臺灣高等法院民事判決

104年度重上字第1125號

上　訴　人　麗寶建設股份有限公司
法定代理人　吳寶田
訴訟代理人　李佳翰律師
　　薛松雨律師
　　林佳薇律師
　　陳國雄律師
　　劉雅洳律師
　　余振國律師
被上訴人　內政部營建署
法定代理人　吳欣修
訴訟代理人　謝家健律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國104年11月20日臺灣臺北地方法院103年度重訴字第658號第一審判決提起上訴，並為訴之追加及變更，本院於108年4月9日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴、追加之訴、變更之訴及假執行聲請均駁回。

第二審訴訟費用(含追加之訴、變更之訴)由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、本件被上訴人之法定代理人於提起上訴後變更為吳欣修，經具狀聲明承受訴訟在案（見本院卷五第53頁），合先敘明。

二、按於第二審為訴之追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一，擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2、3款分別定有明文。經查，被上訴人於原審就關於地下廢棄物清運費用之請求，原僅以民法第359條、第360條、第353條準用第227條作為請求權基礎，嗣於提起上訴後，復追加依民法第176條、第227條之2規定為請求(見本院卷五第280頁)。再就上開請求，上訴人於原審起訴係請求被上訴人給付新臺幣

(下同)3億9,887萬3,184元本息，嗣於本院減縮請求被上訴人給付3億8,246萬7,058元本息。又上訴人於原審起訴主張因清運地下廢棄物、被上訴人未依約提供8公尺施工便道、設計變更等情，請求延展工期1,004日曆天，嗣於本院為訴之變更，主張本件有展延工期之必要，被上訴人卻以上訴人遲延提出730天工程預定進度表、施工進度落後10%以上為由，自本應返還予上訴人之履約保證金中扣罰違約金共計1億2,750萬元，乃變更聲明請求被上訴人應給付1億2,750萬元之本息(見本院卷五第632頁)。上訴人雖表示程序上不同意追加及變更(見本院卷五第280頁)，惟被上訴人追加及變更之訴與原訴之原因事實均相同，證據資料得相互援用，無害被上訴人之程序保障，符合基礎事實同一之要件。而就清運廢棄物費用之請求核屬為減縮上訴之聲明，依據首揭規定，均應予准許。

貳、實體部分

一、上訴人主張：兩造於民國101年1月10日簽訂「機場捷運A7站合宜住宅招商投標興建(用地預標售)案(D基地)」(下稱系爭基地)契約(下稱系爭契約)。而被上訴人於兩造簽訂系爭契約以前業已知悉A7案合宜住宅區地下埋有廢棄物，且被上訴人於徵收土地前本有依內政部函示為勘查之義務，俟被上訴人於101年3月27日完成系爭基地徵收作業後，於101年5月9日同意上訴人在系爭基地進行測量及鑽探，上訴人於101年11月發現系爭基地埋設有事業廢棄物、營建混合物，乃於101年11月13日請求被上訴人排除，斯時上訴人尚非系爭基地之所有權人，自應由當時所有權人及管理系爭基地之被上訴人依廢棄物清理法負責清運。再者，系爭契約第5-5條亦僅約定上訴人清運地上拆遷補償作業之廢棄物，不及於地下廢棄物。然上訴人未清運地下廢棄物，更於101年12月19日逕以書面為現況點交，致上訴人未清運地下廢棄物以前，無法取得放樣勘驗之核准，使用權能受公法之限制，且將使土地承載力不足，無法興建合宜住宅，欠缺通常效用，系爭基地

有權利瑕疵及物之瑕疵存在。又被上訴人於締約前未依土地徵收條例調查是否埋有廢棄物，復未告知鄰近地區發現埋藏廢棄物，未履行附隨義務，難認其履約合於誠信原則，有不完全給付之情事。而伊既無清運系爭基地地下廢棄物之義務，則伊清運地下廢棄物之行為顯有利於被上訴人，亦有無因管理情形。況系爭基地埋藏廢棄物非締約時所能預見，應有情事變更原則適用。爰依民法物之瑕疵擔保、權利瑕疵擔保、不完全給付、無因管理以及情事變更之法律關係，請求被上訴人給付清運地下廢棄物之費用新臺幣(下同)3億8,246萬7,058元。另因被上訴人未先行處理地下廢棄物，伊代為清理導致工期延宕312日；因被上訴人曾依系爭契約第20條第20-2.1項第1款之約定，將原先規劃地下2層、地上14層之設計，增加為地下3層、地上24層之設計，因上開變更設計，上訴人就結構工程部分，每增加地上1層，需增加工期2個月，每增加地下1層，需增加工期4個月，共計24個月即720日(計算式：地上10層x 2個月＋地下1層x 4個月＝24個月)，上訴人僅請求延展600日；以及因被上訴人所提供施工便道不足8公尺致工期延宕92日，系爭契約之工期應再展延1,004日。被上訴人以原定730日之工程預定進度表為據，認定上訴人施工進度落後10%以上，逾期未改善，以及未提供施工進度網圖(以730日為據)而扣罰懲罰性違約金，上訴人自得依系爭契約第13-5條第1、2款約定請求返還1億2,750萬元。

二、被上訴人則辯以：依系爭契約第5-1條、第5-5條、第7-4.8條第3款等約定可明被上訴人將系爭基地交付予上訴人，即屬依債之本旨為履行，清理地下廢棄物屬上訴人之責任，清運費用自應由上訴人負擔，且房屋興建完竣取得使用執照後，系爭基地已由被上訴人移轉登記予上訴人，自無物之瑕疵、權利瑕疵情形，更非無因管理。再被上訴人不知系爭基地埋有廢棄物，亦無故意不告知之情事。又清運地下廢棄物既屬上訴人之責任，即應含括於原約定730日工期內，而變更設計部分，上訴人提出變更設計申請時允諾原工期不變，被

上訴人始同意辦理變更設計，至於提供施工便道本非被上訴人之義務，且上訴人未就施工便道延宕工期為證明，故上訴人請求展延工期無理由。上訴人之履約保證金經被上訴人以違約為由，扣抵懲罰性違約金後，已無請求權得為請求，而違約金債權因已獲清償，自無酌減可能等語資為抗辯。

三、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴並為變更，聲明為：(一)原判決關於駁回後開第二項之訴及假執行之聲請暨訴訟費用之裁判均廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人3億8,246萬7,058元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。(三)變更之訴被告應給付變更之訴原告1億2,750萬元以及自105年7月5日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。(四)願供擔保請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：(一)上訴、追加之訴、變更之訴以及假執行之聲請均駁回。(二)願供擔保請准宣告免為假執行。

四、本件不爭執事項：

(一)兩造於101年1月10日簽訂系爭契約，依投標須知-4頁2-1標的說明，系爭面積1.97公頃之基地即D基地要求最少興建戶數為492戶，上訴人投標時原初步規劃興建地上14層、地下2層之建物共572戶。

(二)系爭契約第5-1條約定「本計畫用地將於區段徵收作業之補償費發放及地上物拆遷完成後，由甲方(即被上訴人，下同)通知乙方(即上訴人，下同)依土地現況書面點交，乙方於收受甲方點交之通知時即生點交之效力。」、第5-3條「甲方交付之土地如有任何權利瑕疵，應由甲方負責排除。」、第5-5條約定「坵塊內地上物拆遷補償作業後廢棄物清理、整地施工及擋土設施等相關工程由乙方自行負責。」、系爭契約第7-4.8條第3項約定「其他因履行本契約所需之房屋稅、營業稅及相關稅賦、費用等，除本契約另有約定外，概由乙方自行負擔。」。

(三)系爭基地於簽約時已埋有廢棄物。

(四)被上訴人點交系爭基地以前，內政部重劃工程處、新北市政府環保局均未曾在系爭基地上進行開挖。

(五)被上訴人於101年12月19日寄發書面點交通知，上訴人於同年12月20日接獲點交通知。

(六)上訴人清理地下廢棄物完畢後，桃園縣政府環境保護局分別於102年12月19日、12月20日及12月25日發函予上訴人發包之中福營造股份有限公司，同意解列廢棄物管制。

(七)上訴人繳付之履約保證金共1億5,858萬5,000元，被上訴人以⑴工程品質查核扣點；⑵未提供施工網圖；⑶施工進度落後10%等為由，分別計罰3萬5,000元、740萬元、1億2,010萬元，逕由履約保證金扣罰前開違約金。上訴人對於扣罰3萬5,000元部分同意不請求返還。

五、兩造爭執之事項及本院得心證之理由：

(一)清運地下廢棄物本屬上訴人之契約義務，自不得請求被上訴人負擔清運費用：

⑴按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第98條定有明文，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解（最高法院17年上字第1118號判例意旨參照）。

⑵經查，系爭契約於101年1月10日簽訂時，系爭基地之徵收作業尚未完成，乃為兩造不爭執之事實。再審諸系爭契約第5-1條約定「本計畫用地將於區段徵收作業之補償費發放及地上物拆遷完成後，由甲方(即被上訴人)通知乙方(即上訴人)依土地現況書面點交....」；第5-5條約定「坵塊內地上物拆遷補償作業後廢棄物清理、整地施工及擋土設施等相關工程均由乙方自行負責」(見原審卷一第28頁)，可明兩造約定待區段徵收作業之補償費發放及地上物拆遷完成後，即由被上訴人以書面通知點交系爭基地，點交後關於系爭基地之廢棄物清理、整地施工等相關工程均歸由上訴人負責，而系爭契約第5-5條約定既未區別地上廢棄物或地下廢棄物，解釋上自應包含兩者。復參諸系爭契

約投標須知第10-3條規定「乙方(指得標人並與被上訴人訂立契約者)需自行協調土地所有權人辦理地質鑽探作業。」，及第3-1.2條第5項規定：「坵塊內地上物拆遷補償作業後廢棄物清理、整地施工及擋土設施等相關工程由乙方自行負責」(見原審卷一第212頁背面、第204頁背面)，是上訴人既須於得標後自行於系爭基地徵收作業完成前與系爭基地所有權人協調辦理地質鑽探作業，堪認依約應負責系爭基地地下廢棄物之清理，否則何須要求上訴人在徵收作業未完成前應自行與原所有權人協調辦理地質鑽探作業。

⑶再上訴人主張系爭契約第5-5條約定「整地施工」，應係指在工區範圍內之原地面所有雜草、竹、木、土丘、山坡或舊有建築物等之基地地面整理成可以進行主體工程而言，屬建築工程中「假設工程」之一環，並不包含地下之事業廢棄物之部分，而有關土方開挖及土地下廢棄物運棄則為「大地工程」之一部，兩者並不相同等語，並提出行政院工程會委託臺灣營建研究院所制定之「建築工程預算成本架構」及「預算成本架構內容說明」為憑（見原審卷四第50-59頁），以及舉被上訴人於91年間發包之陸光一村新建工程契約內容(見原審卷四第60-67頁)，以證明地下廢棄物清理與整地工程是屬於不同工程項目，應分別予以計價。惟系爭契約第5-5條已明文約定「廢棄物清理」屬上訴人之契約義務已如前述，自無庸再引其他契約或規範據以推論系爭契約第5-5條約定之真意。況上訴人乃為專業建設公司，既知悉清運地下廢棄物與整地工程於工程成本列屬不同計價項目，卻未於系爭契約約定明確，再者，地下埋有廢棄物並非上訴人於締約前無法預見之情事，且投標須知亦已載明系爭契約第5-5條約定(見原審卷一第204頁背面)，上訴人既未於締約前充分考量風險，僅諉為簽約時不知埋有地下廢棄物云云，仍無得排除系爭契約約定被上訴人點交系爭基地後，應由上訴人負責所有工程包含

清運地下廢棄物之義務。則清運地下廢棄物既屬於上訴人之契約義務，自應由上訴人負責清理，無涉於物之瑕疵或權利瑕疵責任，亦非為他人管理事務，是上訴人主張兩造約定以現況點交，仍不能排除瑕疵擔保責任、債務不履行責任，或依無因管理規定請求清運廢棄物費用云云，論理上均有違誤而無可取。

⑷上訴人復主張於99年已有民眾於內政部都市計畫委員會會議中陳情臨近區域遭人棄置大量廢棄物(見原審卷四第68-71頁)，且內政部土地重劃工程處於100年6月間在規劃階段發現廢棄物(見原審卷二第18-21頁、第32頁背面)，故被上訴人於兩造簽約前已知悉系爭基地地下埋有廢棄物，卻故意不為告知云云，然被上訴人點交系爭基地以前，內政部重劃工程處、新北市政府環保局均未曾在系爭基地上進行開挖，故未曾在系爭基地發現埋有廢棄物，乃為兩造不爭執之事實(見本院卷五第446-447頁)，且於規劃、設計階段發現廢棄物之區域乃屬機場捷運A7站地區公共工程施工範圍，非屬系爭基地範圍(見原審卷二第20頁背面、第32頁)，則被上訴人係於上訴人得標後進行鑽探，始獲悉系爭基地埋有地下廢棄物一情，既為上訴人不爭執(見本院卷五第554頁)，堪認被上訴人顯無故意不告知系爭基地埋有廢棄物之情。

⑸又上訴人主張依土地徵收條例第12條第1項以及內政部98年1月13日內授中辦地字第0980723590號函，應由被上訴人於出售系爭土地前先行調查勘測有無埋藏廢棄物，被上訴人未依法實施勘測，顯有歸責事由，且被上訴人對於緊鄰系爭基地之道路下發現廢棄物一情並未告知，應認有違反告知土地現況之附隨義務；上訴人於101年11月13日通知被上訴人應排除系爭基地地下廢棄物，兩造復於101年11月21日會同桃園縣政府環保局會勘，達成依廢棄物清理法判定責任歸屬之合意，自應由桃園縣政府環保局依「國有或公有土地遭棄廢棄物清理之參考作業程序」規定，責

由被上訴人進行清運，難認被上訴人已依契約債之本旨義務云云，惟土地徵收條例第12條第1項實施調查或勘測之目的乃在於為擬具徵收土地計畫書，此參諸立法理由即明，與被上訴人有無告知系爭基地埋有廢棄物之義務無關。再者，上訴人於設計、規劃階段在公共工程施工範圍發現之廢棄物業已清理(見原審卷二第20頁背面-21頁)，且發現地點既不在系爭基地範圍內，自難認告知於鄰近地區發現廢棄物一節係為達成給付結果或契約目的所必要，以確保債權人之契約目的或契約利益(債權人透過債務人之給付所可能獲得之利益)，得以圓滿實現或滿足，因此所生之附隨義務。至於兩造於101年11月21日會勘結論固責由桃園縣政府環保局依廢棄物清理法相關規定處理(見原審卷一第66頁)，然被上訴人與桃園縣政府環保局並非上下隸屬關係，桃園縣政府環保局有無依廢棄物清理法規定處理，無礙於被上訴人之契約義務僅為以現況點交土地而已，且上訴人所主張「國有或公有土地遭棄廢棄物清理之參考作業程序」之前言業已言明該作業程序僅供參考(見原審卷一第79頁)，並非法令規定，非可據以認定被上訴人有負責清運之義務，況清運地下廢棄物實屬上訴人之義務已如前述，是上訴人主張被上訴人有不完全給付情事云云，自無可取。

(二)系爭契約無情事變更原則適用，上訴人依情事變更原則請求清運廢棄物費用以及為清運廢棄物展延工期均無理由：

⑴按民法第227條之2第1項所規定之情事變更原則，係源於誠信原則內容之具體化發展而出之法律一般原則，屬於誠信原則之下位概念，乃為因應情事驟變之特性所作之事後補救規範，旨在對於契約成立或法律關係發生後，為法律效果發生原因之法律要件基礎或環境，於法律效力終了前，因不可歸責於當事人之事由，致發生非當初所得預料之變動，如仍貫徹原定之法律效果，顯失公平者，法院即得依情事變更原則加以公平裁量，以合理分配當事人間之風

險及不可預見之損失，進而為增減給付或變更其他原有之效果，以調整當事人間之法律關係，使之趨於公平之結果。因此，當事人苟於契約中對於可預料日後所發生之風險預作公平分配之約定，基於「契約嚴守」及「契約神聖」之原則，固僅能依原契約之約定行使權利，不得再根據情事變更原則，請求增減給付。惟該項風險之發生及變動之範圍，若非客觀情事之常態發展，而逾當事人訂約時所認知之基礎或環境，致顯難有預見之可能時，上開當事人就預見風險分配之約定，自不及於此項非可預料之風險，本諸誠信原則所具有規整契約效果之機能，自應許當事人依情事變更原則請求調整契約之效果，庶符情事變更原則所蘊涵之公平理念及契約正義(最高法院107年臺上字第970號民事判決參照)。故此，所謂情事變更必須係契約基礎之情事於締約後發生顯著之變更，且當事人如預見其變更者將不會締約，或僅會另訂其他內容之契約，審酌其契約風險之分配，如不予以變更則維持契約已不能期待之情形(德國2002年債法第313條參照)，始足當之。故如訂約時即已存在之情事或該情事雖訂約後始發生，惟未逾當事人通常所能預見及承受之程度者，即難認有情事變更原則之適用。

⑵經查，上訴人一再主張基地地面整理成可以進行主體工程，屬建築工程中「假設工程」，不包含地下之事業廢棄物，而有關土方開挖及土地下廢棄物運棄則為「大地工程」，兩者並不相同，可知上訴人本於建築公司專業，知悉地面清理工作與整地開挖工程不同。而上訴人標購系爭基地係為建築合宜住宅，且原有設計本包含興建地下樓層，自當進行開挖整地工程，亦即會施作地面以下之工程，加以系爭契約第5-5條約定載明廢棄物清理歸由上訴人負責，對於系爭基地地面下發現廢棄物顯非於訂約時客觀上無法預見之風險，況清運地下廢棄物經認定屬契約內容之一部，即為上訴人之契約義務，且系爭基地埋有地下廢棄物一

情於訂約時即已存在，並非訂約後始發生之情事變更，依前揭說明，自不得依情事變更原則請求增減給付，亦不得請求延展清運地下廢棄物所需工期。至於鑑定意見認系爭基地埋有地下廢棄物，依原契約約定效果顯失公平，而有情事變更原則適用云云，惟鑑定單位雖屬工程專業，而以工程經驗認定有情事變更，然對於情事變更原則之法定要件實未辨明，就此部分自不能拘束本院對於法律適用之判斷，自無足憑採。

(三)上訴人主張變更設計請求展延工期600日無理由：

經查，依據系爭基地之招標文件，於標的說明已記載系爭基地最少興建戶數為492戶，並無樓層數之規範，另就開發時程於投標須知已載明如系爭契約第6-2條約定，即應於取得執照後730日完工並取得使用執照，有投標須知及系爭契約在卷可憑(見原審卷四第32頁背面、卷一第28頁背面)。再投標須知第6章規定於投標時須併同提出投資計畫書，則參諸上訴人自行提出之投標計畫書，當時對於系爭基地之建築計畫，係上訴人自己規劃為地下2層、地上14層之建物，且載明取得建造執照後730日內完工並取得使用執照(見原審卷一第254頁、第256頁)，堪認被上訴人於招標之初即對於系爭基地合宜住宅規劃設計確實未有要求，僅規範最少興建戶數及應於730日內完工而已。嗣於101年1月10日兩造簽訂系爭契約後，上訴人復於101年5月17日以(101)麗字字第063號函提送基本設計報告書圖，將結構改為地下3層、地上24層，工期仍明載維持730日不變(見原審卷一第262頁、第265頁、第270頁)。前開變更設計雖經被上訴人同意後，而核發建築執照，然上訴人既於提送變更設計時仍載明維持原工期不變，自無所謂兩造默示同意延展工期之情，且自應由上訴人承擔變更設計導致工期展延之風險。再者，上訴人於提送變更設計時，當知工期是否有所影響，並無逾當事人所認知之基礎或環境，致顯難有預見之可能之情事，則上訴人於提送變更設計當時既同意維持原工期不變，未向被上訴人請求予以

延展工期，其於訴訟中始主張因變更設計而有情事變更原則適用云云，即無可取。

(四)被上訴人無提供8公尺施工便道之義務，上訴人亦未證明因此延宕工期92日：

⑴經查，系爭契約對於系爭基地部分雖屬買賣性質，惟系爭契約第6-2.4條對於完工日期有約定，且系爭契約第10條約定(見原審卷一第28頁背面、第31頁)，對於上訴人之工程進度、品質皆須受被上訴人監督，若有違約情事，得自上訴人繳付之履約保證金扣罰違約金，可認系爭契約屬買賣與承攬混合契約，上訴人對此亦不爭執(見本院卷五第280頁)。再參諸系爭契約第8條約定(見原審卷一第30頁)，被上訴人應協助事項不包含協調其他廠商提供施工便道，且對於被上訴人應協助之事項，於系爭契約第8-2.2條約定亦已載明非屬被上訴人之義務(見原審卷一第30頁背面)，則可明被上訴人之契約義務，就系爭基地部分經書面通知為現況點交，即應認已履畢其給付義務。而審諸100年12月2日研商會議、101年11月13日施工協調會議、101年12月11日施工協調會議之內容(見原審卷一第166頁、卷四第186-207頁)，可明性質為施工廠商間協調之會議結論，縱系爭契約有承攬性質存在，然上開會議之結論非屬定作人之協力義務，被上訴人並未因此負有提供施工便道之義務。

⑵又新亞公司於施作地下箱涵工程期間，縱使造成部分施工便道僅為5公尺寬，不足8公尺，上訴人係於102年9月12日始發函表示會影響工程進度(見原審卷四第236-237頁)，嗣於102年11月12日之施工協調會議，中興工程顧問股份有限公司表示已恢復8公尺寬度，上訴人亦表示可以接受路寬情況(見原審卷四第258-259頁)，則上訴人主張自102年1月22日取得建照始迄至103年6月12日提起本件訴訟之日止，該段期間施工便道不足8公尺寬即非事實。再者，上訴人已自認施工便道僅部分(即A基地南側)不足8公尺寬

(見原審卷四第240頁)，是就施工便道於102年9月起至102年11月間僅部分未足8公尺寬，對於上訴人施工進度之影響為何，是否確有延宕92天工期之事實，上訴人並未積極舉證證明，則上訴人主張施工便道不足8公尺寬，應予以延展工期92日云云自無可取。

(五)系爭契約之工期為730日，上訴人遲誤提出施工進度網圖、施工進度落後10%，遭被上訴人扣罰懲罰性違約金共計1億2,750萬元為有理由，不予以酌減：

⑴按約定之違約金過高，法院固得依民法第252條規定以職權減至相當之數額，惟是否相當，仍須依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準。又違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨（最高法院100年度臺上字第1126號、94年度臺上字第2230號判決意旨參照)。

⑵經查，上訴人主張系爭契約之完工日，因清理地下廢棄物、變更設計、被上訴人未提供8公尺寬之施工便道等情，應予展延工期1,004日云云均不足採已如前述，則被上訴人要求上訴人依約定730日完工日提交工程預定進度表，並以730日工程進度表據以認定上訴人是否有施工進度落後之違約情形，自無權利濫用情形，亦無違反誠信原則可言，先予敘明。

⑶上訴人於103年2月27日提交1,134日工程預定進度表，經被上訴人拒絕核定，並表示將自103年3月1日起按系爭契約第17-2.3條約定按日處5萬元懲罰性違約金迄至改善為

止，如逾期超過30日以上未改善，將依同款約定自103年3月31日按日處10萬元懲罰性違約金，則可認被上訴人已依系爭契約第17-2.1條約定命上訴人限期改善缺失。上訴人雖於103年4月18日重新提送730日工程預定進度表，然因不符被上訴人於103年1月27日函文要求之須包含S曲線圖、施工項目、每月預定進度、累計預定進度及主要器材設備預定訂購、進場時程等施工預定進度圖表，係迄至103年5月29日始予以補正，則被上訴人依系爭契約17-2.3條約定，自103年3月1日起至103年5月29日計罰違約金，並自履約保證金扣罰上訴人740萬元(見本院卷二第330-342頁)，為有理由。

⑷又依系爭契約所約定之730日工期進度表，上訴人於103年5月31日時進度落後已達10%以上，被上訴人函請上訴人於103年7月31日前改善，屆期未改善，將依系爭契約第17-4.2條約定扣罰，而依上訴人提送之工程審驗(申請)單，迄至103年7月31日落後達29.53%，有103年6月26日營授北字第1030035428號函、103年8月27日營署北字第1033182380號函、工程審驗申請單(見本院卷二第341-342頁、第347-348頁)在卷可稽，則堪可認定上訴人有系爭契約第17-3.6條約定進度落後10%違約之情，且迄至被上訴人所定103年7月31日以前，上訴人仍未改善至10%以下。再系爭契約第17-4.2條約定所謂屆期未改善者，依系爭契約第17 -4.1約定即明係指逾被上訴人所指定改善期限，則上訴人既逾103年7月31日未改善進度落後之違約情事，被上訴人自103年8月1日起依第17-4.2條約定，按日處20萬元懲罰性違約金，並自履約保證金扣罰1億2,010萬元懲罰性違約金即屬有理由。至於鑑定意見認定僅有兩時段落後10%乙節，因鑑定報告係以應予以展延工期267日為計算，核與本院認定系爭契約無展延工期之情相悖，自無足採信，併為敘明。

⑸是以，本院審酌上開懲罰性違約金之目的乃在於強制債務

之履行，且系爭契約係為配合政府提供予國民合宜住宅之政策始為簽訂，有其公益性質存在，被上訴人將系爭基地出售予上訴人後，係由上訴人自行負責規劃興建，被上訴人僅要求完工日，可明如期完工係系爭契約重要之點。再系爭契約第6-2.4條約定自始即約明上訴人應於取得建照730日內完工並取得使用執照，且於取得使用執照後次日開始交屋予承購人(見原審卷一第28頁背面)，則上訴人依約即應於104年1月21日完工並取得使用執照，然事實上卻係於105年3月29日完工取得使用執照(見本院卷四第181頁)，遲延完工將達一年，違約情節非可謂輕微。雖上訴人主張係因清運地下廢棄物導致工期延宕，然依上訴人提出之工程預定進度表，於102年11月29日完成地下廢棄物清運時，實際工程進度為16.74%，而依730日工程進度預定表之預定進度應為16.48%，可知清運地下廢棄物一節影響上訴人如期完工甚微。從而，上訴人依約本應提供730日工期預定進度表，卻以被上訴人應展延工期為由，以致遲誤提出工程預定進度表，其後，又顯然落後預定工進，屆期未改善，因此遭被上訴人扣罰違約金，均屬可歸責於上訴人之事由，綜上各情，認本件違約金之約定尚無過高之情事而不予酌減。

六、綜上所述，上訴人依民法物之瑕疵擔保、權利瑕疵擔保及不完全給付之法律關係，請求被上訴人給付3億8,246萬7,058元本息，非屬正當，不應准許。從而原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論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。又上訴人追加依無因管理、情事變更原則，請求被上訴人給付3億8,246萬7,058元本息，以及變更依系爭契約13-5條第1、2款約定請求被上訴人給付1億2,750萬元本息，亦為無理由，併予駁回。其等假執行之聲請亦失所附麗，應一併駁回之。

七、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，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不

逐一論列，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴、追加之訴及變更之訴均為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　14　　日

民事第五庭

審判長法　官　黃麟倫

法　官　陳君鳳

法　官　楊雅清

正本係照原本作成。

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　21　　日

書記官　陳惠娟

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。