臺灣彰化地方法院民事判決

111年度建字第34號

原　　告
即反訴被告　莊明樹
　　傅惠雯
000000000000000000
000000000000000000
000000000000000000
共　　同
訴訟代理人　張崇哲律師
複代理人　　江宗翰律師
被　　告
即反訴原告　豈樟有限公司
000000000000000000
000000000000000000
法定代理人　陳信任
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　李維仁律師

上列當事人間請求損害賠償事件，本院於民國112年9月5日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原告之訴及假執行之聲請均駁回。

訴訟費用由原告負擔。

反訴原告之訴駁回。

反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

事實及理由

壹、程序部分：被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，就非專屬他法院管轄，且與本訴之標的及其防禦方法相牽連，並得行同種訴訟程序之事件，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴，民事訴訟法第259條、第260條定

有明文。又民事訴訟法第260條第1項所稱之「相牽連」者，係指反訴之標的與本訴之標的間，或反訴之標的與防禦方法間，兩者在法律上或事實上關係密切，審判資料有共通性或牽連性者而言。舉凡本訴標的法律關係或作為防禦方法所主張之法律關係，與反訴標的之法律關係同一，或當事人兩造所主張之權利，由同一法律關係發生，或本訴標的之法律關係發生之原因，與反訴標的之法律關係發生之原因，其主要部分相同，均可認為兩者間有牽連關係（最高法院91年度台抗字第440號民事裁定意旨參照）。從而，審酌原告所主張下述被告溢領系爭工程之工程款，及因系爭工程所生補強費用、鑑定費用、代墊訴外人松隆營造有限公司（下稱松隆營造）費用之本訴標的與原因事實；與被告主張原告未給付工程款之反訴標的與原因事實，係屬兩造系爭工程承攬契約主要部分相同之法律關係與原因事實之爭執，自具牽連關係而應准此反訴。

貳、實體部分：

甲、本訴部分：

一、原告聲明請求：被告應給付原告新臺幣（下同）1,969,687元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，並願供擔保請准宣告假執行，係主張略以：

㈠原告於民國108年11月30日與被告簽訂工程承攬合約書（下稱系爭承攬契約），約定由被告施作原告位於彰化縣○○鄉○○段0000地號土地之住宅新建工程（下稱系爭工程），1年期限（即110年1月5日）內完成工程，原告依約先行給付訂金2,528,400元以及6萬元之地基鑑定費。詎被告於109年初開挖地基後即未進場施作，經原告不斷詢問催告，期間被告之負責人陳信任除不斷編造藉口延滯工期外，遲至同年7月31日始答應組裝鋼材，期間長達半年有餘。原告於同年8月初前往現場查看系爭工程興建進度始發現，於約定期限僅剩五月之情形下，工地僅有未完成之鋼骨結構，種種情勢致使原告難以相信被告有完成工程之能力，遂於同年8月20日

委由黃俊昇律師寄發存證信函予被告，表明疑慮並為終止系爭承攬契約之意思表示，請求被告返還包括代墊之地基鑑定費在內之溢領工程款項。詎料被告不僅對原告之請求均應以推諉卸責之詞，聲稱其所施作工程全無瑕疵，更進一步要求原告再支付1,242,199元之鉅額工程款；面對被告此等行徑，加之原告實非建築方面專業人士，為求慎重乃委由彰化縣建築師公會至工地鑑定，依該鑑定報告（下稱系爭建築師鑑定報告）可知現況柱基已有缺損、主結構未完成（尚有主樑未施作），且僅為假組立，結構上恐有安全之虞，被告所施作之系爭工程有重大瑕疵且已達有危害人身財產安全程度。嗣原告再委請社團法人臺灣省土木技師公會為鑑定與補充鑑定（下各稱系爭土木技師鑑定報告，系爭土木技師補充鑑定報告），系爭土木技師鑑定報告係認系爭工程未完成狀態及殘值共計0000000元，系爭土木技師補充鑑定報告係認系爭工程之補強費用需0000000元。原告爰依民法第179條之規定，請求被告就未依約施作溢領工程款751,331元（計算式，原告已給付之工程款0000000元－系爭工程未完成狀態及殘值共計0000000元）及依民法第495條第1項及第497條等規定，請求被告給付系爭工程需補強之費用1,087,624元、代墊之地基鑑定費用60,000元及代墊之營業牌照稅金暨管理費70,732元，總計1,969,687元。

㈡由系爭承攬契約內容觀之，第一條付款方式僅約定各工程進度之價額，是系爭承攬契約即為學說及實務所謂之「包工又包料」之承攬契約，惟被告並無任何履約能力，原告無奈之下僅能以系爭土木技師鑑定報告估算系爭工程之殘餘價值。又被告就系爭工程事後需補強始得繼續施工完成之費用核屬因系爭承攬契約而生之損害，此部分被告應給付原告1,087,624元。且因系爭工程涉及專業及技術性之領域，故原告請求權時效之起算點應由系爭土木技師補充鑑定報告作成後即111年3月15日起算，故原告於111年6月14日提起本件訴訟，未罹於民法第514條之消滅時效等語。

二、被告聲明請求駁回原告之訴，抗辯略以：原告主張被告溢領工程款751,331元實際上是原告尚積欠之工程款，且系爭土木技師鑑定報告就施工圍籬、開挖、放樣、化糞池、回填、埋地管線等部分均未進行估價，亦未涵蓋管理費、利潤，暨未計算工地現場挖土機、吊車等重機具租金、營業稅等其他費用。系爭土木技師鑑定報告僅係以成本價進行概算，相較於系爭建築師鑑定報告採完工百分比法較為失真，故系爭土木技師鑑定報告就工程款部分之估計有所不當，原告據之請求被告賠償1,087,624元，自未足採。又系爭建築師鑑定報告係於109年10月20日作成，內容載明現場施作與圖說不符之處有：⑴鋼樑焊接⑵弧形彎梁⑶屋頂層懸挑梁與柱突出高度⑷鋼構螺栓接合⑸上述目前已施作與圖說不符處，鋼梁焊接處容易形成彎矩破壞與剪力破壞，顯有結構安全之虞⑺現況柱基已有缺損、主結構構架尚未完成（尚有主梁未施作）且僅為假組立，構造尚未達穩定狀態，若遇強震恐有安全之虞（下稱系爭建築師鑑定報告所指未按圖施工，與圖書不符處及結構瑕疵之鑑定）等語。是原告至遲應已於109年10月20日發見上開系爭工程之瑕疵。益以系爭土木技師補充鑑定報告，申請日期為110年2月17日，鑑定要旨為「因建築師提出現場仍有柱頭螺栓錠長度不足與圖說不符及未依規定申報勘驗之情形，遂委託本會補充鑑定柱頭基礎補強復原及鋼構架拆除、重新組立金額鑑估」，顯見原告早於110年2月17日前已發見瑕疵，惟原告竟遲至111年6月14日始提出本件訴訟，顯逾一年消滅時效而無請求權。至於原告主張依民法第497條請求部分，除同有時效消滅問題外，該條文係適用在工作進行中，因兩造既已合意終止系爭承攬契約，即無該條之適用。另原告請求被告賠償地基鑑定費6萬元部分，因系爭承攬契約中並未約定應由被告負責，本應由原告負責。若原告主觀上認該地基鑑定費應由被告負擔，則應自付款日起即知受有損害，依卷附原告提出之請款單據填載日期為109年3月30日，而遲至111年6月14日始起訴，顯逾一年消滅時

效而無請求權。其餘原告主張非債清償之代墊款70,732元部分，依系爭承攬契約手寫部分所載：「稅金部分：（含營造稅部分）營造牌」係指本件有向營造廠商松隆公司借牌，故須由被告開立施工工資之發票予營造廠。非指原告提出在卷之證4所載營造廠簽證費、印花稅查驗、先行動工罰款共70,732元應由被告負擔；另原告提出在卷之證1營造興建保證書，係兩造於108年11月30日簽立系爭承攬契約後，原告又執該保證書，於109年1、2月上旬要求被告簽名。保證書上手寫部分，係由被告之會計人員余宜樺書寫。原告提示保證書當天，松隆公司之請款單附註欄上並無「甲方、乙方」字樣，且當天口頭談妥該請款單金額均由原告自行負擔，因此保證書中並未載有請款單應由被告負擔之內容。被告於保證書上簽章後由原告攜回用印，俟原告用印完成後再送給被告，請款單附註攔上所載「甲方、乙方」係由原告事後自行加註。退步言之，原告自行於請款單上營造廠簽證費、印花稅查驗、先行動工罰款附註欄填載「甲方」，顯然亦指應由原告自行負責之款項等語。

三、得心證理由：

１、原告主張兩造訂有系爭承攬契約，由被告施作系爭工程，原告已先依約於契約訂定日給付工程款0000000元，迄109年8月20日原告委由律師寄發存證信函予被告表示終止系爭承攬契約。原告亦先後委請前述鑑定單位作有系爭建築師鑑定報告、系爭土木技師鑑定報告及補充鑑定報告等情，被告不爭執，並有相符之工程承攬合約書、營造興建保證書、存證信函與系爭建築師鑑定報告書、系爭土木技師鑑定報告書與補充鑑定報告書影本等在卷可稽，自可信為真正。其中被告抗辯前開律師存證信函只係原告重申終止系爭承攬契約之意，因原告早於109年8月5日就表示終止系爭承攬契約，被告亦已肯認，有原告莊明樹與被告公司法定代理人陳信任於當日之ＬＩＮＥ訊息影本附卷為憑等語。經本院衡諸原告為夫妻，系爭工程事宜一向由原告莊明樹與被法定代理人陳信

任聯繫，併有相關卷附之ＬＩＮＥ訊息影本可參，應堪採取。且基於民法首重契約自由及原告終止系爭承攬契約亦合於民法第511條「工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。」之規定，應認系爭承攬契約係於109年8月5日終止。

２、原告主張系爭承攬契約終止後，被告應依民法第179條之規定，給付返還原告依約施作溢領工程款751,331元部分，被告否認有溢領之工程款等語。按承攬契約之終止，僅使契約自終止時起向將來消滅，並無溯及效力，定作人固仍應就契約終止前承攬人已完成工作部分給付報酬，惟定作人於契約終止前如已超付承攬人完成工作所得受領之報酬，於契約終止後，承攬人就該超額報酬受有利益之原因即失其存在，定作人非不得依不當得利規定請求返還之，最高法院107年度台上字第1931號民事判決可加參照，亦為公平適當之解釋。從而，參酌比較系爭建築師鑑定報告係據「依目前完成工程費用估算，是否按圖施工，若無，結構是否安全」之鑑定要旨所為鑑定結果略示：……研判本案合約範圍原則上為建造工程至取得使用執照全部。合約載明工程總價0000000元，訂金支付0000000元（工程總價百分之30）……綜上所述，可知訂金包括第一期、與第二期之基礎工程，地面層以上再依二次施工範圍分次施作，依工程完成度支付費用。又工地於109年3月底回填……研判訂金相對應之工作內容包括Ａ、施工圍籬、開挖、放樣、基礎（鋼筋組立、模板、灌漿等柱基腳與基礎板）等假設工程。Ｂ、化糞池、回填、部分埋地管線等工項Ｃ、全案管理等其他費用（利潤、稅捐、行政、保險、雜支等，以下稱管理費）。上述Ａ、Ｂ項屬於假設工程與隱蔽處，依前述完成工項之研判視為皆已施作；Ｃ項則應配合未施作部分扣除。參酌中華民國全國建築師公會鑑定手冊工程單價表，利潤、稅捐及管理約為工程總價百分之10-15、其他費用約為工程總價百分5-10，考量本案概況，Ｃ項費用以百分之17計。……目前完成工程費用約0000000

元，此費用係指現場已施作而言，無涉工程施作是否合格、工地外與後製作業等因素考量。目前現場已施作部分有系爭建築師鑑定報告所指未按圖施工，與圖書不符處及結構瑕疵之鑑定等語。系爭土木技師鑑定報告係據「原告對被告提出之請款單數量、金額有疑慮，申請標的物現場施作完成之數量、金額鑑估鑑定」之鑑定要旨所為鑑定結果略示：本案為確認標的物構件數量，檢核現場實際施作及構件尺寸量測，故統計數量會與請款單上數量有所差異。鑑定標的物經清點計算後統計如下，H鋼材已組立及未組立堆置重量總計32706.59ＫＧ、連接端板鋼材Ａ36重量總計548.01ＫＧ……依「鑑定標的物現場鋼材數量金額統計表及鋼材加工」金額為0000000元、「鋼筋數量、重量計算及鋼構預埋螺栓」金額為276091元、「混凝土數量及灌漿、組立模板計算」金額為254950元，總金額0000000元，供雙方協調之參考等語。衡諸系爭承攬契約明確約定原告給付之工程款0000000元係以工程總價百分之30於契約訂定日付款，其餘分二期給付，第一期（合法建照）（1）鋼骨H組裝完成給付……之內容，惟系爭承攬契約於未達第一期（1）之給付工程款階段即終止，系爭工程完成之估算價值尚以系爭建築師鑑定報告為全面研判較系爭土木技師鑑定報告容有未及併算建案管理其他費用等為片面之參考為適當合理，故本院允認應採系爭建築師鑑定報告之鑑定結果，自未足核認被告有原告主張溢領工程款之情事。

3、原告主張曾代被告墊付營業牌照稅金暨管理費70,732元，被告應依民法第179條不當得利法律關係返還部分，被告否認，抗辯略以，系爭承攬契約手寫部分所載「稅金部分：（含營造稅部分）營造牌」係指本件有向松隆營造廠借牌，故須由被告開立施工工資之發票予營造廠。並非原告提出之證4所載營造廠簽證費、印花稅查驗、先行動工罰款共70732元應由被告負擔等語。經本院審酌被告抗辯如上，與原告自承系爭工程確有借牌營建情事，且原告提出在卷資以證明支

付予營造廠之證4請款單影本所列項目，營造廠簽證費65170元，鑑定報告（含輻射掃描）6萬元，印花稅查驗2562元，先行動工罰款（基礎）3000元，總計130732元之內容，亦經說明係因被告於109年1月就系爭工程開挖地基時，竟未申請彰化縣政府建設處會同履勘，致彰化縣政府要求起造人檢附相關鑑定報告、證明，而由松隆營造廠協助申請取得所費等情，堪認原告主張墊付之營業牌照稅金暨管理費70,732元實為請款單所列之營造廠簽證費65170元與印花稅查驗2562元及先行動工罰款（基礎）3000元之項目，尚與系爭承攬契約手寫之「稅金部分：（含營造稅部分）營造牌」有別。且既屬彰化縣政府要求或處罰起造人定作人所致，此部分雖可依承攬關係定其最終之責任負擔，惟就被告方面觀察，並非法令直接要求或受罰之人，難認就原告之支付，構成不當得利之受益者。故原告主張依民法不當得利之法律關係，請求被告應給付予原告，自難採取。

4、原告另依民法第495條第1項及第497條等承攬法律關係之規定，請求被告應給付系爭工程需補強之費用1,087,624元、代墊之地基鑑定費用60,000元及代墊之營業牌照稅金暨管理費70,732元部分，被告抗辯如上，指其請求權已罹於時效等語。按定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅，民法第514條第1項定有明文。本院參諸109年8月20日原告委請律師寄發之系爭存證信函內容已明確記載「……工地目前僅有未完成之鋼骨結構，甚至該鋼骨結構亦有嚴重之安全瑕疵……」等語，若認原告所述系爭工程涉及專業及技術性之領域，故尚難認斯時原告已發見有工程瑕疵亦有其理。惟被告抗辯如上指系爭建築師鑑定報告係於109年10月20日作成，內容載明現場施作與圖說不符之處有：⑴鋼樑焊接⑵弧形彎梁⑶屋頂層懸挑梁與柱突出高度⑷鋼構螺栓接合⑸上述目前已施作與圖說不符處，鋼梁焊接處容易形成彎矩破壞與剪力破壞，顯有結構安全之虞⑺現

況柱基已有缺損、主結構構架尚未完成（尚有主梁未施作）且僅為假組立，構造尚未達穩定狀態，若遇強震恐有安全之虞等語，為原告應發見工程瑕疵之時，即有理足採。至原告猶稱應於111年3月作成系爭土木技師補充鑑定報告時，原告才發見有工程瑕疵云云，自不符事理而難加採取。從而，就原告前開主張依民法第495條第1項、第497條等承攬法律關係請求被告給付部分，計算原告於109年10月間發見工程瑕疵，距111年6月14日起訴，已逾一年，被告抗辯原告之請求權已罹於時效消滅，自應採取。

綜上，原告主張依不當得利與民法第495條第1項及第497條等承攬法律關係請求被告共應給付0000000元及利息部分，均無理由，應予駁回。且原告假執行之聲請，因訴之駁回而失所依附，應併予駁回。

乙、反訴部分：

一、反訴原告聲明請求：反訴被告應共同給付反訴原告1,706,923元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，係主張略以：兩造於108年11月30日簽訂系爭承攬契約，約定由反訴原告承攬系爭工程，分第一期103.81坪、第二期36.66坪共計140.47坪，第一期價款為6,321,000元、第二期價款為2,107,000元，共計8,428,000元，於簽約時給付訂金為總價30%即2,528,400元，反訴被告已給付；鋼骨H組裝完成（第一、二期）給付工程總價20%、5%分別為1,685,600元、421,400元。嗣於109年8月5日反訴被告莊明樹以通訊軟體LINE告知反訴原告稱：「大哥、不想讓你們影響到你後面的新建案、賺錢機會、不然工程部分就到鋼骨結構組裝完成吧、還有橫樑有接的部分換成整隻鐵、橫樑底漆紅丹烤漆部分、這樣可以嗎？」反訴原告回稱 ：「花錢的是你就看你自己，我沒意見，該換的我會換給你還有紅丹漆我都會處理給你，但是有些問題我們還是要找時間坐下來談」；復於109年8月20日反訴被告寄發存證信函稱：「不願繼續維持系爭承攬契約效力，是我等茲以送達本信函對豈樟

公司為終止系爭承攬契約之意思表示」，顯見反訴被告重申其欲終止系爭承攬契約之意思表示，反訴原告於109年8月25日回函稱：「109年8月5日台端已以LINE……本公司亦於當日回覆對台端之通知沒意見，足見雙方合約已於109年8月5日合意終止在案」，顯見反訴原告亦肯認兩造有終止合意。是縱雙方動機有所不同，惟兩造有於109年8月5日合意終止系爭承攬契約之事實，應可憑採。惟反訴原告主張承攬人已完成工作部分報酬為4,235,323元（含營業稅）：訂金2,528,400元部分已全數完工、鋼骨H組裝完成款2,107,000元部分已有71.44%完工，已完成工作部分報酬小計：2,528,400元＋2,107,000元×71.44%＝4,033,641元（未稅），而系爭承攬契約中並未約定營業稅由反訴原告負擔，是依營業稅制度設定之精神，應由反訴被告負擔營業稅，已完成工作部分報酬4,033,641元加計百分之五營業稅後為4,235,323元，扣除反訴被告已給付之2,528,400元，反訴被告應再給付反訴原告1,706,923元等語。

二、反訴被告均聲明請求駁回反訴原告之訴，抗辯略以：反訴原告所引用之系爭土木技師鑑定報告書之附件六，其原文就尚未組立之鋼材，並無言明已經加工隨時得進行組立；且由相關存證信函，雙方既已合議終止系爭承攬契約，則該鋼材既非反訴被告所有，反訴原告本可雇人將其運送回公司再行運用，實際上，反訴被告屢屢懇請反訴原告正面處理契約糾紛，亦從未阻止反訴原告將材料運回，惟其卻消極不予理會，如今於反訴起訴狀反而將現場之鋼材留置於工地用作計算承攬報酬之基礎事實，反訴原告亦僅以自行計算之如卷附表格作為報酬請求之計算，而未附上發票、出場憑證與其餘相關文書，應認未盡應盡之舉證責任，顯無理由。且系爭承攬契約僅約定承攬工程之總價，並未就總價含稅或未稅予以約定，揆諸臺灣基隆地方法院101年度建字第18號民事判決意旨，欲主張承攬人需負擔報酬加計百分之五營業稅者，至少應提出請款之單據或統一發票以確保反訴原告受領之工程

款所包含之營業稅被確實報繳。定作人復無不能於系爭工程驗收合格且辦妥工程保固保證時一併提出統一發票之情事，從而，反訴原告僅於反訴起訴狀空口請求報酬應加計營業稅，卻未實際提出系爭承攬契約履約過程是否有含稅或未稅之請款單，此部分亦未盡其舉證責任，而無理由。此外，反訴原告既主張兩造於109年8月5日已無繼續契約之合意而認為本訴原告之請求罹於民法第514條之短期時效，則反訴原告得請求提起報酬請求權之反訴時間時點亦應於該日起算，惟反訴原告竟遲至112年3月1日始起訴，顯逾消滅時效，反訴被告得主張時效抗辯等語。

三、得心證理由：兩造系爭承攬契約於109年8月5日由反訴被告向反訴原告表示終止，反訴原告亦予肯認，已經本院論定如上。又系爭工程確有不符施工圖書之瑕疵，本院亦會同兩造及前開鑑定單位之土木技師勘驗現場得見，製有勘驗筆錄在卷；嗣經兩造同意，並由原系爭工程之結構技師檢討及分析略示：施工結構強度僅達原結構設計強度之0.297-0.333倍，遠未達0.8倍以上強度之結構可以修補條件，必需拆除重建才可達結構體安全承載及符合規範之耐震安全等語，亦有安泰結構技師事務所出具之現況結構檢討計算書影本在卷可參。則按諸「工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。」，民法第511條定有明文，所稱損害即包含已完工部分之報酬。並「承攬人之損害賠償請求權或契約解除權，因其原因發生後，一年間不行使而消滅。」，民法第514條第2項亦有明文。從而計算109年8月5日系爭攬承契約終止後，反訴原告即可行使之完工部分之報酬請求權，竟遲至112年3月1日始起訴請求，顯逾一年之時效，遑論反訴原告是否受有損害容難證明，反訴被告拒絕給付，自應准許。

綜上，反訴原告之請求即無理由，應予駁回。

參：本件為判決之事項已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法，核不影響判決結果，自不贅論。

肆：結論：本訴與反訴均無理由，均應駁回，並據民事訴訟法第78條，判決如主文所示。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　9　　月　　26　　日

民事第三庭　　法　官　洪榮謙

以上正本係照原本作成。

如對判決上訴，應於判決送達後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　　9　　月　　26　　日

書記官　潘佳欣