

臺灣新竹地方法院民事判決

114年度小上字第10號

上訴人 喬立建設開發股份有限公司

法定代理人 張吉雯

訴訟代理人 周思傑律師

被上訴人 許竹瑩

訴訟代理人 洪大明律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於民國114年1月9日本院竹北簡易庭113年度竹北小字第407號第一審宣示判決筆錄提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用新臺幣貳仟貳佰伍拾元由上訴人負擔。

事實及理由

一、按對於小額程序之第一審裁判，得上訴或抗告於管轄之地方法院，其審判以合議行之。對於前項第一審裁判之上訴或抗告，非以其違背法令為理由，不得為之。又上訴狀內應記載上訴理由，表明下列各款事項：(一)原判決所違背之法令及其具體內容。(二)依訴訟資料可認為原判決有違背法令之具體事實，民事訴訟法第436條之24、第436條之25分別定有明文。又依民事訴訟法第436條之32第2項準用同法第468條及第469條第1款至第5款規定，判決不適用法規或適用不當者，為違背法令；而判決有同法第469條第1款至第5款情形之一者，為當然違背法令。是如上訴人提起上訴，形式上已具體指摘原審判決理由有違背法令之情事，其上訴即應認為合法。惟按小額程序之第二審判決，若依上訴意旨足認上訴為無理由者，得不經言詞辯論為之，亦有民事訴訟法第436條之29第2款之規定甚明。查，本件上訴人主張原審宣示判決筆錄係依據鑑定報告書記載之鑑定結果而為不利上訴人之

01 事實認定，然該鑑定人所為鑑定程序違反民事訴訟法第334
02 條、第335條之規定，無從擔保鑑定人為公正、誠實之鑑
03 定。又原審宣示判決未就鄰地土地所有人之事實為調查及辯
04 論，即逕以民法第794條、第184條第2項規定，為不利上訴
05 人之判決，顯已違背法令等語。經核，揆諸上訴人之主張，
06 堪認其就所指稱原審宣示判決違背法令之情事，已有具體之
07 指摘，依前開法條規定，上訴人提起本件上訴，程序上即屬
08 合法，先予敘明。

09 二、本件上訴人對原審小額訴訟之第一審宣示判決筆錄提起上
10 訴，核其上訴理由，無非略以：

11 (一)原審囑託社團法人新竹縣建築師公會選任楊長榮建築師及鍾
12 心怡建築師為鑑定人，然會勘當日僅有楊長榮建築師一人到
13 場，且鑑定報告書亦未依民事訴訟法第334條規定記載「必
14 為公正、誠實之鑑定，如有虛偽鑑定，願受偽證之處罰」等
15 語之結文附於鑑定書，而楊長榮建築師雖於原審言詞辯論期
16 日以證人身份到庭並具結，然證人結文與鑑定人結文並不相
17 同，不可混為一談，況鍾心怡建築師於受任鑑定過程中，未
18 至現場會勘，亦未於鑑定前具結，復未提出結文附於鑑定
19 書，可見原審選任鑑定人為鑑定之程序違背民事訴訟法第33
20 4、335條之規定，明顯違背法令。再者，鑑定人所為鑑定方
21 法均係以目視方式為檢視，且無法完全確定污染物質為何
22 物，其未看到污損實況，以推測方式為鑑定，其鑑定方法是
23 否公正、客觀，顯然有疑，原審判決率將鑑定人推測而來之
24 鑑定報告結果作為不利於上訴人之理由依據，確有違背法
25 令。

26 (二)又上訴人於原審已就鍾心怡建築師未參與鑑定之疑義，向原
27 審法院聲請函詢新竹縣建築師公會關於上開鑑定程序是否違
28 反該公會鑑定規範準則，惟原審法院竟未予調查，顯有違法
29 民事訴訟法第286條之規定而有適用法規不當之違背法令。

30 (三)再者，民法第794條規定係以「土地所有人」開掘土地或為
31 建築時為構成要件，然綜觀全卷資料，就鄰地（即系爭291

01 地號土地)「土地所有人」之事實，未經調查證據及辯論，
02 然原判決理由率以「上訴人於110年至112年在被上訴人所有
03 系爭房屋鄰地興建大樓」云云，逕行論斷上訴人應依民法第
04 184條第2項規定，負侵權行為損害賠償責任，顯然未依全辯
05 論意旨及調查證據之結果認定事實並適用法律，原判決適用
06 民法第794條及民事訴訟法第222條第1項規定，有適用法規
07 不當之違背法令。

08 (四)又上訴人將外牆泥作工程交由弘旭公司承攬施作，上訴人於
09 原審提出合約書、施工外觀照片，佐以鑑定報告書，再參照
10 最高法院108年度台上字第1049號民事判決意旨，可以證明
11 上訴人已盡符合法律規定之防護義務，且以契約明文要求弘
12 旭公司施作時應注意避免造成他人財產之損害，是本件縱有
13 污損之事實，依據民法第189條規定，上訴人不負損害賠償
14 責任，詎料，原判決竟率以上訴人未舉證證明無過失，而認
15 上訴人應依民法第184條第2項規定負侵權行為損害賠償責
16 任，原審顯未斟酌全辯論意旨及調查證據之結果認定事實及
17 適用法律，漏未斟酌上訴人於原審之主張及舉證，其適用民
18 法第184條第2項、第189條及民事訴訟法第222條第1項規定
19 不當，有適用法規不當之違背法令。

20 (五)另被上訴人於原審起訴請求賠償回復損害之費用29,400元，
21 並提出估價單及發票為證。其中，玻璃修補之估價單記載：
22 「前後陽台玻璃美容，金額20,000，稅外加」，發票開立含
23 稅金額為21,000元。惟據玻璃業者即證人辛進興於原審具結
24 證述：「(法官問：你施作多少錢?)我總共請款2萬元，這是
25 內稅，有開發票」，顯見被上訴人之主張及舉證與證人具結
26 證述之內容，明顯歧異及存有矛盾，原判決竟仍採納被上訴
27 人之主張，全數判准其請求之金額，原判決顯未依全辯論意
28 旨及調查證據之結果認定事實並適用法律，其自由心證判斷
29 事實顯然違背論理法則，有適用民事訴訟法第222條第1項及
30 第3項規定不當之違背法令。為此，爰依法提起上訴，求予
31 廢棄原判決；被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁

01 回。

02 三、被上訴人則以：依民事訴訟法第340條之規定，原審法院係
03 囑託社團法人新竹縣建築師公會鑑定，不適用同法第334條
04 具結之規定，上訴人指摘鑑定人未具結而有違背法令，至有
05 誤解。又原審依據鑑定報告書及證人楊長榮建築師之證述內
06 容，經審理調查後所為認定，上訴人仍恣意主觀而作不同解
07 讀，殊屬非是。又上訴人於一審時已自認其於鄰地興建大
08 樓，應無論上訴人是否為土地所有權人，均有民法第794條
09 之適用，況且上訴人若非土地所有權人，亦係已得到土地所
10 有權人之同意才得於該土地上興建大樓，則土地所有權人及
11 上訴人二人皆應就被上訴人所受之損害負賠償責任，本件上
12 訴人故不提出土地地主資料，卻於文字上作文章，浪費司法
13 資源，莫此為甚。至上訴人將泥作工程交由弘旭公司施作，
14 惟經證人楊長榮建築師證稱，泥作工程與防水工程一般為二
15 種小包，而工程明細未有防水劑等，顯然防水工程是由上訴
16 人自己施作，其造成被上訴人房屋受損，上訴人自應負責賠
17 償。是以，本件原審判決並無不適用法規或適用不當之情
18 形，上訴人漫肆指摘，恣意解釋，非有理由等語置辯。並聲
19 明：駁回上訴人之上訴。

20 四、經查：

21 (一)按民事訴訟法第334條固規定：「鑑定人應於鑑定前具結，
22 於結文內記載必為公正、誠實之鑑定，如有虛偽鑑定，願受
23 偽證之處罰等語。」，惟同法第340條（囑託鑑定）已規
24 定：「法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機
25 關、團體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或
26 團體所指定之人為之。本目關於鑑定人之規定，除第三百三
27 十四條及第三百三十九條外，於前項情形準用之。」可徵法
28 院囑託公署或團體陳述鑑定意見或審查之者，毋庸踐行具結
29 之程序，此觀民事訴訟法第334條之規定，未為同法第340條
30 所準用，即可明瞭。本件係由原審法院囑託社團法人新竹縣
31 建築師公會為鑑定，有本院113年3月12日竹北玉民治112竹

01 北小調1468字第9020號函及社團法人新竹縣建築師公會113
02 年3月18日建師竹縣鑑第0000000-0號函、113年4月29日建師
03 竹縣鑑第0000000-0號函在卷可按（見原審竹北小調卷第19
04 9、209、217頁）。依前開說明，應無民事訴訟法第334條規
05 定鑑定人應於鑑定前具結之適用，上訴人此部分爭執，係有
06 誤會。

07 (二)至上訴人主張鑑定人均以目視方式為檢視，恐非公正、客觀
08 乙節，然查，鑑定人即楊長榮建築師於原審到庭證述：

09 「（問：你檢視確定現場受污染物質為底漆，你檢視方式為
10 何？）目視」、「（問：依照你的鑑定報告書亦記載，所謂
11 「合成樹脂物質」…現場污染物質為何？）我無法完全確
12 定，但依照其透明度應屬壓克力樹脂較多」、「（問：你的
13 判別方式為何？）目視，於玻璃上有透明膠質物」、

14 「（問：你認定為污損及污損範圍之依據何在？）污損範圍
15 之地面污損，依照我們推測若噴塗底漆之掉落，經過大風吹
16 會吹至地面、牆面亦會吹至玻璃窗」、「（問：你於鑑定報
17 告書亦提及被告設置之帆布布網不違反規範，但大面積非設
18 置防護網，法規有無規定需設置帆布防護網？）法規未規
19 定，法規僅規定2層網，分別為2公分及10公分，但帆布網的
20 作用是防止噴塗材料小於該尺寸，有大風時需防止損害擴大
21 亦需自行加強，此為規範之最低防護」、「（問：鑑定報告
22 書亦提及你依據原告提供110年11月11日之防護網照片，認
23 為有破口或不當跡象，110年11月11日當時此工程進行之工
24 項為何？）此部分並非為我所查之處，我僅為推測若有噴塗
25 底漆，此為極細顆粒，以新竹當時東北風其吹散、擴散之範
26 圍，原則上很廣泛」等語（見原審卷第111至113頁）。可知
27 鑑定人於鑑定時已根據現場所留污損物質及相片為觀察，並
28 將防護網之設置情形、時間及風向等因素納入考量，會同鍾
29 心怡建築師為審查後，再由鑑定機關即新竹縣建築師公會出
30 具鑑定意見，鑑定方法自有相當依據而無明顯不當之處，故
31 上訴人上開主張，不足採信。

01 (三)又上訴人雖主張其於原審聲請函詢新竹縣建築師公會關於鑑
02 定程序是否違反該公會鑑定規範準則，原審法院卻未予調查
03 云云，然依原審於114年1月9日言詞辯論筆錄記載：法官詢
04 問：「提示全部卷證，尚有何主張及舉證？有無證據請求調
05 查？」上訴人回答：「除引用先前提出之書狀證據及陳述
06 外，無其他主張及舉證、亦無其他證據請求調查」等語，並
07 經上訴人確認當日筆錄無訛（見原審卷第184頁），是以，
08 原審已詢問上訴人有何證據提出及有無其他證據請求調查，
09 均未見上訴人提出，因此上訴人主張原審有未予調查之情
10 事，顯無可採。

11 (四)按當事人於第二審程序不得提出新攻擊或防禦方法，民事訴
12 訟法第436條之28前段定有明文。本件上人於原審並未提出
13 其非系爭291地號土地所有人之抗辯，其於第二審程序始主
14 張原審宣示筆錄未調查上訴人是否為系爭291地號土地所有
15 人之事實，即認定上訴人應負民法第184條第2項之賠償責任
16 云云，已違反前揭規定。且上訴人為系爭建案之定作人，即
17 為系爭建案土地之利用人，立於與土地所有人同一地位，應
18 準用民法第794條之規定，於建築時自不得因此使鄰地之地
19 基動搖或發生危險，或使鄰地之建築物或其他工作物受其損
20 害。定作人違反前開規定者，應推定其於定作或指示有過
21 失。查系爭建案為興建高樓層建物，而興建此類高層建築工
22 程，其施工稍有不慎，即可能使鄰地房屋受損，為一般人所
23 皆知，上訴人雖委由弘旭公司承攬施作系爭工程，惟其依民
24 法第794條規定負有為特定事項之義務，而使他人代為該事
25 項時，上訴人就弘旭公司之過失或不適當之履行，仍應負其
26 全責，不得因弘旭公司之代為履行而免其義務。原審宣示判
27 決已在判決理由中詳論其認定事實及法律適用之依據，而認
28 上訴人於施工過程中未妥善防護，致被上訴人之系爭房屋前
29 後陽台地面磁磚及玻璃污損，且未舉證證明其無過失，而認
30 上訴人應依民法第184條第2項規定負侵權行為損害賠償責
31 任，核無適用法律違誤之情形。上訴意旨主張原審未調查被

01 上訴人是否為系爭291地號土地所有人即認定上訴人應負民
02 法第184條第2項之賠償責任有所違誤云云，不足為採。

03 (五)至上訴人所執上開(四)及(五)上訴理由部分，雖指摘原審判
04 決有未斟酌全辯論意旨及調查證據之結果認定事實及適用法
05 律，漏未斟酌上訴人於原審之主張及舉證等語，惟查，對於
06 上訴人此部分抗辯，僅係就原審業已審理判斷之事實及證據
07 調查與否再為爭執，上訴人並未具體指摘原審判決所違反法
08 令之條項或其內容，亦未表明原審判決有何應適用法規而不
09 適用，或所適用之法規有如何之不當，或其採證有違背如何
10 之證據法則、或依訴訟資料有何民事訴訟法第469條第1款至
11 第5款規定判決當然違背法令之具體事實，依首揭法條規定
12 及說明，此部分之上訴顯難認為合法，應予駁回。

13 四、綜上所述，上訴人上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄，為
14 無理由，爰依民事訴訟法第436條之29第2款規定，不經言詞
15 辯論，逕以判決駁回其上訴。另上訴人上訴不合法部分，原
16 應以裁定駁回，爰合併於本判決駁回之。

17 五、本件第二審訴訟費用額，依民事訴訟法第436條之32第1項準
18 用同法第436條之19第1項之規定確定如主文第2項所示，應
19 由敗訴之上訴人負擔。

20 六、據上論結，本件上訴為一部無理由，一部不合法，依民事訴
21 訟法第436條之29第2款、第436條之32第1項、第2項、第449
22 條第1項、第444條第1項前段、第436條之19第1項、第78
23 條，判決如主文。

24 中 華 民 國 114 年 8 月 29 日

25 民事第一庭審判長法官 蔡孟芳

26 法官 周美玲

27 法官 楊明箴

28 以上正本係照原本作成。

29 本件不得上訴。

30 中 華 民 國 114 年 8 月 29 日

31 書記官 郭家慧