臺灣高等法院民事判決

107年度重上字第681號

上　訴　人　寶島好行通運有限公司
法定代理人　崔潔立
訴訟代理人　彭韻婷律師
被 上訴 人　易遊網旅行社股份有限公司
法定代理人　陳甫彥
訴訟代理人　曹詩羽律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國107 年7 月5 日臺灣臺北地方法院106 年度重訴字第1202號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，本院於108 年5 月22日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人下列第二項之訴部分及該部分假執行之聲請，暨訴訟費用之裁判，均廢棄。

被上訴人應給付上訴人新臺幣貳佰捌拾玖萬壹仟捌佰元，及自民國一百零六年八月十五日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

被上訴人應給付上訴人新臺幣參佰壹拾萬捌仟貳佰元，及自民國一百零八年五月十四日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。

其餘上訴及追加之訴均駁回。

第一、二審訴訟費用（含追加部分），由被上訴人負擔三分之一，餘由上訴人負擔。

本判決第二項、第三項所命給付，於上訴人依序以新臺幣玖拾陸萬肆仟元、壹佰零肆萬元，或同面額之銀行無記名可轉讓定期存單為被上訴人供擔保後，得假執行；但被上訴人如依序以新臺幣貳佰捌拾玖萬壹仟捌佰元、參佰壹拾萬捌仟貳佰元為上訴人預供擔保後，得免為假執行。

其餘假執行之聲請駁回。

事實及理由

一、於第二審為訴之追加，非經他造同意，不得為之。但請求之

基礎事實同一者，不在此限，此觀民事訴訟法第446 條第1 項、第255 條第1 項第2 款規定自明。上訴人於本院追加以契約增補協議書（下稱系爭增補協議）第2 條第7 項約定，為訴訟標的之備位訴訟（見本院卷第361 、373 、374 頁），經核與原訴之基礎事實同一，應予准許。

二、上訴人主張：兩造於民國103 年2 月27日簽立之合作契約書（下稱系爭合作契約）第1 條第2 項約定，伊應於103 年3 月1 日起至105 年6 月30日（下稱系爭期間），免費提供被上訴人自中國至臺灣自由行旅客之接機服務（下稱系爭接機服務），第2 條第1 項則約定，被上訴人應於該期間之每季度提供一定旅客數量（下稱最低旅客數量）。倘有不足，應依第2 條第3 項約定，按不足之數量，以每人新臺幣（下同）200 元計算賠償金額。嗣被上訴人未達最低旅客數量，合計共6 萬7,850 人，扣除其已賠償之159 萬8,200 元後，尚應賠償1,197 萬1,800 元；另依第2 條第7 項約定，被上訴人不得將系爭接機服務以有價形式轉售他人，如有違反，應依每人次賠償伊200 元。被上訴人自104 年3 月至105 年6 月透過訴外人上海攜程國際旅行社有限公司（下稱CTRIP 或攜程旅行網）將該接機服務，以有價形式單獨販售予旅客，所使用系爭接機服務之人數，共計3 萬1,013 人次，就此一部請求賠償600 萬元等情。爰依系爭合作契約第2 條第3 項約定、民法第227 條第1 項、第226 條第1 項規定；系爭合作契約第2 條第7 項約定、民法第227 條第2 項規定，求為命被上訴人給付1,797萬1,800元，及加計自起訴狀繕本送達翌日起算法定遲延利息之判決，並聲明願供擔保，請准宣告假執行（原審為上訴人敗訴之判決，其提起上訴）。另於本院追加備位之訴主張：倘系爭合作契約第2條第7項約定，嗣經兩造合意變更，則依系爭增補協議第2條第7項約定為請求。其上訴及追加聲明為：（一）原判決廢棄。（二）被上訴人應給付上訴人1,797萬1,800元，及起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。（三）願以

現金或無記名可轉讓定存單供擔保，請准宣告假執行。

三、被上訴人則以：系爭合作契約約定之最低旅客數量，業經兩造以系爭增補協議第2條第1項第6款約定，自104年7月1日起修正為每季（3個月為1季單位）2萬人次，伊就不足之數量，已如數賠償，上訴人不得再為請求；上訴人早已知悉攜程旅行網以1元人民幣之促銷接機行為，非伊所授意。伊僅為出名締約、居間協調之人，並無任何動機將系爭接機服務以有價形式販售予旅客。上訴人製作上證2之數量，不能作為1元接機使用人數之證明等語，資為抗辯。

四、兩造於103年2月27日簽訂系爭合作契約；被上訴人於104年7月1日至105年6月30日提供上訴人之自由行旅客數為：104年7月1日至同年9月30日1萬9,707人、104年10月1日至同年12月31日1萬8,510人、105年1月1日至同年3月31日2萬0,141人、105年4月1日至同年6月30日1萬3,792人。被上訴人已依該人數與2萬人次之差距計算，賠償上訴人159萬8,200元等事實，為兩造所不爭執（見原審㈠卷第232頁；本院卷第138、139頁），堪信為真正。

五、上訴人以被上訴人未達系爭合作契約約定之最低旅客數量，請求賠償1,197萬1,800元，及以有價形式販售系爭接機服務，一部請求賠償600萬元，為被上訴人所拒，並以前開情詞置辯。經查：

（一）上訴人不得以被上訴人未達系爭合作契約約定之最低旅客數量，請求被上訴人賠償1,197萬1,800元。

1、契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立，民法第166條定有明文。由是而論，該約定之方式未完成前，僅推定其契約不成立，並非不得舉反證推翻之。又當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。依習慣或依其事件之性質，承諾無須通知者，在相當時期內，有可認為承諾之事實時，其契約為成立，同法第153條第1項、第161條第

1項分別定有明文。所謂意思實現，乃依有可認為承諾之事實，推斷有承諾之效果意思，係以客觀上有可認為承諾之事實存在為要件，有此事實，契約即為成立。

2、依證人即被上訴人之赴台旅遊部經理賴建揮所稱：伊於104年1月間，開始參與兩造之系爭合作契約事宜，擔任被上訴人之窗口，與伊聯繫之上訴人窗口為楊騏睿副總（見原審㈡卷第7頁及背面）；證人即上訴人之副總經理楊騏睿陳稱：簽立系爭合作契約之履約情形，上訴人部分是由伊擔任窗口，被上訴人之窗口有更換過，最後1位是賴建揮各詞（見本院卷第258頁）以觀，可知賴建揮、楊騏睿各為有權代理兩造處理系爭合作契約事宜之人，應可認定。

3、系爭合作契約第6條第6項雖約定：本契約之任何修改應以書面方式為之，並經甲（指上訴人，下同）、乙方（指被上訴人，下同）簽署後始生效等內容（見原審㈠卷第24頁背面）。然參諸兩造於簽立系爭合作契約後，賴建揮於104年6月24日寄予楊騏睿、攜程旅行網人員之電子郵件所載：目前對於合約後續執行雙方的想法，CTRIP提出可否下修每季最低旅客數量、改為按實際出行人數付費制、進行解約流程，並在6月底前定案，Q3開始執行。目前向上訴人爭取後的方案：無附加條件，每季承諾最低旅客數量減少2,000人、將合約期間延長兩季至2016年底，每季最低承諾量為2萬人，每日實際接待人數上限最多500人，每日超過500人上限後的旅客，則需付費或選擇不接待，而每季接待人數上限為10%，即為2萬2,000人，超過上限後的旅客則需付費或選擇不接待、進行解約‧‧。以上，供各位參考提出意見討論（見原審㈠卷第164頁）；賴建揮於同年8月25日寄予楊騏睿之包括「契約增補協議書（寶島好行）」為附件之電子郵件所載：楊副總好，請參閱附件，為我處法務草擬的增補協議，如有問題煩請與我聯繫（見原審㈠卷第118至120頁）；經上訴人修改後

，由楊騏睿於同年9月23日以「寶島好行修改增補協議」為主旨，將包括「契約增補協議書寶島好行更改版920」為附件之電子郵件寄予賴建揮（見原審㈠卷第87至89頁）；被上訴人修改部分文字後，由賴建揮於同年10月13日寄發包括「契約增補協議書雙方修正版」（即系爭增補協議）予楊騏睿（見原審㈠卷第89至91頁）；及賴建揮所稱：伊會寄出104年8月25日之電子郵件，有跟上訴人說要調整合約內容，並草擬一份草稿，先請楊騏睿看內容有無需要修正。楊騏睿有收到該郵件，他看完後有做一些調整，並於同年9月23日將主旨為「寶島好行修改增補協議」及附件「契約增補協議書寶島好行更改版920」之電子郵件寄給伊。伊於同年10月13日寄發電子郵件後，有以電話與楊騏睿聯絡，他說會再處理各情（見原審㈡卷第7頁背面至第8頁背面），參互觀之，顯見兩造間就系爭合作契約之履行，互有意見之交換，嗣由各自聯繫窗口即賴建揮、楊騏睿，以寄送電子郵件之方式，對該合作契約之內容進行增補及修正，甚為明悉。

4、徵諸上訴人收受賴建揮於104年10月13日寄發系爭增補協議之要約後，雖未向被上訴人為明示承諾，然依其由楊騏睿於同月20日寄予賴建揮之電子郵件所稱：隨信附上9月報表及10月1日超額明細，煩請確認並協助後續請款事宜，第3季度承諾2萬人等情（見原審㈠卷第92頁）以察，堪認其於104年10月20日所為，在客觀上可認屬承諾之事實，依民法第161條第1項規定，應認兩造斯時就系爭增補協議已達成合意。

5、再佐諸上訴人對於依系爭增補協議而取消松山機場服務、向被上訴人請求十一長假、春節之特殊假日服務費用等情，並無異詞（見本院卷第370頁）；系爭增補協議第6條已約定，本協議書之內容與本契約有所抵觸者，以本協議書之條款為主；第2條第1項第6款則約定，將系爭合作契約所載最低旅客數量，變更為：自104年7月起為每季

2萬人次等內容（見原審㈠卷第90頁背面、91頁）；楊騏睿於同年10月20日寄予賴建揮之電子郵件，即以2萬人次為基準，向被上訴人請求賠償，並無保留或暫時請求之記載（見原審㈠卷第92頁）；及被上訴人亦依實際提供給上訴人接機旅客數量，與該2萬人次之差距，賠償上訴人159萬8,200元等情（見本院卷第138頁），參互以察，顯見兩造已依系爭增補協議之內容為履行，益徵兩造確實有以系爭增補協議取代系爭合作契約之合意，至為明確。被上訴人辯稱：系爭增補協議已成立等語，應可採信。上訴人空言主張：系爭增補協議僅為磋商階段，未經兩造簽署，不生效力云云，並無可取。

6、系爭合作契約書第2條第1項約定之最低旅客數量，業經系爭增補協議第2條第1項第6款約定所取代，且被上訴人已依實際提供給上訴人接機旅客數量與該約定之2萬人次之差距，如數賠償予上訴人。以故，上訴人以被上訴人未達系爭合作契約約定之最低旅客數量，合計有6萬7,850人，扣除被上訴人已賠償之159萬8,200元後，依系爭合作契約書第2條第3項約定、民法第227條第1項準用民法第226條第1項規定，主張被上訴人尚應賠償1,197萬1,800元，自屬無據。

（二）上訴人依系爭合作契約第2條第7項、系爭增補協議第2條第7項約定，得依序請求被上訴人賠償289萬1,800元、310萬8,200元。

1、依攜程旅行網之網頁所載：本產品由攜程旅行網代理招徠，委託社為被上訴人，具體的旅遊服務和操作由委託社提供；費用說明（單程，拼車，1元/人）；價格超級便宜，才1元1人，直接機場送至酒店等內容（見原審㈠卷第49、55頁）；被上訴人員工余秀萍於103年10月30日寄發攜程旅行網之電子郵件所載：針對酒店部門懇請幫忙，在台灣接機牌披露部分，是不是可以再一次重申三方的LOGO或是字樣，攜程&易遊網&寶島好行，放在旅客看到的地

方，機場常常旅客都認為是飯店派來的接機，或是質疑我方工作人員沒有穿攜程的制服等，或是網頁都沒有清楚告知這是併車服務，導致旅客與工作人員的誤會與糾紛，而產生客訴，懇請幫忙在網頁內作相關規定披露等詞（見本院卷第277 頁）；及被上訴人員工詹小哲於105 年6 月29日寄發攜程旅行網之電子郵件所載：供應商通知，無法接受長期以來1 元販售之情況未見改善，違反合約不得販售之協定，提醒貴方（攜程旅行網）相關單位立即下架此項服務等內容（見原審㈠卷第168 頁背面）以觀，顯見被上訴人確有透過攜程旅行網，將系爭接機服務以人民幣1 元轉售予消費者，而攜程旅行網僅為被上訴人之代理人，消費者取得該接送機服務並非免費獲得等事實，甚為明確。被上訴人辯稱：伊無任何動機將系爭接機服務以有價形式販售予旅客，該網頁之內容為攜程旅行網單方之記載，不足證明被上訴人授意該旅行網以人民幣1 元單獨販售消費者云云，並不足採。

2、參諸楊騏睿結稱：上證一為上訴人每日接待明細表，是裸賣接機之統計資料，從車號是上訴人的車輛，服務人員是上訴人之人員可看出，該表格是由上訴人依據實際接待旅客所製作。上證二（見本院卷第153 至183 頁）為上訴人依每日統計表，所作成的每月統計表等詞（見本院卷第260 、265 頁）以觀，顯見該資料係統計被上訴人實際就單獨販售系爭接機服務之接機數量，得作為被上訴人有價形式販售，而由上訴人實際於機場接機數量之佐證。依被上訴人對於系爭期間有提供接機名單予上訴人乙節，為其所是認（見本院卷第316 頁）等情以考，足認被上訴人可提出攜程旅行網於網路上有價販售，而實際接受系爭接機服務之資料，作為彈劾上訴人主張數量之依據，此部分攸關被上訴人賠償責任之事，倘其提出，即能予以證明，卻不予提出，則其空言否認上訴人上證2 統計之數量，自不足採。

3、乙方同意第三人不得以有價形式自乙方獨立取得甲方於本契約中所提供之服務。如乙方違反上開條件，乙方應就其向第三人有價提供甲方服務之人數，按每人次賠償甲方200 元，此觀系爭合作契約第2 條第7 項約定自明。被上訴人自104 年3 月起至同年10月19日（兩造於104 年10月20日就系爭增補協議已達成合意之前一日）止，將系爭接機服務以有價形式販售之人數，共計1 萬4,459 人（計算式：505 ＋2116＋1522＋1699＋2022＋2817＋2258＋1520＝14459 ，見本院卷第153 至167 頁所示），以每人次200 元計算，上訴人得請求被上訴人賠償289 萬1,800 元（計算式：200 x14459 ＝0000000 ）。

4、兩造於104 年10月20日就系爭增補協議達成合意，該增補協議就系爭合作契約第2 條第7 項已為修正，上訴人不得再依系爭合作契約第2 條第7 項約定，作為請求104 年10月20日起算賠償之依據。而甲、乙雙方同意，第三人以任何形式自乙方獨立取得甲方於本契約中所提供之服務，應由甲、乙雙方討論之，甲方擁有第三人有價形式銷售與否及價格之決定權，未經甲方書面或電子通訊等方式同意之獨立銷售行為視為違約，甲方得對獨立銷售之人次按每人收取1,000 元之費用，若自乙方取得之第三人有違反之情事，乙方應對該第三人負連帶賠償之責任，此觀系爭增補協議第第2條第7項約定即明。被上訴人對該項所稱第三人係指消費者，並不爭執（見本院卷第375 頁）。被上訴人自104年10月20日起至105 年6月止，將系爭接機服務以有價形式販售之人數，共計1萬6,554人（計算式：817＋2064＋1795＋2451＋2571＋1580＋1978＋1647＋1651＝16554，見本院卷第167至183頁所示），以每人次1,000 元計算，上訴人依系爭增補協議第2條第7項約定，得請求被上訴人賠償1,655萬4,000元（計算式：1000x16554＝00000000 ）。上訴人就被上訴人應賠償有價形式販售系爭接機服務，係一部請求賠償600 萬元，經扣除前開289萬1,800元

後，則其備位之訴得請求被上訴人賠償310萬8,200元。又本院審酌其他訴訟標的（即民法第227條第2項規定），無從對其更有利之認定，故不一一贅述，附此敘明。

（三）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，與催告有同一之效力；又遲延之債務，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，週年利率為百分之五，民法第229 條第2 項、第233 條第1 項前段、第203 條定有明文。上訴人之民事起訴狀繕本於106 年8 月14日送達被上訴人（見原審㈠卷第61頁之送達證書）、追加系爭增補協議第2 條第7 項約定為備位訴訟之民事言詞辯論意旨㈡狀繕本於108 年5 月13日送達被上訴人（見本院卷第377 頁之民事辯論意旨續狀所示），則上訴人就被上訴人應賠償之289 萬1,800 元、310 萬8,200 元，得依序請求自翌日即106 年8 月15日、108 年5 月14日起算之法定遲延利息。

六、綜上所述，上訴人依系爭合作契約第2 條第7 項約定，請求被上訴人給付289 萬1,800 元，及自106 年8 月15日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，核無不合，應予准許。逾此範圍之請求，則屬無據，不能准許。原審就上開應准許部分，為上訴人敗訴之判決，尚有未洽。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為有理由。應由本院改判如主文第2 項所示。至上開不應准許部分，原審為上訴人敗訴之判決，理由雖有不同，結論則無二致，仍應予維持。上訴意旨指摘原判決該部分不當，為無理由，應駁回此部分之上訴。上訴人於本院追加之備位之訴，依系爭增補協議第2 條第7 項約定，請求被上訴人給付310 萬8,200 元，及自108 年5 月14日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，核無不合，應予准許。逾此範圍之請求，則屬無據，不能准許。又本判決第二項、第三項所命給付部分，兩造

陳明願供擔保宣告准、免假執行，經核均無不合，爰分別酌定相當擔保金額准許之。另上訴人敗訴部分，該部分假執行之聲請，即失所依附，應併予駁回。

七、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。

八、據上論結，本件上訴及追加之訴均為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第450 條、第449 條第2 項、第79條、第463 條、第390 條第2 項、第392 條第2 項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　5　　日

民事第十六庭

審判長法　官　鍾任賜

法　官　黃明發

法　官　林政佑

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。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　6　　月　　5　　日

書記官　王韻雅

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。