臺灣雲林地方法院民事判決

107年度建字第6號

原　　告
即反訴被告　三聯發工程有限公司
法定代理人　鐘儀欽
訴訟代理人　許桂挺律師
被　　告
即反訴原告　雲林縣政府
法定代理人　張麗善
訴訟代理人　林再輝律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，本院於民國108 年3 月7 日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告新臺幣貳佰壹拾玖萬參仟肆佰伍拾貳元，及自民國一〇七年五月九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

反訴原告之訴及其假執行之聲請均駁回。

本訴訴訟費用由被告負擔十分之九，餘由原告負擔。

反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

本判決第一項於原告以新臺幣柒拾參萬元供擔保後，得假執行；被告如以新臺幣貳佰壹拾玖萬參仟肆佰伍拾貳元為原告預供擔保後得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、程序方面：

壹、按當事人之法定代理人其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人承受其訴訟以前當然停止；又第168 條至第172 條及前條所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，民事訴訟法第170 條、第175 條第1 項分別定有明文。經查，被告即反訴原告之法定代理人已於民國107 年12月25日由李進勇變更為張麗善，此事實於法院已顯著，並有中央選

舉委員會107 年11月30日中選務字第1073150509號公告在卷可憑（見本案卷一第549 至550 頁），而張麗善已於108 年1 月14日具狀聲明承受本件訴訟（見本案卷一第547 頁），依上開規定，張麗善所為承受訴訟之聲明，要屬合法，應予准許。

貳、按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴；又反訴之標的，如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，或非與本訴得行同種之訴訟程序者，不得提起，民事訴訟法第259 條、第260 條第1 項、第2 項分別定有明文。此所稱之「相牽連」，乃指為反訴標的之法律關係與本訴標的之法律關係間，或為反訴標的之法律關係與作為本訴防禦方法所主張之法律關係間，兩者在法律上或事實上關係密切，審判資料有其共通性或牽連性者而言。換言之，為本訴標的之法律關係或作為防禦方法所主張之法律關係，與為反訴標的之法律關係同一，或當事人兩造所主張之權利，由同一法律關係發生，或為本訴標的之法律關係發生之原因，與為反訴標的之法律關係發生之原因，其主要部分相同，方可認為兩者間有牽連關係（最高法院98年度台抗字第1005號裁定意旨參照）。經查，原告以其承攬被告所招標之「雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程土木標1-20m 道路擋土牆工程」（下稱系爭工程），業經完成驗收點交，訴請被告給付扣除工程保固金後之工程尾款新臺幣（下同）2,153,887 元及履約保證金262,500 元共計2,416,387 元，而被告雖自認系爭工程業已完成驗收點交，然主張原告有：㈠所屬施工人員於105 年4 月11日至同年月17日間，將系爭工程路面之土石及級配盜挖外運未完全回填；㈡未將原先設計有誤之擋土牆依約絞碎，逕埋入道路下方；㈢原告之專職安全衛生人員、工地主任及品管人員於105 年4 月11日至同年月17日施工期間未按規定到場；㈣原告未提出合法垃圾棄置場單據；㈤系爭工程0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗調整，致

減價1,900 元收受辦理而處以300 %之違約金等事由，必須依約扣款或賠償被告所受損害4,618,024 元，於扣抵原告所得請求之工程尾款及履約保證金後，已有不足，故請求駁回原告之訴及假執行之聲請，並於107 年10月22日具狀對原告提起反訴，請求原告應給付被告上開扣抵後之差額2,201,637 元，是兩造間之本訴與反訴請求，均係本於系爭工程契約關係所發生，亦即當事人兩造所主張訴訟標的法律關係及作為攻擊、防禦方法所主張之事項，係由同一契約法律關係所由生，應可認反訴標的之法律關係與本訴標的之法律關係兩者之間有牽連關係，且得行同種之訴訟程序，依上開規定及說明，被告於本訴繫屬中提起反訴，要屬合法，併予敘明。

乙、實體方面：

壹、本訴部分：

一、原告起訴主張：

㈠原告於104 年10月27日得標被告所招標之系爭工程，兩造於104 年11月5 日簽立契約書（下稱系爭契約），約定契約總價為1,050 萬元。嗣原告於104 年11月25日開工，105 年6 月4 日竣工，106 年6 月5 日經被告完成驗收，並於同年10月31日完成點交予被告。

1.依系爭契約第3 條第㈠項約定，關於契約價金之給付係依實際施作之項目及數量結算，而系爭工程於驗收完成後，經被告函覆原告，依被告所委任之監造單位即昌泰工程顧問有限公司（下稱昌泰公司）之計算：「結算書重新成立後結算金額：11,407,100元」，故系爭工程經結算，原告實際施作之金額為11,407,100元，惟被告於驗收完成前，僅給付3 期工程款共8,911,000 元，剩餘工程尾款2,496,100 元於其驗收完成後，卻拒不給付。

2.依系爭契約第14條約定，原告於得標系爭工程後，經繳交工程契約金額之10%即105 萬元之履約保證金予被告，而依該條第㈠項第1 點，履約保證金於工程進度達25%、50%、75%及驗收完成後，各發還原告25%。本件系爭工程既經被告

驗收合格，被告自應依上開約定返還25%之履約保證金即262,500 元。

3.依系爭契約第16條約定，系爭工程於驗收後由原告保固5 年，另依系爭工程採購投標須知第46條，由原告依結算總價3%之金額留存保固金，故本件原告自得向被告請領之工程尾款2,496,100 元中，其中342,213 元（計算式：11,407,100 × 3 % ＝342,213 ）尚應留存於被告作為工程保固金。

4.綜上，本件被告應給付原告之工程尾款2,496,100 元，扣除原告應留存之保固金342,213 元後為2,153,887 元，另加計被告應返還之履約保證金262,500 元，則被告應給付原告之金額共計2,416,387 元，爰依系爭契約第3 條第㈠項、第14條第㈠項第1 點起訴請求。

㈡關於被告主張扣抵金額部分：

1.被告主張原告之施工人員於105 年4 月11日至同年月17日間，將系爭工程路面之土石及級配盜挖外運，然僅少部分回填，造成現場路面土石及級配不足、路面不平等狀況，並影響日後AC（瀝青）路面鋪設。經送請臺灣省土木技師公會鑑定，被告得向原告求償金額為4,395,089 元。惟查：

⑴原告於系爭工程施工之範圍為路面旁之擋土牆，並不包含路面之施工，故被告辯稱原告之施工人員將「系爭工程路面」土石級配外挖盜運，並非系爭契約之履行標的，且外運之人並非原告公司人員，實不知究何所指？

⑵依被告所提臺灣省土木技師公會106 年9 月6 日（106 ）省土技字第3869號鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告書）第4 頁所載：「參、鑑定要旨」「一、檢測範圍內道路碎石級配及土方數量『與原土木標驗收工程』是否相同？不足位置、數量及求償金額」。然被告委託鑑定之「範圍內道路」（下稱系爭1-20m 道路）之「原土木標」（即雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程土木標）係於100 年10月6 日竣工，101年3 月26日驗收，隨即於同年7 月2 日發生道路旁擋土牆傾斜。被告另於同年2 月14日於系爭1-20m 道路發包「雲林縣

北港中國醫藥大學土方運輸回填整地標」（下稱「土方標」）進行上方之運輸回填整地。其後又於102年間就系爭1-20m道路發包「雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程景觀標」（下稱「景觀標」），於103年3月18日竣工，然於同年7月10日又發生擋土牆倒塌造成2人死亡，而致「景觀標」工程停止施工。被告又於同年5月6日就系爭1-20 m道路另發包「雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程土木標1-20m道路部分側溝加基礎修復及補強工程」（下稱「修復標」）。被告因前述103年7月間擋土牆倒塌致死事件與施作廠商解約，原告直至104年11月間因得標系爭工程，始進場施作擋土牆工程。由上述說明，可知被告委託鑑定之事項，既係系爭1-20m道路碎石級配及土方數量與「原土木標驗收工程是否相同」，而原土木標驗收係於101年3月26日，然原告及至104年11月25日始進場施工，期間不僅歷經3年8個多月，且被告於期間內就系爭1-20m道路又另發包前述之「土方標」、「景觀標」及「修復標」，由原告以外之其他廠商陸續進場施作。況原告係於被告與修復標廠商解約後，始承接修復標廠商遺留工區，並非承接「原土木標」於101年3月26日驗收工程之工區，系爭鑑定報告書之鑑定基礎存有問題。又昌泰公司負責人宋峋毅於107年12月12日提出書函內沒有現地勘查及點交紀錄，且依函附照片可以看出現場工區雜草叢生，根本沒有級配，級配就是小石頭，當時原告還沒有進場。另依證人張世良於鈞院審理時之證稱，其測量系爭1 -20m道路基準點不同，不代表高程有問題，設計前的基準點跟他做土方報告的基準點是一樣的，既然一樣怎麼會有問題，土木技師的基準點本來就會跟監造不同。則被告以101年3月26日「原土木標」驗收為標準，並以其後短少之土方碎石級配數量之修復金額，主張原告應予賠償並予扣抵原告工程款云云，顯不足採。

⑶依被告提出之昌泰公司105年11月14日昌泰雲字第105111401號函有關混凝土塊尚未絞碎的部分，已於系爭1-20m道路

左側線狀開挖，並混凝土塊絞碎完成，有雲林縣政府各級人員蓋章，所以這件工程後面才會驗收。且系爭1-20m 道路路面不是原告所挖，外包廠商在契約責任裡面是輔助人，在契約履行以外不是原告的受僱人，是第三人，怎麼可以把責任歸到原告。況被告欲委託鑑定之初，原告即於106 年3 月13日發函表示關於鑑定之標的及機關均應雙方合意，及應使廠商有提供資料及說明之機會，被告卻置若罔聞，被告提出之系爭鑑定報告沒有會同原告，且是全面鑑定系爭1-20m 道路路面，怎麼可以把責任歸到原告，故被告以其自行片面鑑定之結果主張扣抵原告之工程款，自難謂有理由。

2.被告雖主張原告之專職安全衛生人員、工地主任及品管人員於施工期間內之105 年4 月11日至同年月17日共7 日，未依規定到場云云。惟查，依營造業法施行細則第18條的規定，達到一定金額以上之工程才須設置工地主任，系爭工程依法無須設置「工地主任」，僅設有「工地負責人」，已經被告核准，並設有專職安全衛生人員及品管人員。依系爭契約之附錄1 至4 規定，上開人員須於「施工期間」在場，而所謂「施工期間」係指實際施工期間，並非「履約期限」，故系爭契約雖於第7 條約定「履約期限」為於開工日起180 日，且以日曆天計算，而非以工作天計算，然此為計算工期及有無逾越工期之問題，與實際施工無關，則於履約期限之日曆天內，原告究應於何日施工，本由原告自行調配考量。105 年4 月11日至同年月17日因雨天不能施工，並非施工期間，上開人員自毋庸到場，否則豈非上開人員於180 日曆天均須在場？如此豈合乎勞動基準法？豈合乎兩造契約約定？是被告以此主張扣款，並不足採。

3.被告雖主張原告未提出合法垃圾棄置場單據，應扣除雜項工程費中之樹木、雜草砍除及清運費7,235 元云云。惟依系爭契約詳細價目表「23. 雜項工程費」之單價分析，則為「樹木、雜草砍除及清運費」共7,234.5 元，亦即系爭契約須由原告施作者僅有「樹木、雜草」之砍除及清運，並無建築廢

棄物，而被告亦不否認原告就系爭工程之樹木、雜草確已依約砍除及清運完畢，並驗收完成。且因經砍除之樹木、雜草可供為燃料使用，故原告係將砍除之樹木、雜草作為員工宿舍熱水鍋爐燃料之用，並未任意丟棄。再者，依系爭契約第23條第㈩項第4點，有關提供合法垃圾棄置廠之單據送交被告核可，方准辦理第一次估驗，故本件合法垃圾棄置廠單據之提出僅係被告能否辦理第一次估驗之條件，而被告既已辦理第一次估驗，甚至全部工程均經其驗收完畢，則被告嗣再以原告未提出合法垃圾棄置廠單據作為扣款之理由，即顯與系爭契約約定不符，並無理由。

4.被告雖主張0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗調整，因不影響使用，依系爭契約第4條第㈠項約定減價1,900元，並處以3倍之違約金即5,700元云云。惟系爭契約第4條第㈡項係指「契約所附供廠商投標用之工程數量清單，其數量為估計數，除另有規定外，不應視為廠商完成履約所須供應或施作之實作數量」，本件係經被告計算原告實際施作金額為11,407,100元，原告同意減價收受少1,900元，但如果複驗有缺失，可以催告改善，怎會有懲罰性違約金，被告主張處300％之違約金，顯屬無據。

㈢並聲明：

1.被告應給付原告2,416,387元，暨自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

2.願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：

㈠依系爭契約第18條第㈧項及第5條第㈢項約定，原告因有如下之違約事由，或必須依約扣款、或致被告受有損害必須賠償被告損害，扣抵順序依序為下列3.＞4.＞2.＞1.，經扣抵原告之工程尾款及履約保證金後已不足，故本件原告之請求實無理由。

1.土石及級配盜挖外運、原擋土牆打除後所產生之混凝土塊，未依約絞碎逕埋入道路：

⑴土石及級配盜挖外運部分：

原告施工人員於105 年4 月11日至同年月17日間，乘雨天將系爭工程1-20m 道路路面之土石及級配盜挖外運，遭人檢舉後，兩造於105 年12月15日開會，原告允諾運回回填，然原告僅少部分回填，造成現場路面土石及級配不足、路面不平等狀況，並影響日後AC（瀝青）路面鋪設。

⑵原擋土牆打除後所產生之混凝土塊，未依約絞碎逕埋入道路部分：

系爭契約詳細價目表第20項工程項目既設構造成物打除及絞碎至4 吋粒徑，另施工標準橫斷面圖S=1/500 （圖說第21幀）註明：既有構造物打除，並絞碎至4 吋以下粒徑，回填至牆身背填處。原告施作新擋土牆前須拆除原先設計有誤之擋土牆，所產生之混凝土塊未依約絞碎，逕埋入道路下方，依系爭契約第5 條第㈢項約定，應予扣款。

⑶前2 項事由，經送請臺灣省土木技師公會鑑定，被告得向原告求償金額為4,395,089 元，有系爭鑑定報告書可稽。

2.原告專職安全衛生人員、工地主任及品管人員於施工期間內未依規定到場部分：

依系爭契約第7 條第㈠項第1 點約定：工程之施工，應於機關通知日起10日內開工，並於開工之日起180 日內竣工。同條項第2 點約定本契約係以日曆天計算工期，以日曆天計算者，所有日數均應計入履約期限。是故，自開工至竣工之期間，均屬施工期間。系爭工程規模在5,000 萬元以下，依規定僅設工地負責人行工地主任之責，工地主任或工地負責人全權代表廠商駐在工地，督導施工，管理其員工及器材，並負責一切廠商應辦理事項。而原告專職安全衛生人員、工地主任及品管人員於施工期間內之105 年4 月11日至同年月17日共7 日未依規定到場，依系爭契約附錄1 第13條、附錄2 第9 條及附錄4 第5 條等規定，處原告懲罰性違約金共21萬元（計算式：3 × 10,000× 7 ＝210,000 ），亦有106 年2 月16日會議記錄可稽。

3.未提出合法垃圾棄置廠單據部分：

依系爭契約第23條第㈩項第4點約定：廠商清除之非目標草木、藤蔓、雜草、廢木及營建廢棄物應送至合法垃圾棄置廠，不得隨意丟棄及傾倒；且需提供合法垃圾棄置廠之單據，送交機關核可後，方准辦理第一次估驗。原告未提出合法垃圾棄置廠單據為違約，與之有關者為系爭工程雜項工程費中之樹木、雜草砍除及清運費，上開項目之工程費用為7,235元，依系爭契約第5條第㈢項約定，應予扣款。

4.0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗調整部分：

依據系爭工程圖說第24頁有關0K+311集水井之長度為140公分、寬度是100公分，但原告現場施作依據106年3月21日驗收記錄（本案卷一第135頁）所載，長度是132公分、寬度是101公分，發覺0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗調整，因不影響功能，是以僅有工料之損失，故以減價收受方式驗收，依系爭契約第4條第㈠項約定減價1,900元暨修正工程竣工結算書，並依系爭契約第4條第㈠項約定，處以300％之違約金即5,700元（計算式：1,900×3＝5,700）。如依約履行，被告可得之利益為符合契約本旨之利益，即工料價格轉換及集水井發揮效用之利益。至於處以3倍減價金額之違約金乃懲罰性質，目的在督促廠商不得偷工減料。

㈡原告雖否認有土石及級配盜挖外運行為。惟系爭工程前面幾個標案均無土石級配被運送外出之情形，系爭工程雖係擋土牆工程，但擋土牆在道路兩側，所以當時是連同道路交給原告施作。而依檢舉人提供之照片及錄影記錄可知，原告之員工確實有將土石及級配盜挖外運。此外，系爭工程之監造單位昌泰公司曾於105年12月間，就原告是否有將系爭工程道路之土石及級配盜挖外運進行調查，並出具土方調查報告書，報告書結論顯示，依照行政程序，廠商將土石運離工地暫時堆置時應行文機關核准後始得作業，但原告分包商吳先生將土方運離工區並未告知施工廠商，亦未通知監造單位，缺

失屬實。報告書雖言土方已回填，未造成土方損失云云，惟此部分與工區狀況不符，被告仍有存疑，乃送請臺灣省土木技師公會鑑定。系爭1-20m 道路完成後，到後來檢舉土石外運的情形，中間完全沒有問題，後來民眾檢舉有這個情形我們才發現，前面600 公尺到哪裡，被告有疑慮才請鑑定單位鑑定，補救要花多少錢，600 公尺就是土方少了，650 公尺以後土方多了，兩相加減後還短少了，是原告未依約定逕將系爭1-20m 道路土石及級配外運，即或有部分回填，但回填不足，造成被告之損失，原告依系爭契約第9 條第（十一）項第3 點、第（二十）項、系爭契約設計圖說一般說明第16條、第18條約定，仍須負賠償責任。

㈢原告主張被告委託鑑定之事項，係系爭1-20m 道路碎石級配及土方數量與「原土木標」驗收工程是否相同，然被告委託鑑定事項以101 年3 月26日「原土木標」驗收為標準，計算其後短少之土方碎石級配數量之修復金額不足採。惟查：

1.被告於101 年2 月14日發包之「土方標」施工地點係重劃區坵塊，並非在系爭1-20m 道路，與本件系爭工程無關；「景觀標」部分與本件系爭1-20m 道路有關部分，主要為瀝青混凝土路面之鋪設，但因101 年6 月28日發現系爭1-20m 道路之部分側溝及基礎（即擋土牆）發生坍塌傾斜（同年7 月2 日現場會勘），而「景觀標」係於102 年4 月15日申請開工，導致「景觀標」系爭1-20m 道路瀝青混凝土路面鋪設無法施作，是「景觀標」於103 年3 月18日竣工係採部分驗收方式處理，「原土木標」在系爭1-20m 道路所完成之級配及土方並未受影響，且於101 年6 月28日發現系爭1-20m 道路之部分側溝及基礎（即擋土牆）發生坍塌後，為釐清責任歸責，被告曾委託臺灣省土木技師公會鑑定，於同年8 月14日曾拍照存證，從照片中可以看出，在傾斜的側溝旁明顯露出級配層，可知「原土木標」所完成之級配層尚存。

2.被告於103 年5 月間為解決系爭1-20m 道路之部分側溝及基礎（即擋土牆）發生坍塌的情形，另發包「修復標」，但因

於同年7月間發生擋土牆倒塌致死事件而與施工廠商解約。該「修復標」施工時會於傾斜側溝（擋土牆）旁之系爭1-20m道路開挖一邊溝，而擾動「原土木標」施作的級配層及土方，但挖出之級配及土方係直接就近推放在系爭1-20m道路上，並未外運。而後在本件系爭工程契約書圖說中之橫斷面圖（第13－20幀）亦記載「修復標」開挖邊溝及土石級配堆放情形，原告接收工地時亦無異議，可見系爭1-20m道路在原告進場施工前並未發生有土石級配外運之情形，故系爭鑑定報告以「原土木標」在系爭1-20m道路所完成之級配及土方為鑑定標準，並無不可採之處。對於昌泰公司負責人宋峋毅於107年12月12日所提出之書函沒有意見，雜草叢生沒有級配是不對的，如果路面被破壞草就不在了，當初交給他們級配確實是存在。另對證人張世良於鈞院審理時之證述沒有意見，但其證稱測量系爭1-20m道路基準點係是依照圖面的基準點，原本有基準在那邊，設在沒有動到的擋土牆上面，測量的時候有設定BM點，要測的時候就設定好要在那個位置上。基準點是不會動的，基準點高程不會動到，所以依照基準點去測高程。當初設計時候去測量與出具土方調查報告書前去測量之基準點一樣，但測量點的部分在擋土牆比較多，在路面比較少，此部分與之前被告委託臺灣省土木技師公會鑑定有所差異，算出來情形不一樣。

㈣系爭工程原擋土牆打除後，原告依約應將混凝土絞碎至4吋並回填至牆身背處，然原告將原擋土牆打破後，並未將混凝土塊絞碎，並任意在系爭1-20m道路挖洞將之埋入，兩造會同景觀標廠商國芳營造有限公司、景觀標監造青境工程顧問有限公司及系爭工程監造昌泰公司於105年9月22日現場會勘並作線性開挖，發覺原告確實有破壞系爭1-20m道路及未依約將原擋土牆絞碎埋填到牆背處之情形，此有會勘記錄及昌泰公司105年11月14日函可證。至於昌泰公司105年11月14日昌泰雲字第105111401號函有關混凝土塊尚未絞碎的部分，原告講的只是靠近系爭1-20m道路左側，但系爭鑑定報

告係就整個路面鑑定，因原告施作是擋土牆部分，但被告施作是連接擋土牆會動到的工區，絞碎的部分，被告當時驗收是擋土牆施工有沒有問題，看得到的部分沒有問題，因為原告的外包廠商有挖取路面，被告懷疑原告沒有把整個擋土牆絞碎埋到路面下面，看不到的部分只能請鑑定單位釐清，才會用透地雷達，果不其然偵測後有21個地方有大的混凝土塊。

㈤系爭契約係採日曆天，不是採工作天，除非是極端氣候才可以延展工期，極端氣候就是颱風天或超大豪雨。依原告公司工地主任及監造單位現場人員簽字之公共工程日誌（105年4月11日至同年月17日），105年4月11日至同年月17日為累計工期之第139天至第145天，即仍為施工期間，其中4月16日、17日依施工日誌記載該2日為晴天，有進行工區整理。原告主張雨天未施工，相關安全衛生人員、工地主任及品管人員無庸到場，與事實不符。

㈥依系爭契約第23條第㈡項第4點，提到廠商要提供合法的垃圾棄置場單據送交機關核可後，方准辦理第一次估驗，因系爭工程是擋土牆工程，被告驗收擋土牆的部分，原告是不是把草木運到棄置場被告沒辦法確認，所以原告有沒有做就是從合法棄置場的單據來判斷，單據就是要避免原告把東西隨便亂丟，這部分沒辦法事後去看。

㈦依原告所提雲林縣政府106年5月26日府地發二字第1060048101號函文顯示，系爭工程原結算金額為1,1409,000元，結算書重新成立後結算金額改為1,1407,100元，即係因集水井尺寸不符等因素減價1,900元收受，原告對結算書重新成立後之金額並無爭執，可見因集水井尺寸不符而減價收受乙節屬實，則依系爭契約第4條第㈠項第3點之約定，處以減價金額300％之違約金，並無不妥。

㈧聲明：

1.原告之訴及假執行之聲請均駁回。

2.如受不利判決，願供擔保請准免為假執行之宣告。

三、兩造不爭執之事實：

㈠原告就被告招標之系爭工程於104 年10月27日得標，兩造於104 年11月5 日簽立系爭契約，又系爭工程經原告於104 年11月25日開工，105 年6 月4 日竣工，106 年6 月5 日經被告驗收完成，並經原告於同年10月31日完成點交予被告。

㈡依系爭工程之契約書雖約定契約總價為1,050 萬元，惟因系爭契約第3 條第㈠項，關於契約價金之給付，係依實際施作之項目及數量結算，而系爭工程於驗收完成後，經被告結算原告實際施作之金額為11,407,100元，而被告於系爭工程完成驗收前，僅給付3 期工程款8,911,000 元予原告，於驗收後，尚有工程尾款2,496,100 元未給付。

㈢依雙方工程契約第14條，原告於得標系爭工程後，經繳交工程契約金額10％即105 萬元之履約保證金予被告，而依系爭工程契約第14條第㈠項第1 點，履約保證金於工程進度達25％、50％、75％及驗收合格後，各發還25％，本件工程被告尚有25％之履約保證金262,500 元未發還原告。

㈣依系爭工程契約第16條，系爭工程於驗收後，由原告保固5 年，而依系爭工程採購投標須知第46條，由原告依結算總價3 ％之金額留存保固金，故本件工程保固金為342,213 元（11,407,100× 3 ％=342,213）。

㈤原告之分包商工程人員於105 年4 月11日至同年月17日，將系爭1-20m 道路路面之土石及級配挖取外運，兩造於105 年12月15日開會，原告允諾運回級配回填。

㈥105 年4 月11日至同年17日共7 日，原告專職安全衛生人員、工地主任及品管人員並未到工地現場。

㈦原告並未提出合法垃圾棄置場之單據。

㈧106 年3 月21日複驗時，發覺0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗率調整，被告依系爭契約第4 條第㈠項約定以減價1,900 元收受辦理。

四、爭執之事項：

㈠原告並未提出合法垃圾棄置場之單據，是否為違約？被告依

約扣除系爭工程雜項工程費中之樹木、雜草砍除及清運費共7,235元，是否有理由？

㈡因0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗率調整，被告以減價1,900 元收受辦理，則被告依系爭工程契約第4 條第㈠項約定，處以原告300 %之違約金5,700 元，是否有理由？

㈢105 年4 月11日至同年17日共7 日是否為系爭工程契約所指之施工期間？原告專職安全衛生人員、工地主任及品管人員於上開期間未到工地現場，被告依系爭工程契約附錄1 第13條、附錄2 第9 條及附錄4 第5 條約定，處原告懲罰性違約金共21萬元是否有理由？

㈣原告之分包商人員於105 年4 月間將系爭1-20m 道路路面之土石及級配外運，是否應視為原告之人員所為？原告是否須連帶負責？

㈤原告是否因回填級配數量不足，造成現場路面土石及級配不足、路面不平等狀況，並影響日後AC（瀝青）路面鋪設？原告施作新擋土牆前須拆除原先設計有誤之擋土牆，是否將所產生之混凝土塊未依約絞碎，逕埋入道路下方？

㈥原告以被告所提出之臺灣省土木技師公會鑑定報告，以101年土木標驗收時為標準做比較，鑑定之基礎是否有問題？

㈦倘有上開㈤之情形，被告所受損害之金額為多少？被告主張依系爭契約第5 條第㈢項及第18條第㈧項請求扣減工程款，是否有理由？

五、本院之判斷：

㈠原告主張其於104 年10月27日得標被告所招標之系爭工程，雙方於同年11月5 日簽訂系爭契約後，業經原告施作完成，並分別於106 年6 月5 日、同年10月31日，經被告驗收完成及完成點交予被告，經被告結算原告實際施作金額為11,407,100元，惟被告僅給付3 期工程款，尚有工程尾款2,496,100 元未給付及履約保證金262,500 元未發還，及須留存工程保固金342,213 元於被告等情，業據其提出系爭契約、被告

106年6月29日府地發二字第1062709603號函及所附驗收（複驗）紀錄、被告106年12月4日府地發二字第1062718955號函及所附現場會勘紀錄、被告106年5月26日府地發二字第1060048101號函、設計圖說、被告設計變更簽認單及工程變更設計議定書等為證（見本案卷一第19至75頁、第179頁；系爭契約完整版、設計圖說、被告設計變更簽認單及工程變更設計議定書外放），復為被告所不爭執，堪信為真實。而原告起訴請求被告給付上開工程款項共2,416,387元，經被告以上開情詞所抗辯，則本院自應審酌被告之抗辯是否有理由，茲依序審酌如下。

㈡原告未提出合法垃圾棄置場之單據，是否為違約？被告依系爭契約主張扣除系爭工程雜項工程費中之樹木、雜草砍除及清運費共7,235元，是否為有理由？

系爭契約第23條第㈡項「現場清潔與安全」第4點約定：「廠商清除之非目標草木、藤蔓、雜草、廢木及營建廢棄物應送至合法垃圾棄置廠，不得隨意丟棄及傾倒；且需提供合法垃圾棄置廠之單據，送交機關核可後，方准辦理第一次估驗。」，又依系爭契約所附之單價分析表「甲.23」，其工作內容為「樹木、雜草砍除及清運費、1式、單價：7,234.50元」，則依此點約定原告針對所砍除之非目標樹木、雜草等廢棄物，除了負有消極地不得隨意丟棄及傾倒之義務外，並負有積極地清運至合法垃圾棄置廠之義務，且由原告提供合法垃圾棄置廠之單據也可以證明原告並未隨意丟棄及傾倒砍除之樹木、雜草等廢棄物。而原告已自認就系爭工程所砍除之樹木、雜草等廢棄物係供作為員工宿舍熱水鍋爐燃料之用，並未送至合法垃圾棄置廠（見本案卷二第27頁、第36頁），則原告顯未依約履行，亦有被告之106年6月29日府地發二字第1062709608號函、昌泰公司106年7月12日昌泰雲字第106071201號函附卷可佐（見本案卷一第125頁、第127頁）。從而，被告主張原告有此項違約而要求扣減系爭工程雜項工程費中之樹木、雜草砍除及清運費共7,235元，應屬

有據，其主張此部分金額應予扣款抵銷，為有理由。

㈢因0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗率調整，被告以減價1,900元收受辦理，則被告依系爭工程契約第4條第㈠項約定，處以原告300％之違約金5,700元，是否有理由？

1.系爭契約第4條第㈠項約定：「驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用，經機關檢討不必拆換、更換或拆換、更換確有困難，或不必補交者，得於必要時減價收受。採減價收受者，按不符項目標的之契約價金100％（適用於無法量化計算項目）或機關認定實作價值與本契約價金之差額（適用於可量化計算項目）減價，並處理減價金額300％之違約金。但其屬尺寸不符規定者，減價金額得就尺寸差異部分按契約價金比例計算之；屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之。減價及違約金之總額，以該項目之契約價金為限。」。由此可知，關於減價收受係賦予機關於一定條件下就驗收不符之部分，在不妨礙及減少契約及通常效用下，依裁量權限減價收受有瑕疵之工作物。此制度之設計，一方面直接減少機關給付價金之義務，同時免除承攬人修補瑕疵之義務，此相較於民法由承攬人負瑕疵擔保責任更為簡化便捷。且減價收受為機關之權利，與民法第494條規定同性質係屬形成權，無須承攬人之同意，經機關行使即生效力。又契約當事人以確保債務之履行為目的，約定於債務人不履行債務或不為適當之履行時，所應支付之違約金，除契約約定其為懲罰性之違約金外，概屬於賠償總額預定性之違約金，以免對債務人造成不利，此觀同法第250條之規定及其修正理由自明（最高法院102年度台上字第1378號判決意旨參照）。另當事人所約定之違約金，如屬損害總額預定性者，該違約金即係作為債務人於債務不履行時之預定損害賠償總額，其目的旨在填補債權人因其債權不能實現而受之損害，並不具有懲罰之色彩，法院於衡量當事人所約定之違約金是否過高時，須依一般客

觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準。債務人若能如期履行債務時，債權人可得享受之一切利益，亦應加以衡量，俾符公平原則（最高法院107 年度台上字第1038號判決意旨參照）。上開減價收受之違約金約定既未明文係懲罰金違約金，自屬預定損害總額之違約金約定。

2.本件被告主張因系爭工程0K+311集水井未符設計尺寸及集水井鋼筋損耗率調整，以減價1,900 元收受辦理等情，業經其提出地政處106 年4 月18日簽呈、昌泰公司106 年4 月6 日昌泰雲字第106040601 號函及所附驗收紀錄、被告106 年5 月18日府地發二字第1062707275號函及所附驗收紀錄、工程竣工結算書等為憑（見本案卷一第129 至137 頁、第355 至369 頁），並有設計圖說在卷可佐（外放），原告對此部分事實亦不爭執，核屬真實可採。而上開減價收受之違約金約定既為兩造本於契約自由、私法自治原則，於訂約時，盱衡彼此履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，且考量系爭工程屬公共工程，施工內容有其公益性，影響公眾生命及身體安全，關於減價收受之違約金約定，無非為了督促原告確實按設計圖說施工，依系爭契約之約定，此部分處以減價金額3 倍之違約金，數額並不多，亦難認有過高而顯失公平之情形。是被告主張依系爭契約第4 條第㈠項約定，處以原告減價金額3 倍之違約金共5,700 元，核屬有據，其主張此部分金額應予扣款抵銷，為有理由。

㈣105 年4 月11日至同年17日共7 日是否為系爭工程契約所指之施工期間？原告專職安全衛生人員、工地主任及品管人員於上開期間未到工地現場，被告依系爭工程契約附錄1 第13條、附錄2 第9 條及附錄4 第5 條約定，處原告懲罰性違約金共21萬元是否有理由？

1.系爭契約第9 條第㈡項約定：「適用營造業法之廠商應依營造業法規定設置專任工程人員、工地主任及技術士。…」（見本案卷一第29頁）。又營造業法第30條規定：「營造業承

攬一定金額或一定規模以上之工程，其施工期間，應於工地置工地主任。前項一定金額及一定規模，由中央主管機關定之。」、營造業法施行細則第18條則規定：「本法第三十條所定應置工地主任之工程金額或規模如下：一、承攬金額新臺幣五千萬元以上之工程。二、建築物高度三十六公尺以上之工程。三、建築物地下室開挖十公尺以上之工程。四、橋樑柱跨距二十五公尺以上之工程。」。本件系爭工程並非上開營造業法施行細則第18條所規定之工程金額或規模，依上開約定及規定，自毋庸設置工地主任，此亦為被告所自認，則系爭工程附錄2 關於工地主任之相關約定應無適用。

2. 系爭契約附錄1「工作安全與衛生」第13.1點約定：「專職安全衛生人員違反第6.3.5 點不得兼職約定者及施工期間未按規定到場，每日處以廠商懲罰性違約金新臺幣10,000元。」、附錄4「品質管理作業」第5.1 點約定：「品管人員違反第3.2.4 點不得兼職約定者及施工期間未按規定到場，每日處以懲罰性違約金新臺幣10,000元。」（見本案卷一第53-2頁、第63頁），是原告之專職安全衛生人員、品管人員必須有兼職或「施工期間『未按規定』到場」情形，被告始得依上開約定，對原告請求按日計算之懲罰性違約金。而依職業安全衛生管理辦法第5-1 條第1 項第5 款規定，職業安全衛生人員之職責在於「擬訂、規劃及推動安全衛生管理事項，並指導有關部門實施」，且依系爭契約附錄1 第6.3.5 點約定：「依規定設置之專職安全衛生人員於施工時，應在工地執行職務…」；另依系爭契約第11條及附錄4 之約定，品管人員主要負責辦理系爭工程之材料、機具、設備等進場前之檢（試）驗、施工期間之自主檢查、配合監造單位或工程司之查驗、落實品質管制等事項，依該附錄4 第3.3 點約定，其工作重點在「依據工程契約、設計圖說、規範、相關技術法規及參考品質計畫製作綱要等，訂定品質計畫，據以推動實施；執行內部品質稽核，如稽核自主檢查表之檢查項目、檢查結果是否詳實記錄等；品管統計分析、矯正與預防措

施之提出及追縱改善；品質文件、紀錄之管理；其他提升工程品質事宜」，且依該附錄4 第3.2.4 點約定，品管人員「施工時應在工地執行職務」，足見專職安全衛生人員及品管人員只須在原告有實際「施工時」，到工地現場執行其等職務即可，倘若原告並未實際施工，專職安全衛生人員及品管人員應無到場之必要。

3.依系爭契約第7 條履約期限第㈠項第1 點約定，系爭工程應於機關通知日起10日開工，並於開工之日起180 日內竣工，另依同條項第2 點約定，系爭工程係以日曆天計算工期，所有日數均應計入「履約期限」，足見該約定是關於原告之履約期限，乃被告控管系爭工程之完工進度，涉及原告日後有無施工逾期之問題。至於該履約期限內，原告於何日施工，本由其自行調配相關工作人員。倘依被告主張該履約期限均為施工期間，則專職安全衛生人員及品管人員必須每日到達系爭工程現場執行職務，顯非合理，應非可採。

4.原告於105 年4 月11日至同年月15日因雨天並未施工，於同年月16日至同年月17日則僅做工區整理，此有系爭工程之公共工程監造報表、公共工程施工日誌在卷可憑（見本案卷一第270 至276 頁、第323 至335 頁），足見原告於此7 日並未實際施工，則原告之專職安全衛生人員及品管人員依上開說明自毋庸到達工地現場。

5.綜上，被告主張原告系爭工程之專職安全衛生人員、工地主任、品管人員自105 年4 月11日至同年月17日之施工期間，未依規定到工地現場，應按日處以懲罰性違約金，應屬無據，其主張此部分金額應予扣款抵銷，為無理由。

㈤原告之分包商人員於105 年4 月間將系爭1-20m 道路路面之土石及級配外運，是否應視為原告之人員所為？原告是否須連帶負責？

被告主張原告之分包商人員於105 年4 月間，將系爭1-20m 道路路面之土石挖取外運一情，業據其提出現場及錄影擷取照片、105 年12月15日會議紀錄及簽到簿、昌泰公司之土方

調查報告書、光碟等為憑（見本案卷一第115至119頁、第219至289頁、卷末存置袋），復為原告所不爭執，應屬真實。而債務人之使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任，民法第224條定有明文，且依系爭契約第9條第（十一）項第3點約定，原告對於分包廠商履約之部分，仍應負完全責任。故原告之分包商人員上開私自挖取系爭1-20m道路路面土石並外運行為，倘須對被告負損害賠償之責任，原告自應負其同一責任。

㈥原告之分包商人員於105年4月間將系爭1-20m道路路面之土石及級配外運，雖經回填，是否因回填土石及級配數量不足，仍須對被告負損害賠償責任？應賠償之金額為何？

1.被告主張原告及其分包商人員回填系爭1-20m道路路面之土石及級配數量不足，仍必須對被告賠償4,185,089元（即原告主張之4,395,089元扣除道路底層含有4吋以上混凝土塊未攪碎部分之求償金額210,000元），固據其提出系爭鑑定報告書為憑，惟此為原告所爭執，本院自應審酌系爭鑑定報告書是否可採。

2.系爭鑑定報告書係以原告所提供之原土木標竣工圖與106年7月24日現場檢測結果所得資料進行比對（見系爭鑑定報告書第4項、第8至13頁），惟該原土木標竣工圖是否確與其驗收當時之實況相符，並無從得知。又該原土木標係於100年10月6日申報竣工，於101年3月26日驗收，距離系爭鑑定報告於106年7月24日現場檢測時間，已逾5年有餘，有相當長之一段時日，而原告主張此期間系爭1-20m道路範圍另經被告發包土方標、景觀標、修復標等工程，被告亦坦承該景觀標及修復標之工程與系爭1-20m道路路面有關，該修復標工程亦確有擾動原土木標之級配層及土方，且依被告所提另件臺灣省土木技師公會102年2月25日（102）省土技字第0707號鑑定報告之拍攝照片（見本案卷一第401至417頁），系爭1-20m道路固似有級配層，然亦可見其土壤嚴重下陷及級配流失之情形（見本案卷一第411至415頁），是

以該原土木標竣工圖所顯示之級配層及土方狀況是否與原告進場施作系爭工程當時之實際情形相符，亦不無疑問。

3.負責設計及監造之昌泰公司針對系爭1-20m道路曾表示：前期修復標施工，開挖土方斷面並無明顯碎石級配層一情，此有該公司105年11月14日昌泰雲字第105111401號函及所附照片在卷可參（見本案卷一第297頁、第305頁）；另該公司對於系爭1-20m道路路面之土石及級配發生外運及回填一事，受被告之指示進行調查後，認為原設計餘土數量1,502立方米，竣工時餘土數量1,725立方米，土方數量並未減少，尚有增加數量223立方米，並未造成系爭1-20m道路土方損失之情形，亦有被告提出之土方調查報告書附卷可稽（見本案卷一第263至289頁）。又證人張世良到庭證述：我大概於104年至106年間，在昌泰公司任職2年多，有負責系爭工程之設計及現場監造，當時進行設計時有至現地勘查並拍照、測量高程，後來有發生土石外運事件，有在縣府看他們播放土方外運的影片，但因螢幕很模糊，看不出來外運的東西有碎石級配，縣府叫我們調查土方外運的事情，我問完相關人員後，原地依照樁號測量，樁號就是里程數，每隔20公尺1個樁號，測量整個路面左中右3點平均，原本就有基準點在那邊，基準點是我們定的，怎麼開挖都不會動到，該基準點跟設計時測量高程的基準點是同一的，依基準點去測現地的高程，測量出來之土方與設計圖之土方量相比，並沒有減少；昌泰公司於105年11月14日給被告的函文中所附照片有說到沒有看到碎石級配層，這是設計前的照片，即前期工程開挖的照片，開挖是一整個線下去，斷面都沒有看到碎石級配層等語（見本案卷一第516至521頁、第523至526頁）。證人張世良係負責系爭工程之設計與現場監造，於系爭工程施工前，曾就系爭1-20 m道路進行相關測量，且施工中全程參與監造工作，對於系爭1-20m道路路面之高程情形應最為瞭解，其既到庭證述經其測量結果，系爭1-20m道路之土石量並沒有減少，並出具土方調查報告書為憑，則被告

主張依系爭鑑定報告書，原告之分包商人員回填系爭1-20m道路路面之土石及級配數量不足，必須對被告賠償4,185,089元，此部分即難認為可採。故被告主張此部分金額應予扣款抵銷，為無理由。

㈦原告施作新擋土牆前須拆除原先設計有誤之擋土牆，是否將所產生之混凝土塊未依約絞碎，逕埋入道路下方？如有，被告所受損害之金額為多少？被告主張依系爭契約第5條第㈢項及第18條第㈧項請求抵銷工程款，是否有理由？

1.系爭契約第18條第㈧項約定：「因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害者，廠商應負賠償責任，…」、第5條第㈢項約定：「廠商履約有逾期違約金、損害賠償、採購標的損壞或短缺、不實行為、未完全履約、不符契約規定、溢領價金或減少履約事項等情形時，機關得自應付價金中扣抵；…」。

2.被告主張依系爭契約約定，原告於施作新擋土牆前，須打除既有構造物，並絞碎至4吋以下粒徑，回填至牆身背填處，有系爭契約之詳細價目表（項次甲第20項）、施工標準橫斷面圖S=1/50（圖說第21幀）在卷可憑，原告對此施工內容亦不爭執，應為真實，可以認定。

3.又被告主張原告將原先設計有誤之擋土牆拆除打破後，並未將混凝土塊絞碎至4吋以下粒徑回填至牆身背填處，而係逕行埋入道路下方等情，業據其提出被告105年11月8日府地發二字第1052718341號函及所附現場會勘紀錄、簽到簿、昌泰公司105年11月14日昌泰雲字第105111401號函及所附開挖位置圖等為憑（見本案卷一第291至303頁），依上開現場會勘紀錄，經於現場隱蔽處進行開挖，確有發現部分混凝土塊尚未絞碎，亦經昌泰公司督同原告於道路左側（靠近重劃區外側約10米）線狀開挖，並混凝土塊絞碎完成，足認被告上開主張為真實。

4.原告固主張其已於系爭1-20m道路左側線狀開挖，並將混凝土塊絞碎完成後回填，系爭工程才會驗收通過云云。惟原告

上開改善之線狀開挖係於靠重劃區外側約10米處，且非全面開挖，有上開昌泰公司105 年11月14日昌泰雲字第10511140 1 號函及所附開挖位置圖可憑，而依被告提出之系爭鑑定報告書，經臺灣省土木技師公會鑑定人委託朝陽科技大學非破壞檢測中心，以透地雷達方式進行檢測，基於前期之施工條件，選取系爭1-20m 道路橫向測線1 ～3 公尺區域（此為系爭工程可能施工之處）進行判釋是否有較大粒徑石頭（大於10公分）訊號反應，經檢測結果，發現橫向測線共49條147 點位中，有21點位有出現較大粒徑石頭訊號反應（見系爭鑑定報告書附件十六），且原告確有未將打除之混凝塊絞碎至4 吋以下粒徑後回填至牆身背填處情形，已如上開3.所述，是以被告依系爭鑑定報告書所載，主張原告未依約絞碎原先設計有誤之擋土牆混凝土至粒徑4 吋以下，逕埋入道路下方共有21處之事實，應屬可採。

5.又經鑑定人評估此部分以挖開後並進行夯實回填處理，每處所需處理費用為10,000元，共21處計210,000 元，亦有系爭鑑定報告書在卷可佐（見系爭鑑定報告書16至17頁）。從而，被告主張此部分金額應予扣款抵銷，為有理由。

㈧綜上所述，原告就系爭工程本尚得請求2,416,387 元（計算式：工程尾款2,496,100 元＋履約保證金262,500 元－須留存工程保固金342,213 元＝2,416,387 元），而被告主張其得扣款抵銷金額222,935 元（計算式：7,235 元＋5,700 元＋210,000 元＝222,935 元）為有理由。是以原告請求被告給付之金額2,193,452 元，要屬有據，自應准許，至於逾此範圍之請求，則屬無據。

㈨末按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年

利率為5％，民法第229條第2項、第233條第1項前段及第203條分別定有明文。查原告之民事起訴狀繕本於107年5月8日送達被告，並於同日發生合法送達效力，此有本院送達證書在卷足憑（見本案卷一第99頁），是原告請求自民事起訴狀繕本送達之翌日起即自107年5月9日起，至清償日止，按週年利率5％計算之利息，並無不合，應予准許。

㈡從而，原告依系爭契約之法律關係，請求被告給付2,193,452元，及自107年5月9日起，至清償日止，按週年利率5％計算之利息，為有理由，應予准許，逾此範圍之請求，則屬無據，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所舉證據資料，核與本件判決所得心證及結果均不生影響，毋庸逐一論述。

七、兩造均陳明願供擔保，聲請宣告假執行或免為假執行，經核原告勝訴部分，均符合法律規定，爰分別酌定相當之擔保金額並宣告之，至於原告敗訴部分，其假執行之聲請失所附麗，應併予駁回。

貳、反訴部分：

一、反訴原告起訴主張：

㈠反訴被告起訴請求反訴原告給付系爭工程尾款及履約保證金共計2,416,387元，反訴原告主張扣款抵銷：1.土石及級配盜挖外運、原擋土牆打除後所產生之混凝土塊未依約絞碎逕埋入道路之損害賠償4,395,089元；2.原告專職安全衛生人員、工地主任及品管人員於施工期間內未依規定到場之懲罰性違約金共210,000元；3.未提出合法垃圾棄置廠單據之扣款7,235元；4.集水井未符設計尺寸及鋼筋損耗調整之違約金5,700元，金額合計為4,618,024元（即上開壹之二被告主張抵銷之項目及金額），上揭系爭工程尾款及履約保證金經扣抵後，尚不足以填補反訴原告之損失，爰依系爭契約第18條第㈧項約定，提起本件反訴，請求反訴被告應給付反訴原告不足部分共2,201,637元（計算式：4,618,024元－2,

416,387 元＝2,201,637 元）。

㈡並聲明：

1.反訴被告應給付反訴原告2,201,637 元，暨自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息。

2.反訴原告願供擔保，請准假執行之宣告。

二、反訴被告則以：

㈠反訴之事實理由與本訴主張相同，系爭鑑定報告書之鑑定基準並不是反訴原告將系爭工程交付反訴被告之時間，且依昌泰公司105 年11月14日昌泰雲字第105111401 號函文（即被證十），負責監造之昌泰公司回覆反訴原告之函文已說明，系爭工程當初開挖之時，系爭工程之道路即無級配，豈會有級配遭盜挖之情形。

㈡並聲明：反訴原告之訴駁回。

三、本院之判斷：

㈠反訴原告主張其就系爭工程得對反訴被告扣款抵銷金額共4,618,024 元，固據其提出系爭工程研議工程界面銜接事項會議紀錄、系爭鑑定報告書、系爭工程檢討會議紀錄、反訴原告106 年6 月29日府地發二字第1062709608號函、昌泰公司106 年7 月12日昌泰雲字第106071201 號函、地政處106 年4 月18日簽呈、昌泰公司106 年4 月6 日昌泰雲字第106040601 號函暨106 年3 月21日驗收記錄、系爭契約《副本》、系爭工程委託規劃設計及監造技術服務契約書《副本》、檢舉人提出之照片22幀、系爭工程之土方調查報告書、反訴原告105 年11月8 日府地發二字第1052718341號函及所附系爭工程之因本工程施作導致本重劃區內公共設施受損恢復現場會勘紀錄、昌泰公司105 年11月14日昌泰雲字第105111401 號函暨附件一、二、三、系爭工程105 年4 月11日至同年月17日之施工日報表、系爭工程106 年5 月15日驗收紀錄、工程竣工結算書、「雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程景觀標第十三次工務會議」會議記錄、反訴原告103 年4 月8

日府地發字第1035705090號函檢送「雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程景觀標」停工現場會勘記錄、反訴原告103年4月22日府地發字第1035706056號函、103年5月27日府地發二字第1035708311號函、臺灣省土木技師公會102年2月25日（102）省土技字第0707號鑑定報告書節本、103年12月5日（103）省土技字第5866號鑑定報告書節本等為證（見本案卷一第115至151頁、第219至335頁、第357至369頁、第389至451頁，系爭鑑定報告書外放）。惟反訴原告主張得對反訴被告扣款抵銷之金額僅於222,935元範圍為有理由，業已詳述如上，是以反訴被告抗辯反訴原告就系爭工程並無請求反訴被告給付金錢之權利，即非無據，應屬可採。

㈡從而，反訴原告對反訴被告就系爭工程得主張扣款抵銷之金額並未超過反訴被告於系爭工程得對反訴原告請求之金額，則反訴原告所提起之本件反訴，即無理由，應予駁回。

四、本件反訴之事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所舉證據資料，核與本件判決所得心證及結果均不生影響，毋庸逐一論述，附此敘明。

五、反訴原告之訴既經駁回，其假執行之聲請因訴之駁回而失所依據，應併予駁回。

參、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、第79條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　3　　月　　21　　日

民事第二庭　　法　官　廖國勝

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後廿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　　21　　日

書記官　洪明煥