臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度重上更一字第40號

上　訴　人　濬紳企業有限公司
法定代理人　李瑩瑩
訴訟代理人　陳俊傑律師
被上訴人　成中恆營造股份有限公司
法定代理人　施鵬賢
訴訟代理人　斐榆政律師
　　莊惠萍律師
　　施苡丞律師

上列當事人間請求返還所有物等事件，上訴人對於中華民國102年11月29日臺灣臺中地方法院第一審判決（101年度訴字第2441號），提起上訴，並為訴之追加，經最高法院就追加之訴部分第一次發回更審，本院於108年1月29日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴人追加之訴及其假執行之聲請均駁回。

追加之訴及發回前第三審之訴訟費用均由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：

(一)被上訴人前向衛生福利部金門醫院（下稱金門醫院）承攬金門綜合醫療大樓興建工程（下稱系爭興建工程），就其中岩層爆破工程（下稱系爭爆破工程），約定爆破後產生之石塊，以每立方公尺折價新臺幣（下同）300元扣抵承攬報酬，而由被上訴人取得爆破石塊之所有權。嗣兩造於民國99年7月8日簽訂工程合約書（下稱系爭合約），由上訴人以實做實算方式向被上訴人承攬系爭爆破工程，原約定岩層爆破單價為每立方公尺石塊540元，嗣協議以每立方公尺300元計價，抵充工程報酬，由上訴人取得爆破石塊之所有權，而上訴人實施爆破之施工範圍，均由被上訴人指定，並由被上訴人先清除含有泥土之覆蓋層後，再由上訴人於花崗岩層上進行爆破，所取得之石塊均為花崗岩，無扣除夾雜之泥土及施工廢料之必要，且爆破工程之數量，由原先預估之1萬立方公

尺增加為3萬1000立方公尺。又因被上訴人於本院前審103年6月19日準備程序審理中自認有超爆7000立方公尺石塊（下稱系爭超爆石塊）之情形，且該超爆石塊遭被上訴人運走出售，是上訴人得依侵權行為、不當得利法律關係，請求被上訴人給付655萬2000元（360× 2.6× 7000＝0000000），並得併依民法第505條規定及系爭合約第4條第1款、合約書備註之約定，請求被上訴人給付該部分工程款168萬元（240× 7000＝168000），合計823萬2000元。

(二)被上訴人主張系爭超爆石塊非屬系爭合約之爆破範圍，惟查：

1.依被上訴人於本院前審提出之民事爭點整理狀、民事答辯(一)、(二)、(三)、(四)、辯論意旨狀所載，被上訴人均認系爭爆破工程施作確有多出7000立方公尺之石塊，再參被上訴人提出之金門醫院101年2月6日署衛金醫行字第0000000000號函（下稱101年2月6日函），亦認上訴人於兩造約定之3萬1000立方公尺外，另外超爆7000立方公尺，是依系爭合約第4條第1款之約定，被上訴人應再給付系爭超爆石塊之價值655萬2000元及工程款168萬元。

2.被上訴人雖另與訴外人００鋼鐵有限公司（下稱００公司）訂有岩層爆破契約，但依００公司之公司基本資料，其有無爆破花崗岩層之工程技術已非無疑，且由被上訴人於本院前審103年10月2日準備程序時之陳述可知，上訴人於100年7月5日離場後，被上訴人僅就上訴人已完成爆破所得之塊石繼續予以破解處理，００公司並未於金門醫院工地現場進行爆破工程，是系爭超爆石塊，自屬上訴人離場前已完成之爆破工程。又被上訴人與００公司簽訂之岩層爆破契約範圍僅2500立方公尺，則與系爭超爆石塊之差額4500立方公尺部分，究係由何人施作，應由被上訴人舉證。

3.又依系爭合約第8條、第9條第1項約定，系爭爆破工程係由被上訴人派員進行指揮監督，上訴人應於何處、何範圍進行岩層爆破，均係聽從被上訴人指揮，並無置喙之餘地，是被

上訴人指示進行爆破之範圍有超出系爭爆破工程範圍，亦係被上訴人與金門醫院之損害賠償問題，上訴人自無違約超爆之情事，況上訴人100年7月5日離場前被上訴人亦未曾通知上訴人有超爆情事，上訴人此部分主張，顯係臨訟卸責之詞。

(三)系爭興建工程之施工順序為精神科大樓基地爆破完畢後，才施作綜合科大樓基地，綜合科大樓基地施作時先於東側施作施工便道，待基地基礎開挖完畢，為順利開挖東側施工便道所在之基礎建設，乃依被上訴人指示在綜合科大樓基地北側再行爆破另闢施工便道，此即金門醫院101年2月6日函說明二所指：「有關因超挖區域部分為綜合醫療大樓施工動線使用」，此有金門醫院醫療大樓興建工程工區及上訴人堆置場（００段000-0地號）相關位置圖可參。再參上訴人提出之爆炸物分類進出登記簿所載明，系爭爆破工程實耗乳膠炸藥數量為9878公斤，而系爭爆破工程採預裂法即每立方公尺塊石爆破需使用0.22公斤炸藥，則9878公斤乳膠炸藥可爆破得4萬4900立方公尺之塊石，顯超被上訴人計算之總量3萬8000立方公尺。爰求為命被上訴人給付823萬2000元，及自104年3月20日（民事爭點整理狀繕本送達翌日）起算法定遲延利息之判決（其餘部分業經本院前審103年度重上字第48號判決確定，詳如後不爭執事項(五)所載）。

二、被上訴人則以：

(一)系爭合約為工程承包行為，非材料買賣行為，兩造係約定上訴人為被上訴人承作爆破工程，且將爆破產生之岩層石塊交上訴人處理以充抵部份爆破工資，上訴人僅得在約定施工範圍內，進行爆破及處理該範圍內爆破所產生之石塊，而鑽孔、爆破開挖後，岩石斷層中夾有風化石層、泥土層及爆破破碎、搬運所生廢料等耗損，均應包含在兩造議定爆破之3萬1000立方公尺數量範圍內，故契約議定數量非等於石塊數量，並僅得在議定範圍內進行爆破及處理所生之石塊，詎上訴人竟故意不涵蓋上開耗損，自行以原建築基地範圍內所產石

塊不足3萬1000立方公尺為由，以超爆超挖7000立方公尺之方式補足。

(二)系爭合約約定實做實算，以體積計價，故兩造於履約期間係將建物面積範圍（包含建築線外之施作所需空間）、設計高成等套圖至等高線地圖，並依據現場測量之收方高程，計算出爆破數量，由兩造合意確認，被上訴人100年5月5日100成字第226號函（下稱100年5月5日函）所載3萬1000立方公尺即是依此計算而來。

(三)系爭合約約定精神科大樓爆破數量為1萬2500立方公尺，綜合科大樓爆破數量為1萬8500立方公尺部分，說明如下：

1.上訴人公司法定代理人李瑩瑩於另案本院101年度建上字第62號給付工程款事件陳稱上訴人自精神科大樓取得之塊石為1萬2500立方公尺，被上訴人於本院前審提出之民事爭點整理狀亦載明精神科大樓爆破數量為1萬2500立方公尺，則兩造均不否認合約數量為1萬2500立方公尺。

2.綜合科大樓於爆破前，需先清除覆土層，此為其他廠商施作，故兩造就爆破數量計算結果，並非一致，事後上訴人為向被上訴人說明土石流向，於100年6月1日營建土石方處理會議係以1萬8500立方公尺計算要賣給宏華營造股份有限公司（下稱宏華公司）之數量，故上訴人係以合約數量1萬8500立方公尺辦理請款，此有上訴人提出之100年6月1日營建土石方處理會議紀錄、李瑩瑩於前案給付工程款訴訟之陳述及估驗請款單、匯款紀錄在卷可稽，足證兩造合意綜合科大樓合約內爆破數量應以1萬8500立方公尺為準。

(四)依上所述，兩造於上訴人系爭爆破工程未施作完成前，即已合意精神科大樓及綜合科大樓爆破總數量為3萬1000立方公尺，上訴人於前案給付工程款訴訟及本件亦不爭執被上訴人應以此計算報酬，故縱上訴人證明確有超爆7000立方公尺，該部分顯為上訴人違約超爆，無權請求工程款及損害賠償。又綜合科大樓應爆破範圍為建築線及建築線外推2公尺之施工空間，不及於綜合科大樓施工動線，且綜合醫療大樓基地

四周皆為空地，無施工便道之需求，且此金門醫院101年2月6日函所載，可證上訴人主張之系爭超爆石塊，並非系爭興建工程應爆破範圍，實屬違約爆破。上訴人雖否認有超挖超爆情事，然此部分應由上訴人負舉證之責等語，資為抗辯。

三、以下之事實為兩造所不爭執：

(一)被上訴人向金門醫院承攬系爭興建工程，依契約之第一階段及第二階段細部設計圖說之詳細價目表，有約定「塊石處理回饋」之項目，扣除每立方公尺300元塊石處理回饋，亦即約定將爆破後產生石塊之剩餘價值，以每立方公尺300元之折價費，由原先之承攬報酬中扣除。

(二)兩造於99年7月8日簽立系爭合約，由上訴人承包系爭興建工程中之系爭爆破工程，原約定岩層爆破之單價為每立方公尺540元，合約數量1萬立方公尺，工程總價540萬元（實做實算）。系爭合約第8條約定被上訴人對本工程有隨時變更計畫及增減工程數量之權，上訴人不得異議並應即照辦；第9條第1項約定被上訴人得指派工程人員隨時監督及指示上訴人對本工程之實施。嗣經兩造協議由上訴人以每立方公尺石塊300元之對價，抵充應得之工程報酬，爆破工資以每立方公尺石塊240元計價，系爭爆破工程之合約數量，由原先預估之1萬立方公尺增加為3萬1000立方公尺（即被上訴人100年5月5日函所載有關「金門綜合醫療大樓興建工程」基地石方數量已知增加為3萬1000立方公尺）。

(三)就系爭合約之合約數量3萬1000立方公尺石塊，上訴人主張被上訴人已依系爭合約將爆破產出2萬4956.33立方公尺石塊交付，上訴人就所收受的石塊，除自行出售1萬2540.35立方公尺外，由被上訴人擅自出賣6055.61立方公尺及6360.37立方公尺，另已爆破未交付之6043.67立方公尺石塊，亦由被上訴人擅自出賣。上訴人訴請被上訴人賠償，對已爆破未交付之6043.67立方公尺石塊，經本院另案101年度建上字第62號判決被上訴人應賠償565萬6875元（360× 2.6× 6043.67＝0000000）確定；就已交付之2萬4956.33立方公尺石塊，本

院前審103年度重上字第48號認定上訴人自行販售之石塊數量為1萬2617.27公尺，餘石塊由被上訴人分別出賣6055.61立方公尺、6283.45立方公尺，判決命被上訴人賠償566萬8051元（360× 2.6× 6055.61＝0000000）及588萬1309元（360× 2.6× 6283.45＝0000000）確定。

(四)被上訴人與宏華公司於100年6月1日召開營建土石方處理會議，紀錄載明「會議內容：金門綜合醫療大樓興建工程產出塊石方共約1萬9821立方米，結論：宏華公司需求4萬8000噸用於其所承攬之水頭港區港池浚挖暨陸域填築工程」。

(五)被上訴人於100年7月8日與００公司簽立工程合約書，施工項目為岩層爆破，合約數量2500立方公尺，單價600元，工程總價150萬元，其施工位置在精神科大樓前11公尺道路，綜合科大樓東向計畫道路施作水溝，高壓管線、低壓管線道路下方岩層。

(六)被上訴人於101年1月2日以101年成字第003號函（下稱101年1月2日函）通知上訴人「貴公司李瑩瑩、劉０源在爆破期間以安全考量及施工動線等理由擴大爆破範圍，超挖塊石約7000立方米。超挖塊石運至施工便道堆置後，李瑩瑩、劉０源在未知會工務所及未辦理土方流向情況下，擅自將便道上塊石運出販售圖利。超挖處所增加7000立方米之回填工料費用，本公司將依法求償。另未行申報自行販售塊石所涉及盜賣國土、背信、竊盜刑責，將另行告發偵辦。」

(七)金門醫院101年2月6日函載明：「有關因超挖區域部分為綜合醫療大樓施工動線使用，部分係屬院區道路景觀工程之施工項目，貴公司爆破工程分包商超挖塊石約7000m3，依據旨案統包工程採購契約書『B01建築工程施工規範』第02300章土方工作第3.2.1節第(8)項規定：『超挖部分不予計價，路基部分如有超挖，承包商應回填適當材料，使符合規定斷面，回填所需費用，由承包商負擔。』及第(19)項（坍方之清除）規定：『B.挖出之土石，其棄置地點除另有規定外，由承包商自覓，日後如有糾紛概由承包商自行負責。』辦理。

」

(八)如上訴人主張有理由，兩造合意石塊之計價方式以每立方公尺2.6噸、每噸360元計算。

四、本件兩造爭執之重點：

(一)系爭合約約定之爆破範圍是否限於精神科大樓及綜合科大樓之基地，不及於施工便道之土地？系爭超爆石塊7000立方公尺是否屬系爭爆破工程之施工範圍所產生之石塊？

(二)被上訴人有無自認上訴人對系爭超爆石塊有損害賠償或不當得利之請求權，及承攬報酬請求權存在？

(三)上訴人請求被上訴人返還系爭超爆石塊價值655萬2000元之損害，及給付工程款168萬元，有無理由？

五、本院得心證之理由：

(一)系爭合約約定之爆破範圍是否限於精神科大樓及綜合科大樓之基地，不及於施工便道之土地？系爭超爆石塊7000立方公尺是否屬系爭爆破工程之施工範圍所產生之石塊？

1.被上訴人向金門醫院承攬系爭興建工程，興建精神科大樓及綜合科大樓，因精神科大樓及綜合科大樓之興建必須挖地基，而該地基係屬花崗岩地形，必須予以爆破，系爭興建工程乃會有爆破工程，而施工便道僅需鋪設臨時道路於土地上，不須挖地基，故無爆破之可言，則被上訴人所承攬之系爭興建工程所應爆破之範圍限於精神科大樓及綜合科大樓之基地，而不及於施工便道之土地。由金門醫院101年2月6日函載明：「有關因超挖區域部分為綜合醫療大樓施工動線使用，部分係屬院區道路景觀工程之施工項目，貴公司爆破工程分包商超挖塊石約7000m3，依據旨案統包工程採購契約書『B01建築工程施工規範』第02300章土方工作第3.2.1節第(8)項規定：『超挖部分不予計價，路基部分如有超挖，承包商應回填適當材料，使符合規定斷面，回填所需費用，由承包商負擔。』及第(19)項（坍方之清除）規定：『B.挖出之土石，其棄置地點除另有規定外，由承包商自覓，日後如有糾紛概由承包商自行負責。』辦理。」（見本院前審卷(一)第22

1頁），上訴人承認金門醫院101年2月6日函所謂超挖區域部分為綜合醫療大樓施工動線使用，即係綜合科大樓基地北側之施工便道，就被上訴人向金門醫院所承攬之爆破工程，爆破範圍顯應限於精神科大樓及綜合科大樓之基地，而不及於施工便道之土地。再觀被上訴人承攬系爭興建工程，第一階段細部設計圖說就精神科大樓結構體工程（爆破工程），及第二階段細部設計圖說就綜合醫療大樓結構體工程（爆破工程），均有送金門醫院審查（見金門地院卷第14、25頁之細部設計圖說（核章表）），益證被上訴人所承攬之系爭爆破工程係針對精神科大樓及綜合科大樓基地為爆破。被上訴人再將其所承攬之系爭爆破工程轉包予上訴人施作，於系爭爆破工程之工程範圍，係載詳合約明細表，而於合約明細表僅約定岩層爆破合約數量1萬立方公尺，並無工程範圍之記載（見金門地院卷第6、9頁之工程合約書及合約明細表），惟被上訴人既將其所承攬之系爭爆破工程轉包予上訴人施作，系爭合約未載明施工範圍，被上訴人自係將其所應施作爆破之範圍全部轉包予上訴人施作，系爭合約之施工範圍即應與被上訴人所承攬之系爭爆破工程相同，被上訴人就超過系爭爆破工程之施工範圍所為之爆破，即屬超挖，對金門醫院無報酬請求權存在，且有違約須負責回填適當材料之義務，被上訴人自不可能將超挖區域之岩層爆破委由上訴人施作，是金門醫院101年2月6日函所謂之超挖區域應非在系爭合約約定之爆破範圍，則被上訴人提出現場圖（附本院前審卷(一)第223頁），主張系爭合約之爆破範圍應為建築線及建築線外推2公尺之施工空間，不及於金門醫院101年2月6日函所稱之綜合醫療大樓施工動線等語，自為可信。

2.被上訴人100年5月5日函所載有關「金門綜合醫療大樓興建工程」基地石方數量已知增加為3萬1000立方公尺（函附金門地院卷第30頁），被上訴人主張該數量係兩造於履約期間將建物面積範圍（包含建築線外之施作所需空間）、設計高成等套圖至等高線地圖，並依據現場測量之收方高程，計算

出爆破數量，再由兩造合意確認等語。而依被上訴人100年3月14日特採申請書（附本審卷第65頁）所示，已有精神科大樓1萬2500立方公尺及綜合科大樓1萬8500立方公尺，合計3萬1000立方公尺爆破數量之記載。而上訴人於100年3月14日就精神科大樓之爆破工程請款，於估驗請款單載明前期完成8500立方公尺，本期完成4000立方公尺，累計完成1萬2500立方公尺（見本審卷第86頁），可見精神科大樓之爆破工程，上訴人已於100年3月14日前完工，被上訴人係以上訴人實際完成之數量1萬2500立方公尺支付上訴人承攬報酬；另上訴人於100年6月16日就綜合科大樓之爆破工程請款，於估驗請款單載明合約數量為1萬8500立方公尺，累計完成1萬7500立方公尺（見台中地院卷第82頁），顯然綜合科大樓之爆破工程，上訴人於100年6月16日仍未完工，就合約數量1萬8500立方公尺，尚有1000立方公尺未完工。足以證明上訴人於系爭爆破工程施工當時，在106年6月16日請款前已同意實做及尚未施作之數量共為3萬1000立方公尺，並以此數量為準向被上訴人請款。由上訴人於100年3月14日前已完成精神科大樓1萬2500立方公尺數量之爆破工程，100年6月16日尚未完成綜合科大樓1萬8500立方公尺數量之爆破工程，被上訴人100年5月5日函所載系爭爆破工程之數量3萬1000立方公尺應即係被上訴人事先計算之數量，並為上訴人所同意，而非累積至100年5月5日上訴人實做之爆破數量。

3.上訴人於另案本院101年度建上字第62號準備程序時指稱：「上訴人自精神科醫院工區所取得的塊石是1萬2500立方公尺。」、「系爭工地爆破產出的塊石總數量為3萬1000立方公尺，而上訴人已將其中1萬2540.35立方公尺賣給他人，且這些已經由被上訴人合法申請土石方運送憑證，由上訴人運出轉賣。剩餘1萬8459.65立方公尺*2.6噸/立方公尺＝4萬7995.09噸，所以當時被上訴人於100年6月1日與宏華公司製作的會議紀錄，結論的需求量4萬8000噸就是依據上開的計算方式所得，當時是以整數計算，所以將4萬7995.09噸以4萬8

000噸記載。依上訴人所提營建土石方處理會議紀錄，其上記載的土石方為1萬9821立方公尺，大約有4萬8000噸，就是上訴人預計要買給宏華公司的。而上開會議紀錄，是被上訴人申請土石方運送憑證所必備的文件之一，其後被上訴人依據上開會議紀錄所申請到的土石方運送憑證，就只能將土石方運送到指定的地點。」等語（筆錄影本附本審卷第35、39頁），並有營建土石方處理會議紀錄在卷可稽（附本審卷第37頁），該營建土石方處理會議紀錄所載結論：宏華公司需求4萬8000噸用於其所承攬之水頭港區港池浚挖暨陸域填築工程，即係上訴人所稱系爭爆破工程產出的石塊總數量為3萬1000立方公尺，除其已將其中1萬2540.35立方公尺出賣給他人，餘1萬8459.65立方公尺相當於4萬8000噸之石塊預計要出售宏華公司，足見上訴人於系爭爆破工程所爆破出之石塊數量為3萬1000立方公尺。又上訴人於本院101年度建上字第62號審理時不爭執截至100年6月底，上訴人已就其爆破產出之3萬1000立方公尺岩層石塊向被上訴人請領工程報酬，其中包含6043.67立方公尺岩層石塊（即前案石塊）之工程報酬在內。上開工程報酬，其中以每立方公尺240元現金支付部分，上訴人向被上訴人請款744萬元；另被上訴人已將其中無爭議之2萬4956.33立方公尺岩層石塊所有權移轉予上訴人，以充抵2萬4956.33立方公尺岩層石塊之爆破工資等事實（見本院101年度建上字第62號卷(二)第30頁之準備程序筆錄、卷(二)195頁判決書第17、18頁之不爭執事項(三)、(四)），顯然上訴人係以3萬1000立方公尺之數量向被上訴人請求支付承攬報酬，並分別提起前案台中地院100年度建字第120號給付工程款事件，及本件台中地院101年度訴字第2441號返還所有物等事件訴訟，上訴人依系爭合約所爆破石塊之數量即應為3萬1000立方公尺。

4.被上訴人於本院前審提出塊石流向比對表，載明「精神科大樓施工數量1萬2500立方公尺，綜合科大樓施工數量1萬8500立方公尺，合約外7000立方公尺」（見本院前審卷(二)第63

頁），被上訴人所謂合約外7000立方公尺，即係金門醫院101年2月6日函所稱超挖區域超挖塊石約7000立方公尺。上訴人於本院107年11月28日準備程序時指稱：「被上訴人所提出之爆破量，有精神科大樓1萬2500立方米，綜合科大樓1萬8500立方米，此部分兩造均未爭執。有爭執的部分是多出來的7000立方米。」、「不爭執原來承攬範圍是3萬1000立方米，現在所爭執是金門醫院所講的7000立方米，現在是請求金門醫院所講的7000立方米。」等語（見本審卷第76頁），可見上訴人所請求返還系爭超爆石塊價值之損害及給付承攬報酬，係針對被上訴人所指合約外及金門醫院所稱超挖區域之超挖石塊，而非在精神科大樓及綜合科大樓基地爆破所產生之石塊，系爭超爆石塊7000立方公尺即非屬系爭爆破工程之施工範圍所產生的石塊。

5.被上訴人100年3月14日特採申請書已算出系爭合約之爆破數量為3萬1000立方公尺石塊，並有追加數量之數額，及追加數量為收方計算之記載。上訴人因此主張其於100年3月14日以後仍有繼續爆破至100年6月間，則爆破數量應不祇3萬1000立方公尺，且數量有追加就是實做實算，金門醫院應該以實做實算的收方來計算其101年2月6日函之7000立方公尺石塊云云。惟被上訴人100年3月14日特採申請書已有面積部分正確，但高程以現場測值為主之記載，可見該特採申請書係依基地之面積及測量之高程算出爆破之數量，該數量應為系爭爆破工程完工之合約數量，而非上訴人至100年3月14日實做之爆破數量，而上訴人之綜合科大樓爆破工程於100年6月16日之爆破數量仍不足特採申請書所載之數量1萬8500立方公尺，足認特採申請書所載數量係在上訴人未完工之前依現場測量高程所計算出來，並非上訴人實做之數量，其追加之數量仍係依測量之計算結果，為合約應增加之數量，而非上訴人實做所增加之數量，上訴人在100年3月14日以後仍有繼續爆破，仍係在合約數量3萬1000立方公尺範圍內，上訴人認為其實做之數量不祇3萬1000立方公尺，要屬無據。另特

採申請書所追加之數量仍係在精神科大樓及綜合科大樓基地爆破所增加之數量，此與金門醫院101年2月6日函所稱超挖區域超挖石塊7000立方公尺無關，上訴人所指該7000立方公尺石塊應算入特採申請書所載金門醫院收方之追加數量，亦屬無據。

(二)被上訴人有無自認上訴人對系爭超爆石塊有損害賠償或不當得利之請求權，及承攬報酬請求權存在？

1.被上訴人於本院前審主張「超挖石塊7000立方公尺。依上證10-2-1，我們回填了2000立方公尺及4250立方公尺，合計是6250立方公尺。所以當時岩層爆破後的數量應是3萬8000立方公尺。」（見本院前審卷(一)第97頁）、「本件工程之實際塊石數量雙方雖約定為3萬1000立方米，然上訴人當時係有超爆之情形，超爆數量為7000立方米，此有金門醫院函文及相關資料可參。」（見本院前審卷(一)第100頁）、「岩層爆破開挖後，會有風化層級或夾帶泥土礫石層，上訴人自知於此，卻仍以契約數量扣減搬運塊石數量，而認未達3萬1000立方米，更逕自周邊進行挖掘意欲補足3萬1000立方米，其超挖之行為疑有盜賣國土之嫌。」（見本院前審卷(二)第126頁）、「系爭工程屬公共工程，所有施工範圍或數量皆須按圖施作，未經許可，不得任意變更，故系爭7000m3是因上訴人未按契約範圍施工所致，施工範圍已超出契約範圍導致塊石數量暴增，這部分並非應為追加工程，而是上訴人未按契約範圍施工所衍生之數量，違約爆破部分當不予計價外，其後續衍生之回填夯實等費用，亦均應由上訴人負擔。」（見本院前審卷(二)第171頁）、「7000立方米係為上訴人所超挖，此部分非在兩造契約合約範圍內所產生塊石，實已逾越雙方契約之約定，上訴人此部分超挖之行為實有盜賣國土之嫌。…被上訴人實無就該超出系爭合約範圍外之請求給付承攬報酬之義務。」（見本院前審卷(三)第59、62頁）。由被上訴人上開主張，自可認被上訴人有承認上訴人超挖系爭超爆石塊之事實。

2.被上訴人係依金門醫院101年2月6日函之內容主張上訴人有超挖系爭超爆石塊之情事，但上訴人所超挖之系爭超爆石塊係在金門醫院所指之超挖區域爆破所衍生之石塊，並非在系爭合約爆破範圍內之精神科大樓及綜合科大樓基地所產生之石塊，由被上訴人一直強調系爭超爆石塊係上訴人未按契約範圍施工所衍生之數量，並非追加工程，無可資請求返還之損害及承攬報酬，7000立方公尺石塊係系爭合約外之數量，上訴人所為有盜賣國土之嫌，所造成被上訴人應回填土方之損害應負賠償責任等語，被上訴人實未承認上訴人有取得系爭超爆石塊之所有權，且主張系爭超爆石塊係由上訴人自行出售，並非被上訴人所盜賣，被上訴人即未自認上訴人對系爭超爆石塊有損害賠償或不當得利之請求權，及承攬報酬請求權存在。

(三)上訴人請求被上訴人返還系爭超爆石塊價值655萬2000元之損害，及給付工程款168萬元，有無理由？

1.依被上訴人所提出塊石流向比對表及金門醫院101年2月6日函所示，固可認上訴人有超挖系爭超爆石塊之事實。至被上訴人於100年7月8日與００公司簽立工程合約書，施工項目為岩層爆破，合約數量2500立方公尺，單價600元，工程總價150萬元，其施工位置在精神科大樓前11公尺道路，綜合科大樓東向計畫道路施作水溝，高壓管線、低壓管線道路下方岩層。００公司所施作之爆破工程係道路溝渠之爆破工程，此與上訴人在施工便道超挖系爭超爆石塊之行為無關，此為兩造所不爭執（見本審卷第45頁正面）。再依上訴人所提出系爭興建工程工區及濬紳堆置場（００段000-0地號）相關位置圖所示，００公司爆破工程之位置非在綜合科大樓基地北側之施工便道（見本審卷第102頁），００公司爆破之道路溝渠亦非屬超挖區域。另被上訴人於本院前審所稱：「100年7月5日上訴人就已經解除契約離場沒錯，之後他也沒有再施工了，上訴人離場後，被上訴人又找了高兆工程行來開挖，不是爆破，亦即將前手上訴人已經爆破了，但還沒有

破解的部分接手去做，開挖的石塊就是上一案請求給付工程款判決裡所載的6043.67立方公尺。」等語（見本院前審卷(二)第28頁背面），亦與系爭超爆石塊無涉，均無法否定上訴人超挖系爭超爆石塊之事實。然上訴人此部分所為係屬合約外之行為，而系爭合約就系爭爆破工程之上訴人可取得報酬係約定實做實算，係指上訴人在系爭合約爆破範圍之精神科大樓及綜合科大樓基地爆破之數量應實做實算，並非指被上訴人應就上訴人系爭合約外之超挖系爭超爆石塊亦應依上訴人實做之數量支付報酬。

2.系爭合約第8條約定被上訴人對本工程有隨時變更計畫及增減工程數量之權，上訴人不得異議並應即照辦；第9條第1項約定被上訴人得指派工程人員隨時監督及指示上訴人對本工程之實施。仍係對系爭合約所定上訴人應爆破範圍之約定，就超過系爭合約爆破範圍之爆破，被上訴人即無隨時變更計畫及增減工程數量之權，亦非被上訴人得指示上訴人違約爆破，而被上訴人就超過系爭合約爆破範圍之爆破，對金門醫院並無報酬請求權存在，且須負回填適當材料之義務，被上訴人即不致指示上訴人在施工便道之土地爆破，上訴人就其主張超挖系爭超爆石塊係依被上訴人指示所為之事實，即應負舉證之責，上訴人不僅無法舉證被上訴人有指示其超挖系爭超爆石塊，亦無法證明系爭超爆石塊係由被上訴人出賣，徒憑系爭合約第8條及第9條第1項之約定，主張系爭爆破工程係由被上訴人派員進行指揮監督，上訴人應於何處、何範圍進行岩層爆破，均係聽從被上訴人指揮，並無置喙之餘地，是被上訴人指示進行爆破之範圍有超出系爭爆破工程範圍，亦係被上訴人與金門醫院之損害賠償問題，上訴人自無違約超爆之情事云云，即非的論。

3.上訴人在綜合科大樓基地北側之施工便道土地爆破，金門醫院101年2月6日函已指此為被上訴人爆破工程分包商違約行為，被上訴人應負回填適當材料之義務，上訴人施作施工便道，固為進行系爭爆破工程所必要，但施作施工便道，僅需

在土地上鋪設臨時道路即可，無開挖地基，爆破岩層之必要，並非上訴人所指有施作施工便道之必要，即應在施工便道土地爆破。又上訴人指稱被上訴人自行在綜合醫療大樓爆破超出範圍施工情形之照片中加註「濬紳超挖鑽孔情形」及「超挖範圍濬紳安裝作業情形」，與其提出照片所示「完成鑽孔安裝作業」情形相符，僅能證明上訴人有在施工便道土地上安裝炸藥進行爆破，尚無法證明上訴人係依被上訴人指示在測量點鑽孔後安裝炸藥。另上訴人主張其所領炸藥9878公斤可爆破得4萬4900立方公尺之石塊，縱然屬實，充其量僅能證明系爭超爆石塊係上訴人以所領炸藥爆破所得，仍無法證明上訴人超挖系爭超爆石塊係依被上訴人之指示所為。

4.被上訴人以101年1月2日函通知上訴人「貴公司李瑩瑩、劉0源在爆破期間以安全考量及施工動線等理由擴大爆破範圍，超挖塊石約7000立方米。超挖塊石運至施工便道堆置後，李瑩瑩、劉0源在未知會工務所及未辦理土方流向情況下，擅自將便道上塊石運出販售圖利。超挖處所增加7000立方米之回填工料費用，本公司將依法求償。另未行申報自行販售塊石所涉及盜賣國土、背信、竊盜刑責，將另行告發偵辦。」此有上訴人所提出之該函在卷可憑（附最高法院卷第113頁）。觀被上訴人101年1月2日函之內容與金門醫院101年2月6日函大致相符，上訴人於本件上訴最高法院時，並以被上訴人101年1月2日函主張系爭超爆石塊係其所爆破取得（見最高法院卷第103、104頁），足認上訴人確有收到被上訴人101年1月2日函，且係在上訴人於101年7月10日向福建金門地方法院提起本件訴訟之前（福建金門地方法院嗣將本件移轉管轄至台中地院），被上訴人顯未刻意隱瞞上訴人超挖系爭超爆石塊之事實，上訴人以被上訴人於100年7月5日將其工地人員強制驅離工地現場前，未曾通知其有超爆情事，抗辯被上訴人於原審主張其有違約超爆，係臨訟卸責之詞云云，委無可採。上訴人於收到被上訴人101年1月2日函後，早已知被上訴人有上訴人違約超挖系爭超爆石塊之主張，在

另案台中地院100年度建字第120號、本院101年度建上字第62號，及本案台中地院101年度訴字第2441號審理時從未主張其對系爭超爆石塊有任何權利存在，且於被上訴人本院前審103年6月19日準備程序時提出金門醫院101年2月6日函，主張「本件工程之實際塊石數量雙方雖約定為3萬1000立方米，然上訴人當時係有超爆之情形，超爆數量為7000立方米。」等語，上訴人於同日準備程序時，及103年8月7日具狀均表示金門醫院101年2月6日函之內容與其無關（見本院前審卷(一)第97頁背面、卷(二)第4頁背面），可見上訴人原係否認系爭超爆石塊係其所開挖，嗣於104年3月16日之民事爭點整理狀始承認上情，並以被上訴人於103年6月19日準備程序之主張，及金門醫院101年2月6日函之內容，追加請求被上訴人返還損害及給付承攬報酬共823萬2000元。上訴人之超挖系爭超爆石塊如按其主張係依被上訴人之指示所為，上訴人對系爭超爆石塊即有權利可主張，上訴人何須否認系爭超爆石塊係其所開挖？上訴人當係知悉其此部分所為係違約超挖行為，唯恐對被上訴人負損害賠償責任，始不敢承認，是上訴人所主張其係依被上訴人之指示超挖系爭超爆石塊，應為本院所不採。

5.上訴人係在系爭合約爆破範圍外超挖系爭超爆石塊，其無法證明該超挖係依被上訴人之指示所為，系爭超爆石塊應屬土地所有權人金門醫院所有，金門醫院及被上訴人均未將系爭超爆石塊交付上訴人，上訴人自未取得系爭超爆石塊之所有權，且上訴人亦未能證明系爭超爆石塊係由被上訴人所盜賣，被上訴人就系爭超爆石塊對上訴人即不負損害賠償或不當得利之返還責任。上訴人於系爭合約外所為超挖系爭超爆石塊，無從依系爭合約之約定對被上訴人請求給付承攬報酬，被上訴人亦無給付承攬報酬之義務存在。

六、綜上所述，上訴人請求被上訴人返還系爭超爆石塊價值之損害655萬2000元，及給付承攬報酬168萬元，合計823萬2000元，均無理由，不能准許，上訴人追加之訴，自應予以駁回

，其追加之訴之假執行之聲請，亦失所附麗，應併予駁回。

本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法，均與本判決之結果不生影響，爰不逐一論述。又本院已認定上訴人對系爭超爆石塊並無權利存在，上訴人請求測量系爭爆破工程實際完成爆破之數量，及傳訊被上訴人公司監工蔡0水及監造人大將建築師事務所之建築師，欲證明綜合科大樓基地北側施工便道是否存在，亦無必要，均併予敘明。

七、據上論結，本件上訴人追加之訴為無理由，依民事訴訟法第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　26　　日

民事第二庭　審判長法　官　謝說容

法　官　葛永輝

法　官　陳蘇宗

以上正本係照原本作成。

上訴人得上訴。

如對本判決上訴，須於收受判決送達後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日內向本院提出上訴理由書（須按他造人數附具繕本）。

上訴時應提出委任律師為訴訟代理人之委任狀。具有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項之情形為訴訟代理人者，另應附具律師及格證書及釋明委任人與受任人有該條項所定關係之釋明文書影本。

書記官　盧威在

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　26　　日