臺灣士林地方法院民事判決

108年度訴字第1471號

原　　告
即反訴被告　賴建中
訴訟代理人　陳建霖律師
　　何昀軒律師
被　　告
即反訴原告　凌群不動產管理顧問有限公司
法定代理人　辜博鴻
訴訟代理人　蘇信誠律師

上列當事人間請求債務不履行損害賠償事件，本院於中華民國109年10月19日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告新臺幣捌拾肆萬肆仟陸佰參拾陸元，及自民國一百零八年十月九日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之五十二，餘由原告負擔。

本判決第一項於原告以新臺幣貳拾捌萬貳仟元為被告供擔保後，得假執行。但被告如以新臺幣捌拾肆萬肆仟陸佰參拾陸元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

反訴原告之訴及假執行之聲請均駁回。

反訴訴訟費用由反訴原告負擔。

事實及理由

壹、本訴部分

一、原告主張：被告為經營不動產經紀業者，辜博鴻即被告法代向伊介紹購屋投資方案：由伊出資購屋後委託被告代售以賺取差價，獲利由伊與被告按比例分配，於待售期間伊先委由被告裝修套房隔間後，再由被告代管出租收益，代管期間每月固定給付伊租金利潤，且房屋預計在短期內要出售，此方案主要非以出租獲利。伊聽完辜博鴻上述投資方案認為獲利

似乎不錯，遂選定門牌號碼為基隆市○○路○○○ 巷○ 弄○○○○ 號5 樓（含頂樓）房屋（下稱系爭房屋）為投資標的，於95年12月29日與系爭房屋前手簽訂買賣契約，並於96年1 月18日與被告簽訂工程合約書（下稱系爭工程契約）約定伊購屋後由被告承攬系爭房屋套房隔間施做工程，伊給付工程款（下稱系爭工程款）新臺幣（下同）247 萬元，同日並簽訂套房管理制度試算表（下稱系爭試算表，附件參照）約定兩造出售系爭房屋之價差分配比例，及被告自同年5 月1 日起以滿租收益4 萬7,000 元扣除被告管理費1 萬1,750 元、房貸利息4,063 元、雜項支出7,700 元後，每月應給付伊至少2 萬3,488 元（下稱系爭數額）之月淨利潤（上開代售部分下稱系爭代售契約，代管租部分下稱系爭代管契約），詎系爭房屋並未於短期內售出，且被告自同年6 月才開始給付月淨利潤，且每月給付有如附表1「不足金額」欄所示之差額，經伊迭次致電及親至被告營業所促請給付，均遭被告藉詞搪塞，伊遂委請律師於108 年6 月27日函知被告（下稱0627律師函）終止系爭代管契約，經被告於同年7 月1 日收受，該契約已於該日終止，爰依系爭試算表約定，求為命被告給付如附表1「不足金額」欄所示月淨利潤之判決。並聲明：㈠被告應給付原告164 萬938 元，及自起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按週年利率5 %計算之利息。㈡願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：系爭試算表所載「月淨利潤」僅為預估數值，尚須扣除房屋折舊、雜費、修繕費等實支實付款項及伊之管理費等，剩餘款項始為原告之月淨利潤，每月數額未必相同，伊不可能保證原告每月可獲系爭數額之月淨利潤，此由系爭試算表所載貸款數額與嗣後實際貸得數額不同，可知系爭試算表所載僅為預估而非約定數值；況伊逐月簽發支票給付原告月淨利潤已長達12年，原告從未就伊給付數額表示異議，可見伊歷年給付並無短少，原告訴請伊給付以系爭數額計算自96年5 月1 日起之月淨利潤差額，並無理由，且其請求超

過起訴前5年給付部分亦罹於時效等語，資為抗辯。並聲明：㈠原告之訴及其假執行之聲請均駁回。㈡如受不利之判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項（本院卷三第210至212頁，並依判決格式修正、補充或刪減文句）

㈠系爭房屋為被告仲介投資及出售之標的，經被告仲介，原告於95年12月29日簽訂買賣契約購買系爭房屋，約定原告應給付予被告之買賣價金為185萬元（下稱系爭價金）；除原告向上海商業儲蓄銀行（下稱上海銀行）貸款135萬元外，原告已匯付20萬元予被告，計已支付系爭價金155萬元（計算式：135萬+20萬＝155萬）。

㈡原告買受系爭房屋後，兩造約定由被告向原告承攬系爭房屋室內裝修工程，將系爭房屋裝修出8間雅房、3間小套房（下稱系爭工程），原告應支付被告系爭工程款247萬元，兩造並於96年1月18日簽訂系爭工程契約，系爭工程款已由原告支付完畢；被告尚已施做完畢如本院卷一第206頁所示「工程少算、監視系統、女兒牆漏水、外牆漏水、陽台漏水、採光罩」等工程（下稱系爭修繕工程）。

㈢系爭價金（除貸款外）及系爭工程款部分，原告支付給被告之款項計267萬元（計算式：20萬+247萬＝267萬），係分次匯款予被告。

㈣兩造約定系爭房屋裝修完畢後，自96年5月1日交由被告管理維護，由被告以出租人身分將系爭房屋各房間出租予承租人，亦由被告向承租人收取租金，兩造簽訂系爭試算表約定權利義務，此外，就上開代管出租事宜無其他書面協議，亦未約定代管出租期限。另兩造約定系爭房屋於被告管理期間，也可由被告代為處理出售事宜（即系爭代售契約），不論兩造何人出售系爭房屋，兩造皆按系爭試算表所載分配差額獲利。

㈤系爭代管契約存續期間系爭房屋貸款由被告自每月月淨利潤扣付，原告以0627律師函通知被告終止系爭代管契約，該函

經被告於同年7 月1 日收受，該契約於同年7 月1 日終止。

㈥ 被告自96年5 月1 日起至108 年6 月27日止依照系爭代管契約給付予原告之款項，除98年4 月、6 月、12月以匯款方式支付外，其餘均以支票給付，明細如附表1 所示。

㈦ 上開事實，有被告給款明細、土地建物所有權狀、工程合約書、報價單、系爭試算表、0627律師函暨回執、原告帳戶歷史交易明細表、支票、上海銀行109 年9 月29日上票字第10900023729號函附買賣契約書及原告帳戶往來明細可稽（本院卷一第24至136 頁、卷三第107 至142 頁），且為兩造所不爭執，自堪認定。

四、本院之判斷

㈠ 兩造是否約定被告於系爭代管契約存續期間每月應給付最低如系爭數額之月淨利潤予原告？

原告主張系爭試算表為兩造間就系爭房屋之代租代管協議，被告應依其上所載每月給付系爭數額之月淨利潤予己，為被告所否認，則本件首應探究兩造約定系爭代管契約之內容與性質為何，再依契約性質審酌兩造是否會約定給付固定數額之給付，如是，再認原告上開主張是否有理。

1.系爭代管契約內容與性質為何？

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（最高法院109 年度台上字第2119號判決意旨參照）。次按民事訴訟所謂不干涉主義（廣義的辯論主義）係指當事人所未聲明之利益，不得歸之於當事人，所未提出之事實及證據，亦不得斟酌之，此觀諸民事訴訟法第388 條之規定固明。惟適用法律，係法官之職責，不受當事人所主張法律見解之拘束。因此，辯論主義之範圍僅為判決基礎之事實及其所憑之證據，而不及於法律之適用。又關於契約之定性即契約之性質在法律上應如何評價，屬於法律適用

之範圍。法院依辯論主義之審理原則就當事人事實上之陳述，依調查證據之結果確定契約之內容後，應依職權判斷該契約在法律上之性質，不受當事人所陳述法律意見之拘束。經查：

⑴系爭房屋為被告仲介原告投資標的，原告買受系爭房屋後與被告簽訂系爭試算表約定權利義務，在系爭代售契約方面，兩造約定原告可自售亦委由被告代售，不論何人售出，悉依系爭試算表右下角表格欄位所載分配差價比例；在系爭代管契約方面，兩造約定於系爭房屋售出前，由被告承攬該屋裝修房間工程，完工後由被告管理維護並以出租人身分出租房間收取租金等情，為兩造所不爭執（上三、㈡、㈣參照、本院卷三第185頁、第208頁）；佐以原告於當事人訊問程序時證稱：辜博鴻開出利潤表跟伊說合作可以賺多少錢，他說每月給伊系爭數額外，這些案子都在銷售不在租賃，就是說在約1、2年內要賣掉賺取價差，伊就跟他簽合約書（本院卷三第14頁），及辜博鴻以被告法定代理人身分於當事人訊問程序時證稱：兩造合作方案含代售系爭房屋，有約定出售後分配利潤，約定內容記載於系爭試算表上等語（本院卷一第353頁），堪知兩造合作上開資案，最終目的係為出售房屋以獲取差額利潤，而於房屋售出前則先隔間套房出租以暫賺租金收益。

⑵次者：

①系爭試算表記載「租金收益」4萬7,000元，係兩造約定系爭房屋無論是否滿租，均由被告以每月4萬7,000元包租11間房，此數額非必與被告出租給房客之租金相同，滿租時可能超過4萬7,000元，未滿租時之租金差額乃被告應承擔之風險，系爭房屋出租每月結算雜費如網路、水電、第4台等費用，其中電費部分因每間房間有獨立電表可分開計算，故先由被告墊付後再向房客收取，被告收取之電費交給原告後再向原告請款，其餘無法分割如水費、網路費、第4台費用由房東支付等情，此有證人即任職被告

擔任會計及總務之賴小羚證稱：當初簽約包租4 萬7,000 元，無論是否出租成功我們都是以4 萬7,000 元包租11間房間，扣除貸款、包租費用、每月結算雜費如網路費、水電費等，因每間房間有獨立電表可計算每間房的電費，所以房客這個月交房租及上個月的電費，電費是交給原告，我們收到電費帳單會先墊付，之後再向原告請款，請款方式就是每月去扣；一般套房出租的電費是依電表給付，水費、網路費、第4 台等無法分割的費用是由房東支付；系爭試算表上面寫4 萬7,000 元，我們就是以4 萬7,000 元向投資人承租，未來會發生什麼費用是我們不能保證的，一般試算表不會寫文字這麼多，老闆在講的時候會把租金講在前面，這是我們可以控制的等語（本院卷三第67至68頁），及被告訴訟代理人陳稱：被告向原告包租系爭房屋之金額，不一定與被告出租給房客之金額相同，如在滿租時可能會超過4 萬7,000 元，但不一定每月都滿租，差額部分就是被告須承擔之風險等語可憑（本院卷三第76頁），核與原告於當事人訊問程序時證謂：兩造約定以租金收益4 萬7,000 元開始扣除網路、ADSL（第4 台）、飲水器、水費、管理費支出等語相符（本院卷三第15頁）。

②審諸系爭房屋為被告仲介原告投資之標的，原告投資目的既為轉手獲利，於出售前將系爭房屋出租收益即非原告投資目的，如僅以「系爭房屋於出售前可先行出租收益」為由遊說原告，原告自有可能於評估無法滿租時將受有損失而不願投資，故其以系爭工程完工後以包租方式向原告承租系爭房屋全部房間，使原告於系爭房屋出售前每月可有固定租金收益為由遊說原告，自較能提高原告投資意願，而依此方案，被告本身除可以賺取系爭工程款及代管管理費外，如系爭房屋出租租金超過包租金4 萬7,000 元，其尚可賺取差額，衡情上開合作方式得使兩造互蒙其利，亦符合共同投資系爭房屋獲利之目的，而由不動產經紀或管理實務以觀，上開約定包租投資方式亦非鮮見，被告身為

專業不動產經紀投資公司，其評估當時不動產出租市場認以包租經營方式可獲營利而提出上開投資方案，自非無可能，則上開證人及當事人所陳之包租方式，即值採信。

⑶本院參酌上情及系爭試算表記載確於「租金收益」欄記載「47,000」之內容（本院卷一第68頁），並探求兩造就系爭房屋締約投資目的與不動產投資市場交易習慣，認兩造就系爭房屋以系爭試算表約定之投資方案應為：系爭代售契約部分，原告出資購買被告仲介之系爭房屋待日後轉售賺取價差，其亦委由被告辦理代售事宜，不論何人售出皆依系爭試算表所載依比例分配差額利潤；系爭代管契約部分：系爭房屋出售前由被告承攬系爭工程，原告給付被告系爭工程款，完工後由被告以「包租」方式向原告承租系爭房屋所有房間，包租租金為每月4萬7,000元，被告包租後再以出租人身分將房間出租予第三人，第三人將房租給付予被告，如房間全部租出，租金超過4萬7,000元部分為被告收取，如未滿租，兩造仍以4萬7,000元計算包租金，差額由被告自負風險，被告每月給付原告之包租金尚須扣除兩造約定應扣除項目後再支付原告「月淨利潤」。職此，兩造間系爭代售契約應屬委任關係；系爭代管契約中，原告委託被告管理系爭房屋並按月給付被告月管理費1萬1,750元部分，屬委任關係，而被告向原告包租系爭房屋，約定每月包租金及實際應給付原告月淨利潤之數額部分，合於一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之租賃契約要件，應屬租賃關係，而被告給付之「月淨利潤」則屬租金之性質，系爭代管契約應屬兼具租賃與委任關係之混合契約。至兩造雖各陳認系爭代管契約屬有償委任性質云云（本院卷三第208頁），但揆諸上開說明，關於系爭代售及代管契約約定與每月月淨利潤給付之性質，本院依職權判斷其法律上性質，不受兩造陳述之法律意見拘束，附此指明。

⑷基前所認，系爭代管契約既有租賃契約性質，衡諸租賃契

約要件與社會通念，出租人與承租人自應約定每月固定數額之租金給付，則原告主張系爭代管契約約定被告每月應給付固定數額之月淨利潤予己，言尚非虛。

2.兩造有無以系爭試算表約定被告應每月給付原告系爭數額之月淨利潤？

⑴繹查系爭試算表除載有系爭房屋出售利潤分配比例表（右下角）與代租代管事項相關之「租金收益4,7000」、「月總支出23,513」、「雜項支出7,700 」、「月管理費11,750」等數據外，尚記載：「套房租金由乙方（即被告，下同）提出建議金額並由甲（即原告，下同）、乙雙方訂定之。」、「售出期間以買進（開工或交屋）至售出為計算期間」、「空屋期間以買進至包租日為計算期間。」、「本案件有任何風險或售價低於總成本，公司以原價（總成本）現屋況買回。」、「本案不論由甲、乙任一方出售，皆按本表比例分算利潤，無異。備註：售出以淨利潤（扣除仲介費、代書費、稅金等支出）為基礎。」、「備註：1.簽約日（請參閱買賣合約書）。2.預計1/22㈠開工（工期約2 個月），預計96/03/ 22 ㈣完工交屋（詳細工程款及工期參閱工程合約書）。3.預計包租起租日為96/05/01㈡（請參閱管理協議書）」、「本試算表為全權管理協議內容一部份。」等事項，由上開約款及表格內容所載，已然明確規範兩造就系爭房屋出售與租賃事項權利義務之行使。

⑵又稽諸證人即被告前員工周卓群證稱：伊於93年至99年間任職於被告，職務內容為管理、出租套房及不動產投資案件評估，公司會請伊找房子評估，伊曾拿過如系爭試算表的表格向客戶說明內容，表格欄位內容都與系爭試算表一樣，只有數字及地址依個案不同，伊會跟客戶說能拿到的錢就是月淨利潤扣除貸款利息、雜費支出及月管理費，試算表上「月淨利潤」欄所載數字就是租金收益扣除雜項支出、房貸利息及月管理費，所以伊跟客戶說每月可拿到「

月淨利潤」上所寫的數字，如果欄位上寫1 萬元，就是每月客戶可拿到月淨利潤約1萬元等語（本院卷一第283至288頁），核與證人辜博鴻證稱：系爭試算表屬兩造間簽訂之契約，由被告按市場行情、裝潢、設備、房間面積大小等，扣除相關費用後預估每月給付原告之數額，短時間可能可以固定每月按照預估數額給原告，如房屋短時間內賣掉，其上所載數額就是準的等語（本院卷一第349至352頁），大致相符，益徵系爭試算表確係兩造間約定系爭代管契約之內容。

⑶再除系爭試算表外，兩造就系爭代管契約未簽訂上載之「全權管理協議」或其他書面契約（上三、㈣、本院卷三第186 頁），兩造並分別於系爭試算表上簽名用印，則原告主張系爭試算表即為兩造就系爭房屋約定代售、代管事項之契約內容，堪予信實。至周卓群及辜博鴻固均證稱試算表上用印目的係為確認保留投資標的之意云云（本院卷一第286 頁、第351 頁），惟兩造間之投資方案涉及不動產出售與租賃，交易經濟價值不斐，兩造衡情應無可能未簽訂任何書面憑據俾免日後爭議，且系爭試算表算為兩造間簽訂之契約，其上所載「月淨利潤」亦為被告向投資者說明可獲利數額等節，復各為辜博鴻及周卓群證陳如上，故系爭試算表對於兩造而言，除有保留投資標的之意義外，應尚規範兩造間系爭代售、代管契約之權利義務。

⑷復查原告於決定投資標的前，被告曾向原告提出系爭房屋及另1 位於臺北市○○○路房屋之試算表（下稱參考試算表），有辜博鴻所證：參考試算表係原告尚未選擇投資標的，伊還不知道原告能力時拿出來讓原告參考，其中「月淨租金」就是房屋租金扣除房貸利息、雜支、管理費等語可考（本院卷一第350 至351 頁），而此試算表就系爭房屋部分有兩欄記載，上方欄位載有「月淨租金21000（已扣除房貸利息＋雜支＋管理費）」、「出售利潤600000」、「空屋週期3 個月」、「收租週期5 個月」、「總收租

金105000（以收租週期x月淨租金計算）」、「結案利潤705000（以出售利潤＋總收租金計算）」，下方欄位載有「月淨租金18834 」、「總收租金94170 」、「出售利潤538117」、「結案利潤632287」等內容（本院卷一第52頁），顯然將系爭房屋獲利狀況分為2 種情形記載，應屬被告提供原告參考選擇投資方案之資料甚明，相較之下，系爭試算表不論是格式、數據、兩造權利義務文字約款等內容，均較參考試算表完整、詳細，尤徵系爭試算表為原告確認投資標的後，兩造就合作方式約定之書面契約。

⑸循上，系爭試算表為兩造間就系爭代管契約之約定，系爭試算表既無記載關於「月淨利潤」欄所載系爭數額僅供參考或其他排除、扣減系爭數額適用之約定，則此欄所載系爭數額，自應為兩造約定被告每月應給付原告之月淨利潤數額。

⑹被告雖迭辯兩造系爭代管契約約定內容僅依系爭試算表為基礎加上口頭約定，並無簽訂書面契約，且系爭房屋未必每月滿租，系爭數額僅屬預估性質而非保證云云（本院卷一第227 頁、卷三第29至33頁、第39至41頁、第193 至197 頁、第215 至219 頁）。但：

①系爭試算表屬兩造間契約之一部，為周卓群及辜博鴻證承如前，兩造就系爭房屋成立系爭代售契約及代管契約，並以系爭試算表約定系爭房屋出售時兩造利潤分配比例，亦為兩造所不爭執（上三、㈣），而系爭試算表既已明載：「租金收益47,000」（即包租金）、「月總支出23,513」、「雜項支出7,700 」、「月管理費11,750 」等與系爭代管契約有關事項，殊無將同時記載於系爭試算表上關於系爭代售及代管契約事項，割裂解釋當事人之真意而認關於系爭代售契約部分屬兩造約定、關於系爭代管契約部分乃僅供參考之理，被告上開所辯，除悖乎常情外，就兩造口頭約定關於系爭代管契約部分數據僅屬預估性質云云，復無舉證可按，尤屬無稽。

②又互核辜博鴻證稱如系爭房屋短時間內賣掉，系爭數額是準的，前面部分可能拿得到等語（本院卷一第352頁），及原告證稱辜博鴻介紹投資案可賺多少錢時，表示每月除給其系爭數額款項外，投資案目的主要在銷售而非租賃，約在1、2年內要賣掉賺價差等語（本院卷三第14頁），可茲推認兩造投資系爭房屋之目的為轉售獲利而非出租收益，被告自當以短期內代售期間之固定出租收益遊說原告較能提高原告投資意願，此由辜博鴻上開證述「短期內是準的」、「前面部分可能拿得到」等語，益證其確以固定之出租收益遊說原告；何況，被告既認系爭房屋可於短期內出售，此段期間其又獲取管理費及超過包租金數額之租金收益，其與原告約定給付系爭數額之「月淨利潤」，符合其共同投資之利益，並無不利，自有可能承諾每月給付固定如系爭數額之月淨利潤予原告。至系爭房屋如無法於短期內售出，出租行情確有可能因房屋折舊、市場環境與國人住居習慣改變等情，發生變化，被告向原告包租之金額或有調整空間，然兩造在未另行議約變更包租金額或合作投資方式前，本須以原約定之系爭試算表內容履行，要屬當然，實不容被告將依約應由其自行承擔之未滿租風險，轉嫁由原告負擔，否則，被告於滿租時可收取超逾包租金數額之租金，未滿租時又可減免其對原告應給付系爭數額月淨利潤之義務，如此穩賺無賠之交易，非符公允，自非兩造於締約當時之真意。

③再參前述，被告既承其以每月4萬7,000元向原告包租系爭房屋，非滿租時差額即為被告應承擔之風險（本院卷三第76頁），自不得以系爭房屋時有未滿租狀態為由而減免其每月應給付系爭數額之月淨利潤予原告之契約義務；況系爭試算表「月淨利潤」欄所載，係以被告包租租金4萬7,000元扣除房貸利息、雜費支出及被告之月管理費一節，業據證人周卓群、賴小羚證述如前，核

與原告前揭證述亦同，復有系爭試算表記載明確可按，堪認兩造並非未約定原告身為出租人身分應負擔即可自被告包租金扣除之費用為何及其數額。遑論如非滿租狀態，被告支出房客使用水電雜費或修繕等費用，衡情應低於滿租時之支出，被告雖收租少，但支出也相對減少，然每月仍可從包租金中扣除固定之雜費支出，此即為原告應承擔之風險，益堪知兩造就系爭房屋每月應給付月淨利潤及扣除費用數額，應有約定。

④復佐之前1.所析關於系爭代管契約存有租賃契約本質，兩造約定被告每月應給付之月淨利潤，性質上即屬被告每月應給付原告之租金，如該租金數額未固定，除有上述難謂公平正當之情外，衡情亦難認原告會有購屋投資之動機，是原告主張兩造約定被告每月應給付系爭數額之月淨利潤，殊非無憑，被告辯稱兩造約定被告每月給付之月淨利潤數額並非固定云云，無足採取。

⑺被告固又以原告僅取得房貸135萬元而非系爭試算表所載之195萬元，且被告每月尚須為原告代繳房貸7,200元，此部分未記載於系爭試算表，可見系爭試算表所載系爭數額僅屬預估參考云云（本院卷三第39至41頁、第193至197頁）。然而：

①房貸數額與兩造約定之租金及應扣除費用數額之計算，並無相關，縱系爭試算表記載房貸金額與實際貸得數目不同，難謂得以此遽認系爭試算表所載關於系爭代管契約事項均僅供參考，何況系爭試算表尚有被告不爭執屬兩造分配出售獲利比例之約定，尤不容其就同1份契約所載不同事項僅取對其有利部分為約定有效之解釋。

②又系爭試算表已約定每月固定得自包租金中扣除之項目及數額，其中得扣除部分並不包括被告為原告代繳之房貸，故如未經原告同意，被告自不得逕自包租金中扣還；縱認系爭試算表所載「房貸利息4,063」欄屬兩造約定應扣之房貸項目，但兩造既約定僅得扣除4,063元，

被告仍不得超額扣款，被告如認超逾支付部分為代墊款，當另行請求或為其他主張，而本件被告陳明不主張此部分之抵銷債權（本院卷三第77頁），是其辯稱每月應給付予原告之月淨利潤應扣除上開房代墊款云云，仍無從執為其有利之認定。

3.綜前，本院認兩造以系爭試算表約定系爭房屋之投資方案，包含系爭代售契約及代管契約，其中系爭代管契約為委任與租賃之混和契約，依系爭試算表所載，被告每月以4萬7,000元向原告包租系爭房屋，並於以包租金扣除當月之月管理費、房貸利息及雜費支出後，被告每月應給付系爭數額之月淨利潤予原告，此部分屬租賃契約，月淨利潤即屬租金性質。職是，原告依系爭試算表主張被告於系爭代管契約存續期間，應給付系爭數額之月淨利潤予己，堪可採據。至原告另主張兩造約定系爭數額屬最低數額之月淨利潤，高於系爭數額之租金收益被告亦應給付云云，與系爭試算表所載、周卓群前揭證述及前開認定系爭代管契約租賃關係之本質未合，原告就此利己事實復無其他舉證以佐，難認有據，其此部分主張並無理由。

㈡原告請求被告給付如附表1「不足金額」欄所示之數額計164萬938元，有無理由？

1.按契約如經合法終止，僅使原契約向將來失其效力，對於原已依約行使、履行之權利、義務，不生影響（最高法院109年度台上字第252號判決意旨參照）。揆上說明，兩造間系爭代管契約雖於108年7月1日終止（上三、㈤），原告仍得於上開契約終止後，行使其依原契約所得行使之權利，請求被告依原契約履行未盡之義務。

2.據前㈠所認，原告主張被告於系爭代管契約存續期間每月應給付其系爭數額之月淨利潤，既有理由，兩造就被告短付金額明細如附表1所示復不爭執（上三、㈥），則被告於系爭代管契約存續期間短付原告之金額即如附表1所示，固堪認定。惟：

⑴按利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他1年或不及1年之定期給付債權，其各期給付請求權，因5年間不行使而消滅。民法第126條定有明文。考按系爭代管契約其中關於被告向原告包租系爭房屋部分，具有租賃契約性質，兩造約定被告每月應給付系爭數額之月淨利潤，性質上乃屬租金等情，前已析述，是原告請求被告給付之月淨利潤即有上揭短期消滅時效規定適用，被告抗辯原告本件逾起訴前5年之請求已罹於時效等語（本院卷三第35頁），應非無據。又系爭房屋於96年4月間起開始出租、同年5月間滿租，兩造約定包租起租日為同年5月1日等情，有附表1第1頁及系爭試算表備註欄第3點記載足稽，依此可知，兩造約定被告當月之給付應屬前一個月之月淨利潤，依此計算，被告應給付原告自本件起訴狀繕本送達之108年10月8日（本院卷一第142頁），回溯5年至103年10月7日之月淨利潤計84萬4,636元（附表2參照）。至0627律師函內容僅以被告短付如附表1所示之月淨利潤為違約事由主張終止系爭代管契約，並未請求被告如數給付上開款項，有0627律師函於卷可參（本院卷一第70至71頁），自無從以被告收受上開律師函時間回溯計算被告應為之給付，併予敘明。

⑵原告雖以臺灣高等法院103年度上字第257號判決意旨主張被告給付之月淨利潤，非屬上揭民法規定之定期給付債權而不適用5年消滅時效云云（本院卷一第233頁）。然被告依系爭代管契約應給付之月淨利潤屬固定數額之租金性質，如上已論，原告對被告之月淨利潤請求權及請求數額，既係以兩造此前約定之系爭試算表為債權數額計算基準，更可往後確定各期債權金額，自屬上揭民法規定之定期給付，與前開判決係認水費等營業費用結算方式係依照用戶實際用量收費，每期結算金額不同，無法以前期收費金額直接認定下期之收費金額，故雖定期結算但非屬上揭民法規定之定期給付等情（本院卷一第254頁），截然不

同，原告率予攀援引用，要無可採。

㈢ 末按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力；遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為5%。民法第229 條第2 項、第233 條第1 項前段、第203 條分別定有明文。原告本件請求為未確定期限之債務，其依法應為催告，被告始負遲延責任，而應給付法定遲延利息。查原告以起訴請求被告給付而送達訴狀，與催告有同一之效力，而上開起訴狀繕本送達被告，有送達證書附卷可按（本院卷一第142 頁），依前開規定，原告併請求自起訴狀繕本送達翌日即自108 年10月9 日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，亦屬有據。

五、從而，原告依系爭試算表約定，請求被告應給付如附表2 所示之月淨利潤計84萬4,636 元，及自起訴狀繕本送達翌日即108 年10月9 日起，至清償日止，按週年利率5 %計算之利息，為有理由，應予准許；逾此部分之請求，即屬無據，為無理由，應予駁回。至原告就本院准許如附表2 所示月淨利潤之請求，另依不動產經紀業管理條例第21條第3 項規定請求（本院卷三第53頁），屬訴之客觀重疊合併，本院既認原告依系爭試算表約定請求有理由，縱經審酌上開規定，亦無從為更有利於原告之判斷，此部分無庸加以論究，附此敘明。

六、原告勝訴部分，兩造均陳明願供擔保，聲請宣告假執行或免為假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當之擔保金額，准許之。至原告敗訴部分，其假執行之聲請，即失所依附，應駁回之。

貳、反訴部分

一、按反訴之標的與本訴之標的及其防禦方法不相牽連者，不得

提起。民事訴訟法第260 條第1 項定有明文。又該條項所稱之「相牽連」者，係指反訴之標的與本訴之標的間，或反訴之標的與防禦方法間，兩者在法律上或事實上關係密切，審判資料有共通性或牽連性者而言。舉凡本訴標的法律關係或作為防禦方法所主張之法律關係，與反訴標的之法律關係同一，或當事人兩造所主張之權利，由同一法律關係發生，或本訴標的之法律關係發生之原因，與反訴標的之法律關係發生之原因，其主要部分相同，均可認為兩者間有牽連關係（最高法院91年度台抗字第440 號裁判參照）。查本件反訴被告即本訴原告以系爭試算表，訴請反訴原告即本訴被告給付系爭代管契約存續期間如附表1 所示之月淨利潤，反訴原告則以系爭代管契約存續期間，其受反訴被告委任辦理系爭修繕工程支出工程款36萬5,740 元（下稱系爭修繕款）及借予原告買賣價金30萬元（下稱系爭款項）為由，請求反訴被告給付系爭修繕款及系爭款項，則反訴原告於本訴作為防禦方法所主張之法律關係與反訴標的之法律關係發生原因之主要部分相同，依上開說明，反訴原告提起反訴，應予准許。

二、反訴原告主張除與本訴所為答辯相同外，另陳稱：反訴被告買受系爭房屋應給付系爭價金185 萬元，惟除上海銀行貸款135 萬元及其已匯付20萬元外，尚有30萬元買賣價金未給付，故兩造於96年2 月間成立消費借貸契約，約定原告向被告借貸系爭款項以支付系爭價金差額，兩造未約定清償期，伊於系爭代管契約終止時曾口頭請求原告返還，或以反訴起訴狀繕本送達反訴被告作為催告其返還系爭款項之意思表示；又兩造另以口頭約定，於系爭代管契約存續期間系爭房屋修繕費用由反訴被告負擔，伊就系爭修繕工程已為反訴被告墊付系爭修繕款，兩造約定於系爭房屋出售後由反訴被告獲利中扣還予伊。爰依消費借貸法律關係及民法第546 條第1 項規定，求為命反訴被告給付系爭款項及系爭修繕款之判決。並聲明：㈠反訴被告應給付反訴原告66萬5,740 元，及自反訴起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率5 %計算

之利息。㈡願供擔保，請准宣告假執行。

三、反訴被告答辯除與本訴主張相同外，另陳稱：伊就反訴原告支出系爭款項之事實雖不爭執，但兩造並未成立系爭款項消費借貸契約，而係約定系爭款項於系爭房屋出售後由伊之獲利中扣還予反訴原告；又伊未委任反訴原告辦理系爭修繕工程，亦未與反訴原告約定負擔系爭修繕款，況依反訴原告主張，兩造亦約定於系爭房屋出售後由伊之獲利中扣還系爭修繕款予反訴原告，此條件尚未成就，反訴原告請求給付並無理由等語，資為抗辯。並聲明：㈠反訴之訴及其假執行之聲請均駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准免為假執行。

四、本院之判斷

㈠系爭借款部分：

1.按消費借貸，因交付金錢之原因多端，除有金錢之交付外，尚須本於借貸之意思而為交付，方克成立。倘當事人主張與他方有消費借貸關係存在者，自應就該借貸意思互相表示合致及借款業已交付之事實，均負舉證之責任，其僅證明有金錢之交付，未能證明借貸意思表示合致者，仍不能認為有該借貸關係存在。

2.查兩造就反訴被告尚有系爭款項之買賣價金未給付及反訴原告有支出系爭款項等節，並不爭執（本院卷三第206頁、上壹、三、㈠），固堪認定反訴原告已給付系爭款項之事實。惟反訴原告主張其交付系爭款項係基於兩造間借貸意思表示合致，既為反訴被告所否認，自應由其就此利己事實盡證明責任，然反訴原告就此無舉證以供考實，揆諸上開說明，難認兩造就系爭款項曾有借貸意思表示互相表示合致而成立消費借貸契約，是反訴原告依消費借貸借款返還請求權請求反訴被告返還系爭款項，乏其所據。

㈡系爭修繕款部分：

按受任人因處理委任事務，支出之必要費用，委任人應償還之，並付自支出時起之利息，雖為民法第546條第1項所明文。但查：

1. 反訴原告主張其依兩造系爭代管契約約定，受反訴被告委任辦理系爭修繕工程，其並同意支付系爭修繕款乙節，未記載於系爭試算表中，而反訴原告就兩造口頭約定上述內容之事實，也無舉證為佐，難謂有據。

2. 又反訴原告就其已支付系爭修繕款之事實，雖提出自行製作之明細表、手寫計算表、估價單等（本院卷一第206至218頁），然上開單據僅有計價內容，甚且有單據記載非系爭房屋之工項，無從證明反訴原告有支付系爭款項之事實，且經反訴被告爭執形式真正及付款事實後（本院卷三第187頁），反訴原告亦無舉證以實其說，尚稱聯繫反訴被告給付系爭修繕款之人為周卓群，但其證稱已無印象，且因系爭修繕工程距今已12年，很多單據已無留存，且會計賴小羚會1次將數間房屋工程款一併給付工程行，勾稽單據會有困難等語（本院卷三第209頁），是其主張其已支付系爭修繕款云云，亦乏其據。

3. 再酌諸反訴原告向反訴被告包租系爭房屋後，以出租人身分出租他人（上壹、三、㈣），如能滿租獲利逾包租金部分，為自己之收益，反訴原告當亦有自行維持系爭房屋完整與堪用狀態之動機與必要，始能達其滿租獲益之目的，循此而認，反訴原告修繕系爭房屋即非必基於兩造間系爭代管契約所為，其主張系爭修繕工程乃受反訴被告委任辦理云云，益非可採

4. 況反訴原告主張兩造約定於系爭房屋售出時，由反訴被告應得獲利中扣還系爭修繕款予反訴原告（本院卷三第207頁、第209頁），堪認兩造就系爭款項之清償方式及時間已有約定，今系爭房屋尚未出售，兩造亦未可能分配價差利潤，反訴原告即以本件反訴請求給付系爭修繕款，尚屬無據。

五、從而，反訴原告依借款返還請求權及民法第546條第1項規定，請求反訴被告給付系爭款項及修繕款計66萬5,740元，為無理由，應予駁回。反訴原告之訴既經駁回，其假執行之聲請自失所依附，應併予駁回。

參、本件本訴及反訴事證已臻明確，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。

肆、據上論結，依民事訴訟法第78條、第79條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　6　　日

民事第三庭　法　官　李嘉慧

以上正本係照原本作成。

如對本判決上訴，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，若委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費，否則本院得不命補正逕行駁回上訴。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　6　　日

民事第三庭　書記官　林瀚章