臺灣嘉義地方法院民事判決

109年度建字第11號

原告即反訴
被　　告　賴建勳
000000000000000000
訴訟代理人　何永福律師
　　賴俊穎
被告即反訴
原　　告　來吉富土木包工業
000000000000000000
法定代理人　謝吳秀霞
000000000000000000
訴訟代理人　謝志彰
訴訟代理人　曾錦源律師
複 代 理人　高景仁

上列當事人間確認承攬契約不存在等事件，本院於110年11月17日辯論終結，判決如下：

主　文

一、本訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。
二、本訴訴訟費用由本訴原告負擔。
三、反訴被告應給付反訴原告新臺幣肆拾柒萬玖仟柒佰玖拾伍元，及自民國一〇九年五月十九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。
四、反訴原告其餘之訴駁回。
五、反訴訴訟費用由反訴被告負擔百分之十五，餘由反訴原告負擔。
六、反訴原告勝訴部分得假執行。但反訴被告以新臺幣肆拾柒萬玖仟柒佰玖拾伍元為反訴原告預供擔保，得免為假執行。
七、反訴原告其餘假執行之聲請駁回。

事　實　及　理　由

甲、程序事項：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項第3款有明文。查反訴原告於提出反訴時之聲明為：「反訴被告應給付反訴原告820,829元及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。」（本院卷一第85頁）；後於110年6月25日擴張聲明為：「反訴被告應給付反訴原告3,141,611元及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。」（本院卷二第17頁）核其所為，符合前開要件，應予准許，先予敘明。

乙、實體事項：

壹、原告及反訴被告之主張及答辯：

一、兩造於民國108年5月31日間簽訂工程合約書（即本院卷一第13至27頁，下稱系爭工程合約書），約定由被告承作位於嘉義市湖內里之賴建勳住宅新建工程（下稱系爭工程）、工程費總價為272萬元，代工不代料，材料費用另計。原告並已給付現金4萬元與被告，及於同年6月25日、9月4日、9月20日、10月24日、11月27日、12月12日，以匯款方式分別匯入120萬元、200萬元、60萬元、200萬元、50萬元、30萬元至被告所指定之郵局帳戶，迄今合計已給付664萬元與被告，664萬元中，工資已交付245萬元，其餘為材料費用419萬元，依被告所交付的統一發票，其中模板、鋼筋均已包含材料及工資（在工程實務上，統一發票上寫「一式」即表示工資及材料全部計算之費用）。嗣後，原告認被告施作品質不佳，且顯有瑕疵，要求被告改善，惟被告並未改善，復於108年12月30日至原告住所要求終止契約，經原告同意，故兩造間之承攬契約業於108年12月30日合意終止。然，被告卻於109年1月22日及同年2月3日分別以嘉義興業路5號存證信函及嘉義福全郵局30號存證信函催告原告付款，工程無法繼續施工等語，似認為兩造間之承攬契約尚繼續存在，致原告認為其在法律上之地位有不安之狀態存在，爰依法訴請確認兩造間之承攬關係自108年12月30日起已不存在，以除去此種不安

之狀態。

二、查兩造間係約定工程費總價為272萬元，代工不代料之承攬契約，然被告迄今僅完成全部工程之80%，亦僅提出320萬元之材料費用發票與原告，卻要求原告給付664萬元，而本件工程款之80%為2,176,000元，加計材料費用320萬元，僅有5,176,000元，故被告顯然無法律上原因受有溢領126萬4千元款項之利益，爰依民法第179條不當得利之法律關係，請求被告返還1,464,000元。

三、綜上，本件訴請確認之工程合約總價為272萬元，加計請求返還不當得利1,464,000元，爰以合計金額4,184,000元作為本件之訴訟標的價額。故請求判決如訴之聲明，以保權益，至感德便。

四、對於嘉義縣建築師公會（鑑定）110年5月10日嘉縣建師（鑑）字第110016號函所附鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）之意見：

（一）目前系爭工程之建物狀況，扣除水電之材料費外，其餘材料費約6,034,835元部分：

1、依被告所提材料計算表（即本院卷一第97頁，下稱系爭材料計算書）所載：編號22「台灣水泥股份有限公司」之數量為360M3材料費為702,000元，然系爭鑑定報告第125頁「二、結構體工程」中之4「210kg/cm2預拌混凝土澆置」之數量為363.36M3總工程款為1,609,685元，顯然與被告實際施工後所做的數量（360M3）及支出之費用不符，自應以被告上述之費用702,000元為準。

2、編號1「HC宏成鷹架工程行」施作數量990M2，材料費為233,100元，然系爭鑑定報告第125頁「一、假設工程」中之「施工鷹架（含防護網）」數量為601.73，工程款為270,779元，再與被告實際施工數量與支出費用233,100元不符，自應依233,100元為準。

3、系爭鑑定報告第123頁甲、發包工程費「三、廠商利潤及管理費」記載376,002元，然查，本件依兩造所訂立之系

爭工程合約書第二條工程地點下方手寫「代工不代料以地坪計價依1㎡5,500元計算，2,720,000元」其意係被告就實際施工所使用之材料，被告必填拿廠商發票向原告請款，被告所賺取的係實際施工之工人報酬，而工人報酬又以最高額2,720,000元計算，實際做幾天就算幾天之工資，被告亦自陳材料部分沒有賺原告錢，準此，就本件材料費部份，依兩造系爭工程合約書之約定，被告不得再向原告請求「廠商利潤及管理費」。

4、就上述1、2、3所述，系爭鑑定報告所認定之總材料費6,034,835元，就施工鷹架應以233,100元計價，系爭鑑定報告多算37,679元（計算式：000000－000000＝37679)元，就210kg/cm²預拌混凝土澆置應以702,000元計價，系爭鑑定報告多算907,685元（計算式：0000000－000000＝907685)元，再加上廠商利潤及管理費376002元應全部扣除，故，本件合理的材料費應為4,713,469元(計算式：0000000－00000－000000－006002＝0000000)。

（二）系爭鑑定報告就系爭工程全部工錢市場合理數額應為4,310,795元部分，本項目不可採：

1、系爭鑑定報告的算法，係以本件工程全部完工之工資計價，並非施作到目前建物狀況之工資計價，因為本系爭項目未像上述報告書材料費，有特別標示「.....及目前建物狀況....」（見系爭鑑定報告第7頁說明，即可瞭然）。

2、依兩造系爭工程合約書之約定，本件工程係代工不代料，工資金額不能超過2,720,000元，已如前述。

3、再依被告已自認「依據系爭工程實做實算的結果，全部已施作部分之工錢應係1,084,960元....」，原告願意承認系爭工程之全部工資為1,084,960元。如被告上述自認有錯誤，應由被告舉證；再依被告所提出施工日數表（即本院卷一第91至96頁），有3張標示是泥作，另有2張未標示泥作，顯見該施工日數表非僅適用於泥作。

（三）綜上所陳，本件工程合理之材料費及工資為5,395,755元（計算式：0000000＋0000000＝0000000），但仍應再扣除瑕疵修復費用。

（四）另系爭鑑定報告沒有考量到施工過程中，有發生豪雨及颱風，根本無法施工，自108年6月1日至109年12月30日止，在可施工期間，有6次颱風（即107年度山竹、瑪麗亞，108年度米塔、白鹿、利奇馬、丹娜絲）侵襲台灣而無法施工，即日雨量超過10公釐以上而無法施工之日期，合計108年度有53天；且施工師傅與小工可同時進行好幾項工項，惟系爭鑑定報告均未考量此部分，故系爭鑑定報告顯有瑕疵。

（五）系爭鑑定報告第125頁「二、結構體工程中第25鋁窗(DW2)、26鋁窗（DW1）」分別覆價為4,550元、3,458元，然查系爭房屋現場屋況，被告並未設置鋁窗，顯見系爭鑑定報告有誤。

五、對被告即反訴原告抗辯之陳述：

（一）被告自承所施工部分之工錢為1,084,960元，原告不爭執，依系爭工程合約書之工程款雖為272萬元，但兩造間承攬關係已終止（若原告無法舉證兩造合意終止，亦依民法第511條終止），則被告溢收之工程款1,635,040元自應返還原告。

（二）原告否認實做時算；亦否認被告所述「系爭工程合約書當時因原告表示為節省稅金及工程款項之考慮，故第一頁前面第1條至第4條手寫文字部分均是空白，待被告簽完名後方交付原告，讓原告呈交市政府開工使用」分別說明如下：

1、依原告所陳報之商業登記證，被告是87年5月13日就設立登記，到系爭工程合約書簽約時已經營該商號二十來年，是專業之承包商，怎麼可能放任重要的第一條至第四條空白，在蓋印簽約時沒有書寫任何文字，違反常情。

2、被告也承認系爭工程是代工不代料，就是符合原告所述，

有代工不代料依地坪計算，故被告敘述是實作實算，不是以系爭工程合約書所載工程272萬元計算被告之工程款，此不可採。

3、再者依被告提出之陳宏碩建築師所寫工程記載表（即本院卷一第89頁，下稱系爭工程記載表）工程有關工程造價應指工程款272萬元，因300萬元與272萬元很接近，再者，本件被告竟然表示原告要節省稅金，才叫被告用空白契約書給原告，對於原告來說，工程款支出越多越好，因原告僅為一般民眾，對於工程款支付是越多越好，為何要節稅，且節稅就叫被告用空白契約書給原告，這太誇張，均不可採；且系爭工程合約書上第一條至第四條手寫部分，原告認為是被告訴訟代理人謝志彰的筆跡。

（三）否認被告所提材料計算表（即本院卷一第97頁，下稱系爭材料計算書），請被告提出其所使用之建材每項單價及所用數量之證明文件。

六、本訴聲明：

（一）確認兩造自108年12月30日起關於108年5月31日所訂立之賴建勳住宅新建工程之承攬關係不存在。

（二）被告應給付原告1,264,000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。

（三）訴訟費用由被告負擔。

（四）第二項聲明，原告願供擔保，請准宣告假執行。

七、反訴聲明：

（一）反訴駁回。

（二）反訴訴訟費用由原告負擔。

（三）如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。

貳、本訴被告即反訴原告主張及答辯略以：

一、本訴答辯部分：

（一）雙方之承攬契約是實做實算：

1、系爭工程合約書當時因原告表示為節省稅金及工程款項之考慮，故第一頁前面第1條至第4條手寫文字部分均是空

白，待被告簽完名後方交付原告，讓原告呈交市政府開工使用。對照被告提出之陳宏碩建築師所寫工程記載表（即本院卷一第89頁，下稱系爭工程記載表）即可看出之工程造價是300萬元，可證明系爭工程不論是系爭工程合約書或系爭工程記載表都不是本件契約價格之真實情形，換言之，兩造就本件工程是以實作實算進行交易。

2、被告茲提出兩造間曾有過的一段對話錄音譯文，其中原告曾說：「我匯了六百萬給你了，你們原本估六百多萬，你們說這樣會賠錢，估七百二十萬的時候，問題是七百二十萬.....」云云，足證兩造於訂約之初，只有一個實作實算的粗估價（而且預留彈性）不存在所謂的「承包總價」；又依照雙方交易的單據可看出，整個承攬過程中被告提出不同時間的估價單，可見兩造間之承攬是實作實算之交易。

3、所謂「帶工不帶料」之工程承攬方式，係指材料由定作人備妥，承攬人只負責施工。如果材料由承攬人購買，則仍謂之「帶工帶料」，只是此時的材料應單獨計算，不可與工程施作款混合計算而已。原告在此方面之觀念有誤，特此釐清。又系爭工程既屬「帶工帶料」，則系爭工程合約書手寫字部分顯然與事實不符，益證系爭工程合約書只是簡易式、僅做報開工使用、非屬真實之合約。

4、兩造交易過程中，從未出現講定之「承攬總價」此從系爭工程合約書上原告自填272萬元、建築師於系爭工程記載表上登載300萬元、原告實付664萬元、原告起訴主張被告僅應領517萬6000元，四處金額皆不同，可以窺見。系爭工程既非以總價承攬之方式交易，自然就是以實作實算的方式交易！既系爭承攬關係非「總價承攬」而屬「實做實算」，則囑託鑑定時，無須在乎完工比例，只須就「已施作部分之合理材料錢（或包括工錢）」為鑑定即可。

（二）關於原告「確認兩造自108年12月30日起承攬關係不存在」部分：

1、若原告只是主張「因被告違約而終止系爭承攬關係」，因被告並未違約，故不能認同。

2、若原告也主張「因行使任意終止權（民法第511條本文）而終止系爭承攬關係」，則被告無力反對，只能接受。

（三）關於不當得利部分：

1、兩造就系爭工程係以「實做實算」進行交易，非以「總價承攬」進行交易，故不論相關文件（即本院卷一第89頁，系爭工程記載表）是呈現總工程款為300萬元、或是呈現總工程款為272萬元，均非真實。

2、依據系爭工程實做實算的結果，已施作部分之工錢 應係1,084,960元，意指我造應不能改口增加。然，彼時不但我造是單指泥作部分（因不諳法律而未將轉包出去的部分納入），而且這也不能叫做「自認」，頂多叫做「自行委屈計算」。既然，對造不曾認同泥作部分之工錢係1,084,960元，且鑑定結果也有了新的、更符合真實理性的數字，法律上自應以鑑定結果為最可靠之判斷依據。

3、故以原告已支付之664萬元而論，原告尚短付，既如此，被告就已領工程款664萬元，何來不當得利可言？

4、又原告已交付給被告之664萬元中，其中有2,192,800元是請被告轉交給另一平行之鋼構包商先品有限公司，真正交付被告的只有4,447,200元；另被告前述1,084,960元工錢部分，只包含土水部分的工錢，其工錢尚與材料錢摻雜在一起，應以鑑定意見為準。

二、反訴請求部分：承上本訴答辯所述，反訴被告既尚短付工程款予反訴原告（或以「反訴原告受有損害」稱之，參照民法第511條但書規定），則反訴原告爰就此提起反訴，依民法第511條但書及系爭工程合約書請求反訴被告給付或賠償3,141,611元。

（一）系爭工程之建物蓋至目前現況，原告所支出的工錢為1,084,960元被告不爭執，惟此部分指泥做的工程款，依據系爭鑑定報告結果，全部的合理工錢總價為4,310,795元。

（二）對於原告質疑施工天期之說明：鑑定機關係從施工成果反推本件工程施作至此，其合理的工資與材料款，這與施工天期無絕對關係，故無探究之必要。

（三）本案外牆及頂樓地坪防水工程由原告自行施工：

1、被告僅施工室內浴室（4間）地坪防水層及頂樓女兒牆10CM滾邊補強，惟原告自行施工防水的材料委由我方代購，且其中原告有反應因自身懼高無法自行施工，特地委託我方轉介紹防水師傅即訴外人涂俊吉以點工方式協助原告，原告也同在現場協助師傅涂俊吉備料。

2、本案防水工程非被告應負之責，也多次反應防水工程是原告自行施作，109年9月3日現場初勘時原告也在法官及書記官以及會勘王鏡偉建築師等人當面承認防水是自行施作。

3、原告為成年人，在本件程施工期間皆獨自與進行合約簽訂、付款以及工程討論，過程皆由有行為能力即能負完全責任能力的原告獨自接洽，直到108年12月款項遲延付款，經被告催促後找盡各種理由拖延，甚至以父母為出資人或應向親友借支始有付款能力為由，百般刁難遲遲不履行付款，並牽拖後續工程缺失放大檢視。

4、被告以實做實算方式承造本件，自地面基礎開挖到3樓鋼筋混泥土完成，4個月風雨無阻現場督工，原告從未給付被告督工費用還故意刁難付款惡意抹黑，被告顧念與原告為多年熟識，以低於市場造價協助興建系爭房屋，卻被原告刁難抹黑。

5、本件調解多次，原告皆無誠意付款，屢次新增缺失項目並擅自更換鑰匙，致被告無法進入系爭工程之建物內勘驗證實原告所提出的缺失，皆是原告的片面之詞，系爭工程之建物足足超越實價登錄之價值實為事實。

三、對系爭鑑定報告之意見：

（一）依據系爭鑑定報告之鑑定結果，扣除水電材料費外，反訴被告應給付反訴原告之合理材料費為6,034,835元、合理

工錢為4,310,795元，合計合理工程款為10,345,630元。再經扣除泥作剝落及漏水修補合理費用564,019元後，尚餘9,781,611元。

（二）上述9,781,611元，扣除反訴被告於訴訟前已給付反訴原告之664萬元，尚應再給付3,141,611元。反訴原告原僅請求820,829元，爰擴張請求為3,141,611元。

（三）系爭鑑定報告有詳細的說明及鑑定過程，依據項目分析附詳細的理由做成結論，建請法院採納。

（四）對於補充鑑定之意見如下：對造關於系爭工程之建物防止滲漏水所認為應做之補救措施，鑑定意見並不表認同，而且，我造就系爭工程之建物尚未完全施作完畢即遭對造終止契約，則終止契約至今經過兩年，在此過程中發生要做補救措施之需求，也不屬我造應負擔之事由，故我造系爭鑑定報告之鑑定意見請求反訴被告給付3,141,611元。退一步言，若認為對造就系爭工程之建物防止滲漏水之補救措施，仍應有若干費用得以扣抵我造應領之工程款，則也不是如補充鑑定意見中所稱之42萬元。蓋系爭工程之建物之防水工項，根本不是由被告所施作的，則補救措施或其費用也與被告無關。此時要調整的，頂多是將原鑑定意見中有關防水工項（第13項屋頂防水處理、第14項外牆防水漆）之費用17萬1984元扣除而已!

四、本訴聲明：

（一）原告之訴駁回。

（二）訴訟費用由原告負擔。

（三）被告如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

五、反訴聲明：

（一）反訴被告應給付反訴原告3,141,611元及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

（二）反訴訴訟費用由反訴被告負擔。

（三）反訴原告願供擔保，請准宣告假執行。

參、兩造爭執及不爭執事項：

一、不爭執事項：

1、兩造於108年5月31日簽立工程合約書（下稱系爭合約，本院卷一第13頁）約定由被告承攬坐落嘉義市湖內里「賴建勳住宅新建工程」（下稱系爭工程）施作工程，但水電部分非承攬範圍（本院卷一第257頁、第266頁）。

2、原告就系爭工程已給付664萬元與被告。

3、兩造間就系爭工程之承攬關係於108年12月30日已不存在。（本院卷一第249頁、本院卷二第189頁）

4、上開事實為兩造所不爭執，並有系爭合約書（本院卷一第13頁至第27頁）、匯款單據（本院卷一第29頁至第35頁）、商業登記抄本（本院卷一第59頁）等在卷可佐，並有系爭鑑定報告可參。

二、兩造之爭點：

1、本訴部分：

⑴原告請求確認兩造間年12月30日起關於系爭工程之承攬關係不存在，是否有據？

⑵原告依民法不當得利之法律關係請求被告返還126萬4,000元之材料費，有無理由？（本院卷一第250頁、第9頁）

2、反訴部分：反訴原告依兩造間之承攬法律關係及民法第511條但書，請求反訴被告給付3,141,611元，有無理由？

肆、本院之認定：

一、確認之訴部分：

（一）按確認法律關係之訴，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之；確認證書真偽或為法律關係基礎事實存否之訴，亦同。前項確認法律關係基礎事實存否之訴，以原告不能提起他訴訟者為限。民事訴訟法第247 條第1、2項定有明文。所謂有即受確認判決之法律上利益，係指因法律關係之存否不明確，致原告在私法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去之者而言，故確認法律關係成立或不成立之訴，苟具備前開

要件，即得謂有即受確認判決之法律上利益，縱其所求確認者為他人間之法律關係，亦非不得提起（最高法院42年台上字第1031號、52年台上字第1240號判決參照），準此，原告提起確認之訴，首應符合前述要件，始具備有即受確認判決之法律上利益。申言之，倘原告客觀上之法律地位本無不安狀態存在、抑或縱經法院判決確認仍不能除去原告主觀上所認其在法律上地位之不安狀態者，當難認有何受確認判決之法律上利益。

（二）查原告聲明確認兩造間自108年12月30日起關於108年5月31日所訂立之賴建勳住宅新建工程之承攬關係（下稱系爭承攬關係）不存在，惟被告對於系爭承攬關係於108年12月30日起已終止亦不爭執，有本件109年6月8日、110年8月2日筆錄（本院卷一第245頁、本院卷二第46頁及第189頁）在卷可佐。是若被告對原告主張之法律關係，自始無爭執，即法律關係之存否並無不明確之情形。

（三）綜上所述，原告提起本件確認之訴難認有受確認判決之法律上利益，顯與民事訴訟法第247 條第1 項之規定不符，欠缺權利保護之必要，應予駁回。

二、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 條定有明文。原告主張系爭工程為代工不代料，工程總價為272萬元，並提出系爭合約書為證，惟為被告所否認。經查：系爭合約書第五條第四款約定：「非工程估價單承攬範圍之項目或原有工程變更致金額增加部分，『管理費』依須另計」；第八條約定：「甲方（即原告）在工程原計劃範圍內有變更計劃、設計及增減工程數量之權。……，另新增工程造價金須涵蓋『管理費用』。倘甲方變更計劃，致使必須廢棄已完成工程之一部分或已到場之『合格材料時，依其工料部分，』……」；第十條約定：「甲方及負責設計監造之建築師事務所派來主持工程之監工人員，有監督工程進行，『核定材料』是否合用及……，倘所做之工程草率，『材料拙劣』，不合規定或……，得通知乙方限期

改善拆除重做，……。」；第十二條約定：「乙方對於工地設備，應求齊全，諸如工人之食宿、……『材料』、工具儲存、……。」；第十七條約定：「『材料檢驗』：會同檢驗項目，依工程種類之不同，由甲方於開工時通知乙方辦理。……。」；第十八條約定：「『材料』工具：所有『材料』工具，除另有規定者外，概由乙方（即被告）購辦並須經甲方所派監工人員之勘驗，認為合格者方得使用，其不合格者須立即遷出場外，存場之材料、工具乙方須堆放整齊。」，依原告據以主張之系爭合約書約定內容可知，系爭合約書約定系爭工程之材料是由被告提供、管理，並無原告所稱代工不代料，材料部分實報實銷之情，是原告依系爭合約書記載系爭工程為代工不代料，與事實不符。

三、兩造間就系爭工程之約定除與事實不符之系爭合約書，及上開兩造不爭執之事項外，均無其他證據證明工程價款如何計算，以下分別論述之：

（一）材料費部分：兩造間就材料部分之金額為若干生有爭執，原告主張就材料數量及價額送請鑑定認定（本院卷一第247頁、第249頁），並經被告同意（本院卷一第249頁）。因兩造同意就已完工之材料數量及價額，以鑑定之方法認定，本院自應依此據以判斷兩造間就材料費之請求是否有據：

1、系爭工程目前建物狀況，扣除水電之材料費外，原告應付之材料費為603萬4,835元，有系爭鑑定報告（第29頁、第121頁至第126頁）可稽。

2、原告雖主張系爭鑑定報告書之「結構體工程」中之4「210KG/CM2預拌混凝土澆置數量」、「施工鷹架（含防護網）」與被告提供之單據不符，而主張系爭鑑定報告書不可採。惟原告否認被告提出單據之形式真實性或與本件系爭工程有關，又主張以鑑定方法認定材料費之計算，是原告再執否認之單據，爭執其肯認之調查證據方法，自非可採。

3、因本件非代工不代料之承攬性質，材料係由被告提供，業已陳述如前，是原告主張廠商利潤及管理費非原告所應支付云云，亦非可採。

4、原告稱本件無鋁窗，系爭鑑定報告書有誤云云，經鑑定機關函覆：原報告書中工程材料估價單項目明細表、工程工資估價單項目明細表中項次25「鋁窗（DW2）」、26「鋁窗（DW1）」所指項目僅為鋁窗框，漏撰「框」一字，單也僅以鋁窗估價（一～二千餘元無法施作此尺寸之玻璃鋁門窗扇），故不影響系爭鑑定報告估價金額等語，此有嘉義縣建築師公會110年11月3日110嘉建師會字第0126號函（本院卷二第169頁）可佐，是系爭鑑定報告書之上開記雖有誤，然不影響所認定之上開材料費金額。

（二）工資部分：

1、系爭工程已完工之工資為1,084,960元，被告並沒有工程款未請領取，為被告所自承（本院卷一第81頁、第86頁、第247頁、第254頁）。又本件是由被告承攬系爭工程，被告將系爭工程轉包何人，與原告無涉，且被告自行提出的單據中（本院卷一第95頁）瓷磚工資亦在工資1,084,960元範圍內，故被告空言改稱下包施作部分，不含在1,084,960元內（本院卷一第265頁）云云，並非可採。

2、系爭工程之全部工錢，「市場合理價格」為431萬元795元，雖為系爭鑑定報告所認定（系爭鑑定報告第29頁、第127頁至第131頁），惟本件兩造就工資為1,084,960元，且原告已經支付完畢一事，均不爭執。本件兩造就工資既無爭執，自無再依「合理市場價格」認定工資之必要。

四、依上所述，本件系爭工程已完工部分建物現況之材料費為603萬4,835元，而工資為1,084,960元，合計為7,119,795元（計算式：603萬4,835元+1,084,960元＝7,119,795元）應可認定。

五、本件原告已給付之工程款項計664萬元與被告，為兩造所不爭執，已陳述如上。系爭工程之工資及材料費總額為7,119,

795元，原告已支付664萬元，是原告尚應給付被告479,795元（計算式：7,119,795元-664萬元＝479,795元），應可認定。

六、本件原告尚應給付被告479,795元，則原告依不當得利法律關係請求如聲明二所述，即非有據。反訴原告即被告依承攬法律關係及民法第511條但書請求反訴被告即原告給付479,795元，自屬有據。惟反訴原告超過此數額之請求，並無理由，應予駁回。

伍、末按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任；其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5，民法第229條第2項、第233條第1項前段及第203條分別定有明文。準此，反訴原告主張以反訴起訴狀繕本送達之翌日（109年5月19日，本院卷一第85頁），按週年利率百分之5計付遲延利息，核無不合。

陸、綜上所述，兩造間就本件承攬關係業已終止而不存在，並不爭執，是原告據以請求確認兩造就系爭工程之承攬法律關係不存在，並無確認利益。且原告依不當得利之法律關係，請求被告給付如聲明二所載之126萬4仟元及利息，並無理由。故本件原告之訴均無理由，應予駁回。另反訴原告依承攬之法律關係及民法第511條但書，請求反訴被告給付積欠之工程款479,795元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日（109年5月19日）起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，為有理由。

柒、本訴及反訴勝訴部分，兩造雖均陳明願供擔保聲請宣告假執行或免為假執行，惟本訴原告之請求既遭駁回，其假執行之聲請，因無所附麗，併予駁回。反訴原告勝訴部分，本院所命給付金額未逾50萬元，依民事訴訟法第389條第1項第5款

規定，自應依職權宣告假執行，並依反訴被告聲請酌定相當擔保金額，宣告免為假執行。

捌、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經核不影響判決結果，爰不逐一論敘，末此指明。

玖、據上論結，本件原告之訴為無理由，反訴原告之訴一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第78條、第79條、第389條、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　11　　月　　30　　日

民事第一庭法　官　邱美英

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　　110　　年　　11　　月　　30　　日

書記官　黃怡禎