臺灣高等法院民事判決

108年度上字第297號

上　訴　人　大目室內裝修有限公司

000000000000000000

法定代理人　鄭金生

訴訟代理人　曹尚仁律師

上　訴　人　國家中山科學研究院

000000000000000000

法定代理人　張忠誠

訴訟代理人　陳彥潔律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，兩造對於中華民國107年12月4日臺灣桃園地方法院102年度建字第91號第一審判決各自提起上訴，本院於109年11月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

兩造上訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

上訴人大目室內裝修有限公司（下稱上訴人）之法定代理人原為王素玲，嗣變更為鄭金生；對造上訴人國家中山科學研究院（下稱被上訴人）之法定代理人原為張冠群，嗣依序變更為呆中興、張忠誠，有公司變更登記表、院令及院長聘書可據（見本院卷㈠第97、437至439、581至583頁），並據其等分別具狀聲明承受訴訟（見本院卷㈠第93至95、435至436、577至578頁），核無不合，均應准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：伊於民國101 年2 月10日與被上訴人簽訂勞務採購契約（下稱系爭契約），承攬被上訴人辦理之樹木移栽代工（含紅火蟻防制作業代工）乙式之勞務採購案（下稱系爭採購案），約定總承攬報酬為新臺幣（下同）300萬元，

依系爭契約所附之採購明細表備註欄（下稱備註欄）第8條約定，承攬報酬採2階段付款，第1階段完成8 處移栽經驗收合格後給付總承攬報酬60％，第2階段完成180 日養護經移植之樹木，於完成存活統計後，給付總承攬報酬40％；伊已先後於101 年6 月1 日、同年11月27日分別完成系爭契約第1、2階段工作，並依被上訴人要求追加施作斷根作業支出74萬5500 元（下稱斷根費用），依系爭契約第15條第3 項約定，被上訴人應給付伊此部分系爭契約範圍外增加之必要費用。又系爭契約因不可歸責於伊之事由，經被上訴人於101年12月24日終止，已無繼續履約之可能，故被上訴人應給付伊系爭契約之承攬報酬300 萬元、斷根費用74萬5500 元，並依系爭契約第11條第1 項第2 款約定，返還伊所繳履約保證金15萬元，合計389 萬5500 元本息等語。爰依系爭契約之約定，求為命被上訴人給付伊389 萬5500 元，及自起訴狀繕本送達翌日即103 年1 月24日起算法定遲延利息之判決。原審判命被上訴人給付上訴人218 萬1000 元【203 萬1000 元（承攬報酬）＋15萬元（履約保證金）＝218 萬1000 元】，及自103 年1 月24日起至清償日止，按年息5％計算之利息，另駁回上訴人其餘請求。兩造對其等敗訴部分，各自提起上訴。上訴聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請暨訴訟費用之裁判，均廢棄；㈡被上訴人應再給付上訴人171萬4500元，及自103 年1 月24日起至清償日止，按年息5％計算之利息。並對被上訴人之上訴為答辯聲明：上訴駁回。

二、被上訴人則以：上訴人於101年6 月4 日就第1階段工作向伊提報完工，然伊於同年月14日、同年月19日驗收仍有多項缺失，其中高山頂營區光蠟樹多3 棵、樟樹多2 棵、海桐樹及榕樹各少2 棵，而有移栽樹種數量不符合契約之情形，經伊於同年6 月25日定期催告上訴人補正，上訴人於同年7 月4日為補正，於同年月5 日報請伊再次驗收，伊於同年月16日驗收之結果，仍有上開移栽樹種數量與契約不符之瑕疵而未

改善，伊乃於同年月18日再定期催告上訴人補正，然上訴人卻拒絕再行補正，伊遂於107 年3 月28日及同年4 月19日主張減價2 萬元，相當於第1階段工作項目已驗收完畢，而該階段之承攬報酬178 萬元債權（計算式：180 萬元〈300萬元×60％＝180萬元〉－2 萬元＝178 萬元）已屆清償期；又上訴人本應於101 年3 月30日完成第1階段工作，惟遲至同年6 月4 日方提報完工，逾期完工期間為自同年3 月31日起至同年6月4 日止，合計66日，依備註欄第10條約定，應扣繳逾期違約金59萬4000 元（300萬元×3/1000×66日＝59萬4000 元），且上訴人經2次改正後驗收仍不合格，迄至伊於101 年12月24日通知終止契約時，未完成改正，逾期完工期間為101 年6 月25日至101 年7 月25日及101 年7 月18日至101 年12月24日，合計169 日，依備註欄第10條約定，應扣繳逾期違約金152 萬1000 元（計算式：300萬0000 元×3/1000×169 日＝152萬1000 元），然系爭契約第13條第3 項定有逾期違約金之總額以契約總價20％即60萬元為上限，故本件逾期違約金以60萬元計算，是上訴人雖已完成第1階段工作而得請求該部分之承攬報酬178 萬元，亦應扣除逾期違約金60萬元；又依備註欄第12條第4 項約定，第2階段應自第1階段工作驗收合格翌日起算180日之養護期間，則第1階段工作因上訴人遲未完成改正，並拒絕修補，伊於107年3 月28日及同年4 月19日主張減價2 萬元，相當於第1階段工作已驗收，然系爭契約前已於101 年12月24日經伊終止，無從起算180 日養護所移植樹木之期間，上訴人既無完成第2階段工作，自不得向伊請求第2階段工作之承攬報酬120萬元，若上訴人得請求，亦應扣除未達存活標準之樹種價金36萬9600元。再者，上訴人於系爭契約開標前，業經伊之人員陪同勘查現場，而確認樹木主根乃未經斷絕之現況，且衡諸移植樹木之慣例，上訴人所為之主根斷絕應屬系爭契約約定範圍工作，上訴人依系爭契約第15條第3 項約定，請求給付斷根費用74萬5500 元，乃屬無據。另上訴人逾期完

成系爭契約第1階段之工作項目，既須給付逾期違約金60萬元，則上訴人前所交付之履約保證金15萬元，亦應先扣抵上開逾期違約金60萬元，不得逕行發還等語，資為抗辯。並上訴聲明：㈠原判決關於判命被上訴人給付部分，及該部分假執行之宣告暨訴訟費用之裁判，均廢棄；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。並對上訴人之上訴為答辯聲明：上訴駁回。

三、查，兩造於101 年2 月10日簽訂系爭契約，由上訴人承攬被上訴人之系爭採購案，約定總承攬報酬為300萬元，上訴人並已繳交15萬元之履約保證金予被上訴人，依備註欄第8條約定，承攬報酬採2階段付款，第1階段完成8 處移栽經驗收合格後給付總承攬報酬60％（180萬元），第2階段完成180日養護經移植之樹木，於完成存活統計後，給付總承攬報酬40％（120萬元）；又上訴人就第1階段工作於101 年6 月4日向被上訴人提報完工，被上訴人於同年月14日、同年月19日驗收結果，認上訴人就第1階段工作有包括缺交紅火蟻防治作業紀錄等多項缺失，其中高山頂營區光蠟樹多3 棵、樟樹多2 棵、海桐樹及榕樹各少2 棵，而有移栽樹種數量與契約不符之情形，被上訴人於同年月25日定期催告上訴人改善上開缺失，上訴人於同年7 月4 日進行改善後，於同年月5日報請被上訴人再次驗收，被上訴人於101 年7 月16日驗收之結果，認上訴人就第1階段施作仍有上開移栽樹種之數量不符合契約之情形，乃於101 年7 月18日再定期催告上訴人修補，上訴人拒絕再行修補，經被上訴人於101 年12月24日以電傳通知上訴人終止系爭契約之事實，為兩造所不爭執（見本院卷㈡第89、91頁），並有系爭契約、採購明細表、勞務採購暨會驗結果報告單、兩造函文及電傳單可據（見原審卷㈠第6至20、24至40頁），堪信為真實。

四、上訴人請求被上訴人給付承攬報酬300萬元，及請求返還履約保證金15萬元，是否有據？

㈠上訴人是否已完成第1階段工作？若是，被上訴人抗辯該階

段逾期完成，應於應付價金中扣抵逾期違約金60萬元，是否有據？

1.按承攬報酬應於工作交付時給付之，民法第505條第1項前段定有明文。又按債務人負有依債務本旨為給付之義務，違背債務之本旨為給付，即屬不完全給付，為瑕疵之給付，是以債務人如主張其已為完全給付，當由其負證明之責，然債權人於受領給付後，以債務人給付不完全為由，請求債務人損害賠償，關於給付不完全之點，應轉由債權人負舉證責任（最高法院77年度台上字第1989號民事判決意旨參照）。

2.查兩造於101 年2 月10日簽訂系爭契約，由上訴人承攬被上訴人之系爭採購案，依備註欄第5條、第6條約定，其第1階段工作內容係於101 年3 月30日以前依移栽運輸計畫，將中壢龍山營區採購標的完成移栽至龍山、龍陵、龍里、東勢、楊梅高山頂、新竹湖口、龍門、大溪龍華等8營區，移栽地點之距離為500公尺至35公里不等，移栽數量分別為36棵、64棵、103棵、28棵、98棵、83棵、5棵、12棵（共429棵，見原審卷㈠第19頁反面），上訴人已於101 年6 月4 日向被上訴人提報完工，有如前述，而被上訴人於101 年6 月14日、同年月19日驗收結果，雖認上訴人就第1階段工作有包括缺交紅火蟻防治作業紀錄等多項缺失（見原審卷㈠第152頁），其中就移栽樹種數量部分，高山頂營區光蠟樹多3棵、樟樹多2 棵、海桐樹及榕樹各少2 棵，經其於101 年6月25日催告上訴人改正缺失，上訴人於101 年7 月4 日改善後，於同年月5 日報請被上訴人再次驗收（見原審卷㈠第27頁），被上訴人於101 年7 月16日驗收結果，仍認高山頂營區有前開移栽樹種數量與契約不符之情形（見原審卷㈠第28至29頁），惟上訴人於進行移栽時，被上訴人有派員前往確認，此觀監工紀錄表即明（見原審卷㈠第43至55頁），並經證人即參與上訴人移栽工作之馮金生、葉金水於原審到庭證述略以：「移栽時被上訴人之人員有確認，每棵樹都有號

碼，要搬去目的地，將樹搬往種植地點過程中，被上訴人有派人一起過去」、「在高山頂營區工作時，他們有派軍方的人，種每一棵樹，都盯著我們看，要種植之前，應該是有確認，因為每棵樹都有編號，什麼樹就編幾號幾號，429棵樹都有確認牌子」等情明確（見原審卷㈡第43至44頁），核與被上訴人人員蘇勳源於原審到庭證述略以：「（問：若在現場，養護巡視清點的樹木數量與先前移植當時清點的不符合，又與契約所定之數量不符合該如何處理？）現場有清點過，如果有不符合，我們會向承辦人反應；（問：你在本件監工時，有無遇過這種情形？）我沒有遇過」等語相符（見原審卷㈡第65頁），是被上訴人於移栽過程，既均有派人前往確認樹種、數量，並進行現場清點，若高山頂營區確有前開移栽樹種數量與契約不符之情形，被上訴人人員豈有未及時發現並反應之理，參以其於101 年3 月29日、同年4月19日之監工紀錄表（見原審卷㈠第45頁反面、第49頁反面），就高山頂營區經移栽樹木數量之記載（各為98棵、100棵），亦不相符，顯然被上訴人無從自行確定其數量，且上訴人於收受被上訴人催告補正函文後，就其他缺失部分已改善完畢，就移栽樹種數量部分則多次函覆係依被上訴人提供之樹木號碼冊製作完成後前往現場比對號碼釘上等語（見原審卷㈠第30頁反面至36頁），是移栽樹種數量是否確有與契約不符之情形，並非無疑，被上訴人就此未再舉證證明，已難遽信。則被上訴人既自陳其主張上訴人就第1階段工作有缺失，係指移栽樹種數量不符合契約之情形（見本院卷㈡第92頁），而被上訴人就此並未舉出其他證據以實其說，業如前陳，足認上訴人第1階段工作確已完工並無瑕疵。

3.又按因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就，民法第101條第1項定有明文。而當事人預期不確定事實之發生，以該事實發生時為債務之清償期者，倘債務人以不正當行為阻止該事實之發生，

類推適用民法第101條第1項規定，應視為清償期已屆至（最高法院87年台上字第1205號、106年度台上字第2638號判決意旨參照）。查上訴人已完成第1階段工作，並無瑕疵，被上訴人於101 年12月24日以電傳通知上訴人終止系爭契約，不完成驗收，自屬以不正當行為阻止完成驗收之不確定事實發生，類推適用民法第101條第1項規定，視為上訴人已完成第1階段工作並完成驗收；故上訴人請求被上訴人給付第1階段報酬180 萬元即總承攬報酬60％（計算式：300 萬元×60/100＝180 萬元），即為正當。

4.承前所述，被上訴人主張上訴人之第1階段工作有瑕疵，並終止系爭契約，固屬無據；然依系爭契約第5條約定，上訴人本應於101年3月30日完成系爭契約第1階段工作（見原審卷㈠第19頁反面），惟其遲至101年7月4日改善缺失完畢，於同年月5日向被上訴人提報完工（見原審卷㈠第153頁），逾期完工期間為96日（101年3月31日至同年7月4日）。上訴人雖主張系爭契約之第1階段工作逾期完工，實非可完全歸責於伊，被上訴人計算違約金，應扣除不可歸責或得請求展延之日數合計181日云云（見本院卷㈠第167至173頁）；惟查，系爭契約第7條第2項已約明履約期間之計算及得請求展延之日數，同條第7項亦約定若有確非可歸責於上訴人之情形，而須展延履約期限者，上訴人應於事故發生或消失後，儘速以書面向機關申請展延履約期限，不計算逾期違約金（見原審卷㈠第8頁），若上訴人確有得展延履約期限之事由，並非不得以書面向被上訴人提出申請，然上訴人自陳其未曾以書面向被上訴人申請展延履約期限（見本院卷㈡第90頁），與系爭契約前開約定，即有不符，難謂有據。則上訴人逾期完工日數為96日，依備忘錄第10條約定，應按逾期日數，每日依契約價金總額千分之3計算逾期違約金（見原審卷㈠第20頁正面），應扣繳逾期違約金為86萬4000元（300萬元×3/1000×96日＝86萬4000 元），逾系爭契約第13條第3 項約定逾期違約金之上限總額60萬元（即契約總價300

萬元之20％），該條第1項並約定「逾期違約金扣抵方式，機關得自應付價金中扣抵」（見原審卷㈠第12頁），則被上訴人抗辯上訴人第1階段逾期完成，應於應付價金中扣抵逾期違約金60萬元，應屬有據。

㈡上訴人是否已實施第2階段工作？若是，被上訴人抗辯得依系爭契約約定，扣除未達存活標準之樹種價金36萬9600元，是否有據？

1.觀諸備註欄第8條（付款方式）、第12條第4 項（養護期限）約定：「第2階段：承商完成180天養護，買方完成存活統計後，支付契約價金40％」、「養護期限：自驗收合格次日起180 日，養護期間需視土壤保濕情況適時澆水以保移栽存活率並記錄存證，未達存活率時承商須以相同樹種且樹徑不得小於原移栽樹種樹徑之尺寸補種至合格為止，養護期滿若未達存活標準時則依數種之價值賠償本院」等語（見原審卷㈠第20頁反面），是於第1階段驗收合格次日起，上訴人須養護所移植樹木180 日，由被上訴人完成存活統計，依約支付第2階段工作之承攬報酬即總承攬報酬40％，若未達存活標準時，則依數種之價值賠償。而上訴人已完成第1階段工作，惟被上訴人於101 年12月24日以電傳通知上訴人終止系爭契約，不完成驗收，係以不正當行為阻止完成驗收之不確定事實發生，視為上訴人已完成第1階段工作並完成驗收，已如前述，且被上訴人任意終止系爭契約後，即禁止上訴人進入園區（見原審卷㈡第40頁、本院卷㈡第92頁），上訴人無從依約完成180天養護，然被上訴人既於102 年3 月11日、同年月12日就第1階段工作移栽樹木之存活進行清點統計（見原審卷㈡第163至166頁），應認上訴人亦已完成第2階段工作，是其請求被上訴人給付第2階段報酬120 萬元即總承攬報酬40％（計算式：300 萬元×40/100＝120 萬元），亦屬正當。

2.又上訴人雖得請求第2階段報酬120 萬元，然系爭契約所訂容許死亡之樹木數量為78顆（於採購明細表「品名料號及規

格欄」一、至八，就各營區所移栽樹木存活數量記載須存活達幾棵以上，移栽數量扣除須存活數量即為容許死亡數木數量，見原審卷㈠第18至19頁），被上訴人於102 年3 月11日、同年月12日就第1階段工作移栽樹木之存活進行清點統計，共有127 棵樹木死亡，就逾系爭契約所訂容許死亡樹木數量外之部分，依約應扣款36萬9000 元，有採購明細表、工程會勘記錄表、價金計算表可據（見原審卷㈠第18至19、162 至173 頁）。上訴人雖主張前開工程會勘記錄表、價金計算表為被上訴人單方所制作，且被上訴人遲至102 年3 月11日始就移栽樹木之存活率進行清點，距伊完成第1階段工作，相距甚遠，上開認定樹木枯死有無誤判等情，實有疑義云云；惟查，前開工程會勘記錄表、價金計算表雖為被上訴人所制作，然上訴人自陳被上訴人有通知伊到現場（見本院卷㈡第92頁），復有會勘通知單、會勘紀錄表可參（見原審卷㈠第162至166頁），則觀諸前開會勘紀錄表之內容，其出席人員包括被上訴人申購單位、主計單位、監察單位及主持人在內（如「出席人員」欄），會勘事項包括「合約品名及數量」，會勘結果亦已依移栽數量及狀況詳為記載，是前開會勘紀錄表之內容，尚非無憑，縱上訴人主張因無法表示意見故未簽名（見本院卷㈡第92頁），但上訴人因被上訴人終止系爭契約，而未進行養護工作，經被上訴人通知前往現場並告知會勘結果後，拒不簽名，其對於移栽樹木存活率之清點統計，究有何不實之處，迄未能具體說明及舉證證明，自不僅因其並未簽名，即謂前開工程會勘記錄表、價金計算表之內容不實。再者，被上訴人雖未於101年7月16日驗收翌日起算180日，即就移栽樹木之存活率為清點統計，然其係於102年3月11日、同年月12日進行，距驗收之日未逾1年，上訴人法定代理人鄭金生於原審既到庭陳稱略以：「有些樹比較弱，比較晚長葉子，…。所以不能在樹種養護期判斷樹木是否存活，至於養護期的長短每個樹種都不同」等語（見原審卷㈡第46頁反面），顯亦認不能在樹種養護期判斷樹木是

否存活，是被上訴人於102年3月11日、同年月12日進行移栽樹木之存活率清點統計，對於上訴人未必不利，參以行政院公共工程委員會之施工綱要規範第02905章「移植」之3.3.1節「(2)養護期檢驗」規定：「移植工程養護期為驗收合格之次日起算1年，驗收合格後每3個月辦理養護期檢驗1次」（見本院卷㈡第36頁），足見一般樹木移植亦大多以1年為養護期評估樹木存活與否，自不得僅因被上訴人未於101年7月16日驗收翌日起算180日清點統計移栽樹木存活率，即謂其所為認定有誤判之情；是上訴人前開所辯，尚不可取。故被上訴人抗辯得依系爭契約約定，扣除未達存活標準之樹種價金36萬9600元，亦屬有據。

㈢綜上，上訴人第1階段工作確已完工並無瑕疵，惟被上訴人任意終止系爭契約，不完成驗收，自屬以不正當行為阻止完成驗收之不確定事實發生，類推適用民法第101條第1項規定，視為上訴人已完成第1階段工作並完成驗收，而被上訴人終止系爭契約後，即禁止上訴人進入園區，上訴人無從依約完成180天養護，然被上訴人既於102 年3 月11日、同年月12日就第1階段工作移栽樹木之存活率進行清點統計，應認上訴人亦已完成第2階段工作，故上訴人得請求被上訴人給付承攬報酬300萬元。又上訴人固得請求被上訴人給付承攬報酬300萬元，惟上訴人第1階段逾期完成，應於應付價金中扣抵逾期違約金60萬元；且上訴人雖得請求第2階段報酬120 萬元，然被上訴人得依系爭契約約定，扣除未達存活標準之樹種價金36萬9000元；則經扣除逾期違約金60萬元、未達存活標準之樹種價金36萬9000元後，上訴人尚得請求承攬報酬203萬1000元（300萬元－60萬元－36萬9000元＝203萬1000元）。

㈣上訴人請求被上訴人返還履約保證金15萬元，是否有據？

1.觀諸系爭契約第11條第1 項第2 款約定：「保證金之發還情形如下：…2.履約保證金於履約驗收合格且無待解決事項後30日內無息發還」（見原審卷㈠第10頁反面），是於系爭契

約「履約驗收合格」且「無待解決事項」後30日內，被上訴人應返還上訴人繳交之履約保證金15萬元。

2.被上訴人雖抗辯上訴人逾期完成系爭契約第1階段工作，既須給付逾期違約金60萬元，就履約保證金15萬元，應先扣抵上開逾期違約金，不得逕行發還云云。惟上訴人第1階段工作確已完工並無瑕疵，其亦已完成第2階段工作，且於得請求之報酬300萬元，已扣除逾期違約金60萬元，業如前述，自無須以履約保證金再為扣抵，被上訴人就系爭契約尚有何「待解決事項」，亦未具體說明及舉證證明，是其前開所辯，即不可取。故上訴人請求被上訴人返還履約保證金15萬元，自屬正當。

3.從而，上訴人請求被上訴人給付218 萬1000 元（203 萬1000 元＋15萬元＝218 萬1000 元），及自起訴狀繕本送達之翌日即103 年1 月24日（見原審卷㈠第66頁）起至清償日止，按年息5 %計算之利息，核屬有據。

五、上訴人請求被上訴人給付斷根費用75萬4500元，是否有據？

㈠觀諸系爭契約第15條第1項、第2項、第 3 項分別約定：「機關於必要時得於契約所約定之範圍內通知廠商變更契約（含新增項目），廠商於接獲通知後應向機關提出契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容須變更之相關文件」、「廠商於機關接受其所提出須變更之相關文件前，不得自行變更契約。除機關另有請求者外，廠商不得因前項之通知而遲延其履約責任」、「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變更或僅部分辦理者，應補償廠商所增加之必要費用」等語（見原審卷㈠第13頁），是須上訴人所施作者為變更契約（含新增項目）之事項，且其提出須變更之事項，為被上訴人前即請求上訴人先行施作或供應，上訴人始得請求所增加之必要費用，且於被上訴人接受其所提出須變更之相關文件前，亦不得自行變更契約。

㈡上訴人雖主張被上訴人有要求其追加施作斷根作業，致伊支出斷根費用74萬5500 元，依系爭契約第15條第3 項約定，被上訴人應給付伊此部分系爭契約範圍外增加之必要費用云云。惟查：

1.被上訴人前於99年10月間，先行委請其他廠商辦理第1階段樹木斷根作業，有上訴人提出前案之驗收證明書可參（見原審卷㈠第174頁），是系爭採購案於投標期間已「斷完主根以外之根莖」，並於備註欄第11條第2款記載「已完成斷根作業」等語（見原審卷㈠第20頁），上訴人本件請求之斷根費用為「切斷主根並重新覆上土球」（見本院卷㈠第53頁上訴人書狀三㈣）；又系爭採購案第1階段工作內容係於101年3 月30日以前依移栽運輸計畫，將中壢龍山營區採購標的完成移栽至前開8處營區，有如前述，上訴人自陳被上訴人於招標時有檢附採購明細表（見本院卷㈡第89頁），於開工前之101年2月20日會議紀錄「會議決議事項」第5條並載有「本案之斷根及移栽商自備發電機及水源」（見原審卷㈠第22頁反面），表明系爭契約之施作範圍包括斷根作業在內，備註欄第12條第3款亦記載「移栽時搬移至新栽種地，種植土坑挖起完成將樹木種下後，覆土之土方須以沃土回填，以確保移栽存活率」等語（見原審卷㈠第20頁），所指「種植土坑挖起完成」、「覆土之土方須以沃土回填」，應即「切斷主根並重新覆上土球」之意，參以原審就本件斷根作業是否為系爭契約範圍工程項目乙節，向桃園市景觀工程商業同業公會函詢之結果，經該公會以106 年4 月9 日(106)桃市景字第106011號函覆略以：「㈠需依樹木種類，移植季節而定，有的樹種可以直接移植，但為提高樹木移植成活率，最好採取斷根。㈡有的樹種高100 公分樹莖10公分亦無粗大樹根，如庭園樹木種植年代已久，樹高100 公分直徑可能低於10公分，亦有較粗大根系，以上述說法即為正確，可確保樹木較不易傾倒…等。1.必然需切斷主根及粗大樹根，並得重新包裹土球。2.是極為正確作法。㈢以上為景觀樹木移植之

慣例，前上所述是極為正確」等語（見原審卷㈢第89頁），亦認移栽工程「必然需切斷主根及粗大樹根，並得重新包裹土球」，是被上訴人抗辯本件斷根作業為系爭契約範圍，尚非無憑。

2.又本院依兩造聲請，再就斷根費用是否為系爭契約範圍乙節，囑請鑑定單位進行鑑定，上訴人先後聲請臺北市園藝花卉商業同業公會（下稱北市花卉公會）、中華民國園藝花卉商業同業公會全國聯合會（下稱全國花卉公會）鑑定，被上訴人先聲請臺灣省土木技師公會鑑定，嗣改聲請中華民國景觀工程商業同業公會全國聯合會（下稱景觀公會）鑑定，經前開鑑定單位回覆後，兩造另有聲請補充詢問。觀諸北市花卉公會之鑑定意見略以：「依所附採購明細表：第5頁第11項其他第2項，本案標的物位於中壢龍山營區，已完成斷根作業」、「兩造間是契約關係，合約上的爭議非我園藝花卉商業同業公會鑑定的範疇」等語（見本院卷㈠第271至273頁、第311頁）；景觀公會之鑑定意見略以：「斷根作業應為系爭契約應執行內容」等語（見本院卷㈠第321至347頁），因前開鑑定檢附之現場照片部分有誤，本院經兩造確認後，提供正確之現場照片送請補充鑑定，景觀公會仍函覆略以：「1.依貴院提供之前案斷根照片判斷其斷根作業應正確完成無誤。2.前案部分米徑(離地1糸處樹幹直徑)較大（一般為米徑230cm)保留支撐根亦為正確斷根作業（附件二）。待移植作業之挖掘根球時將與底部主根斷根球時同時處理。3.故上訴人所稱進行之斷根作業實為挖掘根球作業之斷底部主根斷根球作業，應為本案契約應執行內容」（見本院卷㈠第463頁）；全國花卉公會之鑑定意見略以：「按移植慣例，切斷樹根留設之粗根，屬本案執行之項目，然斷根及移植分屬兩家廠商施工，被上訴人未於標單加註施工說明書說明，告知前案完成之現場狀況，約定為施工之其一要件，無法以慣例作為心證」（見本院卷㈠第465至531頁）；足見前開鑑定單位亦皆認本件斷根作業為系爭契約範圍，兩

造就此部分應依系爭契約之約定。則參以上訴人自陳其未依系爭契約第15條第3款約定，於變更前以書面提出變更事項，亦未依原通知辦理契約變更或僅辦理部分變更，兩造無書面記錄並未簽名蓋章等語（見本院卷㈡第89至90頁），若上訴人有於系爭契約範圍外增加必要費用，自無未向被上訴人提出變更事項要求補償之理；故其依系爭契約第15條第3款約定請求斷根費用，並不可取。

㈢綜上，本件斷根作業為系爭契約範圍，則斷根費用並非系爭契約範圍外增加之必要費用；故上訴人依系爭契約第15條第3款請求斷根費用，即屬無據。

六、從而，上訴人依系爭契約約定，請求被上訴人給付其218 萬1000 元【203 萬1000 元（承攬報酬）＋15萬元（履約保證金）＝218 萬1000 元】，及自起訴狀繕本送達翌日即103 年1 月24日（見原審卷㈠第66頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。原審就前開應准許部分，判命被上訴人如數給付，並駁回上訴人其餘之訴，核無不合。兩造各自就其敗訴部分，指摘原判決不當，求予廢棄改判，均無理由，應分別駁回其上訴。

七、本件事證已明，兩造其餘攻防方法及所用之證據，經本院斟酌後，認均不足以影響判決之結果，不再逐一論列。又上訴人雖再聲請傳訊全國花卉公會之鑑定人林俊宏，欲詢問斷根作業及斷根費用等事項；然系爭契約之施作範圍包括斷根作業在內，上訴人依系爭契約第15條第3款請求斷根費用，並不符合契約約定，業經本院認定如前，且全國花卉公會亦已函覆本院「按移植慣例，切斷樹根留設之粗根，屬本案執行之項目」等語（見本院卷㈠第465頁），核無再行傳訊鑑定人林俊宏以究明上情之必要。

八、據上論結，本件兩造之上訴，均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　9　　日

民事第十四庭

審判長法　官　蔡和憲

法　官　湯千慧

法　官　邱靜琪

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）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。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　9　　日

書記官　張淨卿

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。