臺灣高等法院民事判決

106年度重上字第978號

上　訴　人　瀚森實業股份有限公司
　　（原名：瀚森實業有限公司）
000000000000000000
法定代理人　陸奕中
訴訟代理人　羅子武律師
　　陳冠甫律師
被 上訴 人　元始生技醫藥股份有限公司

000000000000000000
000000000000000000
法定代理人　余玖陸
000000000000000000
000000000000000000
訴訟代理人　馬永昌
　　劉緒倫律師
複 代理 人　游聖佳律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國106年10月31日臺灣臺北地方法院104年度重訴字第1280號第一審判決提起一部上訴，本院於109年3月4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（除確定部分外）之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣壹仟柒佰拾萬柒仟柒佰拾元，及自民國一〇四年十月二十四日起，至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

第一審（除確定部分外）、第二審訴訟費用，由被上訴人負擔百分之九十三，餘由上訴人負擔。

本判決所命給付部分，於上訴人以新臺幣伍佰柒拾萬貳仟伍佰元

供擔保後得假執行，但被上訴人如以新臺幣壹仟柒佰拾萬柒仟柒佰拾元預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面：

一、上訴人名稱原為瀚森實業有限公司，嗣變更名稱為「瀚森實業股份有限公司」，有上訴人提出之臺北市政府民國108年5月1日府產業商字第00000000000號函在卷可參（本院卷二第151-169頁），茲列上訴人名稱為瀚森實業股份有限公司。

二、上訴人於原審請求之金額為新臺幣（下同）31,617,356元本息，並包括檢驗費（按本院筆錄誤載試驗費，下稱檢驗費）25萬元（原審卷三第67、80頁，按原判決第3頁載「被告應給付原告29,366,217元」，已經原審裁定更正，本院卷二第173頁），原審亦就檢驗費部分，認定被上訴人應給付上訴人檢驗費25萬元（原判決第9-10頁、本院卷一第15-16頁）。上訴人就其中18,338,714元提起上訴（本院卷一第29頁），並陳述該金額加上檢驗費25萬元為18,588,714元，惟僅請求18,338,714元，於準備程序中重申併請求檢驗費25萬元，計18,588,714元，惟僅請求其中18,338,714元，並陳述：「25萬元沒有列在上面，但請求金額包含25萬元，加總之金額大於1833萬8714元(18,338,714+250,000=18,588,714），上訴人僅請求其中1833萬8714元，在總數18,588,714元中判命對造給付18,338,714元」（本院卷三第138頁）。再上訴人雖謂該檢驗費之訴訟標的為民法第184條第1項前段（本院卷三第125頁），然依上訴人於起訴狀載「另原告（上訴人，下同）公司於102年10月21日代被告（被上訴人，下同）支付就系爭產品之檢驗費用計250,000元，被告公司亦應返還此筆款項予原告公司」（原審卷一第11-12頁）及原判決命被上訴人給付該檢驗費25萬元之認定，顯然依上訴人所載之原因事實及原判決之認定，該檢驗費之訴訟標的為委任之法律關係（詳後述），該訴訟標的之原因事實已經上訴人陳述在卷及原判決認定在案，核屬不變更訴訟標的，補充或更正事實上或法律上之陳述者，依民事訴訟法第

256條「不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加」之規定，非為訴之變更或追加。又原判決已就被上訴人應給付上訴人檢驗費為認定，則本院依法律之適用係屬法院職權認定其法律關係為委任，亦無突襲判決之問題。

三、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……三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者」，民事訴訟法第447條第1項但書第3款定有明文。上訴人於本院聲請函東阪國際股份有限公司（下稱東阪公司）、東森得易購股份有限公司（下稱東森得易購）函查相關事宜、函財政部北區國稅局板橋分局、財政部臺北國稅局內湖稽徵所調被上訴人102年7-12月之稅捐相關報表、聲請訊問證人東阪公司人員、命被上訴人提出稅捐報表之相關資料並提出上證1被上訴人於刑事案件（詳後述）提出之答辯狀、上證2樂活新天地公司開立予浦森公司關於7Slim膠囊之統一發票、上證3出貨單及統一發票說明一覽表、上證4-5臺灣臺北地方檢察署102年度偵字第21684號（起訴後法院案號為臺灣臺北地方法院103年度訴字第414號，下稱刑事案件）所附上訴人與東阪公司間101-102年之委託代工合約書、被上訴人與東阪公司間102、97、101年之委託代工合約、上證6刑事案件107年8月16日筆錄、附件1-3臺灣臺北地方檢察署檢察官起訴書、檢察官併辦意旨書、本院106年度重上字第883號民事判決（本院卷一第45、179、187、191-203、303、306、347、379-426頁、卷二第103-105、147-149頁、卷三第33-35、99、171-133頁）。被上訴人聲請函東森得易購查相關事宜、提出被上證一委東阪代工Slim裸包銷售記錄（含被上證1-1至1-15）、被上證二7Slim Powder組合銷售記錄-查詢記錄」（含說明表）、被上證3應收帳款明細表、被上證4發票明細表（本院卷一第285-287、435-465頁、卷二第115-116頁、卷三第65-71頁），均據兩造釋明符合上開規定，應准其等提出。

乙、得心證之理由：

一、上訴人起訴主張：訴外人浦森股份有限公司（下稱浦森公司）於102年4月16日與被上訴人簽訂委託銷售合約書（下稱系爭契約），由浦森公司以電視購物為通路，販售被上訴人7Slim 膠囊、7Slim即溶包等食品。嗣浦森公司、兩造於102年7月22日三方簽訂協議書（下稱三方協議書），由伊概括受讓浦森公司關於系爭契約之全部權利、義務。臺北市衛生局於102年10月16日抽檢上開產品（下稱系爭產品），經驗出含有Cetilistat（下稱C成份），並由檢調單位偵辦，導致被上訴人交付與伊透過電視購物通路銷售之食品陸續遭消費者大量退貨（下稱系爭事件）。伊依系爭契約、三方協議書、民法第184條、第226條、第227條之規定，請求被上訴人給付賠償如附表所示A、B、C、D、K之金額計43,549,768元，扣除其已給付之688萬元、伊應給付予其系爭產品之費用18,081,054元後，伊得請求18,588,714元，僅於18,338,714元範圍內為請求。爰依上開約定、規定，求為命被上訴人如數給付，及自起訴狀繕本送達翌日起加計法定遲延利息之判決（超過上開請求部分，業經原審判決被上訴人敗訴確定，不在本院審判範圍）。

被上訴人則以：系爭產品原料由伊向訴外人辛文祥購入，並由辛文祥調配成份，伊不知有添加C成份，且兩造在成品製成後，分送不同機構檢驗，均驗無藥物或非法添加物，伊及經銷商並無任何過失，伊不負過失之損害賠償責任。上訴人請求伊賠償超過不爭執事項部分，應盡舉證責任。其交付電視購物台之7slim數量為2,488,709包，非1,587,990包，且102年10月18日為產品熱賣期，伊不可能取回68,147包。是其應支付伊44,796,762元，及伊已支付之688萬元，共51,676,762元，扣除伊自MOMO購物收取之32,855,921元，減去之東森、森森購物之扣款各2,574,710元、3,203,834元，上訴人尚應支付予伊之金額為13,042,297元。另其自承包裝、貨運、印刷、道具及廣告等費用均由上訴人負擔，伊已負擔退貨產品之扣款，上訴人請求伊負擔前揭費用，自無所據。對上訴人代出25萬元部分不爭執，然伊未同意由其代支出檢驗費。其於102年9月間會算，

要求伊開立9,504,000元發票予上訴人，其迄未付款，伊主張抵銷云云，資為抗辯。

二原審駁回上訴人之請求，上訴人提起一部上訴，聲明：

㈠原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分廢棄。

㈡被上訴人應給付上訴人18,338,714元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

㈢願供擔保，請准宣告假執行。

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。

三上訴人主張前揭事實，提出系爭契約、三方協議書、檢察官起訴書、東森得易購及森森百貨股份有限公司（下稱森森公司，亦稱森森百貨、森森購物台）函各一份、東阪公司、品銓企業有限公司、藝人之各工作室及道具公司、獨傲國際創意有限公司、製作廣告費用各開立之統一發票、上訴人與東森得易購及森森公司各簽訂之協議書〔下稱東森協議書、森森協議書，按上訴人提出之協議書計三份（原審卷一第13頁），原證2稱三方協議書、原證10-11稱東森協議書、森森協議書〕、被上訴人之電子郵件及第一銀行出具之支存表等件為證（原審卷一第15-82頁）。

兩造不爭執事項：

㈠MOMO電視購物台（下稱MOMO購物台）於102年7至8月共給付被上訴人32,855,921元。

㈡被上訴人迄今給付上訴人6,880,000元貨款。

㈢MOMO購物台計退回至少2,685組產品，每組以63包計。

㈣東森得易購及森森公司共退回至少44,347組產品，每組以63包計。

㈤東森得易購、森森公司依序對上訴人扣款之金額3,203,834元、2,574,710元。

㈥上訴人於102年10月21日代被上訴人支付檢驗費用25萬元。

四上訴人請求被上訴人給付18,338,714元，其中正數項目金額如

附表A、B、C、D、K所示，是否有據，茲分述之：

㈠MOMO購物台給付款項32,855,921元部分（附表A）：

1.依系爭契約第4.5條約定：「雙方合意依電視購物台之結帳日為對帳日，依甲方（指被上訴人，下同）當月實際銷售數量（扣除銷退）結算，乙方（指浦森公司，下同，按依三方協議書，上訴人概括受讓浦森公司在系爭契約之所有權利、義務，見原審卷一第19頁）應於次月開立以甲方公司為抬頭之發票向甲方請款；甲方接獲乙方請款發票核對無誤後，甲方應逐月於電視購物台撥款至甲方帳戶後5日內電匯給乙方」等語（原審卷一第16頁）。

2.MOMO購物台於102年7月、8月間給付32,855,921元予被上訴人，有富邦媒體科技股份有限公司（下稱富邦公司）以104年12月29日（104）富邦媒體字第260號函在卷可參（原審卷一第130頁）被上訴人依上開約定應給付上訴人，為兩造所不爭執（原審卷三第43頁、本院卷三第129頁）。

3.上訴人依系爭契約、三方協議書之約定，請求被上訴人給付32,855,921元，於法有據，應予准許。

㈡MOMO購物台扣款3,075,777元部分（附表B）：

1.依系爭契約第6.1.3條約定：「甲方保證本商品的品質絕無足以危害人體健康或其他衛生上之危險，否則甲方同意無條件負擔賠償責任」等語（原審卷一第17頁）。

2.依上開富邦公司函於102年9月份給付被上訴人3,075,777元、所附102年9月供應商對帳單載：「MOMO實際應付貴公司金額…3,075,777」等語（原審卷一第131、136頁），即MOMO購物台於102年9月原應給付被上訴人3,075,777元，惟因嗣後消費者退貨而遭抵銷，有上開函載：「……本公司即依照供應商合作契約及民法規定將102年9月貨款主張抵銷」云云（原審卷一第130頁），此遭MOMO購物台扣款之3,075,777元，被上訴人應賠償予上訴人，此為被上訴人所不爭執（本院卷三第130頁）。

3.上訴人依系爭契約、三方協議書之約定（被上訴人陳述：「被上訴人不爭執部分，對於請求權基礎也不爭執」，見本院卷三第138頁），請求被上訴人給付3,075,777元，於法有據，應予准許。

㈢東森電視購物台（下稱東森購物台）森森電視購物台依序扣款3,561,514元、3,806,556元部分（附表C、D）：

1.依系爭契約第6.1.3條同上約定，上訴人主張其遭東森得易購、森森購物台依序扣款3,561,514元、3,806,556元，應由被上訴人賠償等語。被上訴人則辯稱東森得易購、森森購物台扣款之金額應依序為3,203,834元、2,574,710元云云。

2.查兩造固不爭執：「東森得易購、森森分別對上訴人扣款3,203,834元、2,574,710元」（原審卷三第43頁背面）。惟上開不爭執事項係指原證10-11東森協議書、森森協議書，該二協議書上載上訴人依序遭東森得易購、森森購物台扣款3,203,834元、2,574,710元，日期為103年10月31日，另載：「截至民國103年5月31日……」等語（原審卷一第79-80頁），顯然前開不爭執之扣款金額係計算至103年5月31日。

3.而東森得易購以106年4月26日EHS-東購法字(106)第00106號函（下稱106號函）載：「說明…二、緣森森百貨與本公司已於106年4月1日……進行合併，且以本公司為存續公司，森森百貨為消滅公司…四、㈠2.……惟案發後本公司即扣抵瀚森公司尚未請領之貨款2,236,129元及應付貨款1,325,385元……㈡2.……惟案發後森森百貨即扣抵瀚森公司尚未請領之貨款2,774,673元及應付貨款1,031,883元……」等語（原審卷三第4-5頁）。東森得易購另以108年8月27日EHS-東購法字(108)第00205號函載：「惟本公司於106年4月26日函覆鈞院之函（即附件1）所載金額係單就瀚森公司所寄售之商品自發生爭議後計算至106年1月止尚未向本公司及森森公司償還金額說明」等語（本院卷

三第51頁），所稱附件1即東森得易購106號函（本院卷二第131頁）。以上，在在證明東森得易購106號函之金額係計算至106年1月止，與原證10-11僅計算至103年5月31日大相逕庭。而該數額遠大於東森協議書、森森協議書之數額，顯見前開兩造不爭執之「東森得易購、森森公司依序對上訴人扣款之金額3,203,834元、2,574,710元」係在東森得易購106號函之數額內，本院認定上訴人遭東森得易購、森森購物台扣款之金額與上開兩造不爭執事項並無相矛盾之情事。

4.上訴人遭東森得易購、森森購物台扣款之金額應以東森得易購106號函所載為據，上訴人依系爭契約、三方協議書之約定，請求被上訴人賠償上訴人依序遭東森購物台、森森購物台扣款之金額3,561,514元（2,236,129+1,325,385＝3,561,514）、3,806,556元（2,774,673+1,031,883＝3,806,556），於法有據，應予准許，被上訴人上開辯解則無足採。

㈣檢驗費用25萬元部分（附表K）：

1.上訴人主張其於102年10月21日代被上訴人支付就系爭產品之檢驗費用25萬元，被上訴人應返還此筆款項予上訴人等語（原審卷一第11-12頁）。被上訴人不爭執「上訴人102/10/12代被上訴人支付檢驗費用25萬元」（原審卷三第43頁背面），惟辯稱「然不曾應允支付此款項」云云（本院卷三第134頁）。查被上訴人該辯稱係指「被告並未同意係由原告代支檢驗費」云云（原審卷三第87頁）。

2.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。即訴訟上之自認，除依民事訴訟法第279條第3 項規定撤銷外，在辯論主義之範圍內有拘束法院之效力。又當事人於言詞辯論時經法官整理協議之不爭執事

項，既係在法官前積極而明確的表示不爭執或沒有意見，性質上應屬民事訴訟法第279條第1項所規定之自認，除當事人能證明其所不爭執之事項與事實不符，為發現真實，仍得適用同條第3項之規定，除許其撤銷與該事實不符之不爭執事項外，自應受該不爭執事項之拘束。兩造既於原審106年7月20日言詞辯論時，就「上訴人102/10/12代被上訴人支付檢驗費用25萬元」均稱不爭執，依上開說明，被上訴人已自認上訴人於102年10月12日代被上訴人支付檢驗費25萬元，苟被上訴人事後辯稱：「未同意由上訴人代支檢驗費」，應由被上訴人舉證證明並撤銷之，惟被上訴人迄未就此舉證以實其說，亦未撤銷上開自認，僅稱「併請更正」，應認被上訴人受上開不爭執事項之拘束。

3.查上訴人於起訴狀已就此部分之原因事實載：「原告公司於102年10月21日代被告公司支付就系爭產品之檢驗費用計250,000元，被告公司亦應返還此筆款項予原告公司」（原審卷一第11-12頁），而當事人起訴僅需記載原因事實，至於法律之適用則為法院之職權。兩造上開不爭執事項「上訴人102/10/12代被上訴人支付檢驗費用25萬元」核屬民法第528條「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」，即被上訴人委託上訴人處理事務（代為支付檢驗費用），上訴人允為處理（代支付檢驗費用），再依民法第546條第1項「受任人因處理委任事務，支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支出時起之利息」之規定，上訴人請求被上訴人償還（返還）檢驗費用25萬元，於法有據，應予准許。

㈤以上，上訴人得請求被上訴人給付之金額為43,549,768元（32,855,921+3,075,777+3,561,514+3,806,556+250,000＝43,549,768）。

五上訴人主張其得請求之金額應扣除被上訴人已給付之貨款688萬元（附表E部分），為被上訴人所不爭執（本院卷三第130頁）。另上訴人主張其應給付系爭產品之費用18,081,054元

（附表FGH部分），被上訴人辯稱上訴人進貨數量為2,496,572包，計44,938,296元，且無庸扣除1,226,646元、9,276,120元云云。查上訴人所稱18,081,054元之計算式為1.上訴人就系爭產品總進貨1,587,990包，每包18元，計28,583,820元(附表f部分）。扣除2.被上訴人自東阪公司取回之數量68,117包，計1,226,646元(附表g部分）。扣除3.MOMO購物台、東森購物台、森森購物台依序銷退之3,166組、3,142組、1,872組，計8,180組，合515,340包，計9,276,120元(附表h部分，本院卷三第119-123頁）。上訴人所述前開三項金額是否有據，茲分述如下：

㈠28,583,820元（附表f部分)：

1.上訴人主張其向被上訴人就系爭產品進貨1,587,990包，係以東阪公司之函為據。查東阪公司106年8月7日回函：「本公司受云丰生技醫藥公司委託包裝7 slim powdew共計1,587,990包」云云（原審卷三第49頁）。或謂該函未附相關資料，僅單純描述數量而無足採。惟東阪公司再以107年10月17日東阪字第201810171號函覆本院，除重申「102年8月1日起，委託東阪……公司包裝7 slim powder總包裝數量1,587,990包」外，並檢附銷貨記錄、發票及出貨單，102年8月份之數量474,740+482,936＝957,076，發票及出貨單依序見本院卷三第237、241-243頁。102年9月份數量12,600+65,670+65,934+18,900+66,066+66,396+18,900+3+41,178+43,131+55,941+18,900+4,536=478,155，其中發票及出貨單依序見本院卷三第211、213-235頁。102年10月份之數量33,000+660+46,200+126+63+2,583+1,980+63,147+5,000＝152,750，發票及出貨單依序見本院卷三第245、247-261頁。顯然上訴人主張其向被上訴人就系爭產品進貨之數量1,587,990包，以每包18元計，金額計28,583,820元（18×1,587,990＝28,583,820）一節，堪認為實在。

2.至被上訴人辯稱上開數量應以電視購物台之數量為準，總

計2,496,572包云云。惟依系爭契約、三方協議書之記載，本件係由被上訴人委託上訴人銷售被上訴人所有之7 slim即溶包；再依被上訴人與東阪公司之委託代工合約書，被上訴人委託東阪公司製造或分裝被上訴人之產品（原審卷一第15、19頁、本院卷一第387頁），準此，東阪公司出貨之數量為1,587,990包，此數量由被上訴人委託上訴人銷售，上訴人銷售之數量不可能高於東阪公司出貨數量，被上訴人辯稱東阪公司出貨之數量為2,496,572包，顯與事實不符。

3.再觀被上訴人辯稱東阪公司出貨數量為2,496,572包之依據為原審卷一第133-139頁、原審卷三第6-7頁（本院卷三第131-132頁）。然原審卷一第133-139頁係富邦公司前述第260號函（原審卷一第130頁），該函載：「說明……六、有關云丰公司於102年6~7月間委託本公司通路銷售7 slim之產品資料，因當時所有商品素材皆為云丰公司所提供，本公司對於7 slim產品資料目前已無留存，故實無法提供相關資訊到院……」。而所謂7 slim產品除本件訟爭之7 slim powder（粉狀、粉包、即溶包）外，尚有膠囊（見系爭契約第1.1條，原審卷一第15頁），是上開函所記載之數量非僅系爭產品即7 slim powder而已，其所載數量自無足取。另原審卷三第6頁所載之商品有多種編號，惟其中僅0000000、0000000為7 slim powder（粉包）產品，有東森得易購以108年8月27日EHS-東購法字(108)第00205號函在卷可按（本院卷三第51頁），被上訴人以原審卷三第6頁所載非7 slim powder產品計入電視購物台銷售數量，亦無可採。

4.以上，上訴人主張其向被上訴人就系爭產品進貨之數量為1,587,990包，以每包18元計，總計28,583,820元，於法有據，應屬可採，被上訴人上開辯解則無可取。

㈡-1,226,646元部分（附表g）：

1.東阪公司106年8月7日回函載：「102年10月18日云丰生技

醫藥公司員工楊小玉確實有派貨運取回7 slim powder（粉包），內容……以上總共計68,147包」等語（原審卷三第49頁），該68,147包，每包18元，計1,226,646元（18×68,147＝1,226,646），則上訴人主張其應給付被上訴人就系爭產28,583,820元應扣除被上訴人取回之68,147包計1,226,646元，應屬有據。

2.被上訴人雖辯稱：被上訴人取回自用部分，並未向上訴人計費，毋庸計算云云。然東阪公司出貨數量為1,587,990包，其中被上訴人取回68,147包部分，自不應計費，則上訴人主張應扣除該被上訴人取回部分之數量，自屬有據，否則依被上訴人所辯，上訴人前主張之1,587,990包應扣除被上訴人取回之68,147包，計算結果亦相同。被上訴人該辯解自無可取。

㈢-9,276,120元部分（附表h）：

1.上訴人主張MOMO購物台、東森購物台、森森購物台依序銷退3,166組、3,142組、1,872組，計8,180組(3,166+3,142+1,872＝8,180），每組63包，計515,340包(63×8,180＝515,340），每包18元，合計9,276,120元(18×515,340＝9,276,120），亦應自上訴人應給付被上訴人之費用中扣除等語。

2.查富邦公司（MOMO購物台）於102年10月至104年11月退回被上訴人之數量為3,166組（53+2,849+260+4＝3,166，見原審卷一第131頁）。另上訴人主張東森、森森購物台依序銷退3,142組、1,872組雖以東森106號函為據，然上訴人所稱東森得易購銷退之3,142組係以原審卷三第6頁所載浦森公司之1,271組加上上訴人之35組、49組、1,871組（1,271+35+49+1,871＝3,142），惟其中商品編號0000000及0000000方為7 slim powder，有如前述（本院卷三第51頁），是東森得易購銷退之數量應為1,836組（49+1,787＝1,836）。另森森購物台銷退之數量1,872組，商品編號為0000000，係屬7 slim powder（原審卷三第7頁），應

予列計。以上，MOMO、東森、森森購物台銷退計6,874組（3,166+1,836+1,872＝6,874），每組63包，計433,062包（63×6,874＝433,062），每包18元，計7,795,116元（18×433,062＝7,795,116）。

3.查該金額既由MOMO、東森、森森購物台退回，則上訴人應支付予被上訴人之費用亦應扣除該款項。被上訴人雖辯稱此與前述附表C、D部分重複，不應列入云云。然附表C、D部分係上訴人應收貨款，因遭購物台扣款之損害賠償，而附表h係上訴人應給付予被上訴人之費用，因產品既遭購物台銷退，上訴人應給付之費用當應扣除遭銷退部分之費用，二者顯然不同，被上訴人辯稱此部分與附表C、D重複，不應切入云云，非屬可採。

4.此部分應扣除之金額為7,795,116元，上訴人主張逾此範圍之扣除金額，則無所據，不應准許。

㈣就附表FGH部分，上訴人得扣除之金額為19,562,058元（28,583,820-1,226,646-7,795,116＝19,562,058）。

六上訴人得請求之金額計43,549,768元，扣除被上訴人已給付之688萬元、上訴人應給付被上訴人之費用19,562,058元，上訴人僅得請求被上訴人給付之金額為17,107,710元（43,549,768-6,880,000-19,562,058＝17,107,710）。被上訴人另謂上訴人尚積欠被上訴人9,504,000元之貨款，其主張抵銷，並提出同額之102年9-10月之統一發票一紙為證（原審卷二第181頁）。然上開統一發票為102年9月5日掣發，被上訴人卻遲自105年7月8日方提出據以主張抵銷，核與常情不符。再該紙統一發票載：「品名7 slim powder、數量528,000包、單價18元、金額9,504,000元」。而被上訴人自102年8月1日起委託東阪公司包裝7 slim powder總包數1,587,990包，有如上述（本院卷一第207頁），上訴人請求之金額已扣除1,587,990包之費用計28,583,820元，顯然上訴人扣除之1,587,990包已包括該紙統一發票所載之528,000包，否則依被上訴人之立論，東阪公司出貨之數量除上訴人自動扣除之1,587,990包，另有未給付費

用之528,000包，合計2,115,990包，仍有大於東阪公司出貨包數之矛盾情事，被上訴人上開抵銷之主張自無足取。再苟被上訴人仍堅持主張該紙統一發票之金額未據上訴人給付，則上訴人前開主張扣除之1,587,990包應扣除統一發票之528,000包，計算後再與被上訴人主張之528,000包抵銷，上訴人得扣除之金額仍為上述之7,795,116元。以上，被上訴人主張以上開統一發票之金額9,504,000元主張抵銷云云，於法無據，不應准許。

七、綜上所述，上訴人請求被上訴人給付17,107,710元，及自起訴狀繕本送達翌日即104年10月24日（被上訴人於104年10月23日收受起訴狀繕本，原審卷一第86頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，於法有據，應予准許；其逾此範圍之請求，於法無據，應予駁回，上訴人敗訴部分，假執行之聲請失所依據，應併予駁回。上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，尚有未洽，上訴意旨指摘此部分原判決不當，求予廢棄改判，為有理由，應由本院予以廢棄，改判如主文第二項所示。上開不應准許部分，原審除確定外為上訴人敗訴之判決，並駁回其假執行之聲請，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，應予駁回。兩造陳明願供擔保，聲請宣告假執行或免為假執行，經核上訴人勝訴部分核無不合，爰分別酌定相當之擔保金額宣告之。

八、本件因事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所為之立證，經審酌後認與判決之結果不生若何影響，無庸再逐一予以論列，合併敘明。

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　　109　　年　　3　　月　　31　　日

民事第二十二庭

審判長法　官　張靜女

法　官　丁蓓蓓

法　官　湯美玉

正本係照原本作成。

上訴人不得上訴。

被上訴人如不服本判決，應於收受送達後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；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（詳附註）所定關係之釋明文書影本。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　　109　　年　　3　　月　　31　　日

書記官　陳美宜

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

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為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。