

寰瀛法律事務所



Affiliate Member of FIDIC

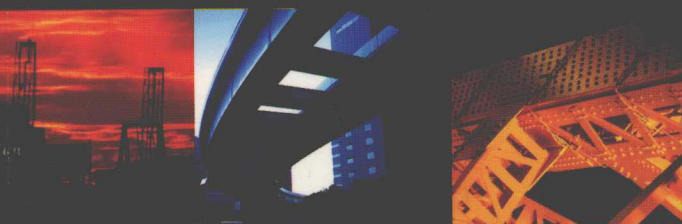
工程法律實務研析(三)

A Study of Construction Laws in Practice

古嘉諄、陳希佳、陳秋華

◎主編

寰瀛法律叢書系列 4



 元照

工程法律實務研析(三)



寰瀛法律事務所

古嘉諄、陳希佳、陳秋華 主編

古嘉諄、劉志鵬、陳希佳、陳秋華

池泰毅、吳詩敏、羅凱正、顏玉明

黃俊凱、李惠貞、王雪娟、李立普

葉光洲、黃朝琮、劉素吟 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 / 古嘉諄等合著. -- 初版.

-- 臺北市 : 寰瀛法律事務所, 2006- [民
95-]

冊 : 公分

ISBN 978-957-29965-2-2 (第 2 冊 : 平裝) . --

ISBN 978-957-29965-3-9 (第 3 冊 : 平裝)

1. 工程 - 法規論述

440. 023

94026505

工程法律實務研析(三) 5H007PA

2007 年 7 月 初版第 1 刷

主 編 寰瀛法律事務所
古嘉諄、陳希佳、陳秋華

作 者 古嘉諄、劉志鵬、陳希佳、陳秋華
池泰毅、吳詩敏、羅凱正、顏玉明
黃俊凱、李惠貞、王雪娟、李立普
葉光洲、黃朝琮、劉素吟

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 350 元

訂購專線 (02)2375-6688

訂購傳真 (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 978-957-29965-3-9

余 序

基礎建設是促進國家經濟繁榮、提升國民生活品質及促進產業升級的重要發展項目，也是展現國家競爭力的重要指標。與推動國家建設息息相關之基礎建設產業，影響國計民生深遠，多年來對台灣的經濟發展有實質的重大貢獻。

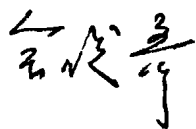
在經濟全球化帶來快速改變產業內涵及創造嶄新產業需求的今天，基礎建設的類型，已從傳統設計發包方式，演進為EPC統包，甚而BOT模式。基礎建設已成為國際經濟及技術合作的重要領域，不但須挹注鉅額的資金和人力，亦涵括了現代化財務、法律、管理的薈萃結晶。在國際市場激烈競爭的環境下，FIDIC國際工程標準契約條款更顯其重要性。身為國際諮詢工程師聯合會（FIDIC）中華民國地區會員協會理事長，在帶領同仁長征海外營建市場的同時，尤感國內工程法律法制化，以及在契約管理方面積極與國際接軌的重要性。

本人在2005 FIDIC北京年會時認識了寰瀛法律事務所的律師們；他們除了積極參與FIDIC組織活動外，也在國內大力推廣FIDIC契約的教育訓練，為國內工程法律之法制化及國際化而努力。寰瀛法律事務所於2004年出版了「工程法律實務研析(一)」，2006年出版了「工程法律實務研析(二)」，在寰瀛創立十週年的今年又再接再厲，彙集整理承辦

國內外工程案件的實戰經驗出版「工程法律實務研析(三)」，除引進國際工程契約與觀念外，並與國內實務案例作分析比較，具有相當的可讀性及實用性，確實是適合工程人及法律人研讀的好書。

寰瀛法律事務所邀請為「工程法律實務研析(三)」撰序時，本人欣然應允；除了樂於推薦工程契約及爭議管理之專業叢書外，更期許讀者能將書內所論析之工程法律觀念付諸實踐，並作為執行工程契約之行動準則，相信必能機先在握、收穫良多。

財團法人中國工程師學會 董事長
中華民國工程技術顧問商業同業公會 理事長



2007年5月20日

十年有感

寰瀛法律事務所自1997年6月創立以來，承蒙各界好友的支持與肯定，在屆滿十年的今天，我們繼續出版《工程法律實務研析(三)》以及《行政法實務研析》，獻給多年來關心寰瀛的好朋友們，以表達感謝之意。

寰瀛除了廣為人知的工程法、公司法、勞動法以及不動產法等專業領域外，近年來，也努力朝向行政法、金融法、財經犯罪等領域發展，我們更在2003年成立了寰瀛專利商標事務所，提供智慧財產權全方位的專業服務。

寰瀛鼓勵同仁們繼續進修，目前已有多位同仁取得歐美及日本知名大學的碩、博士學位後回所任職，更有多位同仁具有美國紐約州的律師資格，希望能為當事人提供多元及周延的專業法律服務。

寰瀛也參與了經建會、經濟部、金管會等政府機關主辦的各種標案，如：「金融機構（含金融控股公司）併購型態之法制研究，2007年」、「企業併購法之法制檢討委辦計畫，2005年」、「研擬公平債務催收行為法草案委辦計畫，2005年」、「公司重整與破產單一法典之研究，2004年」、「公營事業採分廠（事業部）民營化過程，相關民股換股方式之研究——以臺糖公司為例，2003年」、「公營事業結束營業或破產時善後問題研究，2002年」等。

寰瀛同仁研究成果也集結出版，目前有《寰瀛法訊》、《公司經營權爭奪與假處分》、《工程法律實務研析(一)》以及《工程法律實務研析(二)》等。

寰瀛在2006年啓用了服務標章，，四個U字，分別展現「團結」(United)、「獨特」(Unique)、「卓越」(Ultimate)、以及「世界性」(Universal)等四個寰瀛的文化觀、價值觀。我們期待寰瀛依循此等觀念，在各界的關心與鼓勵下，繼續成長與茁壯。

寰瀛法律事務所

目 錄

余 序

十年有感

• 工程契約索賠條款之研究

——以國際諮詢工程師聯合會（FIDIC）

1999年版《新紅皮書》為例

古嘉諱

壹、前 言	3
貳、分類標準	3
參、進度控制索賠條款	6
肆、成本控制索賠條款	14
伍、品質控制索賠條款	17
陸、其他索賠條款	20
柒、結 論	22

• 衡平仲裁與實體法之適用

——最高法院95年度台上字第1402號民事判決

研析

陳希佳

壹、前 言	25
貳、衡平仲裁之意義	25
參、未經當事人明示合意而為衡平仲裁，屬仲裁法 第40條第1項何款事由	29
肆、參考判決	30

• 定作人拒絕辦理變更設計之解決途徑

——兼論擬制變更理論

池泰毅

壹、前言	41
貳、擬制變更理論	42
參、工程會之調解：誠信原則以及擬制變更理論「併用」	46
肆、法院之態度：以誠信原則「取代」擬制變更理論	47
伍、進一步分析	49
陸、結論	54

• 統包工程常見爭議

陳秋華

壹、前言	59
貳、統包契約之性質	61
參、統包工程中承包商之履約義務	63
肆、統包契約訂約及履約應注意事項	64
伍、統包契約之變更	66
陸、參考判決	68

• 論保留款

吳詩敏

壹、保留款之定義	75
貳、工程保留款請求權屬一般承攬報酬請求權之一部	77
參、約定「驗收合格後發還保留款」係附「條件」或屬「清償期」？	78
肆、應提起確認債權存在之訴或確認債權請求權存在之訴？	84
伍、條件或期限之成就——驗收時點之認定	87
陸、定作人依約主張扣除保留款係解除條件成就或主張抵銷？	89
柒、保留款之強制執行	95
捌、結語	98

• FIDIC國際工程標準契約與國內工程契約 文件風險分配原則之比較研究	顏玉明
壹、工程契約文件概述	101
貳、FIDIC國際工程標準契約條款之風險分配原則與 國內工程契約文件範本條款之比較	103
參、結 語	128
• 工程會BOT申訴審議之實務問題	黃俊凱
壹、前 言	131
貳、BOT申訴制度之簡介	132
參、BOT申訴之實務問題	135
肆、結 語	150
• 工程案件與國家賠償法之關係	王雪娟
壹、概 說	155
貳、國家賠償責任之性質及請求案件之比較	155
參、第三人因公共工程事件得向國家請求賠償之依據	157
肆、請求國家賠償之要件	158
伍、請求國家賠償之程序	163
陸、其他問題	164
柒、參考實務見解	167
• 工程契約之終止	李惠貞
壹、前 言	179
貳、法定終止	179
參、任意終止	181
肆、因可歸責於承攬人之事由而終止	183
伍、因可歸責於定作人而終止	192

• **工程承攬之瑕疵擔保之介紹及相關法律問題**

李立普

壹、前 言	197
貳、承攬瑕疵擔保之意義	197
參、瑕疵擔保之內容	197
肆、瑕疵擔保之效力	198
伍、瑕疵擔保責任之存續	202
陸、工作物之瑕疵與完工之認定	205
柒、相關實務見解	206

• **工程代為處理**

葉光洲

壹、前 言	219
貳、依據工程合約代為處理	220
參、依據雙方合意代為處理	226
肆、依民法第493條第1項、第2項規定主張代為處理	226
伍、結 語	231
陸、參考判決	231

• **承攬人抵押權**

黃朝琮

壹、成立要件	243
貳、擔保範圍	252
參、擔保物	253
肆、效 力	258
伍、承攬人抵押權之拋棄	258

• **物價指數調整約款與情事變更原則之關係**

劉素吟

壹、前 言	267
貳、物價指數調整約款與情事變更原則	267

參、調整基準	281
肆、其他參考判決	282

• 「同業利潤標準」與工程索賠 池泰毅

壹、前 言	287
貳、何謂「同業利潤標準」？	287
參、民法第216條規定之「所失利益」	290
肆、依「同業利潤標準」計算「所失利益」？	293
伍、應注意事項	297
陸、結 論	299
柒、參考判決	300

• 新刑法公務員定義對工程人員身分之影響 羅凱正

壹、前 言	309
貳、公務員之定義	310
參、政府機關、公立學校及公營事業辦理工程採購案件 之性質	321
肆、廠商受機關委託辦理監造、管理之性質	330
伍、評選委員受機關委託辦理廠商評選之性質	333
陸、結 語	335

• 營造業如何管理勞務風險 劉志鵬

壹、前 言	339
貳、勞工安全衛生法之要點	339
參、締約之勞務風險管理	341
肆、履約之勞務風險管理	342
伍、結 語	353

工程契約索賠條款之研究

——以國際諮詢工程師聯合會（FIDIC） 1999年版《新紅皮書》為例

古嘉諄*

目 次

壹、前 言	程司指示停工：第8.9條
貳、分類標準	六、業主因承包商違約而終 止契約：第15.2條、第 15.4條
參、進度控制索賠條款	七、業主任意終止契約：第 15.5條
一、工程司遲延提供圖說或 指示：第1.9條	八、承包商因業主遲延付款 而停工：第16.1條
二、業主未依約提供工地： 第2.1條	九、承包商因業主違約而終 止契約：第16.2條、第 16.4條
三、工期展延：第8.4條	
四、政府行為之介入、干 擾：第8.5條	
五、非可歸責於承包商之工	

* 襄瀛法律事務所主持律師

學歷：國立台北大學法學碩士、國立台北大學法學士

經歷：中華民國律師公會全國聯合會理事長、東吳大學法學院助理教授、台灣法學會理事長、台北律師公會理事長、行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會諮詢委員、台北市政府採購申訴審議委員會諮詢委員、台北市政府國家賠償事件處理委員會委員、中華民國仲裁協會仲裁人、法務部仲裁人訓練班講師、最高法院律師懲戒覆審委員會委員

十、因不可抗力而延誤工期：

第19.4條

十一、因不可抗力而終止契

約：第19.6條、第19.7

條

肆、成本控制索賠條款

一、配合業主、工程司指定
人員之工作：第4.6條

二、不可預見之不利外部條
件：第4.12條

三、刪除工作：第12.4條

四、工程變更：第13.1條、第
13.3條

五、價值工程：第13.2條

六、法令變更：第13.7條

七、物價波動：第13.8條

伍、品質控制索賠條款

一、放樣錯誤：第4.7條

二、工程司之遲延檢驗：第
7.4條

三、業主／承包商遲延完工
驗收：第9.2條

四、部分驗收：第10.2條

五、業主干擾完工驗收：第
10.3條

六、瑕疵修補：第11.2條

陸、其他索賠條款

一、發現化石等有價值之物
品：第4.24條

二、業主應承擔之風險：第
17.3條、第17.4條

柒、結 論

壹、前言

近年來，由於各界努力，我國工程法領域出現蓬勃發展的面貌，並且關注的焦點，從國內訴訟、仲裁以及調解實務等層面，逐漸向國外工程法制度發展，以期與國際接軌，其中，又以國際諮詢工程師聯合會（FIDIC）出版的《營運施工標準契約條款》（俗稱《新紅皮書》），最引人注目。

在筆者參與工程訴訟、仲裁以及調解案件二十餘年的經驗中，當事人雙方如何引用索賠條款，說服法官、仲裁人以及調解委員作成有利於己之決定，向來是雙方攻防之重點，而筆者對此領域亦持續抱持極大的興趣，為此，乃以索賠條款為題，以FIDIC 1999年版《新紅皮書》為例，撰寫本文。

關於FIDIC 1999年版《新紅皮書》之索賠條款，筆者前曾以〈爭議裁決委員會（Dispute Adjudication Board）機制之研究——以FIDIC 1999年紅皮書為例〉¹乙文，分析《新紅皮書》第20條規定之索賠程序，因此，本文擬針對《新紅皮書》之索賠條款之實體性規定予以闡述，以供我國工程法制未來發展之借鏡。

本文結構如下：鑑於《新紅皮書》規定之索賠條款分散各條文中，予以適當之分類、整理，乃屬必要，因此，首先說明本文對索賠條款進行分類之依據；其次，依序說明「進度控制索賠條款」、「成本控制索賠條款」、「品質控制索賠條款」以及「其他索賠條款」；最後，提出本文結論。

貳、分類標準

國際諮詢工程師聯合會在1999年大幅修改《營運施工標準契約條款》（俗稱《新紅皮書》），將原來七十二個條文予以整

¹ 收錄於工程法律實務研析(二)，頁323-341，元照，2006年。

4 工程法律實務研析(三)

併、濃縮為二十個條文，並重新調整各章節之結構，同時宣示，從2003年開始，所有工程項目應改採1999年之新版《新紅皮書》，整體而言，《新紅皮書》的內容，主要區分為：一、一般性條款；二、法律性條款；三、商業性條款；四、技術性條款；五、雙方權利、義務條款，以及六、違約懲罰與索賠條款等六類。

不過，由於1999年版《新紅皮書》對於索賠條款，仍然散見全文，因此，誠有必要予以進一步之整理、釐清。關於索賠條款之整理，主要涉及「定性」與「定量」兩個層次的工作，前者係就個別條文「可歸責性」安排之檢視，分析各該條文約定最終承擔風險之對象，以及對於不可歸責雙方當事人之客觀事實所產生之損害，最終應由哪一方契約當事人承擔損害。至於「定量」的工作，則是分析責任構成後，損害賠償之內容，除了請求補償成本以外，是否尚包括利潤、工期等項。

由於涉及之索賠條款數量較多，因此，本文同時將主要條文區分為四個類型，以便利檢討，包括：「進度控制索賠條款」、「成本控制索賠條款」、「品質控制索賠條款」以及無法歸類之「其他索賠條款」，並依前揭標準，製作如表1之說明。

表1 索賠條款整理表

類型	條 號	定 性			定 量 ²
		承包商索賠		業主索賠	
		可歸責於業主、 工程司之事由	由業主負擔風險 之客觀事實	可歸責於承 包商之事由	
進度 控制	1.9	工程司遲延提供圖 說或指示			C+P+T
	2.1	業主未依約提供工 地			C+P+T

² C表示增加之成本；P表示利潤；而T則表示工期。

類型	條 號	定 性			定 量
		承包商索賠		業主索賠	
		可歸責於業主、 工程司之事由	由業主負擔風險 之客觀事實	可歸責於承 包商之事由	
進度 控制	8.4	工期展延（第8.4 條(a)、(b)、(e)）	工期展延（第8.4 條(b)、(c)、(d)）		T
	8.5		政府行為之介入、干擾		T
	8.8、8.9、 8.11	非可歸責於承包商 之工程司指示停工			C+T
	15.2、15.4			業主因承包 商違約而終 止契約	C
	15.5	業主任意終止契約			C+P
	16.1	承包商因業主遲延 付款而停工			C+P+T
	16.2、16.4	承包商因業主違約 而終止契約			C+P
	19.4		因不可抗力而延 誤工期		C+T
	19.6、19.7		因不可抗力而終 止契約		C
成本 控制	4.6	配合業主、工程司 指定人員之工作			C+P+T
	4.12		不可預見之外部 不利條件		C+T
	12.4	刪除工作			C
	13.1、13.3	工程變更			C+P+T
	13.2		價值工程		C
	13.7		法令變更		C+T
	13.8		物價波動		C
品質 控制	4.7	放樣錯誤			C+P+T
	7.4	工程司遲延檢驗			C+P+T
	9.2	業主遲延完工驗收		承包商遲延 完工驗收	C+P+T
	10.2	部分驗收			C+P
	10.3	對完工驗收之干擾			C+P+T