

臺灣高等法院臺南分院民事判決

110年度建上字第17號

上訴人 嘉義縣政府
法定代理人 翁章梁
訴訟代理人 劉炯意律師
複代理人 歐陽圓圓律師
被上訴人 鐵山營造工程有限公司
法定代理人 林茂森
訴訟代理人 林雅儒律師

上列當事人間請求返還履約保證金事件，上訴人對於中華民國110年8月24日臺灣嘉義地方法院第一審判決（109年度建字第26號），提起上訴，本院於112年3月16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

壹、程序事項：

按當事人不得提出新攻擊或防禦方法。但有下列情形之一者，不在此限：一、因第一審法院違背法令致未能提出者。二、事實發生於第一審法院言詞辯論終結後者。三、對於在第一審已提出之攻擊或防禦方法為補充者。四、事實於法院已顯著或為其職務上所已知或應依職權調查證據者。五、其他非可歸責於當事人之事由，致未能於第一審提出者。六、如不許其提出顯失公平者。前項但書各款事由，當事人應釋明之。違反前二項之規定者，第二審法院應駁回之，民事訴訟法第447條本文定有明文。本件上訴人於上訴後始主張其受有再行招標之成本損失（見本院卷第245頁），核屬新防禦方法，上訴人亦未釋明有上開但書之事由，依上開規定，不得提出，合先敘明。

貳、實體部分：

一、被上訴人主張：伊為訴外人大埔美開發股份有限公司（已更名為新樂園土地開發股份有限公司，下稱大埔美公司）之債權人，大埔美公司於民國（下同）95年1月13日與上訴人簽訂「嘉義縣香草藥草生物科技園區促進民間參與投資契約」（下稱系爭契約），承攬上訴人所辦理之嘉義縣香草藥草生物科技園區開發工程（下稱系爭工程），大埔美公司並依系爭契約第11章履約保證第11.2條之約定，於簽署系爭契約之同時提供新臺幣（下同）1億5千萬元之履約保證金，以作為履行系爭契約責任等之保證。嗣上訴人於98年7月3日以大埔美公司逕行停工為由，向大埔美公司表示終止系爭契約，並依系爭契約第11.5.1條規定，沒收大埔美公司所繳前開1億5千萬元之履約保證金，作為懲罰性違約金及損害賠償。然大埔美公司已完成系爭工程13.97%，是上訴人沒收全數履約保證金1億5千萬元顯屬過高且未盡合理，被上訴人爰代位大埔美公司請求依完工比例酌減違約金，並依不當得利之法律關係請求上訴人返還20,955,000元（計算式：1億5千萬元 $\times$ 13.97% = 20,955,000元），由被上訴人代為受領（原審判命上訴人應給付大埔美公司20,250,000元【即1億5千萬元 $\times$ 13.5% = 20,250,000元】及自本件判決確定時起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並由被上訴人代為受領，駁回被上訴人其餘之訴，並就被上訴人勝訴部分，分別諭知供擔保准、免假執行。被上訴人就其敗訴部分未提起上訴，上訴人就其敗訴部分不服，提起上訴）。並答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：大埔美公司並未怠於行使其權利，被上訴人代位提起本件訴訟，應與民法第242條所規定之要件不合；且依系爭契約第16條之約定，縱有爭執，亦應提交協調委員會處理。再系爭契約第11.2條約定系爭履約保證金，作為對履行系爭契約責任等之保證，可知系爭保證金為確保履行契約之性質。然系爭契約因可歸責於大埔美公司而終止，上訴人自得依約沒收系爭履約保證金做為懲罰性違約金，並得另請求因違約所致之損害。故系爭履約保證金既係確保履行系爭

01 契約之懲罰性違約金，無論伊有無損害，皆得請求，是伊沒
02 收系爭履約保證金自屬有據，並無庸審酌上訴人所受損失為
03 何。另伊因終止系爭契約受有房屋稅、營運權利金、資產之
04 利益損失及損害。並上訴聲明：(一)原判決關於命上訴人向大
05 埔美公司為給付而由被上訴人代位受領部分，及該部分假執
06 行之宣告暨命負擔訴訟費用之裁判均廢棄。(二)上開廢棄部
07 分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

08 三、兩造不爭執事項：

09 (一)大埔美公司於95年1月13日與上訴人簽訂系爭契約，承攬上
10 訴人所辦理之系爭工程，大埔美公司並依系爭契約第11章履
11 約保證第11.2條之約定，於簽署系爭契約之同時提供1億5千
12 萬元之履約保證金，以作為履行系爭契約責任等之保證（原
13 審卷一第21至60頁）。上訴人於98年7月3日以大埔美公司逕
14 行停工為由，以嘉義縣政府98年7月3日府城開字第09801046
15 77號函向大埔美公司表示終止系爭契約，並依系爭契約第1
16 1.5.1條規定，沒收大埔美公司所繳前開1億5千萬元之履約
17 保證金，作為懲罰性違約金及損害賠償（原審卷一第61至63
18 頁）。嗣上訴人於101年10月23日另行與麗明營造股份有限
19 公司（下稱麗明公司）簽訂「大埔美精密機械園區二期委託
20 開發、出售及管理案契約」（原審卷一第389至408頁）。

21 (二)被上訴人對大埔美公司存在223,373,049元債權，未獲清償
22 （原審卷一第65至73頁）。

23 (三)嘉義縣香草藥草生物科技園區開發計畫開發結果報告第3頁
24 記載：「因本BOT案自償性不足，故由政府投資本園區興建
25 非自償性公共設施工程建設經費，並以15億元為投資上限，
26 其他經費如取得土地之一切相關費用、自償性設施之建設經
27 費及其他規劃調查行政等費用等則由民間公司負擔」（原審
28 卷一第79頁），上訴人並因此向訴外人大埔美公司收取1億5
29 千萬元之履約保證金，另開發結果報告第15頁施工結果記載
30 「...至園區停工日止，全區各公共設施工程施工進度僅13.
31 97%...」（原審卷一第91頁）。

01 四、兩造爭執事項：

02 (一)被上訴人於起訴前未依系爭契約第16條約定先為協調，本件
03 起訴是否合法？

04 (二)大埔美公司對於上訴人有無酌減違約金之債權存在？如有，
05 大埔美公司對上訴人之債權有無怠於行使之情事？該酌減違
06 約金，得否由被上訴人代位行使？

07 (三)被上訴人依民法第242條、第252條、第179條規定，請求上
08 訴人向大埔美公司為給付酌減違約金之金額，並由其代領，
09 應為若干元？

10 五、得心證之理由：

11 (一)上訴人主張依系爭契約第16.3條約定「甲乙雙方就關於本契
12 約或因本契約所生之任何爭議，於提起訴訟或其他程序前應
13 先依本契約規定之程序進行協調，協調委員會之決議未經過
14 雙方同意，不生拘束雙方之效力」、第16.4.1條約定「如爭
15 議事項經協調委員會協調60日後仍無法解決，甲乙雙方得選
16 擇以訴訟、調解或類此司法程序解決爭議」，此有系爭契約
17 在卷可憑（見原審卷第58頁），被上訴人亦不爭執，堪認為
18 真實。然查：

19 1.系爭契約第16.3條僅約定如發生爭議時，雙方應經協調處
20 理，並無明文約定未遵守之法律效果，法亦未強行規定此
21 爭議事件應先調解，或僅得選擇協調之方式辦理協調處
22 理，且協調之結果未經雙方同意，亦不生拘束雙方之效
23 力，尚難認被上訴人未與上訴人協調即提起訴訟為不合
24 法。

25 2.且系爭契約中止過程，上訴人曾與大埔美公司進行協調，
26 此觀之香草藥草生物科技園區開發結案報告記載：爭議協
27 調委員會表示：1.本案因特許公司未完成融資契約、施工
28 進度嚴重落後經縣府通知定期改善但仍未改善、未經縣府
29 同意自行停工，重大違約事由明確，且違約情況顯已無法
30 改善，因此縣府決議中止投資契約之全部，並依投資契約
31 規定沒入其履約保證金並向特許公司求償。2.特許公司以

01 園區開發中遭遇不可抗力事由，導致開發不順利係屬契約
02 除外情形為由，提請進行爭議處理。3.縣府循投資契約之
03 爭議處理規定，雙方各推代表共同籌組爭議協調委員會，
04 進行爭議事項之認定，於99年3月15日召開之第二次爭議
05 協調委員會決議：本案雖有諸多不可抗力，但特許公司重
06 大違約情節明確，認定本案係因特許公司違約而終止，並
07 非雙方協議終止。並建議履約保證金之沒收以仲裁方式辦
08 理、園區資產之移轉應依投資契約規定，確認資產移轉內
09 容並以鑑價方式辦理，並決議資產移轉資料彙整完成後再
10 提第三次爭議協調會討論（見原審卷一第98、99頁）可
11 知，上訴人與大埔美公司已就系爭契約之存續及履約保證
12 金沒收之爭議為協調，並非無經協調程序。

13 3.又經本院詢問上訴人本件是否移送調解，經上訴人表明無
14 意願（見本院卷第114頁），顯見上訴人亦無意再行協調
15 程序，是本件如仍強行要求仍須踐行協調前置程序，始得
16 起訴，實有礙訴訟程序迅速、經濟及有違一次訴訟紛爭解
17 決原則，徒生無益勞費，自無再重行協調程序之必要。本
18 件被上訴人起訴，應為合法，上訴人上開主張，洵不足
19 採。

20 (二)按債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己
21 之名義，行使其權利；但專屬於債務人本身者，不在此限，
22 民法第242條著有規定。前開所稱債務人怠於行使其權利，
23 例如債務人不向第三人索還欠款者是（立法理由參照）；至
24 債務人雖一度行使權利，嗣無正當事由，未盡審判上等方
25 法，續行實現權利之行為，仍屬怠於行使權利，無礙債權人
26 因保全債權之必要而代位行使其權利。而前開所稱專屬於債
27 務人一身之權利，則如債務人對於第三人之扶養請求權。至
28 債權讓與，係債權人將特定之債權移轉於受讓人，對債務人
29 通知後即發生債權人更換之效力，受讓人即可居於債權人之
30 地位，逕向債務人為請求；此與債權人代位權，係因為保全
31 其債權以自己名義行使屬於債務人之權利，使所生私法上之

效力直接歸屬於債務人之情形有所不同。從而，當事人間縱有不得讓與之特約，然如債權人代位債務人行使權利時，其相對人亦僅得以該債權不得讓與為抗辯，因代位行使權利之效果仍歸債務人，尚不生債權讓與問題，債權人自仍得代位行使。查：

1.被上訴人所主張大埔美公司積欠其223,373,049元迄未清償，故被上訴人為大埔美公司之債權人等事實，為上訴人所不爭，並有臺灣臺中地方法院100年度司促字第15454號支付命令與確定證明書、臺灣嘉義地方法院繼續執行紀錄表在卷可憑（見原審卷一第65至73頁），則被上訴人為大埔美公司之債權人，應可認定。

2.上訴人抗辯大埔美公司並未怠於行使其權利，被上訴人不得代位大埔美公司而為請求云云。然查大埔美公司雖曾於100年3月25日、102年6月21日、104年3月16日訴請確認與上訴人間系爭契約關係存在訴訟，然均因未繳納裁判費而撤回或經法院裁定駁回（見本院卷第289頁），參諸前揭說明，大埔美公司未盡審判上等方法，續行實現權利之行為，仍屬怠於行使權利，無礙債權人因保全債權之必要而代位行使其權利。則若大埔美公司對上訴人確有系爭酌減違約金、不當得利返還請求權，而不向上訴人索還，仍屬怠於行使權利，亦可認定。

3.上訴人依系爭契約第4.2.1條「1.乙方依本契約所取得興建營運本計畫之權利，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。2.乙方因興建、營運或開發本計畫所取得之資產、設備及權利（包括地上權），非經甲方同意，不得轉讓、出租或設定負擔。」之約定，主張爭違約金酌減請求權係專屬於大埔美公司，被上訴人不得代位請求云云。然系爭契約縱約定大埔美公司依系爭契約取得之權利，不得轉讓、出租、設定負擔等。惟依前開說明，當事人間縱有不得讓與之特約，然如債權人代位債務人行使權利時，其相對人亦僅得以該債權不得讓與為抗辯，因代位

行使權利之效果仍歸債務人，尚不生債權讓與問題，債權人仍得代位行使。是上訴人前開抗辯自不足採。

4.故若大埔美公司對上訴人確有系爭酌減違約金、不當得利返還請求權等權利，則被上訴人自得依前開規定代位大埔美公司向上訴人行使請求，洵堪認定。

(三)按當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害之賠償總額；其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額，民法第250條著有規定。故契約當事人以確保債務之履行為目的，約定於債務人不履行債務或不為適當之履行時，所應支付之違約金，除契約約定其為懲罰性之違約金外，概屬於賠償總額預定性之違約金，以免對債務人造成不利，此觀前開規定及其修正理由自明（最高法院102年度台上字第1378號判決意旨參照）。違約金如為懲罰之性質者，於債務人履行遲延時，債權人除請求違約金外，尚得依民法第233條規定，請求遲延利息及賠償其他之損害，如為損害賠償約定之性質，則應視為就因遲延所生之損害已依契約預定其賠償，不得更請求遲延利息及賠償其他之損害，此觀前開民法第250條第2項規定自明（最高法院87年度台上字第361號判決意旨參照）。再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條亦有規定。至當事人約定之違約金是否過高，須依一般客觀事實，社會經濟狀況，當事人所受損害情形及債務人如能依約履行時，債權人可享受之一切利益為衡量標準；債務已為一部履行者，亦得比照債權人所受之利益減少其數額。倘違約金係損害賠償總額預定性質者，尤應衡酌債權人實際上所受之積極損害及消極損害，以決定其約定之違約金是否過高（最高法院96年度台上字第107號、88年度台上字第1968號判決意旨參照）。又按債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之

01 利益，減少違約金，民法第251條定有明文；法院適用本條
02 規定，係本於職權為之，無待當事人之請求（最高法院88年
03 度台上字第1853號判決意旨參照）。復按無法律上之原因而
04 受利益，致他人受損害者，應返還其利益；雖有法律上之原
05 因，而其後已不存在者，亦同，民法第179條著有明文。而
06 當事人約定之違約金過高，經法院酌減至相當之數額而為判
07 決確定者，就該酌減之數額部分，如債務人已先為非出於自
08 由意思之任意給付，自得依不當得利法律之關係請求債權人
09 返還；此項返還請求權原具有賠償債務人所受損害之性質，
10 應認於法院判決確定時，其請求權始告發生，並於斯時屆其
11 清償期，方符酌減違約金所生形成力之原意（最高法院97年
12 度台上字第1078號判決意旨參照）。

13 1.系爭契約第11.2條約定「乙方應於簽署本契約之同時提供
14 1億5千萬元之履約保證金，以作為對本計畫興建營運期間
15 履行一切本契約責任等之保證。」；第11.5.1條約定「如
16 乙方有經甲方同意自行中止，或其他違約情事致甲方終止
17 本契約之一部或全部，或乙方未依規定移轉或拆除資產
18 時，甲方得逕行沒收履約保證金之一部或全部作為懲罰性
19 違約金或損害賠償。」，此有系爭契約在卷可憑，兩造亦
20 不爭執，堪予認定，足認本件履約保證金應為懲罰性違約
21 金之性質。

22 2.上訴人於98年7月3日以大埔美公司逕行停工為由，終止系
23 爭契約，並沒收大埔美公司所繳1億5千萬元之履約保證
24 金，作為懲罰性違約金及損害賠償（見不爭執事項(一)）。
25 從而，上訴人依系爭契約約定沒收系爭履約保證金作為懲
26 罰性違約金（見原審卷一第173、237頁），應屬有據。

27 3.然系爭工程已完成13.97%，上訴人與大埔美公司終止系爭
28 契約後，即與麗明公司簽訂前開契約，接續大埔美公司已
29 完成之公共設施工程繼續進行等（見不爭執事項(三)），足
30 認上訴人已受有工程完成13.97%之利益。從而，債務人大
31 埔美公司已為系爭契約之一部履行，故依前開說明，本院

得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金，始謂公平。

4. 上訴人主張所受損害及所失利益部分：

(1) 營運權利金部分：

① 系爭契約第9.1.2條約定：「乙方（即大埔美公司）營運期間，每年度應按權利金報價單所填寫之總營業收入百分之一繳納營運權利金」，為兩造所不爭，復有系爭契約書可憑，自堪信為真實。是依系爭契約第7.2.2條約定，大埔美公司應於3年內興建完成系爭計畫之公共設施，有系爭契約書可憑；與上訴人約定系爭開發工程應於98年1月13日屆滿並邁入營運期，亦有前開嘉義縣政府函可憑。

② 是依上開約定，上訴人於系爭園區進入營運期後，即可收取總營業收入百分之一繳納營運權利金堪予認定。又系爭契約所約定之營運期間（自94年至114年計20年）預計營運權利金收入為5,569萬元，此有預估損益表在卷可稽（見原審卷一第363頁）。再按當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額，亦為民事訴訟法第222條第2項所明定。上開損益表既為大埔美公司投資計畫書之一部分，應認有相當依據及參考之價值。

(2) 依系爭契約移轉資產之利益：

① 系爭契約第十章移轉固約定，系爭契約因特許期間屆滿或提前終止者，大埔美公司應將系爭計畫之資產依本章規定移轉於上訴人或其指定之第三人。第二章亦規定系爭特許權之特許期間為系爭契約生效日起合計20年，特許期間分為興建、營運兩階段；亦即，扣除前開興建期間3年，營運期間為17年。從而，上訴人於98年7月3日終止系爭契約後，依前開約定，大埔美公司僅應將系爭契約終止前之系爭計畫資產移轉於上

01 訴人或其指定之第三人即可，應可認定。

02 ②系爭契約既經終止，大埔美公司亦將完成之工程移交
03 上訴人，即難認上訴人受有此部分之損失。上訴人主
04 張依系爭大埔美公司投資概算表計算系爭硬體建設總
05 投資金額為852,165,000元，再計算建物折舊後之金
06 額，顯與前開約定不符。從而，上訴人所抗辯「原先
07 於特許期間屆滿後可取得本計畫之資產」屬其所失利
08 益云云，尚難憑信。

09 (3)房屋稅金之損失部分：

10 ①系爭契約第8.5.1條約定「乙方（即大埔美公司）所
11 興建設施，在特許期限內公共設施用地稅捐及其餘所
12 有稅捐均由乙方負擔」，為兩造所不爭，復有前開契
13 約書可憑，自堪信為真實。然此部分之約定，乃是上
14 訴人與大埔美公司就特計期間稅捐負擔之約定，非為
15 上訴人獲利之約定，尚難認上訴人因終止系爭契約即
16 受有此部分之損失。

17 ②又系爭契約開發案，因建築物並未實際興建完成，無
18 法得知建物之建造材料、房屋總層數、建築總面積等
19 相關細節資料，而無法估算自99年起至109年止之可
20 徵收之房屋稅金額；本案並未開發，公告地價調整亦
21 須地政機關定期檢討，且是否符合優惠稅率或特別稅
22 率規定，並無法依相關法令估算；若徵收後為本件上
23 訴人之土地及建物，是否須納稅，仍應視實際使用情
24 形核課或減免，有嘉義縣財政稅務局110年5月14日嘉
25 縣財稅分字第1100253454號函在卷可憑（見原審卷二
26 第21至23頁）。

27 ③是系爭契約上開約定，僅約定特許期間稅捐由大埔美
28 公司負擔，非約定上訴人受有稅捐之利益；且是否納
29 稅仍應視實際使用情形核課或減免，上訴人主張受有
30 稅捐之損失云云，難認有據。

31 (四)綜上，審酌系爭契約已履行一部分之程度、一般客觀事實，

與當前之社會經濟狀況，暨上訴人前開所受損害、所失利
益，及債務人大埔美公司如能依約履行時，上訴人可享受之
一切利益及上訴人於101年10月23日即已另行與麗明公司簽
訂「大埔美精密機械園區二期委託開發、出售及管理案契
約」等情事（見不爭執事項(一)），認系爭約定之懲罰性違約
金額確屬過高，應依施工比例予以酌減，始謂公平。故而，
被上訴人代位大埔美公司請求就上訴人沒收之履約保證金予
以酌減，自屬有據。而依上開說明，應減至相當之數額為2
0,250,000元（計算式：1億5千萬 $\times$ 13.5%=20,250,000），應
為適當。

六、綜上所述，被上訴人依民法第242條規定，代位大埔美公司
請求上訴人應給付大埔美公司20,250,000元，及自本件判決
確定時起至清償日止，按週年利率5%計算之利息，並由被上
訴人代為受領，洵屬有據，應予准許。原審就此部分為被上
訴人勝訴之判決，並依聲請分別附條件為假執行或免為假執
行之宣告，核無不當。上訴意旨指摘原判決此部分不當，求
予廢棄改判，為無理由，應予駁回其上訴。

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，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，併此
敘明。

八、據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1
項、第78條，判決如主文。

中 華 民 國 112 年 4 月 6 日
工程法庭 審判長法官 吳森豐

法 官 郭貞秀

法 官 洪挺梧

上為正本係照原本作成。

上訴人如不服本判決，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日內向本院補提出

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。

被上訴人不得上訴。

中 華 民 國 112 年 4 月 6 日

書記官 蔡曉卿

【附註】

民事訴訟法第466條之1：

(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。

(2)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。

民事訴訟法第466條之2第1項：

上訴人無資力委任訴訟代理人者，得依訴訟救助之規定，聲請第三審法院為之選任律師為其訴訟代理人。