臺灣彰化地方法院民事判決

110年度建字第14號

原　　告
即反訴被告　謝宗揚
被　　告
即反訴原告　俊昇土木包工業
000000000000000000
000000000000000000
法定代理人　余俊昇
訴訟代理人　余瑞坤

上列當事人間請求給付違約金等事件，本院於民國112年5月3日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告新臺幣（下同）184,410元，及自民國110年4月28日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

被告應將彰化縣政府(109)府建管(使)字第0000000號使用執照系爭執照原本交付原告。

原告其餘之訴駁回。

本訴訴訟費用由被告負擔百分之91，餘由原告負擔。

本件判決第1項得為假執行。但被告以184,420元為原告供擔保後得，得免為假執行。

原告其餘假執行聲請駁回。

反訴原告之訴及假執行聲請均駁回。

反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

事實及理由

壹、本訴部分：

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項但書第3款定有明文。經查，本件原告原起訴聲明㈠為：被告應給付原告292,232元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息(員建簡調

9頁），嗣於審理中擴張聲明為：被告應給付原告348,632元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息(本院卷二第169頁)，核與前開規定相符，應予准許。

二、原告主張：兩造於108年3月22日簽訂「謝宗揚住宅新建工程」（下稱系爭合約），約定由被告承攬伊在彰化縣○○鎮○○路0段000巷00號房屋及車庫等新建工程（下稱系爭工程），工程總價為4,979,306元，並約定自簽約日起算15個月內取得使用執照交屋，如逾期交屋，被告依系爭合約第4條，每逾期1天依造價總價千分之一計算之違約金，被告於109年8月12日始取得系爭房屋之使用執照即彰化縣政府(109)府建管(使)字第0000000號使用執照（下稱系爭執照），已逾期50天，應給付原告違約金248,950元。又被告承攬系爭工程有9項工程品質不符及瑕疵缺失，伊於110年2月17日寄出彰化府前郵局000014號存證信函（下稱系爭存證信函）催告被告於文到1個月內，盡快將未完成之工程全部完成及將有瑕疵工程依約改善完成，惟被告收受存證信函後，並未依原告要求修繕完成，請求減少報酬共272,588元。又系爭工程於111年6月8日經臺中市建築師公會廖姓建築師（下稱公會建築師）到場勘查時，房屋之外牆有不明液體滲出及3樓房屋之鋁窗玻璃未密封，雨水從兩邊空隙潑入，被告置之不理，原告只好自行修繕而支出外牆修補費用52,500元，及更換膠合玻璃費用3,900元等修補必要之費用，被告應返還之。上開請求之金額，經抵銷伊未支付被告有關系爭工程之尾款229,306元，被告應給付原告348,632元。又被告受伊委託申請系爭房屋之使用執照，系爭執照之所有權為伊所有，被告竟無權占用拒絕交還，爰請求被告交付系爭執照。爰依系爭合約第4條、第14條及民法第205條第1項、第492條、第493條、第494條、第541條、第767條第1項等規定，並聲明㈠被告應給付原告348,632元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。㈡被告將

系爭執照原本交付原告。㈢聲明㈠部分，願供擔保請准宣告假執行。

三、被告則以：系爭合約第4條未約定完工期限，該合約估價單之備註欄第2點約定，尚須因未如期交屋造成原告之實際損失始由其負責，並非關於違約金扣款處罰之約定。且原告遲未交付下水道施工設計圖，導致其遲未能施工及於申請使用執照，縱認其未於簽約後15個月內申請使用執照，亦屬不可歸責於被告。其於原告通知要求改善的部分，均已依原告之要求修繕完成，原告應舉證有工程瑕疵存在，且原告於111年6月8日並未通知其修繕房屋外牆及屋內玻璃，自不得請求減少報酬及請求修補必要之費用。其多次催促原告給付系爭工程之尾款229,306元，及污水（下水道）工程報酬134,548元，被告均置之不理，其於原告未付清上開款項前，依民法第264條規定，不用返還系爭執照予原告，並聲明：㈠原告之訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保聲請免為假執行。

四、兩造不爭執事項：

㈠兩造於108年3月23日簽立系爭合約（內容如員建簡調卷第39至47頁，包含手寫事項在上），約定總價為4,979,306元，被告在和美鎮仁愛段21-6地號土地上建物施作如同日估價單所示工程內容，該工程於108年4月25日開工，於109年6月9日完工，彰化縣政府於109年8月12日核發建物使用執照，目前仍未經驗收交屋。

㈡原告除尾款229,306元外，其餘工程款475萬元已交付予被告。

㈢系爭合約第4條約定自108年3月22日起算15個月取得使用執照交屋，逾期則計算違約金，被告於109年8月12日取得建物使用執照。

㈣原告於110年2月17日寄出系爭存證信函，附工程缺失明細表乙紙，並催告被告於文到1個月內，盡快將工程完成及有瑕疵工程改善完成，否則將依法追償。被告收受存證信函後，以員林郵局000076號存證信函回覆稱系爭工程總工程款應付

5,113,854元，尾款363,854元，要求原告於文到7天內匯款。

五、本院得心證之理由：

㈠原告請求被告給付348,632元，有無理由？

⑴原告請求違約金248,950元：

1.查系爭合約第4條約定，本工程應於雙方簽訂契約後15日內開工並不受物價降漲之影響，如有減價或追加工程時，依實際估價單價款減少或增加，並以日歷於（空白）天前內完成，若有延遲應賠償甲方（指原告）之損失，每逾期1天應照總價千分之一計算之違約等語，有系爭合約在卷可參。兩造就合約第4條係約定自108年3月22日起算15個月取得使用執照，逾期則計算違約金，被告於109年8月12日取得建物使用執照乙節，並不爭執（卷二第174頁），則被告本應於108年3月22日起算15個月即109年6月22日前完成本工程及取得使用執照，竟於109年8月12日始取得使用執照，已逾日歷天數50日，依系爭契約每逾1日應照總價4,979,306元之千分之一即4,979元計算違約金，共計248,950元，則原告請求被告逾期50日之違約金248,950元，應屬有據。被告雖抗辯申請使用執照需要審查下水道工程，因原告遲未將下水道施工設計圖交付被告，致被告未能施工及申請使用執照，屬不可歸責於被告，原告不得請求違約金等語。惟查，被告自承其人員在估價單第52項水電工程之備註欄記載「及污水申請」等語，而申請污水下水道管線用戶應提交包括污水下水道之設計審查文件，竣工查驗文件及污水管線套繪等供審查，該文件應由被告準備齊全送件，且被告因完成污水工程所需工程費為85,200元(卷一第105頁)，約佔估價單第52項水電工程費用435,073元之5分之1，並無比例失衡之情況，則被告所填載「及污水申請」等語，非僅代送污水申請文件，應包括圖面設計、完成工程並提出申請，原告主張由被告負責污水道工程圖說等語，堪予採信，被告抗辯由該圖說由原告提出等語，自不足採。至原告依系爭合約第4條請求違約金，已

准許如前，自不用再審酌有無系爭合約第14條及民法第250條第1項之規定，併此敘明。

⑵原告請求減少報酬272,588元：

①按工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。如修補所需費用過鉅者，承攬人得拒絕修補，前項規定，不適用之；承攬人不於前條第1項所定期限內修補瑕疵，或依前條第3項之規定拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約，民法第493條、494條定有明文。

②查系爭工程已於109年6月9日完工，此為兩造所不爭執，原告主張系爭工程有9項瑕疵，為被告所否認，經查：

❶編號1為估價單第24項落地窗，原告主張1樓落地窗未按圖施工，門框四邊未安裝牆壁上，左右兩邊懸空，上框安裝在捲門的鐵箱，應拆除重作，減少報酬52,843元等語，被告抗辯施工方式符合常規等語，經檢視被告施作1樓落地窗，門框左右側固定在內牆牆面，上方緊貼鐵捲門鐵箱下緣，並未嵌入預留之門框內，有照片在卷可參（員建簡調卷第83頁），顯未依工程常規之方式施作而有瑕疵，原告主張為瑕疵，堪予採信。

❷編號2為估價單第45項之櫸木扶手，原告主張扶手之木材材質不好，屬瑕疵品等語，被告抗辯係照估價單金額找櫸木扶手等語，查估價單上並未約定為何種材質之櫸木扶手，且原告自承可扶著樓梯上樓等語（卷二第173頁），足見該扶手樓梯效用正常，並無瑕疵，自難以原告主觀認定材質與期望不同即認定屬工程瑕疵，被告此部分抗辯，應屬有據。

❸編號3為估價單編號21項雕花實木門五樘，原告主張被告就2至3樓五樘安裝為塑鋼門，應雕花實木門等語，被告抗辯稱雕花實木門為工事名稱，有事先告知原告現場樘門之材質等

語，惟被告稱無法證明原告已同意為現場安裝之樘門材質等語，且經本院囑託公會建築師到場鑑定，現場安裝為非實心之雕花木門（鑑定報告第10頁，另置一卷），並有原告提出之照片（員建簡調卷第83頁）可參，被告抗辯非瑕疵等語，不足採信，原告主張為瑕疵，堪予採信。

❹編號4為估價單第52項水電工程含衛浴設備，原告主張衛浴設備已在估價單備註3約定採和成牌高級品，被告卻安裝和成牌基本款之馬桶，洗臉盆，且主臥浴室浴缸未安裝、5間浴廁未安裝抽風機，及估價單第46項之乾濕分離拉門亦未安裝等語，被告抗辯於7月21日之對話（下稱系爭對話）中，向原告確定是用和成牌，且高級品僅為形容詞，使用之材料單價仍應回歸報告報價之工程成本等語，查系爭對話中被告提問要用和成的還是凱撒的衛浴用品，原告回答要用和成的，且要求被告提出較對話中之目錄更高級之產品，有系爭對話在卷可佐（卷一第67至71頁），可見原告並未同意被告使用和成牌之一般產品，且被告稱其按鑑定報告第23至26頁之平面圖施作，該圖面已繪製浴缸、設置機械通風及乾溼分離區域，被告既未提出和成牌高級品之馬桶、臉盆，且未施作浴缸及乾溼分離拉門，係有瑕疵。

❺編號5為估價單第44項二樓不銹鋼採光罩，原告主張2樓不銹鋼採光罩沒有設立支撐的支架，會被颱風刮走等語，被告否則之，此經公會建築師表示（報告第8頁）：採光罩施作採懸臂式構造，憑端部固定支撐結構，因採光罩骨料構尺寸不大，於大風期間易變形，影響其使用安全及使用年限等語，可見被告施作採光罩係有瑕疵。

❻編號6為估價單第24項1至3樓落地窗為10㎜膠合玻璃，原告主張被告於1至3樓落地窗及鋁門窗玻璃品質不符，是裝5㎜膠合玻璃等語，被告抗辯稱2至3樓為10㎜膠合玻璃，及經原告同意後，1樓則安裝5㎜膠合玻璃等語，惟被告稱無法證明原告同意一樓改安裝5㎜膠合玻璃，且經公會建築師在2及3樓隨機抽樣窗戶玻璃後，丈量厚度均為10㎜膠合玻璃，1樓

則為5mm膠合玻璃（報告第8頁），則被告就1樓落地之玻璃厚度不足10mm，係屬工程瑕疵。

❼編號7為估價單第20項之不鏽鋼烤漆門，原告主張2樘之品質不符，及估價單第23項之不鏽鋼烤漆門，並未施作等語，被告抗辯不鏽鋼烤漆門3樘都有施作，不鏽鋼烤漆門品質沒有問題等語。經公會建築師現場確認編號20項所列之不銹鋼烤漆門其整體品質尚符市場行情，已無原告所稱品質不符，至於第23項的不銹鋼烤漆門，現場並無安裝，應屬工程瑕疵。

❽編號8為估價單第41項外牆鋪文化瓦，被告在系爭房屋屋頂並未施作文化瓦等語，被告抗辯稱作成現代的樣式等語，經公會建築師現場確認現場無施作屋頂文化瓦（報告第9頁），被告未依約定施作屋頂文化瓦，應屬工程瑕疵。

❾編號9為估價單第43項露臺屋頂平台PU防水，原告主張露臺屋頂平台PU防水多處起泡泡，應刮除重做等語，被告抗辯已修補等語，惟經公會建築師確認露臺屋頂平台PU防水有多處起泡、破裂及龜裂之瑕疵，該瑕疵數量較多且分佈不同地點，建議原有PU防水層全部鏟除，重新施作（報告第9頁），則露臺屋頂平台PU防水效果不足，係有瑕疵。

③又系爭工程有上述編號1、3、4、5、6之1樓落地窗及鋁門窗玻璃、7之不銹鋼烤漆門未安裝、8及9等瑕疵，原告前以系爭存證信函催告被告限期1個月改善，被告迄今仍未改善完成，原告請求減少報酬，自屬有據。而上述瑕疵，經參考公會建築師之意見，認：編號1部分，應拆除後重安裝之金額65,500元（含編號6之1樓落地窗及鋁門窗玻璃更換10mm膠合玻璃），已大於估價單第24項之工程款金額52,843元，故應減少報酬52,843元；編號3部分，因現場一樘施作費用(連工帶料)為9,200元，五樘之工程費為46,000元，該工項合約金額為54,970元，應減少報酬8,970元；編號4部分，以現場馬桶（5組）、臉盆（5組）之實際採購價與同年度和成牌推出六大系列之馬桶、臉盆實際採購價，應減價各55,059元、19,350元。浴缸、抽風機（5組）、乾溼分離之拉門（2組）

則以和成牌中等品質（含安裝工資）計算，應減價各17,620元、15,000元、32,840元，合計共139,869元，惟原告此部分僅請求減少價金13,775元（計算式：272,588－52,843－49,067－30,000－17,925－27,800－23,900－28,638－28,640，見卷一第286至289頁），於鑑定後未變更金，故以13,775元為減少報酬金額；編號5部分，尚須加設2支拉桿補強，改善現況缺點，以補強費用8,000元作為減少報酬金額；編號7之估價單第23項不銹鋼烤漆門未安裝，應減少報酬即該項工程款23,900元；編號8外牆鋪文化瓦均未施作，應減少報酬即該項工程款28,638元；編號9露臺屋頂平台PU防水層應全部鏟除，重新施作，以該項之工程款28,640元為減價金額。則本件原告可請求減少價金164,766元（計算式：52,843＋8,970＋13,775＋8,000＋23,900＋28,638＋28,640），應予准許，逾此部分，則屬無據。

⑶原告請求修補房屋外牆及三樓房間鋁窗膠合玻璃之必要費用56,400元：

原告主張被告未修補房屋外牆及3樓房間鋁窗膠合玻璃等工程瑕疵，被告應給付其必要費用56,400元等語，被告否認原告有請求伊修繕等語。查原告於鑑定期日認為房屋外牆等二處尚有瑕疵，惟其自承係由公會建築師請被告修繕，其未請求被告修繕（卷二第174頁），則原告就房屋外牆等二處工程瑕疵既未限期請求被告修補，自不得依民法第493條第2項請求被告給付修補之必要費用。

⑷原告主抵銷系爭工程尾款229,306元？

原告得請求被告給付違約金248,950元，及請求減少報酬164,766元，又原告對被告尚有系爭工程尾款債務229,306元未給付，此為兩造所不爭執，經抵銷後，原告請求被告給付184,410元（計算式：248,950＋164,766－229,306），為有理由，應予准許，逾此部分，則屬無據。

㈡原告請求被告交付系爭執照，有無理由？

按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒

絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限，民法第264條第1項定有明文。查系爭執照為原告所有，被告並不爭執，被告占有系爭執照未交還，並抗辯原告應同時給付工程尾款229,306元，及污水（下水道）工程報酬134,548元等語，惟查，工程尾款229,306元經原告在本件請求之金額抵銷，且污水工程報酬134,548元經前㈠說明，已包含在估價單第52項，原告無須再為給付，已無對待給付存在，被告占用系爭執照無合法權源，自應返還予原告。原告依民法第767條第1項前段，請求被告返還系爭執照等語，自屬有據。因原告依民法第767條第1項前段請求返還系爭執照，已准許如前，自不用再審酌有無民法第541條之規定，併此敘明。

六、綜上所述，原告依系爭合約書第4條及民法第493條第2項之規定，請求被告給付184,410元，及自起訴狀繕本送達之翌日即110年4月28日（卷一第27頁）起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，及依民法第767條第1項前段之規定，請求被告返還系爭執照，均有理由，應予准許。原告逾上開範圍所為請求，則為無理由，應予駁回。

貳、反訴部分：

一、反訴原告主張：伊已完成系爭工程，反訴被告未給付尾款229,306元，亦未給付追加系爭房屋之2、3樓前固定窗為推射窗報酬15,720元，及追加下水道工程報酬85,200元，反訴被告應給付之。又反訴被告為完成追加之下水道工程，代反訴被告先行支出相關代辦費用30,500元、代繳規費3,128元等必要費用，反訴被告應給付之。兩造締約時，因尚未確定系爭工程所需材料價金為何，故約定本件工程款所生之營業稅稅金部分為0元，嗣因反訴被告違反誠實信用原則，逕向財政部中區國稅局舉發反訴原告就系爭工程所得工程款未如實報稅，反訴原告因而增加營業稅負擔，如依原約定給付，實顯失公平，依情事變更原則，請求反訴被告給付系爭工程款百分之5營業稅金額即255,693元。爰依民法第505條、第546

條第1項及第277條之2第1項等規定，請求反訴被告給付反訴原告619,547元及自變更反訴聲明狀繕本送達反訴被告之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。㈡願供擔保請准宣告假執行。

二、反訴被告則以：系爭合約之估價單載明反訴原告需按圖施工，不得假藉任何理由提出工程追加之申請，系爭房屋之2、3樓前固定窗為推射窗已約定為估價單第26、28項內，及第52項有記載污水處理，均非本件追加工程，且第56項已註明含稅0元，反訴被告無須支出任何費用等語，並聲明：㈠反訴原告之訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保聲請免為假執行。

三、兩造不爭執事項：同本訴部分。

四、本院得心證之理由：

㈠查系爭工程已完成，反訴原告本可依系爭合約請求反訴被告給付剩餘工程尾款229,306元，惟此部分經反訴被告抵銷於本案請求之金額，則被告自不得再請求工程尾款請求權。又反訴原告主張反訴被告給付下水道工程報酬85,200元等語，反訴原告抗辯反訴原告應按圖施工，不得再為請求等語，查系爭工程之下水道工程已經認定為估價單第52項水電工程，該項工程費用435,073元已包括下水道工程費用，反訴原告亦不得向反訴被告請求。再估價單第26、28項均記載鋁窗為鋁推射窗，則鋁窗應具備推射功能，非屬事後追加工程，被告請求被告給付2、3樓前固定窗為推射窗報酬15,720元，亦屬無據。

㈡又反訴原告主張於取得系爭執照後，基於與反訴被告之委任關係，請求反訴被告給付相關代辦用30,500元、代繳規費3,128元等必要費用等語，反訴被告抗辯已含在估價單等語，經查，反訴原告請求之相關代辦費用30,500元，為：1.污下（下水道）工程設計送審（含下水道竣工工程送審）含竣工14,000元、2.污水變更8,000元、3.開工及基礎勘驗申報（建築師及技師現場勘查費）6,000元、4.門牌申請1,000

元、5.修照片1,500元，及代繳規費3,128元為：1.空氣污染防制費2374元、2.門牌規費60元、3.使用執照規費200元、4.營造印花稅494元（卷一第119頁），其中代辦費用30,500元之1至4項及代繳規費之3、4項均與完成系爭工程有關，已包括在系爭合約之總價內，其請求該等項目之金額，自屬無據。又反訴被告抗辯金額已在估價單註記一內（卷二第171頁），並未承認與反訴原告另就代辦費用或代辦規費成立委任關係，則反訴原告依民法第546條第1項規定請求反訴被告給付代繳規費之1、2項等語，亦屬無據。

㈢按契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。前項規定，於非因契約所發生之債，準用之。民法第227條之2規定定有明文。反訴原告主張因反訴被告向財政部中區國稅局舉發其未如實申報系爭工程之工程款，而增加營業稅負擔，依原約定給付顯失公平，請求反訴被告系給付系爭工程款百分之5營業稅金額即255,693元等語，反訴被告抗辯估價單第56項已註明含稅0元，反訴被告無須支出任何費用等語。經查，反訴原告因承攬系爭工程而有收入，本應依法繳稅營業稅捐，而本件工程總價為含稅計價，此於估價單第52項之稅金（5%）記載為0元乙節已明，則依系爭合約書，稅捐已約定由反訴原告負擔且不計入總價向反訴被告請求，至於反訴被告是否向稅捐機關檢舉乙節，並不影響反訴原告依法繳納全部工程款稅捐之義務，反訴原告如有漏繳而增加稅捐支出，與非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平之情事變更情形，並不相同，反訴原告請求反訴被告給付系爭工程款百分之5營業稅金額255,693元等語，亦屬無據。

五、綜上，反訴原告依民法第505條、第546條第1項及第277條之2第1項等規定，請求反訴被告給付619,547元及遲延利息，為無理由。

參、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，經審酌

後均於判決結果不生影響，爰不一一論述，附此敘明。

肆、本判決第1項原告本訴勝訴部分，係所命給付金額未逾50萬元之判決，自應依民事訴訟法第389條第1項第5款之規定，依職權宣告假執行，而此部分雖經原告陳明願供擔保請准宣告假執行，惟其聲請不過促請法院職權發動，故就原告勝訴部分即無再由原告聲請供擔保宣告假執行之必要，應依職權宣告假執行，另被告陳明願供擔保請准宣告免為假執行，核無不合，爰依同法第392條第2項規定，酌定相當之擔保金額，予以准許。至原告本訴敗訴部分及反訴原告敗訴部分，其假執行之聲請因訴之駁回而失所附麗，應併予駁回。

伍、據上論結，本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，反訴原告之訴為無理由，依民事訴訟法第79條、第78條、第389條第1項第5款、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　5　　月　　26　　日

民事第五庭法　官　李莉玲

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。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　　112　　年　　5　　月　　26　　日

書記官　許雅涵