臺灣高等法院臺南分院民事判決

106年度建上字第31號

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
　　陳玄儒律師
被上訴人　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

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106年7月3日臺灣臺南地方法院104年度建字第22號第一審判決提起上訴，本院於108年1月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命上訴人給付及該假執行宣告，暨該訴訟費用部分均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

廢棄部分，第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：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（下稱系爭工程、系爭契約），承攬系爭工程之施作，約定總價金新臺幣（下同）1億2458萬元。104年7月7日蓮花颱風來襲時，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。系爭工程因而暫停施工，嗣經土木技師公會鑑定當日之施作合格後，被上訴人即多次通知上訴人進場施作，上訴人竟設詞拒絕進場，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，上訴人之行為，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，因上開可歸責於上訴人之事由，致非全部拆除上訴人已施作部分重新施作無法達到安全之標準，上訴人受其復工之通知後拒絕進場施作，又拒不提出改善計畫，不願意拆除重作，已無法達到債務給付之本旨，屬給付不能，被上訴人已依系爭契約第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日發函通知上訴解除契約。被上訴人因系爭工程已支付上訴人預付款1245萬8千元、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、土木技師公會鑑定費用5萬零400元，上開費用均係因上訴人之違約所生，屬被上訴人之損害。爰依民法第226條第1項、第216條第1項及第260條規定，請求上訴人賠償2844萬4924元，並加計自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息等語。

二、上訴人則以：系爭工程於開工後，因被上訴人在契約約定事項以外，要求上訴人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、機具及廟會繞境活動無法動工，上訴人於104年3月24日至104年5月5日停工，又因104年7月7日南側基礎底版施工中，監造人及被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104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三個月，上開停工非可歸責於上訴人，上訴人已依契約第21條第8項第3款，於104年10月13日發函終止契約，契約既經上訴人終止在前，被上訴人自無從再行解除請求其賠償損害。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，早經被上訴人估驗通過，上訴人依約應支付全部估驗款，乃被上訴人僅支付一半，扣留一半即688萬1383元不付，要求伊進場施作排除因中斷施工造成之界面，又拒不給予工期及處理界

面之報酬，經伊多次請求付款均未支付，遲延至今逾2年，伊亦得依契約第21條第9項第3款，終止契約。系爭工程已完工部分之價值及已進場材料合計約二千萬元，經被上訴人估驗合格而支付工程款金額合計達1185萬多元，已完成工項並無任何瑕疵，被上訴人行使解除權，顯違反最高法院83年台上字第3265號判例、99年度台上字第818號判決意旨，被上訴人之解約不合法；又被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；上訴人已於104年11月24日將工地移交被上訴人，南側基礎底版鋼筋鏽蝕顯為被上訴人自己保管不當，不應由伊負擔責任等語，資為抗辯。

三、原審判命上訴人給付2767萬944元本息，駁回被上訴人其餘請求，被上訴人就其敗訴部分未上訴。上訴人就其敗訴部分不服提起上訴。上訴聲明：㈠原判決不利上訴人部分廢棄。㈡廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項為：

㈠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，上訴人已交付工程履約保證金1245萬8千元，系爭工程於104年3月23日正式開工。

㈡開工次日被上訴人召開工程協調會，決議上訴人應依許士群建築師指定，每立方公尺15包、14包、13包的水泥配比做試樁體3支，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，於次日發函通知被上訴人：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；被上訴人於同日之工程監造表記載：「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。」

㈢被上訴人於104年4月28日，通知上訴人及建築師召開施工說明會，請建築師指示基樁後續施工方法，依當天之施工說明

會決議，系爭工程從原約定之高壓噴射基樁工法，變更為全置換改良工法。上訴人於104年5月5日發函通知被上訴人：「…，因工法更改、為配料、機具進場及配合貴廟繞境，上訴人訂於104年5月6日復工。」

㈣104年7月7日蓮花颱風來襲，中央氣象局於當日凌晨2時30分發布颱風陸上警報及豪雨特報，於下午2 時30分解除陸上颱風警報。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，下大雨，監造人許士群建築師現場要求上訴人停止混凝土澆灌，上訴人於下午約5時10分停工，於5點46分左右致電許士群建築師，要求繼續灌漿，未獲同意，系爭工程即停工迄今。

㈤兩造同意委由臺南市土木技師公會，鑑定系爭工程南側基礎底版混凝土強度，兩造及鑑定人許引絃於104年8月17日在現場鑽心取樣，於8月24日會同於實驗室觀看試驗結果，於9月4 日做成鑑定報告，上訴人於次日收受該報告，於9月7日送交該報告予被上訴人。鑑定結果為：㈠本鑑定僅針對隨機選取位置進行混凝土鑽心強度試驗結果進行研判，本案鑑定標的物「鹿耳門聖母廟附設香客大樓新建工程」基礎版混凝土強度符合設計需求。㈡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。

㈥被上訴人於104年8月28日以工程聯絡單通知上訴人：「系爭工程南側基礎…。當時許引絃技師也有講說如何修復…請貴公司即予復工修復…並將施工方法提供本廟方查核等語」；於104年9月4日發函通知上訴人盡速進行系爭工程，第2期工程款決議先支付百分之50，其餘百分之50等復工情事執行確實改善，結構強度無慮再行核發；於104年9月9日以工程聯絡單通知上訴人即日復工。

㈦上訴人以104年9月14日發函，要求被上訴人盡速支付保留之百分之50工程款，並於附件中說明「因停工造成之施工界面

，如何修復或改善，非上訴人權責，請被上訴人盡速委請專責單位擬定可行規範及施工法則，儘速召開工程協調會達成共識…復工應於被上訴人對南側基礎版結構無虞後、新增施工界面工程等問題解決修復後、責任釐清後再議」等語，被上訴人於次日收受該信函。

㈧被上訴人於104 年10月7日發律師函，通知上訴人於7日內迅速復工、提出修復之施工方法資料、逾期未復工及修復，則依系爭契約第21條第1項第5款、第8 款解除契約、請求損害賠償，上訴人於次日收受該律師函。

㈨上訴人於104年10月13日發存證信函，通知被上訴人：「系爭工程自104年3月24日起至104年5月5日，因被上訴人要求進行高壓噴射基樁試樁停工，又於104年7月8日起至104年10月12日，因被上訴人要求就南側基礎版混凝土澆置工程進行強度鑑定停工，系爭工程因上開可歸責於被上訴人事由，停工期間累計逾3個月，依系爭契約第21條第8項第3款終止契約」，被上訴人於次日收受該信函。

㈩被上訴人於104年10月22日發存證信函通知上訴人，表示依爭契約第21條第1項第5款、第8款解除契約，上訴人於次日收受該信函。

㈪被上訴人因系爭工程已支付上訴人預付款1245萬8千元、第一期工程款497萬2449元、第二期工程款688萬1383元、許士群建築師設計費295萬4094元、監造費23萬3553元、支出建築執照規費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、土木技師公會鑑定費用5萬400元。

㈫被上訴人已向銀行實行履約保證沒入上訴人之保證金。上訴人已於104年11月24日將工地移交予被上訴人。

五、兩造爭執之事項：

㈠上訴人於104 年10月13日向被上訴人發函終止契約，是否發生效力？（系爭工程有無契約第21條第8項第3款「因可歸責於被上訴人之情形，停工累計逾3個月」之情形）

⑴進行高壓噴射基樁試樁、廟方遶境活動之停工，是否可歸責於被上訴人？

⑵南側基礎底版混凝土澆置作業停工進行強度鑑定之停工，是否可歸責被上訴人？

㈡上訴人以被上訴人遲延給付估驗款688萬1383元，依契約第21條第9項第3款「甲方延遲付款達3個月者，廠商得通知甲方終止契約…。」，終止契約，是否有理由？

㈢被上訴人於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，解除契約，是否有理由？

⑴上訴人抗辯監造人停工指示有過失，導致界面，被上訴人不肯追加工項延長工期，其因而拒不復工，是否有理由？

⑵上訴人之停工行為有無造成給付不能之情事？

⑶上訴人抗辯因被上訴人遲延給付估驗款，主張契約第21條第9項第2款之「因非可歸責於廠商之事由，甲方有延遲付款之情形：廠商得於通知甲方1 個月後暫停，或減緩施工進度、依第七條第3 款規定，申請延長履約期限」暫停施工，是否有理由？

⑷被上訴人請求各項損害賠償金額，是否有理由？

①預付款1245萬8000元、第一期工程款497萬2449元、第二期工程款688萬1383元

②建築師設計監造費318萬7647元、建築執照規費3萬6271元、建築測量費4萬元、汙水下水道系統工程費4萬7250元、空氣污染防治費4萬7944元。

六、得心證之理由：

㈠上訴人於104年10月13日向被上訴人發函終止契約，是否發生效力？（系爭工程有無契約第21條第8項第3款「因可歸責於被上訴人之情形，停工累計逾3個月）

就此項爭點，可分成：⑴進行高壓噴射基樁試樁、廟方遶境活動之停工，⑵南側基礎底版混凝土澆置作業停工進行強度鑑定之停工二部分，以下分論之：

⑴進行高壓噴射基樁試樁、廟方遶境活動部分：

①上訴人主張系爭契約書、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一節，有契約及施工圖說可按。核與證人許引絃土木技師（於原審曾受兩造委託鑑定系爭工程之強度）於原審所證述：「（問：…，一般工程要做基樁之前是否要試樁？）答：…，這要看他樁是哪一種樁。要不要試樁要看合約，因為有時候營造的立場只是按圖、按照合約施工，…試樁要回歸契約來看，…一般會在工程標單上面看到試樁費用、有幾支也會明確規定…」（原審卷二第15頁）；證人陳順寶（被上訴人指定之系爭工程之工程司）所證述：「（工程預算表次一施工工程費項目裡有試樁費用？），答：目前之工程合約書裡面121支高壓噴樁沒有試樁費用」等語相符（同上卷第48頁）。是上訴人主張兩造間就系爭工程既未於契約相關文件中約明須作試樁，則被上訴人依其監造人之意見，要求上訴人於施工前先進行試樁，即屬新增之工項一節，應屬可採（最高法院98年度台上字第126號判決意旨「所謂新增工項，乃指原合約之圖說規範及標單均未規定，而定作人在合約簽訂後，另外要求承攬人施作之新增工作」參照）。

②被上訴人雖主張，兩造合約已就基樁約定「鑽心取樣之強度依合約第十一條第(二)項約定，上訴人應提供符合契約圖說之同等品，況且被上訴人及監造人均有檢驗之責，依照契約被上訴人要求試樁，符合契約履約意旨，上訴人提出之施工計畫書，亦將「試樁三支，依配比作強度試驗，再施以鑽心取樣試體28天抗壓強度試驗，強度達60 kgf/cm後再進行本體基樁施工」，列入計畫內容及施工要領等語（原審卷二第35-41頁）。惟查：

㈠上訴人抗辯，依內政部營建署公布之「建築物基礎構造設計規範」第九章「地層改良1.通則：「3.基本上地層改良屬地層之補強或改善措施，地層改良後之基

礎設計，仍應依本設計規範其他各章節之規定進行。」；又9.2.4地層固化法規定：「(3)高壓噴射法-利用高壓力噴射作用將液態固化劑與土層相混合，固化成堅硬柱體，與原地層共成複合地基作用。此法主要適用於砂性土壤。」亦即，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。換言之，於開工後設計監造單位要求「試樁」，是在設計階段即應該完成，因設計監造單位之錯誤，而竟於施工後方發現，原設計工法其實不可採。又依系爭工程建築基地之地質鑽探資料（原審卷二第207頁以下），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（不爭執事項㈡），核與證人陳順寶於原審所證述「（問：原來建築師設計之高壓噴射基樁為什麼要換成全置換工法？）答：因為強度沒有達到要求」、「地質調查是建築師設計建築物之依據，建築師會要求」「本件（在規劃設計前）有做地質調查」等語相符（原審卷二第48頁反面-49頁）。是上訴人上開抗辯，與其提出之相關法規資料及證人陳順寶之證述相符，應屬可信。

㈣上訴人抗辯，於開工時設計監造單位才臨時決定試做噴射基樁，以確定其原先設計之工法是否可行。而上訴人為安全起見，遂同意配合設計監造單位之要求辦理試樁並變更工法，廟方不同意追加經費，此節，經監造人許士群建築師於原審證述：「我們的結構技師認為只要強度夠，工法替換是沒關係，這部分結構技

師是專業，我也尊重，但大前提是被告不可以追加經費，其實全置換工法成本和高壓噴射基樁差不多。後來兩造都同意改用全置換工法施工。」等語（原審卷二第11頁），則上訴人之抗辯，開工後被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，為可採信。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「配合甲方要求」（原審卷二第39頁），亦與陳順寶於原審作證時陳稱該施工計劃書是試樁後修正者（同上卷第45頁、48頁反面）等語，及該對照表註明送審日期係104年4月15日相符。

㈣綜上所述，被上訴人主張上訴人同意試樁並列入施工計畫之內云云，尚與事實有間，並不可採。

③綜上，上訴人抗辯，因試樁係新增工項，為被上訴人方面之事由所生，其因配合試樁而停工，並非可歸責於其之事由一節，為可信。本件試樁期間至少要停工35天，已經證人陳順寶（上訴人指定之現場工程司）於原審證稱：「試樁的時間一般以28天為原則，本件試樁詳細的時間大概超過35天以上，…35天是算到強度試出來…」明確（原審卷二第44頁背面）。

④查：證人許引絃技師於原審證述：「這是一樓跟地下室結構平面圖，若從這些圖來看，其實看不出污水池要怎麼施作，也沒配筋」等語（同上卷二第15頁-16頁）。而被上訴人係於104年7月8日始發函檢送上開污水池之工程藍晒圖，請上訴人依建築師提供工程藍晒圖夾本依圖施作(原審卷一第157頁），上訴人亦於接到函文後發文要求污水池結構工程，同意依後補圖說施工，但要求儘速辦理變更追加手續（同上卷第158頁）。是被上訴人主張試樁期間上訴人可先行施作污水設施工程，不必停工云云，其主張尚非可採。上訴人抗辯，關於「污水池結構工程」，非系爭合約施工範圍，且欠缺相關圖說

，於試樁期間無法先進行興建污水池結構工程，尚屬可採。

⑤廟會遶境、施工方法變更備料等是否必須停工？上訴人主張，因被上訴人的遶境廟會馳名海內外，朝拜之人甚多為安全之故必須停工，但被上訴人則主張，依證人陳順寶所證稱「因為廟會要出入，我們要求被告打開一個通道方便通行，應該不會影響工程。」、「（問：在當時繞境過程中被告仍可以進行工程）答：可以」（同上卷第44頁反面、47頁），本院認為縱有留一個出入道路，可供出入，然載運機具、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，上訴人亦須重新準備材料機具，參酌被上訴人之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（同上卷第129-131頁）。是上訴人主張此段亦須停工，堪以採信

⑥以上停工期間為104年3月24日至104年5月3日，共計41日。此段期間，上訴人主張係可歸責於被上訴人之事由，尚屬可採。

⑵南側基礎底版混凝土澆置作業停工進行強度鑑定部分：

①依不爭執事項㈣所示，104年7月7日蓮花颱風來襲，…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，監造人許士群建築師現場要求上訴人停止混凝土澆灌，上訴人於下午約5時10分停工，於5點46分左右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，兩造同意委由臺南市土木技師公會，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，上訴人於次日收受該報告，於9月7日送交該報告予

被上訴人。鑑定結果為：㈠…，本案鑑定標的物「鹿耳門聖母廟附設香客大樓新建工程」基礎版混凝土強度符合設計需求（不爭執事項㈤）。準此，此段停工期間至少為7月8日至9月7日。雖然被上訴人主張其已於104年8月28日，即已發函通知上訴人可繼續施工，但此時因鑑定結論尚未正式出爐（8月24日兩造會同觀看試驗室之初步報告而已），上訴人抗辯因責任歸屬不明、復工之方法未確定，因而未同意被上訴人之請求，此項抗辯尚屬可採。被上訴人此部分之主張，不可採。

㈡就上開停工鑑定強度之停工期間，被上訴人主張係起因於上訴人於積水三十公分之情形下施作灌漿有影響強度之虞所造成，非可歸責於被上訴人等語。然查：

㈠證人方定成土木技師於本院證稱：「從這裡可以看到底層筋，有兩層，上層筋跟底層筋，若可以看到底層筋就不算有積水的現象，因為保護層差不多5公分。紅圈圈下方可以看得到底層筋，表示沒有積水」（本院卷二第422頁、429頁）；證人黃柏鈞土木技師於本院證述：「（提示本院卷二第235頁）我現場這樣子看起來，右邊底層筋部分看起來很明顯，看起來是沒有積水，可能要去現場實際判斷，這樣看起來鋼筋都看得到，右邊下方的鋼筋若還看得到，這樣看起來是可以灌漿的。」、「（法官問：右邊底下有無積水？雨水會這麼混濁嗎？）答：我這樣看來是沒有積水…，」等語（本院卷二第439頁），二位證人係土木技師，具有多年工地實務經驗，其上開證述屬公正可採。被上訴人之現場工程司陳順寶，於原審及本院所證述當天積水達30公分云云，與事實未合，尚非可採信。

㈡系爭基礎底版混凝土強度經鑑定係符合設計需求，可見並無監造人及現場工程司所擔心或懷疑因下大雨澆灌強度不足之事。

㈣證人方定成土木技師於本院證稱：「雨水是透明沒錯，但底下有鋼筋、混凝土，下去怎麼會還是清色的，它不是完全的清色，可以看得到底層筋，可以完全判斷水不多，可以在澆置的允許範圍，澆置水會推過去，澆置不是跟水一起攪拌，澆置下去會有力量，水會這樣跑，從相片來看，是可以允許澆置的。」、「一般大雨會先停止，雨小還會繼繼澆置」、「以我們的經驗，大家都是為了工程進度，我們會讓包商去施作，若不合格就拆掉，…包商就是要承擔風險，我們的經驗，我一定要讓包商施作，施作完再來鑽心」」（本院卷二第430頁、第424-425頁）；證人黃柏鈞土木技師於本院證述：「（提示本院卷二第235頁）…，看起來是沒有積水，…，這樣看起來鋼筋都看得到，右邊下方的鋼筋若還看得到，這樣看起來是可以灌漿的。」、「若連看到底層筋，連鋼筋都看不到，基本上我會希望水抽掉，趕快灌漿，我還是不會叫他停止，停止是大家束手無策，準備要讓它發生初凝」「（本院卷二第439頁）。從二位土木技師之上開證言，其等均主張應允許上訴人於雨停後繼續施作，不應斷然拒絕繼續澆灌，造成本件之界面（冷縫）。而依不爭執事項㈣所示，上訴人於下午約5時10分被要求停工，於雨停後之5點46分左右上訴人致電監造人許士群建築師，要求繼續灌漿未獲同意，系爭工程即因而停工，是此項停工，乃被上訴人之監造人及現場工程司之決定所致。

㈤於系爭工程澆置混凝土過程中，被上訴人之監造建築師及現場工程司，二人中途離開工地現場到廟方開工程會議，大約二小時左右，於會議結束後始發現外面在下大雨，乃立即開車趕到施工現場，當場制止灌漿作業，此經監造人於本院陳述明確，是在整個灌漿施工過程約有近二小時，廟方之系爭工程主要相關人員

未在場監看，惟依證人方定成技師於本院證述「（問：當場監造人員應該在現場指揮監督？）答：我們的監造是這樣。」、「（問：…，當場的監造人員沒有在現場是有過失的？）答：…，我們的監造人員一定是全程監造。澆置時，本來監造就是要在現場，因為要去看，包含料來也要去查驗，…」等語（本院卷二第428頁）。

㈥被上訴人主張其監造建築師於7月7日下午4時30分左右在廟方開完會出會議室，發現在下大雨，經詢問工地說仍繼續施工，乃急速趕到現場制止施工，並提出當場以手機拍攝之工地現場照片，證明被上訴人於當時下大雨情況下仍施工。惟查：

1.證人王秉豪（系爭工地之混凝土供料公司員工）於本院證述：「104年7月7日當天澆置混凝土，我在工地，…全程在現場。」、「(播放黃雅萍律師提出之光碟後，問：有無看到剛才法院播放的影片？）答：有看的。（問：影片這9秒有無在澆置混凝土？）答：這是靜止狀態，若當下有出料，影片中這支管會晃動。…、應該是沒有，否則畫面上這支管會晃動，若有出料，管尾須有人扶住控制澆置的位置。」、「（問：許士群是否要求當日不得再施作混凝土事情經過為何？）答：他到工務所前面時，他就叫我們停止，我說我們現在就是停止了，他說今天不可以再澆置了，因為若澆置，混凝土遇到水，水灰比會變大，會影響品質，我說我們當下是閃避雨勢，有下雨沒錯，但是我們是閃避雨勢在澆置，下雨就會停止，你來看時我們就是靜止休息狀態，所以大家都在工務所前面」「問：當天在澆置混凝土的範圍，有無積水30公分的情形？）答：應該沒有這個現象，完全沒有，若有，我不會同意施作，因為我們要向營造廠負責品質，若有這種情形

就太誇張，我們不可能施工。」、「（問：…在混凝土澆置過程中，若遇到下雨如何處理？）答：若遇到下雨，我們會閃避雨勢，若下很大，我們一定停止，若有遇到下雨，我們會停一下，若放晴會再繼續，要一體成型，整個結合在一起，混凝土的強度才可展現出來。」（本院卷二第77-81頁）。証人係混凝土供料公司之員工，約有30年工作經驗，其上開陳述核與二位土木技師所述相符，應屬可信。

2.證人方定成技師於本院證述：「問：（提示本院卷二第247頁，這個現場到底有無在下料澆置的情形？）答：不是沒有料嘛，管下來沒有看到料，打是有力量的，一定要有人扶著。從下面看沒有料出來，也沒有人，這種情形是在等待，從此相片來看，現場沒有人在澆置」、「問：（這是否在推平？）答：這樣看不到，推平不是必要的動作」、「問：（照片上穿雨衣那個人的姿勢是否在推平？）答：從相片來看無法判斷他在做何動作。」、「（問：這時候到底要不要推平？還是讓他凹凸？）答：澆置下去一定要推平。」等語（本院卷二第428-42 9頁）。

3.證人黃柏鈞技師於本院證稱：「（提示本院卷二第247頁，問：目前有無在澆置混凝土？）答：有澆置混凝土的話，管子要扶住，不然從上面灑濺下來的管壓是很大，一定要按照既定施工順序，有人扶住之後，按照定位來澆置，我這樣看起來目前應該是沒有出料。」、「（當庭播放本院卷一第545頁證物袋之光碟，問：建築師依照這種雨勢判斷不可以繼續澆置，在土木技師立場，這種雨勢可否繼續施作？）答：我不知道旁邊有無留設臨時導水的排水溝，若有，我看現場狀況，若我是監造技師，我

是會拜託他趕快灌漿，這樣看起來可以繼續施作，…，現場看起來若旁邊有留設臨時排水設施，其實是可以灌漿。」、「我這樣看起來是沒有積水，我剛才講的一直下大雨，除了會發生公安事件，也沒有辦法澆置外，表面混凝土品質也會受影響，底面的積水已經影響基礎面的保護層，整個要灌漿的那些水還是會浮起來，因為沒有透過拌合的作用，那些水到時候還是會浮起來，不會滲進去」等語（同上卷第438-440頁）。

4.綜合二位技師證人之專業意見及現場施工證人上開意見，並無被上訴人之監造人及現場工程司所述於下大雨之情況下繼續澆灌混凝土之情事，王秉豪所述，下大雨時伊等停止澆灌，雨小或雨停時接續澆灌，會閃雨縫施工一節，為可採信。被上訴人主張上訴人於下大雨工地積水三十公分仍施作云云，尚與事實有間，尚非可採。

㈥查被上訴人方面之監造人及現場工程司之所以有「上訴人於下雨工地積水三十公分之情形下澆灌混凝土，影響水灰比強度恐有不足之疑慮」，因此項誤判因而作出不能繼續澆灌之決定，乃係因二人均於當時參加廟方召開之工程會議，同時離開施工現場，未能於混凝土澆灌時，始終親在現場或指定廟方人員在場觀看，以致誤以為上訴人於其二人開會之二小時間內，係在下大雨中澆灌所致，此項錯誤判斷係由被上訴人之監造人及工程司之行為造成，應屬可歸責於被上訴人之事由。

又被上訴人另主張即便監造人於雨停後同意上訴人施作，上訴人原先進場之混凝土因出場已超過90分鐘不能使用云云。惟查：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，此經方定成技師於本院之證述明確（本院卷二第416-417、419-420頁）。是上訴人抗辯如混凝土材料有不合格，應是「退料」的問題，倘伊進場之混凝土材料有不符合契約要求，經檢驗確實不符者，可要求上訴人退料重新進料，但並非完拒絕其繼續澆置灌漿，造成冷縫。尚屬可採，被上訴人此部分主張，亦不足採。

㈢於鑑定報告出爐送達兩造後，被上訴人雖於9月4日發函要求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，被上訴人並於9月21日發函上訴人，兩造於9月26日召開工程復工協調會，要求上訴人進場施作（不爭執事項㈥）。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（不爭執事項㈤）。查：

㈠系爭契約第4條第十項第5.款約定：「契約履行期間，有下列情形之一（且非可歸責於廠商），致增加廠商履約成本者，廠商為完成契約標的所需增加之必要費用，由甲方負擔：...5.甲方要求全部或部分暫停執行（停工）」。

㈡證人許引絃技師於原審證述：「因為業主產生的不能施作問題，那業主應該要就界面的修補給予補償，就工期的部分必須另外估算。就本件而言，因為混凝土已經綁有鋼筋，要看能不能清除，如果必須移動鋼筋才能清除，還要先移動鋼筋，所以我無法預估以本件鑑定出的鑑定方式，需要多少工期與費用」等語（原審卷二第16頁背面）；證人方定成技師於本院證稱：「（法官問：颱風天好天氣同意澆置，後來下大雨阻止澆置，以後一定會形成弱面問題，要不要追加工項？）答：合約書裡面沒有編的話，就要做變更」等語（本院卷二第427頁）；證人黃柏鈞技師於本院證稱

：「（法官問：…連續兩小時下雨，建築師阻止澆置，設有冷縫產生要處理，是否要增加工項?）答：…廠商若在他自己有能力可以做的情況下，而不能做，導致有冷縫發生，基於公平原則應該要追加工項，因為冷縫不是施工單位原本出場要灌漿時所造成」等語(同上卷第438頁）。

㈣依上開契約條款及三位證人之專業意見，因被上訴人之監造人及現場工程司之誤判，而下令停工所產生工程之界面，應辦理變更，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，上訴人此部分主張為可採。被上訴人抗辯界面處理係施工問題，應由上訴人提出具體方法再送監造人審核云云，尚非可採。

㈤上訴人於104年9月14日發文被上訴人表示：「因停工造成之施工界面，如何修復或改善，非本公司權責，也未曾遇過，且無施工規範法則可循，請貴廟委請專責單位，擬定可行規範及施工法則盡速召開工程協調會議達成共識，以利工進（原審卷一第152頁），乃兩造於104年9月26日開討論復工、停工責任等事項時，被上訴人不同意界面處理應追加變更契約，拒絕增加任何預算予上訴人，此經監造人許士群建築師於原審證述：「…，我有說鑑定報告裡面的方法可以用，或者上訴人可以提出適當的方式，由我們監造單位審核，…，但是上訴人有提到應該是要做變更或追加設計，廟方沒有同意，因為廟方認為不是他們的問題」等語，核與復工協調會中被上訴人之與會代表蔡鴻榮發言「…我廟不可能花錢修復這個」相符（原審卷二第10頁、本院卷三第359頁），因被上訴人拒不就界面之處理，辦理變更追加工程、延長工期，上訴人自無從因上開鑑定報告之抽象之說明，即須自行負擔費

用負擔工期施作，則上訴人未因被上訴人之催促而進場復工，非可歸責於上訴人，堪以認定。

④綜上所述，上訴人主張自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（上訴人係主張至其發函終止契約之前一日即10月12日），係可歸責於被上訴人之錯誤指示停工造成界面，又不同意追加工程加給工期之事由所生，為可採信。

⑶如上所述，系爭工程因進行高壓噴射基樁試樁、廟方遶境活動停工，及因南側基礎底版混凝土澆置作業停工進行強度鑑定停工，再因界面之處理爭執不下而未能復工，前者至少37天（35天試樁、2天廟會），後者至少約80天（7月8日至9月26日復工會議），二者合計超90天以上。上訴人主張依系爭契約第21條第8項第3款「因可歸責於被上訴人之情形，停工累計逾3個月」，於104年10月13日發存證信函，通知被上訴人解約，被上訴人於次日即收受該信函（不爭執事項㈨），則系爭契約已經合法終止，堪以認定。

㈡本件契約因上訴人於104年10月13日發函終止而消滅，同一契約自不可能被再次終止或解除，則爭點㈡上訴人於本院主張被上訴人遲延給付估驗款688萬1383元為由，終止契約即無可能，同理，爭點㈢被上訴人於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，亦屬無據，此二部分爭點，均不再逐一論述，併此敘明。

七、綜上所述，被上訴人依契約及給付不能之法律規定，請求上訴人給付2767萬944元，及自起訴狀繕本送達翌日起算至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為無理由，不應准許。原審就此部分判命上訴人給付，並附條件為假執行及免為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由。應由本院廢棄改判如主文第二項所示。

八、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，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　31　　日

工程法庭　　審判長法　官　丁振昌

法　官　王浦傑

法　官　吳上康

上為正本係照原本作成。

被上訴人如不服本判決，應於收受送達後20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20日內向本院補提出理由書狀（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466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　31　　日

書記官　凌昇裕

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。