臺灣南投地方法院民事判決

106年度建字第4號

原　　告　經濟部水利署第四河川局
法定代理人　李友平
訴訟代理人　吳莉鳶律師
被　　告　久鈺營造有限公司
法定代理人　邱秀鳳
訴訟代理人　楊佳勳律師

上列當事人間返還不當得利等事件，本院於民國108年1月22日言詞辯論終結，茲判決如下：

主　文

被告應給付原告新臺幣肆佰貳拾捌萬參仟陸佰玖拾參元及自民國一百零六年五月十一日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔十分三，餘由原告負擔。

本判決第一項於原告以新臺幣壹佰肆拾參萬元供擔保後，得假執行；但被告如以新臺幣肆佰貳拾捌萬參仟陸佰玖拾參元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

一、原告起訴主張略以：

㈠原告為辦理「濁水溪竹山護岸防災減災工程」（下稱系爭甲工程），於民國104 年3 月9 日依政府採購法之規定辦理公開招標並由被告得標，嗣兩造於104 年3 月19日就系爭甲工程簽立書面工程契約書（下稱系爭甲契約），約定開工日為104 年3 月28日，預計竣工日為104 年7 月25日，契約金額原為新臺幣（下同）832 萬元，嗣於104 年7 月間辦理變更工程，延長護坦工，變更後之工程款增為11,752,098元，被告於104 年7 月25日申報竣工，原告於104 年8 月6 日驗收完畢，結算工程款金額為11,167,492元，原告已依結算金額付清工程款。另原告為辦理「濁水溪富州堤防固床保護工防

災減災工程」（下稱系爭乙工程），於104 年2 月25日依政府採購法之規定辦理公開招標並由被告得標，兩造於104 年3 月9 日就系爭乙工程簽立「濁水溪富州堤防固床保護工防災減災工程」書面工程契約書（下稱系爭乙契約），約定開工日為104 年3 月10日，預計竣工日為104 年7 月22日，契約金額原為2,416 萬元，嗣於104 年7 月7 日辦理第一次變更設計，變更後之工程款為25,957,331元，被告已於104 年7 月28日竣工，原告並於104 年8 月3 日驗收完畢，結算工程款金額為24,786,000元，原告已依結算金額付清工程款。

㈡又社團法人中華民國建築技術學會（稱鑑定單位）鑑定報告（下稱鑑定報告）附件十三及附件十四所示經濟部水利署施工規範第03310 章結構用混凝土均列為系爭甲、乙契約之附件（下分別稱系爭甲施工規範第03310 章、系爭乙施工規範第03310 章，合稱系爭施工規範第03310 章），核屬系爭甲、乙契約之一部分內容。系爭施工規範第03310 章關於結構用混凝土應符合中華民國國家標準CNS 1240且規定：「除契約另有規定外，本工程混凝土禁止使用再生粒料」、「除契約另有規定外，結構混凝土禁止添加使用輕質粒料」等語。而上開輕質粒料係指由高爐碴、黏土、矽藻土、飛灰、頁岩或板岩等，經膨脹、煅燒或燒結所得之粒料。另被告在施作混凝土之相關工項時，須依系爭甲、乙契約之約定在施工前檢送預拌混凝土配比書予原告審核，且經原告監造單位審查原則同意後，始可開始施工。

㈢惟被告施作之混凝土經臺灣省土木技師公會鑑定並經鑽心取樣檢測後，認被告施作之混凝土摻有非天然粒料，該化學成分與電弧爐氧化碴類物質相似；系爭乙工程施作之混凝土則有使用添加爐碴粒料，該粒料係轉爐細粒料爐石及電弧爐粗粒料爐石，一般不建議使用於混凝土中。又本案經鑑定單位鑑定後，亦認被告所摻入之粒料為煉鋼副產品，俗稱爐碴，惟無法判別屬何種爐碴。足見被告使用之混擬土原料含有非天然粒料之爐碴成分。則被告未經原告同意即使用與系爭施

工規範第03310章不符之非天然粒料之爐碴，核與契約之約定不符，且原料配比亦未符合送審之資料，被告顯未依債之本旨為給付，致原告受有支出如附件一之損害5,990,106元及附件二之損害8,066,201元，共計14,056,307元，故原告得依民法第227條規定請求被告給付14,056,307元之損害賠償。

㈣再者，被告施作之混凝土工項，除依系爭甲、乙契約約定應符合一定之強度及抗壓性等安全要求以外，尚約定被告使用之預拌混凝土原料須符合系爭施工規範第03310章關於設計、規格及品質等要求，被告始完成契約內容，原告方有給付該工項報酬之義務。惟被告未經原告同意使用與系爭施工規範第03310章不符之非天然粒料之爐碴，被告之法定代理人在臺灣彰化地方檢察署（下稱彰化地檢署）偵查中亦自承其明知所使用之混凝土原料及配比與送審之資料不符，且被告變更混凝土配比亦未重新送審，足見被告顯係故意不告知其使用摻有爐碴及配比不符之瑕疵，則民法第498條所定之1年期間應延長為5年，復因系爭甲、乙工程已完工而無法拆除重新施作，致原告受有如前述之損害，原告自得依民法第495條第1項向被告請求14,056,307元損害賠償。

㈤此外，依系爭甲、乙契約之約定，兩造就預拌混凝土工項係以數量及單價為整體約定，並未就使用之原料細分為水泥、飛灰、爐石、細骨材、3/4石、3/8石等細項價格，且依系爭甲、乙契約之附錄「廠商未依契約圖說施工之處理方式」規定，不符合約定之材料均不予計價並得依該不符合材料價金百分之10作為懲罰性違約金。因此，被告關於施作前述含有煉鋼副產品瑕疵之工項即不應予計價，惟被告就系爭甲、乙工程均已受領工程款，則原告得依不當得利之規定請求被告返還溢領工程款及給付違約金，共計14,056,307元。

㈥爰依系爭甲及乙契約之約定、民法第227條、第495條第1項、第179條等規定提起本訴，請求擇一為有利原告之判決。並聲明：被告應給付原告14,056,307元及自民事起訴狀繕

本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息；願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則抗辯略以：

㈠原告在進行公開招標時，關於預拌混凝土之材料並未特別約定或有其他規格、材質等要求。又系爭甲、乙契約第9條第22項固約定：系爭甲、乙工程使用之混凝土材料應依系爭施工規範第03310章辦理，惟系爭施工規範第03310章並未明文約定使用預拌混凝土之粒料，亦未禁止以爐碴作為混凝土之粗、細粒料。復依系爭甲、乙契約之詳細價目表、單價分析表，工作項目等資料所示，兩造僅就被告施作預拌混凝土之強度及以每立方公尺之單價為約定，並未就預拌混凝土之粒料再行區分單價，足見兩造僅約定預拌混凝土每立方公尺之抗壓強度及單價，並未就預拌混凝土之配比及粒料即水泥、粗粒料、細粒料、其他摻料等個別規格及單價另行約定，亦未限制混凝土使用之粗、細粒料。

㈡又系爭甲、乙契約第16條第2項約定之瑕疵係指損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等情形，惟系爭甲工程經財團法人臺灣營建研究院鑑定後，抗壓強度為合格，復經臺灣省土木技師公會鑑定後，認尚無混凝土耐久性及強度不足之虞。復依鑑定機關之鑑定結果，亦認定被告摻入混凝土之粒料，非屬有害物質，亦非有害事業廢棄物，則被告施作之預拌混凝土具有良好之耐久性，且工程已完工3年以上，鑽心後初步檢測試體外觀均無異常且具體積穩定性。另系爭甲工程所施作之消波塊，已於104年8月6日驗收完畢，迄今已逾2年期間，歷經颱風、豪雨、洪水沖刷，混凝土之抗壓強度仍符合契約要求之強度，並無耐久性不足之問題，足見系爭甲、乙工程並無系爭甲、乙契約所定之瑕疵情形。

㈢再者，系爭甲、乙契約並未約定預拌混凝土之配比，亦無約定材料規格。系爭甲、乙契約約定混凝土之抗壓強度為175kg/cm2、210kgf/cm2，而混凝土配比設計表，乃為混凝土之材料依一定比例摻料拌和而成，目的在符合工程設計之抗壓

強度及不含海砂成份。故在混凝土之抗壓強度符合契約要求及未含海砂成份且無系爭甲、乙契約所定之瑕疵等情形下，被告在製程中在採用可資源化再利用材料前雖疏未依系爭施工規範第03310 章向原告報備，惟並未等同被告施作之預拌混凝土有瑕疵，即無所謂被告故意不告知瑕疵之情形存在。

㈣另系爭甲、乙契約並未將CNS 1240納入契約作為附件。又關於「廠商未依契約圖說施工之處理方式」係適用在工程施工中檢驗或完工驗收（含初驗）時之規定，惟系爭甲、乙工程均已驗收完成，並無與契約圖說規定不符之缺失，且系爭甲、乙工程已驗收完成，應無再適用「廠商未依契約圖說施工之處理方式」之餘地，原告即不得依「廠商未依契約圖說施工之處理方式」扣除差價及請求懲罰性違約金，則被告自得依約受領工程款，並無不當得利之情形。

㈤此外，系爭甲、乙工程分別於104 年8 月6 日、8 月3 日驗收完成，原告遲至106 年5 月5 日提起本訴，已逾民法第498 條所定1 年除斥期間，即不得依民法第498 條請求損害賠償，亦不得另依不完全給付規定請求損害賠償。並聲明：原告之訴及假執行之聲請均駁回；如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事項：

㈠兩造於104 年3 月19日就系爭甲工程簽立系爭甲契約，約定開工日為104 年3 月28日，預計竣工日為104 年7 月25日，契約金額原為832 萬元，嗣於104 年7 月間辦理變更工程，延長護坦工，變更後之工程款增為11,752,098元，被告於104 年7 月25日申報竣工，原告於104 年8 月6 日驗收完畢，結算工程款金額為11,167,492元，原告已依結算金額付清工程款。

㈡兩造於104 年3 月9 日就系爭乙工程簽立系爭乙契約，約定開工日為104 年3 月10日，預計竣工日為104 年7 月22日，契約金額原為2,416 萬元，嗣於104 年7 月7 日辦理第一次變更設計，變更後之工程款為25,957,331元，被告已於104

年7月28日竣工，原告並於104年8月3日驗收完畢，結算工程款金額為24,786,000元，原告已依結算金額付清工程款。

㈢彰化地檢署檢察官以被告法定代理人涉嫌詐欺等罪嫌，依法提起公訴（案號：彰化地檢署105年度偵字第2874、2913、3853、3854、4982、4929、5698、5800、5882、5883號），現由臺灣彰化地方法院（下稱彰化地院）審理中（案號：彰化地院105年度訴字第344號）。

四、兩造爭執之事項：

㈠兩造就系爭甲、乙契約，有無特別約定被告施作之預拌混擬土有設計或規格上之要求？其約定之品質為何？

㈡被告就系爭甲、乙工程所使用摻入粒料之混凝土是否符合系爭甲、乙契約之約定？依被告使用摻入粒料之混凝土，被告施作後之混凝土工程，是否達到系爭甲、乙契約之要求？

㈢原告主張依民法第227條、第179條、第495條第1項及系爭甲、乙契約請求被告負賠償責任及違約金，有無理由？

㈣被告關於系爭甲、乙工程使用摻入粒料之混凝土，合理之工程費用為何？與原設計工項單價計算工程款，有何差異？原告請求如附件一及附件二之扣款金額計算表，是否合理？合理之金額應為多少？

㈤原告之請求權是否已罹於時效？

五、本院之判斷：

㈠兩造於104年3月19日就系爭甲工程簽立系爭甲契約，約定開工日為104年3月28日，預計竣工日為104年7月25日，契約金額原為832萬元，嗣於104年7月間辦理變更工程，延長護坦工，變更後之工程款增為11,752,098元，被告於104年7月25日申報竣工，原告於104年8月6日驗收完畢，結算工程款金額為11,167,492元，原告已依結算金額付清工程款。兩造另於104年3月9日就系爭乙工程簽立系爭乙契約，約定開工日為104年3月10日，預計竣工日為104年7月22日，契約金額原為2,416萬元，嗣於104年7月7日辦

理第一次變更設計，變更後之工程款為25,957,331元，被告已於104 年7 月28日竣工，原告並於104 年8 月3 日驗收完畢，結算工程款金額為24,786,000元，原告已依結算金額付清工程款等情，為兩造所不爭，堪認屬實。

㈡按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。民法第98條定有明文。又解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解（最高法院17年上第1118號判例參照）。原告主張兩造就系爭甲、乙契約，已在系爭施工規範第03310 章特別約定被告施作之預拌混擬土有設計及規格、品質等要求等情，為被告所否認並辯以前詞。經查：

1.觀諸系爭甲、乙契約第1 條（契約文件及效力）第1 項：契約文件包括招標文件及其變更或補充；投標文件及其變更或補充；決標文件及其變更或補充；契約本文（含附錄）、附件及其變更或補充（契約附件：投標須知、開決標紀錄表、施工補充說明書、規範、經費總表、詳細價目表、單價分析表、圖說）；依契約所提出之履約文件或資料（如施工預定進度表、保證書、領款印模單等相關文件）。第4 條第1項：工程中查驗、部分驗收或完成驗收（含初驗）結果與規定不符，除契約另有規定外，依附錄「廠商未依契約圖說施工之處理方式」規定辦理。又第9 條第22項：系爭甲、乙工程使用之混凝土材料應依系爭甲、乙施工規範第03310 章辦理等語（見本院卷一第24頁至第25頁、第27頁、第35頁至第36頁、第94頁至第95頁、第97頁、第105 頁至第106 頁）。足見系爭甲、乙契約所附之詳細價目表、單價分析表、契約設計圖說、系爭施工規範第03310 章、廠商未依契約圖說施工之處理方式等，均列為契約文件之一，並為系爭甲、乙工程使用之混凝土材料之規範。

2.關於系爭甲工程，依詳細價目表「項次壹.1、2 」所示之「項目及說明」欄記載「主工程」為「20t 混凝土塊、數量17

6塊」、「15t混凝土塊、數量324塊」（見本院卷一第58頁），單價分析表所示之「工料名稱」欄記載「175kg/ cm2預拌混凝土」（見本院卷一第58頁、第62頁）。關於系爭乙工程，依詳細價目表「項次一.9、10及22」所示之「項目及說明」欄記載「結構用混凝土，預拌210kg/cm2 」，設計數量為1,913立方公尺；「結構用混凝土，預拌175kg/cm 2」，設計數量為1546立方公尺；「15T混凝土塊製作費」，設計強度為210kgf/cm2，設計數量為190塊。用於20t混凝土塊及15t混凝土塊，設計強度為175kgf/cm2（見本院卷一第129頁至第146頁）。足見系爭甲、乙契約就系爭甲、乙工程，依詳細價目表、單價分析表乃有針對被告施作之混凝土有設計、規格、強度、數量等要求。

3.另就系爭甲、乙契約就被告施作之混凝土之材料及品質之部分，依系爭施工規範第03310章第1條規定，係就所有地下及地上構造物場鑄混凝土之供應、運送、澆置、搗實、表面修飾、保養，包括混凝土接縫、止水帶，及「混凝土使用之材料」、設備、施工、檢驗等為相關規定。其中：⑴關於系爭甲工程之混凝土品質，主要係規範在系爭甲施工規範第03310章第1.5.6（再生粒料）、2.1（材料）、2.1.2（粒料之一般規定）、2.1.3（細粒料）、2.1.4（粗粒料）、2.2.2（新拌混凝土）、2.2.3、3.7.1、3.7.2、3.7.3、3.7.4、3.7.5、3.7.6、3.8.1、3.8.3、3.8.5。⑵關於系爭乙工程之混凝土品質，主要係規範在系爭乙施工規範第03310章第3.7.1、3.7.4、3.7.6、3.8.2、3.8.4、3.8.8。惟遍觀系爭施工規範第03310章並無關於環保砂之定義，僅系爭甲工程有關於再生粒料之規定，其品質應符合如鑑定報告附件十四所示CNS 1240混凝土用粒料關於1.4、1.4.1、1.4.2、1.4.3、1.4.4等規定。則就系爭甲、乙工程施作之混凝土，依上開規定，乃有配比設計、材料要求、水泥規格、粒料規格、水規格、混凝土化學摻料規格、爐石粉飛灰規格、新拌混凝土中最大水溶性氯離子含量、

新拌混凝土坍度許可差、混凝土圓柱試體取樣及製作、養護、混凝土鑽心試體取樣，其中鑽心式體有試體抗壓強度及平均強度低於設計強度之比例者，判定該組試體所代表之混凝土數量為不合格。

4.基上，依兩造上開契約及屬契約一部之相關規範等情形，足見原告締約之目的，乃非常著重預拌混凝土之品質、強度、配比、材料、粒料之規格，尤其是系爭甲工程關於再生粒料另有特別約定應符合CNS 1240關於1.4 、1.4.1 、1.4.2 、1.4.3 、1.4.4 等規定。

㈢原告主張被告就系爭甲、乙工程使用之混擬土原料含有非天然粒料之爐碴成分，則被告未經原告同意即使用與系爭施工規範第03310 章不符之非天然粒料之爐碴，核與系爭甲、乙契約之約定不符，且原料配比亦不符合送審之資料等情，為被告所否認並辯以其就系爭甲、乙工程所使用摻入粒料之混凝土乃符合系爭甲、乙契約之約定，且有達到系爭甲、乙契約之抗壓強度要求等語。經查：

1.本案經兩造合意送鑑定單位鑑定，鑑定結果認被告所摻入之料粒，依試體破碎料粒及化性分析結果（XRF 及XRD ），含有高量鐵成分（Fe：24至34% 、Ca：25至30% 、Si：8 至10% 、AI：2 至4%），與一般石砂石主要成分為二氧化矽有明顯差異，其鐵含量推估來源與煉鋼製程有關，應為煉鋼副產物，俗稱爐碴。又依臺灣鋼鐵工業同業公會網站介紹各類煉鋼爐石化學組成比對，被告就系爭甲、乙工程所摻入之粒料成份類似電弧爐氧化碴，惟不完全在其範圍內，碳鋼及不銹鋼之電弧爐氧化碴性質亦不相同，乃無法判別屬何種爐碴。然被告摻入之粒料，依CNS 1240混凝土用粒料1.4 等可資源化再利用之固態一般事業廢棄物進行認定，符合毒性特性溶出程序（TCLP）檢測結果乃符合環保署公告「有害事業廢棄物認定標準」，非為有害事業廢棄物，且其輻射量經VICTOR EEN-190 儀器檢測後，並無危害；耐久性依CNS 14795 以通過電荷量評估氯離子穿透性屬甚低等級，而具有良好之耐久

性；又被告已完工1 年以上，鑽心後初步檢測試體外觀，並無異常，復經以游離二氧化鈣（free -CaO ）在高溫下加速反應之特性下，將鑽心試體經高溫水煮98小時，觀察鑽水試體表面無爆突膨脹情形，其具體積穩定性（見鑑定報告第63頁至第65頁）。足見被告就系爭甲、乙工程所摻入之料粒，應為煉鋼副產物，惟非有害物質，且具有良好之耐久性及具體積穩定性。

2.又本件經鑑定單位為鑽心試體抗壓強度試驗結果均符合設計強度，兩造爭執之重點僅在於被告所摻入之料粒因摻有煉鋼副產物，非屬天然粒料，是否符合系爭甲、乙契約之約定。而天然粒料，依系爭甲施工規範第03310 章第2.1.2 規定，應取自河川或陸地，不得取自海濱或自海中抽取，粗粒料材質應使用碎石或天然礫石或碎石及天然礫石之混合料；再生粒料，依系爭甲施工規範第03310 章第1.5.6 規定，係指由建築物或其他混凝土構造物拆除之廢棄混凝土與陶瓷類材料，經適當處理所產製而成。其中，關於系爭甲工程之部分，被告所摻入之料粒因摻有煉鋼副產物，非屬系爭甲施工規範第03310 章第2.1 、2.1.2 所列天然料粒或再生粒料材料範圍；又依系爭施工規範第03310 章第2.1.2 、2.1.3 、2.1.4 等規定，被告摻入之粗細料粒依前開鑑定結果，雖非屬有害物質，惟依CNS 1240 1.4.4規定，材料採用前，須經工程業主即原告之認可或同意，然未見有何原告認可或同意之文件，即與CNS 1240規定不符。另關於系爭乙工程之部分，被告摻入之粗細料粒依鑑定結果，固認非屬有害物質，惟依CNS 1240 1.4.4規定，材料採用前，須經工程業主即原告之認可或同意，惟未見有何原告認可或同意之文件，即與CNS 1240規定不符。

3.基上，被告所摻入之料粒因摻有煉鋼副產物，非屬天然粒料，在被告使用摻入粒料之混凝土，其強度符合契約之設計要求之前提下，就系爭甲工程之部分，其品質符合CNS 1240之規定，非屬有害物質，惟非屬系爭施工規範第03310 章2.1

、2.1.2 所列天然粒料或再生粒料，難認已達系爭甲契約之要求，且未見原告認可或同意之文件，亦核與CNS 1240規定不符；另就系爭乙工程之部分，其品質固亦符合CNS 1240規定，非屬有害物質，惟未見原告認可或同意之文件，亦核與CNS 1240規定不符。是原告主張被告未經其同意而在系爭甲、乙工程使用之混擬土原料含有非天然粒料之成分，與系爭甲、乙契約之約定不符等節，應屬可採。

㈣按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同。民法第179 條定有明文。又依廠商未依契約圖說施工之處理方式規定：如與契約圖說規定不符部分，經檢討其不影響結構安全、原設計功能需求、美觀及拆換確有困難，廠商得提出申請並出具安全切結書，經業主審核同意不必拆換或拆除重做，且屬材料之材質不符合規定者，除該不符合部分之材料不予計價外，並依該不符合材料價金之百分之10作為該項缺失之懲罰性違約金等語（見本院卷一第67頁、第151 頁）。足見依上開規定，若被告提供不符合材料之規定，若不影響結構安全、原設計功能需求，被告仍得提出申請並出具安全切結書，經原告同意後，即不必拆除重做，且該不符合規定之材料不應計價及依該部分課以百分之10懲罰性違約金。原告主張被告關於施作前述摻有煉鋼副產物之工項，依廠商未依契約圖說施工之處理方式規定，除該不符合規定之材料不予計價外，並應依該不符合材料價金之百分之10作為懲罰性違約金，故請求被告返還已受領該工項之工程款及給付懲罰性違約金等語。經查：

1.被告提供之粒料在系爭甲工程中，未符合系爭甲施工規範第03310 章2.1 、2.1.2 所列天然粒料或再生粒料之規定，且在系爭甲、乙工程中均未見有何原告認可或同意之文件等情，已如上述，則被告就系爭甲、乙工程施作之混凝土材料之部分材質不符合規定乙節，應堪認定。又「混凝土」係由水泥、粗粒料（含天然粒料與再生粒料）、細粒料、水及摻料

等，按規定比例拌和而成，必要時得摻用化學摻料或其他摻料。足見「粒料」僅係組成混凝土材料之一部分，並非全部材料。另關於被告摻入粒料之混凝土，僅有材料費用之差異，其施工過程之作業、人力、設備等仍需按正常混凝土施工程序辦理，並無不同。再者，被告雖在施工前未經原告認可或同意所摻入之再生料粒雖不符合契約規定，惟其餘材料，例如：水泥、飛灰、爐石粉仍符合契約設計之約定。則被告所提供之材料是否均未符合契約規定之材料而全部不應予計價乙節，尚非無疑。

2.本院審酌被告施作之混凝土，其強度符合契約之設計要求，且被告所摻入之粒料因摻有煉鋼副產物，固非屬天然粒料，惟其品質符合CNS 1240之規定，非屬有害物質，且有達系爭甲、乙契約之強度要求，復經原告驗收合格等情，業如前述，則兩造除被告所摻入對粒料含有煉鋼副產物之爭議外，被告已依約履行其餘部分且驗收完成，故認原告所使用之粒料應不宜視為均不符合材料之規定，乃不宜將被告施作之混凝土全部材料費用全部均予扣除，而應以被告所摻入之煉鋼副產物粒料之使用量計算其價差後，再予以扣除而不予計價，始符合契約之真意。

3.又本件經送鑑定機關鑑定後，認定就系爭甲工程價差之情形如附件三所示編號㈠、㈢至㈦共計1,860,790 元（計算式：1,1,475,817+54,351+158,470+84,432+8,000+79,720=1,861,860,790 ，其中編號㈥鑽心試體費用8,000 元、編號㈦臺灣營建研究院檢驗費79,720元，應可歸責被告，故納入原告可請求返還之範圍）、系爭乙工程價差之情形如附件四所示編號㈠至㈣共計2,093,750 元（計算式：1,815,712+22,120+156,216+99,702=2,093,750 ）（見鑑定報告第48頁至第49頁、第68頁至第79頁）。而鑑定機關係依被告之供應商中泰預拌混凝土股份有限公司所提送之混凝土配比設計表，並參考財團法人臺灣營建研究院「營建物價」期刊104 年5 月107 期、經濟部礦物局調查各縣市砂石產量及價格情形、訪談

南投預拌廠商預拌混凝土運輸成本及管銷、稅捐成本，推估預拌混凝土當時之市場合理售價，再按系爭甲、乙契約與市場行情之比例，換算當時該設計強度混凝土中粒料骨材成本，並依煉鋼副產物添加比例扣除煉鋼副產物之單價（即添加之煉鋼副產物不計算單價），計算暫估系爭甲、乙工程所用混凝土之單價，並重新計算系爭甲、乙工程之價差，故認該鑑定報告應屬可採。而原告業已結算系爭甲、乙工程之工程款且已付清工程款乙節，業如上述，則被告依廠商未依契約圖說施工之處理方式之規定，就上開摻入煉鋼副產物之粒料，不應予計價，原告自得依不當得利之規定，就系爭甲、乙工程分別請求被告返還上開已受領之1,860,790 元、2,093,750 元工程款。

4.再按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252 條定有明文。又公共工程或政府採購案，每多關係公務之執行，或公眾之福祉，故招標機關對於廠商工期之要求甚為嚴格，甚至特別花費相當監造費用，委託專業監造人，隨時檢視控管，是該契約違約金之適當性，更應考量訂約當事人對於公共利益維護之期待，妥慎審酌，更不得僅以招標機關本身所受損害，或所失利益為據。本院審酌系爭甲、乙工程為防災減災工程，首重公共安全，關於混凝土之材料應不得有妨害工程安全，而被告施作之工程有粒料不符合契約之情形，雖其功能尚符合契約規範所要求之功能，惟此再生粒料仍無法確定日後無其他瑕疵發生，或須原告花費人力、物力監測其效能，以維公共安全，足見就系爭甲、乙工程契約之履行結果仍具風險等情節，故認本件約定違約金並無過高之情事。是原告依廠商未依契約圖說施工之處理方式規定，就系爭甲、乙工程請求被告應分別給付上開不符合材料價金之百分之10懲罰性違約金即如附件三所示編號㈡147,582元、附件四所示編號㈤181,571元，應屬可採。

5.基上，原告得請求被告返還工程款及違約金合計4,283,693元（計算式：1,860,790 +2,093,750+ 147,582 +181,571=4

,283,693）。

㈤至原告另主張依民法第495條第1項、第227條規定請求被告應負損害賠償責任等語。惟按承攬人之瑕疵擔保責任固係無過失責任，不以承攬人具有過失為必要。若因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，則同時發生不完全給付之問題，此時定作人除得請求修補或解除契約或請求減少報酬外，並得請求損害賠償（民法第495條參照）。惟所謂承攬人之瑕疵擔保責任，民法第492條既規定：「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵」，自以承攬人完成之工作未具備約定之品質、減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用為前提。又因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利；債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害，民法第227條第1項、第231條第1項分別定有明文。是債務人所為之給付有瑕疵，且該不完全之給付可能補正者，債權人固得請求補正，並依民法第231條第1項規定請求賠償，惟其補正給付無確定期限者，債務人於行使上開損害賠償請求權，必先依民法第229條第2項或第3項規定，催告或定有期限催告債務人補正而未為給付後，債務人自受催告或自期限屆滿時起，負遲延責任，債權人亦於此時始得謂有該項損害賠償請求權存在。上開規定於定作人依民法第495條規定請求承攬人賠償損害時，亦同。申言之，定作人直接行使此項不完全給付責任之損害賠償請求權時，既非行使民法第493條所定瑕疵擔保責任之修補費用償還請求權，自應回歸民法債編通則有關「不完全給付」之規範，並適用同法第227條第1項之規定。因此，定作人對於有瑕疵之工作原得拒絕受領；倘已受領，並因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵，而該瑕疵為承攬人可能補正，其補正給付無確定期限者，若定作人已依民法第229條第3項規定，催告承攬人補正而未為給付後，承攬人自受催告時起即負遲延責任，定作人亦於此

時得謂有該項損害賠償請求權存在。此乃民法第495 條第1項所定之損害賠償請求權本係不完全給付責任性質所致。經查：被告所摻入之粒料因摻有煉鋼副產物，固有違契約之要求，惟其品質符合CNS 1240之規定，非屬有害物質，且有達系爭甲、乙契約之抗壓強度要求並具有良好之耐久性、體積穩定性，復經原告驗收合格等情，業如前述，則被告就系爭甲、乙工程施作之混凝土工項是否為系爭甲、乙契約第16條第2 項所定：瑕疵，包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等情形（見本院卷一第44頁、第114 頁），尚屬有疑。又依廠商未依契約圖說施工之處理方式規定，在檢討其不影響結構安全、原設計功能需求、美觀及拆換確有困難，亦得請被告提出申請並出具安全切結書，經業主審核同意不必拆換或拆除重做，且屬材料之材質不符合規定者，除該不符合部分之材料不予計價外，並依該不符合材料價金之百分之10作為該項缺失之懲罰性違約金，則本件自無原告向被告催告或定有期限催告被告補正而未為給付之情形，原告尚不得請求被告賠償因瑕疵所受之損害，即難謂對原告有上開損害賠償請求權存在。是原告此部分主張，即不足採。

六、綜上所述，原告依民法第179 條及依廠商未依契約圖說施工之處理方式等規定請求被告返還所受領工程款及違約金，應屬可採。從而，原告請求被告給付原告4,283,693 元及自民事起訴狀繕本送達翌日即106 年5 月11日起至清償之日止，按年息百分之5 計算之利息，應予准許；逾此範圍之請求，即非有據，應予駁回。

七、兩造均陳明願供擔保，聲請宣告假執行及免為假執行，就原告勝訴部分，經核均無不合，爰各酌定相當之擔保金額併准許之。至原告敗訴部分，其假執行之聲請，因訴之駁回而失所附麗，應併予駁回。

八、本案事證已臻明確，兩造其餘主張與攻擊防禦方法，經核均與本案判決結果無影響，爰不一一審酌，附此說明。

九、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　15　　日

民事第三庭　法　官　鄭順福

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。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　　108　　年　　3　　月　　15　　日

書記官　黃豔秋