臺灣高等法院民事判決

108年度上字第262號

上　訴　人　宏儒營造有限公司

000000000000000000

法定代理人　陳金隆

訴訟代理人　劉俊霙律師

被 上訴 人　內政部營建署

000000000000000000

法定代理人　吳欣修

訴訟代理人　林添進律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國108年1月4日臺灣臺北地方法院107年度建字第318號第一審判決提起上訴，本院於109年3月25日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、上訴人主張：伊承攬被上訴人辦理之「臺中市大里區仁化路雨水下水道改善工程（第二期）」採購案（下稱系爭工程），兩造於民國105年2月3日簽訂工程契約（下稱系爭契約），約定工程總價為新臺幣（下同）1,919萬元，按實作工程數量結算工程款。伊簽約後即依約提送整體施工計畫、整體品質計畫及交通維持計畫經被上訴人核可，而依臺中市道路挖掘管理自治條例（下稱道路挖掘管理條例）第6條第1項、第18條第1項規定，管線埋設人即被上訴人需先取得挖掘道路許可後，始能進行開工前通知及申報開工，且由行政院公共工程委員會（下稱工程委員會）頒訂之重大公共工程開工要件注意事項、重大公共工程開工管制條件機關應辦理事項檢核表及臺北市政府開工前準備教育訓練資料可知，申請挖掘道路許可書為被上訴人開工前應完成之重要契約義務。再依被上訴人核定之工程預定網狀圖記載，系爭工程開

工後之45日曆天為前置作業（含試挖），若被上訴人未於開工日前取得挖掘道路許可書，伊即無法於開工後進行前置作業（含試挖）。因被上訴人怠於履行其申請挖掘道路許可書之義務，導致伊無法開工，詎被上訴人竟依系爭契約第12條第1項約定逕行核定開工日為105年8月1日，斯時被上訴人尚未取得挖掘道路許可書，伊無從於開工後之前置作業進行地下管線試挖，被上訴人無權核定開工日，其遲至105年8月10日始提出挖掘道路許可之申請，並於105年8月25日取得挖掘道路許可書，其所為開工日之核定自屬違約而無效。系爭工程既因非可歸責於伊之事由，未能於系爭契約簽訂次日起6個月內開工，伊遂於105年8月12日依系爭契約第29條第4款約定終止系爭契約，系爭契約並已於105年8月17日終止，嗣後被上訴人再於105年10月24日主張解除契約，並不合法。系爭契約既因不可歸責伊之事由而經伊終止，被上訴人自應依系爭契約第22條第9款第1目約定返還伊於簽訂系爭契約時以定存單4紙提交共計191萬9,000元之履約保證金。另依系爭契約第29條第4款第1目約定，被上訴人亦應賠償伊「契約書裝訂成本費，含印花稅」2萬1,901元、「依契約規定項目已實際執行準備工作費用」：交維計畫書8,000元、購置鋼模、鋼材各37萬440元、1萬3,481元、空污費4萬8,542元，及「工地現場看管之勞工費」10萬元。爰依系爭契約第29條第4款第1目、第22條第9款第1目約定，求為命被上訴人給付248萬1,364元，及加計自起訴狀繕本送達翌日起算之法定遲延利息等語。（原審為上訴人敗訴之判決，上訴人聲明不服，提起上訴）。並於本院聲明：㈠原判決廢棄。㈡被上訴人應給付上訴人248萬1,364元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息。㈢願供擔保請准宣告假執行。

二、被上訴人則以：依系爭契約附件八履約期限補充規定，本工程除有非可歸責上訴人之原因外，上訴人應於接獲被上訴人整體施工計畫、整體品質計畫及職業安全衛生計畫核定日次

日起5日內申報開工並起計工期；若有非可歸責上訴人之原因無法開工，則於排除後依被上訴人通知之次日起5日曆天內開工。本件上訴人檢送之整體施工計畫、整體品質計畫於105年5月6日經伊審定，交通維持計畫部分，伊於105年4月22日提出審查意見表後，上訴人陸續提出第三版、第四版計畫，並於105年7月26日提送第五版交通維持計畫，經伊於105年7月28日核定並通知上訴人開工，惟上訴人拒依約定以書面提送開工資料，伊僅得依系爭契約第12條第1項約定核定105年8月1日為系爭工程之開工日，並無違誤。上訴人雖提出重大公共工程開工要件注意事項、重大公共工程開工管制條件機關應辦理事項檢核表及臺北市政府開工前準備教育訓練資料，而認申請挖掘道路許可書為伊開工前應完成之重要契約義務，惟上開資料，均非系爭契約之文件，伊不受拘束。又申報開工僅為計算工期之基準，與道路挖掘管理條例第6條第1項、第18條第1項規定無涉。且依上訴人提送之工程預定網狀圖，開工後45天內均屬前置作業，上訴人尚應依系爭契約第19條第3款約定提送分項施工計畫供伊審查，再依整體施工計畫第捌章分項施工計畫8-1各分項施工計畫預定送審表所載，上訴人須依預定期程提送擋土開挖計畫、混凝土澆置計畫、鋼筋施工計畫、模板施工計畫、AC施工計畫等，均屬上訴人之履約義務。伊通知上訴人開工後，上訴人竟於105年8月1日函覆伊解除契約，嗣伊再分別於105年8月3日、8月9日、8月17日及8月31日要求上訴人應履行相關規定，均未獲置理，上訴人甚於105年9月2日收受挖掘道路許可書後，亦未有任何工程進度，未提供試挖計畫及進行試挖，顯然上訴人已無履約誠意。伊乃於105年10月24日以上訴人違反系爭契約第29條第2款第9目、第12目約定為由，以函文為解除契約之意思表示，系爭契約已於105年10月26日解除。系爭契約既因可歸責於上訴人之事由經伊解除，伊依系爭契約第22條第6款第4目、第29條第6款、第7款約定，自得不予發還履約保證金。上訴人請求被上訴人返還履約保證金及賠

償損害，並無理由。縱認系爭履約保證金為損害之填補，惟伊解除系爭契約後，將系爭工程另行發包予長廷營造有限公司（下稱長廷公司），致增加費用501萬元，伊得依系爭契約第29條第2款、第6款約定，請求上訴人賠償伊所受損害，並以之與上訴人請求返還之履約保證金為抵銷等語，資為抗辯。並於本院答辯聲明：㈠上訴駁回。㈡如受不利判決，願供擔保請准宣告免為假執行。

三、兩造不爭執事項：

㈠被上訴人就系爭工程採購案辦理公開招標後，於105年1月20日決標，由上訴人得標，兩造並於105年2月3日簽訂系爭契約，有系爭契約在卷可稽（見原審卷第35-86頁）。

㈡上訴人檢送整體施工計畫（包含職業安全衛生計畫）、整體品質計畫及交通維持計畫書經被上訴人核定過程：

1.上訴人於105年2月16日檢送整體施工計畫（包含職業安全衛生計畫）、整體品質計畫及交通維持計畫書，有上訴人105年2月16日宏營（仁化）字第000000000至3號函在卷可稽（見原審卷第225-228頁）。

2.被上訴人審查後於105年2月26日將整體施工計畫、整體品質計畫及交通維持計畫書審查表通知上訴人，請其依照審查結果為相關修正，有被上訴人105年2月26日營水授中字第1053681374至5號函附卷可憑（見原審卷第229-230頁）。

3.被上訴人再於105年3月14日以備忘錄通知上訴人再提送續辦，有被上訴人105年3月14日仁化第105011號備忘錄可證（見原審卷第231頁）。

4.上訴人復於105年3月15日檢送第二版之整體施工計畫、整體品質計畫予被上訴人，有上訴人105年3月15日宏營（仁化）字第000000000至2號函可證（見原審卷第233-234頁）。

5.被上訴人於105年4月22日對上訴人所提之第二版交通維持計畫書提出審查意見表並通知上訴人，有被上訴人105年4月22日仁化第105018號備忘錄在卷可稽（見原審卷第237頁）。

6.上訴人於105年4月29日提出第三版交通維持計畫予被上訴

人，被上訴人於105年5月4日函送主管機關備查，有上訴人105年4月29日宏營（仁化）字第105042901號函、被上訴人105年5月4日營水授中字第1053683092函在卷可佐（見原審卷第239-241頁）。

7.被上訴人於105年5月6日核定第三版之整體施工計畫、整理品質計畫，有被上訴人105年5月6日營水授中字第1053682601號函（見原審卷第235頁）。

8.被上訴人於105年5月19日函請上訴人依主管機關書面建議就第三版交通維持計畫為相關修正，有被上訴人105年5月19日（105）仁化字第1050519001號備忘錄在卷可稽（見原審卷第243頁）。

9.上訴人於105年5月30日檢送第四版交通維持計畫，有上訴人105年5月30日宏營（仁化）字第105053001號函在卷可稽（見原審卷第245頁）。

10.被上訴人於105年6月3日函請上訴人修正第四版交通維持計畫，有被上訴人105年6月3日（105）仁化字第1050603001號備忘錄可證（見原審卷第247頁）。

11.上訴人於105年6月6日檢送修正後之審定版交通維持計畫，有上訴人105年6月6日（仁化）字第105060601號函在卷可稽（見原審卷第249頁）。

12.被上訴人於105年7月19日函請上訴人修正審定版之交通維持計畫，有被上訴人105年7月19日仁化字第1050719001號備忘錄在卷可稽（見原審卷第251頁）。

13.上訴人於105年7月26日檢送第五版交通維持計畫，有上訴人105年7月26日宏營（仁化）字第1050726001號函可證（見原審卷第253頁）。

14.被上訴人於105年7月28日審定上訴人提送之第五版交通維持計畫，並通知上訴人於108年8月1日提送審定版1式8份，並申報開工，有被上訴人105年7月28日營水授中字第1053685842號函在卷可稽（見原審卷第255頁）。

㈢上訴人於105年8月4日向被上訴人表示因系爭工程未取得路

證，無法進場施作，而申請停工。被上訴人於105年8月9日函上訴人表示不同意停工，並請上訴人儘速提送部分計畫（含試挖計畫）及材料設備，有上訴人105年8月4日宏營（仁化）字第1050804001號函、被上訴人105年8月9日營水授中字第1053686129號函在卷可佐（見原審卷第257頁、第409頁）。

㈣被上訴人於105年8月10日就系爭工程道路挖掘工作項目向臺中市政府建設局申請挖掘道路許可，臺中市政府建設局於105年8月25日函送挖掘道路許可書予被上訴人，被上訴人以105年8月31日函檢送挖掘道路許可書予上訴人，其許可挖掘日期為105年8月25日起至105年9月30日止，有被上訴人105年8月31日營署水字第1053686651號函、臺中市政府建設局挖掘道路許可書、挖掘道路申請書可證（見原審卷第261-262頁、第291-292頁）。

㈤上訴人於105年8月12日發函通知被上訴人終止系爭契約，被上訴人同年8月17日收受，有上訴人105年8月12日宏營（仁化）字第1050812001號函在卷可稽（見原審卷第171頁）。

㈥被上訴人分別於105年8月17日、8月31日函催上訴人儘速提送相關資料包含各分項施工計畫（含試挖計畫、棄土計畫、測量計畫、有價土石方處理計畫、擋土開挖計畫、混凝土澆置計畫、鋼筋施工計畫、AC施工計畫、模版施工計畫等，有被上訴人105年8月17日營水授中字第1053686377號、105年8月31日營署水字第1053686651號函在卷可佐（見原審卷第259-262頁）。

㈦被上訴人於105年10月24日依據系爭契約第29條第2款第9、12目約定，以上訴人未依系爭契約申報開工及履行契約，發函通知上訴人解除系爭契約，並依系爭契約第22條第6款不予發還履約保證金，上訴人於105年10月26日收受該函文，有被上訴人105年10月24日營署水字第1053688028號函在卷可佐（見原審卷第263頁）。

㈧被上訴人於106年4月28日，依政府採購法第101條第1項第12

款「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約」為由，對上訴人做成刊登政府採購公報不良廠商之行政處分。上訴人不服該處分，於106年5月22日聲明異議，被上訴人於106年6月12日做成不同意上訴人異議之決定，上訴人再依政府採購法第102條第2項規定提起申訴，仍遭工程委員會以「訴0000000號申訴審議判斷書」駁回上訴人之申訴。上訴人再依行政訴訟法就被上訴人做成刊登採購公報之行政處分、不同意異議之決定、駁回申訴之審議判斷提起行政訴訟，由臺北高等行政法院以107年度訴字第323號審理，並於107年12月20日判決駁回上訴人之訴。上訴人不服，提起上訴，經最高行政法院以108年度判字第594號判決駁回上訴確定，有被上訴人106年4月28日營署水字第1061362518號、106年6月12日營署水字第1061363903號、工程委員會107年1月15日工程訴字第10700015030號函暨所附採購申訴審議判斷書、臺北高等行政法院107年度訴字第323號判決、最高行政法院以108年度判字第594號判決在卷可稽（見原審卷第89-115頁、本院卷第307-318頁、第417-426頁）。

四、上訴人主張其承攬系爭工程，因被上訴人怠於履行申請挖掘道路許可書之義務，致其未能於系爭契約簽訂次日起6個月內開工，其已於105年8月12日終止系爭契約，系爭契約既因非可歸責於其之事由而終止，被上訴人自應依系爭契約第22條第9款第1目約定返還191萬9,000元之履約保證金，及依系爭契約第29條第4款第1目約定賠償其56萬2,364元云云。為被上訴人所否認，並以前詞置辯，經查：

㈠被上訴人得否核定系爭工程於105年8月1日開工？

1.按系爭契約第15條第2款第1目前段約定：「乙方（即上訴人）應於決標後_日曆天（未註明時為30日）內提送整體施工計畫、整體品質計畫（含職業安全衛生計畫）等計畫，並就其主要施工部分敘述施工方法，繪製施工相關圖說，送請甲方（即被上訴人）審定。」，同條第5款第1目約定：「道路主管機關要求必需提出交通維持計畫者，乙方應併同施工

計畫，送請甲方核轉當地政府交通主管機關核准後，始得施工。」。又系爭契約第11條第1款約定：「履約期限依履約期限補充規定辦理」，又附件八履約期限補充規定：「本工程除有非可歸責於乙方之原因外，乙方應於接獲甲方整體施工計畫、整體品質計畫及職業安全衛生計畫核定日次日起5日內申報開工並起計工期；若有非可歸責於乙方之原因無法開工，則於排除後依甲方通知日之次日起【5】日曆天內開工，並於開工之日起【330】日曆天內竣工；…。」。另系爭契約第12條第1款約定：「工期計算基準：㈠乙方應在工程開工、竣工當日前或當日以書面通知甲方，並依甲方核定之結果計算工期。乙方不為通知者，甲方得逕為核定後，以書面通知乙方。」（見原審卷第41-46頁、第163頁），可知上訴人應於決標後30日曆天內提送整體施工計畫、整體品質計畫（含職業安全衛生計畫）送被上訴人核定，如有提出交通維持計畫需求者，應併同施工計畫送請被上訴人轉核當地政府交通主管機關核准後，始得施工。而上訴人負有於接獲被上訴人整體施工計畫、整體品質計畫及職業安全衛生計畫核定日次日起5日內，申報開工之義務；上訴人不向被上訴人通知工程之開工，被上訴人得依約逕為核定開工日，以確立工期計算之基礎。

2.查兩造於105年2月3日簽訂系爭契約，嗣上訴人檢送施工計畫、品質計畫書及交通維持計畫書，經被上訴人審查後於105年2月26日將整體施工計畫、整體品質計畫及交通維持計畫書審查表通知上訴人，請其依據審查結果為相關修正，惟上訴人未據以修正，被上訴人再於105年3月14日以備忘錄方式通知上訴人，上訴人復於105年3月15日檢送修正之整體施工計畫、整體品質計畫及交通維持計畫書，就整體施工計畫及整體品質計畫部分，被上訴人於105年5月6日核定之；惟就交通維持計畫書部分，被上訴人於105年4月22日通知上訴人並提出審查意見表，上訴人於105年4月29日提出第3版交通維持計畫書予被上訴人；被上訴人復於105年5月4日函送主

管機關臺中市政府交通局備查，並於105年5月19日函請上訴人依據主管機關書面建議為相關修正；上訴人於105年5月30日檢送第4版交通維持計畫書後，被上訴人於105年6月3日、6月6日、7月19日函請上訴人修正交通維持計畫書；上訴人於105年6月6日、7月26日檢送修正後之第5版交通維持計畫書，經被上訴人於105年7月28日核定第5版交通維持計畫書後，依系爭契約之附件八「履約期限補充規定」函請上訴人於105年8月1日前申報開工等節，為兩造所不爭執，足認整體施工計畫、整體品質計畫及職業安全衛生計畫業分別於105年5月6日、同年7月28日經被上訴人核定在案，上訴人自應於核定日次日起5日內申報開工。然上訴人於收受被上訴人上開通知交通維持計畫書業經審定完成及請其於105年8月1日前申報開工之函文後，仍未依約定以書面提送開工資料，揆諸上開說明，被上訴人自得逕予核定系爭工程之開工日。被上訴人並於105年8月3日依系爭契約第12條第1款約定，以函文通知上訴人其逕為核定開工日期為105年8月1日，有被上訴人105年8月3日營水授中字第1053685969號函在卷可稽（見本院卷第199-200頁），足徵被上訴人核定系爭工程於105年8月1日開工，自屬有據。

㈡系爭契約是否業經上訴人合法終止？上訴人依系爭契約第29條第4款第1目約定，請求被上訴人賠償契約書裝訂成本費，含印花稅、依契約規定項目已實際執行準備工作費用、工地現場看管之勞工費，有無理由？

1.按系爭契約第29條第4款約定：「因非可歸責於乙方之事由，於簽訂本契約之次日起，逾6個月未能開工或開工後無法繼續施工而停工，其單次停工時間達6個月仍無法復工者，乙方得解除或終止本契約。但經甲方以書面徵詢乙方同意繼續履約者，嗣後開工或復工，乙方得提出工程未開工或停工超過6個月後之期間，依契約規定之準備工作費、工棚租金、工地水電費、電話費、工程安全設施等項目，....若乙方提出解除或終止本契約並得就下列項目提出相關證明文

件向甲方核實求償。1.工程簽訂契約後未能開工者：⑴契約書裝訂成本費，含印花稅」、⑵依契約規定項目已實際執行準備工作費用、...⑸工地現場看管之勞工費。」（見原審卷第76頁）。是系爭工程倘因非可歸責上訴人之事由，於簽約次日起逾6個月未能開工或開工後單次停工達6個月仍無法復工者，上訴人得解除或終止契約。

2.兩造於105年2月3日簽訂系爭契約，依系爭契約第29條第4款約定，應迄105年8月3日止，始符合「逾6個月未能開工」之要件，系爭工程既經核定於105年8月1日開工，難認有簽約次日起逾6個月未能開工或開工後單次停工達6個月仍無法復工之情事。上訴人固依系爭契約第29條第4款約定，於105年8月12日以函文為終止系爭契約之意思表示，並經被上訴人於同年8月17日收受，有上訴人105年8月12日宏營（仁化）字第1050812001號函在卷可稽（見原審卷第171頁），然其所為終止契約之意思表示並不符系爭契約第29條第4款約定，復經被上訴人表明因上訴人未符終止契約要件，礙難同意等情，有被上訴人105年8月17日以營水授中字第1053686377號函附卷可憑（見本院卷第207-208頁），上訴人終止系爭契約，自不合法。是上訴人主張系爭契約業經其於105年8月17日合法終止，要屬無據。

3.上訴人雖主張依道路挖掘管理條例第6條第1項、第18條第1項規定（應係指107年10月15日修正前之規定，下稱行為時之規定），被上訴人需先取得挖掘道路許可書，始能進行開工前通知及申報開工，且工程委員會頒訂之重大公共工程開工要件注意事項、重大公共工程開工管制條件機關應辦理事項檢核表及臺北市政府開工前準備教育訓練資料，均載明機關對於採購案件開工前有申請挖掘道路許可書之義務，然被上訴人怠於履行其申請挖掘道路許可書之義務，因此非可歸責於上訴人之事由，致其無法申報開工，被上訴人自無權逕依系爭契約第12條第1款核定開工日，其所為核定無效云云，固據提出上開檢核表、開工前準備教育訓練資料、注意

事項等為證（見原審卷第119-132頁、第391-392頁）。然依行為時道路挖掘管理條例第6條第1項規定：「管線埋設人辦理道路挖掘應使用道路挖掘管理資訊系統向建設局提出申請，經許可後，始得施工；其因配合公共建設工程辦理遷移或埋設管線者，得併同該工程提出申請。」、第18條第1項規定：「管線埋設人取得挖掘道路許可書後，應於開工前通知有關之里辦公處，並公告於施工路段，另由道路挖掘管理資訊系統向建設局申報開工及施工情形，並依許可期限、位置及面積施工。」，可知管線埋設人即被上訴人固負有取得挖掘道路許可書之義務，然上開規定均係關於管線埋設人辦理道路挖掘之規定，由上開規定「應於開工前通知有關之里辦公處，並公告於施工路段」等內容觀之，其所稱「經許可後始得施工」及「於取得挖掘道路許可書後，另由道路挖掘管理資訊系統向建設局申報開工及施工情形」，顯均係針對申請挖掘道路工程此部分之開工及施工而言，非指兩造間系爭工程之開工及施工，足徵上開規定與系爭契約所約定之申報開工完全無涉。參以被上訴人於105年2月1日所召開之施工說明會及危害告知會議中，業已詳盡告知上訴人施工前準備事項，包含申報開工之時間、各項計畫送審、開工取得路證後，辦理地下管線試挖等流程，有施工說明會及危害告知會議紀錄在卷可稽（見本院卷第391-395頁），上訴人就申報開工之時間、相關開工取得路證後之試挖等流程應甚明瞭。系爭契約復未約定被上訴人應於開工前取得挖掘道路許可書，且申報開工之目的在於計算工期，應以書面通知被上訴人，僅需行文向被上訴人表明開工即可，有工程開工報告表在卷可稽（見本院卷第211頁），上訴人並無何無法申報開工之情狀，要難僅以被上訴人未於開工前先行取得挖掘道路許可書，作為其無法申報開工之理由。另上訴人所引之工程委員會頒訂之重大公共工程開工要件注意事項、重大公共工程開工管制條件機關應辦理事項檢核表及臺北市政府開工前準備教育訓練資料，均非兩造間之契約文件，被上訴人自

不受拘束。則上訴人主張因被上訴人怠於履行其申請挖掘道路許可書之義務，因此非可歸責於上訴人之事由，致其無法申報開工，被上訴人自無權逕依系爭契約第12條第1款約定核定開工日，且核定無效，委不足取。

4.上訴人又主張被上訴人於核定105年8月1日開工後，分別於同年8月9日、8月17日以函文催請上訴人提出書面資料申報開工，可見系爭工程仍處於尚未申報開工之狀況云云，並提出被上訴人105年8月9日營水授中字第1053686129號函、105年8月17日營水授中字第1053686377號函為證（見本院卷第203-204頁、第207-208頁）。然細繹上開二份函文，係被上訴人就上訴人申請停工、終止系爭契約所為之回覆，被上訴人除表明因不符要件而礙難同意外，並同時催請上訴人應提出申報開工相關資料並辦理施工前相關前置作業，惟此並無礙於系爭工程業經被上訴人依系爭契約第12條第1款逕行核定105年8月1日為開工日之事實，系爭工程已於105年8月1日開工，足堪認定。上訴人主張系爭工程仍處於尚未申報開工之狀況，要屬無稽。

5.上訴人終止系爭契約既不合法，則其依系爭契約第29條第4款第1目約定，主張被上訴人應賠償其「契約書裝訂成本費，含印花稅」2萬1,901元、「依契約規定項目已實際執行準備工作費用」：交維計畫書8,000元、購置鋼模、鋼材各37萬440元、1萬3,481元、空污費4萬8,542元，以及「工地現場看管之勞工費」10萬元，即無理由。

㈢系爭契約是否業經被上訴人合法解除？

1.依系爭契約第29條第2款第9目、第12目約定：「契約終止解除及暫停執行…㈡乙方有下列情事之一者，甲方得解除或終止本契約且不補償乙方因此所生之損失，…9.無正當理由而不履行契約者。…12.乙方未依契約規定履約，自接獲甲方書面通知次日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正者。」（見原審卷第75-76頁）。準此，除有非可歸責於上訴人之原因，上訴人只要有無正當理由而不履行契約、或

未依契約規定履約經通知而逾期限仍未改正等情形之一者，被上訴人即取得解除系爭契約之權利。

2.被上訴人於系爭工程監造計畫第三章施工計畫審查作業程序3.1施工計畫分階段送審記載：若無法一次提送全部之施工計畫，則先提「分項施工計畫預定送審表」訂定提送之時限，經審核同意後，將分項工程施工計畫於各分項工程施工前分階段送審（見原審卷第373頁）。又依上訴人提報被上訴人核定之「整體施工計畫」第貳章開工前置作業包含「2-1工地現況調查」、「2-2自然環境概況」、「2-3施工區域內之環境調查」、「2-3-2地下埋設物、地上結構物、房屋之影響鑑定及防護方法」：「1.本工程地上結構物之影響以深開挖防範沉陷及龜裂為主……2.施工前先行與地下構造物之各管線單位協調與套圖並依本工程設計圖說及現場實際探勘以了解地下管線與既有設施之位置、數量及深度，俾使雨水箱涵及管線工程可在安全無虞之情況下順利施工……3.本工程鄰近建物調查……按契約圖說所示在開挖深度的2倍距離為半徑之範圍內之建築物。對建築物結構原有龜裂、滲水、剝落、鋼筋暴露及銹蝕等予以記錄並照相，並標示出損壞位置照相存證……」、「2-4地質研判」（見原審卷第139-142頁）、第肆章工程進度表記載：「本工程於開工時，提報工程預定進度表，於施工期間，按預定進度表掌控施工進度」、4-2工程預定進度表、4-3施工網狀圖並揭示上訴人於申報開工後之前45天屬前置作業（含試挖）（見原審卷第143-145頁），顯見前置作業包含施工區域內之環境調查等諸多事項，試挖僅為其中乙項。另「整體施工計畫」第捌章分項施工計畫8-1各分項施工計畫預定送審表載明上訴人須依預定期程提送之計畫，除整體施工計畫、整體品質計畫、交通維持計畫外，尚須提送擋土開挖計畫、混凝土開挖計畫、鋼筋施工計畫、模板施工計畫、AC施工計畫等（見原審卷第290頁）；另試挖所涉工程之施行，依系爭契約第19條第3款約定，上訴人在試挖前，應將其施工法、施工步驟、以及施

工中檢（試）驗作業等計畫，先洽請被上訴人工程司同意，足認該等計畫之提出，均屬上訴人之履約義務。

3.本件因上訴人未以書面提送開工資料，經被上訴人自行核定開工日為105年8月1日，且陸續於105年8月9日、105年8月17日、105年8月31日發函要求上訴人依契約履行，並請其依各分項施工計畫預定送審表所載預定期程提送擋土開挖計畫、混凝土澆置計畫、鋼筋施工計畫、模板施工計畫、AC施工計畫、試挖計畫等，惟上訴人均未提送，甚於被上訴人取得挖掘道路許可書，並於105年9月2日函送上訴人後，其均無任何工進，復於105年9月2日要求被上訴人應於105年9月20日前應辦理系爭契約之結算等情，有被上訴人105年8月9日營水授中字第1053686129號函、105年8月17日營水授中字第1053686377號函、105年8月31日營署水字第1053686651號函、上訴人105年9月2日宏營（仁化）字第1050902001號函在卷可佐（見本院卷第203-204頁、第207-208頁、原審卷第261-262頁、第279-280頁）。足證上訴人確有無正當理由而不履行契約及未依契約約定履約，自接獲被上訴人書面通知次日起10日內，仍未改正等情事，依上開約定，被上訴人自得解除系爭契約。而被上訴人已於105年10月24日依系爭契約第29條第2款第9目、第12目約定，以上訴人未依系爭契約申報開工及履行契約，發函通知上訴人解除系爭契約，上訴人於105年10月26日收受乙情，有被上訴人105年10月24日營署水字第1053688028號函在卷可佐（見原審卷第263頁），堪認系爭契約業經被上訴人於105年10月26日合法解除。

4.上訴人雖主張依系爭契約第15條第2款第1目及被上訴人檢送之監造計畫第三章施工計畫審查作業程序第3.1、第3.3.1規定，系爭工程各分項施工計畫僅須於各工程施工前30日曆天進行提送即可，且依工程預定進度表、工程預定網狀圖可知，系爭工程須提出分項施工計畫之工程項目，最快的預定進度為開工日後 45天，故各分項施工計畫之提出與系爭工程開工與否無關，另有關材料、設備送審事項，亦非系爭工

程開工前置作業之範圍，且並無開工前或開工前置階段需將各項材料設備提送審查之依據云云。然依前述之系爭工程監造計畫第三章施工計畫審查作業程序3.1施工計畫分階段送審及「整體施工計畫」第捌章分項施工計畫8-1各分項施工計畫預定送審表所載，可知若無法一次提送全部之施工計畫，則先提「分項施工計畫預定送審表」訂定提送之時限，經審核同意後，將分項工程施工計畫於各分項工程施工前分階段送審，而預定提送擋土開挖計畫、混凝土開挖計畫、鋼筋施工計畫、模板施工計畫、AC施工計畫等之日期為105年4月15日（見原審卷第290頁、第373頁），上訴人自應依上開期程提送相關分項計畫，此雖與提報開工無關，然被上訴人以此主張上訴人未依系爭契約履行，其得解除系爭契約，尚屬有據。被上訴人既已合法解除系爭契約，至於有關材料、設備送審事項，是否屬系爭工程開工前置作業之範圍，要不影響系爭契約解除之效力，本院即無庸再予審究。

㈣被上訴人得否依系爭契約第22條第6款第4目及第29條第6款、第7款約定，不予發還系爭履約保證金？上訴人依系爭契約第22條第9款第1目約定，請求被上訴人發還系爭履約保證金，有無理由？

1.系爭契約第22條第6款第4目約定：「乙方依投標須知所繳納之履約保證金及孳息，因可歸責於乙方之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金，不予發還或擔保者應履行其擔保責任。」、第29條第6款約定：「契約經依第2款規定或因其他可歸責於乙方之事由致終止或解除者，甲方得依其所認定之適當方式，自行或洽其他廠商完成被終止或解除之契約；其所增加之費用及損失，由乙方負擔。無洽其他廠商完成之必要者，得扣減或追償契約價金，不發還保證金。甲方有損失者亦同。」、第29條第7款約定：「因前款終止或解除契約，甲方得自通知乙方終止或解除契約日起，扣發乙方應得之工程款，包含尚未領取之工程估驗款、全部

保留款等，並不發還乙方之履約保證金。至本契約經甲方自行或洽請其他廠商完成後，如扣除甲方為完成本契約所支付之一切費用或損失、損害後有剩餘者，甲方應將該差額給付乙方。如有不足者，乙方及其連帶保證人應將該項差額賠償甲方。」（見原審卷第59-60頁、第77-78頁）。可知系爭契約因可歸責於上訴人之事由，致終止或解除契約者，不予發還上訴人之履約保證金或按契約比例發還。本件上訴人因有無正當理由而不履行契約及未依契約約定履約，自接獲被上訴人書面通知次日起10日內，仍未改正等可歸責之事由，而經被上訴人解除全部契約，被上訴人依系爭契約第22條第6款第4目及第29條第6款、第7款約定，不予發還履約保證金，自屬有據。

2.按承攬人交付履約保證金予定作人，係以擔保承攬債務之履行為目的，信託讓與其所有權予定作人，乃信託讓與擔保性質，非使定作人終局地享有該給付。擔保契約常見「抵充約款」及「沒收約款」之約定，前者係指定作人得以承攬人違約情事所致損害數額範圍內，以保證金抵償債務之約定，用以界定定作人得以保證金抵償債務之範圍，僅具宣示保證金擔保目的及範圍之功能；後者則係保證金在一定情況下不予返還之約定，乃具有督促履約功能，可認係當事人約定承攬人於一定違約情事發生時，即應為一定金錢給付之違約金約定。定作人已支付之履約保證金，於「沒收約款」所定違約事由發生時，除用以抵償因違約所生債務外，就超過擔保範圍之履約保證金，即因該「沒收約款」之約定而轉為違約金，並有民法第252條規定之適用，最高法院105年度台上字第1292號判決意旨可資參照。系爭契約第22條第6款第4目約定「可歸責於上訴人之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金，致全部終止或解除契約時，履約保證金全部不予發還」，而具有「沒收約款」性質，本件被上訴人既主張履約保證金全部不予發還，且未以履約保證金扣抵其所受損害，則揆諸首開說明，本件履約

保證金已全數轉為違約金性質。而系爭契約第22條第6款第4目約定，系爭契約因可歸責於上訴人之事由經被上訴人解除後，即得不予發還全部履約保證金，或按契約金額比例計算之部分履約保證金，顯與契約當事人實際受損害若干無關，其性質當非係就債務不履行損害賠償數額予以約定之損害賠償預定性質之違約金，而係以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定強制罰之懲罰性違約金甚明，上訴人抗辯本件履約保證金轉為違約金後係損害賠償預定性質之違約金云云，自不足採。從而，本件履約保證金既已全數轉為懲罰性違約金，上訴人未依所定之債務履行時，被上訴人無論損害有無，皆得請求，上訴人辯稱被上訴人應先證明其因違約事由所受之損害，且僅得就其證明受有損害部分沒收履約保證金，並返還剩餘之履約保證金云云，自不足採。而系爭契約約定價金為1,919萬元，上訴人僅檢送整體施工計畫（包含職業安全衛生計畫）、整體品質計畫及交通維持計畫書予被上訴人核定，嗣即拒不申報開工，於被上訴人依約逕予核定開工日及取得挖掘道路許可書後，仍未提出試挖計畫及依各期程提送相關分項計畫，迄至被上訴人解除契約時，仍毫無工項進度，違約情節重大，而上訴人所繳納之履約保證金僅為約定價金之十分之一，且系爭工程為雨水下水道改善工程，係屬政府機關公共工程，因其拒不履約致被上訴人需另行發包予長廷公司施作，除影響民眾使用公共設施之權益外，並因此增加費用501萬元（見本院卷第229-233頁），審酌上情及現今社會經濟狀況等一切情狀，認本件違約金之約定尚無過高情形，並無予以酌減之必要。

3.系爭契約第22條第9款第1目約定：「乙方依投標須知所繳納之履約保證金及孳息，因不可歸責於乙方之事由，致終止或解除契約者，提前發還或解除保證責任」（見原審卷第60頁）。系爭契約並未經上訴人合法終止，而係因可歸責於上訴人之事由，經被上訴人合法解除，依系爭契約第22條第6款第4目約定，被上訴人本得不予發還履約保證金，已如前

述。而被上訴人業於105年10月24日發函通知上訴人解除系爭契約，並依系爭契約第22條第6款第4目不予發還履約保證金等情，有被上訴人105年10月24日營署水字第1053688028號函在卷可佐（見原審卷第263頁）。則上訴人依系爭契約第22條第9款第1目約定請求被上訴人返還系爭履約保證金191萬9,000元，自屬無據。

五、從而，上訴人依系爭契約第29條第4款第1目及第22條第9款第1目約定，請求被上訴人給付248萬1,364元，及自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止，按年息百分之5計算之利息，為無理由，不應准許。其假執行之聲請，亦失所附麗，應併予駁回。原審為上訴人敗訴之判決及駁回其假執行之聲請，並無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回其上訴。

六、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

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

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　22　　日

民事第十二庭

審判長法　官　陳秀貞

法　官　邱景芬

法　官　蔡世芳

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（均須按他造當事人之人數附繕本）上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項（詳附註）所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　4　　月　　22　　日

書記官　何敏華

附註：

民事訴訟法第466條之1（第1項、第2項）：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人。但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認為適當者，亦得為第三審訴訟代理人。