

臺灣屏東地方法院民事判決

104年度訴字第466號

原告 董又潔即董中峯

訴訟代理人 陳麗珍律師

被告 漢景人文建築有限公司

法定代理人 莊輝煌

訴訟代理人 柳聰賢律師

上列當事人間損害賠償事件，本院於民國109年3月27日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

被告應給付原告新臺幣參拾參萬肆仟捌佰貳拾陸元及至民國一〇八年三月十九日起迄清償日止，按年息百分之五計算之利息。

訴訟費用由被告負擔。

本判決予原告以新臺幣拾壹萬壹仟陸佰元供擔保後得假執行，但被告如以新臺幣參拾參萬肆仟捌佰貳拾陸元為原告供擔保後，得免為假執行。

事實及理由

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，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255條第1項第3款載有明文。本件原告起訴時，原請求被告應給付原告新臺幣（下同）1,650,000元及自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。嗣於本件審理中，變更為請求被告應給付原告334,826元及自108年3月19日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，核屬減縮應受判決事項之聲明，揆諸上開規定，應予准許。

二、原告主張：原告於102年2月16日就坐落屏東縣○○市○○段○○○ ○號土地上之同段1837建號建物即門牌號碼屏東縣屏東市○○街○○號房屋（下稱系爭建物），與被告訂立買賣契約（下稱系爭買賣契約），約定買賣總價款（含土地）為712萬元，嗣並於同年5月8日交屋。惟原告於交屋後發現系爭建物有下列物之瑕疵：（一）屋內升降設備（下稱系爭電梯）前有未依法取得使用許可證及雜項執照之情形，而遲至106

01 年8月23日始申請取得使用執照，故系爭建物於102年間交
02 屋後有長達近4年期間係處於有違章建築之狀態，被告於未
03 取得系爭電梯使用許可證，亦未向主管機關申請建築執照之
04 情況下，即率將系爭建物交付原告使用，且系爭電梯一經查
05 驗，即發現有「主機漏油」與「UPS損壞導致動力電源遮斷
06 下救援運轉功能無效」等瑕疵，不僅使原告長期暴露在使用
07 不合法電梯之危險中，且系爭建物曾長達4年處於有違章建
08 築狀態，依通常交易觀念，並且被告刊登系爭房屋廣告時亦
09 以電梯別墅為號召，依據消費者保護法第22條規定，系爭電
10 梯自亦屬交易內容一部，被告自應負物之瑕疵及不完全給付
11 責任；(二)系爭建物有如附表所示之2、3樓滲、漏水情形，
12 雖經被告修繕，仍未獲改善，迄今該滲、漏水瑕疵仍存在。
13 上開(一)、(二)均屬物之瑕疵及不完全給付，原告自得依民法第
14 354條第1、2項及第359條規定，請求減少(一)部分之價金
15 67,680元及減少(二)部分之價金267,146元，並得依民法第17
16 9條規定請求被告返還上開金額之不當得利，又房屋之瑕疵
17 及發生原因非經鑑定無法知悉，因此，民法第365條第1項
18 規定之6個月除斥期間應尚未開始起算；而上開瑕疵給付情
19 形亦屬民法第227條第1項規定之不完全給付，原告自亦得
20 主張依民法第231條第1項給付遲延規定，請求被告給付上
21 開金額之損害賠償。至上開物之瑕疵擔保減少價金並返還不
22 當得利，以及給付遲延之不完全給付損害賠償，由鈞院擇一
23 引為對原告有利之判決基礎即可。再系爭建物雖已於本件訴
24 訟中出賣予第三人，惟原告係以低於市場行情價格及附加裝
25 潢、家電等出售，就此並未獲利。並聲明：(一)被告應給付原
26 告334,826元(67,680元+267,146元=334,826元)及自108
27 年3月19日(民事準備書(十六)狀繕本送達日)起至清償
28 日止，按週年利率5%計算之利息；(二)如受有利判決，願供
29 擔保請准宣告假執行。

30 三、被告則以：查系爭電梯交屋至今從未經屏東縣政府城鄉發展
31 處建築管理科及違章建築管理科認定或函令原告拆除，足證

01 系爭電梯並無遭建物主管機關拆除之瑕疵，系爭電梯無操作
02 許可證，並非不得使用，況系爭電梯現已取得許可證，使用
03 執照業已完成變更登記，瑕疵已修補完成，原告請求減少價
04 金自無理由。系爭建物在101年12月26日已建造完成，該屋
05 係成屋買賣，於原告看屋時，該屋之室內裝潢，磁磚、造景
06 、建材各類設備均已完成，原告係看過房屋現況後才買受，
07 且原告於屏東地檢署105年度偵字第6005號案件偵查中亦自
08 承購買系爭建物前有到現場去看，現場有該電梯，但未貼合
09 格標章，其當場有詢問服務人員，服務人員回答可能尚未貼
10 等語，足證原告於簽訂系爭建物買賣契約前，即已知悉系爭
11 電梯未貼有相關標章，再系爭買賣契約書所附之使用執照內
12 容，未包含有系爭電梯，被告既已提供系爭買賣契約書供原
13 告審閱，且原告於參觀時即有注意系爭電梯，是原告於簽約
14 前就系爭電梯未具合格使用執照一事，實難諉為不知，依民
15 法第355條第1項規定，被告應不負瑕疵擔保責任。又系爭
16 建物現並無滲、漏水情形，查原告曾表示系爭建物有滲、漏
17 水情形，被告經原告同意先後就窗框滲水防水工程、屋頂局
18 部防水工程、抓漏工程，於102年10月18日、同年12月23日
19 委請訴外人瑋滢企業有限公司施工，並於103年10月27、28
20 日及同年11月20日委請訴外人東一工程施作屋頂層漏水工程
21 ，並經原告同意施作一、三樓採光罩、屋頂鋼棚工程，以求
22 一勞永逸，現已無任何瑕疵，原告主張系爭建物有滲、漏水
23 之情形，並未具體舉證以實其說，且系爭建物交屋迄今，歷
24 經多次颱風，豪雨不斷，並經高雄美濃大地震，倘系爭建物
25 有滲、漏水，早已形成壁癌、油漆脫落等現象，不可能於本
26 院勘驗時未見壁癌或滲、漏水等現象，原告於本院勘驗時亦
27 自認無漏水現象，足證原告主張之瑕疵並不存在，其據此請
28 求減少價金亦無理由。另關於二樓主臥外牆修補裂縫部分，
29 係原告於鑑定時追加請求，其未即時檢查其所受領之物並通
30 知原告該處漏水，依民法第356條規定，應視為承認其所受
31 領之物。再被告為修補系爭建物已支出修繕費及施作工程款

逾91萬元，原告再主張瑕疵並請求被告賠償，自無理由。上開瑕疵依民法第356條第1項規定，倘物有瑕疵，原告應即通知被告，並依民法第365條第1項規定應於通知後6個月間請求減少價金，然原告於102年7月9日通知被告，卻遲至104年7月2日始起訴向被告請求減少價金，顯已逾上開6個月之期間，自應不得再為請求。且系爭建物於102年4月10日辦理移轉登記、於102年5月8日交屋，至原告104年7月2日起訴時，系爭建物早由原告管理使用2年以上，依民法第373條規定，系爭建物之危險應轉移由原告負擔，其自不得請求瑕疵擔保。再者，原告已於107年10月間將系爭建物及坐落土地轉賣予第三人而獲利120萬元，足證其並未受有損害，系爭建物亦無瑕疵，否則不可能有人願意買受，原告已非系爭建物之所有權人，亦無權請求賠償，縱認被告應負漏水修繕之賠償責任，惟被告前於102年5月8日已交付原告90,000元供原告修繕系爭滲、漏水瑕疵，被告主張於90,000元金額內抵銷等語，資為抗辯。並聲明：(一)原告之訴及假執行之聲請均駁回；(二)如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項：

- (一) 系爭建物於101年3月30日開工，於101年12月26日竣工，並於102年1月28日領得（屏東縣政府於102年1月24日核發）屏東縣政府（102）屏府城管使（屏）字第00000號使用執照。
- (二) 兩造於102年2月16日就系爭建物訂立系爭買賣契約，約定買賣總價款為712萬元，並於同年5月8日交屋。
- (三) 102年7月9日原告發現有漏水之瑕疵即通知被告修繕，被告有修繕，但原告認為尚未完繕，原告並於103年5月16日向被告主張減少價金。
- (四) 系爭建物於106年8月29日領得（屏東縣政府於106年8月23日核發）屏東縣政府（106）屏府城管變使（屏）字第00116號變更使用執照（加註事項：1.增設昇降梯1部

01)。

02 五、本件爭點：

03 (一) 系爭電梯於106年8月23日前未依法取得許可證及使用執
04 照(雜項執照)，是否構成物之瑕疵之不完全給付？若是
05 ，損害為何？原告得否主張減少價金(民法第356、179
06 條)或不完全給付之損害賠償(民法第227條)？

07 (二) 卷附高雄土木技師公會鑑定報告書第6頁表格，系爭房屋
08 編號「A、B、D、E」及「初勘時法院囑託新增之：2
09 樓主臥外牆(北向)」處【按即判決書附表】，有無漏水
10 瑕疵之不完全給付？若有，損害之金額為何？被告是否應
11 對漏水負賠償責任？原告得否主張減少價金(民法第356
12 、179條)或不完全給付之損害賠償(民法第227條)？

13 (三) 承(二)若2樓主臥外牆(北向)有漏水瑕疵之不完全給
14 付，原告是否依民法第356條第2項視為已承認其所受領
15 之物？

16 (四) 承(一)、(二)，如認被告應負賠償責任，被告得否抗
17 辯：原告依民法第359條行使之減少價金請求權，已罹於
18 民法第365條第1項之6個月期間？

19 (五) 承(一)、(二)，如果被告應負損害賠償責任，被告主
20 張曾交付給原告之90,000元，目的用於支付原告修繕漏水
21 ，交付時間是在102年5月8日，此一事實否存在？如果
22 存在，是否可以主張抵銷？

23 六、本院之判斷：

24 (一) 就爭點(一)部分，系爭電梯遲至交屋4年後始由被告協
25 與取得許可證及使用執照(雜項執照)，自屬可歸責被告
26 之不完全給付，原告自得主張67,680元之給付遲延損害賠
27 償金額：

28 1. 按不完全給付，係指債務人所為之給付，因可歸責於其之
29 事由，致給付內容不符債務本旨，而應負債務不履行損害
30 賠償之責任；至物的瑕疵擔保責任，係指存在於物之缺點
31 ，乃物欠缺依通常交易觀念或當事人之決定，應具備之價

01 值、效用或品質，所應負之法定無過失責任。二者之法律
02 性質、規範功能及構成要件均非一致，在實體法上為不同
03 之請求權基礎，在訴訟法上亦為相異之訴訟標的，法院於
04 審理中自應視當事人所主張之訴訟標的之法律關係定其成
05 立要件。又出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任
06 之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於
07 出賣人之事由所致者，出賣人除負物的瑕疵擔保責任外，
08 同時構成不完全給付之債務不履行責任，亦即此際物的瑕
09 疵擔保責任與不完全給付之債務不履行責任，形成請求權
10 競合之關係，當事人得擇一行使之。買受人如主張出賣人
11 應負不完全給付之債務不履行責任，應無民法第365條及
12 第356條規定之適用。（最高法院100年度台上字第1468
13 號、91年度台上字第1588號、92年度台上字第882號民事
14 判決參照）。是原告行使民法第227條之不完全給付損害
15 賠償請求權時，自毋庸受檢查通知義務及6個月除斥期間
16 之限制。合先說明。

17 2.系爭電梯為買賣範圍之一部，原告自可期待，被告應依約
18 給付領有合格建物使用執照、電梯使用許可證之系爭建物
19 ；

20 按企業經營者應確保廣告內容之真實，其對於消費者所負
21 之義務不得低於廣告內容，消費者保護法（下簡稱消保法）
22 第22條定有明文。此係為保護消費者而課企業經營者以
23 特別之義務，不因廣告內容是否列入契約而異，否則即無
24 從確保廣告內容之真實。是企業經營者與消費者間所訂定
25 之契約，雖未就廣告內容而為約定，惟消費者如信賴該廣
26 告內容，並依企業經營者提供之訊息進而與之簽訂契約時
27 ，企業經營者所負之契約責任自應及於該廣告內容。（最
28 高法院93年度台上字第2103號判決、91年度台上字第1387
29 號判決意旨參照）。被告係以住宅及大樓開發租售及建築
30 經理業等為營業項目之企業經營者，有卷附被告公司登記
31 事項可稽（見本院卷（一）第59頁背面），原告則為與其購屋

交易之消費者。被告於出售系爭房屋時對外廣告文宣載有「漢景人文大宅、電梯豪墅」、「靜巷電梯豪墅」、「獨棟電梯大宅」等情，有卷附系爭房屋廣告翻攝相片數幀可稽（見本院卷（一）第191至193頁），且為被告於本件審理歷程中所不爭執；則被告自應確保前開廣告內容之真實，並於履約時，對於原告所負之給付義務，不得低於上開廣告之內容。準此可知，被告就系爭買賣契約所負之責任應及於系爭房屋廣告內容，所交付之系爭房屋除應具有相關電梯設備以外，尚須提供合法取得使用執照之電梯，以供原告享有系爭房屋廣告內容之電梯別墅，始符系爭買賣契約本旨。

3. 依據建築法等規定，系爭房屋設置系爭電梯，應申請屏東縣政府准予變更建物使用執照，並應取得電梯使用許可證，否則為違法使用，使用人將有受行政罰鍰風險，本件被告核有可歸責於其自己之不完全給付：

① 按「建築物應依核定之使用類組使用，其有變更使用類組或有第九條建造行為以外主要構造、防火區劃、防火避難設施、消防設備、停車空間及其他與原核定使用不合之變更者，應申請變更『使用執照』。」、「第2項建築物之使用類組、變更使用之條件及程序等事項之辦法，由中央主管建築機關定之。」建築法第73條第2項前段、第4項分別定有明文。次按「本辦法依建築法（以下簡稱本法）第73條第4項規定訂定之。」、「本法第73條第2項所定有本法第9條建造行為以外主要構造、防火區劃、防火避難設施、消防設備、停車空間及其他與原核定使用不合之變更者，應申請變更『使用執照』之規定如下：7、建築物於原核定建築面積及各層樓地板範圍內設置或變更之昇降設備。」建築物使用類組及變更使用辦法第1條、第8條第7款亦規定詳實。從而於原核定建築面積及各樓層地板範圍內設置昇降設備（即室內電梯），即應依上開規定辦理變更使用執照；

未申辦使用執照變更逕為昇降設備之設置者，依據建築法第91條第1項第1款規定：「有左列情形之一者，處建築物所有權人、使用人、機械遊樂設施之經營者新臺幣6萬元以上30萬元以下罰鍰，並限期改善或補辦手續，屆期仍未改善或補辦手續而繼續使用者，得連續處罰，並限期停止其使用。必要時，並停止供水供電、封閉或命其於期限內自行拆除，恢復原狀或強制拆除：一、違反第七十三條第二項規定，未經核准變更使用擅自使用建築物者。」再按「建築物昇降設備及機械停車設備，非經竣工檢查合格取得『使用許可證』，不得使用。」建築法第77條之4第1項定有明文，且按「本辦法依建築法第77條之4第9項規定訂定之。」、「昇降設備安裝完成後，非經竣工檢查合格取得使用許可證，不得使用。」建築物昇降設備設置及檢查管理辦法第1條、第3條第1項亦明文規定詳實。是電梯設備之合法使用，亦須經檢查合格後取得「使用許可證」。

②查系爭建物固於102年1月28日取得建物使用執照，惟就系爭電梯設備之設置，被告自始未辦理建物變更「使用執照」暨系爭電梯設備之「使用許可證」，原告於交屋前之同年4月22日即以存證信函通知被告應提供上開使用執照、使用許可證，嗣系爭建物雖仍於同年5月8日交屋，惟被告遲至本件起訴後之106年8月23日始就系爭建物申請並獲屏東縣政府發放變更後之「使用執照」、電梯「使用許可證」等節，除為兩造不爭執外，並有原告102年4月22日存證信函（本院卷(一)第33至36頁）、屏東縣政府107年4月24日屏府城使字第10712727200號函（本院卷(二)第155頁）、屏東縣政府變更使用執照、屏東縣政府（函）106年8月23日屏府城使字第000000000000號、屏東縣政府規費收據影本各1紙（本院卷(二)第64至67頁）等附卷可佐。從而系爭建物及電梯設備自交屋後其間長達4年餘，均未領有合格建物暨昇

降設備使用執照、使用許可證，原告處於系爭電梯設置屬違章建物而面臨主管機關行政罰鍰風險，核屬債務人未依債之本旨所提出之不完全給付，且係可歸責於債務人即被告，堪認屬實。則原告依民法第227條、第231條第1項規定，請求被告應賠償上開給付遲延之損害，自屬有據。

4. 被告所辯不可採：

被告固辯稱略以：系爭電梯為被告101年6月所安裝，系合約之外設施，為贈品，非屬非買賣契約約定範圍內之物；且於兩造間另案之臺灣屏東地方法院檢察署105年度偵字第6005號案件檢察官庭訊中，原告曾自陳略以：我在購買該建物之前有到現場去看，現場有該電梯，但未貼合格標章，我當場有詢問服務人員，服務人員回答可能未貼等語，依據民法第355條第1項之規定，買受人於契約成立時已知悉有瑕疵者，出賣人不付擔保之責，從而被告自不就上開遲未取得使用執照、使用許可證負瑕疵擔保或遲延給付損害賠償之責，況上開瑕疵現已補正完畢，被告即無賠償之責云云。然查：依據上開說明，雖兩造買賣契約中或未文字載明買賣範圍包括系爭電梯乃至應提供合格使用執照、使用許可證，惟揆諸消保法上揭規定，系爭電梯自因被告上揭廣告內容而屬買賣標的物一部，並無疑義，且依據消費常態，消費者購買產品，除有特別或相反約定外，均希望所購得之商品能合法使用，本案被告既未能舉證兩造就系爭電梯有不須由被告取得合法使用執照、使用許可證之特別約定，自堪認原告係以購買具備上開各該證照之合格電梯設備，為雙方購買時之合意。況原告尚於102年2月16日簽訂買賣契約後之同年4月22日，復以上揭存證信函催促被告應提供各該合格執照及許可證，益徵兩造於系爭房屋買賣契約成立時，即有被告應交付具備合格使用執照、使用許可證之電梯房屋為約定內容，從而被告辯稱系爭電梯為贈品、非屬買賣契約範圍，即無可採。至被

告辯稱原告已中自承，買受時即知系爭房屋及電梯有上開
瑕疵惟仍據以購買、交屋，被告即不負民法第355條第1
項規定之瑕疵擔保責任部分，查本件既據原告起訴援引民
法第277條、第231條第1項為請求被告損害賠償之基礎
，揆諸上揭最高法院判決意旨，本件即無探討被告得否援
引該規定免責餘地；況兩造自始係以購買、交付領有合格
使用執照、許可證之電梯建物為約定之買賣標的，已說明
如上，則本件自亦無出賣人得援引民法第355條第1項免
責可能，乃屬當然。又本件未領有合格使用執照、許可證
之瑕疵，固已因被告嗣於本件審理中補正而不存在，惟原
告因被告本應於102年5月8日交屋當時即應提供完足之
上開證照遲至106年8月間始交付，因而受有給付遲延之
損害仍存在，原告起訴請求填補，尚屬有據，被告此部分
辯解，同無可採。

5. 原告因被告上開給付遲延所得主張之金額如下：

查系爭建物、電梯既均需取得變更使用執照、使用許可證
後方得合法使用，則被告遲至交屋已4年餘之106年8月
間始補正上開瑕疵，於此期間，原告除須始終承受或將受
主管機關科處行政罰鍰、命其補正等不利益行政處分風險
，以及原告如於此期間因使用系爭電梯而受有人身傷害等
損害恐將難獲保險理賠等不利益外，原告又因4年間未能
正常使用電梯，致所買受之系爭電梯無端遭縮短4年使用
壽命，堪認原告為此所受之損害金額，以該電梯設備4年
期間之折舊數目計算為合理。就此，案由本院依兩造聲請
而囑由高雄市土木技師公會所出具之鑑定報告書，同採此
觀點。依據該鑑定報告所載：『依據不動產估價技術規則
第65條：「建物折舊額計算應以經濟耐用年數為主，必要
時得以物理耐用年數計算。經濟耐用年數指建物因功能或
效益衰退至不值得使用所經歷之年數。物理耐用年數指建
物因自然耗損或外力破壞至結構脆弱而不堪使用經歷之年
數。」．．．本案之昇降設備為崇友實業電梯，依其網站

01 所述：「依據財政部使用年限－電梯為15年，如有原廠定
02 期保養可適當增長5至10年的使用年限；依本公司經驗，
03 住宅類等使用頻率較低的電梯約可用20至25年」。參考上
04 述資料，鑑定小組以25年經濟耐用年數計算折舊額。另依
05 據不動產技術規則第67條：「建物之殘餘價格率應由全聯
06 會公告之，並以不超過百分之十為原則。．．．」準此，
07 殘餘價格以10%計。．．．鑑定小組於卷（一）第83-94
08 資料（詳附件九-19至附件九-30）查得被告購買每台升降
09 設備376,000元、每台安裝費94,000元，故每台採購金額
10 合計470,000元。綜上數據，折舊4年、25年經濟耐用年
11 數、殘餘價格率10%、每台採購金額470,000元，計算折
12 舊額（減損價值）如下： $470,000 \times (1-10\%) \times 4 \div 25 = 67,$
13 680 。升降設備減損之建物價值為67,680元。』（卷附鑑
14 定報告書第7頁參照）上開計算方式經核，尚符物之使用
15 常情而無不可取之處。從而，原告據此請求被告應賠償遲
16 延提供系爭建物、電梯使用執照之損害67,680元，應認為
17 合理，自應准許。被告就此固抗辯，縱無許可證，電梯亦
18 可使用，原告即無受有損害云云。然原告因此瑕疵所面臨
19 之風險已說明如上，而合格使用執照、使用許可證之法規
20 建置，本即在控制並保障使用者有效降低、免除因使用不
21 合格之電梯設備所面臨之損害風險，本件固未發生預期以
22 外使用系爭電梯所受之人身或財物實質損害，然被告確實
23 因可歸責於己而未依債之本旨提出完全之給付，原告於此
24 期間本得受法規保障而澤及損害風險降低、免除之無形利
25 益實因而受損，再系爭電梯設備之經濟耐用年數，亦據此
26 耽擱而憑空縮減4年，屬實質有形之損害，則被告上開所
27 辯，自難認可採。原告此部分主張，為有理由。

28 （二）就爭點（二）部分，卷附高雄土木技師公會鑑定報告書第
29 6頁表格，系爭房屋編號「A、B、D、E」及「初勘時
30 法院囑託新增之：2樓主臥外牆（北向）」處【按即判決
31 書附表內容】，於本件107年11月6日鑑定勘驗時確有滲

、漏水情形，且均係被告施工瑕疵所引起，被告交易時自有不完全給付，原告即得請求267,146元之損害賠償金額：

1. 附表所示漏水瑕疵確屬被告未確實施作系爭房屋防水層、施工裂縫所引起，自屬未依債之本旨提出給付，且為可歸責於被告者：

查系爭買賣契約均為全新成屋買賣，有卷附系爭買賣契約書及上揭房屋廣告可憑（見本院卷（一）第17至21頁、第59至69頁），足見兩造於簽訂系爭買賣契約時，系爭房屋係屬全新完工之成屋，依契約本旨即不得有漏水之情形發生。惟觀以系爭房屋於交屋後，始陸續出現如附表所示漏水或疑有漏水之瑕疵，且瑕疵發生原因均係建物防水層瑕疵、施工裂縫所引起，此業據上開高雄市土木技師公會鑑定報告闡述詳實，其鑑定意見係以：『鑑定小組判定編號A、B、E位置有漏水（目視皆可見），而編號D-1位置水份值偏高屬異常現象，推測此時混凝土內部水分偏高，可能有漏水的疑慮。漏水之原因研判為被告施作3樓陽台地板及屋頂層地板之防水層有瑕疵所致，疑為排水孔或牆角、亦或地板邊緣之局部的防水層有漏洞才會導致水滲漏。漏水修復方式應採正壓式防水工法，係從樓板正面（即漏水位置上方地板）重新施作防水層為治本之道，若從天花板處注入填充材，恐無法完全阻止滲漏，有再漏水的可能。編號A、B位置有漏水，其上方同為屋頂層樓地板；又編號E位置有漏水，且編號D位置可能有漏水疑慮，其上方同為3樓陽台地板，故鑑定小組建議將3樓陽台地板及屋頂層地板之防水層應重新全面施作。．．．另外，二樓主臥外牆立面漏水，漏水之原因研判為被告施工時所留通洞所生之裂縫，下雨時由此裂縫從外向內滲漏。鑑定小組建議應修復此裂縫。』（鑑定報告第4至5頁參照）堪認被告交付系爭房屋顯未依債之本旨為給付，要屬可歸責於其之不完全給付、瑕疵給付甚明。

01 2. 被告抗辯不可採：

02 被告就上開漏水瑕疵部分固辯稱，原告本件主張已顯逾民
03 法物之瑕疵擔保減少價金請求權之6月除斥期間，又本件
04 經送鑑定時，距交屋時已逾5年餘，前後歷經颱風、地震
05 等天災難認漏水瑕疵係可歸責於被告，且鑑定方式所採堵
06 住排水孔為放水測試，其方法顯與自然天候狀況不符，不
07 足採為審理依據，且就D-1部分僅載疑有漏水疑慮，非已
08 有漏水情形，此部分即不足認定為已有漏水瑕疵發生云云
09 。然查：①本件既據原告援引民法第227條、第231條第
10 1項規定為主張之基礎，揆諸首揭最高法院判決意旨，即
11 無民法第365條第1項除斥期間規定之適用，即毋庸探討
12 除斥期間是否經過爭點。②再就系爭漏水瑕疵是否可歸責
13 於被告部分，查本件業據高雄市土木技師公會就被告此部
14 分抗辯補充鑑定意見略以：「102年交屋至鑑定時，僅5
15 年多時間，若為正常防水質材，其功能因地震、風吹日曬
16 雨淋，或自然老化而損壞的可能性很低．．．」、「（主
17 臥外牆立面漏水）裂縫原因主要係施工時所留通洞，在填
18 封時，通洞與原牆體交接面未處理妥善密合，日久因混凝
19 土收縮使交接面產生裂縫，而地震、風吹日曬雨淋會影響
20 裂縫變寬」等語，有該公會108年2月19日高市土技字第
21 10800463號函可佐。（本院卷四第110、111頁）從而本
22 件漏水瑕疵與被告未依債之本旨提出應施作完善、無漏水
23 情形之系爭房屋有關，為可歸責於被告事由，自堪認定屬
24 實，被告所辯，即無可採。③至就本件鑑定人採取之地板
25 積水試驗方法，即以膠布、保鮮膜等將排水孔堵住，將水
26 放至地板上，使地板積水深度達2至3公分，待積水1小
27 時候，目視積水樓板下方天花板是否滲漏，嗣於4小時後
28 ，以儀器就原漏水處表面混凝土進行水分計量測試是否水
29 分偏高等方式，係為模擬排水孔如遇大雨不及宣洩，或於
30 外物（樹葉、灰塵）堵塞排水孔之常見情形時建物之防水
31 性能，考上開模擬狀況本為日常生活常遇情形，使用者本

01 可合理期待縱於上開情事，建物牆壁仍有完善防水功效，
02 則鑑定人以上開方式為漏水鑑驗，難謂與常情有違，況此
03 一測試法本為坊間各機構驗屋流程所常見，為公知事實，
04 即無被告所辯測試方法不可採疑慮。④鑑定報告固就D-1
05 部分載為「目視無滲漏」，然該區位同經鑑定人以Kett
06 HI-520混凝土水分計儀器為水分檢測後，認有異常情形，
07 遂判定有漏水疑慮，且依據鑑定報告書附件七所呈測試結
08 果，此區位含水率經檢測後高達5.3%，已逾越參考點（試
09 驗報告——試驗結果欄：位置1.——3樓客房門邊側牆）
10 3.9%之含水率達1.4%，而依正常情況下二者差距不應有
11 0.5%以上之數值判斷（鑑定報告書第3頁中段內容及附件
12 七-2、附件七-3頁內容參照），此區位確有明顯混凝土含
13 水率偏高而屬防水不良情形無訛，再其成因同經鑑定人判
14 定係防水層瑕疵所致，與天災、正常耗損無關，從而此區
15 位亦有被告不完全給付情形，自堪認定屬實。⑤被告固於
16 本件審理時，聲請本院另傳喚證人施博文即系爭房屋後手
17 買家【按系爭房屋業於107年11月2日經原告出售予訴外
18 人施博文，本院卷(四)第99頁系爭建物異動索引參照】為證
19 ，待證事實則為：系爭房屋並無漏水情形。惟查，原告本
20 件起訴主張之各該區位漏水情形，既經鑑定人鑑定如上，
21 漏水、疑有漏水情事等事實即堪認屬實，自無再行傳喚證
22 人必要，附此說明。

23 3. 原告因被告上開給付遲延所得主張之金額如下：

24 系爭房屋既有如附表三樓A、B部分（下簡稱A、B部分）
25 、附表二樓D、E部分（下簡稱C、D部分）及附表二
26 樓「主臥外牆（北向）」（下簡稱北向主臥外牆）部分所
27 示漏水瑕疵而有不完全給付情形，且為可歸責被告者，依
28 民法第227、第231條第1項規定，被告自應負給付遲延
29 之損害賠償責任，原告據此主張，自應准許。再上開瑕疵
30 修復所需之金額，A、B部分合計為163,525元，D、E
31 部分合計為94,766元，北向主臥外牆部分為8,855元，上

01 開3大部分總計為267,146元，業據鑑定報告書闡述詳實
02 (鑑定報告第6頁)，而其鑑定計算之依據則為：『鑑定
03 小組建議將3樓陽台地板及屋頂層地板之防水層應重新全
04 面施作。其修復項目包括敲除原地板之地磚、去除原防水
05 層(在屋頂層發現局部地磚縫隙有些潮濕且牆角有白華，
06 因鑑定小組未獲水管圖面，水管線路走向無法確認，是否
07 因給排水管滲漏無法肯定判斷，建議去除原防水層後確實
08 檢查給排水管是否完好無滲漏，若確有滲漏應修復，詳附
09 件六-1現況照片)、運棄打除之建材、重新整平地面，然
10 後施作新的防水層，地面再重貼新的地磚及局部重作洗石
11 子等。修復(所需)之金額，3樓陽台地板94,766元【按
12 即修復D、E漏水處】，屋頂層地板163,525元【按即修
13 復A、B漏水處】。另外，二樓主臥外牆立面漏水，漏水
14 之原因研判為被告施工時所留通洞所生之裂縫，下雨時由
15 此裂縫從外向內滲漏。鑑定小組建議應修復此裂縫，其修
16 復之金額為8,855元。上述細部修復項目及金額之說明，
17 請詳附件八-修復項目及金額明細。』(鑑定報告第4至
18 6頁及附件八內容參照)觀以上開鑑定報告所載各項瑕疵
19 修復方式，核屬修復系爭房屋上開漏水瑕疵所應為之必要
20 工法及材料費用，即為填補被上訴人因前開瑕疵所受損害
21 之必要費用，故原告主張其因被告有可歸責之事由，致受
22 有如上漏水瑕疵之損害，核屬有據。

23 (三)就爭點(三)、(四)部分，本件既有可歸責被告之給付
24 遲延，原告自得循民法不完全給付之規定(第227、231
25 條)主張損害賠償，從而即毋庸探討是否適用民法第356
26 條、第365條：

27 揆諸前揭六、(一)、1.一段說明，民法給付遲延之不完
28 全給付與物之瑕疵擔保規定核屬二體系不同之規定，屬請
29 求權競合關係，債權人本得擇一行使。本件既經原告主張
30 上開2請求權由本院擇一判斷對其有利者認定，復系爭電
31 梯使用執照、許可證之遲延交付及漏水之遲延修繕均為可

01 歸責於被告者已說明如上，原告請求被告依不完全給付負
02 給付遲延之損害賠償為有理由，本件即不再就民法356條
03 、第365條規定探究。

04 (四) 就爭點(五)部分，本件尚無從證明兩造曾就上揭漏水瑕
05 疵修繕有9萬元金額和解，被告自無債權可資抵銷：
06 本件於109年3月27日最末審理期日，忽據被告抗辯主張
07 ，兩造曾就系爭房屋漏水瑕疵，有9萬元金額之和解，即
08 被告曾於102年5月8日(按為交屋同日)現金交付9萬
09 元與原告修繕上揭漏水瑕疵，被告自得主張抵銷云云。此
10 部分辯解為原告否認。查本件審理迄今，未據被告特定主
11 張，究竟於何答辯狀中之何張單據、款項，為上記時間給
12 付原告9萬元，目的用以和解兩造就系爭房屋漏水瑕疵修
13 繕之和解金付款證明，則被告此部分主張難謂已盡舉證之
14 責。況依被告自陳，9萬元費用系於交屋同日交付，然本
15 件係直至102年7月9日方為原告發現有漏水瑕疵而通知
16 被告處理(不爭執事項(三)參照)。則原告既係交屋入
17 住後始發現上揭漏水瑕疵，自無可能於交屋當日兩造即就
18 本件漏水瑕疵爭議已有上開金額和解，且以被告係專業營
19 建公司，關於建、售房屋相關交易法律規範必具基本知識
20 之情以觀，果兩造就此爭議確有和解協議，衡情自應有相
21 關之協議書、單據為憑，乃均付闕如，則縱交屋當日原告
22 確實收受該9萬元金額，然是否果與本件漏水瑕疵之修繕
23 相關？又是否為該瑕疵損害賠償總額之和解？未見被告證
24 明其實，況本件委託鑑定之日期為107年11月6日，為交
25 屋後近5年半，惟經現場勘驗鑑定結果，系爭房屋確仍存
26 有漏水瑕疵，且均屬可歸責被告(施工瑕疵)而肇致者，
27 是被告既未能舉證鑑定當時既存(且為原告本件起訴主張
28)之漏水瑕疵即係兩造以9萬元金額和解之標的，則被告
29 此部分主張，即嫌無憑，尚無可採，從而被告主張於9萬
30 元金額範圍抵銷其應負之上開金額損害賠償責任，即無理
31 由。

七、綜上所述，原告依民法第227條及第231條第1項規定，請求被告賠償系爭電梯4年未取得使用執照及許可證致不能合法使用之折舊金額67,680元，以及判決附表所示之漏水瑕疵合計267,146元修復金額，並加付自民事準備書（十六）狀繕本送達當日即108年3月19日（見本院卷(四)第119頁）起，至清償日止之法定5%遲延利息【按此部分金額係減縮自原起訴金額165萬元】，為有理由，應予准許。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法，經本院審酌後均認與本件之結論無涉，茲不再一一論列，併予敘明。

九、假執行之宣告：兩造均陳明願供擔保，請准宣告假執行或免為假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當之擔保金額，併准許之。

十、依民事訴訟法第78條，第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 109 年 4 月 24 日
民 事 第 三 庭 法 官 曾 士 哲

正本係照原本作成。

如對判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，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）。

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 4 月 24 日
書 記 官 廖 華 汝

附表：

樓層	位置	原漏水處	積水試驗結果	水分檢測結果	漏水判定	漏水原因	修復方式	修復金額
三樓	客房天花板	A	目視有滲漏	因有裝潢無法檢測	有	防水層瑕疵	重做屋頂層地板防水層	新臺幣（下同） 163,525 元
	客房天花板	B	目視有滲漏	異常	有	防水層瑕疵		

(續上頁)

二樓	主臥天花板	D	目視無滲漏	D-1異常	可能有漏水疑慮	防水層瑕疵	重做三樓陽台地板防水層	94,766元
	主臥天花板	E	目視有滲漏	正常	有	防水層瑕疵		
	主臥外牆（北向）	初勘法院囑託新增	x	x	有	施工裂縫瑕疵	修補裂縫	8,855元
								合計： 267,146 元