

臺灣高等法院臺中分院民事判決

110年度建上字第61號

上訴人 交通部公路總局第二區養護工程處

法定代理人 劉世桐

訴訟代理人 林堡欽律師

被上訴人 冠翔營造有限公司

法定代理人 黃桂圓

訴訟代理人 饒斯棋律師

張立杰律師

上列當事人間給付工程款事件，上訴人對於中華民國110年7月30日臺灣臺中地方法院109年度建字第34號第一審判決提起上訴，本院於民國111年5月18日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、訴訟要旨：

一、被上訴人主張：

(一)上訴人於民國106年2月22日就「台61線101K+000-000K+000瀝青路面破損修復工程」（下稱系爭工程）辦理公開招標，由被上訴人得標，兩造於106年3月8日就系爭工程簽立工程契約（下稱系爭契約），約定工程總價（含營業稅）為新臺幣（下同）45,120,000元，施工期限為100日。被上訴人於106年5月22日開工，實際與預定竣工日均為106年9月30日，並於106年11月24日驗收合格。

(二)依系爭契約第11條約定，於系爭工程施作前，被上訴人應將自備使用之材料，即瀝青膠泥（AC-20）送審，而每次送審之試驗結果，均符合上訴人及契約之品質要求，且上訴人於每日施作系爭工程以前，上訴人之人員即會就當日欲施作工

01 程段落之材料進行抽樣，並做含油量及篩分析試驗與馬歇爾
02 試驗，而每次之試驗結果，亦均符合契約之約定。又被上訴
03 人自106年7月10日起施工鋪設瀝青混凝土，鋪面於106年8月
04 10日全數鋪設完成，瀝青混凝土鋪設結案面積為98,939平方
05 公尺。依系爭契約施工補充條款第14條之約定，應於「每次
06 鋪築完成後次日起2週內」辦理抽樣檢驗，參以系爭契約所
07 附施工說明書「表02742-1」關於回收瀝青黏度之檢驗頻率
08 為「全數鋪築完成後次日起2週內辦理抽樣檢驗」及「數量
09 以15,000m²為一批次檢驗一次」，且行政院公共工程委員會
10 提供之施工綱要規範建議取樣試驗應在「鋪設後15日內」為
11 之，足見上訴人應於「每一批次之15,000m²全數」鋪築完成
12 後次日起2週內辦理抽樣檢驗；再依系爭契約第11條第7款
13 第1目約定，瀝青混凝土回收黏度檢驗屬第二級品管項目，
14 上訴人未另委託監造單位，即應由上訴人負責辦理。然上訴
15 人於辦理瀝青混凝土回收黏度檢驗時（下稱系爭黏度檢
16 驗），未於每次鋪築完成後次日起2週內辦理抽樣檢驗，而
17 係於106年8月9日起至同年月14日止始抽樣，且遲至同年
18 月15日始將前開抽樣試體統一送檢驗單位檢驗，而檢驗單位
19 則於同年月24日至28日始進行檢驗。上開未符合法定程序之
20 檢驗程序瑕疵，造成試體因時間因素產生老化作用，黏度發
21 生變化，檢驗結果失準，上訴人竟以該有瑕疵之試驗結果，
22 作為結算驗收時向被上訴人扣款之事由，扣款共計5,493,15
23 1元（包含包商利潤、保險及管理費、營業稅），自無理
24 由。

25 (三)倘認系爭契約關於回收瀝青黏度檢驗項目之抽樣檢驗規定，
26 係解釋為在系爭工程「所有路段全數鋪築完成後次日起2週
27 內」辦理檢驗，則系爭契約未考量較長工期可能導致瀝青黏
28 度老化情形，導致檢驗結果失準，進而使被上訴人所施作原
29 本應可檢驗合格部分轉變為不合格，將造成被上訴人應得之
30 承攬報酬無端被扣減，因而受有重大不利益，且片面加重被
31 上訴人責任，依民法第247條之1第2、4款規定，應屬無效，

上訴人不得為扣款。

(四)又系爭工程於106年11月24日驗收合格，迄今未發生不堪使用之瑕疵，是被上訴人所交付之工程品質符合契約目的，上訴人以結果失準且試驗方法無法還原數值之系爭黏度檢驗為依據，因而受有減價利益，自仍應給付承攬報酬5,493,151元予被上訴人。

(五)縱認上訴人得以系爭黏度檢驗結果辦理減價收受，上訴人得扣款之噸數應修正為1337.72噸，扣款金額應為4,042,857元，溢扣1,450,294元，該部分承攬報酬應給付被上訴人。且系爭契約第4條第1款減價收受約定，性質上用以「填補定作人損害」，為損害賠償總額預定性違約金，得依民法第252條規定或類推適用該規定予以酌減。爰依系爭契約及不當得利之法律關係，擇一求為判令上訴人給付5,493,151元本息等語。

(六)並聲明如原判決主文第一項所示，且陳明願供擔保，請准宣告假執行（原審判決被上訴人全部勝訴，上訴人不服，提起上訴）。於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：系爭契約第15條之驗收，依施工說明書「表02742-1」回收瀝青黏度檢驗項目規定（即系爭約定），約定於系爭工程全數鋪築完畢後施以抽樣檢驗，且被上訴人歷來承攬上訴人發包工程均依該相同約定辦理，如被上訴人於107年度承攬「台61線85K+829-99K+500瀝青路面擇要修復工程」（下稱另案工程）亦同，而行政院公共工程委員會就兩造系爭工程所為調解建議亦認被上訴人關於每批次鋪築完成後2週抽樣之主張為不可採。系爭工程於106年8月10日全數鋪築完畢，上訴人於同年8月9日、14日辦理北上、南下路段之系爭黏度檢驗，皆符合系爭約定所定於2週內辦理。且取樣試驗時間與回收黏度試驗值高低雖有影響，但無絕對關係，系爭黏度檢驗係在鋪築完畢、取樣送驗相距約1個月內辦理，可見檢驗結果不合格，與試體老化作用無關，而是瀝青品質瑕疵或拌合及施工之管控不良所致。倘若被上訴人認

01 為有分次辦理檢驗之需求，應依其提送之品質計畫第3章工
02 程施工品質檢驗流程，主動提出分次試驗之申請，然被上訴
03 人不曾於路面鋪築瀝青每達數量15,000平方公尺時提出上開
04 申請，且依系爭契約第9條第7項第1目約定，瀝青黏度因老
05 化作用致令減損而無法符合檢驗標準之危險負擔應由被上訴
06 人自行吸收承受。系爭工程之回收瀝青黏度試驗採用「CNS1
07 4186無填充料瀝青黏度測定法（布魯克熱力黏度計法）」，
08 部分路段並未經上開檢測標準予以驗收合格，被上訴人亦未
09 提出其使用之瀝青混凝土係合於系爭契約第15條第1項規定
10 之新品要求，上訴人自得依系爭契約第4條第1款減價收受。
11 又系爭契約第4條第1款減價收受之性質，相當於民法第494
12 條減少報酬，併同有不完全給付且無法補正所生債務不履行
13 之損害賠償，應有民法第217條過失相抵原則之適用。縱使
14 上訴人所為系爭黏度檢驗之程序有瑕疵，被上訴人既未於每
15 一批次數15,000平方公尺鋪築完畢時，以書面通知上訴
16 人，亦不曾主動提送竣工書圖予上訴人，及要求辦理分次試
17 驗手續，被上訴人應負較重之自己過失責任，依民法第217
18 條規定，其本件請求應免除或酌減。另系爭工程於106年11
19 月24日驗收完結，被上訴人雖曾於108年4月22日向行政院公
20 共工程委員會申請履約爭議調解，但因調解不成立，時效視
21 為不中斷，故被上訴人提起本件訴訟，依系爭契約之承攬報
22 酬請求權已時效消滅，上訴人得拒絕給付等語，資為抗辯。
23 於本院上訴聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人在第一審之訴
24 及假執行之聲請均駁回。

25 貳、兩造經整理及簡化爭點，協議如下（本院卷第140-141頁、
26 原審卷一第464-467頁）：

27 一、兩造不爭執事項：

28 (一)上訴人於106年2月22日就「台61線101K+000-000K+000瀝青
29 路面破損修復工程」（即系爭工程）辦理公開招標，並由被
30 上訴人得標，兩造於106年3月8日就系爭工程簽立甲證1之工
31 程契約（即系爭契約），工程總價45,120,000元。系爭契約

第7條第1款約定，施工期限為100日。依系爭工程結算驗收證明書所載，被上訴人開工日期為106年5月22日，預定竣工及實際竣工日期均為106年9月30日，開始驗收日期為106年11月15日，驗收合格日期為106年11月24日，驗收扣款6,456,472元，結算總價38,602,556元。

(二)106年7月10日至同年8月10日被上訴人施工鋪設瀝青混凝土，鋪面於106年8月10日全數鋪設完成，瀝青混凝土鋪設結案面積為98,939平方公尺，分7批次檢驗（1批次約為15,000平方公尺）。上訴人於106年8月9日、14日辦理北上、南下路段之回收瀝青黏度檢測試驗（即系爭黏度檢驗）。系爭黏度檢驗之試驗結果如「甲證11」第1-2頁所示。系爭工程分為南北雙向路段，各路段之施工日期、施工起樁、施工終樁、取樣樁號、取樣日、收件日、試驗日，均如「甲證11」第3-4頁所示。

(三)系爭工程回收瀝青黏度試驗採用「CNS 14186 無填充料瀝青黏度測定法（布魯克熱力黏度計法）」（見苗院卷第175、191、209頁）。

(四)系爭契約附件之施工說明書（甲證16）第02742章「表02742-1」規定回收瀝青黏度之檢驗、依據方法、規範之要求、頻率（見苗院卷第209-211頁）。

(五)兩造於系爭契約中詳細價目表項次（四）（見苗院卷第101頁）約定系爭工程鋪設瀝青之瀝青使用規格及品名，應使用密級配新料瀝青混凝土。

(六)上訴人因系爭黏度檢驗之試驗結果不符合施工說明書中技術規定第02742章（甲證16）3.3、3.3.1條之檢驗標準，依系爭契約第4條第1款就系爭工程驗收扣款5,493,151元（前開金額包含包商利潤、保險及管理費、營業稅）。

(七)被上訴人於108年4月22日向行政院公共工程委員會就本案申請調解，最後一次調解會議為108年8月1日，被上訴人最後一次提出調解補充理由書為108年8月30日，行政院公共工程委員會以108年12月23日工程訴字第1081102570號函檢送調

01 解不成立證明書與被上訴人，被上訴人於108年12月30日提
02 起本件訴訟。

03 (八)上訴人主張被上訴人符合系爭契約第4條第1款中的「驗收結
04 果與規定不符」，所謂「規定」是指苗院卷第209頁回收瀝
05 青黏度檢驗項目之規範之要求。兩造不爭執系爭黏度檢驗之
06 試驗結果不合格時，符合上訴人依系爭契約第4條第1款所載
07 「而不妨礙安全、美觀及使用需求，…或不必補交者」，屬
08 於得於必要時減價收受。

09 二、本件爭點：

10 (一)被上訴人依民法第247 條之1 第2 款、第4 款主張，施工說
11 明書00000-00頁回收瀝青黏度「規範之要求」規定無效，有
12 無理由？

13 (二)被上訴人主張上訴人未於每次鋪築完畢之次日起2 週內辦理
14 系爭黏度檢驗，違反施工說明書00000-00頁之回收瀝青黏度
15 之頻率欄所載抽樣檢驗規定，是否有理由？

16 (三)如(二)為有理由，被上訴人主張：不能減價收受，應該給付全
17 額報酬。因為減價收受應該基於一個正確的檢驗結果，如果
18 無法確保檢驗結果正確，上訴人就不應以此減價收受。上訴
19 人主張：檢驗過程不合程序，不必然導致檢驗結果不合格。
20 何者有理由？

21 (四)上訴人主張被上訴人違反施工說明書00000-00頁約定之「規
22 範之要求」，而構成系爭契約第4 條第1 款規定減價收受，
23 扣款5,493,151 元，是否有理由？

24 (五)系爭契約第4 條第1 款規定減價收受之性質為何？如為違約
25 金，被上訴人主張依民法第252 條酌減違約金，是否有理
26 由？

27 (六)被上訴人依系爭契約第3 條、第5 條、民法第199 條，或依
28 民法第179 條規定，擇一請求上訴人給付5,493,151 元，是
29 否有理由？被上訴人依系爭契約第3 條、第5 條規定請求部
30 分，是否罹於民法第127 條第7 款之短期時效？

31 叁、得心證之理由：

01 一、關於爭點一：

02 按依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，
03 為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無
04 效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、
05 加重他方當事人之責任者。三、使他方當事人拋棄權利或限
06 制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者，
07 民法第247 條之1 定有明文。查系爭工程之回收瀝青黏度試
08 驗採用「CNS 14186 無填充料瀝青黏度測定法（布魯克熱力
09 黏度計法）」，而系爭契約附件之施工說明書（即甲證16）
10 第02742章「表02742-1 」規定回收瀝青黏度之檢驗、依據
11 方法、規範之要求、頻率（見兩造不爭執事項(三)、(四)），且
12 就回收瀝青黏度之「規範之要求」為：「檢驗結果偏差值：
13 AC-20或針入度60-70 之新料瀝青混凝土不得超過1. 每工程至
14 少一批次。5,000poises $\pm$ 35%。AC-10 或針入度85-100之新
15 料瀝青混凝土不得超過3,000poises $\pm$ 35 %。減價收受：檢驗
16 結果超過 $\pm$ 35 %，但在 $\pm$ 70 %以下者；每超出1%該批次檢驗代
17 表數量減價1 %」，有該施工說明書00000-00頁附卷足憑
18 （見苗院卷第209頁）。而上訴人於原審自承系爭契約所附
19 施工說明書第02742 章「表02742-1 」規定，係公路總局所
20 採路面維修規範，為普遍採用之檢驗方式，行之多年等語
21 （見原審卷一第79頁），足認上開規定為上訴人預定於一般
22 採購契約之共通條款。是被上訴人主張施工說明書「表0274
23 2-1」關於回收瀝青黏度「規範之要求」規定，屬定型化契
24 約條款，應為可採。第查系爭工程係經公開招標，被上訴人
25 於投標前，即可購取系爭工程之招標文件與圖說，應有充足
26 時間審閱及瞭解得標後兩造之權利義務，且如對招標文件有
27 疑義應以書面向上訴人請求釋疑，此觀系爭契約所附交通部
28 公路總局第二區養護工程處工程採購投標須知第19條規定即
29 明（見苗院卷第119 頁），然被上訴人並未就施工說明書00
30 000-00頁回收瀝青黏度「規範之要求」規定以書面向上訴人
31 請求釋疑，再衡以被上訴人既可自由選擇是否參加投標，並

01 依據契約條件決定標價金額，尚非無從選擇締約對象，應認
02 被上訴人係對於上開回收瀝青黏度「規範之要求」規定已為
03 充分之風險評估後始投標，故而上開規定尚難認有不當加重
04 被上訴人責任，或有其他對被上訴人重大不利益，致存在顯
05 失公平情形。被上訴人依民法第247 條之1 第2 款、第4 款
06 規定，主張該施工說明書00000-00頁回收瀝青黏度「規範之
07 要求」規定無效云云，自無足採。

08 二、關於爭點二：

09 (一)查被上訴人於106 年7 月10日至同年8 月10日施工鋪設瀝青
10 混凝土，鋪面於106 年8 月10日全數鋪設完成，瀝青混凝土
11 鋪設結案面積為98,939平方公尺，分7 批次檢驗（1 批次約
12 為15,000平方公尺）。上訴人於106 年8 月9 日、14日辦理
13 北上、南下路段之回收瀝青黏度檢測試驗（即系爭黏度檢
14 驗）。系爭黏度檢驗之試驗結果如「甲證11」第1 至2 頁所
15 示（苗院卷第175-176頁）。系爭工程分為南北雙向路段，
16 各路段之施工日期、施工起樁、施工終樁、取樣樁號、取樣
17 日、收件日、試驗日，均如「甲證11」第3 至4 頁所示（苗
18 院卷第177-178頁），為兩造所不爭執之事實（見不爭執事
19 項(二)）。

20 (二)茲應審究者，為上訴人所為系爭黏度檢驗，有無違反施工說
21 明書00000-00頁之回收瀝青黏度之頻率欄所載抽樣檢驗規
22 定？經查：

23 1. 解釋契約，應於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人立
24 約時之真意，並通觀契約全文，斟酌訂立契約當時之情形及
25 其他一切證據資料，依誠信原則，從契約之主要目的及經濟
26 價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎，不能徒拘泥字面或
27 截取契約中部分字句，任意推解致失其真意（最高法院110
28 年度台上字第270號民事判決參照）。系爭契約補充條款第1
29 4條約定：「瀝青混凝土鋪面工程IRI值檢驗，應於鋪築完成
30 後次日起2週內辦理」，而系爭契約附件之施工說明書第027
31 42 章瀝青混凝土鋪面第3.3檢驗規定「除契約另有規定外，

各項材料及施工方法之檢驗項目如表02742-1所示」（苗院卷第203頁），該「表02742-1」規定回收瀝青黏度之檢驗項目、依據方法、規範之要求、頻率，就回收瀝青黏度之「規範之要求」規定業如前述，而「頻率」規定則為「不同瀝青混凝土規格材料，應於全數鋪築完成後次日起2週內辦理抽樣檢驗：1. 每工程至少一批次。2. 數量以15,000m²為一批次檢驗一次，分批次餘數不大於7,500 m²得併入前一批次檢驗，超過7,500 m²時單獨為一批次。3. 採鋪設完成後現場鑽心取樣，取15 cm 直徑鑽心試體。以隨機抽樣每批次抽5點，混合後辦理回收瀝青黏度試驗」。足見系爭契約關於瀝青混凝土鋪面之檢驗，係規定以「一批次」作為檢驗一次之基本單位，而每批次數為15000m²。

2. 又系爭黏度檢驗屬瀝青混凝土鋪面之檢驗，而瀝青混凝土係由瀝青與粒料混拌而成，因混合料不同而區分不同等級，瀝青混凝土達到使用年限後，必須刨除或挖除重鋪，若重鋪時之瀝青混凝土係以回收材料與新鮮材料依一定比例混拌，稱為再生瀝青混凝土。瀝青混凝土試驗之主要目的，係在確認瀝青在固定溫度狀態之工作稠度，並藉此試驗判斷再生瀝青混凝土之再生回收料添加是否符合設計要求，避免有再生粒料添加過量之情事發生；而瀝青混凝土經鋪築完成後，即受氣候中溫度、水氣等變化而產生老化現象，受氣候影響時間越長者，其老化現象越劇，且瀝青易受太陽紫外線影響老化，瀝青黏度值會隨曝曬時間而增加，故取樣時間越早越好等情，此有卷附國立成功大學土木系陳建旭教授所著「鋪面工程研究領域之簡介」、正修科技大學土木與空間資訊系楊秉蒼教授所著「瀝青混合物類試驗報告之判讀」，及高苑科技大學土木工程系專題研究精簡報告可按（原審卷一第93-106頁、苗院卷第221-222頁），並審酌交通部公路總局100年廉政會報第3次會議提案單節本所載「瀝青膠泥從產品完成後就開始老化作用，經運輸、儲存、加溫拌和…等，隨時間增加及溫度變化其老化作用一直在進行，而完工後再取樣

試驗，屬特殊目的查核作業，且瀝青混凝土變化無可靠之學理依據可推斷其影響程度，無法推論其品質變化為當初生產不合格材料，因此完工超過2 週後之再生瀝青混凝土回收黏滯度試驗標準不適宜納入本章內容」等語（苗院卷第219頁），堪認瀝青混凝土鋪面於鋪築完成後，確實會因與空氣接觸，而隨時間變化而老化，且曝曬於太陽底下時，因受紫外線高溫影響，瀝青混凝土鋪面老化情形會更加明顯。故回收瀝青黏度之抽樣檢驗規定，應當考量為避免因時間經過致瀝青黏度增加之因素影響系爭黏度檢驗之正確性，而施工說明書就回收瀝青黏度之抽樣檢驗頻率既規定須於「全數鋪築完成後次日起2 週內辦理」，且以「15,000m²為一批次檢驗一次」；再參以瀝青混凝土鋪面之施工日期長達1 個月（見苗院卷第177-178頁甲證11），應認回收瀝青黏度之頻率欄所載抽樣檢驗規定中「不同瀝青混凝土規格材料，應於全數鋪築完成後次日起2 週內辦理抽樣檢驗」，解釋為「數量以15,000m²為一批次檢驗一次，每批次鋪築完成後次日起2 週內辦理抽樣檢驗」，以符獲取正確抽樣檢驗之契約目的。

3. 再本件經原審囑託社團法人臺中市土木技師公會（下稱土木技師公會）為鑑定。就「上訴人於106 年8 月9 、14日是否違反苗院卷第209 頁即施工說明書就回收瀝青黏度之頻率欄規定」事項，鑑定結果亦認：AC（asphalt concrete）瀝青混凝土依不同黏性規格分為AC-5 AC-10 AC-20等等（其後數字愈高愈黏），本案為AC-20 。依當事人提出之文獻，甲證18- 陳偉全教授著作影本，如下圖（見系爭鑑定報告第19頁），認瀝青確因時間老化，致黏度增加，是以若未於時間內取樣，取出之試體作出之試驗結果會呈現「黏度增加」的現象。本案參酌國際知名期刊Elsevier，亦提及"With the deepening of aging , $E\eta$ increases continuously ." "The parameter visco-flow activation energy ($E\eta$) was obtained by means of Arrhenius equation according to the viscosity values of asphalt at different tempera

tures ." 亦即黏度隨瀝青AC老化而增加，非僅國內研究呈現之現象。依上述國內外之研究，黏度隨時間經過而增加，抽樣未於該批規定時間內，試驗結果失其準確性，即合約試驗要求之不同瀝青混凝土規格材料鋪設面積累計完成滿15,000平方公尺為一批次，該批次若有分日鋪築，應於最後一次鋪築完成次日二週，進行抽樣試驗，此規範之目的無非規範之擬定者，了解黏度隨時間老化之影響，「要求」完成該批鋪築一定時間內（即完成後次日起二週）抽樣檢驗，方不會失準，該批未於二週內進行抽樣試驗「將導致」檢驗結果失準，其失準確實存在，是以其失準已不論失準之程度是否致不合格，已失所附麗等語（見系爭鑑定報告第18至20頁），此有該會110年6月8日（110）中土鑑發字第472-04號鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）附卷可憑。審酌土木技師公會係土木方面之專業機構，所屬鑑定人員為領有土木技師證照之專業人士，與兩造間復無何親誼故舊或嫌隙積怨等利害關係，其所為之鑑定意見，應屬專業可採。則依前開鑑定意見，益徵該表02742-1關於回收瀝青黏度檢驗之頻率欄所載抽樣檢驗規定，應解釋為「數量以15,000m²為一批次檢驗一次，每批次鋪築完成後次日起2週內辦理抽樣檢驗」，始合於該抽樣檢驗頻率規範之目的。

4. 上訴人另抗辯行政院公共工程委員會就兩造系爭工程所為調解建議亦認被上訴人關於每批次鋪築完成後2週抽樣之主張為不可採部分。按依政府採購法設置之採購申訴審議委員會，於調解程序中，調解委員所為之勸導及當事人所為之陳述或讓步，於調解不成立後之本案訴訟，不得採為裁判之基礎，政府採購法第85條之1第3項準用民事訴訟法第422條規定甚明。被上訴人就系爭契約之爭議向行政院公共工程委員會申請調解，嗣既調解不成立，有該調解不成立證書明書可按（苗院卷第155-157頁），則該委員會所作之調解建議（見苗院卷第145-151頁），自不得於本案採為裁判之基礎。

01 5. 綜上所述，就兩造所爭執之甲證11所示樣品編號1 組至5
02 組，各批次之鋪築完成之日分別為106 年7 月12日、7 月17
03 日、7月21日、7 月28日、8 月2 日，上訴人遲至106 年8
04 月9 日、8 月14日為抽樣，106 年8 月24日始為試驗（見不
05 爭執事項(二)、苗院卷第177 頁），已逾各該批次鋪築完成次
06 日起2 週時間，自己違反系爭契約所附施工說明書表02742-
07 1之回收瀝青黏度之頻率欄所載抽樣檢驗規定。

08 三、關於爭點三：

09 (一)上訴人就甲證11所示樣品編號1 組至5 組，於106 年8 月9
10 、8 月14日為抽樣，106 年8 月24日為試驗，其檢驗方式已
11 違反系爭契約所附施工說明書就回收瀝青黏度之頻率欄規
12 定，業經本院認定如前，衡以檢驗方式之規範目的，在於透
13 過正確之檢驗過程得出正確之檢驗結果，若未依所規範之檢
14 驗方式進行檢驗，顯難期待檢驗之結果正確，亦失規範檢驗
15 方式之意義，並參諸系爭鑑定報告前述內容已說明「該批未
16 於二週內進行抽樣試驗將導致檢驗結果失準，其失準確實存
17 在，是以其失準已不論失準之程度是否致不合格，已失所附
18 麗」等語（見系爭鑑定報告第20頁），應認上訴人既未踐行
19 正確之抽樣檢驗方式，則甲證11所示系爭黏度檢驗之試驗結
20 果，樣品編號1 組至5 組超出系爭契約所附施工說明書就回
21 收瀝青黏度之「規範之要求」，即「檢驗結果偏差值：AC-2
22 0 或針入度60-70 之新料瀝青混凝土不得超過5,000poises $\pm$ 3
23 5%」之部分，並非正確，自不得以該不正確之試驗結果據
24 為認定回收瀝青黏度是否合格。上訴人無從以甲證11所示樣
25 品編號1組至5 組之試驗結果超過檢驗結果偏差值範圍而主
26 張系爭契約第4 條第1 款之「驗收結果與規定不符」並為減
27 價收受。

28 (二)上訴人雖以其抽樣檢驗符合契約所訂檢驗標準，及鑑定機關
29 採用熱影像儀與可見光之攝影為鑑定違反系爭契約約定為
30 由，質疑該鑑定方法及結果。然系爭鑑定報告已明載其所據
31 之工程分析方法與相關標準為「參酌當事人提出之文件據以

01 分析，同時搜尋相關工程國際學術文獻，並以熱影像儀與可
02 見光之攝影，於該工程里程全程拍攝成影片」等語（見系爭
03 鑑定報告第16頁），且系爭鑑定報告該部分並非判斷被上訴
04 人所施作之瀝青路面是否合於系爭黏度檢驗，自無須以「CN
05 S 14186 無填充料瀝青黏度測定法（布魯克熱力黏度計
06 法）」為鑑定方法，上訴人上開所辯，並無足採。

07 (三)上訴人另援引被上訴人於107年度承攬之另案工程之施工日
08 期至取樣時間相距60天，瀝青黏度檢驗結果仍符合契約約
09 定，抗辯抽樣檢驗時間與試驗結果合格與否無絕對關係云
10 云，並提出另案工程之試驗報告為證（原審卷二第137-139
11 頁）。然另案工程係於9至10月間施作，11月取樣，為兩造
12 所不爭執（本院卷第140頁），而系爭工程之瀝青混凝土鋪
13 面鋪設，則係於盛夏之7、8月間（見不爭執事項(二)），足見
14 系爭工程與另案工程施作之客觀條件並不相同，且瀝青會隨
15 時間經過而老化，曝曬於太陽底下時，更會因紫外線高溫而
16 加劇老化情形，造成瀝青黏度增加，業如前述，上訴人徒以
17 另案工程試驗結果，推論系爭黏度檢驗結果與抽樣檢驗時間
18 無關云云，自非足採。

19 (四)故而，被上訴人主張因上訴人抽樣方法違反契約所訂回收瀝
20 青黏度頻率欄之規定，致系爭黏度檢驗結果產生偏差，上訴
21 人不得以該偏差值不合格之檢驗結果為減價收受，應為可
22 採。

23 四、關於爭點四：

24 (一)承前所述，上訴人就甲證11所示樣品編號1 組至5 組所為檢
25 驗方式已違反系爭契約所附施工說明書就回收瀝青黏度之頻
26 率欄規定，自不得以該偏差值不合格之試驗結果主張減價收
27 受。上訴人主張被上訴人違反施工說明書00000-00頁約定之
28 「規範之要求」，而構成系爭契約第4 條第1 款規定減價收
29 受云云，尚屬無據。

30 (二)審酌系爭鑑定報告鑑定並建議：「本鑑定認本案取樣頻率不
31 符契約規定（未於一批次鋪築完成二週內避免老化造成黏度

增加試驗不準），無關減價收受，若以本案全程攝影之結果判斷工程品質與察看老化之後龍溪橋，除非當事人得提出其它主張，本鑑定認該案工程品質，無法以不符契約之試驗確認，若以現場使用之狀態察看，即以鑑定所用之全程以可見光與熱像儀，以檢視鋪面是否有瑕疵修補之狀況，除後龍溪橋存在其它因素外（老化致勁度減即較軟），並無其它明顯之不符合契約之功能、性能約定之瑕疵，是以，若現場無其它立即明顯之缺陷或瑕疵，本鑑定建議應予收受」等語（見系爭鑑定報告第28頁）；參諸系爭鑑定報告明載「本案工程早已於106 年8 月10日完成，標的物正常供公眾通行使用中」等語（見系爭鑑定報告第10頁），且系爭工程已於106 年11月24日經上訴人驗收合格，此有交通部公路總局第二區養護工程處營繕工程結算驗收證明書附卷可參（苗院卷第161 頁），可見被上訴人施作完成之瀝青路面自106 年11月24日驗收合格後已為上訴人收受並供大眾使用，被上訴人自得請求給付報酬。上訴人辯稱系爭工程未驗收合格云云，並不可採。

(三)上訴人雖辯稱被上訴人並未提出其使用之瀝青混凝土符合系爭契約第15條第1項規定之新品要求，不得請求給付報酬云云。惟查，被上訴人主張其所使用之瀝青原料為「新料瀝青」，而觀諸卷附甲證11之交通部公路總局材料試驗所試驗報告所載，該樣品總類即為「直徑15cm新料瀝青混凝土鑽心試體」（苗院卷第175頁），參以系爭工程已經上訴人於106 年11月24日驗收合格，可見被上訴人所使用之瀝青原料應符合系爭契約第15條第1項之「新品」約定。上訴人此部分所辯，尚非可採。

(四)上訴人另辯稱系爭鑑定報告忽視被上訴人鋪設之瀝青路面坑洞等語，然系爭鑑定報告已就工程鋪面是否修補與完成之品質概觀與分析：本案同時以美商大廠FLIR所生產之熱影像儀進行拍攝，熱像儀「非」用來確認鋪面之「絕對性」之溫度準確，而目的在比對相對性的趨勢，比對可見光所見之修

01 補，或避免可見光不可見之修補未察覺。是以該熱像儀是否
02 校正或呈現溫度是否準確，皆不影響，因以熱像儀之相對趨
03 勢，以可見光見修補處，輔以熱像儀之影像比對與免除遺
04 漏，目的係確認與掌握本案工程之完成品質與契約目的是否
05 達成。熱像儀與可見光之攝影結果，以雲端影像存放（放於
06 美商Google下之YouTube，連結如9.3 所載），任何人皆可
07 用手機掃描上述之二維條碼可見成果，但無法搜尋得到以兼
08 顧隱私，這成果用來確認當事人之主張，經察看結果，修補
09 處確位於後龍溪橋之範圍，又經鑑定人赴現場於橋底查看，
10 後龍溪橋之橋體確較老舊，鋪面之修補非存於伸縮縫附近
11 （轉角最大）即該橋跨之中心附近（垂直變位變大），因老
12 舊橋之勁度較低（即較軟）致鋪面修補為真實，依鑑定人之
13 專業與經驗，認非可歸責於承攬人之工程品質致修補等語
14 （見系爭鑑定報告第21至22頁），依前開鑑定意見可知後龍
15 溪橋橋體老舊因素與鋪面之修補間關聯，是以，不能僅因瀝
16 青路面坑洞而認為被上訴人施作之瀝青路面不符品質。

17 (五)另上訴人辯稱若有分次辦理抽樣檢驗之需求，被上訴人應主
18 動以書面提出分次試驗之申請，但被上訴人並未為之，關於
19 瀝青混凝土鋪面減損之危險負擔應由被上訴人承受，而請求
20 依公平原則、民法第217 條規定減少或免除被上訴人之報酬
21 云云。惟按政府採購法第70條規定：「（第一項）機關辦理
22 工程採購，應明訂廠商執行品質管理、環境保護、施工安全
23 衛生之責任，並對重點項目訂定檢查程序及檢驗標準。（第
24 二項）機關於廠商履約過程，得辦理分段查驗，其結果並得
25 供驗收之用。（第三項）中央及直轄市、縣（市）政府應成
26 立工程施工查核小組，定期查核所屬（轄）機關工程品質及
27 進度等事宜。」前揭條文規定即為「公共工程施工品質管理
28 制度」之法源依據，而公共工程施工品質管理制度將公共工
29 程之品質管理分為三級，分別為由承包商負責之施工品質管
30 理系統（第一級品管）、由主辦工程單位或監造單位負責之
31 施工品質保證系統（第二級品管），以及由工程主管機關及

工程會負責之工程施工查核機制（第三級品管）。又第二級品管之目的在於為確保工程的施工結果能符合設計及規範，並應由主辦工程單位或監造單位負責建立（原審卷一第317頁「淺談工程三級品管制度」一文參照），系爭工程主辦單位係上訴人，因上訴人未委外監造，故第二級品管即應由主辦單位即上訴人負責辦理，被上訴人僅有配合協助辦理之義務，此觀系爭契約第11條第7款第1目中段規定即明，而被上訴人主張系爭黏度檢驗之目的係在確保被上訴人鋪設之瀝青品質符合契約規範，屬第二級品管項目，為上訴人所不爭執（原審卷一第325頁），自應由上訴人負責辦理，且被上訴人於鋪築期間每日開工前，均會通知上訴人昨日完成範圍與今日預定鋪築範圍，並於每日施工後提供「施工日誌」予上訴人，而上訴人之「監造報表」亦會記載被上訴人每日完成鋪設之路段，有系爭工程施工日誌及監造報表附卷可憑，足見上訴人可隨時掌握被上訴人之鋪築面積是否已達15,000平方公尺，自能於每批次鋪築完成之翌日起2週內前來鑽心取樣及送驗。況且被上訴人係基於系爭契約請求給付承攬報酬，而非損害賠償之請求，應無民法第217條第1項規定之適用。是上訴人前開抗辯，並無可取。

(六)綜上所述，上訴人抗辯依系爭契約第4條第1款規定減價收受，就被上訴人之系爭工程報酬扣款5,493,151元，為無理由。

五、上訴人就系爭工程既無從減價收受，即無審究爭點五之必要，併此敘明。

六、關於爭點六：

(一)上訴人以系爭黏度檢驗之試驗結果不符合施工說明書中技術規定02742章（甲證16）3.3、3.3.1條之檢驗標準，依系爭契約第4條第1款就系爭工程驗收扣款5,493,151元（見不爭執事項(六)），然上訴人上開扣款並無理由，業經本院審認如前，而被上訴人施作完成之瀝青路面自106年11月24日驗收合格後已為上訴人收受並供大眾通行使用，應認被上訴

01 人施作完成之工作已驗收完成，則被上訴人依系爭契約第3
02 條、第5 條規定（被上訴人贅載民法第101條規定，並無影
03 響），請求上訴人給付系爭工程之未付報酬5,493,151 元，
04 即屬有據。

05 (二)按左列各款請求權，因2 年間不行使而消滅：技師、承攬人
06 之報酬及其墊款，民法第127 條第7 款固有明文。被告雖辯
07 稱原告就系爭工程之報酬請求權已罹於民法第127 條第7款
08 之2 年時效。但按消滅時效，因左列事由而中斷：一、請
09 求。二、承認。三、起訴。左列事項，與起訴有同一效力：
10 一、依督促程序，聲請發支付命令。二、聲請調解或提付仲
11 裁。三、申報和解債權或破產債權。四、告知訴訟。五、開
12 始執行行為或聲請強制執行，民法第129 條定有明文。又按
13 當事人聲請調解而不成立，如聲請人於調解不成立證明書送
14 達後10日之不變期間內起訴者，視為自聲請調解時，已經起
15 訴；其於送達前起訴者亦同，民事訴訟法第419 條第3 項亦
16 有明文。再按機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向
17 採購申訴審議委員會申請調解，採購申訴審議委員會辦理調
18 解之程序及其效力，除政府採購法有特別規定者外，準用民
19 事訴訟法有關調解之規定，此觀政府採購法第85條之1 第1
20 項第1 款、第3 項規定自明。而政府採購法對於調解不成立
21 後起訴之效力並無特別規定，自應準用上開民事訴訟法第41
22 9 條第3 項之規定。查被上訴人請求給付之系爭工程款，屬
23 承攬報酬性質，適用民法第127 條規定2 年時效期間。系爭
24 工程經上訴人於106 年11月24日驗收合格（見不爭執事項
25 (一)），被上訴人自斯時起即得請求給付工程款，嗣被上訴人
26 於108 年4 月22日向行政院公共工程委員會申請履約調解
27 （苗院卷第141頁），但調解不成立，被上訴人於108 年12
28 月25日收受系爭工程之履約爭議調解案不成立證明書等情，
29 有行政院公共工程委員會108年11月25日函、108 年12月23
30 日工程訴字第1081102570號函暨檢送之調解不成立證明書
31 （調0000000 號）附卷可佐（苗院卷第141頁、第154 至157

頁），則被上訴人於調解不成立證明書送達後10日內之108年12月30日提起本件訴訟（見苗院卷第13頁之民事起訴狀收狀戳章），依前開說明，視為被上訴人自108年4月22日申請調解時，即已經起訴，故被上訴人就系爭工程之報酬請求權並未罹於2年之時效期間，上訴人抗辯被上訴人之報酬請求權已罹於時效云云，尚不足採。

七、被上訴人就系爭工程未付報酬，係依系爭契約及不當得利之法律關係，為同一聲明之請求，並請求法院擇一為其勝訴之判決。茲本院既已依其主張之系爭契約准許其聲明所為之請求，即依法無庸再就其主張之不當得利法律關係為審究，附此敘明。

肆、綜上所述，被上訴人依系爭契約之法律關係，請求上訴人給付5,493,151元，及自108年5月9日（即調解申請書繕本送達翌日）起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，為有理由，應予准許。原審判決准許被上訴人之上開請求，並依兩造聲請為准免假執行宣告，核無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

伍、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊、防禦方法，核與判決結果不生影響，毋庸逐一論列，併此敘明。

陸、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 6 月 15 日

工程法庭 審判長法官 林慧貞

法官 莊嘉蕙

法官 劉惠娟

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）。因疫情而遲誤不變期間，得向法院聲請回復原狀。

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

01 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
02 訴訟法第四百六十六條之一第一項但書或第二項所定關係之釋明
03 文書影本。如委任律師提起上訴，應一併繳納上訴裁判費。

04 書記官 陳文明

05 中 華 民 國 111 年 6 月 15 日