

臺灣新北地方法院民事判決

107年度簡上字第37號

上訴人 即
變更之訴原告 鴻君工程有限公司
法定代理人 陳有來
訴訟代理人 鄭君克

被上訴人 即
變更之訴被告 敦厚堂工程有限公司
法定代理人 林惠慈
訴訟代理人 萬建樺律師

上列當事人間請求給付工程款事件，上訴人對於民國106年12月21日本院板橋簡易庭106年度板簡字第698號第一審判決提起上訴，並為訴之變更，經本院於108年2月20日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

變更之訴被告應給付變更之訴原告新臺幣捌萬貳仟陸佰柒拾陸元，及自民國一百零六年三月四日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

變更之訴原告其餘之訴駁回。

變更之訴訴訟費用由變更之訴被告負擔二分之一，餘由變更之訴原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按第一審之訴訟程序有重大之瑕疵者，第二審法院得廢棄原判決，而將該事件發回原法院。但以因維持審級制度認為必要時為限。前項情形，應予當事人陳述意見之機會，如兩造同意願由第二審法院就該事件為裁判者，應自為判決。民事訴訟法第451條第1項、第2項定有明文。又當事人在第一審起訴，未由法定代理人合法代理，第一審法院未命補正遽為實體上之判決者，訴訟程序即有瑕疵，未由訴訟代理人合法代理者，亦同。查上訴人在原審訴訟程序之訴訟代理人鄭君克僅提出由委任人「陳有夾」出具之委任狀，是上訴人於

01 原審訴訟程序顯未由訴訟代理人合法代理，其訴訟程序自有
02 重大瑕疵，惟上訴人業已補正由鄭君克為其原審之訴訟代理
03 人，並追認訴訟代理人鄭君克前所為之訴訟行為，且兩造並
04 當庭表明同意由第二審法院就本事件為裁判，則依上開說明
05 ，即無將本件發回原審審理之必要，合先敘明。

06 二、次按於第二審為訴之變更、追加，非經他造同意，不得為之
07 ，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446
08 條第1項、第255條第1項第2款定有明文。又在第二審為
09 訴之變更合法者，原訴可認為已因而視為撤回時，第一審就
10 原訴所為判決，自當然失其效力；第二審法院應專就新訴為
11 裁判，無須更就該判決之上訴為裁判（最高法院71年台上字
12 第3746號判例參照）。而所謂請求之基礎事實同一，係指變
13 更或追加之訴與原訴之原因事實，有其社會事實上之共通性
14 及關連性，而就原請求所主張之事實及證據資料，與變更或
15 追加之訴得加以利用，且無害於他造程序權之保障，俾符訴
16 訟經濟者均屬之。上訴人於原審起訴主張其承攬被上訴人於
17 中央大學之油漆工程，已如期完工，但被上訴人尚欠新臺幣
18 （下同）153,866元工程款未付，爰依民法第490條、第50
19 5條規定，請求被上訴人應給付上訴人153,866元本息，然
20 於原審最後言詞辯論期日始變更為依消費借貸關係請求被上
21 訴人給付上開款項。原審判決上訴人敗訴，上訴人提起上訴
22 ，在本院變更訴訟標的改依承攬契約關係為請求。核其變更
23 之訴與原訴均本於其認為被上訴人應給付系爭油漆工程點工
24 費及材料費用之同一基礎事實，原訴所主張之事實及證據資
25 料，於變更之訴亦得加以利用，且無害於他造程序權之保障
26 ，雖被上訴人不同意變更之訴，惟上訴人為訴之變更符合上
27 開規定，應予准許。又上訴人變更之訴既為合法，原訴可認
28 為已因撤回而終結，本院即應專就變更後之新訴為裁判，並
29 改列上訴人為變更之訴原告，被上訴人為變更之訴被告（以
30 下依序簡稱原告、被告），併予敘明。

31 貳、實體方面：

01 一、原告主張：原告承攬被告於中央大學之油漆工程，已如期施
02 作完畢，並開具工程款583,800元發票乙紙交予被告請領工
03 程款，然被告僅匯入429,934元，尚有153,866元未為給付
04 。而原告於完工後，為避免爭議，故要求被告工地主任何世
05 振依承攬情況結算予原告，何世振遂親筆撰寫估價單後交予
06 原告蓋章，原告依此估價單開具發票向被告請款。再者，兩
07 造間並未簽約，何來有約定工程保留款之可能？且工程保留
08 款內容為何，被告全未說明，實不足採。且倘原告有向被告
09 工地主任借款及代付便當等情（假設語），被告工地主任結
10 算時，依常情會予以扣除卻未為之，顯見此部分並非事實。
11 爰依承攬契約法律關係，請求被告給付工程款153,866元等
12 語。並變更聲明：(一)原判決廢棄。(二)被告應給付原告153,88
13 6元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之
14 5計算之利息。

15 二、被告則以：被告前於104年10月間將所承攬中央大學工程案
16 件之油漆工程發包委由原告承攬，約定實作實算，承攬項目
17 及單價為鋅粉底漆每桶4,000元，調薄劑每桶12,000元，油
18 漆塗裝每工2,200元。工程施作完畢後，經結算鋅粉底漆共
19 35桶、調薄劑共7桶、油漆塗裝共120工，合計結算驗收總
20 價為488,200元。又上開總價，依約應保留其中百分之10（
21 即48,820元）為保留款，故應付款項為439,380元，含稅則
22 為461,349元。因此，被告方就原告所開立發票金額583,80
23 0元，以及實際應付含稅金額461,349元，就其差額開立折
24 讓單122,451元，俾供原告憑辦稅務事宜，原告收受折讓單
25 後，未提出異議。此外，原告向被告工地主任借款23,000元
26 及工地代付便當8,400元，均由被告之工地現場零用金支應
27 。因此，上開應付款項461,349元（含稅），扣除借款23,0
28 00元及代付便當8,400元，剩餘429,949元，被告已於105
29 年1月25日轉帳429,934元予上訴人。故原告已無可請求之
30 工程款等語置辯。並為答辯聲明：上訴駁回。

31 三、原告主張其承攬被告於中央大學之油漆工程，被告應給付工

程款 583,800 元，惟被告僅給付 429,934 元，尚應給付 153,866 元。爰依承攬關係請求被告給付 153,866 元本息等語，業據提出估價單、出貨單、統一發票及其存摺交易明細等件為證。被告固不爭執原告有承攬其在中央大學之油漆工程，並已給付原告工程款 429,934 元等情，惟以前揭情詞置辯。是本件應審酌之兩造爭點厥為：系爭承攬契約之工程款應為若干？被告所主張保留款、向工地主任之借款及工地代付便當費之扣款，是否有據？茲論述如下：

(一)按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，民事訴訟法第 277 條前段定有明文。是依民事訴訟如係由原告主張權利者，應先由原告負舉證之責，若原告先不能舉證，以證實自己主張之事實為真實，則被告就其抗辯事實即令不能舉證，或其所舉證據尚有疵累，亦應駁回原告之請求（最高法院 17 年上字第 917 號判例參照）。查系爭承攬契約工程款，原告主張依其提出之估價單所載（見原審卷第 61 頁），包括鋅粉底漆 40 桶，每桶 4,000 元，共 160,000 元；調薄劑 8 桶，每桶 12,000 元，共 96,000 元；點工 120 工，每工工資 2,500 元，共 300,000 元（計算式：80,000 + 92,500 + 127,500 = 300,000），合計 556,000 元（未稅）等語，惟被告則爭執上開鋅粉底漆應為 35 桶、調薄劑應為 7 桶及點工每工工資應為 2,200 元，合計工程款應為 488,200 元（未稅）等情，揆諸前揭說明，原告自應就其主張之上開利己事實，先負舉證之責。而原告固主張上開估價單上之報價及數量乃係由被告之工地主任何世振所填寫，堪認業經被告結算云云，並以另紙經何世振簽名確認之估價單主張上開估價單之筆跡確為何世振所寫云云，然此為被告所否認，而觀諸原告所提出之上開估價單並未經原告所稱之被告工地主任何世振或被告其他相關承辦人員簽名確認，且亦難單憑 2 紙估價單之比對逕予推認筆跡是否係屬同一人所為，是已難遽信原告主張業經雙方結算為真。再者，依原告所提出之出貨單，其上有關商品名稱及規格數量欄僅記載「油漆 x 40 桶」、「鋅粉

」等字樣，客戶簽收欄亦僅有「鄭君克」之簽名，則上開材料是否全部均係使用在被告之中央大學工程之工地自有未明，亦難僅憑上開出貨單即認定原告使用於系爭工程之鋅粉底漆為40桶。此外，原告並未提出其他證據舉證證明系爭工程共計使用鋅粉底漆40桶及調薄劑8桶，暨點工每工工資應為2,500元之事實，是其前開主張，自不足採。準此，就原告所主張之系爭工程款，被告既對於在鋅粉底漆35桶，每桶4,000元；調薄劑7桶，每桶12,000元；點工120工，每工工資2,200元之範圍內為計價，並不爭執，原告復未能舉證證明其主張屬實，故系爭承攬契約工程款應認定為488,200元（未稅）。

(二)又查，被告抗辯系爭工程款488,200元（未稅），應再扣除10%保留款48,820元云云，惟此為原告所否認。按所謂保留款僅係指一定比例之承攬報酬，須俟約定條件成就時始能給付而已，尚難認其非屬承攬報酬之一部分，是被告逕以系爭工程款應扣除保留款云云而拒絕給付，已屬無據。再者，被告就兩造間曾有10%保留款之約定，甚或系爭工程款尚有何約定條件未成就致其未能給付保留款情事之利己事實，並未提出任何證據舉證以實其說，自亦難憑採。至被告雖復以：其就原告所開立發票金額583,800元，業就其差額開立折讓單122,451元，原告收受折讓單後，並未提出異議云云。惟按，意思表示有明示及默示之分，前者係以言語文字或其他習用方法直接表示其意思，後者乃以其他方法間接的使人推知其意思。而默示之意思表示與單純之沈默有別，單純之沈默除經法律明定視為已有某種意思表示外，不得即認係表示行為（最高法院102年度台上字第682號判決意旨參照）。是以，原告於收受折讓單後縱使未提出異議，然單純之沈默除經法律明定視為已有某種意思表示外，不得即認係表示行為，是尚難認兩造已達成保留款扣款之合意。從而，被告抗辯應扣除保留款48,820元云云，洵屬無據，不足為採。

(三)再查，被告另抗辯系爭工程款應再扣除原告向工地主任借款

23,000元及工地代付便當費8,400元云云，惟亦為原告所否認。查證人即被告公司主管梁忠政在原審審理時固證稱：工地主任的工程計價或發包資料，要呈給伊審核，因為被告公司會給工地主任幾萬元的零用金支付工程的小額費用，工地主任有回報其中有從被告公司的零用金支付借給原告的費用及代付原告工人的便當費，因為原告沒有把錢還給工地主任，故工地主任說從工程款扣云云（見原審卷第86-87頁）。惟按證人乃向法院陳述其見聞事實之第三人，證人如非親身經歷，而係轉述聽聞於他人之事實，此傳聞證據固非無證據能力，惟與陳述親自見聞事實之證言相比較，其證據力之強弱，自有差別（最高法院87年度台上字第1053號判決）。查證人梁忠政前開證述內容，既係經由其所稱被告之工地主任轉述，自屬傳聞證據，而其就工地主任動用被告公司零用金之審核，既未有相關借據或支出憑證之佐證，則其證述原告有向工地主任借款及請工地代付便當費云云，其證明力已非無疑，況該證人與被告間現仍具有僱傭關係，本難期其能為公正客觀之證述，且其復未經具結擔保證言之真實性，是該證人之前開證言，自難憑採。從而，被告抗辯系爭工程款應再扣除原告向工地主任借款23,000元及工地代付便當費8,400元云云，亦屬無據，不足採信。

(四) 綜上，原告就系爭承攬契約得請求被告給付之工程款為488,200元（未稅），加計5%之營業稅24,410元，合計為512,610元，再扣除被告業已給付原告工程款429,934元，是原告請求被告應再給付工程款82,676元，應屬有據，逾此部分之請求，則屬無據。

四、復按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程式送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力。遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。應付利息之債務，其

01 利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5。民
02 法第229條第2項、第233條第1項、第203條亦有明文。
03 查原告前於原審起訴時既已請求被告給付系爭工程款，已有
04 催告給付之意，是原告請求被告應自起訴狀繕本送達翌日即
05 106年3月4日起至清償日止，按年息百分之5計算之法定
06 遲延利息部分，亦屬有據，應予准許。

07 五、綜上所述，原告變更之訴依系爭承攬契約及民法第490條第
08 1項、第505條第1項規定，請求被告給付82,676元，及自
09 106年3月4日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有
10 理由，應予准許，逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。

11 六、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及未經援用之證
12 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，自無
13 逐一詳予論駁之必要，併此敘明。

14 七、據上論結，本件原告變更之訴為一部有理由、一部無理由，
15 依民事訴訟法第79條，判決如主文。

16 中 華 民 國 108 年 3 月 13 日
17 民事第五庭 審判長 法官 高文淵
18 法官 陳心婷
19 法官 王士珮

20 以上正本證明與原本無異

21 本判決不得上訴。

22 中 華 民 國 108 年 3 月 13 日
23 書記官 梁馨云