# 臺灣高等法院臺南分院民事判決

106年度重上更㈢字第11號

上　訴　人　科技部南部科學工業園區管理局
法定代理人　林威呈
訴訟代理人　邱雅文律師
　　姜照斌律師
被上訴人　鴻華聯合科技股份有限公司
法定代理人　許鴻章
訴訟代理人　黃泰鋒律師
　　古嘉諄律師
　　吳詩敏律師
　　李惠貞律師

上列當事人間請求債務人異議之訴事件，上訴人對於中華民國99年9月15日臺灣臺南地方法院所為第一審判決（98年度重訴字第238號）提起上訴，經最高法院第3次發回更審，本院於108年7月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決廢棄。

被上訴人不得依臺灣臺南地方法院98年度司執字第52498號給付報酬金強制執行事件所據之執行名義即中華民國仲裁協會95年度仲雄聲義字第16號仲裁判斷對上訴人為強制執行。

臺灣臺南地方法院98年度司執字第52498號給付報酬金強制執行事件所為之強制執行程序應予撤銷。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人提起本件債務人異議之訴，訴訟程序應屬合法。

㈠按仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力，仲裁法第37條第1項定有明文。又仲裁判斷，以給付金錢一定數量金錢為標的者，經當事人雙方以書面約定仲裁判斷無須法院裁定即得為強制執行者，依同法條第2項但書第1款規定，無須聲請法院為執行裁定後，得逕為強制執行。本件被上訴人以系爭95年仲雄聲義字第16號仲裁判斷（下

稱95年仲字第16號仲裁判斷）乃命上訴人給付一定數量之金錢，且兩造已於工程契約第21條第1項約定「仲裁判斷無須經法院裁定即得逕為強制執行」，即以系爭95年仲字第16號仲裁判斷為執行名義，並檢附工程契約書影本乙份為證，聲請對上訴人財產為強制執行，有原審法院98年度司執字第52498號給付報酬金強制執行卷影本在卷可按，被上訴人自係執與確定判決有同一效力之執行名義，而為強制執行。

㈡按在訴訟上主張抵銷，其單一行為兼具訴訟法及私法之性質，倘其主張抵銷之請求，未經法院裁判而不發生民事訴訟法第400條第2項「以抵銷額為限有既判力」之效力，如認仍發生私法上效力，則訴訟法上判斷與實體法上權利義務關係即生矛盾，且不符當事人主張抵銷之原意，並失公平原則，故不應認其所主張之抵銷有生私法上債權消滅之效力，即該主動債權「主張抵銷之額」及被動債權不因其抵銷主張而消滅。有鑑於仲裁制度之單級審理特色及仲裁判斷之有限司法審查，此於仲裁事件亦有其適用。

1.查95年仲字第16號仲裁判斷，未就上訴人於仲裁程序中所主張以全部彈性減振材扣減差價及6倍違約金罰款之主動債權，與被上訴人仲裁請求金額抵銷部分，其抵銷請求之成立與否，加以判斷：經查，依兩造所不爭執事實㈢、㈣所示，本件係因上訴人以被上訴人實際使用之膠合前彈性減振材係「廢輪胎回收橡膠粒」，與系爭契約施工規範明定「彈性減振材應為天然橡膠或合成橡膠或其二者混合物」之材質不符。即依採取減價收受及罰處被上訴人工料差額6倍之違約金，並就彈性減振材後續施作部分暫停估驗計價。被上訴人始提起95年仲字第16號仲裁判斷案：

⑴被上訴人係就未估驗計價（第13至18期）彈性減振材工程款估驗款8億7982萬4616元、保護蓋工程款1189萬2798元、一式計價部分9730萬9615元，加5%營業稅，扣保留款10%，金額計為9億3560萬5166元，提出仲裁聲請。

⑵上訴人於仲裁程序中：①於民國（下同）96年8月24日以仲

裁言詞辯論意旨狀，以對被上訴人全部（包括已估驗及未估驗）彈性減振材應扣減差價12億9854萬2762.59元及罰款14億0234萬4371元，合計27億0088萬7133.59元之主動債權（書狀繕本當日送達被上訴人）；②於96年9月5日以仲裁言詞辯論意旨續㈡狀，以對被上訴人全部彈性減振材應扣減差價11億2062萬5884元及罰款14億0234萬4370.31元，合計25億2297萬0254.31元之主動債權（書狀繕本於翌日即同月6日送達被上訴人）；③於96年9月8日在第五次詢問會議之口頭陳述，引用96年9月5日仲裁言詞辯論意旨續㈡狀計算的金額，主張以全部彈性減振材之減價11億多元及6倍罰款14億多元之主動債權；與被上訴人仲裁請求金額為抵銷。

⑶96年12月8日95年仲字第16號仲裁判斷，就被上訴人請求未估驗彈性減振材估驗款部分，考量仲裁判斷書第1.1至1.4點後，在第1.5點認：上訴人主張依系爭契約約定，採取減價收受並科處被上訴人差價6倍違約罰款之抗辯為有理由。惟又認為，差價6倍違約金罰款上限，依原訂「直至契約材料費扣完為止」過當，參酌民法第252條違約金酌減規定，調降為「直至被上訴人所用廢輪胎橡膠粒之材料價款扣完為止」，判令上訴人應給付被上訴人未估驗計價彈性減振材工程估驗款2億1936萬8679.79元，加計「保護蓋」1246萬3709元後，共計2億3183萬2389元。

⑷被上訴人提起95年仲字第16號仲裁判斷案，緣起上訴人以其使用「廢輪胎回收橡膠粒」作為彈性減振材，與系爭契約施工規範之材質不符，即就彈性減振材後續施作部分暫停估驗計價，並依約採取減價收受及罰處被上訴人工料差額6倍之違約金，被上訴人始就未估驗計價（第13至18期）彈性減振材工程款估驗款等依約聲請仲裁。95年仲字第16號仲裁判斷係將被上訴人有關未估驗計價（第13至18期）彈性減振材工程估驗款部分之請求，拆分成5大部分，分別敘明各費用之計給金額。在扣減上訴人所抗辯，對橡膠粒之原料價款採取減價收受並科處差價6倍違約罰款後，而計算認定被上訴人

就未估驗彈性減振材各項費用，得請求上訴人給付之可估驗金額。判斷理由並記載：「相對人雖主張應就系爭工程所有減振材部分予以計算違約罰款，然因相對人並未提出反請求，故本仲裁庭就本案而言，僅係針對聲請人聲明仲裁之範圍予以判斷」。可見95年仲字第16號仲裁判斷係以被上訴人聲明仲裁範圍與上訴人採減價收受及罰處6倍違約金「暫停估驗計價」抗辯間作判斷，認扣減金額後，始是被上訴人所得請求之彈性減振材工程估驗款。上訴人於仲裁程序中雖作抵銷抗辯，主張以全部（包含未估驗及已估驗）彈性減振材應扣減差價及六倍罰款合計27億0088萬7133.59元或25億2297萬0254.31元之主動債權，與被上訴人仲裁請求金額抵銷。95年仲字第16號仲裁判斷書於判斷理由項下，未就上訴人主張抵銷之扣減差價及六倍違約罰鍰主動債權存在與否及可採之數額，是否具備法定抵銷之要件，並加以判斷表示意見，應是未就上訴人之抵銷抗辯加以判斷。否則何以就被上訴人請求之保護蓋工程款部分，竟謂：經雙方議價已無爭執，上訴人應付價款為1246萬3709元（見仲裁判斷書第19頁）。再就未估驗部分，上訴人既已就扣減差價及6倍罰款違約金對被上訴人為主張並暫停估驗計價後，僅被上訴人得再依系爭契約請求上訴人給付之估驗款債權金額若干而已，上訴人得否再以該尚未給付之扣減差價及6倍罰款違約金為抵銷抗辯，非無疑問。95年仲字第16號仲裁判斷，並未就上訴人所主張以全部彈性減振材扣減差價及6倍違約金罰款之主動債權，與被上訴人仲裁請求金額之抵銷請求之成立與否，加以判斷，並載明抵銷成立金額。上訴人以伊抵銷之違約金罰款債權經依仲裁判斷之理由計算後，已具體明確為1億2587萬2095元4角，95年仲字第16號仲裁判斷已作出判斷，僅判斷理由未直接計算出確實已抵銷金額，須賴另外計算而已云云，要無可採。

2.經查，95年仲字第16號仲裁判斷，就上訴人於仲裁程序中，所主張以「全部」彈性減振材扣減差價及6倍違約金罰款之

主動債權，與被上訴人仲裁請求金額抵銷部分，其抵銷請求之成立與否，未加以判斷，已如上述。揆諸首開說明，不應認上訴人主張抵銷之「已估驗」彈性減振材部分有生私法上債權消滅之效力。是上訴人以該抵銷之已估驗彈性減振材部分主動債權仍存在，而得於系爭仲裁判斷成立後，復得對被上訴人為抵銷之意思表示。

㈢次按執行名義成立後，如有消滅或妨礙債權人請求之事由發生，債務人得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。強制執行法第14條第1項前段定有明文。故強制執行事件之債務人，以異議原因之事實即消滅或妨礙債權人請求之事由發生在執行名義成立後者，即得依強制執行法第14條第1項之規定提起債務人異議之訴。

1.依上述兩造不爭執事實㈤，系爭仲裁判斷決定後：

⑴上訴人於97年1月11日以函，就「應退還已估驗（第10、11、12期）扣罰款及違約金債權4億3882萬4478元（按仲裁判斷意旨計算）」與「95年仲裁判斷上訴人應給付總額」，向被上訴人主張抵銷，並請求繳還差額餘款，該函於97年1月14日送達被上訴人。

⑵上訴人於97年4月30日再以函，就「應退還已估驗扣罰款及違約金債權8億8773萬4454元（依契約約定計算）」與「95年仲裁判斷上訴人應給付總額」，向被上訴人主張抵銷之意思表示，並請求繳還溢領餘款，該函於97年5月5日送達被上訴人。

2.按抵銷權為形成權，以單方意思表示即足發生法律關係變動，故於該抵銷之意思表示到達債權人時，發生債權消滅之實體法上效果。本件上訴人於97年1月11日以存證信函，就按仲裁判斷意旨計算之應退還已估驗扣罰款及違約金債權4億3882萬4478元與「95年仲裁判斷上訴人應給付總額」，向被上訴人主張抵銷，同月14日送達被上訴人即發生效力。同年4月30日再以函，就依契約約定計算「應退還已估驗扣罰款及違約金債權8億8773萬4454元」，主張與「95年仲裁判斷

上訴人應給付總額」抵銷，就超過前述金額部分，於97年5月5日送達被上訴人發生效力。其時間均在96年12月8日系爭仲裁判斷決定後。

3.本件上訴人以其於97年1月11日、97年4月30日所為抵銷，其債權分別於97年1月14日、97年5月5日抵銷發生效力而消滅，上訴人債權均在斯時，即該為執行名義之仲裁判斷96年12月8日作成後始消滅，難認不符強制執行法第14條第1項之要件。是債務人依此事由提起債務人異議之訴，程序上應屬合法。

二、本件上訴人主張：兩造於93年11月29日簽訂台南科學工業園區減振工程細部設計與施工案（下稱系爭工程）契約（下稱系爭契約）。被上訴人就上開工程所施作彈性減振材（下稱彈性減振材）係以「廢輪胎回收橡膠粒」充替，與系爭契約施工規範明訂「應為天然橡膠或合成橡膠或其二者混合物」之材質，明顯不符，伊依約得採取減價收受及罰處被上訴人工料差額6倍之違約金，被上訴人就伊計算「已估驗」彈性減振材溢領金額新台幣（下同）4億3,882萬4,478元或8億8,773萬4,454元（詳如第一審判決附件2、3所示），自應返還予伊。因中華民國仲裁協會（下稱仲裁協會）於96年12月8日作成之95年仲字第16號仲裁判斷，所載被上訴人就「未估驗」彈性減振材及保護蓋之工程款債權，共計2億3,183萬2,389元本息（下稱系爭工程款），業經伊於97年1月11日、97年4月30日先後發函表示抵銷之意思而消滅，被上訴人自不得持系爭仲裁判斷為執行名義對伊聲請強制執行。又系爭仲裁判斷理由就彈性減振材違約之認定，對本件系爭抵銷主動債權是否存在，有爭點效等情，爰依強制執行法第14條規定，提起債務人異議之訴，求為命將台灣台南地方法院（下稱台南地院）98年度司執字第52498號給付報酬金強制執行事件（下稱系爭執行事件）所為強制執行程序予以撤銷；暨被上訴人不得依系爭仲裁判斷對伊為強制執行之判決（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服提起上訴）。並上訴聲

明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人不得依系爭仲裁判斷對上訴人為強制執行。㈢台南地院系爭執行事件所為強制執行程序應予以撤銷。

三、被上訴人則以：上訴人在95年仲字16號仲裁判斷程序中已就「『已估驗』彈性減振材之減價收受扣款及6倍違約罰款」主動債權主張抵銷，仲裁判斷後雖另再以相同債權主張抵銷，亦不符提起債務人異議之訴之合法要件。又95年仲字16號仲裁判斷逕以未經兩造辯論之「WTO原產地協定」之實質轉型概念作為認定系爭契約關於新品之標準，就驗收前「未估驗」彈性減振材訂估驗價格，不及於法律關係相異之驗收後尾款之結算及給付，亦與上訴人上述抵銷主動債權無關，適用該協定違背法令，於本件不發生爭點效。另中華民國仲裁協會97年度仲雄聲義字第017號仲裁判斷（下稱97年17號仲裁判斷）、98年度仲雄聲義字第011號仲裁判斷（下稱98年11號仲裁判斷），均認定上訴人就已估驗彈性減振材對伊無扣款及違約金債權；98年11號仲裁判斷認定上訴人主張抵銷之已估驗及未估驗工料不符之違約金為無理由而不應准許，命上訴人按契約單價給付已估驗彈性減振材尾款部分，於本件有既判力。97年17號、98年11號仲裁判斷及100年度仲雄聲義字第015號仲裁判斷（下稱100年15號仲裁判斷）均認定彈性減振材符合施工規範及應為新品之契約要求，上訴人就已估驗彈性減振材對伊並無扣款及違約金債權存在，而判命上訴人依契約單價給付未估驗彈性減振材減價之尾款部分，於本件有爭點效；95年仲字16號仲裁判斷認工料不符合新品及自行設算估驗款數額無爭點效。伊施作之彈性減材確實符合上訴人94年10月22日核定版施工規範所定材質試驗合格之規格值為橡膠之約定，又監造單位中興顧問公司仍依上述核定版施工規範准施作彈性減振材，並函覆伊確認伊施作之彈性減振材符合系爭契約及施工規範之約定，亦經驗證單位IEC曾文守於97年7月28日明確表示各該測試結果均符合彈性減振材相關規範之要求，上訴人對伊並無得抵銷之主動債權

存在等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事項：

㈠兩造於93年11月29日簽訂臺南科學工業園區減振工程細部設計與施工案契約（下稱系爭契約），而系爭契約工程係為降低台灣高速鐵路列車行經臺南科學工業園區時，因振動對區內高科技廠房所可能產生之振動dB數值。依系爭契約第2條第2項約定，被上訴人之履約標的主要為「基礎加勁構造」及「彈性減振牆」之細部設計與施工。被上訴人應於高鐵橋樑基礎部分施作「基礎加勁構造」，即將橋墩下部基礎以箱式混凝土構造連接，同時於距離高鐵結構約50公尺處施作「彈性減振牆」。被上訴人於第10-12期已估驗部分與第13-18期未估驗部分所使用之彈性減振材原料，均為同一種橡膠顆粒。

㈡上訴人於系爭工程施作期間，在其監造單位依系爭契約第11條『工程品管』第2項規定，對該彈性減振材所使用之橡膠粒駐廠抽樣，填載「材料檢驗申請單」「材料／設備進場抽驗紀錄表」，送SGS（臺灣檢驗科技股份有限公司）就材質試驗，經依照TGA（熱重分析儀）檢驗方法試驗結果規格值為橡膠，符合施工規範2.3.4之約定後，始允許被上訴人進場施作，施作後並依系爭契約第5條第1項第2款估驗後付估驗款。就被上訴人95年4月前陸續施作之彈性減振材即按估驗數量，依契約所訂「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺），於第10、11及12期估驗程序，共支付被上訴人5億3569萬1075元之估驗款。

㈢嗣於95年6月間，上訴人由監造單位中興顧問公司、以及專案管理顧問公司中華顧問工程司會同被上訴人李信達工程師，自被上訴人彈性減振材生產工廠取樣，送請財團法人工業技術研究院就材質與含量分析之試驗項目，依照萃取、PGC、FT-IR、TGA方法，檢測結果：「樣品2C14500的材質主要成份是SBR/NR橡膠，另含少量的聚酯與尼龍纖維。橡膠與纖維的總含量為59%。樣品Q8500的材質主要成份為NR橡膠，另

含少量的polyester與Rayon（或cellulose）纖維。橡膠與纖維的總含量為50%」。

㈣被上訴人就上訴人的未估驗計價（第13至18期）之彈性減振材工程款、保護蓋工程款及一式計價部分，請求彈性減振材估驗款8億7982萬4616元、保護蓋部分1189萬2798元、一式計價部分9730萬9615元，三項加營業稅（5%為4950萬2919元）後合計10億3956萬1296元，扣保留款10%（1億0395萬6130元）後，金額為9億3560萬5166元，於95年11月15日向中華民國仲裁協會提出仲裁聲請，由該會以95年仲字第16號仲裁案受理。上訴人以96年8月24日仲裁言詞辯論意旨狀主張對被上訴人有彈性減振材應扣減差價12億9854萬2762.59元及罰款14億0234萬4371元，合計27億0088萬7133.59元的債權（當日送達被上訴人）；以96年9月5日仲裁言詞辯論意旨續㈡狀主張對被上訴人有彈性減振材應扣減差價11億2062萬5884元及罰款14億0234萬4370.31元，合計25億2297萬0254.31元的債權（於翌日送達被上訴人）；及96年9月8日第五次詢問會議之口頭陳述，引用96年9月5日仲裁言詞辯論意旨續㈡狀計算的金額主張以全部彈性減振材之減價11億多元及6倍罰款14億多元。先後三次對於被上訴人仲裁請求金額主張抵銷。經仲裁協會於96年12月8日作成仲裁判斷，考量仲裁判斷書1.1至1.4之理由，認：上訴人依系爭契約第4條第1項及第11條第5項第7款規定，採取減價收受並科處被上訴人差價6倍違約罰款之主張為有理由。惟仲裁庭又認為，有關本案違約金罰款上限，若依系爭契約原訂「直至契約材料費扣完為止」之程度可能過當，故參酌民法第252條違約金酌減規定，將此差價6倍違約金罰款上限，調降為「直至被上訴人所用廢輪胎橡膠粒之材料價款扣完為止」。因此，就系爭工程彈性減振材未估驗部分，仲裁庭判令上訴人應給付被上訴人2億1936萬8679.79元之工程款（計算說明如原審判決附件1），加計雙方議價已無爭議之「保護蓋」1246萬3709元後，共計2億3183萬2389元。判斷理由並記載：「相對人雖主

張應就系爭工程所有減振材部分予以計算違約罰款，然因相對人並未提出反請求，故本仲裁庭就本案而言，僅係針對聲請人聲明仲裁之範圍予以判斷」。

㈤上訴人依95年仲字第16號仲裁判斷意旨計算後，認被上訴人應退還第10、11、12期已估驗工程款之扣罰款、及給付已估驗彈性減振材違約金金額，合計共4億3882萬4478元（計算說明如原審判決附件2），暨該款項自被上訴人估驗受領日起至清償日止按年利率百分之5計算之利息，而於97年1月11日以函（南營字第0970000067號）向被上訴人就「上開退罰款債權」與「95年仲裁判斷上訴人應給付總額」主張抵銷，並請求其繳還差額餘款（該函於97年1月14日送達被上訴人）。嗣後上訴人重新彙算後，認為依照契約約定之6倍違約金計算標準應以契約價格為上限，認被上訴人應返還之金額應為8億8773萬4454元（計算說明如原審判決附件3），暨該款項自被上訴人估驗受領日起至清償日止按年利率百分之5計算之利息，並於97年4月30日再以函文（南營字第0970009109號）向被上訴人為抵銷之意思表示，請求其依更正後之數額繳還其所溢領之餘款（該函於97年5月5日送達被上訴人）。

㈥被上訴人執系爭95年仲字第16號仲裁判斷為執行名義向原法院聲請強制執行，即系爭執行事件；另對95年仲字第16號仲裁判斷向原法院提起「撤銷仲裁判斷之訴」（97年度重訴字第21號），求予撤銷，嗣該撤銷仲裁判斷事件經第一審判決被上訴人敗訴後，駁回被上訴人之請求，被上訴人不服提出上訴，嗣經本院以98年度重上字第59號判決仍駁回被上訴人之上訴，被上訴人再向最高法院提起上訴，仍經最高法院99年度台上字第1788號判決駁回上訴而確定在案。

㈦臺灣臺南地方法院檢察署（下稱臺南地檢署）檢察官前於95年12月25日以謝清志、許鴻章共犯犯貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利罪嫌起訴，惟經原法院刑事庭審理後，於97年7月30日以96年度矚重訴字第1號刑事判決，認定被上訴人

法定代理人被訴圖利罪刑部分無罪，復經本院刑事庭以98年度矚上訴字第244號刑事判決以「本件並無任何積極證據足以認定許鴻章與謝清志有何共同實施貪污治罪條例第6條第1項第4款之圖利犯行之犯意聯絡，應為謝清志、許鴻章無罪之判斷，原審諭知該等被告無罪之判決，並無不當。」駁回檢察官之上訴。嗣經最高法院發回本院更審，仍經本院以100年度重矚上更㈠字第111號駁回檢察官上訴；檢察官未於法定期間內提出上訴，本案業經確定在案，有本院101年8月13日101南分院山刑溫100重矚上更㈠111字第09212號函附卷可稽。

㈧被上訴人因兩造間系爭工程彈性減振牆位置變更所增加費用，植筋費用，土方翻曬、轉運及棄土場管理費用，基礎加勁餘方近運利用費用，鄰近地質改良保護工程款，施工便道工程款，聲請97年17號仲裁判斷事件，上訴人在仲裁程序中提出「已估驗之彈性減振材」工料不符扣罰款及違約金債權抵銷抗辯，主張：「就已估驗付款之彈性減振材處以聲請人（即被上訴人）工料差額之6倍違約金，扣除前仲裁判斷命相對人應給付及負擔金額後，尚須繳還共7億3086萬0917元之差額溢領款、違約金及利息」等語，而97年17號仲裁判斷事件係由邱聯恭主任仲裁人、黃鈺華及林春榮仲裁人組成之仲裁庭審理，在仲裁庭審理過程中兩造均未提出各筆「材料檢驗申請單」「材料/設備進場抽驗紀錄表」及「SGS試驗報告」（即本院重上更㈠①卷第228-246頁上證18-22，原審卷一第209-219頁被證9-11），及工業技術研究院95年7月28日分析檢驗報告（同上卷第257-261頁上證24）等書證，經兩造以仲裁卷內證據（不包括上開未提出書證）辯論後，仲裁判斷書指明：「本案相對人（即上訴人，下同）主張：就第10期、第11期及第12期已估驗付款之彈性減振材（計8938.77立方公尺），應按前揭仲裁判斷（即系爭95年仲裁判斷）決定之合理價格計算減價金額，並依約處以聲請人（即被上訴人，下同）工料差額之6倍違約金繳還共730,860,917元之差

額溢領款、違約金及利息。惟查，相對人就系爭3期已估驗付款之彈性減振材，均係在監造單位依系爭契約第11條『工程品管』第2項規定，對該彈性減振材所使用之橡膠粒抽樣檢驗合格後，始允許聲請人進場施作，施作後並依系爭契約第5條第1項第2款估驗後付款。相對人於施作前抽樣及施作後估驗均未對聲請人使用『廢輪胎橡膠粒』表示任何反對意見，足證系爭3期彈性減振材金額均經相對人核定，認為聲請人之施作及所用材料，均未違反契約施工規範明定『彈性減振材應為天然橡膠粒或合成橡膠粒或其二者混合物』之材質，始給付聲請人系爭3期工作期間估驗款。是相對人直至檢調單位介入調查後，始持聲請人使用『廢輪胎橡膠粒』不符施工規範為由，主張依約聲請人應繳還就系爭3期已給付部分之差額溢領款、違約金及利息共730,860,917元，應屬無據。」等語。後兩造均未對該97年仲裁判斷向管轄法院提起撤銷仲裁判斷之訴。

㈨被上訴人在原審於98年10月14日依據仲裁法第4條聲請裁定停止本件訴訟程序，嗣因97年17號仲裁事件作出判斷，認定「就『已估驗彈性減振材』並無扣罰款請求權及違約金債權之抵銷主動債權存在」，後於99年10月14日具狀撤回聲請。

㈩上訴人就彈性減振材函請其上級機關行政院國家科學委員會准其辦理減價收受，國科會於96年4月4日函覆同意，由業務單位逕依契約規定辦理結算如扣款作業。被上訴人先後以96年3月21日、96年3月26日及96年4月25日函表示彈性減振材符合規範，被上訴人不同意上訴人之減價收受。97年1月17日辦理正式驗收，驗收紀錄中　驗收經過Ｖ記載「1.…(4)彈性減振材業經上級機關（國科會）96.4.4臺會協字第0960013636號函同意辦理減價收受，此部分由業務單位逕依契約規定辦理結算扣款作業。…」，被上訴人於該紀錄下方廠商意見中記載「上開紀錄中『驗收經過』1.(4)彈性減振材爭議在仲裁判斷後本公司就該仲裁判斷已提起撤仲之訴（台南地院97年度重訴字第21號），俟法院判決後才依約進行相關

作業。」。97年2月1日辦理複驗，在複驗紀錄記載：「　驗收結果∨：1.複驗結果，原列缺失項目均已改善完成，詳附表一第2頁至第5頁，同意本次驗收複查合格。2.有關減振效能驗證部分，尚待效能審查顧問（ICEC）確認減振成效，此部分由業務單位逕依契約減振實地驗證辦法規定（如附件）辦理。…」在驗收改善結果1.附表一的內容並不包括「彈性減振材」。經上訴人於98年1月14日函送被上訴人系爭工程之工程竣工結算書，結算金額為新台幣48億5657萬0649元。嗣經上訴人於99年6月9日復函送被上訴人系爭工程之工程竣工結算書（99.05.12修正版），函文說明二表示「本次修正係補列相關扣罰明細，結算金額同前次核發版本所列仍為新台幣48億5657萬0649元整。」。就關於結算的爭議兩造另於98年11號仲裁判斷審理（即不爭執事項㈣）。

㈣系爭工程土木部分之正式驗收於97年2月1日完成後，被上訴人就依上訴人竣工結算書表明之結算金額計算之未付工程尾款6億5300萬0938元及上訴人將「彈性減振材製作及置放（已估驗部分）」以減價辦理結算之減價金額4億0015萬1362元，向仲裁協會提出仲裁聲請，經該會以98年11號受理，於100年2月18日做成仲裁判斷：

1.就被上訴人請求上訴人給付「彈性減振材製作及置放（已估驗部分）」以減價辦理結算之減價金額4億0015萬1362元部分，仲裁判斷認「相對人就已估驗彈性減振材製作及置放主張扣罰彈性材工料不符之違約金屬無理由，換言之相對人應按系爭契約約定價金結付工程尾款予聲請人」（見98年11號仲裁判斷書第305頁）。仲裁判斷理由記載於二審被上證10號98年11號仲裁判斷書第287頁至第310頁。

2.上訴人於仲裁程序中於99年7月6日於仲裁答辯㈡主張「彈性減振材製作及置放」使用工料不符規定之違約金6億2744萬0496元，扣除相對人97年4月30日發函扣抵之工程價金、利息（計至相對人97年1月11日南營字第0970000067號函通知扣抵之日止）、95年仲字第16號仲裁案件仲裁費用負擔金額

（相證10.1即相證47）共計2億4698萬2592元以及97年17號判斷產生既判力認不得主張抵銷之金額8481萬1802元（相證10.2即相證48），相對人就系爭工程彈性減振材材料不符規定乙事，仍得主張2億9564萬6102元之違約金（計算式：627,440,496元-246,982, 592元-84,811,802元=295,646,102元），並自聲請人請求尾款為抵銷（相對人100年2月12日仲裁辯論意旨第70頁）。仲裁判斷認定：「本仲裁庭仍認相對人就本項『彈性減振材製作及置放』因認定聲請人使用工料不符規定之違約金，而主張抵銷之請求，核屬無理由而不應准許。」仲裁判斷理由記載於二審被上證10號98年11號仲裁判斷書第315頁至第320頁。

3.就上訴人主張因減振效能未達減振目標而有效能擔保款扣款2251萬3200元之抵銷債權存在部分（見二審被上證10號第134頁），仲裁判斷認「綜上，相對人就本工程依其選定之測線測點進行之效能驗證總評分為100分，已達完全減振效能」、「本項相對人主張聲請人施作系爭工程『減振效能未達減振目標』扣減效能擔保款2251萬3200元，既非依約所主張，即屬無據，核屬無理由而不應准許。」（見98年11號仲裁判斷書第328頁、第331頁），判斷理由記載於二審被上證10號98年第11號仲裁判斷書第324至331頁。上訴人不服98年11號仲裁判斷，提起撤銷仲裁判斷之訴，經臺南地院100年度仲訴字第1號判決以及本院100年度重上字第84號判決，均判決撤銷該仲裁判斷。該判決經最高法院於103年8月6日以103年台上字第1565號廢棄發回本院更審，經本院以103年度重上更(一)字第19號判決廢棄原判決，駁回上訴人之請求；該判決經最高法院於106年10月19日以106年台上字第429號廢棄發回本院更審，再經本院於107年9月18日以106年度重上更㈡字第17號判決上訴駁回，被上訴人不服，於107年10月4日向最高法院提起上訴。（本院重上更㈡字卷四第387-420頁）

㈤本工程於民國102年1月31日5年保固期滿　保固期限：土木

結構物自97年2月1日至102年1月31日止（5年）減振連接器等機械構造物自97年2月1日起至100年1月31日止（3年）ㄨ。上訴人於102年6月4日發函台灣土地銀行股份有限公司萬華分公司解除5年期滿工程保固責任。

㈤上訴人請求撤銷仲裁協會101年8月22日作成100年15號仲裁判斷，經原審法院101年度仲訴字第2號為上訴人勝訴之判決，經被上訴人上訴由本院103年度重上字第31號判決廢棄原判決並駁回上訴人之請求，上訴人聲明不服提起上訴，由最高法院於106年1月25日以106年台上字第312號駁回上訴人之上訴確定。

五、兩造爭執之事項：

㈠被上訴人所施作之系爭彈性減振材，是否符合系爭契約（包括施工規範07930章「彈性減振材」）之約定？

㈡上訴人主張已以不爭執事項㈤之函文為抵銷之意思表示，並提起本件債務人異議之訴，是否有理由？其得主張抵銷之主動債權額為何？

六、得心證之理由：

㈠被上訴人所施作之系爭彈性減振材，是否符合系爭契約（包括施工規範07930章「彈性減振材」）之約定？上訴人主張：彈性減振材原料，應包括須為「專利產品」、「天然橡膠或合成橡膠或二者混合物」、「新品」，始符合債之本旨等語，被上訴人則以前開各情詞置辯，經查：

1.按解釋契約，應探求當事人立約當時之真意，而真意如何，除於文義上及論理上詳為推求外，並應斟酌訂立契約當時及交易上之習慣，本於經驗法則及誠實信用原則為斷定之標準。是認解釋契約，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，即不得捨文字而更為曲解。而意思表示（尤其是契約），須綜合其文義、條款的關連性，締約的磋商過去之事實及契約目的，本諸經驗法則及誠信原則而為判斷。又按惟解釋契約，應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，

除通觀契約全文，於文義上及論理上詳為推求外，並應斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠實信用原則為斷定之標準。

2.查兩造確係有於93年11月29日簽立系爭契約乙情，有系爭契約在卷可稽（見原審卷一第25至69頁），系爭契約第2條㈡履行標的：廠商應依據規劃技術服務案規劃成果（附件一）、減振工程準則與規範（附件二，包括附作二Ａ-減振工程設計準則及附件二Ｂ-減振工程施工規範）辦理南科園區減振工程，包括基礎加勁構造及彈性減振牆之細部設計及施工之服務工作，應履行之工作事項包括1.至9.所示事項，足見被上訴人應履行施作之標的，減振工程包括基礎加勁構造及彈性減振牆之細部設計及施工，應依據規劃技術服務案規劃成果（即台南科學工業園區【下稱南科園區】減振工法規劃技術服務案、系爭工法規劃案）、減振工程準則與規範施工，始符合履行系爭契約之債之標的，應可認定。

3.按機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：二、屬專屬權利、獨家製造或供應、藝術品、秘密諮詢、無其他合適之替代標的者；機關辦理採購應於招標文件規定廠商有下列情形之一者，不得參加投標作為決標對象或分包廠商或協助投標廠商：一、提供規劃設計服務之廠商，於依該規劃、設計結果辦理之採購，機關辦理採購，屬專屬權利或獨家獨家製造或供應，無其他合適之替代標的之部分，其預估金額達採購金額之百分之50以上，分別辦理採購確有重大果難之虞，必與其他部分合併採購者，得依本法（即政府採購法、下稱採購法）第22條第1項第2款規定採限制性招標，採購法第22條第1項第2款、採購法施行細則第23條、第38條第1項第1款分別定有明文。查系爭工程係上訴人為解決台灣高速鐵路（下稱高鐵）行經南科園區肇致之地盤振動問題，乃援引行政院國家科學委員會（下稱國科會）之系爭工法規劃案規劃成果，並依政府採購法（下稱採購法）第22條第1項第2款規定，以限制性招標方式辦理，並依

採購法第18條第4款邀請一家廠商議價。而被邀請之投標廠商，依投標須知1.1規定，應依據本投標須知之規範內容研提服務建議書及相關書表在期限前遞送上訴人；依投標須知6.1作業流程，分為邀標階段、審查階段及簽約階段（即議價、簽約）等情，有投標須知在卷足按（見本院重上更三卷㈠523至479頁），而被上訴人係提供系爭工法規劃案之廠商，有系爭工法規劃案在卷足憑（見原審卷㈡第185至193頁），依採購法施行細則第38條第1項第1款規定不得參加投標、決標作為，然國科會為避免無其他合適替代工法，同意系爭工法規劃案之被上訴人不適用採購法施行細則第38條第1項第1款規定，是認被上訴人既為上訴人邀請之唯一廠商，而採限制性招標，自應依上開規定之拘束，始符合系爭契約之目的。

4.又依被上訴人提供之系爭工法規劃案服務建議書（91年11月）所載，除提出被動減振策略（彈性減振牆工法），利用特別研發之彈性減振材來提升一般減振壕溝或減振壁之減振效能，更進一步提出主動減振策略（基礎加勁工法）；本公司出之「彈性減振牆」的創新工法，如圖4.3示，而中間的彈性減振材則具有下列4種重要功能：⑴填滿中空之壕溝，以增加抵抗土壓，預防土壤之崩落。⑵預防汛期之地下水充滿壕溝而造成環境或危險的公安問題。⑶代替中空之壕溝以減少能量之傳遞。⑷利用彈性減振材之吸能功能以吸收振動能量。彈性減振牆類似隔振壕溝，但壕溝內採用一特殊彈性減振材。彈性減震材料之用途優點4.載明國人首創，特殊專利製造等語（見原審卷㈡第186、188、189、192頁），足認被上訴人對於彈性減振牆工法既為其為創新工法，圖4.3所示即為其彈性減振牆工法，而被上訴人既係因適用採購法第22條第1項第2款規定，依限制性招標方式取得系爭工程，對此部分須屬專屬權利，始符合系爭契約之履行標的。然被上訴人之系爭工法規劃案，係在強調在彈性減振牆之工法上，其重點應不在於該彈性減振材之部分，而彈性減振材部分雖有

載明係於系爭工法規劃案亦載明彈性減振材為國人首創，特殊專利製造，惟圖4.3及彈性減震材料之用途之圖示（見原審卷㈡第188、192頁），該部分彈性減振材係為橡膠粒直接置放在隔振壁（或混凝土牆內），而此部分僅係記載吸振緩衝材或彈性減震材，而於附表所示93年6月4日「第07930章彈性減振材」施工規範亦載明彈性減振材係橡膠材料加工製成；93年7月1日載明以百分之百純橡膠顆粒材料加工製成，足認上開時間或之前系爭工法規劃案服務建議書所稱彈性減振材僅為單純之橡膠粒材料，並非如嗣後製作置放壕溝之彈性減振材，是認93年7月1日「第07930章彈性減振材」施工規範，即明確載明彈性減振材係以百分之百純橡膠材料加工製成之方塊狀成品，橡膠粒之粒徑大小為10MM以下，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，經拌合膠合劑後，再以高壓模具膠合成之方塊狀，兩者自有不同，系爭契約亦無約定被上訴人對系爭橡膠粒需具有專利之情形，是認被上訴人對此自無須具有專屬權利，亦即無須擔保橡膠材料係特殊專利製造，應可認定。

5.又按系爭契約第1條契約文件及效力㈠契約包括招標、投標、決標文件、契約本文及其變更或補充；依契約所提出之履行文件或資料及其他上述文件所指應列入契約內容者。㈢契約所含各種文件之內容如有抵觸之處，除另有規定外，依下列原則處理：3.文件經機關審定之日期較新者優於審定日期較舊者之規定，查被上訴人提出之期末報告書記載彈性減振牆之特殊橡膠減振材；且在施工綱要規範07930彈性減振牆說明專為南科園區減振工程所採用彈性減振材之材料、施工及檢驗相關規定，在2.1材質及製造載明以百分之百純橡膠碎粒材料加工製成，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，以高溫高壓模具膠合成方塊狀乙節，有系爭工法規劃案期末報告附錄C南科園區減振工程施工綱要規範「第07930章彈性減振材」（即93年7月1日）在卷足稽（見原審卷㈡第199至201頁、第204至207頁），並於系爭工法規劃案期末

報告書（94年5月修訂定稿本）在期末報告成果審查意見答覆表4就減振橡膠材，已依建議將減振橡膠材採黏著加工方式成型，完成品為方塊狀乙節，有該期末報告書附卷可稽（見本院重上更三卷㈡第391至395頁），而對於「第07930章彈性減振材」施工規範歷次版本之概要、產品（材質）及材質試驗方法及合格標準如附表一所示（見原審卷㈡第171至182頁、本院更一卷㈡第284至295頁、本院重上更三卷㈡第155至177頁），足見在93年11月29日簽訂系爭契約前，彈性減振材均係記載係橡膠材料加工製成，其產品（材質）部分，在系爭工法規劃案於93年7月1日版本中記載以百分之百純橡膠碎粒材料加工製成，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，以高溫高壓模具膠合成方塊狀乙節，已如上述，在簽訂系爭契約之後之施工規範「第07930章彈性減振材」歷次版本，雖無以百分之百橡膠碎粒材料加工製成之記載，而係記載以橡膠碎料加工製成，或彈性減振材須具有減振消能特性，其橡膠粒材料應符合本規範之規格要求，故而關於彈性減振材其材質之施工規範，依系爭契約第1條㈢3.規定，固應適用上訴人審定日期較新之94年10月22日核定之「第07930章彈性減振材」施工規範版本（見本院卷㈡第261至269頁）所定之橡膠粒，即為彈性減振材之塊狀成品係以橡膠粒材料加工製成，橡膠粒之粒徑大小為10MM以下，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，經拌合膠合劑後，再以高壓模具膠合成之方塊狀，惟對於彈性減振材之塊狀成品之價值應提出以百分之百純橡膠粒材料加工製成，自始並未變更，被上訴人自應受此拘束，始符合系爭契約之履行標的，自非如被上訴人所陳稱廢輪胎橡膠粒。

6.按廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，並達規劃技術服務案規劃成果（附件一）、減振工程準則與規範（附件二，包括附件二A-減振工程設計準則及附件二B-減振工程施工規範）、台南科學工業園區減振實地驗證辦法（附件六）所訂之各項檢核基準，無減少或滅失價值或不適於通常

或約定使用之瑕疵，且為新品，系爭契約㈠定有明文，足認兩造履約之標的除應符合系爭工法規劃案之規劃成果、減振工程準則與規範、驗證辦法外，亦應符合系爭契約規定，無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，且為新品之約定，始符合系爭契約之本旨。上訴人主張：兩造於訂約前均係以天然橡膠或合成橡膠為訪價基礎，簽訂系爭契約後並無變更規格，並非被上訴人所稱任何橡膠即可，斷無同意被上訴人以廢輪胎橡膠料充為原料等語，惟被上訴人抗辯稱依94年10月22日核定之「第07930章彈性減振材」施工規範版本，係以橡膠材料加工製成之橡膠粒即符合債之本旨云云，惟查：

①查94年10月18日南科減振工程細部設計與施工案彈性減振材規範討論會結論：橡膠碎粒的尺寸範圍、性質須於規範中訂定，其性質要求為橡膠即可，至於效能的要求，則以成品試驗方式進行及管控乙情，有該討論會結論在卷足憑（見本院重上更三卷㈡第271頁），又於94年10月21日、同年月22日就減振連接器及彈性減振材規範討論，就彈性減振材規範討會議紀錄載明被上訴人同意進行動態試驗，並於試驗報告註明其對應之彈性模數範圍，在2.3.3節第⑴項內容同意修正如下：「橡膠粒材料於成品生產階段，廠商應以每500塊成品取樣一次橡膠粒原料；每2500塊成品進行一次材質試驗，上述材質試驗應由承包商抽取樣品送往經認可之獨立檢驗機構檢驗其材質是否為橡膠，試驗報告送監造單位審定，如工程司認為有必要時，可隨時要求增加抽樣及試驗」；2.3.5節第⑴項內容同意修正如下：「如材質試驗橡膠粒取樣試驗有不合格者，應再加倍取樣，如皆通過試驗，則本批橡膠原料視為合格，如仍有不合格現象，本批原料及原料所製成之成品視為不合格品」，有各該討論會議紀錄在卷足按（見本院重上更三卷㈡401至408頁），系爭橡膠粒之有關材質之施工規範，雖應以上訴人審定日期較新之94年10月22日核定之「第07930章彈性減振材」施工規範版本（見本院卷㈡第261

至269頁）所定之橡膠粒，即為彈性減振材之塊狀成品係以橡膠粒材料加工製成，橡膠粒之粒徑大小為10MM以下，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，經拌合膠合劑後，再以高壓模具膠合成之方塊狀，亦應符合系爭契約規定，無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，且為新品之約定，始符合系爭契約之本旨，已如前述，合先敘明。

②又系爭契約於93年11月29日簽訂前，93年7月1日「第07930章彈性減振材」施工規範載明彈性減振材係以百分之百純橡膠顆粒材料加工製成，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，以高溫高壓模具膠合成方塊狀，足見被上訴人在訂約前其應履行標的彈性減振材，內容物橡膠粒應係以百分之百純橡膠顆粒材料加工製成，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，成品即橡膠粒以高溫高壓模具膠合成之方塊狀，應可認定。而被上訴人在簽訂系爭契約前，曾於⑴於92年12月系爭工法規劃案期末報告書檢附彈性減振牆工程費用估算陳報彈性材每立米為34,000元；⑵93年2月2日提出之彈性減振牆工程經費估算陳報彈性材每立米為47,000元；⑶93年5月31日在單價分析表（預算）彈性材製作及搬運陳報每立米為60,000元；⑷於93年6月17日在單價分析表（預算）彈性材製作及搬運陳報每立米為60,000元等情，有上訴人提出之上開期末報告書、工程經費估算及單價分析表在卷足按（見本院重上更二卷㈡第125至131頁），被上訴人所應施作之彈性減振牆係由彈性減振材填充壕溝而成，彈性振減材係由橡膠碎粒加工製成，被上訴人所提出之上開93年7月1日「第07930章彈性減振材」施工規範，在2.1材質及製造載明以百分之百純橡膠碎粒材料加工製成，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，以高溫高壓模具膠合成方塊狀乙節，已如前述，足見被上訴人所提出之上開估算或預算之單價，自認係以百分之百純橡膠碎粒加工製成，橡膠粒原料即天然橡膠或合成橡膠或其混合物之價格陳報單價，始為合理。另上訴人之專案顧問中華顧問工程司亦確係以被上訴人陳報之

彈性材係天然橡膠或合成橡膠或其混合物為訪價，訪價結果認認每公斤為52.5元、59.3元，鴻華公司（即被上訴人）原始報價折合每公斤55元，確與被上訴人陳報之單價每公斤60元相近等節，有上訴人提出之中華顧問工程司訪價資料在卷足憑（見本院重上更二卷㈡第132至135頁），況依兩造不爭執之事項㈡所示，上訴人對被上訴人95年4月前陸續施作之彈性減振材即按估驗數量，依契約所訂「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺），於第10、11及12期估驗程序，共支付被上訴人5億3569萬1075元之估驗款；且依兩造不爭執之事項㈣所示，被上訴人就上訴人的未估驗計價（第13至18期）之彈性減振材工程款、保護蓋工程款及一式計價部分，請求彈性減振材估驗款8億7982萬4616元、保護蓋部分1189萬2798元、一式計價部分9730萬9615元，三項加營業稅（5%為4950萬2919元）後合計10億3956萬1296元，扣保留款10%（1億0395萬6130元）後，金額為9億3560萬5166元，足見被上訴人自始至終就彈性減振材之單價確均係以系爭契約所訂「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）計算之事實明確，益證系爭契約就彈性減振材之單價，應係以百分之百純橡膠碎粒加工製成，其原料即天然橡膠或合成橡膠或其混合物之價格陳報單價，應為可採。

③至被上訴人雖稱系爭契約係以彈性減振材為履約標的，彈性減振材之單價，係包含「效能擔保款」，與一般土木工程計價不同云云，惟查系爭工程係上訴人為解決高鐵行經南科園區肇致之地盤振動問題，因而上訴人與被上訴人分別簽訂系爭工法規劃案及系爭契約，且依系爭契約第2條㈡履行標的：廠商應依據規劃技術服務案規劃成果（附件一）、減振工程準則與規範（附件二，包括附件二A-減振工程設計準則及附件二B-減振工程施工規範）辦理南科園區減振工程，包括基礎加勁構造及彈性減振牆之細部設計及施工之服務工作，已如上述，況依南科園區減振實地驗證辦法亦規定，宗

旨在為驗證本工程統包承攬廠商鴻華公司所施作減振工程對於高鐵列車行經南科園區之減振效能，及訂定本驗證辦法，並於廠商施作減振工程之減振效能未合乎其減振規劃要求時，作為合理之減價收受辦法；第7條規定減振工程驗收標準，機關得以辦理工程驗收時，依下列方式辦理減振工程未達完全減振效能時之減價收受：㈠未達附表二之標準減振效能之減價收受上限（即效能擔保款）為4億3千8百萬元，有南科園區減振實地驗證辦法在卷足憑（見原審卷㈠第237至240頁），足認被上訴人履行系爭契約之標的本應擔保達成減振效能，自不待言。本件南科園區管理局於93年6月30日底價審議小組審查結論二、本工程於減振連接器與彈性材部分，因屬特殊規格材料，為尊重廠商專業，得採用廠商報價金額酌以折扣為底價，惟目前市場中功能相仿之產品中華顧問工程司訪價金額與鴻華公司報價金額之差距應屬鴻華公司效能保證性質之利潤，未來減振功效如未達預期效果應依比例扣減此部分之金額，有南科園區管理局底價審議小組審查結論在卷足按（見本院重上更三卷㈡第301頁），而被上訴人之報價為每公斤60元，中華顧問工程司訪價核定為55元，系爭契約所訂「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，足見系爭彈性減振材之之單價為核定之每公斤55元，其餘差額即為被上訴人效能保證性質之利潤，而該效能保證性質既稱利潤，而非彈性材工料單價，自非彈性材之原料價格。而系爭契約第11條㈤、7.規定係就廠商使用之原料與規定不符情形，按契約單價比例，或於工料不合規定時，按工料差額之6倍處罰違約金直至契約材料費扣完為止乙節（見原審卷㈠第49至53頁），並觀之系爭契約詳細價目表壹一2-11、2-12彈性材製作及置放複價分別為1,697,565,408元（含效能擔保款）、42,712320元（含效能擔保款）乙節，有該詳細價目表附卷可查（見原審卷㈠第236頁），而此部分複價在彈性減振牆工程中既屬最高，足認彈性材之單價，應係以百分之百純橡膠碎粒加

工製成，原料為天然橡膠或合成橡膠或其混合物之價格陳報單價，實為可採，被上訴人抗辯稱伊依約只需施作具有減振效能之彈性減振材即符合契約云云，自不足採。至被上訴人提出監造單位中興工程顧問公司95年8月15日(95)興科振M032053號函（見本院重上更三卷㈡第259、260頁、重上更二卷㈢第45、46頁），內容一、有關採用天然原生橡膠為彈性減振材之橡膠粒原料部分⑷僅就天然原生橡膠之單價如附件一所示2004年SMRL之年平均單價，以1.39美元/kg計(匯率依1美元=32.8台幣計)、且進口費僅計營業稅5%、尚不算加工成本時，則每塊彈性減振材成品(重量以1090kg計），其成本即(1.39× 32.8× 1.05× 1090)=52,180元/塊，已接近本工程所訂單價59,000元/塊，而二者間距尚未包括協力製造廠商將原生天然橡膠製成橡膠粒之加工費、利潤、稅及承商之運輸、搬運及安裝等費用。⑸由上可推知，承商所述「不可能以天然原生橡膠製成橡膠粒之價格作為...報價的基礎」尚屬可信。二、有關新品之說明部份⑵至於橡膠粒原料是否允許便用再利用橡膠，建議依CNS有關橡膠之詞彙定義（詳附件二）檢視本工程契約或各審定書圖中是否有要求必須採用「新膠」、或不得採用「再生橡膠」之規定，以作判斷。三、有關品質之說明部分⑴目前完成之所有(含按規範要求取樣及額外取樣之)試驗結果，顯示彈性減振材之材料及成品均符合原設計及施工規範之要求。⑵對於橡膠粒含微量纖維與金屬等雜質，由於規範內並訂定其容許值，且彈性減振材各項規範規定之試驗均合格，故承商之論述應屬合宜等語，惟此書函內容核與被上訴人於簽訂系爭契約前既明確知悉其應履行之契約標的彈性減振牆，其彈性減振材係由橡膠粒加工製成，其橡膠粒係取自回收廢輪胎所製成之橡膠粒之事實不符（詳如下⑷所述），自難遽以認定被上訴人施作之彈性減振材橡膠粒，上訴人同意以回收廢輪胎所萃取之橡膠粒，是難認定被上訴人已依系爭契約提出施作彈性減振材之橡膠粒，確有以百分之百純橡膠碎粒加工製成，原料為天然橡膠

或合成橡膠或其混合物之認定，且無減少價值，且為新品之約定。

④另依被上訴人提供之系爭工法規劃案服務建議書（91年11月）所載，除提出被動減振策略（彈性減振牆工法），利用特別研發之彈性減振材來提升一般減振壕溝或減振壁之減振效能，更進一步提出主動減振策略（基礎加勁工法）；本公司出之「彈性減振牆」的創新工法，如圖4.3示，而中間的彈性減振材則具有下列4種重要功能：⑴填滿中空之壕溝，以增加抵抗土壓，預防土壤之崩落。⑵預防汛期之地下水充滿壕溝而造成環境或危險的公安問題。⑶代替中空之壕溝以減少能量之傳遞。⑷利用彈性減振材之吸能功能以吸收振動能量。彈性減振牆類似隔振壕溝，但壕溝內採用一特殊彈性減振材。彈性減振牆之特殊橡膠減振材；彈性減震材料之用途優點4.載明國人首創，特殊專利製造；本項為獨創性之材料，並無相同規範可供參考。減振材質主要成分為高分子橡膠，詳細資料屬公司機密等語（見原審卷㈡第185至203頁、本院重上更三卷㈣第227頁），足認被上訴人對於彈性減振材之解釋既一再強調彈性減振材係國人首創，特殊專利製造之特殊橡膠減振材，目前並無相同規範可供參考。至被上訴人就其應施作時決定採用回收廢輪胎製成橡膠粒，雖舉上訴人之專案顧問中華顧問工程司在系爭工法規劃案即知悉彈性振減材係橡膠粒為材料乙節，並提出系爭工法規劃案減振工程安全評估報告、減振工法測試報告簡報資料、技術服務契約、期初報告、期末報告等件為證（見本院重上更二卷㈢第26至51、58至65頁），惟對此上訴人亦不否認彈性減振材係以橡膠粒為材料（見本院重上更三卷㈢第11頁），又被上訴人對此於本院陳稱：「（所謂橡膠粒，當時就已經知道是廢輪胎的橡膠粒？）因為橡膠粒市面上買到的就是回收輪胎做的。」等語（見本院重上更三卷㈢第12頁），又被上訴人於95年仲16號仲裁判斷程序中，被上訴人提出之橡膠粒進口總價加總為118,558,730元，仲裁判斷書因認橡膠粒成本為每公

斤8.45元等情（見本院重上更三卷㈡第185頁、95仲字第16號仲裁判斷書第90頁），核與上述系爭契約詳細價目表壹一2-11、2-12彈性材製作及置放複價分別為1,697,565,408元（含效能擔保款）、42,712,320元（含效能擔保款）之金額相差甚鉅。另被上訴人對彈性減振材之施作均係以回收廢輪胎製成之橡膠料膠合成塊狀，顯見被上訴人於簽訂系爭契約前應已明確知悉其應履行之契約標的彈性減振牆，其彈性減振材係由橡膠粒加工製成，所稱之橡膠粒係取自回收廢輪胎所製成之橡膠粒，亦可認定，至被上訴人陳稱伊於系爭彈性減振材施工前檢送之彈性減振材施工計畫書即已說明伊使用之橡膠粒為回收硫化橡膠乙節，固據提出2005年3月7日eximlinke測試報告、中興顧問公司95年1月25日（95）興振科M161261號書函為證（見本院重上更三卷㈡413、425頁），對此於上訴人專案顧問中華顧問工程司複校審查結果認材質部分當需補充，而未審查同意檢還該施工計畫書，被上訴人復於95年7月21日提送彈性減振材施工計畫書-製作計畫（修正一版），惟中華顧問工程司、中興顧問公司均未就彈性減振材部分審查同意，而僅基於施工工期之考慮及被上訴人已將爭執提送仲裁，故建議彈性振減材材質部分保留，不予審查通過，僅就其餘工項建議准予備查等情，有中華顧問工程司95年2月10日（95）ks減振第0748號函、南科園區彈性減振材施工計畫-製作計畫（修正一版、95年7月）、被上訴人文件審查意見答覆表、中興顧問公司南科減振工程處95年12月21日（95）興科振M162250號書函、被上訴人96年1月8日（96）KS減振第1284號函在卷可查（見本院重上更三卷㈡第409、411、413至420、599、601頁），是認兩造簽訂系爭契約時就彈性減振牆工程，就彈性減振材部分既有以百分之百純橡膠碎粒加工製成，原料為天然橡膠或合成橡膠或其混合物之約定，自無法於93年11月29日簽訂系爭契約後，因工期僅11個月，為避免工程延宕，而自己逕行變更系爭契約之約定，而認上訴人應已同意被上訴人施作之彈性減振材橡膠粒可

以用回收硫化橡膠之橡膠粒。再被上訴人於簽訂系爭契約後以回收廢輪胎橡膠碎粒加以膠合後之方塊狀（即彈性減振材），有何具有簽訂系爭契約前被上訴人所稱之彈性減振材係國人首創，特殊製造之特殊橡膠減振材，目前並無相同規範可供參考之有利事實，並未舉證以實其說，自難認系爭契約所稱彈性減振材之橡膠粒，既自始指稱係為回收廢輪胎橡膠粒，應可認定。

7.按當事人所訂定之契約，其性質有所不明，致造成法規適用上之疑義時，法院固應為契約之定性，俾選擇適當之法規適用，以解決當事人間之紛爭。此項契約之定性及法規適用之選擇，乃對於契約本身之性質在法律上所作之評價，本屬於法院之職責，不受當事人所陳述法律意見之拘束。惟當事人間就其契約所生之權利義務關係，如可依契約之內容加以決定時，並無須對於契約之性質歸攝至某特定典型（有名）契約之程度（最高法院106年度台上字第2037號判決意旨參照）。查系爭契約為南科園區減振工程細部設計與施工案契約，而係由被上訴人提出系爭工法規劃案後，再由上訴人上開限制性招標方式而簽訂，並明定為系爭工程採購案，雙方同意依政府採購法及其主管機關訂定之規定訂定系爭契約，依系爭契約第1條、㈡履行標的規定，被上訴人應履行該條項1.至9.規定事項，包括提出工作執行計畫書、工程細部設計、工程施工等等；第3條㈠契約價金總額，除另有規定外，為完成契約所需全部材料、人工、機具、設備及施工所必需費用；系爭契約第4條㈠、第11條㈤、7.規定，驗收結果與規定各種不符情形按減價收受，得按尺寸差異部分按契約單價比例計算之；屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之，並均處以減價金額6倍之違約金；如發現廠商使用之材料與規定不符，但不影響其他構造物，而可拆除抽換者，廠商應即抽換，不得要求以扣款處理或延長工期。如不妨礙安全、美觀及使用需求，經機關檢討可不必拆換或拆換確有困難，而以扣款方式處理時，除另有特別約定外，應以尺

寸不符規定時，按契約單價比例，或於工料不合規定時，按工料差額之六倍處罰違約金，直至契約材料費扣完為止，並於機關完成報備手續後辦理；第8條規定本工程材料、機具、設備、工作場地設備等，除契約另有規定外，概由廠商自備；第11條㈥2.規定工程查驗限期改善停工復工情形；第15條規定廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，並達各項檢核基準，無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，㈣查驗、測試或檢驗結果不符合契約規定者，機關得予拒絕，廠商應於限期內免費改善、拆除、重作、退貨或換貨；第17條規定遲延履約逾期違約金；第18條㈠規定廠商應擔保第3人就履約標的，對於機關不得主張權利；㈢廠商履約結果涉及智慧財產權由機關無償取得（基礎加勁構造及彈性減振牆專利工法），足見系爭契約、準則及規範約定，對於減振工程細部設計勞務給付、基礎加勁構造及彈性減振牆工作物之完成，並無償移轉專利工法、彈性減振材之議價、定價、製作、交付、付款及瑕疵擔保等約定，是認兩造訂約之目的不僅在於基礎加勁構造及彈性減振牆之工作完成，工作除應達各項檢核基準，亦無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，並約定如工料不合規定採減價收受、違約金處罰，亦著重其工作物（包括橡膠粒）所有權之移轉，堪認系爭契約為承攬與買賣之混合契約。尤其對於彈性減振材方面，在減振效能部分應合乎台南科學工業園區減振實地驗證辦法（見本院重上更一卷㈡161至167頁），彈性減振材之材料、製作、測試施工及檢驗，應符合「第07930章彈性減振材」施工規範（見本院重上更三卷㈡第261至269頁），其中施工規範並約定如材質試驗橡膠粒取樣不合格品之處理方式及計量與計價情形，並參酌兩造對彈性減振材訪價、報價、製作、試驗、測試及置放之履約過程，及系爭契約詳細價目表壹一2-11、2-12彈性材製作及置放複價分別為1,697,565,408元（含效能擔保）、驗收如工料不合規定者按減價收受、被上訴人擔保履約所供應或完成之標的，應符合

契約規定，並達各項檢核基準，擔保無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵、及擔保第3人就履約標的，對於機關不得主張權利及違約金約定等情，更具有買賣之性質，自有買賣契約之適用。

8.綜上，綜合系爭契約之文義、條款的關連性，兩造締約的磋商過去之事實及契約目的，本院認兩造對於系爭契約就彈性減振材之約定，應本諸誠信原則履行，認系爭彈性減振材其材料係以百分之百純橡膠碎粒材料加工製成，而橡膠粒原料應為天然橡膠、合成橡膠或兩者混合物，其價值應有系爭契約所定「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，且為新品，始符合系爭契約之債之本旨。

㈡上訴人主張已以不爭執事項㈤之函文為抵銷之意思表示，並提起本件債務人異議之訴，是否有理由？其得主張抵銷之主動債權額為何？

1.按訴訟制度係法院依國家賦予之職權，依民事訴訟法規定，就當事人請求之訴訟標的及聲明，使當事人為完全聲明及陳述，踐行調查證據程序，行言詞辯論後為判決，並有三審之審級救濟，其程序對當事人程序權保障有縝密及周延規定，基於誠信原則及訴訟經濟，於確定判決理由判斷之事項，除有顯然違背法令之情形，或當事人已提出新訴訟資料，足以推翻原判斷之情形外，在同一當事人之另件訴訟中，法院及當事人就已經法院判斷之重要爭點法律關係，皆不得任作相反之判斷或主張。惟仲裁制度本質為當事人自行合意之訴訟外紛爭解決機制，仲裁人之資格不以有相當法律訓練者為限，適用之程序與實體規則可由當事人或仲裁庭選擇或為衡平仲裁（仲裁法第19條、第31條規定參照），無如民事訴訟法程序相同嚴謹之調查證據、審理程序及程序之拘束力，所為仲裁判斷相對欠缺法之安定性與預測性，其救濟亦只有嚴格限制之撤銷仲裁判斷訴訟（仲裁法第四十條規定參照）之有限司法審查，與訴訟程序本質上不同，關於當事人之程序權

保障與民事訴訟制度相差甚遠。是仲裁判斷於當事人間，除與法院之確定判決有同一之既判力（仲裁法第37條第1項規定參照）外，仲裁判斷理由中所為其他非聲請仲裁標的之重要爭點法律關係判斷，對當事人不生拘束力。同一當事人間提起另件民事訴訟，就相同爭點法律關係，法院或當事人仍得為相反之判斷或主張，始符仲裁制度之本質，亦無違訴訟經濟與誠信。經查：

①兩造對於系爭契約於履約過程中而生爭議，分別向中華民國仲裁協會提付仲裁如附件所示之仲裁事件，除96年仲雄聲字第2號仲裁事件與本件彈性減振材無關外，上述仲裁事件經提起撤銷仲裁判斷事件，各訴訟結果詳如兩造不爭執㈣至㈥、㈧、㈨、㈩、㈪所示（見原審卷㈠第76至121頁、卷㈡第12至56頁、本院重上卷㈡第3至174頁、重上更一卷㈤第177至229頁各仲裁判斷書），而兩造對95年仲字第16號、100年15號仲裁判斷事件，請求撤銷仲裁判斷事件，經判決確定等情，經本院調取臺南地院97年度重訴字第21號、101年度仲訴字第2號撤銷仲裁判斷事件全卷核閱明確。

②依附表二所示兩造對於各仲裁判斷事件，其仲裁判斷項目、仲裁判斷標的：㈠請求權基礎。㈡請求項目。㈢請求金額俱有不同，其中就請求仲裁項目部分，均未就本件上訴人主張據以抵銷之第10至12期已估驗付款之彈性減振材部分為仲裁判斷標的，兩造就95年仲字第16號及100年15號仲裁判斷理由，對於本件訴訟上訴人主張上述系爭抵銷主動債權是否存在之認定，並無既判力乙節，為兩造所不爭執（見本院重上更二卷㈥第84頁反面、92頁反面、第117、128頁），依上開說明，仲裁判斷於當事人間，除與法院之確定判決有同一之既判力（仲裁法第37條第1項規定參照）外，仲裁判斷理由中所為其他非聲請仲裁標的之重要爭點法律關係判斷，對當事人不生拘束力。同一當事人間提起另件民事訴訟，就相同爭點法律關係，法院或當事人仍得為相反之判斷或主張，始符仲裁制度之本質，亦無違訴訟誠信。

③查系爭契約施工規範明訂彈性減振材「應為天然橡膠或合成橡膠或其二者混合物」，已如前述，另依兩造不爭執之事項㈡所示，上訴人由監造單位中興顧問公司、以及專案管理顧問公司中華顧問工程司（於95年5月25日）會同被上訴人李信達工程師，自被上訴人彈性減振材生產工廠取樣，送請財團法人工業技術研究院就材質與含量分析之試驗項目，依照萃取、PGC、FT-IR、TGA方法，檢測結果：「樣品2C14500的材質主要成份是SBR/NR橡膠，另含少量的聚酯與尼龍纖維。橡膠與纖維的總含量為59%。樣品Q8500的材質主要成份為NR橡膠，另含少量的polyester與Rayon（或cellulose）纖維。橡膠與纖維的總含量為50%」，自堪信為實在。而中興顧問公司南科減振工程處亦於上開時地辦理彈性減振材橡膠原料取樣，結果發現該樣品顆粒中有部分顆粒含有纖維或金屬，請被上訴人提出本工程迄今所有橡膠原料產品原廠出廠證明及原廠出廠檢驗報告佐證，俾免影響工程品質乙情，有該公司南科減振工程處95年6月1日（95）興科振c051773號書函在卷足按（見本院重上更三卷㈡第173頁），則上訴人主張被上訴人使用之彈性減振材其材質非天然橡膠或合成橡膠或兩者混合物，及有減少價值且非新品，應依系爭契約負債務不履行責任等語，而提起本件債務人異議之訴，自非法所不許。雖97年、98年、100年仲裁判斷理由中關於「就『已估驗（第10至12期）彈性減振材』符合施工規範及應為新品之要求，上訴人對被上訴人並無工料不符扣減差價及6倍違約罰款須繳還溢領款之請求權存在」各節，為上訴人不利之判斷，惟依上開說明，上訴人非不得就上開仲裁判斷理由所論斷非聲請仲裁標的事項，於本件為相反之主張，本院自得依調查證據結果，依兩造陳述及舉證事項，依兩造全辯論意旨自為判斷，不受仲裁判斷理由之拘束，應屬當然。則兩造分別主張就95年、97年、98年、100年仲裁判斷理由中關於「就『已估驗（第10至12期）彈性減振材』是否符合施工規範及應為新品之要求之仲裁判斷有爭點效」等情，依上開說

明，本院自不受各該仲裁判斷理由之拘束，仍得為相反之判斷，因認均無爭點效之適用。

2.又被上訴人對中興顧問公司南科減振工程處亦於上開時地辦理彈性減振材橡膠原料取樣，結果發現該樣品顆粒中有部分顆粒含有纖維或金屬，請被上訴人提出本工程迄今所有橡膠原料產品原廠出廠證明及原廠出廠檢驗報告佐證，俾免影響工程品質乙情，回覆稱：有關「台南科學工業園區減振工程細部設計與施工案」第十三期估驗計價審查意見，說明如二、本公司購買之彈性減振材均依合約及施工規範相關規定，定期抽樣送驗，且每次送驗之結果均符合契約及施工規範之相關規定且有試驗報告可供佐證。而中華顧問工程司高雄辦事處來文所稱「...查驗結果其為含纖維雜質之再利用橡膠不符規定...」等語，本公司不明所指，故請明確指示不符契約或施工規範之相關條文規定，以利本公司提供相關資料補充說明，有被上訴人95年6月19日南華字第0000-000號備忘錄（見本院重上更三卷㈡第387頁）、復對於文件審查表答覆表（見本院重上更三卷㈡第415至417頁）如下：審查意見：Test Report中之成分含纖維、金屬等其他雜質，與工程規範之成品材質及製造⑴彈性減振材之塊狀品係以橡膠粒原料-其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，是否有牴觸？修改情形：Test Report中所含之微量纖維、金屬與規範07930章之成品材質及製造相符並無牴觸，故而兩造確實在95年5月25日由上訴人等會同被上訴人李信達工程師，自被上訴人彈性減振材生產工廠取樣，送請財團法人工業技術研究院就材質與含量分析之試驗項目，依照萃取、PGC、FT-IR、TGA方法，檢測結果：「樣品2C14500的材質主要成份是SBR/NR橡膠，另含少量的聚酯與尼龍纖維。橡膠與纖維的總含量為59%。樣品Q8500的材質主要成份為NR橡膠，另含少量的polyester與Rayon（或cellulose）纖維。橡膠與纖維的總含量為50%」時，對於橡膠粒之材質部分存有重大爭議，至為明確。嗣後中興顧問公司對於被上訴人檢陳「台南

科學工業園區減振工程細部設計與施工案」之「彈性減振材施工計畫書-製作計畫（修正一版）」...;計畫書內容除材質尚有爭議部分廠商已提付仲裁而先行予以保留外，其他內容廠商已依本處審查意見修正，擬原則同意備查。在說明二部分明確記載：有關計劃書材質尚有爭議部分，廠商鴻華公司已於95年11月15日提付仲裁（95仲雄聲義字第016號仲裁案），爭議部分主要在計畫書內文第41頁有關橡膠顆粒為「天然橡膠」或「回收橡膠顆粒（Recycled vulcanizate particular rubber）」，故本處建請旨揭計畫書有關材質部分爭議部分之審查暫予以保留，俟仲裁結果而定之外，其餘無爭議部分之內容廠商已依本處審查意見修正，本處原則同意備查等情，有中興顧問公司南科減振工程處95年12月21日（95）興科振M162250號書函在卷可稽（見本院重上更三卷㈡第599頁），而被上訴人於96年6月30日簡報時提出之相關資料，就成本概念2.載明以原膠製成橡膠粒之生產速度十分緩慢，如採用原膠製成彈性減振材，全年無休至少3年多方可完成本案；由原膠製成（新膠原料NT60/kg），由輪胎萃取10NT/kg；橡膠粒（由輪胎萃取製成，與實際應用於本工程之彈性減振材所使用之橡膠相同；第一階段（92年12月期末報告【最初版】預估單價34,000/㎥之先期概念，為節省工程費，用不織布包紮橡膠粒製成可裝吊式彈性減振材。第2階段（92年12月期末報告【修正版】預估單價48,000/㎥之先期概念，加壓後以不織布包紮製成可裝吊式彈性減振材。第3階段（93年5月提出預估單價為60.000元/㎥，以自行研發之自動化製程，膠合加工製成約1噸重之塊狀彈性減振材。因工期十分緊迫，必須於11個月內完工等情，有鴻華公司96年6月30日簡報附卷可憑（見本院重上更三卷㈡第85至157頁），益證上訴人對於被上訴人以廢輪胎橡膠粒製成之彈性減振材，是認確不符合系爭契約施工規範所稱彈性減振材係以百分之百純橡膠碎粒加工製成，原料為天然橡膠、合成橡膠或兩者混合物之約定，其價值亦確不符合系爭契約所定「

彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，且為新品之約定，應屬明確。

3.又被上訴人抗辯：伊已依94年10月22日核定版「第07930章彈性減振材施工規範」履約完成，彈性減振材製作過程經監造單位中興顧問公司駐廠監造，並經獨立檢驗機構臺灣檢驗科技股份有限公司（臺灣檢驗科技公司）及台大慶齡工業研究中心試驗合格，且經中興顧問公司依施工規範規定認定合格，系爭工程於102年1月31日保固期滿，伊提供之彈性減振材並無任何工料不符之情事等語，並據提出中興顧問公司南科減振工程處95年5月25日（95）興科振M311750號、同年6月2日（95）興振科M031786號、8月15日興振科M032053號書函（上開函文係復中華顧問工程司）、台灣檢驗科技公司94年12月5日、同年12月28日、95年1月6日、同年1月11日、2月21日、3月20日、4月17日、5月16日、8月8日試驗報告在卷可按（見本院重上更三卷㈡第255至259、427至435頁），惟為上訴人所否認，經查：

①按查驗、測試或檢驗結果不符合契約規定者，機關得予拒絕，廠商應於限期內免費改善、拆除、重作、退貨或換貨。且不得因機關辦理查驗、測試或檢驗，而免除其依契約所應履行或承擔之義務或責任，及費用之負擔；機關就廠商履約標的為查驗、測試或檢驗之權利，不受該標的曾通過其他查驗、測試或檢驗之限制，系爭契約第15條㈣、㈤定有明文（見原審卷㈠第61頁），足見上訴人依系爭契約上開約定，就履行標的為查驗、測試或檢驗之權利，不受該標的曾通過其他查驗、測試或檢驗之限制，至為明確。查本件94年10月22日核定版「第07930章彈性減振材」施工規範，其概要、產品（材料、成品材質及製造）、試驗方法及合格標準、取樣頻率及合格標準及不合格品之處理詳如附表一所示。其中有關彈性減振材部分，2.1材料：2.1,1規定彈性減振材須具有減振消能特性，其橡膠粒材料應符合本規範之規格要求；2.2⑴彈性減振材之塊狀成品係以橡膠粒材料加工製成。2.3工

廠品質管理：2.3.1試驗項目⑴材質試驗：直接以橡膠粒原料進行材質分析，以證明其材質為橡膠；2.3.2試驗方法及合格標準⑴材質試驗：直接在製作工廠抽取橡膠粒原料，以TGA（熱重分析儀）進行材質分析，其材質需為橡膠方為合格等情，有94年10月22日核定版「第07930章彈性減振材」施工規範在卷可按（見本院重上更三卷㈡第261至269頁），固據被上訴人提出上開中興顧問公司南科減振工程處95年5月25日（95）興科振M311750號、同年6月2日（95）興振科M031786號、8月15日興振科M032053號書函（上開函文係復中華顧問工程司）、台灣檢驗科技公司94年12月5日、同年12月28日、95年1月6日、同年1月11日、2月21日、3月20日、4月17日、5月16日、8月8日試驗報告為證，依上開說明，然此部分亦僅能證明系爭橡膠粒材質之試驗方法、試驗結果（要求值橡膠）符合94年10月22日核定版「第07930章彈性減振材」施工規範而已，尚難據以認定被上訴人確已依系爭契約提出彈性減振材係以百分之百純橡膠碎粒加工製成，原料為天然橡膠、合成橡膠或兩者混合物之約定，其價值為系爭契約所定「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，且為新品之橡膠粒，至屬明確。

②又按契約履約期間，機關得視案件性質及實際需要委託技術服務廠商執行監造工作，代表機關監督廠商履行契約各項應辦事項。機關委託技術服務廠商執行監工作業時，應通知廠商，其職權與機關同；機關監造單位所指派之代表，其對廠商之指示與監督行為，效力同機關監造單位；機關監造單位之職權如下：1.契約規格之解釋。2.工程設計、品質或數量變更之審核。3.廠商所提施工計畫、施工詳圖、品管計畫及預定進度表等之審核及管制。4.工程及材料機具設備之檢（試）驗。5.廠商請款之審核簽證，系爭契約第11條㈠至㈢定有明文，足見系爭契約約定機關得委託監造廠商，監造單位之職權為上述1.至5.所示，其職權始與機關同，而對於其餘

事項並非監造單位之職權自明。查上訴人與中興顧問公司間於93年8月30日簽訂南科園區減振工程監造工作委託技術服務案契約（下稱系爭監造委託服務契約）乙節，為兩造所不爭執，亦有上訴人提出之系爭監造委託服務契約附卷可按（見本院重上更三卷㈤第145至183頁），則監造單位中興顧問公司之職權部分即有如上述1.至5.所示，始與上訴人相同，是認中興顧問公司雖有職權對彈性減振材其材質之規格、品質（材質及試驗方法、要求值）及數量部分，是否符合系爭契約及施工規範為解釋或審核，惟對彈性減振材之價值及新品部分是否符合系爭契約之約定，確非中興顧問公司之職權，自可認定。

③另依兩造不爭執之事項㈠所示，被上訴人於第10-12期已估驗部分與第13-18期未估驗部分所使用之彈性減振材原料，均為同一種橡膠顆粒，足認被上訴人對於第10至12期已估驗之彈性減振材係以廢輪胎橡膠粒施作，自堪信為真實。又中興顧問公司對被上訴人所提彈性減振材相關資料，其審查意見如下二、⑵至於橡膠粒原料是否允許便用再利用橡膠，建議依CNS有關橡膠之詞彙定義（詳附件二）檢視本工程契約或各審定書圖中是否有要求必須採用「新膠」、或不得採用「再生橡膠」之規定，以作判斷乙節，有中興顧問公司南科減振工程處95年8月15日（95）興科振M032053號函可憑（見原審卷一第223頁、本院重上更三卷㈡第259頁），而就CNS橡膠詞彙對於天然橡膠、合成橡膠、新膠，自非（2.5）再生膠之汽車輪胎為原料製作，有CNS橡膠詞彙對於天然橡膠、合成橡膠、新膠，再生膠之釋義可稽（見本院重上更三卷㈠第269至283頁），是認被上訴人施作之彈性減振材橡膠粒既以廢輪胎橡膠粒，應非屬以百分之百純橡膠碎粒加工製成，原料為天然橡膠、合成橡膠或兩者混合物，其價值確有系爭契約所定「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，且為新品之橡膠粒之約定，被上訴人提出給付之彈性減振材橡膠粒，自不符合

系爭契約債之本旨，應負債務不履行之責任。

④再上訴人依系爭契約上開約定，就履行標的為查驗、測試或檢驗之權利，不受該標的曾通過其他查驗、測試或檢驗之限制，已如前述，故而上訴人對於被上訴人施作之彈性減振材橡膠粒，是否符合系爭契約所擔保之價值及新品部分，應有另行查驗、測試或檢驗之權利，自難以彈性減振材其材質符合施工規範之約定，遽以認定被上訴人施作之彈性減振材橡膠粒符合系爭契約之約定，則上訴人對於彈性減振材其是否為以百分之百純橡膠粒，原料為天然橡膠或合成橡膠或兩者混合物，擔保價值為系爭契約所定「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，且為新品之橡膠粒，自有另行查驗、測試或檢驗之必要。查如前所述，依兩造不爭執之事項㈢所示，自被上訴人彈性減振材生產工廠取樣，送請財團法人工業技術研究院就材質與含量分析之試驗項目，依照萃取、PGC、FT-IR、TGA方法，檢測結果：「樣品2C14500的材質主要成份是SBR/NR橡膠，另含少量的聚酯與尼龍纖維。橡膠與纖維的總含量為59%。樣品Q8500的材質主要成份為NR橡膠，另含少量的polyester與Rayon（或cellulose）纖維。橡膠與纖維的總含量為50%」，是認被上訴人施作之彈性減振材橡膠粒，自無符合系爭契約所定成分係以百分之百純橡膠粒，原料為天然橡膠或合成橡膠或兩者混合物，自可認定。而依上述六、㈠、6.、①至④、7.及六、㈡、2.、3.、①、②之論述，系爭契約就彈性減振材之單價，應係以百分之百純橡膠碎粒加工製成，其原料即天然橡膠或合成橡膠或其混合物之價格陳報單價，被上訴人施作彈性減振材橡膠粒係以回收廢輪胎所萃取之橡膠粒所製作，被上訴人確未依系爭契約提出以百分之百純橡膠碎粒加工製成，原料為天然橡膠、合成橡膠或兩者混合物之約定，其價值為系爭契約所定「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，且為新品之橡膠粒，自可認定。

4.再按驗收結果與規定不符，除整體工程實地減振效能驗收依「台南科學工業園區減振實地驗證辦法」（詳附件六）規定辦理外，廠商施設或提供之材料、設備於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，其屬尺寸不符規定者，減價金額得按尺寸差異部分按契約單價比例計算之；屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之，並均處以減價金額六倍之違約金；如發現廠商使用之材料與規定不符，但不影響其他構造物，而可拆除抽換者，廠商應即抽換，不得要求以扣款處理或延長工期。如不妨礙安全、美觀及使用需求，經機關檢討可不必拆換或拆換確有困難，而以扣款方式處理時，除另有特別約定外，應以尺寸不符規定時，按契約單價比例，或於工料不合規定時，按工料差額之六倍處罰違約金，直至契約材料費扣完為止，並於機關完成報備手續後辦理，系爭契約第4條㈠、第11條㈤、7.分別定有明文。查系爭彈性減振材橡膠粒既已施作置放固定於彈性減振牆之壕溝內，確實須破壞彈性減振牆始可，自符合系爭契約約定「不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用」，且「拆換、更換確有困難」之情形，得以減價收受方式辦理。故而，被上訴人施作之彈性減振材橡膠粒，確實未依系爭契約提出以百分之百純橡膠碎粒加工製成，原料為天然橡膠、合成橡膠或兩者混合物之約定，其價值為系爭契約所定「彈性材製作及搬運」之工項單價（即59,928.97元/立方公尺）即每公斤為59.92897元，且為新品之橡膠粒，自屬工料不符系爭契約規定，上訴人對此部分自得依上開規定減價收受並處以減價金額6倍之違約金，亦可認定。

5.末按抵銷，應以意思表示，向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅，民法第335條定有明文，經查：

①按違約金，乃契約當事人以確保債務之履行為目的，約定債

務人不履行債務或不為適當之履行時，所應支付之金錢或其他給付（民法第250條、第253條參照）。旨在確保契約訂立後，債務人能確實履行債務，以強化契約之效力，並節省債權人對債務不履行而生之損害，所負舉證責任之成本，與民法第213條第1項所規定之損害賠償，係以填補債權人實際所受之損害，性質並非相同。前者，如約定之違約金過高時，法院得減至相當之金額。債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金（民法第252條、第251條參照）。後者，則視其實際所受之損害定其賠償之範圍，原則上不生法院酌減之問題，抑有進者，損害賠償旨在填補損害，初不具有懲罰之性質（懲罰性之賠償金須以法律另有明文規定為限），與懲罰性違約金係當事人對於債務不履行所約定之一種私的制裁，尤屬迥異。而民法495條第1項、第514條第1項規定之定作人損害賠償請求權，其性質屬於民法第213條第1項所規定之損害賠償（立法體例上規定在債之標的中），與承攬契約所約定之違約金（立法體例上規定在債之效力中）不同。且違約金債權，於債務人違約時即發生而獨立存在，並非基於一定法律關係而定期反覆發生者，應適用民法第125條所定15年之消滅時效，並無民法第514條第1項規定之適用。查兩造於系爭95年仲第16號仲裁判斷審理時對於未估驗（第13至18期）部分因工料不符契約規定，上訴人減價收受金額之計算方式均無異議（見原審卷㈠第120頁反面），而被上訴人於本院重上更二審到庭陳述：「對於上訴人主張抵銷已估驗彈性減振材的金額部分，被上訴人有無意見？）金額部分沒有意見。上訴人主張的已估驗彈性減振材扣罰款是4億015萬1515元，這4億多不包括6倍違約金的部分」等語（見本院重上更二卷㈣第6頁反面、第7頁），是認上訴人所提出如原審判決附件2所示計算方式，係依95年仲字第16號仲裁判斷書認定之扣罰款計算方式，主張依系爭契約第11條、㈤、7.之規定於工料不合規定時，調降為「直至被上訴人所用廢輪胎橡膠粒之材料價款扣完為止

」，所計算得出已估驗款彈性減振材（第10至12期）減價收受之金額，自屬適當。而上訴人所提出如原審判決附件3所示計算方式，係按工料差額加計6倍違約金所計算之金額，亦可採信。

②又依兩造不爭執之事項㈤所示，上訴人依系爭95年仲裁判斷意旨計算後，認被上訴人應退還第10、11、12期已估驗工程款之扣罰款、及給付已估驗彈性減振材違約金金額，合計共4億3882萬4478元（計算說明如原審判決附件2），暨該款項自被上訴人估驗受領日起至清償日止按年利率百分之5計算之利息，而於97年1月11日以函（南營字第0970000067號）向被上訴人就「上開退罰款債權」與「95年仲裁判斷上訴人應給付總額」主張抵銷，並請求其繳還差額餘款（該函於97年1月14日送達被上訴人）。嗣後上訴人重新彙算後，認為依照契約約定之6倍違約金計算標準應以契約價格為上限，認被上訴人應返還之金額應為8億8773萬4454元（計算說明如原審判決附件3），暨該款項自被上訴人估驗受領日起至清償日止按年利率百分之5計算之利息，並於97年4月30日再以函文（南營字第0970009109號）向被上訴人為抵銷之意思表示，請求其依更正後之數額繳還其所溢領之餘款（該函於97年5月5日送達被上訴人）等情，有上開南科園區管理局函在卷可按（見原審卷㈠第121頁反面、122頁），足認上訴人確有對被上訴人因系爭95年仲字第16號仲裁判斷認定之被動債權互為抵銷之意思表示，其意思表示並已到達於被上訴人，確可認定。

③另上訴人於96年12月8日仲裁庭完成系爭95年仲字第16號仲裁判斷書後，即對被上訴人施作之彈性減振材部分認工料不符契約規定，於97年1月11日函通知被上訴人，就已估驗款部分，依上開仲裁判斷書意旨計算後，認被上訴人應退還第10、11、12期已估驗工程款之扣罰款、及給付已估驗彈性減振材違約金金額，合計共4億3882萬4478元（計算說明如原審判決附件2）之主動債權，與被上訴人因95年仲字第16號

仲裁判斷取得之工程價金231,832,389元（不含工程保留款）、利息13,338,302元及仲裁費用780,143元之被動債權互為抵銷之意思，並於97年1月14日送達予被上訴人，依民法第334條第1項前段、第335條第1項規定，應溯及最初得為抵銷時，即被上訴人之上述被動債權已屆清償期時，按照抵銷數額而消滅，足認上訴人上開主動債權與被上訴人之被動債權，在上述被動債權範圍內已生抵銷而消滅。而上訴人於本院亦主張被上訴人上開被動債權早於上訴人抵銷意思表示送達時（97年1月14日）即已消滅等語（見本院重上更三卷㈣第560頁），亦係以系爭97年1月11日函為主張抵銷之依據，而該函已有先以如原審判決附件2所示債權之抵銷被上訴人之被動債權之意，且基於處分權之行使，抵銷順序即已由上訴人指定，而上訴人提出抵銷之主動債權，既足以供抵銷對被上訴人之被動債權，自無民法第342條準用同法第321條規定適用之餘地，況依上開規定，指定權亦屬上訴人，則對於其後97年、98年及100年各個仲裁判斷所為抵銷判斷之既判力範圍，及系爭工程竣工結算書有無重複扣款，自與本件上訴人主張互為抵銷後，被上訴人之被動債權已生消滅不生影響。

㈢依上，被上訴人之系爭被動債權既經上訴人行使抵銷而消滅，上訴人主張該被動債權業經抵銷而消滅，依強制執行法第14條規定，提起債務人異議之訴，請求被上訴人不得依系爭仲裁判斷對上訴人為強制執行；台南地院系爭執行事件所為強制執行程序應予以撤銷，自屬有據。

七、綜上所述，上訴人依強制執行法第14條規定提起債務人異議之訴，請求被上訴人不得依系爭仲裁判斷對上訴人為強制執行；台南地院系爭執行事件所為強制執行程序應予以撤銷，自屬有據。原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2、3項所示。

八、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

據，核認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條，第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　29　　日

民事第五庭　審判長法　官　吳森豐

法　官　夏金郎

法　官　孫玉文

上為正本係照原本作成。

被上訴人如不服本判決，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日內向本院補提出理由書狀（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，發回更審後為訴之變更(追加、擴張)部分應一併繳納上訴裁判費。

上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　29　　日

書記官　岑玠

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴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。

⑵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。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。

附表一：施工規範「第07930章彈性減振材」各版次內容對照表

| 版次日期 | 1.1本章概要 |
| --- | --- |
| 93.6.4 | 彈性減振材係橡膠材料加工製成，具有減振功能，本工程使用本材料作為減振壕溝填充之用。 |
| 93.7.1 | 彈性減振材係橡膠材料加工製成，具有減振功能，本工程使用本材料作為減振壕溝填充之用。 |
| 94.8.22 | 本章說明專為南部科學工業園區減振工程所採用彈性減振材之材料、施工及檢驗相關規定。 |
| 94.9.6 | 本章說明專為南部科學工業園區減振工程所採用彈性減振材之材料、製作、測試施工及檢驗相關規定。 |
| 94.9.13 | 同上 |
| 94.10.11 | 同上 |
| 94.10.22 | 本章說明專為台南科學工業園區減振工程所採用彈性減振材之材料、製作、測試施工及檢驗相關規定。 |
| | |
| 版次日期 | 2.1產品（材質） |
| 93.6.4 | 以橡膠材料加工製成，其規格須符合下節要求 |
| 93.7.1 | 以百分之百純橡膠顆粒材料加工製成，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，以高溫高壓模具膠合成方塊狀，主要成品方塊尺寸須大於0.5*0.4*2.0M，其規格須符合下列要求 |
| 94.8.22 | 2.1材質及製造<br>以橡膠碎粒材料加工製成，粒徑大小為10ｍｍ以下，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，以高壓模具膠合 |

（續上頁）

| | |
|---|---|
| | 成方塊狀，主要成品方塊尺寸須大於0.4M*0.5M*2.0M，配合現場施工時得以其他尺寸進行施作，其規格須符合下列要求 |
| 94.9.6 | 2.1材料<br>2.1.1彈性減振材之橡膠碎粒材料應符合本規範規格之要求<br>2.1.2彈性減振材所使用黏結橡膠碎粒材料之膠合劑原廠應提供證明符合CNS 3296 K6311之3.11安全衛生之要求，不得有第一種有機溶劑存在<br>2.2成品材質及製造<br>⑴彈性減振材之塊狀成品係以橡膠碎粒材料加工製成，橡膠碎粒之粒徑大小為10mm以下，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，經拌合膠合劑材料後，在以高壓模具膠合成方塊狀，主要成品方塊尺寸須大於0.4M*0.5M*2.0M，配合現場施工時得以其他尺寸進行製作，其規格須符合下節要求<br>⑵承包商須提供工程司由製造廠商出具之證明，由製造廠商出具之證明，保證彈性減振材之塊狀成品中所用橡膠與膠合劑材料，均能符合本規範之規格要求。該證明書應附製造廠商所作之試驗結果副本加以證實，必要時工程司得要求抽樣試驗。<br>⑶承包商應將檢驗機構所發給之試驗結果報告書送工程司查核，經書面認可後始得使用。凡試驗不合格之橡膠材料或成品，即視為不合格品，承包商應即遵照工程司之指示，迅即運離工廠或工地，不得延擱。試驗項目及方法，應符合CNS或JIS或ASTM其中之一之有關規定。所有檢驗費用，已包含於承包商材料試驗與檢驗費中。 |
| 94.9.13 | 2.1材料<br>2.1.1 同上<br>2.1.2 刪除<br>2.2成品材質及製造 |

（續上頁）

| | |
|---|---|
| | ⑴同上<br>⑵承包商須提供工程司由製造廠商出具之證明，由製造廠商出具之證明，保證彈性減振材之塊狀成品中所用橡膠與膠合劑，均能符合本規範之規格要求。該證明書應附製造廠商所作之試驗結果副本加以證實，必要時工程司得要求抽樣試驗。<br>⑶承包商應將檢驗機構所發給之試驗結果報告書送工程司查核，經書面認可後始得使用。凡試驗不合格之彈性材，不得使用，承包商應遵照工程司之指示，迅即運離工地，不得延擱。試驗項目及方法，應符合CNS或JIS或ASTM其中之一之有關規定。所有檢驗費用，已包含於承包商材料試驗與檢驗費中。 |
| 94.10.11 | 2.1材料<br>2.1.1 同上<br>2.2成品材質及製造<br>⑴同上<br>⑵同上<br>⑶承包商應將檢驗機構所發給之試驗結果報告書送工程司查核，經書面認可後始得使用。凡試驗不合格之橡膠材料或成品，不得使用，承包商應遵照工程司之指示，迅即運離工地，不得延擱，工廠內不合格品須予以明確區隔，並由監造單位確認。試驗項目及方法，應符合CNS或JIS或ASTM其中之一之有關規定。所有檢驗費用，已包含於承包商材料試驗與檢驗費中。 |
| 94.10.22 | 2.1.1彈性減振材須具有減振消能特性，其橡膠粒材料應符合本規範之規格要求<br>2.2成品材質及製造<br>⑴彈性減振材之塊狀成品係以橡膠粒材料加工製成，橡膠粒之粒徑大小為10mm以下，其原料可為天然橡膠或合成橡膠或其混合物，經拌合膠合劑材料後，再以高壓模具膠合成方塊狀(膠合劑之重量為總重之3% -15%)，主要 |

（續上頁）

| | |
|---|---|
| | 成品方塊尺寸須大於0.4M*0.5M*2.0M，配合現場施工時得以其他尺寸進行製作，其規格須符合下節要求<br>⑵同上<br>⑶同上 |
| | |
| 版次日期 | 2.3.2試驗方法及合格標準 |
| 93.6.4 | ... |
| 93.7.1 | ... |
| 94.8.22 | ... |
| 94.9.6 | ... |
| 94.9.13 | ⑴材質試驗<br>直接在製作工廠抽取橡膠碎粒原料，以TGA(熱重分析儀)進行材質分析，其材質須為橡膠方為合格 |
| 94.10.11 | ⑴材質試驗<br>直接在製作工廠抽取橡膠粒原料，以TGA（熱重分析儀）進行材質分析，其材質須為橡膠方為合格 |
| 94.10.22 | ⑴材質試驗<br>同上 |
| | |
| 版次日期 | 2.3.3取樣頻率及合格標準<br>（5.取樣頻率及合格標準） |
| 93.6.4 | ... |

（續上頁）

| | |
|---|---|
| 93.7.1 | ... |
| 94.8.22 | ... |
| 94.9.6 | ⑴每批橡膠碎粒材料，承包商應出具材質證明，送請工程司查驗,並由承包商會同工程司核對該材料及抽取樣品送往經認可之獨立檢驗機構檢驗材質，檢驗報告送監造單位查核。 |
| 94.9.13 | ⑴橡膠碎粒材料於成品生產階段，廠商應每2500塊成品至少取一次橡膠碎粒原料進行材質試驗，上述材質試驗應由承包商抽取樣品送往經認可之獨立檢驗機構檢驗其材質是否為橡膠，試驗報告送監造單位查核，如工程司認為有必要時，可隨時要求增加抽樣及試驗。 |
| 94.10.11 | ⑴橡膠粒材料於成品生產階段，廠商應以每2500塊成品取樣一次橡膠粒原料進行材質試驗，上述材質試驗應由承包商抽取樣品送往經認可之獨立檢驗機構檢驗其材質是否為橡膠，試驗報告送監造單位查核，如工程司認為有必要時，可隨時要求增加抽樣及試驗。 |
| 94.10.22 | ⑴橡膠粒材料於成品生產階段，廠商應以每500塊成品取樣一次橡膠粒原料;每2500塊成品進行一次材質試驗，上述材質試驗應由承包商抽取樣品送往經認可之獨立檢驗機構檢驗其材質是否為橡膠，試驗報告送監造單位審定，如工程司認為有必要時，可隨時要求增加抽樣及試驗。 |
| | |
| 版次日期 | 2.3.6不合格 |
| 93.6.4 | 無 |

（續上頁）

| | |
|---|---|
| 93.7.1 | 無 |
| 94.8.22 | 無 |
| 94.9.6 | 無 |
| 94.9.13 | 無 |
| 94.10.11 | 監造單位依本章2.3.3節之規定取樣進行試驗，如試驗不合格其處理方式如下：<br>⑴如材質試驗橡膠粒取樣試驗有不合格者，應再加倍取樣，如皆通過試驗，則本批橡膠原料視為合格，如仍有不合格現象，本批原料即視為不合格品。<br>⑵如試體試驗有不合格者，應對預留之試體加倍取樣，加倍取樣皆通過試驗，則本批產品視為合格。<br>⑶如試體加倍取樣試驗仍有不合格，則應對所有預留之試體進行試驗，凡有1組試體試驗不合格者，其所代表之150塊成品視為不合格，不得使用。 |
| 94.10.22 | 監造單位依本章2.3.3節之規定取樣進行試驗，如試驗不合格其處理方式如下：<br>⑴同上<br>⑵同上<br>⑶同上 |

附表二：

| | 95年仲雄聲義字第16號 | 96年仲雄聲義字第2號 | 97年仲雄聲義字第17號 | 98年仲雄聲義字第11號 | 100年仲雄聲義字第15號 |
|---|---|---|---|---|---|
| ◎針對「未估驗彈性減振材」或「已估驗彈性減振材」之範圍，所為仲裁判斷 | ◎針對「未估驗彈性減振材」之範圍是否不符合契約約定，所為仲裁判斷(95仲16判斷書第91頁) | 與「彈性減振材」無關 | ◎針對「已估驗彈性減振材」之範圍是否不符合契約約定，所為仲裁判斷 | ◎針對「未估驗彈性減振材」之工程款尾款及「已估驗彈性減振材」工程款差額，所為仲裁判斷 | ◎「未估驗彈性減振材製作及置放」不當減價部分，所為仲裁判斷 |
| 一、仲裁判斷項目 | (一)彈性減振材工程款(即彈性材製作及置放工程款)、保護蓋工程款及一式計價費用<br>(二)保證金部分(包含履約保證金責任解除及預付款還款保證金加計利息) | (一)應給付未付之酬金(96仲2判斷書第133-144頁)<br>(二)物價指數調整款(96仲2判斷書第144頁)<br>(三)應增加給付報酬(96仲2判斷書第145頁) | (一)因彈性減振牆位置變更所增加費用(97仲17判斷書第4頁)<br>(二)因施作鋼筋號數變更所增加費用(植筋費用)(97仲17判斷書第21-24頁) | (98仲11判斷書第340-344頁)<br>本請求<br>聲請人即鴻華公司部分<br>(一)系爭工程尾款債權<br>(二)「已估驗彈性減振材」工程款差額債權 | (100仲15判斷書第91-102頁)<br>(一)「未估驗彈性減振材製作及置放」不當減價部分。<br>(二)「減振牆壁體鋼筋籠」不當減價部分 |

（續上頁）

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | | | (三)土方翻曬、轉運及器土場管理費用(97仲17判斷書第24-27頁)<br><br>(四)基礎加勁餘方近運利用費用(97仲17判斷書第27-29頁)<br><br>(五)鄰近地質改良保護工程款(97仲17判斷書第29-36頁)<br><br>(六)施工便道工程款(97仲17判斷書第36-42頁)<br><br>※其中(一)至(四)為聲請人請求因契約變更而應增加之工程款；(五)、(六)為依原契約請求相對人給付之工程款。 | ◎相對人南科抵銷抗辯項目<br>1.「彈性減振材製作與置放」使用工料不符之違約金債權<br>2.「減振牆壁體鋼筋籠」使用工料不符規定之違約金<br>3.「高鐵橋下回填土及復舊工程」逾期完工48天之違約金<br>4.「減振效能分析報告」逾期提送10天之違約金<br>5.「減振效能未達減振目標」扣減效能擔保款<br>6.「植栽未依約養護保護」扣減鴻華植栽養護保證金改善逾期違約金與植栽未存活價金<br>7.「彈性減振牆復舊工程」初驗缺失改善逾期15日違約金<br>8.「減作停3、停9平面停車場工程復舊」工程款溢付<br>9.「提送設計文件等」逾期違約金<br><br>反請求<br>反請求聲請人即南科管理局部分<br>㈠「日夜加班趕工費用」應自契約總價款扣減<br>㈡違約金抵銷餘額3076萬0295元之債權 | (三)「減振效能驗證測線地質鑽探試驗工作費」不當減價部分<br><br>(四)「減振連接器長期監測費用」<br><br>(五)「物價調整金額」 |
| 二、仲裁判斷標的 | (95仲16判斷書第5-25頁) | (96仲2判斷書第133-145頁) | (97仲17判斷書第4-42頁) | (98仲11判斷書第340-344頁) | (100仲15判斷書第91-102頁) |
| (一)請求權基礎 | 1、彈性減振材工程款<br>請求權基礎為契約第五條第(一)項第2款(4)、(5)、(6)及民法第490條第1項(95仲16判斷書第5頁)<br><br>2、保護蓋工程款<br>請求權基礎為契約第十九條第(一)項、契約第三條第(一)項、第(二)項及民法第491條第1項(95仲16判斷書第5頁)<br><br>3、一式計價費用請求權<br>請求權基礎為契約第五條第(一)項第2款(4)、(5)、(6)及契約第三條第(二)項(95仲16判斷書第6頁)<br><br>4、履約保證金責任解除<br>依契約第十四條第(一)項第1(2)款規定、工程慣例、最高法院87臺上1928號判決意旨，本件無待相對人為解除保證責任之表示，保證銀行擔保責任於25%之範圍內當然自動解除。(95仲16判斷書第21-23頁)<br><br>5、預付款還款保證金加計利息<br>本件聲請人因相對人 | 1、應給付未付之酬金<br>系爭契約第5條第1項第2款第(6)小項及同條項第3款。(96仲2判斷書第18頁)<br><br>2、物價指數調整款<br>系爭契約第5條第1項第5款「物價指數調整」規定(96仲2判斷書第18頁)<br><br>3、應增加給付報酬<br>依期末報告書「結論與建議」中「減振系統之改善」、民法第490條、第491條、政府採購法第6條。(96仲2判斷書第18頁) | 1、彈性減振牆位置變更所增加工程款<br>請求權基礎為系爭契約第3條第2項、第19條第1項、民法第490條、第491條。(97仲17判斷書第9-10頁)<br><br>2、施作鋼筋號數變更所增加工程款(植筋費用)<br>請求權基礎為系爭契約第3條第2項、第19條第1項、民法第490條、第491條。(97仲17判斷書第22-23頁)<br><br>3、土方翻曬、轉運及器土場管理費用<br>請求權基礎為系爭契約第3條第2項、第19條第1項、民法第490條、第491條。(97仲17判斷書第25-26頁)<br><br>4、基礎加勁餘方近運利用費用<br>請求權基礎為系爭契約第3條第2項、第19條第1項、民法第490條、第491條。(97仲17判斷書第27-28頁)<br><br>5、鄰近地質改良保護工程款<br>請求權基礎為系爭契約第3條第2項(97仲17 | 本請求<br>聲請人即鴻華公司部分<br>(一)系爭工程尾款債權<br>系爭契約第3條第2項、第5條第1項第3款、民法第490條(98仲11判斷書第8頁)<br><br>(二)「已估驗彈性減振材」工程款差額債權<br>系爭契約第3條第2項、第5條第1項第3款、民法第490條(98仲11判斷書第8頁)<br><br>反請求<br>反請求聲請人即南科管理局部分<br>(一)「日夜加班趕工費用」應自契約總價款扣減<br>民法第227條之2第1項(98仲11判斷書第251頁)<br><br>(二)違約金抵銷餘額3076萬0295元之債權<br>系爭契約之規定。 | 1、「未估驗彈性減振材製作及置放」不當減價部分<br>系爭契約第5條第1項第3款(100仲15判斷書第10頁)<br><br>2、「減振牆壁體鋼筋籠」不當減價部分<br>系爭契約第三條第(一)項後段(100仲15判斷書第29頁)<br><br>3、「減振效能驗證測線地質鑽探試驗工作費」不當減價部分<br>(1)系爭契約第十九條第(一)項(100仲15判斷書第31頁)<br>(2)南科95年6月22日南營字第0950014100號函檢附雙方用印完成之「第二次契約變更書」(100仲15判斷書第31頁)<br><br>4、「減振連接器長期監測費用」<br>(1)系爭契約第十九條第(一)項(100仲15判斷書第35頁)<br>(2)系爭契約第三條第(二)項後段(100仲15判斷書第35頁)<br>(3)系爭契約第五條第(一)項第3款(100仲15判斷書第35頁) |

（續上頁）

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | 拒絕給付工程估驗款導致無預付款可資扣回，聲請人返還預付款之條件未成就，本無返還之責，但聲請人為減少爭端，自願先一次清償剩餘預付款之全額即新台幣2億9092萬0935元，並屢次發函要求相對人向銀行取回預付款，故本件並無發生預付款應返還而拒不返還之情事，且相對人事實上亦已取回預付款，土地銀行萬華分行之擔保責任則失所附麗，相對人自不得再向聲請人請求利息。(95仲16判斷書第23-25頁) | | 判斷書第29-30頁)<br><br>6、施工便道工程款<br>請求權基礎為系爭契約第3條第2項。(97仲17判斷書第36-37頁) | | 5、「物價調整金額」系爭契約第五條第(一)項第5款(100仲15判斷書第36頁) |
| (二)請求項目 | (95仲16判斷書第5-25頁)<br>1、彈性減振材工程款<br>2、保護蓋工程款<br>3、一式計價費用<br>4、履約保證金責任解除(確認解除履約保證金保證書責任)<br>5、預付款還款保證金加計利息(確認預付款利息請求權不存在) | (96仲2判斷書第133-145頁)<br>1、應給付未付之酬金<br>2、物價指數調整款<br>3、應增加給付報酬 | (97仲17判斷書第4-42頁)<br>1、彈性減振牆位置變更所增加工程款<br>2、施作鋼筋號數變更所增加工程款(植筋費用)<br>3、土方翻曬、轉運及器土場管理費用<br>4、基礎加勁餘方近運利用費用<br>5、鄰近地質改良保護工程款<br>6、施工便道工程款 | (98仲11判斷書第340-344頁)<br>本請求即鴻華公司部分<br>(一)系爭工程尾款債權<br>(二)「已估驗彈性減振材」工程款差額債權<br><br>反請求<br>反請求聲請人即南科管理局部分<br>㈠「日夜加班趕工費用」應自契約總價款扣減<br>㈡違約金抵銷餘額3076萬0295元之債權 | (100仲15判斷書第10-37頁)<br>(一)「未估驗彈性減振材製作及置放」不當減價部分。<br>(二)「減振牆壁體鋼筋籠」不當減價部分<br>(三)「減振效能驗證測線地質鑽探試驗工作費」不當減價部分<br>(四)「減振連接器長期監測費用」<br>(五)「物價調整金額」 |
| (三)請求金額 | 1、彈性減振材工程款<br>請求8億7982萬4616元(95仲16判斷書第5頁)<br>2、保護蓋工程款<br>請求1384萬8566元(95仲16判斷書第6頁)<br>3、一式計價費用<br>請求9730萬9615元(95仲16判斷書第6頁)<br><br>◎第1至3項請求金額加計營業稅後，為10億3956萬1296元，扣除保留款1億395萬6130元後，相對人(即南科管理局)尚應給付9億3560萬5166元，並請求依聲請人(即鴻華公司)附表二所載日期之次日起至清償日止之遲延利息。<br><br>4、履約保證金責任解除<br>請求解除履約保證金責任。<br>5、預付款還款保證金加計利息<br>主張相對人(即南科管理局)無權請求預付款自93年12月31日起至還款日96年1月24日止按年息百分之五計算之利息 | 1、減振連接器應給付未付之酬金<br>請求16億4416萬1925元。(96仲2判斷書第18頁)<br><br>2、減振連接器物價指數調整款<br>請求9328萬7523元。(96仲2判斷書第18頁)<br><br>3、減振連接器應增加給付報酬<br>請求3億8466萬6090元(96仲2判斷書第18頁) | 1、彈性減振牆位置變更所增加工程款<br>請求1億4062萬5964元(97仲17判斷書第4頁)<br><br>2、施作鋼筋號數變更所增加工程款(植筋費用)<br>僅請求追加工程款，未表明具體請求金額(97仲17判斷書第21-24頁)<br><br>3、土方翻曬、轉運及器土場管理費用<br>請求3599萬2527元(97仲17判斷書第25頁)<br><br>4、基礎加勁餘方近運利用費用<br>請求520萬1136元(97仲17判斷書第27頁)<br><br>5、鄰近地質改良保護工程款<br>請求5246萬3254元(97仲17判斷書第29頁)<br><br>6、施工便道工程款<br>請求3234萬8548元(97仲17判斷書第36頁) | 本請求<br>(一)系爭工程尾款債權<br>請求6億5300萬0938元<br>(二)「已估驗彈性減振材」工程款差額債權<br>請求4億0015萬1362元<br><br>反請求<br>反請求聲請人即南科管理局部分<br>(一)「日夜加班趕工費用」應自契約總價款扣減<br>共8644萬6863元<br><br>(二)違約金抵銷餘額<br>共3076萬0295元之債權 | 1、「未估驗彈性減振材製作及置放」不當減價部分<br>請求6億4009萬4044元(100仲15判斷書第10頁)<br><br>2、「減振牆壁體鋼筋籠」不當減價部分<br>請求502萬9092元(100仲15判斷書第29頁)<br><br>3、「減振效能驗證測線地質鑽探試驗工作費」不當減價部分<br>請求188萬8460元(原請求189萬8732元，第四次詢問會縮減為188萬8460元)(100仲15第97頁)<br><br>4、「減振連接器長期監測費用」<br>請求1919萬7981元(100仲15第34頁)<br><br>5、「物價調整金額」<br>請求6346萬1010元(100仲15第36頁) |