

# 工程契約的決標、書面、 進場施作

——評最高法院110年度台上字第2797號  
民事判決



林更盛

東海大學法律學院教授

黃正光

東海大學法律學院兼任講師

## 摘要

工程承攬契約多經減價、比減價、協商議價等程序而決標。之後招標人又常再另行提出新的施工圖說。司法實務固然承認得標人因而取得優先締約權，惟吾人若認當事人尚有誠摯協商締約義務，則決標似為將來要訂定本約的預約。又工程實務上多有訂立書面工程契約之約定，基於其重要性，原則上應認為是工程承攬契約的生效要件。也因此，對於書面約定的變更、修正，亦應以書面作為生效要件。至於本件得標人於簽訂書面契約前即進場施作，惟其於6個月期間所施作者，尚不超過總工程金額的0.38%，應可認為得標人之提前進場施作，尚無法作為終局的書面承攬契約、業已生效的論據。

## 目次

- 壹、事實摘要
- 貳、爭點
- 參、法院見解
- 肆、評析
- 伍、結論

### 壹、事實摘要

上訴人A擬將其所承攬之「長○醫院林口總院新宿舍新建工程」當中之機電工程分包施作，於105年4月1日以電子郵件傳送相關工程之圖說、規範等資料，邀請被上訴人B報價。B於同年4月28日至長○樣品室參觀，於同年5月9日向A提出9億0,887萬7,013元（未稅）之報價單。雙方於同年5月11日召開議價會議，B報價金額減為8億2,000萬元。之後A再通知B於同年5月19日進行投標簡報，B於當日維持8億2,000萬元之報價。雙方於同年5月26日再進行議價，由B以新臺幣8億2,000萬元（未稅）得標。A於105年5月26日雙方議價之後，再提出新的施工圖說。

依系爭投標須知第6條規定，以及A於105年5月23日寄發之得標通知函，得標廠商如於決標日或接獲上訴人通知得標之日起1個月內、未完成合約簽訂及履約保證金繳交，視為拋棄得標。另依A要求B簽訂之承攬合約書第20條「附則」第1項則明定：「本合約及其附件自簽訂之日起生效」。B得標後於同年6月8日進場施作，並辦理營造綜合保險，同年7月13日交付履約保證金連帶保證書。由於雙方對於施工設計圖、規範始終無法達成合意，最後於105年12月5日召開協調會，B表示希望A補貼工程款1億3,000萬元，但A僅同意補貼1,700萬元，致未能完成簽訂承攬書面契約。最後B於105年12月22日發函表示：雙方就承攬範圍及金額無法達成合意，承攬契約不成立，請A就已施作之工程進行結算，並返還銀行保證書。A則於105年12月23日發函予B，表示：雙方就工程契約之重要之點已達成合意，然B迄未依投標須知第6點之期限辦理簽約等，已構成違約情事，依法終止系爭工程契約。經兩造結算，至105年12月21日為止，B施作之工作部分價額為310萬8,425元（含稅）。B之後以訴請求：A之取得該履約保證金8,610萬係無法律上之原因，依民法第179條規定請求A返還該保證金及以施作工

作部分的利益，共計8,920萬8,425元以及利息等。A則抗辯：B既已於同年6月8日進場施作等，顯示雙方契約既已成立。A受領施作工作的利益，有法律上原因。A於105年12月9日函催B簽訂書面契約（預定之承攬合約書），B不願簽訂書面、不繼續履約，有違約情事，A依據預定之承攬合約書第14條約定、終止承攬契約；並就系爭履約保證金取償，B不得請求返還。

## 貳、爭 點

本件涉及建築承攬契約之決標、意定要式（書面），以及得標人於得標後、簽約前即進場施作等之法律性質爭議。

## 參、法院見解

一、本件原審判決B勝訴，主要以：依系爭投標須知第6條以及得標通知函，得標廠商如未於期間內完成合約簽訂及履約保證金繳交，視為拋棄得標。且依預定之承攬合約書第20條第1項約定，簽訂書面契約乃兩造間承攬契約之生效要件。因此B於得標後僅取得優先議約權，兩造最終未能完成簽訂書面契約，視為B拋棄得標、承攬契約不生效。至於B於同年6月8日進場、7月13日繳交系爭履約保證金連帶保證書，僅為系爭工程前期準備作業，尚難據以認定兩造間承攬契約有效成立。又依投標須知第6條規定，得標廠商逾期不辦理簽約者，視為拋棄得標，不予退還押標金，應以得標廠商無正當理由不辦理簽約者為限，而非逾期不簽約者一律不予退還，始為公允。

二、最高法院廢棄原審判決，主要以：承攬契約，法無須以書面始得成立承攬契約之明文，自應適用民法第153條第1項規定，於當事人互相表示意思一致，無論其為明示或默示，契約即為成立。又解釋契約，應探求當事人立約時之真意，斟酌立約時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從該意思表示所根基之原因事實、經濟目的、社會客觀認知，及當事人所欲發生之法律效果，作全盤之觀察，藉以檢視其解釋結果對兩造之權利義務關係是否符合公平正義。自上開兩造就系爭工程相關各歷程，予以全盤之觀察，似見兩造均本於系爭工程承攬契約當事人之意思履行，承攬契約之範圍（105年4月1日圖說檔案）及報酬（8億2,000萬元）均確定，且B於得標會議後即進場施作，兩造於105年12月21日會議討論終止契約，同意結算被上訴人施作部分，辦理工程現況點交及文件交接事宜，依經驗法則及社會客觀認知，能否認兩造

就系爭工程之承攬契約未有效成立？若謂其等未成立承攬契約，是否符合公平正義？自滋疑義。原審未遑詳查細究，恕置兩造其後履行之事實行為不論，逕以被上訴人得標僅取得優先議約權及預定之承攬合約書第20條約定，遽謂兩造未成立承攬契約，已有可議。

## 肆、評 析

針對上述三個主要爭點，本文分述如下：

### 一、決 標

在承攬工程，不論是公開招標，選擇性招標或限制招標，都有定作人的決標行為。觀諸一般工程承攬實務，雖然偶有決標內容與投標內容完全一致；於此情形，固可認要約（投標）與承諾（決標）一致而（工程承攬）契約成立。但更常見的是：投標系經減價、比減價，以及如本件情形的協商議價程序而決標（另參政府採購法第52條以下），因此決標的報酬額異於得標人所為投標之報酬數額。在此，依一般實務，當事人固應當受到決標的報酬額的拘束。但決標報酬額既然異於投標人投標書所載；投標人原先在投標書所擬之個別項目的報酬（如分項報酬數額、材料單價、各種單價表單及管理利潤等），必須隨之改動；否則，在工作數量與個別價格依原投標書不變之情形下，將會存在著相異之報酬數額的計算基礎，勢必造成投標書內與決標之總數額不同之矛盾。而且本件決標後，A又再另行提出新的施工圖說。故決標原則上只是就工作及報酬之範圍預先擬定，以之作為將來訂立本約的張本，乃將來要訂定之本約（本件：書面承攬契約）的預約。至於當事人意圖訂定的、終局的承攬契約（本約），於決標時因意思表示尚未完全明確、尚未合致，必須到後來簽定合約（本件：1個月內應當簽訂的書面承攬契約）時方能確定、成立。是以得標人固然因得標而取得優先議約權，但雙方法律關係並不以此為限。當事人（含投標人）依預約，尚有誠摯協商締約等之義務<sup>1</sup>。惟有如此，才可以正當化本件原審對系爭約款的解釋：「依投標須知第6條規定，不予退還押標金，應以得標廠商無正當理由不辦理簽約者為限，而非逾期不簽約者一律不予退還，始為公允」。

<sup>1</sup> 最高法院61年台上字第964號民事判例：「預約權利人僅得請求對方履行訂立本約之義務，不得逕依預定之本約內容請求履行。」

準此，本件當事人於決標前歷經數次協商議價程序，而且決標後，A 又再另行提出新的施工圖說。故決標僅作為將來要訂立之本約的張本，係將來要訂定本約（本件：書面承攬契約）的預約。於決標階段，尚未成立將來所企圖要訂立的書面承攬契約（本約）。

## 二、書 面

民法第490條固未明定須以書面始得成立承攬契約。惟依本件投標須知第6條及得標通知函，得標廠商如未於決標日／接獲通知得標日起1個月內、未完成合約簽訂者，視為拋棄得標。再本件預定之承攬合約書第20條第1項約定：「本合約及其附件自簽訂之日起生效」，因此吾人可認為：本件預定之承攬契約，要求應以書面訂定（意定要式行為），並非僅供證據之用，而是生效要件。

退一步言，民法第166條規定：「契約當事人約定其契約須用一定方式者，在該方式未完成前，推定其契約不成立」。蓋若契約必須一定方式者，則非專為證據之用，乃以方式為契約成立之要件，在方式未完成以前，推定其契約為不成立<sup>2</sup>。比較法上有採此規範模式者。德國民法第125條第2項規定：「於當事人意思表示不明時，法律行為欠缺所約定的方式，無效。」德國民法第154條第2項亦規定：「締結契約依當事人合意須公證者，當事人約定不明時，在未完成公證前推定契約不成立；此一規定對於未完成其他意定方式之契約，亦有適用<sup>3</sup>。」

以上所述，對於契約變更亦有適用。最高法院106年度台上字第1259號民事判決：「按契約一般條款已就契約之變更，約定須經契約雙方合意，並作成書面紀錄，且簽名或蓋章，否則『無效』，則堪認前開契約變更之方式，係屬應以書面為之之特別約定，乃變更契約效力之約定，非僅單純作為契約變更之證據保存方法而已，雙方未依此方式為契約之變更，自應依雙方之約定，歸於無效」。上述見解，足資參考。又根據歐洲契約法原則（Principles of European Contract Law, PECL）第2:106條第1項規定（修正需以書面形式，Written Modification Only）：書面契約中的任何一個條款，要求其修正或終止須有書面合意者，推定為：該修正或終結之合意若欠缺書面者、法律上即不生效力。

<sup>2</sup> 參諸民法第166條立法理由。

<sup>3</sup> Staudinger/Hertel (2023) BGB § 125 Rn. 125.

準此，從本件當事人明示之意思表示（投標須知第6條、預定之承攬合約書第20條第1項），民法第166條、參考比較法的觀點（德國民法第125條第2項、第154條第2項），以及特別是有鑑於本件工程標的之繁複與金額之龐大，應認當事人之所以要求訂立書面的承攬契約乃生效要件。同理，參考最高法院判決先例、根據歐洲契約法原則第2:106條第1項規定，對於上述書面約定的變更／修正，亦應以書面作為其生效要件；默示意思表示自不包括在內。

### 三、（提前）施作

得標後、尚未簽訂書面承攬契約前，本件得標人於105年6月8日起即進場施作，迄105年12月21日合意終止，施作期間超過6個月以上，經兩造結算其價額為310萬8,425元（含稅）。相對於8億2,000萬元（未稅）的總工程款，得標人於6個月以上期間所施作的價額，尚不超過總工程金額的0.38%，這顯非契約成立後的正常施作狀態，應可認為只是工程的準備性質部分而已。再者，觀諸臺灣營建工程承攬實務，招標文件內容規定得標廠商須於決標後一定期間內開工（視該次工程標的而定，一般約為5～15日），已是交易上多年之常態，是決標後、締約前之開工或進場施作等事實，尚無法作為契約業已成立或生效的立論依據，否則要求之後訂立書面承攬契約，幾無實益。此外，這種在承攬契約正式成立前，已開始提供準備性質的工作，比較法上亦非罕見。有鑑於建築承攬工程契約之繁複、協商長達數月，為避免工期延宕、原物料與租用機械的價格波動、同時顧及得標人其他工期以及次承攬人工期的安排與協調，美國法上的業主（定作人）不乏透過「提前開工函」（early start letter），於簽訂終局的承攬契約前，在一定價額與期間內，授權得標人提前進場施作<sup>4</sup>。類似地，就德國2016年版的「建築工程招標與契約規範」／建築契約履約的一般契約條款（VOB/B）的第5條所規定的「開工」（Beginn der Ausführung），若承攬人的契約義務是以建築工作（Bauleistung）為對象者，則承攬人在工廠內所作的準備給付的行為（如訂購原物料、租用器械、簽訂轉包合約），就被認為根本不構成「開工」<sup>5</sup>。

準此。本件得標人於超過6個月以上之期間所施作者，尚不超過總工程金額的0.38%，且有鑑於臺灣營建工程承攬實務，參考比較法上的觀點，

<sup>4</sup> See Patterson, Altman, Hess, Overcash (Ed), CONSTRUCTION LAW, 111-112 (2019).

<sup>5</sup> Kapellmann/Messerschmidt/Sacher, 8. Aufl. 2023, VOB/B § 5 Rn. 122.

可認為決標後、締約前得標人之進場施作，尚無法作為終局的書面承攬契約、業已成立或生效的論據。又縱然認為B之進場施作等行為，構成默示承認承攬契約之效力。但由於對契約書面約定的變更／修正，亦應以書面為其生效要件（已如前述），故此一默示意思表示，亦因欠缺書面要求而不生效力。

## 伍、結 論

一、本件當事人於決標前歷經數次協商議價程序，而且決標後，A又再另行提出新的施工圖說。故決標僅作為將來要訂立之本約的張本，係將來要訂定本約（本件：書面承攬契約）的預約。於決標階段，將來所企圖要訂立的書面承攬契約（本約）並未成立。

二、從當事人明示之意思表示（投標須知第6條、預定之承攬合約書第20條第1項），民法第166條、參考比較法的觀點（德國民法第125條第2項、第154條第2項），以及有鑑於本件工程標的之繁複與金額之龐大，應認當事人企圖訂立的書面承攬契約、乃生效要件。又參考最高法院判決先例、根據歐洲契約法原則第2:106條第1項規定，對於契約書面約定的變更／修正，亦應以書面作為其生效要件定；默示意思表示自不包括在內。

三、本件得標人於6個月期間所施作者，尚不超過總工程金額的0.38%，且有鑑於臺灣營建工程承攬實務，參考比較法上的觀點，可認為於決標後、締約前得標人之進場施作，尚無法作為終局的書面承攬契約、業已成立或生效的論據。又縱然認為B之進場施作，構成默示承認承攬契約的效力。惟由於對契約書面約定的變更／修正，亦應以書面為其生效要件（已如前述），故此一默示意思表示，亦因欠缺書面要求而不生效力。♣

 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 [www.lawdata.com.tw](http://www.lawdata.com.tw)，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 [lawwise.com.tw](http://lawwise.com.tw)