臺灣高等法院高雄分院民事判決

114年度建上易字第10號

上　訴　人　葉德智

訴訟代理人　李宏文律師

被　上訴人　朱瑞云即云泰企業行

000000000000000000

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　陳梅欽律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國114年4月22日臺灣澎湖地方法院113年度建字第5號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於115年6月3日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴及追加之訴均駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、按第二審程序中為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款定有明文。查上訴人於原審判決後，就上訴範圍追加請求給付自民國114年7月25日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，核其係就原請求之金額追加請求遲延利息，與原請求之基礎事實同一，合於上開規定，應予准許。

二、按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第256條定有明文。被上訴人固抗辯上訴人於上訴後始主張其浮報施作面積，備位依不當得利之法律關係請求返還該部分報酬新臺幣（下同）78,190元，為訴之變更追加，其不同意云云。惟上訴人於原審關此部分係主張其將坐落澎湖縣○○市○○段000○0

00○000地號土地上興建5層樓住宅（下稱系爭新建工程）之鷹架工程（下稱系爭鷹架工程）委由被上訴人施作（下稱系爭契約），已付報酬248,990元（下稱系爭報酬），被上訴人嗣擅自拆除部分鷹架並拒絕搭回而預示拒絕給付，其得解除契約，請求返還系爭報酬，或以被上訴人未完成工作或給付目的不達，依民法第179條規定請求返還系爭報酬，又被上訴人浮報施作面積，其業撤銷因受詐欺致為系爭契約之意思表示，亦得依民法第179條規定請求返還系爭報酬，而請求法院擇一為有利於其之判決。經原審判決後，僅先位主張被上訴人給付不能而解除契約，依民法第259條第2款、第179條規定請求返還系爭報酬，而就詐欺部分則僅就浮報施作面積，備位主張依民法第179條規定請求返還該部分報酬78,190元，此與原審均係基於被上訴人擅自拆除鷹架以及浮報施作面積之同一原因事實，依相同請求權基礎即民法第259條第2款、第179條規定請求，核屬不變更訴訟標的，而更正事實上或法律上之陳述，非訴之變更，是被上訴人上開抗辯尚非可採。

貳、實體方面

一、上訴人主張：原審共同原告俞淑貞於108年1月15日取得系爭新建工程之建造執照，委由伊於同年12月26日將系爭鷹架工程發包予被上訴人，約定每平方公尺100元，實作實算，且應於系爭新建工程取得使用執照時方可拆除，被上訴人乃自109年1月開始施工，在搭設1至2樓鷹架後，於109年2月16日請款9萬元；搭設3至5樓鷹架後，於同年10月15日請款108,990元，再於110年1月10日以室內挑高及屋頂追搭含改架為由請款5萬元，伊均已給付完畢，然被上訴人竟於111年8月17日擅自拆除3至5樓鷹架，且拒絕俞淑貞重新搭回之請求，其已違反應維持鷹架供系爭新建工程使用之給付義務，而構成給付不能，且可歸責，俞淑貞已代理伊以存證信函解除系爭契約，伊自得請求返還系爭報酬。縱認伊不得解除契約，俞淑貞嗣委請翁○忠搭蓋系爭新建工程之鷹架，面積合計僅有

1,578平方公尺，扣除系爭報酬中改架、升架之二次搭建費用7,000元以及防塵網6,000元，被上訴人顯虛列面積781.9平方公尺，其就此部分所收報酬78,190元，乃無法律上之原因而受有利益，致伊受有損害，伊自得請求返還之。爰依民法第259條第2款、第179條之規定，求為命被上訴人給付248,990元之判決（上訴人其餘敗訴部分未據上訴，俞淑貞敗訴部分亦未據上訴或業經撤回上訴，均非屬本院審理範圍，不予贅述）。

二、被上訴人則以：伊已依約完成系爭鷹架工程，自得受領系爭報酬，且兩造有口頭約定系爭鷹架工程使用期間為1年2月，伊復係於取得上訴人同意後，方於111年8月間陸續拆除鷹架，並無違約或債務不履行之處，上訴人不得解除系爭契約。又上訴人為營造公司之經理，具有營建工程專業，而有能力計算鷹架工程之施作面積，伊所收受之報酬均為上訴人親自核計後給付，自無虛列施作面積詐欺之情等語，資為抗辯。

三、原審就本院審理範圍為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，並為訴之追加，聲明：㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人248,990元。㈢被上訴人應再給付上訴人248,990元自114年7月25日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。被上訴人答辯聲明：上訴及追加之訴均駁回。

四、兩造不爭執事項：

㈠俞淑貞於108年1月15日取得系爭新建工程之建築執照。

㈡上訴人將系爭鷹架工程委由被上訴人施作，約定每平方公尺100元，不含防塵網及樓梯，實作實算。

㈢被上訴人搭設系爭新建工程1至2樓鷹架後，於109年2月16日請款9萬元；搭設3至5樓鷹架後，於同年10月15日請款108,990元，再於110年1月10日以室內挑高及屋頂追搭含改架為由請款5萬元，上訴人均已按請款金額付款。

㈣被上訴人於111年8月16日自行拆除系爭工程外3至5樓鷹架及

1至2樓挑高部分鷹架，並於同年9月底將1至2樓鷹架拆除完畢。

五、茲就兩造之爭點及本院之判斷，分述如下：

㈠上訴人是否已合法解除系爭契約？

上訴人固主張被上訴人於系爭新建工程尚未完工前，擅自將鷹架拆除並拒絕搭回，已屬給付不能，其得解除契約，依民法第259條第2款、第179條之規定，請求返還系爭報酬云云。惟：

1.兩造所成立之系爭契約，係約定被上訴人為上訴人搭建、拆除系爭新建工程所需使用鷹架，並於鷹架搭建完成後將之交由上訴人使用收益，則該契約除約定被上訴人應為上訴人完成一定工作外，並需將鷹架租與上訴人使用收益，應屬兼具承攬與租賃性質之混合契約，被上訴人抗辯系爭契約應定性為承攬契約云云，應非可採。

2.上訴人固主張兩造有約定系爭鷹架工程應供其使用至系爭新建工程完工，取得使用執照為止云云，惟其嗣自承洽約時並未談到鷹架搭建後可供使用期限等語（本院卷第182頁），其上開主張應難採信。又被上訴人雖抗辯兩造有以口頭約明系爭鷹架工程之使用期間為1年2月云云，惟其所提出之雙方通話內容，僅可知被上訴人於對話中向上訴人提及：上訴人於110年1月曾表示於6月份拆除，也有說年底要讓其拆除等內容，但並未提及兩造訂約時已約明鷹架使用期間為1年2月，有該對話錄音檔案光碟及譯文可查（原審卷第131頁、本院卷第113至116頁），則被上訴人上開抗辯，亦非可採。然衡情鷹架係可供被上訴人循環提供予不同工程使用並以此收益之物，應無可能以一固定金額即將搭建完成之鷹架供上訴人無限期使用，兩造既僅約定系爭鷹架工程每平方公尺100元，而未輔以使用期間計價，系爭鷹架工程應有一定使用期限，參以兩造於締約時均明確知悉系爭鷹架工程係供系爭新建工程之用，磋商時若未特別提及，自係以系爭新建工程之通常施工期間為基礎議價，而可認系爭鷹架工程供上訴人

使用期間本應為系爭新建工程通常所需施工期間。

3.系爭新建工程係於108年10月14日申報開工，規定竣工期限為開工後14個月，有澎湖縣政府建造執照可按（原審卷第25至26頁），可見系爭新建工程通常應可在開工後1年2月內完成，兩造磋商時原應係以系爭新建工程需施工1年2月為議價基準，而應以此為系爭鷹架供上訴人使用期間，然被上訴人於110年1月10日以室內挑高及屋頂追搭含改架為由請款5萬元，復於110年6月28日以5樓改架及防塵網請款13,336元，有估價單可查（本院卷第99頁），可知被上訴人於逾系爭新建工程開工1年2月後，仍同意追加施作改架及防塵網等工程，應有同意延長系爭鷹架工程使用期限之意，再參以上訴人於俞淑貞對被上訴人所提詐欺刑事告訴之臺灣澎湖地方檢察署111年度偵字第1120號刑事案件（下稱系爭刑案）警詢中，就被上訴人於該案警詢所陳：其從110年1月起開始催請上訴人完成系爭新建工程，上訴人先允諾會於同年6月完工，使其可以拆除系爭鷹架工程，卻未如期完成，其乃於110年6月起至12月數度催促，上訴人因而允諾將於111年1月完工供其拆除系爭鷹架工程等節。坦認其確有如是答應（系爭刑案警卷第5、18頁），經本院調取系爭刑案卷宗核閱屬實，以上訴人自陳為俞淑貞之姨丈（系爭刑案警卷第17頁），與俞淑貞關係密切，若非實情，其在俞淑貞甫因系爭鷹架工程對被上訴人提起刑事告訴之際，應不可能為上開不利於俞淑貞之陳述，是其嗣雖於系爭刑案偵查中改稱是口頭上答應盡快完成云云，仍應以其於警詢時所述為真，而足認系爭鷹架工程經追搭、改架及加裝防塵網後，有經兩造合意變更使用期間至111年1月間，則被上訴人於111年8月16日開始拆除系爭鷹架工程，並無債務不履行之情，況被上訴人縱便提前拆除系爭鷹架工程，亦無不能搭回之情，顯非給付不能，上訴人自不得以其給付不能為由解除系爭契約，依民法第259條第2款規定請求返還系爭報酬，或以系爭契約業經解除，被上訴人已無保有系爭報酬之法律上原因，而依民法第

179條規定請求返還系爭報酬，是上訴人上開主張，應非可採。

4.至上訴人雖另主張系爭鷹架工程為系爭新建工程所不可或缺之工作項目，應解為該鷹架可使用至系爭新建工程建築執照含展期之有效期間即112年12月14日，且縱便系爭鷹架之使用期限於111年5月31日屆滿，其於期限屆滿後仍繼續使用，被上訴人無任何反對意思，兩造應已成立不定期限契約，是被上訴人擅自拆除鷹架，已屬債務不履行云云，惟鷹架既為可循環使用之物，若兩造於締約時有預設系爭新建工程可能因故無法如期完成，而欲使之於興建期間均得使用，應會約定若未能於一定期間完成之計價方式，況如前述，上訴人已有同意被上訴人將於111年1月間完工以供其拆除，即難再以上情要求延長系爭鷹架使用期間，且以上訴人於系爭刑案警詢自陳：其曾先後答應被上訴人於110年6月、111年1月完工，但工程無法如期完工，鷹架無法拆除，其才請被上訴人與俞淑貞洽商等語（系爭刑案警卷第18頁），經本院調取系爭刑案卷宗核閱無訛，被上訴人顯有一再催促上訴人處理拆除鷹架事宜，此即難認被上訴人於兩造合意之111年1月屆至後，對於上訴人使用系爭鷹架工程之鷹架未即表示反對之意思，已與上訴人就系爭鷹架工程成立不定期限契約，是上訴人上開主張，仍非可採。

㈡被上訴人是否虛列施作面積？

上訴人固主張被上訴人浮報施作面積781.9平方公尺，就此部分所收報酬78,190元，應屬無法律上之原因而受有利益，致其受有損害，其得請求返還云云。惟查：

1.上訴人於被上訴人拆除系爭鷹架工程後，另委請訴外人翁○忠搭建系爭新建工程鷹架，施作數量為1,578平方公尺，雖有請款單、名片可按（原審卷第43頁），然系爭鷹架工程曾經追搭、改架，施作數量與翁○忠施作未曾經此歷程，自然不同，且翁○忠施作時系爭新建工程主體結構已經完成，與系爭鷹架工程係於隨系爭新建工程興建過程逐層搭蓋，施作

環境不同，且每人施工方式不一，施作面積自難一致，應難逕以他人之後不同施作方式所計得之面積，即認被上訴人有浮報施作面積之情。

2.證人即被上訴人之員工高○清於本院證稱：其有全程參與系爭鷹架工程搭建過程，其施作完成後會將施作及更改部分告知被上訴人，再由被上訴人與上訴人對帳，對帳時兩造會一格一格計算施作面積等語（本院卷第251至253頁），衡情兩造乃約定系爭鷹架工程實作實算，又曾經改架、追搭，若上訴人不與被上訴人核對計算施作數量，於改架變更原搭蓋鷹架樣態後恐即無法確認施作數量，而不能計算報酬金額，佐以上訴人自承被上訴人第4次請款時，其質疑數量不對，方未付款等語（本院卷第185頁），其顯會於付款前核對數量，而非逕予付款，足徵高○清上開證述應屬實情，則上訴人於付款前既會核算施作數量，其前就系爭報酬既均同意付款，該部分應無浮報施作數量之情，上訴人上開主張，顯非可採。

3.至上訴人雖聲請訊問證人翁○忠，並囑託高雄市建築師公會鑑定，以證明系爭鷹架工程實際搭建面積，惟依前述已足認定被上訴人並未浮報系爭鷹架工程施作面積，是本院自無調查上開證據之必要，附此序明。

六、綜上所述，上訴人依民法第259條第2款、第179條第1項規定請求被上訴人給付248,990元，為無理由，不應准許。原審就此部分為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。另上訴人上開請求既無理由，其追加請求遲延利息部分，自亦無理由，併予駁回。

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，本件上訴及追加之訴均無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　17　　日

工程法庭

審判長法　官　楊國祥

法　官　陳宛榆

法　官　楊淑儀

以上正本證明與原本無異。

本件不得上訴。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　6　　月　　17　　日

書記官　洪以珊