臺灣高等法院民事判決

107年度上字第151號

上　訴　人　張道新
訴訟代理人　陳岳瑜律師
複　代理人　丁嘉玲律師
被　上訴人　蕭銘興
訴訟代理人　蕭銘毅律師

上列當事人間請求給付違約金等事件，上訴人對於中華民國106年12月26日臺灣臺北地方法院104年度訴字第2310號第一審判決提起上訴，本院於民國109年2月11日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

一、本訴之上訴駁回。

二、原判決關於命上訴人給付逾新臺幣參拾萬玖仟參佰伍拾參元，及自民國一百零五年十二月十六日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息部分，及該假執行之宣告，暨反訴訴訟費用之裁判，均廢棄。

三、前項廢棄部分，被上訴人在第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。

四、反訴之其餘上訴駁回。

五、被上訴人應返還上訴人因假執行所為給付新臺幣陸萬玖仟捌佰玖拾伍元，及附加自民國一百零七年十月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。

六、上訴人其餘請求返還因假執行所為給付及附加利息之聲明駁回。

七、第二審訴訟費用關於本訴部分由上訴人負擔。

八、第二審訴訟費用關於反訴部分由被上訴人負擔百分之十八，餘由上訴人負擔。

事實及理由

甲、程序事項：

查上訴人於起訴時原列「大直診所即張道新」為原告，並依大直診所與被上訴人於民國(下同)100年5月31日簽立之服務

契約（下稱系爭服務契約），請求被上訴人負損害賠償責任。大直診所之合夥財產及權利，自104年1月1日解散清算後，均歸張道新所有及行使，為兩造所不爭執（見本院卷第349頁、第533至534頁）。是上訴人請求更正大直診所即張道新為張道新，核屬更正當事人之名稱，且為被上訴人不爭執（見本院卷第583頁），於法尚無不合。

乙、實體事項：

壹、本訴部分：

一、上訴人起訴主張：㈠伊與訴外人謝明焜自86年起隱名合夥經營大直診所。大直診所於100年5月31日與被上訴人簽立系爭服務契約，聘僱被上訴人擔任大直診所服務醫師，約定服務期間自100年6月1日至101年5月31日止，嗣經合意延長至101年12月31日，屆期時兩造未終止契約，系爭服務契約再自動延長至104年12月31日止。詎被上訴人自103年12月30日起，無故曠職，片面終止系爭服務契約，甚迫使大直診所遷離門牌號碼臺北市○○路000號1樓暨地下室建物（下稱系爭房屋）後，於該址自行開業經營「大直佳恩診所」，並挖角診所之醫護人員轉職至大直佳恩診所。又謝明焜於104年1月1日退夥，大直診所資產及權利義務均歸伊所有及行使，是伊得依系爭服務契約第9、11、13條前段、後段等約定及民法第549條第2項規定(此為補充法律上之陳述，不涉及訴之追加)，請求被上訴人賠償離職違約金、競業禁止違約金各新臺幣（下同）110萬5,305元，合計221萬610元。又因被上訴人上開行為，造成大直診所須搬遷，伊受有器材遷移施工費用、安全測試及維修費用共49萬1,340元、裝潢費用220萬元，合計269萬1,340元，及營業損失216萬8,162元，伊得依系爭契約第13條後段約定及民法第549條第2項規定，請求被上訴人賠償損害(此為補充事實上及法律上之陳述，不涉及訴之追加，附此敘明)，伊就上開債權，僅請求被上訴人給付221萬610元。㈡再依兩造於104年1月31日簽立之點交房屋協議切結書（下稱系爭點交切結書），以伊及謝明焜共同交

付被上訴人之系爭房屋押租保證金40萬元抵扣應給付被上訴人之不當得利15萬元、水電費5萬元、廢棄物清理費1萬元後，被上訴人應返還19萬元，謝明焜業將上開押租保證金返還請求權讓與伊，爰依系爭點交切結書請求被上訴人如數返還等語。起訴聲明求為判決：㈠、被上訴人應給付上訴人129萬5,305元及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈡、被上訴人應給付上訴人110萬5,305元及自訴之追加暨陳報狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢、願供擔保，請准宣告假執行。原審為上訴人全部敗訴判決，上訴人不服，提起一部上訴，上訴聲明求為判決：㈠、原判決關於駁回上訴人後開第二項之訴部分，及該訴訟費用部分均廢棄。㈡、被上訴人應給付上訴人227萬6,402元，及自106年11月29日起至清償日止，按年息5%計算之利息。㈢、願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：伊於101年5月間本規劃系爭房屋租期屆滿後不再續租予上訴人，並收回自行開業，經謝明焜及大直診所員工協調後，兩造與謝明焜於101年10月15日共同簽訂合夥協議書（下稱系爭合夥協議書），及系爭房屋之租賃契約書（下稱系爭租賃契約），約定租期自102年1月1日至103年12月31日，是伊係以「同意以原租約之租金條件繼續出租予上訴人之利益」作為對大直診所之出資，伊於系爭合夥協議書簽立時，已成為大直診所之合夥人，系爭服務契約即為終止，僅就醫師看診報酬部分沿用系爭服務契約之約定，上訴人不得再執系爭服務契約向伊主張。又系爭服務契約為定型化契約，其中第9、11、13條均屬單方加重職員責任、限制職員行使權利及使職員承受重大不利益，依民法第247條之1第2款、第3款及第4款規定，應屬無效。另伊於離職前6個月已通知上訴人將於103年12月31日離職，非曠職或擅自離職。伊僅負責看診，未接觸大直診所營業祕業，無競業禁止之適用，且系爭服務契約第11條競業禁止約定，不當限制伊就業之對象、時間、區域、職業活動之範圍，逾越合理範

疇，且未予競業禁止之補償金，應屬無效等語，資為抗辯。並答辯聲明求為判決：㈠、上訴駁回。㈡、如受不利益判決，願預供擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事實（見本院卷第349頁、第533至534頁）：

㈠、大直診所與被上訴人於100年5月31日簽立系爭服務契約。

㈡、兩造與謝明焜於101年10月15日簽訂系爭合夥協議書，自104年1月1日起，被上訴人及謝明焜對於大直診所之權利消滅，大直診所之資產及權利歸上訴人所有及行使。

㈢、大直診所承租系爭房屋營業，租期至101年12月31日止，屆期之前，兩造與謝明焜於101年10月15日簽立系爭租賃契約書，約定租賃期限從102 年1月1日起至103 年12月31日止。

㈣、被上訴人自103年12月30日起停止在大直診所看診。

㈤、被上訴人可領取之103年12月份服務報酬為35萬244元。

㈥、被上訴人於103年度在大直診所之平均每月薪資為36萬8,435元。

㈦、上訴人（兼代理謝明焜）於104 年1 月31日與被上訴人簽立系爭點交切結書，並於同日返還系爭房屋予被上訴人。

㈧、被上訴人依系爭租賃契約持有之40萬元押租保證金，已抵扣相當於租金之不當得利15萬元、違約金15萬元及電費3萬4,208元，餘額為6萬5,792元。謝明焜將其對被上訴人就此押租保證金之返還債權讓與上訴人。

㈨、被上訴人自104年5月起，在系爭房屋開立大直佳恩診所經營。

四、上訴人主張被上訴人違約離職並於系爭房屋自行開業，依系爭服務契約之約定及民法第549條第2項規定，應給付離職違約金、競業禁止違約金，及賠償伊因此所受損害，並依系爭點交切結書之約定返還押租金予伊等情，為被上訴人所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

㈠、系爭服務契約是否於兩造簽立系爭合夥協議書時終止？

1.按稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。前項出資，得為金錢或其他財產權，或以勞務、信用或其他利益代之。金錢以外之出資，應估定價額為其出資額。未經

估定者，以他合夥人之平均出資額視為其出資額，民法第667條定有明文。次按合夥為二人以上互約出資以經營共同事業之契約，隱名合夥則為當事人約定一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益及分擔其所生損失之契約，故合夥所經營之事業，係合夥人全體共同之事業，隱名合夥所經營之事業，則係出名營業人一人之事業，非與隱名合夥人共同之事業，苟其契約係互約出資以經營共同之事業，則雖約定由合夥人中一人執行合夥之事務，其他不執行合夥事務之合夥人，僅於出資之限度內負分擔損失之責任，亦屬合夥，而非隱名合夥。且究係合夥或隱名合夥，端視合夥人間之合夥契約內容而定，尚不能以合夥事業登記之型態逕予判別（參最高法院103年度台上字第182號民事判決意旨）。

2.查兩造於101年10月15日簽訂系爭合夥協議書，觀其前言：「甲方張道新（即上訴人，下同）、乙方謝明焜及丙方蕭銘興（即被上訴人，下同）為共同出資出力合夥經營事業，三方特合意簽訂合夥契約條款如后」，內文列載「名稱及地址」、「資本及股份」、「董事會組織與會議」、「人事」、「財務」、「總務」、「其他」等章節，其中第1條：「所營業事業名稱為大直診所、永直診所、大直生技公司、永直藥局及其所有相關附屬機構」、第3條：「股份：股份分為普通股及特別股。特別股退股時不得處分公司資產」、第4條：「持股比例：經約定所持股份如下：張道新董事持普通股：九萬股。謝明焜董事持普通股：六萬股。蕭銘興董事持特別股：五萬股。」、第7條：「股本計算：董事會共同決定同意，合夥事業總資產價值計算方式為依合夥事業前12個月全體股東所分紅總額之五倍計算。如股東中途因故退股時，則依該股東所出股金依比例買回其股份。合夥人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，仍應負責」；第11條：「董事會與董事：為本診所最高執行及負責單位，董事由持普通股或特別股五萬股以上股東擔任」、第12條：

「董事會組織：由張道新董事、謝明焜董事、蕭銘興董事等三人組成」、第13條：「規定與執行：董事會及診所所有有關經營事務規定與執行，需遵照董事會決議辦理」、第17條：「表決權：經約定表決權為每位持有普通股或特別股五萬股以上之股東皆為壹表決票數」；第21條前段：「董監事：董事會所有董事皆為本會的董監事，有權依合約協定監管所有有關董事會及診所營運事務且對董事會負責。」、第24條：「聘約：董事會選派執行業務之股東或員工，董事會須依照其任期、任務、約定發給聘約書，並於聘約期滿一個月前改選、改聘或續聘」、第27條：「幹部人事：院長、總經理、主任、合約醫師、護理長等以及股東任職所內職務，其聘僱、解任及薪資調整，應先報請董事會決議後執行。」；第32條：「各項支出：應由專人負責管理，依據董事會規定處理一般支付且設帳本詳細登錄，並由董事會監管」；第37條：「結餘分配：診所營運，該月結餘超過新台幣貳拾萬元整方可分紅，否則併入次月分紅。分紅必須先扣除百分之二十之公積金及員工福利今後再依持股比例分紅。」、第39條：「帳目不符：診所營運財物需按日清月結整理清楚，隨時接受股東提出核帳限每月一次，若發現現帳目不符時，總經理及負責董事應立即請會計人員整理清楚，並補齊短少金額，不得異議」；第59條：「約定限制：基於合作出資出力之誠信原則，董事會所有股東，約定董事會如有需要經決議後要求董事配合協助時應予配合」；附約第2條：「前述蕭銘興股東特別股之權利，於台北市○○區○○路000號1樓及地下一樓之房屋租約結束時即消滅」、附約第3條：「簽約合夥成立後，應盡快訂定下列相關辦法：一、大直診所及醫美診所人事編制及員額暨職務、權限辦法。二、大直診所及醫美診所財產目錄清冊。三、大直診所及醫美診所各項支出之流程辦法」，此有系爭合夥協議書影本在卷可稽（見原審卷一第85至95頁），可見依系爭合夥協議書約定，兩造與謝明焜約定共同出資合夥經營大直診所，並詳

細約定三人之「股份」、「持股比例」、「退夥」、「董事會與董事」、「表決權」、「會議決議」等合夥權利義務關係，且三人均列為合夥事業內部董事，組成董事會，共同決議選派執行業務之股東或員工、診所內人事聘僱、解任、薪資及財務規劃等事項，是系爭合夥協議書之文義明示兩造及謝明焜互約出資以經營共同事業即大直診所，被上訴人主張其自102年1月1日起，從聘僱醫師身分變更為大直診所之合夥人等語，應屬有據。至於上訴人登記為大直診所之負責醫師並負責主要經營事務，與一般合夥法律關係中約定由合夥人中一人執行合夥事務之性質相當，亦合於系爭合夥協議書第24條之約定。再者，系爭合夥協議書之內容已就合夥人之權利義務詳為約定如前，非僅約定被上訴人或謝明焜單純對大直診所出資，或單純分受利益及分擔損失，而不參與診所之經營及決策，自與隱名合夥或單純投資分紅之性質迥異，是上訴人主張謝明焜僅為大直診所之隱名合夥人，以及被上訴人僅係大直診所內單純享有分紅權利之服務醫生云云，均非可採。

3.再查，證人謝明焜到庭具結證稱：系爭合夥協議書是因為兩造及伊三人合夥共同經營大直診所而簽定。因為系爭房屋是被上訴人所有，被上訴人在大直診所服務多年，原本被上訴人想用自己房子開業，租約在101年底到期，經過伊與上訴人協調及員工幫忙，所以兩造與伊簽訂系爭合夥協議書。系爭合夥協議書是大家商討大綱，是由被上訴人草擬出大概的契約，大家共同修正後再簽的契約。系爭合夥協議書附約第2條與房屋租賃期間在一起，當時同時簽了房屋租賃契約及系爭合夥協議書，期間都是一樣的，意思大概是如果房子沒有要繼續租下去，合夥也就結束。因為伊是大直診所原始股東，且租賃契約與合夥契約要一塊簽，合夥又從二人變成三人，所以伊也以承租人名義簽立系爭租賃契約等語（見原審院卷一第177頁反面至第178頁反面）。且查，兩造於96年1月1日簽立之系爭房屋租賃契約，其租期於101年12月31日屆

滿；兩造與謝明焜於101年10月15日共同簽立系爭合夥協議書及系爭租賃契約各1份，系爭房屋之租賃期限從102年1月1日起至103年12月31日止，此有系爭房屋前後2份租賃契約在卷可稽（見原審卷一第80至84頁、第94頁、第96 頁），參以系爭合夥協議書第4條及附約第2條約定，可知上訴人、謝明焜及被上訴人三人合夥，各自持股比例為9萬股、6萬股、5萬股，且被上訴人所持5萬股之股權，於系爭房屋之租約結束時即消滅。互核證人謝明焜前開證述內容與系爭房屋租賃契約及系爭合夥協議書所示內容相當，可認其證述為真正，自應採信。況查，被上訴人如於租期屆滿時未同意繼續出租系爭房屋，大直診所將無法繼續於系爭房屋營業，而有搬遷之必要，復參以被上訴人主張大直診所於104年間搬遷至台北市○○區○○路000巷0弄0號1樓，支出器材遷移施工費用、安全測試及維修費用共49萬1,340元、裝潢費用220萬元，合計269萬1,340元等語（見本院卷第585頁），且因而受有營業損失216萬8,162元，足認被上訴人於101年10月15日同意繼續出租系爭房屋供大直診所營業，使大直診所暫免該支出及確保原有營業收入。從而，被上訴人主張其本規劃於系爭租賃契約101年12月31日租期屆滿時，收回系爭房屋自行開立診所經營，並於101年10月15日以前知會大直診所合夥人即上訴人、謝明焜，其2人為使大直診所能繼續在系爭房屋營業，即與被上訴人達成系爭合夥協議，約定被上訴人以繼續出租系爭房屋供大直診所經營為出資(該出資價值則依系爭合夥協議書第7條前段計算)，加入經營大直診所之合夥事業等情為真。上訴人主張被上訴人未出資，並非大直診所之合夥人云云，洵非可採。

4.次查，上訴人以大直診所負責人身份與被上訴人於100年5月31日簽立系爭服務契約，約定被上訴人為大直診所之受僱服務醫師，服務期間為100年6月1日起至101年5月31日止，後延長至101年12月31日止，且約定期滿前被上訴人若無提前三個月向上訴人以書面提出解約申請，視同被上訴人同意本

契約自動延長三年，有系爭服務契約影本1份在卷，且為兩造不爭執（見原審卷一第10至12頁、本院卷第521、540頁），堪以認定，被上訴人復未提出事證證明其於101年9月30日前，業以書面提出解約申請，是上訴人主張系爭服務契約自101年10月1日起依約自動延長三年等語，固屬有據。然查，被上訴人與大直診所全體合夥人，即上訴人、謝明焜嗣後於101年10月15日簽立系爭合夥協議書，約定被上訴人於102年1月1日起入股成為大直診所之合夥人，共同經營大直診所，詳如前述，可認兩造與謝明焜於101年10月15日合意被上訴人自102年1月1日起自診所受僱醫師之身分變更為診所合夥人，則系爭服務契約於102年1月1日終止。

5.再參以證人謝明焜到庭具結證述：系爭服務契約是制式契約。伊跟上訴人合夥期間都是股東關係，伊是股東的時候從來沒簽過這份服務契約，被上訴人在簽系爭合夥協議書後已經是股東了，沒有再簽服務契約的必要，如果有需要，上訴人應該會再提出來。伊是大直診所合夥人，也在大直診所看診，伊看診報酬係按照年資再比照服務醫師看診報酬標準來給付。伊沒有簽服務合約，關於薪資、休假、執照費均依合夥精神辦理等語（見原審卷一第178頁、第179頁、第180頁），及上訴人自始無法提出謝明焜與大直診所間所簽立之服務契約一情（見本院卷第536頁），可知謝明焜擔任股東期間，從未簽立服務契約，與大直診所間不存在僱傭關係，至於其看診報酬、休假及執照費等均依合夥關係之精神，比照服務醫師之標準給付及排班。復觀系爭合夥協議書第26條約定：「職務規範：股東在診所任職，應遵守診所內各項規定，如有違犯者，董事會應立即依規定議處，情節重大者，應解除該股東職務」、第27條約定：「幹部人事：院長、總經理、主任、合約醫師、護理長等以及股東任職所內職務，其聘僱、解任及薪資調整，應先報請董事會決議後執行。」（見原審卷一第88至89頁），未有如同系爭服務契約第9、11、12、13條之約定。準此，被上訴人擔任合夥人期間，其

報酬標準、排班、休假及執照費等事項未改變，係循系爭合夥協議書之約定，比照其擔任服務醫生之標準辦理，尚難持此解為系爭服務契約關係仍存續。

6.綜上，被上訴人自102年1月1日起為大直診所之合夥人，系爭服務契約於同日業經終止而失效。是上訴人依系爭服務契約第9條、第11條、第13條前段約定，主張被上訴人應給付離職違約金、競業禁止違約金，或依系爭服務契約第13條後段約定及民法第549條第2項規定主張被上訴人應為損害賠償，均無理由，應予駁回。

㈡、上訴人請求被上訴人返還押租保證金6萬5,792元，有無理由？

查上訴人與謝明焜依系爭租賃契約之約定，共同交付被上訴人押租保證金40萬元，並約定如不繼續承租，被上訴人應於上訴人與謝明焜遷空交還系爭房屋後，無息退還押租保證金。又兩造與謝明焜於104年1月31日簽立系爭點交切結書，約定被上訴人應於確認系爭房屋暨符合出租當時之原狀，無任何損害或破壞情況，無水費、電費、其他立切結書人（即上訴人及謝明焜）使用上述房屋所生費用之積欠或違反租約所生之違約金及損害賠償後，無息返還押租金，有101年10月15日房屋租賃契約書及系爭點交切結書影本各1份在卷可稽（見原審卷一第25頁、第99頁）。又查上訴人於104年1月31日返還系爭房屋予被上訴人，被上訴人所持上開40萬元押租保證金，已抵扣相當於租金之不當得利15萬元、違約金15萬元及電費3萬4,208元，被上訴人應返還餘額6萬5,792元，且謝明焜將其對於被上訴人就此押租保證金之返還債權移轉與上訴人等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈦、㈧），是上訴人依系爭點交切結書之約定，請求被上訴人給付6萬5,792元，及自原審最後一次言詞辯論期日之翌日（即106年11月29日，見原審卷二第44頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，固非無據。然查，上訴人於105年12月16日業以上開押租保證金6萬5,792元本息債權，與被上訴人103年12

月之35萬244元服務醫師報酬債權，為抵銷抗辯，是經兩相抵銷後，上訴人已無上開押租保證金本息債權可茲請求（詳反訴之理由）。

五、綜上所述，上訴人依系爭服務契約第9、11、13條前段約定，請求被上訴人給付離職違約金及競業禁止違約金各110萬5,305元；依系爭服務契約第13條後段約定及民法第549條第2項規定，請求被上訴人給付損害賠償221萬610元；依系爭點交切結書，請求被上訴人給付6萬5,792元，及均自106年11月29日起至清償日止，按年息5%計算之利息，均無理由，應予駁回。原審所為上訴人敗訴之判決，並無不合。上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。

貳、反訴部分：

一、被上訴人主張：兩造及謝明焜就大直診所之合夥關係業於103年12月31日終止，大直診所應於104年1月初發給伊103年12月份醫師服務報酬35萬244元，詎迄今仍未給付，爰依系爭合夥協議書第24條、第27條及民法第547條規定，請求大直診所給付35萬244元及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息5%計算之利息等語。原審為被上訴人之反訴全部勝訴判決，並分別准予假執行及預供擔保免為假執行之諭知，上訴人不服，提起上訴。被上訴人則答辯聲明求為判決：㈠、反訴之上訴駁回。㈡、上訴人請求返還因假執行所為給付及其利息之聲明駁回。

二、上訴人則以：對於被上訴人有關醫師服務報酬之請求固不爭執，惟以伊於本訴得請求之債權主張抵銷。另被上訴人已依第一審判決對伊為假執行，伊於107年10月13日因假執行而給付被上訴人39萬8,444元，爰依民事訴訟法第395條第2項及民法第182條第2項規定，求為命被上訴人給付39萬8,444元本息等語。上訴聲明求為判決：㈠、原判決廢棄。㈡、被上訴人於第一審之反訴及假執行之聲請均駁回。㈢、被上訴人應將上訴人因臺灣臺北地方法院107年度司執字第13857號

假執行事件對被上訴人所為給付39萬8,444元返還上訴人，及附加自107年10月13日起至清償日止，按年息5%計算之利息。

三、經查：

㈠、大直診所未給付被上訴人103年12月份擔任醫師之看診報酬35萬244元，且大直診所之合夥財產及權利，自104年1月1日起，歸上訴人所有及行使等情，為兩造所不爭執（見原審卷二第44頁反面、本院卷第349、583頁）。且上訴人自認其負有該報酬給付義務(見原審卷二第44頁反面、本院卷第187頁)。從而，被上訴人依系爭合夥協議書第24、27條之約定，請求上訴人給付35萬244元及自反訴起訴狀繕本送達翌日即104年7月15日（見原審卷一第66頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，自屬有據。則被上訴人依民法第547條規定請求上訴人給付看診報酬35萬244元，即毋庸再予論斷。

㈡、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。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限；抵銷，應以意思表示，向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅。民法第334條第1項、第335條第1項分別定有明文。次按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。清償人所提出之給付，應先抵充費用，次充利息，次充原本；其依前二條之規定抵充債務者亦同，民法第321條、第322條、第323條分別定有明文。

查上訴人請求被上訴人給付6萬5,792元及自106年11月29日起至清償日止之法定遲延利息債權，被上訴人則請求上訴人給付35萬244元及自104年7月15日起至清償日止之法定遲延利息債權，均有理由，業如前述，上訴人於105年12月15日為抵銷抗辯（見原審卷第217頁反面），是兩造之債權算至105年12月15日基準日，上訴人之本金債權為6萬5,792元，利息債權為0元，被上訴人本金債權為35萬244元，利息債權為2萬4,901元【計算式：35萬244元×（1+154/365）×5%＝2萬4,901元，元以下四捨五入】，其等性質無不能抵銷之情形，揆諸前開抵銷之順序，應先抵銷利息債權，次抵銷原本債權，是上訴人原本債權6萬5,792元依序抵充被上訴人之利息債權2萬4,901元、原本債權4萬891元後，已無餘額債權可茲請求；被上訴人請求上訴人給付30萬9,353元（計算式：35萬244元-4萬891元＝30萬9,353元），及自105年12月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息，則為有理由。逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。

㈢、上訴人依民事訴訟法第395條第2項規定所為聲明，有無理由：

按假執行之宣告，因就本案判決或該宣告有廢棄或變更之判決，自該判決宣示時起，於其廢棄或變更之範圍內，失其效力。法院廢棄或變更宣告假執行之本案判決者，應依被告之聲明，將其因假執行或因免假執行所為給付及所受損害，於判決內命原告返還及賠償，民事訴訟法第395條第1項、第2項定有明文。次按受領人於受領時，知無法律上之原因或其後知之者，應將受領時所得之利益，或知無法律上之原因時所現存之利益，附加利息，一併償還，民法第182條第2項前段定有明文。查上訴人主張被上訴人持原判決對上訴人聲請假執行，經臺灣臺北地方法院於107年2月7日扣押上訴人存款39萬8,444元，嗣於107年3月13日轉帳支取該扣押款，合計被上訴人受償本金35萬244元，暨自104年7月15日起至清償日(107年2月7日)止按年息5%計算之利息及執行費用2,802

元等情，此有上訴人存摺影本、臺灣臺北地方法院107年2月7日執行命令影本在卷可稽（見本院卷第159至160頁、第467至468頁、第461至462頁），堪信為真。惟本院廢棄原判決命上訴人給付逾30萬9,353元，及自105年12月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息部分，該應給付部分執行費為2,475元（計算式：30萬9,353元×8/1,000=2,475元，元以下四捨五入），是上訴人請求被上訴人返還本金6萬5,792元，及自105年12月16日起至107年2月7日扣押命令核發日止之法定遲延利息債權3,776元【計算式：6萬5,792元×(1+16/365+38/365)×5%＝3,776元，元以下四捨五入】，及執行費327元（計算式：2,802元-2,475元＝327元），合計6萬9,895元，並附加自上訴人107年10月12日民事上訴理由㈡暨更正聲明狀繕本送達翌日（即107年10月13日，見本院卷第184頁）起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，自應准許。

四、綜上所述，被上訴人依系爭合夥協議書第24、27條之約定，請求上訴人給付30萬9,353元，及自105年12月16日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。逾此部分之請求，為無理由，應予駁回。上開應駁回之部分，原審為上訴人敗訴之判決，並依職權宣告假執行，尚有未合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求為廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄並改判如主文第3項所示。就上開應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，並依職權宣告假執行，均無違誤，此部分之上訴，為無理由，應予駁回。另上訴人依民事訴訟法第395條第2項及民法第182條第2項規定，請求被上訴人應返還上訴人因假執行所為給付6萬9,895元，並附加自107年10月13日起至清償日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。上訴人逾前開範圍之聲明，為無理由，應予駁回。

參、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所舉之證據，經核與判決結果不生影響，無再逐一論斷之必要，附此

敘明。

肆、據上論結，本件上訴，關於本訴部分為無理由，關於反訴部分及聲明返還因假執行所為之給付及附加利息部分，均為一部有理由、一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條，第463條、第395條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　27　　日

民事第二十一庭

審判長法　官　翁昭蓉

法　官　劉又菁

法　官　羅惠雯

正本係照原本作成。

被上訴人不得上訴。

上訴人合併利益超過150萬元者，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。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　2　　月　　27　　日

書記官　洪秋帆

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。