

寰瀛法律事務所

 Affiliate Member of FIDIC

工程法律實務研析(四)

A Study of Construction Laws in Practice



古嘉諄、吳詩敏 ◎主編

寰瀛法律叢書系列 5

 元照

去律實務研析(四)

寰瀛法律事務所

古嘉諄、吳詩敏 主編

陳希佳、黃馨慧、池泰毅、陳秋華
吳詩敏、吳世宗、李惠貞、湯東穎
劉素吟、陳思合、蔡子琪、謝宏明
李天惠、劉至芳、謝礎安、陳俐宇
合 著

元 照 出 版 公 司

國家圖書館出版品預行編目資料

工程法律實務研析 / 陳希佳等合著. -- 初版.

-- 臺北市 : 寰瀛法律事務所, 2008.08-

冊 ; 公分

ISBN 978-957-29965-4-6 (第4冊: 平裝)

1. 工程 2. 法規 3. 論述分析

440.023

97011199

本書已列入月旦法學知識庫全文檢索與數位專屬典藏

工程法律實務研析(四)

5H010PA

2008年9月 初版第1刷

主 編 寰瀛法律事務所、古嘉諄、吳詩敏

作 者 陳希佳、黃馨慧、池泰毅、陳秋華
吳詩敏、吳世宗、李惠貞、湯東穎
劉素吟、陳思合、蔡子琪、謝宏明
李天惠、劉至芳、謝礎安、陳俐宇

出 版 者 寰瀛法律事務所

總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓

網 址 www.angle.com.tw

定 價 新臺幣 450 元

專 線 (02)2375-6688

傳 真 (02)2331-8496

郵政劃撥 19246890 元照出版有限公司

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-29965-4-6

李 序

寰瀛法律事務所古大律師嘉諄兄及同仁們把心血結晶匯集成冊，出版「工程法律實務研析」，至今已刊行至第四集，對於工程法務的進步及爭議事件之處理留下完整的文獻，厥功至偉，特為之序。

工程之推動由於簽約之時尚未見實物，所以在執行時具有相當高之不確定性及風險。交易雙方自然期望自己的損失愈小愈好，再加上責任者憚於決定，故常常使得爭議延宕，小事化大。因此，嚴謹之合約管理是近代工程執行時必須落實的工作。遺憾的是，由於國內產業體質之不健全，加上多年以來的習慣，使得合約管理並未受到足夠的重視。

法律專業的訓練是十分嚴謹的，並且講究證據，因此應可補足工程產業之不足。寰瀛的同仁把很多的案例加上清楚的討論，刊行成冊，對於執行合約管理的工程同仁而言，的確是非常好的參考資料。

在這本大作中涵蓋了近來工程中經常產生的問題，包括監造、工期展延、風險移轉、債權讓與、驗收計價、保證、契約漏項、民間參與、圍標綁標等等，對於工程人員而言，真應該仔細研讀並消化於日常的工作中。了解爭議案例的目的並不止於解決爭議或者求勝於爭議處理，更重要的是要能夠避免爭議，彌平爭議。

近年來，工程爭議處理的方式日趨多元，從訴訟、仲裁已逐步擴展到政府採購法機制之下的調解，再加上一直在討論的 DRB 或 ADR 之類的方式，使得解決爭議的方案也常會產生觀念上的分歧。同一類型的爭議案件透過不同機制的解決，就可能有完全不同的結果，反而使得當事人更為困惑。在選擇爭議處理的機制時，法院判決的權威性固然令人期待，但審理過程中若未能洞察專業及事實，亦常令人無可奈何。仲裁制度固然有其專業及迅速的優點，但是有時出現的妥協及折衷，也常會令業主失去信心。去年開始的先調後仲機制，執行尚未滿週年又有修法強制仲裁之議，這些莫衷一是的各種想法又常透過立法、修法來推動，更增亂局。

袁瀛的這本大作，正指出一個重要的方向，也就是回歸各類爭議的事實，在實體上探討問題的核心。只有在核心的實質問題上有令人信服的答案，才是解決問題的根源。建議讀者本著追尋真知的心，逐篇閱讀，對於解決爭議才能正本清源，廓清疑團。

李建中

2008年7月11日

衰瀛的話

自十大建設至新十二項建設，公共工程扮演提升國家競爭力之火車頭角色，工程業之興衰更是觀察國內經濟發展之重要指標。惟伴隨重大工程建設而來的高科技工法及複雜契約型態，其衍生之各式工程爭議，遠非民法承攬篇所得涵蓋。

國內處理工程爭議之方式不外乎仲裁、申訴、調解及訴訟等，受限於行政院公共工程委員會僅受理公共工程爭議，而仲裁程序又以仲裁協議或法定強制仲裁事件為前提，訴訟成為處理工程爭議之重要途徑。惟同類工程爭議，於不同爭議處理方式所獲得之結果，卻未必相同。囿於仲裁、申訴、調解不公開審理之特性，如欲瞭解工程爭議所在及避免相關爭議，常見之研究管道即是分析法院對於工程爭議之判決意見，但嚴格適用法律之法院見解似日趨保守。

舉例言之，就物調款爭議、標單數量與圖說數量差異之爭議、漏項爭議等，政府採購法主管機關之行政院公共工程委員會所制訂施行之工程契約範本及相關處理原則，已跳脫既有責由承包商承擔一切履約風險之契約條款，依契約當事人之風險承擔能力，形成於一定程度內補償承包商損失、以合理分擔風險之處理模式。惟當承包商將此類

爭議提請法院裁決時，法院難以盡採工程會之見解，就同類爭議之判決意見紛歧，增加法律解釋之不確定性，提高工程契約當事人之法律風險及履約成本，此種現象諒非工程界及法界人士所樂見。

寰瀛法律事務所本諸對於工程法律爭議之關懷與熱情，於五年間陸續推出工程法律實務研析第(一)(二)(三)四集，持續彙整我國各級法院對於重要工程爭議之不同判決意見，供工程界及法界人士作為履約管理之參考；並投入本所人力及相關資源，積極籌辦或參與各界舉辦之工程爭議研討活動。期能藉由本所棉薄之力，與各界共建工程爭議之處理模式。更祈各界先進，繼續給予本所支持與指教。

寰瀛法律事務所
古嘉諄暨工程小組全體人員
2008年6月

目 錄

李 序

李建中

震瀛的話

• 政府採購法第85條之1第2項修訂之 實務面影響

陳希佳

- 一、修法經過..... 3
- 二、實務上可能發生之問題..... 3
- 三、小 結..... 20
- 四、相關函釋及判決..... 20

• 設計監造契約爭議

黃馨慧

- 一、前 言..... 29
- 二、常見之設計監造契約爭議..... 29
- 三、參考判決..... 33

• 監造契約之展延

劉至芳

- 一、前 言..... 51
- 二、監造契約之標的與監造人..... 51
- 三、監造契約之計費方式..... 53
- 四、監造契約延長時之相關問題..... 56
- 五、參考判決..... 62

• 論工程契約之危險負擔與移轉	蔡子琪
一、前 言	73
二、危險負擔之意義	73
三、工程契約之驗收與危險負擔之移轉	78
四、結 語	87
• 工程款債權讓與相關問題之研析	陳思合
一、前 言	91
二、工程款債權之種類	91
三、工程款債權讓與之限制	94
四、工程款債權之多次讓與	96
五、將來工程款債權之讓與	98
六、結 論	102
• 工程驗收	李惠貞
一、驗收之定義	107
二、常見與驗收相關之契約條款	109
三、驗收程序	110
四、驗收之法律效果	117
五、定作人遲延辦理驗收	124
六、結 論	130
• 銀行保證書之法律性質及其相關爭議問題	李天惠
一、前 言	133
二、保證書契約是否為「利益第三人契約」？	134
三、保證書之法律性質	135
四、銀行是否得於業主請求付款時提出抗辯？	139
五、擔保銀行付款後得否向承包商追償？	142

六、擔保銀行付款後，得否以業主受領之保證金額超過 主債務之數額範圍為由，請求業主返還？	143
七、承包商履約完成後，何時得請求返還履約保證書？	145
八、業主未即時解除保證責任時，承包商得否請求業主 賠償履約保證之手續費	146

• 談總價契約漏項之實務爭議

吳詩敏

一、定 義	151
二、自法院判決看業主與承包商之攻防主張	155
三、漏項之請求權依據	178
四、是否構成漏項之判斷標準	192
五、漏項之處理原則	197
六、避免漏項爭議之建議	202
七、結 語	207
八、附 錄	207

• 定作人損害賠償及違約金請求權之時效

陳秋華、謝宏明

一、前 言	215
二、定作人損害賠償請求權之時效	215
三、違約金請求權之時效	219
四、參考判決	220

• 委託經營（OT）

劉素吟

一、前 言	235
二、委託經營之意義	236
三、促參契約之法律性質	237
四、履約督導機制	242
五、委託經營之機關義務	244

六、委託經營契約與定型化契約	245
----------------------	-----

七、契約終止後之法律關係	246
--------------------	-----

• 淺談BOT興建營運資產設備遭第三人

強制執行相關問題

陳俐宇

一、前言	253
------------	-----

二、民間參與政府公共建設之方式介紹	254
-------------------------	-----

三、BOT之重要概念	258
------------------	-----

四、營運資產、設備遭第三人強制執行之問題	270
----------------------------	-----

五、參考函釋	275
--------------	-----

• 合意圍標罪之研究

池泰毅

一、前言	281
------------	-----

二、案例事實、構成要件與處罰規定	282
------------------------	-----

三、證據方法	283
--------------	-----

四、路人抗辯	287
--------------	-----

五、無償抗辯	289
--------------	-----

六、無投標真意抗辯	291
-----------------	-----

七、未影響決標價格之抗辯	292
--------------------	-----

八、未獲得不當利益之抗辯	295
--------------------	-----

九、結論	297
------------	-----

• 借牌陪標行為之處罰

池泰毅

一、前言	301
------------	-----

二、案例事實	301
--------------	-----

三、採購法第87條第5項	301
--------------------	-----

四、借牌投標罪：採購法第87條第5項	303
--------------------------	-----

五、借牌陪標罪？採購法第87條第5項	306
--------------------------	-----

六、借牌陪標罪？採購法第87條第3項、第4項.....	310
七、本文意見：代結論	321

• 政府採購法停權處分之相關問題 湯東穎

一、前 言	325
二、停權處分於行政程序法之適用疑義	327
三、停權處分於行政罰法之適用疑義——停權處分是行政罰嗎？	330
四、共同投標廠商之一有該當不良廠商之事由時，可否對其他共同投標廠商併為停權處分？	332
五、停權事由之相關疑義	333
六、停權處分之救濟程序及其相關問題	337
七、結 論	342

• 現行建築法第91條受罰義務人之認定 謝礎安

一、問題之提出	345
二、建築物所有權人與使用人就建築物使用之法定義務	346
三、租賃關係不影響系爭義務之負擔	348
四、處罰對象之選擇	349
五、參考判決與重要決議	351
六、結 論	358

• 長期工程合約相關稅務問題之簡介 吳世宗

一、前 言	363
二、長期工程合約的會計處理準則	363
三、長期工程合約相關稅務規定	367
四、實務見解	371

政府採購法第85條之1第2項修訂 之實務面影響

陳希佳*

目 次

一、修法經過

二、實務上可能發生之問題

(一)本項修正條文是否可溯及適用？

(二)本項修正條文僅適用於「工程採購」

(三)當事人就已起訴之案件，是否可主張就同一爭議，可依本項修正條文提付仲裁，故聲請法院停止訴訟程序？

(四)採購申訴審議委員會是否可不作成調解建議或方案？

(五)倘申請人之請求無理由時，應如何處理？

(六)當事人消極不配合調解程序之進行時，應如何處理？

(七)機關遲遲不表示是否同意調解建議時，應如何處理？

(八)倘機關與廠商均表示不同意調解建議或調解方案時，本項修正條文是否仍有適用？

(九)當事人間原有仲裁協議之內容是否仍有適用？

(十)依本修正條文提付仲裁之爭議是否以原調解案請求之範圍為限？

(十一)時 效

* 袁瀛法律事務所合夥律師
學歷：北京大學法學博士
經歷：臺灣暨美國紐約州律師

(ㄅ)相對人提起消極確認之訴

三、小 結

四、相關函釋及判決

(一)工程會2008年1月28日工程

企字第09700044660號函

(二)法務部2008年1月22日法律

決字第0960048392號函

(三)法務部2007年10月9日法律

字第0960038134號函

(四)臺灣士林地方法院1995年

法律座談會

(五)臺灣臺北地方法院95年度

建字第103號民事裁定

(六)臺灣臺北地方法院96年度
建字第46號民事判決

(七)臺灣士林地方法院95年度
建字第39號民事判決

(八)臺灣士林地方法院94年度
建字第40號民事判決

(九)臺灣臺北地方法院95年度
建字第106號民事判決

(十)最高法院96年度臺上字第
1491號民事判決

一、修法經過

回顧2007年我國工程爭議相關法令，最重要的修訂，應為政府採購法第85條之1第2項的修正條文。本條項之修訂係陳根德、沈智慧等立法委員於2006年3月8日提案，建議修訂本條項為：「前項調解或仲裁屬廠商申請者，機關不得拒絕。」¹即將原條文增訂「或仲裁」三字，經2007年1月12日立法院第6屆第4會期第16次會議決議「協商後再行處理」²嗣2007年6月4日經立法院朝野黨團協商會議協商後，旋於2007年6月8日立法院第6屆第5會期第16次會議進行二讀及三讀，並依立法院朝野黨團協商會議協商結論之內容通過二讀及三讀，確定本條修正條文之內容為：「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。」³此與原第6776號提案之內容略有不同，嗣於2007年7月4日由總統華總一義字第09600085741號令公布⁴。

二、實務上可能發生之問題

自本條項之修法過程，可見本條項之修訂文字，是妥協的結果，體系上並非十分周延⁵；並且，如此簡短之內容，也實不足以規範實務上可能發生之各種狀況，因此，各種疑問與問題紛紛產生，謹整理如下，並援引相關實務見解，試圖提出可能的解決方案：

¹ 立法院第6屆第3會期第4次會議議案關係文書（2006年3月8日印發）院總字1650號委員提案第6776號。

² 立法院公報第96卷第16期院會紀錄。

³ 立法院公報第96卷第52期院會紀錄。

⁴ 總統府公報第6751期，網頁：<http://www.president.gov.tw/paper/pdf/6751.pdf>，查訪日期：2008年3月20日。

⁵ 黃立（主講人），先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁第83期，頁72，2007年。

(一)本項修正條文是否可溯及適用？

由於本項修正條文具有類似「強制仲裁」的效果⁶，因此，各方極為關切本項修正條文的適用範圍，是否及於本項修正條文生效前，因機關不同意致調解不成立之案件？引起理論與實務界之廣泛討論，眾說紛呈⁷，在諸多見解中可明顯觀察到的現象是：公家機關絕大多數均不贊同溯及適用⁸，而廠商則多贊同溯及適用。

⁶ 政府採購法第85條之1第2項修正提案之「說明」載：「仲裁係人民依法律強制規定（強制仲裁）或本於當事人的合意選擇（任意仲裁），在訴訟外之途徑處理爭議之制度，具私法紛爭自主解決及快速解決紛爭，免受長期訟累之苦之特性。其中強制仲裁乃立法者考量規範事務具有利益數額鉅大、需求簡速解決爭議或為求重大公益性質爭議之解決，以法律規定強制該等爭議適用仲裁程序，例如證券交易法第166條第1項但書規定……。政府採購案件金額龐大或事涉重大公共工程者，所在多有，其履約爭議之解決本有強制仲裁之必要，且其履約爭議可依採購法第85條之1第2項強制調解，斷無排除強制仲裁之理，……」（請參見：立法院第6屆第3會期第4次會議議案關係文書（2006年3月8日印發）院總字1650號委員提案第6776號），可見提案之立法委員認為本修訂條文係「強制仲裁」之規定；惟有論者表示不贊同上引立法委員之見解，請參見：藍瀛芳（主講人），先調後仲機制下調解程序與仲裁程序間之關係，仲裁第83期，頁76-77，2007年。

⁷ 針對是否溯及適用之議題，在中華民國仲裁協會、營建管理協會、中央大學營建管理研究所及臺灣工程法學會於2007年8月23日假臺灣大學應用力學研究所演講廳主辦之「採購法先調後仲研習會」中，多位主講人及與談人均就此議題有深入的分析與討論，謹臚列如下：羅明通（主講人），政府採購法第85條之1第2項規定之適用範圍及程序問題，仲裁第83期，頁3-9，2007年；李念祖（與談人），政府採購法第85條之1第2項規定之適用範圍及程序問題，仲裁第83期，頁13-15，2007年；許瑩珍（與談人），政府採購法第85條之1第2項規定之適用範圍及程序問題，仲裁第83期，頁19-20，2007年；邱雅文（與談人），政府採購法第85條之1第2項修訂對工程爭議調解實務之影響，仲裁第83期，頁43-46，2007年；黃立，同註5，頁68-72。

⁸ 2007年8月2日工程會於召開之「從法理上探討政府採購法第85條之1第2項修正條文公布施行前已經調解不成立之工程採購案件是否適用」之會議紀錄顯示，法務部及各機關代表均主張不能或不宜回溯適用，此會議紀錄請參見網頁：http://www.motc.gov.tw/motchypage/dept/730/1218_96097860-A1.DOC，查訪日期：2008年3月19日。

實務界並企盼工程主管機關能儘速表示意見，以解決此適用法律之爭議⁹。

嗣行政院公共工程委員會（以下簡稱「工程會」）於2007年12月24日邀請專家學者召開「研商政府採購法第85條之1第2項修正條文適用時點座談會」研議，結論認為：「『機關不同意申訴會調解建議或方案函，送達採購申訴審議委員會之日在本法第85條之1第2項修正條文生效日（2007年7月6日）以後（含本日）者』，適用修正後規定」，工程會並於2008年1月28日以工程企字第09700044660號函公布此研議結論，為就此議題之一般解釋。

針對個案之釋疑部分，就國防部所詢：對政府採購法第85條之1第2項修正公布施行前，工程採購之履約爭議調解建議或方案，因當事人不能合意依法調解不成立案，廠商是否可逕提付仲裁之函詢，法務部之函覆亦清楚表明採取「否定說」（即不得溯及適用）之立場¹⁰。

上引函釋為我國主管公共工程之最高行政單位所為之明確見解，應已解決本項修訂後最重要的爭議問題之一。

（二）本項修正條文僅適用於「工程採購」

依原陳根德、沈智慧等立法委員於2006年3月8日第6776號提案內容，並未明訂「工程採購」，而適用於所有形態之政府採購，包括工程採購、財務採購及勞務採購等；惟依朝野黨團協商及三讀通過之版本，本項修正條文僅適用於「工程採購」，而不及於財務採購與勞務採購。例如一般設計採購案即因其為勞務採購而不能適用本項修正條文之規定。

⁹ 李家慶，仲裁報第4期，第2版，2007年6月；陳希佳，工程爭議仲裁 將有新變革，經濟日報，A13版，2007年8月20日。

¹⁰ 法務部2008年1月22日法律決字第0960048392號函。