

## 第五章 定作人未辦理工程契約變更

以下將討論，定作人未依契約辦理工程契約變更，承攬人卻施做契約外工作時，雙方權利義務為何？本章分節討論：因定作人其他指示或行為造成承攬人施做（第一節），以及承攬人自行施做之情形（第二節）。一般而言，在實做實算契約，定作人雖未辦理工程契約變更，但承攬人所施做之工作均可依契約計價時，並不會產生請求費用之爭議。但是，如定作人認為承攬人所施做者並非契約範圍，可能拒絕計價，此時實做實算契約之承攬人得否請求費用，亦將可能發生爭議。因此以下第一節、第二節之討論，並未區分實做實算契約與總價契約。

另外，在漏項以及實做數量差異之情形，定作人不會辦理工程契約變更，但承攬人多會主張應辦理工程契約變更，實務上有認為應依誠信原則，依設計變更之方式辦理，故於本章一併討論（第三節）。

### 第一節 定作人其他指示或行為造成承攬人施做契約外工作

雖然定作人未辦理工程契約變更，承攬人不應變更工程，但定作人可能以其他指示或因為定作人之行為造成承攬人必須施做契約以外工作，在此情形，如定作人拒絕承攬人請求費用，並非公平，然承攬人請求權基礎為何，在實務中產生許多爭議，值得討論。

在美國聯邦採購案例中，以擬制變更理論解決定作人未依契約正式程序造成承攬人變更工程之爭議，在我國亦見文獻述及擬制變更，故於第一項中，將先討論擬制變更理論以及擬制變更在我國之發展。第二項以下則就美國法上「擬制變更」之案例類型：1. 雙方就契約之約定解釋歧異 2. 有瑕疵之契約規範及政府未揭露資訊 3. 趕工 4. 業主在履約過程未能協力配合<sup>389</sup>，分析在我國法下，各種案型當事人之法律關係。本文並不贊同以

<sup>389</sup> John Cibinic, Jr. & Ralph C. Nash, Jr., *Administration of Government Contracts* (3<sup>rd</sup> ed. 1995). 名詞翻譯參照李家慶，〈論工程之擬制變更〉，營建知訊，第 220 期，頁 69，2001 年 5 月。擬制變更案例不同之分類方式尚有 McNeil Stokes 所區分之：1. 有瑕疵之規範 2. 施工方法之變更 3. 契約條款及規範之解釋錯誤 4. 過度之檢驗 5. 合格工作之拒絕 6. 同等代替品之拒絕 7. 業主供應有瑕疵材料、機具及設備。McNeill Stokes, *Construction Law in Contractor's Language* 142-162 (1<sup>st</sup> ed.

擬制變更理論作為承攬人請求調整報酬及工期之依據，之所以提及美國法上擬制變更之案例類型，係為了探討在各種案型中我國法之適用，分析當事人之法律關係。

## 第一項 擬制變更理論

### 壹、 擬制變更理論之由來

在工作範圍確實已被改變，但定作人未辦理工程契約變更之情形，承攬人依據工程契約變更條款請求調整報酬或延展工期，必定會遭定作人拒絕。為解決此類爭議，美國聯邦採購契約案例中，發展出「擬制變更」(constructive change)之理論，採購機關雖未依契約辦理工程契約變更，但基於機關有其他指示或行為，便擬制有變更命令之存在。因為當工作範圍確實被變更，但採購機關堅持工作並未變更時，要求承攬人必須取得機關書面變更通知是無益的，因此，在此種情形下，並不需要書面指示變更之形式，承攬人可依據契約工程變更條款請求合理之調整(equitable adjustment)<sup>390</sup>。

擬制變更為美國聯邦採購契約所發展出來之概念。在美國普通法體系下，擬制變更理論實可置於默示契約(implied contract)以及違約(breach of contract)之概念中<sup>391</sup>。但在1978年契約爭議法(Contract Disputes Act)制訂之前，最高法院認為爭議條款(dispute Clause)僅能涵蓋根據契約條款發生之爭議(under the contract)，契約申訴委員會<sup>392</sup>(the board of contract appeals)對於根據契約條款發生之爭議才有審判權；如果是違約爭議或政府在契約條款以外要求施做之工作，並非爭議條款所得涵蓋，因此契約申訴委員會不得審理<sup>393</sup>。為使契約申訴委員會對此類爭

---

1977). 名詞之翻譯參照王伯儉，《工程人員契約法律實務》，頁75，永然文化，1996年12月，初版。

<sup>390</sup> Robert F. Cushman et al., *Construction Change Order Claims* 67 (1994).

<sup>391</sup> Cibinic, Jr. & Nash, Jr., *supra* note 389, at 429-430.

<sup>392</sup> 依據契約爭議法授權成立，負責解決機關採購官(contracting officer)與廠商間對於契約執行有關的爭議。較大的機關多自行設立委員會處理申訴案件，未設立之機關得委託有設立之機關代為處理。王麗鳳，「政府採購管理制度之研究」，八十八年度公教出國專題研究報告，行政院人事行政局主辦，頁5，1999年9月30日。

<sup>393</sup> W. Noel Keyes, *Government Contracts under the Federal Acquisition Regulation* 522-523 (1986).

議也有審判權，於是便創造擬制變更理論，使得這些原本不得審理之案件，包括因採購機關過失行為或非依正式程序指示變更之工作，得依據契約中工程變更條款請求合理調整（equitable adjustment），而可認為係根據契約條款發生之爭議<sup>394</sup>，契約申訴委員得以審理。此後，擬制變更理論繼續被援用在政府契約法律之領域中。在私人間契約以及其他政府層級之契約，承攬人則會主張定作人構成違約，較少援用擬制變更理論<sup>395</sup>。

構成擬制變更需存在兩個要件，一為“變更”要件（the “change” element），一為“指示”要件（the “order” element），前者係指承商所施作之工作已超出契約要求之最低標準，後者係指業主或業主代理人以其他指示或行為要求承商履行非契約所必要部分之工作，此外，業主故意或過失之行為（fault），無論在契約履行前或履行中，也可能滿足指示之要件<sup>396</sup>。承攬人主張擬制變更理論，應舉證證明此兩要件存在。

## 貳、 擬制變更理論在我國法之發展

在我國，有不少文獻論及擬制變更<sup>397</sup>。一般參考美國法之定義，認為擬制變更係由業主或工程司非依正常工程變更之程序（change order procedure）所做之行為造成工程有所變更而言。其雖非正常之工程變更，但其效果卻與一般工程變更相同，均造成承包商工程成本之增加及工期之延長，而承包商亦可要求業主給予價格及工期上適當合理的調整<sup>398</sup>。

<sup>394</sup> *Id.* at 640-641.

<sup>395</sup> Robert Rubin et al., *Construction Claims: Prevention and Resolution* 41 (2<sup>nd</sup> ed. 1992).

<sup>396</sup> Cibinic, Jr. & Nash, Jr., *supra* note 389, at 431.

<sup>397</sup> 王伯儉，《工程人員契約法律實務》，頁 73，永然文化，1996 年 12 月，初版；李家慶，〈論工程契約變更〉，收於《2002 年全國科技法律研討會論文集》，頁 362，2002 年 11 月；李金松，《營建工程契約風險分配之研究-以公共工程為中心》，中正大學法律研究所碩士論文，頁 175，2003 年；何德操，〈國內、外工程合約變更條款及推定性變更之探討〉，*工程*，第 69 卷第 3 期，頁 12，1996 年 3 月；余文恭，〈從工程契約之動態發展論工程契約之變更—兼論 FIDIC 紅皮書之相關規定〉，*法令月刊*，第 55 卷第 12 期，頁 34，2004 年 12 月；顏玉明，〈工程變更(Variations)之探討 — 以異常地質(Different Site Conditions)為對象〉，*律師雜誌*，第 282 期，頁 87-94，2003 年 3 月。蕭偉松，《論營建工程遲延與情事變更原則之適用》，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 106，2001 年 8 月；顧美春，《工程契約風險分配與常見爭議問題之研究》，交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 145，2002 年。

<sup>398</sup> 王伯儉，《工程人員契約法律實務》，頁 73，永然文化，1996 年 12 月，初版。

我國實務中曾出現引用擬制變更理論之調處爭議案例<sup>399</sup>，但除此之外，似無其他援用擬制變更之實務案例，擬制變更理論對於實務之影響有限，未如在美國聯邦採購案例中蓬勃發展，在我國是否可將擬制變更理論認為是工程習慣或法理加以適用？

對此問題，有持肯認態度者，認為根據法律、工程慣例及法理之規定理論上，擬制變更可賦予承包商向業主要求合理費用賠償及延長合理工期之權利<sup>400</sup>。或以承包商無法本於契約規定及民法規定請求，認為為保障承包商合理權益，應可考量擬制變更之適用者<sup>401</sup>。但亦不乏持保留態度，認為擬制變更在目前國內工程合約未有明文規定之情形下，承攬人似無法本於契約之規定請求而國外之學說與實務，在契約準據法為我國法之情形，亦非當然得適用<sup>402</sup>。另有認為契約變更不應包含擬制變更，其理由為：第一，擬制變更因一定事實之發生，而擬制契約關係發生變更，似贊同事實上契約關係理論，惟此種企圖以客觀一定事實過程，取代主觀的法律效果意思，而創設新的契約概念的構想，在德國廣受批評並已告衰落。第二，擬制變更廣泛承認了定作人指示權的拘束力，然後再創設擬制變更之法理讓承攬人有權進行求償，實不合理。第三，擬制變更並未清楚區分請求權基礎為契約請求權或損害賠償請求權。第四，擬制變更承認無須透過合意方式之契約變更之範圍，有違契約自由原則<sup>403</sup>。

本文認為，在我國不應援用，亦不必援用擬制變更理論解決相關爭議，理由如下：

#### 1. 擬制變更理論若能以習慣或法理適用於我國工程案例中，對於工程履約

<sup>399</sup> ○○橋樑新建工程適用擬制變更原則契約爭議案，行政院公共工程委員會編印，《公共工程爭議處理案例彙編（I）》，頁29，1997年11月；○○公路○○段路基路面拓寬工程土石方成分與契約所載不符契約爭議案，行政院公共工程委員會編印，《公共工程爭議處理案例彙編（III）》，頁26，1998年6月。

<sup>400</sup> 王伯儉，《工程人員契約法律實務》，頁95，永然文化，1996年12月，初版；顏玉明，〈工程變更(Variations)之探討——以異常地質(Different Site Conditions)為對象〉，律師雜誌，第282期，頁89，2003年3月。

<sup>401</sup> 顧美春，《工程契約風險分配與常見爭議問題之研究》，交通大學科技法律研究所碩士論文，頁145，2002年。

<sup>402</sup> 李家慶，〈論工程契約變更〉，收於《2002年全國科技法律研討會論文集》，頁362，2002年11月。

<sup>403</sup> 余文恭，〈從工程契約之動態發展論工程契約之變更——兼論FIDIC紅皮書之相關規定〉，法令月刊，第55卷第12期，頁34，2004年12月。

之公平或能有所提升，但擬制變更理論在我國工程契約中尚未被普遍接受，無論在我國實務或在學術文獻討論中，就擬制變更之適用目前尚未明朗，實務案例援用者不多，學術討論上亦見分歧，且實際情形中業主更不可能依據擬制變更准許承商請求額外費用。目前似無法認為擬制變更理論屬於在社會上反覆實施且具有法的確信的習慣。

2. 又，擬制變更雖可以民法第一條之「法理」予以適用，但法理應濟法律與習慣之窮，在我國是否有其他法律規定可資適用，應值探討，如爭議在法律規定下有解決途徑，即不必援用擬制變更之法理。在下述所謂「擬制變更」之案例討論中，本文認為得以我國民法規定解決爭議問題，無採納擬制變更理論之必要。
3. 如前所述，擬制變更在美國法中係契約申訴委員會主張審判權所使用之手段，並無堅強理論基礎，實則該等案例應以默示契約（implied contract）以及違約（breach of contract）加以解決。在1978年契約爭議法制訂後，申訴委員會便有與契約相關爭議（relative to a contract）之審判權<sup>404</sup>，此後其得審理違約爭議或政府在契約條款以外要求施做工作之爭議，已無必要再藉由擬制變更理論達到審理之目的，不應繼續援用<sup>405</sup>。在擬制變更理論發源之美國聯邦採購爭議中，已無援用擬制變更理論之必要，在我國更不應援用此為審判權便宜而產生之理論。
4. 再者，當事人訂定工程變更條款，明訂由定作人指示變更之情形得適用工程變更計價約定調整報酬，擬制變更違反當事人之意思，將不符合雙方約定之情形擬制為得適用工程變更計價約定。且定作人未依契約指示變更，承攬人無須遵守，如將定作人未依契約指示變更之情形擬制為定作人依契約指示變更而適用契約中工程變更計價約定，則承攬人在擬制變更下是否是否有施工之義務，尚非明確，如承攬人在定作人未辦理契約變更時負有施做契約外工作之義務，將使定作人指示變更不須依契約約定之方式為之，即可發生變更之效力，又與當事人之意思不符。

綜上，在我國不應援引爭議性頗高之擬制變更理論，至於各種案例類型應適用之請求權基礎，將於下列各案型中分析討論。

## 第二項 雙方就契約之約定解釋歧異

<sup>404</sup> Keyes, *supra* note 393, at 523.

<sup>405</sup> *Id.* at 641 (1986).

## (Disagreement Over Contract Requirements)

### 壹、 美國法<sup>406</sup>

當雙方對契約約定看法歧異時，例如對工作範圍、施工方法認定不同，通常結果是定作人堅持自己之解釋並要求承攬人遵守，承攬人主張非契約所定工作而向定作人請求額外費用。於是，法官必須探求工作範圍，決定雙方之解釋何者正確，此即在決定承攬人所施作之工作是否滿足擬制變更之變更要件 (change element)。

至於定作人之指示或行為是否滿足指示要件 (order element)，美國實務發展出幾項原則：當定作人抗辯超出工作範圍之工作為承攬人自願施作，並非定作人造成時，應考量承攬人在一般情形下並不會自願施作契約以外之工作，因此，必須有明確可信之證據，才能認為承攬人是自願施作，不符合擬制變更之指示要件。定作人直接指示 (direct government orders) 承攬人施作非契約所定工作，固無問題，如果定作人抗辯僅是給予建議時 (government suggestions)，必須判斷定作人之建議本質上是否具有強制性，不可拘泥於文字，應考量定作人給予承攬人之壓力程度如何，承攬人是否可拒絕、是否無其他選擇而被命令或強迫施作等事實，如果僅為建議且承攬人未提出抗議而施作，則無法認為構成擬制變更。除直接給予指示或建議外，定作人對於契約規範的解釋下達於承攬人 (government interpretation of specifications)，可能構成擬制變更，但承攬人應使定作人知悉其解釋已經造成變更。定作人對於契約所允許之施工方法予以拒絕 (government rejection of a method permitted by the contract) 可認為滿足指示之要件，由於定作人拒絕行為可認為係與承攬人所持之契約解釋意見相反，因此承攬人不須提出抗議，可構成擬制變更。較有爭議的案例是定作人發現承攬人施作之工作不符契約規範卻未通知承攬人，有部分案例肯認構成擬制變更。

涉及此類擬制變更之案例，例如定作人要求承攬人施作新增工作項目但拒絕給予變更命令；定作人拒絕承攬人依據契約提出之施工方法，要求以其他較昂貴工法施作<sup>407</sup>；對於承攬人所提出合格工作之拒絕，並要求超

<sup>406</sup> 以下美國實務案例與見解整理自 Cibinic, Jr. & Nash, Jr., *supra* note 389, at 436-446.

<sup>407</sup> 契約工作為安裝電話轉接系統，電纜應沿著碼頭安裝三哩，但契約中未說明應如何沿著碼頭

出契約所定之標準，例如承攬人依照定作人提供之模型提出製造前之樣品，定作人拒絕核可，使承攬人必須超出契約工作範圍施作；契約中訂有同等品之條款，定作人卻拒絕承攬人所提出之同等品；定作人拒絕先前已經核可之承攬人施工計畫<sup>408</sup>。

總結而言，定作人與承攬人對於契約約定之解釋不同，定作人堅持自己之解釋，要求承攬人施做實際上非契約所定之工作，如新增工作、工法變更、施工順序變更等，均屬此類型。

## 貳、我國法

承攬人所應完成之工作範圍，舉凡工作內容、施工方法、施工順序、時程等，僅需符合契約之約定。承攬人締約時所認知之工作範圍係根據契約內容，而非定作人或設計顧問心中之意思，因此，工作範圍應解釋契約內容加以認定。當定作人對契約之解釋錯誤，致其對工作之解釋超出契約約定範圍，承攬人並無義務遵守定作人之解釋而施做契約工作範圍以外之工作。

定作人與承攬人解釋歧異，常見於未預期之工地狀況之爭議中，如前所述，未預期工地狀況所需之工作，如非契約圖說所可涵蓋，定作人應辦理工程契約變更，承攬人始有施做義務。但定作人通常依據契約中承攬人勘查工地條款及其他免責條款，堅持系爭工作屬於工作範圍。定作人堅持其對契約錯誤之解釋，可否認為係變更契約內容之要約，而承攬人得予以承諾？

此涉及意思表示之解釋，應探求當事人真意，但並非表意人內心之真

---

安裝，承商計畫要將電纜捆在欄杆上，但業主要求電纜應安裝在碼頭地底下，此舉將需要在強化水泥之地表鑽 15000 個孔，契約申訴委員會認為業主拒絕承商所提出之工法，要求以更昂貴及耗時之方法施作，構成擬制變更，承商有權請求額外報酬及工期延展。Appeal of Communications International, Inc., ASBCA No. 30976(October 23 1987). Bartholomew, *supra* note 372, at 207.

<sup>408</sup> 承商承攬地下室停車場工程，契約要求外部狹道之坡面應以垂直/水平 1:2 之斜度挖掘，並要求挖掘支撐系統，在挖掘過程中，承商要求以 1:1.5 斜度挖掘，並獲業主同意批准，在大部分坡面挖掘完畢、支撐系統施作完畢後，業主取消先前之批准，主張承商應依契約約定施作。承商請求回復施作原系統所產生之額外費用，業主主張其有權取消先前之批准要求承商依據契約原來約定施作。法院認為業主有權取消先前批准之計畫，而承商有權請求因此支出之費用，除了回復到 1:2 斜度所需之費用外，尚包含為了配合此斜坡而重新設計之支撐系統費用。Baltimore Contractors, Inc. v. United States, 12 Cl. Ct 328 (1987). Bartholomew, *supra* note 372, at 206-207.

意，亦不完全以相對人主觀理解者為準，而應以客觀上的表示價值作為認定意思表示內容的準據。一方面要求表意人於表示其意思時，應顧及相對人了解可能性；他方面相對人亦須盡必要注意去了解表意人之所欲，故在解釋上應特別斟酌相對人明知或可得而知的事實，並就磋商過程、交易目的及利益狀態，依交易慣例及誠實信用原則加以綜合判斷<sup>409</sup>。本文認為，當定作人堅持超出契約範圍之解釋，指示承攬人施做系爭工作時，承攬人應知悉定作人之指示係基於對契約之解釋錯誤，並非變更契約之要約，此時雙方並無變更工作範圍之合意。然承攬人應通知定作人<sup>410</sup>，使定作人知悉其所指示之工作不在契約工作範圍內，並確認定作人是否仍欲施做契約外工作，承攬人之表示為變更契約之要約。如定作人接獲通知後仍要求承攬人施做，承攬人卻不施做時，有可能影響施工進度，且定作人亦可能因誤認承攬人違約而終止契約，衡量雙方利益，定作人知悉承攬人爭執此非契約工作而仍要求承攬人施做之表示，可解釋為變更契約之承諾，雙方合意變更工作範圍。

實務上已有持此見解之判決，在臺灣高等法院台中分院八十九年度第五二五號判決中，承攬人主張材料變更，定作人應追加工程款，定作人則抗辯此僅為工程材料選定之問題，仍為契約之工作，且承攬人此部分所請求之追加工程款，既未有書面資料附於原合約中，亦未經定作人工地主管核可，不符合約所定之追加程序，應由承攬人自行吸收其差價。承攬人則以切結書通知定作人：「．．．至於圓柱及黑角石材部分，因與原設計及原報價、材質及數量不相同，致本公司有所損失，諒請貴公司擇期協議，以利工進，並於八十七年六月三十日前完成以上協議事宜」。法院認為：「上訴人（按：承攬人）已就材料之變更事宜以書面徵詢被上訴人（按：定作人）之核可，縱被上訴人未依上訴人該要求為協議，惟上訴人主張其告之此價差，被上訴人亦令其依契約配合施工等語，並未見被上訴人爭執（被上訴人僅爭執係工程選料問題），且上訴人確實已完成此部分工程等情，足認被上訴人已默示同意上訴人為變更材料續為施作，自應以上訴人實際施作之材質計價，方為公允。」

雙方合意變更工作範圍後，如契約有工程契約變更之計價約定，應依該約定決定承攬人之報酬。而變更工程之報酬，與原契約其他工作報酬之計算一樣，應包括施工之直接成本，依直接成本計算一定比例之間接成

<sup>409</sup> 王澤鑑，《民法總則》，頁438-439，2000年9月。

<sup>410</sup> 詳參第四章第一節第四項、壹通知義務。



本，以及一定比例之利潤。如契約未約定工程契約變更之計價，依據民法第四九一條第一項，承攬人得依承攬契約請求報酬，報酬額依同條第二項決定（參本文第四章第四節第一項）。

## 第三項 有瑕疵之契約規範及業主未揭露資訊 （ Defective Specification and Misleading Information ）

### 壹、 美國法<sup>411</sup>

此案型特徵為，定作人提供之資訊誤導承攬人，承攬人為了遵守這些資訊而支出額外費用。定作人對於圖說負有默示保證責任（implied duty），亦即保證當承攬人遵守契約規範施工將會符合契約之要求<sup>412</sup>。實務見解認為定作人因故意過失違反默示保證責任，即可滿足擬制變更之指示要件（order element）。原因在於，定作人提供有瑕疵之契約規範，本應依照工程變更程序修正規範，使承攬人能夠順利完成工作，但卻未為之，因此擬制有變更命令存在，使承攬人得以請求增加之費用與工期延展<sup>413</sup>。

此案例類型與前述第一種類型「雙方就契約約定解釋歧異」雖然都涉及契約規範，但不同之處在於，在第一種類型中，雙方對於契約有不同解釋，各種解釋之施工技術上可行性並無問題，而在第二種類型案例，雙方對於契約約定並無不同解釋，承攬人願意依據定作人所定方式施工，但因規範瑕疵而無法完成工作。

此類型案例可分為 1. **有瑕疵之規範**：當定作人提供之施工規範有瑕疵，或根本無法實行時，造成承攬人增加施工費用與時間時，構成擬制變更。承攬人得請求之費用，包含從契約一開始為了符合有瑕疵規範而支出之費用。而定作人提供瑕疵規範或要求無法實行之工作時，即屬有過失之行為，因此必須對擬制變更負責。但當承攬人參與契約規範之設計時，或

<sup>411</sup> 以下美國實務案例與見解整理自 Cibinic, Jr. & Nash, Jr., *supra* note 389, at 446-450).

<sup>412</sup> McNeill Stokes, *Construction Law in Contractor's Language* 143 (1<sup>st</sup> ed. 1977).

<sup>413</sup> James J. O'Brien, *Construction Change Orders: Impact, Avoidance, Documentation* 236 (1998).

當承攬人知道瑕疵存在，卻未通知定作人，使定作人有即時修改規範之機會時，承攬人無法請求增加之費用。2. 未揭露資訊或提供不正確之資訊：與有瑕疵之規範一樣，未揭露資訊或提供不正確之資訊可能增加承攬人之工作，而構成擬制變更。同樣的，承攬人若對費用增加有過失時，法院則視個案情形駁回承攬人請求或依過失比例分配定作人與承攬人之責任。

## 貳、 我國法

### 一、 定作人指示不適當之法律效果

傳統之設計後施工契約<sup>414</sup>，在工程規劃設計階段，定作人之規劃設計單位撰擬出工程所需之設計圖及施工規範，以確定工程之內容，在工程交由承攬人施作時，承攬人必須依循圖說施工，以達到定作人對於工作之要求，圖說即為定作人指示之一種。除非契約有其他約定，否則定作人應有提供圖說（指示）之義務<sup>415</sup>。定作人提供之圖說有誤，屬於定作人指示不適當。此外，當定作人並未給予指示，而是消極的不揭露重要資訊，使得承攬人工作有瑕疵或無法完成時，此結果等同於定作人給予不正確之資訊，亦屬定作人指示不適當。

定作人指示不適當，不以有過失為限，惟定作人有過失時，應依民法第五〇九條賠償承攬人損害，責任較重。定作人之指示是否不適當，不應僅以承攬人施工之結果為判斷，尚必須考量就設計當時之情況，如依據工程專業知識與經驗，定作人或其代理人已針對地質為必要合理之調查，仍無法預見此等地質狀況，自無可能在發現前針對此地質狀況為指示，定作人應無指示不適當之情形，承攬人不得主張第五〇九條之權利。惟此等地質狀況既為雙方無法預見，而契約圖說無法涵蓋該地質狀況所需要之工作時，定作人應辦理工程契約變更修改圖說或施工方法，使承攬人得以繼續施做。

定作人提供之圖說、資訊不適當，或未揭露重要資訊，將可能造成承攬人無法施工或施工困難，定作人可依照工程契約變更程序修正，使承攬

<sup>414</sup> 承攬人如負責同一工程之設計與施工（設計/建造契約、統包契約），圖說為承攬人所設計提出，則圖說之瑕疵，屬承攬人一方之事由，應由承攬人負責，不得主張定作人指示不適當。

<sup>415</sup> 請參閱王伯儉，《工程糾紛與索賠實務》，頁206，元照，2002年10月，初版。

人能夠順利完成工作，並就變更之工程計價，當定作人辦理工程契約變更後，工作得以進行，則自變更後無指示不適當之情形。在此處討論的是，定作人並未辦理工程契約變更，或雖辦理工程契約變更修正工作，但就承攬人先前發生之損失並未賠償或給付報酬之爭議。定作人指示不適當，致承攬人之工作瑕疵、毀損、滅失、不能完成時，雙方法律關係為何？若承攬人繼續完成工作，因此增加之成本，是否得向定作人請求？

首先，定作人之指示不適當，與承攬人之損失間，必須具有因果關係，如不具有因果關係，定作人無指示不適當之責任<sup>416</sup>。因此，以下之討論，前提係定作人指示不適當與工作瑕疵、毀損、滅失、不能完成或增加履約成本間具有因果關係。在實務案例中，承攬人援引第五〇九條時，定作人均會抗辯工作瑕疵、毀損、滅失或不能完成，係由於承攬人未履行契約義務或施工不當所致，與定作人指示不適當並無因果關係，藉以免除自己之

---

<sup>416</sup> 例如在最高法院九十四年台上字第三一〇號判決中，承攬人主張定作人設計不當，造成施工中石籠崩塌，故向定作人請求石籠崩塌所生之損害。最高法院認為，原審法院並未詳予調查造成崩塌之原因是否確因定作人指示不適當所引起，且定作人雖未先辦理地質鑽探，然該工地情況是否有辦理地質鑽探之必要，亦不無疑問，原審法院應就定作人究竟有何指示不適當之情事詳加調查，因而廢棄原判決發回更審。

最高法院九十四年台上字第三一〇號判決：「惟查上訴人（按：定作人）迭次抗辯系爭工程之設計並無不當，而被上訴人（按：承攬人）施工開挖後始發現有五—六公尺厚之良好地盤「崩積土」，復為原審所是認。依此，系爭工程現地表層似較疏鬆，非屬良好之地盤，則上訴人對以石籠護坡之工程設計內容，究竟有何不當，原判決未予敘明，即為不利於上訴人之認定，已非允洽。而黃添坤教授之鑑定報告，固記載：「……迫於完工期限，其修復工程之規劃與設計，未能依一般工程之作業方式，先辦理地質鑽探、調查，以致無法提供現地地質特性及土層狀況，對於設計與施工而言，將無法加以周全考量。」字樣。惟就事故之發生，則稱：「承攬廠商在施工時依圖面之設計，……逐級而上施設石籠。……由於施工前未有地質調查資料，開挖後發現有五—六公尺厚之崩積土，才有良好之地盤，為維持……，導致有相當數量之回填土，當地回填土質地不佳，夯實也不易，崩塌前又遭逢大雨，使得回填土趨於軟化，因此造成崩塌。……八十九年四月初之大雨，應為造成本區段坡面滑動之重要關鍵……」等語，將施工前未有地質調查資料及回填土質地不佳，夯實不易，遭逢大雨等，併列為造成崩塌之原因，且謂遭逢大雨乃造成坡面滑動之重要關鍵。系爭工程現地「表層」土質較疏鬆，既於開挖時已發現，則工程設計前，為瞭解該地質狀況，是否非施作「地質鑽探」不可，尚非無疑。原審未查明上訴人於工程設計前，有無先瞭解地質狀況？以何方式瞭解？作何因應措施？其措施適當與否？石籠護坡之設計，於系爭工程有何不良影響？土質疏鬆除設計以石籠護坡外，有無其他更加適當之處理方式？徒以黃添坤教授前開鑑定結論載稱「工程之規劃與設計，未能依一般工程之作業方式，先辦理地質鑽探、調查」，遽認上訴人在設計前未為地質鑽探，未能參酌現地地質而為設計，其設計不良，致生坍塌事故，亦有未合。」

責任<sup>417</sup>。

### (一) 致承攬人完成之工作有瑕疵

民法第四九六條之規定：「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。」承攬人對完成工作之瑕疵本應負瑕疵擔保責任，但如瑕疵係因定作人提供圖說資訊有瑕疵，或未揭露重要資訊，且承攬人未有法條所規定「明知其材料之性質或指示不適當，而不告知定作人」之情形，定作人不得請求承攬人修補瑕疵、減少報酬、解除契約或請求損害賠償（民法第四九三條、四九四條、四九五條），並應給付報酬，無法主張同時履行抗辯。

### (二) 在定作人受領工作前，致工作毀損、滅失或不能完成

上述之討論係針對承攬人完成之工作有瑕疵之情形，而在工作進行中，以及工作完成後定作人受領前，因定作人提供有瑕疵之圖說資訊或未

---

<sup>417</sup> 例如台灣高等法院八十九年上字第一三七三號判決：「上訴人（按：承攬人）雖執系爭合約「施工補充說明書」第五章第二條第一項：「在潛盾機掘進前，為求掘削方向、高程正確，應依據甲方（即被上訴人，定作人）工程司指示測量水準基點及沿潛盾掘削路線正確佈設導線網、繪製實測圖，並盡力維護現場測點。」之規定，主張潛盾機遭遇前述改良體，乃被上訴人指示不正確所致云云，惟依同章第一條之規定可知，有關隧道定線之放樣、檢測、控制及偏差校正之方法細則，均應由上訴人先行提出「施工計劃書」，以供被上訴人工程司認可，準此可知，潛盾掘進之路線係由上訴人規劃，僅於實際掘進前，關於水準基點之測量，乃依被上訴人指示為之。本件上訴人疏於調查地下構造物之位置，致其所規劃掘進路線未能規避水泥改良體在先，自不得將潛盾機頭磨損之結果，歸咎於路徑確定後、被上訴人就測量水準基點之指示不適當。」最高法院九十三年台上字第八六一號判決駁回上訴。

最高法院八十六年台上字第三二九號判決：「按民法第五百零九條規定承攬人得請求定作人給付其已服勞務之報酬及墊款之償還，須具備定作人所供給之材料有瑕疵或指示不適當，致工作毀損、滅失、或不能完成者，且兩者間有因果關係，及承攬人於事先已及時將材料之瑕疵或指示不當情形通知定作人為要件。...又本件工程原設計之基樁係採「預壘注漿基樁」施工法，被上訴人（按：承攬人）未經上訴人（按：定作人）同意自行改為「沖擊式基樁」施工法。依台灣省建築師公會台北縣辦事處鑑定報告書所載：「本件基地土層結構上方為回填土、崩積層，其組織較鬆，沖擊式施工雖不致影響土層組織，惟當通過兒盤斷層時，對崩塌土壤會造成「連鎖」、「密實」之作用」。究竟預壘式與沖擊式之施工方式差異如何？被上訴人以沖擊式之施工方法對崩塌土壤所造成「連鎖」、「密實」之作用，與鄰房庭院之龜裂及邊坡之滑動有無因果關係，原審均未查明審認，遽謂被上訴人並無任何施工不當之情形云云，殊嫌率斷。」

揭露重要資訊而致工作毀損、滅失或不能完成者，則為此處討論情形。

### 1. 工作毀損、滅失時，承攬人重新或繼續完成工作之情形

民法第五〇九條規定：「於定作人受領工作前，因其所供給材料之瑕疵或其指示不適當，致工作毀損、滅失或不能完成者，承攬人如及時將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人時，得請求其已服勞務之報酬及墊款之償還，定作人有過失者，並得請求損害賠償。」此條規定係涉及報酬危險<sup>418</sup>，使報酬危險轉由定作人負擔。

至於工作於定作人受領或完成前，發生毀損、滅失之情事，承攬人是否仍有重新或繼續完成工作之義務？按承攬契約係就未來應完成之一定工作加以約定，原則上不致因為工作毀損、滅失，即發生客觀或主觀不能之情形，因此定作人受領或工作完成之前，即使工作有毀損、滅失，原則上承攬人仍有依契約重新或繼續完成工作之義務，但承攬人此一重新或繼續完成工作之義務，德國學說認為應受誠信原則、犧牲限界<sup>419</sup>限制，亦有認為應類推適用第四九三條第三項規定者<sup>420</sup>，承攬人完成工作費用過鉅者，得拒絕完成工作。換言之，承攬人不因工作毀損滅失而得主張給付不能，其仍有完成工作之義務，但在定作人超出誠信原則要求承攬人完成工作，等於苛刻行使權利，構成權利濫用之情形，承攬人則無完成工作之義務<sup>421</sup>。尤其在工程進行已有一段期間，甚至在工程後期，工作毀損滅失之情形，基於誠信原則，原則上應認為構成給付不能，承攬人沒有重新或繼續完工之義務，蓋此時應考量承攬人承攬其他工作之利益，要求承攬人在工程進行一段期間後重新或繼續完成工作，所花費之時間將可能超出其所預期，有損承攬人承攬其他工作之利益，對承攬人而言無期待可能性，且此乃定作人之指示不適當所引起，不應由承攬人承擔不利益。

綜上，承攬人如及時將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人

<sup>418</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 652，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>419</sup> 犧牲限界為自誠信原則導引出來之觀點。承攬人就完成約定工作之義務之履行是否負有給付危險，應依交易習慣及當事人間之具體約定定之，與一度著手完成或未完成之工作是否以定作人受領前毀損或滅失無關。關鍵者為依交易習慣及特約所認定之犧牲極限。只要在犧牲極限內，承攬人便有一再努力以完成工作之義務。黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 517，作者自版，2003 年 8 月，初版。

<sup>420</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 652，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>421</sup> 黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 517，作者自版，2003 年 8 月，初版。

時，得請求其已服勞務之報酬及墊款之償還，且在未違反誠信原則情形下，承攬人有繼續或重新完成工作之義務<sup>422</sup>。在承攬人完成工作後，承攬人仍得請求約定之報酬。亦即，因定作人材料瑕疵或指示不適當所生之風險，應由定作人承擔，而由定作人給付該「毀損、滅失部分工作」之報酬及墊款，接下來承攬人如完成約定之工作，定作人仍應給付約定之報酬。

因定作人指示不適當導致承攬人遲延，非可歸責承攬人，承攬人不負遲延之責。在承攬人重新或繼續完成工作之際，宜先與定作人協調延長工期，避免不必要之逾期罰款<sup>423</sup>。

## 2. 承攬人未完成工作之情形

當工作不能完成，或毀損滅失而承攬人依誠信原則無繼續或重新完成工作之義務時，為給付不能，承攬人無可歸責事由時，不負給付義務，而定作人指示不適當，屬可歸責於定作人之事由<sup>424</sup>，此時與第二六七條因可歸責債權人之事由致給付不能之狀態相同，承攬人除主張第五〇九條外，得否主張第二六七條之規定？

先就兩條文法律效果加以比較，按第五〇九條雖與第二六七條雖均為可歸責定作人致給付不能之情形，但第五〇九條在效力上業經修正，與第二六七條所規定者不盡相當。第五〇九條承攬人得請求者為「已服勞務之報酬及墊款之償還」，第二六七條為依損益相抵原則扣除後之對待給付，換言之，第五〇九條無法請求未服勞務之報酬，因此第五〇九條之範圍較第二六七條範圍為小。除非在定作人有過失時，承攬人得請求損害賠償（第

<sup>422</sup> 這或許是民法第五〇九條規定與民法第二六七條、第五一一條之效果不同之原因。申言之，第五〇九條之情形，並不當然構成給付不能，在未違反誠信原則之情形下，承攬人仍有繼續完成工作義務，故第五〇九條僅規定承攬人得請求已服勞務之報酬及墊款之償還，並未如第二六七條規定請求對待給付，亦未如民法第五一一條規定承攬人得請求因契約終止而生之損害。第五〇九條承攬人得請求之範圍較第二六七條及第五一一條之範圍小，或許是由於契約尚未消滅，承攬人仍有可能繼續完成工作而請求原定契約報酬之故，因此不需要如第二六七條、第五一一條規定承攬人得請求對待給付或相當於對待給付之損害賠償。惟，在已構成給付不能之情形下，第五〇九範圍與第二六七條範圍不同，應如何適用，請見後述。

<sup>423</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 652，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>424</sup> 此處可歸責並非指定作人有故意過失，而係指若無債權人之行為（作為或不作為），債務人當可履行其債務，茲因債權人為此行爲，致債務人陷於不能給付，依通常情形（即非因不可抗力、正當防衛或緊急避難）債權人得避免為此行爲而不避免，其不避免又屬違反誠實信用原則之情形而言。孫森焱，《民法債編總論下冊》，頁 825，作者自版，1999 年 10 月，修訂版。

五○九條後段），填補履行利益之損害，並以損益相抵計算，此時第五○九條之效力始與第二六七條相當<sup>425</sup>。綜上，第五○九條之規定，在定作人無故意過失時，對定作人較為有利，蓋在定作人無故意過失之情形，第五○九條承攬人得請求之範圍，較第二六七條之範圍小。

兩條文規範重疊而法律效果並不相同，應如何適用？有學者認為，第五○九條之規定，與第二六七條不盡相符，於其不相符者，第五○九條規定當屬特別法，解釋上應優先適用本條規定，非本條規定所及者，仍回歸適用民法第二六七條<sup>426</sup>。

然而，第五○九條是否有排除第二六七條規定之理由存在，應值探討，僅以特別法優先適用之理論，似無法說明為何同樣係屬於可歸責債權人而致給付不能之情形，何以定作人指示不適當時，必須在法律效果上優惠定作人。參第五○九條之立法理由，亦無法得出此結論<sup>427</sup>。本文認為，當事人利益狀態相同，又無特別保護定作人利益之理由存在，不應有不同之法律效果，因此，在承攬人因定作人指示不適當致給付不能時，承攬人得主張第二六七條規定請求對待給付。

惟，第五○九條課與承攬人將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人之義務，若未通知，則發生失權效果，此於第二六七條並無規定。在承攬契約中，課與承攬人對定作人提供之材料與指示負有檢查並通知定作人之義務，除第五○九條外，在第四九六條亦有相同規定，此乃因承攬契約之承攬人，基於專業能力、技術及經驗等，可判斷定作人之指示是否適當及材料有無瑕疵，因此依據誠信原則，課與承攬人檢查、通知義務，減輕定作人之風險，此為承攬人之附隨義務。因此，當承攬人未及時將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人時，雖仍得主張第二六七條請求對

<sup>425</sup> 黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 516，作者自版，2003 年 8 月，初版。

<sup>426</sup> 邱聰智，《新訂債法各論（中）》，頁 119，元照，2002 年 10 月，初版。

<sup>427</sup> 學者黃茂榮先生則將德國民法第六四五條第一項之規定（按：相當於我國民法第五○九條）與德國民法第六四九條（按：相當於我國民法第五一一條）相比較，認為德國民法第六四五條第一項之規定，承攬人所得請求之範圍，較之在定作人工作完成前，依德國民法第六四九條隨意終止契約時，承攬人依該條規定所得請求之範圍為小。在隨意終止之情形，承攬人得請求依損益相抵原則扣抵後之約定報酬，與我國民法第二六七條所定者相當。德國民法第六四五條對因指示有缺失導致之給付不能所定之法律效力，所以較第六四九條所定者有利於定作人，其道理應在於：在前者，定作人尚無恣意而為之虞，反之，在後者，則全繫於定作人之任意考量。黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 495-496，作者自版，2003 年 8 月，初版。惟此理由並無法說明第五○九條與第二六七條法律效力差異之原因為何，蓋第二六七條，亦非全為債權人任意而為之情形。

待給付，但定作人亦得依不完全給付向承攬人請求損害賠償。

綜上，第五〇九條與第二六七條並非全然重疊，在本文前述第一種情形「承攬人繼續或重新完成工作」時，自無適用第二六七條之餘地。而在給付不能之情形，本文認為，當承攬人未及時將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人，雖仍得主張第二六七條請求對待給付，但定作人得依不完全給付向承攬人請求損害賠償。反之，當承攬人及時將材料之瑕疵或指示不適當之情事通知定作人，承攬人除第五〇九條外，得主張第二六七條請求損益相抵後之報酬。在定作人有過失之情形，承攬人依第五〇九條得請求損益相抵後之履行利益損害，所得請求之範圍與第二六七條相同<sup>428</sup>，但在定作人無過失之情形（但屬第二六七條之可歸責），承攬人依第二六七條所得請求之範圍較第五〇九條之範圍為大。

此外，在定作人指示不適當，造成承攬人依定作人之指示無法繼續施工，定作人不為工程契約變更或不為其他適當之指示，使承攬人得繼續施工時，已構成協力義務之違反。如定作人有故意過失，承攬人除得主張第五〇九條、第二六七條外，亦得依第五〇七條催告後解除契約，請求損害賠償。定作人無故意過失之情形，承攬人不得主張第五〇七條，僅得依第二六七條請求對待給付或依第五〇九條請求已服勞務之報酬及墊款之返還（協力義務之討論詳參本節第五項）。

### （三）承攬人增加履約成本之情形

定作人指示不適當，未造成工作毀損滅失或不能完成，但卻造成承攬人履約成本增加時，例如延長保險期間所增加之費用、管理費、倉儲費、待命或看管人員勞務薪資、趕工費用、工率損失等，承攬人得否向定作人請求？

契約如有約定定作人應提供正確之圖說及揭露特定資訊，此為定作人之從給付義務，定作人違反時，承攬人得請求損害賠償。如契約並未約定時，承攬人得否請求定作人指示不適當之損害賠償？本文認為，定作人提供錯誤之圖說或未揭露重大資訊，將使承攬人支出額外成本與時間完成工作，甚至無法完成工作，損害承攬人利益，基於承攬人合理之期待，定作

<sup>428</sup> 但在請求權消滅時效不同。損害賠償請求權之消滅時效期間為一年（民法五一四條第二項），報酬請求權消滅時效為二年（民法第一二七條第七款）。



人應有提供正確圖說與揭露重大資訊之附隨義務。定作人因故意過失違反時，承攬人得請求不完全給付之損害賠償。

至於在定作人無故意過失之情形，定作人不負損害賠償責任。惟材料瑕疵以及指示不適當之風險，定作人較承攬人有控制更正之可能，在雙方均不可歸責時，該風險應由定作人承擔，方為合理。第五〇九條材料之瑕疵及指示不適當並不以定作人有故意過失為必要，其意旨即為：因定作人事由所生之損失，屬定作人領域之風險，宜由定作人承擔，承攬人僅對勞務提供之瑕疵負責。本於此意旨，本文認為，承攬人因定作人指示不適當有所損失時，定作人縱無故意過失，承攬人應可類推適用第五〇九條之規定，請求定作人就承攬人之損失給付相當之報酬。

## 二、 承攬人檢查定作人指示之義務

在前述美國實務案例中，有因承攬人本身過失而認為承攬人無法請求增加之費用，或就費用支出予以比例分配之情形。在我國，當定作人指示有瑕疵時，承攬人依據民法第四九六條及五〇九條之規定，有告知定作人之義務，如未為告知，將負擔瑕疵擔保責任或不得主張法條之權利。是承攬人在知悉定作人指示有瑕疵時，應告知定作人，並無疑問，但在承攬人可得而知卻不知之情形，應如何處理？承攬人是否應就可得而知定作人指示不適當之情形負責，此問題應探究承攬人有無檢查定作人指示之義務？

### （一） 否定見解

民法第四九六條規定：「明知其材料之性質或指示不適當，而不告知定作人」，就文義而言並不包含承攬人可得而知之情形，亦即，承攬人因過失而不知材料之性質或指示不適當，因而未告知定作人時，承攬人仍不負瑕疵擔保責任<sup>429</sup>。

而第五〇九條之規定，解釋上宜類推適用第四九六條但書，亦即明知瑕疵或不適當，而未及時通知者，縱有重大過失，亦有本條之請求權，惟

<sup>429</sup> 請參閱鄭玉波，《民法債編各論（上）》，頁 371，三民書局，1997 年 8 月，17 版；邱聰智，《新訂債法各論（中）》，頁 77，元照，2002 年 10 月，初版；林誠二，《民法債編各論（中）》，頁 101，瑞興圖書，2002 年 3 月，初版。

定作人似可援用過失相抵主張減免之（類推適用第二一七條）<sup>430</sup>。

## （二） 肯定見解

反之，有學者提出不同見解，有認為基於承攬人之專業能力、技術及經驗等，承攬人較諸定作人，當更能判斷定作人之指示是否適當及材料有無瑕疵，因此依據誠信原則，承攬人應負有依其專業能力、技術及經驗等，就定作人之指示及其提供之材料，提供諮詢、檢驗及檢查之義務<sup>431</sup>。若承攬人履行此義務有可歸責事由，亦即基於其專業能力、技術及經驗，可得而知定作人之指示不適當或定作人提供之材料有瑕疵，雖然第四九六條對此並未明文規定，但是由於承攬人負有完成一定之工作，且完成之工作應當具備約定之品質，及無減失或減少價值或不適於通常或約定使用之瑕疵，因此似宜認為就此等工作之瑕疵，定作人仍得請求承攬人修補，但是對於承攬人修補瑕疵之費用，定作人應依其指示不適當或者提供材料之瑕疵對於工作瑕疵之原因力，計算雙方應負擔之比例。至於民法第五〇九條之規定，解釋上亦應同上述，以承攬人已盡其依誠信原則所負之上述義務為前提，若承攬人未盡此等義務，而僅於工作毀損、減失或不能完成時，才將材料之瑕疵或指示不適當通知定作人，則無第五〇九條規定之權利。第五〇九條後段規定定作人有過失者，承攬人並得請求損害賠償，亦應視承攬人有無盡此等義務而定，若承攬人履行此等義務有可歸責之事由，應適用第二一七條與有過失規定<sup>432</sup>。

另有論者認為，第四九六條之明知而故意不告知，解釋上，應以一個有經驗有能力之承包商應該具備之經驗知識能力來做判斷標準，如果依承包商之經驗知識能力應該知道而其卻未發現並進而未告知定作人，即應屬於「明知而故意不告知」，蓋如不依此標準解釋，則極可能產生「劣幣逐良幣」之效果<sup>433</sup>。

## （三） 本文見解

<sup>430</sup> 邱聰智，《新訂債法各論（中）》，頁77，元照，2002年10月，初版；林誠二，《民法債編各論（中）》，頁101，瑞興圖書，2002年3月，初版。

<sup>431</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁573，頁598，元照，2004年10月，初版。

<sup>432</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁573，頁598-599，元照，2004年10月，初版。

<sup>433</sup> 王伯儉，《工程人員契約法律實務》，頁78，永然文化，1996年12月，初版。

本文亦贊同肯定見解之觀點，認為承攬人就定作人之指示及其提供之材料，有提供諮詢、檢驗及檢查之義務，蓋如採承攬人須明知始負有通知義務之見解，亦即認為承攬人對於定作人所提供之材料與指示無注意義務，似與承攬人完成無瑕疵工作之義務有所衝突。承攬人應負有義務檢查定作人之指示是否錯誤，不可藉定作人有所指示而推諉其完成工作之責任。且承攬人亦具備相關專業能力與經驗，賦予此義務應非苛責。其是否盡此義務，應以一般有經驗能力之承包商作為標準。

民法第五〇九條作上述解釋，尚無與文義扞格之處，惟在第四九六條明確規定承攬人明知之情形，似難為此解釋，為免法條適用解釋不一，第四九六條但書應予修正，規定就其材料之性質，或指示不適當，承攬人明知或可得而知，而怠於通知定作人者，不在此限。在第四九六條規定未修正前，工作之瑕疵因定作人指示而生者，承攬人雖因過失未盡檢查義務，仍不負瑕疵擔保責任。但由於承攬人依誠信原則負有就定作人之指示及其提供之材料，提供諮詢、檢驗及檢查之義務，此為附隨義務，因此，承攬人有可歸責事由時，定作人得依不完全給付請求損害賠償。

在民法第五〇九條之適用上，當承攬人已盡此等義務，可主張第五〇九條所定權利，如承攬人未盡此等義務，有可歸責事由時，無第五〇九條之權利。但如此一來，在定作人就提供材料及指示有故意過失之情況下，其就工作毀損滅失亦有原因力，如定作人可不負責任，亦非公平，因此，當定作人有過失時，宜認為承攬人仍得請求損害賠償，而依第二一七條之規定，減免定作人之責任。

實務上，當承攬人主張定作人指示不適當時，定作人均會抗辯，依承攬人之專業能力及知識，應可知悉定作人指示不適當，並應及時通知定作人，承攬人未能在其可得而知時及時通知定作人，則不得主張第五〇九條之權利，亦即採取上述之肯定見解。承攬人則抗辯在實際施做後才能知悉定作人之指示是否不適當。在最高法院九一年台上字第七一二號判決中，似贊同肯定見解。本件中承攬人抗辯預壘樁能否成樁，非於箱涵開挖後，無法得知，故無從將定作人指示不當及時通知定作人，但法院認為：「按民法第五百零九條規定承攬人得請求定作人給付其已服勞務之報酬，須具備定作人所供給之材料有瑕疵或指示不適當，致工作毀損、滅失、或不能完成，且兩者間有因果關係，及承攬人於事先已及時將材料之瑕疵或指示不當情形通知定作人為要件。本件系爭工程之預壘樁，因位於山坡角下，

地下水滲流，溼軟泥土側壓大，經螺旋轉掘機轉挖後，側邊水流及泥漿持續湧入，致無法成樁等情，既為原審合法認定之事實，則上訴人（按：定作人）抗辯：被上訴人係系爭工程之承攬人，應有專業能力及技術，其施用螺旋轉掘機轉挖泥土時，應可知地下泥土之土質是否係溼軟泥土或有地下水滲流致無法施做預壘樁或預壘樁無法成樁之事實，然上訴人從未獲被上訴人告知該等事實，……致上訴人無法採行必要措施等語，即就被上訴人應可知悉並通知上訴人該等無法施作或無法成樁之事實一節有所爭執。此項攸關上訴人應否負民法第五百零九條之給付報酬義務之防禦方法，原審疏未於判決理由中說明其取捨意見，已有判決不備理由之違法。」

434

在本件中，本文認為如依一般有經驗之承商之專業能力及技術，在發現土質為溼軟泥土或有地下水滲流時，即可發現定作人施做預壘樁之指示不適當時，承攬人卻未發現，則承攬人因可歸責之事由未盡檢查定作人指示之義務，不得主張第五〇九條之權利。但定作人提供指示有過失時，應認為承攬人仍得依第五〇九條請求損害賠償，而應適用過失相抵規定，減免定作人責任。

## 第四項 趕工

---

<sup>434</sup> 類似案例如最高法院八十九年台上字第一九六六號判決，定作人抗辯，承攬人係領有甲級營造廠執照之公司，依其專業知識，於施工中應可輕易發現系爭工程之地質與設計圖所認之土壤性質不符，且系爭工程既為改善典寶溪排水，則土質為砂質或軟弱沈泥甚至為黏土質，施工方法亦應有所差異，而承攬人於其施工過程及事故發生前卻從未將實地土質與設計圖所認土質之差異性通知定作人，顯未於事先及時將定作人之指示不當，即提供之設計圖缺失通知定作人，是承攬人自不得依第五〇九條規定請求定作人給付已服勞務之報酬。法院認為：「惟查被上訴人（按：定作人）提供予上訴人（按：承攬人）按圖施工之設計圖，係被上訴人委由訴外人一心公司規劃設計，為原審確定之事實，而證人即該公司股東翁福居證稱：規劃設計時並無鑽探土質資料，且上訴人於原審亦辯稱：其未參與系爭工程之土壤分析及工程設計等語，由是以觀，上訴人是否知悉上開設計圖係假設砂質土壤而為，殊非無疑。倘上訴人不知該設計圖所憑之土質為何，則依其專業知識，即令於施工中能發現現場之土質為沈泥黏土，並知悉土質為砂土與沈泥黏土之施工方法有異，似亦難認上訴人已知設計圖有缺失。乃原審對於上訴人是否知悉設計圖所憑之土質為砂質土壤，未遑調查審認澄清，即以前揭理由，遽認上訴人未事先及時將被上訴人之指示不當通知被上訴人，而為上訴人不利之判斷，自屬可議。」

## 壹、美國法<sup>435</sup>

趕工係指為了較預期完工日期更早完工而加速工作。在聯邦工程採購實務中，幾乎所有涉及趕工的擬制變更案例（擬制趕工，constructive acceleration），是在不可歸責承攬人之遲延/可寬恕的遲延（excusable delay）之情形中，定作人要求承攬人趕工以符合原先契約預定完工的日期。擬制趕工一般須具備下列要件：（1）不可歸責承攬人之遲延（2）定作人知悉此遲延（3）定作人之陳述或行為，可被解釋為趕工指示（4）承攬人通知定作人該指示構成擬制變更（基於契約約定之通知義務）（5）承攬人因定作人之指示趕工，因此增加額外費用。

### （1）不可歸責承攬人之遲延

在不可歸責承攬人之遲延中，承攬人有權要求延展工期，如定作人指示承攬人克服此種遲延情形，未予延展工期，實際上已構成趕工之指示。如果是可歸責承攬人之遲延，承攬人趕工是為了履行原定契約義務，不得請求因此增加之費用。

### （2）定作人知悉此遲延

如果定作人不知工程遲延存在，就不可能展延工期，不應使定作人負擔未展延工期之責任，必須在定作人知悉且未展延工期之情形下，才使定作人負擔擬制趕工之費用。在某些案例中，此要件被解釋為承攬人須要求定作人展延工期，讓定作人知悉不可歸責承攬人之遲延存在。實際上，此要件之關鍵應在於定作人知悉與否，例如在定作人之施工干擾案例中，定作人已知悉之情形，承攬人不須要求定作人展延工期，即可滿足此要件。

### （3）定作人之陳述或行為，可被解釋為趕工指示

定作人的陳述或行為，是否可以被合理地解釋為趕工指示，關鍵在於其陳述或行為強制的程度。實務上曾經出現下列情形：（a）直接指示與（b）要求趕工：兩者均屬於趕工指示，因為無論是指示或要求，主動權都是在定作人。但如定作人僅要求承攬人提出計畫說明如何彌補遲延之進

<sup>435</sup> 以下美國實務案例與見解整理自 Cibinic, Jr. & Nash, Jr., *supra* note 389, at 450-463.

度，尚未構成趕工指示。同樣地，如定作人僅建議承攬人投入更多勞力，不構成趕工指示。

**(c) 以違約為由威脅解除契約：**由於解除契約之後果相當嚴重，承攬人為避免工作無法繼續，通常會遵守施工，因此這類案例都被認為有趕工指示。

**(d) 定作人施壓依進度完工：**在許多案例中，定作人表示工程須優先完成，不允許遲延存在，將被解釋為趕工指示。

**(e) 拒絕展延工期並評估違約金：**當定作人告知承攬人遲延應給付之違約金時，承攬人趕工的壓力特別強烈。另外，當定作人拒絕告訴承攬人哪些遲延是否屬不可歸責承攬人時，承攬人會有遵照趕工指示的壓力，因為承攬人不知道是否須對該遲延給付違約金，此時可認為有趕工指示。契約訂有承攬人遲延違約金之條款，而定作人拒絕展延工期，拒絕給予如何進行工程之指示，並堅持承攬人依原訂進度完成，亦屬趕工指示。

**(f) 未予展延工期：**僅僅未予展延工期，並不構成趕工指示，因為不具備足夠之強制性。當承攬人在等待定作人是否展延工期時，承攬人有兩個選擇，一為以目前速度施工，冒著遲延完工之風險，另一為趕工，以期依照原進度完工，必須定作人使承攬人無法選擇以正常速度施工，才構成趕工指示。

**(g) 遲延展延工期：**定作人決定是否展延工期所花費之期間必須合理，如期間過長而不合理，促使承攬人趕工之強制力較大，可構成擬制趕工。原定工期之長短將影響定作人決定展延工期之期間是否合理，例如工期為六十天，定作人兩個月未給予回覆，可認為有趕工指示。

**(h) 拒絕展延工期之要求：**當定作人拒絕展延工期或遲延展延工期，將使承攬人合理相信不能展延工期而必須照原定日期完工時，可認為承攬人被強制趕工，有趕工指示之存在。

#### (4) 承攬人通知定作人該指示構成擬制變更

契約如約定承攬人須在擬制變更發生時通知定作人，則承攬人必須遵守此約定。如未為通知，可能依契約約定而產生失權之效果，不得請求額外費用。

#### (5) 承攬人因定作人之指示趕工，因此增加額外費用

承攬人須證明其趕工與定作人之指示具備因果關係。承攬人施以合理之努力趕工，即使承攬人未能趕上落後之進度，仍無礙承攬人請求因此增加之費用。

## 貳、我國法

當工程進行中承攬人進度落後，或為配合定作人之需要，有必要縮短工程完工所需時間，以達到原先契約約定之完工日期或提前完工時，契約中可約定工程變更條款，使定作人可指示變更施工方法、施工順序或施工時程，達到縮短工期之目的；或約定趕工條款<sup>436</sup>，使定作人之指示有所依據。

若定作人未依契約約定之正式程序發出趕工通知，但實際上承攬人因定作人之其他指示或行為而趕工時，承攬人得否請求趕工費用？以下區分是否可歸責於承攬人之情形討論：

### 一、進度落後可歸責於承攬人

當進度落後可歸責於承攬人時，例如承攬人財務困難、施工能力不足、施工錯誤等，契約可能會約定定作人得指示承攬人趕工以達契約所定施工進度，承攬人不得請求額外費用，契約為此約定並無問題。但如契約未約定時，定作人之權利為何？是否有請求承攬人在施工中達到預定工程進度之權利？

定作人之權利規定在民法第五〇二條及五〇三條。原則上，定作人須至完工日期屆至，確定承攬人遲延完工時，始得請求減少報酬、請求賠償因遲延而生之損害。如以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者，定作人得解除契約，並得請求賠償因不履行而生之損害（第五〇二條）。在完工日期屆至以前，承攬人進度落後，並非完工日期之遲延，最後承攬人也不見得會遲延完工期限（承攬人得趕工達到契約完工期限），因此原則上定作人應待完工日期屆至後才能行使第五〇二條所定權利或請求契約約定之逾期罰款，惟在例外情形下，如顯可預見其不能於限期內完成，並且係以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者，定作人始得在完工期限前解除契約並請求損害賠償（第五〇三條）。按

<sup>436</sup> 例如台北市政府工程採購契約範本第二十九條第一項：「乙方應依預定進度桿狀圖或網狀圖之進度施作，其實際進度較預定進度落後時，工程司應要求乙方加班趕工限期改善或提出趕工計畫，乙方不得拒絕。」、第三十條第一項：「本工程於施工期間，如因工程進度落後，工程司認為必須增加工人或夜間加班時，乙方不得拒絕，並不得要求加價。如工程司認為工程作業影響公眾生活作息、或工程界面需要，要求乙方利用例假日施工時，亦同。」

第五〇三條之適用，必須係以工作為於特定期限完成或交付為契約之要素者為限，如非以工作為於特定期限完成或交付為契約之要素者，在施工中承攬人遲延工作，縱顯可預見其不能於限期內完成，定作人恐無計可施，須待約定期限屆至或相當期限經過後，再依第五〇二條第一項行使權利。為了解決此問題，最高法院四十一年台上字第六〇四號判決認為，在承攬人於工作進行後任意遲延，經定作人定期催告依約履行，得適用民法第四九七條之規定，亦即，定作人在承攬人任意遲延時，得定相當期限，請求承攬人依約履行，承攬人不於期限內履行，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。法院之見解係起因於法條規定解除權限於「以工作為於特定期限完成或交付為契約之要素者」（第五〇二條、第五〇三條），明確排除其他情形遲延時定作人之解除權，再者，約定期限或相當期限屆至後，定作人尚不得解除契約，則工作進行中，應無使定作人可解除契約之理由，但又認為有保護定作人使其提前行使權利之必要，便以第四九七條解決上開問題<sup>437</sup>。

因此，在契約所定完工日期以前，即使進度落後，除非契約加以約定，否則定作人並無指示承攬人趕工之權利（指示變更施工順序、施工方法、改變施工時程等），依實務見解，其僅得依第五〇三條解除契約並請求損害賠償，或依第四九七條，定相當期限，請求承攬人依約履行，使第三人改善或繼續其工作。定作人此情形下要求承攬人趕工，可能係依第四九七條請求承攬人依約履行，亦可能僅為促請承攬人注意不要違約<sup>438</sup>，並非工程變更指示或變更契約之要約。承攬人自行決定趕工，所產生之費用不得請求定作人給付，蓋承攬人在可歸責於己之進度落後時，趕工係為了達成契約所定之完工期限，避免自己之遲延責任。

為防止承攬人在施工中進度遲延，而定作人促請承攬人趕工亦無太大效果時，定作人可在契約中以里程碑（Milestone）的方式，分段約定個別期限，並作違約處罰之約定<sup>439</sup>。例如台北市政府工程採購契約範本第四十八條懲罰性違約金之規定，即有分段進度與最後履約期限之違約

<sup>437</sup> 對此最高法院見解之討論請參楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 636-639，元照，2004 年 10 月，初版。楊芳賢，〈承攬人工作之遲延-論民法第五百零二條及第五百零三條解除契約規定之問題〉，國立台灣大學法學論叢，第 30 卷第 1 期，頁 188，2001 年 1 月。

<sup>438</sup> 余文恭，〈從工程契約之動態發展論工程契約之變更—兼論 FIDIC 紅皮書之相關規定〉，法令月刊，第 55 卷第 12 期，頁 30，2004 年 12 月。

<sup>439</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 637，元照，2004 年 10 月，初版。



金規定。此外，亦可約定就工程進度落後時之處理方式，例如行政院公共工程委員會訂有「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」，第三點即規定，機關處理廠商延誤履約進度案件，得視機關與廠商所訂契約之規定及廠商履約情形，依下列方式之一處理：（一）通知廠商限期改善。（二）通知連帶保證廠商履約。（三）以監督付款方式，由分包廠商繼續施工。（四）終止或解除契約，重行招標。（五）其他經機關認定並訂明於契約之方式。

## 二、 進度落後不可歸責承攬人或配合定作人需要而趕工

按施工方法、施工順序以及時程之變更為工作範圍之變更，此為國際工程慣例所肯認<sup>440</sup>，施工方法、施工順序及時程如有所變更，已非原契約所約定之工作範圍，除非定作人依據契約約定有指示工程變更或趕工之權利，否則承攬人並無義務趕工，最後完成工作遲延時，承攬人無可歸責事由，依第二三〇條之規定，承攬人不負遲延責任，定作人不得請求逾期罰款，亦不得依契約約定終止或解除契約。

當定作人誤以為進度落後係可歸責承攬人，而促使承攬人趕工以符合原定契約完工期限時，是否可認為係契約變更之要約？此為意思表示之解釋問題，與前述雙方就契約解釋歧異之案例類似。當定作人因誤認進度落後係屬可歸責於承攬人之事由，而促使承攬人趕工時，由於承攬人應可知悉，定作人之指示係要求承攬人遵守契約約定之完工期限，並非變更契約之要約。但承攬人有通知定作人之義務，表明進度落後係因不可歸責承攬人之事由，並確認定作人是否仍欲承攬人趕工以縮短工期（達到契約原定完工期限），承攬人之表示為變更契約之要約。定作人於接獲承攬人通知後如仍指示趕工，可認為其有變更契約之承諾，雙方合意變更契約。

除此之外，在個案情形中尚得斟酌定作人表示之強制性、定作人給予承攬人之壓力、承攬人在該情形下有無拒絕施作之可能、承攬人在該情形下施做是否合理等因素，遵循誠信原則、交易習慣予以解釋。例如定作人以違約為由威脅解約，或定作人拒絕展延工期並表示承攬人遲延

---

<sup>440</sup> 例如 FIDIC 契約條款、美國聯邦採購法規 FAR (Federal Acquisition Regulation) 52.243-4、在英國土木工程師學會編製的契約條款 The ICE Conditions of Contract 第六版都有此規定。

應給付違約金等，承攬人基於此等情形選擇趕工，應屬合理，依誠信原則解釋定作人之意思，可認為定作人有變更契約之要約或承諾。

雙方合意變更契約，依契約中工程契約變更計價之約定計算報酬。承攬人趕工，除調度更多機具設備及投入更多人力外，可能是改變施工方法、施工順序或時程，定作人對於增加之機具設備及人力，應給予報酬外，對於因改變施工方法、施工順序及時程所增加之費用，均應給予承攬人報酬，包括一定比例之利潤。

### 三、 進度落後部分可歸責承攬人，部分不可歸責承攬人

在進度落後部分可歸責於承攬人，而部分不可歸責之情形，定作人依契約指示趕工或可認為定作人有變更契約之要約或承諾時，承攬人之趕工應先彌補可歸責於己之進度落後，不得請求趕工費用。至於承攬人之趕工，不但彌補可歸責於己之進度落後，亦彌補不可歸責於己之進度落後，或配合定作人之需要而縮短工期，此時，承攬人請求趕工費用，應按比例決定定作人應支付之趕工費用。如果定作人就不可歸責於承攬人之遲延，已經展延足夠之工期，則不須支付趕工費用。

## 第五項 定作人干擾或在履約過程未能協力配合

### 壹、 美國法<sup>441</sup>

當定作人干擾或未盡協力義務時，承攬人可能主張擬制變更依據契約工程契約變更條款請求費用，或以定作人違約為由請求損害賠償。在定作人之指示要件（或過失行為）要件上又可分為三種情形：

1. **直接指示**：例如定作人堅持承攬人應使用較昂貴方法施工；承攬人灌水泥之工作被另一遲延之承攬人所妨礙，定作人並未指示承攬人待另外遲延之承攬人完工後再行施作，反要求承攬人繼續灌水泥，承攬人因此增加施工費用；定作人指示承攬人更換其他之次承包商。

<sup>441</sup> 以下美國實務案例與見解整理自 Cibinic, Jr. & Nash, Jr., *supra* note 389, at 464-470.

**2. 行為或不行為：**定作人之行為或不行為，違反協力義務或不為干擾之義務時，可能構成擬制變更。關鍵在於定作人有過失，且已經適當地被告知其行為或不行為正造成承攬人履約費用之增加。定作人之行為或不行為又可再區分為：(1) **過度檢驗：**過度檢驗為定作人經常違反協力義務或不干擾義務之情形之一。雖然定作人在工程進行中可以隨時檢查工作，但是定作人行使權利不能不當地妨礙承攬人之施工，過度檢驗可能改變承攬人檢驗系統而妨礙履約或嚴重遲延進度。(2) **未提供協助：**此類之擬制變更情形為，當承攬人在履約過程中遭遇問題並要求協助時，定作人未給予協助。(3) **不行為或沈默：**定作人之不行為或沈默也可能造成承攬人施作契約範圍以外之工作。當定作人未採取行動解決其他承攬人之遲延時，被影響工作之承攬人如給予適當之通知及抗議，即可構成擬制變更；又例如承攬人通知定作人工地有大量前工程所遺留之瓦礫，應在承攬人開工時予以清除，承攬人未得到定作人之回應，為了進行工作只好自行清除瓦礫，如果承攬人進行工作是對定作人沈默或不行為之唯一實際的方法時，即構成擬制變更；承攬人通知定作人通往工地的道路已經被前工程之承攬人毀損，定作人反對承攬人之通知，最後承攬人只好自行修復道路，因為該道路對於承攬人履約非常重要，且定作人已接獲承攬人之通知，定作人未要求前工程承攬人修復或自己修復，迫使承攬人不得不修復道路；除上類案例外，還有一種情形，當定作人知悉承攬人正在施作契約以外之工作，卻故意不通知承攬人時，構成擬制變更。如定作人之工程師知悉某區域不須油漆，但當承攬人欲油漆該區域時，工程師不但未阻止，反責備承攬人在油漆前未清理該區域。在此情形，承攬人必須證明定作人代理人確實知悉不須施作之工作，並且故意不告知承攬人其錯誤；或定作人知悉瑕疵工作，但卻未通知承攬人，使承攬人施作大量有瑕疵之工作；或定作人知悉承攬人實施一個較規範所規定更嚴格之測試，未予通知，亦構成擬制變更。(4) **其他行為：**其他定作人行為干擾承攬人施工者，例如對設計圖審核程序不適當之管理、未能使同工地之其他承攬人履行契約、拒絕批准實施初步測試以決定工作是否能成功完成、對焊工之核准採取極度嚴格之標準、造成極大之噪音、使水道轉向至工地、阻止工地排水、拒絕或限制承攬人使用工地<sup>442</sup>等，在這些案例中，定作人不顧其干擾或未採取行動

<sup>442</sup> Stuart H. Bartholomew, *Construction Contracting: Business and Legal Principles* 207 (2<sup>nd</sup> ed.

2002). 聯邦政府與承商訂立工程契約，興建一個新的汽車修理廠，契約說明汽車修理廠是在工程第一階段興建，在工程第一階段中原先之汽車修理廠也會繼續營運，在工程第二階段才會拆除原先之汽車修理廠。承商預計在第一階段中，在原先汽車修理廠之周圍區域鋪築地面，因此在要徑進度表上如此記載，而聯邦政府亦核准。當定作人拒絕承商進入原先汽車修理廠之周圍區域時，

緩和問題之情形，仍要求承攬人繼續履行契約。

**3. 濫用裁量：**在履約過程中，定作人對許多事項擁有裁量權，包含施工方法必須通過定作人之審核、次承包商之選擇須定作人核准、決定零件是否符合契約規範等。在這類案例中，定作人的蓄意行為或表示，故意迫使或勸導承攬人以定作人想要的一定方式施作，幾乎都會被認為構成擬制變更。例如：定作人拒絕溶解凍土層而要求使用較貴方法；定作人利用核准施工進度表之權利迫使承攬人以一定施工順序施工；同等品之拒絕。

## 貳、 我國法

在此類案例中，定作人因未為協力行為或對施工產生干擾，致承攬人施工支出額外費用。我國民法第五〇七條就定作人之協力義務設有規定，以下將探討工程契約中定作人之協力義務內容、要件，以及定作人違反協力義務時，承攬人對於支出額外費用之請求權基礎。再者，此種情形契約多約定免責條款，使承攬人不得請求任何賠償，其效力為何，亦一併探討。

### 一、 工程契約中定作人之協力義務

工作需定作人之協力行為始能完成者，定作人負有為此等協力行為之義務（民法第五〇七條）。除工程契約特別約定外，在工程中定作人之協力大致有以下行為<sup>443</sup>：

#### 1. 提供「工地使用權」<sup>444</sup>、「路權」

承攬主張定作人之行為構成擬制變更，契約申訴委員會認為，承攬對於契約之解釋為合理，雖然契約中表示原先之汽車修理廠在第一階段會繼續營運，但並未表示承攬進入工地有何限制，而且定作人已經核准承攬之進度表，使承攬可以合理期待進入工地施工。承攬因為定作人之拒絕，必須兩階段施工，因此增加之費用以及造成之遲延，契約申訴委員會認為構成擬制變更，應給予承攬合理之調整（equitable adjustment）。Appeal of West Coast General Corporation, ASBCA No. 35900 (April 14, 1988).

Robert Rubin et al., *Construction Claims: Prevention and Resolution* 42 (2<sup>nd</sup> ed. 1992). 承攬之工作為在紐約市隧道裡面設置導管與電纜，為了將對交通之影響降到最低，承攬在夜間工作，然而，當附近球場有比賽時，定作人便不允許承攬施工，承攬因此喪失許多工作時間。承攬被認為有權請求因未能施工所造成工程遲延之費用。

<sup>443</sup> 王伯儉，《工程糾紛與索賠實務》，頁 206-207，元照，2002 年 10 月，初版

<sup>444</sup> 例如台灣高等法院台中分院九十一年重上字第八十七號判決：「被上訴人（按：定作人）雖

2. 提供正確之「圖說」<sup>445</sup>
3. 提供適時之「指示」<sup>446</sup>
4. 提供工程必要之「許可、證照」<sup>447</sup>或「材料、器材」<sup>448</sup>等

辯稱用地無法解決，當有實際困難，非被上訴人一人之力即可當然解決，此與應注意能注意而不注意之情形，亦屬有間，土地問題並非注意即可達目的，故其無過失可言云云，惟被上訴人為公路建設施工之公務執行單位，對道路施工用地之取得，以及工程施工中相關路徑及管線遷移等豈能不事先妥為規劃處理，即得冒然規劃施工？如可如此規劃施工，其依據何在？被上訴人又何須事後再予以取得及排除？故此等施工用地之取得及施工路徑管線遷移等，自屬工程契約中定作人之從給付義務及附隨義務，其如能事先妥為規劃，取得用地及遷移管線等，自不會造成另須延展工期之情形，則其應事先規劃取得用地及遷移管線等，而疏未規劃取得遷移，其規劃及執行本件道路工程，其有過失，極為顯然。被上訴人辯稱無過失云云，亦無足採。」

<sup>445</sup> 例如台灣高等法院花蓮分院八十三年度上更（二）字第三號判決：「茲查系爭工程中之「松風橋」工程部分，依被上訴人（按：定作人）所提供之第二次變更設計圖說，先後經囑託台灣省土木技師公會及國立高雄工商專科學校鑑定結果，均認定無法施工，須變更設計圖說，以調整工作內容。上訴人（按：承攬人）以經其催告後，被上訴人就該部分工程，迄未提出第三次變更設計圖說，係屬未盡定作人之協力義務，...」

<sup>446</sup> 例如台灣高雄地方法院八十九年訴字第二二九一號判決：「然本件被告（按：定作人）係向經濟部工業局承攬「高雄縣林園工業區至高雄市臨海工業區新設污水聯絡管線工程」，需以潛盾或以明挖方式在特定路線下將污水管埋設於地下約三公尺處，然因有地下水或積水問題，故被告於某段進行開挖埋設之施工前、施工中，需由原告（按：承攬人）以點井方式進行抽水及排水工作。是被告公司之人員於現場指示原告應於何處施工，性質上乃協助原告完成系爭工程，而屬承攬契約中定作人之協力義務，蓋如被告公司之人員未曾至現場告知原告應於何處施工，開挖範圍有多深，原告如何完成系爭工程？」

<sup>447</sup> 台灣高等法院九十二年上字第八八五號判決：「被上訴人（按：承攬人）主張上訴人（按：定作人）追加消防工程，與原建築執照核准之內容不同，但上訴人並未進行工程變更設計之申請之事實，為兩造所不爭執，亦堪信為真。因追加消防工程而致實際工程與原建築執照核准之內容不同，是否應變更設計之申請之部分，經原審向台灣省建築師公會新竹辦事處查詢，亦據該處以九十二年四月三十日台建師竹鑑字九二〇〇八三號函及九十二年三月十三日台建師竹鑑第九二〇〇八一號函覆確實應依據建築法第三十九條規定依法申請辦理，系爭工程除原基礎拆除及基礎放樣項目可以先行作業外，其餘工程項目應待辦更設計完成後方可為其他後續作業，有該函附卷可參。故被上訴人主張上訴人應協力辦理變更，於未辦理之前無從施做系爭工程之部分，為有理由，應為可採。上訴人辯稱此部份無須變更設計即可施工云云，但並未就此部分為舉證證明，上訴人之抗辯應非可採。」

<sup>448</sup> 例如台灣花蓮地方法院八十三年訴字第二四〇號判決：「本件棒球練習場係本件工程之一部分，惟該材料應由被告（按：定作人）提供，有切結書影本一紙附卷可按，是以依約被告對於本件工程有提供該球場材料之協力義務，依民法第五百零七條規定定作人協力義務未履行時，給予承攬人相當催告期間之立法意旨，在定作人不提供協力義務致承攬人有延誤工程，而必須給付違約金之情形，在定作人未盡協力義務或已盡協力義務而承攬人尚未知悉以前，應認為不得算入遲延完工之違約日期之內而責令承攬人給付違約金。」

除積極的為協力行為外，定作人應有消極的不為干擾承攬人履約之協力義務，定作人之干擾行為將使工作無法完成時，承攬人亦得依民法第五〇七條行使權利。

## 二、定作人違反協力義務之主觀要件

定作人違反協力義務，例如未提供正確之圖說、未提供適時之指示，大多為定作人自己過失或其履行輔助人設計顧問、工程師之過失。至於未提供工地使用權、工地道路、提供許可、證照、材料、設備，有可能屬定作人過失之情形，例如界面廠商（定作人履行輔助人）過失致工程遲延，亦有可能定作人並無故意或過失，例如民眾抗爭、其他工程遲延、行政機關未發給建築執照、材料或設備因不可抗力無法取得等。在定作人無故意過失時，承攬人是否得依民法第五〇七條行使其權利？就此問題，學說上有不同見解，整理如下：

### （一）、認為協力之違反不以定作人故意過失為必要

學者史尚寬先生認為此協力並非定作人義務，僅為定作人之行為，如不協力，僅為受領遲延，故不以定作人有過失為必要<sup>449</sup>。鄭玉波先生認為定作人之協力係一種特殊規定，定作人不為協力不以過失為必要<sup>450</sup>。邱聰智先生認為定作人違反工作協力義務者，係成立給付遲延。此之給付遲延，因義務違反而成立，亦即定作人應為其行為而未為之者，即告成立，不問定作人有否可歸責之事由（過失）存在<sup>451</sup>。

### （二）、定作人違反協力應有可歸責事由

有論者對上述見解加以修正，認為定作人違反第五〇七條之協力時，承攬人得解除契約並請求賠償因契約而生之損害，如使定作人就其無故意過失之行為必須負損害賠償責任，尤其在不可抗力之情形，未免過苛，是協力義務之違反應以可歸責定作人之事由為必要，而公共工程契約，招標機關對於提供適於施工之狀態應於締約前即有充分之準備，

<sup>449</sup> 史尚寬，《債法各論》，頁332，作者自版，1977年，五版。採此見解者，尚有楊與齡，〈論承攬契約定作人之義務〉，法學叢刊，第85期，頁7，1977年3月。

<sup>450</sup> 鄭玉波，《民法債編各論（上）》，頁387，三民書局，1997年8月，17版。

<sup>451</sup> 邱聰智，《新訂債法各論（中）》，頁113，元照，2002年10月，初版。

事實上亦較有地位、能力資源與權利且能以較低之成本解決相關問題，因此，若招標機關無法提供適於施工之狀態係由因第三人所為者（諸如：行政機關核發建照遲誤、關連承包商施工遲延致無法進場施工），仍應認屬可歸責招標機關之事由，亦即招標機關對通常事變亦須負責，對不可抗力之事由則無須負責<sup>452</sup>。

### （三）、本文見解

為探討此問題，首先應界定定作人協力義務之性質。本文基於第五〇七條之法律效果、從給付義務之功能、承攬人利益之保護及協力為定作人控制範圍，因而認為定作人之協力義務為從給付義務（詳參後述三、承攬人請求因此增加之費用），定作人違反協力時，承攬人得依第五〇七條解除契約並請求因契約解除而生之損害，或依債務不履行之規定請求損害賠償。給付義務之違反，係以債務人有可歸責事由為其負賠償責任之要件，因此，定作人違反協力義務，亦應以定作人有可歸責事由為限，始符合債務不履行之體系，亦即定作人未盡善良管理人之注意而違反協力義務時，承攬人始得依民法第五〇七條行使權利或依債務不履行請求損害賠償。

如認為定作人違反協力之給付義務不以故意過失為要件，則定作人協力義務將成為無過失責任，損害賠償之無過失責任應以當事人特別約定或法律規定者為限，且法律課與債務人無過失原則，亦應基於特殊考量<sup>453</sup>，否則債務人應僅就可非難於己之行為負責。在定作人違反協力義務時，似無課與定作人無過失責任之特殊考量，定作人之責任標準原則仍應為過失責任。

如採此見解，認為定作人違反協力應以故意過失為要件，是否會使承攬人在定作人不具故意過失時無救濟途徑？本文認為，承攬人仍有其他救濟途徑，以下將檢討，定作人違反協力義務以過失為要件時，各種情形下承攬人可能之請求權基礎：

#### 1. 定作人不為協力具有故意過失

<sup>452</sup> 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，頁 171，2002 年 7 月。

<sup>453</sup> 請參閱王澤鑑，〈損害賠償之歸責原則〉，收於氏著《民法學說與判例研究第一冊》，頁 345-350，1996 年 10 月。

當承攬人因定作人違反協力義務而無法繼續施工時，承攬人得依民法第五〇七條定相當期限催告定作人履行後解除契約，並請求賠償因契約解除而生之損害，或依民法第二六七條之規定請求對待給付，蓋此時係因可歸責於定作人之事由致承攬人不能給付<sup>454</sup>，承攬人得選擇依第五〇七條解除契約或依第二六七條逕行請求對待給付。又定作人遲延協力，承攬人因此受有損害，亦得依債務不履行之規定請求損害賠償，且承攬人嗣後解除契約，不妨礙此損害賠償之請求。

然而，對於上開承攬人得依據第二六七條請求對待給付之見解，最高法院七十二年台上字第一五七九號判決持相反意見認為：「定作人不為協力，僅生民法第五百零七條之承攬人是否解除契約問題，要無同法第二百六十七條之適用。」但最高法院此見解，在第五〇七條第二項條文增訂「並得請求賠償因契約解除而生之損害」前，足使定作人利用協力義務之不履行，達到隨意終止契約之效果，以規避民法第五一一條的損害賠償責任<sup>455</sup>，並非妥當。再者，最高法院並無說明為何不得適用民法第二六七條，按當事人利益狀態相同，應為相同之評價，僅因第五〇七條有所規定而認為排除第二六七條之規定，並無堅強之理由，且因此造成定作人可能規避第五一一條的損害賠償責任，而又必須修正第五〇七條之規定以填補法律漏洞，以迂迴達到與第二六七條相同之結果，可見此見解並不妥當。故本文認為，當定作人不為協力，造成承攬人不能給付時，應有第二六七條之適用。

## 2. 定作人不為協力不具有故意過失

當定作人不為協力使承攬人不能完成工作，且定作人不具故意過失時，本文認為，承攬人不得依民法第五〇七條解除契約並請求損害賠償，但定作人不為協力致承攬人給付不能，承攬人依第二二五條第一項免給付義務，而得依第二六七條規定請求對待給付。如前所述，最高法院雖認為定作人不為協力，無民法第二六七條規定之適用，惟本文認為，不應以第五〇七條迂迴達到第二六七條之結果，應直接適用第二六七條之規定。第二六七條所謂「可歸責於他方之事由」，非謂定作人具有故意過失，而係指若無債權人之行為（作為或不作為），債務人當可履行其

<sup>454</sup> 請參閱孫森焱，《民法債編總論下冊》，頁 824，作者自版，1999 年 10 月，修訂版。

<sup>455</sup> 黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 501，作者自版，2003 年 8 月，初版；陳聰富，〈工程承攬契約之成立、解除與終止〉，臺灣本土法學雜誌，第 3 期，頁 175，1999 年 8 月。



債務，茲因債權人為此行為，致債務人陷於不能給付，依通常情形（即非因不可抗力、正當防衛或緊急避難）債權人得避免為此行為而不避免，其不避免又屬違反誠實信用原則之情形而言<sup>456</sup>，其中，定作人違反協力，如非因不可抗力之情形，應屬第二六七條之可歸責<sup>457</sup>。如定作人不為協力係因不可抗力所致，則定作人依第二六六條第一項免對待給付之義務。

在另一情形，定作人遲延協力，承攬人雖因定作人嗣後提供協力而得繼續完成工作請求報酬，但在遲延期間所受損害，因定作人並無過失，無法依債務不履行請求損害賠償。然而，定作人之協力行為，其有掌控能力，如承攬人必須承擔因定作人不為協力之不利益，並非合理。德國民法第六四二條第一項即規定：「定作人之行為乃（承攬人）完成工作所必要者，而定作人因其不行為而受領遲延時，承攬人得請求適當之補償。」，此條規定並不以定作人有過失為要件<sup>458</sup>，承攬人除得請求因此增加工作時間所得請求之報酬，亦包括人力、材料等費用或成本之增加<sup>459</sup>，給予承攬人相當之保護。在我國並無規定，有學者認為，定作人遲延為其協力行為，以致承攬人依契約完成工作，成本或費用有所增加，宜類推適用第五〇九條規定之意旨，即因定作人事由所生之工作風險，宜由定作人承擔，而由定作人承擔此一部份之費用，承攬人並得請求增加工作之報酬<sup>460</sup>。亦有學者斟酌是否得類推適用第五一一條之規定，使承攬人就定作人之事由所生之遲延損害，在定作人不終止契約之情形下，亦得請求損害賠償<sup>461</sup>。本文亦贊同定作人領域之風險應由定作人承擔，第五〇九條即係基於此意旨而規定，定作人遲延協力，與定作人供給材料之瑕疵或指示不適當同屬定作人風險範圍，應由定作人承擔不利益，故得類推適用第五〇九條之規定，使承攬人可請求定作人給付因定作人遲延協力期間所服勞務之報酬，此應包括成本之支出及合理之利潤。

<sup>456</sup> 孫森焱，《民法債編總論下冊》，頁 825，作者自版，1999 年 10 月，修訂版；另請參閱邱聰智，《新訂民法債編通則（下）》，頁 604，作者自版，2001 年 2 月，一版。

<sup>457</sup> 邱聰智，《新訂民法債編通則（下）》，頁 604，作者自版，2001 年 2 月，一版。

<sup>458</sup> 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，頁 140，2002 年 7 月。

<sup>459</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 657，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>460</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 656，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>461</sup> 詹森林教授發言，黃茂榮等，〈承攬之終止與解除之效力-民法研究會第五次研討會記錄〉，法學叢刊，第 166 期，頁 109，1997 年 4 月。

綜上，定作人違反協力義務以過失為要件，當定作人違反協力義務不具故意過失時，承攬人雖不得依民法第五〇七條解除契約並請求損害賠償，但不因此產生不公平之結果，蓋承攬人得依第二六七條請求對待給付（除非定作人係因不可抗力未為協力，則由承攬人負擔報酬危險，不得請求對待給付）。在承攬人繼續施工之情形，因定作人遲延期間所生損失，承攬人得類推適用第五〇九條之規定請求因定作人遲延協力期間所服勞務之報酬。

### 三、 承攬人之請求權基礎

定作人違反協力義務，如遲延簽發開工通知、遲延取得用地、遲延為變更設計或必要之指示、遲延審核圖說、遲延管線遷移工作、提供有瑕疵之指示或設備、干擾妨礙承攬人施工等，將使得承攬人無法進行工作或進行工作需耗費更多之成本，嗣後縱使定作人補正使承攬人得進行工作，然承攬人已受有損害。尤其定作人違反協力義務，經常造成時間之延誤，使承攬人支出與時間相關之成本（time related cost），為工期展延相關索賠案例<sup>462</sup>中常見之遲誤原因。

如契約中有約定承攬人得請求損失者，承攬人自可依該約定請求，惟國內工程契約多為定作人單方擬定，約定定作人之賠償、增加給付責任者寥寥無幾，而免除定作人責任之約款則是不乏其例。如契約未約定承攬人之權利，承攬人得主張之請求權基礎為何？以下區分承攬人是否解除契約之情形討論：

#### （一） 承攬人解除契約，並請求賠償損害之情形

##### 1. 定作人不為協力行為及為有瑕疵之協力行為

###### （1） 不為協力行為

<sup>462</sup> 實務上與工期展延有關的索賠，不外乎以下幾種類型：（一）因定作人遲延簽發開工通知，而請求閒置或待命之費用；（二）因工程停工而請求停工之損失或待命費用；（三）因定作人遲延交付工地或關連承包商之原因而導致之進場遲延；（四）因工期展延而請求與時間關連之成本，或請求調整合約金額。李家慶，〈論工程展延之索賠--兼論棄權條款之效力〉，收於《工程爭議處理》，頁45，2003年3月。

依據第五〇七條之規定，定作人不為協力行為時，承攬人得定相當期限催告，定作人不於期限內為協力行為時，承攬人得解除契約，並請求賠償因契約解除而生之損害。

## (2) 有瑕疵之協力行為

定作不為協力行為時，應適用第五〇七條之規定。如定作人並非不為協力行為，而係為有瑕疵之協力行為，由於此非法條所謂「定作人不為其行為」之情形，因此並無法直接適用第五〇七條，但定作人為有瑕疵之協力行為，同樣使工作無法完成時，應類推適用第五〇七條，使承攬人得定期催告定作人重新提供協力或另行為之<sup>463</sup>。

## 2. 解除契約

承攬人得定相當期限催告定作人為協力，定作人不於期限內為其行為者，承攬人得解除契約。承攬人不因定作人協力即當然取得解除權，必須定相當期限催告定作人履行，承攬人如未定相當期限為履行之催告，或所定期限不相當者，不發生解除契約效力（最高法院三十年上字第二一四號判決、最高法院三十一年上字第二八四〇號判決、最高法院三十八年台上字第三十五號判決）。

承攬人行使契約解除權，應受到誠信原則之限制。如果僅工作之一部分受到定作人不為協力之影響，而其他工作可獨立施做，與受到影響之工作不相牽連時，就不受影響之工作，承攬人自不得解除契約，最高法院八十七年台上字第二四三七號判決即謂：「依民法第五百零七條就「定作人之協力及不為協力之效果」所為之規定加以觀察，必須該工作需定作人之協力始能完成，且其於承攬人所催告之相當期限內未為協力行為者，承攬人方得解除契約。倘承攬契約之內容係包括數個可獨立施作之項目，而其中需定作人之協力部分，並不影響其他部分工作之進行及完成者，解釋上即不容承攬人任意以契約中之一部分需定作人之協力而未協力致該部分不能施作，率爾就無需定作人為協力仍可完成以達該

<sup>463</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 657，元照，2004 年 10 月，初版。

部分契約目的之工作，坐使其不完成再執為其得解除契約或無可歸責之藉口。」<sup>464</sup>

### 3. 因契約解除而生之損害

#### (1) 問題之提出

承攬人依民法第五〇七條第二項解除契約後，得請求「因契約解除而生之損害」。「因契約解除而生之損害」在文義上似指因解除後才發生之損害，用語上類似於最高法院五十五年台上字第一一八八號判例所謂之「另因契約解除所生之新賠償請求權」<sup>465</sup>，亦即學說上所謂之契約利益賠償主義<sup>466</sup>。契約利益賠償主義，為瑞士債務法第一〇九條第二項之規定，即債務人無法證明其不可歸責，解除契約人，亦得請求賠償因契約消滅所生之損害。何謂因契約消滅所生之損害，瑞士學者認為，係

<sup>464</sup> 類似案例如台灣高等法院花蓮分院第二審更審判決八十三年上更(二)字第三號判決：「民法第五百零七條就「定作人之協力及不為協力之效果」所為之規定，倘於承攬契約之內容係包括數個可獨立施作之工作項目，而其中有一部分需定作人之協力行為始能完成時，苟該非經定作人協力不能完成(施工)部分，並不影響其他部分工作之進行及完成，且其他工作之進行及完成，亦可達成契約之一部分目的，即應解為承攬人僅得對該不能施作部分之契約為解除。殊不容承攬人任意以契約中之一小部分需經定作人協力而未為協力致該部分不能施作，率爾併就無需定作人為協力仍可完成達到該部分契約目的之工作，併予以解除契約。茲查系爭工程中之「松風橋」工程部分，依被上訴人(按：定作人)所提供之第二次變更設計圖說，先後經囑託台灣省土木技師公會及國立高雄工商專科學校鑑定結果，均認定無法施工，須變更設計圖說，以調整工作內容。上訴人(按：承攬人)以經其催告後，被上訴人就該部分工程，迄未提出第三次變更設計圖說，係屬未盡定作人之協力義務，據以依民法第五百零七條規定解除該部分之工程契約，雖非無理，然系爭工程除該「松風橋」部分占全部工程之百分之十七·〇五外，既尚有：「瓦崗橋」一座、擋土牆二千九百六十二公尺、排水溝二千七百零二公尺、集水井九處、埋涵管九處、護欄一千二百零八座、道路路面工程三千一百八十六公尺等工程，為上訴人所不爭執，而此部分工程，與「松風橋」部分，並無施工上之關聯性，亦即「松風橋」之無法施工，不影響其他部分工程之施工，已據上訴人之現場工地負責人林秋蘭證述明確，具見上開得施工部分，仍可達成大部分之契約目的。」(最高法院八十六年台上字第二三五〇號判決維持原審判決)

<sup>465</sup> 最高法院五五年台上字第一一八八號判例要旨：「民法第二百六十條規定解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求，據此規定，債權人解除契約時，得併行請求損害賠償，惟其請求損害賠償，並非另因契約解除所生之新賠償請求權，乃使因債務不履行(給付不能或給付遲延)所生之舊賠償請求權，不因解除失其存在，仍得請求而已，故其賠償範圍，應依一般損害賠償之法則，即民法第二百六十條定之。其損害賠償請求權，自債務不履行時起即可行使，其消滅時效，亦自該請求權可行使時起算。」

<sup>466</sup> 契約解除後損害賠償之立法例，有(一)選擇主義(二)契約利益賠償主義(三)履行利益賠償主義。參孫森焱，《民法債編總論下冊》，頁767，作者自版，1999年10月，修訂版。其中

指消極利益或稱信賴損害而言，亦即請求權人因信賴契約有效而生之損害，或請求權人請求回復至若未曾信賴契約之有效或存在之財產狀態，而不包括不履行之損害賠償<sup>467</sup>。

惟此解釋恐與最高法院實務向來對解除契約之損害賠償所採取之「因債務不履行所生之舊賠償請求權」（履行利益賠償主義）有所不符。因此，是否得依上述解釋認為該條規定係指信賴利益之損害賠償，值得討論。

## （2）學說見解

邱聰智先生認為，契約解除而生之損害賠償，通常係指不履行利益之損害賠償，本條項特別明白使用「賠償因契約解除而生之損害」，是否旨在改採契約利益之損害賠償，抑或僅是用語不盡慎思熟慮而誤用，誠值注意<sup>468</sup>。

黃茂榮先生認為，何謂「因契約解除而生之損害」，自最高法院七十二年台上字第一五七九號判決要旨稱「定作人不為協力，僅生民法第五百零七條之承攬人得否解除契約問題，要無同法第二百六十七條之適用。」觀之，在這種情形最高法院可能持承攬人僅得依民法第二六〇條請求賠償之看法，亦即只得請求賠償因債務不履行，在契約解除前所已發生之損害的賠償。然因契約解除而生之損害，如不採「因解除而發生之信賴利益上的損害」的見解，顯然只能指因解除而後才發生之損害，而這與最高法院關於依民法第二百六十條所得請求賠償之損害的看法不同<sup>469</sup>。

陳聰富先生認為，最高法院七十二年台上字第一五七九號判決，足使定作人利用協力義務之不履行，達到隨意終止契約之效果，以規避民法第五一一條所定的損害賠償責任，對承攬人利益之保護，實有未當，與民法第二六七條之規定意旨，亦有未符。新修訂民法第五〇七條規定，定作人不為協力義務時，承攬人不僅得解除契約，並得請求賠償因契約

<sup>467</sup> 楊芳賢，〈給付遲延時解除契約與損害賠償請求權關係之立法例以及我國民法第二百六十條等相關規定之探討〉，政大法學評論，第58期，頁170，1997年12月。

<sup>468</sup> 邱聰智，《新訂債法各論（中）》，頁114，元照，2002年10月，初版。

<sup>469</sup> 黃茂榮，《債法總論（第二冊）》，頁149，作者自版，2002年9月，初版。

解除而生之損害。其修正理由並謂係參照民法第五一一條但書之規定，足見立法者之意思在於使承攬人取得相當於承攬報酬之損害賠償<sup>470</sup>。

楊芳賢先生認為，民法第五〇七條第二項雖規定，承攬人得解除契約，並得請求因契約解除而生之損害，而與第五一一條之終止有所不同，但是第五〇七條第二項規定之法律效果，不宜解為係信賴利益之損害賠償，因為第五〇七條與第五一一條規定，均係因為定作人行為，致承攬人無法完成工作，因此兩者之法律效果，原則上宜使其相同，以免定作人以不為協力行為之方式，促使承攬人依本條解除契約，而在法律效果上或得優惠，故第五〇七條第二項規定所謂因契約解除而生之損害，宜解為自解除契約時起，若承攬人未解除契約繼續完成工作所得請求之報酬，但是因為承攬人實際未完成工作，因此亦應扣除其所節省之費用以及因此另外有所取得之報酬<sup>471</sup>。

### (3) 本文見解

究竟民法第五〇七條第二項「因契約解除而生之損害」所指為何？應探究立法者之意思，按民法第五〇七條第二項修正理由謂：「承攬人依本條第二項之規定解除契約後，是否尚得請求損害賠償，現行法並無規定。學者間有認為應適用債編通則之規定，有認為應參照第五百零六條第三項及第五百零九條，以為解釋者。為免疑義，爰參考德國民法第六百四十二條第一項、本法第五百十一條但書，明定承攬人除得解除契約外，並得請求賠償因契約解除而生之損害。」修正理由中提到，民法第五〇七條第二項係參考德國民法第六四二條第一項、本法第五百十一條但書而訂定，因此第五〇七條第二項「因契約解除而生之損害」，應參酌此兩條規定以為解釋。

查德國民法第六四二條第一項規定：「定作人之行為乃（承攬人）完成工作所必要者，而定作人因其不行為而受領遲延時，承攬人得請求適當之補償。」，承攬人除得請求因此增加工作時間所得請求之報酬，亦包括人力、材料等費用或成本之增加<sup>472</sup>。此條並非規範契約消滅後損

<sup>470</sup> 陳聰富，〈工程承攬契約之成立、解除與終止〉，臺灣本土法學雜誌，第3期，頁175，1999年8月。

<sup>471</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁657-658，元照，2004年10月，初版。

<sup>472</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁657，元照，2004年10月，初版。

害賠償之問題，與我國民法第五〇七條第二項顯有不同，第五〇七條第二項修正理由所稱參考德國民法第六四二條第一項之規定，不無誤會<sup>473</sup>。兩條文規定情形既有不同，自難參酌德國民法第六四二條第一項解釋民法第五〇七條第二項之「因契約解除而生之損害」<sup>474</sup>，僅得視民法第五一一條可否解釋之。

我國民法第五一一條但書之「因契約終止而生之損害」，學說與實務上有不同之見解，學者史尚寬先生<sup>475</sup>、鄭玉波先生<sup>476</sup>均認為承攬人就終止契約前工作已完成部分，得向定作人請求報酬，第五一一條之損害不包括已完成部分之報酬，承攬人僅得就未完成部分所生之損害請求賠償。最高法院七十二年台上字第二四七號判決即採此見解<sup>477</sup>。然而，王澤鑑先生則採不同看法，認為第五一一條之損害，應包含已完成部分及未完成部分之工作報酬，理由在於，定作人只有在承攬人完成約定之工作時，始有支付報酬之義務，除當事人另有特約外，不得就僅部分完成之工作請求報酬。由於承攬人無不當得利及報酬請求權，民法乃特別規定承攬人得請求因終止契約而生之損害賠償<sup>478</sup>。而上開最高法院七十二年台上字第二四七號判決，一再由最高法院發回台灣高等法院更審，最後最高法院七十八年台上字第七七九號判決改採王澤鑑先生之見解，認為：「按定作人依法終止承攬契約後，承攬人就已完成工作部分之報酬，應包括在民法第五百十一條但書所定損害賠償範圍內。是項損害賠償請求權，依民法第五百十四條第二項規定，自其原因發生後一年間不行使而消滅。」，且成為目前實務所採之立場<sup>479</sup>。

<sup>473</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 657，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>474</sup> 請參閱林孜俞，《公共工程契約之訂定與招標機關之義務》，頁 152，臺灣大學法律研究所碩士論文，2002 年 7 月。

<sup>475</sup> 史尚寬，《債法各論》，頁 337-338，作者自版，1960 年 11 月，初版。

<sup>476</sup> 鄭玉波，《民法債編各論（上）》，頁 392，三民書局，1997 年 8 月，17 版。

<sup>477</sup> 最高法院七十二年台上字第二四七號判決要旨：「查承攬人依民法第五百十一條規定，得請求定作人賠償之損害，係包括因定作人隨時終止契約而生之積極損害及消極損害而言。故承攬人就未完成之工作所應得之報酬扣除因免為給付所得之利益，是為契約終止所失利益。」

<sup>478</sup> 王澤鑑，〈定作人終止契約時承攬人之損害賠償請求權、報酬請求權與不當得利請求權：最高法院三則判決之檢討〉，法學叢刊，第 137 期，頁 7，1990 年 1 月。

<sup>479</sup> 例如最高法院九十二年台上字第七三八號判決要旨：「按承攬人承攬工作之目的，在取得報酬。民法第五百十一條規定工作未完成前，定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害。因在終止前，原承攬契約既仍屬有效，是此項定作人應賠償因契約終止而生之損害，自應包括承攬人已完成工作部分之報酬及其就未完成部分應可取得之利益，但應扣除承攬人因契

綜上，第五一一條之損害賠償，係使承攬人得請求如契約履行可得之利益，為履行利益之損害賠償<sup>480</sup>，並非信賴利益之損害賠償。如以立法者之意思而言，第五〇七條第二項係參考第五一一條損害賠償之規定，因此可推論第五〇七條第二項之損害，係指履行利益之損害，而非信賴利益之損害。

其次，由當事人之利益狀態加以觀察，第五〇七條第二項、五一一條以及第二六七條之規定，均係因為定作人之行為，致承攬人無法完成工作，當事人利益狀態相同，如無其他考量，法律效果不應有所不同，避免定作人以不為協力之方式，促使承攬人依第五〇七條規定解除契約，而在法律效果上獲得優惠<sup>481</sup>。在第五〇七條第二項增訂損害賠償之前，最高法院否定定作人違反協力時得適用第二六七條之規定，惟學說上認為應得適用第二六七條，因此始有第五〇七條第二項之修訂，使承攬人利益得到保障，且避免定作人規避法律規定之情形發生，修正理由謂參照民法五一一條但書規定，可見立法者之意思在於使承攬人取得相當於承攬報酬之損害賠償<sup>482</sup>。

綜上，基於立法者之意思以及當事人利益狀態，第五〇七條第二項「因契約解除而生之損害」應參酌五一一條「因契約終止而生之損害」以為解釋，係指履行利益之損害，該條目的在於使承攬人取得相當於承攬報酬之損害賠償。五一一條損害賠償範圍係指承攬人如未終止契約繼續完成工作所應得之報酬，扣除免為給付所得之利益或惡意怠於取得之利益（最高法院九十二年台上字第七三八號判決），則第五〇七條第二項之損害，作相同之解釋，應解為自解除契約時起，若承攬人未解除契約繼續完成工作所得請求之報酬，扣除免為給付所得之利益或惡意怠於取得之利益<sup>483</sup>。

---

約消滅所節省之費用及其勞力使用於其他工作所可取得或惡意怠於取得之利益，始符立法之本旨及公平原則。」

<sup>480</sup> 所受損害為承攬人為施工支出之必要費用，所失利益為完工預期利潤。參台灣高等法院九十一年度上更(三)字第二七一號判決（最高法院九十三年度台上字第八三五號以上訴無理由駁回上訴）。

<sup>481</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 658，元照，2004 年 10 月，初版。請參閱黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 494，作者自版，2003 年 8 月，初版。

<sup>482</sup> 陳聰富，〈工程承攬契約之成立、解除與終止〉，臺灣本土法學雜誌，第 3 期，頁 175，1999 年 8 月。

<sup>483</sup> 請參閱楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 658，元照，2004 年 10



## (二) 承攬人未解除契約繼續完成工作之情形

定作人遲延為協力行為或為有瑕疵之協力行為，嗣後雖為必要之協力或予以補正，但將會造成承攬人工期延誤及增加履約費用，如延長保險期間所增加之費用、管理費、倉儲費、待命或看管人員勞務薪資、趕工費用、工率損失、遲延後施工期間人員薪資及物料漲價等。

按德國民法第六四二條第一項之規定：「定作人之行為乃完成工作所必要者，而定作人因其不作為而受領遲延時，承攬人得請求適當之補償。」德國民法肯認承攬人在未解除契約繼續完成工作時，除得請求原先約定之報酬外，並得請求適當之補償，承攬人除得請求因此增加工作時間所得請求之報酬，亦包括人力、材料等費用或成本之增加<sup>484</sup>。但在我國民法並無類似之規定，第五〇七條第二項亦未如德國民法清楚規定承攬人未解除契約時之損害賠償，承攬人欲請求因定作人未為協力所增加之履約費用，其依據為何，不無爭論。

以下將探討定作人違反協力義務時，造成承攬人增加履約費用之爭議。如契約有約定給付者，例如約定因定作人因素停工時，承攬人應繼續辦理工地交通、安衛、環保各項設施之管理與維護並得向定作人請求費用，承攬人應依契約約定請求。如契約無約定，則承攬人請求權基礎為何？在實務上承攬人常援引債務不履行損害賠償請求權、第二四〇條提出及保管給付物之必要費用、第二二七條之二情事變更原則調整給付，分別討論如下：

### 1. 債務不履行

承攬人得否主張定作人違反協力，而依債務不履行請求損害賠償？此涉及定作人協力義務之性質為何，學說與實務上均有不同見解。

#### (1) 學說見解

**肯定見解：**

---

月，初版。

<sup>484</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 657，元照，2004 年 10 月，初版。

學者邱聰智先生認為第五〇七條工作協力義務之違反，亦構成定作人之債務不履行，如承攬人不依第五〇七條主張權利（解除契約及損害賠償），而逕依民法第二三一條以下之規定請求損害賠償，解釋上應無不可<sup>485</sup>。

亦有論者從承攬契約之特性討論，認為定作人不為協力行為，對承攬人不僅產生消極的不利益，同時，亦造成承攬人積極的損害，依照誠實信用原則，定作人應負有協力義務，該協力義務之違反，應依積極侵害債權之理論處理<sup>486</sup>。

#### 否定見解：

反之，學者史尚寬先生認為此協力並非定作人義務，僅為定作人之行為，如不協力，僅為受領遲延<sup>487</sup>。

鄭玉波先生認為定作人之協力係一種特殊規定，基於定作人不為協力不以過失為必要，且承攬人不得聲請強制執行，故定作人協力並非定作人義務<sup>488</sup>。

黃茂榮先生認為，我國民法第五百零七條就其違反，明文僅規定承攬人得解除契約，似乎傾向對己義務之看法<sup>489</sup>。

楊芳賢先生認為，依第五〇七條之規定，定作人之協力義務，原則上僅係對己義務或不真正義務，並非具有債務人給付義務之性質，蓋承攬人對於定作人應為之協力行為，難認為具有訴請強制履行之利益，因為依據第五一一條規定，於承攬人利益之保護下，定作人得隨時終止契約，因此有關第五〇七條第一項規定之完成工作所必要之協力行為，定作人得不為之<sup>490</sup>。

---

<sup>485</sup> 邱聰智，《新訂債法各論（中）》，頁 113，元照，2002 年 10 月，初版。

<sup>486</sup> 林孜俞，《公共工程契約之訂定與招標機關之義務》，頁 136-138，臺灣大學法律研究所碩士論文，2002 年 7 月。

<sup>487</sup> 史尚寬，《債法各論》，頁 332，作者自版，1977 年，五版。

<sup>488</sup> 鄭玉波，《民法債編各論（上）》，頁 387，三民書局，1997 年 8 月，17 版。

<sup>489</sup> 黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 494，作者自版，2003 年 8 月，初版。

<sup>490</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 655-656，元照，2004 年 10 月，初版。

## (2) 實務見解

實務上案例，有採肯定見解者，例如：

- I、 台灣高等法院九十三年上字第一二八號判決中，定作人抗辯民法第五〇七條之規定，係解除契約後請求損害賠償，足認定作人協力義務之性質屬對己義務，而非具對價關係之主給付義務或附隨義務，惟法院認為：「兩造訂定系爭工程契約，上訴人（按：定作人）依約所負之主給付義務雖為承攬報酬之給付，然被上訴人（按：承攬人）於施作系爭工程時所需之設計圖係由上訴人提供，被上訴人非有正確無誤之施工設計圖面，無從據以完成系爭工程而實現契約目的及利益，是提供正確無誤之施工設計圖予被上訴人俾其按圖施作完成承攬工作，實為上訴人依本件承攬合約所負之附隨義務，如提供之設計圖面，因設計錯誤不堪使用，自屬不完全給付之債務不履行，本件設計圖係上訴人委由環太公司測量，俾承包廠商得據以施作，有工程測量工作委託合約在卷可憑，是環太公司應為上訴人履行系爭工程合約之使用人無訛，此亦為上訴人所不爭執，而如上所述，環太公司於測量時，怠於清除地面雜草逕為測量，致測量結果與實際狀況不符，顯有過失，則依前開說明，上訴人即應就環太公司之過失，與自己之過失負同一責任，是上訴人就系爭工程為等候辦理變更設計停工之二百十六日，自有可歸責之事由。」（最高法院九十三年台上字第二二五七號以上訴不合法維持原判決）本件中，承攬人因定作人因素為辦理變更設計停工，工期因而展延二百十六日，法院認為承攬人得依不完全給付，請求因此多支付履約保證金之手續費之損失。
- II、 台灣高等法院台中分院九十一年重上字第八十七號判決：「被上訴人（按：定作人）雖辯稱用地無法解決，當有實際困難，非被上訴人一人之力即可當然解決，此與應注意能注意而不注意之情形，亦屬有間，土地問題並非注意即可達目的，故其無過失可言云云，惟被上訴人為公路建設施工之公務執行單位，對道路施工用地之取得，以及工程施工中相關路徑及管線遷移等豈能不事先妥為規劃處理，即得冒然規劃施工？如可如此規劃施工，其依據何在？被上訴人又何須事後再予以取得及排除？故此等施工用地之取得及施工路徑管線遷移等，自屬工程契約中定作人之從給付義務及附隨義務，其如能事先妥為規劃，取得用地及遷移管線等，自不會造成另須延

展工期之情形，則其應事先規劃取得用地及遷移管線等，而疏未規劃取得遷移，其規劃及執行本件道路工程，其有過失，極為顯然。被上訴人辯稱無過失云云，亦無足採。」法院因而准許承攬人依民法第二三一條第一項請求人工薪資及機具設備之必要費用。

亦有採否定見解之判決，例如：

- I、最高法院九十二年台上字第七八五號判決：「按依民法債編修正前第五百零七條規定，工作需定作人之行為始能完成者，定作人不為協力時，除契約特別約定定作人對於承攬人負有必要協力之義務外，僅生承攬人得否依該條規定解除契約之問題，不構成定作人給付遲延之責任。本件原審未調查審酌兩造之承攬契約，有無特別約定定作人有必要協力之義務，遽認上訴人負有給付遲延損害賠償責任，進而為不利於上訴人之判決，未免速斷。」
- II、台灣高等法院八十七年重上字第三八四號判決：「提供基地予承攬人施作僅屬協力行為，尚非給付義務，倘定作人怠未協力，僅承攬人得定相當期限催告定作人為之，定作人如不於期限內為協力行為，承攬人得解除契約，尚難認承攬人有請求定作人為工作必要協力之訴權。況民法第二百二十六條所定給付不能之損害賠償請求權，其要件為債務人負有給付義務，惟系爭工程合約定作人之給付義務係給付報酬，尚非提供基地之義務。」（最高法院九十二年度台上字第一四四九號判決以上訴無理由維持原審判決。）
- III、台灣高等法院八十六年重上字第四二〇號判決：「上訴人雖併依債務不履行之規定，請求被上訴人賠償此項損害，惟按工作需定作人之協力行為始能完成者，定作人之協力行為並非其義務，縱不為協力，亦不構成債務不履行。被上訴人為系爭工程之定作人，其未交付工地予上訴人施工，僅屬不為協力行為，尚難認被上訴人應負債務不履行之損害賠償責任。」（最高法院八十九年度台上字第九〇三號判決以上訴無理由維持此部分原審判決。）
- IV、工程界面仲裁案件之爭議<sup>491</sup>，仲裁判斷認為：「本件之『提供工作場地義務』，究屬何種義務，應先予澄清，蓋事涉聲請人得否依民法給付遲延之相關規定請求損害賠償。工作需定作人之協力行

<sup>491</sup> 工程界面仲裁案件之爭議：陳峰富撰述，〈工程界面仲裁案件之爭議〉王志興編，《工程仲裁案例選輯（I）》，頁197，頁208，中華民國仲裁協會，2000年12月，一版。

為始能完成，而定作人不為其行為時，承攬人得訂相當期限催告；若定作人不於前述期間為行為，承攬人得解除契約，民法第五百零七條定有明文。是可知定作人未履行協力義務時，承攬人依民法之規定僅得定期催告及解除契約。又依兩造合約一般條款第29.4條、第48.2條規定，關於不可歸責於本工程承包商，而可歸責於關連承包商所生之遲延及費用，本工程承包商應通知本件相對人，但不得向本件相對人請求補償；因不可歸責於本工程承包商之原因未能開工或開工後停工連續一八三天以上時，承包商得終止契約。相對人提供工作場地之義務，要非屬契約給付義務，而係契約協力義務，故本件應無民法第二三一條給付遲延損害賠償請求權之適用。」

### (3) 本文見解

#### I、 承攬人請求損害賠償

上述持否定見解之學說及實務案例，主要係以民法債編修正前第五〇七條僅規定承攬人得解除契約，因而認為當定作人不為協力時，承攬人僅得依該條規定解除契約，不構成定作人給付遲延之責任，其次係基於定作人得終止契約，因而認為定作人之協力無訴請強制履行之利益，故非給付義務。惟，民法第五〇七條現已增訂「並得請求賠償因契約解除而生之損害」，恐以上述理由認為承攬人不得請求損害賠償，再者，承攬人對於定作人之協力是否有訴請強制履行之利益，應有討論空間。

首先應探討定作人協力之性質，其是否為主給付義務？按定作人之主給付義務為給付報酬義務，定作人給付報酬義務與承攬人完成一定工作之義務為決定承攬契約類型之基本義務，定作人提供協力並無法決定承攬契約之類型，因此定作人之協力並非主給付義務。

定作人協力是否為從給付義務？從給付義務之發生原因，可能係基於法律明文規定、基於當事人之約定、基於誠實信用原則及補充的契約解釋<sup>492</sup>。因此，當契約約定定作人應提供協力，則定作人依契約有提供該協力行為之從給付義務，定作人不為協力時，承攬人除得依第五〇七條規定定相當期限催告履行後解除契約外，亦得依民法第二五四條規定

<sup>492</sup> 王澤鑑，《基本理論債之發生》，頁40，1999年10月。

為之<sup>493</sup>。如契約並未約定時，定作人協力是否為從給付義務？本文基於以下理由，認為定作人之協力應為從給付義務：

- i 民法第五〇七條規定定作人不為協力行為，承攬人得定相當期限催告、解除契約並請求損害賠償，定作人不為協力之法律效果，與債務人給付遲延之法律效果相同，亦即債權人得催告債務人履行、解除契約並請求履行利益之損害賠償。兩者在法律效果上相同，顯示立法者對於定作人違反協力之評價，與債務人違反給付義務相同。由於定作人違反協力時將發生損害賠償之責，並不僅只是遭受自己權利減損或喪失的不利益而已，因此協力義務具有對他義務之性質，且解除契約之法律效果，通常係在給付義務之違反時發生。
- ii 從給付義務之存在係為了補助主給付義務之功能，除了為完全履行債務人本身之主給付義務而生者，從給付義務亦可能係基於為了準備、確定、支持及完全履行相對人之主給付義務而來<sup>494</sup>。當定作人之協力係承攬人履行契約所不可或缺時，為支持承攬人完成工作，定作人應有為協力之從給付義務。
- iii 或有謂承攬人並不具完成工作之利益值得保護，惟，工程契約為一繼續性契約，承攬人在工程進行中不斷投入機具設備、材料、人力，持續花費施工成本，當定作人不為協力時，承攬人所支出之費用將會隨之增加，例如機具攤提折舊及閒置費用、機具維修保養費用、延長保險期間所增加之費用、管理費、待命或看管人員勞務薪資、工率損失、遲延後施工期間人員薪資及物料漲價等，甚至使承攬人轉盈為虧，此為工程施工契約較其他契約關係特別之處。其他契約中債權人不為協力，常見為受領遲延之情形，債務人所生之損害為提出及保管給付物之必要費用，除此之外並無其他損害，但在工程

<sup>493</sup> 最高法院七十九年台上字第一四四三號判決：「按「工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作為之，定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約」；又「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約」民法第五百零七條及第二百五十四條分別定有明文。查兩造於七十七年十一月十五日所成立之協調結論，既約定有關變更設計圖及材料，被上訴人（按：定作人）應於七十七年十一月三十日前交由上訴人（按：承攬人）辦理施工，被上訴人如未按期交付，上訴人仍須依民法第二百五十四條之規定，定相當期限催告被上訴人履行，於被上訴人逾期不履行時，始得解除契約。茲上訴人自承被上訴人未於七十七年十一月三十日依約交付水泥及變更設計圖，即對被上訴人表示解除契約，而未另為定期催告履行，按諸民法第二百五十四條規定，自難認已發生解除契約之效力。」

<sup>494</sup> 姚志明，《誠信原則與附隨義務之研究》，頁151，元照，2003年2月，初版。

契約並非如此，承攬人所受之損害亦非第二四〇條所可完全涵蓋，承攬人因定作人提供協力之利益應有保護之必要。

- iv 定作人是否為協力，承攬人無控制可能，仰賴定作人之決定及努力，基於誠信原則，承攬人應可期待定作人在履約時顧及承攬人之利益，為適當之協力以避免損及承攬人權益。再者，衡量風險分配，定作人對於可否為協力有控制之可能，未為協力之損失應由定作人承擔，且定作人可歸責時，更無將不利益轉嫁至承攬人之理由。

綜上，基於第五〇七條之法律效果、從給付義務之功能、承攬人之利益保護及協力為定作人控制範圍，本文認為民法第五〇七條定作人之協力義務應為法定之從給付義務。

民法第五〇七條，雖僅規定承攬人得解除契約並得請求賠償因契約解除而生之損害，而未規定承攬人未解除契約之情形，但不意味著第五〇七條之規定排除承攬人未解除契約時之損害賠償請求權，債務不履行之損害賠償，仍得適用債編總則之規定，承攬人未解除契約時，得依據民法第二三一條第一項請求定作人賠償其遲延協力所生之損害。

定作人遲延協力應負賠償之損害範圍，係與假設定作人未違反協力之情形相比較，因定作人違反協力，承攬人所受損害及所失利益，應可包括前述機具攤提折舊及閒置費用、機具維修保養費用、延長保險期間所增加之費用<sup>495</sup>、管理費、待命或看管人員勞務薪資及勞健保費用<sup>496</sup>、工率損失、遲延後施工期間人員薪資及物料漲價等。承攬人應證明實際支出費用之事實、支出費用之必要性以及因果關係。為日後能夠請求，承攬人應詳細記載施工日誌，並保存相關收據發票，就其用途詳為記載與說明，並請求業主之認可。以待命閒置費用為例，承攬人應對於在現場閒置待命之人工、機具做完整記錄及統計，並應就何以該等人工、機具無法他調至其他工程預作說明之準備<sup>497</sup>。

<sup>495</sup> 台灣高等法院九十三年上字第一二八號判決。

<sup>496</sup> 台灣高等法院台中分院九十一年重上字第八十七號判決。

<sup>497</sup> 李家慶，〈論工程展延之索賠--兼論棄權條款之效力〉，收於《工程爭議處理》，頁 51，2003 年 3 月。

在損害賠償請求權時效方面，承攬人據給付遲延請求損害賠償，消滅時效仍為十五年，不適用第五一四條第二項之短期時效<sup>498</sup>。

此外，承攬人是否因同意展延工期而免除定作人協力遲延責任<sup>499</sup>？按承攬人因非可歸責於己之事由遲延，本不負遲延責任，是展延工期，係增加工期，將原本完工期限延後，使承攬人不因非可歸責於己之事由逾期完工。承攬人同意定作人展延工期，係同意自己履行給付義務期限之延後，並非同意定作人可延後提供協力，除非承攬人有明確表示，否則無法依此推論承攬人已免除定作人之協力遲延責任。

## II、承攬人訴請定作人提供協力

定作人之協力義務是否得訴請強制履行，亦值討論。學者鄭玉波先生認為，定作人之協力，承攬人不得聲請強制執行<sup>500</sup>。楊芳賢先生認為，基於第五一一條規定，於承攬人利益之保護下，定作人得隨時終止契約，因此有關第五〇七條第一項規定之完成工作所必要之協力行為，定作人得不為之，承攬人對於定作人應為之協力行為，難認為具有訴請強制履行之利益<sup>501</sup>。

惟本文基於以下理由，認為承攬人應得訴請定作人提供協力：

<sup>498</sup> 台灣高等法院九十一年度上更(三)字第271號：「被上訴人(按：承攬人)主張上訴人(按：定作人)逾期定期限未履行開工協力義務，依系爭合約終止契約，而就被上訴人所受之損害，依債務不履行(遲延給付)規定請求損害賠償，而且終止權之行使，不妨礙損害賠償之請求，為民法第二百六十條、第二百六十三條所明定，被上訴人所行使者係債務不履行之損害賠償請求權，請求權時效為十五年，被上訴人於八十四年七月七日起訴請求上訴人賠償損害，並未罹於時效。」(最高法院九十三年度台上字第八三五號以上訴無理由維持原判決)

<sup>499</sup> 之所以提出此問，係因有論者認為，承攬人在定作人受領遲延期間，原可請求定作人受領遲延所生之額外必要費用，不但未為請求，抑且與定作人達成協議展延工期，其效果最低限度已自達成協議之時起解除定作人受領遲延責任。黃柏夫，〈「誠實信用原則」與「情事變更原則」如何適用於工程展期糾紛？〉，萬國法律，第108期，頁16，1999年12月。亦有某仲裁案例持相同見解認為：「因承攬人未就『準備給付之事情，通知債權人，以代提出』適時加以舉證，且承攬人亦同意工期展延，是承攬人主張定作人受領遲延，尚難採信。」王志興編，《工程仲裁案例選輯(Ⅰ)》，頁208-209，中華民國仲裁協會，2000年12月，一版。依上開推論，此等見解是否亦會認為，承攬人同意展延工期，有免除定作人遲延協力之責任？故本文提出此問題討論。

<sup>500</sup> 鄭玉波，《民法債編各論(上)》，頁387，三民書局，1997年8月，17版。

<sup>501</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論(上)》，頁656，元照，2004年10月，初版。



- i 在工程契約中，承攬人在等待定作人協力時，有照顧維持工地，並維持履約狀態之義務，其須持續花費施工成本直至定作人提供協力為止，承攬人需要定作人協力才能完成工作並請求報酬，承攬人應有請求定作人提供協力之利益。
- ii 如認為承攬人不得訴請定作人提供協力，承攬人於定作人不為協力致無法完成工作時，雖可依第五〇七條解除契約並請求賠償因契約解除而生之損害，承攬人似無遭受不利益，然實際上，承攬人如果繼續施工，其可在施工中努力降低工程成本將利潤最大化，反之，如工程無法繼續，承攬人依據第五〇七條請求之損害賠償，在扣除免為給付所得之利益時，承攬人欲證明其得以較低之成本完成工作，實有困難，承攬人依據第五〇七條所請求損害賠償，不見得對其有利。而且，承攬人如完成工作，亦有累積其經驗、實績之利益，此在注重承攬人能力之工程契約中應值得考量。
- iii 定作人雖可終止承攬契約，其仍應為終止之表示，始發生終止契約效力，在此之前，不應否認承攬人請求提供協力之權利。如認為承攬人不得訴請定作人提供協力，則當定作人不終止契約、亦不提供協力，承攬人欲完成工作而不願解約時，承攬人除請求定作人賠償遲延期間之損害外，無計可施，且遲延期間之損害，在遲延未結束之前，亦難全部計算，應讓承攬人得訴請定作人提供協力，使定作人決定是否提供協力或終止契約。

其次要討論的是，定作人之協力行為是否明確且適於強制執行？目前實務學說所肯認之定作人協力行為例如：定作人交付工地；定作人交付材料器材；定作人於工程依原圖說無法施工時為工程變更之指示，以及提出變更後之圖說；定作人檢驗材料；定作人審查承攬人提送之施工計畫；定作人申請施工所需之許可證照等。其中提供工地與提供材料器材，承攬人得請求定作人交出土地、交付動產。其他協力屬定作人應為一定之行為，多為不可代替之行為，應由定作人或定作人代理人為之，無法由他人代為履行，例如：（1）定作人提供圖說與指示：涉及定作人對工作之要求與本身之需要，並無法由他人提供圖說與指示，縱可由其他設計公司繪製圖說，仍必須經過定作人之同意，承攬人始得據以施工，無定作人之同意，承攬人亦無法以他人繪製之圖說施工；（2）定作人檢驗材料或審查承攬人之施工計畫：此涉及定作人之檢驗、審查標準，除非契約所約定者乃公認之檢驗標準，而可由第三人為檢驗，否則需由定作人親為檢驗；（3）定作人申請許可、證照：此為定作人必須向相關政

府機關申請，非承攬人或他人可代為申請。綜上，上開定作人應提供之協力，為不可代替之行為，應依強制執行法第一二八條第一項，以間接強制之方法執行。

綜上，在工程契約中，承攬人應可訴請定作人提供協力，在定作人遲延協力期間，承攬人因此所受損害得依民法第二三一條之規定請求賠償。定作人如不欲提供協力，其得依第五一一條終止承攬契約，除依第五一一條賠償承攬人因契約終止而生之損害外，對於遲延協力期間承攬人所受損害，亦應依民法第二三一條負賠償責任。

## 2. 類推適用民法第五〇九條

如前所述，本文認為，定作人未盡善良管理人之注意而不為協力時，承攬人得依據民法二三一條請求損害賠償，惟，在定作人違反協力，雖無故意過失時，承攬人是否得請求增加之成本，值得討論。

按定作人之協力行為，其有掌控能力，如承攬人必須承擔因定作人不為協力之不利益，並非合理。德國民法第六四二條第一項即規定：「定作人之行為乃（承攬人）完成工作所必要者，而定作人因其不行為而受領遲延時，承攬人得請求適當之補償。」，此條規定並不以定作人有過失為要件<sup>502</sup>，承攬人除得請求因此增加工作時間所得請求之報酬，亦包括人力、材料等費用或成本之增加<sup>503</sup>，給予承攬人相當之保護。

在我國並無類似規定，有學者認為，定作人遲延為其協力行為，以致承攬人依契約完成工作，成本或費用有所增加，宜類推適用第五〇九條規定之意旨，即因定作人事由所生之工作風險，宜由定作人承擔，而由定作人承擔此一部份之費用，承攬人並得請求增加工作之報酬<sup>504</sup>。亦有學者斟酌是否得類推適用第五一一條之規定，使承攬人就定作人之事由所生之遲延損害，在定作人不終止契約之情形下，亦得請求損害賠償<sup>505</sup>。

<sup>502</sup> 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，頁 140，2002 年 7 月。

<sup>503</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 657，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>504</sup> 楊芳賢，〈承攬〉，黃立編，《民法債編各論（上）》，頁 656，元照，2004 年 10 月，初版。

<sup>505</sup> 詹森林教授發言，黃茂榮等，〈承攬之終止與解除之效力-民法研究會第五次研討會記錄〉，

本文亦贊同定作人領域之風險應由定作人承擔，第五〇九條即係基於此意旨而規定，定作人遲延協力，與定作人供給材料之瑕疵或指示不適當同屬定作人風險範圍，應由定作人承擔不利益，故使承攬人得類推適用第五〇九條之規定請求定作人給付因定作人遲延協力期間所服勞務之報酬，應屬合理，此應包括成本之支出及合理之利潤。綜上，本文認為，定作人不為協力有可歸責事由時，承攬人應得依據民法第二三一條第一項請求損害賠償，至定作人無可歸責事由時，承攬人仍得類推適用民法第五〇九條之規定請求增加工作之報酬。然而就本文所蒐集之判決而言，此見解恐尚未為實務採納<sup>506</sup>。

### 3. 民法第二四〇條

在定作人遲延協力之爭議中，承攬人有援引民法第二四〇條之規定：「債權人遲延者，債務人得請求其賠償提出及保管給付物之費用。」，請求因定作人遲延協力所生之損害，在實務上亦曾出現調處建議認為，承攬人在遲延進場時，得依第二四〇條請求賠償<sup>507</sup>。

惟本文認為，定作人在承攬人工程進行中不為協力，並非構成受領遲延。按承攬人依契約應提出之給付，為一定工作之完成。在定作人不為協力，致承攬人無法進場、無法繼續施工之情形，承攬人尚未完成工

---

法學叢刊，第 166 期，頁 109，1997 年 4 月。

<sup>506</sup> 台灣高等法院八十七年度上字第一二六〇號判決肯認承攬人之主張，認為定作人違反協力義務，承攬人得類推適用民法第五〇九條之規定，請求給付已服勞務之報酬。惟此判決嗣後被最高法院九十年台上字第四六三號判決廢棄。

<sup>507</sup> 「審諸本案遲延進場既非可歸責於申請廠商，則系爭契約對此雖均有不予補償之約定，然此項免責條款之約定是否即如主辦機關所言，不論遲延多久均有其適用，且申請廠商也必因而拋棄任何求償權，實不無疑問。何況參酌一般工程慣例，任何工程施作往往會因其他關連廠商之施工遲延，而有所延誤，然而，就主辦機關所為之前述約定，一般有經驗投標廠商，當知因此一遲延而應由廠商承擔損失，會在一定合理範圍內，是則如超過一般有經驗廠商所能想像範圍之遲延，是否能仍視為得標廠商已合意承受全部損失，尤有可疑。...從而本案主辦機關於安裝場所已無法如期交付申請廠商施工時，未見採取積極之措施，對申請廠商所可能造成之損害予以防止，反欲以前述免責條款主張不負任何責任，似與民法誠信原則之要求有違，另有鑑於一般工程慣例及參考國內相關主辦公共工程機關之契約多賦予對連續停工達六個月以上時，得終止契約之權利等情事，本會認為有經驗之廠商對工程所能想像遲延範圍，似應以六個月為適當。因此對超過此部分之遲延，若非屬可歸責於廠商時，主辦機關可參酌民法第二百四十條：『債權人遲延者，債務人得請求其賠償提出及保管給付物之必要費用』規定予以賠償。」轉引自羅明通，〈論工期展延費用之風險分擔（下）-從「不可歸責於承商」之角度談起〉，營建知訊，第 233 期，頁 62，2002 年 6 月。

作，無法提出給付，亦無法以準備給付之事情，通知定作人以代提出，應不構成定作人受領遲延。換言之，當承攬人已完成工作，定作人拒絕受領或不能受領，始構成定作人受領遲延，也因為如此，承攬人依民法第二四〇條所得請求者，乃提出完成之工作後，因定作人受領遲延所支出之「提出及保管給付物之費用」。定作人不為協力造成承攬人無法進場、無法施工所增加之履約費用，承攬人不得依第二四〇條規定請求。

退步而言，縱如前開調處建議所述，此種情形承攬人可依民法第二四〇條請求，但第二四〇條「提出及保管給付物之必要費用」並無法涵蓋承攬人全部損害，之所以如此，係因民法第二四〇條規定僅對債務人已達交付給付物之程度作為規範之標的，受領遲延之損害僅有提出及保管給付物之必要費用；然在工作協力之情形，承攬人並非有一具體之給付物可交付定作人，其損害並非提出及保管給付物之必要費用，因此受領遲延之規定並無法完全涵蓋於工作協力遲延所可能導致之損害<sup>508</sup>。故國內目前仲裁實務鮮有以此做成判斷者<sup>509</sup>。

#### 4. 情事變更原則

討論定作人不為協力是否有情事變更原則之適用，可區分兩種情形：（1）定作人不為協力係因不可歸責於雙方之事由（2）定作人不為協力係因可歸責於己之事由。

##### （1）定作人不為協力係因不可歸責於雙方之事由

民法第五〇八條第一項：「工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔，如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。」依據此規定，工作物未完成前因不可歸責定作人之事由所生之損失是否可令業主負擔，似有疑問<sup>510</sup>。惟，承攬人是否負有給付危險，應視交易習慣及當事人間具體特約所認定之犧牲極限，犧牲限界為自誠信原則導引出之觀點，認為債權人超出誠信原則所定之犧牲限界，要求債務人履行債務，等於苛刻

<sup>508</sup> 蕭偉松，〈論營建工程遲延與情事變更原則之適用〉，頁 118，東吳大學法律研究所碩士論文，2001 年 8 月。

<sup>509</sup> 李家慶，〈論工程展延之索賠--兼論棄權條款之效力〉，收於《工程爭議處理》，頁 49，2003 年 3 月。

<sup>510</sup> 請參閱羅明通，〈論工期展延費用之風險分擔（下）-從「不可歸責於承商」之角度談起〉，營建知訊，第 233 期，頁 64，2002 年 6 月

行使權利，構成權利濫用，此亦為「締約基礎變更」、「經濟不能」之論點。承攬人在犧牲限界內負擔給付危險，超出犧牲限界時，則可調整當事人間對價關係或為解除或終止其間債之關係之前提<sup>511</sup>。以第五〇八條第一項之規定，謂工作物未完成前承攬人在任何情形下均應負擔給付危險，亦不得調整對價關係，並非正確。

## I、「非當時所得預料」

在定作人不為協力時，通常會引起停工或工程遲誤，因而在情事變更原則之討論上，焦點在於停工或工期遲誤多久可符合「非當時所得預料」之要件？就此，公共工程委員會曾於八十七年十二月二十三日邀請法律界與工程界專家共同討論「情事變更原則適用於公共工程採購」爭議，共有四種意見：一為個案判斷<sup>512</sup>；二是依工程慣例，應為六個月；三是在國際慣例上，應為九十天至一百八十天；四是依內政部七十八年六月十九日台營內字第七〇九〇四六號函敘有關「機關營繕工程契約訂定應符合雙方權利義務公平合理原則」說明四規定為三個月，始得請求調整合約金額。

實務適用情事變更之案例，有仲裁判斷採取六個月之標準，認為：「參諸現行工程實務，一般作法係以六個月（一百八十日）為定作人處理界面可能發生之遲延期間，故在兩造工程合約簽訂之後，因不可歸責於承攬人之事由，客觀之遲延狀況於超出合約完工期限六個月部分，如非承攬人締約時所得預料，如令承攬人僅能依原有合約金額請求，自有失公平，故該超出部分應有情事變更原則之適用，合約金額應受公平合理之調整。<sup>513</sup>」其他仲裁判斷亦有採取類似看法<sup>514</sup>。

<sup>511</sup> 黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 518，作者自版，2003 年 8 月，初版。

<sup>512</sup> 工程採購契約範本第二十一條第十目：「因非可歸責於廠商之情形，機關通知廠商部分或全部暫停執行，得補償廠商因此而增加之必要費用，並應視情形酌予延長履約期限。但暫停執行期間累計逾六個月(機關得於招標時載明其他期間)者，廠商得通知機關終止或解除部分或全部契約。」在機關通知廠商停工之情形，不論停工期間多久，機關得決定是否補償廠商必要費用，即讓機關在個案中裁量決定是否補償。自公法之角度言，機關之裁量需遵守行政法之基本法律原則，例如比例原則、目的原則、平等原則及信賴保護原則等，否則即構成裁量濫用而違法。在私法行為，其決定亦應遵守誠實信用原則及公平合理原則，而不得恣意為之。羅明通，〈論工期展延費用之風險分擔（上）-從「不可歸責於承商」之角度談起〉，營建知訊，第 232 期，頁 52，2002 年 5 月。

<sup>513</sup> 李宗德整理，〈情事變更原則於公共工程合約風險分擔約款之適用〉，王志興編，《仲裁案

另有法院判決將展延工期與原合約期間相比較，認為：「按契約成立後，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，民法第二百二十七條之二第一項定有明文…。本件系爭工程係因曾辦理六次變更設計，及被告之他標（空調、水電及共同管道）承包商施工延誤，暨被告未依約按時實施交通改道，致原告無法依原訂時程進場乃發生工期展延計七百零六日之結果，為兩造所不爭執。而查工期展延長達七百零六日，幾與原約定工期七百五十日相同，依一般常情，絕非兩造訂約時所得預料。」<sup>515</sup>

本文認為，如以工程慣例六個月為承攬人可合理預見之遲延期間，在工程實務案例中逐漸形成共識，可使風險之分配明確，有助於承攬人於投標時評估風險並予以適度規劃，一旦減少不確定風險因素之影響，可促進合理之標價，使定作人亦獲其利。但於此標準之外，其他因素如：展延工期期間與原工程期間之比例，工程複雜程度，展延工期之原因與承攬人因此所受之損失大小<sup>516</sup>，亦可能影響「承攬人合理預見之範圍」，並非以六個月為唯一之標準，在不同個案中亦應考量上開因素，以確實符合情事變更「非當時所得預料」之要件。

## II、「增、減其給付或變更其他原有之效果」

---

例選輯（Ⅲ）》，頁 122，頁，中華民國商務仲裁協會，1999 年 1 月，一版。

<sup>514</sup> 類似之仲裁案件判斷：「是以工程開工後，若發生(a)連續停工(b)停工達一八三天(c)且承包商不得請求賠償之情事，合約中已有明文，從而在展延工期一八三天之範圍內，應非屬「非當時所得預料」之情形，參諸現行工程實務係以六個月（一百八十日）為定作人處理界面可能發生之遲延時間，是此時之風險，既為承商可合理預見之範疇，當無情事變更原則之適用。…查本件工期展延達一二八六天，為原訂合約工期之二倍強，客觀上應非聲請人締約當時所得預見，故仲裁庭認為超出合約原定完工期限一八三天之部分，應准許聲請人請求公平調整合約價格，始為公平合理。」陳峰富撰述，〈工程界面仲裁案件之爭議〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（Ⅰ）》，頁 197，頁 211-212，中華民國仲裁協會，2000 年 12 月，一版。

「一般工程合約，自簽約後，迄工程開工為止，通常在六個月內，若超過此期間，合約則規定，定作人均同意承包商終止或解除契約，此有聲請人所提出之內政部合約範本、台灣省政府建設廳七十八年七月一日通令、台北市政府工程合約範本、台灣省政府住都局合約等為憑。從而本件工程此段期間遲延長達近二年之久，顯非雙方得預見。」蔡欽源撰述，〈工程合約簽訂後遲延簽發開工通知及交付工地之損害賠償請求〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（Ⅰ）》，頁 215，頁 231，中華民國仲裁協會，2000 年 12 月，一版。

<sup>515</sup> 台北地方法院九十一年重訴字第一二八二號判決。

<sup>516</sup> 請參閱李家慶，〈論工程展延之索賠--兼論棄權條款之效力〉，收於《工程爭議處理》，頁 48,50，2003 年 3 月。

情事變更之法律效果「增、減其給付或變更其他原有之效果」，必須依客觀之公平標準，審酌承攬人損失、定作人所受利益及其他實際情形，以定其增加給付之適當數額（最高法院六十六年台上字第二九七五號判例）。因此，實務上案例對於情事變更增加給付之數額，便出現不同之認定：

- i 部分仲裁案例係以承攬人合理預見之範圍為標準，認為超出六個月之部分，即為承攬人無法預見之部分，承攬人可依據情事變更請求增加給付<sup>517</sup>。
- ii 有以「承攬人因本件工程而實際上所支出之成本費用金額」加上合理利潤作為增加之給付<sup>518</sup>，對於承攬人所支出之成本費用，係以財務報表所示之虧損認定之，再參以營造業一般土木工程業之利潤標準以及過去幾年承攬人利潤之比率，酌定合理之利潤。
- iii 另有以承攬人提出之單據認定承攬人在展延工期中所增加之成本及費用<sup>519</sup>。

由於情事變更原則即在於調整不公平之契約效果，故必須在個案中決定如何調整始為公平，只要法院所定之增減給付或變更原有之效果，合於誠實信用原則即可（最高法院四十九年台上字第一四〇七號判決要旨參照），並無一定之標準存在。惟上開案例，有以超出六個月的部分增加給付，亦有就承攬人支出之成本費用認定，甚至加上合理利潤，其間差異可謂不小。如能就此類案例形成一定之標準，使風險分配更為明確，應有助於雙方評估風險。

此外，在工程契約適用情事變更調整給付時，應考量如何分配風險始為公平，當定作人不為協力時，如屬不可抗力情形，雖非可歸責於定作人，但定作人較承攬人有能力控制風險，此點應加以考量，例如在一案例中，公共工程爭議處理委員會認為：「審酌雙方當事人之陳述及案卷資料，本案民眾抗爭屬不可預料之情事變更，其所致廠商之損失，係

<sup>517</sup> 李宗德整理，〈情事變更原則於公共工程合約風險分擔約款之適用〉，王志興編，《仲裁案例選輯（Ⅲ）》，頁122，頁，中華民國商務仲裁協會，1999年1月，一版；陳峰富撰述，〈工程界面仲裁案件之爭議〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（Ⅰ）》，頁197，頁211-212，中華民國仲裁協會，2000年12月，一版。

<sup>518</sup> 蔡欽源撰述，〈工程合約簽訂後遲延簽發開工通知及交付工地之損害賠償請求〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（Ⅰ）》，頁215，頁231，中華民國仲裁協會，2000年12月，一版。

<sup>519</sup> 台北地方法院九十一年重訴字第一二八二號判決。

不可歸責於雙方，故在風險分擔上應由裁判者本諸衡平原則加以合理分配。復鑑於公共工程主辦機關掌握相當國家資源，在排除民眾抗爭方面自較承包商具更強之能力，本會認為本案應分配予環保署較大之風險責任負擔。」<sup>520</sup>

## (2) 定作人不為協力係因可歸責於己之事由

依本文之討論，在定作人違反協力義務為可歸責時，承攬人得依據第五〇七條第二項規定解除契約並請求損害賠償，或不解除契約而依債務不履行之規定請求損害賠償。除上述規定外，承攬人得否援引情事變更原則請求增加給付？

按情事變更須因不可歸責於當事人之事由而發生<sup>521</sup>，民法第二二七條之二刪除民事訴訟法第三九七條第一項「因不可歸責於當事人之事由致」之文字，並非捨棄此要件，此參增訂理由可知：「又情事變更，純屬客觀之事，當無因可歸責於當事人之事由所引起之事例，故民事訴訟法第三九七條規定『因不可歸責於當事人之事由致』等語無贅列之必要，併予敘明。」因此，如係可歸責於定作人而延長工期，所生之風險應由定作人承擔，承攬人得依據上開規定請求損害賠償，並無情事變更原則之適用。仲裁案例中有持此見解者，認為：「聲請人（按：承攬人）主張其係由於相對人（按：定作人）提供土地及土地使用權有所延誤，致工期延長所生之損失，亦應由相對人負擔，縱其所言非虛，因係可歸責於相對人之事由所致，自無適用情事變更原則之餘地。」<sup>522</sup>

但有仲裁案例在可歸責定作人之情形，適用情事變更原則，仲裁判斷認為：「惟相對人（按：定作人）罔顧實際工程需要，於出入口設計變更方案尚未完成前，即命令聲請人（按：承攬人）限期拆遷道路中央帶圍籬，使聲請人就系爭工程部分開口之圍籬面積減縮，聲請人於簽約

<sup>520</sup> 轉引自羅明通，〈採購法規範之範圍及公平合理原則適用於採購行為之界線〉，律師雜誌，第249期，頁39，2000年6月。

<sup>521</sup> 「情事變更為因可歸責於當事人之事由時，則當事人自應負擔其危險，不發生適用情事變更原則問題，故情事變更原則須因不可歸責於當事人事由始可。」鄭玉波，《民法債編總論》，頁398，三民書局，1996年11月，15版；林誠二，〈情事變更原則之再探討〉，本土法學雜誌，第12期，頁63、68，2000年7月。

<sup>522</sup> 張迺良整理，〈關於適用情事變更原則之工程仲裁案例〉，王志興編，《仲裁案例選輯（I）》，頁161，頁182，中華民國商務仲裁協會，1996年8月，一版。



時實無法預見系爭工程位在道路中央之開口，會在無圍籬架設之情況下進行投料、施作工程，更無法預料其工程配合道安會報決議中央圍籬帶圍籬拆除之執行，當屬不合理地運用權利修改、限制聲請人業經核對之工地區域，此種情事變更已超出聲請人訂約時所能合理預見之範疇，自非聲請人於簽約時所能預料。又此項情事變更是否因不可歸責於當事人所致？按所謂不可歸責於當事人之事由，依法理言，應指不可歸責於主張顯失公平之人即足，而非指不可歸責於被主張之人，查本件出入口變更設計，既應於八十五年七月一日以前定案，而相對人於該變更設計尚未定案前，即命令聲請人限期拆遷中央帶圍籬，自應認為是項情事變更係不可歸責於聲請人之事由。基上而論，聲請人主張本件仲裁有情事變更事實存在，核屬可採。」<sup>523</sup>

以上仲裁案例之見解應值商榷，本文認為，在情事變更適用之要件上，定作人可歸責之情形應不構成情事變更，且定作人對承攬人施工產生干擾，限制工地區域之使用，已違反協力義務，承攬人得請求不完全給付之損害賠償，亦無適用情事變更原則之必要。

#### 四、免除遲延賠償責任條款

在定作人不為協力時，承攬人得依上述規定行使其權利，但事實上，以免責條款免除定作人上開責任者，不在少數，例如「承包商不論以任何原因申請延長工期，如工程司以書面通知核准其延長之請求，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已作全部而圓滿之補償，承包商需放棄對該一事件再提出要求之權利。」

免責條款除非有無效之情形，否則既為雙方當事人同意，條款內容應拘束當事人。免責條款除了免除定作人損害賠償之責任外，依我國實務之見解，甚至可能限制情事變更原則之適用，最高法院八十年台上字第五二四號判決即謂：「如於法律行為成立時，即預見情事將有變更，雙方對之應如何調整給付，有所約定者，自無該條項規定（按：情事變更原則）之適用」。因而，雙方如就工期延長、無法如期開工，及不可

<sup>523</sup> 陳峰富整理，〈因行政處分致影響工率之損害賠償〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（II）》，頁232，頁247，中華民國仲裁協會，2003年7月。

歸責於承攬人事由之停工，約定有處理方式，依上開見解，無情事變更原則之適用<sup>524</sup>。

然免責條款之效力應受到法律之檢驗，不得以免責條款毫無限制地分配契約風險，避免契約自由遭到濫用。免責條款是否無效，應區分不同情形討論：

當定作人違反協力義務有故意或重大過失時，定作人以免責條款約定承攬人不得請求任何賠償，此等免責條款違反民法第二二二條：「故意或重大過失之責任，不得預先免除。」，依第七十一條之規定為無效。

定作人非因故意或重大過失違反協力義務時，免責條款之效力為何？在實務上大致可分為三種看法：1. 定型化契約之免責條款因違反民法第二四七條之一或政府採購法第六條第一項公平合理原則無效 2. 免責條款雖為有效，但符合情事變更之要件時得適用情事變更原則 3. 免責條款有效應予適用，整理討論如下：

#### （一） 定型化契約之免責條款因違反民法第二四七條之一或政府採購法第六條第一項公平合理原則無效：

承攬人本依情事變更原則得請求調整給付或依債務不履行之規定請求損害賠償，如定型化契約條款約定承攬人拋棄權利，使承攬人承擔難以預見之風險時，則該條款將違反公平合理原則、民法第二四七條之一而無效。例如：

1. 八十八年商仲麟聲仁字第六十五號仲裁判斷書<sup>525</sup>：「本件系爭合約一般規範 8.4 (7) 棄權事項中約定：『承包商不論以任何原因申請延長工期，如工程司以書面通知核准其延長之請求，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已作全部而圓滿之補償，承包商需放棄對該一事件再提出要求之權利。』依上約定，承包商不論是否可歸責於己之事由，不論遭受何種損失，一旦工程司對其核給工期，承包商均需放棄權利，此種約定顯將使承包商承擔難以預見之風險，衡酌前揭政府採購法第六條第二項（公平合理原則，現為第六條

<sup>524</sup> 最高法院九十三年台上字第一二七七號判決。

<sup>525</sup> 轉引自羅明通，〈論工期展延費用之風險分擔（下）-從「不可歸責於承商」之角度談起〉，營建知訊，第 233 期，頁 62-63，2002 年 6 月。

第一項)及公平會函文之意旨,自屬顯失公平,且系爭合約一般規範復係相對人預定用於同類工程合約之條款而訂定之契約,揆諸首揭民法修正條文第二四七條之一規定之意旨,系爭合約一般規範8.4(7)之規定應無適用之餘地。」

2. 台灣高等法院台中分院九十一年重上字第八十七號判決:「本工程之施工路段須被上訴人(按:定作人)解決用地、中油管線遷移、破堤等問題後,上訴人(按:承攬人)始能依約進行施工,惟被上訴人未能如期解決,甚且直至預定完工期限前仍未完全解決,致上訴人未能於預定期內完工,有如前述,則上訴人依民法第二百三十條規定:「因不可歸責於債務人之事由,致未為給付者,債務人不負遲延責任。」,對被上訴人不負有任何違約責任,被上訴人雖依約延展工期,惟此並非屬兩造於法律規定外另行約定對上訴人有利之條款。即非因承包商之責任所致之延期,依法本即不得列入工期,無待乎契約規定,故此規定,實未曾給予上訴人任何利益,但反之,如因被上訴人之原因所致之遲延,依民法第二百三十一條規定,被上訴人本須負損害賠償責任,然被上訴人卻執施工補充說明書第十六條之約定據以免責,該條約定,自顯係片面解除被上訴人之違約責任,並限制上訴人請求賠償之權利,顯失公平!且此條款係被上訴人一方預定用於同類契約者,其片面保障被上訴人,尤失公平!」、「且縱認上訴人於訂約時可預見系爭工程有展延之可能,惟被上訴人於本案中因可歸責之事由共計展延566天,達原預定施工日期之七成以上( $566 \div 780 = 0.726$ ),此情形已超乎合理期待,更非任何一位承包商於訂約時所能預見,故系爭工程合約第四條第三款所列公路工程施工說明書第一章總則第三·二節約定及施工補充說明書第十六條係由被上訴人一方預定用於同類契約之條款,且免除被上訴人之責任,對上訴人而言,實顯失公平,應符合民法第二百四十七條之一規定而無效。」
3. 台北地方法院九十一年重訴字第一二八二號判決:「按契約成立後,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,⋯而查工期展延長達七百零六日,幾與原約定工期七百五十日相同,依一般常情,絕非兩造訂約時所得預料。而依一般經驗法則,承攬人在工程工期展延期間,不論是待工期間或動工期間,均仍需投入相當之人力、物力及時間,暨因而支出機器主張其因工程工期展延致有增加施工成本及費用等語,與一般經驗法則相符,自為可取。原告(按:承攬人)既因展延

工期而有增加施工成本及費用，則如仍限制其僅得依契約約定請求給付，自顯失公平，故原告請求被告（按：定作人）就其因而所增加施工成本及費用部分，於合約約定外，再為增加給付，揆諸上開規定，洵屬有據，應予准許。至被告所舉之系爭工程合約第五條第六款約定，因係被告所提出之定型化契約條款，且係免除被告之責任，並規定不論可否歸責被告，原告均不得主張因工期改變所受之損失賠償，顯對原告不公平，故依民法第二百四十七條之一第一款規定，自屬無效。」

## （二）免責條款雖為有效，但符合情事變更之要件時得適用情事變更原則

免責條款雖為有效，但因貫徹條款之約定，將使得承攬人無止盡承擔因遲延增加之成本，依其效果顯失公平，符合情事變更原則之要件，承攬人可依情事變更原則調整給付，例如：

1. 仲裁判斷<sup>526</sup>：「參諸現行工程實務，一般作法係以六個月（一百八十日）為定作人處理界面可能發生之遲延期間，故在兩造工程合約簽訂之後，因不可歸責於承商之事由，客觀之遲延狀況於超出合約完工期限六個月部分，如非承商締約時所得預料，如令承商僅能依原有合約金額請求，自有失公平，故該超出部分應有情事變更原則之適用，合約金額應受公平合理之調整。」
2. 仲裁判斷<sup>527</sup>：「仲裁庭認為本件合約中，雖相對人關於延展工期部分，定有免除己方契約責任、使聲請人拋棄權利或限制權利行使之條款，惟系爭合約一般條款第 97.4 條、第 97.5 條已定有工期延展時，可依物價指數調整工程款之規定；第 48.2 條亦定有不可歸責承攬人之停工達一百八十三天以上，承攬人之契約終止權，故系爭合約已預留防免聲請人損害擴大之條款，尚無不公平之處。」、「查本件工期展延達一二八六天，為原訂合約工期之二倍強，客觀上應非聲請人締約當時所得預見，故仲裁庭認為超出合約原定完工期限一八三天之部分，應准許聲請人請求公平調整合約價格，始為公平合理。」

<sup>526</sup> 李宗德整理，〈情事變更原則於公共工程合約風險分擔約款之適用〉，王志興編，《仲裁案例選輯（Ⅲ）》，頁 122，頁 140，中華民國商務仲裁協會，1999 年 1 月，一版。

<sup>527</sup> 陳峰富撰述，〈工程界面仲裁案件之爭議〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（Ⅰ）》，頁 197，頁 212，中華民國仲裁協會，2000 年 12 月，一版。

亦有論者以雙方無免責條款之合意而否定免責條款之適用，與上述論點略有不同，其認為在雙方當事人於締約當時無預見可能性之情事變更而言，應非契約條款之內容所能包含，故不應推定當事人就無預見可能性之情事變更亦有免除損害賠償請求權之合意存在，在合理預見範圍以外之遲延，應無該免責條款之適用，債務人仍得主張情事變更原則<sup>528</sup>。實務見解例如一公共工程爭議處理委員會調處案例：「審諸本案遲延進場既非可歸責於申請廠商，則系爭契約對此雖均有不予補償之約定，然此項免責條款之約定是否即如主辦機關所言，不論遲延多久均有其適用，且申請廠商也必因而拋棄任何求償權，實不無疑問。何況參酌一般工程慣例，任何工程施作往往會因其他關連廠商之施工遲延，而有所延誤，然而，就主辦機關所為之前述約定，一般有經驗投標廠商，當知因此一遲延而應由廠商承擔損失，會在一定合理範圍內，是則如超過一般有經驗廠商所能想像範圍之遲延，是否能仍視為得標廠商已合意承受全部損失，尤有可疑。」<sup>529</sup>

### （三）免責條款有效應予適用

以上（一）、（二）兩種立場為否定免責條款效力或限制其適用範圍之見解，反之，有實務案例認為免責條款為有效，承攬人不得為任何請求，包括不得主張情事變更原則，例如：

1. 台灣高等法院八十九重上四七八號判決，法院認為承攬人為有經驗之承商，簽訂契約時應知悉契約內容是否公平並詳為斟酌，不得於事後主張契約顯失公平：「上訴人等係享譽國際之優良工程公司，興建巨大工程應有不計其數之經驗，工程合約約定內容，是否公平，亦應知之甚稔，簽訂契約時自應詳為斟酌，非得以事後再以所謂「定型化契約」、「顯失公平」等為其主張或抗辯之事由，否則，將有悖私法契約自由原則，更有礙法治之進步…」、「按本件工程合約總價達四十五億餘元，非寥寥之數，涉及多項之工程專業判斷，上訴人等係享譽國際之優良工程公司，興建巨大工程應有不計其數之經驗，復為多家廠商合作而投標，經驗及知識具相當之程度，其間關於投標文件及約

<sup>528</sup> 張南薰，《情事變更原則在公共工程上之應用》，政治大學法律研究所碩士論文，頁123，2000年7月。

<sup>529</sup> 轉引自張南薰，《情事變更原則在公共工程上之應用》，政治大學法律研究所碩士論文，頁122-123，2000年7月。

定之條款，豈有於事前毫無所悉，簽約時涉及爭議之事項，凡屬重大工程，應有所協商、溝通始能完成簽約手續，為眾所週知之事實，尚難認本件合約係屬定型化契約。另被上訴人（按：定作人）核准工期延長，相對地亦不得向上訴人請求逾期之損害賠償，上訴人於簽約後，已受領被上訴人交付之預付款四億五千萬元，被上訴人對於上訴人於施工期間工料上漲的補償，亦於一般規範第 9.3 條有訂定修正條款，基此，對於上訴人而言，本件第 8.4(7) 條約定，被上訴人如以書面核准上訴人（即承包商）延長工期之請求，應視為對上訴人所遭受之任何實際可能或延續之損失作圓滿之補償，上訴人放棄對該一事件再提出要求之權利等，亦難認有顯失公平之約定。」

2. 台灣高等法院花蓮分院九十三年重上更一字第 16 號判決，法院認為契約有防免承攬人損害擴大之約定，並非顯失公平：「查兩造所簽訂之系爭工程合約書於第十四條記載：「工期延長：因下列原因，致不能工作時，得照實際情況延長工期。一人力不可抗拒之事故。二甲方（定作人）之延誤」…故系爭工程合約第十四條延長工期之約定，即係在避免因被上訴人（按：定作人）之延誤造成上訴人（按：承攬人）不能工作時，仍須擔負逾期受罰之責任，對上訴人顯失公平，故設此項規定予以調和。另系爭工程合約第十四條及補充說明第二十四條規定於「非可歸責於上訴人之事由致停工超過六個月」之情形賦予上訴人終止合約之權利，以避免因被上訴人之過失造成工程長期延宕時，上訴人仍須配合完成工程，因而產生不公平之情形，已經分別就非可歸責於上訴人之事由致延誤工期「六個月以內」及「超過六個月」之情形預為約定，以調整雙方之權利義務關係。如上訴人因終止系爭工程合約而發生損害，而被上訴人於其損害之發生有故意或過失，亦非不得依據系爭工程合約及有關民法規定之適當解釋，請求被上訴人賠償損害。故「非可歸責於上訴人之事由致停工超過六個月」之情形一旦發生，上訴人本可在「終止合約」及「依原契約繼續施工」兩者間作出選擇，上訴人如認其透過人員、材料、機械之妥善調度（彈性調整），尚不致產生損害（成本增加），或其損害可以控制在一定範圍之內，且容忍該損害仍較終止合約為有利，自可選擇「依原契約繼續施工」以獲取預期中之工程利益；反之，則可選擇「終止合約」並請求損害賠償。據此，本院認為適用系爭工程合約之前述約定，亦無「顯失公平」之情形，上訴人主張依據情事變更原則請求被上訴人增加給付，更屬無據。」

#### （四） 本文見解

綜上所述，部分實務案例對於免責條款，採取「有經驗之承攬人是否得合理預見」之標準，如該展延工期情形，已非有經驗之承攬人得合理預見時，應認為免責條款無效而回歸任意規定之適用，或是肯定免責條款之效力，但就非承攬人可合理預見之範圍適用情事變更原則。蓋契約對風險之分配乃基於當事人意思所為，而當事人意思應以其可預見之風險為限，方為其對風險分配之真正意思，不得因契約中對某一風險有所規定，即不論風險程度如何，一律當成可預見之風險<sup>530</sup>。

本文贊同上述對免責條款效力加以限制之見解。在可歸責於定作人而違反協力義務時，承攬人原來可依據民法第五〇七條或第二三一條第一項請求損害賠償，定作人以定型化契約免責條款免除賠償責任，將可歸責於己之損失轉嫁承攬人，顯失公平<sup>531</sup>，免責條款違反民法第二四七條之一無效，承攬人之權利應回歸民法任意規定。

在非可歸責定作人之事由時，承攬人對於不可預見之情事變更，並無法與定作人合意免除遲延責任。蓋承攬人於締約時會評估計算其所承擔之風險，並將此風險以保險、提高報酬等方式移轉分散，如謂承攬人不論有無預見，均有承擔契約約定風險之意，承攬人將無法評估風險進而決定工作報酬，與事實不符，必定是在承攬人可預見範圍內之風險，承攬人才有評估、承擔之可能。因此，對於無法合理預見之風險，無法以免責條款加以分配，仍有情事變更原則之適用。退步而言，縱認為免責條款對於契約風險均可予以分配，該免責條款將使承攬人承擔無法合理預見之風險，如為定型化契約條款，亦有顯失公平之情形而為無效。

---

<sup>530</sup> 蕭偉松，《論營建工程遲延與情事變更原則之適用》，東吳大學法律研究所碩士論文，頁 96，2001 年 8 月。

<sup>531</sup> 請參閱公平交易委員會八十六年十一月二十八日(86)公貳字第八六〇五二二九六-〇〇五號函：「目前各機關營繕工程合約及施工須知常載有『承包商如因甲方（工程主辦機關）原因，或人力不可抗拒等因素，申請延長工期，且工程司核准其延長之請求，則承包商需放棄對該一事件再提出要求補償之權利。』類似規定，因延長工期原因不一，是否違反公平交易法，仍須視具體個案而定；惟如有可歸責於主辦機關，卻使交易雙方所負之風險顯不對等，而超過承包商可預期之完工風險，明顯減損營繕工程效能競爭，倘又未能就同一情事要求補償，則不排除涉有顯失公平之虞。」

至於免責條款是否因定作人承擔工期延長之時間損失，承攬人承擔工程延長之金錢或財物損失<sup>532</sup>，而可認為無顯失公平之情形？按非可歸責於承攬人之延誤，承攬人不負損害賠償責任，為民法第二三〇條之規定，定作人核准展延工期即在於使承攬人不負逾期完工賠償責任，惟此並非在法律規定之外給予承攬人利益，不得以此謂契約條款已顧及承攬人利益，而無顯失公平之情形。

## 第六項 展延工期

依本節前述之討論，定作人雖未依契約程序辦理工程契約變更，但定作人之其他指示或行為，造成承攬人施做契約外工作時，在上述各案型中承攬人有不同之請求權依據。在各案型中，無論是承攬人與定作人合意變更工作範圍，或因定作人方之事由（不為協力、提供材料瑕疵或指示不適當），致承攬人因而延誤工期時，承攬人無可歸責之情形，應依契約之約定向定作人申請展延工期，定作人就非可歸責承攬人之事由影響工程之要徑工作，應准予展延適當工期。定作人雖不予展延工期，惟承攬人如無可歸責事由，自不負遲延責任。定作人不得以承攬人給付遲延而終止契約，亦不得請求承攬人給付逾期罰款，蓋逾期罰款，係針對承攬人遲延責任約定之違約金，以可歸責為限，在承攬人不可歸責時，無適用之餘地。其他展延工期之問題請參本文第四章第五節。

## 第二節 承攬人自行施做

### 第一項 無因管理

---

<sup>532</sup> 實務上即出現此類條款，交通部國道新建工程局一般規範第 6.4.6「延期之補償」：「如延長工期之理由，係可歸責於國工局，承包商應於申請工期展延時，一併敘明是否有其他損失；如有，應載明損失項目，金額及證據資料，俾供審核；如無，應載明並無任何其他損失，未來亦不致以此事由請求補償或賠償。如申請延長工期之理由，係可歸責於承包商時，則承包商應不得提出工期展延申請，亦不得請求任何補償或賠償。如承包商延長工期之理由，係非可歸責於國工局，亦不可歸責於承包商時，則雙方同意，本件工程工期延長之時間損失由國工局承擔，工程延長之金錢或財物損失，由承包商承擔。換言之，承包商以上述有效理由申請延長工期，如工程司以書面通知核准其延長之請求，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已做全部而圓滿之補償，承包商需放棄對該一事件再提出要求之權利。」轉引自李家慶，〈論工程展延之索賠--兼論棄權條款之效力〉，收於《工程爭議處理》，頁 54，2003 年 3 月



承攬人就契約以外工作欲請求報酬，須係定作人有變更指示或雙方有變更契約合意之情形，僅有施做契約外工作之事實，並無法認定雙方就該工作有施做之合意<sup>533</sup>。如無定作人之變更指示，雙方亦未合意變更時，契約工作範圍以外之工作屬於承攬人自行施作，承攬人不得依契約請求報酬。然而承攬人施做契約以外之工作，是否成立無因管理而得主張民法第一七六條第一項之權利？

按無因管理乃管理人未受委任，並無義務，而為他人管理事務。所謂管理事務，凡任何適於為債之客體的一切事項均屬之<sup>534</sup>，承攬人完成工作，亦包括在內。又，對於契約工作範圍以外之工作，定作人無變更指示，亦未與承攬人合意變更工作範圍時，承攬人無施做該工作之契約義務，且在一般情形下<sup>535</sup>，承攬人亦無法律上義務施做該工作，符合民法第一七二「未受委任，並無義務」之要件。

除上述要件以外，無因管理必須管理人有為本人管理事務之意思，即以其管理行為所生事實上之利益，歸屬於本人之意思，始能成立（最高法院八十一年台上字第二三三八號判決參照）。承攬人是否具有為定作人管理事務之意思，值得討論。在客觀的他人事務，例如該契約外工作係為使契約工作得順利進行或增加契約工作之品質，則承攬人完成契約外工作可認定具有為定作人管理事務之意思。但在主觀的他人事務，例如承攬人購買材料尚未施做，承攬人就為定作人管理事務之意思，應負舉證責任。如承攬人施做契約外工作係為使定作人獲得利益，且工作有利於定作人、不違反定作人明示或可得推知之意思時，承攬人得享有民法第一七六條第一項之權利，可請求其為該工作支出之必要或有益之費用及自支出時起之利息，或請求定作人清償債務、賠償損害。

---

<sup>533</sup> 台灣高等法院八十八年上字第一〇五號判決：「又本件是否另有追加工程，應以兩造有無就追加工程達成承攬合意為斷，尚不得僅以承攬人所完成之工作範圍逾越原合約之範圍，遽認就逾越原合約範圍之工作物均有追加工程之合意。上訴人楊壽賢所主張之追加工程縱現場確有該等工作物，即現場確有原合約範圍以外之工作物，上訴人楊壽賢非不得另循其他法律途徑尋求解決，仍不得逕以現場有原合約範圍以外之工作物遽認兩造就追加工程確已達成合意。」

<sup>534</sup> 王澤鑑，《基本理論債之發生》，頁376，1999年10月。

<sup>535</sup> 例外情形如營造業法第三十八條規定：「營造業負責人或專任工程人員於施工中發現顯有立即公共危險之虞時，應即時為必要之措施，惟以避免危險所必要，且未踰越危險所能致之損害程度者為限。其必要措施之費用，如係歸責於定作人之事由者，應由定作人給付，定作人無正當理由不得拒絕。但於承攬契約另有規定者，從其規定。」承攬人在施工中發現顯有立即公共危險之虞時，有即時為必要措施之法律上義務。

惟在工程爭議案例中，承攬人鮮有「多管閒事」而施做契約外工作之情形，而多係承攬人以為定作人已為變更指示或認為雙方已合意變更，或是定作人堅持系爭工作屬契約工作範圍，承攬人雖認為其無義務施做，但為避免定作人以違約為由終止契約，進而施做契約外工作之情形。此等情形是否成立無因管理，不無疑問，以下分開討論。

如承攬人以為定作人已為變更指示或認為雙方已合意變更而施做契約外工作，是否可認為承攬人有為定作人管理事務之意思？此問題應視管理人基於履行契約之意思，是否得成立無因管理？對此，學說上有不同見解，持否定者，如王澤鑑先生認為當事人自始認為係在履行契約上義務，欠缺為對方管理事務之意思，不成立無因管理，應適用不當得利規定<sup>536</sup>。黃立先生認為，本於尚未發現之無效契約的作為，因為行為人只著眼於契約之履行，並無為他人管理之意思，依德國通說也不適用無因管理<sup>537</sup>。惟，亦有持肯定見解者，如鄭玉波先生<sup>538</sup>、孫森焱先生<sup>539</sup>認為，本無義務，誤信為有義務時，亦不妨成立無因管理。本文認為，無因管理之規範意旨一方面兼顧本人利益之維護，另一方面則在於獎勵互助合作之精神，故管理人是否具備為他人管理事務之主觀意思，極為重要，承攬人如自始認為係在履行契約上義務，則難認為符合無因管理制度之精神，不成立無因管理。

在另一情形，承攬人知悉其無義務施做，但為避免定作人以違約為由終止契約，進而施做契約外工作，是否成立無因管理？此情形下，承攬人之目的雖為維持與定作人之和諧關係以完成工作取得報酬，但亦有將該工作利益歸屬於定作人之意思（承攬人知悉其無義務施做）。依學者<sup>540</sup>及實務之見解，無因管理固須有為他人管理之意思，惟為他人之意思與為自己之意思不妨併存，故為圖自己之利益，若同時具有為他人利益之意思，仍不妨成立無因管理（最高法院八十六年台上字第一八二〇號判決）。是故，此情形承攬人雖有兼為自己利益的意思，只要有為定作人處理事務之意思，無礙無因管理之成立。

<sup>536</sup> 王澤鑑，《基本理論債之發生》，頁380,381，1999年10月。

<sup>537</sup> 黃立，《民法債編總論》，頁167，作者自版，1999年10月，二版。

<sup>538</sup> 鄭玉波，《民法債編總論》，頁89，三民書局，1996年11月，15版。

<sup>539</sup> 孫森焱，《民法債編總論上冊》，頁113，作者自版，1999年10月，修訂版。

<sup>540</sup> 鄭玉波，《民法債編總論》，頁88，三民書局，1996年11月，15版。王澤鑑，《基本理論債之發生》，頁379，1999年10月。邱聰智，《新訂民法債編通則（上）》，頁88，作者自版，2001年2月，一版。

以上情形，均係以適法（正當）無因管理為前提，如承攬人所施做之契約外工作，不利於定作人或違反定作人明示或可得推知之意思時，為不適法（不當）的無因管理，承攬人並無民法第一七六條第一項之權利，並須依民法第一七四條第一項負無過失損害賠償之責。除非本人主張享有無因管理所得之利益，應依民法第一七七條第一項，以所得之利益為限負第一七六條第一項對管理人之義務，抑或是承攬人能證明其管理係為定作人盡公益上之義務，或定作人之意思違反公共秩序善良風俗，始得享有民法第一七六條第一項之權利。

## 第二項 不當得利

### 壹、成立不當得利

如承攬人施做契約外工作，依前述討論可構成適法無因管理時，定作人受有利益係基於法律所允許之管理人無因管理之行為，自非無法律上原因（最高法院八十六年台上字第二二九號判決）。因此，須為適法無因管理不成立時，始有討論是否適用不當得利規定之必要。如不構成適法之無因管理，承攬人施做契約以外之工作，使定作人受有利益，無法律上原因，得主張不當得利請求返還<sup>541</sup>。

原則上，定作人因承攬人之勞務受有利益，承攬人之勞務依利益性質無法返還，定作人應償還其價額（民法第一八一條但書）。在定作人供給材料或提供材料購置之資金時，且由定作人取得工作物所有權時，定作人應返還之利益為承攬人之勞務，如依民法第八一四條但書由承攬人取得工作物所有權時，由定作人依第八一六、第一七九條向承攬人請求償金。除承攬人給付之勞務外，當承攬人以自己材料施工，定作人提供工作基底（動產或不動產）之情形，如材料與定作人不動產附合，成為不動產重要成分（第八一一條），或與定作人動產附合由定作人取得所有權時（第八一二條），承攬人亦得依據民法第八一六及第一七九之規定請求償金。如定作人未提供工作基底，承攬人以自己材料製成工作物（動產或不動產），或定作人提供基地而承攬人以自己材料為定作人

<sup>541</sup> 在法院判決中，此類案例較定作人指示工程變更或雙方合意變更工作範圍之案例為少，或許是因承攬人通常係基於定作人之變更指示，或因定作人有變更之表示或同意而施做契約以外之工作，而可認為定作人必須依契約計價，或解釋定作人與承攬人間有變更之合意，而得適用契約中計價之約定，較少見承攬人在定作人未有任何表示下自行變更工程。

建築者，該工作物（動產或不動產）所有權歸承攬人原始取得<sup>542</sup>，且因定作人並未指示變更或與承攬人合意變更契約，因此承攬人無移轉工作物所有權之義務，但如已將所有權移轉於定作人，定作人應依不當得利返還，但無法返還原物時，應償還價額。又，工作物除因毀損滅失、移轉所有權於他人而無法返還之情形外，如因功能、使用年限、價值均已與承攬人所交付之原物不同時，亦屬不能返還之情形，定作人應償還價額<sup>543</sup>。

上述承攬人之勞務、材料、工作物應償還價額之情形，通說採取客觀認定標準，認為價額應依客觀交易價值定之<sup>544</sup>。勞務之價額為取得該項勞務之相當報酬，材料與工作物之價額為市價，契約中詳細價目表及單價分析表之單價應可作為參考。定作人返還範圍應視其是否知悉無法律上之原因，如於受領時知無法律上原因或其後知之者，應將現存之利益附加利息一併返還，如有損害並應賠償，因此，當定作人與承攬人對契約工作範圍認定不一致時，承攬人因而施做契約以外工作時<sup>545</sup>，其應通知定作人，其施做之工作並非契約工作，使定作人可知悉承攬人之給付無法律上原因。

<sup>542</sup> 由於就該工作並無承攬契約存在，因此，認為應依承攬關係而使定作人取得工作物所有權之見解並不適用。

<sup>543</sup> 例如在臺灣高等法院台中分院八十八年重上更（二）第二二號判決中，承攬人主張系爭工程原設計不周延，為發揮功能，經定作人同意後有追加施作若干非原契約範圍內之器材，定作人否認有追加器材，並辯稱承攬人所施作之項目悉屬原契約範圍。法院則認為系爭器材皆非該工程單價分析表所列之工作項目範圍內，承攬人追加施作之器材非屬原合約範圍。而就系爭器材承攬人是否得請求償還價額，法院認為：「查兩造間就上開 AD/DA 數位式編解碼器、AOC 系統告警消除裝置、光纜熔接套管、光纖熔接清潔液、終端箱光纖接續頭、光纖熔接清潔棉、光纖電纜熔接、接續箱接著劑、電源模組、內線岔路器之使用及裝設既無契約存在，而該器材對系爭工程係屬必要，上訴人（按：定作人）目前有使用該設備，此為上訴人不爭之事實，則上訴人無法律上之原因而受利益致被上訴人（按：承攬人）受有損害，被上訴人自得本於上開規定請求上訴人返還。但該追加器材已與原工程附合，且電纜通訊設備，皆有其耐用年數，依財政部八十七年十二月三十日台財字第五二〇五三號函發佈修正的固定資產耐用年數表，在通訊設備細目中，架空電纜耐用年數為十年，其他通訊設備耐用年數則僅為五年，...因此通信設備器材的使用年限僅為五、六年，而被上訴人為上訴人所加裝之上開通信器材，迄今上訴人已使用十餘年，顯已無法返還功能、使用年限、價值相同之原物。上訴人抗辯其可輕易拆卸通信器材返還原物云云，並不足取。該追加器材既已無法原物返還，上訴人依前開條文規定，自應償還其價額。」（最高法院九十一年度台上字第一六二六號判決以上訴無理由駁回上訴。）

<sup>544</sup> 王澤鑑，《不當得利》，頁 193，1996 年 10 月

<sup>545</sup> 承攬人於此種情形下施做契約外工作，並不一定構成第一八〇條第三項「因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者」而無法請求返還利益，見下述討論。

承攬人是否因定作人受領工作物有法律上原因而不得主張不當得利？台灣高等法院八十八年重上字第三九七號判決認為：「本件工程費就鋼板樁、連續壁及油槽保護工部分，應係涉及工程變更，始增加之所謂「實作項目費用」。則依前述說明，上訴人（按：承攬人）自應舉證證明該等工程變更確係經由被上訴人工程司之同意，否則即不得請求被上訴人給付該款。...至上訴人備位主張依不當得利請求云云，然系爭工程係被上訴人委由上訴人承攬施作，工程完工驗收，被上訴人依承攬契約取得工作物所有權，被上訴人就工作物之受領而言，並無其他得利，是此部分上訴人依不當得利請求，亦屬無據。」按承攬人之義務為依圖說施做，承攬人依圖說施做並完成一定之工作，定作人受有利益有法律上原因，固無疑問，惟如承攬人施做圖說所無之工作，而因此完成一定之工作，則另當別論，蓋圖說所無之工作，非承攬人契約義務，承攬人為施做此部分工作而給付之勞務，為定作人受有之利益，且未在圖說中記載，無法律上原因，上開法院見解未慮及此，以定作人受領最後完成工作有法律上原因而否定不當得利，應有疑義。

## 貳、給付時明知無給付之義務

當承攬人依不當得利請求時，定作人多以第一八〇條第三款為抗辯，主張承攬人於給付時明知無給付義務，因此不得請求返還利益。按民法第一八〇條第三款「因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者」，不許給付之人請求不當得利，其立法理由在於：「清償債務人在給付時明知無給付義務所為之給付，於給付時明知債務不存在，而故為給付者，可推定其有意拋棄其所給付之請求返還權，故不得請求返還。」

當承攬人明知定作人未指示工程變更，又未與承攬人合意變更時，承攬人仍自行施做契約外之工作，依據第一八〇條第三款之規定，承攬人不得請求定作人返還利益。在最高法院九十三年台上字第一五七五號判決以及台灣高等法院九十三年上更（一）字第一六八號判決中，承攬人施做系爭工作，屬契約工作範圍外之工作，法院認為，承攬人未依圖施做，並未經定作人同意，且承攬人施做過程中以及初驗、複驗時均未為主張，是承攬人給付時明知無給付之義務，不得請求返還利益。

然而，如債務人之給付，係為避免強制執行或其他不得已之事由，承攬人並非有意拋棄返還請求權，參酌立法理由，應無此款之適用，債務人仍得請求返還利益。此可參最高法院七十四年台上字第一〇五七號判決要旨：「民法第一百八十條第三款所謂非債清償，須債務人所為給付，出於任意為之者，始足當之。若因避免強制執行或為其他不得已之事由，而為給付者，雖於給付時，明知債務不存在，仍非不得請求返還」又，由於此規定係屬例外規定，故應從嚴解釋其構成要件，對於有無債務，心存懷疑而為給付時，如確無債務，原則上仍應許其返還<sup>546</sup>。且明知無義務而任意給付，係以「明知」為其要件，不包括「過失」致誤認在內<sup>547</sup>。

因此，當承攬人誤以為系爭工作為契約工作而施做，嗣後主張不當得利，自不得以本款規定排除其返還請求權。如承攬人係因與定作人對契約工作範圍認定歧異，定作人要求承攬人不得停工，又無法認定定作人與承攬人有合意變更工作範圍時，承攬人為避免定作人終止契約或請求逾期罰款，不得不施做系爭契約外工作，依前揭說明，並非第一八〇條第三款「於給付時明知無給付之義務者」，仍得請求定作人返還利益<sup>548</sup>。

### 第三項 承攬人遲延責任

<sup>546</sup> 王澤鑑，《不當得利》，頁102，1996年10月。

<sup>547</sup> 最高法院八十五年台上字第二六三號判決：「又明知無義務而任意給付，不得請求返還，係以「明知」為其要件，不包括「過失」致誤認在內。上訴人引據錯誤，致發給林文喜及其餘被上訴人等「警勤加給」，係明知抑出於誤認，尤待澄清。」

<sup>548</sup> 台灣高等法院九十年度上更（一）字第三〇七號判決：「（二）上訴人（按：承攬人）得主張不當得利：按無法律上原因而受利益，致他人受有損害者，應返還其利益。雖有法律上之原因，而後已不存在者，亦同。民法第一百七十九條定有明文。本件就上訴人所主張之「追加工程」部分，雖不能認定兩造有承攬關係存在，然如確有追加之事實而符合不當得利之要件，被上訴人自應返還其利益。...是該協調會議記錄，雖不能證明兩造有另訂追加之新契約，然亦可看出所謂「追加」之部分，並非上訴人無端擅自「追加」施作，而係兩造對於該部分是否屬於「追加」滋生爭議而已，被上訴人猶在協調會中做成結論，請上訴人未經被上訴人同意，不得停工。...又被上訴人復辯稱：上訴人施作追加工程部分，乃係一種給付類型之不當得利，上訴人為追加工程施作時，明知無施作之義務，而仍為給付，應構成民法第一百八十條第三款規定：「因清償債務而為給付，於給付時明知無給付之義務者」之非債清償，而不得請求返還云云。惟查本件上訴人之所以施作上開追加部分之工程，乃係因工程事實上之需要，在被上訴人知悉之情況下所為，僅雙方對於該部分工程是否應列為「合約外工程」有所爭議，被上訴人且要求除非經被上訴人同意，否則上訴人不得停工，已如上述，因而上訴人乃繼續施作，故上訴人於給付時，並非明知無給付之義務，故被上訴人主張應適用民法第一百八十條第三款規定，亦不足採。」

如承攬人遲延完工係因自行施做契約外工作所致，原則上遲延應屬可歸責承攬人之事由，承攬人應負給付遲延之責。惟在例外之情形，工程必須變更才能繼續施做，而定作人又不辦理工程契約變更時，承攬人施做契約外工作，係為完成契約工作，其無可歸責事由，不負遲延責任。

## 第三節 漏項、實做數量差異與工程契約變更

漏項與實做數量差異雖非應辦理工程契約變更之情形，但承攬人多會主張應辦理工程契約變更，部分之法院見解、仲裁判斷認為應依誠信原則，依設計變更之方式辦理。因此，本節將討論漏項、實做數量與工程契約變更之關係為何？究竟得否辦理工程契約變更？

### 第一項 漏項與工程契約變更

「漏項」係指工程圖說明白顯示該工作應由施工承商進行施作，為承攬人之契約工作範圍，惟詳細價目表上對於該工作項目則未將之列入工程之計價項目（pay item）<sup>549</sup>。另外，實際工地狀況所需之工作，有時雖在圖說上並未記載，但由於承攬人合理勘查即可得知該工地狀況，且系爭工作屬該工地狀況所必要，因此亦屬於契約工作範圍，承攬人有義務施做，系爭工作項目在詳細價目表上未記載，亦屬於漏項。綜言之，承攬人依契約應施做之工作，卻在詳細價目表上未為記載，即屬於漏項之情形。

漏項屬於契約工作，前已述及<sup>550</sup>，本節探討之問題在於，承攬人施作後，得否以詳細價目表上漏載系爭工作項目為由，請求依工程變更程序追加工程款？

此問題首先應檢驗系爭工作項目係確屬「遺漏」？或是系爭工作項目之價格已為其他工作項目所包含，因而未將系爭工作項目記載於工程價目

<sup>549</sup> 李家慶，〈工程計價漏項之爭議〉，營建知訊，第 181 期，頁 61，1998 年 2 月。安信商務法律事務所，〈公共建設永續發展人才教育—各機關辦理公共工程常見司法爭議類型化之研究〉，行政院公共工程委員會委託研究，頁 III-8，2002 年 12 月。王伯儉，《工程人員契約法律實務》，頁 46，永然文化，1996 年 12 月，初版。

<sup>550</sup> 參本文第三章第三節第二項、參之討論。

表上？此為契約解釋問題，可參考其他契約文件之記載以及工程慣例，例如在一般工程習慣上，未記載於詳細價目表內之工作，如臨時設施或假設工程等，並非漏項，且承商於計算標價時，應將此等工作之成本包含在其中，因此承商不得額外請求費用。契約文件之記載方面，判斷時可觀察合約工程價目單之單價分析表，在諸多仲裁案件中，負責標單製作之細部設計顧問，其就原合約所做之解釋及對是否構成漏項所做之判斷往往亦可供作參考<sup>551</sup>。

例如調八八〇七〇號某高級中學夜間照明設備工程調解案例<sup>552</sup>：「施工圖樣上已載有『燈柱基座』施作項目，且詳細標明其尺寸，自應照圖施工，；況且倘若如工程估價單項目僅規定『燈柱』，而施作時不及於『燈柱基座』，則施作『燈柱』項目及無效用及失其意義，足見工程設計時之真意即包含燈柱基座之施工在內，並非工程漏項。」

上述見解認為，燈柱基座既為圖說記載，屬於承商應施作之工作，此點應無疑義。關鍵在於，如燈柱基座乃燈柱所不可或缺之工作，則承商於投標時，不可能僅考量不含燈柱基座之燈柱價格，因此，燈柱基座之項目雖未在工程價目單標明，但依交易慣例，燈柱基座之項目與價格已包含在燈柱之項目與價格中，不得另外請求。

如系爭工作項目屬於漏項，而非有意未記載於詳細價目表上之項目，承商得否請求依工程變更程序追加工程款？由於涉及總價契約與單價契約之不同特性，因此區分討論：

## 壹、總價契約

### 一、學說

- (一)、 有認為基於總價契約之精神，承商就圖說已記載之工作不得請求額外費用：

<sup>551</sup> 李家慶，〈工程計價漏項之爭議〉，營建知訊，第181期，頁63，1998年2月。

<sup>552</sup> 行政院公共工程委員會編印，〈政府採購履約爭議處理案例彙編（一）〉，頁176-178，2001年3月，一版



1. 工程圖說上的工作項目或數量較工程價目表上所載者為多：在總價契約之精神下，承商有在獲得總價此一固定報酬之前提下完成圖說上約定工作之義務，因此承商應在簽約前詳予估算圖說並將所需之工料費用估入工程價目表所約定之項目及數量中，業主可不再予以補貼或另辦新增項目手續增加給付工程款<sup>553</sup>。
2. 承商本應在總價金額範圍內施作該合約全部之工作，合約圖說及規範既已標示某工作應予施作，則縱該工作未在詳細價目表上列為計價項目，承商自不得就該工作項目之施作，另外請求業主給付額外之報酬<sup>554</sup>。

## (二)、 認為承商得額外請求費用者：

1. 一般國際工程慣例對於契約風險分擔原則大都以誰有能力控制風險即應由誰負擔為原則，對於工程圖說與詳細價目中工作項目及數量之爭議，因為承包商對於工程條款毫無表示意見之餘地，因此雖然投標前標單上已有註明若工作項目及數量有差異，承商應於投標時詳細計算，並將其差額分擔於其他項目中，此種規定應僅適用計算上正常誤差範圍，亦即由圖面幾何算術理論計算結果與現場實物實際尺寸之誤差，如果差異數量係因業主設計人員之人為錯誤所導致，責此種承包商無法控制管理之風險，依據一般國際工程慣例對契約風險之分擔原則，實不應轉嫁由承商承擔<sup>555</sup>。
2. 除統包工程合約以外，皆係由業主負責規劃及設計之工作，業主及其所委託之設計者，在投標前即已投注相當長久的時間及人力，用以計算數量、核對圖說、標單及其他相關文件之設計工作上。然而事實上，承商自領標至投標期間，通常為七至十天，不過短短數日的時間，較諸業主於設計規劃之時間，實無法期待參加投標之廠商，都能夠在投標時，確實依照圖說的記載，一一詳細估算數量。故投標廠商通常只能信任業主所提供之標單文件內容，作為計算投標價格之依據。倘若業主所提供之標單文件有發生錯誤或遺漏之情形，若不能給予承攬人合理之補償，則顯與我國民事法理中之公平正義

<sup>553</sup> 王伯儉，《工程人員契約法律實務》，頁 51，永然文化，1996 年 12 月，初版。

<sup>554</sup> 李家慶，〈工程計價漏項之爭議〉，營建知訊，第 181 期，頁 61，1998 年 2 月。

<sup>555</sup> 安信商務法律事務所，〈公共建設永續發展人才教育—各機關辦理公共工程常見司法爭議類型化之研究〉，行政院公共工程委員會委託研究，頁 III.一.10，2002 年 12 月。

及誠實信用原則有所違背<sup>556</sup>。

## 二、實務見解

(一)、 契約中已有約定漏項得辦理工程變更，則依契約約定追加工程款：

1. ○○高工技術教學中心新建工程案調八八一七號<sup>557</sup>：本件工程固為總價承包合約，惟工程投標須知已明定：「工程項目遺漏者（含單價分析表中之項目），得依契約工程變更之規定核實給付。」、「甲乙任何一方對契約工程之各單項數量有差異，而該項數量增減超過百分之十者，其超過部分應依行政程序辦理變更設計」，足見主辦機關就本工程項目漏列及數量增加逾百分之十部分，對申請廠商應有給付義務。
2. 台灣台北地方法院 88 年訴字第 3808 號民事判決：依據臺北市政府營繕工程施工說明書總則第七條第二款第二目「合約總價結算：無論合約內『總價估算之內容』如何，本工程應承造之項目及數量，應以合約工程圖樣及說明書所涵蓋者之全部為準，按合約總價結算，合約總價甲、乙雙方均不得變更。但工程項目遺漏者得依工程變更之方式核實給付。」於合約總價結算之情形，原則上合約總價不得變更，然上述規定，於工程項目遺漏得依工程變更之方式核實給付，於本件情形因屬工程項目遺漏，定作人既要求承攬人施作，其即有義務以工程變更方式變更合約總價，即為追加追減，詎定作人違反該規定，不為之，則承攬人逕自請求該部分之報酬，亦屬有據。

上述見解以契約條款中訂有「工程項目遺漏者（含單價分析表中之項目），得依契約工程變更之規定核實給付。」之約定，認為定作人就漏項應有給付報酬義務，惟兩案例之契約條文均約定得依工程變更規定核實給付，似指定作人有依工程變更辦理之權利，而非義務，是否得逕

<sup>556</sup> 黃泰鋒，〈總價合約請求增加給付之爭議〉，營造天下，第 73/74 期，頁 19，2002 年 2 月。

<sup>557</sup> 行政院公共工程委員會編印，《政府採購履約爭議處理案例彙編（一）》，頁 303，2001 年 3 月，一版。

認為定作人依上述條文應給付承攬人工程款，不無疑問。上述兩案例之結論並無錯誤，僅在論理上略過契約文義之考量。本文認為，除非條款有明確表示定作人就漏項有以工程變更規定追加工程款之義務，否則依據上述契約條款之文義，定作人得決定是否依工程變更規定核實給付，並無依工程變更規定增加工程款之義務<sup>558</sup>，惟定作人之裁量，仍應符合誠信原則，因此定作人受承攬人之請求，如無正當理由，應不得拒絕辦理工程變更增加工程款。

## (二)、 契約中雖未有漏項辦理工程變更之約定，但基於公平正義及誠信原則，認為應以變更設計方式調整增加給付工程款：

1. 組裝廠房整建土木工程總價承包工程風險歸屬契約爭議案<sup>559</sup>：一、總價承包合約如工程風險全部歸於廠商，則在業主所定圖說、工作項目、數量等如未能精確予以編列、說明或估算時，對承包商必有不公，本諸總價承包之精神，自應依民事公平、誠信原則為適當調整。另核諸內政部八十六年二月二十五日台八十六內營字第八六七二三三九號函所附工程契約範本第十二條工程變更所載，實已就總價承

<sup>558</sup> 在最高法院八十九年台上字第一〇九二號判決案例中，契約亦有漏項得依工程變更核實給付之約定，然承攬人請求定作人辦理變更，定作人未同意，則承攬人無法請求追加工程款：「(二)關於上訴人請求工程項目遺漏(含單價分析表中項目)之一百零一萬九千七百八十八元部分：依工程投標須知第十條(1)所載「工程項目遺漏者(含單價分析表中之項目)，得依契約工程變更之規定核實給付。」等語，而依兩造工程契約第六條規定「……，惟如追加減後增加金額達原契約金額百分之三十以上，……，其增加工程部分乙方(上訴人)得予拒……。」等語，易言之，即如增加金額未達原契約金額百分之三十，其增加工程部分，上訴人即不得拒絕。本件契約總價為三千六百八十萬元，有工程契約可稽，被上訴人所主張工程項目遺漏(含單價分析表中項目)金額一百零一萬九千七百八十八元，未逾契約總價百分之三十，依上開工程契約第六條規定之旨趣，並參以本件工程係採總價決標，而非實作實算之計價方式，上訴人身為營造商於投標之前，勢必對於承攬工程之所有程圖，逐一核算並先行估價，始得計出工程總價(即標價)，據以填入標單參與投標。是上開一百零一萬九千七百八十八元部分，上訴人應自行吸收，不得再向被上訴人請求。從而上訴人依承攬之法律關係，訴請被上訴人給付三百六十七萬五千九百六十五元及其法定遲延利息，尚屬無據，不能准許。爰將第一審所為上訴人勝訴之判決廢棄，改判駁回其訴，經核於法並無違背。至上訴人雖於八十三年十一月二十一日、八十四年一月二十六日函請被上訴人辦理工程變更設計，惟被上訴人迄未同意辦理變更，則本件工程款自應按發包之工程總價計算。上訴人主張按實做數量核實給付系爭工程款，自難准許。上訴論旨，仍執上開情詞，並就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由。」

<sup>559</sup> 行政院公共工程委員會編印，《公共工程爭議處理案例彙編(1)》，頁33，1997年11月。

包合約之工程項目，實作數量如較合約數量增減百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之，予以補充規定，其力求總價合約執行上公平、合理之本意，自可參照辦理。二、另基於舉輕明重之法理，總價承包合約有漏項者，自應比照上開變更設計方式，予以補充辦理，俾求公允。

2. 校舍整建工程標單缺漏爭議仲裁判斷<sup>560</sup>：定作人既然在招標文件中，嚴格限制投標廠商必須用其發給之標單、工程估價單、單價分析表，依式清晰列載填寫，否則無效，則其自有提供內容正確標單文件之義務，亦即其應就該標單文件之正確性負默示之保證責任。故倘因業主之過失，致該標單文件有疏漏錯誤者，業主自負有更正錯誤及防止損害發生之義務，倘其未善盡更正之義務，因而所致之損失，則無由承攬人全部負擔之理由，否則即與公平正義、誠實信用原則之民事法理有所違背。仲裁庭究明兩造所提事證及理由後認為，基於公平正義及誠實信用原則，本件應參酌內政部營建署前揭函文所附工程合約範本第十二條第三項規定<sup>561</sup>意旨，以變更設計之方式增加給付工程款，始屬合理適當。
3. 台灣台北地方法院八十八年重訴字第四五九號判決：「但因工程實務上所有招標廠商幾乎均以估價明細表所載項目為計價基礎，於招標前罕有多餘時間足將圖說與估價明細表詳予核對，…原告就此合約之準備已長達近三年之時間，反之，原告由領取圖說至開標，時間僅十四日曆天，其工作卻包括領取圖說、影印、閱圖、數量計算、合約文件研讀、訪價、估價、呈核、影印、裝訂、封標及送標，此為被告所不爭，則兩造於契約締約前資訊取得及掌控顯非立於平等地位，是承商僅能信賴業主所提供之圖說、資料及估價單等項目一致，而業主亦有相當義務確保圖說及估價單應無太大之差異，如業主所提供之圖說與估價明細表缺漏及數量差異程度高至不合理程度時，即難認業主於其定作之指示並無過失，因此所增加之工程款，如認業主仍得依「．．．．乙方認為並無漏估項目或數量，標單內原列項目及數量係供審察及參考之用，乙方法不藉任何理由要求加價並願照本合約造價、期限及圖說規定全部完工。」等條款，全數

<sup>560</sup> 陳煌銘，〈總價承攬契約標單缺漏爭議之請求依據〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（I）》，頁186-196，中華民國仲裁協會，2000年12月，一版。

<sup>561</sup> 「契約內工程數量因計算錯誤，致其實做數量與契約數量有顯著之差異者，甲方得依乙方之申請，以下列處理方式辦理變更設計：屬總價結算方式之契約，凡實做數量如較契約數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之。」

令承商負擔時，即非合理，依首揭規定，自應認該條款顯失公平，且業主履行契約，行使權利亦有失誠信。…至於漏項部分，因一般工程中，利潤及管理費所佔工程費用之合理比例為百分之十，是如漏項部分已逾工程費用之百分之十時，即應認為其缺漏情形嚴重，適用總價決標條款令承商負全責即顯失公平，而就超過部分，亦由業主依變更合約之精神核實給付。」

(三)、 認為依據總價契約性質及契約中免責條款約定，承商不得請求：

1. ○○局新建廳舍工程契約爭議案<sup>562</sup>：設計圖僅註明防水膜，未明示含防水膠，另在特定條款施工技術規範之施工要求中規定，凡屋內地坪等水平面均須塗佈一層防水膠。防水膠既示於施工規範內，而施工規範屬合約一部份，執行時應受拘束。本合約屬總價承包合約，且合約詳細價目表所列之「工作項目」及「預估數量」，僅供投標廠商參考，凡未列入詳細價目表之工作及其費用，均已分攤於其他有關工作項目內。本項防水膠之塗佈，應為防水膜施作過程中之一部，屬於承商依合約所定應施作之工作，非承商所稱設計圖、詳細價目表暨單價分析表未明列者即屬額外工程，而須由業主負擔。
2. 最高法院八十九年台上字第一〇九二號民事判決：「(二)關於上訴人請求工程項目遺漏(含單價分析表中項目)之一百零一萬九千七百八十八元部分：依工程投標須知第十條(1)所載「工程項目遺漏者(含單價分析表中之項目)，得依契約工程變更之規定核實給付。」等語，而依兩造工程契約第六條規定「……，惟如追加減後增加金額達原契約金額百分之三十以上，……，其增加工程部分乙方(上訴人)得予拒絕……。」等語，易言之，即如增加金額未達原契約金額百分之三十，其增加工程部分，上訴人即不得拒絕。本件契約總價為三千六百八十萬元，有工程契約可稽，被上訴人所主張工程項目遺漏(含單價分析表中項目)金額一百零一萬九千七百八十八元，未逾契約總價百分之三十，依上開工程契約第六條規定之旨趣，並參以本件工程係採總價決標，而非實作實算之計價方式，上訴人身為營造商於投標之前，勢必對於承攬工程之所有程圖，

<sup>562</sup> 行政院公共工程委員會編印，《公共工程爭議處理案例彙編(1)》，頁50，1997年11月。

逐一核算並先行估價，始得計出工程總價（即標價），據以填入標單參與投標。是上開一百零一萬九千七百八十八元部分，上訴人應自行吸收，不得再向被上訴人請求。」

3. 臺灣高等法院九十一年度重上字第四九五號民事判決：「查本件原設計圖就殘障坡道、花崗石扶手、花崗石檯面、售票口花崗檯面等工程確有設計（參見原設計圖圖號A 4-5），惟原工程合約書工程估價單並無此項工程數量及單價之記載。…依工程合約書第六條規定：「乙方（即遠揚公司）應依據設計圖樣及施工規範與說明書負責施工，如施工圖與說明書有不符之處，應以施工圖樣為準」，是以遠揚公司仍有依設計圖施工之義務。遠揚公司雖主張本件估價單既然漏列上開工程之數量，而合約書及設計圖均無數量之記載，則工程款應依遠揚公司實際施作數量計算之等語。但本件工程承攬為總價承包性質已如前述，而殘障坡道、花崗石扶手、花崗石檯面、售票口花崗檯面工程、伸縮縫工程、景觀外野排水溝部分，於設計圖說均有設計，遠揚公司自仍應依設計圖施工。雖遠揚公司估價時漏未估價，但依施工說明書總則第四條實地勘察規定，「承包人對各項文件均應切實瞭解，估價前須親至工程地點詳細勘察，．．日後不得藉詞要求補貼或加價」，而第五條第三項亦規定「標單內所列之項目及數量，僅供承包人之參考」等規定以觀，再依本件係依總價承包之上述性質，因認遠揚公司未自行於按圖說詳實計算估價所致之上開工程估價之「漏載」或「不足」所致之損失，係屬可歸責於遠揚公司之事由，且其事前即得容易查明事項，自不得任意請求超過工程總價上限外之工程款，此部分遠揚公司之主張本依工程合約請求再給付上開款項即屬無據。」

### 三、 分析

#### （一）、承攬人得否請求漏項工程款？

綜上，無論是學說或實務，均肯認總價契約中圖說記載某工作項目，該工作項目即屬於契約原定工作，縱使工程價目表上漏未記載，承包商仍有義務施作，不得主張該項工作為新增工作。

在承包商是否得請求漏項費用之爭議上，採否定看法者，乃由總價契約

之精神出發，認為漏項仍屬於工作範圍，承包商僅得請求原定契約總價，另外，對於將漏項風險歸於承包商之約款，亦傾向嚴格遵守契約約定之立場，依據該等條款，認為詳細價目表之項目及數量僅供參考，承包商應自行按圖估算，未按圖估算屬可歸責承包商之事由，承包商不得就漏項另為請求。

反之，持肯定看法者，則認為將風險全歸於承包商負擔顯不公平，再加上標單為業主提供，承包商必須依據業主提供之標單填寫，因此業主對標單有默示保證責任，標單有所疏漏應屬可歸責於業主，如以契約約定免除此項責任，該約定顯失公平而無效，業主應依誠信原則，以變更設計之方式增加給付工程款。又，內政部工程契約範本之規定並非案例中契約文件，不得直接適用其條款內容。在上述肯定見解中，有提及該契約範本，係因該範本對於雙方之風險分配符合公平原則，可為參考，藉以說明公平之風險分配狀態，並依據誠信原則，認為應依該風險分配狀態分配個案中當事人之風險，非謂直接適用契約範本之規定，不可不察。

本文亦認為，基於合理之風險分配，應由定作人承擔漏項之風險，理由如下：

1. 在美國法中，有法院見解認為採購機關默示擔保工程預估數量在合理範圍內精確的程度。如果採購機關在蒐集相關資訊及使用上未盡相當之注意，其對於誤導預估數量應負有責任。甚至有法院認為基於上開採購機關負有默示擔保責任，縱無過失，亦必須對不正確的預估數量負責<sup>563</sup>。業主既要求承包商依業主提供之標單填寫，不得更改，標單錯誤為定作人領域之風險，不利益應由定作人承擔始為合理之風險分配。
2. 總價契約中，使用詳細價目表之功用，在於工程契約變更之計價以及按完成進度按期給付估驗款，且在投標時詳細價目表可作為統一之比較基準，用以比較各投標廠商之能力，並節省投標時間與降低標價<sup>564</sup>，蓋投標廠商不必在投標時各自計算工程數量，可以節省時間與投標成本，降低投標成本應可降低標價，可謂業主享有使用詳細價目表之利益，是其亦應負擔使用詳細價目表之風險。換言之，業主應有提供正確工程價目表之義務，如因提供錯誤之價目表，反享有較多利益，有

---

<sup>563</sup> John Cibinic, Jr. & Ralph C. Nash, Jr., *Administration of Government Contracts* 253-254 (3<sup>rd</sup> ed. 1995).

<sup>564</sup> I.N. Duncan Wallace, *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract* 440 (1986).

違公平合理。

3. 雖然總價契約之精神係將成本增加與數量增加之風險分配予承商，但在雙方不可預見之事件發生時，尚有情事變更原則之適用，可見總價契約並非在任何情形下均將風險歸與承商負擔。尤其漏項係因業主未能詳盡核對圖說與詳細價目表所致，可歸責於業主，自不應僅以總價契約為由而一概使承攬人承擔風險。
4. 關於契約中約定：「承包人對各項文件均應切實瞭解，估價前須親至工程地點詳細勘察，．．日後不得藉詞要求補貼或加價」，承商有勘查工地、檢查標單之義務，而承商有無違反此義務，應視具體個案情形，不得因漏項即謂承商未按圖說詳實計算估價而認為可歸責於承商。對於估價計算之時間，應考量建築師之設計及發包文件之準備是一連貫之工作，其計算工程材料數量所需之圖面於設計過程中即逐漸建成電腦檔，依目前所使用之電腦程式，標單上應計算出之材料數量，可直接由其相容之程式直接算出，而承包一般並無設計圖檔，應僅獲有發包單位提供之標單電腦單（大部分機關尚未提供）<sup>565</sup>，如果業主設計單位在較長之準備時間中都無法按照圖說詳細估算，如何能期待承商在更短之時間內發現標單錯誤。在個案中，必須以一般有經驗承商之能力，斟酌投標時間之長短、招標文件之多寡、工程之繁雜程度，以判斷承商是否可歸責。如屬可歸責承商之情形，在適用誠信原則時，應為適當之調整，使業主與承商各應負擔部分之漏項費用。

惟依上述肯定見解所述，係以公平、誠信原則為適當調整，並認為定作人應以變更設計之方式增加給付工程款，究竟承攬人請求漏項工程款之依據為何，不無疑問。如係以辦理工程契約變更作為承攬人請求之依據，須定作人有變更之義務，承攬人始得請求定作人變更並給付工程款，然而漏項為契約工作範圍，定作人並無變更之義務，因此，工程契約變更並非承攬人請求漏項工程款之依據。但在上述部分實務見解中，認為定作人應以工程變更程序追加減工程款，應係受到如內政部契約範本規定之影響，再加上採購機關如欲增加工程款，必須依工程變更方式辦理，憑相關文件付款<sup>566</sup>，並非認為漏項為契約外工作而應辦理工程變更。

<sup>565</sup> 安信商務法律事務所，〈公共建設永續發展人才教育—各機關辦理公共工程常見司法爭議類型化之研究〉，行政院公共工程委員會委託研究，頁Ⅲ.一.14，2002年12月。

<sup>566</sup> 工程實務中如設計有變更，合約條件有變更，皆引用所謂「合約變更」、「變更設計」、「工程變更」之程序辦理追加減，因此工程變更於工程界中當認為係引用作為追加契約價金之正當程



如係以誠信原則調整契約關係，似為可行，然而誠信原則雖具有調整契約內容之功能，實務上亦不乏以誠信原則調整契約內容之案例<sup>567</sup>，但誠實信用原則在使用上應謹慎為之。蓋誠信原則係屬概括條款，乃開放性的規定，被典奉為帝王條款，君臨法域，但亦有稱之為猛獸，帝王難免「濫權流於恣意」，應受合理必要的節制<sup>568</sup>。基於誠信原則而言，所有條文無非誠信原則結合具體社會生活條件之化身，法律之適用不得背離具體社會生活條件，否則安定性將失所依循，交易秩序亦難穩定。因此，誠信原則云者，除非是宣示顯然不當之法律規定者外，須現有法典所構成之法律邏輯體系發生欠缺時，始可適用，不得捨棄現有之法律邏輯體系，動輒援用誠信原則<sup>569</sup>。

基於上述原因，有論者謂，在漏項之情形，承攬人應以民法第四九一

序。安信商務法律事務所，〈公共建設永續發展人才教育—各機關辦理公共工程常見司法爭議類型化之研究〉，行政院公共工程委員會委託研究，頁Ⅲ.一.15，2002年12月。

<sup>567</sup> 王澤鑑，〈民法總則在實務上的最新發展（五）—最高法院九○及九一年度若干判決的評釋〉，台灣本土法學雜誌，57期，頁64-65，2004年4月。該文所舉案例有，最高法院五十六年台上字第七八九號判例、最高法院四十七年台上字第一一八○號判例、最高法院四十九年台上字第一二八號判例、最高法院四十七年台上字第七三二號判例。

另請參最高法院五十八年台上字第二九二九號判例：「媒介居間人固以契約因其媒介而成立時為限，始得請求報酬，但委託人為避免報酬之支付，故意拒絕訂立該媒介就緒之契約，而再自己與相對人訂立同一內容之契約者，依誠實信用原則，仍應支付報酬。又委託人雖得隨時終止居間契約，然契約之終止，究不應以使居間人喪失報酬請求權為目的而為之，否則仍應支付報酬。」  
最高法院七十九年台上字第一八一○號判決：「經查被上訴人所繳納履約保證金五百四十一萬元係依上訴人所訂補充投標須知第八條規定按決標金額百分之十計算繳納，差額保證金一千零九十一萬元，則依投標須知第九條規定按所定底價與得標總價（未達核定底價百分之八十五者）之差額繳交。嗣工程縮減，工程款由五千四百零七萬四千七百七十五元減為一千五百萬元，其減縮額度高達百分之七十弱。依兩造合約，雖無應依減縮之工程總價比例核減保證金，並將溢收保證金退還之約定，第參諸前述繳交保證金係依工程總價之比例計算，上訴人自應按減縮工程款之額度發還保證金與承包人，方合乎誠信原則。」

以上均為誠實信用原則用以調整契約內容之案例，惟上述判決，均係在民法第二二七條之二制訂之前，在民法第二二七條之二制訂後，應先探討是否有情事變更原則之適用，蓋情事變更原則乃誠實信用原則具體化之條文（參民法第二二七條之二立法理由）。如此一來，欲以誠實信用原則調整契約關係將更加困難。

<sup>568</sup> 王澤鑑，〈民法總則在實務上的最新發展（五）—最高法院九○及九一年度若干判決的評釋〉，台灣本土法學雜誌，57期，頁73-74，2004年4月。

<sup>569</sup> 邱聰智，《新訂民法債編通則（下）》，頁406-407，作者自版，2001年2月，一版。另請參閱林誠二，〈再論誠實信用原則與權利濫用禁止原則之機能〉，本土法學雜誌，第22期，頁42，2001年5月。

條第一項規定作為其請求之具體依據，較援用誠實信用原則為恰當<sup>570</sup>。本文亦贊同誠信原則之適用應先窮盡現有法律規定適用後始得為之，至於承攬人請求漏項工程款之依據應為民法第四九一條第一項及承攬契約。按漏項工作項目為承攬人依契約應施做之工作，且因標單之疏漏致雙方於考量對價時未及之（無法為詳細價目表上其他工作項目所包含），可認為雙方並未就漏項有報酬之合意。於此產生另一問題，雙方僅有完成一定工作之合意而無報酬之合意，是否成立承攬契約？原則上，雙方必須就承攬契約必要之點亦即完成工作及報酬，達成合意，始得成立契約，然在承攬契約中，在當事人就關於一定工作之完成，是否應給付報酬雖未約定，但如有民法第四九一條第一項規定之情事，在具體案件仍有可能在當事人只就應完成之工作有一致之意思表示時，便已成立承攬關係<sup>571</sup>。從而，當雙方確有完成一定工作之合意，承攬人未表示願意無償施做，依當事人以往交易之情形、交易慣例或依據經驗法則經驗法則可認為承攬人非受報酬即不為完成工作時，承攬契約仍然成立，根據民法第四九一條第一項規定，視為允與報酬，承攬人得依據與定作人間之承攬契約請求報酬。

## （二）、承攬人得請求多少漏項工程款？

部分肯定承攬人得請求漏項工程款之實務見解，認為應比照內政部工程契約範本規定辦理：「屬總價結算方式之契約，凡實做數量如較契約數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之。」此規定係以該工作項目契約數量之百分之十為基準，逾百分之十之部分得增加工程款。但在漏項情形，詳細價目表漏未編列項目及數量，無從判斷漏列工作項目之契約數量為何<sup>572</sup>，無比較之基準，自無法比照該規定增加工程款。

是故，實務上對於承攬人得請求多少工程款出現不同看法，有法院見解基於「因一般工程中，利潤及管理費所佔工程費用之合理比例為百分之十，是如漏項部分已逾工程費用之百分之十時，即應認為其缺漏情形嚴重」之理由，認為在超過工程費用百分之十部分，應由業主負擔，而由於該案

<sup>570</sup> 盧仲昱，〈工程中涉及工程顧問之相關爭議處理—以契約漏項及設計監造報酬為例〉，收於《工程爭議處理》，頁 83-84，2003 年 3 月。

<sup>571</sup> 黃茂榮，《債法各論（第一冊）》，頁 410，作者自版，2003 年 8 月，初版。

<sup>572</sup> 陳秋華，〈漏項〉，古嘉諄、劉志鵬編，《工程法律實務研析》，頁 141，頁 146，元照，2004 年 12 月。

例工程費用百分之十為四千餘萬元，漏項費用未超過四千餘萬元，因此不得請求<sup>573</sup>。另有調處建議認為漏項應全部給付，應計算漏項之數量，依合約單價計價給付，並加上一定比例之利潤、管理費、保險及稅金<sup>574</sup>。亦有仲裁庭認為，承商得調整範圍應在與次低標廠商之價差範圍內，否則即無得標可能，並考量承攬人未發現漏項應負擔部分責任，因而認為以承商得標金額與次低標金額之價差扣除百分之十之利潤管理費後之金額，為增加之工程款<sup>575</sup>。就此問題目前尚無統一之見解。然無論如何，應考量承攬人未發現漏項是否亦可歸責，判斷標準應以一般有經驗承商之能力，斟酌投標時間之長短、招標文件之多寡、工程之繁雜程度等個案情形。可歸責於承商之情形，應可類推適用過失相抵原則，使業主與承商各負擔部份之漏項工程款。

## 貳、單價契約

總價契約漏項爭議中，業主常以總價契約僅給付固定報酬作為抗辯，在單價契約中，以實做數量計算報酬，在詳細價目表遺漏工作項目時，業主無法引用固定報酬之抗辯，拒絕給付漏項費用。然而，在單價契約中，如有規定：「凡招標文件所要求之工作項目而未列於工程報價單內者，其價款應分攤在各單價及一式總價內。」、「執行本合約所應辦理之工作均應包括在詳細價目表所示之價格內；該單未列明之工作應視同包含在該表相關工作項目之價格內…。」<sup>576</sup>，業主仍可能持上述條款主張承商不得請求漏項工作之報酬，因此在單價契約中，亦產生漏項爭議。

如前所述，漏項爭議首先應探討系爭工作項目是否確屬遺漏？或是系爭工作項目之價格已為其他工作所包含，因而未將系爭工作項目記載於工程價目表上？必須是其他工作項目價格無法包含之工作項目，才屬於漏項。上開條款未區分情形，一律將未載於詳細價目表中之項目視同包含在詳細價目表相關項目中，使漏項之風險一概由承攬人承擔，如為定型化契約條款，是否顯失公平而無效，應在個案中衡量當事人利益認定之。如該

<sup>573</sup> 台灣台北地方法院八十八年重訴字第四五九號判決。

<sup>574</sup> 組裝廠房整建土木工程總價承包工程風險歸屬契約爭議案。行政院公共工程委員會編印，《公共工程爭議處理案例彙編（I）》，頁41，1997年11月。

<sup>575</sup> 校舍整建工程標單缺漏爭議仲裁判斷。陳煌銘，〈總價承攬契約標單缺漏爭議之請求依據〉，王志興編，《工程仲裁案例選輯（I）》，頁195，中華民國仲裁協會，2000年12月，一版。

<sup>576</sup> 李家慶，〈工程計價漏項之爭議〉，營建知訊，第181期，頁62，1998年2月。

定型化約款無效，比照前述總價契約漏項爭議之討論，承攬人得依據民法第四九一條第一項及承攬契約，向定作人請求漏項工程款。

承攬人得請求漏項工程款之情形，雙方應就該工作項目協議訂定單價，並本於單價契約實做實算之原則，依照承商實際施作數量計算報酬。由於圖說已有記載漏項之工作項目，除非契約中約定應辦理工程契約變更程序，否則原則上不須辦理，可直接依據單價契約中計算工作數量之程序計算報酬。

## 第二項 實做數量差異與工程契約變更

工程師與承攬人係就設計圖樣估算所需數量，工程師將其所估算之工程數量記載於詳細價目表上，以供投標之承商參考。由於依設計圖樣估算會有誤差，可能發生承攬人依據圖說之記載施工，最後施作數量卻超出或低於詳細價目表所載數量之情形，一般稱為實做數量差異。

承攬人應按圖施工，在單價契約中，係以承攬人實際施做數量計算報酬，詳細價目表之數量本來即為參考，並不會有實做數量差異爭議。在總價契約中，實做數量差異之風險已透過契約約定分配於雙方當事人，承攬人應承擔數量增加之風險，定作人應承擔數量減少之風險，雙方不得主張增加或減少報酬，亦無無因管理或不當得利之適用。惟在例外之情形，實做數量差異過大，使得風險分配顯不公平時，是否得加以調整？此爭議與前述漏項爭議雷同，實務見解大致有下列看法：

### (一) 契約已訂有實做數量差異較契約數量增減達一定比例情形得

辦理工程變更之約定<sup>577</sup>，則按契約之約定辦理工程變更。

<sup>577</sup> 例如工程採購契約範本第三條（契約價金之給付）即約定：「(二)採契約價金總額結算給付者，工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達百分之十以上時，其逾百分之十之部分，得以契約變更增減契約價金。未達百分之十者，契約價金不予增減。」

內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約十五（工程變更）：「乙方應於工期二分之一前完成契約圖說之數量核算並提交甲方工程司，除契約圖說另有規定工程數量之核算時程者，從其規定，契約內工程數量因計算錯誤，致其實做數量與契約數量有顯著之差異者，經雙方核算屬實，以下列處理方式辦理變更設計：屬契約規定總價結算方式：(1)、其實做數量較契約數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之。…」

1. ○○高工技術教學中心新建工程調解案例<sup>578</sup>：「本件工程固為總價承包契約，惟工程投標須知已明定：「工程項目遺漏者（含單價分析表中之項目），得依契約工程變更之規定核實給付。」、「甲、乙任何一方對契約工程之各單項數量有差異，而該項數量增減超過百分之十者，其超過部分應依行政程序辦理變更設計」，足見主辦機關就本工程項目漏列及數量增加逾百分之十部分，對申請廠商應有給付義務。」
2. ○○國宅新建工程接續工程調解案例<sup>579</sup>：「本合約有關「若甲乙任何一方對合約之各項數量認為有差異，其增減超過百分之十者，超過部分會同相關單位核算後結算之。」規定之原意，係為力求總價決標契約之公平合理，乃以百分之十作為承商與業主風險分攤係數，類此規定有台灣省住都處合約條文第三項及嗣後內政部營建署訂頒合約範本第十二條規定，顯見此一條文雖文句語法與省住都處或內政部合約範本容有不同，惟其本意則一，仍以百分之十為風險分攤係數，尚無疑義。」
3. 台灣高等法院台中分院九十二年上字第二〇二號判決：「兩造合約第六條(一)項雖約定，「本契約文件之一切規定得互為補充，如仍有不明之處，以甲方（即上訴人）之解釋為準。且系爭工程招標之時，招標書所附之「承包商工程估價單」，第一頁即明載：「本工程數量僅供參考，承包商應按實際核算，決標後如有短少，承包商不得要求加價」等語。上開「承包商工程估價單」之第六頁亦載明：「一、標單上所列數量僅供參考，實際數量以圖說為準。．．．三、承包商應至現場實際勘查地形及環境，再行估價，對圖面、標單及施工責任分界點有任何疑問時，請於開標前提出討論，否則得標後一切以業主或建築師解釋為準，不得異議」等語，上訴人（按：定作人）因而抗辯合約第十二條所載「契約數量」應由伊解為建築設計圖之數量云云。然依第十二條第三項之約定：「契約內工程數量因計算錯誤，致其實做數量與契約數量有顯著之差異者，甲方得依乙方之申請，以下列處理方式辦理變更設計：屬總價

---

台北市政府工程採購契約範本第九條（工程結算）：「二、契約總價結算契約工程定作之項目及數量以契約圖說及工程施工規範之全部範圍，按契約總價結算。但有下列情形之一者，得依「採購契約變更作業規定一覽表」辦理契約變更修正契約總價：1．甲方需求變更者。2．契約詳細價目中施作項目有漏列或贅列者。3．除第二十條之情形從其規定外，契約詳細價目中施作項目之實作數量增減超過百分之十時，得由一方提出，並經雙方會同相關單位核算，就超過百分之十部分變更增減。」

<sup>578</sup> 行政院公共工程委員會編印，《政府採購履約爭議處理案例彙編（一）》，頁 303-306，2001 年 3 月，一版。

<sup>579</sup> 行政院公共工程委員會編印，《政府採購履約爭議處理案例彙編（一）》，頁 418-421，2001 年 3 月，一版。

結算方式之契約，凡實做數量如較契約數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之」。既已對因計算錯誤因而實作數量較契約數量增減百分之十以上之情形有特別之規定，自應適用特別之規定之條文。換言之有因計算錯誤因而實作數量較契約數量增減百分之十以上之情形，屬特別情形，應適用契約第十二條之規定，被上訴人得依申請辦理變更設計，如因計算錯誤因而實作數量較契約數量增減在百分之十以內者，則應適用原則之規定，即一概以建築設計圖之數量為準，被上訴人不得要求加價、不得異議之意。如此解釋，始合契約之本旨。上訴人上開解釋契約，核屬曲解，自不足採。」

4. 台灣高等法院高雄分院九十年重上更（一）字第三號判決：「況由圖說所表彰之工程規格，仔細核算出所需各種物料之數量、工資、機具之耗損等，須專業人士始可能為之，被上訴人（按：定作人）並不否認提供給投標廠商之單價分析表係由其所委任之建築師所製作，繪製圖說之建築師及據以核算工程項目及數量之人，既均相同，但仍可能產生計算錯誤、漏列工程項目等疏失，可見其估算之困難，若要求為承包商之上訴人自行核算並承擔其危險，顯然要求承包商要有高於建築師之能力，係屬苛責。又由定作人特別委託建築師設計並加以估算以提供投標廠商之資料，自足使接受之廠商產生其計算應為正確之信賴，參以前述，承包商於投標時就單價分析表上之工程項目及數量等，並無變更之權，則定作人將此種估算錯誤之風險全部歸之於承包商，亦屬違反公平及誠信原則。因此足認投標須知第十條第（一）項但書之規定，即在規範此種實做數量與契約所載不符時，以百分之十作為定作人與承包商間之風險分擔係數，投標前投標廠商仍應依圖說儘量估算以為投標之依據，若其信賴定作人之估算，則在百分之十範圍內，應自行承擔風險；反之，若定作人估算錯誤太大，超過百分之十，超過部分仍應由定作人承擔，以維公平。」（最高法院九十二年台上字第三三八號判決以上訴不合法駁回上訴。）

此類條款與前述漏項得辦理工程變更之條款相同，係約定定作人得依工程變更規定增減報酬，似指定作人有依工程變更辦理之權利，而非義務，惟定作人之裁量，應符合誠信原則，因此定作人受承攬人之請求，如無正當理由，不得拒絕辦理工程變更增加工程款。

（二） 契約中雖未有實做數量差異得辦理工程變更之約定，但基於

## 公平、誠信原則，認為應以變更設計方式調整增加給付工程款

1. 組裝廠房整建土木工程總價承包工程風險歸屬契約爭議調處案例<sup>580</sup>「總價承包合約如工程風險全部歸於廠商，則在業主所訂圖說、工作項目、數量等如未能精確予以編列、說明或估算時，對承包廠商必有不公，本諸總價承包之精神，自應依民事公平、誠信原則為適當調整。另核諸內政部八十六年二月二十五日台八十六內營字第八六七二三三九號函所附工程契約範本第十二條工程變更所載，實已就總價承包合約之工程項目，實做數量如較合約數量增減百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之，予以補充規定，其力求總價承包合約執行上公平、合理之本意，自可參採辦理。」
2. ○○年度一般小型零星工程計畫補助工程調解案例<sup>581</sup>：「總價承包契約如將工程風險全歸之於承商，則當業主所訂圖說、工作項目、數量等如未能精確予以編列、說明或估算時，對承商必有不公，故應依公平、誠信原則為適當調整。另核諸本會工程採購契約範本第三條及採購契約要項第三條契約價金之調整所載，實已就總價承包契約之工程項目，其實做數量如較合約數量增減百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之，予以補充規定，其力求總價承包契約執行上之公平、合理之本意，自可參採辦理。」

### (三) 依據總價契約性質及契約中免責條款約定，承商不得請求

1. 例如台灣高等法院八十五年重上字第三三七號：「其第十四條第四款、第五款則分別載：「投標廠商應將圖樣、說明書、工料細目、數量及單價詳細研究後，分別列明於標單內，倘因事前疏忽以致發生錯誤，事後不得提出任何要求。」、「本校標內所列各項目之數量，僅供參考，投標廠商應自行核算，如對細目有疑問，可予單價中自行調整但不得擅自更改標單數量，決標後得標廠商不得藉故要求增加包價，標單上不得附任何聲明或意見，否則該標單無效」等字樣；…其次，上訴人為甲級營造廠商，公司必設有專門技師，對於所領之建築圖說之數量、價格，詳

<sup>580</sup> 行政院公共工程委員會編印，《公共工程爭議處理案例彙編（I）》，頁33-42，1997年11月

<sup>581</sup> 行政院公共工程委員會編印，《政府採購履約爭議處理案例彙編（一）》，頁165-169，2001年3月，一版。

細計算核對後，方參加投標，此為上訴人投標時所應自行斟酌，若數量不符，上訴人應自行在單價中調整，不得藉故增加包價…。且系爭工程開標前，上訴人已經取得設計圖說，得自行核算施工所需材料、人工等數量及成本，並計算其參與投標之金額，即所謂「算標」，而上訴人自行核算結果，願減價至三千一百四十二萬元承造，自不能以設計人黃建興建築師設計有誤及被上訴人要求按照設計圖施工，而請求增加給付；其所謂，系爭工程糾紛，係肇於被上訴人之使用人即系爭工程之設計圖與標單上之數量不符，上訴人於開工後發現合約數量與實作數量不符，即通知被上訴人，惟被上訴人仍要求上訴人按照設計圖承作，工程款因而增加所致，上訴人得依民法第五百零九條之規定請求云云，自不足採。」（最高法院八十七年台上字第二〇七八號判決就上訴人請求被上訴人給付系爭工程實作數量差額工程款部分，以上訴無理由駁回此部分上訴。）

2. 嘉義地方法院八十五年度訴字第七四四號判決要旨：「本件工程合約，係採合約總價制，縱使原設計有部分數量不足，因原設計數量僅供投標人於投標前之參考，得標後如未經兩造合意更改契約之內容，自不影響原訂工程合約之效力，況且，既係合約總價制，自應就整體工程以觀，不應因合約中部分項目數量增加，即請求該增加部分之工程價金，置合約中高估數量部分於不問，從而原告依據契約、不當得利、無因管理等法律關係，請求被告給付工程價款，洵屬無據，應併其假執行之聲請，予以駁回。」
3. 板橋地方法院八十八年重訴字第二〇九號判決：「經查，原告主張其實作數量超過工程明細表所列數量，縱使屬實，惟系爭工程契約既屬「總價結算方式之契約」，而被告於投標系爭工程前已領取之施工說明書及設計圖說內復載明「標單內所列之項目及數量，僅供承包人之參考，在投標前承包人應自行實地勘察，按照圖說規定核對及詳細估算，如發現有遺漏錯誤時，承包人應於投標前或開標時，請求說明，否則開標後，所有數量不符與遺漏之項目，應視同已合併於其他相關項目估計在內」、「標單內所列工程項目及數量僅供投標人參考之用，投標前投標人應自行詳細審查，按照現場環境及設計圖說逐項核算，如認為項目漏列或數量計算短少時，可將所需費用併加於單價內或併入運什費、管理費內，再估算投標總價，不得於得標後，再要求增列費用」，上開施工說明書、設計圖說並均引用為兩造間工程契約之一部分，可見原告主張其實作數量超過工程明細表所列數量，縱使屬實，依兩造間契約之約



定，仍不得再向被告請求所逾數量部分之工程款，至為顯然。...今原告所主張：總價結算方式之契約，若實做數量與合約數量不符，增減金額逾百分之十以上者，承攬人應自行吸收百分之十部份之風險，逾百分之十者則由定作人承擔云云，顯然已超出系爭工程契約書第六條條文之文義範圍，非屬兩造就該條約定之本旨範圍內，則原告依該條約定請求被告給付所謂實作數量超過工程明細表所列數量（扣除所增加未逾百分之十部分）之工程款，本院自無從予以准許。」

4. 臺灣高等法院民事判決九十一年度重上字第四九五號判決：「又遠揚公司雖援引內政部八十六年二月二十五日台八十六內營字第八六七二三三九號函，認為「總價承包契約（總價結算）旨在由承包商遵照業主所訂圖說、規範、特定條款等完成工程，並按簽約總價結算，依理無數量計算錯誤或漏項等問題，並不得相互找補。惟鑑於工程總價承包契約在規劃設計上常具潛在性危險，對於雙方難免產生過高風險與責任，故此類契約在工程實務發展趨勢上，工程項目實作數量如較合約數量有所增減，且差額達一定程度者，率以變更設計增減之，此可由內政部八十六年二月二十五日台八十六內營字第八六七二三三九號函所附工程契約範本十二條變更『...屬總價結算方式之契約，凡實做數量如較契約數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，得以變更設計增減之。...』之規定得到佐證。故本第二期工程之強力地板、反力牆及基礎工程第一項混凝土，主辦機關理宜依上述內政部工程契約範本第十二條工程變更之規定精神核算數量，計價予申請廠商。」主張增加施作部分，在百分之十範圍內由自己吸收外，其餘均得向台北縣政府請求給付工程款等語。然而兩造並未將上開內容納入本契約，作為契約內容之一部分，自難以此拘束當事人，況且前開內政部函似認為由於工程規劃設計上常具有潛在不確定性，倘工程實作數量與契約數量相差太多，一律採取契約所定之總價計算工程款而不得變更，將有失公平，因此認為二者相差百分之十以上者，得以變更設計增減之，惟所謂「變更設計增減之」，仍應以雙方合意為之，否則承攬人恣意增減工程，除自行吸收百分之十之工程款外，均得向定作人請求給付，亦非得當。故遠揚公司所為上開主張，不足採信，併予敘明。」

#### （四） 分析

綜上，否定承商得請求工程款之見解，係由總價契約之精神出發，並

採嚴格遵守契約立場，以契約中免責條款認為詳細價目表上之數量僅供參考，承商應自行按圖估算，因此承商僅得請求原定契約總價。在否定見解中，有謂「所謂『變更設計增減之』，仍應以雙方合意為之，否則承攬人恣意增減工程，除自行吸收百分之十之工程款外，均得向定作人請求給付，亦非得當」（台灣高等法院九十一年重上字第四九五號判決），此見解恐非妥當，蓋承攬人係依圖說施做，實際施做數量較工程價目表之數量為多，因而請求增加達百分之十以上數量之工程款，非「恣意增減工程」，而且，承攬人如不按圖施做、恣意增減工程，定作人可拒絕不符合契約約定之工作，就非契約工作亦無給付報酬義務，不生法院所謂除自行吸收百分之十之工程款外均得向定作人請求給付之問題，換言之，承攬人不按圖施做之情形，並非此處實做數量差異之情形，法院以此否定承攬人請求，並非正確。

反之，認為承商得請求工程款之見解亦不少，蓋許多契約已有實做工程項目數量逾契約數量百分之十應辦理工程變更之約定。雖契約已有此約定，但在部分案例中<sup>582</sup>仍有定作人曲解此條款意義，認為所謂「契約數量」係指設計圖之數量，而非工程價目表之數量，因而主張承攬人依設計圖施做之數量，即使較工程價目表之數量超出百分之十，亦不得依契約約定請求增加工程款，必須是承攬人工程實作數量與圖說不符且增減超過百分之十之情形，才能適用。惟兩法院判決均駁斥定作人上開解釋，認為「契約數量」係指工程價目表上所記載之數量，僅有如此解釋此條款始具意義，而准許承攬人之請求，值得肯定。當契約無實做數量逾契約數量百分之十應辦理工程變更之約定時，實務見解則認為應依據公平、誠信原則為適當調整，認為不應由承商承擔全部風險。

按工程數量之估算不容易精確，加上實際工作時許多變數，且依照建築法與技術成規，對於數量計算並無明文規定，亦無一定數量準則，不同建築師或承攬人對於同一設計圖所估算之工程數量有所差異，或者實際施工之數量與估算之數量有所差異，在所難免。總價契約即將此類估算錯誤之風險，分配由雙方各自承擔。在合理之範圍內，應尊重契約對於風險之分配。但就承攬人無預見可能性之風險，難謂承攬人仍有與定作人就該風險分配達成合意，承攬人如對於數量之增減無預見可能性時，恐難認為無

---

<sup>582</sup> 台灣高等法院台中分院九十二年上字第二〇二號判決；台灣高等法院高雄分院九十年重上更（一）字第三號判決。

預見可能性之數量增減部分為總價契約中不加價之免責條款所包含，亦難以總價契約為由認為雙方就該數量之增減有報酬之合意，因此，應可依循本文前述針對漏項爭議之討論，依民法第四九一條第一項，使承攬人得根據承攬契約請求其無預見可能性之數量增減部分之工程款。

何種情形可認為係無預見可能性？目前諸多契約與實務案例均肯定以實做數量較契約數量增減百分之十為標準，或可以之為工程習慣，適當運用此標準合理分配雙方風險。但妥善解決之道，仍是訂定公平之契約，以契約明確、合理地分配風險，使雙方均有所依循，不致於在爭議發生時，造成意外之損失。