

【裁判字號】99,台上,1183

【裁判日期】990630

【裁判案由】請求損害賠償等

【裁判全文】

最高法院民事判決 九十九年度台上字第一一八三號

上訴人 顯明營造有限公司

法定代理人 甲○○

訴訟代理人 陳錦芳律師

上訴人 內政部營建署

法定代理人 乙○○

訴訟代理人 莊乾城律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，兩造對於中華民國九十七年十一月二十五日台灣高等法院第二審更審判決（九十七年度建上更(一)字第一五號），各自提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件上訴人顯明營造有限公司（下稱顯明公司）主張：兩造於民國八十九年九月二十二日簽訂工程契約，由伊承攬內政部營建署重機械工程隊（下稱營建署重工隊，其組織及業務因裁撤併入對造上訴人內政部營建署「下稱營建署」，而由該署承受訴訟）之台南市○○○號路道路工程附屬工程（下稱系爭工程），約定工程總價新台幣（下同）四千八百二十萬元，按實做工程數量辦理結算給付。系爭工程扣除不計工期之日數後，本應於九十一年五月四日完工，但其中C109中心樁偏移路段及汞污泥路段，因不可歸責於伊之事由無法繼續施作，致未能如期完工，詎營建署重工隊竟以伊進度遲延為由，於同年六月十五日片面終止系爭工程契約，按伊實做工程數量結算金額五千零六十萬九千四百元，扣除營建署重工隊已付之二千一百三十一萬零八元後，該隊尚應給付伊二千九百二十九萬九千三百九十二元，惟於九十二年六月十一日收受伊催告函，仍不給付。又伊依約應繳交之差額及履約保證金共七百零二萬元，由合作金庫銀行（已更名為合作金庫商業銀行股份有限公司）成功分行（下稱合庫成功分行）開具連帶保證書負連帶保證責任，而營建署重工隊既終止系爭工程契約，依該工程契約第二十二條第五項第一款及第六項之約定，自應解除伊及合庫成功分行之差額及履約保證金責任。惟營建署重工隊非但未予解除，反向合庫成功分行行使保證書權利，致伊為購買定期存單設質予該分行以供擔保，而受有支出貸款利息七十八萬八千零七十七元之損害。另伊因營建署重工隊片面終止契約，而喪失

未完成部分之預期利益八十五萬六千八百元，依民法第五百十一條規定，亦應由營建署重工隊賠償等情，爰依承攬之法律關係、系爭工程契約之約定及民法第五百十一條之規定，求為命營建署給付三千零九十四萬四千二百六十九元並加計九十三年一月八日起算之法定遲延利息，暨解除伊與合庫成功分行之差額及履約保證金額共七百零二萬元責任之判決，且於原審前審就三千零七十五萬三千二百七十四元之利息，擴張自九十二年六月十二日起算（第一審判命營建署應給付顯明公司二千三百六十四萬七千六百七十七元及其利息，而駁回顯明公司其餘之請求。營建署就其敗訴部分全部；顯明公司則就其敗訴部分中之七百十萬五千五百九十七元本息及解除保證責任，提起第二審上訴）。

營建署則以：伊並非依民法第五百十一條規定終止契約，而係以顯明公司施工進度落後百分之三十以上，經伊通知改善而未改善，依系爭工程契約第二十八條第二項第一款第二目之約定終止契約，並無不合。顯明公司已完成之合格工程，經伊結算金額為二千九百二十萬三千元，且經高雄市土木技師公會鑑定結果，顯明公司已完成之工程款僅為三千九百七十四萬八千七百十四元。系爭工程扣除不計工期及延展工期後，應於九十年十一月九日完工，顯明公司要求展延工期一百四十三日曆天，實無理由。系爭工程契約係因顯明公司遲延而終止，且伊通知該公司改正亦未改正，依約其差額及履約保證金之保證責任仍不得解除，顯明公司自行提出七百零二萬元供擔保，所受利息損害與伊無關。又顯明公司依系爭工程契約之約定及承攬瑕疵擔保、不完全給付之法律關係，應賠償伊因系爭工程所受損害，包括已完成不合格及應改善部分重新發包之差額四百十六萬六千零五十七點三元、未完成部分重新發包之差額三百五十五萬一千元、 $W=0.50$ 側溝混凝土強度不足部分應退還之估驗款十四萬八千二百二十八元及重作差價十萬二千九百三十六點六八元、 $W=1.2M$ 矩型側溝底層少綁一層鋼筋之罰款一百二十三萬三千七百五十三元、逾期罰款四百八十二萬元、溢領材料款三百八十六萬一千二百七十二點七元、已完成工程之保固保證金六十四萬零七百二十元、未確實檢測中心樁之罰款一萬九千七百六十四元及另行支出之檢測費六萬九千元、中心樁偏移占用私有土地及打除側溝所支出之補償費六十萬元與遷移電力桿費用六萬四千五百零一元、中石化汞污泥路段已完成 $W=1.2M$ 矩型側溝及側溝基礎加強部分應退還之估驗款及重作差價二百七十五萬三千七百五十五點四八元等，共計二千二百零三萬零九百八十八點一六元，爰與顯明公司請求給付之金額抵銷等語，資為抗辯。

原審維持第一審所為營建署敗訴部分之判決，駁回其上訴，暨命

營建署再給付顯明公司四百八十二萬八千二百二十七元本息及該公司勝訴金額之擴張利息，並解除顯明公司與合庫成功分行之差額及履約保證金（金額共七百零二萬元）責任，而駁回該公司其餘上訴及其餘擴張之訴，係以：顯明公司於八十九年九月二十二日向營建署重工隊承攬系爭工程，並簽訂該工程契約，約定工程總價四千八百二十萬元，按實做工程數量辦理結算給付，營建署重工隊已付工程款二千一百三十一萬零八元。依系爭工程契約第二十條第二項第一款第二目約定，須顯明公司開工後之進度較預定進度落後百分之三十以上，且經營建署重工隊工程司書面通知改進達三次以上，其落後情形仍未改善時，營建署重工隊始能終止該工程契約。由營建署重工隊所提施工進度表以觀，顯明公司於九十一年四月底停工時，施工累進進度雖為百分之六六·三〇八，但被營建署重工隊視為全未施作之汞污泥路段（1K+800~2K+815），須由台南市政府環保局移除汞污泥後始得施工，卻遲至九十四年一月二十八日仍無法施作，是該路段視為未施作，並不可歸責於顯明公司。另被營建署重工隊視為全未施作之C109中心樁偏移路段（2K+748.23~3K+259.1「右側」、2K+748.23~3K+274.9「左側」），因顯明公司就C109中心樁不負檢測及繪製成果資料之義務，且係依營建署重工隊之指示，將系爭工程未段之IP8、NC50、C109三枝樁連成一直線施工，故上開C109中心樁偏移路段須打除重作，被視為未施作，不可歸責於顯明公司，連同汞污泥路段自不得將之列為工程進度落後部分，按該等路段合理施工日曆天數四十二日、二十日所占約定工期三百二十日曆天之比例百分之一三·一二五、百分之六·二五扣除後，顯明公司於九十一年六月十五日（原判決誤為同年月十日，下同）營建署重工隊終止契約時，其進度僅落後百分之一四·三一七，並未超過百分之三十，故營建署重工隊不得依前開約定終止系爭工程契約，其任意終止該工程契約，即應依民法第五百十一條但書規定，賠償顯明公司因契約終止而生之損害。系爭工程未完成部分之承攬報酬為一千二百二十四萬元，依九十一年度同業利潤標準，顯明公司原可獲得百分之八之利潤，是其請求營建署重工隊賠償此未完成部分百分之七預期利潤八十五萬六千八百元，自屬有據。營建署重工隊係因不可歸責於顯明公司之事由而終止系爭工程契約，依該工程契約第二十二條第五項第一款、第六項約定，即應解除顯明公司及就該公司應繳納履約保證金、差額保證金出具連帶保證書之合庫成功分行之該等保證金（金額共七百零二萬元）責任。且營建署重工隊於契約終止後，請求合庫成功分行依上開連帶保證書第二條約定，撥付保證金七百零二萬元，致顯明公司於九十一年七月十七日向合庫成功分行借款五百萬元，連

同自有資金共七百零二萬元，購買定期存單設質予合庫成功分行，其亦得請求營建署重工隊賠償所支出之貸款利息七十八萬八千零七十七元（自九十一年七月十七日起至九十三年十一月十六日止）。觀之兩造於系爭工程契約終止後所召開之協調會議紀錄內容，既因兩造對該工程中途結算有爭議，而委任台灣省土木技師公會本其專業表示意見以資解決，且顯明公司之法定代理人及營建署重工隊之人員李安祝於該公會實測時均到場會勘，自應認兩造有由台灣省土木技師公會鑑定之合意，並應以該公會鑑定結果為系爭工程結算數量及金額之參考依據。至高雄市土木技師公會未會同顯明公司且未經該公司同意所為之鑑定結果，則不得作為結算數量及金額之認定依據。而顯明公司就系爭工程已完成部分之承攬報酬，既經台灣省土木技師公會鑑定共為五千零六十萬九千四百元，則扣除營建署重工隊已付工程款二千一百三十一萬零八元，尚有二千九百二十九萬九千三百九十二元未付。台灣省土木技師公會鑑定報告（下稱系爭鑑定報告）第二冊一五之一頁所載回填砂二二六立方公尺，係台灣省土木技師公會重新計算之數量，除提出此計算錯誤之證據，不能以兩造結算之數量予以推翻。且上開回填砂係指雙口箱涵、單口箱涵、D1000mm  $\phi$  RCP側邊之回填砂，與一四之五頁記載之管溝填砂不同，其鑑定數量相異並無矛盾。又系爭鑑定報告第一冊一二之二八、一二之二九頁之水準觀測手記錄表所載數值係標尺讀數之中視，與同冊一三之一八之一四至四〇頁照片所示之開挖深度，乃不同之計算單位，且第一冊附件五之二基礎加強所附照片為顯明公司所提供之施工照片，亦與同冊九之六頁記載基礎加強部分依現場開挖丈量確認爭議處之高度無關，亦不得以之不符謂該鑑定報告不實。另系爭鑑定報告第二冊一四之一四頁工程數量計算表所列計算式之「1.00」，並未記載其為丙種板模設計高度，且該計算式以丙種板模設計高度一公尺計算，營建署亦未具體指出有何違誤致影響鑑定結果，實難據以謂該鑑定報告不實。營建署重工隊之人員於台灣省土木技師公會實測時，對於顯明公司將原物料帶入工地現場並未異議，此觀系爭鑑定報告中之工程數量異議現場會勘紀錄（一）所列待鑑定事項即明，則於鑑定後始謂顯明公司未將進場之原物料送該隊審查，自與誠信原則有違。況顯明公司未經營建署重工隊審查，亦僅有無違約而已，尚難作為系爭鑑定報告不實之認定依據。鑑定本須依實測結果據實記載，不受兩造結算數量之拘束，營建署未能舉證證明鍍鋅白鐵管B級28mm  $\phi$ 、鍍鋅白鐵管B級36mm  $\phi$ 、鍍鋅白鐵管 B級42mm  $\phi$ 之鑑定數量有何虛偽之處，自難以其與兩造結算數量不符，逕認系爭鑑定報告不實。台灣省土木技師公會與高雄市土木技師公會之土木技師實測項目、方式、內容，

均非相同，矧實測速度會受現場情況之影響，不得僅憑實測天數否認台灣省土木技師公會之鑑定結果。綜上所述，顯明公司因營建署重工隊任意終止系爭工程契約，得請求該隊給付或賠償工程款及損害共三千零九十四萬四千二百六十九元，暨解除顯明公司及合庫成功分行之差額、履約保證金（金額共七百零二萬元）責任，且顯明公司於營建署重工隊終止契約後一年內之九十二年六月十日，依民法第五百十一條規定請求營建署重工隊賠償損害，並於請求後六個月內之同年十二月九日提起訴訟，該公司之損害賠償請求權亦未罹於一年時效而消滅。惟顯明公司所施作之W = 0.50側溝（0K-066.5~0K+70 路段）混凝土強度不足，有桂田台南實驗室測試編號0000000000、0000000000

鑽心試體抗壓強度測試報告可稽，而此測試報告記載會驗人員包括顯明公司之法定代理人在內，且其亦未表示採樣程序及試體有瑕疵，則該公司事後爭執，即非可採。另顯明公司提出其他鑽心試體抗壓強度測試報告，因採樣非位於0K-066.5~0K+70 路段，其測試結果尚難為有利於該公司之認定。是營建署重工隊因上開混凝土強度不足，須委請他人打除重作，自得請求顯明公司返還此部分之估驗款十四萬八千二百二十八元及賠償重作差價十萬二千九百三十六點六八元，合計為二十五萬一千一百六十四點六八元。又系爭工程契約終止時，顯明公司施工進度落後百分之一四·三一七，依約定工期三百二十日曆天換算，顯明公司共逾期四十六日，每日按工程總價四千八百二十萬元千分之一計算，應罰款二百二十一萬七千二百元，連同0K-066.5~0K+70路段W=0.50側溝混凝土強度不足之二十五萬一千一百六十四點六八元，與顯明公司得請求之金額抵銷後，營建署重工隊尚應給付二千八百四十七萬五千九百零四元。從而顯明公司依系爭工程契約之約定及民法第五百十一條之規定，請求營建署如數給付及自顯明公司催告函送達營建署重工隊翌日（即九十二年六月十二日）起加計法定遲延利息，暨解除顯明公司及合庫成功分行之差額、履約保證金（金額共七百零二萬元）責任，洵屬有據，應予准許；逾此範圍之請求，則屬無據，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

惟查營建署重工隊陳稱其終止系爭工程契約，係依該工程契約第二十八條第二項第一款第二目約定，並非民法第五百十一條規定（見第一審第一卷第八六、八七頁及第二卷第五七頁），則其據以終止契約之事由是否同時亦有依民法第五百十一條為任意終止之意思表示，其法律效果既屬不同，原审未詳予探求營建署重工隊之真意，遽以該隊任意終止系爭工程契約為由，認營建署應解除顯明公司及合庫成功分行之差額、履約保證金（金額共七百零二萬元）責任，並賠償該公司支出貸款利息之損害七十八萬八千

零七十七元及未完成部分之預期利潤八十五萬六千八百元，不免速斷。次查營建署爰與顯明公司請求之金額抵銷者，除0K-066.5~0K+70路段W=0.50側溝混凝土強度不足之二十五萬一千一百六十四點六八元及逾期罰款四百八十二萬元外，尚有已完成不合格及應改善部分重新發包之差額四百十六萬六千零五十七點三元、未完成部分重新發包之差額三百五十五萬一千元、W=1.2M矩型側溝底層少綁一層鋼筋之罰款一百二十三萬三千七百五十三元、溢領材料款三百八十六萬一千二百七十二點七元、已完成工程之保固保證金六十四萬零七百二十元、未確實檢測中心樁之罰款一萬九千七百六十四元及另行支出之檢測費六萬九千元、中心樁偏移占用私有土地及打除側溝所支出之補償費六十萬元與遷移電力桿費用六萬四千五百零一元、中石化汞污泥路段已完成W=1.2M矩型側溝及側溝基礎加強部分應退還之估驗款及重作差價二百七十五萬三千七百五十五點四八元等，其中W=1.2M矩型側溝底層少綁一層鋼筋之一部分罰款十九萬零九百九十五元，經第一審判決抵銷後，未據顯明公司提起第二審上訴，原審就其餘部分未於判決理由項下說明其取舍意見，自屬判決不備理由。且原審以顯明公司得請求之金額扣除0K-066.5~0K+70路段W=0.50側溝混凝土強度不足之二十五萬一千一百六十四點六八元及逾期罰款二百二十一萬七千二百元，認營建署尚應給付顯明公司二千八百四十七萬五千九百零四元，未將上開第一審准予抵銷之金額十九萬零九百九十五元一併扣除，亦有未當。未查系爭工程扣除不計工期及延展工期後，究應於何時完工，原審並未認定，倘完工期限於九十一年四月底顯明公司停工前，已告屆滿，能否僅憑斯時該工程扣除不可歸責於顯明公司被視為未施作之汞污泥路段及C109中心樁偏移路段後之未完成部分比例百分之一四·三一七，按約定工期三百二十日曆天換算之天數，作為逾期日數，則非無疑。乃原審就系爭工程之完工期限未予調查審認澄清，逕依該工程未完成部分之比例推算顯明公司逾期四十六日，應罰款二百二十一萬七千二百元，不無可議。而原審所謂營建署得抵銷之二十五萬一千一百六十四點六八元及二百二十一萬七千二百元，既未認定自顯明公司得請求給付或賠償之工程款、支出貸款利息之損害或未完成部分之預期利潤各扣除若干，以致顯明公司上開各項請求無法確定原審准許或駁回之金額，則原判決全部自難維持。兩造上訴論旨，各自指摘原判決不當，求予廢棄，均有理由。

據上論結，本件兩造上訴均為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 六 月 三十 日  
最高法院民事第六庭

審判長法官 劉 福 來  
法官 陳 國 禎  
法官 陳 重 瑜  
法官 吳 麗 女  
法官 簡 清 忠

本件正本證明與原本無異

書 記 官  
中 華 民 國 九十九 年 七 月 十二 日  
K