臺灣高等法院民事判決

107年度上易字第710號

上　訴　人　方英蒼(即附表所示買受人之被選定人)
訴訟代理人　林明信律師
被上訴人　　登瑞建設股份有限公司
法定代理人　簡瑞璋
訴訟代理人　楊肅欣律師
複代理人　　劉睿哲律師

上列當事人間請求債務不履行等事件，上訴人對於中華民國107年4月10日臺灣桃園地方法院104年度訴字第50號第一審判決提起上訴，本院於108年4月11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：

按多數有共同利益之人，不合於前條第3項所定者，得由其中選定一人或數人，為選定人及被選定人全體起訴或被訴。前條訴訟當事人之選定及其更換、增減，應以文書證之。民事訴訟法第41條第1項、第42條定有明文。本件如附表（即原判決附表一）及原判決附表二所示之當事人主張，被上訴人所興建坐落桃園市○○區○○路0段000號０００００社區（下稱系爭社區）之擋土牆（下稱系爭擋土牆）有傾斜情形，其等均係系爭社區之住戶為有共同利益之人，並以書面選任羅文滿（即原判決附表二項次3）為全體起訴（見原審卷第100、103-118、136-137頁），請求被上訴人賠償損害，原審為原告全部敗訴之判決，僅附表所示之人不服提起上訴，並以書面更換被選定人為附表編號2之方英蒼（見本院卷第95-98頁），上開選定人及被選定人，既均主張有共同利益，且非屬民事訴訟法第40條第3項規定之非法人團體，是其等選定羅文滿為原告起訴，嗣附表之人提起上訴後並更換方英蒼為被選定人，均核與首揭規定相符，合先敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：被上訴人於88年間分別與附表所示之買受人（下合稱系爭買受人）簽訂０００００預定房屋買賣契約書（下稱系爭買賣契約）。被上訴人已依系爭買賣契約第2條第2款約定，將其興建為公共使用部分之系爭擋土牆，點交並移轉所有權給系爭買受人。系爭買受人於102年5月間，發現系爭擋土牆嚴重傾斜，其鋼筋數量及強度均嚴重不足，被上訴人顯未依系爭買賣契約之本旨完全給付。系爭買受人已催告被上訴人修補，被上訴人迄今無任何作為，因系爭擋土牆有立即發包修補之必要，被上訴人遲未修補，可認其遲延後之修補給付，對系爭買受人已無利益，爰依民法第227條第1項準用第232條規定，請求被上訴人給付上訴人如附表所示合計149萬4660元本息（見本院卷第124、313頁）等語（未繫屬本院部分不予贅述）。

二、被上訴人則以：系爭擋土牆並非系爭買賣契約第2條第2款約定之共同使用部分，其無給付系爭擋土牆之義務。被上訴人因系爭社區與毗鄰之排水溝有高低落差，額外施作系爭擋土牆贈與系爭社區住戶，目前現狀與興建時相同，其結構及鋼筋均無異常，強度之平均值高於當時原設計之強度，歷經多次颱風仍屹立不搖，可見系爭擋土牆應屬穩固。系爭擋土牆係於89年間交付予系爭買受人，損害賠償請求權之消滅時效，應於交付時起算。上訴人於105年6月14日始為本件請求，已罹於15年之請求權消滅時效，系爭買受人不得向其請求賠償等語，作為辯解。

三、原審對於上訴人之請求，判決駁回上訴人之訴及假執行之聲請，上訴人不服，提起上訴，聲明：　原判決關於駁回後開第2項之訴部分及該部分訴訟費用負擔之裁判應予廢棄；上開廢棄部分，被上訴人給付附表各編號「買受人」如「應給付金額」欄所示之金額，及自105年6月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息。被上訴人則聲明：上訴駁回。

四、兩造經協議後將下列事實列為不爭執事項（本院卷第218頁

），爰採為本判決之基礎事實：

被上訴人為系爭社區房屋之起造人，建有系爭擋土牆。

系爭擋土牆現況照片如105年1月22日社團法人桃園市土木技師公會鑑定報告書（下稱桃園市技師公會鑑定報告）附件五照片。原審於106年9月20日勘驗時拍攝系爭擋土牆如原審卷第三宗第91頁至第100頁所示。

系爭擋土牆係位在桃園市技師公會鑑定報告附件八第8頁所示RT-A至RT-B處，亦即位在原審卷第二宗第43頁圖說東北方地界線標示位置。

ŋ 被上訴人於88年12月3日辦理０００００房屋社區之公設移交。

ē 系爭買受人共同選定上訴人方英蒼為被選定人，上訴人已追認之前訴訟行為。

系爭買受人均係以買賣為登記原因，由被上訴人將附表所示之房屋移轉登記為系爭買受人所有。

五、本件經依民事訴訟法第463條準用同法第270條之1第1項第3款規定，整理並協議簡化爭點後，兩造在本院107年11月7日準備程序期日，同意協議簡化之爭點如下（見本院卷第218-219頁），爰作為本件辯論範圍。茲就本院之判斷，分述如下：

上訴人主張被上訴人依系爭買賣契約第2條第2款約定，有給付系爭擋土牆之義務，並非可採：

1.按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第277條前段定有明文。上訴人主張被上訴人依系爭買賣契約第2條第2款約定，有給付系爭擋土牆之義務，為被上訴人否認。揆之上開說明，上訴人自應其主張有利於己之事實，負舉證之責。

2.上訴人提出附表編號34買受人林連起之系爭買賣契約為其有利之佐證。惟查，系爭買賣契約第2條記載「預定買賣標示及權利範圍」，同條第2款係約定「房屋座落：即前述基地上所興建之『００００』…編號第00棟第

0樓房屋1戶，銷售面積共計52.72坪（包括主建物37.05坪，附屬建物5.46坪《陽台、樑柱》，共同使用部分10.21坪），位置平面圖如附件ｅ，面積計算分配說明如附件ｇ所載。」（見原審卷　第8頁反面-第9頁）。又系爭買賣契約第2條第2款約定之「共同使用部分」即為桃園市○○區○○段0000建號，持分1萬分之63，面積為5667.16平方公尺，被上訴人已移轉登記予林連起等情，有上訴人提出之建築改良物買賣所有權移轉契約書、建物登記謄本附卷可查（依序見本院證物卷第485頁、原審卷　第233頁）。被上訴人實際移轉桃園市○○區○○段0000建號「共同使用部分」予林連起之面積達10.8坪（計算式：5667.16平方公尺x 1萬分之63× 0.3025坪/平方公尺＝10.8坪，小數點第1位以下四捨五入），已逾系爭買賣契約第2條第2款約定應移轉共同使用部分10.21坪之義務。再者，上訴人自承系爭擋土牆並未申請建築執照或雜項執照，無獨立產權（見本院卷第291頁），足認系爭擋土牆與系爭買賣契約第2條第2款約定應辦理移轉登記之共同使用部分即上開００段0000建號無關。上訴人主張系爭擋土牆屬於系爭買賣契約第2條第2款約定「共同使用部分」云云（見本院卷第246頁），應非可採。上訴人提出之系爭買賣契約，尚不足為其有利之認定。

3.上訴人又主張系爭買賣契約第3條約定「本契約房屋面積以地政機關登記完竣之面積為準，惟若於建照執照領取後因登記法令變更，致本約第2條第2款所約定買賣面積內部份建物無法登記時，買賣雙方同意該部分仍在買賣範圍之內…」，故系爭擋土牆縱未經登記，仍屬買賣契約之範圍云云（見本院卷第291-292頁）。惟查，系爭買賣契約第3條係買賣雙方對於「房屋面積誤差及其價款找補」之約定，與第2條約定「預定買賣標示及權利範圍」即有不同。再者，系爭買賣契約第3條既約定

「…若於建照執照領取後因登記法令變更，致本約第2條第2款所約定買賣面積內部份建物無法登記時…」，足認上開約定需有「於建照執照領取後因登記法令變更，致依第2條第2款所約定買賣面積內部分建物無法登記」之情形，始有適用餘地。而上訴人已自承系爭擋土牆未領有建築執照，依上開說明，系爭擋土牆自無系爭買賣契約第3條適用之餘地。上訴人主張依系爭買賣契約第3條之前述約定，系爭擋土牆仍屬買賣契約之範圍乙節，亦非可取。

4.上訴人復主張系爭擋土牆係系爭社區之地下室停車場牆面，其結構體相連結，應認附合於系爭社區結構體之重要成分，屬使用上、結構上不可分割之「共同使用部分」云云（見本院卷第315、291頁）。惟查，上訴人業已自承依系爭社區之設計圖說，看不出來系爭擋土牆與系爭社區之地下室結構體相連結（見本院卷第315-316頁），並陳明已遺失系爭買賣契約第2條第2款之附件ｅ位置平面圖（見本院卷第255頁）可供比對查證，復無其他舉證以實其說，是其上開主張，並不可取。

5.上訴人另主張系爭擋土牆位於系爭社區之地界線上，其上方並為系爭社區綠化範圍之外圍圍牆，屬於系爭社區之一部，為系爭買賣契約所指共同使用部分云云（見本院卷第292頁）。惟查，系爭擋土牆之上方部分，固充為系爭社區綠化範圍之圍牆，有竣工圖及現場照片附卷可稽（依序見原審卷　第43頁、卷　第91-100頁、外附桃園市技師公會鑑定報告附件五照片）。然系爭擋土牆坐落之位置，及其上方部分充為前揭功用使用等情，核均非系爭買賣契約第2條第2款約定「共同使用部分」之範圍，尚不能僅以系爭擋土牆坐落位置及其用途，遽以認定系爭擋土牆即為系爭買賣契約第2條第2款約定之「共同使用部分」，是上訴人此部分主張，亦非可採。

6.此外，上訴人未能提出積極證據，證明系爭擋土牆為系

爭買賣契約第2條第2款約定之「共同使用部分」，是其據此主張被上訴人依上開約定，有給付系爭擋土牆之義務，並不足取。

上訴人依民法第227條第1項準用第232條規定，請求被上訴人損害賠償，並非有據：

1.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。遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害。民法第227條第1項、第232條分別定有明文。又民法第227條所謂之不完全給付，係指債務人向債權人或其他有受領權人提出之給付，不符合債務本旨而言（最高法院101年度台上字第1159號判決意旨參照），故債務人應有給付義務，始有不完全給付可言。

2.上訴人既未能證明系爭擋土牆係屬系爭買賣契約第2條第2款約定之共同使用部分，有如前述，揆之上開說明，被上訴人自無不完全給付可言。況且上訴人亦未能舉證證明，系爭擋土牆「於興建或交付」時，其結構設計、施工品質未符合「當時」之建築法令規定（上訴人已捨棄此部分之鑑定請求，見本院卷第273、225頁），上訴人徒以系爭擋土牆內之鋼筋數量及強度均有未符合現今法令規定之不足，被上訴人有不完全給付，依民法第227條第1項準用第232條規定，請求被上訴人賠償損害，於法仍有不合。

上訴人既不能以上開事由請求被上訴人賠償損害，則被上訴人抗辯上訴人之損害賠償請求權已罹於15年消滅時效，是否可採等爭執，即無庸贅述，附此說明。

六、綜上所述，上訴人依民法第227條第1項準用第232條規定，請求被上訴人給付附表各編號「買受人」如「應給付金額」欄所示金額，及自105年6月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息部分，非屬正當，不應准許。從而原審所為上訴人

此部分敗訴之判決，所持理由雖與本院不同，惟結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

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，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第2項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　25　　日

民事第二十庭

審判長法　官　陳雅玲

法　官　林玉蕙

法　官　王漢章

正本係照原本作成。

不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　25　　日

書記官　崔青菁