

臺灣士林地方法院民事判決

108年度訴字第1869號

原告 少謙營造有限公司

法定代理人 邱少謙

訴訟代理人 陳逸華律師

李明諭律師

被告 新北市○○區○○

法定代理人 陳健民

訴訟代理人 邱俊傑律師

上列當事人間請求損害賠償事件，本院於民國109 年10月26日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

事 實 及 理 由

壹、程序部分：

按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但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255條第1 項第3 款定有明文。查本件原告起訴時聲明請求被告給付新臺幣（下同）423 萬6,415 元，嗣於訴訟進行中先後減縮其聲明，其終聲明為：(一)被告應給付原告363 萬1,700 元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按法定年利率百分之五計算之利息。(二)願供擔保，請准予宣告假執行【見本院卷二第236 、237 頁民事辯論意旨狀】。經核原告所為係減縮應受判決事項之聲明，揆諸上開說明，自應准許。

貳、實體部分：

一、原告主張：

(一)被告之「汐止區新昌市民活動中心新建工程」乙案（下稱系爭工程），於民國108 年間辦理公開招標，由原告以新臺幣（下同）1,850 萬元得標，兩造並於108 年5 月16日簽立契

約編號SZ108-030 之工程契約（稱系爭工程契約）。原告自108 年6 月2 日開工後，即戮力於系爭工程之施工，豈料於系爭工程施作期間，原告接獲被告新北汐工字第1082647008 號函（下稱系爭停工函文）之通知，以恒維聯合建築師事務所辦理變更設計致影響進度網圖要徑作業之進行為由，要求原告自108 年7 月12日起停工，故原告自108 年7 月12日起依被告之指示停工，截至108 年11月12日為止，系爭工程停工期間已達4 月。按系爭工程契約第20條第16項之約定：「因契約約定不可抗力之事由，致全部工程暫停執行，暫停執行期間持續逾個月【由甲方（即被告）於招標時合理訂定，如未填寫，則為3 個月】或累計逾個月（由甲方於招標時合理訂定，如未填寫，則為6 個月）者，契約之一方得通知他方終止或解除契約。」故原告於108 年11月19日便以全部工程暫停執行期間持續逾3 個月為由，通知被告終止系爭工程契約之意思表示，被告並於108 年11月20日收受該通知，則兩造間系爭工程契約於同日即已終止。又兩造於108 年11月22日曾進行會議，會議中被告之法定代理人陳建民亦已同意原告終止系爭工程契約。

(二)原告係以1,850 萬元底價承攬系爭工程，依系爭工程契約第14條第1 項、第20條第17項約定，被告應返還履約保證金185 萬元（板信商銀本行支票）予原告。原告因系爭工程契約所獲之間接工程費為199 萬3,877 元，扣除營造綜合保險費12萬2,759 元及第一期工程款中間接工程費8 萬9,418 元，原告因系爭工程契約之終止，即受有178 萬1,700 元之所失利益。為此依系爭工程契約法律關係、第509 條規定（見本院卷一第210 、211 、223 頁）規定提起本訴，並聲明：1. 被告應給付原告363 萬1,700 元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。2. 願供擔保請准宣告假執行。

二、被告則以：兩造於108年5月16日就系爭工程簽立系爭工程契約，而系爭工程嗣經恒維聯合建築師事務所審查後，確認系

爭工程將因辦理變更設計而影響進度綱圖要徑作業之進行，故被告遂於108 年9 月6 日以系爭停工函文同意原告自108 年7 月12日起暫緩履約即停工。惟恒維聯合建築師事務所於108 年10月間完成系爭工程之變更設計後，被告先後於108 年11月22日及25日促請原告立即復工，履行系爭工程之契約義務。詎料原告於同年11月19日辯稱系爭工程係基於不可抗力之事由而停工，且停工期間已逾3 個月，進而援引系爭工程契約第20條第16款規定，單方通知被告即刻終止系爭工程契約並請求賠償相關損失，然查系爭工程並非因天災或事變等不可抗力事由而暫緩履約，原告主張依系爭工程契約第20條第16款單方終止系爭工程契約應屬無據，且被告於108 年11月22日之會議中並未同意原告終止系爭工程契約，原告係惡意曲解被告之真意。又被告依系爭工程契約第20條第1 款第11目於108 年12月18日函文終止系爭工程契約，原告自不得再依系爭工程契約之規定，命被告退還保證金，更不得請求損害賠償。並聲明：(一)原告之訴及假執行聲請均駁回。(二)如受不利判決，願供擔保免為假執行。

三、本院之判斷：

(一)原告主張系爭工程於108 年間辦理公開招標，由原告以1,850 萬元得標，並繳納履約保證金185 萬元，兩造並於108 年5 月16日簽立系爭工程契約，原告自108 年6 月2 日開工後，因辦理變更設計致影響進度綱圖要徑作業之進行，自108 年7 月12日起停工等情，為被告所不爭執，此部分應堪信為真實。惟就原告主張得依系爭工契約之規定終止契約一節，則為被告所否認，並以前詞置辯。

(二)原告主張於108 年11月19日發函終止系爭工程契約，有無理由？

1.原告前委以政諭法律事務所108 年11月19日（108 ）昭字第025 號律師函，依系爭工程契約第20條第16款規定終止系爭工程契約。依系爭工程契約第20條第16款規定：「因契約約定不可抗力之事由，致全部工程暫停執行，暫停執行期間持

01 續逾個月【由甲方（即被告）於招標時合理訂定，如未填
02 寫，則為3 個月】或累計逾個月（由甲方於招標時合理訂
03 定，如未填寫，則為6 個月）者，契約之一方得通知他方終
04 止或解除契約。」是該項規定係以「不可抗力」之事由而停
05 工為其要件。而所謂不可抗力係指人力所不能抗拒之事由，
06 即任何人縱加以最嚴密之注意，亦不能避免者而言（最高法
07 院95年度台上字第1087號判決意旨參照）。查系爭工程之停
08 工原因係因公用水溝及隔壁民房佔占用建築基地，邊更設計
09 之重點在調整水溝位置及減縮建築面積（見本院卷第317 頁
10 筆錄），關於上開導致停工之原因，於建築設計前非不得就
11 現場勘測查知，此項設計之疏漏，核屬人力所致，且得事前
12 防範避免，非屬不可抗力之事由。故原告援引系爭工程契約
13 第20條第16款規定以因不可抗力停工為由終止契約，並無理
14 由。

15 2.原告於審理中主張於108 年11月22日工程會議中，被告法定
16 代理人亦同意終止契約一節。但依原告所提108 年11月22日
17 會議之部分錄音譯文，其中被告法定代理人稱：「整個案子
18 中間有經過停工這是事實，中間從9 月份開始其實就有持續
19 的每個禮拜四都在開進度會議協調管制會議，其中有幾次我
20 是有主持，那有聽到說少謙營造在整個過程之中可能要停工
21 或說的確你們認定可能屬於說已經具備停工之要件。無法履
22 約在整個會報之中我也沒有聽到這樣的消息，所以我們前天
23 20號來的文，當然說工程停工達四個月是否一定就是解約的
24 要件，如果想說少謙這邊認為說交給律師，案子以後就是我們
25 來對律師。」、「我沒有特別得意見，對我們而言我們是
26 說該走的程序我們還是要走，這個案子單當然有些確實不能
27 夠歸責於貴公司責任。」、「你們找律師出面，那反正進入
28 司法程序」、「我們這邊是不是就是依少謙營造這邊的，那
29 但是那個案子先報民政局，我們先報我們得上級機關，報上
30 級機關之後再看他們後續的作法（本院卷一第231 、233
31 頁），及該次會議紀錄中會議結論第2 點：「依監造單位說

明，本工程契約第17條第5款，對於不可抗力之事由，不包含
含承商所主張之變更設計項目，承商似乎將不可抗力與不可
歸責之事由混為一談。再者，同條文第5款賦予廠商得以申
請履約期限延期，建議廠商一契約申請延長工期及相關措
施，而非貿然揚言解約或終止。」（本院卷一第235頁）。
綜以上開會議部分譯文及會議紀錄，被告表示原告主張終止
契約事宜已進入司法程序，將交由律師處理，且譯文中所擷
取「我們這邊是不是就是依少謙營造這邊的」，並無前後文
相關對照，無從得知被告當時所指意涵為何，但從最終之會
議紀錄所載，明確得知被告反對原告終止契約，而應以申請
延長履約期限方式處理，自始無同意終止系爭工程契約之意
思表示。是原告主張被告法定代理人於108年11月22日會議
中同意終止系爭工程契約，並無依據。

3.原告於審理中另主張依系爭工程契約第20條第10款第3目規
定，以上開108年11月19日律師函為終止契約之意思表示
（見本院卷二第242頁）。但依上開函文內容，要無一字述
及及引用系爭工程契約第20條第10款第3目相關規定。兩造
既對系爭工程以書面契約方式簽訂，就兩造相關權利義務以
契約明文規範，為使兩造知悉其所可能面臨之法律關係的變
動，一方行使契約終止約定事由，應明確告知其行使權利之
依據，同時事後亦不得隨意改列事由。原告於108年11月19
日律師函既明文依據系爭工程契約第20條第16款規定行使
終止權利，即不得於原先列於上開通知函事由外，於訴訟上
為變更另為主張。故原告主張於108年11月19日律師函中，
以系爭工程契約第20條第10款第3目規定而終止契約，並無
理由。

(三)原告請求返還履約保證金185萬元，有無理由？

1.被告抗辯依系爭工程契約第20條第1款第11目終止契約，有
無理由？

(1)系爭工程自108年7月12日停工後，被告以108年11月25日
新北汐工字第1082656153號函（本院卷一第205頁），請原

01 告於10日申報復工並進場施工，原告因未復工，被告遂以10
02 8年11月28日新北汐民字第1082658546號函中依系爭工程契
03 約第20條第1款第11目：「乙方（即原告）履約有下列情形
04 之一者，甲方（即被告）得以書面通知乙方終止契約或解除
05 契約之部分或全部，且不補償乙方因此所生之之損失：(二)乙
06 方未依本契約規定履約，自接獲甲方書面通知日起10日內或
07 書面通知所載較長期限內，仍未改正者。」終止系爭工程契
08 約（本院卷一第269頁）。

09 (2)原告於審理中雖以被告未提出經主管機關核准之「第一次變
10 更設計核准圖說」，而抗辯無法復工等語。依系爭工程契約
11 第1條第10款約定：「甲方應提供一份（未載明者，為1
12 份）設計圖說及規範之影本予乙方，乙方得視履約之需要自
13 費影印使用」，被告負有交付設計圖說之義務。而按建築法
14 第39條前段規定：「起造人應依照核定工程圖樣及說明書施
15 工；如於興工前或施工中變更設計時，仍應依照本法申請辦
16 理。」、同法第58條第6款規定：「建築物在施工中，直轄
17 市、縣（市）（局）主管建築機關認有必要時，得隨時加以
18 勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人
19 或監造人，勒令停工或修改；必要時，得強制拆除：主要構
20 造或位置或高度或面積與核定工程圖樣及說明書不符
21 者。」、同法第60條第2款規定：「建築物由監造人負責監
22 造，其施工不合規定或肇致起造人蒙受損失時，賠償責任，
23 依左列規定：承造人未按核准圖說施工，而監造人認為合格
24 經直轄市、縣（市）（局）主管建築機關勘驗不合規定，必
25 須修改、拆除、重建或補強者，由承造人負賠償責任，承造
26 人之專任工程人員及監造人負連帶責任。」故起造人應依照
27 核定工程圖樣及說明書施工，而承造人如未依照核定工程圖
28 樣及說明書施工，除有建築法第58條第6款之勒令停工外，
29 尚應依建築法第60條負損害賠償。依新北市政府工務局108
30 年12月13日北工建字第000000000號建造執照設計變更通知
31 書、109年4月9日新北工建字第1090573438號函（本院卷

一第267、390、391頁），「第一次變更設計核准圖說」雖於108年10月23日核准變更，惟該通知書發文日期為108年12月13日，並於同年11月19日領取，則被告於108年11月25日函請原告復工時，主管機關尚未為設計圖說核准變更之通知。被告雖以恒維聯合建築師事務所108年11月26日汐活新昌字第2019112603號函（本院卷一第356頁），主張業已提供「第一次變更設計核准圖說」檔案予原告。但依前述，「第一次變更設計核准圖說」係主管機關於108年12月13日通知，足見恒維聯合建築師事務所於108年11月26日提供之檔案尚未經主管機關核准通知。縱被告主張108年11月26日圖說檔案與108年12月13日核准圖說兩者相同，惟108年11月26日當下「第一次變更設計核准圖說」尚未核准變更通知，原告抗辯未取得核准之「第一次變更設計核准圖說」，應屬可採。

(3)被告於108年11月25日通知原告復工時，被告尚未提供經主管機關核准通知之變更設計圖說，迄於被告108年12月18日發函終止契約之此段期間中，原告委以政論法律事務所以108年12月3日（108）昭字第026號函復被告：『(二)關於本公司與貴所於108年5月16日就汐止區新昌市民活動中心新建工程」乙案，簽立工程契約．．．，於108年11月19日以（108）昭字第025號律師函通知貴所終止系爭工程契約，貴所於108年11月20日收受該律師函，則本公司之意思表示既已於108年11月20日到達，貴我間系爭工程契約已於108年11月20日終止，本公司已無契約義務』、『(三)次按，關於恒維聯合建築師事務所108年11月26日汐活新昌字第2019112603號函檢附之圖說，既未經新北市政府依法核定並由相關承辦人員予以核章，本公司自難認定為「第一次變更設計核准圖說」；況且，依前所述，本公司與貴所之合約已於108年11月20日終止，本公司已無契約義務。』（本院卷一第422至426頁）。依上開函文內容，原告拒絕復工之原因在於認定系爭工程契約已於108年11月20日終止，原告已無施做

之義務。況依系爭工程契約第20條第20款約定：「履行契約需甲方之行為始能完成，而甲方不為其行為時，乙方得定相當期限催告甲方為之。甲方不於前述期限內為其行為者，乙方得通知甲方終止或解除契約，並得向甲方請求因契約終止或解除而生之損失。」原告如認被告未履行提供變更設計圖說之協力義務，亦應依該條款通知被告定期提出。原告於前述函文中既未要求被告提供核准之變更設計圖說，則其拒絕復工之原因核與設計變更圖說並無關係，原告係以系爭工程契約業於108 年11月20日終止，其已無施做之義務，因而拒絕進場復工，此部分應可認定。

(4)原告審理中另主張於108 年10月31日基地放樣後，認現場和西面、北面施工圍籬與水溝明溝位置部分重疊，而以108 年11月11日（108 ）少建字第10811110-1號函致被告：「二依設計圖說A2-01 一層平面圖示意圖中所示，顯場西面鄰房320 號與北面社區圍牆交界部分的甲種施工圍籬架設位置與圖中設置水溝明溝的位置部分重疊，可預見現場水溝施工時必影響甲種施工圍籬。」、「三必要之施工動線影響甚鉅，非本公司可承擔之責。」（本院卷一第358 頁）。惟原告同日另以108 年11月11日（108 ）少建字第10811110-2函向被告申請基地南側仁愛路316 巷臨時使用道路以施工架設甲種安全圍籬，並由被告以108 年11月15日新北汐工字第1082654688號函核准在案（本院卷第360 頁）。是原告既以申請使用仁愛路316 巷部分道路用架設安全圍籬施工，則基地西面、北面部分安全圍籬與明溝施工處重疊，或有影響施工動線，但有無因該項因素，導致系爭工程無法施工，而得拒絕全部復工之要求，原告就此部分未舉證證明。況依前述，原告以108 年12月3 日（108 ）昭字第026 號函復被告復工請求之內容中，係以原告業已終止系爭工程契約為由拒絕復工，並無以上述施工動線因素影響為由拒絕復工，則原告審理中始為此部分主張，要屬無據。

(5)原告於108 年11月19日發函終止系爭工程契約，並以此為由

01 拒絕復工，但依前述，原告主張之終止事由並無理由，原告
02 終止契約並不合法，被告通知原告復工後，原告猶持契約終
03 止為由，認無施做之義務而拒絕復工，被告依系爭工程契約
04 第20條第1款第11目規定終止契約，應屬有據。

05 2.系爭工程契約第14條第13款第4目約定：「乙方所繳納之履
06 約、差額及保固保證金（含其孳息），得部分或全部不發還
07 之情形如下：(四)因可歸責於乙方之事由，致部分終止或解除
08 契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終
09 止或解除契約者，全部保證金。」，第20條第4款約定：
10 「契約如經第1款約定或因可歸責於乙方之事由致終止或解
11 除者，甲方得自通知乙方終止或解除本契約日起，扣發乙方
12 應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款
13 等，並不發還乙方之履約保證金。至本契約經甲方自行或洽
14 請其他廠商完成後，如扣除甲方為完成本契約所支付之一切
15 費用及所受損害後有剩餘者，甲方應將該差額給付乙方（該
16 差額不包括依第14條第13款不發還之履約保證金）」。被告
17 終止系爭工程契約後，已另覓廠商即大法營造有限公司施
18 做，有新北市政府工務局109年7月16日新北工施字第1091
19 282397號函在卷可參（本院卷二第258頁），被告依上開約
20 定，拒絕發還原告繳納之履約保證金，自屬有據，原告請求
21 被告發還履約保證金，並無理由。

22 (四)原告請求所失利益178萬1700元，有無理由？按於定作人受
23 領工作前，因其所供給材料之瑕疵或其指示不適當，致工作
24 毀損、滅失或不能完成者，承攬人如及時將材料之瑕疵或指
25 示不適當之情事通知定作人時，得請求其已服勞務之報酬及
26 墊款之償還，定作人有過失者，並得請求損害賠償。民法第
27 509條定有明文。原告主張系爭工程肇因被告之原始設計圖
28 說有誤，致有停工一事，被告就其指示具有過失一節。惟該
29 條文之損害賠償，係因定作人因過失所供給材料之瑕疵或其
30 指示不適當，致承攬人受有損害而言。惟本件原告請求之所
31 失利益部分，係因系爭工程契約終止後，無法繼續施做獲取

01 報酬所致之損失，此部分非屬停工所致之損害，而與被告之
02 指示無涉，是原告依民法第509 條規定請求此部分所失利益
03 之損失，並無理由。且依系爭工程契約第20條第1 款第11目
04 約定：「乙方履約有下列情形之一者，甲方得以書面通知乙
05 方終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償乙方因此所
06 生之之損失：(一)乙方未依本契約規定履約，自接獲甲方書面
07 通知日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正
08 者。」被告依上開約定終止系爭工程契約，既有不補償原告
09 所受損失之約定，原告請求終止契約後所失利益部分，並無
10 理由。

11 (五)原告因拒絕復工而遭被告終止系爭工程契約，由系爭工程契
12 約既已終止，原告於審理中最後一次言詞辯論期日始提出依
13 民法第226 、256 條規定解除系爭工程契約之攻擊方法（見
14 本院卷二第238 、245 頁民事辯論意旨狀），即無審究之必
15 要，附此敘明。

16 四、綜上所述，原告主張終止系爭工程契約既無理由，且因拒絕
17 復工遭被告終止系爭工程契約，被告依約不發還保證金，是
18 原告請求被告返還履約保證金185 萬元及給付所失利益178
19 萬1,700 元，為無理由，應予駁回。原告之訴既經駁回，其
20 假執行之聲請失所附麗，應併予駁回。

21 五、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用
22 之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，
23 自無一一詳予論駁之必要，併此敘明。

24 六、據上論結，原告之訴為無理由，依民事訴訟法第78條，判決
25 如主文。

26 中 華 民 國 109 年 10 月 26 日

27 民事第二庭

28 法 官 辜 漢 忠

29 以上正本係照原本作成。

30 如對本判決上訴，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，若
31 委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費，否則本院得不

01 命補正逕行駁回上訴。

02 中 華 民 國 109 年 10 月 26 日

03 書記官 吳 婉 萱