臺灣高等法院民事判決

106年度重上更㈡字第26號

上　訴　人　北雄股份有限公司
法定代理人　李麗裕
訴訟代理人　郭睦萱律師
複　代理人　湯惟揚律師
訴訟代理人　張廼良律師
　　李振華律師
被　上訴人　台灣之星電信股份有限公司（原威寶電信股份有限公司）
法定代理人　林清棠
訴訟代理人　陳錦隆律師
　　黃雪鳳律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國99年3月25日臺灣臺北地方法院97年度重訴字第824 號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，經最高法院第二次發回更審，本院於中華民國108 年5 月7 日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人下列第二項之訴部分，及該部分假執行之聲請，暨除確定部分外訴訟費用之裁判均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣壹仟陸佰肆拾肆萬玖仟壹佰零陸元，及其中新臺幣柒佰陸拾柒萬零參佰壹拾元，自民國九十七年一月十八日起；其餘新臺幣捌佰柒拾柒萬捌仟柒佰玖拾陸元，自民國一０二年二月二十二日起，均至清償日止，均按年息百分之五計算之利息。

其餘上訴駁回。

追加之訴及假執行之聲請均駁回。

第一、二審訴訟費用並發回更審前第三審訴訟費用除確定部分外（均含追加之訴）由被上訴人負擔百分之四十五、餘由上訴人負擔。

本判決第二項部分，於上訴人以新臺幣伍佰肆拾玖萬元供擔保後，得假執行。但被上訴人如以新臺幣壹仟陸佰肆拾肆萬玖仟壹佰

零陸元為上訴人預供擔保後，得免為假執行。

事實及理由

壹、程序方面：

一、被上訴人威寶電信股份有限公司【下稱威寶公司，民國（下同）104年3月與台灣之星電信股份有限公司合併，威寶公司為存續公司，嗣更名為台灣之星電信股份有限公司】法定代理人已變更為林清棠，有股份有限公司變更登記表在卷可稽（見本院卷二第56至62頁），經其於107年1月25日具狀聲明承受訴訟（本院卷二第55頁），核無不合，應予准許。

二、上訴人於原審請求被上訴人賠償庫存手機無法銷售之損害，嗣於本院更一審追加新臺幣（下同）24萬7,220元本息，屬擴張應受判決事項之聲明，合於民事訴訟法第446條第1項但書、第255條第1項第3款之規定，應予准許。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：伊於94年11月10日與被上訴人威寶公司簽訂「威寶電信代銷商契約書」（下稱系爭代銷契約）。於94年12月14日參加「投奔威寶專案」之代銷，因該專案經銷體系相互競爭價格混亂，且BenQ-S80及Moto-E1000此2款手機（下依序各稱甲、乙手機，合稱系爭2款手機）品質欠佳，銷售績效不彰。威寶公司乃推出「除舊佈新專案」，將系爭2款手機授權伊獨家代銷，由訴外人即威寶公司業務經理王上豪與伊簽訂「北雄與威寶電信除舊佈新專案備忘錄」（下稱系爭備忘錄），於第10條約定，威寶公司於合約期內不會有任何促銷活動影響伊商品價值及銷售條件。伊於同年12月28日向威寶公司訂購系爭2款手機共1萬500支，自同年月29日起至95年1月5日止，已先後出貨1,555支手機。詎威寶公司竟於同年月19日對外推出「破壞行情專案」，將所售優於系爭2款手機之SonyEricssonZ800i（下稱丙手機）降價，且附送與價值同額之通話費，形同話機免費之優惠促銷，嚴重壓縮系爭2款手機之銷售，致伊喪失市場競爭力，遭消費者退貨、解約，代銷業務幾乎停擺，已違反系爭備忘錄第10

條約定。依系爭備忘錄及代銷契約約定，威寶公司應給付伊銷售手機開通門號之手機補貼款1,523萬元、上線獎金761萬5,000元、停留獎金456萬9,000元、Airtime通訊費107萬974元，及違反系爭備忘錄、代銷契約之約定，致伊無法銷售手機所受損害804萬2,090元。爰依系爭代銷契約、系爭備忘錄及債務不履行之法律關係，請求被上訴人給付（上訴人於原審係請求被上訴人及許勝雄、王柏堂、李文進、謝元明連帶給付5,027萬1,117元之本息，但逾請求被上訴人給付3,652萬7,064元本息部分，均已判決確定，故不詳述）。於本院更一審時追加請求無法銷售手機所受損害24萬7,220元，及自105年1月12日起至清償日止，按年息5%計算之利息（另上訴人追加請求所失利益3,000萬元本息部分，經本院更一審判決駁回後，上訴人提起上訴，經最高法院駁回而告確定，亦非本院審理範圍）。並於本院上訴聲明：㈠原判決除確定部分外，不利於上訴人之部分廢棄。㈡上開廢棄部分，被上訴人應給付上訴人3,652萬7,064元，及自97年1月18日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢願供擔保准為假執行之宣告。追加聲明：㈠被上訴人應另給付上訴人24萬7,220元，及自105年1月12日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈡願供擔保准為假執行之宣告。

二、被上訴人則以：王上豪無權代理伊與上訴人簽訂系爭備忘錄，備忘錄對伊不生效力。況上訴人代銷申辦開通3168組門號，扣除詐欺（Fraud）件（下稱詐欺件）後，僅241組或305組或941組符合請求補貼、獎金之要件。伊推出丙手機，與系爭2款手機品牌、機型及功能各異，不影響上訴人銷售，伊並無違約。上訴人向伊購買之1,555支手機能否順利出售，與伊無關，不得請求庫存手機損害。縱得請求，亦應扣除庫存手機之殘餘價值等語置辯。於本院聲明：㈠上訴及追加之訴均駁回。㈡如受不利益之判決，願供擔保免為假執行之宣告。

三、本院之判斷：

㈠查兩造於94年11月10日簽訂系爭代銷契約，約定上訴人加入威寶公司手機代銷商，且上訴人有參加威寶公司推出「投奔威寶」、「除舊佈新」等手機代銷專案等情，為兩造所不爭執【見本院103 年度重上更一字第99號卷（下稱重上更一卷）第96頁反面】。而系爭代銷契約就關於代銷商於代銷期間、代銷商品、訂貨交貨、雙方終止等契約重要之點，均已具體明確，即屬本約，而非預約。雖系爭代銷契約簽名欄註記：「為求簡速，本契約條文充為甲乙雙方意向書，本約經雙方協議後訂立」，亦不影響系爭代銷契約之效力，兩造應同受拘束，上訴人主張對其不生效力云云，即無可採。

㈡又查威寶公司於94年12月下旬推出系爭2 款手機之「除舊佈新專案」，授權上訴人獨家代銷系爭2 款手機。上訴人並於94年12月28日向威寶公司訂購系爭2 款手機1 萬500 支，威寶公司則已出貨1,555 支手機予上訴人等情，亦為兩造所不爭執（見本院重上更一卷第96頁反面、第97頁），堪予認定。上訴人主張就此專案之履行，應依與被上訴人業務經理王上豪簽訂系爭備忘錄為據，被上訴人則否認有授權王上豪簽立系爭備忘錄，抗辯不應受系爭備忘錄拘束。查：

1.觀諸系爭備忘錄之內容，明定由上訴人代銷專賣除舊佈新專案之系爭2 款手機，並據證人即簽署系爭備忘錄之王上豪證述：伊為威寶公司異業通路經理，公司要伊找通路來銷售，上訴人本來不是電信產業，公司認為上訴人有財力，可以作這個案子，因為要談合作，公司給伊方向，再跟上訴人討論，相關數字是公司給予的指示，才有辦法跟上訴人談，也是合作的細節，備忘錄逐條內容都有向公司請示，都在公司給的銷售條件內，也是在伊權限範圍，當時會同意簽，是因為公司一直未給契約書，而希望上訴人在操作時不會有遲疑等語（見原審卷一第130至132頁反面）。參以證人即被上訴人加盟通路商黃浩到庭證述：被上訴人要通路推展新手機專案時，會由業務告知基本佣金、數量獎金、手機補貼款，以口頭、書面或mail都有等語【見本院99年度重上字第287 號卷

（下稱重上卷）四第169頁反面、第171頁正反面】，足見被上訴人與通路商間銷售專案內容之約定，均透過業務為之。而王上豪為威寶公司指派與上訴人洽商此部分業務之經理人，為被上訴人所不爭執（見本院重上更一卷第96、97頁），且被上訴人亦自陳：王上豪就具體事項有無被上訴人授權，亦非上訴人所知等語（見本院重上卷二第225 頁）。則王上豪就執行威寶公司與上訴人之「除舊佈新專案」代銷業務範圍，即為有權代表威寶公司之人，是其與上訴人簽立之系爭備忘錄，自無再經威寶公司為特別授權之必要，其效力及於被上訴人。

2.被上訴人雖抗辯：兩造間依簽立之系爭代銷契約即可履行，並無再另行簽約之必要，並提出除舊佈新專案簽呈、營業通報、與其他公司間之代銷商合約書、統計表及「投奔威寶」專案公告【見臺灣士林地方法院97 年度重訴字第8號卷（下稱士院卷）第98至100頁、第170至174 頁、本院重上卷一第169至207頁、第239至242頁】為憑云云。惟查，系爭代銷契約為上訴人加入被上訴人代銷商之約定，並未就「除舊佈新專案」之手機銷售方式為具體之約定，自難逕以代銷契約為專案履約之依據。又依被上訴人提出之「除舊佈新專案」簽呈及營業通報，其記載可樂專案條碼（可搭配市售一般3G手機使用）出貨辦法如下：通路需依手機套餐出貨，威寶依出貨比例核發可樂專案條碼，手機套餐內容以及可樂專案條碼發放比例如下：（以單次出貨數計算，不得累計），50套5%、100套10%、500套15%，500 套以上，另案簽核等語。而上訴人訂購系爭2款手機數量為1萬500支，進貨1,555支，業如前述，並於95年1月4日進貨2,100 張可樂條碼，有送貨單在卷可稽（見士院卷第43頁）。上訴人所訂手機，已超過上開簽呈及通報範圍，而被上訴人出貨予上訴人可樂條碼占手機訂購數量比例20%（計算式：2,100 ÷ 10,500× 100%＝20%），並超過出貨比例，顯然與上開除舊佈新專案簽呈及通報之內容並不相符。而系爭備忘錄第7 條約定：「威寶同意發放

可樂專案條碼比例至少25%，並向長官在（再）爭取到35%，並同意若北雄下訂單1,450支手機可先提供2,100張可樂條碼以供北雄業務順利運轉」等語，被上訴人實際發放可樂條碼之數量，參照上訴人出貨1,555 支，即與系爭備忘錄之內容相符。再者，系爭備忘錄記載：「…此專案行銷時間內，由北雄專賣BenQ-S80與Motorolla-E1000（合約期間，合計手機訂購總數1萬500台）」，亦與前開上訴人訂購手機數量相符，被上訴人更自承曾以上訴人拒絕繼續提領其於94年12月28日訂講單尚餘之8,945支（計算式：10,500－1,555＝8,945）手機為由，寄發存證信函催請上訴人進貨，有95年2月10日存證信函可按（見士院卷第84頁、第108至110頁），足徵被上訴人對實際出貨履約情形知之甚詳。依被上訴人提出除舊佈新專案簽呈所附之手機價格及獎勵金額（見士院卷第100頁），表列代銷系爭2款手機部分與系爭備忘錄約定相同，惟除舊佈新專案尚有其他經銷商、加盟商及其他款手機之代銷商，而上訴人則為該專案系爭2 款手機之獨家代銷商等情，為被上訴人所不否認，足見被上訴人所提出除舊佈新專案簽呈及營業通報，僅為該專案之通案性約定，系爭備忘錄則為兩造間就「除舊佈新專案」代銷契約履行之特別約定，並基此為履行之依據。況被上訴人所提出除舊佈新專案簽呈及營業通報，亦未排除得另與代銷商為特別之約定。至其提出其他代銷商之約定及投奔威寶專案公告，與本案無關，均無從推論系爭備忘錄無存在之必要，被上訴人抗辯已簽立系爭代銷契約，無須再簽系爭備忘錄云云，即無可採。至證人即台灣大哥大業務經理王建全證述：只會與加盟店簽合約，提供專案，不會與其他通訊行簽代銷契約，在其承辦範圍，沒有與本件類似的通路等語（見原審卷一第226頁反面至227頁反面），僅係就其專案代銷經驗而言，與本件情形不同，其前開證述尚難認簽立系爭備忘錄有違反電信業者銷售慣例，附此敘明。

3.被上訴人復抗辯依系爭代銷契約書第25條第2 項約定，契約

之修訂須有合法授權人書面為之，王上豪並非公司公開資訊中，有權代表公司訂約之人，系爭備忘錄為王上豪個人所簽，自無表見代理之適用，且該備忘錄未交回公司，不知備忘錄之存在，對公司不生效力，並提出公司合約管理辦法、組織圖、公司章程及主管資料云云（見士院卷第96頁、原審卷一第143至148頁、重上卷二第44至51頁）。惟查，系爭代銷契約第25條第1項約定：本合約之附件及先前所簽訂之備忘錄等文件，均為本合約之一部分，如有牴觸者，除非雙方另有特別約定，一概以本合約之記載為準等文句（見士院卷第22頁反面），足見並未排除兩造間得另為特別約定（契約用語亦不排除以備忘錄形式為之）。況系爭代銷契約為上訴人加入威寶公司代銷商之約定，尚非具體專案之執行，業如前述，系爭備忘錄係約定專案履行內容，並非修訂系爭代銷契約書，上訴人以系爭備忘錄未依上開規定由公司有權締約之人簽立，對公司不生效力云云，尚無可採。又兩造間實際履約內容與系爭備忘錄相同，王上豪為有權代理，並非無權代理，業如前述，即無表見代理之適用，亦不因被上訴人事後否認知悉系爭備忘錄存在，而影響契約之效力。至王上豪與上訴人訂立之系爭備忘錄內容有無逾越授權範圍，被上訴人並未舉證以實其說，且縱有逾越授權，亦為被上訴人與王上豪之內部關係，非上訴人所得知悉，而被上訴人所提出合約管理辦法、公司組織圖、公司章程及主管資料，與被上訴人有無授權王上豪實際洽商締約之內容無關，被上訴人執此為辯，尚無可採。

㈢上訴人主張依系爭備忘錄第3條特別約定，只要經威寶公司審查上線而門號開通，即應支付獎金，而不得扣除詐欺件，並得請求手機補貼款、上線獎金、停留獎金，及第6條之Airtime通訊費，且其非一般通路商，不受被上訴人片面發布之公告拘束，其開通門號亦無被上訴人所稱之詐欺件之情形等語。被上訴人則抗辯縱依系爭備忘錄，仍應依代銷商佣金發放基準公告，完成門號開通、申裝書正本回送及專案同意

書黏貼威寶專案條碼或可樂條碼等正常申辦作業流程，如申裝審核後，上線日起90日內未認定詐欺件數，始不得再追究詐欺件，以開通件為其計付服務費標準，另Airtime 並非除舊佈新專案之佣金等語。就上訴人依約得請求被上訴人支付相關獎金之數量、金額為何，茲分述如下：

1.數量部分：

⑴查上訴人代銷被上訴人除舊佈新專案開通門號數為3,168 組等情，為兩造不爭執，並有被上訴人提出投奔威寶及除舊佈新專案數量明細表為憑（見本院重上卷二第73頁、重上更一卷第97頁），應以此為基礎計算開通門號數，先予敘明。

⑵次查被上訴人針對代銷商發布「代銷商佣金發放基準公告」，並於第6 點規定詐欺件之判定標準：「①無效基本資料②核對資料有誤③冒名申裝④重複盜偽案件⑤機關通報/ 申訴⑥不當得利⑦其他違反服務契約行為⑧無法連絡用戶⑨擅自變更銷售組合」等情，作為不予核發佣金之標準，有代銷商佣金發放基準公告可按（見本院重上卷二第74至75頁反面），參以證人黃浩證述：知道有詐欺件，不單純指偽造證件，還包含無效證件等等，有看過上開基準公告，這在代辦遠傳或台灣大哥大門號等均大同小異，是行之多年的慣例等語（見本院重上卷四第169 頁反面至171 頁）。觀之該詐欺件判定標準，係避免代銷商為賺取佣金，於銷售過程中所為取巧詐騙行為，且內容為電信業者審核佣金時之一般基準，尚無違公平原則。再者，系爭備忘錄第3 條亦約定：「…但若Fraud（即詐欺）件如依照…」等語，足見上訴人對於有上開代銷商基準公告之詐欺件扣除標準，知之甚詳，否則何以於系爭備忘錄中記載相關名詞。況上訴人即為被上訴人之代銷商，業如前述，是被上訴人抗辯本件核佣有上開基準公告之適用，自堪採信。上訴人以：證人黃浩並非代銷除舊佈新專案之通路商，無法證述兩造間之約定，該公司為被上訴人片面發布，其非一般通路商，而不受拘束云云，即無可採。

⑶又查系爭代銷契約第4 條第2 款約定：「乙方必須按甲方規

範之商品組合在市場出售，不得將商品分拆出售或調換組合中的任何項目或配備」、第13條約定：「乙方代辦甲方之門號，甲方應支付乙方合理之報酬，實際報酬金額，依甲方之公告、甲方促銷專案之規定及乙方承辦之業務績效辦理」。依被上訴人所提出之「除舊佈新專案」簽呈及營業通報，該專案係採「專案手機＋威寶門號」及「其他市售一般手機＋威寶門號」銷售，後者應有被上訴人發給之「可樂專案條碼」，此亦為上訴人所不爭執（見本院卷二第156 頁），且查系爭備忘錄亦無就此專案銷售方式為相異之特別約定。是上訴人倘未依上開方式銷售，即屬違反系爭代銷契約、除舊佈新專案之簽呈及營業通報之銷售方式。而上訴人未按被上訴人規範商品組合在市場出售，亦同時符合前述基準公告詐欺件第9 點變更銷售組合之規定，此亦據證人黃浩證述：如因促銷專案必須與專案手機與門號一併銷售，就應該要給消費者規定之專案手機，如果不給該專案手機就不核佣，這是改變銷售組合等語明確（見本院重上卷四第171 頁），故被上訴人抗辯上訴人倘未依上開專案方式銷售即屬詐欺案件，不予核佣等語，即屬可採。

⑷查上訴人向威寶公司實際進貨系爭2 款手機共1,555 支，尚餘甲手機388 支、乙手機231 支，共619 支，經兩造清點確認（見本院重上更一卷第177 頁反面），而兩造亦不否認上訴人於除舊佈新專案時始進貨系爭2 款手機等情（見本院卷二第133、134 頁），參諸系爭備忘錄第9點記載：「…威寶其他通路不得出售此兩款手機，除非向北雄進貨」等語，足見由上訴人銷售專案所實際交付之系爭2 款手機至多僅有936支（計算式：1,555－619＝936），被上訴人抗辯上訴人所銷售門號符合專案手機搭配門號者至多為936 門等語，應可採信。至可樂條碼部分，則經被上訴人統計上訴人繳回之申請書，亦僅有5 份貼有可樂條碼，有被上訴人提出開通門號專案名稱及手機型號對照表（見本院重上卷一第220 頁、第222頁反面、第233、234、238頁），上訴人對此形式上真正

並不爭執（見本院重上卷四第115頁反面）。則被上訴人抗辯上訴人所開通門號中，符合以可樂專案條碼搭配其他市售一般手機銷售之方式，應為5門等語，亦屬可採。被上訴人抗辯上訴人其餘開通之門號，既未交付專案手機、亦未黏貼可樂條碼，共2,227組（計算式：3,000－000－0＝2,227）屬變更銷售組合，依前揭說明，被上訴人以上訴人違反約定，應予扣除，不得請求核佣等語，即屬可採。

⑸上訴人雖主張被上訴人為減輕其資金及庫存壓力，而將系爭2款手機授權上訴人獨家代銷，特別承諾門號開通即核佣，於系爭備忘錄第3條但書約定排除詐欺件扣款。其下游承銷商詠旭電信股份有限公司（下稱詠旭公司）及力承整合行銷股份有限公司（下稱力承公司）為被上訴人原有承銷商，並由被上訴人派員審核開通門號，自無扣除之理。且被上訴人事後拒絕收受申請書，上訴人銷售方式均依專案辦理，並未變更銷售組合。未取得手機與變更銷售組合並不相同，況王上豪取借1,460張可樂條碼，致上訴人無可樂條碼可黏貼於申請書上，亦不得以詐欺件扣除云云。惟：

①查系爭備忘錄第3條雖約定：「經雙方同意，手機補貼款5,000元，上線獎金386型1,500元，586型2,500元，停留獎金386型1,000元，586型1,500元。但若Fraud件如依照正常程序申請，經威寶審查上線後則此獎金照發，不得扣北雄獎金」等語，惟觀諸系爭備忘錄前言以：「…合計手機（即系爭2款手機）訂購總數（1萬500台）」、第7條則以：「威寶同意發放可樂專案條碼比例至少25%，並向長官在（再）爭取到35%，並同意若北雄下訂單1,450支手機可先提供2,100張可樂條碼以供北雄業務順利運轉」等語，業如前述，由契約前後文觀之，其獎金照發係建立在上訴人訂購全數手機屬實、因此給予手機比例相當之可樂條碼，使其得以前述方式為組合銷售，並基此數量計算開通件數，上訴人得取得此專案之獎金，而於文句中仍保留「依正常程序申請」等語，即非正常程序則縱然審查上線，仍不核發獎金，

上訴人主張備忘錄約定已排除扣除詐欺件云云，尚難遽信。

②況查，上訴人雖訂購1萬500支手機，被上訴人因此依系爭備忘錄第7條約定，先提供2,100張可樂條碼予上訴人等情，業如前述。惟上訴人於進貨1,555支手機後，即未再依約向被上訴人進任何手機，為上訴人所不爭執，王上豪並於95年1月27日收回1,640張可樂條碼，亦有簽收單可按（見士院卷第56頁），是上訴人所餘可樂條碼數量為460張（計算式：2,100－1,640＝460），占其出貨手機比例約30%（計算式：460÷1,555×100%≒30%），亦徵係按上訴人手機進貨比例調整所得配發可樂條碼之數量（即通路商得享搭配任何手機，開通後門號仍得比照專案手機請領佣金），是王上豪收回可樂條碼，即與兩造約定相符。況上訴人於王上豪收回可樂條碼，亦未有任何保留意見，且未說明其收受之可樂條碼是否均已全數用盡，事後改稱係因王上豪收回可樂條碼，致伊無從黏貼可樂條碼於申請單上，而不得扣除開通件數云云，自無可採。至簽收單上雖為「借調」用語云云，要不影響兩造間對於可樂條碼由王上豪依約取回之真意，附此敘明。

③再查，力承公司銷售除舊佈新專案系爭2款手機係以多層次傳銷方式為之，固為兩造所不否認。然以多層次傳銷方式，與履行兩造間約定上開專案之銷售方式，並非不能併存之銷售方式。然而，力承公司及其會員以未取得佣金、手機等為由申訴，而引發消費糾紛，上訴人經被上訴人催促履行進貨義務以交付消費者手機，上訴人仍拒絕進貨，有兩造間往來存證信函、受害申報戶申訴文、傳銷制度表、申辦客戶名單、力承公司存證信函可按（見士院卷第105至143頁），且上訴人實際亦未將已進貨之手機交付承銷商及消費者，而仍有剩餘，業如前述，則對於以此方式開通門號之消費者而言，上訴人既未給付承銷商及消費者專案手機，自僅能以其他手機交付以為履約，於本件自無礙於認定屬於變更銷售組合，而為應扣除之詐欺件無訛，上訴人抗辯未取得手機，非變

更銷售組合，其銷售並未變更銷售組合而無違約云云，即無可採。至被上訴人有無違反對上訴人依系爭備忘錄之約定，與上訴人對承銷商及消費者應為履約之義務，實屬二事，且上訴人已向被上訴人請求債務不履行之損害賠償（詳後述），是上訴人復抗辯其下游詠旭公司及力承公司為被上訴人原有通路商，由被上訴人派員審核開通門號，被上訴人即應核佣云云，自無可採。是上訴人所提出詠旭公司、力承公司申訴函、經被上訴人人員方志賢審核發放佣金明細表等件，及證人方志賢證述確有審核開通，但未確認是否發放佣金等語（見原審卷一第72至77頁、本院重上卷三第3 至23頁、第162 頁），僅能證明被上訴人有審核門號開通，尚無從作為上訴人得請求被上訴人核佣之數量依據，併此敘明。

⑹其他應予扣除不得核佣數量之認定：

被上訴人雖稱本件尚需扣除申裝書未送回、消費者未取得USIM卡，及前述其他詐欺案件，包括無基本資料、核對資料有誤、冒名申辦、聯絡電話或地址查無此人（申裝資料不實）遭退件等案件應予扣除云云，均為上訴人所否認。則於開通後應扣除件數之事實，依舉證責任之分配，自應由被上訴人負舉證責任。惟查：

①證人即上訴人業務副理張耀元證述：最後消費者的申請書正本需要送回被上訴人公司，我們只留影本。過年後被上訴人推另一個案件，我們的案子無法推了，我們向被上訴人反應後，被上訴人就不收我們的文件，送了也不收，好像是被上訴人不承認我們這個案件等語（見本院卷一第202 頁、第203 頁反面），與前述被上訴人否認系爭備忘錄效力情形相符，足見上訴人未送回申裝書等致程序未備等情，為被上訴人拒收，並非上訴人未履約至明。是被上訴人以上訴人未依代銷商佣金發放基準公告，上線60日內回送申裝書、被上訴人於上線日90日內審核非屬詐欺件後，始得發放佣金，是其未收受之申裝書1,092 份，不予核佣云云，即無可採。

②被上訴人抗辯開通門號中，經電訪後因申裝書未送回、未取

得USIM卡，分別於95年4月間拆機2,863組，雖提出自行整理之表格為據（被上訴人所編被上證13，見本院重上卷二第271至306頁），上訴人則否認其真正。證人即時任被上訴人風險管理部經理乳國煌到庭證述：當時主管有懷疑門號是不正常開通，就有請同仁進行外撥，伊有彙整一份表格給主管，是由主管決定門號應該如何處理，不是伊有權可以參與的。公司因此寄發終止合約書，但伊未參與終止合約書之製作。伊也沒有與客戶直接接觸，被上證13的表格並非伊當時所做，應該有被修整過等語（見本院重上卷三第162頁反面），復參以被上訴人於95年4月11日以內湖江南郵局586號存證信函催告上訴人履約時稱：外撥上訴人代辦門號，有2,647門號異常狀態，其中大部分用戶未取得手機，其餘疑似冒名申裝：用戶否認曾申辦門號、撥打電話無人接聽、曾表示不願申辦卻仍被開通等語（見士院卷第141至143頁、本院重上卷三第264至278頁），於爭議發生時被上訴人所稱查訪異常門號數與其事後所稱拆機數量已不相符，足見上開表格為被上訴人單方製作，且經被上訴人自行修改，是否與撥打電話內容相符，已非無疑，而被上訴人撥打電話訪查內容實際為何，拆機理由為何，亦不得而知，而消費者終止合約之理由多端，亦有可能出於對服務品質不滿、其他市場競爭結果等，自不得以開通門號經拆機云云，即逕認確屬詐欺件數而全數扣除。

③被上訴人雖提出寄發予用戶，而經用戶回收之終止合約申請書，被上訴人原表示為889件，並因無法送達而退回100件，其中53件與本專案相關，復單方整理為拆機名單（見本院重上卷三第262頁反面、卷四第5頁反面、第8至15頁、第104至109頁）等語。嗣被上訴人另提出終止合約書5件及未辦門號聲明書39件，補稱：係事後催繳帳單時，消費者始至門市填具之聲明書云云（見本院重上更一卷第145頁反面），惟上訴人亦否認其真正。經傳訊填載聲明書之人到庭，其中證人陳源青、詹淑萍、蘇明富、王維達、柳文嘉均到庭

證述確為其所填載（見本院卷一第120頁反面、121頁正反面、123 頁正反面），而屬真正。堪認被上訴人確有提供該等聲明書供未辦門號之用戶填載，且於被上訴人無法知悉證人是否到庭之情況下，而到庭之證人均已證述確有填載，其餘填載聲明書之人雖未到庭，仍可推認被上訴人所提出之聲明書應非虛妄。惟證人陳源青、詹淑萍均證稱：之前有辦門號送手機，簽一簽、填一填後送到朋友那，他們說沒有送手機，就沒有辦了，但朋友說資料不在他那裡，沒辦法還身分證影本，後來門市寄通知要繳費用，就填寫該聲明書，到庭看了才知道門號等語；證人蘇明富證述：當初威寶說網內互打免費，朋友叫我申請1 支，後來沒有拿手機也沒有申請，因為朋友說沒送手機了，就叫我填未辦門號聲明書等語，足見陳源青、詹淑萍、蘇明富並未取得手機。而證人王維達則證述：之前身分證、駕照等證件不見了，可能被人拿去申辦門號，後來被通知要繳門號費用，才填這張聲明書等語；證人柳文嘉亦證述：有一次要去威寶辦門號，他們說有辦過這個門號且沒有繳費，我說不知道為何有這個門號，門市就讓我填這張聲明書，曾有將雙證件交給前夫，不確定他有沒有拿去辦等語（見本院卷一第121反面至124頁）。而其餘填載聲明書之人經傳訊並未到庭，江月品之子廖大慶具狀表示江月品不知道有申辦此門號等語、羅旺奎則具狀表示曾掉過健保卡、身分證，不知道有這個門號，也沒收過電話費帳單等語（見本院卷一第102、107頁），則王維達、柳文嘉、江月品、羅旺奎除遭冒名申辦外，其本人亦未拿到手機，惟究為何人冒用其名義等則均屬未明。是被上訴人所提出之未申辦門號聲明書，與其所稱詐欺緣由是否相同、有無複數事由，即不明確，自不得逕以此統計後之數字逕予扣除。而前述被上訴人所寄發予消費者填載並回收之終止合約申請書，其上僅有「遭冒名申請」、「未曾拿到手機」、「有拿到手機」、「未拿到或已退還USIM電話卡」、「有拿到USIM」、「其他」等勾選或填載之欄位（見本院重上卷三第27 至93 頁）。

而寄回之終止合約書有部分並未勾選或填載任何事由，為被上訴人所不否認，則被上訴人所據以統計終止合約書所填載之事由是否與其所稱詐欺內容相符，已非無疑。況且，消費者遭冒名申辦開通門號、或填載不實內容，有可能是未取得USIM卡或已退還而仍開通門號，亦可能未取得手機，是終止合約書所填載之事由，並無法確認與被上訴人所述詐欺情狀相符，更無法確認有無與前述已扣除未取得手機之件數有無重複，是被上訴人以終止合約書、未辦門號聲明書，稱尚應扣除冒名申辦詐欺件87件、無效基本資料（即地址資料不實遭退件）43件，其他未欠費、未拿到或已退還USIM卡379 件等云云，尚難採憑。

⑺是被上訴人抗辯除應扣除前述變更銷售組合件數外，尚有未依約完成核佣條件、消費者未取得USIM卡，及前述其他詐欺案件云云，未能舉證以實其說，依前揭舉證責任之分配，自難認可採。故本件上訴人得請求核佣之門號應為941 組（計算式：3,168 －2,227 ＝941 ）。

2.上訴人得依系爭備忘錄請求核佣之金額部分：

⑴手機補貼款部分：依系爭備忘錄第3 條之約定，被上訴人應給付開通門號每支給付手機補貼款5,000 元，上訴人得請求941 組門號之手機補貼款為470 萬5,000 元（計算式：5,000 × 941 ＝4,705,000 ）。

⑵上線獎金及停留獎金部分：查除舊佈新專案分為月租費386 元及586 元2 型，依系爭備忘錄第3 條約定，386 型、586 型之門號，上訴人得請求之上線獎金依序為1,500 元、2,500 元；停留獎金則依序為1,000 元、1,500 元。查前述黏貼可樂條碼搭配其他手機之5 組門號，4 組月租費為386 元、1 組月租費均為586 元，有前述開通門號專案名稱及手機型號對照表可按。參照被上訴人所述其拆機2,863 組並未包括月租費386 型，而所餘305 組中，僅13組月租費為386 型，比對其中4 組為前開以可樂條碼搭配其他手機之門號（即0000000000、0000000000、0000000000、0000000000號，見本

院重上卷四第215頁反面）。被上訴人所稱其餘9組是否即為有取得專案手機之門號，雖無從確知，然該9組門號既未經拆機、終止合約，足認並無消費糾紛，應可推認其開通與申裝書所載內容相符，是被上訴人認此9組亦應依386型計算獎金，即屬可採。上訴人得請求核佣之門號中386型為13組，餘586型為928組（計算式：941－13＝928）。依此計算上訴人得請求之上線獎金為233萬9,500元（計算式：1,500×13＋2,500×928＝2,339,500）、停留獎金為140萬5,000元（計算式：1,000×13＋1,500×928＝1,405,000）。被上訴人雖抗辯依除舊佈新專案簽呈及通報規定，停留獎金需消費者正常繳3個月帳單始得發放云云，惟系爭備忘錄之特別約定並無此期間之限制，被上訴人執此作為拒發停留獎金之事由，亦無可採。

㈢Airtime通訊費部分：查系爭備忘錄第6條約定，Airtime未定，但約可達到總通訊費的5%，另含配件包等情，有系爭備忘錄可按（見士院卷第31頁）。此為除舊佈新專案簽呈及通報未有之約定，足見Airtime通訊費為系爭備忘錄之特別約定，上訴人請求被上訴人依系爭備忘錄之約定為給付，即屬可採。又所謂Airtime係指「空時費」，即空中通訊時間所累積計算之費用，被上訴人稱之為「通話費」、「通訊費」，雖與月租費定義並不相同。然衡諸常情，手機月租費為每月最低應繳之基本費，如實際通話費高於月租費，應按實際通話費繳納，若實際通話費未達月租費，消費者仍應繳付此基本之月租費，月租費通常為消費者衡量自己需求所為之選擇，與實際通話費尚屬相當，是上訴人僅請求按月租費計算，而非按實際通話費為請求，尚非無據。被上訴人抗辯其約定尚未具體特定云云，尚無可採。況被上訴人曾多次具狀表示縱認得請求按開通門號型號，以通話費之5%，按1年（即12個月）計算方式，亦未有異議等情（見本院重上卷二第269頁反面、卷四第157頁反面、第251頁正反面），且上訴人銷售開通之門號，距上訴人96年12月21日起訴時，已滿1

年，有起訴狀上法院收文戳章可按（見士院卷第7頁），是上訴人主張得請求1年之Airtime通訊費：32萬9,296元（計算式：386×5%×12×13＋586×5%×12×928＝329,296，小數點以下四捨五入），應屬可採。至被上訴人於101年7月始提出除舊佈新專案開通門號中如期繳納至95年3月、4月、5月之客戶明細表、未按期繳納帳單之客戶明細表及帳單影本，均經上訴人否認真正，被上訴人亦未提出任何證據證明其真正，且至多僅能說明被上訴人自行核定之當期帳款，難認有任何可作為扣減上訴人請求Airtime通訊費之證據，附此敘明。

3.小結，上訴人得依系爭代銷契約、系爭備忘錄請求被上訴人給付之金額為877萬8,796元【計算式：4,705,000（手機補貼款）＋2,339,500（上線獎金）＋1,405,000（停留獎金）＋329,296（Airtime通訊費）＝8,778,796】。

㈣上訴人主張：因被上訴人於95年1月19日推出「破壞行情專案」，違反系爭備忘錄第10條約定，致伊代銷「除舊佈新專案」業務停滯，受有庫存手機損害，依債務不履行之法律關係，請求被上訴人賠償損害等語。被上訴人則抗辯：伊推出之專案並不影響上訴人代銷系爭2款手機，難認受有損害，縱得為請求，亦應扣除庫存手機殘值為損害相抵，且上訴人亦與有過失等語。查：

1.依系爭備忘錄約定：「…行銷期間原則至95年1月31日止…由北雄專賣（系爭2款手機）…威寶電通專賣Motorolla-E770，Sony Ericsson-Z800i（即丙手機）此兩型全部手機，威寶電信自售東訊WINII-F868與WINII-F860，各方遵守專案價格以避免市場擾亂」等語，並於第10條約定：「於約定合約期內，威寶同意不會有任何促銷活動影響北雄的商品價值以及銷售條件」等語，而各款手機價格亦由除舊佈新專案簽呈所附手機價格及獎勵金額表詳列明確，業如前述，明定各通路商市場區隔，為被上訴人與各通路商之約定，基此為信賴之基礎。依該表所示，甲手機、乙手機、丙手機出貨價依

序為1 萬3,690 元、1 萬2,890 元、1 萬4,790 元，專案售價依序為1 萬1,800 元、1 萬800 元、1 萬1,800 元（見士院卷第100 頁），上訴人稱丙手機優於甲、乙手機，且為同一市場，具競爭性，即非無據。詎被上訴人於95年1 月19日推出破壞行情專案，將丙手機以6,990 元出售，且附送價值同額之通話費，有該專案廣告單可證（見士院卷第44頁），將丙手機降半價，並形同免通話費，消費者自不會以較高價格向上訴人購買等級較低之手機，衡之常情，該破壞行情專案銷售價格及優惠條件，當會壓縮系爭2 款手機依除舊佈新專案銷售情形。而證人王上豪亦證述：獨賣就是不可以影響通路銷售，所以才會簽備忘錄第10條，但當時破壞行情專案，已影響上訴人銷售，有去向被上訴人爭取應該要補償上訴人等語（見原審卷一第130 頁反面、第131 頁）。足見被上訴人推出上開專案，確且已違反系爭備忘錄第10條約定，並致系爭2 款手機喪失市場競爭力，上訴人主張被上訴人有債務不履行等語，自堪認定。又衡情市場反應銷售狀況本非即時，且消費者申辦門號至門號開通亦非同日，此有上訴人引據被上訴人提出開通日期表及提出之申請書影本為憑（見本院重上卷一第208至238頁、重上卷二第29至37頁反面），尚非無據，是被上訴人以破壞行情專案推出後，上訴人仍持續有開通門號，而否認違約造成上訴人無法銷售云云，即無可採。

2.又被上訴人所推出破壞行情專案，致使上訴人買進之甲手機、乙手機，喪失市場競爭性，而上訴人買進甲手機、乙手機即專為履行與被上訴人之約定，業如前述，是其主張因被上訴人上開債務不履行之行為，致其無法再銷售，其購入甲手機、乙手機之支出，即為其損害，應屬可採。被上訴人抗辯上訴人未受有損害，則無可採。又上訴人庫存甲手機388 支、乙手機231 支，業如前述；甲手機、乙手機進貨價格依序為1 萬3,690 元、1 萬2,890 元，上訴人購入甲手機、乙手機貨款已支付完畢，亦為兩造所不爭執（見本院卷二第148

頁），是上訴人所受損害為8,289,310 元（計算式：13,690 × 388 ＋12,890× 231 ＝8,289,310 元）。被上訴人雖抗辯應扣除每支手機補助款5,000 元云云，惟查，此手機補助款為上訴人得請求被上訴人核佣時，向被上訴人請求給付，並非手機成本與上訴人購買手機之價差。況因上訴人未交付手機而經認定屬變更銷售組合之詐欺件而不得請求核佣，業如前述，被上訴人抗辯每支手機應扣除5,000 元云云，即無可採。

3.被上訴人抗辯縱有損害，應扣除庫存手機殘值為損害相抵等語。查上訴人庫存之甲手機、乙手機既未交付消費者，自進貨後即發生本件爭執，應屬新品，與拆封與否無關，被上訴人抗辯拆封即折舊云云，尚嫌無據。又兩造得各自於網路上查得系爭2 款手機相關之價格訊息，有兩造列印之網頁畫面為憑（見本院重上更一卷第134、135頁、本院卷一第30頁反面、第33頁、第129、130頁），足見甲手機、乙手機物理上客觀存在，尚非完全毫無價值，上訴人主張殘值為零云云，尚非可採。然上訴人查得之資料頁面為94年5月、7月，被上訴人查得之甲手機價格於95年9月12日依序為6,210元、97年2月9日3,860元、乙手機價格於95年4月11日11,232元、96年12月25日5,500元，距今時日已久，且均無相應成交之價格，被上訴人認應以此作為殘值價格或折數，亦屬無據。又本院曾送多家鑑定機構為鑑定，中華電信研究院、財團法人資訊工業策進會均表明未提供此等鑑定服務，首機網路股份有限公司則以：因手機已停產多時，且時間久遠，目前已無法提供上述資訊之資料佐證（見本院卷二第50頁、73、94頁）。財團法人中華工商研究院工商法學鑑識研究院雖曾覆以：96年起智慧型手機上市，各廠牌、機種不定期推陳出新不同無線通訊器材，形成產品生命週期縮短，僅能就公開歷史價格情報進行查詢，或尚需對特定對象進行公開市場價格調查，或以其他方案蒐進取得公開價格情報，在未進行初步分析前，無法提供精確確定方式、費用等語，惟被上訴人已表明

對該機構是否具專業及可觀性為質疑，而不同意再送該機構鑑定，而上訴人仍堅稱無殘值而亦未請求再送鑑定（見本院卷二第21、22、149、264、272頁），並考量該機構亦無法確認能否鑑定，而無再送鑑定之必要。審酌前述「破壞行情專案」廣告中有：憑舊手機換新手機可抵1,000元等文句，認1,000元與一般手機因應市場推陳出新後，成為舊機型之抵償價格相當，且上訴人亦表示殘值不應超過此金額等語（見本院卷二第482、485頁），認以此金額計算手機庫存殘值而予以扣除，應屬可採。是被上訴人得請求扣除手機殘值為61萬9,000元（計算式：1,000× 619＝619,000）。

4.被上訴人於95年1 月19日推出破壞行情專案，而違反備忘錄約定，造成系爭2 款手機市場價值下跌，被上訴人抵償金額減少，非上訴人損害有擴大，且上訴人就損害之發生亦無過失，況上訴人旋於95年4 月19日以存證信函通知被上訴人取回手機等情，業據其提出95年4 月19日之存證信函為憑（見本院卷一第131 頁），系爭2 款手機損害發生，係被上訴人行為所導致，被上訴人抗辯上訴人與有過失云云，即無可採。

5.是上訴人得依債務不履行之規定，請求被上訴人賠償之金額為767 萬310 元（計算式：8,289,310 元－619,000 ＝7,670,310 ）。

四、綜上所述，上訴人依系爭代銷契約、系爭備忘錄之約定，得請求被上訴人給付手機補貼款、上線獎金、停留獎金、Airtime 通訊費合計877 萬8,796 元；另上訴人依債務不履行之法律關係，得請求被上訴人賠償767 萬310 元，共計1,644 萬9,106 元（計算式：8,778,796 ＋7,670,310 ＝16,449,106）。又上訴人前開給付，均屬無確定期限之給付，起訴時原僅請求債務不履行之損害賠償，其利息應自起訴狀繕本送達翌日，即97年1 月16日（見士院卷第66頁），上訴人請求自同年月18日起算法定遲延利息，並無不合。而依系爭代銷契約及備忘錄請求相關費用部分，則於102 年2 月21日民事

綜合辯論意旨狀才請求，應自送達翌日，即同年月22日（見本院重上卷四第258 頁）起算法定遲延利息。從而，上訴人請求被上訴人給付1,644 萬9,106 元，其中767 萬310 元，自97年1 月18日起至清償日止，其餘877 萬8,796 元，自102 年2 月22日起至清償日止，均按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許，逾此部分之請求，為無理由，不應准許。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，及駁回該部分假執行之聲請，尚有未洽，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第二項所示。至於上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴判決，及駁回該部分假執行之聲請，尚無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回此部分上訴。又上訴人勝訴部分，兩造均陳明願供擔保聲請准、免假執行之宣告，經核均無不合，爰分別酌定相當之擔保金額准許之。至於上訴人於本院更一審時依債務不履行之法律關係，追加請求被上訴人另給付24萬7,220 元，及自105年1月12日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為無理由，不應准許。其假執行之聲請，亦失所附麗，應併予駁回。

五、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所用證據，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。

六、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，追加之訴為無理由，依民事訴訟法第463 條、第450 條、第449 條第1 項、第79條、第390 條第2 項、第392 條第2 項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　28　　日

民事第十庭

審判長法　官　黃嘉烈

法　官　邱　琦

法　官　陳筱蓉

正本係照原本作成。

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　5　　月　　29　　日

書記官　陳珮茹

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。但上訴人或其他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。