

臺灣臺北地方法院民事判決

112年度北訴字第86號

原告

即反訴被告 華怡婷

訴訟代理人 華清儼

朱正聲律師

被告

即反訴原告 蝶古巴特社會企業股份有限公司

法定代理人 王祥瑞

上列當事人間損害賠償事件，於中華民國113年1月30日言詞辯論終結，本院判決如下：

主 文

被告應給付原告新臺幣壹萬玖仟柒佰參拾元，及自民國一百一十二年六月十七日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用新臺幣玖仟捌佰元，其中十分之一即新臺幣玖佰捌拾元由被告負擔，並給付原告自裁判確定之翌日起至訴訟費用清償日止，按法定利率計算之利息。其中十分之九即新臺幣捌仟捌佰貳拾元由原告負擔。

反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。

反訴訴訟費用新臺幣貳仟壹佰元由反訴原告負擔。

本判決第一項原告以新臺幣陸仟伍佰元供擔保後得假執行；被告如以新臺幣壹萬玖仟柒佰參拾元為原告預供擔保後，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按「第2項之訴訟，案情繁雜或其訴訟標的金額或價額逾第1項所定額數十倍以上者，法院得依當事人聲請，以裁定改用

通常訴訟程序，並由原法官繼續審理。」，民事訴訟法第427條第5項定有明文。兩造皆聲請本件改成通常程序審理，審酌後合於該條之規定，改為通常程序審理。原告聲請改為通常程序審理（本院卷第217頁），經查合於前揭規定，應予准許。

二、按「訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但有下列各款情形之一者，不在此限：一、被告同意者。二、請求之基礎事實同一者。三、擴張或減縮應受判決事項之聲明者。四、因情事變更而以他項聲明代最初之聲明者。五、該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者。六、訴訟進行中，於某法律關係之成立與否有爭執，而其裁判應以該法律關係為據，並求對於被告確定其法律關係之判決者。七、不甚礙被告之防禦及訴訟之終結者。」、「被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。」民事訴訟法第255條第1項、第2項分別定有明文。原告於民國112年6月7日起訴時之聲明為「(一)被告應給付原告新臺幣50萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(二)被告應給付原告自111年12月15日起至房屋修繕完工原告驗收通過為止之違約金」，嗣後於112年11月27日變更其訴之聲明為「(一)被告應給付原告新臺幣52萬3800元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。(二)被告應給付原告新臺幣37萬5622元，及自補正事項之聲明狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。」（本院卷第211頁），經查合於前揭規定，應予准許。

三、按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及訴訟標的必須合一確定之人提起反訴，民事訴訟法第259條定有明文。經查，本件反訴原告即被告於112年11月27日以原告為反訴被告提起反訴，主張反訴原告所承攬之系爭工程及追加工程均已於112年1月2日施作完工，反訴被告所稱瑕疵與反訴原告無涉，反訴被告應給付反訴原告新台幣62萬

7120元之承攬報酬，僅給付43萬2250元，尚有19萬4870元之工程款尚未給付反訴原告等語（本院卷第247頁）。經核，反訴原告前揭主張與本訴訴訟標的之攻擊防禦有牽連關係，揆諸前揭法條規定，反訴原告提起本件反訴，應予准許。

貳、實體方面：

甲、本訴方面：

一、原告主張：

(一)原告於111年9月19日簽訂防水工程合約，並於同年10月8日簽訂第二份規畫建議書（下合稱系爭契約），依系爭契約及附件（詳參起訴狀附件1-附件3），本件工程包含新北市○○區○○街0000號2-4樓室內部分牆面防水及粉刷、5樓室內全部牆面防水及粉刷、挑高鐵皮天花板除鏽防鏽處理及粉刷、頂樓防水處理及1-6樓外牆裂縫填補防水等工程（下稱系爭工程）。其中外牆裂縫填補防水工程，須先抓漏找出漏水處，再進行裂縫填補及防水，原告已給付本件工程款52萬3800元（詳起訴狀附件7），惟被告並未如期如約完成工作，經原告寄發存證信函催告後被告仍未於期限內修補瑕疵（詳參起訴狀附件4、附件9），故原告主張解除系爭契約回復原狀，請求被告附加利息返還已付報酬，並以起訴狀繕本送達被告時做為解約通知之送達日。請求權基礎：依民法第494條第1項主張解除系爭契約；復依民法第259條第2款請求返還已付報酬及自起訴狀繕本送達被告時起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

(二)違約金17萬7422部分：

1. 依系爭契約第8.1條約定「乙方無正當理由未能如期竣工時，每逾期一日賠償甲方總工程款1%，累進計算。」（詳起訴狀附件1）。
2. 被告並未依約如期如質完成工作，房屋仍有漏水、壁癌等瑕疵（詳參附件8、原證11照片），經原告寄發存證信函通知後，被告迄今未進場修補，故原告得依約請求違約金17萬7422元。附件1防水工程承攬合約書中第八項違約處理乙方無

正當理由未能如期竣工時，每逾期1日賠償甲方總工程款1%累進計算。工程於111年10月1日開始施工，預計32日工作日內竣工，原告已在111年12月14日寄發第一次存證信函通知被告已逾期多時。總工程款項61萬1800元每日1%賠償金額為6118元起，於111年12月14日(寄發存證信函日)至112年1月11日(被告聲稱完工日，隔日原告即通知驗收未通過依然漏水不止)為止， 6118×29 日金額為17萬7422元。

3. 請求權基礎：依系爭契約第8.1條。

(三)損害賠償19萬8200元部分：

1. 本件兩造約定之工程總價為61萬1800元，被告未依約完成工作，房屋仍有漏水、壁癌等瑕疵，原告不得已另找第三人就系爭工程現場進行勘估，初步估計完成系爭工程費用為81萬元，有估價單為憑(原證12)。如被告依約如期如質完成系爭工程，原告即無庸再另覓廠商接續完成系爭工程，則兩者之工程價差顯然即為被告未能依債之本旨履約造成原告之損害，故原告除可依法主張解除契約外，自得另依上開規定請求損害賠償19萬8200元(計算式： $81 \text{萬} - 61 \text{萬}1800 = 19 \text{萬}8200$)。

2. 請求權基礎：民法第495條第1項。

(四)並聲明：

1. 被告應給付原告52萬3800元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

2. 被告應給付原告37萬5622元，及自補正事項之聲明狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

3. 願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：

(一)兩造於111年9月16日簽立「防水工程承攬合約書」(即系爭合約，被證1)，約定自111年10月1日起，由被告承攬新北市○○區○○街0000號5至6樓之防水工程(即系爭工程)，工期為32個工作日，承攬報酬為50萬1840元，此有被證1第1條至第3條及第7條可憑。原告所擁有之房屋(門牌號碼即新北市

○○區○○街0000號5至6樓，即系爭房屋）年久失修，更有諸多裂痕及縫隙，兩造間即約定就原告所指定之範圍及內容進行防水之處理，是系爭工程之施作範圍則應依被告於111年9月15日所提出之房舍防水建議規劃（被證2）及報價單（被證3）所載之項目進行施作，正因被告於系爭工程施作之範圍及項目係以原告指定之範圍及項目進行施作，此有被證2中6樓部分所載「2-1面積估算：後方高處：115.363m²；前方低處：113.587m²；多處轉彎角未計入平面丈量估算：10%」、5樓部分所載「3-1面積估算：無挑高房間（牆面及天花板）：198.38m²；挑高房間（僅牆面）：88.368m²；多處轉彎角未計入平面丈量估算：10%」可資依憑，足證被告係針對原告所指定之特定範圍及項目進行施作，被告並非針對整棟房屋進行防水工程，被告自始均不保證系爭工程完成後即能達成整棟房屋不再滲水或漏水之品質。

(二)嗣後，原告另表示欲追加工程項目，被告遂於111年10月8日依原告之要求另行提出「不同項目」之房舍防水建議規劃（被證4）及報價單（被證5，下稱追加工程），承攬報酬為10萬9960元，嗣又追加一桶高附著填縫封壁泥/4kg，價值2920元，故追加工程總承攬報酬為11萬2880元。追加工程之承攬範圍及項目仍依111年10月8日之房舍防水建議規劃（參被證4）及報價單（參被證5）之內容為準，被告所提出之房舍防水建議規劃（參被證4）亦明確記載，1～5樓外牆裂縫部分「2-1面積估算：裂縫覆蓋防水材料寬度：20 cm；每層樓高度：3.5m；樓高：5；估算裂縫數量：7條」、2樓及3樓臥室部分所載「3-1面積估算：牆面合計：90 m²」及4樓臥室部分所載「壁癌影響面積估算：牆面合計：5m²」可資依憑，在在證明被告確係針對原告所指定之特定範圍及項目進行施作，而不保證系爭工程完成後即能達成整棟房屋不再滲水或漏水之品質。另為了可近距離處理外牆裂縫，原告另有請被告追加外牆蜘蛛人之部份，此部分價值為1萬2400元。是以，系爭工程及追加工程之總價應係62萬7120元（計算

式：50萬1840+11萬2880+1萬2400=62萬7120元)。

(三)再被告於提出兩份防水建議規劃時，即曾提醒原告，若僅針對局部進行防水工程之施作，恐有極高可能會有看不到之縫隙存在，未來仍有很高之風險會滲漏水，且被告亦有告知原告，系爭房屋原先施作錯誤之「鐵質（非不鏽鋼）外皮」如不移除，潛藏其下方之裂縫被告亦無法處理，工程結束後如有問題，會有責任歸屬難以釐清之問題。然而，原告仍執意指示被告就局部處理，未請被告全面處理裂縫部份，亦未移除「鐵質（非不鏽鋼）外皮」。又被告施作期間，原告同時亦曾委請其他工班進行其他工程，施作期間其他工班更曾不慎破壞被告施作之防水層，致系爭房屋2、3樓等部分須重新施作防水工程，被告之工期因而受到影響，此外兩造間就系爭工程之工期約定，本有約定下雨天則不可施工（系爭合約第11條），當足證系爭工程於下雨天即不可施工，且雨停之隔天因仍有積水且水分尚未蒸發，故雨停之隔天被告亦無法施作(調查證據之方法詳如後述)，施作期間下雨天及雨停隔天本不應不計入工期。遑論原告另外要求之追加工程，工期自應另外計算而不包含於系爭契約中（蓋系爭契約僅係針對系爭工程之工期為約定）。末，被告於111年10月1日即開始進場施工，嗣於112年1月2日完工，被告並於完工當日當面告知原告系爭工程已依承攬範圍全部完成，是原告稱被告於112年1月11日聲稱完工云云，並非屬實，且原告所指瑕疵實與被告無關。被告既已於112年1月2日完成系爭工程及追加工程，完成作業皆交付「施作前後.pdf」（被證6）予原告為證，原告自應給付完畢全部之承攬報酬，惟原告仍有19萬4870元之承攬報酬尚未給付，原告之請求實屬無據。

(四)並聲明：原告之訴駁回。

乙、反訴部分：

一、反訴原告主張：

(一)被告所承攬之系爭工程及追加工程均已於112年1月2日施作完工，且原告所稱瑕疵與被告無涉，原告自應給付被告62萬

7120元之承攬報酬，迄今為止原告僅給付被告43萬2250元，尚有19萬4870元之工程款原告尚未給付予被告，被告自得依民法第505條第1項之規定請求原告給付剩餘承攬報酬19萬4870元。綜上，被告已完成系爭防水工程，且原告所稱之瑕疵與被告無涉，然針對前揭19萬4870元之款項，原告拒絕給付被告，被告自得依民法第505條第1項規定向原告請求19萬4870元之款項。

(二)並聲明：反訴被告應給付反訴原告19萬4870元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。

二、反訴被告則以：

(一)兩造於111年9月19日簽訂之防水工程承攬合約書，其中並無追加工程之約定。兩造締約後，同年10月8日被告負責人提出第二份房舍防水建議規劃(詳參起訴狀附件3，同被證4)及報價單(詳參被證5)，承攬總價為10萬9960元(含稅)，經兩造同意後成為承攬契約之一部分。另反訴原告主張追加一桶高附著填縫封壁泥/4kg，價值2920元，反訴被告已於111年11月14日付款(詳參起訴狀附件7第2頁)。除此以外，兩造並無合意任何追加工程。至於反訴原告主張之追加外牆蜘蛛人費用，反訴原告施工時表示蜘蛛人費用為8000元/日，反訴起訴狀竟稱此部分費用高達1萬2400元(反訴被證1)。此本為反訴原告之工作內容，應由反訴原告自行負擔，雙方並未合意追加此部分費用；退步言之，即使鈞院肯認此為契約外項目應予追加給付，反訴原告請求之金額亦屬過高應予酌減。

(二)反訴原告主張提出兩份防水建議規劃時，曾提醒反訴被告，若針對局部進行防水施作，恐有極高可能會有看不到之縫隙存在。就此主張，反訴被告否認之，反訴原告實際上是針對系爭房屋全棟查找漏水點再針對漏水點進行填縫、塗裝防水漆已如前述，且表示其防水工程施作完成後耐用度可達一定期限以上。反訴被告身受系爭房屋漏水之苦，委託反訴原告施作防水工程即是希望藉由反訴原告之專業防止系爭房屋漏

01 水問題一再發生，豈會同意僅施作局部範圍之防水。反訴原
02 告之主張與常情不符，不應採信。

03 (三)至於反訴原告確實因雨天無法進行工程而未進場，主張應扣
04 除工期；暨其他工班不慎破壞反訴原告施作之防水層，此等
05 於反訴原告有利之事實，均應由反訴原告舉證，如無法證明
06 上開事項，其主張自不應採信。末，反訴原告主張112年1月
07 2日曾告知反訴被告完工一事。反訴被告亦否認，反訴原告
08 於112年1月2日未完工，且因其未完工，無法依約由兩造共
09 同驗收工程，反訴原告臨訟卸責之詞，不足採信。

10 (四)並聲明：反訴原告之訴駁回。

11 三、兩造不爭執之事實：

12 (一)兩造於111年9月16日簽立系爭合約，約定自111年10月1日
13 起，由被告承攬新北市○○區○○街0000號5至6樓之防水工
14 程(即系爭工程)，工程於111年10月1日開始施工，工期為32
15 個工作日。惟兩造就契約內容究竟是一部防水(被告抗辯)
16 或新北市○○區○○街0000號1至6樓全部防水、修繕漏水工
17 程(原告主張)有重大爭執。

18 (二)兩造締約後，同年10月8日被告負責人提出第2份房舍防水建
19 議規劃(本院第269至275頁)及報價單(本院卷第273頁)，承
20 攬總價為10萬9960元(含稅)，經兩造同意後成為承攬契約之
21 一部分。

22 (三)系爭工程扣除休假日11日、雨天42日，可工作之日數為32
23 日，亦即111年12月24日為竣工日。

24 四、兩造爭點：

25 甲、本訴部分：

26 (一)系爭合約是否如原告主張新北市○○區○○街0000號1至6樓
27 全部防水、抓漏、修繕漏水工程(本院卷第425頁第20至22
28 行)？

29 (二)如原告主張之事實，已為本院所不採，則有無鑑定之必要？

30 (三)原告主張解除系爭契約回復原狀，請求被告附加利息返還已
31 付報酬(即原告訴之聲明第1項)之請求有無理由？

01 (四)被告自承於112年1月2日完工，系爭工程是否逾期？原告主
02 張被告逾期完工應給付違約金有無理由？原告依495條第1項
03 之規定請求損害賠償有無理由（違約金＋損害賠償即原告訴
04 之聲明第2項）？

05 乙、反訴部分：

06 反訴原告主張系爭工程於112年1月2日完工，伊自得請求工
07 程款，是否有理？

08 五、得心證之理由：

09 (一)按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，
10 民事訴訟法第277條前段定有明文，是民事訴訟如係由原主
11 張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以
12 證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能
13 舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（最高
14 法院17年上字第917號判例意旨參照）。又事實有常態與變
15 態之分，其主張常態事實者無庸負舉證責任，反之，主張變
16 態事實者，則須就其所主張之事實負舉證責任（最高法院86
17 年度台上字第891號判決意旨參照）。主張法律關係存在之
18 當事人，須就該法律關係發生所具備之要件事實，負舉證責
19 任，此觀民事訴訟法第277條之規定自明。且同法第244條第
20 1項第2款及第195條並規定，原告起訴時，應於起訴狀表明
21 訴訟標的及其原因事實，當事人就其提出之事實，應為真實
22 及完全之陳述。故主張法律關係存在之原告，對於與為訴訟
23 標的之法律關係有關聯之原因事實，自負有表明及完全陳述
24 之義務（最高法院97年台上字第1458號判決意旨參照）。

25 (二)本院已對兩造闡明如附件1、2、3所示，因兩造皆已行使責
26 問權(本院卷第299頁第29、31行)，自應尊重兩造之程序
27 處分權，以達當事人信賴之真實、並符合當事人適時審判
28 之權利；況且，兩造均認成立證據契約即本訴部分自112年
29 11月28日及之後提出之證據或證據方法，本院均不得斟酌
30 (本院卷第300頁第5至7行)、反訴部分自112年12月26日及
31 之後提出之證據或證據方法，本院均不得斟酌；退步言，

兩造已分別行使責問權，自應尊重該造之程序處分權，則另造本訴於112年11月28日、反訴於112年12月26日後提出之證據及證據方法，本院皆不得審酌：

1.按「當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。攻擊或防禦方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者，亦同。」、「當事人未依第267條、第268條及前條第3項之規定提出書狀或聲明證據者，法院得依聲請或依職權命該當事人以書狀說明其理由。當事人未依前項規定說明者，法院得準用第276條之規定，或於判決時依全辯論意旨斟酌之。」、「未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之：一、法院應依職權調查之事項。二、該事項不甚延滯訴訟者。三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。四、依其他情形顯失公平者。前項第3款事由應釋明之。」、「當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。」民事訴訟法第196條第2項、第268條之2、第276條、第345條分別定有明文。

2.第按「民事訴訟法於89年修正時增訂第 196條，就當事人攻擊防禦方法之提出採行適時提出主義，以改善舊法所定自由順序主義之流弊，課當事人應負訴訟促進義務，並責以失權效果。惟該條第2項明訂『當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失逾時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之』，是對於違反適時提出義務之當事人，須其具有：(一)逾時始行提出攻擊或防禦方法；(二)當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失；(三)有礙訴訟終結之情形，法院始得駁回其攻擊或防禦方法之提出。關於適時性之判斷，應斟酌訴訟事件類型、訴訟進行狀況及事證蒐集、提出之期待可能性等諸因素。而判斷當事人就逾時提出是否具可歸責性，亦應考慮當事人本人或其訴訟代理人之法律知識、能力、期待可能

性、攻擊防禦方法之性質及法官是否已盡闡明義務。」、
「詎上訴人於準備程序終結後、111年8月23日言詞辯論期日
前之111年8月15日，方具狀請求本院囑託臺大醫院就上情為
補充鑑定…，顯乃逾時提出，非不可歸責於上訴人，且妨礙
本件訴訟之終結，揆諸前開說明，自無調查之必要。」、
「系爭房屋應有越界占用系爭74地號土地，而得據此提出上
開民法第796條之1規定之抗辯，乃被告及至111年7月29日始
具狀提出上開民法第796條之1規定之防禦方法，顯有重大過
失，倘本院依被告上開防禦方法續為調查、審理，勢必延滯
本件訴訟之進行而有礙訴訟之終結，是被告乃重大過失逾時
提出上揭防禦方法，有礙訴訟終結，且無不能期待被告及時
提出上揭防禦方法而顯失公平之情事，依法不應准許其提
出，故本院就前述逾時提出之防禦方法應不予審酌」，最高
法院108年度台上字第1080號民事判決意旨、臺灣高等法院1
10年度上字第318號民事判決意旨、臺灣基隆地方法院基隆
簡易庭111年度基簡字第36號民事判決意旨可資參酌。

3.一般認為，當事人之促進訴訟義務，基本上，可分為2種，
亦即一般促進訴訟義務與特別促進訴訟義務。前者，係指當
事人有適時提出攻擊防禦方法（當事人之「主動義務」），
以促進訴訟之義務。後者，則係當事人有於法定或法院指定
之一定期間內，提出攻擊防禦方法之義務（當事人之「被動
義務」，需待法院告知或要求後，始需負擔之義務）。前揭
民事判決意旨多針對一般促進訴訟義務而出發，對於逾時提
出之攻擊防禦方法，如當事人有重大過失時，以民事訴訟法
第196條第2項之規定予以駁回。然現行解釋論上區分當事人
主觀上故意過失程度之不同來做不同處理，易言之，在違反
一般訴訟促進義務時，須依當事人「個人」之要素觀察，只
有在其有「重大過失」時，始令其發生失權之不利益；反
之，若係「特別訴訟促進義務」之違反者，則必須課以當事
人較重之責任，僅需其有輕過失時（違反善良管理人之注意
義務），即需負責，蓋「特別訴訟促進義務」本質上係被動

01 義務（法院一個口令一個動作，已經具體指示當事人在幾天
02 內需要完成什麼樣的動作），若當事人仍不理會法院之指示
03 要求的話，則使其發生失權之效果亦不為過，此種情形下即
04 毋須依個人之因素加以考量，而直接使其失權，如此一來，
05 始能確實督促當事人遵守法院之指示（詳見邱聯恭教授，司
06 法院民事訴訟法研究修正委員會第615次及第616次會議之發
07 言同此意旨）。從而，如原告對本院命補正事項（包括：原
08 因事實及證據、證據方法…），如當事人未依法院之指示於
09 期限內提出證據或證據方法者，則可認為此種情形下即毋須
10 依個人之因素加以考量，而直接使其失權，如此一來，始能
11 確實督促當事人遵守法院之指示，從而，對於逾時提出之攻
12 擊防禦方法，為可歸責於當事人之情形，依民事訴訟法第27
13 6條之規定應予駁回；退步言之，當事人並無正當理由，亦
14 未向法院聲請延緩該期間，明知法院有此指示而不遵守，本
15 院認在此情形為「重大過失」，亦符合民事訴訟法196條第2
16 項之重大過失構成要件要素。因當事人未遵法院之指示，逾
17 時始行提出攻擊或防禦方法，有礙訴訟之終結者，此為當事
18 人所得預見，據前民事判決意旨及民事訴訟法第196條第2
19 項、第268條之2、第276條、第345條之規定意旨，法院自得
20 以其逾時提出駁回其聲請調查之證據或證據方法，或得依民
21 事訴訟法第345條審酌情形認他造關於該文書之主張或依該
22 文書應證之事實為真實，應予敘明。

- 23 4. 本院曾於112年11月6日以北院忠民壬年北簡字第11203號、1
24 12年12月5日以北院忠民壬年北訴字第86號對兩造闡明如附
25 件1、2所示，前揭函本院要求兩造補正者，除前述原因事實
26 外，亦需補正其認定原因事實存在之證據或證據方法，如果
27 為了發現真實而拖延訴訟，完全忽略了另一造行使責問權之
28 法律效果（未尊重一造之程序處分權），如一造已行使責問權
29 （包括兩造均行使責問權時），法官更應尊重當事人在證據或
30 證據方法的選擇，此時，他造既未遵期提出證據或證據方
31 法，依前所述認為其已逾時提出，猶要進行證據或證據方法

01 之調查，致另造需花費勞力、時間、費用為應訴之準備及需
02 不斷到庭應訴，本院認為有侵害憲法所保障另造之訴訟權、
03 自由權、財產權、生存權之嫌。詳言之，當事人自可透過行
04 使責問權之方式，阻斷另造未遵期提出之證據或證據方法，
05 此即為當事人程序處分權之一環，法院自應予以尊重，才能
06 達到當事人信賴之真實。當事人並有要求法院適時終結訴訟
07 程序的權利，另造如果未遵期提出攻擊防禦之方法，另造當
08 事人自不得以發現真實為名，不尊重已行使責問權之一方之
09 程序處分權，也不尊重法院之闡明(司法之公信力)，無故稽
10 延訴訟程序，此即為該造當事人有要求法院適時審判之權利

11 (適時審判請求權係立基於憲法上國民主權原理其所保障之
12 自由權、財產權、生存權及訴訟權等基本權。當事人基於該
13 程序基本權享有請求法院適時適式審判之權利及機會，藉以
14 平衡追求實體利益及程序利益，避免系爭實體利益或系爭外
15 之財產權、自由權或生存權等因程序上勞費付出所耗損或限
16 制。為落實適時審判請求權之保障，新修正之民事訴訟法除
17 賦予當事人程序選擇權、程序處分權外，並賦予法院相當之
18 程序裁量權，且加重其一定範圍之闡明義務。參見許士宦
19 等，民事訴訟法上之適時審判請求權，國立臺灣大學法學論
20 叢第34卷第5期)。兩造均為思慮成熟之人，對於本院前開函
21 之記載「…逾期未補正或逾期提出者，本院則不審酌其後所
22 提出之證據或證據方法…」，「…前開期日均為該項證據或
23 證據方法提出之最後期限…」應無誤認之可能，從而，如一
24 造逾時提出前揭事項，除違反特別促進訴訟義務外，基於司
25 法之公信力及對他造訴訟權之尊重，法院自得以其逾時提出
26 駁回其聲請調查之證據或證據方法，或得審酌情形認他造關
27 於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實，首開敘明。

28 (三)系爭合約並非如原告主張新北市○○區○○街0000號1至6
29 樓全部防水、抓漏、修繕漏水工程(本院卷第425頁第20至
30 22行)，被告抗辯兩造約定自111年10月1日起，由被告承
31 攬系爭房屋3、4、5、6樓之一部作防水工程及1至5樓外牆

01 裂縫做除繡、填縫、防水工程為有理由：

02 1.觀兩造防水工程承攬合約書(下簡稱系爭合約)為據，該契約
03 之內容僅限於「…2…依乙方依雙方認可之建議規劃書、報
04 價單所列之品項、數量、材料進行施工…」、若再依兩造房
05 舍防水建議規劃書僅委請被告施作新北市○○區○○街00○
06 0號頂樓（6樓）及1至5樓系爭房屋之防水工程，如原告認
07 為被告應施作新北市○○區○○街00○0號頂樓及1至5樓
08 「全部」之「室內防水」、「抓漏」及「修繕漏水」工程
09 （本院卷第425頁第20至22行），自應提出系爭頂樓（6樓）及
10 1至5樓之面積（包括地板面積、牆壁面積、天花板面積…）、
11 契約內包含修補全部牆面裂縫、天花板之裂縫等證據或證據
12 方法以實其說，然原告經本院如附件1、2、3之闡明，除提
13 出被告對話紀錄外（其證據評價容后述之），仍提不出證據或
14 證據方法以實其說，依前述逾時提出之理論，再佐以本院自
15 系爭合約形式上、文義上觀之在於系爭房屋之一部防水規
16 劃，自不及於系爭房屋之全部防、漏水之修繕，自應認為被
17 告之抗辯為真實，原告之主張不足採信。

18 2.系爭工程之施作範圍則應依111年9月15日所提出之房舍防水
19 建議規劃（本院卷第251至265頁）及報價單（本院卷第267
20 頁）所載之項目進行施作，觀諸被證2中6樓部分所載「2-1
21 面積估算：後方高處：115.363m²；前方低處：113.587m²；
22 多處轉彎角未計入平面丈量估算：10%」（本院卷第259
23 頁）、5樓部分所載「3-1面積估算：無挑高房間（牆面及天
24 花板）：198.38m²；挑高房間（僅牆面）：88.368m²；多處
25 轉彎角未計入平面丈量估算：10%」（本院卷第261頁）、
26 被證3中2、3樓僅有臥室牆面90.28m²、4樓僅有臥室牆面90.
27 28m²（本院卷第272頁），並無各層全部防、全部漏水處抓
28 漏或修繕之記載；更何況，被告法定代理人10月30日曾言
29 「我知道，安啦！通常我都會把跟美觀有關的部分全部放到
30 最後一併巡查且一併處理，漏水、防水則會放在比較優先的
31 位階來處理，順序的問題。」、同年11月30日曾言：「抓漏

01 最難的是找到漏水源頭，一旦能找到，以我們的原料防水效能，
02 就不用擔心了。五樓的漏水有改善很多了，先前漏水量
03 很大，現在已經看得非常清楚漏水點在哪裡。簡單來講，就
04 是外牆崩裂惹的禍，因此接下來的做法就很明朗了。」；同
05 年12月6日更表示：「…我本著良心仔細地做，只為了能徹
06 底根除幾十年累積的漏水問題，而非僅針對頂樓與五樓，我
07 做的重新打底工作早已超過委託，我也甘願多花時間、精力
08 與原料找出所有問題癥結點，…時代與時俱進，再加上屋況
09 沉痾已久，再繼續用舊觀念、舊方法、舊原料，下場就是像
10 四樓房間那樣撐不過半年，這是誰都不想看到的結局，不是
11 嗎？多花一點力氣，多花一點時間，好好整頓這些漏水，讓
12 耐用期限盡量拉長，換得清爽過日子，這樣做有哪裡不對？
13 哪裡不好？如果只是要頭痛醫頭、腳痛醫腳，那麼我早就做
14 完了，妳確定要這種施工品質嗎？」、「我又還沒做完。漏
15 水點終於精準地抓到，就等這一波天候轉好個幾天，大概就
16 可以一氣呵成了，怎麼這麼沉不住氣？」、被告主觀上認為
17 其施作已超過原告之委託才會說「…我本著良心仔細地
18 做…」、「我做的重新打底工作早已超過委託，我也甘願多
19 花時間、精力與原料找出所有問題癥結點…」之用語，系爭
20 合約僅就系爭房屋3、4、5、6樓之一部作防水工程及1至5樓
21 外牆裂縫做除繡、填縫、防水工程，承攬金額為50萬1840元
22 (含稅)，原告竟以該對話紀錄來佐證契約之內容，原告之主
23 張核不可採。從而，被告並非針對整棟房屋進行防水工程，
24 則被告自始均不保證系爭工程完成後即能達成整棟房屋不再
25 滲水或漏水之品質。

- 26 3.原告另表示欲追加工程項目，被告遂於111年10月8日依原告
27 之要求另行提出「不同項目」之房舍防水建議規劃（被證
28 4）及報價單（被證5，下稱追加工程），原告嗣又追加一桶
29 高附著填縫封壁泥/4kg，價值2920元，故追加工程總承攬報
30 酬為11萬2880元。系爭合約總計金額為61萬4720元(系爭工
31 程部分50萬1840元+追加工程部分11萬2880元=61萬4720

元)，原告已給付52萬3800元(本院卷第49至51頁)。

4.原告雖主張：伊固然追加桶高附著填縫封壁泥/4kg，價值2920元，然其已清償云云，但該部分既屬追加工程，原告已清償日該部分已計入原告總付款之部分，原告該項主張自不可採。

(四)原告主張被告應修繕系爭房屋漏水之事實，已為本院所不採，本件即無鑑定之必要：

1.原告認為被告應施作新北市○○區○○街00○0號頂樓及1至5樓「全部」之「室內防水」及「修繕漏水」工程(本院卷第425頁第20至22行)，自應提出系爭頂樓(6樓)及1至5樓之面積(包括地板面積、牆壁面積、天花板面積…)、契約內包含修補全部牆面裂縫、填補天花板之裂縫之證據或證據方法、修補前揭裂縫即等同修繕系爭房屋漏水之證據或證據方法，始可詢問鑑定人系爭房屋如施作全部房屋(1至6樓)防水、修補所有牆壁之裂縫、修繕系爭房屋之漏水(含鑑定漏水之原因…)其客觀之價格為何，然原告未提供前揭事實群之證據或證據方法便要求鑑定，似違反辯論主義，屬於摸索證明事項，且依原告主張不正確之事實鑑定，恐有混亂鑑定人之虞，顯不恰當，應不予准許。

2.原告雖執詞主張系爭房屋仍有漏水、壁癌等瑕疵云云，然原告所提出之證據僅能認為被告施作系爭房屋3、4、5、6樓之一部作防水工程及1至5樓外牆裂縫做除繡、填縫、防水工程，從而，系爭房屋究竟為何漏水？為何會有壁癌可能於施作前即屬存在，而依兩造契約約定之防水工程並不能解決漏水、壁癌之問題，原告為智慮成熟之人，對於上情不可能不瞭解，竟持系爭合約、房舍防水建議規劃書向本院稱被告應修復漏水、壁癌等，核不足採。

3.某項證據調查之聲請，如欠缺其所欲查明事實之明確性，而欲利用法院之證據調查以導出或摸索出對於訴訟主張必要之事實，或期盼從其調查之結果導出對舉證之人而言可加以評價之資料，則不應被容許，此即所謂摸索證明禁止原則，蓋

01 依辯論主義原則，事實主張及證據方法原則上應由當事人提出，
02 且當事人負有具體化之事實提出責任，倘若當事人未具體化其證據聲明之應證事實，即難認為符合具體化義務之要求，
03 則其應不得透過證據之聲請以填補其事實主張之不足，
04 否則將有架空其主張責任與具體事實提出責任之危險，並將造成法院對於證據重要性或關連性審查判斷之困難，致在訴訟程序運作上發生法院介入證據及事實之調查強度增高，有違辯論主義之要求，自不應容許當事人於此情形調查證據（學者姜世明教授，成大法學第8期，第43至108頁同此意旨）；若從另一面向審酌，原告起訴主張之事實仍缺乏證明，就系爭合約是否包含系爭房屋全部房、修復漏水等工程，原告除已提出之證據不能證明前情外，既未就上情提出任何證據或證據方法供本院審酌，兩造皆行使責問權（本院卷第299頁第29、31行），認為兩造成立證據契約，約定兩造於112年11月28日後提出證據或證據方法，本院皆不得審酌（本院卷第300頁第5、7行），不論以證據契約及逾時提出之法理論之，皆應駁回原告之聲請。

18 4.從而，原告提出前揭事實群之證據或證據方法應經被告之同意，方尊重被告之程序處分權及適時審判的權利，不因此在未確定原告請求之事實與提出之證據或證據方法相吻合前（原告係主張被告應施作前揭房屋之防水、抓漏、漏水修繕工程，但所提之證據或證據方法僅能認為部分防水、部分修補裂縫之工程，此由其施作價格與客觀之市場行情相對比，及系爭契約之內容可知），逕送鑑定反而浪費訴訟程序，本院認為有侵害憲法所保障另造之訴訟權、自由權、財產權、生存權之嫌。故，應先徵詢被告之同意，原告始可提出前揭證據或證據方法，被告已明示拒絕（本院卷第450頁第30行），自應尊重其之程序處分權及適時審判的權利，原告前揭鑑定之聲請礙難准許。

30 (五)被告雖抗辯稱112年1月2日伊已完工云云，然被告112年1月7日仍派蜘蛛人至現場施工，此觀原告與被告法定代理人於11

2年1月份LINE通聯紀錄(本院卷第347頁)，1月7日(六)被告法定代理人曾言：「…蜘蛛人約好了，週日上午九點左右到…」，足以證明被告112年1月7日仍在現場施工，原告起訴狀稱112年1月11日被告聲稱全數完工(本院卷第13頁，原告起訴狀(六))，自以該日為被告完工日。從而，被告於111年10月1日即開始進場施工，嗣於112年1月11日完工，然依系爭契約之約定，系爭工程應於32工作日完成，扣除休假日11日、雨天42日，應於111年12月24日完成，足見被告遲延完工18日，依系爭合約第8條之約定「乙方無正當理由未能如期竣工時，每逾期一日賠償甲方總工程款1%」，系爭工程款為61萬4720元(系爭工程部分50萬1840元+追加工程部分11萬2880元=61萬4720元)，原告得請求之違約金為11萬650元(計算式：61萬4720×1%×18=11萬650元，元以下四捨五入至整數)，加上原告已給付之52萬3800元，原告可向被告請求1萬9730元(計算式：61萬4720—52萬3800—11萬650=—1萬9730)。被告固抗辯：雨停隔天之8天亦應計入云云，惟被告之計入方法並無計算之依據；且被告拒絕原告送鑑定之意，亦兼含撤回併送鑑定之意，故被告之抗辯衡難憑採。

(六)原告依495條第1項之規定請求損害賠償並無理由：

按「因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。」民法第495條第1項定有明文。被告抗辯兩造約定自111年10月1日起，由被告承攬系爭房屋3、4、5、6樓之一部作防水工程及1至5樓外牆裂縫做除繡、填縫、防水工程為有理由，原告主張被告應修繕漏水、壁癌或抓漏…等等之瑕疵即非可採，因此原告請求修補或解除契約即非適法，其依495條第1項之規定請求損害賠償並無理由。

(七)綜合上述，原告請求僅在1萬9730元之範圍為有理由，應予准許，超過此範圍，為無理由，應予駁回。

乙、反訴部分：

01 反訴原告雖主張稱112年1月2日完工云云，然反訴原告112年
02 1月7日仍派蜘蛛人至現場施工，此觀反訴被告與反訴原告法
03 定代理人於112年1月份LINE通聯紀錄(本院卷第347頁)，1
04 月7日(六)反訴原告法定代理人曾言：「…蜘蛛人約好了，週
05 日上午九點左右到…」，足以證明反訴原告112年1月7日仍
06 在現場施工，原告起訴狀稱112年1月11日被告聲稱全數完工
07 (本院卷第13頁，原告起訴狀(六))，自以該日為被告完工日。
08 從而，反訴原告於111年10月1日即開始進場施工，嗣於112
09 年1月11日完工，然依系爭契約之約定，系爭工程應於32工
10 作日完成，扣除休假日11日、雨天42日，應於111年12月24
11 日完成，足見反訴原告遲延完工18日，依系爭合約第8條之
12 約定「乙方無正當理由未能如期竣工時，每逾期一日賠償甲
13 方總工程款1%」，系爭工程款為61萬4720元(系爭工程部分
14 50萬1840元+追加工程部分11萬2880元=61萬4720元)，反
15 訴被告得請求之違約金為11萬650元(計算式：61萬4720×1%
16 ×18=11萬650元，元以下四捨五入至整數)，加上反訴被告
17 已給付之52萬3800元，反訴原告已不能再向反訴被告請求，
18 故其主張應予駁回。

19 五、綜上，本訴部分，原告提起本訴，請求被告給付原告1萬973
20 0元，及自本件起訴狀繕本送達之翌日即112年6月17日(本
21 院卷第89頁)起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，
22 為有理由，予以准許，逾此部分之請求為無理由，應予駁
23 回，原告之訴經駁回部分，該部分假執行之聲請亦失所附
24 麗。至於反訴部分，反訴原告提起反訴，請求反訴被告應給
25 付反訴原告19萬4870元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起
26 至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為無理由，予以駁
27 回，經駁回部分，該部分假執行之聲請亦失所附麗。

28 六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法與判決之結果不
29 生影響，爰不一一贅論，併此敘明。

30 七、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條、民事訴訟法第79
31 條。本件訴訟費用額，依後附計算書確定如主文所示金額。

中華民國 113 年 2 月 29 日
民事庭 法官 趙子榮

以上正本係照原本作成

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。如
委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中華民國 113 年 2 月 29 日
書記官 陳怡安

計 算 書：

一、本訴部分：

項 目	金 額（新臺幣）	備 註
第一審裁判費	9800元	
合 計	9800元	

二、反訴部分：

項 目	金 額（新臺幣）	備 註
第一審裁判費	2100元	
合 計	2100元	

附件1（本院卷第185至193頁）：

主旨：為促進訴訟，避免審判之延滯，兼顧兩造之攻擊防禦權，
並參酌審理集中化、適時審判權之原理，兩造應於下列指
定期日前，向本院陳報該項資料（原告一(二)、二(一)(二)(三)、
三(一)(二)、四(一)(二)；被告一(一)、二(一)(二)(三)、三(一)(二)、四(一)
(二)，未指明期限者，無陳報期限之限制，例如：對事實爭
執與否及表示法律意見，當事人可隨時提出，不受下列期
限之限制，但提出證據及證據方法則受限制，逾期未補正
或逾期提出者，本院將可能依逾時提出之法理駁回該期限
後之證據及證據方法）。如一造提出之證據或證據方法，
距離下列命補正之日期過近，致他方於收受該繕本少於7
日能表示意見者，下列命補正日期將自動延長補正期限自
他造收受繕本時起算7日（需提出寄送或收受繕本之資料

以利計算，如雙掛號）。為避免訴訟程序稽延，並達到當事人適時審判之要求，對造是否對事實爭執或是否提出意見不能成為不提出或逾期提出之理由，請查照。

（並請寄送相同內容書狀(並含所附證據資料)之繕本予對造，並於書狀上註明已送達繕本予對造。）

說明：

一、原告於起訴狀主張：兩造於民國111年9月19日簽訂防水工程合約(下簡稱系爭合約)，約定由被告承攬新北市○○區○○街00○0號頂樓及5樓(下簡稱系爭房屋)室內工程全室防水油漆美化以及天花板除鏽防鏽工程，然而，原告於被告完工後，系爭房屋仍然漏水，為此，依民法第259條、第493條、第494條請求被告修補該房屋經被告施作後仍漏水之瑕疵，並請求因被告未修補系爭瑕疵原告解除系爭契約之損害賠償50萬元及違約金。並提出系爭承攬合約書、房屋防水規畫、存證信函、調解通知、匯款明細、照片等為證，尚難認為原告已初步盡其舉證責任。請問：

(一)被告對前開事實是否爭執？若被告爭執該項事實，請提出被告之意見（意見之提供與事實之爭執與否均無陳報期限之限制）。並請被告於112年11月27日前(以法院收文章為準)提出前開事實群所涉之證據或證據方法到院（如：①聲請傳訊證人甲，請依照傳訊證人規則聲請之…；②提出與原告間之對話紀錄全文，請依照錄音、影提出規則提出之…；③系爭房屋滲漏水之原因為何？又被告所採取之工法是否得宜？該事項均涉及專業判斷，自應以第3公正鑑定機構之認定為宜，如被告要聲請鑑定，請聲請鑑定；④被告之工程內容究竟是否包含系爭房屋之抓漏及漏水修復工程？如不包含抓漏及漏水修復工程何以原告屢次強調應處理漏水事宜？何以被告於施工前未強調如原告不先處理系爭房屋漏水問題？系爭房屋如僅施作防水工程，並不能達成防水效果，如被告所言系爭防水工程不包括處理系爭房屋漏水工程是否就被告之專業性來講涉及詐欺呢？以上

事實，為認定本件訟爭事實之重要攻擊防禦方法，請被告提出前開事實群之證據或證據方法；⑤原告認為房舍防水規畫內被告之諸多建議已涉及處理系爭房屋漏水情形，被告對之有何意見？請被告提出前開事實群之證據或證據方法…；⑥原告請求精神上之損害賠償，如被告要聲請調取原告之健保資料以證明原告在本訟爭事實前，已前往身心科求診，用以推論原告似無精神損害，請聲請之；…以上僅舉例…），逾期未補正或逾期提出者，本院則不審酌其後所提出之證據或證據方法。

(二)原告是否有其他之證據或證據方法證明之（如：①主張有利於己事實之人，依舉證責任分配之原則，原告自應對之負舉證責任。然而，原告雖於起訴狀言：原告於被告完工後，系爭房屋仍然漏水云云，然未舉證原告系爭房屋漏水，係因為被告施作防水工程不佳，別無他原因所致（例如：原告應先證明系爭房屋漏水之原因，如係公共管線漏水所致，縱始被告施作防水工程，未修理公共管線，漏水之原因為何可歸責被告…），此事實均為有利於原告之事實，然僅憑原告提出之證據，尚難認為系爭房屋漏水，係因為被告施作防水工程不佳，別無他原因所致，請原告再提出證據或證據方法，如聲請鑑定…；②原告起訴狀所提出之證據，僅係原告之片面指述，又原告所提之照片僅能證明原告拍攝時有水漬，尚難認為係被告施作之工程所致，請原告再提出證據或證據方法，如聲請鑑定…；③系爭合約為「防水工程」並非「抓漏工程」或「修復漏水工程」，原告應補正被告應「抓漏」或「修復系爭房屋漏水」之證據或證據方法…；④聲請傳訊證人乙，請依照傳訊證人規則聲請之…；⑤提出與原告間之對話紀錄全文，請依照錄音、影提出規則提出之…；⑥原告主張損害賠償50萬元之依據為何？原告僅簡單陳稱影響居住品質、財物損失、造成原告父親之心理壓力等語，請補正原告之財物損失為何？為何原告之父親不是本件之原告，會主張原告

01 父親之心理壓力？如係原告因其父親之原因而至身心科求
02 診，請提出原告前往公立或同級醫院求診身心科之診斷證
03 明書或調閱前開公立或同級醫院之病歷…；⑦依系爭合約
04 第8條違約處理係記載「…乙方無正當理由未能如期竣工
05 時，每逾期1日賠償甲方總工程款1%，累進計算…」，請
06 原告陳述原告何以得請求被告給付違約金17萬7422元之理
07 由及事實群及證據或證據方法…；以上僅舉例…）、請原
08 告於112年11月27日前（以法院收文章為準）提出前開事實
09 群所涉之證據或證據方法到院，逾期未補正或逾期提出
10 者，本院則不審酌其後所提出之證據或證據方法。

11 (三)按「第2項之訴訟，案情繁雜或其訴訟標的金額或價額逾
12 第1項所定額數十倍以上者，法院得依當事人聲請，以裁
13 定改用通常訴訟程序，並由原法官繼續審理。」，民事訴
14 訟法第427條第5項定有明文。本件如2造認為本件案情繁
15 雜（如：①本案需傳訊之證人及聲請函查之事證眾多，顯
16 然無法一庭終結，需一一調查、審認，聲請改為通常程序
17 審理…；②簡易案件以一次辯論終結為原則，如需調查證
18 據，可能無法一次終結，聲請改通常程序審理，以保護當
19 事人之權益…；③本件案情繁雜，適用通常程序審理，較
20 能保護當事人，因適用簡易程序，僅能飛躍上訴至第3
21 審，對當事人訴訟權之保障，自不如改成通常程序審理，
22 較能保護當事人…以上僅舉例…），請依照該條向本院聲
23 請辦理，若依該條聲請，本股仍為本案一審，上訴審則為
24 高等法院。

25 二、如兩造認有需傳訊證人者，關於傳訊證人方面需遵守之事項
26 與規則：

27 (一)按民事訴訟法第298條第1項之規定「聲明人證應表明證人及
28 訊問之事項」，請該造表明其姓名、年籍（需身份證字號以
29 利送達）、住址、待證事實（表明證人之待證事項，傳訊之
30 必要性）與訊問事項（即詳列要詢問證人的問題，傳訊之妥當
31 性），請該造於112年11月27日（以法院收文章為準）之前提

01 出前開事項至本院，如該造逾期未補正或逾期提出者，本院
02 則認為該造捨棄傳訊該證人。

03 (二)他造亦可具狀陳明有無必要傳訊該證人之意見至本院。如他
04 造欲詢問該證人，亦應於112年11月27日(以法院收文章為
05 準)表明訊問事項至本院，逾期未補正或逾期提出者，本院
06 則認為他造捨棄對該證人發問。如(一)之聲請傳訊日期，距離
07 前開命補正之日期過近，致他方少於7日能表示意見者，前
08 述(二)之命補正日期不適用之，將自動延長補正期限自他造收
09 受繕本時起算7日。如他造逾期未補正或逾期提出者，本院
10 則認為他造捨棄對該證人發問。

11 (三)若該造聲請調查事項，事涉某項專業判斷(如：系爭車禍之
12 責任歸屬、系爭瑕疵是否存在、系爭漏水之原因、系爭契約
13 有無成立、生效或修復的價格…)，對於本案重要爭點將構
14 成影響，故傳訊該證人到庭，自具有鑑定人性質，自得類推
15 民事訴訟法第326條第2項規定「法院於選任鑑定人前，得命
16 當事人陳述意見；其經當事人合意指定鑑定人者，應從其合
17 意選任之。但法院認其人選顯不適當時，不在此限。」、第
18 327條之規定「有調查證據權限之受命法官或受託法官依鑑
19 定調查證據者，準用前條之規定。但經受訴法院選任鑑定人
20 者，不在此限。」，故該造應先具狀說明該證人之學、經
21 歷、昔日之鑑定實績及如何能擔任本件之證人資格，並且應
22 得對方之同意，始得傳訊。惟若該證人僅限於證明其親自見
23 聞之事實，且不涉某項專業判斷，仍得傳訊，不需對造同
24 意。

25 (四)又按民事訴訟法第320條第3項規定「…前二項之發問，與應
26 證事實無關、重複發問、誘導發問、侮辱證人或有其他不當
27 情形，審判長得依聲請或依職權限制或禁止之。…」，包括
28 但不限於，如：1.對卷宗內沒有出現證人之證據發問，由於
29 該造並未建立該證人參與或知悉該證據之前提問題(建立前
30 提問題亦不得誘導詢問)，故認為屬於該條所謂之「不當發
31 問」；2.若詢問之問題並未提前陳報，而於當庭詢問之者、

01 或當庭始提出某一證據詢問，則顯有對他方造成突襲之嫌，
02 除非對造拋棄責問權，否則本院認為屬於該條所謂之「不當
03 發問」…，惟若他造於收受一造問題之7日內，未曾向本院
04 陳述一造所提之問題並不適當（或與應證事實無關、重複發
05 問、誘導發問、侮辱證人或有其他不當情形者），本院則認
06 為不得於庭期行使責問權，亦即，縱然有民事訴訟法第320
07 條第3項之情形，因他造已有7日之時間行使責問權，已對提
08 出問題之該造形成信賴，為求審理之流暢，並參酌兩造訴訟
09 權之保護，故該造可以依其提出之問題逐一向證人詢問，但
10 是他造收受該問題距離庭期不滿7日者，或本院依其詢問事
11 項，如認為顯然需要調整，不在此限。其餘發問規則同民事
12 訴訟法第320條第3項規定，請兩造準備訊問事項時一併注意
13 之。

14 (五)若兩造當庭始提出訊問事項或原訊問事項之延長、變形者，
15 足認該訊問事項未給予對方7日以上之準備時間，對造又行
16 使責問權，基於對造訴訟權之保護，避免程序之突襲，本院
17 認為將請證人於下次庭期再到庭，由該造再對證人發問，並
18 由該次當庭始提出訊問事項之一造負擔下次證人到庭之旅
19 費。若係對證人之證言不詳細部分（如：證人證述簽約時有
20 3人，追問該3人係何人…）或矛盾之部分（如：證人2證述
21 前後矛盾，予以引用後詢問…）或質疑其憑信性（如：引用
22 證人之證言「…2月28日我在現場…」，提出已讓對方審閱
23 滿7日之出入境資料，證明證人該日已出境，質疑證人在
24 場…）等等，予以釐清、追問、釋疑等等，本院將視其情
25 形，並考量對他造訴訟權之保護、訴訟進行之流暢度等情
26 形，准許一造發問。

27 三、如兩造提出錄音、影或光碟等資料之規則：

28 (一)民事訴訟法第341條規定：「聲明書證應提出文書為之」，
29 然一造若僅提供光碟或錄影、音檔，並未提供光碟或錄影、
30 音檔內容翻拍照片、摘要或光碟或錄影、音檔內出現之人對
31 話完整的譯文，自與前開規定不合。為避免每個人對錄音、

01 影或光碟等資料解讀不同，茲命該造於112年11月27日(以法
02 院收文章為準)提出系爭光碟之重要內容翻拍照片、或提出
03 其內容摘要、或光碟或錄影、音檔內出現之人對話完整的譯
04 文，或關於該光碟或錄影、音檔所涉之事實群之證據或證據
05 方法，並陳述其所欲證明之事實(如：①原證16之照片或對
06 話紀錄或截圖可證明之待證事實為…；②被證17之照片或對
07 話紀錄或截圖可證明之待證事實為…)。若為前開音檔為對
08 話，則需即逐字譯文(包括但不限於，音檔內說話之人姓
09 名、詳載其等之對話內容，包括其語助詞【如：嗯、喔、
10 啊…等等、連續對話中一造打斷另一造之陳述…】…皆應完
11 整記載)，若故意提供不完整之譯文者，則本院審酌該提供
12 譯文中缺漏、曲解、有意省略不利己之對話…等情形，本院
13 得認為他造抗辯關於該錄音檔之事實為真實。該造如不提出
14 或未提出者，則本院認為該光碟、影、音紀錄之所涉內容均
15 不採為證據。

16 (二)他造若對前揭光碟或錄影、音內之資料，有認為錄音、影資
17 料非屬全文，自應指出有何證據或證據方法得認為系爭錄音
18 資料係屬片段等等事由(如：①對被告出具系爭光碟非屬全
19 程錄影，自應提出全程之錄影資料，如提出監視錄影資
20 料…；②又如光碟內之LINE對話紀錄右下方有「↓」符號，
21 顯非對話紀錄之全文…等等，依此類推)及與系爭光碟有關
22 之事實群之證據或證據方法(如：①傳訊證人到庭以證明何
23 事實…，並請依傳訊證人之規則提出相關資料，請參酌傳訊
24 證人規則…)，請該造於112年11月27日前(以法院收文章為
25 準)提出前開證據或證據方法到院，逾期未補正或逾期提出
26 者，本院則不審酌其後所提出之證據或證據方法。

27 四、如一造欲聲請鑑定之規則與應注意事項：

28 (一)兩造如欲進行鑑定，均應檢具1名至3名鑑定人(如：①社團
29 法人台灣防水工程技術協進會；②臺北建築師公會；③臺北
30 土木技師公會；④台灣營建防水技術協進會…等等)，本院
31 將自其中選任本案鑑定人。兩造應於112年11月27日前(以法

01 院收文章為準) 提出前開鑑定人選到院，逾期未補正或逾期
02 提出者，本院則認為該造放棄鑑定。

03 (二)兩造如確定選任如上之鑑定人，並應於112年11月27日前(以
04 法院收文章為準) 向本院陳報欲鑑定之問題。如逾期不報或
05 未陳報，則認為該造放棄詢問鑑定人。

06 (三)基於費用相當原理，兩造並得事先向本院聲請詢問鑑定人鑑
07 定之費用。兩造亦得對他造選任之鑑定人選及送鑑定之資料
08 於前開期限內表示意見，如：①他造選任之鑑定人有不適
09 格；或有其他不適合之情形，應予剔除者；…②本件送鑑定
10 之卷內資料中形式證據能力有重大爭執；或其他一造認為該
11 資料送鑑定顯不適合者，…等等(如該造提出鑑定人選之日
12 期，致他造不及7日能表示意見者，將自動延長補正期限自
13 他造收受繕本時起算7日)，請該造亦應於前述期限內，向
14 本院陳報之，本院會於送交鑑定前對之為準否之裁定。本院
15 將依兩造提問之問號數比例預付鑑定費用，如未預繳鑑定費
16 用，本院則認定放棄詢問鑑定人任何問題。

17 (四)若兩造對鑑定人適格無意見，且兩造之鑑定人選又不同，本
18 院將於確定兩造鑑定人選後，於言詞辯論庭公開抽籤決定何
19 者擔任本件鑑定人。鑑定後，兩造並得函詢鑑定人請其就鑑
20 定結果為釋疑、說明或為補充鑑定，亦得聲請傳訊鑑定輔助
21 人為鑑定報告之說明或證明。除鑑定報告違反專業智識或經
22 驗法則外，鑑定結果將為本院心證之重要參考，兩造應慎重
23 進行以上之程序。

24 (五)如2造認為現況如不需要鑑定人鑑定，則說明(二)至說明(五)之
25 程序得不進行。則兩造得聲請相關事實群曾經親自見聞之人
26 到庭作證，傳訊證人規則請見該項所述。

27 五、前開期日均為該項證據或證據方法提出之最後期限，請當事
28 人慎重進行該程序，若逾越該期限，本院會依照逾時提出之
29 法理駁回該造之證據或證據方法調查之聲請或得審酌情形認
30 他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。

31 註：逾時提出之條文參考

01 (一)民事訴訟法第196條第2項

02 (攻擊或防禦方法之提出時期)

03 當事人意圖延滯訴訟，或因重大過失，逾時始行提出攻擊或
04 防禦方法，有礙訴訟之終結者，法院得駁回之。攻擊或防禦
05 方法之意旨不明瞭，經命其敘明而不為必要之敘明者，亦
06 同。

07 (二)民事訴訟法第276條第1項

08 (準備程序之效果)

09 未於準備程序主張之事項，除有下列情形之一者外，於準備
10 程序後行言詞辯論時，不得主張之：

11 一、法院應依職權調查之事項。

12 二、該事項不甚延滯訴訟者。

13 三、因不可歸責於當事人之事由不能於準備程序提出者。

14 四、依其他情形顯失公平者。

15 (三)民事訴訟法第345條第1項

16 (當事人違背提出文書命令之效果)

17 當事人無正當理由不從提出文書之命者，法院得審酌情形認
18 他造關於該文書之主張或依該文書應證之事實為真實。

19 (四)民事訴訟法第433條之1

20 (簡易訴訟案件之言詞辯論次數)

21 簡易訴訟程序事件，法院應以一次期日辯論終結為原則。

22 附件2（本院卷第307至310頁）：

23 主旨：為促進訴訟，避免審判之延滯，兼顧兩造之攻擊防禦權，
24 並參酌審理集中化、適時審判權之原理，兩造應於下列指
25 定期日前，向本院陳報該項資料（原告一(一)(二)(三)(四)；被告
26 一(一)(二)(三)(四)，未指明期限者，無陳報期限之限制，例如：
27 對事實爭執與否及表示法律意見，當事人可隨時提出，不
28 受下列期限之限制，但提出證據及證據方法則受限制，逾
29 期未補正或逾期提出者，本院將可能依逾時提出之法理駁
30 回該期限後之證據及證據方法）。如一造提出之證據或證

據方法，距離下列命補正之日期過近，致他方於收受該繕本少於7日能表示意見者，下列命補正日期將自動延長補正期限自他造收受繕本時起算7日（需提出寄送或收受繕本之資料以利計算，如雙掛號）。為避免訴訟程序稽延，並達到當事人適時審判之要求，對造是否對事實爭執或是否提出意見不能成為不提出或逾期提出之理由，請查照。

（並請寄送相同內容書狀（並含所附證據資料）之繕本予對造，並於書狀上註明已送達繕本予對造。）

說明：

一、反訴原告請求①追加工程之費用；②被告提出兩份防水建議規劃時，即曾提醒原告，若針對局部進行防水施作，恐有極高可能會有看不到之縫隙存在，惟該事實並未提出證據或證據方法；③被告於施作期間，原告亦同時委請其他工班進行其他工程，其他工班不慎破壞被告施作之防水層，惟該事實並未提出證據或證據方法；④被告於112年1月2日曾告知原告完工，惟該事實並未提出證據或證據方法，且為何被告可以一方決定系爭工程是否完工，不需驗收呢？請問：

（一）系爭合約有無規範追加工程部分，在第幾條？追加工程金額為何？有無經過原告即反訴被告同意？追加工程業已完工之證據或證據方法為何？本證據或證據方法之提出，因反訴原告提出反訴，而未曾命兩造補正，從而，故單獨就此項所生及其事實群之據或證據方法，限期命2造補正。請2造並應提出前揭事實群之證據及證據方法，請兩造於112年12月25日前（以法院收文章為準）提出前開事實群所涉之證據或證據方法到院，逾期未補正或逾期提出者，本院則不審酌其後所提出之證據或證據方法。

（二）被告提出兩份防水建議規劃時，即曾提醒原告，若針對局部進行防水施作，恐有極高可能會有看不到之縫隙存在，惟該事實並未提出證據或證據方法。本證據或證據方法之

提出，因反訴原告提出反訴，而未曾命兩造補正，從而，故單獨就此項所生及其事實群之據或證據方法，限期命2造補正。請兩造於112年12月25日前(以法院收文章為準)提出前開事實群所涉之證據或證據方法到院，逾期未補正或逾期提出者，本院則不審酌其後所提出之證據或證據方法。

(三)被告於施作期間，原告亦同時委請其他工班進行其他工程，其他工班不慎破壞被告施作之防水層，惟該事實並未提出證據或證據方法。本證據或證據方法之提出，因反訴原告提出反訴，而未曾命兩造補正，從而，故單獨就此項所生及其事實群之據或證據方法，限期命2造補正。請兩造於112年12月25日前(以法院收文章為準)提出前開事實群所涉之證據或證據方法到院，逾期未補正或逾期提出者，本院則不審酌其後所提出之證據或證據方法。

(四)被告於112年1月2日曾告知原告完工，惟該事實並未提出證據或證據方法，且為何被告可以一方決定系爭工程是否完工，不需驗收呢？惟該事實並未提出證據或證據方法。本證據或證據方法之提出，因反訴原告提出反訴，而未曾命兩造補正，從而，故單獨就此項所生及其事實群之據或證據方法，限期命2造補正。請兩造於112年12月25日前(以法院收文章為準)提出前開事實群所涉之證據或證據方法到院，逾期未補正或逾期提出者，本院則不審酌其後所提出之證據或證據方法。

附件3（本院卷第437至440頁）：

主旨：函覆原告113年1月22日民事準備三狀如下列說明所示，請查照。

說明：

一、覆原告113年1月22日民事準備(三)狀。

二、鑑定之目的在於法院對於系爭事實之判斷，必須借重鑑定人之專業意見時，方考慮將本件訟爭事實送交鑑定，若該

事實判決可由法院為之時，即無須送交鑑定，至於該事實如何適用法律，自屬法院之職權，尚非鑑定之對象。爰是，原告聲請鑑定中：

(一)第2題係「依兩造約定，被告是否應將系爭房屋修復至不漏水狀態」，係命鑑定人表示一定之法律意見，除該鑑定意見不能拘束法院之認定外，請鑑定人表示一定之法律意見亦屬不當。

(二)本院已認定兩造之契約應依兩造防水工程承攬合約書(下簡稱系爭合約)為據，該契約之內容僅限於「…2…依乙方依雙方認可之建議規劃書、報價單所列之品項、數量、材料進行施工…」、若依兩造房舍防水建議規劃(假設被告承認該規劃係契約，以下簡稱系爭契約)原僅委請被告施作新北市○○區○○街00○0號頂樓(6樓)及1至5樓系爭房屋之防水工程，如原告認為被告應施作新北市○○區○○街00○0號頂樓及1至5樓「全部」之「室內防水」及「修繕漏水」工程，自應提出系爭頂樓(6樓)及1至5樓之面積(包括地板面積、牆壁面積、天花板面積…)、契約內包含修補全部牆面裂縫、天花板之裂縫之證據或證據方法、修補前揭裂縫即等同修繕系爭房屋漏水之證據或證據方法，始可詢問鑑定人系爭房屋如施作全部房屋(1至6樓)防水、修補所有牆壁之裂縫、修繕系爭房屋之漏水(含鑑定漏水之原因…)其客觀之價格為何，然原告未提供前揭事實群之證據或證據方法便要求鑑定，似違反辯論主義，屬於摸索證明事項，應不予准許(註1)；且原告既未就上情提出任何證據或證據方法供本院審酌，兩造皆行使責問權(本院卷第291頁第29、31行)，認為兩造成立證據契約，約定兩造於112年11月28日後提出證據或證據方法，本院皆不得審酌(本院卷第300頁第5、7行)，不論以證據契約及逾時提出之法理論之，皆應駁回原告之聲請。從而，原告提出前揭事實群之證據或證據方法應經被告之同意，方尊重被告之程序處分權及適時審判的權利(註2、

01 3)，不因此在未確定原告請求之事實與提出之證據或證據
02 方法相吻合前(原告係主張被告應施作前揭房屋之防水、
03 漏水修繕工程，但所提之證據或證據方法僅能認為部分防
04 水、部分修補裂縫之工程，此由其施作價格與客關市場行
05 情相對比，及系爭契約之內容可知，茲簡略敘述本院之理
06 由)，逕送鑑定而浪費訴訟程序，本院認為有侵害憲法所
07 保障另造之訴訟權、自由權、財產權、生存權之嫌。故，
08 應先徵詢被告之同意，原告始可提出前揭證據或證據方
09 法，否則，原告前揭鑑定之聲請礙難准許。

10 (三)如果被告同意原告以前揭狀所示的問題送鑑定，原告自應於
11 113年2月29日前(以法院收文章為準)提出前開事實群所涉
12 之證據或證據方法到院(提出(二)所涉之事實群之證據或證據
13 方法)，逾期未補正或逾期提出者，本院則不審酌其後所提
14 出之證據或證據方法，並在事實確立後修改送交鑑定之問
15 題。

16 註1：

17 所謂摸索證明，係指當事人就其主張或抗辯之必要事實、證據未
18 能充分掌握知悉時，藉由證據調查之聲請，企圖從證據調查中獲
19 得新事實或新證據，並以該事實或證據作為支持其請求或聲明為
20 有理由之依據。惟在適用辯論主義之程序，某項證據之提出只能
21 就已提出、被爭執且具有重要性之事實(法院裁判上重要之事
22 實)主張為之。某項證據調查之聲請，如欠缺其所欲查明事實之
23 明確性，而欲利用法院之證據調查以導出或摸索出對於訴訟主張
24 必要之事實，或期盼從其調查之結果導出對舉證之人而言可加以
25 評價之資料，則不應被容許，此即所謂摸索證明禁止原則。摸索
26 證明是否應予禁止之問題，在德國法上之討論已由來已久；但在
27 我國則較少被論及，對於此一制度之研究，可謂係我國民事訴訟
28 法上尚待開發之領域。所謂摸索證明主要係指證據聲明中之證據
29 主題未予表明或表示不明確，而證據調查聲請人乃希冀藉由此
30 證據調查而獲得新主張之事實基礎或新證據方法。其中最具爭議
31 問題乃對於應證事實乃基於推測而提出者，是否應區別舉證人有

否提出適當根據以決定其准否？摸索證明是否應予准許之問題，乃涉及應負舉證責任一造當事人之實體上權利及訴訟上之證明權與不負舉證責任一造當事人及第3人之自由權、名譽權、隱私權、營業秘密權等權利間之衝突與調協。其且與辯論主義、具體化義務、真實義務、訴訟促進及訴訟經濟之訴訟法基本要求、權利濫用禁止與誠信原則等在理論上有一定之緊張之關係(見姜世明教授，成大法學第8期，第43至108頁同此意旨)。

註2：

蓋「特別訴訟促進義務」本質上係被動義務(法院一個口令一個動作，已經具體指示當事人在幾天內需要完成什麼樣的動作)，若當事人仍不理會法院之指示要求的話，則使其發生失權之效果亦不為過，此種情形下即毋須依個人之因素加以考量，而直接使其失權，如此一來，始能確實督促當事人遵守法院之指示(詳見邱聯恭教授，司法院民事訴訟法研究修正委員會第615次及第616次會議之發言同此意旨)

註3：

適時審判請求權係立基於憲法上國民主權原理其所保障之自由權、財產權、生存權及訴訟權等基本權。當事人基於該程序基本權享有請求法院適時適式審判之權利及機會，藉以平衡追求實體利益及程序利益，避免系爭實體利益或系爭外之財產權、自由權或生存權等因程序上勞費付出所耗損或限制。為落實適時審判請求權之保障，新修正之民事訴訟法除賦予當事人程序選擇權、程序處分權外，並賦予法院相當之程序裁量權，且加重其一定範圍之闡明義務(參見許士宦等，民事訴訟法上之適時審判請求權，國立臺灣大學法學論叢第34卷第5期)。