臺灣高等法院臺中分院民事判決

114年度重上字第9號

上　訴　人　有辰營造有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　蔡淑娟

訴訟代理人　陳建彰

　　陳姿君律師

被　上訴人　經濟部水利署第三河川分署

000000000000000000

法定代理人　張稚煇

訴訟代理人　陳芝荃律師

上列當事人間請求確認土石標售價金事件，上訴人對於中華民國113年10月30日臺灣臺中地方法院111年度建字第9號第一審判決提起上訴，並減縮起訴聲明，本院於115年7月7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、程序方面：

按於二審訴訟程序為訴之變更或追加，非得他造之同意，不得為之。但減縮應受判決事項之聲明，不在此限，民事訴訟法第255條第1項第3款、第446條第1項定有明文。查上訴人於原審請求被上訴人應給付上訴人新臺幣（下同）728萬8,880元及自民國113年6月27日起至清償日止，按年息5%計算之利息。嗣於本院審理時減縮聲明請求被上訴人應給付上訴人523萬3,792元，及自判決確定翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息（見本院卷五第3、151頁），屬減縮應受判決事項之聲明，依上揭說明，應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：

㈠經濟部水利署於109年間委託被上訴人辦理「潭子外圍分洪道治理工程併辦土石標售」採購投標事宜，上開工程由訴外人○○工程顧問股份有限公司（下稱○○公司）設計監造，設計完成後，被上訴人將其分為第一標、第二標分開招標，第一標由其他廠商標得，伊標得第二標（下稱系爭標案）。系爭標案分為「分洪道治理工程標案」（下稱工程標）及「土石標售標案」（下稱土石標），同時招標，因開挖施工過程會產生大量「剩餘土石」，被上訴人考量本案範圍無法完全去化剩餘土石，且周邊亦無合適公有土地堆置，故以土石標售方式去化土石。依工程圖說，第二標設計開挖深度約為2.65公尺至4.69公尺，伊於109年7月8日領標時，本件工區土地尚有農人在耕作，有稻田跟果樹等農作物，致無從勘查地下狀況，無從以鑽探研判地下土石種類及比例，伊締約前僅能仰賴招標文件中之A-19至A-21之鑽探柱狀圖（下稱鑽探柱狀圖）說明本件工區之地質，藉以評估投標金額，就工程標報價9,380萬元經減價後為9,200萬元，土石標報價1,037萬9,520元，被上訴人於109年7月29日將系爭標案決標予伊，兩造於109年8月10日分別簽訂工程契約、土石標售契約。工程契約原契約金額為9,200萬元嗣經結算金額為1億2,313萬8,438元（不含物調款1,292萬1,433元），土石標售契約原契約金額為1,037萬9,520元嗣經結算金額為938萬5,600元。

㈡土石標施作里程為0K+754.7至1+425.27，伊以總價938萬5,600元，向被上訴人購買最後結算數量29,330立方米土石，惟伊於109年8月20日工程開挖後，發現以CNS12387-A3285（下稱CNS12387）「工程用土壤分類試驗法」區分成卵礫石（粒徑大於4.75mm，停留在4號篩以上）、砂(粒徑介於4.75mm至0.075mm，停留在200號篩以上）、粉土及黏土(又稱細粒料，粒徑小於0.075mm，通過200號篩）三種土石比例及價值，與設計圖內鑽探柱狀圖五個孔位或兩個孔位所推估本件

工區三種土石比例及價值，差距過大。本件工區實際地質狀況，與鑽探柱狀圖所推估地質狀況實際情形不符，本件工區地下土石，有價料（即卵礫石、砂）比例低，尤其砂料比例過低，無價料（即粉土及黏土）比例超過50%，已超過常態性變化，依伊簽訂土石標售契約時所認知之基礎或環境，無預見可能性，兩造締約基礎之客觀情事發生重大變動，使伊承擔超出合理範圍以外之風險。土石標售契約所附之「土石標售投標須知及附件」（下稱系爭投標須知）第2條及第18條之定型化契約，在重大差異情況下，仍不許伊要求變更或減價，等於將地質狀況超過常態性變化、訂價失當之風險悉數由伊承擔，不符契約誠信及公平原則，對伊顯失公平，違反民法第247條之1規定，應屬無效。

㈢伊於施工不久後亦報請被上訴人及○○公司後，委請社團法人中華民國大地工程技師公會（下稱大地技師公會）以試坑開挖之方式鑑定土石分類，依據大地技師公會數據推估出附表之三種土石比例，較被上訴人以○○公司鑽探柱狀圖五個孔位推估之「三種土石比例」之數據，更能精確推估本件工區三種土石比例。伊並以○○公司「剩餘土石方殘值單價說明」（下稱殘值單價說明）之計算式，算出每立方米之土石價格，作為調整契約單價之依據。大地技師公會實驗室結果於110年2月17日出具，伊於尚未開挖全部完畢前分別於110年3月16日以辰（潭子外圍-2）字第0000000-0號函向被上訴人、○○公司表示，並於110年3月18日以辰（潭子外圍-2）字第0000000-0號函向○○公司反應鑽探柱狀圖所示砂質數量與現場試坑取樣顯有落差，標價有誤估情事，請求辦理修正（調整價格），伊於110年7月28日提起政府採購法之履約爭議調解，兩造並於110年9月16日舉行爭議協商會議，被上訴人以土石方組成比例差異未達成共識，請伊續行履約爭議，且認土石方開挖與分布不影響土石標售作業，請伊依約執行。伊於111年1月12日以起訴狀為請求，依土石標售契約第11條第5項（下稱系爭條款）、民法第227條之2、第359條

規定（擇一有理由）請求法院減少契約價金，伊嗣後給付第二期款622萬7,712元係為避免違約、為能竣工報結，不得已之下暫仍依原約定支付價金。經調整價金後，爰依民法第179條不當得利規定，減縮請求被上訴人返還溢付款項523萬3,792元本息（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴後減縮起訴聲明如前）。並上訴聲明：1.原判決除減縮部分外廢棄。2.被上訴人應給付上訴人523萬3,792元，及自本判決確定翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。3.願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：

本件潭子外圍分洪道治理工程係利用分洪道提前分洪的概念，將柳川北屯支線上游水道之尖峰水量，新闢分洪道排水路截導至仁愛路嘉新橋附近導入旱溪，疏減柳川排水之排洪壓力，降低潭子、北屯一帶淹水風險。工程標完工日為111年10月18日。本標案固由工程標與土石標構成，惟二標案之契約內容及法律關係均各自獨立，鑽探柱狀圖係屬工程標之招標文件，非土石標之招標文件，自不得據以主張土石標售契約之一部。又依系爭投標須知，投標廠商應自行詳閱招標文件、親赴現場勘查並研判土石分布情形，如有疑義應於期限內提出釋疑；土石標售數量以作業圖說為準，廠商應依設計斷面概括承受，得標後不得以任何理由要求變更或減價，故土石有價料、無價料之風險，本應由投標廠商自行承擔。伊從未就有價土石數量、比例為任何保證，本無瑕疵，且土石分布本難於開挖前精確掌握，上訴人為專業廠商，對此風險自難諉為不知，伊亦無故意不告知瑕疵情事，自無民法第355條、第359條瑕疵擔保責任之適用。本件招標文件並未提供系爭條款所稱「估價基準或計價條件資料」，鑽探柱狀圖非屬估價基準或計價條件資料，且無不實或偽造情形，自無該項之適用。又土石分布情形於契約成立前即已存在，並非契約成立後發生之不可預料情事，不符民法第227條之2情事變更原則之要件。本件工程契約之附件即施工規範「第2330

章土方」之1.5相關準則，內含有1.5.1中華民國國家標準（CNS），其中有關土石分類乃規定於第（5）CNS12387「工程用土壤分類試驗法」，而○○公司當初亦係依據上開「工程用土壤分類試驗法」判別有價料、無價料之標準。粒徑介於4.75㎜至0.075㎜，停留在200號篩以上的砂，得作為級配粒料，作為工程使用，仍屬有價料，並非停留在10號篩以上的砂方屬有價料。上訴人非經濟弱勢，契約內容亦無顯失公平情形，鑽探柱狀圖就各個孔位鑽探實際情形相符，與全面開挖土方或多或少存有差異，倘全面開挖後均主張與地質鑽探資料不符而可依據實際土壤性質及比例調整價金，豈非徒增事端。至於上訴人於訴訟繫屬前委請大地技師公會作成之鑑定報告，取樣過程未經被上訴人及○○公司會同在場，況鑑定報告結論亦未有上訴人所稱土石類別、比例、有價料及無價料之認定，難認有證據力。本件招標文件於公開閱覽及招標期間均可供查閱，上訴人如有疑義本應於規定期限內提出釋疑，惟其未為之，事後始爭執鑽探資料與實際不符，復未就其主張盡舉證責任，其請求自屬無理由等語，資為抗辯。並答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡願供擔保，請准免予宣告假執行。

三、本院之判斷：

㈠經濟部水利署於109年間委託被上訴人辦理系爭標案採購投標事宜，由上訴人得標。兩造於109年8月10日分別簽定工程契約、土石標售契約，土石標售契約原契約金額為1,037萬9,520元，履約期間自109年8月20日起至110年12月12日完工。上訴人委請大地技師公會進行鑑定，於109年12月9日及12月10日進行現場勘查作業，上訴人以工地現場之土層分布比例與被上訴人關於招標文件中所提供資料之內容相差甚鉅為由，依法向被上訴人申請進行爭議協商程序，經被上訴人於110年9月16日召開協商會議後，被上訴人以土石方組成占比差異未達成共識為由，要求上訴人繼續履約，而駁回上訴人調整價金之聲請。土石標售契約嗣經結算金額為938萬560

0元，最後開挖土石總計29,330立方公尺，上訴人已如數給付予被上訴人等情，為兩造所不爭執（見原審卷三第339頁不爭執事項一至五），堪以認定。

㈡上訴人不得依民法第359條規定，請求減少價金：

1.按所謂物之瑕疵，係指存在於物之缺點而言。凡依通常交易觀念，或依當事人之決定，認為物應具備之價值、效用或品質而不具備者，即為物有瑕疵。出賣人依民法第354條第1項規定，負有擔保其物依民法第373條規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。次按民法關於買賣瑕疵擔保之規定，並非強行規定，當事人得以特約免除、限制或加重之；基於契約自由原則，當事人關於瑕疵擔保責任，另有特約者，原則上自應從其特約（最高法院104年度台上字第550號民事判決參照）。

2.上訴人主張其投標前無法進行開挖評估研判，僅能信賴被上訴人公告出售價格，保證符合相當價值，惟實際開挖後，土石有價料比例過低，有滅失或減少其價值之瑕疵，欠缺契約底價預定之價值效用，被上訴人應負瑕疵擔保責任，依民法第359條規定請求減少價金（見原審卷一第17至19頁、卷三第237至238頁；本院卷一第49頁、卷二第46至50頁）。經查：

⑴本件工區施作里程自0K+754.7至1+425.27，0K+754.7是南邊，地勢北高南低乙節，為兩造所不爭執（見本院卷二第260至261頁不爭執事項3）。依土石標售契約第1條約定「本契約所稱土石標售，係指契約圖說作業產生之土石而言，廠商依契約圖說設計斷面概括承受施作。」、第11條第1項、第3項第2款約定「1、本土石標售之區段範圍及高程，以契約圖說規定為準。開工前，兩造應會同檢測核算圖說數量，並依檢算數量調整契約數量。…。3、標售總價款按土石標售單價，依下列方式之一辦理結算：㈡土石外運採體積法管制者，以載運總體積（鬆方）辦理結算」、第14條第2項約定

「當工程標經查驗依契約圖說完成開挖或填方作業，而工區內亦無剩餘土石方或無土石方需求時，依結算之土石載運數量為準，辦理書面驗收」（見原審卷一第39、43至45頁），可知兩造土石標售範圍，即係依工程圖說施作過程所產生之剩餘土石（見原審卷一第388頁、卷二第289至299頁）。是土石標售契約之給付標的，並非僅以種類指示，而係兩造約定之特定給付物，即系爭工程區段依契約圖說所定範圍、高程及設計斷面開挖產生之剩餘土石。原預定數量為32,436立方公尺，嗣以挖方24,563立方公尺扣除填方121立方公尺，並乘以鬆實比1.2後，按外運鬆方29,330立方公尺辦理結算之土石（見原審卷三第23頁工程結算明細表；本院卷四第92頁工程結算明細表、第391頁工程數量計算表；證物卷第17頁測量控制平面總圖）。

⑵○○公司於109年4月27日函文檢送「潭子外圍分洪道治理工程測量設計暨監造委託服務計畫案-工程設計預算書及招標文件等資料」（內含原證6殘值單價說明）予被上訴人（見本院卷一第151至152頁不爭執事項4）。上開○○公司殘值單價說明計算式為：建議價金P(每立方米283元）＝Pr(土石每立方米593元）-Q1(土石每立方米加工成本及利潤100元）-Q2(土石由空地載運至砂石場之運輸費用210元）-Q3(地方性稅費0元）（見原審卷一第279至280頁）。被上訴人固係參考上開「殘值單價說明」之資料，為招標底價訂定之參考，參酌底價簽核意見，認為Q2運輸費用可酌減為173元，故被上訴人就招標底價P編列為每立方米320元（見本院卷三第260頁）。惟上訴人提出之原證6「殘值單價說明」文件，非本件標案之招標文件乙節，為兩造所不爭執（見本院卷一第151至152頁不爭執事項4），故「殘值單價說明」，非兩造間之契約文件。該殘值單價說明雖可證明機關內部訂定底價時曾參考設計單位之土石價值估算（見本院卷一第131頁），惟底價係機關內部採購決策資料，難認係對外契約內容或品質之保證，尚難據此認定被上訴人曾向投標廠商保證

本件工區之土石組成比例或價值。

⑶鑽探柱狀圖雖有土石分類之描述（見原審卷二第101至103頁），但非簡化成「卵礫石層」、「砂層」、「粉土及黏土層」，亦未記載卵礫石層、砂層、粉土及黏土層各比例多少％（見本院卷一第152頁不爭執事項7），且土石標售契約未約定三種土石之比例、數量，亦未約定有價料、無價料之比例，未預定出售多少％卵礫石、多少％之砂等情，有土石標售契約書在卷可參（見原審卷一第39至68頁）。因此，本件土石標售標的，並非經篩選、加工後具有特定級配或特定轉售用途之砂石產品，而係特定工程區段依設計斷面開挖所產生之天然土石。則天然開挖土石本包含卵礫石、砂、粉土及黏土等不同成分，土石之種類、粒徑及分布本具有不均一性，其用途亦不限於加工後供混凝土使用，土石標售契約復未約定最低有價料比例、特定粒徑或須符合砂石場收購標準，難認欠缺出賣人保證品質或契約預定效用或品質瑕疵。故本件難認有物之瑕疵，被上訴人自無故意不告知瑕疵可言。

⑷此外，由系爭投標須知第2條「本標案不舉行工地說明，投標廠商應詳細閱覽招標文件，參照土石標售範圍作業圖說自行前往勘查，詳細研判土石分布，如有疑問，得在招標文件規定之期限前以書面向機關請求釋疑。土石標售數量以作業圖說為準，倘因天然或人為因素產生變化，除契約書或補充說明書另有規定外，廠商應依作業圖說設計斷面概括承受，得標後廠商不得以任何理由要求變更或減價。」、第18條「土石標售收入部分，廠商應自行親赴現場了解研判，並考量土石標案所在地之地方政府稅徵自治條例相關規定後再決定投標價格，決標後不得異議」內容（見原審卷一第63、68頁），可知得標廠商不得以天然土石分布、組成（如卵礫石、砂比例）不均所生之通常價值、效用差異，與其投標預期不符為由，要求機關減價，可認系爭投標須知第2條、第18條，就天然土石通常組成不均所生之價值、效用差異，具

有免除出賣人瑕疵擔保責任之特約性質，且未因違反民法第247條之1而無效（詳後述㈢），則上訴人自無從僅以購得土石之有價料比例（卵礫石、砂比例）低於其投標預期，致標的物通常價值或效用有所減少為由，主張依民法第359條規定減少價金。

3.從而，上訴人依民法第359條規定請求減少價金，並無足採。

㈢鑽探柱狀圖固可認屬土石標之招標文件，但非系爭條款所稱「估價基準或計價條件資料」，上訴人不得依系爭條款約定，請求減少價金：

上訴人主張被上訴人提供之鑽探柱狀圖所示土壤分布描述，與本案工區實際地質情形存有重大差異，被上訴人招標文件提供廠商估價基準或計算條件資料，與實際不符，應得依實際情形辦理調整契約價金，爰依系爭條款請求調整契約價金等語（見本院卷一第43至49頁、 卷三第218至219頁、第268至269頁）。然查：

1.鑽探柱狀圖屬土石標售契約之招標文件：

系爭標案是由投標廠商在本件工區從事分洪道治理工程，而將在該工程中原屬公產之土石，作價售予得標廠商，供其任意處分，是系爭標案可分為「工程契約」，與工程開挖後所生應清運土石之「土石標售契約」（見本院卷一第82頁不爭執事項1）。「工程契約」及「土石標售契約」合併辦理，採共同投標方式招標，不允許兩標分開由無簽立共同投標協議書之不同廠商各自獨立投標的原因（見原審卷一第64頁），係因考量「開挖」係工程標之工項，「運離」是土石標之工項，工程標及土石標合併招標，二者由同一廠商得標或由「簽立共同投標協議書」之兩家廠商共同投標，共同投標廠商聯合與機關簽訂契約，共同連帶保證履行契約責任，可最大程度減少施工介面並提升施工效率，避免土石清運之進度影響主工程開挖進度乙節，為兩造所不爭執（本院卷一第151頁不爭執事項1），並有共同投標協議書、土石標售補

充說明可佐（見原審卷一第331、353至354頁）。因此，如由同一廠商同時投標工程標及土石標，為讓投標廠商能進行整體損益評估，應讓工程標之招標文件（含設計圖說，如鑽探柱狀圖）及土石標之招標文件，同時作為投標廠商事前投標之判斷依據，是縱使鑽探柱狀圖係附在「工程契約」之招標文件內，亦可認係「土石標售契約」之招標文件一部分。此由上訴人提出之鑽探柱狀圖上載明「工程名稱：潭子外圍分洪道治理工程併辦土石標售-第二案」（見原審卷二第99至101頁），並未排除併辦之土石標售契約亦可得知。故鑽探柱狀圖亦屬土石標售契約之招標文件，應可認定。

2.鑽探柱狀圖非估價基準或計價條件資料：

解釋契約，須探求當事人立約時之真意，除契約文字已表示當事人真意，無須別事探求外，應通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎（最高法院112年度台上字第769號民事判決參照）。系爭條款固載明「招標文件如另有提供廠商估價基準或計價條件資料，而與實際不符時，得按實際情形辦理調整」（見原審卷一第44頁）。是投標須知第2條原則上將天然土石組成通常變異風險分配予廠商，但此風險分配非毫無界限；若符合系爭條款所規定「機關提供之估價基準或計價條件資料與實際不符」，仍屬契約明定之例外。經查：⑴土石標售契約第11條第1項「本土石標售之區段範圍及高程，以契約圖說規定為準。開工前，兩造應會同檢測核算圖說數量，並依檢算數量調整【契約數量】」、第2項「土石載運作業期間，如遇天然災害，發生地形變遷，而產生補注量或沖刷量，或因為完成契約設計斷面所實際管制之總重量或總體積（鬆方）與【契約數量】不一致時，雙方得依下列方式處理：㈠尚未作業區段：於每一災害發生7日內會測變化量，得【依會測數量】，按契約單價調整之，並依機關通知期限辦理補繳或退款手續。㈡已作

業區段：得由機關依實際需要通知廠商按契約單價辦理追加，並依機關通知期限辦理補繳手續。㈢需【按實際調整契約數量】部分，未經機關完成核准通知辦理，並經廠商補繳者，不得擅自外運。」、第3項「標售總價款按土石標售單價，依下列方式之一辦理結算」：...㈡土石外運採體積法管制者，以載運總體積（鬆方）辦理結算」、第4項「依不可抗力...或非可歸責於廠商之事由，致無法完成【履約數量】時，得依【實際作業數量】辦理結算」（見原審卷一第43至44頁），可知土石標售契約第11條第1項至第4項均係對「數量調整」為規範。⑵至於系爭條款，經本院命被上訴人陳報：「系爭條款之立約目的為何？」（見本院卷二第6頁），被上訴人函請經濟部水利署釋疑，經該署以114年7月15日經水工字第11452184760號函稱：「...說明...二、本署於95年2月14日修訂旨揭契約範本，增訂該契約條款（時增訂於第13條第4項），詳如附件。三、依修正說明，土石標售多沿襲前河川土石採取申請模式，未提供土石粒料內容，其採取物價值由申請人概括承受。目前已有部分標案將土石粒料分析資料提供廠商報價參考，如實際狀況與機關提供資料不符時，基於公平原則，得依實辦理修正，故增列第4款。惟因涉單價，此部分執行單位於編列預算時，應有相關調整機制配合，宜審慎使用。四、有關土石標售之估價基準或計算條件部分，是否依本署「河川水庫疏濬採售分離土石申購作業規定」第四點申購價格之規定訂定，建請釐清。...」，並檢附相關資料為據（見本院卷二第93至94頁、第105頁、第118至119頁）；參以○○公司114年3月24日回函檢附查明事項記載，殘值單價說明係以「河川水庫疏濬採售分離土石申購作業規定（109年）」編列剩餘土石方殘值單價，供被上訴人作為內部土石標售參考底價（見本院卷一第129至131頁），及被上訴人自承「殘值單價說明」扣除Q1及Q2，係依據經濟部水利署於109年1月8日修正之「河川水庫疏濬採售分離土石申購作業規定」相關規定進行辦理

（見本院卷三第247頁），可知系爭條款所稱「估價基準或計價條件資料」，應係指影響採取物（即土石）「單價」計算或估算之資料，如地質調查報告中之土石粒徑分析資料（見本院卷一第203至214頁）、機關訂定底價參考殘值單價說明（見原審卷一第277至285頁）。詳言之，所謂『估價基準或計價條件資料』，並非凡足以影響投標人整體損益判斷之資料均屬之，依其規範目的，而係指機關對外提供，且依其內容具有足以直接或經合理方法量化推估標售土石之組成、價值或契約單價功能之資料。⑶而本件鑽探柱狀圖僅記載特定鑽孔位置、鑽探深度及各深度所見土層之地質描述，未記載各類土石之篩分析結果、粒徑百分比、本件工區有價料或無價料比例，亦未表示各鑽孔資料得按里程或面積比例推估本件工區土石組成，非如「地質調查報告書」包含粒徑分析等資料（本院卷一第179至214頁），而被上訴人於上訴人投標前並未提供「地質調查報告書（含粒徑分析資料）」予上訴人，故鑽探柱狀圖之內容，僅係供工程設計及施工者認識特定鑽孔位置之地層概況，非被上訴人就本件工區可售土石之種類、比例或市場價值所為之數量或品質陳述，尚非計算「採取物價值」（土石單價）之資料。佐以上訴人亦自認「招標文件中無提供估算基準或計價條件資料」（見本院卷二第45頁）。

3.從而，上訴人依系爭條款請求調整契約價金，應屬無據。

㈣系爭投標須知第2條、第18條，並無該當民法第247條之1規定而無效：

1.按民法第247條之1規定，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效。所謂「按其情形顯失公平者」，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言（最高法院107年度台上字第1653號、105年度台上字第2197號、96年度台上字第168號民事判決參照）。次按政府採購法第41條第1項規定：「廠商

對招標文件內容有疑義者，應於招標文件規定之日期前，以書面向招標機關請求釋疑。」可知政府採購法之「釋疑」者，乃廠商認為招標文件內容不清楚、文意不明或權利義務關係不明等疑義時，於招標文件規定日期前，請求招標機關說明之意。

2.經查：⑴系爭投標須知第2條：「本標案不舉行工地說明，投標廠商應詳細閱覽招標文件，參照土石標售範圍作業圖說自行前往勘查，詳細研判土石分布，如有疑問，得在招標文件規定之期限前以書面向機關請求釋疑。土石標售數量以作業圖說為準，倘因天然或人為因素產生變化，除契約書或補充說明書另有規定外，廠商應依作業圖說設計斷面概括承受，得標後廠商不得以任何理由要求變更或減價。」、第18條：「土石標售（收入）部分，廠商應自行親赴現場了解研判，並考量土石標案所在地之地方政府稅徵自治條例（例如：土石採取景觀維護特別稅）相關規定後，再決定投標價格，決標後不得有議。」（見原審卷一第63、68頁）。⑵上訴人係81年設立、資本總額2,250萬元以上之公司，所營事業含土石採取業、水泥及混凝土製品製造業、綜合營造業、疏濬業、砂石、淤泥海拋業、配管工程業、室內裝潢業等情，為兩造所不爭執（見本院卷一第83頁不爭執事項6），上訴人前亦曾承攬經濟部水利署發包之工程5件，此為上訴人所不爭執（見本院卷二第46至47頁）。本件標案歷經五次招標等情，為兩造所不爭執（見本院卷一第152頁不爭執事項6）。依證人董○○於本院證稱：伊負責本案招標文件，負責將招標文件PO上政府電子採購網之網站，鑽探柱狀圖有PO上去，在歷次招標期間，身為會員的上訴人均可以上網瀏覽看到招標文件(見本院卷一第246至247頁、第249至250頁、卷二第134頁），則上訴人可於招標期間，決定投標與否前，先上網閱覽招標文件，有機會藉由鑽探柱狀圖預見以少數鑽孔所呈現之局部地層資料，與全部工區實際開挖所得天然土石組成之間，可能存在一定程度之差異。故就招標文

件之一部分（即鑽探資料之代表性、地下土壤組成比例、有價料比例）有所疑義，於招標文件規定之日期前(即等標期之四分之一日前，見原審卷一第323頁），如認現有鑽探資料不足以作成投標判斷，亦得於期限內就鑽探資料之代表性、土石分類標準或資料不足之疑義請求機關說明，並據此評估是否參與投標。又兩造不爭執本件契約約定請求釋疑的期限為109年7月6日（見本院卷三第216至217頁不爭執事項7），可知本標案係公開招標，上訴人同時具備甲級營造廠及砂石買賣商業登記之資格（見原審卷一第335、391頁），於參與投標本件標案前，對於本件標案之工程圖說、投標須知、標單、合約書及其附件等，在上開第一次至第五次招標期間，有機會上網詳細審閱，以了解得標後雙方之權利義務。上訴人於歷次招標期間均有機會閱覽招標文件，且未於約定期限內就鑽探資料之代表性或有價料判別標準提出釋疑，在請求釋疑期限後，仍願於109年7月8日領標並投標（見本院卷三第216至217頁不爭執事項7、卷三第305頁不爭執事項1）；⑶況且，依系爭投標須知第2條、第18條之規定精神，依契約本質所生之主要權利義務，非僅於最後挖掘之土石較轉售價值低時，拘束上訴人，於最後挖掘之土石轉售價值較高時，被上訴人亦同受拘束。易言之，若最後挖掘出之土石市場價值高於被上訴人所定之價格時，被上訴人亦不得主張要求上訴人事後提高投標金額，非屬單方有利於被上訴人或不利於上訴人之條款，而未有顯失公平或於他方當事人有重大不利益之情事，自難認該條款之約定屬顯失公平之定型化契約而無效。

3.基上，依契約本質所生之主要權利義務，及依政府採購法第41條規定或契約約定申請釋疑規定加以綜合判斷，認上訴人為長期從事營造、土石採取及砂石業務之專業廠商，具相當風險評估及承擔能力；標售標的為特定工區未經篩分之天然土石，土石組成不均本屬其交易性質通常伴隨之風險；契約並依實際外運數量辦理結算，非一切數量及履約風險均由上

訴人負擔。綜合契約性質、當事人專業能力、風險雙向性及價金形成方式，難認已達顯失公平程度。從而，上訴人主張系爭投標須知第2條、第18條依民法第247條之1規定，應屬無效等語（見本院卷三第304頁），並不可採。

㈤上訴人不得依民法第227條之2規定，請求減少價金：

1.按廠商與機關締約前僅能仰賴招標文件及鑽探柱狀圖說明該區段之地質，惟並未揭示該區段有岩盤存在，廠商無從預見，至締約後實際施工遭遇異常地質岩盤，雙方締約基礎之客觀情事，發生重大變動，不可歸責於雙方，廠商因岩盤存在致增加超出其合理預期之施工費用甚多，若不許廠商請求增加給付，形同由廠商承擔施作之不利益，顯失公平，有情事變更原則之適用（最高法院106年度台上字第2969號民事判決參照）。又締約時已存在地質狀況（地下狀況），訂約後始發現，只要該風險之發生及變動之範圍，逾兩造訂約時認知之基礎或環境，難有預見之可能，仍得依情事變更原則調整契約之效果（最高法院110年度台上字第2944號、110年度台上字第1430號、109年度台上字第3119號、106年度台上字第39號民事判決參照）。因此，當事人於訂約時共同誤認作為契約基礎之特定情事存在（或不存在），訂約後發現不存在（或存在），非訂約當時所得預料，依原有效果顯失公平，仍得依情事變更原則調整契約效果（學理稱主觀情事變更、雙方共同動機錯誤、法律行為基礎欠缺）。惟如該特定情事，並未成為雙方締約之基礎，僅係一方當事人之動機，當無情事變更原則之適用。易言之，如當事人於訂約時，並非共同誤認作為契約基礎一定事實的存在（或不存在），僅係單方動機錯誤，即無情事變更原則之適用。次按契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果，固為民法第227條之2第1項所明定。惟情事變更原則，旨在規範契約成立後有於訂約當時不可預料之情事發生時，經由法院裁量以公平分配契約當事人間之風險及不可預見之

損失。倘於契約成立時，就契約履行中有發生該當情事之可能性，為當事人所能預料者，當事人本得自行風險評估以作為是否締約及其給付內容之考量，自不得於契約成立後，始以該原可預料情事之實際發生，再依據情事變更原則，請求增加給付（最高法院111年度台上字第47號民事判決參照）。至於情事變更之風險及損失得否預料、如何分配始屬合理，應綜合斟酌個案之契約類型、當事人之業務性質、風險承擔能力等因素予以酌定（最高法院113年度台上字第2161號民事判決參照）。

2.上訴人提出大地技師公會鑑定報告及正道科技檢驗公司土壤分類試驗結果（見原審卷一第103至266頁），並以五處試坑所得資料，依各試坑之土層厚度、粒徑試驗結果及試坑間距離，以梯形面積及加權平均方式，推估全部工區粉土及黏土、砂及卵礫石之比例，進而計算其主張之調整後價金為213萬5,429元（見本院卷三第313至319頁、卷四第132至153頁），並以證人即上訴人員工顏○○於本院之證述（見本院卷三第313至319頁、卷四第132至135頁、第140至142頁）為憑。然而，①按當事人一造於訴訟外自行委託具有特別學識經驗之人，就其專業領域提供相關經驗法則之意見或說明，而以書面報告提出於法院，以供事實認定之用，僅係「私鑑定」。因其非由受訴法院選任鑑定人命行鑑定，亦無涉親身見聞待證事實，與民事訴訟法所定之鑑定或人證，均屬有別，除經他造同意外，原則上不許將私鑑定之報告與法院囑託之鑑定意見等同視之（最高法院113年度台上字第2341號民事判決參照）。次按當事人得於起訴前，就鑑定人、鑑定範圍、鑑定方法等事項加以合意；此種調查證據方法所定之證據契約，兼有程序法與實體法之雙重效力，具紛爭自主解決之特性及簡化紛爭處理程序之功能。倘其內容無礙於公益，且非屬法院依職權應調查之事項，及不侵害法官對證據評價之自由心證下，並在當事人原有自由處分之權限內，基於私法上契約自由及訴訟法上辯論主義與處分權主義之原

則，自應承認其效力(最高法院102年度台上字第246號民事判決參照)。被上訴人於訴訟中亦抗辯：大地技師公會報告未經伊同意，取樣方法、地點及程序均未經會同，樣本不足且未涵蓋全部工區，欠缺客觀性及代表性等語（見原審卷一311至312頁）。經查，依鑑定申請書及大地技師公會109年12月2日函文主旨、被上訴人109年12月4日函文主旨（見原審卷一第126、411至413頁），可知係上訴人單方委任大地技師公會鑑定；另依被上訴人109年11月2日函文說明四，被上訴人僅係將○○公司轉送上訴人提出之土石類別鑑定工作計畫「備查」（見原審卷一第407頁），僅係受理存查之意，並非核定同意，此由同次函文說明三，被上訴人對計畫書所採工作成果代表性仍有疑義，亦可明瞭（見原審卷一第407頁）；雖依被上訴人109年12月4日函文，被上訴人有請○○公司派員會同於鑑定時在場（見原審卷一第413頁），然尚難認被上訴人就鑑定範圍、鑑定方法已有合意，且○○公司嗣後亦無派人於鑑定時會同在場（見本院卷二第31頁），實難認兩造間有成立證據契約。是本件大地技師公會鑑定報告（含正道科技檢驗公司試驗結果），為上訴人於訴訟外委託出具之報告，原則上不許將私鑑定之報告與法院囑託之鑑定意見等同視之。②上訴人推估過程涉及土層連續性、樣本代表性及地質變化模式等前提，然各試坑間之地下土層是否呈線性、均勻變化、試坑間未取樣區域之地質是否與兩端試坑相同，乏足資確認之資料，以此推估出之數據，未必精確。③大地技師公會鑑定報告五個試坑位置如附表所示，惟本件工區全部里程範圍自0K+754.7至1+425.27（見本院卷二第260至261頁不爭執事項3），對於祥和二號橋（約1+274.58至1+290.51）上下游及四張犁支線截流道部分（約1+405.94）之土石料量體（見本院證物卷第17頁），未見大地技師公會取樣鑑定，並納入土石料的組成比例說明（見原審卷一第312頁）。④大地技師公會並未就本件工區整體土石比例作成鑑定結論（見原審卷一第103至266頁）。本院雖依上訴人聲

請傳喚作成該報告書之張景明技師到庭說明，就報告書成立之真正及其內容訊問或發問（見本院卷二第134至137、269至273頁、卷三第220至228頁、卷四第135至142頁），藉以保障被上訴人之防禦權，惟對該報告書內容是否足以證明待證之事實（就土石之組成比例及價值達重大變動及顯失公平）尚有疑義，此由張景明於本院證稱：大地技師公會報告沒有作出本案工區各種土石比例的結論。（問：祥和二號橋上下游及四張犁支線截流道為何沒有取樣？）沒有辦法回答。（問：以200號篩（0.075mm）跟4號篩（4.75mm），作為區別標準，以大於4.75mm的粒徑作為卵礫石的標準，以在4.75mm到0.075mm之間的粒徑作為砂的標準，以這樣的標準，搭配被上訴人提供的圖面、上訴人就大地技師公會開挖5個點的工程可開挖深度，大地技師公會可以算出本案工區開挖出來29,330立方米嗎？）沒辦法等語（見本院卷二第137、269、271頁），亦可明瞭。⑤又土石標之土石嗣已全數開挖外運，惟上訴人未能提出施工期間就全部或較廣泛區段所為之系統性取樣、篩分析或數量紀錄，以補強前述五處試坑推估結果，其所主張之整體比例尚乏其他客觀資料相互印證，卻仍持開挖初期委託大地技師公會所得報告，以推估方式自行計算之結果而為前揭主張，證據力仍嫌薄弱。上訴人前開附表之土石總價213萬5,429元，係以其推估之調整後比例（砂23.36％、卵礫石24.15％、粉土及黏土52.49％）分別乘以數量及其主張之單價計算而得，其中砂以每立方公尺786.6元、卵礫石以每立方公尺665元計算，粉土及黏土則估為無價（0元），末以總價除以總數量29,330立方公尺，換算平均單價約每立方公尺72.8元。惟此推估之比例及單價，均係上訴人單方依大地技師公會私鑑定報告自行計算所得，其代表性及正確性既有前述疑義，尚難逕採為調整價金之基礎。

3.上訴人主張其購買土石後，以砂石場為其販售土石之對象，僅出售合計4,049立方米之土石予砂石業者乙節，業據其提

出清運日報表、土石出售數量、○○企業有限公司（下稱○○公司）開立110年4月10日統一發票、○○企業開發有限公司（下稱○○公司）111年3月18日、111年4月23日開立統一發票、土方工程承攬契約書為證（見原審卷二第325至337頁；本院卷二第51至60頁、卷三第45至52頁）。然查：依上開統一發票記載購買品名「天然級配」（見本院卷三第46至48頁），及證人阮○○於本院證稱：伊任職於○○公司，職位是會計。○○公司跟○○公司是關係企業，是砂石場。當初兩公司有跟上訴人購買土石，有簽土方工程承攬契約書。上訴人邊挖，邊由上訴人委請托運司機載運砂石賣給伊公司。上訴人載來的是級配，伊公司要再細篩及加工為砂跟碎石，再賣給其他混凝土場或營造廠。因為石頭有不同規格，固定的規格為3分石（直徑1公分）跟6分石（直徑2公分），伊公司再賣給混凝土場或營造廠。伊公司有買的都是可以使用的，但後來因為土石粒徑太小、土的含量太高，就不收了。上訴人當初賣給伊公司的是整個車斗的土石，沒有去區分整批土石種類等語（見本院卷三第319至324頁），可知砂石場願購買之土石，是粒徑較大之土石。是上訴人實際出售數量，僅能證明特定砂石場於當時條件下願意收購之數量，尚不能逕認其餘未出售土石，客觀上均無市場價值，全屬無價料。此由上訴人自承：尚未出售之土石仍有部分價值，實際開挖土石全部轉售預計可得401萬7,704元（見本院卷二第43、47頁），亦可明瞭。再者，由經濟部水利署施工規範02722章級配料基層、02726章級配料底層規範，均允許使用粒徑達0.075㎜以上之砂料乙情（見原審卷二第14頁、卷三第173至191頁），可知粒徑介於0.075㎜至2㎜之砂料，仍有作為工程級配料之利用可能。故僅因特定砂石場不願收購，尚不足逕認該等土石在客觀上均無其他利用可能或全無經濟價值。從而，尚難認上訴人已開挖未出售之土石並無其他用途或在市場上均屬無價，上訴人未證明土石組成比例、價值差異，已達重大變異、不可合理預見且超出契約風險分配範

圍。

4.再查，被上訴人內部訂定底價時，係依CNS12387之分類方式，將粒徑介於4.75mm至0.075mm之砂列為有價料；上訴人則主張其預定出售之砂石場通常僅收購粒徑2mm以上之砂石，故其認為通過10號篩之砂即屬無價料（見本院卷一第287頁、卷二第137、266頁），足見兩造對於何種粒徑之土石始具有經濟價值，並無共同之認知。且上訴人預定將土石出售予特定砂石場及該砂石場之收購標準，均屬其自行規劃之轉售方式，無證據證明於締約時曾告知被上訴人並經其接受。衡諸卷內資料，尚難認兩造係以「粒徑2mm以上之有價料應達一定比例」作為共同締約基礎。本件並無當事人於訂約時共同誤認作為契約基礎之一定事實存在（有價料一定比例存在）或共同誤認一定事實的不存在（無價料一定比例不存在）情事，當事人締約時所理解之締約基礎不同，無共同動機錯誤之情形。

5.再者，上訴人係專業廠商（見本院卷一第83頁不爭執事項6），於投標前由公開招標資料知悉土石標之底價為1,037萬9,520元（見原審卷一第323、336頁），由機關詳細價目表預估土石數量32,436立方米（見原審卷一第361至363頁），可知悉機關訂定土石底價每立方米為320元，據以評估是否投標。且由系爭投標須知第2條及第18條內容，可知土石組成不均及影響標售收入之風險，已由契約分配予專業投標廠商（見原審卷一第63至68頁）。另設計圖A-20柱狀圖，孔位BH03：地下0.40M~3.50M之地質為灰色砂質粉土夾砂及黏土，地下3.50M以下之地質為卵礫石夾黏土及粉土質砂。依設計圖A-21柱狀圖，孔位BH04：地下0.60M~2.10M地質為棕黃夾灰色砂質粉土夾粉土質砂（Sandy silt），地下2.10米以下之地質為卵礫石夾粉土質砂（見原審卷二第101至103頁），可供投標廠商概略知悉在設計開挖範圍內，本來就已顯示有砂質粉土、粉土質砂等不同地層，足使投標人認識設計開挖範圍內土石組成具有不均一性，且因部分鑽孔位置之

土層分布，反映少數鑽孔位置，且未記載粒徑試驗結果及各類土石之整體比例，尚不足據以量化推估本件工區卵礫石、砂、粉土及黏土之實際比例，上訴人可預見鑽探柱狀圖取樣之侷限性。綜合本件標案係工程標、土石標合併辦理之契約類型，上訴人為甲級營造廠及砂石買賣登記業之專業廠商風險承擔能力，上訴人對粉土質砂及粉土層，可能存在粒徑大於0.075mm但小於2mm的砂，可能不為砂石場所接受之風險（見本院卷二第44頁），應可預料。基此，上訴人於締約時至少應可預見，少數鑽孔所呈現之土石組成未必與全部工區實際開挖結果一致，且細粒土或粒徑較小之砂料可能影響其預定轉售收益；至實際差異是否已達超出通常變異及契約風險分配範圍之異常程度，仍應由主張情事變更之上訴人負舉證責任。惟依前述大地技師公會報告、試坑資料及實際出售情形，尚不足證明實際全區土石組成已達該等重大異常程度。

6.基上，鑽探柱狀圖未記載本件工區各類土石之整體比例，兩造亦未以一定比例之有價料存在作為共同締約基礎；上訴人預定出售之砂石場及其收購粒徑標準，則屬其自行規劃之轉售方式。參以土石組成及其影響標售收益之風險，業經系爭投標須知分配由投標廠商於投標時自行評估，上訴人復未證明實際土石組成已達重大異常之變異，爰認本件無民法第227條之2規定之適用。

㈥上訴人依民法第359條、系爭條款及民法第227條之2規定請求減少價金，既均無理由，其依土石標售契約及實際結算數量所給付之價金，即具有法律上原因。被上訴人受領價金之法律上原因並未消滅，上訴人依民法第179條規定請求返還523萬3,792元，自屬無據。

四、綜上所述，上訴人依民法第359條、系爭條款、民法第227條之2規定，擇一請求法院調整契約價金為213萬5,429元，為無理由，故上訴人以溢付價金為由，依民法第179條不當得利規定，請求被上訴人返還溢付款項523萬3,792元，及自本

判決確定翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，亦無理由，應予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，核無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘訴訟資料及攻擊防禦方法，經本院審酌後，認與判決結果尚不生影響，無逐一論述之必要，附此敘明。

六、據上論結：本件上訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　18　　日

民事第五庭　審判長法　官　黃綵君

法　官　張瑞蘭

法　官　高士傑

正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

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，應一併繳納上訴裁判費。

書記官　溫尹明

中　　華　　民　　國　　115　　年　　8　　月　　18　　日

附表：（見本院卷四第153頁）。

編號	試坑編號	註記	T1	T2	T3	T4	T5
1	契約設計開挖深度	本院卷四第124頁	4.69	4.14	3.62	3.21	3.04
2	試坑開挖深度	鑑定報告P10~11	3.6~3.75	4.8~4.95	2.38~2.45	1.65~1.76	1.15~1.55
3	試坑平均開挖深度		3.68	4.88	2.42	1.71	1.35
4	低塑性黏土層厚度（此層包含一定比例的砂）	T3試坑土層厚度扣除0.15M礫石夾層	3.68	4.14	2.27	1.71	1.35
5	粉土及黏土(小於200號篩）比例(平均值）	依據正道科技檢驗公司土壤分類試驗測試報告計算	88%	87%	55%	80%	63%

6	砂（大於200號篩）比例(平均值)	100%-編號5	12%	13%	45%	20%	37%
7	粉土及黏土層厚度	編號4*編號5	3.24	3.60	1.25	1.37	0.85
8	砂層厚度	編號4*編號6	0.44	0.54	1.02	0.34	0.50
9	卵礫石層厚度	編號1-編號4	1.01	0.00	1.35	1.50	1.69
10	鑽探孔位置樁號		0K+780	0K+830	0K+890	0K+970	1K+045

11	兩孔距離		50	60	80	75	小計
12	粉土及黏土(小於200號篩）權重	編號7(兩孔佔比）*編號11	171.00	145.50	104.80	83.25	504.55
13	砂（大於200號篩）權重	編號8(兩孔佔比）*編號11	24.50	46.80	54.4	31.50	157.20
14	卵礫石權重	編號9(兩孔佔比）*編號11	25.25	40.50	114.00	119.63	299.38
15	粉土及黏土百分比	504.55/961.13=	0.52495	52.49%			961.13
16	砂百分比	157.2/961.13=	0.16355	16.36%			
17	卵礫石百分比	299.38/961.13=	0.31148	31.15%			

18	卵礫石層中推估7%為砂土（見本院卷三第261頁） 調整後比例如後　砂土=16.36%+7%=23.36%　　卵礫石=31.15%-7%=24.15%					
19	粉土及黏土數量	29,930*52.49%=（按：依原審卷二第323頁結算資料為29,330立方米，故上訴人此部分數據記載有誤）	15710	粉土及黏土價金估算	0(元/M3）*15710.26=	0
20	砂數量	29,930*23.36%=（同上）	6991.7	砂價金估算	786.6(元/M3）*6991.65=	5,499,632
21	卵礫石數量	29,930*24.15%=（同上）	7228.1	卵礫石價金估算	665(元/M3）*7228.1=	4,806,687
22	調整價金P=Pr（卵礫石金額+砂金額+粉土及黏土金額）-Q1（成本及利潤）-Q2（運輸費用）（見本院卷三第265至266頁）					
23	調整價金P=549萬9,632元+480萬6,687元+0-299萬3,000元-517萬7,890元=213萬5,429元					