臺灣高等法院民事判決

107年度上字第992號

上　訴　人
即被上訴人　張秉仁
訴訟代理人　何乃隆律師
被上訴人即
上　訴　人　怡政工程行
兼　上一人
法定代理人　李橋生
被上訴人即
上　訴　人　張雅雯
共　　同
訴訟代理人　謝凱傑律師
複　代理人　黃聖珮律師

上列當事人間請求給付材料款等事件，兩造對於民國107 年6 月15日臺灣臺北地方法院106 年度訴字第4862號第一審判決各自提起上訴，上訴人即被上訴人張秉仁並為訴之追加，本院於108 年1 月23日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

原判決關於命李橋生、張雅雯連帶給付部分，及該部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判均廢棄。

上開廢棄部分，張秉仁在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

張秉仁之上訴及追加之訴、怡政工程行之上訴均駁回。

第一、二審（含追加之訴）訴訟費用，關於張秉仁上訴、追加之訴部分，由張秉仁負擔；關於怡政工程行、李橋生、張雅雯上訴部分，由怡政工程行負擔二分之一，餘由張秉仁負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按於第二審為訴之追加，非經他造同意，不得為之，但請求之基礎事實同一者，不在此限，民事訴訟法第446 條第1 項、第255 條第1 項第2 款定有明文。上訴人即被上訴人張秉仁（下稱上訴人）就新臺幣（下同）193 萬2000元本息之請

求（詳如後述），原僅以民法第184 條第1 項前段作為請求權基礎（見原審卷第112 、136 頁），嗣於提起上訴後，追加依民法第226 條第1 項規定為請求（見本院卷一第163 頁）。被上訴人即上訴人怡政工程行、李橋生、張雅雯（下合稱被上訴人，分稱其商號名稱、姓名）雖表示程序上不同意追加（見本院卷一第163 頁），惟上訴人追加之訴與原訴之原因事實、主要爭點均相同，證據資料得相互援用，兩造於訴訟中復就該追加之訴為實體攻防，無害被上訴人之程序保障，符合基礎事實同一之追加要件，應予准許。

二、未於準備程序主張之事項，於準備程序後行言詞辯論時，不得主張之；當事人於第二審不得提出新攻擊或防禦方法，為民事訴訟法第463 條準用第276 條第1 項、同法第447 條第1 項所明定。被上訴人於第二審準備程序後行言詞辯論之日，當庭提出民國104 年7 月1 日至106 年7 月31日間（見本院卷二第11頁）之會計憑證等資料（見本院卷二第13至1335頁），主張怡政工程行曾為上訴人代墊諸多款項，得依無因管理之法律關係求償260 萬1859元云云，並為抵銷抗辯（見本院卷一第285 頁；本院卷二第7 至9 頁）。查上訴人係於106 年11月21日提起本件訴訟（見原審卷第3 頁），其間歷經第一審3 次言詞辯論期日及本院3 次準備程序期日，被上訴人從未提及該項抗辯內容，且表示無證據請求法院調查（見原審卷第108 、137 、171 頁；本院卷一第127 、167 、240 頁），被上訴人陳稱只是補充攻擊防禦方法（見本院卷一第285 頁），難認可採；而被上訴人所云事實發生於起訴之前，提出之證據資料早已存在，無不能即時提出之問題，參酌被上訴人對於上訴人於原審所整理，內含代墊款等相關金額之收支明細表（見原審卷第123 至127 頁），未曾爭執過真實性，上訴人指摘被上訴人逾時提出攻防、延滯訴訟，確屬有據。本件不符得於第二審言詞辯論期日提出新攻擊防禦之例外規定，爰依民事訴訟法第447 條第3 項規定，駁回被上訴人所為抵銷之抗辯。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：上訴人與李橋生、張雅雯合夥經營之怡政工程行於104 年7 月10日簽立合作契約書（下稱系爭契約），約定由上訴人向怡政工程行借牌，承接訴外人聯鋼營造工程股份有限公司（下稱聯鋼公司）之材料採購案（下稱系爭採購案），怡政工程行得扣除聯鋼公司支付之款項8 %（含稅）作為利潤，餘款應立即轉交上訴人。嗣怡政工程行與聯鋼公司就材料買斷事宜進行協調，議定聯鋼公司應給付怡政工程行因不行使材料買回權之補償費373 萬3274元（未稅），聯鋼公司業於106 年7 月20日給付其中之173 萬3274元（未稅）部分（下稱已付補償款），詎怡政工程行竟拒不將該款項之92%轉交上訴人；另怡政工程行前有拒絕給付上訴人款項經強制執行之紀錄，上訴人已對該373 萬3274元之餘額（下稱未付補償款）聲請扣押在案，怡政工程行顯無給付之可能，此乃怡政工程行違約在先所致。為此就已付補償款部分，依系爭契約第1 條約定或民法第179 條規定，擇一請求怡政工程行給付167 萬4343元（計算式：173 萬3274元x 1.05x 92%）本息；就未付補償款部分，依民法第184 條第1 項前段或第226 條第1 項規定，擇一請求怡政工程行給付193 萬2000元（計算式：200 萬元x 1.05x 92%）本息。因怡政工程行已無財產，併依民法第681 條規定，請求李橋生、張雅雯就各該債務負連帶責任。

二、被上訴人則以：系爭契約第6 條約定，上訴人應以自有資金購買系爭採購案所需材料，惟上訴人違反是項約定，致怡政工程行不得不墊付購買材料之款項，依系爭契約第9 條第1 項之約定，系爭契約視同解除，怡政工程行無依系爭契約給付上訴人款項之義務。退步而言，縱認怡政工程行仍應依系爭契約之約定履行，聯鋼公司迄未給付怡政工程行未付補償款之款項，怡政工程行無從轉交上訴人。況上訴人請求怡政工程行給付款項之債權，非屬民法第184 條第1 項前段所稱權利，且該債權仍然存在，上訴人未受有侵害；而無資力給

付或給付困難，非屬給付不能，該債權現遭上訴人扣押，怡政工程行亦非因可歸責於己之事由未為給付，上訴人依民法第184條第1項前段、第226條第1項規定為此部分請求，俱屬無據。再者，系爭採購案之營業稅係由怡政工程行依法繳納，系爭契約就上訴人可分得之款項既未約定應含稅，上訴人請求怡政工程行給付之款項，自不應含稅，至多為159萬4612元（計算式：173萬3274元x 92%），及184萬元（計算式：200萬元x 92%）。此外，依據兩造間他案判決之認定，怡政工程行之財產足以清償所負債務，怡政工程行對聯鋼公司並有未付補償款200萬元之債權存在，上訴人尚不得依民法第681條規定，請求李橋生、張雅雯就各該債務負連帶責任等語，資為抗辯。

三、原審判決如下，並依兩造之聲請，就上訴人勝訴部分宣告准、免假執行（見本院卷一第7頁）：

（一）被上訴人應連帶給付上訴人167萬4343元，及自106年12月7日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

（二）上訴人其餘之訴駁回。

四、上訴人就其敗訴部分提起上訴，聲明（見本院卷一第281、282頁）：

（一）原判決關於駁回上訴人後開第2項之訴部分，及該部分假執行之聲請均廢棄。

（二）被上訴人應連帶給付上訴人193萬2000元，及自追加起訴狀繕本送達翌日即107年1月12日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

（三）願供擔保，請准宣告假執行。

被上訴人答辯聲明（見本院卷一第282頁）：

（一）上訴駁回。

（二）如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

被上訴人亦就其敗訴部分提起上訴，聲明（見本院卷一第282頁）：

（一）原判決關於命被上訴人給付部分，及該部分假執行之宣告

均廢棄。

（二）上開廢棄部分，上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人答辯聲明（見本院卷一第282 頁）：

上訴駁回。

五、兩造不爭執事項（見本院卷一第234 、235 頁，並由本院依相關卷證為部分文字修正）：

（一）怡政工程行為合夥組織，其合夥人為李橋生、張雅雯。

（二）上訴人與怡政工程行於104 年7 月10日簽立系爭契約，約定由上訴人向怡政工程行借牌，用以承接聯鋼公司之系爭採購案。

（三）依系爭契約第1 條約定，怡政工程行可得之借牌費用為簽約總金額8 %（含稅），此費用自聯鋼公司付款予怡政工程行之款項扣除後，餘款即簽約總金額92%應立即轉交上訴人，該款項包含上訴人購料資金及利潤。

（四）怡政工程行與聯鋼公司於106 年3 月3 日協議，約定：「怡政同意依雙方合約規定，即日起由聯鋼買斷相關重架材料，相關重架材料所有權由聯鋼所有，買斷費用共373 萬3274元整」、「因怡政其協力廠商與本公司尚有官司爭議，怡政同意聯鋼先行支付173 萬3274元，其餘200 萬元待前述爭議判決後，再行支付，上述費用待聯鋼公司呈核後，再行辦理後續事宜」。

（五）聯鋼公司於106 年7 月20日給付怡政工程行已付補償款含稅計181 萬9938元（計算式：173 萬3274元x 1.05）。

（六）聯鋼公司迄未給付怡政工程行未付補償款。

六、本院就兩造爭執事項之判斷：

（一）上訴人得依系爭契約第1 條約定，請求怡政工程行給付已付補償款之92%：

上訴人與怡政工程行於104 年7 月10日簽立系爭契約，由上訴人向怡政工程行借牌，承接聯鋼公司之系爭採購案，依系爭契約第1 條約定，怡政工程行可得之借牌費用為簽

約總金額8％（含稅），此費用自聯鋼公司付款予怡政工程行之款項扣除後，餘款即簽約總金額92％應立即轉交上訴人，嗣怡政工程行因系爭契約之故，與聯鋼公司於106年3月3日協議買斷相關重架材料，金額373萬3274元，聯鋼公司業於106年7月20日給付怡政工程行已付補償款含稅計181萬9938元等情，為兩造所不爭執（兩造不爭執事項第2至5項參照），上訴人自得依系爭契約第1條約定，請求怡政工程行給付已付補償款之92％。

（二）上訴人無從依民法第184條第1項前段或第226條第1項規定，請求怡政工程行給付未付補償款之92％：

上訴人不否認聯鋼公司迄未給付怡政工程行未付補償款（兩造不爭執事項第6項參照），且自承已將未付補償款全數聲請扣押在案（見本院卷一第238頁），聯鋼公司既未以任何方式給付該款項，不符前述系爭契約第1條約定之轉交款項要件，怡政工程行無從將該款項之92％轉交上訴人。上訴人固謂此乃因怡政工程行違約在先所致，其得依民法第184條第1項前段或第226條第1項規定為此部分之請求云云，惟怡政工程行有未給付應付款項之紀錄，不當然可推定之後必不給付，在聯鋼公司尚未給付怡政工程行未付補償款之情況下，難以逕認怡政工程行已侵害上訴人未付補償款部分之債權，或具可歸責事由致給付不能。況民法第184條第1項前段：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任」規定，保護之法益為權利，債權存在於當事人間，不具公示性，原則上非該項前段所稱之權利，不得作為故意或過失不法侵害之客體，益徵上訴人此部分主張不可採。

（三）被上訴人抗辯系爭契約視同解除，怡政工程行無給付上訴人款項義務，洵屬無據：

解除契約，係指當事人之一方，行使其本於法律或契約所定之解除權，使契約自始歸於消滅之一方的意思表示而言。被上訴人雖稱系爭契約第6條約定，上訴人應以自有資

金購買系爭採購案所需材料，因上訴人違反此約定，致怡政工程行不得不墊付購買材料之款項，依系爭契約第9條第1項之約定，系爭契約視同解除云云，但觀之系爭契約第9條：「如果甲方（按：指上訴人，下同）向聯鋼公司報價未被接受；或者無法順利採購所需用之材料，則本合作計劃視同解除」（見原審卷第13頁），只約定上訴人就系爭採購案之報價未為聯鋼公司所接受，或無法購得需用材料等情況，視同解約，至於購買系爭採購案所需材料之價金若由怡政工程行先行墊付，未見有相同之約定，被上訴人以此為由，抗辯系爭契約視同解除，進而謂怡政工程行無給付上訴人款項義務，洵屬無據。

（四）上訴人得請求怡政工程行給付之已付補償款，為聯鋼公司所付款項之92%：

依系爭契約第1條所載：「乙方（按：指怡政工程行，下同）可得之借牌費用……簽約總金額之8%（含稅）……此費用於聯鋼……付款後於乙方簽約之銀行帳戶中直接扣除。剩餘款項即簽約總金額之92%為甲方所得，此金額包含甲方購料資金及甲方利潤，乙方上述借牌費用扣除後需將此92%之其餘金額全部立即轉交給甲方」（見原審卷第12頁），可知上訴人與怡政工程行係約定，於聯鋼公司付款後，各自取得所付款項之92%及8%。兩造對於聯鋼公司於106年7月20日給付怡政工程行已付補償款，含稅計181萬9938元之事實未有爭執（兩造不爭執事項第5項參照），則上訴人可分得之金額即181萬9938元之92%，應為167萬4343元（計算式：181萬9938元x 92%）。怡政工程行爭執系爭採購案之營業稅係由其繳納，上訴人請求怡政工程行給付之款項不應含稅，僅得請求159萬4612元（計算式：173萬3274元x 92%）云云，與契約之約定不符，要無可取。

（五）上訴人請求怡政工程行給付167萬4343元及其法定遲延利息，核屬正當：

上訴人得依系爭契約第1條之約定，請求怡政工程行給付167萬4343元，已認定如前。上訴人此部分請求，乃以單一聲明，依系爭契約第1條約定或民法第179條規定，訴請本院擇一訴訟標的為其勝訴之判決（見本院卷一第282頁），而上訴人依契約之法律關係所為請求，既獲得勝訴判決，本院就其依不當得利之法律關係所為請求，自無庸再為裁判。其次，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；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5％，民法第233條第1項前段、第203條分別規定甚明，上訴人尚得請求怡政工程行給付167萬4343元之法定遲延利息。兩造對於倘被上訴人應給付上訴人該款項，法定遲延利息之起算日為106月12月7日無爭執（見本院卷一第237頁），上訴人請求怡政工程行併給付自該日起至清償日止，按年息5％計算之利息，核屬正當。

（六）依言詞辯論終結時之狀況，上訴人不得請求李橋生、張雅雯就167萬4343元本息負連帶給付之責：

依民法第681條規定，合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此存在要件負舉證之責。此與保證債務於保證契約成立時即已發生債務之情形有間，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權，尚未發生，不得將合夥人併列為被告，命其為補充性之給付。是項判斷，應以言詞辯論終結時之事實狀況為認定標準。兩造不爭執怡政工程行為合夥組織，其合夥人為李橋生、張雅雯（兩造不爭執事項第1項參照），被上訴人復坦言怡政工程行名下無財產（見本院卷一第166頁），然上訴人主張怡政工程行對聯鋼公司仍有未付補償款之債權（見本院卷一第237頁），且稱款項經其聲請扣押在案（見本院卷一第238頁），迄本件言詞辯論終結時，未見此債權已消滅，而依怡政工程行

與聯鋼公司間之協議，聯鋼公司未拒絕給付未付補償款（兩造不爭執事項第4項參照），是依現有狀況，怡政工程行之合夥財產並無不足清償167萬4343元本息之情形，上訴人不得依民法第681條規定，請求李橋生、張雅雯就該債務負連帶給付之責。至被上訴人對於倘怡政工程行財產不足清償債務，李橋生、張雅雯應負連帶責任，本件判決效力及於李橋生、張雅雯等節，固無爭執（見本院卷一第283頁），但此僅是日後強制執行時，發生合夥財產不足清償債務之情形，得請求依辦理強制執行事件應行注意事項第2條第4項前段：「確定判決命合夥履行債務者，應先對合夥財產為執行，如不足清償時，得對合夥人之財產執行之」規定辦理而已，無礙本院前揭判斷。

七、綜上所述，上訴人依系爭契約第1條約定，請求怡政工程行給付167萬4343元，及自106年12月7日起至清償日止，按年息5％計算之利息，為有理由，應予准許；逾此所為請求，為無理由，不應准許。從而，原審就167萬4343元本息部分，判命李橋生、張雅雯與怡政工程行連帶給付，併為假執行之宣告，容有未洽，李橋生、張雅雯指摘原判決此部分不當，求予廢棄，為有理由，爰由本院改判如主文第2項所示。至於上開應准許部分，原審判命怡政工程行給付，同時諭知兩造供擔保後得、免假執行，以及不應准許部分，原審為上訴人敗訴之諭知，並駁回其此部分假執行之聲請，均無不合。上訴人之上訴、追加之訴，怡政工程行之上訴，皆無理由，應予駁回。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘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。

參、據上論結，李橋生、張雅雯之上訴為有理由，上訴人之上訴及追加之訴為無理由，怡政工程行之上訴為無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　20　　日

民事第二十四庭

審判長法　官　陳麗芬

法　官　黃欣怡

法　官　許炎灶

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 項所定關係之釋明文書影本。若委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　20　　日

書記官　王詩涵

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。