

臺灣屏東地方法院民事判決

106年度建字第3號

原告 帝納渡假事業有限公司
法定代理人 張秀玉
訴訟代理人 蔡進清律師
被告 楓根室內裝修設計有限公司
兼
法定代理人 林榮祥
共同
訴訟代理人 王森榮律師
賴柏宏律師
複代理人 楊斯惟律師

受告知

訴訟人 隆山營造有限公司
法定代理人 吳松霖
訴訟代理人 鄧志賢

上列當事人間損害賠償等事件，本院於民國108年8月9日言詞
辯論終結，判決如下：

主 文

被告楓根室內裝修設計有限公司應給付原告帝納渡假事業有限公
司新臺幣五〇九萬，及自民國一〇六年二月二十三日起至清償日
止，按週年利率百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告楓根室內裝修設計有限公司負擔。

本判決原告帝納渡假事業有限公司勝訴部分，於原告帝納渡假事
業有限公司以新臺幣一七〇萬元為被告楓根室內裝修設計有限公
司供擔保後，得假執行；但被告楓根室內裝修設計有限公司如以
新臺幣五〇九萬元為原告帝納渡假事業有限公司預供擔保後，得
免為假執行。

原告帝納渡假事業有限公司其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

壹、程序事項

原告起訴聲明被告應連帶給付原告新台幣509萬元暨法定遲延利息，起訴之事實理由為被告之詐欺行為及建物漏水之債務不履行（詳情後述），復於107年12月3日具狀補充稱因被告越界建築，致建物需拆除之給付不能（見本院卷（一）第201至212頁），被告就此部分雖稱有民事訴訟法第255條第1項第7款之情形而認原告不能於本訴訟中主張越界建築部分，惟本院審酌原告並未就訴之聲明有所增減或修正，且均是基於兩造○○○鎮○○段旅館新建工程（下稱旅館建案）所引起之糾紛，基礎事實同一，並可將此工程之相關紛爭一次解決，是原告補充關於越界建築部分，並非訴之變更、追加，至多僅是攻擊防禦方法之提出，且原告之提出並未有逾期或不適當之情形，故本院就此部分仍於本訴訟中一併審理，先予說明。

貳、實體事項：

一、原告主張：

（一）、原告為在坐落屏東縣○○鎮○○段○○○號土地上興建旅館，經被告林榮祥弟媳訴外人謝銀玲介紹而與被告楓根室內裝修設計有限公司（以下簡稱被告楓根公司）之負責人即被告林榮祥結識。詎被告林榮祥知悉上情後，明知被告楓根公司所營事業並不包括營造業，且被告林榮祥自稱經營之山本土木營造工程企業有限公司（以下簡稱山本公司）則是未合法登記設立的公司，竟除隱匿上情外，又一再向原告代理人表示，其有三支甲種營造牌，被告楓根公司於台東已承建諸多飯店建案，可承攬興建上述旅館工程，絕無問題。致原告代理人不察誤信其言，受騙陷於錯誤，而於104年11月3日與被告楓根公司簽立「工程名稱○○○鎮○○段旅館新建工程」合約書（以下簡稱系爭合約書），並明確於第21條第1項第1款約定「乙方有下列情事之一者，因甲方得解除本契約，甲方因此所受之一切損失，乙方及其保證人應負連帶賠償之全責。1.乙方私自將本工程轉讓他人承包，或將登記證轉借他人承包工程，經甲

方查明屬實者。」、第22條第5項約定「乙方不得將本工程轉包，乙方非依政府的規定，亦不得將本工程之一部分分包，上述工程分包，乙方應將分包的工作項目及分包人先向甲方送請備查，工程雖經分包，仍應由乙方負其全責。」，而以總價3,845萬元將工程交與被告楓根公司承攬施作（以下簡稱系爭承攬契約）。原告並於同年月10日匯第一期工程款（訂金）769萬元予被告楓根公司。嗣於工程進行施工後，被告林榮祥多次要求原告追加工程，原告考慮日後恐無力負擔一直追加的工程款，並為免被告糾纏，雙方乃於105年2月29日協議終止系爭承攬契約，由被告楓根公司將溢領工程款260萬元退還原告，原告則受領完工部分工程。不料，雙方終止契約後，因被告楓根公司將系爭工程私下轉包予第三人，卻發生糾紛，原告進行查證始知被告楓根公司、山本公司根本不具營造牌，被告楓根公司實際已將工程私下轉包他人，原告始知受騙。此外，系爭承攬契約終止時，工程進度已達一樓地坪完成，嗣竟發生地下室牆板嚴重滲水現象，經原告託人勘鑑才知，係因地下室開挖過程未照圖施工，未做地下抽水及安全措施，施工過程土壤崩塌未妥善處置，混凝土灌漿過程有摻雜爛泥，致使地下室牆板產生嚴重滲水現象，柱結構斷面尺寸不足13公分左右，地下水箱版偷工減料，採用點焊鋼絲網，結構安全嚴重堪憂，且無法修補。

(二)、被告林榮祥為被告楓根公司的負責人，對原告為詐欺行為，而使簽訂系爭承攬契約，並支付工程款（訂金）509萬元，致原告受有損害。被告林榮祥即應負侵權行為損害賠償責任。另依民法第28條規定，被告楓根公司應與被告林榮祥連帶負賠償之責。另查，本件系爭工程既因債務人之事由，存有前開嚴重、無法修補之瑕疵，已成給付不能，則原告亦得依規定請求被告楓根公司賠償原告所受損害509萬元。

(三)、原告所提之合約書立合約人乙方「楓根室內裝修設計有限

公司」，名稱固非土木或營造公司。然合約所附估價單上則同時列有「山本土木營造工程企業有限公司」名義，即有使人信其有營造牌之外觀無疑。另查，被告林榮祥固然否認有向原告代理人表示其有三支甲種營造牌之事實。然不論是在系爭承攬契約簽定前雙方洽接之過程，或在契約簽訂之時，被告林榮祥確實均一再表示其有三支甲種營造牌，承攬本件旅館建案絕無問題，有多次陪同洽商、簽約之原告代理人弟弟訴外人張平和可以為證。甚至系爭新建工程於104年11月20日破土儀式後，原告代理人在鴻海飯店宴請與會人士與親友時，被告林榮祥仍一再公開聲稱其有三支甲種營造牌，若有新建飯店工程等，其均可承攬興建絕無問題，在場者（包括張平和與鴻海飯店老闆娘江瑞貞）亦均有聽聞。嗣被告林榮祥於得知鴻海飯店老闆娘訴外人江瑞貞有意新建飯店時，被告林榮祥亦向訴外人江瑞貞聲稱其有三支甲種營造牌，可承攬飯店新建工程，而招攬生意。故被告林榮祥否認曾聲稱其有三支甲種營造牌，並不足採。

(四)、系爭承攬契約總工程款為3,845萬元，其內容包括建築工程費、營造綜合保險費、水電消防工程費，固有營造工程以外的工程需有其他廠商配合施工，而有分包之可能（此為系爭承攬契約第22條第5項規定之目的）。然此情事，對被告林榮祥確實有向原告代理人聲稱有三支甲種營造牌，承攬興建系爭新建工程絕無問題，致原告代理人受騙陷於錯誤而簽約之事實，並無影響。即不足以因有分包之事實，而得據以認定原告主張被告林榮祥確有向原告代理人聲稱有三支甲種營造牌乙事，與事實不符。

(五)、被告林榮祥聲稱有三支甲種營造牌，但並未具體言明營造公司名稱，故開務聯合建築師事務所工程重點監造報表、工程施工抽驗紀錄表等文件固明列「營造廠商：隆山營造有限公司」，然此情事，尚不足以據為認定被告辯稱「被告林榮祥即已向原告言明本件工程係由三家廠商之團隊共

同承包，由被告楓根室內裝修設計有限公司代表統包簽約，至於營造與機電部分將再分包予其他營造及機電廠商」等語，與事實相符。何況，被告林榮祥一向表示訴外人鄧志賢是公司的工地主任，而非轉包或分包商，核與被告檢附之前揭文件記載相符。亦可見被告前開答辯實為卸責之詞，與事實不符。

(六)、原告否認代理人有與機電廠商訴外人林侑璋等參與104年12月29日之會議。原告代理人僅國中畢業，識字程度有限，亦無營造建物經驗，故於簽定系爭承攬契約後，悉憑被告林榮祥處理後續申請開工事宜，被告林榮祥則以需要至屏東縣政府辦理開工手續為由，要求原告代理人交付合約書正本及帝納公司大小章委其處理。原告代理人遂將合約書及裝有「帝納渡假事業有限公司」公司章、搭配使用之「張秀玉」小章及「廣鋒營造有限公司」公司章（廣鋒營造有限公司本為原告所有，業已於102年5月份停業，故該顆公司章早已經作廢）之黑色小布袋一只交付予被告林榮祥。之後，原告指示被告林榮祥應將合約書交予蘇美貞會計師以處理會計帳務相關事宜。嗣因蘇美貞會計師平時聯絡不易，原告經人介紹欲將會計事務改由蔡瑞美會計師處理，乃要被告林榮祥將合約書取回。詎被告林榮祥交回時卻是三份合約，且蔡瑞美會計師亦發現合約印文有誤，經查才知是被告林榮祥冒用原告及代理人名義並盜蓋「廣鋒營造有限公司」與盜刻之「張秀玉」印章，擅自製作與楓根公司、隆山營造有限公司（保證人：富懋土木包工業）、其盟工程股份有限公司（保證人：頂興科技有限公司）簽定之合約書（均名為「恆春鎖西門段旅館新建工程」）。亦即，該等合約純是被告林榮祥所偽造，並非被告林榮祥早已言明工作係由三家廠商之團隊共同承包而製作。

(七)、原告興建系爭新建工程之前，因事關公司權益甚大，業已徵詢多家營造廠商，謹慎評估施工承攬人之資格與能力。若非被告林榮祥一再吹噓其有甲種營建牌照、營建能力，

原告又豈會決定將工程交由楓根公司承攬施作。特別是，訴外人鄧志賢證稱「（為何兩造當時會協議要終止？）說林老闆騙他，說他有三支牌的問題。」等語，更可見被告林榮祥應確實有向原告法定代理人張秀玉訛稱伊有三支甲種營造牌等語，而施用詐術，致原告張秀玉受騙陷於錯誤，而使原告與楓根公司簽立系爭合約書。否則原告法定代理人張秀玉又豈可能因此原因而與被告林榮祥發生紛爭。此外，訴外人鄧志賢又證稱：「（楓根公司如何找上你？）我們在旅館附近有工程，楓根公司找上我們。（林榮祥在簽約前是否有帶你去跟業主認識？）動土那天…」云云。故退步言之，縱使認定原告非因被告林榮祥誇大不實之吹噓，致與楓根公司簽立系爭合約書，而是因信賴被告林榮祥所言其有一定施工團隊，工作是由三家廠商之團隊共同承包之詞，致與楓根公司簽立系爭合約書。然若原告明知隆山公司只是被告林榮祥在路邊隨便找來，其等彼此間從無合作搭配過工程，而不知隆山公司施工能力如何，原告豈可能放心將工程交給隆山公司實際施作。至於證人廖翊翎、王瑋歡固均證稱：被告林榮祥沒有提到他有三支甲種營造牌等語。惟參酌廖翊翎、王瑋歡原是楓根公司員工，所言已難免有偏頗之嫌；另外，二位證人除就上述問題為肯定答覆外，就其他相關細節，諸如在場人有那些人？被告林榮祥還有說過其他話等等問題，其二人則多答以不記得、沒有印象等含糊之詞，更見其等迴護之情，所述應不足採信。因此，被告確有原告所指詐欺行為，應堪認定。

(八)、兩造於105年2月29日協議終止之時，系爭新建工程地下室一樓之結構體確已完成。依被告所提施工照片，固然正在施做一樓地板部分（因無日期標示，無法認定照片是終止契約時的情形），然依被告所提105年2月17日會議紀錄（原告否認有參與本次會議），業已明載營造工程進度，於105年2月29日「B1結構體完成」。可見，於契約協

01 議終止時，系爭新建工程地下室一樓之結構體應確已完成
02 。本件爭執之工程瑕疵，既是發生在系爭新建工程地下室
03 一樓，故不論於契約協議終止時，一樓地板是否業已施工
04 完成，惟仍可確認系爭新建工程地下室之瑕疵，確實是在
05 被告施工期間所產生無誤。

06 (九)、原告終止系爭承攬契約之最大原因，係被告林榮祥一再要
07 求原告追加工程，而原告考慮日後恐無力負擔一直追加的
08 工程款，並免被告糾纏之情。原告係於105年2月26日左
09 右發現被告林榮祥有冒名簽訂合約之嫌疑，致原告代理人
10 質疑被告林榮祥所述有三支甲種營造牌，應有不實。雙方
11 產生爭執，信賴基礎產生動搖，當然亦是終止合約原因之
12 一（且原告於事後查證確定山本公司、隆山公司均非甲種
13 營造公司時，才對林榮祥提出刑事詐欺、偽造文書告訴，
14 並提本件民事爭訟）。其他又如原告代理人與親友均質疑
15 系爭新建工程施工品質不佳，並因以上種種問題導致原告
16 代理人及其配偶甚為憂心，影響健康，亦均是決定終止契
17 約之原因。

18 (十)、末查，本件工程初次鑑定結果經現場會勘，系爭地下室牆
19 與頂板有滲漏水現象，且其瑕疵造成原因為「(1)原設計圖
20 說未特別標明防水工程，僅在電梯剖面圖標註防水工程，
21 依工程慣例，防水工程未特別設計註明，皆採責任施工。
22 (2)經現場鑑定研判灌漿工程疑因承攬人（即被告）於澆灌
23 地下室牆混凝土時搗實振動不足、不均勻澆築，造成材料
24 析離產生蜂窩及施工冷縫，澆築系爭地下室版時，養護不
25 足產生裂縫」部分，原告無意見。又所謂「依工程慣例，
26 防水工程未特別設計註明，皆採責任施工。」乙節，係指
27 若防水工程未特別設計註明，則應由施工廠商負責決定防
28 水工程之進行。故系爭地下室工程未為防水工程致有滲漏
29 水之情形，即屬可歸責於被告之事由，致工作發生瑕疵。
30 被告辯稱，原設計圖說僅就電梯剖面標註防水工程，其餘
31 部分包含系爭地下室牆與頂版均未規劃防水工程，承攬人

就後者部分即無施作防水工程之義務甚明。本件地下室牆與頂版滲漏水之瑕疵，應與原設計圖說規劃不當有關，自難歸咎予承攬人施作上有何問題云云，即不足採信。另就初次鑑定結果，推斷B1結構體含版應已在105年2月29日以前完成，雙方才合意終止契約，原告對此無意見。

(四)、初次鑑定報告經採樣試驗結果，結構安全尚無疑慮，但確有滲漏水之疑慮，且蜂窩、施工冷縫及裂縫之瑕疵可以修補，依台灣省土木技師公會鑑定手冊，建議其修補方式，可採裂縫高壓PU灌注，地下室設截水溝集水坑排水。然系爭地下室工程有滲漏水情事，或許對目前的結構安全尚無影響，但這應只是暫時而已。因為地下牆板等內部之鋼筋在長久泡水情況下，絕對會有鏽蝕產生，日久之後勢必會有影響安全之虞。雖初次鑑定結果表示，有前開補修方式可為修補。然其所謂修補方式則只是在地下室設截水溝集水坑排水，並非將滲漏水之瑕疵予以修補成不會滲漏水之狀況（若修補成不會滲漏水情形，就無需設截水溝集水坑排水）；且於地下室內設截水溝集水坑排水，則滲漏水情形仍屬存在，地下室潮濕根本無法使用，顯而易見，又有誰能接受。亦即，就系爭地下室工程有滲漏水之瑕疵，而依鑑定結果所示修補方式予以修補，系爭地下室仍有減少或不適於通常使用之瑕疵。再者，系爭地下室工程之滲漏水情形之修補方式，只是在地下室設截水溝集水坑排水，並非將滲漏水之瑕疵予以修補成不會滲漏水之狀態，已如前述。至於訴外人鄧志賢固證稱：這個只是鋼筋混凝土模板換起來，灌漿灌好後，後續的防水、磁磚工程都沒有做，漏水是正常的，因為內部都還沒有施作，你只是鋼筋水泥灌起來而已，後面的你要施作，必須要防水層。初胚只是主模灌漿而已，外面的初胚防水層部分都沒有做，那是做一樓頂版的時候防水做完，混凝土還要在深進去把他再灌一次，再冷凍關掉，這樣就不會漏水了。意思是指要等到一樓結構體完成後，再施作地下室的防水工程，灌漿的那

一天一起再灌漿一次。我地下室的底板少鋪了五公分的水泥，以後先做接縫防水層，再用水泥把他壓制，水就會停止，真正會漏水的原因是下雨天，從屋頂很多洞（包括樓梯的洞），水都會流下去，又不是滲水的問題等語。惟此項證述內容不僅與初次鑑定報告書所示不符，甚至亦與訴外人鄧志賢另外證稱：於兩造協議終止契約後，其亦有施作地下室防水工程等語，前後矛盾。蓋在訴外人鄧志賢另外施作防水工程後，地下室實際上仍有滲漏水情事，可見訴外人鄧志賢上開前後證詞明顯有矛盾情事。訴外人鄧志賢所為首揭證述，應屬有誤。

(四)、另就初次鑑定報告結果，越界部分最大部分已達108公分，梁、柱牆等主要結構，皆已越界，若拆除已損及系爭地下室牆柱、梁、版等主要結構，已嚴重影響結構，必須補強及辦理結構分析及變更設計部分，原告無意見。惟按營造業承攬工程，應依照工程圖樣及說明書製作工地現場施工製造圖及施工計劃書，負責施工。營造業法第26條定有明文；另有關越界部分業經本院潮州簡易庭107年潮簡字第22號判決應予拆除在案。再參酌民法第493條立法理由：「然修補瑕疵，有時需費過鉅者，例如房屋建築告竣，因土地疆界，位置不便，遽欲移動，則與創造無異，仍令承攬人修補，似覺過酷，故許其有拒絕權也。」，足見鑑定結果表示之「必須補強及辦理結構分析及變更設計」，即是要變更原來的設計，重行施工，衡情其所需費用自屬龐大，且無異是創造，故系爭地下室因越界建築之瑕疵，即應屬無法修補之瑕疵，而成為給付不能。且是屬可歸責被告之事由所造成。

(五)、另查，第二次鑑定報告結果與訴外人黃證雄證稱之內容相符。故系爭地下室工程係因地下室牆澆灌混凝土搗實振動不足，不均勻澆灌，造成材料析離，產生蜂窩及施工冷縫，澆築系爭地下室版時，養護不足產生裂縫，皆為混凝土「責任施工」範疇，因未依施工規範施工，致造成蜂窩、

01 施工冷縫及裂縫，導致地下室牆及版滲漏水現象乙事，應
02 認自屬因可歸責於被告楓根公司之事由，致工作發生瑕疵
03 結果。再者，本件系爭旅館工程之防水工程是採責任施工
04 。即設計圖說就防水工程雖未特別設計說明，仍應由施工
05 廠商負責決定防水工程之進行。且第二次鑑定報告結果亦
06 明示無漏項未予計價之問題，故除非另有約定，否則既是
07 採責任施工，顯然即無需另行計價可言。訴外人鄧自賢證
08 稱兩造間之合約就防水工程之計價為零，被告無施作義務
09 核與事實不符。

10 (四)、末查，兩造係於104年11月3日簽立系爭合約書，原告並
11 於當日向屏東縣恆春地政事務所申請鑑定界址，且地政事
12 務所亦有通知鄰地所有人到場，並經屏東縣恆春地政事務
13 所於104年11月13日於鑑定界址後，當場設置鋼釘、噴漆
14 、塑膠樁在案，有收件日期104年11月3日104年恆測鑑
15 字第135500號、複丈日期104年11月13日之土地複丈成果
16 圖及其申請書1份為證。另被告林榮祥及訴外人鄧志賢亦
17 均證稱於104年12月1日進行建築物位置放樣時亦有地政
18 人員到場。故有關原告地界指定之義務，應認業已履行；
19 系爭地下室越界建築於鄰地上應是發生在放樣之後，即施
20 工之中無疑。本件土地已經鑑界，即無指界錯誤可言；而
21 放樣當時，尼龍繩確實是在界樁之內而無錯誤，則訴外人
22 鄧志賢若確實是在放樣範圍內施工，自無越界之可能。惟
23 施工結果卻發生越界情形，當然就是未按放樣位置施工所
24 致。且訴外人黃健雄就本件工程放樣位置之證稱與第二次
25 鑑定報告之內容皆相符，故訴外人鄧志賢之證述內容應不
26 可採等語。

27 (五)、並聲明：

- 28 1.被告應連帶給付原告新台幣509萬元，及自起訴狀繕本送
29 達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。
30 2.被告願供擔保，請准宣告假執行。

31 二、被告則以：

01 (一)、被告林榮祥並無原告所指詐欺行為，本件原告固依民法第
02 184條第1項、第28條之規定，主張被告林榮祥為被告楓
03 根公司之法定代理人，而以詐欺行為使原告受有相當於系
04 爭承攬工程款訂金5,090,000元之損害云云。然查，被告
05 林榮祥未曾向原告代理人表示伊有三支甲種營造牌，或欲
06 以山本公司承攬本件工程，原告就主張被告林榮祥有向原
07 告代理人陳稱伊有三支甲種營造牌照，然被告楓根公司及
08 山本公司根本不具營造牌等，並非事實，被告否認之，且
09 原告就上開所謂詐欺情形並未舉證以實其說，自難遽採。
10 實則，本案為旅館業，必須有營造取得使用執照並通過室
11 內裝修審查合格證及機電消防審查核准函才能申請大電及
12 取得旅館執照。被告林榮祥為被告楓根公司之負責人，兩
13 造於104年11月3日在墾丁亞曼達餐廳簽訂系爭合約書時
14 ，被告林榮祥即已向原告言明本件工程係由三家廠商之團
15 隊共同承包，由被告楓根公司代表統包簽約，至於營造與
16 機電部分將再分包予其他營造及機電廠商。再者，倘若本
17 件工程之承攬人必須具有甲種營造牌照之資格，原告大可
18 要求被告林榮祥以山本公司，甚或以原告所謂擁有甲種營
19 造牌照之營造公司名義來簽訂本件工程契約，然觀原告提
20 出之合約書立合約人乙方為被告楓根公司，且被告楓根公
21 司之全名為「楓根室內裝修設計有限公司」，名稱即非土
22 木或營造公司，足見原告前揭主張，殊非無疑。

23 (二)、尤其，本件合約書第22條第5項後段規定「上述工程分包
24 ，乙方應將分包的工作項目及分包人先向甲方送請備查，
25 工程雖經分包，仍應由乙方負其全責」，並非完全禁止分
26 包。再佐以本件工程開工後，原告早已知悉本件營造廠商
27 為訴外人隆山公司、機電廠商為其盟公司，此由開務聯合
28 建築師事務所104年12月1日傳真予原告及隆山公司之工
29 程重點監造報表及施抽驗記錄表，原告代理人張秀玉簽認
30 之105年1月19日工程協調聯絡單，及原告法定代理人張
31 秀玉、機電廠商林侑璋等人參與之104年12月29日會議記

錄即明。準此，原告起訴所稱伊係於105年2月29日兩造終止契約後因被告楓根公司與轉包商發生糾紛，始知被告楓根公司不具營造牌、被告楓根公司實際已將工程私下轉包他人云云，顯有嚴重之誤會。

(三)、此外，兩造於104年11月3日簽訂系爭工程合約書後，原告委託之聯慶稅務會計事務所負責人蘇美貞於104年12月3日來電聯繫被告楓根公司，要求會計即訴外人林麗心將原合約拆開為裝修、土木及機電三部分之各別合約，並將發票各自分開給原告報會計帳。被告林榮祥遂於104年12月8日偕同助理即訴外人王瑋歡、廖翊翎持承攬人各為被告楓根公司、訴外人隆山公司及其盟公司之三份合約書欲請原告查閱核章，原告將所謂原告公司小章交付予被告林榮祥，囑託被告協助將合約用印後交給聯慶稅務會計事務所做會計帳。被告楓根公司會計訴外人林麗心分於104年12月21日將拆開後之三份合約書送至聯慶稅務會計事務所、依原告指示而於104年12月24日將所謂原告公司大小章送至跑件業者訴外人鄒秀珍。嗣原告就此存有意見，兩造於105年2月29日在本件工地工務所協議終止契約，就原告所支付之訂金款項，協商扣除已開支項目款後，約由被告楓根公司返還260萬元，雙方不再提法律訴訟，有經雙方代表人簽認之工程清單三紙及第一商銀付款交易證明單可憑。詎原告非但先向屏東地方檢察署指控被告林榮祥涉嫌詐欺及偽造文書，原告現又改稱因被告林榮祥多次要求追加工程，為免被告糾纏而協議終止云云，前後顯有不一。

(四)、被告林榮祥並無向原告法定代理人張秀玉陳稱伊有三支甲級營造牌等語或施用任何詐術，張秀玉明知被告楓根公司係以統包方式承攬本案，工程進行期間張秀玉亦有與營造廠商即福懋工程行即訴外人鄧志賢等多次商議開會，本件並無民法侵權行為之適用。另查，訴外人張平和於本院107年1月12日之庭訊中固堅稱被告林榮祥在亞曼達飯店、鴻海餐廳時有介紹他自己有三支甲種營造牌云云，但對於

被告林榮祥是否為楓根公司負責人等細節疑問，竟不知情，且經被告訴訟代理人提問本件工程是否需甲種營造牌之際，證人竟覆稱「我不太了解，但我跟某人討論他說必須要有甲種營造牌」等語，顯見訴外人張平和對本案事發經過並未親自參與，而係轉述他人意見甚明。另訴外人張平和為原告法定代理人張秀玉之胞弟，本有立場偏頗，而難期客觀公正為證述之疑慮，自難作為本件裁判之基礎。再者，就被告林榮祥有無原告所指述之施用詐術乙事，業經訴外人廖翊翎、王瑋歡到庭一致證稱：在亞曼達飯店餐聚，及系爭工程破土後在鴻海飯店吃飯之際，被告林榮祥並未提過有三支甲種營造牌，有提及亞曼達飯店、台東娜路彎銀河飯店是伊公司承攬的，機電廠商、營造廠商均有受張秀玉邀請至鴻海飯店吃飯等語，訴外人王瑋歡更證稱楓根公司係室內裝修公司，楓根公司只是統合，會將營造、水電此二類需要牌照的工程分出去等語。核與訴外人鄧志賢同日證述：動土那天被告林榮祥就有帶伊去跟業主認識，業主有招待伊與機電工程廠商吃飯，系爭工程不需要甲種營造牌等語相符，足徵被告林榮祥並無向原告之法定代理人張秀玉陳稱伊有三支甲級營造牌等語或施用任何詐術，張秀玉係明知楓根公司係以統包方式承攬本案之事實。

(五)、另依訴外人鄧志賢證述，可知原告所指之地下室滲水問題，係因工程尚未施作防水即驟然協議終止所致，並非系爭工程之施工有缺失，被告並無債務不履行。原告固主張本件工程有影響結構安全之瑕疵，無法修補云云，惟查依訴外人鄧志賢結證述：系爭工程協議終止當天，工進業已進行至一樓底板灌漿完成，之後停了幾天，後續的防水、磁磚工程都沒有做，漏水是正常的。業主後來要求我們繼續做，叫我們去簽一份共同意向書，我們才願意做，業主有支付訂金100萬元，業主希望我們將外牆防水做好，地下室整理防水，在地下室防水做完後再灌漿一次，就不會漏水，本件原告所指的滲水瑕疵是因為地下室防水還沒做好

，就已經終止掉才會發生。且水都會從屋頂洞口包括樓梯的洞流下去，不是滲水瑕疵等語。證人前揭證述苟若無訛，足徵系爭工程非但未完工，且係未施作至防水層即因兩造協議終止而停工，既然其工進尚未施作至防水，則後續工程停工後縱有因天雨等因素造成積水、抑或係滲水情形，自難謂此屬工作缺失，遑論可否歸責於被告。

(六)、再者，依臺灣省土木技師公會107年7月12日107省技字第南0221號鑑定報告書之認定，原設計圖說就系爭地下室牆與頂板均未規劃防水工程，為滲漏水之發生原因，承攬人之施工並無缺失。其次，本件鑑定人既已會同兩造選定牆面、版面處鑽心取樣，及掃描牆等10處鋼筋後，研判：(1)鑽心取樣之試體試壓結果抗壓強度符合規定，材料強度無虞；(2)鋼筋掃描試驗測試結果符合設計要求等語，最終作成：「經採樣試驗結果，結構安全尚無疑慮」之結論，足見系爭工作物除系爭地下室牆與頂板僅有滲漏水之瑕疵外，並無其他缺失或瑕疵存在。又本件地下室牆與頂板滲漏水之瑕疵，應與原設計圖說規劃不當有關，已如前述，自難歸咎予承攬人施作上有何問題。至於，本件鑑定報告雖謂依鑽心取樣試壓結果研判因施工振動不足，澆灌不均勻，造成材料析離產生蜂窩、施工冷縫及裂縫等語，惟本件鑑定報告既已認定系爭地下室僅有滲漏水之缺失，而非認為前揭蜂窩、施工冷縫及裂縫同屬瑕疵，再佐以前揭蜂窩、冷縫及裂縫係隱藏於系爭地下室牆面及頂板內部，於工程施作上亦非罕見，甚有在不影響結構強度下以沙拉油桶或保麗龍來減少混凝土澆灌之施工作法，自難認定此屬瑕疵。

(七)、末查，原告所提出之屏東縣恆春地政事務所複丈成果圖固認原告於屏東縣○○鎮○○段○○○ ○號土地上所興建之未完成主體之兩處水泥基座即A大水泥基座占用261地號土地面積0.67平方公尺、占用262地號土地面積7.99平方公尺，B小水泥基座占用261地號土地面積8.01平方公尺，

合計約16.67平方公尺之多；惟經內政部國土繪測中心再次鑑定，作出本件鑑定書並認定本案A大水泥基座占用鄰261、262地號土地之面積分別為0.35、8.28平方公尺，計約8.63平方公尺，較前者所認定之8.66平方公尺為少，而就B小水泥基座更是完全沒有越界，與恆春地政事務所之認定迥然有別。又因國土繪測中心係使用精密電子測距經緯儀，並參考屏東縣恆春地政事務所之地籍圖等資料認定，則國土繪測中心之鑑定書內容應較為準確。被告係依監造單位放樣位置為施作，並無施工誤差，復經本件監造單位抽驗認定符合圖說規範，縱生越界結果亦難認被告有何注意義務違反或過失；且本件越界結果亦無法排除監造單位放樣錯誤所肇致。

(八)、系爭工地確經原告會同地政事務所人員等鑑界後，始進行陸續進行放樣及開挖，兩造就此均無爭議。縱認本案有越界建築之情形，惟此部分是否屬營造廠商之疏失，仍應檢視營造廠商是否有放樣錯誤，或施工誤差之情形？被告係依原告所提供之資料，並在監造單位即原告使用人之監督下，依合約圖說完成地界放樣。此觀被證9之照片顯示，系爭未完成之建築物為長條型，該建物之一側樑柱踏面與前揭鋼筋界樁及土地界標係切齊一致，足見營造廠當時確有依原告及監造單位之指示，配合監造單位放樣位置，進行後續打鋼軌樁、開挖、打底、組立模板、鋼筋綁紮及混凝土灌漿之作業。另依卷內105年1月27日工程重點監造報表所載，「8.抽驗座標(X3-X4，Y1-Y2)柱筋尺寸、號數及支數尚符合結構圖說規定」、「10.抽驗柱與柱間淨尺寸，尚符合結構圖說規定」等語，足見監造單位於105年1月27日抽驗時工作物之座標、柱筋尺寸號數及支數、柱與柱間之尺寸均符合契約圖說，亦足說明監造單位抽驗時認定系爭建物之基柱及牆面施作位置與契約圖說無違背之處。訴外人黃建雄固結證稱：105年1月27日工程重點監造報表第8點與地界是沒關係的，上面所寫的X、Y不是

地界的座標，是我們柱筋線的座標，到底是哪根柱子而已云云。然依教育部國語辭典查詢結果，座標乙詞表示平面上或空間中某一定點的位置標示，絕非僅係單純編號。訴外人黃建雄前揭證述內容反與書證文義不符，亦未提出合理之解釋。再者工作物興建之基地座落範圍是否正確，攸關該工作物完是否有遭他人主張拆屋還地之風險，影響定作人及承攬人本為承包商施作及監造單位抽驗之要點，而訴外人黃建雄既稱「104年12月1日是放樣勘驗，看拉尼龍繩放樣的位置，那確的」等語，則嗣後之抽驗絕無可能完全不管施作位置是否符合圖說及界址，再佐以訴外人黃建雄當日猶證稱：第二次即105年1日至現場時當初的界樁、尼龍繩都已經拿掉了，我們何主任當場提醒說千萬不可以越界云云，足見監造單位對施作是否越界，相當關心，殆無可能全然不予抽驗查核。另對照訴外人黃建雄於當日證述堅稱：越界的原因無法論述，伊事務所僅負責監造，放樣勘驗後是相信營造廠會在同一位置施工，建築師不負責云云，多在撇清監造單位之責任；以本案越界乙事，實無法排除監造單位放樣錯誤而造成後續施作之可能，自不能單憑訴外人黃建雄之片面說法逕為認定係承包商施作錯誤造成越界。且訴外人黃建雄於105年月27日當天並未到場，而係由該所何主任親自參與抽驗則其既未見聞抽驗經過，自難以此證詞為不利於被告之認定。

(九)、本件臺灣省土木技師公會鑑定報告並未認定該工作物越界部分拆除後必然損及系爭地下室牆柱樑版等主要結構，或無補強之可能，且經國土繪測中心重新鑑定後確認越界面積下修，甚有未越界之情形，原告主張依民法第226條等規定為請求，即非適法。臺灣省土木技師公會鑑定報告係以恆春地政事務所鑑界、指界及鑑界成果圖套繪為依據，認定本件工作物越界部分最大部分已達108公分，樑、柱、版等主要結構皆已越界，若拆除已損及系爭地下室牆柱樑版等主要結構，必須辦理補強及辦理結構分析及變更設

計等語，並未認定該工作物越界部分拆除後必然損及系爭地下室牆柱樑版等主要結構，或無補強之可能，原告執此主張本案屬無法修補之瑕疵，即有誤會。且恆春地政事務所鑑界、指界及鑑界成果圖套繪，與國土繪測中心所做之鑑定結果，存有極大之落差，應以國土繪測中心之鑑定為準，已如前述，則在A大水泥基座越界面積略減，B小水泥基座未越界之情形下，該拆除是否損及系爭地下室牆柱樑版等主要結構，即非無疑，倘若無損，即無辦理補強之必要，原告更不得以此主張給付不能。另被告林榮祥既無原告所指之詐欺行為，自無需依民法第28條連帶負責，且原告並未主張被告林榮祥係以被告楓根公司負責人身份為詐欺致生越界建築，故此即無連帶負責之適用等語以資答辯。

(H)、聲明：

1. 原告之訴駁回。

2. 如受不利判決，願供擔保，請准宣告免假執行。

三、本院之判斷：

(一)、原告主張因被告林榮祥之詐欺行為始締結契約。經查：本院業於107年4月16日言詞辯論期日傳喚兩造所聲請之證人，原告所提出之證人證稱被告確實有保證擁有三支甲種營造牌；然被告提出之證人則均否認此情，而雙方所提出之證人各為其等之親戚或員工，事實上均有偏袒己方之可能，故實難從證人證述中推論被告究竟有無為此等保證。而此部分為原告所主張，即應由主張此等事實之原告舉證，本院因認原告就此等主張未能舉證成功，原告主張被告林榮祥有詐欺行為，尚難肯認。況原告雖稱係因被告林榮祥聲稱有三支甲種營造牌才與被告楓根公司簽約，惟被告楓根公司是否確有三支甲種營造牌，與被告楓根公司是否能夠完成本件旅館建案並無正相關，被告楓根公司仍可透過轉包、發包等方式完成，是縱被告林榮祥有偽稱有甲種營造牌之行為，亦無從遽以認定將因此使原告受到損害，

01 故原告此部分之主張，並無可採。

02 (二)、原告另以漏水與越界建築為由，認被告楓根公司有給付不
03 能之情事，而請求損害賠償。經查：

- 04 1. 本件因尚可歸責於被告楓根公司所造成之越界建築，而使
05 本件旅館建案需拆除，則既已拆除就無從修補漏水，故就
06 漏水部分是否肇因於被告楓根公司即無論究之必要，是本
07 件論述上應先探查越界建築之部分，先予敘明。若越界建
08 築部分被告楓根公司並無可歸責，始進一步討論漏水部分
09 之責任歸屬，先予敘明。
- 10 2. 本件旅館建案確有越界建築，且應將越界之部分拆除，返
11 還該部分土地與鄰人之事實，業經本院以107年度潮簡字
12 第22號判決確定，有該判決附卷可查（見本院卷(一)第190
13 至194頁），復經本院會同國土測繪中心於108年3月28
14 日於現場勘驗測量確認無誤，有勘驗筆錄（見本院卷(二)第
15 5頁）、國土測繪中心108年4月16日測籍字第10813012
16 34號函（見本院卷(二)第37至41頁）及108年4月22日測籍
17 字第1081560130號函（見本院卷(二)第49至53頁）等在卷可
18 證，可認為真。
- 19 3. 本件旅館建案的施工前業經鑑界，且鑑界時亦有地政事務
20 所人員在場，由地政人員釘下紅色界樁等情，業經本件旅
21 館建案工地主任即證人鄧志賢證述在卷（見本院卷(一)第22
22 3頁正反面），並有土地複丈申請書暨複丈成果圖（見本
23 院卷(一)第234至235頁）附卷可憑，而建築師事務所人員
24 亦於當日確認檢查線與地界界樁間之距離無誤等情，亦有
25 證人暨建築師黃建雄之證述可參（見本院卷(一)第286頁反
26 面至第287頁），且衡情「建物檢查線放在地界之外」如
27 此明顯之錯誤在施工前不可能無人發現，故原告既已請國
28 家所屬之地政人員在場釘下界樁，可認原告已正確指界，
29 而現場亦經建築師就放樣檢查無誤，最後卻產生越界建築
30 之結果，明顯應是施工單位施作時作偏了所致，是被告稱
31 ：本件越界結果亦無法排除監造單位放樣錯誤所肇致云云

，應無可採。本件旅館建案之越界建築結果，既為施工者之錯誤，故應可歸責於被告楓根公司至明。

4. 被告雖抗辯：本件經國土繪測中心重新鑑定後確認越界面積下修，故不一定要全數拆除云云。然查：本院於國土繪測中心重新鑑定後，檢送全卷再送台灣省土木技師公會鑑定，其中鑑定結果為：依新版國土測繪中心所繪製之成果與恆春地政事務所107年5月8日上午8時整系爭地下室現場鑑界指界及鑑界成果圖套匯略同。其中越界部分含地下室主要結構基礎、梁、柱、牆、版已嚴重影響結構，若僅拆除越界部分則需補強及辦理結構分析及建築執照變更設計，建築物使用空間亦受影響（見本院卷(二)第76頁正反面），故越界部分既然含「地下室主要結構基礎、梁、柱、牆、版已嚴重影響結構」，可見已影響重要部位，非簡單修正即可，而越界部分必須拆除返鄰人之事實，業經本院以107年度潮簡字第22號判決確定，故拆除該等部分既將使該建築物失去主要結構，則可認除該等越界部分將使該建築物已與全損無異；且鑑定意見指「拆除越界部分則需補強及辦理結構分析及建築執照變更設計，建築物使用空間亦受影響」，可見縱僅拆除越界部分，重建後也與先前不同，無法修補至原先圖說之情形。因此，被告楓根公司越界建築之情形既已影響主要結構基礎、梁、柱、牆、版，可見被告楓根公司根本未能提出符合債之本旨之給付，無法完成具備約定品質之工作，本件被告楓根公司明顯已有給付不能之情形。

(三)、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；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；因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害，民法第495條第1項、第227條第1項、第226條第1項分別定有明文。本件既因有

越界建築情事，而拆除越界部分會影響主要結構基礎、梁、柱、牆、版，又縱僅拆除部分重建後亦將與原先約定之圖說不同，且該等情事係肇因於被告楓根公司之越界建築施工，被告楓根公司明顯已給付不能，故原告依上開規定請求相當於原告已給付之509萬元之損害賠償暨自起訴狀繕本送達翌日（106年2月23日，有送達證書在卷可查，見本院卷(一)第45至46頁）起算之遲延利息，自有理由。

四、綜上所述，本件原告依民法承攬及債務不履行之法律關係，請求被告給付509萬元，及自起訴狀繕本送達翌日即（106年2月23日）起至清償日止，按週年利率5%計算之利息為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，非有理由，應予駁回。本判決原告勝訴部分，兩造各陳明願供擔保，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。至原告敗訴部分，其等假執行之聲請已失所附麗，應駁回之。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法，經審酌後，認與判決基礎之事實及結果並無影響，爰不一一贅述，併此敘明。

據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中 華 民 國 108 年 8 月 30 日
民 事 第 三 庭 法 官 薛 侑 倫

以上為正本，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）。

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 108 年 8 月 30 日
書 記 官 林 銀 雀