

臺灣高等法院臺南分院民事判決

109年度上易字第137號

上訴人 蔡瑞益

訴訟代理人 郭群裕律師

被上訴人 首富營造有限公司

法定代理人 林榮三

訴訟代理人 林泓帆律師

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3月23日臺灣嘉義地方法院第一審判決(109年度訴字第83號)，提起上訴，本院於111年11月24日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決廢棄。

被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序部分：

按當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執者，視同自認。但因他項陳述可認為爭執者，不在此限。當事人對於他造主張之事實，已於相當時期受合法之通知，而於言詞辯論期日不到場，亦未提出準備書狀爭執者，準用第1項之規定。但不到場之當事人係依公示送達通知者，不在此限；民事訴訟法第280條第1項、第3項固定有明文。惟按民事訴訟法第280條第1項規定，係指當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時，消極的不表示意見，法律擬制為自認而言；學者以擬制自認或準自認稱之，此與同法第279條第1項所定自認，必須當事人對於他造主張之事實積極的表示承認之情形有別，兩者在法律上之效果亦不相同；當事人依同法第279條第1項規定自認後，以自認人能證明與事實不符，且係出

於錯誤而自認者為限，始許撤銷其自認（見同條第3項之規定）。惟當事人對於他造主張之事實，於言詞辯論時不爭執，僅消極的不表示意見而已，本無自認行為，不生撤銷自認之問題，按其情節，非可斷定當事人必無爭執之意，依同法第196條規定，應許當事人於言詞辯論終結前，隨時為追復爭執之陳述；縱令當事人在第一審未為爭執，依同法第447條第2項規定，至第二審程序仍得追復之（最高法院71年度台上字第3516號裁判參照）。查本件上訴人即原審被告於原審審理期間未曾到庭，其於本院上訴時抗辯稱：其因外出工作不在家，家人代收而未轉交，其因不知而未到庭，且被上訴人有在其簡易估價單（載有不含驗收及試驗）上蓋章確認，卻未依約給付現金完畢等情（見本院卷第104頁），可見其所述事實顯與被上訴人主張不一；又依其外出施工工作性質暨估價單上已經蓋有被上訴人公司暨法定代理人之印章（下稱大小章），並有原審法院通知書送達回證上僅上訴人印章（未曾經上訴人簽收），可能係家人取出代蓋等情，如不許上訴人提出新攻擊或防禦方法，顯失公平；依前揭法條及實務意旨說明，自宜允許上訴人追復而提出攻擊或防禦方法為妥，合先敘明。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：

（一）其於民國（下同）105年9月5日標得業主嘉義縣民雄鄉公所（下稱民雄鄉公所）之「大崎社區5-13鄰排水及擋土設施綠美化改善工程」（下稱系爭工程）之工程採購契約，而系爭工程中鋪設道路所需之瀝青混凝土（俗稱AC，下稱瀝青），係透過上訴人取得。依系爭工程瀝青材料送審資料，系爭工程瀝青應使用訴外人勤道瀝青有限公司（下稱勤道公司）所生產新料，是上訴人應交付之瀝青應為勤道公司所生產之新料，然上訴人交付被上訴人者並非勤道公司所提供之瀝青，且為再生料（舊料），因被上訴人以再生料施作系爭工程，致工程有瑕疵而未通過驗收，需重新施工改善，被上訴人因

而受有損失。

(二)其曾向勤道公司起訴請求損害賠償，然因法院認定系爭工程瀝青之供應皆由上訴人與被上訴人接洽，故認定被上訴人與勤道公司間無買賣關係（參原審法院106年度建字第17號民事判決、本院108年度上易字第83號民事判決，下合稱另案，分稱各審另案）。上訴人既向被上訴人提供系爭工程瀝青配比資料，作為向民雄鄉公所提出系爭工程之材料送審資料，並提出以新料價格及配方計算之估價單予被上訴人；依上訴人在原審另案表示之意見，可知上訴人自被上訴人處取得之新臺幣（下同）22萬元，即為被上訴人交付上訴人系爭工程用瀝青材料之價金，故系爭工程瀝青「新料」之買賣契約關係應存在於本件兩造間，並約定所購買瀝青並非再生料。

(三)然上訴人（透過勤道公司）以取得瀝青再生料交被上訴人，與其所提供材料送審資料之瀝青差距甚大，故上訴人顯有未依債之本旨而為給付，可歸責於上訴人（債務人）之事由致為不完全給付，且因該瑕疵不可補正。被上訴人因上訴人交付瀝青再生料受有損害859,010元，茲分述如下：

1. 上訴人應返還被上訴人所給付瀝青價金22萬元。
2. 修復改善費用：被上訴人因系爭再生料致施工瑕疵，需重新施工而支出切割費4,725元、怪手費8,400元、瀝青料180,835元、鋪設工60,900元、劃線10,500元、鑽心11,550元、台灣標準材料檢驗中心試驗費（下稱台檢試驗費）8,400元、中央檢測股份有限公司試驗費（下稱中檢試驗費）7,245元，合計292,555元。
3. 工程延宕損害：被上訴人因再生料造成系爭瑕疵，且致工程延宕，而受有逾期罰款189,664元及改善不計價扣款156,791元等損害，共計346,455元。
4. 爰依民法第226條第1項、第227條第1項、第2項等規定，提起本訴，請求賠償859,010元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。

01 (四)原審為其勝訴判決，故上訴人不服，提起本件上訴，爰答辯
02 聲明：上訴駁回。

03 二、上訴人則答辯以：

04 (一)被上訴人係向其訂購再生料，其無債務不履行：

- 05 1. 被上訴人向其訂購瀝青再生料，有上訴人105年11月16日之
06 估價單可據，其上蓋有被上訴人公司大小章，品名載5cm瀝
07 青鋪設，規格含瀝青料每噸單價為1,700元、工人及機械、
08 機械運費、黏油為據，已載明採實作實算。雖被上訴人曾對
09 上訴人提起刑事詐欺告訴，惟已經臺灣嘉義地方檢察署（下
10 稱嘉義地檢署）偵查終結，有107年度偵續字第28號不起訴
11 處分書在卷可稽，該不起訴處分書已說明行政院公共工程委
12 員會（下稱工程會）網站公共工程價格資料庫之「瀝青價格
13 趨勢」，於105年9月間之新料及再生料瀝青南區市場成交價
14 格，依序約為2,350～2,400元及1,970～2,000元不等；而上
15 訴人所提出（經被上訴人員工陳儷云轉交法定代理人林榮
16 三）估價單，每噸報價1,700元，明顯遠低於「新料」瀝青
17 價格，與再生料之價格相近；且被上訴人於上開刑事偵查案
18 件中已自承從事瀝青相關工程約有2、30年之久，投標工程
19 理應會先詢問瀝青工廠瀝青料之時價，即對於瀝青市價應有
20 所認識；又被上訴人投標系爭工程，若對於原物料價格不清
21 楚，如何計算成本進而提出報價參與投標；堪認被上訴人對
22 於105年9月間南區瀝青（新、舊料）價格趨勢行情，再生料
23 在南區市場成交價格為1,970～2,000元有所認識，且兩造
24 成立之瀝青買賣契約上已載明瀝青料每單位之售價為1,700
25 元，遠低於新料價格，而與再生料價格相近，因此兩造契約
26 約定真意應係交易再生料之買賣，故上訴人已依兩造契約之
27 本旨履行，並無違反民法第226條第1項、第227條之規定。
- 28 2. 至被上訴人於原審所稱，上訴人主觀上明知被上訴人所需之
29 原料為瀝青新料而非再生料云云，因僅係被上訴人承攬民雄
30 鄉公所系爭工程，並非上訴人，其工程合約約定如何，基於
31 債之相對性，並不拘束上訴人，上訴人並非與被上訴人共同

01 投標之廠商，嗣被上訴人因無人願意協助施工，又即將屆
02 期，始透過認識上訴人之訴外人劉武俾媒介，而向上訴人訂
03 購再生料瀝青，上訴人即以再生料瀝青給付被上訴人，應無
04 債務不履行。

05 (二)被上訴人未通過驗收之原因，與上訴人無涉：

06 1. 依被上訴人起訴狀有關民雄鄉公所106年2月21日嘉民鄉建字
07 第1060001120號函說明二「本工程案完成後106年（按應係1
08 05年）12月22日驗收瀝青鋪面，驗收結果（諸如厚度不足及
09 施工中瀝青含油量不足）…。」（下稱106年驗收函），被
10 上訴人未通過驗收，應係因路基未整平即鋪設瀝青，其瀝青
11 自有厚度及含油量不足情形，遭民雄鄉公所要求改善，與上
12 訴人依約交付之瀝青無關，被上訴人據此向上訴人請求瀝青
13 價金、改善工程費用、違約罰款等均非有據。

14 2. 被上訴人起訴請求應返還瀝青價金22萬元部分，因上訴人已
15 依約供應，交付再生料，則被上訴人請求返還價金，並非有
16 據。

17 3. 逾期違約金189,664元、改善不計價扣款156,791元：

18 依舉證責任分配法則，應由主張有利事實之一方負舉證責
19 任，被上訴人迄未舉證系爭工程瑕疵與再生料瀝青間有何因
20 果關係。

21 4. 修復費用292,555元：

22 依據民雄鄉公所前揭106年驗收函，暨民雄鄉公所於105年12
23 月12日驗收紀錄載明：「第二段瀝青含油量不足挖除重作
24 （溝上緣）」12月20日前改善完成；民雄鄉公所105年12月22
25 日驗收紀錄載明「0+25至0+45龜裂切割寬2.5M改善路底」。
26 另缺失改善照片表顯示106年2月19日改善缺失事項為第二段
27 0+70處瀝青厚度不足，縱向切割長20米（公尺）寬2.5米改
28 善路底、同日，第二段「0+25至0+45處」瀝青龜裂，106年2
29 月22日第二段路面平坦度不合格，全段加鋪瀝青2.5公分，
30 其費用單據發生時間均為106年2月間。況證人林志忠已於本
31 院具結後證稱：單純看厚度及含油量不足，與新料、再生料

01 是沒有關係；厚度不足與施工過程有關，平坦度也與施工有
02 關係，與級配沒有弄好也有關係…依照經驗，路基底層若鬆
03 軟，就無法控制厚度等語。依舉證責任分配法則，自應由主
04 張有利事實之被上訴人負舉證責任，被上訴人迄未舉證該費
05 用損失，與再生料瀝青有何關聯性。

06 (三)又上訴人於瀝青鋪設前，已先去察看工地發現被上訴人公司
07 明知路基鬆軟不平整，卻罔顧工程品質，於鋪設瀝青前不願
08 將路基整平壓實，且被上訴人公司工地主任劉武俾表示工期
09 將屆，須立即進場鋪設；如此情況下，故而改為第二次報價
10 (工、料分開計價實作實算，且上訴人不負驗收責任，後果
11 自應由被上訴人公司自行負責)。被上訴人已鋪設瀝青多
12 年，察看當時工地之情況，怎會不知此高低不平且路基鬆
13 軟，將會造成路面鋪設後厚度不足，且損耗量高成本大增，
14 後續並會產生路面龜裂變形之狀況？被上訴人非以第一次時
15 來電詢價之每平方公尺260元（未稅），要求上訴人承攬方
16 式施作；倘上訴人如自行遽以每平方公尺260元（未稅，如
17 含稅即273元，數量計944平方公尺）之承攬方式施工（光瀝
18 青材料即須257,712元），將導致上訴人虧錢及信譽受損，
19 上訴人無可能以此方式施作，故被上訴人應對自身選擇之
20 （第二次估價）偷工減料之行為後果負責等語。

21 (四)依上，上訴聲明：1. 原判決廢棄；2. 被上訴人在第一審之訴
22 及假執行之聲請均駁回。

23 三、兩造不爭執之事實（本院卷第516頁）：

24 (一)被上訴人於105年9月5日標得民雄鄉公所之系爭工程之工程
25 採購契約，系爭工程中鋪設道路所需之瀝青，係透過上訴人
26 取得。

27 (二)被上訴人前向訴外人勤道公司起訴請求損害賠償，經原法院
28 106年度建字第17號民事判決、本院108年度上易字第83號民
29 事判決認定系爭工程瀝青之供應，皆由上訴人與被上訴人接
30 洽，認定被上訴人與勤道公司間無買賣關係。

31 四、兩造爭執之事項：

01 被上訴人依民法第226條第1項、第227條第1項、同條第2項
02 規定，主張上訴人給付不完全，請求上訴人損害賠償，於法
03 是否有據？若有，則金額應為若干？

04 五、得心證之理由：

05 (一)按當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約
06 即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要
07 之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要
08 之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之；
09 民法第153條定有明文。次按契約之成立本不以署名畫押為
10 要件，故凡當事人間締結契約，其書面之形式雖不完全，而
11 能以其他方法，足以證明其意思已有合致之表示者，自無妨
12 於契約之成立，當然發生法律上之效力（最高法院20年上字
13 第1727號裁判參照）。再按契約固須當事人互相表示意思一
14 致始能成立，但所謂互相表示意思一致，不限於當事人直接
15 為之，其經第三人為媒介而將當事人互為之意思表示從中傳
16 達而獲致意思表示一致者，仍不得謂契約未成立（最高法院
17 91年度台上字第2477號裁判參照）。是契約之成立，係以當
18 事人意思合致為要件，非必當事人到場當面協商，契約始能
19 成立；非當事人同意選擇之條件或估價單，並非即屬契約之
20 一部。查：

- 21 1. 被上訴人主張：上訴人向被上訴人提供系爭工程瀝青配比資
22 料，作為向民雄鄉公所提出系爭工程之材料送審資料，並提
23 出以新料價格及配方計算之估價單予被上訴人；且上訴人自
24 被上訴人處取得系爭工程瀝青材料價金22萬元，故系爭工程
25 瀝青新料買賣契約關係，應存在於本件兩造間，契約並約定
26 所購買瀝青材料係新料並非再生料（舊料），然上訴人（透
27 過勤道公司）以取得瀝青再生料交被上訴人，卻與其所提供
28 送審資料之瀝青差距甚大，故上訴人即未依債之本旨而為給
29 付，既以新料價格及配方計算之估價單予被上訴人，可歸責
30 於上訴人事由致為不完全給付，且因該瑕疵不可補正，爰請
31 求上訴人損害賠償云云；惟上訴人否認有債務不履行之不完

01 全給付，並抗辯稱：被上訴人透過朋友（指劉武俾，為被上
02 訴人承認之施工現場管理）找我，我才幫忙施作，我與被上
03 訴人僅有簡易估價單（指105年11月16日書具之第二次報價
04 之估價單，下稱第二次估價），已經被上訴人大小章確認，
05 我在該估價單有備註：不含驗收及試驗，鋪設完成要給我10
06 0%現金，被上訴人連絡要同年月18日鋪設，我叫勤道公司出
07 料等語，並提出同年月18日之估價單、出貨單為據（見本院
08 卷第203~207頁）。

- 09 2. 查兩造間合意契約方面，上訴人已陳稱因認識被上訴人所僱
10 用之訴外人劉武俾介紹，而同意協助，出具前揭第二次估價
11 單，其上書有「工程名稱…5cmAC鋪設、AC料（規格）、T
12 （數量）、單價1,700元單價，實做實算，工人+機械（一
13 式45,000）、機械運費（金額15,000）、黏油（一桶4,50
14 0），以上報價含稅、不含驗收以及試驗費，鋪設完成給付1
15 00%現金，若確認無誤，請蓋公司大小章」等語，有該估價
16 單附卷可稽（見本院卷第131、201頁）；再參以上訴人於10
17 9年4月24日所具訴狀亦迭書有「被上訴人向上訴人購買之瀝
18 青」、「被上訴人對於其向上訴人購買之AC料為再生料應有
19 認識」及「故被上訴人向上訴人訂購再生料」等語（見本院
20 卷第34~36頁），可見上訴人已自承其為本件瀝青之出賣
21 人，核與被上訴人所主張兩造間契約為買賣關係相符；而被
22 上訴人就第二次估價單上印章、印文，並不爭執形式上真
23 正，且就書有不合驗收及試驗費，表示無意見，亦有本院審
24 理筆錄附卷可憑（見本院卷第214頁）；依上說明，本件契
25 約之互相表示意思一致，其經第三人為媒介而將當事人互為
26 之意思表示，而從中傳達獲致意思表示一致者，仍不得謂契
27 約未成立；況兩造就價金及商品規格、數量均已合意（按依
28 再生料1噸1,700元，實作實算111噸，即合計價金為188,700
29 元），即已就第二次估價單即買賣契約必要之點意思一致，
30 而成立買賣契約，並經上訴人依約履行交付瀝青商品予被上
31 訴人，經被上訴人聘僱之劉武俾簽收，為被上訴人所不爭

01 執，有出貨單、本院審理筆錄等在卷可稽（見本院卷第20
02 5、207、297頁）。另兩造亦不爭執被上訴人已給付（部
03 分）價金22萬元；準此，兩造已成立瀝青買賣契約應堪認
04 定。惟本件兩造爭執厥在：是否如被上訴人主張，上訴人應
05 依第一次估價條件（給付新料）履行契約？此經上訴人堅決
06 否認，陳稱：兩造合意再生料之交易，上訴人已依債務本旨
07 履行給付，被上訴人對於其向上訴人購買之瀝青為再生料應
08 有認識，兩造契約約定之真意應係再生料，並非新料，被上
09 訴人尚須再給付上訴人114,895元等語，有105年11月18日之
10 估價單附卷可稽，見本院卷第203頁）經核並無不合。至上
11 訴人於本院準備程序既稱：兩造間有前揭買賣契約，其已依
12 契約本旨履行等語，卻又誤稱其與被上訴人間無契約關係
13 （僅有簡易估價單）云云（見本院卷第104頁），尚屬齟齬
14 不一，惟此尚不足採為有利被上訴人之認定。

- 15 3. 至上訴人另出具形式不完足（無填載日期）之估價單（見本
16 院卷第129、199頁，下稱第一次估價），其上亦有被上訴人
17 公司之大、小章，為被上訴人所不爭執；惟其內容與前揭第
18 二次估價不同，書有「工程名稱…5cmAC鋪設、944（指平方
19 公尺數量）260元單價，以上報價不含稅、『含驗收』，不
20 含試驗費，以實做數量計價，鋪設完畢給100%現金，若確認
21 無誤；請蓋大小章」等文字，顯然與第二次估價之約定條件
22 不一，惟被上訴人既已選擇前揭第二次估價契約之「不含驗
23 收」條件，為被上訴人所直承，自不可能與前揭契約同時存
24 在；況此第一次估價係以平方公尺260元（依不含稅、含驗
25 收之價格計算結果，光依瀝青混凝土材料，含稅價格即每平
26 方公尺273元 $\times$ 944平方公尺=257,712元），顯與第二次估價
27 之前揭計算方式（以1,700元一噸計價為188,700元）不同，
28 相差至少有69,012元（257,712—188,700=69,012）之多，
29 而與噸數計價之111噸 $\times$ 2350元新料價格=260,850元相當，
30 如再外加上工人、機械、車輛、黏油及路基壓平等施工情
31 形，為數可觀），應顯非為兩造合意之契約。上訴人已陳

01 明：被上訴人本來要我以一平方公尺多少錢承攬方式施作，
02 但路面不平無法以承攬方式施作，因被上訴人不整平，我才
03 沒有以承攬之方式承接等語（見本院卷第106頁）。可見第
04 一次估價之施工方式，採較嚴謹而有品質並包含負責驗收條
05 件；而此益徵被上訴人所為主張：上訴人第二次估價單有寫
06 瀝青料1噸1,700元，還有加工人機械45,000元，機械運費1
07 5,000元，黏油1桶4,500元，工程面積944平方公尺，換算成
08 噸數是111噸，所以1,700元乘以111噸是188,700元，再加上
09 上開的45,000元、15,000元及4500元後，總共253,200元。2
10 53,200元除回推每平方公尺除以944平方公尺得出每平方公
11 尺268元。上訴人說每一平方公尺260元是新料，上開方法去
12 算每平方公尺價格是268元云云，顯係誤算；蓋被上訴人自
13 行另外加計非瀝青材料之工人機械45,000元，機械運費15,0
14 00元，黏油1桶4,500元等費用情形，並不可採為有利上訴人
15 之認定。衡情「新料」應仍須加計工人機械45,000元，機械
16 運費15,000元，黏油1桶4,500元、路基整平費用，且不含稅
17 等情，施工費用顯然較高。是上訴人陳明稱：944平方公尺
18 （260元）是未稅，對被上訴人請求還要加上5%的稅金，總
19 共是273元。這是商業行為的模式，原數量944平方公尺以正
20 常施作而言，只需不到半天時間我就可以完成。相對我的機
21 械和工資都可以減半，所以我報給對方的價格是非常優惠價
22 格，只是對方不理解，所以才會有這樣誤會。等同我還可以
23 減少3萬多元價金。如依被上訴人所言188,700元，加上3萬
24 元除以944平方公尺為231.67元，這是再生料價錢。我報給
25 對方是273元，這為新料價錢等語（見本院卷第215~216
26 頁），並非無憑，並有在瀝青行任工務經理之證人張鴻帛證
27 述在卷（見本院卷第269~270頁）；可見被上訴人上開價金
28 計算方式（以1,700元單價運算），主張係依瀝青新料及施
29 工方式云云，顯非合理可採。依上，被上訴人主張之計算與
30 上訴人抗辯之價金，比較結果，不足採為有利被上訴人之認
31 定；而上訴人所採計算方式，較為合理可據而接近真實。

01 (二)次按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人
02 得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利；因不完全
03 給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償；民法第
04 227條定有明文。次按債務人負有依債務本旨為給付之義
05 務，違背債務之本旨為給付，即屬不完全給付，為瑕疵之給
06 付，是以債務人如主張其已為完全給付，當由其負證明之
07 責，雖債權人於受領給付後，以債務人給付不完全為由，請
08 求債務人損害賠償，關於給付不完全之點，應轉由債權人負
09 舉證責任，惟不完全給付，非有可歸責於債務人之事由，為
10 債務人免責要件，故債務人以不完全給付係因非可歸責於己
11 之事由所致為抗辯，就此仍應由債務人證明之（最高法院77
12 年度台上字第1989號號裁判參照）。本件被上訴人主張：前
13 揭第一次估價單之瀝青，為上訴人應交付新料瀝青品質，上
14 訴人有不完全給付之情云云，惟為上訴人否認，則上訴人究
15 有無未依債務本旨之給付不完全情形，依上說明，關於給付
16 不完全之點，應由債權人即被上訴人負舉證責任；至債務人
17 （上訴人）以不完全給付係因非可歸責於己之事由所致為抗
18 辯，就此仍應由債務人（上訴人）舉證證明，經查：

- 19 1. 依前揭第一次、第二次之估價單所載之瀝青，均未記載使用
20 新料或舊料（再生料）之施工條件，有各該估價單附卷可憑
21 （見本院卷第129、131頁）。而被上訴人主張之「材料送審
22 資料」第一頁所書「此配比資料內容係新料非再生料」（見
23 原審卷第17頁），並無何人簽名以示負責，亦非列入「契
24 約」之內容，難遽認新料即為被上訴人與民雄鄉公所間工程
25 採購契約約定之內容，或為本件兩造間契約達成購買瀝青
26 「新料」內容。依上說明，應由被上訴人就上訴人給付不完
27 全之點，應負舉證責任；惟此迄未據被上訴人舉證以實其
28 說，已非無疑。
- 29 2. 又被上訴人主張其因民雄鄉公所驗收結果，厚度不合格及施
30 工中瀝青含油量不足等瑕疵而未通過工程驗收，並提出民雄
31 鄉公所106年驗收函、同月22日嘉民鄉建字第1060002198號

01 函、106年2月22日嘉民鄉建字第1060002774號函為證（見原
02 審卷第51至55頁），固堪信為真實。惟被上訴人主張：此係
03 因上訴人所交付其瀝青並非勤道公司所提供之瀝青且為再生
04 料（舊料），致油量不足、黏度差、品質不良等可歸責於上
05 訴人之因素始肇致，系爭工程有瑕疵而未通過工程驗收，需
06 施工改善，其因而受有損失等語。經查：

07 (1)被上訴人雖提出其員工陳儷云、證人葉純華（上訴人前妻）
08 於105年11月20日與上訴人等間對話之錄音譯文（下稱譯
09 文），認上訴人、葉純華在譯文中皆稱「料廠說送審配比是
10 什麼料就出什麼料」（見原審卷第77至79頁），並經嘉義地
11 檢署檢察事務官勘驗確認譯文與錄音相符（見嘉義地檢署10
12 7年度交查字第1150號勘驗筆錄節影本，原審卷第81頁）；
13 惟查此譯文就兩造間瀝青交易係新料或再生料，全然並未說
14 明，且譯文中之葉小姐（按指葉純華）亦曾言明「配比是什
15 麼料，工廠就出什麼料，我不知道出什麼問題」、「（陳儷
16 云問：我有個問題要問妳一下，送審資料你是給我級配料或
17 是再生料？）我也不知道，我是給瀝青廠等語（見原審卷第
18 77至79頁）。尚非如被上訴人上開主張為瀝青新料、須勤道
19 公司之瀝青料等情，且陳儷云、葉純華等人之對話，均非契
20 約之兩造當事人；是上開譯文之陳述，尚不足以說明被上訴
21 人究竟以何價格、購買何種瀝青，暨上訴人及渠前妻係主觀
22 已明知被上訴人所購買瀝青是要新料而非再生料，難遽採為
23 有利被上訴人主張之給付「不完全」之論據。

24 (2)況如被上訴人所稱上訴人之送審資料（見原審卷第17~49
25 頁），係上訴人向勤道公司取得而轉交被上訴人，被上訴人
26 再據以交給民雄鄉公所，惟是否契約條件，未據被上訴人與
27 民雄鄉公所訂約書明；究之上訴人既非系爭工程契約之當事
28 人，是否知悉被上訴人與民雄鄉公所間如何（後二者先於10
29 5年9月5日已成約），兩造於同年11月16日始成立契約情
30 形，並非無疑；即便依被上訴人與民雄鄉公所間之材料送審
31 資料、配比資料暨勤道公司試驗報告等，並無約定被上訴人

01 須以新料瀝青、勤道公司出產之瀝青，始得施工之記載，被
02 上訴人亦未就此舉證以實其說，自不足遽採為有利被上訴人
03 之認定。

- 04 3. 況證人即勤道公司負責人林志忠於本院具結證稱：因被上訴
05 人有對我提起告訴，我才知悉本案兩造之糾紛。新料與再生
06 料差異有價格與試驗數據不同。105年至106年間，新料價格
07 金額不太記得，再生料應該會便宜300至400元間，但不含運
08 費及施工。以前新料會比現在貴約100至150元左右。黏度試
09 驗結果不同，黏度越低表示越年輕。現在再生料之價格約1,
10 600元。（提示本院卷第125頁照片），地面龜裂之情形，係
11 因下面級配層鬆軟或含水量過高所造成，不是瀝青品質之問
12 題。（提示本院卷第127頁照片）坑洞下陷之理由亦係路基
13 底層鬆軟或含水量過高所造成。（上訴人鋪設瀝青，是否負
14 責級配之工作？）不是。上訴人僅負責鋪設瀝青，級配應該
15 是首富營造應該做的。是上訴人向我叫貨，我不認識首富營
16 造，上訴人本來就有施作瀝青工程，以前合作方式，是上訴
17 人會打電話說明天要幾噸的數量。再生料是舊料，瀝青材料
18 有很多種，客戶需要什麼料，我們可以客製化。再生料黏滯
19 度數值比較高，看主辦單位需要何種材料。（有無看過民雄
20 鄉公所之綠美化改善工程？）沒有。材料是司機載（改善工
21 程的料也不是我們公司的），是上訴人請我幫忙代叫材料，
22 出貨那幾天因我們公司正在更換設備，所以是叫別人的料，
23 但那家公司（指山慶公司）的品質也很棒。（提示本院卷第
24 131頁估價單編號5，從瀝青料一噸1,700元，可否知悉是再
25 生料或是新料？）1,700元是再生料。（若沒有看到1,700
26 元，可否知悉為何種材料？）無法判斷。（原審卷第51頁民
27 雄鄉公所覆函，說明第二點之記載與使用新料或再生料有無
28 關係？）單純看是厚度及含油量不足，與新料、再生料沒有
29 關係。（提示本院卷第80-84頁，民雄鄉公所覆函記載瀝青
30 厚度不足、路面平坦度不合格等缺失，與新料、再生料有無
31 關係？）沒有關係。厚度不足與施工過程有關，平坦度也與

01 施工有關係，與級配沒有弄好也有關係。依照經驗，路基底
02 層若鬆軟，就無法控制厚度；我不清楚系爭工程，但上開證
03 述是瀝青工程之專業知識等語（見本院卷第147~151頁）。
04 則依上訴人所證述內容而為推求，勤道公司負責人林志忠證
05 言已說明1,700元是再生料，且瀝青厚度不足、路面平坦度
06 不合格等缺失，與新料、再生料並無關係，依照經驗路基底
07 層若鬆軟，就無法控制厚度，被上訴人為多年專業經營之營
08 造公司，豈有不知此高低不平且路基鬆軟工地，會造成路面
09 鋪設後厚度無法控制，且損耗量太高成本大增，級配沒弄好
10 整平路基為被上訴人責任（上訴人只負責鋪設瀝青），後續
11 並會產生路面龜裂變形等情在卷可按，勤道公司因臨時機器
12 維修、更換設備，亦難認上訴人有與被上訴人意思聯絡行為
13 分擔，共同以不良品質瀝青不法賺取民雄鄉公所工程款之合
14 意。

- 15 4. 又兩造聲請本院囑託社團法人臺灣省土木技師公會（下稱技
16 師公會）就民雄鄉公所道路鋪設工程以再生料，是否有含油
17 量或黏滯度不足之問題而為鑑定（下稱技師鑑定），已認
18 定：(1)就含油量不足之問題，認依民雄鄉公所與首富營造之
19 合約書圖，規定瀝青基準含油量 $5.2\% \pm 0.4\%$ 。鑑定取樣試驗
20 結果 4.8% ，差值 -0.4% ，尚在許可範圍內。(2)就民雄鄉公所
21 道路鋪設工程以再生料鋪設，是否有黏滯度不足（超標）之
22 問題，認依合約規定，瀝青AC-20黏滯度為 $5000 \pm 35\%$ poises
23 （黏滯度）。檢視由監造單位和鎂工程顧問有限公司會同施
24 工廠商即被上訴人於105年11月18日施工當日抽驗取樣時間
25 符合規範規定的15天期，試驗結果黏滯度為4710poises，未
26 超過合約書規定。至本鑑定取樣試驗結果黏滯度46530poise
27 s，因取樣時間已超過施工後15天期，僅能印證瀝青施工後
28 老化的趨勢，不能以此判定是否超過標準。(3)鑑定抽樣試驗
29 結果標的物含油量，沒有不足，黏滯度則高於施工當時抽驗
30 值。瀝青黏滯度升高屬正常現象（但標的物鋪築材料究竟是
31 採用再生料或新料，目前尚無技術方法可判別）等情（見技

01 師鑑定第7~8頁)。技師鑑定結果(就是否含油量不足)，
02 黏滯度在許可範圍內、含油量沒有不足，且無法分別新料與
03 再生料，此與林志忠證言就本件鋪設瀝青品質說明，並無矛
04 盾或偏頗袒護上訴人情形，堪可採信。被上訴人質疑林志忠
05 前與被上訴人間有訟爭關係，才對被上訴人不利云云，尚屬
06 無據。

07 5. 另證人葉純華即上訴人前妻於本院已具結後證稱：知道上訴
08 人有幫被上訴人施作系爭工程，但不知道為何被上訴人要對
09 上訴人提起本件訴訟並請求上訴人賠償80幾萬元，(有無看
10 過系爭工程現場?)鋪設完當天被上訴人沒有給我們(全
11 部)錢，我們才去現場拍照，有約定施作完當天就要給付款
12 項，包括我們的工資及材料。(施工後，地為何會下陷?)
13 我聽上訴人說地會下陷是因為地基不平才會下陷。(有無看
14 現場?)鋪設完當天被上訴人就要給付給我們錢，因沒給付
15 足夠的錢給我們，我先生覺得不對勁，我們才會去現場拍攝
16 照片。(提示本院卷第125-127頁系爭工程照片)工地現
17 場，照片上的人就是我，道路陷下去，還有龜裂。(提示本
18 院卷第127頁照片)從其中第一張照片看起來下陷7公分，第
19 三張照片超過5公分，前揭二種估價單(見本院卷第129、13
20 1頁)均係我寫的等語(見本院卷第230~232頁)。而證人葉
21 純華至現場比對測量地基下陷不平情形，有前揭龜裂現場相
22 片，及以量尺測量現場情形附卷可稽(見本院卷第125~127
23 頁)；可見上訴人指摘被上訴人未先作路基整平，即要求上
24 訴人儘速施工，上訴人因而不願負擔驗收責任，而以此為本
25 件契約約定之條件，並非全然無據。

26 6. 再證人即土木技師且任營造廠主任技師之涂碧堂於本院具結
27 後證稱：(是否知悉再生料為何會有龜裂、下陷之情形?)
28 再生料是政府允許使用之材料，全國使用很大，除非有某些
29 機關有特別規定，不然都可以使用。使用再生料不會造成下
30 陷，會造成下陷是因為路基壓實度不足，或是路面不平，要
31 鋪設之前要先整地，所以一定要整地，才可以鋪設瀝青。

（提示本院卷第127頁系爭工程下陷、龜裂之照片，有何意見？）拍攝是實際的。路基基礎有作好，壓實度夠的話，就不會下陷，不是再生料的問題。（被上訴人訴訟代理人詢問，為何新料比較貴，再生料比較便宜，差異為何？）有差異，所以價格也有差別，因為再生料有使用過，且經過日曬雨淋，且有車輛壓過，品質上比較不紮實，但可以使用，只要配比做的適當，也可以再使用。取得也比較容易，新料難以取得，價格當然會飆高。（既然證人說新料比再生料貴，其價格差異僅以取得之難易度還是鋪設功能上有差別？）新料比較不會吃油那麼重，再生料要加比較多的油，但政府規定舊料不能超過百分之30含量。我講的話實在，可以接受挑戰等語（見本院卷第266~268頁）；渠證言已說明再生料較便宜，且路基不平，施工前理應先行整地，以免龜裂，路基有作好壓實度夠就不會下陷，即有下陷也不是再生料問題，可見系爭工程瑕疵，實非可歸責於上訴人。上訴人主張瀝青新料、再生料有價格差別、路基應先整平等情，核與證人涂碧堂之證言相符，應堪信為真而為可採。

7. 證人即任宏基瀝青行工務經理之張鴻帛亦於本院具結後證稱：（提示本院卷第239頁問題調查，1,700元之瀝青是新料或是再生料之價格？）是再生料，這些年瀝青再生料都是1,700元的價格，我在這個行業做了2、30年。（新料價格為何會比再生料貴？）新料要添加柏油的重量比較多，所以新料的價格會比再生料貴。（新料價格為何？）介於2200元到2400元間。上面是我的簽名。（被上訴人訴訟代理人亦詢問，提示本院卷第201頁，估價單上之價格是新料或是再生料？）再生料。（提示本院卷第203頁估價單）估價單上之價格是新料還是再生料？）再生料。（提示本院卷第199頁估價單，944平方公尺正常情況下，施作需要多久時間？證人一天；半天也可以完成，甚至於三個小時之內也可以完成，工地現場我沒有看過，很難判斷。若做完944平方公尺，再轉作其他工地，是一定可以攤提工資與機械成本。因

人員、機具都是固定，一天以8個小時計算人力成本，再轉作其他工程，一定可以攤提成本等語（見本院卷第268~270頁）。按證人張鴻帛有瀝青施工經驗，已說明兩造間成立之第二次估價單所列乃再生料，且上訴人所說明之計算方法與證人所證述符合，亦無牽強不合理之處，即技師鑑定與前揭證人之證言亦無矛盾、齟齬之處。

8. 至被上訴人雖曾以上訴人與林志忠等涉刑事詐欺罪，提起告訴，惟已經嘉義地檢署不起訴處分，經臺灣高等檢察署臺南檢察分署（下稱臺南高分檢）發回續行偵查，認仍應為不起訴之處分而確定，其理由已說明：(1)告訴人（即被上訴人法定代理人林榮三）於前案偵查中已自承：伊從事瀝青相關工程，約有2、30年之久，伊標到工程時，會先詢問瀝青工廠，AC料之時價等語，並自承曾由證人陳儷云傳真蔡瑞益提出之上載「規格：AC/數量：T/單價：1,700」之估價單予其觀覽（見106年度交查字第1941號卷第115頁）等事實。於前案偵查中，提示該估價單並質之林榮三係為新料或再生料價格，其雖諉稱：「我不知道。每家廠商批價的價格差很多。」云云；然既經營瀝青混凝土相關工程逾20年，且曾向廠商詢問時價，焉能不知價格？況其既參與公共工程投標，如不知主要原料價格，又如何計算成本進而提出報價以參與投標？是其所陳，顯有避重就輕之情。衡情林榮三當時對新料、再生料瀝青混凝土之價格差異，當無不知之理。而參諸卷附列印自工程會網站公共工程價格資料庫之「瀝青混凝土價格趨勢」（106年度交查字第1941號卷第127頁），105年9月間之新料及再生料瀝青混凝土南區市場成交價格，分別約為2,350~2,400元及1,970~2,000元不等。而上開蔡瑞益所提出，經陳儷云轉交林榮三之第二次估價單單位報價為1,700元，明顯遠低於新料，而與再生料之價格相近，林榮三既知新料、再生料瀝青混凝土之價格差異，若謂被上訴人所欲甚或明確指示蔡瑞益購買之瀝青為新料，顯悖事理，其誰能信？(2)再者，前案偵查中林榮三與蔡瑞益對雙方之合作關係

01 為何，雖未有一致說法，略有爭執，然就該公共工程而言，
02 係由被上訴人公司得標並與民雄鄉公所訂約，如能壓低成本，
03 因而增加之利潤即歸屬被上訴人所有。而上開蔡瑞益提出
04 且經林榮三同意後施作之估價單，已載明瀝青料部分實作
05 實算，則不論使用之瀝青係新料或再生料，其間價差均與蔡
06 瑞益無涉，其有何動機甘冒被上訴人索償之風險故意違反林
07 榮三之指示為之？反之，既然使用再生料因而節省成本，皆
08 歸被上訴人所得，再參以廠商標得公共工程後，將原料以次
09 充上，以劣充良，以舊充新，壓低成本以獲取利潤者，並非
10 罕見等情，則蔡瑞益購買再生料乙節，係經林榮三同意甚或
11 指示而為之可能性，顯然較蔡瑞益無端違反林榮三指示而為
12 之可能性為高。…則在人工、機械及其他成本不變之情形
13 下，使用較昂貴之新料（依前述卷附工程會資料，單價逾2,
14 350元），被上訴人所得利潤豈非更為微薄甚或虧損，被上
15 訴人於投標前計算成本時，豈能無知…林榮三經營營造事業
16 逾20年，當無不知之理，仍執此爭執，自非可採。四、就綜
17 上所述，本件被上訴人指訴諸情，尚乏積極明確之證據可為
18 佐證；反之，蔡瑞益係受林榮三之指示，購買再生料並以之
19 施作之可能性，反較被上訴人指訴之情為高，自難認定蔡瑞
20 益有何詐欺犯行；承此，提供瀝青之林志忠係依蔡瑞益之指
21 示為之，亦無詐欺之可言（見本院卷第41~45頁）在卷可
22 稽。林榮三經營營造事業多年，豈不知再生料價格，且較新
23 料價格便宜？兩造間買賣交易之瀝青應係再生料；且上訴人
24 又一再陳述其於本件訴訟中，就本件因友人介紹而給與被上
25 訴人低於一般價格優惠，其幾已無何利益可言（見本院卷第
26 118、188頁），豈可能以單價價格較高之新料與被上訴人成
27 立契約，致使上訴人虧損更大？況兩造間成立之105年11月1
28 6日估價單（契約），已在被上訴人與民雄鄉公所105年9月5
29 日間契約之後長達2月餘，衡情上訴人豈可能在同年9月5日
30 前即與被上訴人共同以使用新料瀝青，而與民雄鄉公所間成
31 立系爭工程採購契約？衡情被上訴人要求上訴人出貨為新料

01 瀝青乙事，僅是被上訴人單方片面無法查與事實相符之唯一
02 陳述，自無從據以為有利被上訴人之認定。被上訴人竟迭次
03 主張以兩造間契約係就「第一次估價」係新料瀝青為據（並
04 未成約者），即有未合。雖被上訴人又辯稱：若其為貪圖
05 「新料及再生料間之價差」，向上訴人購入再生料，所獲取
06 之超額利潤亦不足10萬元，相較整件上千萬元工程，後續工
07 程改善之額外花費859,010元（即本件其請求金額），且刑
08 事暨行政訟累，斷無動機暨利益。上訴人故將本件導向其公
09 司賺取中間利差云云，似倒果為因，並無可採為有利被上訴
10 人之論據。

11 9. 又上訴人既依兩造間成立之第二次估價單履行給付再生料
12 （含稅），且不含驗收及試驗費，應無不合乎債務本旨（亦
13 非依承攬契約施作）；至系爭工程雖有瑕疵，瀝青厚度不足
14 及含油量不足，致被上訴人遭民雄鄉公所要求改善，惟此與
15 上訴人依約交付之第二次估價單之再生料瀝青無關，此有前
16 揭技師鑑定可據，亦非經民雄鄉公所、或兩造契約要求絕對
17 條件須以勤道公司之瀝青為履約條件；則被上訴人遽以上訴
18 人交付之瀝青非新料，依債務不履行之不完全給付，請求返
19 還瀝青價金、工程延宕違約罰款及修復費用等合計859,010
20 元，即於法未合。

21 10. 從而，被上訴人請求上訴人因交付瀝青再生料致被上訴人受
22 有損害計859,010元等損失，均非有據，不應准許。

23 六、綜上所述，被上訴人依債務不履行之不完全給付所衍生之損
24 害賠償法律關係，請求上訴人給付859,010元，及自民事起
25 訴狀繕本送達翌日即109年2月8日起至清償日止，按週年利
26 率百分之5計算之利息，即非正當，不應准許。其假執行之
27 聲請亦失所附麗，應併予駁回。原審未遑詳查，判命上訴人
28 如數給付，並附條件為假執行及免為假執行之宣告，自有未
29 洽。上訴意旨據此指摘原判決不當，求予廢棄改判，為有理
30 由，自應由本院廢棄改判如主文第二項所示。

31 七、本件事證已明，兩造其餘之攻擊或防禦及舉證，核與本判決

01 之結果不生影響，爰毋庸逐一論列，併此敘明。

02 八、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第7
03 8條，判決如主文。

04 中 華 民 國 111 年 12 月 29 日
05 民事第四庭 審判長法 官 張世展

06 法 官 黃瑪玲

07 法 官 莊俊華

08 上為正本係照原本作成。

09 不得上訴。

10 中 華 民 國 111 年 12 月 29 日

11 書記官 楊宗倫