第一章
工程契約概論

◎動腦思考 1

■說明

本案案例事實涉及爭議在於當承包商實際投保工程保險的保險費支出低於詳細價目表上的保險費金額時，機關究竟應以詳細價目表上的保險費金額給付？或以較低的實際支出金額給付？實務上經常產生爭議，本文認為除非契約已明文規定保險費係依承包商實際支付的金額給付外，否則業主仍應依詳細價目表上的價額給付，理由如下：

一、詳細價目表及其工作項目的法律效力

在由承包商投保且保險費單獨列項編列的契約，工程於決標訂約時，詳細價目表中的保險費金額多係按決標金額與預算金額的比例，再以預算書中編列的保險費金額與上開比例的乘積後的金額，作為詳細價目表中的保險費金額，保險費既是以單獨列項的方式編列，即屬獨立的一項「工作項目」，簽約後履約中，業主是否可主張承包商實際支出的保險費低於詳細價目表中編列的保險費價額，而以實際支出的金額給付，首應探討的是詳細價目表及其工作項目的法律效力。

詳細價目表乃界定工程的各個工作項目的工作數量及單價，業主於辦理招標時，招標文件中通常會提供詳細價目表，詳細價目表的內容主要為工程的各個工作項目名稱及其概括數量，以提供投標廠商估價使用。工程實務認為詳細價目表上的數量通常僅是工程完成的概括數量，並非最終完成的數量，其重要的功能為作為招標時廠商估價、報價及辦理契約變更時的估價參考，因此詳細價目表的工作數量除契約另有約定外，應僅具參考的作用而不具拘束力，但是詳細價目表終究還是契約文件之一，實務雖然認為工作數量不具拘束力，惟其餘諸如工作項目及其單價，仍具有契約拘束力，功用在於提供工程估驗或驗收結算之用，因此，除非契約另有約定或循契約變更程序變更價金，不容任何一方單方予以變更；而在總價結算契約，以及雖係實作數量結算契約但屬詳細價目表中的一式計價項目，契約單價及總價（總價結算契約）以及一式計價項目保險費（總價結算或實作數量結算契約）的複價亦具有契約拘束力，契約雙方均不得任意予以增減價金；最高法院判決即謂「系爭契約應係採總價決標之招標模式，上訴人（即機關）所給付之操作管理費，已內含所有履約費用及風險，兩造均不得將其中各事項割裂單獨分離觀察…。」[1]工程會 97 年 12 月 3 日工程企字第 09700502110 號函及 88 年 10 月 27 日(88)工程企字第 8817112

[1]最高法院 97 年度台上字第 967 號民事判決；本號判決背景雖係委託操作垃圾焚化爐之契約，然契約性質亦屬承攬契約，與公共工程契約相同，且亦係採公開招標，總價決標辦理，性質相通亦可適用在本文案例。

號函亦謂「…工程保險費於契約之支付方式，採總價結算之營繕工程，如契約內載有保險費單項金額，承包廠商依契約規定投保，其實際支付保險費用，雖低於契約所列該項目金額，機關仍應依契約所列金額支付廠商…。」

二、有助於鼓勵廠商投入風險管理成本以預防風險並創造雙贏

工程保險若是由承包商自行投保，履約能力良好、較少出險及投入較多風險管理成本的優良廠商與保險公司就工程保險保險費的議價空間也會較大，較有利於優良廠商競標，因此越優良的廠商於得標後購買工程保險的保險費支出也就會越低，業主此時若以承包商實際投保工程保險的保險費支出低於詳細價目表上的保險費價額，主張僅以實際支出的保險費價額給付，形同讓優良廠商失去此一競爭優勢，也不利於鼓勵廠商投入風險管理成本以預防風險，對於業主是好是壞可想而知；因此工程會 100 年 11 月 4 日工程企字第 10000418530 號函頒之「常見保險錯誤及缺失態樣」即將「…三、保險金額…(四)…廠商依契約實際投保後，保險費收據之金額與原投標文件所載金額相近，機關僅願依保險費收據金額付款。」列爲錯誤態樣。

三、工程預算及契約文件由誰編列及擬訂，錯誤的風險就由誰負擔

公共工程契約工程保險費的編列，不論是採合併列項或單獨列項，於編列工程預算時均已將工程保險成本估算入工程費內，不同點在於詳細價目表中是否單獨編列工程保險的工作項目及其金額，實務上只有單獨列項的方式會出現如本案的履約爭議，依工程會 101 年 12 月 21 日工程企字第 10100474650 號函釋「政府採購法第 46 條第 1 項規定：『…底價應依圖說、規範、契約並考量成本、市場行情及政府機關決標資料逐項編列，由機關首長或其授權人員核定。』機關應妥爲編列保險費用，避免發生無法反映投標廠商成本或高估、浮報價額之情形。爲避免保險費單獨列項衍生契約雙方就保險費給付之爭議，建議將工程保險費與廠商利潤管理費用合併列項。」既然預算及底價係由業主編列及核定，承包商無從參與及影響，編列高估的錯誤風險自應由業主承擔；其實工程採購若是採公開招標等公開且以總價決標方式辦理，廠商投標前看到的只是密密麻麻的工作項目及數量，業主並不會把預算書的各工作項目編列的單價對廠商公開，廠商也就不會知道預算書內編列的保險費以及其他工作項目的單價，廠商只是以整個工程爲基礎計算工程報價，經公開競爭的機制透過價格競爭取得標案，並依招標文件約定依得標標比計算各工作項目的單價及總價，業主實在不能因編列預算時工程保險費經費高估或計算錯誤，而主張以承包商實際支出的金額給付，若此一做法合理，其他工作項目是否亦應逐項檢視承包商之取得成本並逐一扣減契約價額，如此契約履約豈非大亂，亦會造成不合理的風險分配，又倘使承包商取得成本高於詳細價目表的價額時又當如何？承包商是否亦可比附援引要求增加給付？如此於本案亦讓業主反而因自身的疏失或錯誤而得以扣減承包商的保險費 110 萬元，形同由業主單方面將決標金額 4 億元降低爲 3 億 9,890 萬

元，益見其不合理而違約之處。

其實若從詳細價目表的功能來看，功能之一顯然是要避免上開逐一檢視諸多工作項目單價或一式計價項目工作數量及價格的爭議並提高行政效率，否則若需逐項檢討承包商的取得成本，又何需訂定契約！再者，契約要求工程申請估驗或驗收付款時需提出工程保險單及收據的目的是為了確認承包商是否已依契約規定投保工程保險，並非為了讓業主調查承包商投保保險支出的費用，並依保險費收據上的保險費金額變更詳細價目表上約定的保險費金額。就此工程會 101 年 12 月 21 日工程企字第 10100474650 號函釋即謂「已決標工程，契約如訂有增減保險費用之特別約定者，依契約約定辦理；如無特別約定者，依上開函釋辦理。尚未決標之工程，招標文件請勿訂定『多要退、少不補』條款（即契約所列保險費用金額較廠商實際支付金額為多者要退，契約所列保險費用金額較廠商實際支付金額為少者不補），以免與本法第 6 條第 1 項所定公平合理原則未合。」[2]

四、投保方式選擇權在於機關，契約產生爭議時應朝不利於業主的方向解釋

工程保險的投保方式既然業主可以另行編列預算自行採購，或編列於發包工程的工作項目中而交由承包商投保，既然投保方式的選擇權在於業主，業主不採自行投保、實支實付或合併列項等方式以避免承包商投保工程保險支出的保險費低於詳細價目表之保險費金額的爭議，而採取單獨列項方式，於詳細價目表中單獨編列保險費的工作項目，契約發生爭議時，自應朝不利於業主的方向解釋，亦即不應容許業主以承包商投保支出的金額低於詳細價目表的價額為由，而以承包商實際支出的保險費金額給付。

五、就上述爭議，工程會工程企字第 10400157160 號函釋如下：

(一)採購契約約定由廠商投保保險者，保險費於契約詳細價目表中之列項方式，採購法並無明文規定，實務上以單獨列項或與利潤、管理費等合併列項二種方式，均未違反本法規定。

1、保險費採單獨列項乙式計價方式者：

(1)廠商保險項目報價如無不合理情形，勿強以機關預算調整單價。

(2)保險項目與其他工程計價項目並無不同，契約要求廠商提供保費收據副本及保單，其目的係為確認廠商是否依契約約定投保，除契約另有約定外，尚非以收據作為付款之依據。其金額之支付，本會 88 年 10 月 27 日(88)工程企字第 8817112 號函及 97 年 12 月 3 日工程企字第 09700502110 號函已有釋例。

(3)爾後招標文件請勿訂定「多要退、少不補」條款（即契約所列保險費用金額較廠商

[2]公平交易委員會 88 年 3 月 17 日第 384 次委員會議「契約訂有『多要退、少不補』條款者（即契約金額較廠商實際支付金額為多要退，契約金額較廠商實際支付金額為少不補），係屬對交易相對人濫用優勢地位，強制交易相對人接受不公平交易條款之『顯失公平』行為，違反公平交易法第 24 條規定，…」

實際支付金額爲多者要退，契約所列保險費用金額較廠商實際支付金額爲少者不補），以免與本法第 6 條第 1 項所定公平合理原則未合。

2、保險費與利潤、管理費等合併列項乙式計價者，該項目須計入適當金額之保險費用，必要時可載明保險費所占金額比率，除可避免廠商誤解未編列保險費用外，亦可作爲查驗保險契約不符採購契約約定時之扣款依據。

(二)爲避免保險費單獨列項衍生契約雙方就保險費給付之爭議，本會以 101 年 12 月 21 日工程企字第 10100474650 號函各機關，建議將工程保險費與廠商利潤管理費用合併列項。鑒於單獨列項或合併列項均爲機關採行之適當方式，爲免各界誤解「合併列項」爲唯一可行方式，上開函說明一後段有關建議部分自即日起停止適用。

◎動腦思考 2

■說明

一、本案將工程將其設計與施工、供應、安裝併於同一契約辦理招標，此乃採購法第 24 條所稱的統包契約，關此請參閱本書第一章第 45-46 頁的說明。

二、另有關統包契約及共同投標的說明，請參閱作者所著「政府採購法實用」第五、八章的說明。

◎動腦思考 3

■說明

一、A 公司反覆與不同廠商就同一投標案共同投標，其合法性必須分別就以下二階段進行檢驗：

(一)依採購法第 25 條第 1 項規定「機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標。」再依共同投標辦法第 3 條第 1 項規定「本法第二十五條第一項所稱個別採購之特性，爲下列情形之一：1.允許共同投標有利工作界面管理者。2.允許共同投標可促進競爭者。3.允許共同投標，以符合新工法引進或專利使用之需要者。……。」本工程因施工特殊工法技術僅 A 公司有能力實施，爲利工程界面管理、促進競爭及引進新工法，且爲避免遭質疑不當限制競爭，自宜允許廠商共同投標，惟應於招標文件上明文允許廠商共同投標。因此，A 公司若欲與其他廠商共同投標，其前提必須是甲機關的招標文件明定允許投標廠商共同投標，始可。因此，倘若本採購招標文件允許廠商共同投標，則 A 公司自然可以與其他廠商共同投標；反之，則否。

(二)採購法施行細則第 33 條第 1 項規定「同一投標廠商就同一採購之投標，以一標爲限；其有違反者，依下列方式處理：1.開標前發現者，所投之標應不予開標。2.開標後發現者，所投之標應不予接受。」原則上禁止同一廠商就同一採購案重複投標，但在

某些特殊技術或工法廠商稀少時，若不允許該廠商與其他廠商共同投標，反而不利於公平競爭，因此，共同投標辦法第 7 條規定「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商之成員，不得對同一採購另行提出投標文件或爲另一共同投標廠商之成員。但有下列情形之一者，不在此限：1.該採購涉及專利或特殊之工法或技術，爲使擁有此等專利或工法、技術之廠商得爲不同共同投標廠商之成員，以增加廠商競爭者。2.預估合於招標文件規定之投標廠商競爭不足，規定廠商不得爲不同共同投標廠商之成員反不利競爭者。3.其他經主管機關認定者。」因此，倘若本工程符合前開但書的規定，而招標文件又有明文允許共同投標廠商的成員，得對同一採購另行提出投標文件或爲另一共同投標廠商之成員，A 公司先與 B、C 二家廠商共同投標，又與 D、E、F 三公司共同投標同一招標案，嗣後應 G 公司之邀，又共同參與同一招標案，自屬合法；反之則否。

二、至於「統包」與「共同投標」之概念，請參閱作者所著「政府採購法實用」第五、八章的說明。

◎動腦思考 4

■說明

一、依採購契約要項第 3 點規定，「契約文件」包括下列內容：(一)契約本文及其變更或補充。(二)招標文件及其變更或補充。(三)投標文件及其變更或補充。(四)契約附件及其變更或補充。(五)依契約所提出之履約文件或資料(第 1 項)。前項文件，包括以書面、錄音、錄影、照相、微縮、電子數位資料或樣品等方式呈現之原件或複製品(第 2 項)。

二、依工程會工程採購契約範本第 7 條第 3 款規定「工程延期：1.履約期限內，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度網圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消滅後__日內（由機關於招標時載明；未載明者，爲 7 日）通知機關，並於__日內（由機關於招標時載明；未載明者，爲 45 日）檢具事證，以書面向機關申請展延工期。機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限，不計算逾期違約金。其事由未逾半日者，以半日計；逾半日未達 1 日者，以 1 日計。(1)發生第 17 條第 5 款不可抗力或不可歸責契約當事人之事故。(2)因天候影響無法施工。(3)機關要求全部或部分停工。(4)因辦理變更設計或增加工程數量或項目。(5)機關應辦事項未及時辦妥。(6)由機關自辦或機關之其他廠商之延誤而影響履約進度者。(7)機關提供之地質鑽探或地質資料，與實際情形有重大差異。(8)因傳染病或政府之行爲，致發生不可預見之人員或貨物之短缺。(9)因機關使用或佔用本工程任何部分，但契約另有規定者，不在此限。(10)其他非可歸責於廠商之情形，經機關認定者。

三、有關「契約文件」另請參閱本書第 26 頁以下「公共工程契約的主要組成」的說明。

「延長履約期限」事由請參閱本書第五章的說明。

◎動腦思考 5

■說明

請參閱本書第 324 頁以下「總價承包契約與『工程數量短少』及『工程漏項』」的說明。

◎動腦思考 6

■說明

一、有關總價契約及單價契約(實作實算)的意義，請參閱本書第一章第 40-44 頁的說明。

二、本題的說明，請參閱本書第十二章第 324-327 頁、第十三章第 356-357 頁及第 368-373 頁的說明。

三、另外補充漏項的處理如下，漏項的定義，通說的看法是指某工作內容於設計圖說中有標示，然於詳細價目表中無該工作的計價項目，由於實務上認爲承包商有按設計圖說施工的義務，因此，承包商仍有施作該工作的義務，接下來要探討的是承包商就該工作能否請求增加工程款？若工程契約就此無明確約定，就會有所爭議！若屬單價契約(實作實算)，由於契約本質上乃以承包商實際施作的數量結算，因此，設計圖說有標示，但詳細價目表上無計價項目，既然廠商有施作，但無計價項目，業主當然必須辦理契約變更新增工項議價。比較有爭議的是總價契約，由於總價契約本質上即是規定承包商應按圖施工，詳細價目表中的工作項目數量僅供參考，不論承包商實際施作的數量多寡，概依契約約定的總價給付，承包商不得額外請求增加工程款，因此，法院實務有基於總價契約的特性，且在採公開招標、最有利標的採購案，倘又將價格納入評選項目，若事後允許承包商於得標後可以漏項爲由主張增加工程款，將對其他未得標廠商產生不公平的情形，故而認爲承包商不得主張漏項而要求增加工程款。[3]

[3] 最高法院 101 年度台上字第 962 號、103 年度台上字第 2242 號判決。

第二章
工程契約的法源及解釋

◎動腦思考 1

■說明

當廠商機關就投標須知文義解釋不一致時，採購機關應如何處理？在此涉及的是契約如何解釋的問題？解釋的方法如本章所述可以透過法律的經濟分析與優勢風險承擔人理論，評估誰是最有能力以最小成本預防風險、控制風險及創造極大化利潤之人，並輔以「當事人真意解釋原則」、「客觀解釋原則」、「對擬定契約者不利益解釋原則」、「嚴格解釋原則」及工程契約預先規定的契約文件優先順序的規定綜合解釋契約，關此請參看本章所述，茲不贅述。

◎動腦思考 2

■說明

本案涉及到的是於工程有分段完工使用的規定時，當分段進度逾期時如何計算逾期違約金的爭議，倘若分段進度部分逾期，但契約未規定逾期違約金係按分段進度部分的契約價金計算，是否即應以契約總價金計算，還是可以採購契約要項第 47 點或工程採購契約範本第 17 條第 8 款作爲法源依據處理逾期違約金計算的爭議。本案並請參閱本書第五、八章的說明。

第三章
給付不能

◎動腦思考 1

■說明

一、民法第 225 條第 1 項規定，因不可歸責於債務人的事由，致給付不能者，債務人免給付義務，惟若依上述規定使債務人免給付義務，以工程契約的性質及雙方當事人的利益來看，未必是最好的解決方式，也未必符合雙方當事人的原意及經濟效益！因此，工程契約實務會透過契約變更，使原來給付不能的情狀轉換爲給付可能，採購契約要項第 21 點及工程採購契約範本第 20 條即規定因「契約原標示之廠牌或型號不再製造或供應」或「契約原標示之分包廠商不再營業或拒絕供應」等事由造成廠商無法給付時，廠商可向業主請求辦理契約變更以解決因「嗣後不能」導致的給付障礙問題。

二、本案乙公司承包甲機關〇〇水力發電廠新建工程，施工中，契約原標示的發電機組供應商丙因財務發生困難倒閉無法供應發電機組，市場亦無其他同型發電機組製造商，由於仍可透過契約變更解決給付不能的問題，乙不可主張給付不能而免除施作發電機組的義務。乙可以依採購契約要項及工程契約的規定，敘明理由，檢附規格、功能、效益及價格比較表，徵得甲書面同意後，以其他規格、功能及效益相同或較優者代之。但必須注意的是不得據以增加契約價金；其因而減省乙履約費用者，應自契約價金中扣除。

第四章
工作物毀損滅失的危險負擔與驗收

◎動腦思考 1

■說明

一、依民法第 508 條第 1 項規定，工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔，而在公共工程實務，此一危險負擔的移轉時點係以「驗收合格」作爲「定作人受領」的時點。因此，業主是否依規定辦理驗收即與危險負擔息息相關，工程實務經常有業主尚未驗收即先行使用工作物，在此一使用工作物期間若工作毀損、滅失，倘只因尚未驗收，而將毀損、滅失的危險歸由廠商承擔，並不公平合理。本案乙公司於 88 年 1 月 20 日申報竣工並經甲機關於 88 年 1 月 30 日確認竣工，惟甲爲配合政策需要於 88 年 9 月 1 日先行開放通車，甲應依採購法施行細則第 99 條及工程契約之規定，就先行使用的部分辦理驗收，甲若怠不辦理，乙可依前述規定請求甲辦理部分驗收。

二、又本工程乙於 88 年 1 月 20 日申報竣工並經甲於 88 年 1 月 30 日確認竣工，但卻因可歸責於甲的事由遲至 88 年 9 月 20 日才開始辦理驗收，已遠超過採購法施行細則第 92、93 條規定的初驗、驗收期限，甲怠不驗收，當然也使得乙無法領取工程款，甲應依民法及工程契約的規定負給付遲延的損害賠償責任，且不論依停止條件說、期限說或誠信原則與視爲驗收說，本工程若已符合驗收合格的要件，且若依正常的驗收程序，工程應已於 88 年 9 月 21 日以前完成驗收，應認爲工作於 88 年 9 月 21 日遭遇 921 大地震，造成橋樑毀損滅失前，即應視爲已驗收合格，因此，橋樑毀損滅失的危險即應由甲承擔，乙不負重作本工程的義務。

◎動腦思考 2

■說明

本案例請參考前述「二、工程尚未驗收業主先行使用」的說明，並請參閱本書第六、七、十三、十四、十五章的說明。

第五章
給付遲延及工程遲延

◎動腦思考 1

■說明

一、是否容許展延承包商的施工期限，往往會影響逾期違約金的多寡、是否暫停估驗付款、是否終止或解除契約、是否能依採購法第 101 條規定將承包商提列爲不良廠商，諸如此類的法律效果均攸關業主及承包商雙方的權利義務，因此，是否同意承包商展延施工期限及展延日數爲何，實務上即經常發生糾紛而衍生訟爭。

二、對於承包商申請展延施工期限，倘若過於寬容而逾越契約的規定範圍，即容易遭受他人質疑貪瀆不法，何以如此呢？以一件 10 億元的工程採購爲例，若契約規定逾期違約金係以每逾期 1 日按契約金額千分之一計算逾期違約金，業主若過於寬容而違反契約規定展延 10 日，將因而違法免除承包商 1,000 萬元的逾期違約金；反之，若過於嚴格違反契約規定而拒絕展延施工期限或展延日數不足，承包商爲維護自身權益（如前所述可能係爲減免逾期違約金的責任）乃會循法律途徑尋求救濟，而造成行政工作上的負擔，另外承包商爲趕工而多支出的施工成本，也會向業主請求賠償，而趕工的結果，多少也會影響工程品質，因此，透過契約約定限制承包商展延施工期限或審查過於嚴格亦未必對於業主有利，較爲妥當的做法還是於契約合理約定展延施工期限要件，確實依照契約約定，合理地審查承包商展延施工期限的申請，查明工程遲延是否屬於不可歸責於承包商的事由，若屬之且符合契約展延施工期限的規定，且屬於工程的要徑，即應同意承包商展延施工期限的申請，反之則否。

◎動腦思考 2

■說明

一、本案第 1 個爭點在於契約履約期限末日適逢國定假日、放假日時，履約期限可否展延至假日結束後第 1 個上班日？依工程會函釋「政府採購契約約定履約期限以日曆天計算者，如該履約期間之末日適逢星期假日、國定假日或其他休息日，而契約未有特別約定者，適用民法第 122 條所定『以其休息日之次日代之』。」(98 年 2 月 11 日工程企字第 09800038310 號函)本案既已規定廠商應在決標翌日起 30 日曆天的期限內提出工程施工計畫書，廠商自應於 107 年 2 月 17 日提出，然該日適逢農曆春節(大年初二)，依上開函釋，若契約無特別約定，自當「以其休息日之次日代之」，亦即以春節連假結束後的第 1 個上班日 107 年 2 月 21 日代之。

二、接下來第 2 個爭點爲，契約有無特別約定排除民法第 122 條的適用？工程採購契約

常會約定「第 7 條(一)履約期限：1.工程之施工：應於決標日起 7 日內開工，並於開工之日起…日曆天內竣工。以日曆天計算者，所有日數，包括(2)所載之放假日，均應計入。」就工程工作物的履約期限，上開契約約定似已將放假日計入工期，應屬上開函釋所稱的契約有特別約定，也就排除民法第 122 條的適用；然上開契約條文既系規定「竣工」，履約期限規範的對象自是工作物的完成部分，然本案案例事實爭議標的並非「工作物本身」，而是廠商履約過程中應提出的「施工計畫書」，雖然契約第 17 條規定「遲延履約…(十三)本工程施工計畫書…，廠商應在本工程決標翌日起 30 日曆天規定期限內提出，…逾規定期限時，每 1 日曆天繳納違約金新臺幣 5,000 元。」該條雖然也是以日曆天計算，但是條號不同，且第 17 條並無明確約定排除的約定，因此，依採購法第 6 條公平合理原則應仍有民法第 122 條的適用始爲合理，因此，廠商於春節連假結束後的第 1 個上班日，即提送施工計畫書，應未逾期，機關不得課廠商逾期違約金。

◎動腦思考 3

■說明

一、依工程契約第 7 條規定「(三)工程延期：1.履約期限內，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度網圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應…，以書面向機關申請展延工期。…。…(2)因降雨達大雨以上之天候影響而無法施工(以中央氣象局…氣象站…爲準，其定義 24 小時累積雨量達 50 毫米以上，且其中至少有 1 小時雨量達 15 毫米以上，降雨未達上述標準者不予展延)。」因降雨得以展延工期之要件除 24 小時累積雨量達 50 毫米以上外，尚須符合其中至少有 1 小時雨量達 15 毫米以上，廠商申請 107 年 3 月 1 日至 5 日因降雨展延工期因不符合前述要件，不予展延工期尚符契約要件，惟上述契約規定比較起工程會範本之雨量標準，增加「至少有 1 小時雨量達 15 毫米以上」，使廠商因降雨影響施工更難以請求機關展延工期，恐不符公平合理原則且易生爭議！

二、另本案因連日降雨後因雨水滲入路基影響，廠商申請 107 年 1 月 11 日至 13 日展延工期部分，由於該 3 日並無降雨，故該 3 日展延工期應無上開契約規定(係規範有降雨的情形)之適用，惟如因降雨造成路床積水需進行翻曬等作爲所需之施工日數，若屬非可歸責於廠商，且屬要徑者，應仍可依據契約規定「(三)工程延期：1.履約期限內，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度網圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應…，以書面向機關申請展延工期。… (10)其他非可歸責於廠商之情形，經機關認定者。」展延工期。

◎動腦思考 4

■說明

本案提問事項爲乙是否有逾期，因此必須先確認開工日，但乙並未於契約規定的開工期限內開工，究竟應以乙實際之開工日，或以應開工的最後期限爲開工日起算工期？必須先予確認。再乙主張的不計工期以及展延工期事由，則必須視該事由是否符合契約規定及可歸責於乙爲斷。確認是否逾期及日數後，才能據以計算逾期違約金。

◎動腦思考 5

■說明

一、有關工期及展延工期的相關說明，請自行參閱本書第 5 章第 114 頁以下的說明。

二、本案提問內容主要爲展延工期的問題，這裡涉及的是「機關遲延提供工程用地」、「降雨影響施工」及「降雨造成坍方影響施工」等 3 種情事，機關是否可同意廠商申請展延工期？

三、依工程會工程採購契約範本第 7 條第 3 款規定「工程延期：1.履約期限內，有下列情形之一(且非可歸責於廠商)，致影響進度網圖要徑作業之進行，而需展延工期者，廠商應於事故發生或消滅後__日內（……未載明者，爲 7 日）通知機關，並於__日內（……未載明者，爲 45 日）檢具事證，以書面向機關申請展延工期。機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限，不計算逾期違約金。其事由未逾半日者，以半日計；逾半日未達 1 日者，以 1 日計。(1)發生第 17 條第 5 款不可抗力或不可歸責契約當事人之事故。(2)因天候影響無法施工。……。(5)機關應辦事項未及時辦妥。……。(10)其他非可歸責於廠商之情形，經機關認定者。」「機關遲延提供工程用地」應屬前述「(5)機關應辦事項未及時辦妥」，「降雨影響施工」則可能屬「(1)發生第 17 條第 5 款不可抗力或不可歸責契約當事人之事故。(2)因天候影響無法施工。」而「降雨造成坍方影響施工」則屬「(10)其他非可歸責於廠商之情形，經機關認定者。」廠商可以請求機關展延工期，不過在這裡要注意的是「降雨影響施工」部分，工程採購契約有時會約定降雨必須達到一定的降雨量時，才可以展延工期，因此，即使降雨量已經造成工程無法施工，然降雨量若未達契約約定的降雨量，機關仍不會同意展延工期。另外廠商以「降雨影響施工」及「降雨造成坍方影響施工」兩種理由請求展延工期，兩者影響的期間重疊的部分，應特別留意勿重複予廠商展延工期。

四、至於有關爭議處理之適當方式，請參閱本書第 494 頁以下，及作者所著「政府採購法實用」第三十章的說明。

◎動腦思考 6

■說明

請參閱本書第五章「給付遲延及工程遲延」第 135-137 頁、第九章「工程契約的解除與終止」第 245-247 頁、第十四章「工程保證金與工程款債權的確保」第 423-427 頁的說明。

◎動腦思考 7

■說明

一、採購法施行細則第 93 條規定「採購之驗收，有初驗程序者，初驗合格後，除契約另有規定者外，機關應於 20 日內辦理驗收，並作成驗收紀錄。」上開規定雖然對於機關辦理驗收的時程，規定明確的時間限制，但條文中加入了「除契約另有規定者外」的除外規定，而類似的規定也出現在採購法施行細則第 94 條中。基本上，上開規定是依據採購法第 71 條第 1 項「機關辦理工程、財物採購，應限期辦理驗收，……。」規定所訂定的法規命令，按理即不應超出母法的規範範圍或立法目的。

二、若就採購法施行細則第 93、94 條的法條用語「除契約另有規定者外」來看，該兩條規定的機關辦理驗收期限似非強行規定，而係任意規定，因此，契約當然可以約定較長的期限，但契約自由並非完全不受限制，契約自由不應違反法律強制禁止規定。採購法第 71 條第 1 項規定機關辦理採購，「應」限期辦理驗收，限期辦理驗收，應係強制規定，契約約定若違反強制規定，應構成無效！採購法第 71 條第 1 項既已明訂機關應「限期」驗收，採購法施行細則第 93、94 條據以明確規定機關辦理驗收的期限，然爲保持彈性，又例外規定「除契約另有規定者外」，但不應因此認爲機關可以以定型化契約約定不確定的驗收期限，而逸脫採購法第 71 條第 1 項「限期」驗收的立法目的！因此，如果契約約定驗收以其他廠商之界面工程完工爲前提，由於驗收時程不確定，已違反採購法第 71 條第 1 項「限期」驗收的規定，應屬無效，機關仍應依採購法施行細則第 93 或 94 條的驗收時程辦理驗收。

三、爲避免爭議，機關訂定工程採購契約，若欲約定不同於採購法施行細則第 93、94 條的驗收時程，基於契約自由並無不可，然宜明確約定其驗收時程，或如本案例所述，也許因個案特性，須以其他廠商之界面工程完工爲驗收要件，然仍宜約定其最後期限，以免其他廠商之界面工程遲遲無法完工，造成本工程長久無法驗收而對廠商不公平情事。使廠商於投標時即可預見其風險，如此也才符合採購法第 6 條第 1 項的公平合理原則。此外，爲避免互有關連的工程分標成數件工程採購，因界面問題衍生爭議，或許可將本工程與界面工程合併辦理招標(允許共同投標)，應即可避免本案所述的爭議。

◎動腦思考 8

■說明

一、營建工程契約的法律性質基本上是屬於「承攬契約」，依民法第 491 條規定，承攬契約的主給付義務爲定作人給付報酬，承攬人則爲爲定作人完成工作物。當然營建工程中承包商的權利義務並非如此單純，依「營繕工程承攬契約應記載事項實施辦法」規定的營繕工程承攬契約應記載事項，包括付款方式、工期、物價指數調整工程款、驗收、保固、工程品管等規定，均爲承包商的權利義務範圍；若爲公共工程契約，工程會頒訂的工程採購契約範本中也有類似的規定。有關承攬人(或承包商)之權利義務爲何，因涉及範圍頗大，請讀者自行研閱本書說明。

二、如果承攬人已負遲延責任時，定作人(或業主)得採那些措施以保護其權益？關此請參閱本書第五章第 135-137 頁、第 144-145 頁(暫停給付估驗計價款)、第 217-219 頁(分段完工違約金)、第九章(終止契約)、第十四章第 423-427 頁(監督付款)的說明。

◎動腦思考 9

■說明

有關工期及展延工期的相關說明，請參閱本書第五章第 114 頁以下的說明。

第六章
工程契約的不完全給付

◎動腦思考 1

■說明

一、採購法第 35 條規定「機關得於招標文件中規定，允許廠商在不降低原有功能條件下，得就技術、工法、材料或設備，提出可縮減工期、減省經費或提高效率之替代方案。其實施辦法，由主管機關定之。」另替代方案實施辦法第 13 條規定「機關於招標文件中規定允許廠商於得標後提出替代方案且定有獎勵措施者，其獎勵額度，以不逾所減省契約價金之百分之五十爲限。所減省之契約價金，並應扣除機關爲處理替代方案所增加之必要費用。」因此，可否實施替代方案，即與施工工期、費用及效率息息相關，又機關如依上開規定於招標文件訂定獎勵措施，以鼓勵廠商於得標後提出替代方案，亦或影響廠商可否獲得該獎勵，從上可知，機關是否允許廠商使用替代方案，實與廠商權利息息相關。因此，廠商依上開規定採用替代方案履約者，只要替代方案符合招標文件所定可縮減工期、減省經費或提高效率的要件，機關如無正當理由，並不能拒絕廠商使用替代方案，若有違反，除構成違約而可依契約規定處理外，依民法第 507 條規定，廠商得催告機關爲應爲的協力行爲，機關拒絕或不於催告期限內爲之者，廠商得解除契約，並得請求賠償因契約解除而生的損害。

二、本案既然工程施工說明書已明文允許乙公司得提出替代方案的開挖擋土及支撐等安全措施的設計，請求變更施工法爲島式開挖施工法，乙公司據而提出替代工法的請求，甲機關此時僅能審查是否符合契約規定的替代方案的要件，而不能以作業程序第 9 條規定工程施工應以不變更設計爲原則，屬原定工程範圍以外增加工程請求變更設計者，均不予核准，而拒絕乙公司實施替代方案的請求。

◎動腦思考 2

■說明

一、民法第 334 條規定，二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他人的債務，互爲抵銷。依案例題旨，系爭碼頭工程既停工中，可見尚未完工，更無驗收合格付款可言，即使契約規定可申請物價調整款，但若契約沒有乙公司得估驗付款的約定，在此工程款付款條件既未成就，清償期即尚未屆至，當然無主張民法第 334 條抵銷權的需要。

二、倘若工程契約有估驗付款及依物價指調整工程款的規定，乙公司並已提出申請估驗

付款及物價指數調整工程款，並經審核通過，甲機關即應依約給付乙公司工程款，但是，倘若因乙公司施工的重大疏失造成甲機關的損害，則構成加害給付，甲機關得就對乙公司的物價指數調整工程款債務與乙公司對甲機關加害給付的損害賠償債務，主張抵銷抗辯；但是倘若是乙公司履約本身的瑕疵，依採購契約要項及工程採購契約範本的規定，廠商履約中，若可預見其履約瑕疵，得通知廠商限期改善，廠商不於期限內改善者，機關得採行下列措施：1、使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用，均由廠商負擔。2、終止或解除契約，並得請求損害賠償。依上規定，甲機關不得未經限期改善程序，即就乙公司瑕疵給付之損害賠償之債，與甲機關應給付乙公司的物價指數工程款，主張抵銷抗辯；反之則可。

◎動腦思考 3

■說明

一、就此機關應先確認有無將「建築物無障礙設施設計規範」的規範及圖說納入招標文件(非僅僅於設計圖說中之備註欄註記「施工需符合最新版建築物無障礙設施設計規範之規定」)？若有，則為 2 件契約文件前後規定不一致的問題，應依採購契約約定之解釋規則處理；反之，則再確認設計監造廠商有無違反法令規定而涉及設計錯誤？

二、再判斷設計監造廠商有無違反法令規定而涉及設計錯誤？

(一)設計監造採購設計部分驗收(受領)時設計圖與法令相符，但事後法令變更，設計監造廠商無涉及設計錯誤，機關應辦理變更設計(契約變更)。

(二)設計監造採購設計部分驗收(受領)時設計圖與法令不符

1、倘若設計監造廠商所設計之型式是依機關指示，應屬機關指示錯誤，設計監造廠商不負設計錯誤責任，工程廠商亦然。機關應辦理變更設計(契約變更)。

2、倘若設計監造廠商之設計型式並非依機關指示，則設計監造廠商涉有設計錯誤，設計監造廠商應依契約規定負損害賠償責任(並請注意契約就此有無違約金約定)，雖然設計圖備註欄註記「施工需符合最新版建築物無障礙設施設計規範之規定」，但工程廠商施工，所負之義務是按圖施工，倘若工程廠商均已按圖施工，機關即應給付工程款。機關若欲變更扶手型式，應辦理變更設計(契約變更)。

3、若因為上述(一)及(二)1、2 法令變更及設計錯誤的情形而需辦理變更設計(契約變更)，工程廠商已施作完成之扶手仍應按契約給付工程廠商工程款，並應注意辦理變更設計(契約變更)後施工若需拆除或破壞已施作完成之扶手，就該部分因日後仍需辦理驗收付款，因此就該部分應先辦理分段查驗或部分驗收(若初驗時已查驗符合契約約定，初驗紀錄應亦可等同查驗紀錄)。而辦理變更設計(契約變更)變更扶手型式所增加的費用，機關仍應給付工程廠商報酬。

三、工程在廠商報竣工，驗收合格前，是否仍可辦理變更設計(契約變更)？

就此採購法並無明文規定！理論上由於契約變更的條款係規定於契約內，因此機關能夠指示廠商契約變更的權利，也就附隨於契約的效力期間，因此，契約於成立生效後至施工中，機關當然可以指示契約變更，而當廠商依約完成工作物並經機關受領，廠商既然已依約給付完成，契約效力即應消滅，此時剩下的只是瑕疵擔保（保固）責任，機關也就不能再要求廠商契約變更。因此，倘若工程已完工，並經機關驗收合格，則契約法律關係爲之消滅，機關即不能再辦理契約變更，當然廠商已經報竣工，但尚未辦理驗收，此時機關仍然可以辦理契約變更，但竣工後辦理契約變更，畢竟容易遭人質疑係爲消化預算或圖利廠商而追加工程，運用上務必謹慎小心，並確實從嚴審核契約變更的理由及追加追減的數量及金額。

四、本案機關應先確認是否屬前述二、(二)2、設計監造廠商設計錯誤的情形，若是，機關宜盡速在符合無障礙設施法令規定下，依前開說明辦理(或補正)變更設計(契約變更)程序(可能要配合調整契約價金及展延履約期限)，並請工程廠商施工，整件工程【包含變更設計(契約變更)部分】完成後，再一併就整件工程(包含已拆除之部分)辦理驗收付款。

第七章
工作物的瑕疵擔保責任及保固責任

◎動腦思考 1

■說明

一、本件系爭工程原設計土方平衡，契約原無需另行由承攬人購土已作爲回填工程之用，但因實際施工時發現開挖土方數不足回填工程所需的土方，經定作人與承攬人達成合意追加購運土方的費用（契約變更），承攬人若已依約完成工程（含回填工程）並經驗收合格，又契約亦未約定承攬人驗收時必須提出土方來源證明，定作人即不得主張承攬人未提出土方來源證明，而拒絕驗收給付工程款。

二、反之，倘若契約另有約定承攬人驗收時必須提出合法之土方來源證明，而承攬人未依約提出，定作人可能的處理方式如下：

(一)限期改善：驗收結果與契約不符，通知承攬人限期改善(採購法第 72 條第 1 項前段)。

(二)部分驗收：驗收結果不符部分非屬重要，而其他部分能先行使用，並經機關檢討確有先行使用的必要者，得經機關首長或其授權人員核准，就其他部分辦理驗收並支付部分價金（採購法第 72 條第 1 項後段）。

(三)減價收受：驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或預定效用，經機關檢討不必拆換或拆換確有困難者，得依採購法第 72 條第 2 項及系爭工程契約之規定辦理減價收受。

◎動腦思考 2

■說明

以下謹就學說及法院實務見解說明如下：

一、法定擔保及約定擔保

由於採購法對於保固責任內涵並無明文規定，僅規定契約中得有保固的規定，採購契約要項第 52 點並將保固及瑕疵擔保並列，可見政府採購實務的保固責任，法律係任由當事人透過契約自由，以「契約」約定，係爲補充或變更民法承攬瑕疵擔保之規定而非排斥不用，約定若不違反法律強制禁止的規定，當然有其效力[4]，因此，在解釋保固責任的性質時即應側重於契約當事人真意的解釋[5]，除非當事人有排除民法規定的約定，否則保固責任爲契約約定的請求權，承攬契約瑕疵擔保責任則爲民

[4]最高法院 104 年度台上字第 550 號判決。張鈞翔，論公共工程之保固條款，真理財經法學第 8 期，101 年 3 月，第 164 頁。

[5]詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月，第 16 頁。

法規定的請求權[6]。就此有論者認爲「保固條款乃當事人特別約定之契約義務，其並不當然可視爲民法所定之瑕疵擔保責任特約，換言之，定作人於保固條款所得行使之權利，應可與民法瑕疵擔保權利併同存在。…保固條款之約定與民法承攬瑕疵擔保之規定，若遇有相同規範之事項發生時，則應可認其係屬請求權競合之關係，業主得擇其有利者或併同行使其權利，…。」[7]因此，保固責任與承攬瑕疵擔保責任係並存關係，兩者之行使期間及內容係各自獨立，屬於請求權自由競合關係[8]。法院實務即有認爲「保固」之目的，在於使定作人取得較法定物之瑕疵擔保更爲有利的地位，保固責任的存在，並非排除定作人物之瑕疵擔保請求權的主張[9]。

二、無過失責任與推定過失責任

保固責任與承攬瑕疵擔保責任的責任範圍亦不相同，依工程採購契約範本第 16 條規定「…(二)本條所稱瑕疵，包括…。但屬第 17 條第 5 款所載『不可抗力或不可歸責』於廠商之事由所致者，不在此限。 (三)保固期內發現之瑕疵，應由廠商於機關指定之合理期限內負責免費無條件改正。…。但屬故意破壞、不當使用、正常零附件損耗或其他『非可歸責』於廠商之事由所致瑕疵者，由機關負擔改正費用。」上開約定將「不可抗力或不可歸責」於廠商之事由造成的工作瑕疵，自始排除在瑕疵之列；又將因「非可歸責」於廠商之事由所致瑕疵，所需支出的改正費用，歸由機關負擔。上述就「瑕疵範圍」及「瑕疵改正費用負擔」採取原則屬於瑕疵、費用由廠商負擔，例外在「不可抗力」或「不可歸責」於廠商時，予以排除瑕疵，及改正費用由機關負擔。因此，廠商於有契約所訂的瑕疵情形，即應負保固責任，除非廠商能反面舉證有契約約定的「不可抗力或不可歸責」於廠商之事由造成的工作瑕疵，始能免除保固責任，故而，保固責任的約定應係「推定過失責任」。就此學者即有認爲「於不可歸責廠商之事由所生之瑕疵，廠商不負保固責任。由於不可歸責而不負保固責任之法律條文係規定於工程採購契約範本第 16 條第 3 款但書，因而係乃推定過失之習慣用語。換言之，如發生工作有瑕疵時，廠商須舉證該瑕疵係『故意破壞、不當使用、正常零附件損耗或其他非可歸責於廠商之事由』，方能免除保固責任。因而，廠商所負之保固責任乃爲推定過失責任。」[10]此與承攬瑕疵擔保責任採無過失責任，責任範圍不同。再者，契約亦無以過失責任的保固責任，排除承攬瑕疵擔保責任範圍無過失責任的意思，因此，兩者應分別獨立適用，即使廠商因無

[6]陳自強，承攬瑕疵擔保與不完全給付，月旦法學雜誌第 220 期，2013 年 9 月，第 187 頁。「定作人基於保固條款所得主張之權利與第 493 條瑕疵修補之規定雷同，二者關係爲何…第 493 條瑕疵修補請求權爲履行請求權，二者均爲契約所生之權利…。」

[7]蕭偉松，論承商之保固與瑕疵擔保責任(下)，營建知訊第 292 期，2007 年 5 月，第 68-69 頁。

[8]姚志明，工程法律基礎理論與判決研究—以營建工程爲中心，元照出版有限公司，2014 年 10 月 2 版，第 157 頁。

[9]臺灣高等法院 96 年度上字第 904 號民事判決。

[10]姚志明，公共工程之履約，元照出版有限公司，2015 年 8 月 1 日，第 61 頁。

可歸責事由而不負保固責任，由於保固條款乃擴張而非限縮承攬人瑕疵擔保責任，不影響承攬法律規定之救濟，且民法承攬瑕疵救濟權利行使的期間限制為強行法，保固期的約定並不影響法定瑕疵擔保期間[11]。另外機關依採購法第 72 條規定減價收受，並無瑕疵必須可歸責於廠商的要件規定。

三、擔保責任範圍是否限於履約品質瑕疵

押標金保證金暨其他擔保作業辦法第 28 條第 2 項規定「保固保證金及其孳息得不予發還之情形，準用第 20 條第 2 項第 2 款至第 9 款之規定。」上開準用同辦法第 20 條第 2 項第 2 款至第 9 款不予發還之規定，其中第 2、4、6、7、8、9 款「二、違反本法第 65 條規定轉包者，全部保證金。」、「四、因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金。」、「六、未依契約規定期限或機關同意之延長期限履行契約之一部或全部，其逾期違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。」、「七、須返還已支領之契約價金而未返還者，與未返還金額相等之保證金。」、「八、未依契約規定延長保證金之有效期者，其應延長之保證金。」、「九、其他因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害，其應由廠商賠償而未賠償者，與應賠償金額相等之保證金。」不予發還保固保證金的事由，很有可能與履約瑕疵無直接關聯性。上開規定與承攬瑕疵擔保限於履約瑕疵有所不同。

四、責任期間

工作物瑕疵擔保的期間為何？依民法第 498 條規定，一般瑕疵發見期間為 1 年，但是工作若為建築物或其他土地上的工作物，或此等工作物的重大修繕者，依民法第 499 條規定，期間則為 5 年，依民法第 514 條規定，權利行使期間為 1 年。工程實務上保固期間的慣例則為，若工作內容為工作物的裝修等非結構物工程，保固期限多訂為 1 年；若工作物為結構體或為此等工作物重大修繕者，保固期限則為 3 至 5 年。雖然瑕疵擔保期間為 5 年，但必須注意的是，當廠商故意不告知其工作的瑕疵者，若當事人未有特別約定，依民法第 500 條規定，瑕疵擔保期間則延長為 10 年。

承攬瑕疵擔保責任有「瑕疵發見期間」及「權利行使期間」之別，惟政府採購契約實務並無此區別，依工程採購契約範本第 16 條第 1 款規定「(一)保固期之認定：1.起算日：(1)全部完工辦理驗收者，自驗收結果符合契約規定之日起算。…。」保固期係自驗收合格日起計保固期間(民法承攬係自工作交付或工作完成時起計瑕疵發見期間)，相當於「瑕疵發見期間」，但並無「權利行使期間」的規定，從此更益證兩者之不同處，保固責任與瑕疵擔保責任，兩者之目的和責任範圍均有明顯不同，是否能形成普通與特別關係的區別，似有疑義，因此，兩者應分別獨立適用，即使

[11]陳自強，承攬瑕疵擔保與不完全給付，月旦法學雜誌第 220 期，2013 年 9 月，第 187-188 頁。

廠商瑕疵擔保責任已逾保固期，但因民法承攬瑕疵發見期間爲相對強制規定，不得特約縮短，是以，如果還在民法承攬瑕疵擔保責任發見期間及權利行使期間，機關仍可依民法瑕疵擔保責任的規定主張權利。例如建築工程施工瑕疵雖在 5 年的保固期內發現，但機關未在保固期內對廠商行使保固權利，逾保固期始對廠商行使，若還在權利行使期間 1 年內，機關仍得依承攬瑕疵擔保的規定主張權利；反之，因爲民法第 514 條規定的瑕疵權利行使期間僅 1 年，機關若已逾 1 年的權利行使期間而不得主張瑕疵擔保請求權，但倘還在保固期內，機關仍可依契約向廠商請求履行保固責任[12]。如此解釋應較符合契約真義，蓋契約中既無排除承攬瑕疵擔保責任的約定，亦無從推論當事人有排除民法規定的默示意思。學者即認爲「保固責任與承攬瑕疵擔保責任在法律效果上，廠商均有改正(修補義務)，然而在要件上仍有區別，前者依現存工程採購契約範本將之定位於過失責任，後者則爲無過失責任。因而，…二者所生之請求權應認係分別獨立存在，互不影響，係屬於請求權自由競合關係。因而，保固期與承攬瑕疵擔保之發現期(及時效)乃係分別計算，互不影響。」[13]

五、履約瑕疵的法律效果

(一)法律效果的差異性

工作有瑕疵時，依民法第 493 條第 1 項規定，機關得定相當期限，請求廠商修補，此爲機關的「瑕疵修補請求權」。機關限期請求修補時，廠商必須於期限內修補，亦不得拒絕修補，否則機關得自行或委由第三人修補，所支出的必要修補費用則可向廠商求償，此則爲機關的「修補費用償還請求權」。又依民法第 494 條的規定，經機關定相當期限請求廠商修補，而廠商不於期限內修補，或工作的瑕疵，修補費用過鉅，而廠商拒絕修補，或工作的瑕疵不能修補者，機關得解除契約或請求減少報酬，是爲機關的「契約解除權」及「報酬減少請求權」。此外，依民法第 495 條第 1 項的規定，廠商承攬的工作若有瑕疵，機關除可請求修補、自行修補、減少報酬或解除契約外，如瑕疵的發生係可歸責於廠商的事由所致，機關就工作瑕疵本身以及因瑕疵所生的其他損害，或修補瑕疵後工作物的交易性貶值，均可請求損害賠償，是爲機關的「損害賠償請求權」。

相較於上開民法瑕疵擔保責任的法律效果，採購法類似的規定則爲第 72 條第 2 項「驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用，經機關檢討不必拆換或拆換確有困難者，得於必要時減價收受。」然而減價收受與報酬減少請求權二者之減價要件及法律效果(民法第494條規定尚得解除契

[12]最高法院 88 年度台上字第 2134 號判決。

[13]姚志明，公共工程之履約，元照出版有限公司，2015 年 8 月 1 日，第 66 頁。又依工程會工程採購契約範本第 16 條第 5 款規定「瑕疵改正後 30 日內，如機關認爲可能影響本工程任何部分之功能與效益者，得要求廠商依契約原訂測試程序進行測試。該瑕疵係因可歸責於廠商之事由所致者，廠商應負擔進行測試所需之費用。」上述除規定瑕疵改正後機關得要求測試的權利外，值得注意的是，此一測試費用的負擔，僅在「可歸責」於廠商的事由時，才由廠商負擔。

約)似有所不同，且減價收受有採購公平性、效率及公益的考量，實質上有減輕廠商瑕疵擔保責任的效果。再者依採購法施行細則第 98 條第 2 項亦有計算減價金額的具體規定。姑且不論上述規定是否屬民法第 494 條「報酬減少請求權」的特別規定[14]，若已適用採購法的規定減價收受，基於誠實信用原則即不能再依民法第 494 條規定請求減少報酬，亦不能於驗收後依契約中保固責任的約定，要求廠商改善；但因依採購法第 72 條減價收受的瑕疵本應不影響工作的安全、需求及效用，若有影響，廠商仍應負保固責任。除此之外，保固責任中的「瑕疵修補請求權」、「修補費用償還請求權」則規定於工程採購契約範本第 16 條第 3 款，至於「契約解除權」，工程採購契約範本第 21 條則無明確規定廠商不履行保固責任爲解除或終止契約的事由，亦無減少報酬的約定。由上可見承攬瑕疵擔保與保固責任的不同。

(二)驗收前可否減價收受

驗收合格前的施工（及估驗）階段發現施工瑕疵，可否依採購法或契約規定減價收受？工程採購契約範本第 9 條規定「 (廿一)機關於廠商履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知廠商限期改善。」此時機關仍應先通知廠商限期改善，但是如果廠商拒絕改善，或限期改善將造成工期嚴重遲延，嚴重損及機關權益或損害公共利益時，既然工程尚未竣工並進入驗收階段，依採購法第 72 條文義規定，尚不能辦理減價收受。再者在施工期間，若契約有估驗付款的約定，在估驗時抽驗發現部分工作項目未按契約約定施作，由於估驗性質上並非驗收，也不能依採購法第 72 條規定就該不符的部分以減價收受處理並估驗付款。

反觀民法第 492 條之規定，似乎必須廠商完成工作後，始有瑕疵擔保責任，然觀之民法第 493 條，並未明文限於工作已完成機關始可請求廠商修補瑕疵或自行修補的費用；惟法院實務見解有認爲「承攬之工作爲建築物或其他土地上之工作物者，定作人如發見承攬人施作完成部分之工作已有瑕疵足以影響建築物或工作物之結構或安全時，非不得及時依上開規定行使權利」[15]，似乎未排除民法第 494 條規定的適用！並透過法官造法的方式，增加民法第 497 條「瑕疵預防請求權」所無的規定。學者則有基於承攬人負有給付無瑕疵工作的義務，定作人不僅得在工作開始「前」有完成無瑕疵工作之請求權，基於此權利，工作進行「中」，甚至工作完成「後」，發現有應由承攬人負責的瑕疵，均得請求瑕疵修補[16]。民法承攬瑕疵擔保期間相較於保固責任僅限於「驗收合格」後有所不同，是以有論者認爲應以定作人對於工作物是否具有支配管領力爲判斷基準，在定作人未驗收先行使用工作物，或如水保工程，

[14]臺灣高等法院臺南分院 104 年度上易字第 19 號判決。

[15]最高法院 92 年度臺上字第 2741 號判決。89 年臺上字第 1085 號判決「如該瑕疵性質上無法除去或確定不具出賣人所保證之品質，或出賣人明確表示拒絕除去時，在危險移轉前亦應允許買受人主張瑕疵擔保，以免法律關係趨於複雜。」

[16]陳自強，承攬瑕疵擔保與不完全給付，月旦法學雜誌第 220 期，2013 年 9 月，第 185 頁。

其陸續完成後，不待驗收定作人即有支配管領力，實際上應認危險負擔已陸續移轉，此時應有工作物完成前之瑕疵擔保規定之適用[17]。故有認為「工作雖尚未完成但已發生瑕疵，且該瑕疵性質上不能除去，或瑕疵雖可除去，但承攬人明確表示拒絕除去，或考量時間及費用因素，顯可預期承攬人不能於清償期前除去者，則繼續等待承攬人完成工作，已無實益，甚至反而造成瑕疵或損害之擴大。故於此種情形，應允許定作人得例外在工作完成(及交付)前主張瑕疵擔保權利。」[18]上述見解是較符合經濟效益的，適用範圍應不限於解除契約的手段，較緩和的減少報酬手段應亦在適用之列，如此始能兼顧契約當事人利益以及公共利益，然而此一作法的問題在於減少報酬的前提目的在於「受領」，工程施工中部分工作受領的結果是否起算民法第 499 條及第 514 條的期間，以及依契約起算保固期，或將產生另一爭議！惟有學者認為，工作進行中請求承攬人改善工作乃行使依約完成工作之履行請求權，並無問題，報酬減少則應該以定作人承認工作而受領為前提，因此工作進行中並不能主張減少報酬，但契約解除權則不然[19]，則持否定的見解，此一作法或許只能訴諸紛爭解決，或讓定作人依民法第 497 條規定以承攬人之費用使第三人改善瑕疵一途！但如此將使法律關係及工程界面趨於複雜，似乎並非最好的方法。

六、解除或終止契約後的保固責任及瑕疵擔保責任

機關或廠商若依法或契約解除或終止契約，倘若是全部解除或終止契約，因未辦理驗收或受領工作的程序，自無適用保固責任及承攬瑕疵擔保責任的問題；而若是部分解除或終止契約，理論上由於其餘未解除或終止契約的部分，廠商仍應依約履約，若經驗收合格，該部分即應起計保固期及瑕疵擔保責任期間。惟依工程採購契約範本第 21 條第 4 款規定「契約經依第 1 款規定或因可歸責於廠商之事由致終止或解除者，機關得自通知廠商終止或解除契約日起，扣發廠商應得之工程款，…，並不發還廠商之履約保證金。至本契約經機關自行或洽請其他廠商完成後，如扣除機關為完成本契約所支付之一切費用及所受損害後有剩餘者，機關應將該差額給付廠商；無洽其他廠商完成之必要者，亦同。如有不足者，廠商及其連帶保證人應將該項差額賠償機關。」若因可歸責於廠商之事由而終止部分契約，實務作法只辦理工程清算，並不辦理驗收程序，自無從起算保固期。

◎動腦思考 3

■說明

一、工程若因為可歸責於廠商的事由，遭機關終止契約，由於工程尚未完成，若經機關

[17]鄧勝軒、黃世昌，工程瑕疵擔保責任及保固條款幾個爭論法律實務問題探討(上)，營造天下第 160 期，102 年 4 月，第 14 頁。
[18]詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，月旦法學雜誌第 129 期，2006 年 2 月，第 14 頁。
[19]陳自強，承攬瑕疵擔保與不完全給付，月旦法學雜誌第 220 期，2013 年 9 月，第 191 頁。

就尚未完成的部分工程重行招標，此時可能會發生原廠商已施作的工程，經接續工程廠商接手繼續施工，一旦發生瑕疵時，因工程界面問題，往往難以釐清責任誰屬！為明確責任歸屬並避免紛爭，公共工程廠商延誤履約進度處理要點第 17 點乃規定「機關辦理重行招標之招標文件，應訂明原契約.....保固責任之延續或更新、……等事項。」[20]接續工程廠商是否概括承受原廠商已施作完成部分之保固責任，實務上有「延續」及「更新」兩種做法。

二、保固責任延續的做法，實務上操作的方式係由業主於契約中編列「契約終止後之後續工程界面處理費」給付接續工程廠商，並於契約中約定「投標廠商自行現地會勘已施作完成部分，並作為投標依據，其中已施作部分，均為後續工程承接廠商概括承受範圍，並應負起完工保固之責。上列界面處理為主要事項，投標廠商在投標前應勘查工地，若未能勘查工地，以致不能瞭解招標文件之內容及上述各注意事項時，不得藉詞推卸其應適當估計工程費用之責任。相關配合事項均已包含本項目中，廠商評估為順利接續未完成工程，經實際核算後，需額外新增項目或數量，俾利工程規劃施工順序得以推展，其費用均已含於此項費用中，不得要求加價。」是以接續工程廠商既投標承接接續工程，依約即概括承受原廠商已施作部分的瑕疵，其界面處理費係雙方合意以定額方式約定，如實際所需修補費用超過上開定額，接續工程廠商應自行吸收，不得請求機關加價，如實際所需修補費用未達上開定額，接續工程廠商亦不負返還的義務。[21]保固責任延續的做法係將不確定的保固責任以給付處理費方式，讓接續工程廠商概括承受，由於不確定風險往往難以評估，常會影響接續工程廠商投標意願，為提高廠商投標意願，或許也可考慮採用保固責任「更新」的做法，接續工程廠商僅就自己施作的工作負保固責任，而不及於原廠商已施作完成部分。

◎動腦思考 4

■說明

本案例爭點主要有兩個部分，一為甲要求乙拆除重作是否合理？是否採減價收受較為合理且符合誠信原則，二為是否可以就僅占契約價金 1% 共 60 萬元的納骨櫃底鈑抽查發現不合格，即拒付當期估驗計價款 2,000 萬元，是否合理？較適宜的處理方式為何？請參閱本書第七章「四、報酬減少請求權與減價收受」及第五、十三章的說明。

[20]本規定雖然是針對廠商延誤履約進度所為之規定，但於因其他事由而終止契約的案件，應亦可參考適用。

[21]臺灣桃園地方法院 102 年度重訴字第 397 號判決。

第八章
工程違約金

◎動腦思考 1

■說明

一、甲機關與乙公司訂定某公墓納骨堂新建統包工程，乙必須負責工程的設計及施工，乙完成設計並報經甲核定後，即應依設計圖施工，但施工中乙發現納骨櫃底鈑設計錯誤，本應循變更設計程序辦理變更，惟乙未報經甲同意即自行變更設計並施作，雖增加部分工料，但也因而減少加工成本。本工程既未辦理變更設計，甲辦理驗收仍應依據原設計圖驗收，乙既未按圖施工，應依採購法第 72 條第 1 項規定通知乙限期改正，但是若驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用，經甲檢討不必拆換或拆換確有困難者，依同條第 2 項規定得於必要時減價收受，但因減價收受往往會扣減工程款及課違約金而會影響乙的權益，除非乙有重大違約或限期改善將造成甲的重大損失外，爲避免紛爭，甲仍宜先行通知乙限期改正，逾期未改善者，才以減價收受處理。

二、本工程契約總價金爲 6,000 萬元，而系爭不符設計圖規定的納骨櫃底鈑的價金僅 60 萬元，僅占契約總價金的百分之一，本案雖然是起因於乙的設計錯誤及疏未請求變更設計所致，但所施作的底鈑功能及效益仍舊是符合需求的，乙亦無偷工減料的意圖，甲亦未因而遭受任何損害，而契約約定減價收受係按契約約定依不符項目標的之契約價金 300%（60 萬元*300%=180 萬元）減價，並處以減價金額 300%（180 萬元*300%=540 萬元）的違約金，總計扣款高達 720 萬元，此一減價金額及違約金金額性質上應屬違約金，且違約金額顯然過高，乙可主張違約金過高而申請調解、提起仲裁或訴訟，請求酌減。

◎動腦思考 2

■說明

一、本案案例事實依一般的想法來看，乙標得甲的工程，目的在於賺錢，因此，乙若均依照契約施工，自可預期其依契約規定向甲請求估驗付款，但是若乙認爲估驗付款金額不大，爲省去行政成本，想至完工後才一次驗收付款，而未向甲請求估驗付款，按其性質應屬承包商(債權人)的受領遲延，通常承包商受領遲延並不會對業主造成損害，因此，學理上將其歸類爲「不真正義務」，與「真正義務」的違反會造成他方損害，是不同的。

二、民法的義務，依其違反時的法律效果，可分爲「真正義務」及「不真正義務」。債

務人違反真正義務時，債權人除得請求強制履行外，並得請求損害賠償；但若違反的只是「不真正義務」時，學說及法院實務多數認爲他方並不能請求強制履行，亦不能主張債務不履行而請求損害賠償，債權人的受領遲延即有認爲屬違反不真正義務者。惟基於私法自治及契約自由原則，當事人間仍得自由調整義務性質，將本屬承包商受領遲延的「不真正義務」，透過契約約定違反時所應負的契約責任，而將之轉換爲「真正義務」。[22]因此，契約自可約定承包商逾時申請估驗付款之懲罰性違約金。

◎動腦思考 3

■說明

一、本工程爭議在於，本工程雖有約定分段進度及最後履約期限，且屬分段竣工後使用或移交之情形，並約定有逾期違約金，但漏未約定分段進度逾期違約金金額計算標準，致生分段進度逾期違約金究應以「契約價金總額」或「分段契約價金」計算違約金的爭議！

契約條文

■第 18 條第 1 款

「逾期違約金，以日爲單位，…，廠商如未依照契約約定期限竣工，應按逾期日數，每日依契約價金總額千分之一計算逾期違約金。」

■第 18 條第 8 款

「契約定有分段進度及最後履約期限，且均訂有逾期違約金者，屬分段竣工後使用或移交之情形，其逾期違約金計算原則如下：…2.逾分段進度但未逾最後履約期限者，計算逾分段進度之違約金。…。5.各階段逾期違約金之約定如下：(1)逾分段進度違約金：第 1 階段按逾期日數，每日之逾期違約金爲__（由機關於招標時載明，依該分段契約價金一定比率或一定金額。如履約期間分段進度需求爲 2 階段以上者，由機關於招標時增訂各階段違約金）。(2)逾最後履約期限違約金：依第 1 款及本款計算。」

二、法院見解

(一)依契約第 18 條第 1 款及同條第 8 款約定，本工程逾期違約金的計罰，應依上開約定辦理。乙公司第 3 次、第 6 次及第 8 次通報單實際竣工日期均未逾最後履約期限，上開通報單分項工程分別逾期 27.5 日、3 日及 14 日。又本工程於各次施工通報單工程竣工查驗完成後，即先行開放民眾使用，但由乙公司負保管之責，待全部工程驗收合格後始移交由接管單位管理，乙公司就第 3 次、第 6 次及第 8 次通報單之逾期完工，核屬上開第 18 條第 8 款第 2 目所定應計算逾分段進度違約金之情形，依同條

[22]林誠二，定作人不爲協力行爲之責任，臺灣法學雜誌第 206 期，2012 年 8 月 15 日，第 114 頁。

項第 5 目(1)，應依該分段契約價金一定比率計算逾期違約金，然兩造就此部分未再另載每日逾期違約金的比率，是應比照第 18 條第 1 款約定即每日按價金千分之一計算。至於甲機關以本契約第 18 條第 1 款約定按工程總結算金額爲基礎計算逾期違約金，除未考量本工程有分段進度，分段竣工使用的性質外，第 3、6、8 次通報單所逾期的天數，本即僅針對各次通報單所列的工作範圍而已，甲機關以工程總結算金額爲基礎計算違約金，等同將乙公司如期完工的分項工程部分併予計罰，亦有失公允。

(二)本工程第 3 次、第 6 次及第 8 次等分項工程的金額分別爲 39 萬 3,136 元、136 萬 2,960 元及 126 萬 5,043 元，乙公司既然分別逾期 27.5 日、3 日及 14 日，則依前開約定計算，分段進度逾期違約金應爲 3 萬 2,611 元【計算式：（393,136×27.5＋1,362,960×3＋1,265,043×14）×0.001＝32,611】。則甲機關得自工程款中扣除的違約金，既僅有 3 萬 2,611 元，乙公司自得請求甲機關返還其所溢扣的工程款 80 萬 1,737 元（計算式：834,348－32,611＝801,737）。

◎動腦思考 4

■說明

一、本案相關爭議重點在於契約訂有分段進度及最後履約期限，且均訂有逾期違約金，逾期違約金的計付究應適用契約第 17 條第 8 款「屬分段完工使用或移交」或第 9 款「屬全部完工後使用或移交」之規定？

採購契約

■第 7 條

(一)履約期限：

1.工程之施工：應於機關通知日開工，並依下列期限完成履約：

(1)於開工之日起 70 日曆天前完成○○住宅興建廠商施工便道之定線與路幅內之地上物清除掘除，…再提供○○住宅興建廠商自行施作便道。

(2)道路編號 RD5 應於開工之日起 200 日曆天前完成道路碎石級配層及其地下之污水、排水箱涵…等契約工項，…再提供○○住宅興建廠商自行施作便道。

(3)銜接水路於機關指定通知日後再行進場施工，並於指定通知日起 200 日曆天內完成。

(4)於開工之日起 800 日曆天前完成道路編號 RD1、RD2、RD3、RD4、RD5、RD6 及 RD7 道路之瀝青混凝土舖面與人行道舖面之契約工項。

(5)於開工之日起於 900 日曆天前完成全部工程竣工。」

■第 17 條第 1 款 遲延履約

(一)逾期違約金…2.廠商如未依照契約第 7 條第 1 款第 1 目(1)、(2)、(3)及(4)所定，

各分段履約期限完成各項工作者，自該期限之次日起算逾期日數。按該履約部分之契約價金，每日依其 3‰計算逾期違約金。

■第 17 條第 8 及 9 款

同前所述工程採購契約範本第 17 條第 8、9 款，以下不復贅述。

採購契約第 7 條規定「(一)履約期限：1.工程之施工：應於機關通知日開工，並依下列期限完成履約：(1)於開工之日起 70 日曆天前完成〇〇住宅興建廠商施工便道之定線與路幅內之地上物清除掘除，…再提供〇〇住宅興建廠商自行施作便道。(2)道路編號 RD5 應於開工之日起 200 日曆天前完成道路碎石級配層及其地下之污水、排水箱涵…等契約工項，…再提供〇〇住宅興建廠商自行施作便道。(3)銜接水路於機關指定通知日後再行進場施工，並於指定通知日起 200 日曆天內完成。(4)於開工之日起 800 日曆天前完成道路編號 RD1、RD2、…道路之瀝青混凝土舖面與人行道舖面之契約工項。(5)於開工之日起於 900 日曆天前完成全部工程竣工。」上開約定(1)至(4)係屬分段進度之規定，而(5)則是最後履約期限之約定，而對於分段進度逾期的違約金計算方式則規定於契約第 17 條「遲延履約(一)逾期違約金…2.廠商如未依照契約第 7 條第 1 款第 1 目(1)、(2)、(3)及(4)所定，各分段履約期限完成各項工作者，自該期限之次日起算逾期日數。按該履約部分之契約價金，每日依其 3‰計算逾期違約金。」另同條第 8 及 9 款並分別規定「屬分段完工使用或移交」及「屬全部完工後使用或移交」的分段進度逾期違約金計算方式。

本案爭議在於契約第 7 條第 1 款第 4 目規定「(一)履約期限：1.工程之施工：應於機關通知日開工，並依下列期限完成履約：…(4)於開工之日起 800 日曆天完成道路編號 RD1、RD2、…道路之瀝青混凝土舖面與人行道舖面之契約工項。」雖有分段進度的約定，而契約第 17 條第 1 款亦有分段進度逾期違約金的規定，然因契約第 7 條第 1 款第 4 目並未如第 1、2 目條文有明確約定「再提供〇〇住宅興建廠商自行施作便道」，而衍生究應適用契約第 17 條第 8 款「屬分段完工使用或移交」或第 9 款「屬全部完工後使用或移交」之分段進度逾期違約金計付方式之爭議！而本案因承包商履約並未逾最後履約期限，倘認定「屬分段完工使用或移交」，即應課承包商分段進度逾期違約金 100 萬元，反之若「屬全部完工後使用或移交」，即不得課承包商分段進度逾期違約金，因此產生履約爭議！就類似爭議，臺灣高等法院 103 年度上字第 1063 號判決及臺灣臺北地方法院 103 年度訴字第 1227 號判決的系爭事實亦係分段進度逾期違約金爭議，前開判決並謂「契約既未明文約定本件標的係採『分段完成履約使用』或『全部完成履約後使用』，而系爭契約竟將此二種本屬不可能同時併存之情形，分別訂於同條文前後項(第 14 條第 8 項、第 9 項)，致生兩造本件爭議，自應就系爭契約及其附件全部條款以解釋探求當事人之真意，並應兼顧契約當事人間履約之公平。…」法院最後判決業主應返還承包商分段進度逾期違約

金。

二、為避免類似爭議，業主辦理採購，契約若約定有分段進度及最後履約期限，倘亦約定有分段進度逾期違約金，應明確於契約中就各分段進度約定係「屬分段完工使用或移交」或「屬全部完工後使用或移交」。

第九章
工程契約的解除與終止

◎動腦思考 1

■說明

一、乙廠商承包甲機關系爭工程，既已完工並驗收合格，乙本可向甲請求給付工程款，但因乙係以借牌圍標得標甲系爭工程，依採購法第 31 條第 2 項第 2 款的規定，乙所繳納的押標金不予發還，其已發還者，並予追繳，甲可以依據上開規定向乙追繳已發還的押標金，並可依據民法第 334 條規定，行使抵銷抗辯，主張從工程款中扣抵應追繳的押標金。至於乙借用丙、丁廠商名義投標，經發還該二公司的押標金各 49 萬元是否可向乙追繳，依採購法第 31 條第 2 項規定「…廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳：…八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為。」因此，依法律保留原則，追繳的對象應是個別的投標廠商丙及丁，而不得就丙及丁的押標金部分，一併向乙追繳。

二、採購法第 59 條第 2 項規定禁止廠商以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他利益為條件，以促成採購契約的簽訂，立法目的係以廠商願支付他人佣金等不當利益，促成契約的簽訂，衡情必將其所支付的不當利益計入成本估價，致契約價格溢出一般合理價格，或其因契約所獲得的利益超過正常的利益，故同條第 3 項規定，機關得將溢價及利益自契約價款中扣除。惟對於正當的商業行為所為的給付，苟無不當促成採購契約的簽訂，實無禁止的必要，故採購法施行細則第 82 條乃明文排除採購法第 59 條第 2 項的規定。惟法院實務見解有依採購法第 59 條的文義及體系解釋，認為第 59 條規定主要係以機關採「選擇性招標」及「限制性招標」方式辦理採購，以及以「公開招標」方式辦理採購但投標廠商未達三家時為規範對象，如機關辦理採購係採「公開招標」，而投標的廠商已達三家者，則無採購法第 59 條規定的適用。查本案決標金額為 990 萬，應係以公開招標方式辦理招標，又投標廠商有乙、丙、丁三家廠商，依上述實務見解，甲不得依採購法第 59 條第 2、3 項規定，從工程款中扣抵借牌標得系爭工程支付的佣金 247 萬 5,000 元。

三、惟依採購法第 50 條第 1 項第 3、5 款規定，若承包商的投標有借用或冒用他人名義投標，或不同投標廠商間的投標文件內容有重大異常關聯者等情事，決標或簽約後，機關應終止契約或解除契約，並得追償損失，即使「已完成履約付款結案，且已發還廠商履約保證金」亦然；但終止契約或解除契約反不符公共利益，並經上級機關核准者，則得不終止契約或解除契約，惟仍得依採購法第 50 條第 2 項規定向廠商追償損失。由於系爭工程已完工驗收，若終止契約或解除契約反不符公共利益，甲得

報經上級機關核准，不終止契約或解除契約，惟乙借牌圍標系爭工程所支付的佣金247萬5,000元，應可視爲破壞市場公平競爭秩序所造成甲的損失，甲可請求乙賠償，並得行使抵銷抗辯，從工程款中扣抵。

◎動腦思考2

■說明

一、有關轉包的說明已如上述，茲不贅述。然在經濟活動中，廠商履約未必事必躬親，廠商本於專業性或經濟效益之需要，亦會將承包的工作部分分包給其他廠商施作，因此，採購法第67條第1項乃規定「得標廠商得將採購分包予其他廠商。稱分包者，謂非轉包而將契約之部分分由其他廠商代爲履行。」另爲保障分包廠商的權益，依同法條第2項規定，分包契約報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包廠商者，分包廠商就其分包部分的報酬，得就得標廠商對於機關的價金或報酬請求權，實行權利質權，向機關請求給付。而在保障保障分包廠商權利外，同法條第3項相對地亦課予分包廠商必須就其分包部分，與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任。因此，轉包與分包不同點在於，轉包不合法，但分包則合法，故而廠商違法轉包即應依採購法及契約規定負法律責任，轉包廠商在法律上即不得向機關主張任何權利，反而還要對機關負連帶履行及賠償責任；而分包既爲合法，當將分包契約報備於採購機關並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包廠商，分包廠商尚得向機關實行權利質權，並應與得標廠商連帶負「瑕疵擔保責任」，此一責任範圍亦較轉包廠商應負的「履行及賠償責任」範圍爲小。

二、傳統的工程採購作業過程是先由業主辦理設計標發包，待設計標承包商完成設計後，再辦理施工標發包。承包商僅負責施工，並不負責設計，因此如果設計內容有錯誤或遺漏等情事，承包商並不負契約責任。而統包則是將設計及施工均發包由同一承包商負責，契約關係較爲單純，因此對於業主而言，較能提升採購效率及品質，避免發生設計與施工界面爭議、權責不易釐清、變更設計處理困難等問題，可減少工程糾紛的發生，此一效益在愈是規模龐大、性質複雜的工程，愈見其實益。採購法第24條即規定「機關基於效率及品質之要求，得以統包辦理招標（第1項）。前項所稱統包，指將工程或財物採購中之設計與施工、供應、安裝或一定期間之維修等併於同一採購契約辦理招標（第2項）。」該條的立法說明亦指出，統包式契約是國際上經常採用的發包方式，其內涵爲從方案選擇、規劃設計、材料購置、施工管理、設備安裝等作業，均交由同一業者負責統籌執行，於驗收合格後，再移交業主使用。統包與轉包、分包是截然不同的概念，立法目的亦不相同，轉包及分包廠商均不與機關產生契約上的法律關係，統包的廠商則與機關簽訂契約，是契約法律關係的當事人，統包契約若同時結合共同投標，則統包契約的承包商就會有數家廠商，

而這些共同投標廠商，依採購法第 25 條第 2 項規定，即應連帶負履行契約的責任。本案並請參閱本書第七、九章的說明。

◎動腦思考 3

■說明

本題係單純考轉包的意義，以及違法轉包的法律效果，請參閱本書第 243、399 頁及採購法第 101 條規定，以及作者所著「政府採購實用」一書第二十五章「轉包、分包與權利質權」的說明。

◎動腦思考 4

■說明

一、有關轉包的意義，以及違法轉包的法律效果，請參閱本書第 243、399 頁及採購法第 101 條規定，以及作者所著「政府採購實用」一書第 25 章「轉包、分包與權利質權」的說明。

二、本案系爭重點在於 A 公司將工程施工的工作悉數交由 B 公司施作，只留存僱用工地主任、安衛人員及品管人員，是否屬於採購法第 65 條所稱的轉包？就此，必須先瞭解何謂「轉包」？依採購法第 65 條規定，係指得標廠商將原契約中應自行履行的「全部」或其「主要部分」，由其他廠商代為履行；另依施行細則第 87 條規定，該主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行的部分。是否構成轉包，不以受轉包的廠商已實際履行契約的全部或主要部分為必要，即使只是完成轉包契約約定，亦構成轉包[23]。另是否為主要部分，必須事先於招標文件內約定，實務曾有機關未於招標文件就得標廠商應自行履行的主要部分預為規定，致發生機關與廠商間關於違法轉包或合法分包的爭議。為杜爭議，工程會函釋請各機關於訂定投標須知時，應視案件性質及實際需要，於招標文件標示屬於主要部分的項目，或標示應由得標廠商自行履行的部分[24]。

三、就本案來看，A 公司係將工程施工的工作悉數交由 B 公司施作，但卻係自行僱用工地主任、安衛人員及品管人員，應非屬將採購的「全部」，由其他廠商代為履行，但是否屬於將採購的「主要部分」，由其他廠商代為履行？由於招標文件並未標示「主要部分」，因此，只有在廠商將採購的「全部」，交由其他廠商代為履行，才會構成轉包，本案 A 公司應未構成轉包，A 公司主張有理由。

[23] 工程會工程企字第 10200456540 號函。

[24] 工程會 90 工程企字第 90051780、91 工程企字第 91016404 號函。

第十章
情事變更原則在工程契約實務上的應用

◎動腦思考 1

■說明

一、公共工程的施工或工作物經常會於地下施工，而地上的狀況都會有誤判或無法預料的情事，更遑論地下的狀況。業主爲避免施工中遭遇異常的工地狀況而增加工程費用及施工時間，常會在契約中約定將此一風險歸由承包商承擔，並排除承包商可能的求償及展延工期，正如本案甲機關在契約中約定「投標廠商需自行評估風險，施工中不論廢棄物數量多寡，乙均不得主張增加工程款及請求展延工期。」某些工程契約甚至會規定「所提供的資料僅供參考，投標者仍應自行詳細勘察瞭解。若因未能詳細勘察或不瞭解招標文件，所造成的估算錯誤或疏漏，損失概由承攬者自行承擔。」雖然如此，然依採購法規定巨額採購，等標期亦僅不得少於 28 日，以本案契約價金高達 10 億元，短短的 28 日等標期，廠商實際上連算標都可能很急迫了，如何能夠確實的進行工地勘察及地質調查，亦不符經濟效益，因此，實務上廠商算標及評估風險往往是根據業主所提供的資料,或取得相關的地質調查資料等進行研判,鮮少廠商於投標前自行進行地質調查，況且工程的規劃、設計大多是由業主主導辦理，規劃設計期間業主均有充裕的時間進行深入調查，在如此長的時間內尚且無法充分掌握風險，如何期待廠商能夠在如此短的時間內能夠充分瞭解，且將之納入投標考量。

二、再者，工程愈是複雜，地質條件及地下障礙物對工程的進行及成本的影響力愈大，因此愈是複雜的工程，地質及地下障礙物調查資料的有效性愈是重要。基於優勢風險承擔人理論及採購效率的觀點，提供正確的地質及地下障礙物調查資料應由業主負擔始較符合效率。因此，業主爲避免資料錯誤遭致承包商求償，而在契約中明訂業主不擔保調查資料的正確性或調查資料僅供參考，以免除業主對所提供調查資料的正確性責任，這些免責約款是無效率的，而在此必須探討的是契約當事人是否可以將地質及地下障礙物的情事變更，於契約中明文限制或剝奪承包商依據情事變更原則請求調整契約權利義務的權利，亦即是否能夠於契約中事先約定排除情事變更原則的適用？法院實務見解有認爲如果該情事變更於訂約時承包商即已有所預見，該約定則爲有效；就此本書認爲依風險分配的原則，若締約當時承包商對於施工風

險的發生有所預見，則屬商業上通常的風險，應由承包商自負損失；反之，若屬不可預見的風險，卻以契約事先抽象地約定完全歸由承包商承擔，是否即可視爲承包商於締約當時即有所「預見」？其實預見的範圍應是依一般工程技術、承包商專業能力及工程慣例，一位有經驗的承包商通常能合理預見的範圍，才屬可預見，非謂一有此約定，即認定不論損失多大，均係承包商可得預見的範圍。換言之，其預見的範圍，不只「風險事故發生可能性的預見」，尚包括「損失範圍的預見」，任何超出以上預見範圍的風險事故或損失範圍，均非承包商所得預見，若契約以免責約款排除承包商依情事變更原則求償，依民法第 247 條之 1 規定，可能構成顯失公平而無效。

三、本案甲機關於招標文件中事先說明工程用地地下可能遭棄置廢棄物，但無法提供確切的廢棄物數量，故於契約詳細價目表中之「廢棄物清除及處理」工作項目中以一式計價的方式編列費用 2,000 萬元，並於招標文件中規定投標廠商需自行評估風險，施工中不論廢棄物數量多寡，乙均不得主張增加工程款及請求展延工期。但乙於施工中發現廢棄物數量高達 10 萬公噸，處理費用高達 3 億元，並造成工程延誤 30 日。由於本工程係由甲規劃設計，甲有提供正確廢棄物數量的義務，乙於投標時實際上不可能亦無法期待其能充分評估並合理預見廢棄物的真正數量，甲若一概將數量差異的風險全然歸由乙承擔，並不公平，而甲於契約中約定排除乙請求增加工程款及展延工期的權利，此一免責約款排除情事變更原則適用的約定，依民法第 247 條之 1 規定，應屬無效。乙可依民法第 227 條之 2 第 1 項規定「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減給付或變更其他原有之效果。」請求增加工程款及展延工期。

◎動腦思考 2

■說明

依工程會工程企字第 10600064480 號函頒「機關履約中工程因應一百零五年十二月勞動基準法部分條文修正法案之處理原則」規定如下：

一、機關辦理履約中之工程採購，於勞動基準法部分條文修正法案（以下簡稱勞基法修正，又稱一例一休）一百零五年十二月二十三日生效以後仍在施工尚未竣工者（不包括因可歸責於廠商之原因而延期致尚未竣工之情形），訂約廠商認爲影響履約期限或費用，要求辦理契約變更者，依本處理原則辦理。

二、勞基法修正將影響部分在建工程履約事項，影響因素包括勞工於休息日工作之加班費增加、特別休假日數增加、應放假之日數減少等。

三、行政院公共工程委員會（以下簡稱工程會）訂定之採購契約要項、工程採購契約範本、公共工程技術服務契約範本，其與勞基法修正有關之內容及處理原則，說明如

下：

(一)採購契約要項第三十八點第一項第一款：「廠商履約遇有下列政府行爲之一，致履約費用增加或減少者，契約價金得予調整：(一)政府法令之新增或變更。」；第二項：「前項情形，屬中華民國政府所爲，致履約費用增加者，其所增加之必要費用，由機關負擔；致履約費用減少者，其所減少之部分，得自契約價金中扣除。」；第四十九點：「機關及廠商因天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，得展延履約期限；不能履約者，得免除契約責任。」

(二)工程採購契約範本第四條第六款第一目：「廠商履約遇有下列政府行爲之一，致履約費用增加或減少者，契約價金得予調整：1.政府法令之新增或變更。」；第十七條第五款第十一目：「因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，廠商得依第 7 條第 3 款規定，申請延長履約期限；不能履約者，得免除契約責任：11.政府法令之新增或變更。」

(三)公共工程技術服務契約範本第四條第五款第一目：「乙方履約遇有下列政府行爲之一，致履約費用增加或減少者，契約價金得予調整：(一)政府法令之新增或變更。」；第十三條第四款第十一目：「甲方及乙方因下列天災或事變等不可抗力或不可歸責於契約當事人之事由，致未能依時履約者，得展延履約期限；不能履約者，得免除契約責任：(十一)政府法令之新增或變更。」

(四)勞基法修正屬上開契約要項、契約範本所稱「政府法令之新增或變更」、「不可歸責於契約當事人之事由」，在建工程契約如已包括上開內容者，可依約辦理契約變更；如未包括上開內容者，依上開契約要項精神及本處理原則，可由訂約雙方協議辦理契約變更。

四、本處理原則適用一百零五年十二月二十日以前廠商投標之工程，一百零五年十二月二十三日以後仍在施工尚未竣工者（不包括因可歸責於廠商之原因而延期致尚未竣工之情形）。下列工程不適用：

(一)廠商於一百零五年十二月二十一日勞基法修正公布以後投標者。

(二)以工作天計算履約期限者。

(三)以日曆天計算履約期限，契約已訂明星期六、星期日及其他假日不計入工期，等同以工作天計算者。部分天數之計算類似工作天之計算方式者，以不計工期之日數所占全年非工作天日數比率計算不適用之部分。

(四)因可歸責於廠商之事由而逾履約期限部分。

五、機關依本處理原則展延履約期限（以下簡稱工期）之處理方式：

(一)個案工程於一百零五年十二月二十三日以後剩餘之工期日數，每十四日展延一日，不足十四日部分，不予展延。

(二)勞基法修正前，勞工應放假之下列日數，自一百零六年一月一日起不列入計算：中

華民國開國紀念日之翌日（元月二日）、革命先烈紀念日（三月二十九日）、孔子誕辰紀念日（九月二十八日）、臺灣光復節（十月二十五日）、先總統蔣公誕辰紀念日（十月三十一日）、國父誕辰紀念日（十一月十二日）、行憲紀念日（十二月二十五日）。但廠商於一百零五年一月一日至一百零五年六月二十一日期間投標者，不在此限。

六、機關依本處理原則展延工期者，依核定展延工期日數占契約原訂履約日數之比率，乘以原契約價金總額百分之二點五計算增加之履約費用（已含契約所載營業稅等費用），機關不就訂約廠商因展延工期可能衍生之其他直接、間接等各種費用另爲給付。

七、契約原訂工期未展延者，由訂約廠商提出勞基法修正後致須增加之履約費用及其計算方式（須一併考量一百零六年一月一日起勞工應放假之日減少，致減少之履約費用），據以協商。如涉及分包廠商之給付者，訂約廠商應提出下列文件之一：

(一)與分包廠商共同簽署之協議書：書明訂約廠商與分包廠商就訂約廠商所獲款項之處理，已達成協議。

(二)切結書：保證本誠信原則，將所獲得之款項合理分配予分包廠商。

八、契約雙方依在建工程個案特性認爲不適宜依前三點辦理者，得自行協議處理方式。

九、契約未訂物價調整約定或已約定不隨物價調整工程款者，雙方得協議增訂物價指數調整約定，就一百零六年一月以後施作之工程，以一百零五年十二月爲基期，依行政院主計總處發布之「營造工程物價總指數」，就漲跌幅超過百分之二點五之部分，於估驗完成後調整工程款，並載明適用此約定之工程項目及金額等事項。

十、機關依本處理原則辦理契約變更，應一併載明下列事項：

(一)得調整之履約費用或履約期限。

(二)展延工期及增加給付履約費用之計算方式。

(三)依第七點辦理之相關證明文件。

(四)依第九點辦理者應載明之事項。

(五)增加款項如因機關原預算相關經費無法支應者，於未來年度編列預算支付，並俟預算完成法定程序後，無息支付。

(六)其他應載明事項。

十一、機關累計增加給付逾新臺幣十萬元之款項，應依政府採購法第六十一條及第六十二條規定辦理決標公告或定期彙送。

十二、訂約機關依本處理原則辦理時，可依「機關採購審查小組設置及作業要點」成立採購審查小組，協助審查展延工期及增加給付履約費用事項。

十三、行政院所屬各部會行總處署、各直轄市政府及各縣（市）政府得成立協處平台，協助處理本機關及所屬（轄）機關依前點辦理仍無法解決之爭議。

十四、工程技術服務契約履約期間跨越一百零五年十二月二十三日者，準用本處理原則。

工程依本處理原則展延工期者，監造廠商或專案管理廠商增加之服務費用，依機關委託技術服務廠商評選及計費辦法第三十一條及個案契約約定辦理；契約未訂明者，依上開規定並參考工程會訂定之公共工程技術服務契約範本第四條第九款，由契約雙方協議並辦理契約變更。

採建造費用百分比法計算技術服務費用者，其工程依本處理原則計算所增加之履約費用，不納入建造費用之計算範圍。

十五、依本處理原則辦理者，機關仍應督促廠商儘速完成履約，以利國家公共建設之順利推動。

第十一章
定型化契約與免責（棄權）約款

◎動腦思考 1

■說明

一、由於公共工程契約具有「繼續性契約」的性質，若動輒解除契約，使契約關係溯及消滅及雙方負有回復原狀的效力，易使法律關係趨於複雜，衍生資源浪費，有違公益及經濟效益，對於契約雙方當事人未必有利，因此爲避免法律關係趨於複雜，並兼顧資源有效利用及公益的維護，如他方已爲的給付，並無不利益的情形而欲繼續保有時，則終止契約的方式，使契約關係向後消滅爲宜。民法第 494、495 條即規定若所承攬的工作爲建築物或其他土地上的工作物時，而其瑕疵尚非重大致不能達使用的目的者，業主則不能解除契約，而僅得請求減少報酬，並得請求損害賠償。

二、再者，契約如果約定承包商違約時業主即可終止契約，則違約情事亦應以重大的程度爲限，否則無異使業主可以任意以輕微的違約，例如輕微的可預見履約瑕疵，或其他輕微的違反契約情事爲由而終止契約，如此並不符合誠實信用原則。工程會即曾函釋，機關辦理採購發生短少或少數檢測不合格的情事，若情節不「重大」，可參照採購法第 72 條第 2 項規定的精神採減價收受，或採雙方協議契約變更的方式處理，毋須辦理部分解除或終止契約。

三、又依採購契約要項第 51 點即規定「廠商履約結果經機關查驗或驗收有瑕疵者，機關得定相當期限，要求廠商改善…。廠商不於前項期限內改正、拒絕改正或其瑕疵不能改正者，機關得採行下列措施之一：…（二）解除契約或減少契約價金。但瑕疵非重要者，機關不得解除契約。…」工程採購契約範本第 15 條第 11 款「驗收」亦規定「廠商不於前款期限內改正、拒絕改正或其瑕疵不能改正，或改正次數逾＊次仍未能改正者，機關得採行下列措施之一：…2.終止或解除契約或減少契約價金。」

四、本案契約中規定，廠商履約，有審查、查驗或驗收不合格，經三次通知未於通知期限內依規定辦理者，機關得以書面通知廠商終止或解決契約，此一規定有待商榷，蓋一來條文規定並未規定瑕疵必須達到「瑕疵重大致不能達使用的目的」始得終止或解除契約，且依前開民法及採購契約要項的規定，法律效果並非只有終止契約及解除契約兩種，尚有減少契約價金可以選擇，倘使採取終止或解除契約的法律效果，將造成機關、廠商及公共利益的重大損害，相對地，採取減少契約價金的法律效果，則能兼顧契約雙方的利益，如此則較符合誠信原則。然本案契約規定卻只硬性規定終止或解除契約兩種法律效果，顯已違反前開規定。

五、機關若合法解除契約，解除契約後契約雙方互負回復原狀的義務，機關得追回付給

廠商的所有款項，在此並無疑義；有疑義者在於終止契約後，機關可否追回付給廠商的所有款項，按契約之終止既係向終止後發生效力，機關通知終止時點之前，廠商所履行之債務仍是合法有效的，對於廠商業已施作且查驗合格的工作，機關自需依契約單價辦理結算，並給付廠商工程款，只是在因可歸責於廠商的事由而爲機關終止契約，機關可以向廠商請求損害賠償，此一損害賠償則可向廠商主張抵銷，從應付給承包商的工程款中扣抵，因此本案契約約定終止契約時，機關得追回付給廠商的所有款項，做法上並不公平、合法。至於機關得否暫不付款，至採購重新發包並履約完成後，再行清算機關損失，並主張抵銷後就剩餘款項給付價金，因事屬他事，則不於此論述。而政府採購契約通常屬於民法第 247 條之 1 所述的定型化契約，依該條規定「依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，爲左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：…三、使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者。四、其他於他方當事人有重大不利益者。」本案契約約定恐已構成定型化契約顯失公平而無效。

第十二章
工程契約與錯誤

◎動腦思考 1

■說明

一、政府採購契約的投標廠商投標報價的計算，通常是依據業主所提供的資料或自行估算而計算出其報價，然實務上廠商時常會因疏忽或種種原因而導致計算錯誤，其較可能發生的情形是標的價格、數量的「計算錯誤」，而所謂計算錯誤，在法律上的意義爲表意人對於爲意思表示基礎的數量或價格，在數學運算上所發生的錯誤，若係表意人由於內部使用了錯誤的計算基礎（數量、尺寸、單價等），而計算出錯誤的價格，再以該錯誤的價格，爲報價的意思表示，在此種情形，意思與表示之間並無不一致的情形，屬於動機錯誤的範疇，計算錯誤的風險應由表意人自行承擔。但是若承包商是根據業主提供的工作項目、數量計算報價，若因業主提供的數量短少，或有漏項，致使承包商計算出來的報價發生錯誤，則可辦理契約變更調整契約價金；除此之外，若屬單價的計算錯誤連帶造成報價的計算錯誤，錯誤的風險仍應由承包商承擔。

二、投標後廠商若發現其報價錯誤，開標前（後）是否允許廠商修改、撤回或不予決標？採購法施行細則第 60 條規定「機關審查廠商投標文件，發現其內容有不明確、不一致或明顯打字或書寫錯誤之情形者，得通知投標廠商提出說明，以確認其正確之內容（第 1 項）。前項文件內明顯打字或書寫錯誤，與標價無關，機關得允許廠商更正。」明文規定標價錯誤不得允許廠商更正。另依工程會訂定的「依政府採購法第五十八條處理總標價低於底價百分之八十案件之執行程序」，則規定 1.合於招標文件規定的最低標廠商，其總標價在底價以下，但未低於底價的 80%，該最低標主動表示標價錯誤，要求不決標予該廠商或不接受決標、拒不簽約時，仍應照價決標。2.最低標之總標價低於底價的 80%，機關認爲該總標價無顯不合理，無降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，但該最低標主動表示標價錯誤，要求不予決標或不接受決標、拒不簽約，主辦機關無需通知最低標廠商提出說明及差額保證金，照價決標予該最低標廠商。但是若招標機關認爲最低標的總標價低於底價的 80%，機關認爲顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，經限期最低標廠商說明，招標機關若認爲廠商的說明合理，則照價決標；反之，若最低標的總標價低於底價的 80%，但在底價 70%以上，機關限期廠商說明，若認爲說明合理，照價決標予最低標，若認爲說明顯不合理，逕不決標予最低標。上述有關機關最低標主動表示標價錯誤，要求不予決標或不接受決標、拒不簽約，主辦機關照價決標

予該最低標廠商的規定，即蘊涵有前開計算錯誤的觀念。

三、本案廠商甲標價最低，惟其投標價低於底價百分之八十，乃主動表示標價錯誤，要求不決標予予自己或不接受決標、拒不簽約。乙機關認為該總標價無顯不合理，無降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，應照價決標予甲，即使甲仍堅持原意，亦同。甲如不服，則可依採購法第 75 條規定提出異議，惟依本案案例事實，乙撤銷或變更原處理結果或暫停採購程序的進行的可能性並不大。

◎動腦思考 2

■說明

一、有關總價契約、漏項的意義及漏項如何處理，請參閱本書第一章第 40-44 頁、第十二章第 324-327 頁、第十三章第 356-357 頁及第 368-373 頁，以及第一章動腦思考 6 的說明。

二、有關契約變更的原因及舉例，以及廠商提出契約變更得否請求增加工程款，請參閱本書第十三章契約變更第 332-334 頁的說明。

第十三章
契約變更

◎動腦思考 1

■說明

一、總價承包契約發生工作數量差異的契約變更

總價承包契約於簽約後，一旦施工中廠商發現實際施工的數量與機關所提供的詳細價目表中的數量有差異（尤其是增加時），若契約中沒有調整契約價格的規定，機關必然會堅持契約價金包含爲完成工作所應做的任何工作項目，主張廠商不能請求增加價金，然由於工程公開招標過程中，等標期並不長，廠商並無足夠的時間進行工地勘察，亦不能期待廠商進行地質調查或測量以確認工址狀況及工作數量，並據以算標、報價，廠商多是依照機關所提供的招標文件中所載的工作項目及數量估價，此時若因爲機關提供的圖說、標單發生錯誤或遺漏，造成廠商估價錯誤，倘一概不予廠商調整契約價金，非但不公平，亦容易發生工程糾紛。因此，採購契約要項第 32 點乃規定「契約價金係以總價決標，且以契約總價給付，而其履約有下列情形之一者，得調整之。但契約另有規定者，不在此限。…（二）工程之個別項目實作數量較契約所定數量增減達百分之五以上者，其逾百分之五之部分，得以變更設計增減契約價金。未達百分之五者，契約價金得不予增減。」就增減數量超過 5% 的部分，可以契約變更增減價金，此外，工程採購契約範本亦有相同的規定。

二、實作數量較契約所定數量增減達 30% 以上時之契約變更

廠商於計算投標報價時，各工作項目的工作數量多寡會影響工作項目的單價，進而影響廠商的報價，且廠商常將工程的動員費、機具維護費、公安費或管理費等分攤於工程的各項工作項目的單價中，因此工程的實作數量若有大幅度的增減，將會使廠商的上述費用無法全部回收；此一影響應不分究係「總價承包契約」或「單價承包契約」，亦不論是否係因機關指示契約變更，或單純僅因實作數量減少所致；因此，在通常情形下，個別工作項目的工作數量愈多，單價應愈低，反之，單價則愈高。因此，若有實作數量大幅增減的情況，宜依契約變更合理調整契約單價及增減契約價金，始屬合理；故而，工程採購契約範本第 3 條乃規定：「（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 30% 以上時，其逾 30% 之部分，得以契約變更合理調整契約單價及增減契約價金。（三）採實際施作或供應之項目及數量結算給付之部分，工程之『個別項目』實作數量較契約所定數量增減達 30% 以上時，其逾 30% 之部分，得以契約變更合理調整契約單價及增減契約價金。」

三、綜上所述，倘若工程實做數量超過 10% 及 50% 兩種情形，有關是否增減價金或調整契約詳細價目表工作項目的單價即應依照上述規定辦理。然需注意的是，政府工程採購倘依契約規定辦理契約變更，而有涉及契約價金增加者，此一契約變更在法律性質上仍屬政府採購行爲，應適用政府採購法的採購程序規定，實務上爲避免工程界面過於複雜，影響工程品質或進度，或費用的考量，常採限制性招標與原廠商議價，就此，必須探討的是，法律適用上究係依政府採購法第 22 條第 1 項哪一款？較常使用的是該條項第 6 款及第 16 款，然實務上對於該兩款規定，在適用上則有所疑義。依政府採購法第 22 條第 1 項第 6 款規定，機關辦理公告金額以上的採購，若在「原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額百分之五十者。」得採限制性招標，實務函釋認爲該款所稱「必須追加契約以外之工程」包括「新增項目、原契約項目數量之增加、原契約項目規格之變更。」因此若工程辦理契約變更，不論是「新增工作項目」、「原契約工作項目數量之增加」或「原契約工作項目規格之變更」，均受政府採購法第 22 條第 1 項第 6 款的構成要件的限制，且追加的金額不得逾原主契約金額之 50% ；惟工程會函釋又有謂「關於機關同意廠商依『採購契約要項』第 21 點及契約之規定辦理契約變更，其涉及契約新增項目議價之情形，茲依政府採購法第 22 條第 1 項第 16 款認定得採限制性招標。」實務上辦理契約變更「新增工作項目」時，欲採取限制性招標與原廠商議價，依前開函釋說明，在具體個案中，第 6 款及第 16 款即可能會產生法律競合的爭議，究竟適用第 6 款或第 16 款，結果即可能不同，若係依第 6 款規定採限制性招標，則契約變更所增加的金額即不得逾原主契約金額 50% ，若超過即可能構成違法，反之，若適用第 16 款，由於該款及契約規定通常並無契約變更增加金額的限制，因此，即使增加金額超過原主契約金額 50% ，亦不會構成違法，同樣的個案，僅因適用法條規定的不同，卻產生違法及合法兩種南轅北轍的差異！或有認爲第 6 款規定係較詳細的規定，應優先於第 16 款的適用；亦或依特別法優於普通法處理；然而這些說法，均仍有疑義，且容易令採購人員混淆，規範不清的結果，恐誤導採購人員違法而值得注意。

◎動腦思考 2

■說明

一、請參閱本書第十三章第 333-334 頁、第 358 頁、第 360-362 頁及該章的說明。

二、在此必須特別注意的是，廠商要求契約變更的原因若是因爲採購所訂的技術規格違反採購法第 26 條，亦即涉有規格限制競爭，此時業主並無拒絕接受承包商提出同等品的裁量權。另請參閱本書第 374-377 頁的說明。

◎動腦思考 3

■說明

一、採購法第 22 條第 1 項第 6 款所稱「必須追加契約以外之工程」之情形，其包括內容為何？請參閱本書第 13 章第 356 頁及筆者所著「政府採購法實用」一書第 301-302 頁。

二、採購法第 22 條第 1 項第 6 款的適用要件為：1.工程採購；2.在原招標目的範圍內；3.因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程（包括增加原契約內工作項目之內容及原契約外之工作項目）；4.如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞；5.非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的；6.追加累計金額在公告金額以上且未逾原主契約金額百分之五十。機關辦理公告金額以上之採購，若符合上開要件，得採限制性招標(工程會 88 工程企字第 8811456 號函)。上述可採限制性招標的要件中限制必須「追加累計金額未逾原主契約金額百分之五十」，就此，採購法施行細則第 22 條第 4 項規定「本法第 22 條第 1 項第 6 款所稱百分之五十，指追加累計金額占原主契約金額之比率」，工程會函釋係指「加帳部分之累計金額占原主契約金額之比率」(工程會工程企字第 09900228710 號函)。

第十四章
工程保證金與工程款債權的確保

◎動腦思考 1

■說明

一、按押保辦法並未規定承包商若係以財物或權利供作擔保時，該財物或權利的所有權人或權利人是否必須爲該承包商？承包商可否以他人的財物或權利供作擔保？參照民法第 884 條動產質權的規定，債務人提供給質權人設定動產質權的質物並非必須係債務人所有，也可以是「第三人」所有；另民法第 900 條規定的「權利質權」，依民法第 901 條規定權利質權係準用前述關於動產質權的規定，因此，同樣地，債務人提供給質權人設定權利質權的質物並非必須係債務人所有，也可以是「第三人」所有。再者，就債權人的債權確保效益來看，只要有確實充足的擔保品即可，至於提供擔保品者究爲債務人或第三人，實際上並不重要。工程會即曾函釋廠商如以設定質權的銀行定期存款單繳納，該定期存款單的存款人與投標商或得標商非同一人，所繳交的保證金均可接受。

二、本案乙於期限內以存款人爲丙的金融機構定期存款單設定質權的方式繳交履約保證金，除非有確切證據顯示有轉包或圍標情事，應依採購法及契約規定撤銷決標、終止契約或解除契約，而此則與是否接受所繳交之履約保證金係屬兩事外，甲應接受乙繳交的履約保證金。

三、得標廠商若已於招標文件規定的期限繳交履約保證金，惟其格式與規定不符，而其情形屬可補正者，機關應定期命其補正；如廠商逾期不補正，始撤銷決標，以避免矯枉過正，並符合採購法第 6 條第 2 項所規定的公共利益及公平合理原則。

四、本案質權設定過程中，乙、丙製作的「定期存款單質權設定申請書」上記載擔保質物債權係本工程之「履約保證金」，而存款銀行通知甲的「定期存款單質權設定覆函」上卻記載係爲擔保質權人對於本工程的「押標金」之質物債權，乙繳交之保證金並非履約保證金，與契約規定不符，甲應定期命乙補正。

◎動腦思考 2

■說明

請參閱本書第十四章「監督付款」第 423-427 頁的說明。

◎動腦思考 3

■說明

一、何謂工程保險，由於營建工程造價高等特性(請參閱本書第一章第 37-40 頁的說明)，容易遭遇各種內外在不可預測的風險因素影響，而使業主或承包商遭遇重大損失，為有效進行風險管理，將風險損失轉移給第三人，乃有工程保險的制度，透過保險制度，將業主及承包商可能遭遇的風險損失，透過簽訂工程保險契約，轉移給保險人。以下僅就營造綜合保險、安裝工程綜合保險及機械保險說明：

(一)營造綜合保險

營造綜合保險為承保各型建築工程及土木工程在營建過程中，其工程本身或營建機具、設備、材料等的意外毀損或滅失以及對第三人造成體傷、死亡或財損之法定賠償責任的一種綜合保險。

(二)安裝工程綜合保險

安裝工程綜合保險係承保各種機器、器具、設備及整廠機械設備在安裝及試車過程中發生意外事故，造成安裝標的物或施工機具的毀損或滅失以及對第三人造成體傷、死亡或財損之法定賠償責任的一種綜合保險。

(三)機械保險

機械保險乃承保機械設備因突發不可預料所致的損失，需予修理或重置時，由保險人依保單承保範圍負賠償責任。

二、何謂工程保證及常見的保證方式？請參閱本書第十四章第 381-414 頁的說明。

三、工程保險與保證的差異性

工程保險與保證都是營建工程上風險管理的工具，不過兩者本質並不相同，其差異性說明如下：

(一)法律性質不同

工程保險所簽訂的契約，其法律性質為保險法上的保險契約。而工程保證所簽訂的契約，可能是保證契約，也有認為是定金契約、信託的讓與擔保契約、違約金契約等等，不一而足。

(二)轉移風險的主體

工程保險是將風險轉移給保險公司，性質上是人保。工程保證若是將風險轉移給保證人，性質為人保；若由承包商提供現金給業主，或以金融機構之定期存款單設定權利質權給業主，其性質則為物保。

(三)轉移風險之標的及轉移方式不同

工程保險移轉給保險人的風險損失標的，主要是天災或不可抗力所生的損失，當產生風險損失，保險公司只需要依保險契約賠償即可，無須承擔履行契約責任。而工程保證所移轉的主要是承包商債務不履行所造成業主的損失，其目的除了業主的債權確保外，在連帶保證人的情形，其保證內容甚至包括連帶履約，因此，若承包商陷於債務不履行，業主可請求連帶保證人負起連帶完成履約的責任，使工程施

工不因而停擺。

(四)風險損失不同

工程保險必須已經產生風險損失，才可以向保險公司請求賠償。而工程保證，只要有債務不履行或違反投標規定的情形，業主就可以向保證人、保證銀行或保險公司要求履行保證責任，或不予發還承包商繳交的保證金。

(五)保障對象不同

工程保險是由承包商與保險公司簽訂保險契約，其目的主要在於轉移自己可能遭受的風險損失，因此，其保障對象爲承包商自己。工程保證則是由承包商請第三人出具保證書給業主，以確保業主對承包商的債權，故而，其保障對象爲業主。

第十五章
工程款請求權消滅時效

◎動腦思考 1

■說明

一、民法第 127 條第 7 款規定，承攬報酬的消滅時效期間爲 2 年，工程契約的報酬是否爲這裡所說的承攬報酬，法院實務見解有採肯定說者，認爲其消滅時效爲 2 年者，惟亦有認爲依民法第 125 條規定，消滅時效應爲 15 年。本書認爲若工程契約的承包商必須包工且包料，亦即所謂的製造物供給契約，則與典型的承攬契約必須由定作人供給材料有所不同，在此，本書認爲工程報酬的消滅時效，依民法第 125 條規定，應爲 15 年。而關於承攬報酬的消滅時效起算點，通說採「驗收合格說」，工程於驗收合格後承包商即可請求付款，消滅時效自然從此時開始起算。本案既於 100 年 6 月 1 日驗收合格，驗收合格後乙即可向甲請求給付契約價金，然乙遲至 102 年 8 月 5 日始向甲請求給付，期間亦無中斷消滅時效期間計算的事由，若依消滅時效 2 年的見解，乙的承攬報酬請求權已罹於 2 年的消滅時效，甲可依民法第 144 條規定，抗辯乙的請求權已罹於消滅時效，而拒絕契約價金 500 萬元的給付；但若依本書見解，本案若屬製造物供給契約，乙的承攬報酬請求權尚未罹於 15 年的消滅時效，甲不能拒絕契約價金 500 萬元的給付。

二、履約保證金的法律性質依法院實務及通說見解均認爲非屬承攬報酬，不論性質是違約金或定金，其返還請求權的消滅時效依民法第 125 條的規定爲 15 年，並無民法第 127 條規定的適用。本案乙於 102 年 8 月 5 日向甲請求退還履約保證金 50 萬元，尚未罹於 15 年的消滅時效，甲拒絕退還並不合法。

◎動腦思考 2

■說明

一、工程採購契約就因不可歸責於承包商的事由，影響工程施工，多會約定承包商可以向業主請求展延工期，但往往又會規定承包商必須於影響事件結束後一定期間通知業主及請求展延工期，在這裡經常產生爭議的是，承包商若遲誤上開期間始行通知或請求，是否仍得請求展延工期？又或業主得否乾脆於契約中即事先約定承包商若遲誤上開期間始行通知或請求，承包商即不得請求展延工期？由於能否展延工期往往會影響承包商是否應負逾期違約金責任，亦或請求工期延後造成多支出工程管理費，因而時會產生履約爭議！就此一爭議，法院實務見解有正反兩說：

(一)肯定說

認爲承包商仍得請求展延工期，臺灣高等法院臺中分院 95 年度建上易字第 2 號判決即謂「契約書…規定：『工程延期：(一)本工程施工期間，如有下列事故，確非可歸責於乙方（按即上訴人）之理由，而需展延工期者，乙方應於事故發生 7 日或其事故消失後 7 日內，向甲方（按即被上訴人）申請展延工期。逾期不予受理。1.發生第 9 點規定之事故。...3.因辦理變更設計或工程數量增加。…』。又第 9 點第 1 項規定『天災人禍等因素：前點所稱天災人禍等人力不可抗拒之因素，係指經甲方核定之事故：(一)…颱風…所造成之意外災害。』第 8 點第 2 項規定：『工期計算：(二)本工程除天災人禍等人力不可抗拒因素外，乙方不得以任何理由，向甲方申請延長工期。但非歸責於乙方之責任而經甲方確認停工者，不在此限。』兩造就工程延期，雖已於契約書明確規定，上訴人應於事故發生 7 日或其事故消失後 7 日內，向被上訴人申請展延工期，惟按，兩造工程契約上開約定，核其性質均屬可歸責於定作人或屬不可抗力之事變責任，債務人既應以其具有可歸責之事由，方有因債務不履行而負損害賠償之責任可言，若承攬人僅因未依約定程序即時申報停工或延期事由之發生，即須就可歸責於定作人或不可抗力之事變因素負債務不履行之責任，無異過於苛責承攬人之契約責任，不啻有違民法上債務不履行體系之建制，更損於平等與公平之原則。衡諸該條約定之目的，應係爲避免將來就逾期完工事由是否符合該條所定情事之舉證之困難及舉證責任分配之疑義，故兩造方約定於工程施作期間，承攬人應報請定作人爲事先之審查，若經定作人審查核准，該逾期完工事由之不可歸責於承攬人乙事則告確定，承攬人即不需就其逾期完工之事由是否爲可歸責於己負舉證責任，倘若逾期完工事由未經核准或根本未依程序申報，仍無解於該條所列情形之不可歸責性，回歸債務不履行之一般性原則，僅生承攬人需就是否因可歸責於承攬人之事由導致逾期完工之債務不履行乙事負舉證責任爾，故被上訴人抗辯上訴人未依程序申報，則此等可歸責於定作人或不可抗力之因素即視爲可歸責於上訴人等語，委無足採，上訴人自不因未依期申報系爭逾期完工之事由而當然需負逾期完工之債務不履行之責任。」

(二)否定說

認爲承包商不能請求展延工期，臺灣高等法院 97 年度建上字第 117 號判決即謂「依系爭契約第 9 條第 1 項、第 6 項約定，施工期限採日曆天計算，除系爭契約第 1 項各款所列例假日外，均應計算工程，若有非可歸責於上訴人事由，並影響進度網要徑作業之進行時，得於事故發生或消滅後十日內申請展延，而上訴人未依系爭契約約定於十日內申請，至 96 年 9 月 12 日始以天候因素無法施工爲由，主張應扣除工期 24.5 日，經被上訴人拒絕展延後，復主張應展延 32.5 日，亦與系爭契約約定程序不合，被上訴人抗辯不應扣除，即非無據。是系爭土建工程逾期完工日數爲 62 日，應可認定。」

二、就上述爭議，論者有認爲「…規定發生工期展延事由後，應提出申請的時限，以免事件經過太久，雙方無法求證事件實際影響天數，…。」可知申請時限的規定目的在於舉證及審核的便利性，並謂「…合約常規定於影響履約事件發生時，廠商應於事故發生後一定期間內(例如 28 天)提報影響的工期及費用，…。仍請留意民法第 127 條…短期時效規定。…工程契約實務常約定工地如遭遇不利施工條件(例如地質不佳)，廠商必須於一定期間(例如 14 天)告知業主，並於一定期間(例如 28 天)提出索賠，否則即失權，可認爲違反民法第 147 條規定而無效，部分裁判案例認爲不發生失權效果，但有無遭遇不利施工條件及有無損害的舉證責任由廠商負擔(因廠商通知太慢，業主可能因此無法採取降低損失的適當作爲)。」[25]上開見解雖然並未明確論述未依時限通知業主及請求展延工期的法律效果，而係說明是否於時限內通知業主影響施工事由及索賠的法律效果(論述重點似乎在索賠而非展延工期)，然基於是否展延工期與工期展延後之索賠具有密切關聯，亦即否決展延工期請求連帶會使得承包商無法請求展延工期期間的工程管理費等費用，因此，解釋上應採同一見解爲宜。

三、本書採肯定說，承包商仍得請求展延工期，另補充理由以，既然請求展延工期的權利已經明文規定在契約中，法律性質自屬請求權(有認爲屬形成權)，當然也就有民法消滅時效規定的適用，依民法第 147 條規定，時效期間當事人不得以法律行爲加長或縮短，因此，契約約定承包商必須於影響事件結束後一定期間通知業主及請求展延工期的規定，自然不能違反消滅時效制度的規定，因此，承包商即使已逾通知或請求的期限，仍得請求展延工期，然因遲延通知或請求的結果，可能使承包商遭致舉證不易的不利益，也可能因爲未能即速通知業主，致使業主無法及時採取因應作爲，以避免工程完工日期的延後(例如工程遭遇異常地質，承包商遲延通知，造成業主無法及時辦理變更設計以排除施工障礙，而造成工程完工時間的延後)，此時承包商即例外不能請求展延工期(與有過失)，並應自行承擔工期延後所增加的管理費支出的損失，當然承包商若有工程逾期，仍應依契約約定負逾期違約金的責任。至於倘若契約約定承包商逾通知或請求的期限，即生喪失請求展延工期的失權約款，即使無消滅時效規定的適用，亦可能屬於民法第 247 條之 1 定型化契約約款，恐因顯失公平而使該失權約款無效。否定說的見解在因可歸責於業主的事由造成工期延後，卻以承包商未遵守程序規定而剝奪其權利時，更可見其不合理之處，本案即屬適例。

◎動腦思考 3

■說明

同前述動腦思考 2 的說明。

[25]臺灣工程法學會，工程契約與法律，2015 年 11 月 2 刷，工程篇第 211-212 頁、法律篇第 20 頁。

第十六章
求償範圍及程序

◎動腦思考 1

■說明

一、為快速有效解決政府採購履約爭議，採購法第 85 條之 1 規定：「機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：一、向採購申訴審議委員會申請調解。二、向仲裁機構提付仲裁（第 1 項）。前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕（第 2 項）。…」依上規定，廠商申請調解既然機關不得拒絕，此一機制即屬強制調解之規定，屬於廠商程序上的權利，且若因機關不同意致調解不成立時，廠商提付仲裁，機關亦不得拒絕，因此，調解程序亦與後續的仲裁程序密切相關。

二、本案乙公司就其與甲機關間的工程爭議案，既然已先於 102 年 9 月 1 日申請調解（依題意並未敘明係向採購申訴審議委員會申請調解或向法院聲請調解，本題暫以前者為說明背景），依採購法第 85 條之 1 第 2 項規定，既然廠商申請調解，機關不得拒絕，甲於乙申請調解後，於 102 年 9 月 14 日向臺灣臺中地方法院起訴請求確認乙與甲間的債權不存在，而採購法第 85 條之 1 的強制調解規定並非民事訴訟法第 403 條第 1 項規定的強制調解事件，亦非同法第 404 條第 2 項規定起訴前應經「法院」調解的任意調解事件，故亦不能視其起訴為調解的聲請，甲的起訴依民事訴訟法第 249 條第 1 項第 6 款規定，屬「起訴不備其他要件」且無法補正，一經乙提出抗辯，臺灣臺中地方法院即應以裁定駁回甲之訴。

◎動腦思考 2

■說明

一、本題請參閱作者所著「政府採購法實用」第三十章「調解及仲裁」第 567-582 頁的說明。另請參閱本書第 495-496 頁的說明。

二、以下另補充說明，本題所問「調解不成立，廠商提付仲裁，機關是否不得拒絕」，主要是探討採購法第 85 條之 1 第 2 項是否為「強制仲裁」的規定，就此請參閱作者所著「政府採購法實用」第 575-578 頁的說明。

三、有關「如雙方合意，得否未經調解逕付仲裁」，依採購法第 85 條之 1 規定「機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：1.向採購申訴審議委員會申請調解。2.向仲裁機構提付仲裁。」對於政府採購履約爭議的解決，採購法並

非規定只能循「調解」一途解決，若經雙方合意，當然也可循仲裁程序解決。

◎動腦思考 3

■說明

請參閱作者所著「政府採購法實用」第三十章「調解及仲裁」第 567-582 頁的說明。另請參閱本書第 495-496 頁的說明。

◎動腦思考 4

■說明

請參閱作者所著「政府採購法實用」第三十章「調解及仲裁」第 567-582 頁的說明。