臺灣高等法院高雄分院民事判決

107年度重上更二字第22號

上　訴　人　春元營造工程股份有限公司
法定代理人　洪侯銀葉
訴訟代理人　陳旻沂律師
複代理人　　吳艾黎律師
參　加　人　財團法人金屬工業研究發展中心
法定代理人　林仁益
訴訟代理人　楊宗鑫
　　王進勝律師
　　張釗銘律師
　　何旭苓律師
被上訴人　　泰怡企業股份有限公司
法定代理人　周王金珍
訴訟代理人　朱淑娟律師

上列當事人間請求返還不當得利事件，上訴人對於中華民國102年2月27日臺灣高雄地方法院101年度重訴字第317號第一審判決提起上訴，經最高法院第二次發回更審，本院於108年9月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審及發回前第三審訴訟費用由上訴人負擔。參加訴訟費用由參加人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、上訴人法定代理人已由許南雄，先後變更為洪中興、洪侯銀葉，渠等已經依序聲明承受訴訟，有聲明承受訴訟狀及公司變更登記事項表等件在卷可稽（本院卷第67至73頁），核無不合，應予准許。

二、按就兩造之訴訟有法律上利害關係之第三人，為輔助一造起見，於該訴訟繫屬中，得為參加；參加人得按參加時之訴訟程度，輔助當事人為一切訴訟行為。但其行為與該當事人之

行為牴觸者，不生效力，民事訴訟法第58條第1 項、第61條分別定有明文。準此，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。查本件參加人為輔助上訴人而提起第二審上訴，上訴人以書狀表示同意（見本院前審重上卷第54至55頁），並引用參加人之陳述及主張為言詞辯論（本院卷第351 頁反面），是參加人所為上訴之效力自及於上訴人，合先敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：伊因投標參加人之員工宿舍重建工程（下稱系爭工程），為免鋼筋價格上漲，於民國97年4 月24日與被上訴人簽訂鋼筋買賣合約書（下稱系爭買賣契約），並簽交被上訴人面額新臺幣（下同）1575萬元、發票日為同年5 月15日之支票乙紙（下稱系爭支票），經其提示兌現（下稱系爭款項）。嗣伊於97年5 月16日以1 億7766萬元得標該工程，並與參加人簽訂系爭工程契約。其後參加人於98年1 月23日通知伊終止系爭工程契約，致伊無履行系爭買賣契約之需求，乃於同年3 月20日電話通知被上訴人解除該買賣契約，被上訴人則於同日寄發存證信函（下稱系爭存證信函），通知沒收系爭款項。惟其沒收並無理由，縱得沒收，但系爭款項高於被上訴人因解約所受損害，自應返還該部分之不當得利等情，依民法第259 條、第179 條規定，求為判命被上訴人給付上訴人750 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日即101 年6 月26日起加付法定遲延利息之判決。

二、參加人則陳稱：系爭款項屬預付貨款，而非定金性質，且系爭買賣契約並未約定得沒收系爭款項。縱系爭款項屬定金性質，但其約定金額過高，且亦為價金之一部先付。被上訴人並未舉證所轉售之鋼筋確為系爭買賣契約之備料，難認其因解除系爭買賣契約而受有損害等語。

三、被上訴人則以：系爭款項為定金性質，系爭買賣契約因可歸責於上訴人事由而解除，依民法第249 條第2 款規定，其不

得請求返還該款項。縱認系爭款項非屬定金，亦具違約金性質。況系爭買賣契約解除後，伊將為履行系爭契約所準備之鋼筋轉售，其價差損害高於系爭款項，上訴人亦不得請求伊返還等語，資為抗辯。

四、原審為上訴人敗訴判決，參加人為輔助上訴人提起上訴，上訴人及參加人於本院聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人750 萬元，及自起訴狀繕本送達翌日即101 年6 月26日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。㈢願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

五、兩造不爭執事項：

㈠上訴人因投標系爭工程，為免鋼筋價格上漲，於97年4 月24日與被上訴人簽訂系爭買賣契約（原審卷第36頁），並簽發面額1575萬元、發票日為同年5 月15日之支票乙紙，經被上訴人提示兌現（即系爭款項，原審卷第37頁）。

㈡上訴人於97年5 月16日以1 億7766萬元得標，並與參加人簽訂系爭工程契約；嗣參加人於98年1 月23日通知上訴人終止系爭工程契約。

㈢上訴人於98年3 月20日以電話通知被上訴人解除系爭買賣契約；被上訴人於同日以系爭存證信函通知上訴人沒收系爭款項（原審卷第38頁）。

㈣上訴人自簽訂系爭買賣契約時起至通知被上訴人解約之日止，未曾通知被上訴人出貨。

六、本件爭點：㈠上訴人於98年3 月20日通知解除系爭買賣契約，經被上訴人同日以系爭存證信函通知上訴人沒收系爭款項，則兩造是否合意解除系爭買賣契約？㈡被上訴人拒絕返還系爭款項有無理由？茲將本院判斷分述如下：

㈠系爭買賣契約業經兩造合意解除：

1.上訴人因承攬參加人之系爭工程，為避免鋼筋價格上漲，而於97年4 月24日與被上訴人簽訂系爭買賣契約，約定自系爭買賣契約成立至97年12月31日止，被上訴人有出貨系爭鋼筋（四種規格的竹節鋼筋）總數量1250噸之義務。惟因參加人

於98年1 月23日通知上訴人終止系爭工程契約。且上訴人自簽訂系爭買賣契約時起，未曾通知被上訴人出貨，上訴人乃於98年3 月20日以電話通知被上訴人解除系爭買賣契約。被上訴人接獲通知後，隨即於同日寄發系爭存證信函予上訴人，其內容為：「貴公司（指上訴人）於98年3 月20日電告本公司（指被上訴人），要求解除雙方於97年4 月24日所簽訂…鋼筋買賣合約，並請求歸還預付款1500萬元（不含稅）。本公司依據合約規定沒收預付款，並請求賠償本公司一切損失」等語（原審卷第38頁）。核其文義，就上訴人所為解約意思表示，並未予反對；僅表明沒收預付款之意。嗣於101年3 月23日被上訴人函覆本院另案100 年度重上字第51號損害賠償事件（即上訴人與參加人間因系爭工程所生之損害賠償事件，下稱另案損害賠償事件）之說明內容提及：「本公司（指被上訴人，下稱被上訴人）與春元營造工程股份有限公司（指上訴人，下稱上訴人）於買賣合約中雖無解除契約或終止契約之條件約定，惟因上訴人98年3 月20日向被上訴人表示不履行買賣合約之意思，即拒絕履行給付價金義務意思表示，則被上訴人自得依民法規定意旨解除契約並請求損害賠償，而因被上訴人之損害額鉅大，故被上訴人即以存證信函告知上訴人將其先前所交付之預付款項資為損害賠償額之一部給付。」等語（本院卷第131 頁）。互核上訴人於原審自陳：「就原告（指上訴人，下同）之立場，是認為既已無法履約，且被告泰怡公司（指被上訴人，下同）主張沒收上開1575萬元，似無不可。」（原審卷第4 頁反面），以及上訴人於另案損害賠償事件，第一審所提出之準備書㈤狀稱：「……泰怡公司（即被上訴人）依民法第249 條規定而沒收原告（即上訴人）已繳之定金，乃係於法有據……」（另案損害賠償事件一審卷第263 頁背面）；復於第二審準備程序陳稱：因其沒有指示出貨而違約才被沒收定金，其與被上訴人所訂系爭買賣契約第3 條約定，被上訴人出貨，必須其在出貨前7 至10日向被上訴人指示出貨，被上訴人才有義務

出貨，因參加人終止系爭工程契約，拒絕其施工，故無法請被上訴人出貨，其與被上訴人講好，不請求出貨就要沒收定金，這是商業習慣等語（另案損害賠償事件二審卷一第33頁正面）。綜上各情，由被上訴人寄發之系爭存證信函及前揭函文對上訴人所為解約表示均未為反對，上訴人復自陳其與被上訴人講好，上訴人不請求出貨，致被上訴人受有損害，被上訴人要沒收系爭款項，符合商業習慣等情，凡此足認被上訴人經上訴人電話通知解除系爭買賣契約之意思表示，應係同意，但附有賠償條件（拒絕返還系爭款項並請求賠償損失）。是上訴人主張系爭買賣契約係經兩造合意解除，尚非無據，應可採信。

2.被上訴人雖稱：上訴人於98年3 月20日向伊表示確定不會通知出貨，係屬給付不能，其以該存證信函表示沒收預付款，係兼有通知解除系爭買賣契約之意云云。然按解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之，民法第258 條第1 項定有明文。而此項意思表示，固無一定之方式，惟須由有解除權人向他方當事人表示有解除契約之意思者，始足當之。然綜觀前揭存證信函全無被上訴人表示解除契約之文詞；僅被動就上訴人以電話通知所為解約表示不予反對，並表明沒收預付款。益徵被上訴人以系爭存證信函所表達之真意應係同意上訴人所為解除系爭買賣契約之要約，但附有要沒收預付款之賠償條件。故堪認系爭買賣契約應係經兩造於98年3 月20日合意解除。

㈡系爭款項之性質應為預付貨款：

1.按解釋契約，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，即不得反捨契約文字而更為曲解（最高法院17年上字第1118號判例參照）。

2.經查，系爭買賣契約第5 條約定「付款條件－合約成立，買方『預付』…1575萬元（即系爭款項）：上列金額含稅，『預付款』於最後一期請款時扣除…」等詞（原審卷一第36頁

）。且被上訴人收受系爭款項後開立予上訴人之統一發票品名記載為「預收貨款」（原審卷一第37頁）。足認系爭買賣契約之文字，業已明確揭示系爭款項屬於（鋼筋）貨款之預付（預收）。又被上訴人於98年3 月20日寄發予上訴人之系爭存證信函亦載明：「貴公司…請求歸還『預付款』…本公司…沒收『預付款』…」；佐以兩造間或被上訴人與他人間類似交易之合約，關於「付款條件」有合約成立買方即「預付訂金」、「預付（貨）款」、「先匯入貨款，俟交貨畢，餘款多退少補」，或出貨後買方「月結」等區別（原審卷一第75、149 至153 頁；本院前審重上卷第68至74頁），益徵被上訴人（出賣人）就合約成立後、尚未出貨前，買受人所交付之款項，係屬「訂金」或「貨款預付」，均與買受人各別磋商約明。而系爭買賣契約既記載系爭款項為「預付款」，自無任意解釋為定金之餘地。況依財政部高雄市國稅局101 年5 月31日財高國稅審一字第1010025416號函示之說明亦載：被上訴人依系爭買賣收受上訴人貨款1575萬元（即系爭款項），其中75萬元為營業稅稅捐，經查該筆貨款1500萬元截至100 年12月31日仍帳列預收貨款等語（原審卷第127頁），益徵被上訴人亦認系爭款項確屬預付貨款。綜上，堪認上訴人主張其支付系爭款項係屬貨款之預付，應可採信。

3.被上訴人雖以：系爭買賣契約第5 條約定系爭款項須待最後一期請款時始得扣除，目的在確保系爭買賣契約之履行，而為定金之性質云云。惟系爭買賣契約第5 條所約定系爭款項扣抵之時期，並不影響其為預付貨款之屬性。況定金之效力之一固在確保契約之履行（民法第249 條第2 、3 款規定參照），然尚無從據此反推所有在買賣契約成立時（或隨後）、標的物交付前，買方所交付、依雙方約定須至履約末期始得扣抵之金錢均屬定金。故被上訴人此部分抗辯不足據以認定系爭款項屬於定金。

4.被上訴人另以：上訴人與參加人於系爭工程相關之他案審理中，均主張系爭款項係屬定金云云。然查：

⑴參加人與上訴人簽立系爭工程契約後，華南商業銀行股份有限公司（下稱華南銀行）出具「預付款還款保證連帶保證書」予參加人，保證上訴人將工程預付款專用於系爭工程，否則華南銀行應如數撥還；參加人乃存入預付款1776萬6000元至上訴人設於華南銀行之帳戶，嗣上訴人以其已向被上訴人購買鋼筋為由，向華南銀行請領預付款中之1575萬元，獲華南銀行如數撥付。參加人於系爭工程契約終止後，主張上訴人領取前述1575萬元，係用於支付系爭工程契約成立前購買鋼筋所需，非屬專用於系爭工程，而依上開保證書訴請華南銀行返還1575萬元，經原審98年度重訴字第108 號及本院98年度重上字第56號判決參加人敗訴，並經最高法院以99年度台上字第1592號裁定駁回參加人之上訴而確定，有歷審判決及裁定在卷足稽（原審卷第14至26頁；下合稱前案）。上訴人之前任法定代理人許南雄於前案第二審99年1 月14日準備程序期日，將系爭款項與兩造其他數筆鋼筋買賣訂約後上訴人所為付款，均籠統證稱為定金，固有該期日筆錄在卷可考（原審卷第154 至155 頁）。然前案係參加人以華南銀行撥付預付款中之1575萬元予上訴人，不符該預付款應專用於系爭工程之條件，而向華南銀行請求返還，業如前述，故如華南銀行於前案遭受敗訴判決，上訴人勢有受華南銀行追償之虞。是以上訴人為投標系爭工程而與被上訴人簽訂系爭買賣契約，惟上訴人事後未曾通知出貨（見前揭兩造不爭執事項㈠、㈣），故如系爭款項係屬貨款之預付，與系爭工程契約履行之相關性難免削弱。則許南雄於前案證述上訴人支付系爭款項作為定金以搶購鋼筋，俾供將來履行系爭工程契約，衡情當為強化上訴人支付系爭款項與系爭工程契約履行之關連，始得支持華南銀行付款之正當性，而免於受華南銀行追索。故以上訴人與華南銀行於前案之利害相關，許南雄證稱系爭款項係為定金，應係為上訴人避險之考量，且顯然悖於系爭買賣契約及統一發票所記載之文義，自無從逕採認系爭款項之性質為定金。

⑵上訴人又於另案損害賠償事件陳稱系爭款項為定金（另案損害賠償事件一審卷第263 頁背面、二審卷一第33頁）。惟系爭買賣契約之明示文義，系爭款項為貨款之預付，已如前述，是上訴人於另案損害賠償事件指稱該款為定金，顯核與該明示文義相違，為不足採。且上訴人於另案損害賠償事件係將遭被上訴人沒收之系爭款項計入其因系爭工程契約終止所受損害，已如前述，則其主張系爭款項係屬定金、得由被上訴人沒收，無非係不擬另向被上訴人爭議該沒收之合法性，而逕就該沒收金額轉向參加人求償使然。然本件係其與被上訴人就系爭款項究屬預付款而不得沒收，或屬定金而得沒收，有所爭執，利害關係已有不同。故自不得以上訴人於另案損害賠償事件為達向參加人求償目的所為主張，而逕認系爭款項為定金。

⑶參加人於另案損害賠償事件之第一審答辯㈡狀敘稱：「被告（即參加人）已給付原告（即上訴人）請領之預付款1575萬元【原告與泰怡公司（即被上訴人）之鋼筋訂金】…」等詞（另案損害賠償事件一審卷第214-1 至215 頁）；又於上訴理由狀記載：「春元公司（即上訴人）與泰怡公司簽訂鋼筋買賣合約書…顯見訂金過高，有違…交易慣例，訂金全遭泰怡公司沒收…」等詞，並於該案第二審100 年9 月14日準備程序期日陳稱：「春元公司（上訴人）付給泰怡公司（被上訴人）的訂金過高…」等語（另案損害賠償事件二審卷㈠第39至40、83頁）。惟上訴人於另案損害賠償事件主張系爭款項係遭被上訴人沒收之定金，為其因參加人終止系爭工程契約所受損害之一部，業如前述；是以，參加人既為另案損害賠償事件之被告，衡情其所為上開書面或言詞陳述，以「定金」指稱被上訴人沒收之系爭款項，並對上訴人主張之賠償事由予以反駁，無非係附隨該案原告即上訴人所為指稱及主張而來。況上訴人於另案損害賠償事件第二審審理中，因就被上訴人沒收系爭款項之正當性及得為沒收之金額有所質疑，而另對被上訴人提起本件訴訟，此觀原審卷附起訴狀即明

（原審卷第4頁背面）；且參加人於本件始終主張系爭款項為預付貨款，故尚難以參加人於另案損害賠償事件附隨該案原告指稱系爭款項為定金云云，即謂參加人前後主張不一係有違誠信，或其應自受拘束，參加人於另案損害賠償事件所稱系爭款項為定金云云，尚無從推翻本院認定系爭款項屬於預付貨款之判斷。

⑷被上訴人復以：前案第二審判決、最高行政法院103年度裁定字第1214號裁定咸認系爭款項係定金云云。惟前揭裁判雖有認定系爭款項具有定金之性質（原審卷第22頁反面及本院更一審卷一第53頁），惟前開案件之當事人均與本件不同，分屬獨立之民事、行政訴訟，並無拘束本院之效力。且行政訴訟之裁定係就系爭款項應否計入被上訴人98年度收入核課該年度營利事業所得稅之行政爭訟而為，與民事法院判斷系爭款項於兩造間究為何屬性，其標準不必然相同。被上訴人執此抗辯，亦無可採。

⑸被上訴人另以：系爭款項即使非屬定金，亦具違約金之性質云云。然觀之系爭買賣契約並無關於違約金約定之文詞；且兩造立約當時，上訴人將來是否違約猶未可知，自無預先交付違約金予被上訴人之理。是被上訴人此部分辯詞，亦屬無據。

⑹綜上，上訴人所交付被上訴人之系爭款項乃預付貨款，非屬民法第249條所稱之定金；上訴人及參加人於前案及另案損害賠償事件所為系爭款項為定金之陳述，無從拘束本院，亦不能採為有利於被上訴人抗辯系爭款項屬於定金之依據。是被上訴人抗辯其得依民法第249條第2款規定沒收系爭款項，即非正當。

㈡上訴人無法履行採購系爭鋼筋，構成債務不履行：

1.觀之系爭買賣契約第3條第2項、第1項約定交貨期限為系爭買賣契約成立至97年12月31日止，於上訴人進貨前7至10日通知被上訴人，被上訴人始有出貨之義務；逾交貨期，買方即上訴人須預付未交數量之全額貨款（原審卷第36頁）。

然上訴人自97年4 月24日系爭買賣契約成立起至97年12月31日前，皆未曾指示被上訴人出貨，並且在98年3 月20日來電告知被上訴人，因與參加人無法履約為由要求解除契約，為兩造所不爭執（本院前審重上卷第51頁），堪以認定。

2.據上訴人前任法定代理人許南雄於前案證述：上訴人於97年4 月24日向被上訴人購買鋼筋，是要供招標工程得標後使用，當時在網路上有看到參加人準備要招標訊息及工程案件要推出，上訴人還不知道會得標，但是當時鋼筋在漲價，先買起來，預備得標後使用，如果沒有得標，再去標其他案件來使用，如果都沒有得標，我們可以繼續標，當時沒有約定何時交貨等語（原審卷第154 頁反面至155 頁）；以及參加人係於97年4 月14日上網公告招標系爭工程（另案損害賠償事件一審卷第35頁），上訴人為參與投標，擔心日後標得上開工程，將因鋼筋價格上漲而致虧本，故於97年4 月24日與被上訴人簽定系爭鋼筋買賣合約，並約定交貨期限自合約成立起至97年12月31日止，而上訴人逾97年12月31日交貨期後，仍未向被上訴人請求出貨，嗣於98年3 月20日以系爭工程無法履約為由，要求解除系爭買賣契約等情。本院審酌前開情事，認系爭買賣契約所約定買賣標的為4 種規格的竹節鋼筋（SD280*D10 ，SD280*D13-D16 ，SD420*D13-D25,D32 ，SD420W*D13-D25,D32），屬於一般建築鋼筋交易，應為種類之債，即使上訴人未能用於系爭工程，應可用於其他得標之工程。又上訴人公司從事綜合營造業（本院卷第73頁公司登記事項所營事業），專門承攬營造工程，工地開工、竣工均有期限壓力；被上訴人則以銷售鋼筋賺取利潤為業，而非鋼筋生產製造商，被上訴人與上訴人簽訂系爭買賣契約後，尚需向上游廠商訂購鋼筋之前置作業及資金週轉，可見兩造簽訂系爭買賣契約，約定以固定單價，於一定期間前購買約定數量之系爭鋼筋，除為使兩造就系爭鋼筋及價金互為給付外，並各有控制價格波動風險、雙方營運成本及營業收益之考量，從上訴人（買受人）之立場而言，乃為有效確定成本於締

約時之範圍，以免遭受鋼筋價格上漲之風險（當時趨勢鋼筋價格看漲），而就被上訴人之角度則是雖願承擔鋼筋價格上漲之風險，以約定價格供貨，但可以確保客源及已有營業收益，是若認上訴人無依約定數量通知被上訴人交貨之義務者，則無異於僅由被上訴人單方承擔鋼筋漲價之風險，上訴人反可視之後鋼筋價格走勢，投機取巧無償規避鋼筋漲價之風險，任意選擇對其有利之時機或價格履約，此顯有違公平，當非兩造締約時之真意。是以，上訴人既為系爭買賣契約之買受人，依民法第367 條規定，對被上訴人負有受領所交付鋼筋之義務，即通知被上訴人交貨之協力給付義務。而被上訴人為供應系爭買賣契約之出貨，已有向鋼筋生產商即訴外人海光企業股份有限公司（下稱海光公司）及漢泰鋼鐵廠股份有限公司（下稱漢泰公司）訂購備料，並據證人即被上訴人業務經理范真聲於前案證述明確（原審卷第155 頁反面至157 頁），復提出合約為證（本院更一審卷一第56至60頁），互核該等合約時間及鋼筋種類之內容，均能符合系爭買賣契約約定之供貨鋼筋數量及期限，堪信被上訴人確實已有備料。嗣上訴人因參加人終止系爭工程契約，致未向被上訴人採購，然上訴人與參加人間之系爭工程契約屬於另一債權債務關係，尚與上訴人應依兩造間之系爭買賣契約履行，即上訴人負有向被上訴人採購系爭鋼筋1250噸之義務無涉。況系爭買賣契約約定之交貨期限為97年12月31日，屆期後，兩造並未立即結算權利義務關係，嗣於98年3 月20日，始由上訴人主動表示拒絕履約，通知被上訴人欲解約，故系爭買賣契約顯係因可歸責於上訴人之事由，致不能履行。

㈣被上訴人拒絕返還系爭款項為有理由：

1.按買受人依民法第367 條規定，對於出賣人負有受領標的物之義務。惟此受領債務之遲延，買受人依同法第231 條規定，係負賠償因遲延而生之損害責任。上訴人即買受人已表明無受領之意，並請求解除系爭買賣契約，被上訴人即出賣人自得向上訴人請求賠償其遲延狀態終了以前所生之損害。倘

買賣標的物之市價於解約前已有跌落，低於原定買賣價金，則出賣人即被上訴人之財產價值因而減少，自可認係出賣人即被上訴人因買受人即上訴人不履行債務所受之損害。承上所述，系爭買賣契約既係因可歸責於上訴人之事由，而經兩造合意解約，且被上訴人並於解約時，保留求償條件，上訴人亦認被上訴人向其求償，符合商業習慣，業如前述，是被上訴人主張上訴人應負債務不履行之損害賠償責任，自屬有據。

2.次按民法第216 條第1 項規定，損害賠償除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害（積極損害）及所失利益（消極損害）為限。又同條第2 項規定，依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。該所失利益，固不以現實有此具體利益為限，惟該可得預期之利益，亦非指僅有取得利益之希望或可能為已足，尚須依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，具有客觀之確定性（最高法院95年度台上第2895號判決意旨參照）。

3.上訴人拒絕依約向被上訴人訂購鋼筋，自係因可歸責於上訴人之事由致為債務不履行，兩造並因此合意解除系爭買賣契約，而被上訴人雖同意與上訴人解除系爭買賣契約，但已有保留求償條件，是被上訴人自得依民法第231 條第1 項規定請求被上訴人賠償因其遲延而生之損害。且民法第260 條規定，解除權之行使不妨礙損害賠償之請求，係採「契約解除」與「替補賠償」之兩立主義。是契約之解除，無論由於債務不履行之給付不能，抑或給付遲延，均得併行請求債務不履行之損害賠償（替補賠償），該債務不履行所生之舊賠償請求權，祇須其所受之損害與債務不履行（給付不能或給付遲延）有相當因果關係者即足稱之，初不因契約之解除而失其存在（最高法院95年台上字第2885號判決意旨參照）；出賣人因買受人不履行債務而解除契約，如買賣標的物之市價於解約前已有跌落，低於原定買賣價金，出賣人之財產價值

因而減少，該價差應可認係出賣人因買受人不履行債務所受之損害（最高法院95年度台上字第1831號判決意旨參照）；解除契約，契約之雙方本有回復原狀之義務，倘於解除契約前已發生之損害，於契約解除後，應一併賠償，始能符合回復原狀之旨趣（最高法院95年度台上字第2629號判決意旨參照）。

4.本院審酌系爭買賣契約之約定，上訴人原訂購各該竹節鋼筋之數量合計1250噸，若以最低單價每公噸3 萬500 元計算，系爭買賣契約之訂購總價為3812萬5000元（計算式：1250公噸X3 萬500 元／公噸＝3812萬5000元），含稅後之總價應為4003萬1250元（計算式：3812萬5000元x 1.05=4003 萬1250元）。而上訴人自系爭買賣契約成立起至交貨期限97年12月31日前，均未通知被上訴人出貨，嗣參加人於98年1 月23日函知上訴人終止系爭工程契約，上訴人遂於98年3 月20日電告被上訴人，其因無法履行與參加人間之系爭工程契約，要求解除系爭買賣契約等情，為兩造所不爭執（本院前審重上卷第51頁）；而依兩造於本院前審所協商同意不爭執之解約時鋼筋市價，即工程會公共工程技術資料庫98年3 月15日第26期南部地區之平均價格（更新日期為98年5 月8 日）平均計算為1 萬6014元（本院前審重上卷第270 頁反面至271頁、203 頁反面、209 頁反面），依此計算系爭買賣契約解除時各該竹節鋼筋之市價共計為2001萬7500元（計算式：1250公噸X1 萬6014元／公噸＝2001萬7500元）。是以，系爭買賣契約原本約定上訴人訂購各該節鋼筋最低單價之總價額3812萬5000元（未稅）減去解約時之市價差額為1810萬7500元，據此顯見被上訴人因被上訴人債務不履行，得請求賠償所失利益之損害為1810萬7500元，已經超過被上訴人收受之預付款1575萬元，故被上訴人抗辯要以預付款扣抵其所受損害，而拒絕返還系爭款項，應屬有據。

5.參加人雖以：系爭買賣契約標的物均為熱軋鋼筋，而被上訴人向海光公司、漢泰公司所購買之鋼筋均包括有水淬或熱處

理鋼筋，顯非系爭買賣契約所約定之全部為熱軋鋼筋，且交貨期限均在系爭工程開始進行基礎工程之前，顯非為上訴人備料云云，惟被上訴人既僅係鋼筋銷售商，為確實供應已向其訂購鋼筋之買受人請求出貨，自需庫存一定數量在公司，被上訴人為備料庫存而向鋼筋製造商購買鋼筋，即非針對特定向其訂購鋼筋之買受人而向鋼筋製造商購買契約數量之鋼筋，業據范真聲證述綦詳，互核被上訴人提出為備料供上訴人取貨而向海光公司及漢泰公司訂購之鋼筋合約之種類、數量及期限，均堪認足以供貨予上訴人，並如前述，且海光公司亦函復：其出售之鋼筋包含各種號數及水淬、熱軋等，非僅出售水淬鋼筋一項，買方（被上訴人）依合約所載條款：「出貨依當日現有庫存為準」選擇所需之各項規格出貨等語（本院更一審卷一第203 頁），益徵海光公司有生產之規格，被上訴人應能在上訴人購買的數量內，依上訴人指示通知交貨。至於海光公司及漢泰公司實際出貨予被上訴人之鋼筋規格及數量與系爭買賣契約約定不符，乃係因被上訴人既未經上訴人通知出貨，則被上訴人自海光公司及漢泰公司受領之鋼筋與系爭買賣契約不合，尚屬合理。況被上訴人既係因上訴人拒絕採購系爭買賣契約所約定之系爭鋼筋，而因上訴人債務不履行所受損害，為系爭買賣契約約定價格高於解約時鋼筋市場價格之所失差價消極利益，亦即受有無法取得原本因上訴人履約採購所可得利益之損害，已如前述，是以參加人辯稱被上訴人並未實際為上訴人備料，自無損害；或其縱受有轉售差價損害亦僅為462 萬7408元云云，均無可採。

七、綜上所述，上訴人依民法第179 條及第252 條之規定，請求被上訴人給付750 萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日即101 年6 月20日起，至清償日止，按年息百分之5 計算之利息，並無理由，不應准許。從而原審為上訴人敗訴之判決，理由雖有不同，但結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

八、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。

九、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第2項、第78條，判決如主文。

中　華　民　國　108　年　10　月　23　日

民事第一庭

審判長法　官　鄭月霞

法　官　吳登輝

法　官　蘇姿月

以上正本證明與原本無異。

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。

中　華　民　國　108　年　10　月　23　日

書記官　黃旭淑

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。