

臺灣高等法院民事判決

111年度建上字第37號

上訴人 國營臺灣鐵路股份有限公司（原名交通部臺灣鐵路管理局）

法定代理人 杜微

訴訟代理人 蔡鴻斌律師

參加人 劉昭宏建築師事務所即劉昭宏

訴訟代理人 葉仲原律師

被上訴人 巢基營造有限公司

法定代理人 郭守哲

訴訟代理人 陳魁元律師

蘇伯維律師

上列當事人間請求返還工程保證金等事件，上訴人對於中華民國111年3月31日臺灣臺北地方法院110年度建字第51號第一審判決提起上訴，本院於113年4月10日言詞辯論終結，判決如下：

主 文

原判決不利於上訴人之部分均廢棄。

上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

第一（除確定部分外）、二審訴訟費用均由被上訴人負擔。參加訴訟費用由參加人負擔。

事實及理由

壹、程序方面

一、上訴人名稱原為交通部臺灣鐵路管理局（下稱臺鐵局），後因國營臺灣鐵路股份有限公司設置條例第1條、第3條第2項之規定，原所辦理之各項業務，於臺灣鐵路股份有限公司完成登記後，改由其概括承受辦理。上訴人於民國113年1月1日完成公司設立登記，並聲明承受本件訴訟，有聲明承受訴訟

01 狀、公司核准設立登記表可參（見本院卷三第65至66頁、第
02 69頁），核與民事訴訟法第170條、第175條規定相符，應予
03 准許。

04 二、按以單一聲明主張數項訴訟標的，而就各該訴訟標的定有先
05 後請求裁判之順序，為類似的預備訴之合併。類似的預備訴
06 之合併，應同時審理，先位之訴訟標的有理由時，無庸就備
07 位之訴訟標的為判決；先位之訴訟標的無理由時，則應駁回
08 先位訴訟標的之訴，就備位之訴訟標的為判決；先備位訴訟
09 標的均無理由時，則應駁回原告全部之訴。本件被上訴人於
10 原審聲明請求上訴人給付其新臺幣(下同)617萬5483元，及
11 自起訴狀繕本送達翌日起按年息5%計算之利息，先位主張其
12 已合法解除兩造間契約，請求上訴人返還其已付履約保證金
13 396萬8888元，並賠償其因準備履行契約支出220萬6595元之
14 損害，備位主張若其解除契約不合法(而係上訴人終止契約
15 合法)，則請求酌減違約金至零而請求上訴人返還履約保證
16 金396萬8888元。被上訴人係列單一聲明，就其中請求返還
17 履約保證金部分則主張數項訴訟標的(詳如後述)，且就各該
18 訴訟標的定有請求裁判之先後順序。原審認定被上訴人解除
19 契約合法，判命上訴人應給付其557萬3161元(含應返還履約
20 保證金396萬8888元及應賠償損害160萬4273元)本息，駁回
21 其餘請求，上訴人就敗訴部分不服提起上訴。關於請求返還
22 履約保證金396萬8888元部分，原審係認先位之訴訟標的有
23 理由，故就備位之訴訟標的不予審酌(原判決誤載為「先位
24 聲明、備位聲明」)，惟依上開說明，備位訴訟標的應隨同
25 移審，本院自應同時審理（原審就被上訴人其餘60萬2322元
26 本息請求駁回之部分，未據被上訴人聲明不服，該部分不在
27 本院審理範圍，不予贅述）。

28 貳、實體方面

29 一、被上訴人主張：伊承攬上訴人招標之「左營機務分段綜合辦
30 公大樓增建二樓工程」（下稱系爭工程），兩造於107年10
31 月9日簽訂工程採購契約（下稱系爭契約），約定工程總價3

01 968萬8880元，伊已依約繳納前述總價10%之履約保證金396
02 萬8888元。系爭工程之建造執照於備註附表第15點載明「屬
03 本府水利局公告污水下水道實施地區及通水地區者，用戶排
04 水設備設計圖說須經水利局審查合格後始得申報開工」，伊
05 辦理書圖製作及建管作業時，發現上訴人委託設計監造廠商
06 即參加人尚未完成五大管線(自來水、污水、電力、電信、
07 瓦斯)圖說送審，致使伊向主管建築機關高雄市政府工務局
08 (下稱高雄工務局)申報開工未獲核准，伊於107年12月28日
09 向上訴人申請停工。上訴人於108年2月25日召集會議(下稱
10 系爭會議)，結論認定此為參加人之責任，非可歸責於伊。
11 上訴人於107年5月16日領取系爭工程之建造執照，曾依建築
12 法第54條規定申請展期獲准，嗣於108年2月15日屆期失效。
13 伊曾向高雄工務局申報開工，參加人提送不實之切結書，伊
14 未獲告知致始終不知高雄工務局於108年3月19日就開工申報
15 准予備查，斯時建造執照已超過期限(108年2月15日)失效，
16 該備查亦無效，伊欠缺開工施作合法依據，無從動工。參加
17 人未依建造執照備註第15點完成五大管線圖說送審，伊無從
18 施作。又上訴人遲未提供水污染防治措施計畫，縱興建完成
19 亦無法取得使用執照，伊礙難於有違法疑慮下展開施工。伊
20 之履約需上訴人行為(參加人乃履行輔助人)始能完成，系爭
21 工程無法進行施作乃不可歸責於伊，伊已依系爭契約第21條
22 第12項約定，於108年7月24日發函予上訴人解除系爭契約。
23 伊既已合法解除系爭契約，爰依民法第259條規定請求回復
24 原狀返還履約保證金396萬8888元，依系爭契約第21條第12
25 項約定及民法第260條規定請求賠償準備履約所受損害160萬
26 4273元，共計557萬3161元。如認伊解除不合法，備位主張
27 依民法第252條酌減全部違約金，並依民法第179條規定請求
28 上訴人返還履約保證金396萬8888元，及加給自起訴狀繕本
29 送達翌日起至清償日止按年息5%計算之遲延利息(原審判命
30 上訴人給付557萬3161元本息，並為供擔保准、免假執行之
31 判決，上訴人不服提起上訴，被上訴人備位訴訟標的應隨同

移審，於原審逾前述範圍請求不在本院審理範圍）。於本院答辯聲明：上訴駁回。

二、上訴人則以：系爭工程所約定之申報開工，包含需向業主即伊申報開工與向建管機關即高雄工務局申報開工。被上訴人於107年11月14日向伊申報開工，伊已准予備查，被上訴人另於108年2月15日向高雄工務局申報開工，高雄工務局亦准予備查。兩造間應依施工預定進度表計算預計施工進度，依系爭契約第7條約定，工期為210工作天。被上訴人進度落後，伊於108年5月6、13、20、22、28日、6月20、21日催告被上訴人趕工，並開會敦促，俱無結果，截至108年6月18日預定進度為46.93%，但實際進度僅0.001%，落後46.92%，屬系爭契約第21條第1款第5、8、11目違約情形，伊於108年7月18日發函終止契約。伊以被上訴人符合政府採購法第101條第1項第12款為由，依同法第103條第1項第3款規定將刊登政府採購公報，經被上訴人異議、申訴後，行政院公共工程委員會(下稱工程會)駁回申訴確定。縱不論被上訴人未完成申辦停工展延工期所需程序、將108年1月21日至3月19日此期間免計工期，107年11月14日開工日至108年7月18日終止契約日扣除前述期間後對應預定進度為37.62%，實際進度為0.001%，亦落後37.61%，仍已超過系爭契約第17條第11款、政府採購法施行細則第111條之「進度落後20%以上」，延誤履約情節重大，故伊依系爭契約第21條第1款第5、8、11目終止契約，於法有據，被上訴人於其後再主張終止契約則無理由。依系爭契約第14條第3款第4目約定，履約保證金不予發還，則被上訴人訴請返還履約保證金自無理由。系爭工程之建造執照係於106年間取得，被上訴人於108年2月15日向高雄工務局申報開工，經補送文件獲准備查，回溯以申報日108年2月15日為開工日。系爭工程之增建建築物坐落基地非屬污水下水道實施地區，參加人切結內容與高雄市政府水利局(下稱高雄水利局)107年3月30日公告無違，高雄工務局於108年3月19日核准開工適法有據，被上訴人所稱無法開工之

原因並不存在。伊否認有履約遲延或致被上訴人遭受損失，被上訴人託辭拒不履約，如有成本損失，屬可歸責於己而應自行負擔。伊因可歸責於被上訴人之事由而終止系爭契約，依系爭契約第14條第3項第4款、第18條第8項約定，不發還履約保證金並不以實際發生損害為必要，核其性質屬懲罰性違約金，契約總價10%之履約保證金為實務上常見，與工程會所發布規定相符，並無顯失公平，且伊終止契約後需另租賃房舍，亦增加員工交通安全風險、影響排班，確受有相當損害，違約金並無過高，被上訴人要求酌減違約金並無理由等語，資為抗辯。於本院上訴聲明：(一)原判決不利於上訴人之部分廢棄。(二)上開廢棄部分，被上訴人在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、參加人為輔助上訴人而為參加，陳述略以：被上訴人負責向建管機關申報開工，伊出具之切結書係交予被上訴人彙整後向建管機關提出。系爭建造執照因建蔽率及容積率計算須以仁武區善德段325地號等53筆作為一宗土地檢討範圍，然因系爭工程欲新建之建物僅坐落於仁武區善德段342地號內，所有工程項目均施作於該地號內，該地號非屬水利局公告之污水下水道實施地區，伊據此切結表示開工時用戶排水設備設計圖說毋庸送交水利局審查，自無不法可言，且高雄工務局110年9月2日亦已函復說明「污水設備若經建築師查證後切結，並無不合」。被上訴人依系爭契約於107年11月14日開工，於108年2月15日向高雄工務局提出開工申報，於108年3月19日獲同意備查，被上訴人知曉建管機關核准開工，竟無視建管機關之有權認定，逕自以建造執照無效或失效為由而故意不進場施工，法令未賦予營造廠商得自行認定建造執照效力，被上訴人應受建造執照效力之拘束，應依約進場施工，倘被上訴人就建造執照及開工申報等有懷疑，應行文建管機關釋疑，豈能自行認定無效或失效而稱無法動工拒絕施工，直至上訴人於108年7月18日終止前，被上訴人完全無推動任何工程進度，屬自身延宕，所為請求自無理由等語。

01 並聲明同上訴人。

02 四、兩造不爭執事項（見本院卷二第424至425頁準備程序筆錄，
03 並依判決格式增刪修改文句）：

04 (一)被上訴人承攬上訴人之系爭工程，雙方於107年10月9日簽訂
05 系爭契約。工程總價為3968萬8880元，被上訴人並已依約繳
06 納工程總價10%之履約保證金即396萬8888元（原證1）。

07 (二)系爭契約於107年11月14日開工（原證2及被證2）。

08 (三)上訴人就系爭工程委託之設計、監造廠商為參加人。該工程
09 所計畫新建之建築物已取得主管建築機關高雄工務局於107
10 年5月4日核發（107）高市工建築字第01073號建造執照，該
11 建造執照「備註內容」欄第15點載有「屬本府水利局公告汙
12 下水水道實施地區及通水地區者，用戶排水設備設計圖說須
13 經水利局審查合格後始得申報開工，施工完竣須經水利局審
14 查合格後始得申領使用執照」（見高雄工務局函送建造執照
15 案之「開工及勘驗資料」卷〈下稱開工資料卷〉第31頁）；
16 及上開案卷內附有參加人出具之切結書，其上載有「依高雄
17 市政府水利局107年3月30日高市水汙一字第10731942100號
18 公告，本案座落基地非屬汙下水水道實施地區範圍內，故於
19 開工時汙下水水道用戶排水設備設計審查，不需送交高雄市政府水利局審查，特此切結」（見開工資料卷第15頁）。

20 (四)被上訴人於108年2月15日向主管建築機關高雄工務局提出
21 「建築工程開工申報書」以申報開工，經高雄工務局於108
22 年3月19日核准（見開工資料卷第1頁）。

23 五、兩造之爭點（見本院卷二第425頁準備程序筆錄，並依判決
24 格式增刪修改文句）：

25 (一)被上訴人先位主張依系爭契約第21條第12項約定解除契約，
26 從而依民法第259條規定請求上訴人回復原狀返還履約保證
27 金396萬8888元，及依系爭契約第21條第12項約定與民法第2
28 60條規定請求上訴人賠償損害160萬4273元，合計557萬3161
29 元，是否有理由？
30

31 (二)被上訴人備位主張上訴人依系爭契約第14條第3項第4款約定

01 不予發還履約保證金之違約金過高，請求依民法第252條酌
02 減違約金為零，而依民法第179條規定請求上訴人返還履約
03 保證金396萬8888元，是否有理由？

04 六、本院得心證之理由：

05 (一)上訴人主張終止系爭契約已合法生效，被上訴人所為之解除
06 不合法而不生效力：

07 1.按「起造人自領得建造執照或雜項執照之日起，應於6個
08 月內開工；並應於開工前，會同承造人及監造人將開工日
09 期，連同姓名或名稱、住址、證書字號及承造人施工計畫
10 書，申請該管主管建築機關備查。起造人因故不能於前項
11 期限內開工時，應敘明原因，申請展期一次，期限為3個
12 月。未依規定申請展期，或已逾展期期限仍未開工者，其
13 建造執照或雜項執照自規定得展期之期限屆滿之日起，失
14 其效力。」建築法第54條第1、2項定有明文。查高雄工務
15 局就系爭工程之建造執照係於107年5月4日核發，上訴人
16 於107年5月16日領照，有建造執照可稽（本院卷二第59至
17 65頁，下稱系爭建照），於6個月屆期曾辦理展期而延長3
18 個月（107年5月16日起計9個月，於108年2月15日屆滿），
19 是依上開規定，最遲應於108年2月15日以前向高雄工務局
20 申報開工。系爭建照係於107年5月16日即已對外生效，非
21 如被上訴人所稱「不生效力」。被上訴人主張系爭建照之
22 備註第15點所載內容（詳不爭執事項(三)）應屬行政處分之
23 「附款」（參行政程序法第93條），因第15點提及之圖說尚
24 未經水利局審查合格，故系爭建照尚未發生效力云云，然
25 備註第15點內容應非屬可影響系爭建照（行政處分）效力之
26 附款，此觀備註附表末段文字「本附表所列事項，係屬提
27 醒性質，涉及其他相關法令規定者，仍應從其規定辦理」
28 即足明瞭（已說明附表所列事項乃屬提醒性質），被上訴人
29 主張係附款性質而足以直接影響系爭建照之效力云云，顯
30 無可採。

31 2.查依系爭契約附件11「公有建築物施工階段契約約定權責

分工表」，被上訴人須向業主即上訴人申報開工，亦須向
建管機關高雄工務局申報開工（原審卷第139至140頁），
且系爭契約第7條「履約期限」約定，被上訴人應於上訴
人通知日之次日起7日內開工，並於開工之日起210工作天
內竣工（臺灣橋頭地方法院〈下稱橋院〉卷第123頁）。
被上訴人已依兩造107年10月29日會議中之上訴人指示，
於107年11月14日辦理開工（不爭執事項(二)、本院卷一第2
21頁），是應以「107年11月14日」為計算履約日數(工期
210工作天)之起始日。被上訴人另於108年2月15日向高雄
工務局提出開工報告書等書類文件申報開工，經高雄工務
局於108年3月19日核准（不爭執事項(四)、本院卷二第31至
33頁、開工資料卷）。本院曾予函詢，高雄工務局於112
年12月29日函復稱：本案係108年2月15日申報開工，本局
於108年3月19日同意備查（本院卷二第531頁），而建築
法第54條所定之開工申報應屬備查制，此由法條明文用語
可知，高雄工務局於113年1月25日回函檢送之內政部國土
管理署(改制前為內政部營建署)108年6月3日營署建管字
第1080036525號函釋亦已敘明開工申報係屬備查制（本院
卷三第61至63頁），足認高雄工務局於108年3月19日准予
備查，係在就被上訴人開工提出申報一事表示知悉，系爭
工程之建造執照，即因被上訴人於期限(108年2月15日)內
開工(申報)而繼續有效。被上訴人於前述期限末日當天方
提出申報，竟主張因高雄工務局遲於108年3月19日核准，
建造執照已先於108年2月15日屆期失效云云，要無足採，
被上訴人質疑建造執照已屆期失效，聲稱其無從依合法之
建造執照動工施作云云，更無可取。

- 3.被上訴人聲稱從未取得任何五大管線圖說云云，惟上訴人
及參加人均抗辯系爭契約內已有檢附圖說，且於準備程序
當庭提出系爭契約原本完整版，經受命法官當庭核對確認
卷內圖說影本與原本所示相符（本院卷一第481至513頁、
卷二第425至426頁），被上訴人聲稱從未取得云云，顯與

事實不合。被上訴人又主張兩造既於108年1、2月開會，足見前述圖說不完備而無法據以開工等情，並提出兩造及參加人於108年2月25日開會之會議紀錄為證（橋院卷第249至251頁）。查前述會議紀錄雖有提及被上訴人表示系爭工程因五大管線圖說延宕致無法申報開工而須申報停工，並於會議結論記載「一、請參加人儘速再向建管單位了解本案申辦開工應另補正相關文件，及早補件俾利同意開工申請。二、旨案停工一事，經參加人說明並經與會人員審視契約相關規定，原則同意自108年1月21日起停工…。三、責任歸屬：旨案因參加人於發包前至本案開工迄今未能完成五大管線圖審，有不符向建管單位申報開工所需要件，致使本案工程無法順利開工，非可歸責於施工廠商」等語，惟被上訴人已於108年2月15日向高雄工務局提出開工申報，前述會議係在送件後等待通知之期間內召開，且參加人嗣後提出切結書（內容詳不爭執事項(三)），經高雄工務局就被上訴人所提開工報告備查應檢附書類文件已屬齊全，於108年3月19日就開工申報准予備查，有開工申報資料足參（本院卷二第31至92頁），即無被上訴人所稱因系爭建照備註內容提及之圖說尚未完備而無法動工可言。

4. 關於被上訴人質疑高雄工務局因參加人不實切結而準備查應屬無效一節，查參加人陳稱系爭工程欲新建之建物僅坐落於仁武區善德段342地號內，該地號非屬水利局公告之污水下水道實施地區，伊據此切結自無不實不法等情，並以系爭契約內所附圖說A0-10為證，經被上訴人承認形式真正（本院卷二第135、150頁）。前述圖說所示新建建物（指圖說左側圓圈及兩條長方形建物，在既有建物上進行增建，參本院卷二第112頁）旁有標示「342」（地號），對照高雄水利局110年8月26日高市水行字第11036647500號函，提及「污水下水道實施地區係指已完成公共污水下水道之規劃，並經本局公告應辦理用戶排水設備設計審查之地區」，其中仁武區善德段342地號標註「否」（原審卷第

277至278頁)，堪認上訴人及參加人陳稱此地號非污水下水
水道實施地區一節，確屬真實可信。原審就申報開工結果
及以建築師切結代替送水利局審核是否合法等項函詢高雄
工務局，經該局函復系爭建照已於108年2月15日申報開工
完畢，並引用該建照備註欄頁末記載內容及建築法第13條
規定，表示係由設計人(即參加人)依水利局公告規定查明
是否屬實施地區範圍後，檢具證明文件附卷(即開工資料
卷)，向本局申報開工，關於污水設備若經建築師查證後
切結，並無不合之處(原審卷第285至286頁)，足見建管
機關高雄工務局就系爭建照開工申報事宜，係認定建築師
查證切結即符規定，並認開工申報應檢附書類文件已齊全
而準備查，且認同係於108年2月15日申報開工完畢(意即
符合建築法第56條第2項規定)。系爭建照雖記載基地坐落
「高雄市○○區○○段000地號等53筆等如附表」(本院卷
二第59至63頁)，惟前述資料既顯示系爭工程欲新建建物
僅坐落前述342地號，參加人並說明因建蔽率及容積率計
算須以53筆作一宗土地檢討範圍，但實際坐落地號非污水
下水水道實施地區，伊因此切結等情，則以實際施工範圍而
言，342地號之現況既無公共污水下水水道規劃、非屬水利
局要求辦理用戶排水設備設計圖說審查之地區，則參加人
據此表示系爭工程開工時不需就圖說送交水利局審查而出
具切結書以利開工申報事宜，應屬參加人憑建築師專業本
於設計監造人身分所為之適法處理，被上訴人所提「開工
報告備查應檢附之書類文件」因含前述切結書在內(本院
卷二第32頁)，開工之申報因而獲高雄工務局准予備查。
參加人陳稱向建管機關申報開工本屬被上訴人履約事項，
伊出具切結書有助於被上訴人備齊開工申報所需文件，使
系爭建照得以符合遵期開工等情，係屬有據，被上訴人質
疑參加人違法欺騙高雄工務局而為不實切結、高雄工務局
准予備查應屬無效云云，顯然無視於其自身依系爭契約負
有向高雄工務局申報開工之義務，自無可採。

01 5.被上訴人復主張始終不知參加人提送切結書，亦不知已獲
02 建管機關准予開工云云，上訴人抗辯開工申報作業須提送
03 施工廠商營造手冊，建管機關核准時會在營造手冊蓋章，
04 被上訴人持有營造手冊，不可能不知建管機關已核准開工
05 等情。查參加人於108年3月4日以工程備忘錄向被上訴人
06 表示建管機關已同意本案申報開工日為108年2月15日，尚
07 須補送環評報告書及承攬廠商營建手冊以利申報開工，另
08 於108年3月13日發函通知兩造重申上情，並表示污水請照
09 許可影響申報開工問題已與建管單位研商並已解決（原審
10 卷第151、153頁），被上訴人於108年3月6日回函：環評
11 相關事項列於建照備註事項，非伊權責……承攬營造手冊
12 伊已送回補蓋章（橋院卷第265頁），可知被上訴人已獲
13 前述通知並提出營造手冊供開工申報流程之用。高雄工務
14 局針對被上訴人（於108年2月15日）檢附書類文件所提開工
15 申報已於108年3月19日准予備查，有申請案件查詢結果、
16 開工申報書可參（本院卷二第335頁、卷一第189頁），被
17 上訴人身為系爭工程承造人，既檢具資料向高雄工務局申
18 報開工，應會持續關心申報結果，實無可能對於108年3月
19 19日已獲准備查一節不知情；況依營造業法第42條第1項
20 前段明定「營造業於承攬工程開工時，應將該工程登載於
21 承攬工程手冊，由定作人簽章證明…」，承攬工程手冊
22 （營造手冊）係營造業之重要文件（營造業法第20條參照），
23 參酌高雄工務局於112年12月29日函復：申請開工由本局
24 承辦備查後，由起造人領回建照，本局於營造業承攬工程
25 手冊之工程記載表備註欄記載申報開工註記（本院卷二第
26 531頁），與上訴人前揭主張互核相符，則被上訴人至遲
27 於領回承攬工程手冊查見高雄工務局就申報開工註記核章
28 時，亦確定知悉所提開工申報業經建管機關准予備查。被
29 上訴人雖主張始終不知，承辦人員均已離職，營造手冊已
30 遺失無法於本案提出核對云云（本院卷二第460、505頁），
31 惟承攬工程手冊既屬營造業重要文件，被上訴人既仍正常

01 營運中，倘有遺失應會有申請補發紀錄，本院為此向主管
02 機關函查，新竹市政府於112年12月15日函復：旨揭公司
03 為乙級綜合營造業，其自110年9月13日至府辦理申請變更
04 專任工程人員登記案至今，查無任何辦理營造業登記變更
05 等業務之案件，並無申辦承攬工程手冊遺失重新補發等情
06 （本院卷二第527至529頁），足認被上訴人並無因遺失而
07 無法提出之情（被上訴人曾稱有借牌因素而無法提出，後
08 已改稱無借牌情事，本院卷二第460、506頁），上訴人及
09 參加人援引民事訴訟法第282條之1規定，主張被上訴人應
10 係故意不提出承攬工程手冊供核對而妨礙其等舉證，堪認
11 有據，本院綜合上情，認定被上訴人確於108年3月19日已
12 知悉高雄工務局就被上訴人所提申報開工准予備查。

- 13 6.系爭建照係由高雄工務局核發，開工申報亦係向該局提出
14 並經准予備查，被上訴人既知悉建管機關已核准，應無再
15 質疑系爭建照效力之必要（對承造人而言，開工申報獲准
16 應屬有利於施工、有利於承造人之事，豈有提出開工申報
17 希望獲准備查、待獲准時卻反向質疑主管機關准許備查乃
18 屬違法而使系爭建照因不符遵期開工要件而失效之理），
19 倘被上訴人斯時針對高雄工務局准予備查一事仍有疑義，
20 非不能向高雄工務局查詢釋疑。然而，被上訴人知悉開工
21 申報業經准予備查後，竟自行主張前述准予備查係違法而
22 拒絕動工，並頻以系爭建照備註第15點要求設計圖說尚須
23 水利局審查合格始得開工，參加人未完成圖說送審，建管
24 機關就開工申報核准備查並不合法，系爭建照應屬不生效
25 或已失效，上訴人無法提供合於系爭建造規範之施工條件
26 使伊順利施工等理由，主張因圖說不足無從動工、未積極
27 施作乃不可歸責於己云云，顯屬推諉卸責之詞而不足取。
28 又本院曾就「領有建造執照，但申報開工尚未獲准備查之
29 前，承造人得否先行施作、是否有罰則」函詢提問，高雄
30 工務局函請內政部國土管理署（改制前為營建署）釋疑，
31 並參酌該署108年6月3日營署建管字第1080036525號函稱

「建築法第54條規定之開工申報屬備查制，建造執照或雜項執照如逾開工規定且未依第54條第2項規定申請展期者，應依第87條第4款規定裁處，且自得展期之期限屆滿日起失其效力外，無其他罰則」，回復並無罰則，有高雄工務局113年1月25日回函足參（本院卷三第59至64頁），則系爭契約已於107年11月14日開工，被上訴人提出開工申報，縱有就能否取得高雄工務局准予備查一事存疑，非不能先就臨時用水用電設備、假設工程等事項先行施作，於事實上、法令上均無不能動工之情形。上訴人抗辯系爭建照已於107年生效，系爭契約於107年11月14日開工，被上訴人應履約進行施作，108年2月15日開工申報亦經建管機關准予備查，並無不能動工之情事，應屬可採。

7. 查系爭工程於107年11月14日開工，此日開始計算工期，被上訴人曾依約提出施工預定進度表（原審卷第215頁），兩造間應依前述進度表所示據以計算施工進度並判斷有無遲延。然而，被上訴人僅於辦理開工申報時提出建築施工告示牌、施設安全圍籬之照片（本院卷二第39、32頁），於108年3月19日填報施工日誌所載之實際進度為0.001%（本院卷一第569至573頁）。系爭契約第2條(一)11. 約定「廠商應於開工前1日，按本工程特性提出品質及施工計畫，供監造單位審核。若因計畫未依期限提送或有不足，致使計畫未能於契約規定開工日前核定，廠商仍不得進場施工，惟工期應開始計算。」（橋院卷第105頁）。因被上訴人提送之多項施工計畫不完足，經參加人審查屢予要求修正，於108年6月25日、108年7月5日尚曾函復要求被上訴人再修正提送（原審卷第157至174頁）。另依系爭契約附錄2「工地管理」2.2，被上訴人於開工前應先報備工作場所人員名單、勞工保險資料、安全衛生教育訓練紀錄等資料（橋院卷第161頁），然被上訴人為施工人員申請工作證時檢送資料不符規定，屢遭上訴人或參加人退回，回函中均敘明不符或欠缺之理由，此觀上訴人108年5月15日、

01 6月3日函文即知（橋院卷第325至327頁，諸如未提供主管
02 證書、健康檢查內容不符、欠缺勞保資料、欠缺勞工安全
03 教育訓練資料），足徵上訴人抗辯：被上訴人主觀上拒絕
04 進場施作，客觀上其所提之品質及施工計畫不完備、檢送
05 之工作場所人員資料不符規定，屢遭伊或參加人退回要求
06 補正，應屬可歸責於被上訴人之事由等情，係屬可採。

07 8.被上訴人主張因參加人之圖說不完足影響伊申報開工，曾
08 於107年12月28日申請停工，兩造於108年2月25日開會時
09 同意自108年1月21日起停工（橋院卷235、249至251頁），
10 然依系爭契約第7條第3項第1款約定，被上訴人本應檢具
11 事證以書面向上訴人申請展延工期，經上訴人審酌以書面
12 同意延長履約期限（橋院卷第124頁），方屬依約展延。惟
13 被上訴人並未補正申辦停工、展延工期完整文件供參加人
14 審核轉送上訴人核可，有參加人108年3月14日函說明尚缺
15 工期核算表等資料，被上訴人108年3月21日回函堅詞表示
16 自簽約進場即無法申報開工、完全未施工，係申報停工、
17 並非申請工期變更，故不需要工期核算表等語可參（本院
18 卷一第375、377頁），上訴人抗辯該次申報停工展延工期
19 所需程序未完成一節，顯非無據。高雄工務局就被上訴人
20 所提開工申報於108年3月19日准予備查之後，系爭工程直
21 至108年7月18日止，預定進度應為58.57%，實際進度仍僅
22 0.001%，有參加人於108年7月18日填報之監造報表可稽
23 （本院卷一第567頁）。依被上訴人108年6月28日發文予
24 上訴人時自述「若依108年2月25日會議結論同意自108年1
25 月21日停工，於108年3月19日向建管機關申報開工完成，
26 此段期間應不計工期，如扣除該不計工期日，108年5月30
27 日之進度應為21.82%、非來函所示31.13%」（本院卷一第
28 43頁），顯係表達就108年1月21日至3月19日此期間不計
29 工期後，於108年5月30日預定進度應為21.82%之意（此際
30 已落後逾20%）。上訴人主張縱使不論申報停工展延工期所
31 需程序未完成、從寬就前述期間不計工期（31.13%-21.82%

=9.31%，以此差額為後續計算基礎），108年6月18日預定進度仍為37.62%（原預定進度46.93%，扣除9.31%，餘37.62%），但被上訴人實際進度僅0.001%，顯然嚴重落後。上訴人於108年6月21日曾發函予被上訴人，表示工程進度延誤落後，要求於108年7月8日改善完成趕趕進度落後20%以內，否則將依系爭契約第21條第(一)款第5、8、11目約定辦理終止契約（原審卷第105至106頁），然被上訴人嗣後仍無改善（於108年7月18日實際進度仍僅0.001%），上訴人遂於108年7月18日以鐵工管字第1080025295號函，明示被上訴人未履行系爭契約承攬義務，嚴重影響工程進度，有系爭契約第21條第(一)款第5目「因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大」、第8目「無正當理由而不履行契約」、第11目「廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知次日起10日內或書面通知所載較長期限內，仍未改正」之情形，於文到之日起終止契約（原審卷第107至108頁），系爭契約於107年11月14日開工，至108年7月18日被上訴人實際進度仍僅0.001%，形同幾乎毫無進度，則上訴人援引系爭契約第21條第(一)款第5、8、11目約定，表示終止系爭契約全部，自屬有據。上訴人既已收受前述函文，則上訴人所為終止系爭契約之意思表示，即已合法生效。

- 9.被上訴人雖於108年7月24日發函向上訴人表示：招標程序不完備卻逕行招標作業並簽約，致伊受損，參加人未完成五大管線圖說核定致伊開工申報未獲核准，且因請領使用執照尚須水利單位勘驗合格方可申領，上訴人及參加人並無任何文件確認是否依循會議口頭承諾無須拿到使用執照即可竣工，亦未告知伊何時可復工，故均屬不可歸責伊之事由，而要求終止、解除契約（原審卷第307至311頁）。惟查，系爭契約係援用工程會訂頒之採購契約範本，約定條款已有兼顧工程需要與各方權益，被上訴人以可能影響日後請領使用執照（即使施作完成仍無法取得使用執照）、

需上訴人及參加人書面承諾等空泛理由而拒絕積極履約，實難認有據(遑論申領使用執照之前提尚需被上訴人施作完成且符合竣工勘驗審查標準)，被上訴人屢屢質疑系爭建照不生效、已失效，拒絕承認主管機關高雄工務局核發系爭建照、並已就開工申報准予備查之法律上效力，且於108年3月19日知悉開工申報業經准許後仍未積極履約，足認被上訴人於主觀上、客觀上均怠於履行系爭契約，顯然不符「不可歸責於己」情事。上訴人主張係可歸責於被上訴人之事由而延誤履約，進度落後20%以上，依系爭契約第17條第11款、政府採購法施行細則第111條規定(此規定於000年0月間尚存在，108年11月8日始刪除)，催告後，於108年7月18日終止系爭契約，乃屬合法有據，系爭契約既經上訴人合法全部終止而發生效力，則被上訴人嗣後再發函表示解除，自不生任何效力。上訴人主張曾通知被上訴人具政府採購法第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，情節重大」情形將刊登政府採購公報，被上訴人曾提出異議，並就上訴人維持原決定之異議處理結果提出申訴，經工程會申訴審議委員會審議後，認被上訴人申訴無理由，作成申訴駁回之判斷書等情，有工程會訴0000000號採購申訴審議判斷書在卷可稽(原審卷第109至138頁)，且被上訴人並未就前述審議判斷提起行政爭訟。足徵工程會亦認系爭工程係因可歸責於被上訴人之事由導致終止契約且屬情節重大，與本院所為上開認定，互核亦同。從而，上訴人依系爭契約之約定而終止系爭契約全部，乃合法有據。被上訴人主張解除系爭契約，並不合法且不生效力。

10. 被上訴人主張解除系爭契約既不合法不生效，且係可歸責於己之違約情節重大致系爭契約遭上訴人合法全部終止，依系爭契約第21條第1項尚明定機關以廠商履約有可歸責情事而書面通知終止或解除契約之部分或全部時「不補償廠商因此所生損失」(橋院卷第153頁)，是以，被上訴人

01 依民法第259條規定，請求上訴人回復原狀返還履約保證
02 金396萬8888元，及依系爭契約第21條第12項約定與民法
03 第260條規定，請求上訴人賠償損害160萬4273元，合計應
04 給付557萬3161元云云，自無理由，不應准許。

05 (二)上訴人就履約保證金全部沒收，被上訴人主張此屬違約金應
06 予酌減，有無理由？

07 1.按承攬人交付履約保證金予定作人，係以擔保承攬債務之
08 履行為目的，信託讓與其所有權予定作人，乃信託讓與擔
09 保性質，非使定作人終局地享有該給付。擔保契約常見
10 「抵充約款」及「沒收約款」之約定，前者係指定作人得
11 以承攬人違約情事所致損害數額範圍內，以保證金抵償債
12 務之約定，用以界定定作人得以保證金抵償債務之範圍，
13 僅具宣示保證金擔保目的及範圍之功能；後者則係保證金
14 在一定情況下不予返還之約定，乃具有督促履約功能，可
15 認係當事人約定承攬人於一定違約情事發生時，即應為一
16 定金錢給付之違約金約定。定作人已支付之履約保證金，
17 於「沒收約款」所定違約事由發生時，除用以抵償因違約
18 所生債務外，就超過擔保範圍之履約保證金，即因該「沒
19 收約款」之約定而轉為違約金（最高法院105年度台上字
20 第1292號判決意旨參照）。

21 2.系爭契約第14條第3項明定廠商所繳納之履約保證金及其
22 孳息得部分或全部不予發還之情形，其中第4款為「因可
23 歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分
24 所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約
25 者，全部保證金」（橋院卷第141頁）。依前述內容，應屬
26 「沒收約款」，約定於發生因可歸責於被上訴人之債務不
27 履行情事致全部終止契約時，全部保證金不予發還，亦即
28 賦予上訴人不予發還全部保證金之契約效果，將履約保證
29 金充作懲罰性違約金而全部沒收，不予發還。是以，前述
30 履約保證金應屬因可歸責於被上訴人而違約不履行之懲罰
31 性違約金性質。

01 3.按約定之違約金額過高者，法院得依職權減至相當之數
02 額，為民法第252條所明定。契約當事人約定之違約金是
03 否過高，應依一般客觀之事實、社會經濟狀況、當事人實
04 際上所受損害及債務人如能如期履行債務時，債權人可享
05 受之一切利益為衡量標準。違約金屬懲罰性違約金者，並
06 應參酌債務人違約之情狀以為判斷。關於約定違約金過高
07 與否之事實，應由主張此項有利於己事實之債務人負舉證
08 責任，非謂法院須依職權蒐集、調查有關當事人約定之違
09 約金額是否有過高情事，而因此排除債務人就違約金過高
10 之利己事實，依辯論主義所應負之主張及舉證責任。查被
11 上訴人雖主張系爭工程無法順利開工係因上訴人及參加人
12 未完成五大圖說，且上訴人嗣後未予重新發包，可見系爭
13 工程對上訴人已無實益，並無因未施作而受任何損害，縱
14 認上訴人所為終止系爭契約合法，請求將違約金酌減至
15 零，並依民法第179條規定請求上訴人將履約保證金全數
16 返還伊云云。惟查，系爭契約第14條第3項第4款所定「因
17 可歸責於廠商之事由致全部終止契約時，全部保證金不予
18 發還」，係以強制債務履行為目的之懲罰性違約金，上開
19 卷證資料顯示，上訴人及參加人並無被上訴人所指未完成
20 五大圖說之情形，被上訴人執意爭執系爭建照之效力，甚
21 至於108年3月19日獲悉高雄工務局已就申報開工准予備查
22 後，上訴人迭次催促，被上訴人仍怠於動工、無任何施作
23 進度，縱以有利於被上訴人之解釋，將108年1月21日至3
24 月19日之期間不計工期，計至上訴人於108年7月18日合法
25 終止契約之日止，被上訴人怠於履約、進度落後仍遠超逾
26 20%，違約情節顯然重大，且未提出有何違約金約定過高
27 之舉證，則被上訴人請求本院酌減違約金，自無從准許。
28 上訴人主張系爭工程因可歸責於被上訴人致工程延宕，原
29 預定新建建物欲作員工宿舍用，因系爭契約終止後，預算
30 悉數遭收回，員工休息房舍不足、影響司機員及車班人員
31 排班，顯非毫無損害等情，係屬合理。被上訴人違約情節

既屬重大，上訴人主張以履約保證金396萬8888元全部均充作懲罰性違約金，應屬適當，被上訴人請求就違約金酌減至零，進而請求上訴人返還前述履約保證金全部云云，自無理由。

七、綜上所述，被上訴人主張依系爭契約第21條第12項約定解除契約後，依民法第259條規定請求上訴人返還履約保證金396萬8888元，及依系爭契約第21條第12項約定與民法第260條規定請求上訴人賠償損害160萬4273元，合計557萬3161元，另就履約保證金396萬8888元部分，備位請求依民法第252條酌減違約金為零，而依民法第179條規定請求上訴人返還396萬8888元，並就前述金額均請求加計自起訴狀繕本送達翌日起至清償日止按年息5%計算之遲延利息，均為無理由，應予駁回。原審就前述不應准許部分，為上訴人敗訴判決，判令上訴人給付557萬3161元(含應返還履約保證金396萬8888元及應賠償損害160萬4273元)本息，並為供擔保准、免假執行之宣告，自有未洽。上訴論旨指摘原判決該部分不當，求予廢棄改判，為有理由，由本院就原判決該部分廢棄並改判如主文第2項所示。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊或防禦方法及所用證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決結果，爰不予逐一論列。被上訴人雖聲請本院向工程會調取「訴0000000號」事件卷證，欲證明上訴人係於前述申訴程序始提出高雄工務局於108年3月19日核准開工之相關資料，伊於解除系爭契約前均不知參加人向高雄工務局提出違法切結而獲准開工申報備查等情。惟開工申報既係由被上訴人檢具書類文件提出，復須檢送自身之承攬工程手冊供高雄工務局蓋章註記(申報開工註記)，被上訴人要無可能就108年3月19日已准予備查一節不知情，業經本院析述如前，前揭陳述既顯無足採，自無函調上述卷證之必要，附此敘明。

九、據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第450條、第78條、第86條第1項前段，判決如主文。

01 中 華 民 國 113 年 5 月 15 日

02 工程法庭

03 審判長法 官 魏麗娟

04 法 官 郭佳瑛

05 法 官 張婷妮

06 正本係照原本作成。

07 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
08 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
09 （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
10 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
11 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
12 但書或第2項所定關係之釋明文書影本。如委任律師提起上訴
13 者，應一併繳納上訴審裁判費。

14 中 華 民 國 113 年 5 月 15 日

15 書記官 張英彥