臺灣高等法院高雄分院民事判決

106年度重上字第33號

上　訴　人　林文崇
訴訟代理人　鄭國安律師
　　郭宗塘律師
　　劉怡孜律師
被上訴人　國軍退除役官兵輔導委員會彰化農場
法定代理人　林裕益
訴訟代理人　許明德律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國106 年3 月22日臺灣高雄地方法院104 年度重訴字第175 號第一審判決提起上訴，本院於108 年1 月15日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於命上訴人給付逾新臺幣玖佰貳拾伍萬陸仟肆佰伍拾柒元本息部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

其餘上訴駁回。

第一（除確定部分外）、二審訴訟費用，由上訴人負擔十分之九；餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：

㈠坐落高雄市○○區○○段○○○○○號土地（下稱系爭A 地）與屏東縣○○鄉○○段○○○號土地（下稱系爭B 地，與系爭A 地合稱系爭土地）原係行政院國軍退除役官兵輔導委員會屏東農場（下稱屏東農場）管理之國有土地，嗣於民國102 年7 月17日因行政院組織改造，改由被上訴人管理系爭土地。屏東農場前與上訴人就系爭土地兩度簽訂「水產養殖委託經營契約書」（下稱系爭契約），第一次委託經營期間為96年8 月24日至100 年8 月23日、第二次委託經營期間為100 年9 月6 日至104 年9 月5 日（下稱系爭契約）。屏東農場於100 年間交予上訴人經營時之系爭土地現狀如前高雄縣美濃

地政事務所99年2月22日複丈成果圖（即附圖一）所示。

㈡詎上訴人於103年1月22日、6月13日間申請整地後，迄至103年7月14日完成時，將附圖一E、E1、F、G、G1、H、I挖掘成如附圖二所示甲池、乙池、丙池、丁池等4池（下稱甲部分），並將如附圖一A1、A2部分挖掘成一大坑洞（下稱乙部分）。而甲部分以現狀扣除如附圖一原本存在之坑洞體積，共計有81,775.27立方公尺，乙部分坑洞則計有3,462.317立方公尺，合計共85,237.587立方公尺之土石方不翼而飛，故上訴人違反系爭契約第7、8、21條約定，應負債務不履行之損害賠償責任。又上訴人依約應負善良管理人維護土地完整之責任，其盜採砂石，自應負侵權行為損害賠償責任。又上開土石方屬適合營造使用之土石方，茲以每一立方公尺180元價格為計算基準，被上訴人損失總額為15,342,765元【計算式：180元x 85,237.587立方公尺＝15,342,765元，小數點以下捨去】等語。為此，爰依系爭契約債務不履行及侵權行為之法律關係擇一請求，聲明求為命被上訴人給付15,342,765元及自起訴狀繕本送達翌日即104年2月26日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並願供擔保為假執行之判決等語。

二、上訴人則以：其聲請整池，係經被上訴人同意後始進行作業，並將所挖掘甲部分土石方堆放至乙部分，其間因颱風及龍捲風肆虐，其乃再聲請整池，且將堆放至乙部分之土石方回填至甲部分，其餘土石方則鋪築於養殖池旁作為堤岸，並無盜運甲、乙部分之土石方或違反契約之行為。再依證人洪清陽於原審之證言及鑑定人陳宗賢於刑案之證述內容可知，附圖一測量基準點不明，係洪清陽隨機於各池之池邊測量，且往上或往下各有60cm誤差之可能，足見誤差值最大約有120cm，自難以附圖一作為判斷挖方之依據。又高雄市土木技師公會係以堤岸為基準點至池底平均深度為測量鑑定範圍，惟系爭土地甲部分之堤岸業經上訴人填高，故鑑定報告之基準點亦不正確。此外，系爭土地於上訴人承租前之92年間即有

遭人盜採砂石，系爭土地地貌於其承租時本非平地，故系爭土地地貌之改變，係前土地使用人即訴外人莊水永、金美辰於92年間所造成。且依刑案證人即被上訴人職員李俊文、高魯龍、楊孝勤、李清福之證言及警方巡邏箱簽到表記載，其等巡邏密度，理應輕易察覺盜採砂石之跡證，然被上訴人均未提出此等證據，又楊孝勤、李清福證稱堆放乙區達3公尺高之土石約1、2日即可外運云云，違反經驗法則及論理法則。足見上訴人確未竊取系爭土地之土石，被上訴人請求為無理由等語，資為抗辯。

三、原審經審理後，命上訴人給付被上訴人9,879,674元本息，並駁回被上訴人其餘請求，被上訴人就其敗訴部分，並未聲明不服。上訴人就其敗訴提起上訴，並於本院聲明：㈠原判決關於命上訴人給付部分，及該部分假執行之宣告暨訴訟費用之裁判均廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。㈢如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。被上訴人則聲明：㈠上訴駁回。㈡願供擔保，請准宣告假執行。

四、兩造不爭執事項：

㈠系爭土地係被上訴人管理之國有土地。

㈡兩造簽有系爭契約，依照系爭契約之約定：「本契約土地限作水產養殖使用，乙方（即上訴人）受託經營水產養殖期間不得擅自變更地形、地貌及擴大面積，且經地方主管機關核准後始得進行整池，整池所挖掘之土方、砂石屬甲方（即被上訴人）所有，乙方不得運出或出售，並應依甲方指定之地點及方式堆置。」。（見原審卷㈠第46頁）

㈢原證1至原證17之2之形式真正。

㈣被上訴人證物18成果圖（即附圖一）中的E、E1、F、G、G1、H、I與證物19申請書中第10點土地使用配置圖及位置示意圖（原審卷一第149頁）是相同位置，並可對應至高雄市土木技師公會104年4月9日000-000號鑑定報告（下稱104-57鑑定報告）之甲、乙、丙、丁池。

㈤被上訴人起訴請求的甲部分（即附圖一E+E1、F 、G+G1、H+I 係對應至104-57鑑定報告之甲、乙、丙、丁池，請求的乙部分是對應高雄市土木技師公會103 年11月3 日000-000 號鑑定報告（下稱103-298 鑑定報告）。（原審卷二第112 頁背面）。

㈥土地上的砂石最大粒徑為30公分乘以15公分乘以15公分卵礫石，最小粒徑為黏土質粉末，屬級配良好的土石方，單價同意以每立方公尺180 元計算。

㈦被上訴人就系爭A 地接續自91年8 月19日至95年7 月31日止，分別與訴外人莊水永（原吉洋段579 地號土地部分）及金美辰（原吉洋段580 地號土地部分）簽訂合作契約書，合作經營水產養殖。嗣被上訴人將系爭A 地，自96年8 月24日起，再與上訴人簽訂委託經營契約書，並於同日將系爭A 地交付與上訴人，高雄市政府盜濫採聯合取締小組於96年9 月26日及同年11月21日前往系爭A 地勘查時，所見土地上之地形、地貌即為長83公尺、寬45公尺、深6 公尺之大窪洞（下稱系爭窪洞，參照高雄高等行政法院98訴字第674 號卷第127 、128 頁，原審卷㈡第23頁正背面），此為訴外人莊水永及金美辰所遺留之坑洞，且即為被上訴人96年8 月24日交與上訴人之現況。

㈧兩造委託經營期間第一次為96年8 月24日至100 年8 月23日；第二次為100 年9 月6 日起至104 年9 月5 日；然自96年8 月24日至105 年8 月止，土地均由上訴人持續占有中（100 年8 月24日至100 年9 月6 日之間亦為上訴人占有），上訴人已於105 年8 月將系爭土地返還被上訴人。

㈨附圖一（高雄縣美濃地政事務所99年2 月22日複丈成果圖）所示，即為被上訴人100 年第二次委託經營期間，點交給上訴人之現狀。

㈩上訴人於103 年6 月間就系爭土地進行整池，當時僅提出103 年6 月13日之申請書予被上訴人，並無整池計劃書。

(十一)上訴人於105 年8 月將系爭土地返還被上訴人後，原審於10

5年10月5日請高雄市土木技師公會鑑定池體體積，兩造同意以高雄市土木技師公會104年12月16日104-57號補充報告（下稱104-57補充報告）中就甲乙丙丁池周邊，原審與兩造協同所選定池岸高程中之最低點即該報告中之A5點作為鑑定池體體積之基準點。並以兩池之間的現狀作為堤岸，堤岸寬度以6公尺計。

五、兩造爭執要點：

㈠系爭土地於上訴人管領期間有無土石方減少之情形？若有，數量為何？

㈡上訴人應否對土石方減少負責？若應賠償，金額為若干？

六、系爭土地於上訴人管領期間有無土石方減少之情形？若有，數量為何？

㈠被上訴人主張：系爭土地原係屏東農場所管理之國有土地，後改制由被上訴人（彰化農場）管理，上訴人與屏東農場間就系爭土地有簽訂系爭契約，約定由上訴人於系爭土地經營水產養殖，上訴人於受託經營期間之103年6月間就系爭土地進行整池，並僱用司機，先在系爭土地南側甲部分之養殖池開挖池底土石，並將所挖採之土方、砂石暫放堆置在系爭土地北側乙部分地上乙節，為上訴人所不爭執，且有挖掘照片、土石堆置照片、申請書、每日使用車輛與挖掘台數明細表、系爭土地登記謄本、系爭契約及附件暨公證書等件在卷可稽（見原審卷㈠25至31頁、第39至78頁、第105頁、第109頁），應堪實在。

㈡又上訴人於103年6月13日至9月間就系爭土地藉整池之際，非法盜取國有土石乙節，經臺灣橋頭地方法院（下稱橋頭地院）刑事庭以104年度字第855號判決判處上訴人竊盜罪及本院刑事庭106年度上易字第590號判決判處上訴人竊盜罪有期徒刑1年6月確定在案，有橋頭地院及本院刑事判決在卷可憑（見本院卷第86至88頁、第89至93頁，下稱刑案）。

㈢被上訴人主張上訴人有將系爭土地土石外運之情形，上訴人

則否認有將土石外運，抗辯：其係經被上訴人同意後始進行整池作業，並將所挖掘甲部分土石方堆放至乙部分，其間因颱風及龍捲風肆虐，其乃再聲請整池，且將前堆放在乙部分之土石方回填至甲部分，其餘土石方則鋪築於養殖池旁作為堤岸云云。然據刑案證人即被上訴人職員李俊文於本院刑事庭證稱：砂石因颱風潰堤，就算有颱風，砂石還會存在。不確定堤防有沒有整修，當時整池，是新或是舊我看不出來等語；證人即被上訴人職員楊孝勤證稱：北側乙區堆的砂石大約300 公尺高，我覺得並不是要做堤防使用，因南側甲區已經有堤防，不需要其他砂石來補強等語；證人即被上訴人產銷輔導組組長李清福於刑事庭證稱：土方沒有如被告（即上訴人）所講做道路、堤防所用，土方很大量，路有坑洞，填平的量也不多，被告雖有解釋要填平小洞，但即使如被告所說也不成比例等語（系爭刑案107 年3 月28日筆錄，見本院卷第66至67頁背面、72頁背面、76頁背面）。則上訴人否認將土石外運，自無可採。

㈣上訴人復辯稱：依刑案證人之證言及警方巡邏箱簽到表記載，其等巡邏密度理應輕易察覺盜採砂石之跡證，然被上訴人均未提出此等證據，又楊孝勤、李清福證稱堆放乙區達3 公尺高之土石約1 、2 日即可外運，違反經驗法則及論理法則，足見其確未竊取外運系爭土地之土石云云。惟查，刑案證人即被上訴人職員李俊文、高魯龍、楊孝勤、李清福雖均證稱巡察現場時未見上訴人把砂石運出去等語（見刑案107 年3 月28日筆錄，見本院卷第66頁背面、第68頁、第71頁、第74背面至第75頁背面）。然就系爭土地巡察密度，前揭證人均證稱：並非每天，因人力限制，約一星期或半個月去1 、2 次，大約3 、5 分鐘做目測巡察，有請轄區派出所負責夜間巡察，附近沒有監視器，也未查訪外出道路的民眾，約103 年8 月間發現北側乙區砂石不見等語（見本院卷第66頁背面、第68至69頁、第70頁背面、第72頁背面、74背面至第76頁）。則前揭證人僅係每週例行性偶爾至現場查看，且並未

久待監工，尚難因前揭證人之前未察覺盜採砂石之情事，即可認定並無盜採砂石一事。再參以刑案法官向系爭土地轄區之高雄市政府警察局旗山分局函調系爭土地附近警巡簽到紀錄，即吉東派出所於103 年6 月至9 月間世界蘭花園外巡邏箱簽到簿內容以觀（見本院卷第78至80頁），員警每日或隔數日（103 年7 月10日至同月15日、26至27日未見巡邏簽到）巡邏簽名，多為夜間一次，則依該巡邏箱簽到紀錄顯示之內容，故縱未能察覺有盜採砂石一事，亦不足認上訴人即無盜採砂石之行為。本院斟酌證人李俊文、高魯龍、楊孝勤、李清福均證稱多次經民眾檢舉有盜取砂石外運情形等語（見本院卷第66頁背面、第68頁背面、第69頁背面、第71頁、第74頁背面至第76頁），且證人高魯龍證稱：被上訴人有接到民眾檢舉砂石外運，然後我們有去現場查看，103 年6 、7 月期間，被告（即上訴人）就將砂石從甲區運到乙區，我們就去量，地標線量大約3 米多的高度，這些資料都有紀錄，我確實有現場看到，我們103 年8 月19日巡視北側乙區就已經被挖空，我們就馬上報警了等語（本院卷第68頁背面），本院並參酌系爭土地於上訴人受託經營水產養殖期間確有土石大量減少情形（詳後述）等情，認上訴人此部份抗辯，亦無可採。

㈤上訴人又辯稱：系爭土地地形、地貌改變係前土地使用人所造成云云。惟查，系爭土地自96年8 月24日起至105 年8 月止均由上訴人持續占有中，而被上訴人於96年8 月24日交付上訴人之系爭土地現狀即為系爭窪洞，另附圖一所示為被上訴人100 年間點交給上訴人之土地現狀，嗣上訴人於105 年8 月將系爭土地返還被上訴人後，原審於105 年10月5 日請高雄市土木技師公會鑑定池體體積等情，為兩造所不爭執，佐以上訴人於原審自陳：其取用系爭土地高處之土填平系爭窪洞，再推挖出池子之形狀，並無自外部運土進入，都是從系爭土地裡面的土處理，97年地政機關前往測量之附圖二現狀，即為其自系爭窪洞按照系爭土地現狀之土方推移挖掘而

產生等語（見原審卷㈡第197頁背面）。參以附圖一（原審卷㈠第144-1頁）與附圖二（即97年間為系爭土地測量之人員洪清陽所繪製之土地使用略圖，見原審卷㈡第25頁）所示，二圖於內容上，除附圖二就系爭土地編號A、A1、A2、B、C、D、E、E1、F、G、G1、H、I之使用用途並無記載外，就上開編號土地之面積、平均深度記載均相同，而高雄市土木技師公會鑑定結果關於系爭土地「淨挖方之體積」，係扣除經附圖一所附數據計算出「先前已存在之坑洞體積」而得出（詳後述），應已排除訴外人莊水永及金美辰盜採砂石所遺留之系爭窪洞體積。是上訴人此部分抗辯，難謂可採。

㈥上訴人雖抗辯：附圖一測量基準點不明，難以作為判斷挖方之依據云云。然查，本院審酌附圖一所附系爭土地地貌數據既為美濃地政基於專業於99年間受高雄高等行政法院囑託測繪，且係以99年當時系爭土地地貌選定之高程基準製作之土地使用略圖，屬最貼近100年間被上訴人將系爭土地交付上訴人時之真實地貌之證據資料，堪可採信。至於證人洪清陽雖於原審勘驗時證稱其測量有往上或往下60公分誤差之可能等語（見原審卷㈡第55頁），然其亦證稱：當初測量深度，我站在岸邊，以繩繫重物，垂直放下，測量到底部之垂直距離，測多點取平均值等語（見原審卷㈡第54頁）。而測量技術本有其限制，且證人洪清陽於測量時，既已考量誤差值而以多點測量取其平均值之方式為之，堪認其測量之結果，應為可採。

㈦上訴人於105年8月將系爭土地返還被上訴人後，原審於105年10月5日請高雄市土木技師公會鑑定池體體積，兩造同意以104-57補充報告中甲、乙、丙、丁池周邊，以原審與兩造協同選定池岸高程中之最低點即該報告中之A5點作為鑑定池體體積之基準點。並以兩池之間的現狀作為堤岸，堤岸寬度以6公尺計。而甲部分即附圖一E+E1、F、G+G1、H+I係對應至104-57鑑定報告之甲、乙、丙、丁池，乙部分是對應

103-298 鑑定報告等情，為兩造所不爭執。另鑑定結果以基準點A5為基準高程計算系爭土地甲部分之挖方為88,544.91立方公尺，填方則為2,399.42立方公尺，淨挖方為86,145.49立方公尺乙節，亦有105 年11月30日高市土技字第00000000號鑑定報告書（下稱105-318 鑑定報告）附卷可憑（外放）。至於上訴人抗辯：鑑定報告選定測量深度之高程基準點位不正確云云。然查，兩造於原審已同意以最低之點即鑑定報告之A5（高程與原本基準點相差-0.2）為基準點（見原審卷㈡第199 頁），且系爭土地之地貌非恆久不變，而測量高程基準之選定即應以測量作業當下之地貌現況決定，其測量結果方與測量作業時之真實地貌相符，況且原審於委託鑑定時已請鑑定人將堤岸填土高度之問題列入考慮，鑑定結果亦係將挖方填方相扣減而得出淨挖方，此外，上訴人復未能舉證證明系爭土地交還後有變更現狀之情事，則105-318 鑑定報告鑑定結果以此計算系爭土地甲部分現況之土石淨挖方數量，應為可採。上訴人此部分抗辯，委無可採。

㈧另被上訴人主張就系爭土地乙部分之淨挖方部分，經被上訴人於103 年9 月5 日委請高雄市土木技師公會鑑定，鑑定結果挖方為6,520.79立方公尺，填方為226.80立方公尺，淨挖方為6,293.99立方公尺，固有103-298 鑑定報告在卷可按（原審卷㈠第38-1頁），但上訴人否認有砂石減少一事。經查，鑑定人陳宗賢於原審證稱：其就A1、A2區域淨挖方之鑑定並無參考地政機關之複丈成果圖，而係按照現場之挖方、填方以計算淨挖方之體積等語（原審卷㈡第198 頁），復參以陳宗賢於刑案證稱：「當時那邊已經被開挖，有些是裸露面，當時我們是委託測量公司，因為測量公司更具有專業知識跟儀器，測量公司有問我們要以哪一點作為基準點，現場路邊的產業道路旁較低窪長滿7 、80公分草的排水溝的土面，明顯還沒有被開挖的痕跡，我就指示是那條產業道路下方的排水溝作為原始的挖層點，因為當時沒有明顯的地上物，當時的草約長7 、80公分，應該至少半年沒動過才能長那麼高

」、「測量深度與別人測量深度要比對差異，前提基準點是要一樣或是可以推測出來，美濃地政複丈成果圖測量結果的深度跟我們在103 年測量的深度，沒有辦法直接比對，因為我不知道美濃地政是以哪一個基準點去算平均深度」等語（本院106 年度上易字第590 號刑事判決，見本院卷第92頁背面至第93頁）。則依證人陳宗賢前述，103-298 鑑定報告所採基準點之選定，係鑑定人自行判斷而以路旁之排水溝高程為基準點，然103 年該次測量之時間距離美濃地政測量之時間已間隔約4 年之久，鑑定人以草長7 、80公分判斷半年內未開挖痕跡，其測量之基準點自難採酌。復佐以證人陳宗賢於刑案證稱：就美濃地政的複丈成果圖A1、A2平均深度來說，我站在現場旁邊來看的平均深度當然是比較深，如果是以路面來測的話，應該到4 米左右的深度，複丈成果圖A 部分堤岸的高度則跟路面差不多高等語（見本院卷第87頁背面），與證人洪清陽於刑案證稱：其係以站在池邊垂繩方式測量深度，就複丈成果圖A1、A2之深度測量結果僅分別為1.2 公尺及0.5 公尺等語，此亦有附圖一附表記載可參，故鑑定人陳宗賢所認知之深度已難採信。再參以上訴人於103-298 鑑定報告測量當時並未到場確認或指出基準點，則103-298 鑑定報告所據測量基準點因未與附圖一相互比較而得結果，尚難逕認即為系爭土地乙部分減少之砂石數量。被上訴人主張有此部分土石減少之損害一節，尚難採信。

㈨參以上訴人於103 年6 月13日至9 月間就系爭土地藉整池之際，就甲部分非法盜取國有土石乙節，經本院刑事庭判處上訴人竊盜罪有期徒刑1 年6 月確定在案，就系爭土地乙區之土石遭盜取因無從認定減少之數量為何，以及上訴人有盜取此乙部分土石之行為，而為無罪之認定，亦有橋頭地院104 年度易字第855 號及本院106 年度上易字第590 號刑事判決在卷可憑（見本院卷第86頁至第88頁、第89至93頁）。

㈩綜上，上訴人於受託經營期間開挖系爭土地整池後，甲部分淨挖方為86,145.49 立方公尺，已如前述，而附圖一所示即

被上訴人於100 年間交付系爭土地予上訴人時之淨挖方則為34,720.73 立方公尺（計算式：14918.88＋5821.65 ＋7789.38 ＋3068.655＋1261.64 ＋967.55＋892.975 ＝34720.73），是於上訴人承租期間，占有系爭土地，其土石數量減少達51,424.76 立方公尺（計算式：86,145.49 －34,720.73 ＝51,424.76 ），堪以認定。

七、上訴人應否對土石方減少負責？若應賠償，金額為若干？

㈠查系爭契約之委託經營期間自101 年6 月26日至104 年9 月5 日，委託標的為系爭土地，自應適用系爭契約之約定。依系爭契約第6 條第㈠項約定：「委託期間廠商應負責維護養殖池整修及水土保持、環境保育及清潔等工作，且不得改變魚池大小及深度或有危及魚池結構安全之情事」；第7 條約定：「機關提供之土地，廠商應盡善良管理人之注意，除因天災事變等不可抗力之事故受損毀、滅失外，因廠商之故意或過失損毀、滅失者，廠商應負修繕或賠償責任。」；第8 條約定：「廠商受託使用本契約土地，不得妨礙阻擾相鄰其餘農場土地現有農、水路之功能。且於不變更地形、地貌且經地方主管機關核准後始得進行整地。其地上石礫及所挖掘之土方、砂石屬機關所有，不得運出或出售，並應依機關指定之地點及方式堆置…」，此有系爭契約及附件暨公證書在卷可稽（見原審卷㈠第57至67頁）。基此約定，上訴人負有整池、水土保持、不得變更地形地貌之義務以及對土地之善良管理人注意義務，關於整地需先經許可，整地之土石方屬機關所有，則關於系爭土地內之土石方，若非整地所產生，上訴人負有水土保持以及善良管理人注意義務，對於整池所生之土石方，亦為被上訴人所有，且為系爭土地之一部分，上訴人亦因善良管理人注意義務而負有保管義務，是系爭土地之土石方若有減少，上訴人即應負債務不履行責任。

㈡系爭土地甲部分：上訴人所交還之系爭土地甲部分既有減少土石方，且上訴人盜取甲部分土石，業經本院認定如前，即屬違反系爭契約約定之違背善良管理人注意義務而有債務不

履行之情事，應負債務不履行之賠償責任。又系爭土地屬級配良好的土石方，單價以每立方公尺180 元計算乙節，為兩造所不爭執，則本件被上訴人受損害額即甲區部分應為9,256,457 元【51,424.76 × 180 ＝9,256,456.8 ，小數點以下四捨五入】。被上訴人依契約之約定，請求上訴人給付9,256,457 元，為有理由，應予准許。本件被上訴人係依債務不履行及侵權行為法律關擇一有理由為請求，本院就債務不履行之賠償請求判准有理由（系爭土地甲部分），則就侵權行為請求部分，即無庸再為審酌。

㈢系爭土地乙部分：上訴人就系爭土地乙部分盜採砂石一節，被上訴人未能舉證以實其說，業經本院認定如前，自難認此部分上訴人有何侵權行為可言。又被上訴人迄未就系爭土地乙部分減少土石數量為何，舉證以實其說，亦無證據可資證明上訴人有何違背善良管理人注意義務而使乙部分有毀損、滅失之情事，揆諸前揭系爭契約約定之說明，亦無從認定上訴人就此乙部分有違反善良管理人之注意義務之債務不履行情事可言。則被上訴人依債務不履行及侵權行為法律關係，請求上訴人就此部分應負損害賠償責任，均不應准許。

八、綜上所述，被上訴人依債務不履行法律關係，請求上訴人給付於9,256,457 元，及自104 年2 月26日起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息部分，為有理由，應予准許；逾此部分之請求依債務不履行或侵權行為法律關係請求，均為無理由，不應准許。原審就上開應准許部分，判命上訴人如數給付，並分別諭知兩造供擔保後，得、免假執行，核無不合，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。至於逾上開應准許部分，即原判決命上訴人應給付9,879,674 元本息中，逾上開應准許之9,256,457 元本息以外之623,217 元本息部分，尚有未合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求為廢棄，為有理由，爰由本院改判如主文第二項所示。

九、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79條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　12　　日

民事第一庭

審判長法　官　簡色嬌

法　官　張維君

法　官　郭慧珊

以上正本證明與原本無異。

上訴人如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　12　　日

書記官　謝佳育

附註：

民事訴訟法第466條之1：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。