

臺灣高等法院民事判決

108年度建上字第18號

上訴人 基隆市政府
法定代理人 林右昌
訴訟代理人 游蕙菁律師
被上訴人 亞鉅營造股份有限公司
法定代理人 吳淑婉
訴訟代理人 劉曦光律師

上列當事人間請求給付違約金等事件，上訴人對於中華民國107年12月28日臺灣基隆地方法院107年度建字第3號判決提起一部上訴，並為訴之減縮，本院於108年8月6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、程序方面

按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意不得為之。但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，此觀民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款規定自明。上訴人不服原判決，僅提起一部上訴請求被上訴人應給付新臺幣（下同）638萬9,536.38元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息（見本院卷27頁），嗣再將本金減縮請求為638萬9,536元，利息則減縮自民國107年11月27日民事更正訴之聲明暨補充狀送達（按被上訴人於107年11月28日收受）翌日即107年11月29日起算（見本院卷124頁），核屬減縮應受判決事項之聲明，依上開說明，應予准許。

貳、實體方面

一、上訴人主張：兩造於95年12月29日簽訂「基隆市九十五年度寬頻管道新建工程」採購契約（下稱系爭契約），契約總價7,645萬元（結算總價為7,414萬3,741元），由被上訴人施做基隆市○○○道鋪設工程（下稱系爭工程）。系爭工程於

96年12月18日竣工，於97年5月2日驗收合格，而未驗收及隱蔽部分，因無從依現狀驗收，載明由監造單位即訴外人威信工程顧問股份有限公司（下稱威信顧問公司）負責，被上訴人則自驗收合格翌日起負5年保固責任。詎系爭工程於保固期間陸續發生塌陷或破損，經兩造會同系爭工程設計單位即訴外人林同棧工程顧問股份有限公司（下稱林同棧顧問公司）擇3處定點試挖，發現被上訴人有未按圖施工、擅自減省工料等情事，多次催告被上訴人履約保固，均未獲置理，致系爭工程因全線埋深不足及部分路段未以鋼筋混凝土包覆，發生路面塌陷、破損等無法修繕之損害，經上訴人自101年5月起陸續發包工程代被上訴人履行修繕保固責任，共支出2,145萬3,817元。另系爭工程因遭減省工料，汰換如附表所示○○路、○○路、○○街之瑕疵管道長度分別為1,596.8公尺、397.8公尺、404.5公尺，依林同棧顧問公司就系爭工程製作之「○○路、○○路、○○街試挖段工程差異分析」（下稱系爭差異分析表），○○路路段用料短少約15.65%、○○路部分短少約4.94%、○○街部分短少約9.08%，以系爭契約每公尺單價2,993元計算，○○路、○○路、○○街部分超估或逾算之工程款，分別為74萬7,948.3元、5萬8,816.4元、10萬9,928.7元，共91萬6,693.4元，經按比例加計工程品質管理費、環境衛生維持費等間接工程費用14萬8,229.32元，被上訴人共溢領工程款106萬4,922.73元，屬無法律上原因所受利益，應如數返還。至系爭工程之寬頻管道鋪設於道路下方，屬隱蔽部分，竣工驗收時未完成，依系爭契約第19條第2項第1款、第5款約定，得請求按超估或逾算款6倍計算之懲罰性違約金638萬9,536.38元。上訴人請求被上訴人返還溢領工程款106萬4,922.73元，並給付違約金638萬9,536.38元，合計745萬4,459元等語。爰依民法第179條規定及系爭契約第19條第2項第1款、第5款約定，請求：(一)被上訴人應給付上訴人745萬4,459元，及自民事更正訴之聲明暨補充狀送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(二)願供

擔保請准宣告假執行。原審判決上訴人全部敗訴，上訴人就
違約金638萬9,536元本息敗訴部分不服，提起一部上訴（不
再依系爭契約第19條第2項第1款為請求），並減縮上訴聲明
：（一）原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分廢棄。（二）上
開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人638萬9,536元，及自10
7年11月29日起至清償日止，按年息5%計算之利息。（三）願供
擔保請准宣告假執行（上訴人對於原判決駁回逾上開請求違
約金數額以及請求溢領工程款106萬4,922.73元不當得利部
分，因未據聲明不服而告確定，已非本院審理範圍，下不贅
述）。

二、被上訴人則以：上訴人提出之系爭差異分析表非真正，而○
○路、○○路、○○街之3份試挖報告亦與事實不符。被上
訴人於100年及101年間就○○路、○○路等地點進行保固作
業，上訴人曾會同設計及監造人員實地檢查，檢查表已記載
係按圖施作，被上訴人並無減省工料情形。系爭工程係因未
有加強保護管道設計，並命夜間施工、日間開放通車，致CL
SM初凝強度不足，路面經車輛擠壓而破損；且部分地點埋設
未達設計深度，乃因地下管線障礙密集影響施作，經上訴人
及監造單位指示將管道鋪設於上方所致，均不可歸責於被上
訴人。又系爭工程僅部分有埋設深度不足、鋼筋材料減少情
形，上訴人進行改善即可，無須全數汰換，惟上訴人亦將其
他承商施作之寬頻管道汰換，可見此為上訴人定期管道更新
汰換作業，與被上訴人施作系爭工程無關。系爭工程為總價
結算，非實作實算，被上訴人依約受領工程款，為有法律上
原因，自非不當得利；且業經上訴人驗收完畢取得結算驗收
證明書，已進入保固階段，亦無適用系爭契約第19條餘地。
而系爭契約第19條第2項第5款既未明定為懲罰性違約金，應
概屬賠償總額預定性質之違約金，且已罹於民法第514條規
定之1年時效期間等語，資為抗辯。並對上訴人之上訴，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。

01 三、兩造不爭執事項：

02 (一)系爭工程業於96年12月18日竣工，並經上訴人於97年5月2日
03 驗收合格（見原審卷(一)25頁）。上訴人嗣以103年2月20日基
04 府工養壹字第1030204979號函表示：因被上訴人有政府採購
05 法第101條第1項第3款「擅自減省工料情節重大」之情形，
06 將依同法第102條第3項規定將被上訴人名稱及相關情形刊登
07 政府採購公報。被上訴人不服提出異議，經上訴人以103年3
08 月31日基府工養壹字第1030013847號函駁回。被上訴人不服
09 異議處理結果，再向行政院公共工程委員會（下稱工程會）
10 申訴，經工程會以104年1月16日訴00000000號申訴審議判斷
11 有關政府採購法第101條第1項第3款部分，申訴駁回；其餘
12 申訴不受理。被上訴人不服，提起行政訴訟，經臺北高等行
13 政法院104年度訴字第466號判決駁回被上訴人之訴，被上訴
14 人不服提起上訴，亦經最高行政法院106年度判字第161號判
15 決駁回而告確定（見原審卷(二)63至87、89至125頁）。

16 (二)威信顧問公司承攬系爭工程之委託監造技術服務工作，與上
17 訴人於95年12月13日簽訂勞務採購契約，負責系爭工程監造
18 工作。上訴人於101年12月6日進行全路段開挖，認上訴人有
19 未按圖施工，情節重大之情事，威信顧問公司則有監造不實
20 ，查驗或驗收不合格，情節重大之情事後，以102年9月26日
21 基府工養壹字第1020176647號函通知威信顧問公司有政府採
22 購法第101條第1項第8款查驗或驗收不合格，情節重大之情
23 事，並將依政府採購法第102條第3項規定辦理。威信顧問公
24 司不服，提出異議，經上訴人以102年11月14日基府工養壹
25 字第1020110144號函復異議無理由（並說明依政府採購法第
26 103條第1項第2款規定，自刊登之次日起1年內，不得參加投
27 標或作為決標對象或分包廠商），威信顧問公司不服異議處
28 理結果，向工程會申訴，經工程會以103年6月13日訴000000
29 0號申訴審議判斷關於政府採購法第101條第1項第8款部分，
30 申訴駁回；其餘申訴不受理。威信顧問公司不服，就關於政
31 府採購法第101條第1項第8款部分，提起本件行政訴訟，經

臺北高等行政法院103年度訴字第1284號判決駁回威信公司之訴，威信顧問公司不服提起上訴，亦經最高行政法院104年度判字第271號判決駁回而告確定（見原審卷(二)127至147頁）。

(二)上訴人前以被上訴人未依工程圖說施工或回填材料明顯不同等瑕疵，致上訴人須另行發包汰換修繕受有損害，依民法第495條、第227條規定及系爭契約第19條第4項約定，請求被上訴人賠償其因系爭工程瑕疵所受損害2,145萬3,817元部分，被上訴人為時效抗辯，經原法院於107年7月25日以106年度建字第7號判決駁回上訴人之訴並告確定（見原審卷(二)67至81頁）。

四、上訴人主張被上訴人有未按圖施工、減省工料之違約情事，依系爭契約第19條第2項第5款約定，請求被上訴人給付按扣回款6倍計算之懲罰性違約金638萬9,536元本息等語，為被上訴人所否認，並以前詞置辯，茲論述如下：

(一)依系爭契約第19條（罰則）第2項約定：「乙方（按指被上訴人，下同）同意確認申請估驗資料、複核結算資料後，於該估驗資料及結算書圖核章。甲方（按指上訴人，下同）及有關機關於施工中查核或竣工驗收時若查乙方未按圖施工或估驗、結算不實之情形，按後列處理原則辦理。」等語（見原審卷(一)81頁），已約明該條罰則係指被上訴人倘於「施工中」或「竣工驗收時」，經上訴人及有關機關查得未按圖施工或估驗、結算不實之情形，始依後列各款處理原則開罰，是該條約款應屬系爭工程於驗收合格前進行估驗或結算計價時，如發現被上訴人有未按圖施工或估驗、結算不實情形時所適用之條款，系爭工程既已驗收合格，依上開說明，應無該條約款之適用。

(二)又依系爭契約第19條第2項第5款：「申請估驗或結算之數量不符實際（如申請估驗或結算圖說所載項目之個數列為已施作，而實際未施作）經查證屬實者，乙方同意由甲方扣回超估或逾算（包含「間接工程費」）款項，並再處罰乙方該扣

01 回款項6倍計算之罰款。處罰後乙方仍須依合約規定之圖說
02 及期限內（或依甲方另行規定之改善期限內）施作完畢，並
03 按實結算，逾期依第1款規定處理。」之約定（見原審卷（一）
04 81頁），係對被上訴人如有申請「估驗」或「結算之數量」
05 不實情形之處罰。查上訴人所提基隆市95年度寬頻管道試挖
06 報告、開挖相片及原設計斷面圖（見原審卷（一）307至359頁）
07 ，可知其對系爭工程有爭執之工項為系爭契約詳細價目表項
08 次壹一7「HDPE 4"x6D纜線管路（車道AC路面段）」部分。
09 依上開工項之計價單位為「M」，單價為2,993元（見原審卷
10 （一）151頁），而單價編列係以「瀝青混凝土切割」、「210kg
11 /cm²預拌混凝土」、「高性能低強度回填材料（CLSM）」、
12 「鋼筋及彎紮」、「熱拌密級配瀝青混凝土面層」、「鋪設
13 粘層」、「開挖面底層整理及壓實」、「4"HDPE管」、「警
14 示帶」、「技術工」、「小工」及「零星工料」等工料，施
15 作1公尺「HDPE 4"x 6D纜線管路（車道AC路面段）」所需工
16 率換算而得，有單價分析表在卷可稽（見原審卷（一）179頁）
17 ，足見系爭契約詳細價目表所列工作之「項目」，與單價分
18 析表所列之「工料」，二者並不相同。再對照系爭契約施工
19 補充說明書第00700章（一般條款）0（計量計價及估驗）0.
20 4（計量與計價）：「執行本契約所應辦理之工作均應包括
21 在詳細價目表所示之單價內，該表未列明之工作均已包含在
22 該表相關工作項目之價格內。如契約書已規定按實作數量結
23 算時，詳細價目表未施作之工作，不予計量及計價。」及0.
24 6（單價計價項目）：「本契約中訂有單價之任何工作項目
25 ，其計價之工作數量，應為圓滿完成經工程司核定之工作，
26 按計量規定所計算而得之數量。」（見本院卷175頁），堪
27 認系爭契約約定之計價及計量，係按詳細價目表所列工作項
28 目之計價單位及單價計算，與單價分析表無關。準此，對該
29 「HDPE 4"x6D纜線管路（車道AC路面段）」工項進行結算時
30 ，係查核所施作之長度是否與系爭契約詳細價目表所載「12
31 ,107M」之「數量」相符，至於被上訴人如何施作、施作是

否與圖說未合，乃屬瑕疵問題，要與結算數量無涉。況上訴人已不爭執其對系爭工程有爭執工項部分之結算方式，係依系爭契約詳細價目表所載應施作長度計算結算數量（見本院卷300頁），而系爭工程已於96年12月18日竣工，於97年5月2日驗收合格，且驗收經過欄內記載「以上驗收數量與契約相符」，驗收結果為「與契約、圖說、貨樣規定相符」等語，有工程結算驗收證明書在卷可稽（見原審卷(一)25、27頁），並無上訴人所稱「結算之數量不符實際」之情形，亦無存有「申請估驗不符實際」之可能，故上訴人依系爭契約第19條第2項第5款約定，請求被上訴人給付違約金云云，委無可取，亦無再論述時效及違約金性質之必要，併予敘明。

(二)至系爭工程結算驗收證明書之「驗收經過」欄雖併有「其餘未驗收及隱蔽部分由監造單位負責」之記載（見原審卷(一)27頁），係因一般工程驗收多採抽驗方式，對於未經主驗人員抽驗項目，概由監造單位負責之意，非上訴人所稱未抽驗及隱蔽部分係未經驗收云云。依系爭契約第17條（工程查驗、初驗、正式驗收、結算及點交）第5項（初驗及正式驗收）第1款後段，本賦與驗收人員認有必要開挖或拆除部分工作物以作檢驗時，承攬人即被上訴人應配合辦理之約款（見原審卷(一)79頁），惟倘將工程所有隱蔽部分拆開逐一驗收，承攬人豈非須重新施工，顯不合理且不符經濟效益，故一般工程驗收係將未經開拆抽驗之隱蔽部分責任，委由常駐工地之監造單位負責，故上開驗收紀錄「其餘未驗收及隱蔽部分由監造單位負責」之文字記載，係區分驗收責任，即有抽驗部分由主驗人員負責，未經抽驗及隱蔽部分則由監造單位負責，並非表示系爭工程隱蔽部分未經驗收合格，此由上訴人已於97年12月3日給付工程尾款（見本院卷148、150頁）、函催被上訴人行保固責任（見原審卷(一)375至381頁）、發函表示得依約沒收工程保固金（見本院卷151頁）等情，均足認系爭工程業經全部驗收完畢，並無上訴人所稱尚有未驗收部分存在。

五、綜上所述，上訴人依系爭契約第19條第2項第5款約定，請求被上訴人給付違約金638萬9,536元，及自107年11月29日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許。原審就上開不應准許部分為上訴人敗訴之判決，於法並無不合。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院審酌後，認均不足以影響判決之結果，爰不逐一詳予論駁，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，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 8 月 20 日

工程法庭

審判長法官 傅中樂

法官 魏于傑

法官 林玉珮

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 8 月 20 日

書記官 林敬傑

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。

附表

編號	契約名稱	路段	寬頻管道 手孔編號	管道汰換長 度(公尺)	引上管汰換 長度(公尺)	開挖照 片編號
1	A.102年度基隆市○○○道聯結及維護工程(單價標)	○○路右側 165至207號	H0100-H0 102	66	38.5	B1
		○○路右側	H0166-H0 168	112.8	181.1	E1
2	B.101年度基隆市○○○道聯結維護工程第二標	○○路左側 ○○家商前	H0041-H0 042	46.8	29.2	G2
		○○路左側 ○○路96巷 口至○○路 口	H0044-H0 045	55.2 13.1(HDPE 管子管佈設)	28.2	G4
		○○路右側 ○○路口附 近	H0088-H0 089	39.3 26.4(HDPE 管子管佈設)	11.2	H2
		○○街右側	H0252-H0 257	230.2	88.4	D1
		○○路右側 ○○○○會 至○○區公 所路段	H0195-H0 200	219	118.5	A1
3	C.101年度基隆市○○○道配合污水管道	○○路右側 ○○路口至 ○○路口附	H0069-H0 075	274.3	115.5	F5、F6 、F7

(續上頁)

	改善工程	近				
		○○路左側 ○○路口至 ○○路口附近	H0033-H0 037	205.7	60.8	F8、F9
		○○路右側 ○○路路口 附近至○○ 路口附近	H0077-H0 081	187.8	41.5	G1
		○○路左側 ○○路路口 附近至○○ 路口附近	H0057-H0 063	222	152.8	H3、H4 、H5
		○○路右側 ○○路56巷 口附近至○ ○路口附近	H0087-H0 088	41.5	30.8	H2
4	D.101年度基隆市○○○道配合污水管道改善工程第二標	○○路右側 ○○路口至 ○○路口附近	H0081-H0 085	223.3	98.4	G5、H1
		○○路左側 ○○路口附近	H0049-H0 050	15.9	19.2	
		○○路右側 ○○路口附近	H0086	7.3	8.1	
5	E.101年度基隆市○○○道	○○路左側 ○○路口附近	H0030A-H 0032	98	78	F1、F2

(續上頁)

	配合污水管道 改善工程第北 八標	近至○○路 口				
		○○路右側 ○○路口附 近	H0067-H0 069	27.6	6.7	F1、F2
		○○路左側 ○○路口附 近	H0045-H0 046	69.4	9.5	G4
6	F.101年度基 隆市○○○道 聯結維護工程	○○街左側	H0258-H0 264	174.3	95.5	C1
合 計				2355.9	1148.9	