# 臺灣高等法院臺南分院民事判決

111年度建上字第11號

上訴人即附
帶被上訴人　賴建勳
訴訟代理人　何永福律師
複代理人　　陳惠敏律師
被上訴人即
附帶上訴人　來吉富土木包工業
000000000000000000
法定代理人　謝吳秀霞
訴訟代理人　謝志彰
　　陳美華
　　曾錦源律師

上列當事人間請求確認承攬契約不存在等事件，上訴人對於中華民國110年11月30日臺灣嘉義地方法院第一審判決（109年度建字第11號），提起上訴，被上訴人就反訴部分提起附帶上訴，本院於112年7月20日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴及附帶上訴均駁回。

第二審訴訟費用，關於上訴部分，由上訴人負擔；關於附帶上訴部分，由被上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊與被上訴人之代理人謝志彰於民國（下同）108年5月31日簽訂工程合約書（下稱系爭合約），約定將伊坐落嘉義市湖內里之住宅新建工程（下稱系爭工程）由被上訴人承攬施作，代工不代料，材料費用實作實算，由被上訴人憑單據交伊核對無誤後，始需付款；嗣因工程僅完成80%，且施作不良，經與被上訴人合意於108年12月30日終止系爭合約。伊於合約期間計付被上訴人含工資、材料費工程款共計新臺幣（下同）664萬元，已毋庸再為給付。扣減估算完成80%之工程款2,176,000元、材料費用320萬元，被上

訴人尚溢受1,264,000元，為無法律上原因受有利益，致伊受損害，伊自得依民法第179條之規定，請求被上訴人返還溢領工程款1,264,000元。而伊並未積欠被上訴人工程款或工資，被上訴人反訴請求部分，亦屬無據。原審就伊前揭請求部分，為伊敗訴判決，及判命伊給付被上訴人479,795元之反訴部分，尚有未洽，爰提起上訴等語。上訴聲明：（一）本訴部分：1.原判決關於駁回伊後開第二項之本訴部分，及該部分假執行聲請之裁判均廢棄。2.被上訴人應給付伊1,264,000元，及自109年4月30日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。（二）反訴部分：1.原判決關於反訴不利伊部分，及該部分假執行宣告之裁判均廢棄。2.上廢棄部分，被上訴人在第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。並附帶上訴答辯聲明：（一）附帶上訴駁回。（二）如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行（上訴人請求確認兩造間就系爭工程之承攬關係不存在部分，經原審為其敗訴判決後，未據其聲明不服，不在本院審理範圍）。

二、被上訴人則以：系爭工程係約定實作實算，系爭合約書僅供上訴人陳報開工之用。又經嘉義縣建築師公會按實作現況鑑定，伊就系爭工程得請求上訴人給付之合理工程款共10,345,630元，扣減泥作剝落及漏水修補合理費用564,019元，及上訴人已付664萬元，伊尚得再請求3,141,611元，自無上訴人所主張之不當得利。除原審判決給付之479,795元外，爰依系爭合約及民法第511條但書之規定，反訴請求上訴人再給付工程款2,661,816元。答辯聲明：上訴駁回。並附帶上訴聲明：（一）原判決關於不利伊部分廢棄。（二）附帶被上訴人應再給付伊2,661,816元，及自109年5月19日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。（三）願供擔保，請准宣告假執行。

三、兩造不爭執之事實

(一)兩造於108年5月31日簽立系爭合約，約定上訴人將系爭工程委由被上訴人承攬，惟不包含水電工程部分。

(二)系爭合約係約定實做實算。

(三)系爭工程尚未完成，系爭合約之承攬關係已於108年12月30日起不存在（惟係經任意終止或是合意終止尚有爭執）。

(四)上訴人就系爭工程已給付被上訴人工程款664萬元。

(五)系爭工程之工資於1,084,960元範圍內不爭執。

(六)嘉義縣建築師公會之鑑定報告書所載如下：

1.110年5月11日鑑定報告書（下稱鑑定報告書），就①系爭工程之建物狀況，扣除水電之材料費外餘材料費約多少？上訴人因建造系爭房屋所支付之材料費為多少？於鑑定結論記載6,034,835元。就②系爭工程之全部工錢，市場合理數額應為若干？鑑定結論記載新台幣4,310,795元。就③系爭房屋漏水及泥作剝落部分，其修復費用多少？於鑑定結論記載564,019元。

2.110年9月1日補充鑑定報告書，就如採用注射止水高壓發泡劑方式之工程款，於鑑定結論記載金額42萬元。

(七)被證5之109年1月18日錄音譯文，其中關於被上訴人之子謝志彰及上訴人間之對話為真正。

四、上訴人主張其與被上訴人簽訂系爭合約，由被上訴人承攬系爭工程，嗣兩造終止系爭合約，惟其溢付被上訴人1,264,000元，被上訴人無法律上原因受有利益，致其受損害，依不當得利規定，請求被上訴人返還溢領工程款。惟為被上訴人所否認，並以上情置辯。是上訴人依民法第179條規定，請求被上訴人給付1,264,000元本息，是否有理由？被上訴人依民法第511條但書規定、系爭合約約定，反訴請求上訴人給付3,141,611元本息，於法是否有據？為本件應審究之爭點，茲分述如下：

(一)上訴人依民法第179條規定，於本訴請求被上訴人給付1,264,000元本息，為無理由：

１、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、查上訴人雖主張被上訴人就系爭工程僅完成80%，且施作不良，其已支付工程款664萬元，扣減被上訴人完成80%之工程款2,176,000元、材料費用320萬元，被上訴人尚溢受1,264,000元，為無法律上原因受有利益，致伊受損害云云。惟上訴人稱系爭工程完成80%，僅是其大約計算，並無精確之數據或證據可參；嗣經本院闡明（本院卷第130、234頁），時而主張所謂系爭工程僅完成80%僅是一個大概，又稱不再主張系爭工程僅完成80%（本院卷第130頁），或主張聲請通知證人即被上訴人法定代理人謝吳秀霞及訴訟代理人謝志彰為證，惟經通知該等證人後，上訴人仍未指出80%之數據如何而來；則其以系爭工程僅完成80%作為計算不當得利之基準，已失所依據，其進而主張被上訴人有溢受1,264,000元之工程款云云，尚難以採信。

３、又兩造於108年5月31日簽立系爭合約，約定上訴人將系爭工程委由被上訴人承攬，惟不包含水電工程部分。系爭合約係約定實做實算（不爭執事實㈠、㈡）。而依兩造系爭合約之約定，係「代工不代料」、「全部工程費總價貳佰柒拾貳萬元」，亦有該工程合約書在卷可參（見原審卷一第13至27頁）。而兩造對於系爭工程之材料由被上訴人提供，並由被上訴人提出發票請款部分，亦無爭執（本院卷第132、313、314頁）；然兩造就工程材料部分之金額究竟為何尚有爭執，上訴人爭執被上訴人提出之請款單據（原審卷一第107至241頁）並不足以證明全部用於系爭工程，因而聲請鑑定系爭工程之客觀材料數量及價格，並經被上訴人同意（原審卷一第249頁），故兩造既已同意就系爭工程完工部分之材料數量及價額，以鑑定之方法為認定，自應認為兩造間在訴訟上成立鑑定之合意，同意以鑑定之材料數量及價額作為系爭工程之價額依據。而依嘉義縣建築師公會鑑定結果已認定：1、系爭工程目前建物狀況，扣除水電之材料費外，上訴人應付之材料費為6,034,835元，有鑑定報告書在卷可參（鑑定報告書第29頁、第121頁至第126頁，外放卷）。上訴

人並不爭執鑑定報告之鑑定方法及程序，僅爭執鑑定報告書之「結構體工程」中之項次4「210 kg/cm2預拌混凝土澆置」數量、「假設工程」項次3「施工鷹架（含防護網）」與被上訴人提供之單據不符，或爭執發包工程費三「工廠利潤及管理費」不應列入云云（本院卷第135至137頁）；惟上訴人一方面爭執被上訴人提出材料單據與系爭工程有關，請求鑑定材料之數量及價額，一方面又以被上訴人提出之單據內容，攻擊鑑定報告認定材料費之計算與被上訴人提出之單據不合，此已陷於循環論斷，並與上訴人要求鑑定單位鑑定材料之客觀價格有違，上訴人此部分之爭執，有違訴訟上之誠信，尚難採信。上訴人另稱系爭工程無鋁窗，鑑定報告書有誤等語；惟此已經鑑定機關函覆：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，單價也僅以鋁窗框估價（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，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（原審卷二第169頁）在卷可佐；是鑑定報告書之上開部分雖有誤載，然不影響所認定之上開材料費金額，上訴人此部分爭執，仍不能為有利於其之認定。故系爭工程之材料費為6,034,835元，應堪認定。

4、另查系爭工程已完工之工資為1,084,960元，被上訴人無工程款未領取，為被上訴人所自承（原審卷一第247頁、第254頁）。則系爭工程已完工部分建物現況之材料費為6,034,835元，加計工資1,084,960元，合計為7,119,795元（計算式：6,034,835元+1,084,960元＝7,119,795元）。而上訴人已給付系爭工程之工程款664萬元與被上訴人，為兩造所不爭執（不爭執事實㈣）。是系爭工程之工資及材料費總額為7,119,795元，上訴人已支付664萬元，則上訴人尚應給付被上訴人之金額為479,795元（即7,119,795元-664萬元＝479,795元）。

５、綜上，上訴人無法證明被上訴人受有利益1,264,000元，致其受有損害；且上訴人猶應給付被上訴人479,795元，故其依民法第179條規定，請求被上訴人給付1,264,000元本息云云，自屬無據。

(二)被上訴人依系爭合約約定，反訴請求上訴人給付479,795元本息，為有理由；逾此範圍之請求，為無理由：

１、查系爭合約約定全部工程總價為272萬元乙情，已如前述，並有系爭合約在卷可參（原審卷一第13頁）。兩造對系爭工程究是代工代料或代工不代料等情，固有爭執，惟就前揭系爭工程合約總價約定之金額包含工資，則無爭執。而兩造對於系爭工程之材料由被上訴人提供，並由被上訴人提出發票請款部分，亦無爭執（本院卷第132、313、314頁），已如前述。故被上訴人主張依系爭合約約定請求系爭工程之工資，並得請求系爭工程材料之工程款，自屬有據。

２、次查系爭工程之材料費為6,034,835元，工資為1,084,960元（不爭執事實㈤），合計為7,119,795元，上訴人已給付系爭工程之工程款664萬元，上訴人尚應給付被上訴人479,795元之工程款，已如前述。則被上訴人依系爭合約約定反訴請求上訴人給付479,795元之本息，自屬有據。而被上訴人在此範圍依系爭合約請求既屬有據，自無再論述民法第511條但書之必要，併予敘明。

３、被上訴人雖另主張得請求上訴人給付之合理工程款共10,345,630元，扣減泥作剝落及漏水修補合理費用564,019元，及上訴人已付664萬元，其尚得再請求3,141,611元云云。惟被上訴人計算此項請求之基準，係以鑑定報告書所鑑定系爭工程之材料費6,034,835元、工資4,310,795元之合計金額10,345,630元為依據；然查鑑定報告書所鑑定系爭工程之工資固為4,310,795元（鑑定報告書第29頁），惟此部分原不在兩造請求鑑定之範圍內，而係被上訴人事後聲請就此部分為鑑定（參見原審卷一第249至281頁），即並不在兩造訴訟上鑑定合意之範圍。其次，被上訴人主張工資1,084,960元僅是

土水部分之工錢，其餘下包部分，工資與材料錢摻雜在一起（原審卷一第265至266頁），亦即被上訴人轉由下包施作材料部分，其工資仍應計算云云。然觀諸系爭合約，以手寫文字敘明「代工不代料」（原審卷一第13頁），則材料部分究竟如何計價已非無疑，且涉及施作該等材料之工資如何計算，更屬未明，被上訴人請求此材料之工資部分，已嫌無據。且系爭工程之材料雖由被上訴人提供，但應由被上訴人提出發票請款，已如前述；足見系爭材料部分須由被上訴人另行提出發票請款，而此部分究竟是否包含材料之工資，兩造並未約定如何支付，被上訴人迄未提出確切之證據證明上訴人應支付此部分之工資，被上訴人主張應由上訴人負擔此部分工資云云，仍屬無稽。故系爭工程之全部工資，「市場合理價格」為4,310,795元，雖為鑑定報告所認定，惟兩造就工資為1,084,960元，且上訴人已支付完畢一事，均不爭執，自無再依「合理市場價格」認定工資之必要。故被上訴人基於鑑定報告所認定之工資4,310,795元為據，依系爭合約及民法第511條但書規定，反訴請求上訴人應再給付3,141,611元，並無依據。

五、綜上所述，上訴人依民法第179條之規定，以本訴請求被上訴人給付1,264,000元本息，並無理由，應予駁回。此部分假執行之聲請亦失所附麗，應併予駁回。被上訴人反訴依系爭合約請求上訴人給付479,795元之本息，核無不合，應予准許，逾此範圍之請求，為無理由，應予駁回。準此，(1)就上開應准許部分：原審判令上訴人給付被上訴人479,795元本息，並依兩造聲請為准、免假執行之宣告，並無不合。上訴人之上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分上訴。(2)就上開不應准許部分：原審就此部分分別為上訴人及被上訴人敗訴之判決，及駁回該等部分分別之假執行聲請，經核於法均無不合。上訴人及被上訴人之上訴及附帶上訴意旨分別指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，均無理由，應分別駁回此部分上訴。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所用之證據，均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件上訴人之上訴及被上訴人之附帶上訴，均為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　10　　日

工程法庭　　審判長法　官　張世展

法　官　莊俊華

法　官　黃義成

上為正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提出理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本），上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。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　　8　　月　　10　　日

書記官　翁倩玉

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

⑴對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

⑵上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。