第18項第2款終止契約，核屬有據。又系爭工程預定完工日期為104年1月15日，被上訴人施作進度嚴重落後，至104年2月12日仍未完工，經監造單位核算工程進度落後達32.9%，上訴人亦得依系爭契約第7條第1項第1款、第21條第1項規定終止契約，並依系爭契約第21條第4項扣發上訴人應得工程款，且不發還履約保證金。再者，系爭工程因可歸責於被上訴人事由，致延誤履約期限，且經查驗不合格，未

於通知期限內依規定辦理，上訴人自得依約終止契約。另有關雨水回收系統部分，被上訴人片面縮減牆身厚度並改採點焊鐵絲網，未依圖施作，上訴人無須賠償其支付給惟淨公司之訂金。而上訴人終止契約後，委請台南市土木技師公會辦理完成工項數量結算鑑定，經扣除非依約施作部分，被上訴人完成工項總額僅為8,720,406元，扣除上訴人已支付之8,214,603元（工程款5,977,563元＋被上訴人得標後支領預付款624萬元－被上訴人於契約終止後繳回預付款4,002,960元＝8,214,603元），被上訴人未領金額僅餘505,803元（8,720,406元－8,214,603元＝505,803元）。另被上訴人施工品質不良之多項缺失，上訴人另發包委請訴外人久岡營造有限公司（下稱久岡公司）施作，工程款共20,633,790元，且被上訴人灌漿作業未報驗亦未落實品管，經查核小組扣款2,000元，上訴人得以上述對被上訴人主張抵銷等語為辯。

四、原審判決上訴人應給付被上訴人5,853,473元，及其中5,298,768元自104年6月24日起、其中397,205元自105年12月27日起、其中157,500元自108年9月17日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息，而駁回其餘之訴。上訴人不服，提起上訴。上訴聲明：㈠原判決不利於上訴人部份廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。被上訴人答辯聲明：上訴駁回（至原審判決駁回被上訴人請求2,237,040元本息部分，未據聲明不服，非本院審理範圍）。

五、兩造不爭執事項：

㈠被上訴人承攬上訴人發包之系爭工程，契約價金為20,832,500元，兩造於103年2月26日簽立系爭契約，約定開工日期為103年4月11日，預定完工日為104年1月15日。被上訴人得標後已先支領624萬元預付款。

㈡上訴人不同意被上訴人就系爭瑕疵所提出之補強方式，於104年1月19日、104年2月4日會議中，指示被上訴人至104年2月26日前應就其施工缺失提出改善計劃，並應將安檢所4樓層樑、柱及牆面拆除重做。

㈢上訴人於104年3月9日以南局後字第10400027351號函通知被上訴人，表示依系爭契約第9條第18項第2款及第21條第1項第9款規定終止系爭契約。

㈣被上訴人於契約終止後已繳回預付款4,002,960元。

㈤被上訴人已領取工程款5,977,563元(不含預付款)。

六、本院論斷：

㈠被上訴人承攬上訴人發包之系爭工程，契約價金為20,832,500元，約定開工日期為103年4月11日，履約期限為280日曆天，原定完工日為104年1月15日，嗣因天候及非可歸責廠商施工因素，展延工期至104年3月3日 （安檢所工區)及104年4月10日（執檢區工區）。嗣上訴人以被上訴人工程進度落後及施工品質不良為由，分別於104年1月19日、同年2月4日及同年2月13日召開施工品質研討會議，決議由被上訴人針對工程進度落後及施工品質不良等問題提出材料計畫書、改善計畫書、趕工計畫書及預訂進度網圖。上訴人並以104年2月17日函通知被上訴人，限期於104年2月26日前，就施工不良部分，應依會議決議事項送交監造單位審查，如未依期限內提送或經監造單位審退，將依系爭契約第9條18項第2款規定終止契約。被上訴人乃於期限內以104年2月26日函提出缺失改善計畫及相關文書，然上訴人依監造單位意見，認被上訴人所提缺失改善計畫與104年2月13日會議結論不合，乃以104年3月9日終止契約函通知被上訴人依系爭契約第9條18項第2款、第21條第1項第9款終止契約等情，有系爭契約、104年1月19日、2月4日施工品質研討會議紀錄、104年2月17日函文暨2月13日會議紀錄、被上訴人104年2月26日函文、監造單位函文、上訴人104年3月9日函文附卷可憑（建字卷一第81-101頁反面、第27-32頁），此部分事實堪以認定。

㈡被上訴人並無系爭契約第9條18項第2款終止事由：

1.系爭契約第9條（施工管理）第17項、第18項約定：「機關於廠商履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知廠商限期改善」、「廠商不於前款期限

內，依照改善或履行者，機關得採行下列措施：1.自行或使第三人改善或繼續其工作，其費用由廠商負擔。2.終止或解除契約，並得請求損害賠償。3.通知廠商暫停履約」（建字卷一第11頁），而系爭契約第9條內容雖均係就「施工管理」事項所為約定，然無論施工進度、員工技術、機具性能、工作安全與衛生、工程保管、轉包及分包等事項之缺失，均有可能影響工程施工品質及將來契約之履行。故上開第17項所指「預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事」，依其文義探求契約之合理解釋，應泛指倘不及時改善，顯然將導致契約履行上瑕疵，而影響契約履行困難之各種情事，是被上訴人主張該等情事應限於與工程施工品質無涉之情事，且不及於已施作完成之工程瑕疵云云，尚無可採。

2.上訴人主張被上訴人應依104年2月13日會議紀錄中監造單位提出及其承諾改善之13項缺失提出改善計畫，然其於104年2月26日所提最終改善計畫，未獲監造單位審查通過，合於系爭契約第9條第18項第2款之終止事由等語。而依上訴人104年2月17日函所載內容：「主旨：檢送本局104年2月13日『青山港安檢所及執檢區新建工程』工進及品質檢討會議紀錄乙份，請查照。說明…二、針對施工品質不良部分，請貴公司應依決議事項管制於104年2月26日上午12時前，送交監造單位審查…如未依期限內提送或經監造單位審退，本局將依契約第9條18項第2款規定，與貴公司終止契約」（建字卷一第22頁），再觀諸104年2月13日會議紀錄結論捌㈥記載：「針對施工品質不良部分，請承商依監造單位所提，缺失項目已完成改善部分，應提供施工前中後照片及相關材料計畫書，未完成施作部分，應提供材料計畫書…上述文件請承商於104年2月26日上午12時前，提送至監造單位收執審查…承商如逾期未提送或經監造，本局將依契約第9條18項第2款規定，辦理終止契約」；參照會議紀錄柒、三、㈠、2.上訴人發言：「安檢所4樓混凝土品質不良情形，請承商依所提限

期內提送改善計畫書供監造單位審查，如逾期未提送或遭監造單位審退，本局將依契約第9條18項第2款規定，終止契約」等語、會議紀錄柒、三、㈢、13.監造單位發言紀錄：「安檢所4樓混凝土品質不良情形，請承商於104年2月26日上午12時前提送改善計畫書至本所審查，本所審查意見將於104年2月26日下午18時前提送機關憑辦」等語，及會議紀錄柒、三、㈣、13.被上訴人發言紀錄：「安檢所4樓混凝土品質不良情形，本公司於104年2月26日上午12時前提送改善計畫書至監造單位審查」等語（建字卷一第23-26頁），依上開發言紀錄、結論用語前後脈絡，此所指「施工品質不良部分」應係針對該次會議紀錄之第13項缺失「安檢所4樓混凝土施工品質不良」（建字卷一第25頁）而言，至其餘12項缺失並未有「品質不良部分」、「廠商應於104年2月26日上午12時前提送改善計畫書」之相關載述，佐以上訴人亦稱被上訴人未改善安檢所4樓混凝土品質不良，當然可依此終止契約等語（建字卷一第228、229頁），故上訴人依系爭契約第9條第17項通知被上訴人限期改善，而足以發生同條第18項違約效力之範圍，應係指104年2月13日會議之決議事項第13項缺失「安檢所4樓混凝土施工品質不良」部分，而不及於其餘12項缺失。

3.又依上訴人104年2月17日函內容，限期被上訴人於同年月26日前，針對施工品質不良部分，應依「決議事項管制」改善。而依上開會議結論捌㈥所示內容，可知其要求改善程度，倘已完成施作改善者，可提供施工前後照片及相關材料計畫書，倘尚未完成施作部分，則提出相關改善計畫書（建字卷一第26頁）。蓋限期不及10日之改善期間內，倘再扣除通知函之送達期間，實非足以完成施工改善之合理期間，故被上訴人就上開第13項「安檢所4樓混凝土施工品質不良」之缺失，應僅須提出合理之改善計畫，即符合限期改善通知之要求。至於嗣後是否確實依改善計畫施工、施工結果是否符合契約之規範要求，則屬竣工驗收時是否合格之問題，不

構成系爭契約第9條第18款之違約情事。

4.查，被上訴人104年2月26日函提出之改善計畫書，就第13項缺失「安檢所4樓混凝土施工品質不良」部分，業已載明辦理情形：「4F（RF）4堵牆面全部打除，鋼筋重新綁紮、除鏽清洗、釘模板依原設計混凝土強度重新灌漿；柱、樑孔洞處予以改善，改善步驟如下：①將樑柱孔洞處不著力骨材徹底清除。②以水噴潤…⑤以濕治噴潤法養護」等語，有該函文在卷可證（建字卷一第27頁）。是縱認安檢所4樓混凝土品質不良，可預見將導致將來之履約瑕疵，然被上訴人既已依通知改善事項，於限期內提出改善計畫及具體施工方法，揆諸前揭說明，即難認被上訴人有系爭契約第9條第18項所定「廠商不於前款期限內，依照改善或履行」之違約情形，上訴人即不得依同條項第2款規定終止契約。

5.上訴人雖主張基於公共安全考量，安檢所4樓應全部（包括樑、柱、版、牆）打掉重作，被上訴人保留樑柱之提議已在會議中遭否決，被上訴人並同意另行提出改善方案，但其所提修補之改善計畫與104年2月11日函所載完全相同，形同未依會議要求提出符合履約要求之改善對策云云。惟：

⑴觀諸卷附3次會議紀錄，104年1月19日第1次會議時，被上訴人主張「採補強方式改善，並送交結構技師公會鑑定或辦理鑽心取樣」，惟監造單位不同意，並稱「安檢所4樓層結構樑、柱混凝土已有多處孔洞，已涉及結構安全，本所建議方式為4樓層全面打除重做」，上訴人乃表示「依照契約規定請被上訴人限期將不符規定之部分拆除重做」（建字卷一第84頁、第85頁反面）；嗣104年2月4日第2次會議，被上訴人再主張「為避免結構2次破壞，建議保留樑、柱及版，僅就牆面實施打除」，監造單位則稱「考量柱屬樓層結構連結部，如拆除恐有結構影響，建議可保留柱，其表面之孔洞應使用環氧樹脂修補，樑、版、牆面應打除重做」，上訴人仍要求被上訴人應依104年1月19日會議結論打除重做（建字卷一第88頁及其反面）；104年2月13日第3次會議，上訴人後

勤科人員雖表示「安檢所4樓層混凝土品質不良情形，改善方式請依104年1月19日及2月4日會議結論拆除重做」，惟監造單位及被上訴人之意見僅載為「安檢所4樓層混凝土品質不良，請被上訴人於104年2月26日上午12時前提送改善計畫書至本所審查，本所審查意見將於104年2月26日下午18時前提送機關憑辦」、「安檢所4樓層混凝土品質不良，本公司於104年2月26日上午12時前，提送改善計畫書至監造單位審查」，主席結論㈥亦僅記載「針對施工品質不良部分，請被上訴人依監造單位所提，缺失項目已完成改善部分，應提供施工前中後照片及相關材料計畫書，未完成施作部分，應提供材料計畫書、改善計畫書、趕工計畫書及預訂進度網圖（須依現況修正），上述文件請被上訴人於104年2月26日上午12時前，提送至監造單位收執審查，監造單位審查意見請於104年2月26日下午18時前提送本局憑辦，被上訴人如逾期未提送或經監造單位審退，本局將依契約第9條第18項第2款規定，辦理終止契約」（建字卷一第94-95頁反面）。前開會議紀錄非僅無被上訴人104年2月11日所提保留樑柱方案及不接受該方案之相關討論與記載，就兩造是否達成全部拆除重做之共識亦乏明確可稽之紀錄，是上訴人前開主張，難認可採。

⑵安檢所4樓屋突層混凝土之瑕疵，經台南市土木技師公會鑑定結果，認：「依安檢所4F混凝土隨機鑽心取樣試驗結果研判，混凝土強度符合設計需求，經現場檢視結果，安檢所4樓混凝土局部有蜂窩現象，部分牆鑑定時未有混凝土，建議將所有表面之孔穴、蜂窩，均徹底清除，以水浸潤至少經3小時後，以同強度（或更高）之無收縮水泥或Epoxy砂漿填補，應可回復至原設計之需求。上述改善方法符合本件系爭契約之施工規範第03360章『混凝土表面處理』3.1.2『普通模板修補及修飾：⑴普通模滿拆除後，所有表面之孔穴、蜂窩，均應徹底清除，以水浸潤至少經3小時後，用水泥砂漿嵌平，其所用水泥砂漿配合比例，應與原來混凝土中之砂漿

比例相同。⑵水泥砂漿拌合後超過一小時即不准使用，其養護法應照規定辦理』…若將安檢所4F結構體全數打除，鑑定技師認為不宜。原因如下：⑴強度符合設計需求情況下，將4F結構體全數打除重作，除不符整體經濟效益外，衍生之工程費用是否需計價，工期如何計算等，易生極大之爭端。⑵打除時造成之振動傳遞，即可能會對未打除之結構體造成損壞」，有該公會104年4月14日（104）南土技字第0331號鑑定報告（案號104-023）可參（建字卷一第37-43頁，下稱鑑1報告），並經鑑定證人許引絃於另案證述明確【高雄高等行政法院105年度訴字第433號（下稱高高行433號）卷二第304-305頁，參見本院卷一第269頁證物袋內之電子卷證光碟】。此外，被上訴人就安檢所4樓屋突層之結構安全度，委託臺灣省土木技師公會鑑定結果，亦認：「㈠四樓屋頂樓板無空心孔洞；㈡鑽心強度符合契約規定；㈢4樓牆體之結構系統並非承重牆；㈣…CD配管經過地方因幾無空隙讓混凝土粒料通過，造成蜂窩係必然現象…㈤…本案經台南土木技師公會及台灣省土木技師公會二公會鑑定技師鑽心取樣送驗分析結果皆能達到原始設計強度210kgf/cm2規定，安檢所四樓經本公會送驗結果及專業分析判斷無需打除重做，僅須適當補強即可」，有該公會106年3月27日（106）省土技字第南0170號（南000-0000）鑑定報告（建字卷二第20-24頁，下稱鑑4報告）在卷可參。依此等專家鑑定意見，可知「安檢所4樓混凝土施工品質不良」之瑕疵，可依被上訴人改善計畫之補強方式為之，不須全面拆除重作，且被上訴人所提以補強方式施工之改善計畫，合於契約之施工規範，則上訴人主張被上訴人所提改善計畫不符履約要求等情，並無可採。

⑶上訴人雖稱本件為新建工程，補強方式僅適用於老舊建物，且鑑4報告係被上訴人訴訟外之委託鑑定，未獲上訴人同意，該公會鑑定人員未進入現場如何鑽心取樣云云（建字卷二第174頁）。然修補瑕疵本為承攬人履行瑕疵擔保責任方

式之一，與建物係新建或老舊無關；而鑑1報告係兩造會同鑑定技師許引絃至現場進行隨機鑽心取樣試驗後得出之鑑定結論，有該報告記載之會勘人員及鑑定經過可憑（建字卷一第41頁）；鑑4報告之鑑定技師則有進入安檢所進行鑽心取樣，僅於到達執檢區時遭拒絕進入，亦有該報告之現況勘查結果紀錄可證（建字卷二第19頁），出具上開二份鑑定報告之鑑定技師確實均已針對安檢所之混凝土強度進行鑽心取樣試驗，並依據該科學試驗結果之數據而得出前述鑑定結論，應為客觀可信，上訴人空言否認，並無可採。從而自難認被上訴人於此有系爭契約第9條18項之違約事由。

6.上訴人主張其終止系爭契約係因被上訴人未依會議所定期限改善各項缺失而遭審退，故應回歸104年2月13日會議之13項缺失有無改正而為判斷，不以前述第13項「安檢所4樓混凝土施工品質不良」缺失為限云云（建字卷二第162、163頁）。惟，縱認上訴人104年2月17日函通知被上訴人限期改善之「施工品質不良」事項，非僅限於第13項缺失，尚包括其餘12項之缺失，然依監造單位審查結果，其中第8、9、10、11項缺失已改善完成，有監造單位函文可參（建字卷一第28-31頁）。而就其餘缺失部分是否有系爭契約第9條第18項違約事由，查：

⑴第1項缺失「執檢區水溝平面高程錯誤」部分：

①被上訴人於104年2月26日提出之改善計畫就此缺失具體表示：「建議將後側水溝蓋及左右兩側水溝蓋調整釘模板灌注混凝土至現地地坪洩水坡度一致，再回填土調平前端通道高壓磚調至兩側過道齊平。詳如附件一圖面A1-1。點位A=A1=A2等高，B=B1=B2高，C=C1=C2等高」等語，有該函在卷可憑（建字卷一第199頁），足見被上訴人業於限期內提出其改善計畫及具體施工方法，並有檢附施工圖面，難謂有系爭契約第9條第18項所規定「廠商不於前款期限內，依照改善或履行」之違約情形。

②況上訴人係依監造單位意見而認執檢區水溝平面與地板平面

有高程落差之缺失，然監造單位係依監工蔡宗緯之現場查驗為據，而蔡宗緯並無測量專業，僅以捲尺為測量工具，據以現場測得高程落差30公分之測量結果等情，業據張嘉玲、蔡宗緯於另案證述明確（高高行433號卷二第185、190頁）。而鑑1報告指出：「建造當時，係由如附件八-1之A點，引測至BM1當基準點（±0），並經監造人員查驗無誤，執檢區1F地坪及周遭排水溝高程測量結果，尚符合契約剖面圖說1/A之高程，且與工地周遭道路可順平銜接。惟契約圖說臨公共排水溝處標示之高程為-38cm，相對應點位之既有溝頂高程實測值分別為-8.65cm及-7.59cm。故現地施作高程，尚符合剖面圖說…」等語，有該鑑定報告在卷可參（建字卷一第43頁）。鑑定證人許引紘並於另案與張嘉玲就此相互答詢後，仍明確證稱「測量結果現地施作高程，經鑑定尚符合剖面圖說」（高高行433號卷二第193頁），並證稱測量高程一定要用水準儀，要有基準點引測其他施測點，不會用捲尺等語（高高行433號卷二第191頁）。是以，衡酌蔡宗緯並非專業測量人員，又非使用專業水準儀之測量儀器，其測量結果正確性，自不能與鑑定證人許引紘之測量結果相比，故上訴人指有此項高程錯誤之缺失，尚難採信，自難認被上訴人有系爭契約第9條17項「可預見履行瑕疵…之事項」，而無從構成系爭契約第9條18項之違約事由。

⑵第2項缺失「執檢區基礎下方土方流失」部分：

①被上訴人104年2月26日提出之改善計畫，業已檢附挖土機施工以挖斗背敲打夯實地面之完工照片（建字卷一第199、204頁），足認被上訴人業於限期內完成施工，至施工品質如何，則屬日後竣工時驗收之問題，核無系爭契約第9條第18項規定之違約情形。

②況台南土木技師公會104年5月8日（104）南土技字第0420號鑑定報告（案號同為104-023，下稱鑑2報告）認：「1.…相關單位會勘後，『執檢區海水滲入原因係港區漲潮，海水由公共排水溝下方處滲入，造成工區積水，研判碼頭下方堤岸

設施有破裂情形。』其歸屬臺南市漁港及近海管理所管轄範圍，因施工單位開挖施作儲水槽為必要履約行為，且設計單位未設計海水入滲防護設施，實非可歸責於施工單位。2.查系爭契約未約定應以混凝土澆置，若以土方回填，回填過程確實夯實，回填後土壤未有嚴重下陷，應毋需以混凝土回填開挖面，亦毋需將儲水槽再吊起，重新以混凝土澆置改善」等語（建字卷一第140-141頁），依此鑑定意見，此項缺失即非可歸責於被上訴人，上訴人自不得以其未依限期改善作為系爭契約第9條第18項違約之事由。

⑶第3項缺失「執檢區現場雨水回收池厚度與圖說設計不符」部分：

依104年2月17日會議紀錄內容，監造單位固有要求被上訴人依圖說設計重新施作。然查，上訴人於103年12月31日即以南局後字第1030016599號函（高高行433號卷三第139頁）通知監造單位改採預鑄方式並納入變更設計項目，可知須先由監造單位提供變更設計後圖說，被上訴人始能重新施作。然依被上訴人104年2月13日富（青）字第1040213253號、104年3月10日富（青）字第1040310263號函（高高行433號卷三第145-147頁）內容可知，被上訴人於104年2月13日通知上訴人儘速提供設計變更項目及變更圖說，惟監造單位遲至104年3月2日始提供變更後之圖說供被上訴人施作。是以，遲至104年2月26日改善計畫提出期限截止日，上訴人或其監造單位既仍未提供變更設計圖說，被上訴人即無從依其限期改善通知提出改善計畫及施工方法，此顯非可歸責於被上訴人，自不構成系爭契約第9條第18項所規定之違約情形。

⑷第4、7項缺失「執檢區及安檢所之施工架未依圖說施作雙層防護網」部分：

①被上訴人104年2月26日函提出之改善計畫，表明業已辦理改善完成，並檢附施工前後之相關照片，有該函為證（建字卷一第200頁、第204頁反面），足認被上訴人業於限期內完成施工，即無系爭契約第9條第18項規定之違約情形。

②況鑑2報告亦認：「…因本案基地鄰近海邊，常有強風出現，設置防護布實屬不宜，因其將造成施工架承受全面積之風壓，易有施工架倒塌之危害，故設置防塵網抑制粉塵應無不妥，且可達其效果」等語（建字卷一第141、142頁），足見被上訴人捨棄雙層防塵布，改為一層防塵布一層防塵網，實乃考量施作之安全性。而防護網究係採防塵網或防塵布材質，僅屬施工過程防護功能之差異，核與建築安全結構無涉，不生將來履約之瑕疵，難認合於系爭契約第9條17項「可預見履行瑕疵…之事項」，自無從構成系爭契約第9條18項之違約事由。

⑸第5項缺失「安檢所太陽能版基座未預埋螺栓」部分：

①被上訴人104年2月26日提出之改善計畫，業已載明辦理情形：「⑴太陽能基座以植筋膠施作…⑵旗桿已打除至模板配筋…⑶欄杆如附件六圖號A4-2，方管以接合螺絲固定…」等情，並檢附相關完成後照片為據，有該函為證（建字卷一第200、205-208頁），足信被上訴人已依通知完成改善施工，至於施工品質如何，則屬日後再行改善或竣工驗收之問題，自無系爭契約第9條第18項規定之違約情形。

②又鑑2報告就上開改善方式認：「1.太陽能基座以植筋方式施作，在拉拔試驗符合設計強度要求情況下，應屬可行。2.鋁欄杆（水泥砂漿包覆，t=3cm）依契約圖說（詳附件八）所示施工，因鋁欄杆為光滑面，與水泥砂漿間未設計其他界面以增加接著力，若依設計圖說施作，極可能將因接著力不足及熱傳導係數不同，熱漲冷縮導致3cm厚之水泥砂漿包覆龜裂剝落，建議以其他方式或材料施作」（建字卷一第142頁），可知太陽能基座之施工品質並無問題，至於鋁欄杆部分，則屬契約圖說設計之問題，尚非可歸責被上訴人。況此部分有關太陽能基座、旗桿、欄杆之施工缺失，核與建築安全結構無涉，不生將來履約之瑕疵，難認合於系爭契約第9條17項「可預見履行瑕疵…事項」，自不構成系爭契約第9條18項之違約事由。

⑹第6項缺失「安檢所3樓斜版下方蜂窩及粒料分離」部分：

①被上訴人104年2月26日提出之改善計畫，業已載明辦理情形：「目前現況已依契約要求採用無收縮水泥砂漿填補完成（詳如附件七），如有需要則依會議指示使用環氧樹脂砂漿全面防水粉刷」（建字卷一第200頁、第208頁反面），足認被上訴人已依通知完成改善施工，至於施工品質如何，則屬日後再行改善或竣工驗收之問題，並無系爭契約第9條第18項規定之違約情形。

②上訴人雖主張被上訴人未先行打除安檢所3樓斜版下方蜂窩及粒料分離處後，再以環氧樹脂砂漿全面補強，而係僅以收縮水泥砂漿填補安檢所3樓斜版下方蜂窩及粒料分離，顯不符合會議結論云云。惟依鑑2報告認：「3樓斜版下方有蜂窩及保護層不足，將所有表面之孔穴、蜂窩，均徹底清除，以水浸潤至少3小時後，以同強度（或更高）之無收縮水泥或Epoxy砂漿填補，應可回復原設計之需求，申請單位表示其依上述方法修復後，另於簷下面積全面再以Epoxy砂漿填補，應屬可行」（建字卷一第142頁），足見被上訴人所採之修補方式，符合契約圖說設計之需求，不生建築結構之瑕疵，此修補方式縱與104年2月13日會議監造單位要求之改善方法有所不合，亦難認符合系爭契約第9條第18項規定「廠商不於前款期限內，依照改善或履行」之違約要件。

⑺第12項缺失「安檢所頂層施工架基腳座懸空」部分：

①被上訴人104年2月26日提出之改善計畫，業已載明辦理情形：「已設置完成，檢附前中後照片，詳如附件13」，有函文及照片可憑（建字卷一第201、210頁），自無系爭契約第9條第18項規定之違約情形。

②況上開缺失非關於建築結構基礎設施之安全性，純營造工程之施工安全標準，縱認被上訴人改善措施後，仍未達一定安全標準，實亦不致造成履約之困難。監造單位104年3月13日104玲建字第02020313-03號函附缺失改善審查意見表（高高行433號卷二第83-84頁），於第2次缺失改善審查意見，就

此項缺失亦已表示無意見，自難認被上訴人就此部分有系爭契約第9條第18項所規定之違約情形。

㈧綜上所述，上訴人主張上開第1至7、12項施工缺失，亦不構成系爭契約第9條第18項之違約事由，上訴人仍不得據以向被上訴人終止契約。

㈢被上訴人並無系爭契約第21條第1項第9款終止事由：

按系爭契約第21條（契約終止解除或暫停執行）第1項第9款約定：「廠商履約有下列情形之一者，機關得以書面通知廠商中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：…9.查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理者…」（建字卷一第15頁）。上訴人主張被上訴人有系爭契約第21條第1項第9款查驗不合格，且未於通知期限內依規定辦理之終止事由，然，被上訴人就前述其施作系爭工程之13項缺失，業已依通知改善事項，於限期內提出其改善計畫及具體施工方法，難認有不於期限內依照改善或履行之違約情形，業如前述，自無系爭契約第21條第1項第9款「查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理」之終止契約情事可言，上訴人據此終止契約，並無理由。

㈣再者，上訴人於通知終止系爭契約後，另以104年3月9日南局後字第10400027352號函通知被上訴人有政府採購法第101條第1項第12款規定情形，將刊登政府採購公報，被上訴人不服，提出異議，經上訴人以104年4月7日南局後字第10400 04166號函駁回其異議，被上訴人向行政院公共工程委員會提出申訴，亦遭申訴審議判斷駁回後，被上訴人提起行政訴訟，經高高行433號判決逐一審究上訴人據以主張終止契約之前述13項缺失後，認定被上訴人並無系爭契約第9條第18項、第21條第1項第9款之違約事由，且無可歸責事由，上訴人不得據以終止契約，而判決撤銷申訴審議判斷及原處分，並經最高行政法院以108年度判字第316號判決駁回上訴人之上訴確定在案，有上開判決可憑（建字卷二第67-99、123-135頁），並經本院核閱無訛。上訴人於本件猶稱被上訴人有

系爭契約第9條第18項、第21條第1項第9款之違約事由云云，自無可採。

㈤上訴人另稱系爭工程預定完工日為104年1月15日，惟被上訴人施工進度嚴重落後，至104年2月12日止仍未完工，經監造單位核算落後工進20％以上，上訴人亦得依系爭契約第7條第1項第1款、第21條第1項規定終止契約云云（建字卷一第58頁及其反面、第59頁反面）。惟，上訴人固曾於104年2月17日以南局後字第1040002496號函通知被上訴人，表示截至104年2月11日止，被上訴人施工進度落後已達20％以上，且日數達10日以上，將依政府採購法第101條刊登政府採購公報等語（建字卷一第22頁）。然上訴人嗣於104年3月16日再以南局後字第1040002852號函表示前曾同意因天候因素展延工期8日，經請監造單位將該日數納入進度計算並配合原施工進度網圖核算後，部分天數係無落後20％之情形，故撤銷刊登政府採購公報案等語（建字卷一第135頁），則上訴人事後復指稱被上訴人有落後工進20％以上之情形云云，自無可採，其依系爭契約第7條第1項第1款、第21條第1項規定終止契約，即屬無據。

㈥被上訴人得請求上訴人給付之款項為若干？

1.按稱承攬者，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；工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害，民法第490條第1項、第511條分別定有明文。上訴人依系爭契約第9條第18項、第21條第1項第9款及第7條第1項第1款、第21條第1項規定終止契約並不合法，已如前述，然上訴人為系爭工程定作人，得隨意終止系爭契約，故系爭契約仍因上訴人之通知終止而生任意終止之效力，但上訴人應給付被上訴人已完成部分之報酬及賠償被上訴人因契約終止所生之損害。

2.就被上訴人於終止契約時已完成之工程部分，兩造固分別提出台南市土木技師公會104年6月30日（104）南土技字第059

2號（案號104-091）鑑定報告（下稱鑑3報告，建字卷二第201-222頁），及鑑4報告為憑。然上開二份鑑定報告為兩造於訴訟外各自委託各該公會所為，兩造並互相質疑對造所提出報告之正確、真實性，而查鑑3報告並未將被上訴人已施作完之安檢所4樓結構體工程、入口處行動不便者坡道及地樑鋼筋等列入估算範圍（建字卷二第205頁、本院卷一第229頁）；鑑4報告則未進入執檢區現場實地量測（建字卷二第19頁），且就隱蔽部分係以圖說進行數量計算，並自行調整部分工項價格而未採契約單價估算（本院卷一第303頁），無法正確反應被上訴人實際完成工項之價值，兩造嗣於本院合意另行送請台南市土木技師公會重新鑑定（本院卷一第536、537頁），該公會提出111年6月8日（111）南土技字第1196號鑑定報告（案號110-451，下稱鑑5報告，參外放卷），認定系爭工程第一部份即安檢所建築工程費為7,382,959元、第二部分即執檢區建築工程費為1,426,479元，加計承商管理費及利潤、作業費、稅金等，已完成工程總金額為9,964,802元（鑑5報告第7頁參照）。

3.上訴人對鑑5報告表示無意見（本院卷二第5頁），被上訴人雖爭執兩造並未協議要依何種鑑定報告進行數量確認，鑑5報告直接以臆測方式未經實際計算實做數量，且其採用建築師結算數量，並未將安檢所4樓結構體工程、入口處行動不便者坡道及地樑鋼筋等列入估算範圍，顯有疏漏云云。惟：

⑴針對系爭工程工項之完成數量，鑑5報告之鑑估判定原則略為：「1.經兩造確認無爭議：歷次鑑定報告之單價及數量數字均一致，實作數量較契約所定數量增減未達5%以上，按建築師現況核算。2.契約數量差異：兩造經歷次鑑定之數量與金額核算，現場已施作與結算不一致，但按實作數量較合約少，經兩造確認得依(鑑4)核算。實作數量若逾合約，得採合約、建築師結算與(鑑3)數量比對核算。3.契約單價分析爭議：(鑑4)認為原合約1:3水泥砂漿粉光數量在相同項目內所耗損水泥砂漿數量理應相同，自行調整統一為115元/㎡

帶入單價分析表造成調整後單價高於原項目合約總價，鑑定人按工程慣例，仍採合約單價及實作實算(上點原則)予以核算…」（鑑5報告第5頁參照）。上開所謂建築師結算之數據係依據鑑4報告所檢附監造單位結算書為「建築師依現場結算，有台南市土木技師公會111年12月13日（111）南土技字第1111213001號函可參（本院卷二第305頁）；而鑑4報告檢附之監造單位結算書即為鑑3報告附件之建築師結算書，此參鑑4報告第一冊附件9-19至附件9-51即明，並為兩造所不爭執（本院卷二第343頁）。

⑵鑑3報告記載：「…六、鑑定經過及內容…7.本會於104年5月8日再次前往現場，配合上述施工圖說、結算書等相關資料，與申請人相關人員（海巡署駐地單位）（詳附件四）現場核對鑑定標的物已完成施工之工程數量並詳加紀錄。8.於104年6月12日本會鑑定技師再次會同申請人、監造單位（張嘉玲建築師事務所）、施工廠商（富垣營造有限公司）等單位至鑑定標的物現場，其中申請人及監造單位、施工廠商進行現場進場之材料之尺寸、規格等查驗並核對合格之物料數量（詳附件三，P3-98～3-100）等；本會則依據進場查核完成之項目，逐項將核對所完成物料、數量等列入紀錄，以作為本會工程鑑估結算數量之計算依據，鑑估數量結果詳如附件五…」（參鑑4報告第一冊附件9-4）；又上開鑑定部分工項為現場查核、部分為依據建築師事務所之結算書，部分工項如結構體工程中之混凝土、鋼筋、模版等數量則依據圖面尺寸配合當時驗收合格範圍計算後所得之數量；除依上訴人要求未將「a.青山港安檢所四樓結構體工程」及「g.入口處行動不便者坡道及地樑鋼筋」之內容列入結算外，已依據契約之工程項目逐項表列現場施工核算之單價與數量如附件五，並於說明欄附註說明等情，亦有台南市土木技師公會109年8月14日（109）南土技字第1145、1144函可參（本院卷一第228、229-230頁）。參以鑑3報告附件五工程鑑估核算書中，就安檢所及執檢區基礎暨結構工程部分工項，確實有

附註扣除「4F及RF不良施工及大門現場無施工部分」、「扣除大門現場無施工部分」，並於「現場施工核算」欄位中列具較「建築師依現況結算」欄位為少之數據（鑑4報告第一冊附件9-190、9-204、9-205），足見建築師現況結算之數量確實高於鑑3報告鑑估之數量，則上訴人主張鑑3報告其中之建築師現況結算資料係依據被上訴人當時實際完成之狀況進行結算，而已有列入上開遭扣除部分工項之數量等語，並非無據。

⑶證人即鑑5報告之鑑定技師林志憲證稱：本件工程因已完成，後面有二期營造廠進來，難以判斷當時實際施作完成之各工項數量多寡，所以參考前面三次鑑定報告及相關工程資料綜合研判，沒有再做現場測量；鑑4報告是蔡志祥技師的報告，他有把不同的鑑定報告相關及不同的部分都做整理，我再依照後面新的事證做比對，所以沒有完全採認鑑4報告的認定數量，而是以鑑4報告為基礎來做判斷；以鑑4報告為基礎是因為它有把相關資料納入，但也包含營造廠本身的主張，我採取的最大值是說就現場核對若確實完成數量大於合約，且經過機關營造廠及建築師跟另兩位鑑定人比對之後確為事實，我就採用最大值，依照工程慣例來說不能大於合約，因為沒有經過變更設計及議約，但有相關資料可佐證之情況下就採取最大值計算，如未經機關營造廠、建築師跟鑑定人比對，就不一定會採取最大值，後來如有做變更設計，實做數量確認大於合約，且經建築師結算，按工程慣例就應給付，而不是受限於合約數量，但如果廠商主張圖說核對數量比較多，我不會只看圖說，因為已到工程末端，如果有經過機關或建築師結算，就採這個。鑑4報告是按圖面還有營造廠提供的數量自行計算，但沒有經過建築師、機關認可，也無變更設計，所以採用建築師結算數量，因為建築師結算數量確實比合約多，我們認為這比較合理。終止合約時，他們有去現場做清算，材料進場都有數量，有分期估算估驗累積計算，當然以機關、建築師、營造廠都確認的數量，不是

又以後面圖說來做計算、確認，確實在做設計時，建築師有漏算圖說有疏漏，但營造廠在施作期間就要主張變更設計、追加預算，不是終止契約後才來主張，因為這時都已經隱蔽，怎麼知道他做的有沒有符合契約要求。我們是鋼筋混凝土模版為RC結構主要的工項，但鋼筋可透過鋼筋掃描，但無法全部掃描，因為有探測深度的限制，且鋼筋進場都有申報數量、重量才予以核算，為何到最後有爭議的時候才會提出圖說數量跟合約不符等語（本院卷二第90-92、94-95頁）。是以，系爭契約終止時，建築師確實已有就被上訴人實際完成之數量進行結算，鑑3報告並據此再次現場查核，隱蔽部分如結構體工程中之混凝土、鋼筋、模版等則由鑑定技師依據圖面尺寸配合當時驗收合格範圍計算得出數量，則縱證人林志憲未再至現場量測（隱蔽部分亦無從量測），其以包含鑑1至鑑3報告在內之鑑4報告為基礎而依上述鑑估判定原則綜合判斷，仍有所本，並非憑空臆測，是鑑5報告自仍可憑為認定本件被上訴人已完成工項部分之依據。

⑷被上訴人雖提出被上證十、十一之進貨明細、出廠證明、品質證明文件（本院卷二第127-263頁），主張其進貨數量高於鑑4報告附件12之計算數量，故就實做數量應採取鑑4報告之鑑定數量。然被上證十、十一之進貨明細、出廠證明、品質證明文件，至多僅能證明被上訴人有採購該等貨品，但並無法證明該等貨品確實全數使用於系爭工程。而鑑4報告附件12工程數量計算式係採契約之設計圖面進行數量計算而得，有臺灣省土木技師公會110年1月15日（110）省土技字第南0025號函可證（本院卷一第303頁）；證人即鑑定技師蔡志祥並證稱：附件12的31個工項就是我們認為按照一般設計經驗契約約定的數量不太合理，所以才重新估算的，我們按照圖說的尺寸用電腦跑出來估算施作如圖說一樣的建物，至少需要的工料數，所謂「數量漏算項目」就是根據圖面計算的合理工料數量計算出來的等語（本院卷二第102-103頁），是以，鑑4報告鑑估之數量乃蔡志祥純依圖面計算得

出之「應然」數據，並不當然即等於被上訴人實際施作之「實然」數據，且鑑4報告不乏就被上訴人未全部完成之工項仍採認該工項工資完成度為「1」之不合理處（詳後述），是被上訴人主張應採用鑑4報告鑑估數據云云，尚非可採。

4.被上訴人就鑑5報告其中如附表所示工項主張仍應採用鑑4報告之數據為據（本院卷二第271-275），其餘工項部分則無爭執。然鑑4報告鑑估之數量乃蔡志祥純依圖面計算得出之「應然」數據，並不當然即等於被上訴人實際施作之「實然」數據，被上訴人持以為其完成工程數量之依據，並非適當，鑑5報告則已通盤考量之前全部之鑑定資料而為判斷，應可憑為認定本件被上訴人已完成工項部分之依據基礎，已如前述，而就被上訴人所爭執如附表所示工項部分說明如下：

⑴壹.一.2.基礎暨結構體工程部分（鑑5報告附件4-1參照）：

①此部分屬安檢所基礎暨結構體工程之隱蔽項目，鑑4報告徒憑圖面計算，無法正確反應實做數量，鑑5報告就壹.一.2.2、2.3、2.5項目認定實作數量較合約多，乃採用高於鑑3報告數據之建築師結算數量核算，其此認定乃有所本，已如前述，應堪可採認。

②壹.一.2.4項目部分，建築師結算數量及鑑3報告數據係較合約少，參酌台南土木技師公會111年9月6日（111）南土技字第1987號函就此項說明係「採合約數量22.50T核算（最大值）」等語（本院卷二第36頁），鑑5報告實際上採認之數據亦係最大值之合約金額458,370元，是鑑5報告鑑定說明記載「按實做數量計算較合約『多』，採合約數量核算」，及上開函文載「實作數量已『逾』原合約數量」等語，顯應均屬誤載，故仍應以458,370元計算。

⑵壹.一.4裝修工程部分（鑑5報告附件4-2參照）：

①鑑4報告就壹.一.4.4、4.11、4.23項目核算之施作數據均遠大於契約約定及建築師結算數量，臺灣省土木技師公會及蔡

志祥就此雖表示其係依照圖面及實際量測等語（本院卷一第305頁、卷二第103頁），然該公會進行現場量測時並未有建築師或監造單位會同，無從確認其施測及被上訴人施作範圍；又鑑5報告說明其鑑估原則為：「⑴材料進場尚未施作（如已完成粉刷防水但尚未安裝地磚），除扣除該材料費用，再按單價分析表依未施作材料比例調整工資（含零星工料及工具耗損），得再採建築師結算單價核算。⑵材料進場但未依規定施作，建築師以減價收受核算，單價分析表扣除該材料費用，工資（含零星工料及工具耗損）則不予調整，得再採建築師結算單價核算。如壹.一.4.4、壹.二.4.6：1F砌1/2紅磚無使用二型水泥，即1：3水泥砂漿（粉光）不予計價」等語（鑑5報告第5頁），而鑑3報告已有實地量測查核，其核算之數量並與建築師結算數量相同，鑑5報告上開鑑估判定方式亦無不合理之處，是鑑5報告就此部分採認建築師結算數量核算（壹.一.4.23項目則採最大值之合約數量），乃有所本，應可採認。

②壹.一.4.6、4.8、4.9、4.14、4.20、4.22項目部分，鑑5報告鑑定說明此部分均已完成粉刷防水，僅差外部塗料或壁磚、石材，2期重作，單價調整等語，而鑑4報告未採契約單價而自行調整水泥砂漿單價，違反系爭契約約定，原非可採，經本院函請臺灣省土木技師公會重新依系爭契約單價進行調整估算後，上開項目其中壹.一.4.9、4.22項目各僅有8,632元、14,552元，有該會110年1月15日（110）省土技字第南0025號函可稽（本院卷一第303、308頁），此尚低於鑑5報告核給之金額，故仍採有利於被上訴人之鑑5報告所核給之金額；至其餘部分，被上訴人確實僅有完成粉刷防水部分而未施作外部面材，此參上開函文說明二、㈣即明，而鑑4報告並未會同建築師或監造單位查核，無從確認施測及被上訴人施作範圍是否確實有超逾契約約定數量，而鑑5報告則依據契約約定數量，扣除未施作面材，調整單價後核算，應較合理可採。

⑶壹.一.6.雜項工程部分（鑑5報告附件4-4參照）：

①鑑5報告就壹.一.6.13無線電塔RC基座部分以「未安裝工資不計價；材料採50％半成品（單價調整）；2期修繕」為由認定此項金額為5,799元。而觀鑑4報告鑑估此工項時係扣除未施作之二型水泥、安裝工資、零星工料及工具耗損，而僅計算模版及鋼筋費用（鑑4報告第二冊附件11-20），足見此工項屬半成品，則鑑5報告依系爭契約5、㈠、2、⑷約定（系爭契約第6頁）於扣除工資後，核給50％半成品款項，自屬有據，然此工項複價為11,664元、工資為198元（系爭契約單價分析表第67頁參照），依上述計算方式計得之金額應為5,733元【計算式：（11,664元-198元）×50％＝5,733元】，鑑5報告記載為5,799元，顯為誤算，自應予更正。

②壹.一.6.14、6.15部分，鑑5報告認定「2期發包內含，不予鑑估；已訂購未進場」，然被上訴人前已送審此部分材料並經上訴人同意，有上訴人函文可參（本院卷二第123頁）；被上訴人並提出放置於系爭工地現場之旗桿、爬梯照片為證（本院卷二第387頁）；鑑4報告亦有安檢所裝設不鏽鋼爬梯之照片可憑（鑑4報告第二冊附件13-24照片編號47），是被上訴人辯稱上開旗桿、爬梯業已進場等語，並非無據。上訴人雖稱其有以104年6月4日南局後字第1040007350號函表示上開項目非屬其同意進場安裝項目，不得進場施作，足見應未進場，無法排除被上訴人已將之轉售或安裝於其他工程云云（本院卷二第281頁），然鑑4報告鑑定技師於104年7月14日初勘，並於同年9月8日進入安檢所會勘（鑑4報告第一冊第2、3頁參照），並拍得上開照片，上訴人上開函文與實際現場拍得之照片相違，並非可採，上訴人亦未提出證據證明被上訴人事後有將上開物料搬離現場，則此部分仍應認已有進場而應核給此部分款項，此並不因後期廠商是否未使用原來之物料而重新採購而有影響，又鑑4報告就此部分乃依契約約定金額，並扣除安裝等未施作之費用（鑑4報告第二冊附件11-21），應可採認。

③壹.一.6.18部分，鑑5報告認定「2期發包內含（第1次變更63M），不予鑑估」；壹.一.6.21部分，鑑3報告有確認施作數量為18，但鑑5報告並未採認而未核給金額。而壹.一.6.21部分係配合壹.一.6.18工項，鑑3報告既已確認被上訴人當時施作此部分之數量與契約約定數量相同為「18組」，足見被上訴人應有完成壹.一.6.18工項，否則即無如數施作壹.一.6.21工項之可能，此並有鑑4報告第二冊附件13-19編號37、38實際量測水溝長度照片可資佐證。台南市土木技師公會就此雖說明：以壹.一.6.18為例，2期發包內含（第1次變更63M）較本案1期83M數量少，因此該項不予鑑估，且本案件建築師結算及鑑3皆未予核算，按工程慣裡，水溝蓋板進場應同時施作完成，故一併不予核算（本院卷二第37頁）。證人林志憲並證稱：「壹一6.21鍍鋅格柵水溝蓋」工項第一期合約施作數量比較長，但沒有做完，二期要續做，但二期廠商結算數量沒有這麼長，二期廠商表示幾乎是重做，但二期結算的長度又沒有一期的合約長，表示有經過變更設計，所以二期廠商他們依照實做實算的結算小於合約的數量來做結算，這樣的方式就是來做推論，表示一期水溝蓋的組數也不應這麼多，因此不予考量。所謂的工程慣例就是我上開所述的考量，因為如果前面有做好，而只是要鋪蓋子，二期廠商就直接做鋪蓋子的工作就好，沒有必要全部把它重做，有可能是前面的品質有問題，做好的長度又不像原來營造廠的主張，所以二期廠商才表示他們是全部重做，可能是把之前有做的廢棄重做，所以我們才不把這項列入計算；所謂二期工程水溝長度施作數量短少，就是指壹.一.6.18工項的排水溝；附件6-29頁結算數量差異說明表，應變更設計後採用現地排水溝，下方就是既有的海堤，所以調整排水的方向，因而用陰井排放，以致於增做數量一座，也就是二期廠商可能因為一期廠商沒有做好或是沒有做，他實際施作以後，發現原來的設計不能用，所以這是變更設計，變更設計後前面也都不能用，所以才從83米變成63米，也是我做合理的推測，

因為下面是海堤，根本不可能做水溝；做陰井就是取代減做的水溝，直接用陰井排放，所以長度不需那麼長等語（本院卷二第93、97、98頁），然依證人林志憲所述，壹.一.6.18工項在二期工程中長度施作數量短少是因為發現原來設計有問題而變更設計所致，此原始設計不當之不利益自不能歸由被上訴人負擔，被上訴人既已完成此部分工項，自應核給該部分費用。又上訴人雖稱被上訴人已自行取回水溝蓋板，證人林志憲亦可為證云云（本院卷二第282、381頁），此為被上訴人所否認，而證人林志憲表示：不清楚水溝蓋板如何處理，半成品如果有放在工地我們會給他，沒有看到就沒有給，軍方承辦人有更換也不清楚，軍方長官說有發函請他們取回，可能要問上訴人等語（本院卷二第98頁），是其證詞僅能證明現場未看到該水溝蓋板，無法證明該水溝蓋板已由被上訴人取走，參以系爭工地係在上訴人管領中，被上訴人遭終止契約後已無法進入，此參鑑4報告鑑定技師遭拒絕進入現場可知，且兩造既有履約紛爭，上訴人衡情亦無任令被上訴人取走工地物料而不要求簽署相關領據之理，上訴人亦遲未能就被上訴人已取走上開物料乙節提出證據證明，其上開主張自無可採信。

④壹.一.6.22部分，鑑5報告認定「2期第1次變更設計0座（表示現場有施作）；2期完工結算1座」而核給1座之費用，上訴人亦主張被上訴人僅有施作1座陰井，並說明此部分並未變更設計，另1座陰井係由二期廠商完成等語（本院卷二第379頁），鑑4報告就此雖認定被上訴人有施作2座陰井，但觀該鑑定報告內附之資料尚乏證據可憑，被上訴人就此亦未提出其他證據證明，自難認被上訴人有完成2座陰井，是鑑5報告就此僅核給1座陰井費用，並無不合。

⑷壹.一.9.1.1.10部分（鑑5報告附件4-5參照）：

鑑5報告就此依「2期預算書8組（表示現場無進場）」為由，未予核給金額，而遍觀鑑4報告及本卷資料並未見有此工項物料移交或進場之紀錄，則鑑5報告未核給此項金額，

自無不合。

⑸壹.一.9.1.2部分（鑑5報告附件4-5、4-6參照）：

①壹.一.9.1.2.2、2.3部分，鑑5報告認定因2期預算書有3組，表示現場無進場，故不予核計。而被上訴人主張已交付3T、4T水塔各1組，並有鑑4報告現況照片可憑（鑑4報告第二冊附件13-15編號29照片），上訴人亦不否認被上訴人有送水塔進場，惟辯稱因3T水塔未按圖施作，致無法安裝而退場，並提出照片為證（本院卷二第281、285頁）。惟觀照片所示之水塔為市面常見固定規格之白鐵水塔，而系爭契約就水塔部分僅約定材質、型式、容量為不鏽鋼304、立式、3T及4T（含腳架、爬梯），表面需油漆處理（系爭契約資源統計表第9頁），契約內並未見有水塔長度、寬度之約定，而被上訴人前已送審此水塔材料並經上訴人同意後進場，有函文可憑（本院卷二第125頁），上訴人事後指稱該水塔未按圖施作云云，自非可採。又被上訴人否認事後已取回上開水塔，上訴人亦未能提出證據證明被上訴人已取回水塔，是此部分自仍應認被上訴人已為交付而予核給費用。

②壹.一.9.1.2.21、2.22、2.23部分，鑑4報告就此部分均採認完整一式之費用，然上述鑑4報告第二冊附件13-15編號29照片之說明欄載明「水塔到場未就定位」，是與給水設備相關之上述工項衡情應無完成全部之「一式」之可能，是建築師現況結算及鑑3報告查核認定其完成度為「0.02」應較合理，則鑑5報告據此而依該項費用加總比例調整核給費用，自屬可採。

⑹壹.一.9.1.3.18部分（鑑5報告附件4-7參照）：

就壹.一.9.1.3排水設備之18個工項中，被上訴人並未施作其中7項工項，其中壹.一.9.1.3.14工項經鑑3報告實地查核則僅完成0.75，故被上訴人未完成工項約佔整體工項之40%，則鑑4報告就工資部分以0.8比例計價，實有可議，而鑑5報告就此以被上訴人已完成工項部分之價金佔整體工項價金之0.64比例計價，為屬合理可採。

⑺壹.一.9.2.2部分（鑑5報告附件4-7參照）：

壹.一.9.2.2.1、2.2工項業經鑑3報告查核確認完成，然鑑5報告就此部分完全未予計價。證人林志憲證稱：這部分工項沒有接線無法測試是否正常，二期廠商跟機關也不敢用，二期廠商全部重做，所以我們才不給這部分的錢等語（本院卷二第93頁）。然被上訴人既已交付此部分物料，即應核給此工項價款，上訴人雖稱該配線箱體內部結構隔版並非約定之鋼板，無法安裝配電盤，因而重新發包換修云云（本院卷二第281-282頁），並提出照片為憑（本院卷二第297頁），惟被上訴人否認該照片資料之真正，上訴人亦始終無法提出其所謂之「品質不合格缺失追蹤調查報告」之完整資料以供查核（本院卷二第380頁），其上開主張即難採信。又上訴人固稱該不合格之配電箱仍置放在上訴人倉庫，其同意退還云云（本院卷二第381頁），然該所謂不合格之配電箱是否為被上訴人原始交付之配電箱尚有可議，且房屋附屬設備其中電器類之耐用年數為10年（行政院固定資產耐用年數表第一類第二項參照），而系爭契約係因上訴人任意終止而告終止，迄今並已超過8年，被上訴人當初交付物料之折舊耗損自不應歸由無可歸責事由之被上訴人負擔，是縱上訴人仍占有被上訴人交付之配電箱，亦不得以可歸還配電箱為由卸免其給付此部分價款之責。

⑻壹.一.9.2.4部分（鑑5報告附件4-9參照）：

壹.一.9.2.4.7至4.14為工資、雜運費等工項費用，係為履行壹.一.9.2.4.1至4.6裝設緊急求救系統所需之工料費用，而被上訴人就並未完成壹.一.9.2.4.1至4.6工項之全部，是鑑4報告就壹.一.9.2.4.7至4.14工項全部以「1」亦即全數完成之數量計價，並非合理。而鑑5報告按被上訴人完成壹.一.9.2.4.1至4.6工項之價金佔該部分工項總價金之比例核算被上訴人完成之比例，則屬合理適當，應可採認。

⑼壹.一.9.4.2部分（鑑5報告附件4-14參照）：

鑑5報告就壹.一.9.4.2.24、2.25說明因2期預算書各有5

組、7組進場，表示現場無進場，而不予核給。被上訴人並不否認並未在工地現場交付冷氣機，然辯稱其已預先針對冷氣機工項所必須之鑽孔埋管及基座設置等工項完成施作，鑑4報告乃核給部分工程款云云（本院卷二第385頁）。惟壹.一.9.4.2.24、2.25係以機器含安裝工料各「組」分別計價，並未分列機器及安裝工資、雜運費等細項費用，此參系爭契約詳細價目表即明（該表第23頁、系爭契約資源統計表第14頁），鑑4報告違反契約約定自行認定部分工料費，並無依據，而被上訴人既未完成任何1組之施作，自無從依約請求價款，故鑑5報告不予核給此部分費用，並無不合。

⑽壹.一.9.6.1部分（鑑5報告附件4-16參照）：

就壹.一.9.6.1.4於104年6月12日現場查驗時確有該項設備在場，有查驗紀錄表可證（本院卷二第369頁）。而上訴人並未舉證證明此項設備有何不符契約約定或已遭被上訴人取回情事，則縱2期廠商未使用該設備，仍應核給此項費用。

⑾壹.二.1.10部分（鑑5報告附件4-17參照）：

鑑4報告就此項雖鑑估認被上訴人施作範圍為285㎡，然此與建築師現況結算及實地核算之鑑3報告認定數量差距甚多，而二期廠商係接續被上訴人未完成工程施作，其在結構體外部架設鋼管鷹架含防護網等假設工程，原則上應與被上訴人當時施作範圍相同，故鑑5報告參酌2期結算數量核算此工項數量，應較合理可採。

⑿壹.二.2部分（鑑5報告附件4-17參照）：

①就壹.二.2.1、2.2、2.4、2.5等隱蔽工項部分之認定說明與前述⑴壹.一.2.基礎暨結構體工程部分相同，且被上訴人原亦未爭執此部分工項有漏計問題，故仍採鑑5報告認定之數據。

②壹.二.2.6工項部分，鑑3報告核算數量與鑑4報告相同均為264.47立方米，鑑5報告認兩造確認無爭議卻採認建築師結算之98立方米，顯有誤認，故此部分應採鑑4報告之數據。

⒀壹.二.4部分（鑑5報告附件4-18參照）：

①除壹.二.4.1浴廁防水處理部分以外工項之認定說明與前述⑵壹.一.4裝修工程部分相同，故仍採鑑5報告認定之數據。

②壹.二.4.1浴廁防水處理部分，依鑑5報告鑑定說明可知，此工項應屬系爭契約漏算，而被上訴人既有施作此部分工項，自仍應核給。

⑭壹.二.6.5部分（鑑5報告附件4-19參照）：

此部分參前述⑶、②之說明仍應核給。

⑮壹.二.9.1.3部分（鑑5報告附件4-20參照）：

就壹.二.9.1.3.11工項之說明與前述⑼之說明相同，故不予核給費用。另壹.二.9.1.3.12工項部分為空調排水管及安裝工項，然被上訴人既未安裝分離式冷氣，自無安裝空調排水管可言，是鑑5報告不予核給此工項費用，自無不合。

⑯綜上，就壹.一安檢所工程費部分，除鑑5報告採認之7,382,893元（鑑5報告附件4-17參照，而如前⑶、①所述，鑑5報告誤算壹.一.6.13工項金額，故其記載之7,382,959元應扣除誤算增列之66元為7,382,893元），應再加計190,584元（計算式：2,472元＋13,364元＋49,551元＋42,408元＋33,657元＋31,677元＋4,296元＋3,494元＋9,665元＝190,584元，參見附表本院認定欄位），共計7,573,477元（計算式：7,382,893元＋190,584元＝7,573,477元）；就壹.二執檢所工程費部分，除鑑5報告採認之1,426,479元（鑑5報告附件4-26參照），應再加計62,120元（計算式：16,314元＋43,232元＋2,574元＝62,120元，參見附表本院認定欄位），共計1,488,599元（計算式：1,426,479元＋62,120元＝1,488,599元），故被上訴人已完成工程部分之總工程款應為9,062,076元（計算式：壹.一7,573,477元＋壹.二1,488,599元＝9,062,076元）。據此，按契約約定比例計算，附表項次參（計算式：9,062,076元x5％＝453,104元）、肆（計算式：9,062,076元x1％＝90,621元）、伍（計算式：9,062,076元x0.3％＝27,186元）、陸【計算式：（9,062,076元＋118,396元＋453,104元＋90,621元＋27,186元）x5％

＝487,569元】項目之金額為各如本院認定欄所載。是以，被上訴人就其已完成部分可得請求之工程款為10,238,952元（計算式：9,062,076元＋118,396元＋453,104元＋90,621元＋27,186元＋487,569元＝10,238,952元）。

5.被上訴人另請求其因契約終止無法繼續施作部分工程之5%淨利利潤，上訴人則稱承商管理費、保險費為間接工程費而屬成本，被上訴人因工程未施作而免予負擔該成本費用之支出，應予扣除而僅得請求3.5%之「利潤」云云（本院卷一第292頁）。查：

⑴損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，民法第216條定有明文。

⑵系爭契約原約定總價為20,832,500元（含稅），扣除被上訴人已完成部分之工程款10,238,952元（含稅），剩餘10,593,548元（含稅），為被上訴人如未遭上訴人任意終止契約原可取得之工程款。而上訴人所謂被上訴人於此可得之利潤應僅有3.5%，乃依據監造單位函文所指項次參「承商管理費及利潤含保險費」內容為管理費比率1.2%、利潤比率3.5%、保險比率0.3%而來（本院卷一第213頁），然此僅針對項次參所為之說明，該比率並不等同於被上訴人就剩餘工程原可取得之利潤，此觀被上訴人依約仍原可取得項次貳、肆、伍項之差額款項，然此部分並不在項次參範圍內即明，是上訴人上開主張，並非可採。

⑶又依卷附營造業住宅營建類、其他建築工程類之同業利潤標準顯示，住宅營建或其他建築工程之淨利率為8%（建字卷一第116-117頁），則被上訴人主張以5%比例計算其淨利應可憑採。是以，被上訴人可得請求預期利益之損失應為503,194元【計算式：｛總工程款20,832,500元-稅金（20,832,500元x5%）｝-｛已完成工程款10,238,952元-稅金（10,238,952元x5%）｝＝10,063,871元（未稅），10,063,871元x

5%＝503,194元】，被上訴人於此僅請求397,205元（建字卷二第157頁），自應予准許。

6.被上訴人主張為履行系爭契約，已支付下包廠商惟淨公司訂金157,500元乙節，業據其提出簽收單、統一發票、訂購單為憑（建字卷二第158頁、本院卷一第205頁），上訴人就此亦無爭執（本院卷一第293頁），是被上訴人請求上訴人賠償此部分費用，自屬有據。

7.被上訴人於得標後支領預付款624萬元，且已領取工程款5,977,563元，並於契約終止後繳回預付款4,002,960元，業如前揭不爭執事項㈠、㈣、㈤所載，故被上訴人於此已領得之工程款為8,214,603元【計算式：5,977,563元＋（6,240,000元-4,002,960元）＝8,214,603元】。而被上訴人得向上訴人請求給付其已完成部分之工程款10,238,952元、未施作部分之利潤損失397,205元，及其已給付下包廠商之訂金157,500元，已如前述。又上訴人任意終止系爭契約，被上訴人並無可歸責事由，且上訴人尚積欠被上訴人工程款未償（上訴人已陳明不再主張所謂品質不良之抵銷抗辯，本院卷一第537頁），依系爭契約第14條第㈡項約定（系爭契約第19頁），得提前發還履約保證金，故被上訴人請求上訴人返還其所繳納之履約保證金624,975元，核屬有據。從而，被上訴人依系爭契約、民法第511條規定得請求上訴人給付3,204,029元【計算式：（10,238,952元＋397,205元＋157,500元）-8,214,603元＋624,975元＝3,204,029元】，逾此範圍外，則無依據。至被上訴人雖另以民法第184條第1項規定為請求權基礎請求工程款（建字卷一第110頁反面），然上訴人為承攬人依法本有隨時終止契約之權利，僅係需賠償承攬人因此所受之損害，自無成立不法侵權行為可言；又被上訴人依系爭契約請求發還履約保證金為有理由，既經本院認定如前，自無庸再討論其依民法第179條規定（建字卷一第6頁）請求發還有無理由，附此敘明。

8.末按，被上訴人就履約保證金624,975元部分係請求自起訴

狀繕本送達翌日即105年2月4日（建字卷一第53頁送達證書參照）起算之法定遲延利息（建字卷一第110、227頁），然原審就此部分卻判決自104年6月24日起算利息（判決理由第七大項參照），故就624,975元自104年6月24日至105年2月3日之利息部分，即有訴外裁判之違失，併予敘明。

七、綜上所述，被上訴人依系爭契約、民法第511條規定，請求上訴人給付3,204,029元，及其中2,024,349元自104年6月24日起（存證信函回執送達翌日，建字卷二第242頁）、其中624,975元自起訴狀繕本送達翌日即105年2月4日（建字卷一第53頁送達證書參照）起、其中397,205元自105年12月27日起（民事辯論㈠狀提出後之言詞辯論翌日），其餘157,500元自108年9月17日起（民事辯論㈣狀提出後之言詞辯論翌日），均至清償日止，按年息5%計算之利息部分，為有理由，應予准許，逾此範圍外，則無依據，應予駁回。原審判命上訴人給付超逾前開應准許部分，尚有未恰，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院予以廢棄改判如主文第2項所示。至其餘部分，原審判命上訴人給付，並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，為無理由，應駁回此部分上訴。又本件給付金額既有變更，原判決主文第4項被上訴人供擔保及上訴人供反擔保部分之金額應分別變更為「1,068,000元」、「3,204,029元」。

八、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，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　4　　月　　28　　日

工程法庭

審判長法　官　蘇姿月

法　官　謝雨真

法　官　郭宜芳

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　　112　　年　　4　　月　　28　　日
書記官　陳憲修

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。