

中華民國仲裁協會仲裁判斷書 98 年度仲雄聲義字第 024 號

稱謂	姓名或法人名稱	住居所或營業所
聲請人	堃城不銹鋼產業有限公司	設高雄市瀨南街 36 之 1 號
法定代理人	邱○○	住同上
代理人	吳小燕律師	住高雄市中正四路 211 號 18 樓之 5
代理人	許登科律師	住同上
代理人	胡仁達律師	住同上
代理人	吳崑源	住台南縣將軍鄉將貴村 24 號
代理人	邱双喜	住台南縣將軍鄉長沙村 1-6 號
代理人	陳有忠	住高雄市加宏路 235 號
代理人	邱明得	住同上
代理人	林美君	住同上
相對人	台南縣政府	設台南縣新營市民治路 36 號
法定代理人	蘇○○	住同上
代理人	楊丕銘律師	住台南市中山路 90 號 11 樓之 18
代理人	吳俊傑	住同上
代理人	周志維	住同上

上開當事人間請求損害賠償等仲裁事件，本會仲裁判斷如下：

主 文

- 一、相對人應給付聲請人新台幣柒佰零貳萬陸仟玖佰捌拾元整，及自民國 98 年 6 月 24 日起至清償日止，按周年利率百分之五計算之利息。
- 二、聲請人其餘之請求駁回。
- 三、仲裁費用由相對人負擔百分之二十六，餘由聲請人負擔。

事 實

甲、聲請人方面

壹、聲明

- 一、相對人給付聲請人新台幣 2677 萬 7648 元整，及自仲裁聲請書繕本送達相對人翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。
- 二、仲裁費用由相對人負擔。

貳、陳述

程序部分

- 一、按本件聲請人於民國(下同)94 年 12 月 29 日與相對人簽訂「台南縣將軍漁港觀光魚市漁貨直銷中心委託民間機構營運案委託經營契約」(以下稱系爭契約。聲證 1)，乃依據促進民間參與公共建設法(以下稱促參法)簽訂之投資契約，且就雙方爭議解決乙事，依系爭契約第 9.1 條協商規定：「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。如無法以協商方式解決，則得以下列方式解決之。」，第 9.2.1 條規定：「協商無法解決之爭議，得經雙方同意後成立『協調委員會』解決。……」；第 9.3 條規定：「協商不能解決之爭議，就該法律關係任一方認為有必要時，得向中華民國仲裁協會提付仲裁，並依中華民國仲裁法令及中華民國仲裁協會相關規定進行仲裁，且以中華民國高雄市為仲裁地。仲裁判斷無須經法院裁定即得逕為強制執行。」。而查本件聲請人與相對人間之爭議，兩造曾於 97 年 12 月 24 日進行協商，決議事項明載：「協商不成立，進入委託合約協調程序。」等語(聲證 2)。詎料，相對人之後卻未採取任何行動；聲請人曾先後以 97.12.2 海龍王字第 097141 號函請相對人盡速進入協調程序，及 98.2.24 海龍王字第 098029 號函請相對人同意成立協調委員會，期望能有圓滿解決途徑(聲證 3)。乃相對人以 98.3.5 府農漁字第 0980044672 號函，顧左右而言他，僅略以「有關貴公司請求成立協調委員會案，現今雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中。」回覆(聲證 4)，而迄無成立協調委員會之意。聲請人為解決兩造爭議，爰依系爭契約第 9.3 條規定，提起本件仲裁，應認兩造間已有仲裁協議，且本件亦屬依法得和解之爭議，故聲請人向 貴會聲請仲裁，洵屬適法。

二、 相對人台南縣政府主張系爭契約為公法契約，不應聲請仲裁一節，實乃無謂之爭，理由如下：

(一)按「有關現在或將來之爭議，當事人得訂立仲裁協議，規定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。」及「當事人間之文書、證券、信函、電傳、電報或其他類似方式之通訊，足認有仲裁合意者，視為仲裁協議成立。」仲裁法第1條第1項及第4項分別定有明文。復依系爭契約第9章「爭議解決」如下規定：「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。如無法以協商方式解決，則得以下列方式解決之。」（第9.1條）及「協商不能解決之爭議，就該法律關係，任一方認為有必要時，得向中華民國仲裁協會提付仲裁...。」（第9.3條）。又徵以相對人民國98年4月29日府農漁字第0980087971號函：「三、另貴公司所提爭議事項，本府依委託經營契約第9章『爭議解決』規定，於97年12月24日召開雙方協商會議，協商結果不成立...。四、本案貴公司若認為爭議事項尚未解決，貴公司可依合約規定，得向中華民國仲裁協會提付仲裁。」（聲證16）及相對人98年6月29日府農漁字第0980148675號函：「貴公司針對旨揭爭議提付仲裁乙節，依合約規定係屬貴公司之權益，本府無意見...。」等語（聲證17），足見兩造間確有仲裁合意，且凡因本契約有關之事項所生爭議，均得聲請仲裁，殊無限於兩造協商事項之理。

(二)況且，聲請人曾迭向相對人發函促請召集協調委員會，詎相對人迄今仍無召集之意，致系爭契約第10章除外情事等相關規定形同具文，蓋依系爭契約第10.2條規定，若雙方無法在事件發生後2個月內達成協議者，應組成協調委員會進行除外情事之認定程序；並由協調委員會依第10.4.1條規定，選用「於一定期間緩繳、減繳或免繳權利金」、「請求協助或協調金融機構辦理復舊貸款、融資協助或其他纾困方案」、「停止計算或視情節適度延長『委託經營期間』」、「申請減免地價稅、房屋稅及其他稅捐等」及「其他雙方同意之補救措施」等補償方案。又因除外情事，經雙方協商及經協調委員會協調後，於該除外情事發生6個月後，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(第 12.1.3 之 2 條)，可知凡除外情事之認定或其後續法律效果，皆須先行召集協調委員會，方能處理之，倘相對人以他故搪塞敷衍，消極拒絕召集協調委員會，則聲請人亦僅有向 貴會聲請仲裁，以尋解決紛爭乙途。

(三)職是，聲請人業已多次懇請相對人循協調程序解決紛爭，更曾主張除外情事，盼能成立協調委員會認定之，惟遭相對人所拒，導致系爭契約內所載除外情事相關條款無從交由協調委員會認定，亦難採行包括緩繳、減繳或免繳權利金之損害補救措施，兩造間之爭議更難獲得徹底解決；且相對人已於 98 年 8 月 3 日發函通知聲請人終止系爭契約在案(聲證 18)是以，本件已非延緩或暫停履約及繳付定額權利金之問題而已，故相對人所稱本件聲請與法不合云云，顯不足採憑。

三、本件聲請仲裁程序確屬合法，相對人前曾同意聲請人就履約爭議提付仲裁，現卻又改稱不同意云云，適足映照出其百般迴避、不願處理問題之心態。

(一)就本件聲請仲裁之程序事項，相對人屢謂：伊所認知之特定爭議始終限於主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元之規定(參相對人民國 98 年 9 月 9 日仲裁答辯書三狀，頁 1 至 2；98 年 8 月 4 日仲裁答辯書，頁 1 至 3)。復且，相對人又於 98 年 9 月 8 日仲裁陳報狀泛謂：伊不同意聲請人就系爭爭執提付仲裁云云。

(二)查聲請人於提起本件仲裁前，即曾分別以 97 年 12 月 2 日海龍王字第 097141 號函通知相對人：「本公司承攬將軍漁港觀光魚市經營，針對貴府應履行卻不為履行委託經營契約規定引發之爭議事項，其間經各持立場之函詢、答覆，始終未能達成共識，惟此已具備實質協商不成之程序...請儘速進入協商程序...。」及 98 年 2 月 24 日海龍王字第 098029 號函：「本公司承攬將軍漁港觀光魚市暨魚貨直銷中心之營運案，因經營契約履行發生爭議或除外情事等未盡事宜，經雙方協商不成立，爰請同意成立協調委員會...。」(見聲證 3)。相對人則函覆稱：「有關貴公司請求成立協調委員會案，現

今雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中...。」（見聲證 4）。

(三)再聲請人提起仲裁之後，亦曾以 98 年 6 月 23 日海龍王字第 098093 號函，向相對人表示：「主旨：就台南縣將軍漁港觀光魚市暨漁貨直銷中心委託經營契約履約爭議乙案，本公司已向中華民國仲裁協會聲請仲裁，謹請通知...說明：一、依 貴我簽訂之委託經營契約第 9 章之約定，凡本公司有關事項之爭議，應循協商、協調及仲裁程序解決之。惟本公司曾多次發函促請貴府應成立協調委員會以謀息爭，然迄今 貴府仍未為準駁之表示，本公司不堪爭議延宕之損害，爰於今（98）年 6 月 22 日，委請律師具狀向中華民國仲裁協會聲請仲裁在案...二、貴我間之履約爭議事由，已構成除外情事而得終止契約。依委託經營契約第 12、3、4 條規定，本公司應得請求 貴府返還履約保證金之全部，且雙方得依公平誠信原則，協商解決處理。」等語（聲證 28）。相對人於收受上開函文後，則以 98 年 6 月 29 日府農漁字第 0980148675 號函回稱：「主旨：有關貴公司來函說明就將軍漁港漁貨直銷中心委託經營契約履約爭議向仲裁協會聲請仲裁案，復如說明...說明：一、復 貴公司 98 年 6 月 23 日海龍王字第 098093 號函。二、貴公司針對旨揭爭議提付仲裁乙節，依合約規定係屬貴公司之權益，本府無意見。」等語（見聲證 17）；再者，相對人於 98 年 8 月 5 日仲裁答辯書（二）內，自陳兩造曾以非正式會議方式洽談合意終止契約，聲請人並得提出包括返還履約保證金等方案，僅係因當時監察院前來查核不同意該終止契約方案而作罷等語（頁 6 至 7），可知在提起本件仲裁前，相對人對於聲請人之訴求，早已了然於胸。詎料，直至 貴會依法進行本件仲裁程序時，相對人卻又變稱延緩或暫停履約及繳付定額權利金以外之爭議，兩造均未進行協商，率爾主張本件仲裁不合法云云，顯非事實，當屬其詞窮之辯！

(四)第按「投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應以誠實及信用之方法。」促進民間參與公共建設法第 12 條第 2 項定有明文；而兩造於 94 年 12 月 29 日簽訂之系爭契約第

9.1 條（協商）係約定：「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。如無法以協商方式解決，則得以下列方式解決之。」、第 9.3 條（仲裁）則約定：「協商不能解決之爭議，就該法律關係，任一方認為有必要時，得向中華民國仲裁協會提付仲裁...。」是兩造針對履約所生之爭議，本應依憑誠信原則共謀解決之道。經查，兩造針對漁貨直銷中心履約之爭議，早在 97 年 12 月 24 日即開會商議，席間聲請人曾針對「投資計畫書規範住宿服務」、「營運資產未確實驗收，致影響正常營運」、「禁止漁貨叫賣銷售」、「請求履行協辦事項」及「漁貨拍賣市場功能重疊」等節，提案討論（聲證 29），凡此均為兩造間履約所生之爭議事實，而聲請人主張應延緩或暫停履約及繳付定額權利金，僅係聲請人針對上開爭議事項所提出之請求，二者之關係類同民事訴訟法中「訴訟標的及其原因事實」及「應受判決事項之聲明」之概念，否則倘依相對人錯誤之認知，豈非謂仲裁之聲明與仲裁前協商之請求有所不同者，如請求自聲請仲裁翌日起計算之遲延利息，甚或請求相對人負擔仲裁費用等等，因從未經於協商程序中表達，故均不得提起仲裁？其主張不合理之處，彰彰甚明。況且，依系爭合約之約定，協商之前提，須雙方秉持誠信為之，是相對人對於聲請人提起仲裁聲請前，僅請求延緩或暫停履約及繳付定額權利金之主張，既已表示不同意，則相對人又豈會在另一次協商程序中同意聲請人終止契約及請求返還履約保證金等聲明？益徵相對人以此抗辯，其用意僅在妨礙聲請人主張權利甚明。為此，懇請 貴會鑒察，勿受相對人無端之詞所誤導，亦請 相對人正視聲請人參與公共建設案所面臨之困局，共尋息爭之道，勿再以此無益事項置辯！

四、查相對人與聲請人於民國（下同）97 年 12 月 24 日針對包括「規劃住宿服務」、「營運資產未依原設計安裝」、「禁止聲請人叫賣漁貨」、「未依初期協辦事項履行」及「放任拍賣市場代客拍賣」等爭議進行協商，因兩造未能達成任何共識，決議「協商不成立、進入委託合約協調程序」（聲證 2）。嗣聲請人即多次發函促請相對人同意成立協調委員會，詎相對人皆以他故拖延搪塞，絲毫無意成立協調委員

會（聲證 3 及 4）。是以兩造上揭爭議已協商不能解決且協調不成，合先說明。

五、按「有關現在或將來之爭議，當事人得訂定仲裁協議，約定由仲裁人一人或單數之數人成立仲裁庭仲裁之。」、「約定應付仲裁之協議，非關於一定之法律關係，及由該法律關係所生之爭議而為者，不生效力。」分為仲裁法第 1 條第 1 項、第 2 條定有明文；復依相對人與聲請人簽訂之系爭契約第 9.3 條規定：「協商不能解決之爭議，就該法律關係，任一方認為有必要時，得向中華民國仲裁協會提付仲裁...」，足見兩造就協商不能解決之爭議，確有仲裁協議，得提付鈞會仲裁。今兩造本件爭議，如上所述，均屬系爭契約之一定法律關係所產生之爭議，乃兩造仲裁協議之範疇，故聲請人提起本件仲裁以解決兩造上揭爭議，符合系爭契約且為適法，自屬當然。

六、至於本件相對人雖稱：伊所認知之聲明限於主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元，伊未同意聲請人就未經協商之另項聲明（即聲請人主張終止契約並請求伊損害賠償部分）云云。惟查：

(一)參聲請人提出之聲證 29 號即 97 年 12 月 24 日爭議事項會議記錄，相對人於「說明事項」首揭「一、堃城不銹鋼產業公司提出相關爭議事項，本府說明如下...。」相對人遂針對聲請人所提包括「規劃住宿服務」、「營運資產未依原設計安裝」、「禁止聲請人叫賣漁貨」、「未依初期協辦事項履行」及「放任拍賣市場代客拍賣」等爭議，逐項答辯，顯見兩造針對委託經營合約所產生之法律關係，已有極大爭議，故該次會議之決議：「協商不成立，進入委託合約協調程序。」爭議既然無法獲得解決，依系爭契約第 9.3 條規定，聲請人自得依兩造仲裁協議提付仲裁。

(二)而相對人辯稱伊認知聲請人係主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金，兩造並未針對「主張終止系爭契約及請求損害賠償」進行協商云云，則顯有誤會。蓋參 97 年 12 月 24 日爭議事項會議記錄（聲證 2），聲請人係針對前開爭議於進行協調程序尚未有結果前，建議能暫緩第 4 年應於 98 年 1 月 20 日前繳納之定額權利金 100 萬元，絕非如相對人所述協商過程中所討論之爭議僅限於暫停履約或繳

付定額權利金。

(三)實則，就聲請人欲將相對人拒絕聲請人提供住宿服務、相對人提供直銷中心之建築主體、設備具有多處瑕疵、相對人未履行初期六點協辦事項等爭議，於協商不能解決後向 貴會聲請仲裁，相對人早已知悉，惟相對人仗恃公權力優勢，認無所懼，故多次發函通知聲請人同意提付仲裁解決爭議。然相對人卻在聲請人聲請仲裁以保全權利後，反稱伊從未同意，並提出程序抗辯，實為翻異辯詞，有請仲裁庭明鑑。蓋：

1.查聲請人就上開爭議事項，曾於 97 年 12 月 27 日發函向監察院陳情，並詳細陳述聲請人認為本件相對人未依系爭契約履行協辦事項、禁止聲請人提供遊客住宿規劃、直銷中心硬體瑕疵等爭議，並請求監察院促相對人儘速依系爭合約除外情事規定與聲請人解決爭議等語（聲證 66）。監察院受理該案後，於 98 年 1 月 13 日發函通知相對人表示意見，相對人嗣後則於 98 年 4 月 29 日以府農漁字第 0980087971 號函向聲請人表示：「三、另貴公司所提爭議事項，本府依委託經營契約第 9 章『爭議解決』規定，於 97 年 12 月 24 日召開雙方協商會議，協商結果不成立。...四、本案貴公司若認為爭議事項尚未解決，貴公司可依合約規定，得向中華民國仲裁協會提付仲裁。」等語（聲證 67），亦足證明相對人已同意聲請人得就包括住宿服務規劃、營運資產瑕疵、未履行初期協辦事項等爭議事項，向 貴會聲請仲裁。

2.此外，聲請人於聲請仲裁後，曾以 98 年 6 月 23 日海龍王字第 098093 號函知相對人，聲請人已委請律師具狀向 貴會聲請仲裁在案，並且表明：「貴我間履約爭議事由，已構成除外情事而得終止契約」、「本公司應得請求 貴府返還履約保證金之全部」、「本公司將停止繳交定額及經營權利金，並保留所有得對貴府主張之權利」等語（聲證 28）；相對人則以 98 年 6 月 29 日府農漁字第 0980148675 號函（聲證 17）回稱：「一、復貴公司 98 年 6 月 23 日海龍王字第 098093 號函。二、貴公司針對旨揭爭議提付仲裁乙節，依合約規定係屬貴公司之權益，本府無意

見...。」益徵聲請人於提付仲裁後，曾函知相對人仲裁爭議事項，及保留一切主張之權利，相對人則表示提付仲裁乃聲請人依爭合約之權益，其並無意見等語，足以證明相對人前開置辯，屬事後翻異之詞，並非可採。

3.甚至，參相對人所提出之附件 8 即相對人 98 年 8 月 24 日府農漁字第 098175088 號函檢附之「檢討說明」內，相對人表示：「依本案經營委託契約第 9 章規定，協商無法解決之爭議，得依『協調』或『仲裁』方式處理，故採協調或仲裁皆符合契約規定。本府認為埜城公司提出許多爭議事項皆為單方面之陳述...因此本府期盼依契約『仲裁』方式解決爭議。該公司亦於 98 年 6 月 22 日針對本案已提出仲裁...」，斯時聲請人之仲裁聲請書業已送達相對人，相對人對於聲請人之主張及聲明，知之甚詳，猶向監察院函稱「本府『期盼』依契約『仲裁』方式解決爭議」等語，卻又於 貴會改稱伊不知聲請人之聲明云云，適足以凸顯其苟且心態，盼請 仲裁庭明鑒。

七、就本件請求金額部分，聲請人原係主張相對人應給付新台幣（以下同）2,843 萬 8,775 元，此乃聲請人實際購買之資產及營業費用，惟為配合財報簽核會計師所採之會計原則及扣除稅額後，茲減縮聲明如聲明第一項所載之金額即 2,677 萬 7,648 元，茲並檢附相關明細及聲請人 95 年至 97 年財務報表（聲證 42），相關單據憑證俱經會計師查核簽證，已足確認其內容無誤，懇請 貴會明鑒。

實體部分

一、系爭契約約定委託經營權限為相對人依促參法第 8 條第 1 項第 5 款規定，提供中心之土地、建築物、基地上之附屬設施及營運資產委託聲請人營運，其所有權及其他與聲請人使用目的不牴觸之限定物權仍屬相對人，聲請人僅享有營運之權利，但仍應負責維護管理（參系爭契約第 2.2 條）。委託經營期間為自簽約日起算十年（參系爭契約第 2.3 條）。是以，本案屬於促參法規定之「由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。」----即「營運—移轉（Operate-Transfer；簡稱 O.T.）」之 O.T 模式；系爭契約屬於促參法

所稱之「投資契約」。促參法規定之模式(以下稱，促參模式)，與傳統政府採購不同；促參模式係引進民間資金及經營管理模式，由民間投資興建及營運管理，或由政府新建後由民間營運管理。俟營運期滿後，再移轉予政府。最常見者為 B.O.T，然屬於 O.T.者，亦不乏其例。促參模式之優點，在可使國家節省對於公共建設之支出，尤可經由民間之靈活創意，使公共建設之營運更具效率，進而提供高效能和高品質之服務，嘉惠社會大眾；營造「三贏」。然而促參模式成功之關鍵，繫於「政府與民間共同規劃風險分擔之機制，兼顧公共利益之維護及經濟活絡之促進，並以投資契約為規範政府與民間權利義務之準則。」

(聲證 5)。故促參模式與傳統政府採購之理念，最大差異處在於促參模式中政府機關與民間廠商為合作夥伴，政府機關非高權監督者，政府機關應與民間廠商共同分擔風險。是以，為體現政府機關與民間廠商基於平等之契約當事人地位，並共同承擔風險之意旨，促參法乃於第 12 條明文規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定。投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應依誠實及信用之方法。」旨在使促參模式中政府機關與民間廠商之權利義務有私法自治原則及公平合理原則之適用。就此，學者並以為：「政府以不負擔出資、卻能興辦公建設及獲取權利金所得之利益，就公平合理而言，自應為其契約相對人負擔相當之風險，並善盡應為之義務。」，且主張投資契約「可視為一個經濟利益的共同體，政府與民間廠商間不無係合作伙伴關係，因此投資契約所規範該等措施或介入行為之用意之一，應在檢視民間投資人的困難與需求，及考量國民與社會之利益，使政府適時提出協力，且政府之協助應僅限於排除興建及營運之困難、障礙或降低營運成本之必要事項，並非絕對在進行高權懲罰或干預。」。此外，亦有學者認為投資契約「應以兼顧所有利害關係人之需求與期待為目的，並經以下三項標準之篩檢，方屬可行之計：1.公共部門能提升公共服務之品質，並達到最佳成本效益；2.使民間機構能回收投資並獲得收益；以及 3.對社會大眾能確保提供服務的效能與品質。學者李惠宗教授曾謂：『合法並正確地保護私益亦屬公益』，

因此，為兼顧維護公共利益及落實民間參與公共建設之機制，尤以，在現行法制架構下，司法者於解釋法律、適用法律，實應謹守立法者之本意。蓋民間投資人欲參與公共建設，必然先行評估其財務、營運及法律風險，而若司法機關之解釋，顯然已逸脫民間投資人於現行法律以外所能評估之範圍，往往將使其不知所措、徒呼負負，如此，將嚴重影響民間投資人參與公共建設之意願，則國家長久以來欲推動民間參與公共建設以促進政府、民間、社會大眾三贏之目的，勢必也無法達成。」(聲證 5)。故就促參案件之爭議，司法者於解釋及適用法令之際，實應謹守立法者之本意，不應加諸民間投資人於現行法律以外及風險所能評估範圍以外之責任，以兼顧維護公共利益及落實民間參與公共建設之機制。此外，自學者黃錦堂就促參案件所提出之如下看法：「B.O.T 這種類型的案件，它就是風險高，簡單講就是因為它就是流程太長，牽涉到的因素太多，法律太多」、「對業者來講，它這個常常面臨一種就是說如果不成功，它可能整個公司都要賠本，賠上整個公司這樣，那對國家社會來講當然也是發展，就因為這個成敗有很大的影響，」(聲證 6)亦肯認行政程序審查程序之冗長及不確定，為民間機構最大的風險之一。

二、相對人推動本件促參案件，係鑒於將軍漁港因面積狹小、水深不足，深深影響漁港的整體發展。為促進將軍地區的開發，台南縣長蘇煥智上任後，指示將軍漁港列入縣政重大建設，除提升漁港原有的漁業功能，更融入觀光產業觀念，興建假日觀光魚市，以觀光多元化發展活化漁港，由單一生產功能變身為具有漁業觀光、產業發展及休閒娛樂等多元功能的現代化漁港。為活化將軍漁港的功能，帶動地方的發展，將軍漁港假日魚市興建計畫在台南縣長蘇煥智積極爭取下，漁業署於 91 年 4 月 22 日補助建設經費 6 千萬元，縣政府負擔 2 千萬元，將軍漁港正式邁向多功能產業漁港。台南縣政府大力行銷將軍漁港，於 95 年對外啟用的假日魚市大樓及漁貨拍賣中心；並決定假日魚市依促參法第 8 條第 1 項第 5 款規定，即 OT 模式，委由民間機構經營 (聲證 7)。

三、聲請人受其感召，乃備具投資計畫書，參與投標並獲選為最優申請人。

惟兩造簽訂系爭契約後，卻因相對人有如下違約不當行為，導致聲請人營運低迷，無力提振，聲請人要求相對人成立協調委員會解決爭議，乃相對人竟覆以「有關貴公司請求成立協調委員會案，現今雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中。」(聲證 4)，無意成立協調委員會；然而又頻催聲請人繳納定額權利金 100 萬元/年，否則將終止契約。令聲請人深覺如同頸部被勒，相對人未正向解套，反而負向勒緊；此豈是促參案件公私協力，營造三贏之精神？聲請人迫於無奈，爰檢具相對人之違約或不當行為，主張相對人構成違約，抑或構成除外情事，兩造契約應予終止，相對人並應為如前揭聲明事項之給付。茲說明於后。

四、按系爭契約第 10.1.2 條規定：「本契約所稱除外情事，係指除不可抗力情事外，有下列二種情形，亦非可歸責於乙方之事件及狀態，且足以影響本契約之履行者：1.因法規變更、政府機關之行政命令、處分、作為或不作為或決策重大改變，致對乙方之營運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 12.1.3 規定：「非可歸責於乙方之事由而終止契約2.因不可抗力或除外情事，經雙方協商或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，若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。.....」，第 12.3.4 條規定：「因不可抗力或除外情事而終止契約之效力 1.甲方應返還乙方之履約保證金之全部。2.雙方應依第十三章之約定辦理資產之返還。3.依公平誠信原則，由雙方協議解決處理。」

五、相對人拒絕聲請人經營旅客住宿，影響聲請人營運，乃可歸責於相對人之事由；退萬步言，縱非可歸責於相對人，亦應屬於系爭契約規定之除外情事。其理如下：

(一)按系爭契約雖約定委託經營標的物為台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心現有土地、建物、基地上之附屬設施及營運資產。基地座落在台南縣山仔腳段 3535-41 號，其使用分區為市場用地，基地總面積 4000M²，總樓地板面積 4592.26M²，包含地上三層樓，一樓為銷售區，二樓為餐廳與賣店，三樓為簡易餐飲與觀海休閒區，四

樓(頂樓突出物)為兒童遊戲區與眺望台(參系爭契約第2.1條)。委託經營範圍為利用委託經營標的物辦理或提供漁貨或販售餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用,及其他經相對人書面核准同意事項(參系爭契約第2.4條)。惟查本件「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心」,核屬促參法第3條第1項第13款規定之「農業設施」公共建設性質。農業設施者,依促參法施行細則第19-1條規定,係指「農業產銷設施、農業科技園區設施、動植物及其產品防疫檢疫設施、農業育樂設施、漁港功能多元化相關設施及農業推廣多功能設施」;所謂「漁港功能多元化相關設施」,則指「漁港區域內之下列各項設施:一、漁業附加價值作業設施,包含活魚儲運、冷凍倉儲、魚貨加工等必要設施。二、遊客住宿、餐飲服務、文物展覽及相關海洋遊憩、教育設施。」。而旅客住宿,或屬旅館,或屬民宿。「旅館」者,意謂「觀光旅館業以外,對旅客提供住宿、休息及其他經中央主管機關核定相關業務之營利事業。」(參發展觀光條例第2條第8款及旅館業管理規則第2條)。「民宿」者,意謂「利用自用住宅空閒房間,結合當地人文、自然景觀、生態、環境資源及農林漁牧生產活動,以家庭副業方式經營,提供旅客鄉野生活之住宿處所。」(參發展觀光條例第2條第9款及民宿管理辦法第3條)。而無論如何,提供遊客住宿,亦屬「漁港功能多元化相關設施」之一,實無庸疑。

(二)在競爭市場中,消費者意識高漲,「顧客導向」已取代過去的技術導向、生產導向、行銷導向的作業型態。惟有多元化經營,並提昇品質,才是魚貨直銷中心永續經營之目標。是以,聲請人為增加營運商機,加強提昇服務品質,爰於投資計畫書載明「此外亦經營民宿,以自己生產或當地的特產農漁產品供住宿遊客如何處理魚產品的方法,致力於營造塑造漁村特色,保存漁村文化,為漁村帶來可觀收入。美國的休閒漁業比商業漁業重要,休閒漁船比商業漁船多了幾十倍,休閒觀光碼頭可由私人投資擁有,休閒型能以釣魚及海鮮品嚐為主。」(參系爭契約P.201之投資計畫書),「本公司體恤遊客舟車之勞或遊客之後有陸續的旅遊行程,須要住宿及客房餐飲,

提供遊客住宿等服務(如圖 7 所示)。(參系爭契約 P.215、216 之投資計畫書)。就此，甄審委員及相對人均未有異議，且該投資計畫書業已納為本契約的一部分(參系爭契約第 1.1.1 條)。且申請須知，為契約文件之一；依申請須知貳.三.(三).5 規定：「其他依投資計畫書，經縣府核准事項。」，足認聲請人之經營遊客住宿為相對人所准許，乃合法且符合契約規定，與「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心」之設置目的亦無牴觸之虞。

(三)再按系爭契約第 1.1.1 條規定：「...3.乙方於甄審委員會提出之投資計畫書為本契約的一部分。」第 1.1.2 條規定：「本契約所有文件均為本契約之一部分，與本契約條款具有同效力，並得互為補充、解釋。」。茲聲請人業於投資計畫書載明相關規劃，如 3 樓規劃為戶外庭園空間及住宿區，提供遊客住宿及客房服務(參系爭契約 P.215、216 之投資計畫書)；且查投資計畫書之評審項目及甄審標準其中項次 2 之 1：「對本中心經營之定位(包括：經營理念與營業方針、市場定位、預計營業項目)」顯示投標廠商預計營業項目為甄審重點之一。而如上所述，本案甄審委員會對於聲請人提出之投資計畫書上開營業項目內容並未提出任何修正意見，兩造嗣後並將投資計畫書納入作為系爭契約文件之一。基此，聲請人自無不得設置住宿區之理，灼然明甚。詎料聲請人於 95 年 6 月 4 日開始營運後，相對人即以系爭契約第 2.1 條規定三樓為簡易餐飲與觀海休閒區，或該建築為市場用地，且使用項目沒有可容許住宿項目云云為由，拒絕聲請人提供旅客住宿，實屬無理。打亂聲請人之營運策略與目標；營運三年來，業已並連帶影響各樓層之營業額度。故相對人拒絕聲請人經營旅客住宿，乃政府機關之作為，致對聲請人之營運或財務狀況發生重大不利影響，亦屬非可歸責於乙方之事件及狀態，且足以影響本契約之履行者。

六、相對人未依約提供堪供聲請人營運之基礎條件，影響聲請人營運，符合系爭契約規定之除外情事。其理如下：

(一)依促參法規定，O.T.者係「由政府投資新建完成後，委託民間機構營運；營運期間屆滿後，營運權歸還政府。」(參促參法第 8 條第 1 項

第 5 款)。O.T.模式除了民間機構未取得該公共建設之所有權，無須負擔該建設之實際興建外，其餘部分與 B.O.T.模式之有關事項，並無二致，故除興建與所有權之移轉、處分部分與 B.O.T.有所差異外，其餘有關 B.O.T.模式之法律性質、法律關係及監督方式等，均可直接適用於 O.T.模式。公共建設採 O.T.模式時，政府方負有提供硬體建築物、設備與民間機構營運之義務，亦須協助相關政策配套，俾使民間機構有可施展營運之基礎。是以，系爭契約爰於第 4.4.1 條規定「除經甲方書面同意外，乙方至遲應於點交完成後三個月內對外營運，……」，第 4.4.3 條規定「乙方應全年無休，未經甲方書面同意前，不得擅自關閉部分或全部營業區域，……」。第 4.2.6 條規定「如甲方交付之建物、工作物、基地上之附屬設施及營運資產，有任何乙方認為設計不完善之處，乙方得提送改善計畫或設計方案予甲方，經甲方書面核可同意後，依第 4.2.4 條辦理。」。

(二) 詎料，聲請人於 94 年 12 月 29 日完成簽約，進駐台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心後，陸續發現建築主體及設備機組有瑕疵，有部分設備該有卻未安裝，或有不堪使用或其他瑕疵，亦有設計不良或不堪使用情事(如排水系統阻塞、冷氣空調設備、廁所抽風設備等)，造成聲請人長達三個月未能營運。聲請人一再函請或電話催促修繕，乃相對人未能積極督促及後續追蹤承包商之修繕進度責任，屢次延宕，影響營業空間之使用，更導致客源流失；例如空調系統故障無法運轉，消費者難耐炎熱天氣，回籠消費機率降低。聲請人甚至得承受自費雇工修護費用(冷氣系統故障、排水阻塞不通、自來水管路設計不當缺失、屋頂漏水...等)。此由聲請人基於工程缺失，承包商佳昇營造公司未能完成改正，要求相對人處理，相對人乃於 96 年 7 月 6 日及 97 年 1 月 11 日召開工程修繕協調會議(聲證 8)，可見一般。

七、相對人不當阻止聲請人正常之行銷方法，導致商機喪失，影響聲請人營運，乃可歸責於相對人之事由；退萬步言，縱非可歸責於相對人，亦應屬於系爭契約規定之除外情事。其理如下：

(一) O.T.模式既是政府投資新建完成公共建設後，再委託民間機構營運；自是希望仰仗民間機構之營運能力。故申請須知就委託經營內

容及設施使用原則，明定「1.利用委託經營標的物辦理或提供漁貨直銷、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用」，「3.一樓生鮮魚貨攤位，其部分攤位本府將與得標廠商協商，提供一定比例單位攤位由漁民優先承租。」(申請須知貳.三.(三).3)，且相對人亦同意提供下列協助：於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度(申請須知貳.四.(二))。系爭契約第2.4.1條亦規定「利用委託經營標的物辦理或提供『漁貨販售』、餐飲、賣店，休閒等高品質公共服務使用。」。

(二)聲請人進駐營運之初，為吸引消費者注意，活絡一樓生鮮魚貨攤位之經營商機，曾擇1樓中庭廣場，試行以魚貨叫賣(非拍賣)方式進行銷售，俾利魚貨攤位之招商及帶動遊客人潮，此乃企業提高營運效率之常用方法，相對人不應干預；且此期間，相對人恰逢外籍漁船之漁貨無法適時於拍賣市場拍賣之棘手問題，亦首肯辦理。經聲請人努力，獲得遊客廣大迴響，人氣匯聚，逐漸形成市集之雛型。詎料相對人未經查證，遽然採信報章媒體傳播之報導，行文要求聲請人停止叫賣喊價漁貨之銷售行為，將魚貨上架。致使聲請人行銷漁貨已日漸集市之努力，功虧一簣；人氣渙散，難再提振集市效應，更無法招商進駐。而查----

(1) 依據行政院農業委員會97年4月21日函謂：有關區漁會魚貨拍賣市場承銷人代客喊價參予拍賣之行為，是否違反相關條文規定，縣政府應依據事實查明認定，惟相對人迄未依事實處理(聲證9)。

(2) 相對人稱：聲請人將魚貨分裝成簍，置於中庭任由消費者喊價有違觀光漁市原意，且與合約內容銷售方式不符，惟檢視委託契約之規定與內容，針對魚貨直銷並未詳細規範其銷售方式與原意，同樣的，中庭區並無規定其用途，何來變更經營模式及空間調整而需提出申請，聲請人有自主經營使用權利，相對人有何權限干預，其顯然濫引條文及干預過當。

(3) 針對相對人之不當作法，審計部台南縣政府審計室亦提出糾正在案(聲證10)。

(三)足見相對人之不當阻止聲請人正常行銷方法，乃政府機關之處分、作為或不作為，對聲請人之營運或財務狀況發生重大不利影響，且非可歸責於聲請人之事件及狀態，足以影響本契約之履行者。顯屬可歸責於相對人；退萬步言，縱非可歸責於相對人，亦屬除外情事。

八、相對人未依約積極履行投注經費於行銷活動，增加將軍漁港知名度，引進人潮之義務，影響聲請人營運，違反契約給付義務，且屬可歸責於相對人之事由。退萬步言，縱非可歸責於相對人，亦應屬於系爭契約規定之除外情事。其理如下：

(一)依促參法施行細則第 40 條規定：「主辦機關依本法第四十二條第一項規定辦理公告徵求民間參與時，得視公共建設計畫之性質，備具民間投資資訊，供民間投資人索閱，或辦理說明會，並參酌民間投資人建議事項，擬定公告內容。(第一項) 前項公告內容，.....應依各該公共建設之性質，載明下列事項：....二、政府承諾及配合事項。..... (第二項)。.....」，本件相對人於申請須知貳.四.(二)載明：「縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」(參系爭契約 P.37)，該申請須知為契約文件之一，相對人自有依約履行之義務。

(二)再者，相對人於聲請人開始營運前--95 年 5 月 19 日，召開協助事項協調會議，會中決議相對人各單位應依決議事項辦理(聲證 11)辦理。其中有關相對人之新聞室系列行銷部分，卻迄今未有該管單位主動於營運初期溝通協助行銷，以打開漁港知名度。至於相對人每年應舉辦三季活動部分，三年來亦僅於 95 年 6 月聲請人開幕時舉辦一次及 97 年 12 月將原擬於新營市舉辦，臨時為虛應契約規定，借用聲請人場地辦理三小時之台灣鯛小型活動，96 年設計之夜係至聲請人餐廳用餐而非辦理活動。三年來本應辦理 12 場之活動，實際卻僅只有二次活動，辦理活動亦未與聲請人溝通、協商如何相配合以求取真正需要及實際效益。

(三)經查一般債之關係，債務人之義務，分為主給付義務、從給付義務及附隨義務三大類。給付義務係指主給付義務及從給付義務。在契約關係中，當事人雙方除了主要的給付義務外，為使債權人所得利

益最佳化，另有依據法令及雙方約定而來的從給付義務。附隨義務則是在法無明文，當事人間亦無明確約定之情形下，為確保契約目的的實現並維護對方當事人之利益，依誠實信用的原則，及契約性質、目的與交易習慣所承擔之作為或不作為的義務。故附隨義務可謂係誠實信用原則所派生出來的；理論上又分為獨立的附隨義務和非獨立的附隨義務。獨立的附隨義務，意謂債權人可獨立訴請債務人履行以完全滿足給付利益的義務，若該義務在雙方協議中已有約定，則屬約定義務，違反時，即屬違反契約約定。非獨立性附隨義務者，參最高法院 93 年台上字第 1185 號判決意旨：「按源自『誠實信用原則』之非獨立性『附隨義務』一經當事人約定，為準備、確定、支持及完全履行『主給付義務』，即具本身目的之獨立性附隨義務而成為「從給付義務」（獨立性之「附隨義務」），倘債權人因債務人不履行或有違反情事，致影響其契約利益及目的完成者，債權人自得對之獨立訴請履行或債務不履行之損害賠償。」，是以，違反從給付義務，或原屬非獨立性之附隨義務，但業經當事人約定，為準備、確定、支持及完全履行主給付義務，即可成為「從給付義務」（獨立性之「附隨義務」）。

(四)茲查「縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」，既明定於申請須知貳.四.(二)，自屬相對人之契約義務。且核聲請人之主給付義務，為聲請人之營運及營運期滿後營運權歸還相對人；相對人之主給付義務，則為提供新建完成之公共建設予聲請人營運。而投注一定經費於行銷活動，增加將軍漁港知名度，有助聲請人提昇公共建設之營運績效，嘉惠社會，復明定於契約文件之中，自屬於相對人之從給付義務。相對人未予履行，自可構成債務不履行。退萬步言，若認其非屬從給付義務，亦可解為係政府機關之不作為或怠惰，致對聲請人之營運或財務狀況發生重大不利影響，亦屬非可歸責於乙方之事件及狀態，且足以影響本契約之履行者，而屬於除外情事。

九、相對人政策錯誤，導致聲請人之營運渺無商機，此非可歸責於相對人之事由，應屬於除外情事。理由如下：

- (一)查將軍漁港於95年12月2日由漁業署正式移交相對人管理，相對人係漁業單位主管機關。政府耗資20餘億元興建將軍漁港，又為振興漁業發展繁榮地方，達到漁港多功能與休閒化目標，斥資九千萬元興建將軍漁港觀光魚市暨漁貨直銷中心。對面之漁貨拍賣市場亦由政府興建無償撥予南縣區漁會經營使用。相對人規劃設置將軍漁港觀光魚市暨漁貨直銷中心之目的，於申請須知載明：「設置將軍漁港觀光魚市暨漁貨直銷中心之目的係在於藉由直銷中心之營運啟動將軍漁港之發展，提供魚貨產地之直銷買賣並改善漁民經濟」。故漁業署補助興建直銷中心急欲替代現有漁貨市場之零售功能，事甚灼然。否則明知已有拍賣市場，豈有再斥資九千萬元公帑貿然興建之理。漁業署補助興建之漁貨拍賣市場係由台南縣區漁會經營，承銷人兼具零售漁貨行為，區漁會又允許漁民任意於市場內設攤零售，故遊客因可直接進入市場喊價競標，誘因高，故聲請人雖提供各項優惠條件，攤販仍不願進駐零售，以致漁貨直銷中心之功能完全喪失，嚴重影響聲請人之招商，蒙受鉅額損失。
- (二)相對人未能落實將軍漁港觀光魚市暨漁貨直銷中心之設置目的，積極有效執行及督導，使得功能性重疊（承銷人兼具零售，且市場內亦准許零售攤販銷售漁貨），且政府當初未經詳細風險及效益評估，致令台南縣區漁會搶佔利基，長期以來相對人無法提出具體可行解決辦法，與當初規劃構想及政策自相矛盾，並放縱拍賣市場之違法經營卻不加以取締（依漁港法台南相對人應與南縣區漁會簽訂委託管理協議書規範），使得聲請人之1樓直銷中心完全喪失利基，無法招商辦理漁貨直銷業務，遭受鉅額之虧損，整體營運產生重大不利影響，嚴重影響系爭契約之履行。
- (三)依相對人興建將軍漁港觀光魚市暨魚貨直銷中心之原意，乃朝向由台南縣區漁會經營（聲證12：見縣府規劃將軍漁港觀光魚市發展構想11、12頁）故1樓生鮮魚貨攤位區，即欲取代漁港內現有漁貨拍賣市場兼有零售行為之功能，且本案於招商申請須知計畫背景說明詳述興建目的與功能（見系爭契約P.34），今因農產品市場交易法相關法規解釋（聲證9），認定漁貨拍賣市場允許遊客進場選中漁貨後，委託具承

銷人許可證之承購人代客喊價參與拍賣，無關供應業務，意即市場既可拍賣亦准許零售，足見生鮮魚貨區與漁會拍賣市場功能重疊，聲請人已喪失經營直銷中心之利基。聲請人戮力經營，仍無法突破招商困難之窘境，迄未實際辦理魚貨直銷業務。本件促參案，聲請人與相對人係夥伴關係，而拍賣市場係政府無償撥其使用；相對人任其功能重疊，直接侵越直銷中心之客源，長期以來未見相對人提出具體有效解決辦法。

(四)就此，監察院審計單位即糾舉相對人未經詳細風險、效益評估即貿然興建，致未能發揮應有功能（聲證 10）。審計部台南縣審計室亦已針對相對人提出糾正（聲證 13），內容摘要如下----

「貴府為振興漁業及觀光發展、繁榮地方，達到漁港多功能和休閒化之目標，耗資 7,776 萬元興建『將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心』。依預算法第 34 條：『重要公共工程建設及重大施政計畫，應先行製作選擇方案及替代方案之成本效益分析報告...』另據『臺南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委託民間機構營運案申請須知』，貴府設置該直銷中心之目的係在於藉由直銷中心的營運，啟動將軍漁港的發展，提供漁貨產地的直銷買賣並改善漁民經濟，此亦該中心營運利基之所在。惟經實地查核發現，該中心生意清淡，30 個漁貨直銷攤位半數閒置，且除 1 家經營水缸活魚販售外，其餘均經營各類小吃，不符漁貨直銷之性質，難以達致興建該直銷中心之目的。揆其主要原因為該中心對面約 200 公尺之將軍漁貨拍賣市場承銷人經營代遊客喊價參與拍賣業務，實質已兼有漁貨零售直銷之功能，致該中心無販商願意進駐，招商困難，影響經營至鉅。經查將軍漁港 90 年 10 月正式啟用，漁貨拍賣市場承銷人經營代客喊價業務係自當時即已存在之事實，又該直銷中心係貴府於 92 年向農委會爭取經費補助，耗資 7,776 萬元興建，惟查該直銷中心之興建並未辦理上揭成本效益分析或投資風險評估，對於直銷中心興建後否爭取足夠客源，能否競代漁貨拍賣市場之漁貨直銷零售功能，有無其他風險管理替代方案均缺乏評估規劃，貿然興建後，肇致經營成效不彰之困境，鉅額投資未能發揮應有效益。」

(五)聲請人因政府法令朝令夕改，前後解釋不一，無預警遭受權益損害，

致嚴重影響本契約之履行，更可歸責於政府無法規變更、政府機關之行政命令、作為或不作為或決策重大改變，聲請人不得不主張依除外情事終止契約。

十、相對人拒絕依約成立協調委員會進行兩造之爭議協調，卻要求聲請人依約給付權利金，有失誠信，且顯然希望聲請人退場，已無履約之意。其理如下：

(一)系爭契約第 10.2.1 條規定「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十五日內，以書面通知他方。」，第 10.2.2 條規定「認何一方於收到他方依第 10.2.1 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。若雙方就該事件或其起始日之認定無法於事件發生後二個月內達成協議者，應組成協調委員會處理之。」

(二)如上所述，聲請人因相對人有違約或不當行為，故請求就履約爭議惠予協調。聲請人曾先後以 97.12.2 海龍王字第 097141 號函請相對人盡速進入協調程序，及 98.2.24 海龍王字第 098029 號函請相對人同意成立協調委員會，期望能有圓滿解決途徑（聲證 3）。乃相對人迄無成立協調委員會之意。相對人除以 98.3.5 府農漁字第 0980044672 號函略以「有關貴公司請求成立協調委員會案，現今雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中。」回覆（聲證 4），復再三函催聲請人繳納定額權利金。顯然已無意聲請人繼續營運。然咎在相對人，聲請人爰請求終止契約後，相對人應給付如聲明事項之金額。

十一、因相對人或因違約，或有除外情事，聲請人爰為終止契約，並請求相對人給付如聲明事項之金額共 28,438,775 元。其理如下：

(一)本件因相對人違約，並有除外情事而終止契約。依系爭契約第 12.3.4 條第 1 款規定，相對人應退還聲請人之履約保證金全部。而依系爭契約第 6.1 條規定：「本案之履約保證金為新台幣參佰萬元整。」，聲請人業已繳納 300 萬元履約保證金（聲證 14），自得請求相對人返還。

(二)其次，依民法第 227 條第 1 項規定：「因可歸責於債務人之事由，

致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」、第 231 條第 1 項規定：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。」、第 254 條規定：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除契約。」、第 213 條規定「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。因回復原狀而應給付金錢者，自損害發生時起，加給利息。第一項情形，債權人得請求支付回復原狀所必要之費用，以代回復原狀。」、第 216 條規定「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。依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」是以，相對人既未依申請須知貳.四.(二)所載承諾協助事項，依約辦理行銷活動，復就聲請人於投資計畫書內業已載明擬提供遊客住宿服務之規劃，相對人於甄審時均未反對，卻於簽約後百般阻礙上開規劃之進行，甚且不當阻止聲請人於中庭廣場叫賣魚貨之行銷手法，又任漁民於漁貨市場擺攤販售，直銷中心營運因此日愈交困，縱聲請人窮盡心力，亦難復振，聲請人深憾若早知相對人心態如此，即不願投標參與直銷中心之經營矣！況且，聲請人原先預估作為 10 年營運期間之用而購買之設備、資產，僅用 3 年已無法繼續利用，且該等設備、資產多係為經營直銷中心之目的而投資採購，故對聲請人而言，上開投資形同付諸流水、化為烏有！就相對人之違約行為，聲請人除得依法終止契約外，另得依法請求損害賠償。損害賠償包括所受損害及所失利益。依系爭契約第 2.8 條規定「期初最少投資 1.乙方應自雙方完成點交之日起六個月內，投資至少新台幣五百五十萬元。」，聲請人之期初投資達 25,438,775 元，此有如聲證 15 所示之 95 年度至 97 年度之相關資產及雜項購置明細表可稽，至 98 年度部分之請求，聲請人爰予以保留。上開投資因相對人之違約行為導致契約終止，血本無歸，聲請人自受有損害，得依法請求賠償。

(三)聲請人所受損害，本得依系爭契約第 12.3.4 條第 3 款規定，請求依

公平誠信原則，由雙方協議解決處理。惟因相對人無意協調，不得不請仲裁庭惠予卓裁。

(四)綜上支出，本件相對人應給付聲請人之金額合計為 28,438,775 元(計算式：25,438,775 元+3,000,000 元)。

十二、公共建設採促參模式者，政府機關應本諸合作夥伴關係與民間機構共同分擔風險及克服困難，乃能有成。

(一)公共建設採促參模式者，其成功運作之關鍵，在於「政府與民間共同規劃風險分擔之機制，兼顧公共利益之維護及經濟活絡之促進，並以投資契約為規範政府與民間權利義務之準則」(聲證5，頁171)，促參模式與傳統政府採購之理念迥然不同之處在於，促參模式中政府機關應為民間廠商之合作夥伴，而非高權監督者，政府機關應與民間機構共同分擔風險。

(二)因此，為體現促參精神係政府機關與民間廠商基於平等之契約當事人地位，並共同承擔風險，促進民間參與公共建設法(下稱促參法)第12條乃明文規定：「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之規定；契約無規定者，適用民事法相關之規定。投資契約之訂定，應以維護公共利益及公平合理為原則；其履行，應依誠實及信用之方法。」旨在使促參模式中政府機關與民間廠商之權利義務有私法自治原則及公平合理原則之適用。

(三)就此，學者即謂：「政府以不負擔出資、卻能興辦公建設及獲取權利金所得之利益，就公平合理而言，自應為其契約相對人負擔相當之風險，並善盡應為之義務。」(聲證5，頁171)，亦謂促參契約可視為一個經濟利益的共同體，政府與民間廠商間基於合作夥伴關係，因此投資契約所規範相關措施或介入行為之用意之一，應著重在檢視民間投資人之困難與需求，及考量國民與社會之利益，使政府適時提出協力，且政府之協助應僅限於排除興建及營運之困難、障礙或降低營運成本之必要事項，並非絕對在進行高權懲罰或干預。

(四)再者，民間投資人欲參與公共建設，必然先行評估其財務、營運及法律風險。故爭議判斷時，不應逸脫民間投資人於現行法律以外所

能評估之範圍，或操之在政府方之責任，否則，將使其承擔不可測之風險，必嚴重影響民間投資人參與公共建設之意願，則國家長久以來欲推動民間參與公共建設以促進政府、民間、社會大眾三贏之目的，勢必無法達成。

十三、相對人先拒絕依約成立協調委員會解決爭議，復於本件仲裁之際，主張聲請人未繳納新台幣（以下同）100 萬定額權利金，係屬可歸責於聲請人之事由云云，進而終止契約並沒收聲請人之 300 萬元履約保證金，更要求辦理資產之移轉，與誠信有違。

(一)相對人於聲請人提付本件仲裁後，即以聲請人逾期6個月未繳納98年度定額權利金100萬元為由，發函通知聲請人自文到之日起終止系爭契約，並沒收履約保證金300萬元云云。

(二)惟查，聲請人提付本件仲裁前，已多次向相對人主張本件有除外情事，經營困難，請求能經由協調委員會之認定以解決爭議。蓋按系爭契約第10.1.2條規定「本契約所稱除外情事，係指除不可抗力情事外，有下列二種情形，亦非可歸責於乙方之事件及狀態，且足以嚴重影響本契約之履行者：……」、第10.2.2條規定：「……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，盡量先行協議補救措施。若雙方就該事件或起始日之認定無法於事件發生後二個月內達成協議者，應組成協調委員會處理之。」、第10.3條規定：「甲乙雙方因不可抗力或除外情事致本契約無法如期履行時，不生遲延責任。但雙方得協議延展特定行為之履行期間。」及第10.4.1條規定：「因不可抗力或除外情事，除法令另有規定外，雙方得協商選用下列一種或一種以上之補救措施。如雙方無法於二個月內協議達成補救措施者，應組成協調委員會處理之，協調委員會亦得選用下列一種或一種以上之補救措施或為其他補救措施，由甲、乙雙方採行之：1.於一定期間緩繳、減繳或免繳權利金。……」。是以，相對人拒絕聲請人請求成立協調委員會在先，繼而於聲請人被迫提付仲裁以解決爭議之際，施以沒收聲請人履約保證金300萬元之處罰，顯然牴觸促參法第12條第2項規定「投資契約…其履行，應依誠實及信用之方法」。相對人先以消極不召集協調委員會之方

式，致聲請人無法透過系爭契約所訂除外情事相關條款，尋求司法程序以外之救濟管道，藉以減少損害之擴大，嗣後又逕以沒收履約保證金及要求聲請人須返還資產設備，足見其無視民間機構參與公共建設之困境，且未能體認彼此為伙伴關係，應秉持誠信原則，而相互合作之旨趣。

十四、相對人因政策錯誤導致本直銷中心之經營與漁貨拍賣中心產生排擠效應。聲請人首當其衝，營運困難。

(一)本直銷中心之興建原因，參以相對人回覆監察院調卷說明，係當時漁業署「正積極推動漁港轉型，朝多功能休閒漁港發展，將軍漁港除作為台南縣漁撈業漁船停泊及漁貨拍賣外，港區陸域腹地達80公頃，植栽綠美化成效良好，假日遊客紛紛湧入參觀，且相鄰有台鹽之鹽山、鹽田...等觀光景點，極適合發展為多功能休閒漁港，且台61線興建完成後，促使漁港與其他沿海觀光景點連成本縣休閒遊憩觀光帶。為漁港轉型與發展，本府研提興建直銷中心計畫...。」（聲證19之監察院糾正案文）。

(二)復且，依相對人所作之招商宣傳文件，相對人「將整合公私部門資源，帶動民間企業與鄰近漁村、農漁業相關產銷團體結合漁村新風貌共同舉辦永續深根...期帶來人潮，確保未來營運成功，並就未來進駐廠商特色，策劃適宜中長程推廣行銷活動，行銷重點，希質精、長期；而不在泡沫化之人潮。」及「預計未來3年中央各部會將挹注6億元，結合本府建設經費進行開發建設進行各項建設，2-3年後將有嶄新風貌呈現，商機無限。」等語（聲證20），可知相對人於辦理招商之際，即以未來發展可期，並將結合公私部門資源，勾勒直銷中心未來經營美麗願景。

(三)豈料，因將軍港漁船進港魚貨均在距離本直銷中心約200公尺之漁貨拍賣市場進行拍賣，又允許遊客進場選中合意漁貨後，委託具承銷許可證之承購人代客喊價參與拍賣，成交後再由承銷人向遊客收取貨價7%為代客喊價之佣金，實質上已兼有漁貨零售直銷之行為，甚至拍賣市場前即有流動攤販銷售漁貨，導致本直銷中心對顧客失去誘因（聲證21）。而本直銷中心1樓所設漁貨直銷攤位，即

因台南縣漁會經營之拍賣市場開放一般遊客委託承銷人代為標購漁貨，而渺無商機，自無進駐意願（試想：若能在百尺外的拍賣市場用批發價格購得剛上岸之漁貨，何人願意用較貴之零售價格購買直銷中心販賣之漁貨？）。

- (四)查相對人於本直銷中心興建計畫擬定過程，未依預算法34條規定：「重要公共工程建設及重大施政計畫，應先行製作選擇方案及替代方案之成本效益分析報告，並提供財源籌措及資金運用之說明，始得編列概算及預算案，並送立法院備查。」，先行製作選擇方案及替代方案之成本效益分析報告；未評估直銷中心興建完成後能否爭取足夠客源，能否取代鄰近的「將軍漁港漁貨拍賣市場」，有無其他風險替代方案等，即以「為推動漁港轉型朝多功能休閒漁港發展」為由，興建本直銷中心，業經監察院糾正在案（聲證19），顯見政策錯誤在先，致產生排擠效應，使聲請人無法引進客源；另就相對人興建本直銷中心後，台南縣漁會經營之拍賣市場，因疑涉違反農產品批發市場管理辦法第11條：「貨品成交後，其買受人應即提貨搬離交易場，如須遲延搬離時，應商得市場同意。前項交易場不得劃分攤位予供應人、承銷人使用。」之規定，嗣經行政院農業委員會及監察院審計部台南縣審計室函請相對人查明代客拍賣作法之適法性（聲證9及聲證10），詎料相對人未能重視並予改善，致使本直銷中心商機流逝，無從振復，相對人原先勾勒之美麗願景，如同海市蜃樓，毫不實際。

十五、相對人放任漁貨拍賣中心之違規行為，又無端禁止聲請人之行銷方法，導致相對人之零售攤位缺乏商機，乏人問租。

- (一)本直銷中心對街之漁貨拍賣市場係由承銷人以公開互相競標喊價之方式進行國內漁船新鮮漁獲之銷售行為。惟時見違規零售買賣，導致本直銷中心之零售攤位失去招商誘因，乏人問租。
- (二)而聲請人力圖振作，為吸引觀光客留步，而在1樓中庭廣場叫賣，卻遭相對人出面阻止。查相對人要求聲請人停止於直銷中心1樓中庭叫賣漁貨之理由，係認聲請人此舉已變更原先規劃之經營模式，且未依系爭合約第4.2.5條規定，經其事前書面同意云云（聲證22）。

然而，參系爭契約第2.4.1條規定，委託經營範圍係指「利用委託經營標的物辦理或提供漁貨販售、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用。」，並未限制聲請人推廣促銷漁貨方式，此徵以系爭合約第4.3.4條前段規定：「乙方得自行擬定行銷策略...。」等語，至為灼然；而相對人所作之申請須知內，亦載明「建築物共三個樓層，一樓為漁貨銷售區（鮮魚、活魚、魚產加工）與代客熱炒、二樓為海景餐廳與特色賣店...。」，其下所附表2空間計畫表內，亦將入口廣場列入1樓樓層之使用內容內，足見依相對人之原先規劃，1樓（包括入口廣場在內）之用途，本在作為漁貨販售之用，又何來所謂在1樓廣場販賣、推銷漁貨前，應先聲請相對人同意調整使用空間之理？

- (三)復查，直銷中心在使用分區既為市場用地，且參相對人所提出之被證3號即直銷中心1樓平面圖，入口廣場處亦同時作為紀念品特賣區之用，若如相對人所述般，中庭廣場係走道空間，欲設攤銷售漁貨使用，須向建管機關申請建物變更設計云云，則相對人將中庭廣場規劃作為紀念品特賣區（非作為走道空間使用），豈非違法在先？又參被證4號即相對人所稱曾舉辦之行銷活動，如台灣鯛品嚐推廣會，亦在1樓中庭廣場舉辦，則何以相對人得於該處進行「走道空間」以外之用途，卻對聲請人依約作為銷售漁貨之用時，百般刁難？
- (四)況相對人於答辯一狀所辯稱直銷中心1樓中庭廣場規劃設計係屬廣場走道空間之用云云，除無實據外，更非當初相對人禁止聲請人於1樓中庭叫賣漁貨之理由，此參前揭聲證22相對人函文：「貴公司於1樓中庭叫賣喊價漁貨已變更原規劃之經營模式，且未報經本府同意。經報章媒體傳播，本府爰依合約規定要求貴公司停止叫賣喊價漁貨之銷售行為。」及被證4號所附相對人96年4月16日府農漁字第0960063190號函：「三、另本府已通知將軍漁港漁貨直銷中心委託廠商莛城不銹鋼產業有限公司，儘速將漁貨上架至魚販區經營，不得再有私自公開拍賣行為。」（正本通知台南縣漁會）等語，可知相對人係將聲請人於中庭叫賣之行為，誤解為公開拍賣行為所致，要與直銷中心在使用分區或是否曾向建管單位申請變更設計

無涉矣。

(五)聲請人為吸引遊客停駐、消費，凝聚人氣，特於1樓中庭處以叫賣方式推銷漁貨，本為民間廠商基於專業所為商業行銷手段，並未改變系爭契約所約定之用途，反而使直銷中心參觀人潮絡繹不絕，對於提振買氣有顯著作用。詎料相對人未經查證，率爾發函要求聲請人停止正當之推銷手段，卻對拍賣市場或停車場上攤販等人違法販售之事視若無睹，已如前述。相對人執法標準如此偏頗，令人不解，聲請人亦僅能徒呼負負，無奈面對努力提振之買氣，功虧一簣之困境。

十六、相對人拒絕聲請人之住宿規劃，導致客源誘因喪失大半：

(一)本直銷中心地處偏隅，遠離塵囂，交通往來費時，只與漁貨拍賣市場隔鄰相望，故而需相對人積極行銷，打開知名度，以引進人潮。且應持續開發及美化沿線景點，以產生良性循環，營運方能有成。聲請人於投資之際，受相對人規劃之景觀，及行銷所誘，相信「前景可期」、「商機無限」(參前揭聲證20)，故方參與評選。

(二)本件促參案之性質，屬「農業設施」(漁港功能多元化相關設施)(促參法第3條第1項第13款，促參法施行細則第19條之1第7項)，故遊客住宿之經營，依法可為。是以聲請人之投資計劃書將住宿納入三樓經營項目之一，而甄審委員會亦未反對，且納入兩造合約附件之中。自讓聲請人認為住宿係可營運之項目之一。若謂使用執照僅登記作為市場、餐廳使用，然此可申請變更以克服；詎相對人執此為由，認與法有違，否准住宿，致聲請人斷失一項有利之招客誘因。

(三)且查，聲請人已於投資計畫書多處記載：「此外亦經營民宿，以自己生產或當地的特產農漁產品供住宿遊客如何處理漁產品之方法...。」(系爭契約第201頁)、「本公司體恤遊客舟車之勞或遊客之後有陸續的旅遊行程，需要住宿及客房餐飲，提供遊客住宿等服務(如圖七所示)。」(第215頁)，並於上開計畫書之「財務計畫」內，明白表示「3F民宿設定每房1700元左右，預計每年營收120萬，其初步費用估計如表三所示。」(第225頁)。再依系爭契約第1.1.2條規定：「本契約所有文件均為本契約之一部分，與本契

約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋。其適用之優先順序同第1.1.1條各款之排列順序。」即投資計畫書，亦屬系爭契約之一部份，兩造應予遵循。對此，相對人雖以：投資計畫書乃居於第三順位之效力，僅在不抵觸第二順位效力之申請須知時方有拘束效力，而申請須知貳、三、（一）規定及表2既未將遊客住宿列為直銷中心之使用內容，故系爭契約委託經營之項目不包括遊客住宿在內云云，更係誤解。蓋：

1. 依系爭契約第1.1.2條前段規定，系爭契約之所有文件（即包括投資計畫書）均與系爭契約條款具有同等效力，故而僅在相關文件有所抵觸時，方有依該條後段及第1.1.1規定順序定其效力之必要。而查，相對人所作申請須知參、四項係針對民間廠商提出之投資計畫書內容，詳為規範其要點，故可證相對人於聲請人提出投資計畫書前，即已作成申請須知，因此，相對人於製作申請須知時，自無從預見聲請人嗣後提出之投資計畫書內會包括遊客住宿在內之營業項目，更遑論有所謂事先排除遊客住宿項目之可能。
2. 復依申請須知貳、二、（三）5.之規定，「其他依投資計畫書，經縣府核准事項」，亦屬委託經營內容之一，而該項規定，亦未要求相對人之核准須以書面方式為之，是聲請人既已於投資計畫書內詳載遊客住宿之服務項目，相對人並已同意將其列為系爭契約之一部分，實可證明相對人於簽訂系爭契約時，確已同意聲請人得提供住宿服務（至於使用執照之變更等行政手續，則為執行問題），自無再依系爭契約第4.2.5條規定申請相對人事前書面同意之必要。

(四)末就相對人於答辯狀以聲請人之函文（96年1月31日海龍王字第0096003號函）資料，主張聲請人早已知悉遊客住宿服務與法令規定不符云云（第6頁）；惟查聲請人係於簽約後，經相對人所屬將軍漁港管理中心黃主任告知：直銷中心所在為市場用地，未經申請變更不得作為遊客住宿之用，應趕緊向相對人申請撤銷該部分之營業計畫，以免違約等語後，方而發文請求相對人同意撤銷該部分項目。然查，相對人之覆函（96年3月21日府農漁字第0960027433號

函，聲證23)則謂：「主旨：有關 貴公司函請撤銷委託經營契約書中所送投資計畫書內原規劃將提供遊客住宿服務之項目案，復如說明...說明：二、有關本案貴公司來函說明經鑽研與相關法令規定不符，擬請核准撤銷乙節，請 貴公司明確說明無法經營之理由及未符合法規之依據，供本府憑辦。」等語，俱見相對人於簽訂系爭契約後，仍認為聲請人應提供遊客住宿服務甚明，否則即無必要再令聲請人說明無法經營之理由及法令依據，卻又在聲請人針對直銷中心3樓擬提供遊客住宿服務時（聲證24），函覆答稱應辦理使用空間變更云云（聲證25），亦可證明相對人態度反覆不一，聲請人又如何能承受相對人朝令夕改所滋生之巨大風險？

十七、相對人之行銷義務攸關聲請人之營運成效，相對人不應解為道德規範：

(一)本直銷中心地處偏隅，遠離塵囂，須賴相對人以政府機關之力量，積極行銷，始能使客源不斷。此為相對人所深知，亦為聲請人決定投標之要素之一。故招商時，相對人即於申請須知有關政府協助事項中，載明「縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度。」（參申請須知貳.四.(二)），日後並將申請須知作為契約之一部分。系爭契約第14.1.2條雖規定「乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠。」，惟此只解免相對人之賠償責任，非得解釋該規定僅屬道德規範。

(二)矧依系爭契約第244頁所附文件，聲請人於簽約前即已提出請求相對人初期協辦事項六項，並經相對人同意列為系爭契約之文件之一部分，依系爭契約第1.1.2條規定，與本契約條款具有同等效力，自應確實遵守辦理。而協辦事項內，分別載明請求相對人「在漁港區域多設置標示及照明設備保障遊客安全」、「每年各四季辦理活動、縣府主辦三季，敝公司作協辦單位，另一季由敝公司主辦由縣府作指導長官」等，並請求相對人於直銷中心前方空地規劃作為專屬停車場使用。然相對人嗣後卻怠未遵守上開事項，除無設置或維護直銷中心周邊照明設備，因此肇生公共安全事件（詳後述）外，亦未

依約舉辦如數之促銷活動，致無法招攬外地遊客。

- (三)上開政府協助事項之規定，既載明於契約，自屬相對人之約定義務，而為從給付義務性質。按所謂從給付義務係為了準備、確定、支持及完全履行主給付義務之具有本身目的之獨立附隨義務，又被稱為『與給付有關之附隨義務』。而附隨義務，係為確保契約目的實現並維護對方當事人之利益，遵循誠實信用原則，並依契約性質、目的及交易習慣所承擔之作為或不作為的義務。是以，該義務之履行內涵應符合誠實信用原則。「縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」，既屬重要事項，相對人自應積極作為。茲相對人並未編列一定經費，積極於相關行銷活動，形同敷衍；且就上揭之其他初期協辦事項，亦未作為。導致聲請人之營運成效難以提振。相對人自屬違反從給付義務。

十八、相對人點交予聲請人營運之硬體設施嚴重瑕疵，週邊設備亦未完善，導致遊客稀少：

- (一)兩造於94年12月29日簽約後，嗣於95年2月17日，就相關營運設備辦理點交，詎料直銷中心建築、硬體設備存有多處瑕疵，甚至在開幕後，長達一個月期間內，直銷中心均無水可用，聲請人為免造成遊客不便，尚且自費購買4個水塔存水備用；更有甚者，相對人交付聲請人使用之硬體設備，於短短二個月內即陸續出現故障或損壞情事，顯見相對人當初辦理驗收時，確有驗收不實之事，豈又能強求聲請人單憑所謂結算明細表所載內容，即能預見該等瑕疵？嗣後，聲請人多次反應上開瑕疵問題，直至本年（98年）4月22日相對人仍有函文通知其承攬廠商佳昇營造有限公司改善（聲證26），此為相對人台南縣政府所是認，此參其於答辯書所附被証二號可明（註：惟被証二號，証物名實略有出入，如未見95/4/10,96/7/26,97/9/16文），足證聲請人經營直銷中心，除須面對拍賣市場之惡性競爭、相對人政策錯誤等外在困境外，尚且須解決直銷中心層出不窮之瑕疵修補問題，造成顧客怨聲連連，自然不願再度造訪。

- (二)且直銷中心位置僻野，遠離市區，如能提供住宿，必能增加商機，卻被相對人禁止提供住宿。因無住宿，遊客必須當天回返。然聲請

人營運至今，遑論漁港與其他沿海觀光景點尚未完成建置，未能有休閒遊憩觀光帶之人潮，即夜晚時刻，路燈亦不亮，曾有車輛因此掉落海裏，經媒體報導(聲證27)，更無人願意前來。

十九、綜上所述，相對人於興建直銷中心前，既未先行辦理效益評估，導致直銷中心之經營與漁貨拍賣中心產生排擠效應，使直銷中心漁貨販售業務無從振興，相對人政策顯有錯誤；並且因相對人之消極不作為，放任拍賣中心承銷人違法代消費者拍賣漁貨及室外攤販販售漁貨情事，致使直銷中心漁貨攤位乏人問津，故相對人上開不作為，業已對於聲請人之營運產生重大不利影響，並且嚴重影響系爭契約之履行，核已構成系爭契約第 10.1.2 條之 1 所定之除外情事，或應交由協調委員會認定之除外情事。復且，相對人未經查證，遽而禁止聲請人於中庭叫賣漁貨及提供遊客住宿規劃，暨未依約辦理活動行銷義務，均已悖離系爭契約之約定內容，在在對於聲請人之營運產生重大不利影響，即亦已構成系爭契約第 10.1.2 條之 1 除外情事，或應交由協調委員會認定之除外情事，茲請 仲裁人明鑒。豈料，相對人迄今竟仍消極迴避聲請人所提召集協調委員會之請求，亦未採行包括緩繳、減繳或免繳權利金及其他雙方同意之補救措施（系爭契約第 10.4.1 條），更逕而沒收聲請人所繳交之履約保證金 300 萬元，形同落井下石，聲請人迫於無奈，僅得依民法第 227 條第 1 項、第 231 條第 1 項、第 254 條、第 213 條及第 216 條等規定，終止系爭契約，並請求相對人賠償因此如聲明事項所載之損害金額。為此，合請仲裁人親臨現場，履勘實況，以明上情。

二十、聲請人所提出之投資計畫內容，實乃甄審委員審查之重要項目，又經多次修改，相對人相關部會重要主管均曾親自與會，其對於聲請人擬提出遊客住宿服務，均未反對、質疑，已同意列入系爭契約之一部份，嗣後卻又改弦易轍，完全否認有此合意，實乏誠信。

(一)查直銷中心所座落之將軍漁港，地處偏遠，此參相對人所作之直銷中心 OT 案之招商資料內，其中「捌、將軍漁港假日漁市未來發展型態及期望」節項下，明載：「全台目前假日漁市經營較為成功之地點均係位於都會區之周遭如台中梧棲、台北淡水、基隆碧砂，其

主要原因都是都會區人口眾多，假日郊外去處較少，因此人潮湧向漁港而將軍漁港周遭並無大型都會區（雖然距離台南市約 20 公里，然而台南市擁有安平港其亦將發展假日漁市）因此必須發展為旅遊性質導向，即以台十七線沿海觀光動線結合南鯤鯓廟、七股黑面琵鷺、瀉湖、鹽山、將軍漁港讓遊客留下來一日遊甚至二日遊，才能產生消費。」（聲證 30），顯見相對人早已認知直銷中心因先天地理環境欠佳，故需佐以商業行銷方式，提供遊客配套住宿服務，方能將直銷中心與周邊景點，如馬沙溝濱海遊樂區、七股鹽山等處結合為帶狀觀光旅遊勝地，故聲請人於申請甄審時，即於投資計畫書內提出提供住宿服務之構想，並獲甄審委員之肯認。

- (二)另參相對人所製作之申請須知「參、申請相關事宜」、「四、投資計畫書」項下，要求聲請人於提出評選申請時，應檢具 20 份之投資計畫書，內容包括：「計畫緣起（說明申請動機）」、「申請人信譽及經營管理實績與經驗」、「對本中心之經營定位、理念與投資計畫」及「經營管理計畫」等項目（系爭契約第 40 頁）。聲請人為增加遊客停留時間，以促進消費及推廣將軍漁港遊憩口碑，即於投資計畫書內多處提出擬提供遊客住宿（或民宿）之構想，此見下述甚明：
1. 投資計畫書「三、經營策略」、「3.1 漁業環境解析」節項內：「此外亦經營民宿，以自己生產或當地的特產農漁產品供住宿遊客如何處理魚產品的方法，致力於營造塑造漁村特色，保存漁村文化，為漁村帶來可觀收入。」（系爭契約第 201 頁）。
 2. 投資計畫書「三、經營策略」、「3.4.3 空間規劃」、「3.3F 戶外庭園空間及住宿」節項內：「本公司體恤遊客舟車之勞或遊客之後有陸續的旅遊行程，需要住宿及客房餐飲，提供遊客住宿等服務。」（系爭契約第 215、216 頁）。
 3. 投資計畫書「四、財務計畫」節項內：「3F 民宿設定每房 1700 元左右，預計每年營收 120 萬元，其初步費用估計如表三所示。」（系爭契約第 225 頁）。

- (三)對此，相對人雖引述系爭契約第 2.4 條關於委託營業之項目乃「列舉規定」，並不包括遊客住宿云云（參相對人仲裁答辯書三狀，頁

3)，實屬誤解。蓋依系爭契約第 2.4.2 條除將「其他經甲方書面核准同意事項」亦列入委託經營範圍內；申請須知「貳、計畫內容說明」、「三、委託經營之項目、內容與相關規範」、「(三)委託經營內容與設施使用原則」節項下，亦將「其他依投資計畫書，經縣府核准事項」列為委託經營之內容（系爭契約第 36 頁）。此併參申請須知之附件「評審辦法」內，多處將投資計畫書之內容，列為綜合評審之重要項目，如第 2.1.2.1 條規定：「由甄審會就前述資格預審所選出之合格申請人，依據其所遞送之投資計畫書、相關文件以及申請人列席簡報及詢答之內容...。」、第 2.1.2.2 條規定：「各合格申請人所提之投資計畫書經評審若未達甄審標準或不符公共利益時，甄審會得逕行評決該合格申請人為不予錄取，並不予開啟其權利金標單。」（系爭契約第 63 頁）、表 2-1 預定評審作業時程表第 5 項內明載：「甄審會就投資計畫書及相關文件，評選出達甄審標準之合格申請人，並開啟其權利金標單...。」（系爭契約第 64 頁）、第 3.1.2 條規定：「綜合評審階段主要在考量各合格申請人之投資計畫書，擇優選出最優申請案件申請人並增選次優申請案件申請人...。」、第 3.1.2.1 規定：「...繼而由各甄審委員就投資計畫書之各項評審項目予以評審，並排定序位...。」（系爭契約第 67 頁）等節甚明。茲有甚者，評審辦法中更將「對本中心經營定位、投資計畫及營運理念」項目之權重定為百分之 25，審查重點更包括「預計營業項目」、「投資項目」、「各項服務收費基準之計算」等節（系爭契約第 70 頁），足見本件甄審委員對於聲請人所提投資計畫書包括提供住宿營業項目，乃經詳為審斷後，方評選聲請人為最優申請人。復且，於 94 年 12 月 19 日之甄審會議中，相對人所屬農業局長、交通觀光局長及法制課長均曾與會，此有相關會議記錄及簽到簿可稽（聲證 31）。是若聲請人所作投資計畫書內關於提供遊客住宿服務之事項，係如相對人書狀所稱係「違約」、「違法」，則何以相對人掌管相關業務之主管，尚能無視此情，決議同意聲請人通過甄審？足見相對人所辯云云，實屬推諉卸責之詞，要不足採。

二十一、相對人當初興建直銷中心之初旨，本欲將直銷中心交由漁會經營，

嗣後卻在未進行成本效益評估前，變更為以 OT 方式委託民間經營，又放任流動攤販任意銷售漁貨，直銷中心商機早已消失殆盡。

(一)查相對人於擬定直銷中心興建計畫前，對於直銷中心興建後能否爭取足夠客源、能否取代魚貨拍賣市場之魚貨直銷零售功能等節，俱未評估規劃，顯已違背預算法第 34 條：「重要公共工程建設及重大施政計畫，應先行製作選擇方案及替代方案之成本效益分析報告，並提供財源籌措及資金運用之說明，始得編列概算及預算案，並送立法院備查。」等規定，早經監察院提出糾正在案（參見前呈聲證 19）。

(二)實則，針對直銷中心之設置目的，相對人於招商之際，既曾於申請須知內說明：「『將軍漁港觀光漁市魚貨直銷中心』的設置目的在於振興漁業發展、繁榮地方並呼應台南縣濱海地區的觀光發展，達到漁港多功能和休閒化的目標。藉由直銷中心的營運，將啟動將軍漁港的發展，提供漁貨產地的直銷買賣並改善漁民經濟」（系爭契約第 34 頁）；又依相對人製作之「將軍漁港觀光漁市發展構想」內，亦分別詳述：「伍、設置假日漁市魚貨直銷中心的基本...1.對於漁民經濟而言...(2)漁民直接銷售漁貨，享受消費者價格，增加收入，並足以彌補漁業減產之損失。」、「2.對於改善漁貨資源之目標而言...漁貨直銷中心透過漁民直銷，使漁民的漁產品所得價格及獲利率增加...」、「5.對於漁會之目標...(1)透過直銷中心之設立，增加市場管理費或直接參與銷售業務，使漁會的營業收入增加。」及「陸、魚貨直銷中心的空間需求與業務範圍...(4)上述各項活動的場地收益：包括各攤位場地租金與停車場之停車費收入，由經營的魚會獲利，因而得以改善漁村經濟。」（聲證 30），足見依相對人原先構想，將軍漁港直銷中心之營運，本為委託台南縣漁會管理，並由後者收取費用，此參相對人所作統計資料，台灣現有假日漁市即台中梧棲漁港、新竹南寮漁港、高雄興達港、桃園竹圍漁港、基隆碧砂漁港、淡水第二漁港及宜蘭烏石港，除淡水第二漁港外，其餘 6 個觀光漁市均係交由該地漁會經營，更彰顯委託民間經營觀光漁港之事例，本在少

數，政府在鼓勵民間參與此類公共建設案時，本應先行評估其效應、謹慎為之，更不能以政府採購之業主的舊時觀念，認為一旦產生評選或投標結果後，後續履約事項即全然與伊無關。此見「機關辦理促進民間參與公共建設案件作業注意事項」第 47 條：「履約期間，主辦機關應定期召開會議，瞭解民間機構執行進度，並協助解決執行困難。前項第一次會議應於簽約後二個月內為之。」等規定，尤其可見民間機構與主辦機關間乃伙伴關係，本應群策群力，共同創造產、官雙贏之局面。

(三)復且，相對人亦於仲裁答辯書（二）及仲裁答辯書（三）內，自陳直銷中心近處由台南縣漁貨經營之漁貨拍賣市場有兼而從事漁貨零售直銷行為，並認為此種現象在全台各地行之數十年，伊無從取締云云，此互核前揭相對人興建直銷中心之初旨及各處觀光漁市多係委託當地漁會經營之情況，更凸顯相對人在未經評估委託民間經營之效益前，率爾將直銷中心存在之先天困局及政策變更之風險，交由聲請人獨力承擔。矧於履約過程中，聲請人多次反應漁貨直銷業務，因拍賣市場及流動攤販之不公平競爭，導致商機殆失時，相對人卻仍坐視不管，猶稱聲請人專業經營能力欠佳或無意願經營云云，要屬其混淆焦點、謾罵污衊之詞！

(四)另外，針對將軍漁港港區內流動攤販群聚之現象，相對人於上開發展構想內，亦曾指出：「魚貨直銷中心若能妥善規劃與管理，可使港區攤販群集所造成之亂象得以改善。直銷、零售販賣魚貨之形象一經建立，則會吸引眾多人潮前往採購，從而對當地休憩活動之發展有推波助瀾之功效。」（聲證 30）可證相對人早知整頓直銷中心前停車場聚集之流動攤販，乃改善港區風貌、吸引遊客前往之重要誘因。豈料，迨於今日將軍港區內攤販叫賣魚貨之現象依舊未能改善（如聲請人 98 年 8 月 13 日準備一書狀所附聲證 21 之照片），加以相對人長期放縱魚貨拍賣市場之承銷人代消費者拍賣魚貨之行為，在在對聲請人之營運及財務狀況產生重大不利之影響，應構成系爭契約第 10.1.2 條所定之除外情事事由，聲請人得依系爭契約第 12.3.4 及民法第 227、231、254、213、216

條等規定，請求相對人返還履約保證金及賠償因此所受之損害。
二十二、初期協辦事項所載之相對人行銷義務，乃履行系爭契約之重要事項，相對人將其解為道德義務云云，應有誤解。

(一)按系爭契約第 1.1.1 條約定：「契約文件包括如下：1.本契約及其附件。2.甲方於民國九十四年 8 月 29 日公告之申請須知。3.乙方於甄審委員會提出之投資計畫書為本契約的一部分。」及第 1.1.2 條（契約文件效力規定）約定：「本契約所有文件均為本契約之一部份，與本契約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋。其適用之優先順序同第 1.1.1 條各款之排列順序。」可知除申請須知、投資計畫書之外，其他契約之附件，均屬系爭契約之一部份。

(二)鑑於將軍漁港直銷中心位於海濱僻靜之處，又距離市區遙遠，勢必需透過持續不斷之行銷、推廣活動，方能凝聚人氣，提升知名度，故於聲請人於簽約時，即曾提出「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」（系爭契約第 244 頁），經相對人同意列為系爭契約之一部份，則相對人對於聲請人所請求「在漁港區域多設置標誌及照明設備保障遊客安全。」、「每年各四季辦理活動、縣府主辦三季，敝公司作協辦單位，另一季由敝公司主辦由縣府作指導長官。」並請相對人將直銷中心前方空地規劃為專屬停車場等請求，經相對人承諾遵守後，已構成相對人之承諾事項，其本應依約辦理，裨益直銷中心周邊景點之活絡，並招攬外地遊客前往消費。惟相對人於 95 年 5 月 19 日針對行銷事項召開跨部門會議討論後，迄今仍未依約履行，則相對人之消極債務不履行行為，顯已構成系爭契約第 10.1.2 之 1 所定之除外情事，聲請人得請求終止契約，並請求相對人返還履約保證金。

(三)相對人對於系爭契約附有上開初期協辦事項約定之事，雖不爭執，惟辯稱此屬投資計畫書之內容，其效力不得抵觸申請須知第貳、四、(二)之約定，及聲請人依系爭契約第 14.1.2 條約定不得向相對人提出任何索賠云云；然按：系爭契約第貳、四、(二)條係規定：「縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度。」與上開初期協辦事項之內容若合符

節，並無所謂適用順序先後之問題；此外，系爭契約所附之投資計畫書，係起自第 191 頁，迄於 234 頁，共分為「一、計畫源起（鮭魚返鄉）」、「二、經營團隊介紹」、「三、經營策略」、「四、財務計畫」及「五、睦鄰計畫」等章。故而，上開初期協辦事項，既列載於系爭契約第 244 頁，即顯非投資計畫書之一部份，更何況初期協辦事項記載之內容，乃相對人所應負擔之從給付義務，亦與投資計畫書之性質完全不同，相對人將其解為投資計畫書之一部份，自屬誤解。此見相對人 97 年 9 月 18 日府農漁字第 0970166818 號函：「主旨：有關貴公司函詢『將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心之營運案，委託經營契約中懇請本府初期協辦事項，是否視同契約之一部份與文件效力』案，復如說明...說明：一、復貴公司 97 年 7 月 25 日海龍王字第 0097076 號函。二、貴公司於簽約時提出『將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項』並納入合約其他文件，依委託經營契約第 1 章第 1.1.2 契約文件效力規定，本契約所有文件均為本契約之一部份，與本契約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋。」（聲證 32），足見相對人已自陳上開初期協辦事項之位階，乃與本契約條款相同，相對人上開置辯，要屬嗣後卸責之詞，並不足採。

(四)查相對人於與聲請人簽訂系爭契約後，曾於 95 年 5 月 19 日邀集府內有關單位，針對將軍漁港觀光漁市建議協辦事項召開協調會，席間相對人之文化局及教育局均表示無經費等語（聲證 11），足證相對人於簽約後，仍未編列行銷經費以履行其承諾義務；另據聲請人瞭解，相對人於 97 年度預算項目中，曾編列「將軍漁港土地開發委辦土地審查費」新台幣（以下同）25 萬元、「行銷將軍漁港相關活動」費用 250 萬元及「配合中央將軍漁港基本設施及維護管理經費配合款」1,200 萬元，其中「將軍漁港土地開發委辦土地審查費」最終僅動支 1 萬元、「行銷將軍漁港相關活動」僅支用辦理「97 年台灣鯛 ISO22000 品嚐活動」費用 24 萬元、「配合中央將軍漁港基本設施及維護管理經費配合款」最後動支之 865 萬元更被相對人挪用作為「北門漁港拍賣市場興建工程」

(640萬元)及「北門漁港及蚵寮漁港疏浚計畫」(225萬元)之用，可知相對人就其承諾事項，從未有願確實履行之意，更加凸顯其視承諾事項如無物之心態，直銷中心之人氣、知名度因相對人怠於行銷、推廣，而低迷不振，業已對聲請人之財務及業務狀況造成重大不利之影響，構成系爭契約所定之除外情事，實臻明確。相對人違反其承諾事項在先，應負違約之債務不履行損害賠償責任，茲請 貴會鑒核。

二十三、直銷中心之設備存有諸多瑕疵，甚至連最基本之安全、排水設施均無法正常運作，導致客訴連連，絕非相對人所稱一般僅係烤漆脫落、或標示未旋緊而已。謹臚列其中部分，即知綦詳：

自聲請人進駐直銷中心後，即發現建築主體及有關設備有許多瑕疵，如一樓橫樑腐蝕，已造成遊客往來安全之重大危險，且二、三樓部分冷氣系統、送風設備，更未安裝妥當。復參聲請人以下函文，亦可證明直銷中心存有眾多瑕疵，業已對直銷中心之營運造成重大影響：

(一)聲請人 96 年 12 月 20 日海龍王字第 0096087 號函：請求相對人通知承包商修繕之瑕疵：包括「大樓入口廣場棚架交叉木樑嚴重崩裂（恐危及遊客出入安全）」、「三樓、頂樓木質製步道燈故障損壞」、「三樓柱壁龜裂安全堪虞」及「三樓壁縫滲水嚴重。」（聲證 33）。

(二)聲請人 96 年 8 月 25 日海龍王字第 0096046 號函：檢附聲請人委託第三人尚城事業有限公司製作之「消防安全設備檢修申報書」，請求相對人通知承包商，修復包括「滅火器過期」、「消防管內無水」、「水動報警機標示燈故障」、「火警受信種機蓄電池故障」、「偵煙探測器無動作」、「水動報警機無動作」、「揚聲器故障」、「撒水泵浦未接管接電使用」及「無排煙區劃、排煙口數量不足」等嚴重瑕疵（聲證 34）。

(三)聲請人 95 年 8 月 28 日海龍文字第 0095048 號函：函請相對人督促承包商修繕下列設備：「一樓攤位燈具，電力開關有漏電情事。」、「一樓攤位緊急照明燈線路漏電」、「二樓餐廳西側空氣門

接電不符規定，且有二空氣門無法轉動」、「二、三樓餐廳西側玻璃門栓缺少」、「二樓外圍排水孔堵塞不通。」等（聲證 35）。

(四)聲請人 96 年 10 月 30 日海龍王字第 0096061 號函；函請相對人催促承包商修繕以下瑕疵：「二樓廚房之截油槽，因不良之防水處理，且在不當施工情形下，以外加滴水盤尋求補求，現該滴水盤已傾斜外溢滲透至一樓水族活魚槽，致槽內鮮魚、貝類嚴重死亡。」及「一樓攤販區之排水系統設計不良，因溝底太淺，幾無排水功能，稍有水阻即積水不通溢於地面造成惡臭，雖經雇請專業清潔公司清理積物，仍無法改善，大多數遊客怨聲抗議，攤販亦因而無法正常營業。」（聲證 36）。

(五)聲請人 97 年 5 月 28 日海龍王字第 0097047 號函：函請相對人通知承包商修復下列瑕疵：「2 樓餐廳滴水槽，多經多次派員施工，仍繼續漏水」、「2 樓辦公室東側外牆石壁嚴重滲水」，及檢附專業技師所出具之「消防安全設備改善計畫書」，請求針對滅火器過期、受信總機蓄電池故障、廣播主機電壓表故障、出口標示燈故障及指示燈故障等設施進行改善（聲證 37）。

(六)據上所陳，相對人交付予聲請人使用之直銷中心，在硬體設備上即存有許多瑕疵，相關修復進度屢次延宕，嚴重影響營業空間之使用，更導致客源流失，對於聲請人之營運及財務狀況造成重大不利之影響，此又豈是凡事函轉公文之相對人所能瞭解。

二十四、本件乃相對人為推本件乃相對人為推動將軍漁港繁榮之地方政策 OT 案，自本重大政策推動之初，相對人即知有賴相對人之公權力及預算大力推動以促成，惟聲請人有心且信賴相對人，相對人却未能實踐其辦理本件 OT 案之初衷，且處處作梗，終致聲請人無法繼續經營。

(一)查本直銷中心委託民間經營案(即 OT 案)，曾分別於 94 年間辦理 2 次公告，均無廠商參與，經相對人檢討、並查訪潛在廠商後，認為流標原因係「目前平假日無觀光人潮、廠商必須投入較多人力物力於行銷開拓市場。」、「港區周邊發展不明確，投資時機尚不成熟。」及「希望政府對周邊具體的建設投資與行銷計畫的配

合」等，相對人遂提出後續擬辦理計畫，包括「整合濱海風景區管理處與縣政府相關計畫，提出周邊具體投資建設計畫。」及「縣政府具體提出承諾事項（每年編列預算於港區建設與行銷活動經費）。」，茲有相對人所製作之摘要說明可參（聲證 40）。

(二)因聲請人之負責人係將軍鄉在地子弟，冀盼能以回饋鄉里，並期待將軍漁港有朝一日能繁榮興盛。適逢相對人大力行銷將軍漁港直銷中心，且於上開招商資料內詳述相對人願提供建設、行銷活動經費及結合周邊投資建設計畫等誘因，聲請人乃邀集所屬經營團隊及外部專家，共商研議，並提出投資計畫書參與甄審。於獲評選為最優申請人後，遂動員公司人力、物力及資金，結合關係企業提供、裝設不銹鋼廚具，期盼能塑造一個美觀舒適的用餐、購物、休憩環境。在管理經營方面，則委請學有專精之傅昌銘先生（寒軒國際大飯店總經理）提供顧問諮詢服務，協助聲請人經營直銷中心。聲請人之負責人為此甚至經常自掏腰包，委請當地零工或水電工人至直銷中心幫忙（該等花費均由聲請人負責人自行吸收，未列入聲請人之營業費用項目扣除，如聲證 41 所附部分之臨時工薪資簽收記錄）。然聲請人營業費用雖降低，95 年度聲請人之稅後淨利為 63 萬 6,677 元，平均每月淨利亦僅有 5 萬餘元；迨至 96 年至 97 年間，因近處魚貨拍賣市場及廣場攤販違法競爭，導致直銷中心進駐魚攤急遽減少，復相對人亦怠於履行其行銷義務，且禁止聲請人提供住宿服務或魚貨叫賣等行銷策略等除外情事，於 96 年淨利僅剩 3 萬 6,055 元（平均每月僅有 3 千餘元），至 97 年間更虧損達 133 萬 280 元（詳見聲證 42 各年度之損益表）。復因聲請人 97 年度營業總收入僅有 582 萬 5,967 元，依系爭契約計算之經營權利金為 8 萬 7,389 元，尚低於保證額度 14 萬元，相對人亦曾發函通知聲請人無須補繳差額（見聲證 39），可見聲請人之業務及財務狀況，確已受到重大不利之影響，嚴重影響系爭契約之履行。

(三)甚且，參前呈聲證 10 所附台南縣審計室函文資料：「惟查將軍漁港漁貨拍賣市場允許遊客進場選中合意漁貨後，委託具承銷許可

證之承購人代客喊價參與拍賣，成交後再由承銷人向遊客取貨價7%為代客喊價之佣金，將軍漁港拍賣市場承銷人代客喊價之作法實質上已兼有漁貨零售直銷之行為，甚至市場前即有流動攤販銷售漁貨，致該中心招商困難，影響經營至鉅。」亦足以證明直銷中心之經營困境，係肇因於諸多外在之除外情事所致，敬請諸位仲裁人鑒察。

(四)對此，相對人雖一再辯稱：係聲請人無心經營或經營專業不足所致云云，惟查：聲請人縱使面臨諸多非簽約當時所得預期之除外情事，猶仍積極舉辦各項活動以活絡直銷中心商機，如「將軍漁港海龍王盃歌唱比賽」、「音樂演奏」、「街頭藝人表演秀」、「虱目魚魚丸DIY」、「娛樂遊艇搭乘暢遊活動」、「開運年菜」、「采風饗宴」，並廣告邀集店家免費進入一樓攤位（及免費提供各項設備）。更有甚者，對於外界謠傳直銷中心內部餐廳將停止營業之不實消息，聲請人尚且以廣告週知民眾，表示願提供5萬元獎金希望民眾能提供散佈不實消息來源，此有相關行銷活動資料可參（聲證43）；況且，因近處漁會拍賣市場之違法代客拍賣及流通攤販群聚，致廠商不願進駐直銷中心一樓攤位，直銷中心一樓攤位被迫全面關閉，因聲請人不斷宣傳免費招商訊息，而有少數廠商願意進入經營，相對人於98年4月28日至現場複查時，亦認為已有改善成效，爰暫緩處以懲罰性違約金，此見相對人98年5月20日府農漁字第0980119045號函甚明（聲證44）。是則，倘若聲請人早已無心經營，又豈會不斷花費鉅額行銷費用，以期能拉抬直銷中心人氣？相對人若認聲請人無心經營，又何以認為聲請人已有改善成效而不處以懲罰性違約金？而且，聲請人自95年進駐經營已有3年許，若聲請人無心經營，為何還有必要勉力維持迄今？足見相對人所辯云云，並非事實。

二十五、關於 貴會所詢相對人交付之直銷中心確實存有諸多瑕疵部分，謹說明如下，以利貴會明瞭，相對人之不作為與瑕疵給付已嚴重影響聲請人之實際營運：

(一)聲請人於營運之初進駐直銷中心後，即陸續發現直銷中心無論在

結構、設施、照明、消防、水電空調、排水等硬體設備上，存有諸多瑕疵，以致聲請人自進駐後即疲於因應、催促相對人改善，浪費諸多人力與時間外，經營聲譽嚴重受損，客源逐漸流失，已嚴重影響直銷中心之營運。為便 貴會瞭解實況，茲臚列如次：

1.聲請人 95 年 8 月 28 日海龍文字第 0095048 號函（聲證 35）：

「說明：一、本公司受託經營假日魚市魚貨中心餘兩個月，經進駐後發現該棟建築主體水電、空調等有諸多缺失急待改善，雖經多次催告承包商，仍未能改善，造成營運上極度不便。」

2.聲請人 95 年 10 月 20 日海龍王字第 54 號函，通知佳昇營造有限公司（副知相對人）（聲證 45）：

「主旨：本公司函轉台南縣政府促請速行改善假日漁市漁貨直銷中心工程建物諸多缺失事項，經一個月餘仍未見辦理改善，今為便於營運使用，減少損失，將逕行僱工修復，所花費修復工程款項，自應由 貴公司負擔，請查照。」

3.聲請人 96 年 6 月 11 日海字第 0096012 號函（聲證 46）：

「主旨：本公司承攬 貴府『將軍漁港觀光漁市暨漁貨直銷中心 OT 案』在建物主體及水電、空調等諸多缺失，本公司自 95 年 8 月 28 日反應至今仍有多向未能改善，懇請 貴府能否主導邀請建築師、電機師、承建商開協調會，因應改善，以利本公司正常營運...說明：一、本公司自 98 年 8 月 28 日發文向 貴府反應本直銷中心大樓建築主體、水電、空調等多項缺失（詳如附件所列）急待改善，至今雖經多次催告承包商，仍未能改善，俾使顧客罵聲不絕，嚴重抗議，造成本公司營運上極度困難。二、懇請 貴府本諸建物所有權人有權主導建築師、電機師、承包商開協調會，並督促承包商將所列修復事項如期完成改善。」

4.聲請人 96 年 8 月 25 日海龍王字第 0096046 號函（聲證 34）：

「主旨：本公司經營將軍漁港觀光漁市魚貨中心，有關建築物公共安全及消防設備，經委託專業機構初步檢測，部分應行修繕事項因涉該建築工程尚屬保固期限內，請函轉原承攬廠商速

行改善，俾利檢修申報工作之進行...。」

5.聲請人 96 年 10 月 30 日海龍王字第 0096061 號函（聲證 36）：

「本公司承攬將軍漁港觀光魚市之經營，因營運大樓之使用有諸多缺失陸續顯現，除嚴重影響公司正常經營，並造成莫大之損失，本於善盡維護營運資產之義務，請派員瞭解並儘速催促營建廠商依說明狀況於三日內設法修繕...」

6.聲請人 96 年 12 月 20 日海龍王字第 0096087 號函（聲證 33）：

「主旨：檢陳將軍漁港觀光魚市營運大樓設備故障、損壞或未依竣工圖安裝情形如說明，建請儘速併前所揭委請原監造建築師一併會勘總檢，責由承包商限期改善，俾尋求根本解決...」

7.聲請人 97 年 7 月 31 日海龍王字第 097081 號函（聲證 47）：

「檢送將軍漁港觀光魚市漁貨直銷中心建築物及其設備缺失應行修繕事項，如附表所列，請催促廠商儘速修復，並惠允追蹤缺失改善情形，請查照。」

(二)就直銷中心建築物等硬體設備之瑕疵，相對人於答辯三書內無非辯以：係聲請人過份挑剔且有可歸責事由致開幕時程延宕，且聲請人所指瑕疵不但為吹毛求疵，屬於聲請人不當管理使用所致，又聲請人於開幕啟用後，不曾就其係因直銷中心設備瑕疵延宕營運向相對人提出異議云云。惟相對人前開置辯，洵非事實，實乃避重就輕之語：

1.參以前揭函文，可證聲請人於進駐直銷中心後，已多次向相對人表示相關水電、消防等基本安全設備存有瑕疵，迭請相對人處理；復且，聲請人早在開幕日（95 年 6 月 4 日）前，即發函告知相對人「將軍漁港觀光魚市直銷中心委託民間機構營運（OT）案，原訂 95 年 1 月 18 日辦理點交，因尚有部分設施無法正常運作，故無法如期點交，已影響敝公司營運計畫。說明：一、依據台南縣將軍漁港觀光魚市漁貨直銷中心委託民間機構營運案委託經營契約辦理。二、該棟建物尚有部分設施無法正常運作，故尚未點交完成，導致本公司營運計畫延誤，屆時未依契約履行開幕營運，所衍生之契約罰則不宜予本公司承

擔負責。」(聲證 48)，是相對人稱聲請人從未向其提出異議，自屬臨訟卸詞。且聲請人所通知之瑕疵，也絕非吹毛求疵，或可歸責聲請人事由，相對人所辯，聲請人實難接受；亦非事實。

2.此外，直銷中心之硬體設備瑕疵，絕非如相對人所言一般，僅係掉漆、生鏽，此參酌前呈聲證 33 至 37 號函文，即知包括「大樓入口廣場交叉木樑嚴重崩裂」、「三樓柱壁龜裂」、「三樓壁縫滲水嚴重」、「消防安全設備不符規定」、「電力開關漏電」及「排水系統設計不良」等嚴重瑕疵；甚且聲請人於 95 年至 97 年間，就直銷中心之硬體設備，業已支付至少高達 111 萬 9640 元之修繕費用，此有聲證 49 之相關明細及付款憑證可稽，其中還不包括由聲請人之負責人自掏腰包支付之維修費用 71 萬 92 元，倘若直銷中心硬體設備僅有些許瑕疵，何以聲請人尚須耗費鉅資修繕？

(三)相對人復辯稱：依系爭契約之規定，直銷中心於點交予聲請人後，伊至多僅負依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕之責任云云；惟細繹系爭契約之前言：「茲雙方同意以民間參與方式，由甲方（即相對人）委託乙方（即聲請人）營運台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心...。」、第 2.4.1 條「(委託經營範圍)利用委託經營標的物辦理或提供漁貨販售、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用。」及第 5.1 條：「乙方應依『權利金報價單』繳付定額權利金與經營權利金。」等語，洵見系爭契約性質上為雙務契約，且相對人提供之直銷中心，須足供聲請人提供高品質服務，此為相對人所負之給付義務；倘直銷中心供水、消防、用電系統多處存有瑕疵，相對人未盡實質審查責任逕予驗收，除涉及相關公務員責任外，更不能強求聲請人應負擔相對人卸責怠惰之不利益，亦不能泛指聲請人應負擔所有責任。試以下例為說明：聲請人開始營業後，旋即發現直銷中心工程原設計供水管線過小，無法提供整棟大樓用水，乃發函通知相對人儘速協調處理（聲證 50），聲請人又如何能於進駐直銷中心之日即行發覺此瑕疵？甚且，直至近日，就聲請人早在 96 年發函通知相對人修

繕之入口廣場棚架木樑，仍怠未處理，尚仍在發函催促承包商修復階段（聲證 51），反足以證明相對人所提供之直銷中心，其品質不足達到系爭契約約定之標準，至臻明確。聲請人於經營直銷中心時，尚且須分身處理消費者因無法用水或使用空調之客訴，一方面還需自費僱工修繕，且消費者自遠方前來遊玩，舟車勞頓，卻又因直銷中心硬體設備瑕疵而怨聲載道、敗興而歸，日後自然不願再次造訪，當已對聲請人之營運、財務造成重大影響。

(四)此外，相對人屢稱曾按物品清冊辦理點交云云，惟系爭契約卷附之清冊，實為相對人與承包商間之工程結算明細表，相對人根本就沒有依照系爭契約第 4.1.2 條規定，造冊區分為「須返還」及「報廢後由甲方處理」二類，聲請人過去即曾發函表示質疑（聲證 52），現相對人卻一再辯稱直銷中心硬體設備的瑕疵風險全應由聲請人負擔，不合理至極。

二十六、直銷中心近處漁貨拍賣中心代客拍賣，對直銷中心營運產生排擠效應，又恣意禁止聲請人行銷手法，致對聲請人營運及財務狀況造成重大不利影響：

(一)就直銷中心近處漁貨拍賣中心承銷人代消費者喊價，導致直銷中心客源盡失，無廠商願意進駐之事實，審計部台灣省台南縣審計室於調查後，早已指出：「查將軍港漁船進港漁貨均在距離該中心約 200 公尺之漁貨拍賣市場進行拍賣，依上揭法令僅承銷人具拍賣承購資格，依規劃，一般遊客因不具承銷人資格，若有購買漁貨之需要可前往該漁貨直銷中心採購，此亦該中心營運利基之所在。惟查將軍漁港漁貨拍賣市場允許遊客進場選中合意漁貨後，委託具承銷許可證之承購人代客喊價參與拍賣，成交後再由承銷人向遊客取貨價 7% 為代客喊價之佣金，將軍漁港拍賣市場承銷人代客喊價之作法實質上已兼有漁貨零售直銷之行為，甚至市場前即有流動攤販銷售漁貨，致該中心招商困難，影響經營至鉅。依『臺南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委託民間機構營運案申請須知』貴府設置該直銷中心之目的係在於藉由直銷中心的營運，啟動將軍漁港的發展，提供漁貨產地的直銷買賣並改善

漁民經濟。為達致該目的，該中心於一樓規劃 30 個漁貨直銷攤位，惟實地勘查發現，該中心自 94 年底委託經營迄今近 2 年，正式營運亦逾一年半，因將軍漁港漁貨拍賣市場代客喊價拍賣之作法，致招商困難，迄未能實際辦理漁貨直銷業務，上開 30 個漁貨直銷攤位雖有 16 個經分租予個別攤商經營，惟查其中 1 家(占 6 個攤位之空間)經營水缸活魚販售外，其餘 10 家經營各類小吃，均不符合漁貨直銷之性質，難以達致興建該直銷中心之目的，該經營困境雖經中心委託經營廠商多次反映，惟因該漁貨拍賣市場係由臺南縣區漁會經營，囿於溝通協調不易，長期以來未見貴府提出具體有效之解決辦法。」(聲證 10)。應可明證，相對人明知因漁貨拍賣市場違法代客拍賣，故消費者不願前往直銷中心購買漁貨，商家自不願進駐直銷中心，導致直銷中心招商困難，此乃直銷中心經營之困局，且行政院農業委員會更曾要求相對人查明漁貨拍賣市場代客拍賣是否有違反農產品批發市場管理辦法之規定，相對人卻依舊故我，毫不理睬，並未能提出有效之解決方法，致掏空聲請人經營利基，影響聲請人經營甚鉅。

(二)而聲請人在此困境中猶力求突破，為在此逆境中打響直銷中心聲譽，提升知名度，乃於 1 樓中庭廣場叫賣，卻遭相對人出面阻止。相對人並於答辯三書稱：一樓中庭係規劃為入口廣場以供遊客通行，不得作為擺設或設置販售漁貨攤位使用云云。然查相對人一方面稱入口廣場僅供遊客通行，然相對人原先將入口廣場規劃作為紀念品特賣區之用(參被證 3)，豈非先行以身試法？又何以相對人自己又能在未變更規劃設計前，在中庭廣場舉行台灣鯛品嚐活動？況且，系爭契約第 2.4.1 條規定，委託經營範圍係指「利用委託經營標的物辦理或提供漁貨販售、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用。」，並未限制聲請人推廣促銷漁貨方式，此徵以系爭合約第 4.3.4 條前段規定：「乙方得自行擬定行銷策略...(後略)。」等語，至為灼然；而相對人所作之申請須知內，亦載明「建築物共三個樓層，一樓為漁貨銷售區(鮮魚、活魚、魚產加工)與代客熱炒、二樓為海景餐廳與特色賣店...。」，其

下所附表 2 空間計畫表內，亦將入口廣場列入 1 樓樓層之使用內容內，足見依相對人之原先規劃，1 樓（包括入口廣場在內）之用途，本在作為漁貨販售之用，又何來所謂在 1 樓廣場販賣、推銷漁貨前，應先聲請相對人同意調整使用空間之理？聲請人雖迭向相對人反應、陳述，惟相對人因不願與台南縣漁會交惡，而放任不管，聲請人為促請相對人儘速處理，乃發函向相對人表示：「1 樓生鮮漁貨銷售區之經營，貴府任意曲解法令，未經查證即函文禁止漁貨叫賣銷售，喪失本公司初期營運先機，致該銷售區招商困難，難以吸引遊客人潮，帶動商機，嚴重影響漁貨直銷中心主體經營，亦阻礙將軍漁港之發展。」（聲證 53），詎相對人仍未予以處理。

(三)實則，相對人之所以發函直接禁止聲請人叫賣漁貨，而非先行到場瞭解、調查，其原因概為拍賣市場之客源，流失至直銷中心處，相對人不堪漁會壓力，為求息事，不問青紅皂白，責令聲請人停止正當銷售手法，嗣後方才另尋理由補強處分依據，其心如此，聲請人又如何能勉力獨撐？

二十七、相對人依雙方協議承諾依初期協辦事項履行行銷義務並附於系爭合約中，嗣後相對人卻擅自挪用經費至他處，更將非伊主辦之活動，冒為虛蛇因應，足證相對人確有不作為之事實，並已對聲請人之營運產生重大不利影響：

(一)誠如聲請人歷次書狀及於 貴會詢問會陳述，聲請人所提出之「初期協辦事項」所載相對人應提供之協力義務，確有其意義。蓋當時相對人辦理多次招標均無廠商願意參與，相對人為提升民間機構參與之意願，遂同意將上開初期協辦事項列為系爭合約之一部份，以昭信守。相對人並以函文向聲請人表示：「貴公司於簽約時提出『將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項』並納入合約其他文件，依委託經營契約第 1 章 1.1.2 契約文件效力規定，本契約所有文件均為本契約之一部分，與本契約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋。」（聲證 32），足見相對人業已自陳初期協辦事項所約定之內容，亦屬系爭合約之一部

份，與系爭契約本文具有同等效力。因此，相對人於答辯三書內泛稱初期協辦事項係編列於系爭契約書之其他文件內，所以非屬系爭契約之一部分而無契約效力云云，又屬事後翻異之詞，殊屬無稽。再者，相對人於上開書狀內稱：「聲請人於其仲裁聲請書第 10 頁至第 12 頁之第八段亦曾承認『將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項』非屬本契約之一部分」云云，惟遍查聲請人上開書狀內，絲毫未陳述斯情。相對人何以如此誤導 貴會，實令聲請人不解，相對人所為臨訟曲解強辯之詞，實非可採。

(二)另查，相對人先承諾願履行行銷義務，卻未編列行銷預算，茲有前呈聲證 11 號之會議紀錄可參外，更有甚者，即便台南縣議會決議同意撥付將軍漁港之行銷活動費用後，相對人竟有怠為動支或挪作他用之情形（聲請人準備二書狀，第 12 頁），凡此，益證相對人坐視直銷中心經營困局，不願履行其行銷義務，確實有應作為、可作為而不作為之事實，並致聲請人經營直銷中心於困境。

(三)對此，相對人於答辯三書略稱：伊曾於將軍漁港舉辦 95 年 6 月之「農漁產品促銷會及魚港寫生活動」、95 年 12 月之「鱒魚節」、96 年之「設計之夜」、97 年之「台灣鯛 ISO22000 品嚐活動」及 98 年之「ICRT BIKE DAY 自行車活動」；且依系爭契約第 14.1.2 條約定，聲請人不能就申請須知之「協辦事項」請求損害賠償云云。惟查，聲請人所提出之初期協辦事項，相對人既同意作為系爭契約之一部份，即非申請須知內之「政府協助事項」，相對人所辯自屬有誤。況且，經互核相對人機關網站或相對人首長宣傳網站資料（聲證 54），相對人所提之「95 年鱒魚節」活動，其舉辦初旨係在慶祝將軍漁港之管理權劃歸相對人掌理，並非為履行系爭契約之行銷義務；96 年之「設計之夜」則是相對人邀請少數參加台灣創意設計博覽會之設計師至直銷中心用餐；而 98 年之「ICRT BIKE DAY 自行車活動」，更係台北國際社區廣播電台為慶祝設台 30 周年慶，邀請相對人首長陪同騎乘自行車爾爾，詎相對人竟猶稱上開活動均係伊舉辦云云，顯屬誇大附和誤

導之詞。復且，就相對人答辯三書內所述「設置將軍漁港霓紅招牌」部分，相對人既陳「該工程現正施工中」，可知自 94 年簽約後，至今已逾 4 年許，相對人承諾之行銷事項確實未履行而至今仍未完成。

1.就相對人應負擔之行銷義務，聲請人早在開始營業前，即發函催促相對人儘速設置路標指引及辦理活動宣傳（聲證 55）；嗣聲請人與相對人於 95 年 5 月 19 日召開協調會議，席間決議由相對人所屬局處研究辦理之，當時相對人所屬文化局及教育局均表示無經費辦理（聲證 11）。之後，因相對人遲未編列預算履行承諾之初期協辦事項，且迄於 97 年中僅辦理乙次行銷活動，故聲請人乃陸續發函催請相對人依約辦理：

2.聲請人 97 年 8 月 2 日海龍王字第 097080 號函：「...三、本公司於 94 年 12 月 25 日接獲入選得標通知，同時間提出請貴府初期協助辦理六大事項，獲允諾協助後即於 94 年 12 月 29 日正式完成簽約手續，並列入契約文件（契約書第 244 頁），故縣政府應有履行該等協助事項之義務...四、本公司承攬營運已三年，契約明訂縣政府協助之事項，僅於 95 年 5 月本公司開幕營業時，辦理唯一一次活動，對於本公司懇請初期協辦六大事項，亦僅於 95 年 5 月 17 日召開契約應協辦事項協調會，會中議決事項迄未執行辦理，這豈是政府應當之作為與政策態度。」（聲證 56）

3.聲請人 97 年 8 月 3 日海龍王字第 097083 號函：「主旨：為共同促進將軍漁港之繁榮發展，本公司於 96 年度營運活絡計畫中，建請配合協助辦理事項，迄未核復，又如何帶動將軍漁港之觀光人潮，函請核示具體對策方法...說明：...自本公司進駐營運迄今已三年，政府未曾主導任何有利於將軍漁港發展契機之政策與設施，民眾怨聲載道，今始終無法吸引遊客觀光人潮...。」（聲證 57）

4.聲請人 97 年 8 月 12 日海龍王字第 097091 號函：「主旨：本

公司承攬將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心之營運，貴府迄未依契約履行應協助事項，請惠予說明未能履行之具體原因，俾利本公司營運因應之依據...說明：二、貴府公告之申請須知第四項：『政府協助事項內第二款政府於經營初期投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港之知名度』，爰本公司於申請甄選時，視其行銷活動有公部門之協助，係本公司承攬經營之最大誘因。三、本公司於94年12月25日獲電話通知得標入選，同一時間提請貴府初期協助辦理六大事項，旋獲允諾即於同年12月29日完成簽約手續，並正式列入契約文件（契約書第244頁），故縣政府對該等協助事項，應盡履行契約義務，反之，則違反契約規定，亦因此嚴重影響本公司經營運作...五、本案委託經營契約之權利義務係雙方議訂，非僅由縣政府享受權利，要求本公司單方履行契約，對於契約應盡之義務，卻視若無睹、不予履行。」（聲證58）

5.聲請人98年2月25日海龍王字第098030號函：「說明...二、惟因台南縣區漁會默許零售魚販進入市場銷售，原於直銷中心之攤販仿效陸續退場，雖經縣府、區漁會及本公司多次折衝協調，今非但未見成效，更變本加厲無視公權力之存在，每逢週休例假日集體搭建帆布架營業，已遮掩漁貨拍賣市場與漁貨直銷中心之視野，嚴重破壞將軍漁港面觀。」等語（聲證59）

二十八、相對人先於招商資料描繪將軍漁港整體行銷之美麗遠景，號召廠商參與經營，嗣後卻未依其承諾提供辦理，放任聲請人經營系爭標的之商機殆失：

(一)緣相對人為求有效運用民間資源，減少政府財政負擔，已創造地方、縣府與地區漁民三贏之局面，乃將「台南縣將軍漁港觀光魚市漁貨直銷中心」委外經營，期能達到漁港休閒化、多功能目標，並加速漁港開發與地方繁榮（參見相對人所作申請須知，聲證7）。惟案經辦理招商後，卻連續流標2次，經相對人檢討後，認為係因行政機關未承諾每年提供行銷、建設經費所致。相對人嗣

後遂於招商說明會中表示擬於周邊興建親水公園、鯨豚博物館與藍色海洋公司等配套景點，以吸引遊客造訪。復且，依相對人製作之「台南縣將軍漁港魚貨直銷中心假日漁市 OT 案招商資料」，所附「將軍漁港觀光漁市發展構想」、「捌、將軍漁港假日漁市未來發展型態及期望」(聲證 30，頁 19)，明載：「將軍漁港如前面所介紹，它是全台陸域規劃最完整，綠美化最成功之漁港，其未來發展為多功能休閒漁港為必然之趨勢。本年(九十一)度縣府已開始假日漁市之規劃設計...同時計畫利用港區內尚待開發之漁業發展用地(一)及(二)面積為約為 3.5 公頃，興建生態親水公園，讓遊客到了漁港除了一般假日漁市購買漁貨、吃海鮮外，還可以到此生態親水公園散步達到野外踏青之目的...而將軍漁港周遭並無大型都會區(雖然距離台南市約 20 公里，然而台南市擁有安平港其亦將發展假日漁市)因此必須發展為旅遊性質導向，即以台十七線沿海觀光動線結合南鯤鯓廟、七股黑面琵鷺、瀉湖、鹽山、將軍漁港讓遊客留下來一日遊甚至二日遊，才能產生消費。」即知，相對人亦瞭解將軍漁港位處僻遠，周邊並無大型都會區之腹地，須透過政府整體行銷、並將附近區域發展有配套之建設，方能吸引外地遊客前往將軍漁港消費。

(二)詎相對人竟又於答辯三書內，辯稱上開文件僅係伊構想，並未成為系爭契約之參考文件云云，惟查，相對人為政府機關，其所作之公告文件，本具有一定公信力，聲請人本得合理信賴，況上開文件既由相對人所製作，並將其定名為「台南縣將軍漁港魚貨直銷中心假日漁市 OT 案招商資料」，並載明承辦單位「農業局(漁業課)」，豈能草率行事，事後強辯只是構想、不是契約內容？復且，將軍漁港經營之客觀環境欠佳，有待相對人規劃建設，並與周邊景點結合為旅遊性質導向，乃相對人於招商資料所自陳不爭之事實，益證相對人前開置辯，在在屬臨訟事後翻異之詞，毫不足採。

(三)為便 貴會瞭解招商過程及聲請人於履約階段因相對人之不作為導致營運或財務狀況產生重大不利影響，已足以嚴重影響系爭

契約履行之事實，爰整理相關流程圖及說明如聲證 60，敬請 貴會鑒核。

二十九、相對人無視投資計畫書之內容已經相對人所屬農業局長、交通觀光局長及法制課長參與評選之事實，竟仍捏稱甄審委員從未針對遊客住宿乙項為評選，且又無端拒絕聲請人提供住宿規劃，扼殺商機，終陷聲請人經營系爭直銷中心於不振：

(一)依照相對人製作之申請須知「參、申請相關事宜」、「四、投資計畫書」、「(二)投資計畫書內容」、「3.對本中心之經營定位、理念與投資計畫」項目，對於直銷中心經營之定位，即包括「預計營業項目」在內(系爭契約第 40 頁)，是聲請人遵照相對人要求，於投資計畫書內載明擬提供遊客住宿，經相對人甄審合格通過，當然構成系爭契約委託經營之事項。

(二)依相對人所提供之「評審辦法」，甄審會須就預審所選出之合格申請人，就其遞送之投資計畫書內容進行評選(第 2.1.2 之 1 條)；如合格申請人所提之投資計畫書未達甄審標準或不符公共利益時，甄審會得逕行評決該合格申請人為不予錄取(第 2.1.2 之 2 條)。復於綜合評審階段，則「主要在考量各合格申請人之『投資計畫書』」，並由合格申請人依規定時間列席甄審會進行簡報其投資計畫書，並接受甄審委員之詢答後離席，繼而由各甄審委員就投資計畫書之各項評審項目予以評選(第 3.1.2 條)，其中「預計營業項目」乃列於「對本中心經營之定位」項目下，評審權重達百分之 25(評審辦法附件三表 3-2)。復且，參照系爭契約後附資料，甄審會於 94 年 12 月 19 日作出甄審結果前，曾於 94 年 11 月 3 日召開甄審會議，會議結論為要求聲請人「補送詳細之營運計畫及財務規劃，以供委員審查。」及「上述資料限發文 1 個月內送齊。」(系爭契約第 171 頁，相對人於答辯三書內並已引據)，可知甄審委員均已詳細閱讀聲請人所提投資計畫書之內容後，方命聲請人再行補充；次查，於 94 年 11 月 3 日甄審會會議，相對人相關部分首長，如農業局長、交通觀光局長及法制課長均為甄審委員，並參與甄審，經出席甄審委員評選後，分

別給予「81」、「75」、「80」、「78」、「85」、「80」分，平均得分高於75分而通過甄審，此有前呈聲證31號之甄審委員簽到簿及評審結果統計表可稽。因此，相對人所辯依相關會議資料無法看出甄審委員曾就遊客住宿乙項為討論評選云云，堪知概屬一己之詞，洵非事實。

(三)復查，本件「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心」，核屬促進民間參與公共建設法第3條第1項第13款規定之「農業設施」公共建設性質。農業設施者，依該法施行細則第19之1條規定，係指「農業產銷設施、農業科技園區設施、動植物及其產品防疫檢疫設施、農業育樂設施、漁港功能多元化相關設施及農業推廣多功能設施」；所謂「漁港功能多元化相關設施」，則指「漁港區域內之下列各項設施：一、漁業附加價值作業設施，包含活魚儲運、冷凍倉儲、魚貨加工等必要設施。二、遊客住宿、餐飲服務、文物展覽及相關海洋遊憩、教育設施。」。而旅客住宿，或屬旅館，或屬民宿。「旅館」者，意謂「觀光旅館業以外，對旅客提供住宿、休息及其他經中央主管機關核定相關業務之營利事業。」(參發展觀光條例第2條第8款及旅館業管理規則第2條)。「民宿」者，意謂「利用自用住宅空閒房間，結合當地人文、自然景觀、生態、環境資源及農林漁牧生產活動，以家庭副業方式經營，提供旅客鄉野生活之住宿處所。」(參發展觀光條例第2條第9款及民宿管理辦法第3條)。而無論如何，提供遊客住宿，亦屬「漁港功能多元化相關設施」之一，實無庸疑。

(四)相對人對此係辯稱：系爭合約委託經營之項目不含遊客住宿在內，聲請人亦曾發函承認此點，又甄審會議並未將遊客住宿列入討論及評選云云。惟相對人所辯上節，實不符事實。蓋按：

1.聲請人為增加遊客停留時間，以促進消費及推廣將軍漁港遊憩口碑，即於投資計畫書內多處提出供遊客住宿之規劃，如「此外亦經營民宿，以自己生產或當地的特產農漁產品供住宿遊客如何處理魚產品的方法，致力於營造塑造漁村特色，保存漁村文化，為漁村帶來可觀收入。」(系爭契約第201頁)、「本公司體恤遊客

舟車之勞或遊客之後有陸續的旅遊行程，需要住宿及客房餐飲，提供遊客住宿等服務。」(系爭契約第 215、216 頁)及「3F 民宿設定每房 1700 元左右，預計每年營收 120 萬元，其初步費用估計如表三所示。」(系爭契約第 225 頁)。況且，依照相對人所提供之簡報資料，聲請人於甄審會議所作簡報資料，均已明載「3F 戶外庭外空間及住宿」、「本公司體恤遊客舟車之勞或遊客之後有陸續的旅遊行程，需要住宿及客房餐飲，提供遊客住宿等服務。」(第 18 頁上);且聲請人於簡報資料第 18 頁下及第 19 頁上所附 3 樓照片，皆以說明「場地：陽台細柱及建物磚柱間隔住房，餘留走道。」及「住宿休憩區：3F 照片如下：提供八~十單元標準住宿。」(聲證 61)，可知當時主辦機關(即相對人)和甄審委員無論從書面之投資計畫書、簡報投影片或聲請人代表口頭報告，均可輕易見、聞聲請人於直銷中心辦理遊客住宿之規劃，且營業項目亦為甄審評分重要權重項目，是以，豈有可能如相對人所稱甄審委員未將列入討論及評選?相對人稱「甄審委員雖曾閱覽聲請人提出之投資計畫書、書面簡報資料，但不代表甄審委員就遊客住宿乙項曾為討論」、「縱有討論亦不代表曾經將該項目列入評選」、「縱有列入評選亦不代表曾經同意通過該項目」(答辯三書，頁 9)，是否意指現場甄審委員(包括相對人之相關局處首長)未盡實質審查之責任，均係草率行事?

2.復參系爭契約之申請須知「三、委託經營之項目、內容與相關規範」、「(三)委託經營內容與設施使用規則」，可知「其他依投資計畫書，經縣府核准事項」(系爭契約第 36 頁)亦得為系爭契約所約定之委託經營內容範圍，甄審委員會既對於聲請人所提出之投資計畫書內容，並無異議，並由相對人同意將此作為系爭契約之一部分，理應遵照辦理。對此，相對人屢稱聲請人曾以不合法令之理由而自行撤銷遊客住宿經營項目之申請云云。就相對人避重就輕之辯解，聲請人爰陳明如下：

①聲請人固曾事後發函向相對人表示請撤銷遊客住宿服務規劃等語，然此有其特殊背景，就該函文之原委，聲請人已於呈奉

鈞仲裁庭之準備二書（第 15 頁）說明當時係因相對人所屬將軍漁港管理中心黃主任告知。直銷中心在未經申請變更地目前不得作為遊客住宿之用，在相對人不願協助聲請人辦理住宿所生問題，聲請人百般無奈且為避免相對人主張聲請人違約，以杜疑義，方具上函。對此，相對人則以 96 年 3 月 21 日府農漁字第 0960027433 號函表示：「請 貴公司明確說明無法經營之理由及未符合法規之依據，供本府憑辦。」（聲證 23），可見相對人當初亦從未否認遊客住宿規劃係屬系爭契約委託經營之範圍，否則自無再令聲請人說明無法經營理由之必要，至為昭然。相對人既未同意聲請人撤銷住宿服務規劃，故遊客住宿項目即仍在系爭契約約定之委託經營範圍。因此，相對人嗣後禁止聲請人提供是項服務，導致外地遊客無法於將軍漁港留宿消費，致對直銷中心之經營產生不利影響，要已構成系爭合約第 10.1.2 之 1 條所謂因政府機關之不作為或決策重大改變致對聲請人之營運或財務產生重大不利影響。

②相對人又辯稱，依系爭契約第 4.2.5 條規定，聲請人應先經甲方書面同意始得辦理云云；然而，系爭契約第 4.2.5 條係規定：「如乙方於開始對外營運屆滿一年之後，如有調整使用空間之需要，且符合本中心之興建目的者，應先經甲方書面同意後始得辦理。其涉及都市計劃、消防、建築管理、環保等相關法令者，乙方應依規定自行完成相關申請手續，其所衍生之費用悉由乙方負擔。」等語。而遊客住宿服務，既在聲請人提出之投資計畫書營業事項內，且聲請人已表明規劃於 3 樓戶外庭園空間處，則直銷中心之使用空間既有約定，則是否仍應適用系爭契約第 4.2.5 條調整空間使用之規定，已非無疑；況且，依上開約定，聲請人固需負擔相關消防、建築管理等事項之申請，惟斷不能以聲請人尚須辦理後續執行事項，即逕謂提供遊客住宿並非系爭契約之委託經營範圍矣，此互核前揭聲證 23 之函文甚明。

③聲請人不服相對人擅斷禁止提供住宿服務之行徑，即曾多次發

函促請相對人依約履行：如聲請人 97 年 8 月 17 日海龍王字第 097094 號函（聲證 62）：「一、依貴府 94 年 4 月公告之委託民間機構營運申請須知規定，申請人應詳提投資計畫書送請甄審委員會審查，本公司針對三樓係將之規劃為戶外庭院空間及住宿區，提供遊客住宿及客房服務（投資計畫書 3、4、3），以接續遊客後續行程，成為休息中繼站，對於帶動將軍漁港之觀光旅遊人潮及整體發展助益很大。二、按是項委託經營案，投資計畫書之評審項目及甄審標準，本公司預計營業項目係評審審查之重點，甄審委員會（委員中有該 OT 案之漁業單位主管）既未就其內容提出修正意見，即認可該投資計畫內容，本公司理應依計畫付諸執行，而投資計畫列入經營契約文件，亦為契約之一部分，與契約條款具同等效力，雙方應盡履約責任。」；及聲請人 97 年 11 月 18 日海龍王字第 0970134 號函：「本公司投資計畫書詳細規劃遊客住宿服務，咸認遊客久留必帶動消費額度，故視其為主要營運收入項目，此規劃係獲貴府無異議通過，合意簽訂契約之同時，並未盡到告知於法不符之責任，嚴重損及本公司之營收已成事實，亦是無法拉抬將軍漁港觀光人潮之主因。」（前揭聲證 53），足見聲請人對於住宿規劃甚感重視，屬經營重要項目，並曾對於住宿規劃無法如願向相對人表示異議，容請 貴會明鑒，以維公允。

三十、相對人另稱聲請人未經相對人同意而將直銷中心一樓變更為便利商店及飲料店使用，且未請專業經理人傅昌銘至現場長駐，亦未依投資計畫書約定投資 2500 萬元，應屬違約云云，聲請人謹說明如下，盼請 鈞會仲裁庭鑒核，勿受相對人誤導：

（一）就直銷中心一樓「B 區」改為「超市」及「速食餐廳」部分，聲請人已於 95 年 4 月 10 日發函申請，相對人則以 95 年 5 月 2 日府農漁字第 0950077427 號函覆稱：「...經會審後同意依所送變更圖面辦理...。」，此有相關函文及圖說可證（聲證 63）。矧且，依聲請人所作之投資計畫書第 212 頁至 213 頁，聲請人本來就擬將 1 樓空間作為門市（超市）販售使用，相對人對此亦無異議，同意作為契約之

一部份，則上開空間之變更使用，即非未經相對人同意。況且，相對人對於聲請人所作營運空間之規劃，根本無意尊重，此見聲請人曾於 97 年 11 月 11 日發函申請相對人同意調整直銷中心三樓咖啡廳及增置部分設施，相對人無視聲請人籌畫之苦心，仍以聊聊數語回覆稱「本府不予同意」等語（絲毫未附理由）（聲證 64），足見相對人百般阻撓聲請人之營運規劃，現卻又指責聲請人違約云云，著實令人心寒。

(二)聲請人係委託專業經理人傅昌銘提供管理服務，並簽訂委任契約，檢附於相關投標文件內。而專業經理人傅昌銘並於營運初期，提供營運規劃指導，及提供顧問服務，惟系爭契約內既未要求專業經理人傅昌銘應出席相關會議或提供書面指導書類，相對人以此遽稱聲請人違約云云，殊嫌率斷。

(三)又就投資金額 2500 萬元部分，聲請人已每年提供經會計師查核簽證之財務報告予相對人查核，並由相對人定期至直銷中心現場辦理評分，其中 96 年間評分為 74.14 分（聲證 65），且每年度相對人均會進行績效評估、輔導小組會議，若聲請人確實有投資金額不足之情形，則何以相對人得給予聲請人合格評分？又參相對人於答辯三書內所引函文，俱為 97 年 10 月 8 日以後，相對人知悉兩造產生履約爭議後，乃刻意密集發函指述不實之事，其心可議。而且，聲請人於投資計畫書係表示「預計金額為 2500 萬元」、「投資將軍漁港的營運收入及支出相關估計如下...預計投入 2500 萬元...。」（系爭契約第 220、224），即投資金額 2500 萬元，僅係聲請人之營運規劃，相對人一方面肯定該部分約定之效力，卻又無視投資計畫書其他約定事項（如提供遊客住宿），偏頗至此，要無誠信可言矣！

三十一、相對人針對漁貨直銷中心之發展，原係規劃「振興漁業發展、照顧漁民生計，提振漁村經濟」、「結合濱海國家風景區遊憩資源，營造優質觀光環境」及「引進民間業者的活力與彈性，發展漁港多功能的新示範」等美麗願景，並祈透過漁貨直銷中心之委託經營，以「辦理或提供漁貨直銷、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用」；此外，相對人為提振民間機構參與之意願，對外表

示：將整合濱海風景管理處與相對人相關計畫，提出周邊具體投資建設計畫，相對人並具體提出承諾事項（包括每年編列預算於港區建設與行銷活動經費），此有相對人於民國 94 年 6 月 24 日製作之「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委外營運案摘要說明」可參（聲證 40）。

三十二、詎料，直至 99 年 1 月，媒體卻仍報導「將軍漁港 盼不到遊客」、「將軍漁港開港啟用 9 年，3 年前縣府接管時，曾風風光光辦活動行銷，然觀光漁市卻始終沒有起色...。」，相對人農業處長郭伊彬於受訪時表示：「漁港啟用時，剛好遇上近海漁業資源枯竭的歹時機，是將軍港發展不順原因之一」，又將軍漁港先前更曾爆發台南縣與高雄漁民護魚大戰因而封港之負面新聞。受訪遊客及當地漁民皆陳稱：「我覺得縣府發展將軍漁港還不夠用心及用力，連遊客服務中心都沒有...。」及「要突破將軍漁港發展瓶頸，未來必須要有港區整體發展規劃藍圖和專業管理...景氣不好，點綴式的遊艇港、觀光旅館推動不易，現階段先想辦法如何招徠觀光客。」；相對人農業科長更坦承：將軍漁港必須辦理轉型，結合周邊景點朝觀光休閒導向，目前相對人所提土地變更開發計畫已送內政部審議等語（聲證 69），益證截至近日，相對人仍無法就提振將軍漁港名氣及活絡消費人氣，採取具體可行之措施，相關開發計畫尚在送審階段矣。矧且，相對人之農業處長亦自陳：將軍漁港於啟用時，適遭近海漁業資源枯竭，為將軍漁港發展不順利之原因等語，此等現況實已對漁貨直銷中心之經營造成無法避免的嚴重影響，又相對人遲遲未提出任何可行之改善措施，更怠於行銷將軍漁港，致掏空聲請人經營利基，影響聲請人經營甚鉅。

三十三、相對人未能瞭解 OT 案之精神，於招商完畢後，即拒絕履行其承諾，已對聲請人之財務及營運造成重大不利影響：

(一)按促參架構下，政府與民間機構為一合作夥伴關係，為追求政府、民間及社會大眾三贏之局面，政府應隨時檢視民間機構經營之困難，適時提供協力以解決執行困難（聲證 5 及機關辦理促進民間參

與公共建設案件作業注意事項第 47 條參照)。而於促參案件中，政府承諾之重要性，亦往往反映在：「除非該專案期間存有可以信賴的政府堅定承諾，將不會有投資或融資機構願意參與」，且政府在公開宣示前，應注意：「既有承諾不宜輕易改變，以免喪失政府威信。」、「該承諾若涉及相關部會權責，應先徵求同意。」、「主辦機關的承諾，必須是明確且具體的。」及「若承諾涉及政府經費，則須依預算編列程序辦理。」(聲證 70)。查相對人既於申請須知描繪將創造地方、縣府與地區漁民三贏之局面，期能達到漁港休閒化、多功能目標，並加速漁港開發與地方繁榮(聲證 7)，並且承諾：「整合濱海風景區管理處與縣政府相關計畫，提出周邊具體投資建設計畫」及「縣政府具體提出承諾事項(每年編列預算於港區建設與行銷活動經費)」，相對人並表示直銷中心之「市場利基」在於：「獨特性：遠眺海洋的絕佳位置、獨特的景觀品質。」及「唯一性：精緻化為經營方向區隔市場、台南濱海地區生鮮漁貨販售的唯一地點。」(聲證 40)；又相對人事前未就漁會拍賣市場與漁會直銷中心彼此間是否會有競爭、排擠效應，進行先行規劃、評估，即貿然興建，並對外辦理本 OT 案之招商，更難謂無草率行事之嫌。

(二)復且，依相對人製作之「台南縣將軍漁港魚貨直銷中心假日漁市 OT 案招商資料」，所附「將軍漁港觀光漁市發展構想」、「捌、將軍漁港假日漁市未來發展型態及期望」(聲證 30，頁 19)，明載：「將軍漁港如前面所介紹，它是全台陸域規劃最完整，綠美化最成功之漁港，其未來發展為多功能休閒漁港為必然之趨勢。本年(九十一)度縣府已開始假日漁市之規劃設計...同時計畫利用港區內尚待開發之漁業發展用地(一)及(二)面積為約為 3.5 公頃，興建生態親水公園，讓遊客到了漁港除了一般假日漁市購買漁貨、吃海鮮外，還可以到此生態親水公園散步達到野外踏青之目的...而將軍漁港周遭並無大型都會區(雖然距離台南市約 20 公里，然而台南市擁有安平港其亦將發展假日漁市)因此必須發展為旅遊性質導向，即以台十七線沿海觀光動線結合南鯤鯓廟、七股黑面琵鷺、潟湖、鹽山、將軍漁港讓遊客留下來一日遊甚至二日遊，才能產生消費。」

等語即知，相對人亦瞭解將軍漁港位處僻遠，周邊並無大型都會區之腹地，須透過政府整體行銷、並將附近區域發展有配套之建設，方能吸引外地遊客前往將軍漁港消費。

(三)聲請人深信相對人將信守其承諾，乃花費鉅資參與此項 OT 案，期能結合公部門之資源，共同行銷、推廣將軍漁港及漁貨直銷中心，並信賴直銷中心為唯一生鮮漁貨之販售單位，為其生存利基。詎料，相對人嗣後卻怠於提供行銷協助，對於原先承諾之初期協辦事項，反指伊無辦理之義務，復對近處漁會拍賣市場排擠效應，致危害漁貨直銷中心利基之問題，亦不願採取有效之作為，且亦不願召開協調委員會以適度調整法律關係，或提供纾困措施，聲請人不堪損害繼續擴大，唯有終止與相對人間之委託經營契約，尋求退場乙途，懇請 貴仲裁人體察商艱，賜如聲明所載之判斷，是所至感。

三十四、本案確已符合系爭契約第十章所訂之不可抗力或除外情事事由，且因可歸責於相對人之事由致聲請人受有損害：

(一)查相對人於答辯(六)書辯稱：依系爭契約第 4.5.4、4.5.5 及 4.5.6 條規定，聲請人就投入之設備、物品等經費，不得向伊請求云云。惟查，相對人前揭辯詞，殊有誤解矣，蓋：參系爭契約第 12.3.4 條規定，因不可抗力或除外情事而終止契約者，係依第十三章規定辦理資產之返還，顯已排除相對人所述之第 4.5.4、4.5.5 及 4.5.6 條規定；且該等規定，既非在第 12.4 條規定之「契約終止後之有效條款」內，相對人比附援引，顯有失當，此乃其一。又系爭契約第十三章僅訂有聲請人返還營運資產予相對人之規定，惟相對人對於聲請人所受之損害，亦非無責（如未評估漁貨直銷中心與漁會拍賣市場功能重疊、效益排擠，及怠於履行初期協辦事項內之行銷義務等），而有債務不履行情事，聲請人依民法第 227 條第 1 項、第 231 條第 1 項、第 254 條、第 213 條及第 216 條等規定，得請求相對人賠償聲請人因此所受損害及所失利益（參仲裁聲請書，第 16 頁），方符系爭契約第 12.3.4 之 3 揭禁之「公平誠信原則」及促進民間參與公共建設法第 12 條第 2 項之「誠實信用方法」。

三十五、聲請人於前呈聲證 42 之投資明細表首頁內，已說明與先前檢送相

對人之投資明細表差異原因，相對人未予細究，憑空泛指聲請人主張無足取云云，顯有誤會：

免爭議，聲請人於前呈聲證 42 之投資明細表內，已說明此乃因會計認列方式及科目之差為異，即原先列為資產項下者，會計師認為應屬費用項即是，而且聲請人於聲證 42 內所載之投資明細，皆已扣除稅額，故金額有所變動，絕非相對人所稱有不實之處。

三十六、聲請人之損害賠償請求與相對人主張之營運資產返還間，並無對待給付關係：

(一)按「因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限。民法第 264 條第 1 項定有明文。又契約之主給付義務，係指債之關係所固有、必備，並用以決定債之關係類型之基本義務；除主給付義務外，尚有從給付義務，其僅具補助主給付義務之功能，其存在目的，不在於決定債之關係之類型，而在於確保債權人之利益能夠獲得最大的滿足。故在雙務契約中，一方之從給付義務與他方之給付，是否立於互為對待給付之關係，能發生同時履行抗辯，應視其對契約目的之達成是否必要而定...至於被上訴人剩餘代工材料之返還，難認與上訴人之貨款給付義務立於互為對待給付之關係，則上訴人主張同時履行抗辯，已難謂合法。」此有台灣高等法院 98 年度上易字第 438 號判決可稽。

(二)經查，參照系爭契約第 12.3.4 條之規定，因不可抗力或除外情事而終止契約，聲請人雖需依第十三章規定辦理資產之返還，但此屬契約終止後所生之從給付義務或附隨義務，與聲請人所主張之債務不履行損害賠償間，並無對待給付關係，故而，相對人主張同時履行抗辯云云，洵屬與法不合。

(三)為避免造成 仲裁人認事、審證上之困難，聲請人仍維持漁貨直銷中心之原況，迨 仲裁人作成仲裁判斷時，即將相對人之營運資產辦理返還。

三十七、至相對人於答辯（五）、（六）書之其餘置辯，如初期協辦事項之效力、審計室函文、硬體設備瑕疵或營運績效評估等節，聲請人

於歷次書狀俱已詳述主張之依據，相對人所辯內容，皆不足影響本案確實存有不可抗力或除外情事，致對聲請人營運造成重大不利影響之事實，祈請 仲裁人鑒核。

三十八、聲請人謹遵仲裁人所籲，就相對人民國 98 年 8 月 3 日府農漁字第 0980184210 號函，提具聲請人之覆函如聲證 38 所示，茲請 貴會鑒核。

三十九、另聲請人之業務及財務狀況，因受系爭契約除外情事之影響，已難以復振。蓋依會計師查核簽證後之財務報表，聲請人 97 年度之營業總收入僅有 582 萬 5,967 元，若依系爭契約約定之經營權利金支付方式（即以營業總收入乘以百分之 1.5），聲請人該年度之經營權利金為 8 萬 7,389 元，更低於該年度保證額度 14 萬元，相對人尚且發函通知聲請人無須補繳差額（聲證 39），可供 貴會參酌。

四十、聲請人投資預期收益、設備與修繕費用及廣宣費用如下：

(一)依相對人製作之「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委託民間機構營運案」之申請須知「參、申請相關事宜」、「四、投資計畫書」、「5.財務計畫」項下，聲請人提出之投資計畫書，應包括「營運收支預估」（包括營運收入、營運成本及費用、設施增置及汰換經費）及「財務報表及財務效益分析」（包括預估財務報表及財務效益分析等）等資料（系爭契約第 41、42 頁）。再參相對人製作之「評審辦法」，綜合評審階段之評審項目及甄審標準，「附件三表 3-2」亦將「財務計畫」列入投資計畫書之評審項目，而其中審查重點包括「營運收支預估」、「財務報表及財務效力分析」等項目，評審權重達百分之 20（系爭契約第 70 頁），足見相對人亦認為聲請人所提出之財務計畫，核屬重要評審項目。

(二)參聲請人之投資計畫書「3.4.7 設施投資計畫」，聲請人於營運第一年至第三年的初期階段，係「將先投入資金將餐廳重新裝潢及購置生財器具，預計金額為 2500 萬元」（系爭契約第 220 頁）。復聲請人投資計畫書「四、財務計畫」，係依昌軒國際餐旅管理顧問股份有限公司代表人傅昌銘先生之專業意見（聲請人與該公司簽訂之

「整體規劃及經營管理諮詢顧問契約書」，請參系爭契約第 235 至 236 頁）後，預估年度平均總營收為新台幣（下同）1530 萬元（直銷中心 1 樓攤位營收 300 萬元+2 樓及 3 樓餐廳營收 1110 萬元+3 樓民宿營收 120 萬元），扣除相關成本及費用後，預估每年盈餘為 122 萬 4000 元（系爭契約第 224 頁至 225 頁）。

(三)相對人對於聲請人之投資規劃，僅就聲請人投資計畫書第 224 頁文字予以斷章取義，泛稱 2500 萬元之投資係用於設備及廣宣費用云云；惟查，聲請人於投資計畫書第 220 頁已列明粗估之投入資金費用包括：「裝潢廣宣費用」、「機電設備」、「生財器具」、「辦公家具」、「倉廚設備」及「周轉金和履約保證金」等，足證聲請人投資之 2500 萬元，並非僅用於廣宣及設備費用。況且，聲請人於 96 年 7 月 23 日即發函通知相對人，申明「本公司係獨立經營並未有分支機構參與營運...。」及「本公司接受年度評鑑屆時若涉及相關財務問題時將請會計師當場說明。」等語，即明確表示若相對人於每年度評鑑時，如對聲請人之財務有疑時，將請會計師到場說明。詎相對人對於該函除未回應外，甚於 95 年 6 月 13 日發函通知聲請人，就聲請人所提之事業計畫及投資明細表，准予備查在案，現卻一再空泛質疑聲請人之投資項目及內容，身為公行政部門，豈可態度反覆、立場前後不一？

(四)聲請人所購無法搬移資產或專為本案購置資產之金額：**【8,373,153】**元。

參照聲證 42 所附聲請人 97 年度經會計師查核簽證之財務報告（第 12 頁），聲請人迄於 97 年 12 月 31 日之固定資產項目中，生財器具為 5,818,511 元、其他固定資產則為 4,447,564 元，此有相關交易憑證可參（詳見聲證 73 之附件 1、附件 1-水池、附件 1-進 1、進 2）。就上開財務報告所列生財器具 5,818,511 元及其他固定資產 4,447,567 元之細項明細，爰請 仲裁人參酌聲證 73 之列表說明。質言之，除冷氣機以外，其他器具及資產，均係無法搬移或聲請人專為本案所購置，合計花費金額為 **【8,373,153】** 元。

(五)廣宣費用：1,311,540 元。

相關交易憑證及細項說明，詳如聲證 73 之附件 2、3 及 4 及之明細表。

(六)修繕費用：973,318 元。

相關交易憑證及細項說明，詳如聲證 73 之附件 5 及之明細表。

四十一、綜上所述，本件聲請人因相對人怠未履行其承諾協辦事項中之行銷義務、恣意禁止聲請人住宿規劃，且直銷中心硬體設備存有諸多重大瑕疵，又面臨近處拍賣市場違法代客拍賣等除外情事，致對聲請人之營運或財務狀況產生重大不利影響，嚴重影響系爭契約之履行，懇請 貴會公鑒，賜付如聲明所載之仲裁判斷，以昭公允。

參、證據

聲證 1：台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委託民間機構營運案委託經營契約乙份。

聲證 2：相對人 97 年 12 月 31 日府農漁字第 0970302773 號函。

聲證 3：聲請人 97.12.2 海龍王字第 097141 號函及 98.2.24 海龍王字第 098029 號函各乙份。

聲證 4：相對人 98.3.5 府農漁字第 0980044672 號函乙份。

聲證 5：顏玉明著，我國促參法 BOT 契約法律性質初探（載於：台灣本土法學雜誌，第 82 期，2006 年 5 月）乙份。

聲證 6：BOT 法制及實務問題之探討（載於：全國律師雜誌，1998 年 1 月）乙份。

聲證 7：相對人製作之「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委託民間機構營運案」申請須知之摘要乙份。

聲證 8：相對人 97 年 1 月 17 日府農漁字第 0970009179 號函及 96 年 7 月 24 日府農漁字第 0960160824 號函乙份。

聲證 9：行政院農委會 97 年 4 月 21 日農授漁字第 0970114322 號函乙份。

聲證 10：相對人主計處 97 年 5 月 29 日主會字第 0970000678 號函（依據審計部台灣省台南縣審計室 97 年 5 月 28 日審南縣一字第 0970001634 號函辦理）乙份。

聲證 11：相對人 95 年 6 月 6 日府農漁字第 0950118374 號函乙份。

- 聲證 12：相對人製作之將軍漁港觀光漁市發展構想之摘要乙份。
- 聲證 13：審計部台灣省台南縣審計處 98 年 4 月 14 日審南縣一字第 0980001155 號函乙份。
- 聲證 14：相對人出具之履約保證金收取證明乙份。
- 聲證 15：資產及雜項購置明細表乙份。
- 聲證 16：相對人 98 年 4 月 29 日府農漁字第 0980087971 號函影本。
- 聲證 17：相對人 98 年 6 月 29 日府農漁字第 0980148675 號函影本。
- 聲證 18：相對人 98 年 8 月 3 日府農漁字第 098184210 號函影本。
- 聲證 19：監察院糾正案文影本。
- 聲證 20：相對人所作招商文宣資料影本。
- 聲證 21：拍賣市場外之攤販銷售漁貨照片。
- 聲證 22：相對人 97 年 9 月 2 日府農漁字第 0970179333 號函影本。
- 聲證 23：相對人 96 年 3 月 21 日府農漁字第 0960027433 號函影本。
- 聲證 24：聲請人 97 年 8 月 17 日海龍王字第 097094 號函影本。
- 聲證 25：相對人 97 年 10 月 9 日府農漁字第 0970189308 號函影本。
- 聲證 26：相對人 98 年 4 月 22 日府農漁字第 0980095047 號函文。
- 聲證 27：新聞簡報影本。
- 聲證 28：聲請人 98 年 6 月 23 日海龍王字第 098093 號函。
- 聲證 29：相對人 97 年 12 月 31 日府農漁字第 0970302773 號函暨同月 24 日觀光漁市爭議事項會議記錄。
- 聲證 30：相對人製作之將軍漁港觀光漁市發展構想節本。
- 聲證 31：94 年 12 月 19 日甄審會簽到簿及會議記錄。
- 聲證 32：相對人 97 年 9 月 18 日府農漁字第 0970166818 號函。
- 聲證 33：聲請人 96 年 12 月 20 日海龍王字第 0096087 號函。
- 聲證 34：聲請人 96 年 8 月 25 日海龍王字第 0096046 號函。
- 聲證 35：聲請人 95 年 8 月 28 日海龍文字第 0095048 號函。
- 聲證 36：聲請人 96 年 10 月 30 日海龍王字第 0096061 號函。
- 聲證 37：聲請人 97 年 5 月 28 日海龍王字第 0097047 號函。
- 聲證 38：聲請人 98 年 8 月 5 日海龍王字第 098110 號函。
- 聲證 39：相對人 98 年 9 月 7 日府農漁字第 0980209380 號函。

- 聲證 40：相對人製作之台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委外營運案摘要說明（94 年 6 月 24 日）。
- 聲證 41：臨時工薪資簽收記錄。
- 聲證 42：聲請人所支出之資產及費用明細、95 年至 97 年財務報表及有關合約書。
- 聲證 43：聲請人所製作之行銷活動企畫、廣告文宣。
- 聲證 44：相對人 98 年 5 月 20 日府農漁字第 0980119045 號函。
- 聲證 45：聲請人 95 年 10 月 20 日海龍王字第 54 號函。
- 聲證 46：聲請人 96 年 6 月 11 日海字第 0096012 號函。
- 聲證 47：聲請人 97 年 7 月 31 日海龍王字第 097081 號函。
- 聲證 48：聲請人 95 年 2 月 6 日海龍王字第 001 號函。
- 聲證 49：聲請人修繕明細及相關單據憑證。
- 聲證 50：聲請人 95 年 7 月 6 日海龍王字第 0095034 號函。
- 聲證 51：聲請人 98 年 8 月 25 日海龍王字第 098113 號函及相對人 98 年 11 月 25 日府農漁字第 0980286836 號函。
- 聲證 52：聲請人 97 年 11 月 11 日海龍王字第 097127 號函、98 年 3 月 25 日海龍王字第 098041 號函。
- 聲證 53：聲請人 97 年 11 月 18 日海龍王字第 0970134 號函。
- 聲證 54：相對人機關或代表人個人網站資料。
- 聲證 55：聲請人 95 年 4 月 24 日海龍王（95）字第 0001 號函。
- 聲證 56：聲請人 97 年 8 月 2 日海龍王字第 097080 號函。
- 聲證 57：聲請人 97 年 8 月 3 日海龍王字第 097083 號函。
- 聲證 58：聲請人 97 年 8 月 12 日海龍王字第 097091 號函。
- 聲證 59：聲請人 98 年 2 月 25 日海龍王字第 098030 號函。
- 聲證 60：聲請人製作之招標及履約流程圖。
- 聲證 61：聲請人所作甄審簡報資料節本。
- 聲證 62：聲請人 97 年 8 月 17 日海龍王字第 097094 號函。
- 聲證 63：相對人 95 年 5 月 2 日府農漁字第 0950077427 號函。
- 聲證 64：聲請人 97 年 11 月 11 日海龍王字第 0970128 號函及相對人 97 年 12 月 17 日府農漁字第 0970262329 號函。

聲證 65：相對人 97 年 11 月 21 日府農漁字第 0970267694 號函。
聲證 66：聲請人 97 年 12 月 27 日海龍王字第 0970155 號函。
聲證 67：相對人 98 年 4 月 29 日府農漁字第 0980087971 號函。
聲證 69：自由時報，2010 年 1 月 11 日 B5 台南都會生活版。
聲證 70：胡仲英著，BOT 理論與實務－兼論我國 BOT 政策之推動，88 年 8 月初版一刷，第 47 至 48 頁。
聲證 71：聲請人 96 年 7 月 23 日海龍王字第 00960028 號函。
聲證 72：相對人 95 年 6 月 13 日府農漁字第 0950090665 號函。
聲證 73：資產、廣宣及修繕費用明細及有關明細乙份。

乙、相對人方面

壹：答辯聲明

- 一、聲請人之仲裁聲請應予駁回。
- 二、仲裁程序費用由聲請人負擔。

貳：陳述

程序部分

本件尚不該當聲請仲裁之要件：

- (一)按依系爭契約第九章「爭議解決」之約定，則於系爭契約有關之事項發生爭議時，其解決方式依序為先經協商、次經協調、協調不成則得聲請仲裁或逕行起訴（詳仲裁聲請書聲證 1 號系爭契約第 9.1、9.2、9.3、9.4 等條之約定）。本件，兩造曾於 97 年 12 月 24 日因發生爭議而進入協商程序，其協商結果之內容為「案由：該公司（埤城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金之規定一案，請討論／說明：
- 一、有關因本契約雙方發生爭議時．．．雙方應本於誠信原則，先以協商方式解決之。如無法以協商方式解決，則得以下列方式解決之。包括協調、仲裁、民事訴訟等方式解決。
 - 二、履約爭議程序依序：1 協商；2 協調；3 仲裁；4 民事訴訟／決議：一、協商不成立，進入委託合約協調程序。二、埤城不銹鋼產業有限公司建議於進行協調程序尚未有結果前，能者暫緩第 4 年應於 98 年 1 月 20 日前繳納之定額權利金 100 萬元，惟須經縣政府循行政程序簽核後再據以辦理」（詳仲裁聲請書聲證 2 號），顯見兩造亦係合意於協商不成立後應先進行協調程序、且須於

協調不成立後始能進行仲裁程序；而依系爭契約第 9.2 條之約定則協調程序須經雙方同意後依系爭契約之附件三「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心協調委員會成立及協調辦法」之規定程序以成立協調委員會暨解決爭議，又「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心協調委員會成立及協調辦法」規定「為解決契約爭議事項，得經雙方合意成立協調委員會（由雙方各推薦二名代表人，並經雙方協調同意選任三名公正人士，共七人組成協調委員會）」「委員會之任務：．．．（三）爭議事項提付仲裁之決定」（詳該辦法前言及第一條、第二條），雖聲請人曾於 98 年 2 月 24 日函請相對人同意成立協調委員會（該函是否具有催告效力者仍有爭議，詳仲裁聲請書聲證 3 號），且雖相對人曾於 98 年 3 月 5 日函覆聲請人謂「有關貴公司請求成立協調委員會案，現今雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中，請查照」（詳仲裁聲請書聲證 4 號），然本件畢竟未經協調程序，致聲請人尚屬不得逕行聲請仲裁。何況，退言之，聲請人於協商程序中所提出解決之爭議係「該公司（埤城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」，是縱認聲請人得未經協調程序而逕行聲請仲裁者，則聲請人所能聲請仲裁之爭議亦應僅限於「該公司（埤城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」，然本件聲請人聲請仲裁之爭議事項卻已變更為迥然不同之「聲請人主張終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」，而該聲請仲裁之爭議事項即「聲請人主張終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」又未依約先經協商程序、協調程序，致聲請人就「聲請人主張終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」乙項爭議所為之仲裁聲請乃顯不符合上開所述得提付仲裁之約定要件。基上，不論自何觀點言之，聲請人之本件仲裁聲請，在程序上均不合法致應予駁回。

次按，系爭契約係屬依促進民間參與公共建設法第 8 條第 1 項第 5 款而簽訂之契約（詳仲裁聲請書之聲證 7 號），該等促參法上之契約，與政

府機關立於準私人地位與人民所訂立之契約係屬純粹之私法契約者尚有所不同，因其係授與特定民間機構參與經營公共建設之特許權（即特許特定民間機構享有公法上獨占地位）致具有濃厚之公法色彩，以故促參法乃就其用地取得及開發、融資及租稅優惠、申請及審核、監督及管理等均予以國家高權的介入，其較諸行政程序法上所規定之行政契約顯然具有更為強烈之國家高權色彩（行政程序法第 146 條所規定之行政機關單方調整或終止契約權、第 147 條所規定之情事變更後行政機關之調整權，於促參法第 53 條、第 52 條等亦有相當規定；然促參法關於用地取得及開發、融資及租稅優惠、申請及審核等所為之國家高權規定，則行政程序法之行政契約乙章卻並未規定；故促參法上契約之公法色彩顯然強於行政程序法上之行政契約；就此，仲裁聲請書之聲證 5 號文獻資料第 169 頁至第 170 頁亦有學者及台北高等行政法院判決採取相同之見解）。雖促參法第 12 條第 1 項規定「主辦機關與民間機構之權利義務，除本法另有規定外，依投資契約之約定；契約無約定者，適用民事法相關之規定」，然此顯然係謂在促參法所規定之高權事項之外始有適用民事法相關規定之可言、非謂促參法上之契約即係不具公法性質之私法契約，蓋以行政程序法第 149 條亦規定「行政契約，本法未規定者，準用民法相關之規定」，是若不採取本文之如上解釋者則行政契約豈非亦應被認定為係不具公法性質之私法契約。基上，依促參法訂立之系爭契約自屬公法上契約，而公法上契約之爭議應屬不得聲請仲裁之爭議，此由仲裁法第 19 條規定「仲裁庭得準用民事訴訟法或其認為適當之程序進行」、第 21 條第 4 項規定逕行起訴時不適用民法第 133 條之規定（因仲裁係就私法上之爭議而為致須特別規定逕行起訴時排除民法第 133 條之適用）、第 36 條規定「民事訴訟法所訂應適用簡易程序事件．．．」、第 37 條規定「仲裁人之判斷，於當事人間，與法院之確定判決，有同一效力」（按：法院一詞係指普通法院，如係指行政法院者則會特稱為行政法院而不會僅稱法院）、第 39 條關於聲請仲裁前之假扣押或假處分之規定、第 41 條規定撤銷仲裁判斷之訴係由仲裁地之地方法院管轄（故公法上爭議乃不得做為仲裁之標的）等可知，準此以觀則聲請人之本件仲裁聲請，在程序上確不合法致應予駁回。

(二)依系爭契約之約定則聲請人就特定爭議事項至少須經協商程序且協商不成後始能就該特定爭議提付仲裁（聲請人於98年8月13日第一次詢問紀錄就此亦予認同）。而聲請人於協商程序中所提出之爭議係「該公司（荳城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金100萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」、非係「該公司主張終止系爭契約並請求相對人賠償2843萬8775元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」，故聲請人於協商不成後所能提付仲裁者自僅限於「該公司（荳城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金100萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」乙項爭議，倘聲請人欲就「該公司主張終止系爭契約並請求相對人賠償2843萬8775元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」乙項爭議提付仲裁者聲請人依約自須就該項爭議另外進行協商程序且須俟其協商不成後始可另行提付仲裁（事實上，聲請人於98年8月13日第一次詢問紀錄亦自認其在聲請仲裁以前未曾對相對人提出「終止系爭契約並請求相對人賠償2843萬8775元之損害」之主張），是本件聲請人之仲裁聲請確實不合程序。基上，則在聲請人提出本件仲裁前，相對人所認知之特定爭議始終係限於「該公司（荳城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金100萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」乙項，故相對人於98年4月29日函文、98年6月29日函文乃係針對上開「該公司（荳城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金100萬元之規定」之特定爭議告知聲請人如仍有爭執者可以提付仲裁（詳聲請人98年8月13日仲裁準備（一）狀聲證16號及17號），從而上開相對人之函文不能做為相對人同意聲請人就未經協商之另項「該公司主張終止系爭契約並請求相對人賠償2843萬8775元之損害」爭議可以提付仲裁之依據至明。

(三)聲請人於協商程序中固曾主張「投資計劃書規範住宿服務」「營運資本未確實驗收致影響正常營運」「禁止漁貨叫賣銷售」「請求履行協辦事項」「漁貨拍賣市場功能重疊」等五項理由，然其於該協商程序所為之聲明則係「該公司（荳城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金100萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」、

而非係「該公司主張終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」，故聲請人不得以引為主張之五項理由相同即謂本件之仲裁聲明「該公司主張終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」業經協商程序而得提付仲裁至明；亦即，就算聲請人引為主張之五項理由相同，然聲請人於協商程序中既僅提出「該公司（堃城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」之聲明，則聲請人於協商不成後所能提付仲裁者自僅限於「該公司（堃城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」乙項聲明，倘聲請人欲更就「該公司主張終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害（按：此係以系爭契約失其效力為前提）」乙項聲明提付仲裁者聲請人依約自須就該項聲明另外進行協商程序且須俟其協商不成後始可另行提付仲裁（事實上，聲請人於 98 年 8 月 13 日第一次詢問紀錄亦自認其在聲請仲裁以前未曾對相對人提出「終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害」之主張），是本件聲請人之仲裁聲請確實不合程序。基上，則在聲請人提出本件仲裁前，相對人所認知之「聲請人之聲明」始終係限於「該公司（堃城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元之規定（按：此係以系爭契約有效存在為前提）」乙項，故相對人於 98 年 4 月 29 日函文、98 年 6 月 29 日函文乃係針對上開「該公司（堃城不銹鋼產業有限公司）主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金 100 萬元之規定」之聲請人聲明事項告知聲請人如仍有爭執者可以提付仲裁（詳聲請人 98 年 8 月 13 日仲裁準備（一）狀聲證 16 號及 17 號），從而上開相對人之函文乃不能做為相對人同意聲請人就未經協商之另項聲明即「該公司主張終止系爭契約並請求相對人賠償 2843 萬 8775 元之損害」可以提付仲裁之依據實屬至明。

(四)兩造間 97 年 12 月 24 日召開之協商會議，確實僅係處理聲請人堃城公司所提「延緩或暫停履約及繳付定額權利金」之請求（此係以系爭契約有效存在為前提）、而毫未處理聲請人於本件仲裁所提賠償損害之請求（此

係以系爭契約失其效力為前提)，故本件仲裁之聲在程序上確不合法。

按聲請人堃城公司 97 年 10 月 22 日日海龍王字第 097115 號函雖提及本件仲裁聲請之五大爭議事項，然其僅係基於該五大爭議事項據以向相對人主張於該等爭議未獲圓滿解決前暫停履行繳付定額權利金之契約規定（此係以系爭契約有效存在為前提）、而毫未言及本件仲裁之損害賠償請求（此係以系爭契約失其效力為前提），相對人則以 97 年 11 月 12 日府農漁字第 0970239998 號函詳述理由向聲請人覆稱「仍請貴公司應依合約規定辦理繳納」云云。為此，兩造乃於 97 年 12 月 24 日召開協商會議，而該次協商會議亦僅係針對聲請人所提出之「延緩或暫停履約及繳付定額權利金」之請求進行協商討論、毫未併就本件仲裁之損害賠償請求進行協商討論。基上，則本件仲裁之損害賠償請求，確實未經協商程序而依約不得提付仲裁，是本件仲裁之聲請在程序上確不合法。

實體部分

- 一、系爭契約所委託經營之項目確實不含遊客住宿在內，且聲請人亦曾具函承認此點，是聲請人主張相對人拒准其經營遊客住宿係屬違約、或構成除外情事者均無理由

按聲請人之投資計劃書雖載明「此外亦經營民宿，以自己生產或當地的特產農漁產品供住宿遊客如何處理魚產品的方法．．．」「3F 戶外庭園空間及住宿：．．．本公司．．．（三樓）提供遊客住宿等服務」（詳系爭契約書第 201、215、216 頁），且投資計劃書之評審項目及甄審標準項次 2 之 1 雖亦記載「對本中心經營之定位（包括：．．．預計營業項目）」致投標廠商之預計營業項目乃為甄審項目之一（詳系爭契約書第 70 頁），且申請須知貳.三.（三）.5 雖亦規定「其他依投資計劃書，經縣府核准事項」（詳系爭契約書第 36 頁），且依系爭契約第 1.1.1 條、第 1.1.2 條之約定則上開投資計劃書及申請須知雖亦為系爭契約之一部分，然 3F 經營旅客住宿乙節非為系爭契約之內容致就此不但相對人並未違約、亦且反係聲請人違約。蓋以：首先，本件投資計劃書之項目及內容極為龐雜繁瑣，致雙方在訂立系爭契約之過程中就投資計劃書之項目及內容乃難免在系爭契約本文之文字敘述上會有應刪未刪、或應增未增、或應

改未改之疏忽而發生投資計劃書與系爭契約之本文、或申請須知矛盾之情形，為解決此一困境，乃特於系爭契約第 1.1.2 條規定「契約文件效力規定：本契約所有文件均為本契約之一部分，與本契約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋。其適用之優先順序同第 1.1.1 條各款之排列順序」、第 1.1.1 條規定「契約文件包括如下：1 本契約及其附件。2 甲方於民國 94 年 8 月 29 日公布之申請須知。3 乙方於甄審委員會提出之投資計劃書為本契約的一部分」，職是則僅居於第三順位效力之聲請人投資計劃書惟有在其內容未與第一順位效力之「本契約及其附件（所謂附件者係指附件一至附件四而不含聲請人之投資計劃書在內）」及第二順位效力之「申請須知」矛盾之情形下始有拘束兩造之效力至明。其次，正因為系爭建物之使用分區係屬市場用地而依法不得做為遊客住宿使用，故第二順位效力之申請須知貳.三.（一）乃於明文列舉之使用內容中將僅居第三順位效力之聲請人投資計劃書中之遊客住宿予以排除、且上開申請須知之內容復早為聲請人於投標時所知悉（系爭契約書第 35 頁申請須知貳.三.（一）規定「委託經營標的物：委託經營標的物為本中心現有土地、建物、基地上之附屬設施及營運資產。基地座落在台南縣將軍鄉山仔腳段 3535-41 號，其使用分區為市場用地．．．包含地上三層樓（詳如表 2）」「表 2 空間計劃表／樓層：三樓／使用內容與面積：1 咖咖廳；2 廚房；3 儲藏室；4 廊道空間（按：將最重要之遊客住宿排除在列舉項目之外）」），故申請須知就其所排除之遊客住宿項目乃另於申請須知貳.三.（三）.5 規定其須經相對人另為個別之核准始可（系爭契約書第 36 頁申請須知貳.三.（三）.5 規定「委託經營內容與設施使用原則：．．．其他依投資計劃書，經縣府核准事項」，所謂其他依投資計劃書經縣府核准之事項當然係指申請須知中未經列舉之事項，而遊客住宿係未經申請須知列舉之事項致其乃屬應經相對人另為個案核准之事項），故甄審委員會於審查漁貨直銷中心經營之定位（包括預計營業項目）時乃並未且亦不必審查聲請人投資計劃書中所稱之遊客住宿乙項（事實上聲請人於向甄審委員會簡報時亦不曾提出遊客住宿

之項目，且聲請人之投資計劃書亦僅籠統泛言提供住宿服務而未曾就客房數目、客房設備、經營方式等提出其詳細內容致甄審委員會亦無從將遊客住宿列入甄審項目予以審查)，故系爭契約第 2.1 條及第 2.4 條規定乃將遊客住宿排除在列舉之經營項目外致遊客住宿乃為須經相對人另以書面個案核准之經營項目（系爭契約第 2.1 條規定「委託經營標的物：委託經營標的物為本中心現有土地、建物、基地上之附屬設施及營運資產。基地座落在台南縣將軍鄉山仔腳段 3535-4 號，其使用分區為市場用地．．．包含地上三層樓，一樓為銷售區、二樓為餐廳與賣店、三樓為簡易餐飲與觀海休閒區、四樓屋頂突出物為兒童遊戲區與眺望台」—其將最重要之遊客住宿排除在上開列舉項目之外；系爭契約第 2.4 條規定「2.4.1 利用委託經營標的物辦理或提供漁貨販售、餐飲、賣店、休閒等高品质公共服務使用。2.4.2 其他經甲方書面核准同意事項」，其列舉之經營項目既不含遊客住宿在內，則遊客住宿乙項自屬其他須經相對人另以書面個案核准之經營項目；尤其，系爭契約第 2.7 條復規定「2.7.1 本中心提供漁貨銷售、餐飲、賣店、休閒觀景等公共服務使用。2.7.2 乙方違反上述設施使用原則者，應依本合約第十一章關於違約之處理程序之規定處理」。基上諸端，則在在可知遊客住宿顯然非屬聲請人得依約經營之項目，就此則聲請人自己亦心知肚明致其早曾於 96 年 1 月 31 日以海龍王字第 0096003 號函致函相對人承認謂「本公司簽訂委託經營將軍漁港觀光魚市暨漁貨直銷中心契約，契約書中所送投資計劃書內規劃將提供遊客住宿服務項目，惟經鑽研與相關法令規定不符，函請核准撤銷是項服務規劃」云云（詳被證一號），是聲請人如今再行翻悔前議者可無理取鬧至極。

次按，系爭契約之標的「台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心」雖屬促參法第 3 條第 1 項第 13 款之「農業設施」公共建設性質，而促參法施行細則第 19 條之 1 第 1 項及第 7 項第 2 款復規定所謂農業設施係包含「遊客住宿、餐飲服務、文物展覽及相關海洋遊憩、教育設施」在內，惟上開關於「農業設施係包含遊客住宿在內」之規定僅係揭示一種可能性，而該項可能性是否具體實現者尚須視其

是否符合法令規定、及個別之契約如何約定而定，本件如前所述系爭建物之使用分區係屬市場用地而依法令規定其不得供做遊客住宿使用、且因此系爭契約所約定之經營項目乃亦不含遊客住宿在內，是上開規定乃不得做為聲請人得經營遊客住宿之依據。

末按，如前所述，系爭契約自簽約前之申請須知以迄契約之簽訂，其委託經營之項目均不含遊客住宿，尤其聲請人更曾具函承認此點（詳被證一號），職是則聲請人要求相對人准其經營遊客住宿而為相對人拒絕者自係可歸責於聲請人而不符系爭契約第 10.1.2 條所規定之除外情事，是聲請人主張其得依系爭契約第 10.1.2、12.1.3、12.3.4 條等約定之除外情事為本件請求者自亦顯無理由。

二、相對人就系爭建物設備之提供，業已克盡系爭契約所約定之責任（反而係聲請人過份挑剔且有可歸責事由）、且聲請人亦屢屢確認佳昇營造公司之修繕結果，是聲請人主張相對人未依約定提供合於營運之建物設備為屬違約、或構成除外情事者均無理由

按聲請人援引系爭契約第 4.2.6 條約定「如甲方交付之建物、工作物、基地上之附屬設施及營運資產，有任何乙方認為設計不完善之處，乙方得提送改善計劃或設計方案予甲方，經甲方書面核可同意後，依第 4.2.4 條辦理」、系爭契約第 4.2.4 條約定「如乙方因業務需求增加之後續投資設備項目，屬台南縣縣有財產管理自治條例財產範圍中之房屋建築及設備、機械及設備投資，或為變更原空間設計、變更機電設施或變更系統功能者，應先經甲方書面同意後始得辦理，並於施作完成後提交修正之竣工圖三份送甲方備查，並修改電腦圖檔．．．」等以主張相對人所提供之系爭建物設備存有「不堪聲請人營運之基礎條件」之瑕疵（如排水系統阻塞、空調系統故障、自來水管路設計不當、屋頂漏水、廁所抽風設備瑕疵等）、且聲請人因相對人之修繕延宕而嚴重影響其營運致相對人構成違約或除外情事云云。惟查，系爭建物及設備在依系爭契約第 4.1.1 條之約定經聲請人認可而點交予聲請人後已然符合「堪供聲請人營運之基礎條件」而再無「不堪聲請人營運之基礎條件」之問題，故在聲請人接受點交後乃僅有「聲請人依其事後之經營情況主觀上認定原設計不完善而必須予以改善」之問題，此

項問題之責任係在聲請人自己而不在相對人一方，致此種原設計不完善之改善乃須由聲請人自己提送改善計劃或改善方案、且須經由相對人書面核可同意始得為之，此即系爭契約第 4.2.6 條規定之原意（蓋以若非如此者則何以該改善計劃或改善方案須由聲請人自己提送、須由相對人書面核可同意始得為之），是系爭契約第 4.2.6 條顯非可為聲請人主張系爭建物設備存有「不堪聲請人營運之基礎條件」之瑕疵之依據，然聲請人卻勉強引以為據，足見聲請人之主張已無足取。次查，雖然系爭建物及設備在依系爭契約第 4.1.1 條之約定經聲請人認可而點交予聲請人後已然符合「堪供聲請人營運之基礎條件」而再無「不堪聲請人營運之基礎條件」之問題，惟相對人於點交後仍盡力協助聲請人解決各項問題致相對人並無如聲請人所指之「可歸責於相對人之延宕修繕致嚴重影響聲請人營運之情事」，是聲請人之是項主張仍無理由，茲分述如次：

- (一)系爭契約第 4.1.1 條約定「甲方列冊點交乙方代為管理之財產及物品，由雙方於簽約後一個月內依使用狀況分批完成辦理點交，現況如有瑕疵或故障，雙方應於點交之財產及物品清冊中註明。點交後，乙方應盡善良管理人之責任」、第 4.5.6 條約定「委託經營期間內，乙方代為管理之各項設施、財產或物品，乙方應善盡管理及保管之責，並隨時保持設備之正常運作，如因而發生事故或毀損、短少或滅失時，乙方應依台南縣現有財產管理自治條例及相關法令規定負責修復及負責賠償責任」。基上約定，相對人乃於 95 年 1 月 11 日以府農漁字第 0950010881 號函通知聲請人與建物承包商佳昇營造公司併同辦理財產點交—系爭契約所附之採購結算明細表中之財產及物品一併點交（詳被證二號）；上開點交係由聲請人方之劉鴻達（已離職）會同佳昇營造公司之陳添丁自 95 年 1 月 18 日起開始辦理，點交期間發現之缺失由佳昇營造公司剋日改善，經改善完成後始於 95 年 2 月 17 日完成所有工程結算明細之點交並經聲請人、相對人、承包商佳昇營造公司等三方簽認點交證明無誤（詳被證二號），是聲請人業於 95 年 2 月 17 日承認其所受領之物、並自 95 年 2 月 17 日受領時起負善良管理人之保管責任。

(二)系爭契約第 4.11 條約定「保固契約：本中心之建築物、相關設備、各項機電設備或財物等之保固，如甲方當時仍與其他廠商訂有保固契約，且屬該廠商應付之保固責任者，甲方應依乙方之要求協調該廠商辦理，乙方並應協助甲方監督該廠商之執行成效」、相對人與系爭建物承包商佳昇營造有限公司所簽訂之工程合約第 16 條約定「本工程自全部完工經驗收合格日之日起，由廠商保固 5 年」(即保固期限至 99 年 8 月 22 日止)。此條係規範系爭建物及設備存有瑕疵時之處理方式，依其處理方式則相對人之責任為「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」、聲請人之責任則為「協助相對人監督佳昇營造公司之修繕執行成效」，而依如下所述則相對人確已履行上開「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之責任致本件無如聲請人所指之「可歸責於相對人之延宕修繕致嚴重影響聲請人營運之情事」(系爭建物及設備於經佳昇營造公司承造完成後即點交予聲請人使用，故點交後如有瑕疵者若非係可歸責於聲請人之使用管理不當所生、即係可歸責於佳昇營造公司施工不良所生，如瑕疵係可歸責於聲請人之使用管理不當所生者則反係聲請人應對相對人負責而非係相對人應對聲請人負責，如瑕疵係可歸責於佳昇營造公司施工不良所生者則應依前揭系爭契約第 4.11 條之方式處理，故曰只要相對人已依前揭系爭契約第 4.11 條約定之「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之方式處理者相對人即無可歸責之事由)：

1. 系爭建物於 95 年 2 月 17 日點交予聲請人後，聲請人曾於 95 年 4 月 10 日函報調整變更 1 樓與 2 樓之經營使用空間，其一樓所調整變更之內容包括增設活魚展示櫃、設置農漁特產品販售區及零售區，其二樓所調整變更之內容包括「將廚房、倉庫、員工休息室合併增設一式廚房設備」、增設水酒販售區及海產料理設備、增設雅座及貴賓室等設施(詳被證二號)。對於聲請人此番大規模調整變更原有之規劃及設計空間，承包商佳昇營造公司明確表示其不但業已影響原設計水、電、排水、空調等設施之功能，亦且事後極易衍生諸多問題，以故系爭建物在 95 年 4 月 10 日以後所發生之瑕疵乃難以分辨究應由承包商佳昇營造公司負責、抑應由聲請

人負責，於此情況下聲請人將全部瑕疵歸責於承包商佳昇營造公司者確實極不厚道、更極不公平，此為看待本件瑕疵所必須具有之基本認知及態度，然如後所述相對人仍依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕、佳昇營造公司亦予盡力修繕、修繕後更經會同聲請人驗收確認，致聲請人指責謂相對人並未履行契約責任云云可謂毫無理由。

2. 聲請人又於 95 年 8 月 28 日以海龍王字第 0095048 號函函請相對人督促佳昇營造公司儘速修繕建築主體、水電、空調等缺失（詳被證二號，足見聲請人就瑕疵之處理確實亦依前揭系爭契約第 4.11 條之約定方式為之，下同）。相對人隨即依前揭系爭契約第 4.11 條之約定方式於 95 年 9 月 11 日以府農漁字第 0950186677 號函函請佳昇營造公司儘速與聲請人協商辦理缺失修繕事宜（詳被證二號），是相對人業已克盡前揭系爭契約第 4.11 條約定之「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之責任（不要忘了，依前揭系爭契約第 4.11 條之約定，則聲請人亦有「協助相對人監督佳昇營造公司之修繕執行成效」之責任）。
3. 聲請人又於 96 年 6 月 11 日以海字第 0096012 號函提報 12 項缺失請求相對人主導召開建築師、電機師、承包商協調會並督促承包商修繕、倘承包商經相對人監促後仍不改善者則聲請人將自費改善後轉請相對人代於承包商之保固金中扣除（詳被證二號）。相對人隨即依前揭系爭契約第 4.11 條之約定方式於 96 年 7 月 6 日邀集聲請人、承包商佳昇營造公司、設計公司樂駝規劃公司召開「將軍漁港觀光漁市暨直銷中心建築結構修繕事項」會議，其會議決議內容略為「請佳昇營造公司（或樂駝設計公司）就各項瑕疵於限期內完成修復」「化糞池 6 月清除費由佳昇營造公司負責、7 月清除費則由聲請人自行負責」（詳被證二號）；嗣又於 96 年 7 月 26 日召開協商會議調整前次會議所決議之部分項目之修繕完成日期（詳被證二號）；是相對人實已克盡前揭系爭契約第 4.11 條約定之「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之責任（不要忘了，依前揭系爭契約第 4.11 條之約定，則聲請人亦有「協助相對

人監督佳昇營造公司之修繕執行成效」之責任)。

4. 另相對人復於 96 年 9 月 4 日以府農漁字第 0960188325 號函將聲請人所提「建物公共安全及消防設備部分損毀」等缺失要求佳昇營造公司儘速派員處理改善(詳被證二號);暨相對人復於 96 年 11 月 23 日以府農漁字第 0960239095 號函將聲請人所提「二樓廚房截油槽不良防水處理、一樓攤販區排水不良」等缺失要求佳昇營造公司儘速派員勘查處理並將處理情形函報相對人(詳被證二號);暨相對人復於 96 年 12 月 12 日以府農漁字第 0960260000 號函將聲請人所提「二樓、三樓及頂樓植栽枯死,三樓棚架吊燈因颱風侵襲進水損壞」等缺失要求佳昇營造公司儘速派員勘查處理並將處理情形函報相對人(詳被證二號)。
5. 上述缺失,經相對人要求佳昇營造公司改善後,佳昇營造公司於 97 年 1 月 9 日以佳南字第 097010901 號函說明其修繕情形為:二樓廚房截油槽周邊漏水,因配合聲請人營業,修復工作時間為夜間,於 96 年 12 月底完成;一樓攤販區排水不良,於 97 年 1 月 4 日徹底改善完成;花木植栽保固 1 年,於 95 年 2 月 17 日點交是正常,為何聲請人進駐前即枯死,實不合常理;三樓棚架吊燈,因經歷多次颱風侵襲,大部分損壞,實為人力不可抗拒之因素云云(詳被證二號)。基上,益知相對人實已克盡前揭系爭契約第 4.11 條約定之「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之責任(不要忘了,依前揭系爭契約第 4.11 條之約定,則聲請人亦有「協助相對人監督佳昇營造公司之修繕執行成效」之責任)。
6. 嗣相對人復於 97 年 1 月 11 日邀集聲請人、承包商佳昇營造公司、設計公司樂駝規劃公司召開「將軍漁港觀光漁市營運大樓建築物及相關設備缺失改善協調會」,該次會議就聲請人所再行檢視提出之整棟建物 1、2、3 及頂樓之缺失問題為協調,其決議內容為「就各該缺失訂定佳昇營造公司應修繕完成之日期」「營運大樓建築及相關設備缺失影響聲請人營運及收益之部分,由佳昇營造公司於 97 年 1 月 25 日前補償聲請人 5 萬元」「相對人加強對佳昇營造公司缺失修繕之追蹤列管」(詳被證二號),足見聲請人就系爭建物

設備之缺失業已同意依上開會議之決議處理致其再於本件另對相對人提出主張者益無理由（何況，相對人亦已克盡前揭系爭契約第 4.11 條約定之「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之責任）。其後，相對人復於 97 年 1 月 28 日以府農漁字第 0970024751 號函函請佳昇營造公司依前開 97 年 1 月 11 日之會議決議儘速完成設備缺失之改善並將改善情形函報相對人驗收（詳被證二號）。

上開 97 年 1 月 11 日會議決議所列缺失經佳昇營造公司改善後，聲請人、相對人、佳昇營造公司乃於 97 年 2 月 15 日會同會勘，並由聲請人逐項清點驗收後確認無誤（詳被證二號）；另上開 97 年 1 月 11 日會議決議所列缺失事項中之第 1、10、17、19 等項則係於 97 年 6 月 13 日經三方會同後由聲請人確認無誤並當場移由聲請人負責保管（詳被證二號）。基此，則聲請人益加不得就上開瑕疵再於本件對相對人另為主張至明。

7. 嗣相對人復於 97 年 7 月 14 日以府農漁字第 0970152511 號函將聲請人所提「一樓照明燈未拴緊、一樓排水阻塞不通、一樓嵌入式筒燈嚴重生鏽、一及二樓壁簷滲水、二樓小便池無法沖水、二及三樓之立柱燈生鏽斷裂」等缺失要求佳昇營造公司安排人員至現場維修並於完成後函報相對人（詳被證二號）；暨相對人復於 97 年 7 月 18 日以府農漁字第 0970157361 號函將聲請人所提消防設備等缺失求佳昇營造公司儘速派人至現場維修並於完成後函報相對人（詳被證二號）；暨相對人復於 97 年 8 月 6 日以府農漁字第 0970171292 號函將聲請人所提「電梯間底座嚴重積水 6 公分、三樓天花板漏水、頂樓投光燈附金屬燈罩故障」等缺失要求佳昇營造公司儘速前往修復並於完成後函報相對人（詳被證二號）；暨相對人復於 97 年 8 月 18 日以府農漁字第 0970184516 號函催促佳昇營造公司儘速辦理修復並將結果函報相對人（詳被證二號）；暨相對人又於 97 年 9 月 16 日以府農漁字第 0970210137 號函限佳昇營造公司於文到 7 日內函報改善情形（詳被證二號）。

上述缺失，經佳昇公司於 97 年 9 月 15 日以佳府字第 097091501

號函復已將瑕疵改善完成並請派員驗收（詳被證二號）；嗣於 97 年 9 月 26 日由聲請人、相對人、佳昇營造公司三方會同逐項清點驗收後確認無誤（詳被證二號）。基此，則聲請人益加不得就上開瑕疵再於本件對相對人另為主張至明。

8. 嗣相對人復於 97 年 10 月 27 日以府農漁字第 0970244196 號函催聲請人謂「請貴公司再次確認該建物設備及設施是否有瑕疵，並於文到 20 日內函知本府，本府將通知廠商進行維護，因原施工承包商已向本府申請退還保固金，請查照」（詳被證二號）。嗣聲請人函報一至三樓之設施缺失情形，相對人乃於 97 年 11 月 14 日以府農漁字第 0970258658 號函將聲請人所提上開缺失要求佳昇營造公司儘速修復並將結果函報相對人（詳被證二號）；暨相對人又於 97 年 17 日以府農漁字第 0970232505 號函函知佳昇營造公司謂「有關貴公司申請退還．．．保固保證金案，經堃城不銹鋼產業有限公司函報建物及相關設施仍有需修護項目，俟貴公司修護完成後再申請退還保固保證金」（詳被證二號）；暨相對人又於 98 年 4 月 6 日以府農漁字第 0980600932 號函將聲請人所提「一至三樓之設施缺失情形（壁燈、氣窗、消防設備、灑水閥、監視器、音響、送風開關、小便器、排水系統、投光燈、消防幫浦等）」要求佳昇營造公司儘速派人至現場維修並於完成後函報相對人（詳被證二號）；暨相對人又於 98 年 4 月 22 日以府農漁字第 0980095047 號函限佳昇營造公司於 98 年 4 月 30 日前完成修護並函報相對人（詳被證二號）。基上，益知相對人實已克盡前揭系爭契約第 4.11 條約定之「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之責任（不要忘了，依前揭系爭契約第 4.11 條之約定，則聲請人亦有「協助相對人監督佳昇營造公司之修繕執行成效」之責任）。

(三)聲請人就系爭建物設備之瑕疵，不得主張除外情事

按關於系爭建物設備之瑕疵，其顯不該當系爭契約第 10.1.2 條所述之除外情事，且聲請人於其仲裁聲請狀中就該事項如何係屬系爭契約第 10.1.2 條所述之除外情事者亦未有具體論述，是聲請人主張此係除外情事致其得依系爭契約第 12.1.3 條約定終止系爭契約者自

無理由。

三、聲請人於系爭建物一樓之中庭從事漁貨銷售之行為確屬違反法令及約定，則相對人要求聲請人停止該行為者自屬正當有據，是聲請人主張相對人違約（事實上違約者反係聲請人自己）、或構成除外情事者均無理由

按聲請人主張：依系爭契約第 2.4.1 條約定「利用委託經營標的物辦理或提供『漁貨販售』、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用」（系爭契約第 36 頁之申請須知貳.三（三）.3 亦為相同規定），則聲請人於營運之初，為活絡一樓生鮮魚貨攤位之經營商機，曾擇一樓中庭廣場，試行以魚貨叫賣方式進行銷售（按：聲請人主張非係拍賣），以利魚貨攤位之招商及帶動遊客人潮，此係依系爭契約之約定所為之正當行銷方法，而相對人卻予阻止，則相對人之阻止自不當云云。惟查，系爭建物之一樓中庭在規劃設計上係屬廣場走道空間致依建築法令規定無法做為設置攤位銷售漁貨之使用（詳被證三號），如欲設置攤位銷售漁貨者依規定必須在規劃為 20 個零售攤位之系爭建物一樓攤販區（生鮮漁貨銷售區，詳被證三號）。聲請人如欲將系爭建物之一樓中庭之使用用途由原設計之「廣場走道空間」變更為「漁貨銷售」者，依系爭契約第 4.2.5 之約定，則聲請人須報經相對人書面同意、且須以聲請人自己之費用向建管機關辦妥建物變更設計後始可為之（尚可能涉及消防之問題），然聲請人並未踐行上開契約所約定之程序即擅自將系爭建物之一樓中庭之使用用途由原設計之「廣場走道空間」變更為「漁貨銷售」，是本件違約者根本係聲請人自己致相對人要求聲請人停止其違約行為者自屬正當有據。

次查，台南縣區漁會在將軍漁港原設有「將軍漁港漁貨拍賣場」（係屬產地型漁市批發市場）。依農產品市場交易法第 21 條規定農產品第一次批發交易應在交易當地農產品批發市場為之，同法第 24 條規定農產品第一次批發交易由農產品批發市場代農民或農民團體出具之銷貨憑證免徵印花稅及營業稅，同法第 25 條規定農產品批發市場之交易以拍賣、議價、標價或投標方式為之（即批發交易不限於拍賣一種方式）。基上規定，則漁貨須

先進入當地批發市場交易（在本件即係前述台南縣區漁會經營之「將軍漁港漁貨拍賣場」），而後始可進入零售市場交易（在本件即聲請人經營之漁貨直銷中心）；然聲請人卻違反上開規定而私自將外港籍大量漁貨於未進入當地批發市場交易前逕予分裝成簍置於系爭建物一樓中庭公開販售（甚至採公開喊價、競價拍賣等方式銷售），是聲請人之行為顯違法令規定，此情除經媒體批露報導、並經台南縣區漁會第 8 屆第 12 次理事會臨時動議提出「停止將軍漁港直銷中心前私自拍賣外籍漁船漁貨行為」（詳被證三號），則相對人就聲請人之違反法令行為要求其停止者益屬正當有據。

再查，至於聲請人於仲裁聲請書提出之聲證 9 號農委會 97 年 4 月 21 日農授漁字第 0970114322 號函，其內容應與上開爭點之判斷無涉；另聲請人於仲裁聲請書提出之聲證 10 號台南縣政府主計處 97 年 5 月 29 日主會字第 0970000678 號函，觀其內容，其並未指摘「相對人要求聲請人停止於系爭建物一樓之中庭從事漁貨銷售行為」乙節係屬不當，是其亦不得做為有利於聲請人判斷之依據。

末查，聲請人於系爭建物一樓之中庭從事漁貨銷售行為既屬違反法令及約定、相對人要求聲請人停止該行為既屬正當有據，則就此自係顯不該當系爭契約第 10.1.2 條所述之除外情事，且聲請人於其仲裁聲請狀中就該事項如何係屬系爭契約第 10.1.2 條所述之除外情事者亦未有具體論述，是聲請人主張此係除外情事致其得依系爭契約第 12.1.3 條約定終止系爭契約者自無理由。

四、相對人並未違反申請須知所定之協力義務，何況聲請人已於系爭契約承諾相對人之協力義務僅係道德義務，是聲請人主張相對人有違反協力義務之違約或構成除外情事者乃顯無理由

按聲請人依據系爭契約之附件申請須知第貳.四(二)、暨 95 年 5 月 19 日將軍漁港觀光漁市建議協辦事項協調會會議紀錄決議而主張「相對人每年應舉辦三季活動，三年來共應舉辦十二場活動；但相對人三年來卻僅舉辦二場活動—即 95 年 6 月 4 日開幕時舉辦一次活動、97 年 12 月在聲請人之場地舉辦三小時之台灣鯛小型活動」、「相對人之新聞室應辦理系列行銷文宣並與莛城不銹鋼產業有限公司加強溝通宣傳，

但相對人之新聞室迄未於營運初期溝通協助行銷」，聲請人因認相對人構成違約或除外事由。

惟查，系爭契約之附件申請須知第貳.四（二）係載明「政府協辦事項：．．．縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」(詳系爭契約第 37 頁)。準此，則聲請人主張「相對人每年應舉辦三季活動，三年來共應舉辦十二場活動」云云已乏依據而無足採信；何況，相對人(含相對人之新聞室)為行銷將軍漁港，確實已在將軍漁港舉辦過諸如 95 年 6 月之「農漁產品促銷會及漁港寫生活動」、95 年 12 月之「鱸魚節」、96 年之「設計之夜」、97 年之「台灣鯛 I S O 22000 品嚐活動」等行銷活動(詳如被證四號，聲請人則僅承認 95 年 6 月 4 日之開幕活動、96 年之設計之夜、97 年 12 月之台灣鯛品嚐活動)，則相對人確已克盡系爭契約之附件申請須知第貳.四（二）所定「政府協辦事項：．．．縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」之協力義務；退言之，系爭契約第 14.1.2 條約定「乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠」，足見相對人之協辦事項乃屬道德義務性質，則相對人就此再為本件主張者益無理由(更遑論謂系爭情事係屬除外情事矣)。

- 五、系爭契約所委託經營之項目確實不含遊客住宿在內，且聲請人亦曾具函承認此點，是聲請人主張相對人拒准其經營遊客住宿係屬違約、或構成除外情事者均無理由(詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第貳一段之說明，另系爭建物之使用執照僅有市場及餐廳用途而無旅客住宿用途，併此敘明)
- 六、相對人就系爭建物設備之提供，業已克盡系爭契約所約定之責任(反而係聲請人過份挑剔且有可歸責事由)、且聲請人亦屢屢確認佳昇營造公司之修繕結果，是聲請人主張相對人未依約定提供合於營運之建物設備為屬違約、或構成除外情事者均無理由(詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第貳二段之說明)
- 七、聲請人於系爭建物一樓之中庭從事漁貨銷售之行為確屬違反法令及約定，則相對人要求聲請人停止該行為者自屬正當有據，是聲請人主張

相對人違約（事實上違約者反係聲請人自己）、或構成除外情事者均無理由（詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第貳三段之說明）

八、相對人並未違反申請須知所定之協力義務，何況聲請人已於系爭契約承諾相對人之協力義務僅係道德義務，是聲請人主張相對人有違反協力義務之違約或構成除外情事者乃顯無理由（詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第貳四段之說明）

九、台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場之代客標售魚貨行為（漁貨零售直銷行為），不但在全台各地行之數十年、亦且業經農委會釋示並未違法，是聲請人指摘相對人未予取締致有契約所定之「除外情事」云云即無理由

按聲請人指稱：依相對人編印之「將軍漁港觀光漁市發展構想」，相對人原意係擬將台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委由台南縣區漁會經營（詳聲證 1 2 號），而台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為係屬違反農產品市場交易法第 20 條之行為，故系爭建物之一樓生鮮漁貨攤位區原意應係意欲取代台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為，然相對人卻任由台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場仍違法兼而從事漁貨零售直銷行為而未加取締，致影響聲請人在系爭建物一樓生鮮漁貨攤位區之漁貨零售直銷營運，此情應屬政府法令之變更、前後解釋不一、決策重大改變致聲請人得依「除外情事」之約定終止系爭契約云云。惟查，聲請人所稱「系爭建物之一樓生鮮漁貨攤位區原意應係意欲取代台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為」云云，不但係屬聲請人片面之揣測、亦且更非係屬系爭契約之內容，是聲請人所為主張之基礎已不存在。次查，何況，台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為，不但業已在全台各地行之數十年（故其管理單位台南縣區漁會乃認沒有任何之理由及立場禁止該行為且即使勉強禁止者亦難貫徹執行）、亦且更經農委會釋示其行為並未違反農產品市場交易法第 20 條規定（依聲請人仲裁聲請狀之聲證 9 號行政農業委員 97 年 4 月 21 日農授漁字第 0970114322 號函釋謂「本案將軍漁港魚貨拍賣市場允許遊客進場選

中魚貨後，委託具承銷人許可證之承購人代客喊價參與拍賣，無關供應業務，似屬該市場拍賣交易作業與承銷人管理範疇，與上開農產品市場交易法第 20 條規定無關」，另聲請人仲裁聲請狀之聲證 1 3 號審計部台灣省台南縣審計室 98 年 4 月 14 日審南縣一字第 0980001155 號函亦承認將軍漁港魚貨拍賣市場兼而從事之漁貨零售直銷行為並未違法（就此聲請人似有誤會），則聲請人如何能責備相對人應對上開將軍漁港魚貨拍賣市場並未違法之行為予以取締呢，則聲請人又如何能謂此係政府法令之變更、前後解釋不一、決策重大改變呢，是聲請人之本件主張要無足取。再查，尤其台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場，其漁貨拍賣時間為每日 13 時 30 分至大約 15 時止而僅約 1 小時至 2 小時（視漁貨量之多寡而定）；然聲請人經營之魚貨直銷中心之一樓攤販銷售區每日營業時間大約為 11 時至 16 時而長達大約 5—6 小時之久（假日之營業時間又更長），是若非聲請人自己經營能力欠佳者當不致於無法經營，何況聲請人於訂約前亦早知此情，是聲請人怪罪於拍賣市場之代客標售魚貨行為者確屬無理（雖其如此，相對人仍基於道義而盡力協助聲請人活絡其經營，但聲請人或已志不在此、或並無經營能力而在經營上仍未見起色，是益見聲請人確因自身問題而難以經營，但聲請人卻僅一味怨天尤人）。

十、相對人係因聲請人確無經營能力而為避免雙輸之惡果致乃在協調委員會外另謀合意終止契約之解決方法，且相對人未成立協調委員會者亦僅涉及程序問題而與實質權義問題無涉。茲分述如次：

（一）本案問題之癥結在於聲請人之經營能力不足（且聲請人亦已無意繼續經營）

緣本案之經營成效不彰，O T 廠商即聲請人之經營是否用心及專業才是重點，O T 案係由政府委由專業民間機構經營，希望藉由專業之經營者，用心經營來創造雙贏之局面，以帶動地方繁榮。然聲請人係以經營不繡鋼廚具工程為主，對於休閒、漁貨之銷售及行銷方面缺乏經驗及專業人才，類如一樓漁貨銷售區並未整體規劃而僅招募一般小吃商家進駐、未見當地魚特產品之販售致未能與其他觀光市場產生區隔，且一樓漁貨銷售區之攤位所販售之魚加工品復與超市部分擺設之

商品有極高之重複比例，凡此均嚴重影響於聲請人之營運；而即使就其較具經驗之二樓餐廳經營，其菜色、價格均如同一般海產餐廳而未能突顯其特色，仍無法使消費者產生回味之感覺致無法累積其消費者群之厚度。

另聲請人雖與管理顧問公司簽有經營管理顧問契約，然其顧問公司卻不曾提出相關之經營建議與行銷策略，所謂管理顧問云云實形同虛設；而聲請人之主要經營幹部僅有 3 人，且非係專業之經營管理與行銷人才，致其經營重點乃自然地侷限在主打二樓海龍王餐廳乙項上、並致其經營幹部就經營上之問題及困境乃亦無能適時提出解決之道及因應未來之經營策略。是聲請人自身既無專業（無能力）、復不委請專業（無誠心）而只是一味地諉責於人（此由前揭諸段之引證說明已可知之），是本件 OT 案之成敗關鍵厥在聲請人自己。

茲舉一例可清楚呈現聲請人缺乏經營休閒及漁貨之專業、能力與誠心，即：系爭建物之一樓，其原規劃之格局係將可經營代客料理漁貨之漁貨銷售攤位區安排在靠近廣場處而使遊客可自廣場直視該漁貨銷售攤位區以吸引遊客上門（即可輕易接觸遊客）；然聲請人卻將靠近廣場處調整變更為超市及飲料店，並將可經營代客料理漁貨之漁貨銷售攤位區挪至後方，由於前方之超市及飲料店產生視覺阻隔障礙致遊客無法自廣場處觸及漁貨銷售攤位而減少客源，是一樓之漁貨銷售攤位區商家在經營初期猶可勉力維持而歷經數月後即因無法廣積遊客致陸續退出攤位區之經營。

茲再舉一例可清楚知悉聲請人業已無意繼續經營，即：聲請人因不善經營致經營不善而自行關閉一樓部分營業及三樓全部營業，相對人曾限期要求聲請人改善，惟歷經數月聲請人仍未改善，嗣相對人再依合約規定 98 年 3 月 23 日以府農漁字第 0980067223 號函函請聲請人限期改善而如未依限改善者將依合約規定處以懲罰金。由是可知，聲請人確實已無繼續經營之意，如是則以合意終止系爭契約之方式處理本件紛爭者實為上策（詎聲請人竟誣稱相對人係因幕後已有業者準備接手經營致始以各種手段迫使聲請人無法繼續經營云云，其說法可謂極不厚道、極乏責任）。

(二)然即使在聲請人經營能力不足之情況下，聲請人猶能達成並超越其投資計劃書所預估之營業收入目標，此若非緣於相對人之協力者無以致之，是本件真正無心履約者厥為聲請人自己

按聲請人95年之營業額為923萬5568元、96年營業額為1015萬7070元，均較聲請人於其投資計畫書所載95年之預估營業收入889萬元、96年之預估營業收入976萬元為高（詳系爭契約第60頁）。足見，即使在聲請人缺乏經營休閒及漁貨之專業、能力與誠心之情況下，聲請人仍能達成並超越其投資計劃書所預估之營業收入目標，其所以能如此者豈非是相對人已盡最大之協力所致，然聲請人猶不知足而一味諉責於人，是益見真正無意履約者實係聲請人而非相對人。

(三)相對人係為避免雙輸之惡果而在協調委員會外另謀合意終止契約之解決方法，且相對人未成立協調委員會者亦僅涉及程序問題而與實質權義問題無涉

由上可知，聲請人不但經營能力顯然不足、亦且一味諉責於人、更且亦已無心經營、尤且又屢屢違約（如拒不依約繳納第一期即98年之定額權利金100萬元等等），於此情況下則系爭契約之繼續履行只能造成雙輸、甚至多輸之惡果，此際再多之協商、或成立調解委員會均無法徹底解決聲請人所提「延緩或暫停履約及繳付定額權利金之規定」之議案（因該議案係以系爭契約之繼續履行為前提），以故相對人乃提出對於雙方傷害最小之「有關貴公司請求成立協調委員會案，現今雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中，請查照」之議案俾能徹底解決本件之爭執（詳仲裁聲請書之聲證4號）。

事實上，相對人曾以拜訪性質（非正式會議）詢問聲請人若雙方採合意終止契約者則聲請人之態度及要求為何。聲請人當時提出意見為【1】、原交由聲請人代為管理之財產及物品由聲請人依規定返還予相對人，而相對人亦應返還全部履約保證金300萬元。【2】、聲請人98年應繳納之定額權利金100萬元，依98年度聲請人實際經營月份之比例計算其繳納金額予相對人。【3】、聲請人自行增設可移動之設施或設備（如辦公室之桌椅、沙發或餐廳桌椅、廚房使用之廚具、1樓販售架、活魚展示櫃等）由聲請人搬離，至於裝潢或其他固定而無法搬離

之設施則予保留，相對人不得要求聲請人將建物回復至原委託經營時交予聲請人之格局。在上開條件下，聲請人願意合意終止系爭契約】。然因當時正值監察院教育農林審計處前來查核本案，經相對人詢問該處對於聲請人之上開 3 點意見之看法後該處表示相對人仍應依合約規定為之、若提前合意終止則聲請人之履約保證金 300 萬元仍應沒收、98 年定額權利金 100 萬元仍應收取始符合約之規定云云。為此，上開合意終止之議乃未能達成。

基上，則聲請人指摘相對人係假藉另謀合意終止契約之理由而推遲協調委員會之成立者，實係「以小人之心度君子之腹」之論，何況相對人未成立協調委員會者亦僅涉及「聲請人可否因而逕行提付仲裁」之程序問題而尚與本案實質爭執之權義問題無涉。

十一、聲請人主張終止契約並請求退還保證金及賠償損害者，實無理由；退言之，縱然勉強認定聲請人之主張有理由者，其請求之金額亦無理由而不足採取

按如前所述，相對人並未違約（反係聲請人自己違約），致聲請人主張終止契約並請求退還其已繳納之保證金 300 萬元全部、暨請求賠償其 95 年至 97 年所投資之 2543 萬 8775 元者自無理由而不應准許。

次按，何況，聲請人僅係提出其自行製作而未附任何原始憑證之「資產明細表」以證明其自 95 年至 97 年業已投資之各項設備金額共為 2543 萬 8775 元（詳聲請人仲裁聲請書之聲證 15 號）。惟查，上開資產明細表既係聲請人所自行製作，且未附任何原始憑證以供勾稽其是否確已購置、其是否係為經營本案直銷中心而購置（亦可能將他處之原始憑證拿來此處充數），是其主張之損害金額已無足採。次查，聲請人應先取回其能取回、且取回對其仍有意義之設備（如辦公家俱、電話、影印機、冷氣機等均係可以取回且取回後聲請人仍可使用者），故聲請人僅得就其未能取回之設備之購置金額為請求。再查，聲請人如欲請求相對人賠償其購置各該設備之金額者，聲請人同時亦負有將各該設備點交予相對人之義務，倘聲請人就某項設備無法點交予聲請人者則聲請人即不能向相對人請求其購置

該某項設備之金額（因該項設備可能非係為直銷中心之經營而購置者、或該項設備可能係屬消耗品而業已使用消耗殆盡、或該項設備可能已因可歸責於聲請人之事由而滅失致聲請人無法將之點交予相對人），倘聲請人點交予相對人之某項設備已有減少其價值之瑕疵者則聲請人所得向相對人請求其購置該某項設備之金額亦須相對減少，倘聲請人點交予相對人之某項設備非係新品者則應依其使用年限扣除折舊後始為聲請人所得向相對人請求之金額。末查，依前揭方式計算出聲請人所得請求其購買各項設備之金額後，尚應再行扣除聲請人自最初營業日起迄至其請求之末日止之營業所得，此因聲請人已自該等設備之經營中獲取利益致依損益相抵之規定應予扣除。基上，則縱然勉強認定聲請人之主張有理由者，其請求之金額亦無理由而不足採取。

- 十二、系爭契約所託經營之項目確實不含遊客住宿在內，且聲請人亦曾具函承認此點，是聲請人主張相對人拒准其經營遊客住宿係屬違約、或構成除外情事者均無理由

按聲請人於 98 年 8 月 13 日第一次詢問紀錄第 5 頁自認「至於相對人在書狀所提到，直銷中心所處屬市場用地沒辦法辦理民間遊客住宿問題，我們認為這只是使用執照變更的手續，僅屬執行事宜，不能認為聲請人要獲得相對人事前同意才可以辦理」，此際依系爭契約第 4.2.5 之約定則聲請人須報經相對人書面同意、且須以聲請人自己之費用向建管機關辦妥建物變更設計（變更使用執照）後聲請人始可經營遊客住宿（按：建物如做為遊客住宿使用者，其消防之要求更為嚴格致其尚會涉及消防設計變更及消防設備審查合格與否之問題），然聲請人從未踐行上開契約所約定之程序即強人所難地要求身為公部門之相對人准許其違規經營遊客住宿，是聲請人之要求不但違約、亦且違法，則聲請人如何能謂其可終止契約並請求鉅額賠償呢。

次按，系爭契約第 2.4 條規定「2.4.1 利用委託經營標的物辦理或提供漁貨販售、餐飲、賣店、休閒等[□]高品質公共服務使用」，其所規定之委託經營項目究係列舉規定或係例示規定、如係例示規定者則

是否包含遊客住宿在內？首先，相對人認其為列舉規定，蓋以例示規定之構成部分須包含「列舉部分」及「概括提示部分」，上開條文中之「漁貨販售、餐飲、賣店、休閒」固係「列舉部分」，然上開條文中之「．．．等高品質公共服務使用」則並非係「概括提示部分」而僅在描述說明前面之列舉項目之品質及使用目的（類如一種文學上之形容用語），因其並非係就前面之列舉項目之性質為概括提示性之描述致其顯非例示規定（民法第 126 條規定「利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權．．．」始為例示規定，可供參照）；其次，如前一小段所述，聲請人亦自認系爭建物做為遊客住宿使用者係違反使用執照之使用用途（即違規使用，且尚涉及更嚴格之消防設施問題），由於契約之約定原則上係以符合法令為前提，是本件退言之縱認上開契約條文係屬例示規定者，其條文中之「．．．等高品質公共服務使用」自亦必須以合於法令為前提，從而所謂「．．．等高品質公共服務使用」云云自不應且不能包含違規使用之遊客住宿在內實屬至明；末以，要之，不論上開條文係屬列舉規定或屬例示規定者，其委託經營之項目均不含遊客住宿在內至為灼然（況且，依相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書所引被證一號之聲請人函文可知聲請人更曾基於不合法令之理由而自行撤銷遊客住宿之經營項目之申請）（其餘主張及理由詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第 4 頁第一段之引證說明）。

十三、相對人就系爭建物設備之提供，業已克盡系爭契約所約定之責任（反而係聲請人過份挑剔且有可歸責事由）、且聲請人亦屢屢確認佳昇營造公司之修繕結果，是聲請人主張相對人未依約定提供合於營運之建物設備為屬違約、或構成除外情事者均無理由

按聲請人就系爭建物於 95 年 2 月 17 日點交後雖曾數度就其瑕疵提出主張，然經相對人協調承造人佳昇營造公司數度修繕後，嗣於 97 年 9 月 26 日經聲請人、相對人、佳昇營造公司三方會同逐項清點驗收後由聲請人確認無誤（詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第 14 頁第 6 段及同狀被證二號）。基上，則聲請人就系爭建物於

97年9月26日以前之瑕疵乃已承認而不得再為主張及請求(何況就系爭建物於97年9月26日以前之瑕疵則相對人其實已盡系爭契約上之責任),至就系爭建物於97年9月26日以後之瑕疵則不但均係可歸責於聲請人自己之事由所生者(例如依相對人98年8月4日仲裁答辯書所引被證二號聲請人97年11月4日函文所主張之瑕疵—消防設備箱蓋拷漆脫落、滅火器標示牌部分未栓緊等等,及聲請人98年3月14日函文所主張之瑕疵—壁燈吸頂燈鐵框生鏽重新粉刷、化粧室氣窗鐵材生鏽重新粉刷等等,在在可見聲請人於95年2月17日接受點交後2年餘所主張之瑕疵不但仍吹毛求疵、亦且其所指瑕疵更顯係由於聲請人自己之不當管理使用所致者—上開瑕疵顯而易察則何以聲請人於前述97年9月26日三方會同驗收時其未發現並提出主張致足見其根本係緣於聲請人自己之事由所致者)、亦且相對人均已克盡「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之契約責任,致不論依上開理由之何者觀之則聲請人就系爭建物之瑕疵所為之主張均無足取(其餘主張及理由詳相對人98年8月4日仲裁答辯書第7頁第二段之引證說明)。

十四、聲請人於系爭建物一樓之中庭從事漁貨銷售之行為確屬違反法令及約定,則相對人要求聲請人停止該行為者自屬正當有據,是聲請人主張相對人違約(事實上違約者反係聲請人自己)、或構成除外情事者均無理由(詳相對人98年8月4日仲裁答辯書第16頁第三段之引證說明)

十五、相對人並未違反申請須知所定之協力義務,何況聲請人已於系爭契約承諾相對人之協力義務僅係道德義務,是聲請人主張相對人有違反協力義務之違約或構成除外情事者乃顯無理由

按系爭契約第1.1.2條規定「契約文件效力規定:本契約所有文件均為本契約之一部分,與本契約條款具有同等效力,並得互為補充、解釋。其適用之優先順序同第1.1.1條各款之排列順序」、第1.1.1條規定「契約文件包括如下:1本契約及其附件。2甲方於民國94年8月29日公布之申請須知。3乙方於甄審委員會提出之投資計劃書為本契約的一部分」。職是,則聲請人所提出投資計劃

書中之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」乃僅居於第三順位效力（詳系爭契約書第 244 頁），其內容復顯與居於第二順位效力之申請須知第貳.四（二）之約定不符（詳系爭契約書第 37 頁），從而關於協辦事項之約定自應以效力優先之申請須知第貳.四（二）為準無疑，故聲請人主張關於協辦事項之約定應以效力順位最後之投資計劃書中之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」為準者自無理由而不足採取。

何況，退言之，系爭契約第 14.1.2 條約定「乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠」（詳系爭契約書第 23 頁），足見相對人之協辦事項乃屬道德義務性質，則相對人就此再為本件主張者益無理由（更遑論謂系爭情事係屬除外情事矣）（其餘主張及理由詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第 17 頁第四段之引證說明）。

十六、台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場之代客標售魚貨行為（漁貨零售直銷行為），不但在全台各地行之數十年、亦且業經農委會釋示並未違法，是聲請人指摘相對人未予取締致有契約所定之「除外情事」云云即無理由（詳相對人 98 年 8 月 5 日仲裁答辯書（二）第 2 頁之第五段之引證說明）。

十七、相對人係因聲請人確無經營能力而為避免雙輸之惡果致乃在協調委員會外另謀合意終止契約之解決方法，且相對人未成立協調委員會者亦僅涉及程序問題而與實質權義問題無涉

按關於相對人未成立協調委員會者，其僅僅涉及「聲請人可否因而逕行提付仲裁」之程序問題，故其尚與本案實質爭執之權義問題無涉、更非可謂「相對人未成立協調委員會之本身即構成除外事項」。就此：

（一）聲請人業已自認

按聲請人於 98 年 8 月 13 日第一次詢問紀錄第 15 頁陳稱「就協調委員會不能成立，我們在我們的資料裡，我們沒有認為這是除外情事，．．．我們沒有把它納來做除外的情事，沒有」云云。足見，聲請人亦自認「相對人未成立協調委員會之本身，並不構成除外情

事」。

(二)依契約之約定內容觀之，亦然

按系爭契約第 10.1.2 約定「本契約所稱除外情事，係指除不可抗力情事外，有下列二種情形，亦非可歸責於乙方之事件及狀態，且足以嚴重影響本契約之履行者：．．．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」，可見該款之「除外情事」須同時具備「須性質上不屬不可抗力之事項」「須經雙方合意認定或經雙方合意組成之協調委員會認定其屬除外情事」「須非可歸責於乙方（即聲請人）者」「須足以嚴重影響本契約之履行者」等四項要件始足當之，而所謂「須性質上不屬不可抗力之事項」云云其在語意上當然不含「甲方（即相對人）未成立協調委員會」在內，蓋以協調委員會所要認定之事項當然不能且亦不可能包含「未成立協調委員會」之事項在內，故「相對人未成立協調委員會之本身，並不構成除外情事」實屬至明（況且，聲請人如欲主張此款之除外情事者尚須該當「須非可歸責於乙方（即聲請人）者」及「須足以嚴重影響本契約之履行者」兩項要件始可）。

次按，尤其依系爭契約第 9.2.2 條之約定則聲請人或相對人對於協調委員會之決議均得單方不附理由提出異議而使協調委員會之決議不生效力（詳系爭契約書第 16 頁），準此以觀縱然協調委員會認定聲請人主張之事項構成除外情事者相對人仍得單方不附理由提出異議而使協調委員會之認定不生效力，從而益證「相對人未成立協調委員會之本身，並不構成除外情事」（因相對人可單方不附理由地否定其認定）（其餘主張及理由詳如相對人 98 年 8 月 5 日仲裁答辯書（二）第 3 頁之第六段之引證說明）。

十八、聲請人主張終止契約並請求退還保證金及賠償損害者，實無理由；退言之，縱然勉強認定聲請人之主張有理由者，其請求之金額亦無理由而不足採取（詳相對人 98 年 8 月 5 日仲裁答辯書（二）第 7 頁之第七段之引證說明）

十九、相對人於直銷中心興建計劃辦理過程未辦理成本效益分析、暨於烏魚米粉節所推出之行銷廣告，均與本件之判斷無涉，聲請人就此所

為之指摘均顯無理由

按相對人雖遭監察院糾正於直銷中心興建計劃辦理過程未恪遵預算法規定切實辦理成本效益分析（詳聲請人98年8月13日仲裁準備（一）狀聲證19號），然此僅係政府內部之成本效益分析，且所涉事項（如台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場之代客標售魚貨行為影響直銷中心之營運）於聲請人參與投標時均為既成事實，聲請人自應本於其投資判斷而為投標，且「相對人依預算法規定辦理成本效益分析」乙事又非系爭契約之內容致非屬相對人對於聲請人所應負之契約上義務，致聲請人以此指摘相對人違約者自無理由。

次按，聲請人於其98年8月13日仲裁準備（一）狀提出聲證20號主張相對人曾承諾「本府將整合公私部門資源，帶動民間企業與鄰近漁村、農漁業相關產銷團體結合漁村新風貌共同舉辦永續深根、藝術人文化、趣味生動相關活動，期帶來人潮，確保未來營運成功，並就未來進駐廠商特色、策畫適宜中長程推廣行銷活動，行銷重點，希質精、長期；而不在泡沫化之人潮」「預計未來3年中央各部會將挹注6億元，結合本府建設經費進行開發建設進行各項建設，2—3年後將有嶄新面貌呈現，商機無限」云云。惟查，此係相對人為活化行銷將軍漁港而於93年底、94年初所舉辦烏魚米粉節之行銷廣告，其尚與於94年12月29日簽訂之系爭契約無涉、且上開行銷廣告復非系爭契約之內容而非屬相對人對於聲請人所應負之契約上義務，致聲請人以此指摘相對人違約者亦無理由。

二十、系爭契約所委託經營之項目確實不含遊客住宿在內，且聲請人亦曾具函承認此點，是聲請人主張相對人拒准其經營遊客住宿係屬違約、或構成除外情事者均無理由

（一）依系爭契約之約定、聲請人函文之自承、聲請人在第一次詢問紀錄之自認，則遊客住宿絕非係屬契約約定之委託經營範圍

按系爭契約第2.4條規定「2.4.1 利用委託經營標的物辦理或提供漁貨販售、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用」，其所列舉之委託經營項目顯然不含遊客住宿在內。雖聲請人主張稱上開約定之委託經營項目係屬例示約定而非列舉約定致其約定仍可包含遊客住

宿在內云云，然聲請人之上開主張顯無足取，蓋以：①、如依聲請人之主張則遊客住宿係其極為在意之關鍵經營項目，其在意之程度甚至超越漁貨販售、餐飲、賣店等，則倘兩造當初委託經營之項目確實包含遊客住宿在內者，何以未見聲請人要求將遊客住宿如此關鍵重要之經營項目明載為委託經營之列舉項目、卻僅要求將「漁貨販售、餐飲、賣店」明載為委託經營之列舉項目，又如謂兩造之意係欲將該遊客住宿歸入上開約定中之「．．．等品質公共服務使用」者則又極端違反常情恆理，因就如此關鍵重要之經營項目則莫說聲請人不可能允許如此輕忽草率處理、即使相對人亦不可能如此輕忽草率處理，足見上開約定中之「．．．等品質公共服務使用」云云依兩造之意確實不含遊客住宿在內，以故聲請人於本件仲裁之初始未主張上開約定係屬例示約定、更未主張遊客住宿係包含在例示約定中（係於第一次詢問後經人提醒而始有此等主張），是聲請人主張上開約定係屬例示約定且遊客住宿係包含在例示約定中云云即已顯無足取；②、再者，上開契約之約定，事實上亦係列舉約定而非係例示約定，此因例示約定在構造上係包含「列舉部分」及「概括提示部分」等兩個部分，上開約定條文中之「漁貨販售、餐飲、賣店、休閒」固係「列舉部分」，然上開約定條文中之「．．．等品質公共服務使用」則並非係「概括提示部分」而僅在描述說明前面之列舉項目之品質（不是性質）及使用目的（類如一種文學上之形容用語），因其並非係就前面之列舉項目之性質為概括提示性之描述致其顯非例示規定（民法第 126 條規定「利息、紅利、租金、贍養費、退職金及其他一年或不及一年之定期給付債權．．．」始為例示規定，可供參照）；③、聲請人於 98 年 8 月 13 日第一次詢問紀錄第 5 頁自認「至於相對人在書狀所提到，直銷中心所處屬市場用地沒辦法辦理民間遊客住宿問題，我們認為這只是使用執照變更的手續，僅屬執行事宜，不能認為聲請人要獲得相對人事前同意才可以辦理」，聲請人既自認遊客住宿涉及使用執照之變更（依系爭契約第 34 頁申請須知「二漁貨直銷中心設施說明．．．基地位於台南縣將軍鄉將軍漁港內，屬於將軍漁港計劃內之市場用地，其土

地使用分區種類為市場用地」者可知），此際依系爭契約第 4.2.5 之約定則聲請人須報經相對人書面同意、且須以聲請人自己之費用向建管機關辦妥建物變更設計（變更使用執照）後聲請人始可經營遊客住宿（按：建物如做為遊客住宿使用者，其消防之要求更為嚴格致其尚會涉及消防設計變更及消防設備審查合格與否之問題），亦即在聲請人依法獲准變更使用執照以前聲請人經營遊客住宿者即係違反使用執照之使用用途（即違規使用，且尚涉及更嚴格之消防設施問題），由於契約之約定原則上係以符合法令為前提，是本件退言之縱認上開契約條文係屬例示規定者，其條文中之「．．．等高品质公共服務使用」自亦必須以合於法令為前提（如不以合於法令為前提者須有特別約定始可），從而所謂「．．．等高品质公共服務使用」云云自不應且不能包含違規使用之遊客住宿在內實屬至明；⁴、況且，聲請人亦從未踐行前揭系爭契約第 4.2.5 所約定之「報經相對人書面同意」及「以聲請人自己之費用向建管機關辦妥建物變更設計（變更使用執照）」之程序致聲請人根本不可能經營遊客住宿，亦即聲請人自己違反契約約定所應踐行之程序即強人所難地要求身為公部門之相對人准許其違規經營遊客住宿，是聲請人之要求不但違約、亦且違法，則聲請人如何能謂其可因此而終止契約並請求鉅額賠償呢；⁵、尤其，依相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書所引被證一號之聲請人函文，可知聲請人更曾基於不合法令之理由而自行撤銷遊客住宿之經營項目之申請，如謂遊客住宿係屬系爭契約約定之委託經營項目者則聲請人何用申請、又何用自行撤銷呢，是益證聲請人之主張毫無理由。

(二)聲請人主張依相對人所編製之「將軍漁港觀光漁市發展構想」及甄審會議紀錄則相對人已同意將遊客住宿列為委託經營項目云云，其主張亦至無理由

按聲請人提出聲證 30 號相對人所編製之「將軍漁港觀光漁市發展構想」以主張依其所載內容「捌、將軍漁港假日漁市未來發展型態及期望．．．全台目前假日漁市經營較為成功之地點均係位於都會區之周遭如台中梧棲、台北淡水、基隆碧砂，其主要原因都是都會

區人口眾多，假日郊外去處較少，因此人潮湧向漁港，而將軍漁港周遭並無大型都會區（雖然距離台南市約 20 公里，然而台南市擁有安平港，其亦將發展假日漁市），因此必需發展為旅遊性質之導向，即以台 17 線沿海觀光動線結合南鯤鯓、七股黑面琵鷺、潟湖、鹽山、將軍漁港，讓遊客留下來一日遊、甚至二日遊，才能夠消費」則將軍漁港觀光漁市在上開條件下須提供遊客配套住宿服務始能發展致聲請人乃於申請甄審時於投資計劃書提出提供住宿服務之具體構想並獲甄審委員之肯認；聲請人復提出聲證 31 號甄審委員簽到簿及評審結果統計表及甄審會議紀錄以主張聲請人之投資計劃書中之遊客住宿服務乙項業經甄審委員決議同意致依系爭契約第 2.4.2 條「委託經營範圍．．．其他經甲方書面核准同意事項」及依申請須知第貳三（三）5 條項「委託經營內容與設施使用原則．．．其他依投資計劃書，經縣核准事項」則遊客住宿服務乙項應在相對人核准委託經營之範圍內云云（詳聲請人準備（二）狀第 4 至 7 頁第一段）。惟查，聲請人之上開主張毫無理由，蓋以：

1. 相對人所編製之「將軍漁港觀光漁市發展構想」，實與本件無涉而不得做為聲請人可經營遊客住宿之依據

按聲請人所提出聲證 30 號相對人所編製之「將軍漁港觀光漁市發展構想」，係當初相對人原擬委託台南縣漁會經營將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心時所提出者（非係對聲請人提出）、且其又僅屬構想、且其並未成為系爭契約之內容或參考文件，是聲請人屢予牽強附會援用者已無理由。

何況，即以相對人所編製之「將軍漁港觀光漁市發展構想」而論，其係謂「因此必需發展為旅遊性質之導向，即以台 17 線沿海觀光動線結合南鯤鯓、七股黑面琵鷺、潟湖、鹽山、將軍漁港，讓遊客留下來一日遊、甚至二日遊，才能夠消費」云云，足見所謂「一日遊、甚至二日遊」係涵蓋將軍及七股兩地，其非但並未言及遊客住宿、縱勉強認定及於遊客住宿者其亦未言及遊客住宿係由將軍漁港假日漁市所提供（此係不合法者致相對人實不可能如此做法已如前述，且將軍及七股兩地原有「七股朋友的家」、「藍

色招潮蟹」、「攬人民宿」、「西寮67民宿」、「青萍別館」、「黑琵的家」、「春園休閒農場」等7家民宿及1家溪南村休閒農場致相對人更加不可能係指遊客住宿係由將軍漁港假日漁市所提供)，是聲請人之主張實過於牽強附會。

2. 聲請人主張其投資計劃書遭甄審會議退回修改四次、最後甄審會議同意通過遊客住宿為委託經營項目云云，其主張毫無依據、更無理由

按本件甄審會議共計召開四次，其分別為：

第1次甄審會議，於94年10月21日召開，但因甄審委員出席人數不足而流會（詳系爭契約第166頁）。

第2次甄審會議，於94年11月3日召開，僅聲請人一家廠商參加，甄審結果為：「聲請人保留投標資格再甄審」、「請聲請人補送與專業經理公司合作之詳細內容、配套、資金、年限及其他資料」、「補送詳細之營運計畫及財務規劃，以供委員審查」、「上述資料限發文1個月內送齊」（詳系爭契約第171頁）。

第3次甄審會議，於94年12月8日召開，但因甄審委員多人臨時通知無法出席致人數不足而流會（詳系爭契約第175頁）。

第4次甄審會議，於94年12月19日召開，僅聲請人一家廠商參加，甄審結果為：「經出席委員過半數表決同意該家通過甄審」（詳系爭契約第180頁）。

基上可知，聲請人所提出於甄審會議之投資計劃書僅於第2次甄審會議後修正一次，非係聲請人所主張之修正四次。又於94年12月19日第4次甄審會議時，聲請人曾提出書面簡報及口頭簡報，其書面簡報資料與其投資計劃書之內容並無二致，依其書面簡報資料則其雖提及「此外亦經營民宿」「3樓戶外庭園空間及住宿」、但其就空間規劃之具體描述卻排除住宿而謂「空間規劃：本案屬於觀光遊憩局餐廳，客源多屬觀光客，所以有特色的餐飲內容對營運有很深遠的影響．．．目標希望成為台灣南區最具特色的餐廳．．．三樓的咖啡廳將朝著情人最佳約會地點來設計，希望能成為來訪情侶們最佳休息的地點。營業項目以海鮮餐廳作

為本案的經營重點，搭配現撈的海產作為特色，讓客人及時享用美食。各層樓規劃如下：1樓觀光魚市場（2278.46平方公尺）、2樓海鮮餐廳及包廂（1555.94平方公尺）、3樓咖啡飲料及簡餐餐廳（757.86平方公尺）、4樓兒童遊樂區及眺望台（62.72平方公尺）」，足見聲請人於其書面簡報資料中就3樓是否經營遊客住宿乙節前後自相矛盾而令人不能確知其意圖為何，而聲請人於口頭簡報時又未針對遊客住宿項目為特別之說明或描述，致甄審會議乃未將遊客住宿列入討論及評選，亦即甄審會議並未同意通過遊客住宿之經營項目，且事實上依聲請人所提出之聲證31號甄審委員簽到簿及評審結果統計表及甄審會議紀錄亦無從看出甄審委員曾就遊客住宿乙項為討論、評選、同意通過，以故其後簽訂之系爭契約於列舉委託經營項目時乃未提及遊客住宿此關鍵重要項目有如前述（甄審委員雖曾閱覽聲請人提出之投資計劃書、書面簡報資料，但不代表甄審委員就遊客住宿乙項曾為討論、縱有討論亦不代表曾經將該項目列入評選、縱有列入評選亦不代表曾經同意通過該項目，否則何以其後簽訂之系爭契約於列舉委託經營項目時毫未提及遊客住宿乙項呢、否則豈非投資計劃書及書面簡報資料之全部內容均可稱之為業經相對人書面核准同意呢，此誠荒謬之至），準此則遊客住宿乙項自非屬系爭契約第2.4.2條及申請須知第貳三（三）5條項所稱其他經相對人書面核准同意之事項，是聲請人主張遊客住宿項目業經甄審會議同意通過云云實無理由。

二十一、相對人就系爭建物設備之提供，業已克盡系爭契約所約定之責任（反而係聲請人過份挑剔且有可歸責事由致其開幕營運時程延宕）、且聲請人亦屢屢確認佳昇營造公司之修繕結果，是聲請人主張相對人未依約定提供合於營運之建物設備為屬違約、或構成除外情事者均無理由

按聲請人就系爭建物於95年2月17日點交後雖曾數度就其瑕疵提出主張，然經相對人協調承造人佳昇營造公司數度修繕後，嗣於97年9月26日經聲請人、相對人、佳昇營造公司三方會同逐

項清點驗收後由聲請人確認無誤（詳相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書第 8 頁第（一）段、第 14 頁第 6 段及同狀被證二號）。基本上，則聲請人就系爭建物於 97 年 9 月 26 日以前之瑕疵乃已承認而不得再為主張及請求（何況就系爭建物於 97 年 9 月 26 日以前之瑕疵則相對人其實已盡系爭契約上之責任），至就系爭建物於 97 年 9 月 26 日以後之瑕疵則不但均係可歸責於聲請人自己之事由所生者（例如依相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書所引被證二號聲請人 97 年 11 月 4 日函文所主張之瑕疵—消防設備箱蓋拷漆脫落、滅火器標示牌部分未栓緊等等，及聲請人 98 年 3 月 14 日函文所主張之瑕疵—壁燈吸頂燈鐵框生鏽重新粉刷、化粧室氣窗鐵材生鏽重新粉刷等等，在在可見聲請人於 95 年 2 月 17 日接受點交後 2 年餘所主張之瑕疵不但仍吹毛求疵、亦且其所指瑕疵更顯係由於聲請人自己之不當管理使用所致者—上開瑕疵顯而易察則何以聲請人於前述 97 年 9 月 26 日三方會同驗收時其未發現並提出主張致足見其根本係緣於聲請人自己之事由所致者）、亦且相對人均已克盡「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之契約責任（依系爭契約第 4.11 條約定則相對人就系爭建物設備之提供至多僅負有「依聲請人之要求協調佳昇營造公司辦理修繕」之責任），致不論依上開理由之何者觀之則聲請人就系爭建物之瑕疵所為之主張均無足取。

次按，如前所述，系爭建物已於 95 年 2 月 17 日點交予聲請人並經聲請人確認無誤後受領，然聲請人於受領後認為原規劃之空間不適合其經營，聲請人乃於 95 年 4 月 10 日提報「增設設備計劃書」至相對人處（聲請人提報之「增設設備計劃書」內容大致為：一樓增設活魚魚貨展示櫃、台南縣農漁特產品簡易販售區、規劃零售區；二樓則將原規劃之廚房、倉庫、員工休息室合併增設一式廚房設備、原特賣區增設水酒販售區及海產料理設備、增設雅座及貴賓室等設施；三樓咖啡廳，照原設計使用；頂樓照當初原設計等所示），正由於聲請人之上開大幅改變原有空間使用及重新裝潢致造成聲請人於點交後無法依系爭契約第 4.4.1 條約定於

點交完成後 3 個月內對外營運、亦致造成系爭建物設備之原有結構或原有管線等或遭破壞或銜接生瑕等問題而使得日後陸續發生瑕疵，是聲請人原訂 95 年 5 月 31 日開幕營業而延宕至 95 年 6 月 4 日始開幕營業、暨系爭建物設備其後陸續發生之瑕疵等其實均係緣於可歸責聲請人自己之「大幅改變原有空間使用及重新裝潢」之行為，雖然如此，相對人事後仍盡力配合「依聲請人之要求而協調佳昇營造公司辦理修繕」，惟聲請人自己經營能力欠佳卻處處諉責怪罪旁人，是聲請人稱其係因相對人交付之系爭建物設備存有瑕疵致造成其點交後 3 個月不能營運云云不但與事實不符、亦且不符系爭契約第 4.4.1 條約定「聲請人應於點交完成後 3 個月內對外營運」之意旨，否則何以聲請人於其 95 年 5 月 29 日函文僅稱「本公司．．．原訂 95 年 5 月 31 日開幕，因故順延至 95 年 6 月 4 日上午九時開幕啟用」云云卻毫未言及其係因系爭建物設備之瑕疵致延宕營運乙事、甚至聲請人於開幕啟用後經營期間亦不曾就其係因系爭建物設備之瑕疵致延宕營運乙事向相對人提出異議或主張，綜上諸節益證聲請人之主張確無足取。

二十二、聲請人於系爭建物一樓之中庭從事漁貨銷售之行為確屬違反法令及約定，則相對人要求聲請人停止該行為者自屬正當有據，是聲請人主張相對人違約（事實上違約者反係聲請人自己）、或構成除外情事者均無理由

按系爭直銷中心於委託經營前即已完成各樓層空間使用之規劃，故本件標案之申請須知即已明訂各樓層之空間使用而其中一樓之空間使用即明訂為入口廣場、攤位區、代客料理區、廁所、冷凍室及廊道空間詳如系爭契約第 34 頁及第 35 頁申請須知之「(二) 建物規劃內容說明」及其表 2 空間計畫表所示，且當時系爭直銷中心之設計圖說就一樓部分亦係規劃攤位區共 30 個攤位供販售鮮魚活魚等魚貨及規劃代客料理區供漁產加工料理、而一樓中庭則規劃為入口廣場以供遊客通行或活動，是一樓中庭依規定不得做為擺設或設置販售漁貨之攤位使用、擺設

或設置販售漁貨者須於攤位區為之。

然聲請人於得標後開始營業前，復於 95 年 4 月 10 日提出部分樓層變更圖面申請，其中一樓部分係將原規劃之編號 7、8、9、16、17、18 等 6 個攤位變更為活漁展示池及漁產品處理區、將原規劃之代客料理區變更為台南縣農漁特產品簡易販售區，至於一樓中庭之用途則聲請人並未申請變更為擺設或設置販售漁貨之攤位使用致其依規定仍不得做為擺設或設置販售漁貨之攤位使用，是聲請人未經相對人書面同意即逕將一樓中庭之用途擅自變更為擺設或設置販售漁貨之攤位使用者自係違反系爭契約第 4.2.5 條之約定，從而相對人要求聲請人停止該違約行為者自係正當有據。

二十三、相對人並未違反協力義務（「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」並無契約效力、且相對人亦已盡力協助），何況聲請人已於系爭契約承諾相對人之協力義務僅係道德義務，是聲請人主張相對人有違反協力義務之違約或構成除外情事者乃顯無理由（一）「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」，對於相對人並無法律上之拘束力，縱有法律上之拘束力者聲請人依約亦不得因此向相對人請求賠償

按系爭契約第 1.1.1 條規定「契約文件包括如下：1 本契約及其附件。2 甲方於民國 94 年 8 月 29 日公布之申請須知。3 乙方於甄審委員會提出之投資計劃書為本契約的一部分」、第 1.1.2 條規定「契約文件效力規定：本契約所有文件均為本契約之一部分，與本契約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋。其適用之優先順序同第 1.1.1 條各款之排列順序」。基上規定，可知系爭契約於第 1.1.1 條已先就「契約文件」之內涵加以明確定義為僅含「本契約及其附件」、「申請須知」、「聲請人之投資計劃書」三者（「申請須知」、「聲請人之投資計劃書」雖「為本契約之一部分，與本契約條款具有同等效力，並得互為補充、解釋」、但其效力順位依序為 1「本契約及其附件」2「申請須知」3「聲請人之投資計劃書」），是除上開三者及上開三者之附件以外則其餘

文件即均非本契約之一部分而無契約之效力，至於上開三者之附件範圍如何、「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」是否係屬上開三者之附件？就此，則系爭契約在裝訂上業已特以藍色紙張將「本契約及其附件」、「申請須知及其附件」、「聲請人之將軍漁港投資計劃書及其附件」、「其他文件」等各部分加以明確區隔，亦即系爭契約在裝訂上業已特以藍色紙張將各部分區隔為【委託經營契約（即本契約）及其附件】（至第 32 頁止）、【申請須知及其附件（評審辦法為申請須知之附件三）】（第 33 頁至第 70 頁）、【新建工程結算明細表】（第 71 頁至第 161 頁）、【公告／甄審結果資料／四次甄審會文件資料／廠商資格文件】（第 162 至第 190 頁）、【聲請人之將軍漁港投資計劃書及其附件】（第 191 頁至第 234 頁）、【與昌軒合作契約書／授權昌軒管理顧問公司行銷配套說明書／傅昌銘簡歷、在職證明、勞保卡／其他文件—「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」即屬此其他文件】（第 235 頁至第末頁）等各個不同之部分，準此可知「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」既非屬「本契約之附件」、亦非屬「申請須知之附件」、亦非屬「將軍漁港投資計劃書之附件」致其乃非屬本契約之一部分而無契約效力、其僅屬契約過程中之一份歷史文件而被裝訂在契約之同冊當中罷了（即其與前揭「與昌軒合作契約書」「授權昌軒管理顧問公司行銷配套說明書」「傅昌銘簡歷」「傅昌銘在職證明」「傅昌銘勞保卡」等文件之地位相同而均不具契約之效力，蓋若不然則與該「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」裝訂在同一部分之「傅昌銘簡歷」「傅昌銘在職證明」「傅昌銘勞保卡」等文件豈非亦極為荒謬地成為本契約之部分而發生契約效力呢）。再者，即連聲請人自己亦主張系爭契約第 244 頁之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」非屬聲請人之投資計劃書之一部分（即非屬投資計劃書之附件）（詳聲請人 98 年 9 月 25 日準備（二）狀第 11 頁第（三）段中主張），而系爭契約第 244 頁之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」亦顯非本契約之附件

已如前述，則「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」乃顯非系爭契約第 1.1.1 條規定所定義之契約文件致非本契約之一部分而不生契約效力至明；尤其，聲請人於其仲裁聲請書第 10 頁至第 12 頁之第八段中亦曾承認「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」非屬本契約之一部分，蓋若不然則聲請人於上開書狀中斤斤主張相對人負有協力義務時何以僅僅再三提及「申請須知第貳.四（二）之約定」而卻毫未提及「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」呢；何況，「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」，其既曰「懇請」，則其至多僅具要約性質，而相對人就該聲請人之要約則未曾給予承諾（雖相對人事後曾基於道義盡力配合幫忙，但相對人並未完全按照「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」之內容配合幫忙而僅係盡力配合幫忙，故相對人之配合幫忙顯係基於道義、非係基於承諾後之法律上義務，此由聲請人提出之聲證 32 號相對人函文之「說明三」稱「至（於）懇請本府初期協辦事項，係貴公司請求協助事項，並非本府應辦事項，且協辦事項內容本府亦積極協助辦理，若未能達到貴公司之想法或標準，嗣後本府將繼續予以協助」云云可知、此亦後述系爭契約第 14.1.2 條約定「乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠」之規範意義及功能），是益知該「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」對於相對人確實不具法律上之拘束力；事實上，聲請人於甄審會議為簡報時並未提出「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」，此係聲請人於得標後，由於有關簽約之書面文件係由聲請人準備，聲請人乃於準備時始將該「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」訂入系爭契約卷之【與昌軒合作契約書／授權昌軒管理顧問公司行銷配套說明書／傅昌銘簡歷、在職證明、勞保卡／其他文件】中（即第 244 頁），以故其乃名為「懇請協辦事項（而非應行協辦事項）」、以故其乃非係訂入為「本契約」「申請須知」「聲請人之將軍漁港投資計劃書」等之附件、以故其乃僅係訂入

不具契約效力之部分（即與不具契約效力之傅昌銘簡歷、傅昌銘在職證明、傅昌銘勞保卡等裝訂在一起），由此益知該「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」確實不具契約效力致相對人並無應予履行之義務。綜上，則聲請人主張相對人負有履行「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」之協力義務致相對人並未履行者即係違約云云實無依據更無理由。

次按，退言之，縱強認系爭契約書第 244 頁之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」係屬聲請人之投資計劃書之一部分（即係屬投資計劃書之附件，但絕非係屬本契約之附件已如前述），然如前所述，依本契約之約定，則契約文件之效力順位依序分別為 1「本契約及其附件」、2「申請須知（及其附件）」、3「聲請人之投資計劃書（及其附件）」，是屬於聲請人之投資計劃書之附件之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」至多即僅係居於第三順位效力，而其內容復顯與居於第二順位效力之申請須知第貳.四（二）之約定不符（詳系爭契約書第 37 頁），從而關於協辦事項之約定自應以效力優先之申請須知第貳.四（二）為準無疑致「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」對相對人乃無拘束力，而以申請須知第貳.四（二）之約定「政府協辦事項：．．．縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」而論則相對人並無不履行協辦事項之情形，是縱依此觀點，則聲請人主張相對人違反協力義務致有違約者仍無理由。

何況，退言之，縱又勉強認定「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」對相對人仍有拘束力者，然聲請人依約仍不得就相對人未能達成「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」而請求相對人賠償致聲請人之本件主張及請求仍無理由。蓋以，系爭契約第 14.1.2 條約定「乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠」（詳系爭契約書第 23 頁），足見相對人未能達成居於第二順位效力之申請須知所載之協辦事項時聲請人猶不得向相對人請求賠償，基於舉

重明輕之法則，則相對人未能達成居於第三順位效力之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」所載之協辦事項時聲請人自係更加不得向相對人請求賠償（事實上，第三順位效力之「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」既與第二順位效力之「申請須知第貳.四（二）之內容」相違者即應不生拘束力而應以「申請須知第貳.四（二）之內容」為準已如前述；又如認「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」與「申請須知第貳.四（二）之內容」並未相違而僅係補充「申請須知第貳.四（二）之內容」之不足者，則「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」即成為「申請須知第貳.四（二）之內容」之一部分而須同受系爭契約第 14.1.2 條約定「乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠」之適用，併此敘明）。基上，則縱然認定「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」對相對人有拘束力者，依約，聲請人仍不得就相對人未能達成「將軍漁港觀光漁市懇請台南縣政府初期協辦事項」而請求相對人賠償，是聲請人之本件主張及請求仍無理由

(二)相對人之 97 年 9 月 18 日府農漁字第 0970166818 號函，不但並未自陳「懇請台南縣政府初期協辦事項」之位階與本契約條款相同，亦且更明確主張「懇請台南縣政府初期協辦事項」對相對人並無契約上之拘束力，是聲請人依該函所為之主張要屬刻意曲解而無足取

按聲請人主張：【依聲證 3 2 號相對人 97 年 9 月 18 日府農漁字第 0970166818 號函所示則相對人亦自陳「懇請台南縣政府初期協辦事項」之位階乃與本契約條款相同】（詳聲請人準備（二）狀第 11 頁第 17 行起至第 12 頁第 2 行止）。惟查，聲請人之上開主張似是而非，蓋以相對人 97 年 9 月 18 日府農漁字第 0970166818 號函文之：

說明二：係包含前段及後段等兩部分，即

前段在陳述「『懇請台南縣政府初期協辦事項』乃屬『合約其

他文件』(意即其非屬系爭契約第 1.1.1 條所規定之「契約文件」,因如前開第(一)段之第一小段引證所述則系爭契約第 1.1.1 條已將「契約文件」明確定義為僅含「本契約及其附件」、「申請須知(含其附件)」、「聲請人之投資計劃書(含其附件)」三者,而「懇請台南縣政府初期協辦事項」非係上開三者之附件,其僅為系爭契約卷第 235 頁至末頁之「與昌軒合作契約書／授權昌軒管理顧問公司行銷配套說明書／傅昌銘簡歷、在職證明、勞保卡／其他文件」中之「其他文件」之一,故相對人之上開函文乃將「懇請台南縣政府初期協辦事項」稱為「合約其他文件」,意即其非屬系爭契約第 1.1.1 條所規定之「契約文件」);

後段則在單純陳述系爭契約第 1.1.2 條規定之內容為「契約文件效力規定:本契約所有文件均為本契約之一部分,與本契約條款具有同等效力,並得互為補充、解釋」(其意顯非論斷「懇請台南縣政府初期協辦事項」為系爭契約第 1.1.1 條所規定之「契約文件」而可成為本契約之一部分,因其是否係屬「契約文件」者須另依系爭契約第 1.1.1 條之規定決之,至於相對人對於「懇請台南縣政府初期協辦事項」是否係屬「契約文件」之論斷則係於後述該函之「說明三」中表明,故聲請人據此以謂相對人業已在該函自陳「懇請台南縣政府初期協辦事項」之位階乃與本契約條款相同云云可謂係刻意曲解之論而無足取)。

說明三:上開函文之「說明三」稱「至(於)懇請本府初期協辦事項,係貴公司請求協助事項,並非本府『應』辦事項...」,此即在說明「懇請台南縣政府初期協辦事項」並無契約上之拘束力致其非屬相對人之「應」辦事項(因其非屬系爭契約第 1.1.1 條所定義之「契約文件」致非屬本契約之一部分而無法與本契約條款具有同等效力),故聲請人依上開函文而主張相對人業已在上開函文中自陳「懇請台南縣政府初期協辦事項」之位階乃與本契約條款相同云云者可謂係刻意曲解上開函文

之意旨而毫無足取。

(三)何況，相對人亦已盡力協助，且相對人亦未挪用經費，是聲請人之指摘亦無理由（其實，相對人之協辦僅係道德上義務已如前述，然相對人仍予盡力協助）

按聲請人主張【依聲證 1 1 號將軍漁港觀光漁市建議協辦事項協調會會議紀錄則相對人之文化局及教育局均表示無經費，足見相對人於簽約後仍未編列行銷經費以履行其承諾義務；又相對人於 97 年度預算曾編列「將軍漁港土地開發委辦土地審查費 25 萬元」但最終卻僅動支 1 萬元、曾編列「行銷將軍漁港相關活動費用 250 萬元」但僅動支 24 萬元（係辦理 97 年台灣鯛 I S O 22000 品嚐活動）、曾編列「配合中央將軍漁港基本設施及維護管理經費配合款 1200 萬元」但卻挪用其中 640 萬元於「北門漁港拍賣市場興建工程」暨挪用其中 225 萬元於「北門漁港及蚵寮漁港疏浚計劃」，可見相對人就承諾事項從無履行之意致使聲請人經營困難云云（詳聲請人準備（二）狀第 12 頁第（四）段）。

惟查，聲請人之上開主張要無理由，蓋以：

1. 聲請人所主張之「懇請台南縣政府初期協辦事項」根本並非相對人之契約上義務（即非相對人之應辦事項），且依系爭契約第 14.1.2 條之約定則縱相對人未能履行「懇請台南縣政府初期協辦事項」者相對人亦不構成違約致聲請人仍不得請求相對人賠償—即其至多僅係盡量協助之道德上義務而非係契約上之義務（詳如前開第（一）段引證主張），是聲請人之上開主張不但並無理由、甚且係無意義。

2. 何況，相對人就「懇請台南縣政府初期協辦事項」，亦確已盡力協助，故聲請人之指摘確實無理。關此相對人曾於 95 年 5 月 19 日邀集聲請人召開「將軍漁港觀光漁市協辦事項協調會」就聲請人提出之懇請協助事項本於道義（而非義務）積極協助辦理，茲再分述如次：

A 就於周邊道路設立指示路標、增設路燈之部分

按有關以「將軍漁港」名義增設路標案，相對人已分別於下列重要路口設置「將軍漁港」指示路標即(1)將軍鄉苓仔寮(大廟保濟宮)：南19線與南18線路口，位於保濟宮前；(2)將軍鄉將軍國小旁：台17線與南18線往馬沙溝路口；(3)將軍鄉下山子腳：南18線上接近公館；(4)將軍鄉公館：往公館南20線與南18線路口；(5)將軍鄉將軍漁港前：南18線與台61線快速道路之馬沙溝交流道處；(6)將軍鄉青鯤鯓：台61線快速道路下與南26線路口；(7)七股鄉大潭：台17線與南26線路口；(8)佳里鎮台19線：台19線與176線路口等。

次按，嗣為繼續加強大型指示路標之設置，相對人又於97年10月28日以府農漁字第0970245897號函向聲請人說明觀光遊憩地區指示標誌設置須依「觀光地區申請設置道路交通指示標誌審核要點」辦理而倘聲請人認為目前已設置之上開地點仍有不足者則得再行提出申請云云；聲請人乃於97年11月5日以海龍王字第097123號函提出五個地點之申請；而相對人之工務處則於97年12月30日邀請公路各單位與雲嘉南濱海國家風景區管理處召開「設置將軍漁港觀光指示標誌協調會」，該協調會結論為【公路單位人員表示，省道設置觀光指示標誌，需屬第一類國家級風景區或第一類地區內之觀光遊憩景點，本案請雲嘉南濱海國家風景區管理處評估是否比照布袋漁港納入雲嘉南濱海國家風景區管理處遊憩據點，俾憑依據「觀光遊樂地區申請設置道路交通指示標誌審核要點」辦理後續工作】。基上，則相對人就此確已盡力予以協助。

B 就於港區多設置照明設備之部分

按就港區照明設施，相對人於96年3月向漁業署爭取投入經費1200萬元而完成該施設；就港區設置標誌部分，則相對人業已完成警告遊客之相關標誌設置，此外聲請

人是否尚需設置其他標誌則因聲請人並未提出具體主張致相對人並不瞭解其需求而無從辦理。

C 就協辦活動之部分

按如前所述，系爭契約之相對人協辦事項應以申請須知為準，而申請須知第貳.四（二）係謂「政府協辦事項：...縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」（詳系爭契約第 37 頁）。準此，則相對人（含相對人之各局處）為行銷將軍漁港，確實已在將軍漁港舉辦過諸如 95 年 6 月之「農漁產品促銷會及漁港寫生活動」、95 年 12 月之「鱸魚節」、96 年之「設計之夜」、97 年之「台灣鯛 I S O 22000 品嚐活動」、98 年之「I C R T B I K E D A Y 自行車活動」等行銷活動（詳見相對人 98 年 8 月 4 日仲裁答辯書之被證四號，聲請人則僅承認 95 年 6 月 4 日之開幕活動、96 年之設計之夜、97 年 12 月之台灣鯛品嚐活動），是相對人確已克盡前揭申請須知第貳.四（二）所定「政府協辦事項：...縣府於經營初期每年將投注一定經費於相關行銷活動，增加將軍漁港知名度」之協力義務。

次按，退言之，系爭契約第 14.1.2 條約定「乙方承諾不主張甲方未能達成申請須知之政府協助辦理事項，而向甲方提出任何索賠」，足見相對人之協辦事項乃屬道德義務性質，是聲請人以相對人並未完全達成協辦事項之理由而請求相對人賠償者自無理由、更乏依據。

D 就漁市正前方之停車場可否規劃為漁市之專屬停車場之部分

按有關專屬停車場部份，因位於直銷中心附近已有 2 處停車場，且停車場面積足供車輛停放有餘，迄今港區內並無停車問題；另台灣省台南縣審計室抽查業務指出如於非委託營運之範圍內設立餐廳之專屬停車場者與委託契約不符；加上聲請人之此項請求不置可否，實難謂相

對人有何違反。

E 就懇請相對人在漁港設置一只將軍漁港霓虹招牌之部分按有關霓虹招牌部份，現在港區入口已有 1 座固定式招牌，且相對人已向漁業署爭取 1000 萬元全額補助經費在港區入口處設置一座入口意象，該工程現正施工中。

F 就請相對人通知漁會可免費至聲請人一樓超商處擺設各地農漁產品乾貨之部分

按聲請人於一樓設置便利超商，此與相對人所核准同意設置之「台南縣農漁特產品簡易販售區」之規定不符，台灣省台南縣審計室抽查業務指出聲請人經營便利超商與核准經營項目不符。

基以上可知，聲請人之懇請協辦事項有部分不合法令，由此益證相對人不可能令此「懇請台南縣政府初期協辦事項」納入系爭契約（即協辦事項係以申請須知第貳.四（二）為準）有如前述；至於聲請人之懇請協辦事項合於法令之部分，則相對人均在能力所及之範圍內本於道義盡力予以協助，甚至更向漁業署爭取 1200 萬元及 1000 萬元經費予以協助（詳前開第 B、E 兩段之說明），是聲請人指摘稱「足見相對人於簽約後仍未編列行銷經費以履行其承諾義務」云云實係諉責不實之詞而令相對人寒心。

3. 關於 97 年度編列「行銷將軍漁港相關活動」費用 250 萬元卻僅支用 24 萬元辦理「97 年度台灣鯛 I S O 22000 品嚐活動」之部份，其係緣於可歸責於聲請人自 97 年年中起即已停業之事由，非可謂相對人未盡力協助

按相對人之 97 年度預算原編列 250 萬元行銷將軍漁港之活動費用，惟聲請人 97 年度並未用心經營，經相對人於平時勘查發現其一樓魚貨銷售區、一樓代客熱炒、3 樓簡易餐飲與觀海休閒區竟於未經相對人同意之情況下已停業數個月（即至遲自 97 年年中起停業），相對人爰於 97 年 10 月 17 日以府農漁字第 0970236268 號函要求聲請人應於 97 年 12

月 31 日前依委託合約經營項目及內容全面繼續營業。其後，經相對人分別於 98 年 1 月 12 日、1 月 20 日、1 月 23 日及 2 月 2 日、2 月 6 日勘查結果則聲請人仍未改善，相對人乃再於 98 年 3 月 23 日以府農漁字第 0980067223 號函要求聲請人改善（詳附件 6-2）。基上，則聲請人至遲自 97 年年中起業已無心經營而未經相對人同意即擅自停業，且相對人財政拮据，相對人秉持人民納稅之血汗錢應為最有效益運用之考量豈能再將大量經費投入協助無心經營甚至停業之聲請人呢，雖然如此，相對人仍極具誠意地以原編列預算 250 萬元中之部分經費於 97 年 12 月舉辦「97 年度台灣鯛 ISO22000 品嚐活動」期能拋磚引玉地帶動聲請人浪子回頭繼續營業（若非如此，則以前開第 2 段所述相對人尚積極向漁業署爭取 1200 萬元及 1000 萬元經費以協助聲請人之熱忱而言，則相對人焉有可能僅以編列預算之部分經費協助聲請人呢），然聲請人卻不為所動已如前述，是最無資格指摘該項預算經費運用者厥為聲請人而聲請人竟厚顏提出該項指摘，其顛倒是非者莫此為甚。

4. 關於 97 年編列「配合中央將軍漁港基本設施及維護管理經費配合款 1200 萬元」而卻動支於北門漁港拍賣市場配合款 640 萬元、暨北門及蚵寮漁港疏浚工程 225 萬元之部份，其係緣於配合款之性質使然、非可謂相對人挪用經費

按相對人建設各漁港之設施所需經費係由中央機關漁業署補助，漁業署並要求各縣府編列大約 15—30% 之配合款共同支應，否則漁業署即不予補助經費。是相對人於 96 年度 10 月份編列 97 年度預算時，因考量中央補助縣府工程經費須同時編列地方配合款之因素而於 97 年度預算中事先編列 1200 萬元之配合款以因應中央補助經費之用，故其預算編列之支用用途名稱乃特別註明為「配合中央將軍漁港基本設施及維護管理經費配合款」（按：將軍漁港原屬中央管理之第一類漁港，嗣於 95 年 12 月 5 日移由相對人管理

而變為第二類漁港，當初移轉管理時漁業署曾承諾 96 年度至 98 年度補助將軍漁港之設施經費將採全額補助方式、相對人無須編列配合款，然相對人因恐世事難料致仍先編列 1200 萬元配合款以備不時之需)，故該筆 1200 萬元配合款須視嗣後向中央申請獲准補助之工程項目而為配合使用（即其非係獨立支用之項目、而係從屬於中央同意補助之工程以為支用之項目）。

次按，97 年度相對人向中央漁業署申請用於將軍漁港之建設工程經費項目為：①97 年度 2000 噸高架水塔經費 2000 萬元；②97 年入口意象與活動廣場景觀工程 1000 萬元；③97 年港區道路排水設施工程（第 1 期）4000 萬元。就上開三件相對人之申請案，中央漁業署最終僅同意其中之「入口意象與活動廣場景觀工程 1000 萬元」乙件、且中央漁業署就上開同意之申請案依當初承諾予以全額補助，故相對人原編列之配合款乃暫未使用。

再按，中央漁業署嗣於 97 年 10 月份同意補助北門漁港拍賣市場工程經費 1000 萬元、相對人須配合款 640 萬元，及同意補助北門漁港及蚵寮漁港疏浚工程經費 420 萬元、相對人須配合款 105 萬元，及同意補助將軍漁港疏浚工程經費 2021 萬 5000 元、相對人須配合款 120 萬元。上開三件工程之配合款合計為 865 萬元，由 97 年度原編列之配合款 1200 萬元中支應，睽諸前開說明，其係屬配合款之性質使然而無聲請人所指摘之挪用情形，是聲請人指摘相對人將預算挪用而未盡協辦義務云云誠屬誤會。

二十四、台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場之代客標售魚貨行為（漁貨零售直銷行為），不但在全台各地行之數十年、亦且業經農委會釋示並未違法，是聲請人指摘相對人未予取締致有契約所定之「除外情事」云云即無理由

按聲請人指稱：依相對人編印之「將軍漁港觀光漁市發展構想」，相對人原意係擬將台南縣將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心

委由台南縣區漁會經營（詳聲證12號），而台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為係屬違反農產品市場交易法第20條之行為，故系爭建物之一樓生鮮漁貨攤位區原意應係意欲取代台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為，然相對人卻任由台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場仍違法兼而從事漁貨零售直銷行為而未加取締，致影響聲請人在系爭建物一樓生鮮漁貨攤位區之漁貨零售直銷營運，此情應屬政府法令之變更、前後解釋不一、決策重大改變致聲請人得依「除外情事」之約定終止系爭契約云云。

惟查，聲請人所稱「系爭建物之一樓生鮮漁貨攤位區原意應係意欲取代台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為」云云，不但係屬聲請人片面之揣測、亦且更非係屬系爭契約之內容，是聲請人所為主張之基礎已不存在。次查，何況，台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場所兼而從事之漁貨零售直銷行為，不但業已在全台各地行之數十年（故其管理單位台南縣區漁會乃認沒有任何之理由及立場禁止該行為且即使勉強禁止者亦難貫徹執行）、亦且更經農委會釋示其行為並未違反農產品市場交易法第20條規定（依聲請人仲裁聲請狀之聲證9號行政農業委員97年4月21日農授漁字第0970114322號函釋謂「本案將軍漁港魚貨拍賣市場允許遊客進場選中魚貨後，委託具承銷人許可證之承購人代客喊價參與拍賣，無關供應業務，似屬該市場拍賣交易作業與承銷人管理範疇，與上開農產品市場交易法第20條規定無關」，另聲請人仲裁聲請狀之聲證13號審計部台灣省台南縣審計室98年4月14日審南縣一字第0980001155號函亦承認將軍漁港魚貨拍賣市場兼而從事之漁貨零售直銷行為並未違法—就此聲請人似有誤會），則聲請人如何能責備相對人應對上開將軍漁港魚貨拍賣市場並未違法之行為予以取締呢，則聲請人又如何能謂此係政府法令之變更、前後解釋不一、決策重大改變呢，是聲請人之本件主張要無足取。再查，尤其台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場，其漁

貨拍賣時間為每日 13 時 30 分至大約 15 時止而僅約 1 小時至 2 小時（視漁貨量之多寡而定）；然聲請人經營之魚貨直銷中心之一樓攤販銷售區每日營業時間大約為 11 時至 16 時而長達大約 5—6 小時之久（假日之營業時間又更長），是若非聲請人自己經營能力欠佳者當不致於無法經營，何況聲請人於訂約前亦早知此情，是聲請人怪罪於拍賣市場之代客標售魚貨行為者確屬無理。雖然如此，相對人仍基於道義而盡力協助聲請人活絡其經營，如相對人曾於 96 年 12 月 7 日邀集漁會、警察局、聲請人召開「協調拍賣場內零售魚販進駐直銷中心會議」、及曾於 98 年 5 月 13 日邀集漁會召開「將軍漁港拍賣市場內禁止零售攤販行為會議」（詳如附件 5—2、5—3），然聲請人並無經營能力且亦無心經營致於營運未見起色後一味怪責相對人而不知自省自責，是聲請人之主張要無理由。

二十五、相對人未成立協調委員會者，僅係涉及程序問題而與實質權義問題無涉；又相對人係因聲請人確無經營能力且亦無心經營而為避免雙輸之惡果致乃在協調委員會外另謀合意終止契約之解決方法按關於相對人未成立協調委員會者，其僅僅涉及「聲請人可否因而逕行提付仲裁」之程序問題，故其尚與本案實質爭執之權義問題無涉、更非可謂「相對人未成立協調委員會之本身即構成除外事項」。就此：

(一)聲請人業已自認

按聲請人於 98 年 8 月 13 日第一次詢問紀錄第 15 頁陳稱「就協調委員會不能成立，我們在我們的資料裡，我們沒有認為這是除外情事，．．．我們沒有把它納來做除外的情事，沒有」云云。足見，聲請人亦自認「相對人未成立協調委員會之本身，並不構成除外情事」。

(二)依契約之約定內容觀之，亦然

按系爭契約第 10.1.2 約定「本契約所稱除外情事，係指除不可抗力情事外，有下列二種情形，亦非可歸責於乙方之事件及狀態，且足以嚴重影響本契約之履行者：．．．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」，可見該款之「除外情事」須同時具備「須性質上不屬不可抗力之事項」「須經雙方合意認定或經雙方合意組成之協調委員會認定其屬除外情事」「須非可歸責於乙方（即聲請人）者」「須足以嚴重影響本契約之履行者」等四項要件始足當之，而所謂「須性質上不屬不可抗力之事項」云云其在語意上當然不含「甲方（即相對人）未成立協調委員會」在內，蓋以協調委員會所要認定之事項當然不能且亦不可能包含「未成立協調委員會」之事項在內，故「相對人未成立協調委員會之本身，並不構成除外情事」實屬至明（況且，聲請人如欲主張此款之除外情事者尚須該當「須非可歸責於乙方（即聲請人）者」及「須足以嚴重影響本契約之履行者」兩項要件始可）。

次按，尤其依系爭契約第 9.2.2 條之約定則聲請人或相對人對於協調委員會之決議均得單方不附理由提出異議而使協調委員會之決議不生效力（詳系爭契約書第 16 頁），準此以觀縱然協調委員會認定聲請人主張之事項構成除外情事者相對人仍得單方不附理由提出異議而使協調委員會之認定不生效力，從而益證「相對人未成立協調委員會之本身，並不構成除外情事」（因相對人可單方不附理由地否定其認定）（其餘主張及理由詳如相對人 98 年 8 月 5 日仲裁答辯書（二）第 3 頁之第六段之引證說明）。

二十六、聲請人主張終止契約並請求退還保證金及賠償損害者，實無理由；退言之，縱然勉強認定聲請人之主張有理由者，其請求之金額亦無理由而不足採取

按如前所述，相對人並未違約（反係聲請人自己違約），致聲請人主張終止契約並請求退還其已繳納之保證金 300 萬元全部、暨請求賠償其 95 年至 97 年所投資之 2543 萬 8775 元者自無理由而不應准許。

次按，何況，聲請人僅係提出其自行製作而未附任何原始憑證之「資產明細表」以證明其自 95 年至 97 年業已投資之各項設備金額共為 2543 萬 8775 元（詳聲請人仲裁聲請書之聲證 1 5

號)。惟查，上開資產明細表既係聲請人所自行製作，且未附任何原始憑證以供勾稽其是否確已購置、其是否係為經營本案直銷中心而購置（亦可能將他處之原始憑證拿來此處充數），是其主張之損害金額已無足採（另詳後開第九（一）段之引證說明）。次查，聲請人應先取回其能取回、且取回對其仍有意義之設備（如辦公家俱、電話、影印機、冷氣機等均係可以取回且取回後聲請人仍可使用者），故聲請人僅得就其未能取回之設備之購置金額為請求。再查，基於同時履行抗辯規定之適用或準用，聲請人如欲請求相對人賠償其購置各該設備之金額者，聲請人同時亦負有將各該設備點交予相對人之義務，倘聲請人就某項設備無法點交予聲請人者則聲請人即不能向相對人請求其購置該某項設備之金額（因該項設備可能非係為直銷中心之經營而購置者、或該項設備可能係屬消耗品而業已使用消耗殆盡、或該項設備可能已因可歸責於聲請人之事由而滅失致聲請人無法將之點交予相對人），倘聲請人點交予相對人之某項設備已有減少其價值之瑕疵者則聲請人所得向相對人請求其購置該某項設備之金額亦須相對減少（聲請人就其所交付之物應負瑕疵擔保責任），倘聲請人點交予相對人之某項設備非係新品者則應依其使用年限扣除折舊後始為聲請人所得向相對人請求之金額。末查，依前揭方式計算出聲請人所得請求其購買各項設備之金額後，尚應再行扣除聲請人自最初營業日起迄至其請求之末日止之營業所得，此因聲請人已自該等設備之經營中獲取利益致依損益相抵之規定應予扣除。基上，則縱然勉強認定聲請人之主張有理由者，其請求之金額亦無理由而不足採取。

二十七、關於系爭直銷中心興建計劃辦理過程中相對人是否並未辦理成本效益分析、相對人於烏魚米粉節所推出之行銷廣告、暨港區內之攤販問題等，聲請人之指摘或與事實不符、或與本件之判斷無涉、或無從做為聲請人主張之依據，是聲請人就此所為之指摘均顯無理由

(一)相對人於直銷中心興建計劃辦理過程中確曾辦理成本效益分

析，且是否辦理成本效益分析者亦與本件爭執之判斷無涉。按聲請人依監察院之糾正函文主張相對人於直銷中心興建計劃辦理過程未辦理成本效益分析係違反預算法之規定云云（詳聲請人98年8月13日仲裁準備（一）狀聲證19號、98年9月25日準備（二）狀第7頁第（一）段）。惟查，系爭直銷中心之規劃設計係由相對人於91年間委託樂駝規劃設計有限公司辦理，其在直銷中心細設前即已完成「將軍漁港假日漁市營運管理企劃書」，該企劃書之內容即已包含成本效益分析（即經營潛力分析、營運方式之建議等），是相對人於直銷中心興建計劃辦理過程確曾辦理成本效益分析，惟因時隔久遠而相對人及樂駝規劃設計有限公司人事更迭及公司搬遷致上開企劃書一時難尋而使相對人遭受監察院糾正，嗣於糾正後則相對人業已自樂駝規劃設計有限公司處取得上開企劃書並於98年8月24日以府農漁字第0980180303號函覆監察院，是聲請人指摘相對人於直銷中心興建計劃辦理過程未辦理成本效益分析云云厥非事實。次查，退言之，縱認相對人於直銷中心興建計劃辦理過程確未辦理成本效益分析致遭監察院糾正未恪遵預算法規定切實辦理成本效益分析者，然此亦僅係政府內部之概預算編列未經成本效益分析者是否違反預算法第34條規定而與本件契約爭執之判斷無涉（除非係相對人提供錯誤資訊致聲請人發生判斷錯誤而簽約，否則相對人縱使違反政府內部之概預算編列規定者，其亦與本件契約爭執無涉），且其所涉事項（如台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場之代客標售魚貨行為影響直銷中心之營運）於聲請人參與投標時均為既成事實，聲請人自應本於其投資判斷而為投標，且「相對人依預算法規定辦理成本效益分析」乙事又非系爭契約之內容致非屬相對人對於聲請人所應負之契約上義務，致聲請人以此指摘相對人違約者自無理由。

次按，聲請人於其98年9月25日仲裁準備（二）狀第8頁第（二）段及第9頁第（三）段又主張依申請須知第貳一所載「將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心的設置目的在於振興漁業發展．．．藉由直銷中心的營運，將啟動將軍漁港的發展，提供漁貨產地的直銷

買賣並改善漁民經濟」、及依聲證30號相對人所製作之「將軍漁港觀光漁市發展構想」之內容，可知台灣現有假日漁市大多係委由當地漁會經營、而相對人原先亦係欲將將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委託台南縣漁會管理，茲相對人既例外將該將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心委由民間（即聲請人）經營，相對人本即應先進行評估其效應謹慎為之云云。惟查，相對人確曾辦理成本效益分析已如前述，是聲請人之上開指摘已無理由。次查，將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心確可經營漁貨直銷買賣（只是其須與台南縣區漁會經營之漁貨拍賣市場相互競爭而已），是相對人就此並未違約。再查，至於相對人就「將軍漁港觀光漁市漁貨直銷中心之漁貨直銷買賣業務，在台南縣區漁會所營漁貨拍賣市場之競爭下，其成本效益如何」乙節有無事先進行評估者，此僅與政府概預算之是否編列及如何編列有關，而尚不影響聲請人是否參與本件投資之判斷、且所謂「觀光漁市漁貨直銷中心如非委託漁會而係委託民間經營者即須先做效益評估，否則即係違約」云云亦欠缺契約上之依據及欠缺理由上之支撐，是聲請人之上開主張要無足取（蓋以上開競爭之現狀於聲請人參與投標時已然存在致相對人縱有未於事先進行評估之事實者亦不影響聲請人是否參與本件投資之判斷、且相對人依系爭契約亦無事先進行評估之義務、且聲請人之投標係屬商業投資行為而應由聲請人自為風險評估致不可諉責於相對人未為效益評估）。末查，何況，「將軍漁港觀光漁市發展構想」之內容，全然與本件契約無涉，亦即其非本件契約之內容致無從做為本件判斷之依據，併此敘明。

(二)相對人於烏魚米粉節所推出之行銷廣告，與系爭契約無涉，故聲請人據之而為指摘者實無理由

按聲請人於其98年8月13日仲裁準備（一）狀提出聲證20號主張相對人曾承諾「本府將整合公私部門資源，帶動民間企業與鄰近漁村、農漁業相關產銷團體結合漁村新風貌共同舉辦永續深根、藝術人文化、趣味生動相關活動，期帶來人潮，確保未來營運成功，並就未來進駐廠商特色、策畫適宜中長程推廣行銷活動，行銷重點，

希質精、長期；而不在泡沫化之人潮」，「預計未來3年中央各部會將挹注6億元，結合本府建設經費進行開發建設進行各項建設，2—3年後將有嶄新面貌呈現，商機無限」云云。惟查，此係相對人為活化行銷將軍漁港而於93年底、94年初所舉辦烏魚米粉節之行銷廣告，其尚與於94年12月29日簽訂之系爭契約無涉、且上開行銷廣告復非系爭契約之內容而非屬相對人對於聲請人所應負之契約上義務，致聲請人以此指摘相對人違約者亦無理由。

(三)聲請人就港區內之攤販問題所提出之指摘，亦無理由

按聲請人於其98年9月25日仲裁準備(二)狀第9頁第(四)段又主張依聲證30號相對人所製作之「將軍漁港觀光漁市發展構想」所載「魚貨直銷中心若能妥善規劃與管理，可使港區攤販群集所造成之亂象得以改善」，但依聲請人所提出之98年7月12日照片所示則港區內攤販叫賣漁貨之情形並未改善、加以相對人長期放縱台南縣區漁會所營漁貨拍賣市場之承銷人代消費者拍賣魚貨，致影響聲請人之營運而應構成系爭契約第10.1.2條所定之除外情事云云。惟查，關於「相對人長期放縱台南縣區漁會所營漁貨拍賣市場之承銷人代消費者拍賣魚貨，致影響聲請人之營運」之指摘，其指摘確實毫無理由詳如本狀前開第五段之引證說明，於此不贅。次查，相對人所製作之「將軍漁港觀光漁市發展構想」係當初原擬委託台南縣漁會經營將軍漁港觀光漁市魚貨直銷中心時所提出者(非係對聲請人提出者)、且其又僅屬構想，是其與本件並無牽涉、更未成為系爭契約之內容、甚至並未成為系爭契約之參考文件，則聲請人以該「將軍漁港觀光漁市發展構想」為據而主張相對人負有「使港區攤販群集所造成之亂象得以改善」之義務者已無足取。再查，何況，相對人所製作之「將軍漁港觀光漁市發展構想」係謂「魚貨直銷中心若能妥善規劃與管理，可使港區攤販群集所造成之亂象得以改善」云云，是縱認上開「將軍漁港觀光漁市發展構想」可為本件判斷之依據，然其所謂「使港區攤販群集所造成之亂象得以改善」乙節根本係屬「聲請人所經營之魚貨直銷中心若能妥善規劃與管理」之效果、非係謂直接對攤販加以取締管制而使其亂象改善，從而聲請人以該「將軍漁港觀光漁市發展構想」為據而主張

相對人負有「使港區攤販群集所造成之亂象得以改善」之義務者亦無足取。再查，聲請人係提出 98 年 7 月 12 日之照片以證明港區內攤販叫賣漁貨之情形並未改善，然聲請人自 97 年年中起即擅自將重要之營業停業迄今，則聲請人何能一方面既擅自停業、另一方面卻又要求相對人必須投入人力以改善港區內攤販叫賣漁貨之情形呢，是聲請人之上開主張確無理由。末查，更何況，事實上，相對人確已盡力輔導取締港區內之攤販，茲臚陳如次：

1. 於系爭 OT 案尚未簽約前，將軍漁港原有 3—4 攤之熱食或冷飲小攤擺設，當 OT 案正式營運後，相對人極力協助輔導上開小攤進駐直銷中心一樓攤販區，聲請人亦提出相關措施鼓勵攤販進駐。經過努力後，在地之攤販皆已遷入直銷中心。嗣後，因直銷中心之經營每況愈下，直銷中心之一樓攤商乃於 97 年度及 98 年度頻向相對人抱怨謂聲請人收取之費用過高、管理欠佳、且擺設地點不佳致消費者無法於進入時即一眼瞧見攤商而難以吸引遊客前來消費云云（因攤商受前方超商及冷飲店之阻隔致消費者視線難以穿越），惟相對人基於該 OT 案係整棟建築全部委託聲請人經營而不便涉入聲請人之管理事項之考量而表示請該等一樓攤商再與聲請人協調討論，相對人僅能從旁協助。
2. 又於直銷中心營運期間每逢假日偶而會有 1—2 攤以小貨車為主之外來流動攤販（以販賣飲料或水果為主），相對人則分別於 96 年 12 月 31 日以府農漁字第 0960282600 號函、於 97 年 1 月 9 日以府農漁字第 0970008526 號函、於 97 年 4 月 1 日以府農漁字第 0970071725 號函函請台南縣警察局學甲分局派員取締。是相對人確實盡力輔導取締港區內之攤販，聲請人之指摘實無理由

二十八、事實上，聲請人自己始係最大之惡意違約者（因其無能、亦無心經營），茲舉出聲請人違約之犖犖大者如次所述：

(一)聲請人未依約定於 95—97 年投資 2500 萬元於「設備改善、初期廣宣費用」而構成違約

按聲請人之投資計畫書明載其投資金額共分三個階段執行：初期 1 到 3 年，預計投入 2500 萬元，主要用於設備改善，以及初期廣

宣費用；第二期 4 至 6 年預計再投入 1000 萬元再用於後續宣傳，同時更新內部設備；最後階段投入 1500 萬元，主要是回顧與展望（詳系爭契約第 224 頁，上開投資計劃書之內容因與本契約、申請須知並無牴觸致有效力）。故相對人乃於 98 年 3 月 24 日以府農漁字第 0980068650 號函函請聲請人於文到 5 日內依系爭契約第 3 頁第 2.8 條約定提供初期 1 至 3 年計投入 1950 萬元之相關投資明細（包含工程契約、傳票、帳簿文件、原始憑證、照片等）供相對人核算金額。聲請人則於 98 年 5 月 5 日以海龍王字第 098073 號函檢附投資明細表予相對人，經相對人審核後相對人於 98 年 7 月 3 日以府農漁字第 0980104419 號函函知聲請人謂「初期 1 到 3 年（95·96·97 年）投入之 2500 萬元，主要用於設備改善，以及初期廣宣費用，惟貴公司檢附之 95—97 年之投資明細中，多數與設備改善及廣宣費用無關之品名，本府不予採認，請貴公司重新自行審核，非屬上開項目請刪除修正完成後，並檢附照片、合約再報本府憑辦」。詎聲請人嗣後迄今竟未再檢送相關資料予相對人審核。基上，則聲請人顯未依約於 95—97 年投資 2500 萬元於「設備改善、初期廣宣費用」而構成違約（聲請人初次檢送之資料實有魚目混珠以他處費用灌至本案費用之嫌疑，否則何以聲請人在經相對人指出疑問後即拒送資料再審）。

(二)聲請人復違反系爭契約第 2.8 條所為「應自點交之日起 6 個月內投資至少 550 萬元，並應提出投資明細表、工程契約、傳票、帳簿文件及憑證等供相對人審核」之約定而構成違約

按依系爭契約第 3 頁之第 2.8 條則聲請人自點交之日（即 95 年 2 月 17 日）起 6 個月內至少應投資 550 萬元。由於聲請人並未依前引約定檢附工程契約、傳票、帳簿、憑證、照片等，相對人乃分別於 97 年 10 月 8 日以府農漁字第 0970229107 號函、於 97 年 11 月 19 日以府農漁字第 0970258766 號函、於 98 年 2 月 12 日以府農漁字第 0980032377 號函、於 98 年 3 月 24 日以府農漁字第 0980068650 號函、於 98 年 4 月 1 日以府農漁字第 0980052026 號函、於 98 年 4 月 15 日以府農漁字第 0980077183 號函、於 98 年

7月2日以府農漁字第0980096519號函要求聲請人補送關於其投資金額之工程契約、傳票、帳簿、憑證、照片等，然聲請人迄今僅補送投資明細表而欠缺工程契約、帳簿、憑證及照片等致相對人無從審核其是否確實依約投資達550萬元，是聲請人就此亦顯違系爭契約第3頁之第2.8條所為「應自點交之日起6個月內投資至少550萬元，並應提出投資明細表、工程契約、傳票、帳簿文件及憑證等供相對人審核」之約定而構成違約。

(三)聲請人未依約於98年1月20日前繳納98年定額權利金100萬元且已逾期達6個月，致相對人已依約終止契約並沒收履約保證金300萬元

按依系爭契約第10頁第5.1.1條、5.2.1條、5.4條及第20頁第12.1.2條、12.3.2條第1款之約定則聲請人應於98年1月20日前繳納98年定額權利金100萬元，否則聲請人即應繳納懲罰性違約金、且於逾期六個月後相對人更得不經催告逕行終止契約並沒收履約保證金300萬元。而聲請人截至98年7月27日已逾期6個月仍未給付，相對人乃依前引約定於98年8月3日以府農漁字第0980184210號函通知相對人自文到日起終止契約並沒收履約保證金300萬元。

(四)聲請人未依約定實際委託昌軒管理顧問公司提供經營建議與行銷策略、長駐現場指導而構成違約

按聲請人於其投資計畫書中明確表示該OT案其將委託昌軒管理顧問公司進行整體規劃及經營管理諮詢（聲請人授權昌軒管理顧問公司辦理本案之規劃、管理、人力、品質及行銷配套措施等）、並由寒軒國際大飯店總經理傅昌銘擔任本案之首席顧問且初期係長駐現場指導（詳系爭契約第195至第197頁、第235至第245頁，上開投資計畫書之內容因與本契約、申請須知並無抵觸致有效力）。

次按，惟於聲請人經營期間，相對人於經營現場未曾發現專業經理人傅昌銘之身影（更遑論長駐現場），且即使係相對人與聲請人召開之相關會議則傅昌銘亦不曾參加，又聲請人更不曾函報昌軒管理顧

問公司針對本案之經營上或行銷上所提之相關輔導計畫或資料（聲請人就委託經營之項目既非專業又無經驗，復不實際委由具有專業經驗之人管理經營，則難怪其經營陷入困境，卻不知自省而怨天尤人），是聲請人顯然違反其於投資計畫書中所承諾之事項而構成違約（莫非聲請人之投資計畫書中所描繪之上開事項僅係為了利於取得標案之幌子，則聲請人何能恥言反以投資計畫書之內容指摘相對人呢）。

(五)聲請人未依系爭契約第 3.1.1 條之約定向相對人申報 98 年度事業計畫而構成違約

按依系爭契約第 4 頁第 3.1.1 條約定則聲請人在本契約有效期間內應於每會計年度開始一個月前編製經營中心之年度事業計畫向相對人報備而其內容應至少包括財務預測及當年度可能之增資計畫。而聲請人並未向相對人申報 98 年度事業計畫，雖經相對人分別於 98 年 2 月 17 日以府農漁字第 0980036226 號函、於 98 年 4 月 22 日以府農漁字第 0980095020 號函、於 98 年 5 月 22 日以府農漁字第 0980121597 號函催告聲請人申報，然聲請人仍相應不理而迄未申報，是聲請人就此亦構成違約（亦可見聲請人確已無心經營）。

(六)聲請人於直銷中心一樓擅自變相經營「便利超商及咖啡飲料店」者，係屬違約

按依前開第三段引證所述則直銷中心之一樓在規劃上並無「便利超商及飲料店」之使用規劃及使用用途，且依系爭契約第 5 頁第 4.2.5 條約定則聲請人於開始對外營運屆滿一年之後如有調整使用空間之需要且符合直銷中心之興建目的者得經相對人書面同意後辦理。而相對人 95 年 5 月 2 日府農漁字第 0950077427 號函僅係同意聲請人於一樓將原規劃之「代客料理區」變更為「台南縣農漁特產品簡易販售區」，然聲請人卻擅自變相經營「便利超商及咖啡飲料店」，嗣經相對人分別於 96 年 5 月 21 日以府農漁字第 0960108838 號函、於 96 年 7 月 26 日以府農漁字第 0960126653 號函、於 98 年 4 月 6 日以府農漁字第 0980079637 號函通知其經營項目與相對人核准之內容不符並請其改善，然聲請人卻迄今拒不改善，是聲請人之此項作

為亦構成違約（由此可見聲請人慣於取巧變相）。

(七)聲請人未依約定於 97 年度、98 年度上半年向相對人申報「財產及物品清冊」而構成違約

按依系爭契約第 6 頁第 4.5.1 條約定則聲請人自完成點交之日起（即自 95 年 2 月 17 日起）應依台南縣縣有財產管理自治條例等相關規定及相對人要求之格式將點交後尚未報廢之財產及物品製作「財產及物品清冊」每半年向相對人申報乙次。然聲請人於 97 年度、98 年度上半年均未依上開約定辦理，嗣經相對人於 97 年 7 月 1 日以府農漁字第 0970145642 號函檢送申報格式要求聲請人查報、再於 97 年 11 月 7 日以府農漁字第 0970255347 號函及於 98 年 2 月 19 日以府農漁字第 0980038950 號函催促聲請人查報，然聲請人均相應不理，是聲請人之上開行為亦已構成違約（亦可見聲請人確自 97 年起已無心經營）。

二十九、聲請人莛城不銹鋼產業有限公司向仲裁庭提出之投資明細，與函報予相對人之內容不符（金額及項目均有不符），致益證聲請人本件請求之金額確無足取而應予駁回。關此

(一)聲請人於前後兩種版本之投資明細表中所列各年度之相關數額竟有截然之不同

按聲請人莛城公司以 98 年 5 月 5 日海龍王字第 098073 號函檢送直銷中心前三年（即 95 至 97 年度）投資明細表一份至相對人處，經相對人以 98 年 7 月 3 日府農漁字第 0980104419 號函復聲請人莛城公司稱「貴公司檢附之 95—97 年之投資明細中，多數與設備改善及廣告費用無關之品名，本府不予採認，請貴公司重新自行審核，非屬上開項目請刪除修正完成後，並檢附照片、合約書再報本府憑辦」云云。茲將上開聲請人莛城公司 98 年 5 月 5 日函報至相對人處之 95、96、97 年度之資產、營業費用等相關資料之數額，與聲請人莛城公司於仲裁準備（三）書第 22 頁第一段之主張暨所提聲證四十二號投資明細表之數額，兩相比對後發現其前後兩種版本所列之數額竟有如下表所述之截然不同致聲請人莛城公司所提出之投資明細益發不能輕信：

版 本	聲請人 98.5.5 函報相對人之投資明細			聲請人於仲裁準備（三）書提出聲證四十二號之投資明細		
	95 年	96 年	97 年	95 年	96 年	97 年
存出保證金				3,319,500		
資 產	12,920,816	420,000	130,000	9,866,075	400,000	
雜項購置	1,049,208	153,255	30,317			
雜項費用	2,817,899	569,140	153,237			
一般費用	3,419,862	3,906,794	2,868,247			
營業費用				4,691,133	4,580,500	3,920,440
合 計	20,207,785	5,049,189	3,181,801	17,876,708	8,580,500	3,920,440
營業進貨費用	5,137,125	4,649,003	5,005,446			
總 計	25,344,910	9,698,192	8,187,247	17,876,708	4,980,500	3,920,440

(二)聲請人於前後兩種版本之投資明細表中所列各年度之相關品名項目亦有截然之不同

按就固定資產品名為磁磚（2 項）、預拌混凝土、配管材料及工資、辦公家具、電腦主機、電話、通訊器材、中文系統、影印機等項目，則聲請人於函報相對人之 95 年度投資明細表中均有羅列，然聲請人於其仲裁準備（三）書提出之聲證四十二號 95 年度投資明細表中卻均未予以認列。

次按，就 2F 水果區冷凍冷藏冰箱、2F 點菜區不鏽鋼廚具、水池等品名項目，則聲請人於函報相對人之 95 年度投資明細表中均未羅列，然聲請人於其仲裁準備（三）書提出之聲證四十二號 95 年度投資明細表中卻均有予認列。

再按，就全部品名之稅額部分，則聲請人於函報相對人之 95 年度投資明細表中均有羅列，然聲請人於其仲裁準備（三）書提出之聲證四十二號 95 年度投資明細表中卻均予刪除。

末按，至於 96 年度及 97 年度之投資明細表，其情形則與前開所述 95 年度之情形類似。是相對人實無法瞭解並確認聲請人所送資料究竟何者為真？是否仍有不實？其所檢送予會計師據以簽證之原始資料是否正確（此會影響會計師簽證之正確性）？

三十、關於系爭契約終止、暨聲請人應將財產及物品返還予相對人之問題
(此涉及仲裁判斷之主張應否諭知同時履行)

(一)聲請人方面：聲請人於本件仲裁程序所為終止系爭契約之表示，不符系爭契約所約定之方式致不生終止之效力(縱聲請人之終止生效者則聲請人亦負有應同時將財產及物品返還予聲請人之義務—即判決主文應諭知同時履行之意旨)

按系爭契約第 12 章關於契約終止之規定，其第 12.2 條約定契約終止之程序為：【任何一方終止本契約時，應以書面載明下列事項，通知他方：1．終止契約之事由。2．終止本契約之表示及終止之日期。3．任何一方擬採取之適當措施】。本件，姑且不論聲請人所主張之契約終止事由顯非正當有理，即以上開兩造所約定之終止方式而論，聲請人於本件仲裁程序所為終止系爭契約之表示亦不符前揭系爭契約所約定之方式致不生終止之效力(請參照民法第 166 條規定)。退言之，縱認聲請人之終止為有理由者，則聲請人亦負有應同時將財產及物品返還予聲請人之義務，亦即本件仲裁判斷之主文亦應諭知同時履行之意旨始合法旨。

(二)相對人方面：相對人已於 98 年 8 月 5 日依約將系爭契約終止並沒收聲請人之 300 萬元履約保證金

按聲請人莒城不銹鋼產業有限公司應於 98 年 1 月 20 日前繳納 98 年定額權利金 100 萬元，然截至 98 年 7 月 27 日止聲請人已逾期 6 個月仍未給付，依系爭契約第 5.4 條權利金遲延給付規定則相對人自得逕依系爭契約第 12.1.2 條、12.3.2 條、第 13.1.1 條等約定終止系爭契約並沒收聲請人之履約保證金 300 萬元。為此，相對人爰於 98 年 8 月 3 日以府農漁字第 0980184210 號函通知聲請人自函到日起終止系爭契約，而聲請人已於 98 年 8 月 5 日收受相對人之上開終止契約函文，是系爭契約已於 98 年 8 月 5 日遭相對人依約終止，而相對人除對聲請人為終止系爭契約之表示外並請聲請人於文到 15 日內依約辦理資產之返還(即 98 年 8 月 20 日前返還)而聲請人卻迄今尚未歸還其應返還之資產予相對人。

次按，就聲請人所應返還予相對人之資產乙事，依系爭契約第 4.1.2

條約定「相對人點交予聲請人之財產及物品，區分為『須返還』及『報廢後由相對人處理』二類，其中『須返還』部分，指於委託經營期間屆滿、終止或解除時，聲請人應返還予相對人之財產及物品；而『報廢後由相對人處理』部分，如於委託經營期間屆滿、終止或解除時，已辦理報廢，該財產及物品由相對人依行政院頒布之事務管理規則手冊及台南縣縣有財產管理自治條例處理．．．」、第 4.5.1 條約定「自完成點交之日起，聲請人應依台南縣縣有財產管理自治條例等相關規定及相對人要求之格式，將點交後尚未報廢之財產及物品，製作財產及物品清冊，於本契約有效期間內，每半年向相對人申報乙次」，為此相對人乃於 97 年 7 月 1 日以府農漁字第 0970145642 號函檢送「台南縣將軍漁港觀光漁市魚貨直銷中心財產清冊」3 份將財產分為「須返還」及「報廢後由甲方處理」請聲請人依合約規定完成查報並表明相對人近期將派員進行財產及物品之盤點。嗣後相對人曾於 97 年 11 月 26、27 日及 97 年 12 月 4、5 日辦理財產清點，97 年 11 月 26 日財產清點未完成，97 年 12 月 4 日部分清點完成，97 年 12 月 13 日完成清點並經簽名確認。

三十一、審計室就將軍漁港魚貨拍賣中心之「魚貨拍賣市場承銷人代消費者喊價」乙案，其最終之審查結果係相對人並無違法失職，就此聲請人實有歪曲之嫌

按審計室係隸屬監察院審計部，各縣市政府分別受設置於各縣市之審計室督導查核，而負責督導查核台南縣業務者係台南縣審計室（設於台南市），各審計室查核各縣市政府之業務乃屬例行性之工作，其查核結果若有疑義時當可提出意見供各縣市政府申復，倘各縣市政府之申復理由未獲該管審計室認同者則該管審計室即會要求就失職或違法部分懲處相關人員，倘各縣市政府之申復理由獲得該管審計室認同者則該查核即告結案。

次按，台南縣審計室抽查將軍漁港魚貨拍賣中心之業務時雖曾就「魚貨拍賣市場承銷人代消費者喊價」乙事提出疑義，然經相對人詳細說明理由申復後，已獲台南縣審計室之認同而告結案，是聲請人僅僅援引台南縣審計室之檢查意見、而刻意漠視

台南縣審計室之最終結案意見即逕行主張台南縣審計室業已認定相對人之將軍漁港魚貨拍賣中心存有違失云云即屬扭曲之論而無足採取。

三十二、相對人於 98 年 4 月 28 日至現場複查時係認為聲請人所為之改善情形較諸以往為有成效（非係認為聲請人業已全部改善完成）致暫緩對聲請人主張懲罰性違約金，詎聲請人竟將相對人之好意曲解為相對人係承認聲請人業已積極改善與用心經營，此使相對人啼笑皆非

按聲請人就本案確實並未用心經營、且亦無經營能力，甚至相對人於 97 年間平時勘查時發現其一樓魚貨銷售區、代客熱炒、3 樓簡易餐飲與觀海休閒區等竟於未經相對人同意之下即擅自停業達數個月，為此相對人乃於 97 年 10 月 17 日以府農漁字第 0970236268 號函要求聲請人應於 97 年 12 月 31 日前依委託合約經營項目及內容全面繼續營業（故聲請人大約係自 97 年年中起即擅自停業），嗣經相對人分別再於 98 年 1 月 12 日、1 月 20 日、1 月 23 日、2 月 2 日、2 月 6 日勘查結果則聲請人仍未改善，此際相對人原可立即依系爭契約第 4.4.3 條約定處罰聲請人以每日 5 萬元之懲罰性違約金，然當時相對人猶考量聲請人經營之立場而願意再予聲請人改善之機會致未即向聲請人主張並請求懲罰性違約金，以故相對人乃再於 98 年 3 月 23 日以府農漁字第 0980067223 號函要求聲請人改善。

其後，聲請人於 98 年 4 月 19 日函報改善情形，相對人遂於 98 年 4 月 28 日派員複查而複查結果為：【攤販區 20 攤位中，實際有進駐販售為計 9 個攤位（其進駐販售比率為 45%）】。相對人認為：雖一樓攤位區尚未能全面恢復經營，然與先前聲請人之全面歇業關閉情形相較者已有進步、並展現初步改善之誠意，致相對人乃暫緩對聲請人提出懲罰性違約金之主張及請求（詳本狀附件 4-2），是相對人並未認定聲請人業已全部改善完成至明。惟聲請人竟將相對人之上開善意曲解為相對人係承認聲請人業已積極改善與用心經營，此實令相對人啼笑皆非。

三十三、相對人就系爭建物設備之提供，業已克盡系爭契約所約定之責任（反而係聲請人過份挑剔且有可歸責事由）、且聲請人亦屢屢確認佳昇營造公司之修繕結果，是聲請人主張相對人未依約定提供合於營運之建物設備為屬違約、或構成除外情事者均無理由（謹請貴仲裁庭斟酌傳喚承包廠商佳昇公司到場為詳細之說明俾知相對人之主張確屬非虛）

按關於聲請人於訂約之初曾承認其所受領之系爭建物及設備、其後又因系爭建物及設備不合聲請人之「主觀」要求或因聲請人之使用管理不當致聲請人屢屢要求相對人聯繫承包廠商改善而相對人基於協助其成之考量亦多方積極配合地聯繫承包廠商改善（相對人在契約上之義務僅止於此而相對人亦已克盡此義務）致聲請人又曾多次於承包廠商改善後承認其所受領之系爭建物及設備等情，業於相對人之仲裁答辯書第 7 至 16 頁第二段、仲裁答辯書（三）第 3 至 4 頁第二段、仲裁答辯書（四）第 9 至 11 頁第二段中詳為引證論述，於茲不贅。茲再予補充者為聲請人就系爭建物及設備之末次承如下：相對人於 97 年 11 月 17 日以府農漁字第 0970232505 號函再次向佳昇公司通知修復缺失事項，於 98 年 4 月 6 日以府農漁字第 0980060932 號函檢送聲請人所提報之一至三樓設施缺失情形請佳昇公司儘速修復並將結果函報予相對人（其缺失項目為壁燈、氣窗、消防設備、灑水閥、監視器、音響、送風開關、小便器、排水系統、投光燈、消防幫浦等），於 98 年 4 月 22 日以府農漁字第 0980095047 號函再次限佳昇公司於 98 年 4 月 30 日前完成修復，嗣後於 98 年 6 月 3 日召開建築設備缺失改善協調會議，因大部分缺失皆已改善完成致聲請人乃予確認在案；至於僅剩之一樓排水問題（恐涉及聲請人之使用不當）、未設置緩降設備說明牌、廣場棚架橫木凹陷（此係屬物品使用年限屆至問題）等則分別已召開會議請監造單位及承包廠商處理（指一樓排水問題）、或已改善完成（指未設置緩降設備說明牌及廣場棚架橫木凹陷），況且該等問題於聲請人之營運並無重大影響致聲請人以大砲打小鳥之方式主張終止契約並請求鉅額賠償者亦顯失公平而無足採取。針對上開諸多系爭

建物及設備之爭執，謹請 貴仲裁庭斟酌傳喚承包商佳昇公司到場為詳細之說明，俾明相對人之主張確屬非虛。

三十四、相對人對聲請人之 96 年度營運績效評估雖評其為 74.14 分，然此不但與聲請人之投資金額是否足夠無涉、亦且在綜觀聲請人各年度之營運績效評估後反可證明聲請人係無心且無能經營

按相對人辦理營運績效評估係依據系爭契約第 8 章「營運績效評估」辦理。而系爭契約第 8.2 條規定每年度屆滿後辦理績效評估乙次，第 8.3.1 條規定「營運績效評估項目應包含作業效率、費用、財務、環保、勞安衛生、顧客滿意度等，各項目評估準則分配詳附件二（按：即系爭契約書之第 30 頁）」，其評估內容並未包含投資金額是否足夠，是聲請人之投資金額是否足夠者要與其營運績效之評分無關。

次按，系爭契約第 8.4.4 條規定「分數總和平均 70 分以上者，為及格。聲請人營運之前 5 年未曾有二年低於 70 分，且營運之第 6 年，亦未低於 70 分者，始評定為『營運績效良好』」、第 2.5.1 條規定「聲請人於委託經營期間屆滿前一年，倘依 8.4.4 條評估為營運績效良好，得．．．向相對人申請繼續訂約一次，其期間以一次五年為限」。而聲請人之 95 年度營運績效評估分數為 68.7 分、96 年度為 74.14 分、97 年度則無法辦理營運績效評估（因相對人以 98 年 7 月 27 日府農漁字第 0980177012 號函催聲請人於 98 年 8 月 10 日前函報相關資料及文件各 12 份供相對人召開績效評估會議，而聲請人迄未檢附資料致無法辦理 97 年度之營運績效評估），由此益證聲請人根本無心且無能經營至明。

三十五、聲請人於其一樓經營「便利超商及飲料店」者，確與相對人核准其經營之「台南縣農漁特產品簡易販售區」項目不符

按聲請人於一樓經營便利超商及飲料店者確與相對人所核准其經營之項目不符，蓋以相對人 95 年 5 月 2 日府農漁字第 0950077427 號函僅係同意聲請人於一樓變更設置「台南縣農漁特產品簡易販售區」，然聲請人卻擅自逾越上開核准範圍以經營「便利超商及咖啡飲料店」（請參照系爭契約第 4.2.5 條規定「如聲請人於開始對外營

運屆滿一年之後，如有調整使用空間之需要，且符合本中心之興建目的者，應先經甲方書面同意後始得辦理)，嗣經相對人以 96 年 5 月 21 日府農漁字第 0960108838 號函、96 年 7 月 26 日府農漁字第 0960126653 號函、98 年 4 月 6 日府農漁字第 0980079637 號函通知聲請人其經營項目與相對人所核准之內容不符並請其辦理改善，然聲請人迄今仍未辦理改善。

三十六、相對人並未自認聲請人所主張之爭議係屬除外情事

按聲請人於 98 年 6 月 23 日海龍王字第 098093 號函表示其所主張之履約爭議事由已構成除外情事云云。為此，相對人即以 98 年 6 月 29 日府農漁字第 0980148675 號函復稱：「依合約規定『除外情事』有其要件，一為因法規變更、政府機關之命令、處分、作為或不作為或決策重大改變致對聲請人之營運或財務狀況發生重大不利影響，二為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。是以，貴公司自認履約爭議事由已構成除外情事，係屬貴公司個自表述，本府並不認同，且與上開合約規定不符」云云，是相對人並未承認聲請人所主張之爭議事由係屬除外情事至明。

三十七、聲請人主張終止契約並請求退還保證金及賠償損害者，實無理由（包含「依契約之約定聲請人就此不得向相對人請求」）；退言之，縱然勉強認定聲請人之主張有理由者，其請求之金額亦無理由而不足採取；再退言之，聲請人請求退還保證金及賠償損害之同時亦應將財產及設備返還予相對人

依系爭契約之約定則聲請人就其投入之設備、物品、財產等經費不得對相對人提出請求，蓋以系爭契約第 4.5.4 條規定「聲請人因業務需求自行添購之財產、物品或設備，其所有權歸屬聲請人，聲請人應自負管理及維護之責，不得向相對人請求任何償金或費用；其依民法或其他法令規定所有權歸屬相對人者，聲請人亦應自負管理及維護之責，不得向相對人請求任何償金或費用」、第 4.5.5 條規定「聲請人於受委託管理經營期間所補充之設備，如與本中心土地、建築物及水電基本設施不可分離者，其所有權

歸屬相對人，聲請人不得要求任何賠償或補償」、第 4.5.6 條規定「委託經營期間內，聲請人代為管理之各項設施、財產或物品，聲請人應善盡管理及保管之責，並隨時保持設備之正常運作，如因而發生事故或毀損、短少或滅失時，聲請人應依台南縣縣有財產管理自治條例及相關法令規定負責修復及負賠償責任」，基上約定則聲請人就其投入之設備、物品、財產等經費自不得向相對人請求，是聲請人之本件請求確無理由而應予駁回。

三十八、事實上，本件之違約者實為聲請人自己（因其無能、亦無心經營致其自 97 年中起即擅自停業），此除引用仲裁答辯書（四）第 35 頁至第 40 頁第九段所述聲請人之七大違約事證、暨引用仲裁答辯書（五）第 5 頁第（二）段及第 7 頁第五段及第 10 頁第八段之主張事證外，並補述如次：

(一)聲請人擅自逾越相對人所核准其變更使用之範圍而為變更使用者已屬違約（此舉更嚴重不利於聲請人之營運）；另即使在相對人所核准變更使用之範圍內，其因變更使用所生系爭建物及設備之諸多結構、電力、排水系統等問題仍應由聲請人自己承擔

1 直銷中心之一、二樓之原規劃設計使用情形、及聲請人申請變更使用情形

甲一樓之部分為：

A 原規劃設計情形

直銷中心委託經營前即完成各樓層空間使用之規劃設計圖，其一樓為入口廣場、攤位區（規劃為販售魚貨之 30 個攤位）、代客料理區（6 個）、廁所、冷凍室及廊道空間。

B 聲請人申請變更使用之情形

按聲請人於委託經營開始營業前在 95 年 4 月 10 日向相對人提出一樓及二樓部分空間變更圖面申請，其申請將

- 將原設計之編號 7、8、9、16、17、18 等 6 個攤位變更為活漁展示池（櫃）及漁產品處理區。

- 除前述編號 7、8、9、16、17、18 等 6 個攤位外，將原設計之 24 個攤位變更為 20 個攤位（原設計攤位區係

每排有 6 個攤位、每區 2 排、共有 2 區計 24 個攤位，變更後係每排有 5 個攤位、每區 2 排、共有 2 區計 20 個攤位)。

□將一樓原設計之 6 個代客料理區變更為一處「台南縣農漁特產品簡易販售區」。

乙二樓之部分為：

A 原規劃設計情形

原規劃為特賣區 1 處、廚房 1 處、餐廳、倉庫、休息室、辦公室、值日室、男女廁所等空間。

B 聲請人申請變更使用之情形

按聲請人於委託經營開始營業前在 95 年 4 月 10 日向相對人提出一樓及二樓部分空間變更圖面申請，其申請將

□將特賣區調整為水酒販售區、海產料理區、倉庫。

□將部分餐廳空間、及倉庫、休息室調整為廚房。

□將部分辦公室及值日室調整為餐廳貴賓室。

2 相對人同意聲請人變更使用之內容

按相對人就聲請人前揭變更 1、2 樓使用之申請於 95 年 5 月 2 日以府農漁字第 0950077427 號函復稱「同意依所送變更圖面辦理，另建築物使用用途變更，應依規定辦理使用用途變更，如涉及室內裝修，亦應一併申請辦理；未列入本次增設申請之部分不得任意變更而影響建築物結構安全」云云。

3 然聲請人卻仍擅自逾越相對人所核准變更使用之範圍而為變更使用（此舉更嚴重不利於聲請人之營運）；又即使在相對人所核准變更使用之範圍內，其因變更使用所生系爭建物及設備之諸多結構、電力、排水系統等問題仍應由聲請人自己承擔

惟經相對人於事後查證，則相對人所核准之「台南縣農漁特產品簡易販售區」竟遭聲請人擅自經營「便利超商及咖啡飲料店」。聲請人此舉不但嚴重違約、亦且嚴重不利於經營，蓋以此處空間原未阻礙遊客視線致遊客可自外面廣場即一覽無遺至後方漁貨銷售區而可自然達到觀光漁市吸引遊客進場消費之目的，然聲請

人為違約經營「便利超商及咖啡飲料店」而於重新裝潢時將該處空間封閉以阻礙遊客視線致使遊客無法自外面廣場一眼看到後方之觀光漁市（後方之漁貨銷售區）並致不知進場消費，此情當然使得後方漁貨銷售區之攤販商家難以經營，以故在聲請人經營數月後，後方漁貨銷售區之攤販商家乃陸續退出，是聲請人之違約變更使用確係因小失大、得不償失。為此，相對人曾於 96 年 5 月 21 日以府農漁字第 0960108838 號函、於 96 年 7 月 26 日以府農漁字第 0960126653 號函、於 98 年 4 月 6 日以府農漁字第 0980079637 號函等通知聲請人其經營項目與相對人所核准之內容不符並請聲請人辦理改善，然聲請人迄今仍未辦理改善，足見聲請人確實並無經營漁貨直銷中心之見識矣，然聲請人卻只會一味怪責旁人。

又聲請人既將一樓及二樓之空間做重大調整並重新裝潢，此舉業已不可避免地嚴重影響及改變整棟建物之結構、電力、排水系統等，雖其變更使用大部分係經相對人之同意，然此仍係聲請人基於自己經營之考量而量身訂做所為之變更及調整致其因此所生之問題乃應由聲請人自己負（承）擔，是聲請人抱怨其營運後之系爭建物及設備之諸多結構、電力、排水系統等問題實應由聲請人自己負（承）擔，從而相對人仍盡力協調承包廠商為其修繕者實已仁至義盡矣、也由此益證聲請人之慣於推諉卸責矣。

(二)聲請人擅將一樓之「活漁展示池（櫃）及漁產品處理區」委由第三人海參威水產公司經營者亦構成違約

按如前開第（一）1 [甲]之[B]段所述，聲請人將一樓原規劃為攤位區之編號 7、8、9、16、17、18 等六個攤位變更使用為「活漁展示櫃」致將其重新裝潢為「活漁展示池（櫃）及漁產品處理區」，依系爭契約第 4.9.2 條規定「分租廠商：聲請人得經相對人書面同意後，租予第三人收取一樓生鮮魚貨攤位及代客料理區租金者」，然聲請人卻違反上開約定而擅將「活漁展示池（櫃）及漁產品處理區」委由第三人海參威水產公司經營，是聲請人就此亦構成違約，足見聲請人非係一個誠實之經營者。

三十九、聲請人對於一樓漁貨銷售區之攤販商家之經營慘況（此等慘況係由聲請人所引起者），於攤販商家向聲請人反映後，不但漠視不理、更且仍執意收取每月 3000 元之管理費

按在聲請人營運初期，一樓漁貨銷售區之攤販商家即進駐經營，其進駐經營者多為當地漁民，主要係販售生鮮魚貨或小吃、熱食等。據該等進駐經營之攤販商家表示，聲請人每月向每個攤販商家收取 3000 元之管理費（非係聲請人所聲稱之免費）。倘若生意興隆，則該等攤販商家自無怨言，但如前所述聲請人自己擅自違約變更使用致將外方遊客與後方攤販商家間之視線阻隔而使得遊客不知後方攤販商家所經營之觀光漁市，致後方攤販商家在經營數月之後毫無起色，而聲請人卻仍照樣收取每月 3000 元之管理費，後方攤販商家遂迭向聲請人反映上情並要求調降管理費及改善經營環境以使外方遊客可一眼望穿至後方攤販商家所經營之觀光漁市，然聲請人仍一意孤行，終致後方攤販商家之經營每況愈下而難以為繼遂陸續退出並遷移至對面漁會所經營之拍賣市場。由此，在在可見聲請人確無經營漁貨直銷中心之能力與見識矣，然聲請人卻只會慣性地諉責於人。

四十、相對人不但並未違反協力義務，更且該協力義務雖僅係道德義務而相對人卻仍盡力施予協助

按就此，相對人除引用仲裁答辯書（四）第 12 頁至第 25 頁之第四段主張及事證外，並補充相對人盡力協助聲請人改善一樓攤位商家經營之作為如次：

（一）因農委會函釋漁會經營之拍賣市場之代客標售漁貨行為（漁貨零售直銷行為）並無違反農產品交易法第 20 條規定，為此相對人乃於 97 年 7 月 31 日邀集南縣區漁會、聲請人就拍賣市場之管理問題召開「將軍漁港拍賣市場管理座談會」以討論代客標售魚貨案而獲致結論為「請南縣區漁會訂定將軍漁港拍賣市場承銷人管理辦理」。

（二）於 96 年 6 月 11 日召開「將軍漁港觀光漁市委託經營事宜座談會」，其會議結論為「為活絡觀光漁市一樓之經營，請貴公司儘速提出增加營業項目及簡易海鮮烹調攤區，藉此吸引遊客到港旅遊」、「埤城不銹鋼產業有限公司須於 6 月底最慢 7 月 3 日前提出觀光漁市 1 及 3 樓活

絡計劃後，縣府再行與埤城不銹鋼產業有限公司進一步討論」、「埤城不銹鋼產業有限公司答應儘速與股東討論 1 樓便利超商及咖啡店的改善計劃」等。

(三)於 96 年 7 月 19 日召開「研商將軍漁港觀光漁市活絡計畫會議」，其會議結論為「96 年 7 月埤城不銹鋼產業有限公司所提活絡計畫，其內容不夠具體，無法達到活絡 1 樓及 2 樓之營業，請埤城不銹鋼產業有限公司於 96 年 8 月 20 日前再提出完整具體觀光漁市活絡計畫，縣府再另行召開會議討論」。

(四)於 96 年 12 月 7 日召開「協調拍賣市場內零售魚販進駐直銷中心」會議。

(五)於 97 年 5 月 22 日召開「台南縣將軍漁港直銷中心經營輔導會議」，其會議結論為「檢討 96 年度活絡計畫執行成果」、「討論埤城不銹鋼產業有限公司所提觀光漁市 97 年度事業計畫內容」。

(六)於 97 年 8 月 26 日召開「將軍漁港觀光漁市經營問題座談會」，其會議結論為「請埤城不銹鋼產業有限公司將一樓可供無償使用之優惠條件詳細列表函報本府」。

(七)於 97 年 11 月 11 日相對人以府農漁字第 0970257785 號函通知聲請人儘速提出一樓優惠條件函報予相對人以利相對人協助邀請相關團體召開說明會)。

(八)於 97 年 12 月 12 日召開「一樓部分空間釋出說明會」。

參：證據

被證一號：聲請人 96 年 1 月 31 日海龍王字第 0096003 號函影本乙份。

被證二號：相對人 95 年 1 月 11 日府農漁字第 0950010881 號函、95 年 2 月 17 日三方簽立之點交證明、聲請人 95 年 4 月 10 日函文、聲請人 95 年 8 月 28 日海龍王字第 0095048 號函、相對人 95 年 9 月 11 日府農漁字第 095186677 號函、聲請人 96 年 6 月 11 日海字第 0096012 號函、96 年 7 月 6 日「將軍漁港觀光漁市暨直銷中心建築結構修繕事項」會議紀錄、96 年 7 月 26 日「將軍漁港觀光漁市暨直銷中心建物工程修繕協商會議、相對人 96 年 9 月 4 日府農漁字第 0960188325 號函、相對人 96 年 11 月 23 日府農漁字第

0960239095 號函、相對人 96 年 12 月 12 日府農漁字第 0960260000 號函、佳昇營造公司 97 年 1 月 9 日佳南字第 097010901 號函、97 年 1 月 11 日「將軍漁港觀光漁市營運大樓建築物及相關設備缺失改善協調會」會議紀錄、相對人 97 年 1 月 28 日府農漁字第 0970024751 號函、97 年 2 月 15 日將軍漁港觀光漁市營運大樓建築物及相關設備缺失改善會勘紀錄、97 年 6 月 13 日將軍漁港觀光漁市營運大樓廣場棚架橫木及抽風機缺失改善會勘紀錄、相對人 97 年 7 月 14 日府農漁字第 0970152511 號函、相對人 97 年 7 月 18 日府農漁字第 0970157361 號函、相對人 97 年 8 月 6 日府農漁字第 0970171292 號函、相對人 97 年 8 月 18 日府農漁字第 0970184516 號函、相對人 97 年 9 月 16 日府農漁字第 0970210137 號函、佳昇公司 97 年 9 月 15 日佳府字第 097091501 號函、相對人 97 年 9 月 22 日府農漁字第 0970209564 號函、相對人 97 年 10 月 27 日府農漁字第 0970244196 號函、相對人 97 年 11 月 14 日府農漁字第 0970258658 號函、相對人 97 年 11 月 17 日府農漁字第 0970232505 號函、相對人 98 年 4 月 6 日府農漁字第 0980060932 號函、相對人 98 年 4 月 22 日府農漁字第 0980095047 號函均影本各乙份。

被證三號：系爭建物一樓平面圖、相對人 96 年 4 月 16 日府農漁字第 0960063190 號函均影本各乙份。

被證四號：相對人舉辦活動之相片影本 35 幀。

被證五號：台南縣政府簽呈影本 1 份。

理 由

壹：程序部分

- 一、 本件聲請人於民國 98 年 6 月 22 日仲裁聲請書，請求相對人給付新台幣(下同)貳仟捌佰肆拾參萬捌仟柒佰柒拾伍元整，及自聲請書繕本送達相對人(按係 98 年 6 月 23 日)之翌日起至清償日止，按年利率百分

之五計算之利息。嗣於 98 年 12 月 18 日仲裁準備書(三)狀減縮請求相對人給付貳仟陸佰柒拾柒萬柒仟陸佰肆拾捌元整，及自仲裁聲請書繕本送達相對人之翌日起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息。核屬請求金額之減縮，且相對人亦為同意，依法並無不當，自應准許其之減縮，先為陳明。

- 二、查兩造於 94 年 12 月 29 日簽訂之「台南縣將軍港漁巷觀光魚市漁貨直銷中心委託民間機構營運契約」(下稱系爭契約)第 9.1 條約定：「協商：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 9.3 條約定：「仲裁：協商不能解決之爭議，就該法律關係，任一方認為有必要時，得向中華民國仲裁協會提付仲裁，並依中華民國仲裁法令及中華民國仲裁協會相關規定進行仲裁，且以中華民國高雄市為仲裁地，仲裁判斷無須經法院裁定即得逕為強制執行。」經查聲請人於履行系爭契約中，曾向相對人提出履約相關爭議事項為：「一、本公司投資計畫書內規劃住宿服務，咸認遊客久留必帶動消費額度，故視其為主要營運收入項目，此規劃係獲貴府無異議通過，合意簽訂契約之同時，並未盡到告知於法不符之責任，嚴重損及本公司之營收已成事實，亦是無法拉抬將軍漁港觀光人潮之主因。二、有關營運資產因未落實驗收，進駐後部份建物及設備無法使用，甚有未依設計按裝機組設備情事，原興建承包商修繕進度緩慢，屢次影響本公司正常營運，造成本公司無謂損失。三、1 樓生鮮漁貨銷售區之經營，貴府任意曲解法令，未經查證即函禁止漁貨叫賣銷售，喪失本公司初期營運先機，致該銷售區招商困難，難以吸引遊客人潮，帶動商機，嚴重影響漁貨直銷中心主體經營，亦阻礙將軍漁港區之發展。四、具委經營契約同等效力之營運初期協辦事項，貴府再三推諉為應辦理事項殊不知將軍漁港之開發，係政府既定政策，觀光漁市暨漁貨直銷中心僅是其中一小部份產業，公部門應義務營造有利環境，誘使各項產業進駐，俾吸引觀光休閒人潮，帶動營運商機，本公司經營迄今三年，未見政府積極爭取經費投注於開發任何設施，辦理招商時提出之構想及誘因迄未實現，遑論未來有何發展展望，嚴重影響本公司之投資期初營運評估。五、除外情事部分：有關依貴府

興建觀光漁市暨漁貨直銷中心之原意，乃朝向台南縣區漁會整體經營而規劃，故 1 樓生鮮漁貨攤區係欲取代現有區漁會漁貨拍賣市場之功能，今原規定拍賣市場限制零售業務法令取消後，造成本公司 1 樓生鮮攤位銷售功能之重疊，甚至無法競爭，影響本公司營運至鉅，其責任在於如監察院審計部所糾正貴府未經詳細風險、效益評估貿然興建，未能發揮應有功能，且因政府法令解釋前後不一，令業者無所適從，此應歸責於政府之政策改變、法令變更或不作為，致造成本公司經營困難，契約無法如期履行，財務狀況亦發生重大不利影響。六、廠商請求事項：以上爭議事項及除外情事，本公司爰請依委託契約第 9 章 1、2、5 條及第 10 章 1、2、3 條規定，主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金之規定。」(見聲證 2 及 29)(下稱兩造爭議事項)經兩造於 97 年 12 月 24 日會議協商，並就其中聲請人「主張延緩或暫停履約及繳付定額權利金之規定一案」為研討，且經決議：「一、協商不成立，進入委託合約協調程序。」(見聲證 2 及 29)，嗣聲請人分別於 97 年 12 月 2 日海龍王字第 097141 號函、98 年 2 月 24 日海龍王字第 098029 號函明確向相對人請求「因經營契約履行發生爭議或除外情事等未盡事宜，經雙方協商不成立，爰請同意成立協調委員會，本請誠信原則，尋求圓滿解決途徑」。然相對人確拒不依系爭契約第 9.2 條之約定成立「協調委員會」解決上開爭議，更且於 98 年 3 月 5 日府農漁字第 0980044672 號函覆聲請人「有關貴公司請求成立協調委員會案，現雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中」。經查上開兩造爭議事項，既經兩造協商不成立，相對人又拒不成立「協調委員會」解決之，顯見上開兩造爭議事項，兩造不能協商解決。從而聲請人依上開系爭契約第 9.3 條仲裁之約定，提起本件仲裁，自屬依約有據，並無不當。

- 三、又查仲裁法第 1 條第 4 項明定：「當事人間之文書、證券、信函、電傳或其他類似方式之通訊，足認仲裁合意者，視為仲裁協議成立。」經查相對人曾分別於 98 年 4 月 29 日府農漁字第 0980087971 號函、98 年 6 月 29 日府農漁字第 0980148675 號函復聲請人稱「本案貴公司若認為爭議事項尚未解決，貴公司可依合約規定，得向中華民國

仲裁協會提付仲裁。」「 貴公司針對旨揭爭議提付仲裁乙節，依合約規定係屬貴公司之權益，本府無意見。」，相對人更於 98 年 8 月 24 日府農漁字第 0980175088 號函復監察院明確稱：「依本案經營委託契約第 9 章規定，協商無法解決之爭議，得依『協調』或『仲裁』方式處理，故採協調或仲裁皆符合契約規定。……因此本府期盼依契約『仲裁』方式解決爭議。該公司亦於 98 年 6 月 22 日針對本案已提出仲裁(案號：98 年仲雄聲【義】字第 024 號)，本案目前進入仲裁程序中，98 年 8 月 13 日將進行本案第一次詢問會。」，自此相對人函復監察院之內容，明確表示「協商無法解決之爭議，採協調或仲裁皆符合契約規定」「本府期盼依契約『仲裁』方式解決爭議」，足證。相對人於該函中亦承認聲請人提起本件仲裁符合系爭契約之規定，相對人亦同意進入仲裁程序。依上開仲裁法第 1 條第 4 項之規定，本件視為仲裁協議成立。顯見，本件聲請人提起本件仲裁，係依法有據。相對人於仲裁答辯中再主張本件不該當聲請仲裁之要件，並表示不同意聲請人提起本件仲裁，自非可採。

貳：實體部分：

- 一、 聲請人主張：兩造簽訂系爭契約後，相對人交付硬體設備有諸多瑕疵影響營運。且鄰近漁會拍賣中心違法代客拍賣漁貨及室外攤販販售漁貨，相對人不為排除。相對人未履行承諾之初期協辦事項，並恣意禁止聲請人住宿規劃，致嚴重影響聲請人之營運，已構成系爭契約第 10.1、2 條第 1 款所定之除外情事。相對人又就聲請人提出之上開爭議事項，於協議不成後又拒不組成協調委員會解決之。聲請人爰依民法第 227 條第 1 項、第 231 條第 1 項、第 254 條、第 213 條及第 216 條等規定，終止系爭契約，並請求相對人賠償損害。相對人則否認聲請人之主張，相對人並抗辯聲請人終止契約不生效力。又縱認聲請人之主張有理由，相對人亦主張聲請人應同時將系爭契約所定之財產及物品返還予相對人之同時履行抗辯。是以，本件兩造之爭點厥為：聲請人終止系爭契約是否適法有效？聲請人請求賠償有無理由？若認為有理由，則其金額若干？相對人主張同時履行抗辯有無理由？爰分述如下：

(一)聲請人終止系爭契約是否適法有效?

1. 查系爭契約第 12、1、3 條非可歸責於聲請人之事由而終止契約，其中第 2 款約定：「因不可抗力或除外情事，經雙方協商及協調委員會協調後，於該不可抗力或除外情事發生六個月後，若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。」由此約定內容顯見：因不可抗力或除外情事，經雙方協商及協調委員會協調後，於該不可抗力或除外情事發生六個月後，若雙方就該事件及狀態之性質之認定仍無法達成協議時，任一方得終止系爭契約。
2. 又查系爭契約第 10、1、2 條第 1 款約定：「本契約所稱除外情事，係指除不可抗力情事外，有下列二種情形，亦非可歸責於乙方(按指聲請人)之事件及狀態，且足以嚴重影響本契約之履行者：1. 因法規變更、政府機關之行政命令、處分、作為或不作為或決策重大改變，致對乙方之營運或財務狀況發生重大不利影響。」依此約定內容，足見：政府機關之行政命令、處分、作為或不作為或決策重大改變，致對聲請人之營運或財務狀況發生重大不利影響，即屬系爭契約所稱之除外情事。
3. 經查上開兩造爭議事項之內容，其中第五項：除外情事部分所載內容，有審計部台灣省台南縣審計室 98 年 4 月 14 日審南縣一字第 0980001155 號函糾正相對人所述：「興建漁貨直銷中心未就進行投資風險評估即貿然興建，經營成效不彰。……貴府(按指相對人)設置該直銷中心(按指系爭契約之直銷中心)之目的係在於藉由直銷中心的營運，啟動將軍漁港的發展，提供漁貨產地的直銷買賣並改善漁民經濟，此亦該中心營運利基之所在。惟經實地查核發現，該中心生意清淡，30 個漁貨直銷攤位半數閒置，且除 1 家經營水缸活魚販售外，其餘均經營各類小吃，不符漁貨直銷之性質，難以達致興建該直銷中心之目的。揆其主要原因為該中心對面約 200 公尺之將軍漁貨拍賣市場承銷人經營代遊客喊價參與拍賣業務，實質已兼有漁貨零售直銷之功能，致該中心無販商願意進駐，招商困難，影響經營至鉅。經查將軍漁港 90 年 10 月正式

啟用，漁貨拍賣市場承銷人經營代客喊價業務係自當時即已存在之事實，又該直銷中心係貴府於 92 年向農委會爭取經費補助，耗資 7,776 萬元興建，惟查該直銷中心之興建並未辦理上揭成本效益分析或投資風險評估，對於直銷中心興建後能否爭取足夠客源，能否競代漁貨拍賣市場之漁貨直銷零售功能，有無其他風險管理替代方案均缺乏評估規劃，貿然興建後，肇致經營成效不彰之困境，鉅額投資未能發揮應有效益。」(見聲證 13)可證。足證上述兩造爭議事項之內容確屬上開系爭契約第 10、1、2 條第 1 款所定之除外情事。又上開除外情事經兩造於 97 年 12 月 24 日召開會議，迄至聲請人於 98 年 6 月 22 日具聲請書提起本件仲裁，已逾 6 個月，兩造雙方就該除外情事仍無法達成協議。從而聲請人以該 98 年 6 月 22 日仲裁聲請書敘明終止系爭契約之理由，向相對人表達終止系爭契約，自屬合於上開系爭契約第 12、1、3 條第 2 款之約定，聲請人終止系爭契約係適法有效，並無不當。相對人抗辯聲請人終止契約無理由且無效云云，顯非可採。

(二)聲請人請求相對人賠償有無理由？

查上開兩造爭議事項之內容，係屬相對人應依約履行之爭議，相對人應依系爭契約第 9.2.1 條之約定依約成立「協調委員會」解決之，此觀監察院 98 年 7 月 23 日(98)院台內字第 0981900590 號函相對人台南縣政府之調查意見亦明確指明：「依本直銷中心委託經營契約第九章『爭議解決』載明：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。如無法以協商方式解決，則得以下列方式解決之：『協調』、『仲裁』、『民事訴訟』。台南縣政府農業處針對莛城公司所提爭議事項，前於 97 年 12 月 24 日曾召開『97 年度將軍漁港觀光漁市委託經營輔導小組第 3 次會議—討論莛城公司提出觀光漁市爭議事項』，會議結論略以：『1.協商不成立，進入委託合約（協調）程序。2.莛城公司建議於進行協調程序尚未有結果前，能暫緩第 4 年應於 98 年 1 月 20 日前繳納之定額權利金 100 萬元，惟須經縣府循行政程序簽核後再據以辦理。』，故該府依上開會議結論，對莛城公司相關爭議事項於無法完成協商情況下，

應依委託契約規定進入『協調』程序，殆無疑義。」(見相對人仲裁答辯書【四】附件 8-1)，亦足證明本件相對人應依聲請人之請求成立「協調委員會」解決該爭議。然相對人經聲請人之請求卻拒不成立「協調委員會」以解決該爭議，相對人亦不就該等爭議事項為實際之處理與解決，更甚而於 98 年 3 月 5 日府農漁字第 0980044672 號函復聲請人「有關貴公司請求成立協調委員會案，現今雙方刻正研議合意終止契約，另尋解決方式處理中。」，足見相對人就兩造上開爭議事項之內容未依債之本旨履行其義務，相對人就系爭契約所負之義務有不完給付之情事。且經聲請人依約終止系爭契約。從而聲請人依民法第 227 條第 1 項規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。」、第 231 條第 1 項規定：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。」第 216 條規定：「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。依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」等規定，請求相對人賠償係依法有據，並無不當。

(三)聲請人得請求賠償之金額若干？

1. 本件聲請人請求賠償金額計 26,777,648 元，其內容包含：①固定資產 10,266,075 元。②存出保證金 3,319,500 元。(此金額包含：A、履約保證金 3,000,000 元。B、租賃保證金 319,500 元)。③95 年度營業費用 4,691,133 元。④96 年度營業費用 4,580,500 元。97 年度營業費用 3920440 元。然查：
2. 系爭契約兩造係於 94 年 12 月 29 日簽訂，系爭契約所定營運之建物係於 95 年 2 月 17 日點交予聲請人(見 99 年 8 月 13 日第 1 次詢問記錄第 17 頁記載)。又查兩造系爭契約第 2.3 條約定：「本契約之委託經營期間，為簽約日期起算十年，但得依第 2.5 條約定延展之。」顯見本件聲請人依系爭契約之約定，最少就系爭營運建物得營運十年。然如上述因可歸責於相對人，致系爭契約聲請人於營運 3 年即為終止，聲請人因而就其所已投資購置之營運設備

無法繼續營運獲利而受損害，聲請人自得就所已投資購置之設備於終止契約時尚餘殘值而未能取回之營運設備，依上開說明，請求相對人賠償。經查：本件聲請人主張其因履行系爭契約於 95 年至 97 年所購置營運設備之固定資產已支出 10,266,075 元，雖提出其支出之發票影本等憑證，且聲請人 95 年至 97 年財務報表亦分別經李曉婷會計師、蔡玉琴會計師分別查核簽證屬實。固堪認定聲請人所主張支出之金額 10,266,075 元為真實。然查聲請人 97 年財務報表經蔡玉琴會計師查核簽認之固定資產淨額係 6,122,144 元，此有卷附南台聯合會計師事務所會計師蔡玉琴 98 年 8 月 20 日之查核報告書可證。足證本件聲請人所投資系爭契約所定營運之固定資產迄至 97 年 12 月 31 日止，僅剩該 6,122,144 元之價值。又查該價值含有應由聲請人依約負擔之營運費用計：①廣宣費 937,007 元。②修繕費 415,725 元。③可拆除固定資產 540,190 元(見聲證 73)，此等費用係應由聲請人負擔之費用，或係聲請人可拆除回收之費用，又上開 97 年之固定資產淨額其中有如下之部分係可拆除由聲請人回收：(A、95 年 3 月 14 日購買活性碳+珊瑚石金額 279,550 元。B、95 年 4 月 28 日購買進口桌椅 756,781 元。C、95 年 5 月 25 日購買魚鍋組 102,000 元。D、95 年 6 月 17 日購買瓷器 103,170 元。E、95 年 8 月 25 日購買 2F 之水果區冷凍冷藏冰箱 380,952 元。小計為 1,622,453 元)。上開聲請人應負擔或可回收之金額合計為 3,515,375 元(計算式：937,007+415,725+540,190+1,622,453=3,515,375)，又查此部分雖係應由聲請人負擔或回收，然若係系爭契約未終止，聲請人仍得繼續營運此部分之設施而獲利，因此，此部分之金額於扣減上開 97 年之定資產淨額時，應依該淨額 6,122,144 元與聲請人所主張支出上開固定資產金額 10,266,075 元之比率 0.596(計算式：6,122,144÷10,266,075=0.596【取小數點後 3 位】)計算出之金額計 2,095,164 元(計算式：3,515,375×0.596=2,095,164【四捨五入】)，始符公平。查聲請人 95 年至 97 年所支出之固定資產淨額經蔡玉琴會計師查核簽認為 6,122,144 元經扣減上開 2,095,164 元

計為 4,026,980 元，此金額聲請人依上開民法第 227 條第 1 項、第 231 條第 1 項、第 216 條之規定，請求相對人賠償，係適法有據。

3. 又依系爭契約第 12.3.4 條第 1 項約定：「因不可抗力或除外情事而終止契約之效力：1. 甲方應返還乙方之履約保證金之全部。」經查聲請人已依約於 94 年 12 月 27 日繳交履約保證金 300 萬元予相對人，此為兩造所不爭執，且有台南縣政府出具之繳交履約保證金收據可證(見聲證 14)。從而依上開系爭契約之約定，聲請人請求返還該履約保證金 300 萬元，係依約有據。
4. 查本件兩造簽訂之系爭契約，係由聲請人利用委託經營標的物辦理或提供漁貨販售、餐飲、賣店、休閒等高品質公共服務使用。由聲請人負營運之權責，此觀系爭契約第 2.2 條、第 2.4 條之約定內容即明。聲請人既負有營運之權責，則其為營運行為所支付之 95 年度、96 年度、97 年度之營業費用，及聲請人所主張之租賃保證金 319,500 元，均係聲請人依約應為營運行為所為之支出，尚不能認為該支出係受損害而得請求相對人賠償。此部分聲請人請求相對人賠償無理由。

(四) 相對人主張同時履行抗辯有無理由？

相對人主張：本件聲請人之請求應與聲請人返還資產之同時為履行。然查：本件聲請人係主張因除外情事而終止系爭契約請求債務不履行之損害賠償。系爭契約終止後，聲請人雖有返還資產予相對人之義務，然其返還資產之義務與本件聲請人所主張之債務不履行損害賠償間，並無對待給付關係，尚不能發生同時履行抗辯權(最高法院 59 年台上字第 850 號判例參照)。從而本件相對人主張同時履行抗辯顯無理由，自非可採。

- 三、 綜上所述，本件聲請人請求相對人給付 7,026,980 元(計算式： $4,026,980+3,000,000=7,026,980$)及自仲裁聲請書送達相對人之翌日(經查係 98 年 6 月 24 日)起至清償日止，按週年利率百分之五計算之利息，為有理由。聲請人逾此範圍之請求無理由，不應准許，應予駁回。又本件仲裁費用於審酌聲請人請求之金額及仲裁結果，認應由相

對人負擔百分之 26，餘由聲請人負擔。爰判斷如主文。

四、本件事證已臻明確，本件仲裁庭所得心證如上，兩造其於攻擊防禦方法皆經仲裁庭審酌，並不影響仲裁判斷之結果，爰不逐一論述。併此敘明。

五、綜上論述，本件聲請人之請求為一部有理由一部無理由，爰依仲裁法第 33 條、仲裁機構組織與調解程序及費用規則第 34 條第 1 項規定，判斷如主文。

六、本件仲裁判斷作成地為中華民國高雄市。

中 華 民 國 9 9 年 5 月 1 4 日

主任仲裁人 黃勇雄

仲 裁 人 薛西全

仲 裁 人 黃紹文

上正本證明與原本無異

書 記 員 楊筱綺

中 華 民 國 9 9 年 6 月 1 8 日