最高法院民事判決

109年度台上字第1825號

上　訴　人　勝揚營造有限公司
法定代理人　張永宜
訴訟代理人　王憲勳律師
　　陳錦芳律師
被上訴人　神龍營造有限公司
法定代理人　葉進義

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國108年3月27日臺灣高等法院第二審判決（106年度建上字第100號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理　由

一、本件上訴人主張：伊向業主新北市政府水利局（下稱新北水利局）承攬「新北市○○○區○○○○道系統第二期工程第17標（FB次幹管）」工程（下稱17標工程），於民國103年1月 8日與被上訴人簽訂工程承攬合約書（下稱系爭契約），將其中FB01至FB03工作井沉設、§800mm（下稱800mm）推進工程（下稱系爭工程）交由被上訴人承攬施作。被上訴人於同年 3月31日施作推進工程FB02至FB03管段約44公尺處時，發生機頭卡住無法前進之障礙（下稱系爭障礙）。兩造於同年 5月27日召開系爭障礙處理會議（下稱系爭會議），約定被上訴人負責障礙排除施工及設備規劃、設計、採購事項，由伊補貼鋼環材料費新臺幣（下同）26萬5,727 元。詎被上訴人未施作取出機頭，伊被迫接手施工，被上訴人派遣之訴外人洪文燦工班施作鋼套環反向推進法排除障礙時，以高壓沖水超挖原本推進高程上之土層，致上方土層淘空崩落，機頭翹起，伊因而支出FB03管線遷移費用（下稱管線遷移費）243萬4,538元、後續排除障礙處理施工、材料費用（下稱障礙處理費）877萬7,242元，且因工程延宕遭新北水利局處逾期懲罰性違約金314萬8,418元（下稱系爭逾期罰款），合計

受有 1,436萬0,198元之損害等情，爰依系爭契約第14條第4款，或民法第493條第2項、第495條第1項、第502條第1項、第227條第2項、第231條第1項規定，擇一求為命被上訴人如數給付及加計自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決（上訴人就管線遷移費部分，迨於原審始追加依民法第493條第2項規定請求）。

二、被上訴人則以：上訴人未提供地質結構分析資料予伊，明知伊選用推進機僅能用於一般砂土層，未指示伊更換合適機具，推進機因遭遇卵礫石層而發生系爭障礙，不可歸責於伊。兩造簽約時，系爭工程進度已落後，系爭契約因而未約定完工期限、逾期罰款。系爭會議決定採用反向鋼套環方式取出受困機頭排除障礙，無須遷移管線。上訴人拒絕負擔障礙排除所需費用，未先施作地盤改良作業、處理地下湧水等，伊方於 103年6月3日退場。上訴人自行施作反向鋼套環排除障礙時，因施工不當造成推進高程過高，致鋼套環法線偏移，無法套進機頭，始需在機頭前立障礙井，衍生管線遷移等費用，上訴人自行接洽洪文燦，並指派及指揮監督其工班施作，所生障礙處理費，均與伊無關。縱認上訴人請求有理由，伊依民法第179條規定，得請求上訴人給付103年3月起至107年1月止推進機租金1,480萬5,000元及代墊款項42萬0,178元，另依系爭契約第1條約定，得請求完工部分工程款103萬3,660元，並以之為抵銷等語，資為抗辯。

三、原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴及追加之訴，無非以：上訴人承攬17標工程後，將其中系爭工程轉由被上訴人承攬，被上訴人施作推進工程FB02至FB03管段時，發生機頭卡住無法前進之系爭障礙。依上訴人與新北水利局間所訂17標工程契約（下稱17標契約）所附施工規範一般條款、污水管線技術規範污水管線施工之約定，參酌系爭工程細部設計圖、上訴人委託訴外人淯順工程有限公司製作地質鑽探及試驗分析報告書內之基地鑽探及土壤試驗結果報告表、第一審法院囑託台灣下水道協會之鑑定意見，與證人即

上訴人工務經理賴正雄、監造單位亞新工程顧問股份有限公司工程師邱明祥之證詞，17標契約係按混合土層（砂石及卵礫石）編列費用，上訴人負有於施工前完成地質鑽探，並按該鑽探資料及施工條件選用適當推進機具之義務，上訴人明知系爭工程所在地層多屬卵礫石層。被上訴人選用推進機（下稱系爭推進機）機頭為開放式面盤，可承受最大礫徑為320公釐（口徑之40%）、單位土層（ 1立方公尺）卵礫石含量60% 以下，得適用一般土層含卵礫石者，惟土層所含卵礫石量若超過容許量，過量之卵礫石進入其偏壓破碎倉，將超過其破碎能力，導致機頭不易推進及控制方向。被上訴人施作推進工程44公尺後，因所在土層多為卵礫石，超出機頭可容許範圍，始發生機頭卡住無法推進之系爭障礙。而同一口徑之推進機具，因應各種土層承受最大礫徑之不同，有不同動力規格之設計，遇有超過容許量之卵礫石，應更換為卵礫石型推進機。系爭契約僅約定推進機具口徑為 800mm，未約定破碎力等動力規格。上訴人不爭執系爭推進機頭口徑加裝鋼環後為800mm，已施作推進工程合乎800mm之約定，不因被上訴人係以700mm口徑機頭加裝鋼環改裝為800mm口徑，遽指被上訴人選用系爭推進機不符約定。其次，系爭契約未附上訴人應提供之施工計畫、施工圖說及相關地質鑽探報告之附件，17標契約及其附件內容涉及上訴人與新北水利局間實際承攬單價、總價等資訊，且包含其他管段工程事項，上訴人於報價、締約前，焉有任由被上訴人自行前往工務所翻閱之理？上訴人所舉證據不能證明其於簽訂系爭契約時，已提供地質鑽探報告或施工計畫、施工圖說予被上訴人。上訴人不爭執被上訴人於簽約前先以電話口頭報價，參諸被上訴人提出工程報價單（下稱系爭報價單）記載之報價，與系爭契約推進費單價每公尺 9,000元相近，證人即被上訴人員工黃鳳珠證述報價流程、系爭契約簽立過程，與常情無違。且卵礫石（岩盤）型推進機具有破碎研磨功能之機頭，其施工單價為每公尺8,000元至4萬元，高於一般地層（沉泥黏土及砂）。

系爭報價單所載800mm短管推進施工費單價每公尺9,500元，與一般地層之施工單價行情相近，輔以證人即負責操作系爭推進機之鍾順文證詞，可認系爭報價單為真正。系爭報價單標明報價基礎為「粉砂黏土層」，倘上訴人訂約前明確告知系爭工程所在土層為卵礫石層，被上訴人焉有以一般地層報價，進而與上訴人簽立系爭契約之理？則系爭工程所在地層多為卵礫石，超出被上訴人依約選用 800mm推進機頭可容許範圍，致生系爭障礙，非可歸責於被上訴人。系爭工程預定完工日期為同年4月25日中午12時，兩造於同年5月27日系爭會議中，合意選用反向鋼套環工法以排除系爭障礙取出受困機頭，約定由被上訴人負責簡易機頭製作、鋼套環∮1350mm等及施工，上訴人補貼鋼套環費用。當日作成協議書備註記載「以上處理由神龍全權負責完成至人孔施築」部分，非屬協議內容之一部。兩造於系爭會議未約定反向推進取出機頭之施工期間，上訴人未定期催告被上訴人進場施工，縱被上訴人未依系爭會議施作鋼套環反向推進工程，而由上訴人於同年6月30日自行進場施作，被上訴人就同年5月27日起至同年6月30日止不負給付遲延責任。被上訴人已於同年6 月3日撤場，上訴人經由新北水利局污水下水道工程科專員黃水吉介紹，自行聯繫洪文燦進場暨溝通協助系爭障礙排除事宜，則因洪文燦以水刀沖刷協助障礙排除，導致高程偏離，工程延宕之情，非可歸責於被上訴人。17標工程至104年9月22日實際驗收完成，新北水利局於105年1月25日核發工程竣工結算驗收證明書，並以上訴人逾期完工處罰系爭逾期罰款，上訴人不得依民法第231條第1項、第502條第1項規定，請求被上訴人賠償系爭逾期罰款。上訴人於同年 6月間為解除或終止系爭契約，不符系爭契約第14條第1、3款之約定，亦不得依同條第 4款約定，請求被上訴人給付系爭逾期罰款。上訴人進場施作反向鋼套環工法，導致高程推進高程超出 2公分無法修正，須設立障礙井解決，乃上訴人自行聯繫、指揮、監督洪文燦以水刀沖刷協助所致，障礙井設置、管線遷移之

發生原因，均非可歸責於被上訴人，無令被上訴人負擔其費用之理。系爭會議約定由上訴人補貼鋼套環費用26萬 5,727元，係以推進工程剩餘管段29公尺，按17標契約詳細價目表「1200mm鋼管套與800mm推進施工費每公尺 33,592元」，扣除「800mm短管推進施工費每公尺24,429元」之差價9,163元計算所得，兩造真意係將剩餘推進工程改由被上訴人施作反向推進，仍按系爭契約約定之價格計算，反向鋼套環推進排除障礙取出受困機頭之施工費用，即上訴人補貼之26萬5,727元。上訴人自行進場施作反向推進工程，排除系爭障礙取出受困機頭，可請求被上訴人賠償後續障礙處理費26萬5,727元。上訴人施作反向推進工程，導致高程偏離，施工延宕，衍生設置障礙井、管線遷移及改採其他障礙排除處理程序等工程，俱非可歸責於被上訴人，上訴人不得請求逾26萬5,727 元障礙處理費。而被上訴人在系爭障礙發生前，已完成推進工程部分，依約得請求上訴人給付工程款41萬5,800 元，被上訴人以此債權與上訴人障礙處理費債權抵銷，經抵銷後已無餘額。上訴人依系爭契約第14條第 4款約定，民法第495條第1項、第493條第2項、第227條第2項規定，請求被上訴人給付管線遷移費、障礙處理費，亦非有據。從而，上訴人依系爭契約之約定及上開規定，請求被上訴人給付 1,436萬0,198元本息，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

四、按債務不履行之債務人之所以應負損害賠償責任，係以有可歸責之事由存在為要件。若債權人已證明有債之關係存在，並因債務人不履行債務而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任。倘債務人抗辯損害之發生為不可歸責於己之事由所致，依民事訴訟法第 277條前段規定，自應由其負舉證責任，如未能舉證證明，即不能免責。查兩造簽訂系爭契約，由被上訴人承攬系爭工程，被上訴人選用 700mm口徑推進機加裝鋼環改裝為 800mm口徑施作推進工程時，發生機頭卡住無法前進之系爭障礙，為原審認定之事實。上訴人主張被上訴人給付不完全，而受有如上管線遷移費、障礙處理費及

系爭逾期罰款之損害，被上訴人抗辯上訴人未告知地質結構，推進機頭遭遇卵礫石層致生系爭障礙，上訴人發生損害不可歸責於己，依前說明，應由被上訴人負舉證責任。原審未令被上訴人就其抗辯不可歸責於己之事實負舉證責任，逕以上訴人應證明簽訂系爭契約前，已提供系爭工程之地質鑽探報告、施工計畫予被上訴人事實，進而以上訴人不能證明該事實，認定系爭障礙非可歸責於被上訴人，於法已有未合。次查，被上訴人承攬之系爭工程為17標工程其中部分管段，兩造簽立系爭契約，於第 1條約定工程範圍、工程說明詳如上訴人施工圖說及施工規範、施工計畫；第 6條約定施工品質標準依業主施工規範辦理，由被上訴人提供 800mm推進機組設備施作推進工程；第 8條約定推進施工依上訴人提供之圖說與工作單施工。倘上訴人未交付系爭工程相關圖說及業主施工規範，被上訴人如何確認施工位置而與他管段工程相互配合施工？被上訴人是否不知系爭工程所在地層結構？上訴人主張其已依約交付施工圖說及地層鑽探報告，否則被上訴人無從擬定及修正推進機頭方向，是否全然不足採？此攸關系爭障礙是否可歸責於被上訴人頗切，亦有再予詳查究明之必要。次按因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依民法第493條或第494條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償，民法第495條定有明文。參諸民法第492條、第497條第1項規定，承攬工作完成前發生瑕疵，定作人得請求承攬人改善，承攬人得於完成前除去該瑕疵，而交付無瑕疵之工作，是民法第 493條至第 495條有關瑕疵擔保責任之規定，原則上固於完成工作後始有其適用。惟若定作人依民法第497條第1項規定請求承攬人改善其工作瑕疵，該瑕疵性質上不能除去，或瑕疵雖可除去，但承攬人明確表示拒絕除去，則繼續等待承攬人完成工作，已無實益，甚至反而造成瑕疵或損害之擴大，於此情形，定作人得例外在工作完成前，主張承攬人應負民法第493條至第495條規定之瑕疵擔保責任。又因可歸責於承攬人

之事由，致工作發生瑕疵者，定作人得依民法第495條第1項規定，對承攬人同時或獨立行使修補費用償還請求權與損害賠償請求權，該項損害賠償請求權雖屬債務不履行責任（不完全給付）之性質，惟所規定損害賠償不包括加害給付之損害在內。定作人直接行使此項不完全給付責任之損害賠償請求權時，非行使民法第 493條所定瑕疵擔保責任之修補費用償還請求權，應回歸民法債編通則有關「不完全給付」之規範，並適用同法第227條第1項之規定。若其瑕疵給付可能補正者，依給付遲延之規定行使其權利；其不能補正時，則依給付不能之規定發生法律效果。查系爭工程於103年3月31日發生系爭障礙後，依被上訴人同年4月1日以後推進點工日報表（一審卷一第31頁以下）之記載內容，被上訴人依上訴人指示，曾以金鋼砂補強作內襯鋼環支撐等以打滑材試推，或反覆以無壓力方式推進水泥管，惟均無法推進，嗣於同年 5月15日撤除相關推進設備，擬採用障礙處理工法施作。兩造再於同年月27日系爭會議上，約定採用鋼套環反向推進工法排除系爭障礙，由被上訴人負責簡易機頭製作、鋼套環§1350mm等及施工，上訴人補貼鋼套環費用26萬5,727 元。被上訴人僅依系爭會議約定進場測量機頭偏移位置及放樣機頭位置於地面上，提供簡易機頭、鋼套環等，即於同年6月3日撤場，撤場原因非上訴人未處理湧砂、湧水進行地質改良，被上訴人未施作鋼套環反向推進工法，為原判決所認定事實（原判決第14頁）。參酌被上訴人於同年 7月30日函內（一審卷一第42頁）自承同年 5月31日以口頭告知上訴人自行處理。似見上訴人就系爭障礙已請求被上訴人修補，兩造並達成障礙處理工法之協議，被上訴人明示拒絕施作系爭障礙之排除工法而提早撤場，能否謂上訴人就系爭障礙，未定期催告被上訴人修補或施作？非無再進一步推求餘地。原審未遑詳加調查審認，而以上揭理由為上訴人不利之判決，並有判決不備理由之違法。上訴論旨，執以指摘原判決為不當，聲明廢棄，非無理由。

五、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　　110　　年　　5　　月　　13　　日

最高法院民事第五庭

審判長法官　鄭　傑　夫

法官　盧　彥　如

法官　吳　麗　惠

法官　張　恩　賜

法官　林　麗　玲

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　6　　月　　1　　日