

臺灣高等法院臺中分院民事判決

111年度上更一字第8號

上訴人 黃水利
追加原告 黃英男即阿里山養鵝場

共 同

訴訟代理人 洪嘉鴻律師
被上訴人 泰和科技有限公司

法定代理人 曾弘中
訴訟代理人 梁家豪律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國109年12月11日臺灣臺中地方法院109年度訴字第112號第一審判決提起上訴，經最高法院第一次發回更審，上訴人追加黃英男即阿里山養鵝場為原告，並為訴之變更，本院於111年10月19日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

變更之訴及假執行之聲請均駁回。

變更之訴訴訟費用均由上訴人及追加原告連帶負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

一、按於第二審訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之。但請求之基礎事實同一者，該訴訟標的對於數人必須合一確定時，追加其原非當事人之人為當事人者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款、第5款定有明文。上訴人黃水利（下稱黃水利）於原審依民國104年12月16日之「種鵝場合約書」（下稱系爭契約）請求被上訴人給付新台幣（下同）202萬5000元本息，嗣於本院審理時追加黃英男即阿里山養鵝場（下稱黃英男）為原告，並變更聲明請求被上訴人給付黃水利及黃英男（下合稱上訴人等）202萬5000元本息（見本院卷二第6頁），而上訴人等變更聲明之基礎

事實與原訴之基礎事實均相同，均本於系爭契約主張，無另行調查證據之必要，無礙於訴訟終結；且上訴人等請求被上訴人負損害賠償責任，此一債權行使，訴訟標的對於全體共同契約人必須合一確定，核與前揭規定相符，均應予准許。又上訴人等既為合法訴之變更，本院即僅就新訴為裁判（最高法院71年度台上字第3746號民事判決先例意旨參照），合先敘明。

二、次按當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法，但有對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者、如不許其提出顯失公平者，不在此限，民事訴訟法第447條第1項但書第3、6款定有明文。復按當事人以在第一審已經主張之爭點，即其攻擊或防禦方法（包含事實、法律及證據上之爭點），因第一審法院就該事實、法律及證據上評價錯誤為理由，提起上訴，其上訴理由，仍在第一審審理之範圍內，應允許當事人就該上訴理由，再行提出補強之攻擊或防禦方法，或就之提出其他抗辯事由，以推翻第一審法院就該事實上、法律上及證據上之評價，此尋繹該條項但書第3款之修正理由自明。另按審判所追求者，為公平正義之實現，如依各個事件之具體情事，不准許當事人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平者，應例外准許當事人提出之，否則法院之裁判殆失其意義，此乃同條項但書第6款規定之所由設（最高法院99年度台再字第60號、101年度台上字第281號判決意旨參照）。被上訴人固抗辯上訴人等於本院始主張受侵害之權利為工作權及營業權（見本院卷一第233、239頁），屬新攻擊防禦方法而違反上開但書各款規定等語（見本院卷一第77、273頁）。然黃水利於原審即已基於民法第184條第1項前段、後段及同法第226條第1項、第277條規定等法律關係而請求，是以，上訴人前開主張僅係就前揭攻擊防禦方法為補充，且如不許上訴人等提出請求，上訴人等就主張所受權利或權益遭受侵害之事實，亦無從另訴請求，容有顯失公平之情形。故依上開規定，自應准許提出。

01 貳、實體部分：

02 一、上訴人等主張：兩造於104年12月16日簽訂系爭契約，約定
03 自105年9月1日起至108年8月31日止，上訴人等應將全數孵
04 化之烏鬃鵝小鵝，以每隻150元出售被上訴人。詎被上訴人
05 於107年2月以上訴人交付小鵝（下稱系爭小鵝）有卵黃置
06 留、臍帶炎、不進食及大量死亡之瑕疵（下稱系爭瑕疵）為
07 由，而拒絕給付價金；且被上訴人於同年3月12日以臺中樹
08 仔腳郵局第00號存證信函（下稱系爭存證信函）僅對黃水利
09 一人為終止系爭契約之意思表示並不合法，且違反系爭契約
10 第10條第5款不得未經其等同意將購得之烏鬃鵝作培育種鵝
11 使用之約定（下稱系爭約定），於同年4、5月間將所購1350
12 隻小鵝交予訴外人翁○樺繁殖（下稱系爭烏鬃鵝），致使上
13 訴人等所培育全台唯一繁殖之原種烏鬃鵝外流，顯係故意以
14 背於善良風俗之方法加損害於其等之工作權及營業權，且該
15 行為係屬不完全給付並無從補正，而屬給付不能。則以上訴
16 人等無法取得系爭契約所存餘54期之小鵝出售利潤（每隻利
17 潤70元計），所失利益為561萬5680元；及上訴人等亦受有
18 履行利益以外之損害，例如：支出調查烏鬃鵝去向費用10萬
19 元、委託律師假扣押費用2萬元與銷毀拍定之烏鬃鵝受損53
20 萬1175元（下略稱系爭履行利益外損害），合計至少受有62
21 6萬6855元之損害，僅先請求其中202萬5000元；併以公、母
22 鵝1比5之比例及每隻母鵝每年至少產出12隻小鵝及系爭契約
23 所餘約1年期間計算，其等受有202萬5000元之損害。爰依民
24 法第184條第1項前段、後段及同法第226條第1項、第227條
25 規定，請鈞院擇一判命被上訴人給付202萬5000元本息之判
26 決。並變更聲明：1. 被上訴人應給付上訴人等202萬5000
27 元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計
28 算之利息。2. 上訴人等願供擔保請准宣告假執行。

29 二、被上訴人則以：系爭契約屬買賣兼承攬之繼續性供給契約。
30 上訴人等自106年11月起所交付小鵝存有系爭瑕疵，且無法
31 補正，被上訴人可不定期催告逕終止系爭契約；縱認系爭瑕

疵可補正，被上訴人已於107年3月9日催告上訴人等補正，但上訴人等拒絕補正，被上訴人得類推適用民法第227條、民法第254條至第256條規定，終止將來之契約關係，故於同年月11日拒絕受領上訴人等交付未提出健康證明之鵝隻，並以系爭存證信函終止系爭契約，於法有據。縱系爭契約未合法終止，然上訴人等於107年3月11日違反系爭契約第10條第2款約定將小鵝出售第三人，系爭契約即告終止。上訴人等非工作權、營業權之權利主體，無該等權利存在或遭受侵害之情，不得請求賠償。又系爭契約第10條僅係合約終止條件，未課以被上訴人任何給付義務，上訴人等亦未舉證被上訴人有何背於善良風俗之方法加損害於上訴人等之情，且客觀上上訴人等未舉證證明翁○樺所繁殖1350隻小鵝係從系爭契約所購得系爭烏鬃鵝而來（即107年2月份所交付小鵝），上訴人等非全台唯一繁殖烏鬃鵝之廠商，自無違反系爭約定之情形存在，上訴人等就其主張之損害金額均未舉證以實其說，況上訴人等於107年3月11日將290隻小鵝出售予第三人北港牛墟之小販，顯非無其他財產收益；至系爭履行利益外損害更非屬民法第226條規定所規範履行利益之範疇，更無因果關係存在，其請求顯無理由等語，資為抗辯。並答辯聲明：(一)變更之訴及假執行之聲請均駁回。(二)如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：（見本院卷一第324至325頁）

(一)兩造於104年12月16日簽訂系爭契約，約定自105年9月1日起至108年8月31日止，由上訴人等進行烏鬃鵝種鵝飼育，且應將所繁殖小鵝以每隻150元之價格，全數出售予被上訴人。

(二)黃水利於107年3月11日將培育之小鵝3040隻送至被上訴人處時，被上訴人以107年2月份交付之小鵝合計8706隻有健康不佳、大量死亡之情形，而拒絕受領。

(三)上訴人等交付之小鵝經飼養90至100天左右即可宰殺。

(四)被上訴人於107年3月12日系爭存證信函對黃水利為終止系爭契約之意思表示。黃水利已於107年3月14日收受系爭存證信

01 函（見原審卷第7至10、129頁）。

02 (五)黃水利前以被上訴人未依系爭契約第7條約定給付107年2月
03 份之小鵝價金及拒絕受領107年3月11日交付之小鵝為由，訴
04 請被上訴人給付107年2、3月份之買賣價金，業經本院108年
05 度上字第674號民事確定判決（即另案確定判決）認定：黃
06 水利交付之小鵝有健康情形不佳、大量死亡情事，且可歸責
07 於黃水利，然黃水利於107年2月份交付之小鵝有4676隻存
08 活，故而判命被上訴人應給付該4676隻小鵝之價金70萬1400
09 元，至於黃水利請求107年3月份之價金部分，因黃水利未依
10 債之本旨提出給付，故而駁回黃水利該部分請求。黃水利請
11 求之上開價金經被上訴人以代墊飼料費抵銷後，前案判決主
12 文判命被上訴人應給付黃水利41萬3942元本息。另案確定判
13 決並已確定。

14 四、兩造爭執事項：（見本院卷一第454-455頁）

15 (一)系爭契約為繼續性供給契約，是否經被上訴人合法終止？

16 (二)上訴人依民法第184條第1項前段、後段、第226條債務不履
17 行給付不能之規定，請求擇一判決被上訴人賠償損害，有無
18 理由？

19 1.倘系爭契約未合法終止，則上訴人等主張被上訴人違反系爭
20 約定，交付系爭烏鬃鵝與翁○樺乙情是否真實？

21 2.上訴人等主張被上訴人應負侵權行為或給付不能之債務不履
22 行責任，是否有理由？

23 (三)倘上訴人請求係屬有理由時，則上訴人所受損害為何？

24 五、得心證之理由：

25 (一)系爭契約為繼續性供給契約，且未經被上訴人合法終止：

26 1.依兩造不爭執事項(一)所示，系爭契約第3、6、9條分別約
27 定：「此批選拔後的種鵝預定於105年農曆7月開始產蛋，農
28 曆8月後每10天為1期，所有的小鵝必須全數售予甲方（即被
29 上訴人，下同），小鵝數量以實際的孵化總數為主，若乙方
30 （即上訴人等，下同）有特別需求須取得甲方同意。」、
31 「乙方小鵝每隻以固定價格150元/隻售予甲方。」、「本合

約自105年9月1日起至108年8月31日為止，合約期限為3年。」等語（見原審卷第5至6頁），則兩造顯係約定於合作期間內，上訴人等按期（每10天1期），繼續供給一定種類、品質之小鵝予被上訴人飼育，被上訴人再依實際孵化總數，以固定價格150元/隻，支付價金予上訴人等，核其契約性質應屬繼續性供給契約，此亦為兩造所不爭執（見本院卷一第37、75、261、453頁）。至被上訴人所抗辯上訴人等所孵育烏鬃鵝未經合法管道自中國大陸地區輸入乙情，因被上訴人未敘明上訴人等在台所孵育烏鬃鵝違反何種取締規定或強制規定，本院無從遽認上訴人等所交付小鵝有何應負之瑕疵擔保責任，或構成不完全給付之情事可言，先予敘明。

2.次查，黃水利與被上訴人間請求給付價金事件，業經另案確定判決諭知黃水利部分勝訴、部分敗訴確定，且另案確定判決認定「黃水利於107年2月間所交付之小鵝出現大量死亡之原因，係可歸責於上訴人」乙情，並敘明：「…1.被上訴人抗辯107年2月間交付之小鵝，患有卵黃囊感染、壞死性腸炎、肝炎、漿膜炎、肚臍癒合不全等疾病，業據提出其於107年3月6日送請國立中興大學獸醫學院動物疾病診斷中心檢驗之臨床微生物學檢驗報告（檢驗人員為獸醫師吳○晨）、病理報告書（制作人為病理獸醫師蔡○宜），及被上訴人委託獸醫師即證人邱○勳為死亡小鵝解剖之解剖相片在卷可按（原審卷第42、43、103頁）。…5.綜核上情，小鵝死亡的主因確為卵黃囊感染及肚臍癒合不全所致，而細菌性卵黃囊炎是一種因肚臍閉鎖不全所造成肚臍部位細菌性之感染，係上訴人（即黃水利，下同）將小鵝交付被上訴人前，在上訴人之孵化場所，因孵卵器衛生不良、濕度過高、過冷、過熱、蛋殼污穢、品質較差或儲存過久之孵卵，或種畜母鵝的健康程度比較差而產生，並非被上訴人接收後之飼養期間所發生。則不論是孵化室的設備消毒未澈底、或種鵝之健康程度不佳，自均屬可歸責於上訴人之事由，應堪認定。」等語，有另案確定判決在卷可佐（見原審卷第157頁反面至第158

頁）。綜上諸情，被上訴人抗辯上訴人等於107年2月間交付之小鵝有系爭瑕疵乙情，應可採信。而上訴人等主張其於107年2月間所交付之小鵝無系爭瑕疵且無歸責事由云云，未提出證據以為佐證，自不足採。

3.又「解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之。契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體為之。解除契約之意思表示，不得撤銷。」、「第258條及第260條之規定，於當事人依法律之規定終止契約者準用之。」，民法第258、263條分別定有明文。依前揭兩造不爭執事項(四)所示，雖堪認被上訴人於107年3月12日以系爭存證信函對黃水利為終止系爭契約之意思表示並為黃水利於107年3月14日了解等情為真，然系爭存證信函僅載明：「…顯見台端該三次交付予本公司之小鵝均有健康狀況極度不良之情…今台端所交付之小鵝既有重大瑕疵存在，本公司自得終止與台端間簽署之種鵝場合約」等語（見原審卷第9至10頁），未見被上訴人催告上訴人等應予補正瑕疵之字句；況系爭存證信函僅得認定黃水利確有收受系爭存證信函，被上訴人迄未提出證據以資證明黃水利已將系爭存證信函所彰顯終止之意告知黃英男，尚難憑此遽認黃英男知悉被上訴人通知終止系爭契約之系爭存證信函乙事。是被上訴人既未能證明已向黃英男為終止系爭契約之意思表示，揆諸前開規定，系爭契約即不發生已終止之效力。

(二)上訴人等主張依民法第184條第1項前段、後段、第226條債務不履行給付不能之規定，請求擇一判決被上訴人賠償損害，為無理由：

1.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。又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號判決先例意旨參照）。而侵權行為

之成立，須行為人因故意過失不法侵害他人權利，亦即行為人之行為須具備歸責性、違法性，並不法行為與損害間有因果關係，始能成立，且主張侵權行為損害賠償請求權之人，對於侵權行為之成立要件應負舉證責任。就違法性而論，倘行為人所從事者為社會上一般正常之交易行為或經濟活動，除被害人能證明其具有不法性外，亦難概認為侵害行為，以維護侵權行為制度在於兼顧「權益保護」與「行為自由」之旨意（最高法院100年度台上字第328號判決要旨參照）。上訴人等主張被上訴人於107年4月間交付系爭烏髯鵝與翁○樺飼養，已違反系爭約定乙情，然為被上訴人否認，辯稱：上訴人等未舉證證明翁○樺所持有烏髯鵝來源即為上訴人等所孵育之烏髯鵝品種等語（見本院卷一第365頁）。揆諸上開條文規定，自應由上訴人等就其主張之事實負舉證責任。

2.經查：

(1)上訴人等主張其等所培育原種烏髯鵝是全台唯一繁殖乙情云云，然觀諸黃水利於109年3月12日民事陳報狀所述：其將107年3月11日所孵出之小鵝，其中290隻小鵝出售予北港牛墟之小販等語（見原審卷第125頁、本院卷一第159頁），及109年4月17日民事陳報狀所述：孵化場於107年3月11日因臨時受限養殖場地無法飼養太多小鵝，請其處理45箱烏髯小鵝共1800隻棄養等語（見本院卷一第445頁），且參照原審被證9所示新聞（見原審卷第65至66頁）及原審被證19所示臉書查詢資料（見原審卷第138至146頁）、原審被證21之LINE聊天對話內容節錄照片（見原審卷第151至154頁），堪認烏髯鵝尚有他人（例如：白○祥）繁殖，非上訴人等唯一培育品系，且上訴人等所孵出烏髯鵝販售對象非僅被上訴人而已，尚有其他販售通路，且曾由上訴人等交付他人飼養烏髯鵝。另依上訴人等所提供107年3月11日、107年3月21日及107年4月1日免用統一發票收據（見本院卷一第371至373頁），顯示出生小鵝分別為3040、2360及2200隻，上訴人等亦未敘明是否均予撲

殺或仍交由他人飼養等情，則上訴人等並非取得烏鬃鵝之唯一管道，無從以翁○樺持有烏鬃鵝外觀，即遽認其來源必為上訴人等所孵育之烏鬃鵝品種，上訴人主張被上訴人違反系爭約定，尚非有據，洵無足採。

(2)又黃水利係於107年9月19日至翁○樺位於南投縣○○鎮○○村○○路000號（後面）進行查封程序（見本院卷一第169至170頁），則參照當日查封筆錄內容記載，翁○樺陳稱：「（問：請問第三人翁○樺先生，是否債務人泰和科技有限公司有把鵝隻寄放於你之鵝場？）沒有。鵝都是我買的。」、「當初聊天的內容，我以忘記。但是我向外號『紅中』之人購買。鵝是我的。」、「我可以提出鵝隻買賣資料（並當場提示二張，107年4月14日及107年4月21日『平吉秤量處秤量傳票』…」等語（見本院卷一第171至172頁），且依107年10月2日民事假扣押執行聲請暨陳報狀之陳述：「…因第三人翁○樺到聲請人住處表示，會對相對人泰和科技有限公司或聲請人黃水利提起訴訟，以爭取返還鵝隻，為了將來仍有鵝隻返還，聲請人傾向繼續保管查封活體鵝隻。…」等語（見原審卷第120頁），顯見黃水利查封鵝隻當時，鵝隻仍屬活體而有採集檢體之可能性存在。復參照上訴人等所提供107年7月3日與翁○樺之錄音譯文內容，其上記載：「…02：23（翁○樺）：我養兩個多月而已，如果說是白鵝，我隨便算都算得出來。…02：45（黃水利）：他不是土鵝嗎？02：51（翁○樺）：混合土鵝的。…03：40（翁○樺）：阿他想找白鵝的養了，才拿這個給我養的，他跑了好幾趟…」等語（見本院卷二第47、49頁），則自107年7月3日回溯兩個多月，翁○樺最早係從107年4月間才開始飼養，且所飼養的鵝隻種類是否即為上訴人等原先於107年2月間所繁殖烏鬃小鵝之同一品種，抑或混合臺灣原有其他鵝種繁殖品系，既未經上訴人等採集相關查扣鵝隻之檢體送法務部調查局等專業鑑定機關，進行基因序列（例如：染色體DNA）比對鑑定

01 是否相符，無從排除被上訴人有自第三人處另購得其他同
02 為烏鬃鵝品種或為新培育之烏鬃鵝種鵝之可能性，即難以
03 遽認翁○樺所飼養鵝隻與上訴人等原先於107年2月間所繁
04 殖烏鬃小鵝係屬同一品種烏鬃鵝，自不足有利於上訴人等
05 之認定。

06 (3)另案確定判決業已認定「飼養管理紀錄表」乃係代養鵝農
07 林順田、林麗珠所親自填寫及親自簽名，核與證人鵝農林
08 順田、林麗珠另案證述內容相符（見本院卷一第139至14
09 0、145至146頁），足認飼養管理紀錄表非由被上訴人所
10 自行製作，被上訴人所辯稱107年2月間之小鵝僅存活1856
11 隻乙情，洵屬有據，應堪可採。況上訴人等就其等所主張
12 小鵝並無大量死亡，係遭被上訴人私下養著留種之用云
13 云，上訴人等就前開推測之詞，迄今未提出其他積極證據
14 以實其說，上訴人等徒以翁○樺所飼養，遽謂被上訴人有
15 違反系爭約定，該當侵權行為或給付不能之債務不履行責
16 任云云，實屬無據。

17 (4)又依系爭契約第七條約定：「每期小鵝費用在下期小鵝交
18 付後2日內完成匯款（隔期結帳）。」等語（見原審卷第5
19 頁），足認兩造間就系爭契約所示交易習慣，係由上訴人
20 等交貨後，經驗貨合格後2日內，始由被上訴人完成匯款
21 （隔期結帳），是上訴人等應先證明其等已依債務本旨提
22 出給付，始得請求被上訴人給付所存餘54期之小鵝出售貨
23 款。而承上所述，系爭契約雖尚未經合法終止，然上訴人
24 等復未曾通知被上訴人自107年3月11日起，將依約交付健
25 康證明之小鵝，且遭被上訴人拒絕受領之事實存在，難僅
26 憑上訴人等所提供前開107年3月11日等3張免用統一發票
27 收據，其上載明出生小鵝分別為3040、2360及2200隻，即
28 遽認上訴人等所提出給付小鵝符合本件債務本旨，且得隨
29 時應被上訴人之請求即可履行交付小鵝之狀態，則上訴人
30 等依據民法第367規定，請求被上訴人給付所存餘54期之
31 利益561萬5680元之一部請求，於法難謂有據。

01 (5)從而，上訴人等所舉證據尚不足以證明翁○樺所飼養鵝隻
02 與上訴人等原先於107年2月間所繁殖烏鬃小鵝係屬同一品
03 種種鵝之事實，揆諸前揭法條及判例要旨，上訴人等所指
04 各節與違反系爭約定之要件，尚屬有間，自不足採。

05 (三)揆之前情，上訴人等對於被上訴人並無損害賠償請求權存
06 在，故上訴人請求所受損害等情是否真實，自與本訴無關，
07 故本院就此等部分無再以論述必要，併予敘明。

08 六、綜上所述，上訴人等主張依民法第184條第1項前段、後段、
09 第226條給付不能規定，請求被上訴人給付202萬5000元，及
10 自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息5%計算之利
11 息，為無理由，不應准許，應予駁回。上訴人等變更之訴既
12 經駁回，其假執行之聲請，亦失所附麗，應併予駁回。

13 七、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
14 據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不
15 逐一論列，附此敘明。

16 八、據上論結，本件變更之訴為無理由，依民事訴訟法第78條、
17 第85條第2項，判決如主文。

18 中 華 民 國 111 年 11 月 9 日

19 民事第六庭 審判長法官 楊熾光

20 法官 莊宇馨

21 法官 郭玄義

22 正本係照原本作成。

23 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
24 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
25 （均須按他造當事人之人數附繕本）。因疫情而遲誤不變期間，
26 得向法院聲請回復原狀。

27 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
28 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
29 訴訟法第466條之1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。
30 如委任律師提起上訴，應一併繳納上訴裁判費。

31 書記官 廖家莉

01 中 華 民 國 111 年 11 月 9 日