

國立政治大學法律學系  
碩士論文

指導教授：楊淑文博士

題目：承攬契約之物之瑕疵擔保責任—以工程契  
約相關問題之探討為核心



研究生：姚怡菁

中華民國一百零一年六月

## 謝辭

猶記大三聆聽恩師楊淑文老師所教授的民法債各與民事訴訟法，開啟我對民法濃厚興趣，並以進入政大民法組成為老師門生為矢志，而後亦有幸如願投入老師門下，繼續接受老師的指導，奠定撰寫該本論文的基礎，雖後來因種種考量而在未能完成論文時即接受司法官訓練，但老師仍不厭其煩抽出假日空檔與我討論論文修改事宜，使論文能夠順利完成，除了課業指導外，老師生活上的照顧亦讓在異鄉求學的我倍感溫暖，在此致上我最誠摯的謝意。

感謝擔任口試委員的顏玉明老師以及郭麗珍老師，老師們均為工程實務以及民法領域之翹楚，能請到老師們擔任我的口試委員是我莫大的榮幸，而老師們對於問題精闢的見解更是讓我明白自己思考的盲點，從中獲益良多，亦因老師們的指導讓我的論文更加完整，再次獻上我真誠的感謝。

求學期間，民法組夥伴的支持讓我倍感溫暖，感謝歐陽學長、藝文學姐、婉雯學姐總是替我打氣加油，並提供論文寫作的經驗分享，讓我能依循學長姐們的腳步，勇敢踏出撰寫論文的第一步；感謝昭然、鈺純、芳瑜、珈漪在我撰寫論文期間幫我處理許多雜事，對我的請求總是義不容辭，讓我能無後顧之憂完成論文；感謝慧滿、建中、文萱、婉如在我徬徨無措給予我鼓勵支持。進入司訓所後，忙碌的學習及實習生活曾一度讓我陷入混沌，感謝所內佳薇導師、臺南學習組兼任導師李杭倫庭長、鍾和憲主任檢察官不遺餘力的支持，感謝讀書會同學芳瑜，因參與讀書會讓我得以有效率的準備所內考試，將剩下心力撰寫論文，感謝臺南學習組夥伴yui、智鈞、嘉慧、士瑋、小碧、花哥、昱志、伯文、坤哥、Roger，因為你們的陪伴，讓我暫時忘卻苦悶的論文寫作，待休息過後得以重新拾筆繼續撰寫。

感謝自大學求學階段一直陪伴我的黃媽、琬頤、瑋如、玉蘭，因你們的陪伴，讓我大學生活變得多彩多姿，也因你們的支持讓我更下定決心在畢業當年暫時放棄國考準備，而參加研究所考試，進入民法組；感謝男友士輔無時無刻的叮囑論

文進度，讓我不敢有任何鬆懈，亦體諒我寫作的煩悶心情，給我加油打氣。

最後，感謝父母親的栽培以及一直以來的支持，沒有您們的無怨無悔的付出就沒有今天的我，感恩妹妹總是在我心情低落時候給我予精神上的鼓勵，讓我重拾信心勇敢邁向下一步。不善言詞的我甚少對家人表達感激，在此謹將這份榮耀獻給你們。



## 摘要

工程之承包商除依照工程契約，應如期完工外，尚應確保工程得以如質完工，亦即承包商需對工作物負擔瑕疵擔保責任，而不論是仲裁、調解或是訴訟案件，因瑕疵所生之爭議，實屬常見，殊值重視。

本文就承包商工程瑕疵擔保責任之爭議略分為三部分：第一部份為工程契約之性質為何？其中關於工程契約之定性將影響？工程契約種類？外國契約範本應為如何之適用？此等將於本文第二章討論。

第二部分是如瑕疵係因業主指示或提供材料所導致者，承包商是否仍須負擔瑕疵擔保責任？進步而言，於監造單位於材料施作前已先行檢驗材料，如瑕疵因材料所生者，則應由何者擔負該瑕疵風險較為合理？又如係驗收通過事後發現瑕疵者是否會改變承包商之瑕疵擔保之責？於此確認承包商之瑕疵擔保責任範疇。另外，工程瑕疵因如何認定亦屬該部分探討之核心。

第三部分主要係依照工程流程探討各工程階段所遇到的工程瑕疵問題作一分析檢討：1、施工中：主要係針對施工中如業主已發現瑕疵可否事先主張瑕疵擔保責任？估驗款之性質為何？2、完工：完工之定義？完工與瑕疵有無關係及關係為何？3、完工至驗收合格前：承包商有無重作義務？減少報酬請求權的計算方式？減價收受制度與減少報酬之異同？常見工程契約之損害賠償為何？4、保固：保固性質為何？其與法定瑕疵擔保責任有何異同？保固期間與法定瑕疵擔保期間為何？

就上揭議題本文先指出我國工程實務常見爭議，再以日本及德國學說與實務之比較法相關研究出發，另輔以外國契約範本例如 AIA、FIDIC 以及日本契約範本為比較，並提出本文之見解及解決方案，以期能解決實務上的適用問題及對學說之爭議提出一己之見。

# 目錄

<b>第一章 緒論</b> .....	<b>1</b>
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究範圍與方法.....	2
第一項 研究範圍.....	2
第二項 研究方法.....	4
<b>第二章 工程契約之法律關係</b> .....	<b>6</b>
第一節 工程契約概說.....	6
第二節 工程契約之特性.....	6
第一項 專業性.....	6
第二項 金額龐大性.....	6
第三項 法規複雜性.....	7
第四項 風險高性.....	7
第五項 小結.....	7
第三節 工程契約之性質.....	8
第一項 承攬契約.....	8
第二項 有償契約.....	12
第三項 雙務契約.....	12
第四項 非繼續性契約.....	13
第五項 小結.....	14
第四節 工程契約之種類.....	15
第一項 以工程契約之業主區分.....	15
第二項 以專業領域區分.....	15
第三項 以契約價格結構區分.....	16
第四項 依營建工程執行形態區分.....	19
第五節 工程契約範本.....	23
第一項 各國契約範本.....	23
第二項 國際工程契約範本.....	24
<b>第三章 工程契約中瑕疵擔保責任之認定</b> .....	<b>26</b>
第一節 前言.....	26
第二節 瑕疵擔保責任性質.....	26
第一項 買賣與承攬.....	26
第二項 瑕疵修補瑕疵義務.....	29
第三項 同時履行抗辯.....	30
第三節 擔保責任範圍.....	33
第一項 風險分配.....	33

第二項 免除瑕疵擔保責任.....	35
第四節 工程瑕疵之認定.....	52
第一項 瑕疵之意義.....	52
第二項 工作物之瑕疵.....	56
第三項 瑕疵發生之原因.....	70
<b>第四章 承攬人瑕疵擔保責任之法律效果.....</b>	<b>76</b>
第一節 概論.....	76
第一項 我國法.....	76
第二項 外國立法例.....	76
第三項 小結.....	79
第二節 施工中之瑕疵擔保責任.....	79
第一項 前言.....	79
第二項 工程實務常見爭議.....	80
第三節 完工與瑕疵.....	91
第一項 前言.....	91
第二項 完工意義.....	92
第三項 完工與瑕疵.....	100
第四節 完工後驗收前之瑕疵擔保責任.....	109
第一項 概述.....	109
第二項 瑕疵修補請求權.....	114
第三項 瑕疵修補費用之償還請求權.....	120
第四項 請求減少報酬.....	124
第五項 請求解除契約.....	136
第六項 損害賠償請求權.....	144
第五節 驗收後之保固責任.....	156
第一項 工程保固約款.....	156
第二項 保固約款與維修約款.....	159
第三項 保固約款之性質.....	161
第四項 保固期間.....	167
第五項 結論.....	169
<b>第五章 結論.....</b>	<b>170</b>
<b>附錄一：參考文獻.....</b>	<b>178</b>

# 第一章 緒論

## 第一節 研究動機

工程契約，包含以工程建設之規劃、設計、施工、營運為內容契約<sup>1</sup>，而工程契約中又以公共工程契約數量佔最高比例。而依照政府採購法第二條及第七條第一項之規定，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、電器、化工及其他經主管機關認定之工程。上開工程契約之新建、增建、改建、修建、拆除等工作之施工實則等同於民法上第四百九十條所定，當事人約定，一方為他方支付報酬之承攬契約。因此，不論是公共工程契約或是一般工程契約皆有民法承攬編規定適用之餘地<sup>2</sup>。

工程之承攬人依照承攬契約，除應「如期」完工，以遵守工程之施工期限外，尚應確保承攬工程得以「如質」完工。而有關承攬人對於完工之工作應擔保其無瑕疵之責任，法律上稱為「瑕疵擔保責任」<sup>3</sup>，而實務常見工程之瑕疵例如學校增班教室新建工程，未按合約設計施工，致配鋼筋及混擬土強度嚴重不足<sup>4</sup>、自費安養中心或國民住宅新建工程，因混擬土氯離子含量過高，導致混擬土保護層隆起或剝落，版鋼筋蝕銹、樑側及樓柱裂縫<sup>5</sup>等等，故關於工程承攬之爭議，有不少均與承攬人所施作的工作瑕疵有關<sup>6</sup>，故不論是仲裁、調解或是訴訟案件，因瑕疵所生之爭議，實屬常見，殊值重視。

<sup>1</sup> 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，指導教授：楊淑文博士，2004年，頁2。

<sup>2</sup> 楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，月旦法學雜誌第143期，頁129。

<sup>3</sup> 李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，頁95。

<sup>4</sup> 最高法院89年台上字第204號判決。

<sup>5</sup> 最高法院90年台上字第1126號、92年台上字第2579號判決。

<sup>6</sup> 舉例而言，民國98年最高法院終結民事事件中，就承攬案件共有244件，而涉及承攬瑕疵爭議即有53件，占2成左右，<http://www.judicial.gov.tw/juds/report/Sb-4.htm>。另外，中華民國仲裁協會統計，於2001年至2005年間，該會聲請仲裁之工程爭議中，有十九件均與承攬瑕疵有關，李立普，工程承攬之瑕疵擔保之介紹及相關法律問題，工程法律實務研析(三)，頁197；另外依據相關統計資料，從八十八年五月至九十二年五月間，就公共工程契約中，依照政府採購法第一百零一條規定申訴案件者共有263件，其中依第八款申訴之案件(查驗或驗收不合格，情節重大者)佔了21件，第九款申訴之案件(驗收後不履行保固責任者)佔了1件，共有22件；另外調解案件共有865件，關於瑕疵擔保之爭議共有10件、驗收瑕疵改正之爭議有9件、減價收受之爭議有42件、保固責任之爭議有9件，共70件，參考資料：政府採購爭議事件案源及問題類型分析。

關於承攬之瑕疵擔保責任，民法主要規定於第四百九十二條至五百零一條之一以及五百一十四條。但首先，由於民法是屬任意性、補充性之規定，因此基於契約自由原則雙方當事人自得依其雙方合意自主決定其權利義務之內容，而承攬契約之瑕疵擔保責任亦屬於任意性規定，因此工程契約之雙方當事人自可依照雙方之需求，合意變更或約定與民法不盡相同之擔保責任，例如：代為處理條款、保固條款；其次，工程契約當中又以公共工程契約占多數比例，然而公共工程契約除了適用民法承攬編之規範外，又因公共工程有其公益性、社會性之考量，故立法者另規定政府採購法而加以適用，而其規範亦因公共工程之特殊性，與民法有所不同，例如：減價收受制度即為民法承攬編所未規範之制度；最後，民法承攬編所規範之對象並非單純針對工程契約，因此未能就工程契約細節性、專業性作妥善之考量<sup>7</sup>。綜上所述，雖然民法債各承攬編已對工程契約之瑕疵擔保責任作相關之規範，但仍產生諸多爭議，因此如何對工程契約瑕疵擔保責任條款作出適當之解釋以及實務上應如何操作，皆屬本文探討之重心。

## 第二節 研究範圍與方法

### 第一項 研究範圍

本文以「承攬契約之物之瑕疵擔保責任—以工程契約相關問題之探討為核心」為題，因民法承攬契約適用之範疇不僅限於工程契約，但以工程契約為承攬契約之核心領域，故本文以此作為命題，將重點擺放於國內實務上工程契約所遇之瑕疵擔保責任作為研究重心。除此之外，由於公共工程契約又屬工程類型中之大宗，而針對公共工程契約之特殊制度—減價收受制度，由於其類似於承攬瑕疵擔保責任，工程契約亦將一併作相關分析、研究。

承前所述，工程契約時間軸之流程大致為：簽約、開工、施工中、完工、驗收、保固之階段，以下就各階段可能所預見的瑕疵擔保責任問題分述如下：

<sup>7</sup> 楊芳賢，第八章承攬，民法債編各論（上），黃立主編，頁 668。



### 一、簽約

就簽約部分所可能涉及者應屬雙方當事人是否就工作物有作相關瑕疵擔保責任作約定，不得不詳加注意。

### 二、施工中

因工程契約具有施工期限長之特性，定作人為確保其工作品質則需於工作施作前由監造人或定作人為材料之檢驗，若材料已檢驗通過，嗣後卻仍因材料問題以致於工作物存有瑕疵，此時是否影響承攬人瑕疵擔保責任則非無疑義；再者，民法第四百九十七條已針對施工中之瑕疵為相關之規範，但定作人是否即不得主張其他瑕疵擔保責任之規定？又施工中定作人乃定期針對工作品質、數量為估驗，確保工作物之進度且無瑕疵，如符合契約約定，則給予承攬人估驗款，然估驗款

之性質亦屬實務常見之爭議，亦與本文一併討論。

### 三、完工

完工之認定向來係實務常見之爭議，其影響承攬人是否遲延以及請求報酬之時點，而瑕疵與完工之間關係亦為雙方當事人所爭執事項，亦有必要對此加以探討。

### 四、驗收期間

驗收期間如遇有瑕疵依照民法第四百九十二條以下規定，定作人有諸多權利得對承攬人加以請求，如瑕疵修補請求權、減少報酬、解除契約、損害賠償等權利，而各請求權於實務上亦有相關爭議，例如重作義務、減價收受等相關問題，本文亦將於瑕疵擔保權利責任章節予以分析探究。

### 五、驗收合格

驗收合格則原則上代表工作無瑕疵，而藉由驗收程序亦得早期發現瑕疵避免於嗣後發現，致使瑕疵擴大，此時若有明顯性瑕疵然定作人或監造單位未能及時發現而認驗收合格時，其對於承攬人之瑕疵擔保責任有無影響及影響為何亦為本文研究之重點。

### 六、保固

工程契約最後階段為保固，而保固約款主要亦係針對驗收後發現工作存有未臻完善部分時定作人於保固期間內得對承攬人所為相關權利請求之約定，而保固與瑕疵擔保責任間之關係為何以及保固期間之性質為何於本文中將一併探討。

另外，由於物之瑕疵擔保責任體系龐大，涉及爭議眾多，但以其瑕疵之認定與法律效果於實務上產生最多爭議，因此本論文將研究重心放置於瑕疵之認定與法律效果為探討，至於其他部分例如舉證責任之分配等問題，僅於相關議題探討中一併提及，而不另立章節作深入之探討，避免本論文體系龐雜，失其重心。

## 第二項 研究方法

### 壹、國內學說文獻整理分析

本國學說就傳統承攬之瑕疵擔保責任部分，專書、期刊文獻以及教科書的部分多有論述，因此本論文擬先就本國書籍、期刊、研討會論文等國內文獻，整理分析國內學說對於承攬之瑕疵擔保之法律見解。另外，由於本論文針對主題為工程契約，因此亦參考工程類之文獻，尤其著重綜合法學及工程之文獻研究，加以整理分析，以作為研究之參考。

## 貳、實務見解整理分析

由於法律是為解決爭議所生之規則，因此實務見解和操作實況實不能予以忽視。因此本論文將蒐集工程實務上所使用之工程定型化契約書，參考其約定之權利義務，加以分析研究其條款之合理性與妥當性。另外本論文蒐集法院或仲裁有關工程瑕疵擔保適用之實務案例，摘要出案例事實及法律見解，並將實務案例類型化，以探求我國實務在不同案例類型中對於瑕疵擔保責任所採取之法律見解。

## 參、比較法研究

除了國內學說和實務見解研究分析外，由於「他山之石，可以攻錯」，且台灣乃繼受大陸法系之國家，受日本、德國法影響最深，而作者修習語文以日文為主，故將以日本法之法制為借鏡，透過日本實務和學說見解，與國內通說與實務見解作比較法分析研究，期能為現行契約解釋及實務操作提供一參考。另外，由於工程契約有日漸國際化之趨勢（例如著名的馬特拉案件即是我國政府機關與法國廠商所生之爭議），而FIDIC（Fédération Internationale des Ingénieurs-Conseils）國際顧問工程協會所擬之契約範本，針對特定問題表達具體見解，廣受各國採用，因此本論文亦針對FIDIC所擬之契約範本中針對瑕疵擔保責任部分作整理，並以此與我國相關契約範本作比較法分析研究，期待本論文之分析研究成果，能夠作為我國工程契約之依據，藉此訂立出對契約雙方當事人皆屬公平合理之契約範本以及條款，並進一步希冀我國工程契約與世界接軌，而能邁向全球化、國際化之未來。

## 第二章 工程契約之法律關係

### 第一節 工程契約概說

工程契約廣義而言，包括工程建設之規劃、設計、施工、營運等工作內容之契約<sup>8</sup>，因此，施工契約、工程設計服務契約、工程監造契約、工程保險契約等皆屬工程契約，而在廣義工程契約當中，因興辦工程主要目的須賴營繕工程合約始得實現，可謂工程契約乃以施工契約為其核心，另外工程合約中所衍生之糾紛，亦以施工契約所生之爭議為大宗<sup>9</sup>，因此施工契約又稱為狹義之工程契約，一般稱之為營繕工程或營建工程契約<sup>10</sup>，本論文之研究重點係以施工階段所發生之瑕疵擔保爭議作相關論述，故本論文若無特殊強調，所指稱之工程契約即為施工契約，於此合先敘明。

### 第二節 工程契約之特性

#### 第一項 專業性

訂立工程合約之主要目的，就業主而言，係在工程之完成，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，莫不賴相當之專業技術與背景始克完成，並非單一之主體即可完成全部工作，因此工程合約中就有必要對於專門部分詳與論列，因此在重大之工程合約中，合約書之本文部分或許僅有區區數十頁，然而在技術文件部分則常厚達數十巨冊。內容亦是鉅細靡遺，因此也衍生出許多肇因於專業性之糾紛<sup>11</sup>。

#### 第二項 金額龐大性

在公共工程中，工程價款達到數億甚或數千億台幣者並非罕見。因為工程合約常具有金額龐大之特性，因此對政府、業主或承包商而

<sup>8</sup>陳玉潔，同註1，頁2。

<sup>9</sup>林發立，工程合約實務問題泛論(4)——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，頁13、頁17。

<sup>10</sup>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，頁8-11。

<sup>11</sup>林發立，同註9，萬國法律第81期，頁18。

言，任何契約條款之爭執都可能涉及嚴重之後果，包括數以億計之違約賠償問題，因此工程合約之任何關係人莫不格外小心謹慎，此項特性，使工程合約之糾紛及其解決，更顯困難。

### 第三項 法規複雜性

工程契約所牽涉的法律規範相當廣泛，關於可行性評估階段可能涉及政府採購法、促進民間參與公共建設法、民法、刑法、行政法，規劃階段可能涉及區域計畫法、都市計畫法、專利法、環境影響評估法、鐵路法、電業法，設計階段涉及建築法<sup>12</sup>、技師法<sup>13</sup>、水土保持法、保險法，施工階段涉及營造業法，稽核與驗收階段則涉及審計法，最後營運及管理階段可能涉及大眾捷運法、公寓大廈管理條例等<sup>14</sup>。循此以觀，工程契約所涵蓋之法律層面極廣，故於擬定工程契約條款或適用法規時，必須注意相關法規之規範，以避免契約條款違反法規之強制規定而無效，而興起不必要之爭執。

### 第四項 風險高性

營建工程受工地條件、氣候等影響甚大，加上工程施工期間長，期間之社會動亂、物價暴漲、通貨膨脹、不明確契約條款、惡劣氣候、異常地質條件、施工中之傷亡事故等之政治、經濟、契約與施工之風險，實難以準確預知<sup>15</sup>。由此可知，業主與承包商均需面對許多無法預知之風險，而使得工程所需負擔之風險相對提高。故實務上業主多會要求承包商應投綜合營造險，否則因未依約投保而產生之損失則由承包商自行負責<sup>16</sup>。

### 第五項 小結

綜上所述，因工程契約有上述之特性，是一旦涉及承包商之瑕疵擔保責任議題時，則將產生瑕疵認定、責任歸屬以及責任範疇等諸多議

<sup>12</sup> 主要內容為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻。

<sup>13</sup> 主要內容係規範技師資格、職業及權責暨制定其工會組織及行政懲處。

<sup>14</sup> 陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜，工程與法律，新文京開發出版股份有限公司，中華民國93年3月15日，頁4、6。

<sup>15</sup> 梁鑑編，國際工程施工索賠，頁12。

<sup>16</sup> 呂純純，公共工程逾期之研究，國立政治大學法律學研究所論文，指導教授：黃立博士，2003年，頁15。

題，從而，於工程契約中瑕疵擔保責任更顯複雜。

### 第三節 工程契約之性質

#### 第一項 承攬契約

##### 壹、實務見解

契約之定性涉及雙方當事人權利義務，不論係法律適用上、契約解釋上、民法體例上、消滅時效之適用上、瑕疵擔保責任之歸屬及工作物所有權歸屬皆有其實益<sup>17</sup>。例如著名馬特拉仲裁判斷債務人異議之訴即涉及工程契約之性質及法律適用爭議<sup>18</sup>，其爭議期間長達四年多<sup>19</sup>，足徵契約定性影響契約雙方當事人權益重大。

關於工程合約之性質，學說與實務眾說紛紜，就學說部分，有認為應就個別之工程合約，具體視其內容約定詳加判斷，如屬非典型合約中之混合契約或準混合契約，於解釋契約條款時，得參酌性質相似之典型契約而為補充<sup>20</sup>；有認為工程契約從其法律關係之性質觀之，由

<sup>17</sup> 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，頁24。

<sup>18</sup> 一二審法院認為：系爭合約第一冊合約主文第一條約定：「捷運局同意向承包商定作及購買本合約所定之工作，承包商同意提供並出售該工作予捷運局」，顯見系爭CC-350契約，性質上非單純的買賣，亦非單純的承攬契約。馬特拉公司請求公平調整給付之計算方式及範圍，即以計算損害賠償的方式調整合約對價，而非損害賠償，其請求公平調整部分，屬於合約的對價，且為定作部分的承攬報酬，非買賣部分之買賣價金，本質屬於承攬報酬，應適用短期二年的時效。（請參見臺灣臺北地方90年度重訴字第220號判決、臺灣高等法院90年度重上字第300號判決）

然上訴至最高法院時，最高法院認定：原審認系爭CC-350合約，性質上非單純之承攬契約，竟又認馬特拉公司系爭仲裁判斷請求公平調整之費用，係承攬報酬，非無矛盾。系爭CC-350合約性質上屬買賣與承攬混合之「製作物供給契約」，並非單純承攬，且本件工程興建期間長久，給付工程價款之時間亦長，此工程價款並非速履行或應速履行之請求權，無民法第一百二十七條第七款二年短期時效規定之適用，其實時效期間應為十五年等語，自屬重要之攻擊防禦方法，原審未於判決理由項下說明其法律上之意見，遽為上訴人敗訴之判決，亦有判決理由不備之違反。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。（請參見最高法院92年度台上字第1736號判決）

最後最高法院發回高等法院後，高等法院作出：「…係爭合約之性質：係爭合約第一冊合約主文第一條約定：『捷運局同意向承包商定作及購買本合約所定之工作，承包商同意提供並出售該工作予捷運局。』顯見兩造訂約時即已明白約定是被上訴人『定作』及『購買』係爭合約所定之工作，而由上訴人『提供』並『出售』該工作。又係爭合約數量表中所列之各項工作項目，其工作內容尚包括安裝及測試等工作，亦即上訴人非僅將被上訴人所購買之車輛、設備等交付予被上訴人即可，尚須完成安裝、測試等其他承攬工作，此由係爭合約一般條款第1.3.11條就『合約項目（付款項目）——一項經予特別說明』並訂有價格之工作項目。各該項目包含履行全部工作並提供所有設計、人工、機具、材料及（或）安裝…』，以及第1.3.23條規定「項目標價——投標書格式中價格表所報每單位之價格。項目標價為該單位交貨、安裝及加工（如為所需）之總成本。項目標價包括全部設計、工程、材料、人工、製造、交貨、試驗及處理等成本，並包括全部管理費用、利潤及各式費用。』可證系爭合約，性質上非單純之買賣，亦非單純之承攬契約，而屬買賣與承攬之混合契約…」（請參見臺灣高等法院92年度重上更（一）字第120號判決）

<sup>19</sup> 古嘉諱，工程契約之生、老、病、死，月旦法學教室第63期，頁76。

<sup>20</sup> 林發立，同註9，頁14。

於較重於工程工作之完成，應屬於民法所規定之承攬契約<sup>21</sup>；另有認為承攬契約係單純的勞務契約，應由定作人提供材料，而承攬人負責完成一定之工作；惟工程實務上，幾乎都是由承攬人提供全部或是大部的材料，並非單純由定作人提供材料予承攬人施作，故解釋上並非承攬契約，而應將工程契約定性為「製作物供給契約」，且應視其具體情況判斷，係屬買賣與承攬之混合或是聯立契約，在法律適用上視情形分別適用民法買賣及承攬之規定<sup>22</sup>。

另外，實務上對工程契約之定性亦約莫有以下幾種見解：有認為<sup>23</sup>如工程契約內容係約定由定作人提供材料者，則其性質應屬承攬契約；然如約定由承攬人連工帶料承作工程時，則以當事人的意思係重於工作物財產權之移轉<sup>24</sup>或是重於工作物的完成<sup>25</sup>而分別認定為是屬買賣契約或是承攬契約；但另有指出縱屬包工包料之工程契約，仍因其工程契約之標的物係由定作人原始取得，故仍屬承攬契約之實務見解<sup>26</sup>。

綜上所述，不論係學說或是實務對工程契約之定性莫衷一是，而契約定性亦影響雙方當事人權益甚鉅業如前述，是以下先就買賣契約與承攬契約作一介紹，又承攬契約係屬勞務契約，而勞務契約之典型契約為委任契約，故一併就委任契約為相關介紹，最後再將之分析檢

<sup>21</sup> 王伯儉，工程糾紛與索賠實務，元照出版，頁6；李家慶，同註3，頁25。

<sup>22</sup> 余文恭，同註17，頁24；古嘉諱，同註19，頁76。

<sup>23</sup> 最高法院89年台上字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。」；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），寰瀛法律事務所叢書系列，頁75-76。

<sup>24</sup> 最高法院59年台上字第1590號民事判例：「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。」

<sup>25</sup> 最高法院89年台上字831號判決：「按工作物材料由承攬人供給之工作物供給契約，如當事人之意思重在工作物之完成時，不失為承攬契約之一種，承攬人之報酬及其墊款請求權，因二年間不行使而消滅。」

<sup>26</sup> 高等法院76年上字第1593號民事判決：「最高法院五十九年台上字第三五一〇號判決意旨明示：「按一般營造工程之承攬有『包工包料』與『包工不包料』之分，所謂包工包料，即人工材料均由承攬人負責，定作人按雙方亦定之工程費給付；包工不包料者，材料由定作人供給，承攬人負責完程工程，僅取工程費。如果以自己之名義申請營造執照，為自己建造房屋，委由營造商代為辦理貸款手續，承包一切材料，仍不失為承攬契約之一種，與營建中訂立之買賣契約不同……」，由上開最高法院五十九年台上字第三五一〇號判決意旨可知（包工包料）營造工程之法律性質應為承攬契約，最高法院五十八年台上字三三七四號判決亦採同一見解。又本件工程所附之基地為被告甲所提供，本件建築工程之起造名義人為報告甲亦為不爭之事實，則參酌學者之見解，本件建築工程之所有權歸被告甲原始取得，則依最高法院五十九年台上字第一五九〇號判例，本件營造工程合約應不具買賣性質，而為單純的承攬契約。」，本件敗訴一方雖上訴至三審，帶被最高法院認定其上訴三審不合法，以最高法院七十七年台上字一八一二號裁定駁回，而告確定。轉引自黃虹霞，營造工程契約之法律性質，萬國法律第42期，頁7-8。

討。

## 貳、買賣契約、承攬契約、委任契約

### 一、買賣契約

按買賣係指當事人約定，一方移轉財產權於他方，他方支付價金之契約(民法第三百四十五條第一項)。亦即出賣人依民法第三百四十八條規定負有交付標的物與買受人，並使其得該物所有權之義務。而買受人則依民法第三百六十七條規定對於出賣人有交付約定價金及受領標的物之義務。出賣人依前開規定所負者，即為權利獲取義務。如出賣人無法使買受人取得完整權利，或第三人仍得對買賣標的物主張權利，則出賣人應依第三百五十三條規定負權利瑕疵擔保責任，而買受人則得依關於債務不履行之規定行使權利<sup>27</sup>。

### 二、委任契約

委任者，為當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。所謂處理事務，凡適於債之客體之一切事項均屬之。而委任契約係為勞務契約之一般類型，且依照民法第五百四十七條規定，不以有償為必要<sup>28</sup>。

### 三、承攬契約

承攬者，則係指當事人約定，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(民法第四百九十條)。承攬人所負者為完成一定工作之義務。承攬契約之標的即為一定工作之完成，亦即承攬契約與其他契約區別之要素。除此之外，承攬契約之特徵無法再以其他方式或範圍來予以界定，因為承攬契約涵蓋大約一百種契約類型，所謂完成工作，則係指施以勞務而完成一定之結果<sup>29</sup>。

## 參、小結

綜上所述，委任與承攬之區別重點在於委任僅需「處理事務」，承攬則需「完成一定之工作」，且承攬契約係屬有償契約，委任則不以有償為必要，再者，如屬承攬契約，定作人依民法第四百九十三條以

<sup>27</sup> 楊淑文，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書(五)，元照出版社，二版一刷，2006年4月，頁18-19。

<sup>28</sup> 楊佳元，第十一章委任，民法債編各論(下)，黃立主編，頁63、65、66。

<sup>29</sup> 楊淑文，同註27，頁19-20。

下之規定，請求修補、解除契約、減少價金或損害賠償，然此委任契約則無上揭相似之規範<sup>30</sup>。

至於買賣與承攬主要區別乃在當事人一方是否有為他方完成一定工作之義務，並以之為契約之主要目的為斷。如當事人訂約之主要目的乃在一方當事人完成一定之工作，縱完成後有移轉所有權與他方當事人之義務，亦不得以當事人有移轉標的物所有權之義務，而認為係屬買賣契約。反之，如當事人一方為他方完成一定之工作，而將此標的物所有權移轉與他方，但當事人間對此標的物係由何人完成並不在意者，則完成一定之工作非當事人間契約之目的，當事人之意思乃在所有權之取得，此契約應認為係屬買賣契約<sup>31</sup>。

本文以為判斷工程契約之性質時，必須探求當事人真意及契約目的加以認定<sup>32</sup>，而在工程契約中，多有「估驗」、「初驗」之約定，即於工作交付前甚至完工前為工作物之檢驗，足徵定作人所著重者為工作之完成，應非單純財產權之移轉，雖多數情況因考量承攬人對材料有其專業性及對上下游之供應廠商之熟稔，通常較能迅速以適當價格取得所需材料等因素<sup>33</sup>，而由承攬人自行提供材料而再加以施作，與典型承攬契約係屬單純勞務契約有異，然定作人多將材料價額約定為報酬之一部，並不另行計價，應堪認其包工包料施作並不影響工程契約係屬承攬契約之性質<sup>34</sup>。

再者，實務見解認當事人之意思如重於工作物之完成則屬承攬契約，反之如以財產權移轉為核心，則應屬買賣契約，即以當事人意思為判斷契約性質之依歸之見解，除了非易於辨識當事人意思<sup>35</sup>，亦恐有以偏概全之缺失。蓋重在工作物完成者，性質上為承攬，則供給材料部分之法律性質，如何解釋？是否可以置之不論？不無可議；反之，重在財產權移轉者為買賣，則當事人約定完成工作之意思層面，亦完全棄置不問，如此解釋是否妥適，不無疑問<sup>36</sup>。又況工程契約之

<sup>30</sup> 楊佳元，同註 28，頁 67-68。

<sup>31</sup> 楊淑文，同註 27，頁 21。

<sup>32</sup> 王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理第一冊，2003 年 7 月，頁 119-120。

<sup>33</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 579。

<sup>34</sup> 邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版，頁 49。

<sup>35</sup> 古嘉諱，同註 19，頁 76。

<sup>36</sup> 邱聰智，同註 34，頁 47-48。

定作人所重視為一定工作之完成或結果，至於交付承攬物的義務則應非其主要義務，應認為僅是從義務，是應將工程契約認為係承攬契約。

## 第二項 有償契約

契約以各當事人是否因給付而取得對價為標準，可區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的，為有償契約，反之，當事人一方只為給付，而未取得對待給付，則為無償契約。而其區別實益乃在於有否民法第七十七條但書限制行為人例外無庸經法定代理人承認法律行為即生效之規定之適用、債權人撤銷權之行駛亦因此異其要件、有否同時履行抗辯、有無準用買賣契約之規定以及同一契約中債務人之注意義務因有償與否而有不同，而通常情形無償契約的債權人所受保護較有償契約之債權人為弱<sup>37</sup>。

民法第四百九十一條乃規定「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬。未定報酬額者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按習慣給付。」工程契約中通常合約多約定承包商因完成合約工程而獲得工程款之給付，然縱未約定，依前所述，工程契約係屬承攬契約，另揆諸前揭第四百九十一條規定，定作人仍須給付報酬，是工程合約應屬典型之有償契約<sup>38</sup>。

## 第三項 雙務契約

契約依其作用可分為一方負擔契約及雙方負擔契約，而後者又可分為雙務契約及不完全雙務契約，所謂的一方負擔契約又稱片務契約，係指僅一方負擔給付義務的契約，雙方負擔契約則係指雙方當事人互負義務之契約，而其中雙務契約係指雙方當事人互負居於給付與對待給付關係之契約，至於不完全雙務契約係指雙方雖各負有債務，但其債務不居於給付和對待給付之關係。而區分實益為若屬雙務契約，則存有成立上之牽連性、履行上之牽連性以及存續上之牽連性，且因雙務契約中給付與對待給付多存有對價關係，故為維持雙務契約之對價關係債務人通常負有物之瑕疵擔保責任。

<sup>37</sup> 王澤鑑，同註 32，頁 153-154。

<sup>38</sup> 林發立，同註 9，頁 15。

而履行上之牽連性係指雙務契約之債務，在一方債務未履行前，他方亦得拒絕履行，是為履行上之牽連性，此亦是雙務契約和片務契約最主要之差別<sup>39</sup>。而依照我國民法第二百六十四條第一項規定：「因契約互負債務者，於他方當事人未為對待給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限。」，係採相對的牽連主義，亦即雙務契約之債權人無須自己先履行或為給付之提出，可請求對方履行，不過對方得以該請求之一方尚未履行為由，拒絕自己之履行<sup>40</sup>。

在工程營繕工程契約，價金之給付常與工程之全部或一部完成具有對待給付之性質<sup>41</sup>，原則上均具有雙務契約之性質。而在典型契約之承攬中，承攬人僅需提供勞務，而無庸張羅材料。亦即材料係由定作人提供。但亦有以特約約定，定作人委由承攬人代購材料，俱如前述。然因承攬契約為勞務契約，債務人原則上所應承擔之風險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，則原則上應不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，致工作不能完成(第五百零九條)、或有瑕疵者(第四百九十六條)、或增加施作成本時，基於公平原則，風險則應由定作人承擔<sup>42</sup>，此亦影響承攬人於工作物有瑕疵時是否應將該瑕疵風險的負擔責由承攬人之認定。

#### 第四項 非繼續性契約

工程契約究係為一時性契約或係繼續性契約，於我國學說實務多有爭論，國內有判決將工程契約認定係屬繼續性契約之見解<sup>43</sup>，然依照所謂繼續性契約與非繼續性契約之區分乃在於給付內容是否係繫於時間長短而定，觀之一般典型繼續性契約，如僱傭契約或租賃契約，其給付內容乃係依循時間長短時決定，而非繼續性契約則給付內容係屬一次性給付，又承攬契約通常係以完成一定工作為目的，應屬一次性給付即得實現給付內容，而應屬一次性契約，是工程契約既屬承攬契約，其應屬非繼續性契約應無疑義，而實務見解主要係因工程

<sup>39</sup>王澤鑑，同註 32，頁 161，工事請負契約約款の解説，民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款委員会編著，2009 年五月，頁 7。

<sup>40</sup>鄭玉波，民法債編總論，三民書局印行，民國 91 年 6 月，頁 451。

<sup>41</sup>林發立，同註 9，頁 15。

<sup>42</sup>楊淑文，工程契約之危險承擔與情事變更原則，頁 3，發表於：臺灣工程法學會。

<sup>43</sup>最高法院 96 年台上字第 153 號判決、高等法院 91 年度重上字第 340 號判決。

契約通常耗時良久，而將工程契約誤認屬繼續性契約，然此亦足徵工程契約完成給付內容之時間耗費較久之特性，而如在該長期履行期間中，如定作人發現瑕疵則應賦予其適時向承攬人主張瑕疵擔保責任之權限，並工程契約因有履行期長之特性，故另有定期估驗之約定，以即早發現瑕疵，避免瑕疵無止盡擴大。

## 第五項 小結

綜上所述，工程契約係屬承攬契約，因此就民法債編承攬一節之相關規定即有適用，因此當工程契約未有約定時，基於民法規定原則上係屬任意性規定，故當雙方當事人未就物之瑕疵擔保部分約定時，則四百九十二條以下有關物之瑕疵擔保之規定即有適用<sup>44</sup>；另外雖然基於契約自由原則，當事人得另行約定與民法任意規定不同的條款，惟該規定係立法者考量契約雙方當事人利益平衡而創設，故隱含著基本原則，因此，當工程契約當事人之一方透過定型化契約訂立偏離民法承攬一節規定過大之條款，應進而認為該條款違反誠信原則，而係屬無效條款<sup>45</sup>。

又因工程契約通常依照契約約定使定作人負有給付報酬之義務，縱雙方未為約定，因工程契約係屬承攬契約業如前述，而承攬契約依照民法第四百九十一條，定作人仍須於承攬人完成工作後給付報酬，足徵工程契約係屬有償契約。

再者，工程契約係屬雙務契約，是為維持報酬與工作相互間之等價，民法設有承攬人之物之瑕疵擔保制度<sup>46</sup>，又若如承攬人所負之瑕疵擔保責任係屬主給付義務，則當承攬人所完成之工作物具有瑕疵時，定作人得依照民法第二百六十四條第一項規定主張同時履行抗辯權，待承攬人完成其工作時再為報酬之給付。

末者，承攬契約係屬工作物內容一次性之給付，應屬非繼續性契約，而工程契約既屬承攬契約則應作相同之認定應無疑義，惟工程契約之履行期長，為免施工中瑕疵擴大，雖民法第四百九十七條已規定於工作完成前即得主張瑕疵擔保責任，然其是否能以妥善解決相關問題尚

<sup>44</sup>王澤鑑，同註 32，頁 119-120。

<sup>45</sup>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），頁 55-56。

<sup>46</sup>詹森林，建築物或其他土地上工作物承攬契約之解除，台灣本土法學第 22 期，頁 95。

非無疑，又現行工程實務多約定定作人得於施工中定期估驗，以確定工程實施品質及進度，並為避免承攬人因施工履行期過長以致按期給付估驗款，然此亦延伸估驗款之性質究屬為何等相關議題，亦需一併探討。

## 第四節 工程契約之種類

### 第一項 以工程契約之業主區分

營繕工程以工程契約之業主區分，可分為一般私人發包的「營建工程契約」以及以達成行政上之目的而由政府機關依政府採購法辦理發包的「公共工程契約」<sup>47</sup>。

由於公共工程之業主為政府機關，其資金主要來自於公共資源，主要係為達成行政上之目的而興辦工程，故自擬定契約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<sup>48</sup>，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，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。

上揭區分實益主要乃在於如屬公共工程契約尚有政府採購法第七十二條減價收受制度之適用，而該制度與一般民法所規定之瑕疵擔保責任之間關係為何，則為本文探討之重心。

### 第二項 以專業領域區分

工程契約若依專業領域區分，可分為土木工程契約、機電工程契約、系統工程契約（例如捷運工程之自動控制系統）、水處理工程契約（例如污水處理廠）；其中土木工程依結構物型態不同，又可細分為建築工程、道路工程、橋樑工程、隧道工程、港灣工程、機場工程、

<sup>47</sup> 謝哲勝、李金松，工程契約理論與求償實務，頁1；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院法律學研究所碩士論文，2005年7月，指導教授：詹森林博士，頁4。

<sup>48</sup> 呂純純，同註16，頁10-11。

景觀工程等<sup>49</sup>，而依各專業領域瑕疵之認定亦有其專業性，如對瑕疵認定有所爭議時，則需責由各領域之專業鑑定單位鑑定。

### 第三項 以契約價格結構區分

以契約計算報酬之方式（計價方式）計算大抵上主要可分為總價契約（lump sum or fixed price contract）、單價契約（unit price contract）。

#### 壹、總價契約（lump sum or fixed price contract）

總價契約係指以承包商依照業主所提出之圖說與規範完成工程；至於業主則係依規定之工程總價款給付工程款，該總價係將來工程完工後所應結算之金額（除合約另有按物價指數調整或合約有變更設計需調整工程款之情形），而不論承包商實際施作之數量是否與原合約所預估完成之數量相符<sup>50</sup>。以總價契約作為計算報酬方式的條款例如：台北市政府工程採購契約範本第三條關於契約價金之給付中第二項中，得選擇以「依契約價金總額結算。因契約變更致履約標的項目或數量有增減時，就變更部分予以加減價結算。若有相關項目如稅什費（包括）但不限於稅捐、利潤、管理費或保險費，下同）另列一式計價者，應依結算總價與訂約總價比例應減之。但契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限。」。

採用該種給付報酬契約，乃雙方當事人欲藉此控制成本與一定利潤。承攬人需承擔數量增加、單位成本提高之風險，業主則可能承擔承攬人輕易支出較少成本、費用，但仍須給付定額報酬之不利益，而其單位成本增加風險和數量增加風險皆由承攬人承擔<sup>51</sup>。

因此，契約內之規範和圖說應該清楚完整的敘述所需完成工作之詳

<sup>49</sup>藍秉強，由木柵線捷運工程仲裁案論工程遲延及風險分配，東吳大學法律學研究所碩士論文，指導教授：李建中博士，1995年，頁12。

<sup>50</sup>李家慶，同註3，頁37。另外依照內政部營建署八十五年八月三十日八五營署公字第一七六六號函：「總價決標係以工程合約總價承攬並辦理結算，係廠商依工程合約圖說規範、施作所需總價，如未經變更設計變更工程項目或數量，則其完工後之領受工程款額應與簽約時之合約金額相同」、「以工程合約總價方式辦理結算時，如圖說與工程估價明細表不符時，應依合約總價之金額給付。除非於工程合約內另有約定或明訂實作數量與工程計價明細表不符，應辦理變更設計之條文，始得因實際工作項目或數量之增減而增減給付。」，對總價契約作出詳細的解釋。

<sup>51</sup>陳玉潔，同註1，頁11。

細內容，使承包商能據以完整的估價，亦即在一「包價」之概念下，完成圖說及規範所需之工作。因此，圖說及規範上之工作項目不僅提供工程包商估價之依據，亦成為日後規範承包商應盡之契約責任義務範圍。因此，在總價契約中，契約文件若有工程數量表，僅在於提供一個一致的估價基準，協助承包商於投標時估算契約總價之用，並評估實際施作數量與契約約定數量有無差異、是否需追加或減少工程款，並僅止於發生契約變更，若該變更工作項目之增減至某一程度上時，計算應隨之增減之價金而用<sup>52</sup>。

## 貳、單價契約 (Unit price contract)

單價契約亦稱為實作實算契約，係指工程款之計算係以承包商詳細價目表完成「單位工作」數量之多寡來計算<sup>53</sup>。其最主要目的乃在於提供承攬人各工作項目之細目，並將複價加上利管費而估算之投標總價並於契約執行中提供實物施作數量之單價基礎據以計算契約總價<sup>54</sup>。例如台北市政府工程採購契約範本第三條關於契約價金之給付中第二項中，得選擇以「依實際作或供應之項目及數量結算，以契約中所列履約標的項目及單價，依完成履約實際供應之項目及數量給付。若有相關項目如稅什費另列一式計價者，應依結算總價與訂約總價比例增減之。但契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限。」

綜上所述，由於工作項目是由承攬人決定，工作預估數量則係由定作人評估後決定，而承攬人在此必須承擔實際單價高於契約單價之風險，定作人則承擔實際施作數量高於預估數量之風險，是單位成本增加風險由承攬人承擔，數量增加風險則由定作人承擔。

## 參、小結

契約計價方式對於業主及承包商之風險承擔、利潤計算等各有不同，影響契約雙方當事人之權益甚鉅，因此應就不同之工程類型<sup>55</sup>以及施工背景選擇不同計價方式，以期對契約雙方之權益皆能公平合理，並針對各種不同計價方式易生之紛爭情形，於契約中盡可能詳盡

<sup>52</sup> 顏玉明，從工程契約談契約價金之給付與調整，營造天下，第112期，2005年4月，第10頁。

<sup>53</sup> 陳玉潔，同註1，頁9；王伯儉，工程契約法律實務，元照出版，頁52-53。

<sup>54</sup> 張詩芸、羅惠雯，總價契約與實作實算契約，工程法律實務研析(二)，震瀛法律叢書，頁66。

<sup>55</sup> 黃紋棊，同註47，頁6。

規定雙方權利義務關係方能杜絕爭議，進而確保工程順利完成<sup>56</sup>，然而，工程契約具有複雜性及風險大之特質，承商常於施作後始發現與原本訂約狀況相異之情形，例如物價調漲、漏項，承商為保證施作之工程具契約約定之品質，避免施作工程產生瑕疵，則務必選擇增加契約項目或依約履行，此時，如原施工契約為總價契約時，承商是否得主張情事變更則有疑義，實務上有二種不同見解，有認為縱屬總價契約亦得依照民法第二百二十七條之二第一項主張情事變更原則<sup>57</sup>，但另有指出承商既與定作人約定總價契約，其工程材料價格波動以及契約數量之增減均應是承商應承擔之風險，故不得主張情事變更原則<sup>58</sup>，實務否定總價契約得透過情事變更原則調整雙方當事人契約，多

<sup>56</sup>王伯儉，同註 53，頁 55-56。

<sup>57</sup>臺灣高等法院民事判決九十四年度上字第七八號：「被上訴人辯稱系爭工程之計價乃按照契約總價結算，為總價決標工程，上訴人係專業工程之承攬人，工程材料因市場波動漲價導致施工成本上昇，為上訴人所應慮及之風險，不得將成本增加轉嫁於被上訴人，況兩造亦未於招標文件訂定工程款隨物價指數調整之相關內容，即非屬契約之一部分，並無調整之問題云云，洵不可採。」、臺灣高等法院臺南分院民事判決九十六年度建上字第十七號：「本件工程計算報酬之方式為總價承包，即上訴人完成契約所約定之全部工作，被上訴人則支付固定之金額。……(二)『工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減契約價金。未達百分之 10 者，契約價金得不予增減。』及最高法院 93 年台上字 1893 號判決：「本件系爭仲裁判斷書關於『本件雖是總價承包，但……如原標單上之數量、材料與實作之數量差異甚多或新增多，如全部由承商承受此種不確定，且此不確定因素係非由自己投標時即能掌握者，而卻需負全部之後果，顯非公平合理。』」顯見實務及工程會所頒採購契約要項規定均認縱係總價決標，如工程實作數量超出契約所定數量一定程度，仍得變更契約價金。依此法理，縱使系爭工程契約曾約定不得物調，也不應排除情事變更原則之適用。何況，系爭工程契約並未明文排除當事人依其他法律規定請求增減價金，且未就「物價指數之調整」特別為排除之約定，自應認系爭契約並無排除民法第 227 條之 2 第 1 項之適用。故被上訴人抗辯總價承攬應排除情事變更原則之適用云云，應無可採。」

<sup>58</sup>最高法院民事裁定九十四年度台上字第一五八九號：「…又系爭工程之計價依契約第五條之約定，乃按照契約總價結算，即屬於總價決標之工程，上訴人明知應依施工時之規範承攬系爭工程，則類此工程材料因市場波動漲價導致上訴人施工成本上昇之情形，應係上訴人以總價得標方式承攬系爭工程時所應加以考慮之風險，自非締約當時所不得預料，不得將此成本增加轉嫁於被上訴人。上訴人不得主張本件有情事變更情形，而依民法第二百二十七條之二第一項之規定請求增加鋼筋部分之給付等情，指摘為不當，並就原審已論斷者，泛言未論斷，而非表明該判決所違背之法令及其具體內容，暨依訴訟資料合於該違背法令之具體事實，更未具體敘述為從事法之續造、確保裁判之一致性或其他所涉及之法律見解具有原則上重要性之理由，難認其已合法表明上訴理由。依首揭說明，應認其上訴為不合法。」、臺灣高等法院民事判決九十三年度建上字第 27 號：「按民法第 227 條之 2 第 1 項固有規定：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。上訴人主張本件如非屬契約變更，則鋼筋價格因 CNS560 A2006 國家標準改變而致成本上漲亦屬情事變更，而得請求法院增加給付云云，然系爭工程之計價依契約第 5 條乃按照契約總價結算，亦即屬於總價決標之工程，而上訴人明知應依施工時之規範承攬系爭工程，則類此工程材料因市場波動漲價導致上訴人施工成本上昇之情形，應係上訴人以總價得標方式承攬系爭工程時所應加以考慮之風險，自非締約當時所不得預料，而不得將此成本增加轉嫁於被上訴人。是上訴人主張本件有情事變更情形，依民法第 227 條之 2 第 1 項之規定請求本院增加鋼筋部分之給付，亦有未合，而非可取。」、臺灣高等法院民事判決九十一年度重上字第 366 號：「承前所述，系爭合約為總價承包，上訴人請求系爭走樑穿孔費用非屬變更設計，為合約原訂總價範圍內，依約不得要求被上訴人加價。又被上訴人於投標前依工程圖說及施工說明書等資料本於其專業知識及經驗擬定投標金額，復明

以總價契約的精神是將成本增加與數量增加交由承攬人承擔，進而認為承攬人對於該風險本得預見，則不符合當事人不得預期風險的要件，但本文以為總價決標仍係以當事人締約時主觀之對價關係之考量為基礎，是承攬人可以預見之風險，因以對價關係內合理範圍為限，對於非承攬人合理範圍所得遇見之風險仍應有情事變更之用，否則若不論發生怎樣的風險全歸由承攬人承擔，則可預見在該筆固定報酬內，承攬人必定會截長補短，將該無法預見的損害透過其他方式分散，以避免自己血本無歸，但在原本的報酬範圍內，可以想見承攬人可能藉由偷工減料方式以避免自己損害，而通常工程契約多屬公共工程，則將導致該風險由無辜的大眾承擔，反而違背公共工程公益之目的，是本文以為，縱使是總價契約，逾越雙方當事人可預見的合理風險範圍內，應仍有情事變更原則之適用，以妥善分配雙方之風險。

#### 第四項 依營建工程執行形態區分

若以營建工程執行形態區分，大致上可分為總包契約、統包契約、承攬聯合契約。

##### 壹、總包契約

總包契約又稱為傳統型契約，係指業主提出設計，承攬人按圖施工之契約，亦即承攬人僅就營建之過程：規劃、設計、施工、營運四階段中之施工為負責之契約，其他關於設計、營運階段則與承包商無關<sup>59</sup>。且亦常見總包商透過分包程序將工程在分項發包予小包施工，由總包商統籌負責其間之協調管理<sup>60</sup>。而該類型契約係屬最常見之契約類型，且具有指揮統一、工期及成本易管理之優點，惟其於工程規模龐大、性質複雜且參與工程眾多時，易產生設計與施工配合不易，變更設計處理困難，各單位權責不易釐清、容易造成界面與責任問題之缺點<sup>61</sup>。

---

知有配合機電廠商在鋼樑穿孔之義務，於得標後施工過程中發現超出其預期之費，依總價承包之精神本屬其應負擔之風險，上訴人又未能證明被上訴人有何違反誠信原則或顯失公平之處，要難認系爭合約成立後有情事變更之情形，則上訴人主張本件有民法第二百二十七條之二及民事訴訟法第三百九十七條規定之要無可取。」

<sup>59</sup>蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法學院法律專業碩士班碩士論文，指導教授：林誠二，2001年8月，頁18。

<sup>60</sup>黃紋綦，同註47，頁11。

<sup>61</sup>巫啟后，統包概說，文笙書局出版，頁1。

## 貳、統包契約

「統包」一辭源自於國外工程「Turnkey」承攬制度，由英文字面可以瞭解為由統包商負責工程的設計與施工，最後鑰匙（key）交到（turn）業主手中，亦即統包的意義係指統包廠商依統包契約規定由一家承包商負責工程之規劃、設計、施工，於廠商完成工程標的物後，交給業主即可開始運轉生產或營運<sup>62</sup>。就此我國政府採購法第二十四條第二項對統包所下的定義為「前項所稱統包，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。」。於我國工程中例如捷運木柵線機電工程、台鐵三義隧道工程等即以統包方式進行。

於工程實務中常見「Design—Build」一辭來稱呼由同一廠商統籌設計與施工的工程制度，雖與「Turnkey」之本意相近，然於統包商提供服務範圍界定仍有所不同，「Design—Build」係統包商僅負責工程設計與施工，而「Turnkey」之統包商除了設計與施工外，還經常包含下列服務項目：提供工程融資、工址評估與用地取得、代替申請證照服務、工程完工後代替業主營運一段期間以評估各項設施是否發揮功能，循此以觀，其二者仍有些許概念上之差異<sup>63</sup>。

此一制度，相較於將「設計」與「施工」分別由二個獨立個體辦理之總包契約<sup>64</sup>，有減少統包次數、縮短工程執行時程、減少工程介面、減少設計變更、單一承包商責任分明之優點<sup>65</sup>，惟執行不佳，則可能導致工程決標價格訂定不易，再發包不易<sup>66</sup>等問題。依政府採購法第二十四條第一項規定「機關基於效率及品質之要求，得以統包辦理招標」，亦即係由主管機關自行決定工程是否依統包方式而為進行，該類型契約尤適用於工程規模龐大，需有高度技術之工程以及內部設備複雜，且於設計尚有機密性，而廠商不准將設計圖外洩之工程，如核能電廠<sup>67</sup>。

<sup>62</sup>巫啟后，同註 61，頁 27。

<sup>63</sup>巫啟后，同註 61，頁 2、3。

<sup>64</sup>謝家佳，公共工程展延爭議法律問題之研究，台北大學碩士論文，指導教授：林誠二教授，2007 年，頁 160。

<sup>65</sup>巫啟后，同註 61，頁 27；蔡宗僊、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探（上），營造天下第 111 期，頁 40。

<sup>66</sup>黃紋綦，同註 47，頁 15-16。

<sup>67</sup>尹章華，公共工程與採購法，漢興書局有限公司印行，頁 2-2-3。

而瑕疵認定部分其相較於總包契約較無權責認定問題，蓋統包商已延攬設計與施工之工程，瑕疵之發生原則上與統包商所為之設計或施工息息相關，故可免除總包契約中釐清瑕疵發生原因之困擾。

### 參、聯合承攬工程契約

在工程契約中，不論稱工程之設計契約、顧問契約，或是施工契約，一般而言，係由一家公司單獨投標、承攬或施作的情況較為常見，然近年來國內推動諸如高速鐵路、都會捷運等多項大型公共工程，不論於資金、設備、管理及技術層面之需求皆較傳統工程有所提升，另加上擁有定作人身分之國內業主機關常有「扶植國內相關產業」及「落實技術移轉」之政策目標，因此，國內營造業者紛紛與國際廠商組共同事業體，聯合承攬公共工程，以整合資源、強化競爭力，例如核四廠新建工程以及台北、高雄地區之地下鐵工程，幾乎均由廠商以聯合承攬（Joint Venture）之名義共同承攬<sup>68</sup>。

聯合承攬依其專業區分可分為同業聯合承攬與異業聯合承攬；同業聯合承攬係指參與聯合承攬的廠商均屬同一行業的情形<sup>69</sup>，其通常係為分散財務負擔與風險<sup>70</sup>而聯合；而異業聯合承攬係指參與聯合承攬的廠商均為不同行業的型態，其目的係結合不同專業領域廠商，以減少業主施工之界面協調工作，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情形，以維持工程之品質<sup>71</sup>。

綜上所述，聯合承攬之型態已在我國工程界中廣泛運用，而所謂聯合承攬係指兩家以上的廠商組成短期結合之事業體，共同參與或特定計畫之推動<sup>72</sup>，依其經營型態可分為「共同具名型」<sup>73</sup>、「代表人型」<sup>74</sup>以及「成立新公司型」<sup>75</sup>；惟一般工程實務所稱之「聯合承攬」，係指第一種「共同具名型」，蓋「代表人型」與「成立新公司型」，法

<sup>68</sup> 李家慶，同註3，頁190；黃馨慧，聯合承攬，工程法律實務研析（二），寰瀛法律叢書，頁23。

<sup>69</sup> 蔡宗僊、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，頁160。

<sup>70</sup> 蕭強華，政府採購法，頁380。

<sup>71</sup> 蔡宗僊、黃冠雄、蔡哲安，同註69，頁160。

<sup>72</sup> 黃馨慧，淺論聯合承攬，營造天下第100期，頁23。

<sup>73</sup> 係指由各成員共同具名與業主簽約，並對業主負連帶履約責任。

<sup>74</sup> 係指由出資最多之成員代表與業主簽約，單獨對業主負責，其他成員依內部約定，提供資金，人員或機具。

<sup>75</sup> 各成員共同投資設立新公司（通常為股份有限公司，該公司成立之目的在經營特定之工程計畫），以該公司名義與業主簽約。

律上之契約關係僅存在於公司與業主之間，主體僅有其一，故應屬於單獨承攬而非聯合承攬之性質，此得依照政府採購法第二十五條第二項規定「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」觀察得知。

關於聯合承攬法律性質有認為因其運作與第六百六十七條之合夥規定相符，進而認為聯合承攬之性質係屬合夥，如台灣高等法院 84 年度抗字 673 號裁定<sup>76</sup>，但另有認為依我國民法規定，合夥財產應為全體之共同共有，而國內實務運作情形雖有互為出資約定，且設有共同之帳戶者，然其並無共同共有之約定，故其自非屬合夥之關係，而應屬於多數債權人及多數債務人之見解<sup>77</sup>。本文以為，自工程契約之簽訂係由業主與聯合承攬商簽立契約觀察，其於簽立契約時，係由聯合承攬之廠商共同具名簽約<sup>78</sup>，故應認為其聯合廠商分別與業主成立契約之法律關係，況依公司法第十三條規定，公司不得為合夥事業之合夥人，而通常合資聯合承攬性質為聯合承攬之營造廠商多大係以公司型態運作，故實不應認聯合承攬性質屬於合夥，而應認為屬於多數債權債務人關係。

按政府採購法第二十五條第一項規定：「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招標。其屬查核金額以上，應報經上級機關核准後辦理。」準此，倘招標機關於招標文件中並未允許一定家數內的廠商共同投標，廠商自不得共同投標。又廠商雖未表明共同投標，但實際上以聯合承攬方式，意圖規避採購法關於共同投標的限制，亦屬於法不合。

<sup>76</sup> 「查依相對人所述，本件工程契約係由 0000 建設株式會社與 00 建設股份有限公司二公司共同具名與抗告人所簽訂，聯合承攬之成員即該二公司，二公司對聯合承攬之所有權利義務，對抗告人連帶負責……是本件合約之承攬人並非僅 0000 建設株式會社，或 000 建設股份有限公司，而係 00000 二公司所組成之合夥……如本件契約之承攬人係屬合夥，則其對契約之爭議而向法院為聲請時，自應由全體合夥人為之，而因本件二合夥人均為法人，自應由其法定代理人代理之。然觀之本件相對人於原法院所提出之聲請狀，其聲請人係記載為 0000 建設株式會社 000 建設股份有限公司聯合承攬，而法定代理人則記載為 000，則本件聲請人 0000 建設株式會社—000 建設股份有限公司聯合承攬之性質為何，有待澄清；如 0000 建設株式會社—000 建設股份有限公司聯合承攬未具有當事人能力，其聲請得否准許，自非無疑」

<sup>77</sup> 李家慶，同註 3，頁 21。

<sup>78</sup> 政府採購法第二十五條第二項規定「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」

循此以觀，聯合承攬情形係由二承攬人與定作人聯合簽訂契約，而該二承攬人與定作人係屬多數債權債務人關係，而非合夥關係。而組成聯合承攬之目的，無非係希冀藉此統合資金、設備、管理及技術，其又可分為同業承攬以及異業承攬，在同業承攬時由於通常係因資金、技術因素而為聯合，故大多係共同施工，若工作物產生之瑕疵由雙方一同負責故無疑問，惟若屬異業承攬時，則其僅因分工因素而為聯合<sup>79</sup>，於得標後大多仍分別施工，若其一之廠商所為之工作產生瑕疵時，此時因其非合夥關係，僅是多數債權債務人關係，故應由何者負擔保之責，即非無疑，然依照政府採購法第二十五條第二項規定：「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。」故縱聯合承攬人彼此之間或有劃分責任之約定，但依該條規定聯合承攬人必須對其業主負合約上共同及連帶責任<sup>80</sup>，是以即使瑕疵之發生得以明確判斷係由其一廠商所致，然依該規定，其他聯合承攬廠商仍須與其一併負連帶之責。

## 第五節 工程契約範本

在工程施工契約中，債務關係從發生到達契約目的往往要經歷較長之一段時間。這種較長時間的債務關係的特性，使得工程契約較容易碰到給付債務之情形。惟較一般長時間債務關係契約，工程契約除具有長時間債務關係特性外，其複雜性亦非一般契約所可比擬。蓋因履行工程契約所必要之行為往往在工作進行中才能夠產生，諸如因新的技術知識或者因額外的行政負擔所生者，是故，承攬人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，例如如何克服意外出現的障礙。是以，僅僅適用民法中的承攬契約似不足應付及調整工程契約之複雜性及多變性<sup>81</sup>，故各國各自發展出相關制式的標準條款以資因應。

### 第一項 各國契約範本

我國工程契約範本較為重要者有政府採購契約範本、臺北市政府工

<sup>79</sup>蔡宗僊、黃冠雄、蔡哲安，同註65，頁43。

<sup>80</sup>蔡宗僊、黃冠雄、蔡哲安，同註65，頁41。

<sup>81</sup>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，指導教授：楊淑文博士，2010年，頁39。

程採購契約範本、交通部台灣區國道新建工程局的一般條款；至於國外有關之工程標準契約條款(Standard Form of Contract & Condition)甚多，用於公共工程契約中較有名的有美國、商務部所採用之商務部約款以及陸軍部所採用之陸海軍約款，英國政府營建工程一般契約，日本公共工程標準承攬契約、德國公共工程之建築給付契約規範(其中B部分為建築執行之一般定型化契約條款)等。另外一般民間工程常用的契約範例，例如美國的AIA建築師學會工程契約、土木部分有AGC條款、英國的ICE土木工程契約、JCT建築工程契約、IChemE製成工廠工程契約、日本的四會聯合約款<sup>82</sup>。

## 第二項 國際工程契約範本

至於最有名的國際工程契約範本，首推國際工程顧問聯盟(Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils 簡稱FIDIC)發行的FIDIC土木工程標準契約條款、機電工程設計安裝標準契約條款以及統包工程的標準契約條款。除此之外，尚有由英國土木工程師學會(ICE)發行的NEC(The New Engineering Contract)合約範本<sup>83</sup>、日本先進工程協會(ENAA)發行製成工廠及電廠的建廠工程契約範本以及世界銀行工程採購招標文件範本<sup>84</sup>。其中，就以FIDIC契約條款最具知名度，其通用於世界70餘國，其風險分配的合理性備受肯定，因此在國際間最被廣泛採用<sup>85</sup>。

工程契約應將之定性為承攬契約，已業如前述，雖得將我國民法承攬契約之規定作為補充契約之內容，然因我國民法乃繼受德國民法或瑞士債務法，其立法者著眼之規範對象非大型工程，而多為手工業者動產之加工或改造，再者，傳統承攬為包工不包料之施作模式，與現今包工包料之工程施作模式顯有不同，是傳統承攬編之規定已無法全然因應現今工程契約之需求，是適度援引上揭外國契約範本或國際契約範本以作為衡量雙方當事人權利義務應得適度解決相關工程實務爭議。然上揭外國契約範本非我國立法者，故其條款並無法律規範之

<sup>82</sup> 王伯儉，同註53，頁26；黃紋碁，同註47，頁33-34。

<sup>83</sup> 葉英蕙，國際上常用的工程契約範本簡介，中鼎工程第241期，頁12-16。

<sup>84</sup> 黃紋碁，同註47，頁26-43。

<sup>85</sup> 顏玉明，FIDIC國際工程標準契約與國內工程契約文件風險分配原則之比較研究，工程法律實務解析(三)，

效力，但針對我國國內契約而言，如雙方當事人明示或默示將上揭契約範本條款內容實質納入約款，或明訂將上揭外國契約範本作為本契約內容之一部分，或本契約受上揭外國契約範本之規範時，則外國契約範本之條款既屬雙方合意內容，依照契約自由原則，法院於解釋契約上自應以雙方所約定之條款作為解釋契約之依據；然如契約雙方當事人未有將上揭外國契約條款作為契約內容之一部之明示或默示時，則依照我國民法第一條規定：「民事，法律就未規定者，依習慣，無習慣者，依法理。」，多數情況下，上揭外國契約約款並不吻合習慣法要件中之多年慣行之事實及法之確信，故應非屬習慣法，然上揭外國法律契約條款，通常係衡量雙方當事人權利義務公平性所為合理規範，且程序嚴謹易於操作，是當契約引用不完整，而發生契約漏洞或解釋有疑義時，參酌契約條款之立法目的及基本原則，基於法律邏輯一貫性及一體性，除得為契約補充解釋參考外，應得作為一般法律原則予以援用；從而，本文以下為相關工程瑕疵擔保問題之探討時，將一併援引各國契約條款作探討主軸<sup>86</sup>。

---

<sup>86</sup> 陳自強，FIDIC 工程契約條款在契約法源之地位，仲裁季刊第 90 期，頁 74-89。

## 第三章 工程契約中瑕疵擔保責任之認定

### 第一節 前言

在工程契約領域中，承包商是否需負擔瑕疵擔保責任乃為瑕疵擔保前置之重心，是本章節乃就承包商得以免除瑕疵擔保責任情況、瑕疵擔保責任於工程契約領域之實益以及瑕疵認定為相關探討。

### 第二節 瑕疵擔保責任性質

瑕疵擔保責任性質長期以來一直存在著擔保說以及履行說之爭議，亦即物之瑕疵擔保責任是否係屬債務人之給付義務，而依照民法第三百四十七條規定「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」，足徵買賣契約係屬有償契約之典型契約，而承前所述，如屬有償契約、雙務契約時多有對價關係平衡之必要，而設有物之瑕疵擔保責任之規定，買賣契約與承攬契約均對該制度有所相關規範，故本節以該二契約類型擔保性質作一介紹並加以分析檢討。

#### 第一項 買賣與承攬

##### 壹、買賣

就買賣契約部分長期就瑕疵擔保責任性質究屬擔保說或是履行說存有如下爭議

##### 一、履行說

履行說係指出賣人對買受人負有交付無瑕疵之物的義務出賣人若交付有瑕疵之物，即未依債之本旨交付，須負債務不履行責任。民法對出賣人之物的瑕疵責任設特別規定，並不影響其係就不完全履行負責之法律性質。蓋依民法第三百六十四條於種類物買賣中，買受人得請求出賣人交付無瑕疵之物，而種類物買賣及特定物買賣應適用同一理論，故於特定物買賣中，應賦予買受人同一權利。

而在履行說見解下，當買賣標的物存有瑕疵時，買受人可以出賣人未給付無瑕疵之物而拒絕受領，亦可主張同時履行抗辯而拒絕給付價金，並得請求出賣人修補瑕疵。而目前實務見解亦以此為多數見解<sup>87</sup>。

## 二、擔保說

擔保說係指出賣人並不負有給付無瑕疵之物的義務，交付之物縱有瑕疵，出賣人仍屬履行契約上之給付義務，並不構成給付義務之不履行。出賣人所承擔者，係一種附加之擔保責任。其目的在於平衡出賣人與買受人之間給付與對待給付之對價關係。蓋在買賣訂立之初，買受人與出賣人雙方係以物無瑕疵且具有契約約定之通常價值與效用作為雙方決定價金之基礎。一旦物有瑕疵，不能達到契約之預定效用或價值時，當初決定對價關係的基礎已遭破壞，為了補償決定對價關係時的不平衡，於是課予出賣人一個附加的、無過失責任的擔保義務，給予買受人適當的補償。

## 三、分析

法制史上，物之瑕疵擔保規定係源自於兩千年前之羅馬法。在羅馬法買賣標的物有瑕疵時，買受人得提起解除契約之訴，使契約解消，或提起減價之訴，請求減少價金。蓋當時將製造業與販賣業區分開，買賣契約是屬於販賣業，而出賣人多半不具有修補能力，故不一定有能力修補物之瑕疵，若課以此義務，對出賣人未免太嚴苛，故買受人應只有解約或減價請求權，而不能要求出賣人修補瑕疵。因此出賣人不負給付無瑕疵物之義務，而上揭規定經德國民法即瑞士債務法等繼承後，我國制定民法亦採此制。又物之瑕疵擔保目的是對價之衡平，交付之物縱有瑕疵，出賣人亦已履行主要給付義務。且依照我國民法第三百四十八條規定只有規定出賣人有交付標的物、移轉所有權兩個

<sup>87</sup>最高法院 77 年度第 7 次會議決議即採取此看法，其謂：「一、出賣人應負物之瑕疵擔保責任，依民法第 360 條規定請求不履行之損害賠償；或依同法第 364 條規定請求另行交付無瑕疵之物，則在出賣人為各該給付以前，買受人非不得行使同時履行抗辯權。二、出賣人應負不完全給付之債務不履行責任者，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。…」即認為物之瑕疵擔保責任為一主要給付義務，出賣人違反此主要義務，未為損害賠償之前，買受人有同時履行抗辯權。

主要給付義務，並無規定修補瑕疵給付義務，因此應認買賣契約之物之瑕疵擔保責任性質應採取擔保說之見解。

至於德國二千零二年修法前通說採擔保說，惟現行德國民法已規定買受人於標的物有瑕疵時，原則上得請求補為給付(修補或另行交付)，而採履行說見解<sup>88</sup>。足徵該爭議應經由立法加以確立，而我國在法律尚未修正，應採擔保說之見解為妥。

## 貳、承攬

就承攬契約部分，亦有上揭買賣契約瑕疵擔保責任性質之爭論，分述如下：

### 一、擔保說

擔保說之見解是日本通說見解，其認為一般而言，承攬人的瑕疵擔保責任係採取無過失之責，與一般債務不履行情狀需以可歸責當事人情形不同，是如工作物之瑕疵係因可歸責於承攬人所致時，民法第六百三十四條以下有關承攬人的瑕疵擔保責任規定係不完全給付之特別規定，一旦工作完成，在該工作物有瑕疵情況下，應適用瑕疵擔保責任之規定，而排除不完全履行之規定<sup>89</sup>，另外我國亦有採擔保說之見解，係認承攬契約應與買賣契約作相同之解釋，指出承攬人之瑕疵擔保責任乃係一無過失責任，而非單純義務之違反，自非承攬契約之義務<sup>90</sup>。

### 二、履行說

當工作物存有瑕疵時，定作人除得依民法第四百九十二條至第四百九十五條規定請求外，另外承攬之目的既在獲得承攬人無瑕疵之工

<sup>88</sup>楊芳賢，同註7，頁55。

<sup>89</sup>我妻榮，民法講義債權各論中二，1993年，頁632-633。

<sup>90</sup>王和雄，承攬人瑕疵擔保責任之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，指導教授：錢國成博士，1874年，頁50。

作，是承攬人有完成依照契約約定應有品質之工作物之主給付義務<sup>91</sup>，是承攬人應負有給付無瑕疵之物之義務。

### 三、小結

本文以為買賣契約採擔保說之目的係因出賣人多無能力修補物之瑕疵，若課以此義務，對出賣人未免太嚴苛，故買受人僅有解約或減價請求權或損害賠償請求權，而衍生出賣人不負給付無瑕疵物之義務，相對於此，承攬人有完成工作之能力，自有修補工作之能力，故第四百九十三規定：「工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。」使定作人有瑕疵修補請求權。但出賣人非製造買賣標的物之人，而與買賣契約有所不同，自不得比附援引，況依照民法第四百九十五條之規定，若承攬人違反其對定作人所負完成無瑕疵之一定工作之義務，定作人不但可在工作有瑕疵時得定相當期限，請求承攬人修補瑕疵，並得於可歸責於承攬人之事由時，除得請求修補或解除契約或請求減少報酬外，並得請求損害賠償<sup>92</sup>，更可資證明承攬人應負擔給付無瑕疵之物之主給付義務，是於承攬契約中應採取履行說。

## 第二項 瑕疵修補瑕疵義務

### 壹、買賣

依民法第三百五十四條規定，物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第三百七十三條規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，此外出賣人並應擔保其物於危險移轉時，具有其所保證之品質。此條所規定者，係物之出賣人之瑕疵擔保責任。惟買賣之物有民法第三百五十四條所定瑕疵時，出賣人所負之責任僅為解除契約，減少價金(民法第三百五十九條)或符合第三百六十條之要件時損害賠償責任，此外就種類之買賣依第三百六十四條規定應負另行交付無瑕疵之物之義務，立法者並未規定此時物之出賣人應負有修補瑕疵之義務。

<sup>91</sup>陳自強，契約之內容與消滅，學林文化出版，第一版，2004年，頁238；楊芳賢，同註7，頁594。

<sup>92</sup>民法第四百九十五條之規定。

惟事實上，瑕疵之修補較諸減少價金或解除契約，可能更符合買賣契約當事人之權益，故契約當事人亦可自行約定買賣標的物發生瑕疵時，出賣人有修補瑕疵之義務。當事人如未約定，出賣人即不得主張以修補瑕疵，排除買受人主張減少價金、解除契約或損害賠償之權利<sup>93</sup>，另承前所述，買賣契約之瑕疵擔保責任應採擔保說，是出賣人既不負有給付無瑕疵之物之義務，自無修補瑕疵之義務。

## 貳、承攬

依民法第四百九十二條規定，承攬人所完成之工作，亦應具備符合約定之品質，且無減少價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。承攬人所完成之工作有瑕疵時，定作人並不得立即依民法第四百九十四條規定請求解除契約或減少報酬。此時，定作人需先定相當期限，請求承攬人修補瑕疵，亦即工作有瑕疵時，承攬人有修補瑕疵之義務，定作人亦有請求承攬人修補瑕疵之權利<sup>94</sup>。

## 參、小結

承前所述，買賣之物之瑕疵擔保責任之性質應屬擔保說，則出賣人應無修補瑕疵之責，反之，承攬契約之承攬人負有給付無瑕疵之工作物，則當定作人發現瑕疵時，原則上得對承攬人主張修補瑕疵之責。

## 第三項 同時履行抗辯

### 壹、買賣

依照最高法院七十七年度第七次決議「出賣人就其交付之買賣標的物應負瑕疵擔保之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。買受人如主張：一、出賣人應負物之瑕疵擔保責任，依民法第三百六十條規定請求不履行之損害賠償；或依同法第三百六十四條規定請求另行交付無瑕疵之物，則在出賣人為各該給付以前，買受人非不得行使同時履行抗辯權。二、出賣

<sup>93</sup>楊淑文，同註 27，頁 22。

<sup>94</sup>楊淑文，同註 27，頁 23。

人應負不完全給付之債務不履行之責任，買受人得類推適用民法第二百二十六條第二項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。」最高法院決議就物之瑕疵擔保責任部分，認為在危險業已移轉之情形，買受人就契約成立後發生之瑕疵，不得行使同時履行抗辯，然確認為於物之瑕疵於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，仍構成不完全給付，進而認為於構成不完全給付之時，買受人得請求補正，並行使同時履行抗辯權，此項見解與現行法上之瑕疵擔保責任體系未盡相符，從保護被害人之觀點而言，亦無突破之必要。依現行民法規定，無論物之瑕疵何時存在或發生，除有特別約定或依誠信原則而生之特別情形外，出賣人均不負修補瑕疵之義務，買受人似無主張同時履行抗辯權之餘地<sup>95</sup>。

## 貳、承攬

### 一、我國實務見解

最高法院七十三年度台上字第四七九〇號判決謂：「承攬人因工作物有瑕疵，對定作人所負修補，與定作人給付報酬之義務並無對價關係。承攬之工作物如房屋，所完成之房屋，果其騎樓使用第三人之土地，就令因此對定作人負有將騎樓所使用之土地為移轉登記義務，然究難謂係原承攬契約所由生，亦與定作人給付報酬之義務無對價關係。」<sup>96</sup>，其認為承攬人因工作物有瑕疵，對定作人所負之修補義務與定作人給付報酬義務間，並無對價關係，因此，定作人並不得拒絕給付報酬，而僅得行使其瑕疵擔保權利。

近來實務見解轉變，如最高法院九十四年度台上第九三號判決<sup>97</sup>揭示：「承攬人完成工作有瑕疵，而其瑕疵係因可歸責於承攬人之事由所致者，承攬人應負不完全給付之債務不履行責任，定作人得請求修補或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。」，該實務見

<sup>95</sup> 王澤鑑，民法學說與判例研究(六)，頁159-162。

<sup>96</sup> 最高法院76年度上字1079號判決、82年度台上字第1440號判決亦。

<sup>97</sup> 其二審法院，即台灣高等法院高雄分院92年度上字第62號判決：「兩造所訂工程契約第六條第三項亦約定，全部工程完工，經驗收合格後，付清尾款。被上訴人業已完成系爭工程，經上訴人於九十年十二月十四日驗收，有如上所述，上訴人自有給付系爭尾款予被上訴人之義務。至系爭工程完工驗收後發現之瑕疵與上訴人給付尾款之義務並非立於對待給付之地位，上訴人不得據以拒付尾款，其抗辯：在被上訴人修復瑕疵前，伊得拒付尾款等語，為無足採。」，認為其不得主張同時履行抗辯。

解類似於我國七十七年第七次民事庭決議<sup>98</sup>，即雖未正面肯認定作人報酬給物之義務得與承攬人之修補瑕疵之義務為同時履行抗辯，但認為當承攬人有可歸責事由而構成不完全給付時，則定作人得以承攬人不完全給付之義務與定作人報酬給付義務為同時履行抗辯。

## 二、學說

我國民法第四百九十三條規定係仿自德國民法第六百三十三條之立法例，其立法意旨乃在承攬之性質既在使承攬人完成一定之工作，則承攬人通常具有除去瑕疵之能力。承攬人將有瑕疵之工作除去之瑕疵，讓定作人取得無瑕疵之工作結果，亦符合定作人之權益。此項當事人修補義務依德國通說及我國學說見解，均認具有履行請求權之性質<sup>99</sup>，是承攬人修補瑕疵之義務應與定作人之報酬義務有給付與對待給付之關係，當承攬人之工作物有瑕疵時，則定作人得於承攬人將瑕疵除去前，為暫時拒絕給付報酬之同時履行抗辯權。

## 三、日本法

日本法就上開問題並明文規定，但日本民法第六百三十四條第二項規定，有關損害賠償之請求時，得準用同時履行抗辯權而拒絕給付，查其準用規定係因代替修補或是與修補共同之損害賠償請求權是針對因標的物之瑕疵而價值減少部分請求損害賠償，此一請求異於債務不履行之損害賠償請求，且非與本來之債務立於同一性之地位，而無法適用同時履行抗辯之規定。但基於公平原則，則立法者另外藉由法律規定使其得準用同時履行抗辯之規定<sup>100</sup>，然該國學指出修補完成前，如承攬人之債務未能完全履行，定作人得依照民法第五百三十三條規定主張同時履行抗辯權，即至修補完成前得拒付報酬之支付<sup>101</sup>，是日本學說似對於其實務見解仍存質疑，進而肯認承攬人之瑕疵修補義務應屬主給付義務，應得為同時履行抗辯。

## 四、分析

承攬人之瑕疵擔保責任性質應屬主給付義務，與買受人之瑕疵擔

<sup>98</sup> 詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第 129 期，頁 12。

<sup>99</sup> 王澤鑑，同註 95，頁 127。

<sup>100</sup> 幾代通、広中俊雄編集，新版注釈民法(16)、債法(7)，有斐閣コメントール，1988 年 9 月 10 日，頁 150。

<sup>101</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註 100，頁 145；林廷瑞，論建設承攬契約之瑕疵擔保責任（一），法律評論，第 45 期第 11、12 二期合刊，頁 13。

保責任迥異，二者應無法適用相同原則<sup>102</sup>，又定作人既已主張瑕疵修補請求權，依其情形，既得主張民法第四百九十三條第二項及第四百九十四條規定之權利，若仍認為定作人有先給付報酬之義務，將難以促使承攬人修補瑕疵，亦不足以適當保護定作人<sup>103</sup>，況瑕疵修補義務性質上既為履行請求權，為承攬人主要給付義務，故與定作人之報酬給付義務亦有對價關係，在承攬人未為瑕疵修補前，定作人得拒絕酬金之給付<sup>104</sup>。

至於我國最高法院九十四年九三號判決迂迴以不完全給付，且將定作人因工作瑕疵所得主張之權利，例如同時履行抗辯，限於因可歸責承攬人之事由致工作發生瑕疵之情形<sup>105</sup>，顯然忽略承攬人之瑕疵修補義務係屬其履行義務，我國最高法院九十四年九三號判決類似於日本法第六百三十四條第一項，或許係受日本法之影響，然承前所述，日本法就承攬人瑕疵擔保責任性質係採擔保說之見解，與我國法制有所不同，再者，日本部分學說亦有發現其實務見解不合理處，進而認為應將瑕疵修補義務認定為主給付義務見解，而使定作人得為同時履行抗辯權之見解，是綜上所述，承攬人之瑕疵修補義務既屬承攬人之主給付義務，而非單純擔保性質，則應與定作人之報酬給付有給付與對待給付之關係，是定作人於承攬人未依約給付，且未依民法第四百九十三條修補瑕疵完成前，得依民法第二百六十四條規定，主張同時履行抗辯權，拒絕受領工作及給付報酬<sup>106</sup>。

### 第三節 擔保責任範圍

#### 第一項 風險分配

由於工程契約之履行需耗費較長的施作期間，且施作之客體具有多樣性之形貌以及各種不同施作方法。抑有進者，工作之結果或完成，本質上具有難以精確估算其成本與費用、時程之特性。因此，以一定之結果或工作完成為給付報酬之條件，同時具有風險與機會之特質。是在工程契約中，雙方均承擔著許多風險，不論是人為或是無法預期

<sup>102</sup> 王澤鑑，同註 95，頁 127；詹森林，同註 98，頁 11-12；楊芳賢，同註 7，頁 595-596。

<sup>103</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 596。

<sup>104</sup> 楊淑文，同註 27，頁 23-24。

<sup>105</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 597。

<sup>106</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 595。

的事件，在對價契約上最著重風險問題乃為給付和對待給付之風險，而該風險的分配，可透過契約約款之方式，決定由誰承擔風險；但倘若契約未約定或是約定因法律規定而無效時，則透過法律規定，以決定由誰承擔風險。

於契約未有相關規定時或契約約款違反法律規範而無效時，由於民法乃補充法，而工程契約是屬承攬契約，則此時應先視承攬契約對此風險分配是否有相關規定，若有則以此作為風險分配的基準，若無則回歸債總的一般契約的風險分配作標準。

法定風險分配原則大致如下：如一方可歸責，或由一方之事由造成損失時，法律之原則係使該方承擔；當雙方均可歸責時，則依過失相抵之意旨，比例承擔；如雙方均不可歸責之情形下，法律則於衡量雙方利益後決定風險之分配。而民法關於承攬契約風險分配原則規定，係分別將下列情形所生之損失分配於當事人間：工作給付危險以及對待給付危險（民法第二百五條第一項、第二十六條第一項、第五百零八條第一項）、材料毀損滅失之危險（第五百零八條第二項）、工作瑕疵（第四百九十二條）、定作人違反協力義務（第五百零七條）、定作人任意終止（第五百一十一條）、報酬超過概數甚鉅（第五百零六條）<sup>107</sup>。

而關於工程契約工程瑕疵部分之風險，原則上工作有瑕疵時依照民法第四百九十二條規定，應由承攬人負瑕疵擔保責任，且該瑕疵擔保責任係屬無過失責任<sup>108</sup>，無論承攬人是否可歸責，均需負瑕疵擔保責任，此與風險應由風險掌控者承擔相符，惟如該瑕疵係因定作人所供給之瑕疵或指示不當，致工作有所瑕疵時，此時因瑕疵發生原因係定作人所致，依照風險控管原則，則應由定作人承擔應無疑義，惟考量承攬人如已明知其材料性質及指示有不當，卻仍不告知定作人者，則依照誠信原則，實無再由定作人負擔此一風險<sup>109</sup>，故民法第四百九十六條乃規定「工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質，或依定作人

<sup>107</sup> 陳玉潔，同註1，頁25。

<sup>108</sup> 最高法院89年度台上字第412號判決「承攬人完成工作，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係屬無過失責任，固不以承攬人具有過失為必要。…」

<sup>109</sup> 史尚寬，債法各論（上下冊合訂），中華民國70年7月，臺北五刷，頁322；鄭玉波，民法債編各論（上），三民書局印行，民國84年4月，頁371。

之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。但承攬人明知其材料之性質，或指示不適當，而不告知定作人者，不在此限。」。

另外，就關於材料風險部分，除了前述導致工作瑕疵之風險外，尚有材料毀損滅失之風險，而依照民法第五〇八條第二項規定：「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。」蓋定作人所供給之材料，為定作人所有，並不因交付於承攬人而移轉所有權，理論上，承攬人因承攬關係對該等材料之保管及運用負善良管理人注意義務，如因不可歸責雙方當事人事由以致於毀損滅失者時，承攬人不負其責，且為天災歸物權人負擔之當然理論。然如因承攬人違反善良管理人注意義務導致材料毀損、滅失，則屬可歸責於承攬人之事由，應由承攬人負損害賠償責任。如雙方均可歸責，承攬人雖負損害賠償責任，但得主張過失相抵<sup>110</sup>。惟多數工程契約與一般傳統承攬單純勞務契約不同，多數工程契約係由承攬人自行購置材料進行工作，業如前章所述，是依照前述原則，則應由承攬人負擔材料毀損滅失之風險，亦在此併予敘明。

## 第二項 免除瑕疵擔保責任

### 壹、本國法

承前所述，依照民法第四百九十六條規定「工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質或依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。但承攬人明知其材料之性質或指示不適當，而不告知定作人者，不在此限。」，是於材料係由承攬人供給，而工作方法承攬人亦得獨立決定時，即無該法定免責事由之適用，然材料若係定作人提供，而因該材料性質發生瑕疵時，自不能再令承攬人負責，同樣工作若係定作人所指示，而因其指示之不當發生瑕疵時，自亦不能再令承攬人負責<sup>111</sup>。另外基於契約自由原則，且民法瑕疵擔保責任規定係屬任意性法規，故雙方當事人自得約定排除其適用，惟就承攬人故意不告知瑕疵時，通說見解認為得類推民法第三百六十六條<sup>112</sup>，不許其免除瑕疵擔保之責，而為杜絕其爭議，於民國八十八年新增民法第五百

<sup>110</sup> 陳玉潔，同註1，頁30。

<sup>111</sup> 高明發，承攬之理論與實務，司法研究年報第22輯第3篇，中華民國91年11月，頁164-166。

<sup>112</sup> 鄭玉波，同註109，頁371。

零一條之一「以特約免除或限制承攬人關於工作之瑕疵擔保義務者，如承攬人故意不告知其瑕疵，其特約為無效。」之規定<sup>113</sup>。

## 貳、外國立法例

德國民法和日本民法皆針對瑕疵擔保責任之免除其責部分加以規定，均區分為意定免責和法定免責之部分，只是規定有所不同，以下簡略介紹該二國立法體制，並與我國作比較。

### 一、日本法

日本法之法定免責和意定免責事由分別規定於其民法第六百三十四條以及第六百四十條，內容為下：日本法第六百三十四條規定「前兩條之規定，工作物之瑕疵是因承攬人所提供的材料性質或依定作人指示而生時，不適用之。雖承攬人知材料或指示不適當，卻不告知時，則不在此限。」<sup>114</sup>、六百四十條規定「承攬人即使符合第六百三十四條、六百三十五條規定的免除瑕疵擔保責任之特約，但就其知悉而未為通知之事實，仍不能免除其責。」<sup>115</sup>，其規定與我國規定相同，故不加以贅述。

### 二、德國法

德國民法就承攬人責任減免之規定亦可分為法定免除和意定免除，就法定免除部分，德國債編修正後，可分為兩個情形：(一)明知瑕疵而受領：德國民法第六百四十條第二項規定「定作人依前項第一句受領該瑕疵之工作時，如其知有瑕疵，僅以受領時保留其因瑕疵取得之權利，始享有第六百三十四條第一款至第三款之權利。」因而，當定作人明知承攬工作有瑕疵而仍以受領時，除非其聲明保留因瑕疵得主張之權利，否則承攬人之瑕疵擔保責任則被免除。(二)定作人交付之材料有瑕疵：依德國民法第六百五十一條第二句及第四百四十二

<sup>113</sup> 第 501 條之 1 之立法理由「承攬人故意不告知瑕疵時，縱當事人間有不負瑕疵擔保責任之特約，仍不許免其擔保責任。我國民法債編承攬一節雖無類似規定，惟學者通說則認應準用民法第三百六十六條之規定而為同一解釋。為杜疑義，爰增訂本條。」

<sup>114</sup> 第六百三十四條（請負人の担保責任に関する規定の不適用）

「前二條の規定は、仕事の目的物の瑕疵が注文者の供した材料の性質又は注文者の与えた指図によって生じたときは、適用しない。ただし、請負人がその材料又は指図が不適當であることを知りながら告げなかったときは、この限りでない。」

<sup>115</sup> 「請負人は、第六百三十四條又は第六百三十五條の規定による担保の責任を負わない旨の特約をしたときであっても、知りながら告げなかった事実については、その責任を免れることができない。」

條第一項第一句之規定，如承攬工作之原料係定作人所交付者，而承攬工作之瑕疵係因該原料之瑕疵所致，此時承攬人之瑕疵擔保責任亦被免除之<sup>116</sup>。

另外，就意定瑕疵擔保責任減免部分，依德國民法第六百三十九條規定：「如瑕疵係承攬人故意不告知或是對工作之成果有保證時，對於以合意免除或限制定做人因瑕疵而取得之權利，承攬人不得主張之。」依本條之規定，以合意免除或限制定作人因瑕疵而取得之權利乃為法所允許。然而，如承攬人不告知瑕疵時或是承攬人對於工作之成果有保證時，該約定為無效<sup>117</sup>。

循此以觀，就上開所述，德國民法與我國民法瑕疵擔保責任免除之規定大致相仿，惟我國無類似於德國民法第六百四十條第二項規定，因此，在定作人明知工作有瑕疵，但不保留而為受領者，定作人之物的瑕疵擔保請求權究竟會受到甚麼影響，無直接之法律依據。雖此類似於我國民法第三百五十五條第一項之規定「買受人於契約成立時，知其物有前條第一項所稱之瑕疵者，出賣人不負擔保之責。」但由於該條所定者為既存之物的買賣，而承攬契約中所交易者為將完成之工作，因此該條得否類推適用於承攬工作之受領的情形尚有疑問<sup>118</sup>。

本文以為，德國民法第六百四十條第二項之規定，最主要係在澄清兩個疑問：定作人是否拋棄其瑕疵擔保請求權以及該瑕疵是否在交付後，始因定作人之事由而發生<sup>119</sup>。尤其係在有明顯瑕疵之時，定作人若仍接受承攬人之交付，而不為立即主張瑕疵擔保責任時，則可能因未能即使修補而致瑕疵損害擴大，由於承攬人此時未占有承攬標的物，無法對工作物為補救之工作，若全責由承攬人負擔瑕疵擔保顯有違公平原則，故立法論上本文以為得參考德國之立法方式；然在民法對之無明文規定時，有學者認為倘實務肯認可像德國民法第六百四十條第二項之規定處理之，則其道理應在於「視為」事後有調整之協議，

<sup>116</sup> 姚志明，民事法理論與判決研究(一)——不完全給付與瑕疵擔保責任——，債法研究叢書系列，元照出版社，2009年11月，初版一刷，頁149。

<sup>117</sup> 姚志明，同註116，頁149。

<sup>118</sup> 黃茂榮，承攬(三)，植根雜誌第25卷第3期，頁91，註45部分。

<sup>119</sup> 黃茂榮，同註118，頁91。

而不在於因定作人明知有瑕疵，而生失權效力<sup>120</sup>。

## 參、工程實務

### 一、概說

工程契約係屬承攬契約，較其他勞務契約之工作者享有較高自由，亦即受到託付工作者之監督及控制情形較少，然在工程契約中，因通常標的金額大、且有其複雜性，故承攬人於施工中稍有疏失可能將導致無法彌補之重大損失，為此通常在工程契約中，定作人常會自行或是委任監理人或設計者加以監督管理，甚至給予相關指示、提供材料予承攬人，以期工作結果能符合期待，故本文以下乃針對承攬人常爭執工程免責事由作相關之探討，首先自材料係由定作人供給者之情形、定作人指示情形作法律規定之情形探討，再者就工程特殊情況加以探討，亦即監工得否免除承攬人之責任加以分析討論以及驗收通過後，定作人得否再行爭執工作物有瑕疵進而主張不為給付價金之情形加以論述。

### 二、材料由定作人供給或指定

由於工程契約有其專業性，而就材料之選擇定作人常需仰賴承攬人之專業，且通常承攬人較能知悉材料之通路以及價格，而能買到物美價廉的材料，是多係由承攬人負責採買材料，但亦有定作人已取得材料或是較能掌控施工之整體狀況自行或參考設計者之建議決定材料之情形，此時如定作人自行供給材料，且工程瑕疵係因定作人提供之材料所致，則應依照民法第四百九十六條之規定應由定作人自行負責，應無疑義。

目前工程契約中常見由定作人指定材料，但材料之採買或是製作仍由承攬人負責情形亦不在少數，因材料非為定作人供給，似無法適用民法第四百九十六條之規定，此時若因材料而致工作產生瑕疵時，究屬承攬人或定作人負責？原則上應視為材料係由定作人供給，而由定作人負責，蓋該材料承攬人並無選購權，或可選種類之物替代，自無負擔瑕疵擔保之理<sup>121</sup>，此亦可自台灣高等法院九十一年度重上字第二

<sup>120</sup>黃茂榮，同註118，頁91，註45部分。

<sup>121</sup>黃世孟、陳坤成，建築工程承攬瑕疵擔保責任之探討(下)，現代營建第215期，頁63。

九○號判決：「選擇鐵氟龍做為支撐材料，是原始設計之瑕疵，被上訴人就部分修改設計時，為使鐵氟龍易脫落之問題獲得解決，修改以導槽固定鐵氟龍，雖達到防止鐵氟龍脫落之效果，但因鐵氟龍難以脫落，反而致蛇管與鐵氟龍長期處於磨擦狀態，自然致蛇管加速破裂，修改設計未慮及此，仍選用鐵氟龍做為支撐材料，為其瑕疵之處。然兩造就選用鐵氟龍為材料並無爭執，上訴人對於更新工程所用材料係被上訴人依其指示並先經伊認可合格後方為施作等情亦未爭執，依民法第四百九十六條前段規定，上訴人就該工作物之瑕疵，無權請求被上訴人賠償。」<sup>122</sup>，此時材料雖非由定作人提供，但係由定作人選擇其材料，實務見解認為應適用民法第四百九十六條前段之規定，而認為應由定作人負責。

另外，若瑕疵除了材料因素外，並行有因施工所致，則責任之分配，究係採由定作人負責或由承攬人負責，或依民法第二百一十七條規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額或免除之。」而採過失相抵？基於公平正義原則，應以採過失相抵由雙方併行負責為宜<sup>123</sup>。

### 三、定作人之指示

所謂指示，係指對工作之施作、進行或其他與承攬工作有關之重要事項有所指示或諭示，凡對承攬工作之設計、或委由他人設計而責令承攬人按圖施工、或對施工方法之指示或糾正、或計畫之變更及材料之指示等均屬之<sup>124</sup>，而承攬人基於定作人之指示所為之施工，因該指示所生瑕疵時，依照民法第四百九十六條本文規定，應由定作人承擔此一瑕疵責任，而免除承攬人之瑕疵擔保責任<sup>125</sup>，

<sup>122</sup>後上訴至三審法院，而最高法院九十三年度台上字第一二二二號判決指出：「被上訴人於修改鐵氟龍支撐方式時，未將長方形鐵氟龍改為圓弧型，似係造成蛇管加速破裂之原因。原審徒以被上訴人使用鐵氟龍作材料係經上訴人認可，即謂其無須就蛇管破裂等故障負瑕疵擔保責任及保固責任，不無可議。」而予以廢棄發回。

<sup>123</sup>黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 62-63。

<sup>124</sup>黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 63。

<sup>125</sup>最高法院 93 年度台上字第 465 號裁定：「況上開工程之木作部分，其木柱尺寸係配合上訴人原作鐵板基座之寬度而訂製及刨薄，乃依上訴人之指示而施作，並無可歸責於被上訴人之事由，上訴人以被上訴人施作之木作部分工程有重大瑕疵，已達不能使用之目的，據以聲明解除系爭工程契約，洵屬無據。」、台灣高等法院九十三年度建上字第十四號判決：「惟被上訴人於施工圖上，就發電機及設備與業主選任之設計單位新環工程顧問股份有限公司（下稱新環公司）設計之昇位圖相同，採取共同接地系統；且被上訴人之施工圖，係依上訴人提供、由業主選任之新環公司設計之昇位圖所繪製，未予變更，並依圖施作完成，亦有竣工圖可稽，復為上訴人所不爭執，尚難認被上訴人有設計不當之問題。縱其後發現有因發電機與設備之接地系統合併為一，而使線路不

若係由監造者所為之指示，此時是否得視為係屬定作人之指示？日本<sup>126</sup>民間一般工程標準承攬契約約款第十七條第四項 A 款規定「關於因以下各號之一所生而被認定未依設計圖、書實施而施工，承攬人不負其責 A、依定作人或監理人之指示」以及公共工程標準承攬契約約款第四十四條第五項：工程標的物之瑕疵係因定作人或是監造人之指示所生時不得請求瑕疵擔保責任<sup>127</sup>，上揭標準範本中均直接規定因監理人之指示所致違反設計圖而致瑕疵之情形係得免責，且日本學說亦肯認如承攬人係依照設計者之設計和施工過程之指示，導致工作物具有瑕疵時，承攬人不負瑕疵擔保責任<sup>128</sup>。

而我國實務於台灣高等法院九十二年度上字第六七六號判決指出：上訴人承攬系爭無塵室天花板安裝工程，數量共計四百九十八台，其中三百六十三台由被上訴人承攬施工，其餘一百三十五台由訴外人曾義明施工，材料係由上訴人供給，施工時並由上訴人指派監工高尚正在場指揮安裝，為兩造所不爭，自屬真實。按工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質，或依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利，民法第四百九十六條前段定有明文。系爭濾紙係由漢唐公司運交上訴人存放於聯華電子南科廠之倉庫，施工時，再自倉庫搬至現場，由高尚正就安裝位置指示被上訴人所僱工人予以安裝，並已驗收，業經證人高尚正、曾富延證述綦詳，上訴人對於被上訴人及其工人施作安裝系爭濾紙有無毀損，自應知悉。縱系爭濾紙有否破損，無法以肉眼判斷，而須經儀器檢測始能發現，惟被上訴人安裝系爭濾紙係依上訴人指派監工之指示施工，且系爭濾紙經貨櫃車運送搬運至倉庫堆放，再搬運至工地現場拆封、安裝，均有可能造成濾紙毀

正常突波，導致 SDC 設備故障之瑕疵，係非可歸責於被上訴人之事由所致，而應屬依上訴人指示而生，則依民法第四百九十五條第一項、第四百九十六條規定，上訴人並無請求修補及請求損害賠償之請求權。另依電業法第四十四條所訂定之「屋內線路裝置規則」第二十四條第四款規定可知，屋內線路中就內線系統與設備通常採取同一接地系統，又無其他證據可資證明被上訴人明知上訴人提出之昇位圖採取同一接地系統係不適當，而不告知上訴人，即無民法第四百九十六條但書規定之情事。」，而上訴至最高法院 95 年度台上字第 2459 號判決確定。

<sup>126</sup> 至於德國契約範本 VOB/B 第十三條規定：「3、如瑕疵係導因於工作之描述、定作人之指示、定作人供應或指定之原料或建築組件、或其他廠商先前工作之特性者，承攬人仍須負責，但承攬人已依第四條第三款規定為必要之通知時，不在此限。」，則未對監理人若為指示時為相關之規範。轉引自轉引自行政院公共工程委員會委託報告，計畫主持人：李家慶，研究人員：王寶玲、黃立、陳洸岳等，政府採購契約之廠商所負損害賠償責任之研究，中華民國 95 年 12 月，頁 47。

<sup>127</sup> 「第一項の規定は、工事目的物のかしが支給材料の性質又は甲若しくは監督員の指図により生じたものであるときは適用しない。」

<sup>128</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註 100，頁 153。

損，上訴人不能舉證證明系爭濾紙毀損，確係被上訴人施工不當所致，其此項主張，自不足採。」，故如確係監理人之指示，實務應肯認得免除承攬人瑕疵擔保之責。

本文以為雖我國契約範本對於免責條款之部分皆未有規定，自針對監理人之指示所致之瑕疵得否免責亦有疑義，惟仍應採肯定之見解，蓋監理人若有不同於契約書之指示，本其職責應轉告予定作人知悉，再者依照民法第二百二十四條規定，「債務人之代理人或使用人，關於債之履行有故意或過失時，債務人應與自己之故意或過失負同一責任。但當事人另有訂定者，不在此限。」，雖監理人之指示並非為定作人履行相關債務，但查民法第二百二十四條規範目的乃係基於由於履行輔助人係屬債務人之手足之延伸，且因履行輔助人擴大債務人之經濟範圍，故將履行輔助人之故意過失當作係債務人可歸責之事由，而監理人之工作乃係替定作人控管承攬人施工之品質，且係為定作人之利益所為之指示，故本文以為應得類推適用民法第二百二十四條之規定，將之認定為定作人之指示，而依照民法第四百九十六條之規定予以免責。

其次，定作人之「指示」和「期望」程度區別亦屬重大問題，蓋若定作人只以「期望」為表示者，因與指示有別，尚不能解釋為定作人之指示，因承攬人有獨力完成工作之能力，並對完成工作負責，定作人之期望並無強制性或直接干預，故仍應由承攬人負瑕疵擔保責任<sup>129</sup>。在具體個案中判斷係屬指示或是期望則屬重要之課題，在日本實務上，東京地方法院曾指出必須係強大拘束力之希望，才是民法第六百三十六條之「指示」，而是否具有強大拘束力則應自定作人的言語行動、關於工程的內容、當事者對相關問題的知識、向來的關係，以及相關之過程<sup>130</sup>加以判斷。承攬人若為避免因未按定作人之期望，而受干擾，得要求定作人作正式之指示，以明確其責任。再者若定作人是完全未具有工程專業之情形，其指示更是採取嚴格之定義，日本實務見解認為就工程所委任之專業之承攬人，若未為調查該指示是否妥

<sup>129</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 63。

<sup>130</sup> 東京地判平 3・6・14 判時 1413・78：「定作人的希望和指示之界線是有微妙之處，必須從定作人的言語行動，關於該工程的內容、當事者的相關問題的知識、向來的關係，以至此的過程等總和地來判斷，是否有拘束承攬人之情形而加以判斷。」、滝井繁男，同註 140，頁 121-122。

當而施工，否定承攬人得依此規定免責<sup>131</sup>。綜上所述，日本實務指出該指示必須係定作人經過充分的知識和調查結果而為之指示，或是從當時的工程狀況判斷，有事實上強烈的拘束力之指示之情事，作為必要的限制基準。

我國目前實務雖未有明文指出指示和希望之不同，不過台灣高等法院九十五年度上更(一)字第一一〇號判決指出「(三)關於瑕疵修補費用抵銷部分：……查兩造對曾變更地板設計部分，並無爭執，足證順誠公司施工係依強世公司指示為之，而綜觀工程合約內容，順誠公司僅有依強世公司指示施工之義務，並無參與協商之權利，系爭磨石子漿體乾縮所致之瑕疵不得歸責於順誠公司，強世公司即不得就磨石子漿體乾縮之損害請求賠償。況依民法第四百九十三條第二項規定，向承攬人請求償還修補之必要費用，以其已支出自行修補瑕疵必要費用為前提」<sup>132</sup>，自承攬人無參與協商一詞可知，我國實務其實亦肯認若需屬民法第四百九十六條之指示須有強大拘束力，否則承攬人仍不得因此而免責。

再者，建築工程之指示並不侷限於設計圖說或施工說明書，會議紀錄、來往書件、定作人之受任人指示等均得作為本條文之規定，承攬人為減免其責任或降低風險，對疑問或爭議之處，應取得定作人之指示為必要<sup>133</sup>，以釐清指示和期望之爭議。此外，為避免事後舉證之困難，該指示盡可能為明確且要式行為，否則若僅是口頭上之指示，因舉證責任分配，將對承攬人有所不利，承攬人宜要求以書面為之。

<sup>131</sup> 東京高判昭 53・7・19 東高民報 29・7・149：「在排水設備工程中，定作人指示既設的排水管之利用，因為排水管之支撐方法不良，漏水事故發生而產生損害，此一責任即成為問題的事件。判決中，既設的排水管，因為一旦使用及無法再為使用，不得不說其安全性確實地沒有保障，從關於排水管工程無專門知識的定作人單單指使其利用觀察，關於排水知識委由專門知識判斷的承攬人未為調查而加以利用是不被肯認的。」、京都地判平 4・12・4 判時 1476・142：「建築工程承攬人，為有償契約的一方當事人，被期待作為有專門知識、經驗將專門技能完全地運用，而完成工作。因此，工程承攬人，如果依照關於工程的定作人的指示而為工程，不仔細研究此一指示當不當無法簡單地考量通常地擔保責任之免除，免除擔保責任的定作人之指示，基於定作人完整的知識和調查結果而所為之指示，或者，從當時的工程狀況判斷，有事實上強大的拘束力之指示等，必須做以上限制性的理解。」

<sup>132</sup> 最高法院 96 年度台上字第 2767 號判決：「其次，原審依上揭鑑定報告書，認定磨石子地坪裂縫瑕疵乃磨石子漿體乾縮裂縫之施工因素所致，但兩造工程合約似無順誠公司指示磨石子施工法之約定，原審未說明該磨石子施工法確依順誠公司指示所憑以認定之依據，遽謂順誠公司之施工係依強世公司指示為之，自有可議。」，雖後上訴至三審廢棄發回，但其係因舉證之問題發回，針對其指示限於有拘束力之見解未有歧異之意見。

<sup>133</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 63。

最後，若指示不當與承攬者之材料性質、或施工方法同為瑕疵之原因時，而產生競合之情形，承攬人仍不能免責，但得依民法第二百一十七條規定請求法院減輕責任<sup>134</sup>。

#### 四、監造人之檢驗

在工程實務上，除了定作人和承攬人之外，常見有監造人或稱監工者，但通常監造人和承攬人是沒有法律關係存在<sup>135</sup>。而「監工」或「監造」係指查核工程材料品質及規格。蓋雖承攬人除負責施工外，其實質監工之責亦不可免，但若依權責分立原則下，應由工程師、技師、承攬人外之第三人擔負，始能克盡其責，層層節制，獨立行使其監造或監工權<sup>136</sup>。而監造人通常於施作前先就材料或施工機具進行檢驗認可，確定合格後，承攬人始得續行工作，並於施工中至現場進行監督並確認承攬人所為之工作、材料是否滿足設計書和圖面要求事項，以確實履行其職務<sup>137</sup>，並於部分工作階段性施工完畢後，予以檢驗，甚至於最後工程完工時，定作人亦多委由監造單位為最後驗收，已確定完工與否。

以下主要探討承攬人免責範疇主要係針對：若監造單位已事先檢驗施工器具、材料，認其符合契約約定而予以認可，但事後工作物仍生瑕疵時，此時，承攬人得否主張免責則產生疑義，目前實務上大致可分為兩個見解：

<sup>134</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 63。

<sup>135</sup> 米國の瑕疵担保保証制度，(財)建設經濟所，第 21 次海外調査(米國)報告書より，頁 4。

<sup>136</sup> 陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜合著，同註 14，頁 13-14。

<sup>137</sup> 米國の瑕疵担保保証制度，同註 135，頁 4，另外自臺北市政府工程採購契約範本第十一條第二項、「廠商自備材料、設備在進場前，應依本工程『材料、設備送審文件、樣品一覽表』(如本條款第十一條第二款之附件)約定項目，將有關資料及可提供之樣品，先送監造單位/工程司審查，如需辦理檢驗停留點或重要項目檢(試)驗之項目，應會同監造單位/工程司取樣，並會同送往檢(試)驗單位檢(試)驗合格後始得進場。該等材料、設備進場時，廠商仍應通知監造單位/工程司作現場檢驗。」第四項「廠商於各項工程項目施工前，應將其施工方法、施工步驟及施工中之檢(試)驗作業等計畫，先洽請監造單位/工程司同意，並在施工前會同監造單位/工程司完成準備作業之檢查無誤後，始得進入師工程程序。」、工程採購契約範本第十一條第二項：「廠商自備材料、機具、設備在進場前，應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。該等材料、機具、設備進場時，廠商仍應通知監造單位/工程司或其代表人作現場檢驗。」、第三項「廠商於各項工程項目施工前，應將其施工方法、施工步驟及施工中之檢(試)驗作業等計畫，先洽請監造單位/工程司同意，並在施工前會同監造單位/工程司完成準備作業之檢查工作無誤後，始得進入施工程序。」可見監造人之職責。

(一)否定見解

1、最高法院八十八年度台上字第一六六五號判決

工程合約第十條僅賦與被上訴人監督檢查施工材料之權利，並非賦與施工之上訴人以免責之依據，上訴人主張其於系爭工程中所使用之材料無問題云云，亦非可採。

2、最高法院八十七年度台上字第一七二號民事判決：

查監工人員僅係監督工程有無按設計圖進行施工而已，對材料之品質，因非其專業，自乏瞭解，原審以被上訴人仟航公司於購買系爭包覆材料後，有送經上訴人或建築師所指派之監工核可，即認該材料已符合約定之品質，亦非允洽。且證人即監造建築師曾永信及監工房劍平均證稱未指示如何施工，只是監督有無按圖施工等語（見原審卷第八七頁背面、八九頁），原審並未說明是項證言何以不足採取，徒以上訴人及建築師既派監工人員在場監督，率認被上訴人仟航公司未以二分之一重疊包覆方法施工，係監工人員之指示，不免速斷。

(二)肯定見解

1、台灣高等法院台南分院八十六年度重上字第六號判決：

況依證人即曾永信建築師事務所指派之監工房劍平、參與本件施工程序之李桐仁、擔任本件水電工程設計之電機技師蕭幸茂均證稱上訴人及監造建築師皆指派監工人員在場監督，仟航公司所購防蝕帶有先送經監工核可後才施工等語，可見系爭包覆材料之樣本均經送驗合格。再者，依工程契約書第六條第一項、第十條、第十六條第一項、第十七條第一項、及施工說明書二、一一五、一一六之約定，暨上開證人之證言，足知本件工程每一施工步驟，皆須報請工程師查驗，非經工程師同意不得進行下一步驟之施工，且被上訴人仟航公司之施工品質如與圖說或施工規定不符，應即依建築師及上訴人指派監工人員之指示，拆除重做或修補，迄至與契約所列舉之圖說及施工規範等規定相符為止，分析報告認未以正常標準即二分之一之重疊包覆方法施工，應係被上訴人仟航公司在上訴人、建築師或監工人員之指示或核可下所採用之包覆施工方法，縱因此造成消防管線腐蝕，難認係該公司承攬工作有瑕疵。……上訴人復未就被上訴人仟航公司係明知而故意不告知材料性質不當或指示不當乙節舉證，自無民法第四百九十六條但書規定之適用。

## 2、調八八〇四四號<sup>138</sup>—00紀念館修建工程（含相關設備）

申請廠商於現場施作尺寸，雖與合約不盡相符，惟申請廠商於施作前，其尺寸均經主辦機關所委託之監造單位指示或事前同意，基於監造人係主辦機關之合約履行輔助人，申請廠商信賴其簽認與指示所為之施作，主辦機關不應再以申請廠商違約而加以處罰。主辦機關不應再以申請廠商違約而加以處罰。主辦機關應依約給付申請廠商工程尾款及返還履約保證金。

就上開爭議部分，日本民間一般工程標準承攬契約約款第十七條第四項C款規定「(4)關於因以下各號之一所生而被認定未依設計圖、設計書實施而施工，承攬人不負其責：C、§13(1)<sup>139</sup>或(2)的檢查或試驗合格的工事材料或建築設備之機器。」蓋因工程材料和機器的試驗和檢查均合格時，意味著材料機器使用之許可。雖施工後因使用材料或是建築設備，致使工程無法合於契約約定，但若因而探究承攬人之責任將有違誠信原則。並進一步指出當監造單位怠於應為之試驗和檢查，認同未為檢查之施工亦作同樣之解釋<sup>140</sup>。此外，日本一般工程標準承攬契約約款修正前條款中，有監造單位承認之施工方法時承攬人亦得免責之規定。但是，後來刪除上揭規定，蓋承攬人之施工方法不限於設計圖書中所規定之情形，承攬人事實上得自由地選擇施工方法。是以，除了監造單位有特別指定之情形外，只因監造單位承認承攬人所選之施工方式而免除承攬人之責任係不妥的<sup>141</sup>。

綜上所述，其最主要係處理監造單位檢驗時已認為該材料或是工具符合契約所要求，但事實上未能符合約定，致工作物因而發生瑕疵之情形應為如何之處理，而我國實務以及外國契約範本對監造人之監造合格後，承攬人是否能夠因而免責，有相當歧異之見解，本文以為此最主要考量監造單位於施工中之檢查是否能夠窮盡以及監造目的和承攬人之信賴保護。

<sup>138</sup> 政府採購履約爭議處理案例彙編（一），行政院公共工程委員會，2001年3月，頁141。

<sup>139</sup> 第十三條(1)承攬人在設計圖書上，應接受監理人的檢查，就應使用之物以及指定的工程材料或是建築設備，應該使用檢查合格之物，在設計圖書中關於訂立試驗合格之物，使用該當試驗合格之物。

<sup>140</sup> 滝井繁男，逐條解說工事請負契約約款，東京都：酒井書店，1998年5版，頁122。

<sup>141</sup> 滝井繁男，同註140，頁122-123。

蓋採否定之見解，主要認為承攬人使用之材料，雖經監造者檢查或試驗合格，或經其承認者，但施工材料之採購與選擇，均屬承攬者之權責，定作人之檢查或試驗，應視為依民法第四百九十七條規定之瑕疵預防，而非材料之供給，故所生之瑕疵仍應由承攬者負責<sup>142</sup>。此外，由於工程之材料種類繁雜數量眾多，若要求監造單位逐一檢查再交由承攬人施工，可能導致工程延宕，故於實務運作上，大多係以抽查檢驗方式<sup>143</sup>進行，是以，若要求監理人就其所管理之工程品質負全然之責似有過苛之虞<sup>144</sup>。反之，肯定說之見解主要係認定監造單位為定作人之代理人，故當監造單位承認材料或是施工方法時，考量承攬人對監造單位之信賴，應肯認承攬人得以免責。

本文以為，就施工方法部分，由於承攬人依契約所負之義務為完成一定之工作，著重在其結果，因此，除非承攬人依承攬契約負有一定方法完成一定工作之義務，否則承攬人有自行選擇完成工作之方法之權利，定作人對於如何完成契約約定之工作，並無任何干預之權利<sup>145</sup>。循此以論，就施工方式縱使經過監造人之同意，因此所致之瑕疵，仍應由承攬人負責，即使是肯認得因監造人之檢驗材料而得免責之日本民間一般工程標準承攬契約約款亦採肯定之見解。雖有見解提出承攬人若未經定作人同意擅自變更施工方法，為監造單位現場監工所明知，但仍坐視承攬人繼續完成系爭工程，定作人就其使用人之過失應負同一責任，而類推適用民法第二百一十七條規定之過失相抵原則<sup>146</sup>，但本文認為該過失相抵見解限於承攬人得證明監造人明知不妥但未為阻止之情形，否則一般情形應是監造人認為其符合契約而予以承認之情況，而自定作人對於施工方式原則上無置喙現況觀察，監造人之同意仍無法免責。

就材料檢驗之部份，本文以為應考量如要求監造單位對所有工程品質予以監控必加以維持，事實上力有未逮，故若係屬監造單位所抽樣之樣本是符合契約品質，但因承攬人所訂購或製造之材料係未能符合契約所要求，而有品質不一之情況，除非監造人在施工現場有明顯

<sup>142</sup>黃世孟、陳坤成，同註121，頁63。

<sup>143</sup>謝哲勝、李金松，同註47，頁274。

<sup>144</sup>蓋若承攬人得資以抗辯時，定作人必會轉由向監理人請求損害賠償。

<sup>145</sup>楊芳賢，同註7，頁581。

<sup>146</sup>高明發，同註111，頁164-166。

怠忽職守之情形，否則應由有控管能力之承攬人加自行負責，始符合風險控管原則。但如果定作人和承攬人所約定之材料標準，經由監造單位認定其符合契約所約定，而檢驗通過，此時應認為已構成承攬人之信賴，而承攬人因得以資為免責之抗辯，或雖無法依照我國民法第四百九十六條規定予以免責，但應得依照民法第一百四十八條誠信原則免除承攬人之責任。

## 五、驗收合格並交付

### (一)驗收意義

自營建工程所有程序觀察，依照其時間點大致上可分為：簽約、開工、施工、完工、驗收、保固<sup>147</sup>，而契約多有驗收之條款，其為施工契約及統包契約之核心，蓋完工和驗收是交付證明和交付工作物給業主的前提<sup>148</sup>，且涉及尾款保留款給付、履約保證金之返還、點交以及保固期之起算<sup>149</sup>。而所謂的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

<sup>147</sup> 李家慶，工程爭議處理與法律責任，以實例探討工程及法務問題法律講習會教材，主辦單位：中國土木工程協會，協辦單位：行政院公共工程委員會、中國工程師學會以及中華工程技術顧問商業同業公會，中華民國九十三年六月十六、十七日，頁7；另外，如係公共工程發包，於簽約前尚有標單製作、投標須知之公告、決標、得標。

<sup>148</sup> Ellis Baker、Ben Mellos、Scott Chalmers、Anthony Laker，FIDIC Contracts: Law and Practice 139(1<sup>st</sup> ed 2009)。

<sup>149</sup> 工程採購契約範本第5條第1項：「估驗以完成施工者為限，如另有規定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)，並於工程完成，機關驗收合格，廠商繳納保固保證金後，於\_\_日(由機關於招標時載明)內1次無息結付尾款。3、驗收後付款：契約驗收後付款為契約價金總額\_\_%(由機關於招標時載明)，於驗收後\_\_日(由機關於招標時載明)內撥付。」、第14條第1項：「保證金之發還情形如下(由機關擇定後於招標時載明)：履約保證金於履約驗收合格且無待解決事項後30日內發還。有分段或部分驗收情形者，得按比例分次發還。履約保證金於工程進度達25%、50%、75%及驗收合格後，各發還25%。履約保證金於履約驗收合格且無待解決事項後30日內發還\_\_%(由機關於招標時載明)。其餘之部分於\_\_(由機關於招標時載明)且無待解決是向後30日內發還。」、第15條第9項：「工程驗收合格後，廠商應依照機關指定的接管單位辦理點交。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，必在驗收合格後)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。」、第16條第1項：「保固期之認定：1.起算日：(1)全部完工辦理驗收者，自驗收結果符合契約規定之日起算。(2)有部分先行使用之必要或已履約之部分有減損減失之虞，辦理部分驗收或分段查驗供驗收之用者，除無起算保固期可能之部分外，自驗收或分段查驗結果符合契約規定之日起算。(3)因可歸責於機關之事由，逾第15條第2款規定之期限遲未能完成驗收者，自契約標的足資認定符合契約規定之日起算。2.期間：(1)非結構物由廠商保固\_\_年(由機關於招標時載明；未載明者，為1年)；(2)結構物由廠商保固\_\_年(由機關於招標時視個案特性載明；未載明者，為5年)。」

適於通常或約定使用之瑕疵之行為<sup>150</sup>。主要目的係以確認承攬人完成之工作是否具備契約約定之品質<sup>151</sup>，故瑕疵除了常在施工檢驗中被發現外，另外最常於驗收時發現瑕疵<sup>152</sup>。

工程實務上，契約雙方當事人通常對驗收程序有特別之約定。一般而言，重大工程為確保工程品質，定作人常將驗收程序分為初驗及驗收兩階段。工程完工後，承攬人應提送契約規定之文件向定作人申報竣工，先由監造單位確認承攬人完成之工作項目及數量是否與契約約定大致相符，確認工程竣工後，始進行初驗。初驗階段發現工程有瑕疵時，承攬人應於定作人所定期限內改善瑕疵，經確認改善完成、初驗合格後，定作人始辦理正式驗收，並簽發驗收證明書予承攬人，確認承攬人完成之工作符合契約約定<sup>153</sup>。

在工程實務上扮演舉足輕重角色的驗收程序，於我國民法承攬編卻

<sup>150</sup> 李惠貞，工程驗收，工程法律實務研析（四），寰瀛法律叢書，頁 107，另查工程會制定之工程採購契約範本為例，第十五條「驗收」約定：「廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，且為新品。」以及國道新建工程局工程契約一般條款（2003 年版）T.3「驗收」工程司應於全部竣工文件審核完成後，併同竣工檢驗記錄向主辦機關提報驗收，主辦機關應即訂期辦理驗收。(1)驗收合格：全部工程經主辦機關驗收合格即由主辦機關於 14 日內簽發結算驗收證明書。(2)驗收不合格①辦理驗收時，若主辦機關發現工程有任何瑕疵而不能接受時，得按下列方式辦理：A、全部或部分工程之尺寸、數量或使用材料與契約規定不符或工程品質有缺陷時，即為驗收不合格，承包商應自費於期限內改善、拆除、重作、退貨或換貨至主辦機關認定合格之狀況。B、驗收如有瑕疵應予改正時，其改正期限應由承包商與主辦機關協商後載明於驗收記錄內，並由主辦機關書面通知承包商於期限內完成瑕疵改正工作後通知工程司辦理複驗。C、如上述驗收不合格之瑕疵改正已逾改正期限，則視為逾期，其逾期日數自改正期限屆滿之次日起計算至改正完成之日止。每日按契約決標總價之 1% 為上限，並不計入契約書主文規定之逾期罰款限額。非可歸責於承包商之責任並經工程司確認者，不予計罰。D、如承包商無法在上述期限內改正或拒絕改正時，主辦機關得自行或使第三人改正，所需費用將從應支付承包商之估驗計價款、保留款及各項保證金內扣抵。②因可歸責於承包商之事由，致履約有瑕疵時，主辦機關除依前項規定辦理外，並得請求損害賠償。(3)期限①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。②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 3 個月內期限內完成驗收時，該工程之保固期自前揭 3 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 72 條第 2 項規定情形者，主辦機關得依規定辦理減價收受，除契約另有規定外，減價計算方式如下：詳細價目表任一工作項目之品質、規格、製成或任何事項，與契約規定不符者，不論該工作項目係以乙式計價或按實作實算數量計價，按該工作項目單價扣減 10% 至 50% 作為該不符工作項目之計價單價，如系爭工作項目之付款已加計「加值營業稅」及「承商利稅、保險及管理費」，應併予扣除。(5)承包商責任除本契約另有規定外，工程之驗收合格，並不免除承包商對工程之潛伏性瑕疵、不作為、過失，以及其他依本契約應負之義務與責任。」

<sup>151</sup> 李惠貞，同註 150，頁 107、劉福勳、黃崑義，營造業提升品質之探討，營建管理季刊第 50 期，頁 31。

<sup>152</sup> Jonathan J. Sweet, Sweet on construction industry contracts: major AIA documents, 頁 395(5<sup>th</sup> ed 2009)

<sup>153</sup> 李惠貞，同註 150，頁 110-111。

未規定相應之瑕疵之檢查程序，相對於此，我國買賣編中，卻有類似驗收之規定，依民法第三百五十六條之第一項規定「買受人應按物之性質，依通常程序從速檢查其所受領之物。如發見有應由出賣人負擔保責任之瑕疵時，應即通知出賣人。」，則課與買受人有一檢查義務，且於同條二項規定「買受人怠於為前項之通知者，除依通常之檢查不能發見之瑕疵外，視為承認其所受領之物。」，則係認為若買受人已檢查發見瑕疵卻未立即通知出賣人，或是對於能於檢查中發見之瑕疵未能發見時，則視為承認其所受領之物，亦即無法行使瑕疵擔保責任。綜上所述，如驗收未能通過時，定作人得依照瑕疵擔保責任之規定請求修補，自無疑義，但針對驗收時發見瑕疵卻未立即請求修補或是得於驗收中發見之瑕疵但未發見時，得否在驗收後主張瑕疵擔保之責即成問題，本文以下乃針對此一爭議作相關之探討。

## (二) 契約範本規範

就我國契約範本中，大多係針對驗收未能通過之情形作相關之規範，但針對驗收通過之效力，大多付之闕如，而當中對此有相關規定者係國道新建工程局工程契約一般條款(2003年版)T.3「驗收」(5)承包商責任除本契約另有規定外，工程之驗收合格，並不免除承包商對工程之潛伏性瑕疵、不作為、過失，以及其他依本契約應負之義務與責任。，其條款當中提及驗收合格並不免除承包商對工程之潛伏性瑕疵一語，得否反面推論得出就明顯性之瑕疵之責即得因驗收合格而予以免除則不無疑義<sup>154</sup>。

就外國契約範本中，日本民間一般工程標準承攬契約約款第27條第三項規定：「就建築設備的機器、室內裝潢、家具等的瑕疵，交付之時，監造人於檢查後，若未立刻請求此一修補或更換，承攬人無庸負此一責任。但就隱藏之瑕疵，從交付之日後一年間，負擔保責任。」以及第四項：「定作人於契約目的物交付之時，知悉有本條(1)的瑕疵時，卻未能立即以書面向承攬人通知此旨，不論本條(1)之規定，不得請求瑕疵之修補或損害賠償。但承攬人知其瑕疵時，即不在此限。」，該條款指出若定作人於交付時能知悉此一瑕疵，卻未能立即

<sup>154</sup>就此我國法院實務見解並未對此相關之探討，其可能係因我國工程條款針對驗收通過後，有保固之規定，定作人得依照保固之規定而為請求，故雙方當事人未對此加以爭執，而法院基於辯論主義，亦未介入予以探討。

以書面<sup>155</sup>通知承攬人，則除承攬人明知此一瑕疵，否則承攬人亦得免除其瑕疵擔保之責，但其中針對建築設備的機器、室內裝潢、家具之瑕疵，將此分為隱藏之瑕疵和非隱藏性瑕疵，針對非隱藏之瑕疵監造人應善盡其責於檢查後將之請求修補或更換，否則即喪失其權利，反之就隱藏之瑕疵，縱使已驗收，仍於交付之日後一年間，負瑕疵擔保之責。

### (三)分析檢討

就驗收通過是否得作為承攬人免除瑕疵擔保責任之責之爭議，應先自驗收目的加以觀察，蓋驗收除有上述檢查工作是否合乎品質之目的外，尚有避免責任歸屬之爭議，亦即如能於驗收時發見瑕疵，即能確定瑕疵責任之歸屬，否則若待驗收後始發見者，將導致瑕疵之原因係承攬人施工或是定作人不當使用所致情況未明，故本文以為審慎之驗收是定作人所應盡之義務，況目前大型工程，多委由具專業知識之監造人為驗收之工作，是以，本文以為應得類推買賣編規定通知檢查程序，將之認定為係屬不真正之義務。

有學者提出定作人大多將建築工程委任建築師設計監造，並在交付前為審慎之完工檢查，故無須負瑕疵擔保責任，但另有認為因監造人或定作人所為完工檢查，僅就有否依照設計圖完成其工作為調查而已，且對隱藏之瑕疵則不容易發現，故應將建築之完工檢查與瑕疵擔保責任予以分別考慮，方始妥當<sup>156</sup>。

上開學說見解，故非無見，但前者之見解似未能考量一方面工程有其高度專業性，故要求監造人為零缺失之完整驗收實屬緣木求魚，另一方面，工程瑕疵具有隱藏性，常見瑕疵須待使用後始能發見之情形<sup>157</sup>，故本文以為不宜認為因有驗收之程序而使承攬人得以完全免責。但就後者見解而言，本文認為亦有不妥之處，雖其將驗收與瑕疵擔保

<sup>155</sup> 但若定作人未以書面通知，仍不使其喪失請求權，蓋雖權利行使時以書面加以明確是最好之方法，但若未書面行使，並未使定作人喪失其權利。

<sup>156</sup> 王和雄，同註 90，頁 282-284。

<sup>157</sup> 台灣高等法院高雄分院八十九年度重上更(五)字第七號判決：「查頂晉公司所承造之系爭離心機係於七十六年五月十日安裝交付協泰公司，為兩造所不爭，依兩造所訂之工程合約書第九條約定，『頂晉公司應於安裝完成後九十日內完成試車，並經協泰公司使用一個月，確認合格，為工作完成予以驗收』觀之，該離心機雖已安裝完成，但若未經『試車』、『使用』之程序，協泰公司仍無從發現是否有瑕疵。」，後業經上訴第三審，最高法院九十一年度台上字第二四八一號判決部分廢棄發回，但就該部分之見解三審並未為反對、黃世孟、陳坤成，建築工程承攬瑕疵擔保責任之探討(上)，現代營建第 214 期，頁 52-53。

責任分別考量之見解主要係自隱藏之瑕疵不易發見，故排除驗收有免除責任之效力見解故非無見，但其似乎忽略定作人於驗收時發見明顯性瑕疵卻不為告知，並受領工作物後，反向承攬人主張瑕疵擔保責任之情節恐悖於誠信原則。再者，英美法院及英美學說亦採類似之見解，其認為正式驗收係雙方當事人主張權利之分界點。即工程經正式驗收合格後，就業主而言，承包商即解除了隱藏性瑕疵以外之瑕疵擔保責任，因此業主就原本在合理期間應察覺之瑕疵部分，即喪失請求權，惟潛在無法顯易察覺之瑕疵部分，仍得請求承商負擔瑕疵擔保責任。換言之，業主或其監工單位只要對瑕疵已盡合理檢查即可，承商在業主正式驗收後，原則上喪失請求額外補償之權利。承包商若欲保留正式驗收後追訴之權利，則必須以書面載明其擬保留追訴之權利<sup>158</sup>。

綜上所述，本文以為針對一望即知、以定作人或其委任人之知識得無庸為破壞性檢查即得發見之明顯性瑕疵部分，若定作人驗收時明知有瑕疵，卻未為告知承攬人保留瑕疵擔保請求權而接受承攬人之交付情形，如前所述，於德國立法例中，其民法第六百四十條第二項明文「定作人依前項第一句受領該瑕疵之工作時，如其知有瑕疵，僅以受領時保留其因瑕疵取得之權利，始享有第六百三十四條第一款至第三款之權利。」。日本法雖亦未有類似德國之立法，但其學說上亦針對此作相關之探討，雖有學說認為，即使未為保留而受領，仍不影響瑕疵擔保責任之見解<sup>159</sup>，但日本通說多認為如定作人發現瑕疵，未有任何異議，而接受標的物的交付，是定作人已捨棄對承攬人為瑕疵擔保責任之請求<sup>160</sup>。另外瑞士債務法第三百七十條中亦有類似之規定，其認為如交付時定作人知悉瑕疵而未保留請求權是該當默示其放棄該權利<sup>161</sup>。故本文以為，就明顯性瑕疵部分，如定作人已明知該瑕疵，卻未為明示保留瑕疵擔保之權利，應等同其默示放棄瑕疵擔保之權利。至於我國雖未明文，但本文以為得類推適用民法第三百六十六條，認為其未盡通知義務，即無法再行主張瑕疵擔保請求權。

其次，如工程有明顯性瑕疵，但因定作人或其委任之人未能善盡檢

<sup>158</sup> See B. M. Jervis & P. Levin, Construction Law, pp. 216 (1988)

<sup>159</sup> 津曲藏之丞，請負人の瑕疵担保責任(一)，法曹時報第4卷第3號，頁145。

<sup>160</sup> 內山尚三，請負，一粒社，昭和57年11月10日，第一版第二刷，頁74。

<sup>161</sup> 山口康夫，判例にみる請負契約の法律実務，2006年5月，初版第二刷，頁116。

查之責，而未能於當時立即為瑕疵擔保之主張或是對該權利為保留時，是否有類似上開失權效之適用？本文以為，針對此一情形，雖與上開外國立法或學說明知有瑕疵情形相異，惟針對明顯性瑕疵部分，本文以為應類推民法第三百六十六條規定，課與定作人一檢查之義務，以避免事後責任歸屬之爭議，故若定作人因未盡其檢查義務而無法發見明顯性瑕疵時，應類推民法第三百六十六條第二項之規定，亦使其喪失請求之權利。

最後，針對隱藏性之瑕疵部分，蓋此無法於驗收時發見，故本文以為應得讓定作人於驗收後得對此加以爭執。類似見解像是我臺灣宜蘭地方法院九十年度訴字第三五九號判決「1、地坪金鋼砂是否未全部施工：被告抗辯主體工程中之地坪金鋼砂僅一、二樓施工，原告則主張被告在88年9月2日之驗收缺失表中並未列出此項瑕疵，顯見原告就此工程已經全部施工完成。經查，依據系爭承攬工程契約書約定，原告需在地下一層之機械室、一層樓之辦公室、廠房、儲藏室，夾層儲藏室，二層樓之廠房、倉庫及組盤組，三層之茶水間，四層之浴廁、茶水間，及屋頂突出物之樓梯間進行金鋼砂整體粉光之事實，有契約書所附『圖號A7之1粉刷表』可稽。然經本院勘驗現場結果，除一層儲藏室確認已經施作金鋼砂外，關於地下一樓機械室及一樓辦公室因已鋪設磁磚，外觀上看不出來地坪是否已施作金鋼砂；……是被告於此範圍內為瑕疵抗辯，並行使減少報酬請求權，自屬有據。」，該判決認為雖定作人已驗收通過，但就地板未施作金鋼砂的瑕疵，因認為其無法於驗收時發見，故認為雖驗收表上未標示，但定作人仍得依照瑕疵擔保責任之規定主張減少報酬請求權。

## 第四節 工程瑕疵之認定

### 第一項 瑕疵之意義

#### 壹、我國法

我國民法第四百九十二條規定：「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。」，據此以論，在一般承攬當中，瑕疵之態樣大致可分為效用瑕疵、價值瑕疵，所謂欠缺效用瑕疵係指承攬完成的工作物不具有通常或約定使用的瑕疵，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<sup>162</sup>。又價值瑕疵應係指客觀的交換價值，應自工作物之瑕疵應視工作之結果，於通常人之生活關係，其完成物是否具有一定之價值而判斷<sup>163</sup>。

至於瑕疵之判斷依據於學說上又可分為客觀說、主觀說以及折衷說，依照客觀說之見解乃認為工作物是否有瑕疵，應視其是否具備該類物所具備之性質以為斷，若欠缺該類物所應具備之性質者，即為有瑕疵，簡言之，即認為瑕疵乃指物欠缺該種類之物之一般性質，故僅欠缺契約預定之效用者，尚不構成瑕疵<sup>164</sup>。而主觀說見解乃以當事人主觀預定契約的目的作為瑕疵判斷的標準。至於折衷說則係認為如雙方有約定時，除有契約無效之法定事由，否則依照當事人之所約定之效用、品質、性能等加以判斷有無瑕疵，且該約定不限於明示，默示之合意亦屬當事人約定之範疇；然若當事人未有約定時，則回歸至客觀說，以客觀情事加以判斷，即以該物能否具有該種類之物之正常品質加以判斷。

本文以為，就瑕疵之判斷標準，應採折衷說為妥，蓋基於契約自由以及當事人意思之尊重，於定作人與承攬人已有約定時，實無強制以一般客觀見解判斷之必要，更況若雙方約定之效用或是品質乃涉及契約之目的達成與否，若仍以客觀來判斷，恐將使契約目的不達，將悖離民法核心私法自治之原則，然若於雙方當事人未有特殊約定時，在一般社會通念下，雙方當事人在締約時主觀上係以物之一般品質、性能加以約定，故此時以客觀說判斷亦符合雙方當事人之真意，此亦為目前通說之見解。

## 貳、外國法

由於我國法律乃屬繼受法制，而主要的繼受對象為德國和日本，故以下和後文皆以此為主要之介紹與分析。

### 一、日本法

<sup>162</sup> 葉錦鴻，民法系列—承攬，三民出版社，2007年10月，初版一刷，頁72；高明發，同註111，頁165。

<sup>163</sup> 高明發，同註111，頁164-165。

<sup>164</sup> 王和雄，同註90，頁93。

關於日本法的部分，日本民法第六百三十四條至六百四十條乃規範承攬契約之物之瑕疵擔保，但未就瑕疵之定義加以規定，而日本學說則認為所謂的瑕疵係指完成之工作有減少使用價值或是交換價值之缺點，或是欠缺當事人事先預定性質<sup>165</sup>。

## 二、德國法

德國法部分，其承攬契約之物之瑕疵擔保乃規定於六百三十三條至六百四十二條，而關於瑕疵判斷部分，德國民法債編於二〇〇二年修正以前，規定於第六百三十三條第一項：「承攬人就其完成之工作，應負擔具有保證之品質，無滅失或減少價值之瑕疵，及無滅失或減少其通常效用或契約所預定效用瑕疵之義務<sup>166</sup>。」。

然而二〇〇二年修法後，德國法第六百三十三條修正為：「承攬人須為定作人完成無物之瑕疵及權利之瑕疵的工作。工作具有約定品質者，無物之瑕疵。一、當事人未約定品質，如工作適於契約前提之使用者，無物之瑕疵。二、此外，工作適於通常使用，具備同類工作之通常品質，且具定作人依工作種類可資期待之品質者，無物之瑕疵。定作人完成非指定工作，或工作數量短少者，等同之瑕疵<sup>167</sup>。」其大致可分為偏離品質之瑕疵以及完成非約定之工作或工作數量不足之瑕疵<sup>168</sup>，而偏離品質之瑕疵乃於修正前即有規定，是以，此次修法較為特殊之處乃係錯誤給付<sup>169</sup>(Falschleistung)以及數量瑕疵<sup>170</sup>(Mengenfehler)之部分，蓋因錯誤給付和數量瑕疵與物之瑕疵區別上有所困難，故由此可知，德國法就物之瑕疵之概念並不侷限於品質，而該瑕疵概念，除得兼顧契約之特性外，亦呼應未依債之本旨給付之概念。

## 三、分析比較

就承攬契約之物之瑕疵部分，我國民法、日本學說以及修法前之德國民法之規定皆先以具備約定品質與否，判斷工作是否罹有物之瑕疵，即以當事人的意思為首。其次，以適於約定使用與否，判斷工作

<sup>165</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註 100，頁 137；山口康夫，同註 161，頁 116。

<sup>166</sup> 姚志明，同註 116，頁 128。

<sup>167</sup> 游進發，德國民法上承攬人之瑕疵責任，月旦法學雜誌第 141 期，頁 83。

<sup>168</sup> 姚志明，同註 116，頁 130-131。

<sup>169</sup> 錯誤給付係指從契約之目的觀之，就完成之工作方面，依種類及內容與約定完成之工作不同。

<sup>170</sup> 數量瑕疵指應給付之數量不足，並且該給付係以完整給付不可分為要件。

是否罹有物之瑕疵。此等契約前提之使用，雖通常非契約內容，然往往乃當事人一方所以締結契約之因素。再者，以適於通常使用與否，判斷工作是否罹有物之瑕疵<sup>171</sup>。然而德國於修法後，產生極大的變化，其於承攬及買賣瑕疵責任法，將錯誤之交付以及短少交付等同物之瑕疵。我國則無此等相同規定。

關於錯誤之交付部分，於我國學說方面，大多放置於買賣契約上探討，並進一步認為錯誤交付原則上並不是瑕疵，而係根本不生提出之效力<sup>172</sup>，但是，錯誤交付在說明上雖不難與物之瑕疵區分，但在實際的案例中要認定是否為「他物的交付」則會產生困難，況且在承攬契約中，約定工作物之內容遠比買賣契約交付並移轉物之所有權更為複雜，區分將更為困難，故本文以為將之明定於物之瑕疵之範疇將有助於將物之瑕疵擔保與未為履行之灰色地帶釐清，以減少因認定困難所產生之花費與時間之成本，故於我國立法論上宜繼受該規定並明訂於法條中。

而就數量瑕疵部分，我國學說亦多於買賣契約中討論，於特定物買賣情形，最高法院認為，數量不足，足使物之效用、價值或品質有所欠缺時，將構成物之瑕疵<sup>173</sup>，否則即屬給付不完全之問題<sup>174</sup>，應依遲延給付處理。而德國本次修法，雖將數量瑕疵納入物之瑕疵之範疇，但所謂數量瑕疵係需以完整給付不可分為要件<sup>175</sup>，據此以論，其仍適用於質的瑕疵，而不適用於量的瑕疵<sup>176</sup>，就目前實務操作部分，亦有針對數量不足係屬瑕疵之判決，例如最高法院九十六年度台上字第一六九一號判決：「依建築師公會及技師公會鑑定結果，被上訴人施工數量確有未合於契約約定之情形（見附表末二頁）；則其施工數量不足，是否非屬瑕疵，被上訴人之給付是否合於債之本旨？尚非無疑。」就此推論最高法院針對「數量不足」應係肯認其屬瑕疵之見解。<sup>177</sup>

<sup>171</sup> 游進發，同註 167，頁 84-85。

<sup>172</sup> 史尚寬，同註 109，頁 24；鄭玉波，同註 109，頁 43。

<sup>173</sup> 最高法院 73 年台上字 1173 號判例、93 年台上字第 914 號判決、92 年台上字第 2360 號判決、87 年台上第 2872 號判決。

<sup>174</sup> 鄭玉波，同註 109，頁 43。

<sup>175</sup> 姚志明，同註 116，頁 131。

<sup>176</sup> 史尚寬，同註 109，頁 23；鄭玉波，同註 109，頁 43；楊芳賢，第一章買賣，民法債編各論（上），黃立主編，頁 107-108。

<sup>177</sup> 台灣高等法院九十三年度重上字第二九三號判決：「自強公司對於系爭房屋既有施作瑕疵及施工逾期情形，甲○○○等四人請求自強公司賠償應屬有據。參酌鑑定結果，甲○○○等四人之請求應予准許之部分及金額如下：（一）、未按圖施工部分：(1)、地下室開挖深度不足節省土方開

## 第二項 工作物之瑕疵

### 壹、特殊性

在工程訴訟案件中，涉及物之瑕疵擔保爭議時，雙方當事人往往針對瑕疵存在與否產生爭執，但瑕疵之認定於工程契約實有其困難性，蓋首先工程瑕疵具有複雜性和多樣性，舉例而言，在建設工程當中，大至基礎工程的程序、施作問題，小至壁紙與原定想像不同之定作人人觀感問題皆屬瑕疵，可見工程瑕疵係具有多元性的。據此以論，由於業主所主張的各式各樣瑕疵皆為爭點，故瑕疵存否之紛爭將成為一個需要長時間審理的爭點<sup>178</sup>。

其次，最近由於環境權意識的逐漸抬頭，會在工程進行時再加上社會需求，導致其間施作會產生許多問題，在此情形下，品質認定將會有許多問題的產生<sup>179</sup>。

最後，由於現在工程技術日新月異，越趨專業化，尤其在營建工程，更有所謂大量生產化、集合住宅化以及超高層大樓等營建技術的革新<sup>180</sup>。是以，因工程之背後存在的高度技術性，使得當事人對於物之瑕疵的認定，存在相當的落差，而容易產生爭議<sup>181</sup>。再者我國現行司法實務針對瑕疵存否問題，大多係依照民法上瑕疵擔保之規定為裁判，即從品質、價值或效用瑕疵來認定，並於判斷時多以「依通常交易觀念」等語來作為裁判理由。然而，何謂「依通常交易觀念」在高度技術性的營建工程領域，可能將產生一般交易觀念與實際物理上狀況不符之情況<sup>182</sup>。又不論是法官或是律師，通常係接受法學傳統訓練，故對於高度專業性之工程案件中，因未具備工程之專業知識，將導致判斷上之困難，縱使有鑑定人提出之瑕疵鑑定書，但若欠缺工程專業知

---

挖費用，三萬三千五百二十四元；(2)地下室機械停車位迴旋空間不足業主損失，六十萬元；(3)、地下室面積短少一〇·二二平方公尺，二十一萬六千元；(4)、化糞池少做兩穴損害，二十五萬二千元；(5)、排水暗溝未施作七·九八公尺損失，二十五萬二千元；(6)、屋頂突出物二層隔牆八·六八平方公尺未施作損失，一萬四千一百二十二元。」針對化糞池少作兩穴、面積短少情事應皆屬所謂數量瑕疵，故由此可知，我國實務針對數量不足乃肯認其屬瑕疵。

<sup>178</sup> 西口元、廣瀨和彥，建築瑕疵に関する諸問題，建築裁判の現状と課題，建築雜誌1437號，頁34。

<sup>179</sup> 劉福勳、黃崑義，同註151，頁28。

<sup>180</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註100，頁135。

<sup>181</sup> 郭致遠，論營建工程之瑕疵擔保責任——以承攬人之物之瑕疵擔保責任為中心，國立台北大學法律專業研究所，指導教授：崔汴生博士，2004年，頁116。

<sup>182</sup> 郭致遠，同註181，頁116。

識，於理解上仍會產生困難。<sup>183</sup>

綜上所述，由於工程複雜性、社會性以及專業性，將導致判斷瑕疵產生困難，故本文希冀透過以下相關判決整理以及國內外契約範本、相關學說之介紹，以便於未來實務操作時能有認定工程瑕疵判斷標準流程。

## 貳、契約範本

### 一、我國契約範本

首先，採購契約要項第五十條規定「廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。」其乃作一般性之規定，但未就材料或施工品質作相關之規定。

工程採購契約範本第十五條第一項規定「廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，且為新品。」，且第八條第三項針對材料品質規定：「廠商自備之材料、機具、設備，其品質應符合契約之規定，進入施工場所後由廠商負責保管。非經機關書面許可，不得擅自運離。」另外第十一條第四項係針對施工品質作規定，其規定：「廠商於施工中，應依照施工有關規範，對施工品質，嚴予控制。隱蔽部分之施工項目，應事先通知監造單位/工程司派員現場監督進行。」

臺北市政府工程採購契約範本第十五條第一項規定「廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約約定，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，除契約另有約定者外，應為新品。」，就材料品質控管部分，第八條第三項規定：「廠商自備之材料、機具、設備，其品質應符合契約之約定，進入施工場所後由廠商負責保管。非經機關書面許可，不得擅自運離。」，至於施工品質部分，則依第十一條第五項規定，僅規定：「契約施工期間，廠商應切實遵守『臺北市政府公共工程施工品質管理作業要點』規定事項辦理」。

國公局一般條款 J1「承包商提供之材料及施工品質必須符合契約規定之規格與標準。承包商若如依契約規定擬使用表等相關資料及文

<sup>183</sup> 西口元、廣瀨和彥，同註178，頁34。

件，送請工程司審查核准後，方得使用。工程司審核前述施工材料或同等品時，得要求承包商提供實際製程資料，於他處已完成之工程紀錄、材料樣品及任何其他相關資料等。」

循此以觀，採購契約要項第五十條之規定相較於工程採購契約範本以及臺北市市政府工程採購契約範本之瑕疵認定之規定，少了必須是新品之要求，另外，臺北市市政府工程採購契約範本雖要求是新品，但另外有除外條款，亦即如契約有約定時，則無須為新品之規定，相對而言，則工程契約採購範本第十五條則未作例外之規定。

## 二、外國契約範本

### (一)日本之契約範本

在日本部分，契約範本有公共工程標準承攬契約約款以及民間一般工程標準承攬契約約款，而關於瑕疵部分，日本公共工事標準請負契約第十三條<sup>184</sup>規定「1、關於工程材料的品質，應依照設計圖書。在設計圖書未明示此一品質時，需有中等的品質。2、乙在設計圖書中，接受監督員的檢查（包含確認。在以下本條是相同的）關於應該使用之物以及指定的工程材料，應該使用檢查合格之物。至於直接檢查所需費用，由乙方負擔。」，至於日本民間工事承攬契約第十三條<sup>185</sup>規定「(1)承攬人在設計圖書上，應接受監理人的檢查，就應使用之物以及指定的工程材料或是建築設備，應使用檢查合格之物，在設計圖書中關於訂立試驗合格之物，使用該當試驗合格之物。(4)就工程材料以及建築設備的機器的品質，係依照設計書之規定。在設計圖書未明示其品質者，則係依照中等之品質。」惟其均未針對瑕疵作出定義，而學說亦多認為瑕疵認定應回歸至民法規定作相關之判斷。

### (二)FIDIC 契約範本

<sup>184</sup> 第十三条「1、工事材料の品質については、設計図書に定めるところによる。設計図書にその品質が明示されていない場合にあっては、中等の品質を有するものとする。2、乙は、設計図書において監督員の検査（確認を含む。以下本条において同じ。）を受けて使用すべきものと指定された工事材料については、当該検査に合格したものを使用しなければならない。この場合において、検査に直接要する費用は、乙の負担とする。」

<sup>185</sup> 第十三条「(1)乙は、設計図書における丙の検査をうけて使用すべきものと指定された工事材料または建築設備の機器については、当該検査に合格したものをを用いるものとし、設計図書において試験することを定めたものについては、当該試験に合格したものを使用する。(4)工事材料および建築設備の機器の品質については、設計図書に定めるところによる。設計図書にその品質が明示されていないものがあるときは、中等の品質のものとする。」

在 FIDIC 契約範本中，僅有 FIDIC 第 7.1<sup>186</sup> 規定「承包商應按以下方法進行生產設備的製造、材料的生產加工，以及工程的所有其他實施作業：(a)按照合同規定的方法；(b)按照公認的良好慣例，使用恰當精巧和仔細的方法；以及(c)除合同另有規定外，使用適當配備的設施和無危險的材料」，但未對瑕疵作定義，學說上亦認為該用語係屬普通法之解釋範疇<sup>187</sup>，係藉由是否符合相關契約當作參考。有學者定義為「瑕疵通常定義部分工作或是材料不符合契約之要求」。

### (三)AIA 契約範本

美國 AIA 瑕疵擔保責任之規定，主要係規定於 3.5 條「承包商對業主和設計者擔保材料和設備的供給應依照契約要求給予優質和新的品質，除非契約文件要求或是另有允許。承包商更進一步擔保工作將符合契約文件之要求且係無瑕疵，除非該施作品質係被要求或是允許。工作、材料或設備不符合這些要求將被認為工作有瑕疵。如因非建商的濫用工作或更正所致之損害或瑕疵、不適當或不足的保養、不適當的操作或是正常的磨損、正常的使用所生之瑕疵，將使建商的擔保責任排除。如果被設計師要求，建商應該提供同意的證據如同這些材料的種類和品質。」<sup>188</sup>，但在此必須說明的是 AIA 中有 warranty 和 guarantee，雖然用語相似，但「warranty」主要係在處理施作之品質，而「guarantee」則係再處理承諾回來修補一事<sup>189</sup>，而本處所

---

<sup>186</sup> 「§7.1 Manner of Execution The Contractor shall carry out the manufacture of Plant, the production and manufacture of Materials, and all other execution of the Works: (a) in the manner (if any) specified in the Contract, (b) in a proper workmanlike and careful manner, in accordance with recognized good practice, and (c) with properly equipped facilities and non-hazardous Materails, except as otherwise specified in the Contract.」

<sup>187</sup> Ellis Baker、Ben Mellos、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 150(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>188</sup> 3.5 warranty

「The contractor warrants to the Owner and Architect that materials and equipment furnished under the Contract will be of good quality and new unless the Contract Documents require or permit otherwise. The Contractor further warrants that the Work will conform to the requirements of the Contract Documents and will be free from defects, except for those inherent in the quality of the Work the Contract Documents require or permit. Work, materials, or equipment not conforming to these requirements may be considered defective. The Contractor's warranty excludes remedy for damage or defect caused by abuse, alterations to the Work not executed by the Contractor, improper or insufficient maintenance, improper operation, or normal wear and tear and normal usage. If required by the Architect, the Contractor shall furnish satisfactory evidence as to the kind and quality of materials and equipment.」

<sup>189</sup> Jonathan J. Sweet, 同註 152，頁 411(5<sup>th</sup> ed 2009)

提及的瑕疵擔保部分係指「warranty」之部分，合先敘明。是從 3.5 條之規定可以知悉，美國 AIA 之瑕疵擔保責任規定主要係從是否符合契約文件為出發，簡言之，乃強調雙方特殊之約定<sup>190</sup>，但未進一步提出若未符合契約文件時應如何加以判斷。

#### (四) JCT98 契約範本

JCT98 第 2.1 條<sup>191</sup>「承包商應遵守並依循契約文件所要求之材料和施工方式去完成工作，而使用材料和施工之品質和標準必須依據規範，該規範指出如何以及怎樣範圍是建築師和契約代理人所認可的材料品質，該品質必須合理地符合建築師或契約代理人之需求」總言之，承包商有義務去嚴格遵循契約文件而為施工，且當工作未能依循契約文件時，即屬瑕疵。<sup>192</sup>

#### (五) 德國 VOB/B

德國工程契約範本 VOB/B 第十三條規定：「1、承攬人在交付工作物予承攬人時，應確保無物之瑕疵。如工作物於交付時，具有約定之性質並符合建築成規者，即無瑕疵。若未約定性質，則僅於下列情形屬於交付時無瑕疵(a)其特性為契約之先決條件者，或(b)適於為通常之使用且具備同類工作物相同之特性，且為定作人依據工作之種類而可得期待者。2、若給付係依據樣品而為時，樣品之性質即為約定的性質，但誤差依交易習慣並非重要者，不在此限。對於締結契約後協議之樣品，亦同。<sup>193</sup>」，則針對瑕疵之判斷提出較為明確之判斷基準，首先視雙方當事人有無約定作判斷，若雙方當事人有約定時，則必須符合其約定且符合建築成規始為無瑕疵，相對而言，若雙方當事人未有約定，則以契約目的、一般社會慣例以及當事人可得期待之情形加以判斷。

<sup>190</sup> Jonathan J. Sweet, 同註 152, 頁 428(5<sup>th</sup> ed 2009)

<sup>191</sup> 「The Contractor shall upon and subject to the conditions carry out and complete the Works in compliance with the Contract Documents using material and workmanship of the quality and standards therein specified provided that where and to the extent that approval of the quality of materials is a matter for the opinion of the Architect/the Contract Administrator such quality and standards shall be the reasonable satisfaction of the Architect/the Contract Administrator.」

<sup>192</sup> Keith Pickavance, Construction law and management, 290(1<sup>th</sup> ed 2007)。

<sup>193</sup> 行政院公共工程委員會委託報告，計畫主持人：李家慶，研究人員：王寶玲、黃立、陳洸岳等，同註 126, 頁 47。

## (六)小結

綜上所述，日本契約範本和 FIDIC 針對瑕疵為何並未作出定義，但學說上於解釋時仍以是否符合契約約定為主要判斷依據，而美國 AIA 契約範本以及英國的 JCT 範本則明確指出其必須符合契約之約定，否則即為瑕疵，但皆未提及若雙方當事人未約定時，瑕疵判斷依據為何，最後德國 VOB 則針對當事人約定以及未約定之情況皆作詳細規範，而能夠事前提供雙方當事人以及事後紛爭判斷機關一明確依據。

## 參、工程瑕疵之判斷基準

### 一、工程契約文件

工程契約中，由於承包商係依照業主之需求完成工作，故工作物之內容，自需從契約內容詳加判斷。而工程契約中文件包含<sup>194</sup>：契約主文、契約條款、施工總則及特定條款、價目明細表(工程價目表)及單價分析表、設計圖、施工規範即補充說明、嗣後雙方簽訂修正之文件，若係屬公共工程投標取得工程施作資格者，尚有標單、投標須知及附件、投標補充說明及開標紀錄為契約文件。在眾多契約文件中，計畫圖說<sup>195</sup>為最主要判斷依據，蓋工程一般係按設計圖說施工，即在該設計圖與施工說明書內，記載某類作業之要求，當不能符合要求時，即未滿足雙方約定之品質，將使價值減少或標的增加維修成本與其安全性降低時，即應認為係屬瑕疵，倘若定作人對某特定物作特殊要求時，但未能表現於契約或雙方可接受之文件中，一方面承攬人可能不知其意，則承攬人僅能依客觀標準施工，此時瑕疵亦僅能依客觀標準認定<sup>196</sup>，另一方面縱使承攬人知悉，但若縱未依其意施工時，則定作人舉證將產生困難，故若定作人有特殊需求時，宜將之明訂於契約文件中。

在我國司法實務操作中，工程契約乃屬最主要判斷瑕疵之依據，亦屬實務上最常出現的瑕疵類型，例如台灣高等法院台中分院九十二年度重上更(一)字第一二號更審判決<sup>197</sup>、台灣高等法院九十三年度重上

<sup>194</sup> 王伯儉，同註 53，頁 26；王伯儉，同註 21，頁 13。

<sup>195</sup> 所謂的設計圖書，或可參考日本建築基準法第二條第二項第十二款，其係指記載建物的種類、構造、平面計畫、材料、工法、設備等等的設計圖和方式書。

<sup>196</sup> 山口康夫，同註 161，頁 116；黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 55；滝井繁男，同註 140，頁 208。

<sup>197</sup> 「被上訴人為保存系爭工程瑕疵，於八十三年六月二十九日起至八十四年一月二十日先後委由中華鑑定委員會作九次瑕疵現況公證，經該會指派公證人員至工程現場，由現場工程人員進行開挖作業，並依被上訴人提供施工圖與現場情況逐一查核比對測量後予以拍照存證，現場已施作工

字第六一九號判決<sup>198</sup>、臺灣高等法院臺中分院九十六年度建上更(三)字第十五號判決<sup>199</sup>、台灣高等法院八十七年度上更(一)字第二〇九號判決<sup>200</sup>、台灣高等法院八十六年度重上字第二七八號判決<sup>201</sup>、最高法院九十二年度台上字第七四六號判決<sup>202</sup>皆係因違反工程契約之約定而認定係屬瑕疵。而最高法院九十七年度台上字第一三一四號判決<sup>203</sup>則指出如廠商已依照圖面施工，則係屬完成工作無瑕疵。

除此之外，我國司法實務亦肯認於契約雖未明定，但可從其他部分推定定作人之要求時，則承攬人仍有義務達成其要求，例如最高法院九十八年度台上字第二三九八判決中指出：「原審法院<sup>204</sup>指出：又系爭合約書就廠房之主體結構係約定為『鋼構：斜樑，橫樑四〇〇×二

---

程與施工圖不符者，計有管路之埋設深度與規定不符等六項瑕疵，有該會公證報告書可憑。」後被最高法院 94 年度台上字第 1950 號判決判決駁回，但就瑕疵認定部分，最高法院並未對此表示任何見解。

<sup>198</sup> 「背面建築線未依設計圖樣放樣施工，結果使每層室內使用面積及效益減失，汽車出入調度困難：喬柏公司對系爭工程背面建築線未依設計圖樣放樣施工之事實不爭執，復經前述二報告書鑑定屬實，而此項施工設計變更，致系爭工程面積及效益減損之損害，經估核為四十四萬三千一百九十二元，亦經該建築師公會報告書鑑定屬實，甲○○以次五人就此部分之損害自得由上述工程款予以扣抵。四、五、六、七樓 B4 樑位放置與設計圖不符，致每層損失原設計空間使用效益：喬柏公司為此項工程之施作，確與設計圖不符，並影響室內設計及使用效益之減損，其減損金額為十九萬四千六百元，有建築師公會報告書可按，甲○○以次五人此部分之損害，應得由未付之工程款扣抵。」

<sup>199</sup> 「惟飛發公司標得瑕疵修補工程後，至工地現場修補期間，被上訴人為保存系爭工程瑕疵之證據，於 82 年 9 月 21 日委請中華鑑定委員會在瑕疵修補期間，就系爭工程之瑕疵現況作公證，經查對結果，現場已施作之工程與施工圖不符者，有 6 種情形：「(1) 管路之埋設深度與規定不符。(2) 埋設管路時未依規定放置隔板或未依規定之間隔放置。(3) 包覆管路之水泥層，因為無隔板固定管路，導致水泥灌填時均集中於管路上層，管路上層則呈現懸空狀態。復經上方道路之壓力擠壓，而使管路重疊彎曲。(4) 包覆管路之水泥層縱斷面之尺寸與施工圖不符。(5) 管路穿越既有之其它管路時，並未事先進行緩降施工，致使管路埋設時需以陡降穿越，造成管路彎曲重疊。(6) 管路彎度過大，使內部線路無法通過」

<sup>200</sup> 「其混凝土抗壓平均強度僅為 62.70kg/cm，未達建築技術規則第三百四十九條規定及合約約定之 210kg/cm 之設計標準；樑柱版之配筋與原工程合約書圖之設計亦不盡相符。」後上訴至最高法院，最高法院九十一年度台上字第一〇〇九號判決對此判斷標準未提出歧異之見解。

<sup>201</sup> 「世興公司承包之空調設備工程有關缺失項目(1)吊掛型空調箱風車未配合現場位置設置致無法保養(2)空調箱風車震動噪音(3)風管等接合不當等三項，均係世興公司未依合約配合整體施工且未按圖施作所致，其修復費用合計為三百四十八萬七千一百零三元（外放鑑定報告附件四七、四八），此部分損害，新安公司亦得主張抵銷。」並經該事件經最高法院 92 年度台上字第 997 號判決該判決三審定讞。

<sup>202</sup> 「另查，上訴人所施作之系爭工程有關混凝土之抗壓強度，歷經私立逢甲大學、國立中興大學、台灣省建築師公會、台灣省結構工程工業技師公會鑑定結果堪認上訴人承攬之系爭工程應有部分混凝土抗壓強度不足未達標準，鋼筋配筋數短不足而與設計圖不符，及牆、柱表面石料外漏等瑕疵有上開大學、公會鑑定報告可稽。」

<sup>203</sup> 「又被上訴人就系爭工程中之橋面伸縮縫漏工程之初驗紀錄，並無瑕疵之記載，反而記載施作內容與圖面相符，應視同已經承認上訴人就此項工程已提出符合債之本旨給付，上訴人得本於工程合約請求被上訴人給付此部分工程款三十九萬六千二百四十元。」

<sup>204</sup> 台灣高等法院 96 年度上更(二)字第 192 號判決。

○○』，依台灣省土木技師公會九十一年四月八日函記載，所謂『H型鋼』分為一體成形、組銲成形。經函請台北市土木技師公會（下稱台北土木公會）就系爭廠房鑑定，結果為：『經現場檢測結果，除C型鋼外所有H型主鋼柱、屋頂H型鋼梁及天車軌道下H型鋼梁，均係採用鋼板焊接而成之H型鋼』等語，顯見系爭工程係採用鋼板銲接成形之H型鋼施作。兩造既未約定需使用一體成形之H型鋼，難認被上訴人以銲接成形之H型鋼施作，違反契約之約定而具有瑕疵。另台北土木公會之鑑定報告書雖記載：經依據低層、屋頂斜梁、柱基銲接，並以承受風力作用分析結果，系爭廠房結構應適當補強，包括鋼梁、鋼柱、柱基固接及斜拉桿補強等，經適當補強後，系爭廠房結構之天車承載重量可達四〇噸等語。惟系爭合約書並未有關於鋼構承載重量之記載，難認被上訴人施作之系爭工程，其承載重量有不符兩造約定品質之瑕疵。……原來做的鋼構是可以承受十五噸的天車重量，後來上訴人要增加到三十噸兩台，即六十噸，所以要再加強等語，似已證明兩造有約定系爭廠房之鋼構承載重量為六十噸。而依台北土木公會之鑑定報告書記載，經適當補強後，系爭廠房結構之天車承載重量可達四十噸等語（見該鑑定報告第一一頁），果爾，被上訴人施作之鋼構承載重量經適當補強後，仍未達兩造約定之承載重量為六十噸，上訴人抗辯系爭廠房之天車承載重量未符約定品質之瑕疵云云（見原審更(二)第一四二頁背面），即非全然無據。原審就此未詳加審酌，徒以系爭合約書中未有關於鋼構承載重量之記載，即認上訴人上開抗辯，為不可採，未免速斷。」，循此以論，縱使契約文件中未為明定內容，但可從其他部分推知時，應可認為係屬約定之效用<sup>205</sup>，若未能達成其約定之效用，則屬瑕疵。

<sup>205</sup> 其他自約定效用判斷實務見解有：台灣高等法院 94 年度重上更(一)字第 40 號判決：「而上訴人就外牆花崗石壁確有施作，惟有花崗石壁不斷脫落之瑕疵存在，縱經上訴人改善仍無法達到契約約定之效用。」、台灣高等法院 90 年度上更(一)字第 104 號判決：「系爭工程之目的在海上築一道 L 型防波圍堰，以阻擋東北季風，用以延長被上訴人施作台電疏浚工程之工作時間，故時間因素甚為重要，季風期經過，該工作物即無存在價值，上訴人並未於期限內（八十四年十二月九日前）完工，而本件契約，依其性質，則屬非於一定時期為給付，不能達其契約之目的，縱被上訴人有不提供材料之情事，亦發生於八十五年一月九日以後，且所缺者為大石頭並不包括小石頭，上訴人早已陷於給付遲延之狀態，則被上訴人於八十五年二月十二日函知解除契約，自屬有據。兩造間已不存在任何承攬契約關係，承攬契約既因可歸責上訴人之事由而解除，自不生被上訴人給付承攬報酬及賠害賠償（所失利益）問題。且上訴人提起本件訴訟時為八十五年五月三十一日，已過冬季東北季風之季節，故堪認該已完成之圍堰部分遭沖毀之時間當係在八十五年二月至五月三十一日以前，則此總價九百萬元之圍堰工程，其完成部分，在短短幾月間即遭風浪沖擊，逐漸解體，顯未發揮契約所約定應有之功能，其施工品質即有瑕疵。」

承上所述，違反契約內容圖說之施工係屬瑕疵，但由於工程具有難以預測性，亦即當事人很難於訂約時即預見施工時所有可能發生之事由，故依照工程現場狀態變更工程內容是無可避免的。是以，有學說認為此時施工和設計圖書有些微的不一致是可接受的<sup>206</sup>。但是，另有學說認為因應工程現場狀態而有必要變更工程內容之情形，應依循條件變更或是設計變更之方式加以處理，若未有特殊緊急情形，自以承攬人的判斷使得施工不同於設計圖書之工程一事是不應被允許的<sup>207</sup>。本文以為，後說見解為妥，蓋若未約定於契約中，承攬人即得依照自行判斷而為契約內容之變更，無異使承攬人獲得實質單方變更契約內容之權限，有違承攬契約工作物之內容應係以定作人之需求為主要目的之意旨，且使工程變更之約定形同具文，故縱使工地現場狀況非如契約所預期時，除有特殊緊急情況，否則承攬人仍須依循工程變更向定作人報告，而不得自行違反契約內容圖說施工。

而關於非屬重要的瑕疵之認定部分，我國學說認為，違反瑕疵縱使非屬重要仍屬瑕疵，蓋我國承攬編未如買賣編第三百五十四條第一項但書排除非重要者之瑕疵，故承攬人不但對於重要之瑕疵負擔保責任，對於非重要之瑕疵，亦負擔保之責。至於民法第四百九十四條但書所規定之「但瑕疵非重要者」，僅在說明「定作人不得解除契約」，非為瑕疵非重要者，承攬人即不得行使其他權利<sup>208</sup>。但日本學說有提出，如果承攬人違反設計圖書，但當事人對此並不加以重視，違反的程度也很小，對於建物構造上的安全性不全然面的影響之情形，如果從前記的規範的價值判斷，不見得會被認為是瑕疵。又，即使和設計圖書相異的工程，其非常的輕微，而不會影響工程標的物的價值和機能、美觀等，且未違反定作人特別要求的點之情形，此不得謂有瑕疵，即便認為有瑕疵，應認為不允許定作人探究其瑕疵擔保之責<sup>209</sup>，進而認為，自承攬人是否有施工上的裁量和容許誤差的範圍內觀點加以檢討是有必要的。施工自未嚴格地合致設計圖時，並沒有做出直接不適合的判斷，超出這些的裁量以及容許誤差的範圍而不合致之情形，應

<sup>206</sup> 荒井八太郎，建設請負契約論：建設工事クレームの法律学的研究，勁草書房，1967 初版，頁 696。

<sup>207</sup> 滝井繁男，同註 140，頁 208。

<sup>208</sup> 葉錦鴻，同註 162，頁 71；高明發，同註 111，頁 165。

<sup>209</sup> 滝井繁男，同註 140，頁 209；高橋讓、大森文彦，建築物の瑕疵とその法的責任，建築關係訴訟の実務，齋藤隆編著，新日本法規出版，2005 年 4 月 20 日，頁 168。

該被判斷不適合設計圖書這樣的解釋係屬相當<sup>210</sup>。但本文以為，日本學說之見解乃係基於其法條規範與我國不同所致，首先其針對買賣契約之瑕疵部分，並未強調必須係屬重要之瑕疵始認定為瑕疵，故無與承攬契約瑕疵規範比較之問題，再者，其民法第六百三十四條第一項規定「在工作物有瑕疵時，定作人得對於承攬人定相當期限，請求瑕疵修補。但在瑕疵非重要的場合或是該修補需要過多的費用，則不在此限。」，則上開學說見解似由此衍生而致，但此一規定則明顯異於我國法制，故於我國實不宜以其瑕疵是否係屬重要而資以判斷有無瑕疵。

再者，違反設計圖書的內容而加以施工的建築物，但並不違反法規且無構造上的安全性問題之情形，此時是否係屬瑕疵則有疑義<sup>211</sup>。在日本實務中<sup>212</sup>，曾對該問題進行探討：在阪神・淡路大震災而倒塌的舊址興建工程中，定作人對於建物的安全性十分要求，故考慮建物耐震性後，要求承攬人施作斷面吋法為 300mmX300mm 粗的鐵骨，廠商亦為同意，但事後廠商為了施作方便而使用斷面吋法 250mmx250mm 的鐵骨，雖然此一施工在構造計算上，作為居住建物的安全性不成問題，但法院判決因承攬人違反前開約定而認為該當瑕疵。蓋本件中，定作人特別針對建物的構造、使用材料、尺寸、工法有所用心，並為特別之約定，故承攬人應尊重此合意內容，違反約定設計的場合時，應該當瑕疵。在上開案件中，定作人特別考量建物安全性即指定主要柱子的寸法，因而成為合意之內容，因而即使能滿足法規之基準，亦被認為係屬瑕疵<sup>213</sup>。反之，若當事人約定係低於法規之標準，則本文以為由於法規係屬最低之基準，而通常違反法規所施作之工程，將導致該工程禁止使用或是無法申請執照，進而無法達成契約之目的，故設計圖書的內容，適合於訂定建築基準法等的法令的各條件為契約上當然的前提，不具備以上條件係屬建築物上之瑕疵<sup>214</sup>。蓋作為在承攬契約的定作人，通常被認為是不會定作違反法規的建築物<sup>215</sup>。綜上所述，契約、設計圖、設計書等的當事人之基本內容成為第一決定瑕疵之有無

<sup>210</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 168。

<sup>211</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 168。

<sup>212</sup> 最高裁平成 15 年（受）377 號判決，判例時報第 1840 號，頁 18。

<sup>213</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 168。

<sup>214</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 168。

<sup>215</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 166-167。

之基準<sup>216</sup>。

## 二、法規基準

如上所述，於判斷瑕疵時，必須先自契約書及契約文件作相關之判斷，然若契約書或契約文件不存在或是即使存在但其內容不明確之情形中，如何判斷瑕疵即成為問題。而在工程中，不乏工作具體的內容未以契約明白地約定，而僅透過簡單的估價單以及設計書等而締結工程契約，而所導致瑕疵判斷之爭議。在此情形，應以法規作為次要之判斷基準<sup>217</sup>，蓋法規通常係屬工程要求之最低標準，因而當契約當事人未有異於同法之基準而做成契約合意時，將法規所定的最低基準當作定作人的期待，補充契約所未規定部分。<sup>218</sup>

而於日本法制中，建築基準法第一條規定是關於建築物的構造和設備等最低基準並且依同法第六條以及第七條第二項規定，不允許未依此標準施工之建築物且縱使完成仍不允許使用，故關於建物的構造和設備，可參考建築基準法的規定，除此之外，非建築之工程，亦得參考其他的行政取締法規和一般化的行政指導等契約內容。但這些是推論某種工程是否有瑕疵之手段。當然不得謂未為違反這些規範即無瑕疵<sup>219</sup>。雖然我國未如日本建築基準法有統一判斷基準，但應可效仿其基本精神，將相關法規規定當作判斷之基準例如建築法<sup>220</sup>、消防法<sup>221</sup>、都市計畫法<sup>222</sup>等，若違反上述行政相關法規即屬瑕疵，觀察我國司法實務亦採相同之見解，例如台灣高等法院九十三年度建上字第三四號判決：系爭電塔工程既經上訴人於八十八年四月十二日驗收合格，雖於事後發見有不合建築技術成規之情形，充其量亦僅係工作瑕疵<sup>223</sup>。

<sup>216</sup> 山口康夫，同註 161，頁 116。

<sup>217</sup> FIDIC1.13 條亦要求承包商必須遵守適用法律。法律被定義為是準據法、州法、條例、法典、地方性規則、行政命令。法律一詞被廣泛且延伸至到各個有關建商施作工作的活動，包含勞工、環境以及稅法。

<sup>218</sup> 山口康夫，同註 161，頁 116；橫濱弁護士會編，建築請負. 建築瑕疵の法律実務：建築紛争解決の手引，東京都：きょうせい，2004 年 3 版，頁 184。

<sup>219</sup> 滝井繁男，同註 140，頁 211。

<sup>220</sup> 建築法第 1 條規定：為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。

<sup>221</sup> 消防法第 1 條規定：為預防火災、搶救災害及緊急救護，以維護公共安全，確保人民生命財產，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律規定。

<sup>222</sup> 都市計畫法第 1 條 為改善居民生活環境，並促進市、鎮、鄉街有計畫之均衡發展，特制定本法。

<sup>223</sup> 另外尚有台灣高等法院九十五年度建上更(一)字第二二號判決：「兩造系爭契約既未特別約定所施作緊急發電機並聯系統之並聯運轉時間，依責任施工之約定，仍應符合一般法規之規範要

惟通常針對工程所為之規範，大多為行政法規，而行政法規之規定眾多且歧異，像日本的建築基準法的規定眾多且歧異，關於此法所規定之事項，應為如何之解釋則產生疑義。學說認為於類似此種情況應將明確地規範建築物的安全性和衛生、防火性的最低技術的基準，亦即所謂單體規定<sup>224</sup>，應解為以此當作瑕疵的判斷的基準<sup>225</sup>。

通常在工程中，符合行政法規所要求的事項，則會給予相關之執照，而我國曾有實務見解認為取得執照即無瑕疵，台灣高等法院九十二年度上字第三六〇號判決「順誠公司將系爭工程完成，並於八十八年十二月三日請領使用執照交予上訴人，應認順誠公司就其承攬之系爭廠房新建工程已具備通常之效用。」但被最高法院九十五年度台上字第一二一八號判決駁回，其認為「又依一般工程慣例領得使用執照僅係經公務機關查驗工程主體及周遭環境已經合格，並非系爭工作物即得點交予定作人。」，故認為領取執照不當然等同於無瑕疵，本文亦肯認此一見解，蓋首先取得執照僅說明其符合行政法規，但實際上仍須視是否另存當事人之合意，再者，尚須視該執照係行政機關針對何種情形所為之檢驗，例如係針對消防或是建物構造等，最後，自事實層面觀察，縱行政機關以其通過檢驗核發執照，難謂行政機關已善盡其責，以達零缺失檢驗之情形，故不得以取得執照即謂工作無瑕疵，而只生推定之效力，亦即定作人仍得舉證主張瑕疵之存在，在此一併附帶說明。

### 三、一般施工技術規範以及材料標準規定

工程施工標準包含施工規範以及材料之標準規定，所謂的施工規範係指為品質控制中之技術要件，材料之標準規定則如字面定義一般，為工作物材料之標準，在日本有社團法人日本建築學會，作為建築物

---

求，而本件被上訴人所施作之 750KW 緊急發電機 2 台並聯系統，在並聯程序上有上述並聯不順(時間 20~30 秒)或有並聯不上之情形，核與建築技術規則建築設備編第一章第 10 條所定「應在常用電源中斷後 20 秒內供應正常電力至緊急用電器具」之一般施工規範未符，將可能產生延誤救災黃金時期之情形。是上訴人主張被上訴人所施作之緊急發電機有並聯不順或並聯不上之功能上瑕疵，有不完全給付情事等語，核屬有據。」未約定時，以法規作為標準。」、台灣高等法院八十七年度上更(一)字第二〇九號判決：「其混凝土抗壓平均強度僅為 62.70kg/cm，未達建築技術規則第三百四十九條規定及合約約定之 210kg/cm 之設計標準；樑柱版之配筋與原工程合約書圖之設計亦不盡相符。」。

<sup>224</sup> 相較於集團規定而言，對於個別建築物的構造作規範。

<sup>225</sup> 滝井繁男，同註 140，頁 211。

技術基準，做成日本建築學會建築工程標準說明書（JASS）等。此一工程標準說明書，於日本即成為有無瑕疵的判斷基準<sup>226</sup>。

而我國部分，則有技師工會為我國現行營建工程實務上，訂立相關工程物之瑕疵判斷準則，例如：鑑定業務作業辦法、鑑定業務施行細則、鑑定作業程序、複審作業程序及要點等，以進行營建工程上相關鑑定工作<sup>227</sup>。另外，行政院公共工程委員會係目前國內關於營建工程項目之最高主管機關，其對營建工程之項目加以區分，並對各項及其子項目等，訂定品質評鑑之規範的方式來進行瑕疵的評估，亦可供作判斷瑕疵之參考之用<sup>228</sup>，其亦在司法實務上多被操作使用。

另外外國之施工規範亦可以資參考，例如美國材料及試驗標準規範（ASTM）及中國國家標準（CNS）、德國國家標準（DIN）英國國家標準（BS）、日本工業規格（JIS）等<sup>229</sup>，惟我國實務曾經對外國之標準是否得成為判斷依據提出疑義，例如台灣高等法院九十五年度重上更（二）字第七十六號判決：「系爭瑕疵乃係因上訴人於封裝時烘烤不足，未將封裝材質與系爭晶粒界面間之水氣完全排除所致。上訴人雖辯稱：伊所為烘烤程序，係遵照已通過之 ISO 9002 認證稽核之標準操作規範，而上錫業者於系爭晶粒上錫前須再次烘烤云云，惟查 ISO 9002 認證稽核，乃係上訴人對外品質保證之證明，其實際操作之封裝流程有無瑕疵，仍應視具體個案逐一認定，非謂取得該認證稽核，即無可能發生瑕疵。且參酌證人游和珍、黃俊隆、陳嘉峰等人之證詞，則晶粒在封裝後上錫前再次烘烤之程序，尚非我國封裝及上錫業界之慣例，自不能援引美國電子元件接著工程協會所定上錫之作業標準，遽認上錫業者於上錫前有再烘烤之義務。是上訴人上述之抗辯，殊不足採。系爭晶粒既因可歸責於上訴人之事由，致發生系爭瑕疵，則被上訴人依民法第四百九十五條第一項規定，請求上訴人負損

<sup>226</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 170。例如大阪地裁昭和 57 年 5 月 27 日判決（判夕 477 号 154 頁）、大阪地裁昭和 62 年 2 月 18 日判決（判時 1323 号 68 頁）即係施工規範作成判斷依據。前者的判決中，係以日本輕量鐵骨建築會作成的輕量鐵骨建築指導基準以及日本建築學會做成的薄版鋼構造設計施工基準作為依據，其認為該二者作為確保建築物的安全性而作成應被遵守的基準，故在建築領域作為權威的基準應該是被肯認，而以此加以判斷。又後者判決，關於尚未被日本建築學會的鋼構造設計基準所肯認的熔接的鐵骨構造體，而以此作為不適合法令所規定的具體的技術基準，進而認為其施工和施工監理之瑕疵。橫濱弁護士會編，同註 218，頁 186。

<sup>227</sup> 郭致遠，同註 181，頁 90。

<sup>228</sup> 郭致遠，同註 181，頁 91。

<sup>229</sup> 劉福勳、黃崑義，同註 151，頁 29。

害賠償責任，即屬有據。」雖該案子上訴三審被廢棄發回，但其理由係因計算瑕疵費用部分，對於有瑕疵部分並不否認，故可推論實務上雖可將外國之施工規範作一參考，但非一絕對之判斷基準，仍須視我國工程發展以及慣例以資判斷。

#### 四、法理

若無法自雙方當事人約定以及法規或是施工規範得出判斷依據時，尚得自社會通念以及契約對價以資判斷<sup>230</sup>。

以社會通念加以判斷部分，例如，漏雨或是牆壁產生裂痕等，在社會通念上，即屬有瑕疵之情形，另外亦必須考量地方的氣候水土等等。例如建物的防水性亦必須視當地的下雨天數、土質排水程度等等加以判斷<sup>231</sup>。除了自物理上觀之，此外亦得自其是否會有一般人不安和擔心的心理壓迫感的情形加以判斷，若有該情形應認為係有瑕疵<sup>232</sup>。

另外尚得以契約之對價作一判斷依據，蓋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<sup>233</sup>。故在無法依照設計圖說明得知工程內容情形或是設計圖書不完善之情形，且未有法規之基本規定時，工程報酬即成為一個重要的判斷基準<sup>234</sup>。例如，二十五坪的木造建物的建築承攬當中，將此一價金是該當一坪六十萬日圓，作為總價金的一千五百萬日圓的承攬契約而締結之情形中，關於其材質未有任何特別約定，且無其他特別之事項，一般而言，該當一坪價金六十萬日圓，合計金額共一千五百萬日圓，建築二十五坪的木造瓦葺建物之情形，使用如何程度的品質材料加以判斷(此得依照鑑定等而加以舉證)，以此做為基準，在承攬契約中，確定應該使用之品質，以此判斷有無瑕疵<sup>235</sup>。

但是契約之對價並非絕對之判斷依據，尚須自承攬人和定作人是否有特別的關係，而以較為便宜的報酬締結契約之情形，在此種特別關

<sup>230</sup> 其未有一定判斷順序，皆屬得以判斷之依據。

<sup>231</sup> 橫浜弁護士会編，同註 218，頁 185、高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 171-172。

<sup>232</sup> 滝井繁男，同註 140，頁 211。

<sup>233</sup> 王和雄，同註 90，頁 53。

<sup>234</sup> 滝井繁男，同註 140，頁 209。

<sup>235</sup> 後藤勇，請負に関する実務上の諸問題，東京都：判例タイムズ社，1994 第 1 版，頁 62-63。

係情形下，應認為需使用比通常更優質的材料或施工手法而施工，反之，若定作人和承攬人間並未有特別之關係，而以較為便宜之報酬締結承攬契約之情形，大多肯認得使用比起通常較差材質的材料加以建築<sup>236</sup>，惟仍須符合對於工程之最低期待的情狀<sup>237</sup>。否則大多公共工程係以最低標作為決定締約當事人之條件，將產生工程搶標導致之施工品質低落之情形<sup>238</sup>。

## 五、小結

本文以為，由於工程契約相較於一般承攬契約有其特殊性質，故判斷是否有瑕疵亦較為困難，應有相關之判斷步驟以資參考，而本文以為首先基於當事人意思自主以及判斷上之便利，應以契約文書作判斷，故工程契約雙方當事人為確保自己權益以及明確契約內容和要求，不論係契約書之作成或是追加變更工程確定書皆宜以書面為之<sup>239</sup>。再者為減少解釋上之紛爭，約定實應需明確，否則若有解釋上疑義時，仍會產生紛爭<sup>240</sup>；其次，若契約未有明定時，應認為法規係屬最低之需求，則應以法規作為有無瑕疵之判斷依據，另外尚有施工規範和材料品質標準以資參考，最後，若皆無法明確為瑕疵與否之判斷，則回歸到一般法理，亦即視社會通念以及契約之對價作判斷。

## 第三項 瑕疵發生之原因<sup>241</sup>

工程契約發生瑕疵之原因不外乎設計不良、施工未能完善以及材料本質有瑕疵而導致，蓋工程契約係依照設計而為一定之工作，為勞力跟材料結合的「成果」，所以造成瑕疵的結果通常不單是工作物的材

<sup>236</sup> 後藤勇，同註 235，頁 62-63。

<sup>237</sup> 滝井繁男，同註 140，頁 209-210。

<sup>238</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 58。

<sup>239</sup> 西口元、廣瀨和彥，同註 178，頁 39。

<sup>240</sup> 台灣高等法院九十年度上更(二)字第四〇號判決：「被上訴人則辯以系爭機具係舊品，且有使用上之瑕疵，自得拒絕驗收等語。經查，系爭合約第一條約定工程名稱為「新設」三立方公尺拌合廠全套工程設備，所謂『新設』工程設備，依社會一般通念，凡未經使用過之機器，就令該機器於製造完成後曾經一段期間存放，只要未曾使用，應即符合系爭合約之新設工程設備之約定。查系爭機具於上訴人交付被上訴人時，雖非甫出廠或製造完成之機器，被上訴人並自承『該機器於八十一年十二月與訴外人宋大公訂約，八十二年一、二月間運交宋大公，八十二年七月運回』。按系爭機具於系爭工程使用前，係於台北縣新店溪河床露天放置約七個月，被上訴人指上訴人事前曾看過機具，雖無證據證明，然既未曾安裝使用，尚難僅憑系爭機具曾經被上訴人出售他人，即認為非屬新品。」最高法院九十三年度台上字第一六〇〇號判決：「雖該機具尚未經安裝使用，惟係露天放置河床，上訴人並主張有鏽蝕情形，則與一般交易所稱之『新品』，是否相當？」

<sup>241</sup> [http://www.c-risk.com/Construction\\_Risk/CR\\_CDs\\_01.htm](http://www.c-risk.com/Construction_Risk/CR_CDs_01.htm)

料一開始就先天不良帶有瑕疵。也有可能在加工的過程中或者方法錯誤等技術及品管方面的問題所造成。換言之，工作物的瑕疵可能因設計不良、材料的瑕疵構成以及由工作方法或工作過程的瑕疵產生<sup>242</sup>，是以，後文將以瑕疵發生之原因為主軸探討相關工程上發生之爭議。

## 壹、設計不良

我國工程實務現況中，除統包工程之外，其餘大多數的工程中，由於設計者與承包商往往處於不同之情形，導致設計者原本對品質之理念在承包商施工過程中，難以確保之<sup>243</sup>，且亦可能肇因於設計者之設計不良，而致承包商所為之工作物有瑕疵。若設計不良而致瑕疵時，在統包契約中，因設計者和施工者係屬同一人，則無責任歸屬之爭議，反之，若係施工契約，一方面將產生責任歸屬之爭議，由於此係屬事實爭議以及鑑定之問題，故在此不加贅述；另一方面由於承包商和設計者皆屬專業之人士，若承包商可能發見瑕疵但未為告知仍依契約而為施作，而致瑕疵之發生時，則其是否需負責為一問題，再者若肯認其亦需負責，其應負如何之注意義務始能認為足夠，則屬第二層次的問題。

有認為定作人交付的工程設計圖的錯誤，不應苛責承攬人負責，而屬承攬人之瑕疵擔保責任之例外<sup>244</sup>。但美國 AIA 第 3.2.2 規定<sup>245</sup>：「由於契約文件係屬補充，建商應該在開始任何之工作，仔細閱讀並且比較各式各樣關於該部分之工作之契約文件，如同關於業主依照 2.2.3 提供的資訊，應該測試任何關於該部分工作之存在因素以及觀察關於

<sup>242</sup> 葉錦鴻，同註 162，頁 71。

<sup>243</sup> 劉福勳、黃崑義，同註 151，頁 28-59。

<sup>244</sup> 謝哲勝、李金松，同註 47，頁 256。

<sup>245</sup> AIA§3.2.2 「 Because the Contract Documents are complementary, the Contractor shall, before starting each portion of the Work, carefully study and compare the various Contract Documents relative to that portion of Work, as well as the information furnished by the Owner pursuant to Section 2.2.3, shall take field measurements of any existing conditions related to that portion of the Work, and shall observe any conditions at the site affecting it. These obligations are for the purpose of facilitating coordination and construction by the Contractor and are not for the the purpose of discovering errors, omissions, or inconsistencies in the Contract Documents ;however, the Contractor shall promptly report to the Architect any errors, inconsistencies or omissions discovered by or made known to the Contractor as a request for information in such from as the Architect may require. It is recongnized that the Contractor' s review is made in the Contractor' s capacity as a contractor and not as a licensed design professional, unless otherwise specifically provided in the Contract Documents. 」

此部分之任何因素。該義務主要目的是由建商協助配合以及協助建築，並非要求建商去發現錯誤、缺漏以及不一致在契約文件中，然而，建商必須立即報告其所知或是建築師所要求建商就其所知悉的建築文書之任何錯誤、不一致或是疏漏。這被認為建商的複審係以建商之能力而為之，而並非以一個有執照的設計專業加以要求，除非其具體地於契約文件中記載。」，故在 AIA 之契約範本中，建商有義務報告設計錯誤，惟僅要求承包商對設計者立刻報告設計錯誤或疏漏。蓋承包商並非一位有執照的設計專業者，自無庸依照 3.2.3 條<sup>246</sup>規定審查契約文件是否符合法律、州法、條例、法典、地方性規則、行政命令等等，但建商必須立即報告設計者伊任何發現或是應發現之建築文書中之不一致。

本文以為雖承攬人有依照定作人所提供之設計圖而為施工之義務，但若該設計圖有瑕疵時，仍須負一定審查之責，蓋於工程契約中承攬人於其領域有相當之專業能力，且實際施工之狀況亦是在其掌控範圍內，故較亦能發現設計上之不妥，惟若課與承攬人高度審查義務時，無疑將使承攬人花費更多人力和物力成本為相關之審查，以避免承擔瑕疵擔保之責，另外設計者之設計乃基於全體工程為考量，相較於承攬人大多係針對部分工程（例如機電工程、結構工程）而為施工，承攬人較無法全面性為掌控，故本文以為承攬人雖無庸負擔設計是否合乎法律之相關審查，但需負一定簡單審查契約文件之附隨義務，於發現相關缺陷、不一致時立即向工程師反應，以避免瑕疵之擴大以及事後修補之成本耗費。

## 貳、材料不良

由於典型之承攬契約係屬勞務契約，故承攬人原則上僅負責施工，至於材料部分，原則上由定作人提供，然於工程契約中，由於承攬人較能知悉材料銷售通路，且得基於其專業對於材料品質作控管，故於工程契約中，材料往往亦由承攬人提供，例如以大樓興建工程為例，

<sup>246</sup> 「AIA3.2.3 The Contractor is not required to ascertain that the Contract Documents are in accordance with applicable laws, statues, ordinances, codes, rules, and regulations, or lawful orders of public authorities, but the Contractor shall promptly report to the Architect any nonconformity discovered by or made known to the Contractor as a request for information in such form as the Architect may require.」其翻譯如下：「AIA3.2.3 建商未被要求查明契約文件是否依照準據法、州法、條例、法典、地方性規則、行政命令，但是建商應立即向建築師報告建商發現或知悉任何不一致之處，如同建築師要求資訊在建築書所要求之列表中。」

通常情形定作人僅提供工程用地，建築材料均係由承攬人自行準備，施工程序及方法皆是由承攬人獨立決定，承攬人有其專業的自主權<sup>247</sup>，故承攬人所提供之材料品質不良而致工作物有瑕疵時，承攬人亦需對此負瑕疵擔保之責。

FIDIC、日本的民間工事承攬契約以及公共工事標準請負契約約款皆未對何謂瑕疵提出判斷依據，但FIDIC第7.1條規定、日本民間工事承攬契約第十三條、日本公共工事標準請負契約第十三條，皆針對其材料品質加以規範，另外像是我國工程採購契約範本第八條第三項以及第十一條第四項、臺北市政府工程採購契約範本第八條第三項、國公局一般條款J1之規定以及美國的AIA第3.5條，亦針對材料品質加以規範，不論是外國契約範本或是我國契約範本，針對材料之規範，皆以需符合業主之需求、其所提出規格或是建商之標單加以判斷<sup>248</sup>，惟要求設計書等契約文件記載全部的工程材料，品名、品質、規格於實務運作上確有困難<sup>249</sup>。故當設計圖未有特別標示時，FIDIC第7.1則以承攬人應使用適當配備之設施和無危險的材料加以處理，而日本之民間工事承攬契約第十三條以及公共工事標準請負契約第十三條則指出需使用中等以上之品質之材料，至於其中等品質定義用語不明確，但大抵得作為判斷依據，即以依照社會通念加以判斷<sup>250</sup>，例如鋼筋、鐵骨、合板、玻璃、瓦片、塗料等等須符合日本工業規格之規定，即得認為係屬中等品質之物，又，如契約明文材料需使用中等品質，但解釋上應認為定作人並不禁止承攬人使用上等品質，惟如使用之一部材料係屬上等品質，卻導致全體的品質之平衡崩壞，而使工程之價值下降或無法達原契約目的<sup>251</sup>，此一情況仍屬瑕疵。

如契約書未對材料品質有所約定時，於我國應作如何之處理？觀諸我國契約規範皆未針對上情為規範，然依照我國民法第兩百條第一項之規定，種類之物之給付，當法律行為之性質或當事人之意思不能定其品質時，債務人應給以中等品質之物，雖兩百條第一項係針對給付種類之物與本處特定工作物之材料選擇有所不同，但從其立法意旨<sup>252</sup>

<sup>247</sup> 謝哲勝、李金松，同註47，頁256。

<sup>248</sup> Ellis Baker、Ben Mellors、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註148，頁102（1<sup>th</sup> ed 2009）。

<sup>249</sup> 滝井繁男，同註140，頁102。

<sup>250</sup> 工事請負契約約款の解説，同註39，頁54。

<sup>251</sup> 滝井繁男，同註140，頁102。

<sup>252</sup> 查民律草案第三百二十六條理由謂僅以種類指示給付物者，於實際上屢見之，如指定白米石

觀察，因此處材料之品質選擇類似於債權人以指定種類，僅未指定品質情況相似，故本文以為得類推兩百條第一項之規定，以選擇中等品質之材料而為施作。

### 參、施工不善

由於材料本身有其特殊之性質<sup>253</sup>，承攬人面對各自具有其特徵性質之材料，如何能夠抑制材料之缺點而妥善發揮其優點，則係屬施工技術所必須達成之目的<sup>254</sup>。故縱使材料品質優良，但工作物之瑕疵亦可能因施工不良所致，而如前所述，典型承攬契約係屬勞務契約，故物之瑕疵擔保規範主要係針對因施工不善所致之瑕疵而為規範，故勢必針對施工不善作相關之探討<sup>255</sup>。

不論是我國工程採購契約範本第十一條第四項、臺北市政府工程採購契約範本第十一條第五項規定以及國公局一般條款JI規定，或是外國契約範本FIDIC第7.1、美國AIA之瑕疵擔保責任之規定，主要還是針對施工品質需依照契約之內容加以規定，在未有契約規範時，FIDIC特別指出此時施工需依照公認的良好慣例，使用恰當、精巧和仔細的方法，然「公認的良好慣例，使用恰當、精巧和仔細的方法」，這些用語仍不精確，仍必須透過設計師就特定工作物提供其理念或是以建商工作之執行情況來加以解釋<sup>256</sup>。

而施工技術方式日新月異，故不得忽視技術水準的相對關係<sup>257</sup>，亦即必須以施工時之水準作一判斷，而非待瑕疵發生後以日後之施工水

---

棉花十擔是也。此時既不能依法律行為之性質，或當事人之意思而定其品質，則使債務人給付中等品質之物，方合於當事人之意思。

<sup>253</sup> 例如，鋼筋的張力較強，水泥的壓縮力較強的性質，但是，相對而言，鋼筋有容易腐蝕，水泥容易產生裂縫之不利性質。

<sup>254</sup> 高橋讓、大森文彥，同註 209，頁 165。

<sup>255</sup> 我國亦有自施工不善而認定有瑕疵之判決，例如台灣高等法院九十五年度上更(一)字第一一〇號判決：「(三)關於瑕疵修補費用抵銷部分：依九十一年八月十九日台灣省建築師公會鑑定報告書所載，磨石子地坪裂縫瑕疵相當多，屬於磨石子之砂漿因乾縮所致裂縫之因素極大，基於現況可視部分已發生裂縫及成因研判，可確定屬施工性質之瑕疵，此類施工性質之瑕疵主要由於磨石子漿體乾縮裂縫，而此種因素通常可由施工上來避免之。查兩造對曾變更地板設計部分，並無爭執，足證順誠公司施工係依強世公司指示為之，而綜觀工程合約內容，順誠公司僅有依強世公司指示施工之義務，並無參與協商之權利，系爭磨石子漿體乾縮所致之瑕疵不得歸責於順誠公司，強世公司即不得就磨石子漿體乾縮之損害請求賠償。況依民法第四百九十三條第二項規定，向承攬人請求償還修補之必要費用，以其已支出自行修補瑕疵必要費用為前提。」

<sup>256</sup> Ellis Baker、Ben Mellors、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 102 (1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>257</sup> 高橋讓、大森文彥，同註 209，頁 165。

準為基準，以避免苛求承攬人，且可能將導致承攬人對於發展技術躊躇不前，以避免過去所為之施工被認為係屬不善施工，而需承擔物之瑕疵擔保之責，對於技術發展實非益事，故考量技術發展以及承攬人之合理施工能力，應以施工當時之水準作判斷。



## 第四章 承攬人瑕疵擔保責任之法律效果

### 第一節 概論

定作人於工作物有瑕疵，且承攬人無免責事由時，在時效期間內，有權對承攬人主張瑕疵擔保責任，該權利乃屬瑕疵責任之法律效果。為了保障定作人之權益，各國立法和契約範本對此皆有所規範，故本文以下先自我國法及外國法制針對承攬契約中有關瑕疵擔保規範之簡述，再者，因本文係以工程契約為主題，故下文乃就定作人自施工開始至其各階段所得主張之權利詳細描述，並就我國目前實務所生之相關問題予以分析檢討。

#### 第一項 我國法

我國就承攬人之瑕疵擔保責任效果主要係規定於民法第四百九十三條至四百九十七條，依其情形具有階段性，即定作人於工作進行中預見瑕疵者，得要求承攬人改善，承攬人不為改善時，定作人得自行或請求第三人修補，並由承攬人負擔危險及費用（民法第四百九十七條），而在工作完成後發現瑕疵者，定作人應先請求承攬人限期內修補瑕疵（民法第四百九十三條第一項），當承攬人不修補時，原則上定作人亦可自行修補並向承攬人請求修補之必要費用（民法第四百九十三條第二項）；如不能修補，修補所費過鉅或承攬人不為修補時，定作人亦可請求減少報酬或解除契約，但瑕疵並非重要、工作屬建築物或其他土地上之工作物者，定作人則不得解除契約，否則將使承攬人蒙受過重之損失，亦不符合經濟原則，另在工作瑕疵可歸責於承攬人之情形，定作人除得主張上開權利外，亦得請求損害賠償<sup>258</sup>。

#### 第二項 外國立法例

##### 壹、德國法

德國法第六百三十四條規定：「工作有瑕疵者，定作人依下列規定，且於法律未另有規定之情況下，得，第一款：依第六百三十五條請求

<sup>258</sup> 林誠二，因承攬瑕疵所生損害賠償請求權消滅時效之適用問題，月旦法學教室第 66 期，頁 10。

補正，第二款：依第六百三十七條自行排除瑕疵並請求償還必要費用，第三款：依第六百三十六條、三百二十三條或第三百二十六條第五項解除契約，或依第六百三十八條減少報酬，並第四款：依第六百三十六、二百八十、二百八十一或第三百一十一條 a 請求損害賠償，或依第二百八十四條請求徒勞費用賠償。」<sup>259</sup>，循此以觀，定作人得主張之權利大致得分為四類：(一)補正請求權。(二)自行除去瑕疵及請求必要之費用。(三)解除契約或請求減少報酬。(四)請求損害賠償或請求徒勞費用賠償。就補正請求權乃為存在瑕疵時第一優先之請求權，定作人必須依照第六百三十五條之規定於瑕疵存在時首先主張之<sup>260</sup>，至於定作人之自行除去瑕疵費用償還請求、解除契約、減少報酬、損害賠償等權利基本上係以承攬人於定作人所定之相當期限內未為繼續履行時，定作人方得主張之。

此外，需說明者為德國學說上認為，德國民法第六百三十四條以下之規定，其適用於危險移轉後，亦即受領後<sup>261</sup>。至於受領工作前，有認為如發見構成解除條件之要件為明確易見時，定作人例外的得依第三百二十三條第四項立即解除契約<sup>262</sup>，亦有認為在受領前在一定之範圍內亦有瑕疵擔保責任之適用<sup>263</sup>。循此以觀，我國法除了另明文規定第四百九十七條工作完成前之瑕疵救濟請求權外，其餘皆與德國法規定類似。

## 貳、日本法

日本法就承攬契約之瑕疵擔保責任效果乃規定於六百三十四條「1、工作物有瑕疵時，定作人得對承攬人定相當期限，請求瑕疵修補。但在瑕疵非重要的場合或是修補需費過鉅，則不在此限。2、定作人得不請求瑕疵修補，而請求代替瑕疵之修補之損害賠償之請求，或是與修補請求一同請求損害賠償之請求。於此情形，準用第五百三十三條的規定。」<sup>264</sup>及六百三十五條「因工作物有瑕疵致契約目的不

<sup>259</sup> 游進發，同註 167，頁 85。

<sup>260</sup> Ehmann/Sutschet, a. a. O. (Fn. 15), S. 254; Jauernig/Schlechtriem, a. a. O. (Fn. 26), § 635Rn. 1; Medicus, a. a. O., Rn. 366, 轉引自姚志明，同註 116，頁 133。

<sup>261</sup> Brox/Walker, a. a. O. (Fn. 16), §24 Rn. 12, 轉引自姚志明，同註 116，頁 133。

<sup>262</sup> Jauernig/Vollkommer, a. a. O. (Fn. 26), §634 Rn. 3, 姚志明，同註 116，頁 133。

<sup>263</sup> vgl. Plandt/Sprau, a. a. O. (Fn. 26), §633 Rn. 7, 姚志明，同註 116，頁 133。

<sup>264</sup> 「1、仕事の目的物に瑕疵があるときは、注文者は、請負人に対し、相当の期間を定めて、

達時，定作人得解除契約。但建物及其他的土地之工作物，不在此限。」

<sup>265</sup>。

職是而言，如定作物有瑕疵時，日本法乃賦予定作人選擇瑕疵修補請求權或代替修補之損害賠償請求權之權利，一旦定作人擇一行使上揭權利，則定作人將被其選擇所拘束<sup>266</sup>，但於瑕疵並非顯著，而修補費用過鉅者，定作人不得請求修補，僅能請求損害賠償<sup>267</sup>。若定作人選擇請求瑕疵修補時，必須定相當期限，反之，若請求代替瑕疵之損害賠償，則無庸猶豫期間，即得直接請求<sup>268</sup>。惟上開二者權利皆不以承攬人有過失為必要。另外，日本法亦規定，定作人除得請求瑕疵修補外，亦得於修補外所生之損害一併請求。換言之，就工作遲延以及因修補所生之損害部分亦得一併請求<sup>269</sup>。除了上開權利外，當定作物有瑕疵致承攬契約目的無法達成時，除建物或其他附著土地之定作物外，定作人即可解除契約。

綜上所述，從形式上觀察，日本法似與我國法差異甚大，但實質上仍有類似性條款，例如定期修補與解除契約部分皆與我國規定相似，而其與我國法較大不同處如下：其一，工作完成前之事前救濟規定，日本法與德國法法制相同，對此未有規範。

其二，日本之損害賠償制度與我國相異甚大，首先，自主張順序觀察，我國法規定除有瑕疵修補過鉅或是無法修補之情狀外，定作人應優先行使修補請求權，否則可能喪失其他瑕疵擔保之權利，易言之，有主張次序性之存在；但日本法係直接賦予定作人二種權利，而無庸

---

その瑕疵の修補を請求することができる。ただし、瑕疵が重要でない場合において、その修補に過分の費用を要するときは、この限りでない。2 注文者は、瑕疵の修補に代えて、又はその修補とともに、損害賠償の請求をすることができる。この場合においては、第五百三十三条<sup>264</sup>の規定を準用する。」，而其五百三十三條乃規定「雙務契約的當事人一方，對方尚未履行債務前，得拒絕自己債務之履行。但是，對方債務履行期尚未到來則不在此限。」，原文如左「務契約の当事者の一方は、相手方がその債務の履行を提供するまでは、自己の債務の履行を拒むことができる。ただし、相手方の債務が弁済期にないときは、この限りでない。」，相當於我國民法第二百六十四條同時履行抗辯之規定。

<sup>265</sup> 「仕事の目的物に瑕疵があり、そのために契約をした目的を達することができないときは、注文者は、契約の解除をすることができる。ただし、建物その他の土地の工作物については、この限りでない。」

<sup>266</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註100，頁144。

<sup>267</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註100，頁148。

<sup>268</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註100，頁147。

<sup>269</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註100，頁149-150。

先定期催告承攬人修補<sup>270</sup>；其次，我國就瑕疵之損害賠償制度乃採過失責任制，即以承攬人需有可歸責性時始得請求，然日本法不以承攬人有可歸責為限；再者，日本法規定該損害賠償制度得準用同時履行抗辯之規定，其亦屬我國法欠缺明文之部分。

其三，日本法未如我國有減少報酬請求權之明文，故其通說乃採否定之見解，但仍有部分學說採肯定之見解。採否定見解者，係基於瑕疵擔保責任非屬主給付義務之前提下，瑕疵擔保責任需於交付後始得行使，然承攬之報酬與標的物之交付需為同時，故難想像如何行使減少報酬請求權；但另有學說指出，現實社會上常見分期支付報酬之情形，例如於締約時或是開工時支付三分之一之報酬，再於工作途中給付三分之一之報酬，剩餘之三分之一，則待工作物之交付或是工作物交付後給付。因此，於交付完後發見標的物有瑕疵之情形，即可能有為報酬減少請求之可能。此外參酌德國法之見解，應採肯定之見解，故該名學者認為應肯認定作人之報酬減少請求權<sup>271</sup>。

### 第三項 小結

上開係以我國及繼受國之民法就承攬契約中之物之瑕疵擔保責任規定作簡單之介紹，然工程營造涉及標的、價值動輒以千萬計，工作的完成，又非一蹴可幾，建造時間，經年累月，遠比民法立法者制訂承攬契約時所得想像，故以下將以我國民法承攬編之規定為主軸，再輔以工程契約之範本以及工程契約所遇之特殊情狀作相關探究與分析。

## 第二節 施工中之瑕疵擔保責任

### 第一項 前言

由於工程契約項目複雜且施工階段層層緊密環扣，若於施工中，因其中一個環節發生疏漏，則可能發生骨牌效應，牽一髮而動全身，不

<sup>270</sup>但另有學說指出，如依照誠信原則，修補係屬容易，且經修補即無損害之情形，應該優先行使瑕疵修補之請求。引自幾代通、広中俊雄編集，同註100，頁149。

<sup>271</sup>幾代通、広中俊雄編集，同註100，頁149。

但後續施工受到影響，甚或影響完工後整體之品質，導致莫大之損害，尤其是公共工程之施作，蓋其通常契約標的金額龐大，損害更為可觀，更嚴重者，將使社會大眾陷於不可知之危險；再者，不少工程具有隱密性質，亦即施工完畢後除非為破壞行為，否則完工後將難以觀察定作物是否符合約定之品質，例如新建旅館之管線施作，如未能於施工中為立即性之檢驗，則施工完畢後亦難以判斷是否有瑕疵之存在，而通常瑕疵具有潛伏性質，數年後定作人發見瑕疵時，可能導致無法彌補之損害，如營建廠商已倒閉致定作人求償無門，或是須將整棟大樓拆除始能排除瑕疵<sup>272</sup>。職是而言，事前的預防勝過事後之補救，故對於施工中發現之瑕疵定作人得以何種權利予以救濟以避免完工後莫大損失，為本節討論之重點。又因工程契約施工期間長，為即早發現工作瑕疵以及減免承攬人經濟負擔，工程契約多約定於施工中定期估驗，如估驗認工程符合契約約定數量以及品質，定作人即給予承攬人估驗款，而估驗款之性質亦為工程實務常見之爭議，則於本節一併探討。

## 第二項 工程實務常見爭議

### 壹、瑕疵擔保請求權之請求

依我國民法第四百九十七條規定：「工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵，或有違反契約之情事者，定作人得定相當之期限，請求承攬人改善其工作或依約履行。承攬人不於前項期限內，依照改善或履行者，定作人得使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用，均由承攬人負擔。」為定作人之瑕疵預防請求權，另觀諸民法第四百九十三條以下規定之瑕疵修補請求權、減少報酬請求權等，雖未明文限於工作已完成時始可，然依民法第四百九十二條物之規定「承攬人完成工作...」，似認定作人的瑕疵修補請求權及其他瑕疵擔保請求權，係自工作完成或交付時起，始得適用<sup>273</sup>。

然依照民法第四百九十七條規定，限制有顯可預見工作有瑕疵或違反契約之情事以及承攬人需有過失，顯見要件較一般瑕疵擔保請求權

<sup>272</sup> 例如因水管品質不佳而導致漏水情形，其可能將使整面牆壁必須拆除以排除瑕疵，或是其滲水導致建物變成危樓，而有整棟拆除之必要，影響甚鉅。

<sup>273</sup> 謝哲勝、李金松，同註47，頁259。

嚴苛，故在此有一爭議為施工中如發見之瑕疵並不符合民法第四百九十七條之要件時，例如承攬人並無過失所致之瑕疵，則定作人得否轉由民法第四百九十三條至四百九十五條規定予以救濟？

有學者認為民法第四百九十三條至第四百九十五條之瑕疵擔保責任須於工作交付後或完成後為之，乃為「事後救濟」，此與民法第四百九十七條之「事前預防之瑕疵除去請求權」不同，認為該二者前提要件相異<sup>274</sup>，就其論述推論，似將該二者作截然之區分<sup>275</sup>。

但實務上有認為縱使是工作進行中亦得主張瑕疵擔保責任請求權者，例如定作人乃向承攬人定作一地下二層、地上七層之建築物，然工作進行中，承攬人只蓋至地上三層，雖二審法院<sup>276</sup>認為不得依照民法第四百九十五條解除契約獲請求損害賠償，僅得依照民法第四百九十七條規定請求，然上訴三審後，最高法院九十二年度台上字第二七四一號判決明確指出「按民法第四百九十三條至第四百九十五條有關承攬人瑕疵擔保責任之規定，原則上固於工作完成後始有其適用，惟承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人如發見承攬人施作完成部分之工作已有瑕疵足以影響建築物或工作物之結構或安全時，非不得及時依上開規定行使權利，否則坐待工作全部完成，瑕疵或損害已趨於擴大，始謂定作人得請求承攬人負瑕疵擔保責任，要

<sup>274</sup> 林誠二，論承攬工作瑕疵與報酬減少請求權，仲裁案例選輯（Ⅲ），中華民國商務仲裁協會出版，1999年元月，初版，頁102。

<sup>275</sup> 蓋該名學者討論之個案係針對「報酬減少請求權」以及「瑕疵預防請求權」，其結論乃謂：「此二者請求權，相對人所主張瑕疵擔保減少報酬請求權，乃工作完成後之事後救濟規定，而民法第四百九十七條所規定之瑕疵預防請求權，則為工作進行中之事前救濟，二者請求權之性質不同，前提要件亦復有異。……顯見系爭承攬工程進行中，可歸責於承攬人之可預見之工作瑕疵，已因此補正；縱在系爭停聘資深工程師及總領班之期間內有發生危險及費用，雖可請求某甲負擔之，然『瑕疵擔保請求權』之行使，乃因工作瑕疵所生之減少報酬請求權，必以工作完成為前提要件，而本系爭事件中定作人於系爭工程仍在進行尚未完成，自不得行使是項報酬請求權。」，自其結論觀看似針對瑕疵報酬請求權不得於事前主張，其餘相關瑕疵擔保權利則未論述，然其論述過程中並未區分，僅強調瑕疵擔保責任係屬事後救濟，故本文推論該名學者之主張，應該泛指所有瑕疵擔保責任皆未能於事前予以主張。

<sup>276</sup> 台灣高等法院台中分院八十六年度重上字第六號判決：「惟系爭工程，原預定興建地下二層、地上七層建築物，被上訴人蓋穩公司只建至地上三層，工作既在進行中，縱已見瑕疵，上訴人僅得依民法第四百九十七條之規定行使其權利，其逕依民法第四百九十五條規定解除契約，或不為解除契約，請求損害賠償，於法不合。且依台北市結構工程工業技師公會鑑定報告書、台北市結構技師公會函、台灣省結構技師公會函附意見、證人即鑑定技師陳純森之證言，可知系爭工程結構體經修復補強，應可恢復原設計強度，因檢驗被鑿除部分，經適當處理，亦可恢復原狀，則系爭已完成之部分建物，無倒塌之虞，瑕疵亦未達不能使用之目的，並非不得修補，上訴人未請求被上訴人蓋穩公司修補，即以系爭已完成之建物有重大瑕疵，有傾斜倒塌之虞，依民法第四百九十五條規定解除契約或請求損害賠償，亦屬無據。」

非立法本旨。」。而我國學說亦有見解持肯定之態度，其乃認為工作進行中，已有瑕疵時，定作人應亦得請求承攬人除去瑕疵，無須坐待其完成，再請求修補瑕疵。定作人此一權利，宜認為係履行請求權之行使<sup>277</sup>，而不限於受領後始得請求<sup>278</sup>。

承上所述，反對施工中可得主張瑕疵擔保責任者，主要係因我國有民法第四百九十七條之事前規定，似乎已給予事前之救濟管道，且與事後救濟之瑕疵擔保責任作一區別，本文以為雖民法第四百九十七條已給予事前救濟之途徑，但由於限於承攬人需有過失之情形，故當承攬人不可歸責之事由致工作物有瑕疵時，若承攬人無意修補瑕疵且定作人亦無其他救濟管道時，將使其只能坐視瑕疵擴大之困境，實非立法者訂立民法第四百九十七條之本意。再者，相對於此，德國法與日本法雖未有相類似之規定，然德國法亦指出施工中亦有主張瑕疵擔保責任之可能，以避免施工中之瑕疵擴大導致無法彌補之損害。

又承攬主要之核心應在於承攬人既負有完成無瑕疵工作之義務，因此在定作人受領工作之前，對於瑕疵亦有修補權<sup>279</sup>，故為保障承攬人之瑕疵修補權，施工中定作人原則上應無瑕疵擔保責任請求權，此類似於買賣契約之物之瑕疵擔保責任，其主要乃因民法第三百五十四條明文規定須待交付後始得主張瑕疵擔保之責，故實務上認為原則上須待出賣人交付後，買受人始得主張瑕疵擔保之責<sup>280</sup>，然於買賣標之物之瑕疵性質上不能除去，或標之物已確定不能具備出賣人保證之品質以及標之物之瑕疵雖可除去，但出賣人明確表示拒絕除去，或考量時間及費用等因素，顯可預期出賣人不能於清償期前除去之<sup>281</sup>例外使買

<sup>277</sup> 李家慶，同註 3，頁 98。

<sup>278</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 157，頁 54。

<sup>279</sup> 李家慶，同註 3，頁 98。

<sup>280</sup> 最高法院 77 年台上第 1260 號判決「民法第三五四條第一項規定物之出賣人對於買受人，應擔保其物依第三七三條之規定，危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用之瑕疵。是依同法第三七三條規定，危險移轉於買受人時，有上述瑕疵者，出賣人對於買受人，始應負擔保之責。易言之，標之物之危險如未移轉於買受人時，買受人即無主張出賣人應付物之瑕疵擔保責任之可言。又買賣標之物之危險，依同法第三七三條規定，除契約另有訂定外，自交付時移轉於買受人。本件上訴人買受之房屋，其危險移轉時其未特別訂定，有上述買賣契約書可證，是係以房屋交付時為其危險移轉時，而該房屋尚未交付於被上訴人，……依上述說明，上訴人即無主張被上訴人應負民法第三五四條第一項所定瑕疵擔保責任之餘地。被上訴人據以解除契約，並請求返還已付價金，自有未合。」。請併參看最高法院 71 年台上字 1553 號及 73 年台上字 3195 判決。

<sup>281</sup> 詹森林，危險移轉前，出賣人物之瑕疵擔保責任及買受人拒絕受領標之物之權利，台大法學論叢第 22 卷 1 期，頁 419-439。

受人於交付前主張物之瑕疵擔保責任，蓋因不可期待買受人先為標的物之受領，直至交付時始得主張瑕疵擔保權利，故應例外的允許買受人於交付前主張瑕疵擔保責任。

上述法理應亦可用於承攬契約中，即於定作物之瑕疵性質上不能除去，或定作物之瑕疵雖可除去，但承攬人明確表示拒絕除去，或考量時間及費用等因素，顯可預期承攬人不能於完工前除去之時，此繼續等待承攬人完成工作，已無實益，甚至反而造成瑕疵或損害之擴大。故於此種情形，應允許定作人得例外在工作完成(及交付)前，主張瑕疵擔保權利<sup>282</sup>。故本文以為，最高法院九十二年台上字第二七四一號判決，應可贊同。因此當清償期前，已發生瑕疵，且有足夠事實顯示承攬人不能或拒絕除去該瑕疵者，定作人亦得提前主張瑕疵擔保權利<sup>283</sup>。

惟查「採購契約要項」第十八點乃規定「(限期改善)十八、機關於廠商履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知廠商限期改善。廠商不於前項期限內，依照改善或履行者，機關得採行下列措施：(一)使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用，均由廠商負擔。(二)終止或解除契約，並得請求損害賠償。」、工程採購契約範本第九條二十一項及二十二項規定「：(廿一)機關於廠商履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知廠商限期改善。(廿二)廠商不於前款期限內，依照改善或履行者，機關得採行下列措施：1. 自行或使第三人改善或繼續其工作，其費用由廠商負擔。2. 終止或解除契約，並得請求損害賠償。3. 通知廠商暫停履約。」、臺北市政府工程採購契約範本第九條第二十一項以及二十二項乃規定「(廿一)機關於廠商履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知廠商限期改善。(廿二)廠商不於前款期限內，依照改善或履行者，機關得採行下列措施：1. 自行或使第三人改善或繼續其工作，其費用由廠商負擔。2. 終止或解除契約，並得請求損害賠償。3. 通知廠商暫停履約。」均已約定定作人就施工中之瑕疵得請求相當於民法規定完工後之瑕疵擔保請求權，是上述爭議多係出現於工程契約之雙方當事人未為就施工中之瑕疵為約定時，附此敘明。

<sup>282</sup> 詹森林，同註 98，頁 14。

<sup>283</sup> 詹森林，同註 98，頁 14。

## 貳、第三人之風險承擔

觀諸民法第四百九十七條規定，如符合民法第四百九十七條之要件規定，定作人需先行定期催告承攬人改善或依約履行，若其未能於期限內改善或履行，定作人得使第三人改善或繼續其工作。此與前揭「採購契約要項」第十八點、工程採購契約範本第九條第二十二項規定及臺北市政府工程採購契約範本第九條第二十二項規定相符。

蓋若定作人催告後，如承攬人未能於期限內改善或依約施工，則定作人得使第三人為改善或施作，且其危險及費用，均由承攬人負擔。就條文文義觀察，我國法乃賦予定作人選擇使第三人改善或施作之權限，相較於瑞士學說，其乃認為定作人使第三人改善或繼續工作，無從任意選擇，尤其就工作即時可得除去之瑕疵，定作人僅得使第三人為必要之改善工作，定作人不得在此之外，將其他工作之履行亦交由第三人負責<sup>284</sup>。再者條文所稱之危險與費用，自立法文義觀察，分別係指「因瑕疵所生之危險」及「因改善或繼續工作所生之費用」，乃指該危險與費用皆源自於承攬人施工中所生之瑕疵所致，換言之，定作人就其選用不適當之第三人或指導不足而生之損害，可歸責於己之事由則自負其責<sup>285</sup>，或第三人本身所應負責之事項，亦非承攬人所需負擔之範疇，例如第三人完成之工作有瑕疵時，則由第三人負擔其責，而非轉嫁由承攬人承擔<sup>286</sup>。

循此以觀，民法第四百九十七條規定以及採購契約範本等相關約定雖已明確給予定作人選擇權限以及事後責任歸屬之釐清，但依其文義，似僅限於由第三人繼續工作時，原承攬人才喪失依契約進行工作之權利。反之，定作人僅將改善部分，交由第三人履行時，承攬人其後似仍有繼續完成承攬工作之權利。

若定作人僅使第三人改善工作，則可想像第三人將擔憂承攬人再出而主張其繼續完成工作之權利，致影響其工作，第三人是否尚有意願承攬，不無疑問。當第三人承攬改善意願較低時，定作人僅有提高報酬一途，此一情形，依第四百九十七條第二項規定，應由承攬人負擔

<sup>284</sup> Zindel/Pulver, Art. 366 OR, Rn. 29. 例外，參見政府採購法第六七條，轉引自楊芳賢，同註 7，頁 601，註 76。

<sup>285</sup> 史尚寬，同註 109，頁 322。

<sup>286</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 602。

費用及危險，對承攬人顯非有利<sup>287</sup>，故有學者主張若定作人欲主張第四百九十七條第二項之權利，應係已考量系爭瑕疵已無後續作業或承攬人已無法履行之要件<sup>288</sup>，已不欲承攬人事後主張續行工作之可能。

甚至，有學者更進一步指出，由於承攬人負有依約完成工作之義務，因此原則上似宜認為，承攬人既經定作人定相當期限催告，仍不改善或依約履行，承攬人已喪失繼續工作之權利，承攬人事後再行主張完成工作似有違誠信原則之禁反言原則。另參酌 FIDIC 7.6 條<sup>289</sup>之規定，儘管先前有任何之試驗或證書，該條仍給予工程師於工作不符合契約約定時，有權在任何期間內命令建商去修理、移除以及更換任何未能符合契約之生產設備和材料以及除去或重作工作，以維持工作之品質<sup>290</sup>，如承包商接受要求更正修補瑕疵後，卻未能遵循之，依照 7.6 條最後一項，業主得以建商之費用去雇用其他人以完成建商未能完成之工作<sup>291</sup>。FIDIC 契約約款應係考量到如僅讓其他人改善工作勢必導致第三人承攬意願降低，故為上揭之規定。再者，於工作進行中，因承攬人之過失，顯可預見工作有瑕疵，或有其他違反契約之情事，即使原本較為輕微之情事，經定作人定期催告亦得認為已具有重要性，因此定作人似得以承攬人有責之行為，重大危害契約目的之達成，以致無從期待定作人繼續與承攬人維持契約關係，而得基於重大事由而解除或終止契約<sup>292</sup>，以避免事後承攬人再行主張續行工作，致其與第三人責任歸屬不清，降低第三人修正工作瑕疵之意願。

### 參、工程估驗款

<sup>287</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 602。

<sup>288</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 62。

<sup>289</sup> 「7.6 修補工作

儘管已有之前的任何試驗或證書，工程師仍可指示承包商進行以下工作：

- (a) 將不符合契約要求的任何生產設備或詞料移出現場，並進行更換。
- (b) 去除不符合契約的任何其他工作，並重新實施；以及
- (c) 實施因意外、不可預見的事件或其他原因引起的、為工程的安全迫切需要的任何工作。

承包商應在指示規定的合理期間(如果有)內執行該指示，或在上述(c)項規定的緊急情況下立即實施。

如果承包商未能遵循指示，雇主有權雇用並付款給他人從事該工作。除承包商原有權應該工作所得付款的範圍外，承包商應按照第 2.5 款雇主的索賠的規定，像雇主支付因其未履行只是而使雇主支付的所有費用。」

<sup>290</sup> Ellis Baker、Ben Mellors、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 137(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>291</sup> Ellis Baker、Ben Mellors、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 137(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>292</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 603。其認為終止契約部分應可認為得類推適用民法第四百九十八條第一項。

## 一、前言

工程契約常見有估驗款之約定，如「付款方式：本工程付款除投標須知及工程補充說明另有規定者外，依左列規定，由乙方按期以估驗表申請估驗計價，經甲方核實後給付之。付款階段：(一)工程款：自動工之日起之次月開始每月月底結付一次（依實際完成進度付給），由乙方列單經甲方監工人員驗證並經複驗屬實後核付其完成工程價值之百分之九十。．．．(三)全部工程完工經初驗合格給付全部工程款至百分之九十。(四)建築物使用執照領到後並經甲方正式驗收合格，並填結算驗收證明書章及具結保證書，給付全部工程款至百分之九十七，其餘尾款為保留工程總結算金額百分之三作為保固保證金，俟保固期滿再行無息發還。」<sup>293</sup>、「估驗款：工程款之支付，除另有約定外，由廠商依下列約定申請估驗計價，經機關核實後給付之。契約自開工日起，每\_\_日；每月15日及月終；每月月終；工程全部竣工後；其他：（由機關於招標時載明；未載明者，為每月月終）估驗計價1次。」<sup>294</sup>，是雖承攬契約原則上依照民法第四百九十條及五百零五條第一項規定，定作人於工作物完成始給付報酬，為報酬後付原則，且原則上定作人於施工期間無庸供給承攬人任何資金，然因工程具有施作期間長且金額龐大之特性，為免工程施作期間過程，承攬人需承擔過重之經濟壓力，則多有上揭估驗款之約定，亦即承包商於施工期間內，得按工程完成進度，分期向定作人申請估驗計價，待定作人核實審驗後，給付部分資金予承攬人<sup>295</sup>。

## 二、估驗款、預付款與保留款

承前所述，大規模工時長的工程契約，如依照民法第505條規定，堅守報酬後付原則時，則將使承商背負巨大的經濟壓力，故為兼衡承商之經濟壓力以及業主之風險，除有上述所稱的「估驗款」外，尚有「預付款」、「保留款」之設計，顯與一般單純承攬契約相異，以下為簡要之介紹。

### (一)預付款

<sup>293</sup> 臺灣高等法院 94 年度重上更(一)字第 125 號判決。

<sup>294</sup> 臺北市政府工程採購契約範本第 5 條第 1 項第 2 款，另外工程採購契約範本亦有相同之規範。

<sup>295</sup> 林瑤，工程契約報酬請求相關問題討論，工程與法律的對話，李家慶主編，三民出版，初版一刷，2010 年 1 月，頁 219。

「預付款」一般係指業主與承包商在締結承攬工程契約時，於契約中明文約定，由業主於簽訂工程契約後之一定時間內，預先支付之一定款項<sup>296</sup>，而究其法律性質，有實務見解<sup>297</sup>指出預付款係屬工程款之預付，然自業主訂約時均使用預付款之文義觀之，並斟酌該制度設置目的，乃是為抒解其資金調度之壓力，待每期估驗計價後即需按比例自估驗款中扣還，是此一款項僅為暫付性質，又工程實務上，定作人多會要求承攬人為預付款之還款保證，該保證亦擔保承攬人先領取之預付款得確實使用在該工程中，不挪作他用<sup>298</sup>，而該專款專用之情況，亦即只要承包商未依約定而將工程預付款用於其他支出，定作人即得收回預付款，益徵預付款應非民法第三百零九條所定定作人對承攬人清償債務而生債務終局消滅之法律效果，而應為民法第四百八十七條無息之消費借貸返還請求。

## (二)保留款

「保留款」主要係因應業主按承包商每期所完成之工程給付工程估驗款後，承包商將可能因已收受足額款項，而開始對於工程保管及保護怠慢或不履約之情況，故業主於定期估驗計價之估驗款中，保留一定百分比之金額<sup>299</sup>，用以作為工程瑕疵修補費用之擔保、逾期完工罰款之抵扣或作為保固金。至於其性質，學說及實務上有分歧見解，有認為工程保留款給付乃繫於承商完工、驗收合格且結算有餘額為給付之不確定條件之工程款，應係屬附條件之債權<sup>300</sup>，但亦有認為業主本應於承商完工後始給付報酬，然考量廠商資金周轉問題，故約定於每期估驗完畢後，一部份給付報酬(即估驗款)，一部份則保留至工程正

<sup>296</sup> 臺北市政府工程採購契約範本第5條第1項第1款及內政部工程採購契約範本第5條第1項第1款均約定「預付款(由機關視個案情形於招標時勾選;未勾選者,表示無預付款):(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:\_\_(由機關於招標時載明)(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(由機關於招標時載明)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。」

<sup>297</sup> 台南高等法院台南分院97年重上字第32號判決:「系爭減振工程契約所定之「預付款」,係載於該契約第五條,而依該條規定,可認上訴人依鴻華公司之請求而支付鴻華公司之預付款,應如何抵充工程(估驗)款,預付款之扣回時期與方法,及預付款還款保證責任於何時解除均已有所約定,上訴人與鴻華公司皆應受約定拘束,不得任作相反之主張。足見系爭預付款之法律性質應屬工程款之預付,而非鴻華公司主張之消費借貸關係。」

<sup>298</sup> 俗稱「專款專用」,可參考行政院88台企字第8802883號函頒佈「執行公共工程預付款及估驗計價保留款之規定」

<sup>299</sup> 王伯儉,同註21,頁43。

<sup>300</sup> 最高法院93年度台上第1431號判決、最高法院91年台上字第901號判決,王伯儉,同註21,頁47。

式驗收合格並辦妥工程保固後始給付，是保留款應係屬清償期未屆至之債權<sup>301</sup>，但另有論者主張工程保留款係以債權作為擔保標的，讓與業者作為工程契約債務履行之擔保性質，而應將之認為債權之讓與擔保。

而上揭性質爭議常發生於工程契約履約過程中，承攬人之債權人以其對於承包商之執行名義，向執行法院聲請就承攬人將來可以對定作人請求之工程款為強制執行，而在強制執程序進行中，工程契約之定作人在接獲執行命令時，多以「收到扣押命令時，工程尚未完工，承攬人未有可領取之工保留款債權」、「承攬人發生定作人可以動用工程保留款之原因，系爭工程款保留款經扣抵其所受損害及其他費用後已無餘額，是承包商對其已無任何工程款債權存在」等理由向執行法院聲明異議，而承攬人之債權人則於受聲明異議後，會依不同情形，依照強制執行法第一百一十九條第一項、第一百二十條第二項向定作人提起確認之訴或確認之訴，此時若認「清償期未屆至之債權」，則債權業已存在僅是清償期未屆至，承攬人之債權人即得對定作人所保留之工程款予以聲請扣押；反之，如認屬「附停止條件之債權」，則承攬人之債權人得執行之標的，應限於承攬人將來可能對定作人取得之餘額返還請求權，是承攬人之債權人在向執行法院查報執行財產時，理論上即應清楚表明所欲扣押之債權，係承包商於將來工程驗收且擔保消滅後可能得以取得之餘額返還請求權；又如認工程保留款係承攬人對定作人之債權設定讓與擔保予定作人，則因該債權已設定讓與擔保予定作人，承攬人與定作人之間已無保留款債權的存在，所以，如果承攬人之債權人在定作人依據強制執行法第一百一十九條第一項聲明異議後，再依同法第一百二十條第一項之規定提起確認之訴，即法院即應判決承攬人之債權人敗訴，以確保定作人有優先受償之權利<sup>302</sup>。

本文以為如將保留款認屬清償期未屆至之債權，則承包商之債權人

<sup>301</sup> 最高法院 87 年台上字第 1025 號判例「當事人預期不確定事實之發生，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，類推適用民法第一百零一條第一項規定，應視為清償期已屆至。」、最高法院 94 年臺上字第 1609 號判決、最高法院 94 年度臺上字第 308 號判決、94 年度台上字第 1304 號判決、最高法院 92 年度台上字第 1714 號判決；林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，臺灣大學法律研究所碩士論文，指導教授：詹森林教授，2002 年 7 月，頁 108-110；吳師敏，論保留款，工程法律實務研析(三)，元照出版，2007 年 7 月，頁 77-78。

<sup>302</sup> 馮馨儀，工程保留款之性質，月旦法學雜誌第 140 期，2007 年 1 月，頁 129-130。

即可對該附清償期之債權為扣押，依照我國民法第三百四十條規定，承包商取得之損害賠償債權，與該附清償期之債權而為抵銷，然此將使業主當初設置保留款所預期之擔保目的落空<sup>303</sup>，但如將其性質認屬債權之讓與擔保，因基本上保留款之取得多為業主藉由估驗款之不支付即告完成，而似乎缺乏債權讓與之合意，再者，一般對於讓與擔保的概念需有一第三人存在，即讓與人、受讓人及第三人，而若採債權讓與擔保之性質，必肯認債權讓與之行為係可單純存在債權人與債務人之間，惟與民法第二百九十四條本文關於「債權人得將債權讓與於『第三人』」之文義抵觸<sup>304</sup>，是應認為保留款屬一附停止條件之債權較符合業主設置保留款之目的，並與我國法制較為相符。

職是而言，此時若承攬人之債權人於承攬人施作工程中向法院聲請強制執行時，則因保留款係屬附停止條件之債權，此時如執行法院所核發之執行命令中，就扣押命令部分，應載明禁止承攬人收取及禁止定作人清償之債權，乃係擔保目的消滅時而生之餘額返還請求權，另如就收取命令部分，執行法院則或許可透過附條件方式，核發允許承攬人之債權人在工程驗收後，擔保期間經過且擔保目的消滅後，始可就承攬人得向定作人請求返還之餘額為收取命令。

### 三、估驗款之性質

#### (一)學說及實務見解

##### 1、分期報酬之性質

有見解認為估驗款之給付係將承攬報酬分期支付，是估驗款為定作人所支付的分期承攬報酬<sup>305</sup>，進而認為工程款之消滅時效應各自自各期工程完成估驗時分別起算。

##### 2、融資之性質

另有認為，原則上依照民法第五百零五條規定，應採報酬後付原則，然因工程常具有金額龐大、耗時甚長的特性，如堅守報酬後付原

<sup>303</sup> 馮馨儀，同註 302，頁 122。

<sup>304</sup> 呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，國立政治大學法律研究所論文，指導教授：楊淑文教授，2007 年，頁 134-135。

<sup>305</sup> 最高法院 89 年度臺上字第 1771 號判決、最高法院 96 年度臺上字第 1412 號判決、最高法院 95 年度臺上字第 1551 號判決。

則，恐將對於承包商資金周轉、材料採購均有重大影響，故有工程估驗款之設計，是參酌工程估驗款給付之目的，估驗款應屬定作人對於承攬人財務上之融資<sup>306</sup>，是承攬人須待工程全部驗收合格後始得請求報酬，故報酬請求權時效應自全部工程驗收合格後起算。

### 3、區分說

有認為估驗款究屬承攬報酬之分期給付或融資性質之暫付款，應可自「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，亦即如承攬人向業主請求各期工程之估驗款時，需先完成與完工後驗收程序相同之估驗程序，或可認為雙方有依民法第 505 條第 2 項「於每期給付時，給付各該部分之報酬」之合意，此時估驗款的性質，或可認為承攬報酬之分期給付，而其請求權之消滅時效則應自各期估驗款可得請求時起算，反之，若認為契約所定之估驗程序與契約所定之驗收程序並不相同，或於全部工程完工後進行驗收時，業主仍得對先前工程之估驗結果進行調整或更正，則雙方應無於估驗時即「分部交付」之意思，故各期估驗款即非承攬報酬之分期給付，至多屬以融資為目的之暫付款，則此時之承攬報酬請求權之消滅時效，則應自全部工程完成驗收時起算<sup>307</sup>。

#### (二)小結

本文以為，如認估驗款屬分期報酬，則定作人於每期估驗後，即立刻起算消滅時效，而通常如定作人未依約給付時，因承攬人最終目的係取得完工後的總報酬，是如因定作人未為給付估驗款即停工另為請求，恐反將其工作因而延誤以致於報酬總給付取得時間延後，甚至影響原先風險評估(例如材料成本等)或保險期間，故常見承攬人於施工過程中縱未取得估驗款，仍不另為請求，此時可能將導致承攬人就估驗款已罹於時效，而不得再請求，惟全部工程因屬一體而不可分，只要全部工程未經驗收合格，承攬人仍須就全部工程負擔給付遲延之責任，而不得主張業經估驗之工程部分係屬已履行完畢而予扣除。且定作人就已罹於時效而不付報酬之部分工程，自全部工程驗收後，仍得請求承攬人就該無報酬之部分應負保固及瑕疵擔保責任，其結果顯失

<sup>306</sup>楊芳賢，同註 7，頁 650；王伯儉，同註 21，頁 42。臺灣高等法院 100 年度建上字第 53 號判決、臺灣高等法院 97 年度重上更(一)字第 28 號判決、臺灣高等法院 96 年度建上字第 49 號判決、臺灣高等法院 95 年度建上字第 88 號判決。

<sup>307</sup>林瑤，同註 295，頁 222-223。

衡平<sup>308</sup>，是本文認為於衡量工程契約現況以及定作人及承攬人雙方之利益後，應將估驗款認屬暫付款之性質較為妥適。

### 第三節 完工與瑕疵

#### 第一項 前言

承攬契約之雙方當事人權利義務關係中，對承攬人而言，依據民法第四百九十條之規定，有完成一定工作物之義務，其重要性在於一方面承攬契約中之定作人之主給付義務為給付報酬，若承攬人未能完成一定之工作物時，則定作人得依民法第二百六十四條主張同時履行抗辯<sup>309</sup>，另一方面，完工之認定亦會影響承攬人是否逾越完工工期，若認定承攬人未能在約定期限內完工，且於可歸責於承攬人之情形下，定作人得對承攬人主張遲延責任而請求損害賠償、違約金<sup>310</sup>。上開承攬契約完成工作物之概念於工程契約中即所謂「完工」，而在工程契約領域中，由於工程給付項目繁多、且依契約規定尚需申報、初驗、複驗等程序始能判斷給付是否合乎債之本旨，故在事實上對於何謂「完工」，即可能同時存在著數個可能的時點，此亦為實務上契約當事人雙方經常對完工的認定發生爭執的主因。此外，此一問題之解決尚可能同時涉及報酬請求權之時效起算時點問題，或其他關連工程的工期計算，例如實務上就時常為水電工程應於土建部分完工後三十日內完工的約定，因此如何認定完工實具有重要意義<sup>311</sup>。

循此以論，因「完工」之認定影響契約當事人雙方權益甚大，然而，國內大部分之工程契約均未對「完工」有明確定義，承包商多主張應以申報竣工時，為完工期日；業主則主張工程經業主之監工單位勘驗認可時為準，由於雙方之認定有所落差，以致糾紛頻生。亦即業主多認為竣工為承包商完成契約約定的所有工作且無瑕疵存在的狀態才算竣工，而承包商認為只要大體上完成即屬之，工作的小瑕疵並不影響竣工的認定<sup>312</sup>，故有必要釐清完工之概念以及其與瑕疵關係，以妥

<sup>308</sup> 臺灣高等法院 96 年度建上字第 49 號判決。

<sup>309</sup> 王澤鑑，同註 32，頁 40。

<sup>310</sup> 謝哲勝、李金松，同註 47，頁 148。

<sup>311</sup> 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，國立台灣大學法律研究所論文，指導教授：陳聰富博士，2008 年，頁 88。

<sup>312</sup> 謝哲勝、李金松，同註 47，頁 148；王伯儉，同註 53，頁 177。

善解決上開紛爭，本文以下將援引外國法以及我國實務見解作相關分析探討。

## 第二項 完工意義

### 壹、我國契約範本

我國公共工程契約範本大多未對「完工」作直接之定義，而僅規範完工之程序，例如國公局一般條款 T.1 規定：「T.1 竣工及查驗 承包商應於工程預定竣工日前或竣工當日，填妥竣工報告表(含竣工日期) 提送工程司代表，工程司代表接獲竣工報告表後應會同承包商，依據契約、工程圖說、規範核對工程或工作項目及數量，以確認承包商已完成全部工程及工作，經提報工程司核准後，其竣工日期即予確定。」、臺北市政府工程採購契約範本第十五條二項二款：「竣工報核：廠商應於履約標的預定竣工日前或竣工當日，將竣工日期書面通知監造單位/工程司及機關，除契約另有約定者外，該通知須檢附工程竣工圖(分批提送者，為尚未提送部分)，未提送者仍得依本款第 4 目辦理竣工查驗，如經查驗結果確定竣工者，仍得認定竣工，惟應依權責分工表規定扣罰違約金。」，僅有內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第二十三條工程驗交第一項規定將完工之定義較為明確表示，其規定「工程驗交：(一) 工程完工：工程依本契約完竣後，乙方應對施工期間毀損及或遷移之公共設施予以修復或回復，並將現場堆置的施工機具、器材、廢棄物及非本工程所應有之設施全部運離或清除，並填具竣工報告，於經甲方勘驗認可，始得認定為工程完工，乙方以書面通知甲方備查。但主體工程已全部完成，如因接水、接電、配合整修或瑕疵及零星之配合工作於驗收前必需辦理完成。」。

綜上所述，我國實務契約範本中針對完工之定義大多僅規範竣工後申報驗收之相關程序規定，而針對完工之定義未加以著墨，然完工之定義影響契約雙方當事人之權益甚鉅，無怪乎工程實務運作上，常見定作人與承包商針對完工定義而各執一詞，而導致紛爭不休之情形，是以，本文以為應將完工之概念納入契約範本，以減少契約雙方當事人認知上之落差。

### 貳、外國法

## (一)日本法

首先，就日本工程實務部分，其民間一般工程標準承攬契約約款第二十三條第一項規定「承攬人，完成工作時，需確認係依設計圖書施工，向監理人請求檢查，監理人必須快速地依照其請求，於承攬人之陪同下根本地進行檢查。」並於第二十六條第一項規定：「於 23 條(1)或(2)檢查合格時，除了契約中有特別約定的情形，承攬人將契約標的物交付定作人時，定作人需給付承攬人之報酬。」，另外公共工程標準承攬契約約款第三十一條第一項「工作完成時，必須通知定作人。第二項定作人依前項接受通知時，再接受通知之十四日內，在承攬人陪同下，依照所約定之設計圖，完成確認工程完工之確認，且必須將該結果通知給承攬人。在此情形下，定作人如認為有必要時，得將該理由通知承攬人，將工程之標的物為最小限度之破壞，並加以檢查。」以及第三十二條第一項「承攬人於前條第二項之檢查合格時，得請求承攬報酬之支付。」，是其契約條款未直接針對完工加以定義，但日本實務見解乃採取「預定工程終了說」之見解，所謂「預定工程終了說」乃指「在工程施作中如中斷預定的最後工程，即屬工程未完成。相對而言，如預訂的最後工程一旦完成，只是因其不完全而必須修補始能完全之情形下，工作已屬完成，僅是工作之標的物有瑕疵」<sup>313</sup>，以下乃日本相關實務見解：

### 1、東京高判昭和 47 年 5 月 29 日<sup>314</sup>

本件案情涉及立體停車場的建築承攬工程中電梯工程設備部份，定作人一方面主張交付時有不完備之處，另一方面就電梯有故障部分，對於承攬人之剩餘報酬之請求，乃以承攬人有債務不履行之事由，而主張以遲延違約金債權予以相抵。

該判決立於預訂之工程終了說，在本件電梯設備交付時，就交付當時之情況可以認為係屬完成，故否認定作人得主張遲延違約金。

### 2、大阪高判昭和 61 年 12 月 9 日<sup>315</sup>

本件針對承攬人之報酬請求，定作人主張工程尚未完成而拒絕給付

<sup>313</sup> 東京高判昭和 36 年 12 月 20 日，判例時報第 295 號，頁 28。

<sup>314</sup> 判例時報第 668 號，頁 49。

<sup>315</sup> 判例タイムズ 640 號，頁 176。

之案件，判決中指出，基於屋頂的防水不完全、廁所安裝位置不完備以及其他細部事項，定作人得請求修補工程，但是，工程一旦完成預定之最終工程，則定作人有支付報酬義務<sup>316</sup>。

### 3、山形地新庄支部判昭和 60 年 2 月 28 日<sup>317</sup>

所謂工程完成係指工程所預定之最後工程終了，以及依照社會之通念已對構造上、用途上重要的部分施工完成<sup>318</sup>。

本件承攬人對於細小之定作部分顯著未完成，但其他工程已經告一段落，即使尚有需要調整、交換、清掃、安裝、油漆之修補之細小部分未為完善，也未達社會通念上不能居住之程度，進而認為建物係屬完成。

#### (二)FIDIC 規範

FIDIC 營建施工標準契約約款第 8.2 條之規定，完工應係指承包商完成整個工程及每項工程，並通過完工檢驗(驗收通過)及完成契約約定的完工接收所需工作<sup>319</sup>，亦即其乃認為當所有營建工程均完全按照契約規範所定之程度完成時，方能稱之為完工，此乃類似於日本之預定工程終了說之見解，只是 FIDIC 尚要求承包商需達到其所要求之品質，而日本之預定工程終了說針對品質之要求，則未加以要求之歧異。

#### (三)英美法

於英美法中，大多係採實質完工(Substantial Completion)之概念，實質完工主要被定義於 AIA 契約一般條款之 9.8.1 條<sup>320</sup>「工程施工進行階段，當全部或部分工作已依契約約定充分地完成，使業主可以為『預期之使用目的』而占有或使用該工作物」<sup>321</sup>，亦即工作完成至已能使用之程度，而使業主得占有並行使其預定之目的之用途，簡言之，只要承攬人在履約期限內實質完工，縱使實際上仍有許多依契約規定承包商應負責之項目尚待完成，仍認為已遵守時間義務而完工

<sup>316</sup> 橫濱弁護士會編，同註 218，頁 79。

<sup>317</sup> 判例時報第 1169 號，頁 113。

<sup>318</sup> 橫濱弁護士會編，同註 218，頁 80。

<sup>319</sup> 顏玉明，營建工程承攬契約之時間義務，營造天下 114 期，頁 8-9。

<sup>320</sup> 9.8.1 Substantial Completion is the stage in the progress of the Work when the Work or designated portion thereof is sufficiently complete in accordance with the Contract Documents so that the Owner can occupy or utilize the Work for its intended use.

<sup>321</sup> Jonathan J. Sweet, 同註 152，頁 657(5<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>322</sup>。其相對概念為終局完工(final completion)，此意味著承包商必須完成所有的工作清單項目，並於業主正式驗收該工程後，始得謂符合完工之義務，而承包商才得以領取最後之工程款<sup>323</sup>。而美國實務上於解釋工程的「完工」概念時，仍多傾向於實質完工之認定，認為只有當契約明確地要求需在契約規定期限內終局完工與驗收時，業主之終局完工之主張才會例外被法院所採納<sup>324</sup>。工作物存在瑕疵並不意味必然尚未達到大體上完工的程度。

除了美國 AIA 明文使用實質完工之概念外，ICE 第 48 條亦採相同之用語，至於英國工程標準條款—JCT98 其將完工定義為「practical completion」，則與 AIA 用語相異，但實質上仍與 AIA 之實質完工之概念相同，而是否以達實質完工之認定，美國法院實務判斷所斟酌因素包含「(1) 工作瑕疵程度；(2) 瑕疵改善難易程度；(3) 契約目的受挫(defeated)的程度以及(4) 已完成工作對於業主使用或收益情形」等因素，以之加以綜合判斷<sup>325</sup>。是以，縱使是相同之瑕疵，於不同工程契約中，將可能導致不同之結論，例如海關檢查大樓內所有檢驗通道與設備皆已齊備，雖然地毯與其他內部裝飾尚未完成，但可能並不阻礙檢驗大樓之占有與使用，然而就旅館或辦公室之工程而言，地面覆蓋物之未完成通常會被認為妨礙該設備之預定用途<sup>326</sup>。

而英美法系採取實質完工之概念主要係因如採終局完工之概念，則由於實際工程履約過程中，工程涉及項目繁瑣浩大，若要求完成所有工作項目無疑是對承攬人過於苛求<sup>327</sup>，且如採該完工之概念，則業主已得使用該建物，僅因微小部分尚未完成，而論以未為完工，於此業主必對該微小之處抗辯而拒付報酬<sup>328</sup>，此時得想見定作人乃享有使用工作之利益，卻得拒付報酬，顯失公平。

<sup>322</sup> 李昇蓉，承包商對營建工程工期遲延及阻擾之索賠，國立政治大學法律系碩士論文，指導教授：黃立博士，2009 年，頁 33。

<sup>323</sup> 呂純純，同註 16，頁 77。

<sup>324</sup> See B. M. Jervis & P. Levin, 同註 158，頁 115(1988)

<sup>325</sup> Barry B. Bramble and Michael T. Callahan, Construction Delay Claims 28(1992)，轉引自謝哲勝、李金松，同註 47，頁 148；王伯儉，同註 53，頁 177。

<sup>326</sup> 呂純純，同註 16，頁 79。

<sup>327</sup> 藪內貴英、江口偵，8006 建築工事完成・引渡し・瑕疵修補・最終支払いの相互關係—英国標準の約款 JCT80/98 とわが国の民間約款の比較—，Architectural Institute of Japan 71 期，2001-03-05，頁 337。

<sup>328</sup> Jonathan J. Sweet, 同註 152，頁 658(5<sup>th</sup> ed 2009)。

## 參、我國實務見解

我國實務針對何謂完工曾有判決指出「……又系爭工程合約第二十條第二、三款之所謂『工程完成』，係指全部工程已經完工之客觀事實而言，與上訴人何時向被上訴人為『申報完工』之意思通知無涉。」<sup>329</sup>，但何謂「全部工程已經完工之客觀事實」？亦即該客觀事實之判斷基準為何？實務上大致有以下三種見解：

### (一)以取得執照者為完工

#### 1、台灣高等法院九十二年度上字第三六〇號判決

順誠公司將系爭工程完成，並於八十八年十二月三日請領使用執照交予上訴人，應認順誠公司就其承攬之系爭廠房新建工程已具備通常之效用。

#### 2、台灣高等法院台中分院九十四年度建上更(一)字第二號判決

「上訴人實際既已接管使用，並領得使用執照，是被上訴人主張以領得使用執照日期視為上訴人驗收完畢，合於常情」、「依現行交易習慣，承攬建築房屋工程，恆以領得使用執照為完工日期。」系爭第一、二期工程分別於八十七年三月四日及八十八年十二月三十一日領得使用執照，應以該日為被上訴人得請求系爭工程款之起算日

#### 3、台灣高等法院九十三年度重上字第六一九號判決

又甲○○以次五人辯以喬柏公司逾期完工應付罰款一千一百萬元部分，查喬柏公司係於八十六年六月十日簽訂系爭合約，依該合約第五條第一、二項約定，自翌日起算四百五十日之工作天，扣除國定假日、民俗節日及雨天，應於八十八年五月三十一日完工，喬柏公司既於同年三月八日獲准核發使用執照，顯未逾系爭合約第五條第一項所約定之期限

### (二)採實質完工之見解

#### 1、台灣板橋法院第九十二年度訴字第一六六四號判決

建築法之所以於核發建築執照前需審核工程圖樣；又於核發使用執照時再審核建築物之主要構造、室內隔間及建築物主要設備是否與設

<sup>329</sup> 台灣高等法院花蓮分院八十九年度重上更(二)字第六號判決。

計圖樣相符，係為要求起造人或承造人應按主管機關核准之設計圖樣施工建造，而建築物是否完工？其完工標準為何？當事人若未於契約中明確約定，自應就『實質上』是否達合格完工程度而為判斷，亦即至少符合建築法第七十條所規定之其主要構造、室內隔間及建築物主要設備與設計圖樣相同之程度。……完工標準應為其主要構造、室內隔間及建築物主要設備需與設計圖相符，而得以『向主管機關申請使用執照之日期視為完工日』，即其前提必須達到『實質上達合格完工』始可。

## 2、最高法院九十六年度台上字第一六九一號判決

所謂『交屋』能否與『竣工』同視，尤非無疑。而建築師公會既係就被上訴人施工完成部分為鑑定，依其與技師公會鑑定報告所載系爭工程各項瑕疵，是否可認至八十五年一月六日時，被上訴人施工已達可『交屋』之程度，而不負遲延責任，尤非無疑。又申請建造執照雖屬起造人責任，惟建管處准就系爭工程竣工日期延展至八十四年七月二十三日，已以函文通知兩造及建築師蔡錦文，蔡錦文並於竣工日期屆至前通知被上訴人，謂竣工期限為八十四年七月二十三日，請其確實配合起造人施工，若有瑕疵應即時改正，並於竣工期限內完成法定程序，該建造執照若逾期作廢、因地下室容積、停車空間、前院淨寬等相關法令變更，恐影響建築面積等語

### (三)驗收完畢時

#### 1、台灣高等法院台中分院八十六年度重上字第一二號判決

又依民法第二百三十五條之規定及最高法院三十一年上字第二四八一號判例所示意旨，承攬人所完成之工作物，須與契約訂定之內容相符，始得認為完工，故系爭工程之完工日，應指經涵碧樓公司驗收通過之該工程完成日即八十三年一月十五日。惟東岳公司於八十二年十一月三日申報竣工後，涵碧樓公司即於同年月八日通知東岳公司，謂系爭工程尚有客房浴室蓮蓬頭、客房玻璃窗及紗窗暨部分鐵門等未裝置，且屋頂及房間漏水，而東岳公司在回復涵碧樓公司之函中，對於上開瑕疵則未爭執，僅表示驗收日期決定後會配合準備，嗣涵碧樓公司又通知東岳公司，謂系爭工程有部分燈具、大廳天花板照明、客房浴室蓮蓬頭、客房燈、大套房電燈等未安裝；且部分牆面未油漆及補修、排水管未接、屋頂漏水，而於八十三年一月五日初驗時，發現

房間水泥地板嚴重龜裂、屋頂嚴重漏水、浴室衣架生鏽及鬆動、消防箱及開關箱生鏽、部分油漆太薄及脫落等問題，此有兩造函文及系爭工程驗收紀錄可稽。

## 2、台灣高等法院高雄分院八十九年度重上字第二五號判決

再者，依系爭合約第十二條第二款，合約中所謂『完成全部工程』，應係指被上訴人完成系爭合約內容報請建築師查驗之謂，與『正式驗收』全部工程尚屬有別，尚難以完成正式驗收與否，為被上訴人是否依約完成全部工程之論據。……工程全部完工之定義，應係指被上訴人在形式上經查驗結果，已完成全部工程而言。

### 肆、小結

就上開實務針對完工之概念大致可分為以上三說，首先，採取取得執照為完工之見解，殆受建築法第七十條所影響，蓋大多數之工程契約以建築房屋為主，而依照土地登記規則第七十九條規定，申報建物第一次所有權之登記(保存登記)應檢附使用執照，且依建築法第七十三條規定，必須有使用執照之建物，始可申請接水接電或申請營業登記或使用；而申請核發使用執照，依建築法第七十條、七十一條之規定，必須由起造人會同承造人及監造人檢附建築物竣工平面圖及立面圖，始可申請。因此，使用執照為建物登記所有權與開始使用的基本要件，故以「取得使用執照」作為完工之認定標準<sup>330</sup>。再者，以取得執照作為判斷基礎，則由公職人員決定工作是否得以使用，透過公權力之介入，使雙方當事人得以信服，且較能有一明確之判斷基準。

然而，核可使用執照之行政機關係契約以外之第三人，且其審核標準係以查驗主要構造、隔間、及主要設備是否與設計圖相符為主。就此而言，例如於建築房屋之工程契約中，建商取得執照後，建商尚須申請水、電、瓦斯，也必須完成房屋之隔間、安裝衛浴、廚房等設備，始符合契約上之要求，可見其核發執照與契約上的權利義務關係並無直接關係，此外，核發執照作業程序可能歷時甚久，將影響承攬人之權益。再者依照「臺北市政府工務局及所屬工程處工程施工驗收基準」第二十七點第三項規定：「建築工程需申請使用執照者，並應檢附使用執照，始得核付工程尾款。但於建築工程驗收後，因非可歸責於廠

<sup>330</sup>卓賢發，〈開工×完工〉如何認定？，現代地政第179期，頁70-71。

商之事由致無法請領使用執照時（如因水電、消防、空調工程等因素致未取得執照），得僅保留以結算金額百分之二計算之尾款，但如不足十萬元時以十萬元計，俟使用執照取得後，再予發還。」，可見核發執照僅是取得尾款的要件之一，而非完工之判斷基礎。故本文以為如契約中並未以核發執照作為完工之依據時，基於上開理由，實不宜以核發執照作判斷。

再者，採驗收合格時點為完工者，係認工程需藉由驗收以確認承攬人所為之施工必須符合契約圖說、文件約定事項且須達到約定之品質，故以此作為完工時點，此與FIDIC8.2條之概念相當。採該說主要理由乃係因工程契約常約定以驗收合格作為請求尾款之條件，甚至法院進而依循該約定於判斷中出現「因未通過驗收故不得認定為完工」，以此論斷方式，藉以否定工程款的請求，並以之作為完工基準。惟驗收原則上應僅係一確定工作有無瑕疵之程序，而與完工概念無涉，除非自整體契約觀之，驗收程序對當事人特別重要而有必要將該驗收部分納入完工概念範疇內<sup>331</sup>，否則於一般情況下，若以業主何時受領給付作為承攬人是否得以請求報酬或遲延完工之基準，則顯然將判斷權限交由債權人一方單方恣意決定，亦即一旦定作人遲滯驗收或藉故不予驗收時，承攬人即無法向定作人請求報酬給付，甚至陷入給付遲延，甚不合理，除此之外，由於工程契約多約定損害賠償額預定性之逾期違約金，若認為需驗收完成始為完工者，則縱承包商於驗收改善瑕疵過程中，所無法順利解決之瑕疵事實上無礙工程系統機能之運作，定作人如得對承攬人課以損害賠償額預定性之逾期違約金，強使承攬人承擔此一經濟上之責任，對承攬人而言，責任過重。尤其當定作人一面實際占有與享有該工程建物之使用，卻一面以承攬人未達合約約定之終局完工為由，課處定作人逾期罰款之情形，尤顯不公<sup>332</sup>。

綜上所述，本文以為，我國承攬編完成工作之概念所強調應是定作人得就其訂約而使用收益工作之概念，而非完成所有之工作，應與實

<sup>331</sup>如認於特殊狀況下因驗收對當事人而言十分重要，而需納入完工範疇概念中，而以驗收完畢時點作為完工時點，則本文以為此時定作人驗收行為定性上雖屬受領給付之不真正義務之性質，惟定作人驗收行為影響承攬人工作是否得以完成之結果，故應認屬定作人之協力義務，如定作人違反該義務時，則承攬人應得依照民法第五百零七條規定「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，並得賠償因契約解除而生之損害。」先催告定作為之，若定作人仍不驗收，則應認承攬人得依該條規定請求解除契約，並向定作人請求因契約解除所生之損害。

<sup>332</sup>呂純純，同註16，頁77、吳若萍，同註311，頁90。

質完工之概念相當。再者，我國內政部工程採購契約第二十三條規定「工程驗交：（一）工程完工：工程依本契約完竣後，乙方應對施工期間毀損及或遷移之公共設施予以修復或回復，並將現場堆置的施工機具、器材、廢棄物及非本工程所應有之設施全部運離或清除，並填具竣工報告，於經甲方勘驗認可，始得認定為工程完工，乙方以書面通知甲方備查。但主體工程已全部完成，如因接水、接電、配合整修或瑕疵及零星之配合工作於驗收前必需辦理完成。」，從但書規定觀察，可得出其乃採實質完工之認定<sup>333</sup>，是以，本文以為就工程完工之概念應採實質完工，即以承攬人申報完工當作完工時點，即當承攬人自認為完工而依契約之要求向定作人提出竣工報告書時，性質上應與債務人「給付之提出」相當；而其後定作人之驗收則應屬於債權人「受領給付」之行為。若承攬人所提出的給付係符合定作人原先定作工作之目的，則符合民法第二百三十五條之要求，即應以提出給付之時作為是否違反履行期之基準，反之，若系爭工作未達實質完工標準，即應屬於未達民法第二百三十五條之要求，而不生提出之效力<sup>334</sup>。

### 第三項 完工與瑕疵

#### 壹、前言

承前所述，本文以為完工之概念應採實質完工之概念，然完工與瑕疵之關連性為何，亦將影響完工之認定，而我國實務對此之見解極度分歧，莫衷一是，有認為「又工作之完成與工作有無瑕疵係屬二事，定作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬人修補，如承攬人不於所定期間內修補瑕疵，或拒絕修補，定作人得依民法第四九四條之規定請求減少報酬而已。」<sup>335</sup>，即認為工作之完成與工作之瑕疵係屬二事，若工作有瑕疵，僅得依瑕疵擔保規定主張權利，並不得拒付酬金；但另有認為「按承攬係以工作之完成為目的之契約，於未依當事人之約

<sup>333</sup> 該條規定：「工程竣工：除另有規定外，工程依本契約圖說(含變更設計)施作完竣後，乙方應對施工期間毀損或遷移之公共設施予以修復或回復，並將現場堆置的施工機具、器材、廢棄物及非本工程所應有之設施全部運離或清除，並填具竣工報告，於經甲方勘驗認可，始得認定為工程竣工。但主體工程已全部完成，如須配合整修或瑕疵及零星之配合工作應於驗收前辦理完成。」

<sup>334</sup> 吳若萍，同註 311，頁 92-93。

<sup>335</sup> 最高法院 96 年台上字第 1319 號判決，另外最高法院 89 年台上字第 2068 號判決、最高法院 81 年度台上字 2736 號判決、73 年台上字 2814 號判決、82 年台上字 1440 號判決、76 年台上字 1079 號判決同其意旨。

定，發生預期之結果前，尚難謂承攬之工作業已完成。」<sup>336</sup>，即認為承攬人所施作之工作為符合合約所定之預期結果前，即不能認承攬人已完工，自不得請求報酬之見解<sup>337</sup>；由此可見實務見解分歧，將造成工程實務上運作之混亂，實有探討之必要。故以下將介紹我國實務見解，再簡述外國發展情況，最後，延續著上開實質完工之概念及瑕疵擔保責任之性質加以分析檢討。

## 貳、我國實務

我國實務針對完工與瑕疵之間關連性為何，有以下兩種見解：

### (一)完工與瑕疵係屬二事

#### 1、最高法院七十三年台上字第四七九〇號判決

承攬人因工作物有瑕疵，對定作人所負修補義務，與定作人給付報酬之義務並無對價關係。承攬之工作物如為房屋，所完成之房屋，果其騎樓使用第三人之土地，就令因此對定作人負有將騎樓所使用之土地為移轉登記義務，然究難謂係原承攬契約所由生，亦與定作人給付報酬之義務無對價關係。

#### 2、台灣高等法院九十四年度重上更(二)字第一一九號判決

……又工作之完成與工作有無瑕疵係屬二事，定作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬人修補，如承攬人不於所定期限內修補瑕疵，或拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，定作人得依民法第四百九十四條之規定請求減少報酬而已。系爭中文合約屬承攬性質，倘工作有瑕疵者，宏偉公司得定相當期限，請求新亞洲公司修補之，與民法第四百九十三條第一項相當。則新亞洲公司縱未依契約約定提出給付，僅生宏偉公司得定相當期限，請求新亞洲公司修補之問題而已。

#### 3、台灣高等法院九十二年度上字第七一一號判決

縱該大樓仍有瑕疵，亦為交屋後瑕疵擔保之問題，屬於合建契約第六條第五款有關保固期間保證金之另一範疇。

#### 4、台灣高等法院九十三年度建上字第三四號判決

<sup>336</sup> 最高法院 95 年台上字 1242 號判決，最高法院 84 年台上字第 2249 號判決同其意旨。

<sup>337</sup> 古嘉諱，工程契約之死，月旦法學教室第 70 期，頁 85-86。

系爭電塔工程既經上訴人於八十八年四月十二日驗收合格，雖於事後發見有不合建築技術成規之情形，充其量亦僅係工作瑕疵，而非鐵塔工程未完成，不能謂為不完全給付，上訴人自無債務不履行之損害賠償請求權。

#### 5、台灣高等法院九十五年度重上更(一)字第一〇二號判決

嘉城公司拒絕給付系爭合約第五條第一項所定第五、六階段及其後階段之工程款，即屬無據。系爭大樓既已通過消防檢查及取得使用執照，兩造並於九十年三月十三日協調會約定：『同年月十六日工地初驗收，驗收過程若有瑕疵以保固時間內修復』之協議，應認系爭工程於同年月十三日已完成，況已完成初勘，復經嘉城公司出售或出租使用中。嘉城公司所指之缺失，充其量僅屬工程未具備約定之品質而應負瑕疵擔保責任問題而已，非可以工作未完成拒付工程款。

#### 6、台灣高等法院高雄分院九十年年度重上字第四〇號判決

又所謂工作未完成與工作有瑕疵不同，前者係指應完成之工作尚未完成，後者則係指雖已完成工作，惟工作內容有瑕疵而言。系爭工程為房屋之增建及改造，浴室天花板、地板鋪設磁磚等施工項目，僅為整體工作之一部，甲○○既已完成增建及改造系爭房屋之整體結構工程，僅未施作浴室天花板，且就地板部分以油漆粉刷代替約定之鋪設地平線磁磚，均僅屬減少預定效用之瑕疵，非可謂工作未完成。是上訴人以被上訴人未如期完工為由，請求給付違約金，尚屬無據。

#### 7、台灣高等法院八十八年度上更(二)字第一八九號判決

雖管委會嗣以存證信函通知上訴人系爭大樓外牆，頂樓地板等有漏水等瑕疵待改善等情，但工作之完成與工作有無瑕疵係屬兩事，定作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬人修補，如承攬人未依限修補或拒不修補或其瑕疵不能修補者，定作人得依民法第四百九十四條之規定請求減少報酬而已。

#### 8、台灣高等法院八十七年度上字第一五四二號判決

再參諸合約第十九條『驗收及接管：乙方於工程完成時，應即通知甲方。甲方接獲乙方前項通知時，甲方應於十五日內初驗，俟驗收合

格後，經甲方通知乙方送達領款發票日起三日內付清承包價款。』第二十一條『付款辦法……(一)在工程訂約時乙方如繳存在甲方等於工程總價百分之十之工程履約保證金，……(四)全部工程完成並經驗收，乙方應出具保固切結及保不漏切結書，並繳存工程總價百分之一保固保證金後，其尾款結清之，並無息退還乙方所繳存之全部工程保證金（保固保證金俟保固期滿後再行無息退還）。』之約定，顯然系爭工程已完成，故上訴人除保留一成之工程款外，其餘工程款均已給付被上訴人鴻德公司。雖系爭工程具有瑕疵，僅屬合約第二十二條保固或民法第四百九十三條以下瑕疵修補等之問題，尚不得因系爭工程具有瑕疵，即謂被上訴人鴻德公司所施作之工程尚未完成，上訴人辯稱本件系爭工程尚未完成云云，非屬可採。則上訴人不得依合約第二十五條第一項前段得隨時終止合約之約定，終止契約。至合約第二十五條第一項後段第一款所謂『乙方未履行本合約規定』應係指乙方即被上訴人鴻德公司根本未履行系爭合約規定之工程，不包括被上訴人鴻德公司所為工程具有瑕疵，此觀該約定「未履行」，非「不履行」可明。

#### 9、臺灣高等法院九十年度重上字第四一六號判決

惟查桃園農田水利會八十八年四月二十二日桃農水工字第三〇六一號函稱系爭綜合大樓新建工程業於八十六年十一月二十五日如期完工，並於八十七年九月二十八日完成驗收，承包廠商並無逾期完工云云，至少應認系爭帷幕牆工程已於該函所載完工日完工，則新亞洲公司主張伊縱未於八十六年六月二十五日完工，亦應於八十六年十一月二十五日完工一節，尚屬可採。至施工有無瑕疵，乃宏偉公司得否請求修補之問題，不能以施工之瑕疵，謂工程尚未完工。」，

#### 10、台灣高等法院九十六年度建上字第八八號

至工程有無瑕疵，則屬事後瑕疵修補、減少報酬或解除契約之問題，與逾期完工無涉。

#### (二)完工與瑕疵有相當之關連性

##### 1、最高法院九十八年度台上字第七五〇號判決

被上訴人所施作之工程有(一)非不銹鋼螺絲連接，而係塑膠卡榫對鎖箱體強度不足；(二)名牌框及相片框尺寸不符；(三)門板無木紋及

厚度不足等**瑕疵**等情，為原審所認定之事實，綜此情節，參證互酌，能否謂被上訴人係依債務之本旨為給付，非無疑問。

## 2、台灣高等法院高雄分院九十五年度上更(一)字第一七號判決

故中油公司於八十四年十一月一日始進行初驗而有『1.伸縮縫未依合約規定施工，以切割式工法為之，並將防水布割破。2.水泥表層有部分未達合約要求之厚度。3.水泥表層多處龜裂。』之缺失，因認初驗不合格。足認濟謚公司並未能依約完成其所應履行及預期達到之結果，就承攬係以工作之完成為其目的而言，顯尚未達已完工之程度，而非完工後之**瑕疵**擔保問題。故縱其於八十三年五月十三日向高勞中心申報完工，仍屬其主觀上之認定，自難以該申報完工日謂無逾期完工之情事。

## 3、最高法院九十六年度台上字第一六九一號判決

所謂『交屋』能否與『竣工』同視，尤非無疑。而建築師公會既係就被上訴人施工完成部分為鑑定，依其與技師公會鑑定報告所載系爭**工程**各項**瑕疵**，是否可認至八十五年一月六日時，被上訴人施工已達可『交屋』之程度，而不負遲延責任，尤非無疑。又申請建造執照雖屬起造人責任，惟建管處准就系爭**工程**竣工日期延展至八十四年七月二十三日，已以函文通知兩造及建築師蔡錦文，蔡錦文並於竣工日期屆至前通知被上訴人，謂竣工期限為八十四年七月二十三日，請其確實配合起造人施工，若有**瑕疵**應即時改正，並於竣工期限內完成法定程序，該建造執照若逾期作廢、因地下室容積、停車空間、前院淨寬等相關法令變更，恐影響建築面積等語

## 4、最高法院九十六年度台上字第二七七一號判決

原審：……上訴人既曾以上函表示系爭**工程**契約所定規格係較特殊規格，並無現貨，須進口訂製產品，以致無法如期完工，並理解應按約罰逾期之罰款等情，顯見其甚為注意商品之規格，並無誤解。而上訴人安裝施作之LED燈無法完成驗收，係因其所提送檢驗LED燈之型式、尺寸長寬各7.62mm，屬正方形，顯與設計圖所設計之LED燈型為長20.9mm、寬11.2mm，屬長方形者不符，確屬不合格所致，足證其確未依契約施工，而有未依債務之本旨提出給付之情形，依民法第二百三十五條前段規定，自不生合法提出給付之效力，被上訴人自得

依法拒絕受領（驗收）。是以宏吉公司縱未將上訴人所提前述送審資料轉送被上訴人，亦未就施工過程中發現上訴人有未按約履行之情事，告知上訴人並促請立即改善，亦非可補正上訴人未按債務本旨提出給付之事實。況經上訴人自行送請財團法人工業技術研究院（下稱工研院）試驗結果，既未敘明 LED 燈具之功能係屬合格，且僅經第六〇〇小時即已有光衰或非正常之變色現象，為上訴人所明悉並自行於第一審要求更換燈具材料。則若以每日照明八小時計算，不及三、四月即有上開不良不堪用現象，顯然無法依約達到二年保固之要求。足見上開 LED 燈具無論型式、尺寸、材料品質及功能上均有重大之瑕疵，上訴人又未能再提出系爭燈具合格之其他佐證。……茲上訴人所安裝之系爭 LED 燈既不合於系爭工程契約之約定，而未經被上訴人完成驗收。原審因以上述理由，為不利於上訴人之論斷，並未逾兩造所爭執之範圍，經核於法洵無違誤。

### 參、日本法

在日本法制中，如前所述，其完工之概念乃採取預定工程終了說，亦即只要預定工程終了即屬完工，而將瑕疵和完工之概念切割。是以，工作未完成之情形，定作人得拒付報酬，但已完成僅有瑕疵之情形時，定作人不得以之拒付報酬，而只得依照瑕疵擔保責任之規定加以請求<sup>338</sup>。蓋承攬人如有細微之瑕疵而認為承攬人不得請求攬報酬，對於承攬人是十分苛酷，且瑕疵擔保責任僅要求瑕疵必須存在，而不問承攬人有無過失，且不限於隱藏之瑕疵，故定作人縱使無法拒付報酬，仍得依照瑕疵擔保責任之規定請求，是衡量定作人和承攬人之利益後，應認為瑕疵擔保責任與完工無涉<sup>339</sup>。

然亦有實務判例不以預定工程終了說作為工作完成與否之判斷，例如大阪高判昭和 59 年 12 月 14 日<sup>340</sup>，該案子為一形式上完成之建物，但其有諸多瑕疵並違反建築基準法，因此致建物無法使用，此外該瑕疵難以修補，且因修補或重置費用超出承攬報酬之兩倍，重作亦有困難，因上述原因該判決指出「工作如有重大瑕疵，失去原來預定之效用，使定作人受領該工作卻無法得到任何利益之情形下，應認工作尚

<sup>338</sup> 大阪地判昭和 49 年 6 月 6 日，判例時報第 779 卷，頁 91。橫濱弁護士會編，同註 218，頁 82；內山尚三，請負，東京：一粒社，1982 年初版，頁 84；西口元、廣瀨和彥，同註 178，頁 35。

<sup>339</sup> 橫濱弁護士會編，同註 218，頁 82

<sup>340</sup> 判タイムズ第 549 卷，頁 187。

未完工。而本件情形與未完工之情形並無實質上之差異，是以，如該場合仍要求定作人受領該工作物且支付報酬，則當事人之利害關係顯失平衡，且有違有償之雙務契約要旨」，職是而言，本件認為「瑕疵重大」與「未為完成之情形」並未有實質上之差異，而認為定作人得拒絕承攬人之報酬請求<sup>341</sup>，另有學說提出類似該實務之見解，即當工作因瑕疵極為重大時，致無法達到締結工程契約的目的，即應認為承攬工程尚未完成，而認承攬人有債務不履行之情事，需付給付遲延之責<sup>342</sup>。但有學說指出該判決之所以採取不同立論基礎，可能係因於本件具體案例中，法院衡量瑕疵之內容、程度、修補之可能性、承攬剩餘報酬部分，以及定作人請求瑕疵擔保之可能性(主張舉證之問題)等之承攬人和定作人雙方情事，而為圖謀一妥當解決，將之評價為未完成<sup>343</sup>，然上揭實務因個案因素進而得出相異之結論似有不妥，是仍應堅守工程預定終了說之見解，認瑕疵與完工係屬不同層次之概念。

另有判決進一步認為，除有違反誠信原則之情形外，代替瑕疵之損害賠償支付與承攬報酬支付得為同時履行抗辯，並得以之作為拒絕全額報酬給付之抗辯<sup>344</sup>，換言之，該實務堅守預定工程終了說之立場，認定工作雖有瑕疵重大仍不構成債務不履行，但得透過定作人之瑕疵擔保責任之請求加以妥善解決<sup>345</sup>。

#### 肆、小結

依照政府採購法施行細則第九十二條第一項規定「廠商應於工程預定竣工日前或竣工當日，將竣工日期書面通知監造單位及機關。除契約另有規定者外，機關應於收到該書面通知之日起七日內會同監造單位及廠商，依據契約、圖說或貨樣核對竣工之項目及數量，確定是否竣工；廠商未依機關通知派代表參加者，仍得予確定。」，因而由此可知，所謂完工係以承攬人是否完成契約、圖說之項目及數量作一判斷基準，當承攬人完成之工作項目、數量符合契約、圖說之約定，則可確定工程「竣工」，然其未針對施工品質作相關之要求，而將瑕疵與工作認為係屬二事之實務見解或許係基於該規定所得出之結論，然

<sup>341</sup> 橫濱弁護士会編，同註 218，頁 81。

<sup>342</sup> 後藤勇，同註 235，頁 72。

<sup>343</sup> 橫濱弁護士会編，同註 218，頁 82

<sup>344</sup> 平成 9 年 2 月 14 日判例時報第 1598 卷，頁 65。；橫濱弁護士会編，同註 218，頁 82。

<sup>345</sup> 橫濱弁護士会編，同註 218，頁 81。

本文以為，承攬契約既以承攬人施以勞務而生約定的結果為目的，重在工作的完成，且參照民法第四百九十二條，其乃著眼於是否合乎約定使用目的之觀點，因可得出所謂的工作完成，必須完成的工作符合當事人約定所欲達成的品質與功用，或雖未約定，但具備通常的品質，並適於通常的使用。

其次，有學說認為縱使未能主張其未為完工，而主張拒付報酬之同時履行抗辯權，但仍可以請求瑕疵修補等之相關瑕疵擔保責任，定作人仍有救濟之管道資以補救，進而認為定作人不依法律之規定追及承攬人之擔保責任，而僅以目的物有瑕疵而拒絕給付報酬者，實有不妥，故應解為定作人不得拒絕給付報酬為宜<sup>346</sup>。

然本文以為，如僅因承攬人已依照契約文件圖說所約定之項目施作完畢，但因瑕疵致工作物無法達到契約之預定目的<sup>347</sup>，如採日本學說之見解，將完工與瑕疵截然區分時，此時應屬完工，如承攬人得向定作人請求報酬，雖定作人另得主張修補瑕疵，但就定作人之修補瑕疵請求權與承攬人之報酬請求權得否主張同時履行抗辯，於我國實務上尚有爭議，如認定作人就修補瑕疵部分無法主張同時履行抗辯時，定作人勢必先給付承攬報酬始能請求瑕疵修補，此時承攬人既已取得報酬，則可預見其修補瑕疵之意願必然不高，對定作人之權益將有實質上之損害；再者，縱使得透過履約保證金之保留解決上開之問題，然此時承攬人已完工，定作人因而無法請求契約預定之遲延違約金，雖定作人尚得依照民法第四百九十五條規定請求，然就損害之舉證部分大有不同，蓋前者因契約已預定遲延違約金，則逕依照契約規定按日扣款，定作人無庸舉證，反之，後者因無約定損害，依照**基礎規範理論**之見解，需由定作人自行負擔舉證責任，然於訴訟上舉證角色轉換亦往往影響其勝敗，且尚有舉證成本之考量，將使定作人就其因無法使用收益工作物之損害請求上產生困難，亦有違定作人訂約時預定違約金之本意。

末者，日本實務界雖指出如因細小之瑕疵使定作人得拒付報酬，似對承攬人過苛，此見解固非無見，然若瑕疵重大致定作人無法依原先

<sup>346</sup> 林廷瑞，同註 101，頁 13。

<sup>347</sup> 例如旅館建設工程，就其浴廁部分，承攬人已依照契約細項完成，使其具有基本設備，例如馬桶、浴缸等，但因馬桶欠缺沖水功能或是熱水因管路設計問題，而無法供給熱水之情況。

訂約目的使用工作物時，則拒付全額之報酬是否仍對承攬人過苛，退萬步言，承前所述，其提出透過瑕疵擔保責任之體系，亦可得出與拒付報酬相當之結果，無損定作人之權利，然回歸至擔保責任之本質觀察，如前所述，相對於買賣契約，承攬人乃較出賣人更具有修補之專業，故承攬契約之擔保責任不單是法律為維持有償契約之等價之均衡為目的<sup>348</sup>，更係債務履行體系之一環，故自承攬人負有修補義務之主給付義務觀察，亦可得出「完工」尚需使工作物符合其所約定或是通常之品質，至於微小之瑕疵<sup>349</sup>，因不影響工作使用目的，仍屬完工，但承包商仍須對於工程瑕疵部分負責，故業主仍得扣留承包商未為完成之必須工程款，以確保因工程瑕疵所受之損失，是縱採本文之見解，尚不生日本實務所稱定作人與承攬人間之利益失衡問題。

循此以觀，應將瑕疵納入完工之概念，再者，延續實質完工之概念，其以是否能達到定作人之預定目的作一衡量基準，故本文以為，當瑕疵重大以致定作人之預定目的已無法達成時，則應認為係屬未為完工<sup>350</sup>，以最高法院八十四年度台上字第二二四九號判決為例，承攬人承攬定作人之地下連續壁施作，因連續壁施工不當，至兩單位壁體錯開導致地下室外牆結構不符圖說要求，最高法院判決乃認為「承攬人係以『工作』之『完成』為目的之契約，於未依當事人之『約定』，發生預期之結果前，自難謂承攬之『工作』也已完成。故承攬人之工作是否完成，應就契約之內容觀察，非可因承攬人應負品質及瑕疵修補

<sup>348</sup>林廷瑞，同註101，頁11。

<sup>349</sup>例如台灣高等法院台中分院九十七年度建上字第一八號判決「(2)輕微瑕疵不影響完工之認定：依上開鑑定報告所示，被上訴人施工內容均依變更設計後之圖面施工，或依上訴人指示而變更施作內容，且系爭工程業經苗栗縣政府建設局審核竣工圖面無訛後，核發使用執照；至被上訴人所施作之工程雖具有某種程度之瑕疵，但屬工程完工驗收階段之清潔及改善事項」。

<sup>350</sup>最高法院九十五年度台上字第一二四二號判決：「原審見解(台灣高等法院高雄分院九十二年度上字第一六〇號判決)：至於中油公司於八十三年九月二日之初驗有關伸縮縫未依合約規定施工，以切割式工法為之，並將防水布割破，以及水泥表層有部分未達合約要求之厚度、多處龜裂等報告，乃承攬人就工作物是否應負瑕疵擔保責任之相關記載，此與系爭工程之完成，究屬兩事。況系爭工程契約對「工程完工」與「工程驗收」本有不同之約定，於未約定驗收及修繕期間視為工作天，或驗收不合格及未修繕完成前仍繼續計算其施工日數之情形下，縱因工程瑕疵，經若干期日補正後，始驗收完畢，亦僅高勞中心可否向濟謚公司請求損害賠償之問題，難將瑕疵補正之日期計入工期。」，然上訴三審，最高法院認為：：「次按承攬係以工作之完成為目的之契約，於未依當事人之約定，發生預期之結果前，尚難謂承攬之工作業已完成。原審既認定系爭工程完工日(八十三年九月二日)，濟謚公司施作之工程有『伸縮縫未依合約規定施工，以切割式工法為之，並將防水布割破，水泥表層有部分未達合約要求之厚度，以及水泥表層多處龜裂』等情形存在，似見濟謚公司施作之工程，有未依合約規定施工之情形，於其未為補正前，能否以其所稱之完工日即謂其承攬之工作已完成而合乎契約之本旨？原審就此攸關高勞中心請求違約金計算之基準(即逾期日數)、濟謚公司是否有工程尾款請求權？暨濟謚公司以該工程尾款為抵銷之抗辯有無理由之事項，未詳為審究。徒以上開中油公司初驗報告所指情事，均屬瑕疵擔保之範圍，與『完工』無關」即認為完工與瑕疵之間有相關性。

之擔保責任即無視契約之約定，而將除『工作外在形式』外之部分，均委之於承攬人擔保責任之範疇。」，故本文認為如工作物瑕疵係屬重大，已影響其目的，故應認為未為完工。反之，若僅係微小之瑕疵<sup>351</sup>，不影響工作使用目的時，則仍屬完工，承包商即無庸負逾期完工之責，但承包商仍須對於工程瑕疵部分負責，故業主仍得扣留承包商未為完成之必須工程款，以確保因工程瑕疵所受之損失。

## 第四節 完工後驗收前之瑕疵擔保責任

### 第一項 概述

承前所述，我國民法承攬編就瑕疵擔保責任效果主要規範於完工後之情形，故完工後即屬四百九十三條至四百九十五條物之瑕疵擔保責任之範疇主要規範，而契約大多亦延續其規範作相同之約定，除此之外，如該工程係屬公共工程而適用政府採購法者，當承攬人之工作如有瑕疵，致查驗或驗收不合格，且其情節重大者，非惟定作人有可能因此終止契約，依政府採購法第一百零一條之規定，尚有可能遭定作人通知為不良廠商，予以停權之處分<sup>352</sup>，此亦需一併注意。

因而，本文以下先以我國契約範本以及外國契約範本作簡單之介紹與分析，再以民法規範之脈絡逐一檢視目前工程以及司法實務界之相關法律爭議，並進一步研析之，以釐清目前實務現況之問題。

### 壹、我國契約範本規範

採購契約要項第五十一條「五十一、廠商履約結果經機關查驗或驗收有瑕疵者，機關得定相當期限，要求廠商改善、拆除、重作、退貨或換貨(以下簡稱改正)，並得訂明逾期未改正應繳納違約金。廠商不於前項期限內改正、拒絕改正或其瑕疵不能改正者，機關得採行下列措施之一：(一)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。(二)解除契約或減少契約價金。但瑕疵非重要者，機關不得解除契約。因可歸責於廠商之事由，致履約有瑕疵者，機關除依前二

<sup>351</sup> 例如台灣高等法院台中分院九十七年度建上字第一八號判決「(2)輕微瑕疵不影響完工之認定：依上開鑑定報告所示，被上訴人施工內容均依變更設計後之圖面施工，或依上訴人指示而變更施作內容，且系爭工程業經苗栗縣政府建設局審核竣工圖面無訛後，核發使用執照；至被上訴人所施作之工程雖具有某種程度之瑕疵，但屬工程完工驗收階段之清潔及改善事項」

<sup>352</sup> 李家慶，同註3，頁97。

項規定辦理外，並得請求損害賠償。」

工程採購契約範本第十五條第十項、十一項以及十二項「(十)廠商履約結果經機關初驗或驗收有瑕疵者，機關得要求廠商於\_\_\_\_日內（機關未填列者，由主驗人定之）改善、拆除、重作、退貨或換貨（以下簡稱改正）。逾期未改正者，依第 17 條遲延履約規定計算逾期違約金。但逾期未改正仍在契約原訂履約期限內者，不在此限。(十一)廠商不於前款期限內改正、拒絕改正或其瑕疵不能改正，或改正次數逾\_\_次（由機關於招標時載明；無者免填）仍未能改正者，機關得採行下列措施之一：1. 自行或使第三人改正，並得向廠商請求償還改正必要之費用。2. 終止或解除契約或減少契約價金。(十二)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。」

臺北市政府工程採購契約範本第十五條第十項、第十一項和十二項：「(十)廠商履約結果經機關初驗或驗收有瑕疵者，應在機關通知之指定期限內完成改善、拆除、重作、退貨或換貨（以下簡稱改正）。逾期未改正者，依第 18 條遲延履約約定計算逾期違約金。但逾期未改正仍在契約原訂履約期限內者，不在此限。瑕疵改正處理及逾期日數計算原則如下：1. 機關應於指定改正期限屆滿之次日起辦理複驗，廠商如有提前完成改正者，應以書面通知機關，以利機關辦理複驗。如複驗仍不合格時，廠商應於機關指定之第 2 次改正期限內完成改正，並自第 1 次複驗完成之次日起計算至瑕疵改正完成通知送達機關之日止，均以逾期論。2. 機關應於第 2 次改正期限屆滿之次日起辦理複驗，如複驗仍不合格時，依第 11 款規定辦理。3. 複驗時應就紀錄所載明之瑕疵進行複驗，如有發現新瑕疵時，其屬初驗之複驗者，列入驗收瑕疵改正；其屬驗收之複驗發現者(以 1 次為限)，機關應再指定期限通知廠商改正，其瑕疵改正期間不計入逾期天數。如廠商逾該指定期限仍未修改或處理完妥，依前 2 目約定辦理。4. 第 1 目機關指定之改正期間內若遇天災或事變等不可抗力因素或不可歸責於廠商之事由，經機關同意者得予延長。」「(十一)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 2 次仍未能改正者，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。3. 由廠商

於機關第 3 次通知改正期限內改正完成，第 3 次仍逾期未改正完成者，依前 2 目約定辦理。」以及「(十二)因可歸責於廠商之事由，致履約有瑕疵者，機關除依前 2 款約定辦理外，並得請求損害賠償。」

國公局一般條款 T.3 為驗收之規定「工程司應於全部竣工文件審核完成後，併同竣工檢驗記錄向主辦機關提報驗收，主辦機關應即訂期辦理驗收。(1)驗收合格：全部工程經主辦機關驗收合格即由主辦機關於 14 日內簽發結算驗收證明書。(2)驗收不合格(A)辦理驗收時，若主辦機關發現工程有任何瑕疵而不能接受時，得按下列方式辦理：a、全部或部分工程之尺寸、數量或使用材料與契約規定不符或工程品質有缺陷時，即為驗收不合格，承包商應自費於期限內改善、拆除、重做、退貨或換貨至主辦機關認定合格之狀況。b、驗收如有瑕疵應予改正時，其改正期限應由承包商與主辦機關協商後載明於驗收記錄內，並由主辦機關書面通知承包商於期限內完成瑕疵改正工作後通知工程司辦理複驗。c、如上述驗收不合格之瑕疵改正工作已逾改正期限，則視為逾期，其逾期日數自改正期限屆滿之次日起計算至改正完成之日止。每日按契約決標總價萬分之一計算逾期改正違約金，其逾期改正違約金總額以契約決標總價之 1% 為上限，並不計入契約書主文規定之逾期罰款限額。非可歸責於承包商之責任並經工程司確認者，不予計罰。d、如承包商無法在上述時限內改正或拒絕改正時，主辦機關得自行或使第三人改正，所需費用將從應支付承包商之估驗計價款、保留款及各項保證金內扣抵。(B)因可歸責於承包商之事由，致履約有瑕疵時，主辦機關除依前述規定辦理外，並得請求損害賠償。」

## 貳、外國契約範本

### 一、AIA 契約範本

依照 AIA 12.2.1.1<sup>353</sup> 以及 2.4<sup>354</sup> 規定，如定作人發見瑕疵者，則必

<sup>353</sup> 12.2.1.1 「承商應該立即改善被建築師拒絕或是不符合契約文件所要求之工作，不論是被發現於實質完工之前後，或是建造中、安裝中或是完工。修正金額例如被拒絕之工作，大概包含額外的測試和檢驗，揭露和重置費用以及對於建築師服務的賠償以及其它必須之費用，應該在建商之費用。」

<sup>354</sup> 2.4 業主實現工作的權利：「如果建商失敗或懈怠去依然契約文件實現工作的內容，並且未能於自業主收到通知十日內，開始且持續以勤勉和立即去修補這樣的失敗或懈怠，業主，在未侵害

須先行催告承攬人為修補，但如承攬人未能在收到催告十日內為修補者，則定作人得依照減少報酬或自行修補費用後再行向承攬人要求必要之費用，且明白揭示如該費用超出報酬者，則承攬人有義務再行支付其超額費用。

## 二、FIDIC

依照 FIDIC 9.3<sup>355</sup> 之規定，若工程未能通過定作人之驗收，則工程師得依照 FIDIC 7.5<sup>356</sup> 拒絕驗收，而廠商應立即修補瑕疵，讓工程符合契約之約定，廠商於修補完畢後，再行向業主請求驗收，然若仍未能通過再次驗收時，則依照 FIDIC 9.4 條規定<sup>357</sup>，定作人有三個救濟途徑。

首先，定作人得依照 9.3 條再為重新之測試，亦即再度請求承攬人修補瑕疵。在實務上此再度請求係屬常見。至於 9.4 條之其他兩個救濟途徑因對業主和建商雙方權益可能產生巨大影響。因此，在實務上通常被視為最後之手段<sup>358</sup>。

---

業主的擁有之其他修補下，自行修補缺陷。這樣的適合之改變應是有刪減其報酬或從此以建商合適費用去修補這樣的缺陷，包含因這樣不履行、懈怠或失敗業主的費用以及補償建築師額外服務，業主行為和向建商請求的金額皆須依賴建築師事前的允許。如果，支付或其後因建商之支付不足於負擔其全部費擔時，則建商應給予業主餘額」

<sup>355</sup> 9.3 條規定重新試驗「如果工程或某工程未能通過竣工試驗，應適用第 7.5 款拒收的規定，工程師或承包商可要求按相同的條款和條件，重新進行此項未通過的試驗和相關工程的竣工試驗。」

<sup>356</sup> 「7.5 拒絕 若檢查、檢驗、測量及測試結果，發現永久設備，材料或施工工藝有瑕疵或有其他不符合契約的情形，工程師得敘明理由通知廠商拒絕驗收。廠商應立即修補瑕疵，並確保被拒收的工作物於修復後將符合契約要求。若工程師要求對經過修復或更換永久設備、新材料或施工工藝重新進行檢測，檢測的條件應和先前一樣。若重新檢驗使業主需支付額外費用，廠商應依據第 2.5 條業主的索賠支付此等費用與業主。」

<sup>357</sup> 「9.4 條規定：未能通過竣工試驗

如果工程或某單位工程未能通過根據第 9.3 款重新試驗的規定重新進行的竣工試驗，工程師應有權：

- (a) 下令根據第 9.3 重新試驗再次重複竣工試驗；
- (b) 如果此項試驗未通過，使雇主實質上喪失了工程或單位工程的整個利益時，拒收工程或單位工程(視情況而定)，在此情況下，雇主應採取與 11.4 款未能修補瑕疵(C)項規定的相同的補救措施；或
- (c) 如果雇主要求，頒發接收證書

在採用(c)項辦法的情況下，承包商應繼續履行合同規定的所有其他義務，但合同價格應予減少，減少的金額足以彌補此項試驗未通過的後果給雇主帶來的價損失。除非對此項試驗未通過相應減少的合同價格在合同中另有說明(或規定了計算方法)，雇主可以要求該減少額要(i)經雙方商定(僅限於滿足此項試驗未通過的要求)，並在此項接收證書頒發前支付，或(ii)根據第 2.5 款(雇主的索賠)和第 3.5 款(確定)的規定，確定予以支付」

<sup>358</sup> Ellis Baker、Ben Mellors、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 420(1<sup>th</sup> ed 2009)。

其次，按 FIDIC 9.4 條 b 款規定，如果再度驗收未通過時，使雇主實質上喪失了工程或單位工程的整個利益時，則授權業主終止契約，亦即讓業主取得經濟上之救濟途徑。如同在 11.4 條 C 款規定，其包含授權去對於建商要求其工作之費用總額，以及拆除工作或是部分工作之費用<sup>359</sup>。

最後，依照 FIDIC 9.4 條 c 款，工程師得選擇頒發接收證書，且將契約報酬予以減少，減少的金額足以彌補此項試驗未通過的後果給雇主帶來的價損失。業主一旦是接受證書，將被允許使用該工作<sup>360</sup>。就計算方式，倘若契約已有約定則依照約定固屬無疑，然未有約定者，依照 c 款規定，業主可能在此項接收證書頒發前，經由雙方協定減少報酬之範圍，或根據 FIDIC 第 2.5 款(雇主的索賠)和第 3.5 款(確定)的規定，加以確定減少之範圍<sup>361</sup>。而在工程實務上，如定作人要求減少報酬，其實乃希望藉此取得未能符合契約之工作。故工程師應不得再行依照 FIDIC 9.4 之(a)款為重複測試，且要求建商再行修補<sup>362</sup>。

### 三、日本民間一般工程標準承攬契約約款

日本民間一般工程標準承攬契約約款主要係規定於其約款第二十七條第一項<sup>363</sup>：「工作物有瑕疵時，定作人對承攬人得定相當期限，請求瑕疵之修補，或代替修補而請求與修補之損害之賠償。但瑕疵不重要且此一修補需要過多之費用，定作人不得請求修補。」，則與日本法規所規範之瑕疵擔保責任規定一致。

### 四、德國 VOB/B 條款

德國 VOB/B 條款乃以瑕疵擔保責任形式予以規範，而不將驗收與驗收後之責任作區分，則如定作人發見有瑕疵者，依照 VOB/B 第十三條

<sup>359</sup> Ellis Baker、Ben Mellos、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 420(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>360</sup> Ellis Baker、Ben Mellos、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 420(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>361</sup> Ellis Baker、Ben Mellos、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 421(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>362</sup> Ellis Baker、Ben Mellos、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 421(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>363</sup> 「(1)契約の目的物に施工上瑕疵があるときは、甲は、乙に対して、相当の期間を定めて、その瑕疵の修補を求め、または修補に代えもしくは修補とともに損害の賠償を求めることができる。ただし、瑕疵が重要でなく、かつ、その修補に過份の費用を要するときは、甲は修補を求めることができない。」

<sup>364</sup>，應先行請求修補瑕疵，如承攬人不為修補者，定作人得以承攬人之費用自行或轉由第三人修補該瑕疵。再者，如瑕疵無法修補、承攬人以費用過高予以拒絕者以及定作人已為催告承攬人未為修補者，則定作人得主張減少報酬，另外如該瑕疵係可歸責於承攬人者，定作人亦得主張損害賠償。規範形式則與德國民法瑕疵擔保責任相符。

## 第二項 瑕疵修補請求權

### 壹、概述

民法第四百九十三條規定：「工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。如修補所需費用過鉅者，承攬人得拒絕修補，前項規定，不適用之。」，職是而言，瑕疵修補請求權係必須優先行使之權利，除有不能修補、修補費用過鉅之情形或有約定者<sup>365</sup>外，否則定作人依據第四百九十三條第二項規定之自行修補<sup>366</sup>，或者依據第四百九十四條規定之解除契約或請求減少

<sup>364</sup> VOB/B 十三條第五項「(1)承攬人有義務就所有在時效期間內發生之瑕疵，且係可歸因於違約給付者，若定作人在期間經過前以書面要求時，承攬人應以自己之費用排除瑕疵。請求排除瑕疵之請求權自收到書面請求之日起，滿兩年罹於時效，但不得早於第4款規範的期限或雙方協議的期間。在收受已排除瑕疵的工作後，此一工作之時效期間重新起算兩年，但仍不得早於第4款規範的期限或雙方協議的期間。(2)如承攬人未於定作人所定期間內排除瑕疵，定作人得以承攬人之費用排除瑕疵。」、十三條第六項「如排除瑕疵對定作人而言係不可期待、不可能排除、或需要投入過高費用而被承攬人拒絕時，定作人得向承攬人要求減少報酬(民法第六百三十八條)。」、十三條第七項「(1)就承攬人因過失所致之瑕疵，且該瑕疵係損害生命、身體或健康時，承攬人應對損害負賠償責任。(2)承攬人就因其故意或重大過失所致之瑕疵，因該瑕疵所生之一切損害，均應負責。(3)在其餘情況，當工程有將嚴重影響工程之可使用性的重大瑕疵存在，且係可歸責於承攬人時，應賠償建築設施的損害或用於工作之製作、維護或變更之費用。除此之外，廠商僅對下列損失負賠償之責；(a)當該瑕疵係因違反建築成規而致時；(b)當該瑕疵係因欠缺約定之特性時；(c)若承攬人可藉由保險涵蓋其法定賠償責任時，或得透過國內合法保險業者依據相關通常保險費率(非特別約定之保險費率)涵蓋其法定賠償責任時。(4)若承攬人依據本條項第3款規定業已透過保險或得透過保險來涵蓋其賠償責任，或已特別約定保險相關保護時，適用法定之消滅時效期間，不適用第4項規定。(5)於有依據之特別情況時，得另行約定責任之限制或擴張。」；行政院公共工程委員會委託報告，計畫主持人：李家慶，研究人員：王寶玲、黃立、陳洸岳等，同註126，頁48。

<sup>365</sup> 台灣高等法院八十六年度重上字第一四號判決：「又依兩造間所訂立之合約規定，於系爭工程施工期間及保固期中，如因承包商所致之一切瑕疵，均應由承包商負責修繕，且修繕費用亦應由承包商負擔。至民法第四百九十三條所謂定作人應定相當期限，請求承攬人修補，以及承攬人不於該期限內修補者，定作人始得自行修補之規定，係屬任意規定，當事人業經以特約加以排除適用。況捷運局自八十二年四月十九日起至八十三年三月三十日止多次通知承包商修補，承包商均未予修補。故新台灣公司、昌益公司、宏亞公司所辯捷運局未定期催告修補，即自行修補，不得請求償還修繕費用云云，非可採取。」

<sup>366</sup> 最高法院九十四年度台上字第一九一〇號判決：「又依民法第四百九十三條之規定，被上訴人必須踐行催告上訴人補正瑕疵之程序，始得自行修補，並得向上訴人請求償還修補之必要費用，被上訴人既未為前述催告，自無向上訴人請求償還修補必要費用之餘地等語。」、台灣高等法院

報酬之權利，要件即不具備而無從行使<sup>367</sup>，而恐將喪失向承攬人請求瑕疵擔保之權利。

除我國民法規定外，就當事人約定之契約而言，不論係我國<sup>368</sup>或是外國<sup>369</sup>之契約範本，皆約定以定期修補為最優先行使之權利，蓋對於定作人而言，如透過修補工作得以使定作物加以使用者，不但能符合其締約之目的，亦能實現其最大利益<sup>370</sup>；另一方面，就承攬人立場，承攬人通常得以較低之成本修補瑕疵<sup>371</sup>，且如定作人未向承攬人請求修補，往往乃轉向第三人請求修補，就其費用由原承攬人負擔，然該選擇權係掌握於定作人手中，就其第三人修補成本之風險乃轉嫁予原承攬人，此對於原承攬人實為不公平<sup>372</sup>。

瑕疵修補請求權係屬請求權，不因定作人之請求而自動修補，交易上自應給予承攬人相當期限。至於相當與否，宜斟酌個案具體客觀情況，以交易習慣定之<sup>373</sup>。該相當期限請求修補者，將影響定作人後續權利，對承攬人影響甚鉅，例如得否請求第四百九十三條第二項之費用<sup>374</sup>，若所定期限，長於相當期限時，固無問題，反之，若所定期限

---

九十四年度重上更(二)字第一一九號判決：「查宏偉公司主張新亞洲公司工作有瑕疵，由其代為履行保固責任，惟未舉證證明其已定期催告新亞洲公司為瑕疵之修補，而逕自予以修補並請求瑕疵修補之費用及損害賠償，即代墊款新台幣三百四十五萬七千四百二十七元、保固費用新台幣三百二十一萬三千元，核與民法第四百九十三條第一項、第二項規定定作人應定相當期限，請求承攬人修補，承攬人不於前項期限內修補之要件未合。」、臺灣高等法院九十年度重上字第四一六號判決：「宏偉公司未舉證證明已催告新亞洲公司為瑕疵之修補，即逕行自為修補後，請求給付瑕疵修補之費用，與民法第四百九十三條第一項、第二項規定不合。」。

<sup>367</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 605。

<sup>368</sup> 採購契約要項第五十一條、工程採購契約範本第十五條第十項、臺北市政府工程採購契約範本第十五條第十項、國公局一般條款 T.3 驗收之第二項 a 款。

<sup>369</sup> 除日本契約範本外，蓋因其法規範亦與我國相異。

<sup>370</sup> Ellis Baker、Ben Mellors、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註 148，頁 401(1<sup>th</sup> ed 2009)。

<sup>371</sup> 參見八十六年台上字二二九八號判決：「民法第四百九十三條規定：『工作有瑕疵者，定作人得定相當之期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。如修補所需費用過鉅者承攬人得拒絕修補。前項規定，不適用之。』所謂定作人得自行修補，係以承攬人不於定作人所定之期間內修補，或拒絕修補為其要件。良以定作人既願訂定承攬契約而將其工作委由承攬人承製，顯見對於工作瑕疵之補完，亦以承攬人有較強之修繕能力，能夠以較低廉之成本完成修補，定作人倘未先行定期催告承攬人是否修補瑕疵，自不容其逕自決定僱工修補；此不獨就契約係締約雙方以最低成本獲取最大收益之經濟目的，所必然獲致之結論，且就避免使承攬人負擔不必要之高額費用之公平原則而言，亦乃不可違背之法則」。

<sup>372</sup> Jonathan J. Sweet，同註 152，頁 464(5<sup>th</sup> ed 2009)

<sup>373</sup> 邱聰智，同註 34，頁 78；高明發，同註 111，頁 168。

<sup>374</sup> 最高法院九十五年度台上字第一〇四〇號判決：「且依民法第四百九十三條第一、二項規定：工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期間內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。本件上訴人於與雅逸公司訂約前，並未

短於相當期限者，應認為仍有效，但須延長至相當期限，蓋此種情形，並無害於定作人之利益<sup>375</sup>。

嚴格言之，修補請求權並非當然存在。蓋以現實生活上，工作完成後所為修補，有時技術上為不可能，有時修補所需費用過鉅。於此情形，強制承攬人修補，法律規範功能上將盡失其處理，第四百九十三條第三項前段明定，如修補所需費用過鉅者，承攬人得拒絕修補，其定作人亦不得自行修補而請求償還費用<sup>376</sup>，且此項拒絕修補，定作人亦不得自行修補，請求費用。蓋若出現定作人修補費用高於承攬金額，而向承攬人請求償還該修補費用，此對承攬人未免過於嚴苛，亦有違公平交易原則。於此情形僅使定作人得解除契約或減少報酬或損害賠償<sup>377</sup>。而所修補費用所需過鉅者，乃應就費用對於全部工作之價值及比較修補所需費用與所生利益定之<sup>378</sup>，而日本的判例有認為如由承攬人修補者，連同交通費、材料運搬費等費用合計高於定作人自行修補費用之四倍之情形，即謂所需費用過鉅也<sup>379</sup>。惟需注意者，縱使承攬人有故意過失，原則上不排除本條項之適用<sup>380</sup>，故若定作人得主張第四百九十五條第一項之損害賠償請求權，則定作人亦不得依本條項規定請求該過鉅之修補費用，而僅得請求瑕疵之金錢損害賠償<sup>381</sup>。

再者，如瑕疵不能修補之情形，縱使定作人再行催告修補亦屬無益，故民法第四百九十四條規定，於該情形定作人得請求減少報酬或解除契約。所謂之工作之瑕疵不能修補者，除客觀事實上不能修補外，實務上亦有認倘瑕疵修補費用超過承攬報酬時，即屬此所謂之瑕

---

定相當期限，請求被上訴人即承攬人修補，即逕委由第三人雅逸公司施作改善，揆諸前揭規定尚有未合，上訴人請求被上訴人賠償上開費用，即非法所許。」

<sup>375</sup> 高明發，同註 111，頁 168。

<sup>376</sup> 邱聰智，同註 34，頁 78。

<sup>377</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 59。

<sup>378</sup> 鄭玉波，同註 109，頁 367；邱聰智，同註 34，頁 78；李家慶，同註 3，頁 97；台灣高等法院 86 年度重上字 514 號判決：「帽樑裂縫之瑕疵工作物之瑕疵如得以修補改善，則捷運木柵線即可營運通車，其對於捷運木柵線工程全工作之價值或意義，自係具有重大之意義。而比較修補所需之費用與因修補所生之利益（通車營運之利益），因西埔所生之利益亦遠大於修補所需之費用，是本件實無修補費用過鉅之問題。」、最高法院九十一年度台上字第七七四號判決：「次查原審先謂修補費用是否過鉅，應就費用對於全工作之價值及修補所須費用與修補所生利益加以比較。惟實際上原審卻僅以全部工程款及合約利潤及管理費之數額與修補費之數額做比較即謂修補費用並無過鉅情事，亦屬可議。」；幾代通、庝中俊雄編集，同註 100，頁 144；黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 59。

<sup>379</sup> 內山尚三，同註 338，頁 73。

<sup>380</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 609。

<sup>381</sup> 楊芳賢，同註 7，608-609。

疵不能修補<sup>382</sup>。例如，最高法院九十五年度台上字八八四號判決即明文揭示：「該瑕疵之總面積約為二千二百八十五平方公尺，占大樓鋁擠型部分百分之九十一點四。烤漆瑕疵之修補費用，依中華營建基金會鑑定報告書認為至少為一千二百一十一萬四千六百四十元，遠高於系爭承攬報酬。故該瑕疵顯非『修補』所能解決，而有民法第四百九十四條所定『其瑕疵不能修補』情事。」

## 貳、修補之方式—修補與重置

當定作人依照民法第四百九十三條或是契約之內容請求瑕疵修補時，由於第四百九十三條第一項之瑕疵修補請求權，係指一切完成合乎契約約定無瑕疵工作所必要之措施，而包括已為給付之全部更換。且修繕對於承攬人固然在費用上較為有利，但是此一情形並不排除承攬人亦可能寧可重作，而非對於各部細部工作進行修繕<sup>383</sup>。此外，工作一有瑕疵，其修補難免有其極限、難趨完善，因此完成另一新工作往往更符合定作人利益<sup>384</sup>。故大多學說皆肯認得由承攬人依其選擇修補瑕疵或完成新工作。

然而，除契約約定定作人得請求重作者外，定作人得否依照民法第四百九十三條請求承攬人為重作以排除瑕疵？德國早期法條內容與我國民法第四百九十三條一致，而其傳統見解將受領前後作為得否請求重作之區分時點，亦即在定作人受領工作之前，定作人有履行請求權，因此就工作之瑕疵，若修繕不可行，只要重作對於承攬人尚可期待，定作人亦得請求承攬人重作。至於定作人受領工作物後，則定作人僅得主張瑕疵修補請求權請求修繕，無從再請求重作<sup>385</sup>。

但是上述見解已於德國聯邦最高法院在一九八五年十月十日之一項判決中明白放棄，而認為即使在定作人受領工作之後，若工作之瑕

<sup>382</sup> 李立普，同註 6，200。

<sup>383</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 607-608。

<sup>384</sup> 游進發，同註 167，頁 89；高明發，同註 111，頁 172。

<sup>385</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 607；德國民法 Esser/Weyers 認為「在受領前，定作人得依債總之一般規定(訴)請履行，並嘗試經由強制執行實現之。至於承攬人應如何遵守其履行義務，應按技術情況以符合誠信原則的方法為之。如其能以修補的方法達到符合約定之無瑕疵的品質，修補即可。否則，便應重行完成約定之工作。當然，如修補與重作皆可符合約定，而修補對承攬人負擔較小，則定作人仍只得請求修補。」換言之，定作人關於履行之請求(Erfuellungsanspruch)仍應符合犧牲極限(Opfergrenze)的限制，不可得理不饒人。至於受領後 Esser/Weyers 認為定作人原則上只得請求就已完成之工作為修補，而不得請求重作。蓋履行請求權(Erfuellungsanspruch)依 Esser/Weyer 的看法，在受領後其內容已然變更，轉引自黃茂榮，同註 118，頁 19-20。

疵僅得以承攬人重作之方式排除，定作人之瑕疵修補請求權亦得以重作為內容。其主要乃係因受領之意義與作用方面，定作人受領工作，係判斷危險負擔是否移轉之標準，而有關工作瑕疵之舉證責任，亦因受領而發生轉換<sup>386</sup>。亦即工作之受領，依法並無任何所謂工作具體化在既已存在但是有瑕疵之工作之效力<sup>387</sup>。而為避免上開之爭議，德國於二〇〇二年修法後，德國民法第六百三十五條第一項：「定作人請求補正者，承攬人得依其選擇，排除瑕疵或完成新工作。」，故其規範選擇權歸屬及補正兩種可能型態—排除瑕疵及完成新工作。兩者不同處在於選擇權歸屬一事上<sup>388</sup>。

而我國學說對該法律爭議亦有所探討，有學者認為承攬人得準用種類物出賣人瑕疵擔保責任之規定，即定作人在給付有瑕疵時，亦有權請求另為給付，至少應許承攬人按其情節請求瑕疵部分之重新給付，避免承攬人藉口補正需費過鉅，定作人只得請求解除契約或減少報酬<sup>389</sup>。再者，實際上修繕或重作難以嚴格區分<sup>390</sup>，故應肯認當定作物有瑕疵時，定作人得請求重作。

但另有學者指出，雖自承攬人有瑕疵修補義務可推知，承攬人負有完成無瑕疵工作義務。依第四百九十三條文義，當工作有瑕疵時定作人僅得請求承攬人修補工作瑕疵，而修補一語無論如何並無法解釋為亦包括完成另一新的工作。其次，我國民法第四百九十三條之立法理由謂：「例如房屋建築告峻，因土地疆界，位置不便，遽欲移動，則與創造無異，仍令承攬人修補，似覺得過酷，故許其有拒絕權。」由此一立法理由說明，似可認為立法者實以修補與完成新工作為二事。蓋立法者認為，對於承攬人而言，創造過於苛酷，故難責其為之。又修補如已可與創造相比擬，則承攬人得拒絕修補<sup>391</sup>。再者，而德國通說見解認為排除瑕疵亦包括新工作完成，並不符合舊法之文義。綜上所述，該名學者認為如將新工作完成強解為瑕疵工作之重大修補，實有逾越解釋範圍之嫌，亦有違背立法者評價之虞。進而認為，此乃立

<sup>386</sup> 游進發，同註 167，頁 88。

<sup>387</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 607-608。

<sup>388</sup> 游進發，同註 167，頁 86。

<sup>389</sup> 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，頁 48-52。

<sup>390</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 607-608。

<sup>391</sup> 游進發，同註 167，頁 89。

法論之問題<sup>392</sup>，應透過修法明訂，否則於我國就現行解釋論仍無法得出承攬人有新作之義務。

簡言之，採反對說之見解不外乎有以下：首先，相對於德國目前明文情況，我國法條明文明確指摘係「修補」，而其解釋範圍實難以將重作之義務納入；再者，如肯認定作人得請求重作時，則承攬人無非得支出兩次或多次之勞務，但報酬卻仍只有相當一次之金額，似對於承攬人過苛，且疑似使定作人取得超出原契約賦予定作人之原先利益<sup>393</sup>。然本文以為，四百九十三條主要著重於瑕疵之排除，且於實務操作上，修補與重作概念分離確有困難<sup>394</sup>，此外，對於承攬人而言，雖重作對其似乎責任過苛，然一方面定作人得依第四百九十三條第三項予以拒絕修補，另一方面，定作人與承攬人締約時即本以取得無瑕疵之物者為其目的，故亦無使定作人取得過份之利益<sup>395</sup>。退萬步言，縱使無法依照民法第四百九十三條而為請求，本文以為定作人仍得依照民法第四百九十條規定予以請求，而民法第四百九十三條應僅是將民法第四百九十條之義務具體明確化，並無限制之意<sup>396</sup>。

綜上所述，本文以為如能同於德國將承攬人重作義務明文化對於定作人之保障將較為完整，但縱未為規定，亦得從解釋論上予以推論，惟如僅屬輕微之瑕疵或承攬人已除去其瑕疵，則既為履行，定作人即不得請求另為新給付請求權，否則即屬有違誠信原則，而為權利濫用。且如新作所需過鉅時，承攬人亦得類推適用民法第四百九十三條第三項規定，拒絕新作<sup>397</sup>。

至於我國實務上，雖未明言其請求權之依據，但亦肯認如請求重建費用未為過鉅者，則法院准予定作人請求重建之案例。台灣高等法院九十一年度重上更(一)字第一三三號判決：「『所謂地質改良，是在土地較軟處加上水泥，使土質變硬，現在可以，以前沒有這樣做，也不敢。因補強的經費太高，所以才建議拆掉重建比較好，至於要花多少

<sup>392</sup>游進發，同註 167，頁 89。

<sup>393</sup>原田剛，注文者の新規製作請求権に関する一考察(一)—ドイツの判例・学説を手掛かりとして—法学論叢 141 卷 5 号，京都大学法学会，頁 65。

<sup>394</sup>原田剛，同註 393，頁 80。

<sup>395</sup>原田剛，同註 393，頁 67。

<sup>396</sup>原田剛，同註 393，頁 80-81。

<sup>397</sup>高明發，同註 111，頁 172-173。

錢，要經過分析才知道。如果下面柱子動了，上面也要跟著動，所以要花很多錢』等語，足見系爭建物宜予拆除重建，若以補強方式為之，非但經費過鉅，顯已非原建築經費所能負擔，且又改變原本之設計，難符被上訴人原規劃之使用目的。此情事與原工程之建造執照是否逾期遭作廢無涉。上訴人辯稱系爭建物可以補強方式續建，勿需以拆除方式回復原狀；及上訴人係因建造執照逾期作廢無法續建，與伊無關云云，不足採信。」，此亦經最高法院九十二年度台上字第二五八四號判決確定。

惟我國工程實務上，大多於契約中已明訂重作之條款，故承攬人通常負有一重作之義務，惟重作義務之前提必須工作物係屬「重作可能」，否則若無重作之可能，要求重作亦屬枉然。然民法並未對「重作可能」加以規定，法院判決亦鮮少討論。有學者認為可參考外國法之規定。依美國法律整編契約法第二百六十三條規定，履行所必要的特定事物之滅失(destruction)、毀損(deterioration)或不能存在(failure to come into existence)，而在此應係指履行不能之型態，故除非有事實上履行不能之情形，否則承攬人仍負有一重作之義務<sup>398</sup>。

### 第三項 瑕疵修補費用之償還請求權

#### 壹、民法第四百九十三條第二項

民法第四百九十三條第二項規定：「承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。」，蓋修補請求權雖為請求權，則於承攬人不為修補時，法律上不能無救濟之道，雖定作人得訴請法院請求承攬人修補，並經判決確定、聲請強制執行者，但現實上採如此迂迴而徒增勞費之定作人，恐甚少見；且未免小題大作、緩不濟急<sup>399</sup>。是以，法律賦予定作人之自行修補權利及修補費用償還請求權。自行修補者，僅就法律意義而言，至其現實上為定作人自己親自修補、乃至僱工、甚或自行與他人成立承攬契約修補，解釋上均無不可<sup>400</sup>。

<sup>398</sup> Ewan Mckenfrick, Force Majeure and Frustration of Contract 143(1991)，轉引自謝哲勝、李金松，同註 47，頁 260。

<sup>399</sup> 鄭玉波，同註 109，頁 366。

<sup>400</sup> 邱聰智，同註 34，頁 78；鄭玉波，同註 109，頁 366。

而工程契約中，亦常見定作人與承攬人約定，如承攬人未能於定作人催告期間內為修補者，則定作人得以承攬人之費用自行或轉向第三人修補，俾以使工程符合原訂契約標準，以達定作人原始締約之目的。

## 貳、需以定期催告修補為前提

承前所述，我國民法針對物之瑕疵擔保主張有其順序性，亦即當瑕疵得修補者，定作人必先請求修補瑕疵，而當定作人如未定期限請求修補，或雖定期限而於承攬人修補遲延前，已自行修補瑕疵者，通說認為定作人不得依本條第二項請求承攬人償還修補必要費用，但定作人是否得依其他請求權向承攬人請求費用之償還？

有學者認為，定作人僅能依無因管理之規定請求償還其必要費用<sup>401</sup>，另有學者認為，由於承攬人已因定作人自行修補瑕疵，不能修補，因此似宜類推第二百六十七條規定，承攬人仍有請求原定報酬之權利，但應扣除承攬人因未修補工作瑕疵而未支出之費用。若定作人已支付全部報酬，定作人得請求承攬人返還其應支出而未支出之數額<sup>402</sup>。

但另有學者認為定作人亦不得另依無因管理或不當得利規定請求承攬人返還已支出之修補費用，以免民法第四百九十三條第一及第二項成為具文<sup>403</sup>。本文以為後者見解較為可採，蓋非如此，將使定作人存有僥倖之心而不先行催告修補，而逕行請求修補之費用，此將使立法者之原意盡失，惟如其瑕疵有急速修繕之必要者，則應認為依照誠信原則，定作人得不先行催告而自為修補<sup>404</sup>，以避免瑕疵擴大，導致承攬人事後無法修補，致定作人僅得依照減少報酬或解除契約請求，此對以報酬取得視為最大利益之承攬人顯非有利，再者，定作人縱得事後請求重作，然必將延遲取得工作物之時間，對定作人而言，亦非妥適。

## 參、預付修補之必要費用

<sup>401</sup> 高明發，同註 111，頁 174；史尚寬，同註 109，頁 320。

<sup>402</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 611。

<sup>403</sup> 詹森林，同註 98，頁 8。

<sup>404</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 611。

承攬人依定作人請求而修補工作瑕疵時，應自行負擔其費用，故無疑問。若承攬人不於定作人所定期限內修補工作瑕疵時，依據第四百九十三條第二項規定，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用<sup>405</sup>。且該費用必須屬於必要費用，不成比例或無益支出，不在此限<sup>406</sup>。是否係屬必要範圍則需依照誠實信用原則，依照具體的事實判斷之<sup>407</sup>。如定作人自行或轉由發包與第三人承攬修補時，則該費用得否先行向承攬人請求？亦即定作人有無「預付修補必要費用請求權」？

就我國實務見解，大多乃認為「關於修補費用之請求限於必須已經支出者為限」<sup>408</sup>，惟有實務見解指出「次按工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用，或解除契約或請求減少報酬，此觀民法第四百九十三條第一、二項、第四百九十四條規定自明。定作人倘係請求減少報酬，自不以已自行修補，實際支出修補費用為要件。」<sup>409</sup>，自此觀之，實務見解似認為如定作人自行修補後<sup>410</sup>，該費用如是以減少報酬而為請求者，則不以實際支出者為要。

而我國學界認為，按民法第四百九十三條之文義，似需定作人先自行或委由第三人修補，再向承攬人請求償還修補之必要費用。其費用已支出者為限<sup>411</sup>。但有學者指出，參酌德國二〇〇二年一月一日施行之新民法第六百三十七條第三項「定作人得請求承攬人，預付為排除瑕疵所必要之費用。」<sup>412</sup>，乃明文立法之，再者縱德國舊民法第六三三條（與我國第四百九十三條內容一致）並無明文預付費用之規定，但該國聯邦最高法院以造法方式，以誠信原則為依據予以承認且成為固

<sup>405</sup> 詹森林，同註 98，頁 9。

<sup>406</sup> 史尚寬，同註 109，頁 320。

<sup>407</sup> 林廷瑞，同註 101，頁 13。

<sup>408</sup> 最高法院九十七年度台上字二〇二七號判決，另採相同見解者有最高法院九十四年度台上字第一七七二號民事判決、台灣高等法院九十五年度上更(一)字第一一〇號判決、最高法院九十三年度台上字第八八三號判決、最高法院九十三年度台上字第一一四〇號判決。

<sup>409</sup> 台灣高等法院九十二年度上更(一)字第九一號判決、台灣高等法院九十四年度上更(二)字第四四號判決。

<sup>410</sup> 蓋採後者見解者之判決指出，定作人未能於法律所規範之時效內主張減少報酬，故針對該見解並未涵射至判決事實中。

<sup>411</sup> 高明發，同註 111，頁 173。

<sup>412</sup> 游進發，同註 167，頁 91。

定見解，並獲得學說贊同，稱之為承攬契約瑕疵擔保權利之革命性轉變，且具有習慣法之效力<sup>413</sup>。蓋按瑕疵較小、可預見，或者定作人之資力尚足以負擔者，定作人先行墊付後再向承攬人請求支出者，對定作人並非太大負擔，固無疑問；然相對於此，若是較為重大之瑕疵，尤其定作人必須交由第三人進行修補者，不僅容易造成定作人財力上之負擔，而且定作人事後對承攬人求償時，承攬人亦可能已無資力<sup>414</sup>，對定作人而言將成為一大經濟風險。次按於承攬人自費修補瑕疵之情形，定作人無庸自行修補而承擔承攬人無資力償還修補費用之風險。在承攬人經定作人請求修補而仍怠於修補甚或拒絕修補之情形，定作人之地位不應更為不利，故應准予定作人得請求承攬人預付修補之必要費用，以符合衡平原則<sup>415</sup>。

本文以為，此一議題於工程界中頗負其重要性，蓋於工程中，瑕疵縱不影響完工之認定，但其修補費用可能所費不貲，若要求定作人先行負擔修補費用，可能導致定作人無法負荷，而僅得轉向減少報酬或解除契約資以解決，但依後者則將導致工作遲延使用，如係屬有時效性之工作者對定作人誠非有利，其次，縱該工程係屬公共工程，定作人通常為有資力之政府機構，得墊付該筆費用再轉向承攬人請求，然待修補完畢後再行請求時，承攬人可能已宣告破產，則無疑使該筆費用由全民買單，亦有不妥。次按，實務見解雖已察覺局限於已支付之費用見解之不當，而肯認若定作人主張減少報酬者得無庸已支出費用者為限，然此實則為修補費用與報酬之抵銷，已與減少報酬計算方式有違，且屬迂迴規避方式。

綜上所述，本文以為應直接肯認預付修補費用之見解，至於其法律依據，有學者指出似得參照第二百一十三條第一項及第三項之意旨，損害賠償請求權人除請求回復原狀外，亦得請求支付回復原狀所必要之費用，而以第四百九十三條第二項規定為依據，使定作人於實際修補瑕疵之前，得請求承攬人支付修補瑕疵之必要費用<sup>416</sup>。退萬步言，縱認債務不履行之損害賠償與瑕疵擔保責任尚屬有間，仍得以德國舊法時代法院見解供我國司法及立法參酌，以我國民法第一百四十八條

<sup>413</sup> 詹森林，同註 98，頁 9；楊芳賢，同註 7，頁 610。

<sup>414</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 610。

<sup>415</sup> 詹森林，同註 98，頁 9。

<sup>416</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 610。

第二項誠信原則作為請求之依據<sup>417</sup>。

#### 第四項 請求減少報酬

##### 壹、民法第四百九十四條

依民法第四百九十四條規定，定作人定相當期限請求承攬人修補，而承攬人不於期限內修補，或工作的瑕疵，修補費用過鉅，而承攬人拒絕修補，或工作的瑕疵不能修補者，定作人得請求減少報酬，是為定作人的報酬減少請求權。其與出賣人物之瑕疵擔保責任之減價請求權相當類似，惟就權利發生言，二者卻有差異。蓋於出賣人之瑕疵擔保責任，減價請求權為先位權利，因瑕疵而當然發生；反之，於承攬人之瑕疵擔保責任，減酬請求權須待修補請求權未能實現，始告發生<sup>418</sup>。承前所述，此亦屬工程契約範本中常見之條款。

至於減少報酬的範圍應以何者為相當？實務上似有以第三人施工費用作為扣減之金額，如台灣高等法院台中分院九十二年度上字第二四九號判決：「被上訴人違背系爭合約第三條依約定材質施作之義務，擅自改以其他材質施工，應負瑕疵擔保責任。茲就上訴人得主張扣減金額，分述如后：……（二）關於弱電系統之PVC管、PVC絕緣電線六〇〇V一點二、PVC耐熱絕緣電線三八〇度C一點六厘米部分：上訴人主張委由旺華公司更換為與契約相同之材質所支出之二百零八萬零九百五十八元應由被上訴人負擔等語。查兩造就前揭線路約定之工程款，如弱電系統估價單項目六、七、八等三部分，計為七十九萬五千四百十四元，而上訴人提出之旺華公司估計單之工程款為一百九十四萬五千六百零八元，其中PVC電纜線四萬一千一百六十元、PVC電線六〇〇V一點二厘米一萬三千元、耐熱線三八〇度C一點六厘米四十二萬四千八百元，係屬更換合於契約之材質，自屬必要，而更換材質，必拆除原有線路，則原有線路拆除含消防箱拆除及安裝十五萬元之費用，亦屬必要，合計為六十二萬八千九百六十元。……。上訴人提出之發票，僅其中一張三萬六千七百五十元，載明配合消防工程更換耐熱線、油漆修補，與本項工程有關，其餘部份或未提出發票予以證明，或由發票所載項目尚難證明係本項工程所支出，除前紙發票外，不應准許。……」，但另有以價差作為依據者，

<sup>417</sup>詹森林，同註98，頁9。

<sup>418</sup>邱聰智，同註34，頁79。

例如台灣高等法院台中分院九十二年度上字第二四九號判決：「被上訴人違背系爭合約第三條依約定材質施作之義務，擅自改以其他材質施工，應負瑕疵擔保責任。茲就上訴人得主張扣減金額，分述如后：……（五）關於防臭型地板落水頭、地板落水頭、屋頂落水頭、防震軟管2”、防震軟管4”、減壓閥3/4”、持壓閥2”、浮球凡而1-1/2”、浮球凡而2”部分：被上訴人均未依合約所定品質、規格及廠牌施作，惟器具使用功能並無太大差異，上訴人僅得就器具材質之價差請求減少報酬，以『兩者價差』核算減損價值，上訴人主張扣減四十一萬零三百零五元部分為可採，超過部分無理由。」。

而我國學說上，有「比例說」及「差額說」之分，比例說認為應依瑕疵物應有的實際價額（一般交易價格），及無瑕疵時之應有價額的比例，減少其報酬；而差額說則認為減少的報酬應為瑕疵物的實價，則無瑕疵物的買價之額<sup>419</sup>。然不論採何種見解，於實務操作上皆有其困難度，蓋相較於買賣標的物有一客觀價值，承攬契約之定作物通常具有其獨特性，如何獨立加以估算，不無困難。次按承攬契約中瑕疵極負多元化，例如承攬人就定作人牆壁使用之油漆顏色不符約定，由於此一情形，原則上並不致於使完成工作之價值或使用，有所減失、減少或妨礙，故如何認定其差額存在，即有所疑義<sup>420</sup>。

按實務見解以第三人之施工費用作為計算標準之見解，無非係將民法第四百九十三條第二項之修補費用與報酬作一抵銷，其應非減少報酬之計算標準。次按民法於買賣契約所規範之物之瑕疵擔保減少價金之請求權者，與報酬減少請求權極為類似，而於物之瑕疵擔保中乃採差額說之見解，故得援引其計算方式，惟承前所述，於承攬契約中不論係採差額說或比例說皆有其困難處，故於訴訟實務上通常係透過鑑定人提供其鑑定報告以資參考。此外，一旦如定作人選擇以減少報酬作為瑕疵擔保權利之行使者，即視為定作人放棄要求修補瑕疵費用之補償或再行請求修補之權利<sup>421</sup>，亦需一併注意。

## 貳、減價收受制度

<sup>419</sup> 鄭玉波，同註109，頁53。

<sup>420</sup> 楊芳賢，同註7，頁616。

<sup>421</sup> Ellis Baker、Ben Mellors、Scott Chalmers、Anthony Lakers，同註148，頁424(1<sup>th</sup> ed 2009)。

依照政府採購法第七十二條第三項規定，驗收結果與規定不符，但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，經檢討不必拆換或拆換確有困難者，得於必要時「減價收受」，實務有稱為「扣款」者，此乃為民法之特別規定，故對於政府採購之工程案件，自應優先適用前揭政府採購法之規定<sup>422</sup>。

機關如欲為減價收受時，則必須符合法定要件，亦即必須驗收結果與規定不符、不妨礙安全及使用需求<sup>423</sup>、不妨礙效用或契約預定效用、經檢討不必拆換或拆換確有困難者且有必要時，始得為減價收受之決定，而驗收通常係針對工程之品質所為之檢驗，而驗收不合格時，通常即代表所為之工程有瑕疵，故減價收受制度似與民法瑕疵擔保責任息息相關，除就不妨礙安全及使用需求以及不妨礙效用之要件與民法第四百九十四條後段瑕疵非屬重要而不得解約僅得請求減少報酬相似外，亦與減少報酬之扣款效果相符，故以下就其相異之處作一分析檢討。

其一，縱瑕疵有妨礙效用或契約預定效用時，定作人仍得依照民法第四百九十四條請求減少報酬，反之，於公共工程時，即不得減價收受，蓋公共工程之使用者通常為社會大眾，政府機關不得單以對價平衡作一判斷依據，尚須考量一般人民之使用利益。其二，若該瑕疵係得透過修補予以補正者，民法規定於程序上優先行使，當行使未果或因修補費用過鉅而遭拒者，始得行使減少報酬請求權，但政府採購法第七十二條並未規定機關必須先行經過限期修補程序後，方得減價收受。並自其立法理由<sup>424</sup>觀察，可知其乃基於效率性政策之考量，故不

<sup>422</sup> 李立普，同註 6，頁 201。

<sup>423</sup> 該要件於得否為減價收受中扮演舉足輕重之角色，如最高法院九十七年度台上字第六號判決：「次查，系爭合約書第十八條第四項，係約定於施工中或驗收時如發現金曜億公司有未依約施工情事，在不妨礙安全、美觀及使用需求，經上訴人檢討拆換確有困難可不必拆換時，始得以扣款及罰款方式處理。而『政府採購爭議處理事件案源及問題類型分析』第四章第三節之二，亦係關於廠商於驗收時就無法改善之瑕疵，在不妨礙安全及使用需求，暨無減少通常效用或契約預定效用時，得辦理減價收受。系爭工程係於九十二年十一月四日驗收完畢，九十三年九月間發生系爭瑕疵，為原審認定之事實。則系爭瑕疵係於驗收後始發生，且上訴人與金曜億公司約定網球場地坪及人行步道連鎖磚基層上方應回填碎石級配，及一定厚度，衡情必有其安全及使用需求上之考量，原審就此未詳加審究，亦未說明是項瑕疵何以無須拆換重做，遽依上開扣款及罰款方式計算上訴人所得請求償還之修補必要費用，並有可議。上訴論旨，指摘原判決其敗訴部分違背法令，求予廢棄，非無理由。」

<sup>424</sup> 立法理由乃謂「第一項明定驗收之程序、動作及驗收結果不符契約規定之處置，以避免造成延遲，延誤使用。並規定辦理部分驗收時所應遵循之條件。」

已請求修補為機關減價收受前必要之踐行程序，故該程序上將較民法瑕疵擔保相關規定更為簡便，更不易引起契約雙方之爭議<sup>425</sup>。

### 一、性質

如工作驗收結果與規定不符者，需不妨礙安全及使用需求，且無減少通常效用或契約預定效用，經檢討無庸拆換或拆換確有困難者，定作人始有權衡量是否有必要予以減價收受，是顯見其限於工作物不得有使用效用之減損始得為減價收受，若當工作物符合政府採購法第七十二條第三項所稱要件，且另有價值上減少減失時，則亦構成民法第四百九十二條所稱瑕疵，然若價值上未有減少或減失時，因我國並無德國法將錯誤給付納入瑕疵範疇之規定，是此時與民法第四百九十二條所稱之瑕疵無涉，亦無瑕疵擔保體系所稱對價關係失衡之情況，此時，若定作人對承攬人業已減價收受，承攬人是否仍須負擔保固責任？實有必要探究其性質，以釐清雙方當事人權利義務關係。

依照民法第三百一十九條規定「債權人受領他種給付以代原定之給付者，其債之關係消滅。」，而依照實務見解代物清償是一種消滅債之方法，債權人與債務人間授受他種給付時，均需以他種給付代原定給付之合意，代物清償始能成立。代物清償經成立者，無論他種給付與原定之給付其價值是否相當，債之關係均歸於消滅。如認減價收受係屬代物清償制度，則依照目前實務見解，多認代物清償係屬有償契約，是依照民法第三百四十七條準用買賣規定，有瑕疵擔保責任規範之適用，而保固係屬從屬性之擔保，是承攬人縱使遭減價收受，仍須負保固之責，惟承攬人將他物交付，而定作人決定減價收受之情況，似與民法第三百一十九條所稱之代物清償情形相似；又減價收受規定除政府採購法第七十二條規定外，多會納入公共工程契約中，此時似乎可認契約雙方當事人事前合意約定如一旦發生符合減價收受之要件情事，則賦予定作人決定是否減少給付承攬人報酬以接受工作物之權限，倘定作人決定減價收受，契約內容中之報酬金額及工作物之內容即發生變動，亦即雙方合意概括授權予定作人單方變更契約內容之權限，則定作人減價收受似亦可認為雙方合意變更契約之性質。

<sup>425</sup>許增如，政府採購法減價收受制度之研究，國立政治大學法律科際整合研究所，指導教授：黃立博士，2008年，頁117。

綜上，本文以為政府採購法第七十二條規定效力與民法第四百九十四條減少報酬請求權之法律效果相似，但卻又不以工作物有瑕疵者為限，此與民法瑕疵擔保體系有所衝突；而若認減價收受係代物清償之性質，除了與一般代物清償性質不同外，且承攬人既已負擔類似於瑕疵擔保中減少報酬之義務，卻又得另負瑕疵擔保之保固責任，相當於重複承擔工作物瑕疵之風險，顯非合理，且與代物清償多無減價情形有所差異；然若認政府採購法第七十二條具有合意變更契約之性質，則變更後承攬人是否仍否需負保固責任，則存有疑義，再者若工程契約之當事人並未將減價收受納入契約約款，則定作人減價收受之權限乃源自於政府採購法第七十二條第三項，並非雙方合意，此時即與契約之變更以雙方合意為要件者尚屬有別。上揭爭議主要存於工作物並無價值上之瑕疵，蓋若工作物存有價值之瑕疵時，或可將政府採購法第七十二條第三項認屬民法瑕疵擔保之特別規定，而得優先適用，至於工作物並無價值上之瑕疵者，因政府採購法第七十二條第三項係規定定作人「得」減價收受，並非「應」減價收受，是若定作人不減少報酬而收受工作物將之認屬代物清償之性質或許將可解決上揭爭議，然現行實務操作上因減價收受之情況係發生於公共工程契約，承辦政府採購業務之公務人員為免遭有圖利廠商之懷疑，如遇有政府採購法第七十二條第三項之情事，縱該物並無瑕疵，多將之減價收受，甚至要求承攬人給付數倍違約金，顯非合宜，是本文以為如能類似德國法<sup>426</sup>將錯誤給付納入瑕疵概念中，則得認政府採購法第七十二條第三項屬民法瑕疵擔保責任範疇，此時定作人得減少報酬但不得再請求承攬人負擔保固之責，應屬合理之解釋，惟於我國現行法治體系下，錯誤給付仍與瑕疵仍有不同，則在解釋上或可認當工作物符合政府採購法第七十二條第三項所規定之要件，如有價值減損者，仍得與減價收受，並將之認屬民法瑕疵擔保之特別規定，惟若不具有價值減損之瑕疵，因減價收受係政府採購法第七十二條第三項或雙方合意賦予定作人單方變更契約之權利，而此種形成權一旦行使影響雙方當事人權益甚鉅，故應為嚴格之解釋，是於上述情況下，應可限縮在該種情況下定作人不得減少報酬，將之認屬代物清償之性質，但相對地承攬人對非符合原先契約工作部分仍須負保固之責，應較為合理。

## 二、權利主體

<sup>426</sup> 見第三章第四節。

承前所述，減價收受實質上類似於民法第四百九十四條減少報酬之效力，而民法減少價金請求權係於定作人依法向承攬人請求修補未果後或是修補費用過鉅時，始得依民法第四百九十四條為報酬減少請求，然政府採購法並未明文係屬定作人之權限，換言之，承攬人所為之工作符合政府採購法第七十二條第三項所規定之法定要件時，承攬人得否請求定作人僅得為減價收受之請求拒絕，而拒絕定作人修補或解除契約之請求？

實務上多認為「按『驗收結果與規定不符，而無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』，政府採購法第七十二條第三項定有明文。是減價收受，除符合上開要件外，依其查核金額之不同，須經上級機關或機關首長或其授權人員核准始可，非謂機關當然有減價收受之義務。上訴人主張依上開規定，被上訴人有減價驗收之義務，自非可取。<sup>427</sup>，但亦有見解指出承攬人所為之工作符合政府採購法第七十二條第一項之法定要件時，定作人除非有拒絕減價收受之正當理由，否則應接受之<sup>428</sup>。

<sup>427</sup>臺灣高等法院 96 年度上易字第 567 號判決，另外臺灣高等法院 97 年度建上易字第 51 號判決「復查，兩造間系爭契約第 12 條第 1 項約定：『廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，具備一般可接受之專業及技術水準，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵』（見原審卷 15 頁），足見德合公司所交付之工作，必須『符合系爭契約約定』，且『具備一般可接受之專業及技術水準，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵』，始得通過驗收。雖依該契約第 4 條第 1 項約定：「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。…」（見原審卷 10 頁），惟此僅係在工作雖不符契約約定，惟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之情況下，賦予臺北縣環保局得選擇減價驗收而已，非謂德合公司具有請求減價驗收之權利。故若臺北縣環保局不選擇減價驗收，仍得依系爭契約第 12 條第 5 項之約定，要求德合公司改正瑕疵，如未依限改正者，臺北縣環保局亦得依同條第 6 項之約定，自行或使第三人改善，而向德合公司請求償還改善必要之費用。」、臺灣高等法院臺中分院民事判決 98 年度建上易字第 22 號「至依契約第 15 條第 17 款雖規定減價收受及扣罰 5 倍違約金，但是否同意減價收受乃屬被上訴人之裁量權限，非被上訴人之義務，且若依 39 項之缺失項目辦理減價收受及扣罰 5 倍之違約金，未必對上訴人有利」

<sup>428</sup>臺灣高等法院九十二年度重上字第一九二號判決「按『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。』政府採購法第七十二條第二項前段定有明文。…(三)、退而言之，縱可認為瑕疵，依前揭政府採購法第七十二條第二項前段規定，此項瑕疵（或稱驗收與規定不符情形），顯然不妨礙安全及使用需求，亦不致減少通常效用或契約預定效用，被上訴人實無拒絕減價收受之正當理由，此亦即系爭採購案經上訴人循政府採購法第六十九條規定聲請調解，行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會依前揭規定做出重級測試或辦理減價收受建議及撤銷對上訴人停權處分之法律理由。被上訴人竟拒絕主管機關之建議，執意解除契約，於法即有未合。」，惟本

但另有實務因個案因素而認為「次按『機關辦理驗收時應製作紀錄，由參加人員會同簽認。驗收結果與契約、圖說、貨樣規定不符者，應通知廠商限期改善、拆除、重作、退貨或換貨。其驗收結果不符部分非屬重要，而其他部分能先行使用，並經機關檢討認為確有先行使用之必要者，得經機關首長或其授權人員核准，就其他部分辦理驗收並支付部分價金。』、『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。』，政府採購法第 72 條第 1、2 項分別定有明文。承前所述，上訴人施作之橋面伸縮縫按裝雖不符後裝法平整要求，平整精度不合設計規定，其給付有不完全之情形，惟系爭工程自 91 年 3 月 15 日竣工後，該橋樑經當地居民使用出入迄今近 8 年，並未發生公安事件，顯見上開伸縮縫不平整之缺失問題，並不妨礙該橋樑之安全及使用需求，亦無減少其通常效用或契約預定效用，堪認該橋樑仍具備相當之使用機能。被上訴人徒以上開缺失，即命上訴人改善，而改善之方式無非以拆除重作為之，非但有困難，亦對已經方便使用該橋樑出入之當地居民，造成嚴重影響，實無必要，更有違民法第 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。再者，依民法第 493 條第 1、2 項、第 494 條、第 495 條第 1 項規定，可知因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之，承攬人不於期限內修補者，定作人得自行修補，請求承攬人償還修補必要之費用，或解除契約或請求減少報酬，並得請求損害賠償；但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約；亦即定作人倘不能因工作瑕疵而解除契約者，祇能請求修補或減少報酬，並不能拒絕給付報酬。是以上訴人施作「橋面伸縮縫及按裝」部分，有如上所述之缺失，被上訴人仍不得扣除該工項之全部報酬。則上訴人申請依前揭政府採購法第 72 條第 2 項規定減價收受，亦為工程會之調解建議所是認（見原審卷第 1 宗第 56 頁），尚非無據。乃被上訴人竟無故未准減價收受，且不予計價，自有未合。<sup>429</sup>」，雖該判決並未明確揭示政府採購法第七十二條是否為定作人之權限，然因個案中民眾使用該工程設施已久，且參酌民法第一百四十八條及民法

件係屬買賣契約，附此敘明。

<sup>429</sup> 臺灣高等法院九十七年度建上更(二)字第一七號判決。

第四百九十三條第一、二項、第四百九十四條、第四百九十五條第一項規定之立法意旨，認為本案之定作人應為減價收受，是該判決指出定作人在符合一定條件下，僅得請求減價收受，而不得另為他項之主張。

本文以為，本條既賦予定作人得無庸先行請求修補瑕疵，而逕得以相當於減少報酬之方式收受工作物，主要係因採購機關能妥適衡量公眾優先使用利益及工作物安全性，而賦予該權限，又承攬人先前既違反契約義務，事後如賦予承攬人於「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」得要求定作人於不妨礙契約預定效用減價收受，無非係給予承攬人相當於單方變更契約之權限，況依照政府採購法第七十二條明訂「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。」，更足徵是否對承商為減價收受應屬定作人之裁量權，惟自政府採購法第七十二條文義觀之，行政機關對於符合政府採購法第七十二條要件之工作得不先請求修補，而為減價收受之決定，主要係兼顧公眾得以提早使用之公益目的，而立法者賦予行政機關之裁量權，自難謂廠商對此有請求之權限，然如行政機關因己身怠惰，未即時向廠商請求改善，另有證據證明該工作物符合政府採購法第七十二條要件，且民眾業已長期使用該工作物時，則依照民法第一百四十八條誠信原則及政府採購法第七十二條前述所稱便民之意旨，應認為行政機關之裁量權已減縮或收縮至零<sup>430</sup>，而僅得藉由減價收受之方式向廠商請求。

### 三、違約金條款

如定作人請求減價收受或依當時情狀定作人僅得減價收受時，該法律效果依政府採購法施行細則第九十八條第二項規定「其減價計算方式，依契約規定。契約未規定者，得就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等，計算減價金額」即有相關之計算方式足資參考，惟實際上工程契約多已就減價收受之計算標準作相關計算之標準，例如「乙方使用之材料機具設備，或其施工品質與規定不符，但在不影響使用目的，不妨礙安全及觀瞻，經甲方檢討其拆換確有困難者，乙方同意由甲方扣回其實做價值與契約價格之差額

<sup>430</sup> 裁量收縮至零係指行政機關於作成裁量處分時，本有多屬不同選擇，若因為特殊之事實關係，致使行政機關除採取某種措施以外，別無其他選擇，行政法之理論與實用，增訂第十一版，吳庚著，頁 123。

(包含『間接工程費』，以甲方認定為準)，並處以該扣回差額六倍計算之罰款」<sup>431</sup>、「工程驗收時發見工程內容或乙方使用之材料，與規定不符，不影響其他構造物，而可拆除抽換者，乙方應即拆換，不得要求以扣款處理或延長工期。如不妨礙安全、美觀及使用需要，經乙方檢討並敘明拆換困難原因，送甲方審核，經同意可不拆換者，得以減價收受方式處理。其在查核金額以上之工程，應先報經甲方之上級機關核准，未達查核金額之工程，應經甲方核准；並依下列方式扣減及處罰違約金，但扣減數額及違約金合計總額不得逾契約詳細表所定該項金額：一、於尺寸不合規定時，按契約單價比例扣減，並處以扣減額五倍違約金。二、於工料不合規定時，按工料差額扣減，並處以扣減額五倍違約金」<sup>432</sup>，甚至相關契約範本均對減價收受條款有所規範，例如工程採購契約範本第四條第一項「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、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。□採減價收受者，按不符項目標的之契約價金\_\_\_\_%或\_\_\_\_倍（由機關視需要於招標時載明）減價，並處以減價金額\_\_\_\_%或\_\_\_\_倍（由機關視需要於招標時載明）之違約金。但其屬尺寸不符規定者，減價金額得就尺寸差異部分按契約價金比例計算之；屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之。」、內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約第二十三條第四項第二款「驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求或觀瞻，亦無減少通常效用或契約預定效用，經甲方檢討不必拆換或拆換確有困難者，得於必要時減價收受。採減價收受者，按不符項目標的之價差減價，並另處以價差額度6倍之違約金罰之。但其屬尺寸不符規定者，減價金額得就尺寸差異部分按契約價金比例計算之；屬工料不符規定者，減價金額得按工料差額計算之。」。

上揭定作人與承攬人約定減價收受之法律效果，除依照政府採購法第施行細則第九十八條第二項規定明定減價計算方式，另亦將違約金約定為減價收受之效果中，甚至將之約定為罰款，似乎依照政府採購法施行細則第九十八條第二項之規定將其定性為懲罰性違約金，而實務上多認為該約定扣減違約金之約定並未有民法第二百四十七條之

<sup>431</sup>臺灣高等法院 99 年度建上字第 17 號判決。

<sup>432</sup>臺灣高等法院 98 年度建上字第 98 號判決。

一所稱顯失公平之情狀<sup>433</sup>，而屬有效條款，惟認該扣減違約金過高而

<sup>433</sup>臺灣高等法院 94 年度建上易字第 6 號判決「系爭工程合約第四條第三項(其中第四條第三項約定：「乙方(即被上訴人)申請估驗或結算數量不符實際，(如申請估驗或結算圖說所載項目之個數列為已施作，而實際未施作)經查驗屬實者，乙方同意扣回甲方(即上訴人)認定超估或逾算款項，並按甲方認定超估或逾算款項，減價六倍收受。」)之約定，是否有民法第二百四十七條之一第二款、第四款之情形，並顯失公平而為無效：…(二)查本件上訴人為台北縣政府所屬之行政單位機關，其與人民間發生之私法關係，應適用民法之規定。上訴人與被上訴人間訂立之系爭工程合約，係由上訴人所擬定，而與不特定多數人訂立契約之用，為上訴人所自認，且由系爭工程合約書之名稱為「台北縣機關工程契約書」觀之，其係台北縣政府為與不特定多數人訂立契約之用而單方預先擬訂之契約條款，其為定型化契約至明。茲首應審究者為兩造間分別於九十一年四月十二日及九十一年七月十二日簽訂之系爭工程契約，其中第四條第三項約定：「乙方(即被上訴人)申請估驗或結算數量不符實際，(如申請估驗或結算圖說所載項目之個數列為已施作，而實際未施作)經查驗屬實者，乙方同意扣回甲方(即上訴人)認定超估或逾算款項，並按甲方認定超估或逾算款項，減價六倍收受。」是否有前述不公平之情事而應歸於無效？(三)、被上訴人主張系爭工程第四條第三款有關減價六倍之規定，係加重被上訴人之責任，依民法第二百四十七條之一之規定，應屬無效云云，然查該條第二款所謂「加重他方當事人之責任」，應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(最高法院九十二年台上字第一三九五號判決參照)。依系爭工程之「投標須知」第九條之規定，被上訴人在購買「招標文件清單」時，「契約樣稿」即附隨在招標文件清單內(參見上證 8)，被上訴人於填寫標單前須閱覽契約樣稿始得以參與投標，是以被上訴人當有充分資訊及機會，預先閱覽上開第四條第三項關於估驗或結算數量不實得減價六倍之約定，被上訴人可先衡量得失考慮是否參加投標，倘認契約條款不利益者，其大可選擇不參加投標，並非無從選擇締約對象、或無拒絕締約之餘地。況被上訴人在投標前，倘認契約樣稿不合理而違反法令者，並得依政府採購法第七十五條至八十三條之規定，循異議、申訴、行政訴訟之途徑救濟之，即使在得標後，因履約爭議而未能與招標機關達成協議，亦得依政府採購法第八十五條之一至八十六條，向採購申訴審議委員會申請調解、或向仲裁機關提付仲裁。且投標須知第 21 條第(1)項已明示：「投標廠商除非經規定程序提出異議，否則於投標時，即視為同意本招標文件之全部內容」。足見被上訴人在得標前後均有爭執契約內容之機會及救濟之途，原審徒以上訴人為行政機關，即逕然認定上訴人挾帶有強大之行政資源，自然係為經濟上強者云云，尚屬率斷。何況，被上訴人已有多次承包上訴人所發包公共工程之經驗，(參見上證 9 所附九件工程契約之節本)，該九件工程契約中均有如本件減價收受之條款。是以被上訴人早已累積相當經驗，有充分資訊及機會知悉系爭條款之存在，並有相當財力，其絕非經濟上弱者，倘其認系爭條款係加重其責任而有不公平情事者，又豈會一再參與投標？(四)、被上訴人復主張上訴人於工程估驗計價程序，就被上訴人所提之估驗單有查核之義務，而施工數量之查核，係屬公共工程施工品質管理之一環，上訴人疏於查核在前，要被上訴人對於超估乙事負全責，並處以六倍罰款亦不符公平合理等語。上訴人則辯稱：「工程之驗收」，與「施工數量之查驗」分屬不同概念。「工程之驗收」，係對所完成工作物「品質及效用」之驗收，關係工程有無瑕疵。「施工數量之查驗」，則純為對「材料數量」之查核，關係實作實算之工程計價，而「公共工程施工品質管理作業要點」，旨在規範「施工品質」，而非規範「施工數量」，原判決引用該作業要點相關規定，認「施工數量之驗收為被上訴人之責任，並不足採。而關於「施工數量」，依約係由被上訴人「自行負責統計申報」，依契約最基本之誠信原則，被上訴人自負有「誠實」統計申報之「義務」，上訴人則享有「抽驗」之「權利」，藉以檢覈上訴人之請款金額是否正確，非負有「負責逐一查驗請款金額是否正確」之「責任或義務」。且承攬人並不因該條款之存在，加重負擔他項義務等語。經查依臺北縣各機關辦理採購規範第二十六條申請撥款及付款第(六)項之規定：「廠商申請支付工程估驗計價時，應依契約規定，由廠商定期按工程實際進度提出估驗申請，送監造單位及主辦人員查證，複核後，連同原始憑證，送主(會)計單位核付估驗款(參見原證 12)。且依臺北縣政府公共工程估驗計價監造單位查核作業標準作業流程，監造單位首應查核工程估驗明細及施工照片，核算相關工程項目及數量是否與現場相符。若無不符即辦理付款作業，若有不符即退回予承包商修正(上被證 6：台北縣政府公共工程估驗計價流程影本乙份)。足見「工程數量」之查核亦為上訴人之義務，上訴人辯稱工程數量之查驗乃其權利而非義務，固不足採。惟查公共工程中之估驗計價程序，雖為承包商與行政機關之共同義務，然系爭合約第五條第一項第 2 款第(1)目明定：「本契約自開工日起，每十五日估驗計價撥付估驗款一次。估驗時應由乙方(即被上訴人)提出估驗明細表，經甲方(上訴人)監造單位核符簽認後，送請甲方於十五日

依民法第二百五十二條予以酌減<sup>434</sup>。

內付款」，是以系爭工程之計價係由被上訴人自行按工程進度統計，按期向上訴人提出估驗請款，上訴人僅負責查證及複核，上訴人事實上不可能全程監看承攬人究竟施用多少材料數量，亦不可能將已施作完成之工作物拆除破壞，清查檢驗數量，是以上訴人為確保被上訴人誠實履行估驗之義務，於契約第四條第三款約定申請估驗或結算數量不符之懲罰性違約金（系爭契約名為減少價金，實為懲罰性違約金，理由詳如後述），為確保公共工程之品質及公共利益，事實上有其必要，本諸契約自由原則，應予准許，至於上訴人約定按超估或逾算款項六倍計算違約金，如有偏高情形，法院非不可依職權予以核減，惟此屬違約金約定過高之另一問題，不能據此即謂該項約定歸於無效。至被上訴人主張上開規定，係加重被上訴人估驗請款之責任，於被上訴人有重大不利益之情形，亦顯失公平，契約應屬無效云云，經查誠實估驗乃被上訴人履行系爭契約應盡之義務，而「減價收受」（實者為懲罰性違約金）僅為不誠實申報所生之「法律效果」，被上訴人所負義務自始至終為「誠實謹慎申報估驗施工項目及數量」而已，如被上訴人據實估驗，並不因該條款之存在，加重負擔他項義務，亦不致有重大不利益之情形，故被上訴人上開主張亦非可取。（五）、被上訴人復主張系爭條款違反政府採購法第六條之公平合理原則，應屬無效等語。經查：政府採購法第六條第一項固明定：「機關辦理採購時，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇」，然所謂之差別待遇行為，參見行政院公共工程委員會之意見（見被證十五），係指「非因條約或協定，對於國內與國外廠商或其產品、勞務，或對於不同國別之國外廠商或其產品、勞務，訂定不同或不相當之資格、投標、報價、交易條件」、「非因條約或協定，且無正當理由，對於不同國家之國外廠商或其產品、勞務，給予允許或拒絕參與競標之不同待遇」、「對於國內廠商，以其資本額中外資所占比例為由，拒絕其參與競標」、「對於廠商之標文件付郵地、實績發生處所、代理人為不當之限制」等情形。而本件採購案，並無上開情形，自無差別待遇可言。被上訴人主張系爭條款違反政府採購法第六條之規定，係對於該條之文義有所誤解，自不足採。（六）、綜上所述，系爭工程合約第四條第三項之約定，並未加重被上訴人之責任，且對被上訴人並無重大不利益，亦未違反政府採購法第六條之公平合理原則，被上訴人主張依民法第二百四十七條之一之規定，該部分約定應為無效，非可採信。臺灣高等法院 96 年度建上字第 85 號判決「系爭紅土網球場之施作，雖有前揭不符約定方式情事，但排水不良問題業經上訴人補強，已見改善，並經被上訴人驗收完成等情，為兩造不爭，並載明於被上訴人製作之兩次協調會議紀錄（見原審卷 62 至 69 頁），可見已符「不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或本契約預定效用，經甲方（被上訴人）檢討不必拆換、更換或拆換、更換確有困難，或不必補交者」之系爭工程合約第四條第四款約定情事，則被上訴人依該條後段：「得於必要時減價收受。採減價收受者，按不符項目標之本契約價金減價六倍」之約定，就不符之「清碎石級配」項目工程款 63 萬 9,846 元，減價六倍即 383 萬 9,076 元，並據此扣抵上訴人之工程尾款 277 萬 0,623 元及履約保證金 106 萬 8,453 元，自屬有據，且不因上訴人不曾於協調會時同意扣減而有不同。上訴人雖主張：系爭工程合約為「定型化契約」，上揭「減價六倍」之約定，參諸民法第 247 條之 1 及最高法院 91 年度台上字第 2336 號見解所示，因加重上訴人責任，按其情形顯失公平，自屬無效；縱認有效，亦有違約金約定過高情事，應予酌減云云。然系爭工程合約條文乃經兩造商議後簽立，其中第三條第三至五款、第七條第一款及第十四條第一款末段，均經兩造協議磋商而予刪除（見原審卷 13 至 39 頁），已見被上訴人抗辯：兩造就系爭工程合約條文之訂定，非無商議餘地一節，應屬可取。況系爭工程係經公開評選決標，此觀工程合約前言及刑事判決書事實欄所載即明（見原審卷 13、58 頁），上訴人倘認系爭工程合約內容不公，自得不參與評選或於得標後拒與上訴人訂約；其既明知工程項目及內容，且願與被上訴人簽訂系爭工程合約，自應受該合約之拘束。同理，兩造訂約時，當已考慮到各該單項工程對本契約其他部分及整體之影響，且盱衡自己履約能力及不履約時之賠償意願而作此約定，自應遵守，否則私法自治、契約自由原則即將無從貫徹，且將違約之不利益委諸未違約之一方，亦將對其他參與評選之廠商不公。是上訴人此部分之主張，要無可採。」

<sup>434</sup> 臺灣高等法院 98 年度建上字第 98 號判決「惟查約定之違約金過高者，法院得減至相當之數額，民法第 252 條定有明文，上訴人主張上開工程有缺失扣除減價金 79 萬 7,675 元，並科處五倍之違約金 398 萬 8,375 元，固據其提出計算方式如上述，然本院審酌其科處違約金部分尚嫌過高，爰依法酌減為一倍，是上訴人此部分得請求之金額應為 159 萬 5,350 元，逾前開部分之請求，即屬不應准許。」

然觀諸民法第二百五十條規定「當事人得約定債務人於債務不履行時，應支付違約金。違約金，除當事人另有訂定外，視為因不履行而生損害賠償總額。其約定如債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即需支付違約金者，債權人除得請求履行債務外，違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額。」，是第一項所指為損害賠償總額預定性質的違約金，惟當事人亦得特別約定該條第二項所稱不於適當時期或不依適當方法履行債務就需支付違約金，此應為督促履行性質的違約金，而該條所稱「不於適當時期而生損害之賠償」，是指遲延之損害，至於「不依適當方法所生損害之賠償」，應係指從義務或附隨義務之違反，相當於不完全給付之範圍。是民法本文並未就懲罰性違約金加以定性，且懲罰性違約金用語乃自英美法系而來，與我國繼受之大陸法系有所扞格，更況英美法系的懲罰性賠償金係針對企業經營者所為之懲罰，以鼓勵一般民眾來檢舉甚至遏止其企業經營者不良行為，故在我國民法體系之下，如非有英美法系所稱給予企業經營者懲罰之目的下，違約金應無制裁概念，而僅有損害賠償總額及督促性質，是應於債務人有給付不能、給付遲延或是不完全給付之債務不履行情況下始有違約金適用，換言之，需在可歸責於債務人之情況下才有違約金，並於此情況下，法院始依照民法第二百五十二條認違約金過高可而予以酌減之權限，是實務如將上揭減價收受條款中之違約金當作懲罰性違約金又依照民法第二百五十二條予以酌減，似乎混淆違約金之性質，顯有不當。

再者，雖減價收受制度係用於公共建設，公益色彩濃厚，然減價收受必須以瑕疵不影響安全或不妨礙效能為前提，若業主按減價收受方式辦理，即可顯見瑕疵不甚重大，並無英美法系所稱應對企業經營者加以制裁之情狀，足徵其真意並非懲罰承攬人，而係為督促承攬人完善完成工作物所為之約定，應屬「督促性質之違約金」。然定作人減價收受之權限其實相當於民法上所稱之減少價金請求權，均因承攬人未能善盡完成無瑕疵工作義務而來，而物之瑕疵擔保請求權主要係為求對價關係之平衡，並不以承攬人對瑕疵發生具可歸責為必要，而實務上之減價收受條款不但扣除物之瑕疵價值部分，另需加計數倍之違約金，然觀諸民法第四百九十五條規定即知物之瑕疵擔保並不當然等同於債務不履行，是多數減價收受之違約金條款不以債務人可歸責為要件時，則該條款將抵觸民法第二百五十條所規定之立法意旨，不當

的加重相對人之責任並對相對人顯失公平，應依民法第二百四十七條之一規定無效。

又多數情況下承攬人因瑕疵減損效用之損失亦得由減少報酬獲得適度之補償，然實務上多數減價收受條款卻以減少報酬數額之五至六倍計算違約金，顯然與承攬人之違約情節顯不相當前述，更足徵其規範內容顯然逾越履約擔保及損害填補之必要限度，對相對人造成顯失公平之重大不利益，依民法第二百四十七條之一規定無效<sup>435</sup>。

## 第五項 請求解除契約

### 壹、民法第四百九十四條及第四百九十五條第二項

我國就物有瑕疵時，若該瑕疵已不能修補，或雖瑕疵得修補但經定作人催告後承攬人不於期限內修補，或是因修補費用過鉅而拒為修補者，則定作人得依照民法第四百九十四條，就解除契約與請求減少報酬擇一行使<sup>436</sup>，惟依其但書規定，倘若承攬工作物為建築物或土地上之工作物或瑕疵並非重要者，則僅得減少報酬不得解除契約，蓋解除契約對於雙方當事人間權利變動極大，故法律規定採取較為嚴謹、限縮之態度。另外，依照第四百九十五條第二項規定，當可歸責於承攬人致工作發生瑕疵者，縱承攬人之工作為建築物或其他土地上之工作物，如該瑕疵重大致不能達使用之目的者，定作人仍得解除契約，即針對民法第四百九十四條但書所作之例外規定。

本文以下重點乃在於不得解除契約之例外事由，首先關於瑕疵並非重要者之判斷作簡單介紹；再者，針對承攬人之工作為建築物或其他土地上之工作物不得解約作相關分析探討，蓋我國工程實務中常見以建築物或土地上之工作物為承攬標的，而綜觀我國目前契約範本皆未以此作為解除契約之例外規範，故就但書規定仍有適用之餘地，或縱有例外之規定，亦被認為其有強行性規定之色彩，當事人不得預以反對之意思表示，排除其適用<sup>437</sup>，然此在工程實務上是否具有正當性、合理性，實有再行探討之必要。

<sup>435</sup>歐陽勝嘉，定型化違約金之法律問題，元照出版社，頁184-185。

<sup>436</sup>黃世孟、陳坤成，同註121，頁60。

<sup>437</sup>史尚寬，同註109，頁320。

## 貳、契約解除權之限制

### 一、瑕疵並非重要

民法第四百九十四條雖賦予定作人於承攬物有瑕疵時得解除契約，但如瑕疵非屬重要則不得解除契約，蓋瑕疵既屬輕微，使其得請求減少報酬足資保護<sup>438</sup>。故當瑕疵不重要者，自以請求修補或請求減少報酬為原則<sup>439</sup>。而日本法上，雖未就此作例外規範，但依日本學說為保障定作人與承攬人之利害公平，應認為於該情形仍不得解除契約<sup>440</sup>。

至於瑕疵是否重要，應以當事人締約之目的為準據，參酌瑕疵之程度、標的物之特性、比較解除契約及解除契約對定作人與承攬人之利益與損害，而為綜合判斷。依前述綜合判斷結果，如因工作有瑕疵而不能達締約之目的或定作人已無利益可言時，定作人得解除契約<sup>441</sup>。

### 二、承攬之工作為土地上之工作物

#### (一)立法理由與實務發展

民法第四百九十四條但書中規定解除契約之例外情形，除了上開所稱瑕疵非屬重要者外，尚有承攬人所承攬之工作為建物或土地上工作物者，仍不得解除契約，我國立法理由乃謂此主要係為了公益，而查日本法第六百三十五條亦採相同之規定，學說指出該規定目的為不論該等工作物之瑕疵如何嚴重，經修補後應仍具有利用價值，如果允許定作人解除契約要求定作人拆除該定作物的話，對承攬人過於苛刻，且易對社會經濟造成莫大的損失<sup>442</sup>，是以，不允許定作人解除契約。我國立法理由所稱之公益殆亦同日本法之理由。蓋其規定目的乃為社會經濟之公益，故我國實務<sup>443</sup>及學說見解有認為此規定乃一強行性規

<sup>438</sup> 鄭玉波，同註 109，頁 368。

<sup>439</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 60。

<sup>440</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註 100，頁 151。

<sup>441</sup> 詹森林，同註 98，頁 9。

<sup>442</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註 100，頁 152。

<sup>443</sup> 最高法院民事裁定九十八年度台上字第七七號：「又按因可歸責於承攬人之事由致工作發生瑕疵，定作人固得解除契約。但所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，非其瑕疵重大致不能達使用之目的者，定作人不得解除契約，此觀民法第四百九十四條但書及八十八年四月二十一日增訂同法第四百九十五條第二項、民法債編施行法第二十七條規定自明，尋繹其源於誠信原則而設，並為兼顧定作人權益及維護社會公益之立法本旨，該規範乃係限制定作人解除權行使之禁止規定，初不得任由當事人以約定解除權拒斥適用之餘地。原審本此見解而為上訴人不利之論斷，於法並無不合。」

定，而日本學說亦採肯認之見解<sup>444</sup>，亦即不論瑕疵重大程度皆不得解除契約<sup>445</sup>。

而所謂建築物係指定著於土地上或地面下具有頂蓋、牆垣，足以避風雨，供人起居或出入之構造物而言。至於其他土地上之工作物，土地上之工作物，指定著於土地上或地面下之構造物而言，包括橋樑、隧道、提防、紀念碑、引水設備等在內<sup>446</sup>。依其文義，在標的物及工作內容上，範圍均甚為廣泛<sup>447</sup>。就內容而言，新建、增建、改建、修建<sup>448</sup>、重大及簡易修繕、改良等等，皆所謂之「承攬之工作」<sup>449</sup>。

按自其立法理由觀之，其乃以「重公益」、「維持社會經濟利益」等作為不得解約之理由，故非無見，如新建大廈乃屬民法第四百九十四條但書所定之「承攬之工作為建築物」，倘若要求承攬人予以拆除，的確將產生立法理由所稱之事由；但重新油漆既有之房屋，或簡易修繕簡陋之倉庫，似亦屬之。從上開例子可見，對於建築物或其他土地上工作物之定作人，於工作有瑕疵時，一律禁止其解除契約，顯然過份籠統，不足因應萬千之承攬態樣<sup>450</sup>。故為避免上開顯不相當事由發生，有學者指出就施工內容部分，應對照民法第五百一十三條有關法定抵押權之規定，自體系解釋言之，將其適用範圍限於工作之新造，至於土地上工作物之修繕則無適用<sup>451</sup>。雖該名學者有意限縮該條適用，避免上開不公情形發生，然本文以為此一解釋恐有逾越文義之嫌。

再者，以工作之範圍觀察，如上所述，由於建築物或其他土地上工作物之範圍，不甚枚舉，故為完成建築物或其他工作物所支出之費用，及其完成後之價值，高低不一，例如承攬之工作為簡單倉庫之新建。從而，所謂「回復原狀將造成承攬人及社會經濟重大不利益，故

<sup>444</sup> 幾代通、同註 100，頁 152。

<sup>445</sup> 幾代通、広中俊雄編集，同註 100，頁 151。

<sup>446</sup> 高明發，同註 111，頁 178。

<sup>447</sup> 詹森林，同註 46，頁 97。

<sup>448</sup> 依建築法第九條規定：「本法所稱建造，係指左列行為：一、新建：為新建之建築物或將原建築物全部拆除而重行建築者。二、增建：於原建築物增加其面積或高度者。但以過廊與原建築物連接者，應視為新建。三、改建：將建築物之一部分拆除，於原建築基地範圍內改造，而不增高或擴大面積者。四、修建：建築物之基礎、樑柱、承重牆壁、樓地板、屋架及屋頂，其中任何一種有過半之修理或變更者。」。

<sup>449</sup> 詹森林，同註 46，頁 97。

<sup>450</sup> 邱聰智，同註 34，頁 81。

<sup>451</sup> 邱聰智，同註 34，頁 81。

不宜解除契約」之主張，尚嫌以偏蓋全<sup>452</sup>。此外，當工作物瑕疵修補不能或安全堪慮，例如有倒塌、外洩輻射或毒氣等有害物質之情形時，若工作物已修補不能，且無法使用，定作人仍不能解除契約，則對定作人之保護明顯有不足<sup>453</sup>，甚至若系爭工程之瑕疵，致工作物不能使用，且對定作人無利益可言時，定作人縱得將報酬扣減至零，然其未能取得拆除之費用，則任由土地或建物變成荒廢，對社會經濟將更為不利，則明顯與立法原意相違<sup>454</sup>，且對定作人亦有失公允<sup>455</sup>。準此，民法第四百九十四條但書，就建築物或其他土地上為標的之承攬契約，一概規定定作人不得解除契約，立法論上顯不合理<sup>456</sup>。

而就實務見解上，早期實務見解乃採取嚴格遵守之見解，例如最高法院五十三年度臺上字第三〇三一號判決認為「承攬人完成工作有瑕疵者，定作人得定期請求修補，如承攬人不依期修補，或其瑕疵不能修補者，定作人得請求減少報酬，如因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人並得請求損害賠償，而所承攬之工作為建築物者，定作人不得解除契約。」、五十八年度臺上字第六三四號判決認為「承攬之工作為建築物或其他工作物者，如其工作有瑕疵，定作人僅得請求減少相當之報酬，不得解除契約。所謂僅得請求減少相當之報酬，並包括工作之重大修繕。本件工作縱有瑕疵，而經上訴人催告被上訴人重建而未予置理，依法亦不得解除契約，故上訴人所稱已通知解除契約，其真意仍屬終止契約，而終止契約前，上訴人依約應支付之工程費，仍應負履行之義務。」，亦即定作人依民法第四百九十四條但書，無論如何皆不得解除契約之規定。

直至最高法院八十三年度台上字第三二六五號民事判例始修正其見解認為「民法第四百九十四條但書規定，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約，係指承攬人所承攬之建築物，其瑕疵程度，尚不致影響建築物之結構安全，毋庸拆除重建者而言。倘瑕疵程度，已達建築物有瀕臨倒塌之危險，猶謂定作人仍須承受此項危險，而不得解除契約，要非立法本意所在。」該判例乃

<sup>452</sup> 詹森林，同註 46，頁 98。

<sup>453</sup> 邱聰智，同註 34，頁 81。

<sup>454</sup> 黃世孟、陳坤成，同註 121，頁 60；詹森林，同註 46，頁 98。

<sup>455</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 613。

<sup>456</sup> 詹森林，同註 46，頁 98。

結合結構物安全之觀念，即類似民法第四百二十四條即規定，租賃物為房屋或其他供居住之處所者，如有瑕疵危及承租人或其同居人之安全及健康者，得終止契約<sup>457</sup>，使承攬者當其施作之工作物致安全堪慮者，並非不得解約。目的性限縮民法第四百九十四條但書規定的適用範圍，此判例應屬可採。

## (二)民法第四百九十五條第二項之增定

有鑑於上開顯失公平之情形，立法者乃於民國八十八年修正民法債編時，增訂民法第四百九十五條第二項規定，按其文義部分，四百九十五條第二項與四百九十四條但書部分文義相同，可知本條項乃針對四百九十四條但書，亦即如該工作係因可歸責於承攬人之事由且該瑕疵重大致不能達使用目的時，即賦予不同於第四百九十四條但書之法律效果，亦即此時之定作人已非如第四百九十四條但書所定之「不得解除契約」，而係依第四百九十五條第二項規定「得解除契約」<sup>458</sup>。次按其立法理由乃謂「依第四百九十四條但書之規定，承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，縱因可歸責於承攬人之事由，致有瑕疵者，定作人仍不得解除契約。在瑕疵重大致不能達使用之目的時，例如承攬人利用海砂為建材建築房屋，如海砂嚴重腐蝕鋼筋，致不能達使用之目的時，此項規定對定作人即有失公平，且有礙社會公益。為兼顧定作人之權益及維護社會公益，增訂第二項，俾資公平。」，明顯可見立法者欲以第四百九十五條第二項作為第四百九十四條但書之例外規定。換言之，立法者認為為兼顧承攬人以及定作人之利益，則以承攬人可歸責為定作人解除權發生前提，。

故有學者因而認為，既然立法理由已明確指出第四百九十五條第二項為第四百九十四條但書之例外規定，則於第四百九十五條第二項以適用下，當建物之存在危及定作人人身安全，且可歸責於承攬人者，定作人得解除契約<sup>459</sup>。再者，就我國民法而言，依第二百二十七條第一項、第二百五十四條、第二百五十五條或第二百五十六條，債權人解約權取得，係可歸責於債務人為前提，即將解除權發生與歸責事由予以連結，故立法者將該見解引入瑕疵擔保制度內，似非難以想像<sup>460</sup>。

<sup>457</sup> 游進發，同註 167，頁 94；詹森林，同註 46，頁 100。

<sup>458</sup> 詹森林，同註 46，頁 99。

<sup>459</sup> 游進發，同註 167，頁 96。

<sup>460</sup> 游進發，同註 167，頁 95。

然另有學者指出，雖立法者已發見上述之爭議問題，而欲以增訂民法第四百九十五條第二項規定予以解決，立意良善，然又為兼顧民法第四百九十四條但書之意旨，乃增設兩大要件予以限制，亦即「瑕疵重大致不能達使用目的」以及「瑕疵係因可歸責於承攬人之事由」，就前者之要件與民法第四百九十四條另一解除權之限制相同，故該限制要件尚屬值得贊同，然就後者卻有立法錯置之疑慮，蓋若完成之工作，果真具有第四百九十五條第二項修正理由所述之海沙屋，或是輻射屋之情事，而承攬人並無可歸責事由，則限制定作人之解除權，顯非妥適<sup>461</sup>，亦即歸責之要件並不能作為平衡雙方權益之依據。再者，就比較法觀點而言，瑞士債務法第三百六十八條第三項<sup>462</sup>，亦有類似於我國民法第四百九十四條後段限制定作人解除權之規定，但是瑞士學說認為，若有瑕疵之工作危害人身之健康、身體與生命，而且並無適當之保護措施時，定作人均得解除契約，並不以可歸責為要件<sup>463</sup>。

本文以為後者見解較為可採，蓋如瑕疵為不可歸責於承攬人而發生，而定作人無民法第四百九十六條前段之情形，則應由承攬人負擔，因此項風險乃在承攬人控制範圍內，故而不得藉由限制定作人解除契約，轉嫁與定作人。例如承攬人被詐欺，而購買有缺陷之材料，並使用於所承攬之建築物或其他工作物上，致發生瑕疵，則承攬人雖為不可歸責，仍應負擔解除契約所可能引起之不利益<sup>464</sup>，而不論承攬人是否有可歸責之事由。因此，在修法更正前，應解為八十三年台上字第三二六五號判例，不因民法第四百九十五條第二項規定之施行，而失其規範功能<sup>465</sup>。換言之，工作之瑕疵因可歸責於承攬人而發生者，定作人得依民法第四百九十五條第二項解除契約，但瑕疵已致建築物或其他工作物有倒塌之危險或其他不能達使用目的之情形者，縱使不可歸責於承攬人時，定作人仍得依本件判例解除契約<sup>466</sup>。

<sup>461</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 612-613。

<sup>462</sup> 「工作物係設置於定作人之土地上，且按其性質非有重大損害不能移去者，定作人僅有本條第二項所規定之權利。」轉引自高明發，同註 111，頁 179。

<sup>463</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 613-614。

<sup>464</sup> 詹森林，同註 46，頁 99-100。

<sup>465</sup> 詹森林，同註 98，頁 9-10；雖本件判例乃稱「瑕疵之程度已達建築物有瀕臨倒塌之危險」，但如工作物之瑕疵，已達無法藉請求減少報酬方式，以保障定作人之利益，並兼顧維持該工作物之經濟價值者，例如：建築物堅固無比，但卻使用輻射鋼筋，則縱該工作物尚無瀕臨之危險，定作人亦得解除契約，引自詹森林，同註 98，頁 11。

<sup>466</sup> 詹森林，同註 46，頁 99-100；楊芳賢，同註 7，頁 613-614。

上開見解亦被我國實務界所採，例如台灣高等法院九十一年度重上更(一)字第一三三號判決：「按民法第四百九十四條但書所謂所承攬之工作物為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不能解除契約，係指承攬人所承攬之建築物，其瑕疵程度尚不致影響建築物之結構或安全，毋庸拆除重建者而言，重在社會經濟利益之公益考量。倘瑕疵程度已達建築物有倒塌之危險，猶謂定作人仍須承受此項危險，而不得解除契約，並非立法本意所在。系爭工程因偷工減料，致只能興建至地上三層，而無法興建如原設計之地上十一層建物，瑕疵顯然重大致不能達原設計之使用目的，如仍不准定作人解除契約回復原狀，反而於社會經濟利益之公益有害，殊非立法本意。上訴人辯稱：依民法第四百九十四條但書之規定被上訴人不得解除契約云云，尚非可採。」，且經最高法院九十二年度台上字第二五八四號判決予以確定。

### (三)日本法發展

另外，與我國有類似規定之日本，其亦面臨相同之困境，惟其實務上仍未針對民法第六百三十五條突破性之見解，而係針對得否依照損害賠償規定<sup>467</sup>，對於同於實質解約之重建費用予以請求有歧異之見解，有採否定之見解，例如神戶地裁昭和 63 年 5 月 30 日判決<sup>468</sup>、東京地裁平成 3 年 6 月 14 日判決<sup>469</sup>等等。前者判決指出，建物為承攬工程的標的物時，而該瑕疵在社會通念上係屬修補不能者，定作人得請求之損害賠償額是不包含相當於重建之修補瑕疵之必要之費用，蓋民法第六百三十五條但書之解除權限制規定應解為強行規定，一旦認可重建費用等的損害請求，即間接肯認得實質為契約之解除<sup>470</sup>。但亦有採肯定之見解者，如大阪高裁昭和 58 年 10 月 27 日判決<sup>471</sup>、大阪地裁昭和 59 年 12 月 26 日判決<sup>472</sup>、大阪地裁昭和 62 年 2 月 18 日判決<sup>473</sup>等等。於大阪高裁昭和 58 年 10 月 27 日判決中，當事人之承攬工程之建物有構造上之危險，故該判決認為如該建物除了重建，並無

<sup>467</sup> 日本法就承攬編之物之瑕疵擔保規定中，如有瑕疵時，定作人得主張損害賠償，且不以承攬人有過失為要。

<sup>468</sup> 判例時報第 1297 号，頁 109。

<sup>469</sup> 判例時報第 1413 号，頁 78。

<sup>470</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 177。

<sup>471</sup> 判例時報第 1112 号，頁 67。

<sup>472</sup> 判タイムズ第 548 号，頁 181。

<sup>473</sup> 判例時報第 1323 号，頁 68。

其他修補可能時，則定作人得請求與重建費用相當之損害賠償<sup>474</sup>。

上述之下級審裁判因有歧異見解，是[最高裁平成 14 年 9 月 24 日判決](#)（平成 14 年 9 月 24 日日本最高裁第三小法廷平 14（受）605 號判決）則指出，已完成的建築物上，如有多數之瑕疵係涉及主要的構造部分，且已重大影響建物的安全性和耐久性的，例如一有地震和颱風來襲建物將有倒塌之危險，於此情形，必須根本地除去地基，甚至解構其基礎，在技術與經濟上，定作人除了重建並無其他解決之道，因除去該建物對社會經濟並不會造成極大損失，又由承攬人負擔重建之費用以滿足契約的履行責任，對於承攬人不得謂過於苛酷，進而認為該情形並未違反民法第六百三十五條但書規定之意旨。

而日本學說亦肯認此一見解，其指出將土地之工作物當作解約權之例外，主要係考量承攬人的負擔和社會經濟的損失，故當定作人受有重大瑕疵之建物而有必須重建之情形，如自建物之危險性以及定作人無法使用建築物角度觀察，放任建物荒廢是不被允許的，故無上開原因之限制，故認為判決作出由承攬人負擔此一費用是公平妥當的<sup>475</sup>。

#### （四）小結

依自上開分析以及日本法制之介紹，再再顯示民法第四百九十四條但書以工作物為建物或土地上之工作物而限制定作人解約權之不當處，且因工程契約之標的物多以建物或土地上之工作物為標的，故有上開規定之適用，縱得透過約定予以排除或為終止契約<sup>476</sup>，但可能被實務見解認為違反此一強行規定，而宣告約定無效，如此一來，定作人無法終止或解除契約，除對定作人保障不足外，甚至如工程係屬公共工程者，影響層面更為廣泛，誠屬影響重大之條款。

故有學者自解釋論上尋找解決之道，即參酌民法第五百十二條認為「終止事由可歸責於承攬人者，僅於工作已完成之部分，於定作人為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務」，至於建築物有瑕疵之情形，認為定作人得「終止」，即將五百十二條目的性擴張適用到「建築物有瑕疵」的情形，蓋將「建築物有瑕疵」與「承攬人死亡或

<sup>474</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 178。

<sup>475</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，178-179。

<sup>476</sup> 李家慶，同註 3，頁 97。

非因其過失致不能完成其約定之工作」(民法第五百十二條第一項)相較,舉輕(不可歸責於承攬人)以明重(可歸責於承攬人),民法第五百十二條第二項之規定更有理由適用於「建築物有瑕疵」之情形<sup>477</sup>。惟其與解除契約情形各有利弊,且效果亦有不同<sup>478</sup>,故本文以為根本之解決之道仍自立法論上予以修正始為妥適。

## 第六項 損害賠償請求權

### 壹、民法第四百九十五條第一項

民法第四百九十五條第一項乃規定:「因可歸責於承攬人之事由,致工作發生瑕疵者,定作人除依前二條之規定,請求修補或解除契約,或請求減少報酬外,並得請求損害賠償。」,雖瑕疵擔保責任係屬無過失之責任,然承前所述,由於承攬編之瑕疵擔保責任乃為承攬人主給付義務,依照債務不履行之體系,當債務人有可歸責事由時,則債權人得請求損害賠償,該規定即展現承攬編瑕疵擔保責任具有主給付義務之特色。

民法於買賣編中亦有類似規定,第三百六十條規定「買賣之物,缺少出賣人所保證之品質者,買受人得不解除契約或請求減少價金,而請求不履行之損害賠償;出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同。」,惟與民法第四百九十五條仍有相異之點,一方面買賣編之歸責要件限於缺少出賣人所保證之品質與出賣人故意不告知瑕疵之情狀,相較於此,承攬編之歸責要件所涵蓋範圍較為廣泛;另一方面,就效力部分,第三百六十條所規定之情形,買賣人在請求減少價金、解除契約及請求損害賠償之間,僅得擇一,而不得併同行使。然就承攬編之損害賠償請求權依條文規範,則得與請求修補、請求減少報酬或解除契約併同行使,亦有明顯相異之處。。

### 貳、損害賠償請求權與其他瑕疵擔保請求權之競合

民法第四百九十五條明文規定,該損害賠償請求權乃與請求修補或解除契約,或請求減少報酬併存,但其與後三者之請求權是否為選擇之債則有疑義。就該法律爭議實務上乃存有不同之見解,有認為「雖

<sup>477</sup> 黃茂榮,同註118,頁15-16。

<sup>478</sup> 黃茂榮,同註118,頁15-16。

被上訴人提起本訴時，在起訴狀曾提及系爭管路重建工程費有修復費用之性質，然其捨棄修補、解約、減少報酬權限，將該等修復費用作為未依約履行所生之損害，逕行請求賠償，並無不可。<sup>479</sup>，而肯認民法第四百九十五條第一項損害賠償之範疇是包含修補瑕疵、解除契約以及減少報酬之範疇，故定作人於承攬人可歸責時得不依第四百九十三條以及第四百九十四條請求上開權利，而逕以損害賠償之請求以填補定作人所有之損害；但亦有採相對之見解者認為「民法第四百九十五條第一項規定係指定作人依民法第四百九十三條、第四百九十四條之規定請求承攬人修補瑕疵、解除契約或請求減少報酬外，並得請求損害賠償，此損害賠償當指修補瑕疵、解除契約或減少報酬外之損害賠償」<sup>480</sup>，即理解上開瑕疵擔保請求權與損害賠償請求權係併存但不競合。

我國學說上亦與實務相異之見解，有學者主張就工作瑕疵而言，定作人自行修補、解除契約或請求減少報酬與損害賠償請求權，得依其情形，擇一主張<sup>481</sup>。但有學者係採併存說之觀念，亦即定作人得主張請求修補、解除契約或請求減少報酬外之外之損害賠償部分，始得透過民法第四百九十五條第一項而為請求，蓋工作之給付利益，已包含於請求修補中，對價之調整已包含於請求減少報酬，就該部分似無必要再透過損害賠償予以請求<sup>482</sup>。

本文以為，或可借鏡日本法之見解以資參考，查日本法第六百三十四條規定，定作人除得主張修補瑕疵外，亦得不請求瑕疵修補而請求代替瑕疵之損害賠償，或是與瑕疵修補請求外，亦得請求損害賠償，雖其損害賠償不以承攬人可歸責為要件尚與我國民法有間，但就填補定作人因瑕疵所受損害之意旨應與我國相同，故應認為損害賠償請求權與修補瑕疵、減少報酬以及解除契約是處於選擇之債之關係，亦得併行請求。再者，損害賠償在實務實際操作上確有種類區分或分割計

<sup>479</sup> 台灣高等法院台中分院九十四年度建上更(二)字第九號判決，另外最高法院九十六年度台上字第二〇七〇號判決、最高法院民事判決九十四年度台上字第二三四三號、台灣高等法院台中分院九十四年度建上更(二)字第九號判決亦採肯定之見解。

<sup>480</sup> 最高法院九十三年度台上字第八八三號判決，另外採相同見解者有台灣高等法院九十四年度重上更(二)字第一一九號判決、台灣高等法院七十七年度重上字第二九號判決、臺灣高等法院九十年重上字第四一六號判決。

<sup>481</sup> 楊芳賢，同註7，頁618。

<sup>482</sup> 黃茂榮，同註118，頁18。

算之困難，是若強行要求定作人必須將損害賠償與其他請求權硬性分別請求時，對定作人而言勢必造成請求上之困擾，是以本文以為為方便定作人請求，應認為損害賠償請求權具有與其他瑕疵擔保請求權有擇一以及併存之雙重效力。

就工作瑕疵之請求部分，如係採請求權擇一之見解前提下，則將衍生以下問題，亦即如定作人於承攬人有瑕疵時，得否不請求修補而逕依照民法第四百九十五條請求經濟上之損害賠償，例如自行修補瑕疵之費用請求。在實務上有採取無庸先行催告之見解，蓋其認為既然定作人係依照民法第四百九十五條而為損害賠償之請求，則無踐行限期要求承攬人修補程序之必要<sup>483</sup>。但另有實務見解<sup>484</sup>認為縱使定作人係依照民法第四百九十五條而為主張，仍應符合定相當期限請求修補之要件。本文以為後者見解較為妥當，理由有下：其一，就工作之瑕疵，承攬人依第四百九十三條第一項規定，本有修補瑕疵而獲取報酬之權利，即使承攬人就工作瑕疵有可歸責事由，亦不應剝奪之。其二，承攬人就工作之瑕疵，原則上均係有可歸責事由，若因此而認為承攬人不再有二次履行之機會，並應負損害賠償責任，無異對於承攬人過苛。其三，就工作之瑕疵，承攬人依修補瑕疵或損害賠償，即使請求權基礎相異，但均係以除去工作瑕疵為內容，故無排斥之必要<sup>485</sup>。

### 參、損害賠償之範圍

民法第四百九十五條第一項規定之損害賠償請求權範圍在實務上扮演舉足輕重之角色，其乃涉及與其他請求權競合關係以及時效計算之問題，尤其於工程領域中，瑕疵損害賠償之種類繁多、金額龐大，故請求權是否罹於時效，對於雙方權益影響甚深，故以下乃以民法第四百九十五條第一項損害賠償之範圍討論為主軸，再輔以其與其他請求權競合之關係作相關之探討。

<sup>483</sup> 最高法院九十四年度台上字第二三四三號判決、最高法院九十三年度台上字第二三三九號判決「被上訴人既非依民法第四百九十三條第二項規定，請求上訴人償還修補必要費用，縱其未先定相當期限，請求上訴人修補瑕疵，或尚未自行修補，均無礙其請求上訴人賠償損害。」

<sup>484</sup> 最高法院九十七年度台上字第二六三四號裁定：「末查，上訴人係請求瑕疵損害，並非請求工作瑕疵所生之結果損害，其依民法第四百九十五條規定，請求被上訴人賠償，仍須依同法第四百九十三條第一項規定先行定期催告被上訴人修補瑕疵，於被上訴人未於期限內修補時，始得為之，附此敘明。」、最高法院九十五年度台上字第一一七九號判決、最高法院九十六年度台上字第二〇七〇號判決、最高法院九十八年度台上字第七二一號判決。

<sup>485</sup> 楊芳賢，同註7，頁618-619。

首先，就信賴利益部分，有學者指出應限於解除契約的情形<sup>486</sup>，然我國通說認為解除契約後之損害賠償範圍係採履行利益之見解，蓋契約並非溯及既往消滅，僅是進入清算關係，故民法第四百九十五條第一項損害賠償之範疇應不包含信賴利益。

再者，就履行利益請求部分，如認為損害賠償與請求修補或減少報酬請求權無擇一關係，而僅有併存情形，則因工作之給付利益，已包含於請求修補中，對價之調整已包含於請求減少報酬中，故所得請求之履行利益主要係與遲延損害相當之部分、因遲延後之給付於債權人已無利益，而拒絕其給付，並請求賠償因不履行而生之損害以及因可歸責於承攬人而給付不能，請求不履行之損害賠償<sup>487</sup>。但承前所述，本文認為應採選擇之債之觀念，故損害賠償之範圍應包含定作人因瑕疵所生全部之損害。即定作人因工作物所受之瑕疵損害部分皆得以民法第四百九十五條第一項予以請求<sup>488</sup>。

最後，就「瑕疵結果損害」亦即「加害給付」之爭議對於工程實務影響最為深遠，蓋其主要影響其與不完全給付之競合問題。所謂加害給付係指債務人之給付具有瑕疵，除該給付本身減少或喪失價值效用外，尚對債權人人身或財產法益，肇致損害，即為履行利益以外其他權益之侵害<sup>489</sup>。有學者認為，該條損害賠償範圍限於因瑕疵所生之直接損害，不及於間接所生之瑕疵結果損害<sup>490</sup>，蓋其認為該條規定乃承續瑕疵擔保而來，從而其保護之利益極其量應僅限於對價之調整或履行利益之賠償，而不及於固有利益之範疇。但另有學者認為，考諸該條規定，在文義上並無如此限制之意味，在體系上該條使用之句法亦與替代損害賠償之民法第三百六十條所使用者不同。是以因工作瑕疵而引起之固有利益上之損害，定作人於承攬人有過失時，定作人不論是否依第四百九十三條或第四百九十四條請求修補、請求減少報酬或解除契約，皆得依第四百九十五條而為請求<sup>491</sup>。

<sup>486</sup> 黃茂榮，同註 118，頁 18。

<sup>487</sup> 黃茂榮，同註 118，頁 18。

<sup>488</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 618。

<sup>489</sup> 王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究(四)，第 76 頁。

<sup>490</sup> 林誠二，同註 258，頁 10。

<sup>491</sup> 黃茂榮，同註 118，頁 18。

上開見解之歧異亦影響該請求權與不完全給付得否競合之認定，所謂不完全給付係指債務人已為給付，但因可歸責於債務人本身致給付未依債之本旨<sup>492</sup>，如果債權人因而受到之損害，就瑕疵損害情形依可否補正分別準用給付遲延或給付不能之規定請求損害賠償；至於瑕疵結果損害則應直接依民法第二百二十七條第二項規定請求損害賠償<sup>493</sup>，且就其時效部分因為有特別規定，依照民法第一百五十五條規定為十五年。

如認民法第四百九十五條損害賠償之範疇並不包含固有利益者，則將不完全給付當作一補充性角色，亦即為工作瑕疵與工作結果瑕疵乃分別適用民法第四百九十五條以及民法第二百二十七條第二項，時效亦分別適用民法第五百一十四條及民法第一百五十五條。相對於此，若採肯認包含固有利益之見解者，則可能有以下之見解：其一，認為第四百九十五條第一項規定之損害賠償請求權，係債編通則不完全給付規定之特別規定，而排除後者之適用，否則前者殆無規定之必要<sup>494</sup>，我國實務<sup>495</sup>亦有採取此一見解，則時效認定部分則適用民法承攬編之短期時效。其二，我國實務上不少判決乃採用自由競合之見解，則視當事人主張依據適用其時效，例如最高法院九十五年度台上字第一六六四號判決<sup>496</sup>：「按定作人因工作有瑕疵，主張承攬人應負瑕疵擔保責任者，固不以承攬人有可歸責之事由為要件，惟如工作瑕疵，係可歸責於承攬人之事由所致，則定作人除主張承攬人應負瑕疵擔保責任外，亦可依債務不履行規定主張權利。本件上訴人主張系爭電塔因可歸責於承攬人光輝公司之事由，致生瑕疵，依不完全給付規定請求該公司賠償，乃原審竟以定作人僅得依民法第四百九十三條至第四百九十五條規定主張權利，不得依債務不履行規定為請求，或於行使瑕疵擔保權利期間經過後，再藉由不完全給付規定主張損害賠償等詞，而為不利上訴人之判決，所持法律見解尚有可議。」其三，亦有實務見解<sup>497</sup>認為當事人得自由選擇依照民法第四百九十五條或是

<sup>492</sup> 林誠二，同註 258，頁 10-11。

<sup>493</sup> 林誠二，同註 258，頁 11。

<sup>494</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 620-622。

<sup>495</sup> 台灣高等法院九十二年度上字第三四五號判決、台灣高等法院九十五年度重上字第三三號判決、台灣高等法院九十三年建上字第三四號判決、台灣高等法院九十五年建上字第二號判決。

<sup>496</sup> 另外尚有台灣高等法院八十七年度上更(一)字第二〇九號判決採相同之見解。

<sup>497</sup> 最高法院九十七年度台上字第一八三五號判決：「復按承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百一十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用。是定作人縱依民法第二百

民法第二百二十七條規定主張，惟時效部分為避免定作人以主張民法第二百二十七條規避承攬編之短期時效，故時效部分仍適用民法第四百九十八條、四百九十九條以及五百一十四條規定。

綜上所述，可知我國實務見解分歧，各執其見，但其不同見解將導致當事人勝敗立現，對當事人不可謂影響不大，最高法院有鑑於此，故作出九十六年第八次民庭決議以統一實務見解，其決議內容如下「一、民法第四百九十五條所規定之損害賠償不包括加害給付之損害。二、承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百一十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用。」，然本文以為此一見解實有再行探討分析之必要，首先，決議內容乃明確指出第四百九十五條第一項得請求損害賠償之範圍不包含民法加害給付之部分，然未指出採取該見解之理由為何。其次，縱使採取前述排除加害給付之見解，但卻於時效適用部分認為不論係瑕疵損害或瑕疵結果損害之損害賠償請求權一律適用民法第五百一十四條第一項之規定，而非作一分別適用，但決議理由亦未對此詳加說明。再者，相對於承攬契約，在買賣契約情形，依據最高法院第七十七年第七次決議<sup>498</sup>認為，買賣契約成立後，因可歸責於出賣人之事由所致之瑕疵，構成物之瑕疵擔保與不完全給付債務不履行的自由競合，債權人得併行主張瑕疵擔保與不完全給付。除此之外，最高法院在不少判決中揭示：「不完全給付、給付不能、給付遲延等債務不履行責任，與物之瑕疵擔保責任，兩者法律關係不同，其請求權個別存在。各依民法第三六五條之規定，買受人因物有瑕疵，於受交付後六個月間不行使而消滅之請求權，僅以契約解除及價金減少請求權為限，至因不履行所生債務不履行之損害賠償損害請求權則不在適用

---

二十七條之規定，請求承攬人賠償損害，仍應優先適用同法第五百一十四條第一項所定一年之短期時效，原審誤為十五年之時效期間，其法律見解不無可議」。

<sup>498</sup>最高法院 77 年度第 7 次民事庭會議決議：「出賣人就其交付之買賣標的物有應負擔保責任之瑕疵，而其瑕疵係於契約成立後始發生，且因可歸責於出賣人之事由所致者，則出賣人除負物之瑕疵擔保責任外，同時構成不完全給付之債務不履行責任。買受人如主張：一、出賣人應負物之瑕疵擔保責任，依民法第 360 條規定請求不履行之損害賠償；或依同法第 364 條規定請求另行交付無瑕疵之物，則在出賣人為各該給付以前，買受人非不得行使同時履行抗辯權。二、出賣人應負不完全給付之債務不履行責任者，買受人得類推適用民法第 226 條第 2 項規定請求損害賠償；或類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第 264 條規定之適用。又種類之債在特定時，即存有瑕疵者，出賣人除應負物之瑕疵擔保責任外，並應負不完全給付之債務不履行責任。」

之列。<sup>499</sup>」亦即在買賣契約之案例，當買賣標的物有瑕疵且可歸責於出賣人時，買受人得對出賣人併行主張瑕疵擔保與不完全給付，而縱使瑕疵擔保請求權已罹於時效期間，買受人仍得主張不完全給付損害賠償請求權，適用民法第一百二十五條十五年之時效。然而，在承攬契約的案例，依據最高法院前述決議，於定作人之瑕疵擔保請求權罹於時效期間時，就不得再主張不完全給付損害賠償請求權。在兩種契約情形解釋的法律效果，差距竟如此之大，是否有其合理依據，實有疑義<sup>500</sup>。

由於德國舊法亦與我國面臨相同之問題，舊德國民法規定，定作人之損害賠償請求權，自受領工作後起算，原則上應適用六個月之短期消滅時效，與不完全給付適用三十年之差距頗大，以致德國實務與學說均致力於限制承攬規定之損害賠償請求權之範圍。德國聯邦法院(BGH)及德國通說認為德國民法第六百三十五條不排除積極侵害債權規定之適用，但將後者之請求權限制在瑕疵延伸的損害<sup>501</sup>，亦即於瑕疵結果損害中，如損害和瑕疵具有重大關聯性時，定作人應適用承攬編規定之損害賠償規定予以請求，適用短期消滅時效，反之，若無重大關聯性主，則依不完全給付規定請求，適用一般消滅時效期間。但德國學說亦發見，以重大關連與否作為區分二者之標準，實難以令人信服，而且關鍵問題既是在於短期消滅時效規定，實際上即應針對消滅時效問題立法解決之<sup>502</sup>。

循此以觀，本文以為實務界欲以九十六年第八次民庭決議改善實務看法不一問題，誠屬立意良善殊值贊同，然就實質內容而言，卻有許多尚待解釋之處，亦即其採取該見解之依據為何，否則實無法得知為何於承攬編所採取之見解相異於買賣編以及加害給付之損害賠償既不涵蓋於民法第四百九十五條第一項，而需已不完全給付請求，但何以時效又受承攬編短期時效影響。而本文以為，應認為民法第四百九十五條第一項乃屬不完全給付之特別規定為妥，蓋定作人之損害賠償請求權不論就其文義以及體系而言，並未排除固有利益之損害。其

<sup>499</sup> 例如最高法院 86 年台上字第 3824 號判決、87 年台上字第 1707 號判決。

<sup>500</sup> 蔡志揚，論承攬瑕疵損害賠償請求權時效(下)從最高法院 96 年度第 8 次民庭決議談起，營建知訊 321 期，頁 66。

<sup>501</sup> 黃茂榮，同註 118，頁 24。

<sup>502</sup> 楊芳賢，同註 7，頁 620；黃茂榮，同註 118，頁 26。

次，固有利益與履行利益於實際案例判斷上仍會有所困難，例如房屋因地震產生裂縫時，屋主乃發包予廠商修繕該裂縫，但廠商因施工不善，反而導致房屋裂縫距離擴大之情形，此時定作人原有房屋之財產法益受到侵害外，同時亦屬因承攬人施作不善導致之損害，職是而言，實不宜將損害賠償請求權作一劃分。再者，承上所述，既然民法第四百九十五條乃規定可歸責於承攬人者，定作人得請求損害賠償，與不完全給付之規定相當，且又係針對民法承攬編所做之規範，故應優先於債總之規定，而適用民法第五百一十四條第一項規定，瑕疵發見後一年間不行使而消滅。惟通常工程上通常施作者為工作物，當定作人發見瑕疵時，通常係財產已發生損害且得以計算之情形，故就財產損害部分依照民法第五百一十四條短期時效而為適用應無疑義。但就因工作之瑕疵，致定作人生命、身體及健康等人格權受侵害，通常人格權之侵害所致損害之發見常晚於瑕疵發見期間，且可能非一兩年所得發見者，例如輻射屋對人體所造成之損害，故本文以為，此時應依據第二百二十七條之一規定，準用第一百九十二條至第一百九十五條及第一百九十七條規定，亦即因工作瑕疵致人格權受侵害，自定作人知有損害及賠償義務人時起，因人格權受所生之損害賠償請求權，因二年間不行使而消滅；或者自發生人格之侵害時起，逾十年者亦同<sup>503</sup>。

#### 肆、工程實務上常見之損害賠償

綜上所述，民法第四百九十五條第一項之損害包含因瑕疵所致之瑕疵損害及瑕疵結果損害，而以下將工程實務中定作人具體事件中可得請求之損害賠償予以列舉，並對之加以分析探討。

##### 一、修補費用

就修補費用部分，承前所述，因實務上有認為民法第四百九十五條第一項與其他物之瑕疵擔保規定係屬併存而非擇一之概念，但亦有認為民法第四百九十五條第二項與其他瑕疵擔保責任係得由定作人自由選擇主張之見解，故有肯否之見解，羅列如下：

##### (一)肯定說

##### 1、最高法院九十六年度台上字第二〇七〇號判決

次按承攬人之工作有**瑕疵**，須定作人定相當期限請求承攬人修補，

<sup>503</sup>楊芳賢，同註7，頁620-622。

承攬人如不於期限內修補時，定作人始得自行修補，並請求承攬人償還修補必要費用，或解除契約或請求減少報酬，此觀之民法第四百九十三條、第四百九十四條之規定自明。又因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵，承攬人依民法第四百九十三條第一項之規定，本有修補瑕疵以獲取報酬之權利，不因其瑕疵係可歸責於承攬人而加以剝奪，以故，定作人依民法第四百九十五條之規定，就工作瑕疵所受損害，請求承攬人損害賠償，仍須先行定期催告承攬人修補瑕疵，承攬人未於期限內修補時，始得為之。

## 2、台灣高等法院八十九年度上字第四四五號判決

按依民法第四百九十五條第一項規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。上訴人承攬系爭工程，因其地板隔熱防潮設計與施工不良，擴大「熱橋」現象，而有瑕疵等情，為原審合法確定之事實，可見系爭工程發生瑕疵，係因可歸責於上訴人之事由所致，是被上訴人請求上訴人賠償其損害，並與之以系爭工程款抵銷，自合於上開規定。被上訴人既非依民法第四百九十三條第二項規定，請求上訴人償還修補必要費用，縱其未先定相當期限，請求上訴人修補瑕疵，或尚未自行修補，均無礙其請求上訴人賠償損害。

## 3、台灣高等法院台中分院九十四年度建上更(二)字第九號判決

雖被上訴人提起本訴時，在起訴狀曾提及系爭管路重建工程費有修復費用之性質，然其捨棄修補、解約、減少報酬權限，將該等修復費用作為未依約履行所生之損害，逕行請求賠償，並無不可。

### (二)否定說

#### 1、台灣高等法院九十四年度重上更(二)字第一一九號判決

上開費用係修補瑕疵之費用，非屬同法第四百九十五條第一項之損害賠償，其主張依民法第四百九十五條第一項規定，請求新亞洲公司給付代墊費用，於法亦屬未合。

#### 2、最高法院九十三年度台上字第八八三號判決

另民法第四百九十五條第一項規定係指定作人依民法第四百九十三條、第四百九十四條之規定請求承攬人修補**瑕疵**、解除契約或請求減少報酬外，並得請求損害賠償，此損害賠償當指修補**瑕疵**、解除契約或減少報酬外之損害賠償，如修補**瑕疵**期間有不能使用工作物相當於租金之損害等是，上訴人所稱之修補**瑕疵**之費用，非屬民法第四百九十五條第一項之損害賠償，其所謂依民法第四百九十五條第一項規定，亦得請求損害賠償即修補**瑕疵**費用一百五十四萬六千零八十元云云，仍屬無據。

### 3、台灣高等法院七十七年度重上字第二九號判決

惟民法第四百九十二條係對承攬人**瑕疵**擔保內容之說明，並非損害賠償效果之規範依據，應認上訴人前揭陳述所表明之請求權基礎實為民法第四百九十五條第一項規定損害賠償請求權。按依民法第四百九十五條規定，係指定作人一方面得請求修補，一方面得請求賠償損害，此之所謂賠償損害，係指修補工作外因修補致工作完成遲延所生之損害而言，性質上屬因遲延給付所生之損害。定作人因工作**瑕疵**而解除契約者，得請求賠償之損害，為因解除契約所生之損害。查本件上訴人係以被上訴人誌興公司承攬之系爭工作有**瑕疵**，經伊計算修補加固費用需一千二百零六萬四千零二十四元七角七分為由，依民法第四百九十五條第一項規定，請求被上訴人誌興公司賠償其損害，準此，則上訴人既主張係請求修補加固費用之損害，並非上訴人因修補工程外所發生之遲延損害，即非民法第四百九十五條第一項所稱之損害賠償。

### 4、臺灣高等法院九十年度重上字第四一六號判決

宏偉公司稱新亞洲公司施工品質有**瑕疵**，新建大樓完工未久，玻璃及花崗岩龜裂、破損，伊被迫代為履行保固責任，計支出上開費用云云，核係**瑕疵**修補之費用，非宏偉公司所主張民法第四百九十五條第一項之損害賠償。

承前所述，本文以為民法第四百九十五條與民法第四百九十三條及第四百九十四條規定是擇一且併存關係，故定作人有選擇依民法第四百九十五條或依照民法第四百九十三條、四百九十四條請求之權利，是以，應採肯定說之見解為妥。

## 二、鑑定費用

承前所述，由於不論是定作人請求修補費用就其必要費用之計算，或是減少報酬時其市價之認定，皆須仰賴鑑定人予以鑑定，然鑑定費用是否係屬民法第四百九十五條請求之範圍，於實務上頗有爭議。台灣高等法院九十年度重上字第五一八號判決：「又建築物有無**瑕疵**，非專業人員無從鑑定，為確定系爭**工程**有無**瑕疵**、**瑕疵**範圍及修補之費用，被上訴人請求建築師公會鑑定所支出之鑑定費用三十一萬四千元，屬於修補費用以外之損害賠償費用。」乃肯認鑑定費用乃屬損害賠償之範疇，但亦有採反對見解者，如最高法院九十三年度台上字第一一四〇號揭示「次按民法第四百九十五條規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生**瑕疵**者，定作人除依前二條之規定請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。該條所稱之損害賠償，係指因承攬人所完成之工作發生**瑕疵**，致定作人之權益受有損害，定作人得請求承攬人賠償者而言。如定作人所受之損害，非因承攬人所完成之工作發生**瑕疵**所致，而係因其他原因所致，則定作人不得依該條規定請求損害賠償。原審既認定上訴人立宇公司所承攬者為被上訴人屋頂等防水隔熱及窗台整修**工程**，則被上訴人為證明系爭**工程**之**瑕疵**，而自行委請台北市建築師公會鑑定所支出之費用，能否謂係上訴人立宇公司所完成之上開工作發生**瑕疵**所致？非無研求之餘地。原審未予詳究，遽命上訴人連帶賠償此部分之費用，亦嫌速斷。」

<sup>504</sup>，採否定之見解。

本文以為，實務採否定說之見解無非自鑑定費用與瑕疵未有因果關係或是無必要者作一基礎，但定作人會委託第三人鑑定分析工作瑕疵

<sup>504</sup>台灣高等法院 93 年度重上更(一)字第 84 號判決：「九、鑑定費用是否屬系爭瑕疵修補費用？上訴人得否主張以保固金抵銷系爭瑕疵修補費用？(一)按民法第四百九十五條規定，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。該條所稱之損害賠償，係指因承攬人所完成之工作發生瑕疵，致定作人之權益受有損害，定作人得請求承攬人賠償者而言。如定作人所受之損害，非因承攬人所完成之工作發生瑕疵所致，而係因其他原因所致，則定作人不得依該條規定請求損害賠償。上訴人立宇公司所承攬者為被上訴人屋頂等防水隔熱及窗台整修**工程**，則被上訴人為證明系爭**工程**之**瑕疵**，而自行委請台北市建築師公會鑑定所支出之費用三十一萬四千元，不能謂係上訴人立宇公司所完成之上開工作發生瑕疵所致。被上訴人主張上開鑑定費用為損害賠償費用，上訴人應負連帶賠償之責云云，並無可採，其此部分之請求，應予駁回。」、台灣高等法院八十七年度重上字第二七六號判決：「(二)委請台北市建築師公會鑑定之費用部分：上訴人因認被上訴人施工**瑕疵**處，故終止契約後，即委請台北市建築師公會鑑定系爭**工程****瑕疵**，茲以採為減少價金之根基，此費用係上訴人為保障己身權益，俾利減少報酬所為，與被上訴人因債務不履行而應負之損害賠償責任不同，無從准許。」則採相同之見解。

之費用不外乎係因定作物產生瑕疵所致，且為求對雙方公允始有鑑定之必要，故因工作之瑕疵，由定作人另行委託第三人鑑定分析工作瑕疵之費用應得將之作為損害予以請求<sup>505</sup>。

### 三、營業利益

再者，工程如有瑕疵而致工作標的物無法使用之營業利益亦應屬民法第四百九十五條之範疇<sup>506</sup>中，例如新建建物因瑕疵而無法入住或是出租之費用，即包含在內，而縱使定作人無具體的計畫，仍得依照一般市價予以請求，此依據乃為民法第二百一十六條第二項「依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益。」，而實務亦採相同之見解，例如最高法院民事判決九十四年度台上字第八二八號：「系爭建物之用途為店舖及住宅，有建造執照在卷可稽（見一審卷(一)第二三頁），依通常情形，上訴人可預期於建竣後即得住居使用，因福得公司及林友彥未履行修復義務，致其無法住用，自受有損害。而實際損害金額若干，原審既不採上訴人所為以每月相當於租金三千元計算損害之主張，復未為其他調查或審酌一切情況，依所得心證定其數額，徒以上訴人未證明其無法使用系爭建物，受有相當於租金之損害，及其未主張並證明就系爭建物有何出租或使用之計畫，因該建物未如期完工，致無法獲得預期利益，遽行駁回其相當於租金損害之請求，殊有未合。」以及最高法院九十三年度台上字第八八三號判決：「另民法第四百九十五條第一項規定係指定作人依民法第四百九十三條、第四百九十四條之規定請求承攬人修補瑕疵、解除契約或請求減少報酬外，並得請求損害賠償，此損害賠償當指修補瑕疵、解除契約或減少報酬外之損害賠償，如修補瑕疵期間有不能使用工作物相當於租金之損害等是……。按不能使用土地、房屋，通常受有相當於租金之損害，為社會一般通常觀念，上訴人請求賠償遲延交屋期間相當於租金之損害，即無不合。」

而在日本法實務中，亦肯認營業利益係屬損害賠償之範疇，例如承攬人所建築的公寓有瑕疵，而在一定期間內無法出租予他人，就此期間因瑕疵所喪失之租金利益係得被認作是損害賠償範疇<sup>507</sup>。又如定作人新建建築物之目的係在開設咖啡館，但因施作瑕疵導致建物漏水，

<sup>505</sup> 楊芳賢，同註7，頁619-620；高橋讓、大森文彥，同註209，頁180。

<sup>506</sup> 楊芳賢，同註7，頁619-620。

<sup>507</sup> 東京地八王子支部判昭和38年4月18日，判タイムズ第147號，頁114。

而必須休業一年，而實務見解允許定作人請求每個月六十萬元之營業利益之損失<sup>508509</sup>。

#### 四、律師費用

在日本實務見解認為，因工程瑕疵而為爭訟時，因有仰賴法律專業知識之需求，故委任律師而進行訴訟是被認為有所必要的。是以，將定作人聘僱律師之費用當作損害而得納入損害賠償之範疇<sup>510</sup>，而日本實務上亦有採肯定之見解者<sup>511</sup>，但本文以為由於我國民事程序尚未採律師強制代理制度，故律師費用是否具有必要性而得作為損害賠償之一環，則尚待實務之發展。

#### 五、修補期間中的暫時居住費用和交通費用

如定作人所定作為住居使用之建物有瑕疵者，而向承攬人請求瑕疵修補，於承攬人修補瑕疵期間中，定作人因承攬人修補必要，而需另覓他處居住，則就住所之租賃費用、居住旅館之費用、停車場的費用或交通費用等等皆應當成損害而准予請求<sup>512</sup>。

## 第五節 驗收後之保固責任

### 第一項 工程保固約款

#### 壹、保固約款

在國內工程實務上常見保固約款通常具有「本工程自甲方正式驗收之日起由乙方保固一年，…經查明係由工作不良、材料不佳所致者，應由乙方照圖樣負責無價修復。」<sup>513</sup>、「保固期間內，如業主認定因設計、材料或製作技術之缺陷，而使任何設備無法圓滿運轉，承包商應於接到通知起三日內，前往改正缺陷或更換該設備或任何組件，至業主滿意為止，並負擔一切費用。…」<sup>514</sup>、「第 6.5.4. 條費用(1)承

<sup>508</sup> 大阪高判昭和 58 年 10 月 27 日，判例時報第 1112 卷，頁 67。

<sup>509</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 180。

<sup>510</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 180。

<sup>511</sup> 大阪地判昭和 62 年 2 月 18 日，判例時報第 1323 號，頁 68。

<sup>512</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 179。

<sup>513</sup> 最高法院 95 年臺上第 878 號判決。

<sup>514</sup> 最高法院 94 年臺上字第 1163 號判決。

包商負擔之費用規定：『在保固期間經工程司認為由於使用不符合約規定之材料，或因工程品質之不良，或因施工疏忽，或因違約行為所造成損壞需修復部分，其一切修護費用皆須由承包商負擔。』、第 6.5.5. 保固期規定：『…保固期以全部工程完工驗收合格之次日起算。』；第 3.37.1. 亦規定：『…除合約另有規定外，保固期應自驗收合格之次日起計。』、「…在保固期內倘工程一部或全部走動、漏水、裂損、坍塌、品質不良、性能欠妥，或發生其他不妥損壞時，經認定確係因用料或施工欠佳或 承包人設計欠妥所致，承包人應於本公司通知修復期限內無償更換及修復及賠償，承包人如未能及時履行時，本公司得逕行提取動用工程保固保證金完成前述事項，如有不足仍應由承包人負責支付，不得異議。」<sup>515</sup>。

## 貳、我國契約範本

就我國契約範本中，就工程採購契約範本第十六條第二項、第三項分別規定「(二)本條所稱瑕疵，包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等。(三)保固期內發現之瑕疵，應由廠商於機關指定之合理期限內負責免費無條件改正。逾期不為改正者，機關得逕為處理，所需費用由廠商負擔，或動用保固保證金逕為處理，不足時向廠商追償。但屬故意破壞、不當使用、正常零附件損耗或其他非可歸責於廠商之事由所致瑕疵者，由機關負擔改正費用。」、又臺北市府工程採購契約範本第 17 條第 2 項、第 3 項則規定「(二)本條所稱瑕疵，包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約約定等。(三)保固期內發現之瑕疵，應由廠商於機關指定之合理期限內負責免費無條件改正。逾期不為改正者，機關得逕為處理，所需費用由廠商負擔，或動用保固保證金逕為處理，不足時向廠商追償。但屬故意破壞、不當使用、正常零附件損耗或其他非可歸責於廠商之事由所致瑕疵者，由機關負擔改正費用。」、另外國公局一般條款於 U.2 辦理修護工作則規定「本工程或其任何部分工程因施工或保固所引起，或因承包商原因所導致之一切瑕疵、不完善或其他缺點，應由承包商辦理修理、修改、重建、矯正及補救工作。承包商應於接獲主辦機關或工程司通知之次日起 14 日內開始修護工作。保固期間非屬承包商責任所造成之損壞，工程司得視實際情況決定交由承包商或使第三人修護，若經

<sup>515</sup>最高法院 97 年度台上字第 2394 號判決。

工程司決定交由承包商予以修護時，承包商有義務於接獲工程司通知之次日起 14 日內開始修護。」。

## 參、小結

依照我國營造業法第二十七條<sup>516</sup>第一項第八款規定，我國多數工程契約多會記載保固之約定，但由於保固約款並非法律用語，於實務上尚無定論，惟一般而言，工作發生損裂、坍塌、損害、功能或效益不符合契約規定等情事之原因可概分為四大類：(一)可歸責於廠商：例如施工不良；(二)可歸責於業主：例如指示不當或不當使用；(三)可歸責於第三人：例如遭第三人故意破壞；(四)不可抗力：例如天災、地變、正常零件附件損耗。綜上所載，依多數工程契約所載保固約定，係要求廠商於保固期內負責免費修復包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等瑕疵，但不包含因故意破壞、不當使用或正常零件損耗所致<sup>517</sup>，是以保固範圍應僅限於因可歸責於廠商之事由所造成之瑕疵<sup>518</sup>，至於因可歸責於業主、第三人或不可抗力造成之損害，則不在保固範圍內，應由業主自行負擔修復費用<sup>519</sup>。故因保固契約限於該瑕疵之發生係因廠商所致，而在通過驗收後，工作物亦交付予定作人，是以，該瑕疵必定是在工作完成時瑕疵業已存在者為限<sup>520</sup>，僅該瑕疵可能係屬隱藏式瑕疵，於驗收時不易發現，則以保固約款加以保障定作人主張權利。雖依前文所述，本文以為在工程瑕疵係屬明顯，而定作人未能於驗收時發見或是發見未能主張時，則類推民法第三百五十六條規定，認為定作人事後不得再行主張，惟該見解尚未被

<sup>516</sup>營造業法第 27 條：「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。一〇、違約之損害賠償。一一、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。」

<sup>517</sup> 吳詩敏，保固，工程法律實務研析（五），寰瀛法律叢書；謝奉興，軍事建築工程保固缺失之研究，國立逢甲大學土木工程學系碩士論文，指導教授：林保宏教授，2008 年，頁 15。

<sup>518</sup> 夏太偉，大型合約之保固行為，營造天下第十九期、吳憲彰，營繕工程驗收與保固之爭議，營造天下第 40 期，頁 39；最高法院九十八年度台上字第六八〇號裁定「惟核其上訴理由狀所載內容，徒就原審取捨證據、認定事實，及解釋契約之職權行使，所為：被上訴人完成系爭承攬工程後，於工程保固期間內固發生部分路面沉陷、溝牆坍塌等情形。但經查被上訴人就此並不負瑕疵擔保責任，亦無因被上訴人工作不良，或可歸責於被上訴人使用材料不佳所致之情事。上訴人以「本訴」，請求被上訴人給付以其代為修補之費用，經以系爭保固金原本及法定孳息共新台幣（下同）三百七十二萬一千四百七十五元（原本三百六十一萬四千六百八十九元、法定孳息十萬六千七百八十六元）抵償後之餘額，即一百四十八萬三千五百二十五元之本息，為無理由。」

<sup>519</sup> 此部分得詳見以下相關之契約範本。

<sup>520</sup> 黃茂榮，債法各論，頁 428。

我國實務所採納，故以下關於定作人保固條款之主張，不限於隱藏瑕疵，合先敘明。

## 第二項 保固約款與維修約款<sup>521</sup>

### 壹、前言

就我國政府採購契約要項第五十四款第一項乃規定如採購機關於使用期間有供應廠商提供維修服務之必要者，其第一年內使用期間之維修服務應一併予以合併招標，且依照第二項及四項<sup>522</sup>規定，就該維修服務應定明其服務事項，而該服務事項得包含定期維護保養、配零件或故障修理。循此以觀，保養責任乃包含於維修服務之內，且獨立於施工契約外，行政機關如需施作廠商提供此項維修服務則需另行定明，而與保固責任分離。然依照工程採購契約範本第二條第五項以及臺北市政府工程採購契約範本第二條第五項規定：「故障維修責任：屬保固責任者，依照保固約定辦理」，則似將保固責任與維修責任之概念劃上等號，而其用語以對於我國工程實務造成承攬人於驗收後所應負之責任爭議<sup>523</sup>，實有釐清之必要。

### 貳、實務及相關見解

實務上有揭示「上訴人未返還一期工程保固保證金所指之系爭工程缺失，係使用機構未以正確方法使用或未按期保養致影響原有效能，係屬保養問題，非系爭工程合約所定可歸責於被上訴人之『工作不良、材料不佳所致』而應由其負保固責任之『工程一部或全部走動，裂損坍塌或發生其他損壞』之情形。」<sup>524</sup>、「至系爭合約書第十八條，

<sup>521</sup> 謝定亞，「工程採購契約範本」契約風險分配之檢視，工程法律論壇(五)－工程承攬契約之風險分配。

<sup>522</sup> 採購契約要項第五十四款則規定「採購標的於使用期間有由原供應廠商提供維修服務之必要者，其第一年使用期間之維修服務，以附於採購標的合併招標決標為原則，並得視案件性質及實際需要調整該一年使用期間。前項維修服務契約應訂明廠商須提供服務之事項、標價及價金給付方式。第一項維修服務，有於使用期間長期洽原供應廠商提供維修服務之必要者，得於契約訂明廠商每年提供此一服務之費用上限及廠商不得拒絕提供維修服務。第二項服務事項，得包括定期維護保養、零配件供應或故障修理等。」

<sup>523</sup> 林永頌，保養責任與保固責任，仲裁案例選輯IV，總編輯：王志興，頁75-101。

<sup>524</sup> 最高法院九十七年度台上字第四五八號裁定。

僅係就設備工料品質不良保固責任所為之約定，核與系爭監控工程之養護性質不同，尚難執此約定即謂得以排除特訂條款之養護責任規定。再審視系爭特訂條款規定養護內容，東訊公司於二年養護期間內，應負擔對系爭工程設備定期保護維護及所有故障之處理修復，而非僅限於設備工料品質不良之保固。…又東訊公司所負之養護責任並不以可歸責者為限，而民法第五百十四條第一項乃承攬人就工作瑕疵所負之擔保責任之時效規定，與本件係因完工驗收合格後，養護債務之不履行致生罰款損害賠償，性質截然不同，自無該條項之適用。」<sup>525</sup>，即將養護責任與保固責任作一區別。但有見解認為所謂「保固」係工程界慣用之名詞，乃承包商應以適當之養護方式，以維護工程之良好狀態<sup>526</sup>。

### 參、小結

本文以為，綜觀現行保固條款多約定「本工程自全部竣工正式驗收合格之日起，由乙方保固…，倘工程一部或全部走動、裂損、坍塌或發生其他損害時，經查明係工作不良，材料不佳所致者，應由乙方依圖樣在期限內負責無條件修復」<sup>527</sup>、「保固期間內，如業主認定因設計、材料或製作技術之缺陷，而使任何設備無法圓滿運轉，承包商應於接到通知起三日內，前往改正或更換該設備或任何組件，至業主滿意為止，並負擔一切費用。」<sup>528</sup>、「保固期間內，倘有工程一部或全部走動、裂損、坍塌、或發生其他損壞時，經查明係由於乙方工作不良、材料不佳所致者，應由乙方照圖樣負責於期限內無價修復，如延不照辦，甲方得動用保固金代為修復。」<sup>529</sup>，皆係以保固期間內之瑕疵乃是因承攬人於施工期間內施工不良或材料不佳所致者為限，反之，如屬不可抗力、定作人正常使用或是可歸責於定作人所致工作物毀損滅失者，則並非承攬人應負之責。再者，由於保固責任係承攬人原施工責任之延伸，故不以另行支付對價為必要，反觀養護、保養責任，契約多對此另行約定，多為「養護工作包括定期保養維護、一般故障維修及緊急故障處理」，另外依照相關之行政函示亦指出就後續

<sup>525</sup> 台灣高等法院 94 年度重上字第 153 號判決。

<sup>526</sup> 張永康，契約與規範，三民書局，頁 15。

<sup>527</sup> 最高法院 92 年台上字 278 號判決。

<sup>528</sup> 最高法院 94 年台上字 1163 號判決。

<sup>529</sup> 最高法院 89 年台上字第 52 號判決。

維修服務應另行支出費用<sup>530</sup>，蓋維修責任(養護之上層概念)應係指定作人在正常使用下，為延長工作物之使用壽命，當定作物有磨損或損傷時要求原廠商對此為維修，或是約定定期檢查定作物現況，並為必要之保養，蓋原施作者多能知悉材料特性以及清楚工作物之結構、施作情形，亦最能掌控以如何之方式進行維護能使工作物發揮最大之效益。執此而言，保固責任應屬承攬廠商對工作物完工後之修繕責任，而非對工作物之保管及維護之責任，如在保固期間內，工作物因業主使用或維護不當，甚或自然質之損耗，均非承包商之責而應由業主自行負責<sup>531</sup>。故本文以為工程採購契約範本以及臺北市政府工程採購契約範本將保固責任納入保固維修責任中，應係指當工作物出現無法故障而無法使用者，端視其是否屬於保固責任之範疇，倘若係因承攬人事由所致者，則依保固約款有修補之責，反之則應視當事人有否另行約定維修或養護條款而定。

### 第三項 保固約款之性質

#### 壹、前言

雖「保固」一詞於實務上尚無定論，委由契約雙方當事人定義，但多數見解乃認為「保固」係指「承包商應於保固其內負責包括損裂、坍塌、損害、功能或效益不符合契約規定等瑕疵，但屬故意破壞、不當使用或正常零附件損耗者，不在此限。」<sup>532</sup>，循此以觀，該約定乃類似於瑕疵擔保之責任，而民法瑕疵擔保責任係屬任意性、補充性規定，故其與瑕疵擔保責任關係，係屬衍生之瑕疵擔保權利或是獨立之請求權？此將影響時效甚至保固金之性質問題，誠屬工程實務上核心問題，本文將對此作相關之探討。

#### 貳、實務見解

實務上針對保固是否屬承攬瑕疵擔保責任之範疇，有歧異之見解。有判決即明示保固乃為承攬瑕疵擔保責任之範疇，如台灣高等法院台

<sup>530</sup> 工程企字第 09500227550 號「機關辦理電腦軟、硬體採購其後續維護服務價格，建議一併納入採購標的考量分年編列預算支應」

<sup>531</sup> 謝奉興，同註 517，頁 15。

<sup>532</sup> 吳詩敏，同註 517，頁 283。

南分院九十三年度上易字第一一七號判決，即揭示：「依系爭工程合約第三條第二款及第十九條約定，被上訴人應負之保固責任，屬承攬人依民法第四百九十二條、第四百九十三條規定應負之瑕疵擔保責任。」。再者，有判決雖未明確指稱保固契約即同於承攬之瑕疵擔保責任，但自其以保固期間不得違反承攬編所規定之瑕疵擔保責任期間禁止縮短規定觀察，即可得知係採肯認之態度，例如台灣高等法院九十二年度上字第三六〇號判決<sup>533</sup>、台灣高等法院九十三年度重上更(一)字第八四號判決。另外亦有判決以定作人所主張之保固責任依據為承攬人之瑕疵擔保責任規範者出發，而採肯定見解者，如台灣高等法院九十四年度重上更(二)字第一一九號判決，其揭示「查宏偉公司主張新亞洲公司工作有瑕疵，由其代為履行保固責任，惟未舉證證明其已定期催告新亞洲公司為瑕疵之修補，而逕自予以修補並請求瑕疵修補之費用及損害賠償，即代墊款新台幣三百四十五萬七千四百二十七元、保固費用新台幣三百二十一萬三千元，核與民法第四百九十三條第一項、第二項規定定作人應定相當期限，請求承攬人修補，承攬人不於前項期限內修補之要件未合。」<sup>534</sup>。

但採取否定之實務見解亦不在少數，例如台灣高等法院台中分院九十六年度建上更(三)字第一五號判決，其乃認為「本件上訴人施作之系爭工程有瑕疵，係在上訴人保固期間內，向上訴人請求應負保固責任，被上訴人之請求並無不合。……本件被上訴人雖非基於瑕疵修補費請求權請求上訴人賠償，而係基於定作人損害賠償請求權及保固契約（樹盛公司不履行保固責任）損害賠償之法律關係，請求上訴人連帶賠償，惟仍得援引上開法規精神就修補費用過高之部分拒絕給付。」<sup>535</sup>，即認為保固責任乃獨立於瑕疵擔保體系外。

<sup>533</sup> 台灣高等法院九十二年度上字第三六〇號判決：「系爭工程合約書就土木部分之保固期間約定為三年，即包括瑕疵發見期間為二年、權利行使期間一年在內，與民法第四百九十八條、第五百零一條規定並無違背，應屬有效」，台灣高等法院九十三年度重上更(一)字第八四號判決：「次查，上訴人立宇公司與上訴人外交部約定系爭工程之瑕疵擔保期間為五年，此五年之期間，係瑕疵發見期間，則上訴人外交部倘於五年內發見瑕疵，即得於發現後一年內主張權利。」

<sup>534</sup> 台灣高等法院台中分院九十四年度建上字第二三號判決：「一般保固期間通常自驗收合格日起算，惟稽諸保固金之性質係在擔保承攬人對定作人之瑕疵擔保責任，亦即民法第四百九十三條之瑕疵擔保責任，依同法第四百九十九條規定工作為建築物擔保期間為五年，何況此條規定之期間，並非不變期間，非不可依兩造契約約定予以延長保固期間自被上訴人與客戶完成交屋日起算，其用意當在充分保障被上訴人與其客戶權利，自非法所不許。」亦採相同之態度。

<sup>535</sup> 另外台灣高等法院八十八年度重上字第一七四號判決：「又厚生公司為系爭工程之定作人，即為就系爭工程使用、收益之人，SCAFCO公司開立系爭倉儲保證書保固五年，則係SCAFCO公司對其製作之產品，對使用者所負保固之責任，不能據此排除甲統公司對承攬契約所負瑕疵擔保責任，SCAFCO公司開立與厚生公司保證書，核與常情無悖。」亦採相同之見解。

### 參、學說分類

我國學說對此有多番討論，其認為保固約款之性質大致得分為三種：

#### 一、約定之品質

承攬人以保固條款，向定作人保證，其工作將具備雙方約定之品質。此種保固之內容，即為民法第四百九十二條所稱之「約定之品質」，故又稱為「單純之品質保證」。承攬人完成之工作欠缺此種保固條款所保證之品質者，定作人僅得依民法瑕疵擔保之相關規定，行使其權利。亦即如定作人欲以向承攬人請求損害賠償者，需依照我國民法法第四百九十五條規定，限於承攬人有可歸責事由之情形。再者，因其屬瑕疵擔保責任範疇，時效自應適用承攬契約之短期時效規定。<sup>536537</sup>

#### 二、從屬的擔保

承攬人如以保固條款，向定作人擔保，工作絕對具備某特定之品質，且欠缺該特定品質者，不論承攬人就該品質之欠缺有無可歸責之事由，定作人均得請求損害賠償，故不適用民法第四百九十五條之規定。惟民法關於瑕疵擔保之其他規定(修補請求權、修補費用償還請求權、解除契約、減少報酬、瑕疵發現期間。權利行使期間等)，則仍有適用餘地。由此可知，此種保固基本上仍從屬於兩造之承攬契約，故又稱為「從屬的擔保」<sup>538</sup>。且因該保固條款仍從屬於瑕疵擔保責任期間，故損害賠償請求權同樣受短期時效之適用<sup>539</sup>。

#### 三、獨立的擔保

承攬人以保固條款，擔保其所完成之工作具有超越合於契約之外之功效，並約定於工作瑕疵發生時，其損害賠償請求權，係依照該獨立擔保契約為依據，且以金錢之給付為內容，屬於該擔保契約之履行上的請求權，而非承攬契約之不履行的損害賠償請求權。在此種保固條款之下，定作人之瑕疵擔保權利，不再依民法之相關規定，而係直接來自於該保固條款，故又稱為「獨立的擔保」(selbstaundiges Garantieverprechen)。而由於其不以承攬契約編為依據，故時效與

<sup>536</sup> 詹森林，同註 98，頁 16；黃茂榮，同註 118，頁 12-13，註 46。

<sup>537</sup> 黃茂榮，同註 118，頁 12-13，註 46。

<sup>538</sup> 詹森林，同註 98，頁 16。

<sup>539</sup> 黃茂榮，同註 118，頁 12-13，註 46。

承攬編短期時效無關，而適用債之履行請求權的一般時效期間<sup>540</sup>。

至於保固條款者究竟係屬於「單純之品質保證」、「從屬的擔保」或「獨立的擔保」，學者認為應視個案情形、依據誠信原則、斟酌交易習慣、並綜合契約全部相關內容判斷之<sup>541</sup>。

## 肆、小結

而我國工程多以「承包商應於保固其內負責包括損裂、坍塌、損害、功能或效益不符合契約規定等瑕疵，但屬故意破壞、不當使用或正常零附件損耗者，不在此限。」作其保固約款，而我國實務和學說對此性質定性紛擾，有認為保固責任乃屬承攬人之擔保責任之一環<sup>542</sup>，似認為其屬前開所述之單純品質之約定情形。但亦有認為保固約款應將之認屬「獨立的擔保」性質較符合目前工程實務之運作<sup>543</sup>，蓋目前工程契約實務常見之保固條款，係需以瑕疵因承包商所致者始負擔保之責，與民法規定無過失責任相異；又就我國工程保固條款常約定保固時效為一或兩年，顯然短於我國民法第四百九十九條之五年規範，如依照民法第五百零一條規定，該條款係屬無效而應適用民法規定，則與我國工程實務運作相悖；再者，保固期間之計算起點，大多數工程保固契約乃約定自工程驗收合格後起算，其與民法規定以受領工作物後起算瑕疵發見期間者顯有不同。甚而認為，在一般工程保固之規定裡，往往規定承攬人之保固責任僅係就瑕疵進行改善，而未規定定作人有減少報酬或解除契約之權利，是強將其與民法之瑕疵擔保責任相比，並無太大實益<sup>544</sup>，進而認為，保固條款之約定與民法承攬瑕疵擔保之規定，若遇有相同規範之事項發生時，則應可認其係屬請求權競合之關係，業主得則其有利者或併同行使其權利。基此，縱使契約約定之保固期間業以供過，然瑕疵發見期間若未尚屆至者，定作人雖已不得行使其約定之保固權利，惟其仍應可行使民法上有關之瑕疵擔保

<sup>540</sup> 詹森林，同註 98，頁 16；黃茂榮，同註 118，頁 12-13，註 46。

<sup>541</sup> 詹森林，同註 98，頁 16。

<sup>542</sup> 陳坤成，營建工程糾紛索賠之研究，國立臺灣工業技術學院工程技術研究所營建工程組，指導教授：李得璋教授，1986 年，頁 161。

<sup>543</sup> 蕭偉松，承商之保固責任與瑕疵擔保責任，工程與法律的對話，李家慶主編，三民書局出版，初版一刷，2010 年 1 月，頁 280。

<sup>544</sup> 李家慶，同註 3，頁 99。

權利<sup>545</sup>。

但另有認為應將保固約款評價為係一強化法定瑕疵擔保責任的「從屬性的擔保」，蓋一般工程契約中之保固條款，並無額外延伸至其他特別效用之擔保，故要謂一般工程實務上之保固條款，係一獨立於契約外之擔保契約，似有商榷之餘地<sup>546</sup>。再者，在保固條款之內，亦經常可見有關民法上瑕疵擔保之條文的援引，例如「查明係乙方工作不良、材料不佳所致者，應由乙方照圖樣負責於期內無價修復，如延不照辦，甲方得動用保固金，代為修復，並按民法第四百九十三條辦理」，故保固約款之約定仍在瑕疵擔保責任規範之範疇中，應認為其屬「從屬性之擔保」為妥<sup>547</sup>。

本文以為如將保固約款與民法第四百九十二條單純之品質保證，則似無庸另對法律效果作詳細之約定，甚至排除無過失責任，除此之外，常見保固約款約定如保固期間發生瑕疵而需修補者，則該期間不納入保固期間<sup>548</sup>，資以保障強化定作人之權益，其已超出單純之品質擔保，是保固約款顯與單純品質保證有別；又如逕將保固約款認作獨立擔保責任之性質，似有太過之虞，蓋我國實務上鮮少有類似於承攬人必須擔保其所使用之材料，絕對可以承受一定程度以上之重量，或是所新建之房屋絕對可以取得一定以上之租金，故難認係一獨立於工程契約之外之擔保契約，又雖民法所規範之瑕疵為無過失責任，然承前章所述，通常發生工程瑕疵之原因不外乎為材料不佳、施工不善所致，多為承攬人過失所致，況依照民法第五百零一條之一規定，物之擔保責任得透過當事人約定排除無過失責任之適用，是如單僅以保固約款排除無過失責任而認定其與民法瑕疵擔保規定無涉，理由似有單

<sup>545</sup> 蕭偉松，論承商之保固與瑕疵擔保責任（下），營建知訊第 292 期，頁 69；我國實務亦有採類似見解者，如台灣高等法院九十五年度重上更(二)字第七九號判決：「從而，系爭國宅房屋既在保固期限內發生應由上訴人負責之瑕疵，且未經修繕排除，則被上訴人依契約第十九條約定及民法第四百九十五條規定，請求上訴人負損害賠償責任，洵屬有據」，其揭示當事人之請求權依據除了民法規定外，尚有契約之約定作其基礎。

<sup>546</sup> 呂彥彬，同註 304，頁 51-52。

<sup>547</sup> 呂彥彬，同註 304，頁 52。

<sup>548</sup> 採購契約要項第八條履約標的中之第五十二款規定「契約得訂明廠商保固或瑕疵擔保期間。前項期間內，採購標的因瑕疵致無法使用時，該期間得不予計入。」、工程採購契約範本第十六條第六款「保固期內，採購標的因可歸責於廠商之事由造成之瑕疵致無法使用時，該無法使用之期間得不計入保固期，並由機關通知廠商。」、臺北市政府工程採購契約範本第十七條第六款「保固期內，採購標的因可歸責於廠商之事由造成之瑕疵致全部工程無法使用時，該無法使用之期間得不計入保固期；致部分工程無法使用者，該部分工程無法使用之期間得不計入保固期，並由機關通知廠商。」。

薄之嫌；再者，其論者指稱我國約定保固實務常短於民法承攬編所規範之時效，但我國目前許多工程契約中規定結構保固五年，裝修等工作保固一年，實為我國民法第四百九十八條及四百九十九條規定之具體反映<sup>549</sup>，甚至有契約以長於該法定期間以資保護定作人權益之情形亦所在多有，且應係透過當事人約款之性質在推論時效是否有民法之適用，而非以時效論斷約款性質，否則似有倒果為因之嫌。

又本文推測採獨立擔保責任說見解可能受商品保固制度之影響，所謂商品保固係指日常生活中購買產品同時獲得賣方提供一種商業承諾行為之書面保證，亦即在保證期限內消費者對於不良產品，可獲得免費之更換或修理<sup>550</sup>，商品保固之書面保證係於法律上賦予買受人主張減少價金或解除契約之瑕疵擔保外另以約定賦予買受人修補以及換貨之權限，然其乃因我國買賣契約物之瑕疵責任採擔保說，是以，除了種類物買賣得依照民法第三百六十四條規定請求另行交付其物外，特定物只得依照我國民法第三百五十九條規定請求減少價金或解除契約，而無法主張修補或另行交付其物<sup>551</sup>所致，故將商品保固認定為一獨立擔保性質，惟我國承攬瑕疵擔保規定已賦予定作人有向承攬人請求修補瑕疵之權利，則顯與買賣編情形不同，似不得以此比附援引。

另參諸德國 VOB/B 第十三條第五項至第七項<sup>552</sup>、日本公共工程標準

<sup>549</sup> 王伯儉，同註 53，頁 180。

<sup>550</sup> 湯毓勳，公共工程保固條款之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系，指導教授：羅維博士，2003 年，頁 1。

<sup>551</sup> 陳自強，無因債權契約論，學林文化事業有限公司出版，1998 年 8 月，頁 47。

<sup>552</sup> 德國 VOB/B 第十三條「5、(1)承攬人有義務就所有在時效期間內發生之瑕疵，且係可歸因於違約給付者，若定作人在期間經過前以書面要求時，承攬人應以自己之費用排除瑕疵。請求排除瑕疵之請求權自收到書面請求之日起，滿兩年罹於時效，但不得早於第 4 款規範的期限或雙方協議的期間。在收受已排除瑕疵的工作後，此一工作之時效期間重新起算兩年，但仍不得早於第 4 款規範的期限或雙方協議的期間。(2)如承攬人未於定作人所定期間內排除瑕疵，定作人得以承攬人之費用排除瑕疵。6、如排除瑕疵對定作人而言係不可期待、不可能排除、或需要投入過高費用而被承攬人拒絕時，定作人得向承攬人要求減少報酬(民法第六百三十八條)。7、(1)就承攬人因過失所致之瑕疵，且該瑕疵係損害生命、身體或健康時，承攬人應對損害負賠償責任。(2)承攬人就因其故意或重大過失所致之瑕疵，因該瑕疵所生之一切損害，均應負責。(3)在其餘情況，當工程有將嚴重影響工程之可使用性的重大瑕疵存在，且係可歸責於承攬人時，應賠償建築設施的損害或用於工作之製作、維護或變更之費用。除此之外，廠商僅對下列損失負賠償之責；(a)當該瑕疵係因違反建築成規而致時；(b)當該瑕疵係因欠缺約定之特性時；(c)若承攬人可藉由保險涵蓋其法定賠償責任時，或得透過國內合法保險業者依據相關通常保險費率(非特別約定之保險費率)涵蓋其法定賠償責任時。(4)若承攬人依據本條項第 3 款規定業已透過保險或得透過保險來涵蓋其賠償責任，或已特別約定保險相關保護時，適用法定之消滅時效期間，不適用第 4 項規定。(5)於有依據之特別情況時，得另行約定責任之限制或擴張。」轉引自行政院公共工程

承攬契約約款第四十四條(B)<sup>553</sup>以及日本民間一般工程標準承攬契約約款第二十七條<sup>554</sup>，同為大陸法系之德國和日本並未於瑕疵擔保外創設保固一詞，但與我國保固定義相似，足徵其將之定位於瑕疵擔保體系範疇，僅是將雙方權利義務明確化，是本文以為大多工程保固約款應屬「從屬之瑕疵擔保」，亦即藉由該約款擴張甚至強化法定物之瑕疵擔保責任者，本質上猶處於承攬契約之典型領域，故仍隸屬於承攬契約內，故法定物之瑕疵擔保之規定有適用性<sup>555</sup>。

#### 第四項 保固期間

承前所述，本文以為保固責任應係屬承攬人之瑕疵擔保責任之範疇，故保固責任的期限，即屬承攬人之瑕疵擔保的存續期間<sup>556</sup>。就該期間單純係屬瑕疵發見期間或瑕疵發見期間與權利行使期間則有爭議，有實務見解揭示「系爭工程合約書就土木部分之保固期間約定為三年，即包括瑕疵發見期間為二年、權利行使期間一年在內，與民法第四百九十八條、第五百零一條規定並無違背，應屬有效」<sup>557</sup>，即認為保固期間包含瑕疵發見其間與權利行使期間，但另有實務見解指稱

---

委員會委託報告，計畫主持人：李家慶，研究人員：王寶玲、黃立、陳洸岳等，同註 126，頁 48。

<sup>553</sup> 「第四十四條(B)1、於工作物有瑕疵時，定作人得定相當之期間，請求承攬人修補、或直接請求損害賠償，或同時請求二者。但於瑕疵並非顯著、且修補所需費用過鉅者，不得請求修補。2、前項規定之瑕疵、損害賠償請求，應於依第三十一條第四項或第五項(包含依第三十八條準用此等規定之情形)規定交付起□年內為之。但瑕疵係因乙方故意或重大過失所失者，前項得為請求之期間為□年。3、不論第一項規定為何，甲方於工作物交付時即知悉瑕疵之存在，卻未即刻通知乙方時，不得請求修補該瑕疵或損害賠償。但乙方明知瑕疵之存在者，不在此限。4、工作物因第一項之瑕疵而有滅失或毀損時，甲方除應於第二項規定之時間內，並應於滅失或毀損之日起六個月內行使第一項權利。5、如工作物之瑕疵係因供給品之性質，或甲方或監督員之指示所生者，不適用第一項規定。但乙方明知材料或指示不適當，卻未通知時，不在此限。」

<sup>554</sup> 「(1)於契約之目的物有施工上之瑕疵時，甲對乙得定相當期限，請求瑕疵之修補，或代替修補而請求與修補之損害之賠償。但瑕疵不重要且此一修補需要過份費用，甲不得請求修補。(2)依本條(1)之瑕疵擔保期間為，自第 25 條或第 26 條的交付之日，就木造建物為一年，就石造、金屬造、水泥造以及此類之建物，其他土地的工作物或地盤為兩年。但此一瑕疵是因乙的故意或重大過失而生時，將一年延長為五年，兩年延長為 10 年。(3)就建築設備的機器、室內裝潢、家具等的瑕疵，交付之時，丙於檢查後，若未立刻請求此一修補或更換，乙無庸負此一責任。但就隱藏之瑕疵，從交付之日後一年間，負擔保責任。(4)甲於契約目的物交付之時，知悉有本條(1)的瑕疵時，卻未能立即以書面向乙通知此旨，不論本條(1)之規定，不得請求該當瑕疵之修補或損害賠償。但乙知其瑕疵時，即不在此限。(5)依本條(1)的瑕疵，就契約的目的物的滅失或毀損，甲於本條(2)所定之期間內，自此一滅失或毀損之日六個月內，不得行使本條(1)的權利。(6)本條(1)(2)(3)(4)(5)的規定，就因§17(4)的各號而生之契約的目的物之瑕疵，或滅失或毀損部分不適用之。但，該當§17(5)不在此限<sup>554</sup>。」

<sup>555</sup> 陳自強，同註 551，頁 46。

<sup>556</sup> 黃茂榮，同註 520，頁 428。

<sup>557</sup> 台灣高等法院九十二年度上字第三六〇號判決。

「次查，上訴人立宇公司與上訴人外交部約定系爭工程之瑕疵擔保期間為五年，此五年之期間，係瑕疵發見期間，則上訴人外交部倘於五年內發見瑕疵，即得於發現後一年內主張權利。」<sup>558</sup>，明確指出保固期間應是瑕疵發見期間。

參諸學說見解大多認為「保固期間」應係民法第四百九十八條及第四百九十九條所規定之「瑕疵發見期間」，且係當事人透過約定予以默示延長該發現期間<sup>559</sup>。本文以為，自工程契約約定保固期間計算起點，如以交付為計算起點者，因與我國民法規定相同，故將之認定為發見期間較無疑義，但大多數工程契約之保固約款乃以驗收合格日<sup>560</sup>為起算點<sup>561</sup>，則產生疑義，但本文以為承前所述，發見期間乃屬除斥期間，似非不得以當事人之約定改變起算時點，再者，由於權利行使期間依照民法第五百一十四條規定，係以定作人發見瑕疵作為其計算始點，亦即瑕疵發見期間與權利行使期間有重疊之可能，故如何以明確數字表明權利行使期間與瑕疵發見期間總合則有困難。故本文以為，保固期間應屬瑕疵發見期間，雖目前常見因當事人所約定之保固期間短於民法第五百零一條而被宣告無效之一事，對於雙方之真意似有違背，而懷疑將之認定為發見期間是否有違工程實務之運作，但承前所述此乃立法論之問題，本文以為實不害於保固期間係屬發見期間性質之認定。

<sup>558</sup> 台灣高等法院九十三年度重上更(一)字第八四號判決、台灣高等法院九十五年度建上字第六九號判決、最高法院九十四年度台上字第一七七二號民事判決。

<sup>559</sup> 黃茂榮，同註 520，頁 428；王伯儉，同註 53，頁 180；謝奉興，同註 517，頁 9。

<sup>560</sup> 台灣高等法院九十二年度上字第三六〇號判決「又系爭工程合約書約定之保固期間，雖於契約第二十七條約定係自驗收合格日起算，然順誠公司將系爭工程完成，並於八十八年十二月三日請領使用執照交予上訴人，應認順誠公司就其承攬之系爭廠房新建工程已具備通常之效用。」、最高法院九十五年度台上字第一二一八號判決「次按解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。查上訴人與順誠公司所訂契約第二十七條已明文揭示保固期間係自驗收合格日起算，原審竟將保固期間解釋為自驗收日起算，已逾越得依職權解釋契約之範疇。又依一般工程慣例領得使用執照僅係經公務機關查驗工程主體及周遭環境已經合格，並非系爭工作物即得點交予定作人。參以系爭工程合約第六條約定：第六期八十八年九月三十日使用執照核准並交予上訴人；第七期八十八年十二月三十一日二次工程完成並點交，可見僅取得使用執照並非係營造單位已完成全部之工程而得將工作物交與定作人，原審竟認保固期限係自取得使用執照並交付上訴人時起算，顯非適當。」

<sup>561</sup> 謝奉興，同註 517，頁 8。

## 第五項 結論

按工程契約之執行，從發包、簽約、施工、完工、驗收後，即進入保固階段<sup>562</sup>，而保固階段通常係屬工程契約履約之最後階段，當保固階段完成時點前皆未有發生任何瑕疵事故，則當定作人將保固保證金全額歸還予承攬人時，原則上雙方當事人之權利義務已告終結，此亦是雙方當事人最樂見之結果，然實務上卻往往事與願違，尤其是最後階段保固之爭議層出不窮，實有將之性質與定義釐清之必要。

承前所述，我國工程約款常約定保固約款一詞，然其乃借用買賣契約售後服務之用語，然實質上，自其雙方當事人權利義務之約定內容觀之，仍以承攬人需就工作品質未能符合約定者負責，故應認為其仍未脫離瑕疵擔保責任之範疇，再者，我國工程約款常將保固責任與維修責任予以混淆，應有釐清之必要，否則若將維修責任等同於保固責任，而使定作人在受領工作物後仍無庸支出相當之代價即得到承攬人之維持工作物之義務，似與民法第五百零八條之危險負擔分配有違，且過於苛求承攬人，實非妥當，故宜於當事人契約中明確予以規定為妥。此外，觀諸多數工程保固約款仍不脫於民法瑕疵擔保責任之效果觀之，應認為工程保固約款係屬「從屬之瑕疵擔保」，亦即藉由該約款擴張甚至強化法定物之瑕疵擔保責任者。而基於上開之論點，本文進一步認為保固期間應屬瑕疵發見期間，較符合保固約款約定之意旨。

---

<sup>562</sup> 蕭偉松，論承商之保固與瑕疵擔保責任（上），營建知訊 291 期，頁 65。

## 第五章 結論

本文乃係以工程契約之瑕疵擔保責任為主軸作為探討，而探討主要涉及工程契約之性質及其瑕疵擔保責任關連、工程瑕疵擔保免責事由、工程瑕疵之認定以及工程契約各階段定作人所得主張之權利，結論分述如下：

### 壹、工程契約之特性

工程契約具有專業性、金額龐大、法規複雜以及風險高之特性，如一旦涉及承包商之瑕疵擔保責任議題時，則將產生瑕疵認定、責任歸屬以及責任範疇等諸多議題，從而，於工程契約中瑕疵擔保責任更顯複雜，而應自其根本即工程契約之性質加以分析探討。

首先，工程契約應為有償契約，亦即定作人當承攬人完成工作時有給付報酬之義務，而為維持報酬與工作相互間之等價，故有民法之物之瑕疵擔保制度之適用，應無疑義<sup>563</sup>；且承攬人之完成工作義務及定作人給付報酬之義務有其對價關係存在，是工程契約係屬雙務契約，故就工程契約主給付義務之間有民法第二百六十四條第一項規定即同時履行抗辯權之適用。此外，針對工程契約之定性學說和實務眾說紛紜，但由於契約之定性涉及到雙方當事人之權利義務，尤其是涉及瑕疵擔保責任之歸屬<sup>564</sup>，故仍有其重要性，而本文以為，自工程契約之定作人所重視的乃工作之完成或結果觀之，應認為其屬承攬契約，因此如工程契約之雙方當事人就物之瑕疵擔保未有約定者，則基於民法規定具有補充之性質，民法四百九十二條以下有關物之瑕疵擔保規定即有適用<sup>565</sup>。

### 貳、工程契約之分類與瑕疵間之關係

工程契約可依照業主、專業領域、契約價格結構以及營建工程執行形態而加以分類，其中營建工程執行型態可分為總包契約、統包契約以及聯合承攬工程契約，就總包契約部分，因設計部分並非承攬人所負責範疇，是當工程產生瑕疵時，則需就工程瑕疵發生原因歸屬於設

<sup>563</sup> 詹森林，同註 46，頁 95。

<sup>564</sup> 余文恭，同註 17，頁 24。

<sup>565</sup> 王澤鑑，同註 32，頁 119-120。

計層面抑或施工層面加以釐清，反之，統包契約則因承攬人所負責範疇為設計及施工部分，故當工程發生瑕疵時，較無權責歸屬問題，另外由於工程技術日新月異，成本亦越趨龐大，故近年來工程實務上，出現不少廠商以聯合承攬（Joint Venture）之名義共同承攬，就聯合承攬人是否亦需對施作工程負責則有疑義，本文以為依照政府採購法第二十五條第二項，不論是何種型態之聯合承攬，承攬人皆須對定作人負連帶責任。

### 參、買賣與承攬契約瑕疵擔保責任比較

自立法沿革以及出賣人多不負有修補瑕疵之能力觀之，買賣契約之物之瑕疵擔保應非出賣人之義務，相對於此，參酌承攬人通常具有瑕疵修補能力以及民法第四百九十五條規定，應認承攬人負有瑕疵擔保責任之主給付義務，是以，當工作物有瑕疵時，定作人得依照民法第二百六十四條為同時履行抗辯。

### 肆、瑕疵責任範圍—減免事由

由於定作人向承攬人請求瑕疵擔保責任時，必須承攬人無瑕疵責任免責事由，而法定免責事由主要規定於民法第四百九十六條規定：「工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質或依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。但承攬人明知其材料之性質或指示不適當，而不告知定作人者，不在此限。」，然工程實務上除了上開規定免責情事外，因工程施作極度重視品質控管，故於施作中通常設有監造單位予以控管施作品質，並於完工後透過驗收檢驗工程，而承攬人得否以有監造單位或已通過驗收之主張，以資減免其瑕疵責任，實務上則見解不一，本文以為就施工方法部分，除了定作人對於施作方法有特別約定者外，否則因承攬契約著重結果，而承攬人有自行選擇完成工作之方法之權利，故承攬人不得以之作為免責之抗辯<sup>566</sup>。至於材料檢驗部份，本文以為涉及材料統一品質之規格者如透過監造單位檢驗而予以同意者，則此時因構成承攬人之信賴，故承攬人得以資作為免責之抗辯。

至於驗收通過得否作為承攬人瑕疵擔保責任減免之事由，本文以為自驗收之目的乃係在检查工作物是否有瑕疵存在，如定作人就明顯一

<sup>566</sup> 楊芳賢，同註7，頁581。

望即知之瑕疵於驗收時未能對承攬人保留瑕疵擔保責任之權利，則參酌德國新法第六百四十條第二項規定：「定作人依前項第一句受領該瑕疵之工作時，如其知有瑕疵，僅以受領時保留其因瑕疵取得之權利，始享有第六百三十四條第一款至第三款之權利。」意旨以及類推適用我國民法第三百六十六條規定，則應認為此時定作人不得於事後再行主張為妥；反之，就隱藏性之瑕疵因通常未能於驗收時發見，故若亦得以此免除承攬人之責，則顯然對定作人不公，故本文以為就此承攬人即不得資以作免責之抗辯。

### 伍、瑕疵認定

如承攬人並無瑕疵擔保責任免責事由存在時，則實務上因承攬人之瑕疵擔保責任而產生爭訟時，通常雙方爭執之處為瑕疵是否存在，故判斷瑕疵之存在與否在工程契約中乃扮演舉足輕重之角色。首先本文以為應可參酌德國法立法規定，將錯誤給付與數量瑕疵部分納入瑕疵之概念，以避免判斷上之困難。其次，就工程契約認定瑕疵部分，因不論係我國或外國契約範本少對此作相關規範，故本文乃試圖尋找判斷依據並予以作次序上之排列：首先應自契約文件予以判斷，如契約未約定者，則應以法規作為依據，若法規亦未規範，再依一般施工技術規範以及材料標準規定，如皆未能從中找出判斷基準者，則回至法理亦即社會通念與對價關係作認定。

再者，本文自瑕疵發生原因作一統整，而工程瑕疵發生之原因不外乎係因設計不良、材料不佳、施工不善所致，就設計不良部分原則上承攬人無庸負責，然考量承攬人多為技術上之專家，故應賦予一定之審查責任，至於審查程度本文以為應參酌AIA之規定，簡單就其文件作一審核工作，避免對承攬人過苛。而就材料部分本文以為縱使契約未約定品質者，仍應以中等品質之材料施作為妥，惟未禁止承攬人使用更高品質之材料，惟使用時必須考量整體定作物施作狀況，避免發生施作材料品質不一，反致工作物品質平衡崩壞。承攬契約係屬勞務契約，乃著重於承攬人之施作能力，故施作之技術亦屬瑕疵發生之主因，然施作技術日新月異，於判斷瑕疵時，實不得忽視技術水準的相對關係<sup>567</sup>，亦即必須以施工時之水準作一判斷，而非待瑕疵發生後以日後之施工水準為基準，以避免苛求承攬人。

<sup>567</sup> 高橋讓、大森文彦，同註 209，頁 165。

## 陸、瑕疵擔保責任之效果—以工程施作過程為主軸

### 一、施工中

關於施工中之瑕疵議題，必須視當事人有否約定加以觀察，如當事人未有約定者，回歸我國民法之規定，我國就定作人針對施工中之瑕疵請求權乃規定於民法第四百九十七條，惟其以承攬人有過失為要件，故若承攬人未有過失者得否事前主張瑕疵擔保責任，則產生疑義，本文以為，參酌德國法例外肯認見解以及我國實務針對買賣契約所採之見解，應於例外情況肯認定作人得於施工中主張瑕疵擔保責任，而工程契約中，由於施工項目繁多且金額龐大，層層施工環節緊密相扣，故對於施工中之瑕疵相當重視，因而通常雙方當事人會於契約中明訂查驗程序以及早發見瑕疵，使定作人得於施工中主張瑕疵擔保之權限，且不以承攬人有過失為定作人請求之要件，此外依民法第四百九十七條所規定之法律效果，除得請求改善外，若承攬人逾期未能改善，定作人則有以承攬人之費用轉由第三人改善或施作之權利，然就事實層面而言，第三人是否願意僅改善其瑕疵後，即轉手交由原承攬人繼續施作，或承攬人得否於第三人改善瑕疵後，有否向原定作人聲請續行工作之請求權，將可能產生諸多疑義，是為解決上揭爭議，或許可參考FIDIC7.6之約定，賦予第三人完工之權限或定作人得依約解除契約或終止契約後，再由第三人完成原承攬人未為完成之部分。

另外，施工契約亦常見估驗款之約定，亦即於施工過程中定作人於承攬人施工中定期對工作物檢驗，確定工作物符合契約所約定之進度及品質後，給予承攬人估驗款，以減輕承攬人經濟負擔，而通常估驗款之給付並不代表定作人同意受領工作物，且為避免承攬人報酬時效自各期得給付估驗款時起算，導致驗收後承攬人之報酬請求權罹於時效之部分仍須負瑕疵擔保及保固責任之不公平情事發生，應認估驗款之性質係屬暫付款。

### 二、完工與瑕疵

竣工在工程實務上乃扮演重要之角色，蓋竣工時點之判斷將影響承攬人是否需負遲延違約金以及當事人如未特別針對報酬時點約定時，則竣工與否亦為定作人是否需為報酬之給付判斷依據，循此以

觀，竣工與否對雙方權益影響甚大。然而我國工程契約鮮對竣工作出定義，導致定作人與承攬人往往對於竣工與否產生爭執，故有釐清之必要。本文以為自民法第四百九十條規定觀之，即可得知定作人所重視的乃工作物之結果需符合契約之目的，故應採美國 AIA 所稱之實質完工之概念，亦即當業主可以為『預期之使用目的』而占有或使用該工作物時則為完工，以期得以衡平雙方當事人之權益。再者，就瑕疵與竣工之關連性部分，本文以為延續著實質完工之概念，兼衡承攬人負有給付無瑕疵工作物之主給付義務，應將瑕疵與完工作結合，亦即當瑕疵重大以致定作人之預定目的已無法達成時，則應認為係屬未為完工，反之，若僅係微小之瑕疵，但不致影響工作使用目的時，則仍屬完工，承包商即無庸負逾期完工之責。

### 三、完工後驗收前

完工後驗收前之法律效果，如當事人如未有約定，定作人主要係依照民法第四百九十三條至四百九十五條為主張，再者雖我國工程契約多對此有所約定，但仍不脫民法第四百九十三條至四百九十五條，故本文乃以民法規定為主要脈絡，而作相關法律爭議之探討。

#### (一)修補瑕疵之權利

首先，我國將修補瑕疵當作定作人之優先請求之權利，此與多數國家立法制度以及契約範本有大致相符，蓋如承攬人能夠自行先行修補完成，因承攬人乃工程之施作者，故對工程最為熟稔，能夠以最經濟實惠之方式為快速之修補，定作人亦得早日取得工作物，對雙方皆屬有利。而例外於瑕疵不能修補、瑕疵修補過鉅時，承攬人始得拒絕修補。

此外，瑕疵修補之方式是否包含重作則有疑義，就定作人要求承攬人為重作者，承攬人如認從經濟以及效益觀察，重作對其較為有利，不妨使承攬人有選擇重作之權利，蓋重作對定作人而言似無任何不利，但定作人得否要求承攬人重作則有爭議，參考德國法之立法乃將重作之權利賦予與定作人以及修補和重作實際上難以區別論點觀察，應肯認定作人有請求承攬人為重作之權利，或有認為其對承攬人過苛，然如新作所需過鉅時，承攬人亦得類推適用民法第四百九十三條第三項規定，拒絕新作，故尚不生上開之疑義。

## (二) 瑕疵修補費用之請求

關於瑕疵修補費用之請求必須先以定作人已定期催告承攬人為瑕疵之修補未果，始得請求瑕疵修補之費用，否則若未經催告程序而自行修補，則恐將喪失費用請求之權利，定作人實不得不查；再者，由於工程標的價值極高，故通常修補費用亦所費不貲，因而關於瑕疵修補費用得否預先請求極成為問題，雖我國未若德國法明文列入，但考量重大瑕疵如要求定作人先為支出，此將對定作人造成經濟風險，以及定作人請求修補而承攬人拒修或怠於修補後，不應使定作人之地位更為不利，故應准予定作人得請求承攬人預付修補之必要費用，以符衡平<sup>568</sup>。

## (三) 減少報酬

減少報酬請求權乃規定於民法第四百九十四條，惟其需以瑕疵不能修補，或瑕疵得修補但定作人拒絕修補或因修補費用過鉅而拒絕修補時，定作人為求衡平而得主張減少報酬，惟需注意者，如工程係屬公共工程而適用政府採購法時，依照政府採購法第七十二條第三項規定，只要符合其法律要件之規定，則無庸經定作人催告修補之程序即得主張，乃似為民法承攬人瑕疵擔保責任規範之特別規定，然如工作物僅不符合契約內容，但並無價值減損之瑕疵時，則顯非民法瑕疵擔保責任範疇，其性質應如何認定則有疑義，本文以為此時應將之區分為有價值減損瑕疵之情況與無瑕疵之情況，如屬前者應屬民法之特別規定，如屬後者，則應將之解釋為民法第三百一十九條代物清償較為妥適，又減價收受原則上係屬定作人之選擇權限，惟當定作人有裁量收縮至零時，承攬人始得請求定作人為減價收受之決定，另外工程實務上亦常見工程契約約定除減價扣款外，承攬人尚須支付數倍違約金，然此一約定與民法第二百五十條違約金約定之過失原則相悖，亦與減價收受需屬「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」之微小瑕疵情況有顯失公平之虞，進而應認為此項約定違反民法第二百四十七條之一，屬無效條款。

## (四) 解除契約

如瑕疵重大至契約目的不達者，則依照民法第四百九十四條規定定

<sup>568</sup> 詹森林，同註 98，頁 9。

作人得主張解除契約，然如定作物係屬建物或是土地上之工作物者則因考量社會經濟以及承攬人之負擔，而不得解約，且認其屬強行規定，但不少工程小至倉庫建造，大至高樓大廈新建，皆屬其規定範疇，是否一概認定其不得解約，則有再行思考之必要，故實務乃作出最高法院八十三年三二六五號判例，另外，立法者亦意識到此問題之重要性，故於民國八十八年將之明文納入，規定於民法第四百九十五條第二項，然限於承攬人需有可歸責事由時，定作人始得為解除契約之主張，故有認為於民法第四百九十五條第二項規定後，該判例即無適用之餘地，但本文以為民法第四百九十五條第二項有立法錯置之嫌，故於尚未修法前，最高法院之判例應有適用之餘地。

#### (五)損害賠償請求

民法第四百九十五條第一項乃規定如工作物之瑕疵係可歸責於承攬人者，則定作人得主張損害賠償之請求。而損害賠償之請求依照條文規定得與前開瑕疵擔保責任併存，此尚無疑義，惟定作人得否主張損害賠償以取代其他瑕疵擔保權利，則有所爭議，本文以為參考日本法立法制度以及便利定作人請求角度出發，應肯認損害賠償請求權與其他瑕疵擔保權利係屬選擇之債關係，惟損害賠償與瑕疵修補之目的皆已除去瑕疵為目的以及為避免對承攬人過苛之情形觀察，定作人縱使依照民法第四百九十五條第一項為損害賠償之請求，仍應先行主張修補瑕疵。

再者，其與不完全給付制度之競合亦屬實務和學說之爭議之所在，蓋其競合與否之見解乃影響是否適用承攬編之短期時效，而最高法院為統整分歧之實務見解，乃作出最高法院九十六年第八次決議，其指出第四百九十五條第一項損害賠償之範圍不包含加害給付，故加害給付部分僅得依照不完全給付請求，然其又指稱於此情形不完全給付之時效將受民法承攬編短期時效之影響，此一見解似有前後矛盾，再者與最高法院針對買賣編之瑕疵擔保責任與不完全給付競合之見解全然相異，故該實務見解實有再行檢討之餘，本文以為首先民法第四百九十五條第一項未有區分瑕疵損害以及瑕疵結果損害之明文且考量瑕疵損害與瑕疵結果損害切割確有困難，應認為民法第四百九十五條第一項之損害包含瑕疵結果損害，再者承攬編之損害賠償之規定乃針對承攬編所為之特別規範，應優先民法債總之適用，應屬不完全給付

之特別規定。

#### 四、保固

按工程契約之執行，從發包、簽約、施工、完工、驗收後，即進入保固階段<sup>569</sup>，而保固階段通常係屬工程契約履約之最後階段，當保固階段完成時點前皆未有發生任何瑕疵事故，則當定作人將保固保證金全額歸還予承攬人時，原則上雙方當事人之權利義務已告終結，此亦是雙方當事人最樂見之結果，然實務上卻往往事與願違，尤其是最後階段保固之爭議層出不窮，實有將之性質與定義釐清之必要。

承前所述，我國工程約款常約定保固約款一詞，應係借用買賣契約售後服務之用語，然實質上，自其雙方當事人權利義務之約定內容觀之，仍以承攬人需就工作品質未能符合約定者負責，故應認為其未脫離瑕疵擔保責任之範疇，再者，我國工程約款常將保固責任與維修責任予以混淆，應有釐清之必要，否則若將維修責任等同於保固責任，而使定作人在受領工作物後仍無庸支出相當之代價即得到承攬人之維持工作物之義務，似與民法第五百零八條之危險負擔分配有違，且過於苛求承攬人，實非妥當，故宜於當事人契約中明確予以規定為妥。此外，觀諸多數工程保固約款仍不脫於民法瑕疵擔保責任之效果觀之，應認為工程保固約款係屬「從屬之擔保」，亦即契約雙方係藉由該約款擴張甚至強化法定物之瑕疵擔保責任者，而非屬「單純之品質保證」或是「獨立之擔保」。而基於上開之論點，本文進一步認為保固期間應屬民法所指之瑕疵發見期間，是如保固期間有短於民法所規定之瑕疵發見期間時，則應依照民法第五百零一條，認屬無效約款，進而回歸適用民法所明定之瑕疵發見期間。

---

<sup>569</sup> 蕭偉松，同註 562，頁 65。

## 附錄一：參考文獻

### 一、中文文獻

#### (一)書籍

- 1、王澤鑑，基本理論債之發生，債法原理第一冊，2003年7月
- 2、王伯儉，工程契約法律實務，元照出版，二版一刷，2008年10月
- 3、王伯儉，工程糾紛與索賠實務，元照出版，初版第2刷，2003年8月。
- 4、尹章華、劉家榮，政府採購法逐條釋義，漢興書局有限公司印行，初版，2000年。
- 5、尹章華，公共工程與採購法，漢興書局有限公司印行，初版，1998年。
- 6、史尚寬，債法各論(上下冊合訂)，中華民國70年7月，臺北五刷。
- 7、李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會出版，初版，2004年。
- 8、巫啟后，統包概說，文笙書局出版，初版，2006年。
- 9、邱聰智，新訂債法各論(中)，元照出版，2002年10月，初版一刷，頁78
- 10、李永然律師著、施盈志編，工程承攬契約—政府採購與仲裁實務，初版，2005年2月。
- 11、林瑤，工程契約報酬請求相關問題討論，工程與法律的對話，李家慶主編，初版，2010年。
- 12、姚志明，民事法理論與判決研究(一)—不完全給付與瑕疵擔保責任—，債法研究叢書系列，元照出版社，2009年11月，初版一刷。
- 13、高明發，承攬之理論與實務，司法研究年報第22輯第3篇，中華民國91年11月。
- 14、陳自強，契約之內容與消滅，學林文化出版，第一版，2004年。
- 15、陳自強，無因債權契約論，學林文化事業有限公司出版，1998年8月。
- 16、陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜，工程與法律，新文京開發出版股份有限公司，中華民國93年3月15日。
- 17、梁鑑，國際工程施工索賠，淑馨出版社，1999年初版。
- 18、張永康，契約與規範，三民書局，1978年。
- 19、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)，初版，2003年。
- 20、楊淑文，新型契約與消費者保護法，國立政治大學法學叢書(五)，元照出版社，二版一刷，2006年4月。
- 21、楊芳賢，第八章承攬，民法債編各論(上)，黃立主編，初版，2002年。
- 22、楊芳賢，第一章買賣，民法債編各論(上)，黃立主編，初版，2002年。
- 23、楊佳元，第十一章委任，民法債編各論(下)，黃立主編，初版，2002年。
- 24、葉錦鴻，民法系列—承攬，三民出版社，2007年10月，初版一刷。
- 25、鄭玉波，民法債編總論，三民書局印行，修訂二版，民國91年6月。
- 26、鄭玉波，民法債編各論(上)，三民書局印行，民國84年4月。

- 28、謝哲勝、李金松，工程契約理論與求償實務，翰蘆圖書出版有限公司，2005年11月。
- 29、戴修瓚，民法債編各論，1959年4月五版。
- 30、羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，元照出版社，二版，2004年。
- 31、工程法律實務研析（一），寰瀛法律叢書，元照出版社，2004年。
- 32、工程法律實務研析（二），寰瀛法律叢書，元照出版社，2006年。
- 33、工程法律實務研析（三），寰瀛法律叢書，元照出版社，2007年。
- 34、工程法律實務研析（四），寰瀛法律叢書，元照出版社，2008年。
- 35、工程法律實務研析（五），寰瀛法律叢書，元照出版社，2009年。
- 36、政府採購履約爭議處理案例彙編（一）行政院公共工程委員會，民國90年一版。

## （二）期刊論文

- 1、王澤鑑，債之關係的結構分析，民法學說與判例研究（四），2002年。
- 2、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。
- 3、古嘉諄，工程契約之死，月旦法學教室第70期，2008年8月。
- 4、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。
- 5、吳憲彰，營繕工程驗收與保固之爭議，營造天下第40期。
- 6、林發立，工程合約實務問題泛論（4）—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。
- 7、林永頌，保養責任與保固責任，仲裁案例選輯IV，總編輯：王志興，1996年。
- 8、林誠二，因承攬瑕疵所聲損害賠償請求權消滅時效之適用問題，月旦法學教室第66期，2008年4月。
- 9、林誠二，論承攬工作瑕疵與報酬減少請求權，仲裁案例選輯（III），中華民國商務仲裁協會出版，1996年。
- 10、林廷瑞，論建設承攬契約之瑕疵擔保責任（一），法律評論，第45期第11、12二期合刊，1980年1月。
- 11、夏太偉，大型合約之保固行為，營造天下第19期。
- 12、游進發，德國民法上承攬人之瑕疵責任，月旦法學雜誌第141期，2007年2月。
- 13、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。
- 14、陳建宇，論總價承包（決標）契約，營造天下第39期。
- 15、陳自強，FIDIC工程契約條款在契約法源之地位，仲裁季刊第90期，2010年4月。
- 16、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，1973年12月。

- 17、黃世孟、陳坤成，建築工程承攬瑕疵擔保責任之探討(上)，現代營建第 214 期，1997 年 11 月。
- 18、黃世孟、陳坤成，建築工程承攬瑕疵擔保責任之探討(下)，現代營建第 215 期，1997 年 12 月。
- 19、黃茂榮，承攬(三)，植根雜誌第 25 卷第 3 期，2009 年 3 月。
- 20、黃茂榮，承攬(七)，植根雜誌第 25 卷第 17 期，2009 年 7 月。
- 21、馮馨儀，工程保留款之性質，月旦法學雜誌第 140 期，2007 年 1 月。
- 22、詹森林，建築物或其他土地上工作物承攬契約之解除，台灣本土法學第 22 期，2001 年 5 月。
- 23、詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月。
- 24、詹森林，危險移轉前，出賣人物之瑕疵擔保責任及買受人拒絕受領標之物之權利，台大法學論叢第 22 卷 1 期，1992 年 12 月。
- 25、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。
- 26、葉英蕙，國際上常用的工程契約範本簡介，中鼎工程第 241 期。
- 27、蔡宗僊、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探(上)，營造天下第 111 期。
- 28、蔡宗僊、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。
- 29、蔡志揚，論承攬瑕疵損害賠償請求權時效(上)從最高法院 96 年度第 8 次民庭決議談起，營建知訊 320 期，2009 年 9 月。
- 30、蔡志揚，論承攬瑕疵損害賠償請求權時效(下)從最高法院 96 年度第 8 次民庭決議談起，營建知訊 321 期，2009 年 10 月。
- 31、歐陽勝嘉，定型化違約金之法律問題，元照出版有限公司，初版第一刷，2010 年 4 月。
- 32、劉福勳、黃崑義，營造業提升品質之探討，營建管理季刊第 50 期。
- 33、顏玉明，營建工程承攬契約之時間義務，營造天下 114 期，2005 年。
- 34、蕭偉松，承商之保固責任與瑕疵擔保責任，工程與法律的對話，李家慶主編，三民書局出版，初版一刷，2010 年 1 月。
- 35、蕭偉松，論承商之保固與瑕疵擔保責任(上)，營建知訊第 291 期，2007 年 4 月。
- 36、蕭偉松，論承商之保固與瑕疵擔保責任(下)，營建知訊第 292 期，2007 年 5 月。
- 37、戴森雄，某結構工程中帽樑裂縫之修補責任歸屬所生爭議之判斷，工程仲裁案例選輯(I)，王志興編輯，中華民國仲裁協會出版，2000 年 12 月。
- 38、陳坤成，建築工程受任設計瑕疵擔保責任之探討(一)，現代營建第 226 期，1998 年 11 月。

(三) 研討會、研究報告、碩博士論文

- 1、行政院公共工程委員會、中國工程師學會以及中華工程技術顧問商業同業公會，中華民國九十三年六月十六、十七日。
- 2、行政院公共工程委員會委託報告，計畫主持人：李家慶，研究人員：王寶玲、黃立、陳洸岳等，政府採購契約之廠商所負損害賠償責任之研究，中華民國 95 年 12 月。
- 3、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。
- 4、謝定亞，「工程採購契約範本」契約風險分配之檢視，工程法律論壇(五) — 工程承攬契約之風險分配。
- 5、王和雄，承攬人瑕疵擔保責任之研究，國立政治大學法律研究所碩士論文，指導教授：錢國成博士，1874 年。
- 6、呂純純，公共工程逾期之研究，國立政治大學法律學研究所論文，指導教授：黃立博士，2003 年。
- 7、呂彥彬，工程契約履約擔保之研究，國立政治大學法律研究所論文，指導教授：楊淑文教授，2007 年。
- 8、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，國立台灣大學法律研究所論文，指導教授：陳聰富博士，2008 年。
- 9、李昇蓉，承包商對營建工程工期遲延及阻擾之索賠，國立政治大學法律系碩士論文，指導教授：黃立博士，2009 年。
- 10、林孜俞，公共工程契約之訂定與招標機關之義務，臺灣大學法律研究所碩士論文，指導教授：詹森林教授，2002 年。
- 11、郭致遠，論營建工程之瑕疵擔保責任——以承攬人之物之瑕疵擔保責任為中心，國立台北大學法律專業研究所，指導教授：崔汴生博士，2004 年。
- 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，指導教授：楊淑文博士，2004 年。
- 13、張志僑，商品瑕疵擔保責任與品質保證之研究，國立成功大學法律學系碩士班，指導教授：郭麗珍博士，2004 年。
- 14、陳坤成，營建工程糾紛索賠之研究，國立臺灣工業技術學院工程技術研究所營建工程組，指導教授：李得璋教授，1986 年。
- 15、許增如，政府採購法減價收受制度之研究，國立政治大學法律科際整合研究所，指導教授：黃立博士，2008 年。
- 16、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院法律學研究所碩士論文，指導教授：詹森林博士，2005 年。
- 17、湯毓勛，公共工程保固條款之研究，國立高雄第一科技大學營建工程系，指導教授：羅維博士，2003 年。
- 18、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，指導教授：楊淑文博士，2010 年。

- 19、謝奉興，軍事建築工程保固缺失之研究，國立逢甲大學土木工程學系碩士論文，指導教授：林保宏教授，2008年。
- 20、蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，私立東吳大學法學院法律專業碩士班碩士論文，指導教授：林誠二，2000年。
- 21、謝家佳，公共工程展延爭議法律問題之研究，台北大學碩士論文，指導教授：林誠二教授，2007年。
- 22、藍秉強，由木柵線捷運工程仲裁案論工程遲延及風險分配，東吳大學法律學研究所碩士論文，指導教授：李建中博士，1995年。

## 二、外文文獻

### (一)英文文獻

- 1、Ellis Baker、Ben Mellos、Scott Chalmers、Anthony Lakers，FIDIC Contracts:Law and Practice (1th ed 2009)。
- 2、Jonathan J. Sweet, Sweet on construction industry contracts : major AIA documents (5th ed 2009)
- 3、Keith Pickavance, Construction law and management (1th ed 2007)。
- 4、Nael G. Bunni, The FIDIC Forms of Contract, Oxford, U.K. (3<sup>rd</sup> ed, 2005)

### (二)日文文獻

- 1、工事請負契約約款の解説，民間（旧四会）連合協定工事請負契約約款委員会編著，2009年五月。
- 2、山口康夫，判例にみる請負契約の法律実務，2006年5月，初版第二刷。
- 3、内山尚三，請負，東京：一粒社，1982年初版。
- 4、西口元、廣瀬和彦，建築瑕疵に関する諸問題，建築裁判の現状と課題，建築雑誌1437號。
- 5、米國の瑕疵担保保証制度，(財)建設經濟所，第21次海外調査(米國)報告書より。
- 6、我妻榮，民法講義債權各論中二，1993年。
- 7、津曲蔵之丞，請負人の瑕疵担保責任(一)，法曹時報第4卷第3號。
- 8、後藤勇，請負に関する実務上の諸問題，東京都：判例タイムズ社，1994第1版。
- 9、高橋讓、大森文彦，建築物の瑕疵とその法的責任，建築関係訴訟の実務，齋藤隆編著，新日本法規出版，2005年4月20日。
- 10、荒井八太郎，建設請負契約論：建設工事クレームの法律学的研究，勁草書房，1967初版。
- 11、原田剛，注文者の新規製作請求権に関する一考察(一)—ドイツの判例・学説を手掛かりとして—法学論叢141卷5号，京都大学法学会。
- 12、原田剛，注文者の新規製作請求権に関する一考察(二)・完—ドイツの判例・学説を手掛かりとして—法学論叢143卷3号，京都大学法学会。

- 13、幾代通、広中俊雄編集，新版注釈民法(16)、債法(7)，有斐閣コメントール，1988年9月10日。
- 14、滝井繁男，逐条解説工事請負契約約款，東京都：酒井書店，1998年5版。
- 15、藪内貴英、江口偵，8006 建築工事完成・引渡し・瑕疵修補・最終支払いの相互関係—英国標準の約款 JCT80/98 とわが国の民間約款の比較—，Architectural Institute of Japan 71期，2001-03-05。
- 16、横浜弁護士会編，建築請負. 建築瑕疵の法律実務：建築紛争解決の手引，東京都：きょうせい，2004年3版。

