臺灣高等法院臺中分院民事判決

107年度重上更三字第17號

上　訴　人　西瓜寮開發股份有限公司
法定代理人　陳可欣
訴訟代理人　徐曉萍律師
被上訴人　經濟部水利署第三河川局
法定代理人　白烈煊
訴訟代理人　朱坤棋律師
　　李東炫律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於民國99年11月23日臺灣臺中地方法院99年度重訴字第288號第一審判決提起上訴，經最高法院第3次發回更審，本院於108年8月30日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣壹億貳仟柒佰貳拾貳萬貳仟柒佰柒拾柒元，及自民國99年6月8日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審及發回前第三審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之八十三，餘由上訴人負擔。

本判決命被上訴人給付部分，於上訴人以新臺幣肆仟貳佰肆拾萬柒仟陸佰元為被上訴人預供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣壹億貳仟柒佰貳拾貳萬貳仟柒佰柒拾柒元為上訴人預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面：

一、按當事人法定代理人之代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理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，為民事訴訟法第170條、第175條所明定。本件上訴人起訴時之法定代理人原為張又尹，嗣於訴訟

進行中變更為陳可欣【見本院104年度重上更㈡字第40號（下稱更二審）卷第78-79頁】，經西瓜寮公司具狀聲明承受訴訟（見更二審卷第76頁）；及被上訴人起訴時之法定代理人原為張廣智，嗣於訴訟進行中依序變更為白烈燇、鄭修宗、范世億、楊人傑【見本院100年度重上字第28號（下稱上訴審）卷一第68頁、卷二第34-35頁，本院102年度重上更㈠字第25號（下稱更一審）卷第59頁、最高法院104年度台上字第1360號卷第149頁】，經被上訴人具狀聲明承受訴訟（見上訴審卷一第63頁、卷二第29頁、更一審卷第47頁，最高法院104年度台上字第1360號卷第148頁）。嗣於本院審理中被上訴人之法定代理人再變更為白烈燇（見本院卷第100-101頁），並經被上訴人聲明承受訴訟（見本院卷第99頁），經核並無不合，自應予准許。

二、按當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。前項但書各款事由，當事人應釋明之。違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之。民事訴訟法第447條定有明文。1.被上訴人於108年2月19日本件審理中始提出民事準備書㈡狀主張依系爭土石標售契約第5條之約定，該契約所附開標紀錄文件屬契約之一部，系爭土石標售開標紀錄文件所附之招標須知第8條明定：「機關因政策需要或不可抗力之因素或基於河防安全之需要未能辦理時得終止本契約，廠商應即照辦，機關得依作業進度比例無息退還廠商所繳之費用，廠商不得異議」此約定屬契約終止權保留之性質，本件倘認系爭土石（詳見下述）係訴外人漢臨企業有限公司（下稱漢臨公司）所有，則本件土石標售即屬違法侵害第三人之權益，自非法所許可，並違背被上訴人應合

法標售土石之政策，被上訴人依約即得終止系爭土石標售契約，並以該書狀之送達作為對上訴人為終止契約之意思表示等語。而上開主張屬被上訴人於本次審理中所提之新攻擊或防禦方法，為被上訴人所自承（見本院卷第140頁），且上訴人已表示不同意被上訴人提出上開新攻擊或防禦方法。雖被上訴人釋明上開主張應符合前開民事訴訟法第447條第1項第6款如不許其提出顯失公平者之規定，然本院稽以上訴人上開主張與其所述招標須知第8條並不符合；且本件被上訴人於原審即委任專業律師為訴訟代理人，亦難認有何如不許其提出有顯失公平之處，是被上訴人所提上開新攻擊或防禦方法，既於法未合，自不應准許，應予駁回。2.上訴人雖主張被上訴人所提有關民法第216之1條損益相抵之抗辯（詳見下述），亦屬新攻擊或防禦方法，其不同意被上訴人提出云云。然查被上訴人已釋明上開主張若為新攻擊或防禦方法，亦應符合民事訴訟法第447條第1項第3款及第6款之規定。查被上訴人既未能舉出其於原審已提出上開主張，自應認屬於二審始提出之新攻擊或防禦方法。惟本院稽以有關本件上訴人得依債務不履行規定請求被上訴人賠償之損害額為多少？於原審即為兩造間重要之爭執事項，而損益相抵與否，攸關損害額多寡之計算，自應認被上訴人上開主張係對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充，且如不許其提出亦顯失公平，而應許其提出。

乙、實體方面：

壹、上訴人主張：被上訴人於91年8月14日辦理大安溪河川區域內土石堆㈠標售計畫（下稱系爭標售計畫），公開標售堆置於苗栗縣三義鄉大安溪河床之土石堆，由上訴人以新臺幣（下同）7760萬元得標，並於同年月20日與被上訴人簽立土石標售契約（下稱系爭契約）；上訴人給付價金後，被上訴人於同年月28日將土石交付清運，上訴人已清運30萬立方米，尚餘55萬9221立方米土石（下稱系爭土石）經被上訴人告知暫停清運而未清運，嗣後並經漢臨公司主張屬其所有，訴由

臺灣臺中地方法院（下稱臺中地院）以91年度重訴字第1381號確認所有權存在事件（下稱第1381號事件）判命上訴人返還漢臨公司確定，並經漢臨公司運離，致上訴人未取得系爭土石所有權。則被上訴人就系爭土石未盡出賣人交付及使上訴人取得所有權之義務，應負債務不履行之損害賠償責任，上訴人自得以起訴時系爭土石之市價每立方公尺275元計算損害賠償金額計1億5378萬5775元。為此，爰依民法第353條、第227條第1項、第226條第1項等規定，求為命被上訴人給付上訴人1億5378萬5775元，及自起訴狀繕本送達翌日起加付法定遲延利息之判決。

貳、被上訴人則以：系爭土石係原臺灣高等法院臺中分院檢察署（現改制為臺灣高等檢察署臺中分署，下稱臺中高分檢）因偵辦大安溪盜採砂石案所扣押發還，經被上訴人辦理公開標售，由上訴人標得，被上訴人於91年8月28日將之交付上訴人管領清運，並無不履行債務之情事。縱認系爭土石屬漢臨公司所有，上訴人亦因善意受讓取得所有權，自不得再請求被上訴人負權利瑕疵擔保責任。又雖被上訴人為第1381號事件之參加人，然因上訴人對第1381號事件之判決提起上訴後，於第二審審理中撤回上訴，致被上訴人無法在該審級提出攻擊或防禦方法，依民事訴訟法第63條第1項但書規定，被上訴人不受該事件確定判決及參加效力之拘束。再縱認本件上訴人得對被上訴人請求損害賠償，上訴人係以總價7760萬元得標，因尚未載運之系爭土石僅55萬9221立方公尺，則上訴人請求短少給付部分之積極損害，應僅得按得標金額比例計算其數額即5050萬5690元；且依系爭契約上訴人亦負有清運義務，因上訴人亦受有減少支出系爭土石以每平方公尺55元計算共3075萬7155元清運費之利益，則損益相抵後其損害亦應僅為1974萬8535元等語，資為抗辯。

參、原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服，提起上訴，經本院前審先後以100年度重上字第28號、102年度重上更㈠字第25號、104年度重上更㈡字第40號判決後，經最高法院分別以

102年度台上字第1126號、104年度台上字第1360號、106年度台上字第342號判決廢棄本院前審上開判決，並發回本院更為審理。兩造聲明如下：

一、上訴人上訴聲明：㈠、原判決廢棄。㈡、被上訴人應給付上訴人1億5378萬5775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。㈢、願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人答辯聲明：㈠、上訴駁回。㈡、如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

肆、本件經兩造整理及簡化爭點結果如下（見本院卷第69頁正、反面，本院依判決格式調整文字）：

一、兩造不爭執事項：

㈠、臺中高分檢於91年間偵辦大安溪盜採砂石案件，於91年7月8日以中分檢茂實91查76字第008382號函致經濟部水利署載明「說明：一、…如附件所示河川區域內土石堆...係為贓物予以扣押，並交由貴署依規定處理。二、依刑事訴訟法第133條第1項、第142條第1項規定辦理。」（見上訴審卷一第136頁）

㈡、被上訴人於91年8月7日公開系爭標售計畫，案號為N910801號，上訴人於同年8月14日以總價7760萬元得標，兩造於同年月20日簽立系爭契約，上訴人所標得之土石總數量為85萬9221立方公尺。

㈢、上訴人於得標後，已搬離清運之土石數量為30萬立方公尺，嗣經被上訴人於91年9月3日以水三管字第09102011830號通知上訴人暫停清運，尚未載運之系爭土石數量為55萬9221立方公尺。

㈣、漢臨公司對上訴人起訴請求返還系爭土石，經第1381號事件認系爭土石為漢臨公司所有，上訴人未善意受讓取得其所有權，判命上訴人應將系爭土石返還漢臨公司，且准該公司假執行，該事件被上訴人有為輔助上訴人參加訴訟。被上訴人接獲第1381號事件判決書以後，未輔助上訴人提起上訴。上

訴人提起上訴後，由本院92年度重上字第86號審理，漢臨公司向臺灣苗栗地方法院聲請以92年度執字第3864號案為假執行，由該院執行處於92年10月1日將系爭土石點交漢臨公司接管，且由該公司將系爭土石載離現場。上訴人於93年1月8日撤回上訴而使第1381號事件確定。

㈤、漢臨公司就上訴人已載運之30萬立方公尺土石，另訴經臺中地院以92年度重訴字第328號返還所有物事件（下稱第328號事件）請求上訴人返還。該事件判決認定上訴人已載運之30萬立方公尺土石非漢臨公司所有而駁回其訴，漢臨公司提起上訴，經本院93年度重上字第97號及最高法院94年度台上字第674號裁判駁回漢臨公司之上訴而告確定。

㈥、第328號事件審理中，上訴人曾於92年9月1日具狀就第328號事件對被上訴人為參加訴訟之告知，記載：「臺中地方法院91年度重訴字第1381號儒股，上訴案號：高等法院臺中分院92年度重上字第86號，現在審理中」等語，由臺中地院於92年9月9日送達予被上訴人，被上訴人並於92年9月17日具狀參加第328號事件之訴訟。嗣臺中地院於92年12月3日開庭審理，當庭法官提示第1381號事件卷宗（包括臺中地院91年度重訴字第1381號及本院92年度重上字第86號卷宗）請被上訴人表示意見，被上訴人以參加人身分表示沒有意見。法官復諭知「有無其他聲明或證據方法要提出並告知民事訴訟法第276條失權之效果。」漢臨公司與上訴人即回答均稱無其他聲明或舉證（見第328號事件卷第88-91、133-135頁）。

㈦、兩造所提證物形式上均為真正。

二、兩造爭點事項：

㈠、第1381號事件確定判決對於被上訴人是否生參加效力？

㈡、上訴人是否已取得系爭土石所有權？

㈢、就系爭土石之買賣，被上訴人對上訴人是否負權利瑕疵擔保責任？上訴人得否依民法第353條規定請求被上訴人為債務不履行之損害賠償？金額為何？

伍、本院得心證之理由：

一、第1381號事件確定判決對於被上訴人應生參加效力：

㈠、按參加人對於其所輔助之當事人，不得主張本訴訟之裁判不當。但參加人因參加時訴訟之程度或因該當事人之行為，不能用攻擊或防禦方法，或當事人因故意或重大過失不用參加人所不知之攻擊或防禦方法者，不在此限。參加人所輔助之當事人對於參加人，準用前項之規定。民事訴訟法第63條定有明文。稽其立法理由謂：參加人得為其所輔助之當事人計，為所可為之一切訴訟行為，故本訴訟之裁判，於參加人與其所輔助當事人之間，亦生效力，乃當然之事也。然因參加時訴訟之程度不能用攻擊或防禦方法（例如本訴訟於參加之時，已繫屬於第三審，已不得提出新攻擊或防禦方法）或因所輔助之當事人行為，不能用攻繫或防禦方法（例如當事人之認諾、拋棄或自認，致參加人不能與其行為牴觸而無法用攻擊或防禦方法）或當事人因故意或重大過失，不用參加人所未知之攻擊或防禦方法者，則為保護參加人計，應使本訴訟之裁判效力，不及於參加人。是參加人應受本訴訟裁判之拘束，乃為原則性之規定，但於該條第1項但書規定情形，例外得排斥該原則性規定之適用。再者，參加人於日後之新訴訟中，對於其所輔助之當事人，主張有民事訴訟法第63條第1項但書所列情形之存在，就此利己事實，依同法第277條規定，應負舉證責任。

㈡、查第1381號事件，漢臨公司於91年12月18日向臺中地院起訴（見該事件卷第4頁），漢臨公司於92年1月22日聲請告知被上訴人參加訴訟（見該事件卷第35-36頁），被上訴人乃於92年2月17日以參加人身分提出參加書狀為訴訟參加（見該事件卷第160-161頁），被上訴人並委任朱坤棋律師為訴訟代理人連續於92年2月24日、3月3日、3月19日參與言詞辯論（見該事件卷第165-169、256-263、290-293頁），臺中地院於92年4月2日判命上訴人返還系爭土石與漢臨公司等情，業經本院調閱第1381號事件卷宗查核無訛，並有該事件判決書在卷可稽（見原審卷第61頁）。則被上訴人以參加人身分

為訴訟參加時，得為一切訴訟行為，並提出新攻擊或防禦方法，且按第1381號事件訴訟之程度，顯然並無被上訴人不能用攻擊或防禦方法，是被上訴人自不能以其參加時訴訟之程度，不能用攻擊或防禦方法，對其所輔助之上訴人主張第1381號事件訴訟之裁判不當，至為灼然。

㈢、再按從參加人本於自己法律上之利害關係，得獨立為其所輔助之當事人提起上訴，只須該當事人未有反對陳述，則其因輔助當事人而提起之上訴，即應認為有效。第三人為輔助當事人一造起見為參加後，如未撤回其參加，亦未受法院駁回其參加之確定裁定，則在該訴訟未因確定裁判或其他原因終結前，隨時得輔助當事人為訴訟行為，並不以參加時之一審級為限，故在第一審為參加者，雖在第二審未為訴訟行為，亦得對於第二審判決提起上訴（最高法院20年上字第1301號民事判例、30年抗字第273號民事判例意旨參照）。是在第一審為參加者，本得獨立為其所輔助之當事人提起上訴；且其參加效力上訴至第二審時其效力仍然存續，參加人於第二審仍得續為訴訟行為。然參加之目的，既僅在輔助當事人，則該當事人是否撤回上訴自仍應尊重其意願，參加人不得以該當事人撤回上訴致其無法於上訴審為參加行為而不能用攻擊或防禦方法，而謂其得對該當事人主張本訴訟之裁判不當。查第1381號事件，臺中地院於92年4月2日判決系爭土石為漢臨公司所有，上訴人應將系爭土石返還漢臨公司。則被上訴人若不服該判決結果，本得獨立為其所輔助之當事人提起上訴，然被上訴人並未對之提起上訴；又該案僅係上訴人提起上訴，經本院以92年度重上字第86號事件審理，先後於92年7月24日、9月4日、9月26日、10月17日、11月20日及12月19日行多次準備程序，上訴人嗣於93年1月8日撤回第1381號事件之上訴等情，業經本院調閱該案卷查明屬實，此情亦為兩造所不爭執。本院稽以上情，及第1381號事件臺中地院判決後，被上訴人訴訟代理人朱坤棋律師於92年4月16日到院領取判決書，有送達證書可證（見第1381號事件卷第365頁

），故被上訴人至遲於92年4月16日即已知悉該事件之判決結果。再於第328號事件審理中，上訴人另曾於92年9月1日具狀就第328號事件對被上訴人為參加訴訟之告知，記載：「臺中地方法院91年度重訴字第1381號儒股，上訴案號：高等法院臺中分院92年度重上字第86號，現在審理中」等語，由臺中地院於92年9月9日送達予被上訴人，被上訴人並於92年9月17日具狀參加第328號事件之訴訟。嗣臺中地院於92年12月3日開庭審理，當庭法官提示第1381號事件卷宗（包括臺中地院91年度重訴字第1381號及本院92年度重上字第86號卷宗）請被上訴人表示意見，被上訴人以參加人身分表示沒有意見等語（見第328號事件卷第88-91頁、133-135頁），亦經本院調取第328號事件卷宗核閱屬實，此情亦為兩造所不爭執（見兩造不爭執之事項㈥），由此足見被上訴人顯然知悉第1381號事件已為不利於其所輔助之上訴人之判決，並知悉該案業經上訴人上訴至本院第二審。則雖被上訴人未接獲該事件兩造之書狀及歷次準備程序期日通知書，但其於該事件在第一審為訴訟參加，本得獨立為其所輔助之當事人提起上訴；且其參加效力上訴至第二審時其效力仍然存續，參加人於第二審仍得續為訴訟行為。則被上訴人捨此不為，終因上訴人於93年1月8日撤回第1381號事件之上訴，而告訴訟終結確定。揆之前開說明，被上訴人自不得以上訴人撤回第1381號事件之上訴致其無法於上訴審為參加行為而不能用攻擊或防禦方法，而謂其得對上訴人主張第1381號事件訴訟之裁判不當（最高法院102年度台上字第1126號、104年台上字第1360號判決發回意旨及民事訴訟法第478條第4項規定參照）。

㈣、此外，被上訴人復未能提出並舉證證明，於第1381號事件有其提出何種防禦方法，因上訴人之行為而不能使用，致受敗訴之判決；或就該事件上訴人有因故意或重大過失不提出被上訴人所不知之攻擊或防禦方法，致上訴人敗訴，則依民事訴訟法第63條第1項規定意旨，被上訴人自應受第1381號事

件訴訟裁判之拘束。被上訴人以前詞抗辯第1381號事件確定判決對其不生拘束及參加效力，委無足採。

二、上訴人並未取得系爭土石所有權：

㈠、被上訴人雖主張其已將系爭土石交付上訴人管領完畢，則縱認系爭土石屬第三人所有，上訴人亦因善意受讓而取得所有權；又上訴人固主張依第1381號事件判決結果認定系爭土石為漢臨公司所有，且上訴人未善意受讓其所有權，惟另案328號事件乃認定上訴人已載運之30萬立方公尺土石非漢臨公司所有，漢臨公司提起上訴後，經本院93年度重上字第97號及最高法院94年度台上字第674號裁判駁回漢臨公司之上訴而告確定，而該第328號事件既經二、三審維持而告確定，程序完整而嚴謹，顯非1381號事件判決係因上訴人故意撤回第二審上訴而告確定所得比擬，則本件就有關爭點之判斷，自亦無庸受第1381號事件判決之拘束等語。惟查在第1381號事件因被上訴人曾為輔助上訴人而為訴訟參加，被上訴人與上訴人間確已發生參加效力，業經本院認定如前。則兩造既分別為第1381號事件之參加人及參加人所輔助之當事人，依民事訴訟法第63條第1項規定，參加人即被上訴人對於其所輔助之當事人即上訴人，即不得再主張其所參加之本訴訟即第1381號事件之裁判不當，而應受第1381號事件判決認定結果之拘束。雖第328號事件判決認定上訴人已載運之30萬立方公尺土石非漢臨公司所有，然第328號事件爭訟標的乃為上訴人已載運之30萬立方公尺土石，並非本件爭訟標的即被上訴人尚未載運之55萬9221立方公尺系爭土石，二者爭訟的標的顯有不同，且就土石經上訴人載運與否之基礎事實亦不相同，自難以第328號事件判決認定結果，即認被上訴人無須受第1381號事件確定判決參加效力及認定結果之拘束，是被上訴人上開所辯，尚無可採。

㈡、查第1381號事件確定判決既認系爭土石為漢臨公司所有，上訴人未善意受讓取得其所有權，並判命上訴人應將系爭土石返還漢臨公司，已如前述，並有該判決書在卷可稽。則被上

訴人於本件訴訟既已不得主張第1381號事件確定判決為不當，而應受拘束，上訴人在本件主張其並未取得系爭土石所有權，當屬有據。被上訴人有關上訴人已取得所有權之抗辯，亦無可採。

三、就系爭土石之買賣，被上訴人對上訴人是否負權利瑕疵擔保責任？上訴人得否依民法第353條規定請求被上訴人為債務不履行之損害賠償？金額為何？

㈠、按物之出賣人負交付其物於買受人，並使其取得該物所有權之義務。出賣人不履行第348條至第351條所定之義務者，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利，民法第348條第1項、第353條分別定有明文。又因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。民法第227條第1項及民法第226條第1項亦定有明文。被上訴人雖辯稱縱認本件應受第1381號事件確定判決拘束，因權利瑕疵擔保責任之成立要件之一須買受人為善意，第1381號事件判決理由已認定上訴人受讓系爭土石堆非屬善意之買受人，本件顯不符合權利瑕疵擔保責任之成立要件云云。然依上開規定可知，出賣人應擔保第三人就買賣標的物，對於買受人不得主張任何權利（民法第349條），苟第三人對買賣之標的物有得主張之權利，而得以將買賣標的物自買受人手中追奪，使買受人之權利因而喪失時，出賣人即應對買受人負擔保責任（追奪擔保），以實現法律為維持買賣契約有償性之等價均衡關係（交換正義）及保護交易安全與信用所設之法定無過失責任（權利瑕疵擔保責任）。又民法上所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言。所有權屬於他人之物，出賣人自不能將其所有權移轉與買受人，故在出賣人取得買賣標的物之所有權以前，倘無請求該他人將物之所有權移轉於出賣人之權利；或逕行移轉於買受人之權利存在，則移轉該物所有權於買受人之義務，即屬不能給付。查本件系爭土石係被上訴人

公開標售，由上訴人得標，並已繳清價金，此為兩造所不爭執。嗣第1381號事件確定判決認系爭土石為漢臨公司所有，並命上訴人將系爭土石返還漢臨公司確定，系爭土石並經漢臨公司接管載離，此亦為兩造所不爭執。而被上訴人在本件已不得主張第1381號事件確定判決不當，已如前述。則系爭土石於上訴人標得後既經漢臨公司主張為其所有，並由第1381號事件判決漢臨公司勝訴確定，且經漢臨公司接管載離，致上訴人未能取得系爭土石所有權，則依上開規定，上訴人於本件自得主張被上訴人應負權利瑕疵擔保責任。被上訴人上開所辯，顯無可採。

㈡、被上訴人雖另辯稱系爭權利瑕疵係因上訴人對第1381號事件判決未積極應訴、缺席言詞辯論庭期，及提起上訴後故意撤回上訴而未能除去，其最終目的為侵蝕國庫，是上訴人本件之請求乃權利濫用且悖於誠信等語。惟按權利之行使是否以損害他為人主要目的，應就權利人因權利行使所能取得之利益，與他人及國家社會因其權利行使所受之損失，比較衡量以定之。查上訴人於第1381號事件業已主張其已取得系爭土石所有權，縱讓與人即參加人即被上訴人無移轉所有權之權利，其依民法第801條、第948條規定，亦因善意受讓取得所有權等抗辯，此觀1381號事件判決自明；又1381號事件為不利於上訴人之判決後，上訴人並提起上訴救濟，自難謂上訴人於第1381號事件未積極應訴抗辯。而上訴人主張其撤回第1381號事件之上訴，乃其盱衡判決風險及綜合考量利弊得失後之結果，核與常情無違。再本件上訴人因得標繳納高額價金後，未能順利取得系爭土石，則其於本件訴請被上訴人負債務不履行責任，亦應屬其合法權利之正當行使，當難謂係以損害他人為主要目的。是被上訴人以前詞辯稱上訴人本件之請求乃權利濫用且悖於誠信云云，亦無可採。故本件上訴人主張其得依民法第353條、第227條第1項及第226條第1項等規定請求被上訴人負債務不履行之損害賠償責任，確屬有據。

㈢、關於上訴人得請求被上訴人賠償之金額：

1.按債務人因債務不履行，依民法第227條、第226條第1項規定，對於債權人負損害賠償責任，係採取完全賠償之原則，且屬「履行利益」之損害賠償責任，該損害賠償之目的在於填補債權人因而所生之損害，其應回復者，並非「原有狀態」，而係「應有狀態」，應將損害事故發生後之變動狀況考慮在內。故給付標的物之價格當以債務人應為給付之時為準，債權人請求賠償時，債務人即有給付之義務，算定標的物價格時，應以起訴時之市價為準；債權人於起訴前已曾為請求者，以請求時之市價為準，此觀同法第213條第1項及第216條規定自明（最高法院106年台上字第342號判決發回意旨及民事訴訟法第478條第4項規定參照）。查本件上訴人得依民法第353條、第227條第1項及第226條第1項等規定請求被上訴人負債務不履行之損害賠償責任，已據前述。又上訴人在本件起訴前，並未曾向被上訴人為請求，為兩造所共認（見本院卷第86頁反面）。是本件上訴人得請求被上訴人賠償之金額，即應以本件99年5月27日起訴時之市價為準。再損害乃指財產法益或其他法益所受之不利益，債權人因債務人債務不履行致其財產受有損害時，其損害之範圍應就其財產所受之損害額與其債權受侵害後財產之價值狀態，綜合衡量比較，以決定其財產法益所受不利益之數額，尚不得置其受侵害後財產之價值狀態於不論，而單以其財產所受之損害額斷定之，是本件上訴人主張依起訴時之市價計算其損害金額請求被上訴人賠償，應屬對其所受損害為請求。

2.有關系爭土石於本件99年5月27日起訴時之市價為何？經本院詢問兩造是否聲請調查鑑定？兩造均未聲請（見本院卷第87頁），是本件尚無從以鑑定方法得知起訴時之市價。而查上訴人主張系爭土石於99年5月27日起訴時之市價為每立方公尺275元乙節，業據其於原審提出苗栗縣政府99年4月19日中港溪土石販售第四次公告資料為證（見原審卷第105-106頁）。又於本院上訴審101年1月5日審理時，經法官詢問：

兩造有對於本件之爭點均已各自陳述及攻防，是否有證據請求調查？上訴人訴訟代理人劉燕萍律師答稱：如100年12月22日書狀，請求向苗栗縣政府函詢起訴時系爭土石之價格為何？法官因而再詢問：被上訴人就起訴時系爭土石之價格為每立方公尺275元，有無爭執？被上訴人訴訟代理人表示：不爭執，法官再詢問：有無函詢之必要？上訴人訴訟代理人劉燕萍律師再答稱：請求撤回函詢，之後兩造並均稱已無其他證據請求調查等語，此有該日準備程序筆錄在卷可稽外（見上訴審卷二第144頁反面），兩造對於上開筆錄記載亦不爭執（見本院卷第70反面-71頁），顯見被上訴人對於上訴人主張系爭土石於99年5月27日起訴時之市價為每立方公尺275元業已自認。而按當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。自認之撤銷，除別有規定外，以自認人能證明與事實不符或經他造同意者，始得為之。民事訴訟法第279條第1項、第3項定有明文。被上訴人嗣後於本院雖翻異主張上訴人引用99年市場價值乃土石經運輸、加工，然系爭土石屬原料礦石，並未經運輸、加工，依99年11月17日發布之中央管河川採取土石使用河川公地使用費收費標準及其附表，大安溪下游其純土石原料價格為每立方公尺80元；另參考行政院公共工程委員會（下稱公程會）99年度中部物價資料庫，以開挖機進行土方工作，於0至5公里間，其平均運輸價格為每立方公尺24元，及開挖機每立方公尺開挖費用為6.6元，倘上訴人依約開挖堆放河床旁5公里內之土石價格計算僅為每立方110.6元；另依經濟部水利署98.9.15經水政字第00000000000號公布之河川水庫疏濬採售分離土石申購作業規定附件一，其明載申購價格說明公式為「P＝Pr-Q1-Q2（疏濬土石價格＝砂石成本售價-加工成本及利潤-運輸費用）」，倘依本件上訴人主張砂石成本售價為每立方公尺275元，則扣除平均碎解加工費用每立方公尺100元及運輸費用每立方公尺24元後，其疏濬土石價格為每立方公尺151元（計算式:000-

000-00=151）；本件被上訴人可接受之價格僅在90.3元至120元之間（見本院卷第87頁）等語，並提出中央管河川採取土石使用河川公地使用費收費標準及其附表資料、公程會99年度中部物價資料庫資料、河川水庫疏濬採售分離土石申購作業規定附件一資料等件為證（見本院卷第78-83頁）。惟上訴人已否認被上訴人上開主張，本院觀之被上訴人所提上開資料及其主張不一，尚難遽認屬實。是被上訴人上開主張及舉證，自無從認定其前開自認與事實不符，而得撤銷自認。故本件上訴人主張系爭土石於本件99年5月27日起訴時之市價為每立方公尺275元乙節，應可採認。

3.基上，本件上訴人得請求被上訴人賠償之金額，既應以本件99年5月27日起訴時之市價即每立方公尺275元為準，又上訴人得標繳納價金7760萬元後，未能依約取得所有權之系爭土石為55萬9221立方公尺，此為兩造所不爭執（見兩造不爭執事項）。則準此計算，系爭土石於起訴時之市價即為1億5378萬5775元（計算式：275×55萬9221＝1億5378萬5775）。

4.按基於同一原因事實受有損害並受有利益者，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益，民法第216之1條定有明文。查系爭土石因違法堆置於大安溪河川區域內，被上訴人為維護河防安全，故採取標售土石方式，以達成清除系爭土石之行政目的，此參兩造契約第6條第1項約定「乙方（按即上訴人）清運之土石，不得堆置於河川區域內。契約屆滿時，廠商應負責將清除範圍內一切因清除作業造成之廢棄物等打掃乾淨及機具撤離，否則依相關法令處理」即明（見原審卷第15頁）。足見被上訴人主張上訴人依約亦負有清運系爭土石之義務，且必須完成清運作業，始能終局取得土石之權利，即有關系爭土石標售契約之履行，上訴人必須支出清運費用，始能取得系爭土石之權利，應屬可信。則依上開規定，上訴人請求被上訴人賠償之金額，自應扣除上訴人減少支出系爭土石清運費之利益，方屬合理。第查，系爭土石為91年間大安溪盜採砂石案件所扣押贓物之一部，參之被上訴人於盜採砂

石案發後，曾訴請盜採砂石業者賠償損害（本院97年度重訴更㈠字第4號），該案法院曾函詢苗栗縣政府砂石之價格及成本，經該府函覆：91年間大安溪沿線天然級配每立方公尺之挖方單價（含上車）約為10-15元，運費為30-40元乙節，有被上訴人所提苗栗縣政府98年3月31日府建石字第0980048527號函在卷可稽（見更一審卷第154頁正反面）。雖被上訴人據此主張系爭土石每立方公尺之清運費應為40-55元，並考量物價波動上漲，本件之清運費應以每立方公尺55元為準計算為3075萬7155元等語。然被上訴人主張上開函文之最高金額及物價波動上漲乙情，並無積極證據為佐，為衡平兩造利益，自應以上開函文之平均數認定系爭土石每立方公尺之清運費為47.5元（計算式：12.5＋35＝47.5）。則準此計算，上訴人清運系爭土石本應支出之費用應為2656萬2998元（計算式：47.5Ｘ55萬9221＝2656萬2998，元以下四捨五入）。故依上開規定及說明，本件上訴人得依債務不履行規定，請求被上訴人賠償其所受損害之金額應為1億2722萬2777元（計算式：1億5378萬5775元－2656萬2998元＝1億2722萬2777元）。被上訴人辯稱上訴人應未受有損害；如有損害亦僅得按得標金額比例計算其數額即5050萬5690元，且依系爭契約上訴人亦負有清運義務，因上訴人亦受有減少支出系爭土石清運費之利益，損益相抵後其損害亦僅為1974萬8535元等語，均無可採。

㈣、末按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。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。民法第229條第1項、第2項定有明文。又遲延之債務，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。但約定利率較高者，仍從其約定利率。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233條第1項、

第203條亦有明文。本件上訴人對被上訴人之債務不履行債權，係屬無確定期限之給付，經上訴人提起本件訴訟，而起訴狀繕本已於99年6月7日送達被上訴人（見原審卷第111頁），被上訴人迄未給付，應負遲延責任。因之，上訴人併請求自起訴狀繕本送達被上訴人之翌日即99年6月8日起，按週利率百分之5計算之法定遲延利息，核無不合，亦應准許。

四、綜上所述，本件上訴人對被上訴人主張權利瑕疵擔保責任，並依債務不履行之規定行使權利，確屬有據。從而，上訴人主張依民法第353條、第227條第1項、第226條第1項等規定，請求被上訴人給付1億2722萬2777元，及自99年6月8日起至清償日止按週年利率百分之5計算之利息，為有理由，應予准許；上訴人逾此所為請求，為無理由，應予駁回。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院予以廢棄改判如主文第二項所示。至於上訴人之請求不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，經核並無違誤，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分之上訴及其假執行之聲請。又上訴人勝訴部分，兩造分別陳明願供擔保為准、免假執行之宣告，經核於法並無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許如主文第5項所示。

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

柒、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第463條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　24　　日

民事第四庭　審判長法　官　張瑞蘭

法　官　吳美蒼

法　官　洪堯讚

正本係照原本作成。

兩造均得上訴。

如不服本判決，應於收受判決送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造人數附具繕本）。

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。

如委任律師提起上訴，發回更審後為訴之變更（追加、擴張）部分應一併繳納上訴裁判費。

書記官　賴玉芬

中　　華　　民　　國　　108　　年　　9　　月　　25　　日