臺灣高等法院民事判決

109年度重上更一字第90號

上　訴　人　英屬維京群島商銀鯨股份有限公司台灣分公司
法定代理人　封偉倫
訴訟代理人　徐正坤律師
　　吳宜平律師
被　上訴人　饗賓餐旅事業股份有限公司
法定代理人　陳啓昌
訴訟代理人　徐婉蘭律師

上列當事人間請求清償債務事件，上訴人對於中華民國105年6月29日臺灣臺北地方法院105年度重訴字第105號第一審判決提起上訴，經最高法院發回更審，本院於110年12月14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，均由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

按不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加，民事訴訟法第463條準用第256條定有明文。查上訴人於原審主張被上訴人於民國95年4月21日與訴外人英屬維京群島商永億國際有限公司臺灣分公司（下稱永億分公司）簽立廠商設櫃合約書（下稱系爭合約），承租臺北市○○區○○○路00號「IN BASE」商場（下稱系爭商場）之2樓約387坪與4樓約65坪（下稱系爭租賃標的），以經營「饗食天堂」餐廳，嗣兩造與永億分公司於103年12月8日簽立專櫃廠商變更協議書（下稱系爭協議），約定自104年1月1日起改以伊為出租人，爰依系爭合約第8條第3項第4款約定，請求被上訴人給付促銷費新臺幣（下同）884萬7,554元本息（下稱系爭促銷費），於本院審理中復主張縱認上開約定之促銷費，係採實支實付，伊亦得

依民法第547條規定，請求被上訴人依其營業額占系爭商場營業額之比例支付促銷費之百分之四十七點四四即643萬7,904元等語（見本院卷第79、99頁），核上訴人仍係依系爭合約第8條第3項第4款約定為請求，民法第547條僅係就未約定報酬時，就報酬請求權所為規定，並未變更訴訟標的，僅係補充本件攻擊防禦主張亦得依民法第547條規定，依前開比列計算被上訴人應實支實付之促銷費，依上說明，乃法律上陳述之補充，非為訴之追加，雖被上訴人不同意（見本院卷第208頁），仍應予准許，合先敘明。

貳、實體方面：

一、上訴人主張：被上訴人於95年4月21日與永億分公司簽立系爭合約，承租系爭租賃標的以經營「饗食天堂」餐廳，約定租期自95年5月11日至104年5月10日，租金採營業抽成方式計付，即被上訴人每日營收由永億分公司帳戶入帳，經永億分公司按期扣除相關費用後，將餘額給付被上訴人。嗣兩造與永億分公司於103年12月8日簽立系爭協議，約定自104年1月1日起改以伊為出租人，承受系爭合約關係，兩造其後另約定展延租期至104年8月30日。嗣被上訴人於同年10月29日拆遷交還系爭租賃標的，經兩造就應收付款項對帳結果，伊應給付被上訴人最後一期貨款315萬2,446元，然依系爭合約第8條第3項第4款約定，自95年7月11日至104年7月10日止，被上訴人應按年給付伊促銷費即第1年度400萬元、第2年度起每年100萬元，共計1,200萬元〔計算式：4,000,000元＋1,000,000元×8(年)＝12,000,000元〕，迄未給付，經伊以促銷費1,200萬元債權與被上訴人剩餘貨款債權315萬2,446元為抵銷後，被上訴人尚應給付伊系爭促銷費。縱認促銷費採實支實付，伊亦得依民法第547條規定，請求被上訴人依其營業額占系爭商場營業額之比例，支付促銷費用之百分之四十七點四四即643萬7,904元，扣除伊應給付被上訴人之上開剩餘貨款，被上訴人尚應給付促銷費328萬5,458元。伊於104年12月3日寄發存證信函，催告被上訴人於函到3日內付

款未果等情，爰依系爭合約第8條第3項第4款約定，請求被上訴人如數給付，及自催告期滿翌日即104年12月8日（見原審卷第25、26頁）起加計法定遲延利息，並聲請准供擔保後宣告假執行等語。上訴聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人884萬7,554元，及自104年12月8日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。㈢願以現金或銀行之可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：系爭協議為租賃物之管理人變更，無溯及既往之意，更非債權讓與，故兩造自104年1月1日起向後發生租賃關係，租賃期間僅8個月；又促銷費之約定非屬委任契約，況系爭協議亦未提及委任乙事，上訴人依民法第547條為請求實屬無據。依系爭合約第8條第3項第4款約定，伊僅負每年編列促銷費預算之義務，而伊營業額已達1億2,000萬元以上，則無編列促銷費預算之義務；至各項促銷活動如需伊分擔經費，依系爭合約第9條第1項約定，必須事先徵得伊同意，否則伊不負擔分攤經費之義務。況永億分公司自95年至103年間，均不曾向伊請求給付促銷費，每月開立對帳單亦從未列報促銷費，每年報稅更未列報對伊有促銷費之應收帳款，可證永億分公司不認為其對伊有促銷費債權。實則各分店之促銷活動均由伊自行辦理，永億分公司或上訴人既未針對伊辦理任何促銷活動，亦未徵得伊同意分擔促銷費，自無權向伊請求給付促銷費。且促銷費屬廣告性質，廣告費用屬承攬契約，承攬人僅有在為定作人完成工作後始有報酬請求權，促銷費數額應按「實支實付」計算，然上訴人未舉證證明有何為伊促銷之支出。縱認上訴人得為請求，因促銷費依約定應每年給付，伊得援用民法第126條、第127條第7款規定，為時效抗辯，拒絕給付。伊已另訴向上訴人請求給付貨款315萬2,446元，是上訴人主張與貨款抵銷，亦無理由等語置辯。答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項（見本院卷第66頁）：

㈠被上訴人前於95年4月21日與永億分公司簽訂系爭合約，約定由被上訴人承租系爭租賃標的，採營業抽成方式計付租金，租期至104年5月10日終止。嗣於103年12月8日，兩造與永億分公司簽訂系爭協議，約定自104年1月1日起改以上訴人為系爭合約出租人，承受系爭合約關係，兩造其後另約定展延租期至104年8月30日。

㈡兩造間結帳付款模式為：被上訴人之每日營業收入均由上訴人帳戶入帳（含現金及信用卡消費），兩造於每月進行對帳，對帳後由被上訴人按營業額開立發票向上訴人請款，上訴人先扣除被上訴人依系爭合約第8條約款應負擔之費用後，再行給付貨款。兩造並於系爭合約第8條特別約定就促銷費部分，不能由上訴人自貨款中扣除。

㈢租期屆至後，被上訴人於104年10月29日返還租賃標的予上訴人，此後兩造曾就應收付款項進行對帳，經對帳確認上訴人應給付被上訴人最後一期貨款之數額為315萬2,446元。

四、兩造爭執事項：

㈠上訴人依系爭合約第8條第3項第4款、民法第547條規定請求被上訴人給付系爭促銷費，是否有據？

㈡倘被上訴人應給付促銷費，則金額應如何計算？又被上訴人以民法第126條、第127條第7款為時效抗辯，有無理由？

五、得心證之理由：

上訴人主張被上訴人前於95年4月21日與永億分公司簽訂系爭合約，約定由被上訴人承租系爭租賃標的，採營業抽成方式計付租金，租期至104年5月10日終止。嗣於103年12月8日，兩造與永億分公司簽訂系爭協議，約定自104年1月1日起改以上訴人為系爭合約出租人，承受系爭合約關係，兩造其後另約定展延租期至104年8月30日，被上訴人應依系爭合約第8條第3項第4款前段約定，自95年7月11日至104年7月10日止，給付伊促銷費即第1年度400萬元、第2年度起每年100萬元，共計1,200萬元，惟伊尚應給付被上訴人最後一期貨款315萬2,446元，經伊以上開促銷費債權與被上訴人剩餘貨

款債權為抵銷後，被上訴人尚應給付伊系爭促銷費等情，被上訴人不爭執簽訂系爭合約及系爭協議，惟否認上訴人已承受永億分公司與其之原租賃關係及得據以向其請求系爭促銷費，並以前詞置辯。經查：

㈠按當事人之一方將其因契約所生之權利義務，概括的讓與第三人承受者，係屬契約承擔，如經他方承認，對他方即生效力（最高法院86年度台上字第2652號判決意旨參照）。上訴人主張伊已承受系爭合約自95年4月21日起，與被上訴人之租賃關係等語，為被上訴人所否認並抗辯系爭協議為租賃物之管理人變更，無溯及既往之意，兩造係自104年1月1日起向後發生租賃關係，租賃期間僅8個月等語。查，觀諸系爭協議約定：「立書人：原出租人：英屬維京群島商永億國際有限公司台灣分公司。新出租人：英屬維京群島商銀鯨股份有限公司台灣分公司（以下簡稱甲方，即上訴人）。饗賓餐旅事業股份有限公司 （以下簡稱乙方，即被上訴人）茲經甲、乙雙方協議同意變更原合約條件，明列於下：第一條：因合作標的物改屬『英屬維京群島商銀鯨股份有限公司台灣分公司』管理範圍，故原契約自中華民國104年01月01日起改由甲方新出租人：『英屬維京群島商銀鯨股份有限公司台灣分公司』承受，並與乙方履行原契約內容。」等語（見原審卷第22頁），有系爭協議在卷可按，可知上訴人與永億分公司約定改由上訴人為系爭合約出租人，承受系爭合約關係，並與被上訴人履行系爭合約內容，被上訴人亦簽署該協議等情，足徵永億分公司已將系爭合約所生之權利義務，概括讓與上訴人，系爭協議性質為契約承擔，且經被上訴人同意，對其即生效力，依上說明，上訴人主張伊已承受系爭合約自95年4月21日起，與被上訴人之租賃關係等語，洵屬可採，被上訴人抗辯系爭協議為租賃物之管理人變更，無溯及既往之意，兩造係自104年1月1日起向後發生租賃關係，租賃期間僅8個月等語，委無足採。

㈡次按解釋契約，應於文義上及論理上詳為推求，以探求當事

人立約時之真意，並通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎，不能徒拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失其真意（最高法院99年度台上字第1421號判決意旨參照）。上訴人主張被上訴人應依系爭合約第8條第3項第4款前段約定，自95年7月11日至104年7月10日止，給付伊促銷費即第1年度400萬元、第2年度起每年100萬元，共計1,200萬元等語，為被上訴人所否認，並抗辯前揭約定係指其有於第1年度編列促銷費400萬元，及第2年度起編列每年100萬元預算之義務，永億分公司依該款約定得向被上訴人收取之促銷費，仍應依系爭合約第9條第1項約定，經其同意後，採實支實付方式結算等語。查：

1.依系爭合約第8條第3項第4款約定：「促銷費：第壹年度新台幣400萬元，其第貳年度起每年編列每年新台幣100萬元；本款項由乙方（即被上訴人）給付費用搭配甲方（即上訴人）行銷，並不得由貨款中扣除，如前壹年度乙方年度營業額達新台幣壹億貳仟萬以上時，則本處促銷費用乙方可視情況減少。」等語；第9條第1項約定：「甲方舉辦之各項促銷活動（包括特別廣宣、展示、抽獎、表演或各項贈品等）乙方應全力配合，經乙方同意後分擔經費，以求共同之發展。」等語（見原審卷第15頁）。佐以永億分公司於95年8月2日寄予被上訴人之存證信函記載：「主旨：有關貴公司承租本公司in base大樓二樓之營業櫃位，開幕促銷活動相關事宜。說明：……依據第八條第三項其他費用中4.促銷費：第壹年度新台幣400萬元、、、本款項由乙方給付費用搭配甲方行銷等語意；貴公司此期間自行規劃之行銷及電視CF等，本公司將不予認列為合約第八條第三項中（本款項由乙方給付費用搭配甲方行銷等意思）。……另本公司即刻起將展開貴公司餐廳之開幕行銷活動，規劃及促銷之相關費用將由貴公司第壹年度新台幣400萬元促銷費中扣除，特此通

知……」等語（見原審卷第280頁），可知永億分公司係通知被上訴人其已即將依第9條第1項約定，為被上訴人展開開幕之行銷活動，相關費用將從被上訴人依系爭合約第8條第3項第4款約定之「第壹年度新台幣400萬元」中「扣除」，即由上約定之被上訴人編列預算，而永億分公司係以自該項預算扣除規劃及促銷之相關費用等情。

2.又兩造間結帳付款模式為被上訴人之每日營收均由永億分公司帳戶入帳，兩造於每月進行對帳後，由被上訴人按營業額開立發票向永億分公司請款，永億分公司先扣除被上訴人依系爭合約第8條約款應負擔之營業費用後，再行給付貨款；而促銷費部分，係特地約定不得逕自永億分公司應付貨款中扣除等情，為兩造所不爭執（見前審卷㈡第107頁）。且永億分公司於100年9月9日曾發函予被上訴人等5家單位稱：「主旨：100年度商場東側戶外廣告輸出費，依實際承租面積分攤如下，並將於9月份向貴公司請款，謹請貴公司配合……說明：……二、分攤費用如下：使用單位：……饗食天堂：承租面積887x990、平均單價47.06、合計4萬1,744元」等語；100年9月14日曾發函予被上訴人等4家單位稱：「主旨：100年度商場南側戶外招牌及手扶梯上方橫招更新費用報價，依實際使用面積分攤如下……謹請貴公司配合……說明：……三、各樓層上下扶梯處橫招更新，按廠商報價輸出物裱板並施工費用，各專櫃負擔費用如下：使用單位：……饗食天堂：輸出尺寸338x64、張數2、合計（含稅）4,000元」等語，並由被上訴人店長江志強簽名同意分攤後，再由永億分公司另開立扣款單等情，有上訴人所提上開函及扣款單在卷可稽（見原證21-7第70至73頁），可知永億分公司曾於100年9月9日、14日，為被上訴人於系爭商場東側戶外製作廣告、南側戶外招牌及手扶梯上方橫招更新等部分，通知被上訴人其將按上開函所示費用向被上訴人請款，經被上訴人同意後，始開立扣款單等情，與95年8月2日存證信函所載結算模式相符，足見被上訴人抗辯其有編列預

算予永億分公司之義務，在永億分公司依系爭合約第9條第1項約定實際促銷所生費用，經伊同意結算後，再自該預算中扣除，系爭合約第8條第3項第4款約定之促銷費係採實支實付等語，可以採信。

3.再者，系爭合約第8條第3項第4款亦特別約定促銷費部分，不得逕自永億分公司應付貨款中扣除，且永億分公司復未曾依上開第8條第3項第4款前段約定，向被上訴人請求第1年度促銷費400萬元及第2年度起100萬元之定額給付，且上訴人主張之促銷費，本得於每年年度終結結算後，向被上訴人請求等情，復為上訴人所不爭執（見本院卷第67、102頁）；互核該款後段即約定「如前壹年度乙方年度營業額達新台幣壹億貳仟萬以上時，則本處促銷費用乙方可視情況減少」等語，亦可知永億分公司係與被上訴人約定，如其前1年度之營業額達1億2,000萬元以上時，可自行視情況減少第2年度起100萬元之金額，足見該款前段約定之「促銷費：第壹年度新台幣400萬元，其第貳年度起每年編列每年新台幣100萬元」等語，顯係被上訴人應編列促銷費預算之上限，而非被上訴人每年度應給付永億分公司之促銷費用金額，否則豈得由被上訴人於其營業額達1億2,000萬元時，即得自行視情況減少，且無約定減少之限度為何。是上訴人已承受系爭合約自95年4月21日起，與被上訴人之租賃關係，已如前述，自應按永億分公司與被上訴人就前開第8條第3項第4款、第9條第1項約定之履約方式，就被上訴人同意分擔之促銷費部分予以結算，採實支實付方式向被上訴人請求給付。從而，上訴人主張依系爭合約第8條第3項第4款約定，自95年7月11日至104年7月10日止，被上訴人應按年給付伊促銷費即第1年度400萬元、第2年度起每年100萬元，共計1,200萬元；及縱採實支實付，伊亦得依民法第547條規定，請求被上訴人依其營業額占系爭商場營業額之比例，支付促銷費用之百分之四十七點四四即643萬7,904元等語，均與上開約定未符，顯不足取。

4.上訴人雖主張前開第8條第3項第4款約定之促銷費非採實支實付，蓋實支實付計算促銷費實有困難，且不利於商場營運；又如認上訴人所有促銷活動均需依前開第9條第1項約定取得被上訴人同意，始得要求分擔經費，則該款前段約定「促銷費：第壹年度新台幣400萬元，其第貳年度起每年編列每年新台幣100萬元」，則無異於具文，且其後載明「本款項由乙方給付費用搭配甲方行銷」，亦可證被上訴人應支付定額之年度促銷費等語。按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任。但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限。民事訴訟法第277條定有明文。查，永億分公司曾於95年8月2日以上述存證信函通知被上訴人，其即將為被上訴人展開開幕之行銷活動，相關費用將從上開400萬元中扣除，及於100年9月9、14日以上述函通知被上訴人應負擔之廣告等費用向被上訴人請款，經被上訴人同意後，始開立扣款單等情，已如前述，足徵實支實付計算促銷費並無困難，且上訴人未舉證證明有何不利於商場營運之情。又綜觀系爭合約第8條第3項第4款全文及前述永億分公司與被上訴人於締約後就促銷費之收取情形，足見永億分公司依該款約定得向被上訴人收取之促銷費，不得逕自永億分公司應付貨款中扣除，係應依系爭合約第9條第1項約定，經被上訴人同意後，採實支實付方式結算，是僅截取前開第8條第3項第4款「本款項由乙方給付費用搭配甲方行銷」等語，不足證明被上訴人應支付上開定額之年度促銷費予上訴人；又該款前段約定「促銷費：第壹年度新台幣400萬元，其第貳年度起每年編列每年新台幣100萬元」等語，係指被上訴人有於第1年度編列促銷費400萬元，及第2年度起編列每年100萬元預算之義務，並緊接其後約定「如前壹年度乙方年度營業額達新台幣壹億貳仟萬以上時，則本處促銷費用乙方可視情況減少」等語，即被上訴人如於其前1年度之營業額達1億2,000萬元以上時，可自行視情況減少第2年度起100萬元之預算金額等情，已如前述，是「促銷費：第壹年度

新台幣400萬元，其第貳年度起每年編列每年新台幣100萬元」此部分約定，並非具文。上訴人上開主張，委無可取。

5.上訴人復主張永億分公司前於100年9月間要求被上訴人支付之4萬1,744元與8,000元二筆費用，乃系爭合約第12條第2項之「甲方統裝」，非屬促銷費等語。查，依系爭合約第12條「裝潢設計」第2項「甲方統裝」約定：「1.乙方（即被上訴人）未經甲方（即上訴人）同意，不得任意調整或修改甲方施作之裝潢或機具設備。2.甲方統裝完成之裝潢或機具設備屬乙方專用之部份於交付乙方後，其維護和修繕由乙方自行負責。」等語（見原審卷第16頁背面），可知該條係約定被上訴人未經上訴人同意不得任意調整或修改上訴人施作之裝潢或機具設備，及上訴人將統裝完成之裝潢或機具設備屬被上訴人專用部份交付被上訴人後，被上訴人應自行負責修繕，且無如係上訴人為被上訴人修繕後，可向其請求費用等相關約定；而永億分公司曾於100年9月9日、14日，要求被上訴人支付之4萬1,744元與8,000元二筆費用，係其為被上訴人於系爭商場東側戶外製作廣告、南側戶外招牌及手扶梯上方橫招更新等部分之費用，核屬促銷費用，已如前述，且觀諸該等施作項目亦非上開第12條「裝潢設計」第2項「甲方統裝」約定之裝潢或機具修繕，是上訴人此部分主張，亦無可取。

6.上訴人再主張商場戶外室內廣告僅限進駐廠商租用或由上訴人統籌設置，本可藉由出租廣告位置取得之利潤自應計入促銷成本中等語，並提出系爭商場外牆、1至2樓電扶梯照4張（見原審卷第227至228頁），為被上訴人所否認，並抗辯依系爭合約第12條第1項第4款約定上開廣告看板應由上訴人無償提供等語。查，依系爭合約第12條第1項第4款約定：「……4、甲方需負責『無償』提供以下工程介面：……（9）提供乙方使用公共貨梯電扶梯之權利、公共區域裝潢、美化、公共招牌等。（10）甲方需提供建築物外觀適當地點提供圖面並標示經雙方協議供乙方放置廣告招牌，並定

期六個月清潔外牆玻璃。」等語（見原審卷第16頁背面），可知永億分公司及上訴人應無償提供被上訴人在系爭商場外牆、1至2樓電扶梯間，放置廣告看板，足見被上訴人抗辯依上開約定，廣告看板本應由永億分公司及上訴人無償提供等語係屬可採。則上訴人上開主張，即乏所據。

7.上訴人又主張停車場免費停車優惠成本2,314萬2,400元亦應計入系爭促銷費等語，為被上訴人所否認，並抗辯依系爭合約第1條約定，停車場免費停車優惠亦為永億分公司及上訴人應履行之義務等語。查，依系爭合約第1條「設櫃位置」約定：「甲方同意提供……in base大樓……貳樓……櫃內面積約為387坪及肆樓約為65坪供乙方設置專櫃，配合經營本合約規定之營業項目（含提供本專櫃消費者在本專櫃消費後，消費者可將車輛停放於商場地下室公共停車場之使用權……）」等語（見原審卷第13頁背面），及系爭合約第9條第1項約定永億分公司及上訴人舉辦之各項促銷活動內容，亦未例示停車場免費停車優惠項目，可知永億分公司及上訴人亦有提供至被上訴人櫃位消費之消費者，可將車輛停放於系爭商場地下室公共停車場之使用權，足徵被上訴人抗辯依上開約定，永億分公司及上訴人亦有提供消費者停車場免費停車優惠之義務等語，係屬可採。則上訴人此部分主張，尚難遽採。

8.上訴人另主張議約時兩造約定逐年給付系爭促銷費，係用於分擔伊公司之廣告費、酬賓券、室內戶外廣告、廣企費、停車費等促銷成本，故未就前揭項目一一約定金額等語，已為被上訴人所否認。查依上開約定，永億分公司及上訴人應無償提供被上訴人在系爭商場外牆、1至2樓電扶梯間，放置廣告看板，與提供至被上訴人櫃位消費之消費者停車場免費停車優惠之義務；又系爭合約第8條第3項第4款約定之促銷費，永億分公司及上訴人應依該合約第9條第1項約定，經被上訴人同意結算後，再自被上訴人依上開第8條第3項第4款前段約定編列之促銷費預算中扣除，係採實支實付等情，已

如前述，是上訴人此部分主張，顯與事實不符，不足採信。

㈢再按私文書應由舉證人證其真正，民事訴訟法第357條定有明文。惟當事人主張之事實，經他造於準備書狀內或言詞辯論時或在受命法官、受託法官前自認者，無庸舉證。民事訴訟法第279條第1、3項亦有規定。上訴人主張伊或永億分公司確有為被上訴人支出系爭促銷費，並提出廣告DM、費用單據共7冊為證（見原審卷第85至206、224至228頁，及原證21-1至21-7之外放卷7冊）。查，上訴人依系爭合約第8條第3項第4款約定得向被上訴人收取之促銷費，應依系爭合約第9條第1項約定，經被上訴人同意後，採實支實付方式結算等情，已如前述；而被上訴人就上訴人所提上開廣告DM、費用單據，除不爭執前揭4萬1,744元與8,000元二筆費用及下列30萬4,739元單據真正外，其餘均否認真正（見本院卷第245頁），上訴人亦未證明其真正，自無從據為上訴人有為被上訴人支出系爭促銷費之證明。然上訴人主張其專為被上訴人支付之促銷費即：1、95年7月17日，支付北側外牆帆布3萬5,364元（見原審卷第103頁單據）。2、95年8月31日，因颱風襲台，支付前揭外牆帆布拆、掛費（含大吊車）含稅4萬7,250元（見原證21-1第28頁背面至第29頁背面單據）。3、95年8月31日，支付饗食天堂餐廳拍攝費含稅1萬2,600元（見原證21-1第25頁背面至第26頁背面單據）。4、95年8月31日，支付饗食天堂開幕立牌輸出含稅4,368元（見原證21-1第27頁正面至第28頁正面單據）。5、95年9月30日，支付北側外牆帆布與戶外帆布施工費（含大吊車）含稅共計6萬1,614元（見前審卷一第75頁照片、原審卷第109頁正、背面單據）。6、95年9月30日，支付饗食天堂開幕活動DM含稅11萬5,525元（見原審卷第265頁DM、原審卷第115頁正面至第116頁背面單據），以上共計30萬4,739元（計算式：63,382+47,250+12,600+4,368+61,614+115,525=304,739），業經被上訴人自認：「我們最多只願意同意上訴人主張的95年間實支實付30萬4739元」等語（見本院卷第101頁），是上訴人

主張依系爭合約第8條第3項第4款約定，被上訴人應給付其促銷費30萬4,739元，即屬有據。

㈣復按基於私法自治及契約自由原則，當事人得自行決定契約之種類及內容，其契約類型不以有名契約為限。而契約之定性及法規適用之選擇，乃對於契約本身之性質在法律上之評價，屬於法院之職責，自不受當事人法律意見之拘束。又委任與承攬於契約履行之過程中，皆以提供勞務給付作為手段，在性質上同屬勞務契約。然受任人提供勞務旨在本於一定之目的，為委任人處理事務，其契約之標的重在「事務之處理」；至於承攬人提供勞務乃在為定作人完成一定之工作，其契約之標的重在「一定工作之完成」。苟當事人所訂立之契約，係由承攬之構成分子與委任之構成分子混合而成，各具有一定之分量，且各該成立之特徵彼此不易截然分解及辨識，當事人復未就法律之適用加以約定時，其既同時兼具「事務處理」與「工作完成」之特質，即不能再將之視為委任或承攬契約，而應歸入非典型契約中之混合契約，成為一種法律所未規定之無名勞務契約。復以委任契約為最典型及一般性之勞務契約，故有關由委任與承攬二種勞務契約之成分所組成之混合契約，而彼此間之成分特徵不易截然分解及辨識時，其整體之性質既屬於勞務契約之一種，自應適用關於委任之規定，庶當事人間之權利義務關係得以確立（最高法院109年度台上字第215號判決意旨參照）。又請求權，因十五年間不行使而消滅。民法第125條前段亦有規定。被上訴人抗辯系爭促銷費乃承攬費用，且依約定應每年給付，伊得援用民法第126條、第127條第7款規定，為2年之短期時效抗辯，拒絕給付等語。查，上訴人依系爭合約第8條第3項第4款約定得向被上訴人收取之促銷費，應依系爭合約第9條第1項約定，經被上訴人同意後，採實支實付方式結算，已如前述，則系爭合約第8條第3項第4款約定，兼有上訴人為被上訴人舉辦各項促銷活動，且將該等活動內容、費用報告被上訴人，經被上訴人同意後分擔經費，係同時含有

民法第490條、第528條所定承攬及委任之構成分子，且各具有一定之分量，而其彼此間之成分特徵不易截然分解及辨識，依上說明，其性質應認係委任與承攬混合而成之無名勞務契約，而應適用關於委任之規定；且依前述永億分公司曾於95年8月2日以上述存證信函通知被上訴人，其即將為被上訴人展開開幕之行銷活動，相關費用將從上開400萬元中扣除，及於100年9月9、14日以上述函通知被上訴人應分擔之廣告等費用向被上訴人請款，經被上訴人同意後，始開立扣款單等情，可知系爭促銷費乃具有民法第535條所定委任報酬之性質，且需上訴人報告為被上訴人所辦理之行銷活動內容後，經被上訴人同意始為支付，顯非按年之定期給付，是其請求權時效應適用民法第125條所定之15年；又上訴人係於104年12月30日起訴請求系爭促銷費（見原審卷第5頁起訴狀之收狀戳），上訴人得請求之前述95年間實支實付促銷費30萬4,739元，顯未罹於前揭15年時效期間。被上訴人上開抗辯，並無足取。

㈤末按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各以其債務，與他方之債務，互為抵銷。民法第334條前段定有明文。又民事訴訟法第400條第2項既明定主張抵銷之請求，其成立與否經裁判者，以主張抵銷之額為限，有既判力，且該條項未就主張抵銷請求之主體設其限制，並參照民法第334條、第335條有關「抵銷之要件暨方法」之規定，亦未將主張抵銷者侷限於債權人或債務人，倘主動債權及被動債權皆有效存在，復向他方為意思表示者，均得主張抵銷之，則當事人於訴訟繫屬中，不問主張抵銷之請求為原告或被告所主張之反對債權，祇要經法院裁判抵銷之數額者，即應賦予既判力（最高法院100年度台聲字第1294號裁定意旨參照）。上訴人主張被上訴人應給付伊之促銷費，以伊應給付被上訴人最後一期貨款315萬2,446元抵銷等語，並提出明細為據（見原審卷第8、24頁）。查，上訴人得依系爭合約第8條第3項第4款約定，請求被上訴人給付其促銷費30萬4,7

39元，已如前述，又上訴人自認尚欠被上訴人最後一期貨款315萬2,446元，被上訴人可依系爭合約向上訴人請求返還上開貨款，而此筆貨款乃系爭合約於104年8月30日終止後，被上訴人於同年10月29日拆遷交還系爭租賃標的，經兩造所為之結算，為被上訴人所不爭執，是上開結算之貨款已屬上訴人對被上訴人所負債務，自無系爭合約第8條第3項第4款約定關於促銷費部分，不得逕自永億分公司應付貨款中扣除之適用。依上說明，兩造互負前述債務，均屬金錢給付，並均屆清償期，則上訴人以被上訴人對其所負30萬4,739元促銷費債務，抵銷其對被上訴人所負315萬2,446元貨款債務後，已無餘額，是上訴人依系爭合約第8條第3項第4款約定，請求被上訴人給付系爭促銷費本息，洵屬無據，不能准許。

六、綜上所述，上訴人依系爭合約第8條第3項第4款之約定，請求被上訴人給付884萬7,554元，及自104年12月8日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，非屬正當，不應准許。從而原審所為上訴人敗訴之判決，核無違誤，上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

七、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。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　12　　月　　30　　日

民事第一庭

審判長法　官 吳光釗

法　官 江春瑩

法　官 游悅晨

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。

被上訴人不得上訴。

中　　華　　民　　國　　111　　年　　1　　月　　3　　日

書記官 王詩涵