臺灣高等法院臺南分院民事判決

108年度建上字第9號

上　訴　人　雲林縣政府
法定代理人　張麗善
訴訟代理人　林再輝律師
被 上訴 人　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

上列當事人間請求給付工程款等事件，上訴人對於中華民國108年3月21日臺灣雲林地方法院第一審判決（107年度建字第6號），提起上訴，本院於108年8月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、本訴部分：

一、被上訴人即原告三聯發工程有限公司（下稱三聯發公司）主張：伊於民國（下同）104年11月5日與上訴人即被告雲林縣政府（下稱雲林縣政府）簽立契約書（下稱系爭契約），約定由伊承攬「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），伊於104年11月25日開工，105年6月4日竣工，106年6月5日經雲林縣政府驗收完成，106年10月31日點交予雲林縣政府。系爭工程驗收完成，結算總價為新臺幣（下同）11,407,100元，雲林縣政府僅給付3期工程款計8,911,000元，尚有工程尾款2,496,100元未付，且伊依系爭契約第14條約定繳交之履約保證金1,050,000元，既經驗收合格，雲林縣政府自應返還約定之25%履約保證金即262,500元。惟伊依系爭契約第16條約定，於系爭工程驗收後有5年保固之責，並應依系爭工程採購投標須知第46條，按結算總價3%留存工程保固金即342,213元（計算式：11,407,100× 3%＝342,213）。故雲林縣政府應給付伊工程尾款2,496,100元，扣除應留存之工程保固金342,

213元後，應為2,153,887元（下稱系爭尾款），另加計雲林縣政府應返還之履約保證金262,500元，則雲林縣政府應給付伊金額計2,416,387元。為此依系爭契約第3條第1項、第14條第1項第1款之約定，求為判命雲林縣政府應給付2,416,387元，及自起訴狀繕本送達翌日（即107年5月9日）起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息之判決（原審判命雲林縣政府給付2,193,452元本息，而駁回三聯發公司其餘之請求《即雲林縣政府以未提出合法垃圾棄置廠單據之扣款7,235元、0K+311集水井未符設計尺寸及鋼筋損耗率調整之違約金5,700元、系爭1-20M道路路面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210,000元，與三聯發公司請求之工程款債權抵銷之222,935元》，雲林縣政府就其本訴敗訴部分聲明不服，提起上訴，三聯發公司就其餘敗訴部分未據聲明不服，業已確定，不在本院審理範圍）。並答辯聲明：上訴駁回。

二、雲林縣政府則以：(一)105年4月11日至105年4月17日之施工期間內，專職安全衛生人員、工地主任及品管人員未依規定到場，依系爭契約附錄1第13點、附錄2第9點、附錄4第5點約定，每人每天各處以懲罰性違約金10,000元，計210,000元，依系爭契約第5條第3項、第14條第3項第5款之約定，得自應付價金或保證金扣抵。(二)施工人員將系爭1-20M道路路面之土石及級配盜挖外運，違反系爭契約第9條第11項第3款、第20項及系爭契約設計圖說一般說明第16、18條、詳細價目表第20項、施工標準斷面圖第21幀之約定，經伊委託台灣省土木技師公會鑑定損害分別為4,185,089元，依系爭契約第18條第8項及第5條第3項之約定，得自應付價金或保證金扣抵。依上，伊得請求扣款或賠償之金額計為4,395,089元，伊以該扣款之金額自三聯發公司之系爭尾款2,153,887元、履約保證金262,500元扣抵後，已有不足，故三聯發公司之請求，實無理由等語，資為抗辯。並上訴聲明：(一)原判決關於主文第1項本訴所命給付部分，及該部分假執行之

宣告暨負擔訴訟費用之裁判均廢棄。(二)上廢棄部分，三聯發公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

貳、反訴部分：

一、雲林縣政府主張：伊對三聯發公司得請求(一)未提出合法垃圾棄置廠單據之扣款7,235元，(二)0K+311集水井未符設計尺寸及鋼筋損耗率調整之違約金5,700元，(三)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計210,000元，(四)系爭1-20M道路路面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分別為4,185,089元、210,000元，合計4,395,089元，以上合計為4,618,024元，系爭尾款及履約保證金經扣抵後，尚不足以填補伊之損害2,201,637元（計算式：4,618,024－2,416,387＝2,201,637）。為此爰依系爭契約第18條第8項約定，求為判命三聯發公司應給付雲林縣政府2,201,637元，及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計算之利息之判決（原審為雲林縣政府敗訴之判決，雲林縣政府聲明不服，提起上訴）。並就反訴上訴聲明：(一)原判決關於主文第3項駁回反訴部分，及該部分假執行之聲請暨命負擔訴訟費用之裁判均廢棄。(二)三聯發公司應給付雲林縣政府2,201,637元及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。(三)願供擔保，請准宣告假執行。

二、三聯發公司則以：(一)系爭工程依法無須設置「工地主任」，僅設有「工地負責人」，已經雲林縣政府核准，並設有專職安全衛生人員及品管人員；而依系爭契約之附錄1至4規定，上開人員須於「施工期間」在場，所謂「施工期間」係指實際施工期間，並非「履約期限」，105年4月11日至105年4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。(二)系爭1-20M道路路面，並非系爭契約之履行標的，且將土石及級配盜挖外運者，係伊分包商之工人，並非伊之施工人員，又伊於104年11月25日進場施作，雲林縣政府以

伊進場前之101年3月26日驗收之「雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程土木標」（下稱原土木標工程）為標準，並以其後短少之土方碎石級配數量經鑑定之修復金額，請求伊賠償並予扣抵相關工程款項，顯不足採等語，資為抗辯。並答辯聲明：(一)上訴駁回。(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

參、兩造不爭執之事項：

(一)三聯發公司就雲林縣政府招標之「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」（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，又系爭工程經三聯發公司於104年11月25日開工，105年6月4日竣工，106年6月5日經雲林縣政府驗收完成，三聯發公司於106年10月31日完成點交予雲林縣政府。

(二)依系爭工程之契約書雖約定契約總價為10,500,000元，惟因系爭契約第3條第1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，經雲林縣政府結算三聯發公司實際施作之金額為11,407,100元，而雲林縣政府於系爭工程完成驗收前，僅給付3期工程款8,911,000元予三聯發公司，於驗收後，尚有工程尾款2,496,100元未給付。

(三)依系爭契約第14條，三聯發公司於得標系爭工程後，經繳交工程契約金額10%即1,050,000元之履約保證金予雲林縣政府，而依系爭工程契約第14條第1項第1款，履約保證金於工程進度達25%、50%、75%及驗收合格後，各發還25%，本件工程雲林縣政府尚有25%之履約保證金262,500元，未發還三聯發公司。

(四)依系爭工程契約第16條，系爭工程於驗收後，由三聯發公司保固5年，而依系爭工程採購投標須知第46條，由三聯發公司依結算總價3%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）。

(五)三聯發公司之分包商工程人員於105年4月11日至105年4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，三聯發公司允諾「看現場缺多少量，再行載運級配回來回填」（見原審卷一第115頁）。

(六)105年4月11日至105年4月17日共7日，三聯發公司專職安全衛生人員、工地負責人及品管人員並未到工地現場。其中105年4月11日至105年4月15日因雨停工；105年4月16日、105年4月17日進行工區整理（見原審卷一第321至335頁）。

(七)三聯發公司並未提出合法垃圾棄置場之單據。

(八)106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，雲林縣政府依系爭契約第4條第1項約定以減價1,900元收受辦理。

肆、兩造爭執之事項：

(一)105年4月11日至105年4月17日共7日，是否為系爭工程契約所指之「施工期間」？三聯發公司專職安全衛生人員、工地負責人及品管人員於上開期間未到工地現場，雲林縣政府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，對三聯發公司處以懲罰性違約金計210,000元，再依系爭契約第5條第3項、第14條第3項第5款之約定，請求扣抵懲罰性違約金計210,000元，有無理由？

(二)三聯發公司之分包商人員於105年4月間將系爭1-20M道路路面之土石及級配盜挖外運，三聯發公司應否對此行為負責？又三聯發公司有無回填級配數量不足，雲林縣政府依系爭契約第5條第3項及第18條第8項之約定，請求扣抵工程款4,185,089元，有無理由？

伍、得心證之理由：

(一)105年4月11日至105年4月17日共7日，是否為系爭工程契約所指之「施工期間」？三聯發公司專職安全衛生人員、工地負責人及品管人員於上開期間未到工地現場，雲林縣政府依系爭工程契約附錄1第13點、附錄2第9點及附錄4第5點約定，對三聯發公司處以懲罰性違約金計210,000元，再依系爭契約第5條第3項、第14條第3項第5款之約定，請求扣抵懲罰

性違約金計210,000元，有無理由？

1.按系爭契約第9條第3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。……。工地施工期間工地主任應專駐於工地，且不得兼任工地其他職務」（見原審卷一第29頁）。又按營造業法第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條規定：「本法第30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5,000萬元以上之工程。二、建築物高度36公尺以上之工程。三、建築物地下室開挖10公尺以上之工程。四、橋樑柱跨距25公尺以上之工程。」。查，系爭工程並非上開營造業法施行細則第18條所定之工程金額或規模，依前述系爭契約約定及營造業法等相關規定，自毋庸設置工地主任，則系爭工程附錄2關於工地主任之相關約定，於本件應無適用。

2.次按系爭契約附錄1「工作安全與衛生」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。」（見原審卷一第53之2頁），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，每日處以廠商懲罰性違約金新臺幣10,000元。」（見原審卷一第63頁）。依上，須三聯發公司依法設置之專職安全衛生人員或依約應設置之品管人員，有違反前開不得兼職之約定或施工期間未按規定到場之情事，雲林縣政府始得依上述約定對三聯發公司請求按日以10,000元計算之懲罰性違約金。而依職業安全衛生管理辦法第5之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；另依該附錄4第3.3點約定，品管人員之工作重點在「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、品管人員僅須在三聯發公司有實際「施工時」，到工地現場執行渠等之相關職務即可，若未實際施工，則無到場之必要至明。

3.又依系爭契約第7條履約期限第1項第1款約定：「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。」，另同條項第2款約定：「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」。足見上開約定係關於三聯發公司之履約期限，此乃雲林縣政府控管系爭工程之完工進度，涉及三聯發公司日後有無施工逾期之問題。至於履約之期限內，由三聯發公司自行決定施工與否，並依其施工內容自行調配相關工作人員，三聯發公司若決定當日不施工，尚無要求系爭工程之專職安全衛生及品管人員均須到達系爭工程現場執行職務之必要。

4.況依兩造不爭執之事項(六)所示，105年4月11日至105年4月15日因雨停工，105年4月16日、105年4月17日進行工區整理，上開日期三聯發公司並無工地主任、專職安全衛生人員及品管人員到工地執行職務。惟，系爭工程依約並無設置工地主任之必要，業如前述，上開日期無工地主任到場，並無違約之可言；且三聯發公司在履約期限內，有決定何日施工之自由，且前開期間因雨停工或雨後須進行工區整理，自無實際施工之事實，則此期間三聯發公司之專職安全衛生人員及

品管人員未到達工地現場，亦無違約之情形。

5.綜上，雲林縣政府主張三聯發公司之工地主任、專職安全衛生人員及品管人員於105年4月11日至105年4月17日計7日之期間，未到工地現場，依系爭工程契約附錄1第13點、附錄2第9點及附錄4第5點約定，對三聯發公司處以懲罰性違約金計210,000元，再依系爭契約第5條第3項、第14條第3項第5款之約定，請求扣抵懲罰性違約金計210,000元（計算式：10,000× 3× 7＝210,000），尚屬無據。

(二)三聯發公司之分包商人員於105年4月間將系爭1-20M道路路面之土石及級配盜挖外運，三聯發公司應否對此行為負責？又三聯發公司有無回填級配數量不足，雲林縣政府依系爭契約第5條第3項及第18條第8項之約定，請求扣抵工程款4,185,089元，有無理由？

1.按系爭契約第9條第11項第3點約定：「廠商對於分包廠商履約之部分，仍應負完全責任。……。」。次按債務人之使用人，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。依兩造不爭執之(五)所示，三聯發公司之分包商人員於105年4月間，將系爭1-20m道路路面之土石挖取外運，依前開約定及規定，三聯發公司對於其分包廠商履約之部分，仍應負完全責任，故三聯發公司之分包商人員上開私自挖取系爭1-20m道路路面土石外運之行為，如須對雲林縣政府負損害賠償之責任，三聯發公司自應與其分包商人員負同一責任。

2.雲林縣政府主張：三聯發公司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，須賠償4,185,089元云云，固據其提出自行委託之台灣省土木技師公會鑑定報告書為憑（報告書外放，下稱系爭鑑定報告），惟為三聯發公司所爭執，經查：

(1)系爭鑑定報告書之鑑定結果，係依台灣省土木技師公會於106年7月24日現場檢測系爭1-20M道路碎石級配及土方數量所得結果資料，即以現場透地雷達檢測結果，研判20M道路工

程之級配層（依據竣工圖為20公分）是否完整（見系爭鑑定報告附件十六，第158頁以下），並與現場縱、橫斷面測量結果（見系爭鑑定報告附件十四、十五，第144至157頁），與委託單位即雲林縣政府所提供之原土木標工程驗收之「竣工圖」（20M道路縱、橫斷面圖）（見系爭鑑定報告附件三至五，第49至57頁）、「雲林縣北港中國醫藥大學市地重劃工程景觀標」（下稱景觀標工程）之「部分驗收證明書」（含20M道路剖面圖）（見系爭鑑定報告附件六，第58至61頁），進行比對，確認土方數量及級配數量是否足夠，並計算土方挖填方數量（見系爭鑑定報告第9頁）。

(2)惟查，原土木標工程係於100年10月6日申報竣工，101年3月26日驗收合格，其竣工圖之20M道路縱、橫斷面圖，應係101年3月26日驗收時系爭1-20M道路碎石級配及土方數量之現狀。原土木標工程驗收後，雲林縣政府另發包景觀標工程，於102年4月15日開工，103年3月18日竣工，103年11月16日部分驗收合格，其間又有於103年5月間發包系爭1-20M道路部分側溝加基礎修復及補強工程（下稱修復工程），均與系爭1-20M道路路面範圍有關，各該工程皆有可能擾動原土木標驗收後之碎石級配層及土方，或致碎石級配及土方數量變動。故三聯發公司承攬之系爭工程於104年11月25日開工時，系爭1-20M道路路面碎石級配及土方數量，與原土木標工程101年3月26日驗收時，顯已有不同。更何況，系爭鑑定報告於106年7月24日現場測量之系爭1-20M道路之碎石級配及土方數量，與原土木標工程101年3月26日驗收完成竣工圖之碎石級配及土方數量，時隔已逾5年，系爭1-20M道路路面因各因素被擾動之結果，原土木標工程101年3月26日驗收之竣工圖計算出之系爭1-20M道路路面碎石級配及土方數量，已不能作為認定三聯發公司於104年11月25日進場施作系爭工程之實際情況。

(3)又查：①景觀標工程承攬廠商曾提出系爭1-20M道路碎時級配不足疑慮，負責系爭工程規劃設計監造之○○工程顧問有

限公司（下稱○○公司）曾發函予雲林縣政府稱：前期修復工程施工，開挖土方斷面，並無明顯碎石級配層乙節，有雲林縣政府105年11月8日府地發字第1052718341號函及檢送之現場會勘紀錄、○○公司105年11月14日○○雲字第105111401號函及檢送之開挖位置圖、照片在卷可參（見原審卷一第291至319頁、第305頁）。②另○○公司依工程會議指示對於系爭1-20M道路路面之土石及級配發生外運及回填乙事，進行調查，認：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，亦有三聯發公司提出之105年12月土方調查報告書附卷可稽（見原審卷一第263至289頁）。③證人張○○（系爭工程現場監造人員）於原審到庭證述：系爭工程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，在雲林縣政府看播放土方外運影片，因螢幕很模糊，看不出來外運的東西有碎石級配，縣府請伊公司調查土方外運一事，伊問完相關人員後，原地依照樁號即里程數測量，每隔20公尺1個樁號，測量整個路面左中右3點平均，依基準點測量現地高程，測量結果與設計圖之土方量相比，並無減少，○○公司105年11月14日函之照片，係設計前之照片，開挖是一整個線下去，斷面都均未見到碎石級配層等語（見原審卷一第516至527頁）。④且依雲林縣政府提出之檢舉人提供盜挖外運照片（見原審卷一第219至261頁），確實無法判斷盜挖外運之物品即係系爭1-20M道路碎石級配及土方，縱認係土石盜挖外運，亦無從推算其數量。⑤由上可知，系爭1-20M道路路面之土石及級配，縱有發生土石盜挖外運情事，惟監造單位於系爭工程施工前，曾就系爭1-20M道路進行相關測量結果，系爭1-20m道路之土石量並無減少，堪可認定。是雲林縣政府主張：依系爭鑑定報告書，三聯發公司之分包商人員盜挖外運系爭1-20m道路路面碎石級配及土方，回填數量不足，得請求三聯發公司賠償損害4,185,089元，尚屬無據。

(三)依上，三聯發公司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），而雲林縣政府主張其得扣款抵銷金額為222,935元（計算式：未提出合法垃圾棄置廠單據之扣款7,235元＋0K+311集水井未符設計尺寸及鋼筋損耗率調整之違約金5,700元＋系爭1-20M道路路面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210,000元＝222,935元），此部分已確定。是以三聯發公司請求雲林縣政府給付2,193,452元，應屬有據。雲林縣政府反訴請求三聯發公司給付部分，除前開扣款及賠償已據以抵銷確定外，餘均屬無據，與系爭尾款及履約保證金經扣抵後，已無債權可資請求。

陸、綜上所述，三聯發公司依系爭契約第3條第1項、第14條第1項第1款之約定，請求雲林縣政府給付2,193,452元，及自107年5月9日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，自屬有據，應予准許（三聯發公司就其餘敗訴部分並未上訴）。另雲林縣政府依系爭契約第18條第8項約定，反訴請求三聯發公司應給付2,201,637元，及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計算之利息部分，尚屬無據，應予駁回。原審就上開三聯發公司此部分本訴請求，為三聯發公司勝訴之判決，並分別附條件命供擔保准為或免為假執行之宣告，核無不合，雲林縣政府上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。原審就反訴部分為雲林縣政府敗訴之判決，並無不合，雲林縣政府上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

柒、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，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

捌、據上論結，本件本訴及反訴之上訴均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　12　　日

工程法庭　審判長法　官　吳森豐

法　官　夏金郎

法　官　郭貞秀

上為正本係照原本作成。

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者，應一併繳納上訴審裁判費。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　12　　日

書記官　江佳穎

【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。