臺灣高等法院高雄分院民事判決

113年度重上字第8號

上　訴　人　長泰育樂股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　黃文志

訴訟代理人　方金寶律師

　　李俊瑩律師

被上訴人　　國立岡山高級農工職業學校

000000000000000000

法定代理人　黃銘福

訴訟代理人　葉張基律師

　　林韋甫律師

上列當事人間請求返還履約保證金等事件，上訴人對於中華民國112年11月14日臺灣橋頭地方法院112年度重訴字第53號第一審判決提起上訴，並為訴之追加，經本院於114年12月3日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

追加之訴及其假執行之聲請均駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

壹、程序方面:

一、按當事人法定代理人之代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人承受其訴訟以前當然停止；承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明；聲明承受訴訟，應提出書狀於受訴法院，民事訴訟法第170、175、176條分別定有明文。查:被上訴人之法定代理人原為蔣壁輝，嗣於民國113年7月8日由黃銘福接任，有教育部函可參（本院卷一第115頁），現黃銘福已具狀聲明承受訴訟，有聲明承受訴訟狀可憑(本院卷一第109、111頁)，依前揭法條規定，其聲明承受訴訟，應予准許。

二、按第二審訴之變更或追加，非經他造同意不得為之，但擴張應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第446條第1項、第255條第1項第3款定有明文。本件上訴人在原審就請求期前終止之移轉對價差額及保管移轉標的物所支出之必要費用等，起訴請求被上訴人應給付新台幣(下同)410萬5,703元及原審判決附表二所示金額之本息。嗣於上訴後本於同一請求權及請求事實，擴張請求被上訴人給付1,559萬7,031元及如附表二所示本息。經核其擴張聲明，與民事訴訟法第446條第1項但書及第255條第1項第3款規定相符，應予准許，併予敘明。

貳、實體方面:

一、本件上訴人主張：兩造於93年1月9日簽定國立岡山高級農工職業學校室內溫水游泳池委託興建營運契約（下稱系爭BOT契約），由伊投資興建被上訴人學校室內溫水游泳池（下稱系爭游泳池）並為營運，營運年限為21年，迄114年1月8日屆滿。然自109年初COVID-19疫情爆發以來，被上訴人學校游泳課停辦、一般泳客幾近絕跡，110年5月19日起又因疫情嚴峻，經中央流行疫情指揮中心宣布將第三級防疫警戒範圍擴大至全國，而使系爭游泳池停止營業，關閉狀態持續至同年8月10日止（下稱系爭疫情事件），已嚴重影響系爭BOT契約之營運及履行，該當系爭BOT契約之不可抗力情事及除外情事。伊就系爭疫情事件，於110年9月1日發函通知被上訴人，請求延長經營年限5年，被上訴人於110年9月23日僅同意延長83日，足證被上訴人對於系爭疫情事件亦認定為「不可抗力情事」。惟伊就此補救措施提議，無法同意而未達成協議。嗣被上訴人於110年12月17日召開系爭BOT契約「109年度營運績效評估會議」，會中以臨時動議提出伊因新冠肺炎疫情造成游泳池經營困境，請求減少土地租金及營運權利金，以及延長營運年限等語，然會中並未形成任何決議。伊再於111年1月4日發函被上訴人，補充提供財政部相關函令及佐證資料，再次請求被上訴人協助並同意伊所提延長經營

年限5年之補救措施。因未獲得被上訴人之回應，伊遂於111年6月2日向行政院南部聯合服務中心提出陳情後，被上訴人始於111年6月9日函覆表示關於提出延長營運年限之要求，安排於111年7月召開的營運績效評估會議時提案討論。後被上訴人再於111年6月30日發函伊，就有關上開陳情案，表示將於111年7月擇日召開營運績效評估會議，並討論有關系爭疫情事件對於本公司之營運損失以及所提出延長營運年限之請求。詎被上訴人111年7月並未召開任何會議，而於111年8月10日發函伊，表示被上訴人111學年度新校長於8月就職，如要討論重大決議不宜於前一個月討論，故將原訂於7月召開之111年度營運績效評估會議延至8月份召開。因系爭疫情事件之補償方案未能於認定後6個月內取得協議，且伊因系爭疫情事件，已遭受嚴重虧損，對未來之營運，已不抱任何期待，乃依系爭BOT契約之約定，於111年8月19日發函通知被上訴人訂於111年8月31日結束系爭游泳池營業，並於111年9月8日終止系爭BOT契約，請求被上訴人指定專人辦理塗銷本案地上權設定及設備移交等事項。而被上訴人竟又於111年9月8日發函表示要成立室內溫水游泳池協調委員會，請伊推薦代表云云。惟伊已依系爭BOT契約約定行使契約終止權，故於111年9月15日發函被上訴人檢送本案終止時期財產目錄乙份，並請被上訴人於111年10月16日前配合完成資產交接及移轉程序等語，詎被上訴人逾期未予配合辦理，爰依系爭BOT契約之約定提起本訴。聲明：㈠被上訴人應給付上訴410萬5,703元，及自原判決附表一所載各項金額及利息起算日至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。㈡被上訴人應自111年10月17日起迄114年1月8日止，或迄被上訴人受領岡山區壽天里岡山路533-1號；建築用途：室內游泳池（D-1)占有之日止，以先屆至為準，給付上訴人按原判決附表二所載各項金額，及自利息起算日至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。㈢願供擔保，請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：系爭疫情事件並無構成系爭BOT契約所約定

不可抗力之事由，上訴人並未舉證說明其如何因新冠疫情導致足以嚴重影響本契約營運事項之履行，且根據財政部解釋函，新冠疫情至多僅為展延許可期間之因素，上訴人並未因系爭疫情事件即取得終止系爭BOT契約之權利。又本件兩造尚未根據系爭BOT契約約定進行協商，亦未成立協調委員會進行協調程序，且本案並未發生不可抗力，故根本無「不可抗力發生六個月後，如雙方就該事件及狀態之性質之認定仍無法達成協議」之情事，亦不符合系爭BOT契約約定「不可抗力及除外情事業經認定，但補償方案於認定後六個月內無法取得協議」之約定要件，故上訴人行使契約約定終止權並不符合系爭BOT契約之約定要件，不生契約終止之效力。又依系爭BOT契約第十一章「許可年限屆滿前之移轉」之約定，需將興建營運資產移轉及返還予伊並經伊認可，上訴人並未完成上開要件，自無權請求返還履約保證金，而移轉對價部分，因上訴人終止系爭BOT契約並不合法，本案即無有償移轉之問題，且依系爭BOT契約約定鑑價機構必須由伊委任，故上訴人片面自行計算並主張財產目錄明細表之金額為2,563,960元，伊否認之，再者，上訴人並未塗銷地上權，伊自得拒絕支付資產移轉對價，至上訴人其餘請求給付保管費部分，在系爭BOT契約有效情況下，伊並無任何受領遲延之情形，故上訴人無權主張民法第240條必要費用，且對上訴人所主張每月保管費用金額亦有所爭執等語置辯。答辯聲明：㈠上訴人之訴及假執行之聲請均駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、原審判決駁回上訴人之請求，上訴人不服提起上訴，並擴張上訴聲明:㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴1559萬7,031元，及自附表一所載各項金額，及自利息起算日至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。㈢被上訴人應給付上訴人依附表二所載各項金額，及自利息起算日至清償日止，按週年利率百分之5計算之利息。㈣願供擔保，請准宣告假執行。被上訴人答辯聲明:㈠上訴及擴張之訴均駁回。㈡如

受不利判決，願供擔保，請准免為假執行之宣告。

四、兩造不爭執事項：

㈠兩造於93年1月9日簽署國立岡山高級農工職業學校室內溫水游泳池委託興建營運契約，約定契約營運許可期間自93年1月9日起至114年1月8日止。

㈡於上開契約營運許可期間，109年1月21日新冠肺炎於我國境內爆發，110年5月19日中央流行疫情指揮中心將新冠肺炎第三級警戒範圍擴大至全國，而導致上訴人所營運之游泳池關閉，迄至110年8月10日方重新開放游泳池。

㈢上訴人於110年9月1日發函被上訴人，主旨為本案「國立岡山高級農工職業學校“皇家”室內溫水游泳池委託營運契約案」因應新冠病毒肆虐，請求延長經營年限5 年。

㈣被上訴人於110年9月23日函覆上訴人，主旨為有關本校BOT皇家游泳池因新冠肺炎疫情導致暫停營業補償一案，內容為同意延長經營年限83天。

㈤上訴人於111年8月19日發函被上訴人，主張自111年9月8日起，終止上開營運契約。

㈥被上訴人於111年9月8日發函上訴人，表示將成立協調委員會。

㈦上訴人於111年10月20日函覆被上訴人，請被上訴人依據興建營運契約之約定，於111年10月30日前成立為協調契約提前終止後之資產移轉程序之協調委員會，並召開第一次協調會議。

㈧兩造最終未成立協調委員會及召開協調會議。

㈨系爭BOT標的物已於113年11月27日移交予被上訴人完畢。

㈩上訴人目前尚有100萬元之履約保證金額在被上訴人管領中。

五、本院得心證理由如下：

㈠系爭疫情事件是否為系爭BOT契約所約定之不可抗力或除外情事？是否足以嚴重影響契約營運事項之履行?

1.依系爭BOT契約第15.1.1條約定：本契約所稱不可抗力情

事，係指天災、事變或戰爭等非雙方得合理控制或縱加相當注意亦無法防止、避免或排除，且足以嚴重影響本契約興建或營運事項之履行者。第15.1.2條約定：本契約所稱除外情事，係指除不可抗力情事外，有下列兩種情形，亦非可歸責於乙方(即上訴人)之事件及狀態，且足以嚴重影響本契約興建或營運事項之履行者：1.因法令變更，或政府機關之行政命令、處分、作為或不作為或決策重大改變，致對乙方興建或營運之執行或財務狀況發生重大不利影響。2.其他性質上不屬不可抗力，而經雙方或合意組成之協調委員會認定係除外情事者。第15.2.1條約定：任何一方主張不可抗力或除外情事之發生而受重大影響時，應於事件發生，且客觀上能通知之日起五日內，以書面通知他方。第15.2.2條約定：任何一方收到他方依第15.2.1條之通知後，雙方應即綜合當時情況加以認定，雙方同意遵守誠信原則履行本契約，任何不可抗力或除外情事發生時，儘量先行協議補救措施。如雙方就該事件或其起始日之認定無法於發生後兩個月內達成協議者，應組成協調委員會處理之。有系爭BOT契約書可參(原審審重訴卷第40頁）。是依系爭BOT契約，所稱不可抗力或除外情事，除指係因天災、事變或戰爭等非雙方得合理控制或縱加相當注意亦無法防止、避免或排除者，或因法令變更，或政府機關之行政命令、處分、作為或不作為或決策重大改變者外，尚須符合「足以嚴重影響本契約興建或營運事項之履行」之要件。再者，有關系爭BOT契約終止，依第17.1.3條約定:2.因不可抗力或除外情事，經雙方協商及經協調委員會協調後，於該不可抗力或除外情事發生六個月後，如雙方就該事件及狀態之性質之認定仍無法達成協議時，任一方得終止本契約。3.不可抗力或除外情事業經認定，但補償方案於認定後六個月內無法取得協議，任一方得終止本契約。另依第18.1條約定:因本契約有關之事項發生爭議時，雙方應本於誠信原則，先以協商方式解決之。第18.2.1條約定:協商無法解決之爭議，得經雙方同意後成立國立岡山高級農

工職業學校室內溫水游泳池協調委員會解決。而有關國立岡山高級農工職業學校室內溫水游泳池協調委員會之設置及任務，依其成立及協調辦法第一、二點約定，係處理有關除外情事或不可抗力情事及其起始日之認定及補救措施有爭議時之處理；其係由雙方各推薦2名代表，並經雙方協調同意選任3名公正人士組成之，此亦有該辦法可參(原審審重訴卷第53頁)。故是否發生合於契約所示之不可抗力情事，如雙方有爭議，應由兩造先行協商，協商不成時，須經協調委員會協調處理之，於無法達成協議時，任一方始得依約終止契約。

2.上訴人主張系爭疫情事件屬系爭BOT契約第15.1.1條之不可抗力情事或第15.1.2條之除外情事等語，然為被上訴人所否認。查:

⑴系爭BOT契約營運許可期間之109年1月21日新冠肺炎於我國境內爆發，110年5月19日中央流行疫情指揮中心將新冠肺炎第三級警戒範圍擴大至全國，導致上訴人所營運之游泳池關閉，迄至110年8月10日方重新開放游泳池，而上訴人於110年9月1日發函被上訴人，為因應新冠病毒肆虐，請求延長經營年限5年，被上訴人則於110年9月23日函覆上訴人，因新冠肺炎疫情導致暫停營業補償一案，同意延長經營年限83天等情，為兩造所不爭執，並有上訴人長泰字第110901號函及被上訴人岡農總字第1100400026號函可參（原審審重訴卷第55頁、第63頁），是上情應堪認定。而系爭疫情事件影響全球，政府機關於110年5月更以第三級警戒方式防疫，游泳池經列為需關閉之場所，而導致系爭游泳池直接關閉達83日，其影響不可謂之不大，惟參以上訴人所提出97年至111年之損益表，其於97年至103年疫情前之營業收入約520餘萬元至730餘萬元不等，其稅後淨利均為虧損，少則190餘萬元，多則440餘萬元，直至105至108年間因營業收入為7、800餘萬元，其稅後淨利始呈現獲利，但亦僅5萬餘元至27萬餘元，疫情期間之109年至111年其營業收入固然自650餘萬元下降

至240餘萬元，其稅後淨利亦從虧損43餘萬元，升至虧損380餘萬元，此有損益表可稽（原審審重訴卷第81、381至466頁、本院卷一第215至219頁），是觀諸上訴人之營業狀況，其營運期長達21年，前16年間之營運狀況即大多處於虧損情形，期間僅有4個年度處於小額獲利情形，至109年1月間我國爆發疫情，營運期僅剩5年，且自110年5月19日中央流行疫情指揮中心將疫情第三級警戒範圍擴大至全國，致上訴人關閉游泳池迄110年8月10日重新開放游泳池，期間僅83日，則上訴人虧損狀況因系爭疫情之影響究有多大?是否係因系爭疫情致足以嚴重影響本契約營運事項之履行，即非無疑。

⑵上訴人雖提出財政部110年3月11日台財促字第11025506050號函及被上訴人同意展延83日，表示被上訴人亦認同系爭疫情事件屬不可抗力情事等語。惟上開財政部函雖提及為因應疫情，促參案主辦機關得持續於疫情影響期間辦理民間紓困措施，依個案實情協助民間機構辦理營運期間計算及視情節適度延長營運期間等，有該函可考（原審審重訴卷第83頁），被上訴人亦於110年9月23日以岡農總字第1100400026號函同意展延83天，有上開函文可憑(原審審重訴卷第63頁)，惟其應係遵守主管機關所發布之函示，通案所為放寬辦理促參案紓困之措施，且上開財政部函係請促參案主辦機關持續於疫情影響期間辦理紓困措施，並非敘及有何法令變更，或政府機關之行政命令、處分、作為或不作為或決策重大改變，致對上訴人營運之執行或財務狀況發生重大不利影響，是非屬系爭BOT契約所稱之除外情事，另被上訴人函文中亦無陳稱已認同系爭疫情屬系爭BOT契約所稱之不可抗力情事。再觀之被上訴人於110年12月17日所召開之系爭BOT契約「109年度營運績效評估會議」，會中工作報告提出上訴人因新冠肺炎疫情造成游泳池經營困境，請求減少土地租金及營運權利金，以及延長營運年限，被上訴人已函覆上訴人同意延長本BOT合約83日，後於臨時動議中被上訴人所屬委員亦提到「目前是討論疫情影響而延長營運年限，如要討論

促參案之延長履約期建議等議約期再討論」，另一外部委員亦提及「有關受疫情影響而延長營運年限，與促參案之延長履約期不同」等語，此有該會議紀錄可參(原審審重訴卷第69頁)，是被上訴人顯已界定同意延長83日，係為因應疫情影響而為，非認同此情已符合系爭BOT契約所稱之不可抗力或除外情事，故而同意延長營運期，是上訴人依此認被上訴人已認同系爭疫情屬不可抗力情事，尚無可採。

⑶再者，依前所述，任一方欲依系爭BOT契約第17.1.3條第2、3項所約定終止系爭BOT契約，於第2項之前提要件須為「經雙方協商及經協調委員會協調後」，第3項則須「不可抗力或除外情事業經認定」。另第18.1條、第18.2.1條亦約定有關事項發生爭議時，雙方應先以協商方式解決之，協商無法解決之爭議，含有關除外情事或不可抗力情事及其起始日之認定及補救措施，得經雙方同意後成立國立岡山高級農工職業學校室內溫水游泳池協調委員會解決。而觀諸系爭疫情事件發生後，兩造分別行文予他方如附表三所示，顯見兩造迄111年8月19日前，上訴人係就因疫情影響請求延長合約等事項，與被上訴人協商並向行政院南部聯合服務中心陳情，是兩造仍在協商是否減少土地租金及營運權利金，或延長營運年限為討論，期間並未提出系爭疫情係符合系爭BOT契約所稱不可抗力情事，迄上訴人於111年8月19日徑發函主張疫情屬不可抗力因素，決定自111年8月31日結束系爭游泳池營業，同年9月8日終止契約，並請求返還履約保證金等，此亦有該函文可憑(原審審重訴卷第103頁)，是兩造於協商過程中並未就疫情是否屬系爭BOT契約所稱不可抗力情事為討論或確認，且最終兩造針對系爭BOT契約並未召開協調委員會等情，為兩造所不爭執，則系爭疫情事件既未經兩造認定屬系爭BOT契約所稱之不可抗力或除外情事，就補償方案亦未經雙方達成協調，且未組成協調委員會就是否為不可抗力情事及其補救措施為協調，從而，上訴人逕以系爭BOT契約第17.1.3條之規定主張終止系爭BOT契約，尚無所據。

⑷上訴人固主張於系爭疫情事件發生後，就補償方案已積極欲與被上訴人協商，然被上訴人均不予理會，有違誠信原則及未為必要協助，嗣於上訴人終止之日，始發出召開協調委員會之函文，有權利濫用之情等語，則為被上訴人所否認。經查：

①上訴人於110年9月1日發函被上訴人時，僅請求延長經營年限5年，並未提出任何嚴重影響其營運事項之資料，就此，被上訴人旋於同年月23日函覆同意延長營運83日，並表示如有問題，請上訴人至被上訴人總務處協商等情，有各該函文可考，堪認被上訴人於上訴人請求延長年限之補救措施，並未置之不理，且給予上訴人進一步協商之機會，然上訴人除未提出請求延長營運期間5年之依據外，亦無針對補償方案請求被上訴人進行協商，且不否認並未至被上訴人總務處協商，而以向立委陳情方式為之（原審重訴卷第182頁），是被上訴人於上訴人因系爭疫情影響請求延長營運年限時，並非毫無理會，或全然未為協助，僅係未同意上訴人之全部請求，而係提出僅同意延長83日之答覆，惟亦請上訴人可至被上訴人處協商，參諸上訴人既為系爭BOT契約之當事人，本即須考量上訴人請求之合法性、合理性，依契約約定及考量自身損益之情形下，就上訴人之請求為判斷，非上訴人所有要求均需無條件同意，故被上訴人於考量下既同意給予83日之延長營運，尚難因此謂被上訴人於上訴人遭遇疫情請求延長營運年限之時，未為協助，或所為有何違反公共利益或以損害上訴人為主要目的之情。

②再者，兩造於110年12月17日召開系爭BOT契約「109年度營運績效評估會議」，會中亦以臨時動議提出上訴人因新冠肺炎疫情造成游泳池經營困境，請求減少土地租金及營運權利金，以及延長營運年限，被上訴人並已函覆上訴人同意延長本BOT合約83日，並請與會委員討論及建議，經與會委員建議上訴人要提出疫情期間之財務營運狀況等佐證資料等情，有會議紀錄在卷可考（原審審重訴卷第69頁），是兩造於此

一會議中已討論補償方案，然上訴人於會議中並未提出相關佐證資料，被上訴人實無從與上訴人討論確切之補償方案，故亦難認被上訴人於上訴人要求協議補償方案時均不為理睬，有違誠信原則。

③上訴人又於111年1月4日發函被上訴人，請求延長5年營運年限補充說明，並補充提供財政部相關函令及佐證資料，被上訴人則至同年6月9日始函覆將於111年7月召開營運績效評估會議討論，再於111年8月10日發函表示因新校長於111年8月任職，故110年營運績效評估會議延後召開等情，有如附表三所示各該函文可佐。觀之上訴人於111年1月4日提出補充資料佐證補償方案之內容後，被上訴人雖於5個月後始回覆將開會討論，然上訴人於此期間亦未向被上訴人提出針對補償方案進行協商或召開協調會之要求，或有何契約或法律上之主張，是亦難認被上訴人有何違反誠信原則之情。

④後上訴人於111年8月19日發函主張疫情屬不可抗力因素，決定自111年8月31日結束系爭游泳池營業，同年9月8日終止契約，並請求返還履約保證金等，有該函文可憑(原審審重訴卷第103頁)，被上訴人則於同年9月8日發函予上訴人表示成立室內溫水游泳池協調委員會，並請上訴人推薦2名代表人，並提供2名公正人士名單，此有被上訴人111年9月8日岡農總字第1110400154號函可參(原審審重訴卷第363頁)，並於上訴人在同年9月15日發函再次表示已終止契約後，更於同年10月27日表示上訴人主張不可抗力終止契約一事，未經協商，亦未經協調委員會協調，契約仍有效等語，有被上訴人110年10月27日岡農總字第1110008759號函可憑(原審審重訴卷第365頁)。是上訴人於前雖係針對疫情請求被上訴人同意延長營運年限5年，惟兩造行文內容及於所召開會議中，均未提及系爭疫情事件屬系爭BOT契約所稱之不可抗力或除外事件，上訴人於不滿被上訴人所提補償方案時，亦未曾提出召開協調委員會協調，即於111年8月19日發函片面主張疫情屬不可抗力因素而終止契約，此時，被上訴人表示上訴人

主張終止契約不合法，並欲召開協調委員會，乃係依契約約定為處理有關不可抗力情事及其起始日之認定及補救措施之爭議，難認有何權利濫用之情。

⑤從而，上訴人主張被上訴人均不予理會，有違誠信原則、協助義務、權利濫用等情，尚無可採。

⑸綜上，上訴人於111年8月19日發函通知被上訴人於111年9月8日終止系爭BOT契約一情，因上訴人所提出之系爭疫情事件，未經雙方均認定符合系爭BOT契約所稱之不可抗力事件或係除外情事，亦未經協調委員會協調，難認符合系爭BOT契約第17.1.3條第3項之規定，上訴人依此主張終止系爭BOT契約，尚無所據。

㈡上訴人請求被上訴人給付如附表一、二之金額，有無理由？

1.依系爭BOT契約第12.3.2條約定：甲方（即被上訴人）同意於本契約屆滿或終止，且乙方完成資產之移轉及返還，經甲方認可後6個月內無息發還其餘50%之履約保證金，即100萬元。第11.1條約定：本契約提前終止時，除本契約或法令另有規定者外，乙方應將本案之移轉標的移轉於甲方或甲方指定之第三人。第11.2條約定：乙方除應返還甲方交付予乙方之土地即與土地不可分離之地上物或設施外，依本章之規定，乙方應移轉之標的如下：…營運期：1.乙方出資興建完成之各項不動產。2.乙方所有而未繼續完成營運所必要且堪用之資產。第11.3.3條約定：除本契約另有約定前，甲乙雙方在完成資產移轉程序前，均應履行其依本契約應盡之義務。另第10.1條約定:於許可年限屆滿時，乙方除應將本案基地全部返還甲方外，並應將下列資產無償概括移轉予甲方。10.1.1室內溫水游泳池建築物本體及相關設施(如機電設備等)。又依兩造簽訂之地上權設定契約第6條約定：本契約期限屆滿或期前終止時，乙方應於甲方指定之期限內，除去地上權所設定之一切負擔及第三人占用、配合甲方辦理地上權之塗銷登記，並將本標的返還甲方（原審審重訴卷第35、36、46頁）。

2.查:系爭BOT契約未經上訴人提前合法終止，已如前述，惟系爭游泳池於113年11月27日已移交予被上訴人完畢，為兩造所不爭執，而系爭BOT契約亦已於114年1月9日屆滿(依契約第2.2.1約定自簽訂本契約之翌日起算21年，而系爭BOT契約係於93年1月9日簽訂)，上訴人亦完成資產之移轉及返還，故依前開規定，上訴人自得請求被上訴人發還附表一項目1所示之履約保證金100萬元。至上訴人依系爭BOT契約第11.4.3、11.5.4條之約定請求期前終止之移轉對價差額如附表一項目2所示，因系爭BOT契約未經合法提前終止，而係因許可年限屆滿，故依系爭BOT契約第10.1條之約定上訴人應無償概括移轉約定之標的物予被上訴人，故上訴人此部分之請求，即無所據。至附表一、二其餘項目，均係系爭BOT契約屆滿前上訴人所應負擔之義務，是上訴人請求被上訴人按比例退還111年度之權利金、土地租金及112年度之房屋稅，以及為保管移轉標的之必要費用等，均屬無據。

3.就此，被上訴人主張上訴人未依約給付112、113年度之權利金6萬元、5萬4,411元，另112、113年度之土地租金46萬800元、41萬7,876元，依約並應給付違約金，依法抵銷等語。惟為上訴人所否認。按二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。但依債之性質不能抵銷或依當事人之特約不得抵銷者，不在此限，民法第334條第1項定有明文。查:系爭BOT契約係於114年1月9日屆滿，已如前述，故上訴人依約應給付112、113年度之權利金6萬元、5萬4,411元，112、113年度之土地租金46萬800元、41萬7,876元，合計99萬3,087元，此為上訴人所不爭執(本院卷二第221、423頁)。又依地上權設定契約第3.4條約定:乙方未按期繳納土地租金，經甲方定十日以上之期限催告仍不繳納時，乙方應依下列標準及補繳時間給付違約金於甲方:⑴自催告期間屆滿起算，逾期繳納未滿一個月者，按欠額加收百分之二。⑵自催告期間屆滿起算，逾期繳納滿一個月以上者，每逾一個月按欠額加收百分之五，

最高以欠額之兩倍為限。⑶乙方如仍不繳納時，甲方有權自乙方繳交之履約保證金中扣除，扣抵後，乙方仍應補足該履約保證金。有該條款可稽(原審審重訴卷第46頁)。上訴人未依約給付112年度土地租金46萬800元，已如前述，被上訴人則已於112年1月13日函催上訴人分別於函到14日內繳交土地租金，及於112年1月31日前繳交營運權利金，上訴人於112年1月17日收受此函文，此有被上訴人112年1月13日岡農總字第1120400005號函及送達回證可憑(本院卷二第95至97頁)，惟上訴人迄113年11月27日止仍未繳納，是其自112年2月1日起至113年11月27日止，逾期繳納已達21個月27日，依上開條款約定，被上訴人每逾一個月得按欠額加收百分之五，而此一違約金性質屬損害賠償總額預定性之違約金，為兩造所不爭執(本院卷二第221頁)，本院審酌上訴人係因認提前終止契約合法，始未繼續繳交土地租金，及被上訴人若能如期收取土地租金所得享有之利益，並目前社會經濟狀況及當事人所受損害等一切情形，認此違約金之約定尚有過高，應酌減至百分之2為適當。故依此計算，被上訴人得請求之違約金為20萬1,830元【460800×2%×（21＋27／30），小數點以下四捨五入】。綜上，被上訴人雖應給付上訴人履約保證金100萬元，但上訴人對被上訴人亦負有119萬4,917元(99萬3,087元＋20萬1,830元)之債務，兩相抵銷後，上訴人已無得為請求返還之款項。至被上訴人另主張尚有未營運之懲罰性違約金7,280萬元得抵銷，惟因上訴人得請求之款項業經前開所述款項抵銷完畢，故被上訴人就此部分之抵銷抗辯即無再審酌之必要，併予敘明。

六、綜上所述，上訴人主張系爭BOT契約已提前合法終止，依契約約定請求被上訴人給付410萬5,703元本息及原審判決附表二所示本息，為無理由，不應准許。原審依此為上訴人敗訴之判決，理由雖有部分未洽，但結論並無二致，上訴論旨指摘原判決此部分不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。至於上訴人追加請求附表一項目2、6及附表二項目12

至25本息部分，亦無理由，應駁回此部分之請求，又其追加部分既經駁回，此部分所為假執行之聲請，亦失所依附，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，附此敘明。

八、據上論結，本件上訴及追加部分均無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　114　　年　　12　　月　　17　　日

民事第二庭

審判長法　官　楊國祥

法　官　陳宛榆

法　官　劉定安

以上正本證明與原本無異。

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（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，並依附註條文規定辦理。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　　114　　年　　12　　月　　17　　日

書記官　楊明靜

附註：

民事訴訟法第466條之1：

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適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。

附表一：

項目	金額（新臺幣）	利息計算方式	說明
1	1,000,000元	自111年10月17日起至	履約保證金

		清償日止按年息5%計算之利息	
2	13,841,744元	自111年10月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	期前終止之移轉對價差額
3	18,739元	自111年9月9日起至清償日止按年息5%計算之利息	按比例退還111年度權利金
4	143,921元	自111年9月9日起至清償日止，按年息5%計算並給付遲延利息。	按比例退還之111年度土地租金
5	379,083元	自112年6月1日起至清償日止按年息5%計算之利息	按比例退還之112年期房屋稅
6	213,544元	自114年5月7日起至清償日止，按年息5%計算之利息	按比例退還114年期房屋稅
合計：15,597,031元			

附表二：

項目	金額（新臺幣）	利息計算方式	說明
1	132,786元	自111年10月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之111年10月份必要費用
2	82,902元	自111年11月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之111年11月份必要費用

3	139,214元	自111年12月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之111年12月份必要費用
4	137,377元	自112年1月17日起，至清償日止，按年息5%計算並給付遲延利息。	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年1月份必要費用
5	141,252元	自112年2月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年2月份必要費用
6	138,189元	自112年3月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年3月份必要費用
7	131,550元	自112年4月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年4月份必要費用
8	141,377元	自112年5月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年5月份必要費用
9	143,044元	自112年6月17日起至清償日止，按年息5%計算並給付遲延利息。	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年6月份必要費用
10	142,111元	自112年7月17日起至清償日止按年息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔

		5%計算之利息	之112年7月份必要費用
11	144,479元	自112年8月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年8月份必要費用
12	147,251元	自112年9月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年9月份必要費用
13	144,012元	自112年10月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年10月份必要費用
14	171,009元	自112年11月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年11月份必要費用
15	171,009元	自112年12月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之112年12月份必要費用
16	136,382元	自113年1月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年1月份必要費用
17	134,455元	自113年2月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年2月份必要費用
18	136,591元	自113年3月17日起	上訴人為保管移轉

		至清償日止按年息5%計算之利息	標的所支出或負擔之113年3月份必要費用
19	137,645元	自113年4月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年4月份必要費用
20	144,006元	自113年5月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年5月份必要費用
21	150,106元	自113年6月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年6月份必要費用
22	152,847元	自113年7月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年7月份必要費用
23	152,716元	自112年8月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年8月份必要費用
24	162,602元	自113年9月17日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年9月份必要費用
25	213,292元	自112年11月30日起至清償日止按年息5%計算之利息	上訴人為保管移轉標的所支出或負擔之113年10、11月份必要費用

附表三：

時間	事件	摘要	證據名稱	證據出處
110年9月1日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人以水情與疫情衝擊等理由，向被上訴人申請展延營運期間5年。	110年9月1日長泰字第110901號函	原審審重訴卷 第55-61頁
110年9月23日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人以岡農總字第1100400026號函復上訴人，表示從110年5月19日三級警戒禁止游泳池營業，至110年8月10日降為二級適度開放游泳池83天，依契約公平比例原則，被上訴人同意展延83天，並敘明如有問題請至被上訴人總務處協商。	岡山農工110年9月23日岡農總字第1100400026號函	原審審重訴卷第63頁
110年12月17日	兩造展開會議	適逢109年度營運績效評估會議，當天臨時動議有提出討論減少土地租金及營運權利金與展延營運年限等問題，但未作成任何決議。	被上訴人室內溫水游泳池委託民間參與興建營運(BOT案)109年度營運績效評估會議紀錄	原審審重訴卷 第65-69頁
111年1月4日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人以新冠肺炎疫情與三級警戒停業影響理由，向被上訴人提出申請展延營運期間5年之補充說明	1.111年1月4日長泰字第011101004號函 2.108及109年年度財務報表暨會計師查核報告 3.財政部110年3月11日台財促字第11025506050號函 4.108年12月1、2日修繕屋頂之統一發票3紙	原審審重訴卷 第71-93頁
111年3月8日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人表示游泳池110年因COVID-19疫情影響，配合政府政策	111年3月8日長泰字第011103008號函	原審審重訴卷第359頁

		關閉，擬定於111年3月23日重新開放。		
111年3月14日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人表示有關上訴人承攬被上訴人「游泳池BOT案」重新開放，業已收悉並同意備查。	111年3月14日岡農總字第1110001921號函	原審審重訴卷第361頁
111年6月9日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人函復上訴人關於上訴人申請展延營運期間之要求，考量上訴人相關財務報告綜合損益之歷年間差異經校外專業委員審查較妥適，故擬於111年7月召開營運績效評估會議，並請上訴人提送110年度財務報表等資料及112年營運計畫等。	111年6月9日岡農總字第1110000328號函文	原審審重訴卷第97頁
111年6月30日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人因上訴人陳情於上級機關，經教育部體育署函轉被上訴人辦理，被上訴人函復上訴人將於111年7月擇日召開營運績效評估會議討論展延營運期間之問題。	111年6月30日岡農總字第1110004886號函	原審審重訴卷第99頁
111年8月10日	被上訴人寄發書函予上訴人	因被上訴人原法定代理人於111年7月底退休，新任校長於111年8月1日就職，為避免原法定代理人職務異動前一個月做重大決議，被上訴人乃於111年7月間先行致電上訴人延後會議，待確認會議時間後將另行發開會通知。	111年8月10日岡農總字第1110400123號函	原審審重訴卷第101頁
111年8月19日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人表示將於111年8月31日結束營業，決定至111年9月8日提前終止契約，	111年8月19日長泰字第011108019號函	原審審重訴卷第103頁

		並請求指定專人配合辦理相關事項。		
111年9月5日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人要求被上訴人9月8日前儘速派員查看，以順利於9月8日辦理交接。	111年9月5日長泰字第011109005號函	原審重訴卷第203頁
111年9月7日	兩造展開會議	會議決議有關延長營運年限或終止契約，另召開協調會議討論。	被上訴人室內溫水游泳池委託民間參與興建營運(BOT案)110年度營運績效評估會議紀錄	原審重訴卷第 209-219頁
111年9月8日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人為成立室內溫水游泳池協調委員會，請上訴人推薦2名代表人，並稱協調委員會於委員名單確認後，另擇日召開會議。	111年9月8日岡農總字第1110400154號函	原審審重訴卷第363頁
111年9月15日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人以已終止契約為由，檢送其主張終止時其財產目錄，要求被上訴人給付有償移轉價金8,927,746元，並要求被上訴人於111年10月16日前完成資產移轉程序，且表示不同意成立協調委員會。	111年9月15日長泰字第011109015號函	原審審重訴卷第105-111頁
111年9月28日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人稱終止契約須召開協調委員會，上訴人應依函文辦理，以便確認協調委員會名單即安排會議時間，並請上訴人依照契約繼續維持營運。	111年9月28日岡農總字第1110007542號函	原審重訴卷第207頁
111年10月5日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人認契約合法終止而無就契約終止案再召開協調委員會之必要，並再行要求被上訴人配合完成資產交接及移轉程序。	111年10月5日長泰字第011110005號函	原審重訴卷第 221-225頁
111年10月14日	被上訴人寄	被上訴人請上訴人就	111年10月14日岡農	原審重訴卷

	發書函予上訴人	終止契約派代表召開協調委員會，並請上訴人依照契約繼續維持營業。	總字第1110400176號函	第227頁
111年10月20日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人請被上訴人於111年10月31日成立「為協調契約提前終止後資產移轉程序」之協調委員會，並召開第一次協調會議。上訴人推薦2名協調委員，並請求被上訴人自111年10月17日負擔並給付上訴人保管給付物之必要費用每月15萬元。	111年10月20日長泰字第011110020號函	原審審重訴卷第125-127頁
111年10月27日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人請上訴人自促參委員資料庫選定2名公正人士，以及提供2名代表人名單以組成協調委員會，並提醒上訴人兩造未曾協商，亦未經協調委員會協調，應繼續履約，盡速恢復營運。	111年10月27日岡農總字第111008759號函	原審審重訴卷第365-369頁
111年10月28日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人請被上訴人儘速函復說明擬組成協調委員會之「協調標的」具體內容為何。	111年10月28日長泰字第011110028號函	原審審重訴卷第129-131頁
111年11月18日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人向上訴人表示BOT契約仍屬有效，限期上訴人文到7日內改善，恢復正常營運，如逾期不改善，被上訴人將按日計罰10萬元違約金。	111年11月18日岡農總字第1110400204號函	原審審重訴卷第371頁
111年11月23日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人再次函請被上訴人以書面函覆上訴人說明擬組成協調委員會之「協調標的」具體內容，以利後續程序之進行。	111年11月23日長泰字第011111023號函	原審審重訴卷第373-374頁

111年12月02日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人通知上訴人違法終止契約且未於限期內恢復營運，開罰違約金，並稱上訴人未同意選定公正人士而無調解意願，即無確認協調標的之必要。	111年12月02日岡農總字第1110009858號函	原審重訴卷第 237-239頁
111年12月12日	上訴人寄發書函予被上訴人	上訴人再次函請被上訴人以書面函覆上訴人說明擬組成協調委員會之協調標的具體內容。	111年12月12日長泰字第011112012號函	原審審重訴卷第375-376頁
111年12月27日	被上訴人寄發書函予上訴人	被上訴人請上訴人於函到後30日內向被上訴人提出協調聲請書狀，如有逾期，視為上訴人無協調意願。	111年12月27日岡農總字第1110010402號函	原審審重訴卷第133-135頁