

國立政治大學法律學研究所
碩士論文

指導教授：楊淑文 博士



工程契約中定作人協力問題之研究

研究生：蘇珈漪 撰

中華民國一〇一年七月

謝辭

直到開始寫下論文謝辭的這一刻，我依然無法相信這一切有多麼真實！回想起年初對於論文內容仍亂無頭緒，每天懷抱忐忑的心情期待口試時刻的到來；再想起過去幾個月中，日常生活幾近重複而失去了時間的標記，是那種不看日曆就不清楚今夕是何夕的情景，除了論文字數的堆疊外，唯一能從中獲得真實感的，竟然是近日登入學生系統中，映入眼簾的系統頁面，已稱呼自己為「碩士畢業生」的文字。沒錯，這次我真的要畢業了。當然，這一刻的到來建構於背後一群默默鼓勵並堅定我的聲音與陪伴，基於這份由衷的感謝已蘊釀於心中數月，因此，雖然謝辭只佔不到百分之一的篇幅，我仍願意以相當於寫作論文時的心力，一字一句刻劃下在這段期間中我有幸能感受到的溫暖。

回顧在政大的求學歲月，最要感激的是我的指導教授--楊淑文老師。猶記得當年初入博大精深法律領域，由於民法體系中眾多且嚴密的規範常讓我不知所措，因此一開始我對它並未產生任何深入探討的想法。真正引發我對民法濃厚研究興趣的契機，源自大三一開始由楊淑文老師所教授契約法、債各及民事訴訟法的交互震撼。老師總以深入淺出、融會貫通的教學方式，輔以深厚的民法素養、縝密精闢的法理分析，交錯於民法與民事訴訟法領域，課堂中隨興的討論，哪怕只是日常新聞的探討，都能引起我莫大的共鳴，當某些習以為常卻不甚合理之實務見解被老師點出並加以針砭時，經常讓我有醍醐灌頂般的收穫；而老師非常鼓勵學生與她互動，並萬般容忍我課後總是天南地北的發問，因此我很清楚從那時起，研究民法問題不再是個負擔，取而代之的是一種趨使自己設法突破的熱忱，也更堅定我朝向民法領域研究的決心。

三年的研究所求學生涯，我有幸能跟隨楊老師的腳步，展開鑽研契約法領域的旅途，在這個階段透過擔任老師教學與研究助理的過程，不只訓練我更圓融的處事態度，也使我培養並深化蒐集、研讀資料與分析問題的能力，更因此讓我注意到在寫作時經常過於繁複而有待改進的盲點。可以說積極樂觀的楊老師，一直扮演我亦師亦母的角色(楊媽)，無論是課業上的指導、生活中的關懷乃至於鼓勵出國深造及對於論文的指導，都能讓我感受到專業的洗禮與百般的包容。由衷感謝老師為我點燃研究生涯的一盞明燈，這段點滴在心頭的回憶，將是我一輩子最獨特的資產。

這本論文的完成也必須感謝口試委員郭麗珍老師與顏玉明老師。首先要感謝郭老師在繁忙的盛夏，答應擔任我的口試委員。老師於口試時明確提點論文格式及實質內容修正的寶貴意見，同時建議我參考公法上相關議題以便日後從事進一步研究，此不僅開闊我的視野，亦使我的論文於實質說理上更具深度。

此外，這本論文從一開始题目的摸索到最終實質內容的修正，更要感謝顏玉明老師撥空費心指導。從大四選修顏老師所開設之政府採購法課程，到後來每學期固定向老師的營建工程法專題課程報到，可以說顏老師是我接觸工程法律領域的啟蒙者，透過老師於課堂中傳授高深又實用的工程實務經驗與國際工程契約相關知識，輔以數次參訪不同工程施作的心得，除了啟發我對工程法律專業研究的興趣，更讓我決定以工程法律相關爭議作為研究所階段學習心得的總呈現。感謝顏老師總像大姐姐一樣溫柔地帶領我瞭解不同爭議下應該考量的各種面向，並忍受我論文寫作過程中三不五時的「電話熱線」，使老師片刻不得閒。偷偷說，其實我一直很敬佩老師在與我溫暖的笑談時，思緒仍可以很清楚的點出任何我所困惑問題的徵結點，老師對於工程法學的專業素養，是我努力學習的榜樣，也很感謝老師一路看著我成長，我會珍惜老師的期許，並學著正視自己的優點，永遠樂觀地面對未知的挑戰。

至於在過去幾個月裡撰寫論文的時光，特別感謝周伯峰學長在忙碌之餘，不厭其煩地透過信件往來為毛頭學妹解答各式論文架構、德國法制乃至於法律議題思考的疑惑，使我對論文鋪陳的方向更能掌握；同時也要感謝歐陽學長，分析我的論文題目而建議我「從具體寫回抽象」的寫作方式，並告訴我將學位論文定位為研究所學習心得展現的想法，此再再於我遇到瓶頸時，發揮鼓起勇氣面對困難的作用；感謝遠在德國深造的彥彬學長與婉雯學姐，總是忍受我無止境的提問，並及時給予我德文翻譯及比較法研究上最完整的資料與建議；感謝允正學長在這半年來，數次於下班後強忍對於 Mos 漢堡的厭煩，超級有耐心的為我一解決德文翻譯時的各種疑難雜症，隨時為我確認翻譯的正確性，實在讓我對於自己不長進的德文能力感到相當汗顏，學長真的是我深陷於德文黑暗中的一道曙光呀！於德文翻譯上，也要特別感謝怡貞姐及刑法組的聖晏學長，非常細心地協助我校正翻譯內容。另外，克成學長大方地提供論文計畫書給我參考、怡君學姐數次請我吃飯並隨時聽我抱怨論文進度，給予我最實用的建議、從大學時即常為我解決各種難題的怡菁學姐，數次提醒我論文口試、受訓生活等大小事宜，沒有你們大力相挺，我想論文的難關應該無法這麼快速的被克服。

三年的研究所生活相當充實又愉快，這泰半要感謝學長姐帶領我成長，尤其是楊門每年歡樂又溫馨的大小聚會，都是我相當期待的時刻。而一群貼心又可靠的學妹們，無疑是我三年來最大的收穫。感謝溫柔的思荔，總是願意在每日深夜時分與我聊天分憂，各種行政庶務處理、論文校稿乃至八卦分享、玩樂行程安排，妳都是最佳的不二人選；感謝用極大包容力接受我當室友的怡蓓，妳超高的行動效率總是讓我很放心，雖然我到現在還是經常會懷疑為什麼妳總是能容忍我一堆無聊至極的騷擾！感謝永遠最貼心的可人兒姿羽，妳總是最能與我交心的分享酸甜苦辣，與妳相識是我最珍惜的寶貝！感謝欣潔願意無償接受論文磚頭的襲擊，出賣自己的

眼睛只為證明友誼無價，讓我享有一本格式完美的作品；感謝喜感十足的宛錚，總是任我要求隨時把開心的氛圍分享給我！感謝略帶傻氣的佳蓓不遠千里為我校稿，妳總是能為我製造很多生活樂趣；感謝怡廷美麗的明信片，心美人更美的妳，永遠都是我心中最正點的女神！

另外要特別感謝愷蓉在我論文口試前，耐心陪伴並安撫我不安的情緒；感謝國媛願意聽我胡言亂語的模擬口試，並在簡報檔上留下窩心的註記；感謝美慈大方地提供論文簡報檔供我參考，並數次拯救我於論文格式之設定中，跟妳口無遮攔地亂聊數小時真是人生一大樂事！感謝可靠的煒迪邀約與安排，讓我在論文水深火熱中，仍有這麼難忘的關西畢業旅行；感謝惠閔、佳蓁協助我從台大借出或影印不少文獻；感謝朝欽與我討論德文翻譯並伸出援手幫我歸還圖書館逾期的書籍；感謝子欣總是容忍我永遠搞不清楚狀況的電話連環 call；感謝皓鈞總是傾聽我抒發論文寫作的壓力；感謝湯圓、飄飄、千娟不需多言的關懷與祝福，能夠在畢業後繼續加溫這段友誼，都是因為妳們總是有著令人無比感動的熱情與陪伴。最後也要感謝律訓朋友多次溫暖的祝福，能夠認識大家真的無比幸運！

最後，使我能順利完成論文的最大功臣，莫過於我最親愛的家人。感謝爸爸總是三不五時打電話噓寒問暖，陪我快樂陪我憂愁，讓我倍感溫馨；感謝媽媽總是用最嚴格的態度緊盯我的進度與作息，但同時又最無微不至的關心及照顧我，無論午後沙發上的咖啡時光、晚餐後散步的閒談，都讓我得以抒發極度自我懷疑下課予自己的壓力，更讓我獲得再次出發的動力。感謝你們多年來辛苦包容我任性的脾氣，在人生大小關卡總是有你們的建議與關愛，能作你們的女兒真的是我最感恩的一件事。當然還要特別感謝怡文——我最貼心的妹妹，想起今年我們在家中各自為目標衝刺，互相照顧彼此的點滴，實在彌足珍貴。感謝妳總是沖泡拿手的鮮奶茶安撫我的焦躁，並且聽我反覆鬼打牆的心裡話，陪著我大哭大笑也跟著我進行許多購物或玩樂行程，讓我這半年來在家裡也能歡樂不斷，希望我們進入人生的新階段時都能順利克服困難，找到最適合自己的方向與信念！

論文的結束意味著學生生涯最後一個暑假的來臨，更表示即將離開在台北待了七年的政大，下一階段的人生體驗才正要開始！透過論文寫作的過程，深度檢視自己所學，更感受到法律專業的深澳以及自己的渺小，對於無解難題的無奈，似乎是成長學習的一部分，這或許也是繼續精進與突破的象徵。求學生涯一路上感謝有你/妳的支持與肯定，讓我能無後顧之憂地逐夢踏實。由於千言萬語不足以道盡我內心的感動，只能獻上最誠摯的祝福，同時努力提升自我並期許自己更有能力幫助別人，把這樣的幸福與快樂繼續傳遞下去！

蘇珈漪

2012.8.20於政大莊敬九舍

摘要

於雙務、有償之營建施工契約中，承包商依約應設法實現業主所擬定之工程計畫並完成約定工作，而業主則相對地負有支付等值對價之給付義務，此種當事人間主要義務之建構，實與民法上承攬契約之典型狀態相似，然營建工程契約通常牽涉之標的金額相當龐大，且因履約期較長，工程推動期間可能面臨之風險亦與傳統承攬契約有別；此外，工程契約隨著當事人需求之變動，致使工作內容千變萬化，且工程契約之進行受到外界經濟或客觀環境影響甚鉅，具體工作項目為因應實際施作之需要而有隨時修正或補充之可能，而此亦或多或少影響當事人得否依原訂時程順利履約。是以，多數實務及學說見解固然肯認於解釋工程契約或處理相關紛爭時，可參考或援引承攬契約之概念或規範，然考量營建工程契約之特殊性，於探討工程履約爭議時，仍不可忽略當事人真意及利益狀態之評估，並應審慎兼顧經濟效率及契約目的之追求，對法律規範為最妥適之解釋與適用。

在工程契約之主給付義務外，是否當事人亦負有其他從給付義務或附隨義務，此問題向來較少被著墨，然由於承攬契約之給付內容涉及一定工作結果之提出，承攬人對工程之進行固然需具備專業技術與能力，惟工程進行中，若干工作內容之施作，常有待定作人積極配合，方能順利完成，是以，若承攬人於施作過程遭受阻礙而有賴定作人協助，此時定作人提供必要之協力並與承攬人合作履行契約給付，對於工程整體能否如期如質之推動，通常即具有舉足輕重之關鍵地位。

惟長久以來，定作人協力行為之性質及其相應適用之法律效果為何，由於現有法令規範之不完備，再加上各式不公平定型化約款之擬定及傳統保守見解之採行，以致學理及實務上對於相關議題之處理，未能進一步突破並跟隨工程實務運作上當事人實際之需求。基於此課題攸關工程實務上當事人義務及責任關係之釐清，具有探討之重要實益，是以本文乃分別以工程契約之性質與工程契約風險分配之概念為研究之出發點，嘗試推導出當事人間較為合理之風險分配原則，同時就工程契約中定作人協力行為之內容、性質及法律效果，分析比較我國與德國法制及契約實務運作中相關規範與制度之異同或優劣，藉以釐清定作人協力義務相關規定與其他法律制度間之關係，而透過此種分析與思辨之過程，應可進一步證立工程契約中當事人合作概念之重要性。

其次，本文將整合學理上相關論述，為定作人協力行為之案例類型提供一較為合適之檢驗標準，並以實務上常見之紛爭類型作為討論依據，針對案例事實予以類型化，釐清主要爭點，同時佐以本文之研究成果，逐一檢視個案中法院對於協力義務之定性是否妥適，並分析當事人間可能主張

之請求權基礎或條款之約定，是否呼應本文對於工程契約風險分配及法律效果部分闡述之原則，進而引入定型化約款管制理論，對於個案中當事人間偏離之權利義務或風險分配約定予以調整，以期作為未來實務處理相關爭議之參考。最末，本文將綜合全篇之說明，嘗試對現行規範提出可行之修正建議，期能不僅有助於當事人間紛爭之解決，更希冀我國工程契約法制得以朝向更健全的方向邁進。

關鍵字：工程契約、風險分配、定作人義務、協力行為、協力義務、合作義務、誠信原則、契約解釋、契約漏洞補充、適於施作狀態、工程用地取得、執照許可、關聯廠商、指示變更、受領(驗收)、工程遲延、工期展延、延期費用、遲延索賠、定型化契約、索賠棄權條款



目 錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	3
第一項 研究範圍.....	3
第二項 研究方法.....	5
第三節 本文架構.....	7
第二章 工程契約之特性與風險分配.....	11
第一節 總說.....	11
第一項 工程契約概述.....	11
壹、工程契約之種類.....	11
貳、工程契約之特性.....	15
第二項 工程契約之法律性質.....	17
壹、承攬契約.....	17
貳、有償、雙務契約.....	24
參、長期關係性契約.....	26
肆、小結.....	28
第二節 工程契約之風險分配.....	29
第一項 概說.....	29
第二項 法律預定之風險分配.....	32
壹、給付危險與對待給付危險.....	33
貳、材料毀損滅失之危險.....	38
參、工作瑕疵.....	38
第三項 契約約定之風險分配.....	40
壹、概說.....	40
貳、契約計價之風險分配.....	41
參、我國工程採購契約範本之風險分配.....	46
肆、當事人無法預見之風險分配.....	55
第四項 外國法及工程契約範本風險體系.....	56
壹、德國民法.....	57
貳、VOB 簡介—以 VOB/B 為中心.....	63
第五項 小結.....	73
第三章 定作人協力義務之內容與性質.....	77
第一節 定作人義務概述.....	77
第二節 定作人之付款義務.....	78
第一項 承攬報酬之給付.....	78

壹、承攬報酬之意涵.....	79
貳、報酬債權發生及給付之時點.....	80
參、報酬僅估計概數.....	83
第二項 契約付款方式.....	85
壹、預付款.....	85
貳、估驗款.....	89
參、保留款.....	93
第三項 報酬請求權之消滅時效.....	101
第三節 定作人之協力義務.....	107
第一項 概說.....	107
壹、探討源起.....	107
貳、探討脈絡.....	108
第二項 協力義務性質之爭議.....	109
壹、實務見解.....	109
貳、學說見解.....	114
參、外國法規定.....	117
肆、本文看法.....	128
第三項 小結.....	144
第四章 定作人違反協力義務之法律效果.....	147
第一節 概說.....	147
第二節 定型化契約管制理論於工程契約中之適用.....	149
第一項 契約自由與定型化約款管制.....	149
第二項 工程定型化契約之運作與規範.....	151
壹、工程契約是否屬於定型化契約.....	151
貳、定型化契約條款之效力控制.....	155
第三節 展延工期.....	161
第一項 概說.....	161
第二項 德國法上工期展延之相關規範.....	163
壹、VOB/B 第 6 條第 2 項.....	163
貳、VOB/B 第 6 條第 2 項第 2 款.....	165
參、延展期限之基準.....	166
第三項 比較分析.....	166
壹、約定之風險分配.....	166
貳、工期展延相關定型化契約條款之效力.....	169
第四節 增加費用或損失之請求.....	175
第一項 概說.....	175
第二項 索賠棄權條款之效力.....	177
壹、條款內容及實務裁判.....	177

貳、本文看法.....	181
第三項 德國民法及 VOB/B 之規定.....	185
壹、德國民法第 642 條、VOB/B 第 6 條第 6 項.....	185
貳、德國民法第 645 條:業主之責任.....	190
參、德國民法第 643 條、VOB/B 第 9 條:承攬人之終止權.....	195
第四項 我國法下相關之請求權基礎.....	197
壹、民法第 507 條.....	197
貳、民法第 509 條.....	210
參、民法第 240 條.....	214
肆、債務不履行之規定.....	219
伍、情事變更原則.....	227
第五項 小結.....	242
第五章 定作人協力義務之類型.....	245
第一節 提供適於施作狀態之義務.....	246
第一項 概說.....	246
第二項 提供工地(場所)、機具、遷移管線.....	247
壹、工程契約範本.....	247
貳、實務判決.....	248
參、評析.....	253
第三項 提供必要之執照、許可.....	266
壹、工程契約範本.....	266
貳、實務判決.....	267
參、評析.....	268
第四項 協調關聯廠商.....	273
壹、工程契約範本.....	273
貳、實務判決.....	275
參、評析.....	276
第五項 提供正確之施工資料、給予必要之指示與辦理契約變更.....	286
壹、工程契約範本.....	286
貳、實務判決.....	290
參、評析.....	292
第二節 受領(驗收)義務.....	311
第一項 工程契約範本.....	312
壹、行政院公共工程委員會工程採購契約範本.....	312
貳、交通部臺灣區國道新建工程局一般規範.....	313
第二項 實務判決.....	314
壹、業主是否有辦理驗收之義務.....	314

貳、業主拒絕或遲延辦理驗收之效果.....	315
參、業主先行使用而未辦理驗收之相關問題.....	316
第三項 評析.....	318
壹、實務現況分析.....	318
貳、外國法相關規定.....	319
參、本文看法.....	324
第六章 結論.....	339
參考文獻.....	I
附錄 德國民法及工程契約範本 VOB/B 相關法條.....	I



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

契約關係，特別是雙務契約，於成立並生效後，既賦予雙方當事人請求履行給付之權利，然亦課予當事人承擔一定之義務。申言之，此類契約關係在外觀上雖主要表現在請求權、訴權與抗辯權上，但此並非契約關係之全部內容，其背後仍蘊涵一套複雜之義務體系，該等義務體系並非從權利之救濟，而是自契約拘束之目的而決定。以契約關係為例，自當事人為磋商締約而接觸開始，至履行中及履行後之演變，其權利義務之發生、發展皆由契約目的或債之目的所主導，其中各當事人不可從事足以危害相對人圓滿達成其契約目的之行為，此即誠信原則之精神所在¹。因而如何體現當事人締結契約關係之目的及利益，進而將其適當地透過具拘束力之義務予以落實，從而在不違背誠信原則之本旨下，獲得雙贏之履約結果，即為當事人於契約關係中妥適規劃風險分配與權利義務之重要課題。

民法第490條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，它方俟工作完成，給付報酬之契約」，是以依照此條開宗明義對於承攬契約中當事人間權利義務分配之論述，工程之施作乃至完成並提出，原則上均屬承攬人應負責實現之給付內容。然而，若干工程之進行，無論其施作規模或內容複雜程度，小至居家裝潢大至公共體育場館之興建，不僅要求承包商費心投入相當資源，更不乏需要業主給予協助，方能順利完成者。例如工程契約中常見當事人約定由定作人提供正確之圖說、及時提供施工用地、申請工程必要之「許可、執照」、適時提供工程施作所必要之「指示」等。此等行為之履行與否將影響工程得否順利進行，然傳統上定作人向以債權人地位自居，除了必須履行給付報酬之主給付義務外，其多處於被動等待受領並享有完成工作物之利益，顯少有積極主動提供承攬人於施作過程中所必要之協力者，然而工程實務上常見之爭議即由此產生²。諸如定作人遲不提供工地予承包商進場施作、定作人拒不辦理驗收，或藉故拖延而使工程遲遲無法通過驗收等情形，均可能導致工程延宕之後果，同時承包商亦將因此支出額外之時間、人力、機具、材料等成本，進而對於承包商施作該工程所預期獲得之利益產生重大不利之影響³。

¹ 黃茂榮，債法總論第一冊，植根法學叢書編輯，2002年6月初版，頁63-64。

² 理律法律事務所，政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析，行政院公共工程委員會委託研究計畫，2003年，頁103。

³ 根據行政院公共工程委員會委託研究之「政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析」，其中

有鑑於此，我國民法第507條明文賦予承攬人於限期給予定作人再次履行協力行為之機會後，如定作人仍不提供必要協力，承攬人即享有解除契約並請求損害賠償之權利，藉以平衡業主及承包商間之利益狀態。然單就民法此條對於定作人協力義務之規定，實不足以定紛止爭，蓋第507條雖賦予承攬人定期催告解約之權利，卻未根本解決一待釐清之爭議，即在工程契約中，定作人協力行為之性質究竟為何？亦即，如定作人於工程契約履行過程中須負擔提供必要協力之義務，則該義務之性質係屬於契約上之真正義務，抑或是不真正義務？由此條規定本身並未能得出答案，然此問題之探討實有助於瞭解民法第507條之定位及其與受領遲延或債務不履行等法律規範間之關係。

此外，對照我國民法所繼受之德國法制，其於民法中設有對於定作人怠於提供必要協力之詳細配套規定，同時考量承攬或工程契約中較為合適之風險分配原則，發展出所謂定作人風險領域之概念，使可歸責於定作人之責任或雖不可歸責於雙方當事人，然對定作人而言較能優勢掌控之風險，皆責由其承擔，進而限縮承攬人於履約過程中可能遭遇之不可預料的風險範圍，同時並完整保障其履約權益。相較之下，我國民法第507及第509條雖亦有類似規範，然一來我國學理及實務見解對於定作人協力行為之定性素有爭議，且當事人對於契約中義務之安排通常未有約定，或相關約定內容未能完整明確；二來常見之工程契約多屬當事人一方預先擬定之定型化契約，且具有買方強勢導向之市場狀況，約款擬定人通常不僅未遵循承攬一節相關法條所內含之合理風險分配或價值判斷，反而常藉其優勢之談判地位而將原應由其承擔之風險轉嫁予約款相對人承擔，形成風險分配失衡之結果⁴，而不適當之風險分配即為造成契約紛爭之主因。是以依我國現行僅有之法律及相關契約範本之規定，實未能發揮提供契約當事人訂約或履約參考標準之功能，且可能因裁判者對於法條或契約規定解釋適用時所採取之不同態度而衍生更多不必要之求償爭議，因此探討定作人是否應承擔報酬給付義務以外之其他協力義務，並重新檢討現行法律規定或提出對於安排工程契約中當事人之權利義務關係較為可行之建議，以解決我國眾多履約糾紛，實為當務之急。

長久以來，定作人協力行為之性質及其相應適用之法律效果為何，學理及實務之爭議不斷。由於此課題攸關工程實務上當事人義務及責任關係

與履約爭議有關之爭議類型分類及件數分析，屬於採購機關未盡契約義務之爭議雖僅有4件，然其他涉及履約期限之相關爭議則計有226件、驗收階段之相關爭議共計98件，雖造成後兩者爭議類型之因素眾多，然採購機關未能及時配合提供必要協力行為、排除履約妨礙情況或辦理驗收、先行使用等問題，向來即為延誤工期或驗收發生爭議之重要原因，是以由此或多或少應可瞧見定作人之作為或不作為，於政府採購或工程進行過程中所具有舉足輕重地位之端倪。

⁴ 謝哲勝，李金松合著，工程契約理論與實務(上)，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁50。

之釐清，具有探討之重要實益⁵，是以本文乃分別以工程契約之性質與工程契約風險分配之概念為研究之出發點，嘗試推導出當事人間較為合理之風險分配原則，同時就工程契約中定作人協力行為之內容、性質及法律效果，分析比較我國與德國法中相關規範與制度之異同或優劣，並探究各定作人協力義務之類型於工程契約中應如何定位，從而進一步省思工程契約中當事人合作概念之重要性，期能有助於當事人間紛爭之解決。

第二節 研究範圍與方法

第一項 研究範圍

本文以「工程契約中定作人協力問題之研究」為題，乃因工程契約中，當事人之權利義務關係深具複雜性，以定作人角色而言最重要者即為支付報酬之主給付義務及履約過程中之協力行為。關於前者，主要涉及工程契約計價方式、付款條件、工程款項性質、契約價金調整約款及消滅時效適用等問題，而此種涉及金錢給付之關係，實為工程實務上最常見之爭議類型，經由學理及實務見解長期發展，已累積較為完整之研究成果。相較之下，對於定作人協力行為之研究，傳統上基於承攬人並無請求協助契約順利履行之權利及財產上利益的想法，故相關爭議較少成為工程法學領域主要研究之核心，然定作人協力行為之重要性於現代大型工程契約之運作實已不言可喻，是以應有必要對於定作人協力行為之定性及相應之法律效果進行全盤之檢視，以符合工程實際運用之需求。而本文基於篇幅及討論主題，僅簡要對於定作人付款義務內容進行介紹，研究重點則主要聚焦於國內工程實務上常見之定作人協力行為案例類型，並以此展開相關之論述。

應予說明者為，由於工程契約中定作人之協力行為態樣繁多，為避免研究內容過於紛亂並使定作人協力義務相關爭議之討論更清楚明確，故本文將對定作人之協力行為簡單區分為廣義及狹義二部分，其中廣義之協力行為係指除了承攬人完成約定工作所需定作人提供之必要行為外，亦包含定作人受領(驗收)之行為；而狹義者則僅指承攬人為完成工作所需定作人必要之協力行為而言。此二者皆屬給付兼需債權人行為之類型，本質上有所重疊，然其各自涉及不同之工程履約階段，且定作人不配合提供必要協力對於承攬人權益所衍生之影響亦有差異，是以本文對於定作人協力義務之相關案例類型，即以此二分類為研究脈絡並進行探討與分析。

而所謂工程契約，係指有關工程建設之規劃、設計、施工、營運等為工作內容之契約，故工程契約之用語僅為一總稱。而比較各工作內容或工

⁵ 姚志明，營建工程契約協力義務之研究，東亞法學評論，第1卷第1期，2010年3月，頁58。

程階段之進行，工程履約爭議仍主要發生或反映於實際施作過程中，從而多數學術資料中所提及之工程契約，實則多指營建工程施工契約，而不包括規劃、設計、營運階段之契約。此外，工程之規劃、設計或監造等作業，相關工作內容於安排上所蘊含之風險控制或風險預見可能性等概念，相較於一般營建施工契約之風險分配，具其特殊性，且此類契約所包含之工作內容與工程契約履行中定作人協力行為之定位存在較少關聯性，是以本文不擬將之列入討論核心，而主要著眼於由承攬人單純負責施作之營建施工契約。再者，本文研究範圍亦排除將工程或財物採購中之設計、施工、供應、安裝或一定期間之維修等併於同一採購契約辦理招標之統包工程契約類型，蓋此種契約類型，與傳統設計後施工契約之風險分配概念、當事人權利義務之規劃等皆大相逕庭，承包商於統包契約中應負擔之職責，某種程度已取代傳統定作人於工程契約之角色⁶，而本文之主題既在研究定作人協力行為所具備之功能及傳統定作人地位之轉變，故仍初步以當事人定位較為明確之傳統施工契約為論述出發點，期能於確立定作人於一般施工契約履行過程中應協同合作之概念後，提供日後進一步研究統包契約中相關議題之參考。

綜合言之，本文之研究範圍可概分為兩大主軸，簡述如下：

第一部分係國內外學說實務等資料之整理及分析。本文擬藉由國內學說及實務上對於定作人協力義務之相關論述，介紹並勾勒出相關爭議之概況，同時輔以德國民法及德國工程採購契約範本之規範作對照，探究德國法制之發展，以思考定作人協力行為之目的、性質及違反之法律效果，並藉此進一步解讀我國法制適用下定作人協力行為之性質與內容，從而釐清定作人協力義務規定與其他法律制度間之關係，期能透過分析與思索之過程，判斷相關約定或規範是否符合當事人之利益狀態或是否屬於合理之風險分配。最後並將研究之成果加以整合，為定作人協力行為之案例類型提供一較為合適之檢驗標準。

第二部分則是實務案例類型化之分析。此部分係以實務上常見之紛爭類型作為討論依據，主要蒐集實務上近 10 年來重要的定作人協力義務爭議，針對案例事實加以類型化，釐清主要爭點，同時佐以第一部分理論探討之成果，逐一檢視個案中法院對於協力義務之定性是否妥適，並分析當事人可能主張之請求權基礎或條款之約定，是否呼應本文對於工程契約風險分配及法律效果部分闡述之原則，進而引入定型化約款管制理論，對於個案中當事人間偏離之權利義務或風險分配約定予以調整，以期作為未來

⁶ 一般而言，統包工程應視統包商與業主簽訂之工程契約內容中所揭示之統包商負責範圍，而確定係屬何種統包契約，進而決定雙方間之權利義務關係，此與傳統營建施工契約之權利義務安排有所不同。詳請參閱巫啟后，統包概說，文笙，2006年初版，頁 27；白惠淑，公共工程統包之相關問題研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年10月，頁 12-13。

實務處理相關爭議之參考。

第二項 研究方法

壹、國內文獻整理分析

針對承攬或工程契約中定作人協力義務之性質及違反義務之法律效果等相關問題，國內文獻資料頗豐，舉凡期刊文章、研討會論文及教科書等多有著墨，此應可作為本文研究定作人協力義務主題相關之背景知識，並於瞭解爭議概況之基礎下進一步作更深層面之探討。是以本文擬先就國內相關書籍、期刊、立法資料、研討會論文及碩博士論文等資料，整理分析國內學說對於定作人協力義務爭議之相關法律見解；此外，由於本文所探討之範圍主要聚焦於營建施工契約，因此本文尤著重於綜合法學及工程文獻之理解，期能藉由蒐集、研讀、分析及歸納之過程，提供本文主題於研究上較為明確之思考或論述方向。

貳、實務見解整理分析

基於實務運作概況之掌握實為理解或探究工程契約相關議題之不二法門，因此對於工程或法院實務見解之發展實不能輕易忽視，且由於實務上之爭議案例，涉及公共工程運作者佔極大部分，是以政府採購法規及常見之公共工程契約範本皆在本文參考之列。就此，本文擬針對所蒐集之工程契約範本，參考其中對於當事人權利義務之規範內容，並對照本文之闡述，嘗試分析並研究相關條款之合理性與妥當性。另外，本文亦藉由整理法院實務上關於工程定作人協力義務之案例，摘要出主要事實及法律見解，嘗試將實務案例類型化，以此探求我國法院實務於不同定作人協力行為類型中對於相關協力義務爭議所採取之法律見解，並於分析爭議之徵結點後，期能提出淺見以供實務運作之參考。

參、比較法研究

除對國內文獻及實務見解加以整理分析外，誠所謂「他山之石，可以攻錯」，基於台灣乃繼受大陸法系之國家，我國法律之制定及學理發展受德國法制影響甚深，故本文欲以德國法制為借鏡，透過介紹德國法律或工程契約範本之規定，從中瞭解相關之德國實務及學說見解，再針對相似問題之討論與國內通說或實務見解進行比較法之研究，嘗試找出不同規範或制度間之異同與優劣，並將共通之概念歸納為處理相關爭議之原則或發展趨勢，以作為未來解決問題或改進制度時之參考。

關於德國法制之研究，本文擬針對二主要部分加以探討：

一、德國民法第 642 條以下之規定

德國民法第 642 條規定⁷係德國民法針對定作人怠於履行協力義務之主要規範，與此相搭配之條文尚有催告終止規定(第 643 條)及定作人領域之責任(第 645 條)等。相較於我國民法第 507 及第 509 條等規定，德國民法相關規定於要件及法律效果之研擬上更為仔細，並對於定作人協力行為之定性已發展出符合法律邏輯之體系，而與德國民法其他規範互為補充，使承攬人權益之保障更為全面。是以本文擬自所蒐集之德國法律文獻中，介紹並簡析相關規定於學理上之發展及實務上之運用，以作為我國相似規範於解釋適用乃至修法時之參考。

二、Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung(VOB)

德國自 1926 年以來，由公家機關及建築方面之主管機關合作組成之德國建築給付招標及契約委員會 (Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuß für Bauleistung, DVA)，基於尋求定作人及承攬人間利益平衡之目的，研擬出更符合工程契約特性及需求之工程採購契約範本：「die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung」，一般簡稱為「VOB」⁸。VOB 於 1974 年起歷經多次大小修訂，現行版本則是 2009 年針對 2006 年頒行版本作出修正後，而於 2010 年公布施行者。其主要由 A、B、C 三大部分所組成⁹。其中 B 部分屬於營建工程一般契約條件，簡稱為 VOB/B，其本質即係由工程定型化契約條款所組成之契約範本，主要針對工程契約中當事人之權利義務關係予以規範或調整，形成與德國民法典中承攬契約一節有所不同之規範，而其內容則涵蓋了整體工程契約履行過程中相關之報酬、驗收、風險分配等規定。

由於工程契約之複雜性與多變性較諸傳統承攬契約差異甚大，因此 VOB/B 針對定作人協力行為之定性與違反之法律效果，規範上亦與德國民法有所出入。是以，本文將針對 VOB/B 中定作人義務之相關規定予以解析，嘗試瞭解德國學說及實務上對於營建

⁷ 德國民法第 642 條規定：「工作之完成，需定作人之行為者，定作人怠於其行為，致陷於受領遲延時，承攬人得請求相當之賠償(第一項)。前項賠償額，應斟酌遲延時間長度及約定報酬數額，並考慮承攬人因遲延所節省之費用，或因轉向他處服勞務所能取得之利益定之(第二項)。」

⁸ 曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 39-49；國內亦有論文將其譯為「工程採購及契約規則」，參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 6。

⁹ VOB/A(Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen)為營建給付採購之一般準則，VOB/C(Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen)則屬營建給付一般技術規範。VOB/B 乃為均衡營建業主及營建廠商之利益而發展出之一般交易條款，其目的在於因應工程契約之特性而補充民法承攬契約較不完整之規範。

工程契約中定作人協力義務爭議之基本立場，並綜合比較分析德國民法之規定，希冀能得出較為完整、妥適且足為我國立法或修訂契約範本參考之建議與方向。

第三節 本文架構

以下說明本文各章安排之次序與內容：

傳統看法將工程契約之法律屬性定位為承攬契約，就當事人間互負之權利義務觀之，此種看法固非無見，然工程契約有其複雜性、技術專業性、施作內容多樣性及契約金額龐大等特殊性的，且由於工程契約之履約期間通常較長，因此可能面臨之風險亦較傳統承攬契約更為廣泛，而我國民法對工程契約上種種問題並無明確且直接之規定，目前僅設有債各承攬契約一節之規範可供參考，故此是否足以因應工程實務運作之需求，實有疑問。因此，本文第二章即先針對工程契約之內容與性質作簡要之論述，並在此基礎下對於工程契約履行中可能產生之風險，探討應如何進行合理之分配，畢竟營建工程契約之主體及其權利義務為契約關係中最重要之部分，而當事人間權利義務之規範實與當事人間之風險分配密切相關¹⁰。是以本文擬自民法危險負擔等規定說明立法者預設之價值立場，並對照工程實務上所慣採之契約計價方式及相關工程契約範本之規範內容，瞭解現行實務常見之風險分配方式，並比較當事人約定之風險分配與法定風險分配原則之偏離程度，檢討可能之缺失。此外，如當事人於契約中未有風險分配之約定時，此時應如何對履約風險進行分配？而對於當事人無法預見之風險，又應如何由雙方當事人公平分擔？此些問題將一併於本章中進行整理與分析。

緊接著第三章將進入本論文之研究核心。本文首先將自定作人於工程契約中所負有之義務內容進行簡要說明，其中特別針對定作人付款義務相關之法律規範與付款方式等爭議進行討論，並檢討現行工程款報酬請求權消滅時效之規範是否有修正之必要。其次則將論述重點聚焦於定作人協力行為性質之探討，藉由相關學說及實務見解之分析建構工程實務上現存之爭議概況。此外，為能提供相關爭議其他切入探究之觀點，本文將簡要說明德國民法及其工程採購契約範本對於定作人協力行為之相關規定，以期供作釐清國內關於協力義務定性爭議之參考。其後本文將綜合債之義務體系之基本概念，分析當事人締結契約之目的、衡量契約當事人之利益狀態，嘗試於合乎誠信原則之規範理念下，對於定作人協力義務之定性尋求一較為可行之判斷標準，並建議當事人能於契約研擬階段即將相關風險或

¹⁰ 顏玉明，營建工程契約當事人間的權利義務關係，營造天下第 111 期，2005 年 3 月，頁 31。

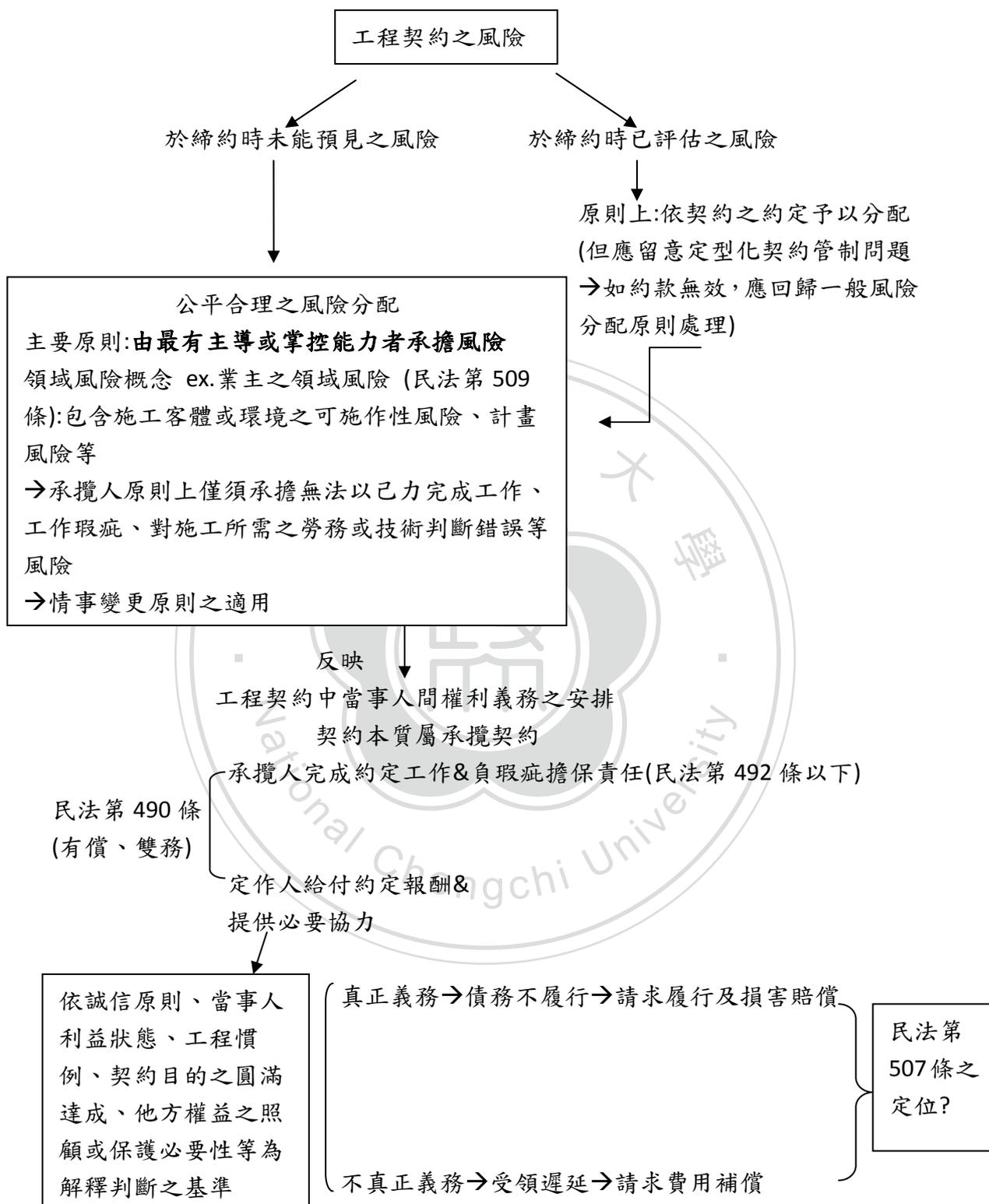
利益考量納入評估，以減少後續衍生不必要之履約爭議。

承接前一章之立論基礎，本文將接續討論「如定作人違反協力義務時，其相應之法律效果為何」之爭議問題，而此將因協力義務被定性為真正義務或不真正義務而產生法律適用上之差異。就此，為能全面地檢視實務上常見之履約爭議，本文將規劃由實務上承攬人經常援引之契約或法律上請求權基礎，分別針對展延工期、損害賠償、解除/終止契約、費用補償及契約調整等效果個別進行探究，瞭解不同規定或約定之適用對於承攬人利益之保障有何差異，同時亦簡要介紹分析德國民法及工程契約範本相關之規定，以期能為國內法律規定及契約範本規範適用之疑義提供輔助思考之觀點，並從中檢討現行法律規範之合理性及是否尚有待填補之規範漏洞，而提醒未來修正相關規定時應予特別留意之部分。另外，由於本章針對法律效果之討論，實與當事人間索賠求償之利害關係具緊密關聯性，而營建工程市場，特別是公共工程交易，素有傾向買方利益之特性，是以雖契約中對於雙方當事人之權利義務安排及違約之處理方法多有約定，惟此多由具有強勢主導地位之定作人單方預先擬定，且定作人常因其趨利避禍之私心而研擬出與法律預設價值立場重大偏離之約款，此將使當事人間所承擔之風險或權利義務明顯失衡，實有檢討之必要，故本文亦將就相關工程定型化約款內容進行分析，並援引定型化約款管制理論，對於約款之效力予以評價。

基於工程實務上定作人於不同工程契約中所負擔之協力義務內容有所不同，因此本文擬立基於前二章之討論結果，於第五章整理實務上常見之協力義務紛爭並進行類型化分析，而作法上則初步將定作人協力行為態樣概分為提供適於施作狀態之義務及受領義務二大類型，期能藉此歸納出不同態樣所對應當事人之利益狀態，進而推演定作人之協力行為可能具有之義務性質，並嘗試針對定作人違反不同類型之協力義務時，分析承攬人可能主張之請求權依據，進而檢討現行工程契約範本或法院實務中仍待省思之規定或法律見解。

末次，本文將綜合整理前述各章論述之重點，統合工程契約當事人間權利義務之安排，並以表格說明與定作人協力義務履行與否相關之法律規定及其適用之法律效果，期能更完整呈現現行法律規定及契約範本規範與外國法制之差異，及是否存在改正之空間，文末亦將嘗試針對定作人協力義務之相關規範，提出未來可行之修正方向，以求合乎當事人之履約需求及因應國際契約法之發展趨勢。

茲將本文研究架構簡單圖示如下：





第二章 工程契約之特性與風險分配

第一節 總說

第一項 工程契約概述

依照政府採購法第 2 條¹¹及第 7 條第 1 項之規定，工程契約係指契約一方當事人為他方在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程。由此可知，工程契約為一總稱，係包含以工程建設之規劃、設計、施工、營運為內容契約¹²，是以，工程從構想至完工之過程中，凡為工程之調查、規劃、設計、施工及監工等工作，業主、建築師、承包商、工程顧問公司間簽訂之合約，均可稱為廣義工程契約。¹³惟相較之下，工程爭議大多發生在工程施工過程中，因此，大部分學術資料中所稱之工程契約，實僅指涉工程施工契約(營繕工程契約)，並不包含規劃、設計及營運階段之契約。因此工程施工階段之營建工程契約亦被認為係狹義之工程契約¹⁴。¹⁵

壹、工程契約之種類

一、依工程契約之業主區分

營建工程契約依照業主之不同，可分為政府機關為達成行政上目的，而依政府採購法辦理發包之「公共工程契約」，及一般私人發包之「民間工程契約」。一般而言，民事法之規定皆能作為此二

¹¹ 政府採購法第 2 條：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等」。

¹² 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 6 月，頁 2。

¹³ 林發立，工程合約實務問題泛論(四)—工程合約之定義、在我國法律上之定性、種類及特性，萬國法律第 81 期，1995 年 6 月，頁 14；黃紋碁，工程契約風險之研究—以公共工程為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 4。

¹⁴ 陳堯中等計畫主持，隧道工程地質風險分攤及標準契約條款，財團法人中興工程顧問社，1999 年 8 月，頁 8-11。

¹⁵ 所謂營建工程(construction)，係指藉由利用技術、勞力及機具設備，計畫性地依據特定設計，整合各種材料和設施，而於基地上或下製造永久而固定之裝置或設備；包括任何根據特定設計而於別處先行製造再運至工地安裝的構造物在內。詳請參閱謝哲勝，李金松合著，工程契約理論與實務(上)，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 1。

本文主要以工程施工契約為討論核心，探討之重點係工程施工過程中，定作人是否負有履行特定協力行為之義務等相關爭議，合先敘明。

類契約之法源，惟如業主為政府機關時，其興辦工程之資金主要來自於公共資源，同時經常牽涉整體社會經濟之發展，故自擬定招標須知至進行工程發包之作業程序，均需嚴格遵守法令規定與接受行政監督¹⁶，例如：政府採購法及其相關子法與行政規則，反之，民間工程契約之雙方當事人係屬一般人民或團體(不問是自然人或法人)，其基於個別需求自行興辦工程而訂立契約，相較於公共工程契約之諸多法令限制，民間工程契約享有較多的契約自由。

二、依營建工程執行型態區分

如以契約執行形式作區分，一般常見之型態包含總包契約、聯合承攬契約、統包契約及 BOT 契約等，以下分別簡述其內容。

(一) 總包契約

總包契約即傳統之營建工程契約，亦即其工程之推動時序係典型由設計階段進入施工階段，此其間之銜接工作則由業主自行辦理。此類契約通常由業主先將工程委託建築師或工程顧問公司進行設計並做整體繪圖，以此進行招標後，再由得標之營造廠商依該設計圖施工，換言之，承攬人之工作內容僅止於施工階段，並不另負責工程之設計或營運，故在此類契約中，設計錯誤之風險主要由業主承擔¹⁷。一般而言，此類契約具有責任明確、工期及成本容易掌握之優點；惟缺點則是工期難以縮減、工程造價不易壓縮、工程團隊立場對立，甚而在大型或較複雜之工程中，常會衍生設計與施工配合不易，導致界面無法或難以整合之難題。

(二) 聯合承攬

由於近年來國內公共工程如都會捷運、高速鐵路及核四廠新建工程等大型公共建設所需之資金、設備、管理及技術層面均較傳統公共工程有所提升，加以具機關身分之業主常有「扶植國內相關產業」及「落實技術移轉」之政策目標，因此國內營建業者紛紛與國際廠商組成共同事業體，以聯合承攬(Joint Venture)¹⁸之名義共同承攬公共工程，以整合資源並強化競爭力(聯合承攬模式可參閱下圖¹⁹)。而聯合承攬依「共同投標辦法」第 2 條²⁰之規定，

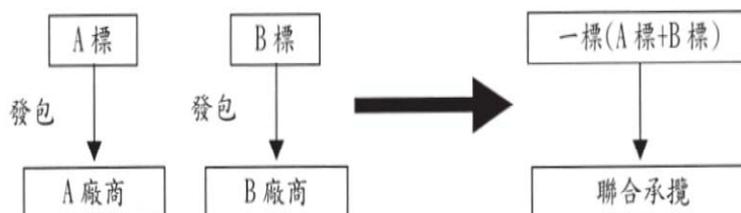
¹⁶ 呂純純，公共工程逾期之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年 1 月，頁 10-11。

¹⁷ 蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 8。

¹⁸ 聯合承攬之定義可參閱政府採購法第 25 條第 1 項及第 2 項之規定：「機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標。前項所稱共同投標，指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為。」

¹⁹ 轉引自蔡宗債、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探(下)，營造天下第 113 期，2005 年 5 月，頁 12。關於聯合承攬之運作型態，如「共同具名型」、「代表人型」或「成立新公司型」

可大致再細分為以分散財務負擔與風險為目的之同業聯合承攬，及以結合不同專業領域廠商，以減少業主對於施工界面協調之負擔為目的之異業聯合承攬等二大類型²¹。



一般而言，採用聯合承攬模式具有結合具不同專業能力之廠商，以整合資源，彙集財物及技術能力，增加承接案件機會，充分利用閒置之資源及分散風險，並可藉由與外國廠商聯合之機會引進國外先進技術等優點，惟相對地，其亦可能產生難以統一指揮、聯合團隊成員之經營能力差異，利益對立與災害責任歸屬不清等問題²²。

(三) 統包契約

近年來國內工程實務，統包契約成為業主喜愛之工程契約類型。統包契約之定義，依政府採購法第 24 條第 2 項規定，係指將工程或財物採購中之設計與施工、供應、安裝或一定期間之維修等併於同一採購契約辦理招標²³。大體而言，此類契約是將一項工程從其觀念的形成，經由其設計與建造等全部由單獨一個法律主體執行與完成。在現代工程實務上，統包不僅止於設計、施工、設立與材料之提供及安裝而已，有時承包商之責任範圍甚至包含工作物的測試、營運、人員訓練及工程施作所需之財務運用與其規劃等²⁴。而採行統包模式之優點包括減少管理之界面及人力、

之介紹及該等類型與單獨承攬之區隔討論，可參閱李家慶，談工程之聯合承攬與共同投標，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 19-20。

²⁰ 共同投標辦法第 2 條：「共同投標，包括下列情形：一、同業共同投標：參加共同投標廠商均屬同一行業者。二、異業共同投標：參加共同投標之廠商均為不同行業者。參加共同投標之廠商有二家以上屬同一行業者，視同同業共同投標。」

²¹ 亦即聯合承攬成員可自行協調施工界面，共同為專案負責，且往往將原來分包商之地位提升為契約當事人，使業主能夠掌握承包商之施作情形，以維持工程之品質。詳請參閱蔡宗債、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探(下)，營造天下第 113 期，2005 年 5 月，頁 16。

²² 陳堯中等計畫主持，隧道工程地質風險分攤及標準契約條款，財團法人中興工程顧問社，1999 年 8 月，頁 8-11。

²³ 此條立法理由謂：「統包是國際上經常採用之發包方式，其內涵為從方案選擇、規劃設計、材料購置、施工管理、設備安裝等作業，均交由同一業者負責統籌執行，於驗收合格後，再移交業主使用。」

²⁴ 藍瀛芳，論工程契約的分類與統包(下)，營建知訊第 247 期，2003 年 8 月，頁 61。惟政府採購法第 24 條之立法理由雖提及承包商之工作範圍包含工程之規劃設計，然觀諸政府採購法第 24 條第 2 項之文義及統包作業須知第 7 條之規定，我國相關法令規定下所勾勒之統包工程似不包含

責任清楚劃分、縮短工期、降低工程成本(預算控制容易)、提升廠商技術能力、激勵新工法及新材料之引進或研發、降減少變更設計之處理等。惟若執行不良，則統包契約亦可能招致工程決標價格訂定不易、業主無法全盤掌握工程及再發包不易等難題。

(四) BOT 契約

BOT 是 build, operate and transfer(興建、營運及移轉)之簡稱。此種模式係為了實行基礎建設計劃民營化而產生，可理解為政府將特許權授予民間發起人(特許權所有者)，而特許權所有者在政府所提供之基地，於特許期間內負責融資、興建、營運和設施之維護，並於營運中，擁有對建造項目所有權或管理職能，於約定營運期限內應能保證公司清償項目籌資費用，為項目主辦人及其他持股人的股本投入贏得合理之收益²⁵，直到最後將完整之營運設施所有權及營運權轉讓給政府，使政府在不另行支出之情形下，擁有此等設施的所有權及營運權²⁶。我國大型工程採用 BOT 模式之例子相當多，其中最著名者即興建並已營運多年之台灣高速鐵路²⁷。

採用 BOT 模式興辦工程某種程度能解決國家財政困難及改善行政部門效率不彰之問題，許多國家已經採用引進民間資金與技術經驗進入公共工程與大型投資計畫，期能透過公私之合作共同分擔風險、責任與報酬，藉以發揮截長補短之功效。惟目前實務操作上卻經常產生原應由民間機構(特許權所有者)籌備所需資金及承擔所有的商業風險，因 BOT 工程浩大繁複，民間機構難以籌措興建該工程所需之充足資金，因而要求政府為 BOT 計畫提供部分擔保，最後反而造成需由政府承擔工程興建不利與營運不善等後果，此恐與 BOT 原先之規劃意旨有所違背²⁸。

(五) 小結

自營建工程執行型態區分，工程契約大致有上述四種分類。傳統總包契約類型中，由於設計、施工係分別由業主及廠商加以執行，故容易衍生界面整合困難及責任歸屬不易釐清等爭議，而後三類工程契約類型乃因應工程實務集結資金、技術、整合界面、

規劃、可行性評估及基本設計，而多僅指細部設計及施工等工作內容。

²⁵ 尹章華，公共工程與採購法，台北漢興，1998年7月初版，頁2-1-22。

²⁶ 可參考獎勵民間參與交通建設條例第7條第1項：「主管機關視交通建設個案特性，得基於公平競爭原則許可民間機構於一定期限內經營交通建設，並得向其收取權利金」、第45條：「本條例所獎勵之民間機構於第七條所定許可經營期限屆滿時，應將現存所有全部營運資產，依原許可條件有償或無償概括移轉予主管機關」等規定。

²⁷ 羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照，2004年10月二版，頁58-60。

²⁸ 謝家佳，公共工程展延爭議法律問題之研究，台北大學法律學研究所碩士論文，2008年1月，頁19。

提升效率等需求而衍生，各有其優劣，於個案中究應採行何種工程執行形態，則有賴工程需求者進行審慎評估；同時由於此三類契約之運作形態常有別於傳統總包契約之權利義務關係，故當事人宜就彼此間之權利義務，事先謹慎進行磋商，並以協議書作明確約定，如此方可大幅避免爭議產生。²⁹

貳、工程契約之特性

一般而言，工程契約主要具有以下之特性³⁰：

一、專業性

訂立工程契約之主要目的，就業主而言，係指工程之完成，而在大型工程之興辦中，從早期之規劃、探勘，一直到設計、施工、監造、驗收，莫不仰賴相當之專業技術與背景，同時需求各式專業人才參與，而非由單一之主體即可完成全部工作，是以在重大工程契約中，即有必要對於專業技術部分詳予論列。實務上常見合約書之技術文件部分頁數遠超出合約本文之情形，內容亦是鉅細靡遺，惟工程執行過程中仍難免衍生出許多肇因於專業性之糾紛³¹。

二、多樣性

工程契約種類繁多，因此無法一概論其性質屬於民法債各章節中典型之「買賣」、「承攬」或「委任」契約類型，於解釋運用工程契約條款時，尤應綜合地判斷合約之本旨，不應只依憑其名稱或部分表徵，即加以論斷其法律性質。甚至在一個工程契約中，亦可能包含許多實質的工程契約，其間或為獨立、或為聯立性質，此均為工程契約具有繁複多樣性所衍生之特質。

三、金額龐大性

在公共工程中，工程價款達到數十億或數千億台幣者並非罕見，因此對於政府、業主或承包商而言，任何契約條款之爭執都可能牽涉嚴重之後果，包括數以億計之違約賠償及攸關承包商資金週

²⁹ 關於工程契約之種類，亦常見以契約計價方式作區分者，然因契約計價方式與契約當事人間之風險分配密切相關，是以本文將於後續風險分配相關章節一併作說明。

³⁰ 整理自尹章華，公共工程與採購法，台北漢興，1998年7月初版，頁2-6；陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜合著，工程與法律，新文京開發，2010年9月2版，頁2-8；謝哲勝，李金松合著，工程契約理論與實務(上)，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁35-39；林發立，工程契約實務問題泛論(四)—工程契約之定義、在我國法律上之定性、種類及特性，萬國法律第81期，1995年6月，頁18；王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第38卷第2期，2009年6月，頁152-165。

³¹ 林發立，工程契約實務問題泛論(四)—工程契約之定義、在我國法律上之定性、種類及特性，萬國法律第81期，1995年6月，頁18。

轉及其財務狀況等問題³²，因此工程契約無論在設計階段、簽訂階段、執行階段，任何關係人莫不格外謹慎。

四、履約期長

相較於其他勞務契約類型，工程契約之履約期間動輒長達數年，對於此一長期履約之特徵，於法律關係上可能產生三種影響：第一，由於履行期間較長，因此在履約過程中可能遭遇之風險即為增加，此種不確定因素嚴重可能導致締約基礎受到破壞，而有思考如何事後調整當事人間權義關係之必要；第二，長期履行之契約應配合以終止權之規定，藉以避免因過度延宕或締約基礎變化所導致繼續履行之不利益。尤其是在工程契約中，由於投資金額龐大，其所相伴的可能的損失金額也遠高於其他類型的契約，更有停損機制設置之必要；然而現行的規範似乎僅賦予定作人一方終止權，承攬人方面則付之闕如，此種規範方式是否妥當，似有進一步探討的空間³³。第三則是契約內容變更的機會較多，而關於契約變更所衍生的費用及工期應如何填補，實務上亦迭生爭議³⁴。

五、法規複雜性

營建工程之執行，無論是否牽涉一方當事人屬於政府機關之公共工程契約，與其相關之法律規範或主關機關頒布之解釋函令多如牛毛，如政府採購法、審計法、都市計画法、促進民間參與公共建設法、營造業法、建築法、消防法、水利法、水土保持法、環境影響評估法、專用法、保險法、仲裁法、勞動基準法及其子法或施行辦法等³⁵，且各法規命令間之規範錯綜複雜，如這些法令於施工期間有所變更，往往亦會造成工程施作之延宕及增加施工之成本，對於當事人而言無疑是一項無法預測之風險³⁶。

³² 林辰熹，工程採購契約之承攬報酬及危險負擔移轉問題探討，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2006年1月，頁12。

³³ 此亦涉及本文針對定作人違反協力義務之法律效果(民法第507條立法妥當性)的討論，詳見本文後述第四章之分析。

³⁴ 吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年7月，頁23。另外，由於工程契約須經歷一段期間之履約過程，故論者另有指出，從為締結契約而接觸磋商時起，至契約債務清償消滅為止，契約關係並非靜態一成不變，而是因契約終局目的及計畫之需求下，個別的權利義務關係會不斷發生得喪變更，故工程契約法律關係除雙方當事人所簽訂之契約外，於契約動態且有機之發展下，亦會產生新的權利義務關係。該新生成之法律關係，或因當事人間於契約成立之後另有約定其間之權利與義務，而為契約之變更；或因契約中已有約定但尚不明確或是契約未經約定而產生契約漏洞，於此情形下，則有賴契約解釋進行漏洞補充，以解決當事人雙方之紛爭。詳請參閱余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌第129期，2006年2月，頁20-21。

³⁵ 詳細說明可參閱陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜合著，工程與法律，新文京開發，2010年9月2版，頁5。

³⁶ 謝哲勝，李金松合著，工程契約理論與實務(上)，翰蘆圖書，2010年2月二版，頁39。

第二項 工程契約之法律性質

壹、承攬契約

一、工程契約之定性

(一)原則上屬於承攬契約

契約之定性，乃涉及當事人具體約定之內容在私法自治及契約自由原則下被容許之範圍，如具體之契約內容被認定屬某交易上典型之契約類型時，該典型契約之相關規範即可發揮補充當事人意思之功能或對於當事人間預先擬定之定型化契約條款進行公平合理之內容規制；換言之，契約性質之判斷，主要即在解決法律適用之問題。而關於工程契約之性質，法律並無明文規定，是以此向為學說及實務上討論之焦點。對此，由於契約係用以實現雙方當事人之意思自主，當事人間具體約定之內容經由實定法之肯定後，在雙方間即具有與制定法相同之效力³⁷，是以關於契約之定性，本文認為，原則上仍須視個別工程契約之具體內容或當事人締約之目的，綜合判斷其究屬於典型契約，抑或屬非典型契約中之混合契約或準混合契約等類型，並在解釋相關契約條款時，參酌性質近似之任意規定以為補充³⁸。

工程契約，承本節第一項之說明可知，係包括工程建設之規劃、設計、施工、營運等工作內容之契約，其中關於當事人約定，由承攬人提供勞務完成約定工作，業主給付報酬之工程施工契約，主要係以完成一定工作為契約的必要之點，而我國民法第490條第1項規定：「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」，依此規定對於承攬契約之定義觀之，工程契約當事人間給付與對待給付之對價關係於安排上與承攬契約甚為相近，故每當提及工程施工契約之性質，多數看法即自然將之與民法承攬一節之規定相為連結，認定工程施工契約性質上屬於承攬契約。

³⁷ 陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁270-273。

³⁸ 林發立，工程合約實務問題泛論(四)－工程合約之定義、在我國法律上之定性、種類及特性，萬國法律第81期，1995年6月，頁14。申言之，契約類型之認定乃係就已存在的生活事實，斟酌當事人的利益狀態及各種衝突可能性，加以規範。民法係以給付義務為出發點而設立各種契約類型，當事人所約定的給付是否符合法定契約類型所定的特徵，應探求當事人真意及契約目的予以認定。上述原則對於為滿足交易需求而不斷創設的新型或非典型契約，其在法律上之定性及如何適用法律規定以解決相關之契約爭議，乃扮演重要角色。惟對於契約之定性亦不宜過度僵化，如當事人間主要之權利義務關係所顯現之特徵與法定有名契約類型皆未盡相符時，此時強加任意規定予以規範，未必合適，亦可能有悖於當事人之真意與契約目的之追求。

(二)與其他勞務契約之區分

「人」作為權利主體，雖不得為權利客體，但「人之行為」仍得作為權利客體，債權人基於債之關係，得向債務人請求給付以人之行為本身作為給付內容者，即為勞務給付之契約³⁹。因應實際交易需求，勞務契約之給付內容具有多樣性，其中最典型之勞務契約乃包含僱傭、委任與承攬等三大類型。而營建工程施工契約承上所述，一般被定性為承攬契約，此二者皆屬於由承攬人提供勞務以完成一定工作之勞務給付契約，是以勞務之債所具有之繼續性、難以回復性、無可儲藏性、對於他人之物或事務之介入性⁴⁰等特質，工程契約亦應具備。

由於工程或承攬契約係以勞務之提供為一方當事人履行契約之手段，而此與同為勞務給付類型之僱傭及委任契約，其間應如何劃定契約類型之界線，向來亦為討論之重點。一般而言，可依負責提供勞務之債務人，在各該契約中所應提供之勞務範圍如何界定、如何提供以及勞務提供之後是否應獲致一定之成果作為判斷標準⁴¹。申言之，僱傭係以時間長度定其勞務提供範圍，即債務人在一定之時間、地點，受債權人之指揮監督，依約定之方法或習慣提供勞務，然該契約並不要求完成一定之工作；相對地，委任與承攬則以一定事務之處理或一定工作之完成加以界定，亦即此二者之區別在於當事人是否約定，債務人負有完成一定工作之義務以及債權人之報酬給付義務是否以完成一定工作為要件，如是即為承攬；反之，則為委任(尤指有償者而言)⁴²。而由此三種勞務提供範圍之差異亦可推知，委任契約與承攬契約相較於僱傭契約，乃享有較高之自主性，其在企業組織上並不屬於債權人之一部分，從而在企業經營上即應本於自己之專業判斷，承擔經營風險⁴³。

此外，如對照民法第 548 條第 2 項⁴⁴及第 490 條第 1 項之規

³⁹ 楊佳元，委任，民法債編各論(下)，黃立主編，元照，2004 年 9 月初版第 2 刷，頁 65。

⁴⁰ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 2-3。

⁴¹ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 482。

⁴² 可參照新竹地院 99 年度竹簡字第 227 號判決意旨：「委任與承攬固均屬勞務契約，惟委任關係乃使受任人按一定目的之方向，處理事務，至於該事務完成與否則非所問，亦即不以有一定之結果為必要；承攬關係則以工作之完成始達契約目的。本件政府機關委託公司辦理交通測速並擷取、收集、整理交通違規影像資料，再提供予政府機關等事宜，以資為交通違規事實之裁罰處分依據，自無可能僅要求公司提供勞務，而無視其是否合於違規案件入案作業適法性及準確性之要求，故兩造所訂立之契約屬於承攬契約。」

⁴³ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 238-239。

⁴⁴ 民法第 548 條第 2 項規定：「委任關係，因非可歸責於受任人之事由，於其事務處理未完畢前已終止者，受任人得就其已處理之部分，請求報酬。」；由於委任契約之事務處理不須完成一定工作，故雖事務處理未完畢而委任終止，但受任人既已給付勞務，且終止亦無可歸責於其之事由

定，即可大致掌握有償委任與承攬契約於對價關係設計上之差異，意即由於承攬報酬之給付係以承攬人完成約定之工作為要件，且承攬報酬主要著眼於一定工作結果之對價，而非勞務給付本身，是以承攬人如何完成約定工作或支出多少成本，原則上並不影響報酬之約定，換言之，承攬人必須承擔工作不能完成之風險，而此與受任人依委任人指示為其處理一定事務，無論是否發生一定結果，其所得請求給付之對價與事務之處理成本通常成正相關性有所不同⁴⁵。再者，承攬人在完成約定工作並交由定作人受領前，需承擔相當沉重之給付與對待給付危險，一旦工作物於交付前發生毀損、滅失等情形，除非造成毀損滅失之原因係可歸責於定作人或屬於定作人領域之事由，否則承攬人不僅未能請求約定報酬，尚可能負有重作之義務，然委任契約則未有類似之規定。是以，相較於委任契約或僱傭契約，承攬人通常需承擔更高之履約風險⁴⁶，而此在比承攬契約具有更複雜、金額更龐大且高度專業性之工程契約中，實更意味著在長期履約、須完成一定工作與報酬後付等原因交錯下可能產生影響當事人間法律關係更鉅或更棘手之契約風險。

二、製造物供給契約性質之爭議

工程契約之給付內容若係由業主提供材料，交由承包商以其勞務給付完成一定之工作，則此與典型之承攬契約內涵並無二致，故可認定其法律性質屬承攬契約。此外，由依民法第 490 條第 2 項規定：「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。」可知，承攬契約所需之材料供應，亦可能委由承攬人提供，我國多數學說及實務上乃將此種契約類型稱為「製造物供給契約」，意即承攬工作之一方以自己之材料，製作物品並供給他方，而他方給付報酬之契約。此種由承攬人「包工又包料」之施作形式，在工程實務上甚為常見⁴⁷，惟此類契約除了由承攬人提供勞務給付以完成工作外，其特殊性乃在於定作人給付之報酬，是否尚包含承

者，自應允許其能請求該部分之報酬，此相較於承攬契約中承攬人必須先完成一定之工作始得請求約定報酬，乃至於民法第 512 條第 2 項規定在承攬契約當然終止之情形，必須該已完成部分之工作於定作人為有用時，定作人方負有受領及給付相當報酬之義務，更顯見承攬人所承擔之施作風險與財務風險，皆遠高於受任人。

⁴⁵ 可參照最高法院 98 年度台上字第 504 號判決意旨：「惟按民法第四百九十條第一項規定，承攬契約之承攬人，倘未完成承攬之工作，即無報酬請求權。此與委任契約之受任人，於受委託事務處理完畢，不論有無結果，均得請求報酬之情形不同。」

⁴⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 690.

⁴⁷ 實務上各類型之工程，多傾向由承包商以連工帶料之方式施作，惟若以工、料於契約金額所佔之比例分析，各類型施工工程之工、料比例略有不同，例如，建築、土木及水利等工程較側重於「工」，機械及電氣等工程則偏重於「料」。詳請參閱古嘉諄，工程契約之生、老、病、死，月旦法學教室第 63 期，2008 年 1 月，頁 75-76。

攬人所提供之材料價額，換言之，材料之提供既屬有償，同時承攬人亦須將已完成之工作呈交予定作人，則此製造物供給契約是否亦具有買賣契約之性質，學說及實務上對此向有爭議，以下乃分別簡述之。

(一)法院實務見解

我國實務對於製造物供給契約之法律性質究屬買賣或承攬，乃以最高法院 59 年台上字第 1590 號判例為代表見解：「買賣乃法律行為，基於買賣取得不動產之所有權，非經登記不生效力，與承攬之定作人原始取得工作物所有權之情形不同。至所謂工作物供給契約，即工作物全部材料由承攬人供給者，如當事人之意思重在工作物財產權之移轉時，仍不失為買賣之一種。」，依該判例意旨，對於製造物供給契約性質之認定應依當事人之意思作判斷，如當事人意思重在一定工作之完成，則適用承攬之規定，惟如當事人意思重在工作物財產權之移轉，則應認定屬買賣契約⁴⁸。

此外，另有判決認為工程契約究為承攬契約或製造物供給契約，關鍵應在於「是否移轉工作物所有權」而定，與材料由何人提供並無關聯性⁴⁹，惟此判決並未就製造物供給契約之法律性質另為討論。再者，不少判決採取製造物供給契約為承攬與買賣混合契約之見解⁵⁰，此類判決內容多涉及究應適用承攬或買賣章節

⁴⁸ 類似見解，可參閱最高法院89年度台上字第831號判決：「查當事人之一方，應他方之定作，專以或主要以自己材料製作物品供給他方，而由他方給付報酬之契約，為工作物供給契約，此種契約究係買賣抑為承攬，應探求當事人之真意，如當事人之意思重在財產權之移轉，則適用買賣之規定；當事人之意思如重在工作之完成，則適用承攬之規定。」；最高法院92年度台上字第1207號判決：「...至工作物供給契約之性質究屬買賣抑為承攬，於兩造86年7月28日簽訂系爭合約時，法無明文（民法第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，係嗣後所增訂），基於私法自治，自應依當事人之意思定之，參照最高法院59年台上字第1590號判例意旨，如當事人之意思重在工作物財產權之移轉時，仍不失為買賣之一種。而承攬關係重在勞務之給付，若約定由當事人提供材料完成一定之工作物，其關係重在勞務之給付即完成一定之工作物時，則應為承攬契約。」。

⁴⁹ 最高法院96年度台上字第2382號判決：「查承攬關係中，材料究應由何方當事人供給，通常係依契約之約定或參酌交易慣例定之，其材料可能由定作人提供，亦可能由承攬人自備。是工程合約究為「承攬契約」抑或「製造物供給契約」，關鍵應在於「是否移轉工作物所有權」而定，至材料由何人提供，並非承攬定性之必然要件。本件系爭工程合約第六條既明確約定：「乙方（即上訴人）應依據設計圖樣及施工規範與說明書負責施工，如施工圖樣與說明書有不符之處，應以施工圖樣為準，或由雙方協議解決之。」，而第十九條第三款復約明，工程完成經驗收合格後，被上訴人即行接管，並無另有移轉承作工作物所有權之形式或約定，上訴人亦無法舉證證明兩造訂約真意著重在移轉所完成之工作物所有權，足認系爭工程合約重在上訴人完成該項工程，原審因以上述理由，為不利於上訴人之論斷，經核於法洵無違誤。」。

⁵⁰ 最高法院 99 年度台上字第 196 號判決：「經查被上訴人所完成之工作為大坑溪截彎取直整治工程，約定總價為二億零八千八百元，而依系爭合約詳細表所示，有關鋼筋、模板、鋼模、混凝土塊、不鏽鋼欄杆、不鏽鋼爬梯、中間柱、H 型鋼、橡膠止水帶等材料，均由被上訴人負責提供，且該等材料價值高達數千萬元，因此就其工作內容及財產權之移轉而言，並非屬單純之動產買賣，亦非因日常頻繁交易而生之單純承攬報酬或商品代價請求權，與一般單純之承攬有間，此類買賣

中時效規定之爭議。最後，亦有判決依契約當事人約定之內容，而認定個案中之工程契約僅屬單純之承攬契約⁵¹。

(二)學說見解

針對製造物供給契約之性質，學說上有認為⁵²應以製造物之所有權究由定作人或承攬人原始取得加以區分，如由定作人取得者，則屬承攬，如須由承攬人原始取得後再移轉所有權於定作人者，則屬買賣與承攬之混合契約，應類推適用個別之規定。另有主張⁵³製作物供給契約之性質，應以供給材料是否於報酬之內另行計價而定，如其材料供給費用包含於承攬報酬之內而未另行約定計價者，宜認其為單純之承攬；反之，材料供給於報酬之外，約定另行計價支付者，則具有買賣性質而應認定其為混合契約。此外，學者⁵⁴有採區分已完成之製作物是否為代替物以決定製造

與承攬混合契約之價金與報酬請求權以及債務不履行損害賠償請求權，應適用民法第一百二十五條規定十五年消滅時效期間，而無民法第一百二十七條第七款二年短期消滅時效、第五百十四條第二項一年短期消滅時效期間規定之適用。被上訴人該等請求權消滅時效期間，應適用民法第一百二十五條規定為十五年，其於九十三年九月二十七日提起本訴，並未罹於時效。」；最高法院 94 年度台上字第 1348 號判決：「按民法第一百二十七條第七款規定技師、承攬人之報酬及其墊款，第八款規定商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價，其請求權，因二年間不行使而消滅，係因此類勞務報酬或商品代價請求權，多發生於日常頻繁之交易，宜速履行，故賦予較短之時效期間，以促從速確定。...而系爭合約之性質，依其內容，屬承攬與買賣之混合契約，合約價格包括被上訴人交貨、安裝及加工之費用等情，乃原審依職權解釋契約所確定之事實。是系爭合約價格，應兼具買賣價金及承攬報酬之性質，原審因被上訴人係請求給付調整之合約價格，而認其請求係兼具買賣與承攬性質之請求權，自無不合。系爭請求權既非因日常頻繁交易而生之單純承攬報酬或商品代價請求權，自無民法第一百二十七條第七款、第八款短期時效規定之適用。」

⁵¹ 最高法院 97 年度台上字第 2181 號判決：「按稱承攬者，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。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。民法第四百九十條定有明文。換言之，契約約定由承攬人供給材料之情形，如未就材料之內容及其計價之方式為具體約定，自應推定該材料之價額為報酬之一部，除有反證外，難認當事人之意思重在工作物財產權之移轉，而可謂係買賣與承攬之混合契約，進而認不適用民法第一百二十七條第七款之短期時效規定。本件兩造間之系爭工程合約中，僅就工程之期限、總價、規格、配合、監督、保管、變更、驗收、保固，及施工安全衛生管理、場地清理、禁止轉讓他人承包等事項為約定，其付款辦法亦約定按上訴人每月完成之工程數量，逐期計價給付工程款等情，為原審合法認定之事實，均與材料內容及計價無涉，揆諸上開說明，自難認系爭工程合約非單純承攬契約，而得調屬承攬與買賣之混合契約。」；臺灣高等法院 98 年度重上字第 608 號判決：「...系爭工程所簽訂之契約，不論就其形式或實質內容觀之，均屬單純之承攬契約，並非具有承攬與買賣混合契約性質之「不動產買賣承攬」之「工作物供給契約」或「不動產製造物供給契約」，此觀諸雙全公司與上訴人於 86 年 11 月 5 日就系爭工程所簽訂之系爭工程契約第 3 條有關合約總價約定工程結算總價按照實際驗收數量計算之，及第 21 條付款辦法第 3 項約定工程款經縣府核發後每十五日乙方應以書面申請，經甲方核實給付該期完成之工程款百分之九十，其餘俟全部工程完工並經正式驗收合格後一次付清等情自明，有雙全公司與上訴人於 86 年 11 月 5 日就系爭工程所簽訂之契約影本在卷可稽，顯見系爭工程契約意旨在於雙全公司為上訴人完成一定之工作，並由上訴人依工作完成程度比例給付報酬，係單純之承攬契約。」

⁵² 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 305。

⁵³ 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 48-49。

⁵⁴ 換言之，該學者認為製造物供給契約係屬買賣與承攬之混合契約，而可類推適用相關之規定。詳請參閱劉春堂，民法債編各論(中)，自版，2004 年 3 月初版，頁 29-30。

物供給契約之性質者，亦即如該完成之製造物為代替物，則類型上較近似買賣，惟因當事人有完成工作之合意，故兼含有承攬之要素；反之，如該完成之製造物為不代替物時，則類型上較接近承攬，惟因其既屬有償契約，則在性質許可範圍內亦得類推適用買賣之規定。再者，有學者⁵⁵認為我國民法並無如德國民法 651 條之規定⁵⁶，是以，不宜如同德國法之規定以代替物或不代替物作為區分，而本於契約定性當以無害當事人利益狀況之原則，於解釋我國民法有關製作物供給契約之性質時，應認為係買賣及承攬之混合契約，分別依其情形適用買賣或承攬之相關規定。

(三) 本文見解

關於承攬人連工帶料施作之工程契約，我國多數見解不論工程契約之標的為動產或不動產，皆稱之為製造物(或工作物)供給契約，惟此與德國民法第 651 條規定非以材料之提供者為斷，而明文依製造物供給契約施作之客體是否為動產或可代替物之加工、製造去區分其應適用之法律規定，有所不同⁵⁷，再加上我國並無類似德國民法第 651 條之規定，是以如欲探究比較法上之差異，仍應釐清不同法制下對於製造物供給契約之定義或規範對象為何，始可避免不同規範在解釋適用上可能發生扞格之情形，合先敘明。

在我國法下，對於一般所謂製造物供給契約之定性，由於承攬人除負責完成約定工作外，更須提供施作所需之材料，因此討論上通常著重於買賣與承攬契約要素之判斷。買賣及承攬皆為有

⁵⁵ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 584-586。

⁵⁶ 德國民法第 651 條：「Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.」；德國民法第 651 條係針對工作物供給契約(Werklieferungsvertrag)之規範，依該條規定，工作物供給契約係針對動產，特別是可代替物之製造、生產與供給之契約，其原則上適用買賣法之規定。值得注意者係工作物供給契約並不取決於其所需材料究由何方當事人所提供，因此即便是由定作人提供布料使承攬人縫製西裝，仍可能成立工作物供給契約。而當所定作之動產為不可代替物時，此時承攬契約之相關規定亦有適用。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 693 u. 695.

⁵⁷ 德國學者一般認為，工程契約通常與成為土地重要成分之不動產或建築物的建造、修繕有關，性質上應屬於承攬契約，而製造物供給契約主要涉及動產之製造與交付，由於此類契約亦重視完成工作物後所有權之移轉，故買賣法之規定應優先適用，而此對於至少部分不存在之自由終止權利、欠缺依照德國民法第 648 條 a 的擔保可能性或約定適用 VOB/B 條款亦不能免除一般交易條款管制法所定之內容規制等事項而言，有其區分法律適用之重要性。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 695.; Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB I, 2008, 4. Aufl., 3.1 Der Bauvertrag als Werkvertrag, Rdn. 396 ff.

償契約，當事人之一方負有金錢給付義務，惟二者之對待給付內容則有不同，亦即買賣契約重在財產權之取得，是以物之出賣人負有交付標的物與移轉所有權之義務；而承攬契約則重在工作之完成，故承攬人僅負有完成工作之義務。換言之，買賣契約屬於財產權終局移轉之契約族群，而承攬契約則屬於勞務給付類型之契約⁵⁸，由於當事人於各該契約中所重視之內容有所不同，故此亦影響買賣契約與承攬契約中當事人權利義務之安排及風險之分配，關於具有施工專業能力之承攬人應承擔工作發生瑕疵之風險並負有修補瑕疵之義務，即為此二類契約規範有所出入之適例。而本文認為，由於契約之定性涉及雙方當事人之權利義務關係，不論是在法律適用上、契約解釋上、民法體例上、消滅時效之適用上、瑕疵擔保責任之承擔⁵⁹及工作物所有權歸屬之判斷上皆有其實益，是以契約之法律性質仍以衡酌契約本身之意義、目的及當事人之利益狀況等作綜合判斷為宜⁶⁰。

就此，現今之工程實務，多數情況是由承攬人自行提供材料並建築施作，雙方則將材料價額一併計算於契約報酬內，此乃因承攬人基於其承攬之專業以及對上下游供應廠商之熟稔等，通常較能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之品質，特別是材料是否足以完成契約約定之工作，承攬人亦具有判斷能力⁶¹。關於承攬人連工帶料之工程契約，一般而言，當事人履行該類契約所重視者仍主要在於約定工作之完成，雖契約內容亦包含承攬人應將完成之工作交付予定作人，然此通常並非當事人締結工程契約之主要目的或有意使之成為契約要素，是以交付或移轉承攬工作物應非契約之主要義務，而較偏向契約之從義務，故對於此類工程契約之性質，原則上應可認定其為承攬契約⁶²。如此在工程標的發生瑕疵時，即可適用承攬之

⁵⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 693.;陳自強，契約之內容與消滅，民法講義Ⅱ，學林，2004年9月一版再刷，頁222-223。

⁵⁹ 比較有關買賣與承攬對瑕疵擔保之規定可知，兩者雖令出賣人與承攬人均負有瑕疵擔保責任，惟由於承攬人通常具有修補瑕疵之能力，且優先修補瑕疵較減少報酬或解約更能符合定作人之利益，故承攬章節規定承攬人需負瑕疵修補之義務，且非承攬人逾期、拒絕修補瑕疵或瑕疵不能修補之情形，定作人不得直接請求減少報酬或解約。反之，因出賣人並無修補瑕疵之能力，故如買賣標的物具有瑕疵，出賣人所負之瑕疵擔保責任，即為減少價金、解約或另行交付無瑕疵之物，買受人並無請求出賣人修補瑕疵之權利。此外，買賣與承攬就瑕疵擔保法定期間之規定亦有所不同，承攬針對瑕疵之發現期間，原則上規定為自工作物交付時起一年，但如為建築物等工作物，因此等工作物之瑕疵通常不易發現，故期間可延長為五年，甚至最長到十年，並於發現後尚有一年權利行使期間之限制。相較於承攬，買賣則統一規定為通知後六個月間不行使或自物之交付時起經過五年而消滅，並無因買賣標的物之不同，而訂有不同之法定期間。

⁶⁰ 楊淑文，預售屋交易契約之法律性質及其相關問題之研究，新型契約與消費者保護法，元照，2006年4月二版，頁43-44。

⁶¹ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004年10月初版第3刷，頁579。

⁶² 陳自強，契約之內容與消滅，民法講義Ⅱ，學林，2004年9月一版再刷，頁235。

瑕疵擔保責任及較長之時效規定，此不僅有利於當事人之利益狀態，亦符合雙方當事人締約之目的。惟相對地，當承攬人基於其工程專業選擇適宜施作之材料，而定作人未能對材料內容加以置喙時，此時材料發生瑕疵等風險即應由承攬人自行承擔。

此外，倘若基於契約之約定，當事人就材料對價之給付係獨立於承攬報酬或相對於工作之完成，契約中特別強調工作物之交付或所有權移轉之重要性時，則當事人間之法律關係亦兼具買賣契約此種以財產權終局移轉為主要目的之契約特質，是以仍有依民法第 347 條準用或類推適用買賣章節相關規定之可能性⁶³。⁶⁴

貳、有償、雙務契約

契約以各當事人是否因給付而取得對價為標準，可分為有償契約及無償契約。雙方當事人各因給付而取得對待給付者，為有償契約，屬此類契約之典型者如買賣、承攬、租賃等；若僅一方當事人為給付，且其未取得對待給付者，則為無償契約，典型者如贈與、使用借貸。有償契約與無償契約間區別之實益，主要有四：一、限制行為能力人意思表示效力之判斷，及個案中是否得適用民法第 77 條但書之規定；二、撤銷權行使之要件寬嚴不一；三、得否準用買賣之規定⁶⁵；四、注意義務程度不同，一般而言，無償契約之債權人所受之保護較有償契約為弱⁶⁶。

此外，契約依其作用可分為僅一方當事人負擔給付義務之一方負擔契約，典型者如贈與、保證契約；及雙方當事人互負義務之雙方負擔契約，而後者又可依雙方當事人是否居於給付與對待給付之對價關係⁶⁷，再區分為雙務契約及不完全雙務契約，前者典型之契約如買賣、租賃、承攬、和解等；後者則以無償委任、無償寄託為例，即雙方雖各負有債

⁶³ 陳自強，契約之內容與消滅，民法講義 II，學林，2004 年 9 月一版再刷，頁 230-231。

⁶⁴ 當事人對於材料價額另外約定報酬之情形，似較近似於材料之買賣，惟此並無礙於該工程契約重視承攬人為定作人專門完成一定工作之本質，況且工程契約之標的多為土地上不動產之新建或修繕，同時承攬人之給付內容多受業主之需求或計畫所限制，故在工程之施作部分，應仍主要適用承攬章節之規範，本文認為如此之定性及法律適用較不迂迴。至於契約之內容如有涉及買賣性質之部分，則仍可在性質許可範圍內依民法第 347 條準用或類推適用買賣章節之規定。而關於工作物所有權歸屬乃涉及契約約定及物權法(尤其是添附等相關規定)之適用，非本文此處論述之重點，茲不另予說明。

⁶⁵ 民法第 347 條：「本節規定，於買賣契約以外之有償契約準用之。但為其契約性質所不許者，不在此限。」。

⁶⁶ 詳細說明請參閱王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 153-154；姚志明，契約法總論，元照，2011 年 9 月初版，頁 35-36。

⁶⁷ 所謂對價關係之債務，乃指契約雙方當事人所負之債務，兩足相償，彼此互為對價。不過此處所指之兩足相償者，並非指雙方當事人互負之債務，具有客觀上之同一價值，而是只要雙方當事人所為給付於主觀上各認為對方之給付足為自己給付之對價即為已足。

務，但其債務並不居於給付與對待給付之交換關係⁶⁸。

雙務契約之特色表現在給付與對待給付之牽連關係，傳統上，牽連關係分可細為發生上、功能上與回復原狀關係上之牽連關係⁶⁹。申言之，於雙務契約成立時，主給付義務之發生具牽連性，如一方之債務因不能(如交付訂約前已焚毀之房屋之債務)、不法而不成立者，則他方之對價債務(如房屋價金債務)亦不成立⁷⁰。雙務契約有效成立後則產生功能上之牽連性，此又表現在二方面，即一、履行上的牽連性：係指雙務契約在請求權行使方面亦具有給付與對待給付之牽連關係，其具體表現在民法第 264 條之同時履行抗辯權規定上，即雙務契約之一方當事人可透過同時履行抗辯權，確保自己債權之實現，同時也能迫使他方履行債務；及二、存續上的牽連性：此乃涉及如契約一方因不可歸責於己之事由致給付不能時，其給付義務不再存續，但因給付與對待給付存續上具依存性，故對待給付亦同其命運，其具體表現在民法第 225 條以下債務不履行及第 266、267 條危險負擔之規定。最後，若基於當事人意思行使約定或法定解除權，而使契約關係回復到契約生效時的原點，則牽連性作用亦應延續到回復原狀關係上，此主要表現在契約解除的回復原狀關係與雙務契約不當得利返還之請求上。

綜合上述分析，工程契約之法律性質一般被認定屬承攬契約，而民法第 490 條對於承攬契約之定義為：「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」；此外，關於承攬報酬，民法第 491 條第 1 項亦規定：「如依情形，非受報酬，即不為完成其工作者，視為允與報酬」。由此可推論，在工程契約中，定作人應支付之報酬為工程全部或一部完成相應之對價，亦即主觀上雙方當事人所為之給付與對待給付互為依存，互為因果而具對價性，倘契約能順利履行，雙方當事人均可各自滿足締約需求並享受履約利益，因此工程契約應具備有償、雙務契約之特性⁷¹，而有民法第 264 條同時履行抗辯權及第 266 條以下危險負擔等規定之適用。此外，探討承攬或工程

⁶⁸ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 160-161。值得注意者係，常與有償契約混淆之概念為雙務契約。雖然就理論上而言，雙務契約與有償契約、單務契約與無償契約，應相一致，然在觀念上，有償契約較雙務契約之範疇更為廣泛，有償契約未必均為雙務契約，但此種例外情形極為少見，實務上亦不重要。此外，負負擔之贈與契約，雖雙方當事人均負擔給付義務，然雙方所負給付不具對價關係，蓋此時負擔僅屬贈與契約之附款，須受贈人受領贈與物後方有履行負擔之義務，因而仍應屬於單務、無償契約。詳細說明請參閱姚志明，契約法總論，元照，2011 年 9 月初版，頁 35；陳自強，契約之內容與消滅，民法講義 II，學林，2004 年 9 月一版再刷，頁 36-41。

⁶⁹ 陳自強，雙務契約不當得利返還之請求，政大法學評論第 54 期，1995 年 12 月，頁 221 以下。

⁷⁰ 鄭玉波，民法債編總論，三民，2002 年 6 月修訂二版一刷，頁 450。

⁷¹ 姚志明，公共營建工程契約之成立—以營建工程之招標、決標為中心，月旦法學雜誌第 181 期，2010 年 6 月，頁 214；林發立，工程合約實務問題泛論(四)—工程合約之定義、在我國法律上之定性、種類及特性，萬國法律第 81 期，1995 年 6 月，頁 15。

契約是否為有償、雙務契約之實益亦在於，倘若契約之對價關係基於各種因素而被干擾或破壞時，即有透過當事人於契約中預先擬定之約款或法律規定之風險分配、情事變更原則等機制進行調整之必要。

參、長期關係性契約

工程契約，因其具有承攬契約要素之性質，故其究屬一時性契約或繼續性契約，於實務⁷²及學說上亦素有爭論。按法律對一時性契約及繼續性契約並未明確定義，其類型特徵在一時性契約，係指總給付內容自始確定，而契約之內容因一次給付即可實現；繼續性契約則指契約之內容非一次之給付可完結，而是繼續的實現，時間因素在債之履行上居於重要之地位，債之內容隨著時間的經過而增加⁷³。換言之，繼續性契約之當事人依約不斷地履行其債務，但其債務不會立即消滅，而仍繼續存在至約定期限屆滿或契約終止時。

由此可推知，學說上認定繼續性契約與一時性契約之分野，似在於「給付內容是否繫於時間長短而定」，學者即有認為承攬契約雖具長時間履行之特性，惟其總給付內容並未繫於給付時間之長度，是以，承攬契約應屬非繼續性契約⁷⁴。惟另有論者認為繼續性契約與一時性契約區

⁷² 最高法院 99 年度台上字第 818 號判決：「按法律行為之撤銷與解除契約不同，前者係指該行為有法定撤銷之原因事實存在，經撤銷權人行使撤銷權而使該法律行為溯及歸於無效；後者則係契約當事人依雙方之合意訂立契約，使原屬有效之契約歸於消滅；而終止契約，僅使契約自終止之時起向將來消滅，並無溯及效力，當事人原已依約行使、履行之權利義務不受影響。次按承攬之性質，除勞務之給付外，另有完成一定工作之要件。工作之完成可能價值不菲，或須承攬人之特殊技術、耗費勞力與鉅額資金始能完成。是繼續性質之承攬契約，一經承攬人履行，若解除契約使其自始歸於消滅，將使法律關係趨於複雜，故僅得終止契約，使契約嗣後失其效力，始符公平原則。」；臺灣高等法院 96 年度建上字第 69 號判決：「雙方依承攬契約所負之主給付義務，就同一期工作而言，承攬人有先為工作之義務，定作給付報酬之義務在後，而無同時履行抗辯可言；惟就承攬契約係單一之雙務契約，分期工作為整體工作之一部分，每期估驗款亦係承攬總價之一部分，則工作與承攬總價間存有對價關係，就此觀察此種約定分期給付之承攬契約無異具有繼續性質，是當定作人未依約定給付前期之估驗款時，承攬人得拒絕後期之施工，而得主張同時履行抗辯權，否則當定作人無端延宕或不為給付前期估驗款，若仍要求承攬人先行施作後期工作，使之承擔沉重資金壓力，將無足達到兩造最初合意約定承攬人得分期請求給付報酬、避免資金壓力之旨趣。」。

值得注意者係，實務上對於工程承攬契約之性質，多數乃肯定其為繼續性契約，主要爭議反而在於該契約中，當事人為消滅契約效力，其所得行使者究為終止權或解除權之討論，如最高法院 96 年度台上字第 153 號判決：「契約之終止，乃繼續性契約之當事人一方，因他方之契約不履行而行使終止權，使繼續性之契約關係向將來消滅之意思表示，而就契約之終止權，民法並無一般原則性之規定，必須法律有特別明文規定時，始得據以行使。查承攬之性質除勞務之給付外，另有完成一定工作之要件。而工作之完成可能價值不菲，或須承攬人之特殊技術始能完成，如許承攬人終止契約，不僅未完成之工作對定作人無實益，將造成定作人之重大損害或可能造成工作無法另由第三人接續完成之不利後果，故民法第五百零七條規定承攬人僅得行使解除權。」。

⁷³ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 144-146。

⁷⁴ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 145。對於工程契約性質之認定採類似見解者，可參閱蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 10。

別實益主要有四：即繼續性契約發生不成立、無效、得撤銷等情形，應限制其溯及之效力；繼續性契約之債務不履行，適用終止之規定；繼續性契約之同時履行抗辯具有特殊性；繼續性契約由於履行期長，發生情事變更之可能性較高。而該論者主張，上述區別實益皆與繼續性契約須長期履約之特性有關，而與其總給付內容是否繫於應為給付時間之長度無關，故單就工程契約施作之過程常須經歷一段不算短之工期觀之，將工程契約定性為一繼續性契約應屬妥適⁷⁵。

針對此爭議，德國學者⁷⁶有認為承攬契約是否為繼續性契約，必須視當事人在承攬關係中所約定之工作內容，在時間上是否具有繼續性而定，如當事人所約定者，僅是以完成之工作交換承攬報酬，則承攬人為該工作之完成在一段期間從事於約定之活動，僅具有為該工作之完成進行準備工作的意義。換言之，一個契約不因其履行之準備必須持續一段期間，便可論為繼續性契約，必須其履行之本身繼續一段期間，始可論為繼續性契約。前者例如為定作人完成約定之雕像(一時性契約)，後者例如建築師為定作人設計或監造特定建築物之興建工作(繼續性契約)。

就此，本文認為，無論是承攬契約或工程契約，二者皆屬勞務契約之類型，主要以承包商提供勞務給付並完成一定之工作為其內涵，而為達到契約訂立之目的，其勞務之給付通常需要一段時間始克完成，此即勞務之債的繼續性⁷⁷。相較於一般勞務契約(如僱傭、委任)，工程契約之工期動輒一年，甚至長達數年，其長時間履約之特性更形顯著。此外，雖承攬契約具有長時間債務關係之特性，但因其內容通常為自始確定之一定工作物之完成，給付內容較不隨時間而更易，亦非係反覆之給付，故或可認定係一時性契約；惟工程契約法律關係之特殊性及複雜性並非一般承攬契約可比擬，且履行工程契約所必要之給付往往在工作進行中始形確立，諸如因新的技術知識或者因額外的行政負擔所生者，是故，當事人間權利義務的詳細內容需要漸次確定，在有些狀況下，甚至需要對於某些問題進行重新磋商，例如涉及契約變更、改變工作範圍等事宜。故如一概以工程契約之本質為承攬契約，而認定其給付內容自始即確定，性質上非屬長期關係性契約，似嫌速斷。

值得注意者係，契約之終止固為具長期履約性契約或繼續性契約之重要特性，但並非一時性契約即必無適用終止規定之需要⁷⁸。蓋「終止」

⁷⁵ 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月，頁 23-24。

⁷⁶ Gernhuber, Das Schuldverhältnis, 1989, S. 382 f.轉引自黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 541。

⁷⁷ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 2。

⁷⁸ 法院實務有採類似看法者，如最高法院 95 年度台上字第 1731 號判決：「繼續性之契約已開始履行者，由於無須因嗣後之債務不履行情事，使其溯及的消滅契約關係，致增法律關係之複雜性，原則上固應以「終止」之方法消滅其契約關係，惟究不得執此即謂凡已履行之繼續性契約，均無容當事人行使法定或意定解除權之餘地，此觀民法第五百零二條第二項、第五百零三條、第五百

與「解除」之概念，本係依照契約關係解消後雙方當事人間權利義務之清算複雜度與困難程度而為區分，惟不少見解卻常倒果為因，將終止與解除認定為決定繼續性契約與否之前提要件。換言之，繼續性契約與終止契約間及一時性契約與解除契約間並不具必然之關係，只要具備長時間履行性之特性之契約，多會牽涉到清算之複雜與困難性，因此即有必要採用終止以簡化當事人間之清算關係⁷⁹。是以，德國法下承攬契約之解消，多明文規定以終止權之行使為主，反觀我國承攬規定卻多以解除為主，徒增當事人間事後清算的困難程度，實有再為審慎思考之必要⁸⁰。

肆、小結

綜合上述，雖工程契約究屬典型之承攬契約或非典型契約，如買賣或承攬之混合契約，在學說及實務上仍有爭議，惟本文仍認為基於工程契約中當事人之約定及審酌雙方之利益狀態，多數工程契約仍著重於約定工作之完成及報酬對價之支付，此實乃承攬契約最重要之要素，是以將工程契約之法律性質認定屬承攬契約，尚無不妥，惟當事人交易中如附有買賣性質之約定者，則仍有透過民法第 347 條準用買賣相關規定之可能。其次，自工程契約之內容觀之，承包商負有完成工作而業主則負有給付報酬之義務，二者間具有對價性，可認為工程契約屬有償、雙務契約，因此一方當事人如無故不履行或遲延履行義務，他方當事人即可行使民法第 264 條之同時履行抗辯權，以保障自身權益。再者，由於工程契約之履行期甚長，且通常其給付內容會隨時間經過而有所調整，故似應認為其性質屬於長期關係性契約為妥，而如涉及契約效力之解消，則應視個案中之法律關係是否係複雜而難以回復，以決定當事人應主張終止權或解除權。

此外，工程契約最主要之內容，多數涉及不動產的承攬，例如建築物或其他工作物之新建、修繕或改良等，其所衍生之法律問題亦為承攬案例中最為棘手者，蓋工程契約之標的金額龐大，工作完成又非一蹴可幾，營造期間經年累月，所衍生之風險亦與傳統承攬契約有別，例如工作未完成前，可能發生承攬人倒閉、砂石水泥價格飆漲等偶發狀況，使

零六條、第五百零七條之規定自明。」。

⁷⁹ 工程契約係一長期關係性契約，學者有從經濟觀點指出，在此種長期性契約下，實隱含當事人間將面臨不斷變更的風險及利益狀態，特別涉及特定性投資之情形，將使得他方有拿翹之空間。故考量長期性契約之解除可能耗費更多交易成本，及在具特定性投資性質之工程契約中賦予承攬人終止權以對抗定作人之必要，實應認為我國法院堅守工程契約為承攬性質，進而依法條規定否定承攬人享有終止權之見解，在任意法規適用上過於形式與僵化，並且不符合當事人於新型契約中合理之利益考量。詳請參閱王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 161-165。

⁸⁰ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 540-542；王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 161。

工程之施作對承包商無利可圖，工作即使完成亦可能對業主毫無意義；而工作完成後，關於工作是否有瑕疵、保固、修繕乃至重新施工之爭執，亦甚為常見。換言之，工程契約隨著當事人之約定，不僅工作內容千變萬化，具體工作項目有時更因諸多因素而有待修正或補充，影響工程施作與工程完成之變因，可謂不勝枚舉。承包商對工程之進行固然需具備專業技術與能力，惟業主亦需密切配合，畢竟工程進行中，若干工程之實際施作，常須待定作人積極配合(如提供詳盡的設計圖說、協調關聯廠商)，方能順利完成。如僅以傳統債各典型契約規範，如承攬章節之規定，而欲處理現代大型、新興、專業度極高之工程爭議，而不同時認知工程所牽涉之專業與行為規範，則對於工程牽涉之風險，通常亦無法精確掌握，並且恐無法提出公平分配風險之機制，此實值在審思工程相關爭議時，予以特別注意者⁸¹。

第二節 工程契約之風險分配

第一項 概說

風險，關於其定義，有認為⁸²係指發生預料之外變化之情況；有認為⁸³所有可能發生損失或增加成本之情況皆為風險；亦有主張⁸⁴風險應為特定危險事件發生的機率與其發生時所造成影響程度之結合。綜合言之，風險之概念似可以下列公式作理解：「風險=危險度 x 機率」⁸⁵，意即風險常與不確定性劃上等號，是指在未來一段期間內，由於當事人主觀上之預期與客觀上實際發生之情況可能產生落差，而此種落差可能造成人們的損失或獲利⁸⁶，換言之，情況是否發生及所生的結果皆為不確定，此即風險之所在。

⁸¹ 申言之，相較於典型承攬契約，營建工程契約之標的、金額、風險等多與之不同，乃至因應工程實務之需要而創設不少新型態之權利義務關係，此有時非為承攬章節現有規定可完全規範者，更遑論如工程契約出現契約漏洞時，如僅依照法院之定性並適用該定性下之任意規定，是否即可完全填補當事人意思不足之處，實有疑問。換言之，雖本文認定一般營建工程契約之法律性質應屬承攬，惟本文並不認為承攬章節之規定即可完全無缺漏的適用於各類工程爭議中，亦即定性僅為過程，尚不能得出最適切之法律適用結果。倘若涉及契約漏洞等問題時，除有賴於承攬任意規定之補充外，更不應忽略工程契約中當事人之約定及其特性，而透過契約補充解釋之方法予以填補，以免形式審查並適用任意規定之結果反而違反契約之目的。此類問題在本文後述對於定作人協力義務內容及其違反效果之討論中將重覆提及。關於契約定性、契約漏洞與任意規定檢討之詳細說明，可參閱王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 135 以下。

⁸² 葉英惠，合約的風險管理，中鼎月刊第 249 期，2000 年 4 月，頁 9。

⁸³ 黃紋綦，工程契約風險之研究—以公共工程為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 44。

⁸⁴ 蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 11。

⁸⁵ 鄧勝軒，淺論公共工程契約風險的公平合理分擔，營建管理季刊第 70 期，2006 年，頁 71。

⁸⁶ 謝哲勝，李金松合著，工程契約理論與實務(上)，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 84。

營建工程係一特殊之經濟活動，天候狀況、地理環境、政治因素、經濟狀況、社會風俗文化等皆會影響營建工程之進行⁸⁷。此外，工程契約之履行每需較長之施作期間，且施作客體具有多樣性之形貌，標的金額龐大，其間法律關係之涉外性乃至於當事人間權利義務關係之複雜性皆非一般契約可比擬，抑有進者，工程契約約定工作之結果或完成，本身即具有難以精確估算其成本、費用及時程之特性⁸⁸，因此工程契約本質即存在相當大的風險。而這些風險可能存在於工程發包前，也可能產生於施工過程中，甚至存在於工程驗收後。茲將工程中常見之風險及其來源簡要說明如下⁸⁹：

一、外在影響因素：

- (一)自然風險：指由天災或地理位置所造成之阻礙，例如地震、颱風、暴雨、火山爆發、海嘯、不確定之地下狀況等。
- (二)政治風險：指因政治方面的各種事件或原因所導致之風險，例如政局不穩、對外關係反常、強烈的排外情緒、國際信譽差、權力部門腐敗、經常發生內亂或暴動等。
- (三)經濟風險：肇因於一國經濟環境之各種變化所衍生之風險，此種經濟層面之因素亦常攸關承包商之獲利能力，例如經濟結構不合理、國家負債高、物價高漲、通貨膨脹、國際市場價格競爭力弱等。
- (四)社會風險：營建工程所處之社會環境，不免受到施工當地之風俗習慣、宗教信仰、社會治安乃至環保意識高漲等因素之影響，而可能對施工產生阻礙，例如民眾抗爭、公害污染等。

二、內在管理因素：

內在管理因素係指經營管理過程中，因人為決策或判斷失誤，或對事務之處理欠妥所造成之風險。此在設計規劃階段，可能產生之風險有設計方法錯誤、圖說或規範不易理解、財務規劃錯誤等；在施工階段則可能因施工中的人為疏失而產生人身或財產損害之風險，另外勞資糾紛、業主變更設計、違建拆除或管線遷移等要求亦常在施工階段對承包商產生額外之負擔。

由上述整理可知，工程契約之雙方當事人皆承擔許多風險，而任何風險皆可能導致當事人無法依照原契約內容履行契約，進而衍生額外之成本及費用等損失，此時乃有必要進行營建工程風險管理，意即透過對工程契

⁸⁷ 鄧勝軒，淺論公共工程契約風險的公平合理分擔，營建管理季刊第 70 期，2006 年，頁 71。

⁸⁸ 楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會，頁 1。

⁸⁹ 整理自謝哲勝，李金松合著，工程契約理論與實務(上)，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 86-92；關於風險來源之介紹，亦可參閱鄧勝軒，淺論公共工程契約風險的公平合理分擔，營建管理季刊第 70 期，2006 年，頁 72。

約中風險之確認、加以辨識並判斷其發生之可能性、損害之程度後，採取最適當之因應措施，以降低風險所可能產生之危害。常見之風險處置方法包含迴避風險(採用不受天候影響之施工方法)、控制風險損失(例如加強員工安全訓練)及轉移風險(例如投保營建綜合保險)等。此外，風險分配亦為風險管理方法之一種⁹⁰，主要係探究對於可能造成損失或不利益之風險，應責由誰承擔之問題，而透過風險之公平合理分配，可使契約之雙方對於應承擔之風險有所預見，進而影響彼此間權利義務關係之約定，避免爭議發生，使工程得以順利進行。換言之，風險分配可透過契約雙方以約定之方式，決定由何方承擔風險；然倘若契約未為約定時，則應回歸法律規定以探究何方承擔特定風險最為合適。

工程契約之風險應如何分配最為合理，向來是學術及實務界最關注之議題，一般認同之 Abrahamson 法則指出風險應由具備以下條件之契約一方承擔：一、風險由掌控風險之一方承擔；二、風險由移轉風險最為經濟之一方承擔；三、風險由風險受控制後，獲益較多之一方承擔；四、風險由直接承擔風險損失，且該損失不宜或無法移轉予他方之一方負擔⁹¹。惟我國目前營建工程實屬買方(定作人)強勢導向市場，除了契約之約定多偏袒業主利益外，由於業主具有較優勢之談判地位，其常以背於上述優勢風險承擔人原則、政府採購法或民法規定之定型化契約條款，將原應由其承擔之風險，預先以不合理之條款轉嫁風險予承包商，對承包商而言極不公平。而該不合理之風險分配亦在實務上衍生諸多索賠爭議，使當事人耗費莫大之時間及金錢於紛爭解決程序，是以此種偏頗之風險分配，實為履約爭議層出不窮的主因。

由於現代科學不斷進步，新的施工機械設備、材料及施工方法不斷推陳出新，且營建規模日益龐大及複雜化，使得營建工程風險日趨提升。故如何藉有效的風險管理方法免除或降低風險，已成為當前重要的營建工程

⁹⁰ 風險管理一般可包含風險認定、風險評估、風險避免、風險降低、風險分配及風險分散(如保險)等眾多下位概念。

⁹¹ 謝定亞，公共工程契約風險分配之兩難—以經濟效率分析為核心，土木水利第 36 期卷 3，2009 年 6 月，頁 64。亦有類似看法指出，工程契約風險分擔原則應本於由具有控制該項風險發生及負擔後果之能力者，承擔該項風險，此乃法律經濟分析理論之概念。而將法律之經濟分析運用於不確定性之風險情形下，決定如何將風險可能產生的成本，由能以最小成本預防風險、控制風險及最能創造極大化的人承擔，此一有效率的風險承擔人，即稱為優勢風險承擔人。進而透過法律經濟分析理論及優勢風險承擔人理論所發展出之風險分擔原則如下：一、將風險分擔給最有能力掌控風險者；二、將風險分擔給有經驗或有能力預見風險者；三、將風險分擔給能以有效率的方式處置風險者；四、將風險分擔給經濟能力上最能承擔風險後果者；五、將風險分擔給工程專案中具有主導工程進行之權力者。詳請參閱鄧勝軒，淺論公共工程契約風險的公平合理分擔，營建管理季刊第 70 期，2006 年，頁 73。此種分配風險之原則特別在不可歸責於雙方當事人之風險分配具有相當重要性，蓋此種風險並非由契約之一方所肇致，某程度較無涉於一方負擔責任以實現正義之概念，此時反而應從由何方當事人承擔該風險較有效率為著眼點，始能清楚且全盤掌握風險之分配。

課題⁹²。是本文以下乃分別就我國民法對於風險分配之相關規定作簡要說明，進而探討在法律預定之風險分配外，當事人透過契約計價及其他契約約定所作之風險分配，並予以對照分析，最後則對於外國法及其工程契約範本相關風險分配之規定予以簡介。

第二項 法律預定之風險分配

承攬契約係以一定工作之完成為給付報酬之條件，工作之完成和報酬給付間具對價性，在此種報酬後付之契約型態下，承攬人通常須擔負較高之風險，蓋當事人所重視者，並非一定勞務之提供，而是一定結果之發生；對於定作人而言，非取得承攬人所完成之一定工作，其締約目的及履行利益即不能完整實現。而在契約性質屬於承攬之工程契約中，不論是人為錯誤或是無法預期之不可抗力事件⁹³，都可能產生阻礙契約當事人順利履約之風險，此時究應由何方當事人承擔該不利益？

對此，契約當事人通常會藉由條款之擬定以安排雙方所應承擔之風險，本於私法自治、契約自由原則之精神，當事人依其合意所決定之權利義務關係，自應受其拘束，惟倘若當事人之約定偏頗或不盡合理時，此時即有適用法律規定，提供當事人談判商議的基礎，彌補當事人意思之不備，以降低交易不確定性之必要。而法律之任意規定雖得透過契約條款加以排除，然不得以契約條款所排除者為任意規定，即一概承認該約款之效力。因任何法規，不論係強行規定或任意規定，均為立法者在綜合比較，衡量當事人之利益，並為適當之調節後，所為之價值判斷。是項利益衡量及價值判斷，且為維持契約正義的具體表現⁹⁴。民法承攬之法律規定，乃立法者衡量當事人利益狀態後，決定當事人間權利義務關係之安排，其內含之風險分配概念即彰顯出立法者的價值判斷以及契約正義，因此，縱然其中風險分配規定之性質僅為任意規定，然若工程契約之約定違反此種預設之價值判斷致對契約一方顯失公平時，此時仍有調整約款效力之必要，並應回歸適用民法之基本規定。惟倘若法律未設有相關規定時，則應再視有無學說及工程實務發展出之習慣或法理，以為決定⁹⁵。

是本文以下將對民法規定之風險分配，作一簡要介紹。

⁹² 劉福標，營建工程風險管理與分擔之初探，營建管理季刊第 50 期，2002 年 3 月，頁 43。

⁹³ 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 9。

⁹⁴ 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)—消費者保護法專論，元照，2003 年 8 月初版，頁 63。

⁹⁵ 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 24。

壹、給付危險與對待給付危險

於適用法律規定以探討工程契約之風險分配時，首應注意危險負擔之規範，因為自本文上述整理可知，工程風險實涵蓋了可歸責於一方或雙方，甚至不可歸責於雙方之事由所致之情形。而本於自己負責原則，若係可歸責於一方之事由所致，應由該方承擔責任，自不待言；惟若係肇因於不可歸責雙方之事由，似無法依歸責原則分配該風險，故於民法上乃以危險負擔之概念加以描述⁹⁶之，此種衡量當事人利益狀態後對於契約上負擔及危險所作之合理分配，亦為契約正義的重要內涵⁹⁷。⁹⁸

所謂危險負擔，指在不可歸責於雙方當事人，而標的發生毀損、滅失或不能使用之情形，該給付之價值的危險應由誰負擔之問題⁹⁹。而危險係指對利益發生危害之狀態，又可分為物之危險及債權之危險，為債之標的之利益所生之危險，為債權之危險，反之則為物之危險。此外，債權之危險又可分為履行危險(給付危險)及對價危險(對待給付危險、報酬危險)¹⁰⁰，對此，常見的討論是，當個案中債權人陷於受領遲延時，是否發生危險移轉之問題。蓋債權人陷於受領遲延時，原則上並不能免除債務人之給付義務，惟在債權人遲延期間如出現了給付不能之情事，即有討論危險(尤其是報酬危險)¹⁰¹是否發生移轉之必要。以下乃分別觀察民法債總及債各章節中關於給付危險與對待給付危險之規定並予以分

⁹⁶ 申言之，危險負擔規定之探討只侷限於「不可歸責於雙方當事人」致給付不能之情形，蓋不可歸責雙方當事人事由，無法適用以過失責任主義為原則之債務不履行相關規範，因此乃有另設「危險負擔」之概念來解決此類問題之必要。

⁹⁷ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁81-82。

⁹⁸ 值得注意者係，危險負擔係從危險結果已發生之角度來描述損害如何分配的問題，風險分配則係從危險尚未發生但有可能發生之角度，事先預作安排，倘若危險發生時，則由風險承擔者承擔因危險發生所造成之損失。在雙務契約中所做之風險分配，主要係針對因不可歸責於雙方當事人之給付不能的對價危險所做之危險分配，故危險負擔制度亦屬風險分配之一環，風險分配乃係危險負擔之上位概念。詳請參閱黃茂榮，工程契約風險之研究-以公共工程為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁51-52；蕭偉松，論營造工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001年8月，頁17-18。在此，本文認為雖然民法關於危險負擔之規定，其概念上與本文探討工程契約風險分配之內容(尚涉及工程實際情況與契約約定不同之情事發生)仍略有出入，惟承本文前述，由於工程契約性質上亦屬雙務之承攬契約，故在實際案例處理上，當事人仍可能透過民法上之規定主張權利，且危險負擔之內涵既亦在處理不可歸責於雙方當事人所生之不利益應如何分配之問題，則瞭解危險負擔之規定對於工程契約風險分配之探討仍有其意義，是以本文以下乃簡略說明之。

⁹⁹ 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004年7月增訂版，頁234。

¹⁰⁰ 孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010年3月增訂版，頁812。

¹⁰¹ 關於危險負擔之移轉，通常係指價金危險移轉而言。茲以買賣為例，在出賣人就給付之可能，負擔保責任或就給付客體負擔取危險之情形，如出賣人因可歸責於己之事由而無法給付，應對買受人負債務不履行之賠償責任，惟買受人仍繼續負有對待給付之義務。亦即在約定出賣人負擔給付危險時，並無引起給付危險移轉之意義，買受人仍應為對待給付。反之，在價金危險移轉之情形下，承擔價金危險之買受人，縱因買賣標的物滅失而不能享有受領給付之利益，仍須負給付價金之義務，此時危險之移轉較能彰顯其作用。詳細說明請參閱黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004年7月增訂版，頁234-235。

析。

一、債權人未陷於受領遲延

(一)民法第 225 條、第 266 條

當給付因不可歸責於雙方當事人之原因而陷於不能時，依民法第 225 條第 1 規定，債務人免給付義務，而其相對人則依民法第 266 條第 1 項規定，免對待給付義務。觀其結果，債務人陷於給付不能時，法律對於當事人的權利做出了合理的調整，此時債權人不再享有對債務人之履行請求權，同時債務人之價金或報酬之債權亦不能被實現。此些債權不能實現之不利益，依上述二條文對於風險分配所作之重要基本規定，乃分別由其債權人承擔¹⁰²。此結果乃係基於雙務契約之特性，而表現在履行之牽連關係中，關於權利行使之調整上¹⁰³。

(二)民法第 508 條第 1 項前段

承攬契約為雙務契約，因此在承攬契約亦會產生給付危險及報酬危險承擔之問題。對此，民法第 508 條第 1 項前段規定：「工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人承擔，如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。」依其規定可知，承攬契約係以受領作為風險移轉之時點，於受領前，風險由承攬人承擔，論其實際可謂係重申債總第 225 條及第 266 條之規定，並針對承攬之特徵予以具體化。申言之，承攬人依承攬契約負有完成一定工作之義務，由於報酬請求權係隨驗收或工作完成始屆清償期，因此在工作交由定作人受領前發生毀損、滅失時，承攬人仍不得請求報酬，由此觀之，第 508 條第 1 項前段規定所指之危險主要實指報酬危險而言。

至於承攬人在工作物發生毀損或滅失時，是否因承擔給付危險而負有重作之義務？學者有認為¹⁰⁴，此應依交易習慣及當事人間之具體約定定之。其判斷關鍵乃在於依交易習慣及特約所認定之犧牲極限。只要在犧牲極限¹⁰⁵內，如重作非需費過鉅或不可期待

¹⁰² 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 234。

¹⁰³ 孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010 年 3 月增訂版，頁 812。

¹⁰⁴ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 603-608；楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 652。

¹⁰⁵ 犧牲界限(Opfergrenze)為自誠信原則導引出來之觀點，其認為債權人如超出誠信原則所定之犧牲極限，要求債務人履行債務時，等同苛刻行使權利，構成權利濫用。此概念與「經濟不能」之概念雷同，惟經濟不能雖擴大給付不能之適用範圍予以處理，但在法律效果上，只有免除雙方債務一途，不能視具體情況調整對價關係，同時隨著科技發展日新月異，傳統上認為不能之給付亦逐漸發展為可能，如一方之給付被認為可能但要求其履行仍夠成苛求時，此時經濟不能之概念即有其侷限性。是以在此種情形下，透過犧牲界限以調整當事人間之權利義務關係，似較為妥適。Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 540.國內文獻介紹可參閱黃茂榮，債法各論第一

時，承攬人即有再為給付以完成工作之義務，反之則否。而在工作由定作人受領後，此時不僅報酬危險因交付而移轉，且給付危險也將因債務已經履行而不存在。

此外，我國民法第 508 條所規定之情形，並未如德國民法第 644 條第 2 項¹⁰⁶為類似於我國民法第 374 條之規定，則定作人如有請求將標的物送交清償地以外之處所者，工作物之危險是否自承攬人交付其工作物於運送承攬人之時起，即由定作人負擔？此時似有類推適用民法第 374 條規定加以判斷之必要。

二、債權人陷於受領遲延

(一)民法第 267 條

民法第 267 條規定：「當事人之一方因可歸責於他方之事由致不能給付者，得請求對待給付。但其因免給付義務所得之利益，或應得之利益，均應由其所得請求之對待給付中扣除之。」在此種情形下，由於給付之不能是可歸責於一方所致，自應由該方承擔報酬風險。惟在債權人受領遲延之情況下發生給付不能，是否可認定此屬「因可歸責於債權人之事由致債務人不能給付」之情形？此問題是源自民法第 237 條之規定：「在債權人遲延中，債務人僅就故意或重大過失，負其責任。」，此條規定降低債務人對於債務履行所應負注意義務之程度，只有當債務人因故意或重大過失而陷於給付不能時，其方須依第 226 條第 1 項負損害賠償責任，亦即，債權人受領遲延並不免除債務人之給付義務。然當債務人因輕過失而陷於給付不能時，其依第 225 條第 1 項規定免其給付義務，而債權人此時是否得主張第 266 條規定而免其對待給付義務，或仍須依第 267 條之規定對債務人為對待給付？此乃涉及可歸責事由要件之認定。

一般而言，債權人陷於受領遲延並不以具故意或過失為要件，且債權人之受領遲延與標的物之毀損滅失間，亦難認為具有因果關係，因此債權人受領遲延似無法逕自認定即為「因可歸責於債權人之事由致給付不能」¹⁰⁷。然而學者指出¹⁰⁸，如無受領遲延之情事，或許給付不能之情形即不會發生，或縱使會發生，該危險亦於債權人受領後，移轉由受領後之債權人承擔。如否定債

冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 603-608。

¹⁰⁶ 德國民法第 644 條第 2 項：「(2) Versendet der Unternehmer das Werk auf Verlangen des Bestellers nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort, so finden die für den Kauf geltenden Vorschriften des § 447 entsprechende Anwendung.」。其內容為「承攬人依定作人之請求，將工作物送交履行地以外之另一地點時，應準用買賣第 447 條之規定」。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 737.

¹⁰⁷ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 149。

¹⁰⁸ 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 345-347。

務人之對待給付請求權，此無異因債權人之受領遲延而使債務人負擔危險，此與民法第 237 條減輕債務人於受領遲延下之注意義務效果，顯不相稱。

因此，有學者¹⁰⁹將第 267 條債權人之歸責事由做擴大認定；另有學者¹¹⁰認為應適用我國民法第 267 條之規定，亦有認為¹¹¹應類推適用第 267 條之規定，但結論上皆肯認陷於受領遲延的債權人，對於不可歸責於債務人之給付不能，仍然必須履行對待給付之義務。此在德國法上亦可得出相同結論，依據德國民法修正後第 326 條第 2 項規定：「如使債務人依第 275 條第 1 項至第 3 項據以免給付之事由，係可單獨或極大部分可歸責於債權人者，或如此事由係屬不可歸責於債務人，且係發生於債權人受領遲延之時點者，債務人仍保有請求對待給付之權。然就因免給付有所減省者，或將其勞動力轉向他處使用而已有所取得，或惡意怠於取得者，須自該請求中扣除之」¹¹²。此條係在德國債法現代化修正時所新設，其認為債權人對於給付障礙負主要責任及債權人陷於受領遲延之情況評價相當，因此，法律對通常因債權人遲延履行契約而可能對債務人產生的附加風險進行調和，使債務人在債權人受領遲延時發生給付不能之情況下，仍得向債權人請求對待給付。

(二)民法第 508 條第 1 項後段

依民法第 508 條第 1 項後段之規定亦可得知，於定作人受領遲延後，報酬危險應轉由其承擔，此條係民法第 266 條之特別規定。蓋定作人若未陷於受領遲延，則其將因受領工作之給付而成為所有權人，依民法第 765 條規定所有物之風險由所有權人承擔原則，定作人本應基於所有人身分，承擔工作物毀損、滅失之風險。惟如因其受領遲延致無法成為所有權人而依第 765 條承擔風險，此時無異加重承攬人風險承擔之時間，對承攬人非常不利，

¹⁰⁹ 孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010 年 3 月增訂版，頁 816-818。孫氏認為第 267 條的可歸責事由，與可歸責於債務人事由之基本觀念並不相同，其係指若無債權人之行為(作為或不作為)，債務人當可履行其債務，茲因債權人之行為致債務人陷於給付不能，如債權人得避免為此行為而不避免，則其不避免即屬違反誠實信用原則。考其情形主要可包含：1.因債權人之侵權行為；2.債權人依法律規定或契約訂定，應對債務人之給付負注意義務，卻怠於注意；3.因債權人得避免而未避免之行為致債務人給付不能；4.債權人受領遲延等。

¹¹⁰ 鄭玉波，民法債編總論，三民，2002 年 6 月修訂二版一刷，頁 381。

¹¹¹ 楊芳賢，買賣，民法債編各論(上)，元照，2004 年 10 月，初版，第 149 頁；楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月，頁 22。

¹¹² 德國民法第 326 第 2 項：「Ist der Gläubiger für den Umstand, auf Grund dessen der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich oder tritt dieser vom Schuldner nicht zu vertretende Umstand zu einer Zeit ein, zu welcher der Gläubiger im Verzug der Annahme ist, so behält der Schuldner den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muss sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt.」

故民法於第 508 條第 1 項後段乃作特別規定，使風險移轉由定作人承擔。在受領遲延情況下，透過此條規定，乃具有視同定作人已為受領之效果，故依民法第 490 條第 1 項及第 505 條之規定，定作人有給付承攬人報酬之義務¹¹³。此外，德國法第 640 條亦規定，若標的物須經定作人受領時，則定作人負有受領義務。如定作人拒絕受領，在符合擬制受領之要件下，承攬人仍可主張報酬請求權¹¹⁴。

三、承攬章節中報酬危險之特殊規定

(一)民法第 509 條

民法第 509 條規定：「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。」，於此規定所揭示之情形下，承攬人例外不須承擔報酬之危險。蓋承攬契約為勞務契約，債務人所應承擔之風險應為因債務人之資格能力所無法完成工作之風險，其餘非因債務人勞務能力範圍內之事項，則不歸屬於承攬人應負風險之領域範圍。因此，若因定作人提供之材料有瑕疵或定作人指示採用之材料不適當，致工作滅失、不能完成、產生瑕疵或增加施作成本時，此或可認定係可歸責於定作人之事由或由其風險領域所發生之不利益，基於公平原則，該不利益應由定作人自行承擔¹¹⁵。

德國民法第 645 條第 1 項有與我國民法第 509 條相類似之規定，其指出，工作物的毀損滅失或無法執行，如係可歸因於定作人領域之事由，例如定作人交付之材料有瑕疵或其指示不適當，此時即應由定作人承擔不利益。此處揭櫫一個法律原則，亦即承攬人原則上僅需對其勞務施作之風險負責，若毀損滅失係基於定作人領域範圍內之事由所致者，則應由定作人承擔風險。¹¹⁶

(二)民法第 512 條

¹¹³ 依德國民法第 644 條第 1 項第 2 句之規定，在定作人受領前偶然發生工作物毀損滅失之危險，將因定作人陷於第 293 條之受領遲延(承攬人之責任依第 300 條第 1 項被減輕)，而被忽略，此與定作人陷於受領遲延係因其疏於為協力行為時之情形相同。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728 u. 737.

¹¹⁴ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 730.

¹¹⁵ 楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會，頁 3。

¹¹⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 742. 第 645 條並非規範可歸責性之案例，而是規範客觀的責任。倘若工作在受領前因為業主提供材料之瑕疵或因業主之指示而發生滅失、減損或不能實現時，由於在此種案例中業主對於工作之危險是很類似於承攬人對於工作之危險，故如依第 326 條第 1 項及第 644 條規定免除業主之對待給付義務將與公平合理規範有所偏離，因此，承攬人仍可向業主請求與已給付工作相當之報酬及請求賠償不包含在其中的費用。

民法第 512 條規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務。」，在此種情形下，契約當然終止，惟有學者指出，該條之規範對象係不可歸責於雙方當事人之事由所致之給付不能，雖承攬工作未完成，但承攬之一方並不當然因此喪失全部之報酬請求權，此時應回歸民法第 266 條之規範意旨，按一部給付不能之規定處理雙方之權利義務關係。是以，民法第 512 條可堪稱為本於誠實信用原則，對於承攬人體諒之規定¹¹⁷。

貳、材料毀損滅失之危險

關於材料之危險，民法第 508 條第 2 項規定：「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。」理論上，定作人提供之材料為定作人所有，並不因交付於承攬人而移轉所有權，承攬人對於定作人供給之材料，則負有小心照顧及防止損害發生之義務，若承攬人因可歸責於己之事由而違反該義務，其即應依不完全給付負損害賠償責任¹¹⁸。惟若材料之毀損滅失係不可歸責於雙方之事由所致，此時立法者認為，危險仍應歸由定作人承擔，此即天災歸物權人負擔原則¹¹⁹之表現。

參、工作瑕疵

民法第 492 條規定：「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。」，據此，在一般承攬契約中，物之瑕疵之態樣大致可分為效用瑕疵及價值瑕疵。所謂欠缺效用瑕疵，係指承攬完成之工作物不具有通常或約定之效用，而通常效用，即一般交易觀念上應有的效用，至於約定效用，則是一般交易未必有此效用，但當事人特別以契約約定其效用¹²⁰。又價值瑕疵應係指對於工作之結果，依通常之生活交易情形，客觀地判斷是否符合正常

¹¹⁷ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 609-610。

¹¹⁸ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 654。

¹¹⁹ 所有權人對於所有物依民法第 765 條規定：「所有人，於法令限制之範圍內得自由使用、收益、處分其所有物，並排除他人之干涉。」，須自行承擔不能用益處分之危險。相對地，由定作人提供材料予承攬人施作，但當事人約明材料所有權移轉於承攬人且承攬人得以自己同種類、品質、數量之材料代替時，則當材料交付於承攬人，危險即轉由承攬人負擔，亦即於材料有毀損、滅失之情形時，承攬人仍有以自己材料代替原材料而完成工作之義務。相關說明請參閱林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 138；邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 121。

¹²⁰ 葉錦鴻，承攬，民法系列，三民，2007 年 10 月初版 1 刷，頁 72。

交易上應具有之價值。而民法第 493 條以下則定有定作人對於承攬工作物之瑕疵所得主張之請求修補乃至解除契約、請求損害賠償等權利。

瑕疵擔保責任乃法律於當事人間，基於雙務契約所為給付發生不平衡時，本於客觀衡平之立場所為救濟之制度，其根本問題，乃在於所支付之價金與標的物之價值是否相當一點上，換言之，依契約有償性而論，支付之價金與標的物之價值，需等價、均衡，方不失其公平。若二者在對價上顯不相當時，法律基於維護有償契約之交易安全起見，乃設計瑕疵擔保責任相關規定，使債務人對於債權人因契約履行所蒙受之不利益，負擔保之責任。此特別在契約中雖未明示債務人需給付無瑕疵之物，但債權人應能對此加以信賴之情形，為調和此種信賴與失望所造成之不利益，法律透過瑕疵擔保責任之規定亦給予信賴者相當之保護¹²¹。由此可知，承攬契約為雙務契約，承攬人負有完成一定工作之義務，惟承攬人不僅有完成工作之義務，其所完成之工作，更應具備一定之品質與效用，是以更精確言之，承攬人因其對於承攬工作具專業性，且對於瑕疵所造成不利益之處理，承攬人較定作人易於進行修繕或重作，屬優勢之風險承擔人，故承攬人乃負有完成無瑕疵工作之主給付義務。

承攬人之物之瑕疵擔保責任係一「無過失責任」，不以承攬人有過失為必要，此為法律為保障有償契約交易之安全而設之特別規定¹²²，亦與風險應分配於具風險掌控能力者之原則相符。惟如工作之瑕疵，係因定作人供給材料之性質或指示不適當而生，則依民法第 496 條規定可推知，此乃屬於定作人一方之事由，該工作瑕疵之損失即應移轉由定作人承擔，承攬人不負瑕疵擔保責任¹²³。

¹²¹ 黃越欽，承攬契約之履行責任與瑕疵擔保責任，政大法學評論第 9 期，1978 年 12 月，頁 36。

¹²² 鄭玉波，民法債編各論(上)，三民，1995 年 4 月修正 16 版，頁 364；葉錦鴻，民法系列—承攬，三民出版社，初刷一版，2007 年 11 月，頁 69-70。最高法院 97 年度台上字第 210 號判決：「按承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵，民法第四百九十二條定有明文。此項承攬人之瑕疵擔保責任係法定責任，不以承攬人具有過失為必要。承攬人如抗辯其有可免責之事由者，對此項免責之事由，應負舉證責任。」；最高法院 89 年度台上字第 2097 號判決：「債務人應依債之本旨為給付，僅在特別情事下始得免責，乃債法之大原則；苟債務人之給付與債之內容不符，而主張免責者，自應就其歸責事由不存在負舉證責任。承攬人完成之工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失其價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵，民法第四百九十二條定有明文。此項承攬人之瑕疵擔保責任固係無過失責任，不以承攬人具有過失為必要，亦不因定作人另委有監工之人，而得減輕或免除其責任。若因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，則亦發生不完全給付之問題，此時定作人除得請求修補或解除契約或請求減少報酬外，依同法第四百九十五條規定並得請求損害賠償。」；最高法院 87 年度台上字第 172 號判決：「承攬人依民法第四百九十二條規定所負之瑕疵擔保責任係無過失責任，不以有可歸責承攬人之事由為必要。」相關之實務判決可供參照。

¹²³ 惟如承攬人明知材料之性質或指示不適當而不告知定作人時，定作人仍得主張第 493 條以下之權利。且雖然第 496 條僅就承攬人之明知加以規定，但解釋上，基於承攬人之專業能力、技術及經驗等，其當更能判斷定作人之指示是否適當及材料有無瑕疵，因此依據誠信原則，承攬人應負有依其專業能力、技術及經驗等，就定作人之指示及其提供之材料，提供諮詢、檢驗及檢查之義務。若承攬人可歸責而違反義務時，亦即基於其專業能力、技術及經驗，可得而知定作人之指

第三項 契約約定之風險分配

壹、概說

私法給予個人廣泛之機會，依自己的自由意願，去塑造他和周圍的法律關係，此種機會即為私領域之最高指導原則：私法自治 (Privatautonomie)。我國民法採取大陸法系立法例，以契約自由原則 (Vertragsfreiheit) 為民法債編中約定之債之核心思想。契約自由原則乃依循私法自治原則，關於不涉及公共利益之私人間財產關係，其中權利義務之發生與消滅，尊重交易當事人形成之自由意思，只要當事人具有完全行為能力，在締約過程中未有意思表示不一致、不健全、不自由之情形且契約內容亦未違反法律之強制、禁止或公序良俗等規定，國家即尊重當事人之意思形成，賦予其一定之法律效果¹²⁴。

民法債編各論於民法第 345 條以下，雖訂有買賣、贈與、租賃、承攬、委任等各種有名、典型契約之權利義務規定，惟僅於當事人未約定之事項，上開規定始居於補充當事人間權利義務地位而有適用之餘地。亦即法律上之私法自治原則與經濟學上之自由經濟思想密切相關，其著重者皆為「看不見之手 (invisible hand)」之理論。依此理論，個人係其私益之最佳追求者，國家應盡量減少干預，因此由個人自我決定，所產生之交易條件即屬對個人最為有利之結果，個人亦應對其所決定之結果自我負責¹²⁵，換言之，實現私法自治與契約自由最重要之目的，乃在於成就個人的自我決定¹²⁶。因此，當事人締約後即應受其與他方議定契約內容之拘束，且不允許當事人單方任意地主張契約之權利義務不存在，此亦為本於自己責任原則，進而強調契約形式上拘束力最高性之契約嚴守原則的重要內涵。

承本文前述之討論，工程契約性質上實屬承攬契約，同時亦為有償、雙務之契約，當事人乃約定一方給付勞務而完成一定工作，並由他方支付約定報酬以為對待給付。既是由當事人約定而形成契約內容，其

示不適當或定作人提供之材料有瑕疵，雖然第 496 條對此並未明文規定，但是由於承攬人負有完成一定之工作，且完成之工作應當具備約定之品質，及無滅失或減少價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，因此似宜認為就此等工作之瑕疵，定作人仍得請求承攬人修補，但是對於承攬人修補瑕疵之費用，定作人應依其指示不適當或者提供材料之瑕疵對於工作瑕疵之原因力，計算雙方應負擔之比例。詳請參閱楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 597-599。

¹²⁴ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 80；黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 5-7。

¹²⁵ 詹森林，私法自治原則之理論與實務，民事法理與判決研究，翰蘆圖書，2001 年 8 月三刷，頁 3。

¹²⁶ Canaris, Grundgedanken und Entwicklung des deutschen Vertragsrecht, 林美惠譯，台灣大學法學論叢第 28 卷第 3 期，1999 年 4 月，頁 340。

自應受到私法自治及契約自由原則之保護與規範。而工程契約相較於債各典型之有名契約，其複雜專業性等特徵已如前文所述，其中基於工程契約之本質所衍生之風險亦較傳統單純之交易更多且更龐大，契約雙方當事人實應設法對風險進行管控，方能使工程順利進展。而當事人透過對於契約之磋商，必然在權利義務形成過程中考量工程中可能產生之風險，進而對於該風險討論如何適當分配，決定由誰承擔可能之不利益，則該風險分配之決定既是基於當事人自由意志所形成，是以原則上當事人即應受契約條款之拘束。

是以除法律所預設之風險分配外，當事人本於契約協商之意定風險分配亦具相當之重要性，而觀諸契約之約定，除特定具體之風險(如不可抗力等)分配條款外，當事人對於契約計算報酬方式之約定，亦會對契約雙方承擔之風險(如履約成本、投標成本等)產生不同影響，乃有特別討論之必要。以下茲先就契約計價之風險分配予以說明，其次並以我國常見之工程契約範本為例，列舉相關之風險分配約款以瞭解我國工程實務之運作情形。不可避免者係，雖當事人事先對於可能產生的風險進行縝密規劃，惟工程進行中難免出現依當事人能力或專業無法預見之風險，此時該不可預料之情事所產生之不利益究應如何分配，亦有待討論，故本文對此將簡要說明相關之處理途徑。

貳、契約計價之風險分配

工程契約之當事人透過契約約定彼此之權利義務關係，進而對契約風險有所分配，而在諸多意定之風險分配約定中，最重要的莫過於契約之計價方式。蓋對承包商而言，除履行工程契約之義務外，其最關心的莫過於可領取多少承攬報酬¹²⁷。而依民法第 490 條對於承攬契約之定義，僅規定承攬契約係一方為他方完成一定工作，他方俟工作完成後給付報酬，惟並未具體說明報酬之計算方式及其種類，因此工程實務運作上多透過當事人另行約定以具體規範契約之計價方式。一般而言，承攬金額乃係根據契約規定的測量方法與適當的費率價格，對工作內容進行估驗所計算出之價格，此外，待工作真正完成後，結算之契約價款亦包含因契約變更、物價調整、實作計算、索賠等因素而調整之金額¹²⁸。

工程實務上常見之契約計價方式有三，即總價契約、單價契約及成本加報酬契約。其中，總價契約與單價契約，由於承攬人所提出之總價或單價在工程結算時原則上固定不變，與承攬人實際支出之成本無關，因此亦被稱為固定價格契約(fixed-price contract)；而成本加報酬契約則

¹²⁷ 顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第 112 期，2005 年 4 月，頁 9。

¹²⁸ 顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第 112 期，2005 年 4 月，頁 11-12。

大多由定作人與其信任之承攬人議價，少部分情形採取由承攬人提出最低報酬之競標方式，因此工程結算時是以實際施工成本計算，其另可稱為成本補償契約(cost-reimbursable contract)¹²⁹。¹³⁰而工程契約因其採用不同之計價方式，乃意味著截然不同之風險分配¹³¹，以下乃分別就此三類主要計價方式所呈現之風險分配內涵予以簡要說明。

一、總價契約

總價契約是指為執行圖說及規範上之工作而應為給付之價金係固定的，即以承包商完成契約約定之全部之工作時，取得固定金額之報酬¹³²。一般而言，此種契約類型對於業主較有利，蓋業主較能掌控成本支出，風險較為固定，如其財務預算受到一定金額之限制，則往往會採取此類方式發包工程；相對地，承包商則須承擔工程建造中數量增加及單位成本提高之風險，除非係契約中已約定物價調整約款、因可歸責於業主之事由致成本之增加、構成契約變更或情事變更之情形¹³³，否則承包商必須自行吸收增加之成本，故其所承擔之風險較大。

由於承包商是以一固定金額履行所有契約之工作，因此承包商必須事先確定何謂「契約之全部工作」，亦即在當事人選擇採用總價方式進行工程時，業主應盡可能確保全部工程圖說均已設計完竣且足以讓承包商詳細地估算全部之施工成本，同時承包商也應考量

¹²⁹ 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁10。

¹³⁰ 關於契約計價付款方式，臺灣高等法院96年度建上更(一)字第14號判決之說明可供參照：「按國內工程實務，工程契約依計價付款方式不同，可分為總價決標式契約（Lump-Sum Contracts or Fixed-Price Contracts）、單價決標式契約（Unit-Price Contract）、成本加酬金式契約（Cost-Reimbursement Contract）及統包式契約（Package Contract）等。所謂總價決標式契約，乃承包商完成契約所規定之全部工作，業主支付固定金額之契約，不因施工過程中成本上可能變化而調整。所謂單價決標式契約，係指按實際數量計算之契約，即將每一工程項目單位價格固定，承攬人依據契約約定完成工作，按照約定各工作項目、契約單價及最終實際完成數量，相乘以累積計算應得之工程款，但在實際操作上參有總價決標契約之精神。所謂成本加酬金式契約，則指承包商在完成契約約定工作後，業主以承商完成工作之成本（含直接成本、間接成本及管理費），再加上約定報酬（成本之一定比例或固定金額）。所謂統包式契約，係指承包商須為業主設計、採購、建造一貫作業而至工作物完成之契約。」

¹³¹ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 537.

¹³² 顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第112期，2005年4月，頁10；王伯儉，總價契約、單價契約及成本加公費契約之解析，工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁51。就工程實務觀之，不同的階段，有不同的契約金額名稱。決標時稱為「總價決標」，訂約時在契約條款中明定的金額為「契約總價」，在竣工結算時則稱為「結算總價」，除非有契約變更、物價指數調整工程款或因可歸責於當事人之事由，致增、減工程款外，「決標總價」、「契約總價」、「結算總價」應是一致的；詳請參閱謝哲勝，李金松合著，工程契約理論與實務(上)，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁41。

¹³³ 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約(99年12月8日版)第5條第2項：「按照契約總價結算，即依契約價金計給，如因變更設計致工程項目或數量有增減時，就變更部分予以加減帳結算，若有相關項目如稅捐、利潤、管理費、品質管理費、勞工安全及衛生費以一式列計者，應依結算工程總價與契約價金之比例增減之。」

施工期間可能遭遇之困難，最好能在估算成本、利潤外再加一合理數額，以便預防施工期間成本增加之危險¹³⁴。此外，如當事人在契約中能明確約定契約價金調整事由及方式時，對於施工期間各種不確定因素所造成之不利益，即可透過調整約款而被合理分配。從而，只有在承包商可精確評估工作範圍且據以計算成本與利潤時，方能達到控制成本與利潤之契約目的，並維持當事人間主觀之對價關係¹³⁵。

二、單價契約

單價契約係以承包商完成單位工作數量之多寡來計算契約報酬。相較於總價契約，由於此類工程報酬係以承包商實際完成之工作數量乘以工作項目之單價計價付酬，因此為了避免糾紛，最重要的就是每一單位之工作必須在契約中有明確之定義及規定¹³⁶。單價契約多用於涉及反覆工作的大型工程，例如挖掘、回填、壓實、鋪設、管線工程等。由於工作數量係依據實際施作數量來計算，因此在投標時，單價契約之圖說與設計不必如總價契約般精確，承攬人也較容易準備投標相關事宜。

在此契約類型中，業主必須承擔對工作數量之多寡及施工成本無法事先正確估計及預測之風險，如果工作數量及總工程成本超出預估成本過高時，即可能在施工期間造成業主財務上之困難，亦即業主此時所承擔者為「數量增加之風險」。相對而言，承包商則必須承擔每一單位工作之成本不超過契約預定單價之風險，由於承包商對每一單位工作之報價通常會依據單位工作數量而有所增減調整，因此如果在施工期間，單位工作之數量因實際狀況或變更設計等因素而產生重大實質地增減時，承包商即會受到一定程度之影響，換言之，承包商必須承擔「單位成本增加之風險」。惟為避免工作數量之大幅增減，造成業主或承包商承擔過大之風險，因此在一般工程契約中，多會約定工作單位增減至某一限度¹³⁷時，應由雙方重新協議單價，透過調整單價之約款加以保障雙方之權益。

另外在單價契約中，工作單價之報價技巧多攸關承攬人得標與

¹³⁴ 王伯儉，總價契約、單價契約及成本加公費契約之解析，工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁52。

¹³⁵ 楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會，頁2。

¹³⁶ 王伯儉，總價契約、單價契約及成本加公費契約之解析，工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁52。

¹³⁷ 如工程採購契約範本(101年1月10日版)第3條(契約價金之給付)第3項：「(三)採實際施作或供應之項目及數量結算給付之部分：1.工程之個別項目實作數量較契約所定數量增加達30%以上時，其逾30%之部分，應以契約變更合理調整契約單價及計算契約價金。2.工程之個別項目實作數量較契約所定數量減少達30%以上時，依原契約單價計算契約價金顯不合理者，應就顯不合理部分以契約變更合理調整實作數量部分之契約單價及計算契約價金。」。

否及得標後之損益，有時承包商為便利資金之靈活運用及調度，往往在報價及製作單價明細表時，會將早期工程中單位工作之單價調高，而將晚期工程中之單位工作單價調低，然此種情形並非僅有利無弊，倘若業主削減早期工程之項目及數量，或變更既定之施工次序及計畫時，極易使承包商原定之財務計畫遭受困難，此應為承包商在採行單價契約時應予注意之處¹³⁸。

三、成本加報酬契約¹³⁹

成本加報酬契約係指承包商完成契約約定之工作，業主支付所有工程必要且合理之成本，及根據工程成本一定比例(或固定金額)計算報酬予承包商之契約。一般而言，應由業主支付之成本包括，工程所使用之材料費、消耗品費用、機器設備費以及上述材料、消耗品、設備之運輸費用，所有必要之設備、機具及工具之租金及維護費；工程保險契約之保險費；工程保證之手續費等；至於報酬部分則以承包商之總公司管理費及利潤為計算基礎¹⁴⁰。此種計價方式在工程基於時效因素而須於提出完整圖說前施工之情形中特別常見。

在此種契約類型中，定作人原則上承擔全部成本增加(包括單位成本及工作數量增加)之風險，如工程進行中成本之增加超出預期，定作人仍應支付。由於承包商所承擔之風險較小，故為了避免承攬人濫支不必要的花費，業主不但須嚴密管控工程之進行，在報酬計算方式上亦必須提供誘因，使承包商願意節省成本，以降低業主之風險。例如提供節省成本之獎勵金、表現獎勵金或請求承包商預估一上限成本，並約定承包商應保證其施作成本不超過上限，而使業主得以掌控風險範圍。惟如欲採行獎勵金或保證成本上限制度以限縮業主風險，則工程之圖說內容必須具有相當程度之確定，如此方能使承包商較能依據工程之規模、性質、複雜程度、工程期間長短、工地狀況及可能之風險等條件以準確決定其報酬或上限成本之高低¹⁴¹。

由於此種契約類型定作人須承擔全部風險，又須支出較高之監督成本，是以工程實務上，業主為控制風險考量，多選定以總價契

¹³⁸ 王伯儉，總價契約、單價契約及成本加公費契約之解析，工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁52。

¹³⁹ 亦有稱之為「成本加公費契約」者，詳請參閱王伯儉，總價契約、單價契約及成本加公費契約之解析，工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁53。

¹⁴⁰ 黃紋碁，工程契約風險之研究—以公共工程為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁9-10。

¹⁴¹ 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁16-17。

約或單價契約作為契約計算報酬方式，因此成本加報酬契約在我國較為少見。

四、小結

契約計價方式由於涉及業主與承包商間之風險分配、利潤計算等事宜，影響契約雙方當事人之權益甚鉅，因此當事人應就不同工程類型以及施工背景評估適宜之計價方式，以期對契約雙方權益之維護皆能公平合理。而關於各契約計價方式之風險分配，可整理如下表所示：

	總價契約	單價契約	成本加報酬契約
數量增加風險	承攬人承擔	定作人承擔	定作人承擔
單位成本增加風險	承攬人承擔	承攬人承擔	定作人承擔
實務運用情形	對定作人最有利，故最常被採用	雙方各承擔一定風險，常被採用	對定作人風險最高，故較少被採用
對於圖說設計完整性之要求	圖說設計係承攬人於投標時估算施工成本之重要依據，因此應盡可能完整、確定	由於報酬是依據實際施作數量計算，因此單價契約之設計較不須如總價契約般精確，承攬人投標成本較低	此類計價方式之採行多為工程具時效性等情形，因此對於圖說設計完整性之要求較低

值得注意者係，實務上關於契約之計價方式，常見契約中訂明該契約屬總價契約，惟於契約文件之一般條款中，卻又有類如「工程數量表之內容均為估計值，不能執為實際正確之數量」等敘述，於此情形下經常產生個案中之契約究係總價契約抑或單價契約之爭議。對此，由於工程數量表應為實作計量給價之基礎，而非僅用以評估工程契約變更之用¹⁴²，且確定之工作數量表亦有助於承包商於投標時估算契約總價，是以如該工作數量表僅具參考價值，則承包商在參考此數量下估算一定數額之報酬，並在施工期間受限於須以該數額完成全部工程，同時尚須承擔因工程數量增加致成本增加之風險，對其甚為不利。故本於工程定型化契約條款之內容應作對

¹⁴² 顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第 112 期，2005 年 4 月，頁 10。

於約款相對人有利之解釋原則，此時應認定該契約為實作計價契約，始較能符合雙方當事人間之公平利益¹⁴³。

此外，由於總價契約係公共工程契約中常見之契約類型，故如能事先完善規範契約內容，並訂定公平合理之契約條款，不僅能減少可能衍生之爭議，及有助於減少承包商投標公共工程之風險，更能吸引優質之廠商投標，以提升公共工程之水準。由於目前裁判實務對於總價契約之性質仍多有誤解，並認為承包商於投標時應負有自行估算投標風險之義務，或基於招標公平性等考量，遂認定在總價契約中，承包商無權請求補償因「數量差異」及「漏項」所生之費用，致使數量差異及漏項之風險無法合理分擔。對此，政府機關除追求個別契約利益外，實應設法訂立公平合理之招標條件及契約內容，如此方能健全營建產業之發展環境¹⁴⁴。

參、我國工程採購契約範本之風險分配

工程契約之風險分配，承前所述，除可透過法律規定，如民法¹⁴⁵及政府採購法等作為規範依據外，亦可藉由契約當事人以契約加以約定。而現行實務上，公共工程之發包多由政府機關以自己預先擬定之契約條款作為締約基礎，因此除了瞭解一般法定危險負擔之規範外，對於實務上常見之工程契約範本相關風險分配條款加以注意，亦有助於瞭解工程實務運作上，當事人如何透過契約分配風險之情形。本文以下乃以行政院公共工程委員會所頒布之工程採購契約範本¹⁴⁶與內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本¹⁴⁷為例，對實務風險分配之概況作一簡略的觀察。

一、可歸責於業主方之事由所致之風險

在工程契約執行過程中，如因可歸責於業主方之事由致承包商無法如期履約或工程契約係經業主終止者，承包商多可請求延展工期，惟是否可請求機關給付增加之必要費用或損害賠償，則不同

¹⁴³ 顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第 112 期，2005 年 4 月，頁 10，曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 20。亦有認為，如個案契約中含有相當於實作計價文義之約定，則該契約即應屬實做實算契約，依實際驗收數量結算契約價格，而非總價契約，詳請參閱梅芳琪、蔡步青，總價契約之爭議類型與爭點，工程與法律的對話，李家慶主編，三民，2010 年 1 月初版 1 刷，頁 81。

¹⁴⁴ 梅芳琪、蔡步青，總價契約之爭議類型與爭點，工程與法律的對話，李家慶主編，三民，2010 年 1 月初版 1 刷，頁 102。

¹⁴⁵ 政府採購法第 3 條規定：「本法未規定者，適用其他法律之規定。」，在解釋上，其他法律亦應包含民法之規定，而可用以規範工程契約之運作。

¹⁴⁶ 為 101 年 1 月 10 日之修正版。

¹⁴⁷ 為 99 年 12 月 8 日之修正版。

契約範本設有不同之規範。

(一) 行政院公共工程委員會工程採購契約範本

1. 第 7 條第 3 項

「契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致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滅後__日內通知機關，並於__日內檢具事證，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...(3)機關要求全部或部分停工。(5)機關應辦事項未及時辦妥。(6)由機關自辦或機關之其他廠商之延誤而影響履約進度者。(7)機關提供之地質鑽探或地質資料，與實際情形有重大差異。(9)因機關使用或佔用本工程任何部分，但契約另有規定者，不在此限。」

2. 第 4 條第 10 項

「契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致增加廠商履約成本者，廠商為完成契約標的所需增加之必要費用，由機關負擔。但屬第 13 條第 7 款情形、廠商逾期履約，或發生保險契約承保範圍之事故所致損失(害)之自負額部分，由廠商負擔：5.機關要求全部或部分暫停執行(停工)。6.機關提供之地質鑽探或地質資料，與實際情形有重大差異。7.因機關使用或佔用本工程任何部分，但契約另有規定者不在此限。8.其他可歸責於機關之情形。」

3. 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。」

4. 第 9 條第 21 項

「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。」

5. 第 11 條第 6 項第 5 款

「5.因監造單位/工程司遲延辦理查驗，致廠商未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款，申請延長履約期限；因此增加之

必要費用，由機關負擔。」

6. 第 21 條第 10 項

「因可歸責於機關之情形，機關通知廠商部分或全部暫停執行(停工)：1.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；因此而增加之必要費用（例如但不限於管理費），由機關負擔。2.暫停執行期間累計逾__個月（由機關於招標時合理訂定，如未填寫，則為2個月）者，機關應先支付已依機關指示由機關取得所有權之設備。3.暫停執行期間累計逾__個月（由機關於招標時合理訂定，如未填寫，則為6個月）者，廠商得通知機關終止或解除部分或全部契約，並得向機關請求賠償因契約終止或解除而生之損害。」

(二)內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

1. 第 13 條第 1 項

「本工程施工期間，如有下列事故，確非可歸責於乙方¹⁴⁸之理由，而需展延工期者，乙方應於事故消失日起 15 個辦公日內備齊相關資料，以書面向甲方申請核實展延工期。甲方得審酌其情形後，延長履約期限，免計逾期違約金。2.非因乙方之原因，甲方要求全部或部分停工。3.因歸責於甲方原因而延誤施工者。4.因由甲方自辦或甲方之其他廠商承包本契約相關工程之延誤而影響本工程進度者。5.甲方應提供予乙方資料、器材、場所或應採行之審查或同意，配合措施，未依契約規定提供或採行。」

2. 第 16 條第 5 項

「由甲方供給之材料、機具、設備，乙方應於預定使用前 30 日提出申請，配合進度進場。如進場日期有變更時，甲方應以書面通知乙方，如甲方供給的材料、機具、設備不能於預定日期進場，致乙方必須全面停工或部分停工時，乙方得向甲方申請展延工期。」

3. 第 27 條第 1 項

「甲方認為工程有終止必要時，經報上級機關核准，得隨時終止本契約之全部，或一部份之工程。在接獲甲方的通知後，應立即停工，並負責遣散工人，清理現場，其已完成之工程數量及已進場計價經(保留部分)檢驗合格之材料、設備，均由甲方

¹⁴⁸ 一般工程契約之擬定人為業主，故於契約中多以「甲方」稱之，而其相對人(承包商)則稱為「乙方」。

核實給價，但乙方如認有直接的損失時，得檢具損失清單向甲方求償，甲方應以協議方式處理之。」

二、可歸責於承包商之事由所致之風險

如因可歸責於承包商之事由致工作不能完成、遲延完成或工作有瑕疵時，業主可請求承包商修補瑕疵、償還必要費用、解除或終止契約或沒收保證金。更有甚者，業主可依政府採購法之規定，將承包商移送懲戒或提報為不良廠商並刊登於政府採購公報。

(一) 行政院公共工程委員會工程採購契約範本

1. 第 15 條第 11 項、第 12 項

「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。」

「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。」

2. 第 17 條第 1 項

「逾期違約金，以日為單位，按逾期日數，每日依契約價金總額__（由機關於招標時載明比率；未載明者，為1）計算逾期違約金。1.廠商如未依照契約所定履約期限竣工，自該期限之次日起算逾期日數。但未完成履約之部分不影響其他已完成部分之使用者，按未完成履約部分之契約價金，每日依其__（由機關於招標時載明比率；未載明者，為3）計算逾期違約金。2.初驗或驗收有瑕疵，經機關通知廠商限期改正，自契約所定履約期限之次日起算逾期日數，但扣除以下日數：(1)履約期限之次日起，至機關決定限期改正前歸屬於機關之作業日數。(2)契約或主驗人指定之限期改正日數。」

3. 第 21 條第 4 項

「契約經依第 1 款規定或因可歸責於廠商之事由致終止或解除者，機關得自通知廠商終止或解除契約日起，扣發廠商應得之工程款，包括尚未領取之工程估驗款、全部保留款等，並不發還廠商之履約保證金。至本契約經機關自行或洽請其他廠商完成後，如扣除機關為完成本契約所支付之一切費用及所受損害後有剩餘者，機關應將該差額給付廠商；無洽其他廠商完成之必要者，亦同。如有不足者，廠商及其連帶保證人應將該項差額賠償機關。」

(二)內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

1. 第 25 條

「甲方於乙方履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知乙方限期改善。乙方不依照改善或履行者，甲方得採行下列措施：(一)由第三人改善或繼續其工作，其危險及費用，均由乙方負擔。(二)終止或解除契約，並得請求損害賠償。(三)通知乙方暫停履約。」

2. 第 23 條第 6 項

「乙方履約結果經甲方驗收有瑕疵者，甲方得定相當期限，要求乙方改善、拆除、重作、退貨或換貨(以下簡稱改正)，逾期未改正者，按逾期日數，每日按契約價金總額 1%計算逾期違約金。但逾期未改正仍在契約原訂履約期限內者，不在此限。未完成履約之部分不影響其他已完成部分之使用者，得按未完成履約部分之契約價金，每日依其 2%計算逾期違約金。(1)乙方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 3 次仍未能改正者，甲方得採行下列措施之一：a.自行或使第三人改正，並得向乙方請求償還改正必要之費用。b.解除契約或減少契約價金。但瑕疵非重要者，甲方不得解除契約。(2)因可歸責於乙方之事由，致履約有瑕疵者，甲方除依第 1 款規定辦理外，並得請求損害賠償。」

3. 第 27 條第 6 項

「契約經依第 2 項規定或因其他可歸責於乙方之事由致終止或解除者，甲方得依其所認定之適當方式，自行或洽其他廠商完成被終止或解除之契約；其所增加之費用及損失，由乙方負擔。無洽其他廠商完成之必要者，得扣減或追償契約價金，不發還保證金。甲方有損失者亦同。」

三、不可歸責於雙方當事人之事由所致之風險

工程契約中因不可歸責於雙方當事人之事由所產生之風險，通常即為契約雙方對於風險分配之爭執焦點，此時應由何方承擔該風險？而他方是否可以請求補償損失等問題，於不同契約範本間，規範亦有差異。

(一)施作數量發生增減之價金調整

1. 行政院公共工程委員會工程採購契約範本

第3條第2項：「採契約價金總額結算給付之部分：1.工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達5%以上時，其逾5%之部分，依原契約單價以契約變更增減契約價金。未達5%者，

契約價金不予增減。2.工程之個別項目實作數量較契約所定數量增加達30%以上時，其逾30%之部分，應以契約變更合理調整契約單價及計算契約價金。3.工程之個別項目實作數量較契約所定數量減少達30%以上時，依原契約單價計算契約價金顯不合理者，應就顯不合理之部分以契約變更合理調整實作數量部分之契約單價及計算契約價金。」

第3條第3項：「採實際施作或供應之項目及數量結算給付之部分：1.工程之個別項目實作數量較契約所定數量增加達30%以上時，其逾30%之部分，應以契約變更合理調整契約單價及計算契約價金。2.工程之個別項目實作數量較契約所定數量減少達30%以上時，依原契約單價計算契約價金顯不合理者，應就顯不合理之部分以契約變更合理調整實作數量部分之契約單價及計算契約價金。」

2. 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

第14條第4項：「除契約圖說另有規定工程數量之核算時程者外，乙方應於原契約工期2分之1前完成契約圖說之數量核算並提交甲方工程司。契約內工程數量因計算錯誤，致其實做數量與契約數量有顯著之差異者，經雙方核算屬實，以下列處理方式辦理變更設計：1.屬契約規定總價結算方式：(1)其依契約圖說核算需施作數量較契約數量增減達10%以上者，其逾10%之部分，得以變更設計增減之。(2)逾時或未提報核算結果者，凡依契約圖說核算需施作數量如較契約數量增加未達20%者，不予以變更設計增加，其逾20%之部分，得以變更設計增加之。2.屬實做工程數量結算之契約：依實際驗收數量核實計給之。」

(二)物價調整約款

1. 行政院公共工程委員會工程採購契約範本

第5條第6項(節錄)：「(1)物價調整方式：(由機關於下列3選項中擇一勾選；未勾選者，依選項A方式調整)

選項A：依____(發布之「營造工程物價總指數」漲跌幅調整：工程進行期間，如遇物價波動時，就總指數漲跌幅超過____%(由機關於招標時載明；未載明者，為2.5%)之部分，於估驗完成後調整工程款。

選項B：依____發布之營造工程物價指數之個別項目、中分類項目及總指數漲跌幅，依下列順序調整」

2. 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

第 15 條第 4 項：「本工程標案有物價指數調整工款，依「內政部營建署辦理工程按物價指數調整計價要點」辦理。」

(三)天然災害或不可抗力之風險

1. 行政院公共工程委員會工程採購契約範本

第 12 條第 2 項：「驗收前遇颱風、地震、豪雨、洪水等不可抗力災害時，廠商應在災害發生後，按保險單規定向保險公司申請賠償，並儘速通知機關派員會勘。其經會勘屬實，並確認廠商已善盡防範之責者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限。其屬本契約所載承保範圍以外者，依下列情形辦理：
1. 廠商已完成之工作項目本身受損時，除已完成部分仍按契約單價計價外，修復或需重做部分由雙方協議，但機關供給之材料，仍得由機關核實供給之。
2. 廠商自備施工用機具設備之損失，由廠商自行負責。」

2. 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

第 21 條第 2 項：「驗收前遇颱風、地震、豪雨、洪水等不可抗力災害時，乙方應在災害發生後，按保險單規定向保險公司申請賠償，並儘速通知甲方派員會勘。其經會勘屬實，並確認乙方已善盡防範之責者，甲方得按實際需要展延履約期限。」

第 21 條第 4 項：「乙方認為前項所規定之保險範圍不足，應自行增加保險項目，當災害發生致未能自保險人獲得足額理賠者，其損失或損害賠償，由乙方負擔。」

(四)展延工期及所得請求之補償

1. 行政院公共工程委員會工程採購契約範本

第 7 條第 3 項：「契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度綱圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消滅後__日內通知機關，並於__日內檢具事證，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...
(1)發生第 17 條第 5 款不可抗力¹⁴⁹或不可歸責契約當事人之事故。
(2)因天候影響無法施工。
(4)因

¹⁴⁹ 第 17 條第 5 項：「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，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；不能履約者，得免除契約責任：
1. 戰爭、封鎖、革命、叛亂、內亂、暴動或動員。
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。
3. 墜機、沉船、交通中斷或道路、港口冰封。
4. 罷工、勞資糾紛或民眾非理性之聚眾抗爭。
5. 毒氣、瘟疫、火災或爆炸。
6. 履約標的遭破壞、竊盜、搶奪、強盜或海盜。
7. 履約人員遭殺害、傷害、擄人勒贖或不法拘禁。
8. 水、能源或原料中斷或管制供應。
9. 核子反應、核子輻射或放射性污染。
10. 非因廠商不法行為所致之政府或機關依法令下達停工、徵用、沒入、拆毀或禁運命令者。
11. 政府法令之新增或變更。
12. 我國或外國政府之行為。
13. 其他經機關認定確屬不可抗力者。」

辦理變更設計或增加工程數量或項目。(8)因傳染病或政府之行為，致發生不可預見之人員或貨物之短缺。(10)其他非可歸責於廠商之情形，經機關認定者。」

第 4 條第 10 項：「契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致增加廠商履約成本者，廠商為完成契約標的所需增加之必要費用，由機關負擔...：1.戰爭、封鎖、革命、叛亂、內亂、暴動或動員。2.民眾非理性之聚眾抗爭。3.核子反應、核子輻射或放射性污染。4.善盡管理責任之廠商不可預見且無法合理防範之自然力作用(例如但不限於山崩、地震、海嘯等)。」

2. 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

第 13 條：「本工程施工期間，如有下列事故，確非可歸責於乙方之理由，而需展延工期者，乙方應於事故消失日起 15 個辦公日內備齊相關資料，以書面向甲方申請核實展延工期。甲方得審酌其情形後，延長履約期限，免計逾期違約金。1.發生第 11 條¹⁵⁰所列之各項事故。6.其他非可歸責於乙方之理由，並經甲方核准者。」

第 27 條第 4 項：「因非可歸責於乙方之事由，於簽訂本契約之次日起，逾 6 個月未能開工或開工後無法繼續施工而停工，其單次停工時間達 6 個月仍無法復工者，乙方得解除或終止本契約。但經甲方以書面徵詢乙方同意繼續履約者，嗣後開工或復工，...乙方應按日填報日報表，並於每週末、每月底以書面報甲方備查之相關證明文件向甲方核實求償；若乙方提出解除或終止本契約並得就下列項目提出相關證明文件向甲方核實求償。(下略)」

四、 小結

觀察上開各工程契約範本相關條款之規定可知，不同訂立機關就同一分類之規範仍有所出入，本文限於篇幅，在此無法逐一將各工程契約範本列出，是以僅臚列較主要或相關之條文作代表，其餘細節規範則將於本文後續相關章節作一步探討。

由上開契約範本規範可知，在可歸責於承包商之事由致業主受有損害時，在工程契約範本中，通常會鉅細靡遺地規範承包商

¹⁵⁰ 第 11 條：「前條所稱之天災人禍等人力不可抗拒之因素，係指下列經甲方核定之事故：(一)山崩、地震、海嘯、火山爆發、颱風、豪雨、惡劣天候或洪水，致無法施工者。(二)工地對外通路遭遇災害，致交通中斷者。(三)國際情勢發生重大變故，或受戰事之影響者。(四)國內經濟重大變故、社會發生叛亂、暴動或罷工者。(五)政府政令變更，足以影響工程要徑者。(六)政府機關依法或行政命令下達停工、徵用、沒入、拆毀或禁運命令者。(七)核子反射或放射性污染。(八)其它經甲方認定確係人力不可抗拒之事項。」

應負何項履行及損害賠償責任，並課予承包商行政制裁，業主對於其損害數額，亦可由承包商所提供之各式履約擔保中加以扣抵，此對於業主之保障可謂相當周到。反觀在可歸責於業主方之事由致生之工期延宕或成本費用增加時，承包商依契約規定通常僅得請求展延工期，免除遲延責任，然而是否得另向業主請求損害賠償，或得請求賠償之範圍為何，契約中則未必有明文約定，其應受保障之權益某種程度較被忽略。然值得注意者為，整體而言，工程會版之工程採購契約範本對於可歸責於業主方事由之規範較內政部版之工程採購契約範本更為詳細，其多個別列出在可歸責於業主方之事由造成承包商增加履約成本等損失時，業主應對承包商負起賠償之責，如契約範本第 8 條第 4 項、第 9 條第 21 項等，此種約定之責任分配乃符合公平原則，應值肯定。

而關於不可歸責於雙方當事人之事由所致之風險，契約中通常明定承包商得請求展延工期或免計工期，亦得免計遲延罰款，惟是否展延工期及展延之日數均由業主單方決定；此外，對於承包商因延期而額外支出之成本，除了工程會版之契約範本設有承包商得向業主請求補償之明文規定外，內政部版則未置可否。雖內政部版工程採購契約範本規定，承包商在非可歸責於其之事由下停工或未能開工達一定期間時，得提出相關證明文件向業主核實求償，此規定使承包商可請求補償因待工期間所產生之成本支出，似對其亦有保障，惟對於停工或不能開工是否係非可歸責於承包商所致、是否確有費用之支出等事實，有權認定者皆為業主或主辦機關，因此在實務運作上是否真能確保承包商之權益，仍有待觀察。

此外，自天然災害及不可抗力之風險分配條款可知，實務上常要求具有投保工程保險義務之承包商，須自行對不可抗力之事由辦理投保，並且在災害發生時，承包商必須盡速申請理賠。惟若意外之發生非屬於保險公司之承保範圍或在保險公司對損害不理賠情況下，承包商應全數自行承擔損失，不得向業主請求補償或賠償。此種情形實可能將原屬業主領域之風險或承包商未能預見之風險，透過契約條款之約定，全數要求承包商承擔，而有違風險之合理分配，亦悖離契約正義之要求¹⁵¹。

¹⁵¹ 保險實務上，某些工程施作費用未必為工程綜合保險之保險範圍所涵蓋，同時個別工程所編列之保險預算金額高低亦會影響具體保險範圍及保險金額，因此若僅以業主已編列一定保險費用予承包商即認定承包商應承擔所有風險，而無視於業主可能藉由提高價格以市場機制將延期增加之費用分散或業主可享有工作物完成之利益等情形，則在承包商實際上無法透過保險以轉嫁風險時，仍可能產生不公平之結果。類似看法可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 153。

綜合言之，由於我國工程營建市場仍屬業主市場導向，因此工程契約範本中往往會出現如上述偏袒一方利益之條款，一般而言較為強勢之業主方，常透過單方擬定契約之優勢地位，將其自身領域內所應承擔之風險，透過條款約定轉嫁於他方當事人，以減輕其應負之責任。此種風險分配之方法不僅違背前述法律預設之價值判斷及風險分配原則，甚至有權利濫用之虞，實應透過對契約條款之規制加以監督¹⁵²，是本文將於後續第四章相關部分進一步探討定型化契約條款管制之課題。

肆、當事人無法預見之風險分配

因契約互負債務，任何一方負擔給付義務之誘因，即為他方所負擔之對待給付義務，此類契約即學說及實務上所稱之雙務契約。申言之，於雙務契約中，一方雖然對他方負擔給付義務，但因其負擔義務承諾，也將同時對他方取得對待給付的承諾。而給付與對待給付是否相當，並無明確統一之標準，惟現行民法基本上採取主觀等值原則，即當事人主觀上願以此給付換取對待給付，即為已足，客觀上是否相當，在所不問¹⁵³。工程施工契約履行期長、專業性高，且施作之客體具有多樣性，契約雙方當事人為追求契約履行之利益，固然會透過協商分配風險，惟基於工程契約之法律關係甚為複雜之本質，縱使契約條款再為鉅細靡遺，亦不可能對於所有風險皆有所預見並預為分配。是以，若於工程契約條款中對於風險之分配已有所預定，惟卻出現了當事人事先無法預料之風險時，則就該情事所生之危險，可否仍依原先契約之約定而要求一方當事人完全承擔，即有疑問¹⁵⁴。

在此，乃涉及契約正義之概念。所謂契約正義，係屬平均正義，其主要以雙務契約為適用對象，並強調一方之給付與他方之對待給付間應具有等值性(Äquivalenzprinzip)。本於私法自治、契約自由原則，契約雙方對於給付與對待給付之約定既是以自己之價值作判斷，是以一般認為，單就契約自發地被締結，保有形式的、主觀的均衡時，等值性之要求即屬充分¹⁵⁵，因此國家原則上不宜介入。惟此僅為原則，法律在例外情形亦得加以干預，例如涉及民法第 74 條之暴利行為、當事人行為能力、意思表示錯誤、不自由及瑕疵擔保責任時，透過相關規定，亦有促

¹⁵² Vgl. Kleine-Möller Mehl, Handbuch des privaten Baurecht, 3. Aufl., München, 2005, SS. 165-166. 在公共工程領域中，業主之所以通常具有優勢談判地位的原因主要在於，承包商對於業主具有市場上的依賴性，使得業主可以堅持主張利益不平衡之條款，而承包商對此沒有實際可以表達不同意見的空間，故對於工程契約條款內容乃有管制之必要性。

¹⁵³ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁82。

¹⁵⁴ 楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會，頁3。

¹⁵⁵ Canaris, Grundgedanken und Entwicklung des deutschen Vertragsrecht, 林美惠譯，台灣大學法學論叢第28卷第3期，1999年4月，頁342。

進維護契約內容合理之機能¹⁵⁶。

當工程契約發生當事人所未預見之風險時，為維持雙務契約之對價性，除了透過當事人協商變更契約內容及透過法院適用既有相關法令規定予以調整外，在我國法下尚應特別注意民法第 148 條之誠信原則及第 227 條之 2 情事變更原則所扮演之補充角色。觀諸我國工程實務之運作，每當遇有工程契約之爭議時，定作人或承攬人經常提及誠信原則之概念，此乃因誠信原則為法律上一般且根本性之原則，其在個案中，使法官得以基於公平正義之理念，隨時介入調整私人間之權利義務關係，尤其得以針對新型態之契約發展，創設法律上之義務，限制當事人恣意行使權利，確保契約當事人之正當期待與法律追求之公平正義相符。此在工程契約中，因應其複雜多變之本質及我國特有業主市場導向之特性，擴大了法律固有效果之安排，使當事人在面對層出不窮之爭議時，獲得更富彈性亦更符合實質正義(實質均衡)之考慮途徑¹⁵⁷。

而情事變更原則規範之立論基礎乃在於，當契約當事人採納之締約基礎有所變更時，若仍使法律關係發生原有之效力，將顯然背於誠實信用原則之公平理念，故應認為其法律行為應有相當之變更。基此，當事人在締約時主觀認知上以為該契約之風險為其所得預料並控制者，卻於契約履行過程中，發生締約時未能預料之風險，給付與對待給付間明顯失去均衡，此種情事與締約基礎之改變具莫大關聯，因此，情事變更原則既為誠信原則在契約之法律關係中具體化之展現，是以對於契約雙方權利義務關係之調整，亦極具重要性，也因此成為工程實務上最常被當事人援引以處理工程履約風險之請求權基礎之一¹⁵⁸。

第四項 外國法及工程契約範本風險體系

關於工程契約之風險分配，由於我國民法承攬一節之規定並非針對營建工程契約之特性所訂立，因此要適用並解決全部工程之爭議，具有一定困難度。此時，除納入工程、商業慣例及民事習慣作為補充法源外，亦可

¹⁵⁶ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁82。

¹⁵⁷ Canaris, Grundgedanken und Entwicklung des deutschen Vertragsrecht, 林美惠譯，台灣大學法學論叢第28卷第3期，1999年4月，頁342、352。德國法上從誠實信用原則中發展出法律行為基礎理論(die Lehre von der Geschäftsgrundlage)，此一重要原則係以給付與對待給付間具有「顯著不相當」的不均衡為其適用要件。此理論在構成要件面向上，擴大了狹隘的給付不能之概念；在法律效果層面上，不是單有維持契約或從契約中解放這樣僵硬的選擇，而是更允許像契約調整這般中間概念的解決之道，例如得令當事人平均分擔已發生的損害，得以大幅考量被拘束當事人一方之利益，開啟導入實質均衡基準之門。詳請參閱曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年1月，頁22。

¹⁵⁸ 最高法院98年度台上字第2299號判決：「兩造於系爭契約第十八條第四款之約定，僅能解釋為被上訴人於締約當時，基於其所能預見之合理風險，應由被上訴人承擔，不得再向上訴人請求加價補貼，若超出合理範圍以外之不可預測風險，則非系爭契約前揭約定條款規範之範疇，仍應有情事變更原則之適用。」。

借鑑外國法律體系之相關規定，乃至具公信力之契約範本，找尋相關的工程慣例或立法例，引為法理以補充我國工程契約規範之不足。對此，本文在比較法之參考上，主要援引德國法之相關規定為依據。之所以選擇以德國法作為觀察對象，理由在於我國民法的規範架構主要是繼受德國民法(BGB)而來，因此，關於民法在工程契約中產生的適用問題，可能會出現某種程度之相似性，則針對類似爭議於德國法上之處理，即為本文主要著墨之部分。此外，應特別注意者為，德國除了以民法作為其國內工程契約主要適用依據以外，有無因應工程契約的特殊性而發展出不同的規範模式，以符合工程領域之特殊需求；若有，則對於我國工程契約法制之發展及運作而言，即具有相當之參考意義。是以，本文以下將針對德國民法承攬章節之規範體系及德國工程實務界常用之契約範本VOB/B作簡要之介紹與說明。¹⁵⁹

壹、德國民法

一、概說

現行德國民法為十九世紀德國法學研究高度成就之結果，其抽象概念之形成與嚴密體系之建立，使其成為人類史上偉大的法典之一。然而經歷一百年來人類社會之劇烈變遷，仍不免無法因應當前社會需求之窘境，因此遂有修法之議。對此，德國債編乃自二大部分著手修正，第一個部分係將與債法有關之歐盟指令加以轉化並整合，於此特別重要者係將原一般交易條款管制法(AGB-G)正式納入民法典中¹⁶⁰；第二部分則屬於具有德國色彩之修正，立法者將當時學說判例發展之成果以及國際契約法共通原則融入民法一般規定中，期能解決德國本土問題，亦能與國際契約法發展趨勢相銜接；此部分修正重點包含：建立在新基礎上之消滅時效法、債務不履行法以及買賣法之修正¹⁶¹。德國債法現代化

¹⁵⁹ 我國工程界及學說討論向來多以英美工程契約實務作為參考對象，同時對於國際間常見之工程合約範本FIDIC亦有為數眾多之分析與深究，本文基於對德國法制修習之興趣及好奇定作人協力義務等相關問題於德國學說及實務上之討論，因此乃以德國法及其工程採購契約範本之規定為主要研究對象。另外，國內亦有不少論文討論大陸建設工程合同之規定，蓋中國之立法者在民法債各之規定中特別制定建設工程合同一節，由此可見其對於工程契約運作之重視程度，應值注意。而關於其他更多國家之規範情形，則可參閱黃紋綦，*工程契約風險之研究—以公共工程為中心*，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2005年7月，頁34-44。

¹⁶⁰ 促成德國債法修正之原因之一乃在於歐盟於1999年所頒布之「消費者商品買賣指令」，由於該指令內容牽涉買賣瑕疵擔保及給付障礙一般規定之適用關係，屬債法之核心領域，同時考量將消費關係特別立法恐造成法律適用之割裂並影響法律之安定性，因此德國立法者乃將國際契約法原則及歐盟指令直接轉化於民法中，並藉此統合原散落各處之特別法於民法規定中。

¹⁶¹ 修法前的消滅時效期間，其特色在於期間長短極不一致，修法前，一般消滅時效期間為30年，但在買賣法中，瑕疵擔保請求權之期間，只有相當短的6個月。因此在新消滅時效法中，尤重在消滅時效期間於民法規定內之一致性。另外在消費者保護之領域中，其內容幾乎未有更動，

法在經歷此次重大變革後，已於 2002 年 1 月 1 日正式生效。

在德國債法現代化法之修正中，給付障礙(Leistungstörung)法毋寧是債法整合最重要之問題¹⁶²，因為無論是買賣、承攬、租賃或其他新型態交易，當契約之一方當事人未履行、未及時、未完全履行或以其他有瑕疵之方式履行契約時(即未依債之本旨履行債務)，債法均須對於他方當事人權益之維護作出調整。此次德國立法者在債務不履行法上，很大程度地創設了一個新的體系，即新法以「義務違反」(Pflichtverletzung)作為核心概念，並明文規定於德國民法第 280 條¹⁶³，換言之，債權人因債務不履行所得主張之權利，係奠基於統一之基本構成要件上，只要是所有可歸責之義務違反，均構成損害賠償責任。在此規範下，與契約或法律相牽連且以協助依債之本旨給付為目的之附隨義務，亦在義務違反之涵蓋範圍內。是以，究竟是違反主給付義務抑或是附隨義務，其區分已不再具有重要性，故各該義務相互間，是否居於給付與對待給付之對價關係，亦因而無關緊要¹⁶⁴。

過去德國法上對於一般債務不履行之研究，主要著重於思考給付不能、給付遲延、不成文保護義務違反(積極侵害債權)與締約上過失等責任類型。而新法修正後，雖創設義務違反之概念，但原則上並未更動前述思考模式，例如即使德國民法第 280 條第 1 項僅以義務違反作為責任基礎，但於其第 2 項及第 3 項，因給付遲延而生之損害賠償，以及「替代給付之損害賠償」，仍要求具備其他構成要件，這些構成要件分別規定在第 281 條至第 283 條，

主要係依循歐洲今日所奉行之「再法典化」想法，而於一次的法典化活動中，統一民法的重要規定。關於德國債法現代化過程及修正始末，參考自 Prof.Dr. Stephan Lorenz,「債務法現代化後的德國法院實務現況」專題演講稿；陳自強，德國民法債編總論導讀，整合中之契約法，元照，2011 年 5 月初版一刷，頁 3-11。

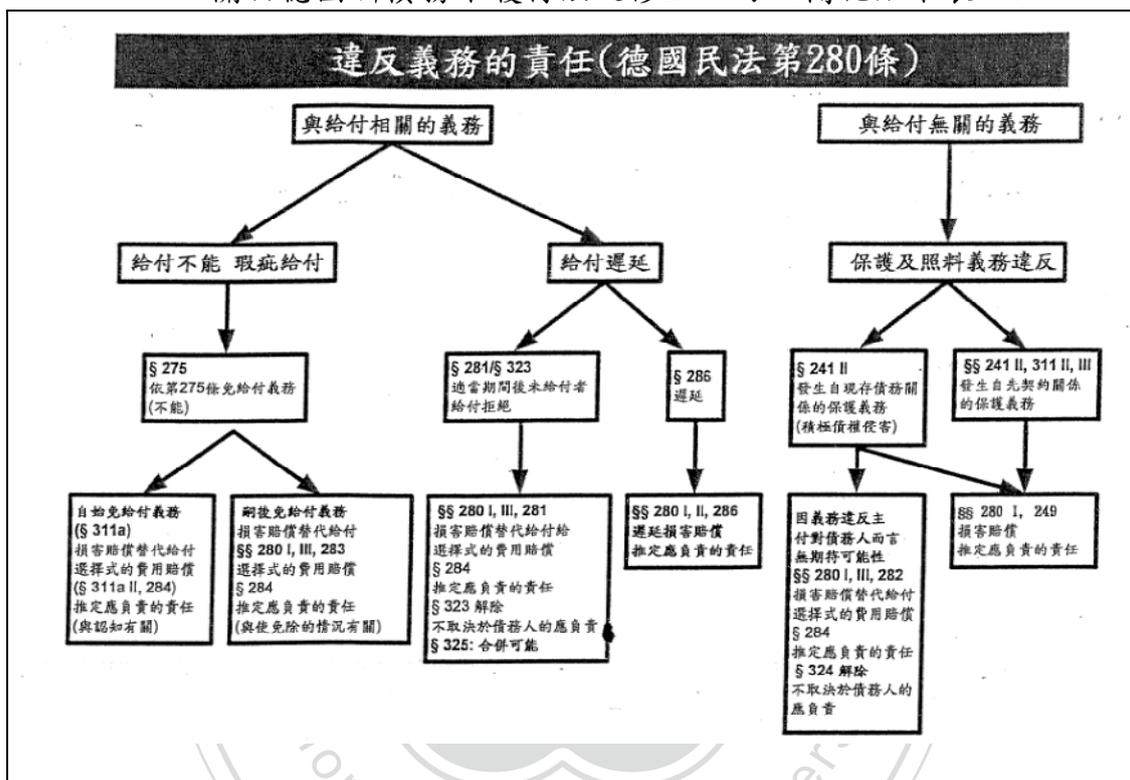
¹⁶² 本部分內容整理並參考自黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，德國新債法之研究，元照，2009 年 9 月初版，頁 109 以下；姚志明，債務不履行之研究(一)，2003 年 8 月，初版一刷，頁 9 以下；Gerhard Hohloch,債法修正及新法侵害契約之類型，楊佳元譯，月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月，頁 42 以下；陳自強，德國民法債編總論導讀，整合中之契約法，元照，2011 年 5 月初版一刷，頁 1 以下；姚志明，德國民法債編修正介紹，月旦法學教室第 8 期，2003 年 2 月，頁 95 以下；林易典，德國民法典新舊法部分譯文，月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月，頁 107；邱琦，債務不履行體系的再構成-論德國法上的發展，法令月刊第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月，頁 754 以下；陳彥良，論給付障礙法之新體例--以德國新修正之民法債篇為中心，月旦法學雜誌第 95 期，2003 年 4 月，頁 123 以下。

¹⁶³ 德國民法第 280 條：「債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生之損害。但如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之。因給付遲延所生之損害，債權人僅能於亦符合第 286 條之附加要件（訂定適當期限催告仍未履行或無催告之必要）下請求之。債權人僅得於符合第 281 條、第 282 條、或第 283 條之附加條件時，請求損害賠償替代給付。」

¹⁶⁴ 黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，德國新債法之研究，元照，2009 年 9 月初版，頁 170-171；姚志明，德國民法債編修正介紹，月旦法學教室第 8 期，2003 年 2 月，頁 96-97。

並維持舊德國民法第 326 條之定期催告模式¹⁶⁵，此在體系上與舊法關於給付不能與給付遲延等規定相吻合。準此，新德國債務不履行法只是注入義務違反的統一構成要件，並將積極侵害債權¹⁶⁶與締約上過失¹⁶⁷體系整合進入民法，並非完全捨棄舊法債務不履行之規範¹⁶⁸。惟關於義務之具體化，藉由構成要件的開放性表達，則有待學說與實務繼續發展並補充¹⁶⁹。

關於德國新債務不履行法之修正，可以簡化如下表¹⁷⁰：



¹⁶⁵ 惟值得注意者係，德國債法修正後，關於契約之解除改採與聯合國商事契約通則及歐洲契約法原則相同之立法例，即不再以債務人可歸責為要件(德國民法第 323 條第 1 項、第 326 條第 5 項)。

¹⁶⁶ 新法第 241 條增訂第 2 項，明文承認契約兩造依債之本旨，負有義務注意他造之權利、法益及利益，此即將「附隨義務」法典化，並承認積極侵害債權亦為債務不履行之一種態樣。因此對於違反附隨義務之債務人，債權人除得依第 280 條就其所受之損害請求賠償外，如原訂給付對債權人不具期待可能性時，債權人尚得依第 280 條第 1 項、第 3 項及第 282 條請求以損害賠償代替原定給付。

¹⁶⁷ 新法第 311 條第 2 項肯認進行契約協商或類似交易接觸時，當事人亦負有附隨義務，而使附隨義務延伸至締約前，如一方可歸責違反該義務，他方當事人得依第 280 條第 1 項規定請求損害賠償。

¹⁶⁸ 在給付不能體系上，舉例而言，新法第 311 條之 1 第 1 項明文規定，標的自始客觀不能之契約仍然有效。此外，依新德國民法第 275 條第 1 項之規定，給付只要對債務人或者任何人而言已經不可能履行，即免除了債務人的履行義務。按此規定，債務人以「不可歸責於自身的事由」抗辯仍然具有意義，因此新的標準更加客觀。另外，新德國民法明確地承認了所謂「事實上不能」及「道德上不能」兩種概念，即考慮到債務關係以及誠實信用原則，如果履行契約將給債務人帶來的費用或困擾與債權人獲得的利益不相稱，則可免除債務人的履行義務。詳請參閱林易典，德國民法債編修正簡介，月旦法學雜誌第 85 期，2002 年 6 月，頁 230-231。

¹⁶⁹ 參考自 Prof.Dr. Stephan Lorenz，「債務法現代化後的德國法院實務現況」專題演講稿。

¹⁷⁰ 轉引自 Prof.Dr. Stephan Lorenz，「債務法現代化後的德國法院實務現況」專題演講稿。

二、德國民法承攬契約之法體系

承本文前述，德國學說及實務多數亦認為工程契約之法律性質係承攬契約，因此欲探究德國工程契約之運作情形，實有必要對於德國民法承攬契約所預設的風險分配作瞭解，以下乃簡單針對承攬契約重要之規範加以介紹¹⁷¹。

(一)報酬與一定工作之完成

依德國民法第 631 條第 1 項前段之規定，承攬人負有提供勞務以完成一定工作之義務，而此工作之完成並非必由承攬人親自為之，承攬人亦可透過分包方式完成其工作¹⁷²。而相較於其他如僱傭契約等類型，承攬人承擔的風險實係遠大於其他勞務契約之債務人，蓋依照第 631 條規定，承攬人必須提出符合契約約定之工作後，方得請求定作人履行對待給付之義務，因為縱使承攬人已經付出相當勞務，但若未提出一定之結果，亦無法取得承攬報酬。而此種危險在履約期長、標的金額龐大之工程契約中更形顯著，若承包商在業主受領前已完成之工作物，因意外而發生毀損滅失時，承包商對於其已給付之勞務與所耗費之材料，原則上並無向業主請求部分報酬的權利，蓋此時承包商報酬請求權屆至之條件，即工作已完成並已由業主受領，尚未出現¹⁷³。

此外，承攬人依第 633 條以下規定，對於定作人負有提供無瑕疵(包含權利瑕疵及物之瑕疵)工作物之義務，且如同買賣法(第 437 條第 2 款及第 3 款)之規定，若承攬人違反此項義務，其將構成給付障礙，此時依第 634 條以下規定之指示¹⁷⁴，定作人可本於債總給付障礙法之相關規定向承攬人請求賠償損害、償付額外費

¹⁷¹ 關於德國民法相關條文內容之翻譯，除前引關於德國民法債編修正之參考文獻外，本文亦另行參考自杜景林、盧湛，德國民法典評注，法律出版社，2011 年 8 月，一版；同作者，德國債法總論，法律出版社，2006 年 3 月，二刷；同作者，德國債法分論，法律出版社，2007 年 1 月，初版。

¹⁷² Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 707.惟對於下包商或其他債務履行輔助人之故意或過失，承攬人應依第 278 條規定加以負責。

¹⁷³ Vgl. Staudinger / Frank Peters, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, neu. Aufl., 2008, §644 Rdn.20 ff.

¹⁷⁴ 依照德國民法第 633 條規定，承攬人應設法使定作人取得無權利瑕疵及無物之瑕疵之工作物，此為承攬人之主給付義務。2002 年德國債法現代化後，對於債編規定進行實質上之變革，關於承攬瑕疵部分之修正，包含：當承攬人提出之工作物具有不合契約約定之瑕疵時，如當事人間未約定排除適用瑕疵擔保規定或定作人有保留地受領工作物時，定作人首先可主張原有之履行請求權請求修補瑕疵或重作該工作(§§634 Nr. 1, 635)，其拒絕受領有瑕疵之工作物將不構成受領遲延，同時亦不須給付約定報酬。定作人亦可選擇自己修補瑕疵並請求承攬人償還必要費用(§§634 Nr. 2, 637)、解除契約(§§634 Nr. 3, 636)、請求減少報酬(§§634 Nr. 3, 638)、請求損害賠償(§§634 Nr. 4, 638, 281 | 3)及請求賠償額外費用之支出(§§634 Nr. 4, 284)。Vgl. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht, 34. Aufl., 2010, S. 301 ff.

用或解除契約¹⁷⁵。

而依德國民法第 631 條第 1 項後段規定，定作人之主給付義務則為支付約定之報酬，同時，第 632 條則有對於報酬給付之相應規範，即如當事人未約定報酬給付等事項，則一般而言，報酬被視為當事人間已存有默示約定，其數額則依定價和通常標準來決定。此外如當事人對於工作物的範圍未能事先予以確定時，承攬人原則上會本於自己預期的價格對報酬進行估算，惟此種與協議固定價格不同且較不可靠的費用估計，將使承攬人負有在發現施工費用將超出原先預期時(一般而言係指超出約 10%)，應立即通知定作人之義務(德國民法第 650 條第 2 項)。而定作人在此種實際成本遠超出報酬估計概數之情形下，其得隨時終止契約¹⁷⁶。

(二)受領

依照德國民法第 640 條第 1 項規定，業主負有受領符合契約製造之工作，即無瑕疵工作(第 633 條)之義務¹⁷⁷。受領在承攬契約中具有重要意義，透過受領，承攬人向定作人主張之報酬請求權期限即屆至，同時危險負擔將發生移轉，並且開始起算定作人瑕疵擔保請求權之時效。因此，受領並非僅係業主之職責，更是業主依承攬契約所特別被賦予的「主給付義務」¹⁷⁸，承攬人可以訴請求履行。若受領在事實上不可能或依交易慣例是不可期待時，則依照第 646 條規定，受領將藉由工作的完成而被替代。倘若定作人違反受領義務，則其不只將陷於第 293 條以下之受領遲延，且同時也會構成第 280 條以下債務人之給付遲延。倘若定作人不在法定期間內履行自承攬人受領完成工作之義務，此時依第 640 條第 1 項第 3 句之規定，將發生擬制受領之效果¹⁷⁹，此規定意在保護承攬人，避免定作人透過各種藉口延遲付款。

(三)危險負擔

承攬人依德國民法第 644 條第 1 項第 1 款之規定，在定作人受領工作前，承擔報酬危險。倘若在定作人受領前，工作有一部或全部偶然發生毀損滅失之情形，承攬人即不得向定作人請求給付承攬報酬。惟依第 644 條第 1 項第 2 款規定，此價金危險將因定作人陷於第 293 條之受領遲延時(無論其是否可歸責)，發生移

¹⁷⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 708.

¹⁷⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 716 u. 717.

¹⁷⁷ 惟依第 640 條第 1 項第 2 款，業主不可因無關緊要之瑕疵即拒絕受領。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 324.

¹⁷⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728 u. 729.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 647.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 322.

¹⁷⁹ Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 324.

轉¹⁸⁰。此外若工作因為定作人受領遲延而致給付不能時，承攬人依第 326 條第 2 項第 2 款規定，仍可繼續保有報酬請求權，惟必須扣除承攬人因免給付義務所節省之費用，以免其獲得不合理之利益。¹⁸¹而若定作人要求將完成之工作運送到其指定之處所時，則如同買賣法第 477 條之規定，價金危險將於承攬人把工作物交給運送人時移轉由業主承擔¹⁸²。

(四)定作人協力義務及其領域範圍事項¹⁸³

為了使所負完成一定工作之義務實際上可順利履行，承攬人常依賴於業主提供契約履行所必要的協力行為，此即所謂定作人之協力義務，在一般承攬契約，如定作人應現身以供裁縫師量身訂作西裝，固然如此，而於具高度專業性及複雜性之工程契約，業主應提供基地、圖說等予承包商施作工程，更屬重要。惟學說上認為，定作人之協力義務，性質上僅為不真正義務(屬業主之職責)¹⁸⁴，因此除非當事人另有約定，否則承包商通常並不享有請求業主作為之請求權¹⁸⁵。從而，若業主不給予協助，其並不構成給付義務之違反，承包商也不能主張德國民法第 280 條及第 281 條請求替代給付之損害賠償。惟此時業主之不作為將陷於受領遲延，故根據德國民法第 642 條規定，在定作人陷於債權人遲延之情形下，承攬人可以請求適當之補償，該補償數額係依據定作人遲延期間長短及約定之報酬額計算之¹⁸⁶。而此項補償之內容實質上已超過承攬人依德國民法第 304 條規定所得請求補償之「提出及保管工作物所支出費用」之數額¹⁸⁷。

此外，在定作人陷於受領遲延之情形下，德國民法第 643 條另賦予承攬人在指定期間並附終止催告之後，可以終止承攬契約之權利，同時承攬人尚可依據德國民法第 645 條第 1 項第 2 句之規定，於終止契約後仍可向定作人請求已給付勞務部分之報酬以

¹⁸⁰ 學者並指出，原則上定作人受領遲延時，並不會免除承攬人之給付義務，僅減輕其注意程度。惟第 644 條第 1 項第 2 款尚含有使承攬人自給付義務解脫之意義，如在定作人受領遲延期間，工作物偶然發生毀損滅失之情形，此時給付危險亦由定作人承擔。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 738. 觀諸德國民法第 644 條，與我國民法第 508 條之規範相同。

¹⁸¹ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 739.

¹⁸² Vgl. Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 657.

¹⁸³ 關於定作人協力義務之相關規定乃為本論文討論之重點，故在此僅簡述相關規定內容，其餘分析詳見本文後續相關章節之說明。

¹⁸⁴ 意即定作人之協力義務，僅屬債權人之對己義務 (Gläubigerobliegenheit)，故定作人不為協力行為，應不構成債務人給付義務之遲延，縱使有所違反，亦無法以訴請求履行或請求損害賠償。

¹⁸⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

¹⁸⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

¹⁸⁷ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732. 德國民法第 304 條規定，在債權人遲延情況下，債務人可以請求償還其為無效果之提出，及為保管或維持所負擔之標的而須支出的額外費用。

及尚未償付之費用¹⁸⁸，即使這部分工作對於定作人而言是無法使用者，亦不例外。

另一重要之規定可參見德國民法第 645 條第 1 項第 1 句「定作人責任」之規範，即定作人即使不具可歸責事由，惟如客觀上發生應由其負責之情事，例如由於定作人供給材料之瑕疵或基於定作人不適當之指示，致工作物在定作人受領前發生毀損滅失、惡化或不能實現時，承攬人即可對定作人請求給付其已完成工作部分相當之報酬及額外支出之費用，蓋此種情形如依第 326 條第 1 項¹⁸⁹及第 644 條規定使定作人無庸為對待給付，將發生不公平之結果¹⁹⁰。惟個案中除非發生給付不能之情形，否則承攬人此時並不因此免除其給付義務¹⁹¹。

值得注意者係，德國學說及實務上對於第 645 條風險承擔之規範是否可普遍適用，素有爭議。部分學者認為第 645 條第 1 項之規定可以擴張至業主領域事由所致給付產生障礙之情形，即所謂的「領域理論(Sphärentheorie)」。但由於此種看法並無明確的法律依據，因此尚未獲得普遍承認。惟多數學者仍主張，原則上承攬人只須為其勞務給付所致生之風險負責，則假使工程施作之風險是由於定作人領域之事由所致，即便現行法尚未一般性納入領域理論之概念，惟仍不能排除於個案中類推適用民法第 645 條第 1 項規定之可能性，因此承攬人仍得向定作人請求已服勞務之報酬或未包含於報酬之其他費用¹⁹²。

貳、VOB 簡介—以 VOB/B 為中心

一、源起

工程契約具有履行期長、金額龐大、法律關係複雜、高度專業性等特質，此些特性加上對工程新知識技術之運用及符合相關符合法令規範之要求，尚非一般傳統承攬契約可以比擬，亦使工程契約履行中可能遭遇之障礙因素增加，雙方當事人如協商不

¹⁸⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

¹⁸⁹ 德國民法第 326 條第 1 項：「Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung; bei einer Teilleistung findet § 441 Abs. 3 entsprechende Anwendung. Satz 1 gilt nicht, wenn der Schuldner im Falle der nicht vertragsgemäßen Leistung die Nacherfüllung nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu erbringen braucht.」依此條前段之規定可知，債務人依第 275 條第 1 款至第 3 款免給付義務者，其對待給付之請求權亦歸於消滅。

¹⁹⁰ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 742. 德國聯邦法院 BGHZ 60,10 之判決中，即認為工程契約中，定作人所提供建造房屋之土地，或其他建築材料均屬此條所規範之「材料」。而定作人之指示則限於與工作之完成本質上有關聯性之工作內容之指示或描述。詳請參閱楊淑文，工程契約之危險負擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會，頁 4。

¹⁹¹ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 742.

¹⁹² Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 744.

成，將造成層出不窮之工程履約爭議。在德國法上，由於德國民法承攬契約章節之規定無法完全滿足營建工程契約的特殊性，同時因為官方的採購陷入對於採購及營建給付執行沒有統一原則可遵循的困境中，因此德國國會在 1921 年乃任命來自不同機構的業主方與承攬方代表，組成帝國採購委員會。此採購委員會制定了「工程給付及契約規範(VOB)」，並在 1926 年被引入作為帝國營建主管機關與邦財稅主管機關之職務規範¹⁹³。於 1947 年德國營建給付採購及契約委員會(Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuß für Bauleistung, DVA)承接帝國採購委員會之職責後，1952 年版本的工程給付及契約規範隨即被提交，並於 1974 年起持續進行修訂，不斷地更新相關技術規範之內容，並與最新的立法、判決及工程實務的實際發展相呼應¹⁹⁴。現行版本係 2009 年所修訂頒行者¹⁹⁵。VOB 主要由 A、B、C 三大部分所組成，其內容除了包含公法事務類型之一般規範外，也包含一般契約條款及一般技術性規範。

二、VOB 三大部分

(一)VOB/A 部分¹⁹⁶

Allgemeine Bestimmungen über die Vergabe von Bauleistungen，即公共工程給付採購一般規範，簡稱為 VOB/A。此部份主要規定公共工程契約締約前之準備行為與契約訂立之問題，包含採購之招標與發包，對於公家機關作為發包人有相當之重要性¹⁹⁷。VOB/A 被劃分為四個章節，包含第一章之基本條款，主要處理 5 百萬歐元以下的公共工程採購；第二章適用於超過 5 百萬歐元之公共工程採購，其內容受到歐洲聯盟相關強制指令影響而被確定；第三章則主要移植歐盟對於業主在水、能量及交通供給領域之產業指令，同時規範嚴格的採購流程；第四章涉及較“慷慨”的採購規範，包含協商流程，使業主與承包商可就第一章至第三章無法直接磋商之事項在此流程中進行協議。

¹⁹³ Vgl. Iris Oberhauser, Praxisleitfaden Privates Baurecht, 2010, Rdn. 141.

¹⁹⁴ 在 2006 年 VOB 之修訂中，在 VOB/A 修訂的範圍下，VOB/B 幾乎沒有受到內容的調整，反而它僅修正條款的名稱及相鄰的編碼。Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 141.

¹⁹⁵ 2009 年版的 VOB/B 藉由於註解部分闡明「德國採購委員會建議僅將 VOB/B 適用於企業、公法人及公法基金」的方式，對於德國聯邦最高法院之判決做出回應。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 141.

¹⁹⁶ Vgl. Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B, 17. Aufl., 2008, Rdn.17.

¹⁹⁷ VOB/A 的規範目的是要建立一個更公平的給付、價金競爭機制，提供所有投標者公平且一致之投標機會，另外一方面透過 VOB/A 的適用，使得國家的財源達到更有效率的分配。可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 7。

VOB/A 在工程規劃解釋的範圍內建立公家業主的契約權利，且更重要的是「使誠信原則具體化作為不忠誠、矛盾舉止的禁令」。同時 VOB/A 特定的規範也被視為私人業主關係中的解釋輔助，例如其第 9 條對於給付明確性及描述完整性之規定，即可作為每一私人業主的先契約義務¹⁹⁸。換言之，雖 VOB 的 A 部分規定實質上並非工程契約之組成部分，但其基本概念性之規定對於構成工程契約主要內容之 B 及 C 部分，也具相當重要性。

(二)VOB/B 部分¹⁹⁹

Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen，即工程施工一般契約條款，簡稱 VOB/B。VOB/B 規範與調整的對象是工程契約的實質內容，內容涵蓋了工程整體之履行過程並確立了工程執行期間的架構方向，包含工作完成、報酬、驗收、風險分配等，其規範了比德國民法典中承攬契約更詳細的說明，此乃因 VOB/B 制定時顧及營建工程的特殊性，而這些規範對於工程之進展，即工程是在複雜、經常且連續性過程的架構下進行，是不可或缺的。可以說，VOB/B 本質上即是包含工程契約定型化契約條款之契約範本。

(三)VOB/C 部分²⁰⁰

Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen，即工程一般技術契約條款，簡稱 VOB/C。此部分主要規範一般公認之具體技術事項或標準格式。而依 VOB/B 第 1 條第 1 款第 2 句²⁰¹規定，VOB/C 的技術條款，可與 VOB/B 一般契約條款合併編纂，成為工程採購契約範本之構成要素，並對當事人產生拘束力。同時 VOB/C 技術性的規定亦可適用於德國民法典規範之承攬契約及所謂的“技術認同規範”，惟技術認同規範並非全部藉由 VOB/C 所內含公認標準格式之規定來訂定，因此即使沒有新的公認標準格式被制定，技術認同規範仍可能進一步發展。

由上述介紹可知，VOB 中與一般工程契約之權利義務安排及履約爭議之解決方法較為相關者，乃係其 B 部分，即作為工程定型化契約條款之規範。因此本文以下擬特別針對 VOB/B 之法律性質與具體內容進行說明。

三、VOB/B 的法律性質及其與民法之關係

¹⁹⁸ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.17.

¹⁹⁹ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.18.

²⁰⁰ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.19.

²⁰¹ § 1 Art und Umfang der Leistung(1) : 「Die auszuführende Leistung wird nach Art und Umfang durch den Vertrag bestimmt. **Als Bestandteil des Vertrages gelten auch die Allgemeinen Technischen Vertragsbedingungen für Bauleistungen.**」

VOB/B 之法律性質是一般交易條款，其內容可作為工程定型化契約範本，在一般營建或修繕契約中，如無當事人之約定，VOB/B 並不自動地適用。換言之，僅有在契約當事人合意於契約中明定其適用時，始受 VOB/B 內容之拘束²⁰²，因此 VOB/B 並非法律。惟德國學者有指出，依照 VOB/A 第 1 條、第 2 條及第 3 條之規定，公共工程契約之發包及招標必須適用 VOB/A 及 VOB/B 之規定，亦即將 VOB/B 之規定納入公共工程契約中乃係公法上機關為契約當事人之義務²⁰³，因此 VOB/B 之適用已然成為工程實務運作之常態²⁰⁴。

相對於 VOB/A 而言，VOB/B 並非一習慣法，亦未必可一概被認為構成商業慣例²⁰⁵，但曾有德國法院鑑於工程契約之特殊性，在 2001 年具創意性地表示 VOB/B 應作為法規範而為適用²⁰⁶。而雖然多數學說及實務見解認為 VOB/B 對當事人之契約內容並無直接拘束力，但事實上其仍可能透過間接解釋之方式對於個案發生實質上之影響力，例如德國聯邦最高法院曾經認為，VOB/B 條款可視為相當於德國民法第 224 條(誠實信用原則)中的交易習慣或係誠信原則之具體化規定²⁰⁷。此種看法之正當性在於 VOB/B 條款於制定時即考量到工程契約之特殊需求，且一般被認為是工程界所習見，正常情況下契約當事人得以事前合理預見之結果²⁰⁸。是以依此種解釋，當個案中工程契約條款與 VOB/B 條款有明顯牴觸時，系爭條款即有被宣告為無效之可能。

VOB/B 的適用須事先由當事人約定不受德國民法規範之拘束，亦即在契約當事人選擇以 VOB/B 作為契約內容時，VOB/B 中之某些條款即排除了民法中承攬之規定。然若當事人未合意將 VOB/B 納入契約內容，則在個案中仍應適用德國民法典承攬契約之規定以為補充²⁰⁹，同時承上所述，此時亦可透過誠信原則將 VOB/B 之規範間接納入契約之解釋中，因此 VOB/B 條款與德國民法規定彼此間具有補充性。

²⁰² Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 142.

²⁰³ Vgl. Mark/Korbion, Basiswissen Privates Baurecht, 2003, C.H.Beck München, Rdn. 210.轉引自曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 40。

²⁰⁴ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.18.

²⁰⁵ Vgl. Kappellmann/Messerschmidt, VOB Teil A und B, 3. Aufl., 2010, C.H.Beck München, VOB/B Einleitung Rdn. 40.

²⁰⁶ KG BauR 2001, 1591. Vgl. Kappellmann/Messerschmidt, VOB Teil A und B, 3. Aufl., 2010, C.H.Beck München, VOB/B Einleitung Rdn. 39.

²⁰⁷ Vgl. Locher, das private Baurecht, C.H.Beck München, 7. Aufl., 2005, S.65.

²⁰⁸ 吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，台灣大學法律研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 8。

²⁰⁹ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.18.

再者，由於 VOB/B 具一般交易條款之性質，因此原則上它全部的規範將受到原一般交易條款管制法(AGB-G)²¹⁰ 及德國民法典第 305 條以下規定之內容控制。依據德國聯邦最高法院之見解，VOB/B 基於工程契約之特性而在其條款中全面且相當和諧地平衡當事人的利益，因此它的規定被視為具有優先性。但此優先性僅在 VOB/B 被完全的約定²¹¹時才具備，亦即此種優先性僅當 VOB/B 沒有被偏離約定時始展現，換言之，此時其可避免受到定型化契約條款的內容控制²¹²。然而，在契約關係涉及消費者時，即使當事人未有偏離約定，VOB/B 條款仍須受到定型化契約條款的內容控制，德國聯邦最高法院曾作出判決²¹³：「當 VOB/B 被適用在無法於採購委員會直接或間接使其利益受到注意的契約當事人時，VOB/B 的優先性即不彰顯」，而這些採購委員會通常是由在機構及領導人協會的業主方及承包商方所組成，並非由消費者所組成，因此消費者利益在工程履行採用一般交易條款時應被特別考慮²¹⁴。

綜合觀之，VOB/B 在德國工程實務之運用相當普遍，相較於德國民法承攬章節之規範，其更深入具體之規範更能適應工程契約之特性與符合當事人之需求，因此在探討德國工程契約之發展時，對於 VOB/B 條款之認識乃不可或缺。以下即簡要說明 VOB/B 主要條款之內容。

四、VOB/B 內容簡介

關於 VOB/B 條款內容，本文乃參酌前述德國民法典承攬章節之法體系，針對重要之條款予以簡介如下。

(一)工程之施作與報酬給付²¹⁵

本條首先表示 VOB/C 之工程技術規範可透過約定而成為工程

²¹⁰ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 142. 惟應注意者係，一般交易條款管制法(AGB-G)已因德國民法於 2002 年 1 月 1 日起修正施行而被廢止。不過原 AGB 第 9 條第 1 項之規定：「一般交易條款中之約定違反誠實信用原則，對條款使用人之契約相對人有不合理之不利益者，無效」，則完全被移植至德國民法第 307 條第 1 項前段之規定中。

²¹¹ 依德國聯邦最高法院的定義，倘當事人之約定與 VOB/B 條款產生偏離時，將造成 VOB/B 不再完全的被約定。

²¹² Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 90 u. 91. 德國第 310 條規定定型化契約條款如是對於企業經營者、公法人或公法特別財產使用時，乃排除第 305 條第 2 項(明示性要求)、第 308 條(評價可能性禁止規定)及第 309 條規定(無評價可能性禁止規定)於非消費性定型化契約之適用。其並規定，如當事人於締約時未改變 VOB/B 之內容而整體地將 VOB/B 納入契約時，此時該契約之內容審查即不適用第 307 條第 1 及第 2 項關於是否違反誠信原則及相當於我國消保法第 12 條第 2 項規定之檢驗，亦即此時 VOB/B 之規定享有優先性。

²¹³ BGH, Urt. v. 24.7.2008 –VII ZR 55/07, BauR 2008, 1603, 1606.

²¹⁴ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 142.

²¹⁵ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 146 u. 147.

契約之要素，接著並說明倘若契約文件中，施工圖與分部分項工程說明書、其他服務說明書、特別契約條款、任何補充契約條款、任何補充工程技術契約條款或一般工程技術契約條款等產生矛盾時，應以何者之規定為準。此外，依 VOB/B 第 1 條第 3 項及第 4 項之規定，業主具有單方的給付約定權，此權利使業主可變更工程設計，又如業主請求承包商履行原契約工作範圍以外但對契約履行是必要之給付時，其必須另外得到承包商之同意，方能使承包商給付該內容²¹⁶。

此外，契約報酬之定義於 VOB/B 第 2 條中首先被規範，即承包商完成契約約定施作之數量或類型，業主即應給付相應之對價。而契約依其計價之方式作區分，可分為單價契約與總價契約，一般而言，如當事人未有特別約定，則主要適用單價契約之計算規定。於採用單價契約之情形，當承包商實際履行之數量偏離原約定給付百分之十以上時，則當事人必須調整一新價格。假如設計者有變更或業主另有特殊要求，則契約雙方當事人應另行商定追加工程款，而且必須在施工前即商定完畢。若採總價契約時，則原則上報酬數額不會更動，惟當被履行的給付已巨大地偏離契約原約定之給付時，則無法期待當事人繼續維持原約定之總價，此時增減費用的調整是可以被選擇的²¹⁷。

(二) 工程契約之履行²¹⁸

VOB/B 第 3 條主要針對工程契約當事人在工程執行中所應負擔之權利義務內容作規範，特別是涉及業主之特定行為如依契約特別約定或商業交易習慣等而對工作之履行或對承包器具決定性之意義者，業主必須盡可能及時履行或提交²¹⁹。相較於德國民法第 642 條以下之規定，VOB 針對特定之業主行為規定屬其應履行之義務，例如提供施工必要文件、說明書、圖紙、擬定工程計畫及標示工地邊界軸線等，皆為業主之責任。換言之，透過於契約中具體明確之約定，將使得當事人得明瞭在每一種情況下之權責劃分，並可適時履行其義務。此外，依第 3 條第 4 項之規定，在工作開始前，街道、場地表面、排水溝、排水管線、工地內之工程設備等，只要是雙方所承認且為施工所必須的，都必須作成書面紀錄，如此亦有助於避免事後不必要之爭議發生²²⁰。

此外 VOB/B 第 4 條，進一步規範業主負有維持公共秩序、協

²¹⁶ Günther Jansen, Beck'scher Online-Kommentar VOB Teil B, 2009, §1.

²¹⁷ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §2.此亦涉及德國民法第 313 條情事變更原則規定之適用。

²¹⁸ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 146 u. 147.

²¹⁹ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §3.

²²⁰ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §3.

調於同一工地上施作之不同承包商、取得工程進行所必要的公法上執照或許可之義務，例如，依照法律規定，道路交通法，水法，商業法等須具備之許可。此外，業主亦須無償提供承包商使用建築工地所必要之營地、對外聯絡之道路、軌道及供給水或其他能源之管線等。同時業主有權依法進入施工現場監督承包商工作之執行，惟如工程內容涉及承包商營業秘密事項時，則雙方應先行磋商決定視察之程序，而業主必須遵守該決定始得進入工地監督，並且應對涉及承包商商業機密之事項加以保密。另外，業主對於工程之進行得予必要之指示，然若承包商遵守指示卻導致工作執行變得困難時，業主必須承擔額外支出之費用²²¹。

而承包商施作工程應遵守國家法令，依照契約履行給付並確保工作場所的秩序。當承包商對於履行方式有預先規劃(也基於對意外事故之保障)、對於業主提供的材料、建築構件的質量性能或是對其他營造業者之給付產生疑慮時，則依第 4 條第 3 項規定，承包商必須盡可能在工作開始前以書面通知業主，而業主對於其指示、命令、提供之材料仍應負責²²²。

(三) 工期與施工之障礙或中斷²²³

VOB/B 第 5 條係關於工期之規定。依該規定，契約當事人應於契約中載明開工、竣工日期，而施工進度期限上所載的單一期限，則僅當其在契約中被明確約定時，始視為契約期限。若當事人未具體約定開工日期，則業主必須應承包商要求給予開工時點的答覆，而承包商則必須在業主要求後 12 個工作天內開始施工，並設法在竣工期限前完成施工任務。於承包商施作過程中，當勞動力、工具、支架(草圖)、材料或建築構件非常缺乏以致於履行期限將明顯地不能被遵守時，承包商必須應要求及時的補救糾正。如承包商遲延開工或未於履行遭遇困難時依照第 5 條第 3 項之規定通知業主時，則依第 5 條第 4 項規定，業主可定期催告承包商履約，並於期滿後終止工程契約，同時依 VOB/B 第 6 條第 6 項規定請求損害賠償²²⁴。

VOB/B 第 6 條以下相關規定則是針對承包商於工作中受到障礙時應如何處理之規範。依 VOB/B 第 6 條第 1 項規定，若承包商認為自己按規定履行之給付因外在原因而出現障礙且無法繼續施工時，則承包商必須立即以書面通知業主該情事存在。若承包商怠為通知時，則只有在該障礙事實及其障礙效果顯然早已為業主

²²¹ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §4.

²²² Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §4.

²²³ Vgl. Iris Oberhauser, aaO.(Fn. 193), Rdn. 146 u. 147.

²²⁴ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §5.

知悉時，承包商始有提出對於障礙情況考量的請求權。

VOB/B 第 2 項則針對承包商可請求展延工期之事由作出規範，主要包含：1. 業主領域所生之情事：例如施工客體之可施作性屬於定作人領域之事由，而應由業主負責；2. 罷工或示威；3. 因不可抗力或其他對於承包商係不可避免的情況。惟第 2 項第 2 款明文規定，履約期間天氣狀況的影響應事先列入考慮，故原則上不視為障礙，惟倘若施工時出現極端之天氣狀況係承包商於締約時依通常情形所不可預見者，例如百年始發生一次的強烈地震或颱風，則可例外視為障礙事實。

依 VOB/B 第 6 條第 3 項規定，承包商必須完成所有其可以被公平合理要求達成的工作，以確保營繕工程的順利進行。惟一旦障礙情況被除去時，承包商必須立即恢復施工並通知業主²²⁵。

至於 VOB/B 第 6 條第 4 項至第 7 項乃涉及因障礙事由發生致承包商工作被中斷時，應如何補償承包商損失之規定。原則上承包商為了回復施工並在一個較通常情形為不利之季節可能發生的遲延，該施工期限之延長及附加費用之數額將依據障礙持續的時間作計算。此外，如給付未陷於不能，但承包商之施工因障礙情況而中斷時，其除可就已完成工作部分請求計算報酬外，亦可請求補償額外支出之費用。若當事人之一方對於施工之障礙因素具有可歸責事由時，他方當事人得就其可證明之損害請求賠償，惟針對利潤賠償部分，僅限於可歸責之一方具有故意或重大過失時始得請求；同時，承包商依據德國民法第 642 條之適當補償請求權不受影響，只要承包商已依據第 6 條第 1 項第 1 句通知業主該障礙事實或該障礙事實係業主顯然已知的情況下，即有適用 (VOB/B 第 6 條第 6 項)。再者，若因障礙事由致施工中斷時間超過三個月時，則任一方當事人得以書面終止契約，此時關於契約之結算則適用第 5 項及第 6 項之規定。如承包商對於施工中斷係不可歸責且工地清理費用未被應給付之報酬所包含時，定作人對於承包商所支付之清理費用亦應補償²²⁶。

(四) 危險負擔²²⁷

依一般承攬契約之風險分配體系，在定作人受領工作前，承攬人原則上須承擔報酬危險 (德國民法第 644 條第 1 項第 1 句，VOB/B 第 12 條第 6 款)。該報酬危險在工作受領後方轉移至業主身上；又如業主有受領遲延或指示交付運送工作物之情形，則報

²²⁵ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §6.

²²⁶ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §6.

²²⁷ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 146 u. 147.

酬危險會提前轉由業主承擔。此外，如造成工作物毀損滅失或不能完成之風險係源自定作人領域之事由，則即使定作人不可歸責，其依德國民法第 645 條之規定，仍須就承攬人已給付部分支付相當之報酬及償付額外之費用。惟依 VOB/B 第 7 條之規定，對於交付前之報酬危險，則有著不同於德國民法第 645 條之規範內容。此條對於已全部或部分履行之給付，如因不可抗力，戰爭、暴動或其他客觀上不可歸責於承包商且亦不可避免之事由而發生毀損或滅失時，賦予承包商得依照 VOB/B 第 6 條第 5 項規定，對於已履行之給付進行結算並得主張報酬請求權，對於其他損害，當事人間則沒有相互的賠償義務存在。換言之，VOB/B 第 7 條之規定使報酬危險在業主受領前即提前移轉由業主承擔²²⁸。

此條款不同於民法第 645 條規定之理由，乃在於工程契約中，承包商所施作之客體通常不在承包商所得管理支配之範圍，因此，基於公平原則，不應使承包商承擔交付前因一定情況所致之工作物毀損、滅失之報酬危險²²⁹。因此，若風險係來自業主本身或是由於業主有昇高風險之行為，致工作物發生毀損滅失之情形，則亦應有該條之適用。

(五) 業主與承包商終止契約²³⁰

VOB/B 第 8 條規定業主有權終止契約，然若承包商無任何可歸責事由，則業主於終止契約時，必須給付承包商約定之報酬，但應扣除承包商因終止契約所減省之費用及其另外提供勞力所獲取之利益。此外，當承包商中止其支付、申請破產或相類似之法律程序，或被開始如此的程序時，業主亦可終止契約。就此，對於已履行之給付，應依第 6 條第 5 項因障礙中斷之規定結算，業主另可請求賠償剩餘未履行部分之損害²³¹。

相對於業主之終止權，承包商可依 VOB/B 第 9 條規定終止契約，主要基於以下兩種情況：1. 業主怠於履行職責致承包商沒有能力提出給付及 2. 業主未給付報酬或陷於債務人之遲延；在此時，承包商必須預先為預告終止之表示並定期催告業主履行，如期滿業主仍不履行時，承包商始取得終止權。在承包商以書面終止契約時，其除可請求依契約價金結算已提出之給付外，尚可另依德國民法第 642 條之規定請求適當之補償，此權利並不因契約

²²⁸ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §7.

²²⁹ 楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會，頁 4。

²³⁰ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 146 u. 147.

²³¹ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §8.

之終止而受影響²³²。

(六) 工作物之受領(驗收)²³³

業主之驗收，對承包商之意義甚為重要，除了涉及報酬危險移轉之時點及瑕疵擔保請求權消滅時效之起算外，承包商在如期完工後以書面通知業主驗收，於業主履行後(業主必須在 12 個工作天內執行，但當事人可另作約定)，其即可請求約定報酬。因此，當事人於擬定契約條款時，應設法於契約中載明驗收的具體時間。對於承包商所提出之工作，業主可基於工作物具有重大瑕疵為由而拒絕受領，直到承包商修繕完畢以履行債務。VOB/B 第 12 條另有規定，驗收之進行，必須作成詳細之驗收記錄，在記錄中應列出業主已知悉的瑕疵及保留契約制裁之意思，而承包商可對紀錄提出異議。倘若驗收期日已被約定或是業主已於相當期間內通知承包商，則正式的驗收可在承包商缺席時舉行，但驗收的結果應立即通知承包商。此外，倘若承包商未正式請求驗收，依第 12 條第 5 項第 1 款規定，於承包商以書面通知業主給付已完成之事宜後 12 個工作日期滿，即視為業主已受領給付；再者，業主如已利用給付之一部或全部時，除另有規定外，依第 5 項第 2 款規定，驗收在業主開始利用後 6 個工作日期滿時即視為已發生。惟對於利用部分工程之設計以使工作繼續則不適用擬制受領之規定²³⁴。

(七) 其他²³⁵

VOB/B 第 10 條係關於契約當事人對於第三人之損害賠償責任的內部分擔規範²³⁶、VOB/B 第 11 條涉及違約罰款²³⁷及 VOB/B 第 13 條處理承包商之瑕疵擔保責任²³⁸，即除由於業主不當使用所致者外，承包商應對工作物之瑕疵負擔保責任，該瑕疵擔保責任期限一般為 2 年，但當事人可另行約定。而 VOB/B 第 14 條係關於契約結算與決算之時間、基礎及程序等事宜²³⁹、第 15 條規範計時工作之工資價格²⁴⁰、第 16 條涉及業主付款的時點²⁴¹。另外，VOB/B 第 17 條則規範業主對於工程施作請求承包商提供之擔保²⁴²(如履

²³² Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §9.

²³³ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 146 u. 147.

²³⁴ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §12.

²³⁵ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 146 u. 147.

²³⁶ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §10.

²³⁷ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §11.

²³⁸ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §13.

²³⁹ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §14.

²⁴⁰ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §15.

²⁴¹ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §16.

²⁴² Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §17.

約保證金、保留款等)及 VOB/B 第 18 條涉及履約爭議處理等議題
243。

第五項 小結

由於工程施工契約通常具有履約期長、規模大、工程專業度高、界面複雜、具高度公益性等特質，在整體工程執行的過程中，從規劃、設計、預算編列、發包、施工、驗收至保固等各階段，均可能產生因風險所致之損失，從而如何管控並分配風險，將影響個別工程可否順利完成，因而工程契約相關之約定是否公平合理，實為關鍵之因素²⁴⁴。參照本文前引之德國工程採購及契約規範(VOB/B)，其對於營建工程之風險分配乃把握一主要原則，即特定風險非屬可歸責於業主事由所致或非為業主應負責之領域，且依有經驗的承包商能合理預期並事前已作分析評價者，則該風險即可歸由承包商承擔²⁴⁵。換言之，承包商所須負擔之風險，應僅限於與施工相關，無法以己力完成工作或對於工作物完成所須之技術、材料、資金等評估錯誤之風險。其他於施工期間所生不可預見之風險或非屬承包商所能掌控者，承包商無庸負責，而應責由業主承擔，業主並須補償承包商因該風險所遭受之損失²⁴⁶。

在此，針對各式風險之承擔，本文簡略整理如下：

- 一、 承包商應承擔工程之施作風險，或其他凡有經驗之承包商皆能合理預見並預防之風險，諸如決策錯誤、資訊取捨失誤、工作瑕疵、工程及財務管理、破產倒閉、職業責任或所僱勞工、分包商等故意過失行為所致損失等不利益結果，而不得另行請求業主補償。
- 二、 在工程執行中如發生戰爭、外患、叛亂、沒收充公、徵用、罷工、暴動、民眾抗爭、異常地質、清除工地之地上物及對施工權的妨礙、業主委託之相關人員出於故意或過失之作為、不作為或涉及違法行為、業主提供之材料有瑕疵、設計規劃不當及業主之指示有錯誤等，此時由於承包商對於此類風險可能無法預期，或即使得預期發生亦可能無從避免或自行解決，應認為由業主加以承擔較為合理。

²⁴³ Günther Jansen, aaO. (Fn. 216), §18.

²⁴⁴ 許俊逸，工程承攬契約之風險分配—以鐵路改建工程常見爭議類型為例，發表於工程法律系列論壇(五)，頁 60。

²⁴⁵ 例如 VOB/B 第 6 條第 2 項所列各款承包商得請求展延工期之事由，其中第 3 款即明揭此一時間上風險之合理分配原則：「因不可抗力或其他對於承攬人係不可避免之情形」，可供參考。由此規定形式上觀之，雖可認為 VOB/B 之契約條款對於業主較為嚴苛，然此種將不可抗力之風險分配予業主承擔之作法乃符合風險應由較有能力掌控或主導之一方承擔之概念。是以綜合觀之，VOB/B 之規範不僅可平衡雙方當事人之履約利益，亦提供較公平合理且符合誠信原則之參考準則。

²⁴⁶ 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，頁 139-140。

三、因可歸責於雙方之事由共同肇致之風險，原則上應依雙方各自所負擔之責任比例作分配，而於該責任分擔不易認定時，則須先透過雙方協商，於協商不成時始透過紛爭解決機制決定²⁴⁷。

然而觀察我國現行實務運作概況，目前各機關為順利辦理工程採購事宜，多依職權頒訂符合機關需求之各式工程採購契約範本，並逐年修訂條款內容。惟雖對照過往所頒行之契約範本，現行條款內容已或多或少納入學說及實務之意見，而更符合均衡雙方當事人利益之目標，惟若逐一審核契約範本中之條款，仍可發現我國之契約範本規範本質上對於業主較為有利，不僅業主之義務內容、違反罰責漏未規定或規定簡略，同時亦賦予業主單方享有對於承包商是否違約極大的決定權，使承包商於工程進行時如遇非可歸責於己之阻礙，致生額外成本費用或延誤工期時，不僅可能須負擔龐大之違約金，更無法向業主請求補償額外支出而蒙受損失；而若當事人訂約時未採納工程契約範本之相關條款為內容，實務上亦常見契約中充斥著各式由業主單方研擬而顯著不公平之風險轉嫁條款。然就此應瞭解者係，工程契約中之風險若無法合理分配，而令承包商承擔過重之風險，將使承包商可能無法繼續履約或走向破產，同時誠所謂羊毛出在羊身上，有經驗之承包商在投標時通常會考量風險成本而將其納入工程報價中，惟現行實務之運作常導致承包商為減輕履約之負擔，而於投標時刻意壓低標價以利搶標，致施工時偷工減料以求最低成本支出，如此工程施作之品質如何確保？契約雙方當事人如因衍生之爭議而須另循各類紛爭解決程序以請求救濟其權益，亦將耗費更多時間及金錢。最終而言，當事人間如存在權利義務偏頗之契約條款，非但其事前預定之風險分配未能發生實質效果，更將於嗣後產生許多不必要之成本支出，致契約雙方兩敗俱傷，而此實已悖離政府採購法第 1 條所揭示「依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質」之規範意旨。

此外，觀諸德國民法中承攬契約之規範體系，其實與我國民法中承攬契約之相關規定並無太大差異，此或許係因我國民法規定乃大量承繼德國民法典之體系架構，故二者規範間之相似性較高。惟德國債法因應現代社會交易之需求，透過其學說及實務之補充，不斷地進行翻修，並已在 2002 年完成現代化債法之修正；反觀我國民法典債編相關規定，自民國 89 年修正後即無太大之進展，此對於新型契約不斷發展且日趨繁雜之交易現況，於當事人援引相關法律規定嘗試解決紛爭時，常發現規範不足之缺憾。例如相較於德國債法在 2002 年對於給付障礙法之修正，其統一以「義務之違反」為核心，同時整合並簡化債各之規定，特別是買賣與承攬契約中關於瑕疵擔保責任與一般給付障礙法規定之適用等問題；然我國法下債

²⁴⁷ 曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 54。

之關係的義務體系仍囿於傳統之主給付、從給付或附隨義務等分類方式，並據以決定相應適用之法律效果，惟若個案中依此傳統見解對於當事人間權利義務之解讀出現不合理，甚至難以尋求適當的請求權依據時，常產生當事人動輒跳脫既有之法律規範，而直接訴求誠信原則或情事變更原則等抽象之契約調整規範加以救濟，此實本末倒置且有擾亂既有法體系之虞；此外，又如債編總則關於債務不履行之規定與債各買賣或承攬章節中物之瑕疵擔保等規定，在適用時究應如何競合或各規範是否彼此間互為普通、特殊規定，此於我國學說及實務²⁴⁸上之爭議未曾間斷，更徒增法律解釋適用之複雜性。因此本文認為，為合理解決當事人間常見之紛爭，實有待將來透過大幅度的修法予以檢討並整合之必要。

綜合本節前述分析，風險應如何合理分配於契約雙方，乃攸關契約中權利及義務之分配，而整理國內外相關實務及學說之看法，公認之合理分配原則為：風險應分配於具掌控風險地位之人。簡而言之，風險不應轉嫁於無力承擔風險結果之人，在此原則下，承擔風險之一方應對於他方因風險所產生之損失予以填補，並設法自現有之風險管理機制尋求合理降低風險之方法，如投保工程保險等，而非濫用單方優勢之締約地位進行不合理之風險轉嫁。若將此風險分配原則反映於契約中當事人權利義務之安排，即意味著對於應歸屬業主風險領域之事由應被明確規範，同時亦應約定承攬人對於因業主領域事由所致生之額外費用支出或損失，得請求業主補償，透過當事人間事先合理約定之風險分配，應有助於改善現行工程實務之紛爭。是以在我國，當務之急乃在於透過行政、立法及司法之管制，扼止不合理或侵害他方權益之條款，同時依照營建工程之契約特性，謹慎並詳細研擬一公認合理之契約範本，使契約當事人於擬約時，可參考相關之權利義務規範，進而創造當事人雙贏之結果，減少不必要之工程紛爭，此亦為促進工程履約效率之不二法門²⁴⁹。

而於瞭解合理風險分配原則下所應建構之權利義務體系後，對於工程契約中當事人權利義務關係之安排，是否符合體系之規範，特別是定作人應履行之義務中，必要之協力行為提供與否及其法律效果等問題，向來是學說及實務運作上爭論之重點，而民法第 507 條之規定是否存在規範漏

²⁴⁸ 單就物之瑕疵擔保與債務不履行規定如何競合適用之問題，最高法院 77 年第 7 次民事庭會議決議與 96 年第 8 次民事庭會議決議之見解即有差異。

²⁴⁹ 舉例而言，契約履行所需之資訊往往需要耗費當事人相當成本以取得，而假設締約雙方皆為理性之情形下，他們會藉由將錯誤發生的潛在風險由資訊取得成本較低之一方負擔，將共同之交易成本降至最低；即使當事人未約定時，法院亦應考量資訊取得之難易，而將此種風險加諸於資訊取得成本較低之一方，並賦予可能負擔較高資訊成本之一方相關之權利保障，如此亦可使防止損害所需成本較低之一方提高其交易上注意義務，以免日後發生財產權糾紛。詳細說明可參閱王文字，從經濟觀點論保障財產權的方式，民商法理論與經濟分析，元照，2000 年 5 月初版一刷，頁 66-69。

洞，現行工程契約範本對於定作人協力義務之約定是否完備，本文皆將於後續相關章節中，一併整理學說見解及實務相關案例，進一步探究並分析。



第三章 定作人協力義務之內容與性質

第一節 定作人義務概述

於工程契約中，當事人約定完成之工作通常龐大繁複，專業技術性高，須投入之費用成本甚鉅，加上工期經常長達數年，所牽涉主體之法律關係亦相當複雜，是以，相較於一般民法所規範之典型契約，工程契約充滿高風險性與不確定性，履約爭議之類型亦具有多樣性，相關紛爭有時責任歸屬頗難釐清。一般而言，對於契約爭議之處理，最基本之方法乃檢視契約約定，以釐清當事人間之風險分配與權利義務關係。惟如當事人對於風險分配或權利義務未有約定或約定不周全(包含以定型化約款排除特定之權利義務等情形)，此時即有必要回歸契約之法律性質，以相關之法律規定為準則，探究契約當事人間合理之權益安排。

對此，營建工程契約係一有償、雙務之契約，雙方當事人之給付與對待給付關係具有對價性，而工程契約之法律性質依本文第二章第一節之分析，學說及實務上多認為其屬承攬契約，是以，欲合理規範工程契約中定作人(業主)及承攬人(承包商)間權利義務之分配，實有必要先行理解傳統承攬契約對於定作人及承攬人權利義務之規範，再就工程契約之特性，透過契約解釋或工程慣例等予以補充。此思考模式有助於工程契約爭議之解決，相類之處理原則亦可見諸外國法之規定及工程契約範本之規範²⁵⁰。

債者，依民法第 199 條第 1 項規定：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付」，係指債之法律關係發生後，一方取得向他方請求從事特定行為之權利，此種權利泛稱為債權。契約為債之關係發生之主要類型之一，契約成立生效後，契約當事人間亦產生一方當事人得向他方當事人請求給付之法律關係，即給付請求權或履行請求權²⁵¹。申言之，工程契約當事人間之法律關係，屬於廣義債之關係之一環，而債之關係的核心在於給付，給付具有不同意義和功能。除給付義務之外，債之關係上尚有所謂的附隨義務及不真正義務，換言之，債法的變遷和進步是建立在債之關係上各種義務的形成與發展²⁵²。是以，本文討論之焦點雖在於定作人協力義務相關問題之研究，惟欲完整瞭解承攬契約，乃至工程契約中定作人義務之履行及其法律效果，僅探究協力義務之內容與性質恐有不足，乃有必要對於定作人義務之規範體系先行作一初步之理解。

²⁵⁰ 詳請參閱本文第二章、第二節、第四項「外國法及工程契約範本風險體系」之說明。

²⁵¹ 姚志明，契約法總論，元照，2011年9月初版，頁90-91。

²⁵² 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁37。

依民法第 490 條之規定，工程契約之報酬給付義務係定作人最主要之契約義務，當事人(尤指承攬人)締結承攬契約之目的即在於透過工作之完成以取得相當之報酬，獲取利潤，契約報酬如何計價及其付款之方式，實為相當重要之問題，故本文將於本章第二節先行針對承攬報酬之意涵、報酬債權成立時點、請求權消滅時效等問題進行說明，同時對於工程實務上常見之付款方式，如預付款、估驗款及保留款之法律性質一併加以分析²⁵³。

而在工程契約之法律關係中，承攬人固然負有完成一定工作之給付義務，惟在多數之情形下，其給付通常兼需債權人之協助，始能讓債之關係順利履行，並圓滿歸於消滅。此在給付財產權之契約中如是，在勞務給付之契約中更能彰顯此種特性，換言之，在以給付勞務為內容之工程契約中，定作人之協力往往對於工程之完成係不可或缺之條件，舉凡營建工程設計圖說等文件之提供、施工基地之交付、對於工程履行過程中給予必要之指示及工程完工後之驗收等行為，皆須定作人行為之參與，承攬人方得如期履約。惟此種定作人協力之性質為何，學說及實務上迭生爭議，而性質之認定更將進一步影響定作人不為或怠於提供必要協力時承攬人應為何種法律效果之主張，此對於工程契約之順利履行及當事人間合理之權利義務分配甚為重要，是以本文將於第三節以下針對相關問題進行探究，以作為本文後續區分業主不同之協力行為類型，進一步分析我國現行工程實務運作情形之立論基礎。

第二節 定作人之付款義務

第一項 承攬報酬之給付

民法第 490 條第 1 項規定：「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。」對於承攬工作之種類，法律上並未加以限制，只要不違背公共秩序或善良風俗，可以滿足人類日常生活所需者，均可成為承攬契約之標的²⁵⁴。此條以承攬契約中當事人間固有、必備之主給付義務為規範內容，亦為承攬契約與其他契約類型相互區別之特徵所在，由其內容可知，承攬契約透過承攬人提供勞務之方式，以達成契約之目的。然對於工作之完成，承攬人並無凡事皆親自履行勞務之必要，其仍可委由第三人代為履行；此外工作之內容可以是有形之結果，如縫製西裝、房屋修繕等；亦可透過無形之方式呈現，如歌舞表演、

²⁵³ 關於契約計價方式之討論，由於不同計價方式涉及契約之風險分配，故已於第二章、第二節、第三項、貳「契約計價之風險分配」部分作說明，茲不再贅述。此外礙於篇幅及討論主題，針對不同計價方式所衍生之法律問題，如一式計價、漏項及實作數量增減等爭議，亦不在本文討論範圍內，合先敘明。

²⁵⁴ 葉錦鴻，民法系列—承攬，三民，2007 年 11 月初版一刷，頁 4。

看護照料等²⁵⁵。²⁵⁶

而相對於承攬人所負符合契約約定按時提出無瑕疵工作物之義務，定作人依第 490 條第 1 項後段之規定，則負有支付約定報酬之主給付義務²⁵⁷，意即「完成工作」及「給付報酬」均為承攬契約不可或缺的必要之點，依民法第 153 條第 1 項規定，雙方當事人對該必要之點，無論為明示或默示，需互相意思表示一致，承攬契約始得成立。

壹、承攬報酬之意涵

依據民法承攬章之定義，承攬契約以完成一定之工作及給付約定之報酬為其特徵，二者構成對價關係。關於報酬之種類，由於法無明文，解釋上似得以金錢及物之給付、使用或勞務之供給作為報酬，惟學說上有認為承攬契約之報酬應以金錢之給付為限，其他以物之給付、使用或勞務之供給作為報酬者，宜認為係混合契約²⁵⁸。

民法第 490 條第 2 項規定：「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。」材料究竟應由何方當事人供給，首應依當事人間之契約確定之，如有不明，則應透過契約解釋或參酌交易慣例予以決定。而報酬之計算是否包括材料之價額，如另有約定或依習慣足以決定者，即無須適用本條規定。此外，若承攬人爭執材料價額不計入報酬，而另行對定作人請求時，其應負擔舉證責任²⁵⁹。

此項規定對於現今工程實務之運作有其重要性，蓋承攬人對於工程之進行，常基於專業性及對市場之熟稔度，可以迅速及以較便宜之價格取得工程施作所須之材料，對於材料之品質亦具有專業之判斷力，此種「包工又包料」之承攬型態已成為營建工程契約之主流，此亦涉及學說及實務上對於「製造物供給契約(Werklieferungsvertrag)」法律性質之爭

²⁵⁵ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 478；楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 575。

²⁵⁶ 德國民法第 631 條第 2 項：「(2) Gegenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.」，乃明文規定承攬契約之標的既可以是物之製作或變更，亦可以是其他應當透過勞動或是勞務給付所促成之結果。

²⁵⁷ 無論在德國民法之承攬契約章或 VOB 規範下的工程契約，皆依循當事人間完成工作與給付報酬之對價關係作規範，而 VOB/B 第 2 條對於報酬之計算與調整則有更深入且詳細之規定。Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 9.1 Die Vergütung des Bauunternehmers/Nachträge und Vergütungsänderungen, Rdn. 2131.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 45.

²⁵⁸ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 576。學者有採類似看法者認為，報酬尚不以金錢為內容，則視用來交換之給付內容為何，構成各種不同之混合契約。又若報酬雖以金錢為內容，但其給付標準不以工作本身有關之投入為基礎，而以所完成之工作將來投入生產時實際發生之營業額或利潤為計算基礎者，亦為一種混合契約。詳請參閱黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 478。

²⁵⁹ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 578-580。

議，已如本文前章之分析，茲不重述²⁶⁰。

惟對於雙方當事人僅就應完成之工作有所約定，而未明示或默示約定工作之報酬，以致承攬契約是否成立產生爭議時，依民法第 491 條第 1 項規定：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬。」換言之，在當事人未具體約定給付承攬報酬時，原則上應於個案中判斷定作人有無已知或可得而知承攬人係收受報酬才願意締結契約之情形存在。對此，同條第 2 項並進一步規定：「未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付。」是以，若洗衣店門口已懸掛清洗項目價目表時，原則上即可用以推斷入店接洽之顧客可得而知洗衣之對價並同意受其拘束，雙方之承攬契約已然成立。

德國民法第 632 條第 1 項對於承攬契約中報酬給付之規定，亦以當事人約定之數額及給付方式為主，惟如當事人未就報酬有所約定時，此時可依第 632 條第 1 項及第 2 項之規定(相當於我國民法第 491 條)，視當事人有無默示約定報酬給付之情形或透過解釋契約之方式以定之，例如有定價時依定價決定，無定價時則依通常標準支付²⁶¹。惟如在德國民法第 315 條及第 316 條規範之情形下，通常支付標準則無法用以確定報酬數額，蓋此時涉及給付由一方當事人指定之情形，故應合理考慮契約雙方當事人利益之情況以決定給付內容，是以乃排除第 632 條第 2 項規定之適用²⁶²。

貳、報酬債權發生及給付之時點

承攬契約為雙務契約，定作人對承攬人負有支付承攬報酬之義務，惟依民法第 490 條第 1 項之規定，承攬人須完成一定之工作方能請求報酬，是承攬契約中關於報酬之給付，原則上採「後付主義」。另依民法第 505 條規定：「報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之。工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。」此時即產生承攬報酬債權究於何時發生，及其清償期為何之問題。學說上有主張民法承攬章對於報酬之約定係採「後付主義」，因此承攬人之報酬債權應待工作完成並交付後始成

²⁶⁰ 詳請參閱本文第二章、第一節、第二項、壹「承攬契約」之論述。

²⁶¹ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 717.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 42 u. 45.

²⁶² Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 717.; Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 9.1 Die Vergütung des Bauunternehmers/Nachträge und Vergütungsänderungen, Rdn. 2133 u. 2134.此外，如定作人主張當事人間對於報酬已有更具體或更佳之總價約定時，此時承攬人應舉證證明未存在總價契約之約定，此種反證並非過苛之要求。而在 VOB/B 規範之工程契約中，當事人必須彼此告知作為契約計價之基礎，一般而言，如無其他契約計價方式之約定，應以契約之單價作為計算工程報酬之基準。如當事人對於是否約有其他計價方式產生爭執時，應由爭執之一方負擔舉證責任。Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 9.1 Die Vergütung des Bauunternehmers/Nachträge und Vergütungsänderungen, Rdn. 2138 u. 2139.

立，惟多數學說²⁶³及實務見解²⁶⁴則主張當事人先為給付之義務並不影響報酬債權之發生，而僅關係到其清償期之屆至與否，意即承攬報酬債權應於承攬契約生效時即已發生，但其清償期原則上則按工作是否必須交付為斷，而分別在承攬人完成工作或交付已完成之工作時始屆至。

就此，本文認為承攬報酬之給付乃係定作人債務之履行，此與債務何時成立並無直接關聯，且報酬後付僅係補充原則，民法第 505 條並非強行規定²⁶⁵，本於契約自由原則，當事人自可另行約定報酬支付之時期，在工程實務上，亦常見定作人先行支付部分報酬予承攬人者，故似難認為報酬債權須待工作完成時始發生。此外自修正後民法第 513 條第 1 項及第 2 項規定觀之，承攬人於開始工作前可對將來完成之定作人之不動產，請求預為抵押權之登記，如承攬報酬債權於工作完成後始發生，則本於擔保物權之從屬性，抵押權將因主債權不存在而無從成立；同時自強制執行之面向觀之，學者²⁶⁶亦主張，承攬報酬債權於完工前，得發扣押命令或移轉命令予以執行，如承攬報酬債權不存在，則該債權又如何能成為執行之對象？是以本文贊同通說之看法，認為承攬報酬債權應於締約時即已發生²⁶⁷。

至於承攬報酬之支付時點，依民法第 505 條之規定，應以工作須否交付作區分。如工作無須交付者，報酬應於工作完成時給付之，惟此時由於承攬人有先為完成工作之義務，則其自不得以定作人尚未支付報酬為由而拒絕工作之進行，亦即此時承攬人乃喪失民法第 264 條之同時履行抗辯權²⁶⁸。而於工作須交付之情形，雖實務見解²⁶⁹認為工作交付與報

²⁶³ 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 328；黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 560-561；邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 107。

²⁶⁴ 如最高法院 85 年度台上字第 1576 號判決：「系爭二百三十七萬一千七百三十七元，既為工程保留款，乃係已確定發生之債權，並非附停止條件之債權，為原審所確定之事實，縱該保留款必須至將來工程全部完工、驗收合格時，上訴人始予以支付，亦僅係清償期是時屆至，中鹿公司方得請求給付而已。」可供參照，惟關於保留款之法律性質，學說實務上素有爭議，本文將於後續章節進行討論。

²⁶⁵ 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 329；邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 107；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 127。惟論者有指出，若契約因非基於契約自由原則形成而必須回歸民法條文探討時，此時對於第 505 條規定之「應」字，應解釋為強制規定，如此方能避免定作人恣意拖延或不為給付報酬之情形而能達到保障締約地位弱勢一方之意旨。詳請參閱林辰熹，工程採購契約之承攬報酬及危險負擔移轉問題探討，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2006 年 1 月，頁 71-75。

²⁶⁶ 張登科，強制執行法，自版，2004 年 2 月，頁 425；史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 328。

²⁶⁷ 亦有論者自承攬契約之雙務對價性質，認為如定作人所負給付工程款之義務未於營建工程契約成立之同時即發生，則對照承攬人完成特定工程之義務，將無由使營建工程契約具雙務契約之性質，詳請參閱盧仲昱，營建工程契約遲延問題之研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1994 年 7 月，頁 173-176。

²⁶⁸ 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 108；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 126。

酬給付間並無同時履行抗辯權之適用，惟基於工作之完成及交付與承攬報酬之支付具有相互牽連之對價關係，同時考量民法第 505 條之立法意旨²⁷⁰，本文認為於現行規定之解釋下，工作之交付與報酬之給付，應處於同時履行之關係，如定作人遲不支付報酬，承攬人得主張同時履行抗辯權²⁷¹；若工作係分部交付而報酬應分階段給付者，於先階段之報酬給付前，承攬人得暫不繼續工作²⁷²。

德國法上關於報酬請求權之屆期，依其民法第 641 條第 1 項之規定，原則上以定作人受領時為期限屆至之時²⁷³，意即承攬人應負有先完成一定工作之給付義務；此外依同項第 2 句之規定，當事人亦可約定工作可分階段受領，而報酬則分階段給付²⁷⁴。此條規定之受領包含合同法第 640 條第 1 項第 3 句擬制受領之情形，另有判決認為報酬請求權之屆期亦可發生於不適用擬制受領但定作人不合理拒絕受領給付之情形²⁷⁵。倘承攬工作具有不符契約約定之瑕疵，定作人可基於第 641 條第 3 項之規定拒絕給付部分報酬。再者，德國民法第 632 條之 1 另有規範承攬人得就已完成部分之工作、遞送或生產建築所須材料，請求結算並一部付款之權利，惟關於材料價款部分之規定僅適用於承攬人移轉材料所有權或為此提供相應擔保之情形，蓋此時承攬人可能因該等先給付之行為而使清償能力惡化，故有透過定作人先為一部之給付以緩和資金壓力之必要²⁷⁶。²⁷⁷

²⁶⁹ 最高法院 50 年台上字第 2705 號判例：「承攬人完成之工作，依工作之性質，有須交付者，有不須交付者，大凡工作之為有形的結果者，原則上承攬人於完成工作後，更須將完成物交付於定作人，且承攬人此項交付完成物之義務，與定作人給付報酬之義務，並非當然同時履行，承攬人非得於定作人未為給付報酬前，遽行拒絕交付完成物。」

²⁷⁰ 民法第 505 條之立法理由：「謹按雙務契約之原則，兩造之義務，應同時履行。承攬為雙務契約，故須於交付工作時支給報酬，其工作之性質，無須交付者，應於工作完成之時，支給報酬。此第一項所由設也。至工作係分部交付，而其報酬亦係就各部分定之者，則應於每一部分工作交付時，即給付該部分所應受領之報酬，以符雙務契約同時履行義務之旨趣。此第二項所由設也。」

²⁷¹ 此為現行法下通說之見解。惟如考量工程契約中，當事人常於契約中約明對於工作物應辦理驗收程序，並慮及民法承攬章節各條規定對於危險負擔、請求報酬給付時點之不同用語，則在邏輯上似有產生衝突之可能，同時亦造成實務上紛爭不斷發生。惟由於此尚涉及定作人受領及驗收之概念，故本文將至後述第五章「定作人協力義務之類型」部分再作進一步探究，併予敘明。

²⁷² 學說通說採此見解，詳請參閱史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 329；黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 561-562；邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 108-109；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 126-127。

²⁷³ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 718.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 319.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 641.

²⁷⁴ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 718.

²⁷⁵ BGHZ 174, 100 Tz. 29 m.w. N.; vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 719.

²⁷⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 720.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 47.此外，德國民法第 641 條第 2 項對於承攬工作涉及分包商時，當事人間報酬請求權期限屆至應如何認定之問題定出標準，綜合觀之，德國民法對於承攬報酬給付之相關規定，較我國之規範更為周全，實值我國在解釋契約或處理報酬相關爭議時，援引為參考。

²⁷⁷ 關於報酬給付期間之屆至，VOB/B 第 16 條第 3 款第 1 句規定，承攬人報酬請求權屆至之前提

參、報酬僅估計概數

民法第 506 條規定報酬得以估計之概數約定之，就此，一般而言，承攬契約於成立時報酬數額即應當被確定，惟該數額可能基於承攬工作之性質、種類及材料等因素而於訂約時尚無法被明確計算，故一般實務運作上多以估計報酬概數之方式行之，日後再予精算。此條規定對於工程契約甚具重要性，特別是在公共工程契約中，業主通常為不具工程專業之政府機關，欲要求其精算工程報酬額並非易事，即使機關責成建築師或工程顧問公司進行估算，由於工程契約具有多變與複雜之特性，亦難以確保工程價額估計之準確度，是以乃有賴民法第 506 條之規定來分配此種因工程報酬估計之不確定性可能產生之不利益²⁷⁸。

契約適用民法第 506 條之規定，必須具備契約僅估計報酬之概數、報酬超過概數甚鉅及非可歸責於定作人之事由所致等要件。如因可歸責於定作人之事由所致，例如基於定作人變更設計或追加工作致費用倍增，則無本條規定之適用。而在報酬超過概數甚鉅時，第 506 條第 1 項賦予定作人得於工作進行中或工作完成時解除契約之權利，惟依同條第 2 項規定，如承攬之工作為建築物或其他土地上工作物之新建或修繕時，定作人僅能請求減少報酬，或於工作未完成前，通知承攬人停止工作並得解除契約。自本條規定觀之，定作人享有解除契約之權利，似非基於承攬人之債務不履行²⁷⁹，惟得解除契約之理由為何？學說上有認為²⁸⁰此條規定與民法第 489 條之情形相仿，故係基於重大事由而取得解除權，亦有認為²⁸¹本條係因意外情事致報酬超過估計概數甚鉅，本非定作人預料所及，故應使其得解除契約，以資救濟；此外尚有認為此條乃係情事變更原則之表現者²⁸²。

就此，報酬在約定當時無法計算一個確數之情形，事後可能由於約定當時掌握之資訊不足，以致概算約定者與實際發生者大有出入。本文認為，在實際發生之報酬數額與預估之概數相差甚遠時，縱使可認定該實際發生之數額尚屬當事人約定之內容所包括，惟此出入甚鉅之情形仍為當事人所不可預見者，如依原約定內容履行對契約之一方顯然過苛

條件除了定作人受領外，尚須承攬人進行可驗證之結算，而此結算審核期間依慣例通常長達 2 個月，因此 VOB/B 中工程契約之報酬請求權期間屆至之時點通常較 BGB 承攬契約之報酬給付期間屆至之時點來得晚一些。Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 9.1 Die Vergütung des Bauunternehmers/Nachträge und Vergütungsänderungen, Rdn. 2667 u. 2675.

²⁷⁸ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 69。

²⁷⁹ 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 330；邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 110；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 130。

²⁸⁰ 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 330。

²⁸¹ 戴修瓚，民法債編各論，文光圖書，1959 年 4 月五版，頁 181。

²⁸² 林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 130。

時，乃有依誠信原則予以調整之必要，而民法第 506 條之規定某種程度上可認為係情事變更原則與比例原則作用下制度之展現²⁸³。此外，承前所述，第 506 條之規定具有分配報酬概數不確定風險之意涵，由其內容觀之，定作人雖取得解除契約之權利，惟承攬人亦可請求賠償相當之損害，是以該報酬不確定之危險原則上係由定作人承擔。因此雖該條第 1 項之立法理由²⁸⁴似以定作人利益之保護為其立法目的，惟觀諸同條第 2 項及第 3 項之立法目的，同時考量承攬人於報酬超過概數甚鉅之情形下，即使定作人解除契約，承攬人無庸繼續提供勞務，亦可就其已施作之部分請求損害賠償，甚至在完工時，其仍可請求定作人給付工程款，僅定作人得主張減少報酬而已，此相對於定作人投入相當金錢卻不一定可換得計畫中之工程而言，第 506 條規定對於承攬契約當事人間權利義務之調和，結論上似仍較保護承攬人²⁸⁵。

值得注意者係，雖定作人依第 506 條規定原則上須承擔報酬不確定之風險，惟在一般工作進行中，未經承攬人之通知，定作人通常難以知悉實際數額超過概數甚鉅之情形。因此如承攬人無庸為任何告知而逕為工作，則無論工作是否完成，定作人只能選擇解除契約，除回復原狀於個案中可能窒礙難行，且不符經濟效益外，在涉及建築物或土地上工作物之重大修繕時，定作人僅得請求減少報酬，此無異強制定作人應給付鉅額報酬之一部，此似難以符合立法理由所揭示保護定作人利益之意旨。因此學者²⁸⁶有本於誠信原則指出，如承攬人知悉或可得而知實際報酬超過概數甚鉅時，應負有通知定作人之義務。承攬人若有違反該義務，則可依民法第 217 條之法理，限制或排除承攬人依第 506 條所享有之權利²⁸⁷。

²⁸³ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 563-564。申言之，於雙務契約中，於契約基礎不存在或變更時，考量比例原則及當事人對於情事之變更係不可歸責，原則上承攬人應以請求調整對價關係為優先，必當求其維繫而不可得對於雙方皆可期待之對價關係時，才退而求其次，准以解銷契約之方式處理之，此為比例原則在民事關係上之表現。

²⁸⁴ 第 506 條之立法理由：「謹按訂立承攬契約之時，承攬人僅估計報酬之概數，而未確保其數用額，及至工作進行以後，始知須加巨額之報酬，方能完成其工作，於此情形，如其超過概數之原因，係不應歸責於定作人之事由，若強定作人續行契約，於理實有未當，故應使定作人於工作進行中或完成後，隨時得解除契約，以保護其利益。此第一項所由設也。又前項情形，其工作如係建築物或其他土地上之工作物，或係此等工作物之重大修繕者，於此情形，如亦許完作人隨時得解除契約，則承攬人之損失，未免過鉅，故限於工作尚未完成時，方許定作人解除契約。倘其工作業已完成，僅許請求相當減少報酬，不許解除契約，以保護承攬人之利益。此第二項所由設也。依本條前二項之規定，雖許定作人解除契約，然不得因此害及承攬人之利益。故承攬人如因解除契約而致受有損害時，應使定作人負相當賠償之責任，方足以昭公允。此第三項所由設也。」

²⁸⁵ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 70。

²⁸⁶ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 578。

²⁸⁷ 學說上有採類似見解，認為於承攬人有過失未為通知時，定作人得主張其依民法第 506 條第 3 項之損害賠償責任，得適用民法第 217 條與有過失之意旨而予以減輕者；詳請參閱邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 111；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，

關於報酬估計概數之約定，德國民法第 650 條第 2 項即明文規定承攬人在實際數額有重大超過概數之情形下，負有立即通知定作人之義務，由定作人自行評估是否終止承攬契約。如承攬人怠於履行通知義務時，將因民法第 280 條第 1 項之規定負有損害賠償責任²⁸⁸。此規範相較於我國民法第 506 條之規定，實更為周全而有加以參考之必要。

再者，本文參考學說見解²⁸⁹後認為，德國民法第 650 條第 1 項賦與定作人於報酬超過概數甚鉅之情形下享有「終止」權，對照我國法所規定之「解除」權，規範上似較為妥當，蓋以終止之方法調整當事人間之對價關係，對已完成之工作可請求該部分之報酬²⁹⁰，而對於未完成之部分承攬人亦無義務再為履行，如此可同時達成請求相當減少報酬與解除契約所欲發生之效果，又可避免長期關係性契約回復原狀時可能發生困難之窘境，實可作為我國在適用本條規定之法律效果時，另一值得思考之面向。

第二項 契約付款方式

參照我國民法第 490 條及第 505 條之規定，定作人負有支付報酬之主給付義務，且我國法對於報酬支付之時點，原則上係採「後付主義」，惟在現代營建工程實務上，如該營建工程規模龐大，且施工期長達數年時，如仍採取嚴格之報酬後付主義，對於承包商在工程進行中資金之周轉、融資及人力材料設備購入等計畫將產生嚴重之影響。故我國工程實務基於運作之需要，乃透過工程契約之約定，發展出「預付款」、「估驗款」及「保留款」等付款方式，期能兼顧業主與承包商雙方之利益，並使工程得以順利圓滿完成。惟由於民法承攬章節對於此種新興之付款方式未設有完整規範，是以，此類付款方式之法律性質究竟為何，學說及實務上迭有爭議，此不僅使承包商在請求支付款項時究應適用何種法律規定產生疑問，對於請求權消滅時效之認定亦產生重大影響，實有加以釐清之必要，故本文以下乃分別就此三種主要之付款方式作一簡要說明。

壹、預付款

一、意義

2002 年 3 月初版，頁 130。

²⁸⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 716.; Jörn Eckert, Schuldrecht Besonderer Teil, 2004, 2. Aufl. Rdn. 940 u. 941. 惟倘若業主已透過其他管道得知成本將大幅增加，則此時通知義務即不再必要。

²⁸⁹ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 566。

²⁹⁰ 依德國民法第 650 條第 1 項之規定，承攬人在定作人終止契約時可依第 645 條之規定，請求已完成工作部分相當之報酬及不包括在該報酬中之費用，以達利益補償之目的。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 716.

營建工程契約之法律性質一般多認屬承攬契約，而依民法第505條第1項規定，工程契約之工程款通常於工程完工後，業主始有給付酬金之義務，亦即所謂「報酬後付」之原則。惟工程契約之材料、機器、設備及人工之聘僱皆須耗費大量資金，況且工程之履行期間一般多長達半年以上，承包商如未具備雄厚之資金，往往於施作期間，面對資金調度之困境。對此，行政院為振興景氣，於民國88年3月2日以台88工企字第880288號函，制定「公共工程預付款及估驗計價保留款」之規定，依照行政院此一函示意旨，各機關辦理之公共工程標案，其發包預算金額在新台幣五千萬元以上者，應於工程契約中納入預付款相關規定，以期能對於國內低迷之營建市場產生雪中送炭之效果²⁹¹。由此可知，工程預付款制度²⁹²之設計有助於紓解承包商資金調度之壓力，承包商如於投標時將預付款所衍生之利益納入估算，而酌減投標價，除有利於政府機關外，亦可加速工程之完成及確保工程施作之品質。

然而業主預先對承包商為工程款之預付，雖有助於紓解承包商資金調度之困難，卻亦使業主面對工程未完工但已給付預付款，而可能無法請求承包商返還之風險。因此為了避免業主在支付預付款之後，無法依約定從各期估驗計價款中按比例扣還預付款之風險，故一般工程契約之業主在支付預付款予承包商之前，均會要求承包商應提出同額之「預付款還款之保證」以供擔保²⁹³。換言之，預付款還款保證所欲擔保之主債權為業主對於承包商本得在各期估驗計價款中可扣抵而因承包商未依約履行致無法扣底之預付款債權。而在預付款全部扣回後，業主即應退還承包商之預付款還款保證²⁹⁴，若承包商所提出者係銀行出具的預付款還款保證書，則業主

²⁹¹ 李家慶，試論工程之預付款，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004年9月，頁47。另可參閱押標金保證金暨其他擔保作業辦法第四章「預付款還款保證」第21條之規定：「機關得視案件性質及實際需要，於招標文件中規定得標廠商得支領預付款及其金額，並訂明廠商支領預付款前應先提供同額預付款還款保證。機關必要時得通知廠商就支領預付款後之使用情形提出說明。」

²⁹² 如行政院公共工程委員會工程採購契約範本(101年1月10日版)第5條(契約價金之給付條件)第1項第1款：「契約依下列規定辦理付款：1.預付款：(1)契約預付款為契約價金總額____%（由機關於招標時載明；查核金額以上者，預付款額度不逾30%），其付款條件如下：__ (2)預付款於雙方簽定契約，廠商辦妥履約各項保證，並提供預付款還款保證，經機關核可後於__日內撥付。(3)預付款應於銀行開立專戶，專用於本採購，機關得隨時查核其使用情形。(4)預付款之扣回方式，應自估驗金額達契約價金總額20%起至80%止，隨估驗計價逐期依計價比例扣回。」；惟預付款之約定，並非一般工程契約之必備要素，本文參考之內政部營建署暨所屬機關工程採購契約範本及國道新建工程局一般條款，雖有提及預付款還款保證等用語，惟並未設有預付款之明文規範。

²⁹³ 如台北市政府工程採購契約範本(101年2月17日版)第14條(保證金)第1項第1款：「保證金之發還情形如下（由機關擇定後於招標時載明）：1.預付款還款保證：依廠商已履約部分所占進度之比率遞減。依廠商已履約部分所占契約金額之比率遞減。依預付款已扣回金額遞減。於驗收合格後一次發還。」

²⁹⁴ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第四章「預付款還款保證」第22條第1項之規定：「預付

必須通知保證銀行解除保證責任²⁹⁵。

二、法律性質

(一) 學說看法

關於預付款制度，論者有認為其法律性質屬於「定金」，即透過一方交付一定金額，用以表彰契約已推定成立，同時並確保契約之履行；另有主張²⁹⁶預付款之法律性質應屬「承攬報酬」，其認為民法第 505 條僅為任意規定，當事人得以契約另行約定承攬報酬給付之時期，而預付款即為當事人對於承攬報酬所為一部前付之特別約定，此時業主對於每期估驗款並無獨立之預付款返還請求權，僅係使承包商得請求之每期估驗款因扣除而減縮，亦即在計算中扣除之主張係以行使抵銷抗辯之形態呈現，若承包商於某期估驗款領取之數額超過扣除預付款後之餘額者，承包商對於超出之部分應負不當得利之返還責任；此外，亦有主張預付款制度之運作屬業主對於承包商所為之融資行為，是以預付款之法律性質應屬「消費借貸」，此說為多數論者所採²⁹⁷。

(二) 本文見解

關於預付款之法律性質，本文認為其應非屬定金之性質。蓋依民法第 248 條之規定，定金制度之運作主要係用以推定契約成立，並供確保契約履行之用，惟依照現行實務上業主給付承包商一定數額預付款之真意，其目的如同前述，主要係為支應廠商在工程前期對於資金之龐大需求，當事人間似無藉由預付款之給付推定承攬或工程契約已成立之意思，同時契約中當事人常另行約定有履約保證金等相關制度擔保契約之履行，故預付款之給付亦與確保契約履行較無關聯²⁹⁸。同時依民法第 249 條之規定亦可

款還款保證，得依廠商已履約部分所占進度或契約金額之比率遞減，或於驗收合格後一次發還，由機關視案件性質及實際需要，於招標文件中訂明。」；德國法上對此，於 VOB/B 第 16 條第 2 項第 2 款設有規定，即預付款保證金之發還是以業主之付款請求權伴隨完整之預付款結算而實行。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 354.

²⁹⁵ 謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 642。

²⁹⁶ 林美惠，淺論「工程預付款」之法律性質，營造天下第 61/62 期，2002 年 2 月，頁 6；林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 103-104。

²⁹⁷ 李家慶，論工程承攬報酬之請求權時效，營建知訊第 241 期，2003 年 2 月，頁 64；王子文，工程款請求權時效之爭議，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，頁 147-148；孫櫻倩，業主遲延付款索賠，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 210-211；張勝傑，業主之違約責任，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 224；盧仲昱，營建工程契約遲延問題之研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1994 年 7 月，頁 170。

²⁹⁸ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 101-102。

知，若預付款為定金，則當可歸責於廠商之事由致不能履行契約時，廠商應將預付款加倍返還於業主，惟此不僅與工程實務運作之情況不符，亦未考量預付款還款保證制度之設立意旨，故此說應不足採。

本文在此初步認為，預付款之給付應屬業主對於承包商之融資行為，性質上應為消費借貸。蓋預付款係當事人約定於締約後開工前²⁹⁹，由業主給付承攬報酬一定比例之金額以供機具進場施作或以利資金之周轉，且當事人通常約定該筆金額應於嗣後各期估驗計價時再按比例扣還；此外，如當事人對於預付款另有約定專款專用時，業主亦可對承包商不當開支之金額及尚未自估驗款中扣回之餘額予以收回，並加計利息。由此等運作模式可推知，預付款並非屬承包商完成一定工作而得向業主請求支付之對價，而應為業主在承攬或工程契約外，基於融資目的而與承包商另行成立之消費借貸契約，此消費借貸之合意由於與承攬契約之順利進行具密切關係，因此一般多一併於簽約時即訂入承攬或工程契約之條款中，是以如因預付款規定係直接訂立於工程契約中即認為當事人未另外約定消費借貸契約而否定其具有消費借貸之性質³⁰⁰，則恐有誤會。此外由押標金保證金及擔保作業辦法和我國相關工程契約範本之規範可知，是否支付預付款，乃由業主視實際需要決定，因此本文進一步推論，業主嗣後於各期估驗款扣回預付款時是否包含利息數額，亦係當事人於簽約時得自行評估協商之事項，故如認為系爭消費借貸契約未作利息約定乃與交易習慣不符，即否定預付款具消費借貸之性質³⁰¹，論理上亦稍嫌不足。

值得注意者係，基於承攬契約之雙務對價特性，承攬報酬係承攬人完成工作後所應得之對價，故承攬報酬請求權須待其金額得以確認時方可行使，意即應在驗收結算確認後始能正確主張。而在此期間內，業主與承包商間資金之往來可能係基於融資或現金擔保等目的所為之給付³⁰²，故對於該等給付之法律性質乃有必要依當事人之約定於個案中分別判斷，無法一概而論。綜合言

²⁹⁹ VOB/B 第 16 條第 2 項對於預付款(Vorauszahlung)設有規定，當事人可於締約前或締約後約定預付款之給付及其屆期日，同時業主可請求承包商提供一定之擔保以保證預付款之返還，又如當事人間未對於預付款之返還約定利息計算標準時，則應依德國民法第 247 條之規定計算之。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 339.

³⁰⁰ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 102-103。

³⁰¹ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 103。

³⁰² 林辰熹，工程採購契約之承攬報酬及危險負擔移轉問題探討，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2006 年 1 月，頁 47。

之，本文認為除非自當事人之約定可將預付款認定係民法第 505 條所揭示「報酬分期給付」之情形，亦即該預付款數額已確定且嗣後不再進行加減帳之結算，否則基於預付款制度之設計目的、款項扣回機制及約定專款專用等特色，原則上應認為預付款之給付係業主與承包商間成立消費借貸之法律關係³⁰³。

貳、估驗款

一、意義

我國民法第 505 條所揭示之報酬後付原則，學說及實務多數認為其僅為一任意規定，故當事人得自行約定報酬給付之時期。由於工程實務上，工程履行期間甚長，在工作完成前，承包商須先行擔負相關人力、材料及設備等費用，如工程款必俟全部工程完工時始得請求給付，將使承包商承受龐大之資金壓力。因此工程契約中常見當事人約定，於施工期內，承包商得定期以書面申請估驗計價，經業主核實審驗後，給付承包商於該期間內所完成工程數量之一定比例金額，此筆款項即稱為估驗款³⁰⁴。惟一般工程契約另外多附有「業主依契約規定辦理分期估驗給付承包商工程款，不能視為已估驗之部分已經驗收合格」等約定³⁰⁵，由此可知，此一業主按契約約定分期所給付之一定金額，尚不涉及工程之交付、危險負擔及所有權之移轉，業主不因給付估驗款即取得完成工作之占有或所有權，是以承包商仍須就已經估驗計價之工作，於正式驗收合格前，善盡其注意保管之責。

二、法律性質

(一) 實務見解

³⁰³ 至於在工程契約中約定預付款專款專用之情形，本文認為約定預付款專款專用之目的乃在確保工程之品質與進度，而其法律性質上應屬一定作人與承包商合意約定之「消費借貸契約解除事由」，亦即只要承包商未依約定而將工程預付款用於其他支出，業主即得收回不當開支的金額及已預付尚未扣回的餘額。此時業主亦可向保證銀行依預付款還款保證之約定請求履行保證責任，以確保預付款專款專用之目的得以達成。

³⁰⁴ 如行政院公共工程委員會工程採購契約範本(101年1月10日版)第5條(契約價金之給付條件)第1項第2款:「估驗款(由機關視個案情形於招標時勾選;未勾選者,表示無估驗款):(1)契約自開工日起,每__日或每半月或每月(由機關於招標時載明;未載明者,為每月)估驗計價1次。估驗時應由廠商提出估驗明細單,機關至遲應於__日(含技術服務廠商之審查時程,由機關於招標時載明;未載明者,依第4目之規定)內完成審核程序,並於接到廠商提出請款單據後__日(由機關於招標時載明;未載明者,依第4目之規定)內付款。如需廠商補正資料,其審核及付款時程,自資料補正之次日重新起算;機關並應先就無爭議且可單獨計價之部分辦理付款。(下略)」

³⁰⁵ 如台北市政府工程採購契約範本(101年2月17日版)第14條(保證金)第1項第2款(4):「在機關簽發結算驗收證明書之前,任何估驗計價之簽認不應視為對已估驗之工作之驗收及接受,亦不應視為工程司放棄對任何契約條件之執行及追訴。」

關於估驗款之法律性質，法院實務上主要可分為以下兩種見解：

1. 分段完成之對價

如臺灣高等法院 96 年度建上字第 69 號判決：「...雙方將承攬契約之工作切割為數個部分，約定各期估驗款係承攬人於該段期間內完成工作可請領之報酬，而不認為工作係單一整體性質，承攬報酬約定分期給付，則承攬人之報酬請求權按約定之期間行使，而不涉及工作之交付。是承攬人負有將各期工作完成之義務，定作人即有依約定比例給付估驗款（報酬）之義務。...惟就承攬契約係單一之雙務契約，分期工作為整體工作之一部分，每期估驗款亦係承攬總價之一部分，則工作與承攬總價間存有對價關係...是當定作人未依約定給付前期之估驗款時，承攬人得拒絕後期之施工，而得主張同時履行抗辯權，否則當定作人無端延宕或不為給付前期估驗款，若仍要求承攬人先行施作後期工作，使之承擔沉重資金壓力，將無足達到兩造最初合意約定承攬人得分期請求給付報酬、避免資金壓力之旨趣。」³⁰⁶。

2. 工程期間之融資

如最高法院 99 年度台上字第 1252 號判決「次查，工程實務上有按工程進度估驗付款，乃係對於承包商基於財務上融資所暫時支付之暫付款性質，於工程完工後辦理結算時，若發現估驗計價超估，則需從承包商之相關款項中扣還或請求承包商繳還，故估驗付款並不發生承攬報酬已支付結算之結果。故承攬人雖可於各期請求定作人估驗計價，惟報酬請求權之消滅時效期間於估驗計價時尚不能起算，而應自工程完工驗收後始行起算。此見解為國內工程仲裁實務所採。」³⁰⁷。

³⁰⁶ 此外，臺灣高等法院 98 年度重上字第 608 號判決表示：「民法第 505 條第 1 項規定，承攬報酬應於工作完成之時給付；惟本條並非強行規定，若當事人於訂約時合意約定分部給付者，自不受此規定之限制。伊與雙全公司簽訂之工程契約第 21 條第 3 項約定：『工程款經縣府核撥後每 15 日乙方應以書面申請，經甲方核實該期內完成之工程款百分之九十，其餘俟全部工程完工並經正式驗收合格後一次付清。』即雙方合意就承攬報酬部分給付，排除民法第 505 條第 1 項規定之適用。故雙全公司主張本件工程估驗款非屬承攬報酬，洵屬謬誤。」；類似見解亦可參照臺灣高等法院 89 年度重上字第 179 號判決、宜蘭地院 96 年度訴字第 277 號判決等。

³⁰⁷ 此外，最高法院 97 年度台上字第 60 號判決表示：「蓋所謂工程估驗款，係指按工程完成之數量、進度付款之方式，施工期間，承包商得定期以書面申請估驗計價，經業主核實後付給該期內完成工程數量之一定比例金額，其餘則為保留款。究其目的，無非係對於承包商財務上之融資。蓋公共工程承攬契約，一般規模均甚龐大，牽涉鉅額交易金額，冗長之施工期間，若定作人於承攬人完成全部工程後始給付報酬，則承攬人之財務負擔勢將十分沉重，容易產生違約事項；然若定作人於工程進行期間即全部付款，定作人又須負擔承攬人將來不履約之所有風險，是以乃有所謂就承攬人已施作未經正式驗收之工作先為估驗計價，經點驗合格後，分期請求估驗計價款之設計。估驗款不涉及工程驗收交付，僅在確認估驗期內已完成工程之數量與價值，如估驗計價已

(二) 學說看法

學說上對於估驗款法律性質之討論，有論者³⁰⁸主張：「當事人約定漸次按工程進度估驗付款，並約定有一定比率之保留額，此種性質之估驗款並非與工程之完工程度成報酬比例，故性質類似『分期付款』，必待整體工程完工，辦理結算之後，方知報酬應付負全額是否給付完畢，而得否行使法定抵押權」；此外，另有主張³⁰⁹公共工程之承攬契約，通常依據工作進度估驗付款，且通常僅給付百分之九十而非全額給付，其餘額在完工後決算時才結清，此一給付應屬「墊款」性質；再者，亦有認為³¹⁰估驗計價，既非使定作人取得該分期或分次完成之工作之占有或所有權，故此分期給付之性質，除係對承攬人部分完工之對價外，尚包含定作人對於承攬人財務融資之目的，以避免工程款於工程完工後方為給付而造成承攬人之財務周轉隨工期之增加而過重，因此同時兼具承攬報酬與融資之性質者。

(三) 本文看法

對於定作人與承攬人約定在施工期限內，承攬人得依約定期間以書面申請估驗計價之估驗款，本文初步認為其應屬「兼具融資與部分報酬暫付」之法律性質³¹¹。蓋估驗計價既不涉及工程之交付與驗受，其僅在核定該期間內已完成工作依承攬契約所訂之數量及價值，故其目的乃針對承攬人已履行之部分「確認」可得請求之金額，而非請求「給付」一定之金額。申言之，業主之所以給付估驗款，一般而言，多在避免因工期冗長造成承包商積壓過多之資金，使其有足夠資力繼續完成全部工作，故該估驗款性質類似於融資；惟觀察我國相關工程契約範本之規定，除非當事人另有約定，否則估驗之標的應以已完成之工作為限，由此可推

有爭議，各期估驗工程款數額即無法確定，承攬人自無從行使其請求權，其消滅時效即不能起算。」類似見解亦可參照臺灣高等法院 91 年度重訴字第 342 號判決、基隆地院 97 年度訴字第 381 號判決。

³⁰⁸ 林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 127-128；張勝傑，業主之違約責任，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 224。

³⁰⁹ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 650，註 245。

³¹⁰ 夏正台，FIDIC 海牙國際工程土木工程契約一般條款之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1979 年，頁 3-62；盧仲昱，營建工程契約遲延問題之研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1994 年 7 月，頁 171。

³¹¹ 採類似見解者，可參閱王伯儉，業主對保留款有優先權嗎，工程契約法律實務，元照，2008 年 10 月二版，頁 81-82；林瑤，工程契約報酬請求權相關問題討論，工程與法律的對話，李家慶主編，三民，2010 年 1 月初版 1 刷，頁 232-233。亦有論者明確指出估驗計價請求權僅係按合約工程價目單所列分項單價，就承攬人已施作未經驗收之工作先為估驗計價，故估驗款非等於報酬之終局給付，僅具暫付款性質，與民法承攬報酬請求權採後付主義之性質不盡相同；詳請參閱黃泰鋒、陳麗嘉，論工程款請求權之消滅時效，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月，頁 55-56。

知，估驗款除具有融資予承包商之性質外，亦為業主透過當事人之約定對於承包商已施作之內容進行暫時之確認，故該估驗款亦含有完成部分工作之「對價」的性質，惟由於整體約定之工作尚未完成，亦未進行驗收結算，因此承攬人尚不得請求給付全部之承攬報酬。然當整體工作完成並經驗收合格後，此時當事人對於契約之價格將進行加減帳之結算，如先前估驗款之給付多於最終確認之報酬數額時，承攬人即負有返還之義務。

換言之，本文認為透過估驗款之給付，不但使承包商履行工程時能享有較彈性之資金調度能力，同時透過估驗款之確認亦可表彰其已施作工程之價值，如當事人間未有變更設計或追加等爭議時，此時該估驗款之給付即具有確定部分報酬數額之內涵。此種暫付性質之估驗款既無悖於承攬報酬應於完工驗收並結算後始能請求之意旨，故亦不影響承攬契約中危險負擔、所有權移轉及保固期間計算等時點之認定，承攬人在交付工作前仍應善盡保管維護之責，此亦符合承攬法律規定之體系及工程實務之運作狀況。同時除非自當事人契約中明確之約定可推論該工程款之給付即為分段工作之對價³¹²，而使各期估驗款之消滅時效自該期得請求估驗計價時即起算，否則應認為工程合約之標的乃一整體之工作，故工程估驗款之時效應自全部工程完成驗收結算時起算。亦即工程報酬債務乃一次發生，非因一定期間之經過而漸次發生，且在辦理結算後始得確定其數額，此時承攬人方能行使其報酬給付請求權，此對於承包商而言亦較能保障其權益，蓋工程施作期間，應處理之事務相當繁雜，從中亦衍生不少爭議，承包商往往為求工作能如期完成而選擇暫不與業主爭執，如認估驗款具分期給付報酬之性質，且自每期得請求估驗計價時即起算民法第 127 條之 2 年短期消滅時效，如此將可能使承包商於完成工作後欲請求履約之對價時，通常即會遭遇業主主張時效抗辯。³¹³

³¹² 或可依「各期工程之估驗程序與全部工程完成後之驗收程序是否相同」為區分標準。

³¹³ 實務上針對工程估驗款消滅時效之起算時點有因採估驗款為承包商於約定期間內所完成工作項目對價之見解，而認應自該期得請求估驗計價時起算者，如台北地院 95 年度建字第 232 號判決：「本於契約自由之原則，承攬契約當事人非不得於契約條款為承攬報酬分期給付之約定，此分期給付報酬之約定，不涉及工作之交付，該承攬人分期給付之報酬，既係承攬人工作之報酬，自不因契約約定分期給付，即失其為承攬報酬之本質。是倘工程合約就工程款有分期估驗給付之約定時，工程款之相關請求自各期估驗時即處於得行使之狀態，各該請求權之二年消滅時效即應自各估驗期別分別起算。」，類似見解尚可參照最高法院 96 年度台上字第 1412 號判決及臺灣高等法院 94 年度重上字第 232 號判決等；惟亦有見解認為工程合約之全部工作仍具單一整體之性質，工程估驗款僅為便利承包商融通資金之性質，故其消滅時效應自全部工程完成時起算者，如最高法院 99 年度台上字第 1252 號判決：「蓋工程是否經驗收合格係承攬人行使報酬請求權、要求業主結清支付工程款之重要條件，即「驗收結算」為確定工程款報酬數額之重要條件，且在驗收合格後，業主即有義務結清支付所有款項，故工程款之請求權時效自應由驗收合格後始起算，方屬允當。從而，參加人雖可於各期請求上訴人估驗計價，惟報酬請求權之消滅時效期間於估

而本文基於認定估驗款兼具融資與報酬暫付之性質，進一步認為關於估驗款所適用之消滅時效規定應為民法第 127 條之 2 年短期時效，蓋估驗款雖具有融資之性質，惟該等融資行為與承攬契約之履行具有緊密關聯性，意即業主係透過承攬報酬之暫付以達融資之效果，此二法律性質間相互依存，故在消滅時效之適用上似宜受承攬契約為迅速解決紛爭而設立短期消滅時效之影響，而不採民法第 125 條一般消滅時效之規定。雖有論者認為估驗款如兼具融資與報酬暫付之性質，將產生究應選擇 15 年或 2 年消滅時效之難題³¹⁴，惟本文認為此應為我國消滅時效制度設置之根本性問題，應自消滅時效制度之設計予以全面調整，此應無礙於估驗款法律性質之認定，併予說明。

參、保留款

一、意義

工程實務上，除了履約保證金，亦常見由業主從應給付予承包商之款項中保留一定數額以供契約履行之擔保的類型，此即「保留工程款」制度。如依擔保目的之不同作分類，此一擔保制度大致可再區分為二：第一，基於履約擔保目的所為之保留。第二，基於保固擔保目的所為之保留。前一類型被保留下來以供履約擔保之用的款項，國內工程實務上多以「工程保留款」概念稱之。申言之，工程保留款係指就已發生之工程款項暫予比例保留，待工程結束、驗收合格時結算，如承包商應賠償業主之損害或支付其他費用，業主可就被保留之工程款扣除該等數額後再予發還³¹⁵。

惟有疑問者係業主依此方式所保留的款項，其法律性質到底為何？此向來在我國裁判實務及國內文獻探討上產生重大分歧。而此一定性問題之釐清，不僅有助於擔保制度之理解，更可能連帶影響到擔保制度運作過程中所衍生諸多問題之處理，例如業主就其所保留之款項，相較於承包商之一般債權人是否具有優先受償之地位³¹⁶？此外，承包商得主張之款項返還請求權所應適用之時效規定，

驗計價時尚未起算，而應自工程完工驗收後始行起算。」及最高法院 97 年度台上字第 60 號判決、臺灣高等法院 97 年度重上更(一)字第 28 號判決、台中高分院 93 年度建上字第 23 號判決等，可供參照。

³¹⁴ 林辰熹，工程採購契約之承攬報酬及危險負擔移轉問題探討，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2006 年 1 月，頁 54。

³¹⁵ 吳詩敏，論保留款，工程法律實務研析(三)，寰瀛法律叢書系列，元照，2007 年 7 月二版一刷，頁 75。

³¹⁶ 實務上常見於業主發還工程保留款前，承包商之債權人依強制執行法第 115 條第 1 項聲請法院針對承包商之保留款返還請求權核發扣押命令，此時業主常以工程尚未完工驗收，故以之為停止條件之保留款債權尚未生效或保留款債權雖已生效，惟因承包商之違約故已與損害賠償債務互

究為民法第 127 年第 7 款所定之二年短期時效?抑或是民法第 125 條所定 15 年的一般時效?!類此之問題或多或少與保留款此一擔保制度本質之理解具有一定之關聯性³¹⁷，故以下乃分別就實務及學說之見解加以臚列探究之。

二、法律性質

(一) 實務見解

關於保留款之法律性質，法院實務上主要可分為以下兩種見解：

1. 附停止條件之債權

如最高法院 93 年度台上字第 1431 號判決：「工程完工款（九成款）部分：截至第十一期為止之九成工程款，業經陸發公司於讓與前請領完畢，陸發公司就此部分並無債權可供讓與。而一成之保留款（其中保固款百分之三），係以「正式驗收合格」及「領到建物使用執照」為附停止條件之債權。……準此，陸發公司對被上訴人之全部工程保留款、履約保證金之請求權（債權），即應以陸發公司自行完成工程為停止條件。系爭工程既係由祥和公司完成，陸發公司對被上訴人之工程保留款暨履約保證金之請求權，即因條件之確定不成就而不生效力」。此外，如臺灣高等法院 92 年度上字第 827 號判決：「兩造所簽訂之合約書就付款辦法於第四條第二款約定：『每月估驗計價一次，以估驗單申請計價，經甲方（即上訴人）核實並經業主同意估驗並付款後給付之。每次估驗給付該期經甲方認可完成工程數量之百分之九十五。俟甲方主辦之工程全部完成，經業主正式驗收合格並發還保留款後，甲方扣除本工程結算總價之百分之一移作保固保證金，其餘保留款無息發還。保固保證金於保固期滿並經業主發還後，無息退還乙方（即被上訴人）。』其中所謂『經業主同意估驗並付款後』給付之、『經業主正式驗收合格並發還保留款後』其餘保留款無息發還，委係上訴人之付款乃以『業主同意估驗並付款』、『業主正式驗收合格並發款』為條件（停止條件）。蓋業主是否同意估驗、是否正式驗收、驗收合格與否、是否同意付款或發款，均應視有關工程是否完成、有無瑕疵、有無逾越約定工期或其他糾紛而定，其非清償期之約定而係附停止條件之約定，殊屬明確」，亦採相同見解³¹⁸。

相抵銷而消滅等聲明異議，此時如承包商之債權人不服該異議，多進一步依強制執行法第 120 條第 2 項規定提起訴訟加以爭執。

³¹⁷ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010 年 3 月初版一刷，頁 151。

³¹⁸ 類似見解尚可參照最高法院 93 年度台上字第 180 號裁定及臺灣高等法院 90 年度重上字第 322

2. 清償期未屆至之債權

我國實務目前較主流之看法似傾向認定當事人間關於保留工程款之約定為一延展承包商報酬請求權之清償期的合意，並認為承包商請求業主返還未經利用之款項的權利係「清償期尚未屆至之債權」。如最高法院 94 年度台上字第 308 號判決：「承攬人之工程保留款請求權乃屬一般承攬報酬請求權之一部，於承攬契約成立時即已發生，僅清償期尚未屆至；其性質係屬給付期限尚未屆至之工程款，具一般債權之性質」；此外，最高法院 94 年度台上字第 1609 號判決亦謂：「依卷附系爭工程合約書第五條第四項約定：『甲方（即被上訴人）於每期計價付款時，應扣存保留金（款）百分之五，此項保留金於正式驗收後，依竣工計價核算情形無息發還乙方（即林昌公司）』等語觀之，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」等³¹⁹。

(二) 學說看法

1. 清償期未屆至之債權

論者³²⁰有考量工程實務上保留款如為附停止條件之債權，其運作上可能產生之不合理及是否使定作人可規避民法第 340 條規定之觀點而指出：「按民法第 490 條規定可知，定作人給付報酬係採『後付主義』，即報酬給付之時期須俟工程完成。然而在工程實務上，若貫徹民法承攬報酬『後付主義』之規定，廠商恐無足夠資金供週轉而導致工程停滯，因此在給付報酬之安排上，一部分按工程進度分期給付工程款，一部分保留至工程正式驗收合格並辦妥工程保固後始給付，此為工程保留款制度之目的與由來，已如前述。總括來說，工程每期之估驗款為當事人就民法承攬報酬給付採『後付主義』之例外約定，工程保留款則為回歸民法承攬報酬給付之規定

號判決。惟亦有判決認為工程款債權之法律性質為附解除條件之債權，如最高法院 94 年度台上字第 1304 號判決：「按當事人約定承攬報酬按工作完成之程度分期給付，於每期給付時，保留其一部，待工作全部完成驗收合格後始為給付者，係對既已發生之該保留款債權約定不確定清償期限；倘其併約定工作如有瑕疵或承攬人有其他債務不履行之情形發生，定作人得逕自該保留款中扣除其因此所生之損害，則該保留款債權即屬附有解除條件之債權，於上開約定事由發生，就應扣除部分，因條件成就，其債權即當然歸於消滅，無待定作人另為抵銷之意思表示。」

³¹⁹ 類似見解尚可參照最高法院 93 年度台上字第 1993 號裁定、最高法院 92 年度台上字第 1428 號判決、最高法院 92 年度台上字第 1714 號判決、最高法院 87 年度台上字第 777 號判決、最高法院 85 年度台上字第 1576 號判決、臺灣高等法院 95 年度建上更(一)字第 19 號判決及臺灣高等法院 90 年度上字第 1327 號判決等、板橋地院 94 年度訴字第 492 號判決(惟此判決討論之標的為保固保留款)。

³²⁰ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 108-110。

（須俟完工時始給付報酬）」。申言之，其認為無論在招標機關與廠商之內部關係上，或招標機關、廠商與其債權人之外部關係上，將工程保留款之法律性質定為『清償期尚未屆至之債權』，不但符合法律規定、契約當事人之真意、亦為調和各方利益之最佳解決途徑。此見解乃採與我國實務多數見解相同之看法。

2. 附停止條件之債權

採此見解者³²¹認為：「核該工程保留款之性質，係以工程全部完工並經驗收合格，且結算有餘額為給付條件之工程款。而因完工、驗收及結算均涉及條件之成就與否，非僅關乎履行期限之問題（蓋不會因一定期間之到來即使工程無瑕疵地圓滿完工，而有賴承攬人之誠實履行承攬契約，故係條件而非期限）」，同時其亦指出執行法院實務上，對於工程款之扣押，多要求承包商之債權人「須該債權經結算仍有餘額時，於其餘額範圍內扣押之」，故可推知承攬人對定作人之工程保留款債權係「附停止條件之債權」。

3. 債權之讓與擔保

採此見解者³²²分析一般工程實務上所稱之保留款，無論將其定性為一附條件之債權，抑或是一附清償期之債權，均無法有效反映出當事人之保留款係為擔保工作之目的；其進一步指出，保留款並非以金錢所有權成立讓與擔保，而係以保留款債權為擔保標的，讓與業主作為工程契約債務履行之擔保性質。換言之，該論者將保留款定性為「債權之讓與擔保」，並認為其擔保範圍應為與工程契約有關之損害賠償，包含瑕疵修補、承包商違反工程契約之債務不履行債務、遲延所生之違約金債務或因承包商之原因致第三人對業主請求等³²³。此外，該文進一步提及，業主在取得此一債權之讓與擔保的權利後，如果承包商事後依約完成工作，亦即對於業主無債務不履行之賠償義務，即屬於擔保債權因清償而消滅，故參照一般讓與擔保之相關理論，此時業主即應將債權移轉予設定人，至於保留款，於工作完成或驗收合格後，則可認為其擔保之債權業因清償而消滅，承包商對於保留款債權之權利完全回復，且驗收合格後保留款債權之清償期即已屆

³²¹ 王伯儉，業主對保留款有優先權嗎，工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁83-84。

³²² 馮馨儀，工程保留款之性質—評最高法院93年度台上字第1950號判決，月旦法學雜誌第140期，2007年1月，頁122-129。

³²³ 馮馨儀，工程保留款之性質—評最高法院93年度台上字第1950號判決，月旦法學雜誌第140期，2007年1月，頁128。

至，承包商可直接請求業主給付保留款³²⁴。

(三) 分析探討

1. 非屬清償期未屆至之債權

將業主依保留約款所保留之款項，視為「附清償期之債權」，係我國法院實務之主流見解，惟本文觀察後發現，部分實務見解認為保留款性質屬於未屆清償期之債權，其理由或為「係對既已發生之該保留款債權約定不確定清償期限³²⁵」；或為「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³²⁶」，上開實務見解嘗試調和業主請求提供擔保之目的與承包商之債權人之利益，然而清償期未屆至應係指清償期確定會到來之期限，而不確定會到來之一定事實則係民法第99條第1項之「條件」，二者性質上完全不同。換言之，如認工程保留款之返還及其數額乃繫於承包商是否有債務不履行等情事發生，由於此等情事發生與否皆屬不確定，故解釋上似應以「條件」定性之為宜，實務見解雖體認到保留款何時得請求返還具有不確定性，惟概念上似有混淆之虞。

此外，實務見解係將業主當初約定保留一定款項以為擔保所預期之擔保利益，建立在一個長時間的抵銷可能性³²⁷，故如採此見解，則承包商對業主之保留款請求權既已發生，第三人(即承包商之債權人)隨時可得扣押承包商對業主此一清償期未屆至之債權。而依我國民法第340條之規定，業主不得就其於扣押後對於承包商取得之損害賠償債權，與該附清償期之債權為抵銷，然而此並不符當事人約定非典型擔保權利之締約目的與契約當事人之利益，而將造成業主當初使用此一保留款制度所預期之擔保效用落空，更有完全忽略此一制度具擔保性格之缺憾³²⁸。

2. 非屬債權之讓與擔保

³²⁴ 馮馨儀，工程保留款之性質—評最高法院 93 年度台上字第 1950 號判決，月旦法學雜誌第 140 期，2007 年 1 月，頁 128-129。

³²⁵ 參照最高法院 94 年度台上字第 1304 號判決：「按當事人約定承攬報酬按工作完成之程度分期給付，於每期給付時，保留其一部，待工作全部完成驗收合格後始為給付者，係對既已發生之該保留款債權約定不確定清償期限...」。

³²⁶ 參照最高法院 94 年度台上字第 1609 號判決。

³²⁷ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010 年 3 月初版一刷，頁 161。

³²⁸ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010 年 3 月初版一刷，頁 161；馮馨儀，工程保留款之性質—評最高法院 93 年度台上字第 1950 號判決，月旦法學雜誌第 140 期，2007 年 1 月，頁 122。惟另有基於保障承包商債權人之利益而採此見解者，詳請參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 108-110。然本文認為，保留款制度之設計既在使業主就承包商之履約取得一定之擔保，則何以承包商之債權人權益應優先於業主受到保護，清償期說之見解對此並未進一步說明。

有鑑於學說或實務上將保留款之法律性質定位為單純之債權，所可能衍生之問題及忽略保留款制度欲彰顯之擔保意涵，論者³²⁹有改以讓與擔保之概念進一步詮釋保留款之法律關係，此應值肯定。惟此見解之論證似仍須對以下幾點詳加思考：

首先，此見解係將擔保權利的構造立於「讓與擔保」的概念而為發展，而「債權之讓與擔保」之設定，原則上須以一個債權讓與之合意的存在作為前提。然觀諸一般工程契約中之保留約款，通常僅約定業主可自應給付予承包商之工程款中保留一定之比例以為擔保，則業主與承包商係於何時，或以何種方式來達成此一債權讓與之合意，此一見解似未提出完整之論述³³⁰。論者³³¹亦有指出，債權讓與擔保見解之提出或許是受到現金擔保之定性學說中有關「債權質說」的啟發，惟在透過保留一定之工程款以為擔保的情形，業主實質上係經由保留之過程以其所保留之一定款項作為擔保之用，此時承包商是否尚有就保留款之返還請求權，再設定債權之讓與擔保予業主之意思？業主是否亦已意識到其取得之擔保的本身係一債權之讓與擔保，而非其所保留之一定款項？此均有待說明。

其次，債權之讓與擔保是透過承包商讓與其擔保返還請求權予業主以達成承包商依約定須提供擔保給付之目的，惟此見解在運作上可能產生之問題是：由於民法第294條第1項所定「債權人得將債權讓與於『第三人』」之文義，一般認為債權讓與關係應於債權人、債務人與受讓人之三方關係中進行，惟此時身為擔保返還債務人之業主可否被認為係債權讓與關係中之「第三人」而受讓債權？實有待討論³³²。再者，縱使債權讓與之法律關係得僅在債權人與債務人間發生，然採此見解者仍不可避免應處理混同之問題³³³，蓋債權之讓與擔保其制度之運作係建立於債權人(承包商)讓與其對債務人(業主)之債權並設定履約擔保，此時原為債務人之業主即因雙方之讓與合意而取得該債權，惟依民法第344條之規定，債權與債務同歸於一人時，該債之關係即因混同而歸於消滅，則此時透過承包商之讓與，是否真能使業主取得保留款之擔保，抑或將造成債之關係消滅之結果？此似為該論者所未預見之難題。

³²⁹ 馮馨儀，工程保留款之性質-評最高法院 93 年度台上字第 1950 號判決，月旦法學雜誌第 140 期，2007 年 1 月，頁 122-129。

³³⁰ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010 年 3 月初版一刷，頁 163。

³³¹ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010 年 3 月初版一刷，頁 163。

³³² 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010 年 3 月初版一刷，頁 164。

³³³ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010 年 3 月初版一刷，頁 164。

3. 本文看法

依民法第199條之規定，債權人得向債務人主張依特定債之關係而生之請求權，而債務人有向債權人為給付之義務。因此，債權之實現乃繫於債務人之清償能力與清償意願，而債權人為避免事後無法實現其債權之風險，往往多與承包商約定而取得一定之擔保權利。此外，擔保權利亦有由法律預先規定之基本類型，包含以不動產為標之物之抵押權(民法第860條以下)，以動產、債權或其他權利為標之物之質權(民法第884條、第900條、動產擔保交易法等相關規定)及對另一第三人取得與對債務人同樣債權之保證契約(民法第739條以下)等³³⁴。

然而隨著債權人強烈追求其受擔保之債權能快速實現，實務上乃發展出非法定之擔保給付類型，使業主得對於債務人預先給付之一定金錢，在債務人債務不履行時，直接由該筆金錢抵充債務。此種擔保方式之優點在於，債權人無庸藉由強制執行程序，而逕行以預付之金錢抵充債務，不但可使債權立即獲得滿足，亦可節省實現債權之費用。此種新型擔保對於債權人非常有利，惟法律對於此種型態之擔保，通常未做詳細之規範，故屬於非典型之擔保權利類型(vereinbarte Sicherheitsleistung)³³⁵。

本文認為，業主依保留約款所保留之款項，性質上屬於非典型之擔保權利，即約定之擔保給付。蓋工程保留款制度設計之目的乃係用以確保承包商一定義務之履行，當業主因承包商之違約行為而受有損害時，即可利用所保留之款項而填補自身所受之損害，故此一保留工程款之制度，目的既在擔保業主對承包商之損害賠償債權得以實現，因此其發揮擔保作用之法律狀態與承包商所繳交之履約保證金亦具有相同或類似性³³⁶，均使業主取得先占之優勢，僅於業主對承包商之擔保目的消滅時，承包商始取得對業主請求給付之權利，是以在擔保目的未

³³⁴ 楊淑文，工程定型化契約之履約保證條款(含立即照付約款)—最高法院相關實務判決評析，月旦法學雜誌第187期，2010年12月，頁22。

³³⁵ 此種新型態之擔保權利類型，債權人之目的重在預先取得擔保給付，然有時契約並未特別明確約定擔保目的消滅時，債務人得向債權人請求返還，亦未約定如存在數擔保義務人時，擔保義務人應如何求償。由於擔保義務人間之求償關係並不涉及債權人之利益，是以當事人通常並不以定型化契約條款加以約定，此時法定擔保權利之相關求償規定是否有類推適用之可能性，亦衍生許多爭議。詳請參閱楊淑文，工程定型化契約之履約保證條款(含立即照付約款)—最高法院相關實務判決評析，月旦法學雜誌第187期，2010年12月，頁21-23。

³³⁶ 論者有將保留款與一般現金擔保制度作比較，而認為此二制度之適用對於當事人間整體之財產變化並無二致，亦即均是以承包商犧牲整體財產之一部以供業主擔保之用，僅於取得擔保之構造上係藉由“交付”或“保留”一定金額與否之形式產生差異而已。詳請參閱呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010年3月初版一刷，頁166-169。

消滅前，承包商並無任何得向業主請求返還保留款之權利。

此外，由於保留款制度運作之結果，將使承包商每期得請領之估驗款數額減少，故工程實務上，承包商為能提前取得原應被保留款項之給付，常於工程契約中約定其可提出他種擔保方式(例如提出金融機構或保險公司出具之保留款保證書)以為替代³³⁷，由此擔保類型彼此轉換之容許性，應可確認此一被保留之款項所具有之擔保性格³³⁸，此亦為將保留款以單純債權定性之見解所忽略者。

綜合言之，業主依據保留約款所為工程款之保留，可以理解為本於當事人間擔保之約定，業主以其依保留約款所得對於承包商主張之擔保提出請求權(主動債權)，而與承包商之款項給付請求權(被動債權)所為之抵銷(Aufrechnung)³³⁹。在以抵銷之概念詮釋下，該被保留之款項，原則上即可被認為係一由承包商所提供之「現金擔保」，而使業主之擔保提出請求權獲得滿足；同時在擔保目的消滅前，承包商並無向業主請求支付款項之請求權，相較於承包商之其他債權人，業主透過工程款之保留即獲得先占之優勢，換言之，在承包商取得餘額返還請求權前，承包商之其他債權人並無債權可以扣押，此亦符合工程契約中當事人約定保留款以供履約擔保之真意及非典型擔保給付類型之擔保目的³⁴⁰。

³³⁷ 保留款既係作為擔保之目的，因此若承包商得另行提出擔保者，即無庸保留一定比例之保留款，此另行提出之擔保即為保留款保證金。工程實務上之約定，可參見行政院公共工程委員會工程採購契約範本(101年1月10日版)第5條(契約價金之給付條件)第1項第2款(3)：「估驗以完成施工者為限，如另有規定其半成品或進場材料得以估驗計價者，從其規定。該項估驗款每期均應扣除5%作為保留款(有預付款之扣回時一併扣除)。但廠商比照預付款還款保證規定提出與保留款同額之保證金作為擔保者，機關於估驗付款時免扣保留款，已保留之款項無息給付。」

³³⁸ 德國法上關於保留款之制度主要規定在VOB/B第17條第2項(承本文第二章之介紹，VOB第17條主要規範工程契約之擔保制度，而德國民法關於擔保給付之規定列於第232條至第240條)，依該條之規定，倘若契約雙方未針對擔保之運作方式為約定時，則擔保可藉由保留、金錢寄存或是提供保證金等方式而被提出。若當事人間約定由業主對於應給付之金額保留部分以供擔保時，則依第17條第6項第1款第1句之規定，該保留之比例最高以10%為上限。而依工程實務及第17條第3項之規定可知，承包商具有選擇以他種擔保方式如保證金之提出以替換保留款之權利(Wahl-Austauschrecht)，換言之，承包商可選擇以何種方式提出擔保，亦可提出他種擔保以替換之。一旦承包商提出替換保留款之擔保，將使相關聯之被保留部分報酬到期，業主即有付款之義務。此外，如契約中對於此等替換權利作出限制，則應留意一般交易條款管制法(AGB-G)之審核。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 344.; Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, VOB/B §17, Rdn. 8 u. 17.

³³⁹ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010年3月初版一刷，頁170。

³⁴⁰ 實務上由於主流見解認為保留款性質屬一清償期未屆至之債權，故在承包商之債權人聲請執行法院核發扣押命令或收取命令時，雖業主多抗辯該保留款債權不存在，惟法院仍認為保留款債權既已發生，僅係約定不確定期限之清償期尚未屆至，則承包商之債權人即可對該已存在之債權主張一定權利。如最高法院95年度台上字第648號判決：「...按債之發生與債之清償不同，債權定有清償期限者，其債權人固應於期限屆至時始得向債務人為請求，然究不能因其期限尚未屆至

承上述對於工程保留款法律性質之認定，亦將影響承包商請求返還保留款所得主張之依據及消滅時效之適用判斷。由於我國裁判實務向來將保留款之性質理解為「附清償期之債權」，故本於此見解，即得推論被保留之款項既為承包商本得請求給付之報酬，則承包商請求返還該款項之依據，即應為承包商原依承攬關係所得主張之報酬給付請求權。此外，由於被保留之款項的返還時點，通常為完成驗收結算後，與一般工程尾款之給付時點相一致，因此更加深法院實務對於該請求權與承攬報酬給付關聯性之認定³⁴¹。而在保留款返還請求權被認定係承包商之報酬給付請求權之前提下，其權利行使即應適用民法第127條第7款之2年時效規定³⁴²。

惟本文認為保留款之法律性質，應屬一擔保給付，是該保留款在擔保期間經過之後，擔保目的消滅時，承包商即可請求業主清算並返還該被保留之款項。此時，承包商請求返還之依據，並非承包商已屆清償期之承攬報酬請求權，而應認為由於擔保目的已消滅，承包商本於擔保約定(亦即保留款發還條件)所載請求返還餘款之債權，因其發還之停止條件已成就而生效，故得對業主加以主張；此外，倘若業主於擔保目的消滅後仍不主動返還該款項，則其繼續保有之行為即不具有法律上原因，承包商亦得主張不當得利之返還請求權。從而，此一擔保返還請求權所應適用之時效規定，自非民法第127條所定之2年短期時效規定，而應為民法第125條所定15年之一般時效規定。

第三項 報酬請求權之消滅時效

民法對於私法上的請求權設有消滅時效制度，債權人如於時效完成後方提起訴訟或提請仲裁時，債務人即可依民法第144條第1項之規定主張時效抗辯，此時債權人之請求將受到阻礙。換言之，法律規定消滅時效之目的主要有三，即一、為了促進普遍的權利安定，維持現存之法律秩序；

即謂該債權不存在，是承攬報酬雖有清償期之明文或約定，但該報酬債權於承攬契約成立時即已發生。原審以上訴人於收到系爭扣押命令時，俊樺公司對其有工程款債權存在，進而謂上訴人前開清償行為不得對抗被上訴人，依上說明，自無違誤。」；類似見解尚可參照最高法院89年度台上字第2290號判決、最高法院91年度台上字第1908號判決及最高法院93年度1993號裁定等。此外，最高法院94年度台上字第1304號判決認為保留款債權係一已發生但附解除條件債權之看法，自本文上述認定保留款制度之擔保目的及其賦與業主之擔保利益應優先於承包商債權人之觀點推論，即不無研求之餘地。

³⁴¹ 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010年3月初版一刷，頁179。

³⁴² 相關實務見解可參照最高法院94年度台上字第956號判決、臺灣高等法院93年度上字第356號、臺灣高等法院92年度重上字第55號判決及台北地院95年度建字第137號判決等。

二、避免因時間過於久遠致舉證產生困難；三、給與權利人壓力，尤其是對於日常生活行為的短期消滅時效，可促使當事人基於經濟利益，迅速加以處理³⁴³。

工程契約之法律性質，學說實務上一般肯認其為承攬契約，而整理民法有關承攬消滅時效之規定，主要可歸納出以下重要之規定：一、民法第 127 條第 7 款：技師、承攬人之報酬請求權時效為二年；二、民法第 514 條第 1 項：定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發現後一年間不行使而消滅；三、民法第 514 條第 2 項：承攬人之損害賠償請求權或契約解除權，因其原因發生後，一年間不行使而消滅。由此觀之，立法者為避免承攬關係中當事人怠於行使權利致滋生糾紛，故針對工程承攬契約乃設計短期消滅時效，是以稍有不慎，權利之行使即可能陷於危險狀態，實應特別留意³⁴⁴。

雖工程契約之法律性質多被認定係承攬契約，因此關於承攬人報酬請求權之消滅時效，原則上多適用民法第 127 條第 7 款之 2 年短期時效，惟工程契約內部之法律關係向來複雜，當事人間約定之工程施作內容亦具有多樣性，特別在個案中承攬人包工又包料進行施作時，法院實務上對於此種“不動產製造物供給契約”究應適用長期消滅時效或短期消滅時效即產生不同見解，經本文歸納後主要可分為以下二類：

一、屬承攬與買賣之混合契約，報酬請求權應適用長期消滅時效

如最高法院 95 年度台上字第 261 號判決：「未按民法第一百二十七條固規定：承攬人之報酬及其墊款，因二年間不行使而消滅。惟該款所稱之墊款，指報酬以外與承攬人執行承攬工程契約相關，而由承攬人代為墊付之款項而言。...土地增值稅既係以原所有權人、出賣人為納稅義務人，且係屬公法義務，顯與私人間之承攬契約內容無涉，自非屬承攬人執行承攬工程有關之款項，且按具有承攬與買賣混合契約性質之「不動產買賣承攬」（即不動產製造物供給契約），就不動產財產權之移轉而言，與民法第一百二十七條第七款所定「技師、承攬人之報酬及其墊款」為一般單純之承攬有間，被上訴人代墊系爭稅款而生之請求權，無民法第一百二十七條第七款二年短期時效之適用」³⁴⁵。

³⁴³ 黃立，檢視短期消滅時效的問題兼論最高法院 88 年度台上字第 156 號及 89 年度台上字第 831 號民事判決，政大法學評論第 67 期，2001 年 9 月，頁 123-124。

³⁴⁴ 由於本文此部分僅在簡述定作人之付款義務，因此針對消滅時效之討論亦侷限於承攬報酬請求權時效部分，關於損害賠償請求權消滅時效部分，本文暫不涉獵。惟學說及實務上向就何種損害賠償請求權始能適用民法第 514 條一年之短期時效有所爭論，詳請參閱劉志鵬，工程契約之時效，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 24-30。

³⁴⁵ 相同見解尚可參照最高法院 88 年度台上字第 156 號判決、最高法院 89 年度台上字第 2591 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1348 號判決及最高法院 96 年度台上字第 1923 號判決等

二、屬承攬契約，報酬請求權應適用短期消滅時效

如最高法院 97 年度台上字第 2181 號判決：「契約約定由承攬人供給材料之情形，如未就材料之內容及其計價之方式為具體約定，自應推定該材料之價額為報酬之一部，除有反證外，難認當事人之意思重在工作物財產權之移轉，而可謂係買賣與承攬之混合契約，進而認不適用民法第一百二十七條第七款之短期時效規定。本件兩造間之系爭工程合約中，僅就工程之期限、總價、規格、配合、監督、保管、變更、驗收、保固，及施工安全衛生管理、場地清理、禁止轉讓他人承包等事項為約定，其付款辦法亦約定按上訴人每月完成之工程數量，逐期計價給付工程款等情，為原審合法認定之事實，均與材料內容及計價無涉，揆諸上開說明，自難認系爭工程合約非單純承攬契約，而得謂屬承攬與買賣之混合契約。又民法第一百二十七條之立法理由，因為「本條臚舉請求權，宜速履行，亦有速行履行之性質。故消滅時效期間，定為二年」，且本件承攬工程之總金額五億七千八百萬元，難謂非鉅。然上開立法理由並未闡示限於「一般性、生活性」之日常頻繁交易，且就本件重大工程而言，究竟有無逾期完工而可計課約定罰款，涉及施工進度、施作品質及驗收內容等相關具體事項，尤應速行確定，以資雙方遵照履行，促進交易安全。倘謂不適用短期時效期間規定，將使該工程糾紛難以在工程甫完成、一切資料仍存並可及，與相關參與人員尚能清楚記憶之時，早日明確解決，應不符「確保交易之安全，維持社會之秩序」之民法第一編總則第六章消滅時效之立法本旨」³⁴⁶。

就此，本文認為，此二實務見解對於應適用何種消滅時效規定看似對立，惟實質上卻非完全迥異。蓋工程合約所涉及之工作內容往往不只一種，例如在統包工程契約下，承包商之施作內容即可能涵蓋設計、製造、安裝及測試；又如現代營建工程之進行多委由承包商提供施作所須之材料等，此種與傳統承攬契約有別之交易類型，法院實務對其之定性即發展出不同看法，此於本文前章討論製造物供給契約性質之爭議時即已說明³⁴⁷。換言之，上述實務見解之所以分歧，主要係導因於實務對個別工程契約之定性，而由於個案中當事人對於工作內容之約定必有差異，因此尚不能統一得出我國法院對於工程契約報酬應適用何種消滅時效之固定見解。即便如本文前述對製造物供給契約性質之認定採取原則上應屬承攬契約之見解，惟本文亦不排除在個案中當事人於承攬報酬外另行約定材料費用或當事人履行契約之目的僅在取得所有權之情形下，仍存在認定製造物供給契

³⁴⁶ 相同見解可參照最高法院 89 年度台上字第 831 號判決、最高法院 96 年度台上字第 2382 號判決及臺灣高等法院 94 年度重上字第 232 號判決等。

³⁴⁷ 詳請參閱本文第二章、第一節、第二項、壹「承攬契約」之說明。

約具有買賣契約要素而有適用買賣相關規定之可能性。然由於契約性質之判斷具有一定困難度，故解釋上仍宜探求當事人真意並就契約目的、當事人利益狀態及契約內容客觀上得理解之意思作綜合考量。

對於承攬報酬消滅時效適用之爭議，本文觀察相關之見解後贊同學者之看法，民法第 127 條之特別短期時效，主要係規範與銷貨或勞務有關之請求權，因其多涉及日常生活之交易，為數眾多且舉證尤難，須盡早確定權利之存在與否，故特別縮短其時效期間。惟民法第 127 條所列舉之規定並不完整，且由於時代變遷，新興行業大幅增加，在立法未修正第 127 條之項目前，該條規定之適用常造成各行業間之不公平現象；而我國法院實務對於短期消滅時效之適用，有時採擴張解釋，有時解釋上卻極為限縮，導致問題叢生³⁴⁸。茲引前述實務判決為例，法院實務上對於複雜性及困難度遠高於傳統承攬契約之工程契約法律關係，其究竟是否具有「日常生活交易」之特性即有爭執，採短期時效之看法者固論民法第 127 條第 7 款或第 8 款規定並未設有「日常生活交易」之限制，惟採長期時效之觀點者則自該條之立法理由出發而反對適用短期消滅時效於工程契約中，其並謂工程契約之法律關係甚為繁雜，並無適用短期消滅時效以督促當事人行使權利或盡速解決紛爭之需求。

關於消滅時效之適用，本文自民法第 127 條第 7 款、第 8 款及第 490 條第 2 項等規定及其立法意旨初步認為，民法所列二年短期消滅時效之規定應主要適用於日常生活交易之類型，蓋此種交易之法律關係處理上較不複雜，惟由於其為數眾多，實有必要盡速行使權利，以避免來日舉證發生困難，徒生爭執。而營建工程契約，無論其施作規模、標的金額、工作內容態樣等，皆遠較一般承攬或手工業者之施作內容更為複雜，性質上顯然不是日常發生頻繁之交易，同時一項工程之進行往往牽涉多數契約主體，如建築師、工程顧問公司、聯合承攬廠商、分包商等，由於茲事體大，相關法律爭議之釐清實應盡可能謹慎。由於工程合約之權利義務關係未必能如一般日常交易般可迅速確定或履行，故民法所設二年短期消滅時效之規定恐不足以調和當事人在工程履約爭議中各自主張之權益。惟在現行法下，或許只能以當事人在單價分析表中有無將承攬報酬與材料費用分列，而認定該工程契約是否具有買賣之特性，並在消滅時效上選擇適用第 127 條之短期時效或回歸第 125 條之十五年長期時效³⁴⁹。

³⁴⁸ 詳細說明請參閱黃立，檢視短期消滅時效的問題兼論最高法院 88 年度台上字第 156 號及 89 年度台上字第 831 號民事判決，政大法學評論第 67 期，2001 年 9 月，頁 134。

³⁴⁹ 類似見解請參閱黃立，檢視短期消滅時效的問題兼論最高法院 88 年度台上字第 156 號及 89 年度台上字第 831 號民事判決，政大法學評論第 67 期，2001 年 9 月，頁 140-141；黃泰鋒、陳嘉麗，論工程款請求權之消滅時效，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月，頁 52-53。對於消滅時效之適用，亦有論者指出，工程契約往往涉及多項工作內容，縱使契約之性質被認定屬買賣與承攬之混合契約，未必該合約下之各項請求權即當然混為一體，而必須適用相同之消滅時效，例如承

此外，本文認為在工程契約消滅時效適用之議題上之所以產生眾多紛爭，部分原因應係來自於我國消滅時效制度本身規範之合理性。蓋我國雖於民法第 125 條、第 126 條、第 127 條及特定規範間設有不同之消滅時效規定，惟一來消滅時效之一般規定(主要指第 125 至第 127 條)在交易型態快速變遷之現代社會中是否能一概適用，不無疑問；二來單就債各章節針對不同契約類型所列之規範觀之，何以相關消滅時效期間之長短存在如此巨大之差異，其中區別之理由及實益何在，立法者有時亦未有清楚之說明，甚而本文認為何以買賣之交易類型即應有比承攬契約，乃至工程契約之交易有受長期消滅時效保障之必要，其區別之合理性，亦值探究。此或許亦為法院在個案適用消滅時效規定時所遭遇究應本於契約定性適用相關法律規定，抑或應追求當事人利益之保障而調整適用既有時效規定之難題，從而不同判決間即存在消滅時效期間落差相當大之結果。

再者，承本文於前項「契約付款方式」中曾提及者，承包商對於業主所得請求之預付款、估驗款或保留款，因其性質不同，如涉及融資或擔保目的時，亦會產生是否應適用 15 年長期時效或應考慮該等款項之給付與承攬契約之履行具密切關聯性，故於時效適用上亦應受承攬契約之拘束，而適用短期消滅時效以使相關法律關係所衍生之紛爭盡速解決之問題。換言之，欲解決此種消滅時效適用上之重大爭議，本文認為實有必要全盤檢討我國消滅時效制度之設計，以求在不同法律關係間尋求當事人利益之最佳調和。就此，德國現代化債法於 2002 年對於消滅時效制度進行大幅度之改革，特別於其民法第 195 條³⁵⁰關於普通消滅時效之規定，揭示原則上得適用於所有契約上或非契約上之請求權，並在第 196 條規定以下針對不同法律交易類型及時效起算採主觀或客觀之認定作了通盤性之修正，使得舊法下不同契約類型間存在不同消滅時效期間之情形，不復存在，亦使時效適用之結果不再產生重大歧異，達成統一並簡化法律適用之目的，此實值我國未來修法時援引為參考³⁵¹。

至於報酬請求權時效之起算時點，依民法第 128 條規定，消滅時效自請求權可行使時起算。在工程契約中何謂請求權可行使時，本文認為原則上應視當事人於契約中有無明文約定，如有，自應以契約約定之時點為

包商單就製造安裝或測試部分，既純屬勞務之提供，是否仍應一併適用長期消滅時效規定，值得思考，此見解提供現行實務適用消滅時效規定時另一可能之解釋方式，實值參考，詳請參閱林瑤，工程契約報酬請求權相關問題討論，工程與法律的對話，李家慶主編，三民，2010 年 1 月初版 1 刷，頁 219。惟此見解亦可能產生在同一工程契約之法律關係中，不同工作內容所適用之消滅時效落差甚大之問題。

³⁵⁰ 德國民法第 195 條(Regelmäßige Verjährungsfrist)規定：「Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt drei Jahre.」。

³⁵¹ 關於德國消滅時效制度之介紹，可參閱黃立，德國民法消滅時效制度的改革，德國新債法之研究，元照，2009 年 9 月初版，頁 1-71；王千維，德國民法債編修正有關消滅時效制度之變動，月旦法學教室第 8 期，2003 年 6 月，頁 109-123；林易典，德國民法債編修正簡介，月旦法學雜誌第 85 期，2002 年 6 月，頁 229。

準；惟如當事人未有約定時，則應視請求款項之法律性質分別作認定。亦即如涉及預付款及保留款之請求，基於本文認為其分別具有融資及擔保之性質，因此承包商請求預付款給付之時效起算點應自簽約時起算³⁵²，而保留款返還之請求則應至擔保目的消滅時方起算消滅時效³⁵³。至於估驗款或尾款等為承攬報酬性質之給付，由於其給付與工作之完成具有對價性，同時民法第 505 條規定承攬報酬原則上應於工作「交付」時給付，是以，在工程實務上常見當事人約定於承攬人完工，並經定作人驗收合格後始進行工程款之結算。換言之，在驗收結算後方能確定承攬報酬之數額，承攬人之報酬請求權始處於可行使之狀態，故關於承攬報酬請求權之時效，本文認為應以「驗收合格」之翌日開始起算³⁵⁴。

³⁵² 因預付款之約定並非完成一定事務之承攬報酬，承包商簽約後即可向業主請求，因此其時效通常被認為自簽約時起算。王子文，工程款請求權時效之爭議，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，頁 148；劉志鵬，工程契約之時效，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 26。

³⁵³ 惟學說及實務上或認為尾款之給付通常即包含各期保留款之給付，因此應以結算驗收通過日為工程報酬時效之起算點，如王子文，工程款請求權時效之爭議，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，頁 148；劉志鵬，工程契約之時效，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 26。就此，本文認為，基於保留款所具有之擔保性質，原則上應俟擔保目的消滅後承攬人始能行使餘額返還請求權，至於是否有餘額通常必經驗收結算之程序方能確定，是以本文不排除保留款之請求權有自驗收結算之時點起算 15 年消滅時效之可能性，惟此並不能反推保留款之法律性質即為承攬報酬，應予釐清。

³⁵⁴ 相同見解請參閱黃泰鋒、陳麗嘉，論工程款請求權之消滅時效，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月，頁 57；李家慶，論工程承攬報酬之請求權時效，營建知訊第 241 期，2003 年 2 月，頁 65。對於承攬報酬時效之起算時點，法院實務見解亦有分歧。有認為應自各期估驗計價時起算，如最高法院 96 年度台上字第 1412 號判決：「被上訴人就系爭各工程款得按月就已完工之部分，申請估驗計價，亦即兩造就估驗款有按工程進度分期支付，按期就已完成之工程支付報酬之約定。就被上訴人每月所完成之工程，若有上訴人按月未給付其主張之系爭利管費之情事，被上訴人非不得於斯時即得請求該部分之利管費。則被上訴人請求上訴人給付系爭利管費之時效期間是否仍應以系爭三工程經驗收時起算？非無進一步研求之必要。」；亦有認為應於完工時起算之見解，如台中高分院 97 年度建上更(一)字第 50 號判決：「系爭建物係於 85 年 9 月 16 日取得使用執照，於 86 年 7 月 15 日辦理第一次保存登記，已如上述，足見：系爭建物於 85 年 9 月 16 日時應已完工，並經先知自救會驗收無訛，否則：如何能取得使用執照；又縱有未完成之工程，至遲於 86 年 7 月 15 日辦理第一次保存登記時，亦應認已全部完工。因之；上訴人就系爭承攬工程之尚餘工程款債權之請求權，自 86 年 7 月 15 日起算至 88 年 7 月 15 日止，二年請求權時效期間即告屆滿，惟上訴人遲至 94 年 2 月 22 日始提起本訴，請求先知自救會給付系爭工程款，則其請求權已因二年間不行使而消滅。」。惟多數見解仍認為應以驗收完畢時起算，如最高法院 97 年度台上字第 60 號判決：「蓋公共工程承攬契約，一般規模均甚龐大，牽涉鉅額交易金額，冗長之施工期間，若定作人於承攬人完成全部工程後始給付報酬，則承攬人之財務負擔勢將十分沉重，容易產生違約事項；然若定作人於工程進行期間即全部付款，定作人又須負擔承攬人將來不履約之所有風險，是以乃有所謂就承攬人已施作未經正式驗收之工作先為估驗計價，經點驗合格後，分期請求估驗計價款之設計。估驗款不涉及工程驗收交付，僅在確認估驗期內已完成工程之數量與價值，如估驗計價已有爭議，各期估驗工程款數額即無法確定，承攬人自無從行使其請求權，其消滅時效即不能起算。定作人對系爭工程估驗款之付款不視為工程之驗收，且嗣後發現錯誤得更正之，甚而在驗收時扣減等，則承攬人於各期所領估驗款，僅係對已完成工程數量確認，與受領工程部分之價值，尚不得認為係消滅時效起算之時點，仍應以工程經驗收時起算消滅時效。」，可供參照。

第三節 定作人之協力義務

第一項 概說

壹、探討源起

契約關係成立後，契約之當事人各依契約之約定提出給付以履行債務，而此種履行債務之義務通常乃負擔債務之一方所應承擔者，是以，對於承攬契約之履行，一般討論之著眼點多在於承攬人完成並交付一定之工作、定作人給付約定報酬之主給付義務上，甚而往昔學者對於定作人(典型承攬契約之債權人)在給付報酬之主給付義務外是否另負擔其他協力或附隨義務，乃採否定看法³⁵⁵。惟不能否認者係，有時承攬人之給付，實需定作人協助或配合始能順利進行，例如對於西裝之定作，有賴於定作人配合測量身型³⁵⁶；對於肖像之繪製，如無定作人親自到現場或提供照片等供承攬人作畫時為參考³⁵⁷，則肖像繪製之擬真度恐有落差等。由此可知定作人之協助將使債之關係得以順利進行，並圓滿地歸於消滅，而此等定作人之協力行為在承攬契約之履行過程中，即扮演重要之角色。就此，我國民法基於定作人之協力行為於承攬契約運作上之重要性，特於民法第 507 條明文規定：「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(第一項)。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(第二項)。」³⁵⁸，此亦為我國民法承攬章節對於定作人協力義務所設之唯一規範。

而隨著時代轉變，當事人間之法律關係趨於繁複，債權債務等約定內容之多樣性亦隨之增加，特別在規模龐大、當事人約定錯綜複雜的工程契約中，更是如此。而定作人之協力行為在以給付勞務為標的之工程契約中，其重要性更為顯著，個案中常可見因工程契約給付內容之特性，當定作人配合提供必要之協力行為時，契約約定之債務往往較容易履行或實現，換言之，如無定作人提供必要之協助時，承攬人通常難以獨自完成工作並可能因此受有工期延誤及增加成本支出之損害，從而，因定作人是否履行協力義務而發生紛爭之事例，已非罕見³⁵⁹。我國裁判

³⁵⁵ 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 332。

³⁵⁶ Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1043.

³⁵⁷ Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 323.

³⁵⁸ 參閱民國 18 年 11 月 22 日民法第 507 條之立法理由：「謹按工作須定作人之行為，如須由定作人供給材料，或由定作人指示、或須定作人到場，例如寫真畫像之類，始得完成者，定作人不為其行為，即無由完成工作」。

³⁵⁹ 姚志明，營建工程契約協力義務之研究，東亞法學評論，第 1 卷第 1 期，2010 年 3 月，頁

實務上涉及工程契約中定作人協力義務之判決甚多，例如屋頂結構設計圖之提出(最高法院 91 年度台上字第 1739 號判決)、供應石料之協力義務(最高法院 92 年度台上字第 1664 號判決)、查明管路及清管協力義務(最高法院 93 年度台上字第 2590 號判決)、提供施工用地(最高法院 95 年度台上字第 930 號判決)、排除民眾抗爭(最高法院 98 年度台上字第 856 號判決)等等。由此觀之，於現今工程實務上，定作人協力行為之不可或缺性，實已無庸置疑。

然而，對於定作人協力行為之規定，承前所述，我國立法者僅透過民法第 507 條予以規範，而此條乃係於傳統承攬契約之框架下所為之價值判斷與利益衡量，此是否合乎現今承攬乃至工程實務日新月異之運作，而可提供各式新型紛爭一得遵循之紛爭解決依據，實有疑問。且民法第 507 條之訂立，對於協力義務之本質與違法之法律效果，於法規範之解釋適用上，向來存在諸多問題，此些爭議於該條在民國 89 條債編修正後依然存在。舉例言之，關於定作人協力義務性質之爭議，如肯認定作人之協力義務為真正義務，於定作人不為協力時，其將構成義務之違反，而可能成立債務不履行之損害賠償責任；惟若定作人之協力義務僅係不真正義務者，則定作人不提供協力僅構成受領遲延。此外，現行第 507 條對於定作人怠於履行協力義務之法律效果³⁶⁰，是否合乎承攬人之需求而對其權益有完整之保障，亦不無疑義。因而，定作人協力義務性質爭議之釐清，對於工程履約爭議之討論或解決，具有相當關鍵性之地位，此即為本文欲加以研究分析之重點。

貳、探討脈絡

對於定作人協力義務問題之研究分析，本文擬先自實務及學說上爭議最鉅之「協力義務性質」開始探討，蓋惟有釐清定作人協力義務之性質究為定作人之權利或義務，方能繼續探究其相應之法律效果，即違反該義務時定作人究應承擔何種不利益或賠償責任。申言之，此爭議問題除涉及民法上債權人受領遲延之相關規定外，亦觸及債之關係義務群之討論，究竟工程契約當事人間之義務應如何解釋或安排始合乎當事人締約之真意或履約之利益，即為本論文此節討論之核心。是以，對於協力義務性質之爭議，本文將首先臚列我國實務及學說上分歧之見解，以瞭解工程實務之運作及爭議焦點所在並進行分析，其次參考德國法及其工程契約範本中對於定作人協力義務之相關規範，藉由比較法上對於相同問題之討論，反思我國法及契約範本規定之妥適性，進而於本文見解中

59；謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁254。

³⁶⁰ 關於違反協力義務之法律效果，本文將於第四章「定作人違反協力義務之法律效果」部分進行討論。

提出個人淺見，供探討定作人協力義務性質之相關爭議時一簡單之思考方向。

此外，由於工程契約中當事人之權利義務關係甚為複雜，故定作人協力行為所涉及之內容亦相當廣泛，因此為能清楚且全面地進行討論，本文乃初步將定作人之協力行為區分為廣義之協力行為與狹義之協力行為二部分。所謂狹義之協力行為，本文亦將之稱為定作人「提供適於施作狀態之義務」，即指完成工作所必要之協力行為；而廣義之協力行為則指除了為完成工作所必要之協力行為外，尚包括定作人對於工作物之受領(驗收)。按承攬契約雖重在一定工作之完成，但在給付內容上，實包含履約過程中勞務之給付與工作完成時工作物之交付，因此定作人在履約過程中或完成後，若其不能配合協力或怠於受領，皆會影響承攬人之履約利益³⁶¹，更遑論定作人受領與否更涉及危險負擔移轉及承攬報酬請求權之行使，連帶影響承攬人締結該工程契約目的之達成。是以本文在第五章對於定作人之協力義務進行類型化之分析時，將針對定作人受領承攬工作之部分，特別與其他狹義協力行為作區分而獨立進行討論，併予敘明。

第二項 協力義務性質之爭議

壹、實務見解

工程契約之履行，由於其金額龐大，履約期間相較於傳統承攬契約為長，同時涉及當事人間複雜之權利義務關係，使得工程契約之履約爭議層出不窮。其中關於定作人是否負有履行協力行為之義務，乃至於該協力義務之性質為何，亦為實務見解尚未獲致相同看法之難題。以下乃簡單臚列我國各級法院對於定作人協力義務性質認定之代表性判決，以供進一步討論之觀察基礎。

一、協力義務為不真正義務

(一) 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，催告定作人為協力行為，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

³⁶¹ 論者有採相似之分類方法者，詳請參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學系碩士論文，2002 年 7 月，頁 113-114。學者亦有指出，定作人既已負有工作協力之義務，則工作需經交付者受領交付亦非不得解釋為協力義務之一環，故學理上認為定作人有工作受領義務者，亦非毫無依據。詳請參閱葉錦鴻，民法系列—承攬，三民，2007 年 11 月初版一刷，頁 133。

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。...次按民法第五百零九條定作人給付不能之損害賠償責任、第二百三十一條給付遲延之損害賠償責任，與同法第二百二十七條債務不履行之損害賠償責任、第五百零七條定作人協力義務之損害賠償責任，其法律性質、構成要件及規範功能尚屬有間。查被上訴人就上訴人提供不正確地質資料、不當指示施工工法而增加之一百零二萬一千一百十七元費用及居民抗爭所增加之一百二十萬二千零三十二元費用部分，究係基於民法第五百零九條、第二百三十一條或債務不履行之損害賠償請求權、民法第五百零七條定作人協力義務損害賠償請求權，請求根○公司給付，原審未明白審認其請求之依據，亦有可議。」³⁶²

(二) 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。」³⁶³

(三) 最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決：

「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

³⁶² 類似見解可參照最高法院 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。本件伸港公所為系爭工程之定作人，其未交付工地予○○公司施工，僅屬不為協力行為，尚難認其有給付遲延，而應依民法第二百三十一條第一項規定負債務不履行之損害賠償責任。」；此外，尚可參照最高法院 99 年度台上字第 222 號判決、最高法院 92 年度台上字第 785 號判決、最高法院 72 年度台上字第 1579 號判決、宜蘭地院 92 年度簡上字第 39 號判決及臺灣高等法院 86 年度重上字第 420 號判決（關於協力義務部分之見解為最高法院 89 年度台上字第 903 號判決所維持）等。

³⁶³ 類似見解可參照臺灣高等法院 87 年度重上字第 384 號判決：「又系爭工程合約為承攬關係，被上訴人為定作人，依民法第四百九十條規定，固負有給付報酬之義務，惟提供基地予承攬人施作僅屬協力行為，尚非給付義務，倘定作人怠未協力，僅承攬人得定相當期限催告定作為之，定作人如不於期限內為協力行為，承攬人得解除契約，尚難認承攬人有請求定作為工作必要協力之訴權。況民法第二百二十六條所定給付不能之損害賠償請求權，其要件為債務人負有給付義務，惟系爭工程約定作人之給付義務係給付報酬，尚非提供基地之義務」；此見解為最高法院 92 年度台上字第 1449 號判決所維持。

之損害。民法第五百零七條定有明文。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。...然提供工地僅屬台電公司之定作人協力行為？抑為已經兩造合意約定之契約義務？觀諸系爭契約第二十三條第四項第一款及施工說明書第二十四章第二四・一條分別為：「.....因甲方（指台電公司）原因未能使乙方（指大棟公司）開工者，乙方得以書面通知甲方解除契約，但乙方不得提出任何補償及要求。」、「.....第二分項工程無法開工，超過.....後，甲乙方任何一方.....得提出解約之要求.....」等關於解除契約條件之約定，雖與首揭法條規定相類，但似未就台電公司之協力行為應另負特別責任為約定。則台電公司抗辯定作人（台電公司）提供工地開工之協力行為，非兩造約定之契約義務，是否全然無據？自有研酌之必要。」

二、協力義務為真正義務

(一) 最高法院 98 年度台上字第 78 號判決：

「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。所謂附隨義務，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，債權人得依民法第二百二十七條不完全給付之規定行使其權利。又解釋契約應通觀全文，參酌一切資料於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人之真意，不得拘泥字面，致失立約之真意。依系爭契約第六條第三項約定：「乙方（指上訴人）增加前項設施，應依建築管理相關法令申請建築執照」，可知被上訴人所交付之系爭土地，必係能申請建築執照以興建建物之土地，始能符合系爭契約委託上訴人經營之目的，被上訴人依誠信原則或契約的補充解釋（契約漏洞之填補）自負有協助上訴人申請取得該建造執照之義務，以履行實現系爭契約訂約之經濟目的。」³⁶⁴

³⁶⁴ 類似推論可參照台東地院 92 年度簡上字第 20 號判決：「雖然系爭工程合約書並未有被上訴人應取得系爭建築執照後，始得建造之記載，惟揆諸前揭規定及工程實務慣例，系爭工程非經核發系爭建築執照，則不得擅自建造，乃屬當然。況依誠實信用原則及契約之解釋補充原則，取得系爭建築執照，乃係被上訴人為準備、確定、支持及協力上訴人履行系爭工程所必要之從給付義務，若被上訴人未能取得系爭建築執照，而擅先建造，將可能發生建造中或建造完成後遭拆除之結果，導致上訴人在系爭工程無法完成或事後為無意義之履行，使上訴人無法期待並確保因完成系爭工程所能獲得之利益。故系爭工程，需被上訴人為取得系爭建築執照之協力行為，始能完成，已昭灼然。」；此外，亦有判決直接論述定作人之協力義務為從給付義務之性質者，如臺灣高等

(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) 花蓮高分院 97 年度建上更(二)字第 1 號判決：

「按承攬契約之完成如須定作人之協力，而定作人不為其協力行為時，契約之主要目的即無從實現，承攬人亦因無法完成工作而獲得報酬，此時，承攬人原得依債務不履行之規定，向定作人請求給付遲延或不完全給付所生之損害賠償，惟為保護承攬人之利益，民法第五百零七條另有特別規定，賦予承攬人更周全之保護，並非排除承攬人得依據給付遲延或不完全給付之規定向定作人請求損害賠償。故本件被上訴人雖未依民法第五百零七條規定催告上訴人，進而解除契約，僅係不得依該條之規定向上訴人請求損害賠償而已，非謂因此即不得依債務不履行之一般規定，請求上訴人賠償損害。」³⁶⁵

法院 95 年建上字第 16 號判決：「是對於定作人而言，給付承攬人報酬之義務，乃承攬契約之定作人主給付義務。至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。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 條固有明定，惟此乃定作人之協力義務，屬從給付義務，且有定作人之行為、定作人不為其行為、經承攬人定相當期限催告而定作人仍不為等要件，承攬人始得解除契約。」，可供參照。

值得注意者係，相較於最高法院 98 年度台上字第 78 號判決將定作人協助申請建造執照之義務定性為「附隨義務」，台東地院前開判決則將之定性為「從給付義務」，而後臺灣高等法院之判決亦直接表示定作人之協力義務為從給付義務性質，似可發現我國實務對於協力義務之定性仍未有一清楚之判斷標準。

³⁶⁵ 本件判決迭經最高法院四次發回(分別為最高法院 95 年度台上字第 2383 號判決、最高法院 97 年度台上字第 980 號判決、最高法院 98 年度台上字第 278 號判決及最高法院 98 年度台上字第 2470 號判決)，雖最高法院僅就當事人違反義務可否歸責及是否適用情事變更原則等規定為指摘，惟自花蓮高分院 98 年度建上更(三)字第 1 號判決起，下級審法院對於定作人協力義務之性質已一改先前之認定，並援引德國民法第 642 條之規定作對照，推論協力義務應僅為對己義務：「...但是在若干特殊的承攬工作中，有時需要定作人之協力，始能完成工作。此種定作人之協力義務並非定作人對於承攬人之義務，而是為了完成自己所委託之工作，以獲取工作完成之利益，性質上屬於對己義務。因此依照民法第 507 條之規定，定作人不為協力時，承攬人僅得催告定作人為之，如果定作人還不做，承攬人僅得解除契約，並請求損害賠償，承攬人並沒有權利要求定作人必須完成協力的義務。換言之，承攬人並不得以訴請求定作人完成承攬契約中的協力事項，因此性質上屬於對己義務。此非僅我國民法第 507 條如此規定，德國民法第 642 條也同此規定，而日本民法甚且並無定作人協力之相關規定。而當定作人無法完成協力事項，導致承攬人無法如期完成工作時，雖然產生承攬人債務不履行之情形，但這種情形屬於不可歸責於承攬人之事由，

三、小結

觀諸國內目前裁判實務，似可發現多數法院仍維持傳統之一貫看法，認為定作人之協力義務僅屬不真正義務性質，若定作人違反義務，承攬人依民法第 507 條之規定，只能催告定作人提供協力，進而解除契約並請求損害賠償，換言之，承攬人並無訴請定作人為特定協力行為之權利，定作人違反義務亦不成立債務不履行之損害賠償責任。惟亦有少數判決表示，如當事人於契約中有約明定作人應為特定之協力行為時，此時即有可能認定該特定行為屬定作人之從給付義務或附隨義務³⁶⁶。

申言之，就本文對實務見解所作之觀察，除採肯認定作人之協力義務為真正義務之判決外，多數法院判決或以當事人未約明定作人應提供何種必要之協力而否認定作人應履行特定協力行為之義務，或是即便當事人於契約中已有約定(或於招標文件中已有明文)，亦常見法院以相關約定不夠具體明確或以定作人之協力義務，僅屬不具真正義務性質之義務，而駁回承攬人關於債務不履行損害賠償之請求。此外，亦常見法院以承攬人於締約時應已明知施工用地尚未完全辦妥徵收等事宜，而認定承攬人既得於事前評估風險，則其即不得再主張定作人未能即時提供工程用地使其進駐使用之情形具有可歸責性，而向定作人請求損害賠償或主張適用情事變更原則³⁶⁷。就此，法院實務對於定作人義務範圍之認定，似仍採相對保守之見解，即原則上定作人僅負有民法第 490 條第 1 項付款之主給付義務，至於其他協力義務之承認與否則莫衷一是。

惟近來各審級法院對於定作人協力義務之認定似已出現反動，而有分別針對當事人契約內容之約定或透過契約補充解釋等方式，探討定作人協力行為是否有認定為從給付義務或附隨義務之可能性，乃至於援引德國民法第 642 條之規定作為論斷協力義務僅具對己義務性質之基礎。姑且不論此是否為法院實務已注意到工程契約中當事人權利義務發展之趨勢，此種突破傳統框架、追溯立法理由所參酌之外國法制及尊重當事人締約真意之思考模式，實值肯

依照民法第 225 條第 1 項規定，承攬人免給付義務，也不生損害賠償問題。而如果導致給付遲延時，依照民法第 230 條之規定，債務人也不負給付遲延責任。亦即因此所導致的工期延宕，承攬人得請求扣除工期。同時，若定作人遲遲不完成協力事項，將使承攬人陷入可能受到契約拘束，卻又無法履行之困境中，因此民法第 507 條賦予承攬人解除契約之權利，無論協力事項之無法完成，是否可歸責於定作人，承攬人均可衡量本身履約利益狀況，自行決定是否解除契約。如果承攬人決定解除契約，承攬人尚可請求損害賠償。(作者按:下述關於損害賠償範圍部分暫予省略)；截至最新之花蓮高分院 99 年度建上更(四)字第 1 號判決亦維持相同見解，此種法院見解之轉變實值特別留意。

³⁶⁶ 參照最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決。

³⁶⁷ 最高法院 98 年度台上字第 278 號判決可供參照。

定。

貳、學說見解

民法第 507 條定作人協力義務之性質，究為真正義務、不真正義務或僅為債各承攬章節之特殊規定？我國學說對此之見解亦相當分歧，以下乃簡要說明之。

一、不真正義務說

此見解觀察民法第 507 條之規定，基於法條對於定作人主觀可歸責性之要求及該等協力行為是否適於強制執行等觀點而指出，定作人之協力並非定作人之義務，僅為定作人之權利。換言之，定作人對於是否行使自己之權利得自由決定，然其如為特定之協力，將使承攬或工程契約工作之進行較為順利，同時承攬人將因定作人之協力得完成其給付，並免於繼續負擔之危險或增加保管照顧之費用，此種當事人間分裂的利益狀態即為不真正義務適用之典型³⁶⁸，是以，定作人之協力原則上僅係對己義務或不真正義務，並非具有債務人給付義務之性質。從而，當定作人不提供必要協力，將只構成「受領遲延」，該等法律效果並不以定作人有過失為要件。若欲使定作人負擔應為特定行為之法律上義務，則當事人應以契約約定之³⁶⁹。依此見解，定作人拒絕履行協力行為時，承攬人並無請求履行或請求損害賠償之權利，其法律效果僅使債權人的權利受到減損或喪失之不利³⁷⁰。

採此說之學者有進一步指出，由於民法第 511 條規定在保護承攬人之利益下，定作人享有任意終止契約之權利，因此定作人對於民法第 507 條所定完成工作必要之協力行為，其得選擇不履行之，原則上亦難以認為承攬人對該等協力行為具有訴請強制履行之利益³⁷¹。

二、真正義務說

此說見解認為，債權債務關係是雙方當事人基於彼此間的信賴，協力達成共同目的之一種協同體，基於誠信原則之要求，債權

³⁶⁸ 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年 1 月，頁 16-17。

³⁶⁹ 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 332；楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 655。

³⁷⁰ 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 332-333；楊與齡，論承攬契約定作人之義務，法學叢刊第 85 期，1977 年 3 月，頁 7。楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 655；李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 85。

³⁷¹ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 656。

人應負有協力實現給付的法律上義務，故定作人之協力行為是一種真正義務³⁷²。同時，觀察民法 507 條於民國 88 年修正後之規定，立法者於其第 2 項明訂承攬人得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生之損害，其救濟手段已與民法第 254 條給付遲延之規定相近，應作同一解釋。是以，當定作人不履行協力行為時，承攬人得依民法債務不履行之相關規定，向定作人請求損害賠償³⁷³。

惟採真正義務說之學者，對於協力義務究屬從給付義務或附隨義務之看法，亦有分歧。有認為定作人協力義務之性質應屬「從給付義務」³⁷⁴者，其多主張定作人之協力義務乃有助於達成契約目的及完成約定給付，特別於承攬或工程契約中，定作人履行協力義務與否對於承攬人得否順利履約更具有舉足輕重之影響力，故該義務應定性為與給付相關並可獨立訴請履行之從給付義務。亦有主張協力義務性質應定性為「附隨義務」³⁷⁵者，其多基於工程或承攬契約中法律關係之複雜性，常有賴於當事人間相互合作及照顧協助，方能使承攬人之勞務得適時提出，並使契約得以順利進行。此種本於誠信原則所推導出之協力義務，應認具有附隨義務之性質始為妥當。惟不論採何種定性，對於定作人違反協力義務之法律效果，學者皆肯認承攬人可依債務不履行之規定請求定作人賠償其損害。

三、特殊規定說

採特殊規定說者認為，民法第 507 條之規定，若解為真正義務，則違反該義務，應以具有過失為限，而此規定中並不要求須具備過失之要件；另外義務之違反，如構成給付遲延，一般而言，承攬人應得聲請強制執行，但於此應解為不得為強制執行。再者，若認為定作人之協力非屬真正義務，則其不為協力時，亦只構成受領遲延，然在一般情形，受領遲延非為解除契約之理由，而民法第 507 條卻許可承攬人解除契約，故此條關於協力義務之規定，應非

³⁷² 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月，頁 28；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 117。

³⁷³ 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 112-113；劉志鵬，定作人協力行為，工程法律實務研析(二)，元照，2008 年 1 月，頁 5；陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 17；鄭富方、孔繁琦、廖肇昌，工程承攬契約之解除與終止，營建管理季刊第 85 期，2011 年 3 月，頁 47。

³⁷⁴ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003 年 2 月初版，頁 159-160；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 195-198。

³⁷⁵ 詹森林，最高法院裁判與民事契約法之發展，最高法院 99 年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，2010 年 10 月 12 日，會議手冊頁 135；最高法院 99 年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，楊淑文教授之發言，台灣法學雜誌第 179 期，2011 年 7 月，頁 48-49；林誠二，債法總論新解—體系化解說(下)，瑞興，2010 年 3 月初版，頁 102，註 126。

單純的受領遲延，因此應解為特殊規定說³⁷⁶。

四、折衷說

採折衷說之論者有將定作人之協力行為以受領之概念加以詮釋者³⁷⁷，其主張原則上受領僅為具有對己義務之權利，並非真正之對他義務，債權人違反此一不真正義務，僅承受其消極之不利益，不須對債務人發生損害賠償責任。然而在具體之契約類型中，若債權人之受領對於債務人具有特別之利益，亦即債權人受領遲延對債務人除了無法免除給付義務所產生之消極不利益外，另將產生積極之損害時，依照誠實信用原則，應例外地認為受領具有對他義務之性質，而定作人之協力義務即屬此一例外。換言之，透過誠信原則之推導，定作人應負有協力義務，如其違反該義務，債務人亦具有對債權人為積極制裁之權利³⁷⁸。

另有論者指出，對於定作人協力行為之定性，應以債之目的為基準，具體判斷債權人之協力對於債務人是否具有相當之利益，是否會阻礙債務人履行債務而致債之目的無法達成。申言之，協力行為是否為義務，應視該協力行為是否為完成工作所必須之行為加以區分，如非定作人予以協力則契約目的無法達成，且債權人之協力行為對於債務人具有相當利益者，應認為定作人負有協力義務；反之，若該行為非契約完成所不可或缺，則定作人不負有協力義務³⁷⁹。

由此可推知，採折衷說之見解者，多半認為協力義務之性質應於個案中依當事人之約定或衡量雙方之利益狀態而具體地作認定，是以同為債權人之協力行為，可能因其對債務人之利益或契約

³⁷⁶ 鄭玉波，民法債編各論(上)，三民，1995年4月修正16版，頁387；劉春堂，民法債編各論(中)，自版，2004年3月初版，頁94-95。

³⁷⁷ 該論者主張招標機關對承包商不為給付或遲延為協力，實際上即為招標機關拒絕受領或遲延受領承包商所欲給付之勞務，所構成者即為「受領遲延」。詳請參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002年7月，頁113。

³⁷⁸ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002年7月，頁136；盧仲昱，營建工程契約遲延問題之研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1994年7月，頁166-167。另有認為定作人之協力義務原則上僅為對己義務，惟如當事人有明確約定時，該協力義務性質即轉變為附隨義務者，詳請參閱姚志明，營建工程契約協力義務之研究，東亞法學評論，第1卷第1期，2010年3月，頁64-65。而同作者另於其他著作中指出，「定作人之協力義務只要經過明示或默示約定，其性質即屬附隨義務。此外，如定作人之協力義務係工程進行之法定必要程序，則依誠信原則，當可解釋承攬人信賴定作人會完成該協力行為，故其亦構成定作人之附隨義務」，詳請參閱姚志明，營建工程承攬契約定作人協力義務之性質—評最高法院99年台上字第1096號民事判決，月旦裁判時報第6期，2010年12月，頁48。由同作者前後兩篇文章之見解，是否可認為該作者已放寬對於協力義務被認定為附隨義務之標準，值得觀察。

³⁷⁹ 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌第129期，2006年2月，頁28-29；劉芮圻，工程契約定作人義務之研究，高雄大學法律學系研究所碩士論文，2009年6月，頁129；張晏菁，論工程契約下定作人之協力義務，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2011年6月，頁112。

目的達成之重要性不同，而有被分別認定為對己或對他義務之可能性³⁸⁰。

參、外國法規定

一、概說

針對定作人協力義務性質之討論，在我國法上迭生爭議，無獨有偶地，在我國法系所繼受之德國法制上，對於此問題，學說及實務上亦多有著墨。特別是德國於 2002 年因應社會之變遷、科技之進步、歐盟立法及國際趨勢³⁸¹等因素，對其債法進行現代化之修正，傳統給付障礙法(Leistungsstörung)之體系已被打破，取而代之的是以「義務違反」為上位概念³⁸²。由此修正之方向可知，所有構成債務不履行之義務違反，無論是給付不能、給付遲延、積極侵害債權、締約上過失等，均屬於德國民法第 280 條規定之範疇。換言之，德國民法之修正已明確強調「義務」之界定及其違反係債務不履行規範運作之核心³⁸³。

關於義務之概念及類型，德國民法於 2002 年修正時，除保留相當於我國民法第 199 條第 1 項之德國民法第 241 條(移列至新德國民法第 241 條第 1 項)規定外，並新增第 241 條第 2 項：「基於債之關係之內容，雙方當事人互負留意及保護他方當事人權益、法益及利益之義務。」，即將學理上討論已久之附隨義務概念透過修法予以確立。此外，德國民法第 311 條第 2 項³⁸⁴將具有習慣法效力之締約上過失制度明文化，僅接著第 311 條第 3 項則更肯定「具有第 241 條第 2 項義務之債之關係」對於非契約當事人之第三人亦得發生³⁸⁵。此次德國債法修正之架構，乃肯定契約之一方無論於契約履

³⁸⁰ 論者尚有進一步推論：「定作人協力行為之違反，不會影響契約目的之達成，則定作人之協力行為屬於不真正義務，而有民法第 507 條之適用。故民法第 507 條解釋上應做目的性限縮在定作人協力行為是不真正義務之場合，而認為該條是受領遲延之特別規定，於定作人協力行為是真正義務之情形下，定作人不履行協力行為時，應適用債務不履行相關規定，而排除民法第 507 條之適用」，詳請參閱余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月，頁 31。

³⁸¹ 黃立，德國新民法債務不履行規定的分析，德國新債法之研究，元照，2009 年 9 月初版，頁 190-191；姚志明，民事法理論與判決研究(一)，元照，2009 年 11 月初版一刷，頁 178-180。

³⁸² 即德國民法第 280 條第 1 項之規定。

³⁸³ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003 年 2 月初版，頁 49-50。

³⁸⁴ 德國民法第 311 條第 2 項：「具有第 241 條第 2 項義務的債之關係，在以下情形亦得發生：一、因契約之磋商；二、在締約準備中，一方當事人基於可能發生的法律行為債之關係，而給與他方影響其權利、法益及利益的機會，或將其權利、法益及利益託付之；三、其他類似之交易上接觸。」；由於當事人為了締約而進入他方當事人之影響範圍，密切且善意地信賴他方，同時其權益亦可能因與他方密集協商之過程中而受到損害，乃有特別注意之必要。「締約上過失」明文化乃使當事人在契約締結及磋商過程中，即已產生對於他方權益之保護與斟酌義務。

³⁸⁵ 德國民法第 311 條第 3 項：「具有第 241 條第 2 項之義務的債之關係，對於非債之關係之當

行中、締約磋商階段之先契約關係或對非契約當事人之第三人，均可能發生「給付義務以外之其他義務」。此種由傳統民事侵權責任過渡並擴張契約責任保護範圍及第三類民事責任之發展，亦合乎現代社會蓬勃多元之交易型態³⁸⁶。

申言之，於德國債法修正後，對於債之關係義務群，其間如我國分別以主給付義務、從給付義務及附隨義務等作細緻之區分，似已無絕對必要。惟本文為便於下述之說明並與我國法律規定相對照，仍初步將德國法上義務之類型主要理解為二大部分，第一類即主給付義務(Hauptleistungspflichten)；第二類則為主給付以外之附隨義務(Nebenflichten)。惟後者在德國學說上乃有不同之下位分類，意即此處之附隨義務乃採廣義之見解，其中尚包含獨立之附隨義務(Selbständige Nebenflichten)及非獨立之附隨義務(Unselbständige Nebenflichten)，或者稱為與給付相關之附隨義務(Leistungsbezogene Pflichten)及其他行為義務(Weitere Verhaltenspflichten)。於概念理解上，前者近似我國法上之從給付義務(Nebenleistungspflichten)，而後者即為狹義之附隨義務³⁸⁷。

二、德國民法中之定作人協力義務

於承攬契約中，承攬人負有完成一定工作之主給付義務，惟在契約履行之過程中，為了使約定的承攬給付實際上可產生，承攬人常依賴於定作人各式各樣之協力行為³⁸⁸。例如：量身制訂西服的定作人必須到場親自去試穿；親自到場對於肖象繪製也是不可或缺的過程；再者，如定作人與承攬人締結為房屋粉刷油漆之承攬契約時，定作人須協助選擇油漆顏色與壁紙，同時其必須使承攬人得進入他的居住所以完成粉刷作業³⁸⁹。換言之，學者³⁹⁰認為，對於承攬工作之完成，定作人通常應允許提供製造或修繕工作的承攬業者進入施工場所、並執行必要的準備工作或提供修繕的物件予以處分。另外，如定作人對於特定工作具備專業知識，則其必須提供承攬人對於工作之完成所不可或缺的資訊，又或者，有客製化需求之定作人必須制訂給付說明書，使承攬人得以瞭解並確定定作人需求的範

事人亦可發生；此種債之關係，特別發生於當第三人獲得特別程度之信賴，且因此對於契約磋商或契約締結有顯著影響者。」；此規定使契約當事人對於第三人負擔義務或行使權利，乃「附保護第三人作用契約理論」之明文規定。

³⁸⁶ 陳自強，德國民法債編總論導讀，整合中之契約法，元照，2011年5月初版一刷，頁9；林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，2005年7月，頁41-42。

³⁸⁷ 關於德國法上學說對於附隨義務名稱之介紹與討論，詳請參閱姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月初版，頁51-68。

³⁸⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

³⁸⁹ Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 323.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 651.

³⁹⁰ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

圍。

一般而言，承攬人締結契約所設想獲得之利益並不是取決於定作人積極地從事協力行為，惟不可否認者係，此種來自定作人之協力對於承包商之履約有時具有高度重要性，蓋如定作人之協力行為屬於完成特定工作所必須時，此時如定作人怠於協力或其所提供之協力不符合要求時，將連帶使承包商工作之執行受到延誤，在特殊情況下，更可能使工程無法完成³⁹¹。因此承攬人在德國民法規定下是否可請求定作人履行協力義務，向來即有爭議³⁹²。

有鑑於定作人之協力對於承攬人能否順利履行承攬契約而提出合於約定之給付具有高度重要性，德國民法第 642 條³⁹³乃針對定作人之協力行為設有明文規定：「工作之完成，需定作人之行為者，如定作人怠於為其行為，致陷於受領遲延時，承攬人得請求適當之補償(第一項)。前項之補償額，應斟酌遲延之期間長度及約定之報酬額，並需考量承攬人因遲延所節省之費用，或因轉向他處服勞務所能取得之利益以定之(第二項)。」此條賦予承攬人於定作人不履行契約工作所必要之協力行為時，一個有利於承攬人之損失補償請求權³⁹⁴。

申言之，此條規定雖未賦予承攬人享有一個請求定作人就工作完成為特定協力行為之權利，然而由於必要協力行為的推遲將限制承攬人經濟上的活動自由，是以倘若業主因疏於協力而陷於受領遲延時，第 642 條即給予承攬人一個無關乎可歸責性(即不要求可歸責性要件)之適當補償請求權(Entschädigung)³⁹⁵。此條規定顯示，德國民法第 642 條僅為德國民法第 293 條以下「受領遲延」之特殊規定³⁹⁶，意即當定作人怠於為協力行為時，承攬人除可依民法第 304

³⁹¹ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.112.; Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1043.

³⁹² Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1043.

³⁹³ 德國民法第 642 條原文(Mitwirkung des Bestellers):「(1) Ist bei der Herstellung des Werkes eine Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen.(2) Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich einerseits nach der Dauer des Verzugs und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits nach demjenigen, was der Unternehmer infolge des Verzugs an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann.」

³⁹⁴ Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1043.

³⁹⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 323.德國學者尚有指出，德國民法第 642 條之設立乃係考慮，對於工作之完成，業主的協力行為可能是必要的，且在業主未按時履行協力行為時，承包商將產生補償請求權，因為承包商已準備好他的給付能力，惟這個能力卻未能如計畫般地被使用。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 56.

³⁹⁶ Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II §§611-704, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 5.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 56.

條請求定作人補償其因受領遲延所額外支出之保管或維持等費用外，亦可依第 642 條之規定請求概括結算的金錢補償。另外，類似於我國民法第 507 條之規定，德國民法第 643 條亦賦予承攬人可在催告定作人履行協力行為之期限屆至後，終止承攬契約，從而承攬人即得因此重新取得全部的支配自由，不再受制於原先承攬契約施作之困境，同時其依德國民法第 645 條規定亦可就其已給付之勞務請求承攬報酬及未包含於報酬之其他費用等³⁹⁷。

透過此條規定，亦可推論出，德國民法之立法者認為定作人之協力行為，原則上僅為不真正義務，此亦為學說上之多數共識³⁹⁸。亦即定作人之協力義務(Mitwirkung des Bestellers)，僅為定作人之職責，係對己義務(Obliegenheit)³⁹⁹之性質，當定作人違反此義務時，並不構成對他人之債務不履行賠償責任，而僅須承擔因其不履行協力行為所生之不利益。學者即有指出，德國民法第 642 條第 1 項之規定乃是參照第 293 條以下受領遲延之規定而來，該條並不是以「債務人義務」為設計構想，毋寧僅為債權人受領遲延之規範⁴⁰⁰，由立法資料可推知，此條規範之定位乃受權威學者 Josef Kohler 之見解所影響。雖其他學者偶有以定作人協力「義務」稱之者，惟該等學者對於違反義務之法律效果仍肯認發生近似於受領遲延之效力，是以原則上第 642 條之規定仍以債權人職責之意義呈現⁴⁰¹。

同時該學者並以衡量定作人及承攬人之利益為出發點而指出，自定作人之觀點分析承攬之規定，只要定作人能確保承攬人之履約利益，則當承攬工作之完成對其或契約目的不再有用時，其即可於履約過程中隨時消滅契約效力而放棄該工作。申言之，承攬契約之締結意味著重大的評估決定，因此應使定作人保有更正或調整的可能性，而對於定作人之職責不得強迫履行即在確保此種調整可能性，此外，法律亦賦予定作人享有德國民法第 649 條之任意終止

³⁹⁷ 關於違反協力義務之法律效果，請參閱本文第四章「定作人違反協力義務之法律效果」部分之說明。

³⁹⁸ Vgl. J. Von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2008, §642, Rdn. 17; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 652.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 323.; Jörn Eckert, SBT, 2004, 2. Aufl. Rdn. 837.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 56.; Hans-Joachim Musielak, Grundkurs BGB, 11. Aufl. 2009, Rdn. 677.

³⁹⁹ 亦有學者採用債權人職責(Gläubigerobliegenheit)之用語，Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 323.; J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 17.

⁴⁰⁰ 我國論者有認為德國民法第 642 條之損害賠償請求權，係相當於定作人給付遲延之債務不履行損害賠償請求權者，詳請參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 152。惟對照本文此處援引德國通說對於德國民法第 642 條規定之說明，該見解似有待斟酌。

⁴⁰¹ J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 17. 由該段內容中所援引之德國聯邦最高法院判決，可得知此亦為德國實務之看法。

權。因此無法理解的是，若業主僅能終止契約，為何其不可透過阻礙工作之完成而實際上達到相同之效果⁴⁰²，由此似可推出對於定作人之協力行為，承攬人原則上並無訴請強制履行之利益。而自承攬人利益之觀點分析，倘若承攬人對於工作圓滿完成具有特別利益時，其應事先與定作人作成相關約定，且當定作人未為協力或不為適當之協力時，承攬人可依照德國民法第 642 條請求補償額外支出之費用，此外第 643 條及第 645 條第 1 項第 2 句亦賦予承攬人終止契約之權利，同時就已施作之部分請求相應之報酬。換言之，承攬人之利益在現行法下已獲得充分之保障，而較無必要再依照德國民法第 280 條以下之規定請求債務不履行之損害賠償，更何況依第 280 條以下規定請求賠償時，尚須定作人具備主觀可歸責性之要件，此對於承攬人之主張未必有利⁴⁰³。

然而，多數德國學者皆肯認，基於私法自治，倘若個案中契約當事人已明確約定或可由契約補充解釋之方式⁴⁰⁴得知當事人有以定作人之協力行為作為契約義務時(Vertragspflicht)，此時定作人協力行為之性質即已非不真正義務，而應提升至真正義務(echte Pflichten)之層次⁴⁰⁵，進而補充並協助當事人主給付義務之履行。在此情形下，若定作人怠於協力而違反義務時，承攬人依德國民法第 280 條第 1 項、第 2 項及第 286 條之規定，即可請求賠償全部之遲延損害。

綜合言之，德國民法第 642 條之規定是否可適用於所有定作人之協力行為，意即其確切的應用範圍為何，是有待討論的⁴⁰⁶，簡述如下：

⁴⁰² J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 18.

⁴⁰³ J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 18 u. 19. 該學者並指出，要發展認定何者屬真正法律義務的可靠標準是困難的，而透過德國民法第 133、157 條之意思表示及契約解釋等方法去評價當事人的利益(狀態)，此所能提供的幫助極少。在此意義範圍內，縱在大型營建或具藝術性質給付之情形，亦不存在任何特殊性，同樣地，即使定作人的協力行為極具重要性，亦不足以認定其屬於債務人之義務。換言之，Staudinger 認為，德國民法承攬篇對於定作人利益之保障並非在部分範圍內即必須承認有例外存在，特別是大型營建工程的情形，首先有問題的就是何謂大型營建工程？應如何界定？此外，此類工程亦未顯示足夠的特殊性。而在藝術給付的情形，並無不同，定作人不應該被強制對於違反意願的肖像畫作提供協力。末以，在當事人間特別緊密的關係是必要的情形，例如定作人必須就電腦軟體設計預為指示之情形，同樣亦不存在任何例外。

⁴⁰⁴ 學者 Staudinger 採較為嚴格之認定標準，其指出依德國聯邦最高法院之見解，當事人間約定定作人之協力行為為債務人義務時，不僅須當事人間有明確之約定(此明確之約定不能僅如通常大家慣採之“定作人必須作...”等粗略的文義)，同時還必須配合自契約之解釋中推導出承包商對於工作圓滿履行具有利益之結果，且這樣的利益亦必須能從契約內容中即可得出。Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 20.

⁴⁰⁵ Vgl. J. Von Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Neubearbeitung 2008, §642, Rdn. 20 u. 33.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009, §642, Rdn. 21.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 733.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 651.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 56.

⁴⁰⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 6.

(一) 定作人之協力職責(Obliegenheit)

當契約未特別為約定時，定作人之協力僅為職責，對於此種職責，承攬人並無請求履行之權利，同樣地，定作人不履行職責也不負有損害賠償責任，僅定作人將因其疏於協力而可能發生失權或遭受不利之後果。此即德國民法第 642 條第 1 項典型適用之情形⁴⁰⁷。而第 642 條第 1 項提及定作人的協力行為對於工作之完成為必要(判斷標準為「如果定作人某個特定行為之履行與否將會影響約定工作完成之困難度或工程進度時，即存在必要性」)，此包含了所有對於符合契約生產之工作至關重要的行為，且承攬人對此等行為無論在工作的準備階段、開始工作或是進行中皆有所依賴⁴⁰⁸，惟此並不牽涉契約上之主要義務或附隨義務⁴⁰⁹。在營建工程契約中，為數眾多的定作人協力職責(Obliegenheit)，原則上以當事人約定而發生者為主，此外亦可本於交易往來之慣例而導出⁴¹⁰。

於營建工程契約中常見之定作人協力職責包含：定作人必須詳細說明工作並提供可信賴的規畫和相關資料文件予承攬人使用。通常定作人有責任提供承攬人其工作進行所需之建築工地，必要時定作人的職責包含必須設法豎立基準以標示建築基地之主軸、維持工地之共同秩序及協助獲得公法上的執照，特別是建築許可⁴¹¹。同時定作人必須對工作之完成做出必要的決定及給予指示，此外，假使未有特別約定，其亦須確定工程開始執行的時間。如果定作人同時委任數個承攬人，則其有責任在眾多承攬人間進行溝通協調⁴¹²。對於先階段為承攬工作的承攬人，定作人對其完成之工作並不擔保其給付無瑕疵，然若先階段工作之承攬人在工作實行上陷於遲延時，定作人無法實行職責使建築工地及時處於後階段承攬人可運用之情況時，此將導致第 642 條的法律效果⁴¹³。

(二) 定作人之協力義務(Mitwirkungspflicht)

一般而言，承攬人對工作之完成並無個人利益，其簽約之目的係為了獲得約定的報酬，只有在特別例外的情況下，業主的協力始成為契約之主要義務。此種情形可能發生在卓越之聲譽計畫上，此時建造之承攬人乃期待透過此工作的完成得正面地影響潛

⁴⁰⁷ BGHZ 11, 80; vgl. Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, München, §642, Rdn. 10.

⁴⁰⁸ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 7.

⁴⁰⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 11.

⁴¹⁰ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 12.; Jörn Eckert, SBT, 2004, 2. Aufl. Rdn. 839.

⁴¹¹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 13.

⁴¹² Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 14.

⁴¹³ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 14.

在的定作人及因此獲得後續訂單，換言之，此時工作之完成乃有領航員的特性(Pilotcharakter)⁴¹⁴。而定作人在沒有承攬人明確的表示下幾乎不可能發覺承攬人對工作之完成有如此明顯的利益，意即此時定作人之協力對承攬人而言將被理解為最重要的履行義務。通常這樣的主要義務必須於契約中相當明確地被約定，若契約中僅表明定作人有義務去履行該義務並不足夠，尚須清楚地表達定作人在任何情況下都有責任去實現該協力行為。此種定作人之主要義務可藉由承攬人提起訴訟請求履行，且若定作人違反約定而不履行義務時，則承攬人有權依德國民法第 280 條以下之規定請求損害賠償⁴¹⁵。

定作人的協力行為亦可能屬於具獨立性之附隨義務，此種附隨義務與承攬人完成工作之義務並不具雙務對價關係，惟承攬人可以獨立以訴請求定作人履行。確立此種義務如同被約定為主要義務一樣，必須評斷承攬人對於約定之工作是否因其具有影響聲譽之特性而存在獨有之利益，倘若承攬人此類特有之利益已於契約約定中被確定，此時即存在獨立性之附隨義務。若定作人違反此義務，承攬人可以訴請求履行，或請求義務違反之損害賠償⁴¹⁶。

惟若定作人之協力行為所涉及者係非獨立性之附隨義務時，則當定作人違反義務時，承攬人並無權利以訴要求其履行，而只享有損害賠償請求權。至於非獨立性之附隨義務之內容為何，則有賴契約雙方於契約中明確約定或可透過解釋契約內容之方式推導而出，通常此種義務包含定作人之解釋(說明)、標示(報告)和諮詢(建議)等義務。而德國民法第 642 條第 1 項並不適用於此種義務之違反，承攬人必須透過第 280 條以下關於損害賠償之規定請求保障⁴¹⁷。

四、VOB/B 條款之規定

(一) VOB/B 關於業主協力行為之規範

在工程契約中，關於工程計畫之貫徹或執行，營建承包商常廣泛地依賴業主之協助，而此種業主之協力乃營建承包商對於其經營活動得以完成之前提要件。在此，德國民法第 642 條對於定作人怠於為協力時，僅概括地規範其法律效果，如此是不足夠的，特別是在工程計畫的進行，其很大部分是取決於契約當事人間相

⁴¹⁴ Bamberger/Roth/Voit, §642, Rdn. 6; Palandt/Sprau, §642, Rdn.3.

⁴¹⁵ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 7.

⁴¹⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 8.

⁴¹⁷ BGHZ 143, 32; vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 9.至於定作人之受領義務、新價格協議之義務及擔保提出之義務等情形，亦不在德國民法第 642 條之適用範圍內。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 16. zu 18.

互的權利與義務關係，也就是說，業主的協力行為內容也應該被充分的規範。在此意義下，德國營建工程採購及契約規範一般條款(即 VOB/B)第 3 條及第 4 條乃設有詳盡之規定，而此等規定亦可部分地當作一般商業慣例而適用於德國民法典所規範之傳統承攬契約中⁴¹⁸。

關於業主之義務，VOB/B 謹慎且有體系地將之作出區分。其中第 3 條基本上僅規範業主在工程計畫範圍內，對於施工執行準備階段的義務；而 VOB/B 第 4 條則主要規定業主及承包商在施工執行階段的權利及義務關係⁴¹⁹。惟此種 VOB/B 所確定的區分原則亦可能經由契約雙方有效的約定而有所偏離，例如統包契約即為此種偏離約定之典型，此時由於承包商擔負起設計規劃之任務，並且完全或部分地扮演業主的角色，因此關於第 3 條業主部分之協力行為即轉由其承擔⁴²⁰。

詳言之，VOB/B 第 3 條主要規範契約當事人交付施工文件之權利和義務，在工程計畫作為描述特定工程實際執行之想像的預備階段時，施工文件乃具體勾勒業主對於工程執行的願景，因此其原則上為工作準備行為所不可或缺的要件。除了定作人對於工作執行願景的具體安排應謹慎地規劃外，也必須藉由個別工作相互間的協調方能使之成為可能⁴²¹，當然業主對於工作場所提出各式基準、數據並確定該施工場所實際街道及管線等狀況，亦有助於雙方當事人於施工前評估施作時可能遭遇之困難，並儘速協調解決。而 VOB/B 第 4 條第 1 項以下則規定業主於工程執行階段負有提供適於施作狀態的基本義務，由相關規定可知，業主必須維持建築工地之一般秩序，使不同承攬人間得以協力合作；倘若契約中未有其他約定，則業主必須取得施工所必要的公法上同意及許可⁴²²；此外，業主亦應留意 VOB/B 第 4 條第 4 項關於無償將工程相關用地、聯絡通道或管線等提供予承包商施作時使用之協力規定。由第 4 條關於業主協力行為及指示、監督權之行使規範可知，此些規定皆在盡可能促使或確保承包商得以無障礙的履行工程契約並提出約定之給付，由此亦可推知，承包商對於順利完成約定工作之利益係值得保障的。

VOB/B 第 3 條及第 4 條中對於定作人協力行為之規範可簡略

⁴¹⁸ Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 2008, 4. Aufl., 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1044.

⁴¹⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A und B, 3. Aufl., 2010, §3 VOB/B, Rdn. 2.

⁴²⁰ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 2.

⁴²¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 1.

⁴²² Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 4.

整理如下表：

Mitwirkungspflichten des Auftraggebers im VOB-Vertrag im Überblick ⁴²³	
§ 3 N r. 1 VOB/B	Rechtzeitige Übergabe der Ausführungsunterlagen, Pläne, Zeichnungen usw.(按時交付施工材料、資料、計畫及圖紙等)
§ 3 Nr. 2 VOB/B	Abstecken der Hauptachsen der baulichen Anlagen(標示工程用地的主要軸線、界限、水平高程)
§ 3 N r. 4 VOB/B	Feststellung des Zustandes von Straßen u.a.(開工前確定街道、排水管線等狀況)
§ 4 Nr. 1 VOB/B	Pflicht zur - Aufrechterhaltung der allgemeinen Ordnung auf der Gesamtbaustelle(維護整體建築工地的一般秩序) - Regelung des Zusammenwirkens der verschiedenen Unternehmer(規範不同承包商間之協力) -Herbeiführung der erforderlichen öffentlich-rechtlichen Genehmigungen und Erlaubnisse(取得必要的公法上的執照及許可證)
§ 4 N r. 4 VOB/B	Unentgeltliche Überlassung von Lager- und Arbeitsplätzen und Anschlüssen(提供無償使用營地、工作場所、聯絡通道及水或能量管線等)
keine Regelung	Bereitstellung des Baugrundstücks(提供施工用地)

(二) VOB/B 與 BGB 對於定作人協力行為規範之關係

承前所述，VOB/B 中較德國民法第 642 條之規定，對於定作人之協力行為內容有較詳盡之描述，惟此是否意味著定作人之協力行為於 VOB/B 規範下，即提升其協力義務性質為真正義務，就此，德國學者普遍採保留態度，以下乃以 VOB/B 第 3 條為例作說明。

VOB/B 第 3 條規範源於在德國民法第 642 條中已經肯認的原則，即業主有義務提供合適且無瑕疵之計畫及施工資料供承包商使用。廣義而言，業主亦可以透過於工地之口頭決定，一方面使承包商獲得必要的施工資料，另一方面在施工期間，對於個別工

⁴²³ 本表參考並整理自 Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1045.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 208.惟德國工程實務上業主之協力行為有未明文規定於德國民法或 VOB/B 者，而是在 VOB/C 的技術規範中被提及(透過 VOB/B 第 1 條之規定，該等技術規範亦可因當事人約定而成為契約之一部)，或由工程慣例中推導而出，而本文在此僅列出工程實務上最常見也最典型之業主協力行為類型以供參考。

作的安排或在某些情況下對多數承包商施工的協調，保證其會提供一個對所有工程施作者盡可能無障礙的施工環境⁴²⁴。是以，業主負有責任去提供一個無瑕疵之計畫，該計畫某程度上即可充分地發揮協調各工程參與者之功能。由於 VOB/B 第 3 條之規範內容僅將德國民法第 642 條規定予以具體化，因此前述之業主義務亦適用於在德國民法典框架下所規範之工程契約⁴²⁵。

德國學說上多數亦認為，VOB/B 第 3 條是將德國民法第 642 條所確定之標準原則繼續合法地予以具體化，則由此出發點觀之，VOB/B 所規範者仍涉及所謂的債權人職責(Obliegenheit)，就此，VOB/B 對於定作人協力之規範並未與德國民法第 642 條所揭示之原則有所偏離。例如參照 VOB/B 第 3 條及相關聯 VOB/B 第 9 條第 1 項 a⁴²⁶之規定，乃是涉及「職責上的行為」和「受領遲延」的討論。如業主全部或部分地、最終地或短暫地不履行職責上的行為，此除了將導致 VOB/B 所規範的法律效果外(VOB/B 第 6 條第 1 項、第 6 條第 2 項及第 6 條第 6 項、VOB/B 第 9 條)，在 VOB/B 規範未預先排除⁴²⁷下，則德國民法第 293 條以下及第 642 條以下關於受領遲延之規定似亦可適用。

四、小結

綜合觀察並整理德國民法及 VOB/B 中關於定作人協力行為之規範，大略可知於一般情形下，雖然承包商對於承攬或工程給付之履行，自工作開始至履行過程中，多需仰賴業主為各式之協力行為，惟德國法院實務判決⁴²⁸及傳統學說看法皆認為，在當事人未特別約定下，定作人之協力僅屬其職責，其怠於協力或為不完全之協力，雖造成承攬人提出給付變得更困難或受到延誤，惟定作人亦僅須按照德國民法第 642 條規定，對於承攬人為適當之補償。蓋傳統承攬規範於制定時，立法者係以手工業或加工製造業之經營為設計構想，在此種與逐項交換財產權之契約相近的契約類型，契約當事人在工作製造階段的共同協力並不被視為不可或缺，是以當定作人不配合協助工作進行時，亦僅構成受領遲延，承攬人並沒有訴請定

⁴²⁴ 從 VOB/A 舊版第 9 條(VOB/A 新版第 7 條)可得知業主有義務完整描述建築工程，對於建築工地的情況(地面和地下的水文情況)提供正確的、完整的、清楚的和明確的報告屬於此義務之範圍，蓋惟有如此，一個符合規定的建築工作方可無阻礙的進行。

⁴²⁵ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 1.

⁴²⁶ VOB/B 第 9 條第 1 項 a 之規定：「承包商可終止契約，當業主疏於從事其職責之行為且因此使承包商無法實現其給付(依德國民法第 293 條以下構成受領遲延)」。

⁴²⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 14.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 26.惟在此可能涉及真正義務與不真正義務之體系產生混亂的情形，詳見本文第四章相關部分之說明。

⁴²⁸ BGHZ 11, 80 = NJW 54, 229; BGHZ 50, 175 = NJW 86, 1873; BGH NJW 84, 1080.

作人履行協力或損害賠償之權利⁴²⁹。

然而不可否認的是，在大型的工程契約中，契約當事人間之合作具有核心之重要意義，而廣泛且舉足輕重之定作人各式協力行為充滿了整體工程之各個階段，換言之，契約之一方對於彼此間共同協力具有高度信任或期待，倘若業主疏於提供必要之協力行為，即使係內行、專業且可靠之承包商，在此情形下亦可能無法自行提出約定之給付⁴³⁰。因此傳統對於定作人職責之看法在此應有突破之必要，此特別是在大型營建工程契約更係如此。當事人可於契約磋商時，將定作人之協力約定為定作人之契約義務，倘若定作人違反該契約義務時，即不再只是構成受領遲延，而是可能亦陷於債務人之遲延⁴³¹，或因違反契約義務構成積極侵害契約 (positive Vertragsverletzung)，而應依德國民法第 280 條第 1 項之規定負擔損害賠償責任⁴³²。

申言之，傳統關於定作人協力行為性質之討論，多係對法律事實藉由實定法之規定去分析雙方當事人之利益狀態，較少針對各別契約內容作探究，而此種慣常透過契約類型所代表當事人利益狀態之詮釋當然仍不排除當事人透過契約約定而作不同安排，是以契約雙方亦可約定定作人於契約中應踐履特定之行為義務，而此種約定背後即闡述承包商對於契約得繼續且順利地履行存在相應之利益⁴³³，對此，當事人除可明確於契約中有所約定外，亦可藉由契約解釋之方式推導定作人之協力行為具有真正契約義務之特質⁴³⁴。而當契約雙方欲於工程契約中約定定作人負有何等協力義務時，該等義務內容之安排不僅可參考 VOB/B 第 3 條或第 4 條等規範，其約定應盡量以強制或具拘束力(im Imperativ)之用語去形塑。亦即，VOB/B 之規定可被視為定作人協力行為之例示，雖該等協力行為一方面有助於契約之實現但尚非絕對必要；惟另一方面，在 VOB/B 相關規

⁴²⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 11.; Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 11.

⁴³⁰ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 12.

⁴³¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 12., Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 210. 具體而言，協力行為之法律性質可採取區分之概念，依契約之解釋及個案情形為判斷基礎，換言之，協力行為在個案中有何種意義及應賦予何種強度，皆取決於契約之約定。是以，協力義務除可在法律上明文化外，亦可藉由契約之描述而解釋定作人於契約中應承擔何種協力行為之義務。此外，對於定作人協力行為具有何種法律性質之解釋，尚應審酌者以下三點判斷基準：1. 是否這個協力行為對於契約之履行屬絕對必要；2. 承攬人對於履行此協力行為之利益；3. 業主願意之擔保義務範圍。

⁴³² Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 212. 該學者並肯定當協力行為被認定係契約之主要義務時，則該協力行為亦可供強制執行。

⁴³³ Vgl. Christoph Müller-Foell, Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Duncker & Humblot/Berlin, Band 69, 1982; S. 105.

⁴³⁴ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 13.

定中，該等協力行為多以命令之形式被描述。因此倘若當事人選擇以 VOB/B 作為約定基礎時，VOB/B 中關於定作人協力義務之規範將因而構成契約內容之一部，而被明示的或以強制的形式被規範，這些協力行為將因當事人之約定而被視為真正的法律上義務⁴³⁵。

因此 VOB/B 中關於定作人協力行為之規定並不代表定作人即因此負有真正之契約義務，尚須透過當事人無偏離且以較強制之用語約定於個別契約中，相關協力行為內容才有被認定為真正義務之可能。而在大型工程契約中由於強調雙方當事人合作之重要性，因此解釋上可基於工程進行之急迫需要而對定作人協力義務之履行加以強制，換言之，承攬人應可以訴請求履行特定協力行為，但此並不妨礙定作人行使其依德國民法第 649 條所享有之任意終止權⁴³⁶。

肆、本文看法

一、我國實務運作之難題

承本文前述分析可知，關於定作人協力義務之內涵及性質，於我國實務及學說上仍未有一致之認定，可供工程契約當事人於締約時援引為參考基礎。在我國現行法之架構下，對於定作人協力義務之一般規定，似僅有參考民法第 507 條規定一途，惟依照民法第 507 條之文義，不僅對於協力行為之定義相當簡略外，同時相較於德國民法第 642 條明文定性該條為受領遲延之特別規定，我國民法第 507 條之定位亦素有爭議，此將連帶使工程爭議發生時，承攬人常援引為數眾多之請求權基礎，如債務不履行(民法第 231 條、第 227 條)、受領遲延(民法第 240 條)或情事變更原則(民法第 227 條之 2)等規定，期能獲得法官形成有利於其之心證，進而保障其權益。如謂當事人之約定不夠清楚而有爭執空間，致當事人於訴訟上為此攻防策略之行使，尚無可厚非，惟本文觀察相關實務判決後認為，此種情形實係導因於法院實務對於定作人協力行為之性質，尚未建立一套相對合適之判斷標準，因此常可見上下級審法院針對同一個案中之同一契約內容，作出不同解讀⁴³⁷，此將使當事人無法透過判決曾表示之見解而對訴訟結果具有預見可能性，方致訴訟上之請求權基礎如此「多元化」。

或謂法律規定不完備，可嘗試透過契約之約定尋求解決之道。

⁴³⁵ Vgl. Christoph Müller-Foell, aaO. (Fn. 433), S. 105.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 208.

⁴³⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 13.

⁴³⁷ 例如可參照最高法院 99 年度台上字第 222 號判決及最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決等。

在德國法上雖其民法第 642 條所提及之定作人協力職責，僅具有對己義務性質(Obliegenheit)，惟該國多數學者皆肯認當事人可透過約定將定作人之協力提升為真正義務性質，而當發生義務違反之情形時，則依德國民法第 280 條以下債務不履行之規定予以解決紛爭。同時該國另針對營建工程契約之特殊性而制定一具普遍共通性之工程採購及契約規範(VOB/B)，提供契約當事人於締約時一合適之參考。相對於此，我國各機關雖亦各自頒布各式工程採購契約範本以供實務運作，惟各範本間對於定作人義務之規範，不僅遠比承攬人義務規範顯著短少⁴³⁸，對於相關定作人義務規定之詳細程度亦有差異，例如關於機關負責供給材料、機具、設備之約定，行政院公共工程委員會所頒訂之工程採購契約範本第 8 條第 4 項，規定機關未能於預定期日提供機具設備予承包商時，承包商除得請求展延工期外，並得請求機關負擔因此增加之必要費用⁴³⁹；惟觀諸內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第 16 條第 5 項之規定，於定作人未能於預定期日提供材料機具予承攬人施作之情形，則僅規定承攬人可請求展延工期，而未提及額外支出費用補償之部分⁴⁴⁰。由契約範本已約定之內容即可發現規範之差異，更遑論未規範之定作人協力行為，究竟當事人有否義務加以履行，勢必引起更多爭議⁴⁴¹。

是以，本文將嘗試以現有之文獻資料為基礎，探討定作人協力義務之定性，蓋對此問題有所釐清，方能繼續深入討論違反該協力義務之法律效果。而定作人協力義務之性質亦涉及我國民法中契約關係義務群的觀念，故本文以下將先自債之關係(尤指契約)義務群之概念予以簡介，進而分析工程契約中對於定作人協力義務之約定應依循何種方式予以定性，乃至於當契約中出現漏洞時又應如何處理，期能對協力義務之爭議提出一點淺見以供進一步研究。

二、債之關係義務群

依民法第 153 條第 1 項規定，當事人於要約及承諾之意思表示合致時，契約即為成立。而透過契約之約定，雙方當事人各自負擔一定之債務。所謂「債務」係指應為一定給付之義務，而「責任」

⁴³⁸ 詳請參閱本論文第二章、第二節、第三項、參「我國工程採購契約範本之風險分配」之說明。

⁴³⁹ 第 8 條(材料機具及設備)第 4 項(101 年 1 月 10 日修正版)：「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。」

⁴⁴⁰ 第 16 條(材料機具設備)第 5 項(99 年 12 月 8 日修正版)：「由甲方供給之材料、機具、設備，乙方應於預定使用前 30 日提出申請，配合進度進場。如進場日期有變更時，甲方應以書面通知乙方，如甲方供給的材料、機具、設備不能於預定日期進場，致乙方必須全面停工或部分停工時，乙方得向甲方申請展延工期。」

⁴⁴¹ 詳細分析請參閱本文第五章「定作人協力義務之類型」。

則指強制實現此項義務之手段，即履行此項義務之擔保⁴⁴²，因此當契約一方負有債務而應為一定之給付時，如其不依約定為給付，即應承擔相應之責任。現行民法將債之關係建立在給付義務之上，是以，債權人依民法第 199 條第 1 項之規定，可請求債務人為給付。惟給付具有不同之意義與功能，且債之關係並不侷限於給付義務之成立，尚可能存在附隨義務及不真正義務等類型。換言之，債法的變遷及進步係建立在債之關係上各種義務的形成與發展⁴⁴³，對於債之關係義務群之認識，係對現代化債法之理解所不可或缺者⁴⁴⁴。本文以下乃分別針對給付義務、附隨義務及不真正義務等概念予以簡介。

(一) 給付義務

給付義務係債之關係的核心⁴⁴⁵，其尚可分為主給付義務及從給付義務，乃以是否具備契約要素之特徵而作區別。申言之，主給付義務(Hauptleistungspflicht)為構成契約類型所不可或缺之部分，即債之關係上固有、必備且用以決定債之關係類型之基本義務⁴⁴⁶。此給付具體之內含為何，有賴於當事人以契約約定之，藉由當事人決定給付之內容，同時亦決定成立何種類型之契約關係⁴⁴⁷。於雙務契約中，主給付義務與對待給付義務乃處於對價之交換關係，於他方未履行對待給付前，得行使同時履行抗辯權以拒絕自己之給付。又若一方當事人有違反義務之情事發生，他方得依債務不履行之規定請求損害賠償或解除契約⁴⁴⁸。

從給付義務(Nebenleistungspflicht)，則係為了準備、確定、支持、正確或完全履行主給付義務⁴⁴⁹，而本身具有獨立目的之義務類型，乃用以確保或輔助給付利益之實現。從給付義務之發生可基於法律明文規定，如民法第 540 條受任人之報告義務；亦可透過當事人之約定加以形成；此外，由於當事人之約定常僅限於必要之點，是否在主給付義務之外尚有其他義務，如當事人未有約定時即涉及契約漏洞及填補之問題，而契約漏洞通常可藉由法律之任意規定或契約補充解釋予以填補，是以從給付義務亦可本於

⁴⁴² 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁30。

⁴⁴³ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁37。

⁴⁴⁴ 陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁88。

⁴⁴⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 117.

⁴⁴⁶ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁39。

⁴⁴⁷ 姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月初版，頁98-99。

⁴⁴⁸ 關於雙務契約之特性，詳見本文第二章、第一節、第二項、貳「有償、雙務契約」之說明。

⁴⁴⁹ 此處之主給付義務包含債務人本身之主給付義務，亦包含相對人主給付義務。此乃本於誠信原則中顧及他方當事人利益之內涵所衍生，此特別於債務人履行債務時有賴於債權人之協助，尤其涉及到存在債務人無法控制之範圍的情形，可突顯此種從給付義務之重要性。詳細說明請參閱姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月初版，頁151-152。

誠信原則及契約之補充解釋而產生⁴⁵⁰。而由於從給付義務既在確保債權人之給付利益可獲得最大之滿足，故債權人得獨立依訴請求(einklagbar)履行之。至於從給付義務與他方當事人之給付是否發生同時履行抗辯權或當一方違反從給付義務時他方是否得解除契約，此均應視從給付義務對於契約目的之達成是否必要而定⁴⁵¹。

(二)附隨義務

1. 發展背景

我國之民事責任向分為契約責任與侵權責任二大體系，前者乃以契約目的之保護為宗旨，故以負有契約義務之特定當事人為對象；後者則以保護法律社會所有成員固有法益免於受到不法侵害為職志，故任何社會共同體之個人皆負有不得加害他人之義務⁴⁵²。此二種責任型態原應涇渭分明，立法者對於其構成要件、消滅時效乃至舉證責任等皆設有不同安排。惟隨著現代交易之多樣化及複雜化，當事人間接觸之機會越趨頻繁，在經由社會接觸乃至磋商、履約之過程中，除了當事人間存在特殊之信任結合關係外，基於一定行為侵害他人權益之機會亦大幅增加，此時如故守傳統之責任體系，將無法完整保護當事人權益，因此無論德國或我國之實務與學說，皆肯認擴大原屬侵權責任領域之保護義務適用範圍之必要性⁴⁵³，連帶透過判決、學說發展最終促成立法，建構締約上過失、不完全給付等制度，此亦使民事責任之發展逐漸由侵權責任走向契約責任。

2. 附隨義務之概念及其與從給付義務之區分

附隨義務係給付義務以外，自契約關係之成立、履行至消滅過程中，本於誠信原則所推導而出之義務類型，如照顧義務、保密義務、忠誠義務等。此種附隨義務並非自始即確定其義務內容，而係隨著契約進行之過程，要求當事人一方有所作為或

⁴⁵⁰ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁40-41；陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁91。此外尚可參照最高法院90年度台上字第684號判決之意旨：「在債之關係上，除主給付義務外，尚有所謂之從給付義務，其發生原因有三：(一)基於法律之明文規定，例如民法第二百九十六條之告知義務、第五百四十條之報告義務、第五百四十一條之計算義務；(二)基於當事人之約定；(三)基於誠實信用原則及契約之補充解釋。然從給付義務不具獨立的意義，僅具補助主給付義務之功能，其存在目的不在決定債之關係之類型，而是在確保債權人之利益能夠獲得最大滿足。又從給付義務之債務不履行，債權人得否解除契約亦應視他方之給付是否為達成契約目的所必要而定。」，類似見解亦可參照最高法院98年度台上字第2436號判決。

⁴⁵¹ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁41。

⁴⁵² 陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁97。

⁴⁵³ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁45；陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁98。

不作為而相應發生⁴⁵⁴。一般而言，附隨義務具有兩大功能：使債權人之利益(給付利益)獲得最大可能滿足之輔助功能；另外尚有維護他方當事人人身或財產上利益(固有利益)之保護功能。換言之，依我國多數學說之看法，附隨義務非僅基於財貨交換之目的，而在滿足債權人之整體利益⁴⁵⁵。雖然我國或德國法上對於附隨義務之用語及附隨義務是否尚與契約給付有關等問題素有爭論，而對附隨義務之範圍有不同認定⁴⁵⁶，惟論者⁴⁵⁷有指出，附隨義務既是為了輔助實現契約關係之整體目的，實難與給付義務截然劃分。且雖附隨義務發展之主要目的係用以保障當事人之固有利益，惟有時違反附隨義務亦有侵害給付利益之可能性⁴⁵⁸，故實無必要特別限縮附隨義務之範圍，本文從之。

而基於本文採取傳統給付義務及附隨義務分類方式之見解，雖可能使從給付義務與附隨義務之範圍有所重疊，而產生難以區別之問題，惟本文認為附隨義務之種類本即相當多元，實際運用上自然容易產生同一種名稱下之義務，但橫跨從給付義務與附隨義務之可能情形，例如告知或解釋義務即屬之，此外自本文前引實務判決對於定作人協力義務性質之討論，亦常見同一法院或上下級審法院間，針對同一協力行為內容之約定，或認定屬從給付義務，或認定係附隨義務之現象，此再再顯示欲完全劃分此二類義務範圍之困難度。故本文認為既然欲強行區分從給付義務與附隨義務之範圍具有高度困難性，則不如寬認二者有重疊之處，而採較為可行之判斷方法，即視具體義務之內容及與給付目的之關聯性及其功能⁴⁵⁹予以個別決定。

3. 得否以訴請求履行或解除契約

⁴⁵⁴ 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1990年1月，頁11。

⁴⁵⁵ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁44-45；林誠二，債法總論新解—體系化解說(下)，瑞興，2010年3月初版，頁103。

⁴⁵⁶ 如陳自強教授即認為債之義務群應簡化為實現債權人給付利益之給付義務與維護債之關係當事人完整利益之保護義務二大類；詳請參閱陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁97；相關爭議之介紹亦可參閱姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月初版，頁51-73；林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，2005年7月，頁42-54。

⁴⁵⁷ 林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，2005年7月，頁56-60。

⁴⁵⁸ 例如出賣人售出鍋爐於買受人時，未說明鍋爐之使用方法及可承受之爐內壓力，致買受人使用後因鍋爐爆炸而受有損害。於此種情形，出賣人未盡必要之說明義務，不僅使鍋爐毀壞而損及給付利益，亦使買受人身體受傷而侵害固有利益，欲為此種義務劃定義務性質，實有困難。

⁴⁵⁹ 林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，2005年7月，頁61；類似見解亦可參閱姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月初版，頁181。

學說⁴⁶⁰上有認為區分從給付義務與附隨義務之標準，應視該義務得否獨立以訴請求履行(selbständig einklagbar)，如為肯定，即為從給付義務。惟本文認為此見解似仍有斟酌餘地，蓋一般而言，由於從給付義務與主給付義務具密切關聯性，其目的乃在確保給付利益之實現，故其內容通常被肯定得以訴請求，惟此並不表示當事人本質上即完全不得以訴請求履行附隨義務，德國學者即有指出，當契約一方有為防止損害之發生而請求一定保護措施之必要性時，且該附隨義務之內容有具體化之特徵，此時該當事人即得以訴請求為特定之作為或不作為⁴⁶¹。本文認為任何義務得否以訴請求履行，原則上應視該起訴請求之內容是否足夠具體或特定，同時並應衡量當事人間之利益狀態。申言之，附隨義務除在保障一方之固有利益不因他方之給付而受侵害外，亦在輔助給付利益之實現，本文認為，考量附隨義務對當事人權益之保障及契約目的之追求，賦予債權人得以訴請求履行特定具體義務內容之權利，似較能落實附隨義務之功能，特別在個案中涉及一方當事人預防性權利保護之利益時，債權人對於給付依計劃履行之利益未必小於給付結果之利益，因給付結果如不按計劃履行可能產生特殊危險，故實有賦予債權人得強制債務人依給付計劃履行之權利；況且有時債權人於債務人違反義務後再行舉證請求損害賠償之耗費，可能較事前要求他方按計畫履行之成本為高⁴⁶²。是以，本文認為關於契約上之附隨義務，當事人仍有透過訴訟請求履行之可能性⁴⁶³。

至於一方當事人違反附隨義務，他方當事人得否解除契約，原則上應視債務人不履行該義務，是否將導致債權人喪失訂約之目的而定⁴⁶⁴。蓋解除契約之目的乃在使解除權人脫離契約而不受拘束，在債務人違反給付義務之情形，由於此通常涉及契約目的是否達成，因此一般皆肯認債權人享有解除契約之權利，惟此並不表示債務人違反附隨義務時，對於契約目的之

⁴⁶⁰ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁44；林誠二，債法總論新解一體系化解說(下)，瑞興，2010年3月初版，頁103。

⁴⁶¹ Larenz, Schuldrecht AT, S.12 轉引自姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月初版，頁55。

⁴⁶² Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 124.此外，論者有提出附隨義務之具體化應透過公平衡量當事人間之利益狀態與交易習慣予以決定者，詳細說明請參閱詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1990年1月，頁20-22。

⁴⁶³ 採相似看法者有陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁96；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月初版，頁55；林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立台灣大學法律學研究所博士論文，2005年7月，頁63-64。

⁴⁶⁴ 詹森林，最高法院裁判與民事契約法之發展，最高法院99年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，2010年10月12日，會議手冊頁129。

達成及當事人間之信賴關係皆毫無影響。故基於本文上述對於附隨義務功能之分析，實不應完全排除債權人於債務人違反附隨義務時，得解除契約之可能性⁴⁶⁵。

(三)不真正義務

除了上述給付義務及附隨義務外，於債之關係上亦常見所謂的不真正義務(Obliegenheit)，此為一種強度較弱之法定或契約上義務⁴⁶⁶。此種義務之遵行一方面有利於義務之負擔者，另一方面亦有利於相對人，係一種利他兼利己之義務，此種分裂之利益狀態即屬不真正義務之表徵⁴⁶⁷。不真正義務具有以下幾種特性：無訴請履行可能性、無強制執行性及無損害賠償與契約解除權⁴⁶⁸。換言之，義務之負擔者如違反此種義務，其僅會受到一定之不利益，通常表現在義務負擔者權利之喪失或減損⁴⁶⁹，民法第 217 條與有過失之規定即為不真正義務適用之典型。此外，論者有指出⁴⁷⁰，不真正義務可因當事人合意或本於誠實信用原則，加強其拘束力，而使之成為真正的法律義務，例如民法第 234 條以下規定債權人受領遲延之效力，可推知受領本為債權人之不真正義務，惟當事人可另以契約約定使一方負有受領之義務⁴⁷¹。

三、定作人協力義務之發展趨勢

(一)真正義務?不真正義務?

基於本文上述對於契約義務類型之介紹，可得知相較於不真正義務僅課予違反義務之債權人承擔權利減損或喪失之不利益後果，屬真正義務類型之給付義務及附隨義務，雖其保護之強度有別，惟對於負有義務之一方皆課予較強之履行要求，一旦違反該

⁴⁶⁵ 近來實務上亦有判決採此見解，可參照最高法院 100 年度台上字第 2 號判決：「又附隨義務性質上屬於非構成契約原素或要素之義務，如有違反，債權人原則上固僅得請求損害賠償，然倘為與給付目的相關之附隨義務之違反，而足以影響契約目的之達成，使債權人無法實現其訂立契約之利益，則與違反主給付義務對債權人所造成之結果，在本質上並無差異（皆使當事人締結契約之目的無法達成），自亦應賦予債權人契約解除權，以確保債權人利益得以獲得完全之滿足，俾維護契約應有之規範功能與秩序。」，類似見解尚可參照最高法院 91 年度台上字第 2380 號判決及最高法院 98 年度台上字第 1801 號判決等。

⁴⁶⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 123.

⁴⁶⁷ 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年 1 月，頁 16-17。

⁴⁶⁸ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 52。

⁴⁶⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 10.

⁴⁷⁰ 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年 1 月，頁 19；林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983 年 6 月，頁 15-17。此看法由本文前述德國民法第 642 條之相關討論中亦可得出。

⁴⁷¹ 究竟某行為應屬當事人之真正義務或不真正義務，其區分並不容易。原則上可透過法律規定或當事人於契約中之約定，以契約解釋之方法來推論。此外，本於誠信原則亦可在個案中賦予契約當事人一定之真正或不真正義務。Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 125 u. 126.

義務，他方當事人或可行使同時履行抗辯權而暫時拒絕自己之給付、或可起訴請求履行，甚而發動強制執行以實現給付內容，亦可透過債務不履行相關規定給予違反義務者賠償損害或解除、終止契約效力之制裁。而此種義務類型及效果之區別對於定作人協力行為定性之意義在於，向以債權人地位自居之定作人，究竟是否存在強制其履行特定協力行為之合理性及必要性，亦即有無在現代交易類型中重新塑造定作人角色之實益，以下乃提出本文之分析。

我國學說及實務見解傳統認為定作人之協力行為應屬於不真正義務之看法，本文自民法第 234 條及第 235 條規定推敲，此或許是受到「債權人受領」之概念所影響，蓋於典型承攬契約中，承攬人依照契約之約定提出給付，尚須定作人加以受領，方能完成給付並達成契約之目的，而傳統學說多認為定作人是否受領工作物，乃係其權利而非義務，因此如定作人不受領承攬人所提出之工作物，致承攬人受有額外費用支出之損害時，亦僅構成受領遲延，無涉債務不履行責任之成立⁴⁷²。此種給付完成兼需定作人配合之法律狀態實與民法第 235 條⁴⁷³所謂「給付兼需債權人之行為者」及民法第 507 條之「工作需定作人之行為始能完成者」相似。換言之，承攬人欲完成契約之給付，除有賴定作人於工作完成時受領該工作物以取得約定報酬外，在履行該承攬契約之過程中，亦有需要債權人積極協力者，凡缺少債權人受領行為以外之協力，債務人即無從提出給付時，乃該當「給付兼需債權人之行為」之要件，此即在履行上之協力義務⁴⁷⁴。由此可知，自承攬契約之開始、執行至消滅，承攬人對於工作物之提出或多或少需要定作人之協助，而此種協助自定作人對於工作之完成係處於債權人之地位觀之，通常並不認為構成定作人應積極作為或消極不作為之契約上義務，充其量僅屬於債權人之對己義務，因此債權人如不履行協力義務，原則上亦僅生受領遲延之不利益效果，尚不引起損害賠償責任⁴⁷⁵。

⁴⁷² 史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 334；邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 114；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 135；黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 587-588。關於定作人受領義務之討論，詳本章第五章、第三節「受領(驗受)義務」部分之說明。

⁴⁷³ 民法第 235 條(現實與言詞提出)：債務人非依債務本旨實行提出給付者，不生提出之效力。但債權人預示拒絕受領之意思，或給付兼需債權人之行為者，債務人得以準備給付之事情，通知債權人，以代提出。」

⁴⁷⁴ 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 255。

⁴⁷⁵ 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 255；關於定作人不為協力與成立受領遲延之關係，詳細說明請參閱林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983 年 6 月，頁 80 以下。

惟此種看法在現代日新月異之交易中逐漸受到挑戰。蓋新型態契約之締結，當事人隨著交易需求所約定之權利義務關係日趨複雜，而於此種契約關係中，常見一方之給付須大幅仰賴他方從事特定行為，若他方當事人不配合為協力時，將可能阻礙契約履行，進而造成工程遲延，使負有義務之一方額外支出時間關聯成本，或甚至發生工作無法完成之損害。此時，似有就契約雙方權利義務之安排予以調整之必要，而現代大型營建工程契約即屬上述新型態交易且經常發生雙方權利義務分配爭議之適例。關於本節討論定作人協力義務定性之問題，由於我國向來認為工程契約之本質屬承攬契約，因此相關問題之探討皆基於契約定性結果而圍繞民法第 507 條之任意規定。惟此種以傳統手工業或製造業為立法基礎之承攬章節規定，對於協力行為僅停留在定作人於訂製西裝時應到場供承攬人測量尺寸，如定作人不配合，承攬人僅得主張解除契約及相應損害賠償等不真正義務之思維，能否適用於履約期長、契約金額龐大、牽涉眾多複雜技術及法律關係之營建工程契約，實有疑問⁴⁷⁶。

對此，本文認為定作人對於工作之完成是否負有協力之真正義務，應自工程契約之特性及雙方當事人之利益狀態予以判斷。首先，觀察我國民法債編各論中承攬相關規定，對於具有建造或生產專業之承攬人，其負有義務提出無瑕疵之工作，同時對於承攬報酬亦須於工作交付後始能請求，且報酬請求權通常適用民法第 127 條第 7 款 2 年之短期時效；反觀定作人所享有之瑕疵擔保請求權、任意終止權及傳統學說、實務見解肯認屬於對己義務性質之協力義務、受領義務，其原始設計似較傾向保護定作人之利益，此種典型利益狀態之安排在傳統手工製造業適用上或許較無爭議，惟如套用至履約期長且牽涉龐大利益之工程契約中，由於契約內容所包含之權利義務相當複雜，同時亦因工程動態之發展而不斷衍生不可預期之風險，因此契約能否順利履行，不僅取決於事前雙方緊密之磋商，提供充足資訊以評估利害風險，並以此決定承擔風險之對價，於工程進行中亦有賴雙方彼此信賴且共同合作以克服履約之阻礙，在工程完成時，更須透過受領程序方能轉移危險且實現履約之利益，由此可知，傳統承攬契約中權利義務之安排或風險分配實已不符工程實務運作所需。從而在現代大型營建工程，包含公共工程契約之交易類型，似已無法期待承攬

⁴⁷⁶ 提出類似之質疑者可參閱最高法院 99 年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，楊淑文教授之發言，台灣法學雜誌第 179 期，2011 年 7 月，頁 49；姚志明，營建工程承攬契約定作人協力義務之性質—評最高法院 99 年台上字第 1096 號民事判決，月旦裁判時報第 6 期，2010 年 12 月，頁 45；王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 154-156。

人僅憑自己之專業或經驗即可順利完成工作，取而代之者應著重於雙方當事人對於契約履行之必要合作，是以定作人所代表典型債權人之地位，亦有與時轉變之需要⁴⁷⁷。

其次，依照民法第 490 條及第 505 條之規定可知，承攬人於提出合於承攬契約約定之給付後，定作人方有支付承攬報酬之義務，此即所謂報酬後付原則，因此於定作人受領前，承攬人不僅須為完成約定工作而投入各式成本，更應承擔工作物因不可抗力發生毀損或滅失之危險，是以相較於其他勞務給付契約，承攬人須承擔與工程施作相關之營業風險較大。而於工程契約中，承攬人所投入之巨額生產成本或人力資源，多係為了履行與定作人約定之「客製化」工作，亦即此種工作係為定作人量身打造而不具有標準化之特性，因此亦較不具有市場上之流通性，經濟學者乃稱此種契約具有「資產特定性」⁴⁷⁸。而當承攬人施作之工程具有特定性投資之性質時，就其已支出之成本與完成之工作對承攬人本身而言並無太大經濟價值，亦難以轉售獲利，此時於定作人受領工作前，承攬人之資本容易因工程施作而被套牢(Lock-in)，而相對地，定作人即有從中拿翹(Hold-up)之空間⁴⁷⁹。

申言之，由於承攬或工程契約具有報酬後付之特性，本已使承攬人對於工作之完成無法主張同時履行抗辯而處於較不利之地位，此時若於工作進行中，定作人拒絕、遲延或為不完全提供承攬人進行工作所必要之協力，將使承攬人履約受到阻擾並產生損害。倘若對於定作人之協力行為仍固守傳統不真正義務之見解，則承攬人除得依民法第 507 條規定解除契約並請求賠償因解約而生之損害外，尚不得以訴請求定作人履行該協力行為。惟對於承包商而言，如解除契約，其須負擔回復原狀之義務，未必較為有利，且承包商在工程受到妨礙無法順利進行時，倘若其已投入一定人力物力，則只要能請求填補其已支出之成本或所失利益，多數承包商仍願意繼續施作工程，換言之，承包商所重視之利益通常不在擺脫契約之拘束而在於能繼續順利履行契約，並獲取約定報酬，進而享有施作特定工程之經歷與聲譽。由此觀點反推，假使定作人不為承攬人進行工作所必要之協力，以致工程無法順利進行，此實已形同定作人以不配合協力之手段而事實上達成行使民法第 511 條任意終止權之效果，且其不為協力致承攬人被套牢

⁴⁷⁷ Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 22.

⁴⁷⁸ 王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 157。

⁴⁷⁹ 陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 19。

於該工程中，不僅毋庸另為行使終止權之意思表示，更使承攬人因現行民法第 507 條之規定，將陷於究應為了請求損害賠償而解除契約或選擇繼續履行契約之困境。此種規避民法第 511 條賠償責任卻又怠於協助契約履行而實質上發生終止契約效果之矛盾行為⁴⁸⁰，對照民法承攬一節所賦予定作人後付報酬、享有任意終止權之利益，實更突顯承攬人在傳統對於定作人協力義務之性質採不真正義務之看法下，將處於忍受且承擔與報酬顯不相當風險之不合理性，從而對於承攬人順利履行契約之利益應有進一步加以保障，並賦予其防衛機制以解套之必要⁴⁸¹。

再者，於現代商業性契約，雖然形式上契約之雙方皆具備相當之知識及經驗而形式上立於對等之談判地位，惟實際上常見之情形皆為業主對於工程用地、履約資訊之提供、協調管線遷移或關聯承包商之施作等享有較高的掌握能力或擁有更合適分散風險之管道，卻因工程實務上所具「買方市場」之特性，承包商為爭取得標機會，多僅能接受定作人片面提出之偏頗條件，從而定作人不僅不會主動約定給付報酬以外之契約義務，更可能透過契約條款轉嫁原應由其承擔之義務或風險於承包商一方，產生承擔風險與所得對價不平衡之結果；再加上我國法院實務儘管承認契約當事人得透過契約將特定協力行為約定為定作人之真正義務，惟在個案中解釋契約內容時，常見法官多採嚴格之判斷標準⁴⁸²，以當事人未明確列舉且自其他條款整體亦推導不出定作人應履行特定協力行為為由，而認定定作人不負有履行特定作為或不作為之義務，此不僅可能違背定型化契約解釋原則中所謂「有疑義時，應作不利條款制定人之解釋」的概念，更惡化市場運作失靈之現

⁴⁸⁰ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 583；德國學者亦有指出：「承攬人於法律上對於契約執行，此種值得加以承認之利益未受到保護，且相反地，因定作人一方面最終僅係遵守其與承攬人當初所約定、作為合於其意思的內容，故並未被不合理地對待；他方面，定作人亦取得與其給付等價之對待給付；此外，於未加以拋棄下，定作人更有依德國民法第 649 條行使任意終止權之餘地。然而，就法律面而言，為保護承攬人之利益，並不能允許定作人於未合法終止下，藉由不為必要之協力(構成矛盾行為的範圍下)，形成一個純屬事實面向上契約終止的結果。」Vgl. Christoph Müller-Foell, aaO. (Fn. 433), S. 103.

⁴⁸¹ 陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 19。德國學者有指出，德國通說認為債權人不為必要協力而依契約之架構，要債務人持續維持準備給付之狀態已屬過苛之情形下，應容許債務人解除契約或依積極侵害契約請求賠償；雖該學者質疑通說將債權人不從事必要協力的事實，等同或推導出債權人有從事禁止、拒絕受領或危害契約目的等行為之論理，惟其仍贊同倘若契約之開展被蓄意杯葛，以致阻斷債務人之職業或營業活動時，則債務人之利益受到如此危害之事實可為其保護機制啟動之契機。Vgl. Soergel-Wiedemann, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., 1986, Rz. 24. vor §293, 轉引自黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 256。

⁴⁸² 例如可參照最高法院 100 年度台上字第 592 號判決及最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決等。

象⁴⁸³，使承攬人對於定作人在工程契約之角力中自始至終處於挨打之局面，自然將減損承攬人遵守規定以提出符合品質或效用給付之履約意願，最終仍可能損及定作人之履約利益。

或有認為於民法第 511 條賦予業主任意終止權之規範下，並無強制定作人履行協力行為之實益，惟本文認為定作人欲行使民法第 511 條之任意終止權，必須保障承包商原本依約履行所得享有之利益，倘若定作人濫用民法第 511 條賦予其可依實際需求而彈性調整契約之權利並阻礙契約目的之達成，進而造成承包商之損害時，此種權利行使本即違反誠信原則而應予禁止⁴⁸⁴，而此種看法不僅無礙於定作人協力義務之確立，反更突顯在現有法制對定作人協力義務之規範尚不完備之情形下，如不將定作人之協力行為賦予一定強制效果，將可能促使定作人以他種方法實質上造成權利濫用之不合理結果發生。另外自現行民法第 507 條之文義觀之，對於定作人不履行協力行為，承攬人得定相當期限催告履行、解除契約並請求解約所生之損害賠償，相較於受領遲延之一般規定，民法第 507 條所規範之法律效果毋寧更接近債務人違反給付義務之效果，此似可推知立法者也意識到定作人之協力行為對於承攬契約履行之重要性，而於法律效果安排上非僅課予定作人承擔權利喪失或減損之不利益而已⁴⁸⁵。則由此反推，透過當事人於契約中明確約定或本於誠信原則、工程慣例及契約目的達成等觀點，解釋契約內容並推導出定作人負有履行特定協力行為之真正義務，不僅無違現行法之規定，反而更符合使契約履行不受干擾之立法意旨。

綜合上述分析，本文認為，在工程契約本質屬承攬契約之前提下，定作人之協力行為固然屬於對己義務之性質，亦即定作人基於債權人之地位，並不負擔債務人之義務，惟此種觀點在重視契約雙方履約誠信且高度依賴當事人相互合作始能順利推動之現代大型工程契約中，應有修正之必要。考量定作人通常具有較佳之風險掌控能力、民法承攬一節所賦予定作人利益之保護及工程實務運作傾向買方市場之現實，對照因定作人不配合協力將使承

⁴⁸³ 陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 18。

⁴⁸⁴ Vgl. Christoph Müller-Foell, aaO. (Fn. 433), S. 98 u. 99. 該學者進一步指出，關於定作人透過怠於履行協力行為而發生事實上終止契約之效果，在現代承攬契約法中所呈現之質疑並不在於是否應強制業主履行必要之協力行為，反而應在於探討賦予業主任意終止權之法律政策的合理性為何。

⁴⁸⁵ 類似觀察可參閱陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 195；葉錦鴻，民法系列—承攬，三民，2007 年 11 月初版一刷，頁 132；陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 17。

攬人受有額外支出人、機、料之成本、折舊及管理費用增加、損失工率、承擔物價上漲等風險或損害，且依照現行民法第 507 條及第 240 條等規定尚未能完整提供承包商防衛或退場機制之情形下，實應認為在個案中，如依契約之類型及當事人明示或默示之約定，可推論特定協力行為履行與否已不僅對定作人利益產生影響，更可能實質上侵害承攬人之履約利益並阻礙契約目的之達成時，該等定作人之協力行為性質上即不再只是對己義務，而應有被提升至真正義務之必要。從而於定作人不履行該協力義務時，承攬人即可以訴請求定作人履行該行為、依債務不履行規定請求損害賠償或解除、終止契約⁴⁸⁶。

申言之，本文認為傳統承攬契約通常預設承攬人對於契約之履行不存在特別利益，因此亦無強制定作人履行特定協力義務之必要，如定作人怠於協力亦僅需對承攬人為財產上之補償；然而此種典型契約之利益狀態於現代工程契約實務上某種程度已發生質變，倘若於個案中當事人明確約定，或可透過契約解釋之方式推導出承攬人對於契約順利履行具有特別利益，且當定作人之協力行為對於工程順利施作亦屬必要時，即應課予定作人履行協力之真正義務，並賦予承包商請求協助契約履行之權利⁴⁸⁷。而透過賦予協力行為真正義務之地位，較能確保定作人對於工程之推動預為安排、協調並分享施作過程所必要之資訊，或當工程進行遭遇困難時及時給予必要指示或辦理變更，以提供承攬人一適於工程施作之環境，使承攬人履行契約之給付不受妨礙。此外，於工作完成時，由於定作人之受領涉及承攬人履約責任之轉換、危險負擔移轉及約定報酬之請求，於解釋論或立法論上實有必要課予業主負有受領承攬工作之真正義務，且此受領義務由於牽涉承攬人報酬對價之取得，則即使不認為定作人之受領義務應如同德國民法第 640 條規定而可能具有主給付義務之地位，至少也應解釋其為輔助主給付義務實現，並對於契約目的達成具有高度重要性之從給付義務，從而藉由真正義務得請求履行之強制特性，要求定作人儘速受領契約標的，使承攬人提出給付後得轉移危險並獲取約定報酬，進而圓滿達成契約目的⁴⁸⁸。⁴⁸⁹

⁴⁸⁶ Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 22 u. 23., Marcus Daniel Strunk, Die Mitwirkung des Bestellers und ihre Auswirkungen auf den Vollzug des Werkvertrags, Verlag Dr. Kovac, Band 59, Hamburg 2008. S. 271., 國內學者亦有肯認定作人違反協力義務時，可能適用給付遲延或危險負擔移轉之法律效果者，詳請參閱黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 257。

⁴⁸⁷ Vgl. Christoph Müller-Foell, aaO. (Fn. 433), S. 103 u. 111.

⁴⁸⁸ 德國學者有自定作人依德國民法第 640 條規定負有受領之給付義務出發，推論此條係立法者在重視定作人受領之重要性下特意之立法安排，惟其指出此條規定並不意味著排除定作人其他協

綜合言之，本文所著重之觀點乃在工程契約雙方當事人於履約過程中之協力合作，且此合作對於契約目的之達成至為重要，因此本於維護當事人間履約之誠信及公平交易核心價值，應可合理期待雙方當事人在其風險掌控範圍內負擔一定之合作義務，此特別對於定作人角色之轉變具有關鍵意義，其不再只是被動等待享有工作利益之債權人，更應對於契約目的之達成及他方當事人權益之維護負有積極作為或消極不妨礙之真正義務，而此不僅有助於釐清定作人協力義務定性之爭論，且亦呼應本文前述援引之VOB/B 規範及德國學說、實務曾提出之合作義務⁴⁹⁰之概念，同時亦符合國際間揭示以「誠信原則」及「公平交易原則」作為現代契約法共通發展趨勢，並肯認合作義務為國際貿易習慣法之一般法律原則⁴⁹¹。

(二)建立定作人協力義務之基礎

1. 發揮誠信原則之補充功能

承前所述，定作人於承攬契約，特別是在現代大型營建工程契約中，已逐漸轉變為與承攬人共同協力合作以圓滿達成契約目的之角色，換言之，定作人行使權利履行義務不再僅涉及其個人利益，取而代之者係本於誠信原則及公平交易原則之理念，使定作人亦應負有忠實履行契約，並協助、照顧他方當事人履約完整利益之義務。此種義務與無關乎承包商履約利益或

力行為具有法律上義務資格之可能性，亦即雖定作人一般性受領義務具有極高重要性而甚至被認定為定作人之主給付義務，惟此並不表示其與業主其他協力行為間存在相當大之差異，也不因為業主其他協力行為未如受領行為被明文規定，則僅能適用民法第 293 條以下受領遲延規定。換言之，工作完成前特定之協力行為是否可被認定為定作人之法律上義務，原則上仍應依實際之利益衡量判斷，只要衡量之結果認為存有必要性，即有使定作人負擔真正契約義務之可能。Vgl.

Christopf Müller-Foell, aaO. (Fn. 433), S. 97.

⁴⁸⁹ 詳請參閱本文第五章「定作人協力義務之類型」之相關說明。

⁴⁹⁰ 德國聯邦最高法院肯認現代承攬或工程契約具長期繼續性契約之特質，並主張此類契約特別仰賴契約雙方當事人之合作，而當事人之合作行為則包含資訊義務、協調義務等內容(BGHZ 143, 89, 93.; BGH 133,44. Vgl. Marcus Daniel Strunk, aaO. (Fn. 486), S. 270.)。舉例而言，聯邦最高法院透過判決所強調之當事人合作關係，其可能表現在業主必須負責協調工地上其他承包商之施作、VOB/B 第 2 條第 6 項承包商對於額外報酬請求權之通知義務、VOB/B 第 6 條第 1 項承包商對於妨礙之通知(Anzeige)、業主有義務共同參與測量等情形。此類合作內容促使契約雙方當事人盡可能提早且和平地調解已出現之不同意見或紛爭，並適當地反應及作出必要之處置，有助於避免將來可能引發之衝突。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 215 u. 216.

⁴⁹¹ 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，頁 61-63；同作者，營建工程契約進度及工期問題探討，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月，頁 39-41。此外，中華人民共和國考量工程契約中當事人之風險及利益狀態不同於傳統承攬契約，故特別於不同章節分別規範承攬合同與建設工程合同，並於合同法第 283 條以下針對定作人提供場地、材料、器具、資料或驗收等協力行為及其違反之效果設有明文規定，如第 283 條即規定：「發包人未按照契約的時間和要求提供原材料、設備、場地、資金、技術資料的，承包人可以順延工程日期，並有權要求賠償停工、窩工等損失」；以此對照我國民法僅第 507 條提及定作人協力行為之概念，似較符合現代工程實務運作之需求。

契約目的達成之單純協力行為有所不同，乃係誠信原則中補充功能具體化之結果，亦即當契約中一方當事人對於他方「將配合協助契約履行不受干擾」乙事具有高度信賴，而該協助對於契約目的之達成實屬必要，若不為協力將造成相對人給付利益或固有利益受到損害時，此時即有藉由誠信原則進一步形塑法律關係之必要，而舉凡創設與給付具有關聯的從給付義務或避免使他方當事人之權益受侵害的保護義務⁴⁹²，皆提供相關爭議合適之解決方法。

是以本文認為，探討定作人於個案契約中應負有何種協力義務，毋寧是自契約磋商締結乃至履行階段，發揮誠信原則之補充、調整功能，以企圖協調並安排契約雙方當事人間合理、公平之權利義務狀態。換句話說，此種抽象概括之規定於歐陸法系及繼受歐陸法制規範之我國，其創設法律所無之契約上義務、限制當事人恣意行使權利、保護契約當事人之正當期待，皆與法律追求之公平正義相符⁴⁹³，是以誠信原則之指導不僅在法律解釋適用上具有高度重要性，同時其亦為成文法國家跳脫傳統法律框架之活水源頭。申言之，誠信原則之判斷標準一般可歸納為禁反言原則與相互體諒原則；前者係強調契約當事人間相互信賴及對契約目的之忠實履行，而對於此種合理信賴，法律上應予保護；後者則指當事人行使權利應尊重他方當事人之利益，而以保護他方當事人利益之方式為之，由此原則可進一步派生出相互合作原則、資訊揭露原則、尊重他方利益原則及情事變更原則等下位原則⁴⁹⁴，而此些概念於日新月異之交易型態或無名契約發展下，亦為法律明文規定外，得輔助解讀並調整當事人間法律關係之重要基礎⁴⁹⁵。

2. 契約解釋與契約漏洞補充

誠信原則於現代新型交易關係中，具有作為司法機關本於公平正義理念，大膽從事法之續造之依據，同時亦可作為私人契約間重新分配危險之法律上基礎，而此在我國現行法制對於定作人協力行為規範不完備之情形下，特別可彰顯其重要性。舉例而言，我國現行工程契約範本對於定作人協力義務之規範

⁴⁹² 王澤鑑，民法總則，三民，2005年9月，頁597；楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第143期，2007年4月，頁139。

⁴⁹³ 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論104期，2008年8月，頁52。

⁴⁹⁴ 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論104期，2008年8月，頁45-46。

⁴⁹⁵ 最高法院86年度台再字第46號判決意旨謂：「所謂誠實信用之原則，係在具體的權利義務之關係，依正義公平之方法，確定並實現權利之內容，避免當事人間犧牲他方利益以圖利自己，自應以權利人及義務人雙方利益為衡量依據，並應考察權利義務之社會上作用，於具體事實妥善運用之方法。」，可供參照。

密度遠較承攬人之義務內容為低，即使有約定，相關內容多僅謂「定作人應提供工地」、「承包商負有配合工地上其他承包商施作之義務」...等，當事人是否有意課予定作人一定作為義務或違反特定義務之制裁為何皆不甚明確，而在法院多數採取尊重當事人約定之見解下，將導致承攬人於施作工程時無法即時請求定作人提供必要之協力，乃至於後續亦欠缺求償之依據。在此情形下，本文認為法院於進行個案審理時，應藉由契約解釋或契約漏洞補充之方式以具體化誠信原則之概念。

申言之，最高法院對於契約當事人真意之探求，向採文義解釋、體系解釋、歷史解釋、目的解釋、參酌交易慣例及以誠信原則為指導原則等方法⁴⁹⁶，是以最高法院亦明文肯認交易慣例及誠信原則對於當事人締約磋商所具有之影響性，因此在解釋工程契約時，實應綜合全部契約條款，審酌當事人締約所欲追求之目的，並援引國內外工程慣例或一般法律原則⁴⁹⁷，透過誠信原則推導當事人之約定是否已賦予定作人從事一定作為或不作為之契約義務；而當契約條款之約定有疑義時，則應顧及工程契約所具有之定型化契約特性，而採用「有疑義時，應作不利條款制定人之解釋」方法，在契約文義範圍內且不違背雙方對價關係之前提下，衡量雙方當事人之利益狀態而盡可能放寬對於工程進行所必要之定作人協力義務的認定，而不是受限於當事人曖昧不明確之契約文義，即一概排除當事人有負擔特定義務之可能性⁴⁹⁸。

⁴⁹⁶ 如最高法院 65 年度台上字第 2135 號判決：「解釋契約，應探求當事人立約時之真意，而於文義上及論理上詳為探求。當時之真意如何，又應斟酌訂立契約當時及過去之事實，其經濟目的及交易上之習慣，而本於經驗法則，基於誠實信用原則而為判斷。」及最高法院 74 年度台上字第 355 號判決：「探求契約當事人之真意，本應通觀契約全文，依誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值等作全般之觀察。」等，可供參照。

⁴⁹⁷ 學者認為國際顧問工程師協會所出版的 FIDIC 標準契約對於國內外工程實務運作之影響力甚高，或可將相關契約條款規定視為國際商事習慣或國際工程契約一般法律原則，於個案中作為個別契約解釋及漏洞填補之助。詳請參閱陳自強，FIDIC 工程契約條款在契約法源之地位，整合中之契約法，元照，2011 年 5 月初版第一刷，頁 285 以下。

⁴⁹⁸ 學者有指出誠信原則及交易習慣可為契約解釋之指導思想：「蓋於誠信原則下，參與法律交往之關係人間，被期待其行為均能符合誠實思考的公平之人的標準，而契約當事人彼此間，亦期待他方之行為，正如同誠實思考公平之人為實現契約目的所將為者。職是之故，法院應探求契約的目的，本諸客觀公正第三者之地位，決定在數種解釋可能性下，何者最有利於此目的之達成。此外，契約文義的理解，在契約當事人均屬於相同的交易圈，交易習慣扮演舉足輕重的角色。蓋公平第三人若處於當事人的地位，在該交易圈通行的契約類型中，通常將以該交易圈共同的了解，使用該契約文件，共同交易圈的交易習慣，通常也成為契約條文的背景與脈絡。」；同時其並指出有疑義時應作不利條款制定人之解釋方法，事實上是以一定的價值判斷為基礎。而本文認為以契約目的、交易慣例及誠信原則作為解釋工程契約之輔助，並基於保護承攬人不受干擾執行契約之權益下所採取放寬定作人契約義務之解釋原則，似可在此得到應證。詳請參閱陳自強，契約之內容與消滅，民法講義 II，學林，2004 年 9 月一版再刷，頁 81。另外，亦有學者認為在協力義務與附隨義務競合之情形，宜傾向於解釋當事人間有將之約定為對他義務之意思。詳請參閱黃茂

倘若個案中，當事人間之工程契約關於某事項依契約計畫應該擬定而未約定時，將產生所謂之契約漏洞⁴⁹⁹。契約漏洞之發生可能係由於當事人未能預見未來情事之發生，或由於當事人相信未約定之事項可透過事後磋商或適用相關法律規定予以解決，亦可能係在當事人欠缺必要資訊下，考量交易成本而為不完全契約之約定⁵⁰⁰。對於契約漏洞之填補，學者多肯認得藉由任意規定及補充的契約解釋方法為之⁵⁰¹。而在當事人契約約定通常不夠詳盡、我國民法對於定作人協力義務之規範不完全且現代工程契約有別於傳統承攬契約之特性下，則透過「假設之當事人意思」，提供一規範性之判斷標準，以當事人於契約規範整體上所作之價值判斷及利益衡量為出發點，並斟酌誠信原則及交易慣例加以認定，亦可推導出定作人於個別工程契約中負有特定作為或不作為義務之可能，從而能補充契約之不備並實現契約上之平均正義⁵⁰²。我國法院實務亦漸有採類似方法而認為定作人應負有特定從給付義務或附隨義務者，如最高法院 98 年度台上字第 78 號判決、台中高分院 97 年度建上字第 93 號判決及台東地院 92 年度簡上字第 20 號判決等。由此可知發揮契約目的、交易慣例及誠信原則於契約解釋及契約漏洞填補所扮演之補充功能，實為目前實務上解決定作人協力義務爭議時最合適也最兼顧雙方當事人權益之方法⁵⁰³。

第三項 小結

有鑑於定作人之協力行為於現代大型營建工程契約中，對於承包商能否順利履約扮演舉足輕重之角色，傳統承攬章節對於定作人協力義務唯一之民法第 507 條規定，無論在協力行為之規範密度及法律效果安排之合適性上皆有所不足，也因此衍生協力義務性質及違反之法律效果等層出不窮之爭議。在現行法律規範不完備之情形下，本文認為，除可選擇透過修法途徑處理紛爭外，亦可藉由解釋當事人於契約中之明文約定

榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 587。

⁴⁹⁹ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 244。

⁵⁰⁰ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 244；王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 139-140。

⁵⁰¹ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 245。

⁵⁰² 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 246。

⁵⁰³ 學者有採相同看法而認為定作人協力義務真正之問題在於，誠信原則如何因應現代型工程契約的複雜條款，而透過誠信原則所產生之附隨義務，某種程度亦可自最高法院之判決中看出未來發展的方向。詳請參閱最高法院 99 年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，楊淑文教授之發言，台灣法學雜誌第 179 期，2011 年 7 月，頁 49；類似見解尚可參照黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 586-587，註 135。

或透過誠信原則，參酌工程慣例並綜觀契約整體意旨等方式，推導出定作人負有履行特定協力行為之真正義務，而不再固守定作人協力行為僅屬不真正義務此種將真正義務與協力義務視為壁壘分明之想法。

申言之，如個案中定作人之協力行為經當事人合意而納入契約規範中，其應屬於契約內容之一部分，並成為契約義務之一環，此時該等義務即可能具有從給付義務之地位；此外自契約中與當事人相關之行為規範及自契約履行之過程觀之，如定作人提供特定之協力屬於承包商推動工程進行所不可或缺之程序，而其若怠於協力將致承包商無法順利履行契約，乃致工期發生延宕並受有支出額外費用等財產利益之損害時，本於當事人間行使權利或履行義務應依誠實信用方法之概念，應可從中推導出定作人負有忠實履行特定協力行為，並保護照顧他方當事人對於定作人將為特定協力或合作之信賴及完整履約利益之附隨義務。而無論該定作人之協力義務被認定係從給付義務或附隨義務，只要定作人有違反義務之情事，承包商皆可請求債務不履行之損害賠償⁵⁰⁴。至於是否得以訴請求定作人履行特定協力行為，雖多數見解對於附隨義務可否請求履行仍採較保守之看法，惟本文傾向認為，只要特定之協力行為內容夠特定、明確且適於主張，同時分析當事人之利益狀態，倘若承包商對於該行為之履行具有急迫需求時，仍不應排除賦予承包商以訴請求，避免損害擴大之可能性⁵⁰⁵。

雖本文肯認定作人之協力義務可藉由誠信原則之補充功能，於契約解釋及漏洞補充中推導而出，並進一步認為於解釋當事人約定時，應綜合契約整體行為規範、當事人之真意與利益狀態、請求協力對於契約履行之必要性等標準，採較為寬認定作人負有特定行為義務之態度⁵⁰⁶，惟在我國相關工程契約範本對於定作人協力行為之約定未如外國法制詳

⁵⁰⁴ 論者有自定作人遲延提供必要之協力行為將構成給付遲延之觀點，認為可透過當事人於契約中明文約定定作人之協力行為屬於主給付義務，或自契約中得出具體之行為規範且在認定該行為對於工作之完成有必要時，亦可解釋該行為屬定作人主給付義務內容之一環；詳請參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年7月，頁173-174。就此本文認為，定作人協力行為之內容通常無涉契約典型、必備且用以決定契約類型之固有義務，同時其多屬契約締結前後，對承攬人能順利履約所須定作人協助之事項，與承攬人給付之提出未必具有對價關係，因此該等協力義務之性質似非可逕認屬定作人主給付義務之一環。且學者亦指出，給付遲延之規定應可適用於債務人因債之關係而負有主給付及從給付義務之情形，僅不適用於自誠信原則推導出而不具獨立性之附隨義務而已；詳請參閱黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004年7月增訂版，頁257-258。是以如認為定作人怠於協力可能成立給付遲延責任，即反推定作人協力義務之性質應屬主給付義務之層次，實有待斟酌。

⁵⁰⁵ 類似見解可參閱陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月一版再刷，頁96；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁198。

⁵⁰⁶ 類似看法亦可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年7月，頁175。

盡，且現行實務採取嚴格解釋當事人約款之情形下，如欲確保承包商得不受干擾之履約利益，本文建議當事人於締約時，仍應盡可能明確且詳盡地磋商定作人應為協力之行為規範⁵⁰⁷，例如對於協力行為之內容、範圍、時點等詳予約定，同時對於違反該協力義務相應之法律效果，亦應一併納入考量，以避免法院於認定事實時，常因為當事人對於定作人協力行為內容未明確表示，即否認定作人負有履行協力之真正義務⁵⁰⁸。此外，由於當事人間權利義務之安排多係反映契約中風險分配之判斷，是以透過當事人於契約中對於定作人協力行為之內容及違反效果為詳細且公平之約定，亦較適宜作為法院認定當事人已對相關之履約風險預作分配，而得要求一方當事人承擔特定風險之論理基礎，如此亦可避免現行實務見解動輒因契約中訂有展延工期條款或索賠棄權條款，即認為當事人已預見履約過程中所有可能發生之風險或已預為合理之風險分配，並據以作為承包商應承擔所有定作人怠於履行協力行為時所發生不可預期損害之理由。



⁵⁰⁷ 類似見解可參閱楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004年10月初版第3刷，頁655；姚志明，營建工程契約協力義務之研究，東亞法學評論，第1卷第1期，2010年3月，頁65。

⁵⁰⁸ 此亦可與前述德國學者認為於個案中判斷定作人是否負有為特定協力之真正義務時，應由契約之約定、考量雙方當事人之利益、契約條款所用文字是否具有命令性質、可否自契約內容中即推導出承攬人對於定作人為特定協力行為具有應予保護之利益等標準相互呼應，換言之，即使德國學者肯認可由契約約定或自契約解釋中得出某些定作人之協力屬於真正義務，惟仍不宜在契約中未有相關行為規範下即任意放寬認定標準，以免定作人之責任範圍不明確而承擔過重之責任。

第四章 定作人違反協力義務之法律效果

第一節 概說

承接第三章關於定作人協力義務性質之討論，本文認為協力義務之性質應視其行為內容、當事人是否在契約中作成相關約定、對承攬人可否順利履約之影響以及是否應發揮誠信原則之補充功能以調整契約當事人之權利義務關係等作綜合判斷，特定協力行為可能僅屬定作人單純對於承攬人履約之協助，惟亦有可能被賦予法律上真正義務之地位。既然協力義務之性質未可一概而論，當定作人違反工程契約上必要之協力義務時，即有依該協力行為之定性討論相應適用法律效果之必要，本章即基於此立論開展後續討論。

當定作人怠於配合為工程契約上必要之協力行為，將可能使承攬人施作工程遭受阻礙，例如在定作人未依約取得由其負責申請之建築許可或執照時，承攬人即無法順利開工提出給付，或即使承攬人已開工施作，該建築物將來亦可能成為違建而無法提供定作人合於契約使用之成果。在此種妨礙情況下，將造成原先擬定之工程進度無法如期遵守，承攬人亦可能因此被課予高額之違約金；此外，承攬人為排除妨礙或於等待妨礙狀況被排除之期間，基於契約所負之給付義務，其仍必須保持待命之狀態，甚至須設法採取必要之補救措施，以促使工程給付得繼續進行，而此將衍生許多非承攬人於原先估算契約報酬時所得預期之費用、成本，更可能因工程之延宕而減損承攬人施作工程之利潤或使其喪失取得施作其他工程之機會。而倘若妨礙情況係不可歸責於承攬人之事由所致，則要求承攬人全數承擔此種未能預期損害之風險，實屬不公平亦不合理⁵⁰⁹。因此，對於定作人怠於履行協力義務而影響工程推動之情形，雖得否展延工期向為當事人主張之重點，惟實質上牽涉承攬人利益更鉅者，仍不外乎增加費用或損失之補償，然相對地，定作人對費用或損失補償之請求通常採取較同意展延工期更為保守之態度，不是利用契約條款預先要求承攬人放棄請求補償之權利，就是主張承攬人於締約時應已評估工程遭受妨礙之風險而要求承攬人自行承擔損失，也因此實務上關於定作人怠於提供必要協力行為之履約爭議，向來層出不窮。

由上述論述可知，定作人違反協力義務之法律效果，毋寧較協力義務之定性更為契約當事人所重視，故本文以下乃分別以「工期展延」及「增

⁵⁰⁹ 類似說明可參閱陳純敬，營建工程展延工期及額外費用補償之請求依據，土木水利第 36 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 21。

加費用或損失之補償」為兩大主軸進行法律效果之討論，前者主要觀察我國現行法或工程契約實務上對於定作人違反協力義務致工期被延誤時，對於是否展延遭延誤之工期，定作人方之態度及雙方當事人應予保護之利益為何，並比較外國工程實務之運作，嘗試提供一較為合理解決工期展延爭議之基準。而對於承攬人請求增加費用或損失補償之部分，本文基於前一章之立論基礎，肯認在大型工程契約中，承攬人之履約利益不僅在於終局報酬之取得，更可能在於工程契約得順利執行一事上，換言之，現行民法賦予承攬人得解除契約並請求損害賠償之保障，對於承攬人而言未必足夠，是以在行文順序上，本文將針對協力行為定性之結果，依我國實務上當事人對於費用或損失補償之爭議，最常援引之請求權基礎，逐一分析損害賠償、費用補償及解消契約效力等主張對於雙方權益之影響，並特別討論承攬人有否以訴請求定作人履行特定協力行為，進而聲請強制執行之可能性；同時對照外國法及相關工程契約範本類似之規範，期能對於相關爭議之處理發揮他山之石之作用。

應予說明者係，關於定作人不提供必要之協力可能產生工期延誤及增加承攬人額外支出費用等後果，實務上常見定作人為避免日後承攬人藉此請求展延工期或請求賠償相關費用及損失，多以事先單方擬定之定型化契約條款，限縮自身應負責任之範圍，而將履約中可能遭遇之各種風險皆轉嫁由承攬人承擔，致當事人間法律利益狀態失衡，而衍生後續更多之索賠爭議。是以，本文認為實有必要針對此類定型化契約條款之效力，予以檢討，因此本章將自定型化約款管制之概念及效力審查基準等主題，進行簡要之說明。

此外，本文觀察實務上關於定作人協力義務爭議之案例後發現，即使定作人未依約提供協力行為，多數情形下亦僅造成工程延宕之後果，而對此，承攬人通常皆先爭取延長工期及費用補償，除非妨礙工程施作之情形持續存在一段期間，否則承攬人顯少動輒主張解消契約之效力。再者，因定作人不履行協力行為致工程發生給付不能之情形亦較少發生，蓋此種履約之妨礙，通常可由定作人於事後補為協力而排除，因此承攬人無法立即主張非可歸責於己之給付不能而免除給付義務⁵¹⁰，且一般而言，承攬人為取得原先約定之報酬，多會自行設法藉由改變施作方法等方式排除困難，使契約得以繼續進行，是以當事人爭執之焦點仍在於承攬人為繼續履約所支出之額外費用可否請求之問題，故本文於討論相關損害賠償爭議時亦主要著眼於因定作人怠於協力所致之遲延損害部分，至於因欠缺定作人之協致力致工程發生毀損、滅失或不能完成之情形，則將於民法第 509 條分析定作人領域風險之概念時，另予討論。

⁵¹⁰ 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，頁 146。

第二節 定型化契約管制理論於工程契約中之適用

第一項 契約自由與定型化約款管制

依民法第 153 條第 1 項之規定，契約於雙方當事人相互表示意思一致時成立，即雙方各依其需求及利益考量而為締結契約之行為，並使之發生一定之法律效果，雙方當事人亦分別依契約內容而受拘束。此種當事人依其自主決定，經由意思合致而規範彼此間之法律關係，即為契約自由原則之意涵⁵¹¹。契約自由原則雖非私法自治原則之全部，卻為其最重要的內涵之一⁵¹²，並受憲法關於人民基本權利之保障⁵¹³。其主要包含五種自由⁵¹⁴：1. 是否締約之自由；2. 相對人選擇之自由；3. 內容形成之自由；4. 方式自由；5. 變更或廢棄之自由。

而由於工業大規模革新與經濟迅速發展，大量同種類產品之製造連帶形成同種類商品及服務之提供，使得現代社會逐漸衍生商品規格化及統一化之現象。在此種交易背景下，企業經營者為易於計算交易成本，並簡化締約磋商過程以節省交易所耗費之時間金錢及勞力，乃致力於追求契約訂定與履行上之一致性，此時，單方擬定且可用於同種類商品或服務提供之定型化制式內容，即因符合企業經營者效率之需求應運而生。換言之，定型化契約及定型化契約條款之使用不僅可節省企業之成本並提高企業之利潤外，更可合理化企業之經營⁵¹⁵，發揮助於交易發展之作用。

所謂定型化契約條款，依消費者保護法第 2 條第 7 款之定義，係指企業經營者為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款；此外，民法第 247 條之 1 則以「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約...」作為認定定型化契約條款之基準。綜合觀之，在我國法下，定型化契約條款即指契約之一方當事人為與不特定多數相對人訂立契約所預先擬定內容之交易條款，而以此種定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約，即為定型化契約⁵¹⁶。值得注意者係，

⁵¹¹ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 80。

⁵¹² 私法自治原則之具體內涵涵蓋結社自由、契約自由、所有權自由、遺囑自由與婚姻自主等。一般而言，契約自由容許個人得依其意思形成其法律關係的空間，為其他民法所實現的自由所望塵莫及，亦即其他之自由雖能讓個人有一定範圍內，自己決定是否發生一定種類之法律關係，但對法律關係的內容能自由左右之空間不大(例如所有權之行使即受到物權法相關規範之拘束)；反之，契約自由原則包含成立及決定內容等之自由，此乃契約自由與其他自由最大之差異。詳請參閱陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，學林，2005 年 2 月一版再刷，頁 151-152。

⁵¹³ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 80

⁵¹⁴ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 80；陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，學林，2005 年 2 月一版再刷，頁 147-149。

⁵¹⁵ 陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，學林，2005 年 2 月一版再刷，頁 193。

⁵¹⁶ 參見消費者保護法第 2 條第 9 款規定(為行文方便，本文以下簡稱為消保法)。

此種約款不僅適用於企業經營者與不特定消費者所進行之消費交易中，企業經營者間個別重大之交易，如公共工程採購契約、融資貸款契約等，亦甚為常見(即商業性定型化契約)。

依上所述，定型化契約條款既為契約之一方當事人基於交易之需要，預先單方擬定之交易條件，並經他方當事人同意而成為契約規範，理論上即應受到契約自由原則之保障。惟交易運作上常見之情形是，預訂契約條款之一方，通常較他方具有經濟上或法律上之專業知識，因而多處於締約之優勢地位，本於風險趨避及獲利極大之思維模式下，此單方預定之契約條款常因不對等之締約地位而在契約權利義務及風險分配之安排上產生失衡，甚至侵害約款相對人之正當權利。

申言之，隨著經濟分工細緻化之發展，為因應交易需求，企業經營者常藉由契約自由原則而約定各式交易條件以創設新的交易類型，繼而使生產行銷方式推陳出新，服務型態多樣化，此時原有之法律不足以規範此種新興之交易型態，而具一般及抽象性格之定型化契約即扮演起漏洞填補之角色，衍然成為由企業經營者自身所創造之法律⁵¹⁷。惟此種定型化契約之使用，常存在當事人談判地位不對等之問題，且無論是消費性或商業性定型化契約，對當事人而言，就契約內容進行個別條款之磋商，皆因交易成本及困難性過高，而顯得無法期待。此時雙方基於對等磋商力量所享有之正確性擔保⁵¹⁸將可能因地位較強勢之一方，基於私利而片面主宰約款之擬定而被破壞，相對人對契約內容既無從置喙，亦使契約自由原則中之內容形成自由形同名存實亡⁵¹⁹。

當契約法律關係之運作已無法期待當事人藉由實質磋商以維護正當權益時，始有透過法院及其他紛爭解決機制介入審查並判斷契約內容效力之必要，以免契約一方藉形式契約自由之名行妨礙契約正義之實，是以，對定型化契約條款效力之規制，即係對形式契約自由的實質限制⁵²⁰。綜上所述，契約自由雖為現代私法自治之核心價值，然若其不受任何限制，將可能被濫用而成為壓迫他人之工具，故契約自由原則之限制，乃是現代私法發展之重要任務，唯有維持契約雙方給付與對待給付間之等值性，方能實現當事人間契約規範所隱含之契約正義，換言之，契約自由與契約正義係契約法之基本原則，必須互相補充，彼此協力，始能真正實踐契約法之

⁵¹⁷ 陳自強，契約之成立與生效，民法講義I，學林，2005年2月一版再刷，頁194。

⁵¹⁸ Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 9 Aufl., §42, I. 轉引自楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常—最高法院91年台上字第2336號判決評析，月旦法學雜誌第122期，2005年7月，頁230。

⁵¹⁹ 歐陽勝嘉，定型化違約金條款之法律問題，國立政治大學法律研究所碩士論文，2007年7月，頁56。換言之，當相對人未能實質參與契約內容之形成時，解釋上即不得因相對人曾於締約時同意該定型化約款，而認為其應受不合理契約條款之拘束。

⁵²⁰ 詹森林，定型化契約條款效力之規範，民事法理與判決研究(四)，元照，2006年12月初版，頁137。

機能⁵²¹。

第二項 工程定型化契約之運作與規範

壹、工程契約是否屬於定型化契約

以工作物之新建或重大修繕為標的之工程契約，由於其規模龐大，履約期長，具有極高之經濟價值，因此通常無法期待整體工程契約履行之過程不發生任何爭議。而在此種牽涉複雜法律關係之契約中，多數業主皆會預先擬定契約條款，透過減輕或免除自己責任，而將工程施作之風險控制在特定範圍內，進而更強化優勢之經濟地位，如此不合理之權利義務安排常造成施作工程之承包商，在遭遇施工困難時，其權益無法受到完整之保障，因而引發諸多工程爭議。因此，為了有效解決雙方之紛爭，乃有必要先行討論，究竟工程契約(包含公共工程契約)是否屬於定型化契約?而釐清此前提問題後，始有進一步討論工程契約受定型化約款管制之可能及必要性，茲於下文簡要分析之。

一、實務見解

關於工程契約是否屬於定型化契約，實務上見解分歧。有明文採取否定立場者，如宜蘭地院 96 年度訴字第 200 號判決：「被告係有資力之營造公司；而原告則係政府單位，兩造訂約時立於平等地位，訂約當時，市場上亦有其他工程可供承攬，非僅原告一處，被告有足夠之磋商能力，並未處於附合地位，是系爭契約當非屬民法第 247 條之 1 規定之定型化契約，而違約應受處罰，亦符私法自治及公平原則。」⁵²²；惟亦有採肯定看法者，如最高法院 96 年度台上字第 168 號判決即主張該案中之工程契約屬於定型化契約而適用民法第 247 條之 1 之規定，並進而認定當事人約定之棄權條款顯失公平，應為無效⁵²³。綜合觀之，實務上否定工程契約為定型化契約之理由可歸納為以下三點：1. 承包商具備專業知識或一定資力⁵²⁴；2. 非為一方預定用於同類契約之契約條款⁵²⁵；3. 非為與不特定

⁵²¹ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 83。

⁵²² 採取否定見解之判決如最高法院 94 年度台上字第 1 號判決、最高法院 93 年度台上字第 2470 號判決、最高法院 92 年度台上字第 785 號判決、臺灣高等法院 98 年度上字第 190 號判決、台北地院 91 年度重訴字第 2763 號判決及花蓮地院 88 年度重訴字第 44 號判決等。

⁵²³ 採取肯定見解之判決如最高法院 96 年度台上字第 648 號判決、最高法院 95 年度台上字第 930 號判決、最高法院 92 年度台上字第 1395 號判決、最高法院 89 年度台上字第 1402 號判決及臺灣高等法院 93 年度重上字第 5 號判決等。

⁵²⁴ 可參照最高法院 94 年度台上字第 1 號判決、宜蘭地院 96 年度訴字第 200 號判決等。

⁵²⁵ 可參照臺灣高等法院 93 年度上易字第 100 號判決、臺灣高等法院 93 年度重上字第 362 號判決、臺灣高等法院 91 年度重上更(一)字第 129 號判決等。

多數人訂立契約之用⁵²⁶。此外，最近亦有實務見解認為，如承包商事前已知悉政府機關公告之招標相關內容，且該契約條款之擬定尚屬公允時，即難認該契約內容為定型化契約條款而不生效力⁵²⁷。

二、定型化契約之認定標準

(一)應以是否為單方擬定且未經他方實質磋商為標準

針對定型化契約之認定標準，參諸民法第247條之1之規定，所謂定型化契約應指「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約」，換言之，定型化契約條款除須為一方當事人預先擬定外，尚應包含「用於同類契約之條款」之特質。惟此要件之設置是否合理，不無疑問。蓋承本文前述，於現代社會中，之所以應對定型化契約之使用進行管制，主要係由於此種契約通常係由一方當事人預先擬定，而他方當事人多只能就已擬定之約款加以同意並受其拘束，亦即，此時約款相對人對於契約內容之形成並無依其自我意思決定之空間，其僅享有形式上之契約自由，卻不具有實質上之磋商權能，此時如要求約款相對人須本於其締約之決定而受契約內容之拘束，並不具實質正當性。是以立法者乃有意藉由定型化契約之規制，導正遭濫用而扭曲之契約自由原則。

在此管制背景下，本文認為定型化約款之判斷標準應在於契約內容形式上係由「單方預先擬定」，而實質上「未經實質磋商」，在此種未能對契約內容逐條協商並衡量雙方當事人利益之情形下，即有必要透過定型化契約管制理論予以調整。至於該定型化約款是否係用於同類契約之條款，應非判斷重點，故學者⁵²⁸亦有

⁵²⁶ 可參照臺灣高等法院 95 年度建上字第 18 號判決、台中高分院 94 年度建上更(一)字第 1 號判決、花蓮地院 88 年度重訴字第 44 號判決等。

⁵²⁷ 可參照台南高分院 98 年度上字第 190 號判決：「(略)查，系爭工程係依政府採購法進行公開招標之工程，被上訴人依法進行公開招標，於「公開招標公告資料」中已載明系爭工程係中央機關經濟部水利署補助之工程，補助金額 7,000 萬元，而招標公告內容為上訴人按招標公告進行領標、投標前所可得知之事實。又依系爭契約第 1 條第 1 款、第 4 款約定，系爭契約包括招標文件，招標公告內容亦屬契約內容之一部分，故上訴人參與投標前，即已有充足之時間詳細審閱屬於契約內容一部分之招標公告內容，得以獲知系爭工程之財源係屬經濟部水利署補助款之事實。則系爭契約第 5 條第 1 項第 5 款「屬中央補助款之工程者，依中央補助額度，於廠商提出申請，並經中央原補助單位核准者，僅就中央補助部份，始有物價指數調整」之約定，應係兩造本於系爭工程財源之特性而為之約定，此契約內容尚非上訴人一方所不及知；另系爭契約第 5 條第 1 項第 5 款亦約定契約價金得依行政院主計處公布之台灣區營造工程物價指數調整，亦即契約價金可隨物價指數之升降而有彈性調整之可能，僅因系爭工程財源係屬補助款，因而須經中央補助機關之同意，且於補助額度內始可進行調整，此為政府機關對於預算控管之機制，上開約定尚屬公允，依上開說明，自難認係定型化契約條款，而不生效力，上訴人此部分主張，尚屬無據。」觀諸此實務見解似本於最高法院 96 年度台上字第 168 號判決之意旨而作推論，惟該最高法院判決僅討論個案約款是否有顯失公平之情形，而未否定工程契約之定型化契約屬性。

⁵²⁸ 黃立，消保法的定型化契約條款(一)，月旦法學教室第 15 期，2004 年月，頁 100。

認為以是否用於同類契約之條款作為判斷定型化契約之基礎，實屬劃地自限而無必要⁵²⁹。

(二)對於實務見解之批評

於工程實務上，特別是公共工程領域，各項工程多始於採用公開招標之模式，業主通常皆以預先擬定之契約文件提出或公告予承包商閱覽，就此契約締結之運作形態，應可認為符合本文前述「單方預先擬定」之形式要件。而雖依照政府採購法第 75 條第 1 項之規定，參與投標廠商可對契約文件之內容提出異議，此條制度之規範目的在於藉由締約前實質磋商機會之保障以確保招標過程之公平性⁵³⁰，惟實務運作上，承包商即使被賦予異議之權利，通常在公開競標之壓力下，承包商並無對抗業主強勢主導市場之可能性，蓋若其對條款有疑義而不為業主所接受時，即有可能面臨失去締約機會之困境⁵³¹。是以，雖法院裁判經常以承包商具有足夠之專業知識或經濟地位得與業主進行實質磋商為由，而否定該約款之定型化契約屬性，惟實際上承包商礙於市場競爭壓力，通常無從針對契約內容予以磋商調整。故於此時，若仍堅守承包商為企業經營者具有較高磋商能力之觀點，實悖於實務運作概況，亦限縮定型化契約相關規制之適用範圍。

此外，觀諸近來之實務見解，有認為在公共工程契約中，政府機關多會預先公告契約文件，則承包商既能事先審視相關規範內容，依其專業能力即能理解相關規範係基於政府機關預算編制所為之考量，故或謂系爭契約非定型化契約或相關規定未顯失公平⁵³²。惟何以承包商於投標前已知悉契約文件相關內容，即可推論承包商已理解條款意義並足認為該約定非屬定型化契約條款，法院之裁判似未交代其理由，此種跳躍式之論證實令人難以理解；況且本文認為當事人是否知悉條款內容，此應屬於定型化契

⁵²⁹ 歐體準則 93/13 號針對消費契約中濫用契約條款，規定其適用範圍，明文揭示 1. 不以供訂定同類契約之用為前提；2. 不以於締約時對對方提出為必要；3. 契約條款之特定成分或個別條款係個別磋商之事實，若依總體評估仍係事先擬就的定型化契約者，不排除契約其他部分適用此歐體準則之規定。此項立法將判斷定型化契約之標準不再侷限於須用於同類契約之要件，相較於德國民法第 305 條第 1 項及我國民法第 247 條之 1 之規定，可謂更為先進且確實反映定型化約款管制之目的。詳細說明請參閱黃立，細說德國 2001 年新民法消費契約條款，德國新債法之研究，元照，2009 年 9 月初版，頁 77-78。

⁵³⁰ 政府採購法第 75 條之立法理由：「為因應加入世界貿易組織後，我國採購市場國際化之情勢，除了廠商認為招標機關之規定或處理程序違反法令者，得以提出異議外，對於本法未及規範，而我國所締結之條約或協定中另有規定者，如招標機關違反其規定，廠商亦得提起異議，以增加廠商權益之保護，爰於第一項予以明定，並依提出異議之事由，分款規定廠商提出異議之期限，俾資明確」。

⁵³¹ 相關詳細說明可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 57。

⁵³² 如台南高分院 98 年度上字第 190 號判決。

約條款是否已訂入契約之層次，而非為判斷該契約條款之屬性時所應予檢視者⁵³³。此外，綜觀相關判決內容，似可發現法院之所以否定系爭契約條款為定型化約款，目的多在於維持契約條款之效力，惟該契約條款之約定是否合理，有無違反誠信原則或有無顯失公平等情形，乃係內容效力控制應予審核者，此與契約條款屬性之認定為不同層次之問題，法院實務如此之推論反而呈現其流於形式契約自由要件之操作而忽略當事人實質上無磋商機會之現實，進而迂迴適用相關法律規定之缺失。

再者，本文推測立法者於民法第 247 條之 1 明文定型化契約須具備「用於同類契約」之要件，應係本於對傳統消費性定型化契約交易型態之認知，蓋此種消費關係在日常生活中經常大量且重覆進行，因此為節省締約成本及講求便利性，企業經營者多擬定制式之合約內容以供對不特定相對人重覆使用。惟此種思維是否亦適用於非消費性之法律關係，特別是商業性交易關係，實不無疑問。蓋商業性之定型化契約通常係法律關係當事人基於交易需求而由單方預先擬定，惟其未必會被重覆使用於相似類型之交易，然若僅因此即認為此種契約性質非屬定型化契約，似有忽略審核當事人對契約內容之形成有無實質參與之情形。申言之，若商業性契約之相對人對於契約內容之形成無從置喙，此種法律狀態，實與一般消費性定型化契約之契約相對人無異，若僅因該契約內容未被重覆利用即認為該契約非屬定型化契約，乃有速斷之嫌，且對於當事人之保障恐有不足，亦可能悖離定型化契約管制之目的，並造成民法第 247 條之 1 之規定於商業性定型化契約毫無適用之餘地。

(三)工程契約非消費性定型化契約

依照工程實務之運作，工程契約通常係以業主提供自行擬定之約款為基礎加以簽訂，承包商一般而言僅能於參閱相關契約文件後擬定價格進行投標，是以承包商對於工程契約內容之形成並無太大發揮空間，如此乃符合本文前述「單方預先擬定」及「無實質磋商機會」之判斷標準，而應認為工程契約屬於定型化契約，此時相關條款約定即應受民法第 247 條之 1 之管控⁵³⁴。

而依照消保法第 2 條對於消費者及消費關係等所闡述之定義可知，所謂「消費」，應係指不再用於生產情形下，為追求生存、便利

⁵³³ 類似看法請參閱詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究(四)，2006年12月初版，頁171-175。

⁵³⁴ 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第61卷第8期，2010年8月，頁4-5。

或舒適目的所從事之行為，換言之，消費應係一種使用商品或接受服務之行為⁵³⁵。檢視工程契約中當事人權利義務之內容，可知業主係提供一定報酬以換取承包商以勞務施作一定工程，而承包商則藉由完成一定工作以獲得對價並賺取利潤。就此，承包商應為提供商品或給付服務者，而業主則為受領商品及享受服務提供之人，雙方並非以消費為目的而履行契約內容，故其所簽訂之契約性質非屬消費性定型化契約。至於相關工程定型化契約之爭議，可否參酌消保法關於定型化契約管制之規範，本文認為，在消保法相關規定之目的及內容相類似之部分，仍應肯定得類推適用或援引為民法第 1 條法理之可能性。

貳、定型化契約條款之效力控制

一、實務見解

觀察我國定型化契約管制議題之討論，可發現學說及實務上對於定型化契約條款內容之控制，特別是涉及條款效力之判斷，通常爭議最劇。而我國對於定型化約款之內容，目前除了透過行政監督進行事前管制外，最重要之規制手段即係藉由民法第 247 條之 1 及消保法第 12 條等規範於司法上對個案進行事後之內容把關。惟由於立法上之不完備，特別係民法第 247 條之 1 之規定流於抽象且未提供具體審核約款效力之標準(僅針對定型化約款常見顯失公平之情形加以描述)，而消保法第 12 條之規定則受限於消保法係基於保護消費者權益之特別立法目的所設，造成司法實務因法條規範有限及構成要件不夠明確，對於約款之效力判斷，通常採取較為保守之見解，如此可否平衡定型化約款使用人及其相對人之利益，不無疑問。

對於定型化契約條款是否因違反誠信原則而顯失公平之認定，整理法院慣採之判斷標準，可約略包含以下幾點：

(一)締約時是否無從選擇締約對象或無拒絕締約之餘地：

「系爭工程之承攬人上源公司係從事營造業者，其與上訴人簽訂系爭合約書時，除無充足之時間詳細審閱外，衡情就合約條款應會詳細審閱，以了解其於合約之權利義務，倘其認合約條款對其不利，亦可拒絕簽約，似此情形，能否謂系爭合約書第四條之約定，有民法第二百四十七條之一第二款、第三款所定情形而無效，尚不無研求之餘地。」⁵³⁶

⁵³⁵ 詹森林，消費者保護法之定型化契約最新實務發展，民事法理與判決研究(四)，元照，2006年12月初版，頁245。

⁵³⁶ 最高法院96年度台上字第684號判決，其他類似見解可參照最高法院96年度台上字第1246

(二)是否具備專業知識或是否為經濟上弱者：

「上訴人係以承包工程、營繕工程為其經營業務，係全國具知名度之營造業者。以被上訴人就所定作之系爭工程，發包予上訴人承攬而言，係偶而為之，應（非）屬消費者之一方；上訴人係屬工商企業之一方，以其所經營業務與被上訴人簽訂工程契約書，對於契約內容是否顯失公平，知之甚稔。上訴人於簽訂工程契約書，對於第二十七條(略)之約定，非無磋商、變更之餘地。」⁵³⁷

(三)是否知悉條款內容或有無磋商變更之餘地：

「...所謂加重他方當事人之責任，乃係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地者而言，所稱按其情形顯失公平者，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。」⁵³⁸

倘若當事人間條款之約定被認定不具上述幾種情形時，法院通常多尊重當事人間之意思決定，認為條款未違反誠信原則或對當事人未顯失公平，從而維持契約條款之效力。

二、現行法下之審查操作

(一)對實務現況之評析

分析法院實務對於定型化約款管制之見解，首應釐清者係定型化契約條款之認定與其約款效力之判斷係屬二事，二者乃不同層次之法律問題，必須是當事人之約定屬於定型化契約條款且被訂入契約後，方有接續審查契約條款內容合理性之必要。我國法院相關判決經常流於形式之認定，不乏將約款使用人是否為獨占或處於優勢經濟地位、約款相對人是否具有足夠專業知識或相當資力，乃至是否知悉定型化約款之內容作為認定該約款是否顯失公平之判斷標準，一旦約款相對人被認定事前已知悉條款內容且非無拒絕締約之餘地，其即不得於締約後主張該約款為無效。

號判決、最高法院 91 年度台上字第 2220 號判決、最高法院 91 年度台上字第 2011 號判決、最高法院 94 年度台上字第 941 號判決、臺灣高等法院 98 年度保險上字第 29 號判決、臺灣高等法院 97 年度建上字第 83 號判決(此判決見解嗣後為最高法院 99 年度台上字第 843 號判決所維持) 台南地院 99 年度訴字第 1043 號判決等。

⁵³⁷ 最高法院 94 年度台上字第 1 號判決，其他類似見解可參照最高法院 92 年度台上字第 783 號判決、臺灣高等法院 95 年度建上字第 18 號判決、臺灣高等法院 96 年度上字第 913 號判決(此判決見解嗣後為最高法院 97 年度台上字第 974 號判決所維持)、台北地院 90 年度重訴字第 1794 號判決及宜蘭地院 96 年度訴字第 200 號判決等

⁵³⁸ 最高法院 94 年度台上字第 2340 號判決，其他類似見解可參照最高法院 97 年度台上字第 2430 號判決、最高法院 96 年度台上字第 168 號判決、最高法院 93 年度台上字第 1856 號判決、最高法院 91 年度台上字第 2336 號判決、最高法院 92 年度台上字第 1395 號判決及臺灣高等法院 96 年度上字第 1 號判決等。

惟基於締約成本及效率化之追求，約款使用人及其相對人皆有使用定型化契約以快速進行交易之利益存在⁵³⁹，最高法院採取形式認定之標準，某種程度仍屬較傳統之看法，即定型化契約不得有害締約地位平等且法律必須保護弱勢消費者之觀點；惟在定型化契約被大量使用進而產生新型交易態樣之現代社會中，對於定型化約款之管制(特別指商業性者⁵⁴⁰)，除了繼續貫徹傳統之思維模式外，亦應考量節省締約成本及實現契約正義之觀點，因此對於定型化約款內容之審查，重點應在於當事人間於締約磋商時，是否享有足夠意思形成之自由，得否實質對契約內容進行磋商或相關條款約定之風險分配是否合理等，而非僅從形式上一方當事人是否居於經濟上或專業上之劣勢、有無其他締約對象可供選擇等面向切入審查⁵⁴¹。是以，最高法院所持之見解，殊有商榷之餘地。

申言之，我國裁判實務之認定，除了誤將「是否知悉條款存在」等事由自「條款是否訂入契約之層次」置入「契約內容之效力判斷階層」作審查⁵⁴²外，更明顯混淆相對人是否於事前知悉條款內容與條款內容是否顯失公平之認定，蓋對於定型化契約條款是否有民法第 247 條之 1 各款之情形而顯失公平，應由法院作實質審查，如僅依當事人是否知悉內容或有無簽名於契約上作形式認定，則將使立法之管制難以操作。此外，當事人對於約款內容「有無磋商變更之餘地」，此似乎僅為定型化約款常見之特徵，至於條款內容是否造成當事人間利益之失衡，仍應對於條款內容加以實質分析方可知曉，是以約款相對人對條款有無磋商變更之餘地亦與條款內容是否妥適並無邏輯上之關聯性⁵⁴³。再者，「無從選擇締約對象」或「無拒絕締約餘地」之審查標準亦有可議之處，此種看似訴諸市場淘汰機制之方式在實際交易運作上難以期待，蓋約款相對人如基於維護自己之權利，雖表面上可享有另外尋覓較合理約款之機會，惟一來此將造成約款相對人支出高額之締約成本，二來當社會上相同交易所擬定之定型化約款均為類似或相

⁵³⁹ 陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，學林，2005 年 2 月一版再刷，頁 193-196。

⁵⁴⁰ 臺灣高等法院 92 年度重上字第 525 號判決將「經濟上弱勢」之定義作擴大之詮釋，似已發現現行法院實務所持之見解有其不合理之處，應值肯定。

⁵⁴¹ 詹森林，定型化契約條款效力之規範，民事法理與判決研究(四)，元照，2006 年 12 月版，頁 131-137。

⁵⁴² 消保法第 11 條之 1、第 13 條、第 14 條及其施行細則第 12 條對於條款是否訂入契約設有詳細規範，而民法第 247 條之 1 之效力控制則是以定型化約款構成契約內容為審查前提，是以此時乃涉及二不同定型化契約爭議處理之層次。

⁵⁴³ 歐陽勝嘉，定型化違約金條款之法律問題，國立政治大學法律研究所碩士論文，2007 年 7 月，頁 60。

同時，則實質上相對人根本喪失尋求公平交易之選擇權⁵⁴⁴。且僅以相對人形式上是否仍有其他締約對象進行審查，則由於各類交易之經營者市場上舉目皆是，此時豈非所有定型化契約條款之內容皆無違反誠信原則之問題？更何況約款相對人享有締約與否及選擇相對人之自由即能使單方擬定之約款內容合理化，此種論證之基礎為何，仍值檢討⁵⁴⁵。

本文認為，定型化契約條款之所以需要特別控制之理由，乃在於締約過程中，相對人未能享有實質決定契約內容之自由，無從透過磋商以保障自己之權益，以致於在該預先擬定之條款下，難免因擬定條款一方當事人之私心，承受顯不相當或原不屬於己之風險。因此本於誠信原則，條款使用人欲以單方擬定之條款拘束他方當事人時，應謹慎考量相對人權益之維護，而不得濫用其對契約內容形成之優勢地位以擬定顯失公平之條款。換言之，最高法院似乎未確切瞭解契約自由之真正意涵以及立法者規制定型化契約條款之目的。若採此種保守之見解對於定型化契約進行管制，美其名是維護契約自由原則，然由於所有定型化契約條款皆係由雙方當事人本於「形式契約自由」下所擬定，依此推論，此種約款皆不會因違反誠信原則，顯失公平而無效，如此觀之，民法第 247 條之 1 之規定將形同虛設，而無法達成「防止契約自由濫用及維護交易公平」之立法目的。

(二)合理之審查標準

定型化契約條款是否有效而得拘束雙方當事人，應藉由實質審查條款內容而定⁵⁴⁶，對此，我國民法第 247 條之 1 規定當定型化契約條款對相對人顯失公平時為無效；而消保法第 12 條規定則明示定型化契約條款須具備違反誠信原則，對相對人顯失公平等二大要件，始為無效，對照觀之，消保法所提供之審查標準較民法之規定更為明確⁵⁴⁷。具體個案中條款是否違反誠信原則，而對約款相對人顯失公平，除上述二條之規範外，本文認為亦可輔以消保法施行細則第 13 條之規範意旨予以分析：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締

⁵⁴⁴ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究(四)，元照，2006 年 12 月初版，頁 178-179。

⁵⁴⁵ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究(四)，元照，2006 年 12 月初版，頁 178-179。

⁵⁴⁶ 楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常—最高法院 91 年台上字第 2336 號判決評析，月旦法學雜誌第 122 期，2005 年 7 月，頁 231-232。

⁵⁴⁷ 在此種情形下，民法第 247 條之 1 對於定型化約款效力之審查將給與法院更多自由心證之空間，相對而言，亦可能因操作標準不夠具體明確，導致類似案件由不同法官審理即產生不同見解，此恐有礙法之安定性。

約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之」。

關於民法第 247 條之 1 所規定之審查標準，由於是否有免除、加重、減輕或使人拋棄權利等情形存在，必須對照現有法規命令之規範始能確定⁵⁴⁸，因此對於該條第 1 至第 3 款之操作，應參酌任意規定之立法意旨，或以契約本質所生之權利義務為「規範類型」，而比較條款內容與其之偏離程度(die Abweichung)，亦即此時仍應斟酌消保法第 12 條第 2 項第 2 款及第 3 款顯失公平之推定事由而判斷之⁵⁴⁹。至於第 247 條之 1 第 4 款關於「其他於他方當事人有重大不利益者」之判斷，則應衡量條款擬定人與相對人所享有之法律上承認之利益而加以決定⁵⁵⁰，亦即必須視條款對約款相對人利益之侵害是否符合比例原則之要求⁵⁵¹；如約款相對人權益所遭受之侵害，與約款使用人所得之利益，於比較衡量後係不成比例者，相對人所受到之權益侵害即屬不正當。

另外，承本文前述，由於民法第 247 條之 1 之規範過於簡略，且立法者對於定型化契約條款之管制並未刻意區別立法，因此在檢驗條款效力時，亦可參酌消保法第 12 條之規定，而關於定型化契約條款內容之規制，消保法第 12 條第 2 項乃臚列幾類具體標準以輔助同條第 1 項「條款是否違反誠信原則及顯失公平」之認定，是以，此二項規定間並無互斥之關係，惟檢驗適用順序上則應以第 2 項所列標準為優先⁵⁵²。

綜觀消保法第 12 條第 2 項第 2 款及第 3 款之規定，關於定型化契約條款效力之審查，應分別以定型化契約條款與法律任意規定或契約主要權利義務之偏離度為判斷標準⁵⁵³。

⁵⁴⁸ 朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 58。

⁵⁴⁹ 詹森林，最高法院與定型化契約法之發展，民事法理與判決研究(四)，元照，2006 年 12 月初版，頁 167-169。楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常—最高法院 91 年台上字第 2336 號判決評析，月旦法學雜誌第 122 期，2005 年 7 月，頁 234。

⁵⁵⁰ 當定型化契約條款符合民法第 247 條之 1 前 3 款規定而無效時，當事人間之法律關係得藉由原先法律之規定予以論斷，惟如定型化約款係因符合第 4 款之情形而無效時，此時由於無法令以資填補，故應透過契約解釋之方式予以補充。詳細說明請參閱朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月，頁 58。

⁵⁵¹ 楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常—最高法院 91 年台上字第 2336 號判決評析，月旦法學雜誌第 122 期，2005 年 7 月，頁 234。

⁵⁵² 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月初版，頁 55

⁵⁵³ 消保法第 12 條第 2 項第 1 款雖以「平等互惠原則」為審查條款效力之標準，惟「平等互惠原則」之概念實過於抽象，不僅與第 12 條第 2 項規範之目的係具體化審查標準之意旨有所出入，且於個案中適用亦有困難，因此消保法施行細則第 14 條乃另設有何種具體情形可認定契約條款違反平等互惠原則。惟觀諸第 14 條之規定，此實為定型化約款違反誠信原則之具體類型，故不如直接以誠信原則檢驗條款效力來得直接。此種獨創疊床架屋之立法模式，將會導致法律適用重疊、輾轉曲折，且更趨於複雜化，詳請參閱王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，

消保法第 12 條第 2 項第 2 款規定，若當事人約定之定型化契約條款與其所排除任意規定之立法意旨顯相違背時，即推定該條款顯失公平。蓋私法自治原則容許當事人在一定範圍內可自由塑造其法律關係，而在當事人之意思有不完整或有欠清晰時，任意法即發揮補充之功能⁵⁵⁴，同時任意法之規定乃係綜合衡量契約雙方當事人相關之利益並為適當調整之價值判斷，故此種利益衡量亦為契約正義之具體表現。若當事人享有實質形成內容之自由而可於個別商議時，藉由討價還價等過程使雙方之權利義務關係被合理安排，此時自可約定排除任意規定之適用，尚無違反契約正義之問題。然若個案中當事人係以定型化契約條款之方式締約，此時應不能允許約款使用人單方排除法律之任意規定，以免立法者預設之合理價值及風險分配被破壞殆盡⁵⁵⁵。至於當事人間之法律關係究竟涉及何項任意規定，此時必須解釋定型化契約條款之約定內容以瞭解其真正意涵；其次再探求定型化契約條款所排除任意規定之立法目的，是否帶有公平正義之價值判斷；最後再依具體情事，於個別案例中判斷有無顯失公平之情形存在⁵⁵⁶。

消保法第 12 條第 2 項第 3 款規定，如以定型化契約條款限制契約主要之權利義務，致契約主要目的難以達成者，即推定該條款顯失公平。相較於第 2 項第 2 款主要適用於法定有名之契約類型，第 3 款之規定則對於無名契約，最足以發揮其功效⁵⁵⁷。申言之，於契約自由原則下，當事人原則上得以契約排除任意規定之適用，但如定型化契約所涉及之契約類型為無名契約時，通常不容易找到任意法規作為規制之基準⁵⁵⁸，此時唯有回歸契約主要權利義務之判斷，方能檢視當事人間是否存在不合理之風險分配或有無權益侵害等情事。然本款規定亦得適用於典型契約，故某些定型化契約條款亦可能同時符合第 2 款及第 3 款規定之要件，而被推定為顯失公平⁵⁵⁹。

本款之二大要件分別為：一、契約之主要權利義務受定型化契約條款限制及，二、契約之目的因此難以達成，換言之，此二

2009 年 9 月增訂版，頁 105。

⁵⁵⁴ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 90.;黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌第 125 期，2005 年 10 月，頁 19-20。

⁵⁵⁵ 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月初版，頁 62-63。

⁵⁵⁶ 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月初版，頁 65。

⁵⁵⁷ 陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，學林，2005 年 2 月一版再刷，頁 204。

⁵⁵⁸ 陳自強，契約之成立與生效，民法講義 I，學林，2005 年 2 月一版再刷，頁 204。

⁵⁵⁹ 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月初版，頁 69-70。

要件間具有因果關係。關於契約主要之權利義務，原則上必須依當事人所定契約之內容及其目的，並考量該契約類型在交易上之特徵以確定其範圍，此外依契約之補充解釋方法以確定該契約主要權利或義務之意涵，亦為可行⁵⁶⁰。而由於本款之立法目的係在保障約款相對人之利益，因此本款之「權利」係指相對人之權利，「義務」則是指約款使用人之義務；若定型化約款係限制約款相對人之義務，或其使用人之權利者，即無本款之適用。至於約款使用人依契約所負之「主要義務」，除了主給付義務外，亦包含附隨義務⁵⁶¹。而契約目的是否因主要權利義務受到限制，致無法達成，則應於個案中斟酌各種情形加以判斷，並就契約雙方當事人對契約危險之控制能力或藉由保險分散該危險之可能性等，特別納入考量⁵⁶²。

第三節 展延工期

第一項 概說

工程契約履約期限長，其施工過程中經常存有大量變動之因素，可能導因於當事人間權利義務之履行與否，亦可能源於地質、天候或技術等作用，是以工程契約在執行上必須具有相當之可調整性或變動性，使其能隨時順應外界變化而作出合適之調整，其中涉及工程期間之延長或工程進度之安排者，即為工期之展延。工程實務上常見之遲延履約案例，其或可歸責於承攬人施工未掌握進度之不當，亦可能歸責於定作人領域之事由，或是基於不可抗力等因素而形成。若屬可歸責於承攬人之事由致遲延完工，其自應依民法第 231 條、第 254 條或第 502 條等規定負民法上給付遲延之責任；此外，對於承攬人履約遲延應負之責任，當事人亦常於契約中約定遲延違約金條款，此種違約金條款多基於確保債務履行並減輕債權人舉證之困難而設計，而依民法第 250 條第 1 項及第 2 項之規定，違約金除當事

⁵⁶⁰ 德國學者指出，在非典型契約中，由於未有相關律規定或至少於習慣法形成前，德國民法第 307 條第 2 項第 2 款之規定(類似我國消保法第 12 條第 2 項第 3 款之規定)具有其重要性，至於契約主要之權利義務為何，則可採「契約之本質」及「契約目的」為判斷標準。Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 90.;詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月初版，頁 71。

⁵⁶¹ 至於主給付義務及附隨義務之範圍如何，解釋上應依當事人所定契約之內容及其目的，並特別考量該契約類型在交易上之特徵，以探求約款使用人之主要契約義務與相對人之主要契約權利。詳請參閱詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月初版，頁 70-71。

⁵⁶² 詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範，民事法理與判決研究(三)，元照，2003 年 8 月初版，頁 72-73。

人另有約定外，可視為因債務不履行而生損害賠償總額之預定⁵⁶³，常見之約定例如台北市政府工程採購契約範本第 18 條遲延履約：「(一)逾期違約金，以日為單位，不扣除任何期日，廠商如未依照契約所定履約期限竣工，自該期限之次日起算逾期日數，每日依契約價金總額__% (由機關於招標時載明比率；未載明者，為 1%) 計算逾期違約金。」⁵⁶⁴，由此可知，依一般工程慣例，履約遲延之違約金，多依工程總價之千分之一，按日計罰。

是以承攬人欲請求展延工期，必為該履約遲延係不可歸責於其之情況始可，且本於民法上過失責任原則之意旨，實無法要求承攬人承擔即使其已盡到必要注意仍無法避免之遲延風險，是以觀諸我國工程採購契約範本相關之工期展延條款，對於不可歸責於承攬人致履約遲延之情形，多數皆肯認承攬人得請求延長履約期限，惟其中規範事由之詳細程度則不盡相同，通常以兼採例示得請求展延工期之事由，並附帶概括條款，認為承攬人可依契約條款提出展延工期之申請，再由業主審核是否准予展延為主要規範模式。⁵⁶⁵

常見之工期展延條款如內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第 13 條：「(一)本工程施工期間，如有下列事故，確非可歸責於乙方之理由，而需展延工期者，乙方應於事故消失日起 15 個辦公日內備齊相關資料，以書面向甲方申請核實展延工期。甲方得審酌其情形後，延長履約期限，免計逾期違約金：1.發生第 11 條所列之各項事故。2.非因乙方之原因，甲方要求全部或部分停工。3.因歸責於甲方原因而延誤施工者。4.因由甲方自辦或甲方之其他廠商承包本契約相關工程之延誤而影響本工程進度者。5.甲方應提供予乙方資料、器材、場所或應採行之審查或同意，配合措施，未依契約規定提供或採行。6.其他非可歸責於乙方之理由，並經甲方核准者。」；相關規範亦可參照台北市政府工程採購契約範本第 18 條：「(五)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，廠商得依「臺北市政府工程契約訂約後工期核算要點」規定，申請延長履約期限；不能履約者，得免除契約責任：1.戰爭、封鎖、革命、叛亂、內亂、暴動或動員。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

⁵⁶³ 詳細說明請參閱黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月三版一刷，頁 532；黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 315，註 164。

⁵⁶⁴ 此外，亦可參照內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第 26 條規定：「(二)逾期罰款：乙方如不依照契約規定期限竣工，應按逾期日數，除依契約第 10 條第 2 項第 1 至 3 款及第 11 條規定免計工期外，每日賠償甲方損失，按原契約價金 1%計算逾期罰款，該項罰款應由乙方在本工程驗收合格後向甲方繳納；逾期罰款之支付，甲方得自應付工程款中扣抵，其有不足者，得通知乙方繳納或自保證金扣抵。但其最高額的逾期罰款金額，不超過原契約價金 20%為限。」

⁵⁶⁵ 申言之，在重大工程難免發生工期之爭議，故當事人除必須慎重預為約定承攬人提前完成之獎勵及可歸責之遲延違約金外，並應就不可歸責之情形明定其調整標準，以預為消弭可能之爭端。詳請參閱黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 10。

然災害。3.墜機、沉船、交通中斷或道路、港口冰封。4.民眾非理性之聚眾抗爭。5.毒氣、瘟疫、火災或爆炸。6.履約標的遭破壞、竊盜、搶奪、強盜或海盜。7.履約人員遭殺害、傷害、擄人勒贖或不法拘禁。8.水、能源或原料中斷或管制供應。9.核子反應、核子輻射或放射性污染。10.非因廠商不法行為所致之政府或機關依法令下達停工、徵用、沒入、拆毀或禁運命令者。11.政府法令之新增或變更。12.我國或外國政府之行為。13.其他經機關認定確屬不可抗力者」。

對照上述契約範本之規定可推知，工程實務上對於因不可抗力之天災或事變而造成承攬人履約遲延之情形，皆肯認得為承攬人申請展延工期之事由；至於可歸責於定作人怠於履行必要協力行為之情形，則只見內政部版之契約範本於第3至5項設有展延工期之明文規定，台北市政府版之契約範本則未置可否，似乎後者傾向限縮認定僅不可抗力之情形得作為申請展延工期之事由。另外，此二契約範本規範相同之部分則係，個案中遲延之原因是否不可歸責於承攬人而應予展延工期，應由定作人單方加以認定⁵⁶⁶。

第二項 德國法上工期展延之相關規範

壹、VOB/B 第6條第2項

觀諸德國民法之規定，其中並未針對承攬人得請求延展工期之事由加以規範，而僅於第280條、第281條等設有給付遲延之損害賠償規定。是以，承攬人無從自德國民法中獲得請求展延工期之明文依據，而僅能另由工程採購契約範本VOB/B中尋求解決工期爭議之途徑，而關於承包商得請求延長工期之事由，可參照VOB/B第6條第2項之規定，其主要是以造成工期遲延之妨礙情況是否可歸責於承包商，或承包商對於遲延原因可否合理預見並加以防範作認定，詳細說明如下。

當工程履行中發生妨礙情況時，VOB/B第6條第1項第1句基於明確性之要求，乃明訂承包商須對業主告知(Anzeige)妨礙情況之職責。妨

⁵⁶⁶ 此外，亦可參照國工局一般規範H.7展延工期之規定：「(1)承包商為完成契約內之工程或工作或其任何部分工程或工作，或為達成時程表規定進度，而發生延遲或阻礙，係由於下列任一情況時，承包商得按下列程序提出展延工期：(A)主辦機關因H.3「延遲提供工地」，致承包商工期延誤。(B)工程司提供圖說或指示，有不合理之延遲。(C)承包商所提出之施工方法，工程司給予同意或撤回先前所給予之同意，有不合理之延遲或不合理之要求時。(D)F.11「除外風險」所列之除外風險。(E)遭遇G.7「不利之自然情況及人為障礙」所稱之不利自然狀況或人為障礙。(F)C.9「關連契約承包商所導致之延遲」。(G)按H.8「暫停施工」指示所導致之延遲。(H)依有關政府機關公開發佈之颱風警報或自然災害而暫停工地工作，或依其狀況人員無法到工或停留於工作處所。本條不適用於其他天氣狀況或其所引起之影響。(I)符合契約「降雨天數異常之完工期限延期處理原則」規定可得展延工期之情形者。(J)經工程司認為正當、合理或對主辦機關有利之原因等。」

礙情況不以源於業主之風險領域為必要，只要客觀上存在該事實，經承包商主觀謹慎研判，認定該事實可能對工程施作產生妨礙即為已足。發生妨礙時，承包商應立即以書面告知業主或得業主授權之建築師。倘若承包商未為告知，則其即不得於工期被延誤或請求展延工期時主張該妨礙之情形存在⁵⁶⁷。惟倘若該妨礙之情形及其效果已顯為業主所知時，此時由於妨礙告知所具有之資訊功能、保護功能及警示功能皆不再必要，因此依照第 6 條第 1 項第 2 句之規定，承包商即無庸再行告知⁵⁶⁸。⁵⁶⁹

承包商於依照 VOB/B 第 6 條第 1 項規定對業主發出妨礙通知，或該妨礙狀況已具明顯性時，則其可進一步依照同條第 2 項之規定請求展延工期，而此展延後之工期將替代原本之執行期限，直到延長之期限屆滿時才發生履約期滿之效果。因此在延長期限屆滿前，承包商履行給付並不陷於給付遲延，當然在承包商加速執行以避免期限屆至之情形，自亦不發生給付遲延之賠償責任⁵⁷⁰。而依照 VOB/B 第 6 條第 2 項第 1 款規定，承包商得請求展延工期之事由包含以下三種情形：

a. 該妨礙狀況屬於定作人之風險領域

定作人對於此種妨礙並不以具有可歸責性為必要⁵⁷¹。屬於此種妨礙情況者例如：遲延取得許可，而此一般而言可由業主另行補做；延誤交付必要之報告、計畫、妨礙承包商進入工地、遲延透過其他關聯廠商履行先給付行為、欠缺協調工作之進行、未支援 VOB/B 第 4 條第 4 項道路或管線之使用、工程計畫變更、契約之規劃事後經證實有誤而必須辦理變更⁵⁷²、對於土地性質之差異而使施作困難化⁵⁷³等，此些情況或屬業主應負擔之職責，或屬業主行使權利之事項，由於業主較接近該等風險，而較承包商有能力管領或分散風險所帶來之不利益，因此只要當事人未於契約中明訂由承包商承擔該風險，即應將該妨礙狀況歸屬於定作人之風險

⁵⁶⁷ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 2.

⁵⁶⁸ 若承包商曾口頭告知業主妨礙之情形，則當業主因該口頭告知而可認已對妨礙情況顯然瞭解時，亦有適用第 6 條第 1 項第 2 句“妨礙情況具明顯性”之可能。

⁵⁶⁹ 應予區分者係承包商負有「告知之附隨義務」之情形。此種附隨義務乃由誠信原則中推導而出，只要在契約之一方未告知他方之情形下將產生損害，而於告知後可避免或降低損害時，其即負有此種附隨義務。雖然此種附隨義務與 VOB/B 第 6 條第 1 項第 1 句之告知內容上有所重疊，但其履行並不以作成書面為必要。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 4.

⁵⁷⁰ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 5.

⁵⁷¹ 在此應注意者係，承包商請求展延工期，而主張風險係源自定作人之領域，此並不以定作人可歸責為必要，意即可歸屬於定作人之領域與可歸責於業主之情形並不相同，關於工期之延長與否，其僅取決於妨礙事由是否出自定作人之風險領域，而承包商依 VOB/B 第 6 條第 6 項第 1 句之損害賠償請求權則另需以定作人具有可歸責事由為要件。

⁵⁷² 此又稱為定作人之計劃風險，即正確之招標及正確之給付說明亦屬於定作人領域之事由，若由於錯誤之施工圖說導致施工期間及支出費用已較通常契約預定之風險顯著提高時，承包商即可請求調整原訂契約內容以免全數承擔非可預期之不利益。Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §6 VOB/B, Rdn. 19.

⁵⁷³ 例如建築基地之地質條件、地下水文、管線分佈狀況，或施工說明書與現場狀況不符等情形。

領域⁵⁷⁴。

b. 於承包商之企業中或於直接替承包商工作之企業中，所生之罷工或由業主公會所籌劃之停工。所謂直接為承包商工作之企業，通常係指分包商而言，至於配件供應商原則上則不屬於此⁵⁷⁵。

c. 因不可抗力或其他對於承攬人不可避免之情況

所謂不可抗力應理解為，即使承包商已盡其經濟上最高之謹慎仍無法避免危害發生之情形，且此種情況發生之頻率並不影響承包商之考量。例如：地震、雷擊、風暴、超出招標時考慮範圍之氣候因素、軍事爭議、來自第三人不可預見或不可避免的損害或妨礙。至於不可避免則是指，依一般理性且有經驗之承包商皆無法預見該情況，且該事件或其效果儘管以經濟上可忍受的方式且透過所可期待的最大程度之注意仍是不可避免的，或在可忍受的程度內無法使之發生無害的結果。而應注意者係，此不可避免之情況並未與「此等妨礙情況係發生於業主自身之領域」一事相互對立或不能並存⁵⁷⁶。

貳、VOB/B 第 6 條第 2 項第 2 款

惟關於展延工期之請求，VOB/B 第 6 條第 2 項第 2 款另有規定：「在履約期間，天氣狀況之影響不被視為障礙，因為此一對於施工之影響通常必須在事前被考慮到。」，其立論基礎在於，氣候因素所致之工期展延非屬不可避免之事實，因為此一因素通常在締約時即應被預先考量到締約基礎中⁵⁷⁷。當契約未特別約定時，通常一般的惡劣天氣：如嚴寒或非屬完全不尋常的洪災等，並不會導致工期展延⁵⁷⁸。特別是在招標的情況下，出價者通常必須將天氣影響納入締約考量中，蓋承包商對於天氣形勢，通常可透過統計數據之分析計算相關之成本或工期，若天候狀況

⁵⁷⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 6.

⁵⁷⁵ 然而如承包商無法自與勞動抗爭相關的配件供應商訂購材料，亦無其他經濟上可替代之訂購途徑時，此時妨礙情況可被理解為第 6 條第 2 項第 1 款 C 所謂「不可避免之情形」。

⁵⁷⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 8.

⁵⁷⁷ VOB/A 第 11 條明文規定，業主應在工期的規劃上考量許多履行時可能遭遇的阻礙，並將之列入設定工期長度之考慮因素中，而此解釋上自應包含當事人於締約前即可合理預見可能影響工程施作之天候狀況在內。在我國工程採購契約範本亦有於擬定工期時應考量氣候因素之類似規範，如內政部暨所屬各機關工程採購契約範本(99 年 12 月 8 日修正版)第 17 條(二)施工計畫與報表：「1. 乙方應擬定施工計畫書，並就其主要施工部分敘述施工方法，繪製施工相關圖說，送請甲方核定。施工計畫書未經甲方核定前，甲方得暫緩估驗。甲方為協調相關工程之配合，得指示乙方作必要之修正。預定進度表之格式及細節，應表示施工詳圖送審日期、主要器材設備訂購與進場之日期、各項工作之起始日期、各類別工人調派配置日期及人數等，並應標示出本工程施作之要徑，俾供嗣後因變更設計檢核工期之依據。乙方在擬定前述工期時，應考量施工當地颱風及其他惡劣天候對本工程之影響。」

⁵⁷⁸ 惟倘若當事人於契約中已約定由業主負責防洪措施時，如因洪災因素造成工程遲延，則承包商可依 VOB/B 第 6 條第 2 項第 1 款 a 之規定，主張遲延事由源自「業主風險領域」，而請求展延工期。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 9.

僅係些許與平均數據有所波動，則尚非謂不可避免的情況。一般而言此一平均數據必須是以十年為基準，例如十年來年平均降雨量或平均降雨日數等等，是以，在個案中甚少有承攬人因主張天氣形勢而被核准展延工期或費用補償等情形。

惟若個案中劇烈變化之天氣情況，其強度或持續期間已達非一般統計數據可推知，且無法於投標時被列入評估者，則承包商仍可據以主張應納入是否展延工期之考量中⁵⁷⁹，例如⁵⁸⁰：一、大暴雨：暴雨程度在建築基地所在地屬於平均每二十年才會發生的強度；二、持續不斷的嚴寒時節：如北德 1995 年與 1996 年酷寒的冬天；三、平均降雨量遽變：日降雨量為每平方公尺 64 釐米，已遠超過平均降雨量最大值每平方公尺 40 至 50 釐米⁵⁸¹。

參、 延展期限之基準

依照 VOB/B 第 6 條第 4 項規定，工程契約執行期間之延展首先應依妨礙持續之期間作計算。而此是以妨礙狀況之發生為起算點，並以妨礙狀況之消除為終點⁵⁸²。至於擬定之工期計畫僅具有表面之重要性，對於工期之計算，毋寧以具體工程狀況之描述，較為必要。除此之外，在妨礙狀況存續期間，工程執行期間亦會因重新開始動工所需之額外時間以及基於在較不適宜季節中施作可能發生之延緩而延長⁵⁸³。

第三項 比較分析

壹、 約定之風險分配

所謂工期展延，是指當事人於締約時預先考量可能造成履約遲延之因素，並擬定個別事由作為契約雙方在不可歸責於承攬人而發生工程進度落後之情形下，得以合意變更清償期限之依據，並藉此分配工程契約之時間上風險及免除契約一方之遲延違約責任。由於我國民法與德國民法相同，對於不可歸責於承攬人而發生工程施作遲延之情形，未規範得據以申請展延工期之事由，是以究竟承攬人何時得請求延長工期，必須轉而參照各工程採購契約範本或當事人契約約定之內容而定。就此，我

⁵⁷⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 9.

⁵⁸⁰ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §6 VOB/B, Rdn. 26.

⁵⁸¹ BGH BauR 1973, 317; Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §6 VOB/B, Rdn. 26.

⁵⁸² 此妨礙狀況之排除並不以承包商知悉與否為必要。惟倘若業主已知妨礙情況排除卻未告知承包商，則其據以主張承包商延誤工期即有違誠信原則。

⁵⁸³ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 11. 惟倘若工期之遲延是由不利施作之季節進入有利之季節，且原先停止之工時可被立即趕上時，則承包商依誠信原則即應主張縮短額外延長之工期。

國各採購契約範本關於工期展延事由之規範雖不盡一致，惟多數針對不可歸責於承攬人致工程延誤之情形，特別是履約遲延之個案所涉及者為地震、天災、戰爭等不可抗力之事由時，皆肯認承攬人得檢附事證請求展延工期。惟關於定作人不履行或遲延履行協力義務致影響工程進度之情形，相較於 VOB/B 第 6 條第 2 項明文揭示此可認定屬於定作人領域之事由，或認定屬於承攬人不可預期且無法避免之因素，不能期待承攬人承擔所有此類時間上之風險，故承攬人得據以請求展延工期之觀點，我國契約範本不僅對於定作人怠於協力之事由規範密度不一，更在展延工期與否之認定上設有業主單方認定或逾期申請視為放棄之定型化契約條款，則相關條款操作之結果，仍可能使承攬人於契約中形式上所享有得請求展延工期之權利失去實益，更可能須承擔所有工期遲延之風險，對承攬人利益之保障實有不足⁵⁸⁴。

對於履約遲延風險之分配，本文認為除了依第二章所述工程契約風險分配相關之概念加以認定外，仍宜探究民法第 230 條任意規定之立法意旨，由該條所揭示之過失責任原則可知，債務人僅須就可歸責於其所致之遲延債務不履行責任，是以若個案中負有給付承攬工作義務之承攬人，因不可抗力、來自定作人行為或定作人領域事由所發生之阻礙而無法如期履約時，由於承攬人對於該等風險較無管控能力，且即使其盡到相當之注意亦無法避免阻礙之發生，因此實不應課予承攬人承擔此種時間上的風險。特別是在本文所討論之定作人怠於履行工程施作所必要之協力，此種情形將造成工程施作進度因欠缺必要之法定程序或適於施作之環境而發生延宕，進而影響承攬人順利履約之計畫，使其因履約遲延，而受有增加費用支出或喪失另行締結其他工程契約機會等損害。若認為承攬人在此情形下不得請求展延工期，則要求承攬人終局承擔定作人故意或過失不履行協力行為之結果，不僅可能助長定作人不配合工作進行之惡習，更將使承攬人負擔超出其預期範圍外之風險。倘若承攬人因此於投標時將可能承擔之過高風險反映於投標價格中，此將可能使工程決標價格提高；又若承攬人因反映成本致標價過高而無法得標時，此可能意味著工程市場出現惡性競爭、劣幣逐良幣之情況，諸此對於定作人締結契約之利益未必有保障。

本文推測定作人嚴格審核承攬人請求展延工期之事由，多半是擔心如肯認承攬人得延長工期，將可能引發後續承攬人對於遲延增加費用之求償，且此種情形於公共工程契約中，更可能因機關辦理採購之行政人員，為避免其補償承攬人之損失而被控訴違反刑法或行政法規，因此在審核承攬人展延工期之主張時，無不拘泥於定型化約款狹義之文義，而

⁵⁸⁴ 類似觀察可參閱洪妙晶，工期遲延請求展延工期及損害賠償之研究，營造天下第 75 期，2002 年 3 月，頁 17-18。

盡可能縮減承攬人得主張展延工期及請求費用補償之空間。惟此實有將工期展延與費用補償二事有所混淆之誤會，蓋承攬人得否請求延長履約期限，所涉及者係其有否違反工程契約時間上義務之問題，倘若個案中承攬人對於工期延誤並無可歸責事由時，則依民法第 230 條之規定，其自不須承擔債務不履行之賠償責任，此時定作人亦不得課予承攬人逾期違約金。而此反映在工期展延議題上之意義則是，既然承攬人不須負擔遲延違約之責任，則透過業主於程序上同意將清償期限延後，將更可因清償期限之合意變更而達到確保承攬人免於違約責任之效果，使承攬人得安心繼續提出給付⁵⁸⁵。

至於遲延期間所支出之額外費用得否請求補償，此另涉及承攬人所提出請求權依據之檢驗，而不必然與定作人核准承攬人得展延工期一事具有正相關性，是以，承攬人未請求展延工期，不表示承攬人應負履約遲延之賠償責任；此外，承攬人得請求延長履約期限，亦不代表其接續請求補償費用或損失，業主皆應照單全收，更不意味著承攬人已藉由請求延長履約期限而放棄索賠之主張⁵⁸⁶。故承攬人是否負擔履約遲延之責任與業主是否應補償或賠償承攬人因遲延所支出之費用或損失，本應各自檢視相關法律規定或契約條款之規範，以求合理保障當事人之履約權益⁵⁸⁷。此外，如定作人預先擬定各類定型化約款設法排除承攬人請求展延工期或請求索賠之權利，此不僅未能解決工期延宕之爭議，更違背民

⁵⁸⁵ 類似見解可參閱曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 171。亦有論者認為，由於現行民法未規範承攬人得申請展延工期之事由，而當事人未於契約中為相關約定或定作人拒絕承攬人之主張，同時情事變更原則之要件多具開放性而未能提供明確之基準，故將承攬人得否請求展延工期乙事反過來以承攬人是否應負遲延之賠償責任加以思考，則依民法第 230 條之意旨，否認不可歸責之承攬人被課予逾期違約金，實可間接作為承攬人請求展延工期之論據。詳細說明可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 134。

⁵⁸⁶ 論者甚有主張，如承攬人與定作人協議延長工期而未依民法第 240 條規定請求額外支出之費用，此效果最低限度已自達成協議時起解除定作人之受領遲延責任，並同意拋棄展延工期之後相關延期費用之請求權，詳請參閱黃柏夫，「誠實信用原則」與「情事變更原則」如何適用於工程展期糾紛？萬國法律第 108 期，1999 年 12 月，頁 16。惟本文認為，除非承攬人有明確表示或可得推知其有免除定作人遲延責任之意思，否則原則上定作人同意承攬人之延期請求，僅發生延後清償期限，使不可歸責之承攬人不須承擔遲延違約金制裁之效果，然並不得因此即推論承攬人已免除定作人遲延提供必要協力之責任。

⁵⁸⁷ 以此觀諸 VOB/B 第 6 條第 2 項承攬人請求展延工期與第 6 條第 6 項承攬人請求損害賠償之要件有所不同，亦可得出相同對於履約遲延風險分配之結論。此外，學者亦有參考國際工程慣例所採取之「可否免責、可否補償」之遲延分類，並指出展延工期與相關費用之請求未必相伴而生，可得請求展延工期之事由未必均得以請求費用之補償，例如天災所致履約遲延之情形即屬適例，由於此種情形非屬承攬人得預期之風險，因此應同意其延期之請求；惟若個案中係涉及定作人契約義務未履行或變更工程之情形，此時承攬人除得請求展延工期外，亦得另依法律或契約條款請求補償相關費用。詳細說明請參閱顏玉明，營建工程契約進度及工期問題探討，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月，頁 44-46；楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，頁 139；李家慶，論工期展延之索賠—兼論契約條款之效力，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 134。

法第 230 條所揭示之任意規定立法意旨，同時轉嫁原應由其承擔之風險而加重條款相對人之義務，此類約款實已違反誠信原則而顯失公平，應依民法第 247 條之 1 之規定，否認該等約款之效力。

貳、工期展延相關定型化契約條款之效力⁵⁸⁸

一、逾期申請視為放棄條款

(一)條款內容及實務裁判

實務上工程契約中常約定工程進行中，發生不可歸責於承包商之事由致影響工期時，承包商得向業主申請展延工期，但契約中亦常見當事人訂明，承包商應於遲延事由發生後一定期間內，提出展延工期之申請。例如：行政院公共工程委員會工程採購契約範本第 7 條(三)規定：「廠商應於事故發生或消滅後__日內(由機關於招標時載明；未載明者，為 7 日)通知機關，並於__日內(由機關於招標時載明；未載明者，為 45 日)檢具事證，以書面向機關申請展延工期。」；內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第 13 條第 2 項亦規定：「乙方應於事故發生五個辦公日內，向甲方申請核實展延工期，逾期不予受理」⁵⁸⁹。此外，倘若當事人對於此類申請展延之程序另行約定「承包商逾期申請即視為放棄請求」之內容時，於實務上即進一步衍生關於此種「逾期申請視為放棄條款」效力之爭議。

關於「逾期申請視為放棄條款」之效力，法院實務判決有採肯定其效力之見解者，如高雄高分院 93 年度重上更(三)字第 26 號判決：「上訴人(承包商)...其未能證明係於被上訴人(業主)應負責之原因、變更設計或遇天災人力不可抗拒之事故發生後 7 日內為之...則上訴人之申請既未依約為之且未經被上訴人同意，即無所謂延展工期問題，則逾越契約約定之完工期限即應由上訴人負責」⁵⁹⁰；另外，臺灣高等法院 87 年度重上字第 170 號判決則謂：「一般規範第 8.4 (6)a 規定「任何額外之工程或由於特殊情況，導致實際施工期間之增加時，承包商須於該項工程開工該特殊情況

⁵⁸⁸ 就本文所觀察近期契約範本之規定，相較於各文獻中所提及該等契約範本於修正前之內容，此類單方認定或逾期申請視為棄權之條款已大幅減少，似乎政府機關已逐漸採納學說及實務界對於約款效力之批評，並反映於條款內容合理化之修正上，此應值肯定。惟由於實務判決中仍不乏當事人以此類不公平條款作為契約內容者，是以本文認為仍有檢討相關約款效力之必要，故以下乃簡要分析之。

⁵⁸⁹ 此外，另可參閱國工局工程契約一般條款 H.7 規定：「(二)承包商應於發生上述情況後，於 7 日內以書面通知工程司，並於事故結束後 28 日內或工程司同意之合理期限內向工程司提出其全部書面說明，敘明延遲之情況及理由，預計受延遲之日數，以及用以防止或減少延遲之措施。」

⁵⁹⁰ 轉引自黃馨慧，由法院判決先例看工期展延及費用求償之爭議，發表於工程法律系列論壇(四)會議資料，頁 18。惟本文自網路搜尋此案號，該判決似為討論履約保證金性質之案件。

發生之後次日起二十八天內，提送詳細說明書延長工期計算表及計劃評核網狀圖，以證實其工期延長為合理之要求，逾期應作放棄論，承包商不得異議。」，其目的係在使上訴人能確實掌握與控制工程進度，此為上訴人所自承，足見該條款之規定係為保護上訴人之權益而設。惟若上訴人因其派駐工地之工程司代表即訴外人亞新工程顧問股份有限公司（下稱亞新公司）以及上訴人派駐現場之監工單位即新竹工務所之監督，已能掌握工程之每日實際進度狀況，則縱被上訴人於逾越上開二十八日之期間始向上訴人申請展延工期，而經上訴人之工程司之認可決定時，應認上訴人已默示同意被上訴人逾期申請展延工期。...本件被上訴人申請依一般規範之規定申請展延工期之過程觀之，上訴人之工程司代表、新竹工務所及工程司在本件趕工工程完工後之八十三年四月九日之前，均認被上訴人之申請合乎一般規範之規定，雖被上訴人之申請逾一般規範 8.4(6) a 之二十八天之期限，上訴人工程司仍進而為實質之審查後並予以認可、決定，足見上訴人確已默示同意本件被上訴人逾上開期限之申請為有效。」，依此判決之見解，似認為雖承包商申請展延工期已逾程序上之時間規定，但實體上仍經機關之工程司認可承包商展延工期係有理由者，則就承包商之逾期申請，機關不得於嗣後依據其所使用之逾期視為放棄條款而為不利於承包商之主張。惟由此判決似尚難推論倘若機關之工程司不認可承包商申請展延之實體事由時，則對於承包商之逾期申請，法院就系爭條款效力之判斷是否亦同前述之看法⁵⁹¹。

(二) 本文看法

如契約中訂有逾期申請視為放棄條款，則倘若承攬人未及時提出申請時，是否即不得再主張延展工期？學者有認為此條之約定如同縮短時效之約定，並具有命承包商拋棄請求權之意涵，此不僅違反民法第 147 條之強行規定，依民法第 71 條應屬無效，且亦有違民法對定型化契約之規制，按其情形顯失公平，該部分約定應為無效⁵⁹²。

⁵⁹¹ 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第 61 卷第 8 期，2010 年 8 月，頁 10。

⁵⁹² 林誠二，政府採購契約消滅時效條款，月旦法學教室第 21 期，2004 年 7 月，頁 12-13。此外，仲裁實務上亦有仲裁判斷採類似看法而認為：「合約一般條款要求承包商欲求償者，應於事件發生後 7 日內或 30 日內，向工程司提出意願書或提議書，否則視為放棄求償權利，難謂非屬以法律行為減短時效期間，有違民法第 147 條『時效不得以法律行為加長或減短之，並不得預先拋棄時效之利益』，依民法第 71 條規定，該部分約定，應為無效。」。詳請參閱高瑞錚，因工期展延請求補償所生爭議之判斷，工程仲裁案例選輯 II，2003 年 7 月，頁 11，轉引自詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第 61 卷第 8 期，2010 年 8 月，頁 10。

本文認為，承包商提出展延工期之申請時，業主應就有無契約所訂或法律上得申請展延工期之事由予以審查，至於承包商是否在契約所訂期間內提出申請，實非審查重點所在。此類限期提出申請之條款，究其目的實在於促使承攬人儘速主張權利，以利雙方得保存證據並作成是否展延工期之認定，此外，亦連帶使定作人得確實掌握工程之進度。換言之，如因承包商逾期提出展延工期之請求致無法證明其申請是否符合契約所訂或法律上得展延工期之事由時，業主即可不予核准展延工期。本文認為，此類條款之效力判斷，應考量承攬人未及時申請是否有正當理由，以及業主是否存有應受保護之利益。倘若工期延誤係因可歸責於定作人之事由所致或承包商能證明業主已知悉展延工期事由之發生時，則定作人控管工程進度之利益已受到保護，此時其履約利益或未受有損害，或僅受到輕微之損害，惟其卻預先以程序上時間限制之定型化約款排除任何承包商逾期申請展延工期之機會，並轉嫁所有工程遲延之風險於承攬人，此種權利之行使實有違比例原則及誠信原則⁵⁹³。

此外，展延工期之請求屬於有利於承包商之主張，對於有無契約所訂或法律上得申請展延之理由，如當事人有爭執時，依民事訴訟法第 277 條之規定，應由承包商負舉證責任。故承包商逾期提出展延工期之請求只可能發生對己不利之結果，並不影響業主利益，倘若業主預先使用此種定型化契約條款排除承包商即使逾期仍得證明確實存在得展延工期之情形，而不予准許展延工期，則此條款無異是在無維持業主正當利益之必要下，剝奪承包商舉證證明之權利，而應依民法第 247 條之 1 第 3 款規定，認定此條款無效⁵⁹⁴。

二、對展延與否及展延日數不得異議條款

(一) 條款內容及實務裁判

承前所述，由於業主是否同意展延工期經常與承包商是否該當給付遲延之責任相關，亦涉及逾期違約金之計罰，更可能衍生後續承包商得否向業主請求補償額外支出成本之爭議，是以業主為確保對於履約遲延風險之掌握，多擬定單方認定條款，使得否

⁵⁹³ 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(五)—最高法院 90 及 91 年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第 57 期，2004 年 4 月，頁 62-63。

⁵⁹⁴ 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第 61 卷第 8 期，2010 年 8 月，頁 10。應注意者係，雖本文認為承攬人逾期申請展延工期，不表示承攬人放棄申請展延工期之權利，然為了避免發生導致工期遲延之因素於時間經過後難以舉證之困境，承攬人仍宜儘速將展延事由通知定作人，雙方會勘並作成記錄，如此既可保存證據而減少爭議，亦較能保障承攬人不會遭受非可歸責於其之遲延責任。

延期及延期天數之爭議，皆由擁有獨立終局決定權之業主作成最終判斷。例如交通部台灣區國道新建工程局一般規範 H.7 條第 3 項規定：「工程司應於收到該項書面細節說明後，儘速在合理時間內，以書面提報主辦機關准許承包商在工程司認為合理之範圍內，延長本契約所訂本工程或其部分工程之竣工時間、或完成本契約規定部分工程完成至規定程度之時間、或達成預定時程之時間(以主辦機關正式核准者為準)。除本契約另有規定外，承包商不得因施工順序改變而對主辦機關提出任何要求。」，由此條規範可推知，雖於工程司認為合理之範圍內，得准予展延工期，惟由於此涉及業主單方主觀之認定，因此認定結果除可能少於實際所需日數外，亦可能業主完全不同意展延工期，此時將對於承包商申請延期之權益產生無法預期之影響。

法院實務上對於此種條款效力之認定，向有不同意見。肯定約款效力之見解，可參照臺灣高等法院 87 年度重上更(一)字第 113 號判決：「上訴人另主張系爭工程於八十三年因不可歸責於伊之事由，發生塌模災害，伊遭相關單位勒令停工檢查，無法按原定進度施工，其期間應算為一百一十一日曆天。...查工程契約書第五條第二項約定「全部工程限於四五〇日曆天完工」、第三項約定「如因甲方（即被上訴人）之原因，或不可抗力之因素，致須延長完工日期時，乙方（即上訴人）得以書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議。」，顯已排除民法對於承攬人因不可抗力及民法債編總則中有關不可抗力之遲延責任，故應優先民法適用。...況上訴人自七十六年六月六日起至簽訂系爭工程契約前後，已與被上訴人簽訂數次不同工程合約，惟每份工程合約均載有與前開約定相同內容之條款，上訴人從未表示不公平要求修正，顯見上訴人係事前詳細評估認可接受始簽約，上述條款約定並無不公平或權利濫用情形。又依「台灣省政府住宅及都市發展局營造綜合保險補充規定」，被上訴人要求上訴人對系爭工程須投保「營造綜合保險」，該補充規定第二條亦載明「承包商應於投標前詳查工地四周情形、工程概況及本身能力」，可證上訴人於投標前，對於工地四周情形、工程概況及本身「模板支撐與鷹架工作」設計能力與風險轉嫁早已評估，始簽訂系爭工程契約，上訴人就其因本件工程所受損失，亦獲得投保公司全額理賠，益證上述條款約定並無不公平或權利濫用情形。上訴人雖另稱該契約條款係定型化契約，對上訴人不合理云云。惟被上訴人係公務機構，其對公共工程皆以招標、議價及比價之方式行之。上訴人於招標或議價、比價時就合約條款如有任何之意見，應已評估風險，並利用保險或其他方

式將違約風險轉嫁，此與一般消費者與企業主訂立定型化契約之情形顯有不同，不能相提並論，被上訴人自無違反誠信原則之可言。況行政院消費者保護委員會亦稱「政府機關發包工程時，應屬企業經營者，但承包工程之廠商並非消費者，亦屬企業經營者，因此雙方所締造之契約，自不能直接適用消費者保護法有關定型化契約之規定，應適用民法及其他有關法令之規定」，...是上訴人主張上開條款違反消保法第十二條第一項契約無效，亦無理由。」⁵⁹⁵。

惟亦有採否認此種業主單方認定條款之見解者，如最高法院 92 年度台上字第 1671 號判決：「查上訴人於事實審辯稱：系爭契約係被上訴人事先預定之定型化契約之條款，其第五條第三款約定：「因故延期：如因甲方之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方（即聯統公司）得以書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議。」則履行契約無論是否可歸責聯統公司之事由而肇致之延誤工期，均應以被上訴人所為核定為依據，而不得提出異議，顯失公平，該條款係屬無效云云，係屬重要之防禦方法，原審恣置不論，自有判決不備理由之違法。」⁵⁹⁶。

⁵⁹⁵ 類似見解亦可參照臺灣高等法院 93 年度重上字第 362 號判決：「...若允許承包商得以任意爭執或變更被上訴人對於工期延展之決定，則不僅該工程之工期受到影響，連帶其他工程之工期，亦必須有所更動，牽及全體工程，故而始有如此之約定。再者，為保障被上訴人終局決定之專業性，被上訴人另設有就工程具高度專業性之「工程司」，作為被上訴人指派負責監督合約之履行及工程施工之正式授權單位，依系爭合約一般規範第 3.3.2 節，基於其對工程技術、管理之高度專業性，工程司並有相當之職權，如：監督工程進度、決定承包商提供之材料、機具、設備是否合格、核定施工方法、決定完工及保固事宜等。是而該等約定，雖然影響上訴人對於展延工期之爭執權利，而屬對上訴人不利益之條款，惟既係基於重大工程進行進度一致性之公益上特殊考量，且亦有專業之工程司予以評核把關，且該等約定條款亦係上訴人於投標前所知悉，上訴人亦可將利用保險或價格成本之提高來轉嫁該等風險，是就該等約款衡情亦無「顯失公平」之情形。是被上訴人對工期延長有有絕對權或最後決定權事項之條款，既非屬民法第二百四十七條之一所定之附合契約，按其情形亦無顯失公平之情事，自屬有效。」

⁵⁹⁶ 類似見解，亦可參照最高法院 87 年度台上字第 1419 號判決：「兩造於八十一年六月三十日訂立之工程契約書第五條第三項約定：「因故延期：如因甲方之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方得以書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議。」，依此約定，系爭工程進行中，倘因可歸責於被上訴人之事由，或因不可抗力，導致系爭工程無法施工，被上訴人可無視實際無法施工之日數，單方面擅自決定可展延工期之日數，上訴人全無置喙餘地，有違誠信原則，對上訴人顯失公平，依消費者保護法第十二條第一項規定，應屬無效（作者按：此判決似誤認工程定型化約款有消費者保護法第 12 條規定之適用，惟其於判決中對於條款效力所揭示之判斷內容，仍值參考。本見判決經發回後，臺灣高等法院 89 年度重上更(二)字第 107 號判決對於約款效力亦採相同之認定標準。）」；最高法院 89 年度台上字第 1402 號判決：「...依此約定，系爭工程進行中，倘因可歸責於被上訴人之事由，或因不可抗力，導致系爭工程無法施工，被上訴人可無視實際無法施工之日數，單方面擅自決定可展延工期之日數，上訴人全無置喙餘地，有違誠信原則，對上訴人顯失公平；...則上訴人主張本件雙方締造之契約，縱不能直接適用消保法之規定，依民法第七一條、第七二條、第一四八條第二項、第二一九條等規定，工程契約書第五條第三項之約定亦應為無效之約款等語，

(二) 本文看法

對於「業主單方認定展延日數條款」之效力控制議題，本文認為依民法第 230 條之規定，因不可歸責於債務人之事由致未為給付者，債務人不負遲延責任，此係立法者依利益衡量、價值判斷所為之風險分配，債務人之遲延責任，應以債務人有無過失為判斷標準。且關於承包商所得申請展延之天數，業主本應依契約約定及法律規定，考量承包商之遲延不具可歸責事由，而基於履約之誠信核實裁量之，至於業主所核准展延之天數是否合理，當事人如有爭執，亦可交由法院或仲裁庭等有權認定機構為事後之審查。惟依前揭條款之約定，承包商得否免除遲延責任，完全取決於業主單方之決定，排除民法上過失責任基本原則之適用，使承包商對於不可歸責於己之事由或不可抗力之事由所致之遲延，亦可能須負債務不履行之責任，則此條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨即顯相矛盾而有失公平。此外，如遵循此條款之意旨，則無異使業主與承包商間之權利義務關係完全交由業主單方作內部認定，不僅違背契約法係以雙方合意為基礎之根本原則，亦將因違約與否完全委由契約之一方決定，而使得當事人無法事先預知其所需盡到之注意義務程度及可能之責任範圍，顯有片面加重他方當事人義務之虞，因此應依民法第 247 條之 1 之規定，認定此類條款為無效⁵⁹⁷。

是否全無可採，即非無斟酌餘地。」；最高法院 101 年度台上字第 438 號判決：「又當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金，民法第二百五十條第一項定有明文。故違約金之支付，以債務人有債務不履行事實為前提。因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負遲延責任，為民法第二百三十條所明定。本件觀之系爭契約第八條第五項第一款明定契約履約期間，有該款所列情形，確非可歸責於廠商，而需要展延工期者，得申請展延工期，不計算逾期違約金；則倘若確有非可歸責於上訴人之事由而需展延工期，被上訴人就其申請，似不得任意拒絕。」等可供參照。

⁵⁹⁷ 楊淑文，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，新型契約與消費者保護法，元照出版，2006 年 4 月二版，頁 214；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 147。關於業主單方認定展延與否及展延日數條款，有認為當契約中如僅泛稱：「不得提出異議」或「業主有權依情形決定是否展延」時，基於有利於相對人解釋原則之適用，應限縮該條款之適用於「不得再以同一遲延事由向定作人提出展延之請求」，而不及於訴訟或其他非訟程序而言，亦即解釋為一種暫時性的決定。此外關於業主單方認定展延日數條款是否涉及當事人約定排除申請展延工期等事項於仲裁合意外，詳細說明可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 118。

第四節 增加費用或損失之請求

第一項 概說

於定作人拒絕或遲延提供協力行為之案例中，由於承攬人無法及時獲得定作人必要之協助，將使契約之履行遭遇妨礙，此伴隨而來的效果多為工期延誤及承攬人為排除妨礙或於妨礙被排除前所進一步支出之額外費用，此外，也包含承攬人因此蒙受預料外之財務損失。關於此種不可歸責於承攬人所致之遲延，由於承攬人依民法第 230 條規定本不負擔給付遲延之責任，是以多數學說及實務見解，乃至工程契約範本之規定，多肯認定作人怠於提供必要協力得作為承攬人請求延期之事由。惟承攬人可否請求額外支出之費用或損失？則不無疑問。觀察並歸納實務上相關之案例可發現，定作人對於承攬人展延工期之請求通常較容易讓步，因為此種情形至多僅造成定作人無法課予承攬人遲延違約金之結果，對於定作人而言並不產生額外應履行之義務。惟若涉及費用或損失補償之爭議，則事關當事人間可歸責性之判斷，或履約風險是否可得預見乃至應由誰承擔損害等問題，因此契約雙方當事人對於費用補償或損失賠償之爭執經常更甚於工期展延之請求⁵⁹⁸。

對此，實務上常見的作法是，定作人多以其預先擬定之「索賠棄權條款」為自己減免應負責任之範圍，若不先探究此約款之效力，則承攬人任何索賠之主張，將遭到定作人以此約款一概地提出抗辯，此亦為工程實務上關於延期費用或損失索賠之核心爭議。基此，於進一步探討費用補償或損害賠償⁵⁹⁹之議題前，邏輯上實有必要對於索賠棄權條款之前提性爭議予以釐清，方得開展本文後續對於當事人主張契約或法定請求權基礎之分析。

關於承攬人因定作人怠於履行協力義務而增加費用支出或受有損失等情形，前者係指基於契約履行遭受妨礙而須於原訂報酬外另為支出；後者則為可歸因於定作人之妨礙情況致喪失可能預期之利益。關於妨礙所增加之費用通常係因定作人未及時提供協力致工期受到延誤而發生，通說多將之進一步區分為直接費用及間接費用。直接費用包含承攬人因遲延期間所額外支出之人員待命、閒置、撤離及復員費用；機具租金、維修、保養

⁵⁹⁸ 類似看法可參閱羅明通，工期展延費用之風險分擔--從「不可歸責於廠商」之角度談起(下)，營建知訊第 233 期，2002 年 6 月，頁 63。

⁵⁹⁹ 本文顧及承攬人因定作人怠於履行協力行為所生損害之情形，可區分為定作人違反對己義務及真正義務二種，而違反此二類義務所相應適用之請求依據不同；前者係涉及對於承攬人徒勞提出給付所生提出、保管費用之請求；而後者則涉及定作人具主觀可歸責性要件時，必須對承攬人所生之損害予以完全填補。是以在此乃併列作敘述，並將二者統稱為「費用及損失之請求」。

費用、攤提折舊及閒置費用；增加之材料倉儲費用或材料毀損滅失之費用；工程保險及其他隨工程期間延長而增加之一式計價項目，如勞工衛生安全設備、環保、交通維持、施工水電、通風照明等費用⁶⁰⁰；間接費用則多屬工程管理費用⁶⁰¹，其項目包含固定基本人員人事相關費用、融資費用、臨時設施費用、工務所租金、辦公行政事務費、設施維護、各種保證金手續費、法律顧問費、工程協調費、稅賦及其他雜項費用等⁶⁰²。至於損失部分，一般通常包含財務損失⁶⁰³、對分包商求償之支出、工程利潤及履約保證金或保留款利息等。此外，關於工程之利潤，實務上常見當事人將之與管理費合編為同一計價項目，即俗稱之利管費，其多以直接工、料成本之一定百分比編列。此種一式計價項目之調整方式則多採取實支實報法或比例調整法作計算，惟由於依實支實報法核算，承攬人必須提出實際發生成本之單據為主張之佐證，運作上較為繁雜亦具舉證困難度，是以現今工程實務有逐漸採用比例調整法進行估算之趨勢⁶⁰⁴。

針對工程因不可歸責於承攬人之事由致無法開工或開工後無法繼續施工之情形，除行政院公共工程委員會所頒布之工程採購契約範本針對定作人違反協力義務之情況，訂有類如民法第 507 條之法律效果外⁶⁰⁵；多數契約範本則規範，若該不可歸責於承攬人之遲延累積達一段期間時，承攬人得選擇終止契約並請求損害賠償，或繼續履行原契約而請求遲延期間所

⁶⁰⁰ 詳細說明請參閱王伯儉，*延長工期時費用如何求償？*，*工程契約法律實務*，元照，2008 年 10 月二版，頁 218-222；陳秋華，*停工索賠*，*工程法律實務研析(一)*，*寰瀛法律叢書系列*，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 239-240；李家慶，*遲延交付場地責任誰屬*，*營建知訊*第 226 期，2001 年 11 月，頁 65；洪妙晶，*工期遲延請求展延工期及損害賠償之研究*，*營造天下*第 75 期，2002 年 3 月，頁 18-21。

⁶⁰¹ 工程管理費用係指工程之直接工、料費用外，為完成工程施作所必須支出之成本，因工程專案之管理通常由工地現場工務所及總公司共同為之，故又可分為工地現場管理費及總公司管理費。

⁶⁰² 詳細說明請參閱王伯儉，*延長工期時費用如何求償？*，*工程契約法律實務*，元照，2008 年 10 月二版，頁 219；賴榮吉、謝宇珩，*捷運工程因工期展延衍生公平調整合約金額探討*，*捷運技術半年刊*第 27 期，2002 年 8 月，頁 237；林雅芬、陳鵬光、魏潮宗，*工期展延與損失求償*，*工程法律探索*，元照，2009 年 10 月初版第一刷，頁 55-61；劉至芳，*工程契約價金調整方式之研究*，*國立台灣大學科際整合法律學研究所碩士論文*，2009 年 6 月，頁 75-83。

⁶⁰³ 此係指工程被延誤時，於停工或延滯期間工程無法進行，則工程估驗款項無法按既定之工程進度支付給承包商，因此使承包商財務調度及開支無法如期作業所遭致之損失而言。

⁶⁰⁴ 以比例法計算延長工期之管理費，係以契約約定之管理費除以原施工日期，得出每日之管理費，再乘以展延工期之日數，此外，當事人亦得再視其展延工程之情況，以不同之折數計算承包商工期展延之損失。關於調解及仲裁實務上對工期展延求償金額計算方式之介紹、不同計算方式之可行性及可能衍生何種當事人間求償爭議之分析，詳細說明可參閱楊淑文，*工期展延之爭議與履約調解*，*月旦法學雜誌*第 143 期，2007 年 4 月，頁 141；廖肇昌、黃一平，*公共工程契約爭議類型之探討*，*營建管理季刊*第 64 期，2005 年 9 月，頁 67。

⁶⁰⁵ 行政院公共工程委員會工程採購契約範本第 21 條契約終止解除及暫停執行：「(十二)履行契約需機關之行為始能完成，而機關不為其行為時，廠商得定相當期限催告機關為之。機關不於前述期限內為其行為者，廠商得通知機關終止或解除契約，並得向機關請求賠償因契約終止或解除而生之損害。」

增加之費用或損失⁶⁰⁶，惟各契約範本對於承攬人得求償之要件或得請求之項目，規範不盡相同。本文認為於當事人對於損害賠償或費用補償之請求有特別約定時，故可依循相關約定解決當事人間因履約所生之索賠爭議，惟是否當事人之約定皆屬合理，或當事人未針對索賠事宜作出約定時，則有必要回頭參照民法上相關之任意規定，尋求較為合適之請求權依據。而我國民法對於定作人怠於提供必要協力之情形，僅於第 507 條設有明文規定，在該條之法律定位及法律效果尚有爭議下，當事人於訴訟上主張時無不另尋給付遲延、受領遲延或情事變更原則等作為請求依據，然個別請求權基礎所涉及法條應如何解釋適用之爭議亦有不同，因此實有必要於探討當事人請求補償或賠償增加費用及損失之議題時，一併進行全盤檢視，如此方能瞭解各請求權基礎間相互之關聯性，並藉以檢討現行法之規定是否存在立法漏洞，而有待日後透過修法或運用法學方法予以彌補。

本文以下即針對我國法上當事人最常主張之請求權基礎，逐一瞭解立法者所預設之價值分配，同時參照我國民法所繼受之德國民法及其契約範本之相關規定，並針對其中規範存在差異之處予以分析，期能進一步思考現行法之規定是否尚有改進之空間與必要性。

第二項 索賠棄權條款之效力

壹、條款內容及實務裁判

一、索賠棄權條款之定義

於工程契約中，業主經常使用之定型化工期展延條款，如約定縱使業主核准承包商展延工期之請求，承包商就業主所核定展延之工期，除契約或契約附件另有明訂外，不得另行請求任何因展延工期而發生之費用、物價指數調整款或其他之補償或賠償者，即為所謂之「僅給工期不給補償條款(又稱：索賠棄權條款)」。常見之約定內容包含：「承包商不得因前述事件所引起之工作延誤或工作紊亂提出索賠」、「承包商不論以任何理由申請延長工期，如工程司以書

⁶⁰⁶ 可參閱內政部營建署工程採購契約範本第27條契約解除或終止之規定：「(四)非可歸責於乙方之事由，於簽訂本契約之次日起，逾6個月未能開工或開工後無法繼續施工而停工，其單次停工時間達6個月仍無法復工者，乙方得解除或終止本契約。但經甲方以書面徵詢乙方同意繼續履約者，嗣後開工或復工，乙方得提出工程未開工或停工超過6個月後之期間，依契約規定之準備工作費、工棚租金、工地水電費、電話費、工程安全設施等項目，參酌實際情況按實付金額計算或依契約相關項目單價比例估驗計價及經甲方認定必要現場待命人員工資，最多2人且以乙方員工為限，該項工資應參酌契約內技術及一般工資，由甲乙雙方協議訂定。但乙方應按日填報日報表，並於每週末、每月底以書面報甲方備查之相關證明文件向甲方核實求償；若乙方提出解除或終止本契約並得就下列項目提出相關證明文件向甲方核實求償。(下略)」；此外，尚可參閱台北市政府工程採購契約範本第22條第2項之規定。

面通知核准其延長之請求，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已做全部而圓滿之補償。承包商必須放棄對該一事件再提出要求之權利」。此種約款擬定之目的係業主為了將可能導致任何費用增加之風險控制於一定範圍內，或是為了將不可預見之風險全部移轉到承包商一方，而預先免除或限制承包商將來可主張請求補償或賠償費用及損失之權利，甚而排除承包商主張情事變更原則以請求調整契約內容之救濟途徑。然而此種免責或棄權條款之效力究竟如何？是否只要當事人一將此種約款訂入契約中，基於契約自由原則，承攬人即終局不得請求補償或賠償任何延期所生之費用及損失？由於此涉及承攬人權益之保障及當事人間針對履約風險之合理分配，故此問題於學說及實務見解上素有爭議，本文以下乃簡要介紹並分析之。

二、實務見解

法院實務針對棄權條款效力之見解，主要可概分為下述三種看法：

(一) 條款有效

過往法院實務上或許基於契約自由原則之考量，向來對於定型化契約管制理論之操作趨於保守，法院介入當事人間之契約關係並宣告定型化契約條款無效的案例並不多見。因此，縱使在大多數類似的案例中，即便承包商經常主張定型化契約條款無效之抗辯，法院通常仍基於承包商具有施作工程之專業經驗或能力，對於施工風險應可事先預見或掌握等觀點，進而認定承包商應嚴守契約之約定，並拒絕承包商之請求。例如最高法院 96 年度台上字第 168 號判決謂：「是該法條第一款所謂：「免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者」，及第三款所謂：「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」，應係指一方預定之該契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地，始足當之。而該法條所稱「按其情形顯失公平者」，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言。系爭工程係經公開招標，被上訴人於參與投標前，對於有關係爭工程之工程圖說、投標須知、標單、合約書及其附件等，非無充足之時間詳細審閱，以了解得標後兩造之權利義務，倘其認契約條款對其不利，亦可拒絕投標，似此情形，能否謂系爭工程契約之附件「台灣省政府住宅及都市發展局施工須知」第九條之約定，有民法第二百四十七條之一第一款、第三款所定情形而無效，尚不

無研求之餘地。原審遽謂該約定有上開法條所定情形，應為無效，已有可議。」⁶⁰⁷。

(二)未置可否

關於索賠棄權條款之效力，亦有法院未清楚表示意見者，如最高法院97年度台上字第980號判決：「上訴人(業主)主張兩造所簽訂之系爭工程合約中施工說明書總則第三條第二項雖載有「如非承包商之責任而影響工程之進行時，僅得按實際情形免計工期，不得提出賠償要求」之棄權條款，惟此為被上訴人締約時所明知，該棄權條款，應屬有效。且被上訴人之前已多次承包伊之工程，應知悉系爭工程有邊施工邊辦用地徵收之情事，而仍參與投標，並於得標後締約，顯已同意免除伊提供土地遲延之責任，並提出兩造曾於八十四年三月七日簽訂「195 甲線 11k+000~14k+000 路基拓寬工程」八十六年九月十七日簽訂「台 11 線 71k+200~73k+661 路基改善工程」，而完成系爭工程後又於九十一年八月六日簽訂「台 7 線 125k+160~125k+850 路基拓寬工程」、九十三年二月四日簽訂「台 9 線 247k+420~281k+110 路容整修工程」之工程合約書四份在卷可稽，可見被上訴人經常參與伊之各項工程之投標，對伊之作業及狀況知之甚詳，何況前開「台 11 線 71k+200~73k+661 路基改善工程」，在開工後亦有補辦地上物補查估事宜，足證被上訴人應知悉伊發包工程均有邊施工邊辦用地徵收之情事，被上訴人既有此經驗與認識，其於投標前，依招標公告，即應知悉伊之施工說明書及兩造合約本有排除伊提供土地遲延之責任義務，而評估應有之風險，卻仍參與投標，並進而締約，且依兩造締約內容，尚有拆屋還地、管線拆遷之後續事宜，必然會影響工程工期，足認被上訴人於締約時已知悉伊提供土地將有遲延之情事，而有預先免除伊提供土地遲延之責任等語，似非全然無據，此攸關上訴人得否主張該棄權條款並無民法第二百四十七條之一第一、三款規定顯失公平之情事，自屬重要之攻擊防禦方法，惟原審恣置不論，且未於判決理由項下說明其取捨意見，即遽認上開棄權條款顯失公平，應屬無效，被上訴人

⁶⁰⁷ 此外，最高法院98年度台上字第278號判決亦謂：「次查上訴人主張兩造所簽訂之系爭工程合約中施工說明書總則第三條第二項雖載有如非承包商之責任而影響工程之進行時，僅得按實際情形免計工期，不得提出賠償要求之棄權條款，惟此為被上訴人締約時所明知，該棄權條款，應屬有效。……足認被上訴人於締約時已知悉伊提供土地將有遲延之情事，而有預先免除伊提供土地遲延之責任等語，似非全然無據...」；類似見解尚可參照最高法院94年度台上字第1號判決、最高法院95年度台上字第2309號判決、最高法院86年度台上字第2076號判決、臺灣高等法院97年度建上字第83號判決、臺灣高等法院93年度重上字第411號判決、臺灣高等法院89年度重上字第478號判決、臺灣高等法院92年度上更(一)字第100號判決及花蓮高分院94年度建上字第33號判決等。

得請求上訴人賠償損失，進而為上訴人不利之判決，自有未洽，並有判決不備理由之違法。」⁶⁰⁸。

(三)條款無效

法院對於審酌索賠棄權條款效力之見解近年來已出現轉變，其有指出此類概括棄權條款之約定使交易雙方所負擔之風險明顯不對等，應從嚴加以解釋或適用，進而有依民法第 247 條之 1 宣告條款無效者。例如最高法院 95 年度台上字第 930 號判決「上訴人於本案例中因可歸責之事由共計展延工期五百六十六天，達原預定施工日期之七成以上，此情形已超乎合理期待，更非任何一位承包商於訂約時所能預見，故系爭工程合約第四條第三款所列公路工程施工說明書第一章總則第三．二節約定及施工補充說明書第十六條約定，既係由上訴人一方預定用於同類契約之條款，且免除上訴人之責任，對於被上訴人而言，實顯失公平，應符合民法第二百四十七條之一規定而無效。」⁶⁰⁹。

三、學說見解

(一)肯定說

採肯定說之論者認為，業主本擬透過此類索賠棄權條款之設計以避免或劃定自己之風險，若此項條款被宣告無效，則事後承包商求償之範圍將被無限制擴大，致使原先條款設計作為安全閥之功能蕩然無存⁶¹⁰。亦有認為，在非可歸責於業主之延期過程中，如個案為公共工程契約，則政府機關同樣亦須面臨投入資金以填補期程延後，以及預定完工期程啟用效益遲滯之重大損害，故業主同意展延工期而不予補償應可認為係一種各自承擔部分風險之

⁶⁰⁸ 類似見解尚可參照最高法院98年度台上字第1822號判決、最高法院97年度台上字第678號判決、最高法院95年度台上字第2383號判決、台中高分院93年度建上字第23號判決等。

⁶⁰⁹ 此外，台北地院 95 年度建字第 67 號判決亦謂：「兩造合約一般規範第 8.4(7)條規定棄權事項規定顯失公平應為無效。按民法第二四七條之一規定：(略)。經查本件系爭一般規範第 8.4(7)條規定：「承包商以上述有效之理由申請延長工期，如工程司以書面通知核准其延長之請求，則應視為承承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已作出全部而圓滿之補償。承包商須放棄對該一事件再提出要求之權利。...」。次查本件系爭二件工程延展工期原因並不可歸責於原告，而其他計如變更設計及取得路權等有部分可歸責於被告，同時依上開約定，仍應由原告提出申請展延工期後，再由被告核定、同意展延，更進一步要求原告須放棄一切補償之權利；同時原告面對此種工程因時間因素大幅增加費用之風險又遠超過原告之預期，顯然兩造對此契約條款約定係處於不對等地位，即原告對展延工期部分並無自主權、無平等商議可能，更被迫要放棄補償權利，是本院認為上開附合（定型化）契約之條款自顯失公平，揆諸上開規定，對原告言應為無效。是原告陳稱被告自不得以此規定主張原告無請求損害賠償之權利等語，核屬有據。」。類似見解尚可參照最高法院 98 年度台上字第 765 號判決、台灣高等法院 95 年度建上字第 4 號判決、台北地院 94 年度建字第 277 號判決、花蓮高分院 95 年度建上更(一)字第 21 號判決等。

⁶¹⁰ 藍秉強，從「工期展延索賠爭議」到「逾期罰款爭議」的趨勢預測，仲裁季刊第 71 期，2004 年 5 月，頁 90 以下。

合理作法⁶¹¹。

(二)否定說

學者認為業主憑藉其較佳主宰工程交易市場之優勢，經常單方預先擬定限縮自己承擔風險範圍之條款，而承包商迫於競爭考量之無奈，對於此類條款多必須概括承受，惟此類條款內容顯有將承包商於締約時所不能預見、或縱能預見亦無法採取合理措施防範損害發生等風險，一律強加於承包商之情形，進而使承包商拋棄權利或使其權利之行使受到限制；相對地，業主卻可藉由條款之約定而免除其原應承擔之契約責任，如此將造成契約雙方當事人所承擔之風險或責任明顯不對等，欠缺公平合理性，是以此類棄權條款應屬無效⁶¹²。

(三)折衷說

折衷說認為，公共工程契約中之索賠棄權條款是否顯失公平，不能一概而論，原則上應視工程契約慣例而肯認該條款於合理預見之範圍內仍然有效之可能性；而所謂之「合理預見範圍」，一般而言多以六個月為基準，蓋此種看法主要考量當事人多於契約中約定，當連續停工達六個月以上時，承包商得終止契約。依此項約定即可解釋為，一般承包商於締約時應可預見個案中工程可能有長達六個月以上之施作障礙，是故業主無須對此一預見範圍內之損失予以補償。換言之，業主和承包商應以六個月作為劃歸風險之標準，亦即在六個月以內之部分，應由承包商自行吸收此部分增加之費用或損失；反之，超出六個月之部分，由於風險可能已超出承包商之預見範圍，如業主仍主張索賠棄權條款而不予補償，在此情況下該條款即應認屬無效⁶¹³。

貳、本文看法

關於當事人間約定「只給工期不給補償」之索賠棄權條款，近年來由於實務及行政機關函釋多指出其中內容有違反政府採購法第6條公平

⁶¹¹ 廖肇昌、黃一平，公共工程契約爭議類型之探討，營建管理季刊第64期，2005年9月，頁66。

⁶¹² 羅明通，工期展延費用之風險分擔--從「不可歸責於廠商」之角度談起(下)，營建知訊第233期，2002年6月，頁64；黃泰鋒、陳麗嘉，工期展延補償爭議爭點試析(下)，仲裁季刊第79期，2006年11月，頁81以下；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002年3月初版，頁135；洪妙晶，工期遲延請求展延工期及損害賠償之研究，營造天下第75期，2002年3月，頁17；王伯儉，淺論工期延長之免責棄權條款，工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁208。

⁶¹³ 李家慶，論工期展延索賠棄權條款之效力，營建知訊第242期，2003年3月，頁64；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001年8月，頁100。

合理原則或違背誠信原則之問題，是以國內相關工程契約範本多已針對條款內容，至少在可歸責於業主致工程遲延之情形，肯認承包商有請求補償或賠償之權利，此種修正方向實值肯定。惟相對地，業主對此亦有因應之道，例如要求承包商另行簽立切結書，使其在獲得展延工期之補償後，必須放棄延期費用或損失之請求⁶¹⁴等，然此種方式仍與業主單方預先擬定索賠棄權條款以限制或使承包商拋棄權利之情形無異，是以關於下述索賠棄權條款效力之檢驗，對於此種替代方式亦應可一同適用。

此外，觀諸我國工程契約之約定，仍不乏有約款明示於工期延宕係非可歸責於雙方當事人之情形，為衡平當事人之權益，而採用「本件工程工期延長之時間損失由國工局承擔，工程延長之金錢或財物損失，由承包商承擔」之方式加以處理者⁶¹⁵，換言之，如個案中業主核准承包商展延工期之請求，即應視為其已對承包商所遭受之損失，已作全部而圓滿之補償，承包商即不得再就同一事件另有請求。對此，本文認為此種約定內容似是而非，蓋若系爭工期遲延係不可歸責於雙方當事人，則承包商依民法第 230 條之規定，本即不負有遲延之賠償責任，其亦不因工期展延即受有法律額外給予之利益，是以此約款內容看似已顧及承攬人利益而對於雙方履約風險之分擔符合公平合理原則，然實則混淆工期展延與費用求償係屬二事之概念，故此種約款內容之合理性仍有待進一步檢討。

至於針對實務判決提出倘若承包商於投標時即知有索賠棄權條款存在，其對不能索賠之風險即有預見，故不得嗣後再主張該條款無效之見解，在此以公共工程為例，本文認為機關就其所使用之定型化契約條款，多以附於招標文件之方式公開之，惟該等定型化約款之數量通常相當眾多，且承包商尚負有編列單價或勘查工地等任務有待執行，則在等標期有限之情形下，承包商能否於投標前對所有約款逐一審視，實有疑問。更何況依本文前述對於定型化約款管制理論部分之介紹，承包商於投標前對於業主所擬使用之定型化條款，鮮少有實質磋商餘地，故除非承包商於投標前就業主所使用之定型化契約條款已請求釋疑，且業主因

⁶¹⁴ 王伯儉，淺論工期延長之免責棄權條款，工程契約法律實務，元照，2008 年 10 月二版，頁 207。

⁶¹⁵ 交通部國道新建工程局一般規範第 6.4.6「延期之補償」：「如延長工期之理由，係可歸責於國工局，承包商應於申請工期展延時，一併敘明是否有其他損失；如有，應載明損失項目，金額及證據資料，俾供審核；如無，應載明並無任何其他損失，未來亦不致以此事由請求補償或賠償。如申請延長工期之理由，係可歸責於承包商時，則承包商應不得提出工期展延申請，亦不得請求任何補償或賠償。如承包商延長工期之理由，係非可歸責於國工局，亦不可歸責於承包商時，則雙方同意，本件工程工期延長之時間損失由國工局承擔，工程延長之金錢或財物損失，由承包商承擔。換言之，承包商以上述有效理由申請延長工期，如工程可以書面通知核准其延長之請求，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已做全部而圓滿之補償，承包商需放棄對該一事件再提出要求之權利。」轉引自李家慶，論工程展延之索賠--兼論棄權條款之效力，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會，2004 年 9 月初版，頁 139-140。

而依承包商之質疑或建議而修改條款內容，否則如僅因承包商於投標前已知悉條款內容，即不允許其於得標及訂約後爭執條款內容之合理性或條款效力，則此類條款將永遠不受民法第 247 條之 1 規範，此絕非該條立法意旨之所在⁶¹⁶。

對索賠棄權條款效力之探討，本文認為，個案中工期如因施作過程中所發生之各種妨礙情況而被延誤時，於通常情形下，業主仍多少受有延遲使用工程之預期利益損失，是以，對於業主以定型化契約條款約定承包商不得就展延後之工期請求任何費用或損失之補償或賠償，尚難一概認為全無理由⁶¹⁷，而應區分為下述三種情形分析：

- 一、若導致工程遲延之事由係可歸責於承包商時，則承包商原則上即不得請求展延工期，更無從請求補償額外支出之費用，是以此時應無關乎索賠棄權條款之適用，是以此類棄權條款尚無無效之虞。
- 二、僅給工期不給補償條之索賠棄權條款乃業主藉以免除或限制自己對於承包商之賠償或補償責任之自我免責條款，同時，此種條款本質上亦屬於意定風險分配之約款，蓋業主多藉由索賠棄權條款將因工程妨礙情況致生遲延之風險，轉嫁由承包商承擔。對於此類於工程契約中常見之定型化約款，如以自我免責之觀點分析之，依民法第 247 條之 1 第 1 款規定，定型化契約條款之內容如為免除或限制預定條款當事人之責任者，倘依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷⁶¹⁸，有顯失公平之虞時，該免責條款即應歸於無效。另外，自約定風險分配之觀點檢視，則應視索賠棄權條款之風險分配，是否具有民法第 247 條之 1 第 4 款規定所謂之「於他方當事人有重大不利益」之情形。所謂「於他方當事人有重大不利益」，係指依條款之約定，他方當事人應承擔非其所能控制之風險，若索賠棄權條款中所內含之風險分配概念，顯然違背「優勢風險承擔原則」且對於雙方契約之履行、利益之追求皆毫無效率時，此種約款亦應認定為無效⁶¹⁹。

綜合言之，本文認為，於工程遲延係不可歸責於承包商之情形，倘若業主對於工期之延誤具有故意或重大過失時，例如無故拖延材料之審核程序或設計有重大疏失致嚴重妨礙承包商之施作等，則依民法第 222 條關於故意或重大過失責任不得預先免除之規定，該索賠棄

⁶¹⁶ 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第 61 卷第 8 期，2010 年 8 月，頁 18-19。

⁶¹⁷ 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第 61 卷第 8 期，2010 年 8 月，頁 19-20。

⁶¹⁸ 詳請參照最高法院 96 年度台上字第 168 號之判決意旨。

⁶¹⁹ 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第 61 卷第 8 期，2010 年 8 月，頁 19。

權條款即屬違反強制規定，亦違反優勢風險承擔原則，對雙方之權利義務顯失公平，應為無效⁶²⁰。而當定作人對於工期遲延僅具有輕過失時，例如定作人可歸責而違反協力義務之情形，此時由於索賠棄權條款之風險分配方式乃業主單方預先擬制承包商之意思，使承包商拋棄原有依法可主張之求償權利或限制其權利之行使，如此將可能對承包商產生重大不利益。此外，本文認為，法律之基本規定係規範當事人間權利義務之最低限度標準，亦屬立法者預設公平合理之價值判斷，當事人之一方實不得濫用其於契約中所享有之優勢地位而擅自變更或加重他方當事人之責任，因此若業主以單方預先擬定之定型化約款擬制承包商概括拋棄權利，此時依民法第247條之1之規定，即應認為該條款為無效⁶²¹。

三、相較於前述二種可明確區分當事人何方具有可歸責事由之情形，實務上真正成為爭議焦點者實為不可歸責於雙方當事人之情況⁶²²。由於此種情形下，雙方當事人對於工程之妨礙或延期皆屬不可歸責，故關於索賠棄權條款之效力，即有待探討工期延宕致生費用補償之風險應如何平均分配於雙方當事人，而作進一步之認定。本文在此初步認為，即使在工程遲延係非可歸責於雙方當事人之情形，對於不可預見之履約風險，亦難認為當事人皆得事先評估並作成預為風險分配之合意，是以如謂承包商不論有無預見，均有承擔工程遲延致增加費用風險之意思，乃與事實不符。因此，針對無法合理預見之風險，當事人應無從藉由索賠棄權條款加以分配，此時仍不應排除承包商得主張適用情事變更原則請求調整契約內容之可能性⁶²³。

至於針對當事人可否合理預見風險之判斷，論者有建議以工程實務上慣採之6個月作為風險分擔之劃分基準，亦即，以6個月以內之工期遲延作為一般有專業工程經驗之承包商可合理預見之風險範圍，由其承擔此期間內發生之費用或損失，此看法實值參考。惟本

⁶²⁰ 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第61卷第8期，2010年8月，頁20。

⁶²¹ 對此，行政院公平交易委員會於86年11月28日以(86)工貳字第8605226005號函稱：「目前各機關營繕工程合約及施工須知常載有『承包商如因甲方(工程主辦機關)原因，或人力不可抗力等因素，申請延展工期，且工程司核准其延展工期之請求，則承包商須放棄對該一事件再提出補償之權利』。類似規定，因延長工期原因不一，是否違反公平交易法仍須視具體個案而定；**惟如有可歸責於主辦機關，卻使交易雙方所負之風險顯不對等，而超過承包商可預期之完工風險，明顯減損營繕工程效能競爭，倘又未能就同一情事要求補償，則不排除涉有顯失公平之虞**」，亦同此見解。

⁶²² 廖肇昌、黃一平，公共工程契約爭議類型之探討，營建管理季刊第64期，2005年9月，頁66。

⁶²³ 類似見解可參閱黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006年9月增訂二版，頁10；羅明通，公平合理原則與不可歸責於兩造之工期延宕之補償—兼論棄權條款之效力，月旦法學雜誌第91期，2002年12月，頁258；張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000年7月，頁123-124。

文認為，是否在所有個案中均得以六個月作為所謂合理預見風險之範圍，非無疑義，蓋個別工程之性質及施作期間長短不同，因此如固守此種客觀化之風險分配方式，恐流於僵化之虞，因此對於承包商可合理預見風險範圍之認定，仍宜隨個別工程之不同而予以調整較為妥當⁶²⁴。是以在不可歸責於雙方當事人之情況下，「僅給工期不給補償」之條款，是否屬於合理之風險分配方式，實應視個案情況加以決定⁶²⁵。

第三項 德國民法及 VOB/B 之規定

壹、德國民法第 642 條、VOB/B 第 6 條第 6 項

一、德國民法第 642 條：損失補償請求權

承本文第三章外國法部分之分析，德國民法之立法者將協力行為立基於定作人之職責(Obliegenheit)為立法設計出發點，意即定作人怠於履行協力行為將僅陷於德國民法第 293 條以下之受領遲延，而不生債務不履行之賠償責任⁶²⁶。對於定作人怠於協力之受領遲延，承攬人依德國民法第 304 條之規定，本可請求補償自己提出無效果之給付，以及為了保管或維持約定之標的物所必要支出之額外費用；德國民法第 642 條則進一步規定，當定作人不為必要之協力行為而構成受領遲延時，承攬人即可請求適當之補償(angemessene Entschädigung)⁶²⁷。對於第 642 條補償請求權之法律性質，德國學界看法素有爭議，有認為其應屬於特別形式之損害賠償請求權，惟亦有認為第 642 條之補償數額應依照約定之工作報酬額作估算，因此其性質應屬類似於報酬請求權之補償請求權。

在此，應認為德國民法第 642 條之請求權為一損失補償請求權較為妥當，蓋認定其為損害賠償請求權之見解無非是著眼於「Entschädigung 賠償」字義之概念，惟該請求權並不以定作人具有可歸責事由為必要，且第 642 條之立法主要係針對定作人違反職責之情形加以規範，由此似無法推導出民法過失責任主義一般概念下

⁶²⁴ 類似見解可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 163。

⁶²⁵ 學者尚有指出，倘「僅給工期不給補償」之棄權條款未就工期展延之事由，區分是否可歸責於機關者，則依「定型化契約有疑義時，應為不利於條款使用人」之解釋原則，即應認為該條款係指縱可歸責於業主而展延工期，承包商亦不得就展延之工期，請求業主負補償或賠償責任，因此該條款即有民法第 247 條之 1 第 1 款之事由，應為無效。詳請參閱詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第 61 卷第 8 期，2010 年 8 月，頁 20。

⁶²⁶ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 56 u. 212.

⁶²⁷ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

之損害賠償請求權，是以本文乃將第 642 條此種非屬德國民法第 249 條規定以下之損害賠償請求權稱為損失補償請求權，意即其僅係對於因定作人怠於協力致承攬人欠缺完整支配其勞動力及資金之自由，進而衍生遲延額外費用之補償⁶²⁸。而此種具有類似於報酬請求權性質之損失補償請求權與承攬人原享有之報酬請求權應一併存在，因此其亦應被課予營業稅⁶²⁹，同時亦受保障承包商報酬請求權之擔保所涵蓋⁶³⁰。

依照第 642 條第 2 項規定，損失補償之數額應依照遲延之期間及約定報酬之數額加以確定，惟應扣除承攬人因遲延所節省之費用或利用其他途徑使用其勞動力所獲得之利益。至於是否亦應扣除承攬人故意怠於取得之利益，第 642 條第 2 項並未如德國民法第 326 條第 2 項第 2 句(相當於我國民法第 267 條規定)及第 649 條第 2 句(相當於我國民法第 511 條規定)般設有明文規定。對此，學者認為，第 642 條第 2 項損失補償數額之決定，解釋上亦應將此種額外獲取利益之可能性列入考慮，惟必須該利益已具體存在始可⁶³¹。

在第 642 條之概念下，由於承攬人已準備好、隨時處於有能力提出給付之狀態，惟此能力卻因定作人怠於協力而未能如計畫般地被使用及受領⁶³²，因此承攬人之適當補償請求權是以約定報酬數額為基礎去計算承攬人所支出之費用，而此為一種概括之金錢結算⁶³³，承攬人無庸逐一說明哪些額外費用係因定作人受領遲延而發生。惟倘若承攬人基於市場競爭因素而對於契約工作項目價格刻意以低價作計算，則可能導致估算價額不適當之結果發生⁶³⁴。至於利潤(Gewinn)及風險(Wagnis)則未被列入此損失補償之計算範圍中⁶³⁵，因為此等項目已被承攬人可另行主張之報酬請求權所包含，換

⁶²⁸ 意即該額外支出之費用與定作人陷於受領遲延間具有因果關係。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 36 u. 39., Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 16.; Marcus Daniel Strunk, aaO. (Fn. 486), S. 101.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

⁶²⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 50.

⁶³⁰ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 38.

⁶³¹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 48.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 652.

⁶³² Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 56.

⁶³³ Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 16.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 732.

⁶³⁴ 申言之，當承攬人出於競爭之目的而將特定項目之價額過份低估時，此將導致令人感到不合理的結果，例如在涉及建築設施、設備之情形，承攬人於定作人遲延中，相關損害在依民法第 642 條規定被計算時仍繼續發生，因此有學者認為，當事人在類推適用 VOB/B 第 2 條第 5 項(調整契約價格之協議)規定以估算補償數額時，承攬人被允許將事實上產生、更高的成本費用納入計算。但亦有學者否定此種看法，其認為將事實上的成本費用納入考慮將違反民法第 642 條的文義；此外，承攬人必須受作為定作人發包基礎之估算數額所拘束，因此補償數額並不取決於經估算之價額的合理性。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 41.

⁶³⁵ Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 17.;

言之，損失之補償主要係依照對於額外時間關聯成本的補充計算而被評估。

此外，關於依受領遲延期間決定損失補償數額之基準，有爭議者係，在受領遲延終止後始發生之額外成本，例如為了趕上損失之工時而採取加速措施之費用，是否應列入計算？對此雖有部分看法認為，第 642 條文義上並未限定該補償應以「在遲延期間內發生者」為出發點，是以對於承包商之給付未被受領所產生之損失，皆應受到補償。惟德國聯邦最高法院則採相反之見解而認為，第 642 條僅為對於承包商受限制之支配自由的補償，換言之，關於請求補償之損失亦應侷限在受領遲延終結前所發生者，是以對於繼續工作所發生之加速費用或加班費用應不在本條補償之列，承包商應另循德國民法第 280、286 條及 VOB/B 第 2 條第 5 項或第 6 條第 6 項等規定以為主張⁶³⁶。

綜合言之，承包商依照德國民法第 642 條所得請求補償之內容，應包含承包商原已準備好之人力及資金，以及因業主未及時履行其協力行為，致承包商對於時間之處分權被阻擾所產生之損害。例如工具停止使用之成本、承包商之行政管理費用、工地設備及機具所支出之額外租金、分包商等待期間之費用、工地一般管理費及一般交易成本；惟並不包含在受領遲延終止後基於額外工作所附加支出之加班費用以及加速費用⁶³⁷。

二、VOB/B 第 6 條第 6 項：損害賠償請求權

VOB/B 第 6 條第 6 項提供工程契約雙方當事人一對於可歸責於他方⁶³⁸致生妨礙情況⁶³⁹之損害賠償請求權⁶⁴⁰，其舉證責任分配與德國民法第 280 條第 1 項第 2 句之規定相似，惟與德國民法第 286 條不同的是，VOB/B 第 6 條第 6 項於一般可歸責性要件下並不賠償受損害之一方被忽略之利益(entgangene Gewinn)⁶⁴¹。另外，第 6 條第

Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 209.

⁶³⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 44.

⁶³⁷ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 56.; Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 47. 至於承包商如依德國民法第 643 條解除契約效力，此將終止定作人之受領遲延，此時承包商依第 642 條所得請求補償之估算應以在契約解除前之遲延期間為準，惟一般而言，承包商依第 643 條終止契約時所得請求之數額通常較定作人依第 649 條終止契約時須補償承包商之數額為不利。

⁶³⁸ 學者有指出，VOB/B 第 6 條第 6 項設有主觀性要件之要求，某種程度亦藉以合理限制雙方當事人所應負擔之風險範圍。Vgl. Locher, Das private Baurecht, 7. Aufl.; München, 2005, S. 114.

⁶³⁹ 若與德國民法第 642 條之規定作對照，第 642 條所規範者為對於工作履行所必要之協力行為，意即業主之協力行為必須對於承包商給付之提出具有不可或缺之重要性，惟 VOB/B 第 6 條第 6 項所揭示之「妨礙情況」則未採取此種要件。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 210.

⁶⁴⁰ 本文認為，由此條之規定亦可反推，德國民法第 642 條請求權之性質非屬債務不履行之損害賠償，蓋自其法條文義不採用“Schadensersatzanspruch”一字即可窺見端倪。

⁶⁴¹ 此外，在業主遲延造成妨礙之情形下，依 VOB/B 第 6 條第 6 項規定，其僅著重於業主義務之

6 項所規定之損害賠償請求權，並不排除德國民法第 642 條之適用，同時承攬人之終止權在 VOB/B 第 6 條規定下仍繼續存在⁶⁴²。

依照相關之判決見解，VOB/B 第 6 條第 6 項之規定僅適用於契約一方當事人可歸責違反契約上義務之情形，若所造成損害之狀況僅源於業主之風險領域並不足夠⁶⁴³。以業主方面觀之，除了契約經常約定之義務外，可歸責違反計畫義務及協調義務⁶⁴⁴亦被考慮在內，按此類行為皆被賦予業主義務之特質，是以業主對於其能無瑕疵履行該等義務亦應予以擔保。至於業主依 VOB/B 第 1 條第 3 項及第 4 項規定指示工作範圍變更或請求額外之給付，由於此屬於其權利行使範圍，因此如業主行使權利不逾越指示之範圍⁶⁴⁵，承包商應無主張業主違反義務之損害賠償請求權⁶⁴⁶。

VOB/B 第 6 條第 6 項之損害賠償請求權包含基於一方當事人違反義務所生之可證明的損害，儘管此為一抽象的損害計算，但其並不排除德國民事訴訟法第 287 條規定⁶⁴⁷之適用。而關於妨礙狀況與損害發生之間因果關係之判斷，亦適用民事訴訟法第 287 條減輕當事人證明負擔之規定，意即只要主張之一方有足夠的論述依據即可⁶⁴⁸。此處因實際發生而被計算之損害包括因延遲之工作所必須提供

違反，因此承包商行使損害賠償請求權並不以日曆天期限屆滿或非日曆天之期限屆滿後另作催告為要件。換言之，就造成妨礙狀態而言，僅僅業主未遵守協力期間之事實即為已足，欲主張業主之遲延責任，承包商並不需要依照德國民法第 286 條第 4 款規定而為催告。Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.117.

⁶⁴² Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 14.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 212.

⁶⁴³ BGH NJW 2000, 1336, 1337; BGHZ 137, 35, 41f. = NJW 1998, 456, 458. Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 15.

⁶⁴⁴ 德國實務及學說見解傳統上認為若一工程係由數個不同承包商先後完成時，如因前承包商之行為致後承包商受有工程延宕或造成工作瑕疵等情形，由於前承包商並非定作人之履行輔助人，因此業主並不因前承包商之給付行為而具有可歸責性，後承包商即不得依 VOB/B 第 6 條第 6 項之規定請求定作人賠償損害。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 15.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 209.惟此見解於今日已被德國聯邦最高法院廢棄(BGH "Vorunternehmer II", NZBau 2000, 187 = BauR 2000, 722.)。

⁶⁴⁵ 至於是否逾越指示權範圍，可依照承包商是否對於給付變更或增加之給付提出異議，或承包商是否對於該等指示內容之執行保留損害賠償請求權作認定。

⁶⁴⁶ 倘若個案中發生時間上之遲延是基於業主指示變更工作內容或增加原訂給付內容以外之其他給付，則承包商可請求依 VOB/B 第 2 條第 5 項或第 2 條第 6 項等規定，就其所必須補充或追加部分之額外成本，在相應的報酬下列入計算。惟若個案中僅涉及業主技術上而非強制必要的指示，則承包商享有選擇權，即其可決定依 VOB/B 第 2 條第 5 項請求增加報酬，或可依 VOB/B 第 6 條第 6 項請求損害賠償。此二者在計算上仍有區別，蓋報酬請求權係在擴大的契約估算基礎上加以計算；而損害賠償請求權則不受此拘束，其以實際產生之成本列入計算。Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn. 121.

⁶⁴⁷ 德國民事訴訟法第 287 條第 1 項：「當事人對於是否有損害、損害的數額以及應賠償的利益數額有爭執時，法院應綜合考量全部情形，依自由心證對此作出判斷。(下略)」

⁶⁴⁸ 承包商必須證明妨礙之期間、已為妨礙告知、損害範圍及妨礙致生損害之因果關係。以業主未遵期提出計畫為例，承包商必須完全地證明「業主應提出計畫、契約中約定提出計畫之時點，業主未提出計畫及因此造成之妨礙期間長度、已為妨礙告知或該妨礙具有顯著性、發生損失及損

之更高協議工資、延長生產工具持有時間之費用或基於補救妨礙而採取措施，因而造成生產力喪失等額外與時間關聯之成本；此外亦包含損害確定成本、經費籌措成本等項目⁶⁴⁹。至於一般交易成本則依比例被考慮，其以盈利假設(Rentabilitätsvermutung)為出發點，即這些成本在沒有遲延下將可透過於其他工地施作其他工程而有所獲利⁶⁵⁰。

至於被忽略的利潤依 VOB/B 第 6 條第 6 項之規定，僅能在契約之他方具有故意或重大過失之情形下可被請求賠償，而此應由主張權利者負責證明。依據此規定及德國聯邦最高法院適用德國民法第 642 條時曾揭示之見解⁶⁵¹，於僅具一般可歸責性之情形，承包商不得請求結算因妨礙狀況致其無法於其他工地獲得之額外利潤；此外承包商對於在相同工地上因更高人事費用所計算之利潤比例(Gewinnanteil)，亦不得請求賠償。而基於 VOB/B 第 6 條第 6 項對損害賠償範圍設有主觀之要件限制，此將連帶影響德國民法第 280 條以下之賠償內容，蓋不作如此解釋，則 VOB/B 第 6 條第 6 項之請求權要件之限制將失去實益。但此項損害賠償請求權並不影響承包商行使原訂之報酬請求權及請求給付額外報酬之權利⁶⁵²。

三、德國民法第 642 條與 VOB/B 第 6 條第 6 項規定之分析比較

依照德國聯邦最高法院之見解⁶⁵³，VOB/B 第 6 條第 6 項之損害賠償請求權並不影響承包商主張德國民法第 642 條之權利，而此見解亦明文化於新版 VOB/B 第 6 條第 6 項第 2 句中。相較於 VOB/B 第 6 條第 6 項之損害賠償，第 642 條係德國立法者所創設之特殊受領遲延補償請求權，其僅為概括之金錢結算，既非固有意義下完全填補之損害賠償，亦不以業主具有可歸責事由為要件，同時此二條之賠償或補償範圍亦不盡相同。惟 VOB/B 第 6 條第 6 項第 2 句對於承包商依第 642 條請求補償設有另一要件，即承包商須為妨礙之告知，此亦為德國聯邦最高法院向來所持之見解，惟此項要件之增設則產生是否應承擔定型化約款中內容管制之爭議⁶⁵⁴。

德國學者即有認為，在德國民法典中之請求權要求承包商依 VOB/B 第 6 條第 1 項進行妨礙告知，不僅無法理解其合理性，亦不符民法典之體系，而 VOB/B 第 6 條第 6 項第 2 句將德國實務這樣

失之數額」。就結論而言，此對於承包商之舉證負擔仍有明確減輕之效果。Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn. 118.

⁶⁴⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 16.

⁶⁵⁰ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 16.

⁶⁵¹ BGH NJW 2000, 1336, 1338.

⁶⁵² Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 18.

⁶⁵³ BGHZ 143, 32, 40.

⁶⁵⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §6, Rdn. 18.; §642, Rdn. 33 u. 34.

的見解明文化，自然也是不適當的，此結果將使德國民法典中請求權之行使依賴於法律原所未要求之妨礙告知附加條件，依一般交易條款之內容控制，當事人若為此種約定，應為無效⁶⁵⁵。此外，依現行 VOB/B 第 6 條第 6 項第 2 句之規定操作，由於承包商依德國民法第 642 條請求損失補償時，其責任成立所須之構成要件較少，且關於請求補償之範圍，依某些實務之見解，由於契約任務更新所計算的財產效果較容易被說明，且承包商甚至可選擇請求高於估算數額之實際成本費用，如此亦將使第 6 條第 6 項第 1 句請求權之重要性及對於請求賠償之主觀要件限制變得無關緊要⁶⁵⁶。再者，由於 VOB/B 第 6 條第 6 項第 2 句之增訂，將可能使前述協力行為究屬真正義務或不真正義務之討論，及其相應適用法條依據之區分變得毫無意義，因為二者之界限亦因承包商得自行選擇主張損害賠償請求權或額外費用之補償而可能被打亂⁶⁵⁷。

貳、德國民法第 645 條：業主之責任

一、構成要件

德國民法第 645 條係針對第 644 條中契約當事人報酬危險之分配為偏離之評價規範，此規定主要適用於承攬工作物因業主提出有瑕疵之材料或為不適當之指示，致生毀滅、減損或不能實現之情形，若此結果並非由承攬人共同引致時，則報酬危險即應由定作人承擔。此種偏離第 644 條之風險分配被普遍認同，蓋於此種情形下，標的物偶然發生毀滅或不能實現之風險，乃源自定作人之領域，相較於承攬人，定作人無疑更接近危險來源而可加以管控，因此該規定使承攬人在工作物受領前即可免於承擔報酬危險⁶⁵⁸，換言之，第 645 條之規定乃與出於定作人領域之客觀責任(objektiv zurechenbaren Verantwortlichkeit des Bestellers)相連結，惟此條並不

⁶⁵⁵ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn. 123.

⁶⁵⁶ Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn. 125.

⁶⁵⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §6 VOB/B, Rdn. 50 u. 64. 意即德國學者有認為，VOB/B 第 6 條第 6 項之損害賠償請求權是以契約上主要或附隨義務之違反為前提要件，然德國民法第 642 條則僅以定作人違反必要之協力職責即為已足，因此如果承包商可依 VOB/B 第 6 條第 6 項第 2 句之規定請求損失補償，則將可能產生究竟 VOB/B 第 6 條第 6 項損害賠償請求權之本質應如何定性之問題。此外，亦有類似觀察認為：「在定作人怠於履行協力之情形，若考量屬於 VOB/B 第 6 條第 6 項第 1 句意義下的妨礙情況，也涉及單純的對己義務，則參諸 VOB/B 第 6 條第 6 項第 1 句之要件，似可清楚看見 VOB/B 藉上述規定已放棄德國民法就債務人義務及債權人職責所為之釋義學式的區分。」Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 27.

⁶⁵⁸ 惟承攬人欲主張第 645 條之權利，其亦須負擔對於定作人所提供之材料或指示，加以審查或提示，甚至此種職責亦可基於誠信原則而被認定屬於承攬人照顧、保護義務之一環，蓋承攬人具有足夠之施工專業與經驗，要求其承擔此種複查或通知之義務尚非不可期待，且此亦有助於避免履約妨礙之情況發生。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 1 u. 16.

以定作人具有可歸責事由為要件，其所規範者乃是偶然發生之不尋常事件⁶⁵⁹。所謂的「滅失(Untergang)」是指建造中之工作發生物質上毀滅而不再存在；「減損(Verschlechterung)」係指工作發生損壞或有瑕疵之情形，如工作物上存有物之瑕疵或權利瑕疵，亦符合一般「減損」用語之概念。惟由於第 645 條第 1 項之規定僅調整報酬危險之分配，因此原則上並不影響承攬人對於物之瑕疵應負擔之瑕疵擔保責任。而「不能完成(Unausführbarkeit)」則是指工作於開始時或施作過程中發生德國民法第 275 條所規範之實際上不能或經濟上不能⁶⁶⁰等情形⁶⁶¹。

德國民法第 645 條第 1 項列舉二類源於定作人風險領域之事由，即提供有瑕疵之材料與業主對於工程履行之指示，由於此涉及本文後述對於我國民法第 509 條之解讀，以下乃分別簡述相關概念。

(一)提供有瑕疵之材料：

此類履行承攬給付所不可或缺之材料必須是由定作人所提出，而對於材料之概念應盡可能為廣義之解釋，例如新建工程之施工用地即包含在內。詳言之，在此常見且特別重要的是關於施工環境風險之分配，意即如施工用地出現地質結構、地下水文、地下老舊建物或生化戰劑等非當事人於締結契約當時所能預見之情形時，對於此種導致施工困難之情形並非當事人所能想像，此時原則上宜由業主承擔此種風險⁶⁶²。此外，材料之概念亦包含所有由業主提供與執行有關之建築輔助材料、支架、梯子及其他用具或零件等；至於材料是否具有瑕疵，應以承攬人欲以合於規定之方式利用該材料之時點，判斷材料是否適宜運用在提出合於約定之承攬給付上。惟應注意者係，並非所有因定作人提供材料致工作物發生瑕疵之情形，皆有德國民法第 645 條第 1 項規定之適用，蓋承攬人依第 644 條第 1 項規定本即應承擔一般契約履行之風險，是以倘若定作人提供之材料適於施作，僅係承攬人建造上發生缺失，此時即不符第 645 條第 1 項之要件⁶⁶³。

至於材料由定作人提供之概念，德國學者亦主張應作廣義之

⁶⁵⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 2.; Marcus Daniel Strunk, aaO. (Fn. 486), S. 178 u. 179.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 742.

⁶⁶⁰ 例如承包商先前已提出部分給付，而對於毀損滅失之工作物，如重建或修繕對其可能意味著額外支出不合比例費用之情形。

⁶⁶¹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 3 bis 5.

⁶⁶² 相較之下，在 VOB/B 之工程契約中，由於承包商依業主之指示負有完成一定工作之義務，而對於此種地質之風險，承包商即使負有義務排除施作之妨礙，其亦可依照 VOB/B 第 2 條第 5 項或第 6 項之規定，於原訂承攬報酬外另行請求額外之報酬，因此較不致產生過大爭議。

⁶⁶³ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 9.

解釋，包含定作人自願或依契約約定提出材料、承攬人因定作人有拘束力之指示而取得特定材料、承攬人在與定作人不完善之協商下取得有瑕疵之材料、材料瑕疵導因於提供材料予定作人之前供應商之錯誤行為，甚至是定作人自始根本未提供材料，例如定作人未提供工地或定作人提供應予修繕之客體已滅失等情形亦屬之；蓋此些情形皆對於契約目的之達成造成阻礙，而應為相同效果之處理⁶⁶⁴。

(二) 定作人對於工程之指示

由於定作人有權限對於工程之施作進行指示，因此如承攬人遵守該指示卻發生工作物毀損滅失之結果，此時其即不須承擔屬於定作人風險領域之責任。定作人對於工程之指示必須係在契約原訂給付範圍內所為，倘若個案涉及變更給付範圍之指示，則非屬第 645 條中之指示概念。此外，若定作人指示之內容已於契約締結時被訂入，此時承攬人對於該契約之給付即負有履行義務，換言之，第 645 條第 1 項所謂之定作人指示，應限於契約締結後由定作人對於施工過程，所為具拘束力之建議、提議或對於承包商建議之內容予以同意等情形。至於定作人如逾越權限而為不合理之指示時，承攬人原則上不受拘束，惟倘若承攬人未為異議即遵循定作人不合理之指示時，則承攬人即可能須承擔承攬工作發生損壞之風險⁶⁶⁵。

二、法律效果

當承攬人於個案中主張適用第 645 條第 1 項第 1 句之規定，其可請求結算已給付部分相應之報酬，以及未受報酬所包含之其他費用，至於在承攬人仍負有義務重新建造或修繕工作物之情形，此重建或修繕部分之報酬則係另外被請求的⁶⁶⁶。申言之，承包商對於此種源於定作人風險領域所致之工作物毀損滅失，其僅能請求已給付部分之報酬，而此報酬亦包含承包商之利潤，且並不以定作人受領已提出之給付為請求之要件。此種法律效果與德國民法第 649 條定作人行使任意終止權之情形相似，蓋此種契約終止亦係源自於定作人之行為，因此有理由規範類似之法律效果(即請求給付報酬)。惟依第 649 條第 2 句之規定，業主應給付承攬人全額之報酬，而承攬人依第 645 條之規定則僅能請求部分報酬，此係導因於承攬人在第 645 條之情形仍可能繼續負有重作或修繕之義務；相對於此，於定作人行使任意終止權之情形，承攬人依契約關係所負之給付義務則

⁶⁶⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 11.

⁶⁶⁵ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 12 bis 14.

⁶⁶⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 17.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 743.

終局地完結，二者仍有不同之處⁶⁶⁷。至於報酬以外其他費用之補償，則包含為準備提出承攬給付而已存在且原應為報酬組成要素之費用，例如購買材料或工地設備、運輸、租用工具或支架、提出計畫或對於未能提出部分之給付原已預制之物件等費用，而承攬人對於部分報酬及其他費用之請求應負闡述與舉證之義務⁶⁶⁸。

此外，承攬人依德國民法第 643 條終止承攬契約後，其亦可依第 645 條第 1 項第 2 句之規定，請求已給付部分之報酬及其他未被報酬所包含之費用。而依第 645 條第 2 項之規定，若定作人對於工作物之毀損、滅失或不能完成具有可歸責事由時，此時承攬人對於定作人所得主張之權利，例如：依第 280 條以下成立之債務不履行或第 823 條以下之侵權行為損害賠償請求權⁶⁶⁹，並不受影響；此條同樣也適用在承攬人因可歸責於定作人之事由而發生給付不能之情形，此時承攬人仍可依第 326 條第 2 項之規定，請求定作人給付約定報酬⁶⁷⁰。

三、第 645 條第 1 項類似之應用

德國學說及實務對於德國民法第 645 條適用範圍之討論，目前仍有爭議者係，相對於立法者於立法當時之想法，第 645 條第 1 項第 1 句規定，除了直接適用之情形外，是否亦可作相類似之應用。意即，在前述第 645 條所揭示源於定作人領域風險之概念，法條所列舉之兩種可歸因於定作人致建造工作發生毀損或不能之情形，並不是唯一可想像的，德國實務上即有判決肯認，在某些情形下，對於承攬或工程契約之工作，因定作人較接近危險或具有事實上管領風險之能力，然其卻怠於避免工作損害發生時，此種風險狀態於法律評價上實與第 645 條所明示之情況相類似，因此即使這些情形實際上不被法條文義所包含，但仍可類推適用第 645 條第 1 項之規定，視同定作人領域之風險，此時對於工作之毀損滅失或不能完成，定作人即應承擔報酬危險⁶⁷¹。

此外，學說上有將此種領域理論一般化者，其主張業主應一般

⁶⁶⁷ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 18.

⁶⁶⁸ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 19 bis 21.

⁶⁶⁹ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 51.

⁶⁷⁰ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 31.; J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 49.; Marcus Daniel Strunk, aaO. (Fn. 486), S. 181 u. 182. 惟當承攬人對於工作物毀損滅失之結果亦可歸責時，此時定作人可主張類推適用德國民法第 254 條與有過失之規定。

⁶⁷¹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 22 u. 23. 例如承攬人建造之倉庫在尚未驗收前，即因定作人先前提供之草料因不明原因發生自然而被燒毀時，雖然此時定作人不具可歸責事由，且亦不該當德國民法第 645 條第 1 項之文義，因此原則上應不適用報酬危險移轉之規定，惟由於定作人提供草料之行為確實提升火災發生之風險，因此承攬人仍可主張類推適用第 645 條第 1 項規定，就已施作之給付請求相應之承攬報酬，然承攬人原則上在約定報酬下仍負有再為建造倉庫之義務。

性地承擔工作物滅失或不能完成之風險，倘若這是源於其領域之事由所致。然這樣一般化的領域理論，因其內容並不明確且實用性較低，因此並未為德國聯邦最高法院所肯認⁶⁷²，且於德國民法典制定之際亦不被採納。而對比之下，於個別情形擴張解釋或類推適用第 645 條第 1 項之概念，則向來較一般化之領域理論容易被學說及實務見解所承認⁶⁷³。

以下乃整理在定作人受領前，基於源自定作人行為或可歸屬其之事由所致之工作物毀損滅失或不能完成，德國學說及實務上較常肯認得擴張第 645 條第 1 項規定適用範圍之個案以供參考：

- (一)定作人之行為：例如於驗收前定作人即運轉承攬工作時，其一方面享有使用工作物之利益，另一方面亦較承攬人更能管領工作物；換言之，此時承攬人對於工作物之影響可能性即被排除。倘若因定作人之行為造成承攬工作發生毀損或滅失時，由於此種利益狀態類似於第 645 條所揭示風險源自定作人領域之情形，因此可認為定作人應承擔報酬危險⁶⁷⁴。此外，於定作人應承擔施工期間採取暫時性防洪措施之情形，相較於定作人較接近洪災之風險，未從事防洪作業及維護措施之承攬人，其對於洪災防範並無影響可能性，因此德國實務上即有判決肯認此時亦得類推適用第 645 條第 1 項之規定⁶⁷⁵。

至於因第三人之行為致工作物發生毀損滅失之情形，原則上，除非可依德國民法第 278 條規定將該行為歸屬於定作人，否則定作人並不須為此承擔責任。然若該第三人係代表或履行定作人利益之建築師、監管單位、定作人之配偶或家族成員時，則該第三人即可視為定作人之履行輔助人，而有第 278 條規定之適用⁶⁷⁶。另外，針對工作物之毀損滅失係導因於其他在工地上受定作人委託施作之承攬人之行為，有學者認為，或可將此種關聯承攬人之瑕疵給付視為係業主提供有瑕疵之材料，而直接適用第 645 條第 1 項之規定⁶⁷⁷。至於可否將工地上其他承攬人視為定作人之履行輔助人，則應視定作人對於該承攬人之施作得否進行指揮監督或雙方當事人間是否存在有效之僱傭契約以為認定。

- (二)定作人之不作為：除了定作人之積極行為外，其消極之不作為亦可能導致承攬工作發生毀壞，例如定作人對於未完成之工作具有實

⁶⁷² BGHZ 40, 71; 60, 19; 78, 335.

⁶⁷³ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 31.; Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 744.

⁶⁷⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 24.

⁶⁷⁵ BGH BauR 1997, 1019; 1997, 1021. Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 24.

⁶⁷⁶ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 37.

⁶⁷⁷ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 34.

質上之管領力，在此範圍內其應盡可能保護該工作物免於被第三人破壞、被竊取或因氣候因素發生毀壞，若其未採取必要之保護措施，此時承攬人即可主張第 645 條第 1 項規定，請求報酬或費用之補償⁶⁷⁸。

(三)怠於履行協力:若個案中定作人怠於履行必要之協力行為或定作人所履行之協力具有瑕疵，致承攬之工作發生毀損滅失或不能履行之情形，此時定作人應承擔第 645 條第 1 項之報酬危險。定作人未能於約定時間內取得建造工作所必要之公法上許可，即屬其中之適例⁶⁷⁹。

參、德國民法第 643 條、VOB/B 第 9 條:承攬人之終止權

一、德國民法第 643 條

如承攬或工程契約之目的因定作人怠於提供協力而以「不能要求依誠信原則、在衡量案件所有情事下信賴契約的承攬人繼續履行契約或實現其依契約本身所應為之給付」的方式受到危害時，則承攬人額外地被賦予可隨時終止契約之權利⁶⁸⁰。申言之，當定作人違反協力職責而陷於受領遲延時，承攬人依德國民法第 643 條享有一承攬契約之特殊終止權，此終止權之行使必須聯結承攬人「定相當期間催告定作人補做協力行為」並為「終止預告 (Kündigungsandrohung)」之要件⁶⁸¹，亦即承攬人可設定相當期限促請定作人補為協力行為，並聲明倘若該相當期限經過，定作人仍不履行必要之協力職責時，即終止承攬契約。此條規定之目的乃在使定作人有再一次於適當期間內，盡其應有的努力以補為協力行為之可能性，因此承攬人亦須充分闡述定作人應履行之職責內容⁶⁸²。倘若於受領遲延期間，定作人之協力行為已陷於不能時，此時即無設定相當期限之必要，因為此時設定期限使定作人明白怠於協力結果之目的已無法實現⁶⁸³。此外，若定作人嚴正且終局地拒絕履行協力行為時，承包商亦不需遵守設定適當期限之要求。而在此種例外不須設定相當期限以促使定作人補為協力之情形，承攬人僅須為終止之預告，即發生終止承攬契約之效果。至於此期限之設定僅能延長不能縮短，確定之期限不能由承攬人單方取消，且期間屆滿後並不得再為延長期間之表示。

⁶⁷⁸ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 35.; Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 25.

⁶⁷⁹ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 36.

⁶⁸⁰ Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009, §642, Rdn. 24.

⁶⁸¹ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 706.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 652.

⁶⁸² Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §643, Rdn. 5.

⁶⁸³ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §643, Rdn. 6.

至於終止預告之目的係為使定作人得以預見，如其未於適當之期間屆滿前履行特定協力行為，則將發生契約解消之不利益結果。換言之，終止預告具有警示之功能，其使定作人有再次機會履行其職責，惟若承包商發出終止之預告但同時亦為終止之保留，或於期間屆滿後決定採取其他行動者，此並不滿足預告終止之要件⁶⁸⁴。此種終止預告係單方發生法律形成效果，需相對人受領之意思表示，而德國民法第 643 條並未針對相當期間設定及終止預告要求應踐行特定形式，惟基於舉證之考量，仍建議以書面為之。

當承攬人已為終止預告且定作人不於承攬人所定之適當期間履行協力職責，則於期間屆滿時，該承攬契約即自動發生終止之效果，承攬人無庸另為終止契約之表示⁶⁸⁵，意即承攬契約是否終結乃取決於定作人是否於期滿前履行協力行為，一旦其不履行，契約即自動終止，承攬人並無其他選擇權。而契約於終止時立即發生消滅之效果，惟在消滅之時點前，該承攬契約仍為承攬人已履行給付之法律上基礎⁶⁸⁶。當承攬契約依第 643 條被終止時，承攬人可依第 645 條第 1 項第 2 句之規定，就其已提出之給付請求約定之報酬，並請求補償未被報酬所包含之費用。此外，承攬人於終止契約前，原依德國民法第 642 條所享有之適當補償請求權亦不受影響⁶⁸⁷，倘若個案中定作人之協力行為被約定為契約之真正義務時，則承攬人尚可另行依照德國民法第 280 條以下規定或 VOB/B 第 6 條第 6 項第 1 句請求損害賠償⁶⁸⁸。

二、VOB/B 第 9 條第 1 項

在業主怠於履行協力職責而陷於受領遲延，並使承包商沒有能力履行給付時，承包商可依照 VOB/B 第 9 條第 1 項 a 之規定終止工程契約⁶⁸⁹，由於此終止權附加「使承包商沒有能力履行給付」之要件，因此第 9 條第 1 項 a 規定在適用上，較德國民法第 643 條之規定為限縮⁶⁹⁰。依照 VOB/B 第 9 條第 2 項規定，承包商行使終止

⁶⁸⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §643, Rdn. 8.

⁶⁸⁵ 此外，如定作人於催告期間內僅履行部分之協力行為，而其未履行之其餘行為依誠信原則判斷，並非屬不重要者，則僅履行部分之協力行為亦將導致契約被終止之結果。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §643, Rdn. 12 u. 16.

⁶⁸⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §643, Rdn. 19.

⁶⁸⁷ Vgl. Jörn Eckert, SBT, 2004, 2. Aufl. Rdn. 841.

⁶⁸⁸ Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 68.

⁶⁸⁹ 惟若個案中當事人將特定之協力行為約定為契約上之真正義務時，業主怠於履行義務將構成給付遲延，此時承包商亦可依照 VOB/B 第 9 條第 1 項 b(業主陷於給付遲延)之規定終止契約。Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 14.; Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 26.

⁶⁹⁰ 由於 VOB/B 第 9 條第 1 項 a 對於承包商之終止權設有「使承包商沒有能力履行給付」之要件，因此並非所有主張業主拒絕履行協力行為之契約終止皆為合法。有部分見解認為，此種附加之要件似可納入德國民法第 643 條作考量以限縮終止權之適用，惟此種見解不被承認，蓋依德國民法

權同樣必須設定相當期間，且應為終止預告，惟與前述第 643 條不同者係，當業主於期滿仍不履行協力時，承包商仍應另為終止之表示，換言之，此時並不發生工程契約自動終止之效果⁶⁹¹。至於終止契約後之法律效果，對照 VOB/B 第 9 條第 3 項與德國民法第 643 條之規定內容，二者並無特別差異。

第四項 我國法下相關之請求權基礎

壹、民法第 507 條

關於定作人違反協力義務之效果，我國民法除了第 507 條之規定外，尚欠缺其他直接之明確規範，惟此條規定無論是在構成要件或法律效果之設計上，可能因其體系之定位模糊，或因其對於當事人利益狀態之評估有所不足，經常衍生法律適用上的爭議，此於承攬人針對定作人不提供必要協力之履約糾紛提起訴訟時，常附帶主張其他給付遲延或受領遲延等請求權依據，即可瞧見民法第 507 條之規定未必符合當事人解決紛爭需求之端倪，進而此條在實務運用上有其侷限性。

一、構成要件之檢討

民法第 507 條對於定作人違反協力義務之規定，於承攬人請求損害賠償之要件上並未設有主觀要件，亦即承攬人似得在定作人無過失違反協力義務時主張解除契約及請求因解約所生之損害，此與我國損害賠償制度採「過失責任」之原則有所違背，因此值得思考者係，民法第 507 條是否為立法者於承攬章節所設之特別規定，如是，則應進一步探討作此特別規定之原因及其合理性；如否，則當協力義務被認定係真正義務時，此條規定即與債務不履行體系產生衝突⁶⁹²，蓋損害賠償之無過失責任應以當事人有特別約定或法律有明文規定者為限，且法律課與債務人無過失責任，亦應基於特殊考量，否則債務人僅應就可非難於己之行為負責⁶⁹³。

第 643 條之文義，其適用僅要求「於第 642 條之情形」，換言之，只要定作人未履行協力致陷於受領遲延，並妨礙承包商履行給付即為已足，且於第 643 條適用範圍中，亦非所有定作人違反協力職責之情形皆會導致契約終止之結果，因此應認為不得在承攬人行使終止權之要件上另為限制而加重其負擔。如為了避免終止權遭到濫用，實可借助誠信原則中權利濫用禁止之概念予以把關。

⁶⁹¹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §643, Rdn. 25.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 212.

⁶⁹² 惟仍有認為，定作人之協力義務本質上即為定作人之附隨義務，其與定作人之其他附隨義務所相差者，僅在於承攬人依民法第 507 條規定解除契約時，不以定作人未盡協力義務有可歸責之事由為必要。詳請參閱詹森林，最高法院裁判與民事契約法之發展，最高法院 99 年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，2010 年 10 月 12 日，會議手冊頁 135；類似見解尚可參照邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 113。

⁶⁹³ 王澤鑑，損害賠償之歸責原則，民法學說與判例研究第一冊，2009 年 12 月版，頁 347-348。

就此，依我國傳說學說及實務見解，定作人之協力行為僅具有對己義務之性質，則似乎民法第 507 條應為受領遲延之規定，惟我國民法第 507 條之規定於文義上似與債總債務不履行之規定相似，但又可發現該條無論在主觀歸責性要件或是損害賠償範圍之設計，體例上仍與債務不履行相關規定有所差異。而就本文觀察民法債編修正相關會議紀錄後認為，在定作人違反協力義務而對承攬人工程之施作造成妨礙時，是否存在課予定作人無過失責任之特殊考量，不無疑問，且由該條立法理由之記載亦無從獲得相關說明。而觀諸德國民法第 642 條及第 643 條規定，本文推測我國民法第 507 條制定時或許是受到繼受德國法制之影響⁶⁹⁴，蓋其第 642 條乃是債權人受領遲延之特別規定，因此適用上並不要求定作人具有可歸責性，承攬人依該條規定亦僅得請求一概括金錢結算之費用補償，而與損害賠償之概念有別。

是以本文認為，未來民法第 507 條之修正上應探討定作人協力義務之性質以確定該條之體系定位，如認為定作人協力義務原則上屬於給付兼需債權人協力之對己義務性質，則民法第 507 條之規定於設計上宜參考德國民法第 642 條作為受領遲延特別規定之作法，不另要求定作人怠於履行協力行為須具有可歸責性，而承攬人依該條規定僅能請求依約定報酬及遲延期間結算之適當補償⁶⁹⁵；惟若認為協力義務之性質應屬定作人之真正義務，則將民法第 507 條修正為具主觀可歸責性要件之債務不履行規範亦屬可行，定作人既知悉其履行真正義務時應盡到何等注意程度，如此對其違反義務之行為課予損害賠償責任即可充分評價行為之可歸責性，並填補承攬人因此所受之損害，如此亦不致使定作人對於不可歸責於己或因不可抗力所致之損害皆需負責而造成其責任過重之負擔。無論如何，此二修正方向皆較現行法之規定更能符合民法之過失責任體系⁶⁹⁶。

二、法律效果之分析

衡諸第 507 條之法律效果，其明揭承攬人得解除契約並請求因

⁶⁹⁴ 詳請參閱民法修正研究修正委員會第 847 次會議紀錄—財產法組第 452 次會議，張特生及錢國成委員之發言，民法研究修正實錄—債編部分(五)，法務部編印，2000 年 1 月，頁 134 及 140。

⁶⁹⁵ 如參閱民法修正研究委員會第 847 次會議紀錄—財產法組第 452 次會議，錢國成、林誠二等委員之發言，可推知當時一般學者多不認為定作人之協力行為屬於定作人義務之一環，並指出第 507 條第 2 項之賠償規定應與德國民法第 642 條之「適當補償」近似，而非屬債務不履行損害賠償責任之看法為草擬出發點，則如此似可推論我國民法第 507 條定位上應屬於受領遲延之特別規定，是以在修正方向上如能參考德國民法第 642、643 及第 645 條之規定作全盤檢討，應較合乎民法義務體系，亦更能完整保障承攬人之權益；類似看法亦可參閱蘇永欽、張特生及錢國成委員之發言，民法研究修正實錄—債編部分(五)，法務部編印，2000 年 1 月，頁 132 及 140。

⁶⁹⁶ 類似見解可參閱陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 22；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 179-180。

契約解除所生之損害；惟於具長期履約特性之營建工程契約，賦予承攬人契約解除權是否妥適，不無疑義；同時該條所預設「因契約解除所生損害」之賠償範圍，與學說及實務上對於解除契約後債權人所得請求之損害賠償，一般慣採履行利益賠償主義之看法似有出入，則此是否為立法者有意之特別設計或應作如何之詮釋，本文以下即針對此二法律效果之規定分別加以探討。

(一)損害賠償之範圍

1.爭議源起及民法第 507 條第 2 項損害賠償範圍之解釋

我國民法第 507 條修正前之規定⁶⁹⁷僅賦予承攬人於定作人不提供必要之協力時，得定期催告定作人履行，進而解除契約之權利，惟承攬人如因定作人怠於協力而受有損害時，可否主張損害賠償，則未有明文規定。或有主張此屬於可歸責於定作人致給付不能之情形，應使承攬人得依民法第 267 條規定請求約定報酬，惟最高法院 72 年度台上字第 1579 號判決對此則採否定之看法：「按定作人不為協力，僅生民法第五百零七條之承攬人得否解除契約問題，要無同法第二百六十七條之適用。」；惟最高法院此等見解可能產生的問題是，定作人將具有透過怠於履行必要之協力行為，使承攬人自行解除契約，而達到消滅契約效力並規避民法第 511 條所定損害賠償責任之誘因，此對於承攬人權益之保障，實有不足⁶⁹⁸。是以學者有建議得參照債務不履行、民法第 506 條或第 509 條等規定作為承攬人請求賠償之依據。

對此，由於定作人怠於履行協力行為致工程難以施作或無法完成之情形，其中當事人之利益狀態實與因可歸責於定作人之事由致給付不能相當，是以在價值判斷上，應不宜如同前述最高法院之見解般未明確交代理由即否定民法第 267 條規定之適用。而學者對此則多肯認於定作人不提供必要協力之情形，承攬人得援引民法第 267 條之規定以為主張⁶⁹⁹，是以民國 89 年債編修正時，民法第 507 條第 2 項即增列承攬人得請

⁶⁹⁷ 舊民法第 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。定作人不於前限期限內為其行為者，承攬人得解除契約。」

⁶⁹⁸ 陳聰富，工程承攬契約之成立、解除與終止，台灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月，頁 175；黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 583；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002 年 3 月初版，頁 134。

⁶⁹⁹ 陳聰富，工程承攬契約之成立、解除與終止，台灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月，頁 175；黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 583。學者亦有認為民法第 267 條因可歸責於他方之事由致給付不能適用之類型，亦應包含債務人之給付兼需債權人之行為而債權人不行為，顯係違反誠信原則之情形，詳請參閱孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010 年 3 月增訂版，頁 817-818。

求賠償「因契約解除而生之損害」之規定⁷⁰⁰。

惟此項損害賠償之增訂卻衍生進一步之爭議，蓋其增訂之法條用語為「得請求因契約解除而生之損害」，觀其文義似與瑞士債務法第 109 條第 2 項規定所採用之契約利益賠償主義相當⁷⁰¹，惟「因契約解除而生之損害」，依瑞士學者之看法，係指所謂消極利益或信賴損害而言，亦即請求權人因信賴契約有效而生之損害，或請求權人係請求回復至未曾信賴契約之有效或存在之財產狀態，而不包括不履行之損害賠償⁷⁰²。然此種看法恐與我國法院實務向來對於解除契約之損害賠償所採取之履行利益賠償主義有所出入⁷⁰³，則究竟民法第 507 條第 2 項之損害賠償範圍應作如何之解釋，方能符合修法原意及較屬於妥適保障當事人權宜之手段，實有進一步探討之必要⁷⁰⁴。

2. 本文看法

關於民法第 507 條第 2 項規定之「因契約解除而生之損害」究何所指，由於該條修正理由指出，其增訂係參考德國民法第 642 條及我國民法第 511 條之規定，因此關於損害賠償範圍之認定，實應參酌此二條之規範予以解釋，本文以下即分述之。

(1) 德國民法第 642 條

關於德國民法第 642 條規定承攬人得請求適當補償之內容，依本文前述外國法部分之介紹可知，其中包含承包商原已準備好的人力及資金，以及因業主未及時履行其協力行為，致承包商對於時間之處分權被阻擾所產生之損害。例如工具停止使用之成本、承包商之行政管理費用、

⁷⁰⁰ 民法債編第 507 條修正理由：「承攬人依本條第二項之規定解除契約後，是否尚得請求損害賠償，現行法並無規定。學者間有認為應適用債編通則之規定；有認為應參照民法第 506 條第 3 項及第 509 條，以為解釋者。為免疑義，爰參考德國民法第 642 條第 1 項、本法第 511 條但書，明定承攬人除得解除契約外，並得請求賠償因契約解除而生之損害」。

⁷⁰¹ 契約解除後損害賠償之立法例可分為 1. 契約利益賠償主義；2. 選擇主義；3. 履行利益賠償主義。而瑞士債務法第 109 條第 2 項規定，於債務人無法證明其不可歸責時，解除契約人亦得請求賠償因契約消滅所生之損害，係採第一種立法例。

⁷⁰² 楊芳賢，給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討，政大法學評論第 58 期，1997 年 12 月，頁 169-170。

⁷⁰³ 學者黃茂榮即指出，最高法院向來對於民法第 260 條之解釋，採取「在契約解除前所已發生之損害的賠償」之見解（請參照最高法院 55 年台上字第 1188 號判例、55 年台上字第 2727 號判例）；對於民法第 507 條第 2 項損害賠償範圍之解釋，如不採取「因解除而發生之信賴利益上的損害」的看法，則顯然只能指因契約解除而後始發生之損害，此將與最高法院關於依民法第 260 條所得請求賠償之損害的看法產生歧異。詳請參閱黃茂榮，債法總論（第二冊增訂版），植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 149。

⁷⁰⁴ 學者有提出類似看法，請參閱邱聰智，訂債法各論（中），元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 114。

工地設備及機具所支出之額外租金、分包商等待期間之費用、工地一般管理費及一般交易成本；惟並不包含利潤損失、在受領遲延終止後基於額外工作所支出之加班費用或加速費用等。而此等時間配置之損害及閒置勞力及增加資本支出之損害並不以承攬人依第 643 條終止契約時方得請求；此外，此種適當補償請求權之主張於承攬人行使第 643 條之終止權或定作人事後補為履行協力行為時皆不受影響，亦可與原先承攬報酬請求權併存⁷⁰⁵。由此觀之，德國民法第 642 條規範不僅係受領遲延之特別規定，且透過該國學說及實務發展，其適當補償請求權尚可涵蓋許多工程延期可能衍生之費用項目，此實與我國民法第 507 條第 2 項所謂因契約解除而生損害之賠償，概念上有所不同。是以第 507 條第 2 項修正理由指出該條係參考德國民法第 642 條規定而增訂，似乎有所誤會⁷⁰⁶。

(2) 我國民法第 511 條

民法第 511 條規定：「工作未完成前，定作人得隨時終止契約。但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。」，該條但書規定之損害賠償範圍，學說及實務向有不同看法。學者即有主張由於終止權之行使僅使契約向後失其效力，是以承攬人就已完成之工作自得請求約定報酬，由此可知民法第 511 條但書之規定，應係指承攬人得請求賠償就未完成工作部分因契約終止所生之損害⁷⁰⁷；而此看法亦為過往實務見解所採⁷⁰⁸。惟另有學者認為民法第 511 條但書之規定，實包含已完成及未完成部分工作之報酬，蓋除非當事人另有約定，否則承攬人原則上不得僅就部分完成之工作請求報酬，且由於終止契約並不使契約溯及失效，承攬人不得就已提供給付之部分主張不當得利之返還請求權，是

⁷⁰⁵ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 29.

⁷⁰⁶ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 657，註 266；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 188；吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 171；林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 152。

⁷⁰⁷ 鄭玉波，民法債編各論(上)，三民，1995 年 4 月修正 16 版，頁 392；楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 644；王澤鑑，不當得利制度與衡平原則：定作人依民法第 511 條規定終止時，承攬人就承攬工作之全部支出費用得主張不當得利返還請求權，法學叢刊第 125 期，1987 年 1 月，頁 5。惟王澤鑑教授其後則變更見解如本文後述之內容。

⁷⁰⁸ 可參照最高法院 72 年度台上字第 247 號判決：「查承攬人依民法第五百十一條規定，得請求定作人賠償之損害，係包括因定作人隨時終止契約而生之積極損害及消極損害而言。故承攬人就未完成之工作所應得之報酬扣除因免為給付所得之利益，是為契約終止所失利益。」

以民法乃透過此條規定使承攬人得請求因終止契約而生損害之賠償⁷⁰⁹，而此看法亦改變前述之實務見解，並已逐漸成為目前實務對於民法第 511 條但書損害賠償範圍認定之一貫立場⁷¹⁰。

為釐清民法第 511 條損害賠償範圍之爭議，實有必要檢視該條之立法目的。此條規定與德國民法第 649 條⁷¹¹相似，皆賦予定作人得視實際需求而於工作完成前之任何時間，不附理由即終止契約。此條規定之立法目的應在於防止或避免因繼續完成由於情事變更，將來對定作人可能無用之工作，並節省承攬人為完成該無用之工作可能之投入⁷¹²。惟由於此項終止權之行使乃違背契約嚴守原則，因此仍應保障契約相對人原先得享有之利益，即倘若契約未被終止而完成約定工作時可得請求之承攬報酬。而此條規定之意旨實與民法第 267 條規定相當，蓋因定作人行使任意終止權致承攬人不能完成約定工作之情形，其意義等同於因可歸責於他方當事人之事由致不能給付，是以債務人或承攬人得請求給付之範圍應作相同解釋，即包含原訂之對待給付，但應扣除因免為給付所節省之費用或另外使用勞動力而獲得或應獲得但惡意怠於取得之利益。由此亦可發現，承攬人依民法第 511 條但書所得請求之內容，包含原先定作人應履行之對待給付，故該請求權之性質實與債務不履行之損害賠償概念不同，是以在我國民法第 511 條採用之損害賠償規範模式與德國民法第 649 條規範有所不同

⁷⁰⁹ 換言之，此時承攬人依該條規定所請求之內容即為相當於報酬之損害。詳細分析請參閱王澤鑑，定作人終止契約時承攬人之損害賠償請求權、報酬請求權與不當得利請求權：最高法院三則判決之檢討，法學叢刊第 137 期，1990 年 1 月，頁 7；陳聰富，工程承攬契約之成立、解除與終止，台灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月，頁 178-179；史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 337。

⁷¹⁰ 例如可參照最高法院 99 年度台上字第 818 號判決：「而民法第五百十一條規定工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。因在終止前，原承攬契約既仍屬有效，是此項定作人應賠償因契約終止而生之損害，自應包括承攬人已完成工作部分之報酬（積極損害）及所失其就未完成部分應可取得之利益（消極損害）。」；此外，亦可參照最高法院 92 年度台上字第 738 號判決：「按承攬人承攬工作之目的，在取得報酬。民法第五百十一條規定工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。因在終止前，原承攬契約既仍屬有效，是此項定作人應賠償因契約終止而生之損害，自應包括承攬人已完成工作部分之報酬及其就未完成部分應可取得之利益，但應扣除承攬人因契約消滅所節省之費用及其勞力使用於其他工作所可取得或惡意怠於取得之利益，始符立法之本旨及公平原則。」；類似見解尚可參照臺灣高等法院 96 年度上字第 831 號判決等。

⁷¹¹ 德國民法第 649 條規定：「定作人得在工作完成前隨時終止契約。定作人終止者，承攬人得請求約定之報酬，但承攬人因契約終止而節省之費用或另為利用其勞動力所取得或惡意不為取得之報酬應受扣除。針對尚未完成部分之承攬給付，推定承攬人享有約定報酬之百分之五。」

⁷¹² 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 544。

之情形下，衍生體系衝突致解釋適用發生爭議之情況即在所難免⁷¹³。

於釐清承攬人依據民法第 511 條規定所得請求賠償之範圍後，轉而檢視與之相似的民法第 507 條第 2 項損害賠償規範，本文認為此二條規定乃涉及對於定作人怠於提供必要協力致承攬人解除契約與定作人行使任意終止權此二事實狀態之評價。而觀諸德國法上相關文獻，亦有類似討論可供參考。依照德國法民法及 VOB/B 之規定，對於業主怠於履行對契約執行所必要之協力職責，進而使承包商終止契約之情形，原則上承包商除了依德國民法第 642 條享有對於定作人遲延之補償請求權外，其僅能依照德國民法第 645 條或 VOB/B 第 9 條第 3 項請求已給付部分之報酬及其他未包含於報酬之費用。如承包商欲主張進一步之請求權，則可以考慮依義務違反之給付遲延規定請求損害賠償，或依德國民法第 649 條規定，在業主行使任意終止權時請求給付約定報酬。

對此，為防止業主有意透過怠於履行協力行為而達成實質上終止契約之效果，德國實務上有判決認為當業主不履行職責致契約履行遭受妨礙時，承包商有權可請求全額之報酬⁷¹⁴。申言之，依聯邦最高法院判決之見解，當業主否認契約之效力且違背職責以致妨礙工作完成時，承包商即有權請求全部之工作報酬，此時業主如提出報酬請求權未屆期或承包商未履行契約之異議時，應被阻斷其效力⁷¹⁵。然此具爭議性之判決見解是以契約仍合法存在為要件，因此其不得適用於契約已終止之案例類型，蓋若契約已終止，則承攬人對於未來工作之報酬請求權亦將被取消。換言之，倘若承包商欲主張此判決之見解，其即不得終止承攬契約，且儘管全部工作報酬之請求權立即屆至清償期，於妨礙被排除後，承包商仍應負有為對待給付之義務⁷¹⁶。

相對於上述之實務見解，德國學說上對於定作人怠於提供

⁷¹³ 此種體系衝突不僅影響承攬人此項請求權之性質，亦連帶影響消滅時效之適用依據，然由於此與損害賠償範圍之認定較無關聯，因此本文暫不予討論。此外，民法第 511 條以損害賠償之模式作規範，學者有認為，此或許對於承攬人因定作人終止契約而發生其他附帶費用或損害時具有實益，例如運往工地之材料若可順利完成工作，原則上無須運回並租用倉庫加以儲存，則承攬人因終止契約而支出此一運輸及倉儲費用，即可依民法第 511 條及第 216 條之規定，請求損害賠償。詳請參閱楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 645。

⁷¹⁴ BGHZ 50, 175.

⁷¹⁵ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 100.

⁷¹⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 100.

必要協力致契約難以履行之案例，則致力於分析承攬人進一步請求全額報酬之可能性，例如將定作人拒絕履行協力之情形解釋為定作人行使德國民法第 649 條之任意終止權、類推適用德國民法第 326 條第 2 項之規定(相當於我國民法第 267 條規定)或擴張解釋德國民法第 643 及第 645 條之請求範圍等，惟此全額報酬仍應扣除承包商因此節省之費用或透過其他途徑使用其勞動力可獲取之利益或惡意怠於取得之利益⁷¹⁷。

學者即有以德國民法第 649 條為例，此條規定係賦予定作人可依其自身需求或利益評估，於承攬工作完成前之任何時間得不附理由終止承攬契約之權利，意即業主享有個人之行為自由，且依傳統看法，承包商一般而言於其報酬請求權被維持之情形下，並無請求工作實際被執行之利益存在⁷¹⁸。然依第 649 條第 2 句之規定，業主終止契約時，承攬人之全額報酬請求權仍應被維持，但須扣除因契約終止所節省之費用或透過其他途徑使用勞動力可獲取之利益或惡意怠於取得之利益。如個案中定作人僅拒絕提供必要之協力行為而未同時依第 649 條第 1 句規定終止該契約，則承攬人可能因此無法或難以提出其工作給付，也將使其全額之報酬請求權尚不發生。雖然此時承攬人得依第 643 條第 1 項規定終止契約，但此將導致其僅能依第 645 條第 1 項之規定請求部分的報酬或依第 642 條規定請求補償機具、稅捐、保險、營業費用等額外支出，而不得請求全部之承攬報酬。因此，以明示拒絕提供協力，促使承攬人依第 643 條終止契約之方式，取代自己依第 649 條第 1 句規定終止契約，對定作人而言是比較有利的。為避免此種情形發生，第 649 條之規定於此必須加以類推適用，藉此得將定作人終局地拒絕提供必要之協力與定作人依照第 649 條規定行使終止權這兩件事等同視之⁷¹⁹。另外，亦可思考，當人們認為定作人怠於履行協力行為將構成附隨義務之違反而使定作人負第 241 條第 2 項、第 280 第 1 項所定之損害賠償責任時，或許亦可達成「將終局地拒絕提供必要之協力與依照第 649 條規定終止這兩件事等同視之」類似的結果⁷²⁰。

是以，綜合德國學說及實務對於防止定作人透過怠於履行協力行為之方式達成行使任意終止權效果之討論，亦可得出

⁷¹⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 101.

⁷¹⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 702.

⁷¹⁹ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 703.

⁷²⁰ 類似見解認為在德國民法新修訂第 280 條之規定後，透過將債權人遲延或將業主不履行職責視同違反契約一般忠誠義務等方式，亦足以保障承包商之權益。Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 101.

於承攬人行使第 643 條之終止權時，應肯認其得享有請求全額承攬報酬之可能性。而觀諸我國民法第 507 條第 2 項之修正理由，其明示該條之修正係參照民法第 511 條但書之規定，此足見立法者欲使承攬人取得相當於承攬報酬之損害賠償的原意⁷²¹；同時民法第 507 條與第 511 條規定，皆係因定作人之行為致承攬人無法順利完成工作，此利益狀態亦與民法第 267 條之規範情形相當⁷²²，故此三者之法律效果解釋上宜使其相同，以免定作人得以不為協力之方式，促使承攬人解除契約而獲得法律效果上之優惠，是以民法第 507 條第 2 項之損害賠償，解釋上不宜認為係信賴利益之損害賠償⁷²³。本文認為，民法第 507 條第 2 項規定所謂因契約解除而生之損害，宜解為自解除契約時起，若承攬人未解除契約繼續完成工作時所得請求之報酬，但由於承攬人實際上未完成工作，因此該報酬數額應扣除承攬人因不能完成工作所節省之費用以及因此另外獲取之利益。

3. 應增訂遲延期間得請求補償之規定

依民法第 507 條之規定，承攬人固可選擇在定作人怠於履行協力時，於催告期滿後解除契約，惟一般而言，此對於承攬人未必具有實益，多數承攬人仍希望藉由圓滿提出契約給付而獲得約定之承攬報酬，是以賦予承攬人在施工遭遇妨礙時一免於被套牢之退場機制誠然有必要，但不可否認者係，承攬人著眼之重點，常不在於可否解除或終止契約，而在於對履約遭受妨礙致工作期間延長時所增加支出之費用或損失，例如人力、機具之折舊、保養維修、租金、工務所辦公費用、利潤損失等，可否請求補償或賠償之問題。

然此種補償或賠償之請求卻無從於第 507 條第 2 項之規定獲得法律上依據，蓋該項僅規定承攬人得請求「因解除契約而生之損害」，是以在定作人於遲延後提供必要協力之情形，如承攬人未解除契約，其即無法依據該項規定請求遲延期間所增加之費用或損失，此對於承攬人利益之保障實大打折扣。若

⁷²¹ 陳聰富，工程承攬契約之成立、解除與終止，台灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月，頁 175。關於民法第 507 條第 2 項損害賠償範圍增訂過程之討論，可參閱法務部編印，民法研究修正委員會第 943 次會議紀錄—財產法組第 548 次會議，錢國成委員之發言，頁 412。

⁷²² 類似說明可參閱李家慶計畫主持，政府採購契約之廠商所負損害賠償責任之研究，行政院公共工程委員會委託研究計畫，2006 年，頁 22。

⁷²³ 黃茂榮等，承攬之終止與解除之效力—民法研究會第五次研討會紀錄，詹森林教授之發言，法學叢刊第 166 期，1997 年 4 月，頁 109；王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 176；楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 657-658。

承攬人另循民法第 240 條之規定請求補償，惟依該條規定，承攬人亦僅能請求提出或保管給付之必要費用，似無法完全填補承攬人因定作人遲延履約所遭受之損害。此外，由於承攬或工程契約皆重在一定工作之完成，工作之完成與報酬給付間具雙務對價關係，換言之，承攬人非僅提供勞務即為已足，更須提出約定之工作成果，方得請領報酬，是以定作人怠於提供必要協力陷於受領遲延，致承攬人亦受有遲延增加支出等損害時，由於約定工作尚未完成，承攬人此時亦無法援引民法第 487 條⁷²⁴之規定，主張免除給付勞務之義務並仍得請求約定報酬⁷²⁵。

由上述推論可知，依我國現行民法之規定，對於承攬人未解除契約但受有遲延損害之情形，規範設計並不周全，特別是在定作人怠於履行之協力行為性質上非屬真正義務時，承攬人亦無法援引債務不履行之規定請求賠償，則在雙方當事人之契約欠缺完整或公平之補償、賠償約定時，將可能產生承攬人對於因遲延而增加之費用或損失求償無門之情況。對照德國民法第 642 條規定，承攬人得在定作人不配合協力而陷於受領遲延時，請求依約定報酬及遲延期間估算之適當補償，此項主張不須定作人具有可歸責性，同時亦不以承攬人先行終止契約為必要；而依第 645 條第 1 項之規定，對於定作人所致工作物毀損、滅失或不能完成之情形，承攬人可請求已提出部分給付之報酬或未被報酬所包含之其他費用，而此項規定於承攬人依第 643 條終止契約時仍得主張，同時承攬人終止契約亦不影響原先對於定作人得依第 642 條請求補償之權利。由此觀之，在德國民法規定下，無論承攬人選擇何種途徑，其得請求給付之範圍多包含承攬人於定作人遲延時所額外支出之費用，儘管第 642 條被定位為受領遲延之特別規定，而無法完全填補被忽略之利潤等損失，然其補償內容所涵蓋之延期費用項目，實已較我國民法第 507 條第 2 項規定更為周全。

對於承攬人未解除契約時請求遲延期間增加費用之補償問題，學者有提出可嘗試類推適用民法第 511 條規定之見解⁷²⁶，另有學者則認為得類推適用民法第 509 條之規定⁷²⁷；諸

⁷²⁴ 民法第 487 條規定：「僱用人受領勞務遲延者，受僱人無補服勞務之義務，仍得請求報酬。但受顧人因不服勞務所減省之費用，或轉向他處服勞務所取得，或故意怠於取得之利益，僱用人得由報酬額內扣除之。」

⁷²⁵ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 3。

⁷²⁶ 黃茂榮等，承攬之終止與解除之效力—民法研究會第五次研討會紀錄，詹森林教授之發言，法學叢刊第 166 期，1997 年 4 月，頁 109。

⁷²⁷ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 656-657。

此看法係著眼於民法第 511 條、第 509 條及第 507 條，皆規範因定作人領域之事由所致妨礙工作進行之情形，則既然係因定作人之事由致生工作風險，宜由定作人承擔遲延增加之費用或損失，始為合理，故此三條規範之法律效果應可作相似之處理，換言之，透過類推適用民法第 509 條或第 511 條之規定，將使承攬人就遲延期間所服之勞務得請求定作人增加報酬給付或償還墊款，惟仍應有損益相抵原則之適用⁷²⁸⁷²⁹。本文贊同上述看法並認為，對於遲延期間所增加費用或損失之補償等爭議，根本解決問題之道，實有待修法時採用類如德國民法第 642 條以下規範模式之修正方向，而使相關規定更臻至完善⁷³⁰。

(二)解除契約?終止契約?

依照民法第 507 條第 1 及第 2 項規定，於定作人怠於提供協力行為時，承攬人得定相當期限催告定作人履行該協力，如定作人於期滿仍不為履行時，承攬人即享有解除契約之權利。蓋若定作人不提供工程施作所必要之協力，將嚴重影響承攬人施作工程之安排，若承攬人再次提供定作人提出給付之機會，定作人仍不把握時，實無法期待承攬人繼續處在施工受阻之困境中，因此第 507 條第 2 項即賦予承攬人自契約拘束中解套之機制。惟此條規定「承攬人得解除契約」之法律效果是否妥當，實有疑問。姑且不論承攬契約究屬一時性契約或繼續性契約，至少於大型營建工程契約，其多具有長期履約之特性，然解除契約之效力，依民法第 259 條規定，乃使契約上之權利義務發生清算，而雙方當事人則互負逐離、接管及結算等回復原狀之義務，則於法律關係相對複雜且牽涉眾多當事人權利義務關係之工程契約，是否合適採取此種解除契約之方式，我國學說及實務上迭有討論。

⁷²⁸ 然本文認為除非當事人另有約定或可自契約解釋中推導而出，否則定作人協力行為之本質仍屬對己義務性質，是以民法第 507 條之定位應屬受領遲延之特別規定，則此時承攬人透過類推適用第 509 條等規定，雖得請求工程遲延期間所增加支出之費用，惟對於減少履約保證金、融資利息收入或是利潤等損失，仍不應屬承攬人依相關規定得請求補償之內容，而此概念亦與德國民法第 642 條承攬人所得請求之適當補償內容並不包含機會或利潤等損失相同，蓋此時並不涉及定作人違反對他義務而應對承攬人所失利益進行賠償之問題。

⁷²⁹ 類似之討論亦可參見德國法上學說及實務見解對於其民法第 645 條第 1 項可否擴大其應用範圍，乃至發展一般化領域理論之討論。就目前之共識而言，一般學說及實務見解皆肯認定作人怠於履行必要之協力時，可透過擴張解釋第 645 條第 1 項要件之涵攝範圍，或可類推適用第 645 條第 1 項規定等方式，而使承攬人得請求因定作人遲延所衍生之成本、費用。Vgl.

Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 22 u. 23.; J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 36.

⁷³⁰ 類似見解可參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 161；吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 171-172。

法院實務對於承攬人是否享有終止權之看法素有分歧。有採否定承攬人得終止契約之見解者，如最高法院 96 年度台上字第 153 號判決：「查承攬人僅有契約解除權，而無契約終止權，此由民法第五百十四條第二項僅規定承攬人損害賠償請求權及契約解除權之行使期間，而無契約終止權行使期間之規定，益徵承攬人就承攬契約僅有契約解除權而無終止權。」綜上所述，本件被上訴人固應負給付、受領遲延之責任，經上訴人再為催告仍不依約履行，上訴人僅得依民法第五百零七條之規定，行使其法定解除權，而無契約終止權可資行使，則上訴人於八十九年八月二十五日所為系爭合約終止之意思表示，不生終止之效力。⁷³¹；惟亦有採肯定承攬人得行使終止權之看法者，如最高法院 92 年度台上字第 915 號判決：「按依民法第五百零七條就「定作人之協力及不為協力之效果」所為之規定加以觀察，必須該工作需定作人之協力始能完成，且其於承攬人所催告之相當期限內未為協力行為者，承攬人方得解除或終止契約。倘承攬契約之內容係包括數個可獨立施作之項目，而其中需定作人之協力部分，並不影響其他部分工作之進行及完成者，解釋上即不容承攬人任意以契約中之一部分需定作人之協力而未協力致該部分不能施作，率爾就無需定作人為協力仍可完成以達該部分契約目的之工作，坐使其不完成再執為其無可歸責之藉口。」⁷³²。

學說上對於民法第 507 條第 2 項承攬人享有解除權之規定多所批評，多數認為承攬人於定作人經催告期滿未補行協力行為

⁷³¹ 類似見解尚可參照宜蘭地院 92 年度簡上字第 39 號判決、最高法院 95 年度台上字第 1731 號判決及最高法院 100 年度台上字第 1632 號判決：「又按契約之終止，乃繼續性契約之當事人一方，因他方之契約不履行而行使終止權，使繼續性之契約關係向將來消滅之意思表示，而就契約之終止權，民法並無一般原則性之規定，必須法律有特別明文規定時，始得據以行使。有關民法債編承攬規定，除第五百十一條有定作人之意定終止權及第五百十二條第一項法定終止權外，承攬人就承攬契約僅有契約解除權，並無終止權，此觀民法第五百十四條第二項之規定自明。承攬之性質，除勞務之給付外，另有完成一定工作之要件。而工作之完成可能價值不菲，或須承攬人之特殊技術始能完成，如許承攬人終止契約，不僅未完成之工作對定作人無實益，將造成定作人之重大損害或可能造成工作無法另由第三人接續完成之不利後果，故民法第五百零七條規定承攬人僅得行使解除權。」

⁷³² 類似見解尚可參照最高法院 100 年度台上字第 1161 號判決：「末按已開始履行之承攬契約或其他類似之繼續性契約一經合法成立，倘於中途發生當事人給付遲延或給付不能時，民法雖無明文得為終止契約之規定，但為使過去之給付保持效力，避免法律關係趨於複雜，應類推適用民法第二百五十四條至第二百五十六條之規定，許其終止將來之契約關係，依同法第二百六十三條準用第二百五十八條規定，向他方當事人以意思表示為之。」；值得注意者係，就此判決意旨可推知，最高法院似肯認若個案中契約具有長期繼續履行之特性時，為避免法律關係清算時過於複雜化，仍不妨賦予承攬人終止契約之權利。本文認為，最高法院此判決明示本件之事實與最高法院 96 年度台上字第 153 號判決之見解有別，不得比附援引，惟其似乎已認識到固守最高法院 96 年度台上字第 153 號判決認定承攬章節未賦予承攬人享有終止權之規定，於實際操作上可能衍生之爭議，是以乃藉由類推適用債務不履行規定之方式另為解套，使承攬人享有主張終止權之可能，此種突破仍值肯定。

時，多已對於承攬工作為相當之準備，如要求當事人因解除契約而進行清算，此對於已投入之資源將難以保存價值，是以該條規定僅賦予承攬人解除契約之效果，實有不妥⁷³³；特別是在具長期履約特性之重大營建工程中，於承攬人欲結束該債之關係時，原則上應以終止之方式為最符合當事人利益之手段⁷³⁴；此外有學者指出，實務見解常基於個案中當事人之契約關係被定性為承攬契約，即被限制於承攬人僅享有法定解除權之概念框架下，此不僅有悖於契約定性及任意規定設計之初衷，且對於當事人利益之維護、契約目的、公平正義及經濟效率之追求皆有所妨礙。是以對於各種典型契約或非典型契約適用或類推適用任意規定時，應考量相關交易成本及契約目的而作適切性之適用，必要時應透過將任意規定作目的性限縮或藉由補充之契約解釋等方式填補隱藏性之法律漏洞，如此亦可彰顯個案之契約關係與典型契約於價值判斷或利益狀態之差異。因此對於民法第 507 條第 2 項之規定，原則上應衡量契約回復原狀之費用及承攬工作對定作人所具價值之高低，以決定是否應目的性限縮法定解除權適用之範圍，或基於國際公約、工程慣例及誠信原則等概念而類推適用或目的性擴張終止權之相關條文於工程契約中⁷³⁵。

就此爭議，本文贊同應賦予承攬人終止權之看法。蓋無論是在政府機關辦理之公共工程採購或民間一般之工程契約，其多具有長期履約及特定性投資之性質，較少屬於臨時性或時效性之設施，縱使承攬人給付之工作有瑕疵，致定作人受有延後或難於使用等不利益，然一般而言，該工作對於定作人顯少處於已無實益之狀態，是以定作人援引民法中法定解除權規定之可能性較低；此種利益狀態反觀於定作人怠於履行協力行為之情形中亦同樣存在，只要承攬人已為約定之工作投入一定資源，則事後要求當事人因解除契約而負擔回復原狀義務，不僅實際執行上困難度高且若該未完成之工作對定作人具有一定價值或可能交由第三人接續

⁷³³ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 583；林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 150-151；姚志明，營建工程契約協力義務之研究，東亞法學評論，第 1 卷第 1 期，2010 年 3 月，頁 67-68；李家慶，定作人之協力義務，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 87。關於應以解除或終止為消滅契約效力之手段，於民法債編修正討論過程中亦有學者提出類似質疑，詳請參閱法務部編印，民法研究修正委員會第 1054 次會議紀錄—財產法組第 659 次會議，謝在全委員之發言，頁 173。

⁷³⁴ 黃茂榮等，承攬之終止與解除之效力—民法研究會第五次研討會紀錄，詹森林教授、陳自強教授之發言，法學叢刊第 166 期，1997 年 4 月，頁 112-113。

⁷³⁵ 王文字，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 166-178。

完成之情形下，解除權之行使勢必不利於整體社會之經濟效益⁷³⁶。

觀諸德國民法第 643 條及 VOB/B 第 9 條之規定，其皆賦予承攬人在定作人於催告期滿仍不提供必要協力時，享有終止契約之權利，相較於我國法規定解除之法律效果，實較符合工程實務之運作及當事人之需求。是以，本文肯認應給予承攬人於具繼續性及特定性投資性質之工程契約中一套符合公平正義之退場機制，而就前述分析觀點可推論，如回復原狀將耗費當事人更多成本且不利於經濟效率之考量下，賦予承攬人享有法定終止權之效果實有必要亦較為妥適。於現行法下應可參考學者提出對於第 507 條第 2 項法定解除權適用作目的性限縮之見解，並透過契約解釋或漏洞補充等方式推導出承攬人得享有終止權。其實，觀諸我國各工程契約範本之規範，亦不難發現當事人多透過各式約定而賦予承攬人享有終止契約之權利；且歸納法院實務見解，只要當事人約定有終止契約之條款，且在符合約定要件下，法院多會採取肯認承攬人得終止契約之態度。是以，現行民法第 507 條第 2 項規範不完備之爭議，或多或少已藉由工程實務之運作而獲得減緩⁷³⁷，惟如為根本消彌爭議，仍有必要參考德國民法及 VOB/B 等規定，修正現行民法第 507 條第 2 項之法律效果⁷³⁸。

貳、民法第 509 條

一、概念簡述

依民法第 508 條之規定，承攬人於定作人受領前，須承擔工作物發生毀損、滅失或不能完成之危險，此亦同於本文第二章所分析之工程契約風險分配原則，即承攬人應承擔定作人受領前與工作給付相關之勞務施作風險。然如造成工作毀損、滅失甚至陷於給付不能之事由，係可歸責於定作人或屬於定作人領域之事由所致時，此時定作人較承攬人更接近危險，或對於危險具有更佳之管控能力，而相對之下，承攬人如善盡相當之注意仍無法控制或防免危險發生時，此時該危險所致生之損害即不應責由承攬人自行承擔，是以民法第 509 條即規定：「於定作人受領工作前，因其所供給材料之瑕

⁷³⁶ 王文字，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月，頁 170；鄭富方、孔繁琦、廖肇昌，工程承攬契約之解除與終止，營建管理季刊第 85 期，2011 年 3 月，頁 50。

⁷³⁷ 類似觀察亦可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 168。

⁷³⁸ 學者有主張修法時應可併採解除或終止之規定，使承攬人享有選擇權，可參閱陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行爲之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 22。雖本文初步認為僅賦予承攬人享有終止權即已足夠作為合適之解套機制，然此種看法兼顧當事人對於履約利益狀態之評估，亦值參考。

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。」。由此條規定可知，承攬人欲據以請求給付報酬或墊款，仍應注意盡到檢查材料、指示及通知定作人之附隨義務，蓋承攬人通常具有施工之專業能力、技術或經驗，由其檢驗定作人提供之材料或指示是否適當，應不至於造成其過重之負擔，若透過承攬人再次檢驗即可避免或減輕工作物之損害，而承攬人卻未從事必要之防範或通知定作人注意時，則本於誠信原則，其即不得要求定作人承擔此種標的物毀損、滅失或給付不能之風險⁷³⁹。

惟民法第 509 條僅規定報酬危險之移轉，並未直接免除承攬人之給付義務，是以縱使承攬工作已於定作人受領前發生毀損、滅失，承攬人原則上仍負有依契約重作或修繕以繼續完成工作之義務。申言之，承攬人就其義務之履行是否負有給付危險，原則上仍應依誠信原則、交易習慣或當事人間之具體約定加以認定犧牲極限為何，只要於犧牲極限內，承攬人即有一再努力以完成工作之義務；反之，如客觀上定作人要求承攬人繼續履行給付已超出誠信原則課予承攬人承受之範圍時，其權利行使將過於苛刻而可能構成權利濫用⁷⁴⁰。是以，於工程施作一段期間或已至工程後期，工作物發生毀損滅失之情形時，由於承攬人已投入相當之資源及成本，如要求其重建或修繕再為履行，此時再支出之時間或成本可能遠超出承攬人原先之預期，且與其施作可獲得之利益相較，實不具期待承攬人再為施作之可能性時，此時承攬人即得免除給付義務⁷⁴¹。

此外，承攬人依民法第 509 條規定可得請求之內容，包含已服勞務之報酬及墊款之償還，此相較於同屬定作人之事由致承攬人給付不能之情形，即民法第 267 條規定得請求全部對待給付並適用損益相抵原則之效果，顯然承攬人依第 509 條規定所得請求之範圍較小，此時第 509 條與第 267 條之適用關係為何，不無疑問。學者即有主張民法第 509 條之規定具體繁瑣，因此當屬第 267 條規定之特別法而應優先適用⁷⁴²，則由於民法第 509 條規範之給付範圍較小，

⁷³⁹ 類似概念亦可參照我國民法第 496 條、德國民法第 645 條第 1 項及 VOB/B 第 4 條第 3 項等規定。

⁷⁴⁰ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 607-608。

⁷⁴¹ 此種給付雖然實際尚可行，然對於債務人而言，若其欲給付之，尚須花費一筆可觀之費用，在此種情形下，債務人應為之給付，依誠信原則作判斷，可稱係「超出債務可期待之困難」，欠缺債務人給付之期待可能性，此即經濟上不能之概念。詳請參閱姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 267。

⁷⁴² 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008 年 8 月初版第 2 刷，頁 119。

此適用結果對定作人而言自然較為有利。惟本文認為民法第 509 條之規定不必然排除第 267 條之適用，其請求範圍之差異可能導因於承攬人在定作人提供有瑕疵材料或指示不適當之情形，通常仍負有繼續履行契約約定給付之義務，故其只能請求部分報酬及未被報酬所包含之其他費用⁷⁴³。然若個案中因定作人提供有瑕疵之材料或指示不適當致承攬工作已確定陷於給付不能時，此時之利益狀態與民法第 267 條之規定相同，實無特別保護定作人利益之必要，因此應認為承攬人亦可主張民法第 267 條之規定而請求全額之報酬並扣除所節省之費用或可另外取得之利益⁷⁴⁴。

二、民法第 509 條規定於工程契約之運用

民法第 509 條所揭示由定作人承擔自己領域風險之原則，於現代大型工程契約中有被學說及實務擴張運用之趨勢，蓋承攬人基本上僅對於在定作人受領前其得掌控之工程施作風險加以承擔，其他因定作人領域事由或因不可抗力致施工發生妨礙之情形，此時或造成工程進度遲延，或致使工作物發生毀損、滅失乃至於不能完成，此等不利益狀態實不應責由不可歸責之承攬人自行吸收。是以，若發生類如民法第 509 條列舉之因定作人所提供材料有瑕疵或指示不適當等情事，承攬人除得請求已給付部分報酬外，更可請求報酬以外墊款之償還，同時如因定作人之過失致承攬人受有損害時，承攬人亦可依同條後段之規定請求損害賠償。

而此種風險分配原則對應於本文所探討定作人協力義務之主題，亦可得出如同德國法上討論之結果，意即若個案中因定作人怠於提供承攬人履約所必要之協力，致工作發生給付不能之情形，此時本屬民法第 509 條之適用領域；而若定作人怠於提供必要協力之行為僅導致工期被延誤時，此時承本文前述分析，由於現行民法第 507 條第 2 項規定並未賦予承攬人得請求遲延損害之依據，是以學說上多肯認對於此種因定作人行為所致之時間上風險，應由定作人承擔，此時承攬人可主張類推適用民法第 509 條規定，請求遲延期間所服勞務之報酬、因延期所增加支出之直接或間接費用，乃至於因工程遲延所遭受之損失，亦可透過同條後段之規定，於定作人具

⁷⁴³ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 18.

⁷⁴⁴ 關於德國民法第 645 條第 1 項及第 649 條規定之請求範圍，學說上亦有類似討論，可參見前述「第三項 德國民法及 VOB/B 之規定、貳、德國民法第 645 條：業主之責任」部分之說明；我國學者亦有指出德國民法第 645 條及第 649 條請求範圍之差異，乃係以定作人是否得恣意為特定行為致給付不能作區分，詳請參閱黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 584。而關於因定作人之事由致工作發生給付不能之情形，德國民法第 645 條第 2 項即明文規定該條並不排除定作人依類似我國民法第 267 條之規定所應承擔之責任 Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 49.就結論觀之，乃與本文此處之推論一致。

有過失時，請求其賠償損害⁷⁴⁵。

另外，德國部分學者基於德國民法第 645 條第 1 項規定所發展出之一般性領域理論雖未獲學說及實務見解普遍承認，惟多數見解仍認為得透過類推適用或將法條所列舉之二類定作人行為作廣義解釋，是以定作人未提供工地、未提供施工必要之規範圖說或其他資訊、提供錯誤設計圖說或資訊，乃至於地質發生異常，甚至是定作人未協調好前承包商按時提出給付等情形，多可能解釋為定作人提供有瑕疵之材料；而定作人於受領前使用工作物之情形，由於定作人對於工作物之危險不僅更接近且具有現實管領力⁷⁴⁶，是以即使其使用係合乎規範，然由於此使用行為亦升高工作物毀損、滅失或不能完成之風險⁷⁴⁷，故仍應由定作人承擔不利益為妥。諸此情形承攬人皆得主張適用或類推適用第 645 條第 1 項規定，而該項規定亦不以定作人具有可歸責性為必要，從而在德國學說及實務採取擴大民法第 645 條第 1 項適用範圍之見解下，將使承攬人之權益於因定作人領域事由致無法順利履約之不利益狀態下，受到更周全之保障。

基此，本文認為應可援引德國學說及實務上所發展「領域理論」之概念於我國民法第 509 條之解釋適用上。例如在施作客體本身存在風險之情形，如工地具有地下不利狀況或地層岩質、高度等數據與預期產生重大差異而有改良地質或變更施工方法之必要時，若當事人願意藉由辦理契約變更並協議調整契約價格時，固較無爭議發生；惟如定作人不願意配合辦理變更，或定作人雖指示變更，惟雙方對於變更前所增加支出之成本無法達成補償協議時，此時若屬於應由定作人提供之地質資料與實際狀況產生誤差之情形，則首先可思考提供正確施工資料是否屬於業主應盡之契約義務，如是，則對於可歸責於定作人違反義務之行為，承攬人可依債務不履行規定請求損害賠償。其次，若該等義務未被明確約定而依現行實務見解認為定作人之協力行為僅屬對己義務之性質時，此時承攬人除可主張民法第 507 條之權利外，亦可解釋定作人提供錯誤之資訊屬於對工程之指示不適當，或將該地質異常之情形認定屬定作人提供有瑕疵之材料，而適用或類推適用民法第 509 條之規定，以請求定作人補償額外增加之費用或賠償損失⁷⁴⁸，換言之，關於施工環境或客體可

⁷⁴⁵ 類似見解可參閱楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 656；吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，頁 183。

⁷⁴⁶ BGHZ 83, 203.

⁷⁴⁷ BGHZ 40, 75.

⁷⁴⁸ 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，頁 140；黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 10；陳玉潔，工程契約變

施作性之風險，應劃歸業主承擔；再者。若該地質異常之妨礙情況係雙方於締約時皆無法預見，且工程如依原定契約內容施作並給付報酬將顯失公平時，承攬人亦得再主張適用情事變更原則以調整契約給付內容。

由上述地質異常情形之分析即可推知，於現行民法第 507 條規範不完備之情形下，藉由運用民法第 509 條定作人領域風險之概念，將可於定作人怠於提供必要協力之紛爭中提供承攬人另外可能之請求權依據；又若契約雙方對於工地之地質狀況皆已盡到必要之地質鑽探或工地勘查，然仍無法預見實際地質之差異時，對於此種施工妨礙不可歸責於雙方當事人之情形，領域理論之發展亦可協助合理分配當事人履約之風險；此外，倘若雙方當事人於締約時即謹慎評估可能被劃歸其領域之風險，並於磋商時納入考量或預先採取分散風險之措施，如此也將有助於減少履約爭議之發生⁷⁴⁹。惟領域理論之具體內涵或民法第 509 條應如何擴大其運用領域，則有待學說及實務透過案例歸納以進一步發展或論述。

參、民法第 240 條

一、定作人違反協力義務構成受領遲延

(一)定作人違反協力義務是否構成受領遲延？

關於定作人怠於提供承攬或工程契約履行必要協力之爭議，實務上常見承攬人主張民法第 240 條之規定，請求定作人補償其因定作人遲延所遭受之損害。對此，是否定作人怠於提供給付所必須之協力將構成受領遲延，學者有採否定看法，其認為民法第 240 條規定僅就債務人已達交付給付物之程度作為規範之標的，然於定作人不為協力之情形，承攬人並未有一具體之給付物可交付定作人，是以不生提出及保管給付物之必要費用，自亦無從適用受領遲延規定請求補償其所受損之⁷⁵⁰。此外，依我國民法第 505

更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 159-160。而本文對於地質異常或定作人交付不正確資訊致工程有辦理變更必要之情形，亦嘗試推導課予業主辦理變更義務之可能性，並探討是否可賦予承包商債務不履行之損害賠償請求權，以彌補額外支出費用或減少利潤等損失。相關討論請參閱本文「第五章 定作人協力義務類型簡析、第一節、第五項、提供正確之施工資料、給予必要之指示與辦理契約變更」部分之說明。

⁷⁴⁹ 此外，當因不可歸責於雙方之事由延展工期而增加費用時，不論其增加係因原物料漲價或因天候、地質因素，該增加之費用原則上應由勞務債權人負擔，蓋勞務債權人較能於該勞務債權實現後，在將來透過調整價格，於市場上將該增加之費用分散出去。詳請參閱黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 10。

⁷⁵⁰ 蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 118；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 200-201。

條之規定，似可推導出承攬契約中定作人受領之概念，係指相對於承攬人之交付行為而由定作人現實取得占有而言⁷⁵¹，是以實務上有判決以此為由而否認承攬人於提出工作成果前對於定作人怠於提供協力之情形為民法第 240 條適用之主張⁷⁵²。惟仍有不少實務見解肯認承攬人得對定作人怠於提供協力而陷於受領遲延之情形，請求依民法第 240 條規定予以補償⁷⁵³。

對於此問題，多數學者仍採肯定得適用受領遲延規定之立場，其多依民法第 235 條之規定而認為受領遲延之概念，應包含債權人對於債務人提出合於債之本旨之給付不為受領，致無法及時發生給付之效果；此外，債權人對於債務人履約所必要之協力拒絕或遲延提供時，此時該兼需定作人行為之給付實行上將因此受到妨礙，亦可構成債權人之受領遲延⁷⁵⁴。

(二)本文看法

受領，係相對於給付之行為，其通常是指債權人對於債務人所提出合於債之本旨之給付予以承認而言。受領之概念隨不同契約類型應為不同之詮釋，蓋於以勞務給付為標的之契約類型，其受領之意涵即可能與以給付物或使用權為標的之契約類型有所不同，是以在承攬契約中，由於其契約之內容乃強調一定工作之完

⁷⁵¹ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 648。

⁷⁵² 可參照最高法院 96 年度台上字第 2468 號判決：「又債權人遲延者，債務人得請求其賠償提出及保管給付物之必要費用，民法第二百三十四條及第二百四十條分別定有明文。若債務人根本即未提出給付，債權人並無受領遲延可言。查○○公司依系爭工程契約所負之給付義務為「彰化縣伸港區段徵收 C 區公共工程」之完成，依民法第五百十條之規定可知，顯需俟工作完成時伸港公所方有「受領」工作之義務。又兩造訂約日為八十九年四月十五日，約定竣工期限為三百六十三個日曆天，而系爭工程實際完成日為九十一年十一月七日，雖較契約原定之竣工期限延後十八個月，但在九十一年十一月七日之前，○○公司尚未完成工作，自無法提出給付，伸港公所有受領遲延之可言。且系爭工期展期十八個月，乃兩造所合意，為兩造所不爭，伸港公所更無受領遲延情事。」；類似見解亦可參照臺灣高等法院 93 年度重上字第 411 號判決、臺灣高等法院 92 年度重上字第 611 號判決等。

⁷⁵³ 可參照最高法院 97 年度台上字第 360 號判決：「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。」；類似見解尚參照最高法院 93 年度台上字第 481 號判決、臺灣高等法院 94 年度重上字第 144 號判決及臺灣高等法院 94 年度上更(一)第 48 號判決等。

⁷⁵⁴ 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 253-254；孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010 年 3 月增訂版，頁 542-543；林誠二，債法總論新解體系化解說(下)，瑞興，2010 年 3 月初版，頁 177；林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983 年 6 月，頁 36；林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 113(該論者甚至直接認招標機關對承包商之給付拒絕或遲延提供協力行為，等同於招標機關拒絕受領或遲延受領承包商所欲給付之勞務，而此所構成者即為「受領遲延」)。

成，一般即認為承攬契約中定作人之受領，應包含工作實體之占有，而此亦為我國民法第 505 條所規範。然民法第 240 條受領之概念應如何解釋，則應視該條規範之目的而定⁷⁵⁵，按此條之立法目的主要是為了避免債務人因債權人之行為造成其在未被免除給付義務且尚須保管給付物之情形下，必須承擔保管及再次提出給付費用等不利益之後果。則由此可推論，無論債務人之給付內容是否已經完成，然只要其有給付能力亦願意履行給付，惟卻受限於具體情形，特別是發生在債權人領域之事由而無法或遲延履行其給付時，即可構成受領遲延⁷⁵⁶，此時債務人得請求債權人承擔因受領遲延而額外支出費用之後果。

觀諸德國民法第 642 條第 1 項之規定可知，當定作人不提供契約履行所必要之協力行為時，其將陷於受領遲延，由該條文字上所採用之「Annahmeverzug」與德國民法第 293 條以下受領遲延之規定相同，且自該條僅賦予承攬人請求適當補償而非損害賠償之權利觀之，德國民法第 642 條實為受領遲延之特別規定，此亦為德國學說及實務見解所肯認。而關於德國法上受領遲延之相關規定，本文簡單分析如下：

當承攬人已完成並提出給付，而定作人不為受領或承攬人已通知定作人其已準備好隨時提出給付，然定作人卻怠於履行承攬人施作工程所必要之協力時，依德國民法第 293 條之規定，定作人將陷於受領遲延(Annahmeverzug)。不同於債務人之給付遲延，受領遲延並不以債權人具有可歸責性為要件⁷⁵⁷。申言之，有些債務人之給付係依賴於債權人之協力始能提出，例如涉及土地移轉之交易，必須由定作人協同辦理轉讓及登記等事宜，始能發生土地所有權移轉之效果；而此種給付兼需定作人協力之情形，於承攬或工程契約中特別常見，例如定作人必須使承攬人取得將被修繕的機器或協助承攬人運輸相關商品貨物等。倘若定作人不提供承攬人履行契約所必要之協力時，將可能使承攬人之給付行為或約定給付之實現發生阻礙，此即所謂之債權人遲延⁷⁵⁸。

而依照德國民法第 294 條之規定，給付原則上應當如同其被執行般而被現實提出，然依第 295 條規定，於承攬契約中，如承攬人之給付兼需定作人協力，則以言詞提出即為足夠，意即當承

⁷⁵⁵ 相同看法請參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 178。

⁷⁵⁶ 黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月三版一刷，頁 485-486。

⁷⁵⁷ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 24.

⁷⁵⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 514.; Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht, 33. Aufl., 2009, §26, Rdn. 2.

攬人使定作人知悉其已於施工現場留守工作人員且已明顯處於可準備履行工作之狀態時，即已符合言詞提出之要求；此外，當承攬人催告定作人提供必要之協力行爲時，亦可視為其已提出給付⁷⁵⁹。而承包商如依 VOB/B 第 6 條第 1 項第 1 句規定向業主發出妨礙情況之通知，亦可視為符合提出工程給付之要求。

綜合言之，自我國民法所繼受之德國法制觀之，該國立法者將其第 642 條定位為受領遲延特別規定之論述似亦合乎本文前述之推論，是以本文認為，民法第 240 條規定應可作為承攬人於定作人受領遲延時援引為請求補償之依據。

二、受領遲延補償責任之效力範圍

在肯定定作人怠於提供必要協力之情形得構成受領遲延之前提下，接下來則必須進一步探討受領遲延中關於費用補償之規範，即民法第 240 條所規定之「賠償提出及保管給付物之必要費用」，是否足以涵蓋承攬人於定作人陷於受領遲延時所增加支出之費用或損失。而關於該條規定，實務及學說見解多認定其屬於費用償還而非損害賠償之規定⁷⁶⁰，蓋一般而言，如當事人未有特別約定或無法透過契約解釋推導出定作人負有真正義務，則定作人不履行必要之協力，通常僅係違反對己義務，且此條之目的亦在於避免承攬人需承擔因定作人事由導致延期而增加費用支出等有失公平之情形。是以條文中所謂賠償費用之用語，實指返還事實上支出之費用而言，從而，承攬人依該條規定所得請求之內容，應以再次提出承攬給付所需之費用及為保管承攬給付所需之倉儲費用為主，必要時尚可能包括保險費、搬運費乃至於催告或通知等費用⁷⁶¹，至於承攬人因定作人之遲延致失其原先預期之利益，則不再受領遲延之補償範圍內，承攬人必須另循債務不履行等途徑以為請求⁷⁶²。

⁷⁵⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §642, Rdn. 25.

⁷⁶⁰ 實務見解可參照最高法院 59 年台上字第 3662 號判例：「債權人之受領遲延，僅為權利之不行使，除有民法第二百四十條之適用，債務人得請求賠償提出及保管給付物之必要費用，或當事人間另有特別約定外，殊不負任何之賠償責任。」；學說見解可參閱黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月三版一刷，頁 491；孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010 年 3 月增訂版，頁 549；林誠二，債法總論新解體系化解說(下)，瑞興，2010 年 3 月初版，頁 183。

⁷⁶¹ 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 336-340。

⁷⁶² 關於受領遲延之效力，依照德國民法第 304 條之規定，債務人得請求定作人補償因其無效果之提出，而必須支出之額外費用，包含保存或維持該給付客體之支出。但此並不包含被忽略之利潤等損害，是以債務人不得依照第 304 條之規定請求如其將存放給付客體之空間予以出租原可獲得租金收入之損失。對於因定作人受領遲延期間所發生之損害，承攬人必須另行主張德國民法第 280 條及第 286 條等規定以求償；倘若個別契約中，定作人不僅享有受領給付之權利，同時亦負有受領之義務時，例如德國民法第 640 條第 1 項及第 433 條第 1 項等規定，則此時定作人遲延不受領給付，即同時成立受領遲延及給付遲延，是以承攬人除主張第 304 條之權利外，另可依照債務不履行之規定請求損害賠償。Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 527.

若將上述關於民法第 240 條之補償範圍套用至承攬人因定作人遲延所增加之費用或損失，本文認為該條所指之費用應可具體解釋為：承攬人「為維持得隨時繼續依約履行給付所必須且必要之支出」，而對於該項支出之必要性，應由承攬人負舉證說明之責。依此，承攬人於定作人遲延期間所增加之直接費用及間接費用，包含人員薪資、機具材料租金、倉儲、閒置折舊、維修保養費用、安衛或環境維護、施工現場管理費、工務所租金、辦公行政事務費等待命成本或支出，皆屬於維持工程得繼續處於適於施作狀態所需之支出，因此應被涵蓋於第 240 條所謂之提出及保管費用範圍內。至於承攬人因定作人遲延所遭受利息、融資成本或工程利潤等損失，由於其概念上屬於損害賠償中之所失利益，是以承包商應不得依民法第 240 條之規定加以請求。而對照德國民法第 642 條關於適當補償範圍之討論，亦可得出此種寬認承攬人得請求延期所生直接或間接費用之項目，但排除利潤等損失之結論，而此結論亦與該條屬於受領遲延特別規範之本質相符⁷⁶³。

由結論觀之，雖本文認為承攬人可依民法第 240 條規定請求費用補償，惟該條之效力範圍實難以完全解決工程遲延費用補償之問題，特別是承攬人所受損失之部分⁷⁶⁴。是以現行法下如承攬人欲請求利息或利潤等損失，仍宜依債務不履行之規定主張為妥。對此，德國即有實務見解指出，於定作人可歸責違反協力職責 (Obliegenheit) 時，承攬人仍可請求損害賠償，儘管此種可歸責不履行職責之情形本身並不構成積極侵害債權，但只要此種可歸責之行為同時構成不履行或不良履行一般契約上之忠誠義務，且將危害契約之目的時，承攬人即可請求損害賠償。而依照此判決見解，將使得定作人可歸責違反職責之情形結果上等同於違反契約真正義務之法律效果⁷⁶⁵。此種解釋論上之突破，或許值得我國討論相關議題

⁷⁶³ 學者有自另一角度分析，由於定作人陷於受領遲延不以其本身具有可歸責性為必要，是以費用補償範圍應較依債務不履行規定得請求之範圍為小，否則將產生定作人即使無過失亦須承擔大於其有過失時所應負之責任，如此責任之成立與範圍將產生失衡之情形，詳請參閱林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983 年 6 月，頁 153。此外，於 VOB/B 第 6 條第 6 項規定中亦可發現類似觀點，相對於德國民法第 642 條承攬人適當補償請求權之成立不以定作人具可歸責性為要件，承包商欲依 VOB/B 該條規定請求賠償損害，須定作人對於妨礙情況之產生具有可歸責性；而對於被忽略之利潤，則更只有在業主具有故意或重大過失時承攬人始得主張。此等規範上之差異亦可供解釋探究我國民法第 240 條補償範圍時之參考。

⁷⁶⁴ 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 201；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 118。

⁷⁶⁵ BGH VersR 1960, 693; Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 98. 此特別在承攬人因定作人怠於協力而終止契約之情形，通常較容易該當危害契約目的之要件。德國學者亦有建議可將定作人有過失之受領遲延賦予與給付遲延一樣的法律效力，甚至於債權人違反契約之忠實義務而情節重大時，法院亦可考慮藉助於積極侵害債權之規定。Vgl. Esser, Schuldrecht, 2. Aufl. 1960, S. 329. 轉引自黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增

時援為參考。

肆、債務不履行之規定

一、德國法規定

(一)義務違反之損害賠償

若個案中當事人於契約明文約定或可自契約解釋中推導出定作人負有為特定協力行為之真正義務時，承攬人對於因定作人不履行義務或不良履行所致之損害，得主張義務違反而依照德國民法第 280 條以下等規定請求損害賠償⁷⁶⁶。申言之，當個案中定作人對於協力行為之履行不再僅為其職責，而更負有契約上之真正義務，倘若承包商對於給付透過定作人提供必要之協力行為而得繼續履行具有財產上利益，且定作人不履行其資訊告知、提示或計畫提出等義務將致承攬人受有損害時，除了主張前述德國民法第 642 條之損失補償請求權外，在定作人具可歸責性之情形，承攬人亦得請求義務違反之損害賠償⁷⁶⁷。

承攬人如依德國民法第 280 條及第 286 條之規定請求損害賠償時，其可請求全部遲延期間所發生之損害，包含因遲延引致之額外費用或因遲延導致未能締結其他契約所生之利益損失等。惟承本文前述，關於遲延損害，此時尚應特別留意是否有 VOB/B 第 6 條第 6 項責任限制規定之適用⁷⁶⁸。

(二)可否以訴請求履行

倘若個案中定作人之協力行為涉及真正之法律義務，且尤其屬於從給付義務，亦即該義務內容並非僅涉及定作人一般應保護承包商法益之情形時，則承包商相應地即取得請求履行之權利。當定作人不履行特定之協力行為，且因其不履行將導致承攬人無法順利提出承攬給付，或可能不適當地危害當事人於契約中的合作信任時，承攬人於必要時即可透過訴訟向定作人主張協力行為之履行請求權。申言之，欲透過訴訟程序請求定作人履行協力義務，必須是該協力義務原則上屬於可獨立以訴請求履行之從給付義務，且該給付內容可被具體確定，同時承包商對於該給付之提出應具有法律上值得保護之利益，而並非僅透過財產上賠償此類

訂版，頁 340。

⁷⁶⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 96.

⁷⁶⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 97.; Medicus/Lorenz, SBT, 15.

Aufl., 2010, Rdn. 733.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 651.; Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 212.

⁷⁶⁸ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 99.

壓抑的法律保護即有助於完全填補損害⁷⁶⁹。

二、我國法下可能之請求權基礎

依本文之分析，定作人之協力義務可自當事人於契約中明定或透過將誠信原則之補充功能發揮於契約解釋及漏洞補充等過程推導而出，其性質可為從給付或附隨義務。由此推論，定作人對於特定協力義務之履行既屬應依債之本旨提出給付之債務人，如其可歸責而違反該從給付或附隨義務，即屬未依債之本旨而為給付，在法律上自應予債權人救濟方式，此包含以訴請求履行或請求損害賠償⁷⁷⁰。

申言之，於個案中定作人負有履行此種屬於真正義務性質之協力義務時，其若違反義務，承攬人除得依前述民法第 240 條及第 507 條等規定請求費用補償或解除契約並請求解約所生之損害外，亦不排除適用債編總則債務不履行之損害賠償規定。此時應進一步視債權人違反之義務性質為何以決定相應適用之請求權依據：若特定協力行為經當事人約定為契約之從給付義務，且該協力義務之內容對於承攬人提供合於承攬約定之給付及契約目的之達成具有重要性，則當定作人可歸責未適時⁷⁷¹提供工程契約履行所必要之協力時，對於定作人違反義務致契約之他方受有遲延損害之行為，承攬人得依照民法第 231 條之規定請求遲延之損害賠償⁷⁷²。此外，若定作人違反應履行之協力義務，其性質屬於契約上對於他方當事人權益應予照顧、保護之附隨義務時，此時承攬人則可依民法第 227 條第 1 項或第 2 項規定，主張定作人應對於其未依債之本旨履行而成立不完全給付之損害賠償責任⁷⁷³。

至於定作人違反協力義務應負賠償責任之範圍，原則上應與假設定作人未違反協力之情形相比較，參考民法第 216 條關於損害賠

⁷⁶⁹ Vgl. Christoph Müller-Foell, aaO. (Fn. 433), S. 114.

⁷⁷⁰ 孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010年3月增訂版，頁481。

⁷⁷¹ 惟何謂適時，本文認為此亦考驗現行工程實務之運作，蓋除非當事人於締約時已表示定作人應於何確切時間配合提供必要之協力行為，否則關於定作人應於何時提出必要之協力，乃至於定作人不於何時提供協力即構成給付遲延，可能尚需參照個案中契約相關文件之計載、工作時程表擬定之內容等作綜合判斷，而即使可藉由承攬人之催告使定作人陷於遲延，惟催告之前該段期間所衍生之費用或損失，應如何處理，此皆為待解之難題。

⁷⁷² 相同見解請參閱邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008年8月初版第2刷，頁113；梅芳琪、蔡佳君，公共工程工期展延費用之索賠請求，工程與法律的對話，李家慶主編，三民，2010年1月初版1刷，頁157；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁196；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001年8月，頁114。學者有主張可類推適用民法第231條規定請求賠償遲延損害者，請參閱楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004年10月初版第3刷，頁657。

⁷⁷³ 相同見解請參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002年7月，頁138。

償範圍之規定，即包含因定作人違反協力義務致承攬人所受損害(主要指額外支出之費用)及所失利益(工作若按時完成可得之利益)而言，亦即此為對於承攬人實際損害之完全填補，並非僅就承攬人因定作人遲延所增加支出費用之補償。其詳細內容包含機具攤提折舊及閒置費用、機具維修保養費用、材料倉儲費用、延長保險期間所增加之費用、管理費、交通維持費及環境維護費等一式計價之費用、待命或看管人員勞務薪資、差旅費及勞健保費用、遲延後施工期間人員薪資及物料之漲價等⁷⁷⁴。對於求償內容，承攬人應證明實際支出費用之事實、支出費用之必要性及因果關係，對此，承包商若能於施工過程即詳實記載施工日誌，並保存相關發票收據且記明用途，報請業主認可，應較能提升索賠成功之機會⁷⁷⁵。

另外，針對承攬人可否在主張損害賠償之前，先行訴請定作人履行特定協力義務之問題，對此，本文基於以下理由，初步認為承攬人得以訴請求定作人提供協力⁷⁷⁶：

- (一)承攬人因定作人不為特定協力致無法順利完成工作時，其雖可依照民法第 507 條之規定，選擇於定期催告後解除契約並請求賠償解約所生之損害，此看似承攬人之財產上損害已獲得填補；惟承攬人前於協力義務性質部分之討論，除非於定作人遲延中承攬人已承受過鉅無法負荷之損害，否則一般而言，承攬人多傾向繼續履行契約，完成約定工作以獲得約定報酬，如此亦可累積工程實作經驗，有助於承攬人聲譽之建立，而於承攬人日後欲投標或承接其他工程時，先前之工程經驗即可作為其施作能力之證明，此亦為承攬人締結工程契約時所預期之效益之一。換言之，承攬人所重視者應為工程得如期如質地推動，而非等到損害發生後始請求賠償。
- (二)於定作人不履行特定協力而致工程進度延宕時，在承攬人選擇終止契約前，其對於工地及其上之工作物，仍負有照顧管理之義務，且承攬人亦無法因工程進度遲延或停工即轉而承接其他工作，其仍須隨時保持得提供給付之狀態，換言之，承攬人必須持續支出待命之人事、機具及材料等成本直至定作人提供必要之協力為

⁷⁷⁴ 請求賠償之細目或可參考工程採購契約範本中當事人於終止契約後得索賠之項目，例如內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第 27 條(四)所列舉之內容，但不應以此為限。相關說明亦可參閱賴榮吉、謝宇珩，捷運工程因工期展延衍生公平調整合約金額探討，捷運技術半年刊第 27 期，2002 年 8 月，頁 237；林鼎鈞，工期展延及補償之請求，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 255-256。

⁷⁷⁵ 陳秋華，停工索賠，工程法律實務研析(一)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 1 月二版二刷，頁 240

⁷⁷⁶ 此即債權具有之訴請履行力，詳請參閱王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 21-22。

止，並須至完成全部工作後方能請求約定報酬，則此對於承包商所須面對之資金周轉壓力及施工風險而言，無疑是沉重之負擔，是以，應認為承攬人有以訴請求定作人履行協力義務之利益及必要性。

(三)雖民法第 507 條賦予承攬人得解除(本文認為係終止)契約之權利，惟此並不表示在終止契約前，承攬人皆不得以訴請求定作人提供必要之協力。蓋於定作人不履行協力義務所致之遲延中，承攬人仍負有維持履約狀態之義務，則在定作人不終止契約亦不提供協力，承攬人因施工遭受阻礙而無法推動工程進度又不欲貿然終止承攬契約時，將面臨工地空轉、無計可施之窘境。此時即便承攬人可請求賠償遲延期間所受之損害，惟在遲延期間未終局結束前，損害內容實難以全部估算。況承攬人如欲依據第 507 條之規定請求損害賠償，則依前述分析，此條之賠償範圍必須扣除免為給付所得之利益，惟承攬人欲證明其如繼續施工，得設法以較低之成本完成工作進而使利潤最大化，實有困難⁷⁷⁷。是以，實應賦予承攬人得藉由提起訴訟請求定作人履行特定協力義務之管道，如此亦可促使承攬人即早研擬如定作人確定不提供協力時，後續應為如何之主張。

在上述推論下，倘若當事人將特定協力行為約定為契約之從給付義務，當個案中定作人不提供必要之協力，而該協力義務之內容具體且可被明確主張時，肯認承攬人得以訴請求定作人履行協力內容，一般而言，較無爭議。惟倘若特定協力行為屬於具照顧或保護性質之附隨義務時，本文同前述第三章中之推論⁷⁷⁸而認為，一概以特定義務之法律性質屬於附隨義務即排除承攬人於訴訟中得具體且明確請求定作人履行協力義務之可能性，此種看法似仍有再斟酌之餘地，此特別在承攬人得以訴請求履行義務以避免損害發生或擴大之情形，更可見應賦予承攬人實現權利管道之必要性⁷⁷⁹。惟不可否認者係，在現行工程實務運作中常見之定作人協力義務，由於其內容通常屬於較無法具體或明確描述者，是以承攬人欲以訴請求定作人履行協力行為，於實行上確有難度，從而對於承攬人之履行請求權究應如何實現，技術上之困難性似仍有待學說或實務見解進一步討論與克服。

⁷⁷⁷ 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 198。

⁷⁷⁸ 詳請參閱本文第三章、肆、二、(3)之說明。

⁷⁷⁹ 學者對於承攬人得否提起訴訟之問題，亦有指出如當事人將完成承攬工作所必須之協力行為，約定為定作人對承攬人應負之對他義務時，則其違反自應適用與其他對他義務相關之規定。此似亦不排除承攬人有以訴請求履行之可能性；詳請參閱黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006 年 9 月增訂二版，頁 587。

三、可否申請強制執行

(一)德國法規定

倘若承包商對於請求定作人履行協力義務之訴訟獲得勝訴判決時，在定作人仍不自動履行協力行為之情形下，承包商即可採取強制執行之途徑。當定作人之協力義務內容涉及可代替之行為時，亦即其履行可透過第三人為之，例如提供材料或先給付、部分給付之履行等情形，承攬人可依照德國民事訴訟法第 887 條⁷⁸⁰規定，以定作人之費用自行從事該協力行為⁷⁸¹。

倘若該協力行為係不可由第三人代為履行者，此時承包商原則上依德國民事訴訟法第 888 條⁷⁸²之規定，得採取課予強制金額(怠金)之手段以形成業主之壓力，督促其提供必要之協力。換言之，此時該協力行為之履行仍僅取決於債務人之意願，且亦不得超出債務人個人之負擔能力。此類不可替代之行為包含由業主形塑的計畫，此對業主得否履行而言原則是可能的，且無法透過第三人提出此類給付⁷⁸³。至於在業主應提出必要營建申請之情形，由於此時乃涉及業主應為一定公法上之意思表示，因此應依德國民事訴訟法第 894 條⁷⁸⁴之規定予以執行。然而若業主之特定行為係屬於其提出符合規範之營建申請所必要者，例如提出或展示營建模型等，則應進一步依前述第 887 及第 888 條規定予以執行。

此外，倘若定作人協力行為之履行將影響承包商得否按時提出給付，而承包商對於定作人怠於履行協力之行為透過訴訟請求履行將耗費更多時間時，或可考慮依照德國民事訴訟法第 935 條以下之規定請求暫時之權利保護，例如發布假處分，透過此種暫時性之權利保護措施，將發生形同定作人已提出該協力行為之效果。惟由於此等暫時性權利保護措施具有保全之特質，因此必須是債務人負有履行特定協力行為之義務，且該協力行為對於契約履行具有必要性，同時債權人依賴於債務人立即之履行，此時始有依民事訴訟法相關規定請求作成相關假處分之權利⁷⁸⁵。

(二)我國法下聲請強制執行之可能性

探討定作人協力義務性質之實益，除前述於定作人可歸責未

⁷⁸⁰ 相當於我國強制執行法第 127 條可代替行為請求權執行方法之規定。

⁷⁸¹ Vgl. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., München 2009. §642, Rdn. 23.

⁷⁸² 相當於我國強制執行法第 128 條不可代替行為請求權執行方法之規定。

⁷⁸³ 該德國學者甚至進一步認為由業主提供或準備一定空間或場所，亦屬不可代替之協力行為，而應依間接執行之方式強制業主履行。

⁷⁸⁴ 相當於我國強制執行法第 130 條意思表示請求權之執行方法。

⁷⁸⁵ Vgl. Christoph Müller-Foell, aaO. (Fn. 433), S. 116.

提供協力時，承攬人得以訴請求履行或依債務不履行之規定請求履行利益之損害賠償外，即為承攬人是否得進一步聲請強制執行之救濟。而所謂強制執行，係指國家機關經債權人之聲請，依據執行名義，使用國家之強制力，強制債務人履行債務，以滿足債權人私法上請求權之程序也⁷⁸⁶。申言之，當債務人怠於履行義務時，債權人得自行評估並決定是否行使其權利，一旦債權人決定行使其權利時，法律即提供其權威、力量及制度，使債權人得訴請履行，必要時並得聲請強制執行，此即債權所具有之訴請履行力及強制執行力⁷⁸⁷。

雖學者有主張承攬人不得就定作人之協力行為聲請強制執行⁷⁸⁸；或認為基於民法第 511 條業主享有任意終止權之前提下，對於民法第 507 條定作人之協力行為，承攬人實不具有訴請強制履行之利益存在；然而承攬人得否聲請強制執行，原則上應綜合其所主張請求權之性質、請求內容是否具體明確、承攬人有無聲請執行之利益、必要性或請求內容是否適於執行本身作認定，此與業主享有任意終止權係屬二事。換言之，本文初步認為不宜因承攬人如強制定作人履行協力行為，可能產生促使定作人行使任意終止權之結果，即排除承攬人得聲請強制執行之可能性。是以若個案中定作人之協力行為被約定或由契約解釋中得出屬於契約上之真正義務時，由於此時係涉及債務人義務之履行與否，非僅債權人是否行使權利之決定，因此承攬人除原已享有依民法第 240、507、509 條及債務不履行等規定請求費用補償或損害賠償之權利⁷⁸⁹外，本即可行使財產上損害賠償以外更積極實現權利之權能，從而當承攬人以訴請求定作人履行義務仍遭拒絕時，為確保承攬人之利益，理論上承攬人即可基於先前提起給付之訴時所獲得之勝訴判決，依強制執行法第 4 條第 1 項之規定，以之為執行名義，進而聲請強制執行⁷⁹⁰。

⁷⁸⁶ 張登科，強制執行法論，三民，2007 年 9 月修訂版，頁 1。

⁷⁸⁷ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 21。

⁷⁸⁸ 鄭玉波，民法債編各論(上)，三民，1995 年 4 月修正 16 版，頁 387；楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 656。

⁷⁸⁹ 如承攬人對於定作人關於費用補償或損害賠償之請求獲得終局確定之勝訴判決，而定作人不主動履行判決內容時，承攬人自可依強制執行法第 4 條第 1 項之規定，以勝訴判決為執行名義，聲請為金錢債權之強制執行。然此與本文此處探討承攬人得否針對定作人未提供之協力，強制定作人履行之問題有所不同，後者乃涉及物之交付或行為、不行為請求權之執行，應予注意。

⁷⁹⁰ 至於承攬人欲透過強制執程序實現其私法上之權利，必須提出可供確定債權人債權存在範圍之公文書，即強制執行法第 4 條所要求之執行名義。而執行名義應具備以下之要件：1. 須債務人應為一定給付，包括作為及不作為；2. 須給付之內容可能，所謂可能係指客觀上給付可能而言，如裁判所命給付雖屬不能，然得以他種給付予以代替，亦得解為給付可能；3. 須給付內容不違背公共秩序、善良風俗及法律強制禁止規定等；4. 須給付內容具體確定或可得確定；5. 須給付之性質適於執行。是以定作人之協力義務得否透過承攬人強制執行之聲請而實現，必須該等義務內容

我國工程及法院實務目前肯認之定作人協力行為內容，包含交付工地、遷移管線、排除民眾抗爭、申請公法上許可執照、提供設計圖說或施工文件資料、協調關聯廠商等，對於這些協力行為之實現乃涉及強制執行程序中物之交付請求權及行為、不行為請求權等非金錢債權請求權之執行。所謂物之交付請求權之執行，係指執行機關為實現債權人請求債務人交付一定動產或不動產之請求權，而移轉該物之直接占有或支配之執行而言；而行為、不行為請求權之執行則係指執行機關依執行名義，使債權人得請求債務人為一定行為或不為一定行為之權利，發生實行之效果所為之強制執行⁷⁹¹。此二類執行程序應視實現之請求權內容而採直接強制、代替履行或間接強制之執行方法，不另涉及查封、換價程序。特別是在行為、不行為請求權之履行，應由執行法院依具體情事判斷債務人應為之行為是否具有可代替性，如該行為由債務人自為或第三人代為履行，債權人在法律上及經濟上所得之價值並無不同者，即屬可代替行為，當債務人不履行該特定行為時，執行法院即可依強制執行法第 127 條之規定，以債務人之費用命債權人或第三人代為實現債權人之權利。惟若債務人所負之行為義務涉及債務人本身之特別學識、技能，身分或資格等要素而不具可代替性時，執行法院僅能依強制執行法第 128 條之規定，採用間接強制之執行方法，透過課予怠金、對債務人施以拘提或管收等方式形成債務人之心理壓力，並督促其儘速履行義務⁷⁹²。

以此立論基礎分析實務上常見之幾種定作人協力行為類型，除定作人不交付工程用地、機具材料及遷移管線等情形，較可能透過移轉動產或不動產占有以及由承攬人或第三人代為遷移管線之方式實現承攬人之請求外，其他諸如提供規範圖說、排除民眾抗爭、申請施工所需許可證照、檢驗承攬人交付之施工計畫或材料品質、為工程順利施作而給予必要之指示或辦理變更等情況，多涉及定作人借助公權力之行使、提出特定申請之表示、對於工程施作之需求與想法、品質之掌控或其所掌握資訊之提出，此些行為通常無法由他人代為履行，僅能由定作人親自提供，因此應採強制執行法第 128 條第 1 項之間接強制執行方法，透過課予定作人怠金等方式以實現承攬人之請求。

符合上述要件之檢驗始可。詳細說明請參閱楊與齡，強制執行法論，五南經銷，2007 年修正十三版，頁 59。

⁷⁹¹ 楊與齡，強制執行法論，五南經銷，2007 年修正十三版，頁 619-633。此二類請求權之執行亦得加以合併，常見之情形為「行為請求權之執行」係「物之交付請求權執行」之前提者，例如執行名義之內容為繪圖交付，此時即應先命債務人為一定之繪圖行為，再交付成品予債權人。

⁷⁹² 楊與齡，強制執行法論，五南經銷，2007 年修正十三版，頁 635-639；張登科，強制執行法論，三民，2007 年 9 月修訂版，頁 555-561。

雖此種執行方法之分析與前引德國學者認為定作人之協力行為可藉由直接或間接強制執行等方式實現承攬人請求之看法相一致，惟應進一步觀察者係，定作人之協力行為是否真的適宜透過強制執行之方式實現？此問題應視個案中當事人約定之內容而定，倘當事人未有約定，或僅概括表示定作人應提供特定協力行為，此時對於執行名義應具備具體明確請求內容之前提要求，即有不符。此特別在定作人之協力屬於附隨義務之情形，問題將更為顯著，蓋該等義務多涉及定作人對於承攬人基於誠信原則所推導而出之照顧或保護義務，且其內容通常難以具體確定，因此承攬人得否以訴請求定作人履行已有疑問，更遑論進一步以之為執行名義內容聲請強制執行。以承攬人要求定作人協調關聯廠商為例，此時承攬人究應如何請求定作人協調關聯廠商，乃涉及其應要求定作人於何時採用何種方式或程序進行協調，此種主張實難以具體明確地陳述。

而縱使定作人之協力行為內容已相當具體明確並符合執行名義要件之要求，惟由於定作人之協力行為多屬不可代替行為，實際執行上雖得採用間接執行之方法，然以此種方式執行，充其量僅能對定作人課予怠金或對定作人施以拘提、管收，如此之執行結果既無法立即給予承攬人履約所需之協助，且於公共工程契約中採用此種執行方法實難以想像，因此對承攬人能否繼續且順利提出承攬工作而言似不具實益，則就結果觀之，承攬人最多仍僅得依債務不履行等規定請求損害賠償⁷⁹³。⁷⁹⁴

是以理論上，於定作人不履行之協力行為屬於具真正義務性質之情形，雖本文認為不應一開始即完全排除承攬人以訴請求履行協力行為及聲請強制執行之權利，惟實際實現權利之過程中仍不免遭遇訴之聲明難以具體明確或執行方法無法突破之困境，在此種透過訴訟及強制執行程序皆無法立即滿足承攬人對於契約繼續履行具迫切需求之情形下，承攬人是否願意耗費時間、金錢透過訴訟或強制執行程序以實現權利，不無疑問；更何況於公共工程契約中，承攬人尚可能須面對政府採購法第 101 條及第 103 條等規定之制裁後果，此亦可能抑制承攬人實現權利之想法⁷⁹⁵。諸

⁷⁹³ 楊與齡，強制執行法論，五南經銷，2007 年修正十三版，頁 639。

⁷⁹⁴ 即便如土地交付之案例，由於此可能涉及土地所有權之徵收、民眾抗爭之排除或土地上建物之拆遷等問題，是否真能藉由交付不動產之強制執行方式即可實現承攬人對於工程用地之需求，實有疑義。而於涉及一方當事人為政府機關之公共工程中，由於機關履行特定協力行為常須借助公權力之行使或須協調其他有關機關配合，則承攬人或第三人可否代為履行而發生等同機關親自履行之效果，此問題之處理可能更加棘手。

⁷⁹⁵ 學者有自法律經濟分析之觀點切入財產權保障之議題，其援引寇斯定理探討如何在法律規範中，發揮將交易成本降至最低並使資源分配最有效率化之功能。而關於財產權之保障則另衍生財

此問題似仍有待學說及實務日後進一步集思廣益。

伍、情事變更原則

一、情事變更原則之意義與要件

工程契約之履約期間動輒長達數年，且履約標的金額通常相當龐大，可能影響工程施作之天候、地質或經濟波動等因素常無法被準確預測，同時由於工程施作過程中常牽涉眾多當事人之權益，關於工程施作中往來之契約文件或技術資訊等亦十分繁瑣複雜，是以締約雙方往往未能完整評估締約後可能產生之履約風險⁷⁹⁶。雖本文認為工程契約之本質屬於承攬契約，而民法債各承攬一節對於契約雙方當事人之風險分配已設有相關規定，然由於工程契約具有上述特殊性，而現有債各之規定似不足以完整保障當事人利益，倘若對於個案中履約爭議之處理固守契約之定性而忽略工程契約之特性與需要時，將可能導致眾多法感情上不容許之結果⁷⁹⁷，是以必須於法規範體系內另尋相關解決之道。而工程實務上當承攬人遭遇不可抗力或來自定作人因素所致之妨礙情況時，對於因此所增加支出之費用或所遭受預期之外的損失，承攬人即經常援引民法第 227 條之 2 之情事變更原則，據以請求調整原先契約給付之約定。

所謂情事變更原則，係指為法律效果發生原因之法律行為基礎或環境等情事，於法律效力終了前，發生契約當事人於締約時所未能預料之變更，致使如當事人間之法律關係貫徹原有法律效力，將破壞對價關係，進而違反誠信原則時，即認原有之法律關係應為相當之調整。而此種概念某程度乃在排除遵守契約嚴守原則時所產生之不公平狀況，並強調契約實質正義之追求⁷⁹⁸。對此，我國民法乃於第 227 條之 2 將屬於誠信原則下位概念之情事變更原則予以明文化：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果

產法則與補償法則等二大方式，如將此二類方式運用至契約法中違約行為之救濟領域，乃分別代表「強制履行」及「金錢賠償」之模式，而個案中究應採何種救濟手段，乃涉及經濟效益之問題。而觀察英美及德國法制之運作，由於長期繼續性契約之履行通常意味著高執行成本，且在敵對當事人間勉強維持契約履行，未必合乎當事人利益或資源運用之最佳狀態，是以法院或當事人對於強制履行非常困難、個人勞務之契約、需要不斷監督之契約等案例中，即傾向採取以金錢賠償之方式替代強制履行之實踐過程。詳細說明請參閱王文字，從經濟觀點論保障財產權的方式，民商法理論與經濟分析，元照，2000 年 5 月初版一刷，頁 70-75。

⁷⁹⁶ 古嘉諄，工程契約之病(上)，月旦法學教室 67 期，2008 年 6 月，頁 75；陳坤城，情事變更原則在營建工程之探討(一)，現代營建第 281 期，2003 年 5 月，頁 61 以下。

⁷⁹⁷ 謝定亞，施工承攬契約不可抗力風險分配之法律經濟分析，私立東吳大學法學院法律學系法律專業碩士班論文，2004 年 7 月，頁 1-2；楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 668。

⁷⁹⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 536.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 758), §27, Rdn. 1 u. 2.; 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 58。

顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。前項規定，於非因契約所發生之債，準用之。」⁷⁹⁹，同時由於情事變更原則乃民法上誠信原則具體化之一般原則，性質上應屬於實體法規範之範疇，是以為杜絕體系上之爭議，民事訴訟法第 397 條亦配合修正為「變更判決之訴」之程序法規定。

基於上述對於情事變更原則之定義，學說及實務多數見解認為主張情事變更原則，至少應符合下述之要件：1.須有情事變更之事實；2.必須情事變更發生於法律關係成立後，法律效果消滅前⁸⁰⁰；3.須非當事人於法律行為當時所得預料；4.必須因不可歸責於當事人之事由所致；5.依其原有效果將顯失公平⁸⁰¹。⁸⁰²

由於情事變更原則屬於民法體系中相當重要之基本概念，學說上對於該原則之發展源起、意義、立法目的、比較法之分析等均有相當程度之研究⁸⁰³，是以本文於此不擬對於基本定義或要件重覆作分析，而僅就實務上定作人違反協力義務之相關爭議與情事變更原則具體適用之關係，進行觀察並作簡要之說明，期能提供當事人於尋求爭議解決途徑時，另一可能之思考方向。

二、相關適用爭議

(一)情事變更之範圍

1.應包含主觀締約基礎喪失之情形

⁷⁹⁹ 該條立法理由謂：「一、本條新增。二、情事變更原則為私法上之一大原則，本法除有個別具體之規定，尚乏一般性之原則，適用上易生困擾。實務上雖依民事訴訟法第三百九十七條，為增、減給付或變更原有效果之判決。但不如明定具體條文為宜，增訂第一項規定，俾利適用。三、情事變更原則非因契約所發生之債，例如無因管理，不當得利等，亦宜準用，爰增訂第二項。」

⁸⁰⁰ 最高法院 55 年度台上字第 1005 號判決：「所謂法律成立後，因情事變更依原有效果而為給付顯失公允，當事人得請求為增減給付之判決，係指債之關係未因清償或其他行為而歸消滅之情形始得為之。否則，即無請求增減給付之可言。兩造間系爭借款之債，即已不存在，則上訴人猶復請求按物價指數計算請求增加給付，顯屬無可准許。」

⁸⁰¹ 所謂顯失公平係指於客觀交易秩序上，如使原有法律效果發生，將使契約雙方之權利義務極端地不成比例，而有悖於誠信與衡平之觀念而言。關於顯失公平之判斷標準可參閱史尚寬，債法總論，作者自版，1983 年 3 月，頁 436-437。

⁸⁰² 彭鳳至，情事變更原則之研究—中、德立法、裁判、學說之比較，五南，1986 年 1 月初版，頁 223；林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 61-63。

⁸⁰³ 關於情事變更原則之專論或德國法上法律行為基礎理論之介紹，可參閱彭鳳至，情事變更原則之研究—中、德立法、裁判、學說之比較，五南，1986 年 1 月初版；張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月；曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月；林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 57-76；黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 423-448；黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月，頁 189-232；姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 255-275；陳自強，論計算錯誤，政大法學評論第 53 期，1995 年 6 月，頁 183-207。

所謂的情事，係指屬法律行為基礎之客觀事實情況，為當事人所明知；或當事人確信為行為基礎之相關事實，於法律關係成立後將繼續存在或即將發生，致其未於契約中明訂者而言⁸⁰⁴。而情事變更原則即係對於該等為法律行為基礎之客觀環境或當事人主觀認知之情事，於法律行為成立後消滅前，發生當事人先前未能預料之變更，以致貫徹原有法律關係之效力將顯失公平時，調整當事人間法律關係效力之法規範。

對此，我國學者有認為，情事應係指一切法律行為成立基礎或環境之客觀事實，而情事之變動，可包含戰爭、暴動、罷工、經濟危機、幣值大幅滑落、物價漲幅過鉅等客觀事實，而不包含主觀之事實，蓋若是當事人於行為時，主觀上以認識特定事實之存在或繼續為其法律行為之生效要件，則此應屬於法律行為附條件之問題，而與德國法上締約基礎喪失理論將主觀情事之變更一併納入考量者有別⁸⁰⁵。而此種看法亦為實務上多數採認之見解，觀諸相關實務判決，其對於情事之概念，多以「行為之環境或基礎之情況」直接描述，並以建立在基礎情況之根本性意義而認為該情事應純屬客觀之事實，類似之說明例如「…所謂之情事自指契約成立當時之一切客觀情況有所變更而言，與當事人主觀之意思無涉。」⁸⁰⁶或「查民法第二百二十七條之二、民事訴訟法第三百九十七條所規定之情事變更，純屬客觀之事實，無因可歸責於當事人事由所引起之事例而言。」⁸⁰⁷等，可供參照。

然是否情事變更原則對於當事人主觀締約基礎喪失之情形皆毫無適用可言，實有加以探討之必要。所謂主觀締約基礎喪失主要係指雙方當事人對於締約時所立基之條件，在主觀上共同發生錯誤之認識，在學說上一般稱之為「雙方動機錯誤」⁸⁰⁸。而「動機錯誤」，係指表意人在其意思形成過程中，對其決定為某特定內容之意思表示具有重要性之事實，認識不正確而言，對於此種雙方共同錯誤之認知，學者有認為，此時該法律行為基礎不存在之風險應由雙方共同承擔，此較能兼顧雙方當事人利益之解決方法，即係依誠實信用原則調整當事人間之法律關

⁸⁰⁴ 黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月，頁 198。

⁸⁰⁵ 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 61-62；姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用-兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 261-262。

⁸⁰⁶ 詳請參照台中高分院 97 年度重上更(一)字第 15 號判決。

⁸⁰⁷ 詳請參照最高法院 94 年度台上字 1 號判決。

⁸⁰⁸ 彭鳳至，情事變更原則之研究—中、德立法、裁判、學說之比較，五南，1986 年 1 月初版，頁 255。

係⁸⁰⁹。

對此，屬於誠信原則下位概念之情事變更原則，係相對於契約嚴守原則之概念，而當事人應嚴守契約規範之前提係立基於契約自由原則，至於當事人於契約中應受其自我決定拘束之前提，乃在於獲得作成正確交易決定之資訊或管道，如此始能確保當事人是追求對其自身最大的利益，而賦予其契約自由之保障，是若該等正確決定之可能性產生疑問時，法律本身即應給予補救或調整之機制。民法上對於保障意思表示健全無瑕疵或確保作成意思表示自由之規定，主要可見於民法第 86、87、88 及 92 條等，此外，情事變更原則之規範某程度亦屬於確保當事人得作成正確決定之法規範，蓋其係藉由契約內容調整之機制，使當事人於締約時基於對一定事實之認知或信賴而以之為締約基礎，然該等認知或信賴卻於嗣後發生重大變更，致當事人給付陷於困難或無法達成締約目的時，可獲得更周全之保障。

基於情事變更原則具有保障作成正確決定之規範功能，本文認為，無論是主觀上雙方共同認識錯誤或是客觀上環境狀況發生變化，均係對於締約時雙方所預想之計算基礎造成破壞，是以如只因該等締約基礎係源於當事人主觀上之認知而非客觀存在之環境或事實，即否定前者得適用情事變更原則之保障時，實不具有區別對待之法律上正當性⁸¹⁰。因此當特定信賴或認知已構成契約雙方所共同認定之締約基礎時，倘若該等情事於嗣後發生原先未能預見之變動，此時仍應肯認當事人得藉由情事變更原則以適度調整原訂法律關係之給付內容，而此看法亦不乏為我國學者所肯認⁸¹¹。

關於主觀締約基礎喪失之情形，德國民法第 313 條規定於 2002 年債法現代化法修正時，即將其實務與學說發展已久之法律行為基礎理論予以明文化，其中第 2 項明示：「如構成契約基礎之重要認知事後確認非屬正確者，亦同樣屬於情事之變更」，

⁸⁰⁹ 王澤鑑，民法總則，三民，2005 年 9 月，頁 401-402。是以主觀締約基礎喪失既屬雙方當事人共同發生動機錯誤之情形，則與少數學者認為當事人主觀認知應屬於所謂之「條件」，即指當事人以將來客觀上不確定事實之成就與否，作為決定法律行為效力發生或消滅之一種附款，概念上仍有所不同，畢竟並非所有當事人援為締約基礎者皆會約定以之為條件。

⁸¹⁰ 吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 228。

⁸¹¹ 黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月，頁 198；張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 54；曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，98-99；吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 190。

即肯定對於締約重要資訊理解有誤或錯誤信任等雙方動機錯誤之情形，亦屬於法律行為基礎喪失之一種類型，而應對於雙方原先共同信賴基礎之變動，予以衡平調整⁸¹²。此項規定相較於我國部分學說及實務見解對於「情事」之定義所採取較狹義之看法，似更能體現情事變更原則所內含誠實信用原則及衡平當事人權益之精神，實值我國在解釋適用相關要件時再作進一步思考與檢視。

而於工程實務上與主觀締約基礎喪失概念最相關之爭議即為異常工地之情形，當施工現場之土地發生當事人於事前勘查或檢視相關資料皆無法預料之異常情形時，如地下水位高於預期、地層岩盤高度或性質與預估產生重大差異或存有地下老舊管線等，由於此種施工現場之差異情況，通常於締約前即已客觀存在，然當事人主觀上卻對其產生錯誤認知，致使以此為締約基礎之想法於締約後始發現迥然不同於實際之情況，並造成當事人依原有法律關係履行，將可能產生必須投入更多勞力或資金等成本或損失⁸¹³。而此種異常工地狀況如依照我國少數學者及實務見解對於「情事」採取較為狹義之認定時，由於其並不屬於客觀情事之改變，是以亦不適用情事變更原則予以調整給付關係，然此可能使當事人在無法尋求較為合理分擔風險之方式下，蒙受重大不利益，不僅難以解決工程爭議，對於繼續施作該工程而言，亦衍生更多之阻礙。是以實務上對於異常工地狀況，其實亦多採寬認其屬於情事變更態樣之立場⁸¹⁴，由此似亦可證立，主觀締約基礎喪失之情形實有必要納入情事變更原則之適用範圍內。

⁸¹² Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 531 u. 534., Brox/Walker, aaO. (Fn. 758), §27, Rdn. 4 u. 9. 德國民法第 313 條規定：「締結契約之基礎，在締約後有重大情事變更，當事人若能預知其情事之變更，即不會簽約或締結不同內容之契約，如斟酌個案之一切具體情形，特別是契約或法定之危險分配，顯已無法期待當事人之一方維持原契約者，得請求為契約之調整。(第一項)如構成契約基礎之重要認知事後確認非屬正確者，視同情事之變更。(第二項)」；而依照德國實務判決之定義，所謂交易基礎係指「在締約時已存在、屬雙方當事人共同之認知及觀點；或一方對於他方當事人之『已肯定現存或將來發生情勢』的觀點及認知有所認識且未加以質疑」者而言。申言之，德國法上明文規定法律行為為交易基礎之範圍，應包含客觀與主觀之交易基礎，其中後者係指從事法律行為之雙方當事人，其共同之想法發生錯誤或是一方當事人未對他方之認知或預期予以反駁，而此種錯誤之認知對於當事人契約締結而言具決定性意義，亦即倘若當事人事前認知到此種錯誤存在，即可能不會締結契約或不會締結如個案中約定內容之契約。

⁸¹³ 詳言之，工地本身之地質條件，除遭遇特殊或劇烈之地層活動，否則顯少於施工期間發生變化，因此地質差異所稱之差異，應係指人們對於地質條件預先之認知和遭遇實際地質狀況後之認知，有明顯之差距而言。至於差距甚大之原因可能是業主提供之鑽探資料有誤，或因地質調查技術有限，而無法預見全部之地質狀況所致。詳請參閱余文恭，工程爭議探討—論重大地質差異之三大特徵，營造天下第 137 期，2008 年 1 月，頁 63。

⁸¹⁴ 可參照最高法院 93 年度台上字第 2247 號判決、最高法院 89 年度台上字第 513 號判決、臺灣高等法院 93 年度上字第 88 號判決、台中高分院 89 年度上更(一)字第 20 號判決等。

2. 應包含通常事變之情形

所謂事變是指特定結果之發生係非因故意或過失所引起者，而其可分為通常事變和絕對事變。其中，通常事變是指債務人已盡其應盡之注意，結果仍不免發生，然若再特別予以注意即可避免之情形，而此通常涉及第三人所引起之行為；至於不可抗力，則是指由外部產生而異於尋常之事件，縱使關係人施以最大努力也無法避免者而言⁸¹⁵。關於情事變更原則中「情事發生變更」之要件，學者有認為此應僅指為當事人法律行為基礎之客觀事實發生變動而言，通常包含發生絕對事變或不可抗力之情形，例如戰爭、天災、通貨膨脹等⁸¹⁶。究其原因，該等學者係基於情事變更原則之規範目的乃在公平分擔當事人於從事法律行為當時所未能預見之風險，以調整依原法律關係履行所發生顯失公平之結果，然若情事發生變更係可歸因於第三人之行為時，對於依原契約履行所產生之不利益，當事人依法應得向第三人請求損害賠償，而無適用情事變更原則之必要⁸¹⁷。

然而本文認為此種觀點實應再為斟酌。雖我國學說基於上述理由而認為通常事變無庸透過情事變更原則調整當事人間之法律關係，然在工程實務上，此種肇因於第三人行為之通常事變，諸如界面廠商遲延或民眾抗爭致承攬人施作遭遇阻礙之情形並非罕見。以界面廠商施作遲延為例，如因前施作廠商之遲延致後承包商無法及時進場施作時，由於該承包商與界面廠商間並沒有任何契約關係，是以若界面廠商之遲延沒有任何故意或過失，則承包商自無法對界面廠商請求損害賠償，縱使界面廠商之遲延具有故意過失，然由於承包商並非界面廠商之契約相對人，且其因界面廠商施作遲延所遭受之損害通常屬於純粹經濟上之損失，是以除非個案中遲延情況符合民法第 184 條第 1 項後段或第 2 項之侵權行為要件，否則承包商將面臨求償無門之困境，此時如亦不肯認承包商得藉由情事變更原則以調整原訂契約給付，則可能造成不可歸責之承攬人須自行承擔非其所能掌控之前承包商施作遲延之風險，此種結果顯然有失公平⁸¹⁸。

⁸¹⁵ 黃立，民法債編總論，元照，2006 年 11 月三版一刷，頁 451-452。

⁸¹⁶ 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 62；彭鳳至，情事變更原則之研究—中、德立法、裁判、學說之比較，五南，1986 年 1 月初版，頁 240；姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 262。

⁸¹⁷ 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 63。

⁸¹⁸ 張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 55-56。

是以本文認為，工程契約中如發生非當事人於締約時可得預料之通常事變，亦應肯認當事人有主張適用情事變更原則之可能性⁸¹⁹。至於如肯認通常事變得適用情事變更原則，是否會因契約之一方一方面可向第三人請求賠償，另一方面又得向相對人請求調整契約給付，而可能造成契約之一方受有雙重利益之問題，對此，本文乃肯認學說上主張情事變更原則應作為備位救濟之想法，其規範目的既在公平分擔當事人於從事法律行為時所未能考量之風險，則在當事人已對於履約風險作成相關約定或法律上有相應之規定時，自應優先適用，換言之，情事變更原則應僅在當事人別無其他更佳調整法律關係以求得實質正義之方法時，始能發揮其作用，是以就此立場而言，應不至於使當事人動輒得藉此雙重得利。且對於此問題，其實亦可透過對情事變更原則之要件作嚴格把關而加以防止，必以法律關係之當事人對於情事變更之風險無從預見，且依原有法律關係履行將破壞當事人間之對價關係或造成目的不達等類此之情形，始得請求調整原有之給付內容，如此關於重覆得利之疑慮，某種程度亦可獲得解決。

(二)是否為雙方於法律行為當時所不可預料?

情事變更原則中此項要件係指當事人於作成法律行為當時，未能預料未來有任何之情事將發生變更者而言，蓋若當事人得預見情事將有所變更時，雙方對之即會預為調整之約定；縱契約中未有約定，但顯然可見特定情事為法律行為之基礎時，亦可藉由補充的契約解釋而推定契約雙方於締約時已考量相關風險，是以當事人嗣後即不得再主張適用情事變更原則加以調整⁸²⁰。而若情事之變更客觀上可預料但當事人卻未納入評估，則應屬當事人之過失；如因錯誤而未預料者，基本上應適用錯誤之法理解決⁸²¹。另外，倘若當事人之一方可預見相關風險，而另一方卻非可歸責

⁸¹⁹ 相同見解可參閱黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月，頁 25。此外，實務上亦有不少判決肯認通常事變得適用情事變更原則者，如最高法院 96 年度台上字第 482 號判決、最高法院 97 年度台上字第 928 號判決、最高法院 98 年度台上字第 2351 號判決(本件最高法院似不排除關聯廠商之遲延可適用情事變更原則，然由於當事人定有承攬人自行承擔延期風險之約款，是以最高法院指摘下級法院應將該等約款列入是否應適用情事變更原則之考量中)及高雄地院 95 年度建字第 77 號判決等可供參照。

⁸²⁰ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 536.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 758), §27, Rdn. 6 u. 13.; 最高法院 80 年度台上字第 524 號判決：「民事訴訟法第三百九十七條第一項所謂因情事變更，法院應為增減給付或變更其他原有效果之判決者，以法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平為要件。如於法律行為成立時，即預見情事將有變更，雙方對之應如何調整給付，有所約定者，自無該條項規定之適用。」類見解尚可參閱最高法院 84 年度台上字第 760 號判決及最高法院 86 年度台上字第 1364 號判決等。

⁸²¹ 林榮耀，情事變更原則之理論與實際，收錄於民法債編論文選輯，鄭玉波主編，1984 年 7 月初版，頁 57。

而未能預見時，此時未預見之一方當事人仍得主張適用情事變更原則。

依照本文所觀察之工程實務案例，如承攬人主張情事變更原則以調整契約內容，常見法院以當事人就個案工程施作過程中可能產生之妨礙狀況已訂有契約變更、工期展延、索賠棄權條款或無法開工或連續停工一段期間之終止權約款等，而認為相關風險應於當事人訂約時即可預見，故不應適用情事變更原則⁸²²。然而若將工程契約中常見之此類約款皆解釋為當事人於締約時即已預見相關風險，並作成風險分配以調整給付之約定者，則當事人幾乎無法於工程發生履約爭議時主張適用情事變更原則，而形成情事變更原則於工程案件中適用上之最大障礙⁸²³。

然而，亦有少數實務見解並未深究工程契約之約款內容，而直接肯認若個案中客觀情事之變更顯非當事人所能預料時，仍可適用情事變更原則⁸²⁴。此外，有學者認為所謂之「非於締約時所得預料」，係指承包商於締約當時所未能預見之風險，或承包商於締約時雖可預見該風險，但無法採取合理措施以防止損害發生者而言⁸²⁵。是以，例如承包商雖可預見每年夏天台灣地區將有颱風侵襲，但對於颱風之強度、對工程所造成之影響、衍生之損害無法事先預見並於契約中加以安排時，亦應屬於非當事人於法律行為當時所得預料之情形⁸²⁶。

⁸²² 例如可參照最高法院 98 年度台上字第 1662 號判決：「經查原審系爭工程之水電消防工程，因三重市公所變更設計追加工程，致須延展完工期限，該新增工程之追加並工期之延展，既非登山公司於簽定其本身之土建契約時所得預料，自屬不可歸責於登山公司之事由，因認對登山公司，有情事變更原則之適用等語。但查，兩造於簽訂系爭契約時，於契約第四條即已預訂變更設計時，價金如何調整，並於第七條第六項第一款就履約期限之工期展延予以訂明，依上開說明，自無民法第二百二十七條之二第一項情事變更原則之適用，原審引情事變更原則，自有違誤。」；類似見解尚可參照最高法院 99 年度台上字第 1096 號判決、最高法院 97 年度台上字第 905 號判決、最高法院 96 年度台上字第 2468 號判決、最高法院 95 年台上字第 2309 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1 號判決、臺灣高等法院 95 年度建上字第 60 號判決、高雄高分院 94 年度建上易字第 7 號判決及臺灣高等法院 92 年度上更(一)字第 100 號判決等。

⁸²³ 學說實務就此問題相關之討論可參閱羅明通，論工期展延費用之風險分擔(上)——從「不可歸責於廠商」之角度談起，營建知訊第 232 期，2002 年 5 月，頁 54-55。

⁸²⁴ 例如可參照最高法院 96 年度台上字第 482 號判決、最高法院 97 年度台上字第 60 號判決、臺灣高等法院 96 年度建上更(一)字第 17 號判決、花蓮高分院 98 年度建上更(三)字第 1 號判決(針對展延工期部分)、台中高分院 93 年度建上字第 23 號判決及屏東地院 96 年度建字第 15 號判決等。

⁸²⁵ 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，頁 140；黃泰鋒，工期展延合理補償之請求依據——論情事變更原則適用性，營造天下第 40 期，1999 年 4 月，頁 19-20。

⁸²⁶ 此種對於當事人預見風險可能性之解釋，在現行實務經常以當事人於契約已有約定為由而否定情事變更原則適用之情形下，固提供另一可行之解決爭議方式，然由於個別工程契約中，本即存有無法控制之風險，而當事人對該等風險通常亦藉由不可抗力之條款決定其歸屬。因此若僅以當事人未能合理控制相關風險即認其應屬於當事人未能預見之情形，可能產生逸脫法條文義解釋

針對此項要件之爭議，雖當事人於契約中就相關履約風險已有預先約定之情形，原則上應依相關約定加以處理⁸²⁷，然本文對於當事人於工程契約中所簽訂之約款，是否可一概寓意為意定之風險分配機制，仍採較為保留之態度，蓋工程施作過程中可能衍生之風險是否已為當事人所預見並預作分配，仍應視個別約定內容而定，畢竟風險發生之原因及機率常隨著個別工程案件之不同特性而有差異⁸²⁸，因此可否預見相關風險，基本上即應考量當事人對於個別契約內容擬定之真意及風險發生之原因等因素作綜合判斷。例如以展延工期條款為例，幾乎各工程契約中當事人皆會有相關約定，然此條款承本文前述展延工期部分之分析，其約定目的應在使承攬人得藉由主張其中非可歸責於己之事由而延後自己提出給付之清償期限，進而避免其承受給付遲延之責任，換言之，該條款之訂立主要係用以處理遲延風險之分配，而並未直接針對承攬人所增加之時間關聯成本或損失等預先排除請求之可能性，是以解釋上自不得以承攬人自願簽訂展延工期條款即視為其已願意承擔所有支出額外費用或損失之風險⁸²⁹。

此外，因定作人之事由致承攬人遲遲無法開工或停工而無法繼續施作之情形，當事人通常會約定以六個月為基準之終止權條款，只要該無法開工或停止施作之情形繼續長達六個月以上，承攬人即得終止工程契約⁸³⁰。而在六個月期間內限制行使終止權之約定應屬工程實務上所通認之慣例，通常亦應為具有工程施作經驗之承攬人所得預見，是以該約款既將風險預見範圍予以客觀化，自然有助於減少當事人事後索賠之爭議。然此並不得解釋為在所有工程契約中，當事人得合理預見遲延風險之範圍皆應以六個月為準，蓋個別工程所訂工期之長度可能有所不同，因此一概以客觀化之約定作為認定合理預見之標準仍嫌率斷。此外，即使當事人設有消滅契約效力方式之約定，此亦不表示對於履約過程中發生妨礙之情形，當事人已預先取捨風險分配之手段，而否認

範圍之結果，是以於詮釋得否合理控制風險之概念時仍不宜過度放寬。相關說明可參閱張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000年7月，頁58。

⁸²⁷ 黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第119期，2011年2月，頁11-12。

⁸²⁸ 吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年7月，頁193。

⁸²⁹ 類似見解可參閱黃泰鋒、陳麗嘉，工期展延補償爭議爭點試析(上)，仲裁季刊第78期，2006年7月，頁76。

⁸³⁰ 例如可參閱內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第27條第4項規定、行政院公共工程委員會工程採購契約範本第21條第10項規定。惟仔細觀察後可發現後者之規定並不以機關暫停施工須達多長之期間，作為承包商向業主請求補償停工期間所增加必要費用之要件，相較於前者須以停工期間達6個月承包商始可決定終止契約或繼續施作並請求損害賠償之規定，似較有利於承包商作主張。

存有其他維持契約效力而僅請求調整契約內容之可能性，畢竟消滅原有法律關係應屬於較為強烈之爭議解決方式，原則上仍應盡可能避免動輒採用；且自另一觀點推論，此實已涉及針對原有法律關係應如何調整或如何分擔當事人間風險之問題，而屬於調整給付效果層次應討論之事項⁸³¹，此與當事人是否得預見風險存在之判斷不必然具有直接關聯性，因此原則上仍不宜寬認當事人間相關條款之約定即已發生阻斷情事變更原則適用之效果⁸³²。

綜合言之，本文亦認同學者之看法，即於判斷當事人是否已預見或得否預見特定風險時，除考慮一般客觀標準外，亦須注意具體個案中，當事人之資格、契約內容及性質等主觀因素，特別是於當事人主觀上能預見之情形較一般客觀標準為高時，此時採取主觀之標準應較能體現情事之變更具不可預見性之要求⁸³³。而工程契約中之條款得否視為當事人已預為調整給付之約定，仍應依個案具體妨礙情況作認定，尚難以契約中存在相關條款之約定即完全排除透過情事變更原則調整契約給付之主張，蓋契約中對風險之分配乃基於當事人意思所為，而當事人意思應以其可預見之風險為限，方為其對風險分配之真正想法，故不得僅因契約中對某一風險有所約定，即不論風險程度如何，一律當成可預見之風險。是以個案中如發生非當事人於締約時可得預料且依原有法律效果顯失公平之情形時，當事人仍有就該法律關係請求為法定調整之可能性⁸³⁴。

⁸³¹ 採類似見解者，可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年7月，頁194。

⁸³² 又例如當事人於契約中訂有物價指數調整約款，約明在物價總指數漲跌幅超過_%或個別項目物價指數漲跌幅超過_%時，於估驗完成後調整工程款之情形，則於總物價指數或個別物價指數漲跌幅尚未超過約定百分比前，應由承攬人承擔物價上漲或定作人承擔物價下跌之風險。然此並不表示一旦契約中訂有物價指數調整約款，當事人對於物價波動即無主張情事變更原則適用之可能性。論者有指出，物價指數本質上為營造工程投入材料及勞務價格變動之平均數，係反映整體物價的波動幅度；而民法第227條之2所稱之情事變更，則係指債之關係成立後，其成立當時之環境或基礎有所變動而言，若發生變動之事實為契約當事人於契約成立當時所得預料，即無情事變更原則之適用；反之，如超出當事人之預料範圍，尚非無情事變更原則適用之餘地。詳請參閱劉素吟，物價指數調整約款與情事變更原則之關係，工程法律實務研析(三)，寰瀛法律叢書系列，元照，2007年7月初版一刷，頁275-276。故本文認為是否有情事變更原則之適用仍應依個案情形作判斷，是以如有個別項目之價格劇烈變動而超出整體物價指數波動之水準，則當事人縱有約定物調約款，仍無法填補其上漲之幅度時，此時即應認為如此之物價波動非當事人於締約時所得預見，而在具備其他情事變更原則之要件下，承包商仍可請求調整工程款。換言之，並非一經約定物價指數調整約款，即表示所有影響物價變動之因素已被完全納入規範，故契約中明訂物價指數調整約款並不必然排除情事變更原則之適用。

⁸³³ 蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001年8月，頁74。

⁸³⁴ 黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第119期，2011年2月，頁11-12；張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，政治大學法律學研究所碩士論文，2000年7月，頁123；羅明通，公平合理原則與不可歸責於兩造之工期延宕之補償—兼論棄權條款之效力，月

(三)是否以不可歸責於當事人為必要?

我國情事變更原則原規定於民事訴訟法第 397 條，其中有明文「因不可歸責於當事人之事由」作為適用情事變更之要件，然該原則於回歸民法債編總則增訂時，卻無相關要件之要求，此時即產生情事變更原則之適用是否以不可歸責於雙方當事人為要件之疑義。

1. 實務見解

多數實務見解皆肯認情事變更原則之適用應以情事之變更不可歸責於雙方當事人為要件，如最高法院 99 年度台上字第 1336 號判決：「按民法第二百二十七條之二第一項所規定之情事變更原則，旨在規範契約成立後有於訂約當時不可預料之情事發生時，經由法院裁量以公平分配契約當事人間之風險及不可預見之損失。是法律關係發生後，為其基礎或環境，於法律效力終了前，因不可歸責於當事人之事由，致發生非當初所得預料之劇變，如仍貫徹原定之法律效力，顯失公平者，法院即得依情事變更原則加以公平裁量而為增減給付或變更其他原有之效果。而是否發生非當初所得預料之劇變，應綜合社會經濟情況、一般觀念及其他客觀情事加以判斷。」⁸³⁵。

2. 學說見解

學說上多數看法認為，特定情事發生變更必須係不可歸責於當事人時始得適用情事變更原則，蓋情事變更原則適用之目的在於排除不公平之結果，且必須在法律上別無救濟方法時，始有其適用，若當事人有可歸責之事由時，仍應依循其他契約約定或法律規定等途徑解決，而無適用情事變更原則以為特別保護之必要，換言之，當事人仍應依其原有之法律關係履行義務並承擔危險⁸³⁶。亦有學者認為民法第 227 條之 2 雖未如民事

巨法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 253；梅芳琪、蔡佳君，公共工程工期展延費用之索賠請求，工程與法律的對話，李家慶主編，三民，2010 年 1 月初版 1 刷，頁 163。

⁸³⁵ 類似見解尚可參照臺灣高等法院 94 年度保險上字第 49 號判決：「八十八年四月二十一日增訂之民法第二百二十七條之二第一項規定：契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。係按修正前民事訴訟法第三百九十七條立法體例而增訂，即所謂之情事變更原則，依其立法理由記載，情事變更純屬客觀之事實，當無因可歸責於當事人之事由所引起之事例。所謂不可歸責於當事人之事由致情事變更，係指其情事變更非因可歸於當事人兩造之事由所致者而言。若法律關係成立後，因可歸責於當事人一造之事由致情事變更，不許該當事人依本條項規定主張權利。」；最高法院 98 年度台上字第 888 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1 號判決、最高法院 41 年台上字第 1406 號判例、最高法院 69 年度台上字 3860 號判決、85 年度台上字 1892 號判決亦同此意旨。此外，另有判決採較嚴格之標準，即不僅是變更之情事需不可歸責於雙方當事人，當事人間亦不得有其他可歸責之情事，如最高法院 69 年度台上字第 2743 號判決，可供參照。

⁸³⁶ 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 62；黃立，工程

訴訟法第 397 條設有可歸責性要件之明文，然探求立法者之真意⁸³⁷，並非捨棄此一構成要件，而係因為情事變更，純屬客觀之事實，理論上無因可歸責於當事人之事由所引起⁸³⁸。然另有學者認為，民法修法時既不援用原規定於民事訴訟法第 397 條「不可歸責於當事人之事由」的要件，即是因該要件不妥適而加以刪除，是以雙方當事人不具可歸責性應非適用情事變更原則之要件⁸³⁹。

3. 本文看法

整理上述實務及學說見解後可知，多數看法皆肯認情事變更原則之適用必然是以該情事之變更係不可歸責於雙方當事人為要件。然觀察德國法上對於交易締約基礎缺乏或喪失之討論，其中皆未提及主觀可歸責性之要件，於法條上更無明文規定，而僅係透過「可否預見」此一要件加以檢視⁸⁴⁰。如進一步探究我國學說及實務見解之所以將情事變更原則限定於不可歸責於雙方當事人之原因，應係考量法律體系下之風險分配。按屬於交易基礎之客觀環境或主觀認知之變動，若係由一方當事人可歸責之行為所引起者，則在法律體系中通常可藉由相關之法律規定予以處理，例如當事人可依締約上過失、債務不履行、侵權行為等規定請求損害賠償，此時並不必然需要透過情事變更原則之適用始能調整當事人間不公平之結果。換言之，一般情形下，似只有在當事人無法透過法律行為上之約定⁸⁴¹或法律之規定解決爭議時，始需藉由誠信原則、情事變更原則等上位概念介入當事人間之法律關係，予以分擔不可預見之風險⁸⁴²，

承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月，頁 207 及 224；黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 434；姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 4 月，頁 266。

⁸³⁷ 民法第 227 條之 2 立法說明：「情事變更，純屬客觀之事實，當無可歸責於當事人之事由所引起之事例，故民事訴訟法第三百九十七條規定『因不可歸責當事人之事由致』等文字無贅列之必要。」

⁸³⁸ 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 68；邱聰智，新訂民法債編通則(下)，元照，2001 年 2 月新訂一版一刷，頁 14。

⁸³⁹ 張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 48 及 58。

⁸⁴⁰ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 530.;曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 104。

⁸⁴¹ 例如物價指數調整約款、工期展延約款、於「總價契約」中，如施作之數量於實際施工階段增減達百分之十時，即應由雙方針對超過百分之十之部分核實調整契約價金之約款等。

⁸⁴² 關於情事變更原則適用順序之說明，可參閱張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 63-65；姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 266。

但此可否等同排除可歸責於當事人之情事變更採行此種法定調整之可能性，嚴格而言並不當然可得出此種結論。

關於可歸責性要件討論之實益可特別顯現在我國工程實務之運作中，例如因定作人或定作人之履行輔助人的行為而導致構成締約基礎之變更時(如定作人規劃設計不完善導致施工圖說有誤、關聯承包商未配合施作等情形)，承攬人往往會主張債務不履行或情事變更原則等規定向定作人請求費用補償或損害賠償，然而，若依目前多數法院見解，定作人之協力義務僅為對己義務，因此承攬人似無法主張債務不履行之規定請求索賠，若法院進一步又以此種情事變更係可歸責於當事人為由而認定個案無情事變更之適用，則將可能使承攬人之損害無法獲得完整填補。此外，對照德國民法關於錯誤撤銷及第 313 條第 2 項主觀締約基礎喪失之規定，其並未限縮在只有不可歸責於當事人之情事始得撤銷或請求調整契約⁸⁴³，惟我國卻增加了主觀可歸責性要件之限制，致使當事人欲尋求法律途徑加以救濟實有困難，亦衍生更多未能顧全雙方當事人權益之爭議。

本文認為，於定作人怠於提供必要協力之案例中，如處理相關議題時不再固守傳統對於協力行為性質之認定，而可視個案當事人之約定、透過契約解釋或漏洞補充等方式，推論定作人負有履行特定行為之從給付義務，或依誠信原則應負有照顧、保護相對人身體或財產等法益之附隨義務時，此時一旦有義務違反之行為，承攬人即可透過債務不履行等規定請求損害賠償；此外如能善加運用領域理論之概念，而將工程契約履行過程中屬於定作人領域之風險，藉由民法第 509 條或第 267 條等規定責由定作人負擔時，對於承攬人利益之保障亦更形完備。則此際，當事人間之紛爭是否仍有再適用情事變更原則予以調整之必要，即有疑問。畢竟情事變更原則之適用在法律體系上，屬於對當事人所未能預見之風險加以公平分擔之補充性規定，其適用要件之審核應較為嚴格，是以若當事人得透過其

⁸⁴³ Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 758), §27, Rdn. 14.如將可否歸責認定係指當事人有過失而未發現該已存在之情事或將錯誤認知下之情事納入締約基礎而發生雙方動機錯誤之情形，然德國民法第 119 條以下關於意思表示錯誤之規定與我國規定不同，其並不排除該錯誤係肇因於當事人之過失而發生者，當事人皆得撤銷該錯誤之意思表示，僅係負擔之損害賠償內容有所不同而已；而德國民法第 313 條第 2 項所規範之雙方動機錯誤，亦未排除可歸責於當事人之過失不知錯誤者，僅僅在調整契約效力時會列入考量，蓋因其構成要件乃係「可否預見」，而此一要件之檢驗通常比可否歸責之檢視更為嚴格，即外在情事必須劇烈改變致當事人不可預見始可，蓋若允許所有情事之改變皆可解為情事變更，則契約之可信賴性將喪失殆盡，是以在德國實務上，甚少案例被認定屬於不可預見之情形，因此適用德國民法第 313 條之規定調整契約並非常態。詳細說明請參閱曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 105。

他法律規定公平合理地解決紛爭，即無庸再適用情事變更原則介入調整，然若將此種推論與情事之變更係非可歸責於契約當事人之要件作連結，並作為排除情事變更原則適用之理由，則恐有不妥。

至於學者有認為，如當事人自身具可歸責事由時，若允許其得藉由情事變更原則主張救濟，可能產生對他方當事人不公平之情況，力如在可歸責於承攬人之給付遲延，而在遲延期間發生情事變更之情形，本應依民法第 231 條第 2 項之規定，由可歸責之債務人承擔該危險，是若肯認承攬人得主張適用情事變更原則，則將與實質公平相悖，且有違民法第 231 條第 2 項之立法意旨並使該條規定成為具文⁸⁴⁴。本文以為，此見解固非無理，但其實亦可作另一面向之思考，蓋情事變更原則之適用尚須考量其他要件，包含「依原訂效果是否顯失公平」之判斷等，是於給付遲延中發生情事變更之情形，透過其他要件之檢驗仍可得出該情事變更之風險責由債務人承擔並無顯失公平之結果，此時自然亦排除情事變更原則之適用，就結論觀之，此亦不違背當事人因自己行為所造成之風險，應由其自身承擔不利益之原則⁸⁴⁵。是以，關於情事變更原則之適用必須具備不可歸責於當事人要件之看法，仍有再為斟酌之餘地。

三、情事變更之法律效果

契約嚴守原則為私法自治之核心價值，亦是私法自治得以維持之基礎，而情事變更原則所追求者，則為契約之實質正義，此與契約嚴守原則所強調之法律安定性固然會產生無法避免之扞格⁸⁴⁶，然基於當事人間權利義務之妥適性不容忽略及維護契約關係公平正義之理念，關於適用情事變更原則予以調整之法律效果，原則上必須考量契約嚴守原則和情事變更原則之調和，應盡量於契約嚴守原則下適用情事變更原則，以追求對原有法律關係最合適之安排⁸⁴⁷。

⁸⁴⁴ 姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 266；林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 74。

⁸⁴⁵ 曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 105。採肯定債務人於遲延期間仍得主張適用情事變更原則之見解者，另可參閱史尚寬，債法總論，作者自版，1983 年 3 月，頁 434。

⁸⁴⁶ 張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 133。

⁸⁴⁷ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 539.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 758), §27, Rdn. 8. 德國學者指出，德國民法第 313 條被援引介入當事人間之契約關係予以調整，必須是依個案中所有情形作綜合判斷，倘若維持原有契約之給付約定，顯然對負擔義務之一方係不可期待，且如要求該方履行給付將超出所謂的犧牲界限，亦無從藉由雙方協議而獲致公平合理之結果時，此時契約當事人即可請求調整原訂之給付。然本於契約嚴守原則之意旨，個案中障礙情況是否符合當事人「不

因此關於當事人原有法律關係之效力應如何調整，原則上應先維持原有之基本法律關係，並作適當調整以排除因情事變更所生之不公平狀態，換言之，經由契約調整，應使原先受不利益之一方，其不利益可獲得平衡，但不得超越先前簽訂契約之範圍而使他方負荷過重⁸⁴⁸。而只有在此一調整方法確定不能排除不公平之結果時，方得考量法律關係消滅之手段。就此，對於契約調整而言，主要有增減給付、分期或延期給付、同種給付之變更及拒絕先為給付等方式，學者稱之為情事變更原則之第一次效力；至於消滅法律關係而言，則有終止契約、解除契約、除去責任請求權等手段，又被稱為第二次效力；相較於應優先適用之第一效力，由於第二效力適用效果對於當事人先前承諾之權利義務關係干預較為強烈，非為當事人通常所期待，是以僅具有輔助性之地位⁸⁴⁹。

上述看法於工程契約之爭議處理過程亦可獲致相似之結論。蓋工程契約所牽涉之法律關係甚為複雜，且通常標的金額龐大、履約期間較長，若動輒解除契約或終止契約將重大影響雙方當事人之利益，特別在公共工程中，尚需考量社會公共利益，一旦消滅契約關係，則必須清算原本之契約關係再另行締約，而於公共工程尚須重新辦理招標，如此將造成更龐大的費用支出；且中途解消契約，已進行之工程亦可能發生因界面廠商責任不清，而找不到其他廠商願意接手之情況。同時承包商於發生履約爭議前，對於工程施作可能已投入大量人力、物力等成本，若欲直接以解除或終止契約之方式解決當事人之紛爭，反而更有損社會經濟效益⁸⁵⁰，是以一般承包商欲主張適用情事變更原則調整契約內容時，亦多僅請求展延工期或調整原訂契約之價金。因此本文以為，在考量情事變更之效果時，仍應優先採用維持契約效力之手段，調整契約上原有之給付內容。

可預期」之要件，於審核時原則上仍應趨於嚴格。

⁸⁴⁸ 姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月，頁 271。

⁸⁴⁹ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 540 u. 541.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 758), §27, Rdn. 11.;林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 64-65；學者有採類似看法而指出，個案中因情事變更對於契約之對價關係產生衝擊，透過情事變更原則之適用乃在避免由契約之一方承擔因情事變更所衍生之不利益或獨享因此所生之利益，是以法院應依誠信原則及以客觀標準衡量合適之調整效果，而只有在情事變更所衝擊者不限於對價關係之公平，或根本無法調整出對於雙方皆可接受之對價關係或契約內容時，此時原有契約關係依誠信原則既無以為繼，而可考量消滅契約關係之效果。詳請參閱黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 444-448。惟亦有學者認為，我國法上情事變更原則所欲處理者，僅限於社會遭到災難事變時，金錢請求權人受領實價不足之問題，是以關於適用之法律效果，亦應僅限於增減或延期、分期給付等調整方式，而不包含消滅原有之法律關係。詳請參閱彭鳳至，情事變更原則之研究—中、德立法、裁判、學說之比較，五南，1986 年 1 月初版，頁 245-246。

⁸⁵⁰ 但學者指出，實際上仍有可能因為機關重新招標而廠商搶標，致有節省費用之情形發生，參閱張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 61-62。

學者亦有認為，以工期展延為例，法院於裁量調整效果時應不限於展延費用之請求，若原先給付內容之施工方法亦有改變之必要時，業主即應辦理變更設計，始得要求承包商繼續施作⁸⁵¹。是以，工程契約之給付內容於當事人主張適用情事變更原則下究應如何調整，應依個案當事人之權利義務關係或利益狀態而定⁸⁵²。當然若調整原有法律關係結果上仍對契約一方有失公平時，此時應再考量情事變更原則之第二次效力，如此情事變更原則之適用結果始能與契約嚴守原則達到平衡，而落實誠信原則之意旨⁸⁵³。

第五項 小結

關於定作人違反協力義務之法律效果，本章論述主軸係針對因定作人遲延提供必要協力或提供不良之協力行為致承攬人工程施作遭遇妨礙，而受有延期增加費用或利潤減少等損失之情形加以分析，蓋在定作人不配合提供土地、必要施工資料、申請許可或執照、協調關聯廠商等案例中，通常尚不至於使承攬人之給付終局無法履行，且承包商基於履約利益考量，亦不致於動輒採取消滅契約效力之手段，是以關於法律效果之討論，毋寧以承攬人在定作人遲延期間所支出之費用或損失應如何補償或賠償，較貼近當事人履約爭議之焦點。惟此種費用求償之主張，基本上仍應與承攬人請求展延工期一事加以區分，蓋承攬人得否請求延長履約期限，此乃涉及時間上風險之分配，而依我國民法第 230 條規定之意旨，只要承攬人對於遲延不具可歸責性，其即不須承擔遲延之損害賠償責任，從而定作人依工程契約展延工期條款上所載事由同意承攬人之延期申請，亦為形式上透過延後清償期之方式確保承攬人不受逾期違約金制裁之相應措施。此種遲延風險分配之概念於德國 VOB/B 第 6 條第 2 項所揭示承攬人得對源自業主領

⁸⁵¹ 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第 143 期，2007 年 4 月，頁 147。

⁸⁵² 我國法院實務對於情事變更原則之調整效果，所揭示之判斷原則為：「因情事變更為增加給付之判決，非全以物價變動為根據，並應依客觀之公平標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增加給付之適當數額。」；相關說明可參照最高法院 66 年台上字第 2975 號判例，最高法院 85 年度台上字第 886 號判決、最高法院 44 年度台上字第 1008 號判決、最高法院 45 年度台上字第 462 號判決、最高法院 46 年度台上字第 1716 號判決、最高法院 48 年度台上字第 1617 號判決、最高法院 48 年度台上字第 1681 號判決等。然應注意者係，情事變更原則之適用應在於分擔當事人於締約時未能合理預見之風險，是以應考量個案當事人之約定，綜合評估如當事人於締約時已預見該風險存在，是否會締約或可能締結之內容為何，而此不必然與契約雙方各因情事發生變更而獲得之利益或所受之損害直接相關，因此在決定調整效果時，不宜為過於僵化之判斷。

⁸⁵³ 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月，頁 65。由此亦可進一步推論，於現行民法第 507 條未賦予承攬人享有終止權且當事人亦未針對消滅契約效力為相關約定之情形下，透過情事變更原則之適用，某種程度似亦可達成終止契約之法律效果。對此，德國民法第 313 條第 3 項之規定應可供決定採用情事變更原則之法律效果時，值得參考之標準：「契約之調整係不可能，或調整契約對於當事人之一方係無法期待時，遭受不利益之一方當事人可以解除契約。對於繼續性債之關係，應以終止權代替解除權」。

域事由、不可抗力或無法避免之妨礙情況請求展延工期之規定，亦可再次得到應證。然上述履約期限應予延長之認定與定作人是否即可免除補償或賠償承攬人增加支出費用或所受損害之責任，說理上實無必然關聯性。

是以如個案中，定作人為了免除可歸責於己之遲延責任，或欲限定自己之履約風險範圍，而預先擬定各式定型化契約條款，由程序上限制承攬人申請展延工期之期間，或實質上排除承攬人對於展延期間之異議權限，乃至於使承攬人預先概括拋棄延期索賠之權利時，此種單方預先擬定之條款，不僅免除或減輕約款擬定人之責任，而使相對人拋棄或限制其權利之行使，更可能令相對人承擔事先所未能預料之風險而加重其負擔，進而產生重大之不利益。是以為了維護契約當事人間之實質正義，使當事人之權利義務關係能反映公平合理之風險分配思維，實應認為此類定型化約款有依民法第 71 條及民法第 247 條之 1 等規定，宣告其無效之必要。從而工程契約中之履約風險，仍應回歸一般風險分配原則，亦即只有在當事人可合理預見範圍內之風險始能認為當事人得對之予以評估並作成風險分配之合意，而該合意內容亦應彰顯優勢風險承擔原則，使當事人間對於特定風險具有較佳掌控能力或較多分散風險管道者予以承擔，始為妥適。

至於承攬人因履約妨礙情況所額外支出之直接費用、間接費用及損失，將因承攬人主張不同的請求權基礎，而影響其得請求補償或賠償之範圍。就結論而言，如定作人特定之協力行為被約定或可被解釋成契約上真正義務，則承攬人對於定作人怠不配合履約之行為，不僅可依債務不履行等規定請求賠償因遲延致生之損害，更可於定作人遲不作為時提起訴訟請求履行，甚至發動強制執行，以積極排除施工妨礙狀態，惟目前此概念僅屬學理概念上之推論，仍有待學說及實務進一步研究與發展。而若認定作人之協力行為不屬於真正義務，倘承攬人主張民法第 240 條之規定，則其因遲延所減少獲取之利息或利潤，似難以包含於受領遲延之費用補償範圍內；此外，如承攬人依民法第 507 條第 1 項及第 2 項規定求償，在現行法下其亦僅能於催告並解除契約後請求如契約未被解除所能獲取之報酬，並有損益相抵原則之適用，惟此種效果不僅造成當事人必須負擔回復原狀之義務，更無法在不解除契約下請求因遲延而生之損害，實為現行法律規範之漏洞。本文認為在現行法未能完整保障承攬人履約權益之情形下，應可參照德國民法第 645 條及其學說所發展「領域理論」之概念，於必要時對於我國民法第 509 條規定作擴張解釋或類推適用，使因定作人領域事由所發生之妨礙情況，由定作人承擔不利益，進而肯認承攬人得請求已服勞務部分之報酬、報酬以外之費用，甚至在定作人有過失之情形下得依同條後段規定請求損害賠償，如此應可稍微彌補現行法規範不足之缺憾⁸⁵⁴。

⁸⁵⁴ 而因定作人之事由致承攬人終局無法履行給付之情形，亦應肯認承攬人得享有民法第 267 條

而當承攬人對於定作人怠於提供必要協力，依前述請求權基礎主張權利仍無法合理分擔履約風險時，縱使當事人於工程契約中已約定有展延工期或終止權等條款，然只要於個案中判斷，如承攬人對於特定風險之發生事前無法合理預見，而該風險使原有法律關係發生效力將顯失公平時，則仍不應排除承攬人有請求依情事變更原則調整當事人間權利義務關係之可能，以求得實質之契約正義⁸⁵⁵。⁸⁵⁶

綜合觀之，針對定作人怠於配合提供必要協力之妨礙狀況，如能將定作人之協力行為提升至真正義務層次，或將相關妨礙情況劃歸定作人領域之風險，似對於承攬人權益更有保障，而此看法亦為德國學說或實務見解所肯認，是以前亦發展出各種使承攬人得請求全額報酬或損害賠償之觀點，由此亦可再次應證現今大型工程契約之進行，已非過往典型承攬契約得由承攬人單打獨鬥完成約定給付之型態，如此實有進一步檢視定作人於契約中所扮演之角色是否應予調整之必要性，同時加強契約中當事人協力合作之概念以適應國際契約法之發展趨勢。

之對待給付請求權，然亦應注意損益相抵原則之適用。

⁸⁵⁵ 惟德國學者有指出，情事變更原則於工程契約中之適用機會日漸減少，蓋德國實務及學界為彌補德國民法承攬一節規範之不足，乃透過 VOB/B 等契約範本，針對工程契約特性而制定更具體且合乎當事人需求之合理風險分配規範，例如對於總價契約價金之調整，即於 VOB/B 第 2 條第 7 項將德國民法第 313 條之規定具體化，此外情事變更原則之要件審核相當嚴格，當事人不易主張，是以承攬人較少透過情事變更原則請求業主補償。Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn. 66.然相對於此，由於我國民法承攬章節之規定對於大型工程契約之交易類型未必適用，而各契約範本之規範亦由不同機關各自依其需求擬定，尚難尋得一共通且公平合理之規範可供承包商作為請求補償或賠償之依據，是以觀察實務上承攬人之主張，幾乎皆免不了援引情事變更原則之適用，而在我國法院實務對於情事變更原則要件之解釋亦有分歧之情形下，無異將衍生更多不必要之紛爭，實有待省思。

⁸⁵⁶ 另應注意者係，承攬人主張不同之請求權基礎，將連帶影響消滅時效期間之認定，而由於相關之消滅時效有長達 15 年者，亦有短至僅有 1 年者，因此在實務上亦產生層出不窮之爭議。簡言之，如承攬人主張債務不履行或受領遲延相關規定，則應適用民法第 125 條之 15 年消滅時效；若承攬人依民法第 507 條第 2 項或民法第 509 條規定有所請求時，此時其權利之行使應受到民法第 514 條 1 年消滅時效之限制；而當承攬人係依民法第 227 條之 2 規定，主張以情事變更原則調整原有給付關係時，此時所涉及者為契約價金之調整，而對於調整後之報酬請求，原則上應依民法第 127 條第 7 款之規定，適用 2 年短期消滅時間。

第五章 定作人協力義務之類型

關於定作人協力義務性質之認定，在傳統承攬契約之規範架構下，定作人是否對於承攬工作提供必要之協力，原本僅涉及債權人權利行使與否之決定，承攬人無從請求定作人履行特定之協力行為；惟倘該必要之協力不被提供或被遲延提供，將可能對於承攬人工作之執行產生阻礙，亦不利於契約目的之達成，是以我國民法第 507 條乃針對定作人之協力行為設有承攬人可催告定作人履行，進而解除契約並請求損害賠償之規定，惟傳統學說仍認為此條僅係受領遲延之規範，換言之，定作人之協力義務性質上僅被定位為「不真正義務」。此等對於定作人協力義務認定之思考脈絡在傳統承攬契約之架構下已逐漸被質疑是否合乎當事人締結承攬契約之目的及是否足以維護當事人之利益，而此種質疑在現代大型工程契約中愈發彰顯，蓋承本文第二章所分析之工程契約特性及風險分配等概念，可知相較於以傳統手工業運作為設計出發點之傳統承攬契約⁸⁵⁷，工程契約除具有長期施作、金額龐大、牽涉法規眾多等特性外，更重要者即為其中所包含複雜異常之法律關係，此或有關於多方契約當事人對於工程施作界面及時程之協調，或在公共工程契約中則涉及各機關間掌管職務之配合等，諸此因素在承攬人施作之過程中，更提升承攬人對於定作人提供必要協助之需求性。此等工程實務運作之狀態實與傳統承攬契約中，承攬人絕大多數單打獨鬥完成承攬工作之情形有很大差異，尤其涉及與工程契約外第三人及官方公權力之交涉，亦恐非承攬人憑一己之力即可完美處理者，而有賴契約當事人密切之合作。

是以，本文基於工程契約之特性，分析工程契約中當事人之利益狀態及契約目的之達成等觀點，認為在工程契約中，實有必要跳脫傳統對於定作人協力行為之定性，而賦予工程契約之業主更多之協助或合作義務，且其不再僅係定作人權利行使之決定，更應進一步評價為定作人負有履行之真正義務，如定作人不為必要之協力行為，即可能成立債務不履行之損害賠償責任。至於該等從給付義務或附隨義務之來源，本文認為可源自當事人於契約中明文之約定，或在當事人未具體約定之情形下，本於誠信原則以契約補充解釋之方式推導而出。換言之，定作人究竟負有何種協力義務，原則上仍須依個案中具體的約定及利益狀態作判斷，非可一概而論。是以透過工程實務之運作、藉由相關案例之累積，將有助於觀察定作人特定協力行為履行與否對於工程契約執行之重要性，並可作為進一步推論定作人是否應承擔特定協力義務之論述基礎。

⁸⁵⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 11.

基此，本文乃嘗試於本章中對於現行工程實務上常見之工程契約範本以及法院實務討論定作人協力義務之相關判決加以分類，期能從中瞭解定作人協力義務內容於工程實務上被規範之狀況，並探討裁判實務對於特定協力義務類型是否已形成固定或多數見解，從中分析特定協力行為被賦予真正義務地位之必要性，期能協助釐清繁雜之協力義務紛爭，並呼應本文第三章推論之思考脈絡。

關於案例類型之討論架構，本文嘗試將定作人協力義務類型概分為兩大類，即提供適於施作狀態之義務及受領義務。之所以作此二分類，乃係著眼於工程施作過程中，定作人提供必要之協力將有助於承攬人順利地依計畫推動工程，且可減少工期延宕或支出額外費用進而發生索賠爭議之可能，而此種為使承攬人能順利完成工作所必要之定作人協力，類型繁多，本文基於該等行為之目的多在避免對承攬人之履約造成阻礙，乃統一將之稱為「提供適於施作狀態之協力」。相對於提供適於施作狀態之協力行為多發生於工程契約執行前或執行過程中，定作人對於已完成工作之「受領」則將決定承攬人之履約可否終局達成其獲得承攬報酬之目的，以及定作人是否透過受領而享有符合契約約定之工作，實現工程契約締結之目的。而定作人之受領在傳統學說討論中，多被認作債權人權利之行使而非其義務，乃與前述討論定作人協力義務之爭議相似，惟此種看法是否亦適於大型工程契約之運作中(特別涉及驗收程序之約定與進行)，不無疑義，本文認為實有進一步討論之必要。是以，本文乃將定作人之受領與定作人之其他協力行為併列為本章後續討論之重點，合先敘明⁸⁵⁸。

第一節 提供適於施作狀態之義務

第一項 概說

所謂「提供適於施作狀態」之義務，係指於工程契約執行過程中，為使該過程能順利進行而不妨礙承包商履行契約義務，業主應設法從事一定行為，以期不僅協助承包商可不受干擾地進行工程施作，更可保障工程進行中所有參與之工作者及鄰近地區的安全，避免對工程參與者及第三人產生不必要之危險⁸⁵⁹。而此概念在工程契約之運作中首先涉及者，即為業主應提供承包商得以順利依照工程計畫施工之條件、環境、空間及供應約定之材料、器具等協力行為。

⁸⁵⁸ 論者亦有採類似分類方法者，其將定作人之受領歸類為廣義之定作人協力義務，可參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002年7月，頁162以下。

⁸⁵⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 5.

申言之，一般工程契約所約定之工程多於業主提供之場所，承包商依照業主提供之規範圖說等文件進行施作，同一時間亦可能有相關工程之承包商在同一場所施作不同工程，如何安排施工順序或界面的協調，乃工程順利進行之重要前提；此外，營建工程之施作除可能必須取得公法上規定之相關許可、執照外，在公共工程之情形，更可能有賴於相關主管機關或政府單位之協助，例如遷移管線、維持交通秩序及排除民眾抗爭等事宜，此再再顯示出現代營建工程契約中之業主，對於工程得否流暢進行實扮演極為關鍵之角色，而上述所提及之協調、提供必要施作條件等協力行為則皆應被含括在業主對於承包商所應承擔之提供適於施作狀態之義務範圍內⁸⁶⁰。是以，本文以下乃針對實務上常見的幾種定作人提供適於施作狀態義務之類型，藉由相互參照契約範本之條款、法院判決整理及外國法之相關規定，以勾勒出相關協力義務內容及運作之概況。

第二項 提供工地(場所)、機具、遷移管線

壹、工程契約範本

一、行政院公共工程委員會工程採購契約範本⁸⁶¹

(一)第 8 條、材料機具及設備

「(四)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。」

(二)第 9 條、施工管理

「(廿一)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。」

(三)附錄 3、工作協調及工程會議

「2.工作範圍、2.1 與下列單位進行工作協調:(2)管線單位。」

二、內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本⁸⁶²

⁸⁶⁰ 類似看法，林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 162。

⁸⁶¹ 為民國 101 年 1 月 10 日修訂版。

(一)第 16 條、材料機具設備

「(五)由甲方供給之材料、機具、設備，乙方應於預定使用前 30 日提出申請，配合進度進場。如進場日期有變更時，甲方應以書面通知乙方，如甲方供給的材料、機具、設備不能於預定日期進場，致乙方必須全面停工或部分停工時，乙方得向甲方申請展延工期。」

(二)第 31 條、其他

「(三)本工程使用的土地，由甲方於開工前提供，其地界由甲方指定。」

三、交通部台灣區國道新建工程局一般條款⁸⁶³

(一)H.2 工地之提供

「除本契約中主辦機關提供承包商使用工地之範圍及交付順序另有規定外，主辦機關應按工程施工順序，於工程司發出開工通知時，依本契約規定提供工地給承包商使用，使承包商能依所提送經工程司核定之施工計畫，開始及進行本工程施工。」

(二)H.3 延遲提供工地

「如主辦機關未能依 H.2「工地之提供」規定提供工地給承包商，致使其工期延誤時，承包商得依 H.7「展延工期」規定申請展延工期。」

(三)H.7 展延工期

「(1)承包商為完成契約內之工程或工作或其任何部分工程或工作，或為達成時程表規定進度，而發生延遲或阻礙，係由於下列任一情況時，承包商得按下列程序提出展延工期：(A)主辦機關因 H.3「延遲提供工地」，致承包商工期延誤。」

(四)N.5 公共設施之維護

「(2)承包商之配合:承包商應與工程司、管線權屬單位密切配合，辦理任何地下或高架等管線之永久或臨時處理。」

貳、實務判決

一、交付工地之爭議

(一)明確肯認定作人應負交付工地之義務

⁸⁶² 為民國 99 年 12 月 8 日修訂版。

⁸⁶³ 為民國 98 年 8 月修訂版。

台北地院 100 年度建字第 18 號判決：「惟依被告抗辯內容可知系爭工程用地於原告承攬時，確有廢水程序未完成之情形，...。另原告曾就系爭工程之爭議，向公共工程委員會提出申訴，公共工程委員會審議後，亦認系爭工程於 91 年 2 月 8 日簽約，同年 2 月 18 日起算工期後，即因地上物未遷移、既有道路在開挖範圍內等事由，致原告無法施工，而於同年 2 月 23 日停工，顯見被告(作者按：即新北市新店區公所)並未盡其提供土地之義務，且被告對於土地建築線之確定與鑑界等事宜，亦有協力配合之義務。」⁸⁶⁴

(二) 工地之交付僅為定作人之不真正義務

最高法院 96 年度台上字第 2468 號判決：「(2)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，要無依民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。本件伸港公所為系爭工程之定作人，其未交付工地予○○公司施工，僅屬不為協力行為，尚難認其有給付遲延，而應依民法第二百三十一條第一項規定負債務不履行之損害賠償責任。」⁸⁶⁵

(三) 探討當事人契約之約定是否包含業主應交付工地

最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決：「按工作需定作人之行為

⁸⁶⁴ 類似見解如台中高分院 94 年度建上字第 22 號判決：「雖本件上訴人依民法第 490 條規定負有交付工地予承攬人之義務，然本件工地確已經交付被上訴人，並進行鑽探工程，嗣後始因附近居民之抗爭而停工，居民之抗爭亦難認上訴人有何故意、過失行為所致。」此外亦可參照最高法院 96 年度台上字第 2198 號判決、台中高分院 97 年度建上字第 39 號判決、台中高分院 93 年度建上字第 40 號判決、台中高分院 91 年度重上字第 87 號判決、澎湖地院 99 年度建字第 1 號判決、花蓮地院 92 年度重訴字第 52 號判決及台中地院 93 年度建字第 40 號判決等。

⁸⁶⁵ 對於定作人僅負有不真正之協力義務，更詳細之說明可參照臺灣高等法院 99 年度上更(五)第 3 號判決：「事實上，承攬人係為定作人完成工作之人，定作人為該工作結果之承受人，若工作需定作人之行為始能完成，而定作人竟不為此行為者，實質上與定作人拒絕該工作完成，而依第 511 條規定終止契約之結果無異，揆諸前開關於第 511 條規定之說明，自無賦予承攬人強制定作人為此協力，以完成工作之必要。同理，於定作人提供瑕疵之材料或為不當指示，致工作毀損、滅失或不能完成者，只須使定作人承受工作瑕疵之最終結果，並賠償承攬人之損害（包含依約給付報酬、返還墊款及賠償損害等），即為已足，亦無為使工作能完成或不致於毀損、滅失而強令定作人必須避免提供有瑕疵之材料或為不當指示之必要。要言之，定作人依承攬契約所負之給付債務，僅為支付承攬報酬而已，至於定作人應為必要協力、避免提供瑕疵材料或為不當指示，並非定作人於承攬契約履行過程所應負之義務，尤非承攬人得請求定作人履行之「給付」，縱依部分學說見解，認為此亦為定作人之義務，然此義務亦為定作人對己之義務，為非真正義務，定作人違反此義務，亦無對於承攬人成立債務不履行之餘地。...依上所述，被上訴人主張上訴人遲不交付工地、遲不遷移管線、遲不騰清工地，交付工地後僅 17 天又重新開放通車，致被上訴人又不能全面施工，應依給付遲延、不完全給付之規定，負債務不履行之損害賠償責任云云，均不可採。」；其他類似見解可參照最高法院 72 年台上字第 1579 號判例、最高法院 89 年度台上字第 903 號判決、最高法院 90 年度台上字第 843 號判決、花蓮高分院 98 年度建上更(三)字第 1 號判決及臺灣高等法院 87 年度重上字第 384 號判決等。

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。民法第五百零七條定有明文。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。查原判決認台電公司應協力提供工地俾大棟公司施工，固非無見。然提供工地僅屬台電公司之定作人協力行為？抑為已經兩造合意約定之契約義務？觀諸系爭契約第二十三條第四項第一款及施工說明書第二十四章第二四．一條分別為：「.....因甲方（指台電公司）原因未能使乙方（指大棟公司）開工者，乙方得以書面通知甲方解除契約，但乙方不得提出任何補償及要求。」、「.....第二分項工程無法開工，超過.....後，甲乙双方任何一方.....得提出解約之要求.....」等關於解除契約條件之約定，雖與首揭法條規定相類，但似未就台電公司之協力行為應另負特別責任為約定。則台電公司抗辯定作人（台電公司）提供工地開工之協力行為，非兩造約定之契約義務，是否全然無據？自有研酌之必要。」

866

二、遷移管線之爭議

(一)肯認業主應負責遷移管線

澎湖地院 99 年度建字第 1 號判決：「(二)查系爭工程契約性質上屬承攬契約，而所謂承攬，依民法第 490 條之規定，係當事人約定，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，故在一般工程承攬契約，為使承攬人得以依約完成工作，定作人自有提供施工場地及交付工程設計圖予承攬人據以施作之義務，否則承攬人無從依約提出給付，此乃工程承攬契約下定作人應負之協力義務，無待雙方當事人另以書面契約約定甚明。觀諸前揭澎湖縣政府、中油公司來往函文，可見七美加油站阻礙施

⁸⁶⁶ 此種依契約約定內容判斷定作人是否負有交付工地義務之看法，在實務上似常造成上下級審對於事實認定之分歧，如本件原審臺灣高等法院 94 年度重上字第 144 號判決即認為：「則揆諸民法第四百九十條第一項規定，定作人（台電公司）除有給付報酬之義務外，本另有按預定時程提供無障礙工地俾承攬人施工之從給付義務。且核四工程進度表所載明之工程進度時程，係經台電公司審核通過，台電公司即應受其拘束，不得以工程進度表備註欄內有：「暫以表列日期起算」、「實際應以業主通知開工日起算」等記載，作為遲延開工之免責理由。是台電公司未遵預定時程，迄八十八年四月二日始通知第二分項工程開工，其延誤而逾期為開工之通知，自不合債之本旨。雖第二分項工程施工用地為海域，其遲延通知開工乃經濟部未及時解決該區域漁業權補償爭議之第三人因素所造成，然既不可歸責於大棟公司，該不能如期開工之危險，仍應由規劃核四工程之定作人即台電公司負擔，始為合理。」類似爭執亦可參照最高法院 99 年度台上字第 222 號判決及最高法院 100 年度台上字第 592 號判決。

工之情形，本即存在，堪認被告應有協助遷移油管位置，提供原告可施工場地等義務。又由兩造契約第 25 條後段：「若有甲方之因素，或不可抗拒之力量，所造成停工不能施作，甲方應賠償乙方每日壹萬元。」之規定，既然於發生天災或事變等不可抗拒事件，並無可歸責被告之事由，致原告停工時，被告尚應賠償原告停工待命所受之損失，依舉重以明輕之法理，前開被告未盡協力義務，使中油油管或變更設計等因素阻礙施工，致原告停工待命之情形，被告更應負賠償之責，是以，被告自應依約負每日 1 萬元之賠償責任。從而，原告請求被告給付 20 萬元之逾期罰金，應屬有據。⁸⁶⁷

(二) 承包商於投標時即應知悉遲延狀況或存在棄權條款而不得索賠

最高法院 98 年度台上字第 278 號判決：「且被上訴人之前已多次承包伊(按:本件之業主「交通部公路總局第四區養護工程處」)之工程，應知悉系爭工程有邊施工邊辦用地徵收之情事，而仍參與投標，並於得標後締約，顯已同意免除伊提供土地遲延之責任，並提出兩造曾於八十四年三月七日簽訂...路基改善工程，在開工後亦有補辦地上物補查估事宜，足證被上訴人應知悉伊發包工程均有邊施工邊辦用地徵收之情事。被上訴人既有此經驗與認識，其於投標前，依招標公告即應知悉伊之施工說明書及兩造合約本有排除伊提供土地遲延之責任義務，而評估應有之風險，卻仍參與投標，並進而締約，且依兩造締約內容，尚有拆屋還地、管線拆遷之後續事宜，必然會影響工程工期。足認被上訴人於締約時已知悉伊提供土地將有遲延之情事，而有預先免除伊提供土地遲延之責任等語，似非全然無據。」⁸⁶⁸

⁸⁶⁷ 類似見解認為，排除既有管線以免妨礙工程施作屬於業主應事先預為規劃之事宜者，可參照高雄地院 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延展，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，應不可能同意延展之方式，故原告主張其並無可歸責事由，應屬可採，被告陳稱此等事由應由原告自行負責，本院尚難為其有利之認定。」

⁸⁶⁸ 類似見解可參照臺灣高等法院 96 年度建上更(一)字第 6 號判決：「(二)查「系爭工程如因收購土地、申請水權、拆遷建築物，或遷移墳墓、電力、電訊、給水設備等障礙物或因變更設計或因本局供給之材料機具遲延運到，或其他原因，影響部分或整個工程之進行者，經承包商提出書面申請，得按實際情形核定延長天數。惟承包商仍應於各該原因消失後全力趕辦，除另有規定說明外，不得因此提出賠償損失，或停工結算等要求。」為正佳公司所簽訂系爭契約附件「臺灣省政府住宅及都市發展局施工須知」第 9 條明文約定。本件系爭工程係經公開招標，參與投標者於投標前，對於有關係爭工程之工程圖說、投標須知、標單、合約書及其附件等，非無充足之時間詳細審閱之事實，為正佳公司所不爭執；正佳公司參與系爭工程之投標，有關係爭工程之工程圖說、投標須知、標單、合約書及其附件，應已詳細審閱了解其得標後兩造之權利義務，如認契約條款對其不利，非不可拒絕投標；正佳公司既參與投標、得標而與營建署簽訂系爭契約，

三、排除民眾抗爭之爭議

(一)肯認業主負有排除民眾抗爭之附隨義務

台中高分院 97 年度建上字第 93 號判決：「則被上訴人(按:承包商)固有完成工作物之義務，而上訴人(按:業主)亦有交付上開工地讓被上訴人適當完成之附隨義務，蓋未交付工地讓被上訴人施工，則被上訴人無從據以完成其工作物，上訴人交付工地讓被上訴人施工即為達一定附從目的而擔保債之效果完全實現之附隨義務，其違反此義務即屬可歸責於上訴人之事由。然被上訴人於 92 年 1 月 9 日進場施作進行整地工程時，即遭受當地居民抗爭，使被上訴人因而無法繼續施工，並經上訴人指示全面停工，雖經被上訴人溝通及協調仍無果，嗣上訴人通知被上訴人於 92 年 1 月 10 日起至業主通知可施工前一日止不計工期，被上訴人停工達 11 個月仍未獲告知可施工，乃於 92 年 12 月 31 日發函通知上訴人終止契約...足見上訴人在兩造終止契約前，未交付工地讓被上訴人施工，其違反此附隨義務即屬可歸責於上訴人之事由，縱係當地居民抗爭之因素，惟變電所之幅射引起當地居民疑慮，上訴人非不可設法排除，況被上訴人於原審主張居民抗爭乃上訴人未積極處理民眾回饋，上訴人在終止兩造契約後另行發包，積極協商最終排除居民抗爭而完成工程，亦為上訴人所不否認，益見此乃可歸責於上訴人之事由所致...是被上訴人基於上訴人違反附隨義務，依民法關於債務不履行之規定終止契約，並請求上訴人債務不履行之損害賠償，即為有理由。⁸⁶⁹ ⁸⁷⁰」

自應受系爭契約之拘束，其再持系爭契約所約定事項，於受有損害而主張所約定事項無效，有悖民法第 148 條第 2 項「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」之規定，要非足取；矧正佳公司已依該條款之約定，向營建署申請延長工期，亦經核准，始未受違約處罰之事實，... (三)從而，營建署以正佳公司依系爭契約之附件「臺灣省政府住宅及都市發展局施工須知」第 9 條之約定，不得請求賠償損失為抗辯，尚非無據；正佳公司主張該條款之約定為無效，而請求賠償損害，自無所據，應不予准許。」；此外，亦可參照最高法院 95 年度台上字第 2309 號判決。

⁸⁶⁹ 惟本案經當事人提起上訴，最高法院 98 年度台上字第 856 號判決指摘原審法院未說明「排除當地居民之抗爭」為上訴人附隨義務之依據，故予廢棄發回。其後台中高分院本於最高法院之判決意旨作成 98 年度建上更(一)字第 51 號判決，其中指出：「兩造係因當地居民抗爭之因素無法繼續施工，並非由於上訴人之原因，乃合約一般條款所訂之不可抗力之原因之一，依兩造契約約定，上訴人即可免除契約責任。茲上訴人既可免除契約責任，即無再交付工地於被上訴人施工之義務，是本件變電所工程因幅射疑慮引起當地居民抗爭，上訴人並無排除之義務，上訴人未予排除，並非可歸責於上訴人。從而，上訴人本於此項條款，主張免責，無給付停工期間增加之必要費用之義務，應可採取。」，此判決業經最高法院以當事人上訴不合法而告確定。

⁸⁷⁰ 類似見解亦肯定業主應承擔排除民眾抗爭之責任，可參照高雄地院 86 年度重訴字第 512 號判決：「本件民眾係以「台○私設變電所危及人民生命財產」為由抗爭而阻止工程進行之事實，為兩造所不爭執。雖抗爭之民眾並非系爭承攬契約之當事人，然其抗爭之對象卻為被告，抗爭之原因係認被告「私設變電所危及人民生命財產」，以系爭工程之業主為被告，且目前民眾就牽涉公眾安全工程之相當關注情形，被告應能預知系爭工程於動工後可能發生民眾抗爭之情事，被告可於興建系爭工程之前充分與民眾協調，弭平抗爭於未發，亦得於抗爭之初善與民眾溝通，

(二)契約中如未明文約定業主負有排除民眾抗爭之義務，則業主不提供協力將不構成債務不履行

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，催告定作人為協力行為，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。本件勇○公司與上訴人於九十一年一月三十日就開出工作面問題召開協調會作成結論並約定同年二月七日前答覆，上訴人迨鄰地居民抗爭停工後負有開出新工作面之協力義務，固為原審所認定。惟上訴人抗辯：提供施工場所並非伊之給付義務，勇○公司亦未依民法第五百零七條定期催告伊排除居民抗爭等問題等語；觀之勇○公司所提出居民抗議施工紀錄表僅記載：九十年十二月二十七日至九十一年一月一日、九十一年一月十一日至同年月十四日、同年月十九日至同年二月二日居民抗議停工等，上開停工倘係居民抗議所致，則於勇○公司定相當期限催告上訴人為排除以完成工作所必要之協力行為前，能否逕謂上訴人於九十年十二月二十七日起未開出工作面供勇○公司施作已屬給付遲延，即非無疑。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人為之，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。」⁸⁷¹

參、評析

一、實務現況分析

觀察我國實務上現行採用之幾份工程契約範本，對於「提供工地(場所)、機具、遷移管線」等相關之規範，大致可瞭解於現行工程實務之運作中，施工用地多由機關提供，其中並規範機關應劃定地界以避免發生工地範圍之爭議。若機關遲延提供施工用地，則各契約範本皆肯認如承包商之開工或施工因此受到延誤時，其可申請

使抗爭程度降至最小，不致影響工程之進行，是以上開民眾之抗爭，不論有無理由，確係「由於甲方(即被告)之原因」，被告不能推諉解決民眾抗爭以利工程進行之責任。從而，原告因民眾抗爭無法進行施工之原因，於停工超過三個月以上，於八十六年一月二十一日以書面向被告為終止承攬契約之通知後，主張系爭工程之承攬關係已不存在等語，核與上開兩造之契約約定相符，要屬可採。」；另外，台中高分院 99 年度建上更(一)字第 35 號判決及台中高分院 96 年度建上字第 77 號判決亦可供參照。

⁸⁷¹ 類似見解亦可參照最高法院 100 年度台上字第 592 號判決、最高法院 99 年度台上字第 222 號判決及最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決。

展延工期。惟是否得請求補償因遲延而生之額外費用，則只見行政院公共工程委員會版之工程採購契約範本設有明文肯定之規範，於另二份契約範本，承包商尚須另尋請求依據⁸⁷²，由此可見各契約範本對於可否請求補償額外費用之爭議規範上並不一致。類似現象於工程機具約定由業主提供之情形亦可發現。此外，關於工地管線遷移作業，由於工程管線之分佈可能影響施工作業之進行，因此多數契約範本皆約定承包商應配合相關單位辦理遷移事宜，由此規定亦可推知業主或為其代表之工程司，應有協調承包商及相關管線單位進行管線遷移作業之權責，此應非承包商自身即可完成相關作業。而倘若該工程涉及施工場所附近交通之管制或道路封閉之需求時，一般契約範本則規定承包商應連同交通維持計畫向業主或工程司⁸⁷³提出申請，於業主核准後再轉請有關交通主管機關查核後實施⁸⁷⁴，而在業主及有關機關核准前，承包商不得施工。由此亦可知雖然承包商負有提出交通維持計畫與申請管制等義務，惟若業主怠於核訂相關計畫或怠於聯絡有關機關時，將可能延誤承包商工作之進行⁸⁷⁵，對於此種延誤，一般契約範本多未規定處理之方式，此時承包商即應另尋契約中相關之展延工期或費用補償條款為其保障權益之依據。

⁸⁷² 如國工局一般條款G.14求償通知：「如承包商欲按本契約規定提出求償要求時，應於該要求事件發生之次日起7日內，將其意願以書面通知工程司。在發生前述事件時，承包商應依K.17「保留工作紀錄」規定保存該事件當時之紀錄，藉以合理支持承包商於其後提出之求償要求，承包商之求償無權要求支付任何利息。」；

內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第13條工程延期：「(一)本工程施工期間，如有下列事故，確非可歸責於乙方之理由，而需展延工期者，乙方應於事故消失日起15個辦公日內備齊相關資料，以書面向甲方申請核實展延工期：5.甲方得審酌其情形後，延長履約期限，免計逾期違約金。甲方應提供予乙方資料、器材、場所或應採行之審查或同意，配合措施，未依契約規定提供或採行。」；第27條契約解除或終止(四)：「因非可歸責於乙方之事由，於簽訂本契約之次日起，逾6個月未能開工或開工後無法繼續施工而停工，其單次停工時間達6個月仍無法復工者，乙方得解除或終止本契約。但經甲方以書面徵詢乙方同意繼續履約者，嗣後開工或復工，乙方得提出工程未開工或停工超過6個月後之期間，依契約規定之準備工作費、工棚租金、工地水電費、電話費、工程安全設施等項目，參酌實際情況按實付金額計算或依契約相關項目單價比例估驗計價及經甲方認定必要現場待命人員工資，最多2人且以乙方員工為限，該項工資應參酌契約內技術及一般工資，由甲乙雙方協議訂定。但乙方應按日填報日報表，並於每週末、每月底以書面報甲方備查之相關證明文件向甲方核實求償；若乙方提出解除或終止本契約並得就下列項目提出相關證明文件向甲方核實求償。」

⁸⁷³ 行政院公共工程委員會工程採購契約範本第10條監造作業(五)：「工程司代表機關處理下列非廠商責任之有關契約之協調事項：1.工地週邊公共事務之協調事項。2.工程範圍內地上(下)物拆遷作業協調事項。3.機關供給材料或機具之供應協調事項。」

⁸⁷⁴ 可參閱行政院公共工程委員會工程採購契約範本附錄2、工地管理、4.交通維持及安全管制措施及內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第17條施工管理(四)交通維持等規定。

⁸⁷⁵ 論者有提出類似看法者，其指出承包商在進場開工前，須妥善規劃交通維持計畫並依計畫在開工前完成必要之準備，而此交通維持計畫通常必須得到工程主辦單位及當地交通主管機關之核准，非屬承包商可獨立完成者，因此交通之維持實屬開工之前提要件，定作人應善盡必要之協力義務。詳請參閱王伯儉，開工問題知多少？工程契約法律實務，元照，2008年10月二版，頁39-40。

而針對法院實務判決之觀察，由於業主能否及時取得工程施工用地，不僅可能影響承包商進場開工之時點，亦與其進場後能否順利施作相關工程息息相關，是以關於用地取得義務之爭執，乃占定作人協力義務相關判決之大宗。而觀諸多數判決，影響業主能否按時提供適於施作之施工用地，最主要之因素包含土地是否已辦妥徵收程序、是否發生民眾抗爭、土地上既有管線或建築物是否能即時遷移或拆除等等，此亦為承包商在請求展延工期或費用補償時最常主張之肇致工程延宕之理由，惟業主多抗辯個案中工程用地是否無法於施工前辦妥徵收或完成管線遷移等作業，應屬承包商於投標前即應評估之風險，是以如承包商明知用地取得可能發生延遲，甚至知悉契約中存有索賠棄權條款而仍願意參與投標，表示承包商即願意承擔用地取得遲延之風險而不得再請求損害賠償。對此，我國法院實務似未形成一致之看法，由於用地取得與否關係到承包商能否順利施作工程甚鉅，因此實務上有見解認為定作人應負有提供施工用地之契約義務，進而定作人違反義務時，承包商即得請求展延工期或主張債務不履行之賠償責任。惟本文觀察，多數之實務見解似仍採取較為保守之認定，除依循傳統採納定作人協力行為係對己義務之看法外⁸⁷⁶，亦多基於契約自由原則而肯認個案中當事人簽訂之索賠棄權條款之效力，因此即使法院在個案中隱約判斷定作人應協助取得施工用地，而該用地取得之遲延確實造成非可歸責於承包商施作遲延之情形，然除非個案事實該當民法第 507 條或第 240 條之要件，否則法院經常以定作人並無債務不履行之情形，或以當事人已合意約定索賠棄權條款為由，而傾向否定承包商之索賠請求⁸⁷⁷。

此外，雖最高法院 97 年度台上字第 360 號判決⁸⁷⁸曾明文揭示契約當事人得透過契約約定而賦予定作人一定之契約義務，惟就本文所觀察之實務案例中，倘若當事人未如上述工程採購契約範本中

⁸⁷⁶ 如最高法院 96 年度台上字第 2468 號判決。

⁸⁷⁷ 如臺灣高等法院 96 年度建上更(一)字第 6 號判決及最高法院 95 年度台上字第 2309 號判決。惟應予說明者係，後者最高法院之見解，認定當事人之契約約定無從推導出定作人負有遷移管線之義務，惟定作人已善盡協調管線遷移之事宜，故其對於工程之遲延不具可歸責事由，同時個案中亦約定有索賠棄權條款，因此承包商不得請求賠償。此最高法院見解似已考量到業主較承包商有能力去協調各管線單位辦理管線遷移事項，故即使契約中未能推導出定作人負有遷移管線之義務，法院仍嘗試判斷業主對於管線之遷移是否已盡必要之努力，相較於前者臺灣高等法院見解直接以承包商於投標時已知悉該工程尚有待進行之管線遷移作業及個案中亦訂有索賠棄權條款，即否定承包商之請求，最高法院之推論似較值得肯定。

⁸⁷⁸ 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。」

明文約定工程用地應由業主交付時，則法院實務常認為，由於契約中僅存在非可歸責於承包商之遲延，承包商可請求展延工期等條款，而自此類條款中尚無法推論業主應負擔何項真正義務，因此認定定作人即使未交付工地亦不成立債務不履行之損害賠償責任⁸⁷⁹。由此可推知，我國裁判實務對於當事人是否另有約定之判斷，乃採取較為嚴格之認定標準⁸⁸⁰，如採取此種認定之結果，則業主通常皆不負有交付工地或從事其他協力行為之契約義務，此是否合乎當事人締約之真意或是否有助於工程之施作，仍有待探究。

二、外國法相關規定

關於提供適宜施作之工程用地，於比較法上可參照德國 VOB/B 條款之相關規定。針對工地之交付本身，德國民法及 VOB/B 皆無明文規範，惟多數學者皆肯定，按時交付一適於施作之土地係工程契約之業主所應負擔之契約義務⁸⁸¹。學者有進一步指出，提供一個已成熟可施作之土地，尚包含拆除土地上先前存在之老舊建築物、挖掘工程基地、完成基礎工作及施作地基等內容⁸⁸²，只要這些工作內容皆不屬於承包商依照工程契約所應負擔給付內容之範圍，業主即有先行妥為處理之義務。惟雖交付工程用地屬業主之義務，但一般而言此尚不涉及契約之主要義務⁸⁸³。

所謂「工地」，依 VOB/B 之規範，其並非僅指狹義之建築工地本身，尚包含其他對於工作履行所必須之場所，例如為準備工作所需之鄰近土地或場所、儲存施工機具或材料之空間、公務所及施工者寄宿處、清潔設備及供應設備設置之場所等⁸⁸⁴。此外，除非當事人另有約定，否則業主於交付施工用地之義務外，依照 VOB/B 第 4 條第 4 項之規定，業主亦應使承包商得無償使用或共同使用對於合於契約履行之工程施作所「必要的」於建築工地的儲藏處 (Lagerplätze)、工作場所 (Arbeitsplätze)⁸⁸⁵、現存的道路、軌道以及現有

⁸⁷⁹ 如最高法院 99 年度台上字第 222 號判決及最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決等。

⁸⁸⁰ 類似見解請參閱顏玉明，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，頁 103。

⁸⁸¹ Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1066.; Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 9.

⁸⁸² Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1066.

⁸⁸³ Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1066.此外，另有學者指出，如定作人未能及時交付工程用地予承包商處分或使其得著手提供給付，此時承包商可依德國民法第 642 條之規定享有補償請求權。Vgl. Iris Oberhauser, aaO. (Fn. 193), Rdn. 44.

⁸⁸⁴ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 5.

⁸⁸⁵ 德國學者指出，對於「建築工地的」儲藏處及工作場所，解釋上應不限於文義，只要承包商得以主張符合實際情況之理由，例如：使用建築工地以外鄰近的其他場所，對於準備或施作合於契約約定之工程具有必要性，即足以作為請求業主無償借用場所之依據。而所謂的儲藏所，乃一工地平面用以安放施工所需之機具及材料，而為承包商維持工程施作不受干擾所必要者。至於工作場所則除指承包商直接提供給付之處所外，亦包含準備(分類)提供給付所必要之場所在內。

之水與能源等管線。而這些處所、道路或管線之提供，原則上以現已存在者為限，業主並不負有另外新建以供使用之義務⁸⁸⁶。如業主違反此項契約中無償提供使用場所或管線之義務，只要其確實阻礙承包商工程之施作，則承包商即可依照 VOB/B 第 6 條第 2 項請求展延工期，同時業主亦可能須依德國民法第 280 條第 1 項之規定對於承包商負擔損害賠償責任⁸⁸⁷。相對於此，承包商應負有小心使用工地、避免損壞工作場所之保護義務，同時其亦被合理期待對於工作場所狀態之維護，給予必要之保護措施或採取必要手段以提醒業主注意⁸⁸⁸。

而與施工用地有關之規範尚包含 VOB/B 第 3 條第 2 項，即業主負有對於提供承包商使用之營建工地及其基地範圍，標示主軸及在鄰近工地之處所建立必要之高程控制點(水準點)之義務。此種課予定作人提供必要準備行為之特別規範，目的在藉由工地狀態及相關基準之確定而使工程履行更加順利，同時由於 VOB/B 第 3 條第 2 項之協力行為內容亦屬於業主提供計畫或資訊義務之一部分，而可被認定包含於 VOB/B 第 3 條第 1 項「業主應給付執行所須文件」之意義內，故亦可再次確認其為業主應承擔之職責⁸⁸⁹。申言之，業主必須透過輔助工具以標示施工用地之主軸，進而確認工地位置，包含利用豎立固定基樁、量線支架及安裝測量栓等測量科技予以確定，惟此等技術必須確保其運作符合規範且沒有誤差⁸⁹⁰。此外，工地範圍之標示對於承包商而言亦相當重要，蓋瞭解工地範圍才能使承包商於正確位置施作工程，進而避免超出範圍造成工程以外第三人之損害⁸⁹¹。為了使工程執行符合契約之約定，高程控制點之設定具有顯著之重要性，此特別在判斷工程用地上排水設施之設置是否符合規範時愈發彰顯。對於高程控制點之設置必須由業主在鄰近工地之處所建立，其設置之遠近須考量承包商得以支配使用之距離。惟倘若已有相關主管機關在附近處所設置高程控制點時，亦可以之作為工程契約中業主及承包商所得信賴之履約依據。

當業主違反此項協力義務時，承包商之施作如因而受到阻礙，其即得依據 VOB/B 中關於妨礙賠償之規定予以索賠⁸⁹²。惟倘若承

⁸⁸⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 118 u. 119.

⁸⁸⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 122.

⁸⁸⁸ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 123.

⁸⁸⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 24.

⁸⁹⁰ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 25.

⁸⁹¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 26.

⁸⁹² Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 28.該書作者未說明承包商之請求權基礎，惟本文依照 VOB/B 相關求償規定及依照該書作者對於其他協力義務違反效果之論述作推斷，此應指 VOB/B 第 6 條第 6 項之損害賠償請求權。惟倘若業主標示主軸、工地範圍及建立高程控制點等行為被當事人約定為契約義務時，本文推測此時亦應有德國民法第 280 條以下義

包商明知或可得而知業主對於標示軸線、邊界及設置高程控制點未符合規範，卻未依 VOB/B 第 3 條第 3 項第 2 句規定提醒或通知業主時，則當承包商基於履約之妨礙情況向業主請求損害賠償時，即有德國民法第 254 條「共同過失」規定之適用，承包商須承擔一定之損害分攤額。換言之，工地主軸、範圍之標示及建立高程控制點雖為業主之義務，同時也作為一項標準而產生拘束承包商履行契約之效力，惟承包商依照德國民法第 242 條之誠信原則，亦被賦予一照顧契約相對人及通知相對人免受不利益影響之保護義務⁸⁹³，蓋承包商既具有施作工程之專業與經驗，由其判斷業主義務之履行是否符合規範並非苛求，此特別在承包商具有特殊專業知識之優先地位時更可呈現課予其此項保護義務之合理性⁸⁹⁴。倘若承包商因過失違反此項契約之附隨義務時，其即有依德國民法第 280 條第 1 項承擔損害賠償責任之可能⁸⁹⁵。

三、本文看法

關於工程施工用地之取得，於一般實務及學說文獻上⁸⁹⁶討論之內容，通常包含管線遷移、拆除地上物、取得路權、排除民眾抗爭等爭議，此或許是因為多數營建工程之施作必須依附於一定之空間或場所，且此場地並不以一般對於場地狹義之認知即為已足，尚須該場地適於工程之施作始可，蓋如業主於簽約後按時將施工用地交予承包商，惟土地上卻滿佈各國營事業或行政單位先前設置的油管、電纜線路時，即可能對承包商規劃工程之施作產生阻礙。由本文前引之實務案例中可知，管線遷移及民眾抗爭實為業主能否及時交付施工用地予承包商施作之二大重要因素，特別在公共工程中，施工用地之取得常引致土地徵收補償、交通、環境、土地經濟效益改變等問題⁸⁹⁷，由此所產生民眾抗爭之情形時有所聞；且台灣各機

務違反之損害賠償規定之適用。

⁸⁹³ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 29 und 33.

⁸⁹⁴ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 33.我國行政院公共工程委員會工程採購契約範本第 9 條施工管理、第 15 項亦設有類似規定：「廠商應依契約文件標示之參考原點、路線、坡度及高程，負責辦理工程之放樣，如發現錯誤或矛盾處，應即向監造單位/工程司反應，並予澄清，以確保本工程各部分位置、高程、尺寸及路線之正確性，並對其工地作業及施工方法之適當性、可靠性及安全性負完全責任。」

⁸⁹⁵ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 41.

⁸⁹⁶ 吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 204；林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 163。

⁸⁹⁷ 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，頁 56；吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 204。另外尚可參照台中高分院 95 年度建上字第 17 號判決：「經查，根據「行政院公共工程委員會」之前身「行政院公共建設督導會報」於 82 年 6 月所編印之「公共建設工程經費估算編列手冊」中之內容可知，政府機關在編列工程經費時，首先應確立「計畫成本」，而計畫成本分為 4 項，即①規劃（可行性研究）

關對於管線之設置尚無統一之行政作業或管理機制，因此常見承包商主張工地中各式複雜之電力、通訊、石油及自來水等地上或地下之管線，妨礙其工程之開挖或興建，而衍然形成工程施作之重大障礙。因此本文亦認為路權之取得、管線之協調與遷移、民眾抗爭之排除等作業，實為影響承包商能否順利進場施作之具體因素，因此有必要於此一併作討論。

而本文認為所謂之工地，乃採與前述德國 VOB/B 範本相同之定義，應指除工程施作之現場外，尚包含其他承包商為履行工作而從事準備或儲放機具、設備等作業所必須且密切相關之場所或地點，如「混凝土拌合場」、「預力樑、版預鑄之場所」及「器材、零件儲存倉庫」等。換言之，認定工程用地之範圍時，不得僅採取狹義之文義解釋，而應綜合整體工程實際運作狀況及契約合意而採取較為廣義之認定⁸⁹⁸。

藉由觀察並分析實務相關判決後可知，工程施工用地取得之順利與否對於工期長短及工程施作成本之高低具有舉足輕重之影響力，在工程契約簽訂後，若定作人未能及時取得工程用地而遲延通知開工，或雖已取得用地，惟在承包商進場施作時卻因各種因素導致施作困難，諸此情形皆易使已積極籌備開工或進場施作之承包商，面臨施工遭受干擾之困境。例如在業主延遲取得適於施作工地之期間，雖可能因工程尚未開工而未必計入工期，惟此仍可能衍生承包商之人力、機具處於閒置或待命狀態，並且空耗工區辦公室之問題，進而支出額外機具設備之租金或增加工地管理費等成本⁸⁹⁹；即便是承包商已開工並進場施作之情形，也可能因土地上各種不適於施作之因素而不得已停工，即使承包商可獲得展延工期之補償，然承包商在停工期間內額外支出費用或遭受損失時，其能否請求補償或賠償，在實務上常為契約雙方攻防之焦點⁹⁰⁰。是本文以下乃主要針對用地取得之權利義務分配予以簡要分析，進而探討實務上當事人於訴訟上各種主張之合理性。

階段作業費用。②建設成本（工程經費）：係指自設計階段作業、用地取得及拆遷、工程建造及支付施工期間利息，所需之一切開銷。又可分為下述 4 項。即(1)設計階段作業費用。(2)用地取得及拆遷補償費。(3)工程建造費。...」。申言之，工程用地之取得往往影響工程成本之多寡，土地使用之成本，其中包含取得土地之價款(如徵收補償金或買賣價金等)，通常占工程總費用成本一定之比重，此在地狹人稠，土地寸土寸金且環保意識高漲之台灣，土地取得之成本亦有日漸提高之趨勢，因此常衍生土地上原先居住或使用之民眾因補償數額無法達成合意、環保團體因對於環境生態維護有所疑慮等而發動抗爭之問題，此再再可能使承包商無法順利進駐工程施作之場所，而進一步衝擊工程能否順利開工及即時完工。

⁸⁹⁸ 王伯儉，到底哪裡是工地？工程契約法律實務，元照，2008 年 10 月二版，頁 47-48。

⁸⁹⁹ 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，頁 58。

⁹⁰⁰ 李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 92。

(一) 業主負有取得施工用地之義務

對於施工用地取得之問題，觀察本文所列舉之各工程契約範本，其皆明文約定業主應負責提供施工用地。而分析實務判決內容，本文認為雖個別判決對於業主是否應負有提供施工用地之「契約義務」仍有爭議，惟多數判決皆肯認對於工程之施作，交付施工用地予承包商乃業主應履行之必要協力行為，故即使個別判決採嚴格之契約解釋而否認業主應負有提供土地之真正義務，惟似仍認為業主較承包商有能力去取得施工用地，此由個案中法官除依民法第 507 條之規定予以解釋適用外，多會進一步討論業主對於未能取得施工用地致延宕工程進度之情形是否係可歸責，而認定應否准許承包商依契約之約定請求補償費用或肯認承包商終止契約之主張，即可瞧見端倪。因此本文初步推測，我國法院實務將施工用地之取得傾向認定為業主應負責之事項，只是該業主負擔之責任是否應提升至契約之真正義務，見解有所分歧而已⁹⁰¹。

對於業主是否負有交付施工用地之契約義務，論者⁹⁰²有採否定見解，其認為除非契約雙方當事人已有明文約定，否則交付施工用地性質上僅為業主之協力義務，如業主違反義務，並不構成債務不履行，倘承包商尚未進場施作而提出給付，亦不成立受領遲延。對此，本文則採肯定看法，認為定作人負有提供施工用地之真正義務。理由主要有以下三點：

1. 鑑於工程契約締結之目的乃在完成一定工程之施作，承包商於完工後可取得約定報酬，賺取利潤；業主亦可獲得並使用符合契約約定品質及效用之工作物，惟此等履約利益皆建立在工程得以施作之前提上。換言之，如為營建土木工程，倘業主不交付施工用地，或交付不適用於施作之土地而動輒阻礙承包商提出給付，則如何能期待承包商得於約定工期內順利履約而完成符合契約約定之工作？因此欠缺工程施作之場所對於工程契約締結目的之達成實殊難想象。
2. 雖實務及學說上多肯認業主有提供施工用地之協力義務，如其違反義務則有民法第 507 條規定之適用。惟本文認為，觀諸民法第 507 條之法律效果，實難期待承包商之權益可獲得完整保障。蓋依現行第 507 條之規定，承包商不僅無法以訴請求業主履行協力行為，且其欲請求賠償因業主怠於協力所生之損害，更必須先行解除承攬契約，惟此是否合乎當事人履約之目的及利益，實有

⁹⁰¹ 類似看法可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 207。

⁹⁰² 李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 91。

疑義。雖有判決謂業主怠於協力之效果等同於業主行使民法第 511 條之任意終止權，因此承包商未能享有強制業主履行協力之利益⁹⁰³，惟本文認為此種說法仍有待斟酌，蓋民法第 511 條之立法目的乃在使業主可考量實際需求而作為調整契約效力之手段，而在大型工程契約，特別是公共工程契約之訂定，通常涉及機關間預算之編列與執行，更關係到公共利益之達成與維護，在一般正常情形下，實難認為業主會故意怠於提供必要之協力而達成實質上行使任意終止權效果之目的；且自反面推論，該等見解亦肯認業主怠於提供必要協力之結果形同業主已行使任意終止權，致契約之進展窒礙難行，則在承包商依民法第 507 條所得請求賠償之範圍尚有爭議且民法第 240 條規定之補償範圍有限⁹⁰⁴之情形下，如未能提供承包商足夠之保障，實不應斷然認定業主對於提供工程進行所必要之施工用地，僅負有不真正義務此等較為微弱的義務⁹⁰⁵。是以本文認為，對於業主提供施工用地之義務應有將之提升為真正義務，並進一步判斷業主怠於履行義務是否具有可歸責性之必要，如此乃可賦予承包商得以訴請求定作人履行協力義務之權利，或使承包商可請求業主依債務不履行之規定，填補其因業主遲延配合契約義務所產生之損害⁹⁰⁶。

3. 國際間對於私法契約之履行逐漸發展出以誠信及公平交易原則為核心，對於當事人契約之履行賦予一定合作義務(duty of co-operate)之趨勢，即契約當事人履行契約須遵循誠信原則之價值理念，於契約中負有合作義務之當事人應盡力使契約內容完全實現，且不得任意排除或限制自己所負擔之合作義務⁹⁰⁷。而我國

⁹⁰³ 詳請參照前引臺灣高等法院 99 年度上更(五)字第 3 號判決。

⁹⁰⁴ 詳見本文第四章「定作人違反協力義務之法律效果」之說明。

⁹⁰⁵ 申言之，自民法第 511 條業主之任意終止權，必須在保障承包商原有履約權益之前提下方可行使之觀點推論，可知業主欲行使任意終止權尚須保障承包商原有之履約利益始可，則在業主不負有履行協力之真正義務，且違反義務之法律效果亦未能充足保護承包商利益之情形下，即可明顯發現業主怠於提供協力不僅係其躲避民法第 511 條賠償責任之管道，亦可見傳統對於定作人協力義務定性之看法，可能衍生不足以保障承包商履約權益之缺失。

⁹⁰⁶ 參照外國立法例，雖德國學者皆認為德國民法第 642 條所揭示定作人應為協力之規定僅為受領遲延之特別規範，惟其賦予承包商於定作人怠於提供協力時所得請求之補償及終止契約之法律效果(第 642 條第 2 項、第 643 條、第 645 條)，皆較我國之規定完備。雖對於在大型工程契約中是否應肯認定作人負有協力之真正義務，在其學說及實務上尚有爭議，惟該國學者似不認為由於定作人享有民法第 649 條之終止權，因此即無討論是否應賦予協力行為具真正義務性質而可訴請履行之必要，蓋定作人是否行使第 649 條之終止權，乃係其於契約履行過程中得自行評估工程繼續施作之利益、另行發包及賠償承包商損害等成本而作成決定者。換言之，定作人協力義務是否為真正義務，應視當事人是否有明文約定或可自契約中透過契約解釋而導出，至於定作人依第 649 條雖享有任意終止權，惟此並不必然即排除定作人負有真正契約義務之必要性及其討論實益。

⁹⁰⁷ 詳細說明請參閱顏玉明，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，頁 64-68。

公共工程委員會所頒行之工程採購契約範本，於 2009 年 4 月 21 日修訂施工管理等相關規定時，即於修正理由中表示其係參考 FIDIC 2.1「進入現場的權力」而作成修正⁹⁰⁸，由相關契約條款之內容皆明文表示業主應於開工前提供施工用地，並進一步規範業主遲延提供工地時，承包商可申請展延工期及請求補償費用，可知我國工程實務亦已逐漸採納國際工程慣例⁹⁰⁹而朝向合理安排契約當事人間權利義務之方向邁進。

綜合上述對於契約目的之達成及當事人利益之維護等觀點，本文認為如當事人已於契約中明文約定業主應負責提供施工用地，則業主即因該約定而負有契約之從給付義務；至於如當事人未有明確約定時，由於業主不履行交付工地之職責將可能導致承包商履約產生遲延，因此亦可藉由契約中非可歸責於承包商致工程遲延，承包商可請求展延工期或終止契約之條款，透過契約之解釋而反面推導出，如因可歸責於業主之事由致承包商履約遲延，即應由業主承擔此種成本或費用增加之不利益，且本於當事人間履約之誠信、工程慣例及契約目的之追求，考量工程管理及工作項目排定之前後邏輯，應認為業主對於工地之交付事宜，如不負有從給付義務，至少亦應承擔契約之附隨義務，蓋此義務之履行不僅有助於給付目的(即工程施作)之實現，亦可保護承包商固有之財產利益⁹¹⁰。換言之，如業主怠於提供施工用地，即構成債務不履行之損害賠償責任。如此之認定，對於工程契約中雙方權利義務之分配應較為合理，雖可能因提升業主義務之層級而造成業主履約成本增加，惟依目前學說及實務之多數見解，業主本來即負有取得施工用地之協力義務，則將此種義務提升為真正義務，更可督促業主確實履行此種對於工程施作為重要前提之職責，亦可有效減少後續因用地取得與否衍生之爭議，故實具有必要性。

觀諸我國實務判決，亦有表示「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及附隨義務，

⁹⁰⁸ 工程採購契約範本修正對照表(2009年4月21日版)，頁19-20。參考網址為：行政院公共工程委員會官方網站 <http://www.pcc.gov.tw/pccap2/TMPLfronted/ChtIndex.do?site=002>

⁹⁰⁹ 政府採購法第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」。

⁹¹⁰ 前述實務見解對於契約解釋採取嚴格之審核標準，或許是擔心業主之契約義務過於浮濫，惟本文在此則傾向認為在用地取得之事項上，有必要放寬契約解釋，蓋如工程無法取得施工用地或施工用地不足以供應無障礙之施作環境，實將導致後續工程之延宕及當事人間各式之索賠爭議。況且實務見解依本文前述分析，亦多肯認業主對於用地取得應給予必要之協力，因此將此義務之強度提升，亦不至於違反法院對於權利義務之認定，僅係使業主更謹慎處理自身應盡之義務而配合契約他方當事人，共同促成契約目的之實現，此亦不違反誠信原則之意涵。換言之，或許將契約解釋放寬反倒更能彰顯誠信原則之保護功能並維護契約雙方當事人利益狀態之意旨。

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。」之見解⁹¹¹者，由相關判決內容之論述，實可進一步肯認提供適於施作之工地於工程契約履約過程所扮演之關鍵地位，同時用地取得亦應為業主較有能力處理且應該於規劃設計階段即納入全盤評估者⁹¹²。是以本文認為，業主應配合承攬人之工序，於開工前使承包商得以及時且順利地進入工程用地，並且得占有使用工程用地以準備履行契約內容⁹¹³；而於開工後承包商施作工程時，業主亦應負有協助處理或排除施作過程中於工程用地所產生各種阻礙之義務。

(二)業主未取得施工用地是否可歸責？

就本文所觀察之法院實務見解，倘承包商主張用地取得遲延係業主違反契約義務或承包商主張依照契約約定可請求費用補償時，法院常須就業主未及時提供施工用地予承包商進場施作，是

⁹¹¹ 詳請參照最高法院 95 年度台上字第 930 號判決；另有自承包商施作工程時編列工程管理費之流程與依據，進一步分析如用地取得遲延係可歸責於業主時，即應填補承包商為施作工程所額外支出之費用，請參照台中高分院 95 年度建上字第 17 號判決：「實務上承包商之工程管理費有以一定比例之方式包含在各個工料項目之單價中以及依所有工料項目價格總和再乘以一定百分比單獨列(本件系爭工程採之)項兩種方式載明於工程契約之價目表中。然究意「管理費」之內容為何？其究意涵蓋哪些成本及費用，由 82 年 10 月 1 日行政院台(82)忠援字第 10531 號函訂定之「中央政府各機關工程管理費支用要點」之規定可知(列有 10 個項目)。及行政院頒布之「各機關委託技術顧問機關承辦技術服務處理要點」中第 9 項第 2 款亦知(包括之項目亦繁多)。依此承包商之「工程管理費」存有①雖非屬工程之直接工、料費，然仍為成本之一部分。②係為完成工程目的物所必要支出之費用。③係以編列一定金額之方式來涵蓋工程所接之直接工、料費以外之一切雜項費用，故具有「一式計價」之精神。④為工程款之一部分，應屬承攬報酬之性質。綜上，承包商之工程成本，除與工程項目及其數量有直接關聯外，亦與「工期」之長短息息相關，而其中管理費之支用更與工期之長短有絕對之關係。亦即工程項目或數量雖未變更，但工程期限卻因故延長許久時，則「工程管理費」所應支用之項目等等，必須隨著工程延誤而增加。因此，如果因可歸責於業主之事由致工期延長時，承包商為提出給付，完成工程所支付之必要費用，自應由業主針對承包商之管理費部分予以比例適當調整作為報酬(民法第 491 條第 1、2 項參照)。是故，以契約約定之管理費除以契約原訂工期之總日數後得出每日之管理費，再以每日之管理費乘以因可歸責於業主之故所延長之工期總日數作為計算應給付給承包商之管理費，應屬合理。」

⁹¹² 以管線遷移為例，如管線未遷移將造成承包商實際上無法於工程用地施工，性質上類似於工程用地未提供；惟工程用地上管線遷移之作業可能牽涉不少機關職掌範圍，為能有效處理管線遷移作業，實有必要藉由一具有公權力之單位居中協調，不論係由工程主辦單位統一委由特定機構辦理，或是由工程主辦單位協調各管線單位完成遷移之發包作業或施工準備，均為可行且較有效率之處理方式。若工程主辦單位怠於採可行之安排措施時，即要求承包商貿然進場施作工程，可想而知承包商履約受到阻礙之可能性即大幅增加，更遑論工程實務上工程主辦機關常藉由契約約定而將遷移管線責任轉由承包商承擔，此種不符風險承擔原則及經濟效率之約定，將可能衍生後續無窮之工程履約爭議。換言之，如不合理分配當事人間之權利義務，最終將須支出更大時間及金錢成本以彌補損害，相關工程實務之運作實有本末倒置之弊病存在。

⁹¹³ 學者有進一步說明「進入」之概念，此係指承攬人得以運輸工程施作所需之各式機具、設備、人力等到達該工程用地，且為能有效進入工程用地，應使承攬人得以適當之運輸方式及對承攬人為合適之時為之。詳請參閱顏玉明，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，頁 57-58。將此段說明對照本文前述 VOB/B 第 4 條第 4 項業主負有無償提供場地及道路管線予承包商使用之規定，似有異曲同工之妙。

否具有可歸責性作出判斷。對此，本文認為，業主對於用地取得遲延是否具有可歸責性之判斷，應可自「業主是否在未能確保取得工程用地時，即貿然發包工程」之角度為出發點。申言之，依一般營建工程進行之脈絡可知，業主須負責工程前期之可行性評估及規劃設計作業，待規劃、設計完成後始將施工相關文件及規範圖說交由承包商進行施作。相對於承包商只能被動接受工地之地位，業主在決定是否進行特定工程及規劃工程之階段，即有能力將可否及時取得工程預備進行之場所列入評估，乃至於如其作好完善之準備工作或協調相關單位，亦較能判斷該施工用地是否適於施作，或可否在一定時程內排除障礙因素。換言之，業主對於施工用地取得風險之管控乃處於優勢風險承擔者之地位，因此，原則上應認為業主應於評估可能風險且確保用地取得後方能進行工程之發包作業，以免承包商於簽約後陷於無工地可供履約之困境⁹¹⁴。

由此推論可知，特別於公共工程中，一旦業主未能合理掌控風險即礙於預算編列或執行等因素而發包工程時，其對於事後未能取得工程用地供承包商適時進入，因而導致工程延宕之情形即具有可歸責事由。因此本文認為，除非業主已於招標文件中明揭用地取得遲延之狀態及可能延續之事實，並於投標前之相關說明會或於合理期間內明確告知承包商相關遲延之情形，使承包商得於事前自行評估風險及利益而決定是否參與投標，否則實不應轉嫁業主原應承擔之風險至未獲得充分資訊而參與工程之承包商身上。是以如最高法院 95 年度台上字第 2309 號判決所示之事實，由業主所附於招標文件中之說明，已可知該工程用地具有相當複雜之管線遷移作業問題，且此管線遷移雖幾經業主協調各有關單位與承包商配合辦理，仍未能有效解決，則應認為此項工程實不宜在解決管線遷移作業前即行發包，若然機關有發包進行該工程之壓力存在，則其在事前評估時即應將管線遷移之風險列入考量，反映在工程預算編列上，而不是藉由招標文件之說明及於契約中使用棄權條款，即可將因管線難以遷移致承攬人遲延施工可能支出額外費用之風險，全部要求承攬人自行承擔⁹¹⁵。

⁹¹⁴ 論者亦有指出，由於工程之可行性評估、土地之取得及設計發包等作業多涉及工程之成敗，因此業主於規劃設計階段乃扮演相當重要之角色，如能事先妥適規劃各工程界面之施作時程及儘早發放土地取得所需之拆遷補償費用等，則後續施工階段將能避免耗費工程延宕之成本。詳請參閱賴榮吉、謝宇珩，捷運工程因工期展延衍生公平調整合約金額探討，捷運技術半年刊第 27 期，2002 年 8 月，頁 236。

⁹¹⁵ 類似見解可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 209。該文中並指出，對於用地取得之風險，或可藉由開工後立即停工，並且命承攬人無須待工之實際作法，合理地避免延期費

至於業主取得施工用地並使承包商進場施作後，倘若事後發生如民眾抗爭等情事致工程進展受到阻礙時，原則上應視該等障礙事由發生之原因為何，如係肇因於承包商施工不當或造成鄰損事件，則應由承包商自行承擔相關損失。惟倘該等民眾抗爭之障礙事由係基於徵收補償費未妥為協調、業主設計不當或未善盡環境影響評估作業等情形而發生時，應認為此屬於業主之行為所致，因此該等障礙因素之發生可認為係業主未善盡提供適於施作工地之義務，其不僅負有責任排除障礙，且對於承包商因此所受之損失亦應加以賠償。又若契約之雙方對於民眾抗爭之情形皆不具可歸責事由時，由於此種通常事變並非工程施作本身之風險，而應屬於業主應設法提供適宜施作環境之領域風險，因此原則上仍應責由業主承擔此種妨礙情況所衍生之不利益，較為妥適⁹¹⁶⁹¹⁷

(三) 承包商是否可預見施工用地取得遲延之情形?

另外，在用地取得遲延之案例中，當事人對於施工用地上所發生之障礙因素是否為承包商於投標前即可預見並予以評估者，亦多有爭執，此特別關係到情事變更原則中，「當事人於行為時未能預見」要件之解釋與適用，亦為業主經常抗辯之內容，而為法院實務所接受者⁹¹⁸。惟本文認為承包商即使於締約前，根據業主於招標文件之說明或依照其先前施作工程之經驗，有可能預知用地取得遲延之情形存在，但此並不代表承包商對於用地取得障礙

用之發生，以保障雙方當事人之利益。此看法實具參考價值，惟實際工程運作下，一般承包商多會擔心若解散動員或未留守工區，屆時收受復工通知時可能不及動員而遭受罰款或影響施工工期，因此本文認為，如特定工程用地之取得尚須一段不短之時日方可確保時，實仍不宜由機關逕行發包施作為妥。

⁹¹⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §6 VOB/B, Rdn. 18.; J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 37. 類似見解可參照最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決之意旨：「雖第二分項工程施工用地為海域，其遲延通知開工乃經濟部未及時解決該區域漁業權補償爭議之第三人因素所造成，然既不可歸責於大棟公司，該不能如期開工之危險，仍應由規劃核四工程之定作人即台電公司負擔，始為合理。」；此外，亦有論者採類似看法，可參閱李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 140；劉至芳，工程契約價金調整方式之研究，國立台灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，2009 年 6 月，頁 59-60。

⁹¹⁷ 就此如對照本文第四章針對德國民法第 645 條第 1 項規定之介紹，德國學者認為當定作人自始即未提供施工用地讓承攬人施作之情形，可將之解釋為定作人提供有瑕疵之材料；Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 11. 則當定作人雖交付施工用地，惟因民眾抗爭或管線未遷移等因素而未能提供承攬人一適於施作之狀態，致承攬人無從施作時，即使定作人對該等因素不具有可歸責性，惟由於相較於承攬人，定作人較有能力管領或分散該風險，因此應認為此類情形之風險狀態於評價上應等同於第 645 條第 1 項之規定，是以本文推論，此時或可將此種情形亦解釋為係定作人提供有瑕疵之材料，而直接或類推適用第 645 條第 1 項之規定。而當定作人係可歸責導致工作物無從施作時，依德國民法第 645 條第 2 項之規定，亦不排除債務不履行或報酬危險移轉等規定之適用。此概念實值作為解釋適用我國民法第 509 條及第 267 條等規定時之參考。

⁹¹⁸ 可參照最高法院 98 年度台上字第 278 號判決、最高法院 97 年度台上字第 360 號判決及臺灣高等法院 96 年度建上字第 103 號判決等。

之排除沒有合理期待。因此，對於承包商是否已可預見並評估用地取得遲延之風險，實應參酌業主之說明、當事人間彼此交涉之過程、承包商所具備之專業知識及經驗，並考量工程性質與原定工期等因素綜合判斷工期延宕之日數是否確為承包商可預見者，換言之，隨著個案涉及情況之不同，對於工期延展之可預見範圍即連帶受影響，實不應將承包商所得預見之範圍無限上綱，而完全排除個案中透過情事變更原則以調整契約關係之可能性⁹¹⁹。

第三項 提供必要之執照、許可

壹、工程契約範本

一、行政院公共工程委員會工程採購契約範本

第 9 條、施工管理

「(十四)採購標的之進出口、供應、興建或使用涉及政府規定之許可證、執照或其他許可文件者，依文件核發對象，由機關或廠商分別負責取得。但屬應由機關取得者，機關得通知廠商代為取得，費用詳第 4 條。屬外國政府或其授權機構核發之文件者，由廠商負責取得，並由機關提供必要之協助。如因未能取得上開文件，致造成

⁹¹⁹ 類似說明可參照謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁450。我國法院實務不乏肯定此種業主未能提供適於施作用地之情形得適用情事變更原則之見解者，可參照高雄地院95年度建字第77號判決：「...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，或屬既有水電管線接觸障礙及遷移，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(按:本件之業主)在事先預為規劃後再交由原告(按:本件之承包商)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，被告陳稱此等事由應由原告自行負責，本院尚難為其有利之認定。2.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。」；類似見解尚可參照最高法院100年度台上字第1344號判決、最高法院95年度台上字第2383號判決、臺灣高等法院92年度重上字第619號判決及臺灣高等法院95年度建上字第118號判決等。惟應注意者係，即使在個案中可認定業主因可歸責違反契約上之協力義務，而成立債務不履行責任，惟承本文前述分析，此並不影響雙方當事人得另行主張情事變更原則以調整契約關係之可能性，意即本文認為情事變更原則之適用並不以不可歸責於雙方當事人為要件，只要個案中因情事變更而產生當事人於締約時所不可預料之風險，致維持雙方原先之對價關係有不合乎公平正義之情形時，即應肯認有情事變更原則之適用。換言之，若個案中存在其他法定或意見之風險分配規範足以合理調整當事人間之法律關係時，自應優先適用，此時情事變更原則僅具補充性地位，然此不必然可導出因契約之一方具可歸責事由即可完全排除情事變更原則適用之結論。

契約當事人一方之損害，應由造成損害原因之他方負責賠償。」

二、內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

第 29 條、權利及責任

「(一)採購標的之進出口、供應、興建或使用涉及政府規定之許可證、執照或其他許可文件者，依文件核發對象，由甲方或乙方分別負責取得。但屬甲方取得者，甲方得於契約規定由乙方代為取得，並由甲方負擔必要之費用。」

三、交通部台灣區國道新建工程局一般條款

(一)M.2 施工設備之進口

「承包商施工設備之進口應取得中華民國政府之許可，並於撤離時，取得將該項施工設備再出口之政府許可，必要時主辦機關得出函證明及協助之。」

(二)M.3 通關許可

「主辦機關得於必要時協助承包商取得施工設備、材料及本工程所需其他物品之通關許可，其所需之一切費用均由承包商負擔。」

貳、實務判決

一、肯認業主負有協助申請建照之附隨義務

最高法院 98 年度台上字第 78 號判決：「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。所謂附隨義務，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，債權人得依民法第二百二十七條不完全給付之規定行使其權利。又解釋契約應通觀全文，參酌一切資料於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人之真意，不得拘泥字面，致失立約之真意。依系爭契約第六條第三項約定：「乙方（指上訴人）增加前項設施，應依建築管理相關法令申請建築執照」，可知被上訴人所交付之系爭土地，必係能申請建築執照以興建建物之土地，始能符合系爭契約委託上訴人經營之目的，被上訴人依誠信原則或契約的補充解釋（契約漏洞之填補）自負有協助上訴人申請取得該建造執照之義務，以履行實現系爭契約訂約之經濟目的。本件台中縣太平市公所因被上訴人將系爭土地無償撥與訴外人台中縣消防局使用，而不予出具「不開發證明」，致上訴人嗣以系爭土地向台中縣政府申請臨時建築執照，遭該局以未檢附五年內「不開發證明」為由退件，乃原審所認定之事

實，並為被上訴人所不爭執。則被上訴人因其未盡協力使上訴人取得建造執照之義務，以實現訂立系爭契約之目的，能否謂被上訴人未違反系爭契約附隨之義務，上訴人是否不得依民法第二百二十七條不完全給付之規定主張權利，即非無再事研酌之餘地。」⁹²⁰

二、協助申請建照僅為定作人之不真正義務

台中高分院 100 年度建上字第 23 號判決：「惟查被上訴人依系爭契約所負之給付義務為給付承攬報酬，至被上訴人應於開標前向水利主管機關申請許可，則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契約開標前向第三河川局申請使用許可，致發現埋有油管後須變更設計減作，依系爭契約，亦僅生上訴人得否依民法第 507 條解除契約及請求因解除契約而生之損害問題而已（最高法院 99 年度台上字第 1096 號判決參照），尚不構成被上訴人不完全給付之債務不履行，故上訴人依民法第 227 條之規定請求被上訴人賠償其損害，已無所據。」

⁹²¹

參、評析

一、實務現況分析

於營建工程中，關於各類建築物進行新建、增建、改建及修建時，依建築法第 25 條及第 28 條之規定，皆應請領建造執照，同時參照建築法第 12 條對於起造人之定義，可知申請建造該建築物之

⁹²⁰ 本件數次發回更審，業經當事人多次上訴，最高法院分別作成 98 年度台上字第 1081 號判決及 100 年度台上字第 2 號判決，皆採與最高法院 98 年度台上字第 78 號判決相同之意旨，肯定本案中業主機關負有協助申請建照之附隨義務。此外明文肯認業主負有申請建築執照之真正義務者，尚可參照台東地院 92 年度簡上字第 20 號判決。

⁹²¹ 類似見解尚可參照最高法院 97 年度台上字第 360 號判決及台灣高等法院 94 年度重上字第 144 號判決（此判決為最高法院 96 年度台上字第 2167 號之前審判決，其事實為承包商施作之工程，受台北縣農業局以行政處分勒令停工，該判決認為業主台電公司對於該停工之行政處分，應設法協調有關機關、進行溝通或謀求救濟途徑，從而其肯認承包商得依民法第 240 條之規定請求補償停工之損失）。另外，最高法院 99 年度台上字第 1096 號判決揭示：「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，故上訴人依民法第二百三十一條第一項、第二百二十七條之規定請求被上訴人賠償工程管理費二百七十三萬一千五百六十元及物價指數調整工程款補償一百零五萬零五百三十九元等語，亦屬無據。」，雖此件之事實內容非關於建築執照之申請，惟仍涉及工程施作所須遵循之公法程序，故本文一併列於此處作參考。

定作人，通常即為申請建築執照之起造人。對照我國現行工程採購契約範本之相關規定，多數皆約定各項許可及執照之申請應由該文件核發之對象負責取得，如此即可推知目前工程實務之運作，欲藉由工程施作而取得特定建築物之定作人，原則上即為建築物之起造人，而須負責取得施工所必備之執照或許可。惟此項申請建造執照之義務，業主可藉由約定移轉由承包商負責處理，惟其必須支付相關費用。相較於內政部營建署契約範本之規範，公共工程委員會所頒布之契約範本，對於文件取得之規定除表明業主應予承包商必要之協助外，更進一步表示，如一方未能取得工程所須文件致他方受損害時，即應負擔損害賠償責任。此項規定較足以確保工程之施作係於合乎法令之規範下進行，同時亦能保障當事人順利履約之利益，實值肯定。

至於國工局一般規範所規範之對象並不涉及建築物之興建或改建等，因此其僅對承包商於施作工程時所須具備之各式許可或證明，規定業主應予必要之協助，而綜合觀察該範本中第F章「法令及保險」等規定，其要求承包商應充分瞭解、熟悉並遵守有關工程或工作從業人員、工程材料、工程施作之一切法令及規章，由此應可推論，承包商施作工程應依循法令規定，雖然該一般規範並未進一步規定業主應負有何等作為義務，惟解釋上業主在工程進行中，於必要時似應協助承包商辦理有關法律規定之事項，以儘量使工程之施作符合法令要求。

關於我國法院實務對於業主是否應協助提供建照或相關公法上許可文件，多數見解皆持肯定態度，惟理由之構成並不相同。較為傳統之看法仍認定業主僅負有給付報酬之真正義務，至於協助申請或提供建造執照等行為，原則上僅係業主依民法第507條所應提供之必要協力，如業主怠於履行，承包商僅能依該條之規定解除契約並請求損害賠償。惟值得注意者係，最高法院已有提出協助申請建築執照為定作人真正義務之看法，其論理乃著眼於當事人履約應遵循誠信原則之意旨，而肯定藉由誠信原則或契約漏洞之補充解釋可推導出定作人負有提供必要協力行為之附隨義務，以協助給付利益之實現，並保障承攬人固有之財產利益，是故對於工程進行所必須獲得之建造執照等許可，定作人應盡力取得，否則即有成立債務不履行賠償責任之可能。而本文發現，提及此概念之三個最高法院判決皆出於最高法院同一庭之審理，此是否意味著「定作人協力行為可透過誠信原則或契約漏洞補充解釋等方式成為定作人之真正義務」已成為該庭之固定見解，或是僅係因個案中如不作此解釋將對承包商顯失公平，而不得不尋求進一步說理以創設義務來源，實值繼續觀察。

二、外國法相關規定

依照 VOB/B 第 4 條第 1 項第 2 款之規定，原則上除非當事人於契約中另有約定，否則於工程契約中，業主應負有義務提供對於該工程所必須之公法上之同意或許可⁹²²。所謂許可或同意，可由街道交通法、水利法及工商業管理法等明確得知相關規定，然依照法令應取得之許可或同意並不以此為限。在營建計畫中，公法上之許可或同意，通常係指依照該州當時有效施行之建築計畫法及建築規範等所必須具備之一般建築許可證而言⁹²³。而此種取得同意及許可之義務，業主亦可藉由授予代理權之方式交由建築師負責取得。另外，若承包商對於業主應申請之許可或同意具有特別之認識時，此時對於該同意或許可的需求，承包商乃有職責向業主提供建議或提示。

當業主未能及時提供關於工程施作所必要之許可或執照時，當事人間工程契約之效力雖不受影響，然由於欠缺此等許可或執照將導致該工程之進行可能被主管機關以違法為由而禁止，也因此承包商欲履行該有效締結之工程契約將變得更加困難，是以，倘若業主違反申請及提出之義務而對於承包商開工或繼續施作產生妨礙時，承包商透過通知該妨礙情形或在該妨礙情形顯然為業主已知之情形下，即可依照 VOB/B 第 6 條第 2 項規定請求展延工期以及依照第 6 條第 6 項請求損害賠償⁹²⁴。此外，由於申請公法上必要之許可或執照，係屬於業主領域所應處理之事宜，故如業主未能於工程施作過程及時取得相關許可或執照，承攬人應可依照 VOB/B 第 9 條之規定終止該工程契約，並請求結算迄今已提出之給付，或另依照德國民法第 642 條之規定，請求合理適當之補償⁹²⁵。

應與 VOB/B 第 4 條第 1 項第 2 款規定作區別的是來自私法領域之同意或許可，此係指基於業主負有義務提供合法且適於施作之土地使承包商可順利提出給付，因此，在必要之情形下，業主亦應提出私法上的同意或許可(例如鄰居的同意等)以利工程之進行⁹²⁶。

三、本文看法

關於工程施作所必需取得之執照或許可，究應由何方當事人負責提出，於實務上素有爭議。雖我國工程契約範本多揭示應由該等文件核發之對象負責取得，惟實務運作上仍不乏當事人藉由約定而

⁹²² Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 10.

⁹²³ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 10.

⁹²⁴ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 12.該學者進一步指出，倘若相關協力義務之約定夠具體時，承包商理論上亦可藉由起訴，請求業主履行該協力義務。

⁹²⁵ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 13.

⁹²⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 11.

移轉義務之情形⁹²⁷。就此，由於營建工程所要求具備之執照或許可，多涉及公法上行政管理之規定，因此如當事人未遵守規定取得必要之文件，將使該工程之進行產生違法疑慮，故實有必要討論應課予何方當事人負有取得或提供該等公法上許可之義務。

本文對此初步認為，由業主承擔此項取得或提供之義務較為妥適。以建築執照之申請為例，依照建築法第 12 條及台北市建築管理自治條例第 8 條⁹²⁸之規定可知，申請建造執照之起造人「應具備申請書，並依下列規定檢附文件：一、建造執照：(一)土地所有權狀影本。但申請人非土地所有權人者，應檢附土地使用權利證明書。(二)建築線指示(定)圖。(三)圖樣：面積計算表、位置圖、現況圖、配置圖、平面圖、立面圖、剖立面圖、總剖面圖、結構平面圖、結構計算書、必要設備圖說、騎樓設計高程與鄰房騎樓及道路現況高程示意圖，及其他市政府規定之圖說。(四)變更設計時，原申請建造執照檢附之各項證件圖說如未變更者，得免重新檢附。(五)其他有關文件：建築師委託書、共同壁協定書等。」。就一般公共工程契約之建築起造人多為機關之情形而言，由機關提供該工程建築基地及規範圖說等文件申請建築執照，實不至於過度苛求，蓋於一般營建工程中，業主本負有交付適於施作工地及正確規範圖說之協力義務，因此由其負責向有關主管機關申請建築執照，不僅可發揮其在行政領域之協調功能，對於取得工程進行所必要之條件，亦屬較有效率之方法。

此外，依建築法第 25 條之規定，建築物非經申請直轄市、縣(市)(局)主管建築機關之審查許可並發給執照，不得擅自建造，故為防止違章建築之產生，個案中當事人於未申請並取得主管建築機關核發該工程之建築執照前，自不得擅自建造。若承包商違反建築法第 25 條之規定而擅自進行工程，則依同法第 86 條規定，除將被處以一定數額之罰鍰外，更可能被勒令停工補辦手續；必要時有關主管機關尚得強制拆除建築物；而該等因工程違法施作所受到之行政懲處，亦可能導致承包商之營業登記遭到廢止或撤銷。由此可知，如工程契約當事人貪圖一時之便利或為追求工程進度，而在未取得建造執照下即貿然施工，將可能使違法施作之承包商遭受重大之不利益，且該施作之建築不僅為違章建築，更有被拆除之可能，而使雙方當事人皆蒙受損失。

⁹²⁷ 如最高法院 98 年度台上字第 78 號判決之案例事實。

⁹²⁸ 參考網址為：法源法律網

<http://db.lawbank.com.tw.ezproxy2.lib.nccu.edu.tw/FLAW/FLAWDAT01.aspx?lsid=FL004106>

由上述法令規定即可推論，取得工程進行所必要之執照或許可，對於締結工程契約所欲追求之經濟目的，實具舉足輕重之影響力。蓋當事人之所以締結契約，即是一方期待透過履行契約而獲得報酬，另一方則享有完成工作物之利益，倘若承包商於工程中所施作者為一隨時可能面臨拆除之違法建築物，此對於業主究有何履約利益可言，不無疑問。同時在公共工程契約中，身為業主之政府機關，本有依法行政之義務，基於維護公共安全、公共衛生及增進城市觀瞻等目的，其自應徹底杜絕新違章建築之發生，豈能帶頭違法而藉由工程之施作損及公共利益？

再者，依前引法令之規定可知，起造人負有提供工程施作相關文件以申請執照或許可之義務，且通常身為起造人之業主，對於該等申請所需文件之掌握或取得能力一般而言遠較承包商為優勢，因此由定作工程之起造人負責請領該執照或許可，不僅能提升效率而加強確保工程施作之合法性及適於施作性，亦符合風險由較有能力者承擔之原則，是以責由業主申請並取得執照或許可並非不可期待。雖我國法院實務普遍肯認業主負有申請並提供許可或執照之協力義務，惟基於履約應踐行誠信原則之理念，由於取得建照或許可對於契約目的之達成實屬不可或缺，故為能促使工程順利履行並確保工程之施作得合乎法令規定，本文進一步認為，此時應有強制定作人履行該等協力義務之必要性，是以對於定作人取得許可或執照之義務，如當事人已於契約中有所約定，應可認定其性質上屬於對於契約目的達成具有重要性之從給付義務；而即使當事人未於契約中明文約定業主負有此等協力義務，或當事人透過契約約定轉而要求承包商應負責取得執照或許可，依照契約之補充解釋原則，仍應認為較能掌握各項文件、資訊且在公共工程中，具有行政協調力之業主，應負有協助承包商蒐集相關申請文件並提出申請之附隨義務為妥，如此亦能彰顯國際契約法上依誠信原則所推導出當事人對於契約履行應負有合作義務之概念。由我國法院實務已逐漸有判決採納此種見解觀之⁹²⁹，應可認其已意識到當事人於契約中之協力合作對於工程履行之重要性，此實值贊同。

於肯認業主負有義務申請工程施作所需許可或執照之前提下，則一旦業主可歸責而遲延提供該許可或執照，致承包商無從依原訂計畫進場施作或施作過程中遭主管機關勒令停工時，對於該遲延期間所增加之額外費用或損失，承包商即可依民法第 231 條第 1 項或不完全給付之規定，請求遲延之損害賠償。此外，本文認為，

⁹²⁹ 如最高法院 98 年度台上字第 78 號判決、最高法院 98 年度台上字第 1801 號判決、最高法院 100 年度台上字第 2 號判決及台東地院 92 年度簡上字第 20 號判決等。

由於業主未能及時提供應由其負責申請之許可或執照，致工程契約之履行遭受妨礙時，此種基於業主領域事由所衍生之不利益，應責由業主自行承擔，是以，或可參考德國學者肯認此種定作人怠於提供協力之情形得類推適用該國民法第 645 條第 1 項規定之見解⁹³⁰，而考慮類推適用我國民法第 509 條規定之可能性，使承包商亦可藉此就其已服之勞務請求業主給付約定報酬，或償還已支出之費用⁹³¹。

第四項 協調關聯廠商

壹、工程契約範本

一、行政院公共工程委員會工程採購契約範本

第 9 條、施工管理

「(六)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。」

二、內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本

(一)第 17 條、施工管理

「(五)配合施工：1.與本契約工程有關之其他工程項目，經甲方委託其他廠商承包辦理時，乙方應有與其他廠商互相協調配合及合作之義務，使該等工作得以順利的進行，因工作不能協調配合，致生錯誤、延誤工期，或發生其他意外事故者，乙方應負其應有的一切責任及賠償。受損之一方，應於事故發生之日起 3 日內，以書面通知甲方，由甲方召集雙方協商解決，經雙方 3 次協調仍無法達成協議時，甲方除逕行裁決外，並得在其估驗款內扣留，俟其解決上述爭議後再予發還。」

⁹³⁰ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 36.

⁹³¹ 此種看法特別於業主係不可歸責而未能及時取得或提供工程進行必要之許可、執照時，更可見其實益。換言之，於業主不可歸責違反此類從給付或附隨義務時，其雖不構成債務不履行之賠償責任，惟本文認為，個案中仍有進一步討論諸如業主領域風險之概念或適用情事變更原則之可能性及必要性。

(二)第 13 條、工程延期

「(一)本工程施工期間，如有下列事故，確非可歸責於乙方之理由，而需展延工期者，乙方應於事故消失日起 15 個辦公日內備齊相關資料，以書面向甲方申請核實展延工期。甲方得審酌其情形後，延長履約期限，免計逾期違約金: 4.因由甲方自辦或甲方之其他廠商承包本契約相關工程之延誤而影響本工程進度者。」

三、交通部臺灣區國道新建工程局一般規範

(一)C.7 關聯契約服務

「承包商應於契約規定期間，或依工程司要求之其他時期，辦理與關連契約承包商間之工作協調。承包商並應提供關連契約承包商一切合理機會，使相互間工作進行順利。」

(二)C.8 協助其他相關承包商

「除 C.7「關連契約服務」規定者外，承包商應按工程司之指示，對任何其他承包商及其人工，凡經僱用於工地或其附近，為辦理本契約以外之工程或工作者，提供合理之協助，不應造成不必要之不便。」

(三)C.9 關聯契約承包商所導致之延遲

「若本契約承包商工期延長或成本增加，係因關連契約承包商未能依照該契約核定之進度所導致，承包商得依 H.7「展延工期」之規定請求展延工期，或依 G.14「求償通知」之規定提出求償要求。承包商所增加之成本，應由主辦機關協調解決。」

(四)M.5 其他承包商使用工地設施

「為辦理緊急措施，經工程司指示後，承包商應允許公用事業單位、主辦機關僱用之其他承包商(視同關連契約承包商)及其員工，以及政府機構之員工、經主辦機關僱用於工地或其附近之人員，得使用承包商在工地之施工設備、臨時工程、材料及人工，承包商應予配合。」

(五) M.6 導致承包商工期延長及費用增加

「如承包商因遵守 M.5「其他承包商使用工地設施」之規定，以致其主辦工程之施工進度發生工期遲延或成本增加，承包商有權依 G.14「求償通知」及 H.7「展延工期」之規定，要求工程司展延工期及補償額外費用。」

貳、實務判決

一、業主應負責協調關聯廠商

台北地院 96 年度建字第 62 號判決：「本件原告主張如附表編號 4 所示工程之展延，係為配合系爭工程中另經被告委由他人施作之水電空調工程施工時間，才未能依預定時間完工一節，被告亦不爭執，而參諸被告委託監造之羅興華建築師事務所斯時審核之工期展延說明資料中，所列出涉及水電空調工程施作之因素中，均為水電空調工程之特定工項待組裝施作等，導致原告應施作之特定工項必須配合辦理展延，此情亦為被告所是認方同意展延，...以水電空調工程之承攬施作係被告自行委請其他關聯承包商所施作，原告對該部分之施工、監督並無從置喙，反而係被告基於定作人之地位，有提供可供施作之狀態與原告依約施作，且被告基於其與水電空調工程承包商之契約關係，亦得依約促請關聯承包商如期施作以供原告得按期施工而論，因水電工程之施作狀況未能配合原告施工進度之需要，導致原告無法施作而須展延工期之事由，既為被告斯時得加以控制並避免此情發生，此工期展延之原因自屬於可歸責被告者。」

932

二、業主不負有協調義務，即認有協調義務，亦僅為不真正義務

最高法院 98 年度台上字第 2351 號判決：「查允建公司之延誤工期，高市經發局僅得依約扣以逾期違約金，無使之依期限進行之義務，參以兩造工程契約第十三條約定，可知高市經發局不負使各標廠商配合進度履約施工之義務。又民法第五百零七條規定完成工作所需之協力行為，定作人得不為之。是承攬人於定作人遲延為其協力行為，除另有約定外，僅生承攬人得否解除契約並求償因契約解除而生損害之問題，要無令定作人負給付遲延之債務不履行損害賠償責任。則系爭空調工程款及履約保證金等款項，高市經發局既已依約支付完畢，高市經發局給付報酬之義務，即無遲延情事。昌緯公司主張高市經發局違反其業主應盡之協力義務致其受損，依民法第二百三十一條給付遲延之規定，請求高市經發局賠償之各項損失，自屬無據。再者允建公司非高市經發局履行債務之代理人或使用人，高市經發局負有使其得按預定進度於工地施作之協力行為，亦非給付義務，則允建公司非高市經發局之履行輔助人。」⁹³³

⁹³² 本件業經上訴，而上訴審臺灣高等法院 97 年度建上字第 59 號判決亦採與原審判決相同之見解，認為業主負有協調各承包商施工之義務。

⁹³³ 本件原審高雄高分院曾作成 93 年度重上字第 62 號及 93 年度重上字第 63 號判決，惟內容皆採與最高法院 98 年判決相同之看法：「(3)再依民法第四百九十條之規定，定作人之義務為「給付

三、契約約定由承包商承擔協調義務

臺灣高等法院 94 年度建上字第 22 號判決：「經查：系爭合約第 12 條約定：「配合施工：凡與本契約工程有關之...臨時設施，經甲方交由其他承辦人辦理時，乙方（即原審共同被告台北榮民技術勞務中心）與其他承辦人，有相互協助合作之義務；如因工作不能協調，而致發生錯誤延期或意外等情事，其一切損失，乙方願接受甲方之裁決，負責賠償之。」，臨時水電雖係由國宅主體工程之廠商寶固公司申請，然台北榮民技術勞務中心就臨時水電應負「主動」與建築承商寶固公司相互協助合作之義務，如因工作不能協調，致發生錯誤延期或意外等情事，其一切損失，台北榮民技術勞務中心尚應負責賠償之（舉重明輕，當然包含其自行吸收損失），上訴人(按:業主)僅係「被動」居中裁決而已，尚難執此認上訴人負有與其他各承攬人間有協調之義務。而被上訴人(按:本件承包商)既與台北榮民技術勞務中心就系爭水電工程再簽立合約承包施作，且依投標須知第 16 條約定，其亦負有與其他廠商協調之義務，則其未與寶固公司協調致寶固公司撤銷臨時水電，影響上訴人之驗收，自難謂無可歸責原因，是其此之抗辯，尚非可採。⁹³⁴

參、評析

一、實務現況分析

由我國現行各工程契約範本之規定可知，對於工程契約中同時

報酬」，與如前所述系爭空調工程合約載明被上訴人之給付義務為給付報酬相符，且依債之相對性，被上訴人與各界面廠商間之權利義務，自不可能拘束上訴人，上訴人亦無法介入其他各界面廠商之工程契約，而允建公司延宕工期，被上訴人(按:業主)只得依約扣以逾期違約金，並無使允建公司依期限進行之義務，再參諸系爭空調工程契約第十三條約定上訴人應配合其他界面廠商之施工，然就被上訴人是否負有使各界面廠商依限進行之義務則未予明定等情，足認上訴人主張被上訴人負有協調監督各界面廠商之義務等語，並無可採。」，惟自此等判決之法院見解亦說明承包商無從介入定作人與其他界面廠商之工程契約關係，則其他界面廠商施作遲延致影響承包商之履約進度時，可否要求承包商應自行承擔損失或僅能依照民法第 507 條解除契約並請求損害賠償，實有待探究。其他類似見解認為業主協調關聯廠商之義務僅為民法第 507 條之協力義務者，尚可參照最高法院 96 年度台上字第 2468 號判決、臺灣高等法院 96 建上字第 103 號判決及台北地院 95 年度建字第 110 號判決等。

⁹³⁴ 採類似見解者，尚可參照臺灣高等法院 89 年度上更(三)字第 149 號判決：「按上訴人之配筋施工順序須與巨享公司配管順序交互配合施工，已如證人林明成所陳，則巨享公司配管錯誤在先之情事，上訴人自難諉稱不知，此情亦經證人朱永康（工程師）證述無異，且依兩造工程合約附件即施工說明書總則第十二條：．．．為使整個工程互相配合如期完成，本工程承包商應負責協調其他承包商之工作，並密切合作，以配合全部工程之順利進行。諸如水電部分埋置隱藏之線管，預置錨釘、栓座及洞孔等，應於事前協調辦妥。．．．。上訴人(本案主承包商)尚負有協調施工之契約義務，況無論配筋錯誤或配管錯誤，均足以影響下一階段之施工即灌漿，（此亦為上訴人之施工範圍）詎上訴人既未告知駐現場之監造單位建築師，亦未與巨享公司協調施工順序，逕自鋪設第二層鋼筋，此舉無異令原先之配管錯誤雪上加霜...殊難謂上訴人對於水電配管錯誤，無任何原因力之加入，被上訴人抗辯與有過失，洵屬有據（與有過失比例部分詳下論）」

存在施作不同工程之承包商，各契約條款多以強調承包商負有協調及合作義務之方式作規範，而定作人則在各承包商因為施工協調產生損害或爭執時，透過承包商之通知，召開相關協調會議以進行溝通或裁決。如各承包商間因不能協調工作而致生錯誤、意外事故或使工期延誤時，依照內政部營建署版之契約範本，承包商必須自行負擔所有責任及賠償，惟公共工程委員會版之契約範本則限於承包商對於工期延誤或損害具有可歸責事由時始需負責。倘若承包商因契約約定而負有協調關聯廠商之義務，則觀諸民法第 220 條、第 230 條等規定，似乎公共工程委員會之契約範本較合乎民法上「過失責任原則」之立法意旨。

綜合觀察三份契約範本，似以國工局一般規範最為詳盡，關於協調工作事宜，不僅規範到關聯承包商，亦包含經工程司指示而由其他單位或機關僱用人員進入及使用工地、機具及材料等情形，同時對於因關聯承包商或其他人員之工作或入場使用所導致之遲延或損害，只要非可歸責於承包商，其皆有權請求展延工期或費用補償，由相關規範之意旨似可推論協調關聯廠商應為業主之義務，或至少為業主領域之風險。相較於前引內政部版之契約範本僅規範承包商得申請展延工期、公共工程委員會版則規定當事人可以契約變更增加價金，國工局之一般規範可謂較能完整保障承包商施作之利益。

針對法院實務判決觀察部分，我國法院對於協調關聯承包商工作事宜，尚未形成一致看法，惟少有見解直接否認業主負有居中協調或聯絡之協力義務，僅多數見解將該協力義務之性質定性為不真正義務，因此業主如怠於協調關聯承包商，至多僅可能承擔民法第 507 條契約解除或損害賠償之不利益而已⁹³⁵。亦有判決考量業主對於個別承包商之聯繫較具有管控能力，因此認為業主應負有協調關聯廠商之義務，如業主怠於協調致延誤個案中承包商之履約，即應展延工期以為補償。此外，倘若契約當事人約定由承包商負責協調

⁹³⁵ 甚有判決認為民法第 507 條定作人協力義務之規定為債總受領遲延之特別規定，應優先適用，定作人如不履行協力義務，亦不構成給付遲延之損害賠償責任；如臺灣高等法院 96 年度建上字第 103 號判決：「觀諸民法第五百零七條明文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損害之規定意旨，顯然民法關於承攬契約之規定中，已就定作人之協力義務為特別規定，且民法債篇承攬節之規定應優先於民法債篇總則適用之情況下，上訴人主張其尚得在契約履行完畢後，另依民法第二百三十一條關於給付遲延規定，請求被上訴人負給付遲延之損害賠償責任，自非有據。足見本件工程契約雖規定由被上訴人提供工程用地、遷移公共設施及地上物、得視需要召開關聯廠商協調會議，惟上述各項均屬被上訴人之「協力行為」，僅是一種「對己義務」，而非債務人給付義務，亦即被上訴人不因對上訴人負有協力義務，而使定作人從債權人身份轉變為債務人，上訴人自不得依債務人給付遲延之規定請求被上訴人賠償損害。」

各相關廠商間工程之施作，或約定承包商應與各工程之廠商相互合作時，則法院通常採尊重契約自由原則之精神，而寬認該等約定之效力，並且認為藉由當事人之約定，可知承包商既有預見該工程存在其他界面施作遲延之可能性，則其原則上即不能因界面工作之遲延而另行請求業主補償遲延期間額外支出之費用。換言之，此等義務移轉之約款某種程度已傳達風險預先分配之意涵，惟此分配是否在任何情形下皆屬合理，仍有待進一步討論。

二、外國法相關規定

德國法上關於工作協調事宜，主要規定在 VOB/B 第 4 條第 1 項第 1 款，依該款規定，工程契約之業主負有維持工地上一般秩序之義務，意即業主有義務在整體工程契約進行之過程中，依個案評估而採取各種措施，使承包商得不受干擾地提出其依契約所負責之工程給付，也避免對第三人(如工程鄰房)造成損害⁹³⁶。此種維持工地上一般秩序之義務被列入業主之計畫領域中，一般而言業主為確保工程中各個參與者彼此間互不妨礙，多會藉由預先安排計畫，例如建立工地規範計畫等方式去分派場地予不同承包商使用，以使場地之使用盡可能順暢⁹³⁷。另外，業主此項維持工地上一般秩序之義務並不以上述內容為限，依照此款規定，業主亦負有積極作為以排除外來障礙之義務，例如對於公民自發組織活動、示威抗議及交通阻礙等，業主應設法解決之⁹³⁸。

再者，業主對於同一工地上不同承包商間之施作，負有一項特別重要的協調義務(Koordinationsverpflichtung)。申言之，業主負有管領整體工程事件，包含確保整體工作過程不受任何干擾之義務，惟此等義務之範圍有其限制，原則上並不適用於承包商與其分包商間之法律關係⁹³⁹。此種義務不僅關係到業主對於工地之監督，更意味著其對於共同併存或先後繼續施作之工作參與者間(特別是在大型工程契約中)的協調，透過協調(通常對於彼此重疊的施工活動要進行協調相當困難)，業主可採取一些措施，使當時在工地上活動的參與者作出調整或讓步，以確保在工地上活動以提出工程給付之各個承包商可不受其他承包商施作之妨礙。實務上常見的協調方式包含制定工作時間計畫、進度計畫、進度圖表、網狀圖或是每日過程計畫等，這些計畫在各工程參與者間應被定期的討論與更新⁹⁴⁰。

此種業主之協調義務可因為當事人間的特別約定而轉由承包

⁹³⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 5.

⁹³⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 5.

⁹³⁸ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 6.

⁹³⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 7.

⁹⁴⁰ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 8.

商承擔，此通常指的是移轉由具有特殊專業知識而可承擔該協調義務之主承包商而言。惟此項特別約定必須被詳細的紀錄在給付概要表(Leistungsverzeichnis)中，同時此種轉嫁義務給承包商的約款將受到德國民法第 307 條對一般交易條款內容控制的檢驗⁹⁴¹。

當業主違反上述維持工地一般秩序及協調承包商之義務時，若因此對於承包商之施作產生阻礙，承包商原則上可依 VOB/B 第 6 條第 2 項規定請求展延工期，並依照同條第 6 項之規定請求損害賠償。此外，依照德國聯邦最高法院之傳統見解，其似不認為因前承包商 (Vorunternehmer) 之給付對於後續承包商 (Nachfolgeunternehmer) 之施作具有重要性，即認定前承包商之遲延對於後承包商履約所引致之障礙，可依德國民法第 278 條之規定歸責於業主，換言之，前承包商並非業主債務之履行輔助人。惟此時，後承包商可主張業主未能善加協調前承包商施作之事宜屬於業主怠於提供必要協力之情形，而依德國民法第 642 條規定請求補償，並可依德國民法第 643 條或 VOB/B 第 9 條第 1 項之規定終止契約，蓋此種業主未能督促前承包商按時提出合於約定給付之情形，實與定作人自始未提供工程用地或提供有瑕疵之材料等情形之利益狀態相似⁹⁴²。

三、本文看法

工程契約通常具有金額龐大、施工期長及界面複雜等特性，而各部分工程之施作，除非如公共工程中，主辦機關採取設計建造統包等作業方式，否則一般而言，多由興辦工程之業主與不同專業領域之承包商簽訂數份工程契約⁹⁴³，此時同一大型工程將可能同時或先後存在數承包商於同一工地或場所活動之情形。而所謂關聯承包商，即指某承包商之工作須以他承包商之工作部分完成為其施作基礎而言，典型之適例包含土建包商與水電包商或空調包商間之作業關係。換言之，由於各承包商間施作工程與其他部分工程具有密切結合之關聯性，因此若其中某一關聯廠商施作時發生延誤，不論該延誤是否係可歸責於其之事由所致，皆將影響同一工程中其他承包商進場施作之時程或施作順暢度，進而將衍生一連串工程履約索賠之爭議⁹⁴⁴。

⁹⁴¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 9.

⁹⁴² Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 12.; Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1068.

⁹⁴³ 張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 90。

⁹⁴⁴ 以台北捷運工程為例，基於工程特性、國內營建生態及工務行政體系等因素，工程實務上通常以「標」為界面，可概分為土建工程及機電系統工程兩大類。而土建工程則可再細分為土木結構、建築裝修等工程，而機電系統工程則包含電聯車、號誌系統、供電系統等作業。各類工程各

而本文觀察實務上相關爭議，通常爭議之核心皆圍繞在究竟應由誰負責協調各工程承包商之施作，而此問題尚涉及個案中是否有約定義務承擔者之條款存在。參照本文前引之契約範本規定，關於協調關聯承包商之義務，有如國工局一般條款揭示應由業主負責主要協調者，亦有如公共工程委員會或內政部營建署契約範本中，僅規範承包商對於工程中其他廠商負有協調及合作義務者；而自本文所觀察之實務判決，其中亦有為數不少之案例事實係當事人就工作協調事宜完全未為任何約定者。對此，如契約條款明揭應由業主負擔協調義務時，當事人對比較無爭執；惟在未有約定義務分配或約定該義務應由承包商承擔時，則在實務上常引發如協調廠商本為業主負責之事由，究竟當事人可否預先透過契約條款約定將該義務轉由承包商承擔等爭議。是以本文以下乃分別就協調關聯承包商之義務分配及契約條款合理性分別進行分析。

(一) 業主應負有協調關聯承包商之義務

對於前述爭議，我國學說論著上多肯認應由業主負有協調工程中關聯廠商進度之協力義務，其理由係考量契約類型及當事人對危險之控制能力及成本支出，而謂於工程契約中，業主對於提供適於施工之狀態應於締約前即有充分之準備，事實上亦較有能力、地位、資源與權利且能以較低之成本去解決相關問題，因此縱使關聯廠商之遲延本質上應屬於通常事變，仍應認為此屬於可歸責於業主之事由而須由業主對該事變負責⁹⁴⁵。亦有論者引用實務判決內容而指出，或許可認定其他承包商為業主之履行輔助人，一旦該等關聯廠商因可歸責事由而影響工程整體履約進度時，承包商得依民法第 224 條之規定認定此屬可歸責於業主之事由，而請求損害賠償⁹⁴⁶。

對此，本文初步認為協調關聯廠商乙事應劃歸業主之風險領域。蓋於一般營建工程契約中，業主於先期之規劃及設計作業完成後即進行工程發包，而一項工程可能牽涉數種工作內容之施作，如土建、機電、空調等；即使是單純之室內裝修工程，亦涉

由不同之承包商負責施工、製造、安裝及測試，但相互間關係密切，需經由縝密之整合方能發揮整體之功能，如其中一環節發生延誤，將對最後完工通車時程造成連鎖影響。詳請參閱賴榮吉、謝宇珩，捷運工程因工期展延衍生公平調整合約金額探討，捷運技術半年刊第 27 期，2002 年 8 月，頁 234。

⁹⁴⁵ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 171；採類似看法認為業主居於協調各家廠商之優勢地位者，可參閱劉志鵬，定作人協力行為，工程法律實務研析(二)，元照，2008 年 1 月，頁 14。

⁹⁴⁶ 羅明通，公平合理原則與不可歸責於兩造之工期延宕之補償—兼論棄權條款之效力，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月，頁 258。該文引用之判決為最高法院 94 年度台上字第 1 號判決，惟該文作者並未明白表示其見解，僅謂此問題仍有待釐清。

及木製裝潢、管線配置及冷氣安裝等工作項目，如無一具有對各工作內容皆能有所掌握或瞭解之人統領工程進度，將可能使各承包商間工程之進行較無效率，甚至發生延誤或施工之瑕疵。而此具有優勢領導地位之人通常即為發包工程之業主，或經由其授權之建築師或工程顧問公司。換言之，由於業主是規劃設計該項工程之人，其對於各項工程所欲達成之目標應最能掌握，同時其亦為與各承包商簽訂契約之相對人，本於契約之約定，其亦被賦予相當之指揮權限，例如業主享有單方指示變更之權利，或可藉由對工程之指示而請求個別承包商趕工或改變施工方法及順序⁹⁴⁷等。由此可知，業主不但對於工程之履行過程有較為完整之預見性及掌控能力，同時其亦可於各工項之施工階段透過各種措施，提升工程進行之效率，相較於一般承包商對於非為其契約相對人之其他廠商通常不具有施予壓力之契約權限而言，業主可謂係較能掌控工程風險之人⁹⁴⁸。

依照本文第二章對於工程契約風險分配之介紹，可知原則上承包商應只須承擔與其提出工作給付有關之施作風險，至於其他非與工作進行相關之風險，除不可抗力外，原則上應由業主承擔，蓋相較於承包商，對於工程整體施作所牽涉之各行政單位(尤指公共工程之施作而言)或關聯廠商，業主皆有較佳之協調與掌控能力或分散風險管道，是以本於優勢風險承擔者之地位，責由業主負擔工作協調事宜較為妥適⁹⁴⁹。此外自關聯廠商施作發生遲延之角度觀之，如該遲延非可歸責於承包商，則要求承包商無論如何皆須自行承擔遲延風險，不但超出承包商之風險掌控範圍，亦係無理由加重承包商依契約所負給付範圍外之責任，此將導致整體工程契約當事人間利益狀態失衡，而有失公平⁹⁵⁰。

⁹⁴⁷ 雖有實務見解如最高法院 98 年度台上字第 2351 號判決曾指出，業主僅負有給付報酬之義務，且業主通常沒有義務要求關聯廠商依期限施作，僅能課予逾期違約金，惟本文認為相較於承包商彼此間只能透過私下協調或請求業主召開協調會議商請其他廠商配合之情形，業主依契約享有課予違約金之權利已較承包商能掌控關聯廠商遲延之風險，因此該等實務見解之論述似有待商榷。

⁹⁴⁸ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 37. 如承包商履約過程中因關聯廠商施作之妨礙而受有損害時，通常此種損害僅為純粹經濟上之損失，則在承包商與關聯廠商無契約關係之情形下，除非符合民法第 184 條第 1 項後段或第 2 項之規定，否則承包商將無從求償，如此對於工程無法順利進行無可歸責事由之承包商而言，要求其自行承擔全部損失之不利益，實屬不合理。

⁹⁴⁹ 德國法上於 VOB/B 第 6 條第 2 項規範業主領域風險之概念，只要妨礙工程進行之特定風險被歸入該領域，則承包商即有權依該項規定請求展延工期，並可能得依同條第 6 項規定請求損害賠償。而基於業主與關聯承包商間之契約關係及業主對於工程進行所具有之優勢管控能力，應可將協調關聯廠商之事宜劃入業主領域風險，而由業主加以承擔。

⁹⁵⁰ 類似看法可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 213-214；賴榮吉、謝宇珩，捷運工程因工期展延衍生公平調整合約金額探討，捷運技術半年刊第 27 期，2002 年 8 月，頁 238。

至於此種協調各承包商施作之協力行為是否應被認定為業主之真正義務，對此，如當事人於契約中未明文約定相關義務之分配，雖業主對於各承包商所提出之給付看似僅負有從旁協助之不真正義務即已足夠，惟本文考量前述業主具有較優勢掌控風險及工程進度之能力，及承包商於工程協調中實際上得發揮之功能，似仍應認為基於契約目的之有效達成，及當事人依誠信原則應共同協力合作以完成契約內容之意旨，若業主怠於協調所影響者不僅止於其個人之履約利益，更因此致工程施作困難，使承包商因施作遭遇妨礙而受到支出額外費用等損害時，對於承包商履約及固有(財產)利益之保護即應為業主必須特別留意者，此時透過契約漏洞之補充解釋，仍可推導出業主負有協調關聯承包商之從給付義務或附隨義務⁹⁵¹，而當業主怠於督促或協調其他廠商，致工程進度遭延宕時，承包商即可依債務不履行之規定請求損害賠償。換言之，就此爭議所著重之焦點，似應進而轉移至業主對於關聯廠商之遲延是否可歸責之判斷上。

論者有主張由於業主對於關聯廠商具有一定程度之指揮監督權限，且業主對於該等廠商亦可透過契約行使權利而保護其利益，因此應可視關聯廠商係業主之履行輔助人，從而，對於關聯廠商施作所造成之妨礙，業主即應對之負責⁹⁵²。就此本文雖認為承攬廠商對其勞務提供具有一定之獨立性，因此對於可否謂承攬廠商受業主某程度之指揮監督，即可認其係業主履行輔助人之見解仍有疑惑⁹⁵³，惟若從業主應負有提供承包商適於施作狀態義務之觀點切入，則業主藉由其優勢掌控能力去協調關聯廠商施作工

⁹⁵¹ 類似見解可參閱曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年1月，頁196。此外，德國學者有指出，欲成功執行較為複雜之承攬(工程)契約，最重要乃取決於承包商與其他參與工程施作者對於整體工作之共同合作，其以工作之完成為共同目標，對此，大量之資訊義務與協力義務變得必要。而業主提供必要之協力行為，乃是必要之合作以契約上附隨義務之方式加以呈現，違反此附隨義務就如同違反其他契約上之行為義務般，將產生一損害賠償請求權。對於此種因業主可歸責怠於提供協力所衍生之損害，承包商可依 VOB/B 第 6 條第 6 項或依德國民法第 280 條第 1 項第 1 句之規定請求損害賠償。Vgl. Marcus Daniel Strunk, aaO. (Fn. 486), S. 271.

⁹⁵² 楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會，頁7；吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008年7月，頁215。

⁹⁵³ 德國實務及學說見解傳統就此多採否定見解，認為若一工程係由數個不同承包商先後完成時，因前承包商之行為致後承包商受有工程延宕或造成工作瑕疵等情形，由於前承包商並非定作人之履行輔助人，因此承包商不得向定作人請求損害賠償。Vgl. Vygen/Joussen, aaO. (Fn. 57), 5.5 Die Mitwirkungspflichten des Auftraggebers, Rdn. 1068.惟此見解近來似有改變之發展趨勢，德國聯邦最高法院於1999年起已開始檢討前述看法，而於討論民法第642條及VOB/B第6條第6項之規定時，肯定業主必須對於前承包商之遲延負責。換言之，如個案中存在其他受業主委託且施工時間較為優先之承包商，而業主須提供以前承包商之施作結果為施工基礎之土地予後承包商處分時，可認為業主係透過前承包商之給付以履行其協力義務。Vgl. Kapellmann/Langen, aaO. (Fn. 196), Rdn.115 u. 116.; J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 33.

程，將有助於減少對個別承包商履約之干擾並促進整體工程進行之效率，而關聯廠商在業主指揮監督下適時提出給付，除係擴大業主之活動範圍及利潤⁹⁵⁴外，某程度亦可認為係幫助業主履行對於承包商之協力義務，而達成提供適於施作狀態之目的。是以如基於此立場出發，則適用或類推適用民法第 224 條之規定要求業主對於關聯廠商故意或過失之行為負責，應不至於過苛。

此外，於承攬之工作因關聯前承包商提出之給付而產生瑕疵時，德國有學者認為此種情形應可視為業主提供有瑕疵之材料，承包商得主張直接適用德國民法第 645 條第 1 項第 1 句之規定，請求已給付部分之報酬及報酬以外費用之補償⁹⁵⁵。對此，本文承上述分析認為，由於關聯廠商是否得及時提出合於約定之給付，應屬業主領域之風險，並非承包商所得掌控者，是以若因關聯廠商之施作致妨礙承包商順利履約並因此使承攬之工作發生遲延、毀損、滅失或不能完成等情形時，似可將關聯廠商之給付解釋為業主提供有瑕疵之施作客體或施工環境，而使承包商得主張類推適用民法第 509 條規定，請求業主對其已提供之勞務及因妨礙而額外支出之費用予以補償⁹⁵⁶。

(二) 契約約定由承包商負責協調關聯廠商事宜

若當事人於契約中約定應由承包商全權負責協調關聯廠商進度等事宜，雖實務上法院多持尊重當事人自主決定之見解，而肯認承包商對於關聯廠商之遲延應自行承擔損失⁹⁵⁷，惟本文認為此種看法仍有進一步討論之空間。蓋當事人之約定雖帶有預定風險分配之意涵，然觀察我國契約範本相關規範，可知該約定於解釋上最多亦僅係要求承包商應為特定協調或合作之行為，是否能推論在不可歸責於承包商，因其他廠商未能如期如質施作而導致整體工程進度延誤之情形，承包商仍應自行承擔損害之結論，不無疑問。換言之，對於契約文義作最大範圍之解釋，亦僅能推導出在承包商未盡力協調與其他廠商施作事宜時，該承包商始須承擔責任之結果，因此業主不得無限擴張契約中承包商之責任範圍，

⁹⁵⁴ 孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010年3月增訂版，頁489。

⁹⁵⁵ Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn. 34.

⁹⁵⁶ 此種看法特別於關聯廠商之遲延係不可歸責於業主時，更可見其實益。換言之，於業主非可歸責違反協調關聯廠商之義務時，其雖不構成債務不履行之賠償責任，惟本文認為，個案中仍有進一步討論諸如業主領域風險之概念或適用情事變更原則之可能性及必要性。

⁹⁵⁷ 如最高法院 98 年度台上字第 2351 號判決：「又查兩造已於契約第十三條有關配合施工部分，約定「與本契約工程有關之其他工程及臨時裝置，經甲方(高市經發局)委託其他承攬廠商辦理時，乙方(昌緯公司)應與其他承攬廠商合作，如因可歸責於乙方之事由工作不能協議，致生錯誤或延誤工期，或發生其他意外事故，其一切損失，均由乙方依甲方之裁量賠償之」，則系爭工程苟因訴外人允建公司之工期延宕，造成昌緯公司損失，則是否無本條約定之適用，原審復未於判決理由中說明，有判決不備理由之違失。」

而在任何情形下皆排除承擔原屬其領域之協調風險，甚至藉此免除其自身對於契約相對人完整履約利益之照顧、保護義務。

此外，承本文前述分析，工程契約條款多由業主單方擬定，因此在該定型化約款內容有疑義時，應盡量採有利於約款相對人之解釋原則，則本於此原則檢驗當事人間關於協調關聯廠商義務之約定，應只能認定承包商須與其他廠商密切配合，尚無法要求其承擔所有不可歸責於其之責任。換言之，本文認為，如個案中之契約條款要求承包商承擔所有因關聯廠商之行為所致生之損害時，則該條款恐已違背民法第 220 條及第 230 條之立法意旨，而對承包商顯失公平，應歸於無效⁹⁵⁸。

(三)情事變更原則之適用

至於承包商如因關聯廠商之遲延或不良施作致妨礙其不能順利履行承攬給付，因此受有支出額外費用等損害時，承包商得否主張其不可預見該情事之發生而請求依情事變更原則調整原訂契約內容？就此目前實務見解似仍有爭論，有肯認如因關聯廠商之遲延而導致承包商之施工受有不可預期之延誤及產生資金運用之積壓，承包商應得主張情事變更原則者⁹⁵⁹；惟亦有主張承包商在簽訂工程契約前如已知悉該工程尚有其他界面廠商將進行施作，則其應可預先評估相關作業遲延之風險，而否認情事變更原則之適用者⁹⁶⁰。

⁹⁵⁸ 我國仲裁實務上曾有仲裁判斷謂：「另依兩造合約第十三條所約定，本件承商應與其他承商互相協調合作，此條實係課以本件承商施工時有與其他承商配合之義務，尚難認為本件承商因此就本工程負有界面控管之義務，而本件界面責任仍在相對人(即定作人)，應無疑問」；詳請參閱李宗德，情事變更原則於公共工程合約風險分擔約款之適用，工程仲裁案例選輯(三)，中華民國仲裁協會，2000年，頁138。本文認為此仲裁判斷之見解實值肯定。

⁹⁵⁹ 如最高法院 95 年度台上字第 2560 號判決：「查上訴人所承攬之系爭水電工程既係配合系爭土木工程之進度始得施作，而負責土木工程之允建公司因其施工延滯而致上訴人所承攬之工程不得不延長履約期間長達一千三百三十二日情事，似非上訴人於訂約時所得預期，而工期延長將導致成本增加及資金運用之積壓而造成財務損失，如仍依正常工期所簽訂之契約給付工程款，對上訴人並不公平。上訴人於原審辯稱：依系爭契約約定，系爭水電工程本應於八十六年十一月四日完工，因不可歸責於伊之事由，致實際完工日期較契約工期增加一千三百三十二日，伊受限於系爭契約第二十二條之約定，不得解除契約等情，倘屬非虛，則系爭土木工程延誤之工期長達一千多日，致上訴人須延長一千三百三十二日始能完工，似非契約成立當時所得預料，如上訴人依系爭契約之約定，又不得依民法第五百零七條規定解除契約以控制損害擴大，則被上訴人僅依系爭契約原來約定為給付，是否未達顯失公平之程度，尚待研酌。」；類見見解亦可參照最高法院 96 年度台上字第 482 號判決及最高法院 98 年度台上字第 2351 號判決(本件最高法院肯認承包商得主張適用情事變更原則，僅指摘原審在決定增加給付工程款之數額時未作更完整之斟酌)。

⁹⁶⁰ 如台北地院 95 年度建字第 110 號判決：「至於原告另主張為配合其他油槽、303 標南隧道漢生橋段連續壁等施工需要而延宕之部分，姑不論原告就此部分項目之延宕是否足以導致其全部工程之延宕，及縱有部份項目延宕，此延宕與其所主張工程管理費有無相當因果關係等，均未見其證明之，且以原告承攬之系爭工程內容本有與其他土木工程等配合施工之必要，原告復為有相當工程營造經驗之公司，對不同工程有因彼此配合之需要，進而影響其特定項目施工時間之可

對此，本文認為如個案中斟酌工程性質及原訂工期、報酬等因素，而可認定因關聯廠商遲延致該工程需展延之日數及額外支出之費用為承包商事前所不可預見，且該因展延工期所致費用之支出相較於工程原訂之報酬及預期之利潤已達顯失公平之程度時，似應肯認承包商得主張依情事變更原則調整雙方契約內容。換言之，於關聯廠商之施作而導致承包商無法順利履約之情形，或屬於可歸責於業主未履行其必要之附隨義務；或屬於即使業主已盡其必要之協力仍無法避免妨礙情況發生，且個案中業主對於關聯廠商所致之妨礙，其自身或依民法第 224 條規定皆不具可歸責性，而形成妨礙情況係第三人行為所造成之通常事變。惟無論如何，承本文前述分析，業主既對於關聯廠商之協調具有較佳掌控風險之能力，則協調關聯廠商當屬業主領域之風險，而應由業主承擔不利益較為妥適。

基此，依個案中具體妨礙事由作判斷，假使承包商因不可歸責於己之事由而遭受不可預料之風險且履行原訂給付顯失公平時，實不應責由其自行吸收損失，故業主除應同意辦理展延工期外，亦應與承包商磋商調整契約之給付內容，或是依民法第 240 條、債務不履行、類推適用民法第 509 條或情事變更原則等規定對承包商予以合理之補償或賠償⁹⁶¹。

能，自當知悉而為其締約前所得預見，遑論以各該施工項目縱有遲延，因所涉僅屬特定範圍之施工項目，原告仍可以調整施工計劃方式辦理，以原告亦不爭執系爭工作承攬期間並無全部停工之情事發生而論，被告辯稱原告所提出各該工程管理費用數額當不僅為其所主張各該項目延宕所致，尚有包括其依約遵期施作時本應包括之範圍，亦非無據。是以，原告主張本件上開事由有情事變更原則之適用，謂被告應有增加給付其所請求金額之工程管理費，即無足採。」；類似見解亦可參照最高法院 97 年度台上字第 2345 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1 號判決及高雄高分院 93 年度重上字第 62 號判決等。

⁹⁶¹ 類似見解可參閱黃立，工程承攬契約中情事變更原則之適用問題，政大法學評論第 119 期，2011 年 2 月，頁 25；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 106。惟於業主違反協調關聯廠商之附隨義務情形，多數見解強調情事變更原則之適用應以不可歸責於雙方當事人為要件，故此時承包商應不能主張適用情事變更原則。惟本文承前述一貫看法認為，在此種情形，承包商原則上應優先主張契約上相關之處理約定或依債務不履行之規定向業主請求損害賠償，情事變更原則之適用順序應劣後，僅具有補充調整當事人間法律關係之地位，而當事人是否不可歸責應非適用情事變更原則時應予審查之必要條件，此為與多數看法不同之處。

第五項 提供正確之施工資料、給予必要之指示與辦理契約變更

壹、工程契約範本⁹⁶²

一、行政院公共工程委員會工程採購契約範本

(一)第 9 條、施工管理、(四)施工計畫與報表

「1.廠商應於開工前，擬定施工順序及預定進度表等，並就主要施工部分敘明施工方法，繪製施工相關圖說，送請機關核定。機關為協調相關工程之配合，得指示廠商作必要之修正。」

(二)第 11 條、工程品質管⁹⁶³

「(一)廠商應對契約之內容充分瞭解，並切實執行。如有疑義，應於履行前向機關提出澄清，否則應依照機關之解釋辦理。」

(二)(節錄)廠商自備材料、機具、設備在進場前，應依個案實際需要，將有關資料及可提供之樣品，先送監造單位/工程司審查同意。如需辦理檢(試)驗之項目，應會同監造單位/工程司或其代表人取樣，並會同送往檢(試)驗單位檢(試)驗合格後始得進場；或由機關將取樣之試體送往機關自行擇定之檢(試)驗單位。

(六)工程查驗：

3.契約施工期間，廠商應按規定之階段報請監造單位/工程司查驗，監造單位/工程司發現廠商未按規定階段報請查驗，而擅自繼續次一階段工作時，機關得要求廠商將未經查驗及擅自施工部分拆除重做，其一切損失概由廠商自行負擔。但監造單位/工程司應指派專責查驗人員隨時辦理廠商申請之查驗工作，不得無故遲延。

4.本工程如有任何事後無法檢驗之隱蔽部分，廠商應在事前報請監造單位/工程司查驗，監造單位/工程司不得無故遲延。為維持工作正常進行，監造單位/工程司得會同有關機關先行查驗或檢驗該隱蔽部分，並記錄存證。

5.因監造單位/工程司遲延辦理查驗，致廠商未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款，申請延長履約期限；因此增加之必要費用，

⁹⁶² 關於業主提供施工文件及審查或監督工程施工計畫、品質管理作業等相關之規範甚多，本文在此僅臚列與業主提供文件或與業主指示最直接相關之條款，但當事人間實際之權利義務關係不應以此為限。此外本文限於篇幅及考量契約範本規範之類似性，在此暫不臚列內政部營建署工程採購契約範本之相關規範。

⁹⁶³ 關於工程品質管理作業，可參照此工程契約範本「附錄 4、品質管理作業」之詳細規定。

由機關負擔。」

(三)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，除雙方另有協議外，應於30日內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。

(二)廠商於機關接受其所提出須變更之相關文件前，不得自行變更契約。機關另有請求者外，廠商不得因前款之通知而遲延其履約期限。」

(四)第 4 條、契約價金之調整

「(十)契約履約期間，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致增加廠商履約成本者，廠商為完成契約標的所需增加之必要費用，由機關負擔。但屬第13條第7款情形、廠商逾期履約，或發生保險契約承保範圍之事故所致損失(害)之自負額部分，由廠商負擔：

5.機關要求全部或部分暫停執行(停工)。

6.機關提供之地質鑽探或地質資料，與實際情形有重大差異。」

二、交通部臺灣區國道新建工程局一般規範

(一)D.契約文件

「D.9 圖說文件提供延誤

按契約規定由工程司提供予承包商之圖說文件，如因未能於規定或合理之時間內提供，而使承包商工程或工作安排及執行有所延誤及停頓時，承包商應以書面通知工程司並副知主辦機關，敘述所需圖說之細節，並說明未獲得上述圖說文件對工程或工作可能造成之影響。

D.10 工程司未能提供圖說

如因D.9「圖說文件提供延誤」而造成承包商之工程或工作延誤及成本增加，經工程司與承包商協商後：

(1) 承包商得依H.7「展延工期」要求工期展延。

(2) 承包商之成本增加，得按 G.14「求償通知」提出求償要求。」

(二)E.變更、增減及修改

「E.1 契約變更

工程司為期契約工程或工作圓滿完成，得指示承包商辦理契約變更，包括增加、減少、取消、刪除、替代、更改之變更，品質、形狀、性質、種類、位置、尺度、高程或路線之變更，以及施工

程序、方法或時程之變更。承包商應接受工程司之指示辦理變更。

E.2 契約變更指示

工程司之契約變更指示，應以書面通知為之，承包商在未接獲工程司之指示前，不得辦理變更工程或工作。

E.3 契約變更計畫之提出

工程司為前節契約變更指示後，應於合理時間內備妥相關資料，如具體變更內容及圖樣等相關文件(不含工期及費用)，提交承包商據以執行。

E.8 契約工期及費用之調整

工程司按 E.1「契約變更」指示承包商所辦理之契約變更，致使承包商之成本及工程或工作所需時間有所增減，其工期及費用應作適當合理之調整。」

(三)G.一般契約責任及保證

「G.8 工程司之處理

工程司在接獲承包商按G.7「不利之自然情況及人為障礙」規定所發之通知後，應即刻赴現場調查，以判定現場情況是否確如承包商所述，並得按下列全部或任一方式處理：

- (1)要求承包商提供其所採取或擬採取辦法之成本估計。
- (2)書面核定前述辦法，並加以修改或不加修改。
- (3)以書面指示如何處理該不利自然情況、除外風險或人為障礙。
- (4)依H.8「暫停施工」規定指示工程或工作暫停，或依E.1「契約變更」規定，以契約變更方式辦理。

G.9 延長工期及補償

如工程司認定按 G.7「不利之自然情況及人為障礙」確係一般有經驗之承包商所無法合理預料者，承包商得依 H.7「展延工期」之規定申請延展工期。承包商並得依 G.14「求償通知」規定提出書面補償要求(不論工程司是否曾依 G.8「工程司之處理」規定給予任何指示)，但其補償金額應相當於實際辦理該項增加工作及實際增添之施工設備之合理成本。除上述補償外，承包商不得要求任何其他給付。」

(四)H.開工、暫停、工期展延及延誤

「H.7 展延工期

- (1)承包商為完成契約內之工程或工作或其任何部分工程或工作，或為達成時程表規定進度，而發生延遲或阻礙，係由於下列任一情況時，承包商得按下列程序提出展延工期：
 - (B)工程司提供圖說或指示，有不合理之延遲。
 - (C)承包商所提出之施工方法，工程司給予同意或撤回先前所給予

之同意，有不合理之延遲或不合理之要求時。

(G)按 H.8「暫停施工」指示所導致之延遲。

H.8 暫停施工

承包商應依據工程司之書面指示，依工程司指定之時間及方式，暫停本工程(工作)之全部或其任何部分之施工，在暫停施工期間，承包商應對本工程予以適當之保護。」

(五) K.承包商對工程之管理

「K.1 本工程之管理

承包商應嚴格遵守契約對工程施工及保固之規定，至工程司認為滿意之程度，且應嚴格遵行工程司或工程司代表，對有關工程任何事項之指示、指導及通知。

K.2 開始辦理工程

承包商應於開始辦理工程前擬定下列施工計畫：

(1) 整體施工計畫

除另有規定外，承包商應於簽約日期次日起60日內提出整體施工計畫六份，交工程司審查。

(2) 單項施工計畫

除另有規定外，工程司於核准整體施工計畫時，得視實際需要指示承包商提出單項施工計畫，其內容至少應詳細說明施工程序、施工方法、施工設備及施工計畫網狀圖，並須經工程司核准後方可施工。」

(六) I.品質管制、J.材料及施工品質

「I.1 通則

承包商應建立品質管制計畫(以下簡稱“品質計畫”)以管制施工、製造及安裝之品質，辦理檢驗與試驗，確保本契約下之全部材料、施工品質、供應之工場與設備及所辦理之工程或工作均符合本契約之規定。

承包商之品質計畫應提送工程司核定。品質計畫未經核准前，承包商不得對本工程需要品質鑑定之部分進行施工。

I.2 品質計畫之修正

如工程司認定品質計畫或其中任何部分或任何特殊規定，未能確保品質符合本契約之規定與要求，工程司應以書面通知承包商，承包商於接獲工程司書面通知後，應立刻採取行動修正該項缺失。

J.4 工程被掩蓋前之檢驗

在未經核定前，承包商不得將任何工程掩蓋或置於不能檢查或不能試驗之狀況下。承包商應在任何工程項目掩蓋或不能檢視之前，提供工程司代表充分之時間，以辦理檢驗與測量，並於後繼

項目施工前檢查永久性工程之任何隱蔽部分。

J.5 工程司到場

承包商應在任何工作項目或任何永久性工程隱蔽前，適時以書面通知工程司或工程司代表檢驗。工程司或工程司代表不得無故延誤其對該項工程之檢驗與測量，或該項永久性工程隱蔽部分之檢驗，如工程司或工程司代表認為無檢視之必要，應通知承包商。」

貳、實務判決

一、業主負有變更設計之協力義務

最高法院 86 年度台上字第 2350 號判決：「...苟該非經定作人協力不能完成（施工）部分，並不影響其他部分工作之進行及完成，且其他工作之進行及完成，亦可達成契約之一部分目的，即應解為承攬人僅得對該不能施作部分之契約為解除。殊不容承攬人任意以契約中之一小部分需經定作人協力而未為協力致該部分不能施作，率爾併就無需定作人為協力仍可完成達到該部分契約目的之工作，併予以解除契約。茲查系爭工程中之「松風橋」工程部分，依被上訴人所提供之第二次變更設計圖說，先後經囑託台灣省土木技師公會及國立高雄工商專科學校鑑定結果，均認定無法施工，須變更設計圖說，以調整工作內容。上訴人以經其催告後，被上訴人就該部分工程，迄未提出第三次變更設計圖說，係屬未盡定作人之協力義務，據以依民法第五百零七條規定解除該部分之工程契約，雖非無理...⁹⁶⁴」

二、業主對於設計及指示施工方法之錯誤應補償承包商

臺灣高等法院 93 年度重上字第 560 號判決：「徵諸系爭 T4 樁施作

⁹⁶⁴ 關於業主提出錯誤之地質調查報告及設計錯誤之案例，而法院認為業主應負有指示變更施工方法之真正義務者，可參照台南高分院 74 年度重上更(二)字第 6 號判決：「系爭工程，壽峰公司依台南縣政府指示以壓重式沉箱下沉法施工後，發現地質之鑽探及工程之設計有錯誤，該施工法無法使沉箱下沉後，請求台南縣政府變更工程設計，然台南縣政府並未為之，僅指示改採「高速水箭式施工法」，「反循環掘樁式施工法」，「炸藥爆破施工法」施工，則壽峰公司因此所增加之工程費用，自係因台南縣政府所指示之施工方法不適當，且有過失所致，壽峰公司就所增加之工程費用，請求台南縣政府賠償，依民法第五百零九條之規定，自屬有據。...末查壽峰公司主張工程材料及機械設備被九三颱風所造成之豪雨沖失，損失八百九十七萬七千元部分，台南縣政府對於壽峰公司遲不指示施工方法，致該公司未能如期完工，應負遲延之責任，依民法第二百三十一條第二項規定，對於因不可抗力所生損害，亦應負責，惟壽峰公司就七十年九月三日颱風之來臨，依目前新聞事業之發達，尚難諉為無法預先知情，自當事前就放置於工地現場之機械設備及材料預作防範，乃該公司卻未為防範，就因此所生之損害，顯屬自己之過失所致...。」；依此判決之論述，乃肯認業主(台南縣政府)遲未針對設計錯誤一事有所指示，構成給付遲延。該案業經上訴，最高法院以 75 年度台上字第 397 號判決指摘原審判決對於民法第 231 條第 2 項債務人於遲延中因不可抗力發生之損害亦應負責之規定詮釋有誤，而予廢棄。惟最高法院並未針對原審認定業主未及時指示構成給付遲延之見解有所批評。

過程，上訴人(按:業主)先後要求被上訴人(按:承包商)依反循環工法及改良式反循環工法(即一般層以反循環式基樁施作，如遇巨石或堅硬岩層無法以反循環鑽掘切削時改以重錘敲碎再以抓斗夾出方式施作)施作，經被上訴人表明不可行，上訴人仍執意為之，終致不得不停止 T4 樁之試樁，益證上訴人要求被上訴人施工，目的當非為驗證鑽探當時所獲得之數據資料，使系爭工程能有實質進展，而是避免經費增加及停工逾 3 月所生不利。...本件系爭工程於被上訴人再次進場施作系爭 T4 樁後，並未獲得實質進展，原來因試樁不順，無法取得相關數據之停工原因實質上依然存在，縱令被上訴人實際上係依上訴人之指示而有所工作，但仍因工法不合無法重行開始原訂工程，對原定工程進度之推展，並無任何助益...自難認有復工之實質，是被上訴人主張系爭工程自 90 年 6 月 1 日停工起，至同年 12 月 9 日止，停工已逾 6 個月，其得依系爭契約第 28 條第 3 項規定，終止系爭契約，自屬有據。⁹⁶⁵ ⁹⁶⁶」

三、業主指示施作契約外之工程形同已辦理契約變更

台北地院 96 年度建字第 210 號判決：「系爭工程契約之採購合約一般條款第 6 條規定：「本工程如有需要變更設計時，一經甲方(即被告)通知，乙方(即原告)應即照辦不得異議，並依下列規定辦理：1. 如有新增項目，其單價另議。2. 如原訂項目之數量有增減時，得按原訂單價交辦。」，此有上開條款可查，又系爭梯型柱等工作項目並非系爭工程契約約定由原告施作之範圍，而被告於上開函文中指示原告施作之事實，詳如前述，則原告於系爭工程契約工作範圍外，另行施作系爭梯型柱等工作項目，即具有變更設計性質。而原告就上開工作項目業已施作完成，且原告施作之數量如附件 1. 所示，而此部分承攬報酬之數額則如附件(二)所示...是原告依承攬契約法律關係請求被告給付上開承攬報酬合計 2,136 萬 2,337 元(計算式：2,103 萬 4,616 元 + 32 萬 7,721 元 = 2,136 萬 2,337 元，未含

⁹⁶⁵ 本件承包商主張依契約終止約款、民法第 507 條第 2 項及民法第 254 條解除契約，法院認為個案事實符合終止契約之要件，並肯認業主應補償承包商停工及配合業主反覆依原訂工法施作之損失，惟似未表明補償之依據。本件業經上訴，最高法院 96 年度台上字第 703 號裁定以上訴不合法駁回而告確定。

⁹⁶⁶ 關於地質鑽探結果與實際工地情況不符，有法院見解認為承包商僅負有限度之工地勘查義務，並認為如業主對於不適宜施作之土地發包工程，即構成指示不適當，應依民法第 509 條之規定賠償承包商之損害；可參照臺灣高等法院 87 年度上更(一)字第 36 號判決：「依鑑定人及建築師之證言，亦可知系爭土地因位於下方之 R1 地區不當開發致肇滑動而影響鄰房安全等，亦非於開工前之地質鑽探可得而知，且認於主體工程時予以補強即可，足見被上訴人並無過失。系爭工地既因 R1 不當開發處不穩定之狀態，該基地在客觀上即顯然不適合建築房屋，則上訴人發包指示被上訴人於該地施工即屬指示不當，上訴人抗辯有過失始需負責云云，自非可採。...惟查，民法第五百零九條所稱及時通知定作人者，必須承攬人查知有所謂之材料有瑕疵或指示不適當之情形發生後，才得以通知，被上訴人在施作前既不知系爭基地有何問題，又如何事前通知，而被上訴人於事故發生後，及時通知上訴人即屬及時通知，上訴人所稱應事先通知云云，即無可採。」

營業稅)為有理由。至於原告另依工程實務有關擬制變更習慣請求被告給付承攬報酬部分，原告既陳明係依選擇合併而為請求，則本院既已認定原告依前揭承攬契約法律關係所為之請求為有理由，即無庸審酌此部分，附此敘明。」⁹⁶⁷

參、評析

一、實務現況分析

觀諸國內工程契約範本關於業主提供施工相關文件之規定，除了國工局一般規範於 D.9 及 D.10 明列業主遲延提供施工文件時，承包商可要求展延工期或提出索賠請求外，其他契約範本多僅說明施工文件之範圍及順序，而未特別交待業主應及時提供施工文件之責任。而由於施工文件多由業主單方預先編撰，內容難免有不明瞭或與工程實際施作時產生差異之情形，而此將對承包商之履約產生一定妨礙，換言之，如業主不能配合釐清施工文件記載之內容或因應工程施作調整施工方法或順序時，輕則延誤施工時程推進，重則可能使工程因障礙因素無從繼續施作。針對此需求，國內契約範本多約定業主(或工程司)享有對於工程施作之指示權，以及因應工程進行需求而指示變更工作內容之權利。因此由相關規範可以推知，業主在提供正確且必要之施工文件後，尚應對於澄清或解釋工程施作疑義、指示承包商配合改正不合乎契約約定之給付及調整工作範圍等事宜予以配合，雖不同契約範本間對於業主提供協力要求之程度不盡相同，惟通常相關規範除明示業主不得無故遲延協力外，亦多肯認如因業主未能及時給予必要之指示或指示、要求不合理時，承包商可以此為由請求展延工期，甚至請求費用補償。

此外，各契約範本除了上述關於業主提供施工文件及給予指示等規範未盡一致外，另外涉及工程施工管理及品質管制等事項，亦多設有繁複之細節規定。蓋承包商所擬定之各種施工計畫、交通維持或管制計畫、勞工衛生安全計畫、施工材料品質計畫等皆與個案中工程能否達到合於雙方契約約定之標準息息相關，而此亦為業主於施工中有權且應予監督之對象。因此多數契約範本皆規範承包商在從事特定工程項目之施作前，應將其擬定之相關計畫送交業主或工程司審查、核定。雖各契約範本亦明文規定業主不得無故遲延審查計畫內容或到場進行各種查驗、試驗，惟一般皆未進一步規定業主遲延從事此類審查或檢驗之責任⁹⁶⁸，在此情形下，如業主不配合

⁹⁶⁷ 本件業經上訴，臺灣高等法院以 99 年度建上字第 71 號判決維持原審判決之認定。

⁹⁶⁸ 就本文觀查，似僅有公共工程委員會施工範本第 11 條工程品管、(六)工程查驗第 5 款及國工局一般規範 H.7 展延工期、第 1 項(C)設有對於業主遲延協力之因應方法。

工程進度予以審查或指示時，將可能妨礙工程進行而對承包商產生締約時無法預見之損害。

法院實務之案例涉及業主提供施工文件或業主對於工程之指示者，多屬業主所提出之地質鑽探資料或設計文件與實際工地情況不符，致承包商以原先預訂之工序、工法及經費難以施作之情形⁹⁶⁹，此時一般承包商多會請求業主辦理變更，惟業主未必因承包商之請求即願意變更設計，即便依契約約定，業主同意展延工期，仍常見業主以該工程之設計並無問題、地質鑽探資料有出入並非可歸責於其之事由所致、承包商應自行探勘工地等為由，而拒絕賠償承包商因施作遭遇困難而額外支出費用或停工之損失⁹⁷⁰。由於此尚涉及個案中事實認定及有賴專業鑑定之判斷，因此尚難從相關判決中歸納出法院實務對於業主提供施工文件或給予指示應盡何種義務之一致見解。

而針對本文觀察之判決可推知，雖對於原先地質調查或設計是否不當，個案中認定或有不同，惟只要確認業主所提出之施工文件或設計有礙於工程之施作，則就結論而言，法院多肯認工程無法進行或延宕並非可歸責於承包商，故承包商得依契約條款或情勢變更原則等規定主張展延工期、請求補償額外支出之費用或終止契約。而業主對於個案中無論是否可歸責於其之事由，發生工程按原訂施工計畫無法順利施作之情形，是否負有指示或變更義務之問題，各判決或以業主應履行變更設計之協力義務、或以遲未指示施工方法構成給付遲延，甚有透過當事人間往來交涉之內容而推論個案中原訂之工作範圍已發生變更等論述，直接或間接肯認必須藉由業主配合調整原訂契約之內容或施工計畫，方能使工程在不受干擾下繼續進行⁹⁷¹，由此似亦可推論業主提供正確之施工文件及適時給予必要

⁹⁶⁹ 關於業主是否應提供正確之施工文件、規範圖說，法院實務幾乎皆採肯定之看法，如澎湖地院 99 年度建字第 1 號判決：「民法第 490 條規定，所謂承攬，係當事人約定，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。工程契約性質上屬承攬契約，為使承攬人得以依約完成工作，定作人自有提供施工場地及交付工程設計圖予承攬人據以施作之義務，否則承攬人無從依約提出給付。是以，定作人如未盡協力義務，排除阻礙施工因素，致承攬人停工待命之情形，則定作人應負賠償之責。」本文考量篇幅，在此不另臚列所有相關之判決內容，詳細說明可參閱本文後述之分析。

⁹⁷⁰ 如屏東地院 96 年度建字第 15 號判決之案例事實乃關於承包商主張業主因設計不當致須辦理三次設計變更始能順利施工之情形，惟此遭業主否認變更設計係因設計不當所致，並為法院所採信。

⁹⁷¹ 類似意旨可參照最高法院 95 年度台上字第 678 號判決：「其次，依證人即桂華公司之工地主任毛慶得證稱：除地主高雅常部分外，其他部分因牽涉到水溝高程部分不符實際現況，「不可以」先行施工，要變更設計定案才可施工等語。參以兩造與訴外人即系爭工程監造人長城工程顧問有限公司於八十九年一月十四日之協議會議記錄所載：「本案原設計至發包時，期間已逾四年多，施工時發現地層下陷……『致包商無法施工』，擬請設計公司辦理變更設計奉准後，再通知承包商復工……」等內容。似見上訴人主張：系爭工程自完成設計至工程發包逾四年，而東石鄉地層每年下陷達十五公分，至發包時已下陷六十公分，如按舊圖施工將造成完工道路與週邊道路無法銜

且正確指示之協力，對於工程順利履行極具重要性。

二、外國法相關規定

(一)提供施工必要之文件或資料

依照 VOB/B 第 3 條第 1 項規定，業主負有無償⁹⁷²、及時⁹⁷³提供施工必要文件予承包商之義務，且該等資料必須符合承包商所需要之數量⁹⁷⁴，同時亦以對於工程合於契約履行所必要者為限。此種交付必要施工文件之義務，亦係 VOB/B 中典型之定作人協力義務⁹⁷⁵。而所謂施工必要之文件或資料，應以廣義之概念作理解，舉凡是書面文件或口頭之指示，例如說明圖說中未註明之開挖深度，皆屬於施工文件之一環⁹⁷⁶。而書面之資料或文件則包含施工圖面、計畫、說明書、個別工程或整體工程繪圖、操作指示、調查結果、鑑定報告、對於工程進行所必要之公法上許可文件、經檢驗過的環境安全證明或對於工程所需零件之製造說明等，只要是承包商履行工程所必要者，皆屬於第 3 條第 1 項之資料範疇⁹⁷⁷。所謂對於承包商施工所「必要」者，應以客觀標準作說明，只要該文件或資料有助於承包商及時且無瑕疵地提出約定之給付，並可確保契約之目的實現者即為必要⁹⁷⁸。由於此等文件或資料係對承包商施作合於契約約定之工程所必須者，因此業主應確保所提供文件或資料之可使用性及正確性⁹⁷⁹。但此種義務可在特定類型之工程中被約定轉由承包商承擔，典型之適例即統包工程⁹⁸⁰。

倘若業主未履行 VOB/B 第 3 條第 1 項之協力行爲，且當事人

接之窘境云云，尚非全屬無稽。果爾，於被上訴人(按:嘉義縣政府)未完成該變更設計前，苟上訴人因而未進場施作，是否猶可謂係非可歸責於被上訴人之事由？非無斟酌之餘地。」

⁹⁷² 無償之概念係指不僅該文件之取得，且連同對於文件之使用皆為免費者而言。如業主企圖透過定型化約款使承包商負擔取得施工文件或資料之成本，則該約款可能被宣告無效。Vgl.

Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 23.

⁹⁷³ 依照新版 VOB/A 第 9 條第 3 款及第 7 條之規定，業主應盡可能於招標時即提供施工相關文件。至於「及時」與否之判斷，在當事人有特別約定給付時點時，即應以該時點為準；惟倘若當事人未約定時，則可藉由工程契約中所擬定之工程時間表為輔助，推估承包商執行個別工程相關之準備行為大致所須之時間為何，以決定最遲應於何時提供該文件或資料始為妥當。另外亦可藉由承包商對於被給予之文件或資料進行檢視、規劃及組織相關準備工作所需之時間，以及業主對於承包商提出質疑所須再為審查、反應或提出新的指示之時間為判斷標準。Vgl.

Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 22.

⁹⁷⁴ 對於應提供文件或資料所必要之件數，原則上應依個案作判斷，一般在大型工程契約中，可依投入人員的總數、工作團隊數量、承包商組織程度以及計畫給付之特殊性等作為估算依據。Vgl.

Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 21.

⁹⁷⁵ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 16.

⁹⁷⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 17.

⁹⁷⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 17.

⁹⁷⁸ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 18.

⁹⁷⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 18.

⁹⁸⁰ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 23.

約定此種協力為業主之契約義務，則業主違反義務具有可歸責性時，承包商即可依照德國民法第 280 條以下之規定請求損害賠償。而若該等協力行為確實妨礙工程之進行，承包商亦可在符合 VOB/B 第 6 條第 2 項及第 6 項之要件下，請求展延工期或損害賠償；當然承包商依 VOB/B 第 6 條第 6 項第 2 句之規定，可額外主張德國民法第 642 條關於違反協力義務請求補償之權利。另外，承包商亦可選擇行使 VOB/B 第 9 條第 1 項之契約終止權，並請求結算已提出給付部分之報酬或未被報酬所涵蓋之費用⁹⁸¹。而相對地，承包商依 VOB/B 第 3 條第 3 項之規定，亦基於誠信原則而負有檢查並提示文件或資料有錯誤、矛盾等以維護契約相對人免受損害之附隨義務⁹⁸²。

(二) 業主之指示權

業主對於工程契約之執行，依 VOB/B 第 4 條第 1 項第 2 款享有監督承包商之權利。而對於承包商履行工程給付之監督權限，業主亦可委由其授權之建築師或工程負責人代為行使⁹⁸³。倘若業主對於工程執行缺乏監督或監督存有瑕疵，則其對於工程施作衍生之損害亦具有可歸責性，而有德國民法第 254 條與有過失規定之適用。此外，業主對於承包商依契約所應負提出合於約定之給付，於必要時得給予指示。應予注意者係，業主之指示與業主對於工程施作之建議、提示、對於承包商處理方法之贊同、業主之期望等皆有不同，而此種區別具有重要性，因為承包商對於業主之指示應予遵守，而此等指示通常亦涉及履行或瑕疵之風險承擔，換言之，倘若業主之指示有錯誤或缺，承包商遵循該等指示施作且已履行其依 VOB/B 第 4 條第 1 項第 4 款之檢查或提示義務時，其依 VOB/B 第 13 條之規定即不須負擔瑕疵擔保責任⁹⁸⁴。

業主之指示係一需要相對人受領之意思表示，而當該指示影響到承包商原依契約所應履行之給付範圍時，此時乃涉及 VOB/B 第 1 條第 3 項之指示變更權⁹⁸⁵。一般而言，倘若業主對承包商已明確表達其對於特定工程應如何施作之意思，而未給予承包商其他選擇時，此多僅涉及業主依 VOB/B 第 4 條第 1 項第 3 款一般指

⁹⁸¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 15.

⁹⁸² Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 32. 詳細說明可參閱本文前述於「提供適於施作工地」部分之外國法規定介紹。

⁹⁸³ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 14.

⁹⁸⁴ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 23.

⁹⁸⁵ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 24. 由於業主之要求、或請求有時很難與業主對於工程計畫之變更劃出界線，因此承包商應仔細審查該指示內容是否僅涉及原已約定負擔之給付範圍，惟此通常亦伴隨產生當事人間原先約定之價金應否調整等問題。

示權之行使⁹⁸⁶。業主指示權之行使應以使給付之實現合於契約約定所必要者為限，而此通常係指對於工程之執行應按時且合於約定標準之指示而言，換言之，業主應設法確保承包商所提出之給付與約定之樣式相符，至於是否為執行工程所必要之指示，應依客觀標準作判斷，而非取決於業主自身之意思取向⁹⁸⁷。當然此種業主之指示並不得干涉承包商在工地上所享有之協調或領導權限，意即業主不得透過指示妨礙承包商之支配權，因此業主並不得行使指示權去更動施工之細節⁹⁸⁸。此外，業主之指示是對於已存在之契約內容予以具體化，則承包商遵循此種業主之指示，並不會使其所負擔之給付內容發生改變，而此種情形既不涉及VOB/B第1條第3項業主之變更權，承包商自然亦無基於契約變更而請求調整報酬之權利⁹⁸⁹。

相對於業主之指示權，依照VOB/B第4條第1項第3款規定，承包商負有對於契約預先約定之執行方式或被提供之工程材料予以檢查及異議之義務⁹⁹⁰。雖然此為承包商獨立之義務，惟其仍與業主之指示權具有關聯性，蓋業主享有指示權之利益包含使工程執行合於契約之約定及契約目的，且可確保較低之施作成本，而此與承包商之異議或提示義務具有相同之目的，即確保在工程執行階段，承包商之給付合於規範地被提出⁹⁹¹。原則上業主指示權之地位係優先於承包商之提示義務，倘若承包商本於主觀評價而對於業主之指示提出之不合理或不合目的之質疑，且被紀錄下來時，則此亦將被視為業主指示內容之一部分，承包商原則上仍應遵循該指示⁹⁹²，惟承包商可依VOB/B第13條第3項第1句規定，獲得瑕疵擔保責任免除之效果⁹⁹³。

(三) 業主之變更權

業主依VOB/B第1條第3項規定享有對於工程計畫之變更權，此種對於契約變更之形成權行使並不以獲得承包商合意為要

⁹⁸⁶ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 24.

⁹⁸⁷ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 25.

⁹⁸⁸ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 27.

⁹⁸⁹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 25.

⁹⁹⁰ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 34. 關於承包商之(疑慮)異議或提示義務，本文限於篇幅，僅能作概略介紹，詳細說明可參閱 Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 33 ff.

⁹⁹¹ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 34.

⁹⁹² 但在例外情況下，承包商評估業主之指示具有顯著之瑕疵、如實行該指示將對於業主產生重大損害，或欠缺工程相關之先行給付將使承包商原負責提出之承攬工作明顯地變成無意義時，承包商在符合規範告知其異議(疑慮)後，可享有拒絕給付之權利。Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 109.

⁹⁹³ Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §4 VOB/B, Rdn. 34. u 35.

件⁹⁹⁴。單方之給付變更權有助於業主依實際需求變更原已約定之給付內容，此亦涉及當事人本於契約嚴守原則所具有利益狀態之改變⁹⁹⁵。然業主之變更權限應受限於工程計畫之範圍，雖給付變更權係有助於將原先約定之給付依業主改變之期望作調整，如此可能擴大或縮減承包商之給付內容，惟此並不完全更動原先工程計畫之基礎。申言之，變更權行使之界線，是以「本質上等同於原先工程計畫」之概念作判斷，但此概念較不易操作，因此決定變更權之界限當然亦有其困難度⁹⁹⁶。學者有認為或可依具體契約之範圍尋找該變更權行使之界限，例如對於將木造陽台更改成鋼製陽台，對於施作該部分工作之木匠而言，即幾乎難以認為此僅係原先契約給付之變更；惟對於該工程之總承包商而言，此仍然在業主指示變更權限之範圍內。由於變更權之行使乃係契約之一方再未經同意下，要求他方配合調整給付之內容，因此僅在該計畫變更權限對於承包商而言是合理且適當時始能被執行⁹⁹⁷。此外，業主一般而言並不會基於達成計畫得執行之目的而負有變更工程計畫的義務⁹⁹⁸。

於業主行使變更權時，當事人得協議調整契約價金(VOB/B 第 2 條第 5 項)。原則上該變更權之行使對於約定之給付期間應不生影響，然依照 VOB/B 第 6 條第 2 項之規定，若業主行使變更權構成對承包商施作過程之妨礙時，承包商可請求展延工期，惟由於業主係依照契約之約定而行使給付變更權，故承包商不得請求業主依 VOB/B 第 6 條第 6 項規定負擔損害賠償責任⁹⁹⁹。承包商對於變更計畫之執行乃取決於與原契約計畫之一致性，若業主指示變更已超過給付變更權之界限時，此時契約並不因單方之指示而發生變更，也不適用 VOB/B 第 2 條第 5 項報酬調整之規定¹⁰⁰⁰。換言之，雙方當事人依照誠信原則皆負有合理形成契約之協力義務，如一方拒絕履行此種協力，將違反合作義務之概念，此時他方當事人即有權基於重大事由終止契約並請求損害賠償¹⁰⁰¹。

當特定給付對於原契約內容之執行係有必要，惟非屬於原約

⁹⁹⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 2.

⁹⁹⁵ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 2.

⁹⁹⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 4.

⁹⁹⁷ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 4., 倘若業主行使變更權而改變原訂之給付內容，承包商亦可選擇基於重大事由終止契約，或依德國民法第 324 條之規定解除契約。

Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §642, Rdn. 39.

⁹⁹⁸ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 11.

⁹⁹⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 12.

¹⁰⁰⁰ VOB/B 第 2 條第 5 項：「當契約中一個已被預見之給付，其價格基礎因建築設計或其他定作人之指示而被改變時，則一個新的價格應在增加或減少費用之考量下被約定。此一約定應在工程執行前被協議」。

¹⁰⁰¹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 15.

定範圍之給付時，依照 VOB/B 第 1 條第 4 項規定，業主對於承包商仍享有單方的委託權¹⁰⁰²。至於該追加之工作內容究竟是屬於原先未被約定之額外給付，或已被原先給付範圍所包含，原則上應依契約之解釋作認定¹⁰⁰³。惟在此，業主依第 1 條第 3 項所享有之指示變更權具有優先之地位，換言之，第 1 條第 4 項對於最初未約定之給付僅具補充性適用之性質，一旦契約原先未約定之給付經由業主行使變更權而變成契約給付內容時，第 1 條第 4 項即無適用空間¹⁰⁰⁴。

此種額外的給付通常是基於技術之需求或欲產生預期之利用而被委託，其有助於契約給付之執行，因此必須是該已被計畫之給付實質上已存在，且僅透過此種額外之給付而被補充或使其實現變為可能¹⁰⁰⁵。對於這樣單方委託額外給付之報酬，承包商可要求業主依 VOB/B 第 2 條第 6 項之規定¹⁰⁰⁶作出調整，倘若業主終局拒絕給付額外報酬，承包商亦不負有履行該委託工作之義務。對於施作額外的給付，承包商有權依 VOB/B 第 6 條第 2 項請求展延工期，但由於此種額外給付之委託係業主依契約被賦予之權利，因此原則上承包商並不得因業主委託施作額外給付所造成之妨礙，對業主主張 VOB/B 第 6 條第 6 項之損害賠償請求權¹⁰⁰⁷。

三、本文看法

簽訂工程契約之雙方當事人，各自本於契約之約定負有提出合於契約約定給付之義務，就承包商而言，即為依照業主所提供之設計圖說或相關施工資料等所載內容，評估並擬定其細部設計、施工計畫或品管計畫，並安排調度施工所需之人員、機具、材料等進入施工用地，依照規劃之施工進度逐步完成工程標的。於一般營建工程中，承包商並不負工程設計之責任，換言之，承包商必須依賴業主或其委任之建築師所提出之招標文件、設計圖說、規範等資料，方能掌握整體工程之輪廓及施作之方向，並基於此目的作好各種準備，決定施工順序或方法，以順利且繼續不間斷地履行工程契約¹⁰⁰⁸。此種業主之協力行為如同工程施工用地之提供，一旦業主未

¹⁰⁰² 此種單方的委託，具有形成權性質，可由業主或得其授權之人行使。

¹⁰⁰³ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 16.

¹⁰⁰⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 16.

¹⁰⁰⁵ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 17.

¹⁰⁰⁶ VOB/B 第 2 條第 6 項第 1 項：「當契約中一個未被預見之給付被要求時，承攬人有一特別的報酬請求權，然而承攬人必須在其開始執行該給付前通知定作人此一請求」。

¹⁰⁰⁷ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §1, Rdn. 20.

¹⁰⁰⁸ 關於上述由業主提供施工所須文件、資訊及設計等內容供承包商於投標階段進行估算，在履約階段進行施工規劃，學者有將之稱為業主之定作義務者。申言之，定作人基於定作義務所提出之定作內容，依其功能尚可區分為涉及工地現場定位之測量基準、包含地質水文條件等之現場數據、關於工程之外型、尺寸及材質等資訊之工程樣式及對於施工方法作原則性規定之施工原則，

能提供或提供之內容存有瑕疵，不僅可能使承包商在締約時錯估風險及成本，亦使其在工程進行中可能遭遇無法預見之阻礙而產生損害，更可能導致雙方當事人必須依契約約定或法律規定調整原訂契約之給付內容，以為補救。由此可知，業主提供各式施工所須之文件及資料，對於承包商之重要性不言可喻，因此本文亦將業主提供工程所須文件、資料之行為納入業主提供適於施作狀態義務之討論範圍內。

(一) 業主負有提供正確施工文件及資訊之義務

工程契約由於牽涉龐大且複雜之專業技術及權利義務關係，因此與契約有關之文件亦較其他契約來的厚重。一般工程契約之文件可分為兩大部分，一為規範當事人間主要權利及義務之契約主文或一般條款，其內容主要說明工程之運作模式及針對日後可能發生之各種情形，預先約定一旦發生時之處理方法¹⁰⁰⁹，而此種文件擬定之主要目的在於能如期如質、有效率地控制管理於成本預算內完成；另一則為用以說明工程或服務之內容、功能或施作方法等之規範、圖說及工程數量表，此等文件主要記載工作之實體內容(例如組件、配製等)，與說明工作內容之方位尺寸及規格屬性(例如設計用途、規劃圖樣、配置方法、品質要求等)，其目的除使業主得掌握工程品質外，更使施工單位透過圖表之描繪而能具體落實業主之構想¹⁰¹⁰。而於契約文件外，業主亦可能視工程需求於招標或施工階段提供相關之工程施作資訊，例如地下水文條件、地質資訊、氣候狀況、工地現場定位所需之測量基準點、線及標高等，供承包商評估各項資訊以作最合適之規劃與施作。綜合言之，各種契約文件及資訊間彼此應相輔相成，交互參照，方能完整提供工程契約履行所必備之資訊及勾勒出工程標的之輪廓與願景。

而此些數據或資訊在締約及後續之施工階段，將成為當事人間與定作內容有關之契約標的或締約基礎，如成為契約標的者，將列入契約文件而規範雙方之權利義務關係；如該等資訊僅為契約對價關係之基礎而非契約之標的，仍可能涉及在實際施作情形與契約基礎產生差異時，是否得適用交易基礎干擾原則之問題。詳請參閱余文恭，兩岸工程施工契約之比較研究-以竣工義務及協力行為為中心，私立東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2006年8月，頁99-101。

¹⁰⁰⁹ 顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第112期，2005年4月，頁7。

¹⁰¹⁰ 申言之，圖說之功能有：1.彙整專業技師之設計，以圖樣方式說明及提供工作各部分詳細之資訊；2.使估算工程師有足夠的資訊為成本之估算及成本計畫之製作；3.使業主能就設計及工法對成本加以評估，以決定適用之方式；4.使政府有關當局藉由圖說之提送及核准程序，明瞭及管理工程之進行；5.提供工程之內容作為招標文件，供投標之承包商瞭解於本工程中應盡責任義務之範圍、並據以估算其投標價；6.於履約過程中，作為承包商進行細部設計之基礎，並用於指示承包商工程應如何興建。另外，規範係用以說明「應如何完成這工作」，其乃依據業主的需求及圖說之設計，將工程所需之材料、貨物、工藝等組成物之形式及品質予以明定。而工程數量表則涉及施工之項目、數量，此多為承包商對於施作數量及投標金額之評估依據。詳請參閱顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第112期，2005年4月，頁7-9。

由工程所需文件之組成可知，各項文件及其所記錄之資訊，對於承包商施作工程而言，乃扮演指導性之角色，承包商提出合於契約約定之給付多仰賴業主所提供之各式資訊為依據，最常見者莫過於由業主提供之地質鑽探資料及設計圖說，藉由該等鑽探資料或設計圖說，方能使承包商掌握工程施作之方向與內容，並取得工程用地相關且必要之物理資訊，瞭解施工場所地質結構或管線分佈等情形，進而擬定施工計畫，選擇合適之工法以推動工程。惟由於工程契約之文件繁多，倘若業主疏於注意，難免產生各文件規範不一致之情形，最常見者即圖說與詳細數量表對於特定工程項目記載不同所產生之漏項爭議。此外，倘若業主或其委託之設計單位未按規定完成必要之前置準備工作，或其雖從事該等準備事宜，惟未能詳盡取得相關資訊時，皆將影響設計之正確性與施工方法之決定，進而連帶造成承包商施作工程之妨礙。例如工地實際情況與地質鑽探資料內容有所出入而形成異常工地之狀況(Differing Site Condition)，此種實際情形與文件資訊之不一致，可能導因於業主未盡必要之地質調查；亦可能係受限於調查技術，即便業主善盡注意也未能發現之異常現象¹⁰¹¹，惟無論如何，此皆可能造成承包商依照原訂規範圖說或設計無法順利施工，甚至造成停工閒置之狀態，進而產生實務上層出不窮之工期展延及費用補償等爭議¹⁰¹²。

有鑑於與工程施作相關之契約文件或調查資料，對於承包商順利履約具有不可或缺之重要性，是以本於契約目的之追求及保障當事人間履約之正當信賴，本文認為業主應負有及時提供正確之施工文件與資料之協力義務¹⁰¹³。主要理由有以下三點：

1.關於施工所必須之文件、資料，如設計規範、圖說、各式調查資料、鑑定評估報告等，通常於工程之規劃或設計階段，即已由

¹⁰¹¹ 例如工程實務上之地質鑽探作業，依建築技術規則等規定可知，係指地基鑽探孔應均勻分佈於基地內，針對固定間距如每六百平方公尺鑽掘一孔作為單點，並以兩單點間所作之地質鑽探，用以推定二單點間之地質。由此可知在地質鑽探技術上，始終存在可能無法探知之風險，無論由業主或承包商進行此項作業，皆無法完全確保所得資料係百分之百符合實際情況。此時即進一步產生應由何方當事人承擔差異之風險較為合理之問題。

¹⁰¹² 例如由於業主提供之資料有錯誤或不完整，致使承包商在工地現場發生預料以外之地質狀況時，無法依原訂工法順利施作，而必須將預定工法予以修正或改變，始能接續履行契約之給付。而此種調整或變更將可能增加原契約成本外之支出，包含依預定工法所投入之費用、重新調查地質之費用、調整或變更工法所需費用等，此時究應由承包商自行吸收或應由業主賠償、調整原訂契約內容，即有待討論。

¹⁰¹³ 德國學者指出倘若業主未履行特定協力行為將影響承包商提出特定給付之可能性，而承包商對於該給付之提出具有特別之財產上利益時，該協力行為即有可能不再僅係業主之職責，而有被認定為附隨義務之可能，例如業主違反資訊義務或提示義務時，皆可能對承包商之施作產生損害。另外，德國聯邦最高法院有時亦將業主提供圖說之行為視為業主之契約義務(BGH NJW 1972, 447=BauR 1972, 112); Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §9 VOB/B, Rdn. 97.

業主製作、取得，或可透過其行政權限協調有關單位提供並掌握。因此由業主取得並提出施工所必須之資料文件，不僅不至於耗費過高之取得成本，且亦為最合乎經濟效率之手段；同時藉由業主對此等資訊之掌握，應可期待其於設計規劃階段，善盡注意以考量工地相關之地質狀況、管線分佈情形及可能遭遇之各種人為或自然風險，擬定最合適之設計圖說或選擇較適當之施工方法。而此所內含之意義在於，若業主對於其已掌握之資訊未能有效評估並納入設計規劃之考量中，則當後續工程發生施作障礙時，即可藉此推論業主之設計或期前調查作業是否有疏失，而應由其承擔相關損害之賠償責任¹⁰¹⁴。

2. 依照工程實務之運作，業主多將其於招標時提出之工程說明文件、編擬之工程圖說、規範及相關施工資訊，如地質鑽探資料等合併置於工程契約書中，而由承包商於決標後依據這些契約文件進行工程。換言之，除設計建造統包契約之情形，承包商通常並未參與業主之設計過程，同時若該工程未編列相關之地質調查費用¹⁰¹⁵，則承包商於等標期既無充足時間亦無經費可詳盡地獲得施工所需之相關資訊。是以，承包商除了盡到招標文件要求對於施作環境所必要之履勘外，對於工程所須資訊之取得或掌握能力皆劣於業主，進而其在整體工程進行中對於業主提供正確規範圖說或工程必要之文件及資訊之依賴度相當大¹⁰¹⁶。雖一般而言，對於交易相關訊息並非知悉之當事人必然負有揭露之義務，蓋取

¹⁰¹⁴ 法院實務有採類似看法者，可參照最高法院 93 年度台上字第 1400 號判決：「上訴人(按:為本件工程之業主)於高雄地區地質最惡劣之愛河附近地帶建造該等大型工程，施工前自應審慎評估該地區之地質是否適宜進行地下三層之深開挖工程，疏未注意，造成系爭建物沈陷、龜裂，其定作已有過失。」，此判決認為業主應善盡地質評估之責任；另外，最高法院 93 年度台上字第 942 號判決亦謂：「至於(一)地質狀況或條件、(二)地錨之數量、位置或抗壓力之設計、(三)林肯公司是否依設計數量發包等，應由各該負責之公司或設計人員負責，不應令日昇公司(即承包商)負責。」，由此判決內容可推知，評估並衡量地質狀況與條件係設計人員之責任，而非承包商之責任。

¹⁰¹⁵ 法院實務上有認為個案中如有編列地質探勘費用時，似較能推論承包商應負地質調查義務及承擔地質情況差異之風險者，如最高法院 92 年度台上字第 1449 號判決：「然被上訴人於系爭合約工程項目中已編列『鑽探工程費』二十六萬一千二百四十元，有系爭工程合約單價分析表可參，足見上訴人承攬系爭工程負有進一步地質鑽探之義務，其承攬前對於鑽探結果與原規劃設計所參考者未必完全一致之可能性，應有所預期。」

¹⁰¹⁶ 以地質調查為例，依政府採購法第 28 條授權訂定之「招標期限標準」第 2 條規定，即使在鉅額採購之情形，其等標期亦僅不得少於 28 日，此期間長度相較於國際慣例上規定美金 5000 萬元以上之公共工程，視工程複雜性算標需要 10 至 45 個月不等，等標期間約 2 至 6 個月，明顯短少，欲要求承包商在 28 天內除進行算標作業之外，尚須確實進行工地勘查或地質調查，並評估所有可能產生之風險而反映在標價上，實難以期待。如將此觀點對照業主自身或由其委託之建築師、工程顧問公司進行規劃設計之情形，在其享有較充足時間進行調查下，亦可能無法完全掌握地質風險，則如何能要求承包商於短時間內即應完全評估地質差異之風險及自行承擔所有衍生之不利益呢？更何況承包商此時尚未確定得標，則更難以期待其為了未能確定施作之工程即事先投入相當成本進行地質等資料之調查。詳細說明可參閱謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 439。

得或傳遞訊息必須支付成本，是否分享取得之資訊予交易相對人，本涉及當事人之利益考量¹⁰¹⁷。惟倘若不提供或揭露特定資訊，將使相對人於交易時漏未判斷或作出錯誤決定，導致衍生後續補救之成本時，資訊之不揭露反有害於整體經濟效率，亦有損健全交易秩序之建立¹⁰¹⁸。此時本於經濟效率之追求及履約之誠信，掌握資訊之一方即可能被課予承擔一定程度之揭露或告知義務。

本文認為此種資訊揭露、告知義務亦可運用於工程契約中，蓋承前所述，對於工程所須資料之取得及工程之設計規劃，不僅為業主應負責之事項，且在其享有較承包商更充欲之時間進行規劃與調查作業下，應為業主較有能力掌控風險之領域，同時亦為承包商順利履約所必須者，因此本於當事人間信賴關係之維護，及契約目的之圓滿達成，應認為可自誠信原則及工程慣例中推導出業主負有及時提供正確施工資料之從給付義務或附隨義務¹⁰¹⁹。換言之，此等業主之協力不再只涉及其自身之配合意願，而應認為其不為此協力或為不完全之協力，將可能造成他方當事人無從或難以提出合於契約約定之給付，而妨礙契約目的及利益之追求，同時亦將破壞當事人間履約之信賴關係，實質上有損整體契約之完整性。是以，既然涉及業主較有能力掌控且屬於其依契約應負責之領域，則要求業主及時提供正確之文件或資料乃具有合理之期待可能性，進而可確保工程能如期、如質且不受干擾地進行¹⁰²⁰。

¹⁰¹⁷ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月增訂版，頁272-273。

¹⁰¹⁸ 王文字，從經濟觀點論保障財產權的方式，民商法理論與經濟分析，元照，2000年5月初版一刷，頁66-69；謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁268-269。

¹⁰¹⁹ 實務上亦有採類似看法者，可參照臺灣高等法院93年度上字第128號判決：「兩造訂定系爭工程契約，上訴人依約所負之主給付義務雖為承攬報酬之給付，**然被上訴人於施作系爭工程時所需之設計圖係由上訴人提供，被上訴人非有正確無誤之施工設計圖面，無從據以完成系爭工程而實現契約目的及利益，是提供正確無誤之施工設計圖予被上訴人俾其按圖施作完成承攬工作，實為上訴人依本件承攬合約所負之附隨義務，如提供之設計圖面，因設計錯誤不堪使用，自屬不完全給付之債務不履行。**」；此外，亦可參照台中地院93年度建字第40號判決：「按定作人（即業主）除依民法第四百九十條第一項之規定，負有於承攬人完成工作時給付報酬之義務外，於工程正式開工前，尚負有其他應先履行之義務，其中最重要之義務包括：**(1)業主必須提供充分詳實之工程圖說給承包商，俾承包商得據以施工。**」。學說上與本文採相同看法者，可參閱陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁165-166；顏玉明，引言—工程承攬契約中業主義務之探討，工程法律系列論壇(九)，頁4；曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年1月，頁188。

¹⁰²⁰ 論者有自英美法上業主之默示義務及保證觀點，認定業主對於其提供之詳細說明書及圖說的適當性負有默示保證義務者，意即業主必須擔保其提供與承包商施作之圖說或相關文件必須是清楚而確定的，且必須符合預期之目的，倘因該等文件之缺陷造成無法履約之損害，風險即應由業主自行承擔。詳細說明可參照謝哲勝，李金松，工程契約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法

3.依照上述推論，業主不僅負有提供施工所必要之文件、資料予承包商之從給付義務或附隨義務，尚須其及時且正確之提供，方能謂已盡履行契約義務必要之注意。所謂及時，參酌前述 VOB/B 規定之意旨，係指依雙方約定之時點或視工程性質，對於特定文件或資料所必須參考或使用之時間，業主至遲於該時點前即應交付。惟此不表示業主應一次交付全部資訊，對於何時應提供何種資訊，原則上應透過工程契約進行之程度或相關工序安排等情形作綜合判斷¹⁰²¹。而所謂提供正確之資訊，係指依業主在其能力範圍內，盡其必要之注意可取得或掌握者而言。換言之，倘若業主已支出必要鑽探費用，且謹慎使用合於規範之技術從事調查，此時即便業主取得之地質資訊與實際地質狀況有所出入，仍應認為業主對其提供正確施工文件或資訊之義務，已盡必要之注意，在此情形下應予重視者，乃係後續透過契約變更或適用情事變更原則等調整給付內容之問題¹⁰²²。

此外，在工程實務上，於締結工程契約前，業主多會於磋商或招標階段提供相關施工之文件及資訊，論者有稱此為業主之「締約定作義務」¹⁰²³，意即在雙方準備或商議訂立契約之階段，業主有義務提供與定作內容相關之訊息資料以供承包商進行風險及成本之評估，並將最後估算結果作為投標之依據，而此等締約文件資訊或被列入將來契約之內容，或僅成為雙方締約之基礎，然對承包商而言皆極具重要性。倘若業主違反締約定作義務，例如提供之定作內容有誤或提供之定作內容不足，致影響契約對價關係之平衡時，業主即應負締約上過失之責任¹⁰²⁴。對此，本文認為，由於業主提供之施工必要文件或資訊於締約階段係承包商評估相關風險及利益之重要基礎，此時為了確保交易資訊之流通與掌握，保障相對人合理之信賴，並有利於承包商估算出足以與所受

研究協會發行，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁277-278；張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000年7月，頁104-105。

¹⁰²¹ 謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁262。FIDIC新紅皮書第1.9條第1及第2項，亦針對工程師未及時提供圖紙或指示致工期延誤及招致費用增加時，規定承包商可分別依第8.4條請求展延工期及依第20.1條對於增加支出之費用予以索賠，相關規定可供此處討論時作參照。

¹⁰²² 在此乃涉及地下水文、岩盤分佈狀況不明等地質差異之風險，而對於施工客體之可施作性，依VOB/B第6條第2項規定及德國民法第645條所發展出之領域理論，皆肯認此應屬業主應承擔之領域風險。換言之，於個案中，承包商因此種妨礙工程施作之地質差異狀況所發生之損失，即可依契約之調整約款或情事變更原則請求對工期及費用補償為公平合理之調整。論者亦有指出對於此種「不可預見且無法避免或減輕之風險」，應由業主負擔，詳請參閱張吉佐、李民政，隧道工程地質風險分攤研議，中興工程第64期，1999年7月，頁2。

¹⁰²³ 余文恭，兩岸工程施工契約之比較研究-以竣工義務及協力行為為中心，私立東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2006年8月，頁99-101。

¹⁰²⁴ 余文恭，兩岸工程施工契約之比較研究-以竣工義務及協力行為為中心，私立東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2006年8月，頁99-111。

風險平衡之投標價格¹⁰²⁵，本於誠信及公平交易原則，應將掌握資訊者積極之作為義務延伸至磋商或締約階段，成為先契約義務¹⁰²⁶，是以，在工程契約之招標或締約階段，業主如未提供或提供不正確之施工文件、資訊，導致承包商作成錯誤判斷產生損害時，即有依民法第 245 條之 1 第 1 款或第 3 款負締約上過失責任之可能¹⁰²⁷。

另外，針對設計責任部分，由於此為業主應負責之契約義務，因此倘若設計錯誤或有欠缺，造成工程施作困難而衍生額外費用時，業主即應承擔損害賠償責任¹⁰²⁸。倘若業主係委由建築師或工程顧問公司進行設計作業，則對於該第三人設計之疏失，依照民法第 224 條之規定，業主亦應承擔其履行輔助人之故意或過失，而負不完全給付之賠償責任。

值得注意者為，對於業主所提供之規範、圖說或其他與施工相關之文件及資訊，承包商應本於其專業知識及判斷能力，對於該等文件或資訊之正確性予以必要之檢查或審視。蓋業主雖負有提供正確文件及資訊之義務，惟在承包商對於建築工程具有專業認識及施作經驗之情形，其對於業主所提供資訊之正確性予以審查，不僅可合理期待，同時亦能確保工程施作之品質或效用合於契約之約定。換言之，本於誠信原則，雙方當事人皆負有合作以達成契約目的之義務，同時亦須對於他方當事人之權益給予必要

¹⁰²⁵ 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，頁 108。

¹⁰²⁶ 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009 年 9 月增訂版，頁 258-268。

¹⁰²⁷ 余文恭律師進一步主張如業主提供錯誤之定作內容時，原本之定作內容應構成民法第 246 條給付不能之情形，承包商對於已施作之給付或所受之損害應可依民法第 245 條之 1 及第 267 條等規定請求補償。就此本文認為，此種業主提供錯誤或不足定作內容之情形，通常與締約與否之意思決定較無絕對關聯，此時，業主所違反之附隨義務與存在契約關係中提供正確文件資訊之附隨義務具有同一性，僅涉及違反義務時點之差異，因此更重要的思考面向或許係在此種錯誤或不足資訊之提供，對承包商施作工程產生阻礙或喪失原本締約基礎之情形，業主應如何進一步予以指示或更正？如其不為指示或調整致工程難於進行應承擔何種責任？換言之，本文認為，在民法第 245 條之 1 所得請求賠償之範圍通常僅為信賴利益之情形下，當業主於招標或締約階段未正確提供文件或資訊，於事後亦未進一步積極給予必要指示或調整時，應一併依債務不履行之規定請求履行利益之賠償，此或許對承包商權益之保障更具實益，也能促使契約因業主負有指示或調整之義務而得繼續履行，從而更合乎業主提供適於施作狀態義務之內涵。關於締約上過失責任體系之說明，詳請參閱林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立臺灣大學法律學研究所博士論文，2005 年 7 月，頁 87。

¹⁰²⁸ 就此，可參照最高法院 99 年度台上字第 222 號判決之案例事實，在該拆除橋樑工程中，由於民眾抗爭導致工程無法施作，承包商必須等待業主機關變更設計，另設置農機車便道及便橋供居民通行後，方能繼續履行給付。該案原審法院認定此為業主未盡提供適於施作工地之義務，應構成給付遲延，惟最高法院認定此協力僅屬業主之不真正義務，而不成立債務不履行責任。就此本文認為，如業主當初於規劃或設計時對於該橋樑工程之周圍環境及交通狀況有善盡必要之調查，則應可預測橋樑拆除可能對於當地居民通行產生不便之情形，換言之，如業主未考量工程施作可能對於當地民眾生活之影響而製成設計圖說並提供予承包商施作，則對於民眾抗爭導致工程無法進行之結果，即可能認定係可歸責於業主之設計不當所致，而應由業主承擔損害賠償責任。

之照顧或保護；而一項工程之施作是否合於契約約定而得實現契約目的，不僅涉及業主對於工程之構想與期望，亦關係到承包商得否圓滿履行給付並獲得相當之對價。因此對於業主所提供之各式圖說、規範及施工資料，承包商應本於一個有經驗且專業之工程施作者通常會具備之知識、經驗、能力等作判斷，倘若該等文件或資訊有缺漏或有錯誤，承包商應盡速告知業主，使業主得及早因應以避免損害發生或擴大。若承包商怠於告知，致工程因該等錯誤資訊而無法進行或施作困難，此時承包商將可能因違反檢查之附隨義務而有適用與有過失，對於業主之損害賠償責任予以分擔之可能¹⁰²⁹。

(二) 業主之指示權與指示義務

前述業主所負提供正確施工文件或資訊之義務，於業主所提供之內容符合工地現場實際情形及工程施作需求時固無問題，惟在多數工程之進行中，常見之情況多為業主所交付之各式文件或資訊，或有缺漏，或與工地實際狀況產生差異，此或導因於業主之疏忽，亦可能係受限於現有技術之發展。惟無論如何此種必要文件或資訊之錯誤或不足，皆可能對承包商之施作產生遲延或無法進行之阻礙，此時雖可追究業主未確實履行提供正確施工資訊之義務，惟自工程整體之進行及契約目的之追求觀之，請求業主賠償因其違反義務致生之損害或解除契約，似乎皆沒有業主對於文件資訊為必要之補充、澄清或更正來的更有實益，蓋一般而言，承包商締約之目的乃著眼於工作能順利完成而取得相應之報酬，因此如何在工程實際施作遭遇阻礙時得減緩損害並繼續進行，毋寧是承包商更重視之事情，此特別在業主提供之文件或資訊因不可歸責於業主之事由產生差異或缺漏，承包商無法就此請求義務違反之損害賠償時，更可顯現契約內容應調整以利繼續執行之必要性。換言之，此時討論的重點應轉為業主對於工程繼續施作是否負有積極作為義務之問題，而此通常牽涉者即為業主之指示。

¹⁰²⁹ 類似見解請參閱陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁166-169；謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010年2月增訂二版，頁262-267。德國VOB/B範本亦有類似規範，即當承包商明知或可得而知業主所提供之施工文件或資訊未符合規範卻未依VOB/B第3條第3項第2句規定給予提醒時，此時於承包商請求損害賠償時，即有德國民法第254條「共同過失」規定之適用，承包商須承擔一定之損害分攤數額。換言之，雖承包商應遵循業主提供設計圖說或規範之內容，惟其依照德國民法第242條之誠信原則，亦被賦予一照顧契約相對人及通知相對人免受不利益影響之保護義務，蓋承包商既具有施作工程之專業與經驗，由其判斷業主義務之履行是否符合規範並非苛求，此特別在承包商具有特殊專業知識之優越地位時更可呈現課予其此項保護義務之合理性。倘若承包商因過失違反此項契約之附隨義務時，其亦有依德國民法第280條第1項承擔損害賠償責任之可能。Vgl. Kapellmann/Messerschmidt, aaO. (Fn. 419), §3 VOB/B, Rdn. 29 und 33.

於工程施作過程中，業主與承包商間基於管控施工進度、品質；協調界面；解釋澄清圖說或規範等內容；填補契約漏洞或辦理契約變更等因素，透過各式書面文件或口頭進行溝通、往來及互動，此種來自業主方之表示，即為廣義之定作人指示¹⁰³⁰。論者有指出廣義之定作人指示尚包含業主為履行協力行為所為之指示¹⁰³¹、業主為契約變更所為之指示及業主其他類型之指示¹⁰³²等。狹義之業主指示一般而言乃涉及業主對於工程進行之具體表示，其可依照其自身需求或承包商之請示而對於工程契約之履行進行補充說明，並對於未完整約定而出現之契約漏洞予以填補。若著眼於業主較能掌握工程進行方向及進度之觀點，則業主之指示性質上似較偏向契約權限之行使；惟倘涉及因業主所提供施工必要文件或資訊出現錯誤、缺漏或與工地現場狀況不符之情形，此時對於工程設計及定作內容有疑義或不明瞭之處，如業主不為澄清、解釋、補充或變更之指示，將可能影響承包商順利施作工程之期待，進而妨礙承包商依約履行債務以達成契約目的時，則業主之指示權限即有被賦予義務面向之必要性¹⁰³³。

申言之，於業主設計錯誤或提供之施工必要文件、資訊發生缺漏、不符工程實際施作需求時，雖一般認為此屬業主指示不適當之情形，而承包商可依民法第 496 條或第 509 條等規定主張權利¹⁰³⁴，惟本文認為此處應可作更細緻之討論。蓋於此種設計圖說、施工資訊錯誤或不足之案例中，無論業主可否歸責，皆屬承包商如遵循原訂施工方法或計畫履行契約將受到嚴重阻礙，進而

¹⁰³⁰ 余文恭，論工程契約定作人之指示—兼論 FIDIC 紅皮書之相關規定，法令月刊第 55 卷第 11 期，2004 年 11 月，頁 10。

¹⁰³¹ 此種類型之業主指示，多係基於施工進度及品質管理等需要，而於契約中明文約定業主應對於承包商所提出之整體、個別施工計畫、品管計畫等進行審查核備，或於工程進行中對於材料或工程掩蔽部分等為檢查或試驗。而依本文前述觀察，我國相關工程契約範本對於此種於契約中明文約定業主應配合之審查或同意，多僅要求業主不得無故遲延，惟由於多數約定皆要求承包商於業主審查或同意後始得施工，故此種關係到承包商得否如期施作工程之同意或審查，是否僅為業主之契約權限而不涉及業主之積極合作義務，即有疑問。惟由於此問題尚涉及業主審查及同意標準之討論，意即對於承包商提出之計畫或檢驗標的，何時符合審查或同意之要件而應由業主同意或審查通過等問題，非本文此處論述之重點，因此暫不進一步研究。對於此種業主預防違約行為之詳細分析，可參閱余文恭，兩岸工程施工契約之比較研究-以竣工義務及協力行為為中心，私立東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2006 年 8 月，頁 128-143。

¹⁰³² 包含業主為填補設計內容以外之契約漏洞所為之指示、業主為準法律行為之指示及業主為促請注意之指示等。

¹⁰³³ 類似見解可參閱余文恭，兩岸工程施工契約之比較研究-以竣工義務及協力行為為中心，私立東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2006 年 8 月，頁 122。

¹⁰³⁴ 如臺灣高等法院 92 年度重上字第 525 號判決：「況台灣中區電信管理局亦有相當義務確保圖說及估價單應無太大之差異，如所提供之圖說與估價明細表缺漏及數量差異程度高至不合理程度時，即難任於其定作之指示並無過失，因此增加之工程款，如認仍得依系爭工程合約第 4 條、投標須知第 13 條、第 14 條及施工說明書第 20 條等規定，全數令中華工程公司負擔，即非合理，依民法第 247 條之 1 之規定，應認該等條款顯失公平，兩造就該部分之約定應屬無效。」

產生給付困難(Leistungserschwerungen)之情形。惟給付困難並不一定表示原先給付內容已陷於給付不能，在實際案例中反而多涉及在給付尚有可能之情形下，契約當事人繼續履約可能面臨締約時未能預期之負擔或風險，如延緩施作進度、增加支出費用、物價大幅波動等，甚至破壞雙方對價關係之平衡¹⁰³⁵。就本文觀察，承包商面對履約之阻礙，通常多願意繼續施作工程以獲取相應之對價，惟其得否施作或是否有意願繼續履約之關鍵即在於原定契約內容之補充或調整。換言之，承包商著眼之利益考量多在個案中工程施作遭遇困難時，原訂契約設計內容或施工方法得否配合更正，並且相應調整合理之工期及報酬，使其能圓滿提出契約之給付，意即承包商對於工程契約順利履行仍具有期待，此時對於契約內容具有指示或變更權限之業主，本於當事人間履約之誠信及契約目的或給付利益之實現，同時涉及他方當事人履約權益之保障，其於契約中之協助角色即更形重要，亦存在期待其負擔積極作為義務之合理性。

因此，本文認為在無論可否歸責於業主之設計錯誤或提供不正確、不完足施工資訊之情形，如該工程給付內容尚有透過業主為更正、補充等指示或辦理變更而繼續施作之可能時，此時除非業主行使任意終止權消滅雙方之契約關係，否則應認為業主負有為適當指示或變更工程契約之積極作為義務¹⁰³⁶。意即於非可歸責於承包商致工程施作產生阻礙，進而衍生於締約時未能預估之風險的情形，實不應由承包商自行承擔不利益，且自誠信原則中基於對他方當事人履約利益保障之落實及契約目的之追求，應可推導出，業主除應設法防止阻礙工程進行之情況發生外，更應積極協助承包商排除妨礙而提供一適於施作工程之狀態，此時對於工程施作之疑義和困難給予必要解釋、澄清等指示或辦理變更以補充或調整原訂契約對價關係，即為最有效率之手段，亦屬業主有能力且得掌控風險之領域，因此業主應負有為適當指示或辦理工程變更之真正義務¹⁰³⁷。倘若業主怠於配合給予適當指示或辦理契約變更，致原訂契約內容難以繼續履行時，此時業主即構成義務之違反，而應對於承包商之損害負擔債務不履行之賠償責任；倘

¹⁰³⁵ 曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年1月，頁83-84。

¹⁰³⁶ 採類似看法者可參閱陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁165；曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年1月，頁63；張晏菁，論工程契約下定作人之協力義務，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2011年6月，頁110。

¹⁰³⁷ 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第143期，2007年4月，頁147；陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005年7月，頁81。

若契約工作因業主不為指示或變更而無法完成時，承包商亦可依照民法第 509 條或第 267 條之規定，要求定作人仍應履行對待給付之義務或請求賠償因定作人過失所致生之損害。

(三) 業主之變更權與擬制變更理論之適用？

按契約雙方當事人基於自由意志，於雙方對於契約之必要之點意思表示一致時，即推定契約成立，而本於有效之契約約定，雙方皆各自受其拘束而負有依約履行之義務，原則上任何一方皆不負有得任意變更契約內容或變動契約效力之權利，此即契約嚴守原則之概念。然本於契約自由原則，當事人仍得透過合意而調整原訂契約之內容，此外，契約發生變更之情形尚有依照法律規定而發生或當事人於訴訟中主張形成訴權，而透過法院以裁判更動當事人間之契約關係者¹⁰³⁸。再者，契約當事人亦得基於實際需求，於擬定契約時即賦予一方當事人，得以單方之意思表示於不破壞債之關係同一性¹⁰³⁹的前提下，使債之關係發生變更，換言之，透過當事人於契約預先之約定使一方當事人享有意定之形成權¹⁰⁴⁰，而得以變更契約內容。此種單方指示變更之權限，於工程契約實務上甚為常見，蓋工程契約具有動態發展之特性，當事人於履約過程中常遭遇各式難以預料之挑戰，定作人對於工程之需

¹⁰³⁸ 陳自強，契約之內容與消滅，民法講義 II，學林，2004 年 9 月一版再刷，頁 361。

¹⁰³⁹ 債之關係並不因債之變更契約而失其本質上之同一性，如當事人之約定已破壞債之關係之同一性，則該約定內容即非債之變更契約。至於債之關係同一性之判斷並不容易，原則上應依當事人之意思、利益狀態、經濟目的、工期之增加、成本之變動、數量變更及比例等作綜合判斷。詳請參閱陳自強，契約之內容與消滅，民法講義 II，學林，2004 年 9 月一版再刷，頁 364-465；顏玉明，工程變更(Variations)之探討—以異常地質(Differing Site Conditions)為對象，律師雜誌第 282 期，2003 年 3 月，頁 88。

¹⁰⁴⁰ 雖有認為工程契約中關於定作人單方指示變更之約定，僅意味著承攬人在契約所定範圍內必須承諾此一變更之工作而不得拒絕，非謂工程變更得僅由定作人單方面行使形成權而為之，如林俊佑，工程承攬契約重大變更問題之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2011 年 7 月，頁 12。惟本文觀察相關工程契約範本對於業主變更權限之約定，多數皆明示業主得單方指示變動契約內容，承包商不僅無異議之權利，更須依變更後之工作範圍負有施作義務，如採非形成權說之看法，則定作人提出變更契約之要約，承攬人尚有承諾之義務，契約始發生變更，倘若承攬人拒為承諾之意思表示，此時定作人欲變更工程契約之內容尚須透過強制執行法第 130 條擬制已為意思表示之規定始能達成，此似不符當事人締約之真意，亦忽視基於工程契約動態之特性而賦予業主在不破壞債之關係同一性之範圍內為彈性調整契約對價關係權利之意旨。至於採非形成權說者批評形成權說忽視承包商得拒絕施作通常範圍外變更指示之見解，本文認為，倘若定作人指示施作之內容已超出契約通常範圍，則此時應構成所謂本質變更或重大變更情形，承包商在未取得相應之對價下，本無施作之義務，如其已施作而業主未辦理追加並調整報酬給付時，此時即可能產生不當得利等問題。惟由於此等本質之變更係契約範圍外之給付，性質上已可獨立於原承攬契約外而成立另一承攬契約關係，此與業主將與原工作範圍相關且必要之給付內容透過變更納入原訂工程契約一部之情形尚有不同，因此得否以承包商對於契約本質之變更享有拒絕權即否認業主變更權為形成權之性質，實有疑義。對此問題，德國工程契約範本 VOB/B 第 1 條第 3 項及第 4 項乃分別針對業主變更及追加原訂契約外必要給付之情形設有不同規定，該國學者亦肯認業主之指示變更權係具形成權性質之權利，惟行使上應受到“給付內容本質上為同一”之範圍限制，詳請參閱本文前述外國法部分之說明。

求亦可能隨著時間經過而有變化，同時考量工程契約通常牽涉龐大之契約對價，是以實有必要在履行期較長的此類契約中，給予最終取得工作物之定作人一視實際情況指示變更工作範圍之權利，此不僅符合工程實務運作之需求，對於當事人間對價關係之維護亦具有重要性。

至於業主之指示變更權與前述業主所負有提供正確施工資訊及給予適當指示義務之關聯性在於，倘若個案中發生設計錯誤或工程相關文件資訊與實際工地狀況不符之情形，此時若依原訂施工方法無法進行施作而有改變給付內容或方法之必要，且此改變將衝擊原有之對價關係時，業主即有以書面通知承包商辦理契約變更之義務。課予業主此項義務之理由除包含前述基於誠信原則及契約目的之考量外，尚在於避免給付不能之情形發生¹⁰⁴¹。蓋工程之施作因具有高度不確定性，藉由發揮業主指示變更權之功能，得適時解決原先工程設計不當或資訊發生落差之問題，使工程契約得依照實際需求繼續進行，避免給付不能或民法第 509 條等規定之適用，且透過課予業主辦理契約變更之義務將使雙方當事人履約較具有合意之基礎，不須事後動輒藉由情事變更原則介入調整對價關係以消弭紛爭，此或許對於雙方當事人之履約利益更有保障。

對於業主透過口頭或其他方式指示承包商施作契約外工作而不辦理契約變更，或承包商為使工程順利施作而自行改變施工方法，然事後遭業主拒絕給付報酬之情形，我國學者有援引美國法上擬制變更之理論者¹⁰⁴²，認為此種情況與當事人已辦理變更之情形相同，皆使承包商增加工程成本並延長工期，故承包商得以此要求業主給予價格及工期上適當且合理之調整。惟對於是否援引擬制變更理論以解決費用補償及工期展延之爭議，國內學說¹⁰⁴³及

¹⁰⁴¹ 曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 61。

¹⁰⁴² 關於擬制變更理論之介紹與分析，我國學說文獻論述頗豐，詳請參閱顏玉明，工程變更 (Variations) 之探討—以異常地質 (Differing Site Conditions) 為對象，律師雜誌第 282 期，2003 年 3 月，頁 90 以下；王伯儉，擬制變更，工程契約法律實務，元照，2008 年 10 月二版，頁 125 以下；孫玉珊，美國法下擬制變更理論於我國公共工程契約上之應用，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2011 年 2 月，頁 21 以下；顧美春，工程契約風險分配與常見爭議問題之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2003 年 8 月，頁 145；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 106；余文恭，從工程契約之動態發展論工程契約之變更—兼論 FIDIC 紅皮書之相關規定，法令月刊第 55 卷第 12 期，2004 年 12 月，頁 33-34；李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 166-171。

¹⁰⁴³ 採肯定見解者認為依據法律、工程慣例及法理之規定，理論上，擬制變更可賦予承包商在無法本於契約約定及民法規定下向業主請求合理費用賠償及延長合理工期之權利，如王伯儉，擬制變更，工程契約法律實務，元照，2008 年 10 月二版，頁 138；吳憲彰，工程合約實務問題泛論

實務¹⁰⁴⁴上仍未有定見。對此本文採較為保留之看法，蓋美國法下得適用擬制變更理論之案例類型繁多，如專以其中涉及業主未提供正確施工必要文件、資訊或業主未善盡協力義務等類型作討論，雖有論者認為在現況下我國民法對於定作人協力義務之規定仍固守不真正義務之傳統見解，且相關法律效果之規範未能保障承包商請求合理之費用及工期，同時實務對於誠信原則、公平合理原則及情事變更原則之適用未有一致標準或要件審查過於嚴苛之考量下，應可將擬制變更理論援引為民法第 1 條之法理，作為法院裁判時衡平雙方當事人利益之參考¹⁰⁴⁵。惟本文認為就我國實務見解之發展，其實已有不少判決逐漸透過誠信原則之詮釋推導出定作人於工程契約履行中，負有合作或協力之積極義務，違反者亦可能成立債務不履行之賠償責任¹⁰⁴⁶，此外亦有法院在定作人不辦理變更時，探求當事人之真意並善用民法第 490 條及第 491 條等規定，而認定工程契約實質上已發生變更¹⁰⁴⁷之情形。雖目前多數判決對於定作人之協力義務性質仍持傳統見解，然在法律未修正前，藉由法院以案例累積之方式具體落實誠信原則之意旨，實有必要且亦可逐漸形成多數看法，再透過契約漏洞填補之方式，將誠信原則之概念落實在當事人間之權利義務關係中，如此亦可解決擬制變更理論所欲處理之問題¹⁰⁴⁸。

(三)一承攬契約工程變更之爭議，營造天下第 23 期，1997 年 11 月，頁 28-32；顧美春，工程契約風險分配與常見爭議問題之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2003 年 8 月，頁 145；孫玉珊，美國法下擬制變更理論於我國公共工程契約上之應用，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2011 年 2 月，頁 140-147；蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 106。惟採否定見解者則認為擬制變更理論在我國尚未有明文規定，且擬制變更理論企圖以客觀一定事實過程取代主觀的法律效果意思，而創設新的契約概念的構想，在德國已廣受批評而衰落；此理論廣泛承認定作人指示權之拘束力，然後再創設擬制變更之法理讓承攬人有權進行求償，實不合理；同時擬制變更理論並未清楚區分承攬人之請求權基礎究為契約請求權或損害賠償請求權，更可能因承認無須透過合意之方式即可變更契約範圍，而有違契約自由原則之虞。詳細說明請參閱余文恭，從工程契約之動態發展論工程契約之變更—兼論 FIDIC 紅皮書之相關規定，法令月刊第 55 卷第 12 期，2004 年 12 月，頁 33-34；李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，2004 年 9 月初版，頁 170-171。

¹⁰⁴⁴ 我國法院裁判似未有針對擬制變更理論之適用進行討論者，而於工程調解實務上則有明確肯認適用擬制變更理論者，可參照 oo 橋樑新建工程適用擬制變更原則契約爭議案，行政院公共工程委員會編印，公共工程爭議處理案例彙編 I，1997 年 11 月，頁 29-32；oo 公路 oo 段路基路面拓寬工程土石方成份與契約所載不符契約爭議案，行政院公共工程委員會編印，公共工程爭議處理案例彙編 III，1998 年 6 月，頁 26-27。

¹⁰⁴⁵ 孫玉珊，美國法下擬制變更理論於我國公共工程契約上之應用，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2011 年 2 月，頁 140-147。

¹⁰⁴⁶ 如最高法院 86 年度台上字第 2350 號判決、臺灣高等法院 93 年度上字第 128 號判決等。

¹⁰⁴⁷ 如台北地院 96 年度建字第 210 號判決。論者有提出類似之觀察者，可參閱李家慶、林瑤，合約變更在工程契約之意義及所涉爭議，工程與法律的對話，李家慶主編，三民，2010 年 1 月初版 1 刷，頁 191。

¹⁰⁴⁸ 依照 VOB/B 第 2 條第 8 項第 1 款及第 2 款之規定：「給付，由承包商未受委任或擅自的偏離任務履行者，不被給付報酬。(後段省略)」；「然而當業主事後承認這樣的給付時，承包商有權利

換言之，本文認為，在我國現行法下仍可藉由既有規定或解釋當事人意思之方式確定當事人間之權利義務關係，即使在法律規定不周全之情形亦可藉由誠信原則之補充功能¹⁰⁴⁹，推導出當事人對於契約之履行負有積極作為義務之可能¹⁰⁵⁰，同時美國法上擬制變更理論之適用在我國學說及實務討論上，見解依然分歧，是否可認為係社會上反覆實施且具有法之確信的習慣，不無疑問；既然透過法律解釋適用及契約解釋、漏洞填補等方式可解決相關紛爭，則援引擬制變更理論為民法第 1 條習慣或法理之適用，似無迫切必要¹⁰⁵¹。同時欲賦予擬制當事人意思及發生特定之法律效果，仍宜有當事人之特別約定或法律明文規定較為妥當，否則擬制之效果不僅可能違反當事人之意思，亦可能造成為求個案中達到衡平之結果，而過度依賴擬制變更原則之適用，反而忽視發揮現行法下概括條款所具有之補充功能，未能透過案例累積等方式逐漸發展當事人間應負有之協力、合作及照顧保護義務，長此以往對於法律之續造未必具有正面意義。

第二節 受領(驗收)義務

所謂驗收，係指定作人於承攬人完成工作後，檢視承攬人完成之工作是否具有約定之品質及無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵之行為¹⁰⁵²，無論公共工程或民間工程契約，多數皆設有驗收程序之相關規定。惟因驗收合格與否嚴重影響契約當事人之履約利益，因此實務上迭生各種關於驗收之爭議。針對工程實務於驗收階段常見之紛爭，本文認為

得到報酬。當此一給付對於契約之履行是必要時，符合業主之推測意思及未有遲延的通知定作人，承包商也應當得到報酬。倘若承包商有權利得到報酬，對於改變或是補充的給付其計算基礎適用相關的第 5 項或第 6 項之規定。」可推知，德國法上肯定承包商對於非屬原訂契約內容之給付在業主承認或不違反業主可推測之意思，且對於契約履行有必要之情形，可請求依第 2 條第 5 項及第 6 項之規定調整原契約價金之約定並請求相應之報酬，換言之，此種情形實質上已發生調整契約內容之法律效果。本文認為發生此種契約內容變更之效果一來必須當事人間訂有內容類似 VOB/B 此條之調整約款，且二來觀諸此條之文義，契約發生變更仍限於業主承認或可得推知其同意承包商為契約外給付之行為，意即此種變更乃基於當事人之合意始發生，因此在 VOB/B 此條規定下發生契約變更之情形與美國法下之擬制變更理論運作上似仍有不同。

¹⁰⁴⁹ 王澤鑑，民法總則，三民，2005 年 9 月，頁 597；陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論 104 期，2008 年 8 月，頁 17-20。

¹⁰⁵⁰ 類似見解認為應先判斷定作人有無為同意變更之義務，如不負同意之義務，亦可能依情事變更原則處理契約對價關係之調整，而不必然須援引擬制變更理論為請求權基礎者，可參閱曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 63-64。

¹⁰⁵¹ 類似見解可參閱陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 153-154。

¹⁰⁵² 李惠貞，工程驗收，工程法律實務研析(四)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 9 月初版一刷，頁 107。

其基本上多涉及業主對於承包商依約施作並提出給付時，是否負有義務受領該給付之問題。而此問題亦涉及受領之概念究應如何定義，意即是否受領僅為工作物實際上移轉占有予業主即可，或尚包含業主對於工作物已為相當之檢驗，並作出工作物大致上合於契約約定之品質、效用等之表示，實有待釐清。換言之，由於本文認為工程契約之本質屬於承攬契約，是以關於驗收階段之爭議，除了參照設有嚴密程序之政府採購法規¹⁰⁵³外，亦可先自民法承攬章節探討受領相關規定，以瞭解相關紛爭發生原因之梗概。

而關於定作人對於工作物受領之問題，相較於德國民法第 640 條對於定作人受取義務(Abnahmepflicht)設有明文規定，我國民法並無一般性之規定，僅於第 512 條中提及：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡或非因其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務。」，此條於承攬契約當然終止之情形下，基於保護承攬人之利益而課予定作人受領之義務¹⁰⁵⁴。就此，是否可進一步推論在我國法下，定作人即不負有一般受領承攬工作物之義務，亦有待討論。故本文以下乃簡略介紹德國民法第 640 條及 VOB/B 第 12 條關於受取及驗收之相關規定，進而臚列我國學說對於定作人是否負有受領義務之見解，並於其後嘗試提出本文之論證，合先敘明。

第一項 工程契約範本¹⁰⁵⁵

壹、行政院公共工程委員會工程採購契約範本

一、第 15 條、驗收、(二)驗收程序

「□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。

¹⁰⁵³ 驗收屬於工程管理之一部，基於其重要性，政府採購法第 71 條至第 73 條，及同法施行細則第 90 條至第 101 條設有機關辦理驗收程序之相關規定，可供參照。

¹⁰⁵⁴ 民法第 512 條之立法理由：「... 惟承攬人雖於工作進行中死亡，或非因過失致不能完成，然其工作已有一部分完成，而已完成之部分又於定作人實為有用者，自應使定作人負受領工作及支給相當報酬之義務，以保承攬人之利益。故設本條以明示其旨。」

¹⁰⁵⁵ 由於各工程採購契約範本對於竣工及驗收之規定，內容相當繁複，本文礙於篇幅，且考量內政部營建署之工程採購契約範本對於驗收之相關規定，多與公共工程委員會版之採購契約範本相似，故在此暫不逐一臚列。

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。」

二、第 15 條、驗收、(八)先行使用、部分驗收

「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。」

三、第 15 條、驗收、(九)接管

「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。」

四、第 4 條、契約價金之調整

「(一) 驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用，經機關檢討不必拆換、更換或拆換、更換確有困難，或不必補交者，得於必要時減價收受。」

貳、交通部臺灣區國道新建工程局一般規範

一、T.3 驗收

「工程司應於全部竣工文件審核完成後，併同竣工檢驗紀錄向主辦

機關提報驗收，主辦機關應即訂期辦理驗收。

(3)期限:(A)除契約另有規定或因承包商之延誤外，主辦機關應在接獲工程司提報驗收之通知次日起30日內開始辦理驗收。(B)全部工程完工後，非因承包商之原因，主辦機關無法於承包商提送完整竣工文件之次日起三個月期限內完成驗收時，該工程之保固期自前揭三個月期滿之次日開始起算。

(4)減價收受:驗收結果與契約規定不完全相符，有政府採購法第七十二條第二項規定情形者，主辦機關得依規定辦理減價收受」

二、T.4 部分驗收

「如承包商已按本契約規定完成某一單元或某一部分之工程並可資使用，而主辦機關認為有先行使用之必要時，或認為已完成部分有減損減失之顧慮時，主辦機關得針對該完成部分辦理部分驗收。部分驗收合格後，主辦機關應即支付並結清該部分之一切費用，並起算該部分工程之保固期。部分驗收係屬主辦機關之權利，承包商並無權向主辦機關要求部分驗收，亦不得因部分驗收之執行或未執行向主辦機關求償。」

第二項 實務判決

壹、業主是否有辦理驗收之義務

一、明文肯認業主負有驗收之義務

基隆地院 97 年度訴字第 381 號判決：「再按行使債權，履行義務，應依誠實及信用方法，民法第 148 條第 2 項定有明文；又依系爭工程合約第 19 條：「驗收及接管：乙方於工程完成時，應即通知甲方。(一)甲方接獲乙方前項通知時，甲方應於 15 日內初驗，俟驗收合格後，經甲方通知乙方送達領款發票日有關證件經主計單位審核無誤後三日內付款。(二)驗收時如有局部不合格時，乙方應即在限期內改善完成後，再行申請甲方複驗。」約定，可知驗收為被告之權利及義務。...原告於 89 年 7 月 10 日工程完成時，確實已依約通知被告並申請驗收...惟被告卻均未依系爭工程合約第 19 條約定進行驗收程序，即率爾片面認定原告施做系爭工程有瑕疵，並以原告未於期限內拆除重作為由，迄今均未履行其驗收義務，並拒絕給付工程款，坐令原告領款無門，核其情形，實為權利濫用，自有違誠信原則。揆諸前揭說明，原告主張被告依約應協同辦理「七安野溪

維護工程」驗收，為有理由，應予准許。」¹⁰⁵⁶

二、定作人之受領僅為協力義務

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。...依系爭工程合約所載，兩造並未特別約定遲延開工、停工及遲延驗收台灣大學應負賠償責任，且系爭工程之遲延開工、停工及遲延驗收於台灣大學而言，僅係對金豐公司之給付兼需台灣大學之協力行為而不行為而已，台灣大學就該工作並不負民法第二百二十九條之給付遲延責任，且金豐公司因遲延開工、停工及遲延驗收所請求給付之上揭損害及補貼，並非以民法第二百四十條為據，依上說明，台灣大學亦不負該受領遲延之賠償責任。」¹⁰⁵⁷

貳、業主拒絕或遲延辦理驗收之效果

一、條件說(直接適用民法第 101 條)

最高法院 90 年度台上字第 969 號判決：「況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。民法第一百零一條第一項定有明文。上訴人於原審一再主張：系爭

¹⁰⁵⁶ 本件業經當事人上訴，臺灣高等法院作成 98 年度建上字第 54 號判決，乃維持驗收係定作人義務之看法，並進一步推論業主先前之會勘形同已完成驗收，故承包商可請求給付工程款，可供參照。另外採定作人負有辦理驗收義務之類似看法者尚有新竹地院 92 年度竹簡字第 199 號判決：「按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 101 條第 1 項定有明文。兩造約定原告應於驗收完成後支付系爭工程款 10%（即尾款），即以驗收合格為原告得請領工程尾款之條件，而原告已依債務本旨完工，並於 90 年 5 月 28 日以存證信函通知被告驗收事宜，惟被告旋於 90 年 6 月 2 日函覆原告拒絕驗收，查被告本有驗收義務，且亦得就系爭工程是否符合兩造約定品質為正式驗收，惟迄今一方面不與原告正式驗收，另面已將其承攬之全部工程交與業主○○○驗收請款完畢，顯以不行正式驗收為拒付尾款之藉口，依上開規定，應認被告已完成驗收，原告請領尾款條件已經成就。未按報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之，民法第五百零五條定有明文。本件原告既已依約完工，而被告不行驗收拒絕付款，已如前述，應視為被告已完成驗收，原告自得請求被告給付工程尾款。」此外，臺灣高等法院 95 年度建上更(一)字第 8 號判決、臺灣高等法院 94 年度重上更(一)字第 89 號判決及屏東地院 92 年度營字第 1 號判決等，亦可供參考。

¹⁰⁵⁷ 類似見解尚可參照最高法院 59 年台上字第 3662 號判例、最高法院 96 年度台上字第 2468 號判決及南投地院 98 年度建字第 7 號判決。

工程之付款雖約定以被上訴人合格驗收系爭工程為條件，惟被上訴人因其所委建築師滯美未歸，無從辦理驗收。其遲不驗收系爭工程，致付款條件無從成就，自屬被上訴人之故意或可歸責於其本人之事由，被上訴人仍須付款，始符誠信原則云云。」¹⁰⁵⁸

二、期限說(類推適用民法第 101 條)

最高法院 93 年度台上字第 1600 號判決：「本件兩造訂立之系爭工程合約第六條約定第三、四期工程款分別於按裝試車完成、驗收完成時給付之，乃係以按裝、驗收完成之不確定事實之發生，為既存債務之清償期，非以之為債務發生之停止條件，原審謂其屬條件，自有未合。其次，當事人預期不確定事實，以該事實發生時為債務之清償期者，倘債務人以不正當行為阻止該事實之發生，固可類推適用民法第一百零一條第一項規定，視為清償期已屆至；惟民法第一百零一條第一項所謂因條件成就而受不利益之當事人，以不正當行為，阻其條件成就者，係指該當事人有促其條件成就之故意行為，始足當之。」¹⁰⁵⁹

參、業主先行使用而未辦理驗收之相關問題

一、先行使用時之危險負擔

(一)危險負擔未移轉

高雄高分院 83 年度重上字第 64 號判決：「另唐榮公司主張，系爭工程地下道及高架橋交付通車後，因第三人人為毀損所造成之損害，依民法危險負擔規定，應由高市府新工處承擔等語。惟依工程合約說明書第一節「一般說明」之第十二項第三條所載：「承包商（即唐榮公司）應於業主（即高雄市政府新工處）簽發驗收證明書以前，將任何遭受損害之工程，予以重建或修復，費用由

¹⁰⁵⁸ 類似見解可參照最高法院 87 年台上字第 1205 號判例、最高法院 96 年度台上字第 2362 號判決、臺灣高等法院 98 年度重上字第 608 號判決、金門高分院 95 年度重上字第 2 號(本件因法院認定承包商尚未完工，故無辦理驗收之必要)、臺灣高等法院 95 年度重上字第 2 號判決(本件法院認定承包商未完工，故無辦理驗收之必要)、台北地院 95 年度建字第 209 號判決、臺灣高等法院 90 年度上更(二)字第 40 號判決、花蓮高分院 92 年度上易字第 69 號判決、臺灣高等法院 86 年度上字第 1936 號判決及新竹地院 92 年度竹簡字第 199 號判決等。

¹⁰⁵⁹ 類似見解可參照最高法院 94 年度台上字第 1352 號判決、最高法院 94 年度台上字第 1861 號判決(惟此判決對於類推適用之敘述前後似有不一)、最高法院 94 年度台上字第 894 號判決(本件事實乃涉及當事人約定取得使用執照後方能請求承攬報酬，惟因法律狀態與驗收後付款之情形相似，故在此一併列出)、臺灣高等法院 96 年度上字第 278 號判決、台中地院 96 年度簡上字第 328 號判決、臺灣高等法院 95 年度建上更(一)字第 8 號判決、臺灣高等法院 90 年度上易字第 124 號判決、台中地院 89 年度簡上字第 410 號判決及臺灣高等法院 87 年度上更(一)字第 252 號判決等。

承包商自行負擔」內容，足認系爭工程於驗收合格，簽發驗收證明書之前，一切之損害均由唐榮公司負責。」¹⁰⁶⁰

(二)危險負擔已移轉

台南地院 99 年度建字第 13 號判決：「由於本工程興建擋土牆之護堤功能，為保護農田避免農田土壤被水冲刷流失，現場情況為擋土牆完工後，農田水利會即關閉水門蓄水灌溉，此時擋土牆即發揮擋水功能供農民進行農田灌溉並保護農田，形同使用而避免農田土壤被水冲刷流失之事實...」，可知已完工但尚未經驗收之系爭工程，被告亦自認「形同自己機關使用」。從而，系爭工程完工並交由招標機關即被告指定之農田水利會使用後，於驗收之前遭颱風所帶來之洪水沖毀，該項損害既非可歸責於原告，自應適用系爭合約第 9 條第 8 款之(2)規定，由被告(即定作人)負責。」¹⁰⁶¹

二、先行使用時業主是否應給付報酬

南投地院 98 年度建字第 7 號判決：「原告施作系爭工程之後，嗣台電公司已於 97 年 11 月 28 日開始送電，另台電公司開始送電之後，被告亦未舉證證明原告所施作之系爭工程有何瑕疵存在；且被告於 98 年 1 月 1 日起即開始利用原告施作完工之系爭工程設施為生產商品使用一節，復為被告所不爭執，應堪信為真實，是以足徵系爭工程完工後，被告公司已能正常運作。次按稱「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，民法第 490 條定有明文。另按報酬應於工作交付時給付

¹⁰⁶⁰ 本件業經上訴，惟最高法院並未對危險負擔是否移轉之見解有所指摘。類似見解可參照嘉義地院 98 年度建字第 3 號判決：「然查，系爭契約既已明文約定驗收合格前，承攬人均有管理設備及損害修補之義務，施工說明書 S 章「竣工及驗收」亦明訂驗收需由原告提出竣工文件由被告審查，通過後由被告簽發結算驗收證明書等程序；且系爭工程雖於 96 年 11 月 22 日通車啟用，然本件原告於被告通知通車前，對於電纜線所為之安全措施僅係將路燈接線頭之蓋子焊接，除此之外並無其他安全措施，施作路段亦未設置圍籬將兩旁圍起隔離，因當時防護措施尚未完全，原告於通車前施作之工程亦曾遭竊，惟此次竊賊係將已通車路面挖開把電纜線抽出竊走，此均為原告所自承，足徵系爭工程路段通車與否，並未妨害原告管理施工材料、設備之難易，或影響工作物發生損害或毀損之機率，是系爭工程既未經契約驗收程序，截至驗收合格以前，承攬人仍須依債之本旨提出合於約定之工作物，至於灼然。」；此外，尚可參照最高法院 98 年度台上字第 1666 號判決。

¹⁰⁶¹ 類似見解可參照花蓮高分院 91 年度上易字第 41 號判決：「...是我國民法關於契約標的物之危險，原則上係以系爭標的物實際上之管領人負擔。查本件兩造就系爭宿舍之承建，雖於工程合約書第十七條規定：在工程未經正式驗收相符以前，所有已完成工程及到場材料，包括甲方供給及經乙方自備經甲方估驗計價者，均由乙方負責保管，如有損壞缺少，應由乙方負擔。然揆諸首開說明，系爭工程於定約後，上訴人既已因被上訴人之要求，在所有工程完工前將系爭宿舍部分先行交由被上訴人管理使用，且被上訴人學校之學生果已於八十九年二月間經被上訴人之允許進住使用，顯見兩造對於先行使用部分已為契約默示更新，而兩造既未就先行使用部分之受領表明應適用上開工程合約書第十七條之規定，復未另為其他約定，自應適用民法關於危險負擔之一般原則，由系爭宿舍之實際管領人即被上訴人承擔其毀損滅失之危險，方屬公允。」；此外，尚可參照臺灣高等法院 96 年度建上字第 5 號判決。

之，無須交付者，應於工作完成時給付之。工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。民法第 505 條亦定有明文。足見除當事人間另有特約外，定作人對於承攬人完成之工作，即負有給付報酬之義務。...查本件原告已依約完成系爭工程，且被告公司...即能正常運作，則依上開民法規定及兩造間系爭契約第 9 條之約定，被告自有給付承攬報酬之義務。」

1062

第三項 評析

壹、實務現況分析

觀察我國工程契約範本對於驗收事項之相關規定，可知多數契約範本皆明訂機關應於收受承包商呈報之竣工文件後，擇期盡速辦理驗收(例如於收受竣工文件後 30 日內辦理初驗；於初驗合格後之 20 日內辦理複驗)。此或許是因為驗收係工程履約過程中重要之里程碑，為確保工程之品質，契約多訂有詳細之驗收條款。而驗收合格與否，將涉及承包商是否善盡其施作工程之給付義務而得請求剩餘之工程款報酬，亦涉及工作物瑕疵擔保責任成立、危險負擔移轉、履約保證金返還及保固期間起算之時點等，因此於承包商申報竣工並完成竣工檢驗後，業主於何時辦理驗收以及驗收後之接管程序，對於雙方當事人之權益影響甚大，宜於契約中明文作約定。對此，公共工程委員會版之契約範本規定，倘因可歸責於機關而遲延辦理驗收時，廠商可免被計罰逾期違約金，並可請求補償該段時間額外支出之費用；而國工局之一般規範則進一步規範，若非可歸責於承包商而機關於 3 個月內未能辦理驗收，此時即擬制保固期間已開始起算。由此對照，此二範本之規定各自採取不同保護承包商利益之方式，惟似仍未形塑出一套較完整而可兼融各保障方式之驗收程序。

另外針對驗收程序中爭議頗大之先行使用及部分驗收問題，此二契約範本亦設有不同規範。依照公共工程委員會之版本，如機關對於工程已完工之部分有先行使用之必要時，其即須辦理部分驗收，此時乃涉及部分價金之給付及部分保固期間之起算。惟相對於工程會對於機關「應」辦理部分驗收之用語，國工局一般規範則明文辦理部分驗收是機關之「權利」，如此可能產生機關已使用部分完工之工作物，卻仍未辦理驗收，而致承包商無法請領報酬，危險負擔亦未發生移轉之結果，此對於雙方當事人利益之影響，是否公平，亦值得討論。

¹⁰⁶² 類似見解可參照台南高分院 96 年度重上更(二)字第 10 號判決及基隆地院 97 年度訴字第 381 號判決。

由於驗收程序是否按時進行以及驗收標準為何影響工程契約雙方當事人之權益甚巨，因此在法院實務上關於驗收之爭議可謂層出不窮。而自本文觀察，首先，對於承包商依約提出之工作物，依法院一般見解，似皆肯認業主依法或依契約約定負有辦理驗收之義務，惟該等義務究為不真正義務或真正義務，目前實務上似傾向將業主之受領或驗收，認定屬民法第 507 條定作人協力義務之一環，從而業主如不受領工作物，承包商並無以訴請求業主受領或主張債務不履行損害賠償之可能。其次，倘涉及業主拒絕或遲延辦理驗收之情形，除非自個案事實可推論承包商尚未完工而提出給付，否則多數法院多肯認業主之驗收或受領係承包商請求承攬報酬之條件或期限，而得分別直接或類推適用民法第 101 條之規定，擬制業主故意不為受領或驗收之行為已發生受領之效果，進而使承包商得請求承攬報酬。此就結論觀之，似乎頗為保障承包商之履約利益，惟本文認為針對法律適用之推論過程似仍有再予釐清之必要。

再者，由於政府採購法施行細則第 99 條規定¹⁰⁶³賦予機關得視必要情形先行使用工作物之權利，一般公共工程契約條款亦多約定業主得要求先行使用工程標的，此時所涉及之問題係，倘若業主未依前述施行細則之規定預先辦理驗收即先行使用，則在其使用過程中，工作物發生毀損、滅失之風險應由何方當事人承擔，即可能產生爭議。蓋依民法第 508 條之規定，危險負擔之移轉係以定作人受領為時點，此時實務上常見當事人對於業主先行使用是否等同業主受領工作物，而應發生危險移轉之效果有所爭執。對此，法院實務見解或以業主受領之時點應為「驗收合格時」，進而否定驗收前先行使用即發生危險移轉之效果；或認為業主先行使用即已管領該工作物而形同受領，因此危險負擔應已移轉，由此可知對於定作人「受領」與否之認定，實務見解依然相當分歧¹⁰⁶⁴。

貳、外國法相關規定

一、德國民法中定作人之受取義務(Abnahmepflicht)

定作人依德國民法第 640 條第 1 項規定負有受取符合契約約定製造之工作(意即無瑕疵工作)之義務。在此，受取並非僅涉及定作人之職責(Obliegenheit)，而是以定作人主給付義務

¹⁰⁶³ 政府採購法施行細則第 99 條：「機關辦理採購，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，並得就該部分支付價金及起算保固期間。」

¹⁰⁶⁴ 惟個案中如涉及承包商可否請求承攬報酬之討論，法院似乎較傾向基於衡平雙方當事人之利益狀態，而以誠信原則作為出發點，將民法第 505 條及第 508 條之解釋導向承包商在業主先行使用工作物之情形下，即得請求承攬報酬之結論，可參照最高法院 96 年度台上字第 632 號判決及基隆地院 97 年度訴字第 381 號判決等。

(Hauptleistungspflicht)之方式呈現¹⁰⁶⁵。依第 640 條之規定，受取除了係實體的工作接收(die körperliche Entgegennahme)外，其亦與業主之聲明(Erklärung)，即「承攬工作是以基本上符合契約約定而被製造¹⁰⁶⁶」相連結，而此種受取之概念與買賣法中之(§433 II)受取¹⁰⁶⁷有所不同，乃係承攬契約之特徵¹⁰⁶⁸。倘若依工作物之性質致定作人實體接收是不可能時(例如承攬工作為粉刷一間房)，則單純定作人之同意即為足夠(即承攬工作物基本上符合契約約定的給付)。惟倘若定作人對於承攬工作物無法依上述方式受取，或更確切的說，受取依照交易慣例不可期待時，則依第 646 條之規定，定作人之受取可透過工作之完成而被替代¹⁰⁶⁹。

受取在法律上具有多方面的意義；首先，依德國民法第 641 條第 1 項之規定，受取將引致承攬人報酬請求權的到期。換言之，若定作人拒絕受取承攬人所提出無瑕疵之工作，則承攬人將因欠缺受取致其報酬請求權期限未能屆至，從而無法向定作人請求約定報酬¹⁰⁷⁰。對此，若承攬人欲起訴主張，則其必須同時請求定作人履行「受取及付款」之義務，而不是僅請求定作人付款而已¹⁰⁷¹。其次，

¹⁰⁶⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 647.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 322.

¹⁰⁶⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 729.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 648.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 322. 定作人之聲明可為明示或默示，然應予注意者係，受取既不是表達完全無瑕疵的承認，也不是放棄擔保給付請求權。此外，論者有指出受取(Abnahme)限於標的物現實有體的接受，而受領(Annahme)則是債權人對於債務人給付之承認者，如林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983 年 6 月，頁 9-10；詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1990 年 1 月，頁 150。對此用語產生出入之情形，參照德國相關文獻之介紹，本文認為，相對於受領係債權人以權利人之地位承認債務人之給付，受取之概念則較著重於債權人應協助履行之義務面向。換言之，受領之概念依不同契約類型及規範目的，乃有作不同解釋之必要，在承攬契約中由於契約目的重在一定工作之完成，是以債權人「受領」之內涵除包含工作物之實際交付外，更強調定作人應為承認之意思表示。此外，承攬契約中受取之概念既著重於業主義務面向，則債務人即得以訴請求業主履行。本文考量德國民法中定作人受取義務之用字與受領遲延規範中用字有所不同，乃將其第 640 條之規定稱為受取義務，惟其內涵仍包括定作人對於承攬人給付之接受與承認，而與一般受領之概念有所重疊，特予敘明。

¹⁰⁶⁷ 於買賣法中，買受人之受領僅為買受人實質上取得標的物之占有，德國學者一般認為其屬買受人之從給付義務，僅在受領對於當事人有特別之利益時，始可透過當事人之約定將之提升為主給付義務。在我國法下，實務見解向來認為買受人負有受領買賣標的物之義務，如最高法院 64 年台上字第 2367 號判例：「買受人對於出賣人有受領標的物之義務，為民法第三百六十七條所明定，故出賣人已有給付之合法提出而買受人不履行其受領義務時，買受人非但陷於受領遲延，並陷於給付遲延，出賣人非不得依民法第二百五十四條規定據以解除契約。」，可供參照。學說上多數亦肯認買受人負有受領買賣標的物之從給付義務，詳請參閱楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 144。

¹⁰⁶⁸ Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 322.

¹⁰⁶⁹ 此多涉及無形之工作，如戲劇表演、音樂會、演唱會或運送貨物等情形。Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 648.

¹⁰⁷⁰ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728.

¹⁰⁷¹ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728.

受取在符合第 644 條之規定下，將產生價金危險移轉之效果¹⁰⁷²。再者，即使第 633 條第 2 項未明確規範，受取仍是判斷物之瑕疵或權利瑕疵存在之時點，也同時亦決定性地牽涉瑕疵存在的舉證責任分配¹⁰⁷³。另外，隨著受取而來的是，擔保給付請求權的時效於第 634 條之 1 第 2 項進一步規範¹⁰⁷⁴。另值得注意者係，自受取時起，承攬報酬將依法定利率計算利息(第 246 條: 4%)¹⁰⁷⁵。

定作人之受取義務依第 640 條第 1 項第 1 句規定，僅在承攬工作與契約約定之給付相符時始存在。換言之，定作人可拒絕受取承攬人所提出有瑕疵之工作，惟若該瑕疵僅屬無關緊要者，則定作人不得拒絕受取(第 640 條第 1 項第 2 句)¹⁰⁷⁶。此特別在營建工程契約中可顯現其重要性，蓋此種契約中，業主常藉工作存有瑕疵之拖延戰術而遲延付款，故應設法避免之。惟對於無關緊要(輕微)瑕疵之舉證責任，依法條規定之反面解釋，應由承攬人負擔¹⁰⁷⁷。

二、違反受取義務之法律效果

倘若定作人未遵循他應負責之受取義務，則他將陷於第 293 條以下之債權人受領遲延(Annahmeverzug)，至於其是否可歸責而違反該義務則在所不問。同時，由於受取義務是真正之法律義務，則假使定作人存有可歸責事由而違反該義務時，在符合第 286 條規定之要件下，定作人將同時陷於債務人遲延(Schuldnerverzug)¹⁰⁷⁸。就此，承攬人可依一般給付障礙法之規定主張法律救濟，意即承攬人除了於受領遲延外，更可進一步請求定作人受取及同時請求因遲延所生損害之賠償(第 280 條第 1 項、第 2 項，第 286 條)¹⁰⁷⁹。另外，若該當第 280 條第 1 項、第 3 項及第 323 條之條件，承攬人亦可請

¹⁰⁷² Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 649.; Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 322. 惟應特別注意者係 VOB/B 第 7 條第 1 項關於危險負擔移轉所作之特別規定：「若全部或部分已履行的給付在驗收前因為不可抗力、戰爭、暴亂或其他客觀上無法防免的情況而致工作物損壞或毀壞時，則承包商得依據第 6 條第 5 項對於已履行的給付請求報酬；因前項情形而造成之其他損害，承包商與業主間均無相互賠償之義務。」此條之規範目的乃在於工程契約中承包商所施作之客體，通常不在承包商所得管領支配之範圍，因此基於公平原則，使承包商在面對此種客觀上對於承包商及業主皆為不可避免之情況時，不須承擔交付前工作物發生毀損或滅失之報酬危險。

¹⁰⁷³ 瑕疵存在之舉證責任歸由定作人負擔，Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 1.

¹⁰⁷⁴ 德國民法第 634 條之 1：「(第 1 項)第 634 條第 1 款、第 2 款及第 4 款所稱之請求權：(2)在建築工程之情形，以及在工作結果屬建築工程完成計劃或者監督給付者，經 5 年完成時效；(第 2 項)在第 1 項第 1 款及第 2 款之情形，時效自受取時開始起算。」

¹⁰⁷⁵ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 728.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 649.

¹⁰⁷⁶ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 729.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 648., Hans-Joachim Musielak, Grundkurs BGB, 11. Aufl. 2009, Rdn. 678.

¹⁰⁷⁷ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 729.

¹⁰⁷⁸ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 730.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn 650.

¹⁰⁷⁹ Vgl. Medicus/Lorenz, SAT, 19. Aufl., 2010, Rdn. 527.

求替代給付之損害賠償(Schadensersatz statt der Leistung)，或選擇解除契約¹⁰⁸⁰。

然而學者¹⁰⁸¹有指出，承攬人雖可行使在定作人受領遲延及給付遲延下所被賦予之前述權利，惟在定作人無正當理由拒絕受領之情形，由於承攬人應已提出給付，因此依照第 640 條第 1 項第 3 句之規定，於承攬人所訂之催告期限屆滿時，將發生擬制受領之效果，此時承攬人之報酬請求權期限即屆至。換言之，在適用第 640 條第 1 項第 3 句之規定下，對於承攬人報酬請求權之實現應較為有利。

三、VOB/B 中定作人之受取義務¹⁰⁸²

關於業主之受取義務，VOB/B 針對營建工程契約設有特別規定。依其第 12 條「驗收」之規定，一旦承包商依第 1 項以書面或其他方式提出驗收之請求時，業主即有義務於 12 個工作天內(但可另為其他約定)辦理驗收程序，倘若業主無正當理由拒絕驗收，此時其不僅構成受領遲延，更須承擔給付遲延之賠償責任¹⁰⁸³。而業主依 VOB/B 第 12 條第 3 項規定，有權拒絕受領具有重大瑕疵(wesentlichen Mängeln)之給付，對此，一般而言，倘若該瑕疵限制了工作物之可使用性及安全性，或欠缺約定之性質，即可謂為重大。此外瑕疵是否重大亦可自排除該瑕疵所需成本之多寡予以推知，意即在不涉及業主使用及安全之利益下，不重大之瑕疵將不因業主受領而影響契約順利發展之利益¹⁰⁸⁴。

依 VOB/B 第 12 條第 4 項規定，於當事人之一方請求下(可以書面為之)，正式之驗收程序(Förmliche Abnahme)即被採行。承包商依第 12 條第 1 項請求業主驗收，亦可視為第 4 項正式驗收之請求，而如當事人採用非正式之驗收程序或發生第 12 條第 5 項擬制受領之情形時，則正式驗收之規定即無適用餘地。踐行正式驗收程序時，當事人必須制定驗收紀錄¹⁰⁸⁵，其中應記明業主對於營建工作之瑕疵是否有所保留及所有承包商之異議。至於一方當事人委請專家對於瑕疵進行鑑定之費用，原則上不得請求他方償還，即使係業主委請專家揭露工作物之瑕疵而有權拒絕受領之情形，亦同。惟因

¹⁰⁸⁰ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 730.; Looschelders, SBT, 6. Aufl., 2010, Rdn. 650.

¹⁰⁸¹ Vgl. Medicus/Lorenz, SBT, 15. Aufl., 2010, Rdn. 730.

¹⁰⁸² Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 323.

¹⁰⁸³ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 2. u. 5.

¹⁰⁸⁴ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 9.

¹⁰⁸⁵ 如業主僅口頭表達對於瑕疵之保留或主張違約金條款，將不生保留或主張之效果，此時業主既不能行使瑕疵擔保請求權，亦不可行使違約金請求權。只有在例外情形下，倘承包商妨礙業主對於瑕疵保留之紀錄時，本於誠信原則，業主口頭之表示始發生效力。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 11.

業主此時可請求瑕疵之損害賠償，故該賠償數額應可包含委請專家鑑定之費用¹⁰⁸⁶。倘若業主已與承包商約定一驗收時點或已於適當之期間¹⁰⁸⁷告知承包商將辦理驗收時，則正式驗收程序可於承包商缺席下進行，但必須將業主對於瑕疵保留或主張違約金等事宜通知承包商。

值予注意者係 VOB/B 第 12 條第 5 項關於擬制受領之規定。承包商以書面通知工作完成後之 12 個工作日期滿，如業主怠於辦理驗收，即自動發生受領給付之法律效果。此條規定並不排除德國民法第 640 條第 1 項第 3 句之適用，倘若當事人依照第 640 條第 1 項第 3 句而主張擬制受領時，對於該條所謂「適當時間」，原則上應不低於 VOB/B 第 12 條第 5 項第 1 句之 12 個工作日，換言之，一般普遍認為 VOB/B 所規定之「通知工作完成後 12 個工作日」係較為適當之期間¹⁰⁸⁸。另外依 VOB/B 第 12 條第 5 項第 2 句規定，於業主占有並使用承包商全部或部分給付工作之情形，在業主開始利用 6 個工作日期滿後，亦發生擬制驗收之效果。而此種對於工作物之先行使用有別於工程之試運轉，又若業主係基於使損失最小化之目的而先行使用，亦不發生擬制受領之效果¹⁰⁸⁹。在擬制受領之情形，原則上承包商之給付應已完成或至少本質上已完成，倘若該給付存在重大可觀之瑕疵而可被認為欠缺工作完成之結果時，業主本可拒絕受領；而對於非重大之瑕疵，業主依 VOB/B 第 12 條第 5 項第 3 句規定，必須於承包商通知後 12 個工作日前或業主使用工作物達 6 個工作天前，即對瑕疵及違約金之約定為保留或主張之表示¹⁰⁹⁰，如此方可避免擬制受領效果之發生。

另外，VOB/B 第 12 條第 2 項對於部分驗收亦設有規定。只要該工作獨立之部分已達適於驗收之情形，承包商即可請求業主進行部分驗收。所謂達適於驗收之情形，主要之判斷標準在於「該部分給付具有可供檢驗的可使用性及功能性」，是以，樓梯尚未安裝扶手或房屋的樓地板，即非可供部分驗收之標的¹⁰⁹¹。部分驗收將使部分報酬之清償期提前屆至，亦開始起算該部分給付之瑕疵擔保請求權時效。

¹⁰⁸⁶ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 11.

¹⁰⁸⁷ 通常以 2 個星期為適當，至少亦可於 6 個工作天前通知。惟倘若當事人約定更短的時間，但承包商仍可在該時點出席且未表達對於該期間過短之不滿時，此時該期間之約定對於承包商即為無害。此外在德國有看法認為，倘若承包商基於重大理由而無法出席驗收程序時，倘若其即時告知業主該事由，本於誠信原則，可認為在必要時，業主負有義務將驗收之期間短暫延期，此對於業主亦是可合理期待的。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 12.

¹⁰⁸⁸ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 15.

¹⁰⁸⁹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 16.

¹⁰⁹⁰ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 17.

¹⁰⁹¹ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 7.

參、本文看法

承本文前述，工程契約中關於工作物之驗收，本質上所涉及者係定作人對於承攬人給付之受領，因此欲釐清我國工程實務上與驗收相關之爭議，乃有必要先回歸債各承攬章節尋找有關之任意規定，並分析我國現行法制之設計是否足以解決紛爭或尚有修正之空間。是以，本文以下將先就定作人是否負有受領義務等相關概念及問題予以分析，其後乃進一步針對現行實務上常見定作人於驗收前即先行使用承攬標的物之情形，探討現行實務見解之合理性，並嘗試提出本文看法。

一、定作人應負有受領義務

觀察實務判決中，當事人最常爭執者莫過於定作人拒絕或遲延受領時，究竟承攬人除了主張受領遲延相關規定外，是否尚得請求定作人給付約定報酬，或主張債務不履行之損害賠償以填補該段遲延受領期間所額外支出之費用。此問題基本上乃涉及定作人是否負有受領承攬工作物之義務，對此，本文前引之實務見解多肯認定作人負有受領義務，惟由於該等受領義務之本質係不真正義務，是以定作人不為受領亦僅構成受領遲延¹⁰⁹²。此外，我國相關學說見解則有分歧，簡列如下：

(一)否定說

採此說之學者認為，由於民法承攬一節中未如買賣設有第367條之規定，因此一般認為除當事人另有約定或法律另有規定（即民法第512條）外，定作人並不負有受領承攬工作物之義務。從而，定作人不為受領時，僅構成民法第234條之受領遲延，而不負給付遲延之損害賠償責任，此亦為我國多數學者之看法¹⁰⁹³。

(二)肯定說

學者¹⁰⁹⁴有認為，民法第512條係針對工作尚未完成所作之規定，但僅依該規定未必能導出定作人不負有受領義務之結論。換言之，對於承攬人未完成之工作，定作人本無受領該工作或給付

¹⁰⁹² 可參照最高法院29年上字第965號判例：「債權人有受領給付之權利，除法律有如民法第三百六十七條、第五百十二條第二項等特別規定，契約有特別訂定外，不負受領給付之義務。故債權人對於已提出之給付拒絕受領者，通常只負遲延責任，債務人不得強制其受領給付。」

¹⁰⁹³ 史尚寬，債法各論，1981年7月，頁334；林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002年3月初版，頁135；黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006年9月增訂二版，頁587-588；邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008年8月初版第2刷，頁114。惟其中邱聰智教授亦指出，若將定作人之受領解讀為定作人協力義務之一環時，依其肯認定作人協力義務係真正義務之看法，則認為定作人負有受領承攬工作之真正義務，亦非毫無可能。就此觀之，定作人之受領是否必然僅涉及定作人權利之行使，學者已有質疑。

¹⁰⁹⁴ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004年10月初版第3刷，頁648-649。

報酬之義務，而自第 512 條第 2 項規定之反面推論，僅得認為在不符第 512 條規定之情形且工作未完成時，定作人無須受領並給付報酬，尚無法逕自推得在工作完成時，定作人亦不負有受領之義務。同時，依舉輕以明重之法理，於第 512 條之特別情況下定作人尚負受領工作之義務，則於承攬人完成符合約定之工作並交付時，實應認為定作人負有受領工作並給付報酬之義務。

論者亦有參考德國民法第 640 條之規定及本於承攬契約中定作人對於承攬人交付之工作具有檢視審查之利益，而肯認定作人負有受領義務¹⁰⁹⁵。申言之，該論者指出，我國現行承攬一節中對於工作物交付所牽涉當事人權益之相關規定，法條用語似有所出入，例如民法第 490 條規定，定作人俟承攬人「完成」工作時始須給付約定報酬；而承攬人依第 505 條之規定，則必須至「交付」工作後，方得向定作人請求給付報酬；另依第 508 條之規定，價金危險之移轉時點則以定作人「受領時」為基準。此些規定皆涉及承攬工作與報酬給付間之對價關係，惟其所設定之時點卻不一致，則當這些規範再與同時履行抗辯權或物之瑕疵擔保等規定搭配時，在解釋適用上將可能產生各種矛盾之結果。

由於定作人受領承攬人提出之給付與否，依本文前揭討論定作人之付款義務一節所述，乃涉及定作人於契約訂立時已成立之承攬報酬債務，其清償期是否屆至，及承攬工作物危險負擔移轉等問題。是以在我國民法僅於第 512 條規範定作人受領義務之情形下，欲探究定作人是否一般性地負有受領義務，應自其他相關聯之條文予以分析並推論。就此，本文觀察我國民法第 490 條、第 505 條及第 508 條等規定，如同前述學者所言，對於承攬人交付及定作人受領之概念並未有統一之描述。是以，可能產生的問題是，如認為承攬契約中承攬人之交付與定作人之受領亦如買賣法中之受領，乃一行為之兩面時，則受領僅意味著工作物之現實接收，承攬人之交付與定作人之受領並不具有時間差，在此情形下，何以立法者之用語有所出入¹⁰⁹⁶？且如進一步推論此種交付形同受領之看法，則定作人於受領該工作物時即須同時給付承攬報酬，如此可能不符承攬契約重在一定工作之完成，定作人對於承攬工作通常須進行初步檢查之

¹⁰⁹⁵ 張哲源，交付=受領—論承攬人之「交付」、定作人之「受領」與危險移轉、同時履行抗辯、物之瑕疵擔保間之關係，東吳法律學報第 16 卷第 3 期，2005 年 4 月，頁 425-426。

¹⁰⁹⁶ 學者有自民法第 498 條、第 504 條、第 505 條、第 508 條及第 510 條等規定，得出我國法下定作人之受領非如德國法之受領具有定作人聲明之內涵，從而我國民法規定受領之意義，原則上僅係相對於承攬人交付行為而由定作人現實取得占有而言者，詳細說明請參閱楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 646-648。

契約特性¹⁰⁹⁷。

而本文參照民法第 508 條第 1 項前段及後段之規定及其立法意旨，推論立法者似無意特別區分工作交付與受領之概念，換言之，關於報酬請求權行使及危險負擔移轉之時點，似乎皆以定作人「受領」該工作時為準。當承攬人提出合於約定之給付時，如定作人受領該給付，其即取得工作物現實占有之利益，同時亦應承擔在其管領範圍下，工作物可能發生毀損或滅失之風險。因此本文認為，首先，應透過修法將各法條之用語統一¹⁰⁹⁸，並以定作人「受領」之概念貫穿之，方可使與受領相關法律效果之規範，於解釋適用上不致產生時點認定分歧之情形。

其次，對於「定作人受領」之概念，本文認為似應參考德國民法第 640 條之意旨，而將之理解為除定作人實體取得工作物之占有外，尚包含定作人藉由明示或默示傳達承攬人之給付基本上合於契約約定之意思。申言之，本文認為於傳統承攬契約中，雖給付工作之內容非如大型工程契約般複雜，惟由於承攬契約本質上即重視完成一定工作之結果，因此對於承攬人所提出之給付是否符合債之本旨，定作人應有檢視之必要與利益，倘在其檢查下認定工作物尚未完成，則定作人不僅無須受領該給付，依民法第 490 條之規定，其亦不須支付承攬報酬。惟如該承攬之工作已被認定大致符合契約之約定時，此時定作人即應受領該工作，而承攬人完成一定工作之給付義務亦將轉變為瑕疵擔保責任，倘若工作物存在品質、效用或價值上之瑕疵時，定作人應可依照民法第 493 條以下瑕疵擔保責任之規定，請求承攬人修補，或請求減少報酬、解除契約及損害賠償。

而觀察我國之相關工程契約範本，皆明文規定業主須對於工程標的辦理驗收程序，而在驗收程序中，業主將依照當事人約定或法定之標準進行工作物品質及效用之檢驗，倘該工作物不符標準，則業主可定期要求承包商改善，承包商逾期未改善即視為工作未能如期完成而有被課予違約金之可能。而若工作物有瑕疵，惟該等瑕疵不影響安全及使用需求時，於公共工程中，機關亦可選擇依政府採購法第 72 條之規定辦理減價收受。換言之，由工程實務之運作可

¹⁰⁹⁷ 學者有肯認定作人得於報酬支付前，針對承攬人交付之工作予以檢查者，如史尚寬，債法各論，1981 年 7 月，頁 328。然如認為定作人之受領與承攬人之交付實為同一事件，則一旦承攬人交付工作，依民法第 505 條之規定，定作人即應給付報酬，又從何享有一段檢查工作物之時間呢？相同見解及問題亦可參照最高法院 82 年度台上字第 1440 號判決：「惟查承攬報酬應於工作交付時給付之，民法第五百零五條第一項前段定有明文。**定作人於支付報酬前，固得檢查工作物是否合於契約之約定，以決定應否支付報酬**，倘定作人於受領工作物後，經過相當時間未表示異議者，承攬人既經交付工作物，定作人即有支付報酬之義務。」

¹⁰⁹⁸ 類似見解請參閱張哲源，交付=受領—論承攬人之「交付」、定作人之「受領」與危險移轉、同時履行抗辯、物之瑕疵擔保間之關係，東吳法律學報第 16 卷第 3 期，2005 年 4 月，頁 432。

知，於業主表示驗收合格前，承攬人履行給付之義務並未因交付工作而隨之終了，且承包商亦無請求約定報酬之權利。由此可見於大型工程契約中，業主辦理驗收不僅係取得工作之實體占有，更附有對於工程給付內容予以檢視之實質意義，而驗受既為定作人受領給付方式之一種，則由反面亦可推論，定作人之受領即應包含定作人承認工作給付大致符合契約之意思表示。此種表示除涉及定作人之履約利益外，更關係到契約目的之達成，乃係承攬契約及現代工程契約有別於買賣契約著重於財貨交換及取得標的物占有之特徵¹⁰⁹⁹。

再者，依我國多數學說及實務見解認為，定作人是否受領僅係其權利行使之決定，其不受領至多僅構成受領遲延的看法下，則即使本文認為應以「定作人受領」統合報酬給付及危險負擔之時點，並且受領之概念應不僅限於取得工作之實體占有，似仍無法解決定作人拒絕或遲延受領以阻礙承攬人行使報酬請求權之難題，此時乃有檢討定作人之受領非屬真正義務看法之必要。

所謂受領，係債權人承認債務人之給付行為，亦為給付在債權人方之對應行為，一般而言，受領乃係債權人之權利而非義務¹¹⁰⁰。在給付需要受領而債權人不為受領之必要行為的情形，應構成債權人之受領遲延，而受領遲延一般為債權人對己義務之違反，其成立並債權人係可歸責為必要¹¹⁰¹。惟倘若法律另有規定或當事人另有約定時，則債權人將例外負有受領之真正義務，例如民法第 367 條規定買受人之受領義務即屬適例。此外論者有提出，倘若債權人不受領即違反誠信、衡平原則或構成權利濫用時，此時債權人即例外負有受領之義務¹¹⁰²。

針對定作人是否負有受領義務之問題，本文認為，承攬或工程契約中工作之給付，實須經由定作人之受領，方能達成契約目的，即定作人享有符合約定內容之工作物，而承攬人則因完成一定之工作而獲得承攬報酬。此種給付兼需受領之情形，與本文前述「為完成給付而需要債權人積極協力」之法律狀態一致，是以此時定作人受領義務之爭論某程度亦同於定作人協力義務定性之爭執，此亦為

¹⁰⁹⁹ Vgl. Brox/Walker, aaO. (Fn. 174), S. 322. 類似看法可參閱張哲源，交付=受領—論承攬人之「交付」、定作人之「受領」與危險移轉、同時履行抗辯、物之瑕疵擔保間之關係，東吳法律學報第 16 卷第 3 期，2005 年 4 月，頁 426-429。此外，論者有觀察法院實務見解及基於工程契約中常約明驗收程序等觀點，認為民法上傳統以「定作人受領」作為危險負擔移轉之概念，於工程契約中似應配合驗收或先行使用等運作模式作調整者，可參閱蔡子琪，論工程契約之危險負擔與移轉，工程法律實務研析(四)，寰瀛法律叢書系列，元照，2008 年 9 月初版一刷，頁 80-87。

¹¹⁰⁰ 林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983 年 6 月，頁 9-15。

¹¹⁰¹ 黃茂榮，債法總論(第二冊增訂版)，植根法學叢書編輯，2004 年 7 月增訂版，頁 250。

¹¹⁰² 林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983 年 6 月，頁 15-16。

本文認定受領義務係廣義協力義務之原因。因此，對於定作人是否負有受領義務，本文之看法亦同於前文中協力義務性質之討論。詳言之，本文肯定在一般情形下，債權人之受領原則上僅涉及其權利是否行使，惟基於下述理由，應有在承攬或工程契約中，提升定作人之受領為真正義務之必要：

- (一)本文承先前相關章節之討論認為，定作人給付報酬之義務於承攬契約訂立時即已成立，雖民法第 505 條規定承攬人於交付工作時方能請求承攬報酬，惟參酌前述立法者未刻意區分時點之真意及定作人之受領(驗收)於承攬或工程契約之重要性，實應認為以「定作人之受領」為承攬人報酬請求權清償期屆至之時點，較為妥當。而由於我國現行民法並無定作人應負受領義務之一般規定，倘定作人不負有受領之真正義務時，於定作人主動受領該承攬工作前，承攬人之報酬請求權既尚未屆至清償期，則承攬人又如何同多數學說看法，主張其已交付工作而得對定作人之報酬給付義務行使同時履行抗辯權？換言之，如採定作人之受領僅為不真正義務之想法，則將受領相關法律規定之效果綜合討論時，所推導之結果將與多數學說認為承攬人工作之交付與定作人報酬之給付具有同時履行抗辯關係之看法發生衝突¹¹⁰³。
- (二)如定作人不負有受領之真正義務，則一旦定作人受領遲延，承攬人亦僅能依民法第 240 條規定請求定作人補償提出或保管之必要費用，惟對於承攬人因定作人不為受領而閒置工程之期間，依實務案例顯示有時動輒長達數年，則在此期間承攬人因定作人未受領工作而額外支出之費用、未能請求承攬報酬之利息損失，乃至於無法全心投入其他工程可能喪失之締約機會，是否皆能透過第 240 條規定而受到完整保障，實有疑問¹¹⁰⁴。
- (三)依一般工程慣例，當事人皆會約定對於工作物辦理驗收之程序，當工作物驗收合格時，承攬人之履約義務即轉為保固責任，同時危險將發生移轉，承攬人亦可請求約定報酬。如定作人遲不辦理驗收程序，影響最大者，莫過於承攬人除須繼續承擔工作物毀損滅失之危險外，更將因定作人未受領工作而無法請求承攬報酬，此實已嚴重妨礙承攬人之履約利益¹¹⁰⁵。就此，雖實務上定作人通

¹¹⁰³ 張哲源，交付=受領—論承攬人之「交付」、定作人之「受領」與危險移轉、同時履行抗辯、物之瑕疵擔保間之關係，東吳法律學報第 16 卷第 3 期，2005 年 4 月，頁 416。

¹¹⁰⁴ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 177。

¹¹⁰⁵ 雖民法第 508 條第 1 項後段規定，承攬標的物毀損、滅失之危險於定作人受領遲延時即已轉由定作人承擔，惟就本文之觀察，由於定作人常爭執個案之工程具有重大瑕疵等形同承攬人尚未提出約定給付之情形，則其並不負有受領義務，自然亦不發生受領遲延及危險移轉之效果，而若法院實務對於承攬人是否已依債之本旨提出給付之判斷亦不採實質完工之認定標準時，此時承攬

常係因施工過程中與承攬人因變更設計、提供協力與否、施作時程及方法上無法協調或竣工認定問題等眾多因素而主張其無須辦理驗收，此雖不至於構成驗收權利之濫用，惟倘定作人藉故遲不驗收，將連帶使承攬人對於已提出之給付無法獲得約定之對價，此不但有礙契約目的之達成，更將損害承攬人之權益。

是以本於工程習慣之運作、社會整體經濟之考量、契約目的之達成、雙務契約之公平性與牽連性及定作人依誠信原則負有保護相對人履約利益而不予侵害之義務，實應肯認定作人負有受領承攬工作之給付義務¹¹⁰⁶。此意味著當定作人遲不受領或辦理驗收時，承攬人除主張受領遲延之相關規定外，尚可以訴請求定作人受領，並主張債務不履行之損害賠償¹¹⁰⁷。

此外，有鑑於定作人受領與否與承攬人得否請求報酬間之牽連關係，雖本文認為定作人負有受領之真正義務，惟若考量以訴請求受領可能產生時間、金錢之耗費，而債務不履行之損害賠償責任亦僅具消極填補損害之功能，則對於承包商請求報酬之權利似應賦予更進一步之保障。如定作人拒絕或怠於驗收或受領致承攬人給付發生妨礙之情形，解釋上雖有可能以此為可歸責於業主致受領不能之情形，而類推適用民法第 267 條之規定使承攬人得請求約定之報酬¹¹⁰⁸，惟個案中定作人拒不受領是否等同於受領不能或承攬人之給付是否因此發生障礙，皆可能產生相當大之爭議，故論者即有指出較為適當之處理方式應為使定作人「喪失同時履行抗辯權」¹¹⁰⁹。申言之，當定作人無正當理由拒絕受領而違反誠信原則時，此時由於承攬人無法期待其提出合於約定之給付後可獲得等價之對待給付，意即雙方之雙務對價關係發生失衡，而定作人亦無保護之必要，故承攬人可主張類推適用民法第 101 條之規定，直接訴請定作

人得否主張定作人受領遲延而應承擔報酬危險，似仍有疑問。

¹¹⁰⁶ 採類似看法認為定作人負有一般受領義務者，可參閱楊與齡，論承攬契約定作人之義務，法學叢刊第 85 期，1977 年 3 月，頁 7；而學說上有認為定作人之受領與給付價金實已具有不可分割的密切關係，故應屬定作人之主給付義務者，詳請參閱謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 156；亦有認為定作人遲不受領可能同時構成受領遲延及給付遲延者，如盧仲昱，營建工程契約遲延問題之研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1994 年 7 月，頁 186；黃世孟、陳坤成，營建工程受領(驗收接管)遲延之探討(下)，現代營建第 217 期，1998 年 1 月，頁 71。

¹¹⁰⁷ 蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001 年 8 月，頁 119。此外，採類似見解但認為不可以訴請債權人強制履行者，可參閱林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 142。

¹¹⁰⁸ 亦有採直接適用民法第 267 條而移轉危險之看法者，如黃世孟、陳坤成，營建工程受領(驗收接管)遲延之探討(下)，現代營建第 217 期，1998 年 1 月，頁 71。

¹¹⁰⁹ 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年 7 月，頁 142。

人給付承攬報酬。

此種看法在實務上經常被法院採用，此或許係基於定作人不負有受領之真正義務之前提下，法院為保護承攬人之利益及實現誠信原則¹¹¹⁰之意旨，故多肯認在定作人遲不受領之情形，屬於以不正當行為阻礙條件或期限成就者，意即透過直接或類推適用民法第 101 條之規定即可擬制定作人已受領而使報酬請求權之清償期屆至。就此，本文肯定此種見解對於承攬人利益之保障，而法院實務上此種見解之作成，亦證本文前述認為如定作人之受領義務僅為不真正義務時，將可能產生之不合理情形，故實有必要認為在承攬契約中，該等受領義務已為定作人之給付義務。此外，應予釐清者係，由於定作人給付報酬之義務早於承攬契約成立時即已發生，僅清償期尚未屆至而已，故在法條之適用上，似以類推適用民法第 101 條之規定較為妥當。而德國民法第 640 條第 1 項第 3 句及 VOB/B 第 12 條第 5 項明文規定若定作人不於適當期間內受領承攬給付，將發生擬制受領之效果，此實與我國實務及學說上述見解有異曲同工之妙，應可作為我國未來相關法律修正時之參考。

二、業主先行使用之問題

依政府採購法第 72 條第 1 項及同法施行細則第 99 條之規定，於公共工程中，如採購標的經機關認定有先行使用之必要者，依法「應」先就該部分辦理驗收或分段查驗供驗收之用，機關應就該部分支付價金並起算保固期間。惟工程實務上常見之情形是，機關尚未辦理驗收或驗收未完成即先行使用工程標的物¹¹¹¹，在此種情形下，未經機關驗收之標的物，在機關先行使用期間發生毀損滅失之情形時，究應由何方當事人承擔？此問題亦進一步涉及營造綜合保險之保險責任存續期間之爭議，按營造綜合保險基本條款第 3 條「保險責任之開始與終止」之規定：「本公司之保險責任，於保險期間內，自承保工程開工或工程材料卸置於施工處所後開始，至啟用、接管或驗收，或保險期間屆滿之日終止，並以其先屆至者為準。

¹¹¹⁰ 如最高法院 90 年度台上字第 969 號判決、最高法院 88 年度台上字第 216 號判決及臺灣高等法院 86 年度重上更(一)字第 127 號判決等，皆於判決中提及定作人以未完成驗收手續為由而拒付尾款，自屬有違誠信之概念，可供參照。

¹¹¹¹ 以「臺北市臺北都會區大眾捷運系統工程各線設施設備點交移交作業要點」(民國 100 年 10 月 15 日版)為例，台北市政府捷運工程局可基於使定作人於營運前熟悉環境及設備操作或基於先行使用以滿足工程標的預訂營運目的等因素，請求工程承包廠商於驗收前辦理點交、移交捷運系統設施、設備及契約相關文件予台北大眾捷運股份有限公司接管。該作業要點第三條(名詞定義)規定：「(一)點交：工程已竣工或已達實質完工未驗收之工程，為利捷運公司於營運前熟悉作業環境及設備操作；或配合政策需要暫無法驗收，有先行使用之必要，得交由捷運公司接管者。」由此可知，在工程實質完成但尚未驗收時，由於定作人營運或政策落實之需求而辦理點交以供先行使用之情形，並不少見。參考網址：法源法律網

<http://db.lawbank.com.tw.ezproxy2.lib.nccu.edu.tw/FLAW/FLAWDAT01.aspx?lslid=FL048432>

倘承保工程之一部分經啟用、接管或驗收，本公司對該部分之保險責任即行終止。」，一般而言，承包商於開工後即對於工程負有照管義務¹¹¹²，直至業主驗收後方解除責任，則在業主先行使用工程標的物之情形，是否即屬於該基本條款第 3 條所謂之「啟用」，亦常於保險公司及承包商間產生紛爭。蓋倘若保險公司認定業主先行使用即屬工程已啟用，則依該條款第 3 條之規定，其所負擔之保險責任即告終止，若此時工程標的物發生毀損滅失之情形，將可能使承包商一來無從向保險公司申請理賠，二來亦因工程未驗收而無法請求報酬，甚至必須重作該工程，對承包商之履約利益而言顯有重大影響¹¹¹³。

本文認為機關基於各種考量而有先行使用工程標的物之必要，在其事先依政府採購法及其施行細則等規定與承包商交涉辦理工程(部分或全部)驗收，而透過業主之驗收，將可進一步使承包商之履約責任轉換成保固責任，同時除承包商可請求約定報酬外，工程毀損滅失之危險亦將轉由業主承擔之情形下，實屬無可厚非。惟依我國現行法院實務，常見兩種見解為，一、採取政府採購法施行細則之規定並非強制規定，且民法關於危險負擔之規定亦屬任意規定之觀點下，認定契約當事人可另行約定在機關先行使用工作物之情形，承包商依然須承擔工作物之危險¹¹¹⁴；二、工作物尚未辦理驗收，即定作人未為受領，依民法第 508 條規定，報酬危險仍應由承包商承擔。類此之見解如再搭配上營造綜合保險實務之運作，相較於業主未辦理驗收即可先行享用工作物之利益，對於承包商之保障即有不周亦不公平。對此，以下乃簡要提出本文之看法。

(一)先行使用亦屬於「定作人受領」概念之一環

依本文前述分析，定作人負有受領工作物之義務，而所謂定

¹¹¹² 可參照行政院公共工程委員會工程採購契約範本第 9 條施工管理、(七)工程保管之規定：「1. 履約標的未經驗收移交接管單位接收前，所有已完成之工程及到場之材料、機具、設備，包括機關供給及廠商自備者，均由廠商負責保管。如有損壞缺少，概由廠商負責賠償。其經機關驗收付款者，所有權屬機關，禁止轉讓、抵押或任意更換、拆換。」

¹¹¹³ 謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 152。

¹¹¹⁴ 如臺灣高等法院 95 年度建上字第 9 號判決：「按政府採購法施行細則第 99 條雖規定：「機關辦理採購，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，並得就該部分支付價金及起算保固期間」，但此細則並非法律，更非法律強制禁止規定，故得由當事人以契約排除其適用。系爭工程契約第 23 條約定：「在本工程全部完工前，甲方於必要時得就已完成部分予以先行使用，．．．且該完工部分之使用，非即認可驗收，乙方不得藉口該部分已經使用，而要求減免其應對本契約所負之責任與義務，或要求提前起算保固」。此約定已明文排除政府採購法施行細則第 99 條之適用。亦即，被上訴人不必就工程部分完工部分，辦理部分驗收，上訴人不得以部分先行使用為由，要求提前起算保固期間。」類似見解認為政府採購法施行細則規定僅屬訓示規定者，尚可參照臺灣高等法院 93 年度重上字第 498 號判決。

作人之受領，除包含定作人取得工作物之實體占有外，尚包含其以明示或默示表達工作物大致符合契約約定之意思。而此種受領之概念乃與我國工程實務上法律規定或當事人約定辦理之「驗收」相當，蓋透過驗收程序(包含工作之部分驗收)，業主對於承包商依約提出之給付，可依照驗收標準予以檢視，待驗收合格後即給付工程尾款予承包商、發還履約保證金及進入工程保固期間。更重要者係，由於定作人已受領該工作，因此定作人對於工作物具有事實上之管領力，此時承包商對於工程之照管義務已因定作人之受領而解除，定作人於享有接收或使用該工作之利益時，亦應相應地承擔在其管領範圍內工作物因不可抗力發生毀損或滅失之危險，此即民法第 508 條第 1 項前段危險負擔移轉之規範意旨¹¹¹⁵。

在定作人未辦理驗收即先行使用之情形，本文認為一般而言，該等工作通常皆已達竣工或適於使用之狀態¹¹¹⁶，即使工作物可能存有瑕疵，惟通常仍應具有一定之品質及安全性，且不至於妨礙該工作物通常之效用或契約約定之效用，否則定作人應該不會貿然啟用¹¹¹⁷。換言之，此時該等工作應已大致符合契約約定之給付標準，且既已因定作人之使用而實質上置於定作人之管領範圍下，實應認為業主先行使用工作物之情形已形同業主受領該工作，意即所謂定作人之受領，並不僅侷限於定作人遵守程序辦理驗收之情形，尚應包含先行使用此種實質上等同受領之情況。而在此推論下，本於「利益之所在，危險之所在」之法諺，該工作物之危險應轉由業主承擔，同時啟動該工作標的之保固期間，方符誠信原則及政府採購法第 6 條所揭示之公平合理原則¹¹¹⁸。

如依本文上述將定作人先行使用等同於業主驗收之看法，似亦可解決營造綜合保險之相關紛爭。蓋營造綜合保險基本條款第

¹¹¹⁵ 楊芳賢，承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，元照，2004 年 10 月初版第 3 刷，頁 651。行政院公共工程委員會工程採購契約範本第 9 條施工管理、(七)工程保管亦有類似意旨之規範：「2. 工程未經驗收前，機關因需要使用時，廠商不得拒絕。但應由雙方會同使用單位協商認定權利與義務。使用期間因非可歸責於廠商之事由，致遺失或損壞者，應由機關負責。」

¹¹¹⁶ 可參照「臺北市臺北都會區大眾捷運系統工程各線設施設備點交移交作業要點」第 3 條對於點交概念之規定。

¹¹¹⁷ 特別是在公共工程中，如該工程未具有一定之安全性及可使用性，機關欲強行使用，除可能違反公共利益外，對於可能產生之損害，機關亦須承擔法律及行政上責任之風險。

¹¹¹⁸ 承本文第四章介紹德國民法第 645 條之領域理論，針對其他源於業主領域而對承攬工作產生妨礙之風險，基於其與第 645 條所列舉事項(業主提供有瑕疵之材料、業主之指示)在法律上評價之相似性，因此德國學說及實務上均肯認可擴大適用第 645 條第 1 項第 1 句之規定。其中對於源於定作人自身致毀損工作物之行為，學者即有提出在業主於受領前已使用承攬工作物之情形，由於業主藉此享有工作物之利益，且處於對工作物風險管領較近之地位，因此報酬風險即應轉由業主承擔。Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), §645, Rdn. 22 u. 24. 此外，類似看法亦可參閱謝哲勝，李金松，工程約理論與實務(上)，台灣財產法暨經濟法研究協會發行，翰蘆圖書，2010 年 2 月增訂二版，頁 152。

3 條之所以規範當工作已啟用、接管或驗收時，保險公司之保險責任即告終止，此乃涉及保險人對於風險評估及預見可能性之概念。按營造綜合保險之運作係由保險公司評估承包商所承攬工程之建造中風險，而與承包商協商保險金額，於保險責任期間承擔工程施作之風險¹¹¹⁹。而該工程建造中的風險，將因業主之使用而轉移至工作物使用上之風險，惟此二類風險之態樣、危險發生頻率及何人最有能力預防風險發生皆不相同。換言之，因定作人之使用行為通常會增加工作物之風險，如此將使在保險標的上原先評估之風險發生巨大轉變，此自然不在原工程營造綜合保險所欲移轉風險之範圍內，因此一旦工作物已被業主啟用，原工程保險契約的保險期間即行屆至，保險公司則不負理賠之責。

惟在業主未辦理驗收即先行使用標的物之情形，因業主較能現實掌握標的物之狀態，因此認定工程原有之風險轉由其承擔較為合理，再依本文前述認定業主先行使用即形同受領之看法，將使業主承擔工作物毀損、滅失之危險具有法律上依據，承包商亦不至於因工程啟用後，工作物發生毀損滅失時，由於保險公司不負保險責任，致未能獲得保險理賠而須自負虧損¹¹²⁰。

(二)於使用前業主負有先辦理驗收之義務

有鑑於業主未辦理工程驗收即先行使用工程標的可能引發眾多的爭議，本文認為實有必要課予業主於使用前盡可能辦理驗收之義務。雖我國工程契約範本相關規定對於業主是否應辦理驗收或部分驗收未有一致規定，有認為此屬業主之權利，有認為此應為業主之義務，惟本文認為由於業主之受領乃重大牽涉承包商之履約利益，同時在業主得先行使用工程之情形，承本文前述，該

¹¹¹⁹ 營造綜合保險的保險責任期間採用航程原則(Voyage basis)，即依工程契約所載之施工期間為基礎約定。

¹¹²⁰ 是以本文認為最高法院 93 年度台上字第 999 號判決固守以驗收作為危險移轉時點之見解即有再商榷之餘地：「本件上訴人所承保者，為被上訴人基於承攬人身份於履行系爭工程承攬關係時對於定作人所應負擔之給付危險，一般保險契約保險人之保險責任均係於保險期間屆期之日終止，本件兩造所訂系爭保險契約為上開「倘承保工程之一部分經啟用、接管或驗收，本公司對該部分之保險責任即行終止。」之約定，應係依民法第五百零八條危險負擔移轉時點之規定而訂定，蓋苟於保險期間屆期前，被上訴人就其承攬工作已完成且由定作人受領，承攬人即被上訴人已不負危險負擔，此時若仍令保險人即上訴人負保險責任，即有所不符。故系爭保險契約基本條款第三條之約定在保險期間屆至之日前，上訴人承保工程如已啟用、接管、驗收，保險人之保險責任提前終止，此時因定作人已受領定作物，危險負擔已移轉，承攬人即被上訴人喪失保險利益，保險契約之效力無從延續。益證上開基本條款第三條約定之「啟用、接管」確等同於民法第五百零八條第一項前段定作人之受領，自應經正式點交而交付管領。另同條所稱：「驗收」，應指民法第五百零八條第一項後段「如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。」關於承攬關係危險負擔移轉時點之規定所為之約定，指「承攬人已完全依債之本旨提出給付」，即承保工程經正式驗收合格而言。換言之，上開所謂「啟用、接管、驗收」之啟用、接管，亦均指以經驗收為前提，如工作實際上尚未經驗收，該未驗收部分之危險仍由承攬人即被上訴人負擔。」

工程多屬已竣工或達實質完工之階段，且通常已置於業主之管領力下，此種情形實已足夠且可期待業主辦理工程驗收程序。換言之，如業主只顧享受使用工作物之利益卻遲不辦理驗收，似有藉此延後承包商承擔危險及所負保固責任期間之嫌，如此對於承包商之履約權益甚為不公¹¹²¹。

基於上述理由，行政院公共工程委員會曾以工程會 97 年 10 月 23 日工程企字第 09700438151 號函¹¹²²通知各機關「應」先辦理驗收或部分驗收後始可先行使用工作物；亦有論者¹¹²³主張若採購機關拒絕先行辦理部分驗收，即屬違反強行規定之違法行為，廠商可據以向採購機關提出異議或向採購申訴審議委員會提出申訴，依履約爭議之模式請求調解¹¹²⁴。而觀察前述「臺北市臺北都會區大眾捷運系統工程各線設施設備點交移交作業要點」第 7 條「管理權責與費用支應」以下¹¹²⁵相關規定可知，工程實務上於業主辦理驗收前，亦已有機關在使用工程時，即已啟動廠商之保固機制，並且在使用時一併通知廠商修改工程施作瑕疵等情形，換

¹¹²¹ 德國學者有認為在承攬工作尚未驗收前，業主不宜使用該工作物，即使該使用係合於約定之情形亦然，若業主先行使用造成工作物滅失或不能完成，則可視為是業主之行為所引致之風險，而應由其承擔該風險較為合理。Vgl. J. Von Staudingers, aaO. (Fn. 398), §645, Rdn 33.

¹¹²² 工程會 97 年 10 月 23 日工程企字第 09700438151 號函：「(節錄)三、查本法施行細則第 99 條規定『機關辦理採購，有部分應先行使用之必要或已履約之部分有減損滅失之虞者，應先就該部分支付價金及起算保固期間』，機關辦理採購，如有部分先行使用之必要者，應依規定辦理部分驗收或分段查驗，避免影響廠商權益。」；此外，該函要旨亦謂：「各機關辦理之採購，應依法限期辦理驗收，且不得藉故拖延驗收作業，刁難廠商影響廠商權益，如有違反者應依相關法規追究相關人員疏失責任。」，可供參照。

¹¹²³ 黃鈺華主編，政府採購法解讀—逐條釋義，元照，2008 年 9 月三版第一刷，頁 279。

¹¹²⁴ 法院實務亦有見解認為政府採購法及其施行細則第 99 條之規定屬於強制規定，故業主於先行使用工程標之情形，負有辦理驗收之義務，可參照花蓮高分院 91 年度上易字第 41 號判決：「本件系爭宿舍火災之發生係因可歸責於被上訴人之事由所致，又上訴人因被上訴人之要求，已更新工程合約書之內容，由上訴人將系爭宿舍部分於整體工程完成前交予被上訴人管理使用，被上訴人自應承擔系爭宿舍毀損滅失之危險。再者，上訴人既已依被上訴人之要求將系爭宿舍部分先行交予被上訴人管理使用，其後該校學生並已進住使用，足認上訴人顯依兩造更新之契約本旨提出給付。復依政府採購法第七十一條及同法施行細則第九十九條之強制規定，被上訴人負有辦理部分驗收之法定義務而不履行，顯已陷於受領遲延之狀態，依民法第二百三十七條及同法第五百零八條第一項後段規定，系爭宿舍毀損滅失之危險亦應由被上訴人負擔，是被上訴人以災後修補重建費八十萬元主張與其對上訴人所負一百萬元承攬報酬之債務相抵銷，於法無據。」

¹¹²⁵ 臺北市臺北都會區大眾捷運系統工程各線設施設備點交移交作業要點第 7 條第 1 項：「(節錄)各梯次設施設備(含工具、儀器、備品、物品等)點交、移交完成後，捷運公司即應負責管理及日常保養維修之責；但工程標契約另有約定者，由捷運局依契約約定辦理。如：1.保固之啟動，由捷運局依契約約定執行，捷運公司配合辦理；若廠商未依契約約定修復、逾期不修復或無法修復，捷運局得逕動用保固金或押提後逕行修復之，或徵得捷運公司同意後委由捷運公司改善，如有不足，捷運局並得向廠商追繳。2.保固期滿前之維修責任，除依契約約定由廠商負責外，逾契約範圍者，在營運通車前其維修費用由捷運工程特別預算勻支；若牽涉到契約條款適用之疑義，由捷運局處理之。」；同條第 10 項規定：「點交、移交前捷運公司得派員檢查(包含但不限於配合捷運局工程檢查作業時程)，如發現各項軟硬體設施有需要改善之處，應即通知捷運局轉知廠商改善。各類改善事項應區分輕重緩急；其需於營運前改善者，應立即進行，及早完成；需後續辦理者，亦應訂定預定完成時限，如期實施完成。」

言之，即使業主礙於時程要求而未能先行辦理驗收，惟在實際使用工程時亦可能採用類似驗收之程序，既達成先行使用之目的，亦同時維護承包商之權益。則由此反面推論，若個案中尚有充裕時間，實應認為在使用工程前，業主負有義務踐行驗收或部分驗收程序，此對於業主不僅可合理期待，亦屬較為公平合理維護雙方權益之作法。

另外，政府採購法第 72 條第 1 項規定，當驗收結果不符部分非屬重要，而其他部分可先行使用且經機關檢討確認有先行使用之必要時，得就其他部分辦理驗收並支付部分價金；而同條第 2 項¹¹²⁶則設有減價收受之規定，所謂「減價收受」係指在驗收結果與契約訂定之要求條件不符時，於符合政府採購法第 72 條第 2 項之要件¹¹²⁷下，機關得以扣減契約價金之方式受領廠商所提出之給付。至於何謂「不妨礙安全需求」，一般認為係指符合法令規定安全衛生之標準；而「不妨礙使用需求」，則指使用需求依契約雖有減損，但仍能供採購機關使用而言¹¹²⁸。換言之，得適用減價收受之情形，該工程採購之標的通常已達實質完工之狀態，且雖存在與規定不符之瑕疵，惟該等瑕疵尚屬輕微而可不必拆換或權衡拆換所耗費之成本後，機關得選擇以減價方式受領承包商之給付。就此，本文認為於機關先行使用工作物之情形，該等工作物勢必已達完工且基本上符合契約約定之階段，故如業主於先行使用前辦理驗收時發現工作物上現存之瑕疵，除可於驗收時記明瑕疵並要求承包商修補或改善外，亦可選擇以減價收受之方式處理。既然機關在現行法下具有選擇驗收程序之權利¹¹²⁹，則要求其於先行使用前辦理驗收或部分驗收，將不會造成機關過大的負擔，如此愈證機關負有先辦理驗收義務之必要性¹¹³⁰。

¹¹²⁶ 政府採購法第 72 條第 2 項：「驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用，經機關檢討不必拆換或拆換確有困難者，得於必要時減價收受。其在查核金額以上之採購，應先報經上級機關核准；未達查核金額之採購，應經機關首長或其授權人員核准。」

¹¹²⁷ 可參酌工程會 92 年 6 月 30 日工程企字第 09200248540 號函意旨。

¹¹²⁸ 馬惠美，減價收受之爭議，工程爭議問題與實務(二)，中華民國仲裁協會出版，2010 年 12 月一版，頁 134。

¹¹²⁹ 雖一般學者多主張是否辦理減價收受，機關具有裁量權限，惟機關行使裁量權時仍應注意行政程序法第 10 條之規定：「行政機關行使裁量權，不得逾越法定之裁量範圍，並應符合法規授權之目的」，故機關仍不得濫用裁量權而拒不辦理減價收受。詳請參閱馬惠美，減價收受之爭議，工程爭議問題與實務(二)，中華民國仲裁協會出版，2010 年 12 月一版，頁 139-140。

¹¹³⁰ 類似見解可參閱盧克晃，工程履約爭議問題之研究，國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，2010 年 1 月，頁 139-140。此外，中國大陸合同法，建設工程合同第 279 條關於驗收及交付使用之規定：「建設工程竣工後，發包人應當根據施工圖紙及說明書、國家頒發的施工驗收規範和品質檢驗標準及時進行驗收。驗收合格的，發包人應當按照約定支付價款，並接收該建設工程。建設工程竣工經驗收合格後，方可交付使用；未經驗收或者驗收不合格的，不得交付使用。」，亦可供參考。

(三)參考實質完工或先行使用即擬制受領之概念

綜合整理上述討論，可知機關未辦理驗收即先行使用工作物將衍生眾多紛爭，本於當事人間利益狀態之衡平及維護，且考量誠信原則中契約一方當事人對於他方應負有保護義務之面向，在現行法下除解釋先行使用狀態即形同業主受領外，實有必要認為政府採購法施行細則第 99 條之規定係課予機關負有先行辦理驗收之義務。惟有鑑於現行實務見解多認為該規定非屬強行規定，因此為根本解決此問題，實有必要透過修法，除課予定作人一般之受領義務外，更應將該受領義務擴張包含業主先行使用之情形。此外，如業主未辦理驗收而先行使用全部或部分工程時，亦可參考 VOB/B 第 12 條第 5 項第 2 款¹¹³¹規定，於一定期間屆滿後即發生擬制受領之效果；相似之規範亦可見諸 FIDIC 新紅皮書第 10.2 條¹¹³²規定。透過擬制受領之制度，可進一步確保承包商經業主受領所享有之權利，亦可使工程契約之風險被合理分擔。由此可知業主先行使用視為已受領之概念，已為國際所通認之工程慣例，此應可在我國現行法下，被援引為民法第 1 條之法理以供參考。

另外，就本文觀察發現，業主遲不受領或業主先行使用是否應辦理驗收程序，乃至於二者否適用擬制受領之法律效果，實亦與完工之概念緊密相關。蓋實務上業主對於未辦理驗收程序最常主張之理由即承包商尚未完成施作，或兩造對於工程變更設計之認知不同，從而對於何謂依債之本旨之給付產生爭執¹¹³³。由於竣工或完工概念在學說及實務上素有爭議¹¹³⁴，本文限於討論主題及篇幅，在此不擬深究。惟若針對業主先行使用之問題，在思考面向上似亦可從實質完工之概念作切入。蓋本文前述一再說明可供

¹¹³¹ VOB/B 第 12 條第 5 項第 2 句規定：「Wird keine Abnahme verlangt und hat der Auftraggeber die Leistung oder einen Teil der Leistung in Benutzung genommen, so gilt die Abnahme nach Ablauf von 6 Werktagen nach Beginn der Benutzung als erfolgt, wenn nichts anderes vereinbart ist. Die Benutzung von Teilen einer baulichen Anlage zur Weiterführung der Arbeiten gilt nicht als Abnahme.若未被要求受領或業主已利用給付或部分給付，倘若未另有約定時，則受領在開始利用後 6 個工作日滿後視為已發生。對於利用部分建築工程以使工作繼續則不適用視為受領。」

¹¹³² FIDIC 新紅皮書第 10.2 條規定：「...除了契約明定或經雙方同意做為臨時措施者外，未經工程司簽發接收證書的任何部分工程，業主皆不得使用。但是，業主在簽發接收證書前，確實已經使用了部分工程，則：1.該使用的部分，自業主使用之日起，是為已被接收。2.承包商自該日起，不再負擔該部分的危險，應移轉予業主負責。3.如承包商提出要求，工程司應就該部分簽發接收證書。」

¹¹³³ 類似觀察可參閱吳憲彰，工程合約實務問題泛論(六)--營繕工程驗收與保固之爭議，營造天下第 40 期，1999 年 4 月，頁 38。

¹¹³⁴ 此即「實質完工」與「終局完工」之爭執。前者係指當工作完成至已能使用之程度，使定作人已能接管工作物並能享有該工作所帶來之預定使用利益時，即達竣工之程度；可參照板橋地院 92 年度訴字第 1664 號判決之說明；而後者則指當所有營建工程均完全按照契約規範所定之程度完成時，方稱之為竣工；可參照臺灣高等法院 89 年度重上字第 482 號判決之說明。

業主先行使用之工程標的，必已大致完工且基本上符合契約約定之標準，換言之，該工作通常即具有一定之安全性及可使用性，此於前引我國各工程契約範本關於先行使用部分應辦理驗收之規範及機關於驗收前辦理點交及移交作業辦法之規定中亦可推知。是以在工程實務上既存在工程實質完成後先行使用之慣例與需求，則機關可否先行使用特定工程卻堅持該工程未完成所有契約約定項目之施作或存在眾多瑕疵，而拒不辦理驗收，實有疑義。

依照 VOB/B 第 12 條第 5 項第 2 句之規定，擬制先行使用發生受領效果之工程必係已完工或大致完工，並可供使用為要件，且業主依同條項第 3 句之規定，對於已知悉之瑕疵或對於契約違約金之保留，至遲必須於同項第 2 句先行使用所規範之「6 個工作天」屆滿前按時發出通知¹¹³⁵。由此規定可知，除非該約定之工作因具有可觀且重大之瑕疵而可被業主依 VOB/B 第 12 條第 3 項拒絕受領外，於工作物得先行使用之情形，通常該工作至多僅存在較輕微之瑕疵，而業主可透過對於瑕疵及違約金之保留而維護工程之品質及其自身權益，此並不影響擬制受領結果之發生。類似實質完工可供利用之看法亦可參閱美國 AIA 標準契約文件 A201 文件第 9.8 條¹¹³⁶之規定，同時美國法院判決對於「尚待完成」或「瑕疵工作是否影響實質完成之程度」，亦提出以工作物瑕疵程度、瑕疵改善難易程度、契約目的受挫程度及已完成工作對於定作人使用或收益情形等為判斷之標準¹¹³⁷。

綜合比較法之規定可知，契約中工作完成之認定及該工作上輕微瑕疵應如何處理，實係屬二事，而參照我國民法第 492 條所揭櫫「是否合乎約定或通常之品質、效用」之觀點，其中著重於約定使用目的之狀態，某種程度似亦採取實質完工之認定標準¹¹³⁸；同時衡量工程契約中雙方當事人之利益狀態，由於工程契約之給付項目繁雜，若固守傳統契約類型對於是否完全履行契約義務之認定標準，恐不符合工程實務運作之需求，此特別是在承攬人已完成工程本體，其餘零星工作不影響工作整體使用且業主亦開始占有並使用工作物之情形，若認為承包商尚未完工故不得請

¹¹³⁵ Vgl. Messerschmidt/Voit, aaO. (Fn. 338), VOB/B §12, Rdn. 16 u. 17.

¹¹³⁶ A201 第 9.8.1 條定義：「實質完成係指工程之全部或指定部分已按照契約規定充分地完成，以便定作人可占有或依其預定目的使用該工程」；關於 AIA 標準契約文件 A201 第 9.8 條承包商申報實質完成程序之詳細說明，可參閱顏玉明，竣工之爭議，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，頁 193-197。

¹¹³⁷ 顏玉明，竣工之爭議，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，頁 197。

¹¹³⁸ 採相同看法者可參閱吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究—以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年 7 月，頁 90。

求承攬報酬，甚至可能被課予遲延完工之逾期違約金時，對承攬人利益之保障實不足夠¹¹³⁹。是以在工程實質上已完成，客觀上已達可供業主使用之程度時，應認為業主即不得再任意以工作尚未完成或存在瑕疵為由而拒絕辦理驗收。因此本文贊同學者¹¹⁴⁰之看法：「此種基於實質完成精神，作為雙方當事人履約期限之認定，除可便利定作人先行使用工作物、開始熟悉操作或營運模式；又可使承包商同時進行修補瑕疵及完成收尾工作，促成雙方皆為該工程建設能及早提供服務而努力，實為解決履約期限爭議之途徑之一」。



¹¹³⁹ 類似見解可參閱呂純純，公共工程逾期爭議之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年1月，頁77。

¹¹⁴⁰ 顏玉明，竣工之爭議，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，頁193。

第六章 結論

壹、營建施工契約之定性

一、營建工程契約本質上屬於承攬契約

承攬契約之基本精神表現在承攬人允諾為定作人有償地創作一個於締約時尚未存在、還只是計畫中的工作，以滿足定作人在契約中所描述之要求，是以特定契約類型是否應定性為承攬契約，即應檢視其是否具有以「創作」或「工作」換取對價之特質¹¹⁴¹。而營建工程契約之工作內容，通常涉及建築物或其他工作物之新建、修繕或改良等，承包商於提出新建或修繕之成果後始得請求業主給付約定報酬，就當事人間主要權利義務之內容觀之，工程施工契約性質上應可歸類為承攬契約。然而對於新興社會交易型態之定性僅係探討相關法律問題之過程，不當然能得出最適切之法律適用結果，例如一概以工程契約本質上屬於承攬契約即否定承包商享有契約終止權，則於契約消滅後，履行回復原狀之義務將可能造成當事人莫大之負擔。是以無論將營建工程契約定性為典型之承攬契約或非典型契約之一種態樣，均應因應及兼顧雙方之需求與利益，始能達成當事人所欲追求效率最大化的目標¹¹⁴²。

二、營建工程契約之特性

營建工程契約具有雙務、有償之性質，然由於其所涉及之標的金額龐大，且因履約期較長，履約期間可能面臨之風險亦與傳統承攬契約有別，同時工程契約隨著當事人需求之變動，致使工作內容千變萬化，且工程契約之進行受到外界經濟或客觀環境影響甚鉅，具體工作項目為因應實際施作之需要而有隨時修正或補充之可能，而此亦或多或少影響當事人得否依原訂時程順利履約。就此，承包商對工程之進行固然需具備專業技術與能力，惟工程進行中，若干工作內容之實際施作，常有待業主積極配合，方能順利完成。是以，如僅以傳統債各承攬章節之規範，欲處理現代大型、新興、專業度極高之工程爭議，而不同時體認工程所牽涉之專業與行為規

¹¹⁴¹ 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學叢書編輯，2006年9月增訂二版，頁478-482。

¹¹⁴² 王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第38卷第2期，2009年6月，頁137。同樣地，由於工程契約之執行過程常含有大量的可變因素，因此其契約之擬定上需具有相當之調整性及可變動性，以因應現場實際情況之變化。換言之，工程合約不若其他制式契約，可以一約適用於多種情況，反而必須在顧及每個工程內容之特性並推測其未來可能發生之爭執之前提下，才能訂立一個切合實際而可行的工程合約。

範，則通常將無法精確掌握工程糾紛之核心意義，並且亦難以提出公平分配風險之機制。換言之，契約定性固有有助於當事人或仲裁、審判者於檢視契約糾紛時尋求相關任意規定之適用或類推適用，然此種立法者預設之價值判斷未必符合各類新型糾紛中當事人實際之利益狀態或契約目的、經濟效率之追求，此於探究工程相關履約爭議時，實應特別審慎考量。

三、比較法規範之參考

應予關注者係，德國政府考量德國民法承攬章節之規範有其侷限性，未必能適用於高度專業且複雜之工程契約，乃特別擬定全國共通適用之工程採購及契約規範一般條款(VOB/B)作為當事人締結或調整契約之參考藍本，藉由契約範本之補充，可提供當事人在原有承攬規定不足以解決相關問題之情形下，另一避免或解決紛爭之方式。而由於 VOB/B 之擬定乃透過業主及承包商雙方利益代表所組成之委員會共同集思廣益、充分協商，因此其中契約條款所涉及之風險分配，乃是考量雙方當事人最適當之利益後所擬定，應較能反映工程實務運作之需求，亦合乎公平正義及誠信原則之精神，而此相較於我國由各行政機關個別量身打造符合自身需求之工程契約範本，其中內容多有偏頗或缺漏之情形，實值我國省思與借鏡。

貳、我國實務目前運作之困境

一、不公平約款之擬定

本文研究之主題聚焦於工程契約中定作人協力義務之認定，而觀察相關實務見解，不難發現近年來工程實務之運作，對於履約風險之分配、當事人間權利義務之安排及契約價金之調整等典型爭議問題，由於工程或法院實務界搭配學理之發展與交流，於契約內容之擬定已逐漸朝向較為公平合理之規範方式，而對於相關法律適用之見解，亦可刺激相同或不同意見之激盪，此實值肯定。然不可否認者係，目前工程履約相關爭議之根源，多數仍導因於契約漏未約定、條款文義不明確或條款內容不公平等情形。舉例而言，契約中對於工期計算方式或業主義務內容之約定有所不明，然而卻充斥著為數眾多轉嫁義務或風險之不平等條款，例如承包商負有義務自行協調關聯廠商、業主享有終局決定是否展延工期之權限或約定索賠棄權條款等均屬之，而此所反映的問題是，契約當事人間不僅未能於先前透過實質磋商以作好風險預防機制，更將導致後續必須支出加倍之善後成本予以彌補，此不僅有損當事人間履約利益之追求，更使社會經濟效率大打折扣。換言之，對於不公平條款之解釋或其效力之認定，乃形成工程爭議處理上首應面臨之挑戰。

二、當事人間履約風險及義務範圍之認定不明確

回歸定作人協力義務爭議之本身觀之，即使契約中未訂有如前述之不公平約款，然由於我國實務見解對於此類法條或契約未明文規範之定作人行為內容，認定上向來較為保守，是以其多著眼於定作人對於約定工作之完成處於受領給付之債權人地位，從而定作人即使不提供承攬人履約必要之協力，最多亦只陷於受領遲延之後果，並認為承攬人可依民法第 507 條之規定解除契約並請求賠償解約所生之損害。惟此種將給付義務與協力義務嚴加區隔而採取限縮定作人義務範圍之看法，是否符合現代大型營建工程強調當事人合作履約之需求，已備受質疑，且由於特定情事，諸如排除民眾抗爭或協調關聯廠商等，未能被適當歸入特定當事人之風險領域或義務內容，將可能使原本得依既有法律體系分析處理之問題被另外劃歸至不可歸責於雙方當事人之情形；同時現行民法對於承攬契約所預設之規範內容，不僅不能滿足承包商行使權利之需要，更可能在法院實務昧於工程契約特性而採取限縮或保守之見解下，排除承包商理應享有之救濟手段(如契約終止權)，此再再使承包商無從於契約約定或法律規定間尋求較為妥適之風險分配或完整保障自身權益之適當請求權基礎，此時即進一步衍生承包商動輒訴諸情事變更原則而請求調整契約內容之情形。然則我國學說或實務見解對於情事變更原則所包含之情事態樣、風險可否預見、是否可歸責於雙方當事人等要件之解讀，乃至於法律效果之選擇皆有所不同，此時相關紛爭之處理即存在強烈之不確定性，亦使當事人間之風險範圍難以藉此法律適用之過程而被明確化。是以對於當事人間風險或義務範圍之重新認定，並設法補充現有法律規範之不足，乃為處理工程爭議另一重要待解之課題。

參、工程契約之風險分配與工程定型化約款之規制

一、合理之風險分配原則

工程契約履行期間甚長，履約期間往往會有各種不可預料之因素發生，是以風險與不確定性乃係工程計畫之本質，若工程計畫中風險發生，將影響工程計畫之成本、期間以及品質，而當事人如因此受到不利益，其將會尋求救濟途徑，此時，則需透過契約或法律之規範以決定應由何方當事人承擔此種不利益，此即所謂風險分配之概念。而依本文看法，工程風險之分配原則上應以當事人可否預見、可否掌握該項風險之發生或控制其後果為依歸，換言之，如契約之一方具有預見及控制風險之能力者，原則上應由其承擔該項風險，至於若為雙方皆無法預見或控制之風險，則應考量經濟上何方

當事人最能承擔該風險所造成之不利益，一般而言，對於此種與工程施作無關且事先未能估算之風險，通常多肯認由業主承擔較為合適。

(一)法定之風險分配

前述之風險分配原則可於我國民法上危險負擔、債務不履行等相關規定中獲得應證。意即，法定之風險分配首先應視特定事件之發生是否可歸責於一方當事人或肇因於一方領域範圍內之事由，如為肯定，即應由該方承擔損失；而若雙方對於事件之發生均係可歸責時，此時則應參照過失相抵之意旨，依雙方當事人對於損失原因力之強弱，依比例分攤損失。至於在契約雙方均不可歸責之情形下，則應衡量雙方當事人之利益狀態，本於優勢風險承擔原則之概念，決定由較能掌控風險之一方承擔損失。此外，我國承攬一節中危險負擔(民法第 508 條揭示之原則:以定作人受領作為價金危險移轉時點)及業主風險領域(民法第 509 條)之特別規定，亦提供當事人締約及履約時分配風險之參考依據。

(二)定型化契約之擬定與風險分配

除了法定風險分配規定外，當事人亦得於工程契約中透過契約之約定而達到合意分配風險之效果。而其中最常見也最重要者莫過於契約計價方式之決定，蓋不同計價方式之採用，將同時分配何方當事人應承擔數量風險、何方應承擔單位成本增加之風險。以我國工程實務慣採之總價契約為例，由於承攬人必須在固定之契約總價下同時承擔數量增加與單位成本提高之風險，故此種計價方式亦經常引發價金調整之爭議；相較之下單價契約由於其數量增加之風險係由定作人承擔，因此相關爭議較總價契約為少。然無論係總價或單價契約，皆可能因各種因素而產生維持原訂風險分配對於當事人將無法期待之情形，此時亦應賦予當事人有請求調整契約價金之權利，而觀諸國內外工程契約範本相關約定，多數皆預先設有於數量增減至一定幅度時，當事人之一方可請求增減契約價金或調整單價之規範，此應有助於當事人嗣後重新規劃風險之分配。

而意定之風險分配除表現在契約計價方式之選擇外，另可見於散置在工程契約各契約條款之規範中，諸如展延工期條款、天災等不可抗力條款、解除或終止權約款等，本質上皆內含當事人對於風險分配之想法，並預先作成防範機制，因此面對工程契約之風險，原則上即應先參考契約中當事人合意之處理方式。然若仔細觀察相關約款之內容，即可發現由於工程契約多屬由一方當事人(基本上即為業主)所單方預先擬定者，而我國工程實務之運作

向有買方市場導向之特質，此在政府機關所主導之公共工程契約中尤其明顯，是以業主對於整體工程秩序之掌控實具有舉足輕重之影響力，而相對地，即便承包商通常亦為資金雄厚之企業財團，亦不見得對於工程契約之內容有與業主進行實質磋商之機會，從而在業主單方強勢主導契約內容之背景下，基於追求利益極大化及風險最小化之心態，契約中風險之分配或權利義務之安排即經常與立法者衡量當事人間利益狀態所預設之公平價值判斷產生不合理或違反比例原則之偏離，而此實與當事人於掌握正確資訊且充分協調下基於契約自由原則決定契約內容，從而應受自我決定拘束之概念背道而馳。

是以本文認為實務見解向來認定承包商於締約前依其專業與經驗即可預見不平等之契約條款，或是工程契約條款非屬重覆用於同類契約之定型化約款，即排除工程契約亦屬於定型化契約之見解實應再為斟酌，畢竟定型化契約管制之目的，即在於避免一方當事人之權益受到未經實質磋商之條款侵犯，因此當事人間之契約關係究否屬於定型化契約，應以契約內容是否由雙方當事人實質磋商擬定為判斷標準，而非如實務見解流於形式操作或混淆定型化契約審查層次之安排。換言之，自承包商對於契約內容之形成無從置喙之面向觀之，工程契約乃屬於商業性之定型化契約，而此種承包商欠缺議約能力之情況實與一般消費性定型化契約之簽訂並無不同，故對於契約條款之規制亦不存在特別區別對待之正當理由。

二、工程定型化約款內容之管制

倘若當事人間對於工程契約風險之約定明顯悖離本文前述之優勢風險承擔原則或立法者於法律中所揭示之價值判斷與契約正義，此時對於該定型化約款即應依民法第 247 條之 1 之規定，併參消保法第 12 條第 2 項各款所揭示之判斷法理，對於約款是否違反誠信原則而顯失公平從嚴予以審查。是以工程契約中常見之轉嫁義務或風險條款、棄權條款等，如其內容使約款相對人承擔非其所能預見之風險，加重其負擔、限制或剝奪其原有權利之行使，乃至於增加其權利行使之程序上限制而對其產生重大不利益時，相關約款即有依民法第 247 條之 1 及民法第 71 條等規定，被宣告為無效之必要。從而對於該條款原所預訂分配之風險，即應與不可預見之風險或未被契約約定之風險作相同處理，有待透過契約調整之方式重新進行分配，以確定應由何方當事人承擔相關之不利益。

而由此反思我國工程契約範本之規範，多數皆未能樹立符合實質正義之風險分配準則，則更遑論要求民間一般工程契約之擬定皆

能體現公平正義之可能性，而此種從政府機關到民間企業皆不尋求合理分散風險管道，而只一概以不公平約款轉嫁風險由承包商承擔之實務運作情形，將使得履約爭議層出不窮。此種偏頗之工程契約實務亦可能反映於承包商對於標價或契約價金之評估上，蓋工程契約內容如要求承包商承擔過重之風險，而承包商又迫於獲取得標施作機會之無奈下，將可能產生其不提高價金然以偷工減料等方式替代之弊端，此對於公共利益、工程品質及業主履約目的之維護或追求，毋寧是最嚴重之妨礙，最終即可能以雙輸之結果收場，因此如何擬定公平且合理之約款實為減少紛爭最佳且最必要之研究課題。

肆、定作人協力義務之認定

一、對於定作人協力義務之省思

於工程契約中，承包商應設法實現業主所擬定之工程計畫並完成約定工作，而業主則相對地負有支付等值對價之給付義務，此種當事人間主要義務之建構，實與民法上承攬契約之典型狀態相似，是以無論實務或學說見解皆肯認於解釋工程契約或處理相關紛爭時，應可參考或援引承攬契約之概念或規範。而在主給付義務外，是否當事人亦負有其他從給付義務或附隨義務，此問題向來較少被著墨，然由於典型承攬契約之給付內容涉及一定工作結果之提出，是以如承攬人於施作過程遭受阻礙而需要定作人提供特定協助時，此時立法者亦肯認定作人有配合實現契約內容之必要性，而此即為我國民法第 507 條規定之立法意旨。對此，傳統上學說及實務見解皆將第 507 條對於定作人協力義務之規範，與民法第 235 條中所謂「給付兼需債權人之行為」的情形等同視之，意即多數見解乃著眼於定作人在承攬契約中所扮演之債權人角色，因此定作人除了給付報酬之義務外，其原則上對於工作之完成或提出並不具有任何協助之義務，惟若特定工作之完成係以定作人提供協力為必要條件時，此時定作人則應配合提供協力，惟從事該等協力行為之義務僅屬於定作人之對己義務，換言之，定作人如不從事特定之作為或不作為，至多僅陷於受領遲延而須承擔諸如工作不能順利完成等不利於己之後果，惟尚不須對承攬人負擔債務不履行之損害賠償責任。

然此種固守定作人協力義務應屬不真正義務之思維，近來已逐漸遭受學說及少數實務見解質疑，蓋當定作人是否履行特定之協力行為除牽涉其個人之履約利益外，更可能重大影響他方當事人能否順利履行契約，乃至於涉及他方履約利益或固有利益之保護時，此時基於誠信原則中維護雙方當事人權益之精神，即應加以檢視傳統對於定作人協力義務定性之看法。而此種爭議在現代大型營建工程

契約之運作中更形明顯，蓋此種營建工程契約具有比傳統承攬契約更複雜、更專業且所牽涉之對價關係更可觀之特性，且一項工程是否能如期如質地完成，除涉及當事人之履約利益外，有時更關涉到其他共同工作第三人之權益乃至於公共利益之達成等。換言之，工程契約約定之給付結果能否實現，實牽連重大，而為使工作成果能順利圓滿地達成，此時承包商所需要之施工資訊與協助亦因工程契約之專業複雜程度有所差異，在此種情形下，過去承包商單打獨鬥以完成工作之交易型態已逐漸被當事人間應共同合作以完全實現契約目的之思維加以取代，而此若反映於當事人權利義務關係之面向上，即為定作人被動債權人地位之改變，轉而成為負有提供積極協助義務之角色。

二、落實誠信原則之概念

本文認為定作人協力義務定性之問題，實乃涉及我國法制及工程實務運作之素質提升與否，蓋於現代大型營建工程之運作中，如繼續僵化採取傳統業主與承包商權利義務壁壘分明之思維模式，只會造成工程契約傾向買方市場及特定性投資之特性更加嚴重，蓋業主可一味主張其不負有特定作為或不作為義務，而利用單方得擬定契約條款及可後付報酬之優勢地位，將原應由其承擔之義務或風險概括地轉嫁由承包商承擔，然承包商應完成之工作及應承擔之風險本即與其所能獲得之承攬報酬具有對價平衡關係，則一旦承包商因契約內容承擔過大風險卻無法透過索賠程序獲得相應的保障時，即可衍生無窮無盡之工程履約紛爭，且此種業主與承包商間之惡性鬥爭亦可能反映於各類偷工減料致工程品質大打折扣之結果上，最終仍形成兩敗俱傷之後果。

是以如能考量工程慣例、實務上當事人履約之需求、契約目的之圓滿達成乃至於能順利履行契約對於承攬人所具有之意義或利益保障等觀點，並適時藉由契約解釋或契約漏洞補充等方式，發揮誠信原則所具有補充及平衡當事人間權利義務關係之功能，且在輔以定型化約款管制之配套機制下，盡可能放寬對於定作人義務範圍或風險領域之認定，將可使過往動輒被歸類為不可歸責於雙方當事人之風險或被惡意苛求由承包商負擔之義務，被重新檢視並安置在合適之定位，並得藉由相關法律規定直接處理履約糾紛，如此對於雙方權利義務之發展及維護，皆具有實質之正面意義。

三、定作人與承攬人彼此之合作與協力

(一)比較法觀察與檢視我國現行實務運作

觀諸外國工程契約範本之規範及其相關學說或實務之見解，

皆可發現其對於定作人應負擔之協力義務內容不僅較我國相關之規範更完整，且亦已發展出多種防堵定作人藉由行使任意終止權等方式達成怠於提供必要協力效果之方法，即使德國民法第 642 條之定位本質上仍屬受領遲延之特別規定，且學者亦不認為於契約中存有概括之約定即可要求定作人負有特定作為或不作為之真正義務，然只要當事人對於相關義務約定之內容採用命令語式，且敘述上如同 VOB/B 第 3 條及第 4 條對於業主應負義務之規範般明確且詳盡，乃至於可透過契約解釋自契約內容中推導出承攬人對於定作人提供必要協力存在特別利益時，德國學者及實務見解多數仍肯認此時定作人應負擔真正之契約義務，是以若其違反義務，承包商即可視義務類型而以訴請求履行或請求義務違反之損害賠償。

相較之下，雖然我國各工程契約範本或多或少對於定作人應提供之協助設有約定，然其內容或流於概括而無從具體要求履行，或直接將義務內容轉由承攬人承擔，再加上法院實務目前仍保守採取協力義務即不真正義務之傳統見解下，即使實務上亦有見解肯認當事人得透過約定使定作人負有協力之真正義務，惟在個案審查中，仍常見法官採取嚴格限縮之方式解讀當事人之契約內容，似乎只要契約中沒有明白對於定作人義務之文字敘述，則最終即經常得出「綜觀全部契約意旨，應無課予定作人契約義務」之結論。本文認為此種忽略考量當事人對於工程履行之實際需求、工程慣例乃至於工程買方市場特性之判斷方式，不僅無從解決紛爭，反而更強化契約中當事人地位不對等之問題，如將此種見解發揮到極致，則除非定作人自願約定自己應負擔特定義務，否則幾乎所有工程契約皆無法導出定作人應負有協力之真正義務之結果，此實已違背契約解釋之方法與目的，亦未能重視誠信原則於大陸法系所具有續造法律及權利義務之功能，更悖離國際商事習慣及國際契約法上強調由誠信原則推導出「當事人負有合作義務」概念之發展趨勢。

(二) 定作人之協力行為與真正義務

本文認為傳統承攬契約預設承攬人對於契約履行不存在特別利益，因此亦無必要強制定作人履行特定協力行為之典型思維，未必能適用於現代工程契約之運作實務。對於新興營建施工契約之履行，應特別著重之觀點乃在工程契約雙方於履約過程之協力合作，且此合作對於契約目的之達成至為重要，因此本於當事人間履約之誠信及公平交易核心價值之維護，應可合理期待雙方當事人在其風險掌控範圍內負擔一定之合作義務，而將此種合作義

務之概念落實在工程契約中，關係最密切者莫過於定作人協力義務之重新定位。換言之，本文認為如個案中定作人之協力行為經當事人合意而明文納入契約規範中，其將成為契約義務之一環，此時該等義務即可能具有從給付義務之地位；此外即使當事人未有明確約定，然參酌整體契約條款意旨及自契約履行之過程觀之，如定作人提供之協力行為屬於承包商推動工程進行所不可或缺之程序，而其若怠於協力將致承包商受有契約無法順利履行，乃至工期發生延宕並受有支出額外費用等損害時，本於當事人間行使權利或履行義務應依誠實信用方法之概念，應可從中推導出定作人負有履行特定協力，並保護照顧他方當事人對於定作人將為特定協力或合作之信賴及完整履約利益之附隨義務。就結論而言，無論該定作人之協力義務被認定係從給付義務或附隨義務，只要定作人有任何可歸責而違反義務之情事，承包商皆可依債務不履行等規定請求損害賠償。

(三)定作人之協力義務類型

1.提供適於施作狀態之義務

綜合觀之，透過賦予協力行為真正義務之地位，應較能確保定作人透過各種事先之安排、協調、揭露施作過程所必要之資訊，並於工程進行遭遇困難時及時給予必要指示或辦理契約變更，而可如期提供承攬人一適於工程施作之環境，使承攬人履行契約之給付不受妨礙。換句話說，本文認為定作人既為提出工程需求之人，且對照其所掌握較佳的行政資源、公權力(尤指公共工程而言)、對於自己領域之風險(即工程施作以外之工地異常、第三人妨礙等情況)應較能掌控或可尋求相關分散風險之管道等情形，則要求其於招標文件中詳述工作範圍、施工用地或相關許可、執照取得情形等相關資訊、在開工之前作好各式工程準備工作，並於開工之後繼續維持工地順利運轉，設法協調在同一工地上受其委託施作之關聯廠商或排除外來民眾抗爭等影響工程推動之干擾因素，皆非不可期待，且亦不至於對其過度苛求。

2.受領(驗收)義務

於工作完成時，由於業主之受領(驗收)涉及承包商履約責任轉換、危險負擔移轉及約定報酬之請求等事宜，而此對於承包商履約利益之影響毋寧更為重大，是以本文認為於解釋論或立法論上實有必要課予業主負有受領(驗收)承攬工作之真正義務，且基於受領義務牽涉承包商報酬對價之取得，則即使不認為業主之受領義務應如同德國民法第 640 條規定般可能具

有主給付義務之地位，至少也應解釋其為輔助主給付義務實現，並對於契約目的達成具有高度重要性之從給付義務，從而藉由真正義務得請求履行之強制特性而要求業主受領契約標的，將使承包商提出給付後得轉移危險並獲取約定報酬，進而可圓滿達成契約目的。

附帶應注意者為，工程實務上業主經常對於已實質完工之工程，基於各種原因而遲不依法或依契約約定辦理驗收，卻於驗收前先行使用工作物，並要求承包商仍須繼續承擔工作物發生毀損、滅失之危險，同時承保營造綜合險之保險公司對於業主已啟用工作物之情形，多主張保險期間已屆至故不負擔保險責任，此時將使承包商無法分散業主使用工作物可能增加之危險，更可能面臨後續無法順利請求工程剩餘款項之困境。雖然政府採購法施行細則已明文規定業主於使用工程前應先辦理驗收，然此項規定之性質依目前多數實務見解，仍僅為不具拘束力之訓示規定，是以仍無法發揮扼止工程實務上不合理運作之效果。因此本文認為，基於導正此種當事人間風險分配所存在不公平且不合理狀態之目的，當務之急應透過修正民法、政府採購法及工程契約範本中受領或驗收程序之相關規範，使業主於使用工作物前負有先行辦理驗收之義務，或亦可考慮如同德國民法及 VOB/B 之規定般，將業主先行使用之情形擬制為業主已受領之狀態，使承包商於工程實質完工後，業主先行使用工作物之情形，不僅仍可請求給付約定報酬，亦可免於繼續承擔標的物及價金之危險，並同時將原有完成工作物之主給付義務轉換為瑕疵擔保責任，如此方能使雙方當事人間之權利義務關係或風險分配更臻至公平。

伍、定作人違反協力義務之法律效果

一、工期展延

由於定作人協力行為之態樣繁多，因此當定作人不履行承包商履約所必要之協力時，其相應發生之法律效果亦依其協力義務之定性而有不同。然而無論定作人怠於履行之協力究應屬於真正義務或不真正義務，而使其陷於給付遲延或受領遲延等狀態，皆無法避免承包商在其遲延提供必要協力之期間，可能受有支出額外費用或減少利息等損失。是以於法律效果中首要討論者，即為對於承包商因定作人遲延致工期進度落後一事之評價。倘若造成工期延宕之因素係可歸責於定作人遲延履行協力義務，或導致遲延之事由係源自業主之風險領域時，例如發生民眾抗爭或工地異常等現象，此時由於

承包商對於施作遲延之結果並無可歸責性，因此依民法第 230 條之規範意旨，承包商即無庸負擔給付遲延之責任，業主亦不得對之課予遲延違約金之制裁。換言之，工程契約中遲延風險之分配應依循民法上過失責任原則及領域風險之概念，是以如當事人欲透過單方預先擬定之約款轉嫁原應由自己承擔之風險，或他方無法預見之風險於另一方當事人承擔時，即違反立法者預設之價值立場，同時亦使他方當事人承擔無法掌控之風險而蒙受重大不利益，此約款實有違誠信原則且顯失公平，故應剝奪此類扭曲風險分配條款之效力。

於定作人怠於提供必要協力致延誤工程進度之情形，關於延長工期議題之討論，本文為使國內外法規或契約範本對於工程契約時間上風險分配之原則能作明確之對照，乃以下表簡示整理心得：

	展延工期事由	要件	效果
德國民法	未規定	未規定	依德國民法第 280、281 條等規定，如遲延原因不可歸責於承攬人，則承攬人不負遲延責任
我國民法	未規定	未規定	依我國民法第 230 條規定，如遲延原因不可歸責於承攬人，則承攬人不負遲延責任
VOB/B	第 6 條第 2 項	1.遲延原因源自定作人領域之風險 2.發生罷工、鎖廠等情事 3.遲延肇因於不可抗力或其他承攬人不可避免之事由 4.例外:一般氣候因素導致之遲延不得請求展延工期	展延工期
我國工程契約範本	散見於各契約範本之展延工期約款	以不可抗力或非可歸責於承攬人之事由為主，然是否係非可歸責於承攬人之情形，則多規定由定作人單方作判斷	展延工期

二、增加費用、損失之補償與賠償

關於定作人怠於履行必要協力之法律效果，實務上當事人爭執最烈者，莫過於承包商因定作人遲延配合所額外支出之直接、間接費用或減少利息、利潤等損失之補償或賠償問題，蓋此種延期費用及損失多係肇因於定作人可歸責不履行義務或源自其風險領域而產生，此時承包商自然不甘損失而會透過各種履約爭議解決途徑尋求救濟，然定作人則經常以自己不負有特定行為義務，或相關行為義務已轉由承包商承擔，乃至於承包商已可自契約條款之約定推知履約可能產生之風險，若其仍願意締結契約，即應自行承擔不利益等作為抗辯。

為減少或解決上述相關爭議，除有賴於透過當事人盡可能於契約中明文約定定作人之協力義務內容，以避免一再爭執定作人是否負有履行特定協力行為之義務或被侷限於違反協力義務不構成債務不履行之思維外，更應檢視契約條款所擬定之風險分配是否合理。申言之，雖承包商與業主締結之工程契約中可能已包含延期費用索賠等履約風險分配之約款，然若著眼於承包商對於契約內容之形成並無實質磋商餘地，且當事人欲以合意分配風險，仍應秉持僅有當事人可預見之風險始得預先規劃或安排之前提下，則承包商是否因條款約定即應承擔特定義務或風險而不得請求損害賠償或費用補償，又或其對於特定風險之發生是否具有可預見性等問題，仍應依個案當事人之約定、雙方利益狀態、工程性質等因素作綜合認定。是以即使當事人已就履約索賠相關事項預先作約定，然若其違反本文前述合理分配風險之原則、風險領域等概念時，則承攬人仍有主張依法律規定之契約調整方式再行救濟之可能性。

(一)現行民法之規定

1.民法第 507 條

綜合言之，當定作人怠於提供必要協力致承包商受有增加延期費用等損失時，原則上承包商可依照民法第 507 條規定，藉由定相當期限催告定作人提供必要之協力，進而於定作人終局拒絕配合時取得契約解除權及請求賠償因契約解除所生損害之權利。惟由於現行民法第 507 條之定位不明，且其規範之法律效果，諸如承包商僅享有解除權或損害賠償請求權之主張必以行使解除權為前提等皆不符合工程運作上當事人實際之需求，是以此仍有待透過目的性限縮法律效果或修法等方式加以解決。

2.定作人之受領遲延與債務不履行

除了民法第 507 條之規定外，承包商通常會另循債編總則關於受領遲延或債務不履行等請求權基礎加以救濟，惟由於此二者之規範目的及主觀歸責性要件等皆有不同，是以承包商得請求補償或賠償之範圍亦有差異。若自結論觀之，如可將定作人之協力義務解釋為定作人依契約應履行之義務時，則其違反義務之行為，承包商不僅可依債務不履行等規定請求賠償所受損害及所失利益，更可能於請求賠償前即以訴請求定作人履行協力行為，甚有德國學者肯認承包商得持勝訴判決進一步以強制執行之方式實現定作人提供協力行為之狀態。雖本文認為關於可否透過訴訟或強制執行等方式請求履行協力行為之問題，於學理及實務上仍有待進一步研究，惟此仍可再次說明將定作人提供履約所必要之協力行為賦予真正義務地位之實益，即對於延期費用或損失之完全填補較其他請求權之效力範圍更加完整，且亦可藉由現有法律規定解決當事人之索賠爭議，而減少當事人對於特定協力行為之不履行捨棄具體規範，動輒啟用法律體系上屬於上位且較為抽象之誠信原則或情事變更原則以請求調整契約內容此種紊亂法律體系之現象發生。

3. 民法第 509 條之適用、類推適用

此外，於定作人怠於履行協力義務之情形，如因此衍生之妨礙情況導致工作物發生毀損、滅失、不能完成或使承包商陷於給付不能之情形，此時由於造成此種妨礙之原因或可歸責於定作人違反協力義務，或源自定作人領域之事由，因此承包商應可依民法第 509 條或第 267 條等規定請求定作人給付約定報酬、償還墊款，同時應有損益相抵原則之適用。值得特別注意者係，德國學說及實務對於其民法第 645 條第 1 項規定(相當於我國民法第 509 條規定)之應用，乃發展出領域理論之概念，該理論雖未被一般性地承認，然多數見解仍肯認於「定作人怠於履行協力義務、妨礙危險之發生與定作人之行為有關、定作人較承攬人更接近危險或具有實質掌控風險能力」等狀況下，相關風險即應劃歸由定作人承擔。從而對於施工環境湧水、地質異常狀況、民眾抗爭致承包商無法進場施工等情形，承包商即可主張適用或類推適用民法第 645 條第 1 項之規定請求定作人補償費用。此種清楚區分風險所在而分配應由何方承擔不利益之概念，有助於確定當事人索賠之權利義務關係，應值我國於解釋適用民法第 509 條等規定時援為參考。

4. 民法第 227 條之 2

末者需再言明，情事變更原則作為公平分擔當事人未能預

見風險之手段，雖本文認為其不應以「情事之變更係不可歸責於雙方當事人」為要件，惟本文仍不否認其列於備位救濟之地位，蓋當事人間之權利義務關係或風險分配如能藉由契約約定或法律規定獲得公平且合適之處理，即不應捨近求遠而訴諸在我國裁判實務中，於要件解讀或法律效果認定上皆仍具有一定程度不確定性之情事變更原則。就此，德國學者亦認為當事人主張依德國民法第 313 條請求調整契約內容之情形並非常態，而其工程實務運作上因對於情事變更原則要件之審核相當嚴格，且當事人間可能發生之履約爭議很大部分已經由 VOB/B 條款詳盡之制定而獲得明確之處理方式，故當事人另行主張情事變更原則請求調整契約內容之實益並不大。而此亦再次反映出本文呼籲我國相關之工程契約範本，對於風險分配原則應盡可能達成共識，並明確規範當事人權利義務之內容及違反義務之法律效果，以作為工程實務運作藍本之重要性，此實為有效減少工程契約中履約糾紛之不二法門。

(二)比較法之整理與對照

對於定作人怠於履行協力行為所相應適用之法律規定及其適用效果，本文將以簡表分別臚列國內外相關且常見之請求權依據，並進行簡單之比較與分析如下，期能使我國現行民法與工程契約範本於規範上及法院裁判實務見解於取捨上所具有之問題更被凸顯與注意：

違反協力義務之法律效果	依據	主觀可歸責性	請求範圍或適用之效果	分析比較
損害賠償 (定作人之協力義務係真正義務)	我國民法第 231、227 條	定作人須具故意或過失	可請求因定作人違反義務致生之所受損害(直、間接費用及)及所失利益(利息、利潤等損失)	由於此種定作人怠於履行協力行為之情形，屬於對他義務之違反，因此可歸責而違反義務者，必須承擔完全填補他方損害之責任
	德國民法第 280 條以下	定作人須具故意或過失	可請求因定作人違反義務致生之所受損害(直、間接費用及)及所失利益(利息、利潤等損失)	
	VOB/B 第 6 條第 6 項	1.主張者依 VOB/B 第 6 條第 1 項規定須為妨礙告知或妨礙情況具有顯然性之情形 2.須他方當事人具可歸責性	1.可請求因定作人違反義務致生之損害(直、間接費用) 2.關於利潤之請求則以他方當事人具有故意或重大過失為限	
費用補償 (定作人之協力義務係對己義務)	我國民法第 240 條	不要求	因定作人怠於協力致生之提出及保管或維持費用，惟不包含損失	客觀上承攬人得請求補償之範圍較為限縮，即使依屬於受領遲延特別規定之德國民法第 642 條請求，至多亦僅包含直接及間接費用，損失並不在得請求補償之列
	德國民法第 304 條	不要求		
	德國民法第 642 條	不要求		
損害賠償 (現行承攬一節之特別規定)	我國民法第 507 條第 2 項	文義上不要求 (涉及定作人協力義務之定性)	參照民法第 511 條規定，應指契約如未解除可獲得之報酬，但有損益相抵原則之適用	未包含遲延期間額外支出費用之補償或損失之賠償，完整性有所不足
部分報酬、償	我國民法第	不要求，但	得請求已服勞務之	無論是我國民法

還費用支出	509 條	屬於定作人領域之事由	報酬、墊款之償還及定作人有過失時之損害賠償	或德國民法之規定，皆揭示定作人領域風險應由定作人承擔不利益之概念，德國法上更發展出領域理論(惟未被一般性地肯認)，透過擴張解釋法條列舉之事由或類推適用此條規定，將有助於提供承攬人額外請求之依據
	德國民法第 645 條		已給付部分之報酬及未包含於報酬之費用，但適用損益相抵原則	
消滅契約效力	我國民法第 507 條第 2 項	德國民法第 643 條、VOB/B 第 9 條第 1 項 a、b	定期催告後得解除契約，並請求因契約解除而生之損害	終止契約之法律效果使當事人無庸負擔回復原狀之義務，似較符合大型工程契約之需求、經濟效率及當事人之利益狀態
	德國民法第 643 條、VOB/B 第 9 條第 1 項 a、b		定期催告後得終止契約(第 643 條之終止效果係自動產生，與 VOB/B 第 9 條規定有別)，並得另依德國民法第 645 條第 1 項及第 642 條請求補償	
調整契約關係	我國民法第 227 條之 2 情事變更原則 (是否包含主觀締約基礎喪失之情形仍有爭議)	德國民法第 313 條 (包含客觀環境事實改變及主觀締約基礎喪失之類型) →要件審查嚴格，且 VOB/B 中已設有諸如第 2 條第 5 項、第 6 項及第 7 項等調整契約價金之約款，故實際上較少為當事人援引	包含第一效力(調整原訂給付，例如增減契約價金)及第二效力(解除或終止契約)	適用上具有備位性，必以當事人對於特定風險於事前無法預見，以致未能合意分配風險，且亦不能透過相關法律規定合理分擔該風險為前提
	德國民法第 313 條 (包含客觀環境事實改變及主觀締約基礎喪失之類型) →要件審查嚴格，且 VOB/B 中已設有諸如第 2 條第 5 項、第 6 項及第 7 項等調整契約價金之約款，故實際上較少為當事人援引			

陸、未來修法建議

一、修正民法第 507 條之規定

有鑑於現行民法承攬一節之 26 條規定，內容較為簡略及適用上相當侷限，再加上工程契約之特性與傳統承攬契約亦有顯著差異，同時考量我國法院實務個別法官對於契約解釋之標準趨於嚴格而難以發展當事人共同合作履行契約之概念，本文認為採取修法之改革途徑，或許係較迅速且根本解決爭議之方法。至於方法上或可參考如中國大陸建設工程合同法般，針對工程契約明訂定作人協力義務之類型及違反之法律效果；或可單純修正現行民法第 507 條之規定。由於前者以專章規範營建工程契約之修正方式必須依照工程契約之特質作全面性的增訂，然一來工程契約之類型繁雜，二來此尚涉及政府採購法、營造業法等相關法規之整合，因此如無學說及工程法律實務界專家學者共同詳細且審慎地集思廣益，單純為解決特定問題而急就章式地增訂法條規範，不僅可能造成法律體系紊亂，更可能使當事人或裁判機關於適用法律規定時無所適從。是以本文認為，就我國目前實務之運作概況，應以直接修正現行民法之規範較為可行，對此，可供思考之修正方向有二：一係參考德國民法第 642 條、第 643 條及第 645 條之規定，對於定作人怠於履行必要協力之情形，基本上仍定位為債權人之受領遲延，並對於民法第 507 條賠償內容之計算方式予以調整，同時增訂承攬人無庸解除契約即可請求定作為遲延之補償，此外，應改正現行之解除權規定並賦予承攬人於定期催告而定作人仍不履行必要協力時，得終止契約之權利，且此終止權之行使亦不影響承攬人原可主張之約定報酬或費用補償請求權；二係調整現行民法第 507 條之要件，賦予其主觀可歸責性要件及終止契約之效果，使該條成為債務不履行之特別規定¹¹⁴³。

二、確立業主之協力事項

由於本文並不否認工程契約中仍存有僅屬於不真正義務性質之定作人單純協力行為，且考量第 507 條立法理由中所揭示參考德國民法相關規定之意旨及給付兼需債權人協力之概念於整體民法體系之定位，因此或許採用上述第一種修正方式，並發揮誠信原則所具有之補充功能，於解釋契約時，探究特定行為是否須被認定係定作人應負擔之真正義務，而可另行搭配債總債務不履行規定之法律效果，如此對於承攬人之保障應較為全面。此外，為能根本解決

¹¹⁴³ 關於此種修正方法，可參閱陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月，頁 22。

工程契約中當事人對於權利義務之安排，或漏未約定或約定不詳盡之問題，本文建議可同步修正營造業法第 27 條¹¹⁴⁴規定，將定作人協力義務列為工程契約應記載事項之一，同時匯集學者專家意見，並依政府採購法第 63 條之規定參考國際工程契約慣例或共通法律準則¹¹⁴⁵，於相關採購實施辦法、採購契約要項或工程契約範本中研擬如同 FIDIC 或德國 VOB/B 契約範本中之業主義務內容清單¹¹⁴⁶，作為當事人將來締結契約之參考，此對於現行法制之衝擊應較為緩和，於修法研擬階段亦較不致引起定作人或業主利益團體之強烈反彈或杯葛¹¹⁴⁷，應屬較為可行之修正方法。



¹¹⁴⁴ 營造業法第 27 條規定：「營繕工程之承攬契約，應記載事項如下：一、契約之當事人。二、工程名稱、地點及內容。三、承攬金額、付款日期及方式。四、工程開工日期、完工日期及工期計算方式。五、契約變更之處理。六、依物價指數調整工程款之規定。七、契約爭議之處理方式。八、驗收及保固之規定。九、工程品管之規定。十、違約之損害賠償。十一、契約終止或解除之規定。前項實施辦法，由中央主管機關另定之。」

¹¹⁴⁵ 學者另有指出政府採購法此條之規定，於政府工程採購契約使用主管機關制定之契約範本時，尚可推定該契約之約定亦以工程慣例為背景，故無論法院或仲裁實務在解釋契約或填補契約漏洞時，均可參考工程慣例，而此當然包括國際共通工程契約範本 FIDIC 之契約條款，此時該條款乃作為商事習慣成為契約解釋所參考之對象，且因此解釋過程而成為契約內容之一部分。詳請參閱陳自強，FIDIC 工程契約條款在契約法源之地位，整合中之契約法，元照，2011 年 5 月初版第一刷，頁 304。

¹¹⁴⁶ 論者有採類似看法並指出，於公共工程中，由於業主多為公務員，倘契約中未約明機關應辦事項而公務員卻積極為承包商找尋解決問題之出路、降低施作成本或控制風險等，皆有被解讀為「圖利廠商」之風險，故非以業主之契約義務予以規範，則難以克服當前公共工程界所面臨之困境。詳請參閱謝定亞，建立工程業主義務清單之初議，發表於工程法律系列論壇(九)，頁 42。

¹¹⁴⁷ 至於是否採用類似消費者保護法第 17 條由營造業主管機關公告並賦予工程契約應記載事項或不得記載事項之強制效力，由於此效力相當強大，在我國現行工程實務對於業主義務內容尚未經完整討論以獲得共識及確立其正當性之基礎下，實不宜貿然採行，惟此條規定或可提供工程實務界討論相關議題時一長遠發展之願景。

參考文獻

(一)中文文獻

1、書籍

- (1) 史尚寬，債法總則，1983年3月。
- (2) 史尚寬，債法各論，1981年7月。
- (3) 鄭玉波，民法債編總論，三民，2002年6月，修訂二版一刷。
- (4) 鄭玉波，民法債編各論(上)，三民，1995年4月，修正十六版。
- (5) 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理(一)，三民，2009年9月，增訂版。
- (6) 王澤鑑，民法總則，三民，2005年9月再刷。
- (7) 王澤鑑，民法學說與判例研究第一冊，三民，2009年12月版。
- (8) 孫森焱，民法債編總論(下)，三民，2010年3月，修訂版。
- (9) 黃立，民法債編總論，元照，2006年11月，修正三版。
- (10) 黃立等，民法債編各論(上)，元照，2004年10月，初版第三刷。
- (11) 黃立等，民法債編各論(下)，元照，2004年9月，初版第二刷。
- (12) 黃立，德國新債法之研究，元照，2009年9月，初版。
- (13) 黃茂榮，債法總論第一冊，植根法學，2002年6月，初版。
- (14) 黃茂榮，債法總論第二冊，植根法學，2004年7月，增訂版。
- (15) 黃茂榮，債法各論第一冊，植根法學，2006年9月，增訂二版。
- (16) 陳自強，契約之內容與消滅，民法講義II，學林，2004年9月，一版再刷。
- (17) 陳自強，契約之成立與生效，民法講義I，學林，2005年2月，一版再刷。
- (18) 陳自強，整合中之契約法，元照，2011年5月，初版一刷。
- (19) 詹森林，民事法理與判決研究，翰蘆圖書，2001年8月，三刷。
- (20) 詹森林，民事法理與判決研究(三)—消費者保護法專論，元照，2003年8月初版。
- (21) 詹森林，民事法理與判決研究(四)，元照，2006年12月，初版。
- (22) 楊淑文，新型契約與消費者保護法，元照，2006年，二版。
- (23) 林誠二，債法總論新解—體系化解說(下)，瑞興，2010年3月，初版。
- (24) 林誠二，民法債編各論(中)，瑞興，2002年3月，初版。
- (25) 邱聰智，新訂民法債編通則(下)，元照，2001年2月，新訂一版一刷。
- (26) 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照，2008年8月，初版二刷。
- (27) 劉春堂，民法債編各論(中)，自版，2004年3月，初版。
- (28) 戴修瓚，民法債編各論，文光圖書，1959年4月，五版。
- (29) 彭鳳至，情事變更原則之研究—中、德立法、裁判、學說之比較，五南，

- 1986年1月，初版。
- (30)王文字，從經濟觀點論保障財產權的方式，民商法理論與經濟分析，元照，2000年5月，初版一刷。
- (31)姚志明，契約法總論，元照，2011年9月，初版一刷。
- (32)姚志明，債務不履行之研究(一)，2003年8月，初版一刷。
- (33)姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照，2003年2月，初版一刷。
- (34)姚志明，民事法理論與判決研究(一)，元照，2009年11月，初版一刷。
- (35)謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務(上)，翰蘆，2010年2月，增訂二版。
- (36)謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務(下)，翰蘆，2010年2月，增訂二版。
- (37)葉錦鴻，承攬，三民，2007年11月，初版一刷。
- (38)羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照，2004年10月，二版。
- (39)杜景林、盧湛，德國民法典評注，法律出版社，2011年8月，一版。
- (40)杜景林、盧湛譯，德國債法總論，法律出版社，2006年3月，二刷。
- (41)杜景林、盧湛譯，德國債法分論，法律出版社，2007年1月，初版。
- (42)王志興，工程仲裁案例選輯(1)，中華民國仲裁協會，2000年12月，一版。
- (43)行政院公共工程委員會編印，公共工程爭議處理案例彙編 III，1998年6月。
- (44)民法研究修正實錄—債編部分(五)，法務部編印，2000年1月。
- (45)陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜合著，工程與法律，新文京開發，2010年9月，二版。
- (46)巫啟后，統包概說，文笙，2006年，初版。
- (47)尹章華，公共工程與採購法，台北漢興，1998年7月，初版。
- (48)黃鈺華主編，政府採購法解讀—逐條釋義，元照，2008年9月，三版一刷。
- (49)張登科，強制執行法，2004年2月，自版。
- (50)楊與齡，強制執行法論，五南經銷，2007年，修正十三版。
- (51)呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，元照，2010年3月，初版一刷。
- (52)李家慶，工程與法律的對話，三民，2010年1月，初版一刷。
- (53)李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會，2004年9月，初版。
- (54)王伯儉，工程契約法律實務，元照，2008年10月，二版一刷。
- (55)工程爭議問題與實務(一)，中華民國仲裁協會，2010年12月，一版。
- (56)工程爭議問題與實務(二)，中華民國仲裁協會，2010年12月，一版。
- (57)工程法律實務研析(一)，元照，2008年1月，二版二刷。

- (58)工程法律實務研析(二)，元照，2008年1月，初版二刷。
- (59)工程法律實務研析(三)，元照，2007年7月，初版一刷。
- (60)工程法律實務研析(四)，元照，2008年9月，初版一刷。

2、期刊論文

- (1) 王澤鑑，不當得利制度與衡平原則：定作人依民法第五一一條規定終止時，承攬人就承攬工作之全部支出費用得主張不當得利返還請求權？法學叢刊第148期，1987年1月。
- (2) 王澤鑑，定作人終止契約時承攬人之損害賠償請求權、報酬請求權與不當得利請求權：最高法院三則判決之檢討，法學叢刊第137期，1990年1月。
- (3) 王澤鑑，民法總則在實務上的最新發展(五)—最高法院90及91年度若干判決的評釋，台灣本土法學雜誌第57期，2004年4月。
- (4) 楊與齡，論承攬契約定作人之義務，法學叢刊第85期，1977年3月。
- (5) 黃茂榮等，承攬之終止與解除之效力—民法研究會第五次研討會紀錄，法學叢刊第166期，1997年4月。
- (6) 黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌第125期，2005年10月。
- (7) 黃立，消保法的定型化契約條款(一)，月旦法學教室第15期，2004年1月。
- (8) 黃立，工程承攬契約中情事變更之適用問題，政大法學評論第119期，2011年2月。
- (9) 黃立，檢視短期消滅時效的問題兼論最高法院88年度台上字第156號及89年度台上字第831號民事判決，政大法學評論第67期，2001年9月。
- (10) 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第143期，2007年4月。
- (11) 楊淑文，工程定型化契約之履約保證條款(含立即照付約款)—最高法院相關實務判決評析，月旦法學雜誌第187期，2010年12月。
- (12) 楊淑文，主債權範圍擴展條款之無效與異常—最高法院91年台上字第2336號判決評析，月旦法學雜誌第122期，2005年7月。
- (13) 楊淑文教授之發言，最高法院99年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，台灣法學雜誌第179期，2011年7月。
- (14) 詹森林，公共工程定型化工期展延條款之實務問題，法令月刊第61卷第8期，2010年8月。
- (15) 陳自強，雙務契約不當得利返還之請求，政大法學評論第54期，1995年12月。
- (16) 陳自強，論計算錯誤，政大法學評論第53期，1995年6月。
- (17) 林誠二，政府採購契約消滅時效條款，月旦法學教室第21期，2004

- 年 7 月。
- (18) 林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學第 12 期，2000 年 7 月。
- (19) 楊芳賢，給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討，政大法學評論第 58 期，1997 年 12 月。
- (20) 王千維，德國民法債編修正有關消滅時效制度之變動，月旦法學教室第 8 期，2003 年 6 月。
- (21) 朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌第 54 期，1999 年 11 月。
- (22) 陳聰富，工程承攬契約之成立、解除與終止，台灣本土法學雜誌第 3 期，1999 年 8 月。
- (23) 陳聰富，誠信原則的理論與實踐，政大法學評論 104 期，2008 年 8 月。
- (24) 王文宇，契約定性、漏洞填補與任意規定：以一則工程契約終止的判決為例，台大法學論叢第 38 卷第 2 期，2009 年 6 月。
- (25) 顏玉明，營建工程契約當事人間的權利義務關係，營造天下第 111 期，2005 年 3 月。
- (26) 顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下第 112 期，2005 年 4 月。
- (27) 顏玉明，從 FIDIC 國際工程標準契約條款談工程索賠管理，營造天下第 109 期，2005 年 2 月。
- (28) 顏玉明，營建工程契約進度及工期問題探討，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月。
- (29) 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 104 期，2012 年 6 月。
- (30) 顏玉明，工程變更 (Variations) 之探討—以異常地質 (Differing Site Conditions) 為對象，律師雜誌第 282 期，2003 年 3 月。
- (31) Canaris, Grundgedanken und Entwicklung des deutschen Vertragsrecht, 林美惠譯，台灣大學法學論叢第 28 卷第 3 期，1999 年 4 月。
- (32) 姚志明，營建工程承攬契約定作人協力義務之性質—評最高法院九十九年台上字第一〇九六號民事判決，月旦裁判時報第 6 期，2010 年 12 月。
- (33) 姚志明，營建工程契約協力義務之研究，東亞法學評論，第 1 卷第 1 期，2010 年 3 月。
- (34) 姚志明，公共營建工程契約之成立—以營建工程之招標、決標為中心，月旦法學雜誌第 181 期，2010 年 6 月。
- (35) 姚志明，德國民法債編修正介紹，月旦法學教室第 8 期，2003 年 2 月。
- (36) 姚志明，民法債務不履行之新發展，月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月。

- (37) 姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用—兼評最高法院九十四年台上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，2008 年 5 月。
- (38) 楊佳元，雙務契約給付不能之效力，台北大學法學論叢第 61 期，2007 年 3 月。
- (39) Gerhard Hohloch，債法修正及新法侵害契約之類型，楊佳元譯，月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月。
- (40) 邱琦，債務不履行體系的再構成—論德國法上的發展，法令月刊第 51 卷第 10 期，2000 年 10 月。
- (41) 林易典，德國民法典新舊法部分譯文，月旦法學雜誌第 99 期，2003 年 8 月。
- (42) 林易典，德國民法債編修正簡介，月旦法學雜誌第 85 期，2002 年 6 月。
- (43) 陳彥良，論給付障礙法之新體例--以德國新修正之民法債篇為中心，月旦法學雜誌第 95 期，2003 年 4 月。
- (44) 林榮耀，情事變更原則之理論與實際，收錄於民法債編論文選輯，鄭玉波主編，1984 年 7 月初版。
- (45) 李家慶，論工程承攬報酬之請求權時效，營建知訊第 241 期，2003 年 2 月。
- (46) 李家慶，論工期展延索賠棄權條款之效力，營建知訊第 242 期，2003 年 3 月。
- (47) 李家慶，遲延交付場地責任誰屬，營建知訊第 226 期，2001 年 11 月。
- (48) 陳佑寰，真正還是不真正?論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年台上字第 360 號民事判決之評析，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年 8 月。
- (49) 古嘉諄，論工程契約之生、老、病、死，月旦法學教室第 63 期，2008 年 1 月。
- (50) 古嘉諄，工程契約之「老」與相關爭議，月旦法學教室第 65 期，2008 年 3 月。
- (51) 古嘉諄，工程契約之病(上)，月旦法學教室 67 期，2008 年 6 月。
- (52) 林孜俞，工程契約業主不為協力行為之效力，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月。
- (53) 余文恭，論工程契約之性質及其義務群，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月。
- (54) 余文恭，論工程契約定作人之指示—兼論 FIDIC 紅皮書之相關規定，法令月刊第 55 卷第 11 期，2004 年 11 月。
- (55) 余文恭，工程爭議探討—論重大地質差異之三大特徵，營造天下第 137 期，2008 年 1 月。

- (56) 余文恭，從工程契約之動態發展論工程契約之變更—兼論 FIDIC 紅皮書之相關規定，法令月刊第 55 卷第 12 期，2004 年 12 月。
- (57) 張哲源，交付=受領—論承攬人之「交付」、定作人之「受領」與危險移轉、同時履行抗辯、物之瑕疵擔保間之關係，東吳法律學報第 16 卷第 3 期，2005 年 4 月。
- (58) 鄭富方、孔繁琦、廖肇昌，工程承攬契約之解除與終止，營建管理季刊第 85 期，2011 年 3 月。
- (59) 廖肇昌、黃一平，公共工程契約爭議類型之探討，營建管理季刊第 64 期，2005 年 9 月。
- (60) 謝定亞，公共工程契約風險分配之兩難—以經濟效率分析為核心，土木水利第 36 期卷 3，2009 年 6 月。
- (61) 陳純敬，營建工程展延工期及額外費用補償之請求依據，土木水利第 36 卷第 2 期，2009 年 6 月。
- (62) 黃越欽，承攬契約之履行責任與瑕疵擔保責任，政大法學評論第 9 期，1978 年 12 月。
- (63) 劉福標，營建工程風險管理與分擔之初探，營建管理季刊第 50 期，2002 年 3 月。
- (64) 鄧勝軒，淺論公共工程契約風險的公平合理分擔，營建管理季刊第 70 期，2007 年。
- (65) 葉英惠，合約的風險管理，中鼎月刊第 249 期，2000 年 4 月。
- (66) 林發立，工程合約實務問題泛論(四)—工程合約之定義、在我國法律上之定性、種類及特性，萬國法律第 81 期，1995 年 6 月。
- (67) 吳憲彰，工程合約實務問題泛論(三)—承攬契約工程變更之爭議，營造天下第 23 期，1997 年 11 月。
- (68) 吳憲彰，工程合約實務問題泛論(六)—營繕工程驗收與保固之爭議，營造天下第 40 期，1999 年 4 月。
- (69) 蔡宗賓、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探(下)，營造天下第 113 期，2005 年 5 月。
- (70) 藍瀛芳，論工程契約的分類與統包(下)，營建知訊第 247 期，2003 年 8 月。
- (71) 林雅芬、陳鵬光、魏潮宗，工期展延與損失求償，工程法律探索，元照，2009 年 10 月，初版一刷。
- (72) 馮馨儀，工程保留款之性質—評最高法院 93 年度台上字第 1950 號判決，月旦法學雜誌第 140 期，2007 年 1 月。
- (73) 羅明通，論工期展延費用之風險分擔(上)—從「不可歸責於廠商」之角度談起，營建知訊第 232 期，2002 年 5 月。
- (74) 羅明通，工期展延費用之風險分擔--從「不可歸責於廠商」之角度談起(下)，營建知訊第 233 期，2002 年 6 月。

- (75) 羅明通，公平合理原則與不可歸責於兩造之工期延宕之補償—兼論棄權條款之效力，月旦法學雜誌第 91 期，2002 年 12 月。
- (76) 林美惠，淺論「工程預付款」之法律性質，營造天下第 61/62 期，2002 年 2 月。
- (77) 黃泰鋒、陳麗嘉，論工程款請求權之消滅時效，仲裁季刊第 77 期，2006 年 3 月。
- (78) 黃泰鋒、陳麗嘉，工期展延補償爭議爭點試析(上)，仲裁季刊第 78 期，2006 年 7 月。
- (79) 黃泰鋒、陳麗嘉，工期展延補償爭議爭點試析(下)，仲裁季刊第 79 期，2006 年 11 月。
- (80) 黃泰鋒，工期展延合理補償之請求依據—論情事變更原則適用性，營造天下第 40 期，1999 年 4 月。
- (81) 黃柏夫，「誠實信用原則」與「情事變更原則」如何適用於工程展期糾紛?萬國法律第 108 期，1999 年 12 月。
- (82) 賴榮吉、謝宇珩，捷運工程因工期展延衍生公平調整合約金額探討，捷運技術半年刊第 27 期，2002 年 8 月。
- (83) 藍秉強，從「工期展延索賠爭議」到「逾期罰款爭議」的趨勢預測，仲裁季刊第 71 期，2004 年 5 月。
- (84) 陳坤城，情事變更原則在營建工程之探討(一)，現代營建第 281 期，2003 年 5 月。
- (85) 黃世孟、陳坤成，營建工程受領(驗收接管)遲延之探討(下)，現代營建第 217 期，1998 年 1 月。
- (86) 張吉佐、李民政，隧道工程地質風險分攤研議，中興工程第 64 期，1999 年 7 月。

3、論文

- (1) 曾婉雯，工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010 年。
- (2) 陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004 年。
- (3) 歐陽勝嘉，定型化違約金條款之法律問題，國立政治大學法律研究所碩士論文，2007 年。
- (4) 吳若萍，公共營建工程契約中遲延完工之問題研究--以不可歸責於承攬人為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2008 年。
- (5) 張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2000 年。
- (6) 林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2002 年。

- (7) 黃紋綦，工程契約風險之研究—以公共工程為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2005年。
- (8) 謝定亞，施工承攬契約不可抗力風險分配之法律經濟分析，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2004年。
- (9) 林辰熹，工程採購契約之承攬報酬及危險負擔移轉問題探討，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2006年。
- (10) 林慧貞，附隨義務與民事責任之發展，國立台灣大學法律研究所博士論文，2005年。
- (11) 詹文馨，契約法上之附隨義務—以德國法契約責任之擴大為中心，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1990年。
- (12) 蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法律專業碩士班碩士論文，2001年。
- (13) 余文恭，兩岸工程施工契約之比較研究—以竣工義務及協力行為為中心，私立東吳大學中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2006年。
- (14) 邊國鈞，公共工程履約爭議實務問題研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2011年。
- (15) 林俊佑，工程承攬契約重大變更問題之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，2011年。
- (16) 張晏菁，論工程契約下定作人之協力義務，國立成功大學法律學研究所碩士論文，2011年。
- (17) 劉芮圻，工程契約定作人義務之研究，國立高雄大學法律學研究所碩士論文，2009年。
- (18) 呂純純，公共工程逾期之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2004年。
- (19) 劉至芳，工程契約價金調整方式之研究，國立台灣大學科際整合法律學研究所碩士論文，2009年。
- (20) 謝家佳，公共工程展延爭議法律問題之研究，台北大學法律學研究所碩士論文，2008年。
- (21) 孫玉珊，美國法下擬制變更理論於我國公共工程契約上之應用，國立清華大學科技法律研究所碩士論文，2011年。
- (22) 白惠淑，公共工程統包之相關問題研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，2010年。
- (23) 盧仲昱，營建工程契約遲延問題之研究，私立東吳大學法律學研究所碩士論文，1994年。
- (24) 林明珠，受領遲延之研究，國立政治大學法律學研究所碩士論文，1983年。
- (25) 顧美春，工程契約風險分配與常見爭議問題之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2003年。

- (26) 盧克晃，工程履約爭議問題之研究，國立高雄大學法律學系研究所碩士論文，2010年。
- (27) 夏正台，FIDIC海牙國際工程土木工程契約一般條款之研究，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1979年。

4、研討會論文、研究報告

- (1) Prof. Dr. Stephan Lorenz，「債務法現代化後的德國法院實務現況」專題演講稿。
- (2) 楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，發表於台灣工程法學會。
- (3) 詹森林，最高法院裁判與民事契約法之發展，發表於最高法院99年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，2010年10月12日。
- (4) 顏玉明，引言—工程承攬契約中業主義務之探討，發表於工程法律系列論壇(九)。
- (5) 謝定亞，建立工程業主義務清單之初議，發表於工程法律系列論壇(九)。
- (6) 許俊逸，工程承攬契約之風險分配—以鐵路改建工程常見爭議類型為例，發表於工程法律系列論壇(五)。
- (7) 黃馨慧，由法院判決先例看工期展延及費用求償之爭議，發表於工程法律系列論壇(四)。
- (8) 理律法律事務所，政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析，行政院公共工程委員會委託研究計畫，2003年。
- (9) 李家慶計畫主持，政府採購契約之廠商所負損害賠償責任之研究，行政院公共工程委員會委託研究計畫，2006年。
- (10) 陳堯中等計畫主持，隧道工程地質風險分攤及標準契約條款，財團法人中興工程顧問社，1999年8月。

(二)德文文獻

- 1. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. Aufl., 2010, C. H. Beck, München.
- 2. Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, Besonderer Teil, 15. Aufl., 2010, C. H. Beck, München.
- 3. Brox/Walker, Besonderes Schuldrecht. 34. Aufl., 2010, C. H. Beck, München.
- 4. Brox/Walker, Allgemeines Schuldrecht. 33. Aufl., 2009, C. H. Beck, München.
- 5. Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., 2010, Carl Heymanns, Köln.
- 6. Jörn Eckert, Schuldrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2004, Baden-Baden.
- 7. Hans-Joachim Musielak, Grundkurs BGB : eine Darstellung zur Vermittlung

- von Grundlagenwissen im bürgerlichen Recht mit Fällen und Fragen zur Lern- und Verständniskontrolle sowie mit Übungsklausuren, 11. Aufl., 2009, C. H. Beck, München.
8. Staudingers, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse §§ 631-651 (Werkvertrag), Neubearbeitung 2008.
 9. Kapellmann/Langen, Einführung in die VOB/B, 17. Aufl., 2008.
 10. Kapellmann/Messerschmidt, VOB Teil A und B, 3. Aufl., 2010, C. H. Beck, München.
 11. Messerschmidt/Voit, Privates Baurecht, 2008, München.
 12. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, Schuldrecht Besonderer Teil II §§611-704, 5. Aufl., 2009, München.
 13. Vygen/Joussen, Bauvertragsrecht nach VOB und BGB I , 4. Aufl., 2008.
 14. Iris Oberhauser, Praxisleitfaden Privates Baurecht, 2010.
 15. Günther Jansen, Beck'scher Online-Kommentar VOB Teil B, 2009.
 16. Locher, das private Baurecht, 7. Aufl., 2005, C.H.Beck München.
 17. Kleine-Möller Mehl, Handbuch des privaten Baurecht, 3. Aufl., 2005, München.
 18. Christopf Müller-Foell, Die Mitwirkung des Bestellers beim Werkvertrag, Duncker & Humblot/Berlin, Band 69, 1982.
 19. Marcus Daniel Strunk, Die Mitwirkung des Bestellers und ihre Auswirkungen auf den Vollzug des Werkvertrags, Verlag Dr. Kovac, Band 59, Hamburg 2008.

(三)網站資料

1. 司法院法學資料搜尋系統 <http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm>
2. 法源法律網: <http://www.lawbank.com.tw/>
3. 德國聯邦司法部網站:
http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bgb/index.html
4. Juristischer Informationsdienst dejure. org: <http://dejure.org/gesetze/VOB-B>

附錄 德國民法及工程契約範本 VOB/B 相關法條

壹、德國民法

第642條 定作人之協力

- I 工作之完成需定作人之行為者，如定作人怠於為其行為致生受領遲延時，承攬人得請求適當之補償。
- II 前項補償額，應斟酌遲延之時間長度及約定之報酬額，並需考量承攬人因遲延所減少之費用，或因轉向他處服勞務所能取得之利益定之。

第643條 怠於履行協力之終止權

承攬人於有第642條之情形得定相當期限，催告定作人為該行為，並聲明不於該相當期限屆滿時為其行為者，即終止契約。不於該期間屆滿前為該行為者，契約視為消滅。

第645條 定作人之責任

- I 工作物在受領前，因定作人所提供材料的瑕疵，或基於定作人對工作執行所給予之指示而滅失、減損或不能完成，而對此承攬人並不具有可歸責事由時，承攬人可請求相當於已提出勞務部分之報酬，並請求償還不包含在報酬之內之費用。此規定同樣適用於契約依第643條而終止之情形。
- II 定作人因可歸責而承擔的進一步責任，不受影響。

第640條 受領

- I 除依工作之性質不能受領者外，定作人負有義務受領依契約製作的工作。定作人不得因不重要之瑕疵而拒絕受領。雖然定作人負有受領義務，若其不在承攬人為其所指定之相當期間內受領工作者，即視同受領。
- II 定作人依第1項第1句規定，雖明知瑕疵而仍受領有瑕疵之工作，其於受領時保留自己因瑕疵所享有之權利時，始得主張第634條第1項至第3項所提及之權利。

第649條 定作人之終止權

- I 至工作完成前，定作人得隨時終止契約。承攬人於定作人為終止之情形下，仍有權請求約定之報酬；但承攬人必須扣除因契約解消所節省之費用，或透過將其勞動力移作他用而取得之利益或惡意怠於取得之利益。
- II 承攬人依此所得請求者，推定為：按尚未完成承攬給付部分的比例計算的報酬的5%。

第304條 額外費用之償還

債務人於債權人遲延之情形，可以請求償還自己為無效果之提出，以及為保管和維持所負擔之標的物而必須支出之額外費用。

貳、工程契約範本VOB/B

第1條 給付之方法與範圍

§1Ⅲ(工程變更)

業主得指示變更工程設計。

§1Ⅳ(額外必要之給付)

承包商必須遵照定作人之請求，執行對約定給付之履行而言屬於必要之非約定給付，除非承包商基於這樣給付的工作(運作)並未被安排。其他的給付只有在取得承包商之同意下，始可由其負擔。

第3條 履行之資料

§3 I (必要資料之遞交)

業主必須無償且及時的遞交對於履行係必要之資料予承包商。

§3 II (軸線、邊界及高程基準之劃定)

業主負有標出工程建設主要的軸線、劃定場地邊界以及在緊鄰工程建設之處標示必要的高程基準點，以使承包商得支配利用的職責。

§3 III(承包商的檢驗)

業主為了(承包商)支配利用所提供的場地測繪與標示，及其他為了履行所遞交的資料，對於承包商具有決定性。然而只要是屬於符合契約之規範履行者，承包商都必須檢驗任何的不一致，且必須要向業主提示已發現或猜測的瑕疵。

§3 IV(施工環境之記錄)

在工作開始前，只要是必要的，街道及基地表面的狀況、排水溝、排水管線，此外，工程區域內的工程設施，這些被業主或承包商所認知者，皆必須在紀錄中被記錄下來。

§3 V(其他應由業主遞交者)

繪圖(圖面)、計算、計算的檢查或其他的資料，為承包商依照契約，特別是技術上的契約條款或是交易習慣或是業主特別要求(第2條第9項)而必須獲得者，業主必須依照請求及時遞交。

第4條 履行

§4 I (業主之職責)

(1)業主必須負責維持工地上的一般秩序及規範不同承包商間的協力。業主必須取得必要之公法上的(例如，依照營建法規，道路交通法，水法，商業法)執照和許可證。

§4 III(承包商之提示義務)

倘承包商對履行上所預先規劃之方式(也基於防止意外事故發生之危險)、

業主所提供之材料或建築構成部分之品質、或是其他營造業者之工作給付有所質疑，則承包商必須立即(儘可能於工作開始之前)以書面通知業主；但業主仍須對其指示、處置或所提供之材料、物件予以負責。

§4IV(業主無償提供使用)

當沒有其他約定時，業主應讓承包商無償的使用或共同使用：

- ① 在建築工地的必要營地(儲藏處)及工作場所；
- ② 現有的道路和軌道；
- ③ 現有的水和能源管線。關於水與能源之使用以及計算用量之設施等費用，則由承包商負擔之；若有多數承包商，則依比例負擔之。

第6條 施工的障礙或停工

§6 I (書面通知)

若承包商在施工時，因外在因素出現障礙而無法繼續施工時，則承包商必須儘速以書面通知業主，並提出不能繼續施工的原因。若承包商怠為通知時，則只有在事實及其障礙效果顯然早已為業主知悉時，承包商才有提出對於障礙情況考量的請求權。

§6 II (施工障礙事由)

(1) 承包商在下列情事所導致之施工障礙得請求展延工期，竣工日期按中斷日期往後順延：

- ① 於業主領域範圍所生之情事；
- ② 於承包商之企業中或於直接替承包商工作之企業中，所生之罷工或由業主公會所籌劃之停工；
- ③ 因不可抗力或其他對於承包商係不可避免的情況。

(2) 履約期間因天氣狀況的影響不視為障礙。惟如為承包商於投標時依通常情形顯不可預見之情形者，則應視為障礙事實。

§6 III (障礙除去之通知)

承包商必須完成在公平合理要求下可達成的工作，以確保營繕工程得以繼續施作。一旦障礙情況被除去時，承包商必須即時恢復施工並通知業主。

§6 IV (展延日數之計算)

在妨礙狀況存續期間，工程執行期間會因重新恢復動工所需之額外時間以及基於在較不適宜季節中施作可能發生之延緩而延長

§6 V (因障礙停工得請求之費用)

倘施工可預見地將長期被中斷，但並未陷於持續性的給付不能時，則已履行之給付應依契約價格予以結算，另承包商已發生(支出)，且計算上係包含於未被履行給付部分之契約價格中之費用，亦應予以償還。

§6 VI (可歸責一方之損害賠償)

若障礙情況係可歸責於一方當事人時，他方當事人得請求可證明的已發生

之損害，惟僅於一方當事人有故意或重大過失時，他方當事人始得請求所失利益。

此外，承包商依據德國民法第642條請求適當補償之權利不受影響，只要符合本條第1項第1句「通知業主」或第2句「障礙事實及其效果係業主顯然已知的情況」下，即有適用。

§6VII(終止契約)

如停工超過三個月以上，則任一方當事人得以書面終止契約。該結算適用本條第五項及第六項之規定；若承包商就停工係不可歸責，且施工工地之清理費用未包含於業主對已執行部分應給付之報酬中，則業主對承包商所支出之清理費仍有給付義務。

第9條 承包商終止契約

§9 I (終止事由)

承包商可以終止契約，

- (1)當業主疏忽了他應負責的行為，並因此使承包商沒有能力去履行此一給付(屬於德國民法第293條以下之受領遲延)
- (2)當業主未履行屆期的支付，或不然就是陷於債務人遲延中。

§9 II (預告終止)

終止需以書面為之。終止僅在此時被容許，即當承包商給予業主一個對於契約履行適當之期限仍無效果，並已聲明在此無效果之期限經過後，將會終止契約。

§9 III (終止契約後之請求)

迄今為止之給付被依據契約價格結算。此外，承包商依據德國民法第642條之適當補償請求權；及承包商其餘相關的請求權皆不受影響。