最高法院民事判決

109年度台上字第1621號

上　訴　人　正統鹿耳門聖母廟
法定代理人　王明義
訴訟代理人　黃正彥律師
　　黃雅萍律師
　　蘇清恭律師
被上訴人　金洄營造有限公司
法定代理人　蔡全乙
訴訟代理人　沈昌憲律師
　　許世烜律師
　　楊家明律師

上列當事人間請求債務不履行損害賠償事件，上訴人對於中華民國108年1月31日臺灣高等法院臺南分院第二審判決（106年度建上字第31號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決除假執行部分外廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

理　由

本件上訴人主張：被上訴人於民國104年2月26日與伊訂立「鹿耳門聖母廟香客大樓新建工程」契約（以下分稱系爭工程、系爭契約），承攬系爭工程，約定總價新臺幣（下同）1億2458萬元。104年7月7日蓮花颱風來襲時，被上訴人於該日施作工地南側基礎底版混凝土灌漿作業，因下大雨嚴重影響混凝土結構強度，經監造人許士群建築師當場指示被上訴人立即停止施工，嗣兩造同意委請臺南市土木技師公會（下稱土木技師公會）鑑定當日灌漿部分是否符合設計規範後，再繼續施工。系爭工程嗣經土木技師公會鑑定混凝土強度合格後，伊即多次通知被上訴人進場施作，被上訴人竟設詞拒絕進場，拒不提出改善計畫，於停工期間復未將工地南側基礎底版積水抽乾，放任已施作之鋼筋浸水鏽蝕，構成系爭契約第21條第1項第5款、第8款之故意延誤履約期限及無正當理由不履行契約，已屬給付不能，伊依系爭契約第9條第19項第2款、第21條第1項第5、7、8、11、13款之約定，於104年10

月22日發函通知被上訴人解除契約。伊因系爭工程已支付被上訴人預付款1245萬8000元、第一、二期工程款497萬2449元、688萬1383元，另因本件工程支出建築師設計費295萬4094 元、監造費23萬3553元、建築執照規費3萬6271元、指定建築線測量費4萬元、污水下水道系統工程費4萬7250元、空氣污染防制費4萬7944元，均係因被上訴人違約所生之損害等情。爰依民法第226條第1項、第216條第1項及第260條規定，求為命被上訴人賠償2767萬944元本息之判決。

被上訴人則以：系爭工程於開工後，因上訴人在契約約定事項以外，要求伊先進行高壓噴射基樁試樁，因試樁停工工法變更伊須重新備料、機具，又因廟會繞境活動無法動工，伊於104年3月24日至同年5月5日停工；又因104年7月7 日南側基礎底版施工中，監造人及上訴人之現場工程司強行中斷伊澆灌施工，要求進行強度鑑定，致於同年7月8日至同年10月12日止又停工97日，二者合計已停工超過3個月，上開停工非可歸責於伊，伊已依契約第 21條第8項第3款，於104年10月13 日終止契約，上訴人自無從嗣後再行解除契約請求伊賠償損害。又伊施作之南側基礎底版混凝土經鑑定強度符合契約標準，早經上訴人估驗通過，已完工部分並無任何瑕疵，上訴人之解約不合法。又上訴人請求之工程預付款係依契約履行付款義務，建築師設計監造費、建築執照費、污水下水道及空氣污染防治費等，係其發包系爭工程前依其與建築師之契約及建築法相關規定支付之費用，與本件契約履行爭議並無因果關係；且伊已於104年11月24 日將工地移交上訴人，南側基礎底版鋼筋鏽蝕顯為其自己保管不當，不應由伊負擔責任等語，資為抗辯。

原審廢棄第一審所為上訴人此部分勝訴之判決，改判駁回其在第一審之訴，無非以：兩造於104年2月26日就系爭工程簽訂系爭契約，總價金為1億2458萬元，並於104年3月23 日正式開工。開工次日上訴人召開工程協調會，決議被上訴人應依監造人即訴外人許士群建築師指定，每立方公尺15包、14包、13包之水泥配比做試樁體3支，被上訴人於104年3月25日依建築師指定之3點位置，

進行高壓噴射基樁試樁，於次日發函通知上訴人：樁體3 支已完成，擬於3月26 日起暫報停工，待取樣合格後立即復工；上訴人於同日之工程監造表記載：「被上訴人104年3月26日報停工，待試樁體強度試驗後再行復工。」而依契約及施工圖說、證人許引絃土木技師、上訴人指定之系爭工程之工程司陳順寶之證述，可見系爭契約書、圖說、標單、施工規範，或契約詳細價目表等，均無「試樁」項目，故高壓噴射基樁試樁乃新增工項。而設計監造單位原設計「高壓噴射法」係為「地層改良」之方式，而非「基礎設計」內容，屬設計階段即應完成，而應依地質鑽探資料先行試樁，以確定高壓噴樁工法於本建築基地於地層改良後，是否達設計改良承載強度，而非至施工階段始進行試樁。因設計監造單位之錯誤，於施工後方發現原設計工法不可採。又依系爭工程建築基地之地質鑽探資料，工址之地質為黏性土壤，而設計監造單位原設計「高壓噴射法」僅適用於砂質土壤，不適用於黏性土壤，此所以事後兩造同意變更工法由原約定之高壓噴射基樁工法，變更為全置換工法。則被上訴人抗辯，開工後上訴人方面改變工法，且不同意追加經費，其為順利完成工程，委曲求全同意作試樁一節，應可採信。且上訴人不同意追加經費，此從施工計畫審查書意見對照表序號4 所載：試樁三支以括號加註「配合甲方（即上訴人）要求」可知。與陳順寶證稱該施工計劃書是試樁後修正者等語，及該對照表註明送審日期係104年4月15日相符。上訴人主張被上訴人同意試樁並列入施工計畫之內云云，與事實有間，並不可採。是被上訴人因配合試樁而停工，並非可歸責於其之事由。又載運機具、材料之大卡車進出頻仍，若穿越人群，對參與廟會繞境之香客安全確有相當程度之危險，加上因工法變更，被上訴人亦須重新準備材料機具，參酌上訴人之104年5月1 日至3 日工程監造報表，亦記載「本日工地無施工，廟方今日遶境大遊行」之事實。以上停工期間為104年3月24日至104年5月3 日，共計41日，係可歸責於上訴人之事由所致。次查104年7月7 日蓮花颱風來襲，…被上訴人於當日中午12時30分左右，開始進行系爭工程南側基礎底版混凝土灌漿作業，當時天氣晴朗、無雨，

下午4、5點左右下大雨，許士群建築師現場要求被上訴人停止混凝土澆灌，被上訴人於下午約5時10分停工，於5點46分左右被上訴人致電許士群建築師，表示雨已停要求繼續灌漿，未獲同意。因上開停止（中斷）灌漿爭議，兩造同意委由土木技師公會，鑑定系爭工程南側基礎底版混凝土強度，於104年8月17日取樣，於8月24日會同於實驗室觀看試驗結果，9月4 日做成鑑定報告，被上訴人於次日收受該報告，於9月7日送交該報告予上訴人。鑑定結果為本案鑑定標的物基礎版混凝土強度符合設計需求。依證人方定成、黃柏鈞土木技師之證述，渠等依照片顯示，現場沒有積水，可以允許被上訴人於雨停後澆置系爭基礎底版混凝土，不應斷然拒絕繼續澆灌，造成本件之界面（冷縫）。此項停工為7月8日至9月7日，乃上訴人之監造人及現場工程司未始終親在現場或指定廟方人員在場觀看，以致誤以為被上訴人於其2人開會之2小時間內，係在下大雨中澆灌而誤判，應屬可歸責於上訴人之事由。又方定成技師另證稱：混凝土施作前，均會先採樣進行坍度、氯離子檢查，符合規定才能進行澆灌，如混凝土材料有不合格，應是「退料」的問題，但工程仍應繼續進行不應中途中斷避免發生冷縫等情，不生上訴人所稱被上訴人原先進場之混凝土因出場已超過90分鐘不能使用之情形。於鑑定報告送達兩造後，上訴人雖於9月4日發函要求被上訴人儘速進行本工程，又於同月9 日發出工程聯絡單要求依前函即日復工，上訴人並於9月21 日發函被上訴人，兩造於9月26 日召開工程復工協調會，要求被上訴人進場施作。但依上開土木技師公會之鑑定報告，建議：施工界面建議先行清洗，將表面碎石未有水泥包覆之粒料打除，塗新舊混凝土接著劑後，再行澆置混凝土。依系爭契約第4條第10項第5款約定及上開3 位土木技師之專業意見，此項界面之處理，顯非兩造原契約所約定之工項，乃新增工項。應給予工期及費用，就界面如何修復，修復範圍施工方法，均應由兩造會同監造人決定處理，然均為上訴人於會中所拒絕，則被上訴人未因上訴人之催促而進場復工，非可歸責於被上訴人。則自104年7月8日停工至104年9月26 日復工協調會召開之間之停工，係可歸責於上訴人。二次

停工合計超逾90天以上。被上訴人於104年10月13日發函，依系爭契約第21條第8項第3款「因可歸責於上訴人之情形，停工累計逾3個月」，通知上訴人解約，上訴人於次日即收受該信函，系爭契約已經合法終止。上訴人於104年10月22日以存證信函，依契約第21條第1項第5款及第8款，主張解除契約並請求損害賠償，即屬無據。從而，上訴人依契約及給付不能之法律規定，請求被上訴人給付2767萬944元本息，為無理由，應予駁回等詞，為其判斷之基礎。

惟查系爭契約第21條第8項第3款約定：因可歸責於甲方（即上訴人）之情形，甲方通知廠商部分或全部暫停執行（停工）；暫停執行期間累計逾3個月者，廠商得通知甲方終止或解除部分或全部契約，並得向甲方請求賠償因契約終止或解除而生之損害。是須因可歸責於上訴人，由上訴人通知停工逾3個月時，被上訴人得行使終止契約或解除部分或全部契約。查兩造於104年3月24日召開工程協調會，決議被上訴人應依許士群建築師指定，每立方公尺15包、14包、13包之水泥配比做試樁體3支。被上訴人於翌日依建築師指定之3點位置，進行高壓噴射基樁試樁，於次日發函通知上訴人：樁體3支已完成，擬於3月26日起暫報停工，待取樣合格後立即復工等語；上訴人於同日之工程監造表記載：被上訴人104年3月26日報停工，待試樁體強度試驗後再行復工等詞，為原審認定之事實。而施工計畫審查書意見對照表序號4於原計畫書編撰內容欄記載：試樁三支（配合上訴人要求），審查意見欄記載：試樁三支（依配比做強度試驗）等語（見一審卷㈡第39頁）。則上訴人主張被上訴人同意試樁並列入施工計畫之內，是否不可採？被上訴人因配合試樁而停工，是否即可謂係屬可歸責於上訴人之事由？乃原審未遑詳予審究上情，徒以事後兩造由原約定之高壓噴射基樁工法，變更為全置換工法，且上訴人不同意追加經費，逕認試樁停工既非可歸責於被上訴人之事由，即認係屬可歸責於上訴人之事由，自有未合。倘此次停工非可歸責於上訴人時，扣除此次停工之日數後，系爭工程停工是否逾3個月，被上訴人是否得依上揭約定終止系爭契約，已非無疑。況系爭契

約第1條約定契約係包括所有招標、決標文件、契約本文、附件及其變更文件、依契約所提出之履約文件或資料；第9條第4項第2款第1點約定：廠商應於提報施工計畫內納入相關防災內容；其內容除甲方及監造單位另有規定外，（重點如下）充分考量汛期颱風、豪雨對工地可能造成之影響，合理安排施工順序及進度，並妥擬緊急應變及防災措施。系爭契約附件之「汛期工地防災減災作業」就汛期、颱風及豪雨均為定義，並約定：被上訴人於颱風過後應會同上訴人及監造單位對施工現場各個部位、環節及所有用電設施、線路等全面進行清理及詳細檢查，經確認無虞後，方可繼續施工。上開檢查工作，應注意剛完成澆置之混凝土是否因支撐、模板受到擾動致影響品質、構造物支撐底部之土壤是否鬆軟、橋梁基樁是否沖刷裸露、水面下基礎是否沉陷等問題（分見補字卷第21頁、第51頁）。是監造人就建築物之安全，尤其颱風過後，各部安全均有進行清理及檢查之義務。系爭工程為香客大樓，涉及不特定使用民眾之公共安全。而104年7月7日蓮花颱風來襲，中央災害應變中心災害情報站工作會報資料記載：中央氣象局已於14時30分解除蓮花颱風陸上颱風警報，惟依據氣象情資研判顯示，今晚（按即104年7月7日）至明晨，高雄、臺南及花東地區有可能出現較大雨勢等語。許士群建築師證稱：在7月7日之前伊已向被上訴人告知，因為天氣不穩定，灌漿可能要緩一緩。當日兩點左右，伊到現場，雖天氣晴朗，伊仍告知被上訴人最好緩一緩，但因被上訴人要趕工期，所以仍繼續灌漿，因無拒絕灌漿之理由，伊即進去開會。開會出來，伊聽見雨下很大，意識到混凝土灌漿可能會有問題，趕快叫上訴人指派之工地主任陳順寶去看灌漿現場，伊亦先打電話給被上訴人法定代理人，請其停止灌漿，其應允，然伊趕至現場，發現其仍在灌漿，即勒令停工，告知要按混凝土規範，等28天後取樣，該部分混凝土強度沒有問題才可以繼續施工。之後被上訴人法定代理人以已下小雨，要求繼續灌漿，伊未應允，因為接著灌漿之混凝土會把之前雨勢大時灌漿之混凝土包覆住，這樣將來要取樣雨勢大時所灌漿之混凝土會有困難，因為被包在中間了。下雨時灌漿之混凝土有雨水

打過，表面不平，凹凹凸凸，還有一些粉狀之物，該部分沒有強度要刮除，但那一部分下面之混凝土強度足夠，故標準作業方式，即是將沒有強度部分刮除，用接著劑處理後灌漿，這個方式不會很難，一般營造公司都有這個能力，像橋樑、馬路、高速公路也都會這種問題，以系爭工程而言約增加3、50萬工程費。關於修復方式，伊在工程會議中告知可用鑑定報告建議之方式，或被上訴人亦可提出其他方式給予伊審酌。工程實務上，若發生介面修補之問題，誰之行為不適當，即由誰負責任。鑑定期間當然停工，且在該時期，一直下雨，事實上亦無從施工。而天候不良下大雨當然不可施工，停工日數即不計工期等語（見一審卷㈡第7至10頁）。是許士群建築師本於其為監造人身份，因颱風季節來臨，已要求被上訴人注意灌漿之時間；於颱風來襲，下大雨時，為顧及系爭建築物之特殊性，基於專業，依約勒令停工，並於其後因氣象單位預報氣候仍然不穩定情況下，不准被上訴人繼續灌漿，是否得認該停工係可歸責於上訴人？且既因被上訴人有雨中灌漿行為，混凝土強度生有疑義，兩造同意送請鑑定，該鑑定所經日期得否認屬上開約款所稱因可歸責於上訴人之事由，而通知停工之範圍？亦滋疑義。至於證人方定成、黃伯鈞雖分別證稱依照片顯示，應得許被上訴人雨後繼續灌漿云云，然其等並未於彼時在場，僅憑照片即謂可以繼續灌漿，且系爭契約所附施工說明書第四章第七條關於混凝土部分特別約定：…混凝土應伴隨用若拌合1小時後即不得使用（見補字卷第41頁），其上開證言是否合於兩造約定，尤非無斟酌之餘地。乃原審未遑詳為推研，徒以鑑定報告認該部分混凝土符合強度，即謂停工全屬可歸責於上訴人之事由，進而為上訴人不利之論斷，亦有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。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　　109　　年　　7　　月　　23　　日

最高法院民事第三庭

審判長法官　高　孟　焄

法官　彭　昭　芬
法官　邱　璿　如
法官　徐　福　晉
法官　袁　靜　文

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　28　　日