臺灣高雄地方法院民事判決

109年度建字第58號

原　　告　洪坤德

訴訟代理人　陳忠勝律師

被　　告　申易工程有限公司

000000000000000000

法定代理人　郭威宏

訴訟代理人　林宗儀律師

上列當事人間請求返還工程款等事件，本院於民國114年6月5日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告應給付原告新臺幣伍佰參拾陸萬捌仟參佰肆拾壹元，及其中新臺幣貳佰貳拾玖萬柒仟伍佰壹拾壹元自民國一百零九年五月十四日起，其中新臺幣參佰零柒萬零捌佰參拾元自民國一百一十四年四月十一日起，均至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之五十九，餘由原告負擔。

本判決第一項於原告以新臺幣壹佰柒拾捌萬元為被告供擔保後，得假執行；但被告以新臺幣伍佰參拾陸萬捌仟參佰肆拾壹元為原告預供擔保後，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但擴張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款定有明文。經查，原告起訴請求被告給付新臺幣（下同）2,869,670元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息（見審建卷第11頁），嗣於起訴狀繕本送達被告後，原告將上開請求金額擴張為9,072,508元，及其中2,869,670元自起訴狀繕本送達翌日起，其餘6,202,838元自民事更正聲明暨準備㈣狀繕本送達翌日起，均

至清償日止，按週年利率5%計算之利息（見本院卷㈡第11頁），復於本院民國114年6月5日言詞辯論期日，將上開請求金額減縮為8,161,378元，及其中2,869,670元自起訴狀繕本送達翌日起，其餘5,291,708元自民事更正聲明暨準備㈣狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息（見本院卷㈡第130頁），原告於起訴後擴張上開請求金額係屬擴張應受判決事項之聲明，揆諸首揭規定及說明，應予准許。

二、原告主張：

㈠兩造於107年1月13日簽訂工程合約書（下稱第1次契約），約定由被告承攬原告所有門牌號碼高雄市○○區○○○路000號自宅房屋（下稱系爭房屋）新建工程（包含舊屋拆除、新建及新建完成後之2次施工，下稱系爭工程），工程期限自同年1月13日起至同年12月31日止（不含2次期程），總工程款777萬元，原告已分別於同年1月25日、同年10月11日各給付156萬元、389萬元共計545萬元。又兩造於施工前之同年2月24日會同鄰居（即門牌號碼高雄市○○區○○○路000號，下稱系爭鄰房）開會鑑定並作成會議紀錄（下稱系爭會議紀錄），被告承諾如施工造成鄰損，將由被告負責無償修復，惟被告於施工過程仍造成鄰損，因被告對於應由何人支出修繕費用有爭執，故先由原告暫支付修繕費用214,000元（下稱系爭鄰損費用）予被告，被告已修繕完成，然迄今尚未返還上開修繕費用。嗣於同年12月間，系爭鄰房牆面又發生漏水事宜，鄰居再次要求修繕，經原告通知被告修繕，被告卻遲未修繕，且自同年12月17日起即未施工，甚至將工程人員調至別的案場施作，致逾合約完工期限仍未完工，兩造於108年3月31日在林福原建築師事務所協商，兩造同意合意終止契約，已施做完成部分之工程款，依契約書後附明細，按數量及施作項目之完成比例核實計價，且被告同意負擔鄰損費用。

㈡嗣於本案訴訟中，兩造於110年12月21日達成協議由被告繼

續施作系爭工程（下稱第2次契約），除援用第1次契約內容外，並簽訂「補充契約條款」（下稱系爭條款），約定增加工程項目，其工程款再追加150萬元，並約定施工期限至111年6月30日止。又於系爭工程進行中，兩造另約定追加如附表2所示之工程項目及金額（下稱系爭追加工程），被告已支付全部工程款(含系爭追加工程)。然被告又屢次拖延，並未完成系爭工程及系爭追加工程，原告復於111年12月28日寄發存證信函催告請其於111年12月31日前完工，如未完工將終止契約，該存證信函業經被告收受，惟仍未獲被告置理，故原告依民法第511條規定，再以民事更正聲明暨準備㈣狀繕本之送達，作為終止兩造間承攬契約之意思表示，兩造間第2次契約已終止。

㈢從而，原告自得依民法第263條準用第259條、第179條規定（擇一為勝訴判決），請求被告返還溢領之工程款如附表1所示尚未完成之系爭工程之工程款2,943,948元及如附表2所示已收費但尚未施作之系爭追加工程之工程款4,304,130元；又依系爭會議及民法第179條規定（擇一為勝訴判決），請求被告返還原告墊付之系爭鄰損費用214,000元；另系爭工程原訂107年12月31日前完工（不含2次工程），然被告遲至108年3月31日兩造合意終止第1次契約之日止，逾期完工至少90日，以每逾1日扣工程款千分之1計算，違約金為699,300元，爰依第1次契約第3條第5款約定，請求被告給付遲延完工之違約金699,300元，以上共計8,161,378元。並聲明：㈠被告應給付原告8,161,378元，及其中2,869,670元自起訴狀繕本送達翌日起，其餘5,291,708元自民事更正聲明暨準備㈣狀繕本送達翌日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈡願供擔保，請准宣告假執行。

三、被告則以：

㈠關於原告主張系爭工程未完工部分：依高雄市政府工務局112年2月23日函文，系爭房屋確實有遭人檢舉2次施工而被拆除等事實存在，依第1次契約第1條第6項、第2條、第3條第3

項約定，及系爭條款第1至5條約定，被告不須返還所領工程款項，且就原告主張如附表1編號1至4有關「材料」之爭執，已由高雄市建築師公會114年5月27日函文就材料進行說明，並未更改鑑定報告各項結論，自仍應以高雄市建築師公會所為鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）及2份函文為依據。

㈡關於原告主張系爭追加工程未完工部分：對於原告主張被告已領取如附表2編號1至10所示金額及加速工程費用45萬元共計4,304,130元不爭執，對於原告主張被告就附表2編號1、2、9、10之工程項目未施作亦不爭執，然此部分款項用以支付被告人工材料支出使用，被告不須返還。又附表2編號3之各樓層鋁窗改成氣密窗部分，被告已施作，此從系爭鑑定報告附件5之照片編號23至26、41、47至54、61等現場已裝設氣窗或材料等可證。附表2編號4之工程項目，被告有施作2次增建工程，因鄰居檢舉而遭拆除大隊拆除，依兩造契約約定，被告不須返還所領工程款項。附表2編號5至8之工程項目，兩造已協商同意將外牆洗石子改成「牆面粉光」，並非未施作，此部分應予以排除，其餘「屋頂鐵皮屋、10台冷氣、太陽能熱水器」，被告確未施作，然此款項用以支付被告人工材料支出使用，被告不須返還。另加速工程費用45萬元，被告有施作2次增建工程，亦有增加人力等，且依上開契約約定，被告不須返還所領工程款項。

㈢關於原告請求返還系爭鄰損費用214,000元，被告對此不爭執。

㈣關於原告主張違約金699,300元部分：因原告於107年5月間欲將原申請4層樓（含5層樓屋凸）之建築執造，變更改為5層樓之建築執照，而要求被告先行停工，被告遂於107年5月16日聽從原告指示停工，直至107年8月21日再復工，此時造成拆除後共同牆壁之相鄰房屋滲水，且因原告遲未選定材料材質，導致被告停工，嗣被告於108年2月15日已竣工，並進行系爭房屋使用執照申辦作業，於108年9月2日取得使用執

照，被告並無逾期之處。又兩造於合意終止第1次契約，協議以實作數量核實計價方式終止，並無存有「違約金」之約定。況系爭條款第4條後段「施工期限即日起至111年6月30日止」、第5條「雙方同意於111年3月1日撤告」等約定，被告亦無逾期之處，原告對此部分仍為請求，顯已違反前開「撤告」約定等語置辯。並聲明：㈠原告之訴駁回。㈡願供擔保，請准宣告免為假執行。

四、兩造不爭執事項（見本院卷㈡第131頁）：

㈠兩造於107年1月13日簽立原證1之契約（即第1次契約），約定由被告承攬原告所有系爭房屋之系爭工程。

㈡兩造就系爭工程原定於107年1月13日起造，應於107年12月31日前完工（不含2次工程）。

㈢兩造曾於系爭工程施工前，於107年2月24日會同鄰居召開會勘會議，鑑定系爭鄰房既成牆壁、屋頂裂縫及磁磚地磚破裂情形及拍照記錄，被告承諾倘發生超出該記錄所載之牆壁破裂、結構損壞情事，將由被告無償修復，並做成系爭會議紀錄。

㈣系爭工程期間，系爭鄰房牆面發生損壞，修繕費用214,000元已由原告暫先給付予被告，由被告進行修繕，被告同意給付返還原告。

㈤兩造於108年3月31日達成協議，同意：雙方合意終止第1次契約；就被告已施作完成部分，依契約書後附明細，按施作項目及數量之完成比例核實計價；而上開鄰損係由被告造成，由被告自行負責處理。

㈥第1次契約部分，原告已於107年1月25日、同年10月11日分別給付第1期款156萬元、第2期款389萬元，合計已給付工程款545萬元予被告。第2次契約部分，已給付增加工程款150萬元，及114年4月10日民事更正聲明暨準備㈣狀（本院卷㈡第15、16頁），原告主張被告未施作已收費之增加工程項目，關於已收費的金額共計4,304,130元。

五、本件之爭點：

㈠原告請求被告返還系爭工程之工程款2,943,948元，有無理由？

㈡原告請求被告返還系爭追加工程之工程款4,304,130元，有無理由？

㈢原告請求被告給付違約金699,300元，有無理由？

六、本院之判斷：

㈠原告得請求被告返還系爭工程之工程款2,083,511元，其餘無理由：

1.按契約之終止，有由當事人合意而終止者，亦有依當事人一方行使終止權而為終止之意思表示者；又當事人一方行使終止權，其終止權之發生原因有依法律規定者，謂之法定終止權，亦有由於當事人以契約終止者，謂之約定終止權。合意終止為契約行為，於合意終止後，當事人間權利義務關係，悉依當事人之約定定之；至當事人一方行使法定終止權終止契約後，當事人間權利義務關係，依民法第263條準用同法第258條及第260條規定；倘當事人一方合法行使約定終止權後，當事人間權利義務關係，則取決於契約之約定。此三種契約終止型態之發生原因、行使方法、法律效果迥異，無可混淆（最高法院110年度台上字第136號判決意旨參照）。又契約之合意終止與因法定終止權之行使而終止者不同，效果亦異，除有特別約定外，並不當然適用或準用民法關於契約終止之規定（最高法院98年度台上字第856號判決意旨參照）。另當事人合意終止承攬契約後，倘未另有約定，契約當然向後失其效力，定作人僅需就契約終止時承攬人已完成工作部分給付報酬（最高法院113年度台上字第1630號）。再工作未完成前，定作人雖得隨時終止承攬契約，惟終止承攬契約僅使契約往後失效，承攬人在契約終止前已完成之工作，定作人依約仍有受領及給付報酬之義務（最高法院108年度台上字第3號判決意旨參照）。次按無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利益；雖有法律上之原因，而其後已不存在者，亦同，民法第179條定有明文。

2.經查，兩造於108年3月31日達成協議，同意：雙方合意終止第1次契約；就被告已施作完成部分，依契約書後附明細，按施作項目及數量之完成比例核實計價；而上開鄰損係由被告造成，由被告自行負責處理等情，此為兩造所不爭執（見兩造不爭執事項㈤）；於本案訴訟中，兩造於110年12月21日達成協議由被告繼續施作系爭工程（即第2次契約），除援用第1次契約內容外，並簽訂系爭條款等情，亦為兩造所不爭執（見本院卷㈡第127頁），並有系爭條款為證（見本院卷㈠第359頁）；嗣原告以114年4月10日民事更正聲明暨準備㈣狀之送達，作為終止第2次契約之意思表示（見本院卷㈡第14頁），第2次契約已由原告依民法第511條規定法定終止，並片面終止等情，復為兩造所不爭執（見本院卷㈡第130頁），可知系爭工程（即原證1之第1次契約後附數量明細表，見審建卷第47至51頁）係經兩造簽訂第1次契約及第2次契約由被告接續施作，則系爭工程已施作完成部分如何計價，端賴第1次契約及第2次契約終止後各自應適用之法律關係而定。關於第1次契約系爭工程已施作部分，因第1次契約為兩造合意終止，如前所述，合意終止為契約行為，於合意終止後，當事人間權利義務關係，悉依當事人之約定定之，並不當然適用或準用民法關於契約終止之規定，兩造既已於108年3月31日達成協議，同意雙方合意終止第1次契約，且就被告已施作完成部分，依契約書後附明細，按施作項目及數量之完成比例核實計價，自應依兩造約定為之。關於第2次契約系爭工程已施作部分，因第2次契約援用第1次契約內容，且第2次契約為原告依民法第511條規定片面終止，已如前述，惟終止承攬契約僅使契約往後失效，承攬人在契約終止前已完成之工作，定作人依約仍有受領及給付報酬之義務，亦如前述，則第2次契約系爭工程已施作部分亦應依第1次契約之約定計價。

3.系爭工程經本院於113年1月15日檢附第1次契約及所附數量明細表暨施工圖說，送請高雄市建築師公會鑑定：第1次契

約所訂之1次工程及2次工程是否已經完成？如未完成，其已施作之項目，依數量明細表及施工圖說，其完成之項目及金額比例各應為若干？（見本院卷㈠第325頁），經該會以114年2月27日函文檢附系爭鑑定報告（外放卷外），其中附件8為「施工完成情況對照契約施工數量明細分析表」，詳細記載第1次契約後附數量明細表所載各細項工程項目之缺失比例（未完工比例）及缺失費用估算，總計缺失比例為26.1%，缺失費用估算為2,083,511元（元以下四捨五入）。關於系爭鑑定報告所為上開結論，被告對此不爭執（見本院卷㈠第437頁），本院審酌鑑定單位依據現場工程完成狀況不一，難以直觀量化工程完成比例，而依照主要現場尚未完成之工項進行分析，並綜合相關未完成部分及工程缺失，進行主要樣態分類判別，以作為量化分析之參考依據，相關工作內容如附件7之施工完成情況缺失大項樣態分析所示，且建築施工各項工程皆未完成驗收，目前各項工程完成程度及完成品質皆有爭議，因此工作完成度之鑑定工作爲相對合理評估值，非絕對值，並依本院提供之第1次契約及圖說明列之依據，進行工程契約、圖說要求之現況比對，依據附件4至附件7之工作成果，比照原有之工程契約、圖說，進行完成度、費用之統計評估分析，業已依據工程契約及圖說等資料研判、進行現況勘察及拍照分析等保存工作、作為現況工程未完成工項分析、缺失分類、數量分析、現況工程狀況與工程契約、圖說要求之比對，進行完成度、費用之統計評估分析，並排除爭議（不符）鑑定範圍責任外、無法鑑定等項目，現場施工完成情況依據各項鑑定工作，對照契約施工數量明細分析結果，鑑定估算之施工完成度約為73.9%，未完成比例約為26.1%以此估算之費用約為208萬，而如附件8之施工完成情況對照契約施工數量明細分析表及附件9之完成及未完成（含缺失部分）比例統計表所示，本院認系爭鑑定報告結論應屬專業、合理而屬可採。

4.原告雖主張：系爭鑑定報告所為上開結論有如附表1所示之

缺失，而認未完工金額應為2,943,948元云云，然經本院以原告主張如附表1所示之缺失函詢高雄市建築師公會（見本院卷㈡第45、46頁），該會以114年5月12日函文回覆稱：「□說明事項有關於建築物外墻面材料之認定問題，參照要求：說明事項㈠附表9【壹.四.C.1外牆1:3粉光貼二丁掛磚】（原告抗辯依契約數量明細表第2頁備註『正面、背面、左面、右面』均須貼磁磚...)及說明事項㈡就鑑定報告附表9【壹.四.C.2外墻1:3粉光貼板岩磚(正立面)】被告有無依約施作板岩磚？…說明事項㈠、㈡本身就有一定之矛盾性存在。正立面為板岩磚、磁磚、或有不同材質之造型變化、更改協商等，由於鑑定依據施工圖說，並無立面圖之標示說明，鑑定作業有一定之難度，鑑定主要仍會依現場各部位之實際材料，進行完成度之鑑定評估。再次補充說明，本鑑定案由於涉及2次施工，在1次施工及2次施工之材料要求及過程的完成、拆除等工作並無現場證據得以作為鑑定之佐證。鑑定作業僅依據備註說明，未能於雙方提供之施工圖上說明（附件11皆無立面之材質說明）實難明確判別鑑定之依據。材料部分可另參考第四點之綜合說明。」、「□事項㈠、㈡、㈢、㈦有關於材料是否符合問題，因一般工程中，皆難以於工程前就百分之百說明無誤，故常常在施工過程中關於材料選定、設計調整、施工人員期程等相關細節需明確時，會與業主先進行相關溝通。如果兩造完全未曾有溝通協商變更任何項目、材料、規格等，還請雙方明確。正如原告在第㈣~㈥項所提及，因各種不同之因素而改變調整施工之人員、材料、工法等相關細節。本鑑定參照(P5-15編號30、P5-17編號33)等現場照片，因現場顯示扶手欄杆皆已安裝且施作一定程度的保護，故現場鑑定在各材料之部分有關於㈠、㈡、㈢、㈦之材料認定，主要依現場之實際材料進行完成度之鑑定評估。」、「□事項㈧參照本鑑定報告（P5-54編號106)，現場應為一座馬桶，（因看板遮擋並不明顯，但現場實際確有一座馬桶）故鑑定報告附表9【壹.七.4坐式馬

桶】未完成為80%，完成為20%。非原告要求說明提及的完成80%，還請留意並更正。」等語（見本院卷㈡第53至55頁），可知原告主張如附表1編號1至4有關「材料」之爭執，因系爭工程之施工圖說並無立面圖之材質說明，且一般工程中，皆難以於工程前就百分之百說明無誤，故常常在施工過程中關於材料選定、設計調整、施工人員期程等相關細節需明確時，會與業主先進行相關溝通，鑑定單位因此依現場各部位之實際材料，進行完成度之鑑定評估，並無違誤，況原告所主張之材料爭議縱然屬實，亦非完工比例所應衡量，而屬瑕疵修補問題，另原告主張如附表1編號5有關「馬桶」之爭執，亦經鑑定單位依現場相片（見系爭鑑定報告附件5之P5-54，編號106相片），現場實際確有1座馬桶，而認完成率為20%，原告此部分主張，均屬無據。

5.另本院於114年6月5日言詞辯論期日，提示本院卷㈠第383頁之111年9月25日領款收據，詢問兩造關於原告已給付被告工程款金額共計若干？原告主張：第1次契約：107年1月25日、同年10月11日分別給付第1期款156萬元、第2期款389萬元，共計545萬元；第2次契約：第1次契約第3期款208萬元，保固金24萬元均已付，追加工程款150萬元已付，其他領款收據應付金額第2點氣密窗餘款193,300元、外牆洗石子＋屋頂鐵皮屋＋10台冷氣＋太陽能熱水器共1,397,830元，扣除鄰房帆布20萬元，均已付等語，被告則稱：同意原告所述等語（見本院卷㈡第128頁），則系爭工程雖以第1次契約及第2次契約接續施工，然系爭工程總工程款777萬元（見審建卷第39頁），業經原告於第1次契約給付第1期款156萬元、第2期款389萬元，於第2次契約給付第3期款208萬元，保固金24萬元，共計777萬元，業經原告給付完畢，並有107年1月25日、同年10月11日、111年9月25日之領款收據等附卷可稽（見審建卷第91、93頁，本院卷㈠第383頁），又系爭工程缺失比例為26.1%，缺失費用估算為2,083,511元，已如前述，則原告自得依民法第179條規定，請求被告返還溢

領之系爭工程工程款2,083,511元，逾此範圍之請求，則屬無據。

6.被告固辯稱：系爭房屋遭人檢舉2次施工而被拆除，依第1次契約第1條第6項、第2條、第3條第3項約定，及系爭條款第1至5條約定，被告不須返還所領工程款項云云，然對於系爭鑑定報告鑑定未完成部分，並無被告已經施作而遭高雄市政府工務局拆除乙節，被告已不爭執（見本院卷㈡第129頁），自無第1次契約第1條第6項約定之適用餘地，又第1次契約第2條係有關系爭工程作業期程之約定（見審建卷第37、39頁），第1次契約第3條第3項係有關建築工程款分期給付之約定（見審建卷第39頁），系爭條款第1條係修正第1次契約第1條第6項之約定，系爭條款第2至5條亦無被告溢領工程款不須返還之約定（見本院卷㈠第359頁），被告此部分所辯，均無足採。

㈡原告得請求被告返還溢領之系爭追加工程之工程款3,070,830元，其餘無理由：

1.經查，於本案訴訟中，兩造於110年12月21日達成協議由被告繼續施作系爭工程（即第2次契約），除援用第1次契約內容外，並簽訂系爭條款，嗣原告以114年4月10日民事更正聲明暨準備㈣狀之送達，作為終止第2次契約之意思表示，第2次契約已由原告依民法第511條規定法定終止，並片面終止等情，已如前述，又兩造另約定追加如附表2所示之工程項目及金額（即系爭追加工程），原告已支付系爭追加工程款4,304,130元（含加速工程費用45萬元），此為被告所不爭執（見本院卷㈡第130頁），並有系爭條款、110年12月28日、111年1月4日、111年1月22日、111年3月2日、111年6月24日、111年9月25日、111年9月30日、111年10月3日、111年10月31日、111年11月11日、111年11月24日之領款收據、111年6月21日報價單等為證（見本院卷㈠第359至387頁）。準此，被告已領取系爭追加工程款4,304,130元（含加速工程費用45萬元），第2次契約業經原告片面終止，被告於契

約終止前已完成之工作，原告依約雖有受領及給付報酬之義務，然若被告溢領工程款，自屬不當得利，原告得依民法第179條規定，請求被告返還。

2.原告主張：被告並未施作系爭追加工程，卻已領取全部工程款，自應返還等語，此為被告所否認，並以前揭情詞置辯。關於原告請求被告返還之系爭追加工程款（含加速工程費用），本院審酌如下：

⑴附表2編號1、2、6、7、8、9、10部分：

被告對於此部分追加工程項目未施作，並不爭執，雖辯稱：此部分款項用以支付被告人工材料支出使用，被告不須返還云云，固提出「洪宅翻修案人工材料支出單」為證（見本院卷㈠第275頁），然此為原告所否認，並主張：上開未施作部分之費用，本應退還原告，縱有拿去支付其他人工、材料費用，亦與原告無關，且所謂其他人工、材料費用之款項，原告早已支付完畢等語。查被告所提出之上開支出單，其上記載日期自107年3月30日起至111年12月31日止，顯然係承攬第1次契約及第2次契約所支出之人工、材料等費用，本係被告承攬系爭工程及系爭追加工程所應支出之成本，被告就附表2編號1、2、6、7、8、9、10之追加工程項目既未施作，自無從依承攬契約受領報酬，被告此部分所辯，洵無足採。

⑵附表2編號3部分：

被告辯稱：各樓層鋁窗改成氣密窗部分，被告已施作等語，並舉系爭鑑定報告附件5編號23至26、41、47至54、61之相片可證，此為原告所否認，並主張：自上開相片觀之，無從證明被告已完成該部分之施作，亦可見1樓之氣密門未施作，2、3、4樓之氣密窗只有「框」，而無「窗戶」，樓梯間之窗戶亦無氣密窗云云。查就系爭鑑定報告附件5編號23至26、41、47至54、61之相片觀之，其中編號23、24、41、47至54、61之相片顯示現場確有安裝氣密窗，僅係缺少紗窗而已，難認被告全未施作，且原告主張

追加項目為「鋁窗改成氣密窗」，顯然未包含「門」，參以系爭鑑定報告附件8「施工完成情況對照契約施工數量明細分析表」，其中項次壹.六.8至12之鋁窗部分，鑑定單位認定缺失費用估算各為10,800元、3,200元、4,200元、28,350元、17,150元，而納入總計缺失費用2,083,511元內，並經本院認定被告確有溢領而應返還原告，業如前述，則原告就此部分追加工程，自無從再重複主張溢領而請求被告返還，原告此部分主張，洵屬無據。

⑶附表2編號4部分：

被告辯稱：伊有施作2次增建工程，因鄰居檢舉而遭拆除大隊拆除，依兩造契約約定，被告不須返還所領工程款項等語，此為原告所否認，並主張：系爭5樓增建部分未曾施作，從鑑定報告照片亦看不到有施作，而拆除大隊僅是將後方增建部分1樓天花板打幾個大洞而已云云。查關於系爭房屋違建遭拆除部分，業經高雄市政府112年2月23日函覆稱：「□旨述建築物屋後、屋頂增建違建，本局業於111年10月高市工違苓字第1051號處理新違章建築處分書處分在案，於111年10月18日拆除屋頂磚造拆除部分、112年2月9日派工執行拆除因門鎖，本案已於112年2月14日派工破壞拆除至不堪使用結案（如附件）。」、「□有關該址建築物完工後領有使用執照（108)高市工建築使字第01919號。後查本案建築物屋後、屋頂增建違建，係民眾反映案件，本局遂於111年10月14日派員現場勘查並調閱相關圖說，業以111年10月14日高市工違苓字第1051處理新違章建築處分書處分在案，係屬取得使用執照後違建行為所為之處分。」等語，並檢附新違章建築處分書、拆除相片等供參（見本院卷㈠第249至261頁），又兩造對於系爭房屋之屋後及屋頂增建違建部分，業經高雄市政府工務局於111年10月18日、112年2月14日破壞拆除至不堪使用等情亦不爭執（見本院卷㈡第129頁），顯然被告已施作而被拆除部分包含屋頂磚造、室內樓板及屋後，且拆除時間

為111年10月18日、112年2月14日，而原告主張被告領取附表2編號4之工程款50萬元係110年12月21日（見本院卷㈡第15頁，本院卷㈠第359頁），則被告於領取此部分工程款後，即開始施作屋後及屋頂2次工程，嗣經高雄市政府工務局拆除，即屬可能，被告此部分所辯，洵屬可採。然依系爭條款第1條約定：「有關合約書第一條第六項第一款：『若甲方（即原告）提供之土地或二次工程遇上麻煩（被舉報拆除）至退件或延長驗收期程，或致雙方解約，本工程屬勞務行為，乙方（即被告）不返還所領二次工程款項予甲方，雙方無條件同意』，修改為『若甲方在二次工程遇到麻煩（被舉報拆除）至延長驗收期程，雙方協調以甲方負擔70%已施作的工程款(材料、人工），乙方負擔30%』。」（見本院卷㈠2第359頁），則被告依上開約定應負擔15萬元（計算式：50萬元x30%＝15萬元）。

⑷附表2編號5部分：

被告辯稱：兩造已協商同意將「外牆洗石子」改成「牆面粉光」，並非未施作云云，然此為原告所否認。查被告對於未施作「外牆洗石子」並不爭執，雖辯稱：兩造已協商同意改成「牆面粉光」云云，然被告對於兩造有此協議並未舉證以實其說，且被告對於已施作「牆面粉光」亦未舉證證明，難認被告得受領此部分追加工程款，原告請求返還，自屬有據。

⑸加速工程費用：

原告主張：因被告稱如未完工會遭即報即拆，如盡速完工則排拆，藉此引誘原告支付加速工程費用，然被告收款後即停工，並未再施作，亦無其所稱增加人力云云，然此為被告所否認，並辯稱：被告有施作2次增建工程，亦有增加人力等，依兩造契約約定，被告不須返還所領工程款項等語。查被告領取加速工程費用之日期及金額為111年9月25日領取5萬元、111年9月30日領取30萬元、111年10月3日領取10萬元，以上共計45萬元，有上開領款收據為證

（見本院卷㈠第371至375頁），又兩造對於系爭房屋之屋後及屋頂增建違建部分，業經高雄市政府工務局於111年10月18日、112年2月14日破壞拆除至不堪使用等情亦不爭執（見本院卷㈡第129頁），已如前述，則被告於領取加速工程費用後已繼續施作2次增建工程，因施工後旋遭高雄市政府工務局於111年10月18日執行第1次拆除而停工，並非可歸責於被告，原告請求被告返還此部分費用，自無足採。

3.準此，被告已領取系爭追加工程款4,304,130元（含加速工程費用45萬元），然應返還附表2編號1、2、5、6、7、8、9、10之工程款共計2,920,830元（計算式：53,000元＋345,000元＋1,397,830元＋725,000元＋40萬元＝2,920,830元），另應返還附表2編號4之工程款15萬元，以上合計3,070,830元（計算式：2,920,830元＋15萬元＝3,070,830元），則原告自得依民法第179條規定，請求被告返還溢領之系爭追加工程工程款3,070,830元，逾此範圍之請求，即屬無據。

㈢原告請求被告給付違約金699,300元，並無理由：

原告主張：系爭工程原訂107年12月31日前完工（不含2次工程），然被告遲至108年3月31日兩造合意終止第1次契約之日止(其餘部分之逾期，原告不再追究)，逾期完工至少90日，以每逾1日扣工程款千分之1計算，違約金為699,300元，爰依第1次契約第3條第5款約定，請求被告給付違約金云云，此為被告所否認，並以前揭情詞置辯。經查，兩造於108年3月31日達成協議，同意：㈠雙方合意終止第1次契約；㈡就被告已施作完成部分，依契約書後附明細，按施作項目及數量之完成比例核實計價；㈢鄰損係由被告造成，由被告自行負責處理；又合意終止為契約行為，於合意終止後，當事人間權利義務關係，悉依當事人之約定定之，並不當然適用或準用民法關於契約終止之規定，均已如前所述，則兩造合意終止第1次契約後，原告是否仍得依第1次契約之

約定，請求被告給付違約金，悉依兩造之約定定之，然兩造於合意終止第1次契約時，僅協議以實作數量核實計價及約定系爭鄰損費用之負擔，並無存有「違約金」之約定，顯然已排除第1次契約有關違約金之適用，況關於系爭工程材料之選定，原告自承於108年2月份始選定（見本院卷㈡第124頁），自非可歸責於被告之事由而停工，被告此部分所辯，洵屬可採，原告請求被告給付違約金，自無理由。

七、綜上所述，原告得依民法第179條規定，請求被告返還溢領之系爭工程之工程款2,083,511元及系爭追加工程之工程款3,070,830元，並得請求被告返還系爭鄰損費用214,000元，以上共計5,368,341元（計算式：2,083,511元＋3,070,830元＋214,000元＝5,368,341元）。又原告於提出民事更正聲明暨準備㈣狀時，始追加請求被告返還溢領之系爭追加工程之工程款4,304,130元（見本院卷㈡第7、15頁），則原告得請求被告返還溢領之系爭追加工程之工程款3,070,830元，應自民事更正聲明暨準備㈣狀繕本送達翌日起算法定遲延利息，另原告得請求被告返還溢領之系爭工程之工程款2,083,511元及系爭鄰損費用214,000元共計2,297,511元，應自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息。從而，原告請求被告給付之金額在5,368,341元，及其中2,297,511元自起訴狀繕本送達翌日即109年5月14日（見審建卷第179頁）起，其中3,070,830元自民事更正聲明暨準備㈣狀繕本送達翌日即114年4月11日（見本院卷㈡第11頁）起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息之範圍內，為有理由，應予准許，逾此範圍外之請求，則屬無據，應予駁回。至原告另依民法第263條準用第259條規定，請求被告返還溢領之工程款本息部分，屬訴之選擇合併，然僅係請求權基礎之不同，對於原告得請求返還之金額並無不同，縱經審酌，無從為更有利原告之判斷，故此部分即無再行審酌之必要，附此敘明。

八、兩造均陳明願供擔保，請准為假執行或免為假執行之宣告，經核原告勝訴部分，均無不合，爰分別酌定相當之擔保金額

准許之；至原告敗訴部分，其假執行之聲請，即失所附麗，應予駁回。

九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊及防禦方法核與判決結果不生影響，爰不再一一論列，併此敘明。

十、結論：本件原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條、第390第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　6　　月　　19　　日

民事第四庭法　官　秦慧君

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　　114　　年　　6　　月　　19　　日

書記官　林麗文

附表1：

編號	項次（鑑定報告附件9）	項目	鑑定報告意見	原告意見	原告主張缺失費用（新臺幣）
1	壹四.C1	外牆1:3粉光貼二丁掛磚	已完成90%(缺失比例10%)，缺失費用估算94,510元。	僅完成部分正面，其餘背面、左面、右面都未施作(參鑑定報告P5-75~79頁)，故完成率僅約10%。 理由: 1.依原證1之契約數量明細表第2頁(壹四.C1)備註記載:「正面、背面、左面、右面」都要貼磁磚，但被告只在正面之部分鋪貼磁	850,590元（計算式:945,100x90%=850,590元），較鑑定報告增加756,080元。

				磚，其餘三面皆未未施作。 2.依高雄市建築師公會114年5月27日函文，可知系爭房屋正面施作二丁掛磚、其餘三面(背面、左面、右面)均為「油漆」，並未施作二丁掛磚。足見被告僅完成正面，其餘背面、左面、右面都未施作，鑑定報告稱完成率90%，自有誤認，原告認僅完成10%。	
2	壹.四.C2	外牆1:3粉光貼板岩磚(正立面)	已完成90%(缺失比例10%)，缺失費用估算10,800元。	1.依高雄市建築築師公會114年5月27日函文，系爭房屋外牆施作為二丁掛磚，然依契約之數量明細表第2頁備註，外牆「正面」應貼「板岩磚」，而被告貼成二丁掛磚(參鑑定報告P5-78頁)，顯非契約所定之板岩磚，足見被告並未依契約施作，其完成率應為0%。故鑑定報告	108,000元（計算式:108,000x100%=108,000），較鑑定報告增加97,200元。

				稱完成率為90%，自有誤認。 2.又板岩磚較貴，二丁掛磚較便宜，故被告實際未依約完成施作，其完成率自為0%。	
3	壹.四.A8	騎樓地坪貼30x60cm石英磚	已完成80%(缺失比例20%)，缺失費用估算4,680元。	依高雄市建築師公會114年5月27日函文，系爭房屋騎樓地坪為一般磁磚，而非契約所定之「石英磚」，足見被告並未依契約施作，其完成率應為0%。	23,400元（計算式:23,400x100%=23,400），較鑑定報告增加18,720元。
4	壹.七.2	樓梯櫸木扶手欄杆	已完成90%(缺失比例10%)，缺失費用估算7,750元。	依建築師公會114年5月27日函文，系爭房屋施作之樓梯，並非櫸木扶手樓梯(實際僅為鐵製欄杆，參P5-36、74、75頁)，足見被告並未依契約施作，其完成率應為0%。	77,500元（計算式:77,500x100%=77,500），較鑑定報告增加69,750元。
5	壹.七.4	座式馬桶	已完成20%(缺失比例80%)，缺失費用估算39,200元。	1.所有1-5樓層之浴廁皆無座式馬桶，故完成度應為0%(參P5-19、P5-38、p5-50、p5-54、p5-61、p5-64浴廁照片)。	49,000元（計算式:49,000x100%=49,000），較鑑定報告增加9,800元。

				2.高雄市建築師公會114年5月12日函文雖稱現場確有1座馬桶，故其完成率應為20%。然現場**之馬桶，是為現場施工之工人上廁所方便臨時搭設之舊馬桶，施工完成後要拆除更新，並非契約應新裝設之馬桶，故就坐式馬桶之完成度應為全部未完成(完成度為零)。**	
鑑定報告認定未完成比例(26.1%)費用			2,083,511元(元以下四捨五入)。		與鑑定報告差額總計:951,550元
原告主張未完成比例費用					2,943,948元

附表2：

編號	追加工程項目	是否開始施作	金額（新臺幣）
1	監視器(國際牌)(含主機、硬碟、鏡頭10支、DC頭10個、線路)	未施作	53,000元
2	裝潢工程及裝潢用隔音板	未施作	345,000元

3	各樓層之鋁窗改成氣密窗	未施作	433,300元
4	系爭房屋5樓後方之增建工程（依照1至4樓之增建方式蓋滿5樓)(原先2次增建部分只蓋至5樓前方之公媽廳，今兩造約定被告應將5樓蓋滿)。	未施作	50萬元
5	外牆洗石子	未施作	1397,830元
6	屋頂鐵皮屋	未施作	
7	10台冷氣	未施作	
8	太陽能熱水器	未施作	
9	原被拆除大隊拆除之復原工程	未施作	725,000元
10	增加工程項目(即5樓增建部分)之鋼筋加厚、混凝土強度增強	未施作	40萬元
共計3,854,130元，加上「加速工程費用」45萬元，共計4,304,130元。			