

第二章 文獻回顧

2.1 處理廠商遲延履約之相關概述

1. 國內相關法令規定

公共工程廠商遲延履約是最常造成主辦機關認定違約的原因之一，目前國內各工程主辦機關於處理廠商遲延履約之案件時，除依據工程契約之相關規定辦理外，亦可援用「政府採購法」、「政府採購法施行細則」、「採購契約要項」、「工程採購契約範本」、「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」之規定辦理。處理之方式大致可分為：

- (一)通知廠商限期改善(採購契約要項第十八點、工程採購契約範本第九條、公共工程廠商延誤履約進度處理要點第三條)。
- (二)暫停估驗付款(工程採購契約範本第五條、公共工程廠商延誤履約進度處理要點第五條)。
- (三)逾期賠償(採購契約要項第四十五點、工程採購契約範本第十七條)。
- (四)終止或解除契約(工程採購契約範本第二十條、公共工程廠商延誤履約進度處理要點第十五條)。
- (五)終止或解除契約後之處理(採購契約要項第十八、五十八及六十五點、工程採購契約範本第二十條、公共工程廠商延誤履約進度處理要點第十六條)。
- (六)終止或解除契約後之處罰(政府採購法第一百零一條及第一百零三條)。
- (七)依據「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第三條規定：機關處理廠商延誤履約進度案件，得視機關與廠商所訂契約（以下簡稱契約）之規定及廠商履約情形，依下列方式之一處理：
 - (1)通知廠商限期改善。
 - (2)通知連帶保證廠商履約。
 - (3)以監督付款方式，由分包廠商繼續施工。
 - (4)終止或解除契約，重行招標。
 - (5)其他經機關認定並訂明於契約之方式。

2. 相關研究文獻

在相關的研究中，公共工程因廠商遲延履約，自簽包違約通知至重新發包止，平均須耗費六個月之作業時程，對於整體建設計畫之影響相當嚴重。因此，有研究針對公共工程廠商延誤履約處理機制【劉醇彥，2002】，建議主辦機關得採取以通知連帶保證廠商履約及採取監督付款之方式繼續施工。上述之處理方式可以大幅縮短重新發包對契約工期之延誤，在工程未受到其他債權人提出假扣押請求之前題下，是值得主辦機關採行之措施。另有相關研究探討違約接管逐離處理模式之研究【翁美雀，2003】，建議主辦機關自開始評估廠商違約至逐離廠商後重新開工之合理處理時限為 178 天。

然而，若當工程發生不正常的遲延，承包商及主辦機關又無法採用有效的方式令其繼續施工，則終止契約重新發包是不得不也是類似案例主辦機關最常採取得措施。又因為終止契約及重新發包在實務上將會面臨相當多的問題與處理程序，為了縮短作業時程，同時兼顧處理類似案件程序之完整，有必要進一步探討及研究建立處理作業程序，以供主辦機關人員有所依循。

2.2 違約及終止契約之相關概述

2.2.1 違約之認定

(一) 違約之定義

契約訂定後，基於契約嚴守原則，當事人自應依約定履行契約義務，若有因故意或過失而契約不履行或拒絕履行的情形，原則上即構成違約，而令違約之當事人負損害賠償責任或以其他方式救濟【李金松，2004】。換言之，違約(Breach of Contract)之法律概念即是指契約當事人之一方不履行或干擾另一方履行契約之約定或交易。其定義及其要件應於契約內明訂，並由契約當事人遵守。參考聯合國國際貨物買賣公約(Convention on the International Sale of Goods, CISG, 1980)整理關於違約之基本定義如下：

1. 契約一方當事人，由於某種原因，完全沒有履行其契約義務，或沒有全部履行其契約義務的行為。

- 2.除某些例外情形，如因不可抗力事故、賣方或買方可以免責以外，都屬於違約行爲。
- 3.當一方當事人違約，而使對方當事人受到損害時，違約的一方當事人就應負起違約的責任。
- 4.根本違約(fundamental breach of contract)：實際上剝奪了契約對方根據契約有權期待得到的利益。(CISG§25)
- 5.違約的一般救濟方法則包括有：實際履行、減少價款、解除契約、損害賠償及物權方面的救濟方法。

基本上，契約成立後，當事人均有負履行契約全部義務的責任，若未履行其義務，即應負違約責任。然而違約的情境與程度不一，若均以同樣的效果處理，並不妥當，因此違約又可區分為「全部違約(total breach)」與「部分違約(partial breach)」。而其區分則在於違約之情狀是否已達到「重大與重要(sufficiently material and important)」的程度【Arthur L,Corbin,1952】。

雖然嚴守契約是契約當事人道德與誠信的原則，但是若從經濟效率的觀點，當契約當事人之一方履約的成本超過因履約所獲得的利益時，違約是比履約更有效率，此即為「有效率的違約(Efficient Breach)」【Robert Cooter and Thomas Ulen,1988】。

從另一方面而言，契約簽訂後，如果發生任一方因為在無法控制的環境下導致不可能履行(Impossibility of Performance)時，契約可以撤銷。例如，非可預期的工地條件導致無法依據契約規定完成工作，在法律實務上，不可能完全履約的工作是可以被原諒的。這種情況亦適用於雖然當施工技術上可行，然而支出之成本卻非常不成比例，非契約當事人訂約時所能合理的預期，基於商業上的考量是完全不切實際的案例。決定的因素在於因無法預期的環境下履約，是否與原先合理的期望有非常嚴重的不同(Richard H. Clough, 1975)。

(二)我國相關法令之規定

- 1.營造業法第二十七條第十項及第十一項規定，營繕工程之承攬契約，應記載之事項包括「違約之損害賠償」及「契約終止或解除之規定」。
- 2.公共工程廠商延誤履約進度處理要點第十五點規定「機關應於招標文

件中訂明因廠商違約，機關得終止或解除契約之規定」。

3.工程採購契約範本第二十條「契約終止解除及暫停執行」規定，廠商履約，有下列情形之一，機關得以書面通知廠商終止或解除契約，且不補償廠商因此所生之損失：

- (1)有採購法第五十條第二項前段之情形者。
- (2)有採購法第五十九條得終止或解除契約之情形者。
- (3)違反不得轉包之規定者。
- (4)廠商或其人員犯採購法第八十七條至第九十二條之罪，經判決有罪確定者。
- (5)因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。
- (6)偽造或變造契約或履約相關文件，經查明屬實者。
- (7)擅自減省工料情節重大者。
- (8)無正當理由而不履行契約者。
- (9)查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理者。
- (10)有破產或其他重大情事，致無法繼續履約者。
- (11)廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知日起十日內或書面通知所載較期限內，仍未改正者。

(三)承包商違約之認定

1.認定之原則

就法律面有關違約之認定，主要在於檢討契約雙方之過失責任原則(故意或過失為責任要件)，大陸法系之違約過失責任認定在於：契約債務人只有當存在著可歸責於他的過失時，才承擔違約的責任。而英美法系之認定則在於：一切契約都是「擔保」，只要債務人不能達到擔保的結果，就構成違約，應負擔損害賠償責任。

參考美國建築師協會(American Institute of Architects)之規範，因契約之違反而致損害之一方，其所得請求損害賠償之範圍，僅限於因契約之違反所導致之實際損失，且此一損失，於雙方當事人締約便可預期此即為將來違約時可能之責任範圍。

通常在一般的工程契約中，承包商必需有不履行契約的嚴重行為，始構成違約原因，違約的原因必需在契約中載明，當承包商有充分的違約事實發生，並經認定，業主可以終止契約，並主張應有的合法權益。

同時業主可以接管工地，接收全部的工程、材料、設備及工地內所有物料，並停止任何付款直至工程全部完成止，細節則應於契約內明訂。(Keith Collier,1982)。

2.相關工程契約認定廠商違約之原因

參考國際顧問工程師聯合會(International Federation of Consulting Engineers) 制定之FIDIC(Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils) 條款，當工程司證實承包商有以下違約之情形，業主於發出違約通知後十四天，有權終止契約(termination for convenience)，並接管工地(enter upon the Site and the Works)：

- (1) 拒絕履行契約。
- (2) 無正當理由而未能依照 41.1 款(Commencement of Works)規定開始施工，或未能在接到依據第 46.1 款(Rate of Progress)發出的通知後二十八天內進行施工。
- (3) 未能遵守依據第 37.4 款(Rejection)發出的通知，或依據第 39.1 款(Removal of Improper Works, Materials or Plant)發出的指示後二十八天內採取適當的措施。
- (4) 無視於工程司事先的警告，仍然忽視而違反契約上的義務。
- (5) 違反第 4.1 款(Subcontracting)的分包規定。

同時規定，如果因為承包商的違約，業主終止與承包商的契約，必須至瑕疵擔保期間屆滿，才自應付給承包商的款項中扣除經工程司核算之後續施工成本、瑕疵修補費用、逾期完工的損害以及任何因為承包商違約所造成業主損害的總額，業主僅須支付扣除後的總額，若有不足，承包商對超出的部分並應負賠償之責。

我國民法第二百十六條規定：「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，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」此與英美法在損害賠償範圍的衡量上，可以說是殊途同歸。因為違約的損害賠償風險，應該讓訂約人在訂約時有所預見，並讓彼此評估發生風險之可能性以決定契約之條件。因此在解釋上，第二百一十六條第二項所謂「可得預期之利益」，在解釋上也必須是違約的他方就損失的利益有預見的可能性時，始得加以請求。例如賣東西與他方時若

有違約情況，對於買方必須額外花費向第三人購買之金錢，或者是其轉售後可得之利潤是可以合理預期的，故賣方應予以補償。但若是買方打算將購得產品拿去大型展示會，以獲得新的商機的話，則就失去新商機的損失並不能夠向賣方請求，蓋賣方事實上並無可能瞭解到買方的全部意圖。此時除非買方清楚的告知賣方其購買之作用，說明違約之風險，否則此部分似不宜承認買方得以請求期待利益之損失，以免雙方的權利義務有所失衡。

而在國道新建工程所使用之一般規範(80 年版及 86 年版)以及一般條款(92 年版)，認定承包商違約之原因整理如下：

- a. 經法院宣告破產。(80、86 及 92)
- b. 法院已執行或即將執行扣押其財產，足以影響工程之進行。(80、86 及 92)
- c. 未在「開工通知」指定期限內開工，或開工後工程進行遲緩，經工程司督促仍不改善者。(80、86 及 92)
- d. 一再故意不履行合約之義務與責任時。(80、86 及 92)
- e. 拒絕移除不合格之材料。(80、86 及 92)
- f. 拒絕拆除及重新建造不合規定之工程。(80、86 及 92)
- g. 全部工程無故停工達十四天以上。(80、86 及 92)
- h. 放棄合約。(80)
- i. 拒絕接受合約變更設計之施工。(80、86 及 92)
- j. 有「承包商財力不足使工作停頓時之處理」情形之一影響工程進行時。(92)
- k. 違反契約「轉包及轉讓」規定將本契約轉包或轉讓時。(80、86 及 92)

當承包商有上述違約情形之一時，主辦機關得以書面通知承包商及其保證人在 30 日內改善其違約行為。若承包商未於規定期限內善，主辦機關得書面通知承包商及其保證人終止契約。

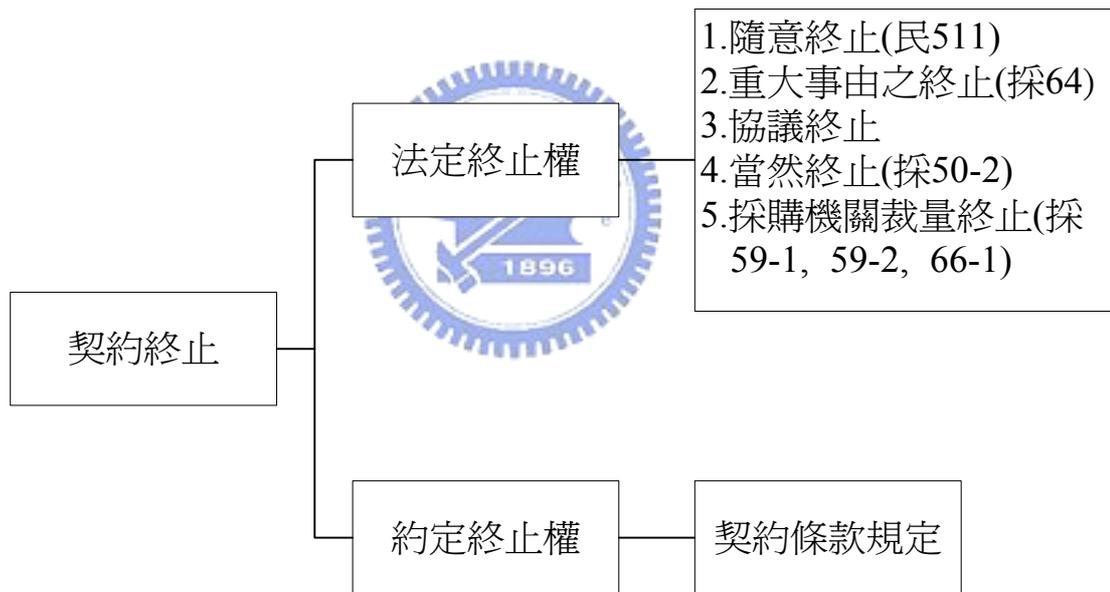
2.2.2 終止契約之相關規定

(一)終止契約之意義與法律效力

1. 終止契約與解除契約之比較

所謂「終止契約」，乃契約當事人之一方，行使法律或契約所賦予之終止權，將因契約所生之法律關係終止，使契約之效力向將來消滅之行爲。換言之，契約關係自終止時起歸於廢止，向後失其效力，而以前所生之效力，則並不受其影響【郭美伶，2000】。亦即契約之「終止」乃使契約嗣後歸於消滅之行爲，換言之，契約因終止權之行使，由契約當事人之一方，以意思表示使契約嗣後的失其效力。

終止權有法定終止權及約定終止權。終止權人於契約終止以前，已有之損害賠償請求權，不因終止權之行使而受影響，因此「終止」權之行使較適用於工程仍須繼續施工時，廠商違約之處理。工程契約終止之法律關係詳圖 2-1 所示【游國清，2001】



註：民511：民法第511條

採64：政府採購法第64條

採50-2：政府採購法第50條第2項

圖【2-1】工程終止契約之法律關係

所謂「解除契約」，則係指契約當事人之一方，行使其本於法律

或契約規定之解除權，以消滅契約所生之效力，使於當事人間如同自始即未訂約之狀態。換言之，解除權之行使，乃使契約效力溯及的消滅，亦即使契約自始歸於消滅，以回復訂定契約前之狀態【郭美伶，2000】。解除權一經行使，契約即自始歸於消滅，故解除權為形成權之一種。亦即契約之「解除」係指當事人之一方因行使解除權而使契約自始歸於消滅，以回復契約訂立前之狀態。解除權有約定解除權及法定解除權。契約解除後，契約所生債務尚未履行者，僅其債務消滅而已，其業已履行者，該受領給付之當事人應向他方返還給付，以回復未訂約以前之原狀。

故終止契約是使契約自終止時起消滅，並無溯及效力，是與解除契約不同。一般於工程承攬或勞務工作既較屬繼續性契約之特性，除了訂約後未履約前或訂約後初履約時，其行為合於得解除契約之規定；否則，在已履約中涉及債務消滅之問題，宜適用終止契約之規定。

綜合契約終止權及解除權之比較，主辦機關鑑於仍須將未完成之工程繼續施工，同時保有損害賠償之請求權，故應行使「終止」權，而非「解除」權。

2.終止契約之法律效力

(1)契約關係向將來消滅

終止權一經行使，即使繼續的契約(如已開始施工而尚未完工之工程)關係，自終止時起，歸於廢止，向後失其效力，至於終止以前所生之效力，並不受其影響。

(2)不妨礙損害賠償之請求

依民法第二六〇、二六三條規定，公共工程終止契約時，當事人一方因他方當事人故意或過失，致權力受侵害者，他方當事人負損害賠償責任，並不因契約之終止而受影響。

(二)國內現行法令有關因廠商之過失而終止契約之相關規定

- 1.工程採購契約範本第二十條「契約終止解除及暫停執行」末段規定，機關未依第一款規定通知廠商終止或解除契約者，廠商仍應依契約規定繼續履約。

契約經依第一款規定終止或解除者，機關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，由廠商負擔。

2.採購契約要項

(1)第十八點第二項：廠商不於前項期限內，依照改善或履行者，機關得採行下列措施：

(一)使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用，均由廠商負擔。

(二)終止或解除契約，並得請求損害賠償。

(2)第六十五點：契約得訂明終止或解除契約，屬可歸責於廠商之情形者，機關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，由原契約廠商負擔。

(3)第五十八點：機關得視採購之特性及實際需要，就第四十五點逾期違約金以外之損害賠償責任，於契約中明定其賠償之項目、範圍或上限，並得訂明其排除適用之情形。廠商應負責之損害賠償金額，機關得自應付價金中扣抵；其有不足者，得自保證金扣抵或通知廠商給付。

3.公共工程廠商延誤履約進度處理要點第十五條規定：機關應於招標文件中訂明因廠商違約，機關得終止或解除契約之規定，其內容應載明下列事項：

(1)機關得通知廠商終止或解除契約之條件。

(2)終止或解除契約後，廠商應配合辦理之事項包括負責遣散工人、負責維護工程至機關接管為止，並配合機關辦理結算。

(3)終止或解除契約後，機關得採取之措施。

(4)終止或解除契約後，工程款之處理原則。

(5)終止或解除契約後，機關所受損害之求償等。

同要點第十六條規定：機關辦理終止或解除契約時，應注意下列事項：

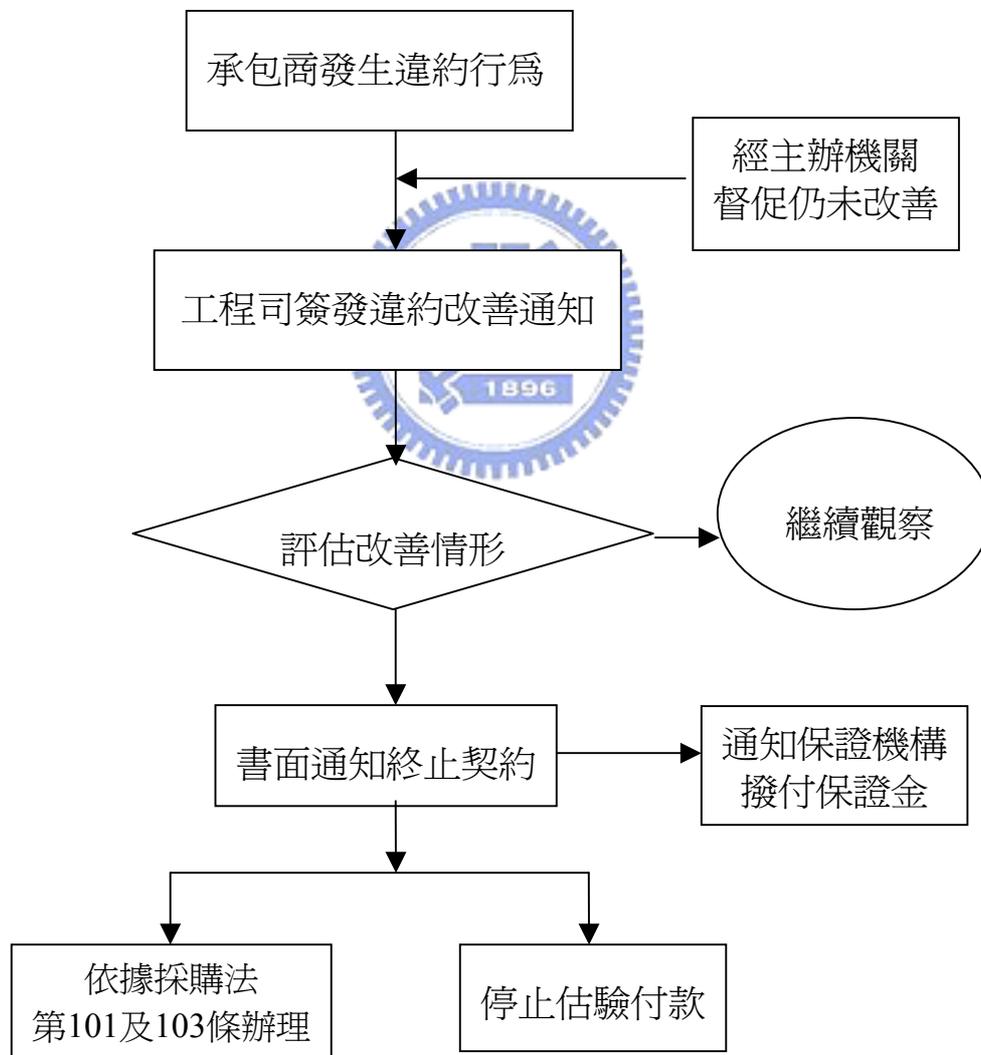
(1)自通知廠商終止或解除契約日起，停發廠商之工程款，包括尚未領取之工程估驗款及全部保留款等款項，且依契約規定不發還廠商之履約保證金。

(2)辦理工地接管時，應嚴格管理廠商與其分包廠商人員、車輛之進出，必要時得洽商警政機關或聘僱保全人員協助辦理。

- (3)對於廠商運至工地之合格器材，應詳加清點，並依契約規定辦理。
- (4)對於已施作完成之工作項目及數量，應會同監造單位及廠商辦理結算，並拍照存證；廠商不會同辦理時，機關得逕行辦理結算。必要時，得洽請公正、專業之鑑定機構協助辦理。

2.3 因廠商違約終止契約之程序

2.3.1 現行工程契約有關終止契約之程序



圖【2-2】現行終止契約流程圖

國道新建工程一般條款 92 年版處理因廠商違約而終止契約之程序如下：

- (1) 當承包商有違約行為發生時，或經工程司督促仍不改善時，由工程司簽發違約改善通知限期於三十日內改善。
- (2) 當承包商仍未改正其違約行為，國工局得以書面通知承包商終止契約，並通知其保證機構繳交保證金。
- (3) 停止估驗。
- (4) 依據政府採購法第一百零一條及一百零三之規定予以停權。

其處理流程圖如圖 2-2。

2.3.2 終止契約後之相關程序

國道新建工程一般條款 92 年版處理終止契約後之程序如下：

1. 接管工地

- (1) 主辦機關依法令規定或契約其他可歸責於承包商之事由或「主辦機關終止契約」規定終止契約後，主辦機關得接管工地並將承包商逐離。
- (2) 接管工地後，工程司得即辦理驗收及下列事項：
 - (A) 列表評值部分：
 - a. 已依契約完成之工程或工作，就完成部分依本章並參酌有關驗收之適當規定辦理驗收及評值。
 - b. 因工程實際需要，經工程司認定應予保留之材料或施工設備等。
 - (B) 經工程司認定屬承包商且不須保留者，工程司得限期要求承包商運離工地部分：
 - a. 未辦理估驗付款之材料或施工設備等。
 - b. 已估驗付款之材料或施工設備等，經工程司認定非屬工程實際需要且不須保留者，除通知承包商領回外，工程司將扣還已付款項。
 - c. 承包商未於期限內運離前述任何材料或施工設備等，工程司得將其視為廢棄物自行處理。

(C)應扣留尚未解除保證責任之全部履約保證金及差額保證金。

(D)應追繳承包商未返還之預付款。

(3)驗收完成即起計保固期一年。

(4)主辦機關得將尚未完成之工程或工作自行或使第三人完成之。

2. 終止契約及接管後之付款

(1)主辦機關依規定所扣留尚未解除保證責任之全部履約保證金及差額保證金得予以兌現取償，全數沒入充作主辦機關接管工地、重新發包、繼續施工等所導致之損害賠償，不予退還。承包商之前述違約賠償責任，除本契約另有規定外，即為上開保證金額之全數。

(2)主辦機關接管工地後，工程司依本契約規定開始評值驗收，經扣除瑕疵改正等承包商應支付費用後，如有剩餘之估驗計價款，主辦機關將於上述履約保證金及差額保證金全額兌現沒入後，將上開剩餘估驗計價款給付承包商。保留款則於保固期滿扣除保固瑕疵改正等承包商應支付費用後退還承包商。

(3)如分包商曾依政府採購法第六十七條第二項規定報備主辦機關並設定權利質權者，且其分包部分之項目及金額經工程司確認合格完成者，主辦機關有權於其工程結算後，自承包商之待領契約價金中逕行代承包商直接支付予該分包商。

3. 緊急補救或搶修

主辦機關依「接管工地」之規定並逐離承包商後，如發現本工程或任何工作有可歸責於承包商之事由所致之瑕疵、毀損或滅失，工程司認為應進行緊急補救、搶修或其他工程或工作之必要時，主辦機關得自行或使第三人辦理。

4. 費用追繳

有「緊急補救或搶修」之情形，辦理該搶修工程之一切費用，將從應支付承包商之估驗計價款及保留款中扣抵。

終止契約後主辦機關應辦事項彙整如表 2-1。

表【2-1】終止契約後主辦機關應辦事項彙整表

項目	應辦事項
接管工地	(1) 驗收，驗收完成起計保固期一年。 (2) 列表評值 (3) 限期要求承包商將設備機具材料運離工地。 (4) 扣留履約保證金及差額保證金 (5) 追繳尚未繳還之預付款 (6) 完成接續工程
終止契約後之付款	(1) 兌領全部之履約保證金及差額保證金作為定額賠償。 (2) 評值驗收改正瑕疵後給付應得估驗款。 (3) 保留款於保固期滿改正瑕疵後發還。 (4) 契約價金逕代承包商之付登記有案之分包商。
緊急補救或搶修	有本項事由者由主辦機關得自行或使第三人辦理。
費用追繳	由承包商之估驗計價款及保留款中扣抵。

2.3.3 相關規定之變革

以國道新建工程一般條款(92年版)比較80年及86年版一般規範，相關終止契約後之規定有以下之主要變革：

1. 驗收

在適用國道新建工程之80年版及86年版一般規範中，並未針對違約逐離之承包商所施作之工程部分辦理驗收之規定，造成接續承包商進場施工後，相關界面、品質瑕疵認定及整體工程驗收之問題，因此在92年版一般條款中加列工程司接管工地後得即辦理驗收之規定，以釐清責任歸屬，及符合政府採購法有關驗收之規定。

2. 釐定違約賠償之性質

行政院九十二年六月十六日院授主會字第0920004010號函政府各機關保險或履約保證，取得之保險理賠金或履約保證金處理方式，應依下列原則辦理：

(1)各機關以機關為受益人之各項保險或履約保證所取得之保險理賠金或履約保證金，係屬完成原訂計畫目標，具有財物現狀重置或工程在原範圍內重新施作之性質，故機關將所取得之保險理賠金或履約保證金運用於原保險標的財物之現狀重置或工程在原範圍內重新施作之經費，應屬適當。

(2)前項所取得之保險理賠金或履約保證金之執行原則如次：

- a.有財物現狀重置或工程在原範圍內重新施作必要者，於簽奉機關首長同意後，得就該筆保險理賠金或履約保證金逕依會計程序處理。倘有不足，所需經費應依預算程序辦理，如有賸餘，應予繳庫。
- b.經評估無需重置或重新施作者，保險理賠金或履約保證金應全數繳庫。
- c.財物現狀重置或工程在原範圍內重新施作之採購，應依政府採購法相關規定辦理。
- d.發生保險事故之財物或已毀損之原施作工程，如已列財產帳者，應依審計法有關報損之規定辦理。

依據上述處理原則之第 2.(a)及(b)點之規定，工程主辦機關在認定承包商違約後，向保險或保證機構所取得之保險理賠金或履約保證金，係屬定額賠償性質。可以解釋為無論該筆賠償款是否足夠支應工程主辦機關賡續辦理接續工程所需之費用以及一切損失，工程主辦機關均不再向承包商主張另外之求償，而保險或保證機構亦不能請求工程主辦機關在支應接續工程所須一切費用後賸餘之款項。

因此 92 年一般條款中，承包商之違約賠償責任，除契約另有規定外，即為主辦機關於終止契約時所保有之保證金額之全數。

3.契約價金逕行支付分包商

由於國道新建工程諸多發生得標廠商財務危機之標案中，因為主廠商遭遇法院假扣押的關係，並未有成功實施監督付款之案例，影響到眾多分包商權益，因此在一般條款中，增列分包商曾依政府採購法第六十七條第二項規定報備主辦機關並設定權利質權者，主辦機關有權於其工程結算後，自承包商之待領契約價金中逕行代承包商直接支付予該分包商之規定。

4.逾期罰款

二高後續計畫南部路段及北宜高速公路建設計畫適用的 80 年版一般

規範中規定，因承包商違約逐離接管後，承包商尚需負擔逾期之費用，亦即當承包商於契約核定完工日之前遭主辦機關認定違約逐離後，主辦機關自行或使第三人完成全部未完成之工程期限，如超出原契約完工日，則須科以逾期罰款。此節由於爭議性大，且法律見解不一，故在後續修改一般規範時已將逾期罰款之規定予以剔除。

