臺灣高等法院臺南分院民事判決

108年度建上更一字第4號

上　訴　人　嘉義縣布袋鎮公所
法定代理人　陳鳳梅
訴訟代理人　曾錦源律師
複　代理人　林浩傑律師
被　上訴人　森榮營造有限公司
法定代理人　楊芳銘
訴訟代理人　蔡瑞益
　　林世勳律師
　　郭群裕律師

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103年5月21日臺灣嘉義地方法院102年度建字第9號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，本院於110年8月4日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決（除確定部分外）關於命上訴人給付逾新臺幣（下同）捌佰參拾柒萬捌仟參佰柒拾貳元，及自民國102年3月14日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息部分，並該部分假執行之宣告暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一（確定部分除外）、二審及發回前第三審訴訟費用由上訴人負擔五分之三，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分

按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項定有明文。本件被上訴人原請求上訴人給付自工程驗收翌日即民國99年10月14日起至清償日止，按年息百分之五計算之法定遲延利息，嗣於本院更審言詞辯論期日就利息

起算日減縮為自起訴狀繕本送達翌日即102年3月14日起計算之法定遲延利息（見本院更審卷二第371頁），參照上開規定，核無不合，應予准許。

貳、實體部分

一、被上訴人主張：兩造於97年7月7日簽訂工程契約書（下稱系爭契約），由伊承攬上訴人發包之「龍宮溪排水系統（大寮地區）-東港里村落圍堤改善工程（第一期A標）」（下稱系爭工程），決標金額6,152萬元，開工日為同年月11日，工期395日曆天。開工後，迭因上訴人遲未完成土地徵收取得用地等協力義務、屢變更設計等不可歸責於伊之事由，致要徑作業受阻，而停工及展延工期共406天，較原工期增加約1.027848倍，應以該比例按系爭契約結算明細總表記載計算增加必要費用為486萬7,156元，伊得依系爭契約第21條第10項約定，請求如數補償。又伊悉依上訴人指示，配合施作系爭工程之蜂巢格網工項，於98年7月30日前完成3次估驗作業，尚未驗收完成，即於同年8月8日遭莫拉克颱風沖毀；伊已依上訴人同年12月22日召集風災受創會勘（下稱98年風災會勘）時指示，進行該工項之修復。嗣伊申報完工，經該公所於99年10月13日完成驗收；詎其未完成第3次變更設計，竟於同年12月1日發函略以伊所提第3次追加預算協定書，不符竣工後辦理變更設計規定而退還，並拒絕就蜂巢格網、鋼筋網加鋪混凝土坡面（下稱鋼網混凝土坡面）工項辦理驗收，顯係故意使付款條件不成就；其復經伊催促，始於100年12月辦理結算付款，但仍未給付上開2工項之工程款依序464萬4,252元、318萬3,710元。伊依系爭契約第3條、第5條第2項及民法第101條之法律關係，得請求蜂巢格網工項之工程款464萬4,252元；另依系爭契約第3條、第5條、第20條第3項得請求鋼網混凝土坡面工項之工程款318萬3,710元；依系爭契約第21條第10項請求停工延展工期必要費用486萬7,156元，求為命上訴人給付1,269萬5,118元及自102年3月14日起加計法定利息之判決，並答辯聲明：上訴駁回（未繫屬本

院部分，不另贅述）。

二、上訴人辯以：系爭契約自始即約定，無論工期如何延長，皆不影響給付總額度，被上訴人不得以停工、展延工期請求增加必要費用；被上訴人提出99年3月4日「莫拉克水災損壞滯洪池護坡承包商自付修復會勘紀錄」（下稱修復會勘紀錄），未蓋用伊大印，無證據力，且伊原承辦人曾○○是日未請差假，並無會勘，所述蜂巢格網工項有修復云云非實。被上訴人既未證明蜂巢格網工項已完工，伊無付款之義務；縱有修復，惟臺灣省土木技師公會（下稱土木技師公會）鑑定時，現場鑽心取樣18孔，有8孔無蜂巢格網，不合格率為44.44%，依系爭契約第4條第2項約定，應按該比率辦理減價206萬3,906元及處以違約金（按減價金額6倍計算，下同）1,238萬3,436元。被上訴人係自行施作鋼網混凝土坡面工項，尚未完成變更設計及追加預算程序，伊無須付款；且該坡面裂縫嚴重，亦未達原設計厚度15公分，依土木技師公會105年6月28日補充說明，採樣中有2孔之厚度僅7公分，與原設計相差甚多，應屬施工瑕疵，依系爭契約第20條第3項約定，伊僅補償被上訴人增加之必要費用，另依第4條第2項約定，就該瑕疵及不合格樁位0K+070、0K+170、0K+570等處，辦理減價16萬2,603元及處以違約金97萬5,618元。又布袋鎮東港里東港滯洪池災害復建工程」與「布袋鎮都市計畫3-1號道路拓寬工程」均因被上訴人施作本件系爭工程施工品質不良而額外支出共271萬5,184元（上訴人誤繕為384萬8,412元），違約金不宜過低，原判決為伊部分敗訴，尚有未洽，為此提起上訴，並聲明：（一）原判決（除確定部分外）不利於上訴人部分廢棄。（二）上廢棄部分，被上訴人於第一審之訴及其假執行之聲請均駁回。

三、兩造不爭執事項（見本院更審卷二第372至373頁，為說明方便，字句略作修正）：

（一）被上訴人承攬上訴人發包之系爭工程，並於97年7月7日簽訂系爭契約，決標金額為6,152萬元，開工日期為97年7月

11日，工期為395日曆天。

（二）蜂巢格網工項於莫拉克颱風前已分別於98年3月19日完成第一次估驗、同年5月27日完成第二次估驗、同年7月30日完成第三次估驗等作業；惟未經上訴人驗收完成，即於98年8月8日莫拉克颱風時遭沖毀。蜂巢格網工項之工程款為464萬4,252元，上訴人尚未給付。

（三）鋼網混凝土坡面工項之工程款為318萬3,710元，被上訴人已施工完畢，上訴人尚未給付。

（四）明台產物保險股份有限公司不予理賠之理由，乃因系爭工程之損失未達保險單所載自負額標準，被上訴人並簽具索賠放棄書。

（五）系爭工程展延工期共406日曆天，已於99年10月13日完成驗收，被上訴人之保固保證金為196萬2,423元，工程之保固期業已於100年10月12日屆至。該筆款項上訴人已於106年1月12日捨棄上訴並確定在案。

（六）土木技師公會（案號：000-0000)鑑定報告形式上載明：

1.蜂巢格網工項依據現場鑽心取樣18孔，於鑽孔處以手伸入孔內觸摸蜂巢格網，經查6組18孔，其中有8孔無蜂巢格網存在，不合格率44.44%。

2.鋼網混凝土坡面工項混凝土厚度不足，原設計15公分，經現場取樣6處共18孔，其中7孔厚度不足15公分，不合格率33.88%，18孔總平均厚度為14.296公分。

四、本件經依民事訴訟法第463條準用同法第270條之1第1項第3款規定，整理並協議簡化爭點如下（見本院更審卷二第373頁，為說明方便，字句略作修正）：

（一）蜂巢格網工項於莫拉克風災後是否已修復完成？被上訴人請求上訴人給付464萬4,252元，是否有理由？上訴人抗辯依契約第4條第2項減價扣款及違約金並予扣抵，是否有理由？

（二）鋼網混凝土坡面工項是否係被上訴人依上訴人之指示進行追加施作？此部分工項尚未完成變更設計及追加預算程

序，而已施工完畢，其請求給付工程款318萬3,710元是否有理由？上訴人主張依契約第4條第2項減價扣款及違約金並予扣抵，是否有理由？

（三）被上訴人請求停工、展延工期所增加之必要費用即勞工安全衛生費、工程品質管理費、工程保險費、包商管理費是否有理由？如有，若干金額為適當？

五、本院之判斷

（一）蜂巢格網工項於莫拉克風災後是否已修復完成？被上訴人請求上訴人給付464萬4,252元，是否有理由？上訴人抗辯依契約第4條第2項減價扣款及違約金並予扣抵，是否有理由？

1.被上訴人主張蜂巢格網工項完工後遭莫拉克颱風沖毀後已依上訴人指示修復完成之事實，為上訴人所否認，依民事訴訟法第277條前段舉證責任分配之原則，自應由主張有利於己事實之被上訴人負舉證責任。經查，被上訴人就蜂巢格網工項已修復一節，業據提出施工前、施工中、施工後照片6張（見本院更審卷二第67、69頁）及莫拉克水災前工程完成估驗成果照片、莫拉克水災後工程受創損壞照片、災後修護照片共33張為證（見本院更審卷二第167至197頁）；復據證人即上訴人員工曾○○及系爭工程營造監工蔡○○於原審結證證明蜂巢格網工項確已修復完成，有筆錄在卷可稽（見原審卷三第6至7頁、第8至9頁）。上訴人製作之修復會勘紀錄，亦載明「承包商確實依照縣政府98年12月25日府水利字第098019896號函會勘結論，自費完成修復。」等語。系爭工程於99年10月13日完成驗收時，上訴人亦將之列入決算，僅未列入計價，有工程結算驗收證明書及結算明細表在卷可稽（見原審卷一第53、58頁），堪信被上訴人主張為真實。上訴人雖否認證人之證詞及修復會勘紀錄之真正；然證人曾○○於原審結證：「（原告施作的蜂巢格網工程，因颱風毀損，原告是否有修復？）原告有修復」。「（如何修復？）把壞的重新鋪

設上去」。「（是否有回復到工程估驗的狀態？）有」。「（後來為何看不出來？）後來辦理工程變更，才有鋼筋網加鋪混凝土坡面工程，但是因為鋪設鋼筋網加鋪混凝土所以看不出來，我99年3月份就被調走」。「（請求提示原證25，修復的會勘紀錄，你是否有參與當時的會勘？）有，我有參與98年的會勘及99年3月4日的會勘」。「（既然有修復，為何沒有照片或是報表？）有照片，但是報表沒有填寫這部分，只有寫鋼筋網加鋪混凝土坡面工程的部分」（見原審卷三第6至7頁）。此與系爭工程護坡修護完成照片上標識修復日期載明係99年3月相符（見本院更審卷二第191頁）。且證人曾○○、蔡○○於原審作證時均已具結，2人與被上訴人並無僱傭關係，應無甘冒刑責偽證之必要。修復會勘紀錄固無參加人員之簽名，然該會勘紀錄經與嘉義縣政府98年12月25日府水利字第0980196896號函所檢送之98年12月22日會勘紀錄（見原審卷一第46至47頁，下稱嘉義縣政府會勘紀錄）比對結果，除經濟部水利署第五河川局之施○○、陳議員○○服務處之陳○○外，其餘參加單位及人員大致相同，而嘉義縣政府會勘紀錄結論第二點既已載明：請承包商先行辦理護坡及路緣修復後，另再續辦餘項變更設計等語，堪信修復會勘紀錄應係延續嘉義縣政府會勘紀錄後辦理工程修復所為之會勘，應非被上訴人或曾○○所偽造。況工程結算驗收證明書驗收意見復載明：本工程隱蔽（指蜂巢格網）及未抽驗部分仍由承包商及監造單位負責，其餘實做數量與竣工圖及明細表相符，驗收合格，准予驗收等語。被上訴人就蜂巢格網工項若未修復完成，上訴人應無驗收合格之理。足認證人曾○○、蔡○○證述此工項業已修復完成一節，應可採信。上訴人之抗辯，尚無足採。

2.本件送請土木技師公會鑑定結果為：「原設計系爭蜂巢格網工項，係鋪設在砂土坡面表層，並於孔隙填砂土後，再加鋪鋼筋混凝土坡面。鑑定時，坡面混凝土已全部完工，

已無法目視蜂巢格網，且雙方提供之施工照片，亦無法辨視有無施作蜂巢格網工項。依據現場鑽心取樣之孔洞，於鑽孔處以手伸入孔內觸摸蜂巢格網，經查共6組18孔，其中有8孔無蜂巢格網存在，不合格率為44.44%。研判可能因逕流沖蝕、墜流或位移或縣府臨時架設抽水機等原因而致鋪面蜂巢格網不完整。系爭蜂巢格網工項因被大水沖毀，依一般工程施工經驗及工程契約而言，在鋪設系爭鋼筋網加鋪混凝土護坡工項前，需先將坡面砂土整平，並補作被沖毀之蜂巢格網並填砂土整平後，再鋪設鋼筋網加鋪混凝土護坡，才算是符合設計圖說之要求。除非工程機關同意免予補作被大水沖毀之蜂巢格網部分工項。原設計，在砂土坡面上施作蜂巢格網護坡，其目的在於減緩滯洪池田週坡面砂土被水浪或雨水沖刷流失，因逕流及漫地流過大，造成蜂巢格網位移，故在其上方又施作鋼筋網混凝土護坡，容易造成坡面混凝土在表層整平時，底層厚度不均的情況，不易控制混凝土厚度均達15公分厚之設計要求」等語，有該公會104年7月27日（104）省土技字第3822號函（見本院前審卷一第256頁）及檢附之案號000-0000「鑑定報告書」1冊（外附）在卷可參；該公會並補充說明「系爭蜂巢格網工項因雙方皆未提供此工項之施工過程照片與文書紀錄等資料，可供本案分析研判鋪面蜂巢格網不完整之原因。故在鑑定報告中第8頁所述，略以『…。研判可能因逕流沖蝕、墜流或位移或縣府臨時架設抽水機等原因而致鋪面蜂巢格網不完整。』，等多項可能發生不完整之原因。在鑑定報告中敘及『等原因』，除報告書中所列出之原因外，亦不排除有『未整平蜂巢格網所致』原因或任何現場勘察時無法發現蜂巢格網之可能性。」，「若坡面未整平即鋪設系爭鋼筋網加鋪混凝土護坡，…不易控制混凝土厚度均達15公分厚之設計要求。」等語，有該公會104年10月6日（104）省土技字第5015號函、105年6月28日（105）省土技字第3067號函在卷可參（見本院前

審卷二第27、277頁）。鑑定證人黃○○復於本院結證：系爭蜂巢格網工項數量有到位，材料也有到位，……鑑定時我們挖18個洞，手進去摸有格網，所以當初有鋪設，但是假如沒有摸到，可能當初施工不平整或是施工完畢裡面怎麼被掏空、引流而使得原來格網已經嚴重變形或是往下墜，所以在某些部分手是摸不到格網，所以鑑定報告書不合格率竟然高達44.44%，但是我並不能確認當初並沒有格網，我認為可能有施工但是已經位移，因此在鑑定報告結論中有綜合判斷該部分已經變形等語（見本院更審卷二第46、47頁）。足認系爭蜂巢格網工項，有依鑑定報告附件所示工程設計圖進行鋪設，但不合格率為44.44%，且如後述，嗣後鋼筋網加鋪混凝土坡面之混凝土厚度亦有多處未達15公分之情形，從而鋪面蜂巢格網不完整，其原因即未能排除可能係因未整平蜂巢格網所致，堪以認定。至上開修復照片係土木技師公會於104年7月27日提出鑑定報告後，被上訴人聲請向行政院公共工程委員會（下稱工程會）調借0000000號卷宗，經工程會於109年11月5日函檢送兩造於工程會調解時之資料並閱卷後，始於該調解卷宗內翻拍上開「災損後工程完成修復照片、「災損修護前後比對照片」（見本院卷二第147頁、工程會卷32-1、32-4頁照片），上開修復照片係土木技師公會及工程會鑑定時所無，土木技師公會之鑑定報告指稱「雙方提供之施工照片，亦無法辨視有無施作蜂巢格網工項」或工程會下述之鑑定報告認兩造未提供照片供比對等語，與本院認定自無衝突，附此敘明。

3.原審送請工程會鑑定結果雖為：「依系爭工程契約規定乙方（被上訴人）必須辦理營造綜合保險，且依系爭工程契約第13條第5項及第12項規定，蜂巢格網工程因天災毀損之損失應由乙方負擔。災損後，乙方必須自行修復『蜂巢格網工項』，經完工驗收合格始得請求計價，但乙方未提出『蜂巢格網工項』修復之證據，無法判定乙方已完成修

復『蜂巢格網』，甲方（上訴人）自無給付『蜂巢格網工項』464萬4,252元之義務」等語，有該會103年3月4日工程鑑字第10300049460號函檢送之鑑定書在卷可參（見原審卷二第275頁反面），該鑑定結果就蜂巢格網工程因天災毀損之損失固認定應由被上訴人依約向保險公司辦理出險理賠，如因不足額則應由被上訴人負擔損失。災損後，被上訴人必須自行修復『蜂巢格網工項』，經完工驗收合格始得請求計價，但乙方未提出『蜂巢格網工項』修復之證據，無法判定乙方已完成修復『蜂巢格網』，故上訴人自無給付『蜂巢格網工項』464萬4,252元之義務云云；而本件經訊問被上訴人表示本件起訴請求的是風災之前的工程款，但嗣後又陳明修復費用並未請求，要證明該項工程已修復才能請求工程款（見原審卷三第5頁），則被上訴人之真意應係請求蜂巢格網工項之工程款。又工程會之鑑定報告就被上訴人之損失應向保險公司理賠部分之意見，應係就風災發生前已辦理估驗部分之損失應由被上訴人負擔而為鑑定，應與被上訴人之本件請求無關。而就風災發生後之損失，工程會係因兩造無法提供相關之證據致無法判定被上訴人於風災後是否確實修復完成而認上訴人無給付工程結算驗收證明書464萬4,252元之義務；惟本件依上開被上訴人提出之災後修護照片、證人曾○○、蔡○○之證述、鑑定證人黃○○之結證、嘉義縣政府會勘紀錄、布袋鎮公所會勘紀錄及工程結算驗收證明書等證據，既足認定被上訴人於災後確已完成蜂巢格網工項之修復，則工程會之鑑定報告自不足資為被上訴人之不利證據。從而，被上訴人請求蜂巢格網工項之工程款，為有理由，應予准許。

4. 上訴人抗辯依契約第4條第2項之規定減價扣款及違約金並予扣抵，是否有理由？

⑴上訴人抗辯蜂巢格網工項依據土木技師公會鑑定現場鑽心取樣18孔，於鑽孔處以手伸入孔內觸摸蜂巢格網，其

中有8孔無蜂巢格網存在，不合格率44.44%，應依工程契約第4條第2項之規定：「採減價收受者，按不符項目標的之契約價金減價，並處以減價金額6倍之違約金。」辦理減價收受及扣罰款（減價金額之6倍之違約金）等語，為被上訴人所否認，主張其已完工並非未施作，自無扣款及處以違約金之適用等語；然如前述，此工項經土木技師公會鑑定結果不合格率為44.44%，復經該公會補充說明及鑑定證人黃○○於本院結證鋪面蜂巢格網不完整之原因並不排除有「未整平蜂巢格網所致」原因等語，參以後述系爭鋼網混凝土坡面工項之混凝土確有厚度不一之情形，且土木技師公會鑑定時所鑽心直接9.4公分縱與蜂巢格網間隔20公分為小，但如被上訴人能確實整平蜂巢格網再予修復，則鑑定時以手伸進去摸不到格網之比率，斷無高達44.44%之理。上訴人抗辯此工項應予扣款及罰款，自非無據。

⑵上訴人主張蜂巢格網工項應減價扣款總金額為206萬3,906元等語，經查，蜂巢格網工項面積7,268平方公尺，單價639元，有布袋鎮公所工程結算明細表在卷可參（見原審卷一第58頁）。此部分工項應減價扣款金額應為206萬3,906元（計算式：7,268×44.44%＝3,229.9平方公尺。3,229.9x639元＝206萬3,906元），上訴人主張減價扣款金額為206萬3,906元，自屬有據。

⑶上訴人另主張應依系爭契約第4條第2項規定處被上訴人減價金額6倍計算即總金額為1,238萬3,436元之違約金云云（計算式：206萬3,906元×6＝1,238萬3,436元）；惟按法院於依民法第252條規定審酌違約金有無過高情事而應否予以酌減時，須依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形，及就債務人若能如期履行債務時，債權人所得享受之一切利益為衡量之標準。如債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金，民法第251條亦有明文（最高法

院107年度台上字第2350號民事判決參照）。本院審酌蜂巢格網工項被上訴人業已施作完成，因莫拉克颱風沖毀，嗣由被上訴人修復完成，但因系爭工程原設計坡面保護工程由蜂巢格網坡面已改成鋼筋網混凝土坡面，所以原設計蜂巢格網坡面已無實際使用之功能與效益，此有土木技師公會鑑定報告可參（見報告第9頁）。鑑定證人黃○○復於本院證稱：「因為當初有淹水，所以縣府有架設臨時抽水機，這會影響到蜂巢格網的位置，因為抽水機一直震動」。「契約一定有工料分析表，公所最在意的應該是工，材料有到，鋪的時候有如期鋪完，但鋪完的時候已經有變形，廠商又去答應變更，但是變更的前提是要把格網整平，如果當初說可以加鋪15公分，但是無法整平，或許就不會有這個爭議。但是被上訴人又接受上訴人要求的變更，但是這15公分鋪設前提是要拉平、整平，事後大家用各種證據研判是否整平，我們的研判就是材料有到位，第一次也有施工，廠商也認為自己很無辜，因為有很認真做」等情（見本院更審卷二第49頁）。因認此工項已由原設計採自然工法變更為加鋪鋼網混凝土坡面致無實際使用之功能與效益，且不會造成上訴人多大之損害，則上訴人依據系爭契約規定請求被上訴人支付以減價金額6倍之違約金，實嫌過高，應酌減至減價金額1倍計算方屬公允。準此，此部分違約金應予酌減為1倍即206萬3,906元。

⑷上訴人又辯稱嘉義縣政府所發包之「布袋鎮東港里東港滯洪池災害復建工程」、「布袋鎮都市計劃3-1號道路拓寬工程」，乃被上訴人施作系爭工程不合格所致、前開工程之費用，應列入本件違約金判斷之依據云云；但查，系爭工程於99年10月13日即已完成驗收（參不爭執事項㈤，本院更審卷二第25頁），且上訴人亦於100年12月間將之列入決算數，僅結算金額為零，已如上述，而「布袋鎮東港里東港滯洪池災害復建工程」是在107

年2月14日公開招標（見本院更審卷二第115頁），同年3月16日開工，6月13日驗收，有嘉義縣政府工程決算書在卷可參（見同上卷第121頁），距系爭工程已時隔7年之久，況該工程之發包計畫乃源於「106年6月豪雨公共設施災後復建工程」（見同上頁），核與系爭工程並無關連。又「布袋鎮都市計劃3-1號道路拓寬工程」，乃源於嘉義縣政府基於都市計劃所為道路及排水、公路照明、路面標誌標線及房屋及地上物拆除之工程，有施工預算書在卷可參（見同上卷第123頁），況該工程尚因其設計監造單位於設計階段已知悉3-1道路拓寬工程路權範圍內部份路段與本件工程滯洪池部分邊坡重疊，設計監造單位未積極協調管理單位（嘉義縣布袋鎮公所即上訴人）調閱相關資料並就邊坡構造形式及現況詳實調查分析路權內既有構造物影響，衍生施工後重新確認滯洪池部分邊坡侵入路權線範圍擴大，而須辦理變更設計；且上訴人機關亦消極不同意嘉義縣政府進場施工，導致該工程執行進度停滯，而經審計部臺灣省嘉義縣審計室認該工程之施工品質執行情形，有所違失在案（見同上卷第125至130頁），足證「布袋鎮都市計劃3-1號道路拓寬工程於設計階段，即有未就本件工程之現況作詳實調查及分析路權，致須辦理變更設計等節，則上訴人所稱嘉義縣政府所發包之「布袋鎮都市計劃3-1號道路拓寬工程」，乃被上訴人施作系爭工程不合格所致云云，亦無足採。

⑸綜上，上訴人就蜂巢格網工項得扣減之金額為412萬7,812元（計算式：2,063,906元＋2,063,906元＝4,127,812元）。又依不爭執事項㈡所載蜂巢格網工項工程款為464萬4,252元，經扣減412萬7,812元後，被上訴人得請求蜂巢格網工項之工程款為51萬6,440元（計算式：4,644,252元－4,127,812元＝516,440元）。

（二）鋼網混凝土坡面工項是否係被上訴人依上訴人之指示進行

追加施作？此部分工項尚未完成變更設計及追加預算程序，而已施工完畢，其請求給付工程款318萬3,710元是否有理由？上訴人主張依契約第4條第2項減價扣款及違約金並予扣抵，是否有理由？

1.被上訴人主張鋼網混凝土坡面工項係經上訴人同意而施作一節，業據提出會勘紀錄及變更追加預算書為證；上訴人自認被上訴人確有施作此工項；惟抗辯該工項未經完成變更設計，契約不生效力云云（見原審卷一第113頁正、反面），經查，上訴人於98年12月22日之會勘紀錄載明：「請承商先行辦理護坡及緣石修復後，另再續辦餘項變更設計。」，有該會勘紀錄可參（見原審卷一第47頁）；上訴人復於99年1月11日函請嘉義縣政府辦理追加預算，有嘉布鎮建字第0990000382號函可稽（見本院前審卷一第72頁），足證被上訴人主張該項工程係經上訴人同意施作，應可採信。

2.依系爭契約第20條第3項約定:「機關於接受廠商所提出須變更之事項前即請求廠商先行施作或供應，其後未依原通知辦理契約之變更或僅部分辦理者，應補償廠商所增加之必要費用。」（見原審卷一第26頁），是此部分工項雖未及辦理變更設計，然既係上訴人請求被上訴人先行施作，上訴人自有給付該部分款項之義務。工程會鑑定報告亦認：「三、鋼網混凝土坡面工程，被告（即本件上訴人）已書面同意變更設計，惟兩造尚未訂立契約而原告（即本件被上訴人）已施作完畢，得否請求工程款388萬3,710元？本會意見：甲方（即本件上訴人）在工程竣工前自始均瞭解需變更追加『鋼筋混凝土坡面工項』，雖未能於竣工前完成變更設計議約程序，但實際上由兩造公文往來顯示在竣工前已辦理中，更有施作完成之照片等佐證資料，故針對『鋼筋混凝土坡面工項』建議依契約第20條第3項之規定辦理。」等語，有前揭鑑定書在卷可參（見原審卷二第277至278頁）。足認上訴人抗辯未經變更設計，契約

不生效力云云，並無可採。又鋼網混凝土坡面工項之工程款為318萬3,710元，被上訴人已施工完畢，上訴人尚未給付等情，為兩造所不爭（見兩造不爭執事項㈢），是以被上訴人請求已施作完成鋼網混凝土坡面工項之工程款318萬3,710元，自屬有據。

3.上訴人抗辯因此工項之施作有瑕疵，應減價16萬2,603元，並應處以6倍之違約金97萬5,618元等語；為被上訴人所否認，並主張兩造應依「嘉義縣布袋鎮公所工程驗收應丈量查驗檢驗試驗等方法與標準要點」辦理，且該要點無違約金之明文，故上訴人以系爭契約第4條第2項規定予以減價扣款及違約金並予扣抵，並無所據；如認需扣款混凝土厚度不足部分，當以鑑定之總平均厚度（即14.296公分）為依據，與設計厚度15公分相較，不足0.704公分，以本件坡面長度為632公尺，寬度8公尺，故不足數量為35.59424立方公尺(計算式：632×8×0.00704 =35.59424立方公尺)。且混凝土厚度不足部分屬系爭契約第4條第2項但書『屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之』之情形，故混凝土單價，應單純以材料之價格（即每立方公尺單價2,261元）為計算，即35.59424立方公尺×2,261元/立方公尺=80,478.5元，上訴人應以此為扣款之基準等語。經查，土木技師公會鑑定結果為「鋼筋網加鋪混凝土坡面工項混凝土厚度不足，原設計15公分，經現場取樣6處共18孔，其中7孔厚度不足15公分，不合格率33.88%，18孔總平均厚度為14.296公分。」等情，為兩造所不爭（見上開兩造不爭執事項㈥）。系爭工程契約第4條第2項規定：「採減價收受者，按不符項目標的之契約價金減價，並處以減價金額6倍之違約金」。被上訴人主張之「嘉義縣布袋鎮公所工程驗收應丈量查驗檢驗試驗等方法與標準要點」，僅為辦理工程驗收時之相關依據，對於其相關價金之計算仍應依工程契約本文為準，自不得資為減價收受及處以違約金之標準。又依土木技師公會105年6

月28日省土技字第3067號回函內容載明可知抽樣檢驗結果有超過一處以上之厚度不足3公分，且平均厚度亦有不足等情，核與前揭要點中所列允許誤差得不扣款之規定有間，從而上訴人抗辯此工項應辦理減價收受及扣罰違約金，自非無據。次查，此工項是整體施工，且鑑定報告亦載明「混凝土厚度部分不足，研判係因斜坡施工亦有墜流現象，所以難免會有施工誤差發生，現況厚度不足非蓄意偷工減料…」可稽，故混凝土厚度不足部分，當以鑑定之總平均厚度（即14.296公分）為依據，上訴人僅以其中部分『個別樁位』提出計算，尚屬無據；至此部分係屬施工部分之瑕疵非屬工料不符規定，其價格依標單所載係為每立方公尺單價2,654元（見鑑定報告第15-3頁），被上訴人另主張係屬系爭契約第4條第2項但書『屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之』之情形，應以材料之價格（即每立方公尺單價2,261元）計算混凝土單價云云，委無足採。以本件坡面長度為632公尺，寬度8公尺，故不足數量為35.59424立方公尺，另以單價2,654元計算為94,467元【計算式：632×8×（15公分－14.296公分＝0.704公分=0.00704公尺）=35.59424立方公尺。35.59424立方公尺×2,654元/立方公尺=94,467元（以下四捨五入）】。另參酌上開被上訴人提出之照片及證人曾○○、蔡○○之結證；土木技師公會之函文及鑑定證人黃○○之結證，已可證明被上訴人已完成鋼筋網加鋪混凝土坡面工項，且於保固期間經過後於土木技師公會104年間鑑定時，除少部分有裂縫外，大致完好，再參酌鑑定證人黃○○於本院更審時結證：「（本件鋼筋混凝土工項，已經全面加鋪完成，鑑定意見第6頁，混凝土工項也說是因為斜坡有墜流難免有施工誤差，所以系爭混凝土工項已經依照設計要求完成，已達到設計要求？）功能達到，但是厚度沒有達到，現在就是不足15公分，因為重力關係會垂流，下面比較厚對廠商來講能保證有15公分，但是浸在水裡

面，取樣時人員不可及，所以只取斜坡上段，人員可以到達的地方。我們判定沒有惡意偷工減料，混凝土強度非常強，混凝土強度很顯然已經快到5000磅，但是設計才3000磅，所以已經超過要求，但是取樣的平均厚度不足，如果有辦法取比較低一點的位置，或許厚度就會超過，但因為垂流就是上面比較薄、下面比較厚」。「（施作完成後，上訴人有無受到任何損害？ ）公所必須要負管理維護責任，工程使用年限可能是N年，公所的擔心可能是如果沒有要求合約上面的細節，使用年限可能變成N-1年，但是目前是沒有損失」等情（見本院更二卷第50至51頁）。因認違約金部分如前述亦應減為減價收受金額之一倍即9萬4,467元，較為允當。從而上訴人就此部分工項得扣減之金額為18萬8,934元（計算式：9萬4,467元＋9萬4,467元＝18萬8,934元）。故被上訴人得請求上訴人給付此工項之工程款為299萬4,776元（計算式：318萬3,710元－18萬8,934元＝299萬4,776元）。

（三）被上訴人請求停工、展延工期所增加之必要費用即勞工安全衛生費、工程品質管理費、工程保險費、包商管理費是否有理由？如有，若干金額為適當？

1.上訴人抗辯不計工期本不能請求費用，經查：

⑴系爭工程結算之必要費用503萬3,215元，較系爭契約所約定473萬5,288元多29萬7927元，該金額是追加工程費用，與展延工期費用無關一節，為兩造於本院更審時所不爭（見本院更審卷二第217、372頁），首予敘明。

⑵被上訴人主張系爭工程應展延之工期為406天，而其中包括①不計工期95天：係因土地徵收作業未能如期完成，自97年8月14日起至同年11月17日辦理停工；②不計工期201天：係因土地徵收程序及辦理變更設計，自98年8月5日至99年2月21日辦理停工；③展延工期80天：係因工程變更追加工程經費；④展延工期30天：係因辦理第二次變更設計等情，業據被上訴人提出結算驗收證

明書、上訴人嘉布鎮建字第0970011938號、第0980009352號函、第0000000000號函、第0000000000號函為證（見原審卷一第29至32、53頁），且為上訴人所不爭執（見上開不爭執事項㈤），堪信上開展延工期均屬非可歸責被上訴人之原因。而依系爭工程契約第21條第10項約定:「因非可歸責於廠商之情形，機關通知廠商部分或全部暫停執行，得補償廠商因此增加之必要費用，...」，被上訴人主張上訴人應給付展延工期之必要費用，自屬有據。上訴人辯稱不計工期本不能請求費用云云，尚無足採。

2.本件工程既展延工期共406日曆天，且非可歸責被上訴人之因素，上訴人自應給付因展延工期共406日曆天所增加之必要費用，被上訴人雖無法提出確實之單據，然上訴人自承增加必要費用係以比例計算（見原審卷一第192頁），則依據兩造之工程合約如前所述，平均1天費用為1萬1,988.07元（計算式：〈勞工安全衛生費17萬4,383元＋工程品質管理費用31萬4,065元＋工程保險費53萬9,597元＋包商管理費370萬7,243元＝473萬5,288元〉÷395（工程日曆數）＝1萬1,988.07元），乘以406日曆天為486萬7,156元（以下四捨五入），則被上訴人請求上訴人給付展延工期增加之費用契約第21條第10項，為有理由，應予准許。

（四）按「給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。」，民法第229條第1項定有明文。系爭契約第4條第2款約定，每次估驗或正式驗收付款，俟補助款核撥後方可辦理支付（見原審卷一第15頁）。本件補助款係於101年8月13日核撥，為兩造所不爭（見本院更審卷二第371頁），則被上訴人請求上訴人於起訴狀繕本送達翌日即102年3月14日（見原審卷一第85頁）起給付法定遲延利息，自屬有據。

六、綜上所述，被上訴人本於系爭契約之法律關係，請求上訴人

給付837萬8,372元（計算式：516,440元＋2,994,776元＋4,867,156元＝8,378,372元），及自102年3月14日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。被上訴人敗訴部分，其假執行之聲請失所依附，應併予駁回。原審就超過上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨就此部分指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至於上開應准許部分，原審判命上訴人給付，並為假執行之宣告，核無違誤。上訴意旨，就此部分，仍執陳詞，指摘原判決不當，求予廢棄，為無理由，應駁回其上訴。

七、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。

八、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　25　　日

工程法庭　　審判長法　官　高榮宏

法　官　黃瑪玲

法　官　陳春長

上為正本係照原本作成。

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日內向本院補提出理由書狀（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（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，發回更審後為訴之變更（追加、擴張）部分應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　8　　月　　25　　日

書記官　邱孝如

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。