臺灣臺北地方法院民事判決

106年度建字第57號

原　　告
即反訴被告　建築家工程股份有限公司
法定代理人　陳俊男
訴訟代理人　孫治平律師
　　林忠儀律師
被　　告
即反訴原告　弘將建設工房即林玉珠
訴訟代理人　陳敬穆律師

上列當事人間給付工程款等事件，本院於民國108 年4 月1 日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告新臺幣壹佰肆拾玖萬參仟貳佰玖拾元，及自民國一百零六年一月十七日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

訴訟費用由被告負擔。

本判決第一項，於原告以新臺幣肆拾玖萬柒仟柒佰陸拾參元為被告供擔保後，得假執行；但被告如以新臺幣壹佰肆拾玖萬參仟貳佰玖拾元為原告預供擔保，得免為假執行。

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、程序方面：

壹、按當事人得以合意定第一審管轄法院。但以關於由一定法律關係而生之訴訟為限。前項合意，應以文書證之，民事訴訟法第24條定有明文。經查，本件依兩造所簽定之工程契約書（下稱系爭契約）第17條之約定，合意以本院為第一審管轄法院（見本院卷一第7 頁背面）。揆諸首揭規定，是本院就本件訴訟自有管轄權，合先敘明。

貳、次按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴。反訴之標的，

如專屬他法院管轄，或與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得提起。反訴非與本訴得行同種之訴訟程序者，不得提起，民事訴訟法第259 條、第260 條第1 項、第2 項定有明文。所謂反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法有牽連關係者，乃指反訴標的之法律關係與本訴標的之法律關係兩者之間，或反訴標的之法律關係與本訴被告作為防禦方法所主張之法律關係兩者之間，有牽連關係而言；即舉凡本訴標的之法律關係或作為防禦方法所主張之法律關係，與反訴標的之法律關係同一，或當事人雙方所主張之權利，由同一法律關係發生，或本訴標的之法律關係發生之原因，與反訴標的之法律關係發生之原因，其主要部分相同，均可認兩者間有牽連關係（最高法院95年度台上字第1558號判決要旨參照）。查本件原告起訴主張依系爭契約與兩造間買賣契約及不當得利之法律關係，分別訴請被告給付其積欠之工程款新臺幣（下同）144 萬2890元及買賣價金、不當得利返還5 萬400 元；被告則對原告提起反訴訴請原告給付其為修補原告施作瑕疵所生之必要費用及損害賠償，足認本件反訴標的之法律關係與本訴被告作為防禦方法所主張之法律關係間有牽連關係，揆諸前揭規定說明，本件被告提起反訴，於法尚無不合，應予准許。

參、又按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但被告同意、請求之基礎事實同一、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1 款至第3 款定有明文。經查：

本件原告起訴時之聲明原為訴請被告給付149 萬9400元（其中含工程款144 萬9000元及買賣價金5 萬400 元）及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之5 計算之利息，並僅以買賣契約法律關係為其訴請前開買賣價金5 萬400 元之請求權基礎；嗣經原告分別於民國107 年3 月29日、108 年3 月18日以書狀及言詞，追加不當得利法律關係為請求上開買賣價金5 萬400 元之請求權基礎（見本院卷二第31

頁至第32頁），並將訴請告給付之金額總計減縮為149 萬3290元（即工程款144 萬2890元及上開買賣價金、不當得利返還之5 萬400 元），且被告對此亦表示其沒有意見等語（見本院卷三第2 頁背面至第3 頁），經核原告上開訴之追加變更，請求之基礎事實同一，屬減縮應受判決事項之聲明且經被告同意，揆諸前揭規定，核無不合，自應准許之。

本件反訴原告係以民法第493 條第2 項、第495 條第1 項之規定為請求權基礎，提起反訴訴請反訴被告給付修補瑕疵之必要費用132 萬元、跌價損失280 萬元之損害賠償，後於108 年3 月27日提出之辯論意旨狀第16頁（見本院卷三第12頁背面）始提及增列不完全給付之規定為請求權基礎，經核反訴原告上開訴之追加，請求之基礎事實同一，揆諸前揭規定，核無不合，自應准許之。

乙、實體方面：

壹、本訴部分：

一、原告起訴主張：

原告承攬被告「羅群段集合住宅新建工程」之外牆塗裝系統工程（下稱系爭工程），兩造於103 年12月11日簽立系爭契約，兩造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（不含百分之5 營業稅），施工範圍如被證7 螢光筆所示（見本院卷一第86頁至第89頁），經原告依約就系爭契約中防垂流系統（長度為1938公尺）完成施工，並已依約就系爭契約中外牆木棉文理透氣防水塗裝系統除如被證9 圖28至圖31、圖33、圖36、圖56至圖58、圖60所示合計9.1871平方公尺（見本院卷一第155 頁背面至第156 背面、第157 頁及其背面、第162 頁背面至第163 頁背面）以外部分完成施工，被告僅依系爭契約約定給付百分之40之訂金92萬元（計算式：230000*40/100 ＝920000），經計算營業稅後原尚有144 萬9000元【計算式：（0000000-000000）*1.05 ＝0000000 】之工程款未給付，再就前開漏塗部分按估價單（即原證

2，見本院卷一第8頁背面）所載每平方公尺665元之單價合計扣款6110元（計算式：9.1871* 665 ＝6110），被告尚有144萬2890元工程款未給付，原告自可依據系爭契約第7條第2項及承攬之法律關係訴請被告給付上開款項。

被告於104年7月間為自行施作林玉珠自宅（即宜蘭縣○○鎮○○街○○○號建物）圍牆牆面工作，向原告購買6桶矽烷酮透氣無光面層保護塗料，每桶8000元，加計營業稅，被告尚欠5萬400元之買賣價金未給付；又若認無法證明兩造間就上開矽烷酮透氣無光面層保護塗料6桶成立買賣關係，被告取走上開矽烷酮透氣無光面層保護塗料後，被告無法律上之原因受有財產上之利息，且致原告受有損害，原告亦可依民法第179條、第181條但書之規定請求被告返還起所受利益之價額5萬400元，請求法院擇一為原告有利之判決。

至於被告答辯瑕疵而依民法第494條本文規定向原告主張減少報酬64萬9000元部分，被告並未曾定期通知原告修補瑕疵，此業據被告訴訟代理人於106年10月23日鈞院言詞辯論期日之自認：「（問：是否已就上開瑕疵定期通知原告修補？）本件我們認為對造沒有完工，我們想等完工後一起通知修補瑕疵，但因為都沒有完工處理收尾事項，所以也沒有另行通知修補瑕疵。」等語明確（見本院卷一112頁背面），被告既未依民法第493條之規定，定相當期限請求原告修補瑕疵，自不得依民法第494條本文規定向原告請求減少報酬；又查被告自系爭工程於105年2月間完工時起即藉詞瑕疵拒付款項，卻遲至107年1月29日民事答辯ŋ狀始依上開規定請求減少報酬、損害賠償（見本院卷一第193頁至第194頁背面），自已罹於民法第514條第1項所定之時效。此外，就鑑定報告所稱外觀色差、塗料褪色，疑似因塗料調配比例、塗層厚度不足或不均勻、塗料層裂紋部分，認為疑似因塗料調配比例欠妥、塗層厚度不足，導致塗料層無法抵抗牆面粉刷層毛細裂紋的張力，產生不規則裂紋云云，均有違誤，理由詳見原告綜合辯論意旨狀第4頁至第11頁（見本院卷二

第207頁至第214頁）。

㈡聲明：

㈠被告應給付原告149萬3290元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按週年利率百分之5計算之利息。

㈡原告願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告辯以：

原告施作系爭工程，有被證9圖1至圖27、圖32、圖34、圖35、圖37至圖121部分之重大瑕疵（下稱系爭瑕疵），業經鑑定報告明確指明，且系爭工程尚未完成驗收，原告並未完成系爭工程，自不得向被告請求給付工程款。

原告就系爭工程之施作，既有系爭瑕疵，被告並有於105年8月24日以傳送簡訊「這星期再不來收尾，就不用來了…尾款你也別想請款了…」等語」（即被證3右下方之簡訊，見本院卷一第54頁）之方式，定期通知被告進行瑕疵之修補，並依民法第494條之規定行使減少價金請求權，並無罹於民事訴訟法第514條第1項時效之情，被告自可依民法第494條之規定主張減少報酬64萬9000元，且若認被告不符民法第494條所定之要件，因上開瑕疵之發生，係可歸責於原告，被告仍得依不完全給付之規定請求被告賠償，並依民法第337條之規定與原告之請求主張抵銷。

另被告自宅並未漆有原告塗料，原告提出之原證8照片僅能看出被告有施作塗料在自宅，並無法確認是否為原告所稱之矽烷酮透氣無光面層保護塗料，原告又不願委請第三方公證鑑定，而證人廖世揣又自稱係聽證人孫麒舜轉述，證人孫麒舜則受僱於原告，其證詞是否公證客觀，已非無疑，原告並未提出證據資料證明此部分之事實。

㈡聲明：

㈠原告之訴及假執行之聲請駁回。

㈡被告如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。

貳、反訴部分：

一、反訴原告起訴主張：

反訴被告施作系爭工程有系爭瑕疵，業經鑑定，且經反訴原告提出大砌塗裝有限公司之估價單（即被證6，見本院卷一第73頁），反訴原告已於105年8月24日以傳送簡訊「這星期再不來收尾，就不用來了…尾款你也別想請款了…」等語」（即被證3右下方之簡訊，見本院卷一第54頁）之方式，定期通知被告進行瑕疵之修補，且於105年11月23日發函催告並主張要終止契約及請求相關損失（即反訴證物3，見本院卷二第52頁、第53頁），反訴原告既已多次催告反訴被告，反訴原告自可依據民事訴訟法第493條第2項規定反訴請求反訴被告給付必要之修補費用132萬元；另系爭工程因有反訴被告施作不當所生之系爭瑕疵存在，因該外牆之瑕疵係直接彰顯於外，市場上會因此對系爭建物之價值產生貶損，又系爭工程之建物共6棟，扣除已貼補瑕疵減價部分4棟共80萬元，另就尚未售出之2棟部分，其貶損之價值，尚需透過鑑定單位予以釐清，於此之前爰先針對該尚未售出之2棟部分請求每棟100萬元，反訴原告自可依民法第495條第1項請求反訴被告給付價格貶損之賠償280萬元（計算式：200000*4+0000000*2＝0000000）；又若認反訴原告不符民法第493條、第495條所定之要件，因上開瑕疵之發生，係可歸責於反訴被告，反訴原告仍得依不完全給付之規定請求反訴原告賠償。

聲明：

－反訴被告應給付反訴原告412萬元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

二、反訴被告辯以：

反訴原告固主張依民法第493條、第495條規定請求反訴被告給付就系爭瑕疵所生修補費用、跌價損失之損害賠償云云。惟反訴被告已否認系爭瑕疵存在，同前所述，即便認系爭瑕疵存在，反訴原告亦未民法第493條第1項之規定定期通知修補瑕疵，況反訴原告自系爭外牆工程於105年2月間完

工時起即藉詞瑕疵拒付款項，卻遲至107 年1 月25日始以民事答辯ŋ狀始依上開規定主張權利，並至107 年4 月20日民事反訴起訴狀始請求修補之必要費用及損害賠償，經核均已罹於民法第514 條第1 項所定1 年之時效。

聲明：

－反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。

—願供擔保，請准宣告免為假執行。

參、兩造不爭執事項（見本院卷三第3 頁）：

一、原告向被告承攬系爭工程，兩造於103 年12月11日簽立系爭契約，兩造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（不含百分之5 營業稅），施工範圍如被證7 螢光筆所示（見本院卷一第86頁至第89頁）。

二、被告業已依據系爭契約約定給付百分之40之訂金92萬元（計算式：0000000 元*40/100 ＝920000），現尚餘138 萬元之工程款未給付，加計營業稅後為144 萬9000元（計算式：0000000*1.05＝0000000 ）之工程款未給付。

三、原告業已依約就系爭契約中防垂流系統（長度為1938公尺）完成施工，並已依約就系爭契約中外牆木棉文理透氣防水塗裝系統除如被證9 圖28至圖31、圖33、圖36、圖56至圖58、圖60所示之合計9.1871平方公尺（見本院卷一第155 頁背面至第156 背面、第157 頁及其背面、第162 頁背面至第163 頁背面）以外部分完成施工，就前開漏塗之9.1871平方公尺，應按原證2 估價單（見本院卷一第8 頁背面）所載每平方公尺665 元之單價合計扣款6110元（計算式：9.1871* 665 ＝6110）。

四、被證9 之照片（見本院卷一第149 頁至第179 頁）為被告於106 年12月24日拍攝。

五、原證8 之照片（見本院卷一第186 頁至第187 頁）為被告住處外觀照片。

肆、本院得心證之理由：

本件原告依系爭契約第7條第1項、承攬、買賣、不當得利之法律關係訴請被告給付149萬3290元部分，為被告所否認，並以前開情詞置辯；反訴原告依民法第493條第2項、第495條第1項、不完全給付之法律關係訴請反訴被告給付412萬元部分，為反訴被告所否認，並以前開情詞置辯，經查：

一、原告是否得依系爭契約第7條第2項及承攬之法律關係請求被告給付144萬2890元？

按「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。約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部」、「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；工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬」、「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵」、「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」、「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、第494條等規定，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」，民法第490條、第505條、第492條、第493條第1項、第2項、第495條第1項分別定有明文。依此，承攬人瑕疵擔保責任與承攬人工作之完成有間，倘承攬工作已完成，縱該工作有瑕疵，亦不得因而謂工作尚未完成，且無解於定作人應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬修補，如承攬人不於所定期限內修補瑕疵，或拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，得行使解除權或請求減少報酬而已（最高法院85年度台上字第2280號判決、73年度台上字第2814號判決意旨參照）。而承攬係以工作完成為目的之契約，承攬人之工作是否完成，應就契約之內容觀察，視工作是否發生契約預期之結果而定。

系爭契約第7條第2項約定：「　工程給付方式為40%訂金，50%工程款項，10%完工款（本項工程施工完成驗收後結清）。」（見本院卷一第7頁），本件原告主張除漏塗被證9圖28至圖31、圖33、圖36、圖56至圖58、圖60所示之合計9.1871平方公尺（見本院卷一第155頁背面至第156背面、第157頁及其背面、第162頁背面至第163頁背面）外，其已依約就系爭契約中防垂流系統（長度為1938公尺）、外牆木棉文理透氣防水塗裝系統完成施工，為兩造所不爭執，業如前述，再證人即原告指派擔任系爭工監工之孫麒舜到庭結證稱：系爭契約之內容於105年2月就已全數完成，完工時，被告都是以電話告知何處有問題要求修繕，被告反應之問題都是他項工程造成污染及毀損，伊保持要完工之心態，也都按被告要求派人去處理重刷，伊有要求被告一起現場勘驗，但被告都不願意，一直到經原告公司告知被告不願付款後，才暫緩修繕之工作等語（見本院卷一第59頁、第60頁）；證人即實際施作系爭工程之廖世擇到庭結證稱：伊是原告之小包，伊有全程參與系爭工程包含外牆木棉紋裡透氣防水塗裝系統及防垂流系統之施作，系爭工程都已完成，但沒有進行驗收，被告一直向伊表示哪裡髒了、哪裡髒了，要伊去處理，被告曾跟伊說願意給付工資請伊去收尾，但伊沒有去，因為伊當時與原告有簽契約，伊想被告所稱之收尾應該是指牆面髒污部分之處理、滴水條於拆鷹架時被踩踏的回復，但被告只講到要收尾及牆面髒污，沒有提到具體細節，被告沒有提到有尚未完成之工作要請伊再做等語（見本院卷二第3頁、第5頁背面、第6頁），復觀諸被告所提系爭瑕疵之照片（即被證9圖1至圖27、圖32、圖34、圖35、圖37至圖121，見本院卷一第149頁至第155頁背面、第156頁背面至第179頁），原告依系爭契約所為關於防垂流系統、外牆木棉文理透氣防水塗裝系統之施作，大致上已達契約目的且具備通常之效用，應認原告已依約完成工作。此外，工程承攬關係中，瑕疵修補分為三個階段，意義各不相同。第一階段

係施工中基於品質管理程序所發見者，承攬人應依定作人之指示於合理期間內修補完成；第二階段係竣工後驗收時所發見者，承攬人須完成瑕疵修補方得完成驗收程序；第三階段則係保固或瑕疵擔保期間所發見者。第二階段與第三階段之分界在於雙方是否完成「驗收」之程序。倘定作人已佔用工作物，並進而使用該工作物，應認承攬人完成之工作已經完成驗收程序，嗣後乃瑕疵擔保範圍，即民法第493 條至第495 條之瑕疵擔保責任，否則一方面賦予定作人先行受領工作物之利益，另方面又允許定作人以工程品質有瑕疵或有部分項目未施作，爭執未完工或未驗收，即有失事理之平，系爭工程所在之建物，早經被告占有，並將部分轉售他人等情，為被告訴訟代理人於106 年4 月13日所自承（見本院卷一第40頁背面），並有被告提出其於104 年12月間簽立願折讓20萬元與買屋之人後先行交屋之協議書4 份在卷可參（見本院卷一第195 頁至第198 頁），應認系爭工程已進入第三階段之瑕疵擔保階段，若系爭工程存有瑕疵，被告應依民法第493 條以下規定行使瑕疵擔保權利，不得再以工作有瑕疵或部分不影響契約本旨之項目未施作為由，爭執工程未完工或未驗收。再就前開漏塗部分應扣款6110元一節，復為兩造所不爭執，是原告主張依系爭契約第7 條第2 項、承攬之法律關係訴請被告給付144 萬2890元，應屬可採。

二、被告答辯依民法第494 條規定減少報酬64萬9000元，並依不完全給付請求被告賠償，且依民法第337 條規定與原告請求主張抵銷；反訴原告另依民法第493 條第2 項、第495 條第1 項、不完全給付之法律關係反訴訴請反訴被告給付412 萬元部分：

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；承攬人不於前條第1 項所定期限內修補瑕疵，或依前條第3 項之規定拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬；因可

歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，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；定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發見後一年間不行使而消滅，民法第493 條第1 項、第494 條前段、第495 條第1 項、第514 條第1 項分別定有明文。次按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，庶免可修繕之工作物流於無用，浪費社會資源，亦有最高法院106 年度第5 次民事庭會議決議可參。末民法第495 條第1 項、第498 條第1 項、第499 條、第514 條第1 項等規定，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（最高法院106 年度台上字第237 號判決意旨參照）。依據前開規定及說明，可知定作人於承攬人之施作發生瑕疵時，應先定相當期限請求承攬人修補，如承攬人不於期限內修補時，始得自行修補，並主張減少報酬、請求承攬人償還修補必要費用或損害賠償，且定作人應於瑕疵發見後1 年內行使民法第493 條至第495 條所定瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權，如定作人未於期限內定期催告承攬人修補瑕疵，其即不得依承攬章節之規定主張減少報酬或請求償還修補費用及損害賠償，亦不得另依民法第227 條之相關規定行使權利。

被告主張原告施作系爭工程具有系爭瑕疵，其已以105 年8月24日傳送簡訊（即被證3 右下方之簡訊，見本院卷一第54頁）、於105 年11月23日發函催告並主張要終止契約及請求相關損失（即反訴證物3 ，見本院卷二第52頁、第53頁），為原告所否認，而觀諸上開簡訊及105 年11月23日函文內容前者記載「這星期再不來收尾，就不用來了…尾款你也別想請款了…」、「做工程沒有人像你們一樣一拖再拖沒有期限。忍無可忍。電話也不接。生氣～」、後者則係以原告並未完工、尚有部分工項未施作為由，要求原告繼續進場完成後續工程，並通知原告若不繼續進場施作將終止契約、拒絕給付剩餘款項並就遲誤工期之損失請求損害賠償，內容均未提及系爭瑕疵之任何內容，被告訴訟代理人於本院審理中亦稱：「（法官問：是否已就上開瑕疵定期通知原告修補？）答：本件我們認為對造沒有完工，我們想等完工後一起通知修補瑕疵，但因為都沒有完工處理收尾事項，所以也沒有另行通知修補瑕疵。」（見本院卷一第112 頁背面），是本件實難認被告所發上開簡訊及函文有定期催告原告就系爭工程修補系爭瑕疵之意，再依證人孫麒舜、廖世擣前開所述證言，被告亦僅就他項工程造成污染及毀損要求原告處理，而未提及系爭瑕疵內容，是依據前開規定及說明，被告既未定期催告原告修補系爭瑕疵，自不得依民法第494 條規定主張減少報酬64萬9000元或依民法第493 條第2 項、第495 條第1 項之規定反訴訴請原告給付412 萬元，亦不得另依民法第227條之規定請求損害賠償。

按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷，按債之請求權雖經時效而消滅，如在時效未完成前，其債務已適於抵銷者，亦得為抵銷，民法第334 條第1 項前段、第337 條分別定有明文。次按債務之抵銷，以雙方當事人互負債務為必須具備之要件，若一方並未對他方負有債務，則根本上即無抵銷之可言，最高法院著有18年上字第1709號民事判例要旨可參。本

件被告固主張依民法第337 條主張抵銷云云，然本件被告既未定期催告原告修補系爭瑕疵，其不得依民法第494 條規定主張減少報酬64萬9000元或依民法第493 條第2 項、第495 條第1 項之規定反訴訴請原告給付412 萬元，亦不得另依民法第227 條之規定請求損害賠償，業如前述，是被告對於原告並無債權存在，應可認定，依據前開規定及說明，被告對於原告既無債權存在，自亦不得依民法第337 條之規定主張抵銷，被告前開主張，難認於法有據。

三、原告依買賣、不當得利之法律關係請求被告給付5 萬400 元部分：

證人孫麒舜於本院審理中到庭結證稱：被告於104 年7 月約伊到被告住處，討論系爭工程所在建物二工何時會完成，伊到被告住處時，看到被告請工人塗裝其自宅外牆，用的就是原告Sto 的塗料，伊有問被告說塗料來源，被告回答因工地還有剩料就拿來用，伊當場有告知被告說系爭工程尚未完工，材料怎麼可以先拿來用？伊後續有跟公司回公司告知一桶8000元，總共6 桶等語（見本院卷一第61頁背面）；證人廖世揂於本院審理中到庭結證稱：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，至少有6 桶以上，伊有將此事告知孫麒舜，伊沒有去找為何會短少。原證8 中被告住處建物之照片，只看得出白白的，無法看出有沒有塗矽烷酮透氣無光面層保護塗料等語（見本院卷二第6 頁），觀諸原告提出被告住處外觀照片（見本院卷一第186 頁至第187 頁），被告住處外牆確實塗有白色塗料，經核與上開證人所述情節大致相符，是原告主張被告自行取走原告施作系爭工程之矽烷酮透氣無光面層保護塗料6 桶，尚可憑採。至於被告空言指摘證人孫麒舜證詞偏頗而不可採云云，並無依據，尚難逕捨證人孫麒舜證詞為被告有利之認定。

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。本件原告主張其因遭被告自行取走施作系爭工程之矽烷酮透氣無光面層保護塗料6 桶塗裝被告住處，每桶8000元（未稅）等語，業據原告提出其內部產品價格資料、銷售他人之統一發票在卷可參（分見本院卷一第132 頁至第134 頁），而原告未舉證兩造就上開矽烷酮透氣無光面層保護塗料業已達成買賣之合意，被告亦未就其取得上開矽烷酮透氣無光面層保護塗料6 桶具法律上原因提出說明及舉證，是原告依不當得利之法律關係請求被告返還其因遭被告自行取走矽烷酮透氣無光面層保護塗料6 桶之價額5 萬400 元（含稅，計算式：8000*6*1.05 ＝50400 ），自屬有據，原告依買賣之法律關係請求被告給付部分，則無依據，併此敘明。

四、綜上所述，本件原告依系爭契約第7 條第1 項、承攬、不當得利之法律關係訴請被告給付149 萬3290元（計算式：0000000+50400 ＝0000000 ）部分，為有理由，應予准許，反訴原告依民法第493 條第2 項、第495 條第1 項、不完全給付之法律關係訴請反訴被告給付412 萬元部分，均為無理由，應予駁回。

五、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，或依督促程序送達支付命令，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；應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之5 ，民法第229 條第2 項、第233 條第1 項前段及第203 條分別定有明文。本件起訴狀繕本於106 年1 月6 日因未獲會晤本人亦無受領文書之同居人或受僱人，而對被告為寄存送達，有本院送達證書1 份在卷可稽（見本院卷第一第21頁），依據民事訴訟法第138 條第2 項規定，應自00

0年0月00日生送達效力。是原告依前開規定，自得請求被告給付自該起訴狀繕本送達翌日（即106年1月17日）起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

六、就本訴部分，兩造均陳明願供擔保聲請宣告假執行或免為假執行，經核均與法律規定相符，爰分別酌定相當擔保金額予以宣告。就反訴部分，反訴原告就其敗訴部分陳明願供擔保聲請宣告假執行，因訴之駁回而失所依據，不予准許。

伍、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所提證據，經核均與判決結果不生影響，爰不一一論列，併此敘明。

陸、訴訟費用負擔之依據：民事訴訟法第78條。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　4　　月　　30　　日

民事工程法庭法官　唐于智

以上正本係照原本作成。

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　鞠云彬