臺灣士林地方法院民事判決

106年度建字第50號

原　　告
即反訴被告　力霸工業科技股份有限公司
法定代理人　陳士禮
訴訟代理人　陳白玉雲
　　陳楹楹
　　郭承昌律師
被　　告　鋼成營造股份有限公司
法定代理人　張震宇
訴訟代理人　孫大龍律師
被　　告　昇庭景觀科技有限公司
兼
法定代理人
即反訴原告　吳榮輝
共　　同
訴訟代理人　陳俊傑律師

上列當事人間請求交付房屋等事件，本院於民國108 年3 月27日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告鋼成營造股份有限公司應於原告給付新臺幣貳佰伍拾叁萬玖仟捌佰叁拾貳元之同時，交付門牌新北市淡水區頂田寮十九之一號鋼骨構造地上四層地下一層房屋（使用執照字號：新北市政府工務局一０六淡使字第一六六號）予原告。

被告吳榮輝應返還新北市政府工務局一０六淡使字第一六六號使用執照正本予原告。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告鋼成營造股份有限公司負擔百分之六十二，由被告吳榮輝負擔百分之二，餘由原告負擔。

本判決第一項於原告以新臺幣貳仟零陸拾陸萬陸仟元或同面額之合作金庫商業銀行股份有限公司北士林分公司可轉讓定期存單為被告鋼成營造股份有限公司供擔保後，得假執行。但被告鋼成營

造股份有限公司如以新臺幣陸仟壹佰玖拾玖萬柒仟壹佰捌拾叁元或同面額之臺灣土地銀行股份有限公司可轉讓定期存單為原告預供擔保，得免為假執行。

本判決第二項於原告以新臺幣伍拾伍萬元或同面額之合作金庫商業銀行北士林分行可轉讓定期存單為被告吳榮輝供擔保後，得假執行。但被告吳榮輝如以新臺幣壹佰陸拾伍萬元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。

反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

事實及理由

甲、本訴部分

壹、程序事項

本件原告力霸工業科技股份有限公司（下稱力霸公司）起訴時，原以鋼成營造股份有限公司（下稱鋼成公司）、昇庭景觀科技有限公司（下稱昇庭公司）為被告，依民法第767 條第1 項前段、第179 條規定，聲明求為判決命鋼成公司交付門牌新北市淡水區頂田寮19之1 號【建造執照字號：新北市政府工務局101 淡建字第637 之1 號（下稱系爭建照）；使用執照字號：新北市政府工務局106 淡使字第166 號（下稱系爭使照）】鋼骨構造地上4 層地下1 層房屋（下稱系爭房屋）予力霸公司；另依民法第231 條規定，求為命鋼成公司自民國105 年2 月1 日起至交付系爭房屋日止，按月給付力霸公司新臺幣（下同）55萬6,523 元，暨依民法第739 條、第740 條規定，如對鋼成公司之財產強制執行無效果時，求為命昇庭公司如數給付之判決（見本院卷一第10至11、13、15頁）。嗣於訴訟進行中，就請求交付系爭房屋部分，追加依力霸公司與鋼成公司間於102 年8 月17日簽訂之「力霸工業公司淡水二廠新建工程」工程合約（下稱系爭合約）第22條約定為請求權基礎，並請求與民法第767 條第1 項前段、第179 條規定擇一為有利於力霸公司之判決（見本院卷一第

163 頁）；就請求金錢給付部分，對鋼成公司追加依民法第229 條第1 項、第502 條第1 項規定為請求權基礎，另變更計算金錢給付之方式為自104 年11月2 日起至鋼成公司交付系爭房屋及力霸公司取得系爭使照正本日止（見本院卷一第198 、203 、232 、244 、264 頁；卷二第316 頁）；另追加吳榮輝（下稱吳榮輝；與鋼成公司、昇庭公司合稱被告）為被告，依民法第767 條第1 項前段、第179 條規定，請求其返還系爭使照正本（見本院卷一第223 、232 至233 、246 頁），及依民法第184 條第1 項前段規定，請求其自106 年4 月10日起至返還系爭使照正本日止，按月給付55萬6,253 元（見本院卷二第242 至243 頁），核與民事訴訟法第255 條第1 項第2 款規定相符，應予准許。

貳、實體事項

一、力霸公司主張：鋼成公司於102 年8 月17日邀同昇庭公司為保證人，與伊簽訂系爭合約，約定鋼成公司承攬伊「力霸工業公司淡水二廠新建工程」（下稱系爭工程），在新北市○○區○○○段○○○○段00地號土地（下稱16地號土地）上興建系爭房屋，自開工日起300 工作天完工。系爭工程於102 年8 月8 日申報開工，鋼成公司依約至遲應於103 年9 月29日完工及取得使用執照，並應於104 年11月30日交付房屋及使用執照；而伊為系爭房屋起造人及出資興建者，亦原始取得系爭房屋所有權。詎鋼成公司於104 年11月2 日始完工、於106 年4 月10日方取得系爭使照，驗收完成日則延至107 年3 月29日，迄今仍未交付伊系爭房屋與系爭使照正本，而無權占有系爭房屋，妨害伊所有權之行使，致伊因無法使用系爭房屋，受有相當於租金之損害，伊得請求鋼成公司交付系爭房屋，及自104 年11月2 日起至鋼成公司交付系爭房屋予伊及伊取得系爭使照正本日止，依系爭房屋工程造價及所坐落基地申報地價之年息總價10％計算，按月賠償伊55萬6,523 元；昇庭公司為系爭工程保證人，亦應就上開金錢給付部分同負給付責任。另伊為系爭使照正本之所有權人，詎

吳榮輝於106年4月10日後即無權占有系爭使照正本，妨害伊所有權之行使，應返還伊系爭使照正本，及自106年4月10日起至返還系爭使照正本日止，按月賠償伊所受損害55萬6,523元等情。爰依系爭合約第22條約定，民法第767條第1項前段、第179條、第229條第1項、第231條、第502條第1項、第739條、第740條、第184條第1項前段規定，提起本件訴訟，暨就交付系爭房屋部分請求依系爭合約第22條約定及民法第767條第1項前段、第179條規定擇一為有利於伊之判決，並聲明：㈠鋼成公司應將系爭房屋交付力霸公司；㈡吳榮輝應將系爭使照正本返還力霸公司；㈢鋼成公司自104年11月2日起至交付系爭房屋與力霸公司取得系爭使照正本日止，應按月給付力霸公司55萬6,523元。如對鋼成公司之財產強制執行無效果時，由昇庭公司給付之；㈣吳榮輝應自106年4月10日領取系爭使照正本日起至返還系爭使照正本日止，按月給付力霸公司55萬6,523元；㈤聲明第㈢、㈣項，如任一被告已為給付，另一被告於他被告給付範圍內免給付責任；㈥願以現金或等值之合作金庫商業銀行北士林分行可轉讓定期存單供擔保後，請准宣告假執行。

二、被告則各以下列情詞置辯：

㈠鋼成公司：力霸公司與伊於106年12月28日，就系爭工程原工程與追加工程項目進行驗收與追加減結算，經扣除瑕疵修補費用250萬元後，力霸公司就系爭工程尚有工程款253萬9,832元未給付，伊得行使同時履行抗辯，拒絕交付系爭房屋。次兩造未就驗收、交屋約定期限，且系爭工程於申報開工後，因變更設計為鋼骨構造而停工，於103年7月1日方經核准變更系爭建照，自同年8月25日復工時起算工期，扣除因天候不佳不能工作之日數，約定之300天完工期限於104年11月24日始屆至，故伊於同年月2日完工及申請使用執照送件，未遲延完工，且力霸公司亦未通知伊辦理驗收，伊並無給付遲延。再因系爭工程經變更設計，迄於103年7月1日方經核准變更系爭建照；力霸公司亦曾追加如附表一所

示工項；且力霸公司就系爭工程有如附表二所示之缺失，於105年11月25日仍經主管機關要求改善，故縱伊給付遲延，亦屬不可歸責，況經伊為同時履行抗辯，遲延責任已溯及免除。又力霸公司未受損害等語。並聲明：㈠力霸公司之訴及假執行之聲請均駁回；㈡如受不利判決，願以現金或等值之臺灣土地銀行可轉讓定期存單供擔保，請准宣告免為假執行。

㈡昇庭公司及吳榮輝：系爭工程曾經辦理追加減，力霸公司迄未給付原工程尾款383萬4,000元（未稅。另按：實為383萬5,000元之誤算）及追加工程款952萬9,088元，鋼成公司自得拒絕交付系爭房屋，亦得以追加工程款債權952萬9,088元與力霸公司之金錢債權抵銷。次力霸公司於107年3月29日至現場驗收時已取得系爭房屋，且力霸公司以未同時交付系爭使照正本為由拒絕受領，亦屬受領遲延。再吳榮輝與訴外人葉文灶、鄭素真、張震宇（下合稱葉文灶等3人；如單指其一則逕稱其姓名）曾集資380萬元而成立隱名合夥法律關係，並由吳榮輝出名委託鋼成公司與力霸公司簽約，故吳榮輝基於與鋼成公司間之委任關係、系爭工程主導人與集資者中主要出資人身分保管系爭使照正本，並非無權占有等語。並聲明：㈠力霸公司之訴及假執行之聲請均駁回；㈡如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、查：

㈠力霸公司與鋼成公司於102年8月17日簽訂系爭合約，由鋼成公司承攬系爭工程，興建坐落訴外人所有16地號土地上之系爭房屋，工程總價為7,670萬元（未稅）；昇庭公司為系爭合約之保證人。

㈡系爭工程係以力霸公司為起造人，並經新北市政府核發系爭建照；系爭工程之設計人原為訴外人劉漢卿建築師。

㈢系爭工程於103年7月1日經新北市政府核准變更設計。

㈣鋼成公司於104年11月2日，就系爭工程向新北市政府工務局申請使用執照。經新北市政府工務局以104年11月26日新

北工施字第1042102631號函知，因竣工查驗不符規定不予同意，並續以105 年3 月1 日新北工施字第1050273531號函、同年9 月9 日新北工施字第1051677723號函要求補正相關缺失。後鋼成公司於106 年2 月22日再次申請使用執照，經新北市政府工務局審核同意，並於106 年4 月10日核發系爭使照正本。

㈤截至104 年12月15日止，力霸公司已支付系爭工程95％工程總價即7,286 萬5,000 元予鋼成公司，尾款383 萬5,000 元（未稅；含稅為402 萬6,750 元）尚未給付。

㈥經力霸公司與鋼成公司於107 年3 月29日至現場會勘及驗收結果，合意系爭工程之瑕疵修補費用為250 萬元，並得逕由鋼成公司尚得請領之工程款中扣除。

㈦上開事實，為兩造所不爭執（見本院卷一第205 至208 、227 、267 至269 、271 頁；卷二第28、258 頁），且有系爭合約（見本院卷一第17至25頁）、系爭建照及變更紀錄（見本院卷一第141 、298 頁；卷二第179 至182 頁）、新北市政府工務局104 年11月26日新北工施字第1042102631號函、105 年3 月1 日新北工施字第1050273531號函、同年9 月9 日新北工施字第1051677723號函、106 年3 月3 日新北工施字第1060351178號函（見本院卷一第33至35、100 至103 頁）、系爭使照存根（見本院卷一第53至54頁）可稽，並據本院調取系爭建照、系爭使照全卷核閱無誤，均堪信為真實。

四、本件應審究者為㈠力霸公司依系爭合約第22條約定及民法第767 條第1 項、第179 條規定，擇一請求鋼成公司交付系爭房屋，有無理由？㈡力霸公司依民法第229 條第1 項、第231 條第1 項、第502 條第1 項規定，請求鋼成公司給付自104 年11月2 日起至交付系爭房屋及力霸公司取得系爭使照正本日止，因遲延驗收、交付房屋，致力霸公司無法使用系爭房屋而受有按月以55萬6,523 元計算之相當於租金之損害，有無理由？又昇庭公司是否應依民法第739 條、第740 條規定，就上開遲延損害之金錢賠償負保證人責任？㈢力霸公司

依民法第767條第1項前段、第179條規定，請求吳榮輝返還系爭使照正本，有無理由？㈣力霸公司依民法第184條第1項前段規定，請求吳榮輝自106年4月10日起至返還系爭使照正本日止，按月給付損害賠償55萬6,523元，有無理由？茲分敘如下：

㈠力霸公司依系爭合約第22條約定，請求鋼成公司交付系爭房屋，為有理由，並由本院為對待給付之判決：

1.查，觀諸系爭合約第22條第1條所載：「驗收及接管：乙方（即鋼成公司）於工程完成時，應即通知甲方（即力霸公司）。一、接獲乙方前項通知時，甲方應於10日內驗收並接管之，驗收合格時，應於10日內付清承包價款。同時交付所有鑰匙及使用執照正本予甲方完成交屋接管手續。」（見本院卷一第23頁），足見鋼成公司於系爭工程完工後，依約應交付系爭房屋予力霸公司。次系爭房屋業於106年4月10日領得系爭使照正本，可徵鋼成公司已完成工作（即系爭房屋），則力霸公司依約自得請求鋼成公司交付系爭房屋。

2.按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限，民法第264條第1項定有明文。次稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約；報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之，為民法第490條第1項、第505條第1項所明定。故除另有約定外，承攬人應先完成全部工作，定作人始有給付報酬之義務。然承攬人如與定作人約定，俟工作完成並經驗收合格後，定作人應於交付工作物之同時給付報酬，並非法所不許，則承攬人在此情形，自得於定作人給付承攬報酬前，行使同時履行抗辯，拒絕交付工作物。查：

⑴依系爭合約第22條第1項後段所載「驗收合格時，（力霸公司）應於10日內付清承包價款。『同時』交付所有鑰匙及使用執照正本予甲方（即力霸公司）完成交屋接管手續」（見本院卷一第23頁），可知力霸公司與鋼成公司明確約定於驗

收合格時，力霸公司須於10日內付清工程款，鋼成公司則應同時交付系爭房屋鑰匙及使用執照正本以完成交屋接管手續，故自驗收合格起，力霸公司給付承攬報酬之義務與鋼成公司交付系爭房屋之義務，即立於同時履行之地位。而力霸公司與鋼成公司於107 年3 月29日至現場進行驗收，並就追加減項目進行協商確認後，合意鋼成公司尚得請領之工程款原為原工程尾款402 萬6,750 元（含稅）、104 年5 月追加而尚未支付之追加款85萬500 元、如附表一各編號所示之追加工程款122 萬2,352 元（含稅），共計609 萬9,602 元（計算式：4,026,750 ＋850,500 ＋1,222,352 ＝6,099,602 ），再扣除合意追減之系爭工程外牆大理石工程（含補貼）工程款94萬9,770 元、樓梯玻璃欄杆工程11萬元後，尚餘503 萬9,832 元未付（計算式：6,099,602 －949,770 －110,000 ＝5,039,832 ）；另就驗收後仍需修繕之瑕疵，合意由力霸公司委聘第三人以250 萬元（含稅）修補，並自上開未付工程款中扣除，故力霸公司尚應給付鋼成公司253 萬9,832 元等情，為力霸公司與鋼成公司均陳述明確（見本院卷一第176 、226 至227 、267 至269 、316 頁）。因工作之完成與工作有無瑕疵，係屬兩事（最高法院85年度台上字第2280號、73年度台上字第2814號判決意旨參照），而力霸公司既就系爭工程之瑕疵修補問題與鋼成公司達成合意，堪認系爭工程業於107 年3 月29日經驗收合格，且力霸公司尚應給付鋼成公司工程款253 萬9,832 元，是揆之上揭說明，鋼成公司自得於力霸公司給付工程款253 萬9,832 元前，拒絕交付系爭房屋予原告。鋼成公司抗辯：伊得行使同時履行抗辯等語，即堪憑採。

⑵力霸公司雖以伊已給付系爭工程工程總價95%，所餘原工程尾款金額甚微，縱加計追加工程款並另扣除瑕疵修補費用250 萬元，仍所剩無幾，與伊取得系爭房屋後所能創造之收益相較，顯不相當；況鋼成公司未經伊認可即逕施作追加工程，伊係出於簡化爭執之目的，方與鋼成公司就追加工程款達

成合意，鋼成公司原不得請求該部分報酬為由，主張鋼成公司不得為同時履行抗辯云云。惟依系爭合約第24條約定：「每月1、15日各計價一次，按照工程進度由甲方支付該期工程款」（見本院卷一第24頁），參以系爭合約附件亦明列各期工程進度所對應之請款比例，有工程付款計價表可稽（見本院卷一第216頁），且為力霸公司、鋼成公司所不爭執（見本院卷一第270頁），足認力霸公司與鋼成公司原即約定應依工程進度分期計價付款。而系爭合約第22條第1項既約定力霸公司於驗收合格時，應於10日內「付清」承包價款，益徵力霸公司依約應於鋼成公司交付系爭房屋之同時付清所有剩餘承攬報酬，不因該部分報酬佔工程總價之比例非鉅，即得拒絕給付。再力霸公司既業與鋼成公司就追加工程款部分達成合意並結算完成，鋼成公司自得執以為同時履行抗辯。至力霸公司援引最高法院50年台上字第2705號判例所持見解為佐（見本院卷一第142頁）。然觀諸該判例意旨所載：「原則上承攬人於完成工作後，更應將完成物交付於定作人，且承攬人此項交付完成物之義務，與定作人給付報酬之義務，『並非當然』同時履行，承攬人非得於定作人未為給付報酬前，遽行拒絕交付完成物」，並未限制承攬人與定作人不得以特約約定交付工作物與給付報酬應同時履行；且該事件所涉基礎事實，乃定作人訴請承攬人提出工作物供驗收，亦無承攬人得以交付工作物為同時履行抗辯之特約，與本件並不相同，尤無從攀附援引。

3. 按被告在裁判上援用民法第264條之抗辯權時，原告如不能證明自己已為給付或已提出給付，法院應為原告提出對待給付時，被告即向原告為給付之判決，不能遽將原告之訴駁回（最高法院94年度台上字第170號判決、29年上字第895號判例意旨參照）。準此，力霸公司仍得於依約給付鋼成公司工程款253萬9,832元時，請求鋼成公司交付系爭房屋，僅應由本院為對待給付之判決而已。是力霸公司依系爭合約第22條第1項約定，請求鋼成公司於力霸公司給付253萬9,83

2元予鋼成公司之同時，將系爭房屋交付力霸公司，自屬有據。

4.又力霸公司就請求交付系爭房屋部分之訴，僅列鋼成公司為被告，昇庭公司與吳榮輝並非該部分訴之被告，則昇庭公司、吳榮輝抗辯力霸公司於107年3月29日業因點交而受領系爭房屋、鋼成公司得行使同時履行抗辯之追加工程款金額應為952萬9,088元云云，本已無庸予以審酌。次查，力霸公司與鋼成公司於107年3月29日驗收時，因鋼成公司未能交付所有鑰匙及系爭使照正本，故力霸公司拒絕點交而未完成點交一節，為力霸公司、鋼成公司陳述明確（見本院卷一第226頁），則鋼成公司是日既無法交付系爭房屋所有鑰匙予力霸公司，自未依債之本旨履行，依民法第235條規定，不生提出之效力，且力霸公司事實上亦未受領系爭房屋。再按保證契約與主債務人及債權人間所成立之主債務契約，乃個別獨立之2個契約；保證人依民法第742條第1項規定，雖得援引主債務人之抗辯，然此係指主債務人所有且與主債務之發生、消滅或履行有牽連關係之抗辯，如主債務未發生、已消滅或得拒絕給付（如時效抗辯、同時履行抗辯）之抗辯；就其抗辯所由生之主債務契約給付義務內容，如債之標的、清償方式、清償期等，仍應視主債務契約之約定或主債務人與債權人間之合意而定，保證人並不得自詡為主債務契約之當事人，悖於主債務人與債權人間之約定率行主張，此由民法第755條明定債權人允許定期債務之主債務人緩期清償，亦即與主債務人合意延展清償期時，保證人僅得請求除去保證責任，非得就該合意有所置喙，益足徵之。力霸公司與主債務人之鋼成公司業就系爭工程進行追加減結算並合意追加工程款之數額，已如前述，則按諸上揭說明，昇庭公司仍抗辯追加工程款金額應為952萬9,088元云云，於法無據，諉無可採，併予指明。

5.至力霸公司另主張依民法第767條第1項、第179條規定，求與系爭合約第22條約定擇一為命鋼成公司交付系爭房屋之

判決。然鋼成公司既得以力霸公司未為對待給付為由拒絕交付系爭房屋，自非無權占有系爭房屋，則力霸公司依民法第767條第1項、第179條規定，請求鋼成公司交付系爭房屋，即無理由，無從執為更有利力霸公司之判決，附此敘明。

㈡力霸公司依民法第229條第1項、第231條第1項、第502條第1項規定，請求鋼成公司給付自104年11月2日起至交付系爭房屋及力霸公司取得系爭使照正本日止，因遲延驗收、交付房屋，致力霸公司無法使用系爭房屋而受有按月以55萬6,523元計算之相當於租金之損害，為無理由：

1.按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任；債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害；因可歸責於承攬人之事由，致工作逾約定期限始完成，或未定期限而逾相當時期始完成者，定作人得請求減少報酬或請求賠償因遲延而生之損害，民法第229條第1項、第231條第1項、第502條第1項固各有明文。惟民法第231條第1項、第502條第1項所謂之損害，係指因債務人遲延而生之損害，亦即債權人因遲未取得依債之本旨所定之給付利益，致受有之財產上損害。次損害賠償，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，或依已定之計劃、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條亦有明定。而無論所受損害（積極損害）抑所失利益（消極損害），被害人賠償損害之請求權，以受有實際上之損害為成立要件。且消極損害並非僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他情事，具有客觀之確定性，確實可以獲得之利益而未獲得者（最高法院97年度台上字第1316號、81年度台上字第860號判決意旨參照）。又被害人請求損害賠償，應就其實際受有損害（含積極損害與消極損害）負舉證責任。是債權人依給付遲延規定，請求債務人賠償因遲延而生之損害者，應舉證證明其確因遲未取得給付利益而實際受有損害。

2.力霸公司主張伊因鋼成公司遲延完成驗收及交付房屋，致伊無法使用系爭房屋而受有損害等語，核係請求因鋼成公司遲延給付所生無法取得系爭房屋使用利益之消極損害。然衡諸一般社會通念，定作人與承攬人約由承攬人新建房屋者，該承攬房屋於締約時尚未存在，即使完工交屋，仍須依使用目的進行裝修或申辦相關手續，始得開始使用，且相關裝修或申辦手續所費時間為若干皆不確定，則縱令契約定有履行期，不過為承攬人應完工或交付工作物之期限，非得徒憑此率謂定作人於期限屆至後，即必會因未能即時取得依債之本旨預定之給付利益而受有使用利益之損害。再觀之系爭合約名稱已明載為「力霸工業公司淡水二廠新建工程」（見本院卷一第17頁）；系爭建照、系爭使照亦記載建物主要用途為「工廠」（見本院卷一第53、141 頁），足見系爭房屋應僅得作為工廠使用，具有特殊使用目的，性質上與一般供作居住使用之房屋有別。而工廠廠房之運用與否，繫諸公司營運方針、生產計畫、資金用度、相關設備得否如期進場等項，非可一概而定，不能認依通常情形，苟經取得該廠房即會開始使用，則揆諸上開說明，力霸公司仍須舉證證明其依已定之計畫、設備或其他情事，因鋼成公司遲延給付無法取得系爭房屋，而實際受有使用利益之損害。力霸公司就此既洵未舉證以實其說，即不能認其實際受有損害。至力霸公司援引最高法院67年台上字第3622號判例所持見解為佐（見本院卷二第325 頁）。惟上開判例所涉基礎事實，乃承租人與執行債務人間之房屋租賃關係經執行法院除去後實施拍賣，並由拍定人拍定取得權利移轉證書，惟承租人經執行法院及拍定人通知遷出，仍繼續占有房屋，故拍定人得依侵權行為法律關係，請求承租人賠償因無權占有房屋所生相當於租金之損害。拍定人係因承租人無權占有一已存在之房屋，致其對該屋所有權之使用收益權能受侵害，故得對承租人請求相當於租金之損害，以回復如同使用收益權能未受侵害時之應有狀況。此與債權人請求債務不履行中之遲延給付損害賠償時，須

以因遲未獲得給付利益之滿足而實際受有財產上損害為要件，要屬非同，自難比附援引。

3.綜上所述，力霸公司並未舉證證明伊因鋼成公司遲延給付而實際受有損害，則力霸公司主張依民法第229條第1項、第231條第1項、第502條第1項規定，請求鋼成公司給付自104年11月2日起至交付系爭房屋及力霸公司取得系爭使照正本日止，按月以55萬6,523元計算之相當於租金之損害，即屬無據。又鋼成公司既無須對力霸公司負遲延損害賠償責任，昇庭公司自無代負保證人責任之餘地，則力霸公司主張依民法第739條、第740條規定，請求如對鋼成公司之財產強制執行無效果時，由昇庭公司給付，亦乏所憑，不應准許。另力霸公司請求鋼成公司負遲延損害之損害賠償責任，昇庭公司並應代負給付責任，既均無理由，則鋼成公司其餘抗辯伊未陷於給付遲延、無可歸責事由及為同時履行抗辯；昇庭公司所為抵銷抗辯，即無再予審認之必要。

㈢力霸公司依民法第767條第1項前段規定，請求吳榮輝返還系爭使照正本，為有理由：

1.按所有人對於無權占有或侵奪其所有物者，得請求返還之，民法第767條第1項前段定有明文。而以無權占有為原因，請求返還所有物者，占有人對所有權存在之事實無爭執，而僅以非無權占有為抗辯者，所有權人對其物被無權占有之事實無舉證責任，占有人自應就其取得占有係有正當權源之事實證明之（最高法院85年度台上字第1120號、88年度台上第1164號判決意旨參照）。

2.查系爭工程係力霸公司出資興建且以力霸公司為起造人，主管機關亦係以力霸公司為起造人核發系爭使照，而系爭房屋迄今未經辦理所有權第一次登記，已如前述，且為力霸公司與吳榮輝所不爭執，並有系爭使照存根可稽（見本院卷一第53頁），堪認力霸公司已原始取得系爭房屋與系爭使照正本所有權。而系爭使照正本現由吳榮輝占有中一節，為吳榮輝所自認（見本院卷二第271頁），則揆之前揭說明，吳榮輝

自應就其占有有正當權源之事實證明之。

3.吳榮輝雖抗辯稱：伊與葉文灶等3人曾集資380萬元而成立隱名合夥法律關係，並由伊出名委託鋼成公司以鋼成公司名義出面與力霸公司簽約，故伊基於與鋼成公司間之委任關係、系爭工程主導人與集資者中主要出資人身分保管系爭使照正本，並非無權占有云云。然查，觀諸吳榮輝所提105年1月12日「力霸新建案臨時股東會議紀錄」（見本院卷二第33頁）、同年月29日股東協議（見本院卷二第34頁）、張震宇委託律師寄發之律師函（見本院卷二第35至38頁）、張震宇於另案臺灣臺北地方檢察署106年度偵續一字第88號被訴偽造文書案件（下稱刑案）出具之刑事答辯理由狀及總收支帳明細表（見本院卷二第273至280頁），僅可知吳榮輝、葉文灶、張震宇曾就鋼成公司向力霸公司承攬系爭工程一事，約定內部共同出資380萬元，嗣吳榮輝於105年1月初另提出其自行製作之總收支帳明細表，表示因系爭工程有虧損，希望葉文灶、張震宇再行出資填補虧損之事實，無從遽謂系爭合約乃吳榮輝個人委託鋼成公司以鋼成公司名義出面與力霸公司簽約；且吳榮輝迄105年2月間，仍為鋼成公司之股東，業據吳榮輝於刑案自承明確，有刑案不起訴處分書可憑（見本院卷一第275至276頁），並經本院調取刑案全卷核閱無誤，則吳榮輝基於鋼成公司股東身分，集資供鋼成公司用於系爭工程，並實際主導工程之進行，亦屬事理之常，殊難執以率認吳榮輝即係委任鋼成公司與力霸公司締約。是以，依吳榮輝所為舉證，要不足認吳榮輝確有委任鋼成公司與力霸公司締約，則吳榮輝抗辯：伊與鋼成公司間存有委任關係云云，自非可採。從而，吳榮輝占有系爭使照正本，並無合法權源乙節，洵堪認定。

4.綜上，吳榮輝占有系爭使照正本既無正當權源，則力霸公司依民法第767條第1項前段規定，請求吳榮輝返還系爭使照正本，自屬有據。又力霸公司另依民法第179條規定，請求吳榮輝返還系爭使照正本，係以單一聲明，請求法院與民法

第767條第1項規定為同一之判決，為訴之重疊合併。本院既認力霸公司依民法第767條第1項之請求為有理由，且力霸公司依民法第179條規定之請求縱經斟酌肯認，亦無從為更有利於力霸公司之判斷，即無庸別為論究。

㈣力霸公司依民法第184條第1項前段規定，請求吳榮輝自106年4月10日起至返還系爭使照正本日止，按月給付損害賠償55萬6,523元，為無理由：

按因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任，民法第184條第1項前段固有明文。然被害人請求損害賠償，應就其實際受有損害（含積極損害與消極損害）負舉證責任，亦如前述。查，力霸公司以吳榮輝無權占有系爭使照正本為由，依侵權行為法律關係，請求吳榮輝自106年4月10日起至返還系爭使照正本日止，依系爭房屋工程造價及所坐落基地申報地價之年息總價10%計算，按月賠償55萬6,523元，核係主張因吳榮輝無權占有系爭使照正本，致伊無法使用收益系爭房屋，因而受有相當於租金之損害。而吳榮輝無權占有系爭使照正本，雖經認定如前。惟力霸公司未能取得系爭使照正本，與其得否就系爭房屋為事實上之使用收益，乃屬二事；力霸公司亦洵未舉證證明其依通常情形或已定之計畫、設備或其他情事，因未能取得系爭使照正本而實際受有系爭房屋使用收益利益之損害。是揆之前揭說明，力霸公司依民法第184條第1項前段規定，請求吳榮輝賠償自106年4月10日起至返還系爭使照正本日止，依系爭房屋工程造價及所坐落基地申報地價之年息總價10%計算，按月給付相當於租金之損害55萬6,523元云云，即屬無據。

五、從而，力霸公司依系爭合約第22條約定，請求鋼成公司交付系爭房屋，及依民法第767條第1項前段規定，請求吳榮輝返還系爭使照正本，均為有理由，應予准許，並由本院就交付系爭房屋部分為如主文第1項所示對待給付之判決。逾此部分之請求，則無理由，應予駁回。

六、兩造分別陳明願供擔保，請准為假執行或免為假執行之宣告

，經核於力霸公司本訴勝訴範圍內，依法尚無不合，爰各酌定相當之擔保金額宣告之。至力霸公司本訴敗訴部分，其假執行之聲請，因訴之駁回而失所附麗，應併予駁回。

乙、反訴部分：

壹、程序事項

吳榮輝提起反訴時，原聲明求為判決命反訴被告力霸公司（下均稱力霸公司）給付鋼成公司1,186萬3,088元，及加計自反訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息，並由吳榮輝代位受領（見本院卷二第23頁）。嗣於訴訟進行中，更正反訴聲明求為判決命力霸公司給付鋼成公司1,186萬3,088元，及加計自反訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息，並由吳榮輝及其他公同共有人葉文灶等3人代位受領（見本院卷二第257頁），僅屬更正其法律上之陳述，不涉及訴之變更或追加，亦予陳明。

貳、實體事項

一、吳榮輝主張：系爭工程乃先由伊與力霸公司洽商談妥後，始由伊另向葉文灶等3人集資380萬元而成立隱名合夥法律關係，並由伊出名委任鋼成公司與力霸公司簽訂系爭合約。而系爭工程尚有原工程尾款383萬4,000元（未稅。另按：實為383萬5,000元之誤算）與追加工程款952萬9,088元未據給付，扣除瑕疵修補費用250萬元後，力霸公司尚欠鋼成公司1,186萬3,088元，則鋼成公司依民法第541條第1項規定，應將該承攬工程款1,186萬3,088元交予吳榮輝。詎鋼成公司怠於向力霸公司請求上開承攬報酬，伊自得代位鋼成公司行使權利等情。爰依民法第242條規定及力霸公司與鋼成公司間承攬法律關係，提起反訴，並聲明：㈠力霸公司應給付鋼成公司1,186萬3,088元，及自反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，並由吳榮輝及其他公同共有人葉文灶等3人代位受領；㈡願供擔保，請准宣告假執行。

二、力霸公司則以：合夥財產於清算前，合夥人不得請求合夥財

產之分析，吳榮輝無從基於債權人地位對鋼成公司行使權利。次鋼成公司未怠於行使權利，亦未陷於無資力或資力不足，吳榮輝並無保全債權之必要，不得行使代位權等語，資為抗辯，並聲明：㈠吳榮輝之訴及假執行之聲請均駁回；㈡如受不利判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、本件反訴應審究者為㈠本件是否符合代位權之行使要件？㈡吳榮輝依民法第242 條規定及力霸公司與鋼成公司間承攬法律關係，請求力霸公司給付鋼成公司承攬報酬1,186 萬3,088 元，並由吳榮輝及其他公同共有人葉文灶等3 人代位受領，有無理由？茲分敘如下：

㈠本件不符合代位權之行使要件：

1.按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限，民法第242 條固有明文。惟民法第242 條之代位權，係債權人為保全其債權之目的，由債權人以自己之名義，代行債務人權利之權利。是代行者與被代行者之間，須具有債權債務關係之存在，始得行使之。又倘債之標的與債務人之資力有關，如金錢之債，代位權之行使應以債務人陷於無資力或資力不足為要件（最高法院106 年度台上字第1429號、101 年度台上字第1157號判決意旨參照）。

2.查，依吳榮輝所為舉證，不足認吳榮輝確有委任鋼成公司以鋼成公司名義與力霸公司締約，業如前述，則吳榮輝以伊與鋼成公司存有委任關係，鋼成公司依民法第541 條第1 項規定，應將系爭工程之承攬工程款交予吳榮輝為由，主張對鋼成公司有債權存在云云，已非可採。次鋼成公司就系爭工程之追加工程部分，業與力霸公司結算完成，鋼成公司更以力霸公司未給付追加工程款為由行使同時履行抗辯，亦悉敘如上，自要無怠於行使權利之情事。又吳榮輝所主張之債權，乃屬金錢之債，惟吳榮輝洵未舉證證明鋼成公司已陷於無資力或資力不足，而有保全債權之必要。是揆諸前揭說明，本件並不符合代位權之行使要件，吳榮輝自無從代位行使鋼成

公司之權利。

㈡吳榮輝既無從代位鋼成公司行使權利，則其依民法第242條規定及力霸公司與鋼成公司間承攬法律關係，請求力霸公司給付鋼成公司承攬報酬1,186萬3,088元，並由吳榮輝及葉文灶等3人代位受領，即乏所憑，不應准許。

四、從而，吳榮輝依民法第242條規定及力霸公司與鋼成公司間承攬法律關係，反訴請求力霸公司給付鋼成公司1,186萬3,088元，及自反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，並由吳榮輝及其他公同共有人葉文灶等3人代位受領，皆為無理由，應予駁回。又吳榮輝之訴既經駁回，其假執行之聲請亦失所附麗，應併予駁回之。

丙、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及所提證據，經本院審酌後，認於判決結果均不生影響，爰不一一予以論駁贅述。

丁、據上論結，力霸公司之本訴為一部有理由，一部無理由，吳榮輝之反訴為無理由，爰判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　24　　日

民事第三庭　審判長法　官　許碧惠

法　官　劉育琳

法　官　李佳芳

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，若委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費，否則本院得不命補正逕行駁回上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　29　　日

書記官　劉雅萍