臺灣臺中地方法院民事判決

104年度重訴字第45號

原　　告
即反訴被告　日南紡織股份有限公司
法定代理人　林銘崇
訴訟代理人　林銘德
　　王耀賢律師
被　　告
即反訴原告　富詳營造股份有限公司
法定代理人　楊愷堂
訴訟代理人　姜至軒律師

上列當事人間請求返還不當得利事件，本院於民國108 年3 月28日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告應給付原告新臺幣貳佰參拾參萬肆仟肆佰零貳元，及自民國一百零三年十二月二十六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之十六，餘由原告負擔。

本判決第一項原告勝訴部分，於原告以新臺幣柒拾柒萬捌仟元為被告供擔保後，得假執行。但被告如以新臺幣貳佰參拾參萬肆仟肆佰零貳元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

反訴被告應給付反訴原告新臺幣玖佰參拾參萬貳仟玖佰參拾陸元，及自民國一百零四年十二月二十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

反訴原告其餘之訴駁回。

反訴訴訟費用由反訴被告負擔百分之七十四，餘由反訴原告負擔。

本判決第六項反訴原告勝訴部分，於反訴原告以新臺幣參佰壹拾壹萬元為反訴被告供擔保後，得假執行。但反訴被告如以新臺幣玖佰參拾參萬貳仟玖佰參拾陸元為反訴原告預供擔保，得免為假

執行。

反訴原告其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

甲、程序方面：

一、按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止；承受訴訟人於得為承受時，應即為承受之聲明，民事訴訟法第170 條、第175 條第1 項分別定有明文。查原告之法定代理人原為林進湖、被告之法定代理人原為廖承暉，於本件訴訟進行中，原告之法定代理人已變更為林銘崇、被告之法定代理人則變更為楊愷堂，此有經濟部商業司商工登記公示資料查詢、經濟部商業司公司資料查詢在卷可稽（見本院卷三第197 頁、卷二第44-2頁），且經原告、被告現任法定代理人分別於民國108 年3 月22日、104 年12月9 日具狀聲明承受訴訟（見本院卷三第200 頁、卷二第43、44頁），經核尚無不合，應予准許。

二、被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，就非專屬他法院管轄，且與本訴之標的及其防禦方法相牽連，並得行同種訴訟程序之事件，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴，民事訴訟法第259 條、第260 條定有明文。查原告主張被告於100 年1 月28日承攬「苗栗日紡大將軍第九期集合式住宅新建工程（下稱系爭工程）」，原告已給付除保固款外之工程款，惟系爭工程有應做未做與追加工項，爰請求被告返還上開款項，被告即反訴原告於104 年12月9 日提起反訴，請求原告即反訴被告給付新臺幣（下同）1260萬元之追加工程款等語（見本院卷二第43、66、67頁），核其反訴與本訴之標的均係基於同一基礎事實所生，而有相牽連之關係，且尚不致延滯訴訟終結，又非專屬他法院管轄，並得行同種訴訟程序，揆諸前揭規定，反訴原告所提反訴於法有據，應予准許。

三、復按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加。但擴張或減

縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255 條第1 項第3 款定有明文。本件原告起訴時原聲明第1 項為：被告應給付原告973 萬7682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；嗣於105 年10月31日具狀變更聲明第1 項為：被告應給付原告1473萬7682元，其中之973 萬7682元請求給付部分，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；其中之500 萬元請求給付部分，則自追加起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息（見本院卷二第227 頁），並追加兩造間多退少補之約定為請求權基礎（見本院卷二第127 頁）。經核原告所為訴之追加，係基於交付金錢予被告之事實而追加，核屬請求之基礎事實同一，另就聲明金額之變更，則屬減縮應受判決事項之聲明，揆諸前揭規定，亦應准許。

乙、實體方面：

壹、本訴部分：

一、原告主張：被告於100 年1 月28日與原告簽訂系爭工程承攬契約書（下稱系爭契約），由被告負責系爭工程之承攬施作。為紓解被告之經濟壓力，在系爭工程未經驗收合格之前，原告經被告請求，乃依系爭契約所載，暫先給付扣除2%保固款外之全部工程款項1 億9698萬元予被告，並約定系爭工程之追加減工項與金額另計之，而追加減工項之鑑定工作，兩造同意由系爭工程之原設計者即何能賢建築師擔任，依何能賢建築師事務所102 年12月31日（102 ）所函字第10201231001 號函及附件可知，被告得向原告請求給付追加工程款為11萬3838元，而被告應做未做應予扣減之工項金額為985 萬1520元，合計系爭工程應追減金額為973 萬7682元，原告既已悉數給付系爭工程款予被告，則此部分追減金額應屬被告不當得利，應返還予原告。又被告於102 年6 月3 日以原告未同意其先前變更追加項目、數量、工期之請求，以及指稱原告未依其於102 年4 月28日所提送之「雜項工程完成」請款暨於102 年5 月28日所提送之「水電及電信設備接通完成

」請款為由，率予停工逾5 日，已嚴重違約，原告自得依據系爭契約第21條第1 項第5 款、第4 款及第2 款約定，於102 年6 月10日以大甲幼獅郵局存證號碼000029號存證信函，對被告為終止系爭契約之意思表示，並依系爭契約第21條第2 項約定向被告請求懲罰性違約金2010萬元，僅先就其中500 萬元懲罰性違約金為追加請求。爰依不當得利之法律關係、兩造間多退少補及系爭契約之約定提起本件訴訟，並聲明：（一）被告應給付原告1473萬7682元，其中之973 萬7682元請求給付部分，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；其中之500 萬元請求給付部分，則自追加起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。（二）願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：原告提出之原證5 會議記錄實為原告片面製作，並無當場宣讀經雙方確認，又原告提出之附件6 何能賢建築師事務所就系爭工程（追加減）變更工程價款初審意見表亦令人不解，蓋何能賢建築師已於102 年9 月9 日以（102 ）所函字第1020908001號函，對於被告提出之追加減帳之內容表示意見，所表示之意見顯與原告提出之資料不同，故原告據此請求不當得利，實屬無據。另兩造合意由被告法定代理人楊愷堂向原告購買系爭工程建案A17 、A18 、A19 、A20 、A1、A2、A3、A5、A6合計9 戶房屋後，原告即不再向被告請求逾期之違約金，原告並於102 年11月26日出具同意書，表示不再追究本件延誤工期之懲罰性違約金，則原告追加起訴請求懲罰性違約金，實屬無據，應予駁回等語，資為抗辯。並聲明：（一）原告之訴及追加之訴均駁回。（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

貳、反訴部分：

一、反訴原告主張：反訴原告請求下列追加工程款之款項：⑴1樓樓梯打除併增設欄杆扶手19萬5001元；⑵CD瓦斯管路變更為不鏽鋼管及配合停車場景觀修改管路19萬6928元；⑶C 區花台追加17萬4734元；⑷A1～A9、A12 ～A20 車庫前地坪35

7萬4642元；⑸牌樓石柱變更石材115萬1785元；⑹牌樓及圍牆泥作裝修工程556萬6176元；⑺電梯牆打除、電梯門崁縫、電梯外牆貼作磁磚38萬6288元；⑻電動捲門變更（A1～A9、A12～A20共16戶165萬1650元；⑼第九期工程之C6客戶變更案37萬5281元，合計1279萬6532元，反訴原告於此範圍內請求1260萬元。蓋工程之施作應依設計圖，系爭工程完成後有諸多與原施工圖說不符，若無反訴被告指示，反訴原告豈可能會施作與原圖說不符之工程，此亦不可能通過反訴被告之驗收，可見系爭工程之變更均是經由反訴被告之同意，爰依民法第179條不當得利之法律關係提起本件反訴，請求反訴被告給付工程款等語。並聲明：（一）反訴被告應給付反訴原告1260萬元，及自起訴狀送達之翌日起按年息5%計算之利息。（二）願供擔保，請准宣告假執行。

二、反訴被告則以：反訴被告於本訴所提出之附件6系爭工程（追加減）變更工程價款初審意見表，何能賢建築師於備註欄所為之判斷，應屬合理。且除2%保固款402萬元外，反訴被告業已給付反訴原告系爭工程款1億9698萬元，反訴原告何來尚有工程款1260萬元未獲給付之理，且依上開初審意見表所述，反訴原告亦無1260萬元之追加工程款可請求。再者，系爭契約第10條、第11條第4項約定，系爭工程若有新增單價時，須經雙方議價後以書面同意為準，此為約定之要式行為；又系爭工程倘有變更原設計而施作時，須經反訴被告公司及其董事長簽章，及建築師書面確認始可，而反訴原告所為之工程變更追加款項1260萬元，不符合系爭契約上開要式約定；另反訴原告於102年6月21日出具之切結書表示同意以400萬元委請反訴被告自行僱工進行系爭工程之瑕疵修繕，修繕費用同意由得請領之工程款項中扣除，可證反訴原告已無工程追加款項得請求。甚者，反訴被告已對反訴原告為終止系爭契約之意思表示，依系爭契約第21條約定，反訴原告已喪失系爭工程之相關報酬請求權，是反訴原告請求追加工程款，實非有理等語置辯。並聲明：（一）反訴原告之訴

駁回。（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免予假執行。

參、兩造不爭執事項（見本院卷二第48頁、第82頁反面）：

一、兩造訂有系爭契約，由被告負責系爭工程之承攬施作，原告於驗收合格前，即已先行給付被告全數工程款（保固款2%除外），共計1億9698萬元，並約定系爭工程加減工程帳另計之。

二、何能賢建築師事務所103年1月17日（發文日期誤繕為102年12月31日）針對兩造追加減工程款曾出具意見。

肆、得心證之理由：

一、本訴部分：

（一）兩造於100年1月28日簽訂系爭契約，由被告承攬原告之系爭工程，系爭契約約定系爭工程為總價承攬及責任施工制，工程總價為2億0100萬元（含稅），原告於驗收合格前，已先行給付被告除保固款2%以外之全數工程款，共計1億9698萬元，並約定系爭工程加減工程帳另計等情，為兩造所不爭執，並有原告提出之系爭契約、分期付款明細表在卷可稽（見本院卷一第11至24頁、第28至30頁），堪認屬實。原告主張系爭工程款已全數給付被告，然被告就系爭工程有應做未做之工項，該部分金額屬被告不當得利，應予返還原告等語，業據提出系爭工程之原設計者即何能賢建築師事務所102年12月31日（102）所函字第10201231001號函暨檢附之被告公司追加工程報價單9紙、系爭工程（追加減）變更工程價款初審意見表、系爭工程依合約「應做未做」工項即追減與應扣款項為證（見本院卷一第40至56頁），然被告否認上開函文及其附件之結論，而兩造於本院審理時已合意由何能賢建築師對於系爭工程之追加減帳為重新鑑定，有被告105年3月10日陳報狀、原告105年3月17日意見陳述狀、本院105年6月7日準備程序筆錄可參（見本院卷二第92、95、111頁），本院審酌何能賢建築師為系爭工程之設計監造者，且系爭工程

已完工並點交予各該買受人居住使用，現況已有改變，故由原設計監造之何能賢建築師為鑑定，應屬可採。

（二）原告主張應以何能賢建築師事務所102 年12月31日（102）所函字第10201231001 號函暨檢附之系爭工程（追加減）變更工程價款初審意見表、系爭工程依合約「應做未做」工項即追減與應扣款項為據，蓋該份初審意見表為何能賢建築師最初所作之原始鑑定報告，何能賢建築師亦在該初審意見表之備註欄內明確表示其鑑定判斷意見，其嗣後函文並未提出合理說明而推翻原始鑑定報告，實非可採等語。查證人何能賢於104 年7 月30日言詞辯論期日具結證稱：系爭工程是我設計監造，我事務所102 年12月31日（102 ）所函字第10201231001 號函是我發的，函後所附鑑定報告等相關文件也是我製作的，做好之後我交給兩造，當初兩造意見相左，被告要求原告要做工程部分的追加減，因我與原告有合約上的關係，原告要求我做這份報告，被告對於這份鑑定報告清楚，但對內容不太認同，做這份鑑定報告最初兩造沒有跟我會談，追加減資料由兩造提供，我是依據兩造合約內容包含圖說來做鑑定，該報告附件二之備註欄是我的意見，應減工程價款是原告的意見，合計欄是我針對兩造的價金作加減的結果，函文正確日期應為103 年1 月17日等語（見本院卷二第4 至6 頁），參以何能賢建築師事務所107 年11月7 日（107 ）所函字第1071107001號函稱：變更工程價款初審意見表，係本所當時與業主（即原告）討論後的初審意見非為鑑定報告。有關106 年7 月25日鑑定報告書係依承攬契約之估價單、設計圖、現場會勘比對、工程慣例及調解案例，並參酌公共工程圖說效力之優先順序，提供各鑑定事項結論等語（見本院卷三第135 頁），由上可知，何能賢建築師所提供之初審意見表，是應原告之要求，與原告討論後所做成，並於103 年1 月17日出具函文。然按當事人間以合意就特定訴訟標的所為關於如何確定事實，或以何種方法確定事實之

證據方法，謂之證據契約（最高法院88年台上字第1122號民事判決要旨參照）。再按鑑定為一種調查證據方法，所得結果係供作法院依自由心證判斷事實真偽之證據資料。當事人就其可處分之事項，對於鑑定人之人選、鑑定結果及於事實認定之效力，本得於起訴前以證據契約之形式為約定、於證據保全程式中依民事訴訟法第376 條之1 第1 項規定成立協定，或於訴訟進行中依同法第326 條第2 項前段、第270 條之1 第1 項第3 款規定達成指定合意或爭點簡化協定（最高法院98年台上字第1131號判決參照）。查兩造既已於105 年6 月7 日本院準備程序時合意由何能賢建築師為本件之鑑定人（見本院卷二第111 頁），請求何能賢建築師針對系爭工程追加減工項為鑑定，衡其性質，兩造上開合意屬證據契約，鑑定結果自有拘束雙方當事人之效力，原告所稱應以何能賢建築師事務所102 年12月31日（102 ）所函字第10201231001 號函檢附之系爭工程（追加減）變更工程價款初審意見表為據，自無可採。

（三）本院於105 年11月30日綜合兩造之聲請鑑定事項，函請何能賢建築師事務所進行系爭工程追加減工項之鑑定，經何能賢建築師依系爭契約之估價單、設計圖、現場會勘比對、工程慣例及經驗值，並參酌公共工程之優先順序後，出具鑑定報告書1 份可參（外放），核其鑑定並不違反常理，自堪採信。茲就原告主張被告應做未做應予扣減金額之工項，參酌何能賢建築師出具之鑑定報告書分別說明如下：

1.B 區公共排水溝（雜項工程未完成）：經現場勘查公共排水溝於B1～B3間約25公尺未連接完成，依設計圖圖號1/D2（4/33），本項為應做未做，應依契約單價扣減，依契約估價單第7/8 頁雜項工程第51項截水溝附鑄鐵蓋板每公尺2500元，計扣減金額為6 萬2500元。

2.主臥暖風機裝置普通排風機：經現場勘查主臥（2 樓）浴室為抽風設備，依契約附件11建材說明衛浴設備第4 點，

主臥室浴室裝多功能浴室暖風機，次臥浴室配抽風設備，本項為應做未做，應依契約單價扣減差價，依契約工程估價單每只價差7011元，差34只，應予扣減23萬8374元。

3.電梯6人份施作5人份：經現場勘查A8戶電梯為5人份，依設計圖圖號2/A7電梯標示6人份450公斤，另標準圖標示5人份400公斤，依工程慣例以設計圖優於標準圖，應施作6人份，本項為應做未做，應依契約單價扣減差價，依市場行情估價每座價差約1萬5000元，契約估價單數量為5座，扣減金額為7萬5000元。

4.1樓揚升馬達未裝：原告主張此部分共34戶，單價7790元，應扣減26萬4860元等語（見本院卷一第55頁、卷二第142頁），被告對於金額不爭執，惟抗辯已有採購馬達並交付原告（見本院卷二第195頁反面、第208頁），然被告並未舉證其確有交付乙事，即難為其有利之認定，則原告主張之扣減金額，應屬可採。

5.PU工程無效（無功能）需全面重做：原告主張應扣減153萬7063元（見本院卷一第55頁、卷二第143、144頁）等語，經現場勘查，本項有瑕疵未經被告修補，應扣減金額為102萬5756元（見鑑定報告書第12頁），惟被告前於102年6月21日出具切結書予原告，表示給付400萬元予原告，由原告自行僱工進行系爭工程之瑕疵修繕，有該切結書在卷可憑（見本院卷二第55頁），而原告並自承應鑑定有無瑕疵部分，原告已僱工施作完竣（見本院卷二第195頁反面），則被告既已給付原告400萬元作為系爭工程之瑕疵修繕費，此部分金額自不得再予扣減。

6.A區外牆施工法有誤起水泡需重新處理：原告主張此部分共7戶，應扣減15萬3621元（見本院卷一第55頁、卷二第150至153頁），經現場勘查，本項有瑕疵未經被告修補，參酌市場行情及報價單估價修補金額為14萬元（見鑑定報告書第12頁），然被告已給付原告400萬元作為系爭工程之瑕疵修繕費，自不得再予扣除此筆金額。

7.道路柏油工程分攤：原告主張被告依分攤比率計算應分攤57萬0675元（見本院卷一第55頁），被告爭執是否有此約定（見本院卷二第195 頁反面），觀諸原告提出之102 年5 月19日工務會議紀錄結論第5 點記載「本社區內柏油重鋪工程費用由周主任估算後送呈公司核決，在範圍上，應屬富詳公司承攬施工之責任範圍由富詳營造公司負擔，另則由日南公司負擔」，並經被告公司經理陳祥興簽名確認（見本院卷二第154 至157 頁），堪認兩造間確有此約定，是原告主張應予扣除57萬0675元，即屬有據。

8.環境監測費（第1 季～第3 季）：原告主張被告應負擔環境監測費38萬4471元，被告表示願意負擔此筆款項（見本院卷二第195 頁反面），自應扣減38萬4471元。

9.NCC 電信申辦費：原告主張被告應負擔NCC 電信申辦費2 萬5810元（見本院卷一第55頁），被告則爭執是否有此約定（見本院卷二第195 頁反面），查原告提出之工程估價單（變更）上確有電信申請費之項目及單價（見本院卷二第166 至169 頁），顯見兩造間確有此約定，是原告主張應予扣除2 萬5810元，應屬可採。

10.環保罰款：原告主張依系爭契約第17條第4 款約定，被告應負擔環保罰款20萬元，被告表示願意負擔此筆款項（見本院卷二第195 頁反面），自應予扣減20萬元。

11.C 、D 區弱電系統未達應有樓層（4 樓）：經現場勘查未達設計圖應有樓層，本項為應做未做，應依契約單價扣減，扣減金額為1 萬9756元。

12.C 、D 區外牆白樺：原告主張此部分共10戶，應扣減30萬元（見本院卷一第55頁、卷二第175 頁），經現場勘查，本項有瑕疵未經被告修補，參酌市場行情及原告提供收據估價修補金額為30萬元（見鑑定報告書第12頁），然被告已給付原告400 萬元作為系爭工程之瑕疵修繕費，自不得再予扣除此筆金額。

13.浴室只做主臥淋浴拉門、乾濕分離（玻璃質），AB區缺2

間、CD區缺4 間：依工程慣例圖示不清楚或有不統一時，大比例尺優先於小比例尺，故以大比例尺圖面為依據，經現場勘查，僅主臥室衛浴有淋浴拉門，依契約附件11建材說明衛浴設備第1 、2 點，主臥室衛浴採用五星級飯店式淋浴拉門，次臥衛浴未標示，另契約估價單第7/8 頁無框式淋浴拉門數量為39樘，現場實際施作之A 、B 、C 、D 區主臥浴室合計34間，應做未做之數量為5 間，應依契約扣減金額為6 萬2500元（件鑑定報告書第6 、12頁）。原告雖質疑系爭工程A 、B 、C 、D4區各戶樓層應施作之乾濕分離淋浴拉門總計應為123 間，與鑑定報告之數量不合，查「1.本工程契約設計平面圖有不同比例，依工程慣例圖示不清楚或有不統一時，大比例尺優先於小比例尺，故106 年7 月25日鑑定報告書係採用大比例尺圖面為依據，小比例尺圖面一般為設計過程規劃圖，而大比例尺圖面方有詳細配置尺寸為依據。2.又依鑑定會勘時能進入之建物勘查結果，僅主臥室衛浴有淋浴拉門。…故依大比例尺圖面及現場能進入之建物勘查研判裝設34樘」等語，有何能賢建築師事務所107 年5 月3 日（107 ）所函字第107050 3001號函附卷可稽（見本院卷三第113 頁），鑑定人已詳述認定應做未做之淋浴拉門數量，故此部分依大比例尺圖面及現場勘查計算結果，應予扣減金額為6 萬2500元。

14.樓梯間省電自動感應燈未裝（1 戶1 個）：原告主張被告未裝設樓梯間自動感應燈，依系爭契約單價乘以34戶，應扣減3 萬3456元（見本院卷一第55頁、卷二第181 頁），被告表示願意負擔此筆款項（見本院卷二第195 頁反面），應予扣減3 萬3456元。

15.大理石色差嚴重未處理，即C 、D 區共10戶：原告主張每戶處分費5 萬元，應扣減50萬元（見本院卷一第55頁），經現場勘查，本項有瑕疵未經被告修補，參酌市場行情及原告提供收據估價修補金額為50萬元（見鑑定報告書第12頁），然被告已給付原告400 萬元作為系爭工程之瑕疵修

繕費，自不得再予扣除此筆金額。

16.交屋清潔費、週邊環境維護費未做：原告主張被告未施作交屋清潔、週邊環境維護，應予扣除該等費用38萬2000元（見本院卷一第56頁），被告則爭執此部分屬於瑕疵補正（見本院卷二第209 頁），查原告提出之估價單載有交屋清潔費、週邊環境維護費之項目及單價（見本院卷二第182 頁），此應屬被告依約應施作之部分，被告既未施作，則原告主張應予扣除38萬2000元，應屬可採。

17.消毒工程未做：原告主張被告應未施作消毒工程，應予扣除費用1 萬5000元（見本院卷一第56頁），被告則爭執此部分亦屬瑕疵補正（見本院卷二第209 頁），查原告提出之估價單確有消毒工程之項目及單價（見本院卷二第183 頁），堪認此工項屬被告依約應施作之部分，被告既未施作，則原告主張應予扣除1 萬5000元，即屬可採。

18.浴廁天花板以上未粉刷：依契約附件11建材說明平頂第2點，浴室平頂採用矽酸鈣板刷水泥漆，且依設計圖圖號3/D1（3/33）粉刷表浴室平頂為矽酸鈣板刷水泥漆。而依工程慣例，浴室施作天花板時，浴室牆面粉刷高度僅至天花板與牆面接觸面上緣約10公分處，故本項非屬應做未做或施作不當，無扣減金額（見鑑定報告書第6 頁）。

19.以上合計被告應做未做應予扣減之金額為233 萬4402元，原告主張被告應依不當得利之法律關係返還233 萬4402元，即屬有據，應予准許；逾此範圍之請求，不應准許。

（四）懲罰性違約金部分：

1.原告追加起訴主張被告施作工事停輟無常，施工超逾系爭契約原訂完工驗收日之101 年3 月25日，工期延宕甚鉅，被告竟於102 年6 月3 日以原告未同意其先前變更追加項目、數量、工期之請求，以及指稱原告未依其於102 年4 月28日所提送之「雜項工程完成」請款暨於102 年5 月28日所提送之「水電及電信設備接通完成」請款為由，率予停工逾5 日，已嚴重違約，原告自得依據系爭契約第21條

第1項第5款、第4款及第2款約定，於102年6月10日以大甲幼獅郵局存證號碼000029號存證信函，對被告為終止系爭契約之意思表示，並依系爭契約第21條第2項約定向被告請求懲罰性違約金2010萬元，爰先請求其中500萬元懲罰性違約金等語，並有原告提出之被告102年6月3日（102）富工第000000000號函、102年6月10日大甲幼獅郵局存證號碼000029號存證信函可稽（見本院卷二第229至230頁、第237至242頁），然為被告所否認，並以原告已102年11月16日出具同意書表示不再追究本件延誤工期之懲罰性違約金等語置辯。經查，被告102年6月3日（102）富工第000000000號函稱：被告於102年2月5日要求辦理變更及追加工期事宜，變更追加減之追加項目及數量於102年2月底即提交原告當時主辦工程師，但遲未獲答覆，於102年3月17日再以備忘錄提送，仍未獲正式書面答覆，卻以3月底為期限要求趕工交屋，對變更項目所需之材料及施工期程隻字不提；被告再於102年5月15日再次陳報，原告於102年5月20日函覆稱任何追加減皆需以書面經雙方議定後始生效力等語（見本院卷二第229至230頁），參以系爭契約第10條約定：「甲方（即原告）得為本工程以書面辦理變更設計，乙方（即被告）應配合之，如變更設計造成乙方承攬數量有增減時，以合約書之單價計算增減工程款。若有新增單價時，則須經雙方議價後以書面同意為準，此為約定的要式行為，甲、乙雙方均應確實遵守。」（見本院卷一第15頁），是被告於102年6月3日停工前，已多次要求與原告辦理變更追加減工項，然未獲原告回應，而系爭契約亦約定變更設計須經雙方書面同意為之，則被告既已要求原告配合辦理，原告卻未置理，被告所為之停工即難謂無正當理由，原告所為終止系爭契約之主張，為無理由。

2.況且，被告於102年6月21日出具切結書予原告，表示同意給付400萬元予原告自行僱工進行系爭工程之瑕疵修繕

，至依系爭契約尚待完成部分，即應做未做或應裝置未裝置之設施或配備部分，被告當應補做完成等語（見本院卷二第55頁），而原告於102 年11月26日出具同意書表示：收到被告公司法定代理人楊愷堂購置系爭工程4 戶房地之款項，另加計先前尚欠之5 戶費用，合計2940萬3749元，上開房地之價金經全數收迄無訛後，原告同意有關被告前承攬施作系爭工程之延誤工期與違約懲罰金額部分，不再訴究等語（見本院卷二第261 頁），參以原告於起訴狀所提出兩造於102 年11月7 日、103 年4 月10日、103 年4月17日就系爭工程召開之工務會議紀錄，均有載明請何建築師依合約精神完成追加減帳之審理等語（見本院卷一第31至39頁），由兩造於原告102 年6 月10日寄發終止系爭契約之存證信函後，仍有召開多次工務會議討論工程追加減帳款事宜乙情可知，原告並無終止系爭契約之意，被告所辯原告已出具同意書表示不再追究本件延誤工期之懲罰性違約金乙節，應屬可採。從而，原告追加請求被告給付懲罰性違約金500 萬元，為無理由，不應准許。

（五）綜上所述，原告已給付除保固款2%以外之全數工程款共計1 億9698萬元予被告，然被告既有應做未做之部分，即應返還該部分款項予原告，是原告依不當得利之法律關係，請求被告給付233 萬4402元，即屬有據，應予准許；逾此數額之請求，即不應准許。

二、反訴部分：

（一）反訴原告請求反訴被告給付追加工程款1260萬元，然為反訴被告所否認，並抗辯：依何能賢建築師之初審意見表，反訴原告並無1260萬元之追加工程款可請求；且依系爭契約爭契約第10條、第11條第4 項約定，系爭工程若有新增單價時，須經雙方議價後以書面同意為準，又系爭工程倘有變更原設計而施作時，須經反訴被告公司及其董事長簽章，及建築師書面確認始可，而反訴原告所為之工程變更追加款項1260萬元，不符合系爭契約上開要式約定；甚者

，反訴被告已對反訴原告為終止系爭契約之意思表示，依系爭契約第21條約定，反訴原告已喪失系爭工程之相關報酬請求權等語。查系爭契約第10條約定已如前述本訴部分（四）1.所述，系爭契約第11條第4項則約定：「凡工程變更設計（含建材）加減帳及工程完工驗收均須經甲方書面確認，方為核可。又本工程倘有變更原設計而施作時，須經甲方（本契約書載明之甲方公司及其董事長簽章），及建築師書面確認始可，其他人員概無權作此決定，乙方必須確實遵守，否則視為違約。」（見本院卷一第16頁），上開約定係針對系爭工程若有變更設計、變更原設計時時須以書面為之，然若非系爭工程範圍內之工項即追加工程部分，則未約定應以書面同意之要式為之，是倘反訴原告確有施作追加工程，依不當得利之法律關係，反訴被告即應給付追加工程款。至反訴被告所辯終止契約後反訴原告不得請求相關報酬云云，惟反訴被告所為終止契約並無理由，已如前述，故此部分所辯，洵非有據。

（二）反訴原告確有施作下述追加工程，業據證人何能賢證述明確，兩造復已合意由何能賢建築師進行系爭工程追加減帳之鑑定事宜，而初審意見表並非鑑定報告，詳見前述，茲以何能賢建築師106年7月25日出具之鑑定報告書說明反訴原告得請求之追加工程款如下：

1.1樓樓梯打除併增設欄杆扶手：本工項於發包後兩造論及該處收尾事宜，屬已告知應收尾工作，但兩造未議價簽訂契約，本項非屬於契約或施工圖說應施作項目，應予追加金額。依市場行情反訴原告報價單請求金額尚屬合理，唯其完成該工項必要之工作費用及包商利潤、管理費、營業稅應扣除，扣除後建議追加金額為8萬4972元。

2.C、D瓦斯管路變更為不鏽鋼管及配合停車場景觀修改管線（C1～C6、D1～D6，共10戶）：經查本工項係由原告現場工務單位指示修改，但兩造未議價簽訂契約，本項非屬於契約或施工圖說應施作項目，應予追加金額。依市場行

情反訴原告報價單請求金額尚屬合理，建議追加金額為19萬6928元。

3.C區花台追加（C1～C5、D1～D6，共9戶）：依工程慣例應屬景觀工程，並未在本工程之範圍內，兩造未議價簽訂契約，本項非屬於契約或施工圖說應施作項目，應予追加金額。依市場行情反訴原告報價單請求金額尚屬合理，建議追加金額為17萬4734元。

4.A1～A9、A12 ～A20 車庫前壓花地坪，A10 ～A11 、B1～B7、C1～C6、D1～D6玄關花崗石地坪增設各戶洗衣平台：洗衣平台依工程慣例應屬景觀工程，並未在本工程之範圍內，且該洗衣平台於申請建照時需為植草不可為硬鋪面，故未包含於本工程之範圍內，另玄關花崗石地坪原設計圖標示為80× 80公分拋光石英磚地坪，施工單位於安全考量建議修改材質，兩造未議價簽訂契約，本項非屬於契約或施工圖說應施作項目，應予追加金額。依市場行情反訴原告報價單金額尚屬合理，唯其完成該工項必要之工作費用及包商利潤、管理費、營業稅應扣除，扣除後追加金額為68萬6218元。

5.牌樓柱變更為石材：原設計圖為貼二丁掛，經兩造開會討論修改為石材，兩造未議價簽訂契約，本項非屬於契約或施工圖說應施作項目，依市場行情反訴原告報價單金額尚屬合理，唯其完成該工項必要之工作費用及包商利潤、管理費、營業稅應扣除，扣除後追加金額為58萬5970元。

6.牌樓及圍牆泥作裝修工程（A10 ～A11 、B1～B7、C1～C5、D1～D5，共18戶）：有設計圖圖號，契約估價單無編列數量，非屬應做未做或施作不當部分，反訴原告報價單請求追加金額556 萬6176元，依市場行情尚屬合理，建議兩造就本工項議價，酌予追加計價，並有何能賢建築師事務所107 年11月7 日（107 ）所函字第1071107001號函可參（見本院卷三第135 至136 頁）。

7.電梯牆打除、電梯門崁縫、電梯外牆貼做磁磚（C2～C6、

D1～D5、A11 、A13 ，共10戶）：本工項係由原告指示施作，依工程慣例本項非屬於契約或施工圖說應施作項目，應予追加金額。依市場行情反訴原告報價單金額尚屬合理，追加金額為38萬6288元。

8.電動捲門變更（A1～A9、A12 ～A20 ，共16戶）：契約估價單標示電動捲門共7+2 樘，設計圖圖號牌樓及外牆詳圖標示快速捲門完成數量為14+2樘，超過契約數量7 樘，依工程慣例本項非屬於契約或施工圖說應施作項目，應予追加超過契約數量金額。依市場行情反訴原告報價單金額165 萬1650元尚屬合理，建議兩造就本工項議價，酌予追加計價，並有何能賢建築師事務所107 年11月7 日（107 ）所函字第1071107001號函可參（見本院卷三第135 至136頁）。

9.C6戶變更追加：本工項係銷售附帶變更非建築師所知悉，又無法進入現場勘查，本項無法鑑定。既屬無法鑑定，則反訴原告請求此項追加工程款，即屬無據。

10.以上合計反訴原告得請求之追加工程款為933 萬2936元，是反訴原告依不當得利之法律關係，請求反訴被告給付933 萬2936元，即屬有據，應予准許；逾此範圍之請求，不應准許。

伍、綜上所述，本訴部分，原告依不當得利之法律關係，請求被告給付233 萬4402元，及自起訴狀繕本送達翌日即103 年12月26日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，不應准許。反訴部分，反訴原告依不當得利之法律關係，請求反訴被告給付933 萬2936元，及自反訴狀送達翌日即104 年12月23日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許；逾此範圍之請求，為無理由，即不應准許。

陸、兩造分別陳明願供擔保請准宣告假執行及免為假執行，經核本訴原告及反訴原告勝訴部分，於法尚無不合，爰分別酌定相當之擔保金額准許之；至本訴原告及反訴原告敗訴部分既

經駁回，其假執行之聲請即失所附麗，應併予駁回。

柒、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，核與判決之結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

捌、本訴及反訴訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第79條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　30　　日

民事第一庭　　法　官　廖欣儀

正本係照原本作成。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀。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　　108　　年　　4　　月　　30　　日

書記官　許家豪