

臺灣高等法院民事判決

112年度上字第10號

上訴人 東方國際行銷股份有限公司

法定代理人 王蓁蓁

訴訟代理人 邱柏越律師

趙翊婷律師

劉仁閔律師

上列一人

複代理人 張為翔律師

被上訴人 南藝創意工程股份有限公司

法定代理人 吳思漢

訴訟代理人 林唐緯律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國111年10月24日臺灣臺北地方法院109年度建字第350號第一審判決提起上訴，本院於113年8月27日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人本訴主張及反訴抗辯略以：

(一)伊與被上訴人、訴外人大川大立數位影音股份有限公司（下稱大川大立公司）於民國106年5月20日，就新光三越百貨股份有限公司（下稱新光三越公司）台北信義A8館（下稱信義A8館）半透明立體高空溜滑梯（下稱系爭溜滑梯）相關工程施作等事宜簽訂工程合約（即系爭契約）；被上訴人依約應負責系爭溜滑梯之硬體設備安裝架設及維修工程、活動道具維修與養護、硬體設備保管及維護工作等（下稱系爭工程）。又依系爭契約附件即伊與新光三越公司台北信義分公

01 司二館簽訂之「戶外藝術裝置經營合約書」（下稱系爭經營  
02 合約）第6條約定，不論晴雨天均應配合信義A8館營業時間  
03 開放系爭溜滑梯之營運。嗣大川大立公司於營運過程中，發  
04 現系爭溜滑梯每逢雨天雨勢較大時即會發生嚴重滲漏情事，  
05 致伊在溜滑梯漏水時被迫停業，未達不論晴雨天均應配合新  
06 光三越公司信義A8館營業時間均開放營運之設備功能，被上  
07 訴人施作系爭工程顯有瑕疵。伊於獲悉系爭溜滑梯漏水後，  
08 均有請求被上訴人儘速進行瑕疵修補等修繕，被上訴人於營  
09 運前半年雖有前往修繕，但除遲延修繕外，亦未將漏水瑕疵  
10 修繕至未漏水，甚至於107年8月30日後，經伊數度請求，被  
11 上訴人仍未前往修繕系爭溜滑梯漏水，伊僅得於108年11月5  
12 日以郵局存證信函，嗣再以通訊軟體LINE及致電方式試圖聯  
13 絡被上訴人，被上訴人均避不見面、拒絕聯絡，遑論進行系  
14 爭溜滑梯之瑕疵修補工作，致伊因系爭溜滑梯瑕疵所生如營  
15 業損失等損害不斷累積、擴大。

16 (二)依系爭契約第9條第1項約定，系爭溜滑梯應於106年7月31日  
17 前完成安裝，然系爭溜滑梯自營運開始，每逢雨勢較大時即  
18 會漏水，可見系爭溜滑梯自始不具備約定之設備功能及品  
19 質，依系爭契約第11條第1項約定應視為未完工，依系爭契  
20 約第10條約定，伊得請求被上訴人給付遲延違約金新臺幣  
21 (下同)100萬元。又伊因被上訴人未盡修繕義務，致伊因  
22 系爭溜滑梯漏水無法營運而受有營業損失，伊依民法第495  
23 條第1項、第227條規定，請求被上訴人賠償營業損失16萬2,  
24 313元。伊於109年6月15日通知被上訴人進行系爭溜滑梯之  
25 定期安檢及修繕，遭被上訴人拒絕並要求伊自行委請其他廠  
26 商施作，伊乃於109年6月29日及同年7月5日自行委託第三人  
27 進行定期檢修，伊請求被上訴人償還上開定期檢修費用2萬  
28 1,000元。另被上訴人未於109年12月8日系爭契約期滿後2週  
29 內將系爭溜滑梯拆除、將場地恢復原狀，致伊須每月支付新  
30 光三越公司場地租金，及代僱工拆除系爭溜滑梯、恢復場地  
31 原狀，受有租金損失及場地復原費用之損害，伊請求被上訴

01 人賠償租金損失56萬2,647元，及請求被上訴人給付場地復  
02 原費用42萬0,367元。合計216萬6,327元。

03 (三)對被上訴人提起之反訴以：依系爭契約第4條、第6條第4項  
04 約定，被上訴人負有安裝、架設、維修、養護系爭溜滑梯之  
05 義務，伊始有依約支付月營收分潤之責，因系爭溜滑梯每逢  
06 雨勢大時均會漏水，被上訴人除遲延修繕外，亦未將漏水瑕  
07 疵修繕至沒有漏水狀態，顯未依債之本旨提出給付，不生提  
08 出給付效力而為不完全給付。被上訴人自107年8月30日後即  
09 未再進場修繕，未盡契約義務，系爭溜滑梯現已拆除，已無  
10 法補正其不完全給付，在被上訴人賠償伊債務不履行之損害  
11 前，伊依民法第264條規定行使同時履行抗辯權，拒絕給付  
12 營收分潤；亦得依民法第494條規定請求減少報酬等語，資  
13 為抗辯。

14 (四)爰提起本訴，依系爭契約第7條第3項、第11條第1項、第10  
15 條約定，及民法第227條、第229條第1項、第231條第1項、  
16 第232條、第493條第1項、第2項、第495條第1項規定，求為  
17 命被上訴人給付216萬6,327元，及其中118萬3,313元自起訴  
18 狀繕本送達之日起，56萬2,647元自訴之追加狀繕本送達翌  
19 日起，42萬0,367元自111年7月4日擴張聲明狀繕本送達翌日  
20 起，均至清償日止，按年息5%計付利息之判決（原審認被上  
21 訴人應給付上訴人營業損失5萬3,906元、定期檢修費用2萬  
22 1,000元、租金損失53萬6,570元、場地復原費用42萬0,367  
23 元，判決命被上訴人給付上訴人103萬1,843元，及其中7萬  
24 4,906元自109年9月29日起，53萬6,570元自110年11月9日  
25 起，42萬0,367元自111年7月6日起，均至清償日止，按年息  
26 5%計算之利息，駁回上訴人其餘之訴。上訴人就其敗訴部分  
27 其中違約金100萬元及營業損失10萬8,407元共計110萬8,407  
28 元及利息部分，提起上訴。被上訴人就其敗訴部分，未明不  
29 服，因未繫屬，不再贅述）。上訴聲明：(一)原判決關於駁回  
30 上訴人後開第二項之訴部分廢棄。(二)被上訴人應再給付上訴  
31 人110萬8,407元，及自109年9月29日起至清償日止，按年息

01 5%計算之利息。(三)願供擔保請准宣告假執行。(四)原判決關於  
02 反訴命上訴人給付105萬7,015元本息，及該部分假執行之宣  
03 告部分廢棄。(五)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之反訴  
04 及假執行之聲請駁回。

05 二、被上訴人抗辯及提起反訴主張如下：

06 (一)伊已依約如期完成系爭溜滑梯之裝設，經上訴人及新光三越  
07 公司驗收通過後開放營運使用逾3年，足認伊完工交付之系  
08 爭溜滑梯已具備系爭契約約定之設備功能、數量、規格，伊  
09 已完成契約義務，並無遲延。系爭溜滑梯裝設在戶外，滑道  
10 各部件接合處均以矽利康填補接縫，難免因長期遭風雨侵蝕  
11 或遊客使用時摩擦滑道，而使矽利康脫落缺損導致密封性下  
12 降，重新填補矽利康回復系爭溜滑梯滑道密封之修補工作，  
13 乃伊保養、維護、養護等保固責任範圍，與完工交付之義務  
14 無涉，系爭經營合約並無不論晴雨天均應配合信義A8館營業  
15 時間開放營運之約定。另上訴人就系爭溜滑梯設備並無給付  
16 任何工程款或投資款，無從依系爭契約第10條前段之約定計  
17 算賠償金，上訴人不得對伊請求違約金100萬元。

18 (二)系爭契約雖名為工程合約，然依第4條約定及合約全文並合  
19 約精神觀之，伊與上訴人、大川大立公司三方係以共同經營  
20 系爭溜滑梯為契約目的，系爭契約應屬合夥契約，而非承攬  
21 契約，上訴人依民法第495條第1項規定請求伊賠償營業損  
22 失，應屬有誤。又系爭溜滑梯如有維護、保養之需求，係由  
23 負責現場營運之大川大立公司提出，伊皆有即時處理，且定  
24 時派員進行維護保養，並無不進行修繕之情事，上訴人以伊  
25 未修繕為由，請求伊賠償營業損失，為無理由。再依大川大  
26 立公司提供之日報表，系爭溜滑梯於營運期間雖有因漏水問  
27 題暫停售票、停止營業情形，惟暫停售票之日亦均有營收，  
28 營業額亦不遜於同月其他未漏水日之營業額，且有暫停營業  
29 之月份之月營業額亦不遜於相鄰月份之營業額，足證系爭溜  
30 滑梯之漏水情況並未實質影響營業額，難以該月有漏水情事  
31 推論上訴人受有營業損失。系爭溜滑梯屬遊憩設施，而影響

01 月營業額之原因多端，於開幕後之蜜月期較能吸引遊客消  
02 費，營業額較佳，然隨熱潮退卻後，營業額會漸趨於正常，  
03 上訴人以系爭溜滑梯開幕3個月之營業額平均值為營業損失  
04 之計算基準，為無理由；另自108年12月新冠肺炎疫情發生  
05 以來，亦影響消費者出遊及遊玩系爭溜滑梯之意願，難以系  
06 爭溜滑梯漏水遽論影響營業額。縱認伊應負擔上訴人之營業  
07 損失，營業損失應按當月份平均日營業額之30%計算，且因  
08 系爭契約係三方約定共同經營分潤，上訴人僅得請求其自己  
09 之營收分潤33%。

10 (三)反訴主張：依系爭契約第4條、第8條第1項約定，上訴人應  
11 將各月營收款項，於新光三越公司月結後15日內，按第4條  
12 約定之比例即每月營收比例之33.5%分配予伊，然上訴人自1  
13 07年8月1日起即以各種理由藉故推託拒不付款，至109年8月  
14 止共積欠伊營收分潤105萬7,015元，伊得依系爭合約第4  
15 條、第8條第1項約定，請求上訴人如數給付。

16 (四)爰提起反訴，依系爭合約第4條、第8條第1項約定，求為命  
17 上訴人給付105萬7,015元，及自民事辯論意旨狀繕本送達翌  
18 日起至清償日止，按年息5%計付利息之判決（原審判決上訴  
19 人應給付上開金額及自110年1月20日起至清償日止，按年息  
20 5%計算之利息。上訴人不服，提起上訴）。答辯聲明：(一)上  
21 訴駁回。(二)如受不利之判決，願供擔保請准免為假執行。

22 三、兩造不爭執事項（見原審卷一第336頁、本院卷145頁）：

23 兩造與大川大立公司三方於106年5月20日簽訂系爭契約，系  
24 爭契約前言記載：「茲因丙方（即被上訴人）承接甲方（即  
25 上訴人）位於新光三越百貨股份有限公司台北信義A8館半透  
26 明立體高空溜滑梯工程施作，三方同意訂定本合約，俾利共  
27 同遵循。」第4條約定：「三方合作模式：三方拆帳比例依  
28 下列：甲方：甲方營收分潤比例為每月營收比例33%，含稅  
29 （包含新光三越台北信義A8館場地營收抽成費用）。甲方須負  
30 責對外一切行銷宣傳活動、媒體曝光，每季至少執行一場宣  
31 傳活動，如遇特殊節慶（例：西洋情人節、七夕情人節、聖

01 誕節、跨年…等) 需增加曝光活動。乙方(即大川大立公  
02 司): 乙方營收分潤比例為每月營收比例33.5%, 含稅。乙  
03 方須負責營運現場經營管理(包含人力分配及所有營運所需  
04 使用耗材, 相關成本由乙、丙雙方共同負擔)、支付工程設  
05 備款。丙方: 丙方營收分潤比例為每月營收比例33.5%, 含  
06 稅(包含設備工程款、設備安裝及人員教育訓練費用)。丙方  
07 須負責提供設備、安裝、設備保養維修及人員教育訓練。」  
08 第6條第4項約定: 「丙方提供本藝術裝置工程施作及後續所  
09 需之維修服務, 包括硬體設備之安裝架設及維修、活動道具  
10 之維修及養護。」第7條第2項約定: 「本藝術裝置由丙方負  
11 責保管、保固及維護責任。」(見原審卷一第39-44頁系爭  
12 契約)。

13 四、本件上訴人依系爭契約第11條第1項、第10條約定請求被上  
14 訴人給付遲延違約金100萬元, 及依民法第495條第1項、第2  
15 27條規定, 請求被上訴人賠償營業損失10萬8,407元(原審  
16 判決上訴人敗訴部分), 有無理由, 論述如下:

17 (一)上訴人主張被上訴人施作之系爭溜滑梯自始不具備約定之設  
18 備功能及品質, 依系爭契約第11條第1項約定視為未完工,  
19 復因被上訴人未盡修繕義務, 致系爭溜滑梯漏水無法營運而  
20 受有營業損失, 其依系爭契約第10條約定請求遲延違約金10  
21 0萬元; 被上訴人則否認系爭溜滑梯有未完工情事。

22 (二)經查系爭契約名稱雖為「工程合約」, 惟觀諸系爭契約前言  
23 及第4條、第6條第4項、第7條第2項約定之內容(詳三),  
24 暨參酌上訴人所提出系爭契約附件1新光三越公司與上訴人  
25 於106年3月9日所訂系爭經營合約之內容(見原審卷一第45-  
26 50頁), 足知係上訴人先與新光三越公司簽訂系爭經營合約  
27 後再與被上訴人、大川大立公司簽訂系爭契約, 約定系爭契  
28 約之三方分由上訴人取得新光三越公司同意提供設置系爭溜  
29 滑梯之場地, 被上訴人負責提供設備即系爭溜滑梯、安裝  
30 等, 大川大立公司則負責現場營運管理, 並約定營收分潤比  
31 例, 堪認系爭契約並非上訴人與被上訴人間所訂之承攬契

01 約，而應為三方合資經營系爭溜滑梯之無名契約，三方之權  
02 利義務應依系爭契約約定之。觀諸系爭契約第4條關於被上訴  
03 人分潤比例約定為每月營收比例33.5%，含稅（包含設備工  
04 程款、設備安裝及人員教育訓練費用），即被上訴人須負責  
05 提供設備、安裝、設備保養維修及人員教育訓練（見原審卷  
06 一第40頁），被上訴人陳稱上訴人並未實際支付系爭溜滑梯  
07 之工程款予被上訴人，堪以採信。

08 (三)次查系爭契約第9條第1項約定：「丙方（即被上訴人）依合  
09 約要求至合約地點進行工程安裝，安裝工作期限為設備進場  
10 後的15天完成，最遲應於2017年7月31日前完成安裝。」第1  
11 0條約定：「丙方應依約準時完成合約工程，如無法如期完  
12 工，則每逾一日應賠償甲方（即上訴人）本藝術裝置總投資  
13 金額千分之一，最高累計不超過新台幣壹佰萬元正。若非歸  
14 責丙方因素及不可抗拒之天災則不在此限。」（見原審卷一  
15 第42頁），則上訴人依系爭契約第10條約定請求被上訴人給  
16 付逾期違約金，應以被上訴人未於上開約定期限內完成系爭  
17 溜滑梯工程為要件。經查大川大立公司負責系爭溜滑梯業務  
18 之專案事業部人員楊明宇到場證稱系爭溜滑梯約106年12月2  
19 4日左右開始營運，聖誕節那天一定有開等語（見原審卷一  
20 第441、443頁），又上訴人提出之營業額表記載106年12月  
21 總營業金額含稅為71萬8,671元（見原審卷一第65頁），另  
22 大川大立公司提供之系爭溜滑梯營運期間日報表記載106年1  
23 2月17日「試營運價100元」、同年月21日起至31日每日均有  
24 營業收入（見原審卷一第465頁）；再參新光三越公司台北  
25 信義分公司二館110年3月2日函載：(一)上訴人係於106年12月  
26 20日與本公司簽訂場地合作合約書，(二)上訴人於本公司裝設  
27 之溜滑梯藝術裝置完工後，本公司曾查看完工情況，但非由  
28 本公司進行驗收；(三)溜滑梯藝術裝置開放使用後，上訴人曾  
29 提供溜滑梯由被上訴人公司進行檢查之紀錄及相關文件予本  
30 公司等語（見原審卷一第233頁），堪認系爭溜滑梯已施作  
31 完成，並自106年12月間起對外營運。上訴人主張系爭溜滑

01 梯未於系爭契約第9條約定之106年7月31日期限完成，依系  
02 爭契約第10條約定，請求被上訴人給付逾期違約金，應屬無  
03 據。

04 (四)雖上訴人以系爭溜滑梯自營運開始，每逢雨勢較大時即會漏  
05 水，主張系爭溜滑梯自始不具備約定之設備功能及品質，依  
06 系爭契約第11條第1項約定：「丙方（即被上訴人）保證其  
07 交付之產品具有約定之設備功能、數量、規格，若有不符，  
08 視同未交付與完工。」（見原審卷一第42頁），應視為未完  
09 工云云。惟按承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無  
10 減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，固為民法  
11 第492條所明定，惟此乃有關承攬人瑕疵擔保責任之規定，  
12 與承攬工作之完成無涉。倘承攬工作已完成，縱該工作有瑕  
13 疵，亦不得因而謂工作尚未完成（最高法院89年度台上字第  
14 2068號判決意旨參照）。前述系爭契約第11條約定應係適用  
15 於工程完工後辦理驗收作業時，如經查驗有不符約定之設備  
16 功能、數量、規格，視同未完工；並非系爭溜滑梯已完工經  
17 驗收及交付使用後，嗣發見瑕疵，仍得回溯認定未完成。

18 (五)再查新光三越公司與上訴人所訂系爭經營合約第6條第1項係  
19 約定：「裝置開放時間：裝置開放時間依照甲方（即新光三  
20 越公司）營業時間而定，故甲方需提供乙方（即上訴人）營  
21 業時間表，如有異動時亦應於前一週通知乙方（但因天候因  
22 素所致之異動得於當日通知）。」並未約定系爭溜滑梯不論  
23 晴雨天均須開放營運。衡諸系爭溜滑梯屬戶外設施，滑道管  
24 路銜接處之縫隙雖有以矽利康密封以防雨水滲入，惟系爭溜  
25 滑梯高度16公尺，滑道總長42公尺（見原審卷一第415頁被  
26 上訴人陳述），當人體進入滑道滑行必會產生震動，致慢慢  
27 造成縫隙些微增大，又因矽利康受日曬高溫會變形劣化，則  
28 在雨勢過大時出現滲漏水，應非不可預見之情形，尚不得以  
29 系爭溜滑梯對外營運近1個月後，因雨勢過大發生漏水致無  
30 法營運，遽謂系爭溜滑梯不具有約定之設備功能、品質。上  
31 訴人以系爭溜滑梯於雨勢較大時即會漏水無法營運為由，主



01 張應視為未完工云云，為不可採。從而上訴人依系爭契約第  
02 11條第1項、第10條約定，請求被上訴人給付違約金100萬  
03 元，應屬無據。

04 (六)關於上訴人依民法第495條第1項、第227條規定，請求被上  
05 訴人賠償營業損失部分：

06 1.經查系爭契約第7條第1、2項約定：「丙方（即被上訴人）  
07 所提供之硬體設備於本合約期間歸丙方所有，若發生障礙，  
08 除不可抗力之因素外，丙方於甲方（即上訴人）告知時起24  
09 小時內自費修復。」「本藝術裝置由丙方自負保管、保固及  
10 維護責任。」足認被上訴人於系爭溜滑梯營運期間應負維  
11 修、養護之責。又系爭溜滑梯於營運期間有發生漏水情形，  
12 業經證人楊明宇到場證述明確（見原審卷一第443頁），為  
13 被上訴人所不爭執，被上訴人應於受告知時起24小時內修  
14 復。次查依證人楊明宇所為證述（見原審卷一第443-444  
15 頁）及大川大立公司提供之系爭溜滑梯停止營業天數及原因  
16 明細所示（見原審卷一第391、393頁），可知大川大立公司  
17 人員於系爭溜滑梯發生漏水時會向被上訴人報修，並有LINE  
18 對話紀錄可稽（見原審卷一第349-383頁）。再參證人楊明  
19 宇證稱：被上訴人於系爭溜滑梯開始營運後前半年來修復頻  
20 率比較高，「來的速度都算快，但之後因為漏水問題一直持  
21 續，後面請他們來修，就拖很久才來，快結束兩年，就都沒  
22 有來修，我印象中沒有來修」等語（見原審卷一第445  
23 頁），與大川大立公司提供之系爭溜滑梯停止營業天數及原  
24 因明細所示相符，堪認被上訴人有未盡維修責任之情形，即  
25 可認被上訴人有債務不履行情事，上訴人依民法第227條規  
26 定請求被上訴人賠償營業損失，應屬有據。

27 2.上訴人主張系爭溜滑梯因漏水無法營運，致其受有營業損失  
28 一事，雖為被上訴人所否認；惟觀諸前揭大川大立公司提供  
29 之系爭溜滑梯停止營業天數及原因明細（見原審卷一第39  
30 1、393頁）及該公司111年3月8日川字第000000000號函提供  
31 之日報表（見原審卷一第465-589頁），可認系爭溜滑梯於

01 大川大立公司營運期間，共有47日因漏水問題暫停售票，5  
02 日因漏水嚴重停止營業（見原審卷二第31-33頁被上訴人製  
03 作之附表3，上訴人對此表示無意見，見同上卷176頁）。按  
04 停止營業、暫停售票勢將造成當日、停止售票後無營業收  
05 入，乃屬常情，被上訴人以自行製作之附表4分析表（見同  
06 上卷35頁），辯稱暫停售票日之營業額不遜於同月其他未漏  
07 水日之營業額，有漏水報修之月營業額亦不遜於未漏水之鄰  
08 近月份，系爭溜滑梯漏水並未實質影響營業額云云，為不足  
09 採。

10 3.按影響系爭溜滑梯營業額之原因多端，如初開始營運期間  
11 （約3個月）之蜜月期、學生寒暑假、重要節日如母親節、  
12 父親節或百貨公司周年慶、新冠肺炎疫情等，應未能逕以開  
13 始營運期間之營業額計算系爭溜滑梯因漏水停止營運、暫停  
14 營運之損失。原審認「營業損失應以系爭溜滑梯實際因漏水  
15 無法售票期間計算營業損失，以每月總營業額除以該月實際  
16 營運之日數，計算該月每日營業額，再乘以實際無法營運之  
17 日數，計算營業額之損失」，上訴人表示其亦主張以此種方  
18 式計算，但如遇暫停售票狀況則應以半日計算，被上訴人則  
19 認停止營業應以全日計算，暫停售票部分應以30%計算（兩  
20 造陳述見原審卷二第178頁）。因自大川大立公司提供之系  
21 爭溜滑梯停止營業天數及原因明細、日報表均無從判斷「暫  
22 停售票」當日實際停止營運時間，亦無資料足以認定係上  
23 午、下午或當日何時間起暫停售票，衡諸系爭溜滑梯因下雨  
24 漏水後，現場人員必須等雨勢變小、擦拭水跡、修整檢查系  
25 爭溜滑梯漏水情形，經認定可營運後才開放營運，而顧客於  
26 發現系爭溜滑梯公告暫停營業後，除其係專程為遊玩系爭溜  
27 滑梯而前來者外，往往當日不會再關注系爭溜滑梯是否會恢  
28 復營運而再次前往購票，原審認因漏水導致暫停售票所生營  
29 業損失應以半日計算（見原判決第14頁），堪認為相當。

30 4.依上述計算方法，系爭溜滑梯因漏水暫停售票、停止營業所  
31 致之營業損失為16萬2,313元（參原審卷二第159-161頁上訴

01 人製作之附表1所示，原判決誤載為16萬3,353元)，依系爭  
02 契約第4條約定之營收分潤比例上訴人每月分受營收比例33%  
03 計算，被上訴人應賠償上訴人之營業損失（營收分潤損失）  
04 為5萬3,563元（ $162,313 \times 33\% = 53,563.29$ ，元以下4捨5入，  
05 下同）。原審認上訴人此部分請求以5萬3,906元為有理由  
06 （逾上開金額），因被上訴人就此未聲明不服提起上訴，應  
07 認上訴人得請求此部分營業損失5萬3,906元，逾此範圍之請  
08 求，不應准許。

09 五、關於被上訴人提起反訴依系爭契約第4條、第8條第1項約定  
10 請求上訴人給付營收分潤105萬7,015元，有無理由，論述如  
11 下：

12 （一）被上訴人主張上訴人自107年8月1日起未依系爭契約第4條約  
13 定之比例分配營收分潤給伊，迄109年8月止，共積欠伊營收  
14 分潤105萬7,015元，爰依系爭契約之約定請求上訴人給付上  
15 開金額等語，上訴人則予否認。

16 （二）經查依系爭契約第4條約定，被上訴人分受營收分潤之比例  
17 為每月營收比例33.5%，含稅（包含設備工程款、設備安裝  
18 及人員教育訓練費用）」（詳三），又系爭契約第8條第1項  
19 約定：「甲（即上訴人）、乙（即大川大立公司）、丙（即  
20 被上訴人）三方依據甲方與新光三越百貨（股）公司台北信  
21 義分公司簽訂之合約做依據，甲方須於新光月結後15日內分  
22 別就三方可分配部分支付予乙、丙雙方款項；另甲方須提供  
23 新光三越百貨月結報表及三方分配金額報表予乙、丙雙方，  
24 乙、丙方須於收到新光三越百貨月結報表及三方分配金額報  
25 表後三日內，按各自可分配金額開立發票（含稅）向甲方請  
26 款。」（見原審卷一第39-42頁），足認上訴人每月應於新  
27 光三越公司月結後15日內，按營收金額比例33.5%給付營收  
28 分潤予被上訴人。

29 （三）次查系爭溜滑梯於107年8月至109年8月間之營收情形有大川  
30 大立公司111年3月8日函檢送之月報表及日報表可憑（見原  
31 審卷一第463、503-589頁，另參原審卷二第31-33頁被上訴

01 人提出之附表4「月營業額」欄)，上開期間之每月營業額  
02 合計319萬6,340元，依被上訴人分受營收分潤比例為每月營  
03 收比例33.5%計算共計107萬0,774元，被上訴人請求上訴人  
04 給付營收分潤105萬7,015元未逾此金額，應認被上訴人依前  
05 述系爭契約之約定請求上訴人給付營收分潤105萬7,015元，  
06 並無不合。

07 (四)雖上訴人以被上訴人未依約維修溜滑梯，未為對待給付為  
08 由，抗辯其得依民法第494條規定請求減少報酬，其依民法  
09 第264條第1項規定行使同時履行抗辯權，得拒絕給付營收分  
10 潤云云。惟系爭契約並非承攬契約，有如前述（詳四、  
11 (二)），被上訴人係請求系爭契約（三方所訂契約）之營收  
12 分潤並非承攬報酬，上訴人依民法第494條規定請求減少報  
13 酬，難認有理。又民法第264條第1項規定：「因契約互負債  
14 務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。  
15 但自己有先為給付之義務者，不在此限。」所謂同時履行之  
16 抗辯，乃係基於雙務契約而發生，倘雙方之債務，非本於同  
17 一之雙務契約而發生，縱令雙方債務在事實上有密切之關  
18 係，或雙方之債務雖因同一之雙務契約而發生，然其一方之  
19 給付與他方之給付，並非立於互為對待給付之關係者，均不  
20 能發生同時履行之抗辯（最高法院59年台上字第850號、109  
21 年度台上字第1013號判決意旨參照）。經查被上訴人依系爭  
22 契約固有維修系爭溜滑梯之義務，然其於系爭契約之主給付  
23 義務應係建造完成系爭溜滑梯，提供予大川大立公司營運，  
24 上訴人則係於系爭溜滑梯營運期間按約定之每月營收分潤比  
25 例支付營收分潤予被上訴人、大川大立公司，倘系爭溜滑梯  
26 無不能供營運使用之情形，應難認被上訴人所負維修保養義  
27 務與上訴人所負支付營收分潤之債務間具有對價關係，兩者  
28 間並無互為對待給付關係。又系爭契約已因三方合作期間屆  
29 滿而終止，上訴人抗辯於被上訴人履行修繕義務（賠償損  
30 害）前，其得行使同時履行抗辯權，拒絕給付被上訴人營收  
31 分潤云云，為不可採。據上，被上訴人依系爭契約第4條、

01 第8條第1項約定，請求上訴人給付105萬7,015元，及自反訴  
02 起訴狀繕本送達（見原審卷一第111頁）翌日即110年1月20  
03 日起至清償日止，按年息5%計算之利息，應屬有據。

04 六、綜上所述，上訴人本訴依系爭契約第11條第1項、第10條約  
05 定請求被上訴人給付違約金100萬元，及依民法第495條第1  
06 項、第227條規定，請求被上訴人再賠償營業損失10萬8,407  
07 元，及自109年9月29日起算法定遲延利息，為無理由，不應  
08 准許。被上訴人反訴依系爭契約第4條、第8條第1項約定，  
09 請求上訴人給付105萬7,015元，及自110年1月20日起至清償  
10 日止，按年息5%計算之利息，為有理由，應予准許。原審就  
11 上訴人上開本訴請求，為上訴人敗訴之判決及駁回其假執行  
12 之聲請；就被上訴人上開反訴請求，命上訴人給付及為假執  
13 行之宣告，均無不合，上訴意旨指摘原判決此部分不當，求  
14 予廢棄改判，為無理由。

15 七、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及未經援用  
16 之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，  
17 無逐一詳予論駁之必要。併此敘明。

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

20 中 華 民 國 113 年 10 月 4 日

21 民事第二十庭

22 審判長法官 周祖民

23 法官 馬傲霜

24 法官 鄭威莉

25 正本係照原本作成。

26 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  
27 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  
28 （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  
29 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  
30 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  
31 但書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴

01 者，應一併繳納上訴審裁判費。

02 中 華 民 國 113 年 10 月 8 日

03 書記官 楊璧華