臺灣高等法院民事判決

108年度上字第759號

上　訴　人　林玉珠即弘將建設工房

000000000000000000

000000000000000000

訴訟代理人　張致祥律師

　　林聖凱律師

被 上訴 人　建築家工程股份有限公司

000000000000000000

000000000000000000

法定代理人　陳俊男

訴訟代理人　林忠儀律師

上列當事人間請求給付工程款等事件，上訴人對於中華民國108年4月30日臺灣臺北地方法院106年度建字第57號第一審判決提起上訴，並為訴之減縮，本院於中華民國109年6月16日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於命上訴人應給付被上訴人逾新臺幣壹佰肆拾柒萬肆仟貳佰陸拾參元本息及假執行之宣告，暨除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一、二審訴訟費用（除確定部分外）由上訴人負擔千分之九百九十五，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人部分：

㈠本訴起訴主張：伊承攬上訴人「羅群段集合住宅新建工程」5 間（門牌分別為宜蘭縣○○鎮○○路000巷00弄0號、2號、3號、6號、8號房屋，依序編為A、C、B、D、E棟，下分稱1號、2號、3號、6號、8號房屋，合稱系爭房屋）之外牆塗裝系統工程（下稱系爭工程），兩造於民國（下同）103

年12月11日簽立工程契約（下稱系爭契約），約定以實作實算方式計價，工程項目包含外牆木棉文理透氣防水塗裝系統及防垂流系統（面積依序為2,604、1,938平方公尺），契約總價預定為新臺幣（下同）230 萬元（不含5%營業稅）。配合上訴人使用執照取得後就系爭房屋為二次施工，伊於104年12月間進場施作，105年2月完工，上訴人拒絕驗收，且僅給付40% 之訂金92萬元，扣除伊漏塗部分按估價單所載每平方公尺665 元單價計算扣款6,110 元，尚欠144 萬2,890 元（含稅）之工程款未付。又上訴人於104 年7 月間為自行施作宜蘭縣○○鎮○○街000 ○號建物圍牆牆面工作，經由訴外人孫麒舜向伊購買價值5 萬400 元（含稅）之矽烷酮透氣無光面層保護塗料6 桶（下稱系爭塗料），得請求上訴人給付；退步言之，縱若非屬買賣，上訴人亦受有不當得利，因已無法原物返還，而應返還相當之價額。上訴人並未遵期通知瑕疵修補，已罹於時效，不得再請求減少價金及損害賠償。爰依系爭契約之法律關係，聲明求為命上訴人應給付伊149 萬3,290 元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並願供擔保准為假執行之宣告。

㈡反訴部分則以：伊僅負責外牆塗裝工程，而未負責系爭房屋主體結構部分，伊完工後之工作受到其他水泥基層開裂或窗角剪力開裂、結構體開裂、積灰、昆蟲污染，造成上訴人所稱系爭工程之瑕疵，非可歸責於伊等語，資為抗辯。

二、上訴人部分：

㈠本訴答辯以：系爭工程有塗刷工序未完成、外觀色差、塗料褪色、塗料層裂紋、外觀水漬、塗料脫落、外觀汙損等瑕疵，足見工作瑕疵，係明顯易見之重大瑕疵，未符合債之本旨，縱被上訴人欲提出給付，伊亦得拒絕受領，迄未完成驗收，被上訴人自不得向伊請求給付工程款。又被上訴人未完成4道塗刷工序面積為1,340平方公尺，防垂流系統356平方公尺，完成部分之工程款僅尚得請求41萬8,680元。被上訴人於未完成前即自行退場，且將鷹架拆除，未依契約第11條第

1項、第16條第1項通知驗收，及開立發票請款，致伊並無從進行驗收。伊於同年3月31日、同年8 月24日分別傳送簡訊要求被上訴人完工、驗收及修補瑕疵，被上訴人未為修補。被上訴人於同年11月18日以存證信函催告伊付款，伊於同年月23日以律師函通知被上訴人限期7日完工，被上訴人仍未履行，伊自得拒絕給付工程款。縱認被上訴人已完工，上開簡訊及催告函文要求被上訴人施作，即為瑕疵修補之催告，被上訴人經催未為修補，以107年1月25日民事答辯㈣狀，依民法第494條規定，請求減少報酬，及於107年1月29日言詞辯論期日，依民法第495條第1項請求減少報酬；另伊將系爭房屋減價出售，及未出售房屋交易價格減損，並依同法第227條第1項、第2項規定，請求損害賠償，均得為抵銷之抗辯。又伊自宅於101年即已粉刷完畢，系爭工程進行時並無使用系爭塗料，況當時工地缺料不敷使用，伊應無給付此部分金額之必要等語置辯。

㈡於原審反訴主張：系爭工程之重大瑕疵，修復費用132萬元，伊已於105 年11月23日以律師函催告修復，及系爭工程經伊減價收受，因有上開瑕疵，造成系爭房屋價值貶損280萬元，共受有412萬元損害，爰依民法第227條第1項、第2項及495條第1項規定，請求被上訴人給付412萬元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並願供擔保准為假執行之宣告。

三、原審判准被上訴人本訴之請求，駁回上訴人反訴之請求。上訴人不服，提起上訴。上訴人於本院就本訴部分上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人第一審之訴駁回。就反訴部分，上訴人同意以鑑定報告認定系爭工程之修復金額114萬6,516元為修復之金額，又系爭房屋因有上開瑕疵，其中已出售之B至E棟（2號、3號、6號、8號房屋），每間房屋減價20萬元，未交屋之A棟房屋（1號房屋）貶損100 萬元，共180萬元損害，得請求被上訴人賠償之金額294萬6,516元，而為訴之減縮，於本院上訴聲明：㈠原判決關於駁回下列㈡部分廢棄

。㈡被上訴人應給付上訴人294萬6,516元，及自反訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，並願供擔保准為假執行之宣告（減縮部分非本院審理範圍，於茲不贅）。被上訴人於本院上訴答辯聲明：上訴駁回。

四、本院之判斷：

㈠查被上訴人承攬上訴人「羅群段集合住宅新建工程」5 間之外牆塗裝系統工程，兩造於103 年12月11日簽立系爭契約，約定以實作實算方式計價，工程項目包含外牆木棉文理透氣防水塗裝系統及防垂流系統，契約總價預定為230 萬元（不含5%營業稅）。上訴人迄僅給付40% 訂金92萬元，餘工程款144萬9,000元（含稅）尚未給付等情，為兩造所不爭執（見原審卷二第63頁正反面），堪予認定。

㈡被上訴人得否請求工程款部分：

1.查系爭房屋於104年6月11日始取得使用執照，有使用執照可按（見本院卷第113頁），堪予認定。而上訴人自承：房屋工程主體有工程主任幫忙監工，主體完成之後其自行將油漆部分（即系爭工程）發包，油漆工班由被上訴人之監工孫麒舜負責等語，及稱：被上訴人曾於104年12月間進場施作系爭工程，105年2月間退場等語（見本院卷第14、505頁），核與上訴人所提出自104年12月4日起至同年月24日止以簡訊通知被上訴人進場、搭鷹架設備，而被上訴人有回覆：「明天小廖（指被上訴人小包廖世峯）會進場去做」等內容相符，有該手機簡訊截圖可稽（見原審卷一第54頁）。是被上訴人抗辯係因配合系爭房屋進行二次施工，曾進場施工一半後再行退場，等待二次施工後再行進場等情，即與前情相符，而堪認定。

2.又查證人即被上訴人工地監工孫麒舜到場證述：伊於105年2月完工的時候，上訴人都是以電話告知那邊有問題，要伊進場修繕，伊為了配合完工收款，都願意配合，也有要求上訴人一起現場勘驗，但上訴人都不願意出面，拒收估驗明細表，也不願意付款等語（見原審卷一第60頁正反面、第62頁反

面），及證人即施工人員廖世峯證述：系爭工程已經完成了，因為上訴人一直說哪裡髒掉了，要伊去處理，完工之後，上訴人找伊收尾都是處理髒污及被破壞的問題，並沒有提到有尚未完成之工作請伊再做，而施工小瑕疵，透過驗收程序就可以完成等語（見原審卷二第3頁反面、第6頁反面），互核證人孫麒舜、廖世峯之證述，應認系爭工程已達完工可驗收之狀態，係上訴人明確拒絕被上訴人驗收之請求無訛。況查上訴人已於105年3月、4月間將3號房屋，依與薛秋花等人間之買賣契約，交付予買受人，進行裝潢後入住等情，業據證人薛秋花證述明確（見本院卷第406頁），及上訴人就2號、3號、6號、8號房屋業已出售，除據上訴人提出協議書為憑（見原審卷一第195至198頁）外，其中6號、8號房屋於原審送鑑定，經鑑定人於107年10月間至現場勘查時，係作為民宿經營使用等情，有宜蘭縣建築師公會108年1月7日108宜縣建師鑑（法院）字第0008號鑑定報告可按（下稱系爭鑑定報告，見外放鑑定報告第2頁第七點鑑定標的物現況），足見上訴人確已將2號、3號、6號、8號房屋出售交由他人占用中乙節，堪予認定。而系爭房屋內部居住空間與外牆為一不可分之建物，上訴人既已將系爭房屋出售交付予買受人，自無所謂被上訴人未交付外牆之工作物可言。而上訴人一方面自陳未交付無瑕疵之系爭房屋予買受人，一方面復就系爭房屋與買受人進行協議扣款等情，有其提出之2號、3號、6號、8號房屋協議書可按（見原審卷一第195至198頁），更徵上訴人並未認為系爭工程非屬未完工狀態，否則豈能交付予買受人並與買受人協商扣款。再者，證人薛秋花於109年4月8日到庭證述：伊已繳清價款，上訴人有口頭表示外牆部分要處理，但迄未處理，伊沒有向上訴人請求賠償、也沒有要解除契約，今年過年有自己補刷漆等語（見本院卷第408、409頁）。則倘若上訴人尚未履行買賣契約交付標的物之義務，薛秋花豈能於4年後自行補刷油漆，堪信薛秋花已認系爭房屋與上訴人間已履約完畢而無保留。上訴人猶稱被上訴

人施作之系爭工程係房屋外牆塗料，毋庸交付，復稱因被上訴人未完工可拒絕被上訴人之交付云云，顯與系爭工程已完工、交付予上訴人之事實相悖，而無可採。

3.且查兩造並未就被上訴人配合上訴人二次施工後再進場施作重為約定計價，而依系爭工程之性質，原需搭設鷹架等假設工程，系爭契約延約履行既係配合上訴人，致無法依約於104年1月15日完工，並非被上訴人施工遲延，堪予認定。而搭設鷹架等工程費用上訴人並未編列計價，亦為上訴人所自承在卷（見本院卷第190頁），則該等額外費用既由被上訴人自行吸收，是前揭證人孫麒舜、廖世峯所述要求上訴人會同驗收，倘尚有上訴人所指缺漏，即可一次進場並予以一一補上等語，與系爭工程性質相符，而符常情，應屬可採。上訴人稱其並未委派監工處理建物主體工程及系爭工程介面、相關工徑協調事宜，其所指被上訴人漏未塗料之外牆部分，多為頂樓女兒牆之平台、或牆面部分角落，有上訴人提出之照片及系爭鑑定報告所附照片可按（見原審卷一第155頁正反面、第156頁正反面、第157頁正反面、第159頁反面、第162頁反面、第163頁正反面、外放鑑定報告照片編號8-3、8-8、8-16、8-17），足見上訴人所指未塗有部分並非外牆主體部分，是否係因分二次進場施工，及系爭工程與主體工程界面協調不足所致，亦未可知。經原審將系爭工程送宜蘭縣建築師公會鑑定後，鑑定結果略以：頂樓有部分二次加建房屋，而除門牌號碼為月眉路625巷51弄1號、6號、8號屋頂女兒牆部分塗料未塗，8號房屋外牆雨遮版未塗，部分牆面未塗刷完成外，又因勘查時間為107年9月，歷時已逾3年餘，判定其餘可能為塗料脫落、或褪色，而漏刷需全新塗刷面積為36平方公尺等情，有系爭鑑定報告可佐（見外放鑑定報告第2頁第七點鑑定標的物現況、第3頁第2項勘查現場判斷、第5至7頁各戶歸納說明、第8頁修復方式及費用項次表）。堪信系爭房屋確有進行包括頂樓加蓋二次施工，現況所見未塗刷部分，諸如頂樓女兒牆平面部分或係因二次施工所致

，非可歸責於被上訴人；且未塗刷部分相較系爭工程原暫估之全部面積2,604平方公尺而言，比重僅約1.3%（計算式：36÷2,604×100%＝1.3%），並非重大，難認工作未完成。應認上訴人堅稱被上訴人未完工而拒絕會同進場驗收，卻又將房屋交付第三人，未行使其對被上訴人遲延給付或解除契約之權利，反而拒絕給付高達60% 承攬報酬，顯屬可歸責於上訴人之不當行為，應認系爭工程款清償期已屆至。被上訴人請求上訴人給付工程尾款，即屬有據。

4.至於鑑定報告關於塗刷工序（非漏刷）未完成部分，經本院送宜蘭縣建築師公會為補充鑑定，函覆說明略以：「系爭工程塗層包括⑴外牆專用混凝土基面保護劑、⑵矽烷酮木棉紋理造型塗料、⑶矽烷酮化無光透氣防水無光面層保護塗料（中塗）、⑷矽烷酮化無光透氣防水無光面層保護塗料（面塗）等合計4道，並無每道塗層塗料品項番號、塗層厚度、單位面積塗佈量、總塗料量等約定或規範，按一般工程慣例可視為「責任施工」的意涵性質，即施工成果必須符合雙方約定之品質、顏色、效能等，…鑑定報告所示塗刷工序未完成，指標的物牆面未塗刷或明顯未按契約完成4道塗刷工序，以致外觀產生顯著色差…8號2樓整面外牆塗層明顯較1、3樓外牆更薄，故外觀顏色差異絕大；2號房屋外牆異色塗痕，6號房屋陽台白色塗料落於深灰色塗料形成汙損及窗台白色塗料最後一層未塗之圓形印痕等。…其究竟原因不論是塗料本身調配比例、定色問題所致，或是塗層厚度不均勻的施工問題，按前述責任施工意涵，均屬工程瑕疵」等語，有該公會109年2月6日109宜縣建師鑑字第0020號函附補充鑑定說明可按（見本院卷第353至357頁），足見所謂未完成塗刷工序，係鑑定人依牆面現況外觀色差，而認定以責任施工而言屬被上訴人應修補範圍，並非判定被上訴人確有偷工減料，未按4工序施作之情形。抑且，並未有區分各工序未完成之面積範圍。因而，系爭鑑定報告中修復概算中關於項次2「塗料（白色）修補塗刷」、項次3「塗料（灰色）修補塗刷」、

項次4「滴水條修補」，面積依序為730、610、356平方公尺部分，其缺漏部分僅屬系爭工程應為瑕疵修補之範圍，與未完工尚屬有間。上訴人以此認被上訴人未完成面積應加以上開應補刷部分，被上訴人未完工塗刷部分為1,376平方公尺（計算式：36＋730＋610＝1,376），占比達53%（計算式：1,376÷2,604×100%＝53%）， 防垂流系統未完成部分356平方公尺云云，即與系爭鑑定報告所指並不相同，上訴人主張依鑑定報告未完工範圍甚大，應認被上訴人未完成系爭工程云云，即無可採。另系爭契約第11條第1項乃規定工程驗收應按上訴人規定辦理，並按上訴人之規範規定進行責任施工、按規範規定檢驗工程品質，而第16條乃規定系爭工程完工時，被上訴人應會同上訴人辦理驗收等情，有系爭契約可按（見原審卷一第7頁正反面）。惟上訴人既已拒絕到場驗收，業如前述，自無被上訴人不按規定驗收或會同辦理驗收可言。上訴人仍稱被上訴人於未完成前即自行退場，且將鷹架拆除，未依系爭契約第11條第1項、第16條第1項約定，及開立發票請款，致伊並無從進行驗收云云，亦無可採。

㈢上訴人得否依民法第494條、第495條第1項規定，請求減少報酬，及同法第227條第1項、第2項規定請求損害賠償，而就被上訴人請求之工程款為抵銷部分：

1.按工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之；承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用，民法第493條第1項、第2 項分別定有明文。此項定作人之自行修補權及修補費用償還請求權，必以承攬之工作瑕疵，經定作人定相當期間請求承攬人修補，承攬人不於該期限內修補者始足當之。乃因承攬人具有專業知識，修繕能力較強，且較定作人接近生產程序，更易於判斷瑕疵可否修補，故由原承攬人先行修補瑕疵較能實現以最低成本獲取最大收益之經濟目的。是以民法第495 條雖規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依民法第493條及第494條規定請求修補或解除

契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。惟定作人依此規定請求承攬人賠償損害仍應依民法第493 條規定先行定期催告承攬人修補瑕疵，始得為之，尚不得逕行請求承攬人賠償損害（最高法院107年度台上字第2355 號判決先例採相同見解）。上開定期催告修補瑕疵之規定，乃基於承攬之性質及法律安定性所為之特別規定，是承攬人之工作有瑕疵者，倘定作人已不得依承攬章節規定行使瑕疵給付之損害賠償請求權時，自不得另依民法不完全給付之相關規定行使權利。復按定作人之瑕疵修補請求權，因瑕疵發見後一年間不行使而消滅，為民法第514條第1項所明文規定。

2.查被上訴人於105年2月完工後，因上訴人拒絕驗收，而於同年11月14日，檢附第二次、第三次估驗明細表函催付款，並於同年月16日以汐止郵局存證號碼105264號存證信函（下稱000000號存證信函）催告給付，經上訴人於同年月18日收受，有上開書函、存證信函及回執可按（原審卷一第9 至15頁反面），上訴人仍稱被上訴人係自行退場，未請求驗收，不知被上訴人完工云云，顯無可採。又查上訴人於106 年10月23日開庭時已自認：因認為被上訴人沒有完工，想等完工後一起通知修補瑕疵，所以沒有另行通知修補瑕疵等語（見原審卷一第112 頁反面），足見上訴人於是日之前並未有通知修繕瑕疵之事實至明。且查上訴人所指系爭工程之瑕疵，包含外觀色差、塗料褪色、塗料層裂紋、外觀水漬、塗料脫落、外觀汙損等瑕疵，既屬顯而易見，並無不能發現之情形，至遲於上訴人收受請款通知時，即已發現該等瑕疵存在。而上開外觀之瑕疵及種類，並無特定之困難，而上訴人於此前即105年3月31日、同年8月24日之手機訊息，及同年11月23日以律師函回覆105264號存證信函，均僅要求被上訴人完工、收尾等語，有上開手機簡訊截圖及律師函可按（見原審卷一第54頁、卷二第151、152頁），均未有具體指明瑕疵並要求修繕，實難作為修補瑕疵之通知，更經上訴人以上開自認明確表示並非通知修補之意思表示至明。其事後改稱上開通

知應認屬預先催告瑕疵之修補，且係法律解釋之問題云云，即與上訴人所為之意思表示不符，而無可採。至上訴人表示其於原審就瑕疵細節，陸續於106年4月13日民事答辯狀、同年8月7日民事答辯㈢狀及同年10月11日民事陳報狀中，已分別列舉被上訴人施工有諸多瑕疵云云，至多僅表示其所發見之瑕疵，與限期修補瑕疵請求權之行使不同，上訴人以其上開書狀說明即已行使瑕疵修補請求權，未罹上開1 年之時效云云，即無可採。依前揭說明，上訴人既未踐行對被上訴人限期瑕疵修補之通知義務，則上訴人主張被上訴人施工瑕疵，以107年1月25日民事答辯㈣狀，依民法第494 條規定，請求減少報酬，及於107年1月29日言詞辯論期日，依民法第495條第1項請求減少報酬，暨得另依同法第227 條第1 項之規定，請求損害賠償，而為抵銷抗辯云云，依前揭說明，均無可採。至上訴人縱將系爭房屋出售而受有損害，或因系爭房屋本身價值貶損而受有損害，均屬履行利益之損害，非固有利益之損害，上訴人抗辯另得依同法第227 條第2 項規定，請求損害云云，亦無可採。

3.上訴人固抗辯系爭工程瑕疵依鑑定報告，包括未塗刷塗料、明顯未按契約完成4 道塗刷工序、塗料調配比例欠妥、塗層厚度不足、施工時牆體不夠乾燥等情形，均為被上訴人故意不告知瑕疵之情形，依民法第500條規定，其同法第498條規定發現瑕疵之期間，得延長於工作物交付後經過5 年云云。惟查上訴人所指瑕疵，均為外觀明顯可見，業如前述。又系爭鑑定報告就其鑑定方式亦稱：「…本案圖片攝於106年底，及至鑑定人107年9月至現場勘查，最早施作的塗料、滴水條，已歷時3 年餘；又，披覆於建築物外牆的塗料及滴水條等，最易受日射、風雨侵蝕之影響而產生變化、污漬，現場且無鷹架等設施得以全面近距離檢視…3.根據現場勘查…標的物外牆塗料工程呈現下述幾種瑕疵樣態，鑑定人研判瑕疵發生原因如下：塗刷工序未完成…4.…根據現場勘查，標的物防垂流系統工程呈現下述幾種瑕疵樣態，鑑定人研判瑕疵

發生原因如下…5.並彙整標的物外牆塗料與防垂流系統工程現場瑕疵情形，按建築物門牌號碼分戶歸納說明如後…」等情，有系爭鑑定報告可稽（見外放鑑定報告第3至7頁），足見鑑定人亦係以系爭工程外觀判斷瑕疵存在，再依其專業，分析各瑕疵形成之原因至明，此外觀可見之瑕疵，難認有何難以發現，或係被上訴人故意不告知之情形，上訴人抗辯應延長其5年發現期間，即無可採。

㈣被上訴人得請求上訴人給付之工程款金額為何部分：

查系爭工程約定採實作實算，業如前述。被上訴人於原審同意扣除其漏塗部分即按估價單所載每平方公尺665 元單價計算扣款等情（原審卷二第165、166頁），則倘依鑑定報告認定塗料未塗刷部分36平方公尺，應扣除之金額為2萬3,940元（計算式：665×36＝23,940元）。經扣除後，被上訴人尚得請求上訴人給付之工程款為142萬3,863元（計算式：1,449,000－23,940×1.05＝1,423,863元），應堪認定。至鑑定報告認定其餘應補刷之面積，屬瑕疵之修補，並非未完成，業如前述，自無從依實作實算為計價扣款，上訴人抗辯該部分亦屬未完成，而應為扣款云云，即屬無據。

㈤被上訴人得否請求上訴人給付系爭塗料及金額若干部分：

1.查證人孫麒舜證述：上訴人於104年7月間約伊至他家，討論上訴人二工何時會完成，伊到他家的時候，看到他請工人塗裝他們家的外牆，用的是我們Sto塗料，有問他材料從哪來，上訴人回答因為工地現場還有剩料，所以他拿來使用，我們還沒有完工，材料怎麼可以先用，後續有跟公司回報，公司告知以1桶8,000元，總共是6桶，跟上訴人做計價、收款動作等語（見原審卷一第61頁反面），證人廖世峯亦證述：系爭工程工地現場有短少白色面漆即矽烷酮透氣無光面層保護塗料，本來載來的塗料是夠做系爭工程，但後來發現不夠等語（見原審卷二第6頁），互核相符，並與前述被上訴人曾進場復退場，待104年6月取得使用執照後，配合二次施工後再進場，現場留有系爭工程無人管理等時序亦屬吻合。且

復經被上訴人於105年11月14日催告函及105264存證信函中，檢附第三期估驗明細表，其中項次4即載明：「104.07月賣料（矽烷酮透氣無光面層保護塗料）--業主買料用於對面自用圍牆：數量6桶…金額4萬8,000元」，有該催告函及存證信函可按（見原審卷一第11頁、第13頁反面），與前述證人孫麒舜證述有告知上訴人系爭塗料應計價、收款情形相符。衡諸常情，倘上訴人確未有使用該6桶油漆，就此催告應會積極否認。惟上訴人於105年11月23日回覆之律師函中，僅否認完工，並未提及未有使用此6桶油漆等情，有該覆函可按（見原審卷二第52至53頁），是認被上訴人主張上訴人有取走系爭塗料，應屬可採。而證人孫麒舜已於105年10月間離職、廖世峯則僅係被上訴人因系爭工程派至現場之施工人員，由上訴人提出與廖世峯之錄音譯文中，廖世峯亦表示被上訴人尚有欠伊工程款，足見證人所為上開證述，並無特別偏坦被上訴人之利害關係，上訴人抗辯證人所述偏頗不實，並未提出證據以實其說，尚無可採。

2.至上訴人抗辯自宅於101年即已粉刷完畢，系爭工程進行時未使用系爭塗料，並提出自宅101年及現況照片為憑（見本院卷第49至51頁）云云。惟查上開照片僅能確認上訴人自宅牆面自101年粉刷時起即為白色，與被上訴人提供系爭塗料係科技奈米塗料，強調有防水保護功能等情，有廣告單在卷可憑（見原審卷二第49至51頁），則上訴人自宅於101年間粉刷情形，尚不足以反推其於系爭工程進行中無使用系爭塗料以強化自宅保護功能之可能，是上訴人執此為辯，尚無可採。至證人薛秋花證述：其至施工現場觀看時，系爭房屋已經有油漆，並未曾見過系爭工程之施作等語（見本院卷第406、407頁），且薛秋花對於簽約時間、使用執照發給及二次施工等均證述其不知情，顯然對本件相關事件之時間順序無法確認，亦非經常性至施工現場，是其雖證述該段至工地現場時間並無印象上訴人自宅有油漆或施工云云，亦不足作為認定無被上訴人所指上訴人於被上訴人退場期間有使用系爭

塗料於自宅之情形。

3.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；不當得利之受領人，除返還其所受之利益外，如本於該利益更有所取得者，並應返還。但依其利益之性質或其他情形不能返還者，應償還其價額，民法第179條前段、第181條分別定有明文。本件被上訴人主張其遭上訴人自行取走施作之系爭塗料塗裝在上訴人住處，系爭塗料價格為4萬8,000元，業如前述，含稅為5萬400元等情，業據被上訴人提出其內部產品價格資料、銷售他人之統一發票在卷可參（見原審卷一第132至134頁），上訴人對此金額市價亦表示不爭執（見本院卷第229頁），堪予認定。被上訴人未舉證證明兩造就系爭塗料有買賣之合意存在，其依買賣關係請求上訴人給付5萬400元，即無可採。惟上訴人就其取得系爭塗料之法律上原因未提出說明及舉證，而系爭塗料已塗裝在上訴人住處，上訴人受有不當得利，且原物返還不能，依前揭規定，被上訴人請求上訴人給付系爭塗料價值5萬400元，自屬有據。

㈥上訴人既未限期通知被上訴人就系爭工程為瑕疵之修補，上訴人已不得依民法第494條、第495條及同法第227條第1項、第2項行使其權利，業如前述，是上訴人仍以反訴主張因系爭工程有重大瑕疵，以鑑定報告認定之修復金額114萬元6,516元，及因系爭房屋有上開瑕疵，致其中已出售之2號、3號、6號、8號房屋各減價20萬元，未交屋之1號房屋貶損100萬元，受有180萬元損害，得請求被上訴人賠償共294萬6,516元云云，即無可採。

五、綜上所述，系爭工程已完工，上訴人不得以未完工、未經驗收為由拒絕給付工程尾款。而依系爭契約實作實算之結果，被上訴人尚得請求上訴人給付尾款142萬3,863元，及依不當得利法律關係，請求上訴人給付系爭塗料之相當價格5萬400元，共147萬4,263元（計算式：1,423,863＋50,400＝1,474,263）。又上訴人未依民法第493條規定限期催告通知被上訴人修補瑕疵，其抗辯得依民法第494條、第495條規定請求

減少價金、第227條第1項、第2項規定請求損害賠償，並反訴請求被上訴人給付294萬6,516元，即無可採。從而，被上訴人依系爭契約及不當得利之法律關係，請求上訴人給付147萬4,263元，及自起訴狀繕本送達翌日，即106年1月17日（見原審卷一第21頁送達證書）起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，逾此範圍之請求，則為無理由，應予駁回。又上訴人反訴請求被上訴人給付294萬6,516元，及自反訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，應予駁回。原審就本訴超過上開應准許部分【即1萬9,027元（計算式：1,493,290－1,474,263＝19,027）】，為上訴人敗訴之判決，並為准、免假執行之宣告，自有未洽，上訴意旨就此部分求予廢棄改判，為有理由，由本院廢棄改判如主文第二項所示。至上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並依兩造聲請分別為准、免假執行之宣告，及反訴不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，核均無不合，上訴人上訴意旨仍執陳詞，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

六、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。

七、據上論結，本件上訴一部為有理由，一部為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　7　　月　　7　　日

民事第十庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　邱　琦

法　官　陳筱蓉

正本係照原本作成。

被上訴人不得上訴。

上訴人如不服本判決，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　　109　　年　　7　　月　　7　　日

書記官　陳珮茹

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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。

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。