

國立政治大學法律研究所碩士論文

指導教授：黃 立 博士

工程承攬契約中定作人協力之跨國比較—  
以日本公共工程標準承攬契約約款為核心



研究生：陳重安

中華民國 101 年 7 月



# 目 錄

<b>第一章 緒論</b> .....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究方法.....	4
第三節 研究範圍.....	4
第四節 論文架構.....	5
<b>第二章 工程契約概述</b> .....	7
第一節 工程契約之特性.....	7
第二節 工程契約之分類.....	10
第一項 以計價方式區分.....	10
第二項 以工作標的區分.....	13
第三項 以工作範圍區分.....	15
第四項 以工程團隊組成方式區分.....	17
第三節 小結.....	20
<b>第三章 定作人協力之法制比較</b> .....	21
第一節 我國民法承攬法制與定作人協力.....	21
第一項 定作人協力於民法上之依據.....	21
第二項 學說討論.....	21
第三項 法院實務對定作人協力義務之討論.....	25
第二節 日本民法承攬法制與定作人協力.....	31
第一項 日本民法承攬法制縱覽.....	31
第二項 對定作人協力行為之討論.....	35
第三節 小結.....	39
<b>第四章 工程契約範本之比較</b> .....	43
第一節 我國公共工程契約範本介紹.....	43
第一項 我國公共工程契約範本之法源依據.....	43
第二項 我國公共工程契約範本之效力.....	43
第一款 概述.....	43
第二款 政府採購法第 63 條第 1 項修正前之情形.....	44
第三款 政府採購法第 63 條第 1 項修正後之情形.....	48
第二節 日本公共工程契約範本介紹.....	56
第一項 範本之發端與理念.....	56
第一款 範本之發端.....	56
第二款 範本之理念.....	57

第二項 範本之修正歷程.....	59
第三節 FIDIC 契約範本之介紹.....	67
第一項 FIDIC 簡介.....	67
第二項 FIDIC 契約範本之特點.....	68
第三項 FIDIC 紅皮書之發展歷程與新版(1999 年)簡介.....	69
<b>第五章 定作人協力之跨國比較 .....</b>	<b>72</b>
第一節 按時提供合於施作之工地.....	72
第一項 概說.....	72
第二項 工程契約範本之規定.....	73
第三項 工程契約範本之比較與評析.....	75
第四項 本文建議.....	84
第二節 材料或借用設備之適時提供.....	84
第一項 概說.....	84
第二項 工程契約範本之規定.....	86
第三項 工程契約範本之比較與評析.....	91
第四項 本文建議.....	94
第三節 適時指示.....	95
第一項 概說.....	95
第二項 工程契約範本之規定.....	96
第三項 工程契約範本之比較與評析.....	104
第一款 指示義務縱覽.....	104
第二款 應為指示之情形.....	104
第三款 指示作成之程序.....	114
第四款 指示作成之效果.....	116
第四項 本文建議.....	124
第四節 關連廠商之協調.....	126
第一項 概說.....	126
第二項 工程契約範本之規定.....	126
第三項 工程契約範本之比較與評析.....	128
第四項 本文建議.....	131
第五節 遵期驗收.....	134
第一項 概說.....	134
第二項 工程契約範本之規定.....	135
第三項 工程契約範本之比較與評析.....	145

第四項 本文建議.....	153
第六章 結論.....	156
參考文獻.....	169





## 第一章 緒論

### 第一節 研究動機

法律是一門入世的學問，任何的法學討論如果不能走出學術的象牙塔，離開形而上的抽象邏輯，具體地面對並解決日常生活的種種問題，那法學研究的價值將大大減損。因此，台灣法學界近十餘年來掀起法律科際整合的風潮。研究者不只走出學術殿堂和法律實務界有深入的交流，更攜手跨出法律的領域，和科技、國際貿易、會計、社會、工程、文學等其他領域有著廣泛的接觸與整合。

和其他法律科際整合相較，工程與法律的議題，在國內尚屬剛剛起步的階段，學者及實務家們真正系統性、繼續性地投入研究，也不過是最近五、六年的事，可以說，它不但是法學研究的處女地，也是法律科際整合的新領域。然而與整個法律與工程科際整合的討論相比較，關於工程承攬契約定作人之協力義務，在國內的討論文獻可謂卷帙浩繁，甚至比喻成內華達沙漠中的拉斯維加斯亦不為過。究其原因，乃現實上許多爭議發端於此，而我國當前承攬法制卻不足以提供有效定紛止爭的判準之故。

蓋工程承攬契約履行過程耗時甚久，由開工、繼續、完成、交付等過程，需要定作人之一定協力<sup>1</sup>。定作人不提供協力行為造成工作進行的障礙，不只影響承攬人的報酬請求，亦造成工程無法施作或中途停止等，此期間之勞力閒置、工程進度拖延，最終必造成遲延完工。更有甚者，因為無法按原有工期完工，於所增加的工期內發生毀損滅失、工程重新開始所增加之費用，皆係不提供協力行為會引發的問題。此意味著，定作人就其不提供協力行為所引發之風險，其自身即有與承攬人共同承擔之必要，且與其

---

<sup>1</sup> 笠井 修，建設請負契約のリスクと帰責，日本評論社，2009 年 11 月 13 日出版，第 11 頁。

他契約相較，工程承攬契約在此部分的討論更為重要<sup>2</sup>。然而，許多實務見解僅持民法第 490 條，「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」之規定即認為，定作人應僅負有於承攬人完成工作後之報酬給付義務，至於工作進行過程中縱有須定作人配合協力之必要，該協力亦非定作人之義務。如最高法院 89 年度台上字第 903 號判決即認為：「上訴人雖並依債務不履行之規定，請求被上訴人賠償此項損害，惟按工作需定作人協力行為始能完成者，定作人之協力行為並非其義務，縱不為協力，亦不構成債務不履行。被上訴人為系爭工程之定作人，其未交付工地與上訴人施作，僅屬不為協力行為，尚難認被上訴人應負債務不履行之損害賠償責任」。是以，當工作有需定作人之行為始能完成而定作人未為該行為時，承攬人僅能依民法第 507 條定相當期限，催告定作人為之，定作人不於期限內為協力行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害。最高法院 95 年度台上字第 2560 號判決：「系爭水電工程契約並未明定被上訴人負有使其他廠商依期限施工之義務，有工程契約在卷可按，被上訴人既已履行給付報酬之義務，自無給付遲延或不完全給付之情事。上訴人所稱之被上訴人負有使其得按預定進度施作水電工程義務，與被上訴人之給付報酬義務無關，縱認被上訴人違反此協力義務，上訴人亦僅得定相當期限催告其為協力行為，以解除契約並請求因契約解除而生之損害賠償方法救濟。」之見解即為適例。

然而，定作人於工程施作過程之協力行為之重要性已如前述，但當定作人不為一定配合協力時，民法竟僅得定相當期限催告其為協力行為後解除契約，對承攬人之保障已有不週，況且，契約解除後其法律上之效果為

---

<sup>2</sup> 笠井 修，建設請負契約のリスクと帰責，日本評論社，2009 年 11 月 13 日出版，第 193 頁。



視為契約自始不存在<sup>3</sup>，則須依民法第 259 條為回復原狀。試問，回復原狀將如何進行？可能將已開挖之基地或隧道填平或將已排佈之樁體拔除後再進行復舊嗎？

由此可知，民法承攬之規定，運用於複雜多變的工程承攬中，明顯過於簡陋，相關實務見解亦無法有效填補法規疏漏，以民法典處理工程承攬爭議之功能相當有限。定作人不應僅有給付報酬之義務，亦應負擔積極主動協助工作完成的動態義務，以促進工作順利完成。若怠於履行該義務，亦應認為必須就因此發生的損害負賠償義務<sup>4</sup>。

我國目前就定作人協力義務之研究，有從民法法理加以推論者<sup>5</sup>，亦有從國際工程契約範本及國際契約整合之趨勢之規定加以分析者<sup>6</sup>，均對工程承攬契約當事人權利義務之釐清有相當高之貢獻，亦為我等後輩繼續進行相關研究奠定不可或缺的基石。本論文嘗試以不同角度觀察，由同為大陸法系之日本承攬法制出發，分析日本公共工事標準承攬契約約款對定作人協力義務之規範，再佐以 FIDIC 之規定，檢討我國公共工程契約範本就主要定作人協力行為之規定與法院實務見解，希望在符合大陸法民法體系之基礎上，提供工程承攬契約當事人於安排契約權利義務規範或紛爭發生時，定紛止爭之參考。

---

<sup>3</sup> 有關「契約解除」請參考邱聰智，民法債編通則（上），輔大法學叢書，2003 年 1 月，第 362-363 頁；黃立，民法債編總論，元照出版社，2002 年 9 月，第 503-523 頁；鄭玉波，民法債編總論，三民書局，1993 年 10 月 14 版，第 348 頁。

<sup>4</sup> 島本幸一郎，現代建設工事契約の基礎知識，成出版社，2008 年 9 月 12 日第 2 版第 1 刷發行，第 11 頁。

<sup>5</sup> 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，94 年政大法律研究所碩士論文，指導教授：楊淑文博士，第 177 頁以下。

<sup>6</sup> 顏玉明，合作義務之實踐—工程契約定作人用地提供行為之探討，政大法學評論，第 127 期，2012 年 6 月，第 53 頁至第 115 頁。

## 第二節 研究方法

### (一) 制度分析法

以法制面之比較作為主軸，比較我國與日本民法承攬篇、我國公共工程採購契約範本、日本公共工事標準承攬契約約款及 FIDIC 之規定，分析契約規範所呈顯之理念與差異及其對解決工程實務運作上所生問題之妥適性，並探求在法規範不完備之前提下，如何尋求妥適之解決方案。

### (二) 文獻探討法

蒐集與本文相關之學術教科書、學術論文、研究計畫、學位論文、政府出版品、學術研討會記錄以及期刊文章等文獻，整理分析並進而歸納，以作為本文研究之參考。

### (三) 比較研究法

工程實務上，除了少數法律規範之外，大多數之運作均仰賴長期累積之工程經驗，慢慢形成工程業界熟知之工程習慣，故本文以同為大陸法系之日本有關契約協力義務之規範為主軸，分析同為大陸法系之日本所制定之公共工程契約範本之相關規範內容，並藉此分析我國公共工程採購契約範本與法院實務見解之妥適性。

### (四) 實務分析法

歸納過去仲裁及司法等案件之見解，與學理相對照，評析其間之理由及差異，俾分析現行制度之成敗，並提供相關建議。

## 第三節 研究範圍

於承攬人履行工程承攬契約之過程中，有許多無定作人加以配合協力，即難以甚至無法進行之情形，常被提出討論之定作人協力義務包括「提供正確圖說」、「適時提供指示」、「按時提供合於施作之工地」、「關連廠商之

協調」、「材料或借用設備之適時提供」、「遵期驗收」等<sup>7</sup>。

本文將依前揭脈絡，於簡述工程契約之基本權利義務關係，次介紹定作人協力行為於我國及日本承攬法制之狀況，再則比較我國公共工程契約範本<sup>8</sup>、日本公共工事標準承攬契約約款<sup>9</sup>及 FIDIC 範本<sup>10</sup>對定作人協力義務之規定，並分析我國公共工程契約範本與工程實務處理相關爭議面臨之問題，冀希提供未來爭議解決上一個可供參考之明確方案。

## 第四節 論文架構

### 第一章 緒論

#### 第一節 研究動機

#### 第二節 研究方法

#### 第三節 研究範圍

#### 第四節 論文架構

### 第二章 工程契約概述

#### 第一節 工程契約之特性

#### 第二節 工程契約之分類

#### 第三節 小結

### 第三章 定作人協力之法制比較

#### 第一節 我國民法承攬法制與定作人協力

#### 第二節 日本民法承攬法制與定作人協力

---

<sup>7</sup> 顏玉明，營建工程契約當事人間之權利義務關係-我國民法與 FIDIC 營建施工標準契約約款之比較，營造天下 111 期，民國 94 年 3 月，第 25 頁。

<sup>8</sup> 本文介紹之我國公共工程契約範本為行政院公共工程委員會於民國 101 年 6 月 4 日頒布之版本。

<sup>9</sup> 本文介紹之日本公共工事標準承攬契約約款為國土交通省中央建設業審議會於平成 15 年 (2003)10 月 31 日頒布之版本。

<sup>10</sup> 本文介紹之 FIDIC 範本為新版(1999)紅皮書。

### 第三節 小結

## 第四章 工程契約範本之比較

### 第一節 我國公共工程契約範本介紹

### 第二節 日本公共工程契約範本介紹

### 第三節 FIDIC 契約範本之介紹

## 第五章 定作人協力之跨國比較

### 第一節 按時提供合於施作之工地

### 第二節 材料或借用設備之適時提供

### 第三節 適時指示

### 第四節 關連廠商之協調

### 第五節 遵期驗收

## 第六章 結論



## 第二章 工程契約概述

### 第一節 工程契約之特性

關於工程契約，若以民法之有名契約觀之，可參第 490 條對承攬之定義，即「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」故以約定承攬人完成一定工作，定作人給付相對應之報酬為內容之契約即是。而所謂「一定之工作」，廣義言之，包括以與工程有關之規劃、設計、施工、營運等<sup>11</sup>，狹義而言，則僅止工程之施作本身。

綜合民法規定及工程契約之內容觀察，工程契約具有以下特色：

#### 一、有償雙務性

工程承攬契約者，為當事人一方(即承攬人)完成工作，他方當事人(即定作人)給付報酬之契約，具有償雙務性之特色。

此外，由於承攬「他方俟工作完成，給付報酬」之規定，使其較一般雙務有償契約不同，即一方(即承攬人)須先完成工作，他方(即定作人)始須給付報酬，故學者黃立教授認為，此屬於不完全雙務契約蓋「不完全雙務契約與雙務契約二者之共同點為當事人相互間，同時或先後互為債務人與債權人。其不同在於義務與權利成為法律行為內容之動機關係。在不完全雙務契約之相互權利義務關係，係債之關係過程中所生之結果現象。如…如承攬(第 490 條)，於工作完成始得為報酬之給付(第 505 條)…等，其相互之權利義務關係，依當事人之意思，自始亦較為緊密，其所以為給付義務之承諾，乃由於其相對人亦有對待給付之義務。但此種契約並無同時履行抗辯權的適用

---

<sup>11</sup> 藍秉強，《由木柵線捷運工程仲裁案論工程遲延免責約款及風險分配》，東吳大學法律研究所碩士論文，1995 年 6 月，第 12 頁。

(第 264 條第 1 項但書)，本應屬於此一分類的中間類型，但有第 265 條不安抗辯權的適用，而可在符合該條要件下，為同時履行之主張，因此仍應認為係雙務契約。」<sup>12</sup>。

## 二、繼續性

以定作人而言，與承攬人簽約之前，為確認工作物之規模、功能、成本及施工期限等，即須投入成本以進行設計、規劃，於工作進行期間，則須進行工程管理。就承攬人而言，其締約之前即須就定作人所提供之設計規畫，進行成本估算，締約後則須著手準備材料、人力及機具以備開工，工程進行中或依定作人指示變更或因應外在環境變化而調整，以至工程全部完竣。待定作人驗收後，尚有一定期間之保固工作，此之謂工程承攬契約之繼續性。

## 三、報酬後付，承攬人須先投入一定資金

由於民法就承攬報酬係採報酬後付之規定，即於承攬人完成工作後，定作人始須給付報酬，因此於獲得報酬之前，承攬人往往須備足足以支付興建成本之資金以進行施工，因此承攬人之信用及資力格外重要。於公共工程，有時金額龐大且施工時間亦長，故契約中常有定作人(即政府機關)於締約之後即須支付一筆預付款之約定，然為確保承攬人能完成工作，以免預付款已付工作卻無法完成之窘境，故會要求承攬人另向銀行為預付款返還保證或(及)履約保證，再依工程進度逐步降低擔保金額；此外，工程進行中亦常會按一定時間或一定進度，分次支付一定比例之估驗款，至工程完工並驗收完畢後，再將剩餘之款項支付予承攬人。以上之安排僅係為減輕承攬人之資金壓力<sup>13</sup>，卻

---

<sup>12</sup> 黃立，民法債編總論，第 37 頁。

<sup>13</sup> 有關估驗款之性質，有見解認為係分期給付之報酬，為報酬後付之特約(如最高法院 94 年台上字第 1304 號判決)；亦有認為係定作人給予承攬人之融資(如最高法院 96 年台上字第 1412 號



使契約雙方於履約過程中之關係更加緊密，則一旦工作範圍或工期有所變更，勢將產生連鎖性影響。

#### 四、風險之不確定性

繼續性契約原本就比一時性契約有較高的不確定性，縱使單純如服裝訂作之類的承攬契約，都可能發生當事人一方死亡或定作人身材改變所引發之變更，何況工程承攬契約，具有比一般之繼續性契約更高之不確定性，蓋工程契約履約環境多於室外<sup>14</sup>，面臨諸多自然或人為之環境，前者如天災地變、地質異常等等，後者如居民抗爭、戰爭等等；此風險不只在「發生與否」具不確定性，其發生後，所造成之損害範圍將有若干，亦不確定，例如，以台灣而言，夏秋兩季迭有颱風，應當可得而知，然並非每年都會遭遇強烈颱風，即使遭遇強烈颱風，亦會因登陸位置、所帶來之雨量、山坡地之不當開發及當時之潮汐等，而有完全不同之後果，此之謂不確定性。

由於工程契約具有以上特性，故有學者認為工程契約，長時間於室外履行契約規定之義務，且通常需要先行投資相當之金額。因此，發生締約時無法預測之事態之情形所在多有。職此，實際上不可能事先制定可以適用於一切情況之法規範，或以預設之條款機械性適用。為此，比起其他類型之契約，更加仰賴當事人之合作及因時因地制宜地訂定契約條款。

顏玉明教授亦以國際間契約法之原則及美國、英國、德國、日本之立法例，探討契約關係中當事人之積極合作義務與消極不阻撓之義務，並認為「觀諸國際間契約法原則、國際工程契約範本、各國立法例與工程契約，

---

判決)。本文鑒於篇幅及行文之流暢，不擬深入檢討相關爭議，「僅係為減輕承攬人之資金壓力」是對分期估驗此一制度之設計的中性描述，並非對上述之「報酬說」或「融資說」所採取之立場，特此敘明。

<sup>14</sup> 即使建築工程，也要在結構體全部或部分完成後，才會從事室內工作。

及我國工程實務，皆可確知合作義務原則已深植於工程契約當事人權利義務關係之中，……即便我國民法典所繼承之德國民法，近年來基於誠信原則，將工程契約中的定作人協力認定為不僅事關定作人自身有無受有損害，亦將導致承攬人受有不利益，而發展出之保護照顧義務；同時在 2002 年德國新民法生效後，規定倘發生違反主給付義務及保護照顧義務，且具可歸責於一方當事人之事由者，他方當事人即得請求損害賠償。」<sup>15</sup>

## 第二節 工程契約之分類

### 第一項 以計價方式區分

#### 一、類型

公共工程採購契約範本第 3 條就契約價金之給付規定為：「

(一)契約價金之給付，得為下列方式(由機關擇一於招標時載明)：

依契約價金總額結算。因契約變更致履約標的項目或數量有增減時，就變更部分予以加減價結算。若有相關項目如稅捐、利潤或管理費等另列一式計價者，應依結算總價與原契約價金總額比例增減之。但契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限。

依實際施作或供應之項目及數量結算，以契約中所列履約標的項目及單價，依完成履約實際供應之項目及數量給付。若有相關項目如稅捐、利潤或管理費等另列一式計價者，應依結算總價與原契約價金總額比例增減之。但契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限。

部分依契約價金總額結算，部分依實際施作或供應之項目及數

---

<sup>15</sup> 顏玉明，合作義務之實踐—工程契約定作人用地提供行為之探討，政大法學評論，第 127 期，2012 年 6 月，第 108 頁。



量結算。屬於依契約價金總額結算之部分，因契約變更致履約標的項目或數量有增減時，就變更部分予以加減價結算。屬於依實際施作或供應之項目及數量結算之部分，以契約中所列履約標的項目及單價，依完成履約實際供應之項目及數量給付。若有相關項目如稅捐、利潤或管理費等另列一式計價者，應依結算總價與契約價金總額比例增減之。但契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限。」故工程契約依計價類型之不同，可區分為總價契約、實作實算契約，概述如下：

#### (一) 總價契約 (Lump Sum Contract / Fixed Price Contract)

承攬人完成工作之價金固定，除因辦理變更設計增減金額或物價調整外，不論承攬人實際施作之數量是否與合約原所預估完成之數量相符，工程結算金額即為得標(或締約)時之總價<sup>16</sup>。

常見總價契約契約條款例示如下：

「**本工程契約總金額計：新臺幣 000000000 元整。契約總金額包括**乙方為辦理工程所需之一切費用及其他一切有關費用，包括工料、機具、設備、水電、試驗、檢驗、公共清潔、勞工及營造安全衛生、環境污染防護、照明、消防、警衛安全、建損修復、管理費利潤及一切應由承包人負擔之保險費、稅捐(含增值營業稅)與證照規費**在內。**」

「**本工程係採用總價契約**，但業主得保留有提供設備及材料或限定工程小包及變更工程內容之權利。」

「本工程如無提供材料或變更設計時，**工程結算總價即按契約金額計給**。如因提供材料或變更設計致工程項目或數量增減時，就

---

<sup>16</sup> 王伯儉，工程契約法律實務，元照出版，2008年10月，二版第一刷，第51頁、第52頁；李惠貞，總價契約之爭議，工程爭議問題與實務(一)，仲裁協會出版，2010年12月，第61頁。

變更部分予以加減帳結算。」

## (二) 實做實算 (或稱單價契約) (Unit Price Contract)

承攬人完成工作之報酬係以實際完成之工作數量乘以工作項目單價之總和。締約時工作項目單價確定，而數量僅係預估，必須俟完工結算後始能確定，並以此計價<sup>17</sup>。

常見實做實算契約條款例示如下：

「本工程按照實際工程數量結算，即以契約中有工程項目及單價，依竣工實做結算數量計給，若有相關項目如保險費、勞安費、稅捐、利潤、管理費另列一式列計者，應依結算總價與契約總價比例增減之。」；

「按契約詳細表項目，以實做數量結算。」

「單價契約：結算時，除單價明細表內以一式計價者概不增減外，其列有單價者，依照符合本契約規定及工程師指示之實際驗收數量核實計給。」；

「依實際施作或供應數量結算，以契約中所列履約標的項目及單價，依完成履約實際供應數量給付。若有相關項目如稅捐、利潤或管理費另以一式列計者，應依實際結算總價與契約價金總額比例增減之」。

## 二、區別實益

總價契約，由於係除有變更設計或物價調整外，不論承攬人實際施作之數量是否與合約原所預估完成之數量相符，工程結算金額即為得標(或締約)時之總價。因此，理論上系應用於締約之際即可充份預測將來施作之數量之工程，值此，應在工作標的物所坐落之工地範圍不大、施作數量易於精算及所需工期較短等。工程進行中面臨之變數

<sup>17</sup> 王伯儉，工程契約法律實務，元照出版，2008年10月，二版第一刷，第52頁、第53頁。

較小之工程，例如房屋之建築即是。就定作人言，總價契約有易於控制工程預算之優點，蓋除有情事變更或設計變更外，契約金額原則上不會再有變動，就承攬人而言，則往往將數量差異之風險轉嫁為機會利潤。申言之，總價契約基本理念為，在所面臨之變數較小的工程，締約雙方約定一較高之總價，使定作人收控制預算之利，而承攬人則因取得較高之報酬而須負擔數量差異之風險。然而實務上亦常因定作人有控制預算之需求，而將面臨變數較大，原本不應以總價為計價方式之工程，以總價計價，造成爭議迭生。

反之，實作實算契約，係於締約時約定各該應施作細項之單價，並預估施作數量，然該預估數量僅供定作人與承攬人預估成本時參考，最後仍以完工時之實際完成之工作數量乘以原約定之工作項目單價為計價標準。因此，可應用於工作標的物跨越較大範圍、施作數量不易精算及所需工期較長之工程，例如隧道工程即是。

部分總價部分實作實算，實質上應係總價契約，只是部分項目因難預計可能之施作數量，故改以實作數量計價，即僅是在總價契約下，部分項目之計價方式之調整，契約本質上仍是總價契約。<sup>18</sup>

## 第二項 以工作標的區分

### 一、類型

#### (一) 建築工程契約

---

<sup>18</sup> 此外，我國公共工程實務上亦有所謂「總價契約實作實算」，其內涵為，締約雙方先約定一總價，再約定於不超過該總價之下，以實作實算之方式結算承攬人應得之工程款；乍看之下，像是計價類型之一，實際上只是政府機關一方面以「總價」之約定控制預算，避免實作實算下承攬人最後結算金額超過預算上限，另一方面透過實作實算之約定，保留機關依實際需要，刪減工作項目或數量之權利。此約定方式，一方面以總價契約之方式，將數量差異之風險轉嫁予承攬人，另一方面又以實作實算之約定，剝奪承攬人於一般總價契約下將數量差異之風險轉換為利潤之可能性，相當不公平。

建築工程，依建築法第 4 條對建築物之定義為，定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物或雜項工作物。

## (二) 土木工程契約

土木工程，依研議中之土木建設法草案第 3 條第 2 項、第 3 項，指在地面或水域上下新建、增建、改建、修建、修復補強、拆除土木構造物與其所屬設備，以及改變自然環境之行為。而土木構造物，為定着於陸地或水域，具有承受及抵抗載重、風力、地震力及其他自然力等構件系統之結構物及雜項工作物。

## 二、區別實益

由上開定義可知，建築物，指「定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物或雜項工作物」，而土木構造物指「定着於陸地或水域，具有承受及抵抗載重、風力、地震力及其他自然力等構件系統之結構物及雜項工作物」，則建築物者，應具頂蓋、樑柱或牆壁，供人使用，而土木構造物，則為承受及抵抗載重、風力、地震力及其他自然力等構件系統之結構物。是以，建築物縱其規模大如摩天大樓或巨蛋球場，其所坐落之空間範圍亦具有相當之特定性，而土木構造，如公路、橋梁、隧道、捷運、鐵路、水庫、港口、河川整治、堤防等，空間面較大。故建築工程面對之不確定外在因素較土木工程而言，較為單純，於契約之權利義務之分配上，亦可能有所差異。

建築工程契約與土木工程契約之差異，除本文所示部分外，在工程實務面，契約當事人之地位亦有差異，蓋土木工程契約之定作人，多為政府機關，其議約能力及地位，較高於一般承攬廠商(因此，公共工程契約一般認為是買方市場)，反之，建築工程契約則可能會在私人

之間締結，則承攬人基於工程之專業，其議約能力通常不遜於定作人。因工作標的之差異，在定作人協力行為之探討上，亦稍有不同，例如，土木工程契約在討論定作人之按時提供合於施作之工地時，「提供時期」為重要爭點，以公路言，定作人是否須在甫開工之際即提供全部工地？亦或依工程進度逐步提供？反之，在建築工程，一般來說定作人須在開工時即提供基地之全部，以供結構工程之承攬人開工時即能全面開展工作面，較無爭議，但亦不表示「提供時期」在建築工程無須討論，蓋對機電、裝潢、帷幕牆之承攬人而言，依其工程進度逐層施工，即會產生此爭議，然此又與關聯廠商之協調有關，並此敘明。

本文接下來就定作人協力之討論，除有特別說明外，係指土木工程契約而言。

### 第三項 以工作範圍區分

#### 一、類型

##### (一) 傳統工程發包模式(Traditional approach to construction)<sup>19</sup>

指傳統以工程施作為主要內容之契約，承攬人於簽訂契約後，即按定作人提供之施工圖、施工說明、施工規範及工程進度等準備工料並進場施作，如有估驗之約定則按期估驗，直至工作完成，申報竣工。待定作人驗收合格後結算承攬報酬，並起算保固期間，保固期滿，契約義務即告終了。此為一般工程契約之生命週期，多數工程契約範本即為此種類型如我國公共工程契約範本、FIDIC 紅皮書、日本公共工事標準承攬契約約款等。

##### (二) 設計-建造契約(Design-Build)

---

<sup>19</sup> 本文參考張水波、陳勇強於《國際工程總承包 EPC 交鑰匙合同與管理》一書中，對傳統營建工程契約之用語，參張水波、陳勇強，《國際工程總承包 EPC 交鑰匙合同與管理》，北京中國電力出版社，2009 年 1 月，1 版 1 刷，第 2 頁。



指承攬人之義務<sup>20</sup>，除前述之工程施作外，尚包括工程之設計規劃。工程之設計規劃，一般可略分為初步設計與細部設計，所謂承攬人須為設計工作，有時指於定作人提供之初部設計之基礎上為細部設計，有時則由初步設計伊始，即由承攬人負責。

依行政院公共工程委員會於民國 88 年 4 月 26 日以 (88) 工程企字第 8805500 號令發布之統包實施辦法第 1 條第 1 款，機關認為整合設計及施工或供應、安裝於同一採購契約，較自行設計或委託其他廠商設計，可提升採購效率及確保採購品質者，得實施統包之規定可知，此類型之契約，我國稱為統包契約。

### (三) 設計-採購-建造契約

#### (Engineering-Procurement-Construction)

此模式主要特徵在於，定作人將工程的設計、採購、施工、試運轉全部或核心工作都交給承攬人來組織實施，在工作完成後，定作人只須轉動(turn)承攬人交給自己的鑰匙，工作物即可開始運行。<sup>21</sup>

## 二、區別實益

由上列說明可明顯看出，傳統工程發包模式、設計-建造契約及設計-採購-建造契約間，承攬人工作範圍之明顯差異，定作人可依個案之差異、專業度、複雜度及資金等，來選擇不同之契約方式。

整體來說，於定作人較不具有工程所需之專業知識或工程本身之特殊性，所須具備之專業度及複雜度較高，或定作人之資金及預算較

---

<sup>20</sup> 設計—建造契約之性質究係承攬或因其尚有設計工作而認為係委任與承攬之混合契約，學說及法院實務均有不同見解。本論文礙於篇幅及文脈之簡潔，暫擱此爭議，一律以「承攬人」稱呼契約關係中之乙方，而以「定作人」稱呼契約中之甲方。

<sup>21</sup> 張水波、陳勇強，《國際工程總承包 EPC 交鑰匙合同與管理》，北京中國電力出版社，2009 年 1 月，1 版 1 刷，第 4 頁。

充裕之場合，則可以選擇由單一總承攬人執行較大工作範圍之發包模式<sup>22</sup>。

設計-建造契約及設計-採購-建造契約，由於承攬人本身即身兼設計者，故在諸如契約文件解釋、平行包商協調等等之定作人協力行為，均與傳統發包模式不同，本文所討論之定作人協力行為，除有特別說明外，係指傳統工程發包模式而言。

## 第四項 以工程團隊組成方式區分

### 一、類型

#### (一) 單獨承攬

單獨承攬，指由單一承攬人承攬工程之謂。對資力、經驗均較充足之承攬人而言，即使在大型工程，亦可能以單獨承攬之方式為之。然若承攬契約無禁止之規定，其亦會將某些部份之工程，分包予其他承攬人，形成次承攬之關係。

#### (二) 聯合承攬

Joint venture，稱為合資體或聯營體，指二以上權利主體，依共同分擔損益亦之方式經營一定事業。所謂「經營一定事業」未必為工程承攬，亦可能運用於其他產業<sup>23</sup>。於工程承攬，通稱為聯合承攬，指二以上之營造業者以共同之損益分擔，共同施作工事之承攬方式<sup>24</sup>。

---

<sup>22</sup> 第 2 條 機關以統包辦理招標，應先評估確認下列事項：1、整合設計及施工或供應、安裝於同一採購契約，較自行設計或委託其他廠商設計，可提升採購效率及確保採購品質。2、可縮減工期且無增加經費之虞。

<sup>23</sup> 蔡宗濱、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探（上），營造天下，第 111 期，民國 94 年 3 月，第 39 頁。

<sup>24</sup> 就聯合承攬體之法律性質，大致上有「合夥說」及「多數債權人及債務人說」。詳參黃馨慧，

聯合承攬具有以下特色<sup>25</sup>

(1) 營利目的性

聯合承攬須以盈利為目的。

(2) 共同目的性

聯合承攬以共同利益之獲得為目的。

(3) 共同計算與損益分擔

聯合承攬之本質，為其構成員依聯合承攬協議之目的工程所為有關之利益分擔之共同計算。聯合承攬協議最重要者，為成員間之出資比例，依此比例決定成員之分擔額及工程完成後如有利益之利益分配比例，或如預虧損時，虧損負擔之比例。

(4) 單一目的性

聯合承攬係以一個或數個特定工程為對象，無論如何均不會及於聯合承攬協議以外之工程。

(5) 一時性

聯合承攬體伴隨工程之完成而當然解散

(6) 任意性

聯合體之組成不存在強制性，參加與否全由個別成員決定。

## 二、區別實益

### (一) 聯合承攬之效用如下<sup>26</sup>

---

聯合承攬，工程法律實務研析(二)，古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，元照出版，2006年2月初版第一刷，第23頁至第26頁。

<sup>25</sup> 建設企業研究会編，すぐに役立つJ・V工事の現場実務，鹿島出版会，1996年12月25日，第15刷發行，第10、11頁。



## 1. 風險分散

營造業本係高風險之產業，面臨現場之惡劣環境、地質條件之不可測等等風險，以聯合承攬方式謀求風險分散至關重要。特別在國際工程，外國之地質狀況、語言隔閡、材料取得之問題、勞工管理之問題等風險更多，以聯合承攬方式分擔風險優於單獨承攬。

## 2. 融資力增強

於大型工程，有高額的履約保證及承商須預支之款項，資本不足時無待多言，縱資金暫時足夠，但承攬某大型工程將影響將來承攬其他工程之資金調度，而基於企業經營之力場又不得不投入某大型工程之場合所在多有。故聯合承攬之方式的話可減輕資金負擔，並增加向銀行融資之額度，則較易承攬大型工程。換言之，減少個別公司之資金負擔，使公司能以較少資金參與大型工程。

## 3. 技術提升之強化及經驗之累積

大型工程之承攬對於欠缺重要專門技術之業者而言，頗有困難，此外，貿然承攬大型工程亦有極大風險。此際，與具有專門技術經驗之業者聯合承攬，即可解決此問題。

## 4. 成本估算之相互確認

聯合承攬中之個別成員單獨預估成本後，可與其他成員相互確認，避免在大型工程中發生低估成本而導致虧損。

## 5. 工程施作之確實性

聯合承攬除以上使個別業者於資金及技術大幅提升之優

---

<sup>26</sup> 建設企業研究会編，すぐに役立つJ・V工事の現場実務，鹿島出版会，1996年12月25日，第15刷発行，第11-13頁。

點外，個成員就契約履行負連帶責任，工程施作之確實性增加。對定作人而言猶如取得再保險般之保障，另一方面對保險公司、融資銀行而言，該融資之安全性易大增。

(二)一般而言，聯合承攬之承攬人們，多半個有不同之營造專業(如土木、機電等之分工)，是以，聯合承攬下之定作人所應為之協力行為，與單獨承攬之定作人不同，例如以平行包商之協力而言，聯合承攬下之平行包商間若有共同投標協議或其他聯合承攬契約之拘束，原則上就施工相關事項應自為協調，定作人應介入之空間相對較小，本文所討論之定作人協力行為，除有特別說明外，係指單獨承攬而言。

### 第三節 小結

工程契約涉及高度專業性與複雜性已前述，是就各別契約條款乃至各個紛爭解決之案件中，如何妥適地做出合於工程實務現況及兼顧誠信原則之判斷，具有相當的困難度，而工程契約之分類與其區別實益，提供一個最初步且簡便之判准，蓋每種契約類型之區分均有其意義，只有在理解其區分意義下，才能有初步之判斷。以土木工程契約與建築工程契約之區分為例，後者因工作物所坐落之土地往往橫跨較大的空間範圍，且施作地點所面臨之外部不確定因素亦較多，因此在契約當事人間風險分配上，就不宜以概括甚至一面倒的方式預為規定，反而應該於契約就風險分配先為原則性規定，再設計即時、有效的紛爭解決機制，以因應多變之環境，且計價方式上，亦建議以實作實算之方式因應各種變化；反之，建築工程契約，由於所坐落之基地固定，且一般不會遭預嚴酷之自然環境(大部分係在都市中)，則風險分配上，或可預先約定，在計價方式選擇上，亦可使用總價契約之方式，一方面使定作人方可以清楚預估興建成本，另一方面又不會造成承攬人就建造成本預測之困難而過度曝險。

### 第三章 定作人協力之法制比較

#### 第一節 我國民法承攬法制與定作人協力

##### 第一項 定作人協力於民法上之依據

民法第 507 條規定「工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之(第 1 項)。定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害(第 2 項)。」

「提供正確圖說」、「工程用地之提供」、「材料或借用品之適時提供」、「適時指示」、「關聯廠商之協調」、「遵期驗收」等，屬「需定作人之行為始能完成者」當無疑義，惟就定作人未為協力行為時，依民法之規定，承攬人僅得定相當期限，催告促請定作人為協力行為，若催告之期間過後，定作人仍不為協力，承攬人始得解除契約，並請求賠償因契約解除所生之損害。是以就民法第 507 條之性質，學說及法院實務多有討論，然見解迄今仍不一致。

##### 第二項 學說討論

###### 一、民法上契約義務之體系簡述

一般學說之討論將民法之契約義務分成真正義務與不真正義務，而真正義務，又包括主給付義務、從給付義務、附隨義務，主給付義務，指債之關係上固有、必備，並用以決定債之關係類型的基本義務，例如在買賣契約，物之出賣人負交付其物並移轉其所有權的義務，買受人負支付價金及受領標的物之義務<sup>27</sup>。而從給付義務，則

---

<sup>27</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，2002 年 10 月增訂版 6 刷，第 39 頁。

具補充主給付義務之功能，不在於決定債之關係的類型，乃在於確保債權人的利益能夠獲得最大的滿足<sup>28</sup>。而附隨義務，則係隨著債之關係的發展，於個別情況下要求當事人的一方有所作為或不作為，以維護相對人的利益<sup>29</sup>。附隨義務非對待給付，不發生同時履行抗辯，但若一方不履行附隨義務，他方得就其所受損害，依債務不履行之規定，請求損害賠償<sup>30</sup>。不真正義務，又稱間接義務，是權利人通常不得請求履行，違反它也不產生損害賠償責任，僅使負擔義務的一方遭受權利減損或喪失的不利益。

在工程承攬契約，當事人之主給付義務為完成工作(承攬人)與給付報酬(定作人)，當無疑義，惟就定作人之「按時提供合於施作之工地」、「材料或借用設備之適時提供」、「適時指示」、「關連廠商之協調」、「遵期驗收」等協力行為應如何定性，即有爭議，亦為本文討論之焦點。

## 二、學說對定作人協力之討論

### (一) 否定定作人協力為真正義務之見解

民法上有關定作人之協力為民法第 507 條「工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作為之(第 1 項)。定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害(第 2 項)。」之規定，依此條文之內容以觀，認為定作人協力行為非真正義務者主張，縱使「工作需定作人之行為始能完成者」，該義務亦非真正義務，蓋義務的違反

<sup>28</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，2002 年 10 月增訂版 6 刷，第 40 頁。

<sup>29</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，2002 年 10 月增訂版 6 刷，第 43 頁。

<sup>30</sup> 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，2002 年 10 月增訂版 6 刷，第 43 頁、第 44 頁。

如果要引發賠償責任，須以義務為反係因故意或過失為要件，但本條並無此要件<sup>31</sup>。其次，縱有義務違反，僅承攬人於一定期間之催告後，得解除契約並請求因解除契約所生之損害的賠償(信賴利益)，而非請求因定作人未為協力行為所生之賠償。再者，承攬人對定作人之協力行為，原則上亦難認為具有訴請強制履行之利益，因為依據第 511 條規定，於承攬人利益之保護下，定作人得隨時終止契約，因此有關第 507 條第 1 項規定之完成工作所必要之協力行為，定作人得不為之。<sup>32</sup>。

## (二) 肯定定作人協力為真正義務之見解

另有基於以下幾點理由認為，定作人協力為真正義務：

1. 以契約目的出發，認為如果債權人之協力行為對於債務人具有相當利益，且債權人不履行該協力行為，債務人無法履行債務致使債之目的無法達成。此時債權人之協力行為應該解釋為債權人之真正義務。債權人不履行該行為時，自應負債務不履行之責任。而於工程承攬，定作人之協力行為除工程完工定作人進行驗收之協力行為外，基本上皆會阻礙工程契約之目的達成，故應解釋為定作人之真正義務<sup>33</sup>。此見解將民法第 507 條作目的性限縮解釋，認為第 507 條只適用於不真正義務之場合。
2. 依民法第 507 條規定，定作人不為協力行為，承攬人得定相當期限催告解除契約並請求損害賠償。定作人不為協力

---

<sup>31</sup> 李家慶，定作人之協力義務，營建知訓 183 期，民國 87 年 4 月，第 60 頁。

<sup>32</sup> 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2002 年 7 月，第 655-656 頁。

<sup>33</sup> 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學，第 129 期，民 95 年 2 月，第 19-30 頁



義務之法律效果與債務人給付遲延之法律效果相同（民法第 254 條）。由此可知，立法者對定作人違反協力義務之評價與債務人違反給付義務相同。由於定作人違反協力義務時將發生損害賠償責任，不僅是自己權利減損或喪失之不利而已，故此協力義務具對他義務之性質。此外解除契約之法律效果通常在給付義務違反時發生<sup>34</sup>。

3. 工程契約為一繼續性契約，承攬人於工程中不斷投入機具設備、材料、人力、持續花費施工成本，當定作人不為協力時，承攬人所支出之費用將會隨之增加，例如機器折舊及閒置費用、機具保養費用、延長保險期間所增加之費用、管理費、待命或看管人員之勞務薪資、遲延後施工期間人員薪資及物料漲價等，甚至使承攬人轉盈為虧。此為工程契約較其他契約特殊之處；蓋其他契約，債權人不為協力如受領遲延，債務人所生之損害為提出及保管給付物之必要費用，除此之外並無其他損害，但在工程契約並非如此，承攬人所受之損害亦非民法第 240 條可完全涵蓋，承攬人因定作人提供協力之利益應有保護之必要<sup>35</sup>。
4. 定作人是否為協力承攬人無控制可能，仰賴定作人之決定及努力，基於誠信原則，承攬人應可期待定作人在履約時顧及承攬人之利益為適當之協力以避免損及承攬人權益。再者，衡量風險分配，定作人對於可否為協力有控制之可

---

<sup>34</sup> 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，94 年政大法律研究所碩士論文，指導教授：楊淑文博士，頁 195。

<sup>35</sup> 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，94 年政大法律研究所碩士論文，指導教授：楊淑文博士，頁 195。

能，未為協力之損失應由定作人承擔，且定作人可歸責時更無將不利益轉嫁至承攬人之理<sup>36</sup>。

5. 從給付義務之存在係為了輔助主給付義務之功能，除了為完全履行債務人本身之主給付義務而生者，從給付義務亦可能係基於為了準備、確定、支持及完全履行相對人之主給付義務而來<sup>37</sup>，當定作人之協力係承攬人履行契約所不可或缺時，為支持承攬人完成工作，定作人應有為協力之從給付義務<sup>38</sup>。

### 第三項 法院實務對定作人協力義務之討論

#### 一、 否定定作人協力為真正義務之見解

- (一) 定作人協力為不真正義務，縱有違反，亦無債務不履行之責任<sup>39</sup>

1. 最高法院 99 年度台上字第 1096 號判決

「又被上訴人依系爭合約所負之給付義務為給付承攬報酬，被上訴人應將系爭工程送經都審會審議通過，並非被上訴人對上訴人所負之給付義務之一部，而係上訴人履行系爭

---

<sup>36</sup> 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，94 年政大法律研究所碩士論文，指導教授：楊淑文博士，頁 196。

<sup>37</sup> 姚志明，《誠信原則與附隨義務之研究》，元照出版社，2003 年 2 月初版，第 151 頁。

<sup>38</sup> 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，94 年政大法律研究所碩士論文，指導教授：楊淑文博士，頁 195。

<sup>39</sup> 其他相同之見解如：臺灣高等法院 98 年度建上字第 88 號判決、臺灣高等法院 98 年度重上更(一)字第 37 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 98 年度上易字第 35 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 98 年度建上更(三)字第 1 號判決、臺灣高等法院 97 年度建上字第 22 號判決、臺灣高等法院高雄分院 96 年度上更字第 18 號判決。

合約過程中，兼需被上訴人之行為始能完成承攬工作，應屬被上訴人之協力義務，並非被上訴人對上訴人所負之從給付義務或附隨義務，是被上訴人雖未於系爭合約簽訂前先送經都審會審議通過，惟依系爭合約，亦僅生上訴人得否依民法第五百零七條解除契約及請求因解除契約而生之損害問題，尚不構成被上訴人之債務不履行。」。

2. 最高法院 96 年度台上字第 2468 號判決

「民法第五百零七條第一、二項規定，定作人不為協力行為時，僅生承攬人得否解除契約及請求因解除契約而生之損害問題，要無依同法第二百二十七條規定負給付遲延損害賠償責任之餘地。又工作需要定作人之協力行為始完成者，定作人之協力行為並非其義務，縱不為協力，亦不構成債務不履行。」。

3. 最高法院 89 年度台上字第 903 號判決

「上訴人雖並依債務不履行之規定，請求被上訴人賠償此項損害，惟按工作需要定作人協力行為始能完成者，定作人之協力行為並非其義務，縱不為協力，亦不構成債務不履行。被上訴人為系爭工程之定作人，其未交付工地與上訴人施作，僅屬不為協力行為，尚難認被上訴人應負債務不履行之損害賠償責任」。

4. 臺灣高等法院 98 年度建上字第 59 號判決

「蓋承攬契約中定作人之給付義務為給付報酬，至於民法第 235 條及第 507 條第 1 項規定，債務人之給付兼需債權人之行為，或承攬人之工作需要定作人之行為始能完成而不為其行為之『協力行為』，原則上僅係對己義務或不真正義



務，並非具有債務人或定作人給付義務之性質，上訴人辯稱協力行為等同給付義務等語，殊屬無據。於此情形，債權人或定作人只係權利之不行使而受領遲延，定作人殊不因此負任何給付遲延或不完全給付之賠償責任」。

5. 臺灣高等法院 96 年度上字第 177 號判決

「兩造所訂者係承攬契約，被上訴人為定作人，有系爭契約可證。被上訴人之義務主要為給付承攬報酬；如期提供工區，屬被上訴人之協力義務。協力義務縱有違反，亦屬受領遲延問題，上訴人主張：被上訴人未如期提供工區，屬給付遲延云云，並不足採。」。

(二) 認為定作人之協力，僅於契約有明文規定時，方為真正義務

1. 最高法院 98 年度台上字第 1761 號判決

「按依民法第五百零七條規定，工作需定作人之行為始能完成者，定作人不為協力時，承攬人雖得定相當期限，催告定作為協力行為，但除契約特別約定定作人對於承攬人負有必要協力之義務外，僅生承攬人得否依該條規定解除契約，並請求賠償因契約解除而生損害之問題，不能強制其履行，自不構成定作人給付遲延之責任。……原審未遑詳查審酌兩造簽訂之系爭工程承攬契約，有無特別約定定作人有必要協力之義務及承攬人已否催告定作為之，遽認上訴人應負給付遲延損害賠償責任，進而為不利上訴人之判決，未免速斷。」。

2. 最高法院 97 年度台上字第 360 號判決

「按民法第二百三十五條及第五百零七條第一項規定，債務人之給付兼需債權人之行為，或承攬人之工作需定作人

之行為始能完成而不為其行為之『協力行為』，原則上僅係對己義務或不真正義務，並非具有債務人或定作人給付義務之性質。於此情形，債權人或定作人祇係權利之不行使而受領遲延，除有民法第二百四十條之適用，債務人或承攬人得請求賠償提出及保管給付物之必要費用，或承攬人具有完成工作之利益，並經當事人另以契約特別約定，使定作人負擔應為特定行為之法律上義務外，殊不負任何之賠償責任。」。

3. 最高法院 95 年度台上字第 2560 號判決

「系爭水電工程契約並未明定被上訴人負有使其他廠商依期限施工之義務，有工程契約在卷可按，被上訴人既已履行給付報酬之義務，自無給付遲延或不完全給付之情事。上訴人所稱之被上訴人負有使其得按預定進度施作水電工程義務，與被上訴人之給付報酬義務無關，縱認被上訴人違反此協力義務，上訴人亦僅得定相當期限催告其為協力行為，以解除契約並請求因契約解除而生之損害賠償方法救濟。」。

4. 臺灣高等法院 98 年度建上字第 69 號判決

「按民法第 235 條及第 507 條第 1 項規定，債務人之給付兼需債權人之行為，或承攬人之工作需定作人之行為始能完成而不為其行為之『協力行為』，原則上僅係對己義務或不真正義務，並非具有債務人或定作人給付義務之性質。於此情形，債權人或定作人祇係權利之不行使而受領遲延，除有民法第 240 條之適用，債務人或承攬人得請求賠償提出及保管給付物之必要費用，或承攬人具有完成工作之利

益，並經當事人另以契約特別約定，使定作人負擔應為特定行為之法律上義務外，殊不負任何之賠償責任。(最高法院 97 年臺上字第 360 號判決參照)準此，若承攬契約雙方當事人未將定作人之協力行為『約定』為其契約義務，而定作人不為協力行為時，依法承攬人即僅得先行催告之，再為解除契約、並請求賠償解除契約所生之損害，尚無就定作人之『不協力』，逕行課其債務不履行責任之餘地。」。

## 二、肯定定作人協力為真正義務之見解<sup>40</sup>

### (一) 最高法院 96 年度台上字第 319 號判決

「又系爭契約第二十二條約定：『乙方必須將灰渣飛灰運載至鄉公所（指美濃鎮公所）提供之衛生掩埋場處理』，本件投標須知第十一條第三項亦有相同之規定，顯指日友公司應負責將灰渣載運至指定之衛生掩埋場處理，而非謂日友公司有提供衛生掩埋場之義務。此項提供衛生掩埋場之義務，固非高雄縣政府依本件契約之主給付義務，惟仍係附隨之協力義務，而附隨義務之不履行，仍得就其所受損害，依債務不履行之規定請求損害賠償。」。

### (二) 最高法院 95 年度台上字第 930 號判決

「上訴人於訂約時，明知用地之取得等義務未能解決，而不積極尋求解決，且至原預定完工期限後，尚有部分用地問題無法解決，亦顯有故意及重大過失之情形，則其預先免除遲延所生之賠償責任，該約定亦應屬無效。施工用地之取得及施工路徑管線遷移等，自屬工程契約中定作人之從給付義務

<sup>40</sup> 其他相同之見解如：最高法院 95 年度台上字第 1803 號判決、臺灣高等法院臺中分院 99 年度建上更(一)字第 35 號判決、臺灣高等法院 95 年度建上字第 4 號判決。

及附隨義務，其如能事先妥為規劃，自不會造成另須延展工期之情形，則其應事先規劃取得用地及遷移管線等，而疏未規劃取得遷移，其規劃及執行本件道路工程，其有過失，極為顯然。」。

(三) 臺灣高等法院 98 年度重上更(一)字第 24 號民事判決

「按契約成立生效後，債務人除負有給付義務（包括主給付義務與從給付義務）外，尚有附隨義務。而附隨義務，乃為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程基於誠信原則而生之義務，包括協力義務以輔助實現債權人之給付利益。倘債務人未盡此項義務，債權人得依民法第 227 條不完全給付之規定行使其權利（最高法院 98 年度台上字第 78 號判決意旨參照）。而於承攬契約之情形，其工作須定作人之行為，始能完成者，於定作人不為其行為時，民法第 507 條第 1 項、第 2 項固規定承攬人得定相當期限，催告定作人為之，而定作人不於該期限內為其行為者，承攬人則得解除契約，並請求損害賠償。惟上開規定並未排除承攬人就定作人不為完成工作所必要行為以外之附隨義務違背行為，另依民法第 227 條不完全給付之規定行使權利。從而，定作人如於承攬人履行契約之過程中，就促進承攬人因契約所定給付利益之實現，於誠信原則上應盡之附隨義務有所違背，且可歸責時，承攬人縱未依民法第 507 條第 1 項為催告行為，仍非不得另依民法關於債務不履行規定，請求賠償因此所生之損害。」。

## 第二節 日本民法承攬法制與定作人協力

### 第一項 日本民法承攬法制縱覽

日本民法承攬編共有 11 條，(第 632 條至第 642 條)就規定之內容與譯文，茲以簡表臚列如下：

原文	中譯
<b>第 632 條 承攬之定義</b>	
請負は、当事者の一方がある仕事を完成することを約し、相手方がその仕事の結果に対してその報酬を支払うことを約することによって、その効力を生ずる。	承攬者，依當事人一方完成工作，他方當事人就其工作成果給付報酬之約定，而生其效。
<b>第 633 條 承攬報酬之支付</b>	
報酬は、仕事の目的物の引渡しと同時に、支払わなければならない。ただし、物の引渡しを要しないときは、第六百二十四条第一項の規定を準用する。	報酬應於工作物交付之同時支付。但工作物無須交付者，準用第 624 條第 1 項之規定。
<b>第 634 條 承攬人之瑕疵擔保責任</b>	
1. 仕事の目的物に瑕疵があると きは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分	工作物有瑕疵者，定作人得定相當期限請求承攬人修補。但瑕疵不重 要且修補須費過鉅者，不在此限。 (第 1 項) 定作人得代為修補；或修補並請求 損害賠償。於此情形，準用第 533



<p>の費用を要するときは、この限りでない。</p> <p>2. 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第五百三十三条の規定を準用する。</p>	<p>條之規定。(第2項)</p>
<p>第 635 條 承攬人之瑕疵擔保責任</p>	
<p>仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない。</p>	<p>工作物之瑕疵致契約目的不達者，定作人得解除契約。但工作物為建築物及其他地上之工作物者，不在此限。</p>
<p>第 636 條 承攬人瑕疵擔保責任之除外規定</p>	
<p>前二条の規定は、仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない。ただし、請負人がその材料又は指図が不適當であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない。</p>	<p>前二條於工作物之瑕疵係因定作人提供之材料或定作人之指示所致，不適用之。但對該材料或指示之不當，承攬人知悉而不告知者，不在此限。</p>
<p>第 637 條 承攬人瑕疵擔保責任之存續期間</p>	

<p>1. 前三条の規定による瑕疵の修補又は損害賠償の請求及び契約の解除は、仕事の目的物を引き渡した時から一年以内に行わなければならない。</p> <p>2. 仕事の目的物の引渡しを要しない場合には、前項の期間は、仕事が終了した時から起算する。</p>	<p>依前三條所為之瑕疵修補、損害賠償及契約解除，應於工作物交付時起一年內為之。(第1項)</p> <p>工作物無須交付者，前項期間自工作完成時起算。(第2項)</p>
<p>第 638 條 承攬人瑕疵擔保責任之存續期間</p>	
<p>1. 建物その他の土地の工作物の請負人は、その工作物又は地盤の瑕疵について、引渡しの後五年間その担保の責任を負う。ただし、この期間は、石造、土造、れんが造、コンクリート造、金属造その他これらに類する構造の工作物については、十年とする。</p> <p>2. 工作物が前項の瑕疵によって滅失し、又は損傷したときは、注文者は、その滅失又は損傷の時から一年以内に、第六百三十四条の規定による権利を行使しなければならない。</p>	<p>建築物及其他地上之工作物之承攬人，就工作物及地基之瑕疵，自交付起五年間，負瑕疵擔保責任。但此期間於石造、土造、磚造、水泥造、金屬造或其他類似構造之工作物，為十年。(第1項)</p> <p>工作物因前項瑕疵而滅失或毀損者，定作人應於滅失或毀損之時起一年內，依第634條之規定行使權利。(第2項)</p>

第 639 條 擔保責任存續期間之延長	
第六百三十七條及び前條第一項の期間は、第六百六十七條の規定による消滅時効の期間内に限り、契約で伸長することができる。	第 637 條及前條第 1 項之期間，以第 167 條規定之消滅時效期間為限，得以契約延長之。
第 640 條 排除瑕疵擔保責任之特約	
請負人は、第六百三十四條又は第六百三十五條の規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実については、その責任を免れることができない。	承攬人縱有特約排除其依第 634 條及第 635 條之瑕疵擔保責任，就其知悉而不告知之事實，仍不免其責任。
第 641 條 定作人之解除契約	
請負人が仕事を完成しない間は、注文者は、いつでも損害を賠償して契約の解除をすることができる。	於承攬人未完成工作前，定作人得隨時賠償損害後解除契約。
第 642 條 定作人之破産	
1. 注文者が破産手続開始の決定を受けたときは、請負人又は破産管財人は、契約の解除をすることができる。この場合において、請負人は、既にした仕事の報酬及びその中に含まれてい	定作人受破産宣告時，承攬人及破産管理人得解除契約。於此情形，承攬人得就其已完成之工作之報酬及報酬所不包括之費用，加入破産財團之分配。(第 1 項) 前項情形，因契約解除而生之損賠



<p>ない費用について、破産財団の配当に加入することができる。</p> <p>2. 前項の場合には、契約の解除によって生じた損害の賠償は、破産管財人が契約の解除をした場合における請負人に限り、請求することができる。この場合において、請負人は、その損害賠償について、破産財団の配当に加入する。</p>	<p>償，以由破産管理人為契約解除之承攬人為限，得請求損害賠償。於此情形，承攬人之損害賠償，加入破産財團之分配。(第2項)</p>
---	---

由以上日本民法承攬編之規定可知，日本民法之承攬關係下，定作人及承攬人間之給付與對待給付與我國相同，為一方完成工作他方給付報酬。兩國不同者，日本並無類似我國民法第507條定作人協力規定，是以有關民法上之定作人是否有為一定協力之義務及該義務之性質，僅能由學說及法院實務之討論窺知。

## 第二項 對定作人協力行為之討論

由於民法本身並未就定作人之協力行為有相關規範，因此一般民法教科書對定作人協力行為的討論並不多見，縱有相關討論，多數亦僅單純認為，必要之材料供給、指示之作成等承攬人完成工作須定作人加以協力之場合，定作人負有協力義務<sup>41</sup>。此外亦有從受領義務之性質加以觀察者認

<sup>41</sup> 「請負人が仕事を完成するについて注文者の協力を必要とする場合、必要に応じて材料を供給したり、指図を与えるなど仕事の遂行について請負人に協力する義務を負う。」，加賀

為，「定作人是否有受領工作物之義務，為工作物性質上為須交付之承攬契約之問題。一般之債權人是否有受領義務或有爭議，但定作人之受領義務與買受人之受領義務相同，而認為其有受領義務。但最高法院認為承攬人不得以定作人不履行受領義務為理由主張終止契約及損害賠償。」<sup>42</sup>；而直接討論定作人協力行為本身之性質者，亦認為係不真正義務，蓋「定作人若未提供必要之材料、指示、應先為進行之工作之實行等協力行為，承攬人無法完成工作，或定作人拒為驗收、受領者，承攬人已完成之工作無法交付。此際，發生定作人對承攬人之債權人遲延即受領遲延，於受領遲延期間縱有不可歸責於定作人之事由，危險負擔移轉至定作人，承攬人責任減輕，因而增加之費用由定作人負擔。定作人為工作之完成之協力及受領，於前揭不利益之意義下，不過是一種間接的義務；即並非其原本的債務(之不履行)，不因定作人未為協力或受領而有債務不履行之損害賠償或終止契約。」<sup>43</sup>

---

山 茂，契約法講義，日本評論社 2007 年 11 月 25 日，第 1 版第 1 刷發行，第 529 頁。

<sup>42</sup> 「注文者に目的物を受領する義務があるか。これは、仕事の目的物の引渡を要する請負の場合に問題となるところである。一般に債権者が受領義務を負うかどうかは争われているが、注文者の受領義務は一買主の受領義務とともに—これを認める余地があると思われる。しかし、最高裁は、注文者の受領義務不履行を理由とする解除・損害賠償請求を許さないとの原則を判示した（最判昭 40・12・3 民集 19・9・2029）」、幾代 通、広中俊雄，新版注釈民法（16）債権（7），有斐閣，平成元年 9 月 10 日，初版第 1 刷発行，第 131 頁。

<sup>43</sup> 「注文者が必要な材料の提供、指図、先行すべき工事の事行などの協力をしなければ、請負人は仕事を完成することができず、注文者が検査と引取を拒むときには、請負人は完成した仕事の目的物を引き渡すことができない。このような場合には、注文者の債権者遅滞、即ち受領遅滞による請負人の債務の履行遅滞を生じ、注文者に帰責事由がなくでも受領遅滞の間は、危険が注文者に移転し、請負人の責任が減輕され、増加費用を注文者が負担する。注文者の仕事完成のための協力と引取は、このような不利益を伴う意味で間接的に一種の義務であるに過ぎず、本来の債務ではないから、協力・引取の拒絶に基づいて、債務不履行による損害賠償や解除は認められない（最判昭 40・12・3 民集 2029）」、三宅正男，

當然，亦有從工程承攬契約之範本規定與契約履行之誠信著眼，認為「定作人除支付承攬報酬之基本義務外，於工程約款中亦負有工程用地之確保、提供義務(民間約款第 2 條、公共約款第 16 條)、關聯工程協調義務、工程順利進行之協力義務(民間約款第 3 條、公共約款第 2 條)。承攬人得否以定作人不履行協議義務為理由，請求損害賠償，於此，由於建設工程為需要長時間的工作，須在各種環境、自然條件中進行；此外，亦常有於工程進行中，設計圖與工程現場狀況不一致、發生無法預期之狀況的場合。此際，需要定作人、監造的指示與判斷，若未獲定作人協力，承攬人將不得不中斷其工作，而承攬人一方面負有完成工作之義務，定作人不為協力造成工程中斷所增加之費用(勞工薪資、機械毀損等)之損害，亦讓承攬人負擔，對其過苛。關於此點，定作人不應只是單純受領工作物，應當負擔為了工作完成而主動性、積極性的協力義務，準此，應認為定作人亦需為了工程順利進行，而提供必要協力的義務，因怠於該義務而造成承攬人之損害，應予賠償。」<sup>44</sup>。此外，另有見解認為「承攬契約為一種勞

---

現代法律全集 9，契約法（各論）下卷，青林書院，1998 年 10 月 28 日初版第 1 刷，第 920 頁。

<sup>44</sup> 発注者は、この工事代金支払義務という基本的義務の他、工事約款では、工事用地等の確保・提供義務(民間約款 2 条、公共約款 16 条)、関連工事の調整義務、工事の円滑な進捗に協力する義務(民間約款 3 条、公共約款 2 条)などを負担しています。では、この発注者の協力義務不履行を理由に請負者は発注者に対して損害賠償の請求ができるのでしょうか。建設工事は長期の時間を要する仕事であり、様々な環境、自然条件.....進めなければなりません。また工事を進める上で、設計図書と工事現場の状況が一致しなかったり、施工上予期できない条件が生じたりする場合があります。このような場合、発注者や監理者の指示や指図、判断を必要とするわけですが、発注者側の協力なければ、請負者は工事を中断せざるを得なくなります。請負者は一方で、工事完成義務を負っており、発注者側の協力をずに工事を中断したために被る手待ち費用(労賃、機械の損料等)の損害を請負者に負担させるのは請負者に酷となります。この点について、発注者は単に工事目的物の受け取り手であるにとどまらず、工事目的物を完成するために協力するという能動的、積極的

務提供型之契約，為了工作完成而需要定作人協力的情形很多。例如，材料、指示之提供、建照取得、定作人土地之進入許可等。以上行為，有見解認為，係定作人之債務。判決先例上，在定作人未履行協力義務之場合，定作人受領遲延而履行不能者，構成民法第 536 條第 2 項，可請求承攬報酬。另一方面，定作人不提供協力者，在肯定定作人有協力義務之見解上，亦有肯定夠成債務不履行而得解除契約之法院見解<sup>45</sup>。目前學說上，也有肯定在誠信原則上，承攬契約之受領義務(来栖，奥田)。更進一步，肯定定作人有協力義務，而肯定不履行(以有歸責事由為要件)之責任。據此，定作人遲延提供協力之場合，承攬人於工程著手階段有免除債務之可能性。更進一步亦可能有損害賠償請求權。在這種場合，亦可能有請求實行協力行為之權利。此種請求視協力行為之重要性而異。即有①為債務著手履行之前提的協力義務，②繼續履行債務所必須之協力義務，③完成工作後，交付所必要之協力(受領)義務，三種不同的義務。例如①，②協力行為不提供時，懸而未決的狀態一直持續的不利益極大，不履行，有解除契約之必要性。又②的階段，亦有確保已完成部分的報酬之必要。關於③，與買賣的受領遲延相同的考量基礎等，視協力行為內容之不同而異之救濟管道。」<sup>46</sup>。

---

な役割、義務を担っているというべきであり、従って発注者も工事の円滑な進行に必要な協力をする義務があり、その義務を怠ったために請負者に損害を与えたときは、その損害を賠償しなければならないと解されています。島本幸一郎，現代建設工事契約の基礎知識，大成出版社，2008年9月12日第二版第一刷，第11頁。

<sup>45</sup> 名古屋地昭判 53・12・26 判タ第 388-112 頁。

<sup>46</sup> 請負契約は一種の役務提供型契約であるので、弁済の完了のためには債権者である注文者の協力が必要となることが多い。例えば、材料や指図の提供、建築確認、注文者の土地への立ち入り許可などである。これらの行為が注文者の債務であるかは議論の余地がある。判例には、注文者の協力が行われない場合につき、注文者の受領遅滞ととらえつつ、履行が不能となった場合については、536条2項の要件を満たすことを前提に請負代金の請求



由此可知，日本法院實務、學說就工程承攬契約之定作人協力行為之性質與相關見解，仍呈現分歧，因對工程承攬實況之認知與個案之差異而有不同之見解，然由於日本民法未就定作人之協力行為加以規定，故多數見解人認為定作人協力義務，如同買受人之受領義務般，為不真正義務。

### 第三節 小結

一、由現行民法之規定，主張定作人之協力行為係真正義務，進而認為當定作人不為協力時，負損害賠償責任，將面臨論理困境如下：

#### (一) 民法適用的困境

依民法第1條「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」之規定可知，必須在法律未規定時，才依

---

を認めたものもある。他方で，注文者の協力行為の不提供の場合に注文者の協力義務を肯定したうえで，その債務不履行として契約解除を肯定した裁判例もみられるのである。(名古屋地昭判53・12・26判タ388-112)。これまでの学説も建設請負の場合には信義則上の受領義務を肯定する見解がみられた(来栖，奥田)。しかし，さらに進んで，注文者の協力義務を肯定し，その不履行責任(帰責事由を要件とする)が肯定されるある。それにより，注文者側に協力の遅滞があった場合に，請負人は，着手の段階で債務を免れる可能性が生じ，さらに，損害賠償請求権が可能となり，場合によっては現実的な協力行為の実現を求める可能性が生じる。そして，このような要請も，債権者の協力行為の内容によって濃淡がみられることになる。すなわち，①債務の履行の着手の前提となる協力義務，②債務の履行継続に必要となる協力義務，そして③完成した仕事の引渡しに必要となる協力(受領)義務の相違によってである。例え. ①，②の協力行為の不提供の場合にはペンディングな状態が継続することの不利益は大きく，不履行として解除を認める必要性が大きいであろう。また，②の段階では出来高に対する報酬を確保する必要も生じる。これに対して，③については，売買の受領遅滞の議論と同じ基盤で考えることがでござような相違により，協力行為の内容に応じその不提供に対する救済が区別されるべきことになろう。笠井 修、片山直也，債権各論I契約・事務管理・不当利得，弘文堂，平成20年12月30日，初版1刷，第307頁，第308頁。

習慣、法理。則當民法第 507 條已把定作人未履行報酬給付以外的協力行為的效果，規定為承攬人得定相當期限催告解除契約，並於解除契約後請求因解除契約所生的損害賠償時，如果沒有契約另為其他約定，就很難賦予定作人協力行為有相當於真正義務之法效力。

## （二）誠信原則的困境

如果想解決民法適用的困境，除非，能直接將定作人協力義務與民法第 148 條第 2 項所揭示之誠信原則相勾稽。換言之，惟有認為定作人不履行協力義務違反誠信原則，才能勉強使違反協力義務會產生債務不履行的損害賠償。這也是為什麼真正義務的見解從承攬契約之目的去說明理由的原因。然而，從契約目的出發，首先遇到的問題是過於抽象、範圍過廣，甚至可能導致任何義務都會被認為是真正義務。以受領義務而言，無論在買賣或承攬，拒不受領或受領遲延都會造成買賣標的物無法交付或承攬之工作物無法交付，進而影響報酬請求權，這個契約中買受人及定作人的主給付義務的履行，怎能說不影響契約目的。

次者，說理上雖強調係以具體事實個案判斷，如定作人協力行為之違反，會導致契約目的無法達成，則定作人協力行為屬於真正義務，其(違反)應負債務不履行之責任<sup>47</sup>。此論理方式於一般之工程契約為合理，惟亦無法通案性地處理工程契約中各類型之定作人協力行為，甚至在少數個案，將變得極不合理。例如，某甲想購買一塊住宅用地自建自住，於是委託乙建設公司，興建一棟三層樓住宅。簽訂住宅承攬契

---

<sup>47</sup> 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學第 129 期，民 95 年 2 月，第 31 頁



約後，甲和土地地主談不攏，遲至承攬契約所定的開工日，都無法取得該土地之所有權。按此見解，甲無法取得用地造成甲乙之承攬契約目的不達，乙可以向甲主張債務不履行的損害賠償。然如此的法律適用，不合理之處昭然若揭。相反的，於此案例，按照民法第 507 條，由承攬人定相當期限催告解除契約，並於解除契約後請求因解除契約所生的損害賠償處理，是比較恰當的。

### (三) 請求賠償範圍解釋上的困境

民法第 507 條規定之損害賠償，只能請求因解除契約而生的損害請求賠償，不能請求未為協力行為所生的損害的賠償。可見，與債務不履行的損害賠償規定並不相同。

## 二、回歸契約之約款，探究定作人協力行為之定性

無可否認地，承攬契約中定作人一定的協力行為，對契約的順遂履行具有相當高的重要性，但超越契約的法解釋，在論理上有諸多困境，且也容易造成契約關係的不穩定。蓋法院實務上雖因個案不同而不乏有肯認定作人協力義務為真正義務之見解，然並不多見，且將具高度專業性與複雜性之個別工程契約之誠信原則之衡量結果，全然繫諸個案中承審法官、仲裁人或調解委員對誠信原則的理解及對法律見解的偏好，非但係非理性的商業決定，亦使工程承攬契約當事人的權利義務呈現高度不確定性與紛爭解決的投機性，不利健全工程承攬制度的發展。

因此，本文試圖回歸契約，比較同為大陸法系的鄰國日本，在公共工程承攬契約範本中對定作人義務的規定與我國當前公共工程承攬契約範本作一全面性比較，再佐以 FIDIC 的規定為印證，冀希能呈現公共工程契約當事人權利義務關係的應然分配。

此討論方式亦可在當前現行法上找到一定依據，蓋依政府採購法第 63 條第 1 項之規定，「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，其要項及內容由主管機關參考國際及國內慣例定之。」。本條項之修正於 100 年 1 月 26 日施行，增列前示斜線標示之文字，其修正說明為「第一項增訂各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，以降低個案採購契約不完整或未符公平合理原則之情形。」。是以，工程會頒布之工程採購契約範本之條款、於國際工程契約範本之條款中所建立之工程慣例，對個別公共工程採購契約亦有適用之可能。謹於第四章第一節做進一步論述。



## 第四章 工程契約範本之比較

### 第一節 我國公共工程契約範本介紹

#### 第一項 我國公共工程契約範本之法源依據

我國政府採購法於 87 年 5 月 27 日正式施行，其第 63 條第 1 項規定：「各類採購契約之要項，由主管機關參考國際及國內慣例定之。」<sup>48</sup> 主管機關即行政院公共工程委員會依上開條項之規定，頒布公共工程採購契約範本。

#### 第二項 我國公共工程契約範本之效力

##### 第一款 概述

民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。為民法第 1 條所明文，是於一般情形，若雙方當事人未於工程契約約定且法律亦未明文之事項，方有參考國內外採購契約範本及工程慣例之餘地，87 年制定政府採購法時，第 63 條第 1 項亦未賦予採購契約範本明確之效力。惟民國 100 年 1 月 26 日政府採購法第 63 條第 1 項修正為「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，其要項及內容由主管機關參考國際及國內慣例定之。」，立法理由以「第一項增訂各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，以降低個案採購契約不完整或未符公平合理原則之情形。」。於前揭條項修正後，採購契約範本似被賦予更強而且直接之效力，直接要求各類購契約以主管機關訂定之範本為原則，然而若個別採購契約未為規

---

<sup>48</sup> 87 年 5 月 27 日第 63 條第 1 項之立法理由為「依第六條規定，契約之訂定應以維護公共利益及公平合理為原則，惟為利各機關之執行，爰於第一項明定各類採購契約之重要事項，由主管機關參考國際及國內慣例定之，俾供各機關辦理採購之依據。」

定或甚至雖有規定但其規範意旨與主管機關訂定之範本相歧時，採購契約範本效力如何，更值探討。

以下先就政府採購法第 63 條第 1 項修正前(即 100 年 1 月 26 日前)法院實務對具體個案適用採購契約範本之情形加以整理，次就前揭條項修正後之法院見解加以臚列，以分析法院見解中採購契約範本之效力是否因修法而改變。

## 第二款 政府採購法第 63 條第 1 項修正前之情形

### 一、 認為採購契約範本對契約當事人並無拘束力

#### (一) 臺灣高等法院 97 年度建上易字第 44 號判決

「則被上訴人另援引『採購契約要項』第 46、49 點、工程採購契約範本及民法第 230 條之規定意旨，抗辯：93 年 3 月至 12 月間，在系爭工程施工地點，8 級風以上風力及豪大雨無法施工之時間及天數，累積共 197 天，屬『因天候影響無法施工』而非可歸責於廠商之事由，應不計入工期云云，核與契約自由原則未符，自不足採。」

#### (二) 臺灣高等法院臺中分院 98 年度建上字第 55 號判決

「兩造契約第 7 條之 4 關於『物價指數調整』部分，約定：『本工程工期不足一年，不依物價指數調整』，固剝奪被上訴人依物價指數請求上訴人調整工程款之權利，且與工程會 96 年 5 月 24 日之工程採購契約範本第 5 條第 1 項第 6 款、第 7 款暨 95 年 8 月 25 日工程企字第 09500326530 號等相關函釋所頒『不論工期是否長於一年，均請將本會訂頒『工程採購契約範本』第 5 條 1 項第 6 款及第 7 款物價指數調整之相關規定納入招標文件，辦理工程款（含增加或扣減應給付之契約價金），不

宜於契約中訂定『本工程無物價指數調整規定』之條款』意旨不符，惟被上訴人所提出工程會工程採購契約範本，並無法律之強制力，僅係供參考使用，而兩造既未採用上開範本，則上開範本中關於物調款部分之條款，自不拘束本件當事人，又被上訴人所提出之上開契約範本，係 96 年 5 月 24 日版本，對 95 年 3 月 13 日已簽訂之系爭契約並不適用。」

(三) 臺灣高等法院臺中分院 98 年度建上易字第 18 號判決

「系爭契約第四條第二項約定：契約價金採總價給付者，未列入標價清單之項目或數量，其已於契約載明應由廠商施作或供應或為廠商完成履約所必須者，仍應由廠商負責供應或施作，不得據以請求加價，有系爭契約在卷可憑。依上說明，系爭契約既採總價承包，則上訴人復主張其依工程慣例及政府採購法第六條第一項規定，或工程契約範本第十二條工程變更所載，就超出系爭契約數量百分之十以上部分，亦得請求被上訴人酌予補償云云，亦有未合。」

(四) 臺灣臺中地方法院 97 年度建字第 108 號民事判決

「查行政院公共工程委員會固曾於 96 年 3 月 9 日以工程企字第 09600095000 號函釋為因應近期國內營建物價劇烈波動，並協助國內廠商因應營建材料價格變動致增加履約成本風險，而請各公務機關於辦理採購時，將該會所訂頒之『工程採購契約範本』第 5 條物價指數調整之相關規定納入招標文件，並於契約中明定物價調整之方式，以降低雙方之風險，並擬定三種物價調整之方式供各公務機關參考，以為機關訂定物價調整之辦理原則。其一為……。然前開三種物價調整方式僅係公共工程委員會提供予各公務機關於招標文件及契約



中明定選擇物價調整辦理原則方式之參考而已，並非強制公務機關於物價有變動之情況下，務須併用該三種調整方式據以調整工程款。茲兩造於訟爭承攬契約中既約明本件工程金額因應工程期限內物價之波動，係按台灣地區營造工程物價指數，依總指數漲跌幅超過 2.5% 部分計算物價調整工程款，已如前述，而未約定搭配公共工程委員會上開函文所載其他物價調整參考方式一併納入於契約中。乃原告竟違反兩造之約定，任意主張應另依前述物價調整方式計算物價調整款，而就鋼筋材料部分辦理工程款調整，增加給付此部分工程款 129 萬元云云，殊無可採。」

## 二、 直接適用採購契約範本之規定

### (一) 最高法院 98 年度台上字第 1848 號判決

「原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決一部廢棄，改判令上訴人給付六百二十三萬二千八百三十五元本息；並一部維持，駁回被上訴人其餘上訴，無非以：……又依政府採購法第六十三條第一項授權頒布之政府採購契約要項第三十二條及公共工程會頒布工程採購契約範本第三條之規定，採契約價金總額結算給付者，工程個別項目實作數量較契約所定數量增減達百分之十以上時，其逾百分之十部分，得以契約變更增減契約價金；未達百分之十者，契約價金不予增減。被上訴人請求其按圖施作數量超出契約數量百分之十部分，為屬合理有據……依政府採購法第六條第一項前段、第六十三條第一項、民法第一條及第一百四十八條第二項之規定，堪認上訴人應依政府採購契約要項第三十二條第二款規定，就實作數量逾契約數量百分之十部分，給予增減價金；…」



(二) 臺灣高等法院 98 年度重上字第 271 號判決

「惟查公共工程委員會主管公共工程事務，致力健全公共工程制度，加速公共建設執行，並職司機關採購糾紛之調解事宜，為提升政府採購效率、激勵民間參與公共建設，兼顧政府與民間合理對等之權利義務關係，則該會在上開思維考慮下提出物價調整之方案，供作工程採購契約範本之條款，且發函告知各機關併各同業公會，應係考量各特定營建物料業者及機關可得負擔之風險後所提出，而合億公司主張由伊負擔 30%、第四區工程處負擔 70%，並未提出任何依據，則比較上應以公共工程委員會提出者為可採憑。」

(三) 臺灣高等法院臺中分院 97 年度建上字第 67 號民事判決

「又依政府採購法第 63 條第 1 項授權頒布之政府採購契約要項第 32 條及行政院公共工程委員會頒布工程採購契約範本第 3 條之規定，採契約價金總額結算給付者，工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達 10% 以上時，其逾 10% 之部分，得以契約變更增減契約價金。未達 10% 者，契約價金不予增減。是基於誠信原則，上訴人一品公司請求其按圖施作結果，數量超出契約數量 10% 部分，自屬合理有據。」

三、 以採購契約範本為契約解釋之參考

(一) 臺灣高等法院 98 年度上易字第 15 號民事判決

「另實務上亦認定『…行政院公共工程委員會…工程合約範本…約定按逾期日數每日依結算總價千分之一計算之逾期違約金，為國內公共工程所通行…』（見最高法院 92 年台上字第 2094 號判決），是以本院參酌上訴人抗辯及本件未另為懲罰性違約金之約定等情，酌減系爭違約金為 70%。」

(二) 臺灣彰化地方法院 97 年度員簡字第 277 號判決

「惟僅有此調整工程款之約定，而無上述調整公式等事項，則其工程款應如何調整，調整之比例為何，即皆無所依循，將致調整之金額無從確定。從而，契約所定調整工程款之目的，即不能實現。因此，本件工程契約未就上述調整公式等事項一併約定，實有違兩造之原意，顯屬契約漏洞，應由本院予以填補。而行政院公共工程委員會所發布如附件一所示之計算物價調整款之方式，定於工程採購契約範本之內，行之有年，為政府機關辦理公共工程所採用，觀其內容，亦相當合理、公平，以之為本件契約漏洞之補充，據以調整工程款，乃符合誠實信用原則，且不違兩造之原意。原告依據該方式計算本件調整之工程款，自屬於法有據。」

(三) 臺灣臺南地方法院 94 年度重訴字第 88 號判決

「綜上，參酌上開公共工程委員會就工程採購契約訂頒範本規範所定違約金約定標準、社會經濟狀況及被告所受損害情形，因認本件被告得向原告請求之違約金按兩造約定以工程總價千分之一計算為合理，惟應以三成為上限」

### 第三款 政府採購法第 63 條第 1 項修正後之情形

#### 一、 政府採購法第 63 條第 1 項之修正與主管機關之相關函釋

民國 100 年 1 月 26 日政府採購法第 63 條第 1 項修正為「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，其要項及內容<sup>49</sup>由主管機關參考國際及國內慣例定之。」，立法理由以「第一項增訂各類

<sup>49</sup> 劃底線者，為修正之部分。

採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，以降低個案採購契約不完整或未符公平合理原則之情形。」。

行政院公共工程委員會遂於 100 年 1 月 28 日以工程企字第 10000040880 號函以「行政院公共工程委員會已訂頒各類政府採購契約範本並公開於該網站，各機關於訂定採購契約時，以採用工程會訂頒之契約範本為原則，並應注意各契約是否有最新修正版本。」

50

台北市政府亦於於 5 月 26 日以府工採字第 10030167700 號以：「以不違反政府採購法第 63 條及行政院公共工程委員會頒修之工程採購契約範本精神下，召開研商修訂臺北市政府工程採購契約範本之會議議程，供所屬各機關學校採用。」

## 二、 修法法院後判決之見解

### (一) 仍認為範本對個別契約不生拘束力者

#### 1. 臺灣高等法院 97 年度建上字第 110 號判決(100 年 6 月 8 日宣判)

「臺北市政府工程採購契約範本，並非系爭契約之一部，而本件系爭契約就此亦已有明文約定，自非得引以為鑑定

---

<sup>50</sup> 主旨：「關於政府採購法第 63 條條文修正通過後之相關配合事宜如說明，請 查照並轉知所屬（轄）機關（構）。」

說明：「一、立法院業於 100 年 1 月 10 日三讀通過「政府採購法第 11 條、第 52 條及第 63 條條文修正案」，並奉總統於 100 年 1 月 26 日華總一義字第 10000015641 號令公布。二、前揭修正案之第 63 條第 1 項規定「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，其要項及內容由主管機關參考國際及國內慣例定之。」本會已訂頒各類政府採購契約範本，公開於本會網站（[www.pcc.gov.tw](http://www.pcc.gov.tw)\政府採購\政府採購法規\招標相關文件及表格）。三、鑒於前揭規定，機關訂定採購契約，以採用本會訂頒之政府採購契約範本為原則，請採用因應措施，並請注意各該契約範本之最新修正情形。」協助中小企業參與政府採購服務中心網站工程會函釋專區，<http://gpw.moeasmea.gov.tw/moeasmea/wSite/>，最後查詢日期 June 2, 2012。

之基礎，亦非被上訴人所得援引為上開工程項目得否展延工期認定之依據。」

2. 臺灣高等法院臺南分院 100 年度上易字第 111 號判決(100 年 10 月 4 日宣判)

「至上訴人另提出之台北市政府工程採購契約範本、及引政府採購法第 72 條規定等內容，未據上訴人舉證為契約約定之內容，自不生拘束兩造之效力，亦無從據為有利於上訴人之認定。」

3. 臺灣臺北地方法院 100 年度訴字第 167 號判決(100 年 3 月 29 日宣判)

「原告雖主張：針對系爭工程，基泰公司已部分完工，故本件逾期違約金數額，應比照行政院公共工程委員會所訂工程採購契約範本第 17 條第 8 項第 3 款之規定，於計算逾期違約金上限時，應自工程總價款中扣除已完工部分之金額，是本件逾期違約金之上限應為 27,464,228 元云云。然前開工程採購契約範本，僅為行政機關所訂頒作為類似契約之參考範本，該範本之內容如未經契約當事人採用之，本於契約自由原則，該範本之內容對契約當事人即無拘束力甚明。而該契約範本第 17 條第 8 項第 3 款規定之內容，並未經被告及基泰公司於系爭承攬契約中採用，該規定之內容，於本件即無適用餘地。是原告此部分主張，誠乏依據，自不足採。」

- (二) 援用舊函釋或舊法時代之判決而認為範本對個別契約不生拘束力者

1. 臺灣高雄地方法院 99 年度建字第 44 號判決(100 年 9 月 6

日宣判)

「系爭契約第 4 條第 10 項前段文義中之「得」字約定，係指被告有裁量權，決定是否調漲工程款，尚不得因被告採用政府採購契約範本而訂立上開條文，即謂被告應受其拘束，於物價調整時，負有調漲工程款之義務，此有台灣高等法院台中分院 91 年度上字第 9 號判決之裁判意旨「政府採購契約範本，僅係供各級政府機構簽約之參考，政府機構仍得為不同之約定，並非強制適用，更無拘束未簽訂該內容條款之人之效力。」可資參照」

2. 臺灣臺北地方法院 100 年度訴字第 2303 號判決(100 年 10 月 7 日宣判)

「被告雖又抗辯主張依據行政院公共工程委員會所訂頒之財物採購契約範本，其中第五條契約價金之給付條件，即有物價指數調整之規定等語；然上開行政院公共工程委員會所訂頒之財物採購契約範本，對於其他機關而言，並無強制性，此由行政院公共工程委員會 94 年 6 月 29 日工程企字第 09400232190 號函所示「機關辦理採購，建議儘量參採本會所訂範本，以杜爭議」等語可知，上述財物採購契約範本，僅係供採購機關得參酌採用，因此，是否適用上開財物採購契約範本，採購機關仍得自行衡量採購數量、採購期間等因素，而決定是否採用，非謂原告應受上述財物採購契約範本之拘束，是被告抗辯系爭契約應有財物採購契約範本之適用，亦無依據。」

- (三) 雖未否認範本之個案拘束力但認為可特約排除

臺灣高等法院 100 年度建上字第 94 號判決(100 年 10 月 18 日



宣判)

「查系爭契約係以公共工程委員會訂頒之採購契約範本為參考依據，雖系爭契約第3條第2項前段約定『工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達10%以上時，其逾10%之部分，得以契約變更增減價金。…』等語(見原審卷一第17頁)，似認工程進行中遇工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達10%以上時，其逾10%之部分，即得以契約變更增減價金。惟系爭契約第3條第2項後段另訂有「數量增減部分詳投標須知補充說明第7條辦理」之約定，則系爭工程進行中遇工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達10%以上時，其逾10%之部分，得否以契約變更增減價金，仍應依投標須知補充說明第7條之約定辦理，並非逕以系爭契約第3條第2項前段之約定為據。」

(四) 認為範本具個案拘束力者

1. 最高法院100年度台上字第1015判決(100年6月30日宣判)

「原審就一式計價項目之約定，依系爭契約第四條實作實算之約定，參以行政院公共工程委員會訂頒『工程採購契約範本』內容，認定被上訴人得依上訴人實作金額與契約金額比價調整契約內約定一式計價項目之應給付金額，即減少一百六十五萬八千零十元，亦無可議。」

2. 臺灣高等法院100年度建上字第1號判決(101年3月20日宣判)

「惟台北市政府工程採購契約範本第14條第5項約定，業已就不可歸責於雙方當事人之事由所致展延工期所生之工



程管理費加以規範，承攬人得減半申請工程管理費用，已如前述。故下水道工程處辯稱：依施工說明書總則規定，承造人不得提出賠償損失之要求云云，即不可採。」

3. 臺灣高等法院 99 年度建上字第 96 號判決(101 年 3 月 6 日宣判)

「被上訴人主張：行政院公共工程委員會於發布之『採購契約要項』第 32 條，及於印製之『工程採購契約範本』第 3 條 2 項，均規定契約價金以總價決標，且以契約總價給付，但工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達 10% 以上者，其逾 10% 之部分，得以變更設計增減契約價金等語，業據提出『採購契約要項』、『工程採購契約範本』為證。……新北市消防局亦就實作數量增加超過契約數量 10% 以上部分，追加給付工程款予上訴人。足見系爭石材及帷幕工程契約成立當時，兩造預見實作數量較契約數量增減之比率在 10% 以內，為合理誤差範圍，增減數量超過此合理誤差範圍者，則非兩造於契約成立當時所能預料，從而被上訴人應得依民法第 227 條之 2 第 1 項規定，請求法院就增加數量超出 10% 部分，調整增加報酬給付。」

4. 臺灣高等法院 100 年度建上字第 74 號判決<sup>51</sup>(100 年 12 月 7

---

<sup>51</sup> 本案之原審判決，即臺灣臺北地方法院 99 年度建字第 392 號判決(100 年 3 月 30 日宣判)亦採相同見解以「按臺北市府工程採購契約範本第 22 條第 5 款規定……又行政院公共工程委員會頒訂之「工程採購契約範本」第 3 條第 1 款規定……再臺北市府工程契約訂約後工期核算要點第六點規定……揆諸前揭規定，若定作人同意停工或展延工期，應給付承攬人展延期間之管理費，其管理費之計算係以契約總價 2.5% 以上作為原契約管理費，再除以原工期日數求出履約期間每日之管理費，最後乘上展延或停工日數即為該期間所生之管理費；若工期之增減係因變更設計所致，則其管理費係以結算總價與原契約價金總額之比例增減之，與展延天數

日宣判)

「臺北市政府工程採購契約範本第22條第5項規定……行政院公共工程委員會頒訂之工程採購契約範本第3條第1款規定……臺北市政府工程契約訂約後工期核算要點第6點規定……依上開規定，若定作人同意停工或展延工期，應給付承攬人展延期間之管理費，管理費之計算：以契約總價2.5%以上作為原契約管理費，再除以原工期日數，得出履約期間每日之管理費，再乘以停工日數，即為該期間所生之管理費；若工期之增減因變更設計所致，管理費以結算總價與原契約價金總額之比例增減之，與展延日數無涉，惟此應在加減帳比率與工期增減比率相當之前提下始有適用。若定作人變更設計後增加金額無幾，卻大幅增加工期，由承攬人自行吸收工期展延期間所生之管理費，對承攬人有失公平。亦即在變更設計係不可歸責於承攬人，且加減帳比率與工期增減比率相較顯不相當之情形，依上開定作人同意展延工期時之管理費計算方式，加計展延期間之管理費予承攬人，須扣除依上開以加減帳比率計給之管理費及工期。」

5. 臺灣高等法院臺中分院100年度建上字第58號判決<sup>52</sup>(100

---

無涉，惟應在加減帳比率與工期增減比率相當之前提下始有其適用。若定作人變更設計後所增金額無幾，卻任其大幅增加工期，要求承攬人自行吸收工期展延期間所生之管理費，於承攬人自屬有失公平。易言之，在變更設計係不可歸責於承攬人且加減帳比率與工期增減比率相較顯不相當之情況，應依定作人同意停工或展延工期時之管理費計算方式，加計展延期間之管理費予承攬人，且須扣除依加減帳比率已計給之管理費及工期。」

<sup>52</sup> 本案之原審判決，即臺灣臺中地方法院99年度建字第28號判決(100年5月23日宣判)亦採相同見解以「按民法第508條第1項關於工作物毀損滅失之危險，規定於定作人「受領」後

年 11 月 29 日宣判)

「按民法第 508 條第 1 項關於工作物毀損滅失之危險，規定於定作人『受領』後轉由定作人負擔。惟於定作人『先行使用卻未辦理驗收』之情形，則應以定作人先行使用時作為危險負擔移轉時點，始符合危險負擔移轉之立法理由及誠信原則，此參諸公程會工程採購契約範本第 9 條第(七)項第 2 款之規定及最高法院 96 年度台上字第 632 號民事判決意旨自明。綜上所述，本件系爭工程在鳳凰颱風來襲之前，已經完工，且經權責機關開放通車使用，縱未完成全部路段驗收之流程(本院認 4K+350 及 20K+600 兩處，於 97 年 5 月 21 日實質上已完成初驗)，揆諸上開說明，工作物毀損滅失之危險自應轉移由上訴人負擔。上訴人自不得拒絕此部分工程款之給付。」

### 三、 小結

100 年 1 月政府採購法第 63 條第 1 項之修正，雖未明文賦予主管機關制定頒布之採購契約範本之個案拘束力，然其由僅單純規定採購契約要項由主管機關定之，至「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則」之轉變，不難發現主管機關想藉由政府採購法第 63 條第 1 項，以使其參考國內外工程慣例所制定之範本，對個別

---

轉由定作人負擔。惟於定作人「先行使用卻未辦理驗收」之情形，則應以定作人先行使用時作為危險負擔移轉時點，始符合危險負擔移轉之立法理由及誠信原則，此參諸公程會工程採購契約範本第 9 條第(七)項第 2 款之規定及最高法院 96 年度台上字第 632 號民事判決意旨自明。綜上所述，本件系爭工程在鳳凰颱風來襲之前，已經完工，且經權責機關開放通車使用，縱未完成全部路段驗收之流程(本院認 4K+350 及 20K+600 兩處，於 97 年 5 月 21 日實質上已完成初驗)，揆諸上開說明，工作物毀損滅失之危險自應轉移由被告負擔。被告自不得拒絕此部分工程款之給付。」

採購契約發生更強之拘束力之政策意圖，此點由該條項「以降低個案採購契約不完整或未符公平合理原則之情形」之立法理由及工程會於新法生效後 2 日，即作成「各機關於訂定採購契約時，以採用工程會訂頒之契約範本為原則，並應注意各契約是否有最新修正版本」之函釋即不難窺知。而新法之規定，使主管機關得以因應國內外工程慣例之發展與演變，制定符合時代潮流之範本，且使該範本可以立刻落實於個別政府採購之契約條款中，以免範本與個別具體契約條款之落差過大。是以，修正後之政府採購法第 63 條第 1 項雖未明文賦予主管機關制定頒布之採購契約範本之個案拘束力，然已使個別採購機關若於個別契約中有與範本相扞格條款時，將就其特立獨行之契約條款負有更高之說理義務，否則即可能因牴觸範本或遭依民法第 247 條之 1，即定型化契約之規定而遭拒絕適用。

然而須注意者係，由於主管機關依國內外工程慣例修正範本，則爭議發生時，裁判者究應適用裁判時之範本，還是締約時之範本，申言之，兩造公平合理之探究，究應由締約時探尋還是裁判時？此外，第 63 條修正前所締結之契約，是否受本條修正影響，亦不無疑異，法院判決之走向實值觀察。

## 第二節 日本公共工程契約範本介紹

### 第一項 範本之發端與理念

#### 第一款 範本之發端

日本關於工程承攬契約約款，主要有民間的民間(舊四會)聯合約款及公共工事標準承攬契約約款。在民間工程廣泛被運用的民間(舊四會)聯合約款發軔於大正 12 年(1923)，當時之建築學會(現，日本建築學會)、日

本建築士會(現，日本建築家協會)、日本建築協會、日本土木建築承攬業者聯合會(現，全國建設業協會)共同制訂「工事承攬規程」，此規程雖為民間工程承攬契約之雛形，但亦非完全作為契約之內容而適用。戰後，為本規程之全面修正，前揭四會組成工事承攬規程改正委員會，以契約當事人對等的立場締結公正契約之觀點為始，以修正被認為不合理之條款及朝文意平易化之方向努力。改正作業於昭和 24 年(1949)12 月全部完成。同年，日本制定建設業法，該法為確保工程契約公正履行，例示契約當事人應遵循事項並要求關於相關事項須達成合意且記明於契約中。同時，建設省藉依該法而成立之中央建設業審議會<sup>53</sup>，著手制定公共工事標準承攬契約約款，並於昭和 25 年(1950)公告。<sup>54</sup>

## 第二款 範本之理念

範本制定之前，工程承攬實況為發包人下命或由發包人就承攬人之請求給予恩惠之單方面關係。其主要情形包括：<sup>55</sup>

1. 定作人支付承攬報酬之時間點不明確，由定作人意思決定。
2. 定作人單方中止工程或變更設計致承攬人之損害，定作人均無須賠償。

---

<sup>53</sup> 中央建設業審議會，係由學者專家、公共工程主辦機關、工程業界之委員組成，委員由國土交通省大臣任命，公共工程主辦機關、工程業界之委員人數須相同，且總數須在全部委員之三分之二以下。其職權係依建設業法及公共工程招標、投標及促進契約合理化法(公共工事の入札及び契約の適正化の促進に関する法律)制定承攬公共工程之業者之各項基準及審查工作、以公正之立場制定公共工事標準承攬契約約款、制定公共工程招標、投標及促進契約合理化之相關方針與政策。みらい総合法律事務所，建設工事請負契約約款—利用の実務とトラブル防止・対応策，2011 年 9 月 20 日出版發行，第 18 頁、第 19 頁。

<sup>54</sup> 潼井繁男著，逐條解說工事請負契約約款，酒井書店株式會社發行，1998 年 11 月 25 日五訂新版第一刷，第 1 頁、第 2 頁。

<sup>55</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 11 頁，第 12 頁。



3. 定作人提供材料遲延或天災、不可抗力因素而致之工期延長，由定作人決定。
4. 就定作人發生債務不履行時之損害賠償義務毫無規定。
5. 契約疑義之詮釋均由定作人之意思決定
6. 定作人有任意解除權，而承攬人則在任何場合均無法解除契約。
7. 天災或不可抗力所生之損害均由承攬人負擔。

因此，參考四會連合會工程承攬規定、物價廳之官廳工事承攬標準契約書案、美國標準承攬契約書，作成公共工事標準承攬契約約款。其理念有二，即「打破向定作人傾斜之情況」及「契約內容明確化」<sup>56</sup>，其主要內容包括：<sup>57</sup>

1. 明確規定定作人之監督權限。
2. 發包者變更或中止工程致承攬人發生損害者，發包者負賠償責任。
3. 有不可歸責於承攬人之事由及其他正當理由，承攬人得向發包者請求展延工期。
4. 明確規定發包者驗收及支付承攬報酬之時點。
5. 明確規定發包者能行使解除權之情形，並同此承認承攬人於一定情形具有解除及中止工程之權。
6. 預付款及估驗款支付時點之明確化。
7. 因天災及其他不可抗力因素所生之重大損害且承攬人已盡善良管理人注意義務者，該損害由發包人承擔。
8. 長期工程依物價變動而請求承攬報酬之變更，即所謂情事變更原則於此

---

<sup>56</sup> みらい総合法律事務所，建設工事請負契約約款—利用の実務とトラブル防止・対応策，2011年9月20日出版発行，第38頁。

<sup>57</sup> 建設業法研究会編著，改定3版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009年7月17日第3版第1刷発行，第13頁。



- 情形之適用的承認。
9. 設立紛爭解決方法。
10. 為契約內容之明確，規定專利權之使用、圖面與現場不一致、臨時應變措施、全部轉包禁止、下包之變更、工程進度表不適當之修正義務等。

## 第二項 範本之修正歷程<sup>58</sup>

日本公共工事標準承攬契約約款之制定與發展過程可以說是單一國家公共工程契約範本發展相當具有參考意義的範例。該範本自昭和 25 年(1950)2 月制定以來經歷十三次修正(昭和 27 年、29 年、31 年、37 年、47 年、56 年、平成元年、7 年、12 年、13 年、14 年、15 年 2 月、15 年 10 月)，總體觀察，從制定到平成元年的七次修正，屬於承攬契約當事人對等性促進期，或者說是定作人責任加重與明確化期；而平成 7 年以降的六次修正，則屬於國際化與促進競爭期。以下臚列約款制定及幾次修正之重點，但由於本文係以定作人協力行為為題，故僅介紹有關之修正。

### 一、 昭和 27 年至平成元年之(第一次至第七次)修正

#### (一) 昭和 27 年

基於薪資、物價之變動而生之承攬報酬變動，即所謂「浮動條款(スライド条項; slide)」於基於異常事由而生之經濟情勢激變、參酌工事現場情形發包者與承攬人協議承攬報酬或工事內容變更之場合亦有適用。

#### (二) 昭和 29 年

伴隨預付款保證制度建立而完善契約約款之規定，於圖

---

<sup>58</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 13 頁至第 38 頁。

面與施工現場狀況不一致，且發包人與承攬人無法達成一致協議時，承攬人得提出暫時停止施工，若工事持續有致承攬人發生重大損害之虞者，賦予承攬人解除權。

(三) 昭和 31 年

依建設業法之修正設置工事紛爭審查會，並同時規定對審查會之斡旋、調停、仲裁之服從。

(四) 昭和 37 年

1. 詳細價目表與圖說，由發包者承認制，改為發包者承認制或作為單純參考而提出，於提出後作為發包者審查因天災或不可抗力因素之損害額算定之基準之兩本選擇制。
2. 關於基於薪資、物價變動而生之承攬報酬變更，為求明確，於短期契約僅規定情事變更原則；於長期契約，規定承攬報酬金額與變動後差額超過特定百分比者(□%)之浮動條款，明定算定薪資、物價變動之客觀性資料。
3. 關於波及第三者之損害，即獨立設置公害問題條款，以作為起因者的發包人負擔為原則。
4. 關於因天災或不可抗力因素之損害，由以前「被認為重大」之規定，明確為「相當於承攬報酬□%以上之損害」，同時改正損害額算定方法及範圍。
5. 關於工事完成保證人，刪除其於合於履行請求時，承攬人權利義務繼承之規定。
6. 關於紛爭解決手段，為求建設業法之建設工事紛爭審查會之仲裁的運用，廢止該審查會之斡旋及調解前置。

(五) 昭和 47 年

隨著建設業法之修正，全面修正標準承攬契約約款：

1. 名稱由「建設工事標準承攬契約約款」改為「公共工事標準承攬契約約款」。
2. 契約條件之明確化：
  - (1) 明確規定工程用地之確保為發包者根本性的義務。(第 2 條，現)
  - (2) 發包者有協調平行包商之義務。(第 3 條，現)
  - (3) 基於建設業法修正而增定之第 19 條之 2 之規定，關於工程現場所設之監督員或現場代理人，其權限內容之明確化。(第 10 條、第 11 條，現)
  - (4) 發包者因特殊理由須縮短工期，或有契約約定得展延工期事由卻不能給予展延者，發包人需在與承攬人協議之基礎上，相應變更必要地承攬報酬。(第 20 條)
  - (5) 工程完成後之工作物移轉請求，以承攬人提出為原則；承攬人不能提出時，發包人於承攬報酬給付之同時得請求交付工作物。(第 27 條，現)同時，明確規定契約解除時之處置。(第 43 條，現)
  - (6) 發包者及承攬人之意思表示以記載於書面為原則。
3. 工程管理之合理化
  - (1) 除約款或設計圖說另有規定外，假設工程、工法等關於工作物完成之一切必要手段，明確規定由承攬人決定。(第 1 條第 2 項，現)
  - (2) 舊約款，所謂工程材料檢查、工程材料調合及工程施工檢查，被認係全部監察員進行檢查；修正為僅檢查發包者於設計圖說中認為必要項目之檢查。(第 13 條第 2 項、第 14 條第 1 項至第 3 項)

#### 4. 契約條件適正化

建設工程之契約性格本身即含有諸多不確定性因素，又因天災或不可抗力因素所生之損害之風險亦高。且須經歷相當期間之工程，亦有因物價波動致原定承攬報酬不合適之場合。上開不確定性因素，均致契約締結時工期或報酬之計算困難。縱能作暫時性計算，契約本身仍包含相當高的不確定性。為因應以上事態而作以下修正：

- (1) 作為工程施工條件變更之理由，規定了關於設計圖與施工現場狀態不一致、設計圖表示不明確、設計圖所示之自然性或人為性的施工條件與實際施工條件不同及設計圖無法明事之施工條件等不能預期知事態發生時，發包者與承攬人雙方可以此條件變更為理由，向對方請求必要工期或承攬報酬之變更。(第 17 條，現)
- (2) 完善發包人關於工程內容變更或工程中止之相關規定，關於承攬報酬之變更於發包人承認詳細價目表之場合，以此為算定基準外，因工程一時中止對承攬人增加之費用或所生損害，比以往更明確地規定由發包人負擔；同時，因無法確保工程用地、或因天災及其他不可抗力因素致工作物發生損害等理由，致承攬人無法施工，發包人應命其停止施工。(第 18 條，現)
- (3) 關於因薪資或物價變動所生承攬報酬變動之規定，長期或短期工程均適用相同條款；一般性的規定必須於承攬契約締結後超過 12 個月方能請求。於請求之際，以變動前殘存工事之承攬報酬與變動後殘存工事之承攬報酬相比，超過百分之三的部分須進行調整。同此，

承攬報酬調整後再次發生薪資或物價波動時之處理亦明確規定。(第 21 條，現)

(4) 因天災或其他不可抗力因素致生損害者，超過承攬報酬百分之二的部分由發包人負擔(損害累積的場合，累積額亦一併計算)；天災或其他不可抗力之範圍、損害額認定範圍即算定方法，亦加以明確化。(第 25 條，現)

(5) 由定作人交付或出借之材料，如發現與約定之品質或性能不符時之處置。規定因可歸責承攬人之事由致契約解除，承攬人支付違約金之義務。(第 15 條第 8 項、第 40 條第 4 項，現)

5. 關於紛爭解決，除件設工事紛爭審查會之條幹旋、調停或仲裁外，亦可由發包人與承攬人合意，由第三人進行幹旋與調停。

#### (六) 昭和 56 年

本次修正背景在於，距前次修正已歷十年，建設業景氣，因日本經濟成長趨緩，建設投資下降、物價上漲、建設業業績停滯，因而帶動本次修正。

##### 1. 下修自我承擔之比例

(1) 關於因薪資或物價變動所生承攬報酬變動之規定，原規定以變動前殘存工事之承攬報酬與變動後殘存工事之承攬報酬相比，超過百分之三的部分須進行調整；改為百分之一點五。

(2) 已完成部分因不可歸責承攬人之事由或天災或不可抗力因素所致之損害，承攬人需自行負擔部分由百分之



二下修為百分之一。

## 2. 單一品項浮動條款之導入

前版契約約款之浮動條款僅就物價整體之波動設有調整機制，然昭和 48 年(1973)第四次以阿戰爭爆發，整體物價雖無明顯波動，但石油及與石油相關材料之價格急遽上揚，已凸顯整體浮動條款之不足。昭和 55 年(1980)因兩伊戰爭引發第二次石油危機，日本政府遂依中央建設業審議會之建議，於原範本外附加特約條項，並由全國各發包機關(工程主辦機關)實施。該特約調項中明列因石油價格波動連帶上揚之建材價格(列舉：燃料油、瀝青類、水泥、混凝土、隧道工事等所需使用之電力)，由甲乙雙方以協議調整承攬報酬。

昭和 56 年契約約款修正，將前揭特約條項一般化。規定因特別原因，工期內主要工程材料價格發生顯著變動，致承攬報酬被認為不適當者，甲乙雙方以協議適當調整承攬報酬(第 21 條，現)。

### (七) 平成元年

1. 紀元由昭和改為平成。
2. 鑒於年投資額 70 兆日圓以上、擁有 560 萬就業人口之建設業，利潤僅 2.4%，顯低於其他產業，且轉包施工之情況日益，明定各該工程中消費稅之負擔為重要問題。故變更承攬報酬之記載，除記載含稅後之承攬報酬外，另記載消費稅額。

## 二、平成 7 年

鑒於國民對公共工程契約投標、締約程序透明性、客觀性、競

爭性提高之要求增加及建設市場國際化等原因，中央建設業審議會於平成5年提出公共工程投標、契約制度全面改革建議，於隔年著手進行契約約款修正，並於平成7年完成。

## 1. 契約關係的明確化

### (1) 甲乙協議手續等之明確化

工期及承攬報酬之變更，以甲乙雙方協議為原則。一定期間未達成協議者，由甲方決定並通之乙方。此外，協議開始之日，為求明確化，亦以由甲方決定並通知乙方為原則。

### (2) 程序規定明確化

- a. 新規定承攬人會同現場調查、調查結果匯整時承攬人意見之聽取。除承攬人之保護外，剝奪有誤解、濫用承攬人工程暫時停止權之承攬人的工程暫時停止權。
- b. 關於「立刻」、「毫不遲延地」之規定，盡可能改為「～起□日內」。
- c. 明定檢查及破壞檢查。發包人行破壞檢查時，記明理由並通知(承攬人)。
- d. 關於現場代理人或監督員執行職務所生紛爭，於處置請求手續經過後開始，可進行斡旋或調停。

### (3) 契約基本事項明確化

明確記載以下事項：

- a. 承攬人完成工程之義務及定作人給付承攬報酬義務。
- b. 承攬人就履行契約所知悉之秘密的保密義務。
- c. 請求、通知、解除等書面主義及書面提出之方法。
- d. 貫徹承攬人自主施工原則。
- e. 發包者及承攬人使用之與言為日文。

- f. 以日元支付金錢之債。
- g. 以日本國之法令為準據法。
- h. 關於管轄法院之合意。

(4) 費用負擔之明確化

- a. 明訂檢查、工程照片等記錄之完善所直接支出費用，由承攬人負擔。
- b. 明訂發包者有歸責事由之一般性損害、第三者損害及因不可抗力所生損害，發包者所負擔之費用須扣除已為保險所填補之部分。

(5) 基準明確化

明訂薪資水準及物價水準之變動，以國內為基準。又明訂因薪資水準或物價水準而升之承攬報酬變更請求，以承攬契約締結十二個月後之薪資水準或物價水準為要件。

(6) 管理責任之明確化

明訂承攬人對工程用地之善良管理人注意義務及明訂承攬人就不需要(或已使用完畢)之工程用地的復原與返還。

(7) 契約用語之明確化

- a. 「工程內容之變更」改為「設計圖書之變更」。
- b. 例示規定之改善及增加，依準用順序排列使約款易於理解。

(8) 履行報告有關事項之明確化

明訂承攬人履行計劃及履行狀況之報告義務，並明確施工計畫書等之提出根據。

2. 完善履行保證制度

金錢保證之具體方式明確化(保證金繳納、提供有價證券、銀行及其他金融機關保證、公共工程履行保證券等)

### 3. 其他

#### (1) 聯合承攬之特別規定

記明聯合承攬廠商之連帶責任。又發包者只對代表廠商為通知等行為，其對代表廠商之行為對全體廠商生效。

#### (2) 因不可抗力所生損害，損害額及修復費用總合高於承攬報酬百分之一之部分，由發包人承擔。

#### (3) 解除要件之擴充

承攬人於未設置主任(監理)技術者之場合，發包者得解除契約。

#### (4) 仲裁合意之明確化

規定仲裁合意書為契約約款之附件，消除仲裁合意成立與否之疑義。

## 第三節 FIDIC 契約範本之介紹

### 第一項 FIDIC 簡介

FIDIC 為國際顧問工程師聯合會(International Federation of Consulting Engineers)的法文縮寫(Federation Internationale Des Ingenieurs Conseils)，該會原由歐洲五個國家之獨立工程師協會於 1913 年在比利時根特市(Ghent)成立。目前總部設於瑞士洛桑(Lausanne)已有六十餘個成員國，可謂係代表世界上大多數獨立顧問工程師協會最具代表係之機構。FIDIC 下設五個永久性專業委員會：業主與顧問工程師關係委員會(CCRC)、契約委員會(CC)、風險管理委員會(RMC)、品質管理委員會

(QMC)、環境委員會(ENVC)，各專業委員會編製許多範本不僅為世界銀行、亞洲開發銀行、非洲開發銀行的招標文件範本所採用，也為許國國家國際工程契約採用。<sup>59</sup>其中最常用的有《土木工程契約》(紅皮書)、《設計與建造契約》(黃皮書)、《設計採購施工契約》(銀皮書)及《設計建造運轉契約》(金皮書)。

## 第二項 FIDIC 契約範本之特點

### 一、 國際性通性權威性

FIDIC 契約範本是建立在各國國際工程契約管理之經驗的基礎上制定，且一直依各方建議與實踐情形而改善，如 FIDIC 紅皮書從 1957 年制定第一版以來經多次修正增補，起草第三版時各大洲承包商協會代表及參與起草，第四版之編寫，歐洲國際承包商會(EIC)及美國總承包商協會(AGC)亦提出許多建議。基於 FIDIC 之國際性，學者陳純敬認為，綜觀 FIDIC 之演進，其基本方向是為了適合國際工程合約使用，不同國家或有其不同法律系統，然為了使國際承包商得以方便使用且統一觀念，方才發展出此一範本，因此使用時需有此一基本理念，亦即其適用性應較適合於國際標之合約。<sup>60</sup>

### 二、 權利義務分配合理

我國公共工程由於係典型買方市場，承包商往往被迫簽下許多不合理的契約造成訟爭迭起。而 FIDIC 則本著業主、承商、顧問工程師群策群力共同完成工作之伙伴精神，盡可能使工程進行之各

---

<sup>59</sup> 張水波、何伯森編著，FIDIC 新版合同條件導讀與解析，中國建築工業出版社，2006 年 12 月，1 版 7 刷，第 IV 頁。

<sup>60</sup> 陳純敬，FIDIC 合約一般條款重要基本觀念，營建管理季刊，第 38 期，民國 88 年 6 月，第 2 頁。



種風險由各方合理分擔，並建立迅速有效之爭端解決機制，避免訴訟使工程如期、如質、如預算地完成。

### 第三項 FIDIC 紅皮書之發展歷程與新版(1999 年)簡介

於 1957 年，國際顧問工程師聯合會與房屋建築與公共工程聯合會，參考英國 ACE 範本<sup>61</sup>編制第一版紅皮書；第二版則出版於 1969 年，並得到亞洲與西太平洋承包商協會國際聯合會批准與認可；因應 1973 年 ICE 範本第五版的修正，FIDIC 亦於 1977 年出版第三版之紅皮書；1987 年提出第四版之紅皮書，並於 1999 年 10 月，制定並公布最新版之紅皮書。<sup>62</sup>

新版紅皮書就工程司之角色有重大調整，第 3.1 條明文規定「工程司履行契約規定或契約所含之義務，或行使相應之權利時，都視為係為定作人工作」，換言之，工程司之角色，已由中立之第三人轉變成為定作人之代理人，原第四版紅皮書賦予工程司准仲裁人之角色，而於新版紅皮書已不復見。此外，更進一步規定，若業主擬限制工程司之權利，此限制必須於特別條款中列明，或徵得承攬人同意，為有如此，權利之限制始生效力。而新版紅皮書第 3.2 條亦規定「除經雙方同意，工程司不應將依第 3.5 條

---

<sup>61</sup> 1945 年 12 月，由英國土木工程師學會與英國土木工程承包商聯合會，將當時各類土木工程契約加以綜合後，制定「土木工程施工通用契約條款、投標書格式、協議書及保函」通稱 ICE(Institution Civil Engineers)範本；其後，為了在國際工程領域中制定類似國際版本之範本，英國顧問工程師協會(Association of Consulting Engineers in the United Kingdom)與英國建設業出口集團(Export Group for the Construction Industries in the United Kingdom)取得土木工程師協會同意後，以 ICE 範本為藍本，制定「海外土木工程契約條款(Overseas (Civil) Conditions of Contract)」簡稱 ACE 範本 Nael G. Bunni, (2005), The FIDIC Forms of Contract, Third Edition, Blackwell Publishing Ltd, pp.3~pp.4。

<sup>62</sup> Nael G. Bunni, (2005), The FIDIC Forms of Contract, Third Edition, Blackwell Publishing Ltd, pp. 6~pp.15。

『決定』規定之權利，委託他人行使」。<sup>63</sup>

新版紅皮書中有 25 個條款規定了工程司應依第 3.5 條在予當事人協商後，盡量達成一致之意見後，就某事項為決定，茲臚列如下：<sup>64</sup>

- 第 1.9 條 延誤之圖說與指示
- 第 2.1 條 現場進入權
- 第 2.5 條 定作人之索賠
- 第 4.7 條 放樣
- 第 4.12 條 不可預見之外部條件
- 第 4.19 條 電、水和燃汽
- 第 4.20 條 定作人的設備和免費供應的材料
- 第 4.24 條 化石
- 第 7.4 條 檢驗
- 第 8.9 條 工程暫停
- 第 9.4 條 未能通過竣工檢驗
- 第 10.2 條 部分使用
- 第 10.3 條 對驗收之干擾
- 第 11.4 條 未能修補之瑕疵
- 第 11.8 條 承攬人之調查
- 第 12.3 條 估價
- 第 12.4 條 刪減
- 第 13.2 條 價值工程

---

<sup>63</sup> Nael G. Bunni, (2005), The FIDIC Forms of Contract, Third Edition, Blackwell Publishing Ltd, pp.522。

<sup>64</sup> Nael G. Bunni, (2005), The FIDIC Forms of Contract, Third Edition, Blackwell Publishing Ltd, pp. 524。

- 第 13.7 條 因法規變動而調整
- 第 14.4 條 付款計畫表
- 第 15.3 條 中止日之估價
- 第 16.1 條 承包商暫停工作之權利
- 第 17.4 條 定作人風險之後果
- 第 19.4 條 不可抗力之後果
- 第 20.1 條 承攬人之索賠

上開規定對本文之意義在於，有若干涉及定作人義務之規定，在 FIDIC 範本中雖僅規定工程司應為如何之指示或決定，然由於工程司之地位係定作人之代理人，代理定作人為工程管理，故可將契約中要求工程司應為之行為與定作人之義務相互參照與檢討。



## 第五章 定作人協力之跨國比較

### 第一節 按時提供合於施作之工地

#### 第一項 概說

##### 一、 工地(Site)

公共工程工作物所坐落之土地，幾乎都是由定作人提供，當定作人無法依合約規定的時程提供工地，使承攬人得以順利進場施作時，所產生的額外費用及拖延的時程如何處理，即有討論的必要。加之在高度都市化後，公共工程土地取得常需仰賴徵收，則當徵收時程趕不上施工時程，就會產生以上問題。此外，隨著住民意識抬頭，某些較敏感的公共工程如焚化爐等，興建上遭遇居民抗爭之類的阻礙而無法順利施工的情形亦所在多有。因此，定作人依承攬契約之時程取得工程用地，在公共工程承攬契約當事人權利義務的關係上，無疑為重要課題。

##### 二、 提供之時期

定作人並非於開工時即須提供全部工程用地，應視工程契約性質及契約規定而定。<sup>65</sup> 換言之，工地之提供，係指依工程契約所定之工程進度，當承攬人須使用前述工作物所在或與工程有密切相關或定作人指定之地點時，定作人須加以提供謂之。

##### 三、 未按時提供工地對承攬人可能造成之影響

定作人未按時程提供工地，其所造成承攬人的損失包括人員、機具地待命費用、維持現場之保全費用，如因而導致工期增加，則還有因展延工期所生之人事費用、履約保證之利息、其他商業機會

---

<sup>65</sup> 謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務(增定二版)(上冊)翰蘆圖書 2010年2月增訂二版，第257頁。

的喪失等。

## 第二項 工程契約範本之規定

### 一、 日本公共工事標準承攬契約約款

#### 第 16 條(工程用地之確保)

定作人需將工程用地及其他設計圖上所定施工上必要之用地(以下簡稱「工程用地等」)，加以確保，至承攬人施工必要之日(設計圖上有特別規訂日期者，即該日期)<sup>66</sup>。(第 1 項)

### 二、 FIDIC

1.1.6.7 就工地之定義為「工作物及運送材料送達地點，以及契約所訂之場地。<sup>67</sup>」

2.1 現場進入權<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> (工事用地の確保等)

#### 第十六条

発注者は、工事用地その他設計図書において定められた工事の施工上必要な用地(以下「工事用地等」という。)を受注者が工事の施工上必要とする日(設計図書に特別の定めがあるときは、その定められた日)までに確保しなければならない。

<sup>67</sup> FIDIC1.1.6.7“Site”means the places where the Permanent Works are to be executed and to which Plant and Materials are to be delivered, and any other places as may be specified in the Contract as forming part of the Site.

<sup>68</sup> FIDIC2.1Right of Access to the Site

The Employer shall give the Contractor right of access to , and possession of , all parts of the Site within the time (or times) stated in the Appendix to Tender. The right and possession may not be exclusive to the Contractor. If , under the Contract , the Employer is required to give (to the Contractor) possession of any foundation ,structure ,plant or means of access ,the Employer shall do so in the time and manner stated in the Specification. However , the Employer may withhold any such right or possession until the Performance Security has been received.

If no such time is stated in the Appendix to Tender ,the Employer shall give the Contractor right of



定作人應於投標書附錄中規定之時間(或時期)內，使承攬人有權進入及佔用全部工地。此權利可非為個別承攬人所獨佔。若依契約定作人須(向承攬人)提供一切基礎、結構、生產設備或進入方式之佔用權利，定作人應依規範規定之時間與方式提供。惟定作人於收受履約擔保前，可保留上述一切進入或佔用權，暫不提供。

如投標書附錄未規定提供工地的時間，定作人應按承攬人依第 8.3 條(進度計畫)之規定施工所需之時間內，提供承攬人進入並使用工地之權利。

若定作人未能提供承攬人上述進入與佔用之權利，致承攬人延誤工期或增加費用，承攬人應向工程司發出通知，並依第 20.1 條(承攬人索賠)之規定，請求：

- (a) 依第 8.4 條(展延工期)之規定，於工期遭延誤時，就此延誤請求展延工期；及
- (b) 一切因此而生之費用及合理利潤應計入承攬報酬。

於收受此通之後，工程司應依第 3.5 條(決定)之規定，就此揭事項

---

access to and possession of the Site within such times as may be required to enable the Contractor to proceed in accordance with the programme submitted under Sub-Clause 8.3 [Programme].

If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of a failure by the Employer to give any such right or possession within such time, the Contractor shall give notice to the Engineer and shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractor's Claims] to:

- (a) an extension of time for any such delay, if completion is or will be delayed under Sub-Clause 8.4[Extension of Time for Completion], and
- (b) payment of any such Cost plus reasonable profit, which shall be included in the Contract Price.

After receiving this notice, the Engineer shall proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations] to agree or determine these matters.

However, if and to the extent that the Employer's failure was caused by any error or delay by the Contractor including an error in or delay in the submission of any of the Contractor's Documents, the Contractor shall not be entitled to such extension of time, Cost or profit

為商議或決定。

惟若定作人之違約係因承攬人之錯誤或延誤，包括於承攬人之文件中之錯誤或遲延提出而致，承攬人即不能獲得展延工期、費用或利潤。

### 三、我國公共工程採購契約範本

#### 第 8 條

(1)契約所需工程材料、機具、設備、工作場地設備等，除契約另有規定外，概由廠商自備。

#### 第 9 條

(21) 契約使用之土地，由機關於開工前提供，其地界由機關指定。如因機關未及時提供土地，致廠商未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；因此增加之必要費用，由機關負擔。該土地之使用如有任何糾紛，除因可歸責於廠商所致者外，由機關負責；其地上（下）物的清除，除另有規定外，由機關負責處理。

### 第三項 工程契約範本之比較與評析

#### 一、定作人須確保之空間範圍—工地

在討論何謂「工地」時若不援引契約條款對「工地」之定義，則任何有關工地之討論即有失週延。然而，許多契約對工地之定義過於模糊，以致工程進行中常發生因缺乏明確邊界或界線而無法判斷定作人是否已取得工地之占有權利，此情形無疑地支持了前揭觀點。這樣的事例廣泛存在，從於高速公路或開闢土地上進行管道敷設，到複雜的污水處理工程。因為在整個契約文件將經常提及「工

地」一詞，因此對其精確定義，即十分重要。<sup>69</sup>

我國採購契約範本第 9 條將工地定義為「契約使用之土地」，相當寬泛，除了工作物之座落外，依工程採購契約範本第 1 條第 1 項，契約包括「招標文件及其變更或補充。」、「投標文件及其變更或補充。」、「決標文件及其變更或補充。」、「契約本文、附件及其變更或補充。」、「依契約所提出之履約文件或資料。」。則，似乎這些文件中所需使用到的土地，都屬於定作人負有適時提供義務的空間範圍。但是，如果做這樣的解釋，一方面過於寬泛，也與第 9 條整體解釋產生扞格。蓋單從第 9 條「地界由機關指定」的規定可以知道，本條「契約使用之土地」的意義，並非其文義本身理解的樣子；第二，就提供時期係「由機關於開工前提供」的規定，亦變相限縮了定作人須確保之空間範圍，蓋既然提供時期僅限於「開工」，那就其他諸如「鋼筋加工之處所」、「預立樑、版預鑄之處所」、「混凝土拌合場」、「器材零件之儲存倉庫」等，似乎也被排除在定作人須確保之空間範圍之外了。最後，此規定與範本第 8 條第 1 項「契約所需工程材料、機具、設備、工作場地設備等，除契約另有規定外，概由廠商自備。」、第 2 項「前款工作場地設備，指廠商為契約施工之場地或施工地點以外專為契約材料加工之場所之設備，包括施工管理、工人住宿、材料儲放等房舍及其附屬設施。該等房舍設施，應具備滿足生活與工作環境所必要之條件。」的規定綜合觀之，範本先在第 8 條規定「除契約另有規定外，概由廠商自備。」，又在第 9 條處，把定作人須確保之空間範圍作令人遐想的寬泛規定，更生疑義。

---

<sup>69</sup> Nael G. Bunni, (2005), *The FIDIC Forms of Contract*, Third Edition, Blackwell Publishing Ltd, pp.212。

反觀日本公共工事標準承攬契約約款，就定作人須確保之用地，指「工作物座落之地」及「設計圖上所定工程施工上必要之用地」。且在解釋上，除工作物座落之地當然係定作人應確保的空間範圍外，其它部分，諸如道路用地、機械設備所需用地、勞工宿舍等，只有於設計圖中明示為定作人應提供者方生確保之義務。<sup>70</sup>

而 FIDIC 第 1.1.6.7 條對「工地」之定義，即包括「永久工程和臨時工程用地」、「永久設備和材料的存放地，倉庫等」、「辦公和生活營地」、「契約明文規定的其他作為現場的用地」。<sup>71</sup>其定義比日本之範本更為精確。

## 二、定作人須確保之時間範圍

如果契約中有關於承攬人應進行某工作之時間上限制，此意味其於此時間內不僅應該而且須能夠進行該工作。<sup>72</sup>

我國採購契約範本第 9 條「由機關於開工前提供」的規定，顯不妥適。首先在解釋上將變向限縮定作人須確保之空間範圍，已如前述。其次，「開工前」之用語亦會發生爭議，蓋所謂「開工」者究係指整體工程之開工還是各個實際工作的開始施作而言，採購契約範本第 7 條第 1 項第 1 款「廠商應於\_\_\_\_年\_\_\_\_月\_\_\_\_日(  決標日  機關簽約日  機關通知日起\_\_\_\_日內)開工」及第 2 款「廠商應於

<sup>70</sup> 建設業法研究会編著，【改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説】，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 166 頁。

<sup>71</sup> 張水波、何伯森編著，(2006 年 12 月)，FIDIC 新版合同條件導讀與解析，中國建築工業出版社，一版七刷，第 18 頁。

<sup>72</sup> “If in the Contract one finds the time limited within which the builder is to do the work, that means, not only that he is to do it within that time, but it means also that he is to have that time within which to do it.”Hudson’s Building and Engineering Contracts, Eleventh Edition, I. N. Duncan Wallace, Sweet & Maxwell, London, 1994, Volume I, page 568, paras. 4.136 to 4.139.轉引自 Nael G. Bunni, (2005), The FIDIC Forms of Contract, Third Edition, Blackwell Publishing Ltd, pp. 212。

(決標日機關簽約日機關通知日起\_\_\_\_日內)開工，並於開工之日起\_\_\_\_日曆天內全部完工。」之規定可知，契約意義的「開工日」，指整個工程施工期限之起算日而言。學者顏玉明亦認為，開工日，係指契約中約定承攬人應開始施工或履行契約義務的日期；工期之始點，即以開工日期起算<sup>73</sup>。然而，由於我國採購契約範本並未對「開工日」有所定義，因此，當爭議發生時，將第9條「開工前提供」解釋為「各個實際工作的開始施作前提供」，亦非無據。再者，定作人究需於開工前多久提供工地，如果距離契約規定的開工之時間過短，致承攬人沒有充足的時間準備工作，有無違反此義務？

日本公共工事標準承攬契約約款規定，定作人須確保於施工必要之日能提供承攬人工程用地，或設計圖上所定工程施工上必要之用地。通常指契約書所載之工期開始之日。但工程並不一定會記載工期之始期。例如道路工程，一開始只須確保全部工程用地的一部分，隨工程進展，再依序提供之即可。因此，施工上必要之日，係依工程進度與用地確保的程度而定。但若於設計圖上有明文規定者，以該日為施工上必要之日。例如，道路工程之設計圖中如有規定，A點至B點之用地於某月某日以前必須確保，即屬之<sup>74</sup>。

有關FIDIC第2.1條，若僅由第1項「定作人應於投標書附錄中規定之時間(或時期)內，使承攬人有權進入及佔用全部工地」之規定觀之，定作人提供工地之時間，究係指「開工日」亦或是「工程進度計畫上施工必要之日」亦有疑義，蓋參考「投標書附錄

---

<sup>73</sup> 顏玉明，開工之爭議，工程爭議問題與實務(一)，中華民國仲裁協會出版，2010年12月一版，第168頁。

<sup>74</sup> 建設業法研究会編著，改定3版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009年7月17日第3版第1刷發行，第167頁。



(APPENDIX TO TENDER)」中「進入工地之時間(Time for access to the site)」欄中應填入之內容為「開工日期後\_\_\_\_天(\_\_\_\_days after Commencement Date)」，之規定並不明確。然而，由該條第 2 項「定作人應按承攬人依第 8.3 條(進度計畫)之規定施工所需之時間內，提供承攬人進入並使用工地之權利。」之規定看來，應指「工程進度計畫上施工必要之日」為提供工地之時間。有見解認為，「整個現場是否在開工日期就完全可用或係隨工程進行而逐步佔有……應在規範和圖說中有所規範，以便對此工程契約中常引起爭議之問題加以釐清」<sup>75</sup>。

### 三、應確保之內容

我國採購契約範本第 9 條「該土地之使用如有任何糾紛，除因可歸責於廠商所致者外，由機關負責；其地上（下）物的清除，除另有規定外，由機關負責處理。」可知機關的義務包括「排除糾紛」與「清除障礙」，前者或可解釋為法律障礙的排除，而後者，應係物理障礙的排除。

日本公共工事標準承攬契約約款課予定作人的義務為「確保」，換言之，任何在該空間、時間內，會造成施工障礙的，均應加以排除，不以取得所有權為限<sup>76</sup>，會妨礙承攬人施工的所有權以外權利，例如地上權、地役權等用益物權、抵押權等擔保物權、漁業權、礦業權等亦屬之。此外，物理性障礙的除去亦包括。而與工作物設置

---

<sup>75</sup> See Nael G. Bunni, (2005), 'The FIDIC Forms of Contract', Third Edition, Blackwell Publishing Ltd, pp. 212。

<sup>76</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 167 頁。

有關之河川、道路等之工作物占用許可的取得，亦應包括<sup>77</sup>。

FIDIC 第 2.1 條第 1 項既規定「有權進入及佔用全部工地(right of access to, and possession of, all parts of the Site)」可見定作人所應提供者，應不僅為物理上之障礙排除，而是任何在該空間、時間內，會造成施工障礙的，均應加以排除。

#### 四、工程用地確保義務的違反

由於我國採購契約範本第 9 條已將定作人之提供工地明文為契約義務，如有違反，承攬人應可以依債務不履行的規定主張權利，然由於多數契約並未明確規定工地提供義務，以致法院實務之見解呈現分歧：

(一) 有採肯定見解者(即定作人違反適時提供工地義務，應負賠償責任者)如

1. 臺灣高等法院臺中分院 98 年度建上更(一)字第 53 號判決  
「衡情有關住戶之抗爭乃屬民眾自發之行為，並非因被上訴人履約之過失所造成，故亦難歸責於被上訴人。此外，參以系爭契約所附一般條款 F11 條第 1 項第 4 款亦將非理性之聚眾抗爭列為不可歸責於甲乙雙方之事由，再佐以本件為長路段之挖路與配管工程，任何一施工點的抗爭及協調均足以延誤工程之施作，所謂居民之抗爭，此並非兩造

---

<sup>77</sup> 「用지를確保し、使用に供する」とは、請負者が工事をするのに必要な法律上・事実上の障害を排除-除去するという意味を含みます。例えば、用益物権(地役権、地上権等)が付着している場合の権利者の承諾、公共用地を工事用地とする場合の道路・河川の占用許可を取得すること等の他に、工事に反対し妨害する者がある場合に、その妨害を排除し請負者が工事をすることができる状態にすることも発注者の義務であるとされています。」島本幸一郎，現代建設工事契約の基礎知識，成出版社，2008年9月12日第2版第1刷発行，第96頁。

當事人任何一方所得控制及預防，是因抗爭溝通協調所產生之停工，自屬不可歸責於雙方之事由所造成。從而，上訴人既無法舉證本件工程之停工係因可歸責於被上訴人之事由所造成，則其依合約第 24 條第 2 項請求被上訴人給付必要費用之補償，於法固屬無據，惟其依一般條款第 F11 條第 4 項之規定，主張本件前後二次停工係因不可歸責於雙方之事由所造成，請求被上訴人給付其因未能依時履約超過三個月部分所增加之合理必要費用，則屬有據，應予准許。」；

2. 臺灣高雄地方法院 95 年度建字第 77 號判決「……又依上開工期展延事由觀之，或屬替代道路路權之移交，或屬導線資料點交，或屬既有水電管線抵觸障礙及遷移、或屬試樁設計問題，或屬電桿及交通號誌阻礙，或屬居民抗爭等原因事實，而此等事由，均需賴被告在事先預為規劃後再交由原告施作，或在情事發生時為協調解決後原告始得續為施作，可見並非屬可歸責於原告之事由所致，況被告就上開展延事由均同意不計入原定工期而為展延，而若屬可歸責於原告之事由所致，被告儘可以被告係逾期違約為處理，應不可能同意展延之方式，故原告主張其並無可歸責事由，應屬可採。……又本件工期展延之事由，既非屬可歸責於原告，而工期展延之天數高達 1,226 天，與原定工期 1,100 天相較，其因展延而增加數之比例高達 1.12% ，且展延期間長達 3 年以上；又系爭工程係屬有展期之狀態，施工期間既有展延，原告在工程展延期間自會因而增加其管理費用，此為當然之經驗法則。而此項展延結果顯非任

何正常施作之工程在訂約當時所可預見，若不為增加給付之效果，就原告實際施作之工期較原預估工期超過1倍以上之時程觀之，亦顯失其公平，則原告依民法第227條之2之規定，請求本院為增加給付，即屬有據。」<sup>78</sup>；

(二) 採否定見解者(即定作人違反適時提供工地義務，亦不負賠償責任者)如：

臺灣高等法院高雄分院97年度建上字第9號判決「按系爭工程契約第五條契約附件之公路工程施工說明書第一章第3.2條……約定：『如因本局所供之材料供應不足或其他非承包商之責任，而影響部分或整個工程之進行時，得按實際情形經核定免計日數，承包商仍應於各該原因消失後全力趕辦，不得因此提出賠償損失或停止結算要求』。……。又系爭工程契約第七條第一款之2亦約定：『非乙方(即上訴人)之責任而影響工期者(如房屋拆除、土地取得、管線遷移等等)，甲方(即被上訴人)應於監工日報逐日記載(乙方應按日送交工作日報，甲方對於記載事項如有發現與事實不符，得通知乙方更正)，並於半月報內予以統計，於影響工期之事實告一段落時，主動予以分析核算延長工期』……。經查被上訴人就系爭工程因『舊高樹大橋』拆除受阻而影響工期之問題，已依實際情形，以93年4月19日三工工字第0930007587號函准予展延工期174天……，顯係履行系爭工程契約之約定，

---

<sup>78</sup> 近年其他相同之見解，如臺灣高等法院98年度建上字第88號判決、臺灣高等法院99年度建上字第34號判決、臺中分院臺灣高等法院花蓮分院97年度重上字第5號判決、臺灣高等法院98年度建上更(一)字第27號判決、臺灣高等法院96年度重上更(一)字第182號判決、臺灣嘉義地方法院96年度建字第7號判決、臺灣高雄地方法院95年度建字第77號民事判決等，茲不一一臚列。

則依上開約定，上訴人自無再請求被上訴人賠償其損失之餘地。是上訴人主張系爭工程因舊高樹大橋拆除受阻而展延工期 174 天期間，依民法第 227 條、投標須知第 46 條第 2 款請求增加交通、安衛及環保設施管理費，即為無理由，不應准許。」、臺灣高等法院高雄分院 97 年度建上字第 1 號判決「系爭工程因中油管線遷移而致工期延宕，而中油管線遷移需由中油公司所為，此為兩造所不爭執，是以此工期延宕顯非可歸責於學志營造公司，而第三區養護工程處既已依實際情形予以核定展延工期 686 日，顯係履行系爭工程施工說明書第 3.2 條之約定，則依上開約定，學志營造公司自不得再提出任何賠償損失之請求。」<sup>79</sup>。

日本公共工事標準承攬契約，定作人未於適當時間確保工程用地，所引發之效果為定作人須依第 20 條指示暫停工程的一部或全部，並變更工期及承攬報酬，且須負擔必要費用(第 20 條)。若定作人違反工地確保義務而不指示暫停工程，承攬人仍可依第 21 條請求展延工期，當然亦可請求變更承攬報酬即因此所生的費用<sup>80</sup>。

FIDIC 第 2.1 條第 3 項亦規定「若定作人未能提供承攬人上述進入與佔用之權利，致承攬人延誤工期或增加費用，承攬人應向工程司發出通知，並依第 20.1 條(承攬人索賠)之規定，請求……依第

---

<sup>79</sup> 近年其他相同之見解，如臺灣高等法院 99 年度建上更(一)字第 4 號判決、臺灣高等法院 99 年度重上更(一)字第 55 號判決、臺灣高等法院 95 年度建上更(一)字第 41 號判決、臺灣高雄地方法院 93 年度建字第 64 號判決、臺灣臺中地方法院 98 年度重訴字第 96 號判決、臺灣宜蘭地方法院 97 年度重訴字第 68 號判決、臺灣臺北地方法院 99 年度建字第 17 號民事判決等，茲不一一臚列。

<sup>80</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 168 頁。



8.4 條(展延工期)之規定，於工期遭延誤時，就此延誤請求展延工期；及一切因此而生之費用及合理利潤應計入承攬報酬。」可見，定作人違反適時提供工地義務所引發之效果，應包括展延工期、費用填補及合理利潤。

#### 第四項 本文建議

由以上比較可知，我國工程採購契約範本真正容易發生爭議的，在於工地之範圍與提供時期。第 8 條第 1 項和第 9 條似有扞格之規定，模糊了契約當事人權利義務的界線。此外，提供時期僅規定「開工前」也會發生效力上的疑義。因此建議，將第 8 條第 1 項中「工作場地設備」刪除，使土地方面提供義務的規定回歸第 9 條第 21 項。

第 9 條第 21 項則規定為「工作物座落之土地及契約規定須由機關提供之土地，機關須於施工進度上必要之日，提供予廠商，其地界由機關指定。如因機關未及時提供土地，致廠商未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；因此增加之必要費用，由機關負擔。該土地之使用如有任何糾紛，除因可歸責於廠商所致者外，由機關負責；其地上（下）物的清除，除另有規定外，由機關負責處理。」，以杜爭議。

### 第二節 材料或借用設備之適時提供

#### 第一項 概說

工程承攬之材料，究應有哪一方當事人提供，應依契約之約定。如有不明，應解釋契約，或參酌交易慣例定之。因此承攬人完成一定工作，依

其情形，材料可能由定作人提供，亦可能由承攬人提工材料<sup>81</sup>。有見解從承攬契約的特性出發，認為承攬既係在完成一定工作，而非材料之提供，因此承攬契約應該以定作人提供材料由承攬人施作為承攬契約的典型。至於由承攬人自行準備材料並施作者，被認為係承攬契約的特殊類型，其特殊性即在於兼具(材料之)買賣與承攬<sup>82</sup>。

然而，實務常情係以承攬人自備材料，為定作人完成一定工作較為常見。蓋承攬人基於其專業，以及上下游供應市場之熟稔等，通常能較迅速以適當價格取得所需材料，而且承攬人亦較能控制所需材料及零件品質<sup>83</sup>。

公共工程之進行，由於承攬人系專業營造商，因此多半材料係由承攬人自行準備。然而，基於以下理由，亦有定作人提工材料的情形，首先係確保品質，因為定作人提工材料者，其自身較能確保材料之品質。其次，於需要特殊材料的場合，自行提供的必要性更高。第三，大量購入價格可以降低，蓋於公共工程，定作人為政府機關，如就整體需求之材料辦理集中採購，再交付予個別工作部分之承攬人，因採購之數量較大，取得成本亦會降低。第四，由機關辦理材料之採購再交付予承攬人施作，也是降低材料之物價波動風險的良方。最後，由機關採購建設機具，再借用予承攬人，亦可提高經濟效用。例如，道路維持作業車，只有公共工程才有使用之必要，由政府提供可以降低個別承攬人購買的浪費。

然而，一旦由定作人提供材料或借用機具予承攬人，就需要就定作人

---

<sup>81</sup> 楊芳賢，承攬，黃立主編《民法債編各論(上)》，元照出版有限公司，2004年2月，第2刷，第578—579頁。

<sup>82</sup> 笠井修、片山直也著，《債權各論 1 契約·事務管理·不當利得》，弘文堂出版，2008年12月，初版第1刷，第299頁。

<sup>83</sup> 楊芳賢，承攬，黃立主編《民法債編各論(上)》，元照出版有限公司，2004年2月，第2刷，第578-579頁。

無法如契約之約定的時間、品質提供材料或借用機具予承攬人，導致影響施工進度與品質時之因應規定。我國民法有關承攬人自備材料之規定如次：第 490 條第 2 項：「約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部。」、第 496 條：「工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質或依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。但承攬人明知其材料之性質或指示不適當，而不告知定作人者，不在此限。」、第 508 條第 2 項：「定作人所供給之材料，因不可抗力而毀損、滅失者，承攬人不負其責。」、第 509 條：「於定作人受領工作前，因其所供給材料之瑕疵或其指示不適當，致工作毀損、滅失或不能完成者，承攬人如及時將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人時，得請求其已服勞務之報酬及墊款之償還，定作人有過失者，並得請求損害賠償。」。

## 第二項 工程契約範本之規定

### 一、 日本公共工事標準承攬契約約款

#### 第 15 條(定作人提供材料及借用品)<sup>84</sup>

---

<sup>84</sup> (支給材料及び貸与品)

##### 第十五条

発注者が受注者に支給する工事材料（以下「支給材料」という。）及び貸与する建設機械器具（以下「貸与品」という。）の品名、数量、品質、規格又は性能、引渡場所及び引渡時期は、設計図書に定めるところによる。

監督員は、支給材料又は貸与品の引渡しに当たっては、受注者の立会いの上、発注者の負担において、当該支給材料又は貸与品を検査しなければならない。この場合において、当該検査の結果、その品名、数量、品質又は規格若しくは性能が設計図書の定めと異なり、又は使用に適当でないと認めたときは、受注者は、その旨を直ちに発注者に通知しなければならない。

受注者は、支給材料又は貸与品の引渡しを受けたときは、引渡しの日から○日以内に、発注者に受領書又は借用書を提出しなければならない。

定作人向承攬人提供工程材料(以下稱「提供材料」)及借予建設機械器具(以下稱「借用品」)的品名、數量、品質、規格及性能交付地及交付時間，依設計圖書之規定。(第1項)

監督人於提供材料及借用品交付時，應會同承攬人，由定作人負擔費用，檢查提供材料及借用品。此際之檢查結果，其品名數量品質規格及性能與設計圖書不同或認為加以使用並不適當時，承攬人應直接通知定作人。(第2項)

承攬人於收受提供材料及借用後，於收受之日起○日內，應向定

---

受注者は、支給材料又は貸与品の引渡しを受けた後、当該支給材料又は貸与品に第二項の検査により発見することが困難であった隠れた瑕疵があり使用に適當でないことを認めるときは、その旨を直ちに発注者に通知しなければならない。

発注者は、受注者から第二項後段又は前項の規定による通知を受けた場合において、必要があると認められるときは、当該支給材料若しくは貸与品に代えて他の支給材料若しくは貸与品を引き渡し、支給材料若しくは貸与品の品名、数量、品質若しくは規格若しくは性能を変更し、又は理由を明示した書面により、当該支給材料若しくは貸与品の使用を受注者に請求しなければならない。

発注者は、前項に規定するほか、必要があると認めるときは、支給材料又は貸与品の品名、数量、品質、規格若しくは性能、引渡場所又は引渡時期を変更することができる。

発注者は、前二項の場合において、必要があると認められるときは工期若しくは請負代金額を変更し、又は受注者に損害を及ぼしたときは必要な費用を負担しなければならない。

受注者は、支給材料及び貸与品を善良な管理者の注意をもって管理しなければならない。

受注者は、設計図書に定めるところにより、工事の完成、設計図書の変更等によって不用となった支給材料又は貸与品を発注者に返還しなければならない。

受注者は、故意又は過失により支給材料又は貸与品が滅失若しくはき損し、又はその返還が不可能となったときは、発注者の指定した期間内に代品を納め、若しくは原状に復して返還し、又は返還に代えて損害を賠償しなければならない。

受注者は、支給材料又は貸与品の使用方法が設計図書に明示されていないときは、監督員の指示に従わなければならない。

作人提出受領書或借用書。(第3項)

承攬人於收受提供材料或借用品後，對該提供材料或借用品進行第2項之檢查發現有難以發覺的隱藏瑕疵，而認為不適於使用時，應立即通知定作人。(第4項)

定作人於接受承攬人依第2項後段或前項之通知後，認為必要時，應將提供材料與借用品之替代品交付承攬人。提供材料或借用品之品名數量品質或規格或性能有變更者應以書面說明理由向承攬人指示。(第5項)

定作人於前規定外，認為有必要時，得變更提供材料或借用品之品名數量品質規格性能或交付地及交付時間。(第6項)

定作人於前兩項之場合，認為必要者，應變更工期及承攬報酬並負擔造成承攬人損害所支出之必要費用。(第7項)

承攬人對提供材料與借用品應以善良管理者的注意加以管理。(第8項)

承攬人依設計圖之規定完成工事，因設計圖之變更等而不需使用之提供材料與借用品應返還定作人。(第9項)

承攬人因故意過失致提供材料或借用品毀損或滅失者或有返還不能之情形，應於定作人指定之時間內交付替代品或回復原狀加以返還或以損害賠償代替返還。(第10項)

承攬人於提供材料或借用品之使用方法在設計圖書中未明示時，應依監督員之指示。(第11項)

## 二、 FIDIC

### 第4.20條<sup>85</sup>

---

<sup>85</sup> 4.20 Employer's Equipment and Free-Issue Material

The Employer shall make the Employer's Equipment (if any) available for the use of the



定作人應使其應提供之設備(若有)，供承攬人依規範要求之規定之細目、協議與單價，於工程進行中使用。除非規範另有規定：

- (a) 除下列(b)項所列情形外，定作人應對其所提供之設備負責；
- (b) 任何因承攬人之人員操作、駕駛、指揮、佔用或控制該設備時，承攬人應對該設備負責。

使用定作人提供之設備之適當數量與價格(依規定價格)應由工程司依第 2.5 條(定作人索賠)及第 3.5 條(決定)之規定商議或決定。承攬人應向定作人支付此金額。

定作人應依規範所規定之細目，無償提供「無償提供之材料」(若有)。定作人應自行承擔風險及費用，依契約規定之時間與地點提供

---

Contractor in the execution of the Works in accordance with the details, arrangements and prices stated in the Specification. Unless otherwise stated in the Specification:(a)the Employer shall be responsible for the Employer's Equipment , except that ; (b)the Contractor shall be responsible for each item of Employer's Equipment whilst any of the

Contractor's Personnel is operating it, driving it, directing it in possession or control of it.

The appropriate quantities and the amounts due (at such stated prices) for the use Employer's Equipment shall be agreed or determined by the Engineer in accord with Sub-Clause 2.5 [Employer's Claims] and Sub-Clause 3.5 [Determinations]. The Contractor shall pay these amounts to the Employer.

The Employer shall supply, free of charge, the "free-issue materials" (if any) accordance with the details stated in the Specification. The Employer shall, at his r and cost, provide these materials at the time and place specified in the Contract Contractor shall then visually inspect them, and shall promptly give notice to Engineer of any shortage , defect or default in these materials. Unless otherwise agreed by both Parties,the Employer shall immediately rectify the notified shortage, defect or default.

After this visual inspection , the free-issue materials shall come under the care, custody and control of the Contractor. The Contractor's obligations of inspection, care custody and control shall not relieve the Employer of liability for any shortage , defect or default not apparent from a visual inspection.

該材料。承攬人應為目視檢查，並儘速將材料之短少、缺陷及缺項通知工程司。除雙方另有協議外，定作人應立即改正通知所述之短少、缺陷及缺項。

目視檢查後，此無償提供之材料應由承攬人照管、監督與控制。承攬人之檢查、照管、監督與控制義務，不解除定作人對目視檢查難以發現之短少、缺陷及缺項應負之責任。

### 三、我國工程採購契約範本

#### 第 8 條 材料機具及設備

(4)由機關供應之材料、機具、設備，廠商應提出預定進場日期。因可歸責於機關之原因，不能於預定日期進場者，應預先書面通知廠商；致廠商未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；因此增加之必要費用，由機關負擔。

(5)廠商領用或租借機關之材料、機具、設備，應憑證蓋章並由機關檢驗人員核轉。已領用或已租借之材料、機具、設備，須妥善保管運用維護；用畢(餘)歸還時，應清理整修至符合規定或機關認可之程度，於規定期限內運交機關指定處所放置。其未辦理者，得視同廠商未完成履約。

(6)廠商對所領用或租借自機關之材料、機具、設備，有浪費、遺失、被竊或非自然消耗之毀損，無法返還或修理復原者，得經機關書面同意以相同者或同等品返還，或折合現金賠償。

#### 第 11 條 工程品管

(9) 機關提供設備或材料供廠商履約者，廠商應於收受時作必要之檢查，以確定其符合履約需要，並作成紀錄。設備或材料經廠商收受後，其滅失或損害，由廠商負責。

### 第三項 工程契約範本之比較與評析

#### 一、 提供時期

依我國工程採購契約範本第8條第4項，由機關供應之材料、機具、設備，廠商應提出預定進場日期。因可歸責於機關之原因，不能於預定日期進場者，應預先書面通知廠商；致廠商未能依時履約者，廠商得依第7條第3款規定，申請延長履約期限；因此增加之必要費用，由機關負擔。此規定就定作人無法如期提供契約約定之材料或借用、租用之機具時，承攬人得請求展延工期，及就其他損失請求補償。

前揭規定與日本範本第15條第7項雷同，即定作人依第6項之規定於其認為有必要而變更提供材料或借用品之交付時間時，應變更工期及承攬報酬並負擔造成乙方損害所支出之必要費用。

FIDIC第4.20條第3項亦規定定作人無償提供之材料時應「依契約規定之時間與地點提供該材料」。

#### 二、 檢查義務

依我國工程採購契約範本第11條第8項，機關提供設備或材料供廠商履約者，廠商應於收受時作必要之檢查，以確定其符合履約需要，並作成紀錄。設備或材料經廠商收受後，其滅失或損害，由廠商負責。此規定僅要求承攬人於接收機關提供之設備或材料時有檢查義務，但對檢查而發現與契約不符時如何處理，並未規定。此際，似乎僅能回歸民法。但民法之規定是否足以妥適平衡當事人之權利義務，也有問題。蓋依民法之規定，如果定作人提供之材料有瑕疵，僅定作人就因該瑕疵所致之供作物瑕疵，不得向承攬人主張民法第493條、第494條、第495條之權利(民法第496條參照)；再依第509條：「於定作人受領工作前，因其所供給材料之瑕疵或其指示不適當，

致工作毀損、滅失或不能完成者，承攬人如及時將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人時，得請求其已服勞務之報酬及墊款之償還，定作人有過失者，並得請求損害賠償。」此規定不足之處在於，若定作人提供物之瑕疵，並未造成工作不能完成，僅使工作物產生瑕疵、增加承攬人施工成本或延誤工程之要徑工作時，承攬人得請求其已服勞務之報酬及墊款為當然之理，但第509條的損害賠償，所指為何？若未造成承攬人損害，僅耽誤了要徑工作，承攬人可否請求展延工期，均有疑義。

日本公共工事標準承攬契約約款，承攬人在收受定作人提供之材料時，依檢查結果，認為提供材料或借用品之品名、數量、品質、規格或性能之一，與設計圖書規定不符者，或該品名、數量、品質、規格或性能認為使用上不適當者，應立即以書面通知定作人。且無受領該瑕疵品的義務。如果是在受領後發現瑕疵者，於承攬人已盡到通常之檢查義務時，亦應立即通知承攬人。定作人受前揭通知後，應依供作物之實際需要，向承攬人擇一進行以下通知「將提供材料與借用品之替代品交付承攬人」、「變更設計圖中其所提供材料或借用品之品名、數量、品質、規格或性能」、「以書面或電子郵件明示承攬人使用其所提供之材料或借用品」。最後，若因而影響工程進度或增加施工成本者，定作人應變更工期及承攬報酬、並負擔承攬人應此所增加之費用<sup>86</sup>。此外需附帶說明者係，依同範本第17條<sup>87</sup>若因

---

<sup>86</sup> 建設業法研究会編著，改定3版公共工事標準請負契約約款の解説】大成出版社，2009年7月17日第3版第1刷發行，第160頁、第161頁。

<sup>87</sup> (設計図書不適合の場合の改造義務及び破壊検査等)

第十七條

受注者は、工事の施工部分が設計図書に適合しない場合において、監督員がその改造を請求したときは、当該請求に従わなければならない。この場合において、当該不適合が監督員

可歸責定作人之事由致工作物與設計圖說不符，定作人於必要時應變更工期及承攬報酬，並應負擔承攬人因此遭受之損害及需支出之回復費用<sup>88</sup>。

### 三、 照管義務

我國工程採購契約範本第8條(5)規定，廠商就已領用或已租借之材料、機具、設備，須妥善保管運用維護；用畢(餘)歸還時，應清理整修至符合規定或機關認可之程度。其次，(6)及第11條亦有為「妥適運用」及「危險負擔移轉」之約定。

日本範本之規定與我國雖有雷同，但第15條第8項規定承攬人對材料與借用品負善良管理者注意義務；第9項規定應返之情形；第10項則規定材料與借用品因可歸責承攬人之事由而毀損或滅失時之替代品返還或回復原狀或損害賠償之義務。與我國範本之規定相較，無論係材料或借用品之利用與管理、返還及毀損滅失之處理，均較週延。

---

の指示によるときその他発注者の責に帰すべき事由によるときは、発注者は、必要があると認められるときは工期若しくは請負代金額を変更し、又は乙に損害を及ぼしたときは必要な費用を負担しなければならない。

監督員は、受注者が第十三条第二項又は第十四条第一項から第三項までの規定に違反した場合において、必要があると認められるときは、工事の施工部分を破壊して検査することができる。

前項に規定するほか、監督員は、工事の施工部分が設計図書に適合しないと認められる相当の理由がある場合において、必要があると認められるときは、当該相当の理由を受注者に通知して、工事の施工部分を最小限度破壊して検査することができる。

前二項の場合において、検査及び復旧に直接要する費用は受注者の負担とする

<sup>88</sup> 回復費用，係指當定作人或監造發現承攬人施工與設計圖不符，可以要求進行檢查，這種檢查可能對已完成之工作物具有破壞性。當檢查完畢就需要回復，而回復所需的費用，依日本範本第 17 條應由承攬人支付。但在確認該與設計圖不符之工作係因定作人提供之材料所致時，回復費用由定作人支付。



FIDIC第4.20條之規定較為概括，僅於第1項規定任何因承攬人之人員操作、駕駛、指揮、佔用或控制該設備時，承攬人應對該設備負責。

#### 第四項 本文建議

就定作人提供之機具或材料，其可能發生爭議之處主要為「是否如期提供」以及「其提供是否合於契約要求之品質」。後者更兼有對承攬人所負之檢查義務的要求有多高的問題。FIDIC範本之規定，定作人應依契約規定之時間地點提供材料。就檢查義務方面，承攬人於收受材料時須進行目視檢查(visually inspect them)。如發現有缺失，應通知工程師，定作人應立即改正。若因而延誤工期，得依8.4進行工期展延，並向定作人索賠。

我國之規定與日本、FIDIC範本之規定相對照，可知如下：

1. 未規定承攬人檢查定作人提供之材料及機具的方式。
2. 定作人未按契約規定之時程提供材料或機具時，承攬人僅得請求必要費用，無法請求相應之報酬。
3. 第11條第8項並未規定定作人提供之材料品質，不符契約之約定時如何處理。
4. 將定作人提供材料或機具之相關權利義務的規範，分別規定於第8條與第11條，也容易造成理解的障礙。
5. 就提出之機具或材料不符原契約之約定時，是否一定要由定作人進行更換，或者可以如日本範本之規定，有「將提供材料與借用品之替代品交付承攬人」、「變更設計圖中其所提供材料或借用品之品名、數量、品質、規格或性能」、「以書面或電子郵件明示承攬人使用其所提供之材料或借用品」三種選擇，亦可加以考慮。

因此建議，刪除第 11 條第 8 項之規定，並將第 8 條第 4 項規定為「依契約規定應由機關供應之材料、機具、設備，機關應於契約約定之提供日程，提出符合履約需要之設備或材料。廠商應於收受時作必要之檢查。因可歸責於機關之原因，提出之材料或機具無契約約定之品質或不能於預定日期進場者，應預先書面通知廠商；其因此致影響進度綱圖要徑作業者，廠商得向機關請求展延工期及變更承攬報酬。廠商若因此有其他損失時，得檢具事證，由機關補償之。」。

### 第三節 適時指示

#### 第一項 概說

公共工程具有相當的複雜性，為使承攬人施作完成的工作物與定作人心目中的工作物相同，雙方必須透過各種契約文件、圖面、說明，精確描述工作物之型態，並據以計算材料與其他施工成本、利潤並安排工程進度。然而「工程契約」所含之文件相當龐大。則一旦發生文件之間相扞格、文件本身疏漏或文件之內容與工程現場情況不同時，即有加以解決之必要。承攬人負有按圖施作之義務，當設計圖與工地現場不一致、相關文件出現錯誤、遺漏或無法預期之施工條件發生之場合，是否按原設計圖施工？如何施工？如何調整？均須由定作人判斷。又一旦發生契約文件之變動導致依原契約所定之工期或承攬報酬以不適當者，亦須依公平的觀點適當調整<sup>89</sup>。

本節擬以日本、FIDIC 範本及我國工程契約範本中針對契約文件不一致之規定及定作人適時指示之規定，探討當工程契約設計圖與工地現場不

---

<sup>89</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 177 頁第 178 頁

一致、相關文件出現錯誤、遺漏或無法預期之施工條件發生之場合之因應機制，並比較、檢討我國工程契約範本中對定作人適時作成指示之要求。

## 第二項 工程契約範本之規定

### 一、 日本公共工事標準承攬契約約款

#### 第 18 條<sup>90</sup>

<sup>90</sup> (条件変更等)

##### 第十八条

受注者は、工事の施工に当たり、次の各号の一に該当する事実を発見したときは、その旨を直ちに監督員に通知し、その確認を請求しなければならない。

- 一、 図面、仕様書、現場説明書及び現場説明に対する質問回答書が一致しないこと（これらの優先順位が定められている場合を除く。）
- 二、 設計図書に誤謬又は脱漏があること
- 三、 設計図書の表示が明確でないこと
- 四、 工事現場の形状、地質、湧水等の状態、施工上の制約等設計図書に示された自然的又は人為的な施工条件と実際の工事現場が一致しないこと
- 五、 設計図書で明示されていない施工条件について予期することのできない特別な状態が生じたこと

監督員は、前項の規定による確認を請求されたとき又は自ら前項各号に掲げる事実を発見したときは、受注者の立会いの上、直ちに調査を行わなければならない。ただし、受注者が立会いに応じない場合には、受注者の立会いを得ずに行うことができる。

発注者は、受注者の意見を聴いて、調査の結果（これに対してとるべき措置を指示する必要があるときは、当該指示を含む。）をとりまとめ、調査の終了後〇日以内に、その結果を受注者に通知しなければならない。ただし、その期間内に通知できないやむを得ない理由があるときは、あらかじめ受注者の意見を聴いた上、当該期間を延長することができる。

前項の調査の結果において第一項の事実が確認された場合において、必要があると認められるときは、次の各号に掲げるところにより、設計図書の訂正又は変更を行わなければならない。

- 一、 第一項第一号から第三号までのいずれかに該当し設計図書を訂正する必要があるもの  
の 発注者が行う。

承攬人於工程施工時發現下列各款之一之情事，應立刻通知監督員並請求其確認：(第1項)

1. 圖面、施工說明、現場說明書及現場說明不一致之場合(除契約已規定文件效力之順序外)。
2. 設計圖書錯誤或遺漏。
3. 設計圖書表示不明確。
4. 工程現場的形狀、地質、湧水等狀態、施工上之限制等設計圖上表示之自然性或人為性的施工條件與工程現場不一致。
5. 於施工圖無法明示之施工條件發生無法預期之特別狀況。

監督員依前項確認之請求或自行發現前項各款事由者，須會同承攬人立刻進行調查。但承攬人不會同者，亦得於無會同下進行。(第2項)

定作人聽取承攬人意見、匯整調查結果(對此等情形，有必要下達指示以採取措施者，包含該指示)，應於調查終了後□日內將該結果通知承攬人。但有無法於該期間內通知之理由者，於事先聽取承攬人意見後，得延長該期間。(第3項)

依前項調查結果認為有第一項所列事實者，於必要時依下列各款，應訂正或變更設計圖書：(第4項)

1. 第1款(定作人單獨進行)：該當第一項第一款至第三款之一而訂

---

二、 第一項第四号又は第五号に該当し設計図書を変更する場合で工事目的物の変更を伴うもの 発注者が行う。

三、 第一項第四号又は第五号に該当し設計図書を変更する場合で発注者と受注者と協議して工事目的物の変更を伴わないもの 発注者が行う。

前項の規定により設計図書の訂正又は変更が行われた場合において、発注者は、必要があると認められるときは工期若しくは請負代金額を変更し、又は受注者に損害を及ぼしたときは必要な費用を負担しなければならない。

正設計圖之場合。第 2 款(定作人單獨變更設計圖)：該當第一項第四款及第五款而變更設計圖之場合，同時變更工作物。

2. 第 3 款(依定作人與承攬人雙方協議，由定作人為之)：該當第一項第四款或第五款變更設計圖書之場合，不隨同變更工作物者。

依前項規定訂正或變更設計圖者，於必要情形，定作人須變更工期或承攬報酬，並應負擔承攬人之損害及所影響之必要費用。(第 5 項)」

## 二、 FIDIC

### 1.5 文件效力順序<sup>91</sup>

契約文件應認系相互參照補充。文件之優先順序如下

- (a) 契約協議書(若有)，
- (b) 得標函，
- (c) 投標函，

---

<sup>91</sup> 1.5 Priority of Documents

The documents forming the Contract are to be taken as mutually explanatory of one another. For the purposes of interpretation, the priority of the documents shall be in accordance with the following sequence:

- (a) the Contract Agreement (if any),
- (b) the Letter of Acceptance,
- (c) the Letter of Tender,
- (d) the Particular Conditions - Part A,
- (e) the Particular Conditions - Part B,
- (f) these General Conditions,
- (g) the Specification,
- (h) the Drawings, and
- (i) the Schedules and any other documents forming part of the Contract.

If an ambiguity or discrepancy is found in the documents, the Engineer shall issue any necessary clarification or instruction.



- (d) 專用條款，
- (e) 通用條款，
- (f) 規範，
- (g) 圖說及
- (h) 資料表與構成契約組成部份之任何其他文件。

若文件有歧異或不一致，工程司應發出必要之澄清或指示。

#### 1.9 遲延提供圖說或指示<sup>92</sup>

若工程司未將必要圖說或指示於合理之特定時間內提供予承攬人，致工程可能延誤或無法繼續進行時，承攬人應向工程司發出通知。該通知應包括必要圖說或指示之具體內容、為何於某特定時間應作成指示之理由，及遲延指示可能受到之延誤或工程中斷之詳細性質

---

<sup>92</sup> 1.9 Delayed Drawings or Instructions

The Contractor shall give notice to the Engineer whenever the Works are likely to be delayed or disrupted if any necessary drawing or instruction is not issued to the Contractor within a particular time, which shall be reasonable. The notice shall include details of the necessary drawing or instruction, details of why and by when it should be issued, and details of the nature and amount of the delay or disruption likely to be suffered if it is late.

If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of a failure of the Engineer to issue the notified drawing or instruction within a time which is reasonable and specified in the notice with supporting details, the Contractor shall give a further notice to the Engineer and shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractor's Claims] to :

- (a) an extension of time for any such delay, if completion is or will be delayed, under Sub-Clause 8.4[Extension of Time for Completion], and
- (b) payment of any such Cost plus reasonable profit, which shall be included in the Contract Price.

After receiving this further notice, the Engineer shall proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations] to agree or determine these matters.

However, if and to the extent that the Engineer's failure was caused by any error or delay by the Contractor, including an error in, or delay in the submission of, any of the Contractor's Documents, the Contractor shall not be entitled to such extension of time, Cost or profit.

與程度。

若工程司未於承攬人所發之前揭通知所訂合理期間內發出圖說或指示，是承攬人受延誤及(或)增加費用，承攬人得再次發出通知，並依第 20.1 條(承攬人索賠)之規定，請求：

(a) 依第 8.4 條(展延工期)之規定，若竣工期已遭或將遭延誤，對此延誤請求展延工期。

(b) 因而產生之費用及合理利潤，計入契約金額，請求支付。

工程司於收到通知後，應依的 3.5 條(確認)之規定，就前揭事項為協議或為確認。

若工程師未能發出前揭指示係因承攬人之錯誤或延誤所致，包括承攬人提出之文件之錯誤或遲延提交所造成，承攬人即不可請求展延工期及費用或合理利潤之給付。

#### 4.12 不可預見之外部不利條件<sup>93</sup>

---

<sup>93</sup> 4.12 Unforeseeable Physical Conditions

In this Sub-Clause, "physical conditions" means natural physical conditions and man-made and other physical obstructions and pollutants, which the Contractor encounters at the Site when executing the Works, including sub-surface and hydrological conditions but excluding climatic conditions.

If the Contractor encounters adverse physical conditions which he considers to have been Unforeseeable, the Contractor shall give notice to the Engineer as soon as practicable.

This notice shall describe the physical conditions, so that they can be inspected by the Engineer, and shall set out the reasons why the Contractor considers them to be Unforeseeable. The Contractor shall continue executing the Works, using such proper and reasonable measures as are appropriate for the physical conditions, and shall comply with any instructions which the Engineer may give. If an instruction constitute Variation, Clause 13 [Variations and Adjustments] shall apply.

If and to the extent that the Contractor encounters physical conditions which are Unforeseeable, gives such a notice, and suffers delay and/or incurs Cost due to these conditions, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractor's Claims] to:

本條所稱之「外部條件」指承攬人於工地現場遭遇之自然物理條件、人為性及其他物理障礙與污染物，包括地質條件與水文條件，但不包括氣候條件。

若承攬人遭預其認為係不可預見之外部條件，應立刻通知工程師。

此通知應敘明該外部條件，以便工程師進行檢驗，並出具承攬人之所以不可預見之理由。承攬人應以適於該外部條件之方式繼續施作，並遵循工程司之指示。若指示構成變更，應依第 13 條(變更與調整)之規定處理。

若承攬人遇不可預見之外部條件並發出前揭通知，且因該條件致

---

(a) an extension of time for any such delay, if completion is or will be delayed, under Sub-Clause 8.4 [Extension of Time for Completion], and

(b) payment of any such Cost, which shall be included in the Contract Price.

After receiving such notice and inspecting and/or investigating these physical conditions, the Engineer shall proceed in accordance with Sub-Clause [Determinations] to agree or determine (i) whether and (if so) to what extent these physical conditions were Unforeseeable, and (ii) the matters described in sub-paragraphs (a) and (b) above related to this extent.

However, before additional Cost is finally agreed or determined under sub-paragraph (ii), the Engineer may also review whether other physical conditions in similar parts of the Works (if any) were more favourable than could reasonably have been foreseen when the Contractor submitted the Tender. If and to the extent that these more favourable conditions were encountered, the Engineer may proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations] to agree or determine the reductions in Cost which were due to these conditions, which may be included (as deductions) in the Contract Price and Payment Certificates. However the net effect of all adjustments under sub-paragraph (b) and all these reductions, for all the physical conditions encountered in similar parts of the Works, shall not result in a net reduction in the Contract Price.

The Engineer may take account of any evidence of the physical conditions foreseen by the Contractor when submitting the Tender, which may be made available by Contractor, but shall not be bound by any such evidence.

工程受延誤及(或)增加費用，其得依第 20.1 條(承攬人索賠)之規定，請求：

(a) 依第 8.4 條(展延工期)之規定，若竣工期已遭或將遭延誤，對此延誤請求展延工期。

(b) 因而產生之費用，計入契約金額，請求支付。

定作人收到通知並就其進行檢驗與研究後，應依第 3.5 條(確認)之規定，為協議或為確認以下事項：(i) 此外部條件是否不可預見，若為不可預見，則其不可預見之程度為何，及(ii) 與不可預見之程度有關之上述(a)、(b)有關事項。

於增加費用依(ii)協議或確定前，工程司亦得審查其他外部條件對工程類似部分(若有)，是否比承攬人投標時得合理預見之情形更為有利。若可預見此更為有利之條件，工程司得按第 3.5 條(確認)之規定，協議或確認此條件下得減少之費用數額，並計入(減帳之)契約價金。但就工作物中類似部分遭預之外部條件，依(b)和所有減少所造成之影響，不應使契約總價減少。

工程司得考量所有承攬人投標時可能預見外部條件之證據，但不受其拘束。

### 三、我國公共工程採購契約範本

#### 第 1 條 契約文件及效力

(一) 契約包括下列文件：

1. 招標文件及其變更或補充。
2. 投標文件及其變更或補充。
3. 決標文件及其變更或補充。
4. 契約本文、附件及其變更或補充。
5. 依契約所提出之履約文件或資料。

- (二) 契約文件，包括以書面、錄音、錄影、照相、微縮、電子數位資料或樣品等方式呈現之原件或複製品。
- (三) 契約所含各種文件之內容如有不一致之處，除另有規定外，依下列原則處理：
1. 契約條款優於招標文件內之其他文件所附記之條款。但附記之條款有特別聲明者，不在此限。
  2. 招標文件之內容優於投標文件之內容。但投標文件之內容經機關審定優於招標文件之內容者，不在此限。招標文件如允許廠商於投標文件內特別聲明，並經機關於審標時接受者，以投標文件之內容為準。
  3. 文件經機關審定之日期較新者優於審定日期較舊者。
  4. 大比例尺圖者優於小比例尺圖者。
  5. 施工補充說明書優於施工規範。
  6. 決標紀錄之內容優於開標或議價紀錄之內容。
- (四) 契約文件之一切規定得互為補充，如仍有不明確之處，應依公平合理原則解釋之。如有爭議，依採購法之規定處理。

### 第 3 條 契約價金之給付

- (三) 採契約價金總額結算給付者，工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達 10% 以上時，其逾 10% 之部分，得以契約變更增減契約價金。未達 10% 者，契約價金不予增減。

### 第 4 條 契約價金之調整

- (二) 契約所附供廠商投標用之工程數量清單，其數量為估計數，除另有規定者外，不應視為廠商完成履約所須供應或施作之實際數量。
- (三) 採契約價金總額結算給付者，未列入前款清單之項目或數量，



其已於契約載明應由廠商施作或供應或為廠商完成履約所必須者，仍應由廠商負責供應或施作，不得據以請求加價。如經機關確認屬漏列且未於其他項目中編列者，得以契約變更增加契約價金。

## 第 20 條 契約變更及轉讓

- (一) 機關於必要時得於契約所約定之範圍內通知廠商變更契約(含新增項目)，廠商於接獲通知後應向機關提出契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容須變更之相關文件。契約價金之變更，其底價依採購法第 46 條第 1 項之規定。

## 第三項 工程契約範本之比較與評析

### 第一款 指示義務縱覽

承攬人於發現設計圖與工地現場不一致、相關文件出現錯誤、遺漏或無法預期之施工條件發生之場合，有通知定作人之義務，而定作人經一定程序，於必要時變更或訂正圖說等契約文件，並相應地調整工期及承攬報酬，以求契約關係之合理、對等。此規定不單只是保護承攬人，亦使定作人能再次確認相歧異之點以求最後完成之工作物能符合需求。<sup>94</sup>

### 第二款 應為指示之情形

#### 一、 契約文件不一致

##### (一) 概說

---

<sup>94</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 178 頁。

契約文件不一致，通常為契約之圖面、施工說明、施工規範等發生互相和格之情形，例如某隧道工程，於施工規範中係以「潛盾施工」為規範，但於圖面或工程進度表之安排上，卻採「明挖覆蓋」之施工規畫；再者，廣義地契約文件不一致或可包括於施工過程中，「有關單位於工地現場之指示不一致」之情形，蓋於施工現場，可能對承攬人做出相關施工指示的單位，最單純之情形，僅定作人一方，但往往在大型工程中，定作人會另行委託專案管理顧問(Professional Construction Management)代理定作人為工程之管理，此外亦可能還有監造、職司建築物設計之建築師，另於專業度較高之工程，例如：石化廠、電廠、帷幕牆等，定作人或專案管理顧問亦可能另外再委託專業顧問，再者，於承攬人為分包商之場合，尚有分包契約之定作人，即所謂「大包商」，最後，於公共工程還有其他相關法規之主管機關(如興建醫學大樓，則相關之建築管理、消防、醫療衛生之主管單位等)及定作人以外之其他使用單位(如某國立大學獲得其他政府研究單位之補助，於校園內興建專業之研究大樓，落成後之使用單位除該大學相關研究所外尚包括該政府研究單位)等等，上揭單位，均可能透過定期召開之施工協調會，對第一線施工之承攬人做出指示，當該指示發生衝突或不一致時，亦應屬於契約文件不一致之情形。

## (二) 我國規定之評析

我國公共工程契約範本第1條即明定招標及投標文件、契約主文、一般規範、特別規範、施工圖等所有契約文件之效力順序，並規定契約文件內容發生衝突或不一致時之適用

順序，最後在第 1 條第 4 項規定如仍有不明確之處，應依公平合理原則解釋之。此規定明訂契約文件之效力順序，雖有明確之優點，但其缺點如下：

1. 文件之不一致之情形多端，若效力在後之文件較契合當時工程進行之實況，如僵化地適用效力在先之文件，已有缺憾；
2. 其次，所列舉之契約文件，可能掛一漏萬，例如前揭「有關單位於工地現場之指示」，即難加以歸類，此外；
3. 如仍有不明確之處，依「公平合理」解釋，亦過於抽象，蓋工程所涉及者，往往為高度專業之知識，其判斷與抉擇往往難以「公平合理」一語帶過，再者，於紛爭解決程序(訴訟、仲裁、調解…)中，裁決者亦難以「公平合理」對專業之工程問題進行判斷。

### (三) 日本範本規定評析

日本範本第 18 條第 1 款：圖面、施工說明、現場說明書及現場說明不一致之場合(除契約已規定文件效力之順序外)。圖面、施工說明、現場說明書及現場說明等契約文件，原應於契約中明定其效力順序。然若未規定且相關文件發生不一致時，當然不能由承攬人擅作解釋<sup>95</sup>。因此當承攬人發現有不一致，須通知定作人。此規範方式，係以「契約未明文規定各該文件之效力順序」為前提，解釋上或可認為「契約未明文規定各該文件之效力順序」或「契約雖已明文規定文件效力之順序，但發生爭議之文件不在效力順序所列舉之文件之

---

<sup>95</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 180 頁。

內」兩種情形，換言之，當契約文件有不一致且無法透過契約約定之效力順序處理時，即屬本款之情形。

#### (四) FIDIC 範本規定評析

FIDIC 第 1.5 條，先規定文件之間應相互補充，次因解釋需要而規定其效力順序，最後，當文件之間發生衝突時，非機械式地依效力順序，而須由工程司做出指示。此規定方式與我國相較，較為嚴謹且接近工程運作之情形。蓋工程文件本應相互補充，縱於認定上有效力之排序，然一旦發生不一致，實不應僵化地適用效力在先之文件，仍須由工程司依個案情形為專業之判斷與指示，該指示應屬於 FIDIC 第 13.1 條之變更。

在此須補充說明者係，工程司(The Engineer)在 FIDIC 紅皮書第四版(1999 年)之第 1.1.2.4 條，明文規定工程司為定作人之代理人(而非中立之人)，且依同範本第 3.1 條第 4 項，將工程司所行使之定作人指示全部視為已經定作人授權<sup>96</sup>，特此敘明。

## 二、 設計文件錯誤及脫漏

### (一) 概說

所謂設計文件錯誤或脫漏，與前款之相互不一致不同，不一致者，指文件之間雖有扞格，但無對錯可言，僅文件之編製上發生不一致，須由專業判斷而決定。而文件錯誤或脫漏，係指文件有誤寫、誤算或漏載等情形而言，合先敘明。

### (二) 我國規定之評析

在我國常見之契約文件不一致，為漏項與數量差異，以

---

<sup>96</sup> 有關工程司於 FIDIC 第四版之定位，請參第四章第三節第三項。

下分述之：

所謂漏項，指某一工程項目已標示於圖說內，然單價分析表卻遺漏編列此工程項目，致投標廠商於得標後依圖說施作時，始發現該項目未編列於單價分析表中，而無法向業主請求計列工程款<sup>97</sup>。此外，另有將漏項細分為四種型態<sup>98</sup>：其一，圖說上有記載工作項目，但價目表中並未列此工作項目之單價。其二為圖說上對某工作項目有記載要使用某種材料，價目表中亦有對該工作項目計價之單位，但該使用某種材質之成本，卻未顯現在該計價項目之單價分析表內。其三為圖說上均無標示，但為施工時所必要之工作設施，而價目表及單價分析表中均無該工作設施項目之價格編列。其四為圖說上均有標示，但價目表上僅以相關項目之單價作為計價之基礎。

數量差異，指於總價契約下，承攬人按圖施作之結果，實作數量較價目表或單價分析表之數量有增減，廠商或機關請求調整價金而言<sup>99</sup>。

### (三) 日本範本規定之評析

日本範本第 18 條第 2 款所謂設計圖書錯誤或遺漏，指承攬人認為設計圖書發生錯誤或設計圖書中應載明而未載明之事項而言。於設計圖發生錯誤或有錯誤可能之場合，如承攬人繼續按其已生疑義之圖說施工，可能造成最後完成之工作

---

<sup>97</sup> 陳秋華，漏項，《工程法律實務研析(一)》，劉志鵬、古嘉諱主編，元照出版，2008 年 2 月二版第 2 刷，第 141 頁。

<sup>98</sup> 王伯儉，工程契約法律實務，元照出版社，2008 年 10 月二版第 1 刷，第 72 頁。

<sup>99</sup> 李惠貞，漏項與數量差異之爭議，《工程爭議問題與實務(一)》，中華民國仲裁協會，2010 年 12 月一版，第 81 頁。



物與定作人預期不同。因此，基於誠信原則，承攬人應將其疑慮通知定作人以求釋疑。而設計圖應載明而未載明之事項，亦不宜由承攬人擅斷，故亦應通知定作人。<sup>100</sup>

#### （四）FIDIC 範本規定評析

此部分 FIDIC 之規定與前述「契約文件不一致」相同，即應由工程司依個案情形為專業之判斷與指示，該指示應屬於 FIDIC 第 13.1 條之變更。

### 三、設計文件不明確

- （一）此係依日本範本所為之分類，依日本範本第 18 條第 3 款：設計圖書表示不明確<sup>101</sup>，指文件雖非不一致亦無錯誤，但標示不明而言。
- （二）依本節關於「契約文件不一致」之說明，所謂契約文件不一致，除締約時之契約本文、圖面、施工規範等不一致外，應包括任何具契約效力之文件或指示不一致，故「有關單位於工地現場之指示不一致」既屬契約文件不一致之態樣；準此，此處所謂「設計文件不明確」，亦應包括「有關單位於工地現場之指示不明確」而有澄清必要之情形。
- （三）日本範本第 18 條第 1 項第 2 款「設計文件錯誤及脫漏」與第 3 款「設計文件不明確」之區分實益在於設計者責任之追究，蓋工程文件繁多，逐一均須鉅細靡遺而無任何不明確之處，顯有困難，因此往往須待實際施工階段由承攬人發現不明確

---

<sup>100</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 180 頁第 181 頁。

<sup>101</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 181 頁。

並由定作人或定作人之代理人(建築師、PCM等)加以澄清，此情形通常不會引發設計者責任之問題；然而於設計者製作之契約文件有錯誤或脫漏情形時，除須由定作人或定作人之代理人(建築師、PCM等)加以修正外，若因而造成定作人之損害，則可能會發生定作人轉而追究設計者責任之情形。

#### 四、設計文件所載之施工條件與工程現場不一致

##### (一) 概說

所謂工程現場的形狀、地質、湧水等狀態、施工上之限制等自然性或人為性的施工條件，自然性條件如地層、地下水分佈、地質、有無湧水等；人為性條件如地下埋設物、地下工作物、棄土場、施工用道路、通行道路、與工程進行有關之法令等。

在此須特別說明者為「現場情況差異(Differing Site Condition)」，指於投標時已存在卻非顯而易見或無法知悉之物理性障礙。該障礙與投標時預見之情況有具體地差異。通常此情形無法藉由合理的工地勘察加以發現<sup>102</sup>。

現場情況差異有兩種類型，其一為工地地下或隱藏之實際物理條件與契約之規範、文件所規定者不一致。此情形下，承攬人得主張工程變更而要求增加工程費用的條件，必須在工地地質狀況與契約內原圖說規定不一致時始有成立之可能。其二為工地之地下狀況真有不知(Unknown)，不尋常(Unusual)及顯然不同(Differing Materially)等特殊性質，與契約所規定或一般工程慣例上所承認的情況不一致。此情形之重點

---

<sup>102</sup> Smith, Currie & Hancock LLP's, COMMON SENSE CONSTRUCTION LAW A Practical Guide for the Construction Professional, JOHN WILEY & SONS, INC, Second Edition, P142.

不在於契約之圖說對工地狀況有無規定，而是在於承攬人對工地之實際狀況有無可能之預期性及原契約圖說與工地實際狀況之重大差異性。亦即，只要工地之實際狀況為當事人事前所不知或不尋常，顯然地與通常所發生及一般工程慣例所承認之條件或情況不相同，且係事先無法預料者即可成立。<sup>103</sup>

承攬人應在投標前至工地作實際的工地勘察

(Site Inspection)，但此工地勘查應僅限於一個有經驗的承攬人在合理及某知識範圍所能得到之資料，亦即指承攬人經過一個詳細之工地勘查後能夠合理預測或推算出來將來可能發生之情況，如果將來此種情況一旦真正發生，承攬人必須要證明，工地所遇到之狀況係根據其應有之知識經驗所無法推測及不可預料的。<sup>104</sup>

## (二) 我國範本規定之評析

我國公共工程契約範本對工地異常之因應機制，集中在與工期有關之規定，即先於第 7 條「履約期限」(三)「工程延期」：「1. 契約履約期間」規定「有下列情形之一，且確非可歸責於廠商，並影響進度網圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消失後，檢具事證，儘速以書面向機關申請展延工期。機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限，不計算逾期違約金。其事由未達半日者，以半日計；逾半日未達 1 日者，以 1 日計。(1)發生契約規定不可抗力之事故。……(7)其他非可歸責於廠商之情形，經機關

---

<sup>103</sup> 王伯儉，工程契約法律實務，元照出版有限公司，2008 年 10 月 2 版第 1 刷，第 143 頁第 144 頁。

<sup>104</sup> 王伯儉，工程契約法律實務，元照出版有限公司，2008 年 10 月 2 版第 1 刷，第 145 頁。

認定者。」；另於第 17 條「遲延履約」(五)規定「機關及廠商因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，得展延履約期限；不能履約者，得免除契約責任：……2. 山崩、地震、海嘯、火山爆發、颱風、豪雨、冰雹、惡劣天候、水災、土石流、土崩、地層滑動、雷擊或其他天然災害。……13. 其他經機關認定確屬不可抗力者。」。因此，除有定作人依第 20 條「機關於必要時得於契約所約定之範圍內通知廠商變更契約」之規定處理外，依契約約定，只有工期展延之問題。

綜上，若施工過程發生地質異常，契約範本只有就工期展延以免計逾期違約金有相關規範，但承攬人因地質異常所增加之支出，如因應地質異常所為之工法變更、因工期遭延誤所為之趕工、工期延長所增加之支出等，卻未有約定。質言之，若於施工過程遭遇工地異常之情形，承攬人為求獲得展延工期以免遭計罰逾期違約金，往往於申請展延工期之同時，未將前述因工地異常所增加之支出提出予定作人(或可能遭定作人暗示而隱忍未提，以免後續估驗、驗收遭到刁難)，待工程完成後方以情事變更為由提出索賠，惟常常遭遇因歷時過久證據難以保全、已與定作人簽訂權利拋棄之文件等等困難而鍛羽。

### (三) 日本範本規定之評析

日本範本第 18 條第 4 款指工程現場的形狀、地質、湧水等狀態、施工上之限制等設計圖上表示之自然性或人為性的施工條件與工程現場不一致(工地異常)。公共工程承攬契約通常由定作人完整地調查工程現場自然性及人為性施工條件，

並將調查結果明示於設計圖書中，以期明示施工條件；承攬人亦基此判斷施工條件締結承攬契約並進行工事。當現實條件與設計圖書不同時，即有變更施工方法或變更工作物之必要<sup>105</sup>。

#### (四) FIDIC 範本規定之評析

FIDIC 第 4.12 條規定，於遭遇異常外部條件，即工地現場遭遇之自然物理條件、人為性及其他物理障礙與汙染物，等情形時，承攬人應通知工程司，並於經工程司調查後啟動第 13 條之變更程序。

### 五、 施工圖無法明示之施工條件發生無法預期之特別狀況

#### (一) 概說

此類型係依日本契約範本之分類方式，日本範本第 18 條第 5 款「於施工圖無法明示之施工條件發生無法預期之特別狀況」，指設計圖書製作時無法預期之事，與第 4 款設計圖所示施工條件與現場不一致或設計圖書有所遺漏之情形不同。本款所指對象包括自然性及人為性施工條件，前者如工地現場狀況無法預期者，如一部地質鬆軟或有斷層存在、開挖後有毒物質或瓦斯噴出等；後者如無法預期之噪音防制規範、交通規範、埋藏物發現、居民抗爭、環保運動、恐怖攻擊等。

106

於現場情況差異之場合，第 4 款屬前述第一種情形，即

---

<sup>105</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 180 頁。

<sup>106</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 180 頁第 181 頁。



「工地地下或隱藏之實際物理條件與契約之規範、文件所規定者不一致」；而第 5 款則指第二種情形，即「工地之地下狀況真有不知(Unknown)，不尋常(Unusual)及顯然不同(Differing Materially)等特殊性質，與契約所規定或一般工程慣例上所承認的情況不一致。」。

#### (二) 我國範本規定之評析

我國範本並未區分「於施工圖無法明示之施工條件發生無法預期之特別狀況」與「設計圖所示施工條件與現場不一致或設計圖書有所遺漏」，原則上均依第 20 條「機關於必要時得於契約所約定之範圍內通知廠商變更契約」之規定處理。

#### (三) 日本範本規定之評析

同「概說」之說明。

#### (四) FIDIC 範本規定之評析

FIDIC 範本亦未區分「於施工圖無法明示之施工條件發生無法預期之特別狀況」與「設計圖所示施工條件與現場不一致或設計圖書有所遺漏」原則上依第 4.12 條「不可預見之外部條件」之規定處理。

### 第三款 指示作成之程序

#### 一、 我國範本規定之評析

依我國工程採購契約範本，若工程進行中遭預前述各種情形，於文件不一致之場合，已有第 1 條(三)明文依文件效力順序，並無定作人作成指示之規定，只有在所規定之文件效力順序仍有不明確之處時，方依(四)「應依公平合理原則解釋之。」，但未規定作成該

解釋之程序及時間；至於若發生漏項，依第 4 條之規定，由於規定係「仍應由廠商負責供應或施作，不得據以請求加價。如經機關確認屬漏列且未於其他項目中編列者，得以契約變更增加契約價金。」，似未課予定作人「確認」之義務；另就其他工地異常等情形，依第 20 條之規定，於機關認為有契約變更之必要者，得由機關通知廠商於契約所約定之範圍內，辦理契約變更，亦未明訂作成之時間與程序。

## 二、日本範本規定之評析

日本範本第 18 條就指示做成程序之規定則較完整，首先依同條第 2 項之規定，須進行會同調查，蓋由於調查結果可能涉及施工條件、工作目的物變更與否之問題，更牽動工期與承攬報酬之變動，與承攬人有重大之利害關係。故為保護承攬人，規定調查程序需會同承攬人。然若承攬人拒絕，則係權利放棄，無礙調查之進行。<sup>107</sup>其次，依同條第 3 項，定作人須於一定期間內匯整調查結果，本項規定定作人於聽取承攬人之意見而進行調查後，需在一定期間內將調查結果及處置措施通知承攬人。然此一定期間之長短，因須參考各別工程之規模、特性，故未於範本中明定而留待個別具體契約記載，但仍應避免記載過長的時間而延誤工程進度。此不僅為承攬人著想，蓋就定作人而言於調查期間及調查後調查結果作成前之期間工程繼續進行，嗣後因調查結論做成而須變更工程時，相關之回復、改造費用須由定作人負擔；若於前揭期間暫停施工，因暫停施工所增加之費用亦須由定作人負擔。<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 181 頁第 182 頁。

<sup>108</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7

### 三、 FIDIC 範本規定之評析

FIDIC 範本中，就工程司須於一定期間內為適當指示之要求，規定於第 1.9 條，但本條並非如日本之範本般直接規定一個作成決定之合理期間，而係賦予承攬人於工程司未將必要圖說或指示於合理之特定時間內作成，致工程可能延誤或無法繼續進行時，其應向工程司發出通知，並於該通知中要求工程司應作成何種指示，及若該指示遲延作成可能造成之後果。

此外，若工程遭遇不可預見之外部條件，依 FIDIC 第 4.12 條，第 2 項，亦要求承攬人應盡快通知工程司，並於第 5 項要求工程司應就承攬人之通知進行檢驗或研究後，依第 3.5 條確認之規定，進行協議或確認此外部條件是否不可預見，以及若屬不可預見，則不可預見之程度為何，並就有關之工期展延與承攬報酬之調整，進行前揭之協議與確認。

## 第四款 指示作成之效果

### 一、 我國範本規定之評析

依我國工程採購契約範本無論契約文件不一致、不明確或有漏項及數量差異之情形，均不要求定作人應作成指示；至於若發生其他情事變更之情形，即依第 20 條之規定，定作人於必要時進行契約變更，調整承攬報酬與工期。

然就「於必要時」之詮釋，我國法院實務見解分歧，在遭遇情事變更等不可預見之外不條件發生變化或其他承攬人之給付內容已發生實質變化之場合，由於契約當事人由於無法預見最終之紛爭裁

決者見解為何，以致在事件發生當下，契約當事人均選擇最極端的趨吉避凶方案，即定作人只願給予展延工期，而承攬人於一方面擔心未取得展延工期將遭計罰逾期罰款，另一方面又擔心估驗與驗收遭到刁難，故僅提出展延之請求，而將因所增加之支出，或分擔於其他工作項目或於工程完竣後再提出求償，造成契約之履行與當事人之關係處於極不確定之狀態。

茲就「必要性」之法院見解，擇要臚列如下：

(一) 有認為係指「定作人主觀認為必要」而言：

1. 臺北地方法院 96 年度建字第 42 號

「判決惟查工程變更係基於業主與承包商雙方明示或默示之合意為之，故原告所謂『擬制變更』仍應以當事人間意思表示合致為據。而原告係以總價承攬方式施作系爭工程，由原告本於責任施工、盈虧自理之原則，依契約工程設計圖及詳細表施作，除有前開契約變更設計應依系爭契約第 0 條變更契約情形外，仍應以契約總價結算，不得另行請求計價，已如上述，是原告上開『擬制變更』之主張，亦非可採。」

2. 台中地方法院 95 年度建字第 72 號判決

「倘論依擬制變更之慣例：『業主所提供之規範如有瑕疵或不完善而造成承包商不能完成契約約定之工作，或因而使完成之工作有瑕疵，或造成承包商費用之增加及損害，承包商應有權比照工程變更之方式向業主要求適當之費用及賠償』，承攬人縱其本身具有重大過失，亦得比照工程變更之方式向業主要求適當之費用及賠償，則往後工程承攬人焉需本其專業翔實審核圖說正確與否？此對於公共工程

品質影響甚鉅。以公共工程而言，亦不容定作人與承攬人雙方均有歸責事由時，雙方援用此所謂慣例，由定作人給付『適當之費用及賠償』。是解釋上，倘若變更如有可歸責於承攬人之事由，承攬人應不得主張擬制變更原則之適用。」

(二) 另有實務見解認為，若工程有變更之必要，承攬人亦因變更而增加支出，縱定作人未辦理契約變更，亦得向定作人請求增加之報酬：

1. 台灣高等法院 95 年度重上字第 186 號判決

「……足見兩造已約明系爭水電等工程及系爭電氣等工程如有變更設計情事，而須辦理加價或減價時，應先由上訴人提出書面報價，經被上訴人審核同意後，再以修改原合約書或另訂書面契約之方式為之。上訴人既自認在施作上開追加工程前，並未與被上訴人為書面約定，自與上開約定不符。……可見兩造就 E 版水電追加工程之承攬報酬並未約定……依上所述，上訴人於上開追加工程施工前，既未依約與被上訴人簽訂書面契約，復不能證明兩造間曾就上開追加工程之承攬報酬達成合致意思表示，揆諸首開說明，固難認兩造間就 E 版水電追加工程及其餘追加工程部分有承攬契約或其他無名契約關係存在。惟按無法律上之原因而受利，致他人受損害者，應返還其利益，民法第 179 條前段定有明文。……自應認被上訴人因上訴人施作 E 版水電追加工程及其餘追加工程，而受有應支出而未支出工程款 2,711 萬 335 元之利益，致上訴人受有損害，是上訴人依據不當得利之法則，請求被上訴人返還 2,711 萬 335



元之利益，自屬有據。」<sup>109</sup>。

2. 台北地方法院 93 年度建字第 225 號判決

「……可知被告提出變更設計，必經參加人審查及台經公司複審，如被告已提出變更設計申請，而參加人及台經公司未能審查完畢或未送交原告核可，被告不可能完成變更設計程序，即難以被告未完成變更設計程序，認被告不得請求變更設計所增加之工程款。再查，系爭工程關於變更設計之申請，並無限定期限，解釋上只要為原告所明示或默示同意之項目，於變更設計項目施作前或施作後，均無不可；本件被告於系爭工程確有提出變更設計，此由被告所提出之參加人工地備忘錄、被告工地備忘錄、台經公司工地工務通知書附卷可憑，僅因參加人及台經公司對變更追加之項目有意見，而屢請被告修正重提，致未經原告核可，而未完成變更設計程序而已。系爭工程既有變更設計項目，被告並已提出變更設計之申請，業如前述，按諸上開說明，自應不能以被告未為核備，或被告未完成變更設計程序，而認被告不得請求變更設計項目所增加之工程款。原告雖主張被告於施作系爭工程中，已申請並經其核准辦理四項工程之變更設計，被告知悉變更設計應經原告同意云云，惟系爭工程施作中，固有「擋土工法」、「二樓以上梯廳增設排煙設備」、「鐵板製箱體變更不銹鋼箱體」、「消檢缺失」等四項變更設計案，均經由原告核准並完成議價，

---

<sup>109</sup> 須注意者為，本判決並非肯認擬制變更之理論，而係認為，當承攬人有施作，而定作人卻未依契約變更程序增加承攬報酬者，就承攬人增加施作之部分，定作人屬無法律上原因而受有利益，承攬人得對之請求不當得利。

有原告提出該四項工程變更設計議價紀錄在卷可按，但於工程實際施作中，每有與原設計規劃不符之處，或因工地之實際狀況與原設計規劃不符之處，如認該等事項，均需承攬人以書面申請，經定作人審核並議定價格後，始得施作，恐導致工程延宕，或致損害，因此多有由現場監造人員指示承攬人依現場狀況即為變更修正，再由承攬人於事後提出變更設計申請，此時變更修正之工程事項，多已完工，定作人如不予同意變更，對承包商實有失公平，故不能以被告曾申請並獲原告同意上開四項變更設計，而謂被告未於事前申請本件系爭變更設計事項，不得請求變更設計所增加之工程款。」。

## 二、日本範本規定之評析

### (一) 「於必要時」之詮釋

日本範本第 18 條第 4 項首先規定「於必要時」定作人應為一定調整與指示，所謂「於必要時」並非依定作人之意思決定，而係應由客觀性角度判斷是否應變更或修正原設計圖書。此外，於此有必要之場合，定作人拒不變更設計圖書或承攬人通知後定作人不進行調查或不依調查結果下達指示致契約難以履行時，承攬人得依第 49 條第 1 項第 3 款<sup>110</sup>解除契

---

<sup>110</sup> (受注者の解除権)

#### 第四十九条

受注者は、次の各号のいずれかに該当するときは、この契約を解除することができる。

- 一、第十九条の規定により設計図書を変更したため請負代金額が三分の二以上減少したとき。
- 二、第二十条の規定による工事の施工の中止期間が工期の十分の〇（工期の十分の〇が〇月を超えるときは、〇月）を超えたとき。ただし、中止が工事の一部のみの場合は、

約。<sup>111</sup>

## (二) 應作成之指示內容之評析

1. 於該當第1項第1款至第3款之場合(即契約文件不一致、錯誤脫漏、不明確),定作人可就契約圖說為必要之修正,蓋設計圖既係由定作人做成,自可由定作人單方面加以訂正。而於該當第1項第4款及第5款須變更設計圖同時變更工作物者,亦由定作人單方面進行變更即可,蓋工作物須符合定作人之需求,故設計圖書之變更自須由定作人決定。此外,於設計圖書所載之地質等自然性或人為性之施工條件與實際不同或未載明之施工條件無法預期之場合,基礎樁深度之延長、工程材料品質之提高等亦屬施工條件之變更。
2. 然而,若係該當第1項第4款及第5款之情形,雖變更設計圖書卻不變更工作物,而僅調整施工方法者,定作人於作成指示前,需先予承攬人進行協議,蓋若僅調整施工方法,因涉及日本範本第1條第3項所揭示之「自主施工原則」<sup>112</sup>,影響承攬人就施工方法之自主決定權,故須由定

---

その一部を除いた他の部分の工事が完了した後〇月を経過しても、なおその中止が解除されないとき。

三、発注者がこの契約に違反し、その違反によってこの契約の履行が不可能となったとき受注者は、前項の規定によりこの契約を解除した場合において、損害があるときは、その損害の賠償を発注者に請求することができる。

<sup>111</sup> 建設業法研究会編著,改定3版公共工事標準請負契約約款の解説,大成出版社,2009年7月17日第3版第1刷発行,第183頁。

<sup>112</sup> 日本公共工程標準承攬契約約款第1條第3項:「有關假設工程、施工方法其他為完成工作物所必要之一切手段(以下稱「施工方法等」),除本約款及設計圖有特別規定外,承攬人負責。」即就施工方法明確規定為承攬人應負之責任,亦明文確保作為施工主體之承攬人之自主性。

作人與承攬人達成合意。<sup>113</sup>

### (三) 工期及承攬報酬之調整與費用負擔

訂正或變更設計圖致有變更工期及承攬報酬之必要者，需為相應之變更。此外因此而增加之必要費用支出，須由定作人負擔。

有關工期及承攬報酬之變更，「於必要情形」指有「變更工期或承攬報酬之必要」者而言，此點須以客觀判斷，而非定作人或承攬人之主觀認定。除設計圖書之變更對工期及承攬報酬全無影響之特殊情形外，當對工期及承攬報酬為相應之調整。<sup>114</sup>關於工期之變更依第 23 條<sup>115</sup>之規定，承攬報酬之

---

準此，定作人雖可基於工程之特殊性、確保安全等理由，在必要時於設計圖說中指定施工方法，然於設計圖說未指定施工方法時，承攬人基於自己對施工負責而決定之施工方法，定作人不得干涉。因此，於締約後，定作人除非辦理契約變更，否則不能指定施工方法。自主施工原則出發點有二，其一為，日本範本以總價契約為原則，是除契約約定之情形外，總價不會變動，契約中有關工法之約定，需由定作人於締約時明示，於有關條件變動時，承攬報酬亦應為相應之變動。準此，若在工程進行中，定作人變所指定之施工方法，形同課予承攬人新的契約義務，承攬人得請求承攬報酬。其次，營造業者有許多直接施工經驗的累積，機械化、系統化之施工技術日益進步，由廠商自己決定施工計劃將更經濟、更具效率之場合亦所在多有。此外，此種由承攬廠商自主施工之方式，亦可促進民間技術之開發。再者，由定作人指定施工方法，個別承攬廠商放棄最有經濟性、效率性之施工方法，導致不必要之浪費的可能增加。更進一步，承攬人為獨立於定作人之承攬專業事業體，定作人若事無鉅細地指定施工方法，不但不當地阻礙民間技術力的發展，對定作人而言亦是一大負擔。因此，本項明文承攬人之自主施工原則，期能順利地迅速完成工作。而此自主施工原則係建立在對專業承攬廠商的信賴之上，此信賴需定作人借資格審查，尋找最有施工能力之廠商加以確保。(詳參，建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 67 頁至第 70 頁。)

<sup>113</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 183 頁第 184 頁。

<sup>114</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7

變更依第 24 條<sup>116</sup>。

就費用負擔部分，因變更或訂正設計圖書致承攬人所增加之必要費用支出，定作人亦須負擔。所謂必要費用，例如依原設計圖書施作之工程，因變更或訂正而成為無用之部分

---

月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 184 頁第 185 頁。

<sup>115</sup> (工期の変更方法)

第二十三条

工期の変更については、発注者と受注者とが協議して定める。ただし、協議開始の日から○日以内に協議が整わない場合には、発注者が定め、受注者に通知する。

前項の協議開始の日については、発注者が受注者の意見を聴いて定め、受注者に通知するものとする。ただし、発注者が工期の変更事由が生じた日（第二十一条の場合にあっては発注者が工期変更の請求を受けた日、前条の場合にあっては受注者が工期変更の請求を受けた日）から○日以内に協議開始の日を通知しない場合には、受注者は、協議開始の日を定め、発注者に通知することができる。

<sup>116</sup> (請負代金額の変更方法等)

第二十四条

(A) 請負代金額の変更については、数量の増減が内訳書記載の数量の百分の○を超える場合、施工条件が異なる場合、内訳書に記載のない項目が生じた場合若しくは内訳書によることが不適当な場合で特別な理由がないとき又は内訳書が未だ承認を受けていない場合にあっては変更時の価格を基礎として発注者と受注者とが協議して定め、その他の場合にあっては内訳書記載の単価を基礎として定める。ただし、協議開始の日から○日以内に協議が整わない場合には、発注者が定め、受注者に通知する。

第二十四条

(B) 請負代金額の変更については、発注者と受注者とが協議して定める。ただし、協議開始の日から○日以内に協議が整わない場合には、発注者が定め、受注者に通知する。

前項の協議開始の日については、発注者が受注者の意見を聴いて定め、受注者に通知するものとする。ただし、請負代金額の変更事由が生じた日から○日以内に協議開始の日を通知しない場合には、受注者は、協議開始の日を定め、発注者に通知することができる。

この約款の規定により、受注者が増加費用を必要とした場合又は損害を受けた場合に発注者が負担する必要な費用の額については、発注者と受注者とが協議して定める。



的回復費用、改造費用。又，因設計圖書變更或訂正致依原設計圖書已購入之工程材料成為多餘之後轉賣之價差、勞工遣散費、不需要之機具折舊及回送費用、不需要之假設工程損失等均屬之。再者，「費用負擔」之用語，指無論其發生之原因是否可歸責於定作人，該費用均須由定作人負擔之意。而哪些費用屬於「必要」，須於通常合理範圍內具相當因果關係者為限。費用負擔之算定方法依第 24 條第 3 項由定作人與承攬人協議。<sup>117</sup>

### 三、 FIDIC 範本規定之評析

於 FIDIC 範本，無論係工程司對文件錯漏、不一致、不明確之指示，或就因應無法預見之外部情況所作成之指示，有影響工期或增加承攬人之支出時，承攬人均得依第 20.1 條請求展延工期及調整承攬報酬。

### 第四項 本文建議

縱觀前述之比較可知，就定作人須作成指示之情形、程序與效果，我國範本與日本及 FIDIC 相比，顯過於簡單而概括，蓋無論契約文件有錯漏、不一致或不明確之情形，均不要求定作人作成指示，甚且，縱遇情事變更等不可預見之外不條件發生變化或其他承攬人之給付內容已發生實質變化之場合，亦僅規定定作人「於必要時」作成指示，缺乏明確判準以致爭議迭生。

是以，建議應於範本於第 20 條之前增列第 19 條之 1，例示所謂「必要時」之情形，並規定概括條款，將「必要時」定性為「客觀上有必要」；

---

<sup>117</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 185 頁第 186 頁。

此外，在遭遇情事變更等不可預見之外不條件發生變化或其他承攬人之給付內容已發生實質變化之場合，明訂承攬人應提出如何之通知及定作人(或工程司)應於合理期間內進行調查並作成決定或指示，其指示之內容應包括工作內容之調整、承攬報酬與工期之調整及費用補償等。

#### 新增條文

廠商於工程施工時發現下列各款之一之情事，應立刻通知機關並請求其確認：(第 1 項)

1. 圖面、施工說明、現場說明書及現場說明不一致之場合(除契約已規定文件效力之順序外)。
2. 契約文件錯誤或遺漏。
3. 契約文件表示不明確。
4. 工程現場的形狀、地質、湧水等狀態、施工上之限制等設計圖上表示之自然性或人為性的施工條件與工程現場不一致。
5. 發生其他不可預見之情況致客觀上有必要時。

機關依前項確認之請求或自行發現前項各款事由者，須會同廠商立刻進行調查。但廠商不會同者，亦得於無會同下進行。(第 2 項)

機關聽取廠商意見、匯整調查結果(對此等情形，有必要下達指示以採取措施者，包含該指示)，應於調查終了後□日內將該結果通知廠商。但有無法於該期間內通知之理由者，於事先聽取廠商意見後，得延長該期間。(第 3 項)

依前項調查結果認為有第一項所列事實者，於客觀上必要時，機關須變更工期或承攬報酬，並應負擔廠商之損害及所影響之必要費用。(第 4 項)

## 第四節 關連廠商之協調

### 第一項 概說

工程施作，常有於同一施工現場不同承商共同施作，或者後工程之間進度需互相配合的情形。例如，大樓興建，土建承商於鋪設樓板時，往往需配合水電承商之管線鋪設工程；此外亦有進度相互牽連者，例如捷運之興建，需待土建部份達一定進度後，機電承商方能施作軌道及機電工程。各平行包商之間施工相互影，如各行其是，工程難以順利進行。

然而，各平行包商之間並無契約關係，無法以契約約束，必須透過定作人之協調，蓋定作人與各平行包商之間均有契約關係，可以藉由契約規定，規範承包商的協調義務，此外，定作人掌握各期估驗、驗收、尾款給付等契約力量，較有能力對承包商之間的施工進行有效指示與調整，由定作人進行積極地協調，亦較具有效率。因此，當承攬人之工作與定作人另行發包之工程於工程進行上有密切關聯者，定作人有關聯工程之協調義務，而承攬人亦須對此等協調為協力。鑑於工程之大規模化、分包增加之趨勢，此關聯工程之調整之必要性亦隨之提高<sup>118</sup>。

### 第二項 工程契約範本之規定

#### 一、 日本公共工事標準承攬契約約款

##### 第 2 條

「就承攬人施作之工程與定作人另行發包予第三人之工程施工上有密切關聯者，於必要時進行施工協調。於前揭情形，承攬人應依定

---

<sup>118</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 41 頁

作人之協調與第三人就工程之順利施工為協力。<sup>119</sup>」

## 二、 FIDIC

### 4.6 (合作)

「承攬人應依契約或工程師指示，提供以下人員適當之施工條件：

- (a) 定作人之人員
- (b) 定作人委任之其他承攬人
- (c) 任何合法政府機關之人員

若前揭任何指示致承攬人增加不可預見之費用時，該指示應屬一項變更之指示。提供前項所稱之適當施工條件，包括使用承攬人之設備、使用承攬人施作之假設工程及進入承攬人所負責之現場。」<sup>120</sup>

## 三、 我國工程採購契約範本

### 第 9 條 施工管理

---

<sup>119</sup> (関連工事の調整)

#### 第二条

発注者は、受注者の施工する工事及び発注者の発注に係る第三者の施工する他の工事が施工上密接に関連する場合において、必要があるときは、その施工につき、調整を行うものとする。この場合においては、受注者は、発注者の調整に従い、当該第三者の行う工事の円滑な施工に協力しなければならない。

<sup>120</sup> 4.6 Co-operation

The Contractor shall, as specified in the Contract or as instructed by the Engineer, allow appropriate opportunities for carrying out work to:

- (a) the Employer's personnel,
- (b) any other contractors employed by the Employer, and
- (c) the personnel of any legally constituted public authorities,

who may be employed in the execution on or near the Site of any work not included in the Contract.

Any such instruction shall constitute a variation if and to the extent that it causes the Contractor to incur Unforeseeable Cost. Services for these personnel and other contractors may include the use of Contractor's Equipment, Temporary Works or access arrangements which are the responsibility of the Contractor.

#### (6)配合施工：

與契約工程有關之其他工程，經機關交由其他廠商承包時，廠商有與其他廠商互相協調配合之義務，以使該等工作得以順利進行，如因配合施工致增加不可預知之必要費用，得以契約變更增加契約價金。因工作不能協調配合，致生錯誤、延誤工期或意外事故，其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。如有任一廠商因此受損者，應於事故發生後儘速書面通知機關，由機關邀集雙方協調解決。其經協調仍無法達成協議者，由相關廠商依民事程序解決。

### 第三項 工程契約範本之比較與評析

#### 一、 承攬人是否須依定作人之指示相互協調？

我國工程採購契約範本，「廠商有與其他廠商互相協調配合之義務」之文字可知，明定承包商有相互協調之義務，然此規定僅要求承攬人間須自行協調。

反觀日本公共工事標準承攬契約約款「承攬人應依定作人之協調與第三人就工程之順利施工為協力。」及 FIDIC 第 4.6 條「承攬人應依契約或工程師指示…」之規定，均明確以承攬人在定作人協調下，有相互配合的義務，換言之，承攬人間依契約及定作人(或工程師)之指示，須相互配合協調。

#### 二、 作成協調指示之範圍

我國工程採購契約範本，「因工作不能協調配合，致生錯誤、延誤工期或意外事故，其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。」。換言之，明定平行包商之間相互求償之規定，並未規定定作人於平行包商間發生齟齬時之協調義務。

日本範本規定，定作人於必要時進行施工協調，所稱之「於必



要時」有二，其一為承攬人或其他關聯工程之承攬人任何一方提出申請，經定作人同意之場合；其二為定作人認為為工程全體之順利施工之必要。而「工程施工上有密切關聯者」，指此工程之不完成將致其他工程無法完成而言。其密切程度應於具體工程中為判斷。定作人得協調調整之範圍因工程之不同而異。簡言之，關於承攬人與關聯廠商之細部工程、施工方法，與自主施工原則不相抵觸之範圍內，即不影響承攬人於締約之初計畫或想定之施工方法、施工日程之範圍內之調整。此外，承攬人之一進度遲延致影響其他承攬人之施工進度者，督促該遲延工程亦屬於協調範圍。<sup>121</sup>

FIDIC 雖無「於必要時」之規定，然亦要求承攬人在依契約規定或依定作人之指示下，須提供予「定作人之人員」、「定作人委任之其他承攬人」、「任何合法政府機關之人員」適當之施工條件。

### 三、 協調義務之效果

我國工程採購契約範本「如有任一廠商因此受損者，應於事故發生後儘速書面通知機關，由機關邀集雙方協調解決。其經協調仍無法達成協議者，由相關廠商依民事程序解決。」此規定似乎表示，定作人只有在某平行包商未盡到協調義務，導致其他平行包商已經受有損害時，受損之承攬人方能請求定作人出面協調，即使定作人未出面協調對定作人亦無任何不利益。且一旦協調不成，其效果也就是回歸前半段，「其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。」即承攬人之間互相求償罷了。

日本範本並未直接於第 2 條規定，當承攬人依定作人之指示與其他平行包商相互協調致增加工期或施工成本時，如何處理。然有

---

<sup>121</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行，第 83 頁

見解認為，於工程之協調涉及規制施工日程、施工方法之改變、構造變更等影響設計圖書之場合，依本約款第 19 條<sup>122</sup>之程序踐行設計圖書之變更程序。若因而有暫停施工之必要，依本約款第 20 條<sup>123</sup>之程序為之。適用第 19 條或第 20 條與本條之區別在於，無論設計圖之變更或工程之暫停，都另涉及工期、承攬報酬之變更以及必要費用之負擔問題<sup>124</sup>。

FIDIC 第 4.6 條第 2 項明確規定，若承攬人依契約或工程師指

---

<sup>122</sup> (設計圖書の変更)

第十九条

発注者は、必要があると認めるときは、設計図書の変更内容を受注者に通知して、設計図書を変更することができる。この場合において、発注者は、必要があると認められるときは工期若しくは請負代金額を変更し、又は受注者に損害を及ぼしたときは必要な費用を負担しなければならない。

<sup>123</sup> (工事の中止)

第二十条

工事用地等の確保ができない等のため又は暴風、豪雨、洪水、高潮、地震、地すべり、落盤、火災、騒乱、暴動その他の自然的又は人為的な事象（以下「天災等」という。）であって受注者の責めに帰すことができないものにより工事目的物等に損害を生じ若しくは工事現場の状態が変動したため、受注者が工事を施工できないと認められるときは、発注者は、工事の中止内容を直ちに受注者に通知して、工事の全部又は一部の施工を一時中止させなければならない。

発注者は、前項の規定によるほか、必要があると認めるときは、工事の中止内容を受注者に通知して、工事の全部又は一部の施工を一時中止させることができる。

発注者は、前二項の規定により工事の施工を一時中止させた場合において、必要があると認められるときは工期若しくは請負代金額を変更し、又は受注者が工事の続行に備え工事現場を維持し若しくは労働者、建設機械器具等を保持するための費用その他の工事の施工の一時中止に伴う増加費用を必要とし若しくは受注者に損害を及ぼしたときは必要な費用を負担しなければならない。

<sup>124</sup> 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷発行，第 83 頁第 84 頁

示，致承攬人增加不可預見之費用時，該指示應屬一項變更。由「協調義務之履行可能引發契約變更」之規範意旨可知，承攬人並非當然具有協調義務，其係於工程師之指示下，進行相互協調，並可就因此增加之費用，請求定作人調整承攬報酬。

#### 第四項 本文建議

觀察我國範本之規定有幾項特色，首先，「廠商有與其他廠商互相協調配合之義務」之文字可知，明定承攬人有相互協調之義務。其次，「因工作不能協調配合，致生錯誤、延誤工期或意外事故，其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。」即明文平行包商之間相互求償之規定。最後，「如有任一廠商因此受損者，應於事故發生後儘速書面通知機關，由機關邀集雙方協調解決。其經協調仍無法達成協議者，由相關廠商依民事程序解決。」此規定似乎表示，定作人只有在某平行包商未盡到協調義務，導致他平行包商已經受有損害時，受損之承攬人方能請求定作人出面協調，即使定作人未出面協調，對定作人亦無任何不利益。且一旦協調不成，其效果也就是回歸前半段，「其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。」即承攬人之間互相求償罷了。

我國之規定過於消極已如前述。FIDIC 第 4.6 條雖未如日本範本，可以明確地看出定作人有協力的義務，然而在承攬人在工程司的協調、要求下，就負有與其他承攬人協力的義務的規定仍可以看出，<sup>125</sup>工程司有為了工程的順利進行，而積極進行協調的義務。

比較我國之規定與日本及FIDIC可知，我國工程契約範本問題點為：其一，定作人之機能過於消極，不但沒有主動協調之義務，當平行包商之

---

<sup>125</sup> 張水波、何柏森編，FIDIC 新版合同條件導讀與解析，中國建築工業出版社 2006 年 12 月第 7 刷，第 46 頁。

間無法協調致生損失時，也是由受損的承攬人向造成其損害的承攬人求償。其二，此等求償能否遂行誠有疑義，例如，因甲承攬人的遲延，導致乙承攬人無法如期完工，縱定作人給予乙承攬人工期展延，其亦受有展延期間管理費之損失(特別在定作人給予展延之同時附有「棄權條款」<sup>126</sup>條件的情形)、履約保證金利息之損失等，皆為純粹經濟上損失，難以以侵權行為請求權進行求償，而以契約請求權求償者，又礙於甲、乙承攬人之間並無契約關係，實難逕以前揭範本之約款為契約請求權之論據。

我國法院實務對定作人關連廠商之協調義務，亦採消極之見解，最高法院95年度台上字第2560號判決：「系爭水電工程契約並未明定被上訴人負有使其他廠商依期限施工之義務，有工程契約在卷可按，被上訴人既已履行給付報酬之義務，自無給付遲延或不完全給付之情事。上訴人所稱之被上訴人負有使其得按預定進度施作水電工程義務，與被上訴人之給付報酬義務無關，縱認被上訴人違反此協力義務，上訴人亦僅得定相當期限催告其為協力行為，以解除契約並請求因契約解除而生之損害賠償方法救濟。」、最高法院民事88台上1451裁判「合約第十三條約定『配合施工：與本合約工程有關之其他工程及臨時裝置，經甲方（即上訴人）委託其他承包商辦理時，乙方（即被上訴人）應與其他承包商互相合作；如因工作不能協調，致生錯誤或延誤工期，或發生其他意外事故，其一切損失，均由乙方賠償之』，應係指被上訴人於施工期間應與承作上訴人其他工程之承包商協商合作，而該焚化爐係於被上訴人施工完成後，為其他廠商進場

---

<sup>126</sup> 棄權條款，指定作人雖同意給予承攬人展延工期，但不分擔承攬人因工期延長所增加之成本及費用之損失。我國實務上常見之約定條款內容為「承包商以契約所定事由申請展延工期，如業主或監工以書面核准延長之請求，除該延期之事由係可歸責於業主外，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已作全面而圓滿之補償。承包商須放棄對該一事件再提出要求之權利」。詳參林鼎鈞，「工期展延及補償之請求」，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律事務所古嘉諄、劉志鵬主編，元照出版有限公司出版，二版第1刷，頁256。



施工破壞，並非被上訴人於施工中未與之協商所致，與該條所定情形不符，上訴人援引該約定，認被上訴人就該承包商破壞部分仍有修復義務，即無可取。」

綜上，關聯廠商之協調，我國工程採購契約範本的規定，將協調義務置於平行包商間，這樣的安排，造成爭議發生時，契約能提供當事人間問題解決的能量相當薄弱。表面上來看，定作人是輕鬆許多，但也因此造成承攬人間就像黑山羊與白山羊在獨木橋的兩端相遇一樣，誰也不相讓，也都等著對方讓步，最後還要把問題丟給法院去「依民事程序解決」，對工程進度與施工品質都有相當負面的影響。

對照日本公共工程契約範本，在採取「自主施工原則」下，仍要求定作人積極主動協調各承攬人之施工，何況我國之公共工程，機關作為定作人時，往往連工法都於施工規範中明確規定，承攬人幾無自主空間，更應使定作人負有協調各平行包商施工之義務，而非消極地等待損害發生後，才出面進行無強制力之協調。因此建議，應課予定作人積極主動之協調義務，即將第9條(6)配合施工之規定修正為：

機關就與契約工程有關之其他工程交由其他廠商承包時，廠商有依機關之指示與其他廠商互相協調配合之義務，以使該等工作得以順利進行。因工作不能協調配合，致生錯誤、延誤工期或意外事故，其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。(第1項)

若前揭任何指示致廠商增加不可預見之費用或因而影響要徑工作時，該指示應屬一項變更之指示，機關應調整工期及承攬報酬。(第2項)



## 第五節 遵期驗收

### 第一項 概說

「驗收」並非我國民法上之用語，但驗收為檢驗承攬人所施作之工程與契約規定是否相符，或其施作工作品質是否有瑕疵之不可或缺之程序，亦為承攬人請領工程款之要件。

政府採購法第五章第 71 條以下及該法施行細則第 90 條以下為「驗收」之相關規定，諸如：「機關辦理工程、財物採購，應限期辦理驗收，並得辦理部分驗收。（政府採購法第 71 條第 1 項）」、「工程竣工後，除契約另有規定者外，監造單位應於竣工後七日內，將竣工圖表、工程結算明細表及契約規定之其他資料，送請機關審核。有初驗程序者，機關應於收受全部資料之日起三十日內辦理初驗，並作成初驗紀錄。（政府採購法施行細則第 92 條第 2 項）」、「採購之驗收，有初驗程序者，初驗合格後，除契約另有規定者外，機關應於二十日內辦理驗收，並作成驗收紀錄。（政府採購法施行細則第 93 條）」、「採購之驗收，無初驗程序者，除契約另有規定者外，機關應於接獲廠商通知備驗或可得驗收之程序完成後三十日內辦理驗收，並作成驗收紀錄。（政府採購法施行細則第 94 條）」、「前三條所定期限，其有特殊情形必須延期者，應經機關首長或其授權人員核准。（政府採購法施行細則第 95 條）」等。

依民法第 508 條第 1 項之規定觀之，驗收的完成與否決定危險負擔移轉的法律效果。此外驗收完成亦產生以下的法律效果<sup>127</sup>：

- (1) 工程尾款之給付與履約保證之返還。
- (2) 決定工程保固期間的起算日。

---

<sup>127</sup> 謝哲勝，李金松，工程契約理論與求償實務，2005 年 11 月版，第 125 頁。

(3) 決定承攬人投保營建綜合保險義務的期間<sup>128</sup>。

(4) 承攬人報酬請求權消滅時效起算點。

此外，若定作人未於工程完成後之合理期間內辦理驗收，或驗收期間過長，除導致承攬人無法請求承攬報酬、保固期亦無法起算外，亦造成承攬人須派員留守工地，以確保、維護完成驗收前工作物之安全，並配合定作人之驗收程序，因此亦須支出人員待命費。

驗收所衍生之相關問題繁多，包括承攬人完成工作與否之認定、定作人未辦理驗收即先行使用之法律效果、定作人於承攬人完成全部工作前，即有部分先行使用之需要時之處理等等，然由於本文主要在於比較日本、我國及FIDIC範本中，定作人遵期驗收之義務，因此，僅將討論焦點置於承攬人完成工作向定作人發出完工通之後，定作人所進行之驗收時程之契約規定之比較，至於其他問題，留待日後再為文探討。

## 第二項 工程契約範本之規定

### 一、 日本公共工事標準承攬契約約款

#### 第31條(驗收與交付)<sup>129</sup>

---

<sup>128</sup> 契約範本第12條第2項：「除另有規定外，廠商應投保營造綜合保險，保險期間自開工日起，至驗收合格日止。保險單及保險費收據影本應送機關備查。屬前款情形所致履約期間之一切損失，由廠商負責。因可歸責於機關之事由致須延長履約期限，或因契約變更追加工程須展延履約期限者，得依契約原訂保費比例加價辦理。」

<sup>129</sup> (検査及び引渡し)

#### 第三十一条

受注者は、工事を完成したときは、その旨を発注者に通知しなければならない。

発注者は、前項の規定による通知を受けたときは、通知を受けた日から十四日以内に受注者の立会いの上、設計図書に定めるところにより、工事の完成を確認するための検査を完了し、当該検査の結果を受注者に通知しなければならない。この場合において、発注者は、必要があると認められるときは、その理由を受注者に通知して、工事目的物を最小限

「承攬人於工程完成後，應通知定作人。(第1項)

定作人受前項通知後，於受通知之日起14日內，應會同承攬人，依設計圖之規定為確認工程完成，完成檢查，並將檢查結果通知承攬人。此際，定作人認為有破壞檢查之必要者，應將理由通知承攬人後，在對工程影響最小之限度內為破壞檢查。(第2項)

於前項場合，檢查及恢復費用，由承攬人負擔。(第3項)

定作人依第2項之檢查，確認工程完成，承攬人提出交付工作物之請求後，應立即受領工作物。(第4項)

定作人於承攬人未提出交付工作物之請求時，定作人得請求承攬人於其給付承攬報酬的同時交付工作物。此際，承攬人應立即回應定作人之請求。(第5項)

承攬人於依第2項之檢查未合格者，應立即修補並接受定作人檢查。此際，以修補完成視為工程完工，適用前5項之規定。(第6項)」

第32條(承攬報酬之支付)<sup>130</sup>

---

度破壊して検査することができる。

前項の場合において、検査又は復旧に直接要する費用は、受注者の負担とする。

発注者は、第二項の検査によって工事の完成を確認した後、受注者が工事目的物の引渡しを申し出たときは、直ちに当該工事目的物の引渡しを受けなければならない。

発注者は、受注者が前項の申出を行わないときは、当該工事目的物の引渡しを請負代金の支払いの完了と同時にを行うことを請求することができる。この場合においては、受注者は、当該請求に直ちに応じなければならない。

受注者は、工事が第二項の検査に合格しないときは、直ちに修補して発注者の検査を受けなければならない。この場合においては、修補の完了を工事の完成とみなして前五項の規定を適用する。

<sup>130</sup> (請負代金の支払)

第三十二条

受注者は、前条第二項の検査に合格したときは、請負代金の支払いを請求することができる。

「承攬人於依前條第2項驗收合格者，得請求支付承攬報酬。(第1項)

定作人於接獲依前項規定之請求時，應於接到請求之日起40日內支付承攬報酬。(第2項)

因可歸責定作人之事由，未於前條第2項之期間內驗收，於該期限經過之日起至實際完成驗收日止之期間之日數，於前項期間(下稱約定期間)內扣除。此際，遲延日數超過約定期間者，遲延日數超過約定期間之超過之日，視為約定期間。(第3項)」

## 二、 FIDIC

### 第9.1條<sup>131</sup>

---

発注者は、前項の規定による請求があったときは、請求を受けた日から四十日以内に請負代金を支払わなければならない。

発注者がその責めに帰すべき事由により前条第二項の期間内に検査をしないときは、その期限を経過した日から検査をした日までの期間の日数は、前項の期間（以下この項において「約定期間」という。）の日数から差し引くものとする。この場合において、その遅延日数が約定期間の日数を超えるときは、約定期間は、遅延日数が約定期間の日数を超えた日において満了したものとみなす。

#### <sup>131</sup> 9.1 Contractor's Obligations

The Contractor shall carry out the Tests on Completion in accordance with this Clause and Sub-Clause 7.4 [testing], after providing the documents in accordance with sub-paragraph (d) of Sub-Clause 4.1 [Contractor's General Obligations].

The Contractor shall give to the Engineer not less than 21 days' notice of the date after which the Contractor will be ready to carry out each of the Tests on Completion. Unless otherwise agreed, Tests on Completion shall be carried out within 14 days after this date, on such day or days as the Engineer shall instruct.

In considering the results of the Tests on Completion, the Engineer shall make allowances for the effect of any use of the Works by the Employer on the performance or other characteristics of the Works. As soon as the Works, or a Section, have passed any Tests on Completion, the Contractor shall submit a certified report of the results of these Tests to the Engineer.

「承攬人應依第4.1條「承攬人義務」(d)之規定，提出各類文件後，依本條及第7.4條「試驗」之規定進行驗收。

承攬人應提前21日將可進行之各項完工試驗日期通知工程司。除另有約定外，完工試驗應於此通知後14天內，工程司指示之某日或某期間進行。

工程司於衡量完工試驗之結果時，應考慮定作人對工作物之使用對工作物之功能或其他特性之影響，若工程全部或部分通過驗收，承攬人應向工程司提供經驗證之試驗報告。」

#### 第9.2條<sup>132</sup>

「若定作人不當延誤完工試驗，應適用第7.4條「試驗」第5項和(或)第10.3條「對完工試驗之干擾」之規定。」

#### 第10.3條<sup>133</sup>

---

#### <sup>132</sup> 9.2 Delayed Tests

If the Tests on Completion are being unduly delayed by the Employer, Sub-Clause 7.4 [Testing] (fifth paragraph) and/or Sub-Clause 10.3 [interference with Tests on Completion] shall be applicable.

#### <sup>133</sup> 10.3 Interference with Tests on Completion

If the Contractor is prevented, for more than 14 days, from carrying out the Tests on Completion by a cause for which the Employer is responsible, the Employer shall be deemed to have taken over the Works or Section (as the case may be) on the date when the Tests on Completion would otherwise have been completed.

If the Contractor suffers delay and/or incurs Cost as a result of this delay in carrying out the Tests on Completion, the Contractor shall give notice to the Engineer and shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractor's claims] to:

- (a) an extension of time for any such delay, if completion is or will be delayed, under Sub-Clause 8.4 [Extension of Time for Completion], and
- (b) payment of any such Cost plus reasonable profit, which shall be included in the Contract Price.

After receiving this notice, the Engineer shall proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations] to agree or determine these matters.



「若因可歸責定作人之事由，致完工試驗進行14天以上，應視為定作人已於完工試驗原應完成之日期接受工作物之部分或全部。(第1項)

若因完工試驗之延誤致承攬人受有損害或增加費用，承攬人應項工程司發出通知，並有權依第20.1條「承攬人的索賠」要求

(a) 依第8.4條「展延工期」之規定，若完工已受或將受延誤，予以展延工期；

(b) 任何此類費用加計合理利潤，應計入承攬報酬加以支付。(第3項)

工程司收到此通知後，應依第3.5條(決定)之規定，就此揭事項為商議或決定。(第4項)

#### 第11.1條<sup>134</sup>

「為使工程、承攬人之文件及工程之各部份於瑕疵修補期滿前或其後，(除合理損耗外)能盡快符合契約約定，承攬人應：

(a) 於工程師指示之合理期間內，完成接收證明書所載之日期後尚未完成之工作。

---

<sup>134</sup> 11.1 Completion of Outstanding Work and Remedying Defects

In Order that the Works and Contractor's Documents, and each Section, shall be in the condition required by the Contract (fair wear and tear excepted) by the expiry date of the relevant Defects Notification Period of as soon as practicable thereafter, the Contractor shall:

- (a) complete any work which is outstanding on the date stated in a Taking-Over Certificate, within such reasonable time as is instructed by the Engineer, and
- (b) execute all work required to remedy defects or damage, as may be notified by (or on behalf of) the Employer on or before the expiry date of the Defects Notification Period for the Works of Section (as the case may be).

If a defect appears or damage occurs, the Contractor shall be notified accordingly, by (or on behalf of) the Employer.

(b) 在工程或工程之各部份(視情形而定)之瑕疵修補期限屆滿或屆滿前依定作人(或其代表)之指示，完成瑕疵修補工作。

若有瑕疵或生損害，定作人(或其代表)應通知承攬人。」

#### 第11.9條<sup>135</sup>

「至工程師向承攬人發出履約證書，載明承攬人完成契約規定之各項義務之日期後，承攬人方屬完成契約義務。

履約證書應由工程師於最後一個瑕疵修補期限屆滿後28日內發出，或於承攬人提供所有承攬人文件，完成所有工程施作與驗收，包括瑕疵修補後盡速發出。履約證書繕本應送定作人。

僅履約證書屬於對工程之認可。」

#### 第14.11條<sup>136</sup>

---

#### <sup>135</sup> 11.9 Performance Certificate

Performance of the Contractor's obligations shall not be considered to have been completed until the Engineer has issued the Performance Certificate to the Contractor, stating the date on which the Contractor completed his obligations under the Contract.

The Engineer shall issue the Performance Certificate within 28 days after the latest of the expiry dates of the Defects Notification Periods, or as soon thereafter as the Contractor has supplied all the Contractor's Documents and completed and tested all the Works, including remedying any defects. A copy of the Performance Certificate shall be issued to the Employer.

Only the Performance Certificate shall be deemed to constitute acceptance of the Works.

#### <sup>136</sup> 14.11 Application for Final Payment Certificate

Within 56 days after receiving the Performance Certificate, the Contractor shall submit, to the Engineer, six copies of a draft final statement with supporting documents showing in detail in a form approved by the Engineer:

- (a) the value of all work done in accordance with the Contract, and
- (b) any further sums which the Contractor considers to be due to him under the Contract or otherwise.

If the Engineer disagrees with or cannot verify any part of the draft final statement, the Contractor shall submit such further information as the Engineer may reasonably require and shall

「承攬人應於收受履約證書後56天內，依工程師核准之格式，檢附證明文件，向工程師提出最終報表草案，詳列：

(a) 依契約完成之工作之價值。

(b) 承攬人主張依契約或其他約定應受領之一切款項。

若工程師不同意最終報表草案之任何部份，承攬人應依工程師提出之合理要求提出補充資料，並依雙方可能達成之協議，修改草案；嗣承攬人應項工程師提出依協商後之結果編制之最終報表，此報表稱為最終報表。」

第14.13條<sup>137</sup>

「工程師收受第14.11條之『最終付款證書申請』及第14.12條『結清證明』中規定之最終報表與結清證明後28日內，向定作人發出最終付款證書…」

第14.7條<sup>138</sup>

「定作人應向承攬人支付：(c)最終付款證書確認之金額，於定作人收受該付款證書後56天內。」

---

make such changes in the draft as may be agreed between them. The Contractor shall then prepare and submit to the Engineer the final statement as agreed.

This agreed statement is referred to in these Conditions as the “Final Statement”.

<sup>137</sup> 14.13 Issue of Final Payment Certificate

Within 28 days after receiving the Final Statement and written discharge in accordance with Sub-Clause 14.11 [Application for Final Payment Certificate] and Sub-Clause 14.12 [Discharge], the Engineer shall issue, to the Employer, the Final Payment Certificate which shall state:

<sup>138</sup> 14.7 Payment

The Employer shall pay to the Contractor :

(c) the amount certified in the Final Payment Certificate within 56 days after the Employer receives this Payment Certificate.

### 三、 我國公共工程採購契約範本

#### 第15條 驗收

(一) 廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，且為新品。

(二) 驗收程序(由機關擇需要者於招標時載明)：

廠商應於履約標的預定竣工日前或竣工當日，將竣工日期書面通知監造單位/工程司及機關，該通知須檢附工程竣工圖表。機關應於收到該通知(含工程竣工圖表)之日起\_\_日(由機關於招標時載明；未載明者，依採購法施行細則第92條規定，為7日)內會同監造單位/工程司及廠商，依據契約、圖說或貨樣核對竣工之項目及數量，以確定是否竣工；廠商未依機關通知派代表參加者，仍得予確定。機關持有設計圖電子檔者，廠商依其提送竣工圖期程，需使用該電子檔者，應適時向機關申請提供該電子檔；機關如遲未提供，廠商得定相當期限催告，以應及時提出工程竣工圖之需。

工程竣工後，有初驗程序者，機關應於收受監造單位/工程司送審之全部資料之日起\_\_日(由機關於招標時載明；未載明者，依採購法施行細則第92條規定，為30日)內辦理初驗，並作成初驗紀錄。初驗合格後，機關應於\_\_日(由機關於招標時載明；未載明者，依採購法施行細則第93條規定，為20日)內辦理驗收，並作成驗收紀錄。廠商未依機關通知派代表參加初驗或驗收者，除法令另有規定外(例如營造業法第41條)，不影響初驗或驗收之進行及其結果。如因可歸責於機關之事由，延誤辦理初驗或驗收，該延誤期間不計逾期違約金；廠商因此增加之必要費用，由機關負擔。

工程竣工後，無初驗程序者，機關應於接獲廠商通知備驗或可得驗收之程序完成後\_\_日(由機關於招標時載明;未載明者，依採購法施行細則第94條規定，為30日)內辦理驗收，並作成驗收紀錄。廠商未依機關通知派代表參加驗收者，除法令另有規定外(例如營造業法第41條)，不影響驗收之進行及其結果。如因可歸責於機關之事由，延誤辦理驗收，該延誤期間不計逾期違約金；廠商因此增加之必要費用，由機關負擔。

(三)查驗或驗收有試車、試運轉或試用測試程序者，其內容(由機關於招標時載明，無者免填)：

廠商應就履約標的於\_\_\_\_\_ (場所)、\_\_\_\_\_  
(期間)及\_\_\_\_\_ (條件)下辦理試車、試運轉或試用測試程序，以作為查驗或驗收之用。試車、試運轉或試用所需費用，由廠商負擔。但另有規定者，不在此限。

(四)查驗或驗收人對隱蔽部分拆驗或化驗者，其拆除、修復或化驗所生費用，拆驗或化驗結果與契約規定不符者，該費用由廠商負擔；與規定相符者，該費用由機關負擔。契約規定以外之查驗、測試或檢驗，亦同。

(五)查驗、測試或檢驗結果不符合契約規定者，機關得予拒絕，廠商應於限期內免費改善、拆除、重作、退貨或換貨。且不得因機關辦理查驗、測試或檢驗，而免除其依契約所應履行或承擔之義務或責任，及費用之負擔。

(六)機關就廠商履約標的為查驗、測試或檢驗之權利，不受該標的曾通過其他查驗、測試或檢驗之限制。

(七)廠商應對施工期間損壞或遷移之機關設施或公共設施予以修復或回復，並填具竣工報告，經機關確認竣工後，始得辦理初驗



或驗收。廠商應將現場堆置的施工機具、器材、廢棄物及非契約所應有之設施全部運離或清除，方可認定驗收合格。

(八)工程部分完工後，有部分先行使用之必要或已履約之部分有減損滅失之虞者，應先就該部分辦理驗收或分段查驗供驗收之用，並就辦理部分驗收者支付價金及起算保固期。可採部分驗收方式者，優先採部分驗收；因時程或個案特性，採部分驗收有困難者，可採分段查驗供驗收之用。分段查驗之事項與範圍，應確認查驗之標的符合契約規定，並由參與查驗人員作成書面紀錄。供機關先行使用部分之操作維護所需費用，除契約另有規定外，由機關負擔。

(九)工程驗收合格後，廠商應依照機關指定的接管單位：\_\_\_\_\_

(由機關視個案特性於招標時載明；未載明者，為機關)辦理點交。其因非可歸責於廠商的事由，接管單位有異議或藉故拒絕、拖延時，機關應負責處理，並在驗收合格後\_\_日(由機關視個案特性於招標時載明；未載明者，為15日)內處理完畢，否則應由機關自行接管。如機關逾期不處理或不自行接管者，視同廠商已完成點交程序，對本工程的保管不再負責，機關不得以尚未點交作為拒絕結付尾款的理由。若建築工程須取得目的事業主管機關之使用執照或其他類似文件時，其因可歸責於機關之事由以致延誤時，機關應先行辦理驗收付款。

(十)廠商不於前款期限內改正、拒絕改正或其瑕疵不能改正，或改正次數逾\_\_次(由機關於招標時載明；無者免填)仍未能改正者，機關得採行下列措施之一：

1. 自行或使第三人改正，並得向廠商請求償還改正必要之費用。

2. 終止或解除契約或減少契約價金。

(十一) 因可歸責於廠商之事由，致履約有瑕疵者，機關除依前2款規定辦理外，並得請求損害賠償。

### 第三項 工程契約範本之比較與評析

#### 第一款 驗收程序之發動--完成工作物

日本範本第31條第1項，係課予承攬人於工程完成時，應書面通知定作人。FIDIC第9.1條亦要求承攬人應依第4.1條「承攬人義務」(d)之規定，提出各類文件後，提前21日將可進行之各項完工試驗日期通知工程司，以便工程司安排驗收時程。我國範本第15條亦以承攬人完成工作後，應向定作人發出竣工通知，以發動驗收程序。

就程序發動部分，我國範本與日本、FIDIC相同，均係由承攬人於工作完成後通知定作人(或工程司)，已進行後續之驗收程序。

#### 第二款 驗收期間與遲延驗收之效果

##### 一、驗收期間之規定

日本範本第31條第2項規定，定作人於接到承攬人的完工通知之日起14日內，會同定作人，完成驗收程序。FIDIC第9.1條規定，完工試驗應於承攬人通知完工後之14天內進行，並於第10.3條規定，若因可歸責定作人之事由，致完工試驗進行14天以上，應視為定作人已於完工試驗原應完成之日期接受工作物之部分或全部。我國範本亦於第15條(二)規定各種情形下應完成驗收之時間，惟其時間並未具體規定，而係由個別工程契約之主辦機關，另為規定。

##### 二、遲延驗收之效果

### (一)日本範本之規定

就遲延驗收之效果，日本範本第32條第3項規定「定作人因可歸責之事由，未於前條第2項之期間內驗收，於該期限經過之日起至實際完成驗收日止之期間之日數，於前項期間(下稱約定期間，即定作人應於驗收完成後40日完成付款)內扣除。此際，遲延日數超過約定期間者，遲延日數超過約定期間之超過之日，視為約定期間。」換言之，一般情形，定作人應於接獲完工通知後14天內完成驗收，於完成驗收後40天付款，即若無其他瑕疵修補或驗收不合格之情形，定作人應於接獲完工通知後54天內完成驗收並付款予承攬人，如定作人遲誤該期間，亦於接獲完工通知後第55天內給付承攬報酬，否則即屬給付遲延。

### (二)FIDIC之規定

FIDIC第10.3條第1項規定，若因可歸責定作人之事由，致完工試驗進行14天以上，應視為定作人已於完工試驗原應完成之日期接受工作物之部分或全部。又於第2項、第3項規定，若因完工試驗之延誤致承攬人受有損害或增加費用，承攬人應項工程司發出通知，並有權依第20.1條「承攬人的索賠」要求展延工期及因此增加之支出加計合理利潤之承攬報酬。

### (三)我國範本之規定與司法實務之相關見解

#### 1. 我國範本之規定

我國範本，有定作人完成驗收之期限之約定，而就定作人無理由地延誤驗收程序亦規定機關須負擔廠商因此所增加之費用，然就該懸而未決之驗收之效果為何，卻無相關之規範，以致爭議迭生。反觀法院判決，就定作人怠為履行該義務時，所引發之爭議有二，其一為驗收遲誤之效果如何，其二為驗收

之遲誤是否引發定作人之賠償責任，以下分別整理實務見解。

## 2. 驗收遲誤之效果如何

### (1) 認為驗收為停止條件

最高法院81年度台上字第831號判決：「又因條件成就而受不利益之當事人，如以不正當行為阻其條件之成就者，視為條件已成就，民法第一百二十七條第七款及第一百零一條第一項分別定有明文。所謂以不正當行為阻其條件之成就，不僅指作為，即不作為亦包括在內。本件工程已於八十一年底完工，並請求被上訴人驗收，被上訴人拒絕驗收之事實，為兩造所不爭，故被上訴人顯係以不正當之行為，阻止該條件之成就，視為條件已成就。」；此外最高法院98年度台上字第2098號民事判決亦以「則在上述車測中心第一次之檢測方式有重大存疑之情況下，依社會通念，上訴人無故拒絕被上訴人請求就系爭車輛重做測試，自有違誠信原則。其此項不作為可認係以不正當行為阻止系爭車輛驗收條件之成就，依民法第一百零一條第一項規定，應視為系爭車輛已通過抽測驗收程序。原審本此見解而為上訴人不利之判決，經核於法並無違誤。上訴論旨，執此並以原審認定事實、取捨證據、解釋契約之職權行使，暨其他與判決基礎無涉之理由，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」<sup>139</sup>

### (2) 亦有認為，若定作人非故意遲延驗收，即無民法第101

---

<sup>139</sup> 其他相關判決如：台灣高等法院94年上更(一)字第3號判決、台灣高等法院93年重上字更(一)字第124號判決、92年上字第363號判決、90年重上字第322號判決、86年上字第1936號判決等。

條之適用

臺灣高等法院高雄分院100年度建上字第20號判決：「被上訴人係因疏忽而未於初驗合格後之20日內辦理複驗，並無拒絕驗收之情事，與民法第101條第1項所定「以不正當行為阻其條件之成就」之情形，顯有未合，故上訴人主張，此種情形，應視為領工程款之條件已成就，其得領取本件工程款或於認驗收為付款之期限時，應類推適用民法第101條或依民法第102條第3項準用第100條之規定，負擔付款義務云云，自均不可取。」

(3) 認為驗收屬於期限

最高法院94年台上字第1609號判決：「系爭工程保留款經驗收合格後返還，乃係以該事實之發生為債務之清償期。」，最高法院93年度台上字第42號民事判決：「惟各次估驗之工程款係已發生之工程款債權，故所謂完工驗收應屬立永公司請求給付工程保留款之期限，非停止條件。」<sup>140</sup>

(4) 以誠信原則之角度切入者

最高法院88年度台上字第216號判決：「上訴人又辯稱系爭工程尾款之給付，以驗收完成為條件，完成驗收之前，上訴人無給付義務云云。惟上訴人已將承攬之房屋交付訴外人祥利公司，祥利公司又將房屋點交各戶之買受人，兩造間事實上已無再辦理驗收手續之必要。上訴人以未

---

<sup>140</sup> 其他相關判決如：最高法院87年度台上字第777號判決、85年度1576號判決，台灣高等法院95年度建上更(一)字第8號判決、94年度建上字第49號判決、93年度上字第501號判決、92年度上字第152號判決、91年度上字第426號判決等。



完成驗收手續為由，拒絕給付尾款，自屬有違誠信原則，被上訴人請求給付尾款，即為有據。<sup>141</sup>

### 3. 驗收之遲誤是否引發定作人之賠償責任

(1) 認為驗收僅為定作人之不真正義務，故不生損害賠償之責任者

台灣高等法院96年度重上更(一)字第182號「按工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之，定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害，民法第507條定有明文。準此，若承攬契約雙方當事人未將定作人之協力行為約定為契約義務者，定作人之協力行為原則上僅係對己義務或不真正義務，並非具有債務人或定作人給付義務之性質，當定作人不為協力行為時，依法承攬人僅得先行催告為之，再為解除契約並請求賠償解除契約所生之損害，尚無就定作人之不協力逕行課其債務不履行責任之餘地。……若無約定為台電公司(定作人)之給付義務者，則此提供工地之協力行為僅係不真正義務，並無債務不

---

<sup>141</sup> 其他判決參考台灣高等法院 86 年度重上更(一)字第 127 號判決：「...故依該作業程序，有關辦理初驗、正式驗收之期限均已明訂，於工程有瑕疵之情形下，被上訴人固有改善之義務，反之，如工程未有損失，被上訴人自信賴上訴人將依該程序完成驗收手續。系爭尾款給付期限之屆至，既以上訴人正式驗收合格為前提，上訴人自應依誠信原則履行義務，即應於相當時期內完成正式驗收手續...，上訴人就其應行之驗收程序，延未履行，致係爭尾款給付之期限未能屆至，上訴人再以該是由拒絕給付尾款，其履行債務之方法時有違誠信，應認上訴人給付尾款之期限已屆至。」

履行責任，僅得依民法第507條規定予以規範。」<sup>142</sup>

(2) 單純認為無損害賠償責任者

臺灣士林地方法院民事判決95年度建字第18號：「原告主張被告至遲應於92年7月26日前辦理初驗。詎被告遲遲至93年12月14日始辦理初驗，遲延期間長達506天3原告延至95年7月1日始解除保固責任。致原告因被告遲延辦理驗收程序致生延期驗收衍生額外之保固成本、延後解除保留款之利息損失、履約保證金延期增加之手續費損失、延期驗收衍生額外之人事薪資，為原告提出94年4月19日皇工字(94)第098號函、額外支出薪資明細表、履約保證金手續費單據。為據，被告則以均因非可歸責於被告之事由致延期驗收，原告不得以此向被告請求因延期驗收所生之損害等語置辯。惟驗收是否產生對原告所生損失，並非施工中情事變更所生成本增加與否的問題，參諸上揭意旨，原告之主張自與情事變更原則不符，是原告基於該原則要求被告賠償因延期驗收所生損失，顯於法未合，自不足採。」

(3) 肯認承攬人之損害賠償請求權者

臺灣高等法院臺中分院民事判決99年度建上字第7號：「本件關於遲延驗收所生損失2,359,742元部分，系爭仲裁判斷就定作人有無驗收義務，係比較實務上及學者見解後，並參酌臺灣高等法院94年度重上更(一)字第89

---

<sup>142</sup> 其他相關判決如：臺灣高等法院 98 年度建上字第 48 號、台灣高等法院 98 年度建上字第 69 號、臺灣高等法院 98 年度建上字第 59 號、臺灣高等法院 98 年度建上字第 44 號、臺灣臺北地方法院 99 年度建字第 109 號。

號民事判決，認依系爭工程契約一般條款第8條8.2、8.4約定，統包商應依本件契約提送相關文件，經洽詢顧問公司之建議後，將於30日內辦理初驗，初驗若未發現缺點或缺失改善完成後，則於20日辦理正式驗收，系爭工程契約，上訴人有受領驗收之義務，且依民法第235條規定之但書觀之，債權人預示拒絕受領之意思或給付兼需債權人之行為，債務人得以言詞代提出，使債權人發生受領遲延之情形，可知定作人若未為協力行為，致工程遲延者，應為受領遲延之特殊規定，承攬人得依民法第240條規定請求上訴人賠償被上訴人支出之費用。系爭工程原訂於94年1月3日同意辦理部分驗收，惟因不可歸責於被上訴人之因素，導致於95年1月24日結算驗收完成，達一年以上，上訴人變更原訂計畫有預示拒絕受領被上訴人給付之意思，故而請求損害賠償，並以系爭工程因上訴人遲延驗收所生之損害共可分為6項：1. 工地管理費及雜支1,512,244元、2. 總公司管理費149,543元、3. 履約保證金保證書手續費65,601元、4. 工程保險費328,135元、5. 代墊184戶及活動中心正式用水電費191,851元、6. 稅捐112,369元，以上合計2,359,742元，其中除2. 以外之5項，可認為因遲延驗收所生之額外支出，故認為被上訴人之聲請有理由，而關於2. 部分之總公司管理費，認為屬於總公司將其總管理費分由其下各個工地分擔，其管理費應屬平時平常之支出，縱令上訴人未遲延驗收，其管理費仍應支出，二者並無因果關係，故認為被上訴人此部分請求無理由」；臺灣高雄地方法

院99年度建字第73號判決亦以：「本件系爭工程，被告既已達完工之階段，所剩者僅驗收程序而已，被告於此時提出停工之要求，按其性質，應屬暫緩驗收之表示，亦即拒絕即時驗收之意。又被告遲延驗收，係因其遲遲未能完成輸電線路，導致無法進行「SCADA監控系統可靠度測驗。」，此為被告所不爭執，足認被告遲延驗收，係屬可歸責於被告之事由，被告依民法第234條之規定，應負遲延責任。」

### 三、我國公共工程驗收時程之檢討

有關我國公共工程契約範本就驗收時程之評析及法院實務之相關見解已如上述，惟須特別說明者係，當前許多公共工程契約，另將特定工程之驗收，繫諸其他工程之完竣，例如，A承攬人施作某捷運線(共八站)第1站至第2站之站體及隧道土建工程，該契約約定，本工程契約須待全線完工(含機電部分)後，始行驗收。則可能發生A承攬人完成其工作後，須待命達3年以上，其所施作部份之驗收程序才開始進行，然此間承攬人所支出之待命、看守費用甚至該工作物因不可抗力之事由而毀損滅失時，承攬人均須一力承擔損失，以致爭議迭生，實則，前揭契約就驗收之規定，已明顯違反政府採購法，分述如下。

#### (一)依政府採購法第71條第1項，政府採購應「限期」驗收

政府採購法第71條第1項：「機關辦理工程、財物採購，應限期辦理驗收，並得辦理部分驗收。」，是依前揭條項，驗收係為期限，應限期為之。

#### (二)工程完竣後，機關應限期驗收，於契約另有規定或有特殊必要時，僅得延長期限

1. 政府採購法施行細則第92條第2項：「工程竣工後，除契約另

有規定者外，監造單位應於竣工後七日內，將竣工圖表、工程結算明細表及契約規定之其他資料，送請機關審核。有初驗程序者，機關應於收受全部資料之日起三十日內辦理初驗，並作成初驗紀錄。」。

2. 政府採購法施行細則第93條：「採購之驗收，有初驗程序者，初驗合格後，除契約另有規定者外，機關應於二十日內辦理驗收，並作成驗收紀錄。」。
3. 政府採購法施行細則第94條：「採購之驗收，無初驗程序者，除契約另有規定者外，機關應於接獲廠商通知備驗或可得驗收之程序完成後三十日內辦理驗收，並作成驗收紀錄。」。
4. 政府採購法施行細則第95條：「前三條所定期限，其有特殊情形必須延期者，應經機關首長或其授權人員核准。」

(三)由於政府採購法第71條第1項已將驗收明文定性為「期限」，故施行細則第92條第2項、第93條、第94條所謂「除契約另有規定者外」，僅係受予機關於特別情形下得延長各該條文所規定之「期限」，此點由施行細則第95條機關首長得就細則及契約所約定之「期限」加以延長，得以印證。

(四)是以，前述「本工程契約須待全線完工(含機電部分)後，始行驗收」之規定，是設定驗收之「條件」，已明顯違背政府採購法之規定，殊值檢討。

#### 第四項 本文建議

由以上之比較與評析可知，我國範本與日本範本及FIDIC範本均以承攬人提出為驗收程序之啟動，此外，亦規定定作人之驗收期間，然重要差異在於，日本及FIDIC範本，均規定了定作人遲誤驗收期間所發生之效果，



包括報酬給付義務甚至是損害賠償責任，然我國範本就此部分之規定較有不足，以致於法院判決就「驗收之性質」及「遲延驗收之效果」之見解均相當分歧而不確定，此情形與其他定作人協力行為相同，即當契約未有規定時，最終紛爭解決之可能方案，就隨著裁決者對工程實務的了解程度及其心中對誠信原則的尺度而產生不同的心證及法律見解，在加上個案的差異性，則其呈現的結果就更加紛亂，更有甚者，若因可歸責定作人之事由致驗收期間遲誤超過兩年，嗣後承攬人請求承攬報酬時，若承審法官認為，定作人遲誤驗收，已構成民法第101條第1項所定「以不正當行為阻其條件之成就」之情形，自遲誤起已視為驗收，則承攬人之報酬請求將有陷於罹於時效之危險。

為避免此種紛歧造成當事人法律關係之不確定性，建議應於範本明確規定當因可歸責於定作人之事由致契約規定之驗收期程遲誤時，相關之報酬請求其損害賠償之責任歸屬，一方面可以促使定作人盡速完成驗收，以確認工作物是否何於契約規定，另一方面亦可盡快確認承攬人之報酬請求全及保固之起算，以免當事人之關係長期陷於未定。

#### 新增條文

##### 第15條之1

- (一)因可歸責於機關之事由，致前條之各項時程遲延14日以上，應視為機關已於原應完成之日期完成驗收。
- (二)因前項之遲延致廠商受有損害或增加費用，廠商應通知機關，並得請求：
1. 展延工期
  2. 將所受損害加計合理利潤後，計入承攬報酬額

##### 第15條之2

- (一)廠商應於收受完工驗收證明書之日起14日內，將廠商依契約或其他規定應請領之工程款及其他費用，製作請款報表，提出予機關。

- (二)機關應於收受前揭請款報表後30日內，為核准與否之決定；若機關不同意廠商所提出之報表之內容，於駁回報表後14日內就雙方未達成協議之部分與廠商進行協商，協商不成，依第22條爭議處理程序處理。
- (三)機關就核准請款報表之部分，應於核准後30日內付款予廠商。機關視為驗收完成之日起44日或於廠商提出請款報表之日起30日，未就請款報表未為准否之表示，視為廠商請款條件已成就。



## 第六章 結論

### 壹、由民法承攬編之規定探究定作人協力行為之定性顯有窒礙

我國民法承攬編僅短短二十六條，若再扣除有關瑕疵擔保規定之十四個條文(第 492 條、第 493 條、第 494 條、第 495 條、第 496 條、第 497 條、第 498 條、第 499 條、第 500 條、第 501 條、第 501-1 條)，則僅剩十五個條文，單以形式觀察，即知顯無法就各類工程承攬契約之爭議為有效之定紛止爭。

透過前面對我國及日本民法承攬法制之介紹可知，由於條文並未就定作人協力行為加以定性，以致縱使在極少數之個案中，透過誠信原則之詮釋，賦予定作人協力行為更高之法拘束力，然在一般性的理解上，多數學者及法院實務見解均就定作人協力行為是否為真正義務持否定見解。

雖有論者秉持誠信原則，由實然面之角度論述將定作人協力行為「真正義務化」之必要性，惟仍不免面臨若干困境：

#### 1、民法適用的困境

依民法第 1 條「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」之規定可知，必須在法律未規定時，才依習慣、法理。則當民法第 507 條已把定作人未履行報酬給付以外的協力行為的效果，規定為承攬人得定相當期限催告解除契約，並於解除契約後請求因解除契約所生的損害賠償時。如果沒有契約另為其他約定，就很難課予定作人協力行為有相當於真正義務之法效力。

#### 2、誠信原則的困境

如果想解決民法適用的困境，除非，能直接將定作人協力義務與民法第 148 條第 2 項所揭示之誠信原則相勾稽。換言之，惟有認為定作人不履行協力義務違反誠信原則，才能勉強使違反協

力義務會產生債務不履行的損害賠償。這也是為什麼真正義務的見解從承攬契約目的去說明理由的原因。然而，從契約目的出發，首先遇到的問題是過於抽象、範圍過廣，甚至可能導致任何義務都會被認為是真正義務。以受領義務而言，無論在買賣或承攬，拒不受領或受領遲延都會造成買賣標的物無法交付或承攬之工作物無法交付，進而影響報酬請求權這個契約中買受人及定作人的主給付義務的履行，怎能說不影響契約目的。

次者，說理上雖強調係以具體事實個案判斷，如定作人協力行為之違反，會導致契約目的無法達成，則定作人協力行為屬於真正義務，其(違反)應負債務不履行之責任。此論理方式於一般之工程契約為合理，惟亦無法通案性地處理工程契約中各類型之定作人協力行為，甚至在少數個案，將變得極不合理。例如，某甲想購買一塊住宅用地自建自住，於是委託乙建設公司，興建一棟三層樓住宅。簽訂住宅承攬契約後，甲和土地地主談不攏，遲至承攬契約所定的開工日，都無法取得該土地之所有權。按此見解，甲無法取得用地造成甲乙之承攬契約目的不達，乙可以向甲主張債務不履行的損害賠償。然如此的法律適用，不合理之處昭然若揭。相反的，於此案例，按照民法第 507 條，由承攬人定相當期限催告解除契約，並於解除契約後請求因解除契約所生的損害處理，是比較恰當的。

### 3、請求賠償範圍解釋上的困境

民法第 507 條規定之損害賠償，只能請求因解除契約而生的損害請求賠償，不能請求未為協力行為所生的損害的賠償。可見，與債務不履行的損害賠償規定並不相同。

## 貳、由公共工程採購契約範本著手之理路

無可否認地，工程承攬契約中定作人一定的協力行為，對工程得的順利進行具有相當高的重要性，但超越契約的法解釋，在論理上有諸多困境已如上述，且也容易造成契約關係的不穩定。蓋實務上雖因個案差異而不乏有肯認定作人協力義務為真正義務之見解，然並不多見，再者，將具高度專業性與複雜性之個別工程契約之誠信原則之衡量結果，全然繫諸個案中承審法官、仲裁人或調解委員對誠信原則的理解及對法律見解的偏好，非但係非理性的商業決定，亦使工程承攬契約當事人的權利義務呈現高度不確定性與紛爭解決的投機性，不利健全工程承攬制度的發展。

本文試圖回歸契約條款，比較我國工程採購契約範本及同為大陸法系的鄰國日本，在公共工程承攬契約範本中對定作人義務的規定，再佐以 FIDIC 的規定為印證，冀希能呈現工程契約中定作人協力行為之應然。

再者，由範本著手調整公共工程契約現狀，應係較為務實之做法，蓋目前多數政府機關工程採購契約之主要內容均係參考工程會所頒佈之範本而制定，故以範本著手進行契約理念之革新，最能收立竿見影之效；況且，政府採購法第 63 條第 1 項修正為「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，其要項及內容由主管機關參考國際及國內慣例定之。」之後，是否會進一步擴大範本對個案之影響力(或拘束力)更值觀察。

參、 本文所討論之定作人協力行為，指無分計價方式，以單獨承攬方式的土木工程施工契約

工程承攬契約以計價方式區分，主要可分為總價契約與實作實算契約，總價契約，除有變更設計或物價調整外，不論承攬人實際施作之數量是否與合約原所預估完成之數量相符，工程結算金額即



為得標(或締約)時之總價，因此，多應用在工作標的物所坐落之工地範圍不大、施作數量易於精算及所需工期較短等，工程進行中面臨之變數較小之工程；實作實算契約，係於締約時約定各該應施作細項之單價，並預估施作數量，然該預估數量僅供定作人與承攬人預估成本時參考，最後仍以完工時之實際完成之工作數量乘以原約定之工作項目單價為計價標準，可應用於工作標的物跨越較大範圍、施作數量不易精算及所需工期較長之工程。

以工作標的區分，主要可分為建築工程契約及土木工程契約，前者所面對之不確定外在因素一般較後者低，因此於契約之權利義務之分配上，亦可能有所差異。

以工作範圍區分，主要可分為傳統工程發包模式、設計-建造契約、設計-採購-建造契約，承攬人之工作範圍有明顯之差異整體來說，於定作人較不具有工程所需之專業知識或工程本身之特殊性，所須具備之專業度及複雜度較高，或定作人之資金及預算較充裕之場合，則可以選擇由單一總承攬人執行較大工作範圍之發包模式。

以工程團隊組成方式區分單獨承攬與聯合承攬，後者係由複數承攬人以共同投標協議或聯合承攬之契約先形成承攬人團體，再由其代表廠商與定作人簽訂契約，並約定複數承攬人就契約之履行對定作人負連帶責任。

本文所討論之定作人協力行為，無分計價方式，惟須注意在漏項之情形下，總價契約之處理與實作實算有所差異；就以工作標的為區分之承攬契約類型，本文主要指土木工程契約，但亦不排除建築工程契約之定作人就按時提供合於施作之工地、材料或借用設備之適時提供、適時指示、關連廠商之協調、遵期驗收等協力行為，以契約明文規定之可能；就以工作範圍區分之承攬契約類型，本文

主要指傳統工程發包模式，蓋設計-建造契約及設計-採購-建造契約，由於承攬人本身即身兼設計者，故在諸如契約文件解釋、平行包商協調等等之定作人協力行為，均與傳統發包模式不同；就以工作團隊組成方式為區分之承攬契約類型，本文主要指單獨承攬之情形，蓋聯合承攬之承攬人們，多半個有不同之營造專業(如土木、機電等之分工)，是以，聯合承攬下之定作人所應為之協力行為，與單獨承攬之定作人不同，例如以平行包商之協力而言，聯合承攬下之平行包商間若有共同投標協議或其他聯合承攬契約之拘束，原則上就施工相關事項應自為協調，定作人應介入之空間相對較小。

#### 肆、 對我國工程採購契約範本之若干修正建議

##### 一、 適時提供合於施作之工地

就定作人適時提供合於施作工地部份，我國工程採購契約範本真正容易發生爭議的，在於工地之範圍與提供時期。第 8 條第 1 項和第 9 條似有扞格之規定，模糊了契約當事人權利義務的界線。此外，提供時期僅規定「開工前」也會發生理解上的疑義。因此本文建議，將第 8 條第 1 項中「工作場地設備」刪除，使土地方面提供義務的規定回歸第 9 條第 21 項。

第 9 條第 21 項則規定修正為「工作物座落之土地及契約規定須由機關提供之土地，機關須於施工進度上必要之日，提供予承攬人，其地界由機關指定。如因機關未及時提供土地，致廠商未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；因此增加之必要費用，由機關負擔。該土地之使用如有任何糾紛，除因可歸責於廠商所致者外，由機關負責；其地上（下）物的清除，除另有

規定外，由機關負責處理。」，以杜爭議。

## 二、材料或借用設備之適時提供

就定作人適時提供提供材料或借用設備，我國工程採購契約範本可能發生爭議之處為「是否如期提供」以及「其提供是否合於契約要求之品質」。後者更兼有對承攬人所負之檢查義務的要求有多高的問題。FIDIC 範本之規定，定作人應依契約規定之時間地點提供材料。就檢查義務方面，承攬人於收受材料時須進行目視檢查(visually inspect them)。如發現有缺失，應通知工程師，定作人應立即改正。若因而延誤工期，得依 8.4 進行工期展延，並向定作人索賠。

由與日本、FIDIC 範本之規定相對照，可知我國之規定缺失為如下：

1. 未規定承攬人檢查定作人提供之材料及機具的方式。
2. 定作人未按契約規定之時程提供材料或機具時，承攬人僅得請求必要費用，無法請求相應之報酬。
3. 第 11 條第 8 項並未規定定作人提供之材料品質，不符契約之約定時如何處理。
4. 將定作人提供材料或機具之相關權利義務的規範，分別規定於第 8 條與第 11 條，也容易造成理解的障礙。
5. 就提出之機具或材料不符原契約之約定時，是否一定要由定作人進行更換，或者可以如日本範本之規定，有「將提供材料與借用品之替代品交付承攬人」、「變更設計圖中其所提供材料或借用品之品名、數量、品質、規格或性能」、「以書面或電子郵件明示承攬人使用其所提供之

材料或借用品」三種選擇，亦可加以考慮。

因此建議，刪除第 11 條第 8 項之規定，並將第 8 條第 4 項規定為「依契約規定應由機關供應之材料、機具、設備，機關應於契約約定之提供日程，提出符合履約需要之設備或材料。廠商應於收受時作必要之檢查。因可歸責於機關之原因，提出之材料或機具無契約約定之品質或不能於預定日期進場者，應預先書面通知廠商；其因此致影響進度綱圖要徑作業者，廠商得向機關請求展延工期及變更承攬報酬。廠商若因此有其他損失時，得檢具事證，由機關補償之。」

### 三、適時指示

我國範本與日本及 FIDIC 相比，範本就定作人須作成指示之情形、程序與效果，相關規範顯過於簡單且概括，無論契約文件有錯漏、不一致或不明確之情形，均不要求定作人作成指示，甚且，縱遇情事變更等不可預見之外不條件發生變化或其他承攬人之給付內容已發生實質變化之場合，亦僅規定定作人「於必要時」作成指示，缺乏明確判準以致爭議迭生。

是以，建議應於範本於第 20 條之前增列第 19 條之 1，例示所謂「必要時」之情形，並規定概括條款，將「必要時」定性為「客觀上有必要」；此外，在遭遇情事變更等不可預見之外不條件發生變化或其他承攬人之給付內容已發生實質變化之場合，明訂承攬人應提出如何之通知及定作人(或工程司)應於合理期間內進行調查並作成決定或指示，其指示之內容應包括工作內容之調整、承攬報酬與工期之

調整及費用補償等。

建議新增第 19 條之 1 之條文為：

廠商於工程施工時發現下列各款之一之情事，應立刻通知機關並請求其確認：(第 1 項)

1. 圖面、施工說明、現場說明書及現場說明不一致之場合  
(除契約已規定文件效力之順序外)。
2. 契約文件錯誤或遺漏。
3. 契約文件表示不明確。
4. 工程現場的形狀、地質、湧水等狀態、施工上之限制等設計圖上表示之自然性或人為性的施工條件與工程現場不一致。
5. 發生其他不可預見之情況致客觀上有必要時。

機關依前項確認之請求或自行發現前項各款事由者，須會同乙廠商刻進行調查。但廠商不會同者，亦得於無會同下進行。(第 2 項)

機關聽取廠商意見、匯整調查結果(對此等情形，有必要下達指示以採取措施者，包含該指示)，應於調查終了後□日內將該結果通知廠商。但有無法於該期間內通知之理由者，於事先聽取廠商意見後，得延長該期間。(第 3 項)

依前項調查結果認為有第一項所列事實者，於客觀上必要時，機關須變更工期或承攬報酬，並應負擔廠商之損害及所影響之必要費用。(第 4 項)

#### 四、 關連廠商之協調

觀察我國範本就關聯廠商協調之規定有幾項特色，首先，「廠商有與其他廠商互相協調配合之義務」之文字可知，



明定承攬人有相互協調之義務。其次，「因工作不能協調配合，致生錯誤、延誤工期或意外事故，其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。」即明文平行包商之間相互求償之規定。最後，「如有任一廠商因此受損者，應於事故發生後儘速書面通知機關，由機關邀集雙方協調解決。其經協調仍無法達成協議者，由相關廠商依民事程序解決。」此規定似乎表示，定作人只有在某平行包商未盡到協調義務，導致他平行包商已經受有損害時，受損之承攬人方能請求定作人出面協調，即使定作人未出面協調對定作人亦無任何不利益。且一旦協調不成，其效果也就是回歸前半段，「其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。」即承攬人之間互相求償罷了。

我國之規定過於消極已如前述。FIDIC 第 4.6 條雖未如日本範本，可以明確地看出定作人有協力的義務，然而在承攬人在工程師的協調、要求下，就負有與其他承攬人協力的義務的規定仍可以看出，工程師有為了工程的順利進行，而積極進行協調的義務。

比較我國之規定與日本及 FIDIC 可知，我國工程契約範本問題點為：其一，定作人之機能過於消極，不但沒有主動協調之義務，當平行包商之間無法協調致生損失時，也是由受損的承攬人項造成其損害的承攬人求償。其二，此等求償能否遂行誠有疑義，例如，因甲承攬人的遲延，導致乙承攬人無法如期完工，縱定作人給予乙承攬人工期展延，其亦受有展延期間管理費之損失(特別在定作人給予展延之同時附有「棄權條款」條件的情形)、履約保證金

利息之損失等，皆為純粹經濟上損失，難以以侵權行為請求權進行求償，而以契約請求權求償者，又礙於甲、乙承攬人之間並無契約關係，實難逕以前揭範本之約款為契約請求權之論據。

我國工程採購契約範本就關聯廠商協調之規定，將協調義務置於平行包商間，這樣的安排，造成爭議發生時，契約能提供當事人間問題解決的能量相當薄弱。表面上來看，定作人是輕鬆許多，但也因此造成承攬人間就像黑山羊與白山羊在獨木橋的兩端相遇一樣，誰也不相讓，也都等著對方讓步，最後還要把問題丟給法院去「依民事程序解決」。對工程進度與施工品質都有相當負面的影響。

因此建議，應課予定作人積極主動之協調義務，即將第 9 條(6)配合施工之規定修正為：

機關就與契約工程有關之其他工程交由其他廠商承包時，廠商有依機關之指示與其他廠商互相協調配合之義務，以使該等工作得以順利進行。因工作不能協調配合，致生錯誤、延誤工期或意外事故，其可歸責於廠商者，由廠商負責並賠償。(第 1 項)

若前揭任何指示致廠商增加不可預見之費用或因而影響要徑工作時，該指示應屬一項變更之指示，機關應調整工期及承攬報酬。(第 2 項)

## 五、 遵期驗收

由我國範本與日本範本及 FIDIC 範本之比較可知，三個範本均以承攬人提出為驗收程序之啟動，此外，亦規定定作人之驗收期間，然重要差異在於，日本及 FIDIC 範本，

均規定了定作人遲誤驗收期間所發生之效果，包括報酬給付義務甚至是損害賠償責任，然我國範本就此部分之規定較有不足，以致於法院判決就「驗收之性質」及「遲延驗收之效果」之見解均相當分歧而不確定，此情形與其他定作人協力行為相同，即當契約未有規定時，最終紛爭解決之可能方案，就隨著裁決者對工程實務的了解程度及其心中對誠信原則的尺度而產生不同的心證及法律見解，在加上個案的差異性，則其呈現的結果就更加紛亂，更有甚者，若因可歸責定作人之事由致驗收期間遲誤超過兩年，嗣後承攬人請求承攬報酬時，若承審法官認為，定作人遲誤驗收，已構成民法第 101 條第 1 項所定「以不正當行為阻其條件之成就」之情形，自遲誤起已視為驗收，則承攬人之報酬請求將有陷於罹於時效之危險。

為避免此種紛歧造成當事人法律關係之不確定性，建議應於範本明確規定當因可歸責於定作人之事由致契約規定之驗收期程遲誤時，相關之報酬請求其損害賠償之責任歸屬，一方面可以促使定作人盡速完成驗收，以確認工作物是否何於契約規定，另方面亦可盡快確認承攬人之報酬請求全及保固之起算，以免當事人之關係長期陷於未定。

建議新增之條文有二，其一為第 15 條之 1：

因可歸責於機關之事由，致前條之各項時程遲延 14 日以上，應視為機關已於原應完成之日期完成驗收。（第 1 項）

因前項之遲延致廠商受有損害或增加費用，廠商應通知機關，並得請求：

1. 展延工期；

2. 將所受損害加計合理利潤後，計入承攬報酬額。(第 2 項)

其二為第 15 條之 2：

廠商應於收受完工驗收證明書之日起 14 日內，將廠商依契約或其他規定應請領之工程款及其他費用，製作請款報表，提出予機關。(第 1 項)

機關應於收受前揭請款報表後 30 日內，為核准與否之決定；若機關不同意廠商所提出之報表之內容，於駁回報表後 14 日內就雙方未達成協議之部分與廠商進行協商，協商不成，依第 22 條爭議處理程序處理。(第 2 項)

機關就核准請款報表之部分，應於核准後 30 日內付款予廠商。機關視為驗收完成之日起 44 日或於廠商提出請款報表之日起 30 日，未就請款報表未為准否之表示，視為廠商請款條件已成就。(第 3 項)

#### 伍、未完待續之科際整合之路

法律不是象牙塔的學問，任何法律規定或法學理論，都必須在現實生活每個衝突的電光石火中，尋找所以然的依據，並隨著人類社會的變遷而演化，傳統法學研究如是，法律科際整合尤是。本篇論文就是在感受以往對定作人協力行為之論述，雖非無見，卻因是將誠信原則與個案正義，繫諸個案裁判者對高度專業且複雜之工程契約之理解與感受上，因而造成在相關爭議中，不同立場的各方，總是能找到一定論據，以致爭議迭生且莫衷一是。因此，嘗試藉由對各種契約範本之介紹與比較，提供一個可能解決之方向—透過契約之約定與安排，以明確當事人之權利義務。然而囿於筆者學養與經驗之限制，至今難窺全貌，未竟之功，仍待持續孜孜以求，才蔽

識淺，萬望見諒。





## 參考文獻

### 中文部分

#### 書籍：

1. 王伯儉，工程契約法律實務，元照出版，2008年10月，二版第一刷。
2. 王澤鑑，債法原理第一冊—基本理論債之發生，2002年10月增訂版6刷
3. 邱聰智，民法債編通則（上），輔大法學叢書，2003年1月
4. 姚志明，《誠信原則與附隨義務之研究》，元照出版社，2003年2月初版
5. 張水波、陳勇強，《國際工程總承包 EPC 交鑰匙合同與管理》，北京中國電力出版社，2009年1月，1版1刷
6. 張水波、何伯森編著，FIDIC 新版合同條件導讀與解析，中國建築工業出版社，2006年12月，1版7刷
7. 黃立，民法債編總論，元照出版社，2002年9月
8. 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2002年7月
9. 謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務(增定二版)(上冊)翰蘆圖書 2010年2月增訂二版
10. 鄭玉波，民法債編總論，三民書局，1993年10月14版

#### 期刊：

1. 林鼎鈞，「工期展延及補償之請求」，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律事務所古嘉諄、劉志鵬主編，元照出版有限公司出版，二版第1刷
2. 李惠貞，總價契約之爭議，工程爭議問題與實務(一)，仲裁協會出版，2010年12月
3. 李惠貞，漏項與數量差異之爭議，《工程爭議問題與實務(一)》，中華民國仲裁協會，2010年12月一版
4. 李家慶，定作人之協力義務，營建知訓 183 期，民國 87 年 4 月
5. 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學，第 129 期，民 95 年 2 月
6. 蔡宗僊、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探（上），營造天下，第 111 期，民國 94 年 3 月
7. 陳秋華，漏項，《工程法律實務研析(一)》，劉志鵬、古嘉諄主編，元照出版，2008年2月二版第2刷
8. 陳純敬，FIDIC 合約一般條款重要基本觀念，營建管理季刊，第 38 期，

民國 88 年 6 月

9. 顏玉明，合作義務之實踐—工程契約定作人用地提供行為之探討，政大法學評論，第 127 期，2012 年 6 月
10. 顏玉明，開工之爭議，工程爭議問題與實務(一)，中華民國仲裁協會出版，2010 年 12 月一版
11. 顏玉明，營建工程契約當事人間的權利義務關係—我國民法與 FIDIC 營建施工標準契約約款之比較，營造天下 111 期，民國 94 年 3 月
12. 黃馨慧，聯合承攬，工程法律實務研析(二)，古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，元照出版，2006 年 2 月初版第一

#### 學術論文：

1. 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，94 年政大法律研究所碩士論文，指導教授：楊淑文博士。
2. 藍秉強，《由木柵線捷運工程仲裁案論工程遲延免責約款及風險分配》，東吳大學法律研究所碩士論文，1995 年 6 月。

#### 外文部分

1. 加賀山 茂，契約法講義，日本評論社 2007 年 11 月 25 日，第 1 版第 1 刷發行
2. 幾代 通、広中俊雄，新版注釈民法(16)債権(7)，有斐閣，平成元年 9 月 10 日，初版第 1 刷發行
3. 三宅正男，現代法律全集 9，契約法(各論)下卷，青林書院，1998 年 10 月 28 日初版第 1 刷
4. 笠井 修，建設請負契約のリスクと帰責，日本評論社，2009 年 11 月 13 日出版
5. 笠井 修、片山直也，債権各論 I 契約・事務管理・不当利得，弘文堂，平成 20 年 12 月 30 日，初版 1 刷
6. 島本幸一郎，現代建設工事契約の基礎知識，成出版社，2008 年 9 月 12 日第 2 版第 1 刷發行
7. みらい総合法律事務所，建設工事請負契約約款—利用の実務とトラブル防止・対応策，2011 年 9 月 20 日出版發行
8. 潼井繁男著，逐條解說工事請負契約約款，酒井書店株式會社發行，1998 年 11 月 25 日五訂新版第一刷
9. 建設業法研究会編著，改定 3 版公共工事標準請負契約約款の解説，大成出版社，2009 年 7 月 17 日第 3 版第 1 刷發行
10. 建設企業研究会編，すぐに役立つ-J・V 工事の現場実務，鹿島出版

会，1996年12月25日，第15刷發行

11. Nael G. Bunni,(2005),The FIDIC Forms of Contract,Third Edition ,  
Blackwell Publishing Ltd
12. Smith, Currie & Hancock LLP' s, COMMON SENSE CONSTRUCTION LAW  
A Pracial Guide for the Construction Professional, JOHN  
WILEY&SONS, INC, Second Edition

**網站資料**

工程會範本網址 <http://gpw.moeasmea.gov.tw/moeasmea/wSite/>，最後查詢日期 June 2, 2012

