臺灣高等法院臺中分院民事判決

109年度重上字第4號

上　訴　人　陳金富
　　和正飯店股份有限公司
上　一　人
法定代理人　李旭東
上二人共同
訴訟代理人　陳大俊律師
　　張秀瑜律師
被上訴人　　天一大飯店股份有限公司
法定代理人　許鸞鶯
訴訟代理人　廖本揚律師

上列當事人間請求遷讓房屋等事件，上訴人對於中華民國108年11月18日臺灣南投地方法院108年度重訴字第8號第一審判決提起上訴，本院於109年7月8日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於㈠命上訴人陳金富應給付被上訴人新台幣165萬6667元，及自民國108年2月15日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息；㈡命上訴人陳金富應自民國107年11月12日起至108年3月11日止，按日給付被上訴人新台幣2萬8000元，及上開㈠、㈡部分假執行之宣告，暨訴訟費用之裁判，均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

上訴人其餘上訴均駁回。

第一、二審訴訟費用由上訴人負擔七分之六，餘由被上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人主張：坐落南投縣○○鎮○○段○○○○號建物（含增建部分，即門牌號碼為南投縣○○鎮○○里○○路○段○○號，下稱系爭建物）之天一大飯店為其所有。其於民國104年3月12日與上訴人陳金富（下稱陳金富）簽立「天一大飯店委託經營管理合約書」（下稱系爭契約），將系爭建物自104年3月12日至119年3月11日止委託陳金富經營管理，陳金

富除繳付保證金新臺幣（下同）140萬元外，且應自104年4月1日起按月繳納其「固定委託經營收益費」（即使用費）70萬元，並陳金富若未繳付或遲延繳付使用費達2個月，經催告超過7日仍未給付時，其得終止系爭契約暨將保證金全部沒收。又依系爭契約第16條約定，陳金富應依現況將系爭建物點交予其接管，每逾1日，則每日應給付其5萬元作為賠償。另系爭契約之性質應屬委託經營管理契約，非單純房屋租賃契約，自無土地法第98條第1項、第99條、第100條第3項等規定之適用。而陳金富於簽立系爭契約後，復將系爭建物交付予斯時由其擔任負責人之上訴人和正飯店股份有限公司（下稱和正飯店，現負責人已變更為訴外人李旭東，與陳金富合稱上訴人二人）占有使用。上訴人二人以固定委託經營收益費係由和正飯店繳納，及發票以和正飯店名義開立，作為系爭契約之相對人為和正飯店之辯稱，實屬牽強。此外，原法院以102年度訴字第353號判決雖已確定在案（下稱另案確定判決），然與本件訴訟標的並非相同，無援引對照價值，其不受另案確定判決見解拘束。因陳金富自107年9至10月起便無故遲繳2個月之使用費，經其寄發存證信函催告陳金富應於107年11月11日前給付，否則系爭契約即行終止，不另通知，經屆期期滿後陳金富仍未履行，是系爭契約自107年11月12日發生終止效力，上訴人二人繼續占有使用系爭建物係屬無權占有。其於系爭契約終止後，再次寄發存證信函，除重申系爭契約已終止之意外，並請求上訴人二人給付積欠之使用費，且要求上訴人二人至遲應於108年1月31日前遷出系爭建物，否則依約按日賠償，並應給付相當租金之不當得利，但上訴人二人迄未遷讓返還系爭建物。故至系爭契約終止，陳金富尚積欠其自107年9月1日起至同年11月11日止之使用費165萬6667元【計算式：70萬元x（ 2＋11/30）＝165萬6667元，小數點以下四捨五入】及法定遲延利息，及自107年11月12日起至返還系爭建物之日止，按日給付被上訴人5萬元作為損害賠償。另和正飯店現為系爭建物直接

占有人，受有占有之利益，致其之財產受有損害，和正飯店應自107年11月12日起至遷讓返還系爭建物之日止，按月給付其70萬元之相當於租金之不當得利。陳金富應給付之損害賠償與和正飯店應返還相當於租金之不當得利，負有不真正連帶債務責任。陳金富所繳付擔保金應於系爭契約期滿或終止後，無發生違約扣款之情事時，其才負返還義務，陳金富既有前開違約情事，其依約終止系爭契約並沒收該140萬元保證金，陳金富自無從主張抵銷。至於訴外人余○莎被沒收之保證金140萬元，陳金富亦無主張抵銷之權利。再者，其所收取陳金富透過和正飯店所給付107年12月至109年4月止每月50萬元，係用以抵充陳金富積欠106年6月至107年8月止每月減收20萬元之使用費，以及系爭契約終止後，陳金富無權占用所生損害等。系爭契約終止後，迄今已1年多，其不同意再給與上訴人6個月之履行期間。爰依系爭契約第4條、第16條之約定、民法第767條第1項前段、同法第179條之規定，求為命：①上訴人二人應將系爭建物遷讓返還被上訴人。②陳金富應給付被上訴人165萬6667元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。③陳金富應自107年11月12日起至遷讓返還系爭建物之日止，按日給付被上訴人5萬元。④和正飯店應自107年11月12日起至遷讓返還系爭建物之日止，按月給付被上訴人70萬元。⑤前二項給付，如上訴人中任一人已履行給付，他上訴人於其給付金額之範圍內免給付義務。⑥被上訴人願供擔保請准宣告假執行。

二、上訴人則以：陳金富係以和正飯店法定代理人之身分與被上訴人簽立系爭契約，故系爭契約當事人係和正飯店，而非陳金富。系爭契約簽立後之翌日即104年3月13日，被上訴人與和正飯店復簽立1份「客房買賣合約書」（下稱104年3月13日買賣合約書），並附有和正飯店給付房租保證金140萬元之匯款憑證及經營管理保證金確認單等文字為憑，足徵系爭契約之當事人為和正飯店。況自104年3月起迄今，系爭建物

一直由和正飯店經營使用收益，並給付使用費，被上訴人亦以和正飯店為買受人，開立房租發票予和正飯店收執。嗣逢景氣下滑，和正飯店與被上訴人於106年6月28日另行簽立「天一大飯店委託經營管理合約營業狀況約定書」（下稱106年6月28日約定書）約定暫時減收費用、減收期間、減收期間屆滿後之回補方式及金額。由上可知，和正飯店自始為系爭契約之當事人。依系爭契約約定，顯然不符合民法委任之特性，且和正飯店係向被上訴人承租其所有系爭建物（懸掛招牌為天一大飯店）而為經營旅館業務之使用、收益，並按期給付被上訴人一定對價之不動產租賃契約，並非委託經營管理契約。另案確定判決業已認余○莎與被上訴人所簽立之100年7月28日契約為租賃契約，如認內容相同之系爭契約非租賃，實有悖於締約當事人之真意。被上訴人以非契約當事人即陳金富積欠租金為由，向陳金富表示終止系爭契約，難認合法有效。且系爭契約為租賃契約，依土地法第98條第1項、第99條、第100條第3項規定，因和正飯店僅積欠合計150萬元租金，復由和正飯店已給付保證金140萬元扣除後，尚積欠10萬元租金，故被上訴人終止系爭契約之事由未符合土地法第100條之規定，應認系爭契約未經合法終止，被上訴人請求返還系爭建物及逾期返還之違約金，均無理由。又和正飯店自107年12月起至109年3月止按月給付50萬元租金（共計800萬元），及被上訴人應退還余○莎遭沒收之140萬元予和正公司，和正飯店已將該權利讓與陳金富，故縱認被上訴人已合法終止系爭契約，且被上訴人可得向陳金富請求之金錢，陳金富得抗辯抵銷上開金額。再請依民事訴訟法第396條第1項規定，酌予其等至少6個月之履行期間等語，資為抗辯。

三、原審審酌兩造提出之攻擊防禦方法後，認被上訴人依系爭契約第4條、第16條、民法第767條第1項前段之規定，請求上訴人返還系爭建物予被上訴人；陳金富應給付被上訴人165萬6667元，及自108年2月15日起至清償日止，按週年利率百

分之5計算之利息；暨陳金富應自107年11月12日起至遷讓返還系爭建物之日止，按日給付被上訴人2萬8000元，為有理由，並依兩造之聲請，分別酌定相當擔保金為准、免假執行之宣告；另駁回被上訴人逾上開部分之請求（被上訴人就此部分敗訴未聲明不服，非本院審理範圍）。上訴人就其受敗訴判決部分提起上訴，並聲明：㈠原判決不利於上訴人部分廢棄；㈡上廢棄部分，被上訴人於第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人則答辯聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事項：(本院卷第187頁)

㈠系爭建物為被上訴人所有。

㈡被上訴人與契約相對人於104年3月12日簽立系爭契約，系爭契約標題記載為「天一大飯店委託經營管理合約書」。

㈢系爭建物現由和正飯店經營管理並占有使用。

㈣和正飯店原法定代理人為陳金富，嗣已變更為李旭東，陳金富現則為和正飯店之監察人。

㈤陳金富或和正飯店股份有限公司自107年9月起，遲延繳納107年9至11月之使用費，經被上訴人寄發存證信函催告後迄今仍未給付。

㈥被上訴人曾於107年10月30日寄發存證信函，催告陳金富應於107年11月11日前依約給付已遲延之107年9月、10月使用費，及即將到期之107年11月使用費，屆期仍未給付，即以該存證信函作為終止系爭契約之意思表示。該存證信函於同年10月31日合法送達陳金富。另於107年12月27日寄發存證信函，要求上訴人至遲應於108年1月31日遷讓返還系爭建物，並應按日賠償被上訴人5萬元及給付相當於租金之不當得利，至遷讓返還系爭建物日止，該存證信函於107年12月28日合法送達陳金富。

㈦自107年12月起至109年3月止，和正飯店仍每月支付50萬元與被上訴人。

五、兩造爭執之事項：

㈠系爭契約之當事人為何人？

㈡系爭契約之性質係屬委託經營管理契約或租賃契約？
㈢被上訴人主張系爭契約已於107年11月12日合法終止，有無理由？
㈣被上訴人以系爭契約已合法終止，主張上訴人應遷讓返還系爭建物予被上訴人，有無理由？
㈤被上訴人主張陳金富應給付系爭契約終止前積欠之使用費165萬6667元，有無理由？
㈥被上訴人主張陳金富應自系爭契約終止翌日起至遷讓返還系爭建物之日止，按日給付2萬8000元，有無理由？
㈦陳金富主張抵銷，有無理由？

六、本院得心證之理由：

㈠陳金富為系爭契約之當事人：

1.查，被上訴人主張其與陳金富於104年3月12日簽立系爭契約，且系爭契約其上載明：「天一大飯店股份有限公司（以下簡稱甲方，下同）委託陳金富（以下簡稱乙方，下同）經營管理天一大飯店（坐落南投縣○○鎮○○段000建物全部）經雙方同意簽訂本合約…」等情，業據被上訴人提出系爭契約為證（見原審卷第23至25頁），並為上訴人所不爭執，自堪信為真實。

2.雖上訴人辯稱：陳金富係以和正飯店法定代理人之身分與被上訴人簽立系爭契約，系爭契約當事人係和正飯店，而非陳金富云云。然參以上開系爭契約之首記載，已將陳金富明確列為乙方，雖立合約書人乙方欄位之後尚有和正飯店之公司大小印鑑章，惟觀諸系爭契約第7條約定：「乙方於經營管理期間，營業上需開立發票時，甲方同意以乙方之和正飯店股份有限公司（統編：00000000）名義開立，因此所產生之稅捐由乙方負擔。」等語（見原審卷第23、24頁），顯見系爭契約之所以有和正飯店之公司大小印鑑，乃因陳金富營業上需開立發票時，需以和正飯店之名義開立之故，則陳金富於104年3月12日簽立系爭契約之際，既係以其個人名義簽名，應認陳金富方為系爭契約之當事人，上訴人上開辯解顯不

足採。

3.上訴人另辯稱依旅館業管理條例第4條第1項規定，經營旅館業，除依法辦妥公司或商業登記外，並應向地方主管機關申請登記，取得登記證後，始得營業，故以陳金富個人資格，根本無法經營旅館業，系爭契約雖記載乙方為陳金富，但系爭契約之當事人實為和正飯店，此從104年3月13日買賣合約書及106年6月28日約定書都是由和正飯店與被上訴人簽立，暨系爭契約之立合約人欄記載「法定代理人：和正飯店股份有限公司負責人陳金富」，並以和正飯店之公司大小印鑑蓋印等語。然查，系爭契約是由何人訂立，與能否經營旅館業及取得營業登記證間，不必然具有關連性，自難以經營旅館業資格及能否取得營業登記證作為判斷系爭契約當事人之依據。而觀諸系爭契約第1至20條約定內容，均以乙方（即陳金富）作為約定適用對象，而提及和正飯店時，卻以「乙方之和正飯店股份有限公司」稱之；復審酌106年6月28日約定書（見原審卷第113頁）則由被上訴人與時任和正飯店及陳金富之代理人李旭東就105年5月20日後，因景氣欠佳，自106年6月起，關於委託經營使用費暫時每月減收20萬元及事後補償委託經營使用費之約定，顯已表示系爭契約之當事人為陳金富，而非和正飯店甚明。

㈡系爭契約之性質為委託經營管理契約，非房屋租賃契約：

1.按當事人間因訂立契約而成立法律關係所衍生之紛爭應如何適用法律，固屬法院之職權，惟法院於適用法律前所應認定之事實，除非當事人約定之內容違反強制或禁止規定而當然無效，可不受拘束外，仍應以該契約約定之具體內容為判斷基礎，不得捨當事人之特別約定，而遷就法律所規定之有名契約內容予以比附適用，此乃私法自治、契約自由原則之體現（最高法院92年度台上字第2374號判決要旨參照）。換言之，基於私法自治原則，當事人得約定各類無名契約，至該無名契約之效力及約款之解釋，則應依各該契約條款之性質，並參酌當事人之真意定之，不得拘泥於某種有名契約為當

事人約定之一貫解釋，乃契約法之原則。次按解釋契約應通觀全文，依當時之情形及其他一切證據資料，並斟酌交易習慣依誠信原則為斷定之標準，於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人之真意，不得拘泥字面或截取書據中一二語，致失立約之真意（最高法院98年度台上字第1217號民事裁判意旨參照）。故有關契約條文之解釋，首須就契約文字觀察是否已表示當事人之真意，如契約文字已能表示出當事人之真意，則不得反捨契約文字而就過去事實及其他一切證據資料更為曲解，如契約文字未能完全表示出當事人之真意，始得就過去事實及其他一切證據資料探求當事人立約當時之真意而為契約條文之解釋，方符事理。

2.經查，民法第421條第1項規定：「稱租賃者，謂當事人約定，一方以物租與他方使用收益，他方支付租金之契約。」，租賃之內容在承租人方面，係著重在租賃物之使用收益；在出租人方面，則以收取租金為對價關係。所謂使用，乃不毀損其物體或變更其性質，而依物之用法，加以利用之謂。又所謂收益，乃收取標的物之天然孳息或法定孳息之謂。而委託經營及管理者係指基於一方之授權，他方有代為經營一定之業務之權利並依其權利之授與而代為管理業務所需之設備、機具及設施；委託人依約負交付管理經營等業務上所必要設備、機具及設施之義務。究其性質自非單純雙方就業務需要之設備、機具及設施成立租賃契約，此為與租賃相異之處，實不辨即明。

3.系爭契約之標題便已開宗明義載明：「天一大飯店委託經營管理合約書」等詞，而非「租賃契約書」，其第1條復明定被上訴人就系爭建物全部委託陳金富經營管理收益。第2條約定委託經營管理之業務範圍及管理期限，被上訴人負責提供符合陳金富經營管理旅館所需之設備、設施及附屬遊覽車停車場。第3條約定陳金富應繳付140萬元做為經營管理保證金，及發還保證金期限或條件及違約沒收保證金約定。第4條明定於委託經營期間內之固定委託經營收益費為每月70萬

元。第5條約定，陳金富應依照被上訴人所已交付之建物現狀經營管理，非經被上訴人同意，不得任意變更之。由以上約定可知，陳金富並非單純向被上訴人承租系爭建物，而係受被上訴人委託經營管理收益，倘陳金富違反系爭契約約定或無故停業時，被上訴人並得終止系爭契約並沒收保證金，且陳金富需依被上訴人所交付之系爭建物現狀經營管理，非經被上訴人同意，不得任意變更。參酌系爭契約簽立後，陳金富迄仍以「天一大飯店」之名義經營網站，招攬生意，系爭建物之門首亦仍懸掛「天一大飯店」之招牌，印製信封與名片上，同時使用「天一大飯店」與和正飯店名義，此有被上訴人提出之網路查詢資料、信封、照片、名片等件附卷可佐（附原審卷第467頁至第471頁、第153頁、第184頁）。準此，雙方就「天一大飯店」之名稱用途之指定，及陳金富經營管理期間不得無故停業等情形，均與民法第421條第1項規定租賃契約之性質不符。再參照南投縣政府100年7月13日號函之說明二之記載：「重申旅館業如不以原公司經營，而以另設之公司經營者，應『重新申辦』旅館業登記證。」等語（見原審卷第409頁），被上訴人既未與陳金富約定必須註銷「天一大飯店」之旅館業登記證，足以證明系爭契約並非租賃契約。

4.又104年3月13日買賣合約書及匯出匯款憑單（見原審卷第111、112頁）僅在表明飯店營運開銷由陳金富自理、和正飯店於同日匯款140萬元至被上訴人帳戶內作為保證金之事實，尚難以前開104年3月13日買賣合約書及匯出匯款憑單之用語使用「房租」即遽行認定系爭契約為租賃契約。再者，原法院另案確定判決雖認為余○莎與被上訴人於100年7月28日所簽訂之契約，其性質為「出租全部營業」契約，但該案之訴訟標的為余○莎於100年7月28日與被上訴人所簽立之「天一大飯店委託經營管理合約書」，而本件之訴訟標的則為被上訴人及陳金富於104年3月12日所簽立系爭契約，二者之訴訟標的顯非相同，故另案確定判決對本件並無既判力之拘束，

亦無禁反言原則之適用。

5.從而，系爭契約既經本院認定非租賃契約如上述，則上訴人辯稱系爭契約為「房屋租賃」，本件是否有土地法第98條第1項、第99條、第100條第3項等規定之適用？因均係以系爭契約為租賃契約為前題，故均與本件判決結果不生影響，毋庸再予論述。

㈢被上訴人主張系爭契約已於107年11月12日合法終止，為有理由：

依系爭契約第4條約定：「固定委託經營收益費：每月新台幣柒拾萬元整。乙方應民國一百零四年四月一日起，按月於當月一日繳納使用費。乙方若未或遲延繳付達二個月使用費之情事時，經甲方催告，超過七天仍未繳付，甲方得終止合約，並將保證金全部沒收。…」等語（見原審卷第23頁），且106年6月28日約定書（見原審卷第113頁）復約定：「針對因民國105年5月20日後，景氣欠佳，以致委託陳金富先生（以下簡稱乙方）經營管理天一大飯店股份有限公司（以下簡稱甲方）…經雙方協議自106年6月起，原由和正飯店股份有限公司每個月的第一日支付天一大飯店股份有限公司固定委託經營使用費新台幣70萬元整中暫時減收新台幣20萬元整，乙方必須按合約約定於當月一日繳納委託經營使用費新台幣50萬元整。減收期間暫訂自民國106年6月起至民國109年12月止…減收期滿後若乙方無誠按月補償甲方新台幣10萬元整，則視同違反本合約書之約定，等同違約，甲方得終止乙方原經營管理合約，並沒收保證金140萬元整，以抵償減收的損失…」等語（見原審卷第113頁），足認繳納每月使用費之當事人為陳金富。而陳金富自107年9月起，遲延繳納同年9、10月之使用費，經被上訴人於107年10月30日寄發存證信函，催告陳金富應於107年11月11日前依約給付已遲延上開2月使用費及即將到期之107年11月使用費，及表示屆期仍未給付，即以該存證信函作為終止系爭契約之意思表示，該存證信函於107年10月31日合法送達陳金富，惟陳金富收受

存證信函催告後，迄今仍未給付等情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈤、㈥），則被上訴人主張系爭契約於107年11月12日即為終止，自屬有據。

㈣被上訴人以系爭契約已合法終止，主張上訴人應遷讓返還系爭建物予被上訴人，為有理由：

1.按民法第767條所有權物上請求權之相對人，除直接占有人外，尚包括間接占有人，如貸與人、出租人等。又按請求返還占有物之訴，固應以現在占有該物之人為被告，惟所稱占有，不惟指直接占有，即間接占有亦包括在內。貸與人係經由借用人維持其對借用物之事實上管領力，依民法第941條規定為間接占有人，不失為現在占有人，借用人依其自己之使用目的而占有，則係直接占有人，並非貸與人之占有輔助人（最高法院87年度台上字第946號、90年度台上字第2217號民事判決要旨參照）。

2.承上，系爭契約既經被上訴人於107年11月12日合法終止，陳金富即失占有之權源，而系爭建物業由陳金富交付予和正飯店占有使用，和正飯店為直接占有人，陳金富為間接占有人，陳金富既失占有之權源，和正飯店自亦無從以占有之連續主張合法占有之權利，是被上訴人本於系爭建物所有權人之身分，依民法第767條第1項前段規定，請求上訴人返還系爭建物，即屬有據。

㈤被上訴人主張陳金富應給付系爭契約終止前積欠之使用費165萬6667元，為有理由，但因陳金富主張抵銷而不得請求（詳如後述）：

依106年6月28日約定書約定內容，被上訴人固同意陳金富自106年6月起至109年12月日止，減收使用費為每月50萬元，並同意退還余○莎因違約遭沒收之保證金140萬元，用以扣抵每月租金減收期間應補償予被上訴人之損失，惟同時約定減收期限結束後，自110年1月起恢復使用費70萬元整並逐月補償10萬元整，直到補滿被上訴人減收期間之損失至116年12月結束為止，堪認被上訴人僅係體恤陳金富經營困難而暫

予減收，並無免除使用費之意。則系爭契約既已合法終止，當無前開暫予減收約定之適用，陳金富應補繳之使用費仍應以每月70萬元計算。則被上訴人請求陳金富給付終止前，自107年9月1日起至107年11月11日止，共計2月又11日期間之使用費165萬6667元，自屬可採。

㈥被上訴人主張陳金富應自107年11月12日起至遷讓返還系爭建物之日止，按日給付2萬8000元，為有理由，但因陳金富主張抵銷而部分不得請求（亦詳如後述）：

1.按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額，民法第252條定有明文。違約金之約定，乃基於個人自主意思之發展、自我決定及自我拘束所形成之當事人間之規範，本諸契約自由之精神及契約神聖與契約嚴守之原則，契約當事人對於其所約定之違約金數額，原應受其約束。惟倘當事人所約定之違約金過高者，為避免違約金制度造成違背契約正義等值之原則，法院得參酌一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，依職權減至相當之金額（最高法院102年度台上字第1606號判決意旨參照）。

2.查，系爭契約第16條固然約定系爭契約期滿或終止時，陳金富應依當時之現狀點交被上訴人接管，每逾1日應支付被上訴人5萬元作為損害賠償，至陳金富點交歸還之日為止。該損害賠償，其性質等同損害賠償總額之違約金，惟依此計算，陳金富每月應繳納之違約金約為150萬元（計算式：50,000× 30＝1,500,000），相較於每月使用費70萬元，尚嫌過高，應予酌減。而就以金錢計算之違約金，民法第205條關於約定利率乃以百分之20為上限之價值判斷，本院認為有參考之價值。準此，陳金富按月應繳納之使用費為70萬元，經加計百分之20，陳金富按月應賠償之數額應以84萬元計算，尚符合常情，則以每月30日計算，陳金富點交歸還系爭建物前，所應給付之違約金為按日2萬8000元計算（計算式：840,000÷ 30＝28,000）。是被上訴人請求陳金富給付自107年11月12日起至遷讓系爭建物止，按日以2萬8000元計算之違約

金，為有理由；逾此範圍，為無理由。

㈦陳金富主張以和正飯店所讓與自107年12月起至109年3月止按月給付款項，共計800萬元抵銷，為有理由；其餘抵銷為無理由：

1.又按債務之抵銷，以雙方當事人互負債務為必須具備之要件，若一方並未對他方負有債務，則根本上即無抵銷之可言（最高法院18年上字第1709號判例要旨參照）。被上訴人固於106年6月28日約定書同意以「…加上退還余○莎因違約而遭沒收的140萬…」作為扣除補償總額之計算，然此僅屬減收期滿後，被上訴人體恤陳金富經營之困難，以該名目作為陳金富補償被上訴人損失之扣除名義，難以遽認被上訴人承認余○莎對其有140萬元債權存在，更不應遽論該140萬元債權已移轉為陳金富所有。是陳金富對被上訴人既無該140萬元債權存在，則陳金富以該140萬元債權作為抵銷抗辯，自非有據。

2.系爭契約第3條約定：「本合約成立時，乙方應繳付新台幣壹佰肆拾萬元，做為經營管理保證金，俟合約期滿或終止合約（點交完成後）乙方無違約扣款時，無息並於七日內發還之。乙方違反本合約各項約定或無故停業時，甲方得終止合約收回並沒收保證金。」等語（見原審卷第23頁），足認陳金富與被上訴人就該140萬元保證金返還請求權設有停止條件甚明。而如前所述，因陳金富遲延給付2個月使用費，被上訴人已依系爭契約第4條約定終止系爭合約並依法沒收該140萬元保證金，故陳金富就該140萬元保證金返還請求權之停止條件並未成就，尚不得行使，難謂陳金富得以該140萬元保證金做為為抵銷之主張，是陳金富抵銷之抗辯，自無可取。

3.和正飯店自107年12月起至109年3月止給付被上訴人共計800萬元乙情，為兩造所不爭執（見不爭執事項㈦），且原審判決關於被上訴人不得向和正飯店請求自107年11月12日起至遷讓返還系爭建物之日止，按月給付其70萬元之相當於租金

之不當得利部分，業已判決被上訴人敗訴確定，而和正飯店復將該800萬元之返還請求權讓與陳金富乙情，復為被上訴人所不爭執，足認與陳金富對被上訴人享有該800萬元之返還請求權。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，又未指定其應抵充之債務，而債務均已屆清償期、債務之擔保及獲益相等者，以先到期之債務，儘先抵充，民法第321條、第322條第1、2款各有明文，依同法第342條規定，於抵銷準用之。承上，被上訴人得對陳金富請求自106年6月至107年10月每月暫時減免20萬元之使用費，及107年9月1日至同年11月11日止之使用費165萬6667元，共計465萬6667元（計算式：200,000× 15＋1,656,667＝4,656,667）；且被上訴人得對陳金富請求自107年11月12日起至遷讓系爭建物止，按日以2萬8000元計算之違約金，則依前揭規定，及兩造同意先抵充原本（見本院卷第370、371頁），準上情形，800萬元應先抵銷前開已屆清償期465萬6667元，剩餘334萬3333元，再繼之按日抵銷每日違約金2萬8000元，共計120日後（計算式：3,343,333÷ 28,000＝119.4，小數點後無條件進位），被上訴人請求陳金富給付自108年3月12日起至遷讓系爭建物止，按日以2萬8000元計算之違約金，為有理由，逾此範圍，為無理由。

七、綜上所述，被上訴人依系爭契約第4條、第16條之約定、民法第767條第1項前段之規定，請求上訴人應將系爭建物遷讓返還被上訴人，及陳金富應自108年3月12日起至遷讓返還系爭建物之日止，按日給付被上訴人2萬8000元，為有理由，應予准許，均應予准許。原審未及審酌陳金富於本院增加主張抵銷該800萬元金額部分，判決命陳金富應給付被上訴人165萬6667元，及自108年2月15日起至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息；暨陳金富應自107年11月12日起至108年3月11日止，按日給付被上訴人2萬8000元，並諭知准予准、免假執行，自有未洽。陳金富上訴意旨就此部分指摘

原判決不當，聲明廢棄改判，為有理由，爰由本院廢棄改判如主文第2項所示。至於上開應准許部分，原審就此部分為上訴人敗訴之判決，並為供擔保准、免假執行之諭知，經核並無違誤。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。末按民事訴訟法第396條第1項之規定，不過認法院有斟酌判決所命給付之性質，得定相當之履行期間之職權，非認當事人有要求定此項履行期間之權利（最高法院41年台上字第129號判例意旨參照）。查，本件自被上訴人於108年2月11日向原法院起訴（見原審卷第11頁）後，至本院言詞辯論終結，亦歷時近一年半時間審理，上訴人亦當有充裕時間為履行之準備，當無再酌定履行期間之必要。故上訴人請求本件應定相當之履行期間為6個月云云，要無可採。

八、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，併此敘明。

九、據上論結，本件上訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450條、第449條第1項、第79條、第85條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　12　　日

民事第六庭　審判長法　官　楊熾光

法　官　戴博誠

法　官　郭玄義

正本係照原本作成。

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。

書記官　劉雅玲

中　　華　　民　　國　　109　　年　　8　　月　　12　　日