

臺灣高等法院臺南分院民事判決

112年度建上字第1號

上訴人 盛田營造有限公司

法定代理人 王明進

訴訟代理人 林育弘律師

被上訴人 城泰企業有限公司

法定代理人 黃土城

訴訟代理人 李孟仁律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國111年12月22日臺灣臺南地方法院第一審判決（110年度建字第59號），提起上訴，本院於112年10月19日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序方面：

一、上訴人在原審即主張因被上訴人施工不實或偷工減料致生工作瑕疵，依兩造簽訂之工程及材料承攬簡式工程合約（下稱系爭契約）第伍（下以5代之）條第6項、第7項約定及民法第227條第1項、第2項規定，擇一請求賠償新臺幣（下同）578萬3,010元本息，上訴後則不再主張依民法第227條第1項規定為請求（見本院卷第47、109頁），核上訴人請求之基礎事實均係基於系爭契約履行所生爭執，依民事訴訟法第446條第1項但書及第255條第1項第2款規定，應予准許。

二、又在第二審訴訟程序，當事人不得提出新攻擊或防禦方法，但對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項第3款定有明文。查，上訴人於原審即有主張被上訴人有施作2mm水性橡化瀝青複合式防水塗層材質劣化、施用錯誤防水中塗層、使用不足量之防水材料及摻入其他材料（見原審建字卷第360至364頁），提起

上訴後，另主張被上訴人未依產品說明記載之施工工法重複施作3道（僅施作2道）防水層（見本院卷第42頁），經核係就上訴人於原審已提出之施作防水層瑕疵情形為補充，核與上開規定相符，應予准許。

乙、實體方面：

一、上訴人主張：兩造於民國102年9月簽訂系爭契約，約定由被上訴人承攬遠炬有限公司（下稱遠炬公司）科工二廠新建工程（下稱廠房新建工程）之防水工程（下稱系爭防水工程），工程總價93萬3,138元，於103年3月竣工、驗收完成後，起算保固期間3年。103年8月起，系爭防水工程發現漏水瑕疵，經催告被上訴人修補，仍存有瑕疵，其認被上訴人無法修補，遂另行僱工修補，支出30萬0,862元。000年0月間發現漏水，上訴人有以電話通知被上訴人修補，被上訴人未前來修補。又於000年0月間，遠炬公司反映廠房新建工程結構體外牆面飾層有拱起、裂縫及剝落等損壞情形（下稱系爭損壞），經其委由台南市土木技師公會（下稱土木技師公會）鑑定，認主因係被上訴人施作之2mm水性橡化瀝青複合式防水塗層材質劣化導致接著強度不足而剝離，可認係施用錯誤防水中塗層材料，且依施工工法說明書、產品說明書等證據顯示，被上訴人未按產品說明記載之施工工法重複施作3道（僅施作2道）防水層，並使用不足量之防水材料，而有施工不實，偷工減料之情事，其發函催告被上訴人修補未果，因而自行支出修繕費用30萬0,862元，另依遠炬公司要求全部打除，並重新施作防水層及重貼外牆磁磚，支出887萬1,348元，扣除遠炬公司同意分擔之330萬元，額外支出557萬1,348元，應屬打掉重做所衍生之費用，亦為被上訴人加害給付所受固有利益之損害，二者合計587萬2,210元，扣除保留款8萬9,200元，受有578萬3,010元之損害等情。爰依系爭契約第5條第6、7項約定、民法第227條第2項規定，擇一求為命被上訴人給付578萬3,010元，並加付自支付命令繕本送達翌日（即110年9月16日）起算法定遲延利息之判決。

01 二、被上訴人則以：系爭防水工程已完工驗收，其於103年8月接
02 獲通知有漏水情形，旋即修繕完畢。上訴人於保固3年期滿
03 後之109年8月12日始發函要求維修，顯逾民法第514條第1項
04 規定之1年權利行使期間，其自不負瑕疵擔保責任。且上訴
05 人將外牆磁磚、水泥及第3層防水中塗層打除，將第2層防水
06 中塗層曝露在外，且自行委託土木技師公會實施鑑定，並未
07 通知其參與鑑定，其鑑定結果自不可採，且鑑定報告亦未提
08 及防水中塗層有使用不合格之材料，或須打掉重作。又系爭
09 防水工程後尚有泥作、磁磚等工程，泥作若施作不當造成空
10 壁，會造成粉刷層脫落，脫落亦會將防水層撕裂脫落，並無
11 證據證明系爭防水工程有施工不實、偷工減料，及施工不
12 良，無法達到送審內容標準之情事等語，資為抗辯。【原審
13 駁回上訴人之訴，上訴人聲明不服提起上訴，上訴人之上訴
14 聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人應給付上訴人578萬3,010
15 元，及自110年9月16日起至清償日止，按年息百分之5計算
16 之利息。(三)願供擔保請准宣告假執行。被上訴人之答辯聲
17 明：(一)上訴駁回。(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為
18 假執行。】

19 三、兩造不爭執事項：

20 (一)被上訴人向上訴人承攬遠炬公司廠房新建工程中之系爭防水
21 工程，兩造並於102年9月簽立原審建字卷第129至131頁所示
22 系爭契約，且就外牆牆面防水責任施工部分，約定使用2mm
23 水性橡化瀝青複合式防水。系爭防水工程於103年3月竣工，
24 保固期間為103年3月至106年3月，上訴人有留存保固款8萬
25 9,200元。

26 (二)上訴人於103年8月3日至105年7月25日，支出系爭防水工程
27 修繕費用27萬3,457元；106年8月25日、10月25日，支出系
28 爭防水工程修繕費用2萬7,405元。（見原審司促字卷第21至
29 68頁）

30 (三)上訴人於109年8月12日寄發臺南中正路郵局第190號存證信
31 函，通知被上訴人系爭防水工程將送土木技師公會鑑定，並

01 依鑑定結果向責任方請求損害賠償，被上訴人於翌日收受該
02 函。（見原審司促字卷第107至111頁）

03 (四)遠炬公司廠房新建工程外牆面飾層有拱起、裂縫及剝落等損
04 壞情形（即系爭損壞），經土木技師公會以109年9月16日
05 （109）南土技字第1303號鑑定報告書（下稱鑑定報告）鑑
06 定確認遠炬公司廠房結構體粉刷層剝落主因為被上訴人施作
07 之2mm水性橡化瀝青複合式防水中塗層材質劣化導致接著強
08 度不足而剝離，進而造成外牆面飾板層拱起、裂縫及剝落。
09 （見原審司促字卷第71至74頁）

10 (五)上訴人委託律師於109年10月16日發函予被上訴人，請被上
11 訴人儘速聯繫上訴人商討系爭防水工程修復事宜。被上訴人
12 委託律師於同年月29日函覆否認應負瑕疵擔保修補責任。
13 （見原審司促字卷第113至120頁）

14 (六)遠炬公司廠房新建工程於110年1月7日至同年7月7日重新施
15 作防水層、重貼外牆磁磚，施工費用887萬1,348元，由遠炬
16 公司分擔330萬元，餘557萬1,348元由上訴人支出。（見原
17 審司促字卷第75至81頁）

18 (七)上訴人於110年7月30日寄發台南新南郵局第326號存證信
19 函，請求被上訴人賠償修繕費用587萬2,210元。被上訴人於
20 110年8月2日收受該函。（見原審司促字卷第75至81頁）

21 (八)如上訴人請求有理由，上訴人得請求被上訴人給付修繕費用
22 587萬2,210元（27萬3,457元＋2萬7,405元＋557萬1,348
23 元），以被上訴人對上訴人之保固款返還請求債權抵銷後，
24 上訴人得請求之金額為578萬3,010元（587萬2,210元－8萬
25 9,200元）。

26 四、兩造爭執事項：

27 上訴人主張被上訴人施工不實、偷工減料，致其因而支出修
28 繕費用及打除重作之費用，依系爭契約第5條第6項、第7項
29 之約定、民法第227條第2項之規定，擇一請求被上訴人給付
30 578萬3,010元本息，有無理由？如有理由，其請求權是否已
31 罹於時效？

01 五、得心證之理由：

02 上訴人主張：被上訴人施作系爭防水工程有施工不實（施用
03 錯誤防水中塗層材料，未按產品說明記載之施工工法重新施
04 作3道《僅施作2道》防水層）、偷工減料（使用不足量之防
05 水材料）之情事，自得依系爭契約第5條第6項、第7項之約
06 定、民法第227條第2項之規定，請求被上訴人賠償等情，為
07 被上訴人所否認，並以前詞置辯。經查：

08 (一)鑑定報告固認遠炬公司廠房結構體粉刷層剝落，主因為被上
09 訴人施作之2mm水性橡化瀝青複合式防水中塗層材質劣化，
10 導致接著強度不足而剝離，進而造成外牆面飾板層有系爭損
11 壞（見兩造不爭執事項(四)）。惟按鑑定人應由受訴法院選任
12 （民事訴訟法第326條第1項前段參照），上訴人所提出之鑑
13 定報告，乃於訴訟外自行委託土木技師公會所為之鑑定，並
14 非法院囑託之鑑定，上訴人雖曾發函予被上訴人表明將委託
15 進行損害鑑定，然未獲同意，109年9月7日現場進行會勘
16 時，被上訴人亦未到場（見鑑定報告第2-2頁會勘紀錄
17 表），全部鑑定過程均係由上訴人單方進行，被上訴人復否
18 認該鑑定報告之真正，是上開鑑定報告尚不得逕採為認定防
19 水中塗層材質劣化，係被上訴人施工不實、偷工減料所致之
20 依據。

21 (二)證人施坤合（即土木技師公會所指定之土木技師）雖於原審
22 證稱：懷疑是熱造成防水中塗層材質劣化，係因車棚下未有
23 劣化，但二、三、四樓曝曬在太陽下即有劣化等語（見原審
24 建字卷第242至243、245頁）。然廠房新建工程結構體外牆
25 面飾層有系爭損壞之情形，已持續多時，上訴人於鑑定會勘
26 前已將外牆磁磚及水泥打除，防水中塗層在外受陽光曝曬等
27 情，業據證人施坤合於原審證述在卷（見原審建字卷第241
28 頁），且有其提出之現場照片可稽（見原審建字卷第250
29 頁），復為兩造所不爭執（見本院卷第113頁），是被上訴
30 人施作之防水中塗層，其劣化原因不能排除為打除後曝曬陽
31 光受熱所致，即不能確認與材質選用、施工工法、材料不足

量有關。

(三)且兩造就系爭防水工程外牆牆面防水項目係採責任施工，僅約定應使用「2mm水性橡化瀝青複合式防水」（見兩造不爭執事項(一)），即應使用水性橡化瀝青施作2mm厚度之防水膜，至於使用其餘材料及應施作幾道流程，則未約定，既係責任施工，被上訴人對此乃有決定之自由。上訴人主張：被上訴人未按XY-201水性丙烯酸防水膠產品說明記載之施工工法重複施作3道，僅施作2道防水層，係施工不實等情，固提出翊翊實業有限公司（下稱翊翊公司）施工工法說明書為證（見本院卷第59頁），然翊翊公司前開施工說明書係登載於公司網站，不能證明其發布時間，且系爭契約亦無約定重複施作防水膠之道數，如施作之防水膜厚度達約定之2mm，縱僅重複施作2道防水層，亦無違反系爭契約之約定。是上訴人前開主張，應屬無據。

(四)又被上訴人使用之材料XY-201水性丙烯酸防水膠，係向伊利得有限公司（下稱伊利得公司）所購買，其材質為乳液與乳化瀝青改質而成的防水膜，此有產品型錄可稽（見原審建字卷第169頁），其適用範圍雖未有外牆此項。惟該防水膠施作於防水夾層中，即不受太陽照射，並無劣化問題，至外牆磁磚膨起，於外部粉刷層之泥作厚薄不均（厚的部分會產生下墜力），或泥作打底粗胚時灑上水泥粉（於熱脹冷縮時，其強度會大於磁磚），因此將防水層拉起，均可能發生，磁磚膨起後，因瀝青彈性較軟，於打除磁磚時，即先從瀝青防水層處斷裂，結構體及泥作均會沾黏防水層，施工單位會互推責任，認為是瀝青防水層產生問題，為免爭議，始不建議客戶將瀝青防水層用在外牆，並非該產品不得使用在建築物外牆等情，業據證人林馬琳（伊利得公司負責人）、張榮忠（翊翊公司負責人）分別於原審證述明確（見原審建字卷第300至305、308、311至312頁）；另證人施坤合亦證稱：「現有資料無法判斷（施工不實或偷工減料），所以（鑑定報告結論）沒有做這個判斷。」（見原審建字卷第240至241

頁），即不能證明施用錯誤防水中塗層材料。且依經濟部標準檢驗局臺南分局函所示，「建築用塗膜防水材」非屬公告應施檢驗商品規範，亦未建置相關檢驗量能，僅國家標準CNS8644節規定「建築用塗膜防水材」，依適用部位區分為屋頂用及外牆用，然產品XY-201主要成分為丙烯酸乳液與乳化瀝青改質成之防水膜，CNS8644並未規定丙烯酸乳液相關產品等情（見本院卷第87至88頁），國家標準亦無水性丙烯酸防水膠產品不得使用於建築物外牆之規範。至依翊翊公司之其他產品說明書及施工工法說明書（見本院卷第61至71頁），該公司雖有可適用於水平屋頂或垂直外牆之其他防水膠產品，惟前述防水膠產品均非含有瀝青成分，自與系爭契約約定之材質不符，選擇使用上開產品，反有違約之可能。是上訴人之前開主張，均不能證明被上訴人有施用錯誤防水中塗層材料之情事，是其主張亦屬無據。

(五)上訴人另主張：被上訴人僅購買XY-201水性丙烯酸防水膠50桶，依產品型錄建議用量，一桶一次塗佈量為25平方公尺，而依系爭契約約定，外牆牆面有3,002平方公尺，則其所購防水材料顯不足量，應係於施工時摻入其他材料等情，固據其引用產品型錄（見原審建字卷第169頁）及證人林馬琳於原審證稱：曾載送XY-201水性丙烯酸防水膠至上訴人工地一次，一般車是載50桶左右等語為證（見原審建字卷第298至299頁）。惟林馬琳於原審尚有證述：被上訴人每月均有訂貨，購買種類甚多，有些送到公司，有些送到工地，因其公司電腦系統更換，舊資料已刪除，故未留存被上訴人102年購買資料，現在已經無法確定當時載送到工地之數量，故材料銷售證明（被證四）僅記載102年12月銷售水性丙烯酸防水膠系列XY0201及強化底漆XY-002「材料一批」予被上訴人等語（見原審建字卷第298至300頁），是以並不能證明被上訴人僅訂購50桶防水膠，而有使用不足量之材料，並於施工時有摻入其他材料之情事。至上訴人提出之問卷回函4件（見原審建字卷第337至345頁），因各該公司建築物之設計及防

01 水處理方式皆有不同，自無法援引為本件有利於上訴人之證
02 明。

03 (六)從而，上訴人既不能證明被上訴人有施工不實、偷工減料之
04 情事，經通知改善而未改善之情形，則其依系爭契約第5條
05 第6項、第7項約定，或依民法第227條第2項規定，擇一請求
06 被上訴人賠償損害，乃屬無據。又上訴人請求被上訴人賠償
07 其損害，既無理由，則被上訴人為時效抗辯部分，即無庸審
08 酌，附此說明。

09 六、綜上所述，上訴人依系爭契約第5條第6項、第7項約定，或
10 依民法第227條第2項規定，擇一請求被上訴人應給付上訴人
11 578萬3,010元，及自110年9月16日起至清償日止，按年息百
12 分之5計算之利息，非屬正當，不應准許。其假執行之聲
13 請，失所依附，應併予駁回。從而原審所為上訴人敗訴之判
14 決，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，
15 為無理由，應駁回其上訴。

16 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
17 據，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘
18 明。

19 八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1
20 項、第78條，判決如主文。

21 中 華 民 國 112 年 11 月 30 日
22 工程法庭 審判長法官 黃瑪玲

23 法 官 曾鴻文

24 法 官 郭貞秀

25 上為正本係照原本作成。

26 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
27 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
28 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
29 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

01 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
02 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
03 委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。
04 被上訴人不得上訴。

05 中 華 民 國 112 年 11 月 30 日

06 書記官 陳宣妤

07 **【附註】**

08 民事訴訟法第466條之1：

09 (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
10 訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

11 (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
12 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
13 經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

14 民事訴訟法第466條之2第1項：

15 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
16 三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。