

最高法院民事判決

112年度台上字第1619號

上訴人 嘉義縣政府

法定代理人 翁章梁

訴訟代理人 劉烱意律師

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112年4月6日臺灣高等法院臺南分院第二審判決（110年度建上字第17號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院臺南分院。

理 由

一、本件被上訴人主張：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（下稱系爭園區）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系爭園區開發工程（下稱系爭工程），並依系爭契約第11.2條約定，於簽約時提供履約保證金新臺幣（下同）1億5千萬元（下稱系爭履約保證金），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，向其表示終止系爭契約，並依系爭契約第11.5.1條約定，沒收系爭履約保證金，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之13.97%，上訴人沒收系爭履約保證金之全數，顯屬過高，大埔美公司怠於行使權利，伊自得代位大埔美公司請求按已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2,025萬元，由伊代為受領等情，

爰依民法第242條、第252條、第179條規定，求為命上訴人給付大埔美公司2,025萬元及自本件判決確定時起加付法定遲延利息，並由伊代為受領之判決（未繫屬本院者，不予贅述）。

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，不符民法第242條所定要件。且依系爭契約第16條約定，雙方縱有爭執，應先提交協調委員會處理。再依系爭契約第11.2條約定，系爭履約保證金乃具確保履行契約之性質，系爭契約既因可歸責於大埔美公司而終止，伊無論有無受損害，均得依約沒收系爭履約保證金作為懲罰性違約金；況伊確因系爭契約終止而受有房屋稅、營運權利金、移轉資產之利益損失及損害等語，資為抗辯。

三、原審維持第一審就上開部分所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，理由如下：

(一)大埔美公司於95年1月13日與上訴人簽訂系爭契約，承攬系爭工程，並依系爭契約第11.2條約定，於簽約時提供系爭履約保證金，作為履行系爭契約責任等之保證。上訴人嗣於98年7月3日以大埔美公司逕行停工為由，向其表示終止系爭契約，並依系爭契約第11.5.1條約定，沒收系爭履約保證金，作為懲罰性違約金及損害賠償。

(二)系爭契約第16.3條僅約定雙方如發生爭議時，應經協調處理，並無明文約定未遵守之法律效果，法亦未強行規定此爭議事件應先調解，或僅得選擇以協調之方式處理。且於系爭契約終止過程，上訴人與大埔美公司已就系爭契約之存續及沒收系爭履約保證金等爭議為協調，上訴人既已無意再行協調程序，本件自無再重行協調程序之必要，被上訴人提起本件訴訟，應為合法。

(三)上訴人與大埔美公司固於系爭契約第4.2.1條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，而有不得讓與之特約。惟當事人間縱有不得讓與之特約，然於第三債權人代位其債務人行使該契約之權利時，因代位行使權利之

01 效果仍歸債務人，尚不生債權讓與問題，第三債權人仍得代位
02 行使。被上訴人既對大埔美公司仍有2億多元之債權未受清
03 償，而為大埔美公司之債權人，則若大埔美公司對上訴人確有
04 請求酌減違約金、不當得利返還請求權，而不向上訴人請求，
05 即屬怠於行使權利，被上訴人自得依法代位大埔美公司向上訴
06 人請求。

07 (四)依系爭契約第11.2條、第11.5.1條約定，足認系爭履約保證金
08 具懲罰性違約金之性質。上訴人既於98年7月3日以大埔美公司
09 逕行停工為由，終止系爭契約，自得依系爭契約約定沒收系爭
10 履約保證金作為懲罰性違約金。然大埔美公司已完成系爭工程
11 全區各公共設施工程13.97%，且上訴人終止系爭契約後，已於
12 101年10月23日另行與訴外人麗明營造股份有限公司（下稱麗
13 明公司）簽訂「大埔美精密機械園區二期委託開發、出售及管
14 理案契約」（下稱另件契約），接續大埔美公司已完成之公共
15 設施工程繼續施工等，足認上訴人已受有系爭工程完成13.97%
16 之利益。是大埔美公司已為系爭契約之一部履行，自得比照債
17 權人因一部履行所受之利益，減少違約金，始謂公平。參以系
18 爭契約第7.2.2條、第9.1.2條約定及上訴人函文，大埔美公司
19 應於98年1月13日興建完成系爭工程之公共設施，系爭園區於
20 斯時進入營運期後，上訴人即可收取按總營業收入百分之1繳
21 納之營運權利金。審酌大埔美公司投資計畫書內之預估損益表
22 記載系爭契約所約定之營運期間（自94年至114年計20年）預
23 計營運權利金收入為5,569萬元，依民事訴訟法第222條第2項
24 規定，上開損益表自有相當依據及參考之價值。再依系爭契約
25 第10章約定，上訴人於98年7月3日終止系爭契約後，大埔美公
26 司僅應將系爭契約終止前之系爭工程資產移轉於上訴人或其指
27 定之第三人。而大埔美公司既已將完成之工程移交上訴人，即
28 難認上訴人受有依系爭契約移轉資產之所失利益。又依系爭契
29 約第8.5.1條約定，兩造僅約定特許期間稅捐由大埔美公司負
30 擔，而非上訴人受有稅捐之利益；且是否納稅仍應視建築物實
31 際使用情形核課或減免，亦無從認上訴人受有稅捐之損失。至

01 上訴人於上訴第二審後始主張其受有再行招標之成本損失，核
02 屬新防禦方法，上訴人並未釋明有民事訴訟法第447條第1項但
03 書之事由，依同條第3項規定，自不得提出。審酌系爭契約已
04 履行一部分、一般客觀事實，與當前之社會經濟狀況，及上訴
05 人前開所受損害、所失利益，及大埔美公司如能依約履行時，
06 上訴人可享受之一切利益及上訴人已於101年10月23日與麗明
07 公司簽訂另件契約等情，認系爭契約約定之懲罰性違約金額確
08 屬過高，應依大埔美公司施工比例予以酌減2,025萬元，始謂
09 公平。

10 (五)從而，被上訴人依民法第242條、第179條規定，代位大埔美公
11 司請求上訴人給付大埔美公司2,025萬元及自本件判決確定時
12 起加付法定遲延利息，並由被上訴人代為受領，為有理由，應
13 予准許。

14 四、本院之判斷：

15 (一)系爭契約第11.2條約定「乙方（即大埔美公司）應於簽署本契
16 約之同時提供1億5千萬元之履約保證金，以作為對本計畫興建
17 營運期間履行一切本契約責任等之保證。」；第11.5.1條約定
18 「如乙方有經甲方（即上訴人）同意自行中止，或其他違約情
19 事致甲方終止本契約之一部或全部，或乙方未依規定移轉或拆
20 除資產時，甲方得逕行沒收履約保證金之一部或全部作為懲罰
21 性違約金或損害賠償。」（見一審卷(一)第47頁），則依上開約
22 定，上訴人得依約沒收系爭履約保證金供作懲罰性違約金或損
23 害賠償；而上訴人於98年7月3日終止系爭契約，並沒收系爭履
24 約保證金，以作為懲罰性違約金及損害賠償，亦為原審所認
25 定，乃原審竟謂上訴人依系爭契約沒收系爭履約保證金僅作為
26 懲罰性違約金，前後不一，已有可議。

27 (二)大埔美公司已完成系爭工程全區各公共設施工程13.97%，固為
28 原審所認定。惟系爭契約第2.1.1條約定系爭工程包括上訴人
29 所投資之非自償性公共設施及大埔美公司所投資之自償性公共
30 設施，且系爭開發結果報告記載系爭計畫總經費為32.289億
31 元，包括政府投入資金15.789億元及民間投入資金16.5億元

01 (見一審卷(一)第24頁、第81至82頁)。而上訴人於事實審辯
02 稱：大埔美公司已完成系爭工程全區各公共設施工程13.97%部
03 分，係指伊所投資之非自償性公共設施部分，至於大埔美公司
04 所投資之自償性公共設施並無進度。而伊所投入資金之比例約
05 占系爭計畫總經費2分之1，由此推算大埔美公司已完成部分為
06 系爭計畫整體進度之6.985%。若再以投入資金計算，大埔美公
07 司於系爭契約終止前已施作完成且經伊驗收結算完畢之標案合
08 計6,014萬5,082元，僅占系爭計畫總經費之1.86%等語，並提
09 出相關標案明細表為證(見原審卷第66至67、71頁)。此攸關
10 大埔美公司於系爭契約終止前已施作完成之工程究占系爭工程
11 比例為何，及被上訴人得代位大埔美公司請求酌減違約金若
12 干，乃屬上訴人重要之防禦方法，自不得恣置不論。乃原審未
13 詳加調查審認，逕認上訴人受有系爭工程完成13.97%之利益，
14 並按13.5%之比例酌減其所沒收系爭履約保證金之金額，進而
15 為不利上訴人之論斷，亦有判決不備理由之違誤。

16 (三)按當事人除釋明有民事訴訟法第447條第1項但書之情形外，不
17 得於第二審提出新攻擊或防禦方法，此觀同條第1項、第2項之
18 規定即明。此項規定之目的，乃為避免及改正當事人輕忽第一
19 審程序，遲至第二審程序始提出新攻擊防禦方法，致耗費司法
20 資源及造成對造當事人時間、勞力及費用之浪費，以合理分配
21 有限之司法資源。且此項訴訟促進義務，乃係當事人對於法院
22 所負之公法上協力義務，攸關公益，不得任由當事人處分，或
23 認係責問事項。故第二審法院審理上訴事件，首應確認當事人
24 兩造有無新攻擊或防禦方法之提出，遇有新攻擊或防禦方法提
25 出時，應依職權調查，並適用職權探知主義，於該當事人未主
26 動釋明時，適時責令該當事人釋明之，並依釋明及調查結果，
27 及時判定是否准其提出，再據以進行嗣後之審理程序。惟倘審
28 判長或受命法官未據釋明，亦未責令釋明，即已就該新攻擊或
29 防禦方法為實質調查、審理，當事人並未就是否為新攻擊或防
30 禦方法為爭執，而為相對應之聲明、陳述，且進行實質攻防，
31 則該調查、審理之所得，應屬全辯論意旨及調查證據結果之一

01 部，當可作為法院自由心證判斷事實真偽之依據。上訴人固於
02 上訴第二審後始主張其受有重新招標之作業成本損失（見原審
03 卷第69頁、第240頁、第242頁、第245頁），惟原審於審理時
04 就此曾多次詢問上訴人：「上訴人主張所受損害即再次招標的
05 成本多少？有何證明？」、「上訴人主張所受損害即重新招標
06 作業成本，其餘即所失利益？」、「上訴人主張有再行招標成
07 本損失，此部分損失如何計算？」（見原審卷第132至133頁、
08 第242頁），似已進行實質調查、審理，而未闡明上訴人應釋
09 明有民事訴訟法第447條第1項但書事由；被上訴人對上訴人提
10 出上開新防禦方法亦多次為相應之陳述（見原審卷第173至175
11 頁、第255頁、第299至303頁）。果爾，原審事後再以上訴人
12 未釋明於上訴第二審後始主張此項新防禦方法之事由，即不許
13 上訴人提出該新防禦方法，依上說明，亦有可議。

14 (四)上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。

15 五、據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第477條第1
16 項、第478條第2項，判決如主文。

17 中 華 民 國 113 年 7 月 30 日

18 最高法院民事第五庭

19 審判長法官 彭 昭 芬

20 法官 蘇 芹 英

21 法官 邱 璿 如

22 法官 呂 淑 玲

23 法官 許 秀 芬

24 本件正本證明與原本無異

25 書 記 官 郭 麗 蘭

26 中 華 民 國 113 年 8 月 6 日