臺灣高等法院高雄分院民事判決

108年度建上字第12號

上　訴　人　東祥營造有限公司

法定代理人　陳東發

上　訴　人　經濟部水利署第六河川局

法定代理人　邱忠川

訴訟代理人　楊申田律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於民國108 年2 月25日臺灣橋頭地方法院104 年度建字第64號第一審判決提起上訴，本院於108 年12月18日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

兩造上訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

事實及理由

一、上訴人東祥營造有限公司（下稱東祥公司）起訴主張：

（一）東祥公司前向被上訴人即上訴人經濟部水利署第六河川局（下稱第六河川局）承攬「安定排水下游段排水改善工程併辦土石標售二工區」工程（下稱系爭工程），兩造於民國100 年1 月13日簽訂工程契約書（下稱系爭契約），監造單位為明昱技術顧問股份有限公司（下稱明昱公司）。東祥公司趕工完成系爭工程，已於101 年3 月9 日向第六河川局及明昱公司申請竣工驗收，明昱公司與第六河川局未依系爭契約第29條約定，會同東祥公司核對竣工項目及數量，並於竣工日起37日內辦理初驗，應認東祥公司已於101 年3 月9 日申報竣工完成。而明昱公司因涉嫌犯罪遭法務部廉政署調查，嗣於102 年間改由訴外人鴻威國際工程顧問股份有限公司（下稱鴻威公司）接任監造單位，系爭工程始續行驗收，自103 年4 月24日開始至同年5 月15日驗收完畢。系爭工程結算工程款共計新臺幣（下同）67,672,034元，扣除東祥公司已領取工程款58,383,934元，第六河川局尚應給付工程款9,288,100 元。

（二）第六河川局雖以東祥公司延誤工期扣減逾期違約金，及以

明昱公司扣點罰款如附表一、二所示其他違約金抵銷工程款。然系爭工程原定於100 年11月17日竣工，係因氣候及各項因素，東祥公司已向明昱公司及第六河川局申請三次變更設計並請求延展工期，第一次獲准延展至100 年12月26日，第二、三次則未獲第六河川局給與合理延展工期，東祥公司就系爭工程延宕並無過失，不應扣除逾期違約金；且累積工程進度已達99.5% ，僅0.5%未完成，約定之逾期違約金過高，應酌減按每日千分之0.2 計算。又監造單位並無作成扣點罰款之權責，東祥公司亦未經第六河川局通知由監造單位代理第六河川局裁罰，附表一、二所示扣點罰款由明昱公司作成，與系爭契約規定不符；又監造單位開立缺失時，未會同東祥公司告知缺失項目及改善日期，東祥公司前已就附表一、二所示之其他違約金項目向第六河川局提出異議，自不得以此抵銷工程款。

（三）系爭工程業經東祥公司於101 年3 月9 日竣工，第六河川局自101 年3 月9 日申報竣工起37日應辦理驗收，以此加計工程結算驗收證明書所載21日驗收期間，原應於101 年5 月8 日完成驗收，再加計估算工程實務上之改善日期及複驗日期各約30日，第六河川局至遲應於101 年7 月8 日給付工程款，故以101 年7 月8 日為遲延利息之起算日。為此，爰依系爭契約之法律關係，請求第六河川局給付工程款等語。請求判決：1、第六河川局應給付東祥公司9,288,100 元，及自101 年7 月8 日起至清償日止，按年息3%計算之利息。2、願供擔保請准宣告假執行。

二、上訴人第六河川局抗辯：

（一）東祥公司固於101 年3 月9 日申報竣工，然經明昱公司於101 年3 月10日現場勘查結果，尚有①渠底未依規定鋪設混凝土塊，②2K+093～3K+000左岸整地未完成，③1K+109～1K+570路燈電線未復原部分燈具未裝，④1K+109～1K+570右岸補強未改善，⑤2K+510～2K+690左岸護欄未改善，⑥部分缺失改善未完成，且未提送缺失改善資料供審查，

亦未依明昱公司通知完成補正缺失，至101 年8 月16日東祥公司始檢送成果報告書、結算數量及竣工圖，嗣改由鴻威公司與東祥公司辦理竣工審核相關程序，經第六河川局審核認定實際竣工日為102 年7 月11日，於103 年4 月24日開始驗收，103 年5 月15日驗收合格，103 年8 月1 日開立工程結算驗收證明書。

（二）系爭工程於100 年1 月22日開工，原履約期限至100 年11月17日，經第一次變更設計展延至100 年12月26日，第二、三次變更設計應展延期間及竣工日，經囑託工程會鑑定結果，已認定系爭工程預定竣工日應為101 年2 月15日、實際竣工日為101 年4 月30日，東祥公司自101 年2 月16日至101 年4 月30日違約逾期，應以系爭工程款總價67,672,034元，扣除東祥公司已領取58,383,934元工程款，及按每日千分之1 計算之逾期違約金，東祥公司另因違規扣點罰款，應繳納如附表一、二所示之其他違約金共計1,297,390 元迄未繳納，第六河川局得以附表一、二所示其他違約金抵銷工程款。依此核算，第六河川局約僅餘工程款3,028,538 元尚未給付。

（三）又東祥公司就本件工程款之爭議，曾於101 年11月間向工程會申請調解，於102 年3 月7 日調解成立，依調解成立內容及理由第二點第（二）項「有關請求尾款及遲延利息部分」所載，東祥公司已同意捨棄遲延利息，且工程款需自工程結算驗收證明書開立後方能付款，亦需辦理請款程序的時間，東祥公司未曾向第六河川局催告請求付款，東祥公司應僅得自起訴狀繕本送達翌日起算利息等語。

三、原審判決東祥公司一部勝訴、一部敗訴，命第六河川局應給付東祥營造公司4,143,538 元，及自104 年3 月26日起至清償日止，按週年利率3% 計算之利息，並為准、免為假執行之宣告，駁回東祥公司其餘之訴及該假執行之聲請。兩造均不服而各自提起上訴，東祥公司上訴聲明：（一）原判決不利於東祥公司部分廢棄。（二）上開廢棄部分，第六河川局

應再給付東祥公司5,144,562 元，及自101 年11月17日（減縮原審聲明為自向公共工程委員會申請調解之日起算）起至清償日止，按年息3% 計算之利息。（三）願供擔保請准宣告假執行。第六河川局提起一部上訴，上訴聲明：（一）原判決關於命第六河川局給付超過3,028,538 元之本息，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。（二）上開廢棄部分，東祥公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。兩造均就對造之上訴各答辯聲明：上訴駁回。（第六河川局就其於原審敗訴之3,028,538 元部分並未上訴，不在本院審理範圍）。

四、協商整理兩造不爭執之事項及本件爭點：

（一）兩造不爭執之事項：

1、東祥公司於100 年1 月13日與第六河川局簽立系爭契約，約定契約金額為69,600,000元。第六河川局監造單位明昱公司於101 年11月8 日因法務部廉政署調查而無法履行其監造工作，遭第六河川局終止合約在案，第六河川局於102 年間再行委託鴻威公司接續辦理。

2、系爭工程原履約期限自100 年1 月20日至100 年11月17日。期間因第一次變更設計，應完工日延展至100 年12月26日。嗣後復曾辦理第二次、第三次變更設計，惟未經第六河川局確認延展工期日數。

3、東祥公司就系爭工程曾於101 年3 月9 日向第六河川局所屬工務所及明昱公司申報竣工。

4、第六河川局於101 年5 月11日召開工務會報，業務單位提案第1 點記載：監造日報表至101 年4 月30日止進度99.66% 。決議第1 點記載：有關未完成數量查為樓梯工項未施作，請施工廠商依現況，檢附切結拋棄該項估驗計價權利，以憑報竣。東祥公司則於101 年5 月18日以101 年東工字第0000000 號函通知第六河川局，其已於101 年5 月11日以101 東工字第0000000 號函申報竣工並檢附切結書，拋棄樓梯工項估驗計價權利。

5、第六河川局於103 年8 月1 日驗收系爭工程，系爭工程結算總價為67,672,034元。東祥公司依系爭契約第5 條約定，於系爭工程開工後以每月二次提出估驗單請求估驗款，迄今已請領58,383,934元。

6、系爭工程經囑託行政院公共工程委員會鑑定結果：①就系爭工程經鑑定第二次變更設計延展工期日數為66工作天，延展至101 年1 月19日，第三次變更設計延展工期日數為35工作天（51日曆天），延展至101 年2 月15日。②就竣工日期部分，認定系爭工程於101 年3 月10日明昱公司現地勘查時，尚有渠底未依規定鋪設混凝土塊之工項未完工，及樓梯工項未施作。至1K+109～1K+570路燈電線未復原部分燈具未裝、1K+109～1K+570右岸補強未改善、2K+510～2K+690左岸護欄未改善、部分缺失改善未完成及缺失改善資料未提送審查結果部分，均可視為缺失改善部分，不影響工程申報竣工，得於竣工後之驗收階段，給與期限改善。系爭工程至101 年4 月30日止進度為99.66％ ，未完成部分為0.34％，於第三次變更設計後之契約總價為67,672,034元，未完成工程款金額約193,153 元。

7、東祥公司前就系爭工程第4 期估驗款及遲延利息、工程尾款及遲延利息、驗收遲延損失、土方及土地堆置租借費、營業損失等事項，於101 年11月間向行政院公共工程委員會申請調解，經工程會以調字0000000 號成立調解。兩造就前開工程尾款及遲延利息部分調解成立內容為：雙方同意由他造當事人（即第六河川局）儘速自辦或委託公正第三人辦理竣工認定、爭議協商、履約管理及結算等工作，並依約給付申請人工程尾款，至遲延利息部分，申請人同意捨棄。

8、東祥公司前已對第六河川局請求如附表一、二所示之其他違約金項目提出異議。

（二）本件爭點：

1、系爭工程係於何時竣工？

2、系爭工程工期應延展至何時？

3、東祥公司得請求第六河川局給付之工程款為若干？

五、本院之判斷：

（一）系爭工程係於何時竣工？

1、東祥公司主張系爭工程於101年3月9日竣工，第六河川局則抗辯仍有前開缺失尚未完工，經原審先後囑託工程會鑑定第二次、第三次變更設計工期延展日數及實際竣工日期等事項，工程會業已認定：（1）系爭工程於101年3月10日明昱公司現地勘查時，系爭工程尚有渠底未依規定鋪設混凝土塊之工項未完工，及樓梯工項未施作（2K+093～3K+000左岸整地部分已完成）。至於1K+109～1K+570路燈電線未復原部分燈具未裝、1K+109～1K+570右岸補強未改善、2K+510～2K+690左岸護欄未改善、部分缺失改善未完成及缺失改善資料未提送審查結果部分，均可視為缺失改善部分，不影響工程申報竣工，得於竣工後之驗收階段，給與期限改善。（2）第六河川局於101年5月11開工務會報，業務單位提案「1.監造日報表至101年4月30日止進度99.66％，…。」會議決議「1.有關未完成數量查為樓梯工項未施作，請施工廠商依現況，檢附切結拋棄該項估驗計價權利，以憑報竣。」東祥公司依上述工務會報決議於101年5月11日以101東工字第0000000號及101年5月18日以101年東工字第0000000號函申報竣工並檢附切結書，拋棄樓梯工項工程款，而依工務會議紀錄認定至101年4月30日止，除未施作之工項樓梯外，其餘工項應已完成，依此推定實際竣工日為101年4月30日等情，此有105年12月14日鑑定書、107年6月28日鑑定書附卷可稽（見原審卷六第31頁至第34頁、卷八第121頁至第122頁）。

2、第六河川局對於工程會鑑定結果並無爭執，東祥公司則不服鑑定結果，就樓梯工項部分，主張係經監造主任甲○○等人指示改作21座不鏽鋼爬梯，兩造就更換爬梯已有合意

，因第六河川局不完成變更設計程序，導致竣工驗收階段無法認列爬梯工程已完成等語。經查，系爭工程契約第21條第1項約定：「機關於必要時得於契約所約定之範圍內通知廠商變更契約，除契約另有規定外，廠商於接獲通知後應向機關提出契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容須變更之相關文件。」第2項約定：「廠商於機關接受其所提出須變更之相關文件前不得自行變更契約。除機關另有請求者外，廠商不得因第一項之通知而延遲其履約責任。」第3項約定：「機關於接受廠商所提出須變更之事項前即請求廠商先行施作或供應，其後未依原通知辦理契約變更或僅部分辦理者，應補償廠商所增加之必要費用。」（見原審卷一第11頁）然本件並無第六河川局核准變更設計之相關證明，東祥公司亦自承第六河川局並未完成變更設計程序，已與前開契約約定不符。又證人甲○○於原審證稱：我負責監造安定排水工程及一些文書作業，後來有無施作樓梯或改為不鏽鋼梯，沒有印象，但應該不會指示東祥公司作不鏽鋼梯就好，因為改變圖說一定要有正式的會勘紀錄修改竣工圖，監造權利沒有那麼大，且會勘完更改要經過業主的變更程序及核定文等語明確（見原審卷六第196頁、第199頁至第201頁），則東祥公司主張係依證人甲○○等人指示改作21座不鏽鋼爬梯云云，核與事實不符，為不足採。

3、東祥公司另主張明昱公司於101年2月6日來函要求變更為不鏽鋼爬梯，並提出明昱公司101年2月6日明昱安二字第0000000000號函為據（見原審卷三第80頁原證16）。然觀諸兩造及明昱公司關於樓梯工項是否變更設計之往來函文，東祥公司於101年1月31日函請明昱公司及第六河川局變更設計樓梯施工圖，第六河川局已於101年2月4日去函明昱公司，表明東祥公司所提第三次變更設計59號圖與現行契約不符，請明昱公司現勘、演算分析，簽證釋疑，倘無施工疑慮，請督責廠商切莫藉詞推諉延誤工期等

語。明昱公司因而於101年2月6日發函通知東祥公司儘速提出放樣圖及修正意見，尚難認明昱公司已要求變更為爬梯。且東祥公司於101年2月8日係以樓梯施作影響排水斷面及流速，建議不予施作為由，發函給明昱公司及第六河川局，依此更可證明明昱公司於101年2月6日所發函文應無核准變更之意。嗣明昱公司再於101年2月16日通知兩造，請承商技師先行評估裝設塑膠包覆踏步或不鏽鋼樓梯之可行性，再將其意見施工圖說提送審核。第六河川局則於101年3月2日通知明昱公司表明倘若無設計不當，則請督促廠商按圖施工等語，明昱公司已於101年3月5日函知第六河川局不同意樓梯變更為不鏽鋼爬梯等情，有東祥公司101年1月31日101東工字第0000000號函、101年2月8日101東工字第0000000號函、第六河川局101年2月4日水六工字第00000000000號函、101年3月2日水六工字第00000000000號、明昱公司101年3月5日明昱安二字第0000000000號函可憑（見原審卷四第261頁至第264頁、第266頁至第268頁）。足認樓梯工項部分未經第六河川局同意變更設計，亦未完成契約變更程序，東祥公司主張已屬無據。

4、況第六河川局於101年5月11日召開工務會報，業務單位提案第1點記載：監造日報表至101年4月30日止進度99.66% 。決議第1點記載：「有關未完成數量查為樓梯工項未施作，請施工廠商依現況，檢附切結拋棄該項估驗計價權利，以憑報竣。」等語。東祥公司則於101年5月18日以101年東工字第1010465號函通知第六河川局，其已於101年5月11日以101東工字第0000000號函申報竣工並檢附切結書，拋棄樓梯工項估驗計價權利等情，為兩造所不爭執（見本院卷二第353頁），並有101年5月11日工務會報會議紀錄及前開函文在卷可查（見原審卷一第87頁至第88頁）。茲因東祥公司實際施作不鏽鋼樓梯，並未按原設計圖完成樓梯工項，復經兩造於101年5月11日進

行工務會報時，決議確認系爭工程至101 年4 月30日止未完成數量僅為樓梯工項，東祥公司亦按決議結論拋棄樓梯工項估驗計價權利，則鑑定書以101 年4 月30日作為實際竣工日，尚無不合。至東祥公司雖聲請本院命第六河川局應提出通洪之計算資料及聲請傳喚製作不鏽鋼爬梯之廠商，以證明樓梯施作會影響排水斷面及流速，有變更為不鏽鋼爬梯之必要，以及爬梯完工日期云云。然本件系爭工程有關樓梯施作部分，並未經第六河川局同意變更設計，亦未完成契約變更程序，已如前述。則依系爭工程契約第21條第1 項約定，東祥公司仍應依約施作樓梯，東祥公司上開主張，核與本院上開實際竣工日之認定無涉，並無調查之必要，附此敘明。

5、東祥公司另爭執渠底鋪設混凝土塊及左岸整地之完工日期，然系爭工程於101 年3 月10日明昱公司現地勘查時，雖將左岸整地部分列為尚未完成之工項，然送工程會鑑定時，已將此部分工項視為完工項目，而係以未完成之樓梯工項認定實際竣工日期，此有107 年6 月28日鑑定書附卷可稽（見原審卷八第121 頁背面），故不影響本院前開實際竣工日期之認定。又雖然尚有渠底鋪設混凝土塊之工項未完工，但因該工項於101 年5 月11日召開工務會報時，並未列為未完工數量之工項，故認應已於工務會報所載之101 年4 月30日前完工，且該工項是否於東祥公司主張之101 年3 月9 日前完工，對於本件認定實際竣工日為101 年4 月30日不生影響。另東祥公司以原證27之工程施工督導紀錄表（下稱督導紀錄表，見原審卷六第105 頁至第107 頁）記載101 年2 月17日工程進度為99.5%，與監造日報表之進度有明顯落差，聲請函詢工程會：（1）原證27督導紀錄表記載101 年2 月17日工程進度為99.5%，是否影響竣工日期之認定；（2）督導紀錄表關於監造單位缺失第47項之記載是否影響監造日報確實性之判斷等節。然關於實際竣工日期之認定，本件至101 年5 月11日召開工務

會報時，東祥公司仍有樓梯工項未完工，其主張101 年3 月9 日竣工並無可採，業經本院認定理由如前述，且監造日報表與督導紀錄表進度不符，亦不影響前開樓梯工項未完工之認定，自無再為函詢前開事項之必要。

（二）系爭工程工期應延展至何時？

1、系爭工程關於第二次、第三次變更設計，應給予幾日工期延展一節，經原審囑託工程會鑑定結果，認定：（1）第二次變更設計之工期延展，經參酌東祥公司提出之申請延展工期（第二次）工程分析表（見原審卷三第198 頁），及東祥公司對明昱公司審查意見之回覆表，未就施工期間降雨及填方工程等因素延展日期經明昱公司修正為15工作天、機關辦理工程督導等因素修正延展2 工作天予以爭執，有東祥公司101 年6 月6 日101 東工字第0000000 號函可稽（見原審卷五第490 頁至第492 頁），另審視東祥公司提出系爭工程開工核准之原ＣＰＭ預定網狀圖，東祥公司申請變更工項包含橋樑建築工程、護岸工程及雜項工程之施工路徑，應就各工程先分別獨立計算考量，再比較何者工期較長為主要施工路徑，而東祥公司主張各項申請原因，經比較各工項不同施工路徑後，關於無名橋3 （蘇厝橋）原施工期間自100 年6 月20日至100 年10月28日止，按東祥公司主張遷移自來水、電力、電信等設備因素延展46工作天，蘇厝橋西側道路拓寬需施作3 天，合計得延長工期66工作天（46工作天＋3工作天＋前述未爭執之15工作天、2工作天＝66工作天），可延展至101 年1 月19日，此為主要施工路徑，故以101 年1 月19日第2 次展延預定竣工日。（2）第三次變更設計為100 年12月26日至101 年2 月9 日間之零星變更工程（增列臨時擋土措施等七大項變更設計，見原審卷六第28頁鑑定書所載），東祥公司預估需增加10工作天，經審視東祥公司原ＣＰＭ預定網狀圖內容，該變更追加工項為新增工項，施工路徑獨立於第二次變更設計之施工路徑而單獨施作，及參酌卷附原證

19施工日誌等資料（見原審卷三第226 頁以下），其施工日期為23工作天，認東祥公司評估增加10工作天合理，並依「經濟部水利署辦理工期核算注意事項規定第三章八、（七）.2同意先行施工者，以廠商收到正式公文、…等同意函之翌日為起算日期」之原則，認以明昱公司101 年2 月1 日發函第三次變更設計會勘紀錄翌日即101 年2 月2 日起算11日（1 工作天為動員準備＋東祥公司預估增加10工作天），至101 年2 月12日為預定竣工日，再扣除101 年2 月5 日、11日、12日為星期六、日之例假，預定竣工日順延3 日至101 年2 月15日，故第三次變更設計竣工期限自100 年12月26日延展至101 年2 月15日（合計51日曆天即35工作天）（見原審卷六第28頁至第31頁）。（3）東祥公司申請第二次變更設計工期展延推算預定竣工日期101 年1 月19日，原預定竣工日100 年12月26日至函發第三次變更設計會勘紀錄101 年2 月1 日止，該期間因第六河川局要求東祥公司辦理變更設計之作業時程所產生工期延展，可視為各施工路徑工期延展，實已將第二次變更設計各施工路徑工期展延包含於內，故以101 年2 月15日為系爭工程最後預定竣工日等節，有105 年12月14日鑑定書可稽（見原審卷六第28頁至第31頁）。

2、第六河川局對於工程會鑑定系爭工程最後預定竣工日應為101 年2 月15日並無爭執，東祥公司雖質疑：前開鑑定書應扣除不計星期六、日工作天、預估降雨日，第二次變更設計未加計級配、瀝青施作20日曆天，故應延展工期至101 年4 月10日等語（見原審卷六第102 頁），然經原審依東祥公司所提資料再次囑託工程會鑑定結果，工程會已說明：（1）原鑑定意見按原施工期間自100 年6 月20日至100 年10月28日止，追加66工作天，並按「經濟部水利署辦理工期核算注意事項」第三章第十點展延工期之計算原則，展延至101 年1 月19日，計83日曆天，已含休息日及預定降雨日，東祥公司於此情形再主張應加計休息日及預

定降雨日等不計工作天，屬重複計算工期。（2）依契約內之「經濟部水利署辦理工期核算注意事項」第二章第五點（三），依習俗不計工作日之休息日及附表一內所述：週休假日單週一天、雙週二天。東祥公司陳報七狀暨聲請狀第八點（一）、（二）、（五）所提出扣除休息日期、日數統計，以週休二天計算，與原證18中原ＣＰＭ預定網狀圖日數及契約規定不符。（3）依契約內之「經濟部水利署辦理工期核算注意事項」第二章第五點（一），日曆天之計算，已包含工作天及不計工作天。東祥公司主張再另加計陳報七狀暨聲請狀第八點（五）所述不計工作日日數，與契約約定不符。（4）經查閱圖說編號39、45無級配、瀝青等施作工項，無須加計20日曆天，縱依東祥公司主張加計20日曆天，仍於第三次變更設計工期展延預定竣工日101 年2 月15日期間內，故仍以101 年2 月15日為系爭工程最後竣工日等語，亦有107 年6 月28日鑑定書可稽（見原審卷八第122 頁至第123 頁）。參酌前開說明及卷附「經濟部水利署辦理工期核算注意事項」之規定（見原審卷第一第117 頁至第122 頁），並考量東祥公司未就施工期間降雨及填方工程等因素延展日期經明昱公司修正為15工作天、機關辦理工程督導等因素修正延展2 工作天予以爭執，並依此計算延展日數，鑑定之延展日期已包含休息日及預定降雨日，且無加計級配、瀝青施作20日曆天之必要，東祥公司前揭主張尚無可採。

3、東祥公司於工程會補充鑑定後復主張：預估雨天較實際雨天短少18.5日，工程會以預估雨天計算展延工程顯然不當，100 年10月29日、30日、101 年1 月1 日、2 日、8 日、14日、15日（隔週休2 日）、21至29日春節少給7 日，100 年4 月5 日清明節、5 月1 日勞動節、9 月12日中秋節應不計施工日，系爭工程查核、督導工程應給予展延工期5 日，鑑定書少給33.5日等語（見原審卷九第15頁、第17頁）。然東祥公司對明昱公司審查意見之回覆表，未就

施工期間降雨及填方工程等因素延展日期經明昱公司修正為15工作天、機關辦理工程督導等因素修正延展2 工作天予以爭執，已如前述；且如欲以實際降雨日展延工期，需降雨足以影響施工要徑始足當之，東祥公司就此並未能舉證以實其說；另主張因查核督導工程影響施工部分，亦未提出相關證明。又第二次變更設計係因蘇厝橋原施工期間自100 年6 月20日至100 年10月28日止，鑑定書係自後接續追加展延工期，第三次變更設計竣工期限自100 年12月26日延展至101 年2 月15日，已如前述。則東祥公司主張之100 年4 月5 日清明節、5 月1 日勞動節、9 月12日中秋節，並非前開應計算追加展延工期期間，其主張應不計施工日，自無可採。至東祥公司另主張：100 年10月29日、30日、101 年1 月1 日、2 日、8 日、14日、15日（隔週休2 日）、21至29日春節少給7 日等語，然101 年10月29日、30日為單週，應休1 日，101 年1 月2 日依工期核算注意事項附表一註2 規定，因1 月1 日逢週休假日，不重複列計。又鑑定書認定第二次變更設計展延工期至101 年1 月19日以前之日期，應扣除休息日數為17日（鑑定書所載83日曆天－66工作天），經核對日曆表日數並無漏列等不符情形，鑑定書認定第三次變更設計自100 年12月26日延展至101 年2 月15日，應扣除休息日數為16日（鑑定書所載51日曆天－35工作天），經核算核對日曆表日數，亦無漏列休息日或其他日數，東祥公司前開主張亦屬無據。東祥公司另主張：第一次工期展延至100 年12月26日，鑑定報告卻自100 年10月26日起算第二次展延日期，應有錯誤等語。然上開鑑定報告係審視東祥公司提出系爭工程開工核准之原ＣＰＭ預定網狀圖，東祥公司申請變更工項包含橋樑建築工程、護岸工程及雜項工程之施工路徑，就各工程先分別獨立計算考量，再比較何者工期較長為主要施工路徑，在比較各工項不同施工路徑時，已考量第一次工期展延之日數，此有上開鑑定報告在卷可稽（見原審卷

六第29頁至第30頁），是東祥公司上開主張，容有誤會，為不足採。

4、依上開說明，東祥公司主張應另增加之休息日等各項目延展工期均無理由，前開鑑定書認定101 年2 月15日為系爭工程最後預定竣工日，應屬可採。

（三）東祥公司得請求第六河川局給付之工程款為若干？

1、按系爭契約第35條約定：「廠商履約遇有不可抗力之原因或非可歸屬廠商之事由而不能按照規定期限竣工時，得依補充說明書之工期核算注意事項辦理展延工期。」第36條約定：「廠商如未依照契約規定期限竣工每逾限1 日，應按工程結算金額千分之一違約金，支付機關。但所逾竣工期限中遇有不可抗力之原因或非可歸屬廠商之事由時，其無法工作之日數，經機關認定者得扣除之。逾期違約金機關得在廠商保證金或未領工程款內扣除，如有不足，得向廠商追繳。逾期違約金為損害賠償額預定性違約金，其逾期違約金總額不逾工程結算金額之20%，且不計入第52條之賠償責任上限金額內。」有系爭契約可參（見原審卷一第13頁）。而系爭工程最後預定竣工日為101 年2 月15日，實際竣工日則為101 年4 月30日，業經本院認定如前，則自101 年2 月16日起至101 年4 月30日，系爭工程施作合計逾期75日（101 年2 月為29日，14日＋31日＋30日＝75日）。又系爭工程認定實際竣工日為101 年4 月30日，係因系爭工程迄至101 年4 月30日尚未完成樓梯工項，東祥公司事後亦拋棄樓梯工項估驗計價權利，故以101 年4 月30日作為實際竣工日，然本件系爭工程有關樓梯施作部分，並未經第六河川局同意變更設計，亦未完成契約變更程序，已如前述，則東祥公司未依約施作樓梯，顯非遇有不可抗力之原因或非可歸屬廠商之事由，是東祥公司主張應扣除不可工作之日數云云，自不足採。據上，依系爭契約變更設計後之結算金額67,672,034元計算，第六河川局得扣抵逾期違約金為5,075,403 元（67,672,034× 1/1000

× 75日，小數點以下4 捨5 入），且未逾工程結算金額之20%（即13,534,407元）。

2、東祥公司雖主張：系爭工程項目並未編列渠底塊石之預算，第六河川局請求違約金違反誠信原則；又依原證27督導紀錄記載，累積工程進度已達99.5%，僅0.5% 未完成，第六河川局請求逾期違約金過高，應酌減至千分之0.2 等語。然參酌系爭工程應竣工工期為自100 年1 月22日至101 年2 月15日共約13個月，東祥公司逾期完工日數約2.5個月，約為預定工期20%，而系爭工程約定之逾期違約金，係東祥公司逾期日數每日以契約價金總額千分之1 計算，而系爭工程採公開招標，東祥公司於投標前必經詳細評估，並確認系爭契約所定各項條件均屬合理，本諸當事人契約自由及私法自治原則，尚難謂該逾期違約金額過高，而有應酌減之情事。又本件渠底鋪設石塊部分依施工斷面圖圖說第28號，係利用既有護岸打除混凝土塊及卵塊石鋪設底床（見原審卷六第92頁），自無庸另編列渠底塊石費用，東祥公司執此主張第六河川局違反誠信原則，尚無可採。此外，系爭工程最終未能完成工項為樓梯工項，第六河川局既未同意變更設計，東祥公司迄101 年5 月11日召開工務會報時仍未按原圖說完成施作，延宕時間非短，亦難以所剩工項非多作為酌減逾期違約金之依據。

3、第六河川局另抗辯：東祥公司因附表一、二所示工地主任未到場執行職務、缺席會議、施工人員違反勞安規定、經督導具有缺失、缺失改善逾期、土石標售逾期違約、施工日報違約、施工查驗違反品質約定、品質成果報告書扣款等違約情事，經第六河川局扣點罰款合計1,297,390 元，得主張抵銷等語。東祥公司則主張：附表一、二所示罰款非由業主開罰，東祥公司並無違約事實，監造單位開立缺失時，未會同東祥公司告知缺失項目及改善日期，不得主張抵銷工程款等語。經查：

（1）依系爭契約附件15「經濟部水利署廠商品質管制規定」

第18條第（二）項規定：「經上級機關查核小組之查核或本署暨所屬機關之工程督導，發現施工品質嚴重缺失，可歸責於廠商者，應依下列規定對廠商辦理懲罰性違約金事宜：1.經施工查核小組或工程督導小組依『工程施工查核小組』查核品質缺失扣點表之扣點範圍內，認定有施工品質缺失，應予扣點。（1）於施工查核或工程督導時，廠商專任工程人員、品管人員、工地主任、勞工安全衛生管理人員等，未機關同意，無故未到場說明者，每名每次罰扣點數1 點。（2）上級機關工程施工查核小組查核結果，成績列為丙等且可歸責於廠商者，除依本契約之懲罰性違約金相關規定及「工程施工查核小組作業辦法」規定辦理外，另扣罰本工程品管費用之百分之一。2.機關應通知廠商，俟品質缺失懲罰性違約金繳納後，始得發放工程估驗款。3.廠商逾期提送各類計畫，應處以懲罰性違約金，每逾期十天為一期，未滿十天以一期計，每期應扣點數1 點；逾期修正亦同。4.品質缺失懲罰性違約金之總額，以契約價金總額之百分之二十為上限；罰款累計總額如超過契約價金總額之百分之二十，或經查核或督導評分未達七十分且可歸責於廠商者，機關得依政府採購法第101 條至103 條規定處理。5.懲罰性違約金金額，依行政院公共工程委員會規定每點扣款為新台幣4,000 元。」（見原審卷八第230 頁）。

（2）經本院審核附表一、二所示項目：①附表一編號18所示土石標售逾期違約罰款113,231 元，已據東祥公司繳納，有自行繳納款項統一收據在卷可稽（見原審卷十第393 頁），第六河川局亦不為爭執（見本院卷一第83頁），是第六河川局不得再主張為抵銷。②附表一編號20：100 年12月份施工檢驗違反勞安規定記點扣罰罰款6,000 元，東祥公司對於第六河川局可以主張抵銷並無爭執（見本院卷一第82頁背面）。又編號24土石標售逾期罰

款63,159元部分，東祥公司對於確有違約逾期並不爭執（見本院卷一第82頁背面），僅抗辯稱：編號18、24土石標售逾期罰款應以千分之1計算，且因工程會已鑑定逾期75日，故罰款應共計42,675元，附表一編號18已繳納113,231元，已經有逾繳云云。然查，附表一編號18、24所示土石標售逾期罰款部分，係因東祥公司分別違反契約土石標第3條第1款所定第1期繳納期間即開工日前、第2期繳納期限即進度達百分之40，分別逾期398日、222日，故依第15條第3款第5目規定，分別以當期應繳款千分之1計算罰款等情，此有明昱公司函文及系爭契約在卷可稽（見原審卷八第191頁、第205頁、本院卷一第13頁）。故上開罰款原本即是以千分之1計算，且此項逾期繳納日數與逾期完工之日數不同，東祥公司上開所辯，容有誤會，為不足採。故第六河川局請求抵銷此部分罰款及違約金共計69,159元，應予准許。③除附表一編號18、20、24所示罰款外，其餘如附表一、二所載違規情事部分：依據證人即時任工務課長之證人乙○○證稱：有關承包商之裁罰程序，是由監造單位發函建議裁罰，承包商如果有異議，我們會轉給監造單位表示意見，監造單位一定有證據，我們就會依照監造單位的說明處理；我們內部程序會由承辦人員上簽及會簽會計室、政風室，事實明確的話由工務課長決行，如果有爭執，會再往上送局長決行等語（見本院卷二第320頁至第321頁）。然東祥公司是否確有上開有爭執之違規情事，未據第六河川局提出督導紀錄、照片等違規證明佐證；且本件因監造單位並未對東祥公司異議函文回覆，故至結算時始由明昱公司彙整之前裁罰之建議函文，函請東祥公司回覆，為第六河川局自承在卷（見本院卷二第302頁），第六河川局復自承：目前都已經找不到當時裁罰的簽呈，應該是當時的承辦人員並沒有按照程序逐項的上簽呈簽核等語（見本院卷二第323頁

），是以第六河川局既未按照約定之正當程序進行裁罰，亦無證據證明東祥公司確有上開違規情事，自無從認定第六河川局得請求此部分罰款並抵銷工程款。

（3）從而，第六河川局僅得以附表一編號20、24所示之罰款69,159元主張抵銷，其餘主張抵銷之項目及金額，均無理由。

4、再按系爭工程契約第5條第5項前段約定：「因非可歸責於廠商之事由，機關有延遲付款之情形，廠商得向機關請求加計年息3% 之遲延利息。」（見原審卷一第8頁）東祥公司於原審雖請求自101年7月8日起算遲延利息，嗣於本院則主張應自向工程會申請調解之日即101年11月17日起算遲延利息（見本院卷二第351頁）。然兩造前經工程會以調字0000000號成立調解，雙方同意由第六河川局儘速自辦或委託公正第三人辦理竣工認定、爭議協商、履約管理及結算等工作，並依約給付工程尾款，至遲延利息部分，東祥公司同意捨棄，有調解成立書在卷可稽（見原審卷一第43頁至第46頁），足認東祥公司已拋棄工程尾款於驗收結算前之遲延利息，則於系爭工程驗收結算前應不得請求遲延利息。東祥公司雖另主張：鴻威公司非公正第三人，第六河川局未履行調解內容約定之義務，無從要求東祥公司依約捨棄利息等語，惟依調解成立內容記載，第六河川局亦可以自辦竣工認定等工作，第六河川局為行政機關，另招標委託鴻威公司為監造單位，並無不可，且縱距調解時點約2個月，考量行政機關招標及另審核系爭工程相關資料，尚難認有故意拖延之情形，東祥公司此部分抗辯無足憑採，其請求自101年7月8日或101年11月17日起算遲延利息，自屬無據。又東祥公司並未能提出於工程驗收後催告第六河川局給付工程款之證明，其應僅能自起訴狀繕本送達翌日即104年3月26日起（見原審卷一第27頁送達證書），請求第六河川局加付按年息3% 計算之遲延利息。

5、綜上，系爭工程結算總額為67,672,034元，扣除東祥公司已領取之工程款58,383,934元，及逾期違約金5,075,403元、扣點罰款違約金69,159元，東祥公司尚可領取之工程款為4,143,538 元。從而，東祥公司得請求第六河川局給付工程款為4,143,538 元，以及104 年3 月26日起加付按年息3% 計算之遲延利息。

六、綜上所述，本件東祥公司依系爭契約之約定，請求第六河川局給付4,143,538 元，及自起訴狀繕本送達翌日即104 年3月26日起至清償日止，按年息3% 計算之利息，為有理由，應予准許。逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。原審就上開應准許部分判命第六河川局如數給付，並諭知兩造得就此部分供擔保准、免假執行；另就不應准許部分，駁回東祥公司之請求及假執行之聲請，核無不合。東祥公司就其敗訴部分，以及第六河川局就其超過3,028,538 元本息之敗訴部分，各自提起上訴，指摘原判決就該等敗訴部分之判決為不當，求予廢棄改判，均無理由，應各駁回上訴。

七、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　8　　日

工程法庭

審判長法　官　謝靜雯

法　官　洪能超

法　官　邱泰錄

以上正本證明與原本無異。

經濟部水利署第六河川局不得上訴。

東祥營造有限公司如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（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，並依附註條文規定辦理。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　8　　日

書記官　洪以珊

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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。

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。