臺灣士林地方法院民事判決

106年度重訴字第53號

原　　告　華盛營建工程股份有限公司
法定代理人　蘇成達
訴訟代理人　張仕賢律師
　　劉子文
被　　告　宣捷細胞生物製藥股份有限公司（原名：宣捷生物科技股份有限公司）
法定代理人　宣昶有
訴訟代理人　鄭惠蓉律師
　　翁維江

上列當事人間損害賠償等事件，本院於民國108年7月31日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

被告應給付原告新臺幣貳億伍仟伍佰萬元，及其中新臺幣貳億肆仟萬元自民國一百零五年十月八日起至清償日止，其中新臺幣壹仟伍佰萬元自民國一百零五年十二月三十一日起至清償日止，均按年息百分之五計算之利息。

原告其餘之訴駁回。

訴訟費用由被告負擔百分之九十七，餘由原告負擔。

本判決於原告以新臺幣捌仟柒佰伍拾萬元供擔保後，得假執行。但被告如以新臺幣貳億伍仟伍佰萬元為原告預供擔保，得免為假執行。

原告其餘假執行之聲請駁回。

事　實　及　理　由

壹、程序部份：

一、按訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴，但減縮應受判決事項之聲明者，不在此限，民事訴訟法第255 條第1項第3款定有明文。本件原告起訴聲明請求被告應給付原告新臺幣（下同）2億6,250萬元，及自民國105年10月8日起至清償日止，按年息5%計算之利息，嗣於本院審理時，減縮聲明請求被告應給付原告2億6,250元，及其中2億4,750萬元

自105年10月8日起，其中1,500萬元自105年12月31日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息，經核合於前開規定，應予准許。

二、按當事人喪失訴訟能力或法定代理人死亡或其代理權消滅者，訴訟程序在有法定代理人或取得訴訟能力之本人承受其訴訟以前當然停止；前揭法條所定之承受訴訟人，於得為承受時，應即為承受之聲明，他造當事人亦得承受訴訟；民事訴訟法第170條、第175條分別定有明文。本件原告之法定代理人原為宣明智，嗣於本院審理中變更為宣昶有，有經濟部商工登記公示資料查詢服務可稽（見本院卷四第70至71頁），原告具狀陳明由宣昶有承受訴訟（見本院卷四第67至69頁），合於前揭規定，應予准許。

貳、實體部份：

一、原告起訴主張：訴外人新竹縣政府於105年5月10日第6次公告「公開評選新竹市○○段第574、566、565、562、561、573、567、564、563及559等地號10筆土地都市更新事業徵求都市更新事業機構為實施者案」（下稱復中案），伊受被告邀約，與訴外人晾舟國際資產管理股份有限公司（下稱晾舟公司）三方共同於105年6月2日簽訂標前協議書（下稱系爭標前協議書），並於105年6月7日簽訂標前協議補充約定（下稱系爭標前協議補充約定），欲結合伊之營建專業能力、晾舟公司之規劃設計能力及被告之資金與「宣捷生活」營運計畫管理能力，合作取得復中案之實施。嗣伊即依系爭標前協議補充約定第7條約定，提出以被告經營計畫中之「宣捷生活」為核心之都市更新建議書等文件，並出具1,500萬元保證金，向新竹縣政府為復中案實施者公開評選之申請，經新竹縣政府於105年7月13日發函通知伊經獲選為最優申請人。惟伊依照復中案申請須知規定程序，於105年7月28日備妥復中案委託契約送交新竹縣政府審核簽約時，被告竟違反系爭標前協議補充約定第2條約定，不願提出伊與新竹縣政府簽署委託契約時應繳納之開發權利金1,000萬元及履約保

證金5,000萬元，經伊一再催告被告履約提出前開共6,000萬元，並轉知新竹縣政府催告伊之函件予被告知悉，被告均不置理。伊終因被告違約不提出前開資金，而經新竹縣政府以105年9月19日府財融字第0000000000A號函取消最優申請人資格，伊所繳交之1,500萬元保證金亦因而遭新竹縣政府沒收。伊不得已遂於105年9月21日以存證信函向被告及晾舟公司為終止系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定之意思表示，並催告被告應於收受存證信函15日內，給付伊遭新竹縣政府沒收1,500萬元保證金、伊依約原預期可獲得之利益1億6,000萬元（即營建工程總價20億元之10%利管費2億元扣除2%成本4000萬元）及依前開總計金額50%計算之懲罰性違約金8,750萬元【（1,500萬元＋1億6,000萬元）x 50%＝8,750萬元】，共計2億6,250萬元，被告於收受迄仍拒絕給付。為此，爰依系爭標前協議書、系爭標前協議補充約定、民法第216條、229條、231條第1項、第232條、第203條等規定，請求擇一命被告如數給付伊前開損害、所失利益及懲罰性違約金並法定遲延利息等語。並聲明：　被告應給付原告2億6,250萬元，及其中1,500萬自105年12月31日起，其中2億4,750萬元自105年10月8日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息。　願供擔保，請准宣告假執行。

二、被告則以：

、復中案為公法人主動發起並主管主辦之公辦都市更新案件，於「申請須知」及「委託契約」中已明文規範，申請擔任實施者之資格條件，必須具備公司淨值不低於實收資本額之財務能力，及曾擔任建築起造人或承造人之開發能力，並應出具申請書及承諾函，保證履行出資辦理都市更新事業義務，並不容許未具備資格者借用名義投標，亦不容許私下轉讓都市更新事業權利義務，此亦為促進民間參與公共建設法第45條第1項、第51條第1、2項所明定，如有違反，依同法第51條第3項應屬無效。系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定，即屬以原告出借名義為復中案之投標並轉讓復中案權利

義務為內容之契約，已違反前開強制規定，依民法第71條規定，應為無效之契約。

、又容許他人借用本人名義或證件參加投標，使開標發生不正確結果之行為，為政府採購法第87條第3、5項所規定之犯罪行為，具有刑罰上可非難性及違法性。又依公平交易法第19條第4款、第24條規定，亦禁止事業進行妨礙公平競爭之參與結合或聯合行為，以及為影響交易秩序或顯失公平之行為。系爭標前協議書及標前協議補充約定之內容乃為原告出借名義為復中案之投標並轉讓復中案權利義務，使開標發生不正確結果，破壞招標制度之公平公開程序，影響都市更新事業作業規劃執行品質，衍生市政及民眾公共安全虞慮，已違背公共秩序及善良風俗，依民法第72條規定應為無效之契約。

、按公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，為公司法第13條第1項前段所明定。公司負責人如違反該規定，以公司名義與他人訂立合夥契約，不能認為公司之行為，對公司不發生效力。本件系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定為兩造及晾舟公司三方分配新竹復中段都市更新事業權利義務之協議，由原告同意他人使用自己名義投標，以取得新竹復中段都市更新事業之興建營運權利義務，由晾舟公司及伊出資及取得都市更新事業權利義務，為三方就如何出資及共同就新竹復中段都市更新事業之興建營運利益及風險損失為具體協議，對於伊而言屬於隱名合夥契約，違反上開公司規定，對伊自不生效力。又按公司與他人經常共同經營之契約，應有代表已發行股份總數3分之2以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之，公司法第185條亦定有明文，如違反者，該與他人經常共同經營之契約不生效力。而依系爭標前協議第2條及系爭標前協議補充約定第2、3、4條約定，可徵兩造及晾舟公司就經營復中案，均須服從晾舟公司統一指揮，並求經濟之一體化。且依復中案計畫書可知該案預計從106年開始前置作業招商評選簽約及

權利變換計畫研擬審議核定、107年申請拆除及建造執造、111年申報竣工、112年完成都市更新成果稽查，即經營復中案所需時間至少長達8年之久，是系爭標前協議及系爭標前協議補充約定並非短暫時間之偶然共同經營，而係長久共同經營，兩造就此經常共同經營之契約，未依照公司法第185條規定經董事會決議、通知公告及股東會決議辦理，當屬無效。再按公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人，公司法第16條第1項復定有明文。系爭標前協議補充約定第7條約定伊與晾舟公司連帶「保證」返還原告所墊支之押標金，及第14條約定原告之工程款權利，伊與晾舟公司應「保證」有充足預算，使伊為保證，違反上開公司法第16條第1項規定，應對伊不生效力。

ŋ、原告所謂受有保證金及工程承攬利益損失，主要係其明知違反新竹縣政府復中案招標申請須知及促進民間參與公共建設法等規定，仍出借名義而成為最優申請人所致，伊應得援引民法第217條第1項規定，主張免除賠償責任。

ē、原告未完成與新竹縣政府簽訂復中案委託契約之程序，並未成為復中案之實施者，即無客觀確定性，原告僅有取得利益之希望或可能，僅為原告主觀期待而已，無所謂客觀確定預期利益之所失利益可言。又依系爭標前協議補充約定第14條約定係採實作實算原則，是原告依標前協議約定可分配之利潤，為實作實算，為付出勞務施作工程後之報酬，並非在系爭標前協議約定時即已客觀確定，此從工程費用僅能預估，無從客觀確定即明，與一般當事人契約約定，在訂約當時客觀上具有可得預期之利益，完全不同，原告自無所謂承攬工程預期利益之所失利益可言。又原告以系爭標前協議補充約定之工程預算規模20億元為基準計算其所失利益，顯不正確，因其於復中案公開評選時所提出之都市更新事業建議書，其中㠯權利變換分配規劃暨財務計畫第五部分記載營建費用約12億元，營建工程管理費約1,800萬元，縱以原告所稱公司淨利8%為計算基準，原告工程承攬所預期利益僅為144萬

元（計算式：18,000,000× 8％＝1,440,000）。

、伊寄送存證信函通知原告停止執行系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定，是為避免新竹市政及公安損害風險，是為維護公共利益不得已之懸崖勒馬，不應非難，兩造約定之違約金顯然過高，請求法院酌減至零，以維公平正義。

ě、聲明：－原告之訴駁回。—如受不利之判決，願提供現金或同額之銀行無記名可轉讓定期存單為擔保，請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執之事實：

、新竹縣政府於105年5月10日第6次公告復中案，兩造與晾舟公司共同於105年6月2日簽訂系爭標前協議書，於105年6月7日簽訂系爭標前協議補充約定。

、原告依據系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定，向新竹縣政府提出以被告經營計畫中之「宣捷生活」為核心之都市更新建議書等文件，並出具1,500萬元保證金，向新竹縣政府為復中案實施者公開評選之申請，經新竹縣政府於105年7月13日發函通知原告經獲選為最優申請人。

、原告依照復中案申請須知規定程序，於105年7月28日備妥復中案委託契約送交新竹縣政府審核簽約時，未獲被告提出簽署前開委託契約應繳納之開發權利金1,000萬元及履約保證金5,000萬元，因而未向新竹縣政府為繳納。

ŋ、被告以105年8月5日內湖北勢湖129號存證信函，以「公司奉宣董事長指示」為由，向原告及晾舟公司為終止係標前協議書及系爭標前協議補充約定之意思表示。

ē、原告一再發函催告被告履約提出前開開發權利金及履約保證金共計6,000萬元，並轉知新竹縣政府催告原告繳納該6,000萬元之函件予被告知悉，均不獲被告置理。

、原告因未向新竹縣政府提出簽署委託契約時應繳納之開發權利金1,000萬元及履約保證金5,000萬元，遭新竹縣政府以105年9月19日府財融字第0000000000A號函取消最優申請人資格，並沒收伊所繳交之1,500萬元保證金。

ě、原告於105年9月21日以存證信函向被告及晾舟公司為終止系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定之意思表示，並催告被告應於收受存證信函15日內，給付伊遭新竹縣政府沒收1,500萬元保證金、伊原依約預期可獲得之利益1億6,000萬元（即營建工程總價20億元之10％利管費2億元扣除2％成本4000萬元）及依前開總計金額50％計算之懲罰性違約金8,750萬元【（1,500萬元＋1億6,000萬元）x 50％＝8,750萬元】，共計2億6,250萬元，經被告於105年9月22日收受，然迄未給付。

、以上事實並有復中案申請須知、系爭標前協議書、系爭標前協議補充約定、復中案資格審查文件補件、補正通知書、存證信函、新竹縣政府函文可稽（見本院卷一第16至105頁、第113至367頁）。

四、本件首應審究者，乃系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定是否合法有效，而被告應受其拘束。經查：

、系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定為兩造與晾舟公司所簽訂之事實，為兩造所不爭執，業如前述，可徵兩造業就協議內容互相表示表示一致，依民法第153條第1項規定，該契約法律關係自屬有效成立。

、被告雖辯以系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定乃以原告出借其名義參與復中案之投標為內容，違反促進民間參與公共建設法第45條第1項、第51條第1、2項等強制規定，依民法第71條及促進民間參與公共建設法第51條第3項規定應屬無效。另亦因而使開標發生不正確結果之行為，為政府採購法第87條第3、5項所定之犯罪行為，具有刑罰上可非難性及違法性。且為公平交易法第19條第4款、第24條規定所禁止之事業進行妨礙公平競爭之參與結合或聯合行為，以及為影響交易秩序或顯失公平之行為，違背公共秩序及善良風俗，依民法第72條規定應為無效之契約云云。然查，系爭標前協議書開宗明義即載「立協議書人等茲為『新竹市○○段等10筆土地都市更新事業徵求都市更新事業機構為實施者案』

合作案，本於各自專業背景結合，有高度意願合作參與競標，並以甲方公司（即原告）代表出面投標，為保障未來合作伙伴之權益，就以下事項，立協議書人等特於標前先達成協議，未來若順利取得標案，立約當事人應按以下原則辦理」等語（見本院卷一第103頁），即表明兩造與晾舟公司欲就其各自擁有之專業作結合，共同“合作　參與復中案之競標並期順利取得該標案，推由原告“代表　此一合作團體出面投標，可徵原告就復中案係實際參與，並被推為投標代表，非以其名義參與競標，取得標案後即置身事外之出借名義行為。復接續觀系爭標前協議書第1條明定「因招標公告限制之資格條件，必須由單一公司投標，甲方之資格符合投標條件，故以甲方為投標廠商，其餘立協議書人則為合作協力廠商」（見本院卷一第103頁），說明僅由原告一人名義投標之緣由，呼應前推原告為參加投標代表之旨，並約定以晾舟公司及被告應成為合作協力廠商，重申立協議書人全體即兩造與晾舟公司乃為一合作團隊，是原告以其名義投標，僅合作團隊為配合招標單位限定單一公司投標需求而為，並非晾舟公司或被告借用原告名義競標甚明。而第2條內容「就團隊內部執行專業分工、權益事項，合作原則架構如下：　甲方專責於合作標的之營建施工部分。…」（見本院卷一第103頁），亦清楚明定於合作團隊順利取得復中案後之分工，原告擔負復中案中至為重要之營建施工部分，自非僅出借名義競標以取得標案者至明者。再參以原告以其名義參與復中案競標時，於新竹縣政府公開評選時所提出之都市更新事業建議書，其封面將宣捷集團及被告名義字樣以較大字體，獨立列為中間最醒目處，其下並接以「新竹宣捷生活A馬偕／南門／安慎醫院＋B生醫百貨＋C健康樂活城」、「宣捷全球生醫矽谷整體BIM建築規劃設計發包監造資產管理國際整合團隊」等有「宣捷」字樣，復列出資產管理者為晾舟公司、實施者為原告，其內容檢附經被告及晾舟公司出具協力廠商合作同意書表示願參與原告所組成之工作團隊，並表明被

告資本額及銀行查估認列資產償債能力為227.5億以上，且將兩造及晾舟公司簽署系爭標前協議書所協議分工負責事項詳將列入（見本院卷一第114至305頁），充分揭示合於系爭標前協議書及標前協議補充約定之復中案競標合作團隊及分工事項予新竹縣政府知悉，並非被告利用原告名義取得復中案之競標之原告出借名義行為至明。是兩造簽署系爭標前協議書及系爭標前協議補充之內容，並非使原告出借名義予被告以取得復中案之標案，應堪認定。雖系爭標前協議補充記載有原告僅收取利管費，由被告經營收益等內容，然此僅為兩造合作完成復中案後之利益分配約定，尚難區解為被告借用原告名義為復中案之競標、得標。是被告以系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定乃原告出借其名義參與復中案之投標之事實為前提，辯稱該等協議約定違反促進民間參與公共建設法第45條第1項、第51條第1、2項等強制規定，依民法第71條及促進民間參與公共建設法第51條第3項規定應屬無效；及該等協議約定為原告容許被告借用名義或證件參加投標，使開標發生不正確結果之行為，為政府採購法第87條第3、5項所規定之犯罪為，具有刑罰上可非難性及違法性。；並為公平交易法第19條第4款、第24條規定所禁止之事業進行妨礙公平競爭之參與結合或聯合行為；以及為影響交易秩序或顯失公平之行為，而違背公共秩序及善良風俗，依民法第72條規定應為無效之契約云云，均屬無據，並非可採。

、又被告辯以系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定屬於隱名合夥契約，違反公司法第13條第1項「公司不得為事業合夥人」之規定，對於公司不發生效力云云。然按隱名合夥為為當事人約定一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益，及分擔其所生損失之契約。然系爭標前協議書及系爭標前協議補充雖為原告與兩造共組合作團隊，參與復中案之競標及取得標案約定，然三方各憑藉自己專業履行應盡義務，共同完成復中案之都市更新，並非任何一方對他方經營之事業出資，而分受其營業所生利益，及分擔其所生

損害之約定，除如前述，並觀之系爭協議書及系爭協議補充約定（見本院卷一第103至105頁）甚明，是系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定內容，並未使兩造及晾舟公司間成立任何隱名合夥關係，被告辯稱該等協議約定違反公司法第13條規定，對被告不生效力云云，實不足採。復被告辯以經營復中案從開始招商、評選簽約及權利變換核定，到興建完畢至完成成果稽查，所需時間至少長達8年之久，被告未經其代表已發行股份總數3分之2以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意簽署系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定之與原告經常共同經營復中案都市更新事業，乃違反公司法第185條第1項第1款「公司為下列行為，應有代表已發行股份總數三分之二以上股東出席之股東會，以出席股東表決權過半數之同意行之：一、締結、變更或終止關於出租全部營業，委託經營或與他人經常共同經營之契約」之規定，所簽署之系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定契約自屬無效云云，然按所謂與他人共同經營之契約，係指數公司間所為損益全部共同之契約，關係公司均須服從統一之指揮，並求經濟之一體化。查系爭標前協議書及系爭標前協議補充所約定者為兩造與晾舟公司共組合作團隊，三方各憑藉自己專業履行應盡義務，完成復中案之都市更新計畫，業如前述，是兩造間並無損益共同、服從指揮之關係，自非上開公司法第185條第1項第1款所限制之與他人經常共同經營之契約。被告上開所辯，實不足採信。至被告辯以系爭標前協議補充約定第7條：「甲方代辦投標申請服務，不另向乙丙方收取任何對價，但申請程序前期先墊支押標金新臺幣1千5百萬元，乙丙方伊就甲方所墊支之押標金，『連帶保證』最遲於105年12月30日前無息返還予甲方」；第14條：「…甲方之工程款權利，乙丙方應『保證』有充足預算，並由專案銀行信託支付」，係以被告名義為保證及承擔債務，因被告章程並無公司得為保證之規定，被告不得為任何保證人，系爭標前協議補充約定以被告名義為保證及承擔債務，已

違反公司法第16條第1項「公司除依其他法律或公司章程規定得為保證者外，不得為任何保證人」之規定，對被告應不生效力云云。然按稱保證者，謂當事人約定，一方於他方之債務人不履行債務時，由其代付履行責任之契約，為民法第739條所定有明文。查上開系爭標前協議補充約定第7條、第14條約定內容，係約定被告應確保履行自己之義務，並非擔保他人債務之履行，與保證之成立要件有所未合，自非為保證人，不能僅以約定內容中提及有「保證」二字即認係成立保證法律關係，被告前揭所辯，亦非可採。

五、系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定為合法有效，業如前述，被告固於105年8月5日寄送存證信函向原告為終止系爭標前協議及系爭標前協議補充約定之意思表示，此有106年8月5日內湖北勢湖129號存證信函可稽（見本院卷一第308頁），然查其內容僅以「公司奉宣董事長指示」為終止之理由，核被告董事長之個人意思非可據為合法終止系爭協議書及系爭協議補充約定之正當理由，自不生合法終止之法律效果，被告仍應受系爭標前協議及系爭標前協議補充約定之拘束。又系爭標前協議補充約定第3條、第2條、第5條約定：按新竹縣政府就復中案所公告申請人之所有契約上及法律上義務（包含但不限於投標須知、委託契約），視為標前協議之一部分，被告應確實遵守；被告應按招標與契約條件之付款期程如期備妥資金，俾使原告得以依約履行；若因被告未依約執行及提出資金，而使原告對新竹縣政府發生違約之情形，原告因此蒙受之所有風險與損失，由被告與晾舟公司連帶負賠償責任，並加計損害金額50%之懲罰性違約金（見本院卷一第104頁）。準此，被告於原告取得復中案之最優申請人資格後，自負有於原告與新竹縣政府簽署復中案委託契約時，提出開發權利金1,000萬元及履約保證金5,000萬元，供原告為繳納之義務，然卻無故拒絕提出，並因而使原告無法順利與新竹縣政府簽署委託契約，成為復中案之實施者，進行都市更新計畫，自屬違約而應對原告因此所受之損害負

賠償責任，並應給付加計損害金額50％之懲罰性違約金。再按負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀；損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限，應通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。民法第213、216分別定有明文。又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。本件原告出具復中案之都市更新事業建議書參加新竹縣政府招標公開評選程序，而該建議書業將整個都市更新計畫為詳盡規劃，經與他對手激烈競爭後，原告已獲得新竹縣政府評選為最優申請人，僅須提出開發權利金及履約保證金，即可順利與新竹縣政府完成簽署委託契約成為實施者，而依照建議書內容按圖索驥實施整個都市更新計畫，並於營建施工完成後，獲得總工程費用10％利管費用，惟因被告違約而無法簽署委託契約，並因而遭新竹縣政府取消最優申請人資格，確定無法取得復中案總工程費用10％利管費用，依上開規定及說明，應認原告確有所失利益。被告辯稱原告尚未簽署委託契約成為復中案之實施者，就未來取得總工程費用10％利管費用，僅有取得之希望或可能而已，尚未無客觀確定性，該利管費用非其所失利益云云，不足採信。查本件復中案為龐大之都市更新計畫，上開利管費用原應待營建工程完工後始能正確計算，若責令當事人事先預估，其證明顯有重大困難，本院因而爰引民事訴訟法第222條第2項規定，審酌系爭標前協議補充約定第14條約定「合作標的未來之建築工程費用，目前預估新臺幣18—20億元之間，採實作實算原則由三方會商研討直接工程費用總金額後，另加計10％利管費予甲方。開工前甲方應提出10％之履約保證金（現金）。…」及標前協議書第7條約定「甲方為對其他和合作成員擔保施工過程之施工品質與工期，提供2億元之保證金…」（見本院卷一第103、104頁

），及復中案設計者陳米山建築師事務所之負責人陳米山證述：「（當時有無評估計算如新竹縣復中段都更案全部履約完畢後，原告公司可以獲得的利益為多少？）這個案子約需要12億元的基礎工程，但因為另有醫療裝修，整個工程完成需要22~25億元，依業界通常情形，原告約有百分之10~12的利潤，換算約可得到2.5億元左右，但實際上要依雙方約定。」等語（見本院卷三第243 頁），與陳米山陳稱其以3D建模及工料分析作精密計算之復中案詳細價目表（預算），其上所列之營建工程費總計為22億2,262 萬4,002 元（見本院卷三第244 頁、卷一第368 至377 ）等一切情狀，認原告主張其所失利益以20億元為工程費用，按財政部國稅局制定「104 年度營利事業各業所得額暨同業利潤標準」之標準代號「4100—13住宅工程」之淨利率8 %（見本院卷一第378 、379 頁）計算，尚屬合理。是原告依前開約定請求被告賠償1 億6,000 萬元損害及8,000 萬元懲罰性違約金，應屬有據。

六、被告雖又辯稱原告所受工程承攬利益損失，為其明知違反復中案招標申請須知及促進民間參與公共建設法等規定，而出借名義成為最優申請人所致，其援引民法第217條第1項規定，主張免除賠償責任云云，然原告非出借名義競標復中案，並未違反前開規定，業如前述，被告主張依民法第217條第1項規定免除賠償責任云云，自不足採。至被告雖請求酌減違約金，然按約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額按，民法第252條固定有明文，惟此規定乃係賦與法院得依兩造所提出之事證資料，斟酌社會經濟狀況並平衡兩造利益而為妥適裁量、判斷之權限，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違約金額是否有過高之事實，而因此排除債務人就違約金過高之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。又違約金之約定，為當事人契約自由、私法自治原則之體現，雙方於訂約時，既已盱衡自己履約之意願、經濟能力、對方違約時自己所受損害之程度等主、客觀因素

，本諸自由意識及平等地位自主決定，除非債務人主張並舉證約定之違約金額過高而顯失公平，法院得基於法律之規定，審酌該約定金額是否確有過高情事及應予如何核減至相當數額，以實現社會正義外，當事人均應同受該違約金約定之拘束，法院亦應予以尊重，始符契約約定之本旨（最高法院93年度台上字第909號判決意旨參照）。經查，本件兩造於締結系爭契約，對所約定之違約金條款應甚明瞭，而被告僅憑己意任意違反契約所定義務，經原告一再以存證信函為說明並請求履約，仍執己意（見本院卷一第308至367頁），尚難認有何應予酌減之事由，被告亦未舉證兩造就違約金之約定有何過高之情事，被告請求酌減云云，並非可採。

七、末原告遭新竹縣政府沒收之1,500萬元保證金部分，兩造已於依標前協議補充約定第7條約定「甲方（即原告）「代辦投標申請程序」服務，不另向乙丙方（即被告、晾舟公司）收取任何對價，但聲請程序前期先墊支押標金新臺幣一千五百萬元，乙、丙方應就甲方所墊支之押標金，連帶保證最遲於105年12月30日前（無息）返還予甲方」（見本院卷一第104頁），是原告據以請求被告返還1,500萬元押標金，及自105年12月31日起算之法定遲延利息，即無不合。至原告另將上開1,500萬元認列為因被告違約所受之損害，而依系爭標前協議補充約定第5條約定，請求加計50％之懲罰性違約金，因兩造以上開約定1500萬元押標金為原告之代墊款，被告與晾舟公司負有於一定期限內返還之義務，自非原告因被告違約之損害，原告上開懲罰性違約金之請求，尚屬無據。

八、按給付無確定期限者，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。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5％。民法第229條第2項、第233條第1項前段、第203條分別定有明文。本件原告寄送存證信函催告被告應於15日內給付賠償金及違約金，經被告於105年9月22日

收受，則於105年10月7日期滿之翌日應負遲延責任。是原告就其得請求被告給付之損害賠償金1億6,000萬元及懲罰性違約金8,000萬元，併請求自105年10月8日起至清償日止，按年息5%計算之遲延利息，亦屬有據。

九、從而，原告依據系爭標前協議書及系爭標前協議補充約定，於請求被告給付2億5,500萬元，及其中2億4,000萬元自105年10月8日起，其中1,500萬自105年12月31日起，均至清償日止，按年息5%計算之利息範圍內，即無不合，應予准許。至逾上開範圍之請求，則屬無據，應予駁回。原告另依民法債務不履行損害賠償請求，則無庸再為審酌，併此敘明。

十、本件原告勝訴部分，原告陳明願供擔保，聲請宣告假執行，核均無不合，爰酌定相當擔保金額予以准許。被告亦陳明願供現金或同額之銀行無記名可轉讓定期存單為擔保，聲請宣告免為假執行，因被告未特定為何銀行無記名可轉讓定存單，無從認定以其擔保之適當性，爰酌定相當現金擔保予以准許。至原告敗訴部分，原告假執行之聲請因訴遭駁回而失所依據，無從准許，應予駁回。

十一、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊、防禦及所提證據，核與本判決結果均不生影響，爰不一一論述。又被告聲請本院向新竹市政府、新竹縣政府函詢略以復中案是否適用促進民間參與公共建設法第45條第1項及第51條第1項、第2項、第3項規定？申請人出借名義投標或投標前擅自約定將得標後部分或全部權利義務概括讓與他人是否符合申請須知及委託契約約定？如不符合應如何處理？等，其函詢內容為本院適用法律職權及以與本院認定不同之事實為基礎，核無調查之必要；又被告聲請向新竹縣政府函調原告及訴外人即次優申請人理銘開發公司之復中案評選委員評分及其相關評分計算資料，以證明原告如向主管機關坦白其出借名義投標急於得標後轉讓權利，不會取得最優申請人資格之事實；聲請調取原告之報稅資料，以證明原告營業收益情形；及聲請通知證人宣昶有、羅婧文到庭作證，

以證明晾舟公司非被告實質控制公司之事實，查前開待證事實，均不影響本院判決結果之認定，核無調查之必要，均附此敘明。

十二、據上論結，原告之訴為一部有理由，一部無理由，依民事訴訟法第79條、第390條第2項、第392條第2項，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　30　　日

民事第一庭　法　官　劉补雯

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，應於判決送達後20日內向本院提出上訴狀並附具繕本，若委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費，否則本院得不命補正逕行駁回上訴。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　30　　日

書記官　劉淑慧