最 高 行 政 法 院 判 決

108年度判字第594號

上　訴　人　宏儒營造有限公司
代　表　人　陳金隆
訴訟代理人　劉俊霙　律師
被 上訴 人　內政部營建署
代　表　人　吳欣修
訴訟代理人　林添進　律師

上列當事人間政府採購法事件，上訴人對於中華民國107年11月22日臺北高等行政法院107年度訴字第323號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

上訴駁回。

上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、緣上訴人參與被上訴人所辦理「臺中市○里區○○路雨水下水道改善工程（第2期）」採購案（下稱系爭採購案）之公開招標，並由上訴人得標，兩造於民國105年2月3日簽訂契約（下稱系爭契約）。嗣被上訴人認上訴人未依系爭契約申報開工及履行契約，經通知仍未改正，違反系爭契約第29條第2款第9目及第12目規定為由，以105年10月24日營署水字第1053688028號函（下稱被上訴人105年10月24日函）通知解除系爭契約。復以106年4月28日營署水字第1061362518號函（下稱原處分）通知上訴人有政府採購法第101條第1項第12款規定「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者。」之情事，將刊登政府採購公報。上訴人不服原處分，提出異議，經被上訴人以106年6月12日營署水字第1061363903號函駁回（下稱異議處理結果），上訴人提起申訴，又遭申訴審議判斷駁回，乃提起行政訴訟，經原審法院判決駁回後，遂提起本件上訴。

二、上訴人起訴主張略以：㈠、被上訴人作成原處分所列認定解除系爭契約之事由，與其引述之105年10月24日函內容不一

致，原處分有認定事實未依證據之違法與瑕疵。㈡、被上訴人就本工程自行核定於105年8月1日開工時，根本就未取得挖掘道路許可，且其遲至核定開工日起10日後（即105年8月10日）才進行申請，足證明被上訴人根本無權逕依系爭契約第12條第1款規定核定本工程開工日，且本工程亦早已符合「非可歸責於乙方之事由，於簽訂本契約之次日起（即105年2月4日起），逾6個月未能開工」之情形，並經上訴人通知解除契約在案，被上訴人自無從以「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者」為由，作成原處分。㈢、依據臺中市道路挖掘管理自治條例規定，被上訴人應先取得臺中市政府所核發之挖掘許可，上訴人始能於開工後之前置作業進行試挖；被上訴人既然無法於本工程開工前取得挖掘許可，此顯屬不可歸責於上訴人事由導致無法開工，被上訴人應依系爭契約附件8履約期限補充規定後段規定，於排除該原因後（即被上訴人申請取得挖掘許可後）才能通知上訴人開工並據此核定開工日，被上訴人強行違法核定本工程之開工日屬違法且無效。其據此解除系爭契約及作成原處分，自屬違法而應撤銷等語，求為判決撤銷申訴審議判斷、異議處理結果及原處分。

三、被上訴人則以：㈠、被上訴人於105年7月28日通知上訴人開工後，上訴人並於105年8月1日函復被上訴人並主張解除契約，顯然上訴人就系爭契約已無履約之誠意，被上訴人僅能依系爭契約第29條之約定要求上訴人履行契約。然被上訴人分別於105年8月3日、9日、17日、31日等函要求上訴人應履行契約相關約定，均未獲置理。上訴人於105年9月2日收到道路挖掘許可書，迄被上訴人於105年10月24日主張解除契約前仍未有任何工進，足證上訴人已無任何履行契約之意思，被上訴人僅能於105年10月24日以上訴人違反系爭契約第29條第2款第9目及第12目之情事解除契約。㈡、被上訴人於106年4月28日通知依系爭契約29條第2款第6、9及12目，而有政府採購法第101條第1項第12款之事由，仍有行政處分追

補理由之容許性。㈢、上訴人主張被上訴人核定開工日違反臺中市道路挖掘管理自治條例之規定無據等語，資為抗辯，並求為判決駁回上訴人之訴。

四、原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：㈠、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。然上訴人仍未依約定以書面提送開工資料，則被上訴人依系爭契約第12條第1款之約定，核定系爭契約開工日為105年8月1日，自屬有據。況上訴人於105年8月4日以宏營（仁化）字第1050804001號函（下稱上訴人於105年8月4日函）略以：「……說明：1.本案已於105年8月1日依營水授中字第1053685842號（即招標機關105年7月28日函）申報開工，惟本公司至今尚未取得路證，無法進場施工，不能工進，先行向貴處申報停工。」可知，上訴人亦已依被上訴人105年7月28日函於105年8月1日申報開工，上訴人且自承

係徵詢被上訴人是否願以停工方式解決尚未取得挖掘許可等語，足見上訴人就被上訴人核定系爭契約開工日為105年8月1日乙節，並無疑義。至行為時臺中市道路挖掘管理自治條例第6條第1項及第18條第1項係關於管線埋設人辦理道路挖掘之規定，與系爭契約所約定之申報開工完全無涉。且兩造於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，則上訴人105年8月1日宏營（仁化）字第1050801001號函（下稱上訴人105年8月1日函）即以停工逾6個月為由，要求解除契約，經被上訴人以105年8月3日書函拒絕，自屬有據。㈡、挖掘許可與其他分項施工計畫部分，係屬二事，而上訴人解除契約乙節，於法無據，已如前述。又申報開工為計算工期之基準，與實際於工地施工亦屬二事，此觀上訴人提送之預定網狀圖，開工後45天內屬前置作業足資證明。依上訴人提送被上訴人核定之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」，已載明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，是上開各分項計畫本屬上訴人履約內容。惟被上訴人於105年8月3日至同年月31日發函要求上訴人應依契約履行相關規定，均未獲置理，且上訴人亦於原審言詞辯論時自承未提送試挖計畫或進行試挖；上訴人嗣於105年9月2日要求被上訴人應於同年月20日前辦理系爭契約之結算，亦證上訴人並無繼續履約之意思；又上訴人於105年9月2日收到道路挖掘許可書後，迄被上訴人於105年10月24日解除契約前仍未有任何工進，故被上訴人依系爭契約第29條第2款第9目及第12目約定，以105年10月24日函，通知上訴人解除系爭契約，於法有據。系爭契約之解除顯屬可歸責於上訴人之事由且情節重大，被上訴人並無未盡協力義務之情事。㈢系爭工程工期為330日曆天，並於105年8月1日開工後，因上訴人均無任何工進，被上訴人多次函知就開工後45天內之前置作業應按時辦理，惟均未獲上

訴人回應，上訴人已無履約之意思，被上訴人一再函知上訴人應依契約履行相關約定，並再度於105年9月14日函知上訴人應辦理事項，然上訴人仍均拒未履約，是系爭契約之解除，顯可歸責於上訴人，且違約情節重大，被上訴人依政府採購法第101條第1項第12款規定將上訴人刊登政府採購公報，洵無違誤。至上訴人主張被上訴人於105年10月24日解除系爭契約時，並未引用系爭契約第29條第2款第6目云云。惟經原審詢問被上訴人系爭契約第29條第2款第6目「未經甲方核准逕行停工10日以上」是哪10日？經被上訴人答稱：「原告（即上訴人）於105年8月1日開工後並沒有就相關前置作業有任何工進，被告於105年8月9日催告，從105年8月11日開始都沒有任何工進」等語，則被上訴人於作成原處分時記載上訴人有系爭契約第29條第2款第6目之情事，自無上訴人所指原處分認定事實不依證據之違法與瑕疵等詞，因而駁回上訴人之訴。

五、上訴理由略謂：

㈠、原判決認為本工程之開工日係由被上訴人依據系爭契約第12條第1款規定「自行核定開工日」；然於判決理由中又稱上訴人已於105年8月1日依被上訴人105年7月28日來函向被上訴人「申報開工」。遍觀本件卷內證據可知，上訴人除從未於105年8月1日向被上訴人提送開工資料申報開工，上訴人於105年8月1日僅有去函通知被上訴人解除契約，並無任何證據或函文可資證明上訴人曾於105年8月1日曾向被上訴人機關申報開工。原判決對於認定被上訴人核定105年8月1日開工係屬有效之理由，明顯有「認定事實未依證據」及違反行政訴訟法第189條第1項規定之判決適用法規不當，及有同法第243條第2項第6款判決理由矛盾之判決違背法令。

㈡、依據系爭契約「履約期限補充規定」可知本工程之開工日並非單純以「整體施工計畫、整體品質計畫及職業安全衛生計畫核定日」作為本工程開工日及工期之計算起點基礎，尚須審視本工程是否有「非可歸責於乙方之原因」致無法開工之

情事發生。本工程為「臺中市○里區○○路雨水下水道改善工程」，其工程地點位於臺中市大里區，其各項工程包含「挖方回填工程」、「支管埋設工程」均須進行道路開挖，依被上訴人所核定之整體施工計畫及「4-3施工網狀圖」可知，本工程開工後之45日曆天之「前置作業（含試挖）」工作項目係包含試挖工程，且整體施工計畫書第三章「2-3施工區域內之環境調查」中對於地下埋設物、地上結構物、房屋之影響鑑定及防護方法，亦即本工程於開工日後馬上要進行之開工前置作業，係包括試挖工程，故本工程於開工日前若未依據前開臺中市道路挖掘自治條例取得路證者，上訴人根本就無法於開工日後立即進行前述45日曆天之「前置作業（含試挖）」之工程。原判決理由無視本契約「履約期限補充規定」，逕稱行為時臺中市道路挖掘管理自治條例第6條第1項及第18條規定與系爭契約所約定之申報開工完全無涉，顯有認定事實未依證據及違反行政訴訟法第189條第1項之判決適用法規不當。

㈢、上訴人105年8月1日函未以停工逾6個月為由要求解除契約，原判決理由中稱「原告於105年8月1日，即以停工逾6個月為由，要求解除契約，經被告以105年8月3日書函拒絕，自屬有據」部分，顯有「認定事實未依證據」及違反行政訴訟法第189條第1項規定之判決適用法規不當。

㈣、被上訴人105年10月24日函係以上訴人「違反（本）契約第29條第2款第9目及第12目規定」解除契約，並無同契約第29條第2款第6目之情形，顯見原處分指稱上訴人有違反本契約第29條第2款第6目之情形，係無中生有之不實指摘。原判決對於原處分前開認定事實不依證據之違背法令，並未加以詳加調查為何有此等差異，及調查被上訴人於作成原處分時認定上訴人有違反本契約第29條第2款第6目之具體情形為何，即泛稱上訴人確實有違反本契約第29條第2款第6目之情形，除有認定事實未依證據之違法及違反行政訴訟法第189條第1項規定之判決適用法規不當外，更有判決不備理由之違背法

令等語。

六、本院查：

㈠、按「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：……十二、因可歸責於廠商之事由，致解除契約或終止契約者。」行為時政府採購法第101條第1項第12款定有明文。依該法第1條規定及同法第101條之立法理由可知，政府採購法之目的在於建立公平、公開之採購程序，維護公平、公正之競爭市場，並排除不良廠商，以達有效率之政府採購。而採購契約成立後，得標廠商即負有依債務本旨給付之義務，苟未依債務本旨為給付，並有可歸責之事由，致採購契約被解除或終止，即該當於所稱「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約」。至是否予以刊登政府採購公報，仍應審酌其違約情形是否重大（參照政府採購法第101條之立法理由）及符合比例原則。乃經本院以103年3月份第2次庭長法官聯席會議決議統一見解在案。而所謂「因可歸責於廠商之事由」則係指廠商履行契約客觀上發生違反約定或法定事由，因其欠缺必要之注意，以致契約無法有效履行，達於可以指責之程度。是廠商就其履約事由，應事先規劃，妥為控制，避免違約結果發生。

㈡、次依上訴人提出經被上訴人核定之施工計畫（見原審卷第252頁），系爭採購案之工程內容為雨水下水道工程，包括臺中市○○路○○○號～仁化路570巷、仁化路570巷～善化路口。系爭契約於第11條業明定其履約期限係依「履約期限補充規定」辦理；依其附件八「履約期限補充規定」：「本工程除有非可歸責於乙方（即上訴人，下同）之原因外，乙方應於接獲甲方(即被上訴人，下同)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；…。」系爭契約第12條第1款且規定

：「工期計算基準：（一）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。」第19條第3款規定：「工程品管：……㈡乙方在各項工程項目施工前，應將其施工法、施工步驟、以及施工中檢（試）驗作業等計畫，先洽請甲方工程司同意，並在施工前應會同甲方工程司完成準備作業檢查工作無誤後，始得進入施工程序……」第27條第1款規定：「權利及責任：（一）採購標的之進出口、供應、興建或使用涉及政府規定之許可證、執照或其他許可文件者，依文件核發對象，由甲方或乙方分別負責取得。…」第29條第2款第6目、第9目、第12目規定：「契約終止解除及暫停執行…（二）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，…6.未經甲方核准逕行停工10日以上者。…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。」準此，除有非可歸責於上訴人之原因，否則上訴人負有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，申報開工之義務；上訴人不向被上訴人通知工程之開工，被上訴人且得依約逕為核定開工日，以確立工期計算之基礎。上訴人只要有未經被上訴人核准逕行停工10日以上、或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。

㈢、復按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。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「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……」（見原審卷第121、122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），此部分的前置作業包含：雜項工程、安衛及品質管理等（見原審卷第270、271頁），顯然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且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273頁）；另試挖所涉工程之施行，依系爭契約第19條第3款規定，上訴人在試挖前，復應將其施工法、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，核該等計畫之提出，均屬上訴人之履約義務。

㈣、又依行為時（即107年10月15日修正前）臺中市道路挖掘管理自治條例第3條第1款規定：「本自治條例用詞定義如下：一、管線埋設人：指電力、電信（含軍警專用電信）、自來水、排水、污水、輸油、輸氣、交通控制設施、社區共同天線電視設備、有線電視等需要利用管道或管線之機關（構）、團體或個人。」第6條第1項前段規定：「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」第20條規定：「管線埋設人於申請道路挖掘前，應蒐集有關資料，勘查地上、地下設施之設置情形，其作業應符合交通工程規範、職業安全衛生法及環境保護法規等相關法令辦理。」可知，被上訴人固負有取得系爭工程道路挖掘許可之義務，乃其所不爭（見原審卷第234頁準備程序筆錄），惟依前述約定及說明，申請道路挖掘前，蒐集有關資料則係上訴人之義務。系爭契約且未約定被上訴人應於開工前取得道路挖掘許可；參酌申報開工後有長達45日之前置作業期間，而除試挖外，尚有其他前置作業應進行，上訴人於試挖工程施作前，復有提出相關施工計畫，洽請被上訴人工程司同意並會同完成準備作業檢查工作無誤後，始得進行施工之義務，前亦述及，則被上訴人未於上訴人提出試挖工程施工計畫前，取得道路挖掘許可，尚不構成上訴人不申報開工、怠於為其他開工前置作業之正當理由。

㈤、查兩造於105年2月3日簽訂系爭契約，被上訴人於105年5月6日核定上訴人提出之整體施工計畫及整體品質計畫，並於105年7月28日核定交通維持計畫（第5版），被上訴人且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。然上訴人並未以書面提送開工資料，遂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3日、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，均未獲上訴人置理，其未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，亦未提送試挖計畫或進行試挖。上訴人且以105年8月1日函向被上訴人表示解除契約，並於105年9月20日要求被上訴人辦理結算（以系爭契約已經上訴人於105年8月12日發函終止為由），再者，上訴人業於105年9月2日收到道路挖掘許可書，迄被上訴人於105年10月24日解除契約前仍未有任何工進，系爭工程自105年8月1日起一直處於停頓狀況等情，為原審依法確定之事實。承前所述，被上訴人未於開工前取得系爭工程道路挖掘許可既不構

成上訴人不申報開工之正當理由，則上訴人自無得執此為其無法開工之無可歸責原因。從而，原判決依調查證據之辯論結果敘明：上訴人依系爭契約第12條第1款規定逕行核定上述開工日為有效，上訴人嗣屢經通知，甚於收到道路挖掘可書之後，均未依約履行，顯違反系爭契約第29條第2款第9目及第12目規定，被上訴人以105年10月24日函通知解除系爭契約，係有可歸責於上訴人，且其違約情節重大，被上訴人依政府採購法第101條第1項第12款規定，以原處分將上訴人刊登政府採購公報，洵無違誤等得心證之理由，並就上訴人指摘被上訴人於原處分追加以系爭契約第29條第2款第6目為解約事由係屬違法部分，說明如何無可採據，經核並無上訴人所主張之違背證據法則、行政訴訟法第189條第1項規定，及判決不備理由之違背法令情事。至原判決援引上訴人於105年8月4日函文用語，贅述：上訴人亦已依被上訴人105年7月28日函於105年8月1日申報開工等語，容有未洽，惟並不影響判決之結果。又觀之上訴人105年8月1日函說明：「本案依契約第29條第㈣項（應為第4款之誤繕）規定廠商申請辦理解約。」對照系爭契約第29條第4款規定：「（四）因非可歸責於乙方（即上訴人）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。……。」因105年8月1日距系爭契約簽約日未達6個月，上訴人顯然無得適用此規定為解約之主張，原審未經闡明上訴人執上述函解約之具體事由為何，逕謂：上訴人係以停工逾6個月為由，要求解除契約云云，固屬率斷，然亦不影響判決之結果，原判決仍應維持。

㈥、綜上所述，原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，將訴願決定及原處分均予維持，駁回上訴人之訴，核無違誤。上訴論旨，仍執前詞，指摘原判決違背法令，求予廢棄，難認有理由，應予駁回。

七、據上論結，本件上訴為無理由。依行政訴訟法第255條第1項

、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　12　　月　　31　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　鄭　小　康

法官　劉　介　中

法官　林　文　舟

法官　帥　嘉　寶

法官　林　玫　君

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　109　　年　　1　　月　　6　　日

書記官　張　鈺　帛