

臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度建上字第5號

上訴人

即被上訴人 新奇營造有限公司

法定代理人 蔡美霞

訴訟代理人 林安祺

訴訟代理人 陳怡成律師

複代理人 周家年律師

複代理人 張雅姿

被上訴人

即上訴人 台中市后里區后里國民小學

法定代理人 陳良益

訴訟代理人 陳建良律師

上列當事人間請求給付工程款事件，兩造對於中華民國107年9月26日臺灣臺中地方法院104年度建字第141號第一審判決，均提起上訴，本院於109年4月15日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴人新奇營造有限公司之上訴駁回。

原判決關於命上訴人台中市后里區后里國民小學給付逾新臺幣壹佰肆拾陸萬壹仟肆佰捌拾柒元本息，及該部分假執行之宣告，暨除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人新奇營造有限公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

第一審（除確定部分外）、第二審訴訟費用，均由上訴人即被上訴人新奇營造有限公司負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

壹、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限；不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款、第256條分別定有明文。查：

01 一、上訴人新奇營造有限公司（下稱新奇公司）原上訴聲明為：
02 「一、原判決不利於新奇公司部分廢棄。二、上開廢棄部分
03 ，被上訴人台中市后里區后里國民小學（下稱后里國小）應
04 給付新奇公司新臺幣（下同）238 萬 4211 元，及自民國 104
05 年 11 月 10 日起至清償日止，按週年利率百分之 5 計算之利息
06 。」（見本院卷一第 2 頁），嗣於 109 年 3 月 13 日，具狀將
07 上開上訴聲明第二項關於「238 萬 4211 元」，減縮為「237
08 萬 5162 元」（見本院卷二第 12 頁），核屬減縮應受判決事項
09 之聲明，應予准許。

10 二、上訴人后里國小原上訴聲明為：「一、原判決命后里國小給
11 付新奇公司逾 134 萬 1022 元及自 104 年 11 月 10 日起至清償日
12 止按週年利率百分之 5 計算之利息暨負擔該部分訴訟費用部
13 分廢棄。二、上廢棄部分，新奇公司在第一審之訴駁回。」
14 （見本院卷一第 9 頁），嗣於 108 年 5 月 24 日具狀將上開上
15 訴聲明第一項減縮為：「原判決命后里國小給付新奇公司逾
16 146 萬 1487 元及自 104 年 11 月 10 日起至清償日止按週年利率
17 百分之 5 計算之利息暨負擔該部分訴訟費用部分廢棄。」，
18 另將上訴聲明第二項更正為「上廢棄部分，新奇公司在第一
19 審之訴及其假執行聲請均駁回。」（見本院卷一第 103 頁）
20 ，經核第一項部分屬減縮應受判決事項之聲明，第二項部分
21 則為不變更訴訟標的，而更正法律上之陳述，均合於規定，
22 應予准許。

23 乙、實體方面：

24 壹、新奇公司主張：

25 一、新奇公司於 103 年 7 月 16 日向后里國小標得「后里國小通學
26 步道工程」（下稱系爭工程），決標金額為 598 萬 8000 元，
27 兩造於同年 12 月 21 日簽定「臺中市后里區后里國民小學工程採
28 購契約書」（下稱系爭契約）。

29 二、新奇公司於 103 年 8 月 2 日進場後，發現施工圖與現況存有
30 差異及需變更設計等因素，經兩造於同年 12 月 3 日簽定系爭
31 工程之第一次變更設計工程採購契約書，變更後預算金額為

665 萬 1138 元，履約期限為復工後 82 日曆天，並修訂標單總表及詳細價目表，新奇公司並於 103 年 12 月 1 日復工。然就施工項目第四項次雜項工程第 6 點之「花台、圍牆及鋪面打除清運」（含廢棄土方證明），雖第一次變更設計時有將此工項之數量由原契約之 58 立方米，變更為 239 立方米，惟經新奇公司實際施作，發現實際數量仍超出 239 立方米之契約數量。因超出之剩餘土石方處理，涉有公共安全、環境衛生等問題，依臺中市營建剩餘土石方管理自治條例第 17 條及系爭契約施工注意事項第 8 條約定，新奇公司就該等土石方既無法依原送經后里國小核定之剩餘土方計劃書處理，依法亦不得自行違規棄置，是新奇公司要求就此部分辦理變更設計（即第二次變更設計），兩造復於 104 年 1 月 20 日召開施工協調會，后里國小同意就系爭土石方採變更設計方式辦理，並於同年 2 月 24 日辦理停工，當天並有實地測量剩餘土石方數量為 350 立方米。

三、詎后里國小未循契約之規定，辦理第二次變更設計，逕自以剩餘土石方均為有價土，改以營建剩餘土石方折價方式處理，而改變原契約剩餘土石方之處理方式。且就 104 年 1 月 20 日施工協調會上合意之「辦理變更設計」之停工原因並未消滅時，任訴外人○○公司超挖現場準備要回填之土石方，影響要徑之施工，至今亦沒有載回現場，則后里國小單方指示新奇公司應自同年 2 月 16 日復工，於法不合。況后里國小於同年 2 月 13 日發文，要求新奇公司於收文當日即同年 2 月 16 日（即除夕 6 天連假之前 2 日），立即開工並計算工期，此種年節前之臨時通知，顯係以損害新奇公司為目的，依民法第 148 條，亦不發生復工之效果。從而，后里國小於同年 5 月 12 日，以可歸責於新奇公司之事由，發函終止契約，於法不合，不生終止之效力。

四、系爭工程前後共因可歸責於后里國小之理由，變更設計而停工二次，第一次變更設計停工期間為 117 日（即 103 年 8 月 5 日至 103 年 12 月 1 日），第二次變更設計停工期間為 108

日（即104年1月24日停工至104年9月25日新奇公司終止契約日），前後累計停工期間計235日，已逾6個月。且新奇公司自104年2月16日起至同年3月28日，多次發函要求后里國小辦理變更設計並處理超挖土石方等事，后里國小仍怠於為之，故新奇公司於104年9月25日，遂依系爭契約第21條第10款、第12款約定，函知后里國小終止契約。

五、系爭契約既因可歸責於后里國小之原因，經新奇公司合法終止，新奇公司自得依如附表一「請求權基礎」欄之約定或規定，請求后里國小為如附表一各編號之給付，合計444萬835元（嗣於本院時減縮為443萬1796元）。

六、並聲明：后里國小應給付新奇公司627萬6818元（按此為新奇公司起訴狀之聲明，見原審卷一第5頁。嗣新奇公司於原審已調整請求內容如附表一所示，其中編號2、6、7、10則如各該括號內之說明，惟新奇公司並未於原審時減縮聲明，見本院卷一第90頁背面），及自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。

貳、后里國小則以（以在本院時之抗辯為準）：

一、新奇公司依系爭契約所承攬者，僅為「校內運方」，不包括將系爭工程內停車場上「餘土石方」（下稱系爭土石方）清運至校外棄土場，故於104年1月20日，由兩造及監造單位吉野工程顧問有限公司（下稱吉野公司）召開施工協調會，后里國小決議採變更設計方式辦理。但后里國小以電話通知新奇公司就系爭土石方之「營建剩餘土石方折價」（即將土石方作價出售包商抵充承攬報酬）議約時，新奇公司即明白表示不願議約，后里國小復於104年2月2日，發函通知新奇公司於同年月3日優先議價，惟新奇公司未遵期到場議約。后里國小不得已，乃與訴外人○○營造股份有限公司（下稱○○公司）議定清運系爭土石方，訴外人○○公司並於同年月13日移除完畢，新奇公司原停工理由（停車場預定地上土石方影響施工進行）即已消失，后里國小遂於同日函請新奇公司於同年月16日進場施工並申報復工，而後又於同年3

月11日、3月13日、3月31日、5月4日多次函催新奇公司復工履約，新奇公司無正當理由而不履行契約，迨至同年5月12日止，因可歸責於新奇公司之事由而延誤履約期限已達58日，情節重大，故后里國小於同年5月12日，依系爭契約第21條第1款第5、8、11目約定，通知新奇公司終止系爭契約。

二、本件係因可歸責於新奇公司之事由而終止契約，依系爭契約第21條第4款約定，后里國小僅需對於已施作完成之工項，給付工程款，不負責任何損害或損失。茲就新奇公司各項請求，回應如下：

（一）如附表一編號1之已完成工項212萬6644元、編號2之部分完成工項60,881元部分：同意支付。

（二）如附表一編號3部分：新奇公司施作系爭工程「南側工區擋土牆」（下稱南側擋土牆）及「東側工區擋土牆」（下稱東側擋土牆），未依第一次變更設計圖說要求，於施作鋼筋混凝土之擋土牆前於底土上鋪設15公分厚碎石級配夯實。后里國小對於南側擋土牆部分，因不妨礙安全及使用需求，同意僅減除碎石級配部分價金收受；然東側擋土牆變更設計後高度為50、70、90公分不等，且均單側承受回填土壓力，上方並加裝「造型音符+通透方管」，減少碎石級配層施作，顯然增加不均勻沈陷及倒塌風險，不符安全及使用需求，后里國小於終止契約後，已實際拆除重做，是新奇公司就東側擋土牆相關基礎挖土石方、模板加工及組立、鋼筋彎紮及組立等工作，自不得請求。則新奇公司就此部分，僅得請求31萬5033元。

（三）如附表一編號4、5部分：后里國小不負損害賠償責任，新奇公司請求無理由。

（四）如附表一編號6-10部分：應依新奇公司得請求之如附表一編號1-5所示金額，按比例計價。

（五）如附表一編號11部分：履約保證金性質應為懲罰性違約金，本件既因可歸責於新奇公司之事由而終止，新奇公司應

不得請求發還。

三、本件係因可歸責新奇公司事由而終止契約，后里國小亦得依附表二「請求權基礎」欄之約定或規定，請求新奇公司賠償如附表二所示金額：

(一) 如附表二編號1部分：后里國小就新奇公司於終止契約時所未完成工作，另行公開招標，已於105年1月5日以總價金465萬元決標，由訴外人○○營造有限公司得標完工。上開決標金額，加計終止契約後應計價金額292萬6602元後，為757萬6602元，較原契約價金665萬1138元超出92萬5464元（后里國小於一審原係主張44萬539元，嗣於本院時擴張，見本院卷一第106頁），后里國小因而受有損害。

(二) 如附表二編號2部分：系爭工程於第一次變更設計後價金總額為665萬1138元，每逾期1日違約金數額為6,651元。新奇公司自104年2月16日后里國小通知復工日起，原應於復工後28日內完工，嗣因配合后里國小校慶停工展延工期1日、因配合現地調整施作展延工期2日，應於104年3月19日竣工，故自104年3月20日起計算逾期違約金，算至104年5月11日終止契約前1日止，共計逾期53日，應扣逾期違約金35萬2503元（計算式： $6,651 \times 53 = 352,503$ ）。

(三) 如附表二編號3部分：新奇公司施作之東側擋土牆不符圖說設計，后里國小依約得要求新奇公司拆除重做，新奇公司拒絕拆除，后里國小自得請求新奇公司賠償拆除所需費用93,660元。

(四) 如附表二編號4部分：系爭契約終止後，新奇公司拒絕將散置校園內及校外道路旁之路緣石、平板磚等已進場材料搬離，后里國小僅得自行僱工將上開材料搬移集中至校園中較少使用之空間，支出必要費用7,088元，受有損害。

(五) 如附表二編號5部分：新奇公司至104年5月12日止，所移植之山櫻花枯死5株、垂榕枯死3株，假植之山櫻花枯

死13株、垂榕枯死2株、桂花枯死2株，后里國小自得請求新奇公司賠償所受損害合計61,800元。（原審判決后里國小此部分主張無理由，后里國小未提起上訴）

（六）如附表二編號6部分：新奇公司依約應裝設安全圍籬400公尺，卻僅裝設169.2公尺，后里國小基於安全，於系爭契約終止後，另行僱工施作，支出費用86,400元，自得請求新奇公司賠償。

（七）如附表二編號7部分：新奇公司就已完成之工作仍請求后里國小給付工程款，自仍負原契約所定繳付保固金73,250元之義務。（原審判決后里國小此部分主張無理由，后里國小未提起上訴）

四、並聲明：

（一）新奇公司之訴駁回。

（二）如受不利判決，請准供擔保免為假執行。

參、原審判決新奇公司一部勝訴、一部敗訴，兩造就其敗訴部分，均一部不服，提起上訴：

一、新奇公司上訴聲明：（一）原判決不利於新奇公司部分廢棄。（二）上開廢棄部分，后里國小應給付新奇公司237萬5162元【計算式：附表一「新奇公司主張」欄合計4,431,796－原審判命后里國小給付2,056,634＝2,375,162，詳見本院卷一第97頁】，及自104年11月10日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。后里國小則答辯聲明：（一）上訴駁回。（二）如受不利判決，願供擔保，請准免為假執行。

二、后里國小上訴聲明：（一）原判決關於判命后里國小給付新奇公司逾146萬1487元及自104年11月10日起至清償日止按週年利率百分之5計算之利息暨負擔該部分訴訟費用部分廢棄。（二）上廢棄部分，新奇公司在第一審之訴及其假執行聲請均駁回。新奇公司則答辯聲明：上訴駁回。

三、兩造就其餘敗訴部分，均未據上訴，該等部分業已確定，以下不贅述。

肆、本院會同兩造整理並簡化爭點，結果如下（見本院卷一第149頁背面至第151頁背面、卷二第10頁及背面，部分文字依本判決用語調整之）：

一、兩造不爭執事項：

（一）新奇公司於103年7月16日向后里國小標得系爭工程，決標金額為598萬8000元，兩造於同年月21日簽定系爭契約（見原審卷一第37頁至82頁、191頁至第197頁反面）。

（二）兩造於103年12月3日簽定系爭工程之第一次變更設計工程採購契約書，變更後預算金額為6,651,138元，履約期限為復工後82日曆天，並修訂標單總表及詳細價目表，新奇公司之復工日期為103年12月1日（見原審卷一第224頁至第233頁）。

（三）后里國小同意系爭工程自103年8月19日起至變更設計內容核定前停工，即第一次停工日期為103年8月19日起至103年11月30日止（見原審卷一第222頁）。

（四）兩造於104年1月20日召開施工協調會，就系爭工程內停車場上「餘土石方」（即系爭土石方），后里國小同意採變更設計方式辦理，並於104年1月24日辦理停工（見原審卷一第98頁）。

（五）后里國小於104年2月2日以后小總字第1040000591號函知新奇公司以：「主旨：貴公司承攬○○里區○○○○○○道工程』第二次變更設計有關營建剩餘土方折價部分請於104年2月3日下午14：00假本校廣德樓二樓會議室出席議價會議（業已電話先行知會），請查照。說明：一、依據本工程採購契約第20條第1項規定辦理。二、營建剩餘土石方折價優先洽貴公司議價，檢附空白標單及授權委託書，另先以電子檔寄達。」（見原審卷一第102頁），後附之標單則載：「營建剩餘土石方折價」、「數量：576」（見同卷第103頁），惟新奇公司當日未到場議價。繼后里國小即於104年2月3日，與訴外人○○公司議定清運系爭土石方（見原審卷二第8頁至第12頁），而將

01 系爭土石方清運完畢。故兩造並未依前開（四）之協調會
02 結論辦理變更設計。

03 （六）后里國小於104年2月13日以后小總字第1040000831號函
04 通知新奇公司，因「有價剩餘土方」已另案處理完畢，系
05 爭工程停工理由已滅失，新奇公司應於104年2月16日進
06 場施作系爭工程（見原審卷一第108頁）。

07 （七）新奇公司於104年2月16日以新（建）字第0000000A31號
08 函回復后里國小，因系爭工程第二次變更設計尚未完成，
09 工區內停車場上土石應按規定清運至土資場，后里國小擅
10 自進入工區載運該土石，超挖部分餘土致無土回填綠帶區
11 ，故無法配合復工施作（見原審卷一第108頁至第111頁
12 ）。

13 （八）后里國小於104年5月12日以后小總字第1040002027號函
14 通知新奇公司，因新奇公司無正當理由不復工進場施作，
15 依系爭契約第21條第1款第5目約定「因可歸責於廠商之
16 事由，致延誤履約期限，情節重大者」、第8目「無正當
17 理由而不履行契約」、第11目「廠商未依契約規定履約，
18 自接獲機關書面通知次日起10日內或書面通知所載較長期
19 限內，仍未改正者」，終止系爭工程契約（見原審卷一第
20 129頁至第134頁）。

21 （九）新奇公司於104年9月25日以新（建）字第0000000A79號
22 函通知后里國小，以系爭契約第21條第10款、第12款約定
23 ，因可歸責於機關之事由通知廠商停工累計逾6個月、履
24 行契約需機關之行為，機關不為該行為等事由，通知后里
25 國小終止系爭契約（見原審卷一第136頁正反面）。

26 （十）系爭工程金額計價情形如下：

27 1、新奇公司已完成工作以212萬6644元計之（數量、計價細
28 目如后里國小108年2月26日民事答辯狀附表一所列，見
29 本院卷一第59頁），后里國小同意支付。

30 2、新奇公司部分施作工作以60,881元計之（數量、計價細目
31 如后里國小108年2月26日民事答辯狀附表二所列，見本

01 院卷一第60頁)，后里國小同意支付。

02 3、新奇公司已進場未施作材料以56萬5592元計之（數量、計
03 價細目如后里國小108年2月26日民事答辯狀附表三所列
04 ，見本院卷一第60頁）。

05 4、新奇公司未進場但已備材料以62,739元計之（數量、計價
06 細目如后里國小108年2月26日民事答辯狀附表四所列，
07 見本院卷一第61頁）。

08 5、通透圍籬工程部分：

09 (1)如后里國小抗辯應扣除東側擋土牆工程為有理由，此部分
10 工程總價以31萬5033元計之（數量、計價細目如后里國小
11 108年2月26日民事答辯狀附表五所列，見本院卷一第61
12 頁），后里國小同意支付。

13 (2)如后里國小抗辯應扣除東側擋土牆工程為無理由，此部分
14 工程總價以58萬5183元計之（數量、計價細目如后里國小
15 108年2月26日民事答辯狀附表六所列，見本院卷一第62
16 頁）。

17 6、下列稅費依系爭契約之計價比例：

18 (1)勞工安全衛生費：依新奇公司得請求之工料費，按1.1%計
19 算。

20 (2)工程品管費：依新奇公司得請求之工料費，按1%計算。

21 (3)包商利潤：依新奇公司得請求之工料費，按7%計算。

22 (4)營造綜合保險費：依新奇公司得請求之工料費，按1.1%計
23 算。

24 (5)營業稅：依新奇公司得請求之工料費，按5%計算。

25 (十一)卷內兩造各自提出書狀內容形式上均屬真正。

26 二、兩造爭執事項：

27 (一)后里國小於104年5月12日依系爭契約第21條第1款第5
28 目、第8目及第11目之規定，終止契約，有無理由？

29 1、系爭土石方之處理，是否為系爭契約之工程範圍？是否需
30 為第二次契約變更，以符合系爭契約第9條第23款約定及
31 臺中市營建剩餘土石方管理自治條例第17條規定？

01 2、后里國小通知新奇公司應自104年2月16日復工有無理由
02 ？

03 (二) 新奇公司於104年9月25日再依系爭契約第21條第10款及
04 第12款之規定，終止契約，有無理由？

05 (三) 新奇公司請求后里國小給付如附表一「新奇公司主張」欄
06 所示款項合計443萬1796元，有無理由？

07 (四) 后里國小主張應扣除如附表二「后里國小主張」欄編號1
08 至4、6所示款項，有無理由？

09 伍、本院之判斷：

10 一、查兩造簽立系爭契約後，新奇公司於103年8月2日進場後
11 兩造於同年12月3日簽定系爭工程之第一次變更設計工程
12 採購契約書。嗣兩造於104年1月20日召開施工協調會，就
13 系爭工程內停車場上「餘土石方」，后里國小同意採變更設
14 計方式辦理，並於同年1月24日辦理停工等情，為兩造所不爭
15 執（見兩造不爭執事項（一）、（二）、（四）），堪信實
16 在。新奇公司雖主張第一次變更設計時，就施工項目第四項
17 次雜項工程第6點之「花台、圍牆及鋪面打除清運」（含廢
18 棄土方證明）（見原審卷一第331頁），有將數量由原契約
19 之58立方米，變更為239立方米，惟經新奇公司實際施作，
20 發現實際數量仍超出239立方米之契約數量。因超出之剩餘
21 土石方處理，涉有公共安全、環境衛生等問題，依臺中市營
22 建賸餘土石方管理自治條例第17條及系爭契約施工注意事項
23 第8條約定，新奇公司就該等土石方既無法依原送經后里國
24 小核定之剩餘土方計劃書處理，依法亦不得自行違規棄置，
25 是新奇公司要求就此部分辦理變更設計（即第二次變更設計
26 ）等語，但后里國小則抗辯：104年1月20日施工協議會是
27 針對系爭工程內停車場上「餘土石方」即系爭土石方之議題
28 ，系爭土石方是有價土方，非廢棄土方等語。經查，依104
29 年1月20日施工協調會會議紀錄已載明（見原審卷一第98頁
30 原證10），「伍、討論事項紀錄：…2.有關停車場餘土石方
31 ，校方決議採變更設計方式辦理」，證人即吉野公司負責人

○○○於原審時復結證稱：停車場上方之土方是后里國小興建校舍時，開挖地下室所餘土方，系爭工程的有價土方是工區內近運等語（見原審卷二第58頁、第57頁背面），證人即吉野公司員工○○○於原審時亦結證稱：上開原證10之會議紀錄講的是土方，原證32講的是花檯廢棄物，二者是不同的，外運的是廢棄物，不外運的是土石方等語（見原審卷二第75頁、第77頁背面），堪認后里國小於104年1月20日施工協議會決議辦理變更設計者，為停車場上「餘土石方」，而非新奇公司所指、性質上屬廢棄物之施工項目第四項次雜項工程第6點之「花台、圍牆及鋪面打除清運」（含廢棄土方證明）（見原審卷一第331頁）。故以下所稱系爭土石方均指停車場上「餘土石方」，合先敘明。

二、系爭土石方清運至校外棄土場（外運）並非系爭契約之工程範圍：

（一）查系爭土石方非屬原契約所編定工區內近運工項，且兩造有達成系爭土石方要外運之共識乙節，為兩造所不爭執（見原審卷四第100頁背面、本院卷二第17頁），堪先認定。

（二）而依新奇公司前開主張，既曰「新奇公司就系爭土石方因無法依原送經后里國小核定之剩餘土石方計劃書處理」，足見系爭土石方之外運工項，顯然並非在系爭契約原本之施工範圍，否則新奇公司豈會在送請后里國小核定之「剩餘土石方計劃書」中，不提出關於土石方外運之處理計畫。

（三）且證人即吉野公司負責人○○○於原審時結證稱：「（問：系爭工程發包時有無約定上開土方如何處理？約定於何工項？數量？）此部分依契約規定，我們有編列近運的工項來處理。」、「（問：系爭工程有無編列工區內土方之開挖、回填、或棄置之工項與費用？編列何工項？如未編列如何計價？）據我所知，系爭工程的有價土方是工區內近運，所以會編列近運的工項。」、「（問：系爭工程標

單內雜項工程『工區內運方』（校內既有土方）之意義為何？）工區內運方即為工區內土方的運輸，指的是現況工程需要移動的搬運…」、「（系爭工程契約訂立以及嗣後為變更設計時，兩造爭議之停車場上方土方是否屬契約約定工項範圍？如屬契約範圍，屬何工項？契約約定原告應如何處理該土方？）是，工項為工區內運方，在第一次變更設計時已有考慮到停車場上方土方，契約約定的方式是搬移。」等語（見原審卷二第57頁背面至第58頁背面）；證人即吉野公司員工○○○亦於原審結證稱：多餘的土石方依照契約，要校區內近運到后里國小指定地點堆置。依契約項目土石方是不外運的等語（見原審卷二第75頁、第77頁背面），則系爭契約關於土石方，僅約定「工區內運方」，並不包括土石方外運之工項，益徵明確。

（四）新奇公司雖謂：系爭土石方係在新奇公司施工工區範圍內之土石方，應屬新奇公司承攬範圍，且近運或外運，差別只在土石方運送地點是在校區內或校區外，系爭契約雖未約定外運報酬，亦只是承攬報酬數額尚待議定，或依系爭契約第3條第(二)款約定，如何調整承攬報酬問題，不能謂系爭土石方不在系爭契約範圍內云云，然為后里國小所否認，並抗辯稱：系爭土石方為有用土方，不能外運，故系爭契約只有約定近運工項費用即原審提出之被證18第3頁、四、2工項，每立方米為91元，依此單價，外運不符成本等語。經查，系爭契約第3條第(二)款約定：「1.工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達5%以上時，其逾5%之部分，依原契約單價以契約變更增減契約價金。未達5%者，契約價金不予增減。2.工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達30%以上時，其逾30%之部分，應以契約變更合理調整契約單價及計算契約價金。…」，可知前開約款，係在規範同一工項，但數量增減達一定成數之計價問題。又一般工程之土石方要近運或外運處理，單價相差甚大，此有后里國小於原審所提被證18第3頁

01 四、2「工區內運方（校內既有土方）」之單價為每立方
02 米91元，及6「花台、圍牆及鋪面磚打除清運（含廢棄土
03 方證明）」（按此為廢棄物或廢棄土方，與系爭土石方係
04 有價土方性質上不同）之單價為每立方米381元可參，新
05 奇公司對於后里國小所辯以系爭契約所約定之土石方近運
06 單價每立方米91元，來施作土石方外運工項，不符成本等
07 語，亦未加爭執，自堪採信。再衡酌兩造均一致表示：如
08 果系爭契約一開始即有約定土石方要外運，則詳細價目表
09 之項目應為記載「工區外運方」，新奇公司並表示會如類
10 似上開被證18第3頁四、6之工項所載（見本院卷二第17
11 頁及背面），復自承「土石方外運之承攬報酬尚待議定」
12 等語（見本院卷一第186頁背面），換言之，即系爭契約
13 並未約定土石方外運之工項及報酬，堪認土石方近運與土
14 石方外運，乃屬不同工項，而非僅係同一工項之數量增減
15 問題，自無系爭契約第3條第(二)款約定之適用。新奇公司
16 上開主張，即不可採。

17 (五)新奇公司又主張其打除清運系爭工區南側門之花台、圍牆
18 及鋪面磚後，發現系爭工區南側門實作數量已超出第一次
19 變更設計系爭契約所訂數量，經依訴外人吉野公司之指示
20 ，繼續施作並開挖○○○區○○○道。施工過程中，新奇
21 公司將系爭工區南側門、東側步道及停車場部分區域所開
22 挖之土石方，部分外運至合法土資場，部分堆置於系爭工
23 區停車場上方，足以證明新奇公司確實有將土石方外運至
24 合法土資場，且數量已超過詳細價目表四、6「花台、圍
25 牆及鋪面磚打除清運（含廢棄土方證明）」第一次變更設
26 計所訂之數量239立方米之30%等語。但依前述，后里國
27 小於104年1月20日施工協議會決議採變更設計者，為系
28 爭工程內停車場上「餘土石方」即系爭土石方，並非詳細
29 價目表四、6「花台、圍牆及鋪面磚打除清運（含廢棄土
30 方證明）」之工項，前者係有價土石方，本依約只能近運
31 ，後者則係廢棄物，係可外運清運，性質迥然不同，自無

01 法類比，故新奇公司縱有將屬於詳細價目表四、6「花台
02 、圍牆及鋪面磚打除清運（含廢棄土方證明）」之廢棄土
03 石方外運之事實，亦不能為有利於新奇公司之徵憑。

04 (六)據上，系爭土石方雖然係位在新奇公司依系爭契約施工之
05 工區內，但依系爭契約，新奇公司僅能就有價土方近運，
06 不能外運，故若要將系爭土石方外運，顯然未約定在系爭
07 契約之承攬範圍，洵堪認定。

08 三、后里國小就系爭土石方之外運處理得不辦理變更設計，並得
09 另行發包他人清運（外運）：

10 (一)新奇公司主張依104年1月20日施工協調會，后里國小已
11 同意就系爭土石方採變更設計方式辦理，卻遲未辦理變更
12 設計乙節，為后里國小所不爭執，堪予採信。

13 (二)后里國小抗辯稱：其以電話通知新奇公司就系爭土石方之
14 「營建剩餘土石方折價」（即將土石方作價出售包商抵充
15 承攬報酬）議約時，新奇公司即明白表示不願議約，后里
16 國小復於104年2月2日新奇公司於同年月3日優先議價
17 ，惟新奇公司未遵期到場議約，后里國小不得已，乃與訴
18 外人○○公司議定清運系爭土石方，訴外人○○公司並於
19 同年月13日移除完畢等語，為新奇公司所不爭執（見兩造
20 不爭執事項（五）），亦堪憑採。

21 (三)證人即104年2月至4月間擔任臺中市政府建設局景觀工
22 程科科長○○○於本院時復結證稱：「（問：如果像證人
23 剛剛所述，營造廠承攬契約範圍包括土方從現場高程到設
24 計高程，可是預算書就土方部分沒有編列到足夠的費用，
25 或是沒有項目，一般工程慣例要如何處理土方？發包機關
26 可以直接洽第三人廠商辦理嗎？）一般我們執行工程，會
27 與廠商作協商，辦理變更設計，如果與原本承作的廠商協
28 商有問題的話，因該部分是屬於工程契約以外的東西，會
29 另外找其他廠商，但這會容易產生不同廠商間施工界面的
30 問題，比較會有紛爭。」、「（問：證人剛才提到工程契
31 約範圍是依照圖說，也就是從現場高程到設計高程，但現

在又表示漏編或漏項部分是屬於工程契約以外，說法不是
矛盾嗎？）沒有，工程預算書、圖一定會有現況測量圖，
所以要去測量現況，再做設計，這樣才能設計出數量來，
如果設計出來的結果跟現況比對有出入，就表示現況測量
圖有問題。因工程預算書中還包含有數量，兩造契約的約
定就是按照預算書中記載的數量，超出預算書的數量，就
不是屬於該契約的範圍。如果預算書有漏編或漏項就不是
屬於契約的範圍，但是如果設計圖有，但預算書有漏編或
漏項，仍然是屬於契約的範圍，所以會辦理變更設計來修
正契約。」、「（問：依照證人剛才所述，關於土方，如
果工程圖說有，但工程預算有漏編或漏項，就該漏編或漏
項的土方，是否仍然認為是屬於契約以外的範圍？如果與
原本承包廠商無法協議，辦理變更設計，會如何處理？）
預算書是計價的依據，圖說有該工項，預算書卻沒有編列
，如果要求廠商施作，而不付款是不合理的，預算書是依
據設計圖來計價數量，如果有漏算，會跟廠商協調，是否
做數量的變更，如果廠商不願意，或是協議不成，就要變
更設計修改圖說來符合預算書，超出預算書數量的工項部
分就切割出來，另外發包。但以上的前提是圖說跟現況已
經不同，才會有這樣的處理，如果圖說跟現況相同，一定
會跟廠商協調，我處理過的案件沒有協調不成的情況。」
、「（問：契約所漏編或漏項的工作，定作人自行完成，
例如本件中現況高程與測量高程不符，如果學校自行將現
場高程修改成與測量高程相同，還需要變更設計？）不用
。」、「（問：如果學校已經先與承包廠商簽訂施作契約
，才發現土方現場高程修與測量高程不符，是否仍然可以
自行把現場高程修改成測量高程？）可以，因為定作人跟
承包廠商之間的約定，就是約定契約圖的高程，所以定作
人是將現況調整成契約約定的高程，交付給承包廠商施作
。」、「（問：如果上開承包廠商已經進場施工，學校是
否仍然可以自行調整現場高程成為契約約定的高程？）可

以，但這個作法容易引起兩個廠商施工界面的爭執。例如
一般工程我們會拆成土木標、機電標、景觀標，同時進場
施作，一個工地有兩個廠商在現場施工，是有這樣的情況
的。」、「（問：定作人自行把現場調整之前，是否要先
跟承包廠商協議，協議不成，才能這樣做？）一般為了避
免施工爭執，都會先找現有的廠商，協議不成才會另找其
他廠商。」等語（見本院卷一第143-144頁）。審之證人
○○○時任臺中市政府建設局景觀工程科科长，具有建築
營造之專業知識與實務經驗，與兩造間亦無恩怨私情，立
場應屬公正客觀，上開證述自堪採信。而依前述，系爭土
石方之外運處理，既不在系爭契約之承攬範圍，則依證人
○○○上開證詞，后里國小抗辯稱：其得將系爭土石方之
外運處理另行發包予第三人即訴外人○○公司，而非辦理
變更設計等語，即有所據，並無不當。況且，后里國小在
發包予訴外人○○公司前，已先以電話及發函方式，通知
新奇公司就系爭土石方之「營建剩餘土石方折價」（即將
土石方作價出售包商抵充承攬報酬）優先議約，但未獲置
理，后里國小方與訴外人○○公司締約，顯然亦就系爭土
石方由不同承商處理外運事宜可能引發之施工界面糾紛，
盡力防免，惟礙於新奇公司並無議約之意，兩造方未能就
系爭土石方之外運處理達成合意，自難認后里國小有何可
歸責之處。況系爭土石方非系爭契約所承攬範圍，業經審
認如前，且屬后里國小所有，亦為兩造於本院時所不爭執
（見本院卷一第79頁），則后里國小自有權決定要如何處
置系爭土石方，縱使后里國小曾於104年1月20日施工協
調會決議採變更設計，但依該次協調會之紀錄內容，既記
載「校方決議採變更設計方式辦理」，顯然亦僅係后里國
小之單方決定，而非兩造已有達成變更設計之合意至明。
基此，新奇公司要求后里國小必須依前開協調會之結論，
辦理變更設計，並由新奇公司承攬系爭土石方之外運工項
，顯屬無據。

01 (四) 新奇公司雖謂：后里國小之通知未遵守系爭契約第20條第
02 (一)款之約定，應不生通知效力云云，但為后里國小所否認
03 ，並抗辯稱：兩造最終沒有辦理契約變更等語。查系爭契
04 約第20條係在規範「契約變更及轉讓」（見原審卷一第16
05 9頁及背面），但后里國小並未就系爭土石方辦理變更設
06 計，已如前述，自無該條之適用。新奇公司此部分主張，
07 要無足取。

08 四、后里國小於104年5月12日依系爭契約第21條第1款第8目
09 、第5目及第11目之規定，終止契約，為有理由；新奇公司
10 於104年9月25日再依系爭契約第21條第10款及第12款之規
11 定，終止契約，為無理由：

12 (一) 查兩造於104年1月20日召開施工協調會，就系爭工程內
13 停車場上「餘土石方」（即系爭土石方），后里國小同意
14 採變更設計方式辦理，並於104年1月24日辦理停工（見
15 原審卷一第98頁）（見兩造不爭執事項（四））。又系爭
16 土石方之外運處理，業經后里國小於104年2月3日另行
17 發包予訴外人○○公司，訴外人○○公司並於同年月13日
18 移除完畢（見兩造不爭執事項（五）），已如前述，證人
19 ○○○復結證稱：停工理由是為辦理變更設計，變更設
20 計是為了土方之事，但土方問題消滅後就無停工必要，10
21 4年1月20日停工理由已經消滅等語（見原審卷二第73頁
22 反面至第74頁），堪認新奇公司依104年1月20日施工協
23 調會決議而自104年1月24日辦理停工之事由，業已消失
24 。新奇公司仍執詞主張未經變更設計前不得復工云云，難
25 認有理由。

26 (二) 新奇公司雖又主張訴外人○○公司有超挖土方之事實，新
27 奇公司已無足夠土方進行回填，且該回填工項係屬要徑工
28 項，致其他工項亦無法繼續進行云云，但為后里國小所否
29 認，新奇公司自應就此利己之事實，負舉證責任。新奇公
30 司雖提出原證38、原證39之書證為證（見原審卷二第259
31 -264頁），但查：

01 1、新奇公司所提出之函文，係該公司單方面之說詞，另所提
02 出之現場照片，則僅能說明照片所呈現之客觀現狀，但不
03 能證明該現狀之成為何，更遑論要推認係訴外人○○公
04 司或后里國小有超挖致工區內無土回填之事實。且證人○
05 ○○於原審結證稱：系爭工程沒有挖方大於填方的情形，
06 因為結算之後，校園近運還有剩，還沒有用完等語（見原
07 審卷二第74頁反面），新奇公司又未能提出其他確切之證
08 據以實其說，則新奇公司主張訴外人○○公司有超挖土方
09 情事，是否為真，已屬有疑。

10 2、另吉野公司於104年3月5日以吉野字第103004054號函
11 以：「一、經查104年02月16日迄今，貴公司主張因本案
12 停車場剩餘土石方處理未完善無法復工乙事，就貴公司聲
13 明部分僅為停車場區域，依本工程契約無影響施作之工程
14 項目，尚有南側人行步道及東側人行步道之鋪面工程、通
15 透圍籬工程及植栽工程等工項，惠請貴公司儘速進場施作
16 ，以符契約精神。……。」等語（見原審卷一第298頁）
17 。復以104年3月31日吉野字第103004065號函稱：「…
18 …三、有關南側及東側回填所需土方，並不影響復工，應
19 視實際施作情形後計算後，直接透過工地會勘處理。」等
20 語（見同卷第286頁），明確指稱無論停車場區域土方有
21 無爭議，均不影響新奇公司復工。佐以證人○○○證稱：
22 回填工項是在要徑上，但是可以分區進行，就算停車場沒
23 辦法做，還有其他的工區可以做等語（見原審卷二第73頁
24 反面至第74頁），足見新奇公司執詞主張因超挖土方、現
25 場狀況尚需釐清無法復工云云，委不可採。

26 （三）又查，后里國小於104年2月13日以后小總字第10400008
27 31號函通知新奇公司，因「有價剩餘土方」已另案處理完
28 畢，系爭工程停工理由已滅失，新奇公司應於104年2月
29 16日進場施作系爭工程（見原審卷一第108頁）（見兩造
30 不爭執事項（六））。繼吉野公司另於104年2月26日以
31 吉野字第103004050號函通知新奇公司以：「說明：…

01 二、承上，校方業於104年2月13日后小總字第10400008
02 34號函及當面口頭通知，依契約停工理由已消失，請貴公
03 司於104年2月16日起進場施作，並開始計算工期，惠請
04 速申報復工，……。」等語（見同卷第282頁），並繼於
05 104年3月5日以吉野字第103004052、103004053號函
06 以：「說明：……二、經查上開案經臺中市后里國小多次
07 通知及說明，第二次變更設計並無貴公司所提無法復工之
08 情事，請貴公司進場進行工程施作。三、承上，有關貴公
09 司所提土石方部分，係第二次變更設計之事由，為屬臺中
10 市后里國小因新建校舍多餘土石方，經臺中市后里國小認
11 為具有價值者，並函文通知貴公司出席議價不成，是以另
12 案辦理；貴公司已明確獲知該影響工程施作之土石方已獲
13 處理，工地現場已無施工阻礙，是以並無影響工程施作之
14 實質因素。……」等語（見同卷第283、297頁），並於
15 104年3月11日、3月13日、3月31日、5月4日多次函
16 催新奇公司復工履約等情（見同卷第285頁至第287頁）
17 。另查，后里國小於104年2月13日通知新奇公司應自10
18 4年2月16日復工，雖然時間倉促，又逢年節，但之後陸
19 續於104年2月26日、3月11日、3月13日、3月21日、
20 3月24日，又多次以書面函催新奇公司復工並依原契約規
21 定執行（見本院卷一第273頁至第281頁），自己給予新
22 奇公司足夠之復工準備時間。新奇公司徒以后里國小最初
23 於104年2月13日函知應於104年2月16日即新奇公司收
24 文當日復工，又係除夕6天連假之前2日，係以損害原告
25 為目的，依民法第148條規定不生復工效果云云置辯，自
26 無足取。

27 （四）按系爭契約第21條第1款第5目、第8目及第11目約定：
28 「（一）廠商履約有下列情形之一者，機關得以書面通知
29 廠商終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償廠商因
30 此所生之損失：…5.因可歸責於廠商之事由，致延誤履約
31 期限，情節重大者。…8.無正當理由而不履行契約者。…

11. 廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知次日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正者。…」。
查新奇公司自104年1月24日辦理停工之事由既已於同年2月13日消失，后里國小自104年2月13日起，陸續通知新奇公司復工，即有所憑。詎新奇公司無正當理由遲不復工，則后里國小於104年5月12日以后小總字第1040002027號函，依系爭契約第21條第1款第5目、第8目及第11目之規定，終止契約（見兩造不爭執事項（八）），新奇公司已於同日收受（見原審卷一第135頁），即有所據，兩造間之系爭契約應自104年5月12日終止，洵堪認定。準此，系爭契約既經終止，新奇公司自無從再於104年9月25日，依系爭契約第21條第10款及第12款之規定，終止系爭契約。

五、新奇公司請求后里國小給付如附表一「新奇公司主張」欄所示款項合計443萬1796元，有無理由？

（一）如附表一編號1之已完成工項2,126,644元，及編號2之部分完成工項60,881元，后里國小同意給付，自應准許。

（二）如附表一編號3部分：

后里國小僅同意給付南側擋土牆之費用31萬5033元，不同意給付東側擋土牆之費用，並以前詞置辯（詳見后里國小答辯意旨二、（二））。經查：

1、后里國小抗辯稱：系爭工程第一次變更設計後，約定兩側擋土牆底土夯實後需再鋪設15公分厚之碎石級配層夯實，再於其上施作鋼筋混凝土構造之擋土牆，因此增加原未編列之「原土回填夯實」與「基礎碎石級配層」工項與費用，然新奇公司嗣後施作時，仍未於底土鋪設15公分厚碎石級配等情，新奇公司固不爭執未於底土鋪設15公分厚碎石級配，但陳稱：兩造有合意依原契約圖說施工，第一次變更設計圖說不在兩造合意範圍內云云。惟查，依系爭工程之詳細價目表（第一次變更設計第二次修正後）所示，於項次二、「通透圍籬工程」項下19已編列「基礎碎石級配

層」之費用（見原審卷一第231頁），新奇公司謂：第一次變更設計之圖說與單價分析表不一致，已不可採。又新奇公司亦承認兩造於第一次變更設計時，在圖說上有增加擋土牆底土應鋪設15公分厚碎石級配，另依前述，前開詳細價目表又已編列費用，則后里國小抗辯稱：兩造就擋土牆工項已合意改依第一次變更設計，不可能再依原契約之約定等語，合於情理，堪予採信；新奇公司上開所陳，則與事實不符，無法憑採。

2、新奇公司又提出系爭工程擋土牆施作日期及時序表（詳見本院卷一第195頁背面至第196頁背面）及相關函文，欲證明兩造同意依原契約圖施作擋土牆之事實。但查，新奇公司所提出之原證102說明二、原證103證明三均載明工項為「南側門擋土牆」（見原審卷四第60、63頁），原證78施工日誌之填報日期為103年12月6日，「八、重要事項紀錄：1.甲后路南側…」，加以斯時東側擋土牆尚未開始施工（係同年月29日才施工），不能證明三方會勘現場放樣以確認之開挖線係東側擋土牆（見原審卷三第133頁）；原證106至原證109函文（見原審卷四第71-75頁），則僅係新奇公司與吉野公司之函文，不能證明后里國小同意東側擋土牆要依原契約施作；原證110會議紀錄（見原審卷四第76頁）則無隻字片語提及要將東側擋土牆之碎石級配層「改用」在停車場鋪面下之內容；原證104（見原審卷四第64頁）則只提及同意新奇公司申報復工，且停車場鋪面增加碎石級配層本即係依原證110施工協調會之決議，內容並未提及同意新奇公司將原屬東側擋土牆之基礎碎石級配層「改為」夯實施作於停車場AC鋪面下；原證112、原證85（見原審卷四第80頁、卷三第148頁）亦僅係顯示停車場鋪面有增加碎石級配層，並不能證明后里國小另有同意東側擋土牆之基礎碎石級配層無庸施作；原證111、113（見原審卷四第77-79、81-85頁）係內政部營建署之抽查資料，並不能證明后里國小同意東側

01 擋土牆依原契約施作之事實。據上可知，新奇公司提出之
02 前開事證，尚不足以證明兩造在第一次變更設計後，就東
03 側擋土牆同意仍依原契約施作之事實存在。

04 3、新奇公司復主張曾發函告知后里國小及吉野公司擋土牆不
05 施作級配層，經吉野公司建議后里國小同意後減價收受，
06 三方並於104年1月20日施工協調會議中，議定將擋土牆
07 之級配層費用挪用作為停車場漏編之級配層費用等節，並
08 以三方往來函文等件為據（見原審卷二第173-181頁原證
09 49至原證52、原審卷四第71-76頁原證106-110），但依
10 前述，前開函文尚無法證明后里國小同意東側擋土牆仍
11 依原契約施作，並減價收受，亦不能單憑后里國小未就上
12 開函文為任何異議，即以后里國小單純之沈默，遽認有新
13 奇公司主張之事實存在。況且，后里國小抗辯稱只有同意
14 就南側擋土牆減價收受乙節，核與證人即后里國小當時總
15 務主任○○○於原審結證稱：就我所知，當初南側擋土牆
16 也沒有施作級配，但廠商已經施作完成，後來經由監造及
17 校方通知廠商協調之後，逕行減價收受等語（見原審卷四
18 第98頁）相符。從而，堪認后里國小抗辯稱：係因新奇公
19 司就南側擋土牆業已施作完成，且認南側擋土牆未施作級
20 配層尚無違安全，遂依吉野公司建議，同意就南側擋土牆
21 減價收受，且前開函文均係針對「南側擋土牆」施工、復
22 工、放樣及級配層之往來意見，並未提及東側擋土牆亦得
23 不施作級配層等情，應有所本，而可採信。至新奇公司雖
24 稱因南側、東側擋土牆設計相同，后里國小既同意南側擋
25 土牆無需施作級配，同理，自可證東側擋土牆亦無需施作
26 級配等語，顯然純係新奇公司之單方推測，自無足取。

27 4、新奇公司另主張證人○○○及吉野公司於放樣工程、鋼筋
28 工程及混凝土澆置工程等檢驗停留點查驗時，已可看出新
29 奇公司未施作級配層，然均未要求新奇公司停止並重新施
30 作，足證后里國小及監造單位早已同意新奇公司無庸施作
31 級配層等語，並提出103年12月6日系爭工程第1次會勘

會議記錄（見原審卷二第168頁）、103年12月9日、12日、15日現場照片（見同卷第169-171頁）為證。然觀103年12月6日系爭工程第1次會勘會議記錄之會議內容所載：「一、新校門以西工程範圍內，原圍牆基地及鋪面下混凝土基礎經監造單位確認必須打除運棄以進行緣石及鋪面工程。依此，校方原則同意承商繼續施作，……。」等語（見同卷第168頁），並無后里國小有同意新奇公司不施作東側擋土牆級配層之語意。又新奇公司係於103年12月1日施作南側擋土牆，並於103年12月29日始施作東側擋土牆，有如前述，則新奇公司所提前開現場照片，自仍屬南側擋土牆施工照片，無從佐證后里國小知悉且同意東側擋土牆得不施作級配層。

5、新奇公司又主張東側擋土牆施作時，業經監造單位查驗合格，並提出現場照片為證（見原審卷二第47頁）。然觀前開照片抽驗項目為鋼筋抽驗，已難遽此認定當日亦有確認級配層施作事宜。此由照片中之檢驗人員即證人○○○證稱：南側、東側擋土牆下方還要鋪一層級配，根據工程圖說有寫，這一層新奇公司沒有鋪。一開始監工時沒有發現，是要做停車場時才發現，伊等就請新奇公司按圖施作，但新奇公司沒有拆除重作等語（見同卷第77頁），即可證證人○○○於抽驗當時，並未發現新奇公司未施作級配層之情形。對照證人○○○證稱：新奇公司在施作擋土牆時，我打電話通知監造單位，他們即將灌漿，但沒有施作級配層，監造通知新奇公司暫停灌漿，但是新奇公司還是灌漿，沒有等監造到場，事前學校均無接到廠商電話通知不施作級配層。灌漿當天伊在現場，新奇公司訴訟代理人黃耕新也在場，伊就直接跟原告人員表示沒有級配層，要等監造來。因為已經有南側擋土牆未依圖施作的前例，當新奇公司在施作東側擋土牆時，學校就特別注意級配的部分，所以廠商未依圖施作，后里國小就通知廠商要拆除等語（見原審卷四第96頁、第97頁反面至第98頁），更徵后里

國小並無明示或默示同意新奇公司不施作東側擋土牆級配層之情事。至新奇公司訴訟代理人黃耕新雖當庭否認證人○○○前開所述，然審酌證人○○○係經原審告以證人義務及偽證罪之處罰後，當庭具結證述，衡情於負擔偽證罪之心理壓力下，應當為真實之陳述，非不可採，新奇公司空言否認其所證為真，尚非有據。

6、新奇公司雖又主張104年1月20日開會時，經三方協議將原擋土牆級配層費用挪為停車場AC鋪面之級配層費用等語。然依該日施工協調會議紀錄所載：「3.停車場AC鋪面原設計未編列碎石級配，考量現況原土品質無碎石級配情形，經討論評估後，為確保AC鋪面品質，決議增加碎石級配層，並於結算採實際數量辦理。」等語（見原審卷四第76頁），觀其文義並未提及新奇公司所指「挪用」級配層施作預算之情節，而與后里國小抗辯稱該日僅協議停車場部分增加碎石級配層的施作，並於結算時，採實際數量辦理即實做實算計價等情相符，新奇公司主張尚非可採。

7、新奇公司另主張兩造與監造公司106年9月1日協調系爭工程計價數量時，后里國小同意新奇公司得就通透圍籬工程請款，並未主張要再扣除費用，嗣於訴訟中始主張，有違禁反言原則云云。惟查，后里國小當日代表為證人○○○（見原審卷三第185頁協調會議紀錄參加人員），而其業已到庭具結證稱：當天只是同意依新奇公司提出之金額、項目計價，但無理由要法院認定，未同意不再追究新奇公司未按圖施作擋土牆之責任等語（見原審卷四第96頁正反面），而否認曾同意新奇公司請款，新奇公司此部分所陳，自無法遽採。

8、此外，新奇公司又未能提出其他確切之證據后里國小有明示或默示同意不施作東側擋土牆碎石級配層之情形，則依舉證責任分配原則，自難遽認新奇公司此部分主張為真。是以新奇公司既未按圖施作，且導致后里國小於104年11月30日，尚需另行發包廠商拆除新奇公司施作完成之東側

01 擋土牆，有統一發票1紙在卷可考（見原審卷一第333頁
02 ）顯見新奇公司施作完成之東側擋土牆，對后里國小亦
03 無任何利益，新奇公司自不得請求后里國小支付此部分工
04 程款。至於新奇公司主張東側擋土牆結構安全等語，無論
05 是否為真，均無礙於新奇公司未按圖施作之事實。

06 （三）如附表一編號4、5部分：

07 1、查后里國小依系爭契約第21條第1款第8目、第5目及第
08 11目約定，終止系爭契約，則依系爭契約第21條第1款約
09 定本文，機關不補償廠商因此所受之損失（見原審卷一第
10 170頁），則后里國小抗辯依約不負賠償責任等語，即屬
11 可採。

12 2、新奇公司雖依系爭契約第21條第10款第3目、第12款約定
13 為請求，但系爭契約第21條第10款約定「因可歸責於機關
14 之情形，機關通知廠商部分或全部暫停執行（停工）…」
15 ，第12款則為「履行契約需機關之行為始能完成，而機關
16 不為其行為時，廠商得定相當期限催告機關為之。機關不
17 於前述期限內為其行為者，廠商得通知機關終止或解除契
18 約，並得向機關請求賠償因契約終止或解除而生之損害。
19 」，本件顯然均無前開約款之適用，新奇公司此部分之請
20 求，即不可採。

21 （四）如附表一編號11部分：

22 后里國小抗辯稱：履約保證金性質應為懲罰性違約金，本
23 件既因可歸責於新奇公司之事由而終止，新奇公司應不得
24 請求發還等語，核與系爭契約第14條第3款規定：「(三)廠
25 商所繳納之履約保證金及其孳息得部分或全部不予發還之
26 情形：……4.因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除
27 契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部
28 終止或解除契約者，全部保證金。」（見原審卷一第55頁
29 ）相符，且新奇公司對於系爭契約如經認定係因可歸責於
30 新奇公司之事由，而經后里國小終止，則系爭工程履約保
31 證金無庸發還，亦不爭執（見原審卷三第24頁）。從而，

01 新奇公司此項請求，即無理由。

02 (五) 如附表一編號6-10部分，兩造均同意依系爭契約之計價比
03 例計算（詳見兩造不爭執事項（十）、6），而依前述，
04 上訴人得請求之工料費合計250萬2558元（詳如附表一「
05 本院判斷」欄所示），則如附表一編號6-10之管理費等費
06 用，應如同欄各該編號所示，又為后里國小所不爭執（見
07 本院卷一第105頁），自堪採認。

08 (六) 據上，新奇公司得請求如附表一所示項目之金額詳如「本
09 院判斷」欄所示，合計292萬6602元。新奇公司逾此部分
10 之請求，為無理由。

11 六、后里國小主張應扣除如附表二「后里國小主張」欄編號1至
12 4、6所示款項，有無理由？

13 (一) 如附表二編號1部分：

14 1、后里國小抗辯稱：因系爭契約終止，系爭工程後續工程重
15 新招標，由訴外人○○營造有限公司於105年1月5日以
16 總價465萬元得標，致后里國小承受重新發包之差價損失
17 等語，為新奇公司所不爭執，並有后里國小提出之開標/
18 決標紀錄、標單、契約等在卷可考（見原審卷二第13-17
19 頁），堪信實在。

20 2、依系爭契約第21條第4款約定：「契約經依第1款約定或
21 因可歸責於廠商之事由致終止或解除者，……。至本契約
22 經機關自行或洽請其他廠商完成，如扣除機關未完成本契
23 約所支付之一切費用及所受損害後有剩餘者，機關應將差
24 額給付廠商；無洽其他廠商完成之必要者，亦同。如有不
25 足者，廠商及其連帶保證人應將該項差額賠償機關。」（
26 見原審卷一第170頁）。查后里國小終止系爭契約後，新
27 奇公司得向后里國小請求之工程款為292萬6602元，已如
28 前述，加計后里國小就後續工程另行招標之總價465萬元
29 ，共計后里國小需支出工程款為757萬6602元（計算式：
30 $2,926,602 + 4,650,000 = 7,576,602$ ）。相較系爭工程
31 原契約約定價金為665萬1138元，后里國小增加支出之差

01 額費用為925,464元（計算式：7,576,602－6,651,138
02 = 925,464），當屬后里國小因契約終止所生之損害，后
03 里國小請求就新奇公司得請求之工程款中，扣除此筆差額
04 費用，洵屬有據。

05 （二）如附表二編號2部分：后里國小主張系爭工程本應於104
06 年3月19日竣工，因新奇公司遲不復工，則依系爭契約第
07 17條第1款約定，自104年3月20日起計算逾期違約金，
08 算至104年5月11日終止契約前1日止，共計逾期53日，
09 應扣逾期違約金35萬2503元等語，新奇公司對前開金額無
10 意見（見原審卷三第22頁背面），且本件確係因新奇公司
11 遲不復工，而經后里國小終止契約，業經本院審認如前，
12 則后里國小主張新奇公司應給付逾期違約金35萬2503元，
13 並為抵銷抗辯，即有理由，應予准許。

14 （三）如附表二編號3部分：新奇公司未按圖施作東側擋土牆，
15 業如前述，后里國小於104年11月30日乃另行發包廠商拆
16 除，支出費用93,660元，亦有統一發票附卷可稽（見原審
17 卷一第333頁），則后里國小依系爭契約第15條第11第1
18 目之約定，請求新奇公司應償還改正必要費用93,660元，
19 並為抵銷抗辯，即有所據，為有理由，應予准許。

20 （四）如附表二編號4部分：后里國小主張系爭契約經其依法終
21 止後，新奇公司拒不將所有材料搬移，而將材料堆置校園
22 內，后里國小僅得自行僱工搬移，支出7,088元，並提出
23 材料堆置之照片4張、后里國小支出黏貼憑證用紙及其上
24 黏貼之統一發票1紙在卷可憑（見原審卷一第337-339頁
25 ），堪信可採。基此，后里國小依系爭契約第21條第3款
26 約定（見原審卷一第170頁），請求新奇公司賠償此項損
27 失，並為抵銷抗辯，亦有所憑，為有理由，應予准許。

28 （五）如附表編號6部分：后里國小主張新奇公司依約應裝設安
29 全圍籬400公尺，卻僅裝設169.2公尺，后里國小基於安
30 全，於系爭契約終止後，另行僱工施作，支出費用86,400
31 元等語，為新奇公司所不爭執，並有后里國小內部簽呈、

01 后里國小支出黏貼憑證用紙及其上黏貼之統一發票1紙在
02 卷可憑（見本院卷二第18-20頁），堪信實在。基此，后
03 里國小依系爭契約第21條第4款約定（見原審卷一第170
04 頁），請求就新奇公司得請求之工程款，扣除此筆費用，
05 即有所據，為有理由，應予准許。

06 （六）據上，后里國小得主張扣除或抵銷之金額合計為146萬51
07 15元（詳如附表二「法院判斷」欄所載。

08 七、綜上所述，新奇公司得請求后里國小支付之工程款為292萬
09 6602元，經扣除后里國小得向新奇公司請求扣除或抵銷之款
10 項合計146萬5115元，則新奇公司本件得請求后里國小給付
11 之工程款為146萬1487元【計算式：2,926,602－1,465,11
12 5＝1,461,487】。從而，新奇公司依系爭契約之承攬關係
13 ，請求新奇公司給付146萬1487元，及起訴狀繕本送達翌日
14 即104年11月10日（見原審卷一第140頁）起至清償日止，
15 按週年利率百分之5計算之遲延利息，為有理由，應予准許
16 。逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。原審就超過上開
17 應予准許部分，為后里國小敗訴之判決，自有未洽，后里國
18 小上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理
19 由，爰由本院廢棄改判如主文第三項所示。至於其他不應准
20 許部分，原審為新奇公司敗訴之判決，並無不合。新奇公司
21 仍執陳詞，指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理
22 由，應駁回其上訴。

23 陸、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
24 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
25 逐一論列，併此敘明。

26 柒、據上論結，本件新奇公司之上訴為無理由，后里國小之上訴
27 為有理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第78
28 條，判決如主文。

29 中 華 民 國 109 年 5 月 6 日
30 工 程 法 庭 審 判 長 法 官 黃 玉 清
31 法 官 杭 起 鶴

正本係照原本作成。

新奇營造有限公司得上訴。

台中市后里區后里國民小學不得上訴。

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日內向本院補提上訴理由書（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，應一併繳納上訴裁判費。

書記官 高麗玲

中華民國 109 年 5 月 7 日

附表一：新奇公司請求內容

編號	項目	請求權基礎	新奇公司主張	后里國小答辯	原審認定	本院判斷
(一)工料費						
1	已完成工項	民法第490條、系爭契約第3條第1項	2,126,644元	2,126,644元	2,126,644元	2,126,644元
2	部分完成工項	系爭契約第3條第1項、民法第490條、第505條	60,881元 (一審時主張94,287元，嗣於本院時減縮請求)	60,881元 (一審時同意給付94,287元，嗣於本院時，改為同意給付60,811元)	94,287元	60,881元
3	通透圍籬工程	民法第490條、系爭契約第3條第1項	585,183元	315,033元	315,033元	315,033元
4	材料已核定，放工區堆置	系爭契約第21條第10款第3目、第12款	565,592元	0元	0元	0元
5	材料已核定，備料放工廠堆置		62,739元	0元	0元	0元
	1-5小計		3,401,039元	2,502,558元	2,535,964元	2,502,558元

(續上頁)

			(一審時主張 343 萬4445元 ，嗣於本院時 減縮請求)			
(二)管理費						
6	勞工安全衛生費	民法第490 條 、系爭契約第 3條第1項	37,411元 (一審時主張 37,779元，嗣 於本院時減縮)	27,528元	27,836元 (依原審判決 第23頁計算式 ，應為27,896 元，但誤載為 27,836元，總 合亦以27,836 元列計)	27,528元
7	工程品管費		34,010元 (一審時主張 34,334元，嗣 於本院時減縮)	25,026元	25,360元	25,026元
8	包商利潤	系爭契約第21 條第10款第3 目、第12款	399,899元	175,179元	177,517元	175,179元
9	營造綜合保險費		63,256元	56,949元	56,949元	56,949元
	6-9小計		534,576元	284,682元		
	1-9合計		3,935,615元	2,787,240元		2,787,240元
10	營業稅	民法第490 條 、系爭契約第 3條第1項	196,781元 (一審時主張 171,722 元， 嗣於本院時擴 張)	139,362元	126,798元	139,362元
	1-10合計		4,132,396元	2,926,602元		2,926,602元
11	履約保證金	系爭契約第14 條第2 款	299,400元	0元	0元	0元
	1-11合計		4,431,796元 (一審時主張 444 萬835 元 ，嗣於本院時 減縮)	2,926,602元	2,950,424元 (編號6 係依 27,836元計算)	2,926,602元

附表二：后里國小主張扣除金額

編號	項目	請求權基礎	后里國小主張	原審認定	后里國小上訴	本院判斷
1	另行招標工程款差額	系爭契約第21條第3、4款 (先位：非抵銷抗辯； 備位：抵銷抗辯)	440,539 元	440,539元	擴張為 925,464元	925,464元
2	逾期違約金	系爭契約第17條第1款 (抵銷抗辯)	352,503元	352,503元		352,503元
3	東區擋土牆拆除費用	系爭契約第15條第11款 第1目(抵銷抗辯)	93,660元	93,660元		93,660元
4	建材搬運費	系爭契約第21條第3款 、民法第231條第1項 (抵銷抗辯)	7,088元	7,088元		7,088元
5	移植及假植植栽枯死喬木暨灌木損害	民法第495條第1項、 臺中市政府所公布「臺中市行道樹賠償標準表」	61,800元	0元	未上訴	0元
6	甲種圍籬施作費用	系爭契約第21條第3、4款 (先位：非抵銷抗辯； 備位：抵銷抗辯)	86,000元 (嗣於本院時 擴張為86,400元)	0元	擴張為 86,400元	86,400元
7	扣除保固金		73,250元	0元	未上訴	0元
總和			1,114,840 元	893,790元		1,465,115元