

裁判字號：臺灣高等法院臺南分院 96 年度重上字第 20 號 民事判決

裁判日期：民國 96 年 09 月 11 日

案由摘要：請求給付履約保證金

臺灣高等法院臺南分院民事判決 96 年度重上字第 20 號

上 訴 人 ○○商業銀行股份有限公司高雄分公司

法定代理人 林○○

訴訟代理人 王有民 律師

複 代 理 人 洪主雯 律師

楊○○

被 上 訴 人 國立中正大學

法定代理人 柳金章

訴訟代理人 葉張基 律師

林德昇 律師

謝耿銘 律師

上列當事人間請求給付履約保證金事件，上訴人對於中華民國 96 年 1 月 22 日臺灣嘉義地方法院第一審判決（95 年度重訴字第 70 號）提起上訴，本院於 96 年 8 月 28 日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

上訴駁回。

原判決主文第一項關於遲延利息起算日之記載，應更正為「自民國九十五年四月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息」。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事 實

甲、上訴人方面：

一、聲明：

(一)原判決廢棄。

(二)上廢棄部分，被上訴人在第一審之訴駁回。

(三)第一、二審訴訟費用由被上訴人負擔。

二、陳述：除與原判決記載相同者，予以引用外，補稱略以：

(一)○○聯合科技股份有限公司（下稱○○公司）於民國（以下同）93年6月21日與勵聯實業股份有限公司（下稱勵聯公司）所簽訂者為「營運資產轉讓契約」並非「委託興建營運契約」，此由卷附之「國立中正大學第三期學生宿舍營運資產轉讓契約」自明，原審判決無視卷附之資料以及事實，率略以：「但依委託興建營運契約第2.2.1條規定…，第3.1條規定……，其契約內容均係勵聯公司對○○公司負擔債務，並無約定由勵聯公司承受○○公司對原告所負擔之委託興建營運契約債務」云云，惟原判決僅列舉「營運資產轉讓契約書」第2.2.1條、3.1條等部分條文內容，即認系爭契約並無約定由勵聯公司承受○○公司對被上訴人負擔委託興建契約債務，實過於率斷，而有判決理由不備者。蓋：系爭契約書中與本件興建工程有關者計有：(1)契約書首頁明確記載有「國立中正大學第三期學生宿舍營運資產轉讓契約」以及「轉讓人：○○聯合科技股份有限公司」、「承讓人：勵聯實業股份有限公司」等語；(2)契約書 總則 1.2.2：本案：指「國立中正大學第三期學生宿舍民間參與興建營運案」等語；(3)契約書 2.2.1：乙方因興建、營運所取得之營運資產、設備…等語；(4)契約書 3.4：乙方承諾本工程施工及裝修時使用之所有材料…等語；(5)契約書 3.6.5：乙方履約有不實行為、未完全履約、遲延履約、委託興建營運維護標的物損壞或短缺、不符本契約約定或其他可歸責於乙方之事由…甲方有權自乙方繳交之履約保證金中扣抵等語；以及(6)契約書 3.6（勵聯公司應另提出履約保證金新台幣3,000萬元）、契約書 5.4.1（勵聯公司違約或工程執行履約遲延時，○○公司有介入權，但並無必須介入之義務）諸條款。綜上，系爭轉讓契約書之文義解釋，契約之標的應係指「中正大學學生宿舍之興建、營運整體合約」而言，亦即其轉讓之標的對象為被上訴人與○○公司簽訂之合約權利義務全部，而原審判決截取其中一部之「營運資產轉讓契約」名義，即否認興建工程之義務亦屬轉讓之標的，自屬不當。且○○公司於93年6月21日與勵聯公司所簽訂之「營運資產轉讓契約」，應已發生債務承擔之合意，○○公司業已脫離本件興建工程之

債務關係，蓋：依系爭營運資產轉讓契約之文義觀之，系爭契約之標的應係指「中正大學學生宿舍之興建、營運整體合約」而言，亦即其轉讓之標的對象為被上訴人與○○公司簽訂之合約權利義務全部。更何況，勵聯公司於93年6月21日受讓上述興建營運契約義務後，即以本件興建工程標的向兆豐國際商業銀行前身交通銀行股份有限公司，（下稱兆豐銀行）申請建築融資新台幣（下同）7.98億元，並經核撥在案，此亦為被上訴人所不爭執。依一般銀行辦理融資程序，放款銀行於核准貸放款項前，必然須查核業主即被上訴人對勵聯公司為興建工程承攬契約主體之權利無異議後始能核准。故而，本件若非勵聯公司確實已受讓被上訴人與○○公司簽訂之合約權利義務全部，且經被上訴人同意，則兆豐銀行絕無可能核撥建築融資7.98億元與勵聯公司。此外，勵聯公司於93年6月21日受讓上述興建營運契約義務後，各次被上訴人召開之協調會議及通知改善工程，均主動通知勵聯公司與會等情，參互印證，本件轉讓契約之標的，自是包括含「興建工程」暨「營運」二者。因之，本件○○公司與被上訴人間之「第三期學生宿舍委託興建安」既因○○公司與勵聯公司間所簽訂之上揭「營運資產轉讓契約」而發生債務承擔之合意，且被上訴人對於該轉讓契約亦表示同意，依法○○公司自應已脫離本件興建工程義務。而本件上訴人就○○公司對被上訴人所負之保證債務自亦因○○公司之主債務關係之免除而隨之消滅，被上訴人請求上訴人給付3,000萬元履約保證責任，實屬無理由。

(二)被上訴人96年4月24日之答辯狀主張「訴外人○○公司仍為委託興建營運契約之契約當事人」等語；然查，本件主辦機關教育部既已委任被上訴人與訴外人○○公司簽訂本件「委託興建營運契約」，並委任被上訴人於上開契約第19.3條約定「雙方當事人同意本契約之權利義務，除經他方同意外，不得轉讓」等語。而被上訴人復不爭執有同意○○公司與勵聯公司所簽訂之「營運資產轉讓契約」，甚至報經教育部同意備查，自應認被上訴人已於教育部之授權下，同意○○公司將其就「委託興建營運契約」所生之權利義務，均移轉與

勵聯公司，致勵聯公司繼受成為委託興建營運契約之當事人。依行政程序法第 15 條第 1 項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分委任所屬下級機關執行之。」本件被上訴人因受教育部之委任，而與訴外人○○公司簽訂「國立中正大學第三期學生宿舍委託興建營運契約」，並於契約第 19.3 條約定「雙方當事人（即中正大學、○○公司）同意本契約之權利義務，除經他方同意外，不得轉讓」，是足認該條款之約定，即係將促進民間參與公共建設法（下稱促參法）第 51 條規定形諸於文字訂定於契約中；被上訴人再行主張「依據促參法第 51 條第 1 項及第 2 項之規定，民間機構依投資契約所取得之「權利」及「營運資產、設備」，其轉讓應得主辦機關之同意」等語，不僅與上開契約約定不符，且導致該約定條款形同具文，更無異鼓勵政府機關得以真意保留方式與民間機構簽訂契約，俾利於契約範圍之解釋，實有違公平誠信原則。

(三)次按「解釋私人之契約應通觀全文，並斟酌立約當時之情形，以期不失立約人之真意。」；「解釋當事人所立書據之真意，以當時之事實及其他一切證據資料為其判斷之標準，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失真意。」最高法院著有 18 年度上字第 1727 號、19 年度上字第 28 號判例，可資參照。本件「營運資產轉讓契約」中明文約定：…2.2.1：乙方因興建、營運所取得之營運資產、設備…3.4：乙方承諾本工程施工及裝修時使用之所有材料…3.6.5：乙方履約有不實行為、未完全履約、遲延履約、委託興建營運維護標的物…。等語，故自契約全文觀之，系爭「營運資產轉讓契約」之契約標的，除「營運資產、設備」外，亦包括「興建」在內；是被上訴人或拘泥於「營運資產轉讓契約」之文字字面，或截取契約中部分約定，而任意將契約範圍局限於「營運資產、設備」之轉讓，依上開判例意旨，實有悖於立約之真意。而被上訴人於 93 年 8 月 26 日並以中正總字第 093 0008531 號書函行文教育部，請求就上開「營運資產轉讓契約」之事宜予以核備，教育部嗣以 93 年 9 月 1 日台高(三)字第 09 30114016 號函表示同意備查。因之，系爭「營運資

產轉讓契約」之轉讓標的，既包括「營運資產、設備」及「興建」，而被上訴人復已同意上開契約之簽立，並行文教育部同意備查，其轉讓程序均符合促參法第 51 條第 1 項及第 2 項之規定，則「委託興建營運契約」之當事人，應係勵聯公司及被上訴人。

(四)再就被上訴人答辯(三)狀附證五之「同意書」即知，被上訴人不僅於 93 年 8 月 26 日行文教育部，請求就訴外人○○公司與勵聯公司簽訂之「營運資產轉讓契約」予以核備，經教育部於 93 年 9 月 1 日函文表示同意備查，嗣於 93 年 9 月 3 日更出具同意書予○○公司、勵聯公司及兆豐銀行，表示「同意勵聯公司承受○○公司在『委託興建營運契約』之一切權利義務」；是以，被上訴人主張本件係根據促參法第 51 條第 1 項、促參法施行細則第 47 條第 2 項第 2 款等關於「營運資產」之移轉問題，與促參法第 51 條第 1 項「特許權利」之移轉無涉云云，顯與所提事證不符。蓋按「被上訴人於 93 年 6 月 14 日與○○公司簽訂『委託興建營運契約』，○○公司復於 93 年 6 月 21 日與勵聯公司簽訂『營運資產轉讓契約』，而簽訂『營運資產轉讓契約』後，勵聯公司並以取得被上訴人第三期學生宿舍 BOT 案興建權及經營特許權，向兆豐銀行申請開發融資 7.98 億元」，乃兩造於原審協同整理之不爭執事項。復參諸上開「同意書」所載明：「立同意書人國立中正大學與○○公司於民國 93 年 6 月 14 日訂有『國立中正大學第三期學生宿舍民間參與興建營運招商作業案委託興建營運契約』及『國立中正大學第三期學生宿舍地上權設定契約』，…同意下列事項：……二、在提供融資之兆豐銀行授信合約存續期間內，同意勵聯公司承受○○公司在『本契約』之興建營運權利義務，…」等語，益徵被上訴人確已承認「訴外人勵聯公司承受○○公司與被上訴人中正大學所簽訂『委託興建營運契約』之『興建』、『營運』權利義務」。是被上訴人始終辯稱「勵聯公司僅負擔義務，並未承受○○公司對中正大學之委託興建營運契約債務云云，即屬無稽至明。況就上開「同意書」第三條所載「同意交通銀行得…享有介入權，得享有及行使『本契約』之權利包括地上權及特許興建營

運權等，…」等語。足知，促參法第 51 條第 1 項之「特許權利」，即指「興建營運權」，且被上訴人確有同意特許權利移轉與第三人之權利。稽此，被上訴人始終辯稱「只有在例外情形下，始得經主辦機關（教育部）同意後，允許民間機構將『特許權利』轉讓第三人，一般情形，主辦機關並無同意民間機構將特許權利移轉於第三人之權利」、「上訴人刻意將系爭『營運資產轉讓契約』之轉讓標的，包括『營運資產設備』及『興建』，並進而將『興建』解釋為『特許權利』，顯然與促參法第 51 條第 1 項及第 2 項規定之意旨不符」云云，即與同意書之內容互相矛盾。若果如被上訴人所辯被上訴人並無將「特許權利」移轉於第三人之權利，則被上訴人明知無上開權利，竟仍出具同意書予交通銀行，表示同意將「特許權利」移轉與兆豐銀行，以取得融資貸款，豈非「詐欺」行為？又自兆豐銀行營業部 96 年 8 月 10 日（96）兆銀營字第 0566 號 函文「說明」所載：「…三、本案由中正大學出具同意書後，○○聯合科技與勵聯實業簽訂營運資產轉讓契約，將土地地上權移轉與勵聯實業，並由勵聯實業擔任中正大學學生宿舍起造人」等語，益徵勵聯公司自○○公司承受者，亦包括「興建」義務，易言之，上開「營運資產轉讓契約」之標的，確包括「興建」之契約義務。稽此，被上訴人辯稱「營運資產轉讓契約」之轉讓標的僅限「營運資產、設備」，顯屬無據。因之，本件○○公司與被上訴人間之「第三期學生宿舍委託興建安」，業已因○○公司與勵聯公司間所簽訂之「營運資產轉讓契約」而發生債務承擔之合意，且被上訴人亦已出具「同意書」表示同意，依法○○公司自應已脫離本件「委託興建營運契約」之義務。

- (五)被上訴人依據「履約保證金連帶保證書」第 2 條及「委託興建營運契約」第 12.7 條之約定，起訴請求履約保證金；然依「委託興建營運契約」第 12.7 條之約定：「乙方履約有不實行為、未完全履約、遲延履約…」之約定觀之，履約保證金之請求權，應係在於乙方即○○公司有債務不履行之情形時始發生，故上訴人縱就履約保證金須負連帶保證責任，然依「履約保證金連帶保證書」第 2 條：「貴校依契約第 12.7

條規定認為有沒收民間機構履約保證金之情形者，…本行當即在前開保證金總額內……無條件給付上開履約保證金予貴校。」之約定可知，仍應以被上訴人依據契約第 12.7 條有履約保證金請求權時，始須負連帶給付責任。然因○○公司已非「委託興建營運契約」之當事人，基於債之關係相對性，被上訴人自不得向○○公司主張契約第 12.7 條之權利，保證書第 2 條約定之條件即不成就，被上訴人請求上訴人負連帶保證責任，即無理由。次按「所謂『履約保證金』，係指營造商承包工程後，於訂約之初即應向業主繳納一定金額以為履行契約之擔保，該保證金原係以現款繳納存放在業主處，如營造商未能提出現款之保證金，亦可以銀行出具之書面保證代之，即係代替營造商所提現款，故「履約保證金」書面保證之性質，本係代替履約保證金現金提出，其目的故與保證金相同。按「泉安公司、萬裕公司與上訴人訂立工程合約時，所以約定由泉安公司、萬裕公司交履約保證金，目的即在擔保泉安公司、萬裕公司之履行契約，亦即為恐日後因泉安公司、萬裕公司無資力等，使上訴人之求償發生困難，乃以訂定要物契約為擔保方式，於日後泉安公司、萬裕公司應負賠償責任時，得優先就此保證金取償。…況系爭履約保證書未約定，無論所保證標的之事實條件是否成就或有否其他糾葛情事，被上訴人即無條件逕行履行保證責任，實難認履約保證金保證僅係單純付款承諾。…上開履約保證金保證書內容既明定就承包商（即訴外人泉安公司、萬裕公司）未依合約履行，造成定作人損失，負賠償之責……則被上訴人所出具之上開履約保證金保證書顯係就訴外人泉安公司、萬裕公司有不履行契約或不依約履行時，充作損害賠償違約金擔保之性質。…則兩造當事人就上開履約保證金書係成立民法所規定之保證契約，兩造間就上開履約保證金保證書，係作為擔保訴外人泉安公司、萬裕公司於不履行或不依約履行，所造成對訴人所負之損害賠償責任之意思表示，已經有所合致，上開履約保證書，其法律上性質係屬就承攬契約不履行或不依約履行造成損害為保證，自可據以認定。」鈞院 94 年重上字第 23 號判決參照（經最高法院駁回上訴而確定）。履

約保證金之約定，既兼具不履行契約或不依約履行時，充作損害賠償違約金之性質，上訴人既未證明其受有損害，亦未證明造成損害之責任歸屬，即率爾請求上訴人給付履約保證金，實屬無據。

(六)另本件被上訴人之聲明利息請求起算日為「95年」4月13日，且依原審判決理由欄略以：「而原告於95年3月22日發函通知被告於15日給付履約保證金，被告95年3月28日函覆原告，故被告至遲應於95年3月28日收到原告之催告，故原告主張履約保證金利息之起算日應自15日後即95年4月13日起算，應為可採」等語，顯見，縱使本件上訴人須給付履約保證金，然其利息之起算日，應自95年4月13日，然而，原判決確於主文記載「被告應給付原告新台幣叁千萬元及自民國九十四年四月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息」，誤加計一年之利息，實有判決違背法令之處。

三、證據：除援用原審提出之證據外，補提：國立中正大學93年8月26日中正總字第0930008531號書函、教育部93年9月1日台高(三)字第0930114016號函(均影本)為證。並聲請函兆豐銀行查詢勵聯公司取得「國立中正大學第三期學生宿舍BOT案」後，向該銀行申請開發融資7.98億元之融資經過。

乙、被上訴人方面：

一、聲明：

(一)上訴駁回。

(二)第二審訴訟費用由上訴人負擔。

二、陳述：除與原判決記載相同者，予以引用外，補稱略以：

(一)訴外人○○公司仍為委託興建營運契約之契約當事人。按促參法第51條規定：「民間機構依投資契約所取得之權利，除為第52條規定之改善計畫或第53條規定之適當措施所需，且經主辦機關同意者外，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經主辦機關同意，不得轉讓、出租或設定負擔。但民間機構以第8條第1項第6款方式參與公共建設者，不在此限。違反前二項規定者，其轉讓、出租或設定負擔之行為，無效。」；同法施行細則第47條第1項規定：「本法第51條

第2項 所稱民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，指民間機構於興建營運期間內，因興建營運公共建設所取得及為繼續經營公共建設所必要之資產及設備。」又促參法主管機關行政院公共工程委員會92年1月24日以工程技字第09200 038570號致高雄市政府工務局函：「主旨：有關促進民間參與公共建設法（以下簡稱促參法）第51條第2項適用疑義，復請查照。說明：一、復貴局91年11月28日高市工務公字第0910035773號函。二、按促參法第51條第2項規定略以：『民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經主辦機關同意，不得轉讓、出租或設定負擔…。』，次按同法施行細則第47條第1項規定：『本法第51條第2項所稱民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，指民間機構於興建營運期間內，因興建營運公共建設所取得及為繼續經營公共建設所必要之資產及設備。』，合先敘明。三、民間機構因投資民間參與公共建設案件所取得之地上權，常伴隨實質資產運用，性質上可視為繼續經營公共建設所必要之資產，爰屬促參法第51條第2項所稱『營運資產』。至已興建完成或正興建中之不動產是否屬『營運資產』，請依前揭規定認定。」，又委託興建營運契約第2.4.2條約定：「乙方因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經甲方書面同意或本契約另有約定外，不得轉讓、出租或設定負擔。」

- (二)依上開規定與主管機關解釋，被上訴人配合委託興建營運契約之約定，於93年6月14日將系爭用地設定地上權給訴外人○○公司，並於93年11月8日完成地上權登記，惟查該地上權設定契約書（公契）中「地上權讓與之約定」記載：「非經國立中正大學書面同意不得讓與地上權或設定抵押權。」，此即係依據促參法第51條第2項及促參法施行細則第47條第2項規定所為之特別規定，並將「地上權」納入該等條文所規定之「營運資產」之概念。因訴外人勵聯公司並未提出被上訴人同意訴外人○○公司將興建權及營運特許權轉讓給勵聯公司之任何文件，僅提出訴外人○○公司與勵聯公司所簽訂之「營運資產轉讓契約」，且經被上訴人同意後辦理移轉登記，並由訴外人勵聯公司擔任中正大學學生宿舍起造人

。但此等地上權（營運資產）之轉讓，並非根據促參法第 51 條第 1 項之規定，而是根據促參法第 51 條第 2 項之規定。訴外人勵聯公司本擬自訴外人○○公司處受讓而取得地上權後，以「特許權利轉讓」為理由向訴外人兆豐銀行申請開發融資 7.98 億元，但因兆豐銀行發現勵聯公司所提出者僅為「營運資產轉讓契約」，而非特許權之轉讓契約，故並未同意開發融資（勵聯公司既非促參法第 4 條之民間機構，即無開發權利，兆豐銀行當然不可能融資給勵聯公司）。因之，訴外人勵聯公司為取得融資，乃以訴外人勵聯公司及○○公司為共同借款人向兆豐銀行申請融資（二家公司均列為乙方，丙方則為自然人擔任連帶保證人），其等融資之投資標的係為籌措投資興建及經營國立中正大學第三期學生宿舍所需資金，並未包含國立中正大學第三期學生宿舍 BOT 案興建權及營運特許權。且其中：(1)第 7 條第 1 項擔保品(一)之部份，約定要求乙方（訴外人勵聯公司本擬自訴外人○○公司）應將擬興建學生宿舍之基地地上權設定第一順位最高限額抵押權於甲方（交通銀行，現為兆豐銀行），並於建物及其附屬建物辦妥所有權第一次登記後 15 日內共同設定第一順位最高限額抵押權於甲方。(2)第 10 條特別約定事項第 8 點(一)、(二)之部分，約定乙方應取得被上訴人「同意訴外人○○公司將所有營運資產轉讓與訴外人勵聯公司」及「同意勵聯公司自○○公司受讓該地上權設定第一順位最高限額抵押權給交通（兆豐）銀行」之同意書。(3)第 10 條特別約定事項第 10 點(一)之部分，本授信案首次動用前，勵聯公司應與○○公司簽訂營運資產轉讓契約書並經公證，約定○○公司將專案契約之營運資產轉讓由勵聯公司承受。訴外人勵聯公司根據上開約定，以被上訴人所設定、訴外人○○公司所移轉之地上權為兆豐銀行設定「權利抵押權」（民法第 882 條：「地上權、永佃權、及典權，均得為抵押權之標的物。」參照）。但此地上權（營運資產）設定權利抵押權，仍屬於促參法第 51 條第 2 項及促參法施行細則第 47 條第 2 項所規定之「設定負擔」，必須獲得被上訴人之書面同意，始得設定。故訴外人勵聯公司及○○公司向交通（兆豐）銀行申請貸款之擔保品為中正大

學第三期學生宿舍基地之地上權及未來興建完成之學生宿舍所有權，並以地上權設定權利抵押權（第一順位最高限額抵押權）於交通（兆豐）銀行。因而，訴外人○○公司仍為借款人之一。可見本案並無上訴人所主張「訴外人勵聯公司以取得興建權及經營特許權向交通（兆豐）銀行申請開發融資 7.98 億元」之情事，故訴外人○○公司仍為委託興建營運契約之契約當事人。上訴人引用被上訴人 93 年 8 月 26 日中正總字第 09300008531 號函及教育部 93 年 9 月 1 日台高（三）字第 0930114 016 號函，主張系爭「營運資產轉讓契約」之轉讓標的包括「營運資產、設備」及「興建」云云，惟查該等函文所引用之法律規定均為促參法施行細則第 47 條第 2 項第 2 款之規定：「前項營運資產、設備，於不影響公共建設之正常運作，並符合下列規定者，主辦機關得同意其轉讓、出租或設定負擔：…二依投資契約規定，需於營運期間屆滿後移轉予政府者，得依投資契約規定於移轉期限屆滿前，在不影響期滿移轉下，附條件准予轉讓；其出租或設定負擔之期間，以經營許可期限為限；其設定負擔，應訂有償債計畫或設立償債基金辦法。」其適用前提以同條第 1 項之「營運資產、設備」為標的，而促參法施行細則第 47 條第 1 項則係規定：「本法第 51 條第 2 項所稱民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，指民間機構於興建營運期間內，因興建營運公共建設所取得及為繼續經營公共建設所必要之資產及設備。」可見被上訴人與上級機關教育部往來公文，係根據促參法 51 條第 2 項、促參法施行細則第 47 條第 2 項第 2 款等關於「營運資產」之移轉問題，與促參法第 51 條第 1 項「特許權利」之移轉完全無關。上訴人刻意將系爭「營運資產轉讓契約」之轉讓標的包括「營運資產、設備」及「興建」，並進而將「興建」解釋為「特許權利」，顯然與促參法第 51 條第 1 項及第 2 項分別規定之意旨不符。再者，促參法第 51 條第 3 項明文規定：「違反前二項規定者，其轉讓、出租或設定負擔之行為，無效。」此規定明白規定轉讓行為違反促參法第 51 條第 1 項或第 2 項之規定為無效，此為強制禁止規定，具有使違反規定之轉讓行為私法契約無效之效力（民法

第 71 條參照)。因此，被上訴人與○○公司間之民間參與投資契約第 193 條規定必須經他方同意，否則不得轉讓，並未違反上開促參法第 1 項與第 2 項之規定。

- (三)按當事人約定一方對於他方於一定擔保事故發生時，即應為一定之給付者，學說上稱之為擔保契約。此項契約具有獨立性，於擔保事故發生時，擔保人即負有為給付之義務，不以主債務有效成立為必要，自不得主張主債務人所有之抗辯，與民法上之保證契約具有從屬性或補充性不同，此有最高法院 94 年度台上字第 1134 號判決意旨可參。被上訴人與○○公司就被上訴人第三期學生宿舍委託興建案，於 93 年 6 月 14 日簽訂「委託興建營運契約」，並由上訴人於 93 年 6 月 21 日為○○公司之履約連帶保證人，出具 3,000 萬元之「履約保證金連帶保證書」，依據該保證書第 2 條約定：「貴校依契約第 12.7 條規定。認為有沒收民間機構履約保證金之情形，一經貴校書面通知本行後，本行當即在前開保證金總額內，依貴校書面通知所載金額無條件如數撥付絕不推諉拖延，且無須經過任何法律或行政程序。」，第 3 條約定：「本行茲確認因簽署本保證書而對貴校所負之債務為獨立債務，與民間機構及貴校間之債權債務無從屬關係。本行絕不援引民間機構之主張或其他抗辯，拒絕給付上開履約保證金予貴校。」，故上訴人所出具之履約連帶保證書乃獨立、無因之性質，並未以發生損害為請求給付履約保證金之要件，故並未兼具違約金性質。因此，被上訴人只須證明訴外人○○公司未能履約或因疏忽缺失、工程品質低劣、或故意遲延給付致被上訴人受損即可，無須對上訴人舉證證明實際上損失數額，如被上訴人實際所受損害低於系爭履約保證書所載數額，亦屬嗣後上訴人與○○公司間損害賠償分擔之問題，此乃因上訴人於保證書內已載明放棄先訴抗辯權之緣故，上訴人自不得以此作為拒絕履約之抗辯事由。且上訴人出具履約保證金保證書之目的係為代替○○公司依系爭委託興建營運契約約定本應繳交三千萬元之履約保證金，則上訴人之主要義務即在付款而非履約或損害賠償。又該履約保證書具有獨立性及無因性，業如前述，故只要被上訴人提出○○公司有系爭委託

興建營運契約第 12.7 條所規定之違約情形，一經書面通知後，上訴人當即在前開保證金總額內，依被上訴人書面通知所載金額無條件如數撥付被上訴人，無須被上訴人證明其實際損害額為何，蓋實際損害額為何，乃係被上訴人與○○公司間之問題，縱被上訴人實際損害額低於 3,000 萬元，亦屬嗣後被上訴人退還○○公司之問題，而非上訴人所得主張。故上訴人抗辯被上訴人並無實際損害 3,000 萬元，其無庸如數給付三千萬元云云，與兩造所約定之履約保證書內容不符，亦難採憑。

(四)依最高法院 91 年度台上字第 901 號判決：「按一般履約保證金乃契約當事人之一方，為確保其契約之履行，交付於他方一定之金額，以為履行契約之擔保。而履約保證金保證書，則在擔保上開保證金之給付，替代履約保證金現金之提出。除此之外，該保證金或保證書，是否兼具於不履行契約或不依約履行時，充作違約金之性質，應綜觀契約約定之內容定之。本件丙銀行迭次抗辯系爭履約保證金之約定，乃在乙公司就系爭工程有違約不履行，致甲機關蒙受損害時，所應支付與甲機關之款項，其性質屬民法上之違約金，且依兩造間『履約保證金保證書』第二條約定，伊僅負『損害賠償』之保證責任，甲機關先證明受有損害及其損害之程度，伊始有給付之義務云云，並請求依職權予以核減。乃原審未細究契約約定之內容，並敘明該重要之攻擊方法何以不足採取之意見，僅以依約履約保證金可以現金或保證書為之，於訂約前按合約總價（決標總價）百分之十提交甲機關作為履約之保證等情詞，即謂其性質非屬違約金，尤嫌疏略。兩造上訴論旨，分別指摘原判決於己不利部分為不當，求予廢棄，均非無理由。」因之，被上訴人認為系爭履約保證金保證書並未兼具不履行之損害賠償違約金性質，而上訴人則持反對見解。惟根據上開最高法院判決意旨，是否兼具有違約金性質，應綜觀契約約定之內容定之。被上訴人舉另案工程履約保證金保證書之記載，供鈞院與本案比較：(1)本案上訴人出具之履約保證金保證書第 2 條及第 3 條約定，參酌上開約定，可見系爭履約保證金保證書約定給付之要件，係「貴校依契約

第 12.7 條規定認為沒收民間機構履約保證金之情形」，完全未提及任何被上訴人發生「損害」，上訴人應負「損害賠償」責任等文字，故上訴人提供履約保證金保證書，並非以僅負「損害賠償」之保證責任，而係代替○○公司依系爭委託興建營運契約約定本應繳交 3,000 萬元之履約保證金之獨立擔保目的，上訴人之主要義務即在付款而非履約或損害賠償。(2)訴外人華僑銀行為承包商長虹工程股份有限公司所承包東西向快速公路某區段標之工程，向業主交通部公路總局東西向快速公路南區工程處（前身為台灣省交通處公路局東西向快速公路南區工程處）所出具之履約保證金保證書，該保證書第 2 條約定：「承包商與公路局簽訂上項工程合約後，如承包商未能履約或因其他疏忽缺失，工程品質低劣，致使公路局蒙受損失，則不論此等損失係屬何種原因，本行均負賠償責任。本行一經接獲公路局書面通知，即日將上述履約保證金新台幣○○○元整如數給付公路局，絕不推諉拖延。公路局自行處理該款，無需經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議，並放棄先訴抗辯權。」，此另案是「如承包商未能履約或因其他疏忽缺失，工程品質低劣，致使公路局蒙受損失，則不論此等損失係屬何種原因，本行均負賠償責任。」明確以「公路局受有損害」為提供該履約保證金保證書之銀行負責「賠償」之要件。因之，兩相對照，可知本案並不以發生損害為要件。再者，系爭履約保證金保證書第 3 條特別標示其履約保證金保證債務具有「獨立性」、「無因性」，並未以發生損害為請求給付履約保證金之要件，故並未兼具違約金性質。另案則無此等記載。因此，被上訴人認為系爭履約保證金保證書具有獨立擔保契約之性質，與民法上保證契約具有從屬性或補充性不同。因此，在○○公司仍為系爭委託興建營運契約當事人之情形下（此部分上訴人否認），且確實發生系爭委託興建營運契約第 12.7 條新規定之違約情形，被上訴人確實得根據系爭履約保證金保證書第 2 條之約定請求上訴人給付履約保證金 3,000 萬元。

(五)關於利息起算點之部分，根據原審判決第五段記載：「故原告主張履約保證金利息之起算日應自 15 日後即 95 年 4 月 13 日

起算，應為可採。」但原審判決主文記載為：「被告應給付原告新臺幣叁仟萬元及自民國九十四年四月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」可見此應係判決主文之誤寫，應由原審法院或由鈞院依民事訴訟法第 232 條更正即可，並非作為上訴理由之一。

三、證據：除援用原審提出之證據外，補提：另案履約保證金保證書、行政院公共工程委員會 92 年 1 月 24 日工程技字第 09200 038570 號函、國立中正大學第三期學生宿舍地上權設定契約、嘉義縣大林地政事務所他項權利證明書、地上權設定契約書（公契）、訴外人○○公司與勵聯公司所簽訂之「營運資產轉讓契約」、被上訴人同意書、訴外人○○公司與勵聯公司間地上權移轉登記他項權利證明書、嘉義縣政府建造執照、勵聯公司及○○公司與兆豐銀行授信契約、訴外人勵聯公司設定「權利抵押權」他項權利證明書（均影本）等件為證。

理 由

- 一、本件上訴人之原法定代理人羅仁權，因任期屆滿，於本件訴訟程序中變更為柳金章，有被上訴人提出之教育部 96 年 5 月 22 日台人(一)字第 0960072080 號函在卷可稽（見本院卷第 139 頁），並具狀聲明承受訴訟，於法並無不合，應予准許，合先敘明。
- 二、被上訴人主張：伊與○○公司就被上訴人第三期學生宿舍委託興建案，於 93 年 6 月 14 日簽訂「委託興建營運契約」，並由上訴人於 93 年 6 月 21 日為○○公司之履約連帶保證人，出具 3,000 萬元之「履約保證金連帶保證書」，依據該保證書第 2 條及第 3 條約定可知，上訴人所出具之履約連帶保證書乃獨立、無因之性質。因此，被上訴人只須證明承包商未能履約或因疏忽缺失、工程品質低劣、或故意遲延給付致被上訴人受損即可，無須對上訴人舉證證明實際上損失數額，如被上訴人實際所受損害低於系爭履約保證書所載數額，亦屬嗣後上訴人與○○公司間損害賠償分擔之問題，此乃因上訴人於保證書內已載明放棄先訴抗辯權之緣故，上訴人自不得以此作為拒絕履約之抗辯事由。又○○公司雖依營運資產轉

讓契約將營運資產轉讓給勵聯公司，然依被上訴人與○○公司簽訂之委託興建營運契約第2章第4條是有關於「權利處分之限制」約定，非義務承擔之約定，是約定契約權利或其他權益轉讓、出租、設定負擔之約定，不是契約權利與義務之全部轉讓約定，因此契約之義務仍為原契約之當事人。就本件而言，負履行契約義務者仍為○○公司，而上訴人為昱成公司之保證人，○○公司之履約契約義務與責任既未免除，則保證責任當然亦未脫免。再由○○公司與勵聯公司所訂立之「營運資產轉讓契約」第5.3條及第5.4.1條之條款可知，○○公司與勵聯公司之資產轉讓契約，可能因契約合意終止或甲方（○○公司）行使介入權，而由○○公司負責完成建造責任，並不會影響上訴人應負之履約保證責任，上訴人所簽立之保證契約，係擔保○○公司對被上訴人之履約責任，雖此履約責任已由勵聯公司承受，惟勵聯公司若不履行契約責任，被上訴人仍得依其與○○公司所簽訂之契約，要求○○公司負責，故上訴人對被上訴人應負之保證責任，並不會因履約主體之變更而受影響。至於上訴人是否同意○○公司與勵聯公司之資產轉讓契約，是另一個問題，不得以此作為拒絕給付履約保證金之理由，故上訴人辯稱○○公司已移轉興建營運工程予勵聯公司，從而○○公司不再負有不履約之賠償責任，上訴人更無給付履約保證金之理云云，顯然為卸責之詞，不足採信。因之，上訴人應負之履約保證責任，不因○○公司將資產移轉給勵聯公司而受影響，又依實務運作情形，履約保證金連帶保證書等同現金蓋因機關如認為民間團體有違約之情形者，一經機關書面通知保證銀行，保證銀行即當在保證金額內將機關通知之金額如數給付被告應負之履約保證金數額，亦無須考慮被上訴人實際所受之損害數額，只須勵聯公司確有不履行契約或遲延給付之事實存在，上訴人即應給付3,000萬元之履約保證金，況且依系爭委託興建營運契約第16.2.1條規定，若有可歸責於○○公司而屬情節重大之事由，依16.1.3條第2項規定，可視情節輕重要求○○公司繳納每件每日20,000元至100,000元之懲罰性違約金，有持續之情形者，得按日連續處罰至改善為止。而

本件工程違約情形重大，停工至今已逾 300 天，如每日扣罰 100,000 元之懲罰性違約金已超過 3,000 萬元，且被上訴人因上訴人對履約保證金異議，致無法取得該保證金，並影響新廠商接管之意願，若要重新招募廠商承攬該工程，亦需編列一筆程序費用，更遑論被上訴人原可啟用該宿舍，並收取學生之住宿費用等收益等情，爰請求命上訴人給付履約保證金 3,000 萬元及自 95 年 4 月 13 日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息之判決等語。

三、上訴人則以：被上訴人於招商作業中經其甄審委員會，評審○○公司取得最優申請人資格，即表示○○公司依其當時提出之財務能力證明、興建營運能力證明等，經甄審委員會之審查，具有承攬興建營運該學生宿舍之能力，上訴人亦係因○○公司取得最優申請人資格，而依申請須知及契約規定，始於 93 年 6 月 21 日出具該履約保證金連帶保證書，此保證書之保證對象，僅止於○○公司，並未載明可擴及其他對象。茲被上訴人於 93 年 6 月 14 日與○○公司簽訂「委託興建營運契約」時，該契約內並無提及勵聯公司，○○公司隨即於 93 年 6 月 21 日與勵聯公司簽訂「營運資產轉讓契約」，而簽訂「營運資產轉讓契約」後，同時勵聯公司並以取得被上訴人第三期學生宿舍 BOT 案興建權及經營特許權向兆豐銀行總管理處申請開發融資 7.98 億元，如勵聯公司並未取得興建權及經營特許權，則兆豐銀行豈會撥貸融資，又勵聯公司於 94 年 12 月 1 日停工後，被上訴人於召開協調會議、通知改善工程時，均通知勵聯公司與會、改善工程另上訴人認為依被上訴人提出之工程預定進度表，其開工日期為 94 年 2 月 15 日，自 93 年 6 月 21 日○○公司與勵聯公司簽訂「營運資產轉讓契約」至開工日止，仍有為期 8 個多月之一段時日，且被上訴人於停工後曾召開協調會議及通知改善工程，均通知勵聯公司與會、改善工程。被上訴人即已知○○公司將興建營運資產轉讓與勵聯公司，仍未立即主張○○公司違約，改由次優申請人取得該營運興建工程或重新招募廠商由其甄審委員會重新審查，而仍同意勵聯公司於開工日進場施作，足顯然證明被上訴人自有其疏失，並證明被上訴人同意○○公司與勵聯

公司之資產轉讓契約甚明。又查該「營運資產轉讓契約」，並無任一條款載明，該承任契約係為併存之債務承擔契約；另查承任契約係為債務人之利益而設，其主旨在使債務人免其責任，故承任人一經表示承任，並經債權人同意，原債務人即脫退原債務關係，逕由承任人對於債權人負清償之責（最高法院 19 年度上字第 173 號判例參照）；又按保證債務為從債務，主債務消滅者，保證債務亦隨之消滅。此為當然之理，無待法律之明文，並應作當然之解釋。是以，依據上開最高法院判例，○○公司之主債務關係既已脫退，而勵聯公司亦非上訴人出具履約保證金連帶保證書之保證責任對象，則上訴人之保證從債務當然隨之消滅。而就被上訴人主張依上訴人所出具之履約保證金連帶保證書乃無因、獨立之性質云云，然按前述，○○公司之主債務關係既已脫退，上訴人之保證債務並隨之消滅，而勵聯公司亦非上訴人出具履約保證金連帶保證書之保證責任對象，因此，該保證書已無再得適用之餘地，勵聯公司施作結果有無瑕疵或損害，與上訴人無涉，上訴人自然更無因保證書無因、獨立之性質有無條件撥付保證金之義務，且被上訴人請求是否有當，猶待檢視履約保證金之擔保效力範圍、承包廠商○○公司有無違約不履行情事、被上訴人蒙受損害事實舉證充足與否後，始能一一判明，尚不得逕以一般單純履約保證契約條款，保證人已放棄民法上先訴抗辯權，即認無待本件上訴人為各項程序暨實體上答辯之必要等語，資為抗辯。

四、兩造不爭執之事項：

- (一)被上訴人於 93 年 6 月 14 日與○○公司簽訂「委託興建營運契約」，○○公司復於 93 年 6 月 21 日與勵聯公司簽訂「營運資產轉讓契約」，而簽訂「營運資產轉讓契約」後，勵聯公司並以取得被上訴人第三期學生宿舍 BOT 案興建權及經營特許權向兆豐銀行總管理處申請開發融資 7.98 億元。
- (二)上訴人於 93 年 6 月 21 日為○○公司之履約連帶保證人，出具 3,000 萬元之「履約保證金連帶保證書」，依據該保證書第 2 條約定：「貴校依契約第 12.7 條規定認為有沒收民間機構履約保證金之情形，一經貴校書面通知本行後，本行當即在

前開保證金總額內，依貴校書面通知所載金額無條件如數撥付絕不推諉拖延，且無須經過任何法律或行政程序。」，第3條約定：「本行茲確認因簽署本保證書而對貴校所負之債務為獨立債務，與民間機構及貴校間之債權債務無從屬關係。本行絕不援引民間機構之主張或其他抗辯，拒絕給付上開履約保證金予貴校。」。

(三)中正大學學生宿舍興建工程應於95年8月24日完工，並提供學生進住，惟於94年12月1日完成地下室頂版後停工至今。

(四)被上訴人有同意○○公司於93年6月21日與勵聯公司所簽訂「營運資產轉讓契約」。

五、兩造爭執之事項：

(一)訴外人○○公司於93年6月21日與訴外人勵聯公司所簽訂之「營運資產轉讓契約」，是否已發生債務承擔之合意，而使訴外人○○公司脫離本件興建工程之債務關係？

(二)本件履約保證金契約之性質及求償範圍？

(三)訴外人○○公司將營運資產讓與訴外人勵聯公司後，上訴人是否仍應負履約保證責任？

(四)被上訴人可否不計實際損失而且請求3,000萬元履約保證金？

六、本院判斷：

(一)按債務承擔，有免責的債務承擔及併存的債務承擔之別，前者於契約生效後原債務人脫離債務關係，後者為第三人加入債務關係與原債務人併負同一之債務，而原債務人並未脫離債務關係（最高法院49年台上字第2090號判例意旨參照）。經查，本件被上訴人與訴外人○○公司於93年6月14日就被上訴人第三期學生宿舍委託興建安簽訂委託興建營運契約（下稱系爭委託興建營運契約，見原審院卷第130-176頁）後，訴外人○○公司又於93年6月21日與勵聯公司簽訂「營運資產轉讓契約」（見原審卷第36-46頁），雙方約定依促參法及相關機關訂定之規定，將被上訴人第三期學生宿舍興建專案之營運資產轉讓由勵聯公司承受，而○○公司雖將其與被上訴人簽訂「委託興建營運契約」所取得之營運資產、設備，轉讓與勵聯公司。惟依「營運資產轉讓契約」第

2.2.1 條：「乙方（勵聯公司）因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經甲方（○○公司）書面同意或本契約另有約定外，不得轉讓、出租或設定負擔。」；第 3.1 條：「乙方（勵聯公司）承諾有效年限屆滿時，應於甲方（○○公司）要求之期間內，將土地無條件返還，並將當時現存之營運資產無償概括移轉與甲方或甲方指定之第三人。」；第 3.5 條：「乙方（勵聯公司）承諾每年以下列方式支付權利金給甲方（○○公司）……。」；第 5.3 條：「雙方合意終止契約時，應就有關資產之移轉及其他權利義務關係，應另行議定之。」；第 5.4.1 條：「乙方（勵聯公司）違反本契約，或本案之執行發生遲延或障礙，可合理預期無法繼續進行，乙方應同意甲方（○○公司）行使介入權，即乙方於國立中正大學第三期學生宿舍專案契約之營運資產轉讓予甲方，甲方並可移轉上述權利予甲方指定之人，但甲方並無必須介入之義務。」等之約定可知，○○公司與勵聯公司之資產轉讓契約，可能因契約合意終止或甲方（○○公司）行使介入權，而由○○公司負責完成建造責任，核其契約內容，○○公司與勵聯公司雖已發生債務承擔之合意，惟○○公司並未脫離與被上訴人之委託興建營運契約。且○○公司與勵聯公司於營運資產轉讓契約中約定應依促參法規定，而依促參法第 51 條規定：「民間機構依投資契約所取得之權利，除為第 52 條規定之改善計畫或第 53 條規定之適當措施所需，且經主辦機關同意者外，不得轉讓、出租、設定負擔或為民事執行之標的。民間機構因興建、營運所取得之營運資產、設備，非經主辦機關同意，不得轉讓、出租、或設定負擔……。」，故被上訴人雖不爭執同意○○公司與勵聯公司所簽訂之「營運資產轉讓契約」，惟觀諸被上訴人之同意書內容：「…立同意書人（即被上訴人）茲依○○聯合科技股份有限公司及該公司為執行『本契約』（即被上訴人第三學生宿舍專案契約及該宿舍地上權設定契約）聯合其他發起人所成立專案公司勵聯實業股份有限公司之請求，同意下列事項……。」（見本院卷第 105 頁）可知其乃係配合促參法及其與被上訴人委託興建營運契約第 2.4.2 條之規定，而出具同意書予昱

成公司、勵聯公司及兆豐銀行，目的係為使勵聯公司及○○公司共同向兆豐銀行借款以籌措投資興建被上訴人學生宿舍BOT案所需資金之用，而勵聯公司受讓上開興建營運契約後即與○○公司為共同借款人，以本件興建工程標的向兆豐銀行申請建築融資7.98億元，此有兆豐銀行96年8月10日（96）兆銀營字第0566號覆函在卷可稽（見本院卷第87頁）。故上訴人雖主張被上訴人不爭執有同意○○公司與勵聯公司所簽訂之「營運資產轉讓契約」，甚至報經教育部同意備查，且勵聯公司擔任被上訴人學生宿舍之起造人云云。惟綜觀上開營運資產轉讓契約、被上訴人之同意書及兆豐銀行之覆函內容可知，被上訴人雖有同意之事實，惟依其同意書之真意，乃係同意勵聯公司加入被上訴人與○○公司之學生宿舍興建營運契約。因之，本件被上訴人學生宿舍委託興建工程因勵聯公司之承擔加入與原債務人即○○公司併負同一之債務，職是，訴外人○○公司並未脫離本件興建工程之債務關係。

(二)次按履約保證金契約，係指基於保證債務人會依約履行債務之目的，債權人與債務人約定由債務人提供履約保證金之契約，即係以履約保證金之繳納、發還、沒收等為標的之契約。而履約保證金係為保證得標廠商（債務人）會依約履行債務所為之擔保。債務人就履約保證金負有附停止條件之返還義務，其停止條件即為交付保證金之債務人所負之債務之履行完畢。因此，於債權債務關係終了時，債務人履行債務完畢，無債務不履行情事者，停止條件成就時，債權人即應返還履約保證金。是以，履約保證金之性質，參酌上開說明，本係信託之所有權讓與。復按工程實務上，定作人為促使承攬人能履行契約，多要求承攬人提出履約保證金以為擔保，履約保證金係於訂約時即應給付，惟為顧及得標廠商（承攬人）於訂約時，有無法提出鉅款繳納履約保證金之困難，乃肯認得以經定作人認可之金融機構出具保證書以代替現金給付。故履約保證金保證書之主要義務在付款而非履約，性質上為承攬人應繳交定作人履約保證金之替代，因保證銀行出具保證書，即使承攬人毋庸繳納依工程合約所應繳納之履約

保證金，而將之移轉由出具該保證書之保證銀行承擔，是該保證書實屬付款之承諾，為現金之替代，具有利益第三人（即定作人）之性質，定作人得依此保證書逕向保證銀行請求給付，有其獨立性與無因性。又保證銀行出具保證書，係擔保履約保證金之交付為目的，並非違約時所發生損害賠償之保證，與民法上之保證具備從屬性及補充性迥異。申言之，履約保證為定作人與保證銀行間之契約關係，要與承攬人及定作人間之承攬契約，或承攬人及保證銀行間契約關係均各自獨立。履約保證之法律關係全依保證銀行出具之保證文件內容獨立認定，定作人只須證明損失發生原因確係因保證書約定之事項發生，即可逕就履約保證金取償，無須證明所受損失數額，保證銀行即應依約給付。至定作人實際損失金額若干，乃其與承攬人間之關係，要非保證銀行所得主張或援引抗辯（最高法院 93 年台上字第 1229 號、92 年台上字第 2165 號判決參照）。本件被上訴人與○○公司就被上訴人第三期學生宿舍委託興建案，於 93 年 6 月 14 日簽訂「委託興建營運契約」，並於上訴人於 93 年 6 月 21 日為○○公司之連帶保證人，出具 3,000 萬元之「履約保證金連帶保證書」，而該履約保證金連帶保證書記載：「一、立連帶保證書人（保證人）○○商業銀行高雄分行（以下簡稱『本行』）茲因○○聯合科技股份有限公司（以下簡稱『民間機構』）取得國立中正大學之『國立中正大學第三期學生宿舍民間參與興建經營招商作業案』之最優申請案件申請人資格，依申請須知（含其變更或補充）及契約規定應向貴校繳納履約保證金新台幣叁仟萬元整，該履約保證金由本行開具本連帶保證書負連帶保證責任。二、貴校依契約第 12.7 條規定認為有沒收民間機構履約保證金之情形，一經貴校書面通知本行後，本行當即在前開保證金總額內，依貴校書面通知所載金額無條件如數撥付絕不推諉拖延，且無須經過任何法律或行政程序。三、本行茲確認因簽署本保證書而對貴校所負之債務為獨立債務，與民間機構及貴校間之債權債務無從屬關係。本行絕不援引民間機構之主張或其他抗辯，拒絕給付上開履約保證金予貴校。」等語，有履約保證金連帶保證書一紙在卷可稽（見

原審卷第9頁)。故依其約定意旨，係上訴人對被上訴人承諾於訴外人○○公司依約應繳交被上訴人履約保證金時，其即按約定數額代○○公司繳付。且不論被上訴人損失原因為何，上訴人一經接獲被上訴人書面通知，即應如數給付履約保證金，絕不推諉拖延。該保證書之內容顯與工程實務相符，揆諸上開說明，系爭履約保證金連帶保證書契約乃替代履約保證金現金之提供，立保證書人即上訴人負有於所約定事由發生時向受保證之他方即被上訴人為現實提出給付履約保證金之義務，而具有獨立性與無因性，與一般保證不同，更無○○公司不履行契約或不依約履行時，充作違約金之性質，上訴人非兼負「損害賠償」之保證責任。是上訴人主張系爭履約保證金連帶保證書乃兼具於不履行契約或不依約履行時，充作損害賠償違約金性質，上訴人既未證明其受有損害，亦未證明造成損害之責任歸屬等語，實屬誤會，而不足取。

(三)承上，○○公司雖於93年6月21日將被上訴人第三期學生宿舍專案契約之營運資產轉讓由勵聯公司承受，惟觀諸該營運資產轉讓契約及被上訴人所出具之同意書之內容，勵聯公司仍應以原債務人即○○公司之現存債務為準，且○○公司並未脫離本件系爭委託興建工程之債務關係，其與勵聯公司對被上訴人而言，應屬併存之債務承擔，依其性質應屬連帶債務，而原債務人既未脫離債之關係，第三人提供之擔保自不應有何變動。因之，上訴人既為○○公司之履約連帶保證人，仍應負履約保證責任。且上訴人之主要義務即在付款而非履約，又該履約保證書具有獨立性及無因性，並未以發生損害為請求履約連帶保證金之要件，未兼具違約金性質，業如前述。故僅須被上訴人提出○○公司有系爭委託興建營運契約第12.7條所規定之違約情事，一經書面通知後，上訴人當即在前開保證金總額內，依被上訴人書面通知所載金額無條件如數撥付被上訴人，無須被上訴人證明其實際損害額為何。蓋實際損害額為何，乃係被上訴人與○○公司間之問題，縱被上訴人實際損害額低於3,000萬元，亦屬嗣後被上訴人退還○○公司之問題，非上訴人所得主張。而本件○○公司

於94年12月1日完成地下室頂版後即已停工，為兩造所不爭執，並有照片8張附卷可稽（見原審卷第78-81頁）。被上訴人即於95年3月1日以中正大學郵局第00006號存證信函催告○○公司限期改善，並補正已落後之進度（見原審卷第11-14頁），並同時以副本通知上訴人。惟○○公司自收受通知後並未就限期改善事宜為任何回應，被上訴人遂於95年3月22日以中正總字第0950002727號函文通知上訴人關於昱成公司已違約，上訴人應將3,000萬元履約保證金撥付予被上訴人（見原審卷第14頁），顯知被上訴人已盡書面通知之義務，上訴人自應依履約保證金連帶保證書第二、三條之規定，不得援引民間機構即○○公司之主張或其他抗辯而無條件如數撥付履約保證金3,000萬元予被上訴人，殆無疑義。

七、綜上所述，系爭履約保證金連帶保證書性質上為履約保證金之現金之代替，具有獨立性，而○○公司雖與勵聯公司訂立「營運資產轉讓契約」，惟並未脫離本件被上訴人學生宿舍興建工程之債務關係，且○○公司於94年12月1日完成地下室頂版後即停工，已發生系爭委託興建營運契約第12.7條所規定之遲延履約情事，被上訴人自得請求上訴人給付履約保證金，而被上訴人於95年3月22日發函通知上訴人於15日內給付履約保證金，上訴人於95年3月28日函覆被上訴人（見原審卷第15頁），故上訴人至遲應於95年3月28日收到被上訴人之催告，故被上訴人主張履約保證金利息之起算日應自15日後即95年4月13日起算，應為可採。從而，被上訴人依兩造履約保證金連帶保證書第二條約定，請求上訴人應給付履約保證金3,000萬元及自95年4月13日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息，自屬有據，應予准許。是則原審判命上訴人如數給付，並依兩造之聲請，為准、免假執行之宣告，於法並無違誤。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回其上訴。

八、末按，判決如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，法院得依聲請或依職權以裁定更正之，其正本與原本不符者，亦同，民事訴訟法第232條第1項定有明文。查原審判決主文

第一項就其中遲延利息起算日之記載，本應記載為「自民國九十五年四月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」，誤載為「自民國九十四年四月十三日起至清償日止，按年息百分之五計算之利息。」，顯屬誤寫，爰依職權予以更正如主文第二項所示。

九、又本件事證已臻明確，兩造其餘主張陳述及攻擊防禦方法，核與判決之結果不生影響，爰不逐一論述，附此敘明。

十、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 96 年 9 月 11 日

民事第四庭 審判長法 官 王惠一

法 官 林永茂

法 官 王浦傑

上為正本係照原本作成。

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，未表明上訴理由者，應於上訴後 20 日內，向本院提出理由書（須附繕本）。依法須繳納裁判費並應委任律師為訴訟代理人，始得上訴。

中 華 民 國 96 年 9 月 11 日

書記官 謝淑玉

【附記】

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：

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。

資料來源：臺灣高等法院臺南分院民刑事裁判書彙編（96 年版）第 178-205 頁