

臺灣高等法院臺南分院民事判決

109年度建上字第2號

上訴人 林昭吟
訴訟代理人 林錫恩律師
複代理人 張嘉琪律師
被上訴人 式澳營造有限公司
法定代理人 林國榮
訴訟代理人 洪梅芬律師
涂欣成律師
李政儒律師
王紹雲律師

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12月18日臺灣臺南地方法院107年度建字第40號第一審判決提起上訴，並為訴之擴張，本院於111年11月16日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴及擴張之訴均駁回。

第二審（含擴張之訴部分）訴訟費用由兩造各負擔二分之一。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按當事人之法定代理人其代理權消滅者，應由有代理權之法定代理人承受訴訟，此觀民事訴訟法第170條、第175條規定自明。查本件被上訴人之法定代理人於第二審上訴程序中已由毛森江變更為胡銘俊，再變更為林國榮，並分別經其等聲明承受訴訟（見本院卷二第137、323至325、389頁），核無不合，應予准許。

二、次按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款定有明文。查上訴人於原審起訴請求被上訴人給付上訴人新臺幣（下同）2,621,223元本息，經原審判命被上訴人給付上訴人497,600元本息，

而駁回上訴人其餘請求，上訴人對其敗訴部分聲明不服，提起上訴，請求被上訴人給付上訴人2,123,623元本息，並於本院擴張應受判決事項之聲明，請求被上訴人再給付上訴人4,646,784元本息，核與前揭規定相符，應予准許，先予敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：兩造於民國102年11月12日簽立新建工程合約書及裝修工程合約書（下稱系爭合約），由被上訴人承攬建築坐落臺南市○○區○○段00○0地號土地上林昭吟飲食店新建工程及裝修工程（下稱系爭建物工程），伊雖於106年5月22日終止系爭合約，惟終止前之承攬關係仍繼續存在。因系爭建物有漏水瑕疵，經伊委請臺南市土木技師公會（下稱土木技師公會）所為之106年10月13日（106）南土技字第1321號鑑定報告（下稱第1321號鑑定報告），鑑定該瑕疵修復費用為2,123,623元後，伊即於107年1月24日委由訴訟代理人寄發律師函，催請被上訴人於函到7日內修補瑕疵，又於107年3月14日寄發律師函，催請被上訴人提出修補計畫書，惟被上訴人並未提出修補計畫書，亦未修補漏水瑕疵。因伊於發現瑕疵後1年期間內即已請求被上訴人賠償損害，伊之損害賠償請求權自未罹於消滅時效，且系爭建物經本院囑託土木技師公會以漏水試驗鑑定所作成之111年5月30日（111）南土技字第1123號鑑定報告（下稱第1123號鑑定報告），已確定其有漏水瑕疵，且該瑕疵修復費用為6,770,407元，伊自得請求被上訴人如數賠償等情。爰依民法第495條第1項、第227條第1項及第231條第1項之規定，於原審求為命被上訴人應給付上訴人2,123,623元及自起訴狀送達翌日即107年7月6日起算之法定遲延利息之判決（原審就上訴人於原審之請求，為其一部勝訴、一部敗訴之判決，上訴人對其敗訴部分即駁回其請求被上訴人給付2,123,623元本息部分聲明不服，提起上訴，並為訴之擴張，未繫屬本院部分，不予贅述）。並上訴及擴張訴之聲明：（一）原判決關於駁回

01 上訴人後開第2項之訴暨命訴訟費用負擔之裁判均廢棄。(二)
02 上開廢棄部分，被上訴人應再給付上訴人2,123,623元，及
03 自107年7月6日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利
04 息。(三)被上訴人應給付上訴人4,646,784元，及自民事訴之
05 追加狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計
06 算之利息。

07 二、被上訴人則以：上訴人自行委任土木技師公會所為之第1321
08 號鑑定報告，未經具結、未通知伊到場表示意見，僅由上訴
09 人片面選任並提供資訊，且未進行漏水實驗，嚴重違反民事
10 訴訟法第326條、第334條、第337條第2項規定，應認無證據
11 能力，且不可採。又伊於接獲上訴人漏水瑕疵修補通知後，
12 已依債之本旨提出修繕計畫，並配合上訴人店休日，將準備
13 修繕日期通知上訴人，但上訴人拒絕允諾，故伊未能修復系
14 爭建物之漏水瑕疵，係因上訴人未為協力，致伊無從修補，
15 並非伊無修補意願或拒絕修補所致，上訴人逕行請求損害賠
16 償，於法即有未合。再者，系爭建物牆面為局部漏水，無須
17 整棟牆面全面施作防水，亦無須修復全部清水模效果，第11
18 23號鑑定報告所鑑定之修復費用6,770,407元，逾越損害填
19 補原則，且其中清水模效果修繕亦非必要費用。另被上訴人
20 於本院擴張請求之4,646,784元部分，已罹於消滅時效等
21 語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴及擴張之訴均駁回。

22 三、兩造不爭執事項：

23 (一)上訴人於102年1月7日與訴外人毛森江建築開發有限公司
24 (法定代理人為毛森江)簽立建築設計合約書(原審卷一第
25 271至279頁)，復於同年11月12日與被上訴人(當時法定代
26 理人為毛森江)簽立系爭合約，由被上訴人承攬上訴人店鋪
27 飲食店之系爭建物工程。

28 (二)上訴人以106年5月19日律師函終止系爭建物工程，被上訴人
29 於同年5月22日收受。

30 (三)上訴人於106年7月31日以LINE傳送系爭建物工程中滲漏水處
31 照片給被上訴人，通知滲漏水之事實，並為如下對話。

傳送時間	發話人	對 話 內 容
11：10	上訴人	很嚴重
12：39	林式澳工地主任	有照片嗎？
12：44	上訴人	（照片2張）○○路那邊的天花板整排滴水
12：45至 12：49	上訴人	（照片3張）2樓辦公室（照片1張）3樓辦公室（照片1張）樓梯（照片7張）2F水幕區（照片）1F
12：49	林式澳工地主任	被上訴人：嗯
1：14	林式澳工地主任	被上訴人：拍謝
1：29	上訴人	這個要怎麼救？
1：34	林式澳工地主任	這沒很嚴重啦
2：11	林式澳工地主任	要打針
2：12	林式澳工地主任	之後批土

02 (四)上訴人起訴前曾於106年7月30日自行委託土木技師公會就系
03 爭建物工程之漏水瑕疵為鑑定。

04 (五)土木技師公會於106年10月13日完成第1321號鑑定報告，上
05 訴人於另案原審法院106年度建字第27號案件於107年1月30
06 日開庭時，已將該鑑定報告正本交予被上訴人之訴訟代理
07 人。鑑定報告中附件九第9-15至9-36為鑑定人認定之滲漏水
08 處照片，附件十為上訴人提出之滲漏水處照片。

09 (六)土木技師公會以108年3月27日（108）南土技字第0455號函
10 更正第1321鑑定報告之工項與金額，提出「鑑定標的物防水
11 工程缺失修復費用估算表」，估算金額為2,123,623元（原
12 審卷二第7至11頁）。

13 (七)第1321鑑定報告附件九其中9-2工程報價單及土木技師公會1
14 08年3月27日（108）南土技字第0455號函更正第1321鑑定報
15 告，更正函所檢附之附件9-2工程報價單，內容相同，其工

程項目，除灌注補強以外，尚包括防水塗裝及PU防水。

(八)上訴人以107年1月24日律師函通知被上訴人於函到7日內迅即修補防水工程失效之瑕疵，被上訴人於同年1月26日收受。

(九)被上訴人公司人員曾於107年2月7日下午至現場，上訴人訴訟代理人林錫恩律師當場向被上訴人公司人員表示：鑑定報告已經交給你們律師，可以看鑑定報告（第1321號鑑定報告）就好。

(十)上訴人以107年3月14日律師函通知被上訴人於函到7日內就第1321號鑑定報告所載之防水工程缺失提出修補計畫書，於說明欄記載於函到7日迅即修補防水工程缺失之瑕疵，被上訴人於同年3月15日收受該函。

(十一)兩造間曾以電子郵件討論系爭建物工程，內容如下：

編號	日期寄件人	內容
1	107.01.30 被上訴人	林小姐您好：本公司於107年（誤繕為108年）1月26日收到由林小姐委託之林錫恩律師發文告知，有關○○路000號外牆滲水及化糞池事項，本公司將於107年2月2日上午10點派員至現場查看，如有不便之處，望請告知，將另訂時程，謝謝！ 式澳營造有限公司林慧萍
2	107.01.31 上訴人	您好：因107、2、2為營業日，如要到現場查看，怕干擾到客人。請改為店休日（每週三）前來，如確定日期再告知。謝謝！ 林昭吟
3	107.02.01 被上訴人	林小姐您好：配合店休日，將改於107年2月7日，上午10點派員至現場查看，謝謝！

4	107.02.05 被上訴人	林小姐您好：由於107年2月7日早上10點林副總臨時有事，不便前往，將改於107年2月7日，下午2點至現場查看，造成不便，敬請見諒，謝謝！ 式澳營造有限公司林慧萍
5	107.02.14 被上訴人	dear林小姐：相關回覆如下文，請審閱，謝謝您。 式澳營造回函 一、台端於107.2.7本公司專業人員前往貴店漏水處進行漏水現場勘查時，專業人員既已無法接近漏水處，就該處漏水之狀況自無法進行評估，無法知其是否為瑕疵。且縱為瑕疵，既無靠近該瑕疵處，更遑論如何勘查、維修。 二、貴店之排水有回堵不順之情形，係因汙水化糞池所接通之下水道幹管回堵，致店內排水不順。 三、貴店電梯部分，台端既已自行取得系爭建物之占有，我方就該電梯部分之占有再行爭執亦無實益，將派員協助開通使用，但台端應依約台端付清工程款。 式澳營造有限公司林慧萍
6	107.02.28 被上訴人	林小姐 您好：有關○○路000號外牆滲水乙案，本公司聯絡防水施工人員，將於3/7（三）上午9：00前往施作，不知時間上是否可行，如有任何異議再懇請來電告知，謝謝您。

		式澳營造有限公司林慧萍
7	107.03.06 被上訴人	林小姐 您好：有關○○路000號外牆滲水乙案，原訂於3/7（三）上午9：00前往施作，由於恰巧遇到貴公司員工聚餐不克前往，煩請林小姐再告知何時方便前往施作，謝謝！！ 式澳營造有限公司林慧萍
8	107.03.19 被上訴人	Dear林小姐： 1. 經檢視台端所附之滲水照片，本公司擬於3/28（三）上午9：00前往檢修（適逢貴店公休日）。 2. 施工工序，採用現場灌注防水劑方式，待藥劑凝固後，表面處理灌注孔。 3. 如上述時間，台端不克配合，望請通知本公司，本公司將配合調整時間。 祝大安 式澳營造有限公司林慧萍

02 (三)系爭建物已經完工，業經上訴人於106年5月12日取得占有。

03 (三)被上訴人於106年5月18日以台南地方法院郵局存證號碼第00
04 0683號存證信函要求上訴人立即搬離臺南市○○區○○段00
05 00地號土地上工作物，上訴人有收受該存證信函。

06 四、兩造爭執事項：

07 (一)被上訴人依民事訴訟法第326條、第334條及第337條第2項規
08 定，主張上訴人提出之第1321號鑑定報告無證據能力，有無
09 理由？

10 (二)上訴人依民法第495條第1項、第227條第1項及第231條第1項
11 之規定，請求被上訴人賠償系爭建物漏水瑕疵修復費用之損

01 害6,770,407元，有無理由？

02 1.被上訴人抗辯：其已將準備給付之情事通知上訴人，以代提
03 出，已生提出之效力，並無遲延給付情形等語，是否可採？

04 2.被上訴人抗辯：上訴人拒絕被上訴人之漏水瑕疵修補，並無
05 民法第495條第1項、第227條第1項及第231條第1項規定之損
06 害賠償請求權等語，是否有據？

07 3.被上訴人抗辯：上訴人主張之請求權已罹於1年時效而消滅
08 等語，有無理由？

09 五、本院之判斷：

10 (一)關於兩造爭執事項(一)部分：

11 1.按法院認為必要時，得囑託機關、團體或商請外國機關、團
12 體為鑑定或審查鑑定意見。其須說明者，由該機關或團體所
13 指定之人為之，此觀民事訴訟法第340條第1項規定即明。又
14 依同法條第2項規定，同法第334條及第339條規定不在該法
15 條第1項準用之列，明文排除同法第334條規定之準用。是以
16 法院囑託機關或團體為鑑定時，該機關或團體並無須具結，
17 至於該機關或團體內部指派之鑑定專業人員，乃其內部從事
18 鑑定工作之自然人，並非法院囑託鑑定之機關或團體本身，
19 不生應依同法第334條具結之問題。從而，法院囑託鑑定之
20 機關或團體未於鑑定前具結，並無違法可言。

21 2.次按民事訴訟上，對於書證對象之文書性質未設限制，而當
22 事人提出其自行委請由相關專業機關或團體所作成之鑑定報
23 告為證據方法，應屬書證之性質（最高法院105年度台上字
24 第530號裁定意旨參照）。又當事人提出之私文書，如屬真
25 正，即有形式之證據力，而其實質證據力之有無，應由法院
26 調查審認之。因此，本件上訴人於訴訟外自行向土木技師公
27 會申請鑑定，並由該公會作成第1321號鑑定報告，非屬民事
28 訴訟法第二編第一章第三節第三目鑑定規定所稱之鑑定，而
29 應屬同章節第四目書證規定所謂之私文書。再者，上訴人提
30 出之第1321號鑑定報告係由土木技師公會所作成，係屬真
31 正，該鑑定報告自具有證據能力，至其內容是否可採，應屬

01 實質證據力之層次問題。因之，被上訴人辯稱：上訴人提出
02 之第1321號鑑定報告，依民事訴訟法第326條、第334條及第
03 337條第2項之規定，無證據能力等語，為不可採。

04 (二)關於兩造爭執事項(二)部分：

05 1.按因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除
06 依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬
07 外，並得請求損害賠償，民法第495條第1項雖定有明文。惟
08 考量承攬人具有專業知識，修繕能力較強，且較定作人接近
09 生產程序，更易於判斷瑕疵可否修補，故由原承攬人先行修
10 補瑕疵，較能實現以最低成本獲取最大收益之經濟目的。是
11 以民法第495條第1項雖規定定作人除依同法第493條及第494
12 條規定請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求
13 損害賠償。惟定作人依此規定請求承攬人賠償損害，仍應依
14 同法第493條規定先行定期催告承攬人修補瑕疵，始得為
15 之，尚不得逕行請求承攬人賠償損害，庶免可修繕之工作物
16 流於無用或支出無謂之費用，而浪費社會資源（最高法院10
17 7年度台上字第1412號判決意旨參照）。

18 2.次按因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人
19 固得依民法第495條第1項規定，對承攬人同時或獨立行使修
20 補費用償還請求權與損害賠償請求權，然該項損害賠償請求
21 權，屬於債務不履行責任（不完全給付）之性質，要與同法
22 第493條第2項所定之修補費用償還請求權，法律性質、構成
23 要件、規範功能及所生法效均未盡相同。申言之，定作人直
24 接行使此項不完全給付責任之損害賠償請求權時，既非行使
25 民法第493條所定瑕疵擔保責任之修補費用償還請求權，自
26 應回歸民法債編通則有關「不完全給付」之規範，並適用同
27 法第227條第1項之規定。若其瑕疵給付可能補正者，依給付
28 遲延之規定行使其權利；其不能補正時，則依給付不能之規
29 定發生法律效果。因此，定作人對於有瑕疵之工作原得拒絕
30 受領；倘已受領，並因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕
31 疵，而該瑕疵為承攬人可能補正，其補正給付無確定期限

者，定作人於行使上開損害賠償請求權，必先依民法第229條第2項或第3項規定，催告或定有期限催告承攬人補正而未為給付後，承攬人自受催告或自期限屆滿時起，負遲延責任，定作人亦於此時始得謂有該項損害賠償請求權存在。此乃同法第495條第1項所定之損害賠償請求權本係不完全給付責任性質，並尋繹是項請求權之規範功能，於89年5月5日將同法第227條修正為「不完全給付」之規定施行後，並非在排除該條第1項所定「債權人得依關於『給付遲延』之規定行使其權利」之適用所當然之解釋（最高法院101年度台上下字第661號判決意旨參照）。

3.上訴人主張系爭建物有滲漏水之瑕疵乙情，雖經被上訴人於原審所否認；惟查：

(1)兩造前因系爭建物工程範圍是否包含使用執照內之4樓及其造價為何等事由發生爭執，上訴人並於106年5月19日以律師函向被上訴人為終止系爭合約之意思表示，及告知被上訴人未經同意，切莫再進入工地現場，否則依法究辦等語，而被上訴人已於106年5月22日收受該函文。又上訴人先於106年5月22日向土木技師公會申請鑑定系爭建物工程範圍是否包含使用執照內之4樓及其造價為何，嗣於106年7月30日因海棠颱風來襲，上訴人發現系爭建物有滲漏水情形，再向土木技師公會申請補充鑑定系爭建物滲漏水所需之修復費用等節，已據上訴人提出律師函、郵件收件回執、照片及第1321號鑑定報告為證（見原審卷一第91至103頁、第1321號鑑定報告第2至4頁〔外放〕），應可認定。

(2)又上訴人於起訴前自行委請土木技師公會指派之鑑定技師林峰旭於106年8月31日至系爭建物工程現場，勘查滲漏水情形後所為之第1321號鑑定報告，雖作成系爭建物滲漏水範圍及項目、內容之鑑定結論，惟因鑑定技師林峰旭係根據現場勘察鑑定標的物之現況及上訴人所提供之資料，依鑑定技師所受之工程專業學理與工程實務經驗予以研判（見第1321號鑑定報告第6頁），並未作漏水試驗，致生爭議，且參諸證人

01 杜瑞良建築師於原審亦證稱：一般漏水都可以經過補修來處
02 理，不同的漏水要做不同的處理方式。如隔一段時間，現場
03 已經乾了，要做漏水實驗，無法馬上知道如何修補，因為要
04 知道漏水的原因等語（見原審卷一第431至432頁），本院乃
05 囑託土木技師公會以漏水試驗方法，進行系爭建物有無第13
06 21號鑑定報告所指漏水瑕疵之鑑定。嗣經土木技師公會指派
07 之鑑定技師許貴棠、陳五權、齊振宇進行鑑定，分別於下雨
08 前、連續下雨後實施混凝土含水率檢測，藉由比對混凝土含
09 水率之差異，以判斷系爭建物有無第1321號鑑定報告所指之
10 漏水瑕疵。而經以上述方法實施檢測結果，顯示第1321號鑑
11 定報告所指35處異樣區域連續下雨後混凝土含水率除4處無
12 變化外，其餘31處混凝土含水率均呈現提高情況，又連續下
13 雨後，1樓南側外牆邊梁有滲水且南側落地窗邊有滴水情
14 形，因而以第1123號鑑定報告作成系爭建物有第1321號鑑定
15 報告所指之漏水瑕疵之結論（見第1123號鑑定報告第5、7至
16 10、12頁〔外放〕）。

17 (3)揆諸土木技師公會第1123號鑑定報告之結論，係參照台灣檢
18 驗科技股份有限公司以科學儀器檢測系爭建物下雨前、連續
19 下雨後混凝土含水率所作成之試驗報告（見第1123號鑑定報
20 告附件九、十），根據鑑定技師之專業知識所作成之專業判
21 斷，核屬有據，為可採憑。從而，上訴人主張系爭建物有滲
22 漏水之瑕疵乙情，堪予採信。

23 4.上訴人又主張系爭合約雖於106年5月22日終止，惟系爭建物
24 發生漏水之瑕疵，被上訴人依約仍負有修補瑕疵之義務。伊
25 先於107年1月24日委由訴訟代理人寄發律師函，催請被上訴
26 人於函到7日內修補瑕疵，又於107年3月14日寄發律師函，
27 催請被上訴人提出修補計畫書，惟被上訴人迄未提出修補計
28 畫書，亦未修補瑕疵，依第1123號鑑定報告鑑定該瑕疵修復
29 費用為6,770,407元，被上訴人自應如數賠償等情；然經被
30 上訴人以：伊尚未點交系爭建物予上訴人，上訴人即逕予強
31 行占有系爭建物，而系爭建物之漏水瑕疵為伊有能力修補之

瑕疵，且非不能除去，伊亦已向上訴人表示願意修補該瑕疵，然為上訴人所拒而逕行起訴，上訴人依法不得以系爭建物漏水為由，請求賠償瑕疵修復費用等語置辯。經查：

(1)按債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出，民法第235條定有明文。查系爭建物已經完工，並經上訴人於106年5月12日取得占有，被上訴人嗣雖於106年5月18日以台南地方法院郵局存證號碼第000683號存證信函要求上訴人立即搬離臺南市○○區○○段0000地號土地上工作物，然經上訴人於106年5月19日以律師函向被上訴人為終止系爭合約之意思表示，並告知被上訴人未經同意，切莫再進入工地現場，否則依法究辦（見兩造不爭執事項(二)、(三)、(四)及原審卷一第91頁），足認上訴人於系爭建物完工後，業已於106年5月12日取得系爭建物之管領權限。

(2)次查，上訴人於106年7月30日海棠颱風來襲後之翌日即同年月31日，因發現系爭建物有滲漏水之情形，立即將滲漏水處拍照並以LINE傳送訊息予被上訴人，並詢問被上訴人要怎麼處理，被上訴人隨即以LINE訊息回覆可以「打針」、「批土」之方式修補該滲漏水瑕疵（見兩造不爭執事項(三)）。其後，上訴人並未催告被上訴人進場修補瑕疵，而係先自行委請土木技師公會就系爭建物之漏水瑕疵及修復費用進行鑑定，經土木技師公會於106年10月13日完成第1321號鑑定報告後，嗣於107年1月24日寄發律師函並檢附第1321號鑑定報告內之鑑定標的物防水工程缺失修復費用估算表為附件，催告被上訴人於函到7日內迅即修補如附件所示之防水工程失效之瑕疵，該函並經被上訴人於同年月26日收受（見兩造不爭執事項(四)至(八)、原審卷一第165至169頁）。然因上訴人已就系爭建物為營業使用，且於終止系爭合約時，曾向被上訴人表示未經同意不得進入，兩造乃以如兩造不爭執事項(三)附表編號1至4之電子郵件對話，並確認被上訴人得於107年2月

01 7日下午至系爭建物現場查看。惟被上訴人於107年2月7日派
02 員至現場查看時，上訴人之訴訟代理人向被上訴人員工表示
03 第1321號鑑定報告於另案訴訟開庭時即107年1月30日，已經
04 交給被上訴人委任之律師，可逕行查看該鑑定報告即可之
05 情，嗣經被上訴人於107年2月14日以電子郵件向上訴人表示
06 「107年2月7日本公司專業人員前往貴店漏水處進行漏水現
07 場勘查時，專業人員既已無法接近漏水處，就該處漏水之狀
08 況自無法進行評估，無法知其是否為瑕疵，且縱為瑕疵，既
09 無靠近該瑕疵處，更遑論如何勘查、維修。」等情（見兩造
10 不爭執事項(五)、(九)、(十二)附表編號5、本院卷一第91頁）。準
11 此可見，上訴人雖於107年1月30日將其自行委請土木技師公
12 會所作成之第1321號鑑定報告交付被上訴人，然因鑑定技師
13 林峰旭僅根據現場勘察鑑定標的物之現況及上訴人所提供之
14 資料為判斷，並未作漏水試驗，致第1321號鑑定報告所指系
15 爭建物滲漏水情形是否為施工不良所造成之結果，已發生爭
16 執，且因被上訴人於107年2月7日前往系爭建物勘查時，上
17 訴人亦未證明其有同意讓被上訴人進入系爭建物內部實際勘
18 查具體滲漏水位置之滲漏水情形，使被上訴人有依系爭建物
19 現場狀況進行檢查判斷，並為修繕方式之評估之機會。是綜
20 上情以觀，尚難認上訴人於107年1月26日催告被上訴人為瑕
21 疵修補後，已盡其定作人之協力義務，且亦難認被上訴人經
22 上訴人催告後，有積極拒絕或消極不為瑕疵修補之情事。

23 (3)又查，被上訴人雖未能於107年2月7日實際勘查系爭建物內
24 部滲漏水位置之具體滲漏水情形，惟依兩造不爭執事項(十二)附
25 表編號6至7之電子郵件對話，可知被上訴人於107年2月28日
26 以電子郵件通知上訴人，表示將於107年3月7日上訴人店休
27 日指派防水施工人員前往系爭建物修補滲漏水，然因上訴人
28 告知該日將辦理員工聚餐，無法配合，被上訴人乃於107年3
29 月6日以電子郵件詢問上訴人，得以配合辦理進行施工修繕
30 之日期。其後，上訴人於107年3月14日以律師函通知被上訴
31 人，其內容略以：「式澳公司倘確有修補之意願，尚祈於函

到7日內能迅即提出修補計畫書，供本人研議，再協商修補之步驟，切莫臨時指派施工人員前來施作，影響本人公司營運之運作。」等語，而被上訴人於同年月15日收受該函後，隨即於同年月19日以電子郵件通知上訴人，其內容略以：「1. 經檢視台端所附之滲水照片，本公司擬於3/28(三)上午9：00前往檢修（適逢貴店公休日）。2. 施工工序，採用現場灌注防水劑方式，待藥劑凝固後，表面處理灌注孔。3. 如上述時間，台端不克配合，望請通知本公司，本公司將配合調整時間。」等語（見兩造不爭執事項(十)、(十二)附表編號8、原審卷一第177至183頁）。由此可見，被上訴人於107年3月15日收受上訴人催告通知後，確已於催告期限內提出其瑕疵修補計畫，並表明配合上訴人每週三店休日，預定將於107年3月28日指派防水施工人員前往系爭建物進行滲漏水之修繕工程。

(4)衡諸上訴人於106年5月12日取得系爭建物之管領權限，並於107年3月15日通知被上訴人提出修補計畫書供伊研議，再協商修補之步驟，且要求不得臨時指派施工人員前來施作，足認被上訴人修繕行為之實施，確需上訴人之協力配合始得為之。次參被上訴人於接獲上訴人前揭通知後，隨即於107年3月19日將其修補瑕疵之具體施工方法、步驟及時間通知上訴人，則被上訴人辯稱：伊已將準備給付之事情，通知上訴人，以代提出等語，顯非無稽。上訴人雖質以被上訴人提出之修補計畫書應說明施工人數及預計施工時數，以利伊調派人員監工，且被上訴人提出之灌注補強工法，亦未說明未依第1321號鑑定報告進行防水塗裝及PU防水之理由。被上訴人非依債務本旨提出，自不生提出之效力等情，並舉證人杜瑞良建築師於原審證稱：如果漏水當時有請土木技師鑑定並出示鑑定報告，基本上是可以按照土木技師報告去處理等語為憑（見原審卷一第432頁）；惟查：

①衡諸承攬契約之本質，係由承攬人依其專業能力，完成承攬契約所約定之一定工作（民法第490條第1項規定參

照），故承攬契約係著重於承攬人完成工作之成果。是除非承攬人依承攬契約負有按一定方法完成工作之義務，否則即有自諸多合理可行之施工方法中，自行選擇其一而完成工作之裁量權。查本件依兩造簽訂之系爭合約（見原審卷一第19至89頁），其中有關工程瑕疵之約定，係於第10條第2項約定：「工程驗收及交屋配合：…甲方（上訴人）驗收表應將缺失一次記錄完成，其次數最多應不得超過二次為限，若乙方（被上訴人）未修改完成者不在此限。」，第11條約定：「保固期限：本工程自客戶正式驗收交屋合格日起十二個月內為保固期限，保固期限內如遇有乙方施工不良或材料不佳所致之損壞時，乙方應負責修復或照圖重作之。」。是依兩造之約定，被上訴人就其因施工不良或材料不佳所致之瑕疵，雖負有修繕之義務，惟就修繕方法有裁量選擇權（責任施工），僅應就其修繕結果負瑕疵除去責任。因之，上訴人主張被上訴人應按第1321號鑑定報告為瑕疵修補方法之提出及說明，始符合債務本旨云云，難認有據。

②其次，兩造就被上訴人之瑕疵修補責任，並無課予被上訴人應於修繕前提出一定格式、內容之修補計畫書供上訴人審核之義務之約定。且依證人林峰旭土木技師於原審亦證稱：關於營造廠興建建物，於驗收時發現有漏水現象，一般工程慣例，在一般民宅或小型建物，可能沒有須另提修繕計畫書給業主確認的作法等語（見原審卷一第481頁），則被上訴人於接獲上訴人缺失通知後，預先於107年3月19日將其瑕疵修繕之具體施工方法、步驟及時間通知上訴人，應可認被上訴人已依債務本旨將準備給付之事情，通知上訴人，以代提出，自不因上訴人認被上訴人之瑕疵修補計畫簡略，不合其要求或未說明不採第1321號鑑定報告之修補方法之理由，而遽謂被上訴人未依債務本旨將準備給付之事情通知上訴人，故不生提出之效力。

③又被上訴人提出之修繕工法，雖與第1321號鑑定報告記載

01 之外牆矽膠防水塗裝及屋頂頂樓、2樓露臺PU防水之修繕
02 方法不同（見第1321號鑑定報告第9-2頁）。惟參之證人
03 林峰旭土木技師於原審證稱：這個案子漏水主要是在外牆
04 跟坪頂就是4樓外露台下方的滲漏，就外牆牆面的位置採
05 用現場灌注防水劑，在實務上效果會好一點。但是在樓板
06 採用這種方式，防水失敗的風險比較高。這兩種都是實務
07 上現場採用的方式之一，但其成本和效果各有不同。剛才
08 說的防水施作兩個方式，一個是現場灌注防水劑，另一個
09 是外側表面直接整層塗抹防水材。一般外牆可以採用現場
10 灌注方式，因為雨水是潑打外牆。如果是樓板，不建議採
11 用防水灌注，而採用外側表面直接整層塗抹防水材，才可
12 以避免其他地方積水漏水等語（見原審卷一第481至482
13 頁），可見被上訴人提出以灌注防水劑工法修繕系爭建物
14 之滲漏水瑕疵，係屬工程實務上常見之修繕方式，且就外
15 牆滲漏水情形，以灌注防水劑修繕亦屬成效較佳之工法。

16 ④再者，第1321號鑑定報告附件九共有43張照片，其中第9-
17 33至9-38、9-40、9-41頁照片並非漏水瑕疵照片，而其餘
18 35張照片所示位置，經第1123號鑑定報告之鑑定技師現場以
19 漏水試驗檢測結果，顯示第1321號鑑定報告所指35處異樣
20 區域連續下雨後混凝土含水率除4處（即第1321號鑑定報
21 告第9-9、9-10、9-11、9-17頁所示位置）無變化外，其
22 餘31處混凝土含水率均呈現提高情況（見第1123號鑑定報
23 告第5、7至10頁）。參諸上開第1321號鑑定報告附件九照
24 片經漏水試驗而有滲水瑕疵之31處位置，其中24處均在窗
25 框與牆壁交界處附近牆壁，其餘1處在天窗窗框與平頂交
26 界處附近，4處在牆壁處，1處在4樓露台集水溝下方平頂
27 處，1處在1樓平頂處（見第1321號鑑定報告第9-7至9-1
28 2、9-15至9-18、9-20至9-36頁），是與樓板有關之滲水
29 處僅有3處，且其滲水情形均為局部特定位置。而依證人
30 林峰旭土木技師前揭證述可知，現場灌注防水劑或外側表
31 面直接整層塗抹防水材，都是防水工程實務上現場採用方

式之一，僅其認為在樓板採用灌注防水劑工法之修繕方式，防水失敗風險較高。由此可見，樓板現場灌注防水劑，仍屬防水工程實務上現場採用方式之一，僅其防水成效不確定，可能成功或失敗，因此，尚難僅因其有可能失敗之疑慮，而否定承攬人有選擇以此作為除去瑕疵修補方法之裁量權。

⑤從而，被上訴人於接獲上訴人前揭缺失通知後，預先於107年3月19日將其瑕疵修繕之具體施工方法（灌注防水劑之修繕工法）、步驟及時間通知上訴人，業已依債務本旨將準備給付之事情，通知上訴人，以代提出，自己發生提出之效力。上訴人以前揭情詞，主張被上訴人未依債務本旨提出，不生提出之效力云云，難認可採。

(5)上訴人雖又主張系爭建物之滲漏水瑕疵，迄至第1123號鑑定報告作成後仍然存在，被上訴人應依第1123號鑑定報告為瑕疵修補，惟其迄今經相當期限仍未完成修補，難認其有修補之意願等語；惟查：

①被上訴人對於系爭建物之滲漏水瑕疵，始終表示其願意為瑕疵之修補（見原審卷一第235、239頁、本院卷二第150、341頁），然因兩造對於瑕疵修補方式存有歧見（見本院卷一第91頁、卷二第113、118、341頁），且依上所述，系爭建物現為上訴人管領使用中，若無上訴人之協力行為，被上訴人並無從履行其瑕疵修補義務，故其至今尚未能除去系爭建物之滲漏水瑕疵，應可認定。

②次依證人即第1123號鑑定報告之鑑定技師陳五權於本院審理時證稱：系爭建物是實體清水模，第1123號鑑定報告防水止漏的工法，原來的牆面沒有敲除，只是在表面上做清水模效果的修復，修復當然採用就是類清水模或仿清水模的手法。第1123號鑑定報告是根據公會標準，公會標準是以整面為原則。屋主的原意是希望保持原有自然的美觀，哪裡滲水補哪裡，可能到處補很多小補丁，一般屋主不會接受，所以根據公會鑑定標準採全面的修復。樓板防水層

01 為什麼全面施作，因為防水層同一時間施作，大概劣化程
02 度也差不多，這個露台、天花板漏水，並不代表只有上面
03 的防水層失敗，甚至上面防水層可能沒有失敗，是別的地
04 方失敗水流到這個地方下來。一般工程界在做屋頂防水層
05 失敗以後大概也是全面去修補，所以我們是用全面施作的
06 方式去計價，才能達到完整的止水效果等語（見本院卷二
07 第205至207、210頁），足認第1123號鑑定報告及其結
08 論，雖認系爭建物之滲水情形為局部特定位置（見第1123
09 號鑑定報告第10頁），惟基於上述理由，認應採全面修復
10 方式，因而鑑定系爭建物漏水瑕疵所需修復費用為6,770,
11 407元（見第1123號鑑定報告第12頁）。

12 ③惟衡諸證人陳五權所稱土木技師公會鑑定手冊（下稱鑑定
13 手冊）記載有關非結構性裂縫修補方式之修復費用估價方
14 式如下：①以批土油漆方式修復。②磨石子、粉刷或磁磚
15 修補費用之估算應以整面計價為原則。③天花板、地坪應
16 以每一隔間計價為原則（見本院卷二第295頁）；稽之系
17 爭建物之滲漏水瑕疵，並非以批土油漆方式為修復方式，
18 且依鑑定手冊就房屋出現漏水現象者，僅記載應估算修復
19 費用（見本院卷二第295頁），亦未記載應以整面計價為
20 原則，則證人陳五權所稱第1123號鑑定報告係根據土木技
21 師公會標準以整面修復為原則，有無必要，即生疑義。次
22 依證人即被上訴人前任法定代理人胡銘俊於本院審理時證
23 稱：防水施工方法很多種，系爭建物屬於實體清水模，依
24 我的經驗，針對局部防水可用小針美容的注射方式。清水
25 模是模板拆完以後外觀沒有任何裝修，系爭建物不是整棟
26 漏水，是局部漏水，清水模就用小針美容方法去施作，因
27 為施作面積小，反而後續美容修復方式比較容易做。如用
28 小針美容方式去施作，注射點周遭一定會有防水材料的殘
29 餘，可用專業補修方式局部補修，因為清水模本身就不會
30 一致，它是每個樓層灌漿，在很大自然的環境下施作，真
31 正的清水模有氣孔是一定的，顏色是很自然，不是一致，

是很均勻的，所以小部分修補，原則上應是可以接受。另
樓板現地防水層考慮到防水層有年限，現放在上面的空心
磚採置放式，五年、十年後可做防水維修，現在漏水的話，
空心磚下面只有一層防水層，那個防水層是用瀝青防水，
表面稍微整理一下，即可再重覆施作新的防水層，因為它們
的物理性如果一樣，原則上會被覆蓋、相容，不一定要打除。
瀝青防水層時間久了表面一定有些污垢，要再做防水工程
第一步驟是要整理的很乾淨，再上一層防水，它的密合度、
連結度效果會比較好，選用同樣防水材料做施作，所以不用
打除等語（見本院卷二第216至220頁），而其所證述之瑕疵
修補工法，參以證人林峰旭土木技師前揭所證，及證人陳五
權土木技師證稱：小針美容注射完確實可以止漏，這條裂縫
就止漏，其他會不會再漏不知道，如果做的確實這條水路
就被堵起來，水會不會到第二條水路跑出來就不知道，可
能會重覆做好幾次。處理漏水工法，以局部處理跟鑑定報
告採全面修復方法，達到那個效果（相同的效果）有可能，
這東西看手法等語（見本院卷二第215頁），亦可徵被上
訴人辯稱其所提出系爭建物局部滲漏水之瑕疵修補方法，
係屬工程實務上修復方法之一，顯非無據。

- ④又觀諸證人陳五權土木技師證稱：東西都有壽命，當然
都會隨時間劣化，只是時間長短的問題。時間長短包括施
工工法、施作方式幾層，還有環境也有關係。一般工程防
水保固期間，看當初承攬合意是怎麼樣，可能不是一概而
論等。第1123鑑定報告是採用漏水全面修補方式作業，是
否還有第二次、第三次抓漏可能性，要看工班抓漏的功力、
抓漏的方式，還有止漏的情形。如果工班去止漏，比如是
結構性裂縫或普通裂縫，可能用EPOXY去填塞，其他面積
可能用全面性止漏的摻料、摻劑去塗。工法的程度，假如
是全面性的防滲劑去塗，塗一層、塗兩層、塗幾層，當然
會有差異，因為工班摻抓漏功力、方式不大一樣，沒有一

01 定的答案等語（見本院卷二第211、213頁），可知系爭建
02 物局部滲漏水之修補方法，縱以全面性防水工程之修復方
03 式為修補，仍無法確保滲漏水瑕疵終局除去之修復結果。
04 再者，參諸證人胡銘俊證稱：後續美容修補的具體工法，
05 是用原本灌漿的材料去修補針孔，這樣比較沒有色差的顧
06 慮。原本灌漿的材料是水泥、灰飛。水泥顏色比較固定，
07 灰飛會去調顏色，像補油漆一樣，兩樣會去做融合的對
08 色，會盡量調到相近原來清水模的顏色，針對孔洞修補。
09 因為小針灌注只是一個孔洞，其他旁邊如果有污染，會用
10 清潔的方式，用一些工具把表面的垢拿掉，至於方式是化
11 學藥劑洗掉或高壓強力水柱沖洗或磨砂機磨掉，要依現況
12 而決定施作方式等語（見本院卷二第219頁）；對照證人
13 陳五權土木技師證述：如採用第1123號鑑定報告的方法，
14 全面塗材料，做出來的效果跟原來原始清水模的效果不大
15 可能百分之百一模一樣，因為不是原來的東西，可是至少
16 是清水模的感覺。用局部修補的方式會有色差、補丁的狀
17 況，能不能接受就看個人而異，我們是讓它效果比較一
18 致。證人胡銘俊所提修復方法與第1123號鑑定報告最大差
19 異是局部、全面修復。局部到什麼程度、出來效果怎樣，
20 重點是當事人能不能接受，這部分要看當事人等語（見本
21 院卷二第216頁），可知系爭建物為實體清水模，其外牆
22 局部滲漏水之瑕疵，不論以全面塗防水材料或局部灌注防
23 水劑之修補方法修繕後，均與原始整體實體清水模效果不
24 完全相同，且如以局部灌注防水劑之修補方法修繕後，其
25 表面後續美容修補效果如何，係屬不確定之事實，因此，
26 定作人亦難僅因將來尚未發生之不確定事實，而作為拒卻
27 承攬人依承攬契約之法律關係，履行瑕疵修補責任之理
28 由。準此，被上訴人辯稱其依民法第493條第1項規定，得
29 先依承攬人之專業能力進行系爭建物滲漏水之修補等語，
30 要屬有據。

31 ⑤綜參上情，被上訴人已將準備給付之事情，通知上訴人以

代提出，且其準備給付之方式，並未違反債務本旨，惟上訴人並未舉證證明其有允諾被上訴人前往修補瑕疵，而為受領之協力行為，則被上訴人所為準備給付之通知，已發生提出給付之效力，而上訴人有受領給付遲延之情形，應堪認定。上訴人主張被上訴人應依第1123號鑑定報告為瑕疵修補，惟其迄今經相當期限仍未完成修補，難認其有修補意願云云，並非有據，而不足採。

(6)按債權人拒絕受領或於債務人履行債務前，已預示拒絕受領之意思表示，或債務人之給付兼需債權人之行為而不行為，債權人即負受領遲延之責任。又債權人遲延後，須再表示受領之意思，或為受領給付作必要之協力，催告債務人給付時，受領遲延之狀態，始因滌除而告終了（最高法院87年度台上字第1416號判決意旨參照）。次按定作人依民法第495條第1項規定請求損害賠償者，仍應依民法第493條規定先行定期催告承攬人修補瑕疵，始得為之。準此可知，承攬人依承攬契約之法律關係，雖負有就工作瑕疵找出瑕疵原因並除去瑕疵，及進行必要之善後工作，使其工作成果具備約定之品質，及無減少或滅失價值，並適於為通常或約定使用之義務。惟因工作瑕疵之修補方法不一，各種修補工法之結果亦具有不確定性，除承攬契約有特別約定外，承攬人本得自由選擇瑕疵修補方法，縱其費用負擔上有利於承攬人，只要其瑕疵修補方法可除去瑕疵，即無違反承攬契約之目的。至於承攬人依約進行瑕疵修補工作前，其瑕疵修補成果如何？在該瑕疵修補工作結果未具體完成實現前，各該當事人之主張及預測，均係對於將來尚未發生之不確定事實之主觀推測，因此，尚非定作人得執為拒卻承攬人依承攬契約之法律關係，履行瑕疵修補義務之理由。

(7)又衡諸定作人受領工作之後，承攬人僅得在定作人同意之下，進行瑕疵之修補，除非承攬人依民法第493條第3項規定拒絕修補，定作人即應給予承攬人修補瑕疵之機會，否則因民法第495條第1項規定之要件不具備，定作人自無從行使該

條所規定之損害賠償請求權。揆諸前述，兩造就系爭建物之瑕疵修補方法並無特別約定，僅約定被上訴人應負完成瑕疵修補除去之結果責任。而被上訴人於上訴人通知系爭建物有滲漏水之瑕疵後，確已向上訴人提出願以灌注防水劑之修補方法為修繕之準備給付，且該修繕工法係屬工程實務上所採用之可行方法之一，又其防水修繕工程之施作，需要上訴人之協力配合始得為之。是綜合上情，衡量上訴人（定作人）及被上訴人（承攬人）雙方之利益，並考察權利義務之社會上作用，依誠信原則為權利義務之履行方法，自應由被上訴人本於承攬人之地位，先為瑕疵修補義務之履行，再依其瑕疵修補結果之成效，進一步論斷其瑕疵修補後之法律效果，尚難僅因上訴人對於被上訴人之瑕疵修補方法有異見，而剝奪被上訴人依約履行瑕疵修補責任之機會。

5.從而，上訴人於107年3月19日接獲被上訴人就系爭建物之滲漏水瑕疵準備給付之通知後，並未允諾被上訴人前往修補該滲漏水瑕疵，而為受領之協力行為，且其受領遲延後，亦無為受領給付再作必要之協力，使其受領遲延之狀態得以滌除終了，況且，被上訴人始終表示其願意修補該滲漏水瑕疵，已如前述，則上訴人依民法第495條第1項之規定，逕自請求被上訴人賠償第1123號鑑定報告所鑑定之瑕疵修復費用6,770,407元，於法即有未合。再者，兩造就系爭建物工程瑕疵並未約定修繕期限，上訴人雖曾定期催告被上訴人履行，惟被上訴人於接獲通知後，已將準備給付之事情，通知上訴人，以代提出，已生提出之效力，並無遲延給付之情形，而被上訴人迄今尚未修補該瑕疵，係因上訴人受領遲延所致，則上訴人依民法第227條第1項及第231條第1項之規定，請求被上訴人賠償上開修復費用6,770,407元，亦非有據。另上訴人所為損害賠償之請求，既與前揭法律規定之要件不合，則兩造間有關上訴人主張之請求權是否已罹於1年時效而消滅之爭執，即無贅予論究之必要，併予敘明。

六、綜上所述，上訴人依民法第495條第1項、第227條第1項及第

231條第1項之規定，請求被上訴人給付上訴人6,770,407元，及其中2,123,623元自107年7月6日起，又其餘4,646,784元自民事訴之追加狀送達翌日起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，為無理由，不應准許。從而原審所為上訴人敗訴之判決（即駁回上訴人請求被上訴人給付2,123,623元本息部分），並無不合。上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。又上訴人於本院擴張請求被上訴人給付4,646,784元本息部分，亦無理由，應予駁回。

七、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。另本件第二審（含擴張之訴部分）訴訟費用，本院斟酌系爭建物確有滲漏水之瑕疵，其中部分費用依上訴人之行為及其訴訟程度，應為伸張或防禦權利所必要，故應由兩造各負擔二分之一，較為允當，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴及擴張之訴均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第81條第2款，判決如主文。

中 華 民 國 111 年 12 月 7 日
工程法庭 審判長法官 藍雅清

法 官 顏淑惠

法 官 張季芬

上為正本係照原本作成。

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。

01 被上訴人不得上訴。

02 中 華 民 國 111 年 12 月 7 日

03 書記官 郭馥萱

04 【附註】

05 民事訴訟法第466條之1：

06 (1)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
07 訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

08 (2)上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人
09 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
10 經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

11 民事訴訟法第466條之2第1項：

12 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
13 三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。