

臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度建上字第59號

上訴人 王家德
訴訟代理人 曹宗彝律師
複代理人 陳志煒
被上訴人 御宮庭建設有限公司

法定代理人 吳旻翰
訴訟代理人 賴思達律師

上列當事人間請求返還承攬工程報酬事件，上訴人對於民國109年5月15日臺灣臺中地方法院108年度建字第74號第一審判決提起上訴，本院於111年1月25日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴及訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣309,525元，及自民國108年6月21日起至清償日止按週年利率百分之5計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之17，餘由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序事項：

當事人於第二審為訴之變更或追加，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。本件上訴人於原審主張契約無效（客觀不能或嗣後主觀不能）及終止契約後本於不當得利之法律關係，重疊合併請求被上訴人應給付上訴人新臺幣（下同）180萬元本息。原審駁回上訴人之訴及假執行之聲請，上訴人不服提起上訴，於本院追加依民法第227條之2第1項及類推適用民法第226條第1項規定為請求權基礎（見本院卷一第29至31、155、170、307至311頁）；

且就各訴訟標的之主張變更為選擇合併，請求本院擇一為有利於上訴人之判決（見本院卷一第296、311頁）。上開追加及變更之訴，經核與原請求之原因事實，均係基於同一契約所衍生之糾紛，二者間請求之基礎事實相同，訴訟資料可相互為用，基於紛糾一次解決性原則，係符合上開准予訴之追加、變更之規定，應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：

(一)兩造於民國107年8月18日簽訂營建承攬合約（下稱系爭契約），約定由被上訴人承攬伊所有坐落臺中市○○區○○○段000地號土地（下稱系爭土地）上之神岡廠房（門牌號碼為臺中市○○區○○路000巷00號，下稱系爭廠房）新建工程（下稱系爭工程）。系爭工程未稅總價200萬元，伊已交付180萬元（下稱系爭工程款）予被上訴人。然系爭廠房經臺中市政府都市發展局（下稱都發局）認定為施工中違章建築，應予停工並拆除，系爭契約所約定之給付違反強制規定，屬法律上不能之客觀給付不能而自始無效，被上訴人受領系爭工程款即無法律上原因。縱認系爭契約非自始無效，系爭廠房遭都發局勒令停工並拆除一節，屬不可歸責於兩造之事由；系爭廠房業於108年6月28日經伊自行僱工拆除，致嗣後給付全部不能，伊無給付承攬報酬義務，被上訴人受領系爭工程款亦無法律上原因，爰依民法第179條規定，請求被上訴人返還系爭工程款。又被上訴人為專業建設公司，明知系爭土地為農牧用地，依法不得於其上興建系爭廠房，仍願承擔風險，與伊簽訂系爭契約，難謂無故意或過失，爰類推適用民法第226條第1項規定，請求被上訴人賠償伊所受損害，即伊已給付之系爭工程款。

(二)縱認系爭契約為有效，伊訂約時並未預料系爭廠房於完工前即遭都發局勒令停工及拆除，且伊未因系爭工程受有任何利益，倘仍須依原契約約定給付報酬，顯失公平。被上訴人明知系爭廠房屬違章建築，卻未將伊指示不適當之情事通知

伊，依民法第509條反面解釋，被上訴人不應請求已服勞務之全部報酬。系爭工程實際施工進度未達百分之90，被上訴人受領系爭工程款逾實際施工進度部分，無法律上原因。爰依民法第227條之2第1項規定，請求酌減承攬報酬，並就酌減後被上訴人溢收系爭工程款部分，依不當得利法律關係請求返還。

(三)綜上，系爭契約因自始客觀不能（民法第246條第1項前段規定）或嗣後給付不能（民法第266條第1項規定）而無效，爰依民法第179條或類推適用民法第226條第1項規定，選擇合併請求被上訴人返還系爭工程款；若系爭契約有效，則依民法第227條之2第1項規定請求酌減系爭工程之承攬報酬，及依民法第179條規定，請求被上訴人返還逾實際施工進度部分之系爭工程款。

二、被上訴人抗辯：

(一)系爭契約約定伊應為之給付乃建造房屋，客觀上非不能履行，縱系爭廠房屬違章建築而無法取得建造執照，仍非民法第246條第1項前段所定自始客觀不能之情形。上訴人明知系爭土地為農牧用地，且系爭廠房屬違章建築，仍自願承擔遭主管機關勒令停建、拆除之危險，堅持蓋建，致系爭廠房遭主管機關勒令拆除，顯可歸責於上訴人，非可歸責於伊，與民法第266條規定不符，上訴人亦無從類推適用民法第226條第1項規定請求損害賠償。系爭工程總價應以含稅後210萬元計算。伊已施作完成地基、樑柱等結構體，占系爭工程百分之90，依系爭契約第23條第1項約定，伊受領系爭工程款有法律上原因。倘認上訴人之主張有理由，伊則以民法第113條規定之損害賠償請求權，或民法第267條規定之對待給付請求權，請求上訴人給付伊200萬元，並以該金額與上訴人所請求之金額互為抵銷。

(二)倘認系爭契約為有效，上訴人於訂約時即已預見系爭廠房可能遭主管機關勒令拆除，與民法第227條之2第1項規定不符。伊並以110年5月26日民事答辯3狀為終止系爭契約之意

01 思表示，並依系爭契約第23條約定，請求上訴人賠償伊因系
02 爭契約終止所生之損害（包括尚未請領之工程款30萬元，及
03 本院所認定伊不得請求之承攬報酬金額），並以該金額與上
04 訴人所請求之金額互為抵銷。

05 參、原審認為上訴人請求被上訴人給付180萬元本息，為無理
06 由，駁回上訴人之訴及假執行之聲請。上訴人不服，提起上
07 訴，其上訴聲明為：(一)原判決廢棄；(二)被上訴人應給付上訴
08 人180萬元，及其中51萬元自起訴狀繕本送達翌日起，另129
09 萬元自108年8月6日民事準備二狀繕本送達翌日起，均至清
10 償日止，按年息百分之5計算之利息；(三)願供擔保，請准宣
11 告假執行。被上訴人則答辯聲明：(一)上訴駁回；(二)如受不利
12 判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

13 肆、本院經爭點整理及協議簡化爭點之結果如下（見本院卷一第
14 47、88至89頁；卷二第68頁）：

15 一、兩造不爭執事項：

16 (一)兩造於107年8月18日簽訂系爭契約，由被上訴人承攬上訴人
17 所有系爭土地上之系爭工程，工程未稅總價200萬元；另於
18 107年10月29日簽訂「合約備忘錄」。

19 (二)系爭土地之使用分區為「一般農業區」，使用地類別為「農
20 牧用地」。

21 (三)都發局開立108年6月4日中市都違字第10800936192號違章建
22 築認定通知書（下稱系爭違章建築認定通知書），及108年6
23 月4日中市都違字第1080093619號函（下稱系爭勒令停工
24 函）予上訴人。

25 (四)都發局108年7月2日中市都違字第1080111292號函記載，上
26 訴人於108年6月28日自行僱工拆除系爭廠房達不堪使用之標
27 準。

28 (五)系爭廠房遭勒令停工及拆除前，上訴人已依系爭契約附件二
29 所載工程期別依序給付工程款共計180萬元予被上訴人。

30 (六)都發局108年7月9日中市都違字第1080111986號函文所附照
31 片，兩造均無意見。

01 二、兩造爭執事項：

02 (一)上訴人請求被上訴人給付180萬元本息，有無理由？

03 (二)被上訴人之預備抵銷抗辯，有無理由？

04 伍、本院之判斷：

05 一、上訴人主張系爭契約因自始客觀不能而無效，依民法第179
06 條、類推適用民法第226條第1項規定，擇一請求被上訴人返
07 還系爭工程款，為無理由：

08 (一)兩造於107年8月18日簽訂系爭契約，由被上訴人承攬坐落系
09 爭土地上之系爭工程；都發局於108年6月4日開立系爭違章
10 建築認定通知書及勒令停工函予上訴人；上訴人已於108年6
11 月28日自行僱工拆除系爭廠房達不堪使用之標準，此為兩造
12 所不爭執（不爭執事項(一)、(三)、(四)參照），堪認為真。而上
13 訴人主張：系爭契約所約定之給付違反強制規定，為法律上
14 不能之客觀給付不能，依民法第246條第1項規定為無效；被
15 上訴人則以：系爭契約所約定之給付為建造房屋，客觀上非
16 不能履行等語置辯。經查：

17 1.建築物之新建、增建、改建及修建，應請領建造執照；建築
18 物非經申請直轄市主管建築機關之審查許可並發給執照，不
19 得擅自建造；違反建築法第25條規定擅自建造者，處以建築
20 物造價千分之50以下罰鍰，並勒令停工補辦手續，必要時得
21 強制拆除其建築物，建築法第28條第1款、第25條第1項本
22 文、第86條第1款定有明文。又違章建築處理辦法所稱之違
23 章建築，為建築法適用地區內，依法應申請當地主管建築機
24 關之審查許可並發給執照方能建築，而擅自建築之建築物；
25 主管建築機關因查報、檢舉或其他情事知有違章建築情事而
26 在施工中者，應立即勒令停工；直轄市主管建築機關，應於
27 接到違章建築查報人員報告之日起5日內實施勘查，認定必
28 須拆除者，應即拆除之；建築師、營造業及土木包工業設
29 計、監造或承造違章建築者，依有關法令處罰，違章建築處
30 理辦法第2條、第4條第2項、第5條前段、第10條定有明文。
31 依上規定，建築物之新建應請領建造執照；未經申請主管建

01 築機關之審查許可並發給建造執照而擅自建造之建築物，即
02 屬違章建築；建築主管機關得為罰鍰、勒令停工，必要時得
03 為強制拆除其建築物等行政處分，堪認建築法第25條前段僅
04 屬禁遏興建違章建築行為之取締規定，而非否定私法契約效
05 力之效力規定。是以，承攬契約之標的物為違章建築者，雖
06 違反行政管理法令，但未違反強制或禁止規定，自難謂承攬
07 違章建築物之行為無效。上訴人主張系爭契約所約定之給付
08 違反強制規定而無效云云，自不足採。

09 2.稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他
10 方俟工作完成，給付報酬之契約，民法第490條第1項定有明
11 文。又民法第246條第1項所謂以不能之給付為契約標的者，
12 其契約為無效，係指契約標的自始、永久的客觀不能而言。
13 亦即於契約訂立時，其給付為任何人所不能提出者，則以之
14 為標的之契約即屬無效；反之，給付若為可能，契約即為有
15 效。茲查，兩造均不爭執系爭契約之性質為承攬契約，而依
16 系爭契約第3條約定，系爭工程之工程範圍為：「乙方（即
17 被上訴人，下同）依照經甲方（即上訴人，下同）同意後之
18 如附件一所示項目進行施工」（見原審卷第17頁）；系爭契
19 約附件一之內容則包含：估價單（項目名稱為廠房鐵皮搭
20 設，鐵皮坪數487坪，地坪280坪）、施工規劃圖、正面結構
21 透視圖、結構透視圖、3D結構圖、正面圖、樑配圖及柱配圖
22 等7份附圖（見原審卷第25至33頁）。基上，被上訴人依系
23 爭契約所應提出之給付即應完成之工作，乃依照系爭契約附
24 件一所示估價單及附圖內容施作系爭廠房，其契約標的客觀
25 上並無不能提出之情事，而與民法第246條第1項規定之給付
26 不能情形有別。

27 3.另參以78年間系爭土地上曾經建有鋼架造之1層樓農具倉
28 庫，並取得建造執照及使用執照，有都發局108年7月9日中
29 市都違字第1080111986號函附之使用執照存根在卷可稽（見
30 原審卷第95頁），足見系爭土地雖為農牧用地（不爭執事項
31 (二)參照），惟其上非不得存在任何形式之建築物。上訴人主

張系爭契約乃以不能之給付為契約標的，依民法第246條第1項規定為無效，即屬無據。

(二)上訴人主張系爭契約因自始客觀不能而無效部分，既無理由，則關於上訴人依民法第179條、類推適用民法第226條第1項規定，擇一請求被上訴人返還系爭工程款部分；被上訴人主張以民法第113條規定之損害賠償請求權或民法第267條規定之對待給付請求權，請求上訴人給付200萬元，並以該金額與上訴人所請求之金額為抵銷部分，即無論述之必要。

二、上訴人主張系爭契約有嗣後給付不能情事，依民法第266條第1項規定，其無給付承攬報酬義務，而依民法第179條、類推適用民法第226條第1項規定，擇一請求被上訴人返還系爭工程款，為無理由：

(一)上訴人主張：因都發局勒令停工並拆除系爭廠房此不可歸責於兩造之事由，致系爭契約有民法第266條規定嗣後給付不能之情形，伊無給付承攬報酬之義務，被上訴人受領系爭工程款即無法律上原因；被上訴人則以：上訴人明知系爭廠房屬違章建築，將來有遭主管建築機關勒令停建、拆除之危險，仍自願承擔危險，堅持蓋建，顯可歸責於上訴人等語置辯。經查：

1.因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部不能者，他方免為對待給付之義務；已為全部或一部之對待給付者，得依關於不當得利之規定，請求返還，民法第266條定有明文。民法上所謂給付不能，係指依社會觀念其給付已屬不能者而言，亦即債務人所負之債務不能實現，已無從依債務本旨為給付之意（最高法院94年度台上字第1963號民事判決意旨參照）。又民法第266條規定雙務契約危險負擔之成立，必以因不可歸責於雙方當事人之事由，致一方之給付全部或一部不能始足稱之；且該條所稱之「給付不能」，除屬「永久不能」外，尚須契約成立後之「嗣後不能」及基於自然法則之「事實上不能」或給付違反強行規定之「法律上不能」（最高法院88年度台上字第155號民事判決意旨參

照)。

2.系爭工程於施工中經第三人檢舉，並經都發局派員於108年6月3日至現場勘查後，認定系爭廠房屬違章建築，且依法不得補辦建築執照，而於108年6月4日開立系爭違章建築認定通知書及勒令停工函予上訴人；上訴人於108年6月20日函請被上訴人拆除系爭廠房未果，遂自行僱工拆除系爭廠房等情，有陳情整合平台案件交辦單暨所附現場照片、系爭勒令停工函、系爭違章建築認定通知書暨所附現場照片、都發局108年7月2日中市都違字第1080111292號函、豐原郵局存證號碼第397號存證信函暨收件回執在卷可稽（見原審卷第65至83、99至100頁；本院卷一第356至360頁，並參照不爭執事項(三)、(四)、(六)）。而關於違章建築之認定，乃主管建築機關之職權範圍，人民所為之檢舉，僅促使國家公權力之發動，故於108年6月4日都發局作成系爭違章建築認定通知書前，上訴人尚無從確定系爭廠房是否因屬違章建築而遭勒令拆除；依建築法第93條規定，勒令停工之建築物，非經許可不得擅自復工，系爭違章建築認定通知書之備註欄並敘明系爭廠房不得補辦建築執照等語；且上訴人業已自行拆除已興建部分之系爭廠房，足見系爭工程於108年6月4日遭都發局勒令停工後，已無法繼續施作，致被上訴人無法依系爭契約第3條約定給付建造系爭廠房之工作，而屬嗣後給付不能甚明。

3.惟民法第266條第1項規定之適用，以「不可歸責於雙方當事人之事由」致一方給付不能為要件。觀諸系爭契約第4條第2項第4款載明：「契約履約期間，有下列情形之一，除本契約另有約定外，如致增加乙方履約成本者，則乙方為完成契約標的所需增加之費用，由甲方負擔：…(四)因法院之裁定（包括但不限於假處分、定暫時狀態假處分）或行政機關之處分致全部或部分暫停執行（停工）」等語（見原審卷第17頁）；及第23條第1項載明：「於工程進行中，如甲方遭法院為裁定（包括但不限於假處分、定暫時狀態假處分）或行

政機關以處分命停工（包括但不限於興建、修繕），甲方應在收受裁定或處分後之翌日，立即以書面告知乙方，並同意乙方得隨時終止系爭契約並提前退場，而後續之請款則按現場完成之程度為結算，採實做實算，且甲方應賠償乙方因系爭契約之終止或提前退場所生之損害。…」等語（見原審卷第22頁），足見兩造於簽訂系爭契約時，對於系爭廠房可能遭主管建築機關認定為違章建築之情形均有所預見，仍自願承擔系爭廠房將來遭主管建築機關勒令停工或拆除之風險而簽訂系爭契約，並於契約條款中就行政機關勒令停工等相類情形預為危險負擔之分配。又系爭工程係因違反建築法第25條規定，未經申請直轄市主管建築機關之審查許可並發給執照而擅自建造，始經都發局認定為施工中違章建築，而被上訴人依系爭契約並無就系爭工程向直轄市主管建築機關申請審查許可之義務，則系爭工程遭都發局勒令停工及拆除，應屬因可歸責於上訴人之事由致被上訴人嗣後給付不能，自無民法第266條第1項規定適用之餘地。上訴人主張依民法第266條第1項規定，其無給付承攬報酬義務云云，即屬無據。

4.上訴人固主張：系爭契約僅為一般販售之定型化契約，與本件情形未盡相符，且依系爭契約第4條第2項第4款、第23條第1項約定之文義解釋，伊並無自願承擔系爭廠房將來遭主管機關命令拆除之風險之意云云，惟並未舉證以實其說，已難遽信。況上開契約條款已載明「行政機關之處分致…停工」、「行政機關以處分命停工」等文字（見原審卷第17頁、第22頁），核與本件情形相符，並無逾越契約文義解釋之虞。縱認系爭契約為被上訴人單方擬定之定型化契約，衡以系爭工程總價所費不貲，上訴人本應詳閱契約條款內容，並於簽署系爭契約前就其不同意之內容主張予以剔除，基於契約嚴守及契約神聖之原則，自難於嗣後翻異其詞，空言主張其不受契約條款之約束。

5.上訴人雖主張：伊因繼承取得系爭土地及原坐落其上之鐵皮屋，該鐵皮屋於107年間因火災而燒燬，伊誤認為可舊地重

建云云。惟按建築物之新建、增建、改建及修建，應請領建造執照，建築法第28條第1款定有明文。上訴人前為請求准予暫緩拆除系爭廠房，而以原坐落系爭土地上建物之使用執照存根（見原審卷第95頁）為附件，於108年6月17日向都發局提出陳情書（見原審卷第85頁）。上開使用執照存根既為上訴人所提出，則其理當知悉新建或修建建築物需向主管建築機關請領相關執照。且據證人林○豐於本院到庭具結證稱：被上訴人將系爭工程全部發包給伊一個人施作，並給付伊工程款100多萬元，伊興建時就知道是違章建築，所以被上訴人給伊多少錢，伊才做多少工作等語（見本院卷一第321至324頁）。而證人林○豐乃自被上訴人承包系爭工程之第三人，並非系爭契約當事人，尚且知悉系爭廠房可能遭主管建築機關認定為違章建築，則上訴人為系爭契約之當事人，自難諉為不知。上訴人之上開主張，無從憑採。

6.上訴人復主張：伊不知道系爭土地屬一般農業區之農牧用地云云。惟觀諸系爭契約第2條約定工程地點為臺中市○○區○○里○○路000巷00號（見原審卷第17頁）；且系爭契約所附神岡廠房建設計畫書、地籍圖謄本及土地登記第二類謄本已載明系爭土地之地號，及其使用分區為一般農業區，使用地類別為農牧用地（見原審卷第35至41頁），足見兩造於簽訂系爭契約時，均已知悉系爭工程所在土地之使用分區及使用地類別。上訴人之上開主張，亦不足採。

(二)基上，系爭工程於108年6月4日遭都發局以行政處分命令停工前，系爭契約所約定建造系爭廠房之給付尚屬可能，則上訴人主張類推適用民法第226條第1項規定，請求被上訴人返還系爭工程款，自無理由。從而，被上訴人依民法第113條規定之損害賠償請求權，請求上訴人給付200萬元，並以該金額與上訴人所請求之金額為抵銷部分，即無論述之必要。

(三)至於系爭工程於108年6月4日遭都發局以行政處分命令停工後，乃因「可歸責於上訴人」之事由致嗣後給付不能，故上訴人主張依民法第266條第1項規定，其無給付承攬報酬之義

01 務，亦無理由，則上訴人自亦不得依民法第266條第2項規
02 定，本於不當得利返還請求權，請求被上訴人返還系爭工程
03 款。因此，被上訴人依民法第267條規定之對待給付請求
04 權，請求上訴人給付200萬元，並以該金額與上訴人所請求
05 之金額為抵銷部分，亦無論述之必要。

06 三、上訴人依民法第227條之2第1項規定請求酌減系爭工程之承
07 攬報酬，為無理由：

08 (一)契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果
09 顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原
10 有之效果，民法第227條之2第1項定有明文。情事變更原則
11 旨在規範契約成立後有於訂約當時不可預料之情事發生，依
12 一般觀念，認為如依其原有效果顯然有失公平者，經由法院
13 裁量以公平分配契約當事人間之風險及不可預見之損失。倘
14 於契約成立時，就契約履行中有發生該當情事之可能性，為
15 當事人所能預料者，當事人本得自行評估風險以作為是否締
16 約及其給付內容之考量，自不得於契約成立後，始以該原可
17 預料情事之實際發生，再依據情事變更原則，請求增、減給
18 付。是以法院決定應否適用情事變更原則，應考量契約成立
19 後是否有訂約時不可預料之情事發生，以及該不可預料之情
20 事是否造成依契約原有效果將顯失公平之情形。該等要件若
21 不具備，自不能以事實或法律狀態有所變動為由，逕行主張
22 法院應變更契約之效果（最高法院108年度台上字第1443號
23 民事判決意旨參照）。又主張適用情事變更原則者，自應就
24 契約履行過程確已情事變更，且該情事變更為其所無法預
25 料，及若依該契約原定內容給付價金顯失公平等有利於己之
26 事實，負舉證責任（最高法院100年度台上字第1392號民事
27 判決意旨參照）。

28 (二)上訴人主張：伊於訂約之際，並未預料於系爭工程完工前即
29 遭都發局命勒令停工並拆除，且伊未因系爭工程受有任何利
30 益，倘依原契約約定給付報酬予被上訴人，顯失公平，爰依
31 民法第227條之2第1項規定請求酌減承攬報酬；被上訴人則

01 以：依系爭契約第2條、第23條約定，上訴人於訂約時已預
02 見系爭廠房可能遭主管建築機關勒令拆除等語置辯。依上說
03 明，上訴人自應就系爭契約履行過程確已情事變更，且該情
04 事變更為其所無法預料，及若依該契約原定內容給付承攬報
05 酬顯失公平等有利於己之事實，負舉證責任。

06 (三)惟依系爭契約第4條第2項第4款、第23條第1項約定之內容，
07 堪認兩造於簽訂系爭契約時對於系爭廠房可能遭主管建築機
08 關認定為違章建築之情形均有所預見，而於契約條款中就行
09 政機關勒令停工等相類情形預為危險負擔之分配，已如前
10 述，則縱令系爭廠房嗣後有遭都發局認定為違章建築及勒令
11 停工並拆除之情事，自難認屬訂約當時所不可預料之情事而
12 已情事變更。

13 (四)報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時
14 給付之；工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於
15 每部分交付時，給付該部分之報酬，民法第505條定有明
16 文。關於系爭工程之付款方式，系爭契約第6條載明：「本
17 工程之領款日依照工程進度（如遇國定假日，則順延），領
18 款前十日經甲方現場人員查驗無誤後並簽認請款單，始可請
19 款。（如附件二）」等語（見原審卷第18頁）；附件二之請
20 款表則列有4個期別，即第1期合約簽訂款100萬元、第2期骨
21 料到場款60萬元、第3期結構完成款20萬元、第4期工程完工
22 款20萬元，被上訴人之法定代理人吳旻翰並於第1至3期之
23 「已請款請簽章」欄簽名（見原審卷第24頁），足見系爭工
24 程係分部交付，且報酬係就各部分定之，依系爭契約原定內
25 容並無顯失公平情事。又基於承攬報酬後付原則，被上訴人
26 於各部分之工作完成後始得請求給付該部分之承攬報酬，被
27 上訴人既已請領第1至3期之工程款（不爭執事項(五)參照），
28 足認被上訴人已依附件二之請款表所示交付第1至3期之工作
29 予上訴人，則上訴人以系爭廠房嗣後已遭拆除為由，主張其
30 未受有任何利益云云，為不足採。

31 (五)兩造於簽訂系爭契約時，對於系爭廠房可能遭主管建築機關

01 認定為違章建築之情形既有所預見，並於契約條款中就相關
02 之危險負擔預為分配，被上訴人自無庸再將上開情事通知上
03 訴人。因此，上訴人主張依民法第509條反面解釋，被上訴
04 人不應請求全部已服勞務之報酬云云，同屬無據。

05 (六)基上，上訴人依民法第227條之2第1項規定，請求酌減系爭
06 工程之承攬報酬，為無理由，不能准許。

07 四、上訴人依民法第179條規定，請求被上訴人返還309,525元，
08 及自108年6月21日起至清償日止按週年利率百分之5計算之
09 利息，為有理由；逾此範圍之請求，為無理由：

10 (一)上訴人主張：系爭契約附件二之請款表係指「付款比例」，
11 而系爭工程係以「完工比例」計算工程款，系爭廠房拆除
12 前，被上訴人實際施作比例未達百分之90，被上訴人受領系
13 爭工程款超過其實際施作比例部分無法律上原因；被上訴人
14 則以：伊實際施作比例已達百分之90，且依系爭契約第6條
15 及附件二之請款表所示，付款期別與工程進度相符等語置
16 辯。經查：

17 1.無法律上之原因而受利益，致他人受損害者，應返還其利
18 益，民法第179條第1項定有明文。又基於給付而受利益之給
19 付型不當得利，所謂「無法律上之原因」，係指受益人之得
20 利欠缺「財貨變動之基礎權利及法律關係」之給付目的而
21 言，依舉證責任分配原則，應由主張該不當得利返還請求權
22 存在之人，舉證證明其給付欠缺給付目的（最高法院107年
23 度台上字第440號民事判決要旨參照）。茲查，上訴人已交
24 付系爭工程款予被上訴人，作為給付承攬報酬之一部（不爭
25 執事項(五)參照），上訴人主張被上訴人受領系爭工程款超過
26 其實際施作比例部分乃無法律上之原因，核屬給付型不當得
27 利，依上開說明，原應由上訴人就給付欠缺目的一節負舉證
28 之責。然系爭廠房業經上訴人自行僱工拆除，已如前述，衡
29 諸一般社會通念，就系爭廠房拆除前之施作狀況為舉證非屬
30 易事，倘令上訴人負完全之舉證責任，就本件情形而言顯失
31 公平，爰依民事訴訟法第277條但書規定減輕其舉證責任，

01 以資衡平。

02 2.依系爭契約第6條約定，系爭工程承攬報酬係依照工程進度
03 付款（見原審卷第18頁）；而系爭契約附件一之估價單僅記
04 載廠房鐵皮搭設（鐵皮坪數487坪）之單價為200萬元，含稅
05 金總計為210萬元等語（見原審卷第25頁），並無材料型
06 號、重量等資訊（另參照本院卷二第42至43頁鑑定人許○武
07 所陳內容）；附件二之請款表則僅概略分為4個期別，其中
08 第1期合約簽訂款部分，即占承攬報酬總額百分之50；第2期
09 骨料到場款部分，即占承攬報酬總額百分之30（見原審卷第
10 24頁），足見上訴人於系爭工程備料階段即已支付承攬報酬
11 總額百分之80。準此，系爭契約附件二之請款表所示付款比
12 例，僅屬兩造間依一般工程慣例所為之約定，尚難僅以附件
13 二之請款表內容作為認定系爭工程實際施工比例之基礎。被
14 上訴人主張依系爭契約第6條及附件二之請款表所示，其實
15 際施作比例已達百分之90云云，尚難憑採。

16 3.而經本院囑託臺中市建築師公會參酌系爭違章建築認定通知
17 書所附108年6月3日現場照片（見原審卷第83頁），及上訴
18 人於108年6月21日拍攝之現場照片（見本院卷一第197至203
19 頁），就系爭工程之實際施作比例，即系爭廠房於拆除前已
20 完成部分占系爭契約附件一（包含估價單及附圖）所示應完
21 成之全部工作比例為鑑定，其結果為：採用職種別工項分析
22 推算概估之完工百分比如下：假設工程為百分之3.92、土方
23 基樁工程為百分之5.3、結構軀體工程（更正後）為百分之
24 52.18、開口部工程為百分之0、雜項工程為百分之1.58、一
25 般性經費為百分之9.07，（更正後）總計合理實際施工進度
26 為百分之72.05，有臺中市建築師公會110年4月23日中市建
27 師（000-0000）鑑字第195號函附之鑑定報告書（下稱系爭
28 鑑定報告）可憑（見本件卷一第225頁及系爭鑑定報告第8
29 頁，上開更正部分見本院卷二第43頁之準備程序筆錄）。本
30 院審酌系爭鑑定報告已詳述其鑑定標準乃將一棟建築物總建
31 造費用予以解構，並以職種別將全部總工程費用先設定為百

分之100，及將建築完成所需全部工項區分為假設工程、土方基樁工程、結構軀體工程、外裝修工程、內裝修工程、開口部工程、雜項工程、設備工程及一般性經費等9種職種別，再配合本件客觀條件修正為假設工程、土方基樁工程、結構軀體工程、開口部工程、雜項工程及一般性經費等6種職種別等，逐一檢核各職種工項已完成之比例，再全部加總而推算出實際施工進度占全部工程之比例（見系爭鑑定報告第5至8頁），尚屬合理有據，相較於系爭契約附件二之請款表所示內容，上開分析方法更為周延，應適於作為系爭工程實際施作比例之認定基礎，堪予採認。

- 4.系爭鑑定報告中關於結構軀體工程部分，原記載被上訴人實際施作內容占系爭工程全部完工比例百分之45.66（見系爭鑑定報告第8頁），惟據鑑定人許○武於本院到庭陳稱：該百分之「45.66」之記載為計算錯誤，應更正為百分之「52.18」（計算式： $65.23 \times 80\% = 52.18$ ，小數點以下第2位四捨五入）；不論純鋼骨構造或輕鋼架構造，主要的結構體為基礎柱、樑、樓板及屋頂，該等項目才屬於結構軀體工程工項的範圍，本院卷一第327頁、第328-1頁、本院卷二第29頁照片所示底部高度約90公分的彩色鋼板部分（下稱系爭外牆底部鐵皮），該資料於鑑定時並未提出，且不屬於上述結構軀體工程工項之範圍；若考量本案之特殊性，而將系爭外牆底部鐵皮列入結構軀體工程範圍，則就結構軀體工程的完工比例酌給百分之1等語（見本院卷二第43至44頁、第48頁）；及證人林○豐於本院具結證稱：被上訴人將系爭工程全部發包給伊施作，伊負責骨架和鐵皮，系爭外牆底部鐵皮是由伊施作，該鐵皮屬系爭廠房的牆壁，伊當時已經做好骨架，剩下封鐵皮等語（見本院卷一第319至320、323至324頁），足見系爭外牆底部鐵皮確為被上訴人發包予林○豐所施作，而屬系爭工程之施工範圍，然未經系爭鑑定報告列入鑑定範圍。參以鑑定人許○武所陳上開意見，則就結構軀體工程部分，應再加計已施作之系爭外牆底部鐵皮所占系爭工

01 程全部完工比例即百分之1。

02 5.關於土方基樁工程部分，系爭鑑定報告固認定被上訴人實際
03 施作內容占系爭工程全部完工比例百分之5.3（見系爭鑑定
04 報告第8頁），惟據許○武陳稱：土方基樁工程理應完成，
05 因為基礎沒有完成，就沒有辦法看到現場的工程在那邊站
06 立，水泥地板只是土方基樁工項的一部分，伊去會勘時，沒
07 有人跟伊講現場的東西是何人所施作，至於水泥地板占土方
08 基樁工程的比例有多少，伊沒有辦法回答等語（見本院卷二
09 第49至50頁）；及林○豐證稱：被上訴人將系爭工程全部發
10 包由伊施作，本院卷一第327頁、第328-1頁所示2張照片之
11 水泥部分（下稱系爭水泥地板）並非伊所施作等語（見本院
12 卷一第323至324頁），足見系爭水泥地板非由被上訴人發包
13 予林○豐所施作，非屬系爭工程之施工範圍，然經系爭鑑定
14 報告列入鑑定範圍，自應予扣除。本院審酌系爭工程緣於坐
15 落系爭土地上之原建物因火災而燒燬（見原審卷第129
16 頁），上訴人欲連接原建物尚存部分以搭建新廠房，此觀被
17 上訴人承攬範圍包括「C區補屋頂及牆面」等工項即明（見
18 原審卷第27頁之施工規劃圖，及本院卷二第47頁之準備程序
19 筆錄）；且林○豐已證稱其僅負責骨架和鐵皮，系爭水泥地
20 板並非其所施作等語，足認系爭工程乃沿用原建物留存之土
21 方基樁而在其上重新搭建系爭廠房，故系爭工程之施工範圍
22 並不包含土方基樁工程，就系爭鑑定報告所示土方基樁工程
23 百分之5.3部分，應予扣除。

24 6.被上訴人固主張系爭工程之開口部工程僅有大門，且已施
25 作，故應加計開口部工程比例百分之13.58云云。觀諸系爭
26 契約附件一所示附圖雖有關於鐵捲門之記載（見原審卷第27
27 至31頁），惟據許○武陳稱：鐵捲門工程是以現況及照片為
28 考量，本院所提供的拆除前7張彩色照片顯示未曾施作鐵捲
29 門，因此開口部工程的完工比例是零等語（見本院卷二第45
30 頁），足認依據現存證據資料尚難證明被上訴人已施作開口
31 部工程。被上訴人之上開主張，自不足採。

- 01 7.被上訴人復主張假設工程已全部完成，鋼骨骨架完成後即撤
02 除鷹架，屋頂牆壁之鐵皮包覆工程無需使用鷹架，故應再加
03 計假設工程比例百分之0.21（計算式： $4.13 - 3.92 = 0.21$ ）
04 云云。惟據許○武陳稱：假設工程是指施工過程中需要的工
05 項，完工之後一般不會留在現場，例如清除雜物、鷹架、圍
06 籬等；施作屋頂、牆壁、門窗及清理現場等工作，需要人力
07 去調度分派詢價，但是上述幾個工作尚未施作，相對應部分
08 的工程款應酌量予以扣除百分之5等語（見本院卷二第45
09 頁）；及系爭鑑定報告第8頁之「採用職種別工項分析推算
10 概估表」之備註欄載明：假設工程尚留有屋頂、牆壁未施工
11 等語，核與林○豐證稱：骨架已經做好，骨架做好後就拆除
12 鷹架，伊已經在封鐵皮，做好的鐵皮占應該做的鐵皮的十分
13 之一等語（見本院卷一第319至320頁）相符，足見鷹架僅屬
14 假設工程之一部，系爭工程之骨架部分雖已完成而無需再使
15 用鷹架，但鐵皮部分工程尚未完工，自有施作其他假設工程
16 之必要。被上訴人之上開主張，亦不足採。
- 17 8.被上訴人另主張雜項工程部分應加計百分之0.08（計算式：
18 $1.66 - 1.58 = 0.08$ ）、一般性經費部分應加計百分之
19 1.01（計算式： $10.08 - 9.07 = 1.01$ ）云云。惟據許○武陳
20 稱：一般性經費屬於比較偏勞務費用，系爭工程尚有屋頂的
21 施工、四周彩色鋼板工程等事項尚未施工完畢，故建議完工
22 程度為百分之90；一般性經費在沒有全部完工交付業主之
23 前，不可能百分之百領取款項；本案據相關照片僅完工輕型
24 鋼柱、輕型鋼樑及桁架，距離百分之百完工有差距；雜項工
25 程是指很難明確歸屬於其他8個項目中的勞務費用、材料費
26 用時所採用之歸類，被上訴人只完工百分之95，還有牆壁、
27 屋頂沒有施工，故建議給予百分之1.58的完工比例等語（見
28 本院卷二第46至49頁），足見在系爭工程全部完工前，雜項
29 工程及一般性經費部分之完成度本無法達到百分之百。系爭
30 工程既尚未完工，被上訴人空言主張應予加計上開部分比例
31 云云，為不可採。

01 9.是以，就系爭鑑定報告所記載（更正後）合理實際施工進度
02 比例百分之72.05部分，應再加計已施作之系爭外牆底部鐵
03 皮部分比例百分之1，並扣除原已存在而未實際施作之土方
04 基樁工程比例百分之5.3，據此計算被上訴人已完成部分之
05 工作占系爭工程全部完工之比例應為百分之67.75（計算
06 式： $72.05+1-5.3=67.75$ ）。

07 10.加值型及非加值型營業稅法（下稱營業稅法）第2條第1款規
08 定：銷售貨物或勞務之營業人為營業稅之納稅義務人；第15
09 條第1項規定：「營業人當期銷項稅額，扣減進項稅額後之
10 餘額，為當期應納或溢付營業稅額。」第3項規定：「進項
11 稅額，指營業人購買貨物或勞務時，依規定支付之營業稅
12 額。」第32條第2項規定：「營業人對於應稅貨物或勞務之
13 定價，應內含營業稅。」第3項規定：「營業人依第14條規
14 定計算之銷項稅額，買受人為營業人者，應與銷售額於統一
15 發票上分別載明之；買受人為非營業人者，應以定價開立統
16 一發票。」而依營業稅之制度精神，營業稅係對買受貨物或
17 勞務之人，藉由消費所表彰之租稅負擔能力課徵之稅捐，稽
18 徵技術上雖以營業人為納稅義務人，但經由後續之交易轉嫁
19 於最終之買受人，是以營業人轉嫁營業稅額之權益應予適當
20 保護，以符合營業稅係屬消費稅之立法意旨暨體系正義（大
21 法官釋字第688號解釋理由書參照）。是以，營業稅原意係
22 政府向最終買受人課徵之消費稅，應由最終買受人負擔稅
23 額，故在我國現行法規，報價或請款之價格即為稅後價格，
24 營業稅法第32條第2項規定「應稅貨物或勞務之定價應內含
25 營業稅」之立法目的，主要係為防止營業人以報未稅價為手
26 段，引誘消費者不索取發票，以達到逃漏稅之目的。茲查，
27 系爭工程未稅總價為200萬元，含稅總價為210萬元（見原審
28 卷第25頁之估價單），則依前揭營業稅法規定及營業稅之制
29 度精神，關於被上訴人得向上訴人請求給付承攬報酬之計
30 算，自當加計營業稅，始符法制。從而上訴人辯稱被上訴人
31 尚未開立發票及申報營利事業所得稅，系爭工程總價不應計

01 入營業稅云云，尚非可採。

02 11.基上，爰以系爭工程含稅後總價210萬元，及被上訴人已完
03 成部分之工作占系爭工程全部完工之比例百分之67.75為計
04 算基礎，核計被上訴人得向上訴人請求之承攬報酬共
05 1,422,750元（計算式：210萬×67.75%=1,422,750），被
06 上訴人所受領之系爭工程款於1,422,750元範圍內，應有法
07 律上原因；逾此範圍即377,250元部分（計算式：180萬－
08 1,422,750=377,250），則無法律上原因，被上訴人應返還
09 予上訴人。

10 (二)被上訴人依系爭契約第23條第1項約定，以其對上訴人之損
11 害賠償債權67,725元，與上訴人之上開不當得利返還債權抵
12 銷，為有理由：

13 1.系爭契約第23條第1項載明：「於工程進行中，如甲方遭法
14 院為裁定（包括但不限於假處分、定暫時狀態假處分）或行
15 政機關以處分命停工（包括但不限於興建、修繕），甲方應
16 在收受裁定或處分後之翌日，立即以書面告知乙方，並同意
17 乙方得隨時終止系爭契約並提前退場，而後續之請款則按現
18 場完成之程度為結算，採實做實算，且甲方應賠償乙方因系
19 爭契約之終止或提前退場所生之損害。如甲方未在收受裁定
20 或處分後之翌日即時以書面告知乙方，則乙方因此所生之損
21 害，概由甲方負責。」等語（見原審卷第22頁），足見系爭
22 契約第23條第1項約定賦予被上訴人得依該條項約定終止系
23 爭契約，及向上訴人請求賠償因系爭契約終止所生損害之權
24 利。

25 2.茲查，系爭廠房於系爭工程進行中經都發局認定為施工中違
26 章建築，而於108年6月4日以系爭違章建築認定通知書及勒
27 令停工函命上訴人立即停工並拆除（不爭執事項(三)參照），
28 核與系爭契約第23條第1項約定「行政機關以行政處分命停
29 工」相符，故被上訴人主張依系爭契約第23條約定，以110
30 年5月26日民事答辯3狀為終止系爭契約之意思表示，並請求
31 上訴人賠償其因系爭契約終止所生之損害（見本院卷一第

249至257頁），核屬有據。又上訴人自陳其已收受被上訴人110年5月26日民事答辯3狀繕本（見本院卷一第282頁），則系爭契約自己生合法終止之效力。

3.上訴人固主張：伊於本件起訴前已寄存證信函予被上訴人為終止系爭契約之意思表示，惟經被上訴人所否認（見本院卷一第297頁）；且觀諸上訴人委任羅宗賢律師於108年6月20日寄發之豐原郵局存證號碼397號存證信函，其內容僅主張系爭廠房經都發局勒令停工並拆除，故通知被上訴人應於收受該函後5日內拆除系爭廠房等語（見本院卷一第356至358頁），並無關於終止系爭契約等內容之記載。故上訴人之上開主張，自難憑採。

4.損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限；依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，民法第216條定有明文。系爭契約既經被上訴人合法終止，則依系爭契約第23條第1項約定，被上訴人自得請求上訴人賠償其因契約終止所生之損害及所失利益。被上訴人雖主張其所失利益為尚未請領之承攬報酬30萬元，及本院所認定其不得請求之承攬報酬金額云云。惟查，被上訴人因系爭工程終止之所失利益即預期獲得之利潤，係指於正常施工條件下可獲得之利潤。而被上訴人主張之上開金額，其性質核屬正常施工條件下可獲得之「承攬報酬」，並非「利潤」，故被上訴人之上開主張，為不可採。

5.參以兩造對本院依職權查詢之107年度營利事業各業所得額暨同業利潤標準中「F.營建工程業」之「建築工程業」之同業利潤標準（見本院卷一第291頁）均無意見，且均同意以該行業之同業利潤計算被上訴人之所失利益（見本院卷一第283至284頁、第326頁）；及系爭工程性質近似於建築工程業之「活動房屋營建」，其同業利潤標準淨利率為百分之10，應得作為計算被上訴人所失利益之參考依據。而被上訴人就系爭工程已完成部分之工作占系爭工程全部完工之比例

為百分之67.75，已如前述。準此，倘若系爭工程未經提前終止，被上訴人即得繼續施作系爭工程其餘百分之32.25部分（計算式： $100-67.75=32.25$ ），進而受領該部分之承攬報酬。據此計算被上訴人因系爭工程終止之所失利益即預期獲得之利潤應為67,725元（計算式： $210\text{萬元}\times 32.25\%\times 10\%=67,725$ ）。是以，被上訴人依系爭契約第23條第1項規定，請求上訴人賠償其因系爭契約終止而生之損害賠償即所失利益，於67,725元範圍內之請求，為有理由；逾此範圍之請求，並無理由。

6.又二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷，但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限，民法第334條第1項定有明文。承上，被上訴人雖對上訴人負有應返還377,250元之債務，然因上訴人對被上訴人亦負有應賠償67,725元之債務，且上開債務均已屆清償期，復無依債之性質或當事人特約不能抵銷之情事，則被上訴人主張以雙方所負前揭債務，互為抵銷，自屬有據。準此，經被上訴人主張抵銷之結果，上訴人應僅得請求上訴人返還309,525元（計算式： $377,250-67,725=309,525$ ）。

五、綜上所述，上訴人依不當得利之法律關係，請求被上訴人給付309,525元，及自起訴狀繕本送達翌日即108年6月21日（見原審卷第51頁之送達證書）起至清償日止按週年利率百分之5計算之遲延利息，為有理由，應予准許；其餘逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，容有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰廢棄原判決此部分，改判如主文第二項所示。而上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，核無違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，則無理由，應予駁回。至於上訴人陳明願供擔保聲請宣告假執行部分，因被上訴人敗訴之金額未逾150萬元，不得上訴第三審，此部分

01 因本院判決即告確定，故無宣告假執行之必要；原審駁回上
02 訴人此部分假執行之聲請，理由雖有不同，結論則無二致，
03 仍應予維持。

04 六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所提出之各
05 項證據資料，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，附此
06 敘明。

07 陸、結論：本件上訴為一部有理由，一部無理由，爰判決如主
08 文。

09 中 華 民 國 111 年 2 月 22 日

10 民事第五庭 審判長法官 游文科

11 法官 李慧瑜

12 法官 楊珮瑛

13 以上正本係照原本作成。

14 兩造均不得上訴（上訴所得受之利益均未逾新臺幣150萬元）。

15 書記官 賴成育

16 中 華 民 國 111 年 2 月 22 日