臺灣高等法院臺南分院民事判決

111年度建上字第4號

上　訴　人　鼎鋐土木包工業
法定代理人　許翠鑾
訴訟代理人　黃勇雄律師
被上訴人　　嘉義縣政府
法定代理人　翁章樑
訴訟代理人　劉炯意律師
複代理人　　歐陽圓圓律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國110年12月10日臺灣嘉義地方法院108年度建字第26號第一審判決提起上訴，被上訴人則為附帶上訴，本院於111年5月10日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人新臺幣七十一萬一千零四十元，及自民國一0八年十二月三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

上訴人其餘上訴及假執行之聲請均駁回。

被上訴人之附帶上訴駁回。

第一、二審（含附帶上訴）訴訟費用，由被上訴人負擔三分之一，餘由上訴人負擔。

事實及理由

一、本件上訴人主張：上訴人於民國104年10月21日以新臺幣（下同）595萬元，標得被上訴人公告招標之「新厝仔抽水站等站整建工程」（下稱系爭工程），約定於開工之日起120日內竣工，伊於11月5日開工，並給付履約保證金59萬5000元予被上訴人。系爭工程已於105年7月16日竣工，並申請被上訴人驗收付款，惟被上訴人拒不驗收付款。被上訴人除於105年7月6日給付第一次估驗款410萬元，於同年5月25日返

還履約保證金44萬6250元外，迄今尚積欠工程款185萬元及履約保證金14萬8750元未退還。又系爭工程因工程設計瑕疵、錯誤等可歸責被上訴人之情形，致上訴人因而增加支出填補土方費用20萬元、排除不明箱涵10萬元、第3號水門相關工進支出8萬元、交通指引告示牌費10萬元、圍堰支出鋼板樁30萬元、設計錯誤致箱涵斷面不足支出28萬元、排水箱涵兩端與舊有結構銜接支出5萬元、護欄增加4萬元、增加AC(路面柏油)支出20萬元，加計管理費10萬8000元及營業稅7萬2900元，以上各項費用合計153萬0900元，又上訴人曾預納營建工程環境污染防治費1萬5867元，系爭工程既已完工，被上訴人應退還費用等情，依契約約定，請求被上訴人給付354萬5517元並加計自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，並願供擔保請准為假執行之宣告等語。

二、被上訴人則以：上訴人雖於105年7月16日申報竣工，但經監造單位派員檢查後函知被上訴人因施工位置新建排水箱回填與圖說不符材料尚未釐清，不同意上訴人之申報，被上訴人即發函上訴人要求改善「洪水路吊門機基座損壞暨暨有閘門站體構造物混凝土劣化鋼筋裸露修復」之缺失，因上訴人未改善完成，被上訴人乃於105年10月28日發函終止系爭契約；又依約上訴人應於105年3月3日竣工，算至105年10月28日終止契約之日止，上訴人共逾期239日，上訴人應給付違約金119萬元；依鑑定報告上訴人增加之履約費用為42萬4916元，加上伊未支付之工程款126萬7945元，被上訴人應給付者為169萬2861元，經扣抵119萬元違約金，加上扣除被上訴人於終止契約後，洽請其他廠商完成依約應由上訴人保固修繕之工程款19萬3440元後，上訴人至多僅得請求30萬9421元，又上訴人之承攬報酬及墊款之請求權已罹2年時效，伊得為時效抗辯拒絕給付等語，資為抗辯。

三、原審判決命被上訴人給付上訴人47萬4038元本息，駁回上訴人其餘之訴。上訴人就其敗訴部分聲明不服，提起上訴。被

上訴人則提起附帶上訴。

上訴聲明：㈠原判決駁回上訴人下開請求部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人307萬1479元，及自108年12月3日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。㈢願供擔保，請准宣告假執行。

被上訴人答辯聲明：上訴駁回。如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

被上訴人附帶上訴聲明：㈠原判決命被上訴人給付部分廢棄。㈡上開廢棄部分，上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人對附帶上訴之答辯聲明：附帶上訴駁回。

四、兩造不爭執事項：

㈠被上訴人招標之系爭工程於104年10月21日決標，由上訴人得標，兩造並簽訂如原審卷第11至62頁之系爭契約，約定系爭工程總價為595萬元。上訴人並給付履約保證金59萬5000元予被上訴人。

㈡被上訴人委託雲天工程技術顧問公司（下稱雲天公司）負責系爭工程之設計、監造。

㈢系爭工程於104年11月5日申報開工。

㈣上訴人於104年11月17日繳納嘉義縣營建工程環境污染防制費1萬5867元。

㈤被上訴人於105年5月25日返還履約保證金44萬6250元予上訴人，並於同年7月6日給付第一次工程估驗款410萬元予上訴人。

㈥上訴人於105年7月16日申報竣工，雲天公司於105年7月20日寄發原審卷第309頁所示函文予上訴人，表示因系爭工程尚有施工位置B新建排水箱涵回填與圖說不符材料乙案尚未釐清，礙難同意所請等語，上訴人有收受上開函文。

㈦被上訴人於105年8月21日寄發原審卷第311頁所示函文予上訴人，表示系爭工程僅剩「洪水路吊門機基座損壞暨暨有閘門站體構造物混凝土劣化鋼筋裸露修復」缺失改善項目完成

即可申報竣工，請於發文日起14日完成上開缺失改善事宜，如逾期未完成，將依系爭契約第21條第1項第11款約定，書面通知上訴人解除契約，並依系爭契約第21條第4項約定辦理後續事宜云云，上訴人有收受上開函文。

㈧被上訴人於105年10月24日寄發原審卷第313頁所示函文予上訴人，表示因系爭工程至105年9月3日仍未能竣工，將於發文日起第5日與上訴人終止契約。上訴人收受上開函文後，於105年10月31日寄發原審卷第345頁所示函文予被上訴人，表示不同意終止契約，請被上訴人依約辦理驗收。

㈨被上訴人於108年10月30日寄發原審卷第315頁所示函文暨所附系爭工程決算書予上訴人，請上訴人核章後檢還，並請上訴人開立發票金額126萬7945元、履約保證金領據14萬8750元、空汚費領據暨提供上訴人公司帳戶影本，上訴人有收受上開函文。

㈩被上訴人對於系爭工程因下列事由，須展延或不計工期之日數不爭執：

1.雨天：共5日（即104年12月10日、105年1月3日、105年1月22日、105年1月29日、105年2月11日）。

2.新設分洪導水路施工位置有新厝仔冰店工廠之抽水馬達及水管抵觸，須經協調後遷移：共4日。

3.新設分洪導水路因地上物抵觸及蓬感潮帶，致無法施工：共3日。

4.上訴人105年3月24日鼎鋐土字第1050324-031函所述事由：共9日。

㈠依社團法人臺灣省土木技師公會110年1月13日(110)省土技字第南0021號函所檢送之鑑定報告書所示，系爭工程應增加給付上訴人之工程費為37萬3192元，加計工程品管作業費、包商管理費及營造綜合保險費、營業稅後，被上訴人應增加履約費用總計為42萬4916元。

五、兩造爭執事項：

㈠上訴人就系爭工程是否已施作完畢？

㈡上訴人依契約請求被上訴人給付工程款185萬元、履約保證金14萬8750元、履約增加費用153萬0900元、嘉義縣營建工程環境污染防治費1萬5867元，共354萬5517元，有無理由？上訴人之請求權是否已罹於時效而消滅？

㈢若㈡有理由，則被上訴人主張以逾期違約金119萬元及其洽其他廠商完成第三漁港聯絡道路面沉陷改善、新厝抽水機維修所支出之19萬3440元為抵銷，有無理由？上訴人主張系爭工程至少應展延工期164天，系爭工程並無遲延，且上開逾期違約金過高，請求予以酌減，是否有據？

六、本院之判斷：

㈠上訴人主張，其於104年10月21日標得被上訴人招標決標之系爭工程，工程總價595萬元，其已給付履約保證金59萬5000元予被上訴人，並繳納嘉義縣營建工程環境污染防治費1萬5867元，被上訴人於105年7月6日給付工程估驗款410萬元，並已返還履約保證金44萬6250元，其於105年7月16日申報竣工，監造雲天公司於105年7月20日發函予上訴人，表示因系爭工程尚有施工位置新建排水箱涵回填與圖說不符材料尚未釐清，不同意其申報竣工，為兩造所不爭執（不爭執事項㈠㈢㈣㈤㈥），此部分事實堪以認定。

㈡茲上訴人主張其已施工完畢，被上訴人應給付工程尾款185萬元，並返還履約保證金14萬8750元，工程環境污染防治費1萬5867元，又因工程設計瑕疵、錯誤等可歸責被上訴人之情事，致其增加支出之填補土方、排除不明箱涵、水門相關工進、交通指引告示、圍堰支出鋼板樁、斷面不足、結構銜接、增加護欄、施作柏油路面，加計管理費及營業稅合計153萬0900元，應由被上訴人支付，合計被上訴人應給付354萬5517元等語，被上訴人則否認其主張，並為上開抗辯，是本件應審究者，乃

1.上訴人就系爭工程是否已施作完畢？

⑴系爭契約第15條㈡驗收程序：廠商應於履約標的預定竣工日前或竣工當日，將竣工日期書面通知監造單位/工程司

及機關，該通知須檢附工程竣工圖表。機關應於收到該通知之（空白）日內（若未約定依採購法施行細則第92條之規定為 7 ），會同監造單位及廠商，依據契約圖說核對竣工之項目及數量，以確定是否竣工（原審卷第34頁）。

查上訴人係於105年7月16日向被上訴人申報竣工，系爭工程之監造人雲天公司隨即於同月20日回函上訴人，稱「本案尚有施工位置B新建排水箱涵回填與圖說不符材料乙案尚未釐清，礙難同意所請」等語，上訴人已收受上開監造公司之函文，為兩造所不爭執（不爭執事項㈥）。是被上訴人抗辯上訴人申報竣工已經監造單位否定，固非無據。惟查：

①依被上訴人提出之上訴人於105年6月27日致被上訴人及監造人之函文（本院卷第141頁），其主旨載明：「有關『新厝仔抽水站等站整建工程』施工位置B新建排水箱涵側邊不慎誤填與圖說不符材料。本公司願以不計價六倍扣款及出具安全切結乙案，請查照。」，被上訴人於收受上訴人上開函文後，於7月15日發函監造人表示意見，雲天公司於同月20日函覆被上訴人表示同意上訴人之方案（本院卷第142頁）後，被上訴人所屬水利處承辦人員即於同月25日上簽呈，建議採行減價收受，另就NO.3水門前混凝土填平及封牆尚未完成部分，亦建請封閉減作，被上訴人即於7月28日發函上訴人表示同意上開二項處置方式（同上卷第143-145頁），是就上開2部分問題已解決。

②被上訴人或雲天公司先後於105年7月27日、8月8日、21日，發函要求上訴人就「洪水路吊門機基座損壞暨暨有閘門站體構造物混凝土劣化鋼筋裸露修復」之缺失，進行改善（同上卷第148-149頁），被上訴人因而抗辯系爭工程被上訴人尚未完工，無法進行驗收。

③上訴人主張，依被上訴人之上開8月21日函文明載「分

洪水路吊門機基座損壞暨暨有閘門站體構造物混凝土劣化鋼筋裸露修復缺失」，足見上訴人確有施作該工項，因被上訴人事後發現（因抽水站操作人員之通知）該基座遭他人損壞片面要求上訴人修復，事後被上訴人亦自承未曾再找其他廠施作，僅自行將此項費用逕予扣除而已（本院卷第161頁、165-166頁）。

④按「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，固為民法第492條所明定，惟此乃有關承攬人瑕疵擔保責任之規定，與承攬工作之完成無涉。倘承攬工作已完成，縱該工作有瑕疵，亦不得因而謂工作尚未完成(最高法院85年度台上第2280號判決參照）；又「工程是否完工，與工程之瑕疵及工程之驗收乃屬不同之概念。工程雖已完工，但有瑕疵，僅生瑕疵修補或減少價金請求之問題，究不能謂尚未完工；又工程雖已完工，尚未驗收或驗收未合格，亦不能因未驗收或驗收不合格，即謂工程未完工（最高法院89年度台上字第2068號判決參照）。查：依①②段所述，被上訴人原先主張之未施作部分已因兩造合意減價收受而不存在，就③吊門機基座損壞、暨有閘門站體構造物混凝土劣化鋼筋裸露之瑕疵，既屬損壞及瑕疵，且係操作人員通報被上訴人後始發現，則上訴人主張此部分其已施作，可能係當地人使用怪手清理漁塭不慎破壞所致一節，即屬可採。又被上訴人事後亦未曾支出上開修補費用，此為其所不爭執，堪認上開瑕疵尚屬輕微，上訴人主張其已施作完工一節，被上訴人應依約進行驗收，被上訴人105年10月24日向其發函表示約止契約於法無據一節，尚屬可採信。

⑵至於完工（或竣工）時點，上訴人雖主張係其申報日即105年7月16日，惟本院認定應以被上訴人105年7月28日發函上訴人，表示同意就上開①所述二項減價處置方式之時點作為完工（竣工）時點。

2.上訴人請求被上訴人給付工程尾款185萬元、履約保證金14萬8750元、履約增加費用153萬0900元、營建工程環境污染防治費1萬5867元，有無理由？上訴人之請求權是否已罹於時效而消滅？

⑴就本項爭點，理論上固應先具體認定上訴人各項請求及金額是否有理由，其次再論述被上訴人時效抗辯是否可採，惟本院認為時效抗辯具有終局否定上訴人請求之效果，乃先予論究。

⑵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。約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部。民法第490條定有明文。準此，契約約定由承攬人供給材料之情形，如未就材料之內容及其計價之方式為具體約定，應推定該材料之價額為報酬之一部，除當事人之意思重在工作物（或材料）財產權之移轉，有買賣契約性質者外，當事人之契約仍應定性為單純承攬契約。次按所謂製造物供給契約，乃當事人之一方專以或主要以自己之材料，製成物品供給他方，而由他方給付報酬之契約。此種契約之性質，究係買賣抑或承攬，仍應探求當事人之真意釋之。如當事人之意思，重在工作之完成，應定性為承攬契約；如當事人之意思，重在財產權之移轉，即應解釋為買賣契約；兩者無所偏重或輕重不分時，則為承攬與買賣之混合契約，並非凡工作物供給契約即屬承攬與買賣之混合契約。是承攬關係重在勞務之給付及工作之完成，與著重在財產權之移轉之買賣關係不同，至承攬關係中，材料究應由何方當事人供給，通常係依契約之約定或參酌交易慣例定之，其材料可能由定作人提供，亦可能由承攬人自備。是工程合約究為「承攬契約」抑或「製造物供給契約」，關鍵應在於「是否移轉工作物所有權」而定，至材料由何人提供，並非承攬定性之必然要件（最高法院102年度台上字第1468號民事判決要旨參照）。本件契約係公共工

程，依其性質觀之，應屬重在工作物之完成，是其性質應係承攬契約。依民法第127條第7款之規定，上訴人之承攬報酬因2年間不行使而消滅，被上訴人此部分抗辯應屬可採。惟查：「消滅時效，因承認而中斷」民法第129條第1項第2款定有明文。被上訴人於108年10月30日曾發函上訴人，表示：「主旨：為辦理『新厝仔抽水站等站整建工程』結算事宜一案，檢送本案決算書1式6份，請貴公司於廠商欄位核章後檢還本府，另請一併開立發票金額0000000元、履約保證金領據148750元、空汙費領據暨提供貴公司帳戶影本，請查照。」（原審卷第315頁）。依此函文內容，被上訴人既要求上訴人提供帳戶及發票並領據，當係要匯上開款項予上訴人，且發函時間距其於105年10月24日發函表示約止契約已有3年之久，早已超過2年時效，則上訴人主張上開函文係被上訴人承認上訴人之上開權利之存在，請求權因承認而中斷，尚屬可採（再者，履約保證金、空汙費之返還債權，似非承攬報酬或墊款，恐亦無2年短期時效之適用）。上訴人隨即於同年11月22日提起本件訴訟，並未罹於2年時效，堪以認定。

⑶上訴人請求給付工程尾款185萬元、履約增加費用153萬0900元；返還履約保證金14萬8750元、營建工程環境污染防治費1萬5867元，是否有理由：

①履約保證金14萬8750元、營建工程環境污染防治費1萬5867元：

上訴人曾給付履約保證金59萬5000元予被上訴人，被上訴人已先退還44萬6250元，尚有14萬8750元未退還，此為兩造所不爭執（不爭執事項㈠㈤）。此部分不論依被上訴人主張之契約終止後，或上訴人主張契約已履行且已超過保固期間後之法律關係，被上訴人均應返還上開二筆款項，即被上訴人亦同意退還（至於被上訴人主張之違約扣款，則在後目敘述）。

②工程尾款185萬元部分：

本件工程總價為595萬元，被上訴人已支付410萬元，依約形式上固尚有185萬元尾款尚未支付，但如前段（即1.⑴①）所述，上訴人就施工位置B新建排水箱涵側邊不慎誤填與圖說不符材料部分，已同意願以不計價6倍扣款方式結案，就NO.3水門前混凝土填平及封牆尚未完成部分，同意封閉減作，即不計價方式處理，此二部分自不能計價，各為40048元、14925元（本院卷第167、169頁、原審卷第355、363頁），經扣除後至多為179萬5027元。況且，被上訴人於終止契約之函文中，要求監造單位確認本案完成之項目資料以利辦理結算（原審卷第125頁），其後被上訴人依監造人之資料，提出結算驗收證明書，認定總工程款595萬元，結算金額為536萬7945元，即減少金額58萬2055元（原審卷第129頁），依結算明細表之記載，具體列明各項減少之項目及金額，按主體工程、機電工程、品質檢驗費、雜項工程、工程品管作業費、包商管理及營造綜合保險費、營業稅共計七大項，詳細列出各大項下之細項，分別標明各項減少金額後得出總減少金額（原審卷第355-363頁），結算驗收證明書應屬客觀可採信。是上訴人實際上施作之工程款應為536萬7945元，扣除其已領410萬元後，尚可領取之工程尾款為126萬7945元，並非如上訴人主張之179萬5027元。

③設計不良致增加之履約費用153萬0900元部分：

㈠此部分兩造於原審同意由原法院囑託台灣省土木技師公會就上訴人主張增加之履約費用之各項工項鑑定其施作之必要性及須增加之履約費用，作成鑑定報告在卷足憑。

㈡依鑑定報告之鑑定意見認定：

1.填補土方：一般「施工便道整復」之工項僅就現地挖土機整平成可通行，倘需填補土方，應另編列費用，本件有填補土方之必要。依施工照片現場丈量概算填土方數

量，土方數量約為220m3，單價因地不同約150-200元/m3，取中間值175/m3計算，填補土方費用為38,500元。挖土機費用，因系爭契約已編列施工便道整復費，不需再增列。

2. 排除不明箱涵：非原設計項目，屬施工期間額外新增，因工程已報結，不易判斷採用之方法是否為唯一可用工法，建議費用：潛水夫費用1萬元。抽水費用含軟管、抽水機、發電機等租金、油料及工資：6000元。封口用鋼板：5243元。鋼板吊運：4286元。鋼板安裝吊裝：3000元。挖土機打除費：14500元。清淤泥費用：10000元。吊運費5714元、起重機費6500元不予採計，估列費用共53029元。

3. NO.3水門相關工進：通常進行混凝土灌漿工作，應先預估需要之混凝土數量，再據以向預拌混凝土廠叫料，當NO.3水門填注混凝土造成流失，上訴人亦應有警覺性，是否必須停止繼續灌注，但叫料時仍會斟酌一部分彈性數量，本件估計彈性數量應以當日預定澆灌明渠大底及NO.3水門之混凝土數量+10m3(約1台車）為限，超過部分屬上訴人缺乏警覺性之耗損，由其自負。經請監造單位依圖說計算該部分數量為17.83m3，NO.3水門已填注混凝土數量為32.06m3，另依合約「210kgf/cm2預拌混凝土」單價為1691.47元/m3，故本項應給付之NO.3水門已填注混凝土費用為5萬4229元。

4. 支出交通指引告示牌費用：系爭工程於104年11月5日開工，工期為120日，預計105年3月3日竣工，斯時春節假期為2月6日至2月14日原本就在工期內，與施工快慢無涉。故被上訴人要求上訴人須製作交通指引告示牌、護欄、警示燈、交通指揮等，所增加之交通維持費用自應給付為5萬6920元，說明如下：安衛器材設施49030元：與交通維護無關，不予採計。中空板貼PVC7200元：依原憑證採計。中空板貼字2490元：原憑證採計。小型太

陽能、交通錐、伸縮連桿4910元：原憑證採計。小型太陽能、LED雙色暴閃燈、指揮棒、反光背心2件6320元：原憑證採計。工資65143元：僅採計105年春節年假2月6日至2月14日，9天每天2人，每天2000元，共36000元。

5.圍堰多支出之鋼板樁：原設計13m鋼板樁用於擋土，但箱涵兩端出入口需要擋水，故上訴人採用雙排鋼板樁乃屬需要，當中除13m鋼板樁為合約原有項目，應依合約單價計價外，其他增加部分建議依上訴人支付給下包大商費用計價。故原合約編列13m鋼板樁，數量71m，單價3,283.44元，施作數量不足部分應予扣減，本項應增加給付之費用共125362元，說明如下：⑴.9m鋼板樁40.6m:123733元。13m鋼板樁-24.2m:79459元（已結算71m，應扣減24.2m)。

6.因設計錯誤，箱涵斷面不足：經查設計圖，箱涵外側尺寸寬x高=4.1Mx2.1M，加上PC打底0.1M及上方覆土，總開挖深度超過2.5M，每側各0.6M之作業寬度稍嫌不足，建議增加至0.7M，即總開挖寬度修正為5.5M，經請監造單位計算應增加之各工項數量為：①.挖土方：622-599=23m3。②.回填CLSM:201.11-187.91=13.2m3。③.級配碎石底層流用鋪設：78.93-76.06=2.87m3。④.瀝青混凝土：併入編號9說明。⑤.夯實費用：本工程級配碎石底層流用鋪設單價已含夯實，不另計價。⑥.畫線：本案損壞標線因數量少以一式提列既有標誌、標線、格柵鈑及側溝排水管設置復原費，因此不另計價。另分別依合約單價（即挖方24.87元、CLSM13.2元、級配碎石底層流用鋪設2.87元）計算，本項應增加給付費用共16661元。

8.護欄增加：鑑定人會同雙方至現場丈量，實際修復中央護欄長度為13.3M，僅較原設計應修復長度11.3M多出2M，多作2M係因留設較大缺口供大型車方便迴轉，減少大型車司機抱怨，立意良善，所增加2M護欄建議予以計

價，經計算2M護欄數量分別為鋼筋55.94KG、210kg/cm2混凝土2.1m3、模板3.2m2、鋼模3.48m2，依合約單價應增加給付費用共6118元。

9. 增加AC(路面柏油）：系爭工程係開挖既有道路施作排水箱涵，施工後開挖部分與未開挖部分間之銜接需收邊順平，且系爭工程採實作數量結算，故建議鋪設AC之數量依現場實作數量計價。依原設計開挖回填後，鋪設密級配瀝青混凝土厚度10cm，分2層鋪設，銜接部分只需鋪設5cm厚度並遞減至0，經鑑定人會同雙方至現場丈量面積如下：鋪設AC面積：280.27m2。開挖面積：158.62m2。鋪設AC量：原合約已結算36T，應增加AC(密集配瀝青混凝土面層）數量為8.42T。透層面積（即開挖面積）：原合約已結算152m2，應增加「鋪設透層」數量為6.62m2。黏層面積：原合約已結算152m2，應增加「鋪設透層」數量為128.27m2。依合約單價（即密集配瀝青混凝土面層8.42元、鋪設透層6.62元、鋪設粘層128.3元）計算，本項應增加給付費用共22373元。

10. 工程品管作業費：編號1-9應增加之工程費共373,192元，依原合約百分比加計工程品管作業費，以單價0.011043元計算，共4121元。

11. 包商管理費及營造綜合保險費：編號1-9應增加之工程費共373192元，依原合約百分比，加計包商管理費及營造綜合保險費，以單價0.072536元計算，共27369元。

12. 營業稅(5%):編號1-11因增加工程而增加之費用共404682元，加計5%營業稅，共20234元。合計為42萬4916元。

查：台灣省土木技師公會之鑑定意見，係由二位專利技師親地現場會同兩造勘查現場就有爭執之數量加以測量確認，再就數量依契約原定單價加以求算合理支出費用，就部分契約未定有單價部分，則以訪價所得之單價以合理單位計算，核其各項工項之說明，堪認合理可採。兩造既均同意選任該公會為鑑定單位，其鑑定結果亦屬公正，本院認其鑑定結論為

可採信。上訴人請求之上開金額，就數量或單價不免有偏高不實之情事，尚非可信。此部分上訴人請求應准許者為42萬4916元。

3.被上訴人主張扣減違約金119萬元、聯絡道路面沉陷改善、抽水機維修支出19萬3440元、沒收履約保證金14萬8750元，無理由？上訴人則主張工程並無遲延，縱有逾期因違約金過高，請求酌減至零，是否可採？

⑴被上訴人抗辯系爭工程逾期239日（或218日），依約應給付逾期違約金119萬元。經查：

①被上訴人係主張，上訴人固於104年11月15日申報開工，於105年7月16日申報竣工，但監造人雲天公司不同意其申報，被上訴人於105年8月21日函知上訴人應就「洪水路吊門機基座損壞暨暨有閘門站體構造物混凝土劣化鋼筋裸露修復」之缺失改善後始可申報竣工驗收，因上訴人未進行改善，經伊發文催告仍未處理，其乃於105年10月28日終止契約，算至終止日止上訴人共逾期218天，應扣逾期罰款119萬元。就系爭工程之完工時點，本院已認定應以被上訴人105年7月28日發函上訴人，表示同意就二項減價處置方式之時點作為完工（竣工）時點，已如前述（1.⑴），則本件計算違約天數，其末日為7月28日，非被上訴人主張之10月28日。即總工期應為265天，既非上訴人主張之255天，亦非如被上訴人主張之359天。

②上訴人主張上開施工期間，因被上訴人未配合應辦理事項、施工範圍或用地遭居民反對無法施工、天候因素、春節、增加工程應加給工期等因素合計應延長工期164天不應計入工期，其並無逾期，不生逾期違約金之問題等語。

③就上訴人主張各項應延展工期事由及日數，分述如下：

㈠被上訴人至105年1月始完成交通維持計畫書之審查及核發挖路證，可歸責被上訴人事由至少60天（於二審主張78天）不應計入工期部分：上訴人主張系爭工程為抽水站整建工程，工程之施作會造成第3聯絡道路阻斷，因此需申

請挖路證、須有交通維持計畫書，否則根本無法施作，因被上訴人及監造單位未考量此部分，造成上訴人因系爭工程契約第7條第1項第1款「應於決標日起十日內開工」之約定，不得不於104年11月5日申報開工，但因被上訴人未能提供挖路證及交通維持計畫書，致上訴人無法自申報開工日起即得進場施作系爭工程，至被上訴人於105年1月21日府水工字第1050014945號函（原審卷第331頁）通知上訴人「旨揭交通維持計畫書已核定，請儘速進場辦理本工程，」顯見，系爭工程自104年11月5日申報開工迄至上訴人收受被上訴人上開105年1月21日函通知上訴人進場施工時之期間計78天，依系爭工程契約第7條第3項第1款第5目「機關應辦事項未及時辦妥」之約定應展延此78天。就此部分上訴人固提出被上訴人上開函文為證，但查上訴人係施工單位，交通維持計畫書依約定本應由上訴提出申請，此觀被上訴人之作業須知即明，上訴人未提出其向相關主管單位即布袋鎮公所乃至被上訴人申報之相關交通維持計畫或申請挖路許可資料，本院無從查明究竟係何單位延誤挖路許可或核定交通維持計畫（依上開函文，被上訴人於1月13日受布袋鎮公所函後即於1月21日核定計畫，難認有延誤情事），此部分其主張尚難逕予核可（此部分另參見下段丙部分准延展23天部分之說明）。

㈥因雲天公司送審資料與設計圖不符無法進場施工：依證人龔憲明（本案監造公司之負責人）於原審證稱：「我們原設計水閘門是使用傳統式的捲揚機，原告自己改成他們想要做省力型的捲揚機，所以我們才說這樣不符，後來最後被告有同意原告使用他們的捲揚機。」；「因為原告提出的替代優於設計，且價位比原設計高，所以被告同意其使用，這段期間也算入工期內。」（原審卷第426-427頁），可見並非如上訴人所主張之設計圖與送審資料不符，僅係因採用之捲揚機機型不同所致，最後仍以上訴人提供之機型施作，並無延誤施工作業之情事，尚無延展工

期之必要。

㈣新設分洪導水路施工範圍上有民眾之魚塭，因再確認施工範圍與民眾協商，影響工進：被上訴人於104年12月30日發文請求確認分洪導水路用地範圍，雲天公司於105年1月11日辦理現勘說明後陳情人即同意施作，被上訴人並責成布袋鎮公所儘速完成交通維持計畫審查，於105年1月21日發函通知計畫審查核定可進場施作等情，有上訴人請求雲天公司派員會勘施工用地範圍函、被上訴人回覆於105年1月11日辦理勘查函、會勘紀錄（原審卷第319、323-331頁）附卷可稽，足認自104年12月30日起至105年1月21日計23日，上訴人此期間無法進行施工，工期自應予以扣除，被上訴人援引監造公司負責人之證言，主張上訴人可於其他工程項目施工不應扣除一節，尚非可採。

㈤系爭工程抽水站體旁有兩支12英吋排水管，阻礙分洪導水路之施工，會勘遷移耗費時日，影響工進：雲天公司110年9月16日雲技字第110091603號函（原審卷第435頁）載明：「遷移及復原工作屬本工程工項之一，廠商須自行處理，105年1月11日辦理該項現勘時亦有口頭告知鎮公所該排水管需暫時拆除施工後再復原，計7日曆天，與上開第3項施工範圍現有魚塭，原告請求確認分洪導水路用地範圍之會勘處理期程重疊」等語。足認縱使有兩支12英吋排水管須待移除，但監造單位於上開期日辦理會勘，至布袋鎮公所辦理拆除遷移之日計7個日曆天，與前述丙部分之期間重疊已准予延展工期23日，不再於本項延展工期。

㈥居民對工程施作有爭議質問造成無法施工：被上訴人於接獲上訴人之反應後，於105年1月5日函知定同月11日現場勘查，並責成布袋鎮公所應儘速完成交通維持計畫審查，於同年1月21日通知已核定計畫書，儘速進場，已見前二段所述，不能再延展工期。

㈦系爭工程地處海邊遇雨泥濘難以施作應展延工期24日：經查監造單位即雲天公司認定每日降雨量超過5㎜以上會影

響工程施工及其品質，施工期間有104年12月10日、105年1月3日、22日、29日、2月11日等5天降雨量超過5mm，不計入工期，有該公司105年2月23日函可稽（原審卷第335頁），且為兩造所不爭執（不爭執事項㈩）此部分既核定，應准展延。

㈨新設導水路位置經「新厝仔冰店」工廠之抽水馬達及水管無法施工：查此部分已由雲天公司現場會勘後，三方協調後做成遷移合計4個日曆天，有相關函文足憑（原審卷第337-339頁、435頁），且為兩造所不爭執（不爭執事項㈩）應准予延展工期4日。

㈧新設分洪導水路因地上物抵觸及蓬感潮帶無法施工：查，證人龔憲明於原審證稱：「抽水站所在位置本會有潮汐問題，原告為承包商應知此狀況而加以處理，所以不應該扣除工期」等語（原審卷第429頁），上訴人主張應扣除工期，不足採。

㈦春節期間里長陳情停工：證人龔憲明於原審證稱：「依照合約，節日是不能扣除工期，因為我們是算日曆天，並非以工作天計算，所以春節交通這段期間不能扣除工期。」等語(原審卷第429頁）。核與契約第7條㈠之2.⑴約定「以日曆天計算者，所有日數，包括（2)所載之放假日，均應計入」相符，此部分不應延長。

㈥設計錯誤或變更履約工項工增：此部分因上訴未提出具體之事證供審酌，尚不可採。又依雲天公司函文，上訴人曾3次申請延展工期，除因雨准延展5天工期，已見前述外，雲天公司審核建議不計工期3天、9天，此部分既為監造單位基於專業考量及判斷，建議應給予延展，應依雲天公司之建議給予延展之天數。

綜上所述，上訴人得主張延展工期之天數為44天。上訴人施工期為265個日曆天，工期為120天，再扣除合法展延之工期44日，逾期天數為101天。

④系爭契約第17條㈠約定：「逾期違約金，以日為單位，按

逾期日數，每日依契約價金總額1‰，計算逾期違約金。」本件契約價金總額為595萬元，上訴人逾期日數為101天，每日以契約價金總額千分之1算，逾期違約金為60萬950元【計算式：5,950,000元×1‰×101天＝600,950元】。

⑵聯絡道路面沉陷改善、抽水機維修支出19萬3440元：

①如前所述（1.⑴①），上訴人就聯外道路部分，於同意切結以6倍扣款方式結案時，即已同意爾後該處有路面凹陷時，其願負責修復，則被上訴人於106年5-6月間支出之路面沈陷改善費用9萬7440元（原審卷第131-135頁），係在保固期間內，應予扣抵。

②新厝抽水機維修9萬6000元：依被上訴人提出之布袋鎮公所107年6月11日通報該工程裝設之一部抽水機無法啟動，而委請啟閎工程有限公司修繕，支出9萬6000元，已據被上訴人提出「新厝仔抽水站抽水機維修」相關簽稿2份、付款證明書等為證（原審卷第145-157頁）。此項支出原因事實既係發生於000年0月00日，而本院既認定完工日期係105年7月28日，再依契約第15條第㈡之2.驗收之約定為30日內辦理驗收，於驗收後始由承攬人出具保固書，並起算保固期間（系爭契約第16條保固約定大體上亦如此），則上開修繕仍在2年之保固期間，是此部分，應予扣抵。上訴人主張已過保固期間其不負保固責任，尚非可取。

⑶被上訴人主張沒收履約保證金14萬8750元，有無理由？

被上訴人於原審審理時並未曾作此部分抗辯，僅以違約罰款及上開二項保固修繕款扣抵之抗辯，其於本院始為此新防禦方法，本院認不應准其此部分主張。再者，被上訴人曾於108年10月30日發文上訴人，要求上訴人開立發票金額0000000元、履約保證金領據148750元、空汚費領據暨提供貴公司帳戶影本（原審卷第315頁），此為被上訴人所不否認者，既要求上訴人開立領據，顯係已同意返還，則其事後食言反悔，於誠信原則尚有未妥。

⑷上訴人主張違約金過高，應酌減至零元：

按違約金之約定，係基於個人自主意思所形成之當事人間之規範，本諸契約自由原則，當事人對於其所約定之違約金數額，原應受其拘束。倘法院審酌一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，認當事人就違約金所約定之數額並無違背契約正義而有過高情事，即無酌減必要（最高法院103年度台上字第1899號判決意旨參照）。本件契約既約定若有違約以違約天數，以契約總價之千分之一計算違約金，並有不逾總價百分之二十之最高限制，此約定係一般公共工程之固定約款，在公共工程委員會公告之工程採購契約範本之範圍內，尚屬合理。上訴人主張違約金約定過高，請求酌減至零，固尚無足採。但本院審酌系爭工程之遲延原因，如上所述，有部分係因原設計規劃未曾設想致增加工項甚至造成困擾不便，就此部分未核給增加施工日數，且因當地居民之陳情阻撓，相關主管單位審核交通維持計劃時程稍有遲疑影響實際開工等種種因素，不能完全歸責於上訴人等情況，以及不爭執事項㈩所述被上訴人曾發函願給付之工程尾款數額不宜出爾反爾，認違約金應予酌減二成，即減至48萬0760元（600950×0.8）。

4.綜上，上訴人得請求之工程尾款為126萬9745元，增加工項得請求之工程款為42萬4916元，得請求返還之履約保證金14萬8750元及污染防治費1萬5867元，合計共185萬9278元。於扣減保固修繕支出19萬3440元，違約罰款48萬0760元共67萬4200元後，上訴人得請求者為118萬5078元。

七、綜上所述，上訴人依系爭工程契約之約定，請求被上訴人給付118萬5078元，及自起訴狀繕本送達之翌日即108年12月3日（於102年12月2日送達被上訴人-見原審卷第103頁之送達證書）起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，為無理由，不應准許。原審判決命被上訴人給付上訴人47萬4038元本息，就其餘應准許之71萬1040元及法定遲延利息部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決此部分不當，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。至於上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。被上訴人附帶上訴，就原審判決命其給付部分予以廢棄，改判駁回上訴人在原審之訴及假執行聲請，為無理由，應駁回被上訴人之附帶上訴。又上訴人勝訴部分，未逾150萬元，被上訴人就此部分不得上訴第三審，於本院判決宣示後即確定，無假執行之必要。上訴人陳明願供擔保宣告假執行，核無必要。上訴人其餘敗訴部分，其聲請假執行失所附麗，應併予駁回。

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，被上訴人之附帶上訴為無理由，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　　111　　年　　5　　月　　31　　日

工程法庭　　審判長法　官　吳上康

法　官　林育幟

法　官　黃義成

上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，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，應一併繳納上訴審裁判費。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　5　　月　　31　　日

書記官　李育儒

【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。