臺灣高等法院高雄分院民事裁定

108年度抗字第144號

抗　告　人　海景世界企業股份有限公司
法定代理人　鄭宜芳
代　理　人　李中慧
　　陳鈺隆
相　對　人　林明農即雲朵分子冰淇淋

上列抗告人因與相對人間聲請假處分事件，對於中華民國108 年3 月12日臺灣屏東地方法院108 年度裁全字第5 號所為裁定提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄。

相對人在原審所為之聲請駁回。

聲請及抗告訴訟費用由相對人負擔。

理　由

一、相對人聲請意旨略以：伊於民國106 年12月1 日與抗告人簽立協力廠商合作契約書（下稱系爭合約），由抗告人提供其所經營之位於國立海洋生物博物館遊客中心5.2 坪空間予伊設置櫃位（下稱系爭營業場所），以經營販賣飲品、餐點等商品營業使用，期間自106 年12月1 日至108 年12月31日。依系爭合約，伊所經營系爭營業場所之收銀機採用POS 作業系統，於銷售商品前均登錄於POS 系統編製條碼，每一筆銷售金額應依條碼入POS 收銀機並開立統一發票。伊於契約期間均有遵守系爭合約規定開立統一發票，詎抗告人竟誣指伊於108 年2 月8 日漏開發票，違反契約，然POS 收銀機係抗告人所提供，伊並無能力掌控。在POS 作業系爭出現異常情況下，伊已盡最大努力處理，並無漏開發票意圖，此責任應歸屬於抗告人。詎抗告人片面發函通知自同年3 月5 日起終止系爭合約，並於3 月6 日將系爭營業場所設置圍籬，禁止伊繼續營運使用，致伊以及工作人員頓失收入來源，已對家庭生活經濟造成重大損害，為此願提供擔保代釋明聲請定暫時狀態之處分等情。

二、抗告意旨略以：相對人並未釋明有何難以回復之重大損害或急迫危險，而有藉助定暫時狀態假處分以資防免之必要，且在相對人未為釋明之情形下，自不得僅以新臺幣（下同）5萬元擔保金即得代替釋明之不足；又終止系爭合約縱認不利相對人，亦僅生損害賠償問題，抗告人乃資本總額達25億元之公開發行股票公司，並無所謂不能賠付損害賠償以致相對人將有難以回復之重大損害或急迫危險之情，且相對人就不准許假處分所受損害僅為無法營業之利益損失，尚無其他金錢以外之請求遭受侵害而有假處分保全之必要。再者抗告人依原審執行程序將系爭營業場所交付相對人後，相對人迄今亦無依系爭合約規定回復營業等語，並聲明：如主文第1、2項所示。

三、按定暫時狀態之處分，旨在維持法院為本案終局判決前之暫時狀態，以防止發生重大損害，避免急迫危險或有其他相類情形。故除須釋明有爭執之法律關係外，尚須就「假處分之原因」即為防止發生重大之損害，或避免急迫之危險，或有其他相類之情形而有必要之情事予以釋明（最高法院104年度台抗字第730號裁定要旨參照）。又所謂定暫時狀態之必要，即保全必要性，係指為防止發生重大損害，或為避免急迫之危險，或有其他相類似之情形發生須加以制止而言。然損害是否重大，危險是否急迫或是否有其他相類之情形，應釋明至何種程度，始得以擔保金補足其釋明，應就具體個案，透過權衡理論及比例原則確認之。亦即法院須就聲請人因許可假處分所能獲得之利益，其因不許可假處分所可能發生之損害，相對人因假處分之許可所可能蒙受之不利益及其他利害關係人之利益或法秩序之安定、和平等公益加以比較衡量。所稱防止發生重大之損害，通常係指如使聲請人繼續忍受至本案判決時止，其所受之痛苦或不利益顯屬過苛。其重大與否，須視聲請人因定暫時狀態處分所應獲得之利益或防免之損害，是否逾相對人因該處分所蒙受之不利益或損害而定。聲請人因處分所應獲之利益或防免之損害大於相對人因

該處分所受之不利益或損害，始得謂為重大而具有保全之必要性（最高法院106 年度台抗字第219 號、101 年度台抗字第497 號裁定要旨參照）。故所謂必要，則應依利益衡量原則，就債權人因未假處分就本案判決勝訴前所生之損害，與債務人因假處分所生損害衡量比較以為決定（最高法院98年度台抗字第359 號裁定要旨參照）。又所謂釋明，係指當事人提出證據，使法院就其主張之事實，得生薄弱之心證，信其大概如此之行為（最高法院96年度台抗字第849 號裁定要旨參照）。又因滿足性處分裁定後，聲請人即可能在本案判決確定以前，先獲得權利之滿足，而相對人卻蒙受不利益。縱使該相對人嗣後就滿足性處分予以撤廢，或本案訴訟取得勝訴判決確定，亦不得不另行聲請或提訴請求返還不當得利或請求損害賠償，但聲請人可能已陷於無資力而事實上無法返還或賠償之情形。因此該滿足性處分已形同喪失其對本案訴訟原來具有之附隨性、暫定性等本質，而呈現宛如本案訴訟之容貌，且發揮類於本案訴訟之機能。因此，為顧慮其影響之重大性，並平衡當事人雙方之利害，此種處分應具有較高度之保全必要性為准許要件。

四、經查：

㈠相對人主張兩造於106 年12月1 日簽立系爭合約，期間自106 年12月1 日至108 年12月31日。依系爭合約第5 條，每日相對人之營業收入由抗告人收受、核帳，兩造於每月5 日前派員會算前一個月之全部營業額，相對人並開立向抗告人請款之同額發票，抗告人應開立月結三十天之支票予相對人，作為當月貨款。當月貨款係指將營業額扣除抗告人依系爭合約所應收取之抽成與相關使用費用扣抵後之所餘款項。嗣抗告人以相對人自108 年2 月6 日起有多起營業漏開統一發票，違反系爭合約為由，於108 年3 月5 日發函通知相對人自同日起終止系爭合約，另函告相對人同意延長遷出日期為108 年3 月15日。相對人在抗告人終止系爭合約後，提起確認租賃權存在等訴訟等情，經兩造到庭陳述明確（見本院卷第

115-119 頁），並有系爭合約書、抗告人函文在卷可稽（見原審卷第4-12頁，原審108 年度抗字第21號卷第28頁）。足徵兩造就系爭合約是否合法終止、系爭合約是否仍然存在等法律關係有所爭執，自堪認相對人就其定暫時狀態處分之請求已為釋明。

㈡惟相對人主張在本案訴訟確定前，如未交付其系爭營業場所繼續營運使用，伊以及工作人員將頓失收入來源，對家庭生活經濟造成重大損害，故有保全必要性；抗告人對此否認，並陳稱其若收回系爭營業場所，將得委託其他人經營，故其因本件定暫時狀態假處分所蒙受之不利益為喪失本可委託其他人經營之可得利益等語。經查，相對人於107 年間經營系爭營業場所，該年度確實向抗告人領取共計872,040 元之淨收入（業已扣除抗告人依系爭合約所應收取之抽成與相關使用費用），但該淨收入尚需扣除約兩成之原物料成本以及相對人經營系爭營業場所所僱傭之員工月薪28,000元，餘額方為相對人之營業淨利等情，經相對人到庭陳述明確（見本院卷第115 頁），並有抗告人所提出相對人個月份營業淨利收入及海景支付情況彙整表在卷可稽（見本院卷第107 頁）。故依此計算，相對人於107 年間每月份之營業淨利應為30,136元【計算式：（872,040 × 0.8-28,000× 12）÷ 12】，此部即屬相對人每月因本件定暫時狀態假處分可防免之損害及可得之利益。

㈢惟如抗告人收回該系爭營業場所，其本得委託其他人經營，且如以107 年3 至12月總入館人數為824,427 人，以及107 年1 至6 月的總入館人數與108 年1 至6 月總入館人數相比，人數成長比例為11.14%，另依107 年3 至12月之營收均客單價1.734 （即系爭營業場所自107 年3 至12月之總營收除以該時段總入館人數），以及抗告人就系爭營業場所所收取之抽成30% 等標準，則預估抗告人委託其他人經營系爭營業場所自108 年3 至12月之可得利益為476,629 元【計算式：824,427 人x（ 1+11.14%）x 1.734 × 30% ，元以下四捨五

入】，每月為47,663元（476,629 ÷ 10），經抗告人到庭陳述明確（見本院卷第115 頁），並有抗告人提出收回攤位得以另租他人可得利益表格在卷可證（見本院卷第109 頁），此部即屬如准本件定暫時狀態假處分，抗告人將蒙受之不利益，已超過相對人因本件定暫時狀態假處分可防免之損害及可得之利益，至為明顯。

㈣此外參以相對人自陳其自108 年3 月5 日後即未實際在系爭營業場所營運，其僱傭之員工僅一名，且為其女朋友，在協助相對人經營系爭營業場所前另有從事其他工作與收入，相對人自己目前雖未在系爭營業場所營業，但另有出租房屋以及存款等其他收入營生等語（見本院卷第117-119 頁），是以抗告人所辯相對人聲請本件定暫時狀態處分，其所防止發生之損害並非重大，所欲避免之危險亦非急迫等語，揆諸首開說明，即屬有據，堪予採信。另查，兩造間就系爭合約是否合法終止所生糾紛，非相對人不得以請求損害賠償、不當得利或給付租金等方式而為彌補，且抗告人既為資本總額龐大之公司，亦難認有達於無資力狀態、逃逸無蹤或隱匿財產等規避強制執行之事實，則相對人主張其將因之受有無法回復之重大損害云云，自無足採。

五、綜上所述，相對人就定暫時狀態處分之聲請，未能釋明有急迫危險或重大損害之情事，其釋明之欠缺，亦不得由提供擔保之方式補足，其聲請自與法不合，不應准許。原審准為假處分，核有未洽。抗告意旨指摘原裁定不當，求予廢棄，為有理由，爰將原裁定廢棄，裁定如主文所示。

六、據上論結，本件抗告為有理由，依民事訴訟法第492 條、第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　25　　日

民事第四庭

審判長法　官　徐文祥

法　官　黃悅璇

法　官　羅培毓

以上正本證明與原本無異。

不得再抗告。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　7　　月　　25　　日

書記官　王紀芸