最高法院民事判決

107年度台上字第2350號

上　訴　人　森榮營造有限公司
法定代理人　楊芳銘
訴訟代理人　林世勳律師
　　郭群裕律師
上　訴　人　嘉義縣布袋鎮公所
法定代理人　陳鳳梅
訴訟代理人　曾錦源律師
　　林浩傑律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，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（103年度建上字第 9號），各自提起上訴或一部上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人森榮營造有限公司請求給付新臺幣四百三十一萬六千七百四十六元本息之訴，及駁回上訴人嘉義縣布袋鎮公所就命其給付新臺幣八百三十七萬八千三百七十二元本息之上訴，暨各該訴訟費用部分均廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

理　由

一、上訴人森榮營造有限公司（下稱森榮公司）主張：

㈠兩造於民國97年7月7日簽訂工程契約書（下稱系爭契約），由伊承攬對造上訴人嘉義縣布袋鎮公所（下稱布袋鎮公所）發包之「龍宮溪排水系統（大寮地區）- 東港里村落圍堤改善工程（第一期A 標）」（下稱系爭工程），決標金額新臺幣（下同）6,152萬元，開工日同月11日，工期395日曆天。

㈡開工後，迭因布袋鎮公所遲未完成土地徵收取得用地等協力義務、屢變更設計等不可歸責於伊之事由，致要徑作業受阻，而停工及展延工期共406天，較原工期增加約1.027848 倍，應以該比例按系爭契約結算明細總表記載計算增加必要費用為486萬7,156元，伊得依系爭契約第21條第10項約定，請求如數補償。

㈢伊悉依該公所指示，配合施作系爭工程之蜂巢格網工項，於

98年7月30日前完成3次估驗作業，尚未驗收完成，即於同年8月8日遭莫拉克颱風沖毀；伊已依該公所同年12月22日召集風災受創會勘（下稱98年風災會勘）時指示，進行該工項之修復。嗣伊申報完工，經該公所於99年10月13日完成驗收。詎其未完成第3次變更設計，竟於同年12月1日發函略以伊所提第3 次追加預算協定書，不符竣工後辦理變更設計規定而退還，並拒絕就蜂巢格網、鋼筋網加鋪混凝土坡面（下稱鋼網混凝土坡面）工項辦理驗收，顯係故意使付款條件不成就；其復經伊催促，始於 100年12月辦理結算付款，但仍未給付上開2工項之工程款依序464萬4,252元、318萬3,710元。

㈣爰依承攬之法律關係及系爭契約，求為命布袋鎮公所給付1,269萬5,118元及自99年10月14日起加計法定利息之判決（布袋鎮公所就保固保證金196萬2,423元本息之敗訴部分，未聲明不服，未繫屬本院，不予另贅）。

二、布袋鎮公所抗辯：

㈠系爭契約自始即約定，無論工期如何延長，皆不影響給付總額度，森榮公司不得以停工、展延工期請求增加必要費用；況伊結算之必要費用為503萬3,215元，較系爭契約所定 473萬5,288 元為多，即已就展延工期增加給付，非屬追加工程之必要費用，且森榮公司於停工期間無任何施工，伊多付部分已足彌補展延工期及增加工項之費用。

㈡森榮公司提出99年3月4日「莫拉克水災損壞滯洪池護坡承包商自付修復會勘紀錄」（下稱修復會勘紀錄），未蓋用伊大印，無證據力，且伊原承辦人曾明堂是日未請差假，並無會勘，所述蜂巢格網工項有修復云云非實。森榮公司既未證明蜂巢格網工項已完工，伊無付款之義務；縱有修復，惟臺灣省土木技師公會（下稱土木技師公會）鑑定時，現場鑽心取樣18孔，有8 孔無蜂巢格網，不合格率為44.44%，依系爭契約第4條第2項約定，應按該比率辦理減價206萬3,906元及處以違約金（按減價金額6倍計算，下同）1,238萬3,436 元。

㈢森榮公司係自行施作鋼網混凝土坡面工項，尚未完成變更設

計及追加預算程序，伊無須付款；且該坡面裂縫嚴重，亦未達原設計厚度15公分，依土木技師公會105年6月28日補充說明，採樣中有2孔之厚度僅7公分，與原設計相差甚多，應屬施工瑕疵，依系爭契約第 20條第3項約定，伊僅補償森榮公司增加之必要費用，另依第4條第2項約定，就該瑕疵及不合格樁位0K+070、0K+170、0K+570 等處，辦理減價16萬2,603元及處以違約金97萬5,618元。

三、原審維持第一審所為命布袋鎮公所給付837萬8,372元本息之判決，駁回其該部分之上訴，並廢棄第一審命其給付431萬6,746元本息部分之判決，改判駁回森榮公司該部分之訴。理由如下：

㈠布袋鎮公所已自認森榮公司完成蜂巢格網工項，惟毀於莫拉克風災。依證人曾明堂、營造監工蔡明哲之證詞、修復會勘紀錄、土木技師公會鑑定報告及105年6月28日補充說明（下稱系爭鑑定報告、補充說明），足證森榮公司已修復蜂巢格網。布袋鎮公所既於99年10月13日完成驗收，並將該工項列入決算數，僅結算為零，難以森榮公司無法提出施工修復之相片、報表等資料及行政院公共工程委員會（下稱工程會）鑑定結果，即認未修復該工項。

㈡依布袋鎮公所變更追加預算書、98年風災會勘紀錄及工程會鑑定結果，堪信森榮公司係經布袋鎮公所之同意，施作鋼網混凝土坡面工項，布袋鎮公所有付款之義務，不因未依系爭契約第20條第3項約定辦理變更設計而異。

㈢依系爭鑑定報告及補充說明，現場取樣18孔結果，有8 孔無蜂巢格網存在，不合格率44.44%；鋼網混凝土坡面有7 孔不足原設計厚度15公分，不合格率38.88%，18孔總平均厚度14.296 公分。布袋鎮公所得依系爭契約第4條第2 項約定，以蜂巢格網面積7,268平方公尺、單價639元，按上開比率減價206萬3,906元；以鋼網混凝土坡面長、寬各632公尺、8公尺、單價 2,654元，按取樣總平均厚度與原設計15公分之差額減價9萬4,467 元；另該約定處以減價金額6倍之違約金過高

，均酌減為1 倍。則蜂巢格網、鋼網混凝土坡面工程款依序464萬4,252元、318萬3,710元，扣除其減價及違約金後，森榮公司尚得請求51萬6,440元、299萬4,776元。

㈣依布袋鎮公所結算驗收證明書記載，系爭工程展延工期406天，較原工期增加約1.027848倍，既非可歸責於森榮公司，布袋鎮公所復自承增加必要費用係以比例計算，則森榮公司自得依系爭契約第21條第10項約定，以該比例按原定必要費用473萬5,288元計算增加費用為486萬7,156元。至布袋鎮公所結算必要費用503萬3,215元，較原定為多，係因追加工程所致，與展延工期無關。

㈤從而，森榮公司依承攬之法律關係及系爭契約，請求布袋鎮公所給付837萬8,372元，及自99年10月14日起加計法定利息，為有理由，應予准許，逾此請求之431萬6,746元本息，不應准許。

四、本院判斷：

㈠按鑑定為一種調查證據之方法，鑑定人或受囑託之機關或團體依其特別知識就鑑定事項加以判斷，本應詳盡說明其獲得鑑定結論之理由，且所得之鑑定意見僅係供作法院判斷事實之證據資料，其可採與否，法院仍應踐行調查證據之程序而後定其取捨。又法院分別囑託數機關或團體就同一鑑定事項為鑑定時，如該數機關或團體就同一鑑定事項所為鑑定意見不同，或提出之鑑定書尚有不明瞭或不完足之處者，自應命各該機關或團體所指定鑑定之人到場說明，經法院訊問或當事人發問，使兩造充分瞭解鑑定意見之形成後再為適當完全辯論，必待透過上述程序，依自由心證判斷事實之真偽，所踐行之調查證據程序始得謂為合法。查兩造就森榮公司於莫拉克風災後有無完成修復蜂巢格網工項，爭執甚烈。第一審係囑託工程會鑑定，第二審則囑託土木技師公會鑑定，各該鑑定機關之鑑定分析結果迥異（一審卷二275頁、277頁反面，外放系爭鑑定報告8 頁）。乃原審未命工程會及土木技師公會所指定鑑定之人到場說明，即遽依土木技師公會系爭鑑

定報告，認森榮公司已完成修復蜂巢格網工項，所踐行之調查證據程序，自難謂合。其次，兩造已自認蜂巢格網間距為20公分（原審卷二198 頁）；惟土木技師公會鑑定時，係以現場鑽心直徑小於94mm取樣之孔洞，於鑽孔處以手伸入孔內觸摸有無蜂巢格網存在，為該工項有無修復完成之鑑定方法（同上報告8頁、附件十19-1 頁）。則森榮公司迭稱該公會鑽心取樣之孔洞小於蜂巢格網之設計孔徑甚多，該鑑定方法有極大可能無法鑽取到蜂巢格網，致未摸到，並請求傳喚鑑定人到院說明等語（原審卷二150、194、195、198頁），自屬重要之攻擊方法。原審未遑詳查，亦未說明其就此取捨之意見，徒憑系爭鑑定報告所載鑽心18 孔，有8孔無蜂巢格網存在，不合率為44.44%之鑑定意見（該報告8 頁）及補充說明（原審卷二277、279頁），即採為裁判之依據，不啻將法院採證認事之職權委諸鑑定人，與鑑定僅為一種調查證據方法之趣旨，殊有違背，亦有判決理由不備之違誤。

㈡按法院於依民法第252 條規定審酌違約金有無過高情事而應否予以酌減時，須依一般客觀事實、社會經濟狀況、當事人所受損害情形，及就債務人若能如期履行債務時，債權人所得享受之一切利益為衡量之標準。如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，民法第251 條亦有明文。查森榮公司施作之鋼網混凝土坡面工項，經土木技師公會鑑定取樣18 孔，有7孔厚度不足原設計之15公分，不合格率38.88%，總平均厚度14.296公分，布袋鎮公所得依系爭契約第4條第2項約定處以違約金等情，為原審確定之事實。果爾，森榮公司就該工項之施作已為一部履行，則布袋鎮公所因該一部履行所受之利益為若干，所受之損失是否因而減少，此與所得減少違約金之數額，所關頗切。原審未依上開各情加以衡酌，即以蜂巢格網工項酌減違約金之理由，遽謂此工項之違約金亦應減為減價金額1 倍，所為不利布袋鎮公所之認定，自有消極不適用民法第251 條規定之違誤。

㈢以上各情，攸關森榮公司能否請求蜂巢格網、鋼網混凝土坡面之工程款，及布袋鎮公所得減價收受及處以違約金之數額，既仍待原審進一步釐清，則原審所為兩造上開不利之判決，即無以維持。

㈣兩造上訴論旨，各自指摘原判決上開不利於己部分為不當，求予廢棄，均為有理由。

五、結論：

本件兩造上訴均為有理由。依民事訴訟法第477條第1項、第478條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　24　　日

最高法院民事第五庭

審判長法官　沈　方　維

法官　魏　大　喨

法官　陳　靜　芬

法官　蘇　芹　英

法官　張　競　文

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　7　　日