

第陸章 減價之額度及違約金

在探討減價收受之定義、要件及效力後，再來所要探討的，就是減價收受所產生之法律效果，包括減價之額度及衍生之違約金問題。政府採購法第 72 條第 2 項僅規範對於驗收不合格之瑕疵，如不妨礙安全或契約預訂之功能及效用，機關得辦理減價收受。至於減價減多少，減價的計算依據應考量哪些因素，採購法母法並未規範，僅於政府採購法施行細則第 98 條第 2 項做規範。

採購法施行細則第 98 條第 2 項規定，「機關依本法第 72 條第 2 項辦理減價收受，其減價計算方式，依契約規定。契約未規定者，得就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等，計算減價金額。」故從法條文義觀之減價之性質，包括填補定作人所受損害，及對承攬人科以懲罰性違約金。在實務上，契約減價收受條款往往加計若干倍之違約金，亦常生違約金過高之爭議。

6.1 減價之額度

政府採購法施行細則第 98 條第 1 項規定，「機關依本法第 72 條第 1 項辦理部分驗收，其所支付之部分價金，以支付該部分驗收項目者為限，並得視不符部分之情形酌予保留。」同條第 2 項規定，「機關依本法第 72 條第 2 項辦理減價收受，其減價計算方式，依契約規定。契約未規定者，得就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等，計算減價金額。」

綜言之，減價計算方式依契約規定；契約未規定者，得就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等計算減價金額。機關與廠商訂定契約時，宜先就發生減價收受情形時之計算方式事先規定，避免發生爭議，如未於契約中事先規定，則應就契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等一併列入綜合計算，故非以全案總價或單項總價計算。

6.1.1 計算方式

(一) 依契約規定

工程會所訂勞務、財物及工程採購契約範本第 4 條有關「契約價金之調整」(一),「採減價收受者,按不符項目標的之契約價金___% 或___倍(由機關視需要於招標時載明)減價,並處以減價金額___% 或___倍(由機關視需要於招標時載明)之違約金。」工程採購契約範本甚至規定,「但其屬尺寸不符規定者,減價金額得就尺寸差異部分按契約價金比例計算之;屬工料不符規定者,減價金額得按工料差額計算之。」

以「軍事機關財物勞務採購減價收受作業規定」為例,減價收受之計算方式及計算依據:一、採購計畫編訂時,可於清單內預定減價收受之計算方式或預估減價上、下限及條件,俟核定後納入招標文件及契約,備為執行減價收受之依據。二、契約未訂定減價收受之計算方式者,得循下列三種方式擇一處理:

(一) 申購單位能以專業技術立場蒐得相關商情或能分析成本者,應就不符品項,依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等計算之。額外費用視個案情形計算之。

(二) 驗收不符部分難以認定所受損害或懲罰性違約金者,申購單位可按主要品項(規格)、次要品項(規格)分別計算減價金額。¹³⁰

130 一、凡契約採購計畫清單律定為主要規格或經計畫申購單位判定為主要瑕疵者,依下列公式計算:

【 $5 + (1X \text{ 不符之項數}) + (A \text{ 項誤差值} + B \text{ 項誤差值} + C \text{ 項誤差值} + \dots)$ 】/100 = 罰款百分比

(一) 第一項 5 指辦理減價收受案有主要規格或主要瑕疵品項,即基本計罰比例 5%。

(二) 第二項(1X 不符之項數)指檢驗不合格單項罰 1%乘以不合格之總項數。

(三) 第三項(A 項誤差值 + B 項誤差值 + C 項誤差值 + ...)之各項誤差值係指檢驗不合格項目之要求標準與檢驗結果之正負差(取絕對值)後,再除以該項要求標準得之;要求標準有 35 ± 1 值者,不含 \pm 值為計算標準,要求標準為範圍者,以區間落點為標準。例如要求標準為 35 ± 1 者,則以 35 為計算標準;要求標準為 34~42 者,則以接近區間之落點為計算標準。如廠商貨品檢驗結果為 30,以區間落點標準 34 減 30 再除以檢驗標準 34,此 4/34 即為

(三) 驗收不符部分難以計算損害(或差異)者,申購單位得就缺失情形以納編主計、監察、技術代表、法律顧問及專家學者成立審查委員會,針對驗收不符部分之減價金額以共同研討方式獲得共識或以多數決方式作成結論。

(二) 依市價計算

當減價收受計算方式,契約無規定時,依採購法施行細則第 98 條規定減價之計算標準,得「依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等,計算減價金額」。因此依市價計算,是計算減價金額是否合理之重要依據。亦常見廠商主張驗收不符與市價價差,較減價額度為低,請求減少減價額度。甚至當驗收雖與契約不符,但給付之品質、價值或效用高於契約規定,實務見解認為是不應減價收受。

1. 臺灣高等法院 94 年度重上字第 375 號民事判決

本案高等法院認為「24V 發電機及電瓶均為車輛必要之配備,自應受合約規範,該兩只電瓶為加水式與合約不同,請廠商更換,惟廠商表示更換有困難,因不礙使用,同意驗收等情...91 年 9 月 18 日驗收紀錄第 5 點記載內容『... 加裝 24V 電瓶,此部分同意依本處 91 年 9 月 5 日會議決議,視為合格』,係指上訴人未依規定裝設電源轉換器,而以 24V 發電機及電瓶(冷氣電系)取代,此部分電源轉換器視為合格,且該電源轉換器並無與加水式電

誤差值(誤差值以算至小數第三位數,第四位數四捨五入即 0.118);若廠商貨品檢驗值為 45,以區間落點標準 42 減 45 之絕對值再除以檢驗標準 42,此 3/42 即為誤差值(誤差值以算至小數第三位數,第四位數四捨五入即 0.071)。

(四) 第三項(A 項誤差值 + B 項誤差值 + C 項誤差值 +)之各項誤差值係以文字敘述者,如鏽蝕、漏油、NO GO 等,就不合格之單項以 1%計罰。

二、凡契約採購計畫清單律定為次要規格或經計畫申購單位判定為非主要瑕疵者,依下列公式計算:【1 + (1 X 不符之項數) + (A 項誤差值 + B 項誤差值 + C 項誤差值 +)】/ 100 = 罰款百分比

(一) 第一項辦理減價收受案有次要規格或非主要瑕疵品項即基本計罰比例%。

(二) 第二項(1 X 不符之項數)、第三項(A 項誤差值 + B 項誤差值 + C 項誤差值 +)及檢驗結果不合格以文字敘述之計算同主要規格或主要瑕疵之計算方式。

三、主、次要規格(瑕疵)基本計罰比例部分,計畫申購單位得述明缺失情形酌予加重計罰,惟主要缺失部分加罰以不超過 10%(即減價計算公式第一之(一)項數字範圍為 1~5)為原則;次要部分加罰以不超過 5%(即減價計算公式第二之(一)項數字範圍為 1~5)為原則。

瓶重複計減價收受。...伊係以市面訪價之三家廠商加水式電瓶及保養式電瓶之平均價差計算減價金額，自具公平合理性。」

2. ○○路等三件綠美化工程調解建議

本案關於中東海棗部分，依契約之規格為「裸幹高 1m,W=1.2m,米徑 30cm」申請人種植本件中東海棗前，曾與設計監造單位鼎昕景觀股份有限公司（下稱設計監造單位）協同驗苗，驗苗結果為市場上符合「米徑 30cm」規格之中東海棗高度至少達 1.8 公尺，遂請求設計監造單位釋疑，依設計監造單位先於 95 年 11 月 7 日以 95 鼎字第 951107 號函說明二所敘，本件規格於「米徑 30cm」前，因筆誤遺漏「或」字，故中東海棗之規格應為「裸幹高 1m,W=1.2m 或米徑 30cm」；復於 95 年 12 月 7 日以 95 鼎字第 951207 號函表示，依本件圖說之中東海棗規格為「裸幹高 1m,W=1.2m 或米徑 30cm」，請申請人儘速選擇適合苗木進場施作。申請人遂以「裸幹高 1m,W=1.2m」之規格購買中東海棗 600 株，於工期內栽植完成，惟他造當事人於驗收時認為該規格與契約所訂規格不同，請求設計監造單位處理，嗣後申請人、他造當事人與設計監造單位於 96 年 4 月 18 日召開協調會議，結論為本件圖說之中東海棗以「裸幹高 1m,W=1.2m,米徑 30cm」為規格進行驗收，不符規格者採減價驗收方式，惟就減價方式及金額並未確定。

就本件圖說所定中東海棗規格檢驗標準是否允當乙節，依中華民國景觀工程商業同業公會全國聯合會 96 年 3 月 13 日華景二字第 960012 號函可知，中東海棗之檢驗標準應為「幹高」，則他造當事人主張申請人所栽植之苗木必須達到「裸幹高 1m,W=1.2m,米徑 30cm」，與工程慣例有違。經查本件中東海棗 600 株，均符合「裸幹高 1m,W=1.2m」之規格，然就「米徑 30cm」規格部分，僅 2 株符合，即 598 株未達該標準。另查申請人先後 2 次就中東海棗向同一景觀公司下單訂購，第 1 次訂購 600 株，規格為「米徑 30cm」，價格為每株 3,520 元，第 2 次訂購 245 株，規格為「頭徑 30cm」，價格為 2,650 元。基於調解目的及政府採購法第 6 條第 1 項所揭櫫公平合理原則，雙方當事人同意接受調解建議，他造當事人就中東海棗部分以申請人上開 2 次訂價之價差作為減價之基準，扣款 52 萬 260 元【 $(3,520-2,650) \times 598 = 520,260$ 】。

3. 臺灣臺北地方法院 95 年度北簡字第 44710 號民事簡易判決

民法有所謂「代物清償」概念，民法第 319 條規定，「債權人受領他種給付以代原定之給付者，其債之關係消滅」。換言之，清償人（含債務人及第三人）於清償期屆至，依債之本旨，向債權人或有受領權人，提出給付，該給付雖非原定之給付，但是其物品價值或品質應足以互相取代，且經雙方之合意，代物清償成立，雙方債之關係宣告消滅。

以臺灣臺北地方法院 95 年度北簡字第 44710 號民事簡易判決為例，因市場上已無法覓得契約規範之物品，故被告以較高價值之物品代替，雖然按契約規定，與契約不符部分須加計違約金，「.. 以該不符項目契約價金之百分之 20 為減價金額，並加計該減價金額一倍之懲罰性違約金。」共計為 57,600 元（18,000 元*20%*2 倍*8 組），但是該契約第 13 條但書規定「... 但標的物品質、效用及市價均優於或高於契約約定者，不予減價。」可視為雙方在締約時，即有代物清償之合意，原告主張被告不應依契約減價及扣罰懲罰性違約金。

本案經原告訪查國際羽總認可認可之產品之單價及交付產品數量各為羽球柱 8 組，單價 18,000 元、羽球裁判椅 16 台，單價為 19,500 元、羽球網 8 件，單價為 1,200 元，共計總市價為 480,875 元，...本件羽球項目契約得標價僅 309,665 元，此有價格細目表附卷可查，是原告交付羽球項目產品之市價已高於契約價格 171,210 元，該項產品亦係歐洲原裝進口 PRO COURT NET POST 產品，經國際羽球總會 IBF 認證，有原告提出 95 年 1 月 11 日慶奉字第 950111002 號函及附件為證，已符合契約約定之「需認證」標準，故台北地方法院認為縱原告未符合契約所約定之產品品質，惟其標的物品質、效用及市價均高於契約約定，核諸前開但書約定，被告應不予減價，故被告應將減價扣除之 61,978 元返還原告乙節，足資認定。

6.1.2 是否適用民法 247 條之 1 規定

契約有關減價收受之規定，除減價外，通常附隨加計數倍違約金之契約規定，廠商如能舉證減價收受之事由非屬可歸責之事由，在工程會調解或法院訴訟時，是可以依民法 252 條請求酌減違約金，此部分將在本章下一節違約金部分做探討。但是廠商可否主張規範減價收受額度（包括違約金部分）條款屬民法 247

條之 1 之定型化契約¹³¹，主張相關規定無效？

實務上多採否定見解。減價收受之契約條款，因採購標的涉及公共利益及民眾安全，且已於招標時於契約中明訂，甚至因工程採購契約金額龐大，機關常與廠商於締約之前，就契約條款先行協議，非屬民法第 247 條之 1 所稱加重他方當事人之情節。且基於契約自由原則，契約雙方既同意簽立工程契約，自應受契約之拘束，而不得於事後違約時任意主張其約定顯失公平而無效。

（一）臺灣高等法院 96 年度建上字第 85 號民事判決

本案「上訴人雖主張：系爭工程合約為『定型化契約』，上揭『減價六倍』之約定，參諸民法第 247 條之 1 及最高法院 91 年度台上字第 2336 號見解所示，因加重上訴人責任，按其情形顯失公平，自屬無效；縱認有效，亦有違約金約定過高情事，應予酌減云云。然系爭工程合約條文乃經兩造商議後簽立，其中第三條第三至五款、第七條第一款及第十四條第一款末段，均經兩造協議磋商而予刪除，已見被上訴人抗辯：兩造就系爭工程合約條文之訂定，非無商議餘地一節，應屬可取。況系爭工程係經公開評選決標，此觀工程合約前言及刑事判決書事實欄所載即明，上訴人倘認系爭工程合約內容不公，自得不參與評選或於得標後拒與上訴人訂約；其既明知工程項目及內容，且願與被上訴人簽訂系爭工程合約，自應受該合約之拘束。同理，兩造訂約時，當已考慮到各該單項工程對本契約其他部分及整體之影響，且盱衡自己履約能力及不履約時之賠償意願而作此約定，自應遵守，否則私法自治、契約自由原則即將無從貫徹，且將違約之不利益委諸未違約之一方，亦將對其他參與評選之廠商不公。」

（二）臺灣花蓮地方法院 95 年度重訴字第 67 號民事判決

系爭工程契約第 19 條第 4 項規定，如尺寸或工料不合規定予以扣款時，應再處罰扣款金額 6 倍之罰款。如單價全部不予計價時，應再處罰單價金額 3 倍之罰款...系爭工程為被告花蓮縣政府公開招標，屬政府之公共建設，與大眾之公共利益有密切關係等情，應為兩造所知悉，而原告從事工程業務，對於所欲承辦工程報酬之計算方式、違約效果、利潤多寡及須承擔之

¹³¹ 民法 247 條之 1 之定型化契約係指加重他方當事人之責任，乃係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地者而言，所稱按其情形顯失公平者，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形。

風險等事項，應有相當之能力及經驗可資注意及衡量是否參與投標，對於契約之條文內容並得為必要之斟酌與主張，倘原告認為契約條款對其不利者，其自得選擇不參加投標，並非無從選擇締約對象或無拒絕締約之餘地，難謂原告就系爭減價收受違約金之約定有何不及知悉或無磋商變更之餘地之情形。

又上開約定對原告而言，僅須據實依照系爭工程契約履行即可，並未加重原告其他義務，亦不致於有重大不利益之情形。再者，系爭工程為公共建設工程，攸關民眾利益，為確保公共工程之施工品質，系爭工程契約上開減價收受違約金之約定亦難認為有何顯失公平之情形。至於原告主張依行政院公共工程委員會 94 年 5 月 4 日工程訴字第 09400153200 號函之調解建議，認系爭工程契約上開減價收受違約金之約定有顯失公平之情形云云...惟上開調解建議僅係於系爭工程爭議調解過程中，調解委員依職權提出之調解建議...尚無拘束法院之效力。據上，基於契約自由原則，原告既同意簽立系爭工程契約，自應受契約之拘束，而不得於事後違約時任意主張其約定顯失公平而無效。

(三) 臺灣高等法院花蓮分院 97 年度建上字第 3 號民事判決

爭契約第 4 條「契約價金之調整」已明確約定：『...減價收受者，按不符項目標的之契約價金減價，並依其實做價值與契約價格之差額 6 倍計罰之』。兩造自應受此約定之拘束...衡以本件上訴人施作之工程歷經多次驗收，均無法完全改善，迄今仍有 5 組不合格處，顯見其不合格之情節甚重，上訴人依實做價值與契約價格之差額 6 倍計罰，亦無違公平原則，上訴人自得依據上開契約條款約定，主張減價扣款應按實做價值與契約價格之差額 6 倍計罰，並自應付價金中扣抵。

(四) 最高法院 95 年度台上字第 2255 號民事判決

採減價收受者，按不符項目標的之契約價金減價百分之二十。...惟關於系爭鋪設瀝青工程兩造固未於系爭契約明文約定得減價收受，然上訴人施作之上開工程確有鑽心厚度不足之瑕疵，系爭契約既未另有約定，即應依第八條第八項第四款約定適用被上訴人與業主間關於減價收受之約定。被上訴

人確因上訴人此施作系爭鋪設瀝青工程瑕疵經業主扣款六十四萬七千九百零七元，且該款項金額並未達系爭工程款之百分之二十。況該減價收受約定內容，與政府採購法第 72 條條文內容，核屬一致，應係參考政府採購法第 72 條規定而約定，難認其有民法第 247 條之 1 第 2 款顯失公平而無效情事，從而上訴人得請求之系爭工程尾款為三十五萬八千零十四元。

6.1.3 減價收受與減帳

「減帳」係指業主辦理變更設計時所經常使用之概念敘述，包括工作減少、數量減少及承攬契約部分提前終止。¹³²承攬人於工程進行中或驗收結算時經常發生遭減帳之情事可分為三種類型：(一) 按契約總價結算者，因辦更設計致工作項目或數量減少，業主就變更部分減帳。(二) 按實做工程數量結算者，因竣工實做結算數量較原合約數量短少，致承攬人得領取之報酬較合約原定報酬短少者。(三) 業主提前終止工程契約之一部分，致承攬人無法領得遭終止部分之報酬。

由於承攬人開工後通常就履約之工作項目及數量有一定之預期，並據此安排相當之人員、機具及材料等進場，若施工中發生前揭情事而遭減帳，將可能導致承攬人已支出之各項管理費、人事費或已進場之機具、材料費用無法全數按其預期而攤提或回收，尤其在減帳幅度甚大時，承攬人更可能因此衍生鉅額損失。

然而一般承攬契約通常僅約定業主有權辦理變更設計減帳，或按承攬人實際施作之數量、項目或工程範圍以原單價計付承攬人報酬。承攬契約通常約定有「業主隨時變更權」，業主因此隨時得增減數量或工作，並得依民法第 511 條規定，「工作未完成前，定作人得隨時終止契約」，隨時提前終止部分承攬契約。依行政院公共工程委員會工程採購契約範本第 3 條「契約價金之給付」(一)第 2 項規定，「依實際施作或供應之項目及數量結算，以契約中所列履約標的項目及單價，依完成履約實際供應之項目及數量給付。若有相關項目如稅捐、利潤或管理費等另列一式計價者，應依結算總價與原契約價金總額比例增減之。但契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限。」(二)「採契約價金總額結算給付者，工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達 10% 以上時，其逾 10% 之部分，

132 陳秋華，「拾參、減帳索賠」，《工程法律實務研析(二)》，元照出版，頁 267。

得以契約變更增減契約價金。未達 10% 者，契約價金不予增減。」除實做實算外，亦兼具總價承攬契約之精神。

減帳之設計係就契約已有之項目，因實際施作之數量較契約預定數量為少，或該項目未施作，按契約項目之計價減少其價金之給付。但是反觀減價收受，依工程會工程採購契約第 4 條（一）規定，「採減價收受者，按不符項目標的之契約價金___% 或___倍(由機關視需要於招標時載明)減價，並處以減價金額___% 或___倍(由機關視需要於招標時載明)之違約金。但其屬尺寸不符規定者，減價金額得就尺寸差異部分按契約價金比例計算之；屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之。」故減帳所指為工程項目品質驗收結果符合規定，僅因實際施作數量減少，按契約單價減少給付價金。然減價收受係驗收結果不合規定，在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之前提下，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，故減價收受之價金計算，與原契約所定單價不同，必須另外依照契約減價收受規定，按契約價金比例或加倍減價，如屬尺寸不符者，減價金額就尺寸差異部分按契約價金比例計算；屬工料不符者，則按工料差額計算。

以臺灣高等法院 94 年度建上易字第 6 號民事判決為例，系爭工程之計價係由被上訴人自行按工程進度統計，按期向上訴人提出估驗請款，上訴人僅負責查證及複核，上訴人事實上不可能全程監看承攬人究竟施用多少材料數量，亦不可能將已施作完成之工作物拆除破壞，清查檢驗數量，是以上訴人為確保被上訴人誠實履行估驗之義務，並於契約第 4 條第 3 款約定申請估驗或結算數量不符之懲罰性違約金（系爭契約名為減少價金），「上訴人主張系爭合約第 4 條第 3 項所使用之文字為『減價 6 倍收受』，而非『違約金』...。經查：違約金乃當事人為確保債務之履行，約定債務人不履行時，應支付之金錢或其他給付。系爭合約第 4 條第 3 項之目的，旨在確保被上訴人於施工階段，請領之估驗款項，不得多於現場實際施作數量，如有違反，即處以 6 倍之罰款，並逕自工程款項中扣除之。其性質屬當事人約定為不完全給付對於債務人所加之制裁，實質上即屬懲罰性之違約金。...惟按民法就減少價金或報酬之規定，多係針對買賣標的物有瑕疵（民法第 359 條）、完成工作有瑕疵（民法 490 條），或超過約定數額甚多時（民法第 506 條）而設。系爭工程既無瑕疵，而超估工程款之部分亦須依約扣回，此 6 倍減價收受之部分，顯然不符民法減少價金之要件，核其性質實為懲罰性之約款甚

明。」

綜上所述，減帳所處理之問題為因契約變更或終止，工程施做項目或數量與契約預定為少，定作人按契約所定項目單價，減少給付價金。而減價收受所稱之減價，係承攬人施作之工程品質與契約約定不符，在瑕疵非屬重大之前提下，按契約規定或市價減少給付價金。因減價收受計價依據不像減帳之單價契約均已明定，且減價收受依不符契約規定之情節相當多樣，故計價方式也相當複雜。如尺寸不符或工料不符，計價方式即有所不同，故易衍生相關爭議。

6.1.4 小結

基本上採購法施行細則第 98 條已明定減價收受之計算方式，通常在契約中，亦常見減價收受條款，明列驗收與契約不符時，減價之數額及加計違約金之額度。故契約有約定時依契約約定，契約無約定時，則依市價估算。當市價較契約約定為高時，實務案例是可不減價而收受。至於實務上常見廠商主張減價收受之契約條款，屬民法 247 條之 1 之定型化契約，主張相關規定無效。因採購標的涉及公共利益及民眾安全，且已於招標時於契約中明訂，甚至因工程採購契約金額龐大，機關常與廠商於締約之前，就契約條款先行協議，實務上多採否定見解，雙方應受契約之拘束，不得於事後違約時任意主張其約定顯失公平而無效。

另外有關減帳設計，係針對契約變更或提前解約，對已施作之工程項目或數量有變更而言。基本上施作之工程品質尚符合契約規範，僅在數量上與原契約預估之數量有出入，機關尚得依實際施作數量，按契約單價計算減帳金額。減價收受前提為驗收不符規定，但不符之瑕疵非屬重大，經機關檢討後，得辦理減價收受。二者所指之內容，應屬不同。

6.2 減價收受與違約金

依工程會工程採購契約範本第 4 條有關減價收受之契約規定，除規範減價之比例或倍數外，並同時處以違約金。減價收受如前節所述，其性質應屬廠商不完全給付，不論廠商有無可歸責之事由，減少機關對待給付之義務，即計價之酌

減或契約價金之調整，並非違約金之約定。為何程會工程採購契約範本第 4 條有關減價收受之規定，除減價外，並課以廠商給付違約金之義務。本節擬就違約金之性質及其與減價收受關係做探討。

6.2.1 違約金之性質

學界對於違約金之論述甚多，基本上違約金之設計，在以確保債務之履行為目的，由當事人約定債務人於債務不履行時所應支付之金錢。民法第 250 條第 1 項規定：「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。」可見違約金需於債務不履行時支付，此點與定金不同，故違約金契約，係為附屬於主契約的從契約，其成立以主債務之存在為必要，且為督促契約當事人履行契約。

債務不履行需支付違約金，故違約金有間接強制履行債務之作用，亦即其目的在乎確保債務之履行。惟所謂債務，並不以由契約所發生者為限，即由單獨行為，或依法律規定所生之債務，亦不妨約定違約金¹³³。債權人於債務人不履行時，除違約金外，並得請求履行或不履行時之損害賠償，但究屬懲罰性違約金或賠償總額預定性違約金，目前實務或學者似尚眾說紛紜，見解不一。

違約金可分為損害賠償總額預定違約金與懲罰性違約金二種，當事人間所定之違約金究竟屬於何種，應依當事人意思定之，最高法院 73 年台上字第 4284 號判例認為，契約書中若未明示為何種性質者，事實審法院應行使闡明權，令當事人證明辯論之，而不得逕依職權認定違約金之性質，若當事人未予約定，則視為以預定債務不履行之損害賠償為目的(參 70 台上 1644 號及 78 台上 1392 號判例)，例如合建契約約定：「甲方等違約時，除退還保證金外，應加倍賠償乙方之損失」(參 71 台上 2296 號)。

(一) 損害賠償總額預定性違約金

民法第 250 條第 2 項之違約金性質究竟為何，應依當事人之意思而定；若當事人未予訂定，則視為以預定債務不履行之損害賠償為目的，而應屬損害賠償總額預定性違約金。所謂損害賠償總額預定性違約金，又稱為賠償性違約金或賠償額預定性違約金，其目的在以違約金作為債務不履行所生損害

133 詳見鄭玉波，《民法債編總論》，三民書局，二版，2002 年，413 頁。

之賠償總額，亦即債權人僅得擇一請求債務之履行，或請求違約金之支付；若債權人請求的金額在違約金的限度內，債權人就其損害不負舉證之責，債務人亦不得因實際損害較少，而請求減少違約金。

在歐盟鐵路局的契約範本第 II.16 條中，亦有損害賠償總額預定性違約金(liquidated damages)的相關規定，其內容為：「若廠商未依契約所定期間履行其於契約下應負之義務，在不影響廠商在契約下實際或可能的責任或鐵路局解除契約權利的前提下，鐵路局得要求每遲延一日，應付第 I.3.1 所定金額¹³⁴的千分之 2 的賠償總額預定性違約金(liquidated damage)。廠商得於受通知後 30 日內以掛號郵件並附回執的方式對此決定提出異議。若廠商未於 30 日內提出異議，或鐵路局未於收到異議後 30 日內以書面撤回決定，則此決定將有執行力。此賠償總額預定性違約金在允許延後完工條款時不適用之。鐵路局及廠商明示承認並同意，依據本條所為的款項係屬賠償總額預定性違約金，而非懲罰性違約金(penalty)，且係表彰對未履行義務所造成預期損失的公平賠償的合理預測。」

早期在美國的最高法院，對於損害賠償額預定性違約金採取懷疑的態度，而要求當事人仍須舉證實際損害的多寡，但在後來的案件中漸漸改採肯定的態度。例如在 WISE v. U S , 249 U.S. 361 (1919)¹³⁵ 乙案中，廠商承作政府的圖書館大樓，約定工程應於 30 個月後完成，每逾期一天政府得請求美金 200 元，以作為損害賠償預定性違約金。事實上工程延期完工 101 天，政府自應付給廠商的款項中扣抵 20,200(=200 元 x 101 天)，廠商起訴請求政府返還該筆款項。廠商對於延期 101 天乙事並無爭執，但主張政府因延後完工所受的實際損失並未達 20,200 元，應僅得請求實際損失的金額。最高法院認為，在當事人有約定「損害賠償額預定性違約金」條款時，應參酌契約的架構，探詢當事人約定此條款時之真意。若損害在本質上即屬難以確定，或金額大小很難計算，或約定的金額並不過當而未超過財產損失甚多時，此契約書面即已代表了當事人的真意，而應肯定其效力。在早期某些案件中，法院的確偏向做嚴格解釋，即使契約的用語是「損害賠償額預定性違約金」，仍然要求當事人須舉證實際損害，方得請求。但法院的此等介入往往有其實

134 亦即鐵路局應付予廠商的金額。

135 <http://supreme.justia.com/us/249/361/case.html>

際上的困難，可能造成不確定性、遲延及增加費用。故若當事人是在平等的條件下締約，雙方均了解契約的本意，有機會去按時履約而卻又違約時，應尊重此等條款的效力，而非僅得請求實際損害。在本案中，契約已明確約定「此一損害賠償預定性違約金業經雙方計算、預估及同意」，加上延期完工在本質上對政府可能造成的損害本即很難確定及估算，契約中約定的數額又未過高，政府有權請求此等「損害賠償額預定性違約金」。

由此判決可知，美國最高法院對於損害賠償額預定性違約金的態度，已由早期的懷疑轉變為肯定，只要約定的數額未過高，損害的數額在本質上屬於很難確定，雙方的訂約地位又是平等時，一般都會肯認其效力，而無須舉證實際損害的多寡。

（二）懲罰性違約金

如當事人約定債務人有約定之債務不履行之情事發生，債權人除得請求債務人支付違約金外，並得請求損害賠償者，此一約定之違約金具備懲罰之性質，並非損害賠償。約定懲罰性違約金而債務人有債務不履行之情事發生，債權人除得請求支付違約金外，仍得「請求履行債務」，若債務人仍不履行，自然得請求不履行之損害賠償¹³⁶，亦即懲罰性違約金的約定並不阻卻債權人仍可主張其他損害賠償的權利。有關實務認定為「懲罰性違約金」者，常見類型為當事人約定：「乙方倘不依合約規定，限期完工，應向甲方按逾期之日數，每日賠償甲方損失總工程款千分之〔 〕。」實務見解認為此乃在督促乙方如期完工，此項約定，原屬強制罰性質，而非為損害賠償之預定（參 70 院台廳 1 字第 3476 號函及 83 年台上 2879 號）。

民法第 250 條第 2 項但書規定：「當事人如約定，債務人不於適當時期或不以適當方法履行債務時，必須支付違約金者，債權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求履行或不履行之損害賠償。」此規定是否得解釋為係屬懲罰性違約金，我國最高法院見解不一，但通說係採肯定說，如最高法院 70 年台上 4782 號：「依民法第 250 條第 2 項但書之懲罰性違約金」的特約，必須在契約中明示，如債務人不於適當時期或不以適當方法履行債務時，而

136 93 年臺上字第 1857 號判決：「違約金如屬懲罰性質者，債務人不履行債務時，債權人除得請求債務人給付此違約金外，尚得請求履行或不履行之損害賠償。」

必須支付違約金者，始足當之，否則縱契約有履行期或履行方法之約定，其所定違約金仍應視為賠償總額之預定」，惟 80 年台上 229 號採否定說，而認為其係指於給付遲延或不完全給付，應支付損害賠償之總預定額。

當事人約定之違約金，若係就給付遲延而為約定者，則債權人得請求違約金並請求履行，蓋在給付遲延時，債權人原得請求原給付之履行，此外並得依民法第 231 條第 1 項請求賠償因遲延而生之損害，例如乙承攬甲之工程，約定乙若有逾期，每日支付台幣若干元，其後因可歸責於己事由遲延者，乙不惟應就未完成之工程，有依約履行之義務，且應負因逾完成期限所生支付違約金之責任（參見 39 年台上 49 號）。

最高法院 93 年台上 1394 號判例認為，違約金若為懲罰性質者，債權人除可請求違約金外，仍得依民法第 233 條第一項規定，請求遲延利息；但亦有實務採相反見解（參 73 院台廳 1 字第 07294 號函），其認為債權人不得同時請求違約金以及民法第 233 條第 1 項之遲延利息¹³⁷。

最高法院 86 年台上字第 1620 號判決，「按違約金有損害賠償預定性違約金及懲罰性違約金，兩者之性質、效力均有不同，前者乃將債務不履行債務人應賠償之數額予以約定，亦即一旦有債務不履行情事發生，債務人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定違約金請求債務人支付，此項違約金既視為因不履行債務而生損害之賠償總額，即不得於請求給付違約金外，又請求損害賠償；後者之違約金則係以確保債務之履行為目的，約定債務人不履行債務時，應支付之金錢或其他給付，債務人關於其因債之關係所應負之一切責任均不因其給付違約金而受影響，故債務人未依債之關係所定之債務履行時，債權人無論損害有無，皆得請求，且如有損害時，除懲罰性違約金，更得請求其他履行或不履行之損害賠償。而當事人約定之違約金究屬何者，應依當事人之意思定之，如無從依當事人之意思認定違約金之種類，則依民法第 250 條第 2 項規定，視為損害賠償預定性違約金」。

依違約金之性質，雖可分為損害賠償總額預定性違約金及懲罰性違約金 2 類，是否有可能 2 種違約金同時存在呢？實務係採肯定見解。54 年台上 397 號判決，「依給付遲延（不於適當時期）或不完全給付的情形（不依適當方法），債

137吳憲彰，〈工程合約實務問題泛論(1)--逾期完工違約金賠償〉，營造天下，頁 41-44。

權人於債務不履行時，除違約金外，並得請求不履行之損害賠償，就此而言，若當事人間，一方面有預定損害賠償之違約金約定，另一方面有懲罰性違約金之約定，當無不可。」

行政院公共工程委員會依政府採購法第 63 條第 1 項之規定，訂定「採購契約要項」，作為機關訂定各類採購契約之參考。採購契約要項之內容，採購機關得依採購之特性及實際需要擇訂於契約。且必須訂於採購契約內，始生拘束雙方之效力。依採購契約要項第 45 點規定：「逾期違約金，為損害賠償總額預定性違約金，以日為單位，擇下列方式之一計算，載明於契約，其訂明扣抵方式(一)定額。(二)契約金額之一定比率。」「前項違約金，以契約價金總額之 20% 為上限。」「第一項扣抵方式，機關得自應付價金中扣抵；其有不足者，得通知廠商繳納或自保證金扣抵。」依此規定，採購契約要項明白地將逾期違約金(給付遲延之違約金)規定為「損害賠償額預定性違約金」，但如採購機關於採購契約中明白規定為懲罰性違約金者，依民法第 250 條第 2 項前段之規定，仍生懲罰性違約金之效力。

6.2.2 減價收受之違約金

採購契約要項並未有關於減價收受之規定，但是工程會所訂勞務採購契約範本、財物採購契約範本及工程採購契約範本，第 4 條(一)有關「契約價金之調整」，均訂有「採減價收受者，按不符項目標的之契約價金____% 或____倍(由機關視需要於招標時載明)減價，並處以減價金額____% 或____倍(由機關視需要於招標時載明)之違約金。」上開規定除規範減價收受，減少機關對待給付之義務外，並處以違約金之規定。

違約金之規定如前所述，在於確保債務之履行。故減價收受加計違約金之規定，機關須視需要於招標契約中載明，未來如他方當事人未依契約履行，除減價之外，並得加計違約金。違約金之性質如前所述，可依違約金之外是否得另外請求損害賠償，分為損害賠償總額預定性違約金及懲罰性違約金。如常見之逾期違約金，依採購契約要項第 45 點規定，除損害賠償總額預定性違約金外，機關如於契約中明白規定為懲罰性違約金者，依民法第 250 條第 2 項前段之規定，仍生懲罰性違約金之效力，並可另外請求損害賠償，則屬懲罰性違約金。勞務、財物及工程採購契約範本第 4 款(一)有關之減價收受規定，規定除減價之金額外，

並處以之「違約金」，並未於文字敘明此類違約金之性質，究屬損害賠償總額預定性違約金，抑或懲罰性違約金。

依民法第 250 條第 1 項規定，「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。」故減價收受前提為驗收不符規定，屬債務不履行情事，機關自得於契約中約定，請求債務人應支付違約金。至於違約金之性質，依民法同條第 2 項規定，「違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。」故從勞務、財物及工程採購契約範本第 4 款（一）有關之減價收受規定，並未規定違約金之性質來看，基於債權的安定性，其違約金所指應為損害賠償之總額。

臺灣臺東地方法院 95 年度東簡字第 360 號民事簡易判決，「有關減價收受之計價，係屬『計價』之『酌減』，並非違約金之約定，並無違約金酌減之適用。按系爭工程契約第 4 條規定，既稱契約『價金之調整』，減價收受之計價減縮，自屬價金調整之約定，而非違約金之約定甚明，此觀該條係規定在第 4 條並標示為「契約價金之調整」，而非規定在違約罰之項目，且違約金之訂立，考其原意，在懲罰當事人違反契約而為，顯與本件係屬雙方合意為契約價金之變更，而於變更之同時所作價金調整之條件，故本件並非違約之懲罰違約金」。

採購法有關減價收受之設計，除調整契約價金之外，另外多附帶有違約金之規定。如採購法施行細則第 98 條第 2 項規定，「機關依本法第 72 條第 2 項辦理減價收受，其減價計算方式，依契約規定。契約未規定者，得就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等，計算減價金額。」對於契約未規範減價收受之計算方式，除計價之酌減外，包括損害賠償金額，甚至懲罰性違約金在內。比較民法 250 條第 2 項規定，於契約中約定懲罰金約定不同，機關可依採購法施行細則第 98 條第 2 項規定，在契約未規定之情形下，加計懲罰性違約金，不以損害是否發生為限，亦不以具體之損害額度為基準。¹³⁸

如臺灣臺北地方法院 93 年度重訴字第 1131 號民事判決，「參照系爭契約備註條款第 5 條第 3 項所示：『驗收方式：...驗收時如發現立約商所交付貨品，為非全新品或規格與契約規定不合，立約商應於公車處所訂期限內更換合格貨品倘因此逾越限期，仍依規定論罰；其驗收結果與契約規定不符，但不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用，經公車處檢討不必拆換或拆換確有困難者，得報上

138 鄭玉波，民法債編總論，頁 341。

級機關核准後減價收受。公車處減價收受，其減價計算方式，除招標文件另有規定外，係就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、或所受損害加計前述損害及費用一倍之懲罰性違約金計算之』...又減價計算方式，除招標文件另有規定外，係就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、或所受損害加計前述損害及費用一倍之懲罰性違約金計算之。」

採購法第 72 條第 2 項減價收受規定，機關除要求減價收受外，可請求違約金或損害賠償，產生請求權競合。請求權競合者，意指同一原因事實，同時構成多數請求權發生之要件，致多數請求權併存，其權利人得選擇甚而重複行使該等請求權之法律制度。請求權原則上雖屬競合而得併存主張，但法律另有規範目的或特別政策宣示者，該特殊規範目的之作用，即影響於其他法律規定而應適用特殊規範目的。因此採購法減價收受制度之減價性質，應屬計價之酌減，如另有違約金規定，除另有訂定外，視為因債務不履行損害賠償之總額，且不應再行請求損害賠償。如契約未有違約金約定，或明訂違約金屬懲罰性違約金性質，機關自得再請求損害賠償。

不過從減價收受之定義來看，減價收受之前提雖不符契約約定，但從「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或拆換確有困難者」條件來看，其債務不履行之瑕疵應屬輕微，故機關檢討後，決定減價收受而非採拆換重作或解除契約。對於輕微之瑕疵，除減價及可請求損害賠償外，還可加計懲罰性違約金，是否有過重之虞。且民法有關懲罰性違約金，須於契約中訂定，且採購法第 72 條第 2 項減價收受在性質上亦屬完成驗收，採購法施行細則第 98 條第 2 項在契約未規定時，除減價及損害賠償外，還可加計懲罰性違約金，對他方當事人是否公平，實不無疑問。惟實務上，除減價及損害賠償外，加計懲罰性違約金之案例甚多。

臺灣屏東地方法院 93 年度建字第 17 號民事判決，「被告祥弘公司另辯稱原告原先起訴已行使『修復費用償還請求權』而該請求權原與損害賠償請求權、違約金、減少報酬請求權等請求範圍相重疊，故於原告選擇行使修復費用償還請求權時即應同時喪失其他請求權云云。惟原告起訴僅暫以其預估修補改正所需費用 250 萬元作為計算訴訟標的之價額，作為其暫表明請求之最低金額，並非單以民法第 493 條規定作為單一請求權基礎，已據前述，又原告因被告祥弘公司擅自減省工料所致之損害，所為之前開減少價金、降低工程使用年限之損害賠償、及

違約金請求依據各異，且規範功能目的各不相同，並無被告祥弘公司所稱屬選擇之債，原告僅得擇一權利行使之情形，故被告祥弘公司上開所辯並不足採。」

故減價收受附帶之違約金，除契約有規定為懲罰性違約金，否則性質上應屬於損害賠償總額預定性違約金。且契約如規定為減價收受得附帶處以懲罰性違約金，機關尚得再行請求損害賠償。

6.2.3 違約金酌減

有關減價收受違約金部分，契約條款常在減價收受規定，附帶課以違約罰款。廠商多主張工程既已減價收受，足見給付仍不違反契約效用，瑕疵非屬重大，且以減列契約價金，復課以高達減價金額數倍之違約金，顯失公平，遂主張民法第 252 條規定，「約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額」。

惟民法第 252 條規定係法院之職權，對廠商而言，訴諸法律途徑曠日廢時，未必具有實益。採購契約要項對於逾期懲罰性違約金，有免除之相關規定。採購契約要項第 46 點規定：「廠商履約有下列情形之一者，得檢具事證，以書面通知機關。機關得審酌其情形後，延長履約期限，不計逾期違約金：(一)屬不可抗力所致。(二)不可歸責於廠商之契約並變更或機關通知廠商停工。(三)機關應提供予廠商之資料、器材、場所或應採行之審查或同意等配合措施，未依契約規定提供或採行。(四)可歸責於與機關有契約關係之其他廠商之遲延。(五)其他可歸責於機關或不可歸責於廠商之事由。」

惟因採購契約要項未有減價收受規定，故對於減價收受加計之違約金，亦無免除之規定。按債權人得請求債務人支付違約金之前提，必須債務人確有債務不履行情事發生，且必須係可歸責於債務人之事由所致之債務不履行，始有其適用(民法第 225 條、第 226 條、第 227 條、第 229 條及第 231 條參照)。減價收受規定因為也未論及驗收不符規定時，是否有可歸責於債務人之事由，因此減價收受附隨之違約金，尚難以非可歸責於債務人之事由，而予以免除，僅能就違約責任是否重大或瑕疵輕微，請求法院予以酌減。

(一) 違約金倍數酌減

1. 臺灣屏東地方法院 93 年度建字第 17 號民事判決

有關違約金部分，「依系爭工程採購契約第4條第1項第1款規定，「驗收結果如尺寸或工料不合規定予以扣款時，應再處罰扣款金額6倍之罰款。...而本件被告祥弘公司雖減省工料已達減少契約通常效用及預定效用之程度，惟依舉輕以明重之法理，原告主張依前開規定，請求被告祥弘公司因減省工料經上述扣款6倍之罰款，即1,510,833元之6倍9,064,998元部分，應有理由。...另按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，為民法第252條所明定，此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限...況違約金之約定，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93年台上字第909號著有判決可資參照）。

本件被告祥弘公司復辯稱系爭工程原告請求之違約金過高云云，惟並未提出任何具體情事證明何以違約金過高，又系爭違約條款為兩造系爭工程契約第4條第1項第1款所明定，且系爭工程為公共工程，經公開招標程序，被告及其他投標廠商於投標前必經詳細評估，且確認合約規定之各項條件（如施工期間、價格、違約條款等）均屬合理，始方會參與投標；再者，系爭工程係屬河床固床公共工程，事涉公眾權益，其工程具有公益性，關於施工之尺寸工料不合規定予以罰款之約定，其目的係在督促承包廠商確實依約施工以確保施工品質，避免影響社會大眾之權益，非招標所需花費金額大小所可比擬，是本院審酌上開情狀及被告違約情節及系爭工程之公益性、被告祥弘公司為謀私利，置公眾權益於不顧，擅自偷工減料影響施工品質等一切情狀，認本件懲罰性違約金之罰則約定並未過高，被告祥弘公司所辯並不足採。」

2. ○○鄉○○、○○地區都市計劃公兒二公園新建發包工程 調解建議書

本案申請人雖未依原設計以預鑄拼圖版岩施工方法施作系爭工程中央

圓形廣場圖 L-6 部分，但申請人以場鑄工法施工結果，經他造當事人會同原設計單位於 96 年 6 月 15 日於現場勘驗，認申請人以場鑄材料裁切施作，完成面尚屬平整，且與設計原意相近，並認為其結構安全無虞，功能亦無差異。

就系爭工程中央圓形廣場圖 L-6 部分，依本件契約第 4 條第 (1) 項前段約定，因他造當事人及設計單位認定結構安全無虞，功能亦無差異，他造當事人同意接受本會建議減價收受。惟就上開條文「處以減價金額 6 倍之違約金」部分，雙方當事人同意接受工程會建議，改為處以減價金額 1 倍之違約金。本件契約就預鑄拼圖版岩項目之金額為 6 萬 6,555 元，是以除該項目原契約金額不予計價外，他造當事人尚得就該項目計罰申請人 6 萬 6,555 元。

(二) 依瑕疵所及範圍酌減

1. 國立○○大學○○校區人文學院新建工程調解建議書

本案有關內牆輕隔間部分因板材取樣送驗結果不符契約約定，經他造當事人依契約第 21 條第 (5) 項第 2 款約定：「工程與規定不符者，在不影響使用目的，不妨礙安全及使用需求，經甲方檢討其拆換確有困難者，得以採減價收受者。採減價收受者，按不符項目標的之契約價金 20% 減價，並處以減價金額 1 倍之違約金。但其屬尺寸不符規定者，減價金額得就尺寸差異部分按契約價金比例計算之；屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之」減價收受，並按內牆輕隔間 (TYPE A、TYPE B、TYPE C) 此一不符項目之契約價金減價 20% 暨處以減價金額 1 倍之違約金，共計 557 萬 5,692 元 (【1,254×337+1,254×3,702+1,603×322+1,414×5,911】×20%×2) 在案。

調解委員以本項既經他造當事人認得採減價收受，其不符部分應尚不致影響使用目的且不妨礙安全及使用需求，又查其性質係屬工料不符規定，雖契約約定以該不符項目之「契約價金」予以減價及扣罰，惟考量申請人本項工作除材料外，尚無其他瑕疵，以包含人工機具費之「契約價金」計算似嫌過苛，基於調解之目的，他造當事人同意依該款後段「屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之」之減價規定辦理，並處以減價金額 1 倍之違約金。經他造當事人之專案管理廠商確認該內牆輕隔間不符之工料 (板材部分) 差額應為 59 萬 5,872 元，故本項雙方同意減價 59 萬 5,872 元並處以減價金額 1 倍之違約金，共計扣罰 119 萬 1,744 元。

2. 95 年度仲雄聲義字第○○號仲裁判斷書

本案為○○減震工程細部設計與施工案，請求給付彈性減振材保護蓋工程款及一式計價費用部份工程款及履約保證金保證、預付款還款保證範圍之確認等爭議。在有關彈性減振材工程款部分，本工程契約附件二 B-減振工程施工規範第 07930 章明訂彈性減振材之材質應為天然橡膠或合成橡膠或其二者混合物：依據上開施工規範第 2.2 條之規定為：「成品材質及製造：(1)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方塊狀（膠合劑之重量為總重之 3%~15%），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。」。故本件彈性減振材材質之組合只有 3 種可能，即(1)100%純天然橡膠；或(2)100%純合成橡膠；或(3)天然橡膠與合成橡膠依各種不同比率混合，不可能有「天然橡膠及其他之混合物」或「合成橡膠及其他之混合物」之情形。

相對人主張，依契約應使用之「素材」應為「天然橡膠、合成橡膠或二者混合物」且為「新品」。聲請人則以廢輪胎橡膠粒，經加壓工序固結為塊狀物就是新品抗辯。不過依據 WTO 原產地協定之說明，如果產品未經過實質轉型(substantial transformation)，並不會成為新的產品。本件聲請人的加工程序僅係將廢輪胎橡膠粒與膠合劑拌合及低溫高壓壓成塊狀，其主要原料廢輪胎橡膠粒之物理性質並無轉變，不符合構成新品之條件。

仲裁庭也考量，在當初報價時，聲請人與相對人及監造單位，對所用之彈性減振材之材質究為廢輪胎橡膠粒，或「天然橡膠或合成橡膠或其混合物」，顯有不同之認知，但相對人僅作減價收受之主張，未作其他之聲明。至於若使用天然橡膠或合成橡膠或其混合物之真實成本若干，由於我國民法除有第 74 條情形外，對於商品與價格有無客觀之均衡，原則上並不理會，因此使用天然橡膠或合成橡膠或其混合物是否會使聲請人不敷成本，並非相對人關注之事項，檢討此一部份也無實質之意義。聲請人如使用「天然橡膠或合成橡膠或其混合物」，則價格可能將高出契約價格。唯如相對人知悉係使用「廢輪胎橡膠粒」，則相對人將不會同意核給 5.9 萬元/立方公尺之價格。故仲裁庭認為兩造對彈性減振材之材質認知不同彼此既然有疑義，則仲裁庭

即應依據實際交付之材料決定合理之價格供兩造遵循。

由於相對人聲明，其已依政府採購法之規定報請上級機關核准減價收受並處以差價 6 倍違約罰款，仲裁庭依系爭工程契約第 4 條第 1 項及第 11 條第 5 項第 7 款之規定，認為相對人之主張為可採，故採取政府採購法第 72 條之減價收受，並依據前開規定科處聲請人差價 6 倍違約罰款。不過仲裁庭認為，此一條款之適用，若擴及全部之材料，可能過當。故依據民法第 252 條為違約金之酌減，仲裁庭認為，將此差價 6 倍違約罰款限於彈性減振材之廢輪胎橡膠粒材質部分之價款為適當。其計算式以橡膠粒成本為每公斤新台幣 8.45 元，計算方式如下：

- 1) 橡膠粒單價總和：依聲請人所提供橡膠粒進口總價加總為新台幣 118,558,730 元。
- 2) 進口關稅：依聲請人所提供之進口關稅加總為新台幣 11,855,873 元。
- 3) 依聲請人所提供之港口吊櫃費為新台幣 4,945,197 元、報關費為新台幣 1,123,207 元、貨物保險費為新台幣 65,996 元、運費為 3,457,800 元、卸櫃費為新台幣 5,004,296 元，合計新台幣 14,596,496 元。
- 4) 前揭新台幣 14,596,496 元，均為含稅價格，由於我國採加值型營業稅，最終價格會反映給末端的使用人，因此應該除以 1.05，為新台幣 13,901,424 元。
- 5) 橡膠粒進口總價新台幣 11,855,873 元，加上關稅新台幣 118,558,730 元，加上其他進口費用新台幣 13,901,424 元，共為新台幣 144,316,027 元。
- 6) 前揭新台幣 144,316,027 元加上新台幣 987,012 元(商港服務費)為新台幣 145,303,039 元，此即為橡膠粒進口總成本，除以 17,181,000 公斤為新台幣 8.457 元，此即每公斤之橡膠價格。
- 7) 前揭新台幣 8.457 元乘以 1028 公斤(每塊彈性減振材有橡膠粒 1028 公斤)則每塊彈性減振材橡膠粒之成本為新台幣 8,693.80 元。
- 8) 前揭新台幣 8,693.80 元除以 1.035(每塊彈性減振材體積為 1.035 立方公尺=0.45 公尺× 2.3 公尺× 1.0 公尺)，則彈性減振材橡膠粒每立方

公尺為新台幣 8,399.80 元。

依單價分析表，減振材製作及搬運，每立方米單價為 59,928.97 元，雖無細部單價分析，惟仲裁庭認為，此單價扣除 8,399.80 元再依契約第 4 條第 1 項及第 11 條第 5 項第 7 款之規定之「工料不合規定時，按供料差額之六倍處罰違約金，直至契約材料費扣完為止」之約定，且橡膠粒亦有部分係國內採購，其成本較進口者將更低，故仲裁庭認定會算結果不可能有餘額，故橡膠粒部份相對人無須付款。

6.2.4 小結

依違約金之性質，可分為損害賠償預定性違約金及懲罰性違約金，兩者之性質、效力均有不同，前者乃將債務不履行債務人應賠償之數額予以約定，亦即一旦有債務不履行情事發生，債務人即不待舉證證明其所受損害係因債務不履行所致及損害額之多寡，均得按約定違約金請求債務人支付。後者之違約金則係以確保債務之履行為目的，約定債務人不履行債務時，應支付之金錢或其他給付，債務人關於其因債之關係所應負之一切責任均不因其給付違約金而受影響，故債務人未依債之關係所定之債務履行時，債權人無論損害有無，皆得請求，且如有損害時，除懲罰性違約金，更得請求其他履行或不履行之損害賠償。

工程採購契約有關減價收受條款，除載明驗收與契約不符，就瑕疵部分扣款金額外，往往附加有違約金之規定。基於債權的安定性，此部分違約金所指應為損害賠償之總額。故當實際所受損害較預定違約金數額為低時，得請求違約金酌減，包括扣罰之違約金倍數減少、核時就有瑕疵部分工項計算、或扣罰總額不超過該工項契約價金等。