臺灣高等法院民事判決

108年度上字第175號

上　訴　人　楊光雄
訴訟代理人　楊莉娜
被上訴人　　豪豐營造股份有限公司
000000000000000
法定代理人　林甄紜
被上訴人　　林有正
共　　同
訴訟代理人　邱俊銘律師

上列當事人間請求履行契約事件，上訴人對於中華民國107年11月15日臺灣士林地方法院107年度建字第58號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於109年6月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、上訴駁回。

二、被上訴人應另連帶給付上訴人新臺幣壹佰捌拾陸萬肆仟柒佰壹拾玖元，及自民國一百零八年七月三十日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

三、其餘追加之訴駁回。

四、上訴部分第二審訴訟費用，由上訴人負擔。追加之訴部分訴訟費用，由被上訴人連帶負擔。

事實及理由

一、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一者，不在此限。民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。經查上訴人於原審主張：依兩造所訂立承攬發包合約書（下稱系爭契約）第3條第3項約定、兩造於民國（下同）100年7月30日舉行之會議合意（下稱系爭會議約定）、及民法第226條第1項、第263條準用第260條規定，請求被上訴人連帶賠償上訴人新臺幣

（下同）186萬4,719元本息。嗣經原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服提起上訴，並於本院追加主張另依民法第227條第1項規定為請求等語，有準備程序筆錄、民事準備㈣狀可稽（見本院卷第105至109頁）。則上訴人於本院追加之訴，仍係就上訴人得否請求被上訴人連帶賠償上訴人未依約修復鄰損致使未取得使用執照所受損害之同一基礎事實為請求，其訴訟證據及資料具有同一性，可於本院審理程序中加以利用，其追加為合法，應予准許。另因上訴人並非法律專業人士，不諳債務不履行之法律關係，關於本件是否請求賠償未取得使用執照所生損害一節，前後主張不一，惟綜觀上訴人歷次書狀所示，其真意在於主張其因未取得使用執照而受有損害，合先敘明。

二、上訴人主張：兩造於99年9月5日訂立系爭契約，上訴人委由被上訴人豪豐營造股份有限公司（下稱豪豐公司）承攬「台北市社子貳層廠房新建工程」（下稱系爭工程），被上訴人林有正（下稱林有正）則為連帶保證人。豪豐公司於施工期間未做好防護措施而損害鄰房，上訴人遂致函被上訴人終止系爭契約。又依系爭契約第3條第3項約定及系爭會議約定，被上訴人需於屋頂版勘驗前處理完成鄰損修復及鑑定，然該屋頂版已於100年11月30日勘驗完畢，被上訴人卻遲至上訴人終止系爭契約時仍未完成鄰損修復，致上訴人新建房屋至今仍無法取得使用執照而不能使用，則依系爭契約第3條第3項約定、系爭會議約定及民法第226條第1項、第263條準用第260條等規定，被上訴人應連帶賠償上訴人186萬4,719元本息。爰求為判命被上訴人連帶如數給付等語（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人據此提起上訴，並為訴之追加）。並上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應連帶給付上訴人186萬4,719元，並自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年利率5%計算之利息。

三、被上訴人則以：上訴人非鄰房所有權人，縱豪豐公司施工造成鄰損，得請求損害賠償者為鄰房所有權人，而非上訴人，

上訴人無從代他人請求被上訴人賠償。上訴人並未賠償鄰房所有權人，並未因此受損害。鄰房所有權之損壞及瑕疵，與被上訴人之施工無關。上訴人是否取得使用執照，與豪豐公司應否賠償鄰房所有權損害間無關。上訴人早於102年2月23日即終止系爭契約，上訴人事後自行或委請他人繼續興建房屋而未合於建築法令，致無法取得使用執照，與豪豐公司無涉。被上訴人承攬系爭工程並無不完全給付情形。上訴人之請求權均已罹於時效等語，資為抗辯。並答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

四、兩造不爭執之事項：

㈠上訴人將系爭工程委由豪豐公司承攬，兩造於99年9月5日訂立系爭契約，林有正為連帶保證人。

㈡兩造於100年7月30日召開會議並作成會議紀錄，於第四點記載：「如有鄰損或投書，請於RF勘驗前處理完成。」。

㈢上訴人致函被上訴人終止系爭契約，被上訴人已收受該函，該約於102年2月23日終止。

五、兩造爭執要點為：上訴人得否請求被上訴人連帶給付186萬4,719元？茲就兩造爭點及本院得心證理由分述如下：

㈠本訴部分：

1.按系爭契約第3條第3項約定：「本工程採責任施工……如造成意外事故損壞賠償等均由乙方（即豪豐公司）負全部責任，基地四周之鄰房鑑定工程及地下管線處理若主管機關要求、或鄰房舉發（鄰損）、及確切之管線損壞時，其鑑定及修復（或賠償）費用（不論次數）均由乙方負擔。」，有系爭契約影本可稽（見原審卷第10、11頁）。系爭會議第4點約定：「如有鄰損或投書請於RF（指屋頂版）勘驗前處理完成。」，有系爭會議紀錄影本可憑（見原審卷第51頁），並為兩造所不爭執。經查就該等約定為文義解釋，僅足以證明兩造約定被上訴人負有排除鄰損爭議之附隨義務，無從認為兩造約定上訴人得向豪豐公司請求賠償鄰房損害修復費用。是上訴人主張依上開約定，請求豪豐公司與連帶保證人林有

正連帶賠償鄰房損害修復費用云云，即屬無據。

2.上訴人又主張：豪豐公司對伊負有鄰房損害修復義務而未履行，致伊新建房屋至今仍無法取得使用執照而不能使用，豪豐公司應與連帶保證人林有正連帶負給付不能損害賠償責任云云。經查豪豐公司並非對上訴人負有鄰房修復義務，而係負有排除鄰損爭議之附隨義務，且因豪豐公司未履行該義務，致使系爭工程至今無法取得使用執照。惟查豪豐公司業已會同上訴人、陳肇勳建築師事務所等人辦理系爭工程現場會勘，豪豐公司並與上訴人舉行系爭會議達成處理鄰損之合意，則據此足證豪豐公司業已就排除鄰損爭議義務為一部履行，僅因給付不完全而致上訴人受有損害（均如後述）。從而豪豐公司依約負有之鄰損爭議排除義務，依社會觀念並無不能給付之情事。上訴人主張依民法第226條第1項規定，請求被上訴人連帶賠償鄰房損害修復費用云云，亦屬無據。

㈡追加之訴部分：

1.按系爭契約第3條第4項約定：「本合約含使用執照之申請配合作業，及所有勘驗費用，乙方應無條件處理所有文件及用印作業，其費用均由乙方負擔。」，第7條第1項約定：「工期計算：雙方均同意以210工作天（含星期六）取得使用執照並於臺北市政府拆除大隊完成必要複驗程序即進行二次工程，於45工作天完成（以放樣勘驗核准日為起算日，如延遲核准則順延之）。」，有系爭契約影本可稽（見原審卷第10、11、14頁）。經查豪豐公司於100年2月8日開工，至遲應於100年9月26日完工並取得使用執照，有「社子工地工程計畫」影本可按（見本院卷第73至74頁），並為兩造所不爭執。是據此足證被上訴人應於100年9月26日完工並取得使用執照，若因系爭工程施作而侵害鄰房所有權，則被上訴人應依前述系爭契約第3條第3項約定負責鑑定、修復與賠償。從而豪豐公司係對上訴人負有排除鄰損爭議之附隨義務，並非鄰房修復義務；上訴人僅得請求豪豐公司排除鄰損爭議，無

從請求豪豐公司賠償鄰房修復費用。綜上，得請求豪豐公司修復鄰房損害者，並非上訴人，而鄰房所有權人與被上訴人間之法律關係，核與本件無涉，併予敘明。

2.系爭工程所在地經編列門牌號碼為臺北市○○區○○○路0段000號，有地址門牌清冊影本可稽（見本院卷第207頁）。系爭工程涉及臺北市○○區○○○路0段000號、480-2號、480-3號、480-4號等公共設施之地面龜裂損壞，故臺北市政府都市發展局（下稱都發局）建築管理工程處（下稱建管處）通知兩造與陳肇勳建築師事務所等人於100年3月31日辦理系爭工程現場會勘，有建管處100年3月15日開會通知單、100年3月31日系爭工程施工損鄰會勘紀錄影本可查（見原審卷第57、76頁）。系爭工程之鄰房即臺北市○○區○○○路0段000號、480-2號、480-3號、480-2號2樓、480-4號、480-5號建物所有權人於104年11月11日主張因系爭工程施工而受損，並指定臺北市土木技師公會鑑定，有回覆函影本可憑（見原審卷第36頁）。嗣經上訴人向該公會申請鑑定，鑑定結果認為該等建物有新增瑕疵與損壞，其原因除材料老化因素外，另有施工震動之影響，惟無明顯結構裂損，研判標的物結構安全無影響，基此建議上訴人應就上開建物內新增瑕疵情形進行修復及改善，費用以70%權重估列，總計為186萬4,719元，有該會105年10月21日函附上開建物損害修復及安全鑑定報告書影本可證（見本院卷第75至85頁）。都發局於106年11月16日召集臺北市建築爭議事件評審委員會第10601次大會，就系爭工程施工損壞鄰房建築爭議事件，決議依臺北市土木技師公會上開鑑定報告書鑑估修復賠償費用1.5倍金額，作為受損房屋修復賠償費用。如雙方仍無法達成和解，建商依上述金額辦理法院提存手續後，向都發局申請撤銷損鄰列管，有會議紀錄影本可按（見原審卷第85至87頁）。則據此足證被上訴人施作系爭工程，經鄰房所有權人主張受損並提出異議後，由都發局將系爭工程列管。且系爭工程至今尚未經都發局解除列管，亦為兩造所不爭執。

3.被上訴人遲至101年7月23日始向建管處申請就系爭工程核發使用執照，有都發局104年9月2日函附使用執照申請書、建築物概要表、雜項工作物概要表、地址門牌清冊、臺北市建築工程申請使用執照注意事項附表、建造執照基地綠化設施明細表影本可稽（見本院卷第203至210頁）。證人陳肇勳於104年9月24日本院另案102年度建上字第163號給付工程款事件準備程序中到庭結證稱：伊是負責此案的工程師，是起造人楊光雄（即上訴人）找伊負責建案，當時是楊光雄女兒楊莉敏交付伊印章，申請使用執照是營造廠來找伊用印，用印前伊有看過工地施作情形。使用執照掛號時，系爭工程並無達到可以入住使用的程度。使用執照掛號到核准前，主管單位會去勘驗，相關單位配合檢驗，使用執照核發後還要辦理產權登記，再接水電後才能入住。通常使用執照能夠掛件，一般都有到75%以上，但能否入住還要完成上開所說步驟。使用執照掛件要準備竣工圖、鷹架拆除照片及相關資料。系爭工程應該有完成75%，因為外牆要做好，也要有基本室內裝修，才會去掛照。掛照的要件是完成建管的必要程序，並檢附規定的相關書圖，建管單位受理掛號時，不會就工程內部空間及設備做實質判斷，只是受理申請，實際工程進度百分比不能以使用執照掛號判斷，應回歸雙方簽訂合約項目表來清查完成與否等語，有筆錄影本可憑（見本院卷第211至214頁），則據此足證被上訴人並未依約於100年9月26日完工並取得使用執照，遲至101年7月23日始向建管處申請核發使用執照。惟系爭工程至今未獲核准核發使用執照，亦為兩造所不爭執。

4.依客觀觀察，本件如無鄰損爭議，都發局應不致將系爭工程列管；惟因鄰損爭議，通常即足致使都發局將系爭工程列管。系爭工程既遭都發局列管，則都發局必不核發使用執照；而若未遭列管，則都發局通常將予核發使用執照。從而被上訴人未依約排除鄰損爭議，與都發局未核發使用執照間，應認為具有相當因果關係。是上訴人主張：被上訴人未

排除鄰損爭議，致系爭工程遭都發局列管，未獲准核發使用執照，係屬因可歸責於被上訴人之事由未依債之本旨履行，致上訴人受有損害等語，應屬有據。被上訴人雖否認於施作系爭工程時侵害鄰房所有權云云，惟查被上訴人依約既然負有排除鄰損爭議之附隨義務，即應負擔費用就鄰損原因為鑑定，以證明鄰損原因與被上訴人之施工行為間並無相當因果關係。然依臺北市土木技師公會鑑定報告書所示，鄰損原因包括材料老化與系爭工程施工震動影響，已如前述，且被上訴人未另行證明該鑑定報告書所示意見不可採，則上訴人主張：鄰損原因與被上訴人之施工行為間有相當因果關係等語，即屬有據。

5.被上訴人辯稱：已依約向建管處申請就系爭工程核發使用執照，惟因上訴人於102年2月23日終止系爭契約，則系爭工程嗣後無法取得使用執照，即與被上訴人無涉云云。經查上訴人先後於101年7月24日、101年10月17日催告被上訴人完成系爭工程施作，復於102年2月18日定期催告被上訴人於函到5日內完成系爭工程施作，並聲明若逾期不為改善，系爭契約將於改善期滿終止，有存證信函影本可憑（見本院卷第219至224頁）。惟被上訴人仍未依約完工，上訴人遂於102年2月25日通知被上訴人，系爭契約業於102年2月23日終止，亦有存證信函影本可查（見本院卷第225頁）。則上訴人通知被上訴人補正其給付之不完全而未補正，上訴人即得依關於給付遲延之規定請求被上訴人賠償損害（詳如後述）。且按終止權之行使，不妨礙損害賠償之請求（民法第263條準用第260條規定參照）。則上訴人嗣後雖然終止系爭契約，仍得請求被上訴人賠償業已因不完全給付所生之既存損害。被上訴人又辯稱：縱認鄰房受有損害，惟鄰房所有權人早於100年間即已知悉上情，則依民法第197條第1項規定，其等請求權之行使已罹於消滅時效，被上訴人得依民法第144條第1項規定拒絕賠償云云。惟查上訴人係請求被上訴人連帶賠償因豪豐公司不完全給付所生損害，至於豪豐公司

與鄰房所有權人間之法律關係，則與本件無涉。是被上訴人此部分所辯，均不足採。

6.次按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。民法第227條第1項、第231條第1項分別定有明文。經查被上訴人因可歸責於己之事由，未依約排除鄰損爭議並取得系爭工程使用執照，致為不完全給付，已如前述，依其情形核屬可能補正而未補正，是上訴人自得依民法第231條第1項規定，請求被上訴人賠償因遲延而生之損害。又按系爭契約第5條第1項約定：「全部工程費總計：新臺幣1,370萬元整（未稅）……。」第28條約定：「全部工程按本合約期限。乙方（即豪豐公司）倘未依照合約規定期限完工，按逾期之日數，每逾1日罰扣合約總金額千分之三違約金額。……」，有契約影本可稽（見原審卷第11、31頁）。而豪豐公司至遲應於100年9月26日完工而未完工，嗣經上訴人於102年2月23日終止系爭契約，已如前述。則豪豐公司逾期完工日數自100年9月27日起計算至102年2月23日止共計512日，依此計算金額為2,104萬3,200元（計算式：1,370萬元x千分之三x512日＝2,104萬3,200元）。則上訴人就此請求豪豐公司賠償186萬4,719元，自屬有據。另查林有正為豪豐公司之連帶保證人，有系爭契約影本可憑（見原審卷第35頁），並為兩造所不爭執。則上訴人請求林有正與豪豐公司連帶負責等語，即為可採。

六、綜上所述，上訴人依系爭契約第3條第3項約定、系爭會議第4點約定、民法第226條第1項規定，請求被上訴人連帶給付上訴人186萬4,719元本息，並非正當。原審為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。上訴人追加之訴另依民法第227條第1項、第231條第1項規定，請求被上訴人連帶給付上訴人給付186萬4,719元及自追加起訴之意思表示到達被上訴人

之翌日即108年7月30日（上訴人於108年7月29日本院準備程序期日當庭為訴之追加，見本院卷第105頁）起至清償日止，按年息5%計算之法定遲延利息，為屬正當，應予准許。逾此部分之利息請求，為無理由，應予駁回。因利息敗訴部分不涉及訴訟費用負擔，故本件訴訟費用應由被上訴人負擔。

七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊、防禦方法，核與判決結果不生影響，毋庸逐一論列，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，追加之訴為一部有理由，一部無理由。依民事訴訟法第449條第1項、第78條、第79條、第85條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　7　　日

民事第十庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　高明德

法　官　邱　琦

正本係照原本作成。

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。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　7　　日

書記官　廖月女

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。