

工程法律研究叢書系列

姚志明 著

工程法律基礎理論與 判決研究 ——以營建工程為中心——



元照

工程法律基礎理論 與判決研究

—以營建工程為中心—

姚志明 著



元照出版公司

國家圖書館出版品預行編目資料

工程法律基礎理論與判決研究：以營建工程為中心
／姚志明著． -- 初版． -- 臺北市：姚志明出版：
元照總經銷， 2012.11
面；公分
ISBN 978-957-41-9668-5（平裝）

1.營建法規 2.論述分析

441.51

101022540

工程法律基礎理論與判決研究 ——以營建工程為中心——

5D255PA

2012 年 11 月 初版第 1 刷

作 者 姚志明
出 版 者 姚志明
總 經 銷 元照出版有限公司
100 臺北市館前路 18 號 5 樓
定 價 新臺幣 450 元
專 線 (02)2375-6688
傳 真 (02)2331-8496
郵政劃撥 19246890 元照

Copyright © by Angle publishing Co., Ltd.

登記證號：局版臺業字第 1531 號

ISBN 978-957-41-9668-5

自序

近十年來筆者分別在高雄大學法律系碩士班及輔仁大學財經法律系碩士班講授工程法律專題過程中，深深感覺到工程法律所涉及範圍之廣泛實非傳統研習法律者所能想像的。過去筆者在高雄大學法律系碩士班所指導之碩士研究生中，碩士論文題目以工程法律、證券交易、消費者保護占大多數，其中又以工程法律為首。這些已畢業之研究生中，多為土木工程背景之學生，可見工程實務對於工程法律之問題也日漸重視。除在學校之課程講授外，筆者在參與工程仲裁實務之案例中，又發現學術理論在工程實務運用上亦有相當之困難度。為了能夠對工程法律深入一層之認識，並了解法律與工程結合困難性之原由，過去這些年來，筆者研究之範圍試圖從一般工程法律爭議，逐漸進入特殊之工程法律爭議(如統包、BOT等)。本書之內容，則主要彙整屬於工程法律一般性之公共營建工程爭議問題為主，日後再就特殊之工程法律爭議加以探討分析。

自從德國回台從事教學研究工作以來，教學、研究、學校行政服務或參與其他專業服務工作占據筆者大部分時間，無暇再顧及家中事務。因而，所有家務工作重擔均落在愛妻如羚之肩上，連筆者書籍出版之封面設計及顏色搭配亦全賴其操心，於此致上萬分感激之意。

姚志明

2012年10月10日

目 錄

自 序

第一章 公共營建工程契約概述	1
第一節 公共營建工程契約之意義	1
第二節 公共營建工程契約之性質與特性	4
第三節 公共營建工程契約之類型	5
第一項 總價決標式契約	6
第二項 單價決標式契約	7
第三項 成本外加報酬計價式契約	8
第四項 統包	8
第二章 公共營建工程契約之成立	13
第一節 招標之意義與性質	13
第二節 招標之方式	18
第一項 公開招標	18
第二項 選擇性招標	19
第三項 限制性招標	20
第三節 招標之進行	21
第一項 招標資訊之公開	22
第二項 等標期之訂定及招標文件等之對外	23
第三項 押標金與保證金	25

第四節 決標	65
第一項 決標之意義	65
第二項 決標之進行	65
第三項 公共營建工程契約成立之時間點	69
第三章 公共營建工程契約之履行	75
第一節 概述	75
第二節 開工通知延宕之索賠	76
第一項 開工通知之延宕之概念	76
第二項 開工通知延宕之索賠	78
第三節 工期展延之索賠	96
第一項 工期展延原因	96
第二項 工期展延索賠實務之請求權基礎 之分析	97
第三項 工期展延之分析-以停工為例	99
第四項 因機關請求而趕工	102
第五項 工期展延與索賠之計算	103
第六項 工期展延索賠棄權條款	108
第四節 工期逾期罰款	110
第一項 債務不履行責任之成立—給付遲延 責任(工程逾期)之成立	110
第二項 給付遲延之逾期罰款責任—因工程 遲延而生逾期罰款責任	124

第五節 物價匯率調整之爭議·····	127
第一項 無物價指數變動得否調整給付之 約定·····	130
第二項 契約載明工程款遇物價波動不予 調整條款·····	133
第三項 契約載明工程款依物價指數調整 條款·····	135
第四章 工程仲裁實務與案例解析·····	141
第一節 一般情事變更原則於給付工程款案例 之適用—兼評最高法院94年台上字 第898號判決—·····	141
第一項 案例事實·····	141
第二項 爭點·····	142
第三項 判決理由·····	142
第四項 一般情事變更原則於民法典之 明文化·····	143
第五項 一般情事變更原則之意義·····	149
第六項 一般情事變更原則成立要件·····	150
第七項 一般情事變更原則之法律效果·····	162
第八項 分析檢討·····	170
第二節 營建工程契約協力義務之研究·····	177
第一項 前言·····	177

第二項	營建工程契約之概念·····	178
第三項	協力義務之定位·····	179
第四項	定作人協力義務違反之法律關係···	195
第五項	結語·····	208
第三節 承攬瑕疵損害賠償與不完全給付於		
	最高法院判決發展之軌跡·····	210
第一項	前言·····	210
第二項	最高法院對民法第495條第1項承攬 瑕疵損害賠償所持之見解·····	212
第三項	承攬瑕疵之不完全給付損害賠償···	223
第四項	承攬瑕疵損害賠償與承攬瑕疵 不完全給付損害賠償之關係·····	226
第五項	評析·····	228
第六項	結論·····	234
第四節 承攬瑕疵擔保損害賠償請求權		
	一評最高法院97年度台上字第2111號 民事判決·····	235
第一項	案例事實·····	235
第二項	爭點·····	236
第三項	判決理由·····	236
第四項	評析·····	237

第五節 營建工程承攬契約定作人協力義務之性質 ——評最高法院99年度台上字第1096號	
民事判決·····	248
第一項 案例事實·····	248
第二項 爭點·····	249
第三項 判決理由·····	249
第四項 評析·····	251
第六節 撤銷仲裁判斷事由在我國實務發展	
研究·····	265
第一項 前言·····	265
第二項 仲裁判斷之意義·····	267
第三項 仲裁判斷撤銷之訴的性質·····	270
第四項 撤銷仲裁判斷之客體·····	273
第五項 仲裁判斷撤銷之事由·····	276
第六項 結論·····	308
第七節 案例解析·····	311
第一項 承攬契約合意終止之效力·····	311
第二項 承攬人提供材料之請求權時效·····	315
第三項 履行輔助人與協力義務違反之 責任·····	320

第五章 工程爭議之實務見解·····	325
第一節 招標機關依政府採購法第101條第1項 所為之不良廠商之通知為行政處分···	325
第二節 廠商與機關間關於招標、審標、決標 之爭議，係屬公法上之爭議·····	326
第三節 承攬報酬請求之爭議·····	328
第一項 工程保留款·····	328
第二項 工程估驗款是否為承攬契約付後付 原則之例外約定？·····	330
第三項 情事變更增加給付承攬報酬請求權 與其時效·····	333
第四節 違約金·····	335
第五節 押標金之沒收·····	336
第六節 約定工程款不隨物價指數調整·····	347
第七節 工程契約成立時點·····	348
第一項 招標公告之性質：要約引誘·····	348
第二項 工程契約成立時間點：決標·····	350
第八節 保證金之繳納·····	353
第一項 差額保證金之繳納·····	353
第二項 履約保證金之繳納·····	354

第九節 總價決標·····	357
第一項 總價決標之界定·····	357
第二項 總價承包之漏項或數量不足之風險 應由承包商承擔·····	358
第十節 申訴審議判斷之爭議·····	359
第十一節 棄權條款之效力·····	363
第十二節 監督付款·····	364
第十三節 定作人瑕疵損害賠償請求權之時效 與債務不履行請求權時效之關係···	365

第一章 公共營建工程契約概述

第一節 公共營建工程契約之意義

我國現行法對於公共工程契約並無定義性之規定，然而一般認為政府機關依政府採購法辦理之工程契約為公共工程契約¹。政府採購法乃是規範政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購事項之法規²，其不適用一般民間相互間之工程契約³。依政府採購法第2條之規定，政府採購法所稱之採購，除工程之定作外，尚包括財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。因而，工程僅為政府採購之一部分。此外，政府採購法所稱之工程，指在地面上新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行爲，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程(政府採購法第7條第1項)。綜上所述，公共工程契約可定義如下：政府機關依政府採購法辦理建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程之新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行爲而成立之契約。

¹ 謝哲勝、李金松合著，工程契約理論與求償實務，2005年11月，1頁。

² 政府採購法第3條：「政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定。」

³ 不過，如法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者，則依政府採購法第4條之規定，亦適用政府採購法之規定，並應受該機關之監督。

2 工程法律基礎理論與判決研究

爲健全公共工程計畫之推動，依行政院公共工程委員會(以下簡稱：工程會)頒佈之政府公共工程計畫與經費審議作業要點第4條之規定，主辦機關應先行編列預算或籌措經費，用以辦理與新興工程計畫有關之先期規劃構想（或可行性評估）、民間參與公共建設之可行性與財務效益評估、先期規劃及綜合規劃與設計等作業，並應依「公共工程規劃設計服務廠商評選作業注意事項」辦理規劃設計廠商之評選作業及規劃設計事宜。且政府機關、公立學校及公營事業興辦之查核金額以上之工程。法人或團體興辦查核金額以上之工程，其接受機關補助金額占採購金額半數以上者，工程之規劃設計，應依下列順序及原則辦理：（一）先期規劃（構想或研究）（二）綜合規劃、設計（實質規劃、設計）⁴。

從事營建工程之業者，如依營造業法第6條之規定，營造業分綜合營造業、專業營造業及土木包工業。且依營造業法第7條第1項之規定：「綜合營造業分爲甲、乙、丙三等，並具下列條件：一、置領有土木、水利、測量、環工、結構、大地或水土保持工程科技師證書或建築師證書，並於考試取得技師證書前修習土木建築相關課程一定學分以上，具二年以上土木建築工程經驗之專任工程人員一人以上。二、資本額在一定金額以上。」至於專業營造業者，則依營造業法第8條之規定：「專業營造業登記

4

公共工程規劃設計服務廠商評選作業注意事項第3條：「公共工程之規劃設計，應依下列順序及原則辦理：（一）先期規劃（構想或研究）：基於計畫需求及生態、都市設計、景觀及人文藝術等多元性理念之考量，辦理相關規劃，並提出使用與功能之需求計畫、合理之計畫期程及整體工程之概估經費等。（二）綜合規劃、設計（實質規劃、設計）：依據前款先期規劃，評選以具有專業資格為主之規劃設計服務廠商，並提出實質規劃、設計成果及經費概算。」及第4條。

之專業工程項目如下：一、鋼構工程。二、擋土支撐及土方工程。三、基礎工程。四、施工塔架吊裝及模板工程。五、預拌混凝土工程。六、營建鑽探工程。七、地下管線工程。八、帷幕牆工程。九、庭園、景觀工程。十、環境保護工程。十一、防水工程。十二、其他經中央主管機關會同主管機關增訂或變更，並公告之項目。」

公共工程之完成，大約可分為四部分：規劃、設計、營建施工、監造，因而如以工作之內容作為營建工程契約分類之標準時，公共工程契約似可分為工程規劃設計契約、工程營建施工契約(即本書所稱之公共營建工程契約)、工程監造契約。不過，實務上設計與監造常由同一當事人承包，故此時該契約則變成工程設計及監造契約⁵。本書則以營建施工之基本理論及實務問題為敘述之主軸，有關規劃設計或監造等屬於技術服務型之契約，或是包含細部設計(或基本設計)在內的統包工程契約並不在本書論述之範圍內，待他日在另以專書探討之，於此先行敘明。因而所謂公共營建工程契約，則係指政府機關依政府採購法辦理之營建施工之工程契約。

5

依建築師法第 16 條之規定及技師法第 12 條第 1 項之規定，設計及監造之業務，建築師及技師均得從事該業務。至於公共工程實務之營建工程施工，依營造業法之規定，乃為營造業廠商從事者居多。此從實務之判決亦可見到此實際之情形，例如最高法院 92 年台上字第 1603 號民事判決：「所謂技師，係泛指從事於一切工程設計、監督之人，非以依技師法規定取得技師證書之人為限。查建築師之業務為：受委託人之委託，辦理建築物及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等各項業務，並得代委託人辦理申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程之接洽事項（建築師法第十六條），自屬從事工程設計、監督之人。…」

第二節 公共營建工程契約之性質與特性

我國民法仿自德國民法之體例，於民法典中並無以營建工程為名之獨立契約類型。從營建工程之內容觀之，營建工程契約應如同德國一樣，其為民法承攬契約(Werkvertrag)⁶下之一種態樣。因而，公共營建工程契約基本上為承攬契約，在性質上，其具有價契約、雙務契約、繼續性契約之特色。

此外，公共營建工程上具有公益性濃厚、契約履行期長、工程造价高、風險高、複雜性與難度高、專業性高等特性⁷。公共營建工程契約在法規之適用上，或可與證券交易並列最複雜之兩種類型。上述兩者共同之特色是主管機關頒布了多如牛毛之行政法規或解釋函令。公共營建工程所適用之法律(此指狹義之法律，亦即依中央法規標準法第4條：法律應經立法院通過，總統公布。)，主要為政府採購法(含施行細則)、民法、營造業法、建築師法及技師法，然而訴訟實物之處理依據則以前二者為主。至於實務上，尚有賴工程會所頒佈之行政法規或解釋函令之配合適用。

就工程法律規範法律制度而言，我國工程法律實務則與同為大陸法系之德國十分相近。基於對營建工程之規範之需求，德國除民法承攬契約之相關規定外，其尚透過德國營建給付採購及契約委員會(Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleis-

⁶ Vgl. Messert/Voit-Schenker, Privates Baurecht, F. Rn.1.

⁷ 謝哲勝、李金松合著，工程契約理論與求償實務，25 頁以下；此外，或有認為工程契約具有程序契約與實體契約之結合契約、債權契約與(準)物權契約之聯立契約、主契約與從契約之聯立契約等性質，請參閱余文恭，月旦法學，129 期，2006 年 2 月，21 頁以下。

tungen，簡稱DVA)制定了工程給付採購及契約規則(**Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen，VOB**)。該規則分爲三部分，其分別爲營建給付採購之一般總則(**Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen**，簡稱VOB/A)、營建給付履行一般契約條款(**Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen**，簡稱VOB/B)及營建給付履行一般技術契約條款(**Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen**，簡稱VOB/C)，作爲工程營建承攬契約之補充條款。

第三節 公共營建工程契約之類型

本書此處所稱契約之分類，乃以政府採購法或公共工程界常用之分類標準而言。就契約類型之分類，常見者乃是參照工程會所頒佈之工程採購契約範本第3條之規定，而以契約給付(亦即工程費計價)方式爲準，公共工程契約可分爲總價決標式契約、單價決標式契約及成本外加報酬計價式契約。此外，政府採購法第24條尙就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加以規範，亦即俗稱之統包契約。實務上，一般營建工程多採總價決標式契約，至於土木工程則以單價決標式契約爲常見⁸。然而，以統包方式實施工程營建亦不少。以下便將以工程費計價方式爲準之總價決標式契約、單價決標式契約及成本外加報酬計價式契約，以及統包契約分述如下：

⁸

王伯儉，工程契約法律實務，2008年10月，二版第1刷，51頁。

第一項 總價決標式契約

依工程採購契約範本第3條第1項第1款之規定，工程契約價金給付之第一種模式乃為「依契約價金總額結算」之契約。此種總價決標是契約，因契約變更致履約標的項目或數量有增減時，就變更部分予以加減價結算。若有相關項目如稅捐、利潤或管理費等另列一式計價者，應依結算總價與原契約價金總額比例增減之。但契約已訂明不適用比例增減條件者，不在此限⁹。總而言之，於總價契約，原則上機關應給付之工程款係固定的，乃為得標時之契約金額。例外會導致機關應給付之工程總金額變動者，則如辦理變更設計致工程數量增減、不可抗力導致之損害或契約成立時不可預測之情勢變更事由發生等¹⁰。

由於總價決算式契約於營建工程完工後，機關應支付給營建廠商之工程款是固定的，此對於預算之編列及工程費之控管較能掌握，故一般公共工程多取此種模式定為公共營建工程契約。然而，營建廠商如欲以此種契約模式與機關成立契約，其應考慮施工期間可能影響成本之因素，尤其是物價指數調整之條款¹¹。實務上，工程會亦已注意到此問題，並於工程採購契約範本第5條第1項第6款明定「物價指數調整」之機制。例如：**選項A：**依☐行政院主計處；☐台北市政府；☐高雄市政府；☐其他____（由機關擇一勾選；未勾選者，為行政院主計處）發布之「營造工程物價總指數」漲跌幅調整：

⁹ 參閱工程採購契約範本第3條第1項第1款。

¹⁰ 參閱古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析(二)，2008年1月，64頁。

¹¹ 王伯儉，工程契約法律實務，52頁。