臺灣高等法院臺中分院民事判決

108年度建上更二字第19號

上　訴　人　友仁營造有限公司
法定代理人　蔡黃初
訴訟代理人　賴思達律師
被　上訴人　交通部公路總局第二區養護工程處
法定代理人　劉世桐
訴訟代理人　陳光龍律師
複　代理人　黃冠中律師
　　王羿文律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於中華民國103年3月7日臺灣臺中地方法院99年度建字第123號第一審判決提起上訴，經最高法院第二次發回更審，本院於民國108年10月8日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣肆仟貳佰參拾貳萬伍仟捌佰拾陸元，及自民國一００年一月十五日起，至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用，由被上訴人負擔十分之六，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付部分，於上訴人以新臺幣壹仟肆佰壹拾壹萬元供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣肆仟貳佰參拾貳萬伍仟捌佰拾陸元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序事項：

一、按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止。又上開所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，民事訴訟法第170條、第175條分別定

有明文。被上訴人於本院審理期間即民國108年6月5日，以民事聲請承受訴訟狀（本院卷56頁）表示其法定代理人已變更為劉世桐，並有交通部派令在卷可參（同卷58頁），是被上訴人具狀聲明劉世桐承受訴訟，應予准許。

二、按上訴人於終局判決前，得將上訴撤回；撤回上訴者，喪失其上訴權，民事訴訟法第459條第1項、第3項分別定有明文。本件上訴人於108年6月18日以民事準備1狀撤回兩造所定契約（詳後述）一般條款Q.4（3）之請求（本院卷61頁），乃屬上訴之撤回，此部分已不在本院審理之範圍。

乙、實體事項：

壹、上訴人主張：

一、兩造於95年10月27日訂立契約，由伊承攬被上訴人發包之「代辦力行產業道路艾莉颱風災害復建工程（23.5K～42.5K，下稱本件工程）」，約定總價為新臺幣（下同）2億4680萬元，工期420日曆天（下稱系爭契約）。施工期間因颱風、豪雨致災害不斷，無法繼續施作，被上訴人遂於98年3月11日終止系爭契約，惟辦理結算時，就其已受領之「30K+350～+583.4段、34K+200～+310段、37K+150～+747.2段、40K+883.8～41K+030段」等工作物（下稱系爭工程），以毀損滅失為由，自估驗付款扣回。系爭工程之直接成本價為49,615,423元，加計包商利潤及管理費、營業稅，及依物價指數調整後為66,885,543元，爰先依系爭契約約定及民法第490條第1項、第505條、第509條、第267條、第511條等規定，末依民法第227條之2第1項規定，擇一請求為伊最有利判決，判命被上訴人給付伊66,885,543元，及自99年7月28日起至清償日止，按年息5%計算之利息。並願供擔保，請准宣告假執行。

二、又承攬標的危險責任轉移之時點，應以有無實際受領工作物為準，系爭工程於驗收前即已因被上訴人指示供民眾通行，有先行使用之情，被上訴人實已受領系爭工程，危險負擔即移轉予被上訴人，另件原法院99年度建字第28號（100年度

建上字第58號、101年度台上字第335號，下稱另案）判命被上訴人給付，即是因有先行使用之情形。且係被上訴人於兩造開會後要伊表示意見，伊始於97年12月19日函覆建議採行現況驗收結案，而現況結案除由雙方合意終止契約外，亦可能係業主片面終止契約，不應以伊建議現況結案遽認兩造係合意終止，況兩造就終止契約之條件尚未合意，伊並無同意合意終止，是被上訴人於98年3月11日發函表示終止契約，應為單方終止契約之意思。再本件伊係向被上訴人請求給付工程款，與伊有無投保營造綜合險及有無申請理賠無涉，系爭契約有關保險及被上訴人不負補償責任之約定，均屬贅文，約定伊應投保營造綜合險之目的不在免除被上訴人之報酬給付義務；保險自負額1千萬元係被上訴人所定，系爭工程因被上訴人已先行使用及在不合適路段造路之指示不當，法院應審酌有無民法第508、509條之適用，如保險公司因上情依約不必理賠，即無論斷自負額之必要。至被上訴人所稱伊未妥適施作排水設施與系爭工程毀損滅失並無因果關係，自無與有過失規定之適用等語。

貳、被上訴人抗辯：

一、本件依兩造97年11月11日會議紀錄及上訴人97年12月19日函覆可知，伊是應上訴人就地結案之請求，經呈上級核定後，雙方始合意終止系爭契約，非伊單方終止，上訴人自不得依民法第511條規定請求伊賠償損害；系爭工程未經伊一部或全部驗收，工作自未完成，上訴人尚不得請求工程款；而工作物危險責任以經伊驗收、受領始生移轉，系爭工程既未辦理驗收並經伊受領，則毀損滅失之危險仍應由上訴人負擔；且系爭工程○○○鄉○○里○○○○○道路，係上訴人為方便民眾，自行維持交通供民眾於驗收前通行，不得以此認伊已受領，另案係有經南投縣政府公告先行使用，與本件情形不同。又上訴人於96年6月13日回報相關災損情形後，伊即依約要求其補充地質鑽探以辦理研判，惟上訴人遲至96年9月5日到97年1月7日始陸續提送全部鑽探成果，致伊無法下

達適當指示，非伊指示不當。再系爭工程係道路復建工程，以原狀復建為原則，應否以繞路或架橋等方式跨越該地質不穩定區域，屬長期整治問題，與系爭工程無關，也非指示不當，亦無可歸責於伊之事由，致上訴人施作之系爭工程毀損，而給付不能之情。另系爭工程位於地層不穩定區域，遇颱風、豪雨必定發生坍方毀損等情，此為上訴人於投標時所明知，系爭契約亦約定伊就颱風、豪雨所造成之災害不予補償，並無民法第227條之2第1項所定情事變更原則之適用。

二、又依兩造契約施工補充條款（下稱補充條款）第9條、施工說明書一般條款（下稱說明書）F.10之約定，上訴人應投保營造綜合保險，工程所遭遇之一切災害損失均由該保險給付，依保險公司回覆，係上訴人怠於向保險公司請求，且保險自負額1千萬元係上訴人與保險公司所約定，應自行承擔所受損失。縱認上訴人得為請求，其就30K+350～470、37K+700、40K+850處因未妥適施作排水設施及於風災前確實清淤、補強，致損害擴大，依民法第217條第1項與有過失之規定，應減輕或免除伊賠償金額，至多僅得依台灣省土木技師公會之鑑定報告（下稱系爭鑑定報告）請求兩造有共識部分之價額31,397,119元等詞。

參、原審為上訴人敗訴之判決；上訴人不服，提起上訴，更審之前審認有情事變更原則之適用，廢棄原審判決，改判被上訴人應給付上訴人33,442,772元。上訴人就其敗訴部分上訴，經最高法院判決廢棄發回本院，經本院更一審廢棄第一審判決，改判被上訴人應給付上訴人66,885,543元。被上訴人對該判決不服，再提起上訴，經最高法院判決廢棄發回本院。上訴人上訴聲明為：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人66,885,543元，及自99年7月28日起至清償日止，按年息5%計算之利息。（三）願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明為：（一）上訴駁回。（二）如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。

肆、本院之判斷：

一、本件關於系爭契約締約日、約定總價、工期均如上訴人所述，本件工程於95年10月13日開工，嗣因施工後風災不斷，無法繼續施工，上訴人於97年12月19日函請上訴人「應予以重行審議並同意採行現況驗收結案方式辦理，藉以避免無謂之修復工程重覆進行」（原審卷一54頁），被上訴人乃於98年3月11日通知上訴人本件工程採就地結案方式辦理，並認定上訴人系於98年4月16日竣工，於99年7月27日驗收合格，結算總價為168,325,171元（同卷23頁）；兩造於99年2月10日就本件工程採就地結案方式辦理之後續結算事宜召開協商會議，會議結論就兩造未達成協議部分記載：系爭工程因履約及驗收期間颱風豪雨災害致現場施作完成後滅失，自結算書圖扣除數量及金額部分，上訴人保留後續請求及履約爭議調解權利（同卷24、25頁）；上訴人前所提之請求金額表（同卷191至192頁）所列之項目、單價與系爭工程詳細價目表所列之項目、單價相同，被上訴人嗣於辦理結算時，以系爭工程部分構造物因颱風豪雨致毀損滅失為由，將已毀損滅失部分之估驗款扣回；補充條款、交通部公路總局工程契約由廠商投保營造綜合保險注意事項（下稱注意事項）及說明書均為兩造契約文件之一，依約上訴人應自行投保營造綜合險（補充條款第9條、注意事項第五條）；上訴人就系爭工程向旺旺友聯產物保險股份有限公司（下稱友聯公司）投保營造綜合保險，保險期限自95年10月13日起至97年10月13日止，期滿後該公司未同意上訴人申請保險期限展延（同卷122頁）；系爭工程於遭風災摧毀前，尚未經被上訴人為一部驗收；系爭工程原屬艾莉颱風災害復建工程，為當地居民通往埔里方向唯一出入道路，並於遭風災摧毀前，已實際供當地居民通行；上訴人曾於96年6月13日回報相關災損情形，經被上訴人要求其補充地質鑽探以辦理研判，上訴人於96年9月5日、9月26日、12月5日及97年1月7日提送部分鑽探成果，至97年1月7日提送全部鑽探成果（同卷123至126頁）。工程施作期間，上訴人發現其後之現狀有所不同，迭於95年10月14

日致函被上訴人，表示契約圖說部分與基地現況不符，造成無法施工或經施工日後結構功能不佳等問題（同卷35頁）；及96年6月13日致函被上訴人（日期誤載為94年，同卷36頁），表示因96年6月4日起連續豪大雨，致其施作之擋土牆受大雨沖刷而側向位移，請求會勘以釐清責任，並請被上訴人指示後續是否仍依原設計繼續施工或應改變工法，就設計圖說採地表鑽面植16.65公分直徑微型樁之支撐效果亦提出質疑，請求被上訴人重新考量、分析確認；及96年6月26日致函被上訴人（日期誤載為94年，同卷38頁），表示現地況地質因設計發包至施工經歷數次大雨、坍方及土石流，明顯與設計當時產生極大的變化，建請地質鬆軟地帶不予施工；及96年7月11日致函被上訴人（同卷39頁），表示現已逼近颱風季，已施作未受損之擋土牆如不儘速補強，恐將再發生毀損；及96年7月25日致函被上訴人（同卷40頁），表示被上訴人對本工程未施作及已施作部分所指示之補救方式，如因大雨而致本工程再有崩坍損壞之發生，自非上訴人之責任。被上訴人曾於96年6月29日召開之第13次施工協調會議中作成決議事項：「2.有關0604水災後續處理與補強方式，請設計單位於下次開會前明確指示承商，若需補充、修正圖面，務必頒圖以利承商施作」（同卷44頁）；系爭工程沿線大部分均位於大型崩塌地內，有大規模坍滑、走山等大面積破壞情形，經上訴人依被上訴人多次變更設計予以修復，仍無法抵抗地滑、走山等大規模破壞而毀損滅失；系爭鑑定報告兩造有共識部分之直接成本價為31,397,119元，如上訴人得為請求，被上訴人同意如數給付（更一審判決不爭執事項六、本院卷53頁反面），該金額加計包商利潤及管理費、營業稅、物價指數調整等項後，為42,325,816元（同上卷118、126頁）等事實，為兩造所不爭執，堪認為真實。

二、上訴人主張被上訴人於單方終止系爭契約前已因先行使用受領系爭工程，危險負擔已移轉，系爭工程毀損滅失之危險應由被上訴人負擔，而投保工程營造險非在免除被上訴人給付

工程款之責，且系爭工程有被上訴人指示不適當、可歸責於被上訴人致給付不能及情事變更等情，先依系爭契約約定及民法第490條第1項、第505條、第509條、第267條、第511條等規定，末依民法第227條之2第1項規定，請求擇一判命被上訴人給付66,885,543元本息等語。被上訴人則以系爭工程尚未辦理驗收並經伊受領，毀損滅失之危險仍應由上訴人負擔；本係上訴人未完成契約義務，非伊指示不當或有可歸責致給付不能；又系爭契約係經兩造合意終止，且系爭工程所在情況為上訴人所明知，系爭契約亦約定伊就颱風、豪雨所造成之災害不予補償，自無情事變更原則之適用，上訴人之損失應由保險給付，係上訴人自與保險公司定有自負額並怠於申請理賠；再上訴人與有過失等詞置辯。是本件兩造之所爭，在於系爭契約係經兩造合意終止抑或被上訴人單方終止？被上訴人是否已受領系爭工程而應負擔工作物毀損滅失之危險？如否，被上訴人有無指示不適當或可歸責於被上訴人而致給付不能等情？又系爭工程有無情事變更原則之適用？上訴人可否向被上訴人請求給付工程款及其數額？被上訴人辯稱上訴人之損失應由保險給付，且上訴人與有過失，是否可採？

三、按當事人主張有利於己之事實，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。於請求履行債務之訴，除被告自認原告所主張債權發生原因之事實外，應先由原告就其主張此項事實，負舉證之責任，必須證明其為真實後，被告於其抗辯事實，始應負證明之責任，此為舉證責任分擔之原則（最高法院43年台上字第377號判決意旨參照）。且按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第98條定有明文。又真意何在，應以立約當時、過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，於文義上及理論上詳為推求，須合於經驗法則；私人契約，並應通觀全文；無非在兩造就意思表示真意有爭執時，應從該意思表示所植基之原因事實、經濟目的、社會通念、交易習慣、一般客觀

情事及當事人所欲使該意思表示發生之法律效果而為探求，並將誠信原則涵攝在內，藉以檢視其解釋結果是否符合公平原則（最高法院18年上字第1727號、19年上字第28號、第58號、第453號、87年度台上字第2877號、105年度台上字第595號、104年度台上字第2369號判決意旨參照）。

四、查兩造間就本件工程定有系爭承攬契約，施工期間屢歷風災，致上訴人未能全部完工，被上訴人也無從驗收，除有關系爭工程部分未有共識予以保留外，雙方已完成結算，為兩造所無爭執。上訴人主張兩造結算係因被上訴人片面於98年3月11日函表「就地結案」（原審卷一56頁）而終止；被上訴人則駁以伊係應上訴人於97年12月19日函稱所作屢遭風災摧毀，而建請「同意採行現況驗收結案」等語（同卷54頁），經呈請上級核准後，始同意上訴人就地結案之請求，應屬兩造合意終止等情。審諸兩造於前述各自發函前，於97年11月11日為因應本件工程於同年7至9月風災後續施工處理進行研商，上訴人於會中即力陳：「本工程施工進度迄今已逾95%，期間投入大量人力、機具及財力，以能儘早完工，惟不但未見成效，且一而再飽受災害所累，多次耗費經費修復，建議就目前工地現況結案，不願意再作任何施工及修復工作」（本院建上卷二15頁），其表達已無再繼續施工之意明確，故該次會議之結論（一）4後段記載：「其餘30K＋350、37K＋700、40K＋850、41K＋400四處缺口及部分路段瀝青混凝土未完成部分，朝現況結案方式層報核定後辦理」（同卷16頁），可見上訴人前函乃為重申會中所陳，而被上訴人上前函亦係執行會議結論而來，所謂「現況」或「就地」結案，無非是雙方在經會議研商後之共識，並係上訴人所先行提議而起，則被上訴人辯稱其乃回應上訴人所請而與之達成終止合意，即非無由，自不能以被上訴人於內部須遵循行政程序呈請核定，即無視上訴人在被上訴人同意就地結案前，已先行表示無繼續施工之意而提請現況結案之要求。至兩造就現況或就地結案之意思達成共識後，如何進行結算，乃終

止後如何驗收與計算已施作成果之範疇，尚非終止契約之條件。故上訴人指系爭契約係被上訴人單方終止，難稱有理，應認係經上訴人提議終止，被上訴人呈請上訴核定後表示同意，兩造因此合意而終止，則其依民法第511條請求被上訴人給付系爭工程款或賠償其損害，即失所憑。

五、其次，上訴人已施作系爭工程部分於遭風災摧毀前，業供當地居民通行使用一情，雖為兩造所不爭。然系爭工程實未全部完工，此由上訴人於上開會議紀錄之陳述可知，並未經被上訴人之驗收，亦為雙方所無異詞；而上訴人就此表示依被上訴人指示先行供在地居民通行等詞，則為被上訴人否認，反駁稱係上訴人決意便民通行等語。而查本件工程為力行產業道路之一部，乃南投縣仁愛鄉通往埔里方向之唯一聯外道路，每年都因風災無法通行，於上訴人施工期間，一經搶通，上訴人即會方便民眾通行，並派員指揮交通，此乃該道路長久來之習慣等情，業經該鄉當時之力行村、翠華村長古○○、張○○及本件工程監造單位職員洪○○於本院前審證述詳細（建上卷二47至51頁），張○○復證稱：未見任何政府單位在現場管制（同卷49頁），洪○○亦補證稱：系爭工程施工期間之交通管制權在上訴人，於驗收前，均由上訴人負責管制通行，本件因災害損失所以沒有進行驗收或將道路之管制權交還業主等語（同卷49頁背面至50頁），並無上訴人所稱係被上訴人決意於驗收前先供民眾通行而有受領之情；且查本件之施工規範訂有「交通維持」章節（同卷56至66頁），上訴人就此並檢送交通維持計劃（同卷87-98頁），而被上訴人所編之「工程估驗計價明細表」（原審卷一33-34頁）中，則詳列上訴人管制通行所需之「活動型拒馬」、「全阻隔式圍籬」、「人工旗手」等項（建上卷二91頁、原審卷一33至34頁），可見本件工程修復中之力行產業道路，因係附近居民對外通往埔里之唯一聯絡道路，若遭風災侵襲致無法通行，當地及往來民眾通行即會不便，故工程雖尚未完工，但在上訴人施工過程中仍會管制交通，暫且供民眾通行

，無可謂被上訴人業已受領系爭工程、依民法第508條第1項規定反面解釋應負擔滅失危險之可言。再本件工程並未全部完工，已據上訴人於上開會議紀錄所自承，並未經被上訴人或任何有權機關公告開放通行，亦如前開證人所證，與上訴人所引另案情節不同，不能相比；而系爭工程尚未經被上訴人驗收，復為兩造所無爭執，其間上訴人縱曾報請部分驗收（建上卷一143、144頁），惟未見上訴人證明已完成全部工程之事實，故有後續前述會議及上訴人自請現況結案之情形，礙無上訴人在本院前審所稱應依民法第101條第1項視為被上訴人已受領系爭工程之適用。

六、上訴人雖又以本件工程經鑑定係在地質不適合之地帶造路，指被上訴人就本件工程之施作有指示不當等詞。然查本件鑑定報告書十一、鑑定分析基本說明（三）固載：「由工路局提供設計單位之結構計算書來研判，針對擋土設施分析僅考慮擋土牆局部安全，並未考慮大面積的破壞例如山崩、地滑、走山等狀況，因為一但考慮這些因素得到答案只有一種--這種地質不適合造路僅能選擇繞路或是以橋梁跨越，在無計可施之下僅能進行局部安全分析，也就是在”不山崩、不地滑、不走山”的條件下方能維持擋土設施的安全，所以本工程的所有設施，包含擋土、護坡、排水等一但遇到山崩、地滑、走山等狀況時遭到毀滅性的破壞是必然的，這個設計對於構造物發生”重覆滅失”提供了潛在的可能性」等語（見該報告6頁）。惟查本件工程之定位，於設計圖一般說明12、14、17中亦已分別明載「本案工址屬地質不穩定區域，若因天然災害引致施工範圍變更，或發現地層資料與鑽探資料顯著不符，或局部差異太大，以致不符原設計條件時，承包商應報請工程司同意後配合現況修正施工圖，或辦理補充地形測量或補充鑽探」、「本整治工程設計因屬於地質尚不穩定區域，係以原狀復建為原則，非屬長期整治措施，僅為道路功能維持所需，後續管理養護特別加強；有關道路橫交野溪治理及地滑區整治，尚需相關單位配合進一步調查規劃」

、「本工程位於災害易坍方路段，施工時承包商須特別注意施工安全，除應設置各項安全監測保護措施外，隨時注意工地環境變化」（原審卷一143頁），除再三警示本件工程所在地質改變之可能性外，並將本件工程明確定性為「以原狀復建為原則，非屬長期整治措施，僅為道路功能維持所需」，未求一勞永逸之程度，故鑑定報告十一（二）稱之為「維持”臨時道路功能”」（該報告6頁），並於鑑定結論（二）至（六）中，重申本件工程之設計僅能維持”臨時道路功能”、已充分考量地質條件而為維持臨時道路功能之設計、因地質條件多變故難期設計之執行充分考量基地現況與設計當時之情況（該報告7、8頁）等語，故本件工程之定位為上訴人施工前所明知，難謂被上訴人就施工有何指示不當；而地質不穩定、位處災害易坍方路段，於上開說明中所一再強調，早為上訴人承攬時所當知，難認屬突發之變化而在其原所預料之外，自無民法第509條、第227條之2第1項等規定適用之空間。

七、是本件既經兩造於前述時間合意而終止，而按契約之終止，僅使契約自終止之時起，嗣後歸於消滅，承攬契約在終止以前，承攬人業已完成之工作，苟已具備一定之經濟上效用，可達訂約意旨所欲達成之目的者，應認定作人仍有給付相當報酬之義務。是上訴人就其於兩造合意終止系爭契約前已完成之工作，仍得本於本件承攬契約，依民法第409條第1項、第505條等規定，請求被上訴人給付該部分工程款，惟依前揭說明，仍應由其對所完成系爭工程之內容與有無合乎債之本旨等節，負舉證之責。

（一）就此，上訴人主張此部分已經兩造在原審合意送請臺灣省土木技師公會鑑定，鑑定結論認系爭工程之直接成本價金，含兩造有共識部分之31,397,119元及無共識部分之18,218,304元，合計共49,615,423元（鑑定報告6、7頁），故請求被上訴人給付此部分直接成本價加計包商利潤及管理費、營業稅、物價指數調整共66,885,543元。

（二）被上訴人對此則以系爭工程未經兩造驗收即已滅失，無從核實給價，故拒絕給付為抗辯。然查其並不否認關於兩造於鑑定中有共識部分係尚得看出上訴人應有施作之情（本院卷139頁），可見雙方有共識部分，上訴人確有施作；且查其亦未否認有將上訴人所請求系爭工程各項金額（原審卷一191、192頁）中，於施工期間原已依約按期撥付之估驗款扣回（見不爭執事項），並坦認該部分於估驗時尚存在（本院卷141頁反面），其扣回之估驗款達21,932,313元，有上訴人所提工程估驗款計價表（同上卷161至170頁）為憑，為被上訴人所無爭執（同上卷190頁），僅辯稱實際扣回金額為18,308,752元，亦足認扣回估驗款部分於被上訴人依約撥付時，當已經其確認合於契約所定，否則即無付款之理；另考本件工程位處地質不穩定區段，已如前述，且工期達420日曆天之長，以我國於夏秋之際多有風雨之災的氣候特性，則本件工程施工期間須承受天災之侵襲，實所難免，而本件情況亦確係因遭風災摧毀而起，其施工之不易可見，且於上訴人施工期間，業依修復狀況，酌情供民眾通行使用，已如前述，堪認上訴人就此部分應已完成相當之程度，否則即無率而供民眾通行之可能，雖尚不足認係被上訴人或其他有權機關授意，且不能據以認定已經被上訴人受領，然仍非可無視系爭工程所在道路確已供公眾通行使用之事實。是就兩造於鑑定時有共識部分，被上訴人既得以知上訴人確有施作，且大半原亦已撥付估驗款，可徵被上訴人當時迭已確認上訴人所作尚未違背契約所定，自不得將此部分不爭執已施作、僅因未及完成驗收程序即遭天災摧毀之不利益，全數歸由上訴人獨自承擔（至是否應由所投保之營造綜合險理賠分擔？詳如後述），故被上訴人自本院前審起，即表示縱認其應付款，亦當限於雙方有共識部分（更一審卷231頁、本院卷53頁反面），足見被上訴人對上訴人所作，亦無法全然視而不見，並無以否認上訴人此部分施作有何與債之本旨未合

之處，自不容忽視上訴人之付出，難謂被上訴人未有給付此部分款項之義務，以求公允。則此部分經加計包商利潤及管理費、營業稅、物價指數調整等項後為42,325,816元，為兩造所無爭執，即堪認定。而上訴人就此部分併請求自99年7月28日雙方驗收結算日起至清償日止，按年息5%計算之利息云云，惟查兩造於前述時間所達成之結算，係將系爭工程部分保留，並未一併結算，此為兩造所無爭執，應自本件起訴狀繕本送達翌日起即100年1月15日（原審卷一71頁），始負遲延責任；逾此部分之利息請求，即非有據。

（三）至兩造無共識部分，依鑑定報告所示，此部分鑑定之所憑，無非係參考日報表、工程檢驗申請單、設計圖、施工照片及監造日報等件為據後，由鑑定人逕自認定（鑑定報告73頁），顯係依書面資料所為之推估，非無失真之疑慮，故於鑑定過程中，監造單位在鑑定說明會議上，即發言直指「施工及監造日報所記載數量可能與現地實際施作數量有所誤差」（該報告26頁）之情，所言並未溢脫於情理之外，縱認確有施作，於被上訴人否認其實之情形下，亦無得以審認其所施作之成果有無合於系爭契約之所定，與前述兩造有共識部分，顯然不同，難謂上訴人已為充分之證明，其此部分請求尚乏其據。

八、再被上訴人就其應給付部分，抗辯依兩造約定，上訴人應投保營造綜合險以分擔其因履約過程所受之損失，係上訴人與保險公司另有自負額之約定，並怠於申請理賠，依約伊就此不負給付義務等詞。而查補充條款第9條、注意事項第五、十條及說明書一般條款F.10確有約定上訴人應投營造綜合險，且上訴人因履約所致之損害，概由上訴人承受，上訴人仍須依約再行施作，被上訴人不另給價或補償，固為兩造無所爭執，已如前述。且查上訴人於營造綜合險保險期間，曾兩度就當時風災之損害，據以向所投保之友聯公司申請理賠，惟皆因該次損害未達保險自負額而未果，有該公司回覆原審

可參（原審卷二205、206頁）。然查：

（一）契約之合意終止，乃以後之終止合意使原契約之效力向後歸於消滅，等同以第2次契約停止原契約之繼續生效，已如前述，是原契約自終止後即失其效力，被上訴人可否於兩造合意終止後，繼續爰引原契約之約定資為抗辯，已非無疑。

（二）又本件工址之所在，係屬地質不穩、逢災易坍之路段，而兩造就上訴人施作之工作物如遇坍方而致毀損滅失，固約定所生損害概由上訴人承受，上訴人仍須依約再行施作，並以上訴人投保營造綜合險，以分擔其風險，而觀諸兩造所提出之系爭工程施作紀錄，可見上訴人確有於施作後遭風災摧毀而再行重作，被上訴人甚為此變更設計，再由上訴人按變更施作之情形，而依兩造系爭契約前揭所定，乃以上訴人須無償就地重新施作為必要，顯須以系爭工程所在條件仍得供上訴人施作為前題，然查兩造於97年11月11日會同監造、設計單位及南投縣政府等相關人員，就本件工程97年7至9月颱風豪雨災害後續施工處理研商會議，監造、設計單位各明確陳述「30K+350、37K+700及40K+85 0屬大規模崩塌地，歷經多次變更設計補強，結構物均遭災害摧毀殆盡，應配合長期整治計畫，災損部分建議暫不修復」、「力行產業道路破壞模式主要有二，其一：深層滑動，大規模坍滑，本工程屬此類者，宜俟邊坡長期整治工程完成，再規劃適宜工法，建議先就現況結案；其二：邊溝淤塞，路面水漫流，至掏刷破壞，建議縣政府加強清淤工作」，故會議之結論亦載「本次災損部分，多處地質結構屬極不穩定區域，前歷經多次變更設計修復，多未能發揮預期效能，所施作結構物多因辛樂克及薔蜜颱風災害滅失殆盡，實無以抵抗大規模滑動破壞，應配合長期整治計畫，經整體監測規劃後再行施工，始能發揮功效」、「本工程自今年以來，承包商已多次因颱風豪雨災害及道路阻斷申請展延近200天，幾乎處停滯狀態，災損部分多歷經

數次變更修復完成，又再遭天然災害重創毀滅，雖有工程保險機制，惟狀況一再重複發生，承包商一再反應嚴重損及權益，亦違契約公平原則」（建上卷二15、16頁），除可印證前述上訴人確已一再配合修復、上訴人當已完成上開被上訴人應給付部分外，亦可徵在兩造合意終止系爭契約前，系爭工程所處環境確已達不適合繼續施工之地步，即上訴人已無從再於原地施作，於此情形，能否謂尚可依前揭約定概由上訴人自行承擔全部損害？甚或以投保營造綜合保險即足以分擔如此一而再發生之風險？究有何廠商願承包如此徒勞無獲之工程？又有何保險公司願承接這樣風險不止之保險？兩造間前開約定顯已溢脫原契約所設計之分散風險的規範功能，亦即原契約前揭設計並不足以達到風險分散之目的，而係將履約過程所須面對之不利益，全數歸由上訴人單方承擔，未免予人苛刻之感，有失公平。

（三）再依鑑定報告前揭所載可知，本件工程所處地質並不適合造路，只在”不山崩、不地滑、不走山”的條件下方能維持施作之存在，故本工程之所有設施一但遇到山崩、地滑、走山等狀況時遭到毀滅性的破壞是必然的，此設計對於構造物發生”重覆滅失”提供了潛在的可能性（該報告6頁），已如前述，如此決然選擇與大自然之力對抗，其不堪一擊之結果可見，此當為被上訴人於設計規劃時所明知，始會將本件工程設定為需長期復建、僅維持臨時道路功能即可之程度（該報告5、6頁），而未求長治久安，然其卻以系爭契約責求上訴人於施工至驗收前須承擔所有工作物遭損毀之風險，而不論保險理賠與否，難稱與市場經濟下建構契約制度所憑之平等、自願、等價等基本原則相牟，雖謂私法自治下，當事人間本於契約自由之精神，當受自己之決意所拘束，惟按純粹個人主義與資本主義法學早為社會主義法學所修正，契約之概念惟有在自由及平等二個基礎上才得以建立，而契約制度之目的就社會功能而言

，無非在透過契約雙方相互承認與交換之協力，以達成其經濟目的，並共享其利，此所倚賴的是彼此之合作，而非對抗與交相算計，因此契約自由應受契約正義所限制，乃事理之當然，故履約之風險，自不能以約定歸由單方承受，於保險所不能及處，理應由契約雙方所共同分擔，如此，誠信原則始在其中。是雖兩造系爭契約所定，有前述天災損毀概由上訴人無條件重做或投保營造綜合險承擔，但審諸系爭契約之內容，多為被上訴人於招標時單方已決定，尤就關於系爭要求承包廠商投保營造綜合險分散履約風險並自免其責之約定，被上訴人上級機關特定有前揭注意事項，以供被上訴人與承包商締約時所遵循，是此部分約定之形式，幾與一般定型化契約無異，非無對其約定之公平、合理與否再為斟酌之空間；且查被上訴人乃政府機關，負責所轄道路養護工程之開辦，相對於上訴人乃一民間營造公司，客觀上未較具經濟地位上之優勢，難與被上訴人爭執上開約定合理與否。衡此種種，兩造契約此部分所定，難謂未已超出社會一般人對公平、合理精神之認知，自非契約之誠信原則所能容，尚無得引為對抗上訴人而可拒絕給付之餘地。

九、至被上訴人抗辯上訴人就30K+350～470、37K+700、40K+850等處有未妥適施作排水設施及於風災前確實清淤、補強，以致損害擴大，依民法第217條第1項與有過失之規定，請求減、免給付部分，為上訴人所否認。其就此固舉在原審所提之證物3至6（原審卷一151至175頁）、9至13（原審卷二183至199頁）等件為據（本院卷207至210頁）。惟查其中除原證10為照片外，其餘各為系爭工程明細、變更設計始末原因檢討一覽表、施工說明書一般條款、補充條款（證物3至6）、法令及保險、顧問工程司函及96年6月29日會議紀錄（證物9、11至13），所舉無非關於契約之約定、施工之準據與指示，照片內容則無以確認其所在，也無以得悉其前因後果為何，均無以逕為上訴人確有其所指疏失之證明，且上訴人就無

法抗拒天災及因天災造成無法原地重修之情，亦難認有何與有過失，難謂被上訴人就此已為證明，無以憑採。

十、綜上所述，系爭契約既經兩造合意而終止，則上訴人本於系爭契約之約定及民法第490條第1項、第505條等規定，請求被上訴人給付兩造終止契約前，其所完成系爭工程之工程款，於系爭鑑定報告所認兩造無爭執部分，加計包商利潤及管理費、營業稅及經物價指數調整等後為42,325,816元，及自100年1月15日起至清償日止，按年息5%計算之利息部分，尚堪認定，應予准許。逾此部分之請求，則屬無據，不應准許。從而原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至於上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核並無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴。又上訴人勝訴部分，兩造均陳明願供擔保宣告准免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。

十一、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

十二、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　29　　日

工程法庭

審判長法　官　謝說容

法　官　林慧貞

法　官　葛永輝

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十日內向本院補提理由

書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）。

上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第四百六十六條之一第一項但書或第二項所定關係之釋明文書影本。

書記官　黃湘玲

中　　華　　民　　國　　108　　年　　10　　月　　29　　日