臺灣高等法院民事判決

110年度建上字第38號

上　訴　人　國防部政治作戰局

000000000000000000

法定代理人　簡士偉

訴訟代理人　陳君漢律師

　　卓素芬律師

　　殷耀晨律師（言詞辯論終結後終止委任）

被　上訴人　長鴻營造股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　吳啟章

訴訟代理人　蔡錫欽律師

上列當事人間請求履行契約事件，上訴人對於中華民國110年3月31日臺灣臺北地方法院109年度建字第275號第一審判決提起上訴，本院於111年7月5日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：上訴人於民國92年10月29日將國軍新竹市第十七村、第十八村、第十九村改建案（下稱系爭改建案），委由訴外人新竹市政府代辦採購，伊得標承攬施作系爭改建案之新建工程（下稱系爭工程），而與新竹市政府簽立系爭工程契約（下稱系爭契約）。系爭工程已於99年1月4日竣工，新竹市政府於同年7月28日驗收完成後，已將系爭契約相關權利義務移轉予上訴人。兩造於107年3月14日召開系爭工程因應國內鋼筋價格變動辦理物價調整工程款補貼協商會議（下稱系爭協商），上訴人同意採一次無息撥付方式，補貼伊物價調整款新臺幣（下同）4,137萬4,007元（下稱系爭

物調款），伊於108年2月間發函請求上訴人給付，詎上訴人迄未給付，爰依系爭協商約定之法律關係，請求上訴人給付系爭物調款4,137萬4,007元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

二、上訴人則以：伊為國防部之次級軍事機關，為執行國軍老舊眷村改建職務，將系爭工程委由新竹市代辦採購，由被上訴人得標承攬，惟被上訴人施工不當，有違約情事，致該建案坐落新竹市○○段0000地號土地上如本院106年度重上字第701號判決附圖一所示地下1層面積26,887.30平方公尺之範圍（下稱系爭地下室）有漏水瑕疵，修繕費用初估至少1億2,897萬2,145元，系爭物調款扣除伊所受應支出上開修繕費用之損害後，被上訴人已無系爭物調款餘額可為請求等語，資為抗辯。

三、被上訴人於原審起訴聲明：㈠上訴人應給付被上訴人4,137萬4,007元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈡願供擔保請准宣告假執行。上訴人於原審答辯聲明：㈠被上訴人之訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。原審判決上訴人全部敗訴，命上訴人應給付被上訴人4,137萬4,007元，及自起訴狀繕本送達翌日即109年9月2日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並為供擔保准、免假執行之宣告。上訴人全部不服，提起上訴，於本院上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人於本院答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執事項（見本院卷㈢第8至9頁之111年6月2日準備程序筆錄，並依判決格式增刪修改文句）：

㈠上訴人於92年10月29日將系爭建案委託新竹市政府代辦，雙方簽訂「國防部委託新竹市政府代辦第十七村、十八村、十九村改建採購協議書」，嗣由被上訴人標得系爭工程，與新竹市政府簽訂系爭契約，系爭工程於99年1月4日竣工，並經新竹市政府於同年7月28日驗收完成，被上訴人就系爭工程

所負保固責任自同年7月29日起算。

㈡兩造於107年3月14日召開系爭物調會議，上訴人同意補貼被上訴人系爭物調款4,137萬4,007元，並作成會議紀錄。

㈢系爭建案完成後，國防部於100年1月間陸續配售予眷戶，並成立大鵬新城社區（下稱大鵬新城），因該建案公寓地下室有滲漏水問題，經大鵬新城社區管理委員會（下稱系爭管委會）及房屋買受人之被選定人徐小文、郭浦燕、陳弘（下合稱徐小文3人）起訴請求國防部履行契約等，經臺灣新竹地方法院（下稱新竹地院）於106年5月26日以104年度重訴字第134號判決系爭管委會及徐小文3人均一部勝訴，判決國防部應依該判決附件二所示方式將系爭地下室修繕至不滲漏水程度，並駁回其餘之訴；國防部不服提起上訴，系爭管委會及徐小文3人則提起附帶上訴，本院於108年10月15日以106年度重上字第701號判決（下稱前案二審判決）認國防部就系爭管委會請求其給付部分所提上訴為有理由（即認定系爭管委會並非房地買賣契約之當事人，該管委會依房地買賣契約請求國防部給付部分不應准許），國防部其餘上訴及系爭管委會、徐小文3人之附帶上訴均為無理由，將原判決關於准系爭管委會請求國防部給付部分暨訴訟費用之裁判廢棄，上開廢棄部分，駁回系爭管委會在第一審之訴，並將該事件之其餘上訴及附帶上訴均駁回，且將該事件原審判決主文第1項更正為「國防部應將坐落於新竹市○○段0000地號土地上之大鵬新城公寓地下室即附圖一所示地下一層面積26,887.30平方公尺之範圍（即系爭地下室），依附件所示方式修繕至不滲漏水程度」，國防部不服提起第三審上訴，經最高法院於110年4月7日以109年度台上字第2936號裁定駁回國防部之上訴確定在案（下稱系爭前案）。

五、被上訴人請求上訴人依系爭物調會議約定給付系爭物調款，上訴人則辯稱系爭地下室之滲漏水瑕疵，係因被上訴人施工不當所致，且被上訴人迄未修復，其對被上訴人有保固修繕、瑕疵損害賠償或不完全給付損害賠償等債權，初估至少

1億2,897萬2,145元，系爭物調款應先扣除其所受上開損害，經扣除後，被上訴人對其已無債權等語。是本件主要爭點為：㈠系爭地下室漏水瑕疵是否可歸責於被上訴人？㈡上訴人辯稱就系爭地下室漏水瑕疵，被上訴人對其應負系爭工程保固修繕（系爭契約一般條款第21.2條、第24.1條）、民法第495條第1項瑕疵損害賠償及同法第227條不完全給付損害賠償等責任，上開債權初估至少1億2,897萬2,145元，是否可採？被上訴人就上訴人上開抗辯主張上訴人未依系爭契約一般條款第21.2條規定通知修繕，且瑕疵損害賠償請求權已罹於時效而消滅，是否可採？㈢上訴人辯稱依系爭契約一般條款第7.7條、第24.3條約定，系爭物調款經扣除上開㈡之款項後，已無餘額，是否可採？㈣被上訴人得請求上訴人給付之系爭物調款金額為若干？本院判斷如下：

㈠系爭地下室漏水瑕疵是否可歸責於被上訴人？

1.查系爭前案經新竹地院囑託台灣省土木技師公會為補充鑑定，該公會指派土木技師會同系爭前案兩造當事人於105年4月28、29日至現場會勘，經進行花圃與中庭地坪開挖、中庭抿石子鋪面檢視結果：「㈠花圃與中庭地坪之開挖結果1.花圃與降版區：花圃開挖約50公分及混凝土面，可能為防水層上部保護層或地下室頂版，可見有不織布與排水版。2.中庭區：會勘次日於鑑定單位與國防部代表併同檢視下進行中庭地坪開挖，經開挖穿破鋪面混凝土層後即發現開挖坑內積水約30公分，回填層材料不緊密且夾雜較大尺寸塊石（級配），經幫浦強制抽排水後，開挖深約50公分處可見混凝土面，可能為防水層上部保護層或地下室頂版，在停止強制抽排水後，開挖坑迅速補水高約19公分，由停止強制抽排水後之開挖坑積水補注速度及積水高度研判，在地坪混凝土鋪面下之回填層已形成蓄水池（含花圃與降版區）。㈡中庭抿石子鋪面檢視結果1.經檢視鑑定標的物中庭抿石子鋪面有多道橫向裂縫，且各裂縫間距約略相等，再檢視現場地坪與竣工圖並未在抿石子鋪面、鋪面混凝土層、地下室頂版標設伸縮

縫；裂縫對應地下室停車格附近梁柱接頭處與頂版即現況地下室滲漏水嚴重處，多處持續滲漏水中，說明地表水採最短路徑滲流而下，符合水流動之物理特性。2.其他非中庭通道或花圃下方對應停車格附近梁柱接頭與頂版有滲漏水，表示回填層已軟化，因水的不定向流動，恣滲入水竄流於回填材料間，地下室頂版混凝土已有通水路。㈢竣工圖比對1.防水層與保護層（層壓）施作範圍⑴竣工圖圖號A7-03『施工大樣圖㈢』在花圃與中庭地坪底部均設有防水層並標設洩水坡度，惟並未對花圃區之防水層限定採用抗樹根型式材料，一旦其下部的混凝土（即地下室頂版）施工時未搗實緊密，水密性不足，或大面積混凝土施工時未妥善規劃施工縫佈設位置與設置施工縫，造成熱脹冷縮致有裂隙發生，防水層破損即容易造成地下室頂版滲漏水。又，防水層上部保護層厚度標示不清，因而中庭走道與花圃區開挖後所觸及之混凝土面無法確認為防水層上部保護層或地下室頂版。⑵降版區之花圃底部排水方式並未特別標示，由圖號L3-01『排水層示意圖』所繪平蓋式落水頭所示花圃底面與側溝底面約略等高研判，該圖示應僅為花圃區底面之排水，降版區底部排水未含在內，且未標示落水頭佈設之間距，落水頭之集排水功能恐無法完全發揮。經現場檢視除停車格編號542附近之降版區（長約15至20公尺）底部僅設有二處排水管（排水效果不彰），其餘降版區底部並未見設有排水管。目視降版區底部混凝土面多有水漬、白華、粉刷層剝落狀，據此研判降版區在排水不良下已形成蓄水池。2.回填層壓實度⑴竣工圖圖號A7-03『施工大樣圖㈢』 ，與竣工圖圖號L7-10『欄杆圍牆與地坪施工細部大樣詳圖』並未就回填材料規格與壓實度予以規定，如壓實作業不確實時，滲入水易竄流於回填材料間，引起上部構造物不均勻沉陷。回填之級配如非優良，則無法使小顆粒材料填充於大顆粒間，容易發生孔隙。⑵中庭地坪鋪面由上至下分別為抿石子、混凝土層 、回填層、保護層(或地下室頂版），中庭地坪自地下室頂版以上平均厚

均60公分，如果鋪面混凝土層與回填層壓實確實施工良好，則地表逕流水向下滲流後並不容易貯留於回填層；又回填層側邊不連續處（例如回填層與中庭排水溝或花圃交接處）如未做或未做好不透水收邊處理，側邊不連續處有縫隙時，地表水即循此縫隙滲流貯留於回填層。」（補充鑑定報告書第4至8頁）（見本院卷㈠第77至79頁）。且上開檢視過程係在系爭前案兩造當事人及本件兩造當事人均到場之情形下所作成，有會勘紀錄表可證（見本院卷㈠第179、180、182頁）。

2.又系爭前案二審判決認定依上開補充鑑定報告書對於系爭地下室漏水原因之評析結果，「㈠鑑定標的物地下室頂版多處滲漏水，部分滲漏水處現裝有盛水盤，但多數盛水盤並無連外排水管，其功能僅為盛水而已，當滿水後即溢流。部分梁、柱、頂版滲漏水處有發泡劑注射痕跡，惟經發泡劑施打後之縫隙處仍有滲漏水。部分區域頂版、壁面、柱面、或梁身、梁底有結晶狀有泌水與鏽漬狀，多處滲漏發生在梁柱接頭附近大梁端部之梁身、梁底與頂版角隅處，其底面盛水盤並無連外排水管，盛水盤滿水後將自然溢流。由滲漏出水情狀研判，滲漏處之混凝土內部已形成通水路（原鑑定報告第3頁⑶⑷）。㈡鑑定標的物地下室滲漏水位置分為三區：(a)中庭走道抿石子開裂區；(b)花圃與降版區；(c)其他周邊影響區。經勘視與比對原鑑定報告內所載漏水較嚴重處經注射止水材後多處仍有滲漏水現象；同時，滲漏水發生處有擴大情形，呈全地下室範圍多處分佈；由現場勘視抿石子鋪面有多道橫向連續延伸裂縫，若僅是抿石子鋪面與混凝土層之粘結未緊密，應為局部圓狀之膨鼓發生，但此些裂縫多呈橫向連續長條延伸，且裂縫間距約略相等，研判抿石子鋪面開裂主要原因為大面積混凝土施工時未妥善規劃施工縫佈設位置與設置伸縮縫，造成其受熱脹冷縮開裂，進而使防水層開裂，或回填層施作時施工機具壓壞防水層，或者回填層側邊與中庭排水溝或花圃相接不連續處未做好防水收邊，地表水

滲入後貯留造成回填層軟化。㈢經開挖中庭地坪後發現回填層有大量積水，經強制抽排後之補水速度與回升高度研判，地坪回填層已形成蓄水地（包括目視降版區底部多未見設有排水管），又抿石子鋪面已發生多道橫向裂縫，裂縫下部之地下室梁柱接頭附近與頂版，正是滲漏水最嚴重處，經開挖中庭與花圃區後所見之混凝土面，雖不確定該混凝土面為防水層上部保護層或地下室頂版，惟由地下室頂版發生之滲漏水可確定防水層已失效或未施作。」（補充鑑定報告書第8至10頁），並繪製附圖二中庭裂縫套繪地下室漏水位置圖，顯示系爭地下室有地坪裂縫30處、正在漏水34處、壁癌295處、鐘乳石37處、鋼筋腐蝕53處、曾打針還漏水17處，原汽、機車停車格數量合計至少700餘位，汽車停車位276處、機車停車格26處有漏水情形。證人即陳信樟建築師事務所專案經理葉至誠在原審證稱：系爭建案的1樓地坪有設計防水層，防水層是在結構體上，若防水層失敗而底下結構體完整，應該還是有防水的效果，但如防水層失敗，結構體又有水可進入的路徑，防水就會失敗，又如防水層沒有問題，縱使結構體內有路徑，仍具防水效果等語（見原審卷2第107至109頁），可知只要防水層與地下室頂版混凝土，任一個無瑕疵，就不會發生漏水，必須兩者都存有瑕疵，才會發生漏水之結果。證人即原鑑定報告及補充鑑定報告土木技師楊式昌在系爭前案原審證稱：漏水發生原因為建築結構體存在穿透性的裂縫，如混凝土施工品質做得好不應該有裂縫，又系爭社區中庭上方還有防水層及一般磁磚地坪，代表整個過程中，防水層開始就出現問題；混凝土除了強度外，還有所謂的水密性，若混凝土在澆置過程中有充分搗實，水密性就可以密合，但水密性會隨著建築物的使用時間改變，時間越久，水密性會降低，系爭建案剛交屋即於100年4月間發生這樣的問題，很明顯是混凝土施工不良所引起，另防水層也出了問題，若防水層做得好，漏水情況就會延緩等語（見原審卷2第111至112頁），亦為防水層與系爭地下室頂版混凝土

都有瑕疵，才會發生系爭地下室漏水之結果。補充鑑定報告所載「1.經檢視鑑定標的物中庭抿石子鋪面有多道橫向裂縫，且各裂縫間距約略相等，再檢視現場地坪與竣工圖並未在抿石子鋪面、鋪面混凝土層、地下室頂版標設伸縮縫」及「2.…地下室頂版混凝土已有通水路」（補充鑑定報告第5至6頁），及「由地下室頂版發生之滲漏水可確定防水層已失效或未施作」（補充鑑定報告第10頁），可知防水層失效或未施作，且大面積混凝土未留設適當之伸縮縫，導致熱漲冷縮後，混凝土發生裂縫，形成通水路，致發生系爭地下室漏水之結果，與證人葉至誠、楊式昌所述內容一致（見本院卷㈠第79至80頁）。

3.且系爭前案二審判決認為：「由中庭平面圖可知，興建系爭社區中庭時，僅花圃區下方的地下室頂版設置防水層（即塗色陰影處），而主要通道的抿石子鋪面下方的地下室頂版則未設置防水層（見原審卷2第243頁反面、第250頁反面、第257頁反面、第267頁反面、第271頁反面，申請查驗防水的區域以塗色陰影呈現，均不包含中庭走道）。因此，補充鑑定報告發現抿石子鋪面有裂縫處，其下方的地下室頂版有較嚴重的漏水現象，而判定為未設置防水層(補充鑑定報告第9至10頁），與上訴人提出之施工紀錄（見原審卷2第243至273頁）相符。因此，可推知系爭地下室頂版上方為花圃區部分，雖有設置防水層，但防水層已經失效，而系爭地下室頂版上方為通道部分，則沒有設置防水層，但不論為花圃區或通道區，地下室頂版的混凝土均已發生細微裂縫，而形成水路。由長鴻公司108年6月18日說明：『包含所有花圃、花臺等上方垂直立面需滾邊延伸處均有設計防水處理』（見本院卷3第41頁），可知施工單位僅表明設計圖上花圃、花臺有設計防水處理，未曾表明中庭走道部分有設計防水層，至於垂直立面需滾邊延伸處應設置之防水處理，則有施作高度不符設計之瑕疵（應施作70公分，卻只施作15公分，詳後述）。又中庭走道縱有施作防水層，但由上開全部5次試水

審驗紀錄，並無中庭走道之防水層試水審驗紀錄。證人范白嘉即向度聯合建築師事務所（下稱向度事務所）監造主任在本院證稱：伊有品管員、勞安員證照，沒有建築師或土木技師資格，（問：系爭工程室外區域是否全區均有施作防水層？並全部通過72小時防水測試？）有全區都有防水層，而且全部都通過72小時防水測試，防水工項完工後廠商申請伊就去查檢，灌水至20公分高，在標尺上做記號，隔72小時再去看水有沒有消，以判斷漏水情況，有時因天候因素，會影響到高度，有一個容許範圍，填土以後就不用再檢驗防水，花圃防水層是做到15公分高，所以如果超過15公分高就會開始漏水，花圃及花台都有15公分以上等語（見本院卷1第451至458頁），可知試水試驗係在填土前施作，填土後即不再澆水進行試水試驗，但依竣工圖所示填土厚度達60公分（見本院卷1第553至557頁），遠高於防水層施作高度15公分，試水高度則為20公分，驗收時僅檢查系爭地下室頂版有無漏水之狀況，不再辦理試水，然驗收時並未在花圃、花台澆水，也未在中庭拼花廣場及通道處澆水，則驗收時查驗系爭地下室天花板有無漏水，顯不具意義，而住戶交屋入住，對花圃、花台進行澆水、歷經幾次大雨後，地下室即發生漏水情形，故施工過程之查驗條件與實際使用時之條件不同，因此，施工查驗合格，不代表正常使用時不會漏水。換言之，防水層僅施作15公分，試水試驗僅測試20公分，但填土層厚度60公分，遠高於防水層施作之高度，因此，花台、花圃在正常澆水或下雨土壤之含水量較高時，即有相當於60公分高的水，故施工過程有經過監造單位之查驗與試驗，仍不能確保正常使用情形下不會漏水，且范白嘉原稱全部通過72小時防水測試，然經提示向度事務所檢送之98年5月24日監造檢查表花圃地坪防水試水檢查項目8平整度及洩水坡度調整（試水48小時）（見本院外放向度事務所107年11月29日回函資料右下角編號第46頁）後，改稱實際上都是48小時（見本院卷1第456頁），顯示范白嘉對於試水試驗時間為48小時

或72小時已不復記憶，則其描述『全區都有防水層，而且全部都通過72小時防水測試』部分，在無其他證據證明之前，尚難採信。至新竹市政府委託監造之向度事務所回函表示：『地下頂版防水層設計建築圖A7-03-8、9地下室頂版防水層上方有保護層，地下頂版防水層施工客土回填過程中均在保護層上方進行，無施工機具或重車直接輾壓防水層情事』，並提出建築圖A7-03、98年8月4日工程審驗單（見外放向度事務所107年11月29日回函說明㈢，第90至92頁反面），經查：圖號A7-03施工大樣圖㈢列載系爭建案自屋頂至地下室20項大樣詳圖，其中編號⑧為『地下室頂版面磚區防水大樣詳圖』、編號⑨為『地下室頂版戶外庭園地坪防水大樣詳圖』，然向度事務所未說明實際施作時是否全區均設置防水層，亦未提出事實上全區均有施作防水層之證據，尚難認地面層全區均設置防水層，又98年8月4日工程審驗單之施工項目為丙區花圃花台土方回填完成查驗，是關於丙區花圃花台土方回填查驗，檢查標準為無水泥塊磚塊等雜物且須為實方，亦無從因此認為全區有施作防水層。綜上，縱使有施作防水層，也經試水試驗，但由系爭地下室漏水嚴重之結果觀之，防水層必然已失效，何況中庭走道部分並未施作防水層亦未進行試水試驗。」等語（見本院卷㈠第81至83頁）。至被上訴人主張依證人楊式昌於系爭前案二審證述中庭抿石子鋪面裂開有可能存在因社區住戶搬入後，大型車輛進出中庭輾壓地坪造成防水層失效的情形等語（見本院卷㈠第299頁），而補充鑑定報告卻未將之列為漏水可能之原因云云，查依被上訴人所舉證人楊式昌之證述，至多僅足認定中庭抿石子鋪面裂開有可能存在因社區住戶搬入後，大型車輛進出中庭輾壓地坪而造成防水層失效之情形，然中庭走道部分並未施作防水層，亦未進行試水試驗，已如前述，且上開證述並不足以排除系爭地下室頂版混凝土有裂縫形成通水路係因被上訴人設計、施工不當所致，是被上訴人據此否認上開補充鑑定報告之可信性，進而主張系爭地下室漏水瑕疵不可歸

責於其云云，均不足採信。

4.另有關施工縫及伸縮縫部分，系爭前案二審判決依證人楊式昌在該案原審證稱：「中庭裂縫套繪至系爭地下室漏水位置幾乎完全一致，且可看出呈現規則性分布，其相鄰的間距大致相等，一般工程在大面積混凝土澆置過程會留有施工縫，使其自由伸縮，由此推論因未設置施工縫，才造成滲漏水情形等語（見原審卷3第64頁）。」，及證人范白嘉在該案本院審理時證稱：系爭地下室頂版未施作伸縮縫與施工縫等語（見本院卷1第451、454頁），認定與補充鑑定報告記載：「究其原因主要為大面積混凝土施工時未妥善規劃施工縫與設置伸縮縫所致。」（補充鑑定報告第14頁）之漏水原因相符（見本院卷㈠第83頁），而認定系爭地下室之滲漏水原因，包含地面層防水層失效且地下室頂版混凝土有裂縫形成通水路兩大原因，益徵台灣省土木技師公會補充鑑定報告應具相當可信性。參以本件被上訴人承攬得標系爭建案之設計及施工（見原審卷第193頁），及被上訴人引用證人范白嘉證述主張系爭工程照圖施作，未設伸縮縫，而自承系爭工程建築設計圖未留伸縮縫乙節（見本院卷㈢第54頁），足認被上訴人就系爭工程之設計及大面積混凝土之施工亦有不當，致地下室頂版混凝土有裂縫形成。

㈡上訴人辯稱就系爭地下室漏水瑕疵，被上訴人對其應負系爭工程保固修繕（系爭契約一般條款第21.2條、第24.1條）、民法第495條第1項瑕疵損害賠償、同法第227條不完全給付損害賠償等責任，上開債權初估至少1億2,897萬2,145元，是否可採？被上訴人對上訴人上開辯解陳稱上訴人未依系爭契約一般條款第21.2條規定通知修繕，且其修繕費用償還請求權、損害賠償請求權已罹於1年時效而消滅，是否可採？

1.按因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人得請求損害賠償；此項損害賠償之權利，如其瑕疵自工作交付後經過1年始發現者，不得主張；工作為建築物或其他土地上之工作物或為此等工作物之重大之修繕者，前條之期限，

延長為5年，而定作人之瑕疵損害賠償請求權，因瑕疵發見後1年間不行使而消滅，民法第495條第1項、第498條第1項、第499條、第514條第1項定有明文。上開規定，乃基於承攬之性質及法律安定性所為之特別規定，是承攬人之工作有瑕疵者，倘定作人已不得依承攬章節規定行使瑕疵給付之損害賠償請求權時，自不得另依民法不完全給付之相關規定行使權利，此有最高法院106年度台上字第237號判決可供參照。

2.查系爭契約之契約目的係為完成大鵬社區公寓建築物之興建，屬具有承攬性質之契約，就系爭地下室漏水瑕疵，即應適用上開條文。又系爭地下室漏水瑕疵，依上開系爭前案新竹地院囑託台灣省土木技師公會所為補充鑑定報告，其主因為地面層花圃區防水層失效，且地下室頂版混凝土水密性不足，有裂縫形成通水路所致，且上開瑕疵，係因被上訴人未按圖施工所致，亦如前述，是被上訴人就系爭地下室漏水所生之損害，自應負承攬人瑕疵修補義務及損害賠償責任。

3.而系爭工程係於99年1月4日竣工，並經新竹市政府於同年7月28日驗收完成，自同年7月29日起算至101年4月23日上訴人接獲系爭管委會處理系爭工程缺失問題通知，被上訴人已依要求與系爭管委會後聯繫後進行修繕，陸續裝設盛水盤乙節，業據上訴人提出系爭管委會第3屆第8次會議紀錄為證（見本院卷㈠第153頁），嗣被上訴人於104年4月20日提出漏水改善計畫書予系爭管委會，雖未逾民法第499條所定瑕疵發現期間，惟上訴人於108年3月5日始以自系爭物調款予以扣除系爭地下室漏水瑕疵所需修繕費用為由，拒絕被上訴人就系爭物調款之請求（見原審卷第17頁），在此之前，上訴人並未向被上訴人行使上開民法規定之定作人瑕疵修補費用償還請求權、損害賠償請求權乙節，為上訴人所不爭執，是被上訴人主張上訴人於108年3月5日始行使上開民法規定之定作人瑕疵修補費用償還請求權、損害賠償請求權，於瑕疵發現後已逾1年，已罹於1年時效，核屬有據。又上訴人行

使上開民法規定之定作人瑕疵修補費用償還請求權、損害賠償請求權，係因被上訴人給付不完全所致，依上說明，均應適用1年權利行使期間之限制，被上訴人就上訴人行使上開民法規定之定作人瑕疵修補費用償還請求權、瑕疵損害賠償請求權及不完全給付損害賠償請求權為時效抗辯，應屬有據。

4.惟查上訴人為國防部之次級軍事機關，因承辦國軍老舊眷村改建職務，將系爭建案委由新竹市政府代辦採購，由被上訴人得標承攬施作系爭工程，新竹市政府於被上訴人完工，經驗收完成後，已依民法第541條第2項規定將系爭契約相關權利義務移轉予上訴人，有新竹市政府110年2月25日廠工土字第1100029937號函在卷可證（見原審卷第263至264頁），復為兩造所不爭執，依系爭契約一般條款第24.1條約定：「乙方對於本契約之設計、施工，如有設計錯誤或管理不善，其有其他不履行之情形，致甲方遭受下列損害者，應負損害賠償責任：⑴甲方之額外支出，包括但不限於相關訴訟費用及其他諮詢費用等。…⑸其他可歸責於乙方之損害。」；第7.7條約定：「乙方如有不誠實行為、未完全履行契約義務、不符契約規範或溢請款項或減少契約範圍等情事，或發生逾期賠償、罰金、損失或損壞或未交運等情事，甲方得自任何應付款項目中予以扣除。」；第24.3條約定：「對於本契約乙方應負之損害賠償金額或罰款，甲方得自應付價金中扣除，其有不足者，得自履約保證金扣抵，如仍有不足，乙方仍應給付。」（見原審卷第194至195頁），上訴人得自應給付被上訴人之任何款項或價金中，予以逕行扣除因被上訴人未完全履行契約、施工不符契約規範部分所致之損害賠償費用，且上訴人自應付被上訴人工程款中扣除被上訴人因施工不當或給付不完全所致損害金額，並非抵銷，且依系爭契約一般條款第7.7條規定之文義，上訴人就系爭工程因被上訴人施工不當所致之損害，得逕自任何應付工程款中予以扣除，並未明文約定僅限於完工前發生於施工期間內之工程

款，佐以系爭物調款核係屬被上訴人依物價指數調整直接工程費而補貼予被上訴人之系爭建案工程款，是上訴人辯稱其就系爭地下室漏水瑕疵所受損害，得逕自系爭物調款中予以扣除乙節，應可採信。又系爭前案乃大鵬新城公寓買受人之被選定人請求國防部就系爭地下室漏水瑕疵履行出賣人瑕疵修繕義務，經系爭前案判決國防部就系爭地下室漏水瑕疵，應負出賣人瑕疵修補義務，系爭地下室漏水瑕疵修復費用，包括必要之滲漏水直接修復費用為地坪全部挖除重鋪，加計地下室頂版縫隙填塞，總計約9,925萬7,063元，並應另加計間接工程費用如施工廠商利潤與管理費、安全衛生管理費、清潔及清運費、零星整修及其他工作及收邊處理費等，總計約1億2,897萬2,145元，有補充鑑定報告節本及系爭前審二審判決在卷可證（見原審卷第116頁、第121至145頁），且系爭地下室漏水，經鑑定其主因為被上訴人施作之地面層花圃區防水層失效及地下室頂版混凝土水密性不足，有裂縫形成通水路所致，已如前述，可見系爭地下室漏水瑕疵確係因被上訴人施工不當所致，參以國防部已將系爭前案判決認定其應就系爭地下室漏水瑕疵履行房屋出賣人之買賣保固修繕責任之整修工程，交由上訴人執行發包採購（見本院卷㈡第211至289頁），並佐以被上訴人於104年在系爭前案原審審理時所提系爭地下室滲漏水改善計畫書（見原審卷第75至95頁），係自地下室填塞滲漏，而未包含由地面層開挖重新施作防水層等阻絕外水滲入地下室，經台灣省土木技師公會補充鑑定報告認為：「⑴止水材之選用：止水材的選用對於一般結構裂縫修復是用EPOXY填充，非結構型修復是用非發泡型聚氨脂或壓克力低黏度永久性防水材，發泡型材料適用於臨時及短暫止水。原施工廠商施打發泡劑處多處仍有滲漏水，顯示外部防水（中庭地坪防水層）如未妥善處理，僅處理地下室之滲漏水，難達良好止漏水效果；再而，發泡型材料不具彈性，完成灌注後會因收縮產生縫隙而又發生漏水。欲將縫隙內已注射之發泡劑清除並不容易，其殘留於縫隙內

將影響後續止水藥劑之灌注，再施打止水材時難期達效果之穩定性，如採用EPOXY(較具剛性）施打，其效果不佳，建議採用不發泡型聚氨脂材料，聚氨腊具強度與彈性及親水性，長鴻公司所提後續改善所採之藥劑為發泡型材料，適用於暫時性止水，故不建議採用。⑵施作區域及工序檢討：長鴻公司所提滲漏水改善計畫僅就地下室滲漏水處做局部止水材灌注，所提施工順序係依停車格劃分，未就漏水嚴重區域先予外部止水改善，例如中庭地坪裂縫處與花圃及降版區，經開挖地坪後發現回填層已成為蓄水池，故所提漏水改善計畫施工順序並非適當。」等語（見原審卷第110至111頁），並經系爭前案二審判決認定被上訴人交由上訴人在該案原審提出之上開改善計畫書並非適當之修繕方式（見本院卷㈠第92頁）。另上訴人在系爭前案本院審理時，另提出經被上訴人修改後之108年3月、同年4月地下室漏水改善計畫書各1份（見本院卷㈡第111至146頁、第147至184頁），惟亦經系爭前案二審判決認定內容與被上訴人在原審交予上訴人提出之104年改善計畫書大致相同，僅是變更藥劑而已，仍僅自地下室滲漏水處做局部止水材灌注，並未由地面層重新施作防水層等先予外部止水改善，且未舉證證明為妥適之修繕方式，並不足採，並依證人范白嘉在系爭前案於本院證稱：系爭地下室頂版未作施工縫、伸縮縫，防水層僅施作15公分而未按圖施工等語，認定系爭地下室頂版即地面層防水層既未按圖施工，則系爭地下室漏水之情形，尚難透過灌注藥劑之方式而獲解決，據此認定上訴人在系爭前案所提被上訴人之108年3月版改善計畫書，顯難以達成使系爭地下室不再漏水之目的（見本院卷㈠第92至93頁）。且查被上訴人於本件亦未舉證證明其所提上開3份改善計畫書可將系爭地下室漏水瑕疵完全修復，亦未舉證證明其所提出修繕方法符合圖樣，自不足以認定被上訴人已依系爭契約一般條款第21.2條約定履行修繕保固義務，是被上訴人空言否認系爭前案二審判決上開認定，亦無足採信。被上訴人所提修繕方法既不能修復

系爭地下室漏水瑕疵，是上訴人辯稱依兩造間系爭契約一般條款第24.1條、第24.3條、第7.7條約定，其得就系爭地下室漏水瑕疵初估須支出之修繕費用金額，自被上訴人向其請領之系爭物調款逕予扣除乙節，應屬可採。

㈢上訴人辯稱依系爭契約一般條款第7.7條、第24.3條約定，系爭物調款經扣除上開㈡之債權後，已無餘額，是否可採？

承上所述，上訴人依系爭契約一般條款第24.1條、24.3條、第7.7條約定，得逕行自系爭物調款4,137萬4,007元中扣除同額之系爭地下室漏水瑕疵修繕費用，不須再向被上訴人為抵銷之意思表示，且上訴人依契約所享有之上開請求權，亦未罹於時效，參以上訴人辯稱自系爭物調款扣除同額之系爭地下室漏水瑕疵修繕費用金額，尚未逾系爭契約一般條款第24.1條第2項所定承攬金額20%之上限乙節，為被上訴人所不爭執，堪認系爭物調款經上訴人扣除系爭地下室漏水瑕疵之修繕費用後，被上訴人已無系爭物調款餘額可為請求。

㈣被上訴人得請求上訴人給付之系爭物調款金額為若干？

查上訴人尚未給付被上訴人之系爭物調款金額為4,137萬4,007元，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈡），並有系爭協商會議紀錄在卷可證（見原審卷第13至15頁），而系爭地下室依系爭前案二審判決附件所示方式修繕至不滲漏水程度所需修復費用金額，初估至少1億2,897萬2,145元，亦如前述，是上訴人辯稱依系爭契約一般條款第24.1條、第24.3條、第7.7條約定，系爭物調款經扣除上訴人因被上訴人施工不當所受損害金額即系爭地下室漏水瑕疵之修繕費用至少1億2,897萬2,145元後，已無餘額，應可採信。被上訴人之系爭物調款債權既經上訴人依系爭契約一般條款第24.1條、第24.3條、第7.7條約定予以扣除而全部歸於消滅，是被上訴人對上訴人已無系爭物調款債權存在，則被上訴人提起本件訴訟，請求上訴人給付系爭物調款，自屬無據，不能准許。

六、綜上所述，被上訴人對上訴人之系爭物調款債權，經上訴人依系爭契約一般條款24.1條、第24.3條、第7.7條約定，逕

予扣除同額之被上訴人應負擔之系爭地下室漏水瑕疵修繕費用後，已歸於消滅，則被上訴人主張依系爭物調會議約定之法律關係，請求上訴人給付系爭物調款4,137萬4,007元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許。原審判命上訴人如數給付，並附條件為假執行及免為假執行之宣告，自有未洽。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理由。自應由本院廢棄改判如主文第二項所示。

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，併此敘明。

八、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　7　　月　　26　　日

工程法庭

審判長法　官　陳慧萍

法　官　沈佳宜

法　官　陳杰正

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　　111　　年　　7　　月　　27　　日

書記官　任正人