

臺灣高等法院臺南分院民事判決

108年度上易字第83號

上訴人 首富營造有限公司

法定代理人 林榮三

訴訟代理人 呂維凱 律師

複代理人 蔡昀圻 律師

被上訴人 勤道瀝青有限公司

法定代理人 林志忠

被上訴人 和鎂工程顧問有限公司

法定代理人 李明聰

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國107年12月20日臺灣嘉義地方法院第一審判決（106年度建字第17號），提起上訴，本院於108年8月29日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：

(一)上訴人於民國（下同）105年9月5日標得嘉義縣民雄鄉公所（下稱民雄鄉公所）發包之「○○社區0-00鄰排水及擋土設施綠美化改善工程」（下稱系爭工程）採購契約，而系爭工程中鋪設道路所需送審之瀝青混凝土（俗稱AC）材料配比資料（下稱配比資料），係由訴外人蔡瑞益向被上訴人勤道瀝青有限公司（下稱勤道公司）取得。勤道公司負責人林志忠明知蔡瑞益向其索取配比資料，又向其叫料以交付，卻不為反對之表示，與民法第169條後段表見代理規定相符，應對上訴人負授權人責任，故上訴人與勤道公司間成立買賣契約（下稱系爭買賣契約）；又該配比資料中為「新料」之資料，惟勤道公司出料交付者竟為「再生料」，使上訴人因材料品質不良，而致施工結果造成瑕疵，受有損失，依民法第28條規定，勤道公司自應負賠償責任。另系爭買賣契約既約定給付新料，勤道公司竟給付再生料，自屬不完全給付，因該

瑕疵不可補正，上訴人自得依民法第227條第1項依關於給付不能之規定向勤道公司請求給付瀝青價金共新台幣（下同）22萬元，勤道公司並需負民法第354條物之瑕疵擔保責任，賠償上訴人因再生料致使施工結果造成瑕疵，而支出如附表所示之修復改善費用292,555元、逾期罰款189,664元及改善不計價扣款156,791元，共計639,010元。依上所述，上訴人得向勤道公司請求之金額合計859,010元。

(二)至被上訴人和鎂工程顧問有限公司（下稱和鎂公司）為系爭工程之監造單位，勤道公司所提供之瀝青混凝土實為再生料，和鎂公司負責人李明聰明知105年11月18日取樣之瀝青混凝土試體為再生料，為使該試體檢驗合格供上訴人採用，於試體送至正新工程材料實業有限公司正新嘉義工程材料試驗室（下稱正新試驗室）後，復將試體轉送其他實驗室，涉嫌於轉送過程中，以掉包之方式，做出「合格」之檢驗報告，因而造成上訴人相信該原料並無瑕疵，而使用該原料進行後續工程造成損失；退步言，縱使李明聰非故意，然李明聰為系爭工程之監造公司負責人，於轉送之程序並非合法，其仍於檢驗報告上簽名而出具合格證明，仍具有過失，依民法第28條及第184條第1項規定，和鎂公司須負賠償之責任；又依系爭工程採購契約第11條第2項約定，和鎂公司本應與廠商一同送往機關指定之檢驗單位辦理檢驗，然於轉送之過程，並未符合程序，違反契約之約定。再依系爭工程採購契約第11條第6項第3點約定，和鎂公司有指派專責查驗人員隨時辦理廠商申請查驗工作之作為義務，然上訴人因瀝青混凝土瑕疵進行缺失改善時，曾於106年2月20日以首富字第106002020號函將配比資料送請和鎂公司審核，並副知民雄鄉公所，和鎂公司非但不予審核，並告知施工中亦不至現場取樣，不履行其義務而拖延時間，亦有違契約之約定，致使上訴人負擔前揭修復改善費用、逾期罰款及改善不計價扣款，損失合計859,010元，依民法第227條規定，和鎂公司負有不完全給付責任。

01 (三)依上，爰依民法第28條、第184條、第227條、第354條規定
02 ，提起本件訴訟，求為判命：1.被上訴人應給付上訴人859,
03 010元，及各自起訴狀送達之翌日起至清償日止，按年息百
04 分之5計算之利息。如任一被上訴人為全部或一部之給付時
05 ，其餘被上訴人於該給付範圍內同免給付義務。2.願供擔保
06 ，請准宣告假執行（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人不服
07 提起上訴），上訴聲明：1.原判決廢棄。2.餘同上1.所示。

08 二、被上訴人勤道公司、和鎂公司方面：

09 (一)勤道公司則以：上訴人交付民雄鄉公所之材料送審資料中，
10 只有配比資料為勤道公司所提供，其餘資料則否。該配比資
11 料之提供，乃因蔡瑞益向勤道公司要求提供瀝青混凝土之配
12 比資料，配比資料是任何客戶皆得向勤道公司索取，僅代表
13 勤道公司有能生產該瀝青混凝土之證明而已。蔡瑞益原係
14 請求勤道公司提供瀝青混凝土，種類為再生料（舊料），然
15 因勤道公司在更換機器設備無法出貨，蔡瑞益轉而請求勤道
16 公司幫忙代叫山慶瀝青工業股份有限公司（下稱山慶公司）
17 之瀝青混凝土，蔡瑞益亦未說明用於何工地，是蔡瑞益與上
18 訴人間關係為何，勤道公司並不知情。另蔡瑞益並非勤道公
19 司之員工，上訴人先前陳述不知道蔡瑞益與勤道公司間之關
20 係，復又主張構成表見代理，然上訴人與勤道公司間並未成
21 立任何契約等語置辯。並答辯聲明：上訴駁回。

22 (二)和鎂公司則以：上訴人之工地現場人員於材料送抵達工地時
23 即已知供料廠商係山慶公司，而非勤道公司，為再生料，其
24 不但不將此不合格材料運離工地且進行鋪設；顯然，上訴人
25 欲以再生料之成本獲得新料之利益。又該瀝青混凝土之檢驗
26 ，係蔡瑞益向李明聰表示正新試驗室檢驗速度太慢，不及驗
27 收，要求和鎂公司同意更換由其他實驗室試驗，和鎂公司始
28 同意並由李明聰蓋章後，指派員工要求正新試驗室停止試驗
29 。然蔡瑞益為上訴人之人員，竟未會同和鎂公司人員而自行
30 或將原試體或調換其他試體送至昌輝實業有限公司營建材料
31 實驗室（下稱昌輝實驗室）及竣葦科技檢驗有限公司之實驗

室（下稱竣葦實驗室），經昌輝、竣葦實驗室試驗，且試驗所得數據不符合契約規定，和鎂公司當時考量以下2種狀況判定為不合格，其一，若正新試驗室並未將原試體銷燬而交還上訴人人員，後轉送至昌輝、竣葦實驗室試驗，則試驗數據為真實（即試驗結果不符合契約規定）；其二，若原試體被調換，則將其判定不合格並不為過。且系爭工程於105年12月22日驗收不合格之項目係AC厚度不足、龜裂、平坦度不符，並非使用再生料。再者，上訴人收到竣葦實驗室105年12月15日試驗報告後，應即可發現與上訴人自行取樣送驗之試驗值差異過鉅，或應主動告知民雄鄉公所或和鎂公司以為處置，或於和鎂公司判定不合格後，要求蔡瑞益重作。惟上訴人均捨此不為，反異議和鎂公司之判定結果，其心可議。又依照鋪設瀝青混凝土路面之工作順序，瀝青混凝土之取樣與鋪設係同時進行，和鎂公司取得試驗報告判定後，本即有「等待驗收」或「挖除」二途，無所謂「後續工程」，上訴人主張誤信和鎂公司而使用有瑕疵之原料進行後續工程，自屬無稽等語置辯，並答辯聲明：上訴駁回。

三、兩造不爭執事實及爭執事項：

(一) 不爭執事實：

1. 上訴人向民雄鄉公所標得系爭工程之採購契約，監造單位為和鎂公司，系爭工程中鋪設道路所需之瀝青混凝土（俗稱AC）由蔡瑞益向勤道公司訂購再生料，勤道公司向山慶公司所訂之瀝青混凝土為再生料，送至上訴人的工地交付。
2. 系爭工程使用之瀝青混凝土分別經取樣送至竣葦實驗室、台灣標準材料檢驗中心、中央檢測股份有限公司試驗，關於黏滯度試驗結果依序分別為4710、40450、74167Poise。

(二) 爭執事項：

1. 上訴人與勤道公司間是否成立系爭買賣契約？
2. 上訴人得否依民法第28條、第184條規定，請求勤道公司負賠償責任？
3. 上訴人得否依民法第227條、28條、184條第1項前段規定，

01 向和鎂公司請求損害賠償？

02 四、本院之判斷：

03 上訴人主張系爭工程中鋪設道路所需之瀝青混凝土由蔡瑞益
04 向勤道公司訂購再生料，勤道公司向山慶公司所訂之瀝青混
05 凝土為再生料，送至上訴人的工地交付。系爭工程監造單位
06 係和鎂公司，系爭工程使用之瀝青混凝土分別經取樣送至竣
07 葦實驗室、台灣標準材料檢驗中心、中央檢測股份有限公司
08 試驗，關於黏滯度試驗結果依序分別為4710、40450、00000
09 Poise等情，業據其提出配比資料影本、山慶公司之出貨單
10 影本、竣葦實驗室、台灣標準材料檢驗中心、中央檢測股份
11 有限公司之瀝青黏度試驗報告影本為證（見原審卷(一)第373
12 至392頁、原審卷(二)第55頁、原審卷(一)第177至181頁），且
13 為被上訴人等所不爭執，堪信為真實。

14 (一)上訴人與勤道公司間是否成立系爭買賣契約？

15 1.按因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得
16 依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。物之出賣人
17 對於買受人，應擔保其物依第373條之規定危險移轉於買受
18 人時無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效
19 用，或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度，無關重要者，
20 不得視為瑕疵；民法第227條第1項、第354條第1項分別定有
21 明文。而不完全給付、物之瑕疵擔保責任成立之前提為確有
22 契約關係存在。次按，由自己之行為表示以代理權授與他人
23 ，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三
24 人應負授權人之責任；民法第169條前段亦定有明文。是表
25 見代理之成立，必以本人有積極授權他人之行為或消極容忍
26 他人為其代理人之表示，而可使人相信有代理權為要件。

27 2.上訴人雖主張其係以材料送審資料認定供貨廠商等語。惟觀
28 諸勤道公司抗辯：配比資料係任何客戶向其索取，其皆會提
29 供，而本件之配比資料係提供與蔡瑞益等語（見原審卷(二)第
30 130、230頁）；又證人蔡瑞益於原審證述：系爭工程使用瀝
31 青混凝土之供應係由其與訴外人即上訴人所僱用之陳儷云接

洽訂立，其向上訴人拿到22萬元左右之瀝青混凝土工程費用並未交給勤道公司，配比資料係其向勤道公司索取後交給陳儷云，其與勤道公司是朋友和客戶之關係、營造廠可以要求2、3家以上之材料商提供AC材料送審，該資料就是簡介及品質保證，亦得將該資料送給監造單位，惟最終要與何材料商締約係營造廠自己決定等語（見原審卷(二)第267至272頁），足認配比資料並非僅提供與買賣契約對象，營造廠亦非僅索取單一材料供應商之資料，是難僅依勤道公司提供之配比資料即遽認上訴人與勤道公司間有成立系爭買賣契約。且上訴人於原審亦稱：【（問：你有無跟勤道公司協議說瀝青混凝土由他們供應及價錢多少？）沒有。因為蔡瑞益跟我們說我們這個AC工程要給蔡瑞益做，蔡瑞益同意，然後我們要求必須送材料送審資料給我們，作為施工品質依據，這樣我們跟勤道公司的契約就成立，我們就認定他（蔡瑞益）是勤道公司的人，就是施工方式及價錢方式，我們一般施工方式就是這樣子。】【（問：蔡瑞益有無說他是代表勤道公司，或者他是勤道公司的什麼人？）他沒有這樣說，是他將材料送審資料給陳儷云，我才知道他是勤道公司的人，當時我不知他道他是哪一方面的人員。】等語。依上，系爭工程使用之瀝青混凝土概由蔡瑞益與上訴人接洽，並無其他勤道公司之員工參與，而蔡瑞益並非勤道公司之代表人或員工，亦未以勤道公司之員工自居，是其並無代理勤道公司與上訴人締約，乃其個人與上訴人洽成系爭瀝青混凝土之供應及施工。否則，如上訴人有與勤道公司訂約，何以無契約書及給付價金之相關資料？至上訴人提出山慶公司出貨與勤道公司之出貨單影本（見原審卷(二)第55頁），僅能證明勤道公司有向山慶公司叫料，惟無從證明上訴人與勤道公司間存在供料契約。

3.至上訴人主張勤道公司明知蔡瑞益索取該公司之配比資料交付他人，又向勤道公司叫料，係出於默示而不反對蔡瑞益為勤道公司之代理人，應依表見代理規定負授權人責任等語。惟觀諸上訴人所述：其不知道蔡瑞益與勤道公司間之關係為

何、蔡瑞益沒有表示自己是代表勤道公司之人等語（見原審卷(二)第37、272頁），復觀諸蔡瑞益提供給上訴人之估價單影本上亦無何與勤道公司有關之註記（見原審卷(二)第179頁），已難認蔡瑞益有何表彰自己為勤道公司代理人，而使上訴人相信蔡瑞益有代理權之外觀。再審酌前揭勤道公司及蔡瑞益關於配比資料之抗辯與證述，配比資料既為類似產品簡介之性質，舉凡任何營造廠商都可向材料商索取，自難僅因蔡瑞益交付本件配比資料與上訴人即認其有代理權之外觀，亦難謂勤道公司知悉蔡瑞益將本件配比資料交付第三人且蔡瑞益向其叫料，即按此有默示不反對蔡瑞益為其代理人之論據。

4. 依上，系爭工程瀝青混凝土之供應，皆由蔡瑞益個人與上訴人接洽，然蔡瑞益並非勤道公司之代理人，又蔡瑞益尚無何表彰其有代理權之外觀，勤道公司亦無任何默示不反對蔡瑞益有代理權之表現，難認已構成表見代理。是上訴人與勤道公司間並無系爭工程瀝青混凝土之買賣契約存在，則上訴人主張勤道公司應負不完全給付及買賣瑕疵擔保責任，尚非可取。

(二) 上訴人得否依民法第28條、第184條規定，請求勤道公司負賠償責任？

1. 按法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任；民法第28條定有明文。次按，我國民法採法人實在說，法人之代表人執行職務之行為，即為法人之行為，是其代表人以代表法人地位所為之侵權行為，即為法人之侵權行為，民法第28條規定法人對於其董事或其他有代表權之人因執行職務所加於他人之損害，與該行為人連帶負賠償之責任，即屬法人應負侵權行為責任之規定（最高法院101年度台上字第803號判決意旨參照）。末按，我國民法關於侵權行為責任採區別保護說，民法第184條第1項前段規定之保護客體，原則上限於既存法體系所明認之權利，而不及於權利以外之利益，尤其係學說上所

01 稱之「純粹經濟上損失」，至權利以外之法律上利益，則限
02 於故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人，或者違反保
03 護他人之法律，致損害於他人者，始受保護。是法人之侵權
04 行為責任，除需符合董事或有代表權之人因執行職務加損害
05 於他人之要件外，亦應符合一般侵權行為責任之要件，亦即
06 ，原則上僅以權利為保護客體，例外始及於權利以外之法律
07 上利益。

08 2.上訴人雖主張勤道公司明知本件配比資料為送審資料，而交
09 付與蔡瑞益轉交上訴人，該配比資料為新料之資料，惟出料
10 交付上訴人者竟為再生料，使上訴人因材料品質不良，而導
11 致施工結果造成瑕疵，受有損失，勤道公司自應負賠償責任
12 云云。惟按，蔡瑞益並非勤道公司之員工或授權之人，已如
13 前述，且上訴人於此所受損失核屬與他人間契約履行利益受
14 損，並非權利，非為一般過失侵權行為責任所保護之客體。
15 況證人蔡瑞益於原審證稱：本件原告（即上訴人）跟公所契
16 約的料是新料，但是他用再生料的價格跟我買，買的時候就
17 是再生料，有價差，如果驗收合格既得利益是他，如果驗收
18 不合格的話，就找我們，…。（見原審卷（二）第271頁）。則
19 蔡瑞益委託勤道公司代叫之物品應係再生料，而勤道公司受
20 蔡瑞益委託代叫再生料出貨，係依委託人蔡瑞益之意，難認
21 勤道公司之代表權人有何不法侵害他人之故意或過失。此外
22 上訴人迄未舉證證明勤道公司及其有代表權之人有何故意以
23 背於善良風俗之方法，加損害於上訴人，或者有何違反保護
24 他人之法律，致損害於上訴人之情形，自與前揭規定之要件
25 不符；揆諸前開說明，上訴人依民法第28條、第184條規定
26 請求勤道公司負賠償責任為無理由。

27 (三)上訴人得否依民法第227條、28條、184條第1項前段規定，
28 向和鎂公司請求損害賠償？

29 1.按不完全給付責任以當事人間有契約關係存在為前提，已如
30 前述。查系爭工程採購契約第1條第2項第5點規定：「監造
31 單位，指受機關委託執行監造作業之技術服務廠商。」又上

訴人亦陳述：和鎂公司是嘉義縣民雄鄉公所請的，負責現場取樣、監工，及將取樣樣品送工程實驗室鑑定等語（見原審卷（一）第326頁）。準此，足認和鎂公司關於系爭工程監造之締約對象為民雄鄉公所，並非上訴人；而上訴人亦未另主張與和鎂公司間有何其他契約關係，應認渠等間並無契約關係存在，自無從發生不完全給付之責任，是上訴人此部分之主張為無理由。

2. 復按民法第28條係法人侵權行為責任之規定，又法人之侵權行為責任亦應符合一般侵權行為責任之要件始能成立，已如前述。查本件上訴人主張其因瀝青混凝土瑕疵致工程重作而支出修復費用及相關罰鍰等損害，均非權利，而僅屬純粹經濟上之損失，自非民法第184條第1項前段所規範。又上訴人所指稱和鎂公司未對瀝青拌合廠進行廠驗，復未於瀝青混凝土進場施工前對其進行抽驗，而使上訴人無法及時得知勤道公司並非實際出料之廠商，造成上訴人無法於施工前得知系爭瀝青混凝土為再生料；且依契約之規定，材料樣品送試驗室試驗應由和鎂公司陪同送驗，惟蔡瑞益經和鎂公司李明聰同意後，撤銷正新公司之試驗轉送他實驗室，然轉送他實驗室之過程並未有和鎂公司之人員陪同送驗，應不符合契約之相關規定，致使材料樣品遭蔡瑞益掉包檢體云云。然按：上訴人原始購買之瀝青混凝土即為再生料，此據蔡瑞益證述綦詳。且就工地現場收受之瀝青混凝土之出貨單，係載明山慶公司之出貨單，雖客戶載明為勤道公司，但客戶（工地）簽章係「蔡」（應係蔡瑞益），有出貨單在卷可憑（見原審卷（二）第55頁），互核蔡瑞益前揭所證，有關瀝青混凝土材料及施工部分由伊承做，而蔡瑞益明知試體送至正新試驗室無法通過檢驗，乃以正新試驗室之檢驗曠日廢時，要求和鎂公司同意轉送他實驗室檢驗，而於未經和鎂公司派人陪同下，逕自將試體調包送昌輝及竣葦實驗室，而使竣葦試驗出黏滯度0000poise之試值，有試驗報告在卷可憑（見原審卷（一）第177頁）以察，顯然有關送驗之相關程序均係蔡瑞益所處理。而

01 後，和鎂公司於106年2月2日函覆民雄鄉公所略以：…105年
02 11月30日，廠商因試驗期程因素要求將試驗樣品（3盆）由
03 正新試驗室轉送昌輝實驗室，但因本公司監造人員當日行程
04 緊湊致無法會同轉送。昌輝實驗室因無設備進行「黏滯度試
05 驗」，故昌輝實驗室再將其中1盆樣品轉送竣葦實驗室。所
06 送樣品之試驗結果經本公司判定為「不合格」等語（見原審
07 卷（一）第187頁）；另據民雄鄉公所來函謂：「…依據設計監
08 造服務契約第3條履約標的-二、監造作業工作內容，並無監
09 造公司須對瀝青混凝土拌合廠監督或抽驗之規定。依本件工
10 程契約…。瀝青混凝土料不需經監造單位認可後才可拌合，
11 營造廠商須於施工前，製作瀝青混凝土混合料配比設計提送
12 和鎂公司審查、核定後，依據該材料配比設計進行拌合。」
13 （見本院卷第177、178頁）。依上，尚難謂和鎂公司有何故
14 意或過失而不法侵害上訴人權利之情事；是上訴人此部分之
15 主張為無理由。

16 五、綜上所述，上訴人依民法第227條第1項、第354條、第28條
17 、第184條規定，請求勤道公司負損害賠償責任；及另依民
18 法第227條、第28條、第184條第1項前段規定，請求和鎂公
19 司負損害賠償責任，均屬無據，不應准許。其假執行之聲請
20 亦失所附麗，應併予駁回。從而原審所為上訴人敗訴之判決
21 ，並無不合。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為
22 無理由，應駁回其上訴。

23 六、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
24 據，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此
25 敘明。

26 七、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項
27 、第78條，判決如主文。

28 中 華 民 國 108 年 9 月 19 日
29 民 事 第 三 庭 審 判 長 法 官 張 世 展
30 法 官 王 浦 傑
31 法 官 夏 金 郎

01 上為正本係照原本作成。

02 不得上訴。

03 中 華 民 國 108 年 9 月 19 日

04 書記官 謝麗首