

臺灣高等法院臺南分院民事判決

113年度上字第96號

上訴人即附

帶被上訴人 來喝湯國際有限公司

上訴人 兼

法定代理人 吳哲彰

共 同

訴訟代理人 陳樹村律師

黃政廷律師

被上訴人即

附帶上訴人 許瑞玲

訴訟代理人 林冠廷律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於民國113年1月10日臺灣臺南地方法院111年度訴字第1980號第一審判決提起上訴，被上訴人為附帶上訴，本院於114年6月10日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

原判決關於命附帶上訴人給付新臺幣12,449元本息部分，及該部分假執行之宣告，暨該訴訟費用負擔部分均廢棄。

上廢棄部分，附帶被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴駁回部分第二審訴訟費用由上訴人負擔；廢棄部分第一、二審訴訟費用由附帶被上訴人負擔。

事實及理由

一、按關於預備之訴，第一審如就先位之訴為原告勝訴判決，在尚未確定前，備位之訴其訴訟繫屬並未消滅，且在第一審所為之訴訟行為，於第二審亦有效力（民事訴訟法第448條），是該備位之訴，縱未經第一審裁判，亦應解為隨同先位之訴繫屬於第二審而生移審之效力。第二審認為先位之訴

01 無理由時，即應就備位之訴（包括主觀、客觀預備之訴）加
02 以裁判（最高法院98年度台上字第1486號判決參照）。上訴
03 人即附帶被上訴人來喝湯國際有限公司（下稱來喝湯公
04 司）、上訴人吳哲彰（與來喝湯公司合稱上訴人）於原審依
05 民法第227條、第226條規定，先位請求被上訴人給付來喝湯
06 公司新臺幣（下同）2,867,000元及遲延利息，備位請求給
07 付吳哲彰2,867,000元及遲延利息，原審就上訴人先位請求
08 為一部勝訴、一部敗訴判決，上訴人提起上訴，被上訴人為
09 附帶上訴，依前揭說明，上訴人備位之訴即生移審之效力
10 （上訴人就其備位聲明已減縮為2,854,551元及遲延利息，
11 本院卷第118頁，則原備位聲明逾2,854,551元及遲延利息部
12 分，不在本院審理範圍），合先敘明。

13 二、上訴人主張：吳哲彰係來喝湯公司負責人，於民國110年11
14 月間，數次前往被上訴人所有坐落臺南市○區○○路0段000
15 號1樓店面及地下室（下稱系爭建物）參觀，於110年11月29
16 日與被上訴人簽訂住宅租賃契約書（下稱系爭租約），並口
17 頭約定租賃期間自110年12月1日至113年11月30日（為期2
18 年），每月租金新臺幣（下同）21,000元，押金42,000元，
19 且於系爭建物原房客拆除室內裝潢、設備及搬遷期間均免收
20 租金。吳哲彰於同日給付定金5,000元予被上訴人，於110年
21 12月13日將剩餘押金37,000元匯至被上訴人所有之遠東銀行
22 000-000-00000000號帳戶。上訴人為盡速經營火鍋店以賺取
23 獲利，於簽約當日開始為火鍋店之設計聘請設計師，依系爭
24 建物地點、地形訂製客製化不鏽鋼設備、餐具及家具，支付
25 至少2,673,000元費用，被上訴人於110年12月8日無任何原
26 因拒絕出租，並於111年2月7日寄發台南開元路郵局第25號
27 存證信函予上訴人，主張解除系爭租約，願加倍返還所受定
28 金，且隨函檢附支票2紙（票面金額分別為10,000元、37,00
29 0元，合計47,000元）予上訴人，吳哲彰則於111年2月24日
30 寄發台南新南郵局第81號存證信函予被上訴人，以被上訴人
31 有債務不履行、惡意毀約之情事，為解除系爭租約之意思表

01 示。爰依民法第227條、第226條規定，先位請求被上訴人給
02 付來喝湯公司2,867,000元，備位請求被上訴人給付吳哲彰
03 2,854,551元，及均自民事準備二暨追加原告狀送達翌日起
04 至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息等語。

05 三、被上訴人則以：系爭租約之承租人為來喝湯公司，吳哲彰僅
06 係代表來喝湯公司簽立。系爭租約簽立時，系爭建物尚由前
07 租客金依兒寶飾精品店占有使用中，兩造未約定訂約日期，
08 僅口頭約定等被上訴人參觀上訴人安平火鍋店及前租客搬遷
09 完畢，重新簽訂租約，約定租賃期間。兩造於110年12月2日
10 至同年月7日間，尚就前租客應拆遷範圍與時間討論，110年
11 12月2日就出租確切範圍亦在討論中，被上訴人於110年12月
12 8日已向上訴人表明，因擔憂上訴人火鍋店油煙問題，無法
13 履行系爭租約，同意依民法第249條第2項規定，加倍返還所
14 受定金，且前租客於111年1月22日始正式搬離系爭建物，系
15 爭租約至111年1月22日前無從開始履行，難認上訴人受有何
16 損失。倘認被上訴人應負債務不履行責任，上訴人亦應就其
17 損害負舉證責任，系爭建物於111年1月22日前均由前租客占
18 有使用中，上訴人無從入場進行裝潢工程，亦未曾放置其所
19 謂已購入之器具，上訴人主張已支出高額設計費用、客製化
20 設備及家具費用，顯不合理。又縱認上訴人受有損害，上訴
21 人明知系爭租約無從履行，仍支付高額設計費用、執意訂購
22 商品或未以適當方式退貨減少損失，依民法第217條第1項規
23 定，應負與有過失責任。上訴人就所失利益損害，亦未提出
24 具體證據證明，難認有可得預期利益之損失。且系爭租約約
25 定每月租金21,000元，口頭約定租賃期間3年，縱完成租
26 約，被上訴人可取得租金僅756,000元，上訴人求償高達2,8
27 67,000元，有違民法第148條第2項誠信原則等語，資為抗
28 辯。

29 四、原審就上訴人先位請求為一部敗訴、一部勝訴之判決，上訴
30 人不服，提起上訴，上訴聲明：(一)先位聲明：1.原判決不利
31 於來喝湯公司部分廢棄。2.上廢棄部分，被上訴人應再給付

來喝湯公司2,854,551元，及自112年3月22日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。3.願供擔保，請准宣告假執行。(二)備位聲明：1.原判決不利吳哲彰部分廢棄。2.上廢棄部分，被上訴人應給付吳哲彰2,854,551元，及自112年3月22日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。3.願供擔保，請准宣告假執行。

被上訴人答辯聲明：上訴駁回。並就其敗訴部分，提起附帶上訴，附帶上訴聲明：(一)原判決不利於附帶上訴人部分廢棄。(二)上廢棄部分，附帶被上訴人於第一審之訴駁回。

來喝湯公司答辯聲明：附帶上訴駁回。

五、兩造不爭執事項：

(一)吳哲彰為來喝湯公司之唯一股東兼負責人。(原審卷二第63頁、本院卷第105頁)

(二)吳哲彰代理來喝湯公司，於110年11月29日與被上訴人簽訂系爭租約，約定由被上訴人將系爭建物出租予來喝湯公司，以供其經營火鍋店營業使用，雙方約定租金為每月21,000元、押金為42,000元。(司促卷第13-23頁)

(三)系爭租約未記載租賃期間。最末頁承租人簽章欄部分，記載承租人為「吳哲彰」、「來喝湯」、統一編號「000000000」。(司促卷第15、22頁)

(四)吳哲彰於110年11月29日以現金給付定金5,000元予被上訴人。(司促卷第16頁)

(五)被上訴人於110年12月8日，以LINE通訊軟體告知吳哲彰，不同意出租系爭建物，並拒絕履行系爭租約。(原審卷一第187頁、原審卷二第63頁)

(六)吳哲彰於110年12月13日，將剩餘押金37,000元匯至被上訴人所有之遠東銀行000-000-000000000號帳戶內(未曾告知被上訴人而逕自匯款)。(原審卷二第63頁)

(七)吳哲彰與被上訴人於111年1月20日，在北區調解委員會調解，因就賠償金額意見不一致，調解不成立。調解筆錄內容如原審卷一第75頁所示。

01 (八)被上訴人於111年2月7日寄發如原審司促字卷第43-52頁台南
02 開元路郵局第25號存證信函予吳哲彰、來喝湯公司，主張解
03 除系爭租約，並願加倍返還所收定金，且隨函檢附支票2紙
04 (票據號碼：C0000000、C0000000、票面金額：10,000元、
05 37,000元，合計47,000元，受款人均吳哲彰)。(司促卷第
06 43-52、25頁)

07 (九)吳哲彰收受前開存證信函後，於111年2月24日寄發如原審司
08 促字卷第53至56頁台南新南郵局第81號存證信函予被上訴
09 人，主張解除系爭租約及請求損害賠償。

10 (十)吳哲彰於111年6月30日，以高雄10支郵局第456號存證信
11 函，檢附前開(八)之2紙支票，退回予被上訴人。被上訴人於1
12 12年10月31日當庭給付來喝湯公司47,000元。(原審卷一第
13 27-31頁、原審卷二第61頁)

14 (十一)被上訴人對其解除契約係可歸責於被上訴人之事由所致，不
15 爭執。(原審卷二第63頁)

16 (十二)原證9(即乙證3)吳哲彰、黃沂雯、被上訴人等人之LINE對
17 話紀錄略以：(原審卷一第77-85、179-188頁)

18 1.【110年12月1日】吳哲彰：「昨天我們水電剛好有時間想看
19 一下位子…這是我們品牌故事(指火鍋店)」。吳哲彰之友
20 人黃沂雯：「…前房客有聯繫方式嗎？我想跟他是否一起溝
21 通拆除時間」。被上訴人：「我聯絡看看再說。熟識拆除公
22 司須安排時間？還沒回覆？以上是前房客的回覆」。

23 2.【110年12月2日】黃沂雯：「你好，這是今天與你討論的建
24 議，請看一下圖面」。被上訴人：「儲藏室沒有在出租的範
25 圍內…紅布條(指原出租廣告)週六會請兒子幫忙取下」。

26 3.【110年12月6日】黃沂雯：「請問有開始拆了嗎？如果有拆
27 了，我想過去看牆面的尺寸」。被上訴人：「晚上才要估
28 價，我一直在催她快一點，拆時再告訴你」。

29 (十三)黃沂雯分別於111年3月2日、111年3月24日、111年4月15日
30 各匯款100萬元，共計300萬元至雲意國際有限公司之帳戶。
31 (原審卷一第223-227頁)

01 (四)上訴人就其請求設計師費用、客製化設備及家具部分，提出
02 如原判決附表所示之損害，其中：(1)編號淘寶28、29、30、
03 31、32、33、34商品有購買日期（編號淘寶28商品係於110
04 年12月7日購買，購買清單上載明「七天無理由退換」；編
05 號淘寶29、30、31、32、33、34均係於110年12月18日購
06 買）。(2)編號淘寶23、24僅有品項而無購買日期。(3)編號淘
07 寶8、11、12、16、19、38之單據均載明「退款成功」。

08 （原審卷一第229-284、133-167頁、原審卷二第64-65頁）

09 (五)依營業人銷售額與稅額申報書所示，來喝湯公司安平店110
10 年11-12月份銷售總額為789,888元、進項總額為194,551
11 元；111年1-2月份銷售總額為329,387元、進項總額為160,8
12 04元。（司促卷第59-61頁）

13 (六)系爭建物位於成大商圈，鄰近成大、成大醫院、臺南一中。

14 （原審卷二第65頁）

15 六、兩造爭執事項：

16 (一)先位部分：來喝湯公司依民法第227條、第226條規定，請求
17 被上訴人給付下列損害，計2,867,000元（上訴：2,854,551
18 元、附帶上訴：12,449元），有無理由？

19 1.設計師費用、客製化設備及家具損失：

20 (1)原判決附表設計師費用、客製化設備之損失：2,038,250
21 元。（上訴）

22 (2)原判決附表家具損失：淘寶178,335元。（上訴：165,886
23 元。附帶上訴：12,449元）

24 (3)原判決附表茶水機25,000元、不鏽鋼置物櫃子18,000元。
25 （上訴）

26 (4)原判決附表以外之客製化設備損失：460,415元。（上訴）

27 2.不能營業之所失利益：147,000元。（上訴）

28 (二)備位部分：吳哲彰依民法第227條、第226條規定，請求被上
29 訴人給付下列費用，計2,854,551元，有無理由？

30 1.設計師費用、客製化設備及家具損失：

31 (1)原判決附表設計師費用、客製化設備之損失：2,038,250

元。（上訴）

(2)原判決附表家具損失：淘寶：165,886元。（上訴）。

(3)原判決附表茶水機25,000元、不鏽鋼置物櫃子18,000元。

（上訴）

(4)原判決附表以外之客製化設備損失：460,415元。（上訴）

2.不能營業之所失利益：147,000元。（上訴）

七、得心證之理由：

(一)按當事人主張之事實，經他造自認者，無庸舉證，此觀民事訴訟法第279條第1項之規定自明。依此規定，當事人主張之事實經他造自認者，依法不負舉證責任。法院亦不得就他造自認之事實調查證據，另為與其自認事實相反之判斷，並應以其自認為認定事實及裁判之基礎（最高法院97年度台上字第2570號判決參照）。上訴人先位主張系爭租約之承租人為來喝湯公司一節，業經被上訴人自認（原審卷二第89頁），則依前開說明，應以其前開自認為認定事實及裁判之基礎，不得為相反之判斷。

(二)次按債務不履行包括給付不能、給付遲延及不完全給付三種，其形態及法律效果均有不同。所謂給付不能，係指依社會觀念，其給付已屬不能者而言；若債務人僅無資力，按諸社會觀念，不能謂為給付不能。給付遲延，則指債務人於應給付之期限，能給付而不為給付；倘給付可能，則債務人縱在期限前，預先表示拒絕給付，亦須至期限屆滿，始負遲延責任。至於不完全給付，則指債務人提出之給付，不合債之本旨而言（最高法院93年度台上字第42號判決參照）。再按民法第227條所謂之不完全給付，係指債務人提出之給付，不合債之本旨而言，其型態有瑕疵給付及加害給付兩種。是以構成不完全給付之要件，須債務人已為給付，僅所提出之給付與債之本旨不相符合，若債務人未為給付，雖可能構成給付不能、給付拒絕或給付遲延，惟均非屬不完全給付之範疇（最高法院96年度台上字第2084號裁定參照）。查：

1.來喝湯公司與被上訴人於110年11月29日簽訂系爭租約時，

01 前承租人尚未搬離系爭建物，系爭租約亦未記載租賃期間，
02 且迄至110年12月6日，被上訴人尚與前承租人聯繫拆除原裝
03 潢之事等情，有兩造不爭執之系爭租約、LINE通訊紀錄（不
04 爭執事項(二)、(三)、(三)）可稽。

05 2.又被上訴人於110年12月8日，已以LINE通訊軟體告知吳哲
06 彰，不同意出租系爭建物，並拒絕履行系爭租約，為兩造所
07 不爭執（不爭執事項(五)）；且系爭建物目前仍由被上訴人自
08 己使用，並未出租他人，僅因被上訴人拒絕給付，而未交付
09 上訴人使用一節，亦為上訴人所不爭執（本院卷第242、243
10 頁），則依社會觀念，被上訴人就系爭建物之交付並無給付
11 不能之情事，且其因拒絕給付而未為給付，亦非屬不完全給
12 付之範疇。是以，上訴人依民法第226條、第227條規定，請
13 求被上訴人損害賠償，均屬無據。至於被上訴人是否給付遲
14 延、上訴人得否以被上訴人給付遲延解除系爭租約等，均與
15 本件上訴人依民法第226條、第227條規定之請求無涉。

16 (三)又系爭租約之承租人為來喝湯公司，已如前述，上訴人備位
17 主張吳哲彰為承租人，依民法第226條、第227條規定，請求
18 被上訴人賠償損害，亦屬無據。

19 八、綜上所述，上訴人依民法第226條、第227條規定，先位請求
20 被上訴人給付來喝湯公司2,867,000元及遲延利息，備位請
21 求被上訴人給付吳哲彰2,854,551元及遲延利息，均不應准
22 許。原審就前開不應准許部分，命被上訴人給付來喝湯公司
23 12,449元及遲延利息，尚有未合，被上訴人附帶上訴指摘原
24 判決此部分不當，求為廢棄，為有理由，爰由本院改判如主
25 文第3項所示。另就其他不應准許部分，原審為上訴人敗訴
26 之判決，並駁回其該部分假執行之聲請，核無不合，上訴人
27 上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理
28 由，應駁回其上訴。

29 九、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦方法及所用之證
30 據，經本院斟酌後，認均不足以影響本判決之結果，爰不逐
31 一論列，附此敘明。

十、據上論結，本件上訴為無理由，附帶上訴為有理由，依民事訴訟法第449條第1項、第450條、第78條、第85條第1項前段，判決如主文。

中華民國 114 年 7 月 1 日
民事第二庭 審判長法官 吳上康

法官 李素靖

法官 林育幟

上為正本係照原本作成。

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日內向本院補提出理由書狀（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。

被上訴人即附帶上訴人不得上訴。

中華民國 114 年 7 月 1 日

書記官 凌昇裕

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

(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。

(2)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。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。