臺灣新竹地方法院民事判決

106年度簡上字第14號

上　訴　人　中華工程股份有限公司
法定代理人　沈華養
訴訟代理人　薛欽峰律師
被上訴人　　楊玉財

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於民國105年12月8日本院竹北簡易庭105年度竹北簡字第280號第一審判決提起上訴，本院於民國108年8月7日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止；前開承受訴訟人於得為承受時，應即為承受之聲明；聲明承受訴訟，應提出書狀於受訴法院，由法院送達於他造，民事訴訟法第170 條、第175 條第1 項、第176 條分別定有明文。本件上訴人之法定代理人原為嚴雋泰，嗣於民國（下同）106年12月6日變更為沈華養，有經濟部核准函及中華工程股份有限公司變更登記表1份附卷可稽（見本院卷第61至67頁），茲上訴人於1067年12月15日具狀聲明承受訴訟，經核尚無不合，應予准許。

貳、實體方面

一、被上訴人起訴主張：

緣上訴人因施作WH10-B標（60K＋312-64K＋005）主線新建工程，影響被上訴人承租位於新竹縣○○鄉○○段○○○○段000地號土地（下稱系爭土地）上海蟲養殖並造成該土地上之養殖池破裂。嗣上訴人雖同意替被上訴人修復其中10個養殖池，然上訴人並未修復完畢，迄今仍處於漏水之狀態，爰依侵權行為之法律關係，請求上訴人賠償回復原狀費用新

臺幣（下同）348,000元及鑑定費50,000元，合計398,000元等語。

二、上訴人則以：

（一）上訴人均係依照合約施工WH10-B標工程，該工程之施作與被上訴人所稱海蟲養殖及養殖池破裂無任何因果關係。上訴人於103年間承攬系爭工程該路段施工前，為確認工程之施作是否造成鄰房受損及避免後續爭議，曾委託臺北市土木技師公會作成「中華工程股份有限公司西濱快速公路WH10-B標（60K＋312至64K＋005）主線新建工程施工前鄰房現況鑑定報告書」，就鄰房施工前之現況有完整且詳細之照片紀錄，其中本件爭議之海蟲池為鑑定報告書第3頁十、鑑定標的物第三列之「新竹縣○○鄉○○村00鄰000號旁養殖場」，於鑑定報告書第77至99頁土木技師就該海蟲池現況有完整之照片紀錄，該等照片中可見系爭海蟲池當時已有水泥破損而裸露出內部磚頭、多處水泥裂縫且漏水嚴重，顯見於上訴人施工前系爭海蟲池已瑕疵遍佈，被上訴人所稱海蟲池受損顯與上訴人無關。況該海蟲池僅係磚造再塗抹水泥固定，並無防漏結構，依照一般工程常識即知該磚造建築根本無法作為蓄水池用，因其無法完全阻絕水從磚頭接縫處溢流，必定會產生漏水問題，是被上訴人主張上訴人施工導致其海蟲池漏水云云，亦屬無由。

（二）又被上訴人請求上訴人賠償無非係以社團法人新竹縣建築師公會（下稱新竹縣建築師公會）104年7月20日出具之鑑定報告書為據，惟上訴人於系爭工程該路段施工前委託臺北市土木技師公會作成之「施工前鄰房現況鑑定報告書」，已足證系爭養殖池於上訴人施工前即有多處破損、水泥裸露、裂縫、漏水之瑕疵，因被上訴人挾此報告內容向交通部公路總局（即被告之業主）施壓，要求其等負責，業主乃不得不於104年10月22日召集主持協調會議，兩造及該工程監造均有出席，該會議結論即指出雖與會者對於養殖池損壞之因果關係未有共識，但被上訴人同意由上訴人

於104年10月26日起陸續派工協助修繕，並同意「自中華工程修復養殖池漏水完成日起，楊玉財同意本件有關養殖池裂縫損壞所有爭議均已圓滿解決，並對公路總局及中華工程均拋棄養殖池損壞賠償之請求」，後被上訴人又於104年10月26日再簽署同意書，同意上訴人進入修繕，上訴人乃陸續派工進入完成該等養殖池之修繕。前開協議具有和解契約之性質，依法被上訴人即無從以上訴人施工致養殖池損壞乙事再為主張。另依鑑定意見書第4頁3.(1)申請人自訴所載，被上訴人係指稱上訴人「打樁工程之施工震動」導致養殖池毀損，而經查上訴人基樁之打樁工程於104年2月間即已完成，施工時間約15日。換言之，104年10月後上訴人既依兩造協議協助修繕養殖池，後續縱有新增之損害，亦顯與上訴人打樁工程無涉。況被上訴人所提新竹縣建築師公會鑑定意見書亦指出：「申請人之養殖池僅以1/2B磚作為牆體構造，底層磚雖有益膠泥黏著，但其他磚塊間之水泥砂漿並不能抵擋側向剪力又無彈性防水材質施工，遇有地震或施工強震時，難免會產生裂縫而漏水。」，足見該養殖池依照一般工程基本常識即知根本無法作為蓄水池用，因其無法完全阻絕水從磚頭接縫處溢流。且鑑定意見書亦明指「磚體強度不足及缺彈性防水施工是本案造成裂縫漏水損害之潛因」，況系爭養殖池設置於西濱快速道路旁邊，該路段大型車輛經過頻繁，所產生之震動依上揭鑑定意見書之專業意見，亦能造成裂縫與漏水。是該鑑定時之裂縫漏水既經上訴人協助修繕完成，被上訴人同意不再對此向上訴人追究責任，後續上訴人於該處亦再無打樁施工作業，則嗣後再發生之破損漏水，依前揭鑑定報告書之意旨顯係養殖池本身缺陷或其他非可歸責上訴人事由所致，與上訴人無關。縱依被上訴人所提新竹縣建築師公會鑑定意見書結果，上訴人至多僅需負擔系爭養殖池修繕費用之70%，其餘部分應由被上訴人自負，被上訴人請求全額之修繕費及鑑定費，亦屬無據等語。

三、原審判決認定：依新竹縣建築師公會養殖池裂縫漏水事件鑑定報告書鑑定意見，足徵上訴人於104年2月間進行打樁工程，因而產生劇烈震動後，養殖池進而陸續發生裂縫漏水之事，實與施工震動有關。…審酌系爭養殖池之磚體強度不足及缺彈性防水施工亦係本案造成裂縫漏水之潛因，而新竹縣建築師公會則本諸公平、客觀立場，佐以其專業評估，是應認本件修復費用由被上訴人負擔30%、上訴人負擔70%，自屬合理，是上訴人賠償金額應減輕為243,600元。再者，被上訴人為釐清系爭養殖池漏水原因責任歸屬而委請新竹縣建築師公會進行勘查及鑑定，計支出鑑定費50,000元，核屬必要費用，依兩造應負擔比例計算，上訴人應負擔35,000元（50,000元x 70%＝35,000元）。從而，被上訴人請求上訴人賠償278,600元範圍內，應予准許；逾此範圍之請求，則無理由。並據此判決：上訴人應給付被上訴人278,600元，及自105年9月9日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，並駁回被上訴人其餘之訴，及依職權為假執行之宣告。

四、上訴人對原審判決敗訴部分聲明不服，其上訴理由除與原審之陳述相同者外，另主張略以：

（一）系爭鑑定報告為被上訴人單方委託作成，尚非由兩造合意委請法院囑託公正單位所作，內容恐有偏頗之虞。且原判決亦未審酌系爭海蟲養殖池之材質及構造本非具完全防水功能之蓄水構造物，於上訴人施工前早有破損漏水之情事，實非上訴人所致，上訴人嗣以鑑定意見書所示相同工法協助被上訴人修繕完畢，然後續仍有破損漏水，顯見被上訴人之損害實與上訴人施作工程無因果關係。

（二）又系爭鑑定報告書僅查詢中央氣象局地震測報中心104年2月地震測報分析，並無其他月份之地震資料。倘如鑑定報告書所稱比對103年11月土木技師公會現況鑑定報告紀錄與現場確有許多水平裂縫是鑑定後產生之新痕跡，則至少應調取103年11月至104年2月之所有地震紀錄。再依上訴人查得之中央氣象局地震活動彙整資訊，系爭養殖池於10

2年10月建造完成後迄104年2月上訴人施工，所在地新竹縣竹北市至少發生6個震度2以上的有感地震，是系爭養殖池之裂損是否與上訴人施工有因果關係，尚有再為釐清必要。甚且，系爭養殖池既於103年11月上訴人開始施工前即已有裂損漏水，足見必係由上訴人施工以外之原因導致，故鑑定人自應完整調查系爭養殖池103年初設置完成至104年2月之所有地震紀錄，方能作成完整之鑑定分析，然該鑑定意見書竟僅以104年2月並無規模大於2之有感地震，即排除地震可能為系爭養殖池裂損之原因，實有重大疏漏。再者，鑑定報告書指出「磚體強度不足及缺彈性防水施工是本案造成裂縫漏水損害之潛因，而相對人打樁施工產生劇烈震動是造成本件損害之直接原因」，則該磚體是否本身即因強度不足及缺彈性防水施工而不適合作為蓄水池使用？是否本即會因時間經過即會造成裂損而與震動無關？又縱上訴人打樁施工造成震動，然因系爭養殖場緊臨西濱快速道路，有無可能裂損係因大型貨車經過震動所致。又鑑定意見稱一為直接因素、一為潛因，然如何計算出雙方應負擔之比例，未詳述其認定之依據。況系爭養殖池既於103年11月即上訴人施作工程前已有明顯破損及漏水狀況，則自無從將全部修繕至無裂損漏水狀況之責任均歸咎於上訴人。易言之，該等修繕費用至少應扣除103年11月前之裂損部分由被上訴人自行負擔。

（三）再者，原判決雖依被上訴人主張，認上訴人未提出相關事證證明系爭養殖池業已修繕完畢，然因該等養殖池被上訴人一直持續養殖使用中，上訴人自不敢貿然進入修繕，以免造成海蟲損害，故僅能依照被上訴人告知哪些蟲池可以修而進行。上訴人於被上訴人104年10月26日簽署同意書後，依照指示依序挖除養殖池內土堆，再由工人進入施作防水及修補水泥，修補完成由被上訴人確認無誤後，因被上訴人表示其欲換新養殖池內之土壤，故再另由被上訴人通知上訴人請工人將新土堆放入養殖池。是以，被上訴人

既已通知上訴人堆回池內土壤，顯見業已修繕完畢無疑，此觀之系爭養殖池被上訴人迄今仍持續養殖使用中，顯見被上訴人於原審指稱上訴人修繕工程到現在都沒有完工云云，實屬無稽。

（四）又系爭養殖池位於特定農業區，依法不得設置戶外養殖池，是其結構穩固、安全與合法性顯有疑慮外，更恐隨時遭拆除，實難認被上訴人有何損害。又鈞院雖函詢新竹縣建築師公會請鑑定人提供補充說明，惟該鑑定人仍係依照先前僅由被上訴人參與、陳述並提供資料之內容而為補充說明，自與原鑑定報告書相同，仍非中立。且該補充說明書內容簡略，未提出具體理由與舉證外，更處處可見專業能力之欠缺，詳言之：

1、補充說明書第(1)點，鑑定人雖謂上訴人主張103年11月起至104年2月間之有感地震造成系爭養殖池損害擴大建議不可採，並稱上訴人如存有疑慮理應於104年2月施工前再次鑑定云云。然查，上訴人承包西濱快速公路WHIO-B標主線新建工程範圍甚廣，工期亦長（迄今尚未完工），故該鑑定係於開工前委託台北市土木技師公會鑑定，標的亦非僅系爭養殖池，且上訴人當時亦無法預知會有本件損害賠償訴訟，是以本件鑑定人竟以上訴人未於104年2月再次為現況鑑定為由認不可減免責任，實有謬誤。況且，上訴人委託台北市土木技師公會於103年11月做成之鑑定報告書既有可歸責於地震之局部裂損紀錄，鑑定人亦不否認，則何以之後發生之地震即不會造成裂損？此足見鑑定人補充說明書不合常理。

2、補充說明書第(2)點，鑑定人雖謂應由上訴人負較高之損害責任，不宜推責於大型車輛往來經過震動云云。然究其說明：「參考申請人所訴……，認為該養殖池構造強度應可承受大型車輛往來經過震動及小於3級之有感地震」、「……參考申請人提供之打樁震動錄影片是為關鍵，鑑定人認為相對人應負較高的損害責任，……」主要均係參考

被上訴人之陳訴及其提供之影片，此已可知該鑑定人補充說明書實仍有偏頗之疑慮。況鑑定人於說明表示：「養殖池構造尚無施工規範可依循，選擇構造之成本與風險，鑑定人應予以尊重，認為該養殖池構造強度應可承受大型車輛往來經過震動及小於三級之有感地震」。無非係以「尊重」之詞逃避責任，根本未盡其職責對構造物之強度與耐震力具體鑑定。而縱如鑑定所述養殖池並無施工規範，然其應仍得據其專業以相關儀器測試養殖池之強度與耐震力，然鑑定人並未為之，則此鑑定有何具體意義及專業可言？而鑑定人於鑑定意見書之偏頗更不言可喻。

3、承上所述，鑑定人補充說明書認定地震及車輛往來震動均無須列為養殖池裂損之原因，其內容處處可見鑑定人對於結構物強度計算能力之欠缺外，更明顯偏頗被上訴人。再者，補充說明書第(3)點，鑑定人雖稱：「縱地震及大型車輛往來有可能是造成系爭養殖池裂損之因素，然鑑定人原先已考量將其概括於養殖池構造風險而歸責於申請人30%責任，此兩增添因素無須再調雙方分責比例，中華工程公司仍負擔70%責任」等語。然查，原鑑定報告書之鑑定結果係以：經查當月台中、台北地區規模大於2之有感地震為0次，尚無法推論該地震是造成本損害事件之因素。故本未將「地震」因素列入兩造責任比例之考量，現鑑定人補充說明書竟稱其原先已考量而概括於責任比例內，顯有矛盾，並與事實不符。況且，鑑定人遽指兩造責任比例為70%、30%，然縱上訴人有打樁震動責任，被上訴人亦有養殖池構造不佳之責任，雙方何以需以該等比例負擔責任，鑑定人始終未具體說明理由等語。並聲明：（一）原判決不利於上訴人部分廢棄。（二）上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。（三）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。被上訴人之陳述均與原審相同，並聲明：請求駁回上訴。

五、本院之判斷：

被上訴人主張其於102年8月1日承租系爭土地興建養殖池養殖海蟲，租賃期間自102年9月1日起至109年8月31日止。而訴外人公路總局為進行西濱快速公路高架路工程，委由上訴人承攬施作WH10-B標（60K＋312-64K＋005）主線新建工程；上訴人於103年11月間進駐該區，並於104年2月間施作擋土樁工程（10公尺x 30公分x 30公分鋼骨樁）等情，業據提出土地租賃契約書為證（見原審卷第28頁），並經原審依職權調取土地登記公務用謄本在卷可參（見原審卷第19頁），且為上訴人所不爭，應認為真正。被上訴人又主張其所有之養殖池因上訴人施工不當造成損害，則為上訴人所否認，並抗辯稱其打樁工程與養殖池受損無因果關係，且被上訴人之養殖池構造上本存有多處破損、水泥裸露、裂縫、漏水之事實等語。經查：

（一）被上訴人前以其所有之系爭養殖池滲漏水為由，委請新竹縣建築師公會鑑定滲漏水原因、修復滲漏水之方法及工程費用，暨若有損害原因責任歸屬爭議，雙方合理負擔之比例等項。該公會於104年7月20日出具新竹縣建築師公會養殖池裂縫漏水事件鑑定報告書（下稱鑑定報告），內容略以：「（一）造成申請人（即被上訴人，下同）所有養殖池牆體裂縫漏水損害原因為何？參考當事人說明，經分析研判後，鑑定結果歸納如下：1.申請人自訴：自102年10月開始經營養殖池，至104年2月，共1年4個月期間，養殖池均無裂縫漏水事件發生。然自104年2月起道路施工單位開始進行打樁工程，產生劇烈震動後，養殖池陸續發生裂縫漏水損害事件，應與施工震動有關。2.相對人（即上訴人，下同）自訴：系爭養殖池於103年11月12日已委託土木技師公會作現況鑑定，當時部分養殖池已有裂縫及滲水，本案均依設計工法施工，並無施工不當之疏失，且104年2月打樁是經申請人協調之施工時段，約15天完成打樁。申請人同年3月提出養殖池因打樁震動產生裂縫漏水乙事，應考量是否受當時發生多次地震影響？3.經查中央氣

象局地震測報中心104年2月本區域有感地震有15個，而對外發佈顯著有感地震5個（編號8至12），詳附件五。但統計資訊顯示：當月台中、台北地區規模大於2之有感地震為0次，尚無法推論該地震是造成本損害事件之因素。4.又比對103年11月12日土木技師公會有關系爭養殖池現況鑑定報告，當時紀錄均屬表面粉刷裂縫及少數滲水之跡象，尚無大量裂縫漏水之記錄資料可查。但如今比對現場，則有許多水平裂縫確實是鑑定後產生之新痕跡，也是造成漏水爭議之關鍵。鑑定人以為：相對人施工打樁之震動尚難脫本損害之關係。5.相對人自訴：因養殖池距離施工地點17公尺以上，考量工程成本及風險，已採用引孔工法施工以減低打樁所產生之震動，因此公路總局要求設計單位（世曦工程顧問）依規範設計，中華工程也依設計施工，作業過程並無不當。6.申請人自訴：他從事養殖業多年，建造水池已有經驗，只要基礎大底堅固，就不會發生不均勻沉陷，牆體裂縫損害可減少。若僅一般性表層粉刷裂縫，正常的水氣滲透並不影響養殖池蓄水功能。現有養殖池以20公分厚鋼筋混凝土底板為基礎，再以益膠泥砌第一層磚，並以防水塗料做壁體倒角，應是有效的施工法。而打樁施工震動太劇烈，才會造成壁體下緣第二層磚之水平裂縫，造成養殖池構造嚴重損害。7.檢測具有損害代表性之B4池，可發現牆體裂縫，有北向水平裂縫長150公分、寬5公釐，西向水平裂縫長270公分、寬2公釐等明顯損害，須經劇烈搖晃才可能發生，施工震動應有直接關係。8.結論：因養殖池距離施工地點17公尺以上，公路總局考量工程成本及風險，要求設計單位（世曦工程顧問）依規範設計，請中華工程依設計施工，並採用引孔工法以減低打樁所產生之震動，因目前對於施工振動尚未有明確法令規定，相關人決策過程也無明顯疏失，但仍造成申請人養殖池損害，執行者還是得負其損害風險責任。而申請人之養殖池僅以1/2B磚作為牆體構造，底層磚雖有益膠泥黏著，但其

他磚塊間之水泥砂漿並不能抵抗側向剪力又無彈性防水材質施工，遇有地震或施工強震時，難免會產生裂縫而漏水。因此，鑑定人以為：磚體強度不足及缺彈性防水施工是本案造成裂縫漏水損害之潛因，而相對人打樁施工產生劇烈振動是造成本件損害之直接因素，相對人仍應負部份損害賠償責任。（二）養殖水池牆體裂縫漏水損害，其修復工程費用為何？參考附件六修復詳圖，現場每座養殖池之尺寸2.7× 6.0× 0.6公尺，及其損害修復之單價分析表（表9-2），每座養殖池裂縫漏水修復費用約6,000元，經勘查統計有58座養殖池有裂縫漏水損害，詳附件標示圖，總修復工程費用為348,000元整。（三）若有損害原因責任歸屬爭議，雙方合理負擔比例各為何？查本損害事件道路施工單位打樁施工時，產生劇烈振動應是造成本損害事件之主因。又申請人之養殖池磚體強度不足，是本案造成裂縫漏水損害之潛因。雙方合理負擔比例，宜由雙方協調。鑑定人建議：道路施工單位應負70 %，即243,600元，申請人應自負30%，即104,400元」等情，有該鑑定報告在卷可參（見原審卷第35至第146頁），足徵上訴人於104年2月間進行打樁工程，因而產生劇烈震動後，養殖池進而陸續發生裂縫漏水之事，實與施工震動有關。至上訴人雖辯稱其於103年間曾託台北市土木技師公會為現況鑑定並作成鑑定報告書，由鑑定報告書中之照片可見養殖池於當時已有水泥破損而裸漏出內部磚頭、多處水泥裂縫，且已有多處漏水嚴重等情形，顯見上訴人施工前系爭養殖池已瑕疵遍佈云云。惟查，觀諸上訴人提出之鑑定報告書建築物現況調查紀錄表及照片（見原審卷第119頁至123頁、第157頁反面至第168頁），系爭養殖池前固有部分裂縫及少數滲水之跡象，然裂縫長12公分至78公分不等，且除編號6之養殖池有2公釐至4公釐寬之開裂情形外，其餘養殖池均為不到1公釐之龜裂。惟嗣經上訴人進行打樁工程後，新竹縣建築師公會於104年6月26日、104年7月17日兩次會

勘觀察，系爭養殖池裂縫長度超過100公分者有40個、且其中有16個裂縫長達270公分、另裂縫寬度超出1公釐者有12個，漏水程度呈1到5級不等之情形，此有鑑定報告之損害紀錄在卷可參（見原審卷第9頁至11頁）。從而，上訴人所為之前揭打樁工程確造成系爭養殖池損害、裂縫情形更為嚴重，而與系爭養殖池損害加劇間有相當因果關係，，應堪認定。

（二）上訴人又辯稱系爭鑑定報告為被上訴人單方委託作成，內容恐有偏頗之虞。且鑑定報告僅查詢中央氣象局地震測報中心104年2月地震測報分析，並無其他月份之地震資料，依上訴人查得之中央氣象局地震活動彙整資訊，系爭養殖池於102年10月建造完成後迄104年2月上訴人施工止，所在地新竹縣竹北市至少發生6個震度2以上的有感地震，是系爭養殖池之裂損是否與上訴人施工有因果關係，即有可疑。再者，系爭養殖場緊臨西濱快速道路，有無可能裂損係因大型貨車經過震動所致等語。惟系爭鑑定報告固係被上訴人於訴訟繫屬前單方委託新竹縣建築師公會鑑定之結果，然此為證據方法之一種，自應由法院依職權認定其證明力。查新竹縣建築師公會乃依建築師法經內政部核准設立之專業社團法人，就建築物之漏水成因鑑定，應有其專業能力。且本件鑑定人於104年6月26日、104年7月17日兩次至現場會勘，均有通知上訴人派人到場（見原審卷第7、8頁），其鑑定過程係本客觀、公正之立場從事鑑定，應無偏頗或可議之處。是上訴人尚難僅以鑑定申請人僅被上訴人一造而否認鑑定報告之證據力。

（三）又本院就上訴人上開疑義，再以書面函詢鑑定人，嗣經新竹縣建築師公會以106年11月1日建師竹縣鑑字第0000000-0號函在卷，依該函文內容補充說明如下：「⑴如考量103年11月起至104年2月本區域有感地震紀錄，是否仍會排除地震可能為系爭養殖池裂損之原因？鑑定人認為仍應排除該項原因。即上訴人不能以該地震紀錄要求減少責任分

擔比例。查上訴人公司103年11月曾委託土木技師公會作鑑定，當時系爭養殖池有局部裂損之紀錄可歸責於地震，應無爭議。然隔3個月後相對人104年2月進場打樁，指稱該3個月期間另有地震因素造成系爭養殖池損害擴大，建議不可採。因相對人若存疑慮，理先於104年2月施工前再次作現況鑑定，自可比對裂損紀錄而減責，否則鑑定人將依既有鑑定報告作研判，且施工期間尚無有感地震資料可查，故認上訴人不能勉強以先前地震紀錄作為減責之依據。⑵鑑定意見認『磚體強度不足及缺彈性防水施工是本案造成裂縫漏水損害之潛因，而相對人打樁施工產生劇烈振動是造成本件損害之直接因素』，則該磚體是否本身即因強度不足及缺彈性防水施工而不適於作為養殖池使用？又縱上訴人公司打樁施工造成震動，然系爭養殖池鄰西濱快速道路，有無可能裂損係因大型車輛往來經過震動所致？參考被上訴人所訴：『從事養殖業多年，建造水池已很有經驗，只要基礎大底堅固，就不會發生不均勻沉陷，牆體裂縫損害可減少，若僅一般性表層粉刷裂縫，正常的水氣滲透並不影響養殖池蓄水功能。因此本養殖池以30cm厚鋼筋混凝土底板為基礎，再以益膠泥砌第一層磚，並以防水塗料做壁體倒角，應是有效的施工法。且自102年10月開始經營系爭養殖池至104年2月共1年4個月期間，養殖池均無裂縫漏水事件發生』。查本省養殖池構造尚無施工規範可依循，選擇構造之成本與風險，鑑定人應給予尊重，認為該養殖池構造強度應可承受大型車輛往來經過震動及小於三級之有感地震。⑶如上開二項亦為系爭養殖池裂損之因素，則關於系爭養殖池裂損之損害，上訴人公司所應負擔之比例為何？縱地震及大型車輛往來有可能是造成系爭養殖池裂損之因素，然鑑定人原先已考量將其概括於養殖池構造風險而歸責被上訴人30%責任。此兩增添因素無須再調整雙方分責比例，上訴人仍應負擔70%責任。⑷系爭養殖池於103年11月間土木技師公會現況鑑定報告時已有

破損及漏水狀況，於認定回復原告修繕費用時，是否須扣除103年11月前之裂損部分由申請人自行負擔，如須扣除，比例或費用為何？鑑定人以為無須扣除，因原先的表層裂損，尚無影響系爭養殖池之正常營運，或許兩造有人接受該部分表層裂損無須處理？若兩造有人堅持修繕且須精準計價，請其另委託鑑定」（見本院卷第50至52頁）。參以上訴人所提出之中央氣象局地震活動彙整資訊影本（見本院卷第39頁）內容所示，系爭養殖池於102年10月建造完成後迄104年2月上訴人施工前，所在地新竹縣竹北市確有發生6個震度2以上之有感地震，惟如前說明，前開期間養殖池僅發生部分裂縫及少數滲水跡象，然自上訴人104年2月間打樁施工後迄104年6月、7月間鑑定人現場會勘止，期間僅於104年3月23日、104年4月20日發生震度2以上之有感地震，惟系爭養殖池之裂縫情形卻明顯加劇，足見地震並非造成系爭養殖池裂縫加劇之主要原因，實為上訴人之打樁施工所致；同理，如謂大型車輛往來有可能是造成系爭養殖池裂縫因素，則系爭養殖池於102年10月建造完成後迄104年2月上訴人施工前長達1年5個月期間，車輛往來經過次數及震動所導致之裂縫情形，定較之104年2月上訴人施工迄同年6月、7月間鑑定人為鑑定，僅約半年之期間車輛經過震動所導致之裂縫情形為重，然實際情形則反之。再參以上訴人施作擋土樁工程距離系爭養殖池僅17公尺遠，施工所為震動程度衡情自應較車輛往來經過輕微之震動為鉅。準此，應認系爭養殖池之裂縫確與上訴人之打樁施工有因果關係，上訴人不能將原因推諉於地震或大型車輛往來而卸免其責。

（四）按民法第184條第2項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負損害賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限」，其立法旨趣係以保護他人為目的之法律，意在使人類互盡保護之義務，倘違反之，致損害他人權利，與親自加害無異，自應使其負損害賠償責任。該項規

定乃一種獨立的侵權行為類型，其立法技術在於轉介立法者未直接規定的公私法強制規範，使成為民事侵權責任的規範，俾侵權行為規範得與其他法規範體系相連結。依此規定，凡違反以保護他人權益為目的之法律，致生損害於他人，即推定為有過失，若損害與違反保護他人法律之行為間復具有因果關係，即應負損害賠償責任。至於加害人如主張其無過失，依舉證責任倒置（轉換）之原則，應由加害人舉證證明，以減輕被害人之舉證責任，同時擴大保護客體之範圍兼及於權利以外之利益。因此，民法第794條規定：「土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之建築物或其他工作物受其損害」，既係以保護相鄰關係中鄰地地基及建築物、工作物之安全，維持社會之公共利益，避免他人遭受損害為目的之法律，土地所有人如有違反，自應按上開規範旨趣，依民法第184條第2項規定，對被害人負侵權行為之損害賠償責任（最高法院100年度台上字第1012號裁判意旨參照）。本件上訴人承攬公路總局之系爭工程，既因施工造成系爭養殖池發生鄰損，上訴人復未提出反證以證明自己無過失，則依上開說明，被上訴人依民法第184條第2項規定，請求上訴人負損害賠償責任，即屬有據。上訴人執前詞否認賠償責任，尚非可取。

（五）按負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。前項情形，債權人得請求支付回復原狀所必要之費用，以代回復原狀，民法第213條第1、3項分別定有明文。本件被上訴人所有之系爭養殖池確因上訴人施作工程而受有損害，已如前述，是被上訴人依據新竹縣建築師公會作成之鑑定報告請求上訴人賠償損害，核屬有據。又觀之系爭鑑定報告記載：系爭養殖池之尺寸為2.7× 6.0× 0.6公尺，及其損害修復之單價分析表，每座養殖池裂縫漏水修復費用約6,000元（其中鑿除磚牆裂縫表層粉刷1式300元、益膠泥填補抹縫補平1式

300元、防水彈泥及不織布塗佈40公分高共7平方公尺2,800元、防水水泥砂漿粉光共7平方公尺2,450元、其他耗材及損耗150元），經勘察統計有58座養殖池有裂縫漏水損害，總修復工程費用為348,000元等情，有鑑定報告書可參（見原審卷第46頁），堪認可採。至上訴人雖辯稱被上訴人於104年10月26日簽署同意書，同意上訴人進入修繕，上訴人乃依指示依序挖除養殖池內土堆，再由工人進入施作防水及修補水泥，修補完成由被上訴人確認無誤後通知上訴人堆回池內土壤，顯見業已修繕完畢，被上訴人即應受該和解契約之拘束，不得再就養殖池損壞乙事主張，並提出交通部公路總局西部濱海公路北區臨時工程處第二工務段104年10月28日濱北二段字第1040018007號函、鑑定結果協調會議紀錄及同意書、施工照片等為據（見原審卷第235至245頁）。然被上訴人否認系爭養殖池業已修復完成，辯稱養殖池迄今仍處於漏水之狀態等語。且前揭協調會議紀錄記載「…請中華工程派工協助楊玉財君修復10座漏水最為嚴重之養殖池（修復內容及細節由兩造於會後協商），自中華工程修復養殖池漏水完成日起，楊玉財君同意本件有關養殖池裂縫損壞所有爭議均已圓滿解決，並對公路總局與中華工程均拋棄養殖池損壞賠償之請求」等語（見原審卷第236頁反面）。再觀諸上訴人提出之施工照片（見原審卷第238至244頁），上訴人固曾派員進行施工，然是否業已修繕完畢並經被上訴人驗收無訛，未據上訴人提出相關事證證明，自難認上訴人確已將系爭養殖池漏水修繕完畢。執此，上訴人並未能舉證證明系爭養殖池已修繕完成，則前揭兩造所約定之條件即未成就。又系爭養殖池為被上訴人承租土地所出資興建，縱認位於特定農業區且未向主管機關申請許可而屬違建，惟被上訴人既因原始出資而取得其所有權，於行政營建主管機關執行拆除前，仍屬私法上權利之客體，亦應受私法之權利保護。上訴人辯稱系爭養殖池安全與合法性有疑慮，隨時恐遭拆除

，因認被上訴人無損害云云，難認可採。是被上訴人自仍得依損害賠償之法律關係，請求上訴人賠償系爭養殖池裂縫所生之損害。

（六）末按民法第217條第1項規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之」，旨在謀求加害人與被害人間之公平，倘被害人於事故之發生或損害之擴大亦有過失時，由加害人負全部賠償責任，未免失諸過苛，因賦與法院得減輕其賠償金額或免除之職權。此所謂被害人與有過失，只須其行為為損害之共同原因，且其過失行為並有助成損害之發生或擴大者，即屬相當。至加害人主觀之故意過失，僅係加害人構成侵權責任之要件，縱加害人故意為侵權行為，亦係被害人就損害之發生或擴大有無防範之義務及可能，其間有無相當因果關係，應否減輕或免除賠償金額之裁量因素，尚難自始即排除適用（最高法院103年度台上字第496號判決參照）。查被上訴人之系爭養殖池於上訴人施工前，本即因磚體強度不足及缺彈性防水措施等因素而有滲漏情形，業如前述。可徵系爭養殖池之本身瑕疵，對於本件損害之發生或擴大亦具有原因力，基於衡平原則，法院自得斟酌情形減輕或免除被上訴人之賠償金額。本院參酌系爭鑑定報告記載：「本損害事件道路施工單位打樁施工時，產生劇烈振動應是造成本損害事件之主因，又申請人之養殖池磚體強度不足，是本案造成裂縫漏水損害之潛因，雙方合理負擔比例，宜由雙方協調，鑑定人建議：道路施工單位應負70%，即243,600元，申請人應自負30%，即104,400元」等情（見原審卷第14頁）。綜合評估政府主管機關及施工單位就系爭工程施工過程所造成之損害情況，本應於施工前負起較高注意義務以避免可能之風險，並事先勘查施工地段鄰近狀況，變更調整施工方式以避免發生損害，即政府主管機關與施工單位相較於鄰近住戶，更有足夠能力與資源控制可能產生之損害等一切情狀，認定被上訴人所有系爭養殖池就損

害發生擴大之助力程度比例為30%，上訴人應負擔70%之賠償責任。是依系爭養殖池損害修復費用總計金額348,000元計算，被上訴人得請求損害賠償之金額為243,600元【348,000－（348,000× 30%）】。再者，被上訴人為釐清系爭養殖池漏水原因責任歸屬而委請新竹縣建築師公會進行勘查及鑑定，計支出鑑定費50,000元，有被上訴人提出之收據可參（見原審卷第30至34頁），核屬必要費用，依兩造應負擔之上開比例計算，上訴人應負擔35,000元（50,000× 70%＝35,000）。從而，被上訴人請求上訴人賠償278,600元【243,600＋35,000＝278,600】範圍內，應予准許；逾此範圍之請求，則屬無據，不能准許。原審命上訴人為上開給付，並依職權為假執行宣告，復依上訴人之聲請為附擔保條件免為假執行之諭知，均無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，經審酌核與判決之結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

七、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第436條之1第3項、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　6　　日

民事第一庭審判長法　官　楊明箴

法　官　周美玲

法　官　王雅婷

以上正本係照原本作成。

本判決不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　9　　日

書記官　劉亭筠