最高法院民事判決

107年度台上字第2208號

上　訴　人　嘉義縣環境保護局
法定代理人　張根穆
訴訟代理人　王乃民律師
　　蔡易紘律師
上　訴　人　宜鴻營造有限公司
法定代理人　洪莉淇
訴訟代理人　吳柏宏律師

上列當事人間請求損害賠償事件，兩造對於中華民國105 年12月15日臺灣高等法院臺南分院第二審判決（104年度建上字第7號），各自提起（一部）上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於㈠駁回上訴人嘉義縣環境保護局請求工地保全費新臺幣叁佰伍拾捌萬肆仟叁佰壹拾叁元本息之訴及上訴；㈡駁回上訴人嘉義縣環境保護局請求拆除、重作木作、儀電設備、抿石子斜坡費用新臺幣柒佰叁拾萬元本息之上訴；㈢駁回上訴人宜鴻營造有限公司就上訴人嘉義縣環境保護局請求其給付逾期違約金新臺幣叁佰伍拾萬捌仟貳佰零捌元本息之上訴，及命其再給付逾期違約金新臺幣貳佰叁拾叁萬捌仟捌佰零伍元本息；暨各該訴訟費用部分廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

上訴人宜鴻營造有限公司其他上訴駁回。

第三審訴訟費用，關於駁回其他上訴部分，由上訴人宜鴻營造有限公司負擔。

理　由

本件上訴人嘉義縣環境保護局（下稱環保局）上訴本院後，其法定代理人依序變更為劉明全、石秉鑫、張根穆，茲據其先後具狀聲明承受訴訟，核無不合，應予准許，先予敘明。

其次，環保局主張：對造上訴人宜鴻營造有限公司（下稱宜鴻公司）於民國99年1 月間向伊承攬「嘉義縣三疊溪流域三疊溪橋下生活污水濕地水質改善二期計畫」工程（下稱系爭工程），兩造簽訂「工程採購契約」（下稱系爭契約），約定第1 階段自開工

日起210日曆天完成全部工項，完工後則進行第2階段繼續90日曆天之試運轉，繼續進行1 年功能效益評估作業。系爭工程經伊核定延展工期95 日，以99年11月15日為完工日。詎宜鴻公司迄100年5月3日仍未完工，且有諸多缺失，經伊依系爭契約第21條第㈠項第5、7、8、9、11款約定，於同年月18日終止系爭契約。伊受有支出清點挖驗費新臺幣（下同）7萬9940 元、結算費19萬4000元、工地保全費358萬4313 元之損害，宜鴻公司並應賠償伊按遲延日數以施工期間工程費千分之1計算之逾期違約金584萬7013元，及拆除及重作木作、儀電設備、抿石子斜坡費用（下合稱拆建費）730萬元等情，爰依系爭契約、民法第227條、第226條第1項、第495條第1項規定，求為命宜鴻公司給付1700萬5266元，及其中119萬6975 元（包括挖驗費7萬9940元、結算費9萬8000元、工地保全費91萬9035元及拆建費10萬元）、594萬3013 元（包括結算費9萬6000元及逾期違約金584萬7013元）、986萬5278 元（包括工地保全費266萬5278元及拆建費720萬元），依序自101年4月28日、同年6月22日、103年3月20 日起加付法定遲延利息之判決（未繫屬本院者，不予贅述）。

宜鴻公司則以：伊已完成系爭工程第1 階段之施作，並經環保局及訴外人監造單位際星科技股份有限公司（下稱際星公司）現場會勘後確認完工。環保局未舉證伊有減省工料情節重大之情，無契約終止權，其所為終止乃任意終止，不得依系爭契約第21條約定請求伊賠償。清點挖驗費、清點結算費非系爭契約期間所支出；環保局終止系爭契約後，負有保管系爭工程場地之責任；均非因工程瑕疵所致，環保局亦不得請求伊賠償。系爭工程僅得按未完成部分價金以逾期完工1 日計算逾期違約金，且該約定之違約金亦屬過高，應予酌減。兩造已就木作工項達成按木材鑑定合格比例計價之證據契約；木作、儀電設備、抿石子斜坡之瑕疵亦非屬重大，無拆除重作之必要，且民法第495條第1項、第226條第1項、第227 條規定均無請求拆除重作之效果。環保局各項請求均已罹於1 年請求權時效等語，資為抗辯。

原審以：宜鴻公司向環保局承攬系爭工程，工程總價3270萬元，

後調整為3354萬元。約定第1階段自開工日起210日曆天完成全部工項，經環保局核定展延95日曆天，應完工日為99年11月15日。宜鴻公司於99年11月16日申報竣工，兩造於同年月19日會同際星公司人員現場勘驗，由環保局之承辦人吳軼凱技士製作竣工現場確認會勘紀錄（下稱現場會勘紀錄），並經到場人員簽名於其上。環保局於同年月22 日通知宜鴻公司無法認定為完工，嗣於100年5月18 日以宜鴻公司延誤履約期限及擅自減省工料等情節重大事項為由，依系爭契約第21條第㈠項第5、7、8、9及11款約定終止系爭契約。系爭工程經環保局重新招標，於102年7月24日由訴外人駿雄營造工程有限公司（下稱駿雄公司）得標，嗣同月25日另立總價4000萬元之工程契約，惟迄未開工。系爭工程完成之工項及數量，經臺灣嘉義地方法院101年度建字第6號宜鴻公司請求環保局給付工程款事件（下稱另案），囑託中華民國水土保持技師公會全國聯合會（下稱水保技師公會）鑑定，經該會鑑定完工數量金額為2605萬3077元，為兩造不爭之事實。查現場會勘紀錄上之現地工區施工完成成果項下，各項契約工項雖均記載「完成」字樣，並經到場全體人員簽名確認，惟據吳軼凱、際星公司技師王裕盛、宜鴻公司工地負責人曾華銘於臺灣嘉義地方檢察署102年度交查字第2778 號偵查案件之證述，可知該次會勘，僅在工地現場就各工項有無施作進行初步會勘，並未逐項清點數量、測量；宜鴻公司於會勘前，未依約檢附工程竣工圖表向環保局申報竣工；現場會勘紀錄結論僅列舉12大項之契約工項，並未針對各細部工項是否完成為記載，況依現場拍攝之照片，尚有鋪面工程、入口意象解說看板、植栽噴灌系統工程、水流轉廣場等工項，仍處於施作狀況；衡酌系爭工程施工督導紀錄表同年11月16日、17日、22日記載各日累積進度依序為83.245%、84.416%、91.18% ，環保局於會勘後，旋即向宜鴻公司表示無法認定系爭工程完成，足認系爭工程於會勘時尚未完工。嗣宜鴻公司於99年11月24日再向環保局申報完工，環保局於同年12月20日至現場會勘，仍有植草皮、解說看板、廁所之電氣、百葉窗等工項尚未完成，嗣後並發生道路沈陷現象，宜鴻公司雖進行修復，但未經際星公

司查驗，並尚有熱浸鍍鋅蓋板等工項尚未完成，難認系爭工程已達完工階段。而宜鴻公司就φ250mmPVC管埋管工程開挖深度達2.55公尺部分，未施作6m鋼板樁作為擋土設施，造成道路坍方，危害公共安全；施作槽體結構工程結構物之開挖擋土設施應至少為14m長之鋼板樁，惟經抽驗發現部分鋼板樁長度僅8-9 m，因擋土支撐力不足，已導致既有路面、路側溝、人行道嚴重塌陷；又四方亭、扇形休憩花架、水流轉休憩花架等工項，為固定埋入地底之柱腳，原均應設置一定長度並有10cm裸露地表面之鋼板套管，惟經查驗，四方亭有6支主柱腳之鋼板套管長度不足，4支斜式支柱未設置鋼板套管；扇形休憩花架有13支主柱之鋼板套管僅裸露3-8cm於地表，6支斜式支柱未埋入地底，且未設置鋼板套管；水流轉休憩花架有8支主柱之鋼板套管僅裸露3-8cm於地表，另有 8支未設置鋼板套管。宜鴻公司就系爭工程曾向行政院公共工程委員會（下稱工程會）提出申訴，工程會採購申訴審議委員會作成之判斷，亦認定宜鴻公司有政府採購法第101條第1項第3款及第8款情事，乃維持環保局所為刊登政府採購公報之處分，環保局依系爭契約第21條第1項第7款約定終止系爭契約，即無不合。其次，系爭契約既因宜鴻公司違約遭終止，環保局為辦理清點、挖驗及結算，支出必要之100年9月27日清點挖驗費7萬9940 元、委請專業之中華民國環境技師公會全國聯合會（下稱環境技師公會）協助進行結算之清點結算費19萬4000元，依系爭契約第11條第㈧項、第15條第㈣項約定，請求宜鴻公司支付，核屬有據。惟依系爭契約第9條第㈠項、第㈦項第1款、第㈩項及第21條第㈢項等約定，系爭工程施工迄驗收移交接管單位接收前，宜鴻公司對工地現場負管理之責，倘環保局提前終止契約，宜鴻公司負責維護工程至機關接管為止。則環保局終止系爭契約後，自100年7月16日起接管系爭工程現場，宜鴻公司依約就系爭工地已無維護及保管之責。環保局所支付自100年7月16日起至102年12月31 日止之工地保全費共計358萬4313 元，亦非因工程瑕疵所致損害，況環保局自終止系爭契約後2 年餘迄102年7月25日重新發包與駿雄公司，復遲未進行施作，自難將其遲未發包、施工期間所支出之保全

費用，均歸責於宜鴻公司，環保局依民法第495條第1項、系爭契約第18條第㈧項約定，請求宜鴻公司給付工地保全費，自屬無據。又環保局依系爭契約第17條第㈠項約定，請求迄100年5月18日終止時之遲延完工日數184日，按施工期間工程費千分之1，計算屬損害賠償總額性質之逾期違約金584萬7013 元，未逾系爭契約第17條第㈣項約定20％之上限，而系爭工程係因宜鴻公司減省工料情節重大而終止，工程品質堪慮，宜鴻公司復未舉證其未完成部分不影響已完成部分之使用，核無酌減必要，環保局所為請求，自非無據。再者，兩造於本件訴訟前並未成立以水保技師公會為鑑定機關之證據契約；兩造於另案委請水保技師公會鑑定時，亦未就木作工項之木材採樣鑑定合格比例作為計價依據成立證據契約。雖宜鴻公司未全部依兩造前已合意變更之木材黃金鐵木施作木作工項，惟系爭契約係經終止，未為完工驗收，無保固期可言，亦非於施工期間即發現之瑕疵，不符設計圖說L302第9 點承包商負責拆除重作之約定。而我國民法於承攬瑕疵擔保責任部分，規定定作人僅得請求修補瑕疵、減少報酬、損害賠償及解除契約，且在可歸責於承攬人之事由致工作物瑕疵重大不能使用者，亦僅得解除契約而回復原狀，是在我國法下，應未承認瑕疵修補請求權包括重作之權利。環保局主張宜鴻公司未全部以黃金鐵木施作，且無法以肉眼辨識，瑕疵重大，無法使用，應予全部拆除重作，自應舉證「瑕疵確屬重大無法修補」之有利事實。環保局所舉國立嘉義大學鑑定報告，係其單方委託，難予憑採。兩造另案水保技師公會鑑定報告，將不合格木材不予計價，並謂「1.鑑定報告書中因不予計價而不予估算維修費用之施工項目，為可增進整體使用功能或復舊後將可能造成公眾利益受損之項目。4.…承包商若依契約進行敲除或復舊，將對本工程整體功能產生嚴重之損害，進而影響其維修金額」，顯已考慮木材品質瑕疵程度未達重大程度，並認無拆除重作之必要。而環保局所舉中國文化大學函文雖稱潘濟木、紅盾籽木、印度栲三種木材不適合使用於戶外景觀用途，然未提出其與黃金鐵木之耐用年數差異，況系爭工程位處雨量大時大多數區域均泡水之相對低窪處，嚴重影響木材

之使用年限，該耐用年數亦與有無適當保養有關，自難以前開函文逕認系爭木作項目已達無法使用而應予全數拆除之程度。況且，環保局於另案就木作材料瑕疵部分已主張不予計價（即減少報酬），以彌補或抵償工作本身因該瑕疵而減少之交易價值，在其減少報酬之範圍內，已不得主張損害賠償，而木作工項並無瑕疵重大致需拆除重作之必要，已如前述，環保局自不得再行請求拆除重作費用之損害賠償。又另案水保技師公會鑑定報告確認系爭工程儀電設備曾經環保局於101年3月間委請環境技師公會為機電儀電清點測試，而鼓風機、抽水泵、流量計、照明、監控及廣告看板，於99年12月2 日曾經監造單位試運轉，並詳列測試結果，除抽水泵儀表有明顯運作顯示之燈亮外，其餘照明設備、LED 看板亦經測試確認燈光及顯像無不能運作之情事，難認有瑕疵重大致需拆除重作之必要。兩造復於另案水保技師公會鑑定時就抿石子斜坡工項，簽認同意「完成數量 49.32㎡、需維修」，經鑑定機關以考量施工工項如拆除，恐反損及公共利益，致使系爭工程整體功能產生嚴重損害，故未達應予拆除之程度，亦難認有就抿石子斜坡拆除重作之必要。末以，環保局係於100年9月27日挖驗之後始支出清點挖驗費，並於100年12月及101年5 月間始支出清點結算費，其於101年4月16日起訴請求清點挖驗費7萬9940 元、清點結算費9萬8000元，於101年6月21日追加請求清點結算費9萬6000元，未罹於1 年時效；又逾期違約金，請求權時效為15年，亦未罹於時效。從而，環保局依系爭契約請求宜鴻公司給付 612萬953元（即清點挖驗費7萬9940 元、清點結算費19萬4000元〈9萬8000元+9萬6000元〉、逾期違約金584萬7013 元），及其中17萬7940元（即7萬9940+9萬8000元）、594萬3013元（即9萬6000+584萬7013元），依序自101年4月28日、同年6月22日起計付之利息，核屬正當，應予准許，其餘部分，均非有據，應予駁回等詞，因而將第一審所為環保局勝訴部分之判決，廢棄一部（即命宜鴻公司給付逾612萬953元本息部分）、維持一部（即命宜鴻公司給付612萬953元本息部分），分別駁回環保局上開廢棄部分之訴及宜鴻公司之其餘上訴；另維持第一審所為環保局敗訴部分之判

決，駁回其上訴。

關於廢棄發回部分（即環保局請求工地保全費358萬4313元、拆建費730萬元，及逾期違約金584萬7013元部分）：

按承攬人完成之工作不合規格，亦屬不完全給付之一種，而承攬人之工作瑕疵擔保責任與不完全給付，原則上得為併存，因此承攬人完成之工作如有瑕疵，定作人除得請求承攬人負瑕疵擔保責任外，並得以不完全給付為理由，依債務不履行法則，請求承攬人賠償損害。又因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。亦為民法第227條所明定。準此，因可歸責於債務人之事由，致工作發生瑕疵者，並發生履行利益以外之損害時，定作人並得依不完全給付請求損害賠償。查宜鴻公司施作系爭工程尚未完工，確有減省工料情節重大，經環保局依系爭契約第21條第㈠項第7款約定，於101年5月18日合法終止系爭契約，嗣環保局將系爭工程重行招標，於102年7月25日與駿雄公司另立工程契約，惟迄今尚未開工，為原審認定之事實。果爾，系爭工程既尚未完工，經環保局終止系爭契約，雖依系爭契約第9條第㈠項、第㈦項第1款、第㈩項及第21條第㈢項等約定，環保局於終止系爭契約後，自100年7月16日起接管系爭工程現場時，就該工地負有維護及保管之責。然該未經宜鴻公司完工之工地，於另行發包並交付施作前，是否無命專人管理以維護安全之必要？宜鴻公司完成之工作不合規格，於另行發包交付他人施作前，環保局保管該未完工工地之工地保全費，是否非因宜鴻公司工作瑕疵所致環保局履行利益以外之損害？均非無疑，自待研酌。則環保局於事實審主張因宜鴻公司違約未能續建完成系爭工程，於伊另行發包前，聘請保全維護工地安全支付保全費用，係可歸責於宜鴻公司之事由，因不完全給付致伊所受損害等語（一審卷一第13、14頁、卷四第288頁），似非全然無據。而環保局於終止系爭契約後另行發包並交付施作之合理期間為何？其迄終止系爭契約後2年餘始另行發包予駿雄公司，有無遲誤情形？攸關環保局可得請求宜鴻公司賠償工地保全

費之期間，亦待調查釐清。乃原審未察，徒以宜鴻公司於環保局終止系爭契約後，對系爭工程之工地已無維護及保管之責，且該保全費用亦非屬因工程瑕疵所致之損害，就此為環保局不利之論斷，未免速斷，復就環保局所為不完全給付損害賠償之主張，恝置未論，亦有判決理由不備之違誤。其次，按鑑定為一種調查證據方法，所得結果係供作法院依自由心證判斷事實真偽之證據資料。當事人依民事訴訟法第326條第2項規定合意指定之鑑定人，除法院認顯不適當，其公正及誠實既為雙方當事人所信任，法院自無不從其合意選任之理由。又當事人提出別一訴訟事件囑託鑑定之鑑定報告書，雖不失為證書之一種，法院固非不得依其自由心證予以採用，惟仍應以該證書與證據法則不相違背，始得為之。查兩造就宜鴻公司施作系爭工程之項目、數量、瑕疵及完工程度，於本件訴訟前並未成立以水保技師公會為鑑定機關之證據契約；兩造另案訴訟將系爭工程之「工程項目、完工數量金額、瑕疵修補金額」委請水保技師公會鑑定並作成鑑定報告，為原審認定事實。倘是，觀諸另案第一審筆錄有關兩造對鑑定選任意見之記載，宜鴻公司請法院自雙方較無意見之臺灣營建研究院、台灣省土木技師公會選任為鑑定機關，並尊重法院以臺灣營建研究院為鑑定機關；環保局則對臺灣營建研究院無意見，但反對以水保技師公會為鑑定機關各語（見原審卷一第145 頁）；似兩造於另案係合意選任臺灣營建研究院為鑑定機關。環保局並於原審陳明水保技師公會不宜擔任另案鑑定機關之理由（見原審卷一第 127至129 頁）。則原審未說明另案經兩造合意鑑定機關臺灣營建研究院有何顯不適當之情形？亦未說明環保局前開主張不足採之理由，遽以水保技師公會所為鑑定意見，謂木作設施非合約約定黃金鐵木施作之瑕疵不予計價，並不予估算維修費用之理由，及系爭工程位處雨大時大區域處於泡水之相對低窪處，影響木材使用年限，認該瑕疵未達重大程度，而儀電設備、抿石子坡道亦均無重大瑕疵，認系爭工程前開工項均無拆除重作之必要，非無違誤。又原審先以我國民法承攬瑕疵擔保責任之規定，並未承認瑕疵修補請求權包括重作之權利，再謂瑕疵重大無法修補得請求拆除

重作，亦見矛盾。再者，按債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金。約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第251條、第252條分別定有明文。查系爭契約經環保局終止時，遲延184 日，為原審認定之事實。宜鴻公司於原審舉經監造單位際星公司填報之公共工程監造報表及已施作之二期廁所應予拆除之環保局函文，抗辯其施工累積進度為99.235% ，除應依約按未完成部分價金計算逾期違約金外，伊遲延履約情節並非重大，違約金應予酌減等語（見原審卷三第372頁、第387頁正、背面、卷一第207頁、一審卷三第234頁）。觀諸系爭契約第17條第㈠項載明：「逾期違約金，以日為單位，廠商如未依照契約規定期限完工，應按逾期日數，每日依契約價金總額之施工期間工程費千分之1 計算逾期違約金。但未完成履約之部分不影響其已完成部分使用者，按未完成履約部分之契約價金，每日依其千分之1 計算逾期違約金。」等語（見一審卷一第36頁背面）。佐以環保局就水保技師公會鑑定結果，除前述涉及請求拆除重作之木作、儀電設備及抿石子坡道外，絕大多數同意該鑑定結果或同意減價收受等情（見原審卷二第323 頁至第347 頁），似非全然無據，自有再加研酌之必要。乃原審未察，逕以宜鴻公司未舉證其未完成履約部分不影響其他已完成部分之使用，按系爭工程施工期間之工程費3177萬7247元計算之逾期違約金額，未逾系爭契約約定百分之20之上限，而為宜鴻公司不利之論斷，亦有可議。兩造上訴意旨，分別指摘原判決上開部分為不當，求予廢棄，非無理由。末環保局於原審主張請求拆除重作木作、抿石子斜坡、儀電設備之費用，惟各該工項之請求之數額為何（見原審卷二第357頁、卷三第472頁）？又環保局於另案就系爭工程瑕疵倘已主張不予計價係行使報酬減少請求權，則於計算此部分之損害時是否應扣除該不予計價部分？案經發回，均宜一併注意及之。

關於駁回宜鴻公司其餘上訴部分：

關於環保局請求給付清點挖驗費7萬9940元 本息、清點結算費19萬4000元本息部分，原審認環保局依系爭契約第11條第㈧項、第

15條第㈣項約定所為請求，為有理由，且未罹於請求權時效，爰廢棄第一審所為環保局敗訴之判決，改判決如其聲明，尚無不合。上訴論旨執此並以原審取捨證據、認定事實、契約解釋之職權行使，暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決此部分違背法令，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件環保局上訴為有理由，宜鴻公司上訴一部為有理由，一部為無理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項、第481條、第449條第1 項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　31　　日

最高法院民事第六庭

審判長法官　劉　靜　嫻

法官　林　恩　山

法官　高　金　枝

法官　林　金　吾

法官　李　媛　媛

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　12　　日