臺灣高等法院臺中分院民事判決

106年度建上更㈡字第58號

上　訴　人　鄉林營造工程股份有限公司
法定代理人　鄭淑珍
上　訴　人　明駿營造有限公司
法定代理人　林明珠
共　　同
訴訟代理人　蘇顯騰律師
被　上訴人　○○鐵材有限公司
法定代理人　石江璉
訴訟代理人　涂朝興律師

上列當事人間損害賠償等事件，上訴人對於民國99年3月23日臺灣彰化地方法院98年度建字第22號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院判決後，經最高法院第三次發回更審，本院於民國108年11月26日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、上訴駁回。

二、被上訴人應給付上訴人鄉林營造工程股份有限公司3＃-5＃>＝SD280非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋133,923.5公斤。

三、被上訴人應給付上訴人鄉林營造工程股份有限公司新臺幣333,624元，及其中新臺幣217,540元自民國99年6月5日起；其餘新臺幣116,084元自民國104年6月11日起，均至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。

四、其餘追加之訴及假執行之聲請均駁回。

五、上訴部分第二審訴訟費用、發回前第三審訴訟費用由上訴人負擔。追加之訴第二審、發回前第三審訴訟費用，由上訴人鄉林營造工程股份有限公司負擔百分之13、上訴人明駿營造有限公司負擔百分之50，餘由被上訴人負擔。

六、本判決所命給付，於上訴人鄉林營造工程股份有限公司以新臺幣1,316,520元為被上訴人供擔保後得假執行。但被上訴人如以新臺幣3,949,559元或等值之合作金庫銀行忠明路分

行可轉讓定期存單為上訴人鄉林營造工程股份有限公司預供擔保，得免為假執行。

事實及理由

甲、程序方面：

壹、按解散之公司除因合併、分割或破產而解散外，應行清算；解散之公司，於清算範圍內，視為尚未解散；公司之清算人在執行職務範圍內，為公司負責人；公司之清算，以董事為清算人。但本法或章程另有規定或股東會另選清算人時，不在此限，公司法第24條、第25條、第8條第2項、第322條第1項分別定有明文。故公司解散後，應進行清算程序，在清算完結前，法人之人格於清算範圍內仍然存續，必待清算完結後，公司之人格始歸於消滅。查上訴人明駿營造有限公司（下稱明駿公司）已向經濟部中部辦公室辦理解散登記，並以法定代理人林明珠為清算人等情，有經濟部民國98年10月8日經授中字第09833919600號函及所附有限公司設立登記表在卷可稽（見原審卷一第96至98頁）。而明駿公司迄未進行清算等情，亦據其陳明在卷【見本院106年度建上更㈡字第58號卷（下稱更三卷）二第54頁】，則依上開說明，應認明駿公司之法人格仍未消滅，並以林明珠為其法定代理人，合先敘明。

貳、按在第二審為訴之變更或追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者、擴張或減縮應受判決事項之聲明者，不在此限；又按不變更訴訟標的，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，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第2款、第3款、第256條分別定有明文。經查：

一、本件上訴人鄉林營造工程股份有限公司（下稱鄉林公司）及明駿公司（與鄉林公司合稱上訴人）於原審以被上訴人遲延給付主張解除未履行部分契約，而請求返還買賣價金，及損害賠償、違約金共計新臺幣（下同）32,868,823元，及自支付命令送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之

利息【見臺灣彰化地方法院98年度建字第22號卷（下稱原審卷）一第49頁】，嗣於經原審判決全部敗訴後，僅就請求返還買賣價金、給付違約金部分上訴，並於99年6月1日提出民事補充上訴理由暨訴之聲明更正狀，以就原審聲明提起上訴部分為先位聲明，並追加請求被上訴人給付加工費1,003,880元，共計請求17,222,724元，及自支付命令送達翌日起之法定遲延利息【見本院99年度建上字第42號卷（下稱上訴審卷）一第25、32頁）；復追加備位聲明，主張倘認為系爭契約未合法解除，則基於契約之法律關係，請求被上訴人交付372,847公斤平板料鋼筋，並給付加工費1,003,880元本息（見上訴審卷第26頁）；嗣迭經更正其聲明後，於本院108年11月26日言詞辯論期日確定其聲明為：「一、原判決關於後開第二項部分廢棄。二、先位聲明：㈠被上訴人應給付上訴人16,218,844元，及其中10,812,563元部分，自97年5月10日起算，另5,406,281元部分，自98年6月3日起，均至清償日止，均按週年利率百分之5計算之利息。㈡被上訴人應給付上訴人1,003,880元，及自99年6月5日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。三、備位聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人3＃-5＃＞＝SD280非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋372,847公斤。㈢被上訴人應另給付上訴人745,694元，及自104年6月10日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。」（見更三卷二第194頁正反面）。茲因上訴人所為訴之追加（及加工費及請求給付鋼筋部分）所主張之基礎事實均係源於兩造買賣契約是否經合法解除等爭議而來，其前後請求之主要爭點有其共通性及關聯性，而就原請求所主張之事實及證據資料，於後請求之審理得加以利用，無害於被上訴人程序權之保障，且符合訴訟經濟，上訴人所為訴之追加符合上開規定，當無庸經被上訴人之同意，即應容許上訴人在第二審為上開訴之追加。

二、另關於上訴人請求被上訴人給付違約金5,406,281元部分，

於原審係主張依兩造於97年3月3日訂立之預定買賣契約書（下稱系爭契約）第7條之約定請求；嗣於本院主張併依系爭契約第9條之約定請求（見更三卷一第64頁），及就備位聲明第2項更正請求交付之標的部分，均未變更訴訟標的，僅為補充事實上及法律上陳述，揆諸前揭規定，並無不合，亦應准許。

乙、實體方面：

壹、上訴人主張：

一、鄉林公司與訴外人○○開發工程有限公司（下稱○○公司），共同承攬經濟部水利署○○河川局（下稱○○河川局）「石笏排水改善工程」二工區及四工區之工程（下稱系爭工程），由兩造於97年3月3日簽立系爭契約，約定上訴人向被上訴人購買鋼筋100萬公斤（即1,000公噸），價金以每公斤29元計算，包含加工費，總價2,900萬元，上訴人並交付明駿公司所簽發，票面金額共計2,900萬元之支票3紙予被上訴人兌領，被上訴人則簽發同額本票交付上訴人，作為履約保證。兩造並口頭約定系爭工程若無法進行，被上訴人應退還未出貨之價款；另交付之鋼筋如未加工，則應退還以每公斤2元計算之加工費。嗣被上訴人出貨125,213公斤後，鄉林公司解除系爭工程之承攬契約，上訴人即通知被上訴人毋庸再出貨，並請求退還未出貨部分之價款，卻遭被上訴人拒絕。上訴人因而於98年3月16日請求被上訴人交付剩餘未加工平板鋼筋874,787公斤，被上訴人依約應於7日後即同年月23日出貨，惟屆期並未履行。上訴人於同年月26日依被上訴人指示至其上游廠商載貨，於該日及翌日共裝運未加工鋼筋501,940公斤後，其上游廠商即拒絕上訴人再裝運。上訴人遂於同年月31日以名間郵局第14號存證信函通知被上訴人於文到3日內備妥剩餘鋼筋，通知上訴人領取，否則逕以該函為解除未交付鋼筋部分契約之意思表示。惟被上訴人屆期仍未履行，故兩造就該部分買賣契約已生解除效力。被上訴人自應返還未交付鋼筋372,847公斤之買賣價金10,812,5

63元。倘認上訴人解除契約為無理由，則被上訴人應依系爭契約第3條之約定給付3＃-5＃＞＝SD280非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋37萬2847公斤。又被上訴人既有給付遲延，及否認每公斤29元之單價已包括2元加工費，而有增加加工費等違約情形，上訴人自得依系爭契約第7條第2款、第9條之約定，及民法第250條第2項規定，請求被上訴人給付依該372,847公斤鋼筋買賣價金50％之違約金5,406,281元。又兩造約定被上訴人如交付未經加工之鋼筋，同意退還每公斤2元之加工費，而被上訴人交付之501,940公斤之鋼筋未經加工，即應依約返還1,003,880元之加工費。倘認上訴人解除契約為無理由，則被上訴人應依兩造之約定給付平板鋼筋372,847公斤之加工費745,694元。爰依兩造口頭約定、民法第259條、系爭契約第7條第2款、第9條、民法第250條之法律關係，提起本件訴訟。以先位聲明請求：㈠被上訴人應給付上訴人16,218,844元（含未交付鋼筋之價金10,812,563元、違約金5,406,281元），及自98年6月3日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。㈡願供擔保，請准宣告假執行（未繫屬本院部分，茲不贅述）；於上訴人後追加備位聲明：㈠被上訴人應給付上訴人3＃-5＃＞＝SD280非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋372,847公斤。㈡被上訴人應另給付上訴人745,694元，及自104年6月10日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

二、對被上訴人抗辯之陳述：

㈠鋼筋每公斤單價29元，已包含2元之加工費、運費及營業稅：

1.加工費部分：

系爭契約係專為系爭工程所訂立，並非一般鋼筋買賣契約，故約定之單價29元，當係為配合系爭工程所需「加工料」之單價。至於系爭契約「台料特型另計」之記載，則係上訴人若另有須要熱軋W料時，則另計其加工費。

2.運費補貼部分：

依系爭契約第4條、第6條之記載，固可認運費不在約定鋼筋單價中，係另以「出車以板車計算運費」。而被上訴人交付之125,213公斤鋼筋，就出貨幾車？每車車資為何？均未見被上訴人提出證明，然其金額至多僅數萬元。而未加工之501,940公斤之鋼筋，係上訴人自行僱車裝運，故就此部分與尚未交付而經上訴人解除契約之鋼筋372,847公斤部分，被上訴人均無請求運費補貼之權。

3.營業稅部分：

兩造並無營業稅外加之約定，被上訴人依法應自行負擔，其執此行使同時履行抗辯權，並無理由。又被上訴人尚未交付鋼筋之稅捐債務540,628元並未成立，是被上訴人主張上訴人應給付之營業稅為145萬元，亦非正確。

㈡關於上訴人因被上訴人給付遲延，而解除未履行部分契約部分：

上訴人因被上訴人迄未交付剩餘之372,847公斤鋼筋，於98年7月2日起訴，請求被上訴人返還此部分價金，起訴狀之送達亦有催告之效力。上訴人因恐就98年3月31日存證信函所為解約方式有爭議，乃再於同年8月18日以民事準備續狀繕本之送達，向被上訴人為解除未履行部分契約之意思表示，經其訴訟代理人於同日收受；又於99年4月13日以福平郵局第316號存證信函定期催告被上訴人應於函到10日內備妥平板料鋼筋，並通知上訴人受領，被上訴人仍未給付；嗣再於99年6月1日、102年12月31日、103年2月17日、106年11月3日、107年8月6日以書狀繕本之送達，再向被上訴人為解除契約之意思表示。

㈢關於被上訴人抗辯上訴人受領遲延部分：

被上訴人所指105,000公斤之加工鋼筋，上訴人否認有指示或通知被上訴人備貨，若被上訴人自行備貨或加工，應自行承擔損失。被上訴人遽然通知上訴人受領上開鋼筋，乃屬非依債務本旨提出給付，上訴人自有拒絕受領之權利。另由上訴人於98年3月16日通知被上訴人應於7日內交付剩餘平板

鋼筋，被上訴人猶拒絕給付，並指示上訴人至上游廠商處載貨，且過程中兩造並未就其所指105,000 公斤加工鋼筋之交付有所爭執，故被上訴人是否有實際加工上開鋼筋，令人存疑。再者，扣除該105,000 公斤之鋼筋（特定之債），被上訴人仍有267,847 公斤鋼筋遲延交付，上訴人依法亦得解除契約，請求未交付鋼筋部分之價金。

㈣被上訴人行使同時履行抗辯權部分：

縱認上訴人應給付營業稅、運費、加工費，然與被上訴人給付鋼筋之義務，非基於同一雙務契約而生，亦非對待給付，並無對價關係，被上訴人行使同時履行抗辯權，並無理由。縱認被上訴人得主張同時履行抗辯權，惟上開營業稅、運費及加工費，與上訴人已預繳而被上訴人尚未交付之剩餘鋼筋價金10,812,563元，顯不相當，且其給付為可分，則同時履行抗辯之範圍應受「相當」之限制，不得據以拒絕全部鋼筋之給付，被上訴人拒絕出貨，依民法第264 條第2 項規定，亦違背誠實性用原則。另上訴人催告被上訴人給付鋼筋時，被上訴人尚未行使同時履行抗辯權，仍應負遲延給付責任。

㈤關於被上訴人抗辯明駿公司積欠其150 萬元借款債務，並以依據系爭契約得請求被上訴人給付鋼筋之債權設定質權予被上訴人，被上訴人依民法第907 條規定拒絕出貨部分：

1.明駿公司以鋼筋交付請求權設定質權，未經鄉林公司之同意，且鄉林公司不予承認，該部分設質行為應屬無效，不得對抗上訴人。

2.明駿公司簽發之票面金額300 萬元支票（下稱系爭300 萬元支票），僅有「本支票款項轉抵97.6.13 台中商銀○○分行電匯○○開發工程有限公司台中商銀○○分行000000000000」之記載及「林明珠」之簽名為真正，「以NO.0000000000 契約已付質保」之記載係被上訴人嗣後在林明珠簽名左方之空白處自行填載，並非林明珠於簽名時所為。又林明珠非鄉林公司之法定代理人，上開記載對鄉林公司更不生效力。

3.明駿公司簽發系爭300 萬元支票之目的，乃要借用被上訴人

之信用，提供該支票作為「票據融資」之副擔保，向台中商業銀行（下稱台中商銀）以客票融資方式借款300萬元，於貸得款項後，再由被上訴人轉匯給○○公司週轉，被上訴人始在系爭300萬元支票影本上加註「本支票款項轉抵97.6.13台中商銀○○分行電匯○○開發工程有限公司台中商銀名間分行000000000000」，並由林明珠簽名。而被上訴人向台中商銀借款，係以其與明駿公司簽立之契約書號「NZ0000000000」之預定買賣契約書（下稱1313契約書）為主要擔保，系爭300萬元支票兌現後，台中商銀即將1313契約書退還借款人即被上訴人，被上訴人乃在該契約上，註明「契約作廢」、「已返還之收回」、「○○○○」等字樣。故而明駿公司自無可能重複提供系爭契約為擔保。1313契約書非僅供台中商銀徵信之用，若系爭300萬元支票不獲兌現，兩造仍須就該契約之債權對台中商銀負責。縱認明駿公司與被上訴人簽訂1313契約書之本意，係要供台中商銀徵信之用，然該300萬元借款債務既已清償完畢，台中商銀並未受有任何損害，仍無礙於明駿公司並未提供系爭契約予銀行設定權利質權之事實認定。縱認有以系爭契約做為台中商銀300萬元借款債權之擔保，亦因該300萬元借款債權因清償而消滅，其債權擔保之質權亦隨同消滅。

4. 台中商銀於提示兌現系爭300 萬元時，即由明駿公司以利害第三人之地位，代被上訴人清償其積欠銀行之300 萬元債務，明駿公司於其清償之限度內，承受台中商銀對被上訴人之借款債權。而明駿公司為清償該300 萬元票據債務，而再向被上訴人借款150 萬元，乃屬新債務，非被上訴人權利質權擔保之範圍，且此新債務成立時，明駿公司之300 萬元債務尚未消滅，經台中商銀兌現系爭300 萬元支票，明駿公司對被上訴人之300萬元債務即消滅，是縱有權利質權之設定，該權利質權亦隨同消滅。況被上訴人已喪失記載該權利質權之證書文件即系爭300 萬元支票之占有，亦應認其權利質權已消滅。

5.被上訴人雖主張上訴人於原審及前審已自認明駿公司有積欠被上訴人300 萬元債務，及有設定權利質權之事實為自認，然上訴人於100 年4 月21日提出之書狀已主張明駿公司提供設定質權之標的為1313契約書，已可認為就被上訴人抗辯之事實有所爭執，而非自認，況該書狀為訴訟代理人所撰寫，上訴人本人仍得撤銷自認。縱認被上訴人主張之權利質權仍存在，因上訴人均為買受人，且就剩餘之鋼筋為平板料，屬種類之債及可分之債，依民法第271 條之規定，明駿公司及鄉林公司就同一債權，而其給付為可分者，應平均分受之。而鄉林公司與被上訴人間並無150 萬元借款債務及其權利質權存否之爭議，對被上訴人尚未給付之剩餘372,847 公斤鋼筋部分，擁有2 分之1 即186,424 公斤鋼筋（價值5,406,282 元，小數點以下四捨五入）之單獨給付請求權。被上訴人雖經前後多次催告，均拒不給付，鄉林公司自得依法解除契約。又因明駿公司尚有前述186,424 公斤之鋼筋請求權，若認被上訴人確得向明駿公司主張上開權利質權，其範圍應僅限於所擔保之150 萬元範圍，就超過部分，被上訴人未為給付，仍應負遲延責任。

6.縱被上訴人為質權人，而不同意給付鋼筋，則依民法第907 條之規定，即應提存應給付之鋼筋，被上訴人未為提存，於法未合。

7.被上訴人因係透過黃○○之仲介，與上訴人訂立系爭契約，故應支付黃○○150 萬元之佣金，並指示明駿公司將其所簽發之150 萬元支票（下稱系爭150 萬元支票）直接交付黃○○保管持有，應認被上訴人已將其對明駿公司之150 萬元借款債權讓與黃○○，以清償其對黃○○之150 萬元佣金債務，且此債務屬代物清償性質。又為免被上訴人以明駿公司積欠150 萬元借款債務為由，主張權利質權，明駿公司法定代理人林明珠已於107 年8 月28日將150 萬元存入黃○○之帳戶內，以代明駿公司清償該債務，並取回系爭150 萬元支票，予以作廢。故明駿公司對被上訴人之150 萬元借款債務，

及被上訴人對黃○○之150 萬元佣金債務，均已消滅，兩造就權利質權之真實性亦無庸再為爭執。

㈥關於違約金部分：

系爭契約第7 條雖就違約金之計算方式漏未記載，然其數額非不得由上訴人舉證證明其因被上訴人債務不履行所生損害而予以確定或依系爭契約其他條款約定予以確定。況探求系爭契約第9 條立約之真意，「雙方不得因任何理由要求調整（漲降）單價及數量」與「違約金總價50% ，違約者應支付」應分別獨立以觀，亦即只要兩造有違約情事，即應支付總價50 %之違約金。上開違約金之約定均為懲罰性違約金，訂約當時因中國大陸發展快速，鋼筋價格漲跌速度快，擔憂事後鋼筋上漲，始以系爭契約第9 條之約定將價格固定。被上訴人既已構成給付遲延，復否認每公斤29元之單價已包括加工費2 元，而有違約事由，自應依上開約定，給付總價50%之違約金。

㈦關於抵銷部分：

被上訴人主張其對上訴人有營業稅、加工費及運費債權，對明駿公司有150 萬元債權，均無理由，已如前述；且被上訴人已將明駿公司所簽發用以清償該150 萬元債務之系爭150 萬元支票另交付黃○○，若其未交還或無法交還系爭150 萬元支票，應認為依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不能抵銷，或約定應向第三人為給付之債務人，不得以其債務，與他方當事人對於自己之債務為抵銷，故被上訴人抵銷之抗辯，為無理由。若認為被上訴人得主張抵銷，抵銷之順序依序為運費、營業稅、加工費，且同意僅就本金部分抵銷；又經上訴人解除一部契約，並以明駿公司對被上訴人之5,406,282 元價金返還請求權，與被上訴人對明駿公司之150 萬元借款請求權與互為抵銷後，被上訴人仍應將其餘額3,906,282 元（計算式：0000000 －0000000 ＝0000000 ）返還明駿公司。

貳、被上訴人則以：

一、兩造並無「如系爭工程無法順利進行，上訴人即應依原價返還未交付鋼筋之價值」之約定，契約文字已載明「絕對數量」，如有此重大權利義務調整事項，豈會不在契約中加註。依業界慣例及債之責任原理，亦無為此約定之理由。此外，上訴人歷來存證信函亦不曾提及所謂口頭約定一事；上訴人據以解除契約之98年3 月31日存證信函亦係依系爭契約第4 條、第7 條約定要求給付鋼筋。

二、系爭契約約定之鋼筋單價每公斤29元，並不包含加工費、營業稅及運費在內：

㈠系爭契約備註欄記載「加工料、台料特型另計」，其中加工料是指依系爭契約所需為一般裁剪及彎曲而言，即自上游廠商出貨之板料，由被上訴人依約為簡易加工。而台料特型則為較複雜之加工塑型，惟無論何者，均須被上訴人進一步加工，且鋼筋價格與加工費均分開，加工費係外加另計，此觀諸系爭契約第4 條「定尺料單須7 日前通知賣方，加工料10天」及第6 條付款辦法「1.其他雜項如鋼種加價等另計。2.每月貨運月結，於每月5 日前送帳單開現金票」等規定即明。上訴人以往是以傳真、電話、相關人員拿料單等方式向被上訴人下單，指示被上訴人提供加工鋼筋，且其指定之規格（長度、樣式）均不相同，加工費自不可能相同，被上訴人始會就不同加工規格之鋼筋，另開立統一發票請款。故被上訴人實無可能與上訴人約定鋼筋單價29元內含2 元之固定加工費。若依上訴人所主張無加工費之約定，則又何來鋼筋單價內含2 元加工費之問題？被上訴人就系爭契約鋼筋向○○公司進貨，均價毛利僅有1.7 元，更無內含達2 元加工費之理。至上訴人提出之結算單，乃被上訴人於98年3 月17日就未交付鋼筋，與上訴人所欠款項之償還進行協商，其間被上訴人表示若上訴人遵守條件，則改交板料，同意每公斤退讓毛利，惟仍遭上訴人拒絕而未達成協議。

㈡系爭契約第4 條記載「運費補貼：出車以板車計」，係指按板車載重量予以計算而言，依當時行情，每公斤運費0.1 元

，不滿一車5,000公斤，則以一車500元計算。因時隔10年，被上訴人無從提出細部資料為證。然上訴人於系爭工程施作期間，曾因工地積水，欲寄放鋼筋，而委託被上訴人運送淨重分別為2,800公斤、1,500公斤之鋼筋，並因而補貼被上訴人各1,500元之運費，遠逾被上訴人上開運費補貼計算方式，是被上訴人主張之計算方式並無不合理之處，並請鈞院依民事訴訟法第222條第2項之規定予以認定運費之數額。又兩造並未約定限於委託第三人運送鋼筋予上訴人時，被上訴人始得請求運費補貼。

㈢系爭契約稅額欄「5％外加」，並於該欄上方劃記「X」，係就序號6「以下空白」，亦即序號7、8、9部分所為，非指未約定稅額5％外加部分。此觀諸「稅額」、「5％外加」係列於「小計」欄，而非「序號」一項甚明；且上訴人於原審已主張其在被上訴人全部鋼筋交付後，始有交付稅款之義務，如今反爾，並無理由。

㈣因上訴人數度停工，且加工費及運費金額甚小，被上訴人曾於97年11月統整寄發統一發票及請款資料向上訴人請款，卻遭上訴人以「貴公司出貨時未能逐月出示帳單及發票…」為由退回。經上訴人於98年4月向國稅局提出檢舉後，被上訴人除補開價金部分外，再度開立加工費及運費之統一發票共計33,266元，奈何仍遭上訴人否認。兩造既已約定運費補貼及加工費另計，其計算方式兩造雖未具體約定，然依一定行情計算，應不違反兩造真意。

三、上訴人於97年3月至5月間共下料單訂購230,213公斤加工料，被上訴人已依約完成加工，並出貨125,213公斤，然其餘105,000公斤上訴人卻拒絕受領。被上訴人乃於98年1月15日以存證信函通知上訴人受領，上訴人於同月23日以存證信函回覆時，並未予以否認，僅表示待解決系爭工程管線及設計問題後再行處理。而該105,000公斤加工鋼材均經系爭工程監工人員抽採樣品檢驗合格，僅因上訴人與○○河川局合約糾紛，致延宕交貨，上訴人至確定終止與○○河川局之

契約後，因當時鋼筋價格下跌至每公斤13元，上開經加工之鋼筋無法轉賣給其他工地，只能當作廢鐵變賣，然廢鐵價格又幾乎崩盤，上訴人為減少損失，始否認其事。另上訴人於假扣押強制執行程序亦指封該105,000 公斤加工鋼筋，足見上訴人確實知悉此事。被上訴人出貨之規格、數量，須待上訴人下料單始得確定，復須依上訴人之指示裁剪或打彎鋼筋，自無擅自加工之理。

四、上訴人既請求交付所有剩餘鋼筋，則其應給付之營業稅自應以總價金金額為計算基準。又依上訴人關於被上訴人2,900萬元銷售額短漏報之檢舉主張，與財政部中區國稅局○○稽徵所之處罰回文，及加值型及非加值型營業稅法第35條第1項規定，可知被上訴人至遲於次期開始15日內即有繳納營業稅之義務，顯較上訴人嗣後之提貨請求為先，上訴人未盡其先行義務，自無請求交付鋼筋之權利。況以貨到月結立論，被上訴人98年3 月27日以前已交付之鋼筋自足為上訴人應給付稅款之理由，上訴人未清償當期營業稅，被上訴人自得拒絕其後交付鋼筋之請求。而被上訴人就加工費及運費共計33,266元之稅款已於98年5 、6 月間補繳，亦顯然先於99 年4 月13日後10日內，則上訴人未清償，被上訴人豈有交付鋼筋之義務可言。觀之鋼筋價格波動甚鉅，97年6 月每公斤約32元乃為當年最高點，而上訴人於98年3 月10日就被上訴人所交付之平板鋼筋，只以每公斤12.4元之價格出售，則被上訴人為保自己權益，自得行使同時履行抗辯權。

五、關於明駿公司以系爭契約之鋼筋給付請求權設定質權以擔保其對被上訴人之150 萬元借款債務部分：

㈠明駿公司於原審提出爭點整理狀，其中不爭執事項即已自認明駿公司尚欠被上訴人150 萬元；另其於原審已明確主張係以系爭契約之債權設定質權予被上訴人，99年6 月1 日補充上訴理由暨訴之聲明狀亦主張明駿公司有設定質權之事，至多僅爭執該300 萬元借款與鄉林公司無關，堪認已自認以系爭契約之債權設定質權予被上訴人之事實。上訴人嗣雖主張

撤銷關於明駿公司積欠被上訴人150 萬元部分之自認，但被上訴人不同意。

㈡上訴人主張係就1313契約書設定質權，乃屬無稽。1313契約書僅屬被上訴人於97年6 月間以明駿公司簽發之系爭300 萬元支票向台中商銀辦理融資時，提供銀行徵信之用，明駿公司並未向被上訴人購買1313契約書所載之100 萬公斤鋼筋，故1313契約書非具有實質債權而能供作設定質權之標的，依台中商銀提供之資料，亦未見有任何書面顯示明駿公司以該契約之債權設定質權予台中商銀。

㈢設定質權之範圍為明駿公司借款時，上訴人剩餘尚未請求交付鋼筋769,787 公斤之全部債權，非僅限於相當於明駿公司借款或尚未清償之150 萬元之鋼筋，此乃質權之不可分性使然。林明珠以系爭契約之債權設定質權，乃代理明駿公司所為，其就系爭交易，亦為鄉林公司之代理人，自有代理上訴人以系爭契約之債權設定質權之權限；被上訴人所簽發做為交貨擔保之2,900 萬元支票，指定之受款人僅有林明珠，而不包括鄉林公司，明駿公司方為系爭契約真正權利人，僅為取信被上訴人，始央請與其關係密切之鄉林公司為形式上當事人，鄉林公司實際上對系爭契約並無任何權利。又上訴人間之內部關係，被上訴人無從得知，舉凡訂約、付款、提示交貨、借款設質，均為明駿公司所為，依其表現已足使引起被上訴人對明駿公司有實質處分權限之信賴，則被上訴人據以抗辯，縱有錯誤，亦是上訴人自身行為所致，非可歸責於被上訴人，上訴人自無據以解約之權利。

㈣被上訴人係以自己之信用，持明駿公司簽發之系爭300 萬元支票為擔保向台中商銀辦理貼現，故該300 萬元之借款人為被上訴人，為使明駿公司簽發之系爭300 萬元支票得以兌現，以清償被上訴人對銀行之債務，被上訴人墊付150 萬元予明駿公司，以讓該支票兌現，就被上訴人而言，乃係清償對銀行之債務，明駿公司並未清償積欠被上訴人之債務。明駿公司又未能證明其與被上訴人間有債之更改之意思表示，自

不得謂為消滅就債務而發生新債務，故該權利質權尚未消滅。

㈤又上訴人所謂被上訴人積欠黃○○150萬元之佣金債權，並將系爭150萬元支票轉讓，已無從對明駿公司主張權利云云，既非事實，也無依據，更與被上訴人無關。本件交易之初，被上訴人與黃○○約定仲介費為12萬元，且於系爭契約成立後隨即給付，並令黃○○於支出傳票上簽領，倘被上訴人有給付150萬元之款項，豈有不令其簽收之理；況仲介費依一般交易習慣，通常在買賣契約成立即確定金額並隨即支付。又上訴人就所謂佣金數額屢次變更，且黃○○又不曾提示系爭150萬元支票，顯與常情有違。上訴人於原審並未曾提出明駿公司於97年12月12日簽發，且由黃○○於同日簽收之系爭150萬元支票影本，反自承明駿公司對被上訴人150萬元借款債務並未清償，顯見上開支票應係上訴人為應付本件訴訟而簽發，再請黃○○造假簽收。又林明珠並非利害關係人，且無論系爭150萬元支票是何人之債務，均已罹於1年消滅時效，而得拒絕給付，上訴人卻於該票據債權罹於時效近10年後，突然主動支付予黃○○，乃為異常之舉，且與被上訴人無關。

㈥若認設定質權之效力不及於鄉林公司，然被上訴人於98年3月26、27日已交付超過系爭契約買賣標的半數之501,940公斤平板鋼筋，並經鄉林公司出售予訴外人○○鋼鐵工業股份有限公司。在未計入鄉林公司應分擔之105,000公斤加工鋼筋之半數情形下，鄉林公司既已取得系爭契約鋼筋總數半數以上，則鄉林公司對被上訴人交付鋼筋請求權，已經被上訴人全數履行完畢，鄉林公司自無解除契約之權利。而明駿公司就被上訴人尚未交付之267,847公斤平版鋼筋及105,000公斤加工鋼筋（無論全數或半數）復因權利質權之設定或拒絕受領等原因，並無給付遲延情事，上訴人自無從主張解除契約。

六、退步言之，倘認為上訴人主張解除契約，請求返還鋼筋價金

為有理由，則其98年3 月31日以名間郵局14號存證信函所為通知，依民法第229 條第2 項前段之規定，僅係確定給付時日而已，依民法第254 條之規定，不生解除契約之效力。而上訴人上開存證信函並未另定期催告履行，98年8 月11日書狀亦然。若認上訴人得行使解除權，應以其99年4 月13日福平里郵局316 號存證信函認為係定期催告，而以民事補充上訴理由暨訴之聲明更正狀為解除契約之意思表示。

七、系爭契約第7 條及第9 條之違約金，係針對不同情形所定，第7 條是規範遲延給付之情形，兩造自始未就遲延交貨之違約金為約定，上訴人自不得依系爭契約第7 條之約定請求違約金。而第9 條是針對價格、數量調整之情形。系爭契約第9 條約定所謂不得調整者，僅單價及數量二者而已，不及契約關係之其他權利義務。此約定乃因國際鋼鐵市場之漲跌幅度，受期貨之影響，起伏甚大，而數量之多寡，又直接衝擊總體價格之變化或落差，為確保兩造免因難以預見之價格起伏而損及權益所為約定，亦即兩造均同意將來不主張民法之情事變更原則，否則即應給付違約金。至於系爭契約違約金之性質，兩造並未具體約定。而被上訴人既未調整系爭契約數量，亦無其他違約情事，上訴人不得請求給付違約金。

八、若認為上訴人得請求被上訴人返還鋼筋價款，惟其尚積欠被上訴人營業稅145 萬元、運費及加工費計33,266元（含加工費11,500元、運費16,180元，及此部分5％營業稅1,586 元）未給付；另明駿公司亦積欠被上訴人150 萬元之借款債務，被上訴人亦可主張抵銷。被上訴人主張抵銷順序依序為營業稅、運費、加工費、借款150 萬元，並同意就上開債權僅就本金部分為抵銷等語，資為抗辯。並聲明：㈠上訴人之訴及假執行之聲請均駁回。㈡如為不利判決，被上訴人願供擔保請准宣告假執行。

參、經原審為上訴人全部敗訴之判決，上訴人不服，提起本件上訴，並為訴之追加，兩造之聲明為：

一、上訴人之上訴聲明：

㈠原判決關於駁回後開第二項之訴部分廢棄。
㈡先位聲明：
1.被上訴人應給付上訴人16,218,844元，及其中10,812,563元部分，自97年5月10日起算，另5,406,281元部分，自98年6月3日起，均至清償日止，均按週年利率百分之5計算之利息。
2.被上訴人應給付上訴人1,003,880元，及自99年6月5日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。
3.上訴人願供擔保，請求准予宣告假執行。
㈢備位聲明：
1.被上訴人應給付上訴人3＃-5＃＞＝SD280非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋37萬2847公斤。
2.被上訴人應另給付上訴人745,694元，及自104年6月10日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。
3.上訴人願供擔保，請求准予宣告假執行。
二、被上訴人之答辯聲明：
㈠上訴人之上訴及追加之訴均駁回。
㈡如受不利判決，被上訴人願供現金或等額之合作金庫銀行○○路分行可轉讓定期存單供擔保，請宣告免為假執行。
肆、兩造經本院整理不爭執事項，結果如下（見更三卷一第167頁）：
一、上訴人因施作系爭工程需要，由上訴人向被上訴人購買鋼筋，雙方於97年3月3日簽訂系爭契約，約定數量100萬公斤絕對數量，每公斤單價29元，總價款2,900萬元，上訴人並交付由明駿公司簽發分別為97年3月3日1,160萬元、97年4月3日870萬元、97年5月3日870萬元，金額計2,900萬元支票3紙予被上訴人，業經被上訴人提示兌領，被上訴人並簽發同額本票交付上訴人。嗣上訴人於97年4月至7月以傳真方式通知被上訴人交付上訴人所訂未受領之鋼筋，並於96年3月16日以傳真方式通知被上訴人交付上訴人所訂未受領之鋼筋，上訴人分別於同年月26日及27日裝載受領501,

940 公斤未加工平板鋼筋，兩造迄今尚未完成履約之鋼筋數量為372,847 公斤（即1,000,000 －125,213 －501,940 ＝372,847 ）。嗣上訴人以被上訴人遲延給付為由，於98年3月31日以名間郵局第14號存證信函為解除系爭契約未交付部分之意思表示，並再於98年8 月18日以書狀繕本送達為解除契約之意思表示。

二、兩造對於加工費及運費之發票，形式上之真正不爭執。

三、行政院主計處公布之營造工程物價鋼筋指數影本，兩造對此無意見。

四、系爭契約為分期給付之一時性契約（見更三卷一第39至40、59頁）。

五、明駿公司於97年6 月間簽發系爭300 萬元支票1 紙（被證11，原審卷一第43頁）予被上訴人，約定被上訴人以自己之信用，持上開支票向台中商銀○○分行辦理貼現，再將所得資金依明駿公司指示匯入第三人○○公司帳戶，並約定於上開支票所載發票日屆至時，由明駿公司逕代被上訴人支付300萬元票款。嗣明駿公司僅支付其中150 萬元票款，另150 萬元係由被上訴人代為墊付，明駿公司須另簽發面額150 萬元支票1 紙予被上訴人，目前明駿公司尚欠被上訴人150 萬元（見更三卷一第74至75、123 頁）。

伍、本院之判斷：

一、兩造並未約定「如系爭工程無法順利進行，被上訴人即應依原價返還未交付鋼筋之價值」：

查上訴人雖主張兩造有約定如系爭工程無法順利進行，被上訴人即應原價返還未交付鋼筋之價值等情，然為被上訴人所否認，上訴人自應就上開有利於己之事實，負舉證責任。上訴人雖舉證人黃○○為證。惟查：

㈠證人黃○○於原審98年10月29日言詞辯論時證述：林明珠與石○○到被上訴人公司訂約，當時有約定系爭工程如果無法進行，被上訴人退還未出貨款項，但是口頭約定，並沒有書面，因為書面是被上訴人提供的制式合約，所以沒有另外加

註，當時被上訴人有同意，訂約時只有伊、林明珠、石○○3人，業界也有未出貨退款之約定，系爭工程曾於96年停工，97年才復工，因為系爭契約是一次付款，上訴人擔心會有停工問題，所以才有退款之約定，並由被上訴人簽發本票擔保。97年7月中旬左右系爭工程又停工，兩造曾經協商契約問題，一開始確定未下單數量，始知悉金額，兩造同意未下單之鋼材以原價計算退還貨款，但因為被上訴人無法一次退還貨款，後來又因發票及佣金問題發生爭執，所以一直在協調，沒有書面資料云云（見原審卷一第122頁正反面）；又於本院99年度建上字第42號100年3月24日準備程序時證稱：鄉林公司與被上訴人尚未訂約時，即在伊公司認識，當時系爭工程還在停工中，無法確認何時可以施工，就沒有與被上訴人訂立買賣契約，後來通知可以施工，鄉林公司即找伊要去向被上訴人購買鋼筋，訂約時口頭約定若系爭工程沒有辦法進行，價金要原金退還，因為鄉林公司也不知道○○河川局的問題是否真的解決，所以被上訴人才簽發本票做為保證，但是有註明如果系爭工程沒有辦法做就要退還，這是鄉林公司提議的，當時沒有提到如果因為鄉林公司之緣故致系爭工程無法進行，即不用退款，鄉林公司沒有跟被上訴人說○○河川局的土地可能會出問題，所以考慮若無法繼續系爭工程的話，鋼筋要退還云云（見上訴審卷一第244頁背面、第245頁正反面）。惟查：

1.上訴人就兩造係於何時達成若系爭工程無法施作即退還未出貨鋼筋價金乙節，先於聲請支付命令時主張兩造於訂約時另約定如施作之工程無法進行，被上訴人願退還未出貨之款項，並由被上訴人簽發票面金額與買賣價金總價2,900萬元同額之本票作為履約保證，並提出由被上訴人所簽發發票日與到期日均為97年3月3日之本票為證【見原法院98年度司促字第7873號卷宗（下稱司促卷）第1頁背面、第5頁】；又於98年9月22日以民事爭點整理狀主張兩造曾口頭約定，如系爭工程無法進行，被上訴人願退還未出貨之款項，上訴人

於97年8月間即告知被上訴人因系爭工程已解約，不再施作，而要求被上訴人退還未出貨鋼筋之價金，然為被上訴人所拒云云（見原審卷一第79頁），而均主張兩造於系爭工程確定不施作前，即有若工程無法進行，則退還未交付鋼筋價金之約定云云，並未曾主張兩造於97年7月中旬達成系爭工程停工即退款之協議，至證人黃○○到庭證述後，始於98年11月24日為相同之主張（見原審卷二第8頁），是上訴人就兩造達成上開約定之時間，前後主張不一；又上訴人主張在系爭工程確定無法施作後，被上訴人即拒絕退還未交付鋼筋之價金等情，亦與證人黃○○證稱系爭工程在97年7月中旬左右停工後，兩造曾經進行協商，於確定未下單數量後，兩造同意未下單之鋼材以原價計算退還貨款等情，有所不符，是上訴人上開主張與證人黃○○之證述，亦有相互矛盾之瑕疵存在。

2. 上訴人與○○河川局間就系爭工程所訂立之承攬契約，係經○○河川局於98年2月26日終止等情，有○○河川局98年6月10日水四工字第09850046120號函附卷可查（見原審卷一第36頁），則97年7月中旬時，縱系爭工程有一度停工之情，然上訴人與○○河川局間之承攬關係仍然存在，系爭工程仍在進行中，兩造豈有可能如證人黃○○所述，於此時確認未下單數量，並就未下單之鋼筋以原價計算退還貨款乙事達成協議？

3. 上訴人雖主張其於97年7月間即終止與○○河川局就系爭工程之承攬契約，故自同年月中旬以後即不斷與被上訴人協商退款事宜云云（見原審卷二第8、9頁）。然觀諸上訴人所提出之鄉林公司98年3月23日鄉字第980323函，鄉林公司於該函中向經濟部水利署及○○河川局明確表明其業於97年8月18日為終止系爭工程承攬契約之意思表示等情（見原審卷二第12頁），是其主張97年7月間終止系爭契約云云，亦與上開函文內容不符。是上訴人以該函文所表明終止系爭契約之時點，既仍在證人黃○○所述兩造確認未下單數量及達成

退款協議之後，自亦無法合理說明何以在系爭契約為終止前即與被上訴人確認未下單數量、達成退款協議；況鄉林公司於上開函文中復表明：「…二、本公司施工伊始為完成二、四工區改善工程，即投入大筆資金（新台幣2,900 萬元）訂購鋼筋乙批以供工需（詳如附件）…三、該筆鋼筋款項自訂購迄今已逾一年，資金積壓極為沉重，惠請依約規定儘速辦理相關工程材料價購給付手續以解商困…」等語，則倘若兩造曾於訂約時或97年7 月間已有系爭工程不施作即退款之協議存在，被上訴人於系爭工程承攬契約終止後，顯無再給付剩餘鋼筋予上訴人之義務，上訴人又何以對經濟部水利署及○○河川局提出價購剩餘鋼筋之要求。

4.又觀之證人黃○○證述，兩造於訂約前經由其介紹認識時，系爭工程仍在停工中，因無法確定何時可以繼續施工，所以兩造未訂立買賣契約，嗣於○○河川局通知上訴人可繼續施工後，上訴人才又透過證人黃○○去向被上訴人訂購本件鋼筋等情，則倘若業界確有未出貨即退款之習慣，則上訴人於訂購系爭工程所需鋼筋時，系爭工程是否能順續進行，即非其須考量之因素，自無須待○○河川局通知其可以繼續施工後，始與被上訴人訂約之必要。是證人黃○○證述業界確有未出貨即退款之習慣云云，亦難憑採。

5.基上，證人黃○○上開證述既與上訴人之主張有所矛盾，且與卷附證據所示客觀事證，亦有不合之處，自難遽信。

㈡上訴人雖又主張若非兩造有此約定，被上訴人訂約時何須另簽發票面金額2,900 萬元，其上並記載「本本票僅供質保買方訂購彰化石笁排水二工區& 四工區履約完成自動作廢」之本票，供上訴人收執云云，並提出前揭本票為證（見司促卷第5 頁）。惟證人即被上訴人前法定代理人石○○於本院101 年10月31日準備程序期日到庭證述時亦否認有上開約定存在【見本院101 年度建上更㈠字第42號卷（下稱更一卷）一第81頁）；雖其另證稱：伊在本票上寫「質保彰化石笁排水二工區及四工區、履約完成自動作廢」，是因為伊向上訴人

收了2,900 萬元，伊一定要將鋼筋全部交完，如果伊沒有交付鋼筋，就可以把錢還給上訴人，所以伊才簽發本票並如此記載，將本票上「無條件付款」劃去，是因為該本票是有條件的，伊只是要交付鋼筋予上訴人，至交完鋼筋，本票自動作廢等語（見更一卷一第81頁）。惟由上開本票記載「履約完成自動作廢」之文義以觀，被上訴人簽發該本票之目的，應係要擔保依系爭契約履行甚明。蓋本件上訴人於訂約後，即將買賣價金2,900 萬元全數付清，被上訴人日後始按上訴人指示之規格及數量陸續交付鋼筋等情，為兩造所不爭執，是以上訴人須承擔被上訴人無法依約履行交付鋼筋義務之風險。則為保障上訴人之權益，由被上訴人簽發上開本票交上訴人收執，以擔保依約履行，顯與常情無違，是該本票之簽發，尚難做為兩造間有「如系爭工程無法順利進行，被上訴人即應依原價返還未交付鋼筋之價值」約定之有利證明。而石○○前開證述之意旨，即應指因被上訴人有依約交付鋼筋之義務，倘若有債務不履行情事，則以該本票擔保鋼筋價款之返還。至於系爭工程是否會遭○○河川局終止，當非被上訴人簽發該本票時所思考之問題，故石○○上開證詞，非可解讀為上訴人主張被上訴人曾同意若系爭工程無法進行，被上訴人即依原價返還未交付鋼筋價值等情確實存在。

㈢證人林○○於上訴審100 年5 月26日準備程序期日證稱：伊任職於○○鋼鐵股份有限公司（下稱○○公司），被上訴人向○○公司購買鋼筋之事是伊接洽的，被上訴人於97年3 月間有向○○公司購買1,000 公噸（即100 萬公斤）鋼筋，都是買沒有加工的原鐵，再由被上訴人依客戶需求裁剪加工，約定由被上訴人派至○○公司取貨，據伊所知被上訴人接到一個大案子，這次買的鋼筋比較多，以前都是買300 或500 公噸，1,000 公噸鋼筋之價金已經付清，貨再慢慢出，1,000 公噸鋼筋是買斷的，不能退貨，除非有瑕疵等語（見上訴審卷二第64頁背面、第65頁），足證被上訴人係在訂立系爭契約後，始向其上游○○公司訂購遠超出以往訂單數量之鋼

筋，顯見其應係為履行系爭契約，始向○○公司訂購原鐵（至於被上訴人嗣因上訴人要求交付鋼筋時間拖延甚久，致交付予上訴人之鋼筋，是否均係於97年3月間向○○公司所購得，乃另一問題）。依其與○○公司之約定，除非○○公司交付之原鐵有瑕疵，否則不能退貨，則被上訴人當無可能同意上訴人在系爭工程無法進行時，即返還價金，而自行承擔囤貨之風險。

㈣又觀諸系爭契約關於買賣鋼筋數量部分已經載明「1,000,000公斤」、「絕對數量」；另於第9條約定：「本合約係經雙方同意訂立，雙方不得因任何理由要求調整（漲降）單價及數量，違約金總價50%」等語，兩造既已特別約明即使是契約之單價及數量，嗣均不得要求更改，在此情形下，被上訴人豈有可能於訂約時即同意在系爭工程無法順利進行時，即依原價返還價金。

㈤系爭契約之內容，大部分雖係打字之方式記載，然就最上方之立約人明駿公司、交貨地點「二工區&四工區」部分，均係以手寫方式記載，且若另有特約事項，亦尚有諸多空白處可供加註，是兩造倘確有「如系爭工程無法順利進行，被上訴人即應依原價返還未交付鋼筋之價值」之重要約定，理應擇一空白處記載，甚至另簽立書面，以就兩造權義為明確規範，殊無未將此重要約定形諸於文字之理。

㈥上訴人於其與第四河川局之承攬契約終止後之98年3月16日猶以傳真方式通知被上訴人交付未經加工之平板鋼筋，嗣並於同年月26、27日共計裝載受領501,490公斤平板鋼筋等情，有被上訴人提出之料單為證（見原審卷一第35頁），且為兩造所不爭執（見不爭執事項一），而堪認定。倘若兩造間有「如系爭工程無法順利進行，被上訴人即應依原價返還未交付鋼筋之價值」之約定，抑或於97年7月中旬確認未出貨鋼筋數量，並達成退還此部分鋼筋價金之協議，上訴人自無於其與第四河川局承攬契約終止後之98年3月26、27日，仍要求被上訴人依系爭契約履行交付鋼筋義務之理。

㈦綜上各節，上訴人主張依兩造曾約定如系爭工程無法順利進行，被上訴人即應依原價返還未交付鋼筋之價值云云，並無可採。

二、系爭契約所約定單價每公斤29元係包括加工費在內，並不包括運費及5%營業稅：

㈠解釋契約固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不能反捨契約文字而為曲解（最高法院77年度台上字第607號判決意旨參照）。

㈡關於加工費部分：

1.被上訴人向上游廠商購買者，為未經加工之平板鋼筋，上訴人會傳真鋼筋要折彎的形狀及數量給被上訴人，被上訴人再依此加工等情，為兩造所是認（見更三卷二第55頁），故兩造約定之買賣標的應為經加工之鋼筋，堪可認定。

2.查系爭契約買賣標的包括「序號１」品名規格「3# -5#>=SD280 非常溫矯直鋼筋」、「序號２」品名規格「編號2 、6# -8#> =SD420 水淬」2 種，2 者總數量為「100 公斤絕對數量」，單價為每公斤29元，契約總價為2,900 萬元等情，有系爭契約在卷可稽（見原審卷一第29頁）。又觀諸買賣標的部分之備註欄第1 、2 列分別記載「加工料」、「台料特型另計」等語，依其記載方式，應係在說明買賣標的之鋼筋型式為加工料，若上訴人要求「台料特型」之鋼筋，則加工費需另外計算之意。否則若單價29元，為未經加工之鋼筋價格，上訴人需就其指示被上訴人加工方法之不同，另支付金額各異之加工費，則只須於備註欄註明「加工費另計」即可，而無特別標明「台料特型」之必要。至於系爭契約序號４部分，固約定：「熱軋W 料依工廠方式加價」等情，然由其記載「依工廠方式加價」等語以觀，顯見此加價部分，係依第三人（工廠）之收費標準另計，而與序號１、２部分有所不同，始有另列一序號而為獨立約定之必要。至被上訴人雖抗辯備註欄之文字意義為：「加工料及台料特型另計」云云。

然備註欄中並未出現該「及」字，且「加工料」之記載後，即為空白，而「台料特型另計」則另列1 列，2 者並非連續記載，自難認「台料特型」記載後之「另計」2 字，係兼指第1 列之「加工費」。

3.次查，被上訴人所開立之請款單中亦均無「加工費」之記載，其寄發之存證信函中亦未提及「加工費」等情，有上開請款單及存證信函附卷可稽（見上訴審卷一第146 、147 頁、原審卷一第32、33頁），亦堪認系爭買賣契約所約定單價29元，已包括加工費在內，被上訴人因而於請款單及存證信函中，始均未提及「加工費」。

4.被上訴人雖提出其向上游廠商訂購鋼筋之訂購單及統一發票（上訴審卷一第185 至191 頁），抗辯其係先向○○鋼鐵股份有限公司確定以每公斤27.2元購得100 萬公斤之鋼筋後，始於同日以每公斤29元與上訴人訂約云云，然被上訴人如何決定出售鋼筋之價格，考量之因素不一而足，非僅有購入成本乙項，是其何以決定以每公斤29元之單價與上訴人成立系爭契約，自非外人得以窺知，自無從以其購入成本反推兩造約定之鋼筋單價不包括加工費在內。

㈡關於運費及營業稅部分：

1.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。次按當事人或其訴訟代理人於訴訟上所為之自認，於辯論主義所行之範圍內有拘束當事人及法院之效力，法院應認其自認之事實為真，以之為裁判之基礎，在未經當事人合法撤銷其自認前，法院不得為與自認之事實相反之認定（最高法院101 年度台上字第1029號判決意旨參照）。

2.被上訴人抗辯依系爭契約第4 條第2 款之約定，鋼筋單價每公斤29元並不包括運費在內等情，而上訴人於107 年8 月6 日民事第二審爭執事項辯論意旨狀、108 年1 月19日民事第

二審綜合辯論意旨狀均已自承依系爭契約第4條第2款之記載，可認定運費不在原約定鋼筋定價範圍內，係另有「運費貼補」等情（見更三卷一第175頁、卷二第72頁），僅要求被上訴人應提出派車之運費單據以證明其數額等語；另關於營業稅部分，被上訴人主張依系爭契約明細表所示，兩造約定5％營業稅外加等情，上訴人則於原審迭次主張被上訴人所指之營業稅，須嗣被上訴人就上訴人所訂購之貨料全數交付完畢後，上訴人始有稅款交付之義務等情（見原審卷一第71、81頁），而自承依約確有給付5％營業稅之義務，僅就應交付稅款之時間有所爭執，堪認上訴人已就負有給付運費、5％營業稅義務之事實，積極地表示承認，已發生訴訟法上自認之效果。嗣上訴人雖就是否有給付5％營業稅之義務所有爭執，復提出被上訴人所製作之結算表（見更三卷二第136、137頁），以該結算表記載「含二次運費在內」等文字為由，主張運費已包括在單價29元內云云，而為相反之主張，惟其迄未主張要撤銷上開自認，則在上訴人未合法撤銷前揭自認前，揆之上開說明，法院及兩造當事人應併受拘束，法院應以前述自認之事實作為裁判之基礎，而不得為與自認之事實相反之認定。況被上訴人抗辯該結算單為兩造商議和解時所提出之方案，上訴人就此並未爭執，而堪認定，自無從逕以被上訴人於商議和解過程中，表明願意退讓之陳述，做為認定系爭契約約定之依據。

㈣綜上，被上訴人抗辯運費、營業稅並不包括在系爭契約所約定單價每公斤29元內，應屬可採，至其抗辯係上開單價不包括加工費在內云云，則屬無據。

三、被上訴人依法得拒絕給付鋼筋予明駿公司，然對鄉林公司仍有給付遲延情事：

㈠被上訴人抗辯上訴人就已下料單之105,000公斤加工鋼筋受領遲延，被上訴人並無給付遲延情事，為有理由：

1.被上訴人主張上訴人就105,000公斤之加工鋼筋拒絕受領，而有受領遲延情事等情，為上訴人所否認。惟查，被上訴人

應出貨之數量及規格，須待上訴人下料單後，始得確定等情，為兩造所不爭執，而堪認定。被上訴人曾於98年1 月15日寄發存證信函通知上訴人：「…詎全數貨品業經本公司備妥均可隨時出貨，然迄今已過半年有餘，貴公司尚有874,787 KG貨品（包含二工區、四工區之105 噸完成加工貨品）尚未通知本公司交付，而本公司日前開立抬頭為鄉林營造工程股份有限公司之發票並寄予貴公司卻遭退回，實令本公司不解。…特此函告貴公司等於函到3 日內通知本公司送貨時間…」，嗣上訴人即於同年月23日以存證信函回覆：「…二、本公司二、四工區因業主管線及設計問題未能解決故請貴公司體諒。待問題解決再行處理」等語，有上開存證信函在卷可考（見原審卷一第32至34頁）。由上訴人所寄發之存證信函，並未否認被上訴人所述尚有加工鋼筋105,000 公斤待上訴人通知出貨之事，反而向被上訴人解釋遲未通知出貨時間之理由，以期被上訴人諒解等情以觀，堪信被上訴人主張上情應屬真實。

2.證人黃○○雖於原審98年10月29日言詞辯論期日證述：知道被上訴人主張上訴人有下訂105,000 公斤鋼筋但未受領之事，上訴人有向伊反應此事，伊去了解，但沒有上訴人之訂單，所以無法知道上訴人下單105,000 公斤鋼筋，該105,000 鋼筋是一般鋼材，不是特殊尺寸，其他工程亦可使用云云（原審卷一第122 頁）。然由兩造約定交貨地點為系爭工程工區，及被上訴人所提出上訴人於97年間所下料單（見原審卷一第30、147 頁，上訴人僅爭執其中備料30部分之記載），上訴人指示交付之鋼筋均須進行裁剪及打彎等情觀之，該等鋼筋顯係專用於鄉林公司承攬之系爭工程，非當然得用其他工程，此由上訴人於○○河川局於98年2 月26日終止與上訴人間之承攬契約後，上訴人於同年3 月17日再度傳真料單，即改下未經加工而得再轉售第三人之平板鋼筋，上訴人於98年3 月26日及27日亦是裝載受領501,940 公斤之平板鋼筋等情觀之，至為灼然。是以證人黃○○所證加工料部分，非特

殊尺寸，而可使用於其他工程云云，實非可採。又被上訴人實無理由在未經上訴人指示下即自行加工鋼筋，否則倘上訴人拒絕收受，被上訴人就該等專為特定工程加工而非當然得使用於他處之鋼筋，豈非須承受僅得以廢鐵出售之損失。

3.另上訴人提起本件訴訟前，曾由鄉林公司於98年5月間聲請對被上訴人財產進行假扣押強制執行，並由林明珠擔任鄉林公司代理人，於98年5月13日導引執行法院至被上訴人營業處所實施查封程序，而林明珠指封之標的包括該經加工之105,000公斤（即105噸）鋼筋加工成型品，林明珠並聲明如查封物品有誤願負法律上一切責任等情，有臺灣彰化地方法院98年度執全字第579號查封筆錄及查封物品清單影本在卷可參（見上訴審卷二第156至158頁），並經本院上訴審調閱該執行卷宗查閱屬實，足認上訴人確實知悉且不否認有此105,000公斤加工鋼筋存在，上訴人於本件訴訟中否認曾下單此等105,000公斤已加工之鋼筋，並拒絕受領此部分鋼筋，實屬無據。

4.至上訴人雖提出被上訴人所製作之應收帳款明細表、請款單（見原審卷二第59至61頁、上訴審卷一第146、147頁），並以其上小計欄之數量為125,206公斤、7公斤，共計125,213公斤為由，欲證明就上開105,000公斤鋼筋並無下料單之事實。惟系爭契約第6條第2款約定：「每月貨達月結，於每月5日前送帳單，開現金票」，而本件買賣價金於訂約後即由上訴人全數付清，故堪認上開明細表、請款單乃係被上訴人依系爭契約第6條第2款所製作之請款單，則其表列之數量，自當以已交付之鋼筋數量為據。而上開105,000公斤之加工鋼筋既尚未交付，則被上訴人未將之列入該應收帳款明細表中，乃屬當然，上訴人執此主張其未下該105,000公斤加工鋼筋之料單，自屬無據。

5.綜上，上訴人就其指示被上訴人加工之105,000公斤鋼筋，既有受領遲延之事實，就此被上訴人自無庸負給付遲延之責任。

㈡按給付無確定期限者，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，民法第229 條第2 項前段定有明文：

1.依系爭契約第4 條第4 款約定：「備貨期間：定尺料單須7日前通知賣方，加工料10天」，且被上訴人應待上訴人下料單，確定應交付之鋼筋數量及規格後，依其指示加工，再於契約約定之期限交付鋼筋等情，已如前述，由此足見被上訴人就鋼筋之交付，自屬無確定期限之給付。

2.上訴人於98年3月16日以傳真方式通知被上訴人交付剩餘之未加工平板鋼筋後，上訴人分別於同年月26日及27日裝載受領501,940公斤未加工平板鋼筋，嗣上訴人以被上訴人遲延給付為由，於同年月31日以名間郵局第14號存證信函催告被上訴人於3日內依約備妥剩餘之鋼筋，通知上訴人領取，否則逕以該存證信函為解除未交付部分契約之意思表示等情，為兩造所不爭執，且有料單、存證信函附卷可稽（見原審卷一第38、57頁），而堪認定。而上訴人買受之鋼筋為100萬公斤，嗣被上訴人已依約交付125,213公斤之加工鋼筋，並扣除上訴人遲延受領之105,000公斤加工鋼筋後，被上訴人於98年3月16日止，尚有769,787公斤之鋼筋未交付（計算式：0000000－000000－000000＝769787），應無疑義。又上訴人指示被上訴人交付者，乃為未經加工鋼筋（即契約所指定尺料），依約應於接獲料單7日內交付，則被上訴人依約應於同年月23日履行交付剩餘鋼筋769,787公斤之義務。惟被上訴人於同年月26、27日亦僅交付上訴人共計501,940公斤之鋼筋，仍有267,847公斤（計算式：000000－000000＝267847）尚未交付，亦堪認定。

㈢被上訴人以上訴人未給付營業稅、運費及加工費，主張同時履行抗辯，拒絕給付鋼筋，並無理由：

被上訴人主張依民法第264 條第1 項本文及系爭契約第8 條規定，於上訴人未結清貨款前，被上訴人得拒絕交付剩餘之267,847 公斤鋼筋云云。惟查：

1.按因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限，民法第264 條第1 項定有明文。次按所謂同時履行之抗辯，係基於雙務契約而發生，倘雙方之債務，非本於同一之雙務契約而發生，縱令雙方債務在事實上有密切之關係，或雙方之債務雖因同一之雙務契約而發生，然其一方之給付，與他方之給付，並非立於互為對待給付之關係者，均不能發生同時履行之抗辯（最高法院101 年台上字第1246號判決意旨參照）。

2.查系爭契約屬於買賣契約，而買賣契約為雙務有償契約，買受人負有交付價金之義務，出賣人則應依約移轉買賣標的物所有權予買受人，且此二義務立於互為對待給付之關係。本件上訴人用以支付系爭契約買賣價金2,900 萬元之支票3 紙，業經被上訴人提示兌現等情，已為兩造所不爭執（見不爭執事項一），則被上訴人自負有依債務本旨交付鋼筋予上訴人之義務，應無疑義。至上訴人依約有給付已交付鋼筋之運費及營業稅之義務，固如前述，且上訴人就被上訴人抗辯其並未就已交付之鋼筋給付運費及營業稅等情，並未爭執，而堪認定上訴人確未依約給付運費及營業稅。惟上訴人上開義務，與被上訴人依約交付鋼筋之義務，雖係基於同一契約即系爭契約而生，且有密切關係，然二者並非立於互為對待給付之關係，此由系爭契約第6 條第2 款約定：「每月貨達月結，於每月5 日前送帳單，開現金票」，益證被上訴人有先交付鋼筋之義務，至於運費及營業稅則於鋼筋交付後按月結算，再由上訴人簽發票據支付無訛。準此，被上訴人自不得因上訴人未給付運費及營業稅，而依民法第264 條第1 項之規定，主張同時履行抗辯權，拒絕給付尚未交付之鋼筋，應堪認定。

3.另系爭契約第8 條第1 款雖約定：「貨品在買方未付清貨款或兌現前，買方無異議同意，賣方仍保有貨品所有權」，然觀諸系爭契約第6 條第2 款約定：「每月貨達月結，於每月

5日期送帳單，開現金票」，足見此乃為被上訴人交付鋼筋前無法確定之費用，被上訴人亦主張此為無法於締約時確定之雜項費用，顯見系爭契約第8條第1款所謂之貨款，僅指買賣價金2,900萬元，應不包括系爭契約第6條第2款雜項費用，否則被上訴人如何以交貨後方能確定之雜項費用，就已交付上訴人使用之鋼筋主張保有所有權？上訴人既就本件買賣價金已全數給付，則被上訴人亦無從爰引上開約定主張保有未交付鋼筋之所有權，而主張拒絕給付甚明。是被上訴人此部分抗辯亦無理由。

4.從而，被上訴人主張其可行使同時履行抗辯，或依系爭契約第8條之約定，拒絕給付，且免除遲延責任，並無理由。

㈣被上訴人對明駿公司有借款債權150萬元，且明駿公司將「依據系爭契約得請求被上訴人給付鋼筋之債權」設定質權予被上訴人以擔保上開債權，而被上訴人對明駿公司之150萬元借款債權並未因清償而消滅：

1.被上訴人抗辯明駿公司於97年6月間向被上訴人表示急需資金，並由明駿公司簽發系爭300萬元支票交與被上訴人，約定由被上訴人以自己之信用，持該支票向台中商銀辦理貼現，再將貼現所得資金依明駿公司指示匯入○○公司帳戶，並約定於該支票所載發票日屆至時，由明駿公司逕行支付上開支票票款以清償對被上訴人之借款，且明駿公司同意以系爭契約請求交付鋼筋之債權設定質權，擔保借款之返還等情，業據其提出系爭300萬元支票影本、台中商銀國內匯款申請書回條、三信商業銀行匯款回條為證（見原審卷一第43至45頁）。

2.上訴人雖主張當時明駿公司與被上訴人就該300萬元借款已另訂1313契約書，不可能再同意將系爭契約鋼筋給付請求權設質擔保云云。然查，1313契約書係因被上訴人以自己之信用，持明駿公司簽發之系爭300萬元支票向台中商銀辦理貼現，故由明駿公司單獨與被上訴人訂立1313契約書，且明駿公司實際上並無向被上訴人購買該契約所示鋼筋之意，僅係

供銀行徵信之用，嗣因銀行核貸後，即由明駿公司將該契約返還被上訴人，並於其上記載「契約作廢」、「已返還」等語，有1313契約書在卷可參（見上訴審卷二第39頁）。故就該300 萬元消費借貸關係，係存在於被上訴人與明駿公司之間，設定前開權利質權所擔保之債權自係被上訴人對明駿公司之300 萬元借款債權，要與台中商銀對被上訴人之債權無涉。而被上訴人所提出系爭300 萬元支票影本上，已載明：「以NO.0000000000（按指系爭契約）已付質保」、「本支票款項轉抵97.6.13 台中商銀○○分行電匯○○開發工程有限公司台中銀行○○分行000000000000」等文，且經明駿公司法定代理人林明珠簽名其上，而上訴人就「本支票款項轉抵97.6.13 台中商銀花壇分行電匯○○開發工程有限公司台中銀行○○分行000000000000」之記載及林明珠簽名之真正，均不爭執（見上訴審卷二第116 頁背面），僅辯稱「以NO.0000000000 已付質保」乃係被上訴人於林明珠簽名後始補填云云。然查，林明珠之簽名係緊鄰於「以NO.0000000000 已付質保」等字後方，上訴人既無法證明林明珠簽名時並無「以NO.0000000000已付質保」記載之變態事實，自難認上訴人前開主張為真實。而林明珠為系爭契約買受人之一明駿公司之法定代理人，故林明珠當係以明駿公司法定代理人之身分簽名確認該支票影本上之記載，被上訴人抗辯明駿公司有以系爭契約之權利為其300 萬元借款債務設質擔保之意，核屬有據。

3.關於明駿公司設定權利質權之範圍為何，被上訴人主張是以明駿公司借款時上訴人尚未交付之鋼筋給付請求權全部設定質權云云。然上訴人則否認之，並主張鄉林公司未同意以系爭契約之權利設定質權，且系爭契約之2,900 萬元價金實際上係由鄉林公司支出，故系爭契約權利應全部歸屬鄉林公司云云。惟查：

①按數人負同一債務或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之；其給

付本不可分而變為可分者亦同，民法第271 條定有明文。查系爭契約之買受人為鄉林公司、明駿公司，買賣標的物則為鋼筋100 萬公斤，核其給付性質係屬可分，而屬可分之債。故上訴人就系爭契約所取得對出賣人即被上訴人之債權係屬可分債權，而系爭契約就被上訴人間之權利義務又別無約定，則依前揭規定，對被上訴人之鋼筋給付請求權自由鄉林公司、明駿公司平均分受之。

㈡查被上訴人抗辯向其借款及設定權利質權者，均僅明駿公司，而其復未舉證證明鄉林公司亦同意將其對於被上訴人之鋼筋給付請求權設為質權，以擔保明駿公司之借款債務，自無從僅憑明駿公司法定代理人林明珠同意設定質權，即認其設定質權之標的包括鄉林公司對於被上訴人之鋼筋給付請求權。是被上訴人上開所辯，尚不足採。

㈢又上訴人主張系爭契約之2,900 萬元價金實際上係由鄉林公司支出，故系爭契約權利應全部歸屬鄉林公司云云；被上訴人則抗辯系爭契約買賣價金均由明駿公司支付，明駿公司方為真正權利人，系爭契約權利應全部歸屬明駿公司，明駿公司係以全部契約權利設定質權云云。惟查，上訴人固提出鄉林公司於98年7 月3 日出具之說明書欲證明鄉林公司向明駿公司借貸2,900 萬元，由明駿公司簽發支票代為支付系爭契約之價金等情（見更一審卷一第108 頁）；另鄉林公司於申報營利事業所得稅時，曾提出於97年12月31日製作，其上列有「同業往來」2,900 萬元之資產負債表，及其表明向明駿公司借款2,900 萬元之借據為憑；且明駿公司於申報97年度營利事業所得稅時，有申報262,573 元之利息收入等情，亦有財政部臺灣省中區國稅局雲林縣分局101 年12月14日中區國稅雲縣一字第1016033087號函暨鄉林公司資產負債表、借據、明駿公司97年度營利事業所得稅結算申報書在卷足憑（見更一審卷一第117 至122 頁）。然上開說明書係記載：「一、為購買經濟部水利署○○河川局所屬工程『石笏排水改善工程（二工）』、『石笏排水改善工程（四工）』二建工

程所需鋼筋材料訂購。二、由本公司向○○鐵材有限公司訂購鋼筋，並由明駿營造開立支票代為支付…」等情，所述係由鄉林公司向被上訴人購買鋼筋等情，顯與本件實係由上訴人共同向被上訴人買受鋼筋等情，並不相同，是上開資料自非可做為系爭契約之價金全數均由鄉林公司負擔之有力證明。且無論如上訴人所主張買賣價金實際上均由鄉林公司支付，或如被上訴人所抗辯係由明駿公司支付全部買賣價金，然此僅為上訴人就系爭契約權利歸屬之內部關係問題，均無礙於其係共同與被上訴人訂立系爭契約之事實，則就上訴人間之內部關係為何，即非本件所需審究。

④從而，對於明駿公司與被上訴人間所成立之權利質權設定契約，其質權標的範圍應係限於明駿公司依系爭契約所取得對於被上訴人之2 分之1 之鋼筋給付請求權，至於鄉林公司基於系爭契約對於被上訴人之給付鋼筋請求權則不屬質權標的之範圍。基此，被上訴人尚不得對鄉林公司之鋼筋給付請求權主張質權人之權利。

4.上訴人雖又主張由民法第907 條之規定可知，債務人、出質人與質權人應為不同之法人格，故被上訴人抗辯以上訴人對其之交付鋼筋請求權設定質權，亦屬無稽；另明駿公司將系爭契約之鋼筋交付請求權設定質權，未經鄉林公司同意，且該權利質權之設定未以書面為之，債權證書即系爭契約書仍在明駿公司持有中，而未交付被上訴人，故該權利質權之設定有無效事由云云。惟查：

①按債務人對債權人之債權亦得為質權之標的物，此際質權人與標的物債權之債務人即第三債務人合而為一，雖與權利質權之通常型態有異，然債權既已客觀存在，有獨立之財產價值，則以對他人之債權或對債權人之債權為標的物設定質權，實無異趣，法律上自應承認其效力。準此，明駿公司以其對被上訴人之給付鋼筋請求權設定質權，做為被上訴人借款債權之擔保，應為法之所許。

②查上訴人就系爭契約所取得對出賣人即被上訴人之債權係屬

可分債權，依法該債權由鄉林公司、明駿公司平均分受之，已如前述。是以明駿公司就其依系爭契約所取得對被上訴人之給付鋼筋請求權，有獨立之處分權限，其以自己對被上訴人之債權設定質權，自無須經鄉林公司同意。是上訴人以明駿公司設定質權之行為未經鄉林公司同意，應屬無效云云，自無可採。

③次按民法第904 條原規定：「以債權為標的物之質權，其設定應以書面為之。如債權有證書者，並應交付其證書於債權人」，嗣於96年3 月28日修正時，將原條文前段改列為第1 項，原後段內容則改列為第2 項，並作文字修正。其立法理由為：「證書之交付，學者通說以為依現行規定為債權質權設定之要件，於設質時有證書而不交付，不生質權設定之效力。惟按債權證書僅係債權存在之證明方法，且證書之有無，質權人常難以知悉，於無債權證書時，設質以書面為之為已足，債權證書之交付並非成立或生效要件。至於有證書，出質人予以隱瞞時，質權人原屬被欺矇之人，若竟因而使質權設定歸於無效，殊非合理，應以出質人負有交付證書之義務為宜，爰將『如債權有證書者，並應交付其證書於債權人』修正為『前項債權有證書者，出質人有交付之義務。』移列為第二項，俾利適用。」，被上訴人主張設定權利質權之時間係在民法第904 條規定修正之後，故設定權利質權時僅須以書面為之即可，債權證書之交付並非權利質權設定之生效要件甚明。故而，上訴人抗辯明駿公司仍持有債權證書即系爭契約書未交付被上訴人，故該權利質權之設定有無效事由云云，即無可採。

④又按依民法第904 條規定，以債權為標的物之質權，固應以書面設定之，然書面之形式，法未明定其一定之格式，由出質人與質權人同意將設定權利質權之意旨，載明於書面者，即為已足（最高法院64年台上字第684 號判決意旨參照）。查依前揭被上訴人提出系爭300 萬元支票上已載有「以NO .0000000000契約已付質保」等語，足認明駿公司與被上訴人

就以系爭契約之債權為標的，所為質權之設定，已符合法條所定之書面要件，上訴人主張該權利質權之設定欠缺書面而無效云云，自無可採。

5.上訴人另主張明駿公司上開300 萬元借款債務業已清償，其另外所借之150 萬元並未在系爭契約鋼筋請求權質權擔保之範圍內云云。經查：

按因清償債務而對於債權人負擔新債務者，除當事人另有意思表示外，若新債務不履行時，其舊債務仍不消滅，民法第320 條定有明文。次按借款屆清債期後，當事人更約償還期限換立借券者，其債務之要素並不變更，自不得謂為消滅舊債務而發生新債務。查明駿公司對被上訴人之上開300萬元借款債務，本應於97年11月12日系爭300萬元支票發票日逕行支付票款以清償對被上訴人之借款債務，然明駿公司因資金不足，無力支付票款全額，僅支付其中150萬元，餘150萬元票款仍由被上訴人墊付，並約定明駿公司須另行簽發發票日為97年12月12日、票面金額為150萬元之支票予被上訴人等情，有經明駿公司法定代理人林明珠及見證人黃○○簽認之文書及匯款回條為證（見原審卷一第45頁）。另本件被上訴人係以自己之信用，持明駿公司簽發之系爭300萬元支票向台中商銀辦理貼現乙節，已如前述，並有臺中商業銀行102年5月28日中花壇字第1020000070號函可憑（見更一審卷一第192頁），故對台中商銀之上揭300萬元借款之借款人乃為被上訴人，僅其係交付明駿公司之系爭300萬元支票予台中商銀作為擔保，則為使系爭300萬元支票獲得兌現，藉以清償被上訴人對臺中商銀之借款債務，被上訴人因而墊付150萬元，實係清償被上訴人對臺中商銀之借款債務，客觀而言，明駿公司就其所積欠被上訴人之借款債務，僅清償150萬元，故就其對被上訴人所負300萬元借款債務，仍有150萬元尚未清償。準此，明駿公司對被上訴人之300萬元借款債務，既尚未全數清償完畢，上訴人復未能舉證證明明駿公司與被上訴人間有債之更改之意思表示，而新成立150萬

元債務，以使原有150萬元借款債務消滅，自不得認原有150萬元借款債務已然消滅。從而，上訴人主張明駿公司對被上訴人之150萬元借款債權已因清償而消滅，現存150萬元債務並非權利質權擔保範圍云云，要屬無據。

6.上訴人另主張明駿公司就150 萬元借款已簽發系爭150 萬元支票予被上訴人，並經被上訴人將該支票轉交黃○○作為給付仲介費，被上訴人對明駿公司已無債權云云，然為被上訴人所否認。經查：

①被上訴人曾於97年3 月5 日給付黃○○12萬元等情，業據其提出經黃○○簽收之現金支出傳票為證（見上訴審卷一第184 頁），證人石○○亦於更一審101 年10月31日準備程序期日證述：並未告訴黃○○或鄉林公司要給黃○○佣金150 萬元或2,900 萬元之5 %，只有給黃○○12萬元介紹費等語（見更一審卷一第82頁背面）。

②上訴人就其主張固提出黃○○簽收明駿公司所簽發系爭150萬元支票之影本為證（見上訴審卷一第268 頁），依其上所載，黃○○簽收該支票之時間為97年12月12日。然上訴人於其後之98年9 月22日提出民事爭點整理狀，仍將「原告明駿公司尚負欠被告150 萬元」列為不爭執事項（見原審卷一第79頁），自認當時尚積欠被上訴人150 萬元，而未曾提出已簽發系爭150 萬元支票交付黃○○，作為被上訴人支付黃○○佣金之用之主張；復於原審言詞辯論終結前，始終未曾主張有簽發系爭150 萬元支票以清償借款債務之事實；又若明駿公司已清償借款，何以未向被上訴人收回原先借300 萬元時所出具之系爭300 萬元支票？又何以上訴人於原審98年11月24日民事準備續㈡狀第4 頁仍陳述：「被告（即被上訴人，下同）就系爭合約之簽立，本應支付證人黃○○佣金約120 萬元。而97年7 月底前，因被告約僅交付一成之鋼筋數量，故，被告於當時即僅支付證人黃○○12萬元之佣金，爾後即未再支付證人黃○○佣金」等語（見原審卷二第8 頁），是其上開主張是否為真，實足以啟人疑竇。至上訴人雖於本

院固主張要撤銷上開關於尚積欠被上訴人150 萬元之自認，然被上訴人並不同意，且上訴人復未能舉證證明其自認與事實不符，則其既未能合法撤銷自認，則本院自應受其自認之事實即明駿公司於98年9 月22日仍有積欠被上訴人150 萬元之拘束，並以之為裁判之基礎。

③又關於被上訴人因系爭契約應給付黃○○之佣金金額，上訴人先於原審以98年11月24日民事準備續㈡狀主張係120 萬元，已如前述；然嗣改稱以系爭150 萬元支票給付被上訴人應支付黃○○之佣金云云，前後已有不同；而證人黃○○於上訴審100 年3 月24日準備程序時證述：伊拿5 %的佣金，就是145 萬元，是石○○跟鄉林公司說要給伊5 %之佣金，伊不知道鄉林公司有沒有同意，鄉林公司沒有給伊佣金，後來處理帳目時才給伊，因為沒辦法施作要退錢，於退錢時石○○跟林明珠說佣金要扣起來，伊拿了150 萬元的支票做為佣金，是明駿公司簽發支票給伊的，12萬元佣金是石○○給伊的，是石○○先包紅給伊，不算佣金，退還鋼筋後，看實際成交鋼筋多少，才用5 %計算，所以伊尚未去兌現支票云云（上訴審卷一第246 頁正反面）；另於更一審101 年10月31日準備程序期日證稱：剛開始訂約時就有談到佣金，當時是跟石○○談，但沒有談定，說要交鋼筋的時候才付，簽約後就與兩造談，要出貨時就與兩造談定要5 %，兩造在談退還價金時，石○○向林明珠確認，退還的時候要留每公斤1.5 元的佣金給伊，總數大概150 萬元，最後伊取得之佣金就是150 萬元，後來沒有領這150 萬元，因為兩造事後協調很久，協調不成，等於工作沒有完成云云（見更一卷第84頁背面），固證述其因介紹兩造訂約可獲得按每公斤鋼筋1.5 元計算之佣金，共計150 萬元，被上訴人先前給付之12萬元不算佣金云云；然此顯與被上訴人提出之前揭經黃○○簽收12萬元之現金支出傳票上記載「介紹費（明駿& 鄉林）」、黃○○於原審98年10月29日言詞辯論期日證稱：「兩造都是我朋友所以幫他們介紹，被告給我佣金前佣12萬元…」等語（見

原審卷一第122 頁），均不相合；又黃○○迭證述兩造約定若系爭工程未能繼續，被上訴人應退還未交付部分鋼筋價金等情如前；而其復證稱兩造於97年7 月中旬達成退還未交付鋼筋價金之協議、退還鋼筋後，視實際成交鋼筋多少，才以5 %計算佣金云云。然觀之系爭150 萬元支票之簽收單，黃○○係於支票發票日97年12月12日當日簽收該紙支票，則若上訴人於同年7 月中旬已向被上訴人提議未交付鋼筋退款之事，且黃○○之佣金又須視實際成交鋼筋數量而定，在此情形下，被上訴人豈有可能於同年12月間仍指示明駿公司代為簽發以系爭契約全部鋼筋數量100 萬公斤計算佣金之系爭150 萬元支票予黃○○作為佣金，或因而將其對明駿公司之150 萬元借款債權讓與黃○○？是黃○○之證述顯有前後不一，且亦自相矛盾之瑕疵存在，而有附和上訴人之辯詞之嫌，不足採信。

④基上，上訴人就其主張因系爭150 萬元支票係明駿公司受被上訴人指示簽發交付黃○○，可認為被上訴人已將其對明駿公司之150 萬元借款債權讓與黃○○，以清償其對黃○○之佣金債務，其對被上訴人已無150 萬元債務云云，既未能舉證以實其說，自難憑採。

⑤上訴人雖於本院另主張被上訴人對明駿公司之150 萬元借款債權，因上訴人已代被上訴人清償對黃○○之佣金債務而消滅云云，並提出清償證明書、存款憑條、林明珠第一銀行存款存摺封面及內頁影本、黃○○第一銀行帳戶存摺為證（見更三卷一第203 至206 頁）。然查，依上訴人所舉證據，尚難認其主張被上訴人對黃○○之150 萬元之佣金債務確實存在，則其匯款150 萬元至黃○○帳戶，自亦無從認為係為被上訴人清償債務之舉。從而，上訴人主張明駿公司對被上訴人之150 萬元借款債務因清償而消滅，其權利質權隨同消滅云云，自無可採。

7.上訴人另主張被上訴人拒絕給付鋼筋之數量不應超過其債權150 萬元之價值云云。按權利質權標的物之範圍，依當事人

之約定，不容出質人片面縮減，質權擔保之債權未受全部清償前，質權人之質權就其原有標的物之全部持續有效存在，且實行質權與否，悉聽質權人之自由（最高法院101 年台上字第960 號判決意旨）。明駿公司既以其就系爭契約之鋼筋給付請求權設定質權予被上訴人，縱被上訴人之債權嗣因一部清償而消滅，其權利質權仍為擔保其餘債權而存在，在被上訴人債權全部消滅前，自得就明駿公司之鋼筋交付請求權全部行使權利。是上訴人主張被上訴人拒絕交付鋼筋之數量不得超過其債權額150 萬元云云，顯有誤會。

8.從而，對於明駿公司與被上訴人間所成立之權利質權標的，解釋上其質權標的範圍當係限於明駿公司依系爭契約所取得對於被上訴人之2 分之1 之鋼筋給付請求權，至於鄉林公司基於系爭契約對於被上訴人之鋼筋給付請求權則不屬質權標的之範圍，應足認定。

㈤綜上，被上訴人以上訴人尚有加工費、營業稅、運費未給付為由，行使同時履行抗辯權云云，並無理由，然明駿公司既以其對被上訴人就系爭契約未交付之鋼筋請求權設定質權，作為其對被上訴人150 萬元借款債務之擔保等情，則在明駿公司尚未清償該150 萬元借款債務前，被上訴人依法得拒絕明駿公司給付鋼筋之請求，而不負給付遲延之責。而系爭契約尚未交付之鋼筋既應由鄉林公司、明駿公司平均分受之，被上訴人僅得就尚未交付之鋼筋其中2 分之1 即明駿公司可分受之133,923.5 公斤部分，拒絕給付，就鄉林公司得請求之133,923.5 公斤鋼筋部分，仍不得拒絕給付。惟被上訴人在上訴人於98年3月16日通知被上訴人交付剩餘之未加工平板鋼筋後，逾期未將133,923.5公斤之鋼筋交付予鄉林公司，自應負給付遲延之責。

㈥至被上訴人雖主張其於98年3 月26、27日已經交付超過系爭契約買賣標的半數之501,940 公斤之鋼筋給鄉林公司，並經鄉林公司將之出售他人，在未計入鄉林公司應分擔之105,000 公斤加工鋼筋之半數時，鄉林公司已經取得系爭契約買賣

鋼筋之半數以上，鄉林公司之鋼筋交付請求權，業經被上訴人履行完畢云云。然上訴人否認之。經查，系爭契約之買受人為明駿公司及鄉林公司，且兩造間無論因關於已加工之105,000公斤鋼筋之受領，或剩餘鋼筋之交付等事宜所往來之存證信函，均是由上訴人共同具名發送，或由被上訴人同時通知上訴人；又被上訴人交付鋼筋時，復未見有指定清償對象之情，且被上訴人至上訴審100年7月26日言詞辯論時始當庭表示就尚未交付之鋼筋行使質權（見上訴審卷二第161頁），自應認其前尚未本於質權人之地位拒絕給付前所為給付，係對全體債權人即上訴人共同清償，而不得由其嗣後再於本件訴訟中指定上訴人其中1人為已交付鋼筋之受領對象。至被上訴人所交付之鋼筋事後是否由鄉林公司出賣予他人，此僅為上訴人間之內部關係，仍無從為被上訴人有利之認定。

㈦另上訴人主張被上訴人依質權人之地位拒絕給付鋼筋時，未依民法第907條之規定，提存應給付之鋼筋，於法未合云云。惟按為質權標的物之債權，其債務人受質權設定之通知者，如向出質人或質權人一方為清償時，應得他方之同意。他方不同意時，債務人應提存其為清償之給付物，民法第907條定有明文。查本件權利質權之出質人為明駿公司，質權人則為被上訴人，而質權標的物之債權則為明駿公司（債權人）對被上訴人（債務人）之未交付鋼筋請求權，民法第907條係在被上訴人欲對明駿公司為清償時，始有適用餘地，然本件乃被上訴人基於質權人之地位拒絕交付鋼筋，顯與民法第907條規定無涉，是上訴人抗辯被上訴人須將未交付之鋼筋提存云云，尚難憑採。

四、上訴人先位之訴主張解除未履行部分之契約，並依民法第259條規定，請求返回未交付鋼筋之價金10,812,563元，為無理由：

㈠按契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約；解除權

之行使，應向他方以意思表示為之。契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體為之，為民法第254條、第258條第1項、第2項所明定。民法第258條第2項之規定，除有特約外，及於可分之債、不可分之債與連帶債務（最高法院90年台上字第1779號判決意旨參照）。蓋契約當事人之一方有數人者，其訂約趣旨原即預定發生多數當事人之契約關係，如解除權之行使為可分，與當事人之真意即有違背。是以契約當事人有數人之一方，欲行使解除權時，原則上如有一人不能或不欲行使解除權，基於前揭解除權不可分原則，自不生解除契約之效力，惟在可分之債，倘若數當事人與他方當事人間之權利義務均明確可區分時，當可認為以默示特約排除解除權行使不可分原則之適用。

㈡查上訴人主張鄉林公司、明駿公司就系爭契約，與被上訴人間之權利義務不能明確區分等情（見更三卷二第147頁背面）；而被上訴人雖抗辯自系爭契約之內容看不出各自給付之數量為何，但自契約給付之性質是可以量化云云，然此乃關於上訴人基於系爭契約所取得之債權為可分債權之問題，與上訴人與被上訴人間就系爭契約之權利義務是否明確可區分無關。而觀諸系爭契約並未明白規範鄉林公司與被上訴人、明駿公司與被上訴人間之權利義務各為何，堪認兩造間並無默示特約排除解除權行使不可分原則之適用。準此，上訴人必須共同行使解除權，否則自不發生契約解除之效果。

㈢惟被上訴人僅就未交付之133,923.5公斤鋼筋部分，對鄉林公司負給付遲延責任；對明駿公司請求給付同上開數量之鋼筋部分，則得拒絕給付；另就上訴人遲延受領之105,000公斤鋼筋亦不負給付遲延之責，均如前述。而就系爭契約尚未交付之372,847元公斤鋼筋，買受人之一之明駿公司既不能對被上訴人主張給付遲延，進而行使解除權，上訴人與被上訴人間之權利義務又非明確可分，則在上訴人無從依民法第258條第2項之規定共同行使解除權之情形下，系爭契約自不能因鄉林公司單獨行使解除權而生一部解除之效力。是上

訴人主張依民法第254 條規定解除尚未履行部分契約云云，自屬無據。

㈣從而，先位訴訟部分，上訴人主張行使解除權後，依民法第259 條之規定，請求被上訴人負回復原狀義務，返還未交付之372,847 公斤鋼筋之買賣價金10,812,563元，即無理由。

五、鄉林公司以備位之訴請求被上訴人交付3 ＃-5＃＞ ＝SD280 非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋133,923.5 公斤部分，為有理由，逾此部分交付鋼筋之請求為無理由：

㈠上訴人先位之訴主張解除未履行部分之契約，並請求返還此部分買賣價金，既無理由，則本院自應審酌備位之訴，即上訴人依系爭契約請求被上訴人交付3 ＃-5＃＞ ＝SD280 非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋372,847 公斤，是否有理由。

㈡查被上訴人尚未交付之372,847 公斤之鋼筋中，包括上訴人遲延受領之105,000 公斤加工鋼筋等情已如前述，此部分既經被上訴人依上訴人之指示予以加工完成，則上訴人僅得請求被上訴人給付前開經加工完成之鋼筋，而不得請求被上訴人另行交付該等數量未經加工之3 ＃-5＃＞ ＝SD280 非常溫矯直長度14公尺鋼筋。

㈢就被上訴人尚未交付之其餘267,847 公斤鋼筋部分，應由鄉林公司與明駿公司平均分受之，已如前述。是鄉林公司與明駿公司各對被上訴人有133,923.5 公斤之鋼筋交付請求權。又明駿公司既以其133,923.5 公斤鋼筋交付請求權設定質權，擔保其對被上訴人之150 萬元借款債權，則在明駿公司清償上開借款債務，以消滅被上訴人之權利質權之前，被上訴人依法有權拒絕給付上開數量之鋼筋予明駿公司，則明駿公司依系爭契約請求被上訴人交付上開數量之鋼筋，即無理由；惟鄉林公司主張請求被上訴人給付133,923.5 公斤之鋼筋，則有理由。而兩造就被上訴人應交付之鋼筋規格，均同意特定為未經加工之3 ＃-5＃＞ ＝SD280 非常溫矯直長度14公尺鋼筋，則鄉林公司主張依系爭契約之法律關係，請求被上

訴人交付3＃-5＃＞＝SD280非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋133,923.5公斤，應屬有據。

六、上訴人依系爭契約第7條第2款、第9條、民法第250條第2項規定，請求被上訴人給付違約金，並無理由：

㈠上訴人主張因被上訴人有遲延給付情事，故其可依系爭契約第7條第2款約定，請求被上訴人給付違約金等情，為被上訴人所否認，並抗辯兩造自始未就遲延給付之違約金為約定等語：

1.按當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額，民法第250條定有明文。準此，違約金乃當事人約定契約不履行時，債務人應支付之懲罰金或損害賠償額之預定，以確保債務之履行為目的，其性質屬於從契約，自以契約當事人就違約金之內容達成意思表示合致為必要。

2.查系爭契約第7條記載：「罰則：…2.賣方如無法如期交貨時每逾一日應付總價千方之＿為違約金，該款由賣方來領款內扣除。…」，就違約金應以契約總價若干比例計算違約金之部分，既空白而未填載任何數字，且上訴人並未具體主張兩造就該條款違約金合意之內容（計算方式）為何，僅陳明其數額非不得由上訴人舉證證明其因被上訴人債務不履行所生損害而予以確定，或依系爭契約其他條款即第9條約定予以確定云云。惟查，系爭契約第9條固約定：「本合約係經雙方同意訂立，雙方不得因任何理由要求調整（漲降）單價及數量，違約金總價50%，違約者應支付」，然此約定就應支付違約金之債務不履行態樣已特定為「要求調整（漲降）單價及數量」，上訴人既未能舉證證明兩造有合意第7條所定違約金之計算方式與第9條相同，且由第7條第2款所載違約金係按給付遲延日數計算，顯與第9條約定逕以契約總

價50%計算之方式有所扞格，自難認第7條第2款可援引第9條所定「違約金總價50%」以補充遲延給付違約金之約定內容，而認兩造就系爭契約第7條第2款已達成意思表示合致。再者，第7條第2款後段係約定「該款由賣方來領款內扣除」，然本件買賣價金於訂約後，即由上訴人全數交付等情，已如前述，是依本件買賣之情形，實無從適用第7條第2款後段之方式給付違約金。從而，系爭契約第7條第2款既就違約金之計算方式未加填載，顯見兩造並未就被上訴人遲延交付時應給付違約金乙節達成合意，上訴人自無以被上訴人給付遲延為由，主張依該條款請求被上訴人給付違約金。

㈡另上訴人主張被上訴人否認鋼筋每公斤單價29元已包括2元加工費，而有增加加工費之違約情形，應依系爭契約第9條約定給付違約金等情，然為被上訴人所否認，並抗辯系爭契約第9條約定不得調整者，僅有單價及數量，不及於其他權利義務，該約定乃兩造同意將來均不主張民法情事變更原則，否則應給付違約金之意等語。經查，上訴人主張兩造訂約當時中國大陸發展快速，鋼筋價格漲跌速度快，為避免將來鋼筋價格上漲，始以系爭契約第9條之約定將價格固定等情，而被上訴人亦主張上開約定係因國際鋼鐵市場價格之漲跌幅度受期貨之影響，起伏甚大，為避免兩造因難以預見之價格起伏而損及權益，故以此約定兩造同意將來不主張民法情事變更原則之適用等情，則其等就上開約定之目的，係要排除系爭契約之鋼鐵單價或數量受將來鋼鐵市場價格漲跌影響之因素等情，並無異見。惟兩造倘以合意變更系爭契約買賣單價及數量，而以新約定取代舊約定，自無不可，堪認此並非該條約定所欲規範之情形。是以被上訴人抗辯該條係要限制兩造將來依民法第227條之2情事變更原則主張權利，以變更系爭契約原定單價及數量，因而約定若有違反，則須給付違約金等情，信而有徵，應堪採信。而兩造於本件訴訟中雖就系爭契約約定鋼筋單價為29元、數量為100萬公斤此節

，均無異議，僅就單價29元是否包括加工費乙節，有所爭執，然此或出於兩造就加工費係外加或內含之認知不同或誤會所致。被上訴人既非主張因鋼筋市價漲跌，而要求調整鋼筋單價或數量，自與系爭契約第9 條違約金約款係要限制兩造援引民法第227 條之2 情事變更原則主張權利之規範目的有所區別，否則若謂被上訴人在訴訟過程中不得就加工費之計算加以爭執，則上訴人豈非亦因提出鋼筋單價29元包括運費及營業稅之攻擊防禦方法，而應系爭契約第9 條之約定給付違約金？此應非兩造於系爭契約第9 條約定違約金之本意。準此，被上訴人於本件訴訟就鋼筋單價29元是否包括加工費乙節，提出攻擊防禦方法，應非兩造要以系爭契約第9 條之約定加以限制或禁止之範圍。上訴人以被上訴人抗辯單價29元並未包括加工費為由，主張依系爭契約第9 條之約定請求被上訴人給付以尚未交付之372,847 公斤鋼筋價格50％計算之違約金5,406,281 元，自屬無據。

七、上訴人得請求退還平板鋼筋之加工費部分：

㈠上訴人於98年3 月26、27日共計受領未加工之平板鋼筋501,940 公斤，且系爭契約約定鋼筋單價29元包括2 元加工費在內等情，均如前述。又上訴人主張兩造曾約定被上訴人交付之鋼筋若為未經加工之平板鋼筋，則被上訴人同意退還以每公斤2 元計算之加工費予上訴人等情，業據證人黃○○於本院上訴審100 年3 月24日準備程序結證稱：「（問：如果說將來○○鐵材有限公司交付的是沒有加工的鋼筋，加工費要不要再扣除？）加工費要再退還給買家。」（見上訴審卷一第244 頁），則被上訴人交付上訴人之未加工平板鋼筋數量既有501,940 公斤，上訴人請求被上訴人依兩造約定，給付按每公斤2 元計算之加工費，共計1,003,880 元，並由鄉林公司與明駿公司平均分受501,940 元之加工費，自屬有據。

㈡另關於鄉林公司於本件訴請被上訴人給付剩餘之133,923.5 公斤鋼筋部分，其等均同意以未加工之鋼筋交付，已如前述，則鄉林公司主張依兩造之約定，請求被上訴人給付上開數

量鋼筋以每公斤2 元計算之加工費，共計267,847 元（計算式：2 X133923.5＝267847），亦屬有據。

㈢至上訴人遲延受領之105,000 公斤之鋼筋，既經被上訴人依上訴人之指示加工完成，上訴人自不得請求被上訴人給付此部分之加工費。另明駿公司請求被上訴人給付剩餘之133,923.5 公斤之鋼筋部分，被上訴人既得拒絕給付，則於將來明駿公司得請求被上訴人給付時，仍可依約要求被上訴人依其指示進行加工，是以明駿公司所受領者是否為未加工之平板鋼筋，仍未可知，則明駿公司自無由預先請求被上訴人給付尚未交付鋼筋之加工費。

㈣基上，鄉林公司、明駿公司得請求被上訴人給付之加工費分別為769,787 元、501,940 元，逾此範圍之請求，即無理由。

八、就被上訴人為抵銷抗辯部分：

㈠按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷；第321 條至第323 條之規定，於抵銷準用之，民法第334 條第1 項、第342 條分別定有明文。次按，清償期，除法律另有規定或契約另有訂定，或得依債之性質或其他情形決定者外，債權人得隨時請求清償，債務人亦得隨時為清償；對於一人負擔數宗債務而其給付之種類相同者，如清償人所提出之給付，不足清償全部債額時，由清償人於清償時，指定其應抵充之債務；清償人不為前條之指定者，依左列之規定，定其應抵充之債務：一、債務已屆清償期者，儘先抵充。二、債務均已屆清償期或均未屆清償期者，以債務之擔保最少者，儘先抵充；擔保相等者，以債務人因清償而獲益最多者，儘先抵充；獲益相等者，以先到期之債務，儘先抵充。三、獲益及清償期均相等者，各按比例，抵充其一部，民法第315 條、第321 條、第322 條亦有明定。

㈡鄉林公司、明駿公司得請求被上訴人給付之加工費分別為796,787 元、501,940 元，已如前述。而兩造既約定被上訴人

應依上訴人指示之規格及數量交付鋼筋，則在上訴人於98年3月16日請求被上訴人交付未經加工之剩餘鋼筋後，應認被上訴人即負有給付上開加工費之義務。惟此債務之清償期，並無法律規定獲得依債之性質定之之情形，上訴人亦未陳明兩造有約定清償期，故上訴人自得隨時請求返還。

㈢而被上訴人以上訴人共積欠①運費16,180元、加工費11,500元，及上開費用5％營業稅，共計33,266元、②鋼筋價金之營業稅145萬元；另明駿公司亦積欠被上訴人150萬元借款，並依序以營業稅債權、運費債權、加工費債權、借款債權與上訴人之債權抵銷。惟上訴人則否認被上訴人有上開債權。茲就被上訴人所為抵銷抗辯，分述如下：

1.營業稅債權部分：

①系爭契約約定鋼筋單價29元並未包括營業稅在內等情，已如前述，則被上訴人主張就已交付125,213公斤之加工鋼筋及501,940公斤未加工之平板鋼筋，上訴人均應依約給付5％營業稅等情，自屬有據。

②上訴人自承已收受125,213公斤鋼筋之統一發票，惟主張被上訴人並未交付未加工之501,940公斤鋼筋之統一發票云云。惟查，被上訴人確已就該未加工之501,940公斤鋼筋開立統一發票，其買受人均為鄉林公司，日期為98年3月26日、27日、28日，備註欄所載契約編號即為系爭契約之「0000000000」契約書號等情，業據其提出統一發票可稽（見上訴審卷一第90至109頁），其上所載鋼筋數量亦為501,940公斤，亦有上訴人提出之總表二、總表三可證（見上訴審卷一第135、161頁），顯見被上訴人已繳納出賣此部分鋼筋之營業稅，上訴人依約自應負擔上開鋼筋買賣價金之營業稅。至於其餘鋼筋（含上訴人受領遲延之105,000公斤之已加工鋼筋），則因迄未交付，被上訴人復未出具及交付統一發票，上訴人尚無給付5％營業稅之義務。準此，被上訴人得請求上訴人給付之營業稅共計859,178元【計算式：（000000×29×5％）＋（000000×27×5％）＝859178，元以下四捨

五入】，並由鄉林公司與明駿公司平均分受，即各429,589元。

2.運費債權部分：

①依系爭契約約定鋼筋單價29元並不包括運費，而須由上訴人另外補貼被上訴人等情，業如前述。準此，被上訴人所交付之鋼筋，若係由其運往交付上訴人，則上訴人依約即應給付被上訴人運費，應堪認定。又上訴人主張確有運費補貼之約定，但是限於被上訴人僱請第三人運送之情形，倘被上訴人以自己貨車載運，則不得請求補貼云云，然為被上訴人所否認。查系爭契約既未約定限於被上訴人委託第三人運送鋼筋之情形，始須由上訴人補貼運費，上訴人復未能證明兩造有此約定，則被上訴人自行載運鋼筋予上訴人時，應亦得請求上訴人補貼其運費。上訴人上開主張並無可採。

②又125,213 公斤之加工鋼筋部分，乃由被上訴人載運交付上訴人，至501,940 公斤未加工之鋼筋，則由上訴人於98年3月26、27日依被上訴人之指示，自行前往被上訴人上游廠商處載走等情，為兩造所不爭執，是被上訴人得依約向上訴人請求運費補貼部分，應僅限於125,213 公斤部分。另上訴人受領遲延之105,000 公斤已加工鋼筋及其餘鋼筋部分，則因尚未交付予上訴人，被上訴人尚無給付補貼運費之義務，自不待言。

③被上訴人主張兩造就補貼運費之計算方式並未具體約定，然依當時行情，每公斤運費為0.1 元，不滿一車5,000 元，則以5,000 元計，其載運鋼筋交付上訴人共計支出運費16,180元等情，並提出統一發票為證（見上訴審卷一第77至83頁）。惟上訴人否認被上訴人主張之運費計算方式，並要求被上訴人須提出相關證明，被上訴人則抗辯因時間久遠，無法提出相關證明，但上訴人於系爭工程施作期間，曾因工地積水欲寄放鋼筋，而委託被上訴人運送淨重分別為2,800 公斤、1,500 公斤之鋼筋時，即分別補貼被上訴人1,500 元之運費等情，並提出97年7 月22日、同年8 月14日之過磅單為證（

見更三卷二第130 頁）。而上訴人就曾2 度委託被上訴人載運上開數量之鋼筋，並補貼被上訴人運費每趟1,500 元等情，並不爭執。經查，被上訴人既非委請第三人載運125,213公斤之鋼筋交付上訴人，則其當無可能提出運費單據以資證明。而觀諸被上訴人提出之統一發票，98年5 月8 日、同年月15日運費金額均為1,500 元部分，該發票上均記載「工地載回寄放」，而與其他統一發票均明確記載出貨日期之情有所不同，且發票上之上開記載與載運日期、運費金額，均與被上訴人前述抗辯上訴人另行委託其由工地運回鋼筋寄放之情節相符，堪認該2 紙統一發票上所載運費，應係上訴人另行委託被上訴人載運鋼筋寄放所生，而非被上訴人因交付本件買賣之鋼筋，而依系爭契約所得請求之運費補貼甚明。又上開統一發票關於運費之單價均記載每公斤0.1 元，上訴人雖就此計算方式有所爭執，然其既曾於98年3 月26、27日亦自行前往被上訴人上游廠商處載回鋼筋，則就運費補貼之合理金額亦無不能為具體主張之困難，然其經本院一再詢問，卻仍拒絕就運費合理計算方式為任何主張，則本院參酌被上訴人抗辯以每公斤0.1 元計算運費之方式，與前述被上訴人另受上訴人委託運回鋼筋寄放所收取之運費單價相較，僅為後者之7 分之1 【計算式：（1500×2 ）÷（2800＋1500）＝0.69，元以下四捨五入；0.1/0.7 ＝1/7 ）】，亦未高於上訴人所預估之數萬元，堪認依上訴人主張之計算方式，並無過高或不合理之處。是以每公斤0.1 元計算運費補貼，應屬適當。依此計算，被上訴人所得請求之運費補貼金額為12,521元（計算式：125213×0.1 ＝12521.3 ，元以下四捨五入），經加計5 ％之營業稅後，共計13,147.05 元（計算式：12521 ×1.05＝13147.05，元以下四捨五入），並由鄉林公司、明駿公司平均分受，各給付6,574 元（計算式：13147 ÷2 ＝6573.5，元以下四捨五入），應屬有據。至於被上訴人就逾此金額之請求（其主張運費共計16,180元，經扣除上訴人另行委託被上訴人載運所生之3,000 元外，剩餘之65

9元部分，計算式：00000－00000－0000＝659），既未就增加此部分運費之緣由提出任何說明，自難准許。

3.借款債權部分：

按稱消費借貸者，謂當事人一方移轉金錢或其他代替物之所有權於他方，而約定他方以種類、品質、數量相同之物返還之契約；借用人應於約定期限內，返還與借用物種類、品質、數量相同之物，未定返還期限者，借用人得隨時返還，貸與人亦得定1個月以上之相當期限，催告返還，民法第474條1項、第478條定有明文。查明駿公司對被上訴人有150萬元之借款債務尚未清償，經本院認定如前。而明駿公司就該150萬元借款債權，須另簽發票面金額為150萬元支票予被上訴人，而其嗣依約簽發發票日為97年12月12日之支票，已如前述，堪認該日應即為該150萬元借款債務之清償期，是以該150萬元借款債務之清償期已經屆至，應堪認定。

4.加工費債權部分：

被上訴人主張加工費係另計，不包括在鋼筋單價29元內，既為本院所不採，則其主張就所交付之加工鋼筋部分，得另向上訴人請求加工費，並據以主張抵銷，自無可採。

5.綜上，鄉林公司、明駿公司依兩造之約定，得分別請求被上訴人給付加工費769,787元、501,940元；而被上訴人則對鄉林公司、明駿公司各有營業稅債權429,589元、運費補貼債權6,574元；另對明駿公司有150萬元借款債權，而兩造上開債權均屬金錢給付債權，其中150萬元借款債權已屆清償期，業如前述；而營業稅、運費補貼部分，依系爭契約第6條第2款之約定，被上訴人於交付鋼筋後次月即98年4月，即得請求上訴人給付，是以此部分費用之清償期亦已屆至。則被上訴人於98年10月26日以民事爭點整理狀主張抵銷，即無不合。

6.兩造已同意均以本金相互抵銷，而被上訴人依民法第342條準用第321條之規定，得指定抵銷之順序，且其業已指定主動債權依序以營業稅債權、運費債權、借款債權與上訴人之

加工費抵銷，惟並未指定鄉林公司被動債權抵銷之順序。鄉林公司請求之加工費債權包括已交付鋼筋之501,940 元、尚未交付鋼筋之267,847 元，被上訴人並未指定抵銷之順序，然此2 部分債權均無擔保，清償期及被上訴人因清償之獲益均屬相等，依民法第322 條第3 款之規定，應各按比例，抵充其一部。基此，經被上訴人依序以其對明駿公司之營業稅債權、運費補貼債權、借款債權抵銷後，明駿公司對被上訴人已無可得請求之金額；而經上訴人以營業稅債權、運費補貼債權，按比例與鄉林公司已交付鋼筋之加工費501,940 元、尚未交付鋼筋之加工費267,847 元抵銷，而分別抵銷284,400 元【計算式：（000000＋6574）Ｘ501940/769787 ＝284400，元以下四捨五入】、151,763 元【計算式；（000000＋6574）Ｘ267847 /769787＝151763元，元以下四捨五入】，後，鄉林公司僅得分別向被上訴人請求已交付鋼筋加工費217,540 元、116,084 元（計算式：000000－000000＝217540；000000－000000＝116084），共計333,624 元。

九、按給付無確定期限者，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2 項定有明文。復按遲延之債務，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。又應付利息之債務，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 項前段及第203 條亦有明定。查鄉林公司對被上訴人之加工費債權，核屬無確定期限之給付，暨經上訴人先於99年6 月1 日以民事補充上訴理由暨訴之聲明更正狀追加起訴請求已交付鋼筋之加工費；嗣於104 年6 月10日準備程序時提出民事第二審辯論意旨㈠狀，追加請求未交付鋼筋之加工費，而上開書狀繕本分別於99年6 月4 日、104 年6 月10日送達予被上訴人（見上訴審卷一第25、32、37頁、本院104 年度建上更㈡第6 號卷第80頁正反面】，則依前揭規

定，被上訴人就已交付鋼筋加工費217,540 元、未交付鋼筋加工費116,084 元，應分別自99年6 月5 日、104 年6 月11日負遲延責任。則鄉林公司主張被上訴人就217,540 元、116,084 元，應分別自99年6 月5 日、104 年6 月11日起加給按週年利率百分之5 計算之遲延利息，於法自屬有據。逾此部分之請求，自屬無據。

十、綜上所述，上訴人主張依兩造口頭約定、民法第259 條、系爭契約第7 條第2 款、第9 條、民法第250 條之法律關係，請求被上訴人給付未尚未交付鋼筋372,847 公斤之價金10,812,563元本息，及違約金5,406,281 元，均無理由。原審就此部分為上訴人敗訴之判決，經核於法並無不合，上訴意旨求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。至鄉林公司追加備位聲明，請求依系爭契約之法律關係，請求被上訴人請求被上訴人交付3 ＃-5＃＞ ＝SD280 非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋133,923.5 公斤；及依兩造之約定追加請求被上訴人給付加工費333,624 元，及其中217,540 元自99年6 月5 日起；116,084 元自104 年6 月11日起，均至清償日止，按週年利率百分之5 計算之利息，均有理由，應予准許，爰判決如主文第2 、3 項所示。逾此部分之請求，及明駿公司依系爭契約之法律關係，追加請求被上訴人交付3 ＃-5＃＞ ＝SD28 0非常溫矯直長度14公尺之未加工鋼筋186,423.5 公斤；及依兩造之約定追加請求被上訴人給付加工費874,787 元【計算式：（0000000 ＋745694）÷2 ＝874787】，均無理由，應連同其假執行之聲請，併予駁回如主文第4 項所示。就鄉林公司勝訴部分，其與被上訴人分別陳明願供擔保宣告假執行及免為假執行，並無不合，爰各酌定相當之擔保金額，併准許之。

十一、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及舉證，與本件判決結果並無影響，爰不逐一論述。

十二、據上論結，本件上訴無理由；追加之訴為一部有理由，一部無理由，爰依法判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　31　　日

工程法庭　　審判長法　官　王　銘

法　官　高英賓

法　官　郭妙俐

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後二十日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後二十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四百六十六條之一第一項但書或第二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　李淑芬

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　31　　日