

臺灣高等法院高雄分院民事判決

111年度建上字第5號

上訴人 總貿營造有限公司

法定代理人 蔡翔宇

訴訟代理人 洪國欽律師

張志堅律師

被上訴人 高雄市○○區○○

法定代理人 蔣金安

訴訟代理人 陳韋利律師

上列當事人間因給付工程款事件，上訴人對於中華民國110年12月15日臺灣橋頭地方法院110年度建字第19號第一審判決提起上訴，本院於111年4月13日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、被上訴人起訴主張：伊於民國100年6月30日公告以公開招標方式辦理「永安鄉北溝排水左右岸0K+152～0K+452護岸改善應急工程」（下稱系爭工程）採購案件時，上訴人（原名稱為「益鴻營造有限公司」嗣經更名為「總貿營造有限公司」）當時實際負責人即訴外人洪鴻章本欲投標，惟遭伊斯時之區長黃順益夥同他人於投標當日阻攔廠商投標，使包含上訴人在內之廠商均無法投標，致本件標案因未達三家以上合格廠商投標而流標（即擋流標）。洪鴻章得知上情後，知悉若欲承作系爭工程，恐需支付黃順益相當回扣始能承作，乃前往區長辦公室與黃順益會晤，表明有意願承作，

並探詢黃順益欲收取若干回扣，黃順益向洪鴻章示意訴外人耀鴻營造有限公司（下稱耀鴻公司）之實際負責人黃復明已表示有承作意願，故應由其等雙方自行協商由何人承作，至於回扣金額，詢問黃復明即知。黃復明、洪鴻章因而洽談合作事宜，雙方達成以上訴人名義投標，由耀鴻公司負責現場施作，亦均同意支付黃順益相當於得標金額10%之回扣賄款。系爭工程於前次流標後變更設計，於100年8月4日重新公告公開招標，黃復明、洪鴻章為確保上訴人能夠得標承作，除以上訴人名義投標外，另委請訴外人岡正營造股份有限公司、東濬營造有限公司共同參與投標，以製造有三家以上合格廠商參與投標及彼此競爭之假象，並以非法方法阻攔其他廠商參與競標。嗣上訴人於100年8月16日以新台幣（下同）4,450萬元得標，洪鴻章乃於翌日委由他人至高雄市○○區○○路000號交付回扣賄款380萬元予黃順益。洪鴻章上開交付回扣賄款之行為，經臺灣高雄地方檢察署（下稱高雄地檢署）檢察官以101年度偵字第22929號為緩起訴處分確定，黃順益收受該回扣賄款之行為，亦經最高法院以106年度台上字第2089號刑事判決確定。是上訴人所為，已違反系爭契約第21條第9款約定，伊自得依該約定及不當得利之法律關係，向上訴人追繳不正利益並請求返還380萬元，求為判決聲明：(一)上訴人應給付被上訴人380萬元，及自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。(二)願供擔保請准宣告假執行。

二、上訴人則以：系爭契約第21條第9款之成立要件須得標有「溢價或不正利益」方能自契約價款中扣除，惟被上訴人並未證明本件標案之「溢價或利益」為何，逕以伊給付回扣金額即為「溢價或利益」金額，與規定不符。又被上訴人並未舉證伊確實已溢出一般合理價標得系爭工程，亦未證明伊交付之回扣賄款即為伊所受利益，因此尚不得遽謂該回扣賄款為伊所受之利益。又本件標案係採公開招標方式辦理，並非採限制性招標或選擇性招標，底價是由被上訴人訪價後制

訂，所有投標廠商之標價倘高於被上訴人之底價者，均需減至底價以下方得決標。換言之，除非被上訴人於制訂底價時，將不法利益或溢價部分加入機關製作之底價中，否則伊無法透過提高投標價格之方式，將不法利益或溢價併入投標價格內而取得本件標案，伊就系爭工程並無所謂相當於溢價之利益可言，故本件標案不會發生政府採購法第59條所稱之溢價或不正利益計入契約價款之情形，自不該當系爭契約第21條第9款之要件。另系爭契約第21條第9款約定，已逾民法第514條第1項規定之除斥期間，被上訴人不能再向伊主張行使扣減權。又該條款源自政府採購法第59條第2項規定，其裁處權之行使，應適用行政罰法第27條規定為3年，並非未定權利行使期間等語置辯。

三、原審經審理結果，准被上訴人全部請求。上訴人提起上訴，聲明：(一)原判決廢棄。(二)被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。被上訴人則聲明：上訴駁回。

四、兩造不爭執之事項：

(一)上訴人於100 年間原名稱為「益鴻營造有限公司」，嗣於101年10月23日變更名稱為「尚鏡營造有限公司」，復於109年4 月17日變更名稱為「總貿營造有限公司」。

(二)被上訴人於100 年6 月30日公告以公開招標方式辦理系爭標案，因未達三家以上合格廠商投標而流標。被上訴人變更設計後，於同年8月4日重新公告公開招標，於同年月16日開標，由上訴人以4,450 萬元得標，該工程業已竣工驗收完畢。

(三)上訴人之實際負責人洪鴻章交付回扣賄款予上訴人之前區長黃順益之行為，經高雄地檢署檢察官於102年12月3日以101年度偵字第22929號為緩起訴處分確定。黃順益收受該回扣賄款之行為，亦經最高法院於106年8月2日以106年度台上字第2089 號刑事判決有罪確定。

(四)被上訴人曾於106 年5 月9 日以高市○區○○○0000000000 0 號函通知上訴人，敘稱上訴人有違反系爭契約第21條第9款之情形，要求上訴人繳回380 萬元。

01 五、被上訴人依系爭契約第21條第9款及民法第179條之法律關
02 係，自契約價款中扣除並請求上訴人返還380萬元，有無理
03 由？

04 (一)本件標案發生時所適用之108年5月22日修正前政府採購法第
05 59條規定：「機關以選擇性招標或限制性招標辦理採購者，
06 採購契約之價款不得高於廠商於同樣市場條件之相同工程、
07 財物或勞務之最低價格（第1項）。廠商亦不得以支付他人
08 佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他利益為條件，促成採
09 購契約之簽訂（第2項）。違反前二項規定者，機關得終止
10 或解除契約或將溢價及利益自契約價款中扣除（第3項）。
11 公開招標之投標廠商未達三家者，準用前三項之規定（第4
12 項）」等語。按政府採購係國家公務運作之一環，涉及國家
13 預算之運用，與維護公共利益具有密切關係。因之，政府採
14 購契約之成立，除應受一般民事法律規範外，尚須受採購法
15 相關法規之規範。採購法之立法宗旨，係為建立政府採購制
16 度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保
17 採購品質。機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為
18 原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇（政府採購法第
19 1條、第6條第1項規定參照）。修正前政府採購法第59條之
20 設，旨在避免關說、綁標或非競爭採購關係下造成採購價格
21 過高及利益輸送行為。為確保採購契約價格不致偏離市場行
22 情，於第1項從限制採購契約之價款而為規範。另為禁止不
23 當利益之交換或輸送，於第2項從禁止不當利益介入採購契
24 約而為規範（政府採購法施行細則第82條規定參照）。二者
25 之要件並不相同。而廠商如有第1項因採購契約之成立取得
26 高於市場行情價格，或第2項藉支付不當利益而成立採購契
27 約之情事，均將破壞政府採購制度之交易秩序，造成對相關
28 廠商之差別待遇，故於第3項關於廠商違反該二項之法律效
29 果規定中，將「溢價」、「利益」併列，機關得依各該情
30 事，分別自契約價款中扣除此溢價或不當利益，以回復公平
31 交易秩序下應有狀態，維護公共利益。又是項扣除「溢價」

或「利益」之規定，固為對廠商財產權及契約自由之限制，然與其所維護之公共利益間，尚非顯失均衡，亦未抵觸憲法第23條之比例原則，與憲法第15條、第22條保障之財產權及契約自由無違。因此，廠商違反第2項規定時，機關即得依第3項規定自契約價款中扣除不當利益，係有別於違反第1項情形之規定，該利益之扣除不受第1項規定之影響，廠商因採購契約實際獲得利潤為何，有無將不當利益計入成本估價，採購契約價格高低與否，均在所不論。是廠商以交付不當利益，促成採購契約之簽訂者，機關依第2項及第3項規定自契約價款中扣除該不當利益，不須以採購契約價款高於市價為要件（最高法院109年度台上大字第495號裁判意旨參照）。又所謂溢價，係指採購契約之價款高於廠商於同樣市場條件之相同工程、財物或勞務之最低價格之差額；所謂「利益」，以非正當商業行為之給付為限，係指廠商以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他不正利益，此觀最高法院民事大法庭前揭裁判意旨及政府採購法第59條108年5月22日修正立法理由可明（該次修正主要係將原規定第1、4項刪除，使該條規定於所有政府採購案均得適用，及去除實務就「同樣市場條件」難以認定之窒礙，其餘規範意旨均無不同）」。

(二)系爭契約第21條第9款約定：「廠商不得對機關人員或受機關委託之人員給予期約、賄賂、佣金、比例金、仲介費、後謝金、回扣、餽贈、招待或其他不正利益。分包廠商，亦同。違反規定者，機關得終止契約或解除契約，或將溢價及利益自契約價金中扣除」等語（卷外系爭契約第32頁），此規定與修正前政府採購法第59條第2、3項規定之要件及法律效果大致雷同。是系爭契約第21條第9款所稱「溢價及利益」，自應與修正前政府採購法第59條第2、3項之規定為同一解釋。亦即廠商以支付不當利益為條件，促成採購契約之簽訂，機關即得依該款規定，自契約價款中扣除廠商所支付之不當利益，不以採購契約價款高於市價為要件（即所謂溢

價)。

(三)查，上訴人之實際負責人洪鴻章於100年間交付回扣賄款380萬元予上訴人前區長黃順益之行為，業經高雄地檢署檢察官於102年12月3日以101年度偵字第22929號為緩起訴處分確定，且黃順益收受上開回扣賄款行為，亦經最高法院於106年8月2日以106年度台上字第2089號刑事判決確定（不爭執事項(三)），是洪鴻章行賄之目的，係為獲取得標利益，已違反採購公平，核屬不正當商業行為之給付，依前揭說明，該回扣賄款當為系爭契約第21條第9款約定之「不正利益」，則被上訴人自得依該約款將此不正利益逕自契約價金中扣除，且該不正利益不以系爭契約價款高於市價為要件。故上訴人辯稱：被上訴人自契約價款中扣除溢價或利益，應證明上訴人受有溢價或利益，不得逕謂上訴人支付之380萬元，為其所受之溢價或利益。且溢價及利益應為同一解釋，均屬超出工程契約應有對價之報酬云云，與該約款文義及規範意旨，俱有未合。至上訴人所提最高法院98年度台上字第1192號、103年度台上字第2625號，僅係個案見解，且與最高法院109年度台上大字第495號所為之統一解釋相左，本院自不受其拘束。

(四)上訴人又抗辯：本件標案採公開招標方式辦理，並非採限制性招標或選擇性招標，不會發生修正前政府採購法第59條所稱之溢價或不正利益計入契約價款之情形，自不該當系爭契約第21條第9款之要件云云。然兩造所簽訂系爭契約既設有第21條第9款之約定，即不因本件標案係採公開招標方式而得排除該條款之適用。況依修正前政府採購法第59條第4項規定「公開招標之投標廠商未達三家者，準用前三項之規定」，而系爭標案首次公開招標即因投標廠商未達三家而流標，已如前述（不爭執事項(二)），上訴人徒以系爭標案非採限制性或選擇性招標，即無溢價或不正利益計入契約價金之可能，顯屬無稽。又被上訴人請求自契約價款中扣除者為洪鴻章交付回扣賄款之不正利益，本不以系爭契約價款高於市

價為要件，已如前述，是不論該不正利益有無計入契約價金中，均已違反系爭契約第21條第9款之約定。故上訴人此部分所辯，要無可採。

(五)上訴人另抗辯：被上訴人依系爭契約第21條第9款約定行使扣減權，已逾民法第514條第1項規定之除斥期間，不能再向伊主張行使；又該條款源自政府採購法第59條第2項規定，其裁處權之行使，應適用行政罰法第27條規定為3年，並非未定權利行使期間云云。按民法第514條第1項之規定，係承攬人所施作之工作物有瑕疵，賦予定作人於瑕疵發見後1年內行使權利之期間，蓋此種權利，均以從速行使為宜，否則徒滋糾紛，於事實殊鮮實益也，此參該條立法理由即明。因認基於承攬之性質及法律安定性，認應從速行使。而系爭契約第21條第9款約定，係為避免廠商使用非競爭之不正手段得標，以確保公共工程之採購品質，該條款所謂扣除，係賦予被上訴人有扣除之形成權，藉由扣除形成權之行使，調整採購契約價金之關係及維護政府採購制度之公共利益。可見兩者規範意旨顯有不同，該約款自無比附援引民法第514條第1項規定之餘地。次者，遍閱系爭契約全文，並未就該約款所定扣除權之行使期間定有明文；且由修正前政府採購法第59條第3項之規定，就廠商給予不當利益以促成採購契約之簽訂所賦與機關解除、終止契約或將溢價、利益自價款中扣除之權利，均屬採購契約訂立後之履約作為，而為民事契約責任，非屬行政處罰，自難逕予適用行政罰法有關權利行使期間之規定。再者，上訴人之實際負責人洪鴻章於102年12月3日經高雄地檢署檢察官為緩起訴處分，黃順益於106年8月2日經最高法院以106年度台上字第2089 號刑事判決有罪確定，屢述如前，而被上訴人係於106 年5 月9 日即發函通知上訴人，以上訴人違反系爭契約第21條第9 款為由，請求上訴人繳回380 萬元（不爭執事項(四)），以該等時序觀之，被上訴人行使前揭扣除權，並無延宕之情形，自難認被上訴人不行使權利，已達相當之期間，致上訴人產生正當之信

01 賴，信任被上訴人將不再行使其權利之情形，並以此作為自
02 己行為之基礎，故對上訴人並無應加以保護之情形，亦無依
03 一般社會之通念，被上訴人對之行使權利，有違誠信原則之
04 情事。故上訴人上開所辯，亦不足採。

05 (六)上訴人再抗辯：伊遭被上訴人前區長黃順益索賄380萬元，
06 又經緩起訴處分捐出獲利400萬元，並繳納緩起訴處分金30
07 萬元，洪鴻章亦繳納緩起訴處分金150萬元，復經被上訴人
08 依政府採購法追繳系爭工程之押標金200萬元，伊實際支出
09 及受罰金額已逾1,160萬元，早已無所謂利益可言。被上訴
10 人所謂不正利益並未歸屬於伊，並已給付予黃順益，被上訴
11 人如欲追討該不正利益，應向黃順益請求返還，伊並未因此
12 獲有利益云云。查，上訴人所支出刑事罰金及行政罰鍰，與
13 本件被上訴人依系爭契約而為民事法律關係之請求者無涉。
14 又系爭契約第21條第9款之規範意旨，係為維護機關採購公
15 平公開之交易秩序，則不論廠商因採購契約實際獲得利潤為
16 何，機關均得對廠商行使扣除權，已如前述，本件上訴人既
17 為系爭契約之承攬人，則定作人即被上訴人自得依該約款對
18 承攬人即上訴人行使扣除權，請求上訴人返還不正利益380
19 萬元。上訴人上開所辯，亦無可採。

20 (七)查，被上訴人曾於106 年5 月9 日以高市○區○○○000000
21 00000號函通知上訴人，敘明上訴人有違反系爭契約第21條
22 第9 款之情形，要求上訴人繳回380 萬元，業述如上，堪認
23 被上訴人已依該約款對上訴人行使扣除權，上訴人受領該
24 380 萬元工程款之法律上原因即已不存在，則被上訴人依不
25 當得利之法律關係，請求上訴人返還380 萬元，係屬有據。

26 六、綜上所述，上訴人有違反系爭契約第21條第9 款約定之情
27 形，從而，被上訴人依該約款行使扣除權，並依不當得利之
28 法律關係，請求上訴人給付不正利益380萬元，及自起訴狀
29 繕本送達翌日即110 年6 月17日（原審審建卷第29頁）起至
30 清償日止，按週年利率5 %計算之利息，為有理由，應予准
31 許。原審為上訴人敗訴之判決，核無違誤。上訴論旨指摘原

01 判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

02 七、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及證據，經斟酌
03 後，認與本判決結果不生影響，自無逐一詳予論駁之必要，
04 附此敘明。

05 八、據上論結，本件上訴為無理由，判決如主文。

06 中 華 民 國 111 年 4 月 28 日
07 工程法庭

08 審判長法官 甯 馨

09 法 官 林雅莉

10 法 官 何悅芳

11 以上正本證明與原本無異。

12 如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其
13 未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書
14 （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
15 具有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。如委任律
16 師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

17 中 華 民 國 111 年 4 月 28 日
18 書 記 官 戴育婷

19 附註：

20 民事訴訟法第466條之1：

21 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
22 人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

23 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
24 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
25 院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

26 第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。