最高法院民事判決

109年度台上字第1666號

上　訴　人　鑫元鑫股份有限公司
法定代理人　孫雲鳳
訴訟代理人　姚文勝律師
被 上訴 人　鼎泰豐小吃店股份有限公司
法定代理人　楊紀華
訴訟代理人　彭志傑律師
　　林峻義律師

上列當事人間請求返還合約保證金等事件，上訴人對於中華民國108年3月20日臺灣高等法院第二審判決（105年度重上字第1010號），提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

本件被上訴人主張：伊於民國90年9 月19日與訴外人吸引力綜合百貨股份有限公司（下稱吸引力公司）簽訂專櫃經營合約書（下稱系爭合約），約定吸引力公司將其承租之台北市○○○路○ 段○○○號1、2 樓賣場（下稱系爭賣場），轉租予伊經營忠孝店，租賃期間自同年11月1日起至95年9月30日止，並以95年10月11日協議書（下稱A協議書），延長租賃期間至103年9月30日止。嗣上訴人受讓系爭賣場所有權，於96年2 月27日會同伊及吸引力公司簽訂協議書（下稱B協議書），由上訴人自同年4月1日起承受吸引力公司關於系爭合約及A協議書之全部權利義務，伊於當日給付保證金新臺幣（下同）718萬6,200元（下稱系爭保證金）予上訴人。兩造於同年12月27日另簽訂協議書（下稱C協議書），約定伊全部營業一律使用上訴人發票，每日營業現金收入亦由上訴人代收，經定期對帳無誤後，上訴人應給付該對帳期間之營業收入予伊。又伊通知上訴人租期屆滿不再續約，並營業至103年9月14日止，經兩造就103 年9月1日至10日營業收入進行對帳結算，上訴人應給付之營業收入為602萬3,490元，惟上訴人迄未給付，

復拒絕就同年月11日至14日之營業收入進行對帳，伊自行結算該期間上訴人應給付之營業收入為287萬3,835元，扣除同年9月份旅行社帶團用餐後逕匯伊帳戶之簽帳餐費48萬9,690元及短收現金1元，尚應給付伊營業收入840萬7,634元。伊已依約返還系爭賣場，並於103年12月12日將應付之變動抽成額、水費、電費，扣除上訴人應分攤之污水處理工程費後，匯付76萬6,770元予上訴人，上訴人迄未返還系爭保證金，應依系爭合約第3條第2項約定，以台灣銀行當時基本放款利率5.36%加3%，共計8.036%之週年利率計付遲延利息，並以上開遲延利息總額50%計付違約金等情，爰依C協議書第1條第1款、系爭合約第10條、第3條第2項約定，求為命上訴人給付伊1,499萬2,629元，並加計如原判決附表甲（下稱附表甲）所示利息、違約金之判決【被上訴人原請求上訴人給付1,559萬3,834元及如第一審判決附表（下稱附表）一所示之利息、違約金，經第一審判命上訴人給付如附表二所示1,534萬6,123元本息及違約金後，上訴人不服，提起第二審上訴，被上訴人亦就敗訴部分為附帶上訴；第二審將第一審所命上訴人給付超過1,499萬2,629元本息、違約金部分之判決廢棄，改判駁回被上訴人該部分請求，並駁回上訴人其餘上訴及被上訴人之附帶上訴，被上訴人所受敗訴部分因不得上訴本院而告確定，該未繫屬本院部分，不予贅述】。

上訴人則以：兩造約定被上訴人忠孝店僅接受顧客以現金消費，歷次對帳亦僅就營業現金收入為之，未曾就被上訴人違約接受旅行社帶團用餐之簽帳餐費對帳。嗣被上訴人不續訂租約後，伊始發現被上訴人漏報旅行社之簽帳餐費，因此短付伊變動抽成額自103年9月30日回推5年期間合計1,146萬2,560元。又被上訴人於租約屆期後，依約應將系爭賣場回復原狀至伊得以正常使用之狀態，竟於施工拆除地板鋪面時，破壞系爭賣場地板防水設備，造成系爭賣場2樓與1樓之樓地板嚴重裂縫，產生漏水及結構體破壞等問題，致系爭賣場及其下方地下1樓無法正常租用。被上訴人未依約完成返還系爭賣場之義務，不得請求伊返還系爭保證金，並應賠償伊系爭賣場1樓及其下方地下1樓之裂縫、漏水修繕費用

83 萬9,593元、鋪設防水層費用85萬5,878元、2樓板及1樓往2樓樓梯修繕費用8萬5,000元、及系爭賣場自103年11月6日至106年4月5日無法使用相當於租金之損失4,730萬2,654元。另被上訴人依約應於103年10月7日返還系爭賣場，惟其遲至同年11月6日始返還，應賠償伊自103年10月8日起至同年11月5日止相當於租金之損失148萬0,203元、遲延利息4萬5,882元及違約金2萬2,941元，連同上開短付變動抽成額1,146萬2,560元，足與被上訴人本件請求之債權為抵銷等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：兩造以C協議書第1條約定被上訴人全部營業收入一律使用上訴人名義之發票，每日營業現金由上訴人代收，被上訴人應造表記載每日營業收入之收銀機結帳條、發票起迄號碼及營業額送交上訴人，兩造定期結算對帳無誤時，由被上訴人開立發票予上訴人，上訴人則給付代收之營業收入總額予被上訴人，足見兩造係預期完成各期營業收入之結算對帳，以該事實之發生為上訴人（原判決誤繕為被上訴人）給付營業收入之期限。兩造就103年9月11日至14日之營業收入迄未進行對帳，上訴人顯有以不正當行為阻止該事實之發生，類推適用民法第101條第1項規定，應視為期限已屆至。被上訴人逕行結算上開期間上訴人應給付之營業收入總額為287萬3,835元，連同上開103年9月1日至同年月10日之營業收入602萬3,490元，扣除同年月1日至14日之簽帳餐費48萬9,690元及短收現金1元，上訴人應給付營業收入840萬7,634元。而被上訴人之簽約旅行社得帶團在忠孝店以簽帳方式消費，被上訴人當場開立上訴人名義之發票，簽約旅行社嗣將簽帳款匯至被上訴人帳戶，兩造定期結算時，扣除旅行社簽帳餐費後，由上訴人將餘額給付予被上訴人；且被上訴人就顧客於忠孝店消費，均開立上訴人名義之發票，每日造具營業日報表附收銀機結帳條、發票起迄號碼及營業額送交上訴人一節，為上訴人所不爭執。觀諸上開營業日報表，有「應收帳款」、「旅團餐券」、「公司餐券」、「收現總額」等欄位，上訴人得知悉被上訴人接受簽帳或餐券消費，其無異議，並於對帳無誤後支付代收營業收入予被上訴人，及受理被上訴人

支付之抽成額，顯已同意並承認被上訴人得接受旅行社以簽帳或餐券消費。兩造除以C協議書第1條約定定期結算營業收入，對帳無誤時，由被上訴人開立發票向上訴人請領營業收入總額外，另於A協議書第2條、第3條、第4條，就固定抽成額、變動抽成額及公共費用，約定具體金額及計付方式。依被上訴人於99年1月至103年9月間開立予上訴人之發票計算營業收入，103年9月1日以前關於固定抽成額部分，除102年7月份與協議書之約定多出1,534元外，其餘均與A協議書第2條約定金額相符；另變動抽成額，除102年12月之發票含稅金額，與依A協議書第3條約定比例計算之結果，差距31元外，其餘亦相符；公共費用之金額則均與A協議書第4條約定之金額相符，足見上訴人自承受系爭租約後，定期與被上訴人核算各期營業收入金額，據以收取固定抽成、變動抽成及公共費用，顯已承認該對帳結果。由各帶團消費之17家旅行社及訴外人東南旅行社股份有限公司（下稱東南旅行社）函復結果，可見上開旅行社帶團至被上訴人忠孝店用餐，不論以現金或簽帳消費，被上訴人均開立發票予各該旅行社，並無以其他分店發票充作忠孝店發票或漏開發票之情事。再依被上訴人所提103年9月應收帳款總分類帳及各旅行社於忠孝店之每日簽帳金額明細表所載，103年9月2日及同年月6日之應收帳款及餐券消費帳款，分別高於當日簽帳消費發票金額，且應收帳款及餐券消費帳款既經列載於營業日報表，應有發票可供比對，無從認被上訴人漏報簽帳消費金額。上訴人所稱依留存之發票存底計算，忠孝店103年9月之簽帳消費總金額，高於伊依營業日報表之應收帳款及餐券消費總金額一節，係因上訴人將部分簽帳金額及現金金額誤植所致，亦難據為被上訴人不利之認定。況被上訴人就各旅行社103年9月簽帳消費及匯款情形，已提出明細表、應收帳款總分類帳及營業日報表為據，並經調取被上訴人於訴外人合作金庫商業銀行股份有限公司東門分行（下稱合庫銀行）帳戶往來明細及被上訴人與各往來旅行社103年9月間進銷項憑證明細資料表，足供上訴人比對，尚非無法對帳。另被上訴人就103年9月2日、3日之「清新香片立體茶包」品項，並無上訴人所稱未開立發票情形

。而被上訴人與訴外人三屘旅行社有限公司（下稱三屘旅行社）訂有合作契約書，三屘旅行社之客人得持餐券用餐，被上訴人再憑餐券及發票向三屘旅行社請款；上訴人向三屘旅行社購買1,600元餐券，持至被上訴人101分店消費，被上訴人依其給與三屘旅行社之優惠折扣價格開立900 元發票，符合交易常情，難認有未據實開立發票之情事。再觀諸被上訴人於103年9月11日開立予東南旅行社之3萬9,550元發票，無「Return」字樣（即以簽帳消費之義），應為現金交易，故未列入賒帳明細；衡諸營業稅係每 2個月申報一次，即103年4月之發票可能係同年3月1日至同年4月30日所開立，東南旅行社函復消費明細表之期間，分別為103 年4月1日至同年6月20日、103年7月26日至同年8月20 日，且僅記載記帳之發票及金額，區間並不一致，無法判斷為記帳或現金交易，無從以進銷項憑證資料所載被上訴人於同年4月、6月及8 月分別開立ZV（原判決誤繕為ZA）00000000、ZV00000000、ZV00000000、AQ00000000、BK00000000等5 紙發票，未列載於上開東南旅行社之消費明細表，據為被上訴人不實開立發票之認定。至合庫銀行檢送之歷史交易明細查詢結果資料，東南旅行社等5 家旅行社於103年9月至11月之付款金額，固高於被上訴人所提各旅行社匯款明細表，惟因該5 家旅行社實際消費日期與匯款日期有落差，且部分金額為包廂定金性質所致，亦難遽認被上訴人未據實開立發票。被上訴人於合庫銀行計有6個帳戶，其中僅「0000000000000」帳戶係供旅行社匯款使用，無從以被上訴人於該分行有多個帳戶，且有其他非簽約旅行社匯款，即認其不實開立發票。被上訴人與東南旅行社簽署之餐飲買賣契約書未限定簽帳分店，證人即東南旅行社財務部會計主管賈淑宜之證述及其與上訴人法定代理人孫雲鳳之談話，不足以認定被上訴人有以其他分店發票取代忠孝店發票之情事。東南旅行社函復之消費明細中，雖有於發票號碼欄記載「無」之情形，然未敘明原因；佐以東南旅行社就簽帳消費，係預發予導遊簽帳本，內為載有編號之簽帳單，一式兩聯，導遊簽帳時記載消費日期、人數及單價，白聯帶回公司，紅聯交付廠商，廠商再根據發票及紅聯簽帳單向東南旅行社請款

，東南旅行社核對後給付，亦據賈淑宜證述明確，足見東南旅行社經對帳無誤後始付款，無接受被上訴人漏開發票或以其他分店發票取代之可能。另訂位單僅為旅行社訂位之證明，無從據以認定當日實際到店用餐及人數，上訴人徒憑訂位單記載總額與發票金額不符，抗辯被上訴人漏報簽帳餐費云云，即無足取。上訴人雖提出被上訴人於各百貨公司之營業額及座位數對照表，惟被上訴人否認該對照表上各分店座位數及營業額之真正，且各旅行社基於行程考量，偏好消費之分店未必相同，亦難以簽帳消費金額比例高低，執為被上訴人漏報簽帳餐費之認定。被上訴人先前之營業收入經兩造定期對帳無誤後，業經上訴人給付予被上訴人，另經調取被上訴人進銷項憑證明細資料表及其銀行帳戶往來明細，供上訴人比對，則上訴人聲請再命被上訴人提出簽帳單、餐券、發票、請款清單等交易憑證及銀行帳戶往來明細資料，並向旅行社調取與被上訴人交易之簽帳、匯款明細、餐券銷售紀錄及收據等資料，供其核對營業收入金額，及傳訊證人游佩芸、龔晴玟以證明被上訴人所提供之營業日報表為真實，即無必要。上訴人雖拒絕就103年9月11日至14日營業收入進行對帳，惟被上訴人已於同年月19日將上開期間營業收入之收銀機結帳款、發票起訖號碼及營業額等資料以快遞方式寄送予上訴人，視為給付期限於該日屆至，則被上訴人主張上訴人就應給付之營業收入840萬7,634元，應自103年9月20日起負遲延責任，即屬有據。又依系爭合約第10條第2 項約定，足見係以被上訴人返還系爭賣場並付清欠款，為上訴人返還系爭保證金之期限。兩造於同條第1 項約定：「營業標的物應於本約終止、解除或屆滿時依本約規定乙方（指被上訴人）應於屆滿起7 日內騰空返還甲方（指上訴人），如有未拆除或留置物品，均視為廢棄物，任由甲方處理，處理費用得由保證金中扣除」，堪認被上訴人負有將系爭賣場騰空返還上訴人之義務，以卸免占有責任。而被上訴人於租約屆期後，已騰空返還賣場，然應上訴人之要求，乃同意配合施工將系爭賣場回復原狀，並於103年11月6日返還系爭賣場予上訴人之事實，業據證人即被上訴人職員莊雲伍證述明確，可見兩造另合意由被上訴人配

合拆除及改善缺失後，返還系爭賣場。兩造既未約定被上訴人應負擔修復期間之租金，應認亦合意延展返還期限，始符公平，被上訴人無遲延返還系爭賣場之情事。被上訴人嗣於同年12月12日將欠款即同年7、8月之變動抽成額，及以當時最近3 年營業額最高月份營業額計算之9月變動抽成額、同年7、8月至10月8日之水、電費，扣除上訴人應該分攤之污水處理工程費後，將76萬6,770 元匯付上訴人，即已返還系爭賣場並結清欠款，則上訴人返還系爭保證金之期限已屆至，被上訴人得請求上訴人給付自同年12月13日起依系爭合約第3條第2項約定之遲延利息及以遲延利息50％計算之違約金。至被上訴人是否有將系爭賣場回復原狀，或有無損壞系爭賣場之情事，均屬其應否對上訴人另負回復原狀或賠償責任之問題，與未返還賣場尚屬有間，上訴人不得執以拒絕返還保證金。被上訴人既無漏報營業收入，亦無遲延返還系爭賣場，則上訴人辯以：被上訴人短付伊變動抽成額1,146萬2,560 元，及伊對被上訴人有自103年10月8日起至同年11月5 日相當於租金之不當得利148萬0,203元、遲延利息4萬5,882元、違約金2萬2,941元等債權，可資抵銷云云，即無可採。上訴人所稱被上訴人僱工施作拆除系爭賣場地板工程，造成系爭賣場及其下方地下1 樓天花板有裂縫、漏水、2 樓地板裂縫部分，經囑託台北市土木技師公會（下稱土木技師公會）就系爭賣場漏水原因鑑定結果，認：裂縫產生與刨除地上舖面有關，惟刨除舖面非唯一漏水原因，漏水主要原因係因刨除舖面，樓地板凹凸不平產生積水，無法順利排水所致。被上訴人自應負擔土木技師公會鑑定報告所附漏水修繕估算表編號1、2、6、7、8、9、10、11所示修繕費用，再加計利潤稅捐管理費，共計51萬6,205 元；且被上訴人拆除二樓地坪，造成地面凹洞一節，為被上訴人所自承，上訴人為修繕二樓、一樓至二樓樓梯，已分別支出3萬5,000元、5 萬元修繕費用，亦應由被上訴人負擔。至編號　地下樓層木板之損壞，無從認與被上訴人之刨除行為有相當因果關係；該建物柱之整體性於刨除舖面時未遭受破壞，與被上訴人刨除舖面沒有關係，不能令被上訴人負擔編號3、4、5 所示之修繕費用。總計上訴人得請求被上

訴人給付之回復原狀費用為60萬1,205 元，經上訴人指定以之抵充被上訴人請求之系爭保證金債權後，尚應返還系爭保證金 658萬4,995元及如附表甲編號2所示利息、違約金。另系爭房屋原設計圖已遺失甚多，無法查知是否有舖設防水層，佐以土木技師公會鑑定報告關於「一般工程慣例，樓板都無防水層施作」之記載，尚難僅以證人陳泓幸個人臆測意見，即令被上訴人負擔防水層費用85萬5,878 元。依證人劉陳傳之證述，可知其帶看之客戶均未就租賃期間及租金等項洽商；而房屋能否出租，與租金額高低、地點位置、經濟景氣、消費習慣等因素攸關，難以系爭賣場迄未出租，認與地板之裂縫、漏水具因果關係。上訴人執以抗辯：被上訴人應賠償自103年11月6日起至106年4月5 日，伊無法使用系爭賣場所受相當於租金之損失4,730萬2,654元云云，亦無足採。從而，被上訴人依上開法律關係，請求如其上述所聲明，即有理由，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘攻擊防禦方法及聲明證據為不足取，與不逐一論述之理由，因而將第一審所命上訴人給付超過上述所聲明本息、違約金部分之判決廢棄，改判駁回被上訴人該部分請求，並駁回上訴人其餘上訴。

按當事人預期不確定事實之發生，以該事實發生時為債務之清償期者，應認該事實之發生時，為清償期屆至之時；倘當事人以不正當行為阻止該事實之發生，類推適用民法第101條第1項規定，應視為清償期已屆至。本件依C協議書第1 條約定，上訴人給付營業收入之清償期，應於兩造對帳無誤後，於被上訴人開立發票之同時，將所代收取之營業收入總額扣除簽帳餐費後給付被上訴人；而上訴人迄未給付103年9月1日至同年月10 日之營業收入，亦未就同年月11日至14日之營業收入與被上訴人進行對帳，均為原審合法確定之事實。則依社會觀念及誠信原則，上訴人此項消極不作為與不正當行為相當，應類推適用民法第101條第1項之規定，於被上訴人將同年月11日至14日營業收入之收銀機結帳款、發票起訖號碼及營業額等對帳資料寄送予上訴人時，視為上訴人給付上開營業收入之清償期已屆至。次按解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表

示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。系爭合約第5條第1項約定：「甲方（指上訴人）應於民國90年11月1 日以前將營業標的物騰空並點交予乙方（指被上訴人）佔有使用。『本項』所指【騰空】係指完全除去他人佔有並使乙方得以使用之狀態」，專指出租人所負騰空點交營業標的物之義務，須達承租人得以使用之狀態，與系爭合約第10條第1 項約定承租人所負騰空返還營業標的物之義務尚屬有間。原審因認被上訴人依系爭合約第10條第1 項約定，負有將系爭賣場騰空返還上訴人之義務，其另與上訴人合意延展返還系爭賣場期限，無遲延返還情事；上訴人於被上訴人返還系爭賣場並付清欠款時，即應返還系爭保證金，且其不能證明對於被上訴人有短付變動抽成額債權、相當於租金損失及其他修復費用債權可資抵銷，因以上述理由而為上訴人不利之判決，依上說明，經核於法洵無違誤。又原判決理由業已敘明：被上訴人已返還系爭賣場並結清欠款，上訴人返還系爭保證金之期限即屆至，被上訴人得請求上訴人給付保證金及依系爭合約第3條第2項約定之遲延利息、違約金；至被上訴人是否有將系爭賣場回復原狀，或有無損壞系爭賣場之情事，均屬其應否對上訴人另負回復原狀或賠償責任之問題，上訴人不得執以拒絕返還保證金等語，即已認定上訴人不得以被上訴人未將系爭賣場回復原狀為由，就應給付之保證金行使同時履行抗辯權。上訴人謂原判決未就其同時履行抗辯說明取捨意見云云，尚有誤會。上訴論旨，猶以原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使暨其他贅述而與判決基礎無涉之理由，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第481條、第449條第1項、第78條，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　5　　月　　5　　日

最高法院民事第五庭

審判長法官　鄭　傑　夫

法官　盧　彥　如

法官　林　麗　玲

法官　張　恩　賜

法官　吳　麗　惠

本件正本證明與原本無異

書　記　官

中　　華　　民　　國　　110　　年　　5　　月　　20　　日