臺灣臺南地方法院民事判決

107年度訴字第864號

原　　告
即反訴被告　環球水泥股份有限公司
法定代理人　侯博義
訴訟代理人　蔣冉龍
　　蔡朝安律師
　　魏妁瑩律師
　　吳宛怡律師
被　　告
即反訴原告　鹿鼎建設開發股份有限公司
法定代理人　林建立

上列當事人間請求給付貨款事件，經本院於民國108年5月2日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

被告應給付原告新臺幣540,960元，及自民國107年2月10日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

訴訟費用由被告負擔。

本判決第1項於原告以新臺幣18萬元為被告供擔保後，得假執行。但被告如以新臺幣540,960元為原告預供擔保後，得免為假執行。

反訴原告之訴暨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

壹、程序方面：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。當事人意圖延滯訴訟而提起反訴者，法院得駁回之。民事訴訟法第259條、第260條分別定有明文。查被告鹿鼎建設開發股份有限公司於本件審理中，就原告主張之同一基礎事實提起反訴，請求原告即反訴被告環球水泥股

份有限公司給付債務不履行損害賠償，符合前開提起反訴之要件，又無不得提起反訴之情況，應予准許。

貳、實體方面：

一、本訴部分：

原告起訴主張：

原告與被告前於民國106年7月5日簽訂預拌混凝土訂貨合約書（下稱系爭合約書）、訂貨單（原證1），約定由被告向原告採購預拌混凝土，用於興建「佳里7戶住宅新建工程」；原告分別於106年11月11日、106年12月16日依被告之指示，將預拌混凝土運送至被告指定台南市佳里區之處所，由被告之法定代理人林建立簽收。嗣原告分別開立統一發票及請款明細表向被告請求貨款共計新臺幣（下同）540,960元（106年11月11日277,830元+106年12月16日263,130元），詎被告迄未給付，經原告一再催收，被告卻委託德倫聯合律師事務所以107年1月26日107律（德）字第4號律師函表示，因原告提供之混凝土有重大瑕疵，拒絕支付貨款等語；原告乃委託屭華商務法律事務所以107年2月5日以屭字第00000000號律師函催告被告於3日內支付貨款，並向被告說明所提供之混凝土材料，業依雙方契約約定程序製作試體，並經實驗室試驗強度均合格，品質並無任何問題等語（該函於107年2月6日送達被告）。惟被告仍拒絕給付系爭貨款，爰依民法第367條、第229第2項前段、第233條第1項、第203條規定，請求被告給付系爭貨款540,960元及自107年2月10日起至清償日止之法定遲延利息。

原告於106年11月11日、106年12月16日交付予被告之預拌混凝土，並無被告主張之「抗壓強度不足」、「品質不良」之不合契約定品質之瑕疵存在：

- 兩造約定原告應交付之混凝土品質，係以預拌車卸料口之混凝土為準，而非以澆置後之硬固混凝土之抗壓強度為準：

混凝土工程施工過程為：出賣人即混凝土材料商將混凝土自預拌車卸料口卸貨後，由買受人將混凝土送入其或其委任營造廠之泵送車，經泵送車泵送，由泵送管送至灌漿處，再進行後續之澆置、搗實、養護及保養等工程。是混凝土材料之出賣人將混凝土自預拌車卸料口卸貨後，即完成出賣人責任；至後續泵送車壓送、澆置、搗實等過程，均係由買方或買方委任營造廠所施作，非出賣人所能控管，自非出賣人之責任。此由經濟部標準檢驗局「CNS3090預拌混凝土」規範第1.1點後段記載：「預拌混凝土製造預拌混凝土製造商應負責至買方指定交貨地點之運輸設施（或預拌車）卸料處為止，其後之泵送、澆置、搗實、養護及保護等工作，不適用本標準。」即明；又「CNS1238, A3051混凝土鑽心試體及鋸切長條試體取樣法」第3.5點亦規定：「一般鑽心試體抗壓強度較諸同齡期依CNS1 231製作與標準養護之試體強度為低。鑽心試體強度與標準圓柱試鑽心試體強度與標準圓柱試體強度間尚無公認一致的關聯性，係因混凝土強度等級、現場溫溼度歷程、搗實程度、批次變異性、強度發展特性、強度發展特性、鑽心設備及取出樣品之謹慎程度等，均會影響兩者間之強度關聯性均會影響兩者間之強度關聯性。」另依據卷附之附件3、4相關文獻資料、新聞報導之記載，在在足見混凝土縱有強度不足情事，甚有可能係灌漿或養護過程所致，實無法以此逕自推論混凝土材料有瑕疵。

依上開CNS規範、系爭合約書「訂貨辦法」第8點、第11點、第13點、「責任分區事項」第2點、第4點、第5點約定及送貨單記載「1.混凝土運至工地，卸貨前之品質、強度，由本公司（即原告）負責，卸貨後由於加水或施工原因，而造成結構品質不良或強度不足，恕不負責；依CNS3090A2042辦理。2.送貨單載明混

凝土之規格數量，客戶卸料前由本公司負責。如有疑問請於卸料前提出。」之約定，可知有關混凝土品質，雙方已約定係以預拌車卸料口之材料為準，並以國家認證實驗室之試驗報告為標準。此乃因混凝土卸貨後，可能會因加水或施工等原因，造成結構品質不良之問題，實不得因事後發現有結構品質不良或強度不足之情事，即逕自推認原告交付之混凝土有品質瑕疵。而系爭合約書條文所稱「硬固混凝土之品質若有瑕疵，非經第三專業機構鑑定責任歸屬者，非由乙方（即原告）負責」等字，係指如澆置、養護後的硬固混凝土有瑕疵，應由鑑定機構鑑定瑕疵發生之原因，釐清責任歸屬；亦即第三專業機構或公正單位之鑑定結果，需明白認定此確實係混凝土原料所造成之瑕疵，原告始須負責。故被告以上開合約書約定，逕自指稱原告同意延長所負瑕疵擔保責任至澆置後云云，此僅係其片面之詞，委不足採。

一、被告對於原告於106年11月11日提供之混凝土，從未主張有任何強度不足或其他瑕疵之情事，現竟指稱原告於該日交付之混凝土未符合約定品質云云，顯係臨訟卸責之詞：

原告於106年11月11日提供被告之混凝土，於當日即取樣送至SGS南科實驗室會壓，做材齡30天之抗壓強度試驗；於取樣製作試體時，係由被告現場人員林建立取樣，試驗結果抗壓強度分別為272、271、255、274kgf/ccm²（原證10SGS南科實驗室106年12月12日試驗報告）。依據上開檢驗結果，混凝土抗壓強度均高於雙方簽訂之預拌混凝土訂貨單上之要求，足證原告於當日所交付之混凝土，並無任何強度不足或品質不良之瑕疵。

原告於106年11月11日及106年12月16日提供予被告之混凝土，係分別用於系爭建物2樓頂板及3樓頂板。而

被告於107年1月15日進行鑽心取樣並自行委託成大實驗室及SGS南港實驗室進行試驗之混凝土，係取自3樓頂板；至於2樓頂板，則未見有任何鑽心試體之試驗報告。被告對於原告於106年11月11日提供之混凝土，從未主張有任何強度不足或其他瑕疵之情事，現竟於交付後近10個月之際，於未提出任何具體實證之情況下，空口指稱原告於上開時間交付之混凝土未符合約定品質云云，委不足採。

. 原告為系爭工程所提供之混凝土材料，品質並無任何問題，有原證9SGS台灣檢驗科技股份有限公司南科材料及工程實驗室（下稱南科實驗室）所為之試驗報告為證；且原告試體取樣、製作、養護及送驗過程，完全符合CNS相關規範：

原告於106年12月16日提供被告之混凝土，於當日即取樣送至SGS南科實驗室會壓，做材齡30天之抗壓強度試驗；於取樣製作試體時，係由被告現場人員林建立取樣，試驗結果抗抗抗壓強度分別為244、248、248、259Kgf/㎠（原證9SGS南科實驗室107年1月15日試驗報告）。依據上開檢驗結果，混凝土抗壓強度均高於雙方簽訂之預拌混凝土訂貨單上之要求，足證原告於當日所交付之混凝土，並無任何強度不足或品質不良之瑕疵。

本件送驗之試體數量符合CNS3090規範、試體取樣及製作過程符合CNS3090及CNS1231規範、試體養護及送驗時程符合CNS1231規範：原告106年12月16日之出貨量為179 ，故應試驗2次，每次製作2個試體，共4個試體。是原告就當天交付之混凝土，提供4個試體予實驗室進行強度試驗，已符合系爭契約約定及CNS3090規範。又本件試體取樣及製作過程，由被告現場人員即其負責人林建立指定要取樣之車輛，再由原告進行取樣、製作試體，並由被告現場人員即其負責人林

建立於試體卡（原證9背面照片）上簽名，確定日期及取樣位置，黏貼於試體上；待混凝土乾固後，該試體卡即貼合於試體上，無法破壞撕下或移除，以確保試體不被調換，因此本件試體取樣及製作過程符合CNS3090及CNS1231規範。另原告於106年12月16日提供被告之混凝土，於當日取樣並製作試體，待養護完成後，於107年1月9日送至SGS南科實驗室，試驗結果抗壓強度分別為244、248、248、259kgf/㎠，均高於雙方簽訂之預拌混凝土訂貨單上之要求，足證原告於當日所交付之混凝土，並無任何強度不足或品質不良之瑕疵。

j 被證2、3國立成功大學土木工程學系工程技師暨材料實驗室（下稱成大實驗室）及SGS台灣檢驗科技股份有限公司南港材料及工程實驗室（下稱SGS南港實驗室），所為之硬固混凝土鑽心抗壓強度之試驗報告，不得作為判斷系爭混凝土品質之依據：

被告固於107年1月15日進行鑽心取樣，並自行委託成大實驗室、SGS南港實驗室進行試驗，惟此係於原告將混凝土卸入被告工程地點，由被告或其委託之營造廠進行後續澆置、工地保養、施工等過程後，所進行之取樣與測試；縱有試體強度不足之情事，有可能係泵送車加水或澆鑄卸料方法不正確、搗實動作未確實等原因所致，實無法以此逕自推論混凝土材料有瑕疵。亦即原告所交付者為預拌混凝土材料，而非施工後之硬固混凝土結構體，實不得因事後發現有硬固混凝土結構體品質不良或強度不足之情事，即逕自推認原告所交付之預拌混凝土材料有品質瑕疵，被告顯未盡舉證責任。況原告於當日供貨材料為同一批材料，若有強度不足問題，理應一致相同。惟依據被告提出成大實驗室、SGS南港實驗室之試驗報告，抗壓強度卻自96至194kgf/㎠不等，甚至單個鑽心試體強度達92

％，其餘卻未達，相當不一致，同一批材料，實不致於有此種情況。故可合理推論，此乃因泵送車壓送灌漿過程，因便於輸送及施工便利，其加水多寡無法認定，且數量無一定計量，又無法適度與混凝土材料均勻混合，故造成整體強度分布不均情形發生。

又被告雖謂其於107年1月15日有聯繫原告永康場人員陳鋮鋒會同進行鑽心取樣云云，惟依據經濟部標準檢驗局「CNS1238,A3051」第3.5點規定可知，鑽心設備及取出樣品之謹慎程度，均會對抗壓強度試驗結果造成影響。本件原告於被告進行鑽心取樣前，即一再告知被告，應由實驗室人員進行鑽心取樣、養護及壓驗作業，然被告卻未委由專業人員鑽心取樣，且於鑽心取樣後，自行壓驗、送件，完全未通知原告會同辦理。是以，此鑽心取樣之試驗結果，對原告應不生拘束力。況被告取樣之鑽心試體直徑約僅55mm，不符「CNS1238,A3051」第7.1條規定之94mm，導致抗壓強度偏低及變異太大，所得抗壓強度根本不適合作為判定現場混凝土品質之依據。

LL被告對於原告已交貨完畢，其尚有540,960元（106年11月11日277,830元+106年12月16日263,130元）貨款未給付之事實，既不爭執，則應認為原告已就該價金給付請求權發生所須具備之特別要件盡其舉證責任，故被告應就其所抗辯得拒絕付款之事由負舉證之責，亦即被告應就其所稱原告交付之貨物有瑕疵乙節負證明之責。

另被告就原告於106年11月11日提供之混凝土，未按物之性質，依通常程序從速檢查其所受領之物，亦未即時通知原告，自應視為承認其所受領之物，不得再請求原告負物之瑕疵擔保責任。

並聲明：

－被告應給付原告540,960元，及自107年2月10日至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

一原告願供擔保，請准宣告假執行。

被告辯稱：

原告於106年11月11日、106年12月16日交付予被告之預拌混凝土，有「抗壓強度不足」、「品質不良」之不合契約定品質之瑕疵存在：

－由兩造預拌混凝土訂貨單「訂貨辦法」第8點、第13點之約定，可證原告就系爭混凝土應負瑕疵擔保責任範圍及時點為澆置後硬固混凝土強度，否則兩造僅須約定混凝土強度以預拌車卸料口採樣送驗之試驗結果為準：被告為施作系爭住宅新建工程，於106年7月25日與原告簽訂系爭合約書，向原告購買預拌混凝土。依訂貨單約定關於3,000PSI（磅）混凝土，抗壓強度為28日強度210Kgf/㎠之品質。嗣原告於106年11月11日、1 06年12月16日將預拌混凝土運至系爭建案位於臺南市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○號土地之工地現場，進行系爭建物4棟結構體（共7戶4棟，其中1戶為獨棟1棟，其餘為2戶雙拼共3棟）之澆置作業。詎系爭建物於107年1月中旬降雨後，被告觀察結構體3樓天花板出現整片潮濕水漬，懷疑原告提供之預拌混凝土強度恐不符約定之品質。被告因此於107年1月15日，依系爭合約書訂貨辦法第13點約定，聯繫原告永康場人員陳鋮鋒，會同進行系爭建物106年12月16日澆置部分之鑽心取樣，並將樣品分別送至成大實驗室、SG S南港實驗室及SGS南科實驗室，進行混凝土抗壓強度試驗。而依前開實驗室混凝土鑽心試體試驗報告（被證2、3、反證1），系爭建物4棟結構體之3樓澆置混凝土抗壓強度分別為：成大實驗室部分：「A1：107K gf/㎠、B1：154Kgf/㎠、C1：144Kgf/㎠、D1：19 4Kgf/㎠」、SGS南港實驗室部分：「A1-1：106Kgf/ ㎠、A1-2：96Kgf/㎠、B1：117K gf/㎠、C1：107K gf/㎠、D1：138Kgf/㎠、E1：112 Kgf/㎠」、SGS南科實驗室部分：「001：150Kgf/㎠

、002：155Kgf /cm²、003：165Kgf/cm²、004：178Kgf /cm²」，均未達到應有之抗壓強度210Kgf/cm²，甚至有抗壓強度不足約定強度半數者，顯然原告於106年11月11日、106年12月16日未依約提供約定品質之預拌混凝土，而有瑕疵給付之情形。

一原告應就其交付混凝土符合契約品質負舉證責任：

原告主張其依約僅負責交貨時，預拌混凝土具有契約約定之抗壓強度及品質為已足，至於卸交工地後之澆置、搗實、養護及保護等工作，不在其契約擔保範圍內等語。惟依系爭合約書訂貨辦法第8點、第13點約定，澆置後之硬固混凝土，其品質若有爭議，應經現場鑽心取樣，並送交第三專業機構鑑定責任歸屬，如有瑕疵，應由原告負責之約定，顯然原告所負之瑕疵擔保責任，尚非以交貨時具有契約約定之抗壓強度及品質為已足。原告就混凝土品質事項，既然同意延長瑕疵擔保責任至澆置後，則除可認品質瑕疵為被告方面之因素所致，應由被告負責外，如瑕疵原因不能判定時，原告自應依契約所約定之方式負其責任。

兩造預拌混凝土訂貨單「責任區分事項」第2點及第5點雖有約定施工不當或任意加水造成品質異常，原告概不負責等語。惟此部分係混凝土強度不足時，原告得主張的免責事由，自應由原告就對其有利之免責原因負舉證責任。

原告雖提出原證9SGS南科實驗室混擬土抗壓強度試驗報告，主張系爭混凝土提供至被告工地後，取樣作交由材料試驗室作抗壓強度檢測，檢測報告顯示原告混凝土之抗壓強度合格云云（被告否認原證9SGS南科實驗室試驗報告之真正，因該份試驗報告非系爭建案工地現場取樣之試體）。然兩造係約定就交付混凝土品質有爭議時，應以澆置後硬固混凝土之抗壓強度測試報告為認定混凝土是否符合契約約定品質之標準。從

而被告舉被證2、3成大實驗室、SGS南港實驗室之混凝土鑽心試體試驗報告，其試驗結果判定為混凝土鑽心試體不合格，可證被告指稱原告交付之系爭混凝土，未達契約約定之品質。是原告如主張混凝土未達契約約定品質係其他可歸責被告行為所致（例如加水），應由原告負舉證責任。

原告主張被告取樣之鑽心試體直徑不符CNS1238A3051混凝土鑽心試體及鋸切長條試體取樣法第7.1條，抗壓強度試驗用鑽心試體直徑至少為94mm之規範，不得作為判定現場混凝土品質依據。然CNS1238A3051混凝土鑽心試體及鋸切長條試體取樣法第7.1條（b）款規定，如因鋼筋淨間距的限制，鑽心試體直徑可不依至少為94mm之規定，即取樣的鑽心試體直徑未達94mm，亦可作混凝土抗壓強度測試（現場建物牆內布滿鋼筋，取樣確係受鋼筋間距之限制）。又被告於107年1月15日取樣時，在場會同取樣之原告永康場人員陳鋮鋒並無異議，亦可證被告送驗專業機構製作之試驗報告，樣體信度並無疑義。

．至臺南市結構工程技師公會之鑑定報告，被告認不可採，蓋兩造約定系爭混凝土抗壓強度為28日210Kgf/㎠之品質，經取樣送往成大實驗室、SGS南港實驗室、SGS南科實驗是檢驗均不符合上開標準，且漏水亦非常態之漏水，惟臺南市結構工程技師公會之鑑定報告卻告於原告採樣之強度，顯不符合學理與實務之情況。

被告以原告未修補系爭混凝土抗壓強度不足、品質不良之瑕疵（即提出無瑕疵之混凝土），而依民法第264條規定行使同時履行抗辯權，拒絕給付系爭貨款，為有理由：

－原告提供之預拌混凝土，有抗壓強度不足之瑕疵，且造成被告系爭建物結構體強度不足之損害，原告應負物之瑕疵擔保責任及不完全給付之債務不履行責任。被告已多次通知原告混凝土抗壓強度不足，影響結構體安全，

請其儘速派員將4棟結構體3樓牆面、梁柱、樓梯、天花板及其上屋突打除，並重新澆置符合約定品質之預拌混凝土，詎原告一再推諉不為處理。

㈡原告既未交付符合品質之混擬土，於其未為對待給付前，被告依民法第264條自得拒絕自己之給付。而參酌最高法院77年度第7次民事庭會議決議　，被告爰就前已澆置於4棟結構體之預拌混凝土貨款540,960元，行使同時履行抗辯權，拒絕給付系爭貨款。

縱本院認被告仍應給付系爭貨款，被告亦主張以反訴請求損害賠償200萬元，依民法第334條第1項規定為抵銷，而經抵銷後，原告已無貨款餘額債權可得請求。

並聲明：原告之訴駁回。如受不利之判決，願供擔保，請准宣告免為假執行。

二、反訴部分：

反訴原告起訴主張：

同【本訴被告答辯】之陳述。

反訴原告因反訴被告所給付之混凝土抗壓強度不足，導致系爭建物結構強度不足，須就系爭建物另作結構分析，並依結構分析結果，設計、施作補強工項、打除結構重新施作，因而受有支出「結構安全分析」、「結構補強設計」、「結構補強施工」、「打除結構重新施作」費用200萬元之損害，爰依民法第227條第2項規定請求反訴被告負損害賠責任。

並聲明：

㈠反訴被告應給付反訴原告200萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

㈡反訴原告願供擔保，請准宣告假執行。

反訴被告答辯：

同【本訴原告起訴主張】之陳述。

反訴原告就反訴被告於106年11月11日提供之混凝土，未

按物之性質，依通常程序從速檢查其所受領之物，亦未即時通知原告，自應視為承認其所受領之物，除不得再請求反訴被告負物之瑕疵擔保責任外，亦不得再依據民法第227條規定主張權利。

並聲明：

－反訴原告之訴駁回。

—如受不利之判決，反訴被告願供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事實：

被告為施做「佳里7戶住宅新建工程」，於106年7月5日與原告簽訂「預拌混凝土訂貨合約書」（即系爭合約書），向原告購買預拌混凝土，雙方約定預拌混凝土抗壓強度為28日210Kgf/㎠。

原告於106年11月11日、106年12月16日將預拌混凝土運送至系爭建案位於臺南市○○區○○段○○○○○○○○○○○○○○○○號地之工地現場，並由被告分別用於系爭建物2樓頂板及牆面、3樓頂板及牆面，進行4棟建物（系爭建案共7戶4棟，其中1戶為獨棟1棟，其餘2戶雙拼共3棟）結構體之澆置作業。

被告就已澆置於系爭建物結構體之預拌混凝土，尚有貨款540,960元（106年11月11日277,830元+106年12月16日263,130元）未給付。

ŋ被告曾於107年1月26日委託德倫聯合律師事務所以107律（德）字第4號律師函向原告表示其所提供之預拌混凝土有重大瑕疵，拒絕支付貨款等語；原告則於107年2月5日委請屸華商務法律事務所以屸字第00000000號律師函向被告說明其所提供之預拌混凝土材料，業依雙方系爭合約書約定之程序製作試體，並經實驗室試驗強度均合格，品質並無任何問題等語。

ē系爭合約書之條款各約定如下：

訂貨辦法：

－第8點約定：「乙方（即原告）交貨給甲方（即被告）

後，甲方以泵送或其他任何方式輸送混凝土，並經澆置、養護後之硬固混凝土，其品質若有瑕疵，非經第三專業機構鑑定責任歸屬者，非由乙方負責。」

— 第11點約定：「混凝土試驗，甲方若無特別指定者，以國家認證實驗室之試驗報告為標準。」。

· 第13點約定：「甲方對所訂購混凝土之強度若有疑問，以國家認證實驗室之試驗結果為判定依據，甲、乙雙方如不能圓滿解決時，必要時，乙方配合甲方做現場鑽心取樣，如仍然無法通過測試者，甲乙雙方同意將測試數據提交第三公正單位裁定處理，如強度標準無差錯，該項試驗費用應由甲方負責。」

責任區分事項：

- 第2點約定：「凡甲方訂購指定規格之預拌混凝土，用料之控制及品質由乙方負責，乙方照實際訂購之強度負責交貨；但　工地施工或保養不當　在工地任意加水　每台攪拌車施工超過一小時等因素而影響強度所引起之後果，乙方概不負責。」

— 第4點約定：「視實際需要製作試體，以CNS國家規範之最低限為原則，其製作試體、試驗報告及手續費用等由乙方負責，如甲方因工程需要增製試體，乙方不得以任何理由推諉，惟甲方應於事前表明並記載於備註欄中，且增加之試體試驗費另議，並由甲方負擔。」

· 第5點約定：「乙方依指定規格出貨於工地澆置過程中，因甲方幫浦車加水或澆鑄卸料方法不正確，搗實動作未確實，致造成蜂巢現象或品質異常，乙方概不負責。」

預拌混凝土送貨單記載：「1.混凝土運至工地，卸貨前之品質、強度，由本公司（即原告）負責，卸貨後由於加水或施工原因，而造成結構品質不良或強度不足，恕不負責；依CNS3090A2042辦理。2.送貨單載明混凝土之規格數量，客戶卸料前由本公司負責。如有疑問請於卸料前提出。

」

一般混凝土施工過程為出賣人即混凝土材料商將混凝土自預拌車卸料口卸貨後，由買受人將混凝土送入其或其委任營造廠之泵送車，經泵送車泵送，由泵送管送至灌漿處，再進行後續之澆置、搗實、養護及保養等工程。

ě 原告於106年11月11日、106年12月16日交付預拌混凝土予被告後，被告之法定代理人林建立僅於原證2之106年12月16日第17車次之預拌混凝土送貨單上簽名（本院卷　第140頁）。

原告於106年11月11日、106年12月16日交付預拌混凝土予被告後，被告法定代理人林建立曾於尚未黏貼於試體上之空白試體卡（如原證10、原證9之背面照片）上簽名。

原告提出106年12月4日、107年1月9日將試體送至SGS南科實驗室會壓，做材齡30天之抗壓強度試驗之試體報告。其試驗報告記載抗壓強度分別為：

106年11月11日取樣部分：「272Kgf/㎠、271Kgf/㎠、255Kgf/㎠、274Kgf/㎠」（原證10）。

106年12月16日取樣部分「244Kgf/㎠、248Kgf/㎠、248Kgf/㎠、259Kgf/㎠」（原證9）。

被告就系爭建物106年12月16日3樓頂板澆置部分，於107年1月15日會同原告永康場人員陳鍼鋒後自行進行鑽心取樣，並將樣品分別送至成大實驗室、SGS南港實驗室、SGS南科實驗室，進行混凝土抗壓強度試驗，其試驗報告就系爭建物結構體之3樓及牆面澆置混凝土抗壓強度分別記載：

成大實驗室部分：「A1：107Kgf/㎠、B1：154Kgf/㎠、C1：144Kgf/㎠、D1：194Kgf/㎠」（被證2）。

SGS南港實驗室部分：「A1-1：106Kgf/㎠、A1-2：96Kgf/㎠、B1：117Kgf/㎠、C1：107Kgf/㎠、D1：138Kgf/㎠、E1：112Kgf/㎠」（被證3）。

SGS南科實驗室「001：150Kgf/㎠、002：155Kgf/㎠、003：165Kgf/㎠、004：178Kgf/㎠」（反證1）。

被告對原證1至原證10之形式真正不爭執；原告對被證2、3、反證1之形式真正不爭執。

四、本院之判斷：

按債務人負有依債務本旨為給付之義務，違背債務之本旨為給付，即屬不完全給付，為瑕疵之給付，是以債務人如主張其已為完全給付，當由其負證明之責；然債權人於受領給付後，以債務人給付不完全為由，請求債務人損害賠償，關於給付不完全之點，應轉由債權人負舉證責任（最高法院77年度台上字第1989號民事裁判參照）。本件原告請求被告依約給付系爭混凝土之買賣價金，被告則抗辯原告並未依債之本旨給付，並反訴主張依民法第227條第2項規定對原告有損害賠償債權，揆諸前開說明，本訴部分，原告自應就其已依契約之本旨給付乙節負舉證之責，然反訴部分，反訴原告亦應就給付不完全之點負舉證之責，先予敘明。

本訴部分：原告主張依據民法第367條、第229第2項前段、第233條第1項、第203條之規定，請求被告給付貨款540,960元（106年11月11日277,830元＋106年12月16日263,130元）及自107年2月10日起至清償日止之法定遲延利息，為有理由：

原告於106年11月11日、106年12月16日交付予被告之預拌混凝土，並無被告主張之「抗壓強度不足」、「品質不良」之不合契約定品質之瑕疵存在：本件因兩造就系爭預伴混凝土有無前開被告所主張之瑕疵存在有爭執，並各自提出其委託試驗之試體報告為憑，是本院乃依被告之聲請指定台南市結構工程技師公會為鑑定人，並囑託鑑定下列事項：「　台南市政府工務局建照執照號碼：(106)南工造字第01147號佳里延平段住宅新建工程之2、3樓頂板及牆面之混凝土抗壓強度為何？是否達到210Kgf/㎠？　抗壓強度若未達到210Kgf/㎠，其原因為何？係混凝土本身之瑕疵？或係泵送車加水、澆鑄卸料方法不正確或搗實動作未確實等其他原因所致？　抗壓強度若未達到210Kgf/㎠

，上開建物之整體結構是否有影響？應否為補強？補強所需之必要費用為何？」嗣經鑑定人於108年2月26日會同兩造代表在立勝檢驗公司進行會驗，取樣之混凝土鑽心試壓結果詳如附表所示，是鑑定人依附表所示之數據認定如下：「　經會同系爭雙方至現場各棟之2及3樓之牆、梁、版各混凝土鑽心取一顆，總計24顆試體，並會同至屏東立勝檢驗公司（獲國家認可之TAF認證）進行會驗，其結果為24顆試體中，最低抗壓強度為249Kgf/㎠，最高抗壓強度為392Kgf/㎠，均大於原設計值210Kgf/㎠。　一般混凝土之抗壓強度若未達到原設計強度（本案為210 Kgf/㎠）之要求，其可能之原因有：－組成材料品質及配比不符合規定；—計量不正確；．製程時拌合用水量有誤；j 預拌車運送至工地有加水；LL試體取樣、搬運、養護及試驗過程不正確；ll預拌車卸料逾時或加水；　洩料經泵送車泵送現場加水；　澆置時加水；　澆置方法不正確；r搗實動作未確實；(11)澆置後養護時間不足等。上述任一環節有疏失，均會造成混凝土抗壓強度不足。惟本案混凝土經鑽心取樣，試驗結果，其抗壓強度均大於原設計值。由於本案經系爭雙方同意於鑑定時，鑽心取樣試壓，其結果如上述均符合原設計值（210Kgf/㎠）之要求，故上開建物整體結構之原設計安全度應不受影響，也不需補強。」有該鑑定人所提出之鑑定報告書在卷可憑，是原告主張其所交付予被告之系爭預拌混凝土，並無被告主張之「抗壓強度不足」、「品質不良」之不合契約定品質之瑕疵存在，尚堪憑採。

被證2、3成大實驗室、SGS南港實驗室所為之硬固混凝土鑽心抗壓強度之試驗報告，尚難作為判斷系爭混凝土品質之依據：被告雖提出被證2、被證3、反訴1之試驗報告為憑，然依經濟部標準檢驗局「CNS1238,A3051混凝土鑽心試體及鋸切長條試體取樣法」第3.5點規定：「一般鑽心試體抗壓強度較諸同齡期依CNS1 231製作與標準養護之試

體強度為低。鑽心試體強度與標準圓柱試鑽心試體強度與標準圓柱試體強度間尚無公認一致的關聯性，係因混凝土強度等級、現場溫溼度歷程、搗實程度、批次變異性、強度發展特性、強度發展特性、鑽心設備及取出樣品之謹慎程度等，均會影響兩者間之強度關聯性均會影響兩者間之強度關聯性。」再參考前開鑑定報告亦認「試體取樣、搬運、養護及試驗過程不正確」亦會影響混凝土之抗壓強度，可知鑽心取樣、養護、試驗等之謹慎程度，均會對抗壓強度試驗結果造成影響，然被告於進行取樣時並委未由實驗室之專業人員進行鑽心取樣、養護及壓驗作業，此為被告所不爭執，則該鑽心取樣之試驗結果，自難遽採。

本件原告所交付之系爭預拌混凝土既無不合契約定品質之瑕疵存在，已如前述，則兩造之其餘爭點（－兩造約定原告應交付之混凝土品質，係以預拌車卸料口之混凝土或以澆置後之硬固混凝土之抗壓強度為準？—原證9SGS南科實驗室所為試驗報告之實質上是否真正？該份試驗報告試體是否為系爭建案工地現場取樣之試體？．兩造是否係約定就交付混凝土品質有爭議時，應以澆置後硬固混凝土之抗壓強度測試報告為認定混凝土是否符合系爭合約書所約定品質之標準？j 如系爭硬固後混凝土有瑕疵，該瑕疵係何原因所致？係混凝土本身瑕疵，或係泵送車加水、澆鑄卸料方法不正確或搗實動作未確實等其他原因所致？是否可歸責於原告？應由何人負舉證之責？LL被告就原告於106年11月11日提供之混凝土，是否有怠於履行依通常程序從速檢查及通知原告之義務？）因係以有瑕疵存在為前提，始有判斷之必要，是本院認就其餘爭點自無庸再予一一審酌論斷。另被告於本件言詞辯論終結後，雖具狀聲請傳喚證人張玉燕（證明原告於106年12月16日未連續提供混凝土）及李彥儒、陳鍼鋒（證明鑽心取樣、送驗之過程）、郭志堅（因混凝土強度不足致證人不願簽證），然被告所聲請傳喚證人之待證事實，因與前開鑑定報告之鑑定方法

、程序、內容均無涉，自無法以反證推翻前開鑑定報告之結果，是本院認並無再開辯論以傳訊證人之必要，附此敘明。

綜上，原告所交付予被告之系爭預拌混凝土，並無被告主張之不合契約定品質之瑕疵存在，則被告以原告未提出無瑕疵之混凝土，而依民法第264條規定行使同時履行抗辯權，拒絕給付系爭貨款，自無理由，另被告主張依民法第334條第1項規定，以反訴之債權抵銷系爭貨款，亦無理由（詳如後述）。從而，原告主張依買賣之法律關係，請求被告給付買賣價金540,960元（106年11月11日277,830元＋106年12月16日263,130元）及自107年2月10日起至清償日止按週年利率5%計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。又兩造陳明願供擔保請為宣告假執行或免為假執行，經核均與規定相符，爰分別酌定相當之擔保金額予以宣告。

反訴部分：反訴原告（即被告）以系爭混凝土有抗壓強度不足之瑕疵，致系爭建物結構強度不足，須就系爭建物另作結構分析，並依結構分析設計、施作補強工項、打除結構重新施作，因而受有支出「結構安全分析」、「結構補強設計」、「結構補強施工」、「打除結構重新施作」費用200萬元之損害為由，主張依民法第227條第2項規定對反訴被告（即原告）有損害賠償債權，為無理由：本件反訴被告於106年11月11日、106年12月16日交付予反訴原告之預拌混凝土，並無反訴原告所主張之抗壓強度不足之瑕疵存在，且反訴原告就系爭混凝土有瑕疵存在乙節，亦未能提出反證以推翻本院前開之認定，已如前述，則反訴原告主張依民法第227條第2項規定請求反訴被告給付200萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息，自無理由，應予駁回。而反訴原告既受敗訴判決，其假執行之聲請即失所依據，應併予駁回。

五、本件判決結果已臻明確，兩造其餘之攻擊防禦方法及訴訟資

料經本院斟酌後，核與判決結果不生影響，無一一論述之必要，併予敘明。

六、據上論結，本訴原告之訴為有理由，反訴原告之反訴為無理由，依民事訴訟法第78條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　23　　日

民事第二庭　　法　官　洪碧雀

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內向本院提出上訴狀（須附繕本）。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　　5　　月　　23　　日

書記官　林政良

附表：混凝土鑽心試壓結果

棟別	試體編號	取樣位置	錯心試體抗壓強度（Kgf/cm²）	樓層平均強度（Kgf/cm²）
A棟	2F-1	牆	335	361.7
	2F-2	梁	371	
	2F-3	版	379	
	3F-1	牆	249	272.3
	3F-2	梁	254	
	3F-3	版	314	
	2F-1	牆	323	

（續上頁）

B棟	2F-2	梁	347	330.7
	2F-3	版	322	
	3F-1	牆	254	287.7
	3F-2	梁	264	
	3F-3	版	345	
C棟	2F-1	牆	293	317.7
	2F-2	梁	287	
	2F-3	版	373	
	3F-1	牆	289	340.3
	3F-2	梁	358	
	3F-3	版	374	
D棟	2F-1	牆	311	350.3
	2F-2	梁	392	
	2F-3	版	348	
	3F-1	牆	309	319.7
	3F-2	梁	283	

（續上頁）

	3F-3	版	367	