

第六章 工程契約客體變更之實體爭議問題

工程契約於執行過程中，因有自然及人為等諸多原因，致所面臨之實際狀況常無法完全依循原先所設定之契約條件來進行，因此在實務上工程契約變更，幾乎可說是難以避免，且契約變更次數之頻繁，更是所見多有。

而若依契約變更的內容，於工程實務上計有新增契約工作項目、刪減契約工作項目、工作數量之增減及工作性質與內容之變更四種。以下分別討論之：

第一節 新增契約工作項目

所謂新增契約工作項目，係指該工作項目原非工程契約約所定之承攬工作範圍，而係在工程契約訂定後，由機關另所追加之新增工作⁴³⁶。而新增契約工作項目既為工作範圍之變更，機關應辦理契約變更，改變相關圖說⁴³⁷規定，惟如前所述，辦理「契約變更」應以無害契約同一性為前提，即變更後之契約並未脫離原契約規範之目的，而仍屬原契約之一部，否則該變更即屬消滅舊契約關係而成立新契約之「契約更改」，是以，新增契約工作項目亦應以契約同一性為前提。

第一項 新增工作項目之認定

對於機關指示變更所追加之新增工作項目，因機關自己已認定該工作項目係屬新增，一般而言，較無太大爭執，至於機關未主動指示變更之情形，實務上則常發生是否屬新增項目，抑或係屬原契約應施作範圍之爭議。例如，在總價決標、總價結算即所謂之總價契約下，機關往往主張所有工作，均係包括在原契約之總價範圍內，並無所謂之新增工作問題；惟廠商則可能援引原契約之規範、圖說乃至詳細價目表，主張某

⁴³⁶ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002 全國科技法律研討會論文集，頁 352，2002 年 11 月。

⁴³⁷ 公共工程施工綱要規範一般條款 A.1：「圖說」(Drawings)係指工程司依本契約提供承包商之全部圖樣及資料。另由承包商提出經工程司認可之全部圖樣及資料，包括必要之樣品及模型。圖說包括設計圖、施工圖、構造圖、工廠施工製造圖、大樣圖等…「規範」(Specifications)係指列入本契約之工程規範及規定，含施工規範、系統規範、一般條款、施工安全、衛生、環保、交通維持手冊及技術規範等、特定條款以及任何本契約文件中所包含工程施工期間按契約規定所提出之其他規範與書面規定」。

一特定工作非屬原契約之工作，故對於機關要求施作該工作，認係屬新增之工作項目⁴³⁸。

在認定新增工作項目時，除應視契約中有無相同之工作項目外，尚應視實質工作內容、性質、施工方法是否有所差異，在工程習慣上可否被認為係屬不同工作而決定⁴³⁹。因工作項目即使名稱相同，可能在施工條件、施工方法及工作內容與性質上有重大差異。例如挖掘工作在不同地點進行，每個地點具有不同特性，如填土、碎裂石頭及硬石，不同之工地狀況將使得挖掘工作內容、成本迥異⁴⁴⁰。

即有關新增工作項目認定，乃係契約解釋問題，除應審究工程契約文件，如契約主文、開決標紀錄、投標書、補充說明、圖說、技術規範及投標須知等文件，尚應探求當事人真意及工程慣例，並對契約內容為雙方意思表示之客觀解釋。而契約原有工作項目如以下情形者，應得視為新增工作項目，而有重新議定單價之必要：

第一款 非在相同條件下施工

契約原有工作項目原則上應依契約原訂單價計給，惟如因契約變更致原有工作項目之施工條件、施工方法及工作內容與性質上已有重大改變者，應得視為新增工作項目，而有重新議定單價之必要。

如公共工程施工綱要規範E.5（變更價款之決定）：「由工程司依E.1『契約變更』指示之一切變更，其價款由工程司與承包商按以下原則協議決定：(1)如工程司認為該工程或工作與詳細價目表內已載列價格之工程或工作項目相同且在相同條件下施工者，則按詳細價目表所載可適用之單價估算。(2)如工程司認為契約中並無性質相同之工程或工作項目，或非在相同條件下施工者，詳細價目表之單價，應儘量合理引用，作為估算之基礎，如無法引用時，應由雙方協議新單價」。

另行政院公共工程委員會95年11月24日工程企字第09500459150號

⁴³⁸ 參李家慶，析論工程合約新增工作項目，營建知訊，第216期，頁71，2001年1月。

⁴³⁹ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁70，2005年7月。

⁴⁴⁰ Robert F. Cushman & Stephen D. Butler, Construction Change Order Claims 241-242, 1994. 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁131，2005年7月。

函：「契約原有項目，因機關要求契約變更，致其價格（或施工）條件改變，可視為新型態之新增項目，其處理方式為刪除原契約項目並就新增價格（或施工）條件不同之項目另行議價」，可資參照。

而交通部臺灣區國道新建工程局契約一般條款E.12（重大契約變更）：「主辦機關按E.1『契約變更』及E.3『變更計畫之提出』所指示之變更設計符合下述原則之一者，均得歸納為重大契約變更：(1)增加或減少車道數。(2)增加或減少交流道。(3)將原設計之路工、橋梁或隧道任兩項互相變更，其變更長度在150公尺以上者。前述因重大契約變更所增加或減少之工作，不論有無載明於契約之詳細價目表內，由雙方協議單價」，則於契約明確列舉非屬相同條件施工之情形，且契約雙方對此情形得另行協議新單價。

第二款 數量增減過大

由於機關編列預算單價以及廠商投標時之成本分析，均係以契約原預估數量為基礎，如因契約變更導致原工作項目之數量增減過大時，除破壞原有契約對價關係外，亦可能使機關或廠商某一方蒙受損失，例如⁴⁴¹：（一）一般而言，數量越多，越具規模經濟利益，單價應越低，所以數量增加很多，而契約內原訂單價顯然比現價高時，將造成機關之損失。反之，數量減少，亦造成對廠商不利。（二）廠商常將其對本工程之動員費及機具維護費分攤於工程的各項工作之單價內，如果某項工作之數量減少許多，則廠商之動復員費及機具維護費將無法全部收回。而若某項工作數量增加甚多，而仍依原訂單價計價，則廠商所實際獲得的動復員費，會超過他所使用應得的，而造成機關之損失。（三）廠商於投標前對自有之機具設備及材料等工程項目可以減價競標，如果數量變更極大，超出廠商之負荷能力，而須再向外購買或租借機具設備或材料等，導致成本提高，進而造成利潤之損失。是以，因契約變更導致原工作項目之數量增減過大時，應得視為新增工作項目，而有重新議定單價之必要。

為避免糾紛，使雙方承擔之風險明確，宜在契約中訂定數量變更條款（variation in quantity clause），明訂在數量增減達一定比例時，

⁴⁴¹ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁70，1996年12月。

可重新議定新單價⁴⁴²。如FIDIC營建施工標準契約條款12.3規定：「各項工作內容的適宜費率或價格，應為契約對此類工作內容規定的費率或價格，如契約中無某項內容，應取類似工作的費率或價格。但在以下情況下，宜對有關工作內容採用新的費率或價格：(a) (i) 工作實做數量之增減超過工程價目表或其他明細表中所載數量的10%以上，(ii) 增減之數量乘以該工作項目約定單價，超過得標契約金額之0.01%，(iii) 數量增減直接造成該工作每單位工作量之成本變動超過1%，以及 (IV) 該工作項目並非契約之固定單價項目」⁴⁴³。

另如美國聯邦採購規則 (Federal Acquisition Regulation, 簡稱 FAR) 11.7(Variation in Quantity)，允許機關於工程契約中訂定數量變更條款，當某一個別單價項目之估計數量與實際數量變化超過正負15%時，契約任一方得要求公平調整該項目之契約單價⁴⁴⁴。該採購規則 52.211-18 (Variation in Estimated Quantity) 規定：「如果契約內某一個別單價項目之數量為估計量，且該項目之實際數量變化超過正負15%時，契約任一方得要求公平調整該項目之契約單價。該調整將以超過估計數量115%或低於估計數量85%的變化量為費用增減的基礎⁴⁴⁵」。惟

⁴⁴² 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁135，2005年7月。

⁴⁴³ FIDIC 營建施工標準契約條款 12.3 (Evaluation): 「For each item of work, the appropriate rate or price for the item shall be the rate or price specified for such item in the Contract or, if there is no such item, specified for similar work. However, a new rate or price shall be appropriate for an item of work if: (a) (i) the measured quantity of the item is changed by more than 10% from the quantity of this item in the Bill of Quantities or other Schedule, (ii) this change in quantity multiplied by such specified rate for this item exceeds 0.01% of the Accepted Contract Amount, (iii) this change in quantity directly changes the Cost per unit quantity of this item by more than 1%, and (iv) this item is not specified in the Contract as a “fixed rate item” 」。

⁴⁴⁴ 美國聯邦採購規則 FAR 11.702: 「Construction contracts may authorize a variation in estimated quantities of unit-priced items. When the variation between the estimated quantity and the actual quantity of a unit-priced item is more than plus or minus 15 percent, an equitable adjustment in the contract price shall be made upon the demand of either the Government or the contractor. 」（http://www.arnet.gov/far/current/html/Subpart%2011_7.html#wp1077429，上網日期：2007年5月28日）

⁴⁴⁵ 美國聯邦採購規則 FAR 52.211-18 (Variation in Estimated Quantity): 「If the quantity of a unit-priced item in this contract is an estimated quantity and the actual quantity of the unit-priced item varies more than 15 percent above or below the estimated quantity, an equitable adjustment in the contract price shall be made upon demand of either party. The equitable adjustment shall be based upon any increase or decrease in costs due solely to the variation above 115 percent or below 85 percent of the estimated quantity. 」。

要求調整之一方應舉證此一超出契約數量部份之單位成本較原契約單位成本為高，始得依契約數量變更條款要求調整契約單價。

如Thermocor Inc. v. The United States⁴⁴⁶乙案中，原告（廠商）與被告（機關）簽訂一份契約，為被告挖掘及處理一處受到污染的土壤，其內容包括挖掘受污染的土壤（原契約預估數量為19,000立方碼，契約單價為每立方碼19.99美元）、脫氯處理（原契約預估數量為21,000公噸，契約單價為每公噸375.30美元）及運棄（原契約預估數量為1,000公噸，契約單價為每公噸434.27美元）等工作。於完成所有受污染土壤之挖掘（最終挖掘土壤數量為22,607立方碼，超過原契約預估數量3,607立方碼）、脫氯處理（最終處理數量為33,360公噸，超過原契約預估數量12,360公噸）及運棄（最終運棄數量為1,620公噸，超過原契約數量620公噸）後，原告認其處理此一超出原契約預估數量之部分，已實際增加其成本支出，故依契約數量變更條款（Variance in Estimated Quantity clause）⁴⁴⁷，要求公平調整契約價格。本案中，由於原告認為數量的增加已導致處理成本之增加，並要求公平調整契約單價，美國聯邦索賠法院（United States Court of Federal Claims⁴⁴⁸）認為原告必須證明其處理與運棄此一超出契約數量部份之單位成本較原契約單位成本為高，始得依契約數量變更條款（VEQ）要求公平的調整契約單價⁴⁴⁹。

⁴⁴⁶ THERMOCOR INC. V. THE UNITED STATES, 35 Fed.Cl. 480, 40 Cont.Cas.Fed. (CCH) P 76,955. (http://international.westlaw.com/find/default.wl?spa=Ntlchenguv&rs=Wlin7.04&fn=_top&sv=Split&cite=35+Fed.Cl.+480&utid=%7b72a5496a-1013-4cc2-86ff-c024070a00c1%7d&vr=2.0&rp=%2ffind%2fdefault.wl&mt=LawSchool，上網日期：2007年5月28日）。

⁴⁴⁷ 「If the quantity of a unit-priced item in this contract is an estimated quantity and the actual quantity of the unit-priced item varies more than 15 percent above or below the estimated quantity, an equitable adjustment in the contract price shall be made upon demand of either party. The equitable adjustment shall be based upon any increase or decrease in costs due solely to the variation above 115 percent or below 85 percent of the estimated quantity.」

⁴⁴⁸ The United States Court of Federal Claims (COFC) is a court that hears claims against the United States government. The court is established pursuant to Congress's authority under Article One of the United States Constitution. Unlike judges of courts established under Article Three of the United States Constitution, judges on the Court of Federal Claims do not have lifetime tenure. Instead, the judges serve for a term of fifteen years, and are eligible for reappointment. The judges of the court are nominated by the President and confirmed by the Senate for a term of fifteen years. (http://en.wikipedia.org/wiki/Court_of_Federal_Claims，上網日期：2007年5月28日）。

⁴⁴⁹ 「Contractor seeking equitable adjustment for increase in total costs as result of increased quantities had to prove that the cost of processing and transporting one ton

第二項 調整契約價金

工程契約原工作範圍既已因新增工作項目而改變，其以原工作範圍為對價基礎之契約價金亦應為合理之調整，以維持給付與對待給付之等值，如行政院公共工程委員會90年7月18日（90）工程企字第90027293號令：「機關辦理工程採購，其須辦理契約變更而有新增非屬原契約數量清單內所列之工程項目者（不包含漏列項目），該新增工程項目單價編列方式，應以原預算相關單價分析資料為基礎，並考慮市場價格波動情形。其底價訂定，並應符合政府採購法第46條規定⁴⁵⁰」。

目前工程契約多已有約定於契約變更後，契約價金調整之規定。如工程採購契約範本第3條：「（一）契約價金之給付，得為下列方式：依契約價金總額結算。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…」，又如公共工程施工綱要規範一般條款E.8（契約工期及費用之調整）：「若契約中任何部分之契約變更，致使承包商之成本及工程或工作所需時間有所增減，則不論此一變更是否已由工程司發出契約變更通知書，其工期及費用應作適當合理之調整」。

惟實務上對於新增工作項目契約價金調整之爭議多在於，機關對於契約規定「如契約已有之工作項目應依原契約價錢給付」，擴大解釋成其新增項目單價分析時，如原契約之「單價分析表」中已有之項目則以原單價分析表之單價編列，單價分析表中沒有的項目方依市價予以編列，此種編列方式與廠商之考量因素差距過大，因此往往無法達到雙方滿意之單價。主要原因為，原契約單價分析表中所列項目係組成「詳細價目表」中工作項目之組成元素，因此係人、機、料等最底層之工料資料，且因為單價分析表中的項目幾乎已是工程成本組成之最基本元素，一般工程契約中很難找到新增工作項目其組成之單價分析元素不包含於原單價分析表者⁴⁵¹。亦即，判斷是否屬新增工作項目不在於名稱是否與原契約詳細價目表或單價分析表相同，而應實質判斷該工作是否屬原契約約定之工作。

of the overrun was greater than the cost of processing and transporting one ton of the basic contract quantity in order to be entitled to an equitable adjustment under government contract's Variation in Estimated Quantity (VEQ) clause.」

⁴⁵⁰ 政府採購法第46條規定：「機關辦理採購，除本法另有規定外，應訂定底價。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」。

⁴⁵¹ 參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. 二. 12，2002年12月。

如臺灣高等法院88年度上字第324號判決：「查兩造有關洗窗機配合固定座工程，此項工程僅在合約施工圖A4-43『斜撐軌道大樣圖』中標示而已，其餘施工圖說中均未見之，從而上訴人依兩造原約定範圍應僅須依A4-43圖說在圓柱上施作即足，本項工程既未於施工圖中標示，則應屬追加工程。被上訴人雖辯稱本件為『總價承包』，係雙方約定以完成一定之工作，即給付約定金額之報酬，而非按驗收實做數量計算其應得之報酬。故除工程有變更或追加外，不論承攬人或次承攬人其實際完成工作之材料數量（包含工資）多寡，均須按約定之金額給付報酬云云。惟查被上訴人已自承，縱係『總價承包』，如工程有變更或追加，即不包含在約定之總價內。是以判斷之標準，不在於本件工程是否為『總價承包』，而在於洗窗機配合固定座工程是否在兩造原約定範圍之內」。是以，如非屬原契約約定範圍內之工作，自應給付合理之對價。

為避免上開爭議，契約宜如公共工程施工綱要規範一般條款E.5(變更價款之決定)規定：「由工程司依E.1『契約變更』⁴⁵²指示之一切變更，其價款由工程司與承包商按以下原則協議決定：(1)如工程司認為該工程或工作與詳細價目表內已載列價格之工程或工作項目相同且在相同條件下施工者，則按詳細價目表所載可適用之單價估算。(2)如工程司認為契約中並無性質相同之工程或工作項目，或非在相同條件下施工者，詳細價目表之單價，應儘量合理引用，作為估算之基礎，如無法引用時，應由雙方協議新單價」，除參採原契約詳細價目表所列價格外，亦應視新增工作項目與原契約所列相同之工作項目是否屬相同施工條件，如契約中並無性質相同之工程或工作項目，或非在相同條件下施工者，則該新增工作項目之單價應以原預算相關單價分析資料為基礎，並考慮市場價格波動情形予以合理編列。

在FIDIC營建施工標準契約條款12.3亦有類似規定：「各項工作內容的適宜費率或價格，應為契約對此類工作內容規定的費率或價格，如契約中無某項內容，應取類似工作的費率或價格。但在以下情況下，宜對有關工作內容採用新的費率或價格：…(b)(i)根據第13條(變更和調整)的規定指示的工作，(ii)契約中沒有規定該項工作的費率或價格，(iii)由於工作性質不同，或在與契約中任何工作不同的條

⁴⁵² 公共工程施工綱要規範一般條款E.1(契約變更)：「工程司為期契約工程或工作圓滿完成，得指示承包商辦理契約變更，包括增加、減少、取消、刪除、替代、更改之變更，品質、形狀、性質、種類、位置、尺度、高程或路線之變更，以及施工程序、方法或時程之變更。承包商應接受工程司之指示辦理變更」。

件下實施，未規定適宜的費率或價格。新的費率或價格應考慮(a)(b)項中描述的有關事項對契約中相關費率或價格加以合理調整後得出。如果沒有相關的費率或價格可供推算新的費率或價格，應根據實施該工作的合理成本和合理利潤，並考慮其他相關事項後得出」⁴⁵³，即新增工作項目之單價，除直接成本外亦應考量一定比例之利潤，始為合理。

此乃基於契約所定之價金，係雙方當事人以契約原定工作範圍為評估計算基礎，而達成合意，工作範圍如有變更，契約價金也隨之變更，此為工程習慣，通常契約會有工程契約變更後調整價金之約定。當契約當事人未明確在契約中約定時，屬於契約漏洞，應基於誠信原則及工程習慣，解釋當事人有默示隨工作範圍調整契約價金之意思，此為補充之契約解釋。亦即，除非當事人間有相反之約定，否則透過解釋可認為雙方有工程契約變更應調整契約價金之約定。而契約漏洞，原則上應先由任意規定加以補充，民法第491條第1項⁴⁵⁴即可填補此契約漏洞⁴⁵⁵。

如最高法院87年度台上字第2479號判決：「按民事，法律所未規定者，依習慣，無習慣者，依法理；又承攬，如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬。未定報酬額者，按照價目表所定給付之，無價目表者，按照習慣給付，民法第1條、第491條分別定有明文。本件上訴人（承攬人）在第一審陳稱：『伊之給付係對被上訴人（定作人）中華體育館新建工程營建提供管理服務，此種服務，係工程營建過程中之一切管理連絡之總承，性質類似民法承攬契約等語。倘上訴人對被上訴人提供之管理服務，係類似承攬之工作，則兩造間之糾葛，自非不得

⁴⁵³ FIDIC 營建施工標準契約條款 12.3 (Evaluation): 「For each item of work, the appropriate rate or price for the item shall be the rate or price specified for such item in the Contract or, if there is no such item, specified for similar work. However, a new rate or price shall be appropriate for an item of work if:… (b)(i) the work is instructed under Clause 13 [Variations and Adjustments], (ii) no rate or price is specified in the Contract for this item, and, (iii) no specified rate or price is appropriate because the item of work is not of similar character, or is not executed under similar conditions, as any item in the Contract. Each new rate or price shall be derived from any relevant rates or prices in the Contract, with reasonable adjustments to take account of the matters described in sub-paragraph (a) and/or (b), as applicable. If no rates or prices are relevant for the derivation of a new rate or price, it shall be derived from the reasonable Cost of executing the work, together with reasonable profit, taking account of any other relevant matters.」。

⁴⁵⁴ 民法第 491 條第 1 項：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」。

⁴⁵⁵ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 126，2005 年 7 月。

依承攬之法則解決。再上訴人主張，伊應被上訴人之要求，為系爭工程，特別從美國調派專門人員專職從事系爭工作，住居中泰賓館飯店，長期費用、薪資。且派員專程會同赴香港觀摩，加上專業技術服務，與建築師、承包商研究開會二十餘次，豈能不受報酬？』等語，除提出其提供服務內容文件之影本外，並以其寄送之報價函件及最後確定之合約載有報酬項目、內容金額，暨證人葉金湘、王重平所為上開為工作是要報酬之證言，為證據方法。且被上訴人之董事林命群對於上訴人提供服務及付款等項亦證稱：『有付過幾次，也是逐項逐筆付的（這也是經建築師他們認為有需要做的工程），我必須逐筆報董事會，董事會通過才付的。我們是口頭談的，我們只是就建築師認為有需要的，先請上訴人公司做，我們再逐筆付款』等語。倘上述當事人之陳述及證據非虛，則上訴人豈有於兩造無契約關係下，花費鉅資為被上訴人提供管理服務，被上訴人亦曾對之支薪、付款之理？果兩造間有類似承攬之契約關係存在，即令無報酬金額之約定，亦非不得依上開法條規定定之」。

另最高法院86年度台上字第2528號判決亦謂：「惟查關於原局舍外牆馬賽克追加款部分…上訴人(承攬人)主張此工程款係應被上訴人(定作人)之要求而追加，提出被上訴人公司71年唐建北三字第1582號函為憑。倘上訴人此項主張非虛，則依民法第491條第1項規定，上訴人於完成此追加工程後，即得請求被上訴人給付此工程款，不因被上訴人向業主爭取無著，即可謂上訴人不得請求被上訴人給付，本院前次發回意旨已予指明。乃原審猶未調查審認此追加工程是否上訴人應被上訴人之要求所為，徒以原業主迄未同意被上訴人此部分之工程款，即不准上訴人之請求，已有未洽」。

是以，就機關指示變更之情形而言，契約變更後之工作範圍，承攬廠商雖有完成一定工作之義務，然如依當事人以往交易之情形、交易慣例或依據經驗法則可認定承攬廠商非受報酬即不為完成工作，且其未表示願無償施作者，依民法第491條第1項之規定，視為允與報酬，承攬廠商得據此向工程主辦機關請求契約變更後之價金⁴⁵⁶。如契約雙方未於契約中約定新增工作項目之價金計算方式者，則依民法第491條第2項規定：「未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付」，即該新增工程項目單價編列方式，除以原預算相關單價分析資

⁴⁵⁶ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁127，2005年7月。

料為基礎外，並應依圖說、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。

第三項 議價程序

在機關辦理採購程序上，無論係機關指示變更或廠商要求變更，除應依行政院公共工程委員會令頒之「採購契約變更或加減價核准監辦備查規定一覽表」辦理外，契約變更如涉及契約價金之增加者，因其屬逕洽原得標廠商採購之性質，且為防止藉契約變更之名行招標之實之情形發生，是以將其視限制性招標⁴⁵⁷，應分別適用政府採購法第22條第1項各款情形或「中央機關未達公告金額採購招標辦法」第2條第1項第1或第2款情形，是以，採購契約如因契約變更而有新增工作項目之情形者，因涉及契約價金之追加，機關與廠商間之議價程序仍不得免除。

惟機關與廠商議價過程中，因雙方立場不同，利益互相衝突，是否能夠順利地訂出雙方合意適當之價格，的確是不易克服之難點。且機關通常希望能夠採取原契約所附單價分析表內相近類似之單價為參考基準，而廠商除考慮新增工作項目的成本，亦會衡量因工期展延所衍生之管理費等額外支出，故要使雙方達成協議，通常十分困難且須耗費冗長時間，而在協議未果之前，將可能造成機關之工程延宕，且亦造成造成承攬廠商墊款及資金週轉困難等問題。

為解決雙方對新增項目價格協議不成所造成之問題，有論者建議在現行工程契約中加列以下處理原則之規定，以促進工程順利進行⁴⁵⁸：(一) 機關做新增項目之工程變更指示後，在雙方達成協議前，機關先行根據其單方面之決定對該增加項目訂定一合理及適當之價格，並概算出此新增部分之總價，而依照原契約的付款方式，於承攬廠商辦妥預付款保證手續後，依據原契約預付款之百分比，支付該概算總價的預付款給廠商，以利廠商資金之週轉。(二) 機關以其本身判斷訂定合理及適當之單價或價格後，於工程進行中，對此新增工程項目已完成之部分，亦應比照契約內付款辦法之規定，按期辦理估驗計價。(三) 雙方應儘速交涉達成協議辦妥變更手續，而根據雙方協議領取追加金額或扣回溢發價款，若雙方終究無法達成協議時，則應儘速提付仲裁或交由法院以訴訟

⁴⁵⁷ 政府採購法第18條第3項規定：「本法所稱限制性招標，指不經公告程序，邀請二家以上廠商比價或僅邀請一家廠商議價」。

⁴⁵⁸ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁72，1996年12月。

方式解決之。

另行政院公共工程委員會89年11月6日(89)工程管字第89032241號函亦謂：「為加速公共工程推動，有關廠商請領工程款項之核付，請依說明辦理…採購契約變更或加減價已先行通知廠商施作部份：追加契約以外之新增項目，依機關核定後單價八成先行估驗，並俟單價議定後調整」，是以，目前實務上之工程契約對此多已有依一定比例先行估驗計價給廠商之規定。

如工程採購契約範本第5條：「…(4)經雙方書面確定之契約變更，其新增項目尚未經議價程序議定單價者，得依機關核定此一項目之預算單價，以___%(由機關於招標時載明)估驗計價給付估驗款」；公共工程施工綱要規範一般條款E.11(契約變更之計價)：「承包商應將已完成簽署手續之契約變更書內所列工程或工作項目及數量併入原契約工程或工作估驗單內，並註明契約變更編號，按每月完成數量計價。如有新增工作項目，已服務或施工完成而尚未達成協議時，工程司可按契約變更預算單價之80%先行估驗，俟與承包商之議價達成協議後，再行調整計價」，可茲參照。

另外，對於新增工作項目所導致之工期展延，是否亦應在該新增工作施工前，即由雙方先行議定，抑或廠商仍應先行施作該新增工作。就此，實務上曾有廠商主張該新增之工作係屬一獨立之契約關係，因此，就此契約中有關契約之金額與工期，自應由雙方先行合意，若雙方無法達成合意，則尚難認該新增工作部份之契約關係業已成立，從而，廠商即無在變更契約簽立前施作該新增工作之義務；然查有關新增工作所致工期之展延，就應展延多少天，機關本不易在短期內核定，且機關有關工期之核定，廠商若有不同意見，亦勢必引發工期展延之爭議，故若任廠商可俟工期經雙方合意議訂後，其始有施作新增工作之義務，則必然影響施工之工進，故此種解釋，亦顯非可採。是合理之解釋，自應認為不論新增工作是否應增加工期，或增加若干，廠商仍應先施作該新增之工作，至嗣後廠商如不同意機關所核定工期，則其自可循爭議解決之途徑尋求救濟⁴⁵⁹。

第二節 刪減契約工作項目

⁴⁵⁹ 參李家慶，析論工程合約新增工作項目，營建知訊，第216期，頁71，2001年1月。

所謂刪減契約工作項目，係指取消或減少原契約所定之工作項目或數量，此為契約工作範圍之變更，機關自應依指示變更條款辦理工程契約變更並辦理減帳。而就刪減契約工作項目最常發生爭議者，乃在於刪減工作項目後，因須辦理減帳降低承攬廠商原預期利潤，因此契約雙方常就契約剩餘之工作項目是否須重新議定價格或由機關給予適當補償發生爭執。

第一項 刪減工作後契約價金之調整

第一款 已進場材料之計價

在機關指示刪減契約工作項目時，除該等工作項目應辦理減帳作業外，機關尚應給付承攬廠商在機關通知刪減該工作項目前，已完成並經接受之工程費用或已訂購且經認可之材料、設備費用。此乃因機關為工程需要而刪減工作項目，並非可歸責於承攬廠商，應由機關就指示刪減工作前廠商所支出之合理費用予以計價補償。

如公共工程施工綱要規範一般條款E.9（工程項目刪除或取消）規定：「若契約項目中任何部分被刪除或取消時，主辦機關應給付承包商在工程司書面通知刪除或取消該部份之日以前，已完成並經工程司接受之工程或工作費用或已訂購並經工程司認可之材料及設備費用」，對於機關通知前已完成或已訂購經認可之材料、設備，在賣方不接受退貨，或賣方接受退貨但要求補償費用之情形，機關仍應依契約規定給付該部分價金。

另如FIDIC營建施工標準契約條款12.4規定：「如果刪除之工作項目構成工程契約變更之一部分，且雙方對該刪除之工作價值未有協議，在符合以下三項要件時，承攬人應通知工程師並附上相關證明，工程師收到此通知後，應依據第3.5條（決定）同意或決定該費用，並加至契約價格中。（a）如果該工作項目未經刪除，承攬人所支出之費用本來係包含於契約得標價格中之該部分價格（b）因為刪除該工作項目，以致於該部分價格不能包含於契約價格中（c）在對任何替代工作計價時，並未包含該筆費用⁴⁶⁰」，即廠商所支出之費用如因刪除工作而無法依契

⁴⁶⁰ FIDIC 營建施工標準契約條款 12.4 (Omissions):「Whenever the omission of any work forms part (or all) of a Variation, the value of which has not been agreed, if:(a)the Contractor will incur (or has incurred) cost which, if the work had not been omitted, would have

約獲得給付時，即可通知工程師，由工程師決定價格，如有異議，可循爭端解決程序解決⁴⁶¹。

如前所述，對於因機關指示工程變更，致承攬廠商須廢棄已完成工程之一部分或已到場之合格材料時，一般工程契約多已有應對已完成之工作或未完成但已施作之工作計價之規定，但對於廠商尚未開始施作此一工作項目，卻受有間接費用之損失，得否予以補償，則尚無明文。例如承攬廠商原承包路堤之土方工程，其施工機具大都是廠商為該工程所購置之滾壓機具，因閒置（idle）而導致損失⁴⁶²。

對此有論者謂，因工程變更而導致取消原定之部分工作雖和契約終止不同，但性質上均係由機關單方面指示變更原契約規定之工作，依照法律類推適用之原則，得類推適用民法第511條⁴⁶³規定，使承攬廠商得請求損害賠償，包括因取消工作所受之損失，如動復員費，機具閒置之損失，解決小包契約所支付費用以及預期之利潤等⁴⁶⁴。

惟就契約工作項目之刪除與契約之部分終止而言，兩者應予以區別，一般來說，如果機關僅係刪除契約若干非主要部份之工作，或其所刪除工作之數量或金額並不大，則自可以契約變更之方式辦理減帳，如有已進場之材料，則最多再有材料價購之問題，而不牽涉損害賠償之請求。至若機關因政策變更而辦理重大之變更設計，致刪除原契約之主要工作部份，或刪除契約工作之數量或金額已逾一定之比例，此時，因已完全改變原契約之設計精神或理念，即非得以契約變更之方式辦理，而已構成契約之部分終止（partial termination）或解除⁴⁶⁵。

been deemed to be covered by a sum forming part of the Accepted Contract Amount;(b)the omission of the work will result (or has resulted) in this sum not forming part of the Contract Price; and(c)this cost is not deemed to be included in the evaluation of any substituted work;then the Contractor shall give notice to the Engineer accordingly, with supporting particulars.Upon receiving this notice,the Engineer shall proceed in accordance with Sub-Clause 3.5 [Determinations] to agree or determine this cost, which shall be included in the Contract Price」。

⁴⁶¹ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁139，2005年7月。

⁴⁶² 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁66，1996年12月。

⁴⁶³ 民法第511條之規定：「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」。

⁴⁶⁴ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁67，1996年12月。

⁴⁶⁵ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002全國科技法律研討會論文集，頁354，2002年11月。

是以，在契約已針對刪除工作設有辦理減帳之約定時，應遵守當事人之約定，蓋當事人就工程契約變更，設有計價約定，不論在增加工作或減少工作時，均應適用，由雙方各自承擔工程將增加工作或減少工作之不利益。因此，雙方已就減少之工作，合意依契約計價規定計算，除非該約定顯失公平無效，否則應予適用，按減少之工作辦理減帳⁴⁶⁶，而非類推適用民法第511條之規定。

第二款 原工作項目單價之調整

由於機關編列預算單價以及廠商投標時之成本分析，均係以契約原預估數量為基礎，如因契約變更導致原工作項目之數量增減過大時，將破壞原有契約之對價關係。

是以，如刪減契約工作項目已大幅減少契約工作項目及數量，若依原契約約定單價扣減不做之項目及數量，可能使承攬廠商無法就剩餘之工作項目及價款來支應工程所需之共同攤提及管理費用。此乃係因廠商常將其對本工程之動員費、機具維護費、公安費或管理費等分攤於工程的各項工作之單價內，如果工程之數量減少很多，則廠商之上述費用將無法全部回收⁴⁶⁷。

即契約原有工作項目原則上應依契約原訂單價計給，惟如因契約變更致原有工作項目之施工條件、施工方法及工作內容與性質上已有重大改變者，應有重新議定單價之必要。如公共工程施工綱要規範一般條款E.5（變更價款之決定）規定：「由工程司依E.1『契約變更』指示之一切變更，其價款由工程司與承包商按以下原則協議決定：(1)如工程司認為該工程或工作與詳細價目表內已載列價格之工程或工作項目相同且在相同條件下施工者，則按詳細價目表所載可適用之單價估算。(2)如工程司認為契約中並無性質相同之工程或工作項目，或非在相同條件下施工者，詳細價目表之單價，應儘量合理引用，作為估算之基礎，如無法引用時，應由雙方協議新單價」。

另如FIDIC營建施工標準契約條款12.3亦規定：「各項工作內容的適宜費率或價格，應為契約對此類工作內容規定的費率或價格，如契約

⁴⁶⁶ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁140，2005年7月。

⁴⁶⁷ 參王伯儉，工程糾紛與索賠實務，元照出版，頁75，2003年8月。

中無某項內容，應取類似工作的費率或價格。但在以下情況下，宜對有關工作內容採用新的費率或價格：(a) (i) 工作實做數量之增減超過工程價目表或其他明細表中所載數量的10%以上，(ii) 增減之數量乘以該工作項目約定單價，超過得標契約金額之0.01%，(iii) 數量增減直接造成該工作每單位工作量之成本變動超過1%，以及(IV) 該工作項目並非契約之固定單價項目⁴⁶⁸」。

且機關刪減契約工作項目應以無害契約同一性為前提，即變更後之契約並未脫離原契約規範之目的，而仍屬原契約之一部，否則該變更即屬消滅舊契約關係而成立新契約之「契約更改」，故機關刪減契約工作項目仍應以契約同一性為前提。

為避免糾紛，對於工作項目及數量之刪減，宜在契約內訂明合理適當之限定範圍。在此限定範圍內，契約原有之項目仍按原契約之價格增減，超過此限定範圍者，則應由契約雙方重新議定合理單價。如此，才能均衡契約雙方原有之對價關係。

第二項 刪減工作與終止部分契約

機關指示刪減工作仍屬契約變更型態之一，其與機關終止部分契約之情形，法律效果不同，兩者應有所區分，如果機關僅係刪除契約若干非主要部份之工作，或其所刪除工作之數量或金額並不大，則自可以契約變更之方式辦理減帳，如有已進場之材料，則最多再有材料價購之問題，而不牽涉損害賠償之請求。至若機關因政策變更而辦理重大之變更設計，致刪除原契約之主要工作部份，或刪除契約工作之數量或金額已逾一定之比例，此時，因已完全改變原契約之設計精神或理念，即非得以前契約變更之方式辦理，而已構成契約之部分終止 (partial

⁴⁶⁸ FIDIC 營建施工標準契約條款 12.3 (Evaluation): 「For each item of work, the appropriate rate or price for the item shall be the rate or price specified for such item in the Contract or, if there is no such item, specified for similar work. However, a new rate or price shall be appropriate for an item of work if: (a) (i) the measured quantity of the item is changed by more than 10% from the quantity of this item in the Bill of Quantities or other Schedule, (ii) this change in quantity multiplied by such specified rate for this item exceeds 0.01% of the Accepted Contract Amount, (iii) this change in quantity directly changes the Cost per unit quantity of this item by more than 1%, and (iv) this item is not specified in the Contract as a “fixed rate item” 」。

termination) 或解除⁴⁶⁹。

第一款 終止部分契約

契約簽訂後，如因情事變更，致使工程繼續施工對於定作人並無實益者，若聽任工程繼續進行至完工，最終定作人取得的工作物對其來說自是無益，且增加其負擔，對於社會經濟亦無幫助。因此民法第511條規定⁴⁷⁰，工作未完成前，定作人得隨時終止契約，並不需附理由。此條規定理由在於，定作人相對於承攬人工作之完成，僅負有對己義務，並非負有真正之法律上義務，承攬人無從請求或強制定作人接受工作之進行。且承攬人所約定之工作，具有未來性，宜容許定作人變更其決定，故定作人另有考慮，或已不需要工作之完成時，亦無須強求定作人任其完成。相對地，定作人隨時終止契約之權利，依本條規定，僅限於工作未完成前，此外，定作人終止契約，亦應賠償承攬人因契約終止而生之損害⁴⁷¹。即機關得依民法第511條規定指示終止部分或全部契約，惟僅限於工作未完成前，且依同條但書規定，機關應賠償承攬廠商因此而生之損害，以維雙方利益之衡平。

另美國聯邦採購規則亦賦予機關得隨時終止部分或全部契約之權利，如FAR52.249-2：「(a) 工程司得基於政府利益之考量，決定終止部分或全部之契約…」⁴⁷²，此屬契約單方面賦予機關之權利，承攬廠商並未擁有此一任意終止之權利，惟廠商得因契約終止而請求終止前履行契約所衍生之相關費用⁴⁷³。

此與機關指示刪減工作而依契約規定辦理減帳，不涉損害賠償之請求，法律效果不同，因此，契約工作項目刪減之最大界線，應以是否造成契約部分終止為斷。如機關指示刪減工作項目已實質構成終止部分契約之情形，則在契約有約定時應依契約負損害賠償責任，如無約定則依

⁴⁶⁹ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002 全國科技法律研討會論文集，頁 354，2002 年 11 月。

⁴⁷⁰ 民法第 511 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」。

⁴⁷¹ 參楊芳賢，承攬，收錄於黃立主編，民法債編各論（上），元照出版，頁 643，2004 年 10 月。

⁴⁷² 美國聯邦採購規則 FAR52.249-2 (Termination for Convenience of the Government – Fixed-Price)：「(a) The Government may terminate performance of work under this contract in whole or, from time to time, in part if the Contracting Officer determines that a termination is in the Government's interest…」。

⁴⁷³ David C. Moore, Government Contracting: How to Bid, Administer, and Get Paid 183, 1938.

民法第511條規定負責，機關不得以契約變更條款主張不負損害賠償責任。

至於是否達到終止契約之程度，應視機關是否刪除原契約之主要工作部份，或刪除契約工作之數量或金額已逾一定之比例，此時，因已完全改變原契約之設計精神或理念，即非得以契約變更之方式辦理，而已構成契約之部分終止（partial termination）或解除⁴⁷⁴。

如中華民國仲裁協會（86）商仲麟聲愛字第141號仲裁判斷中，由於台北捷運南港線某工程，原契約設計採明挖覆蓋之方式施作隧道，嗣因當地居民要求以及配合南港經貿園區之發展，改採潛盾隧道方式施作，仲裁庭以該工程刪減之幅度已高達原契約金額之13%，故認機關得否依契約變更之規定，取消部分工程，即有可議，且認本件取消之工作應已構成契約之一部終止，從而承攬廠商即可依民法第511條之規定，請求損害賠償⁴⁷⁵。

在契約工作項目遭大幅刪減之情形下，國外多以構成契約本質變更（Cardinal Change），使承攬廠商取得求償之權利，例如原計畫蓋15棟大樓，刪減為僅蓋10棟；或是劇烈的成本增加，如承攬廠商被要求以完全不同之開挖方法開挖；另外還有結合主要變更與累積多數小的變更效果而造成的重大變更等情形，承攬廠商得以終止契約，並請求損害賠償⁴⁷⁶。此乃因本質變更理論的發展，就是起源於當業主刪除工程重要部分，承攬廠商請求所失利益之案例。例如The General Contracting and Construction Co., Inc. v. The United States⁴⁷⁷乙案，原告（廠商）與被告（機關）簽訂契約為其興建醫院之數棟建築物及其相關道路排水工程，總契約價金為911,376美元。惟隨後被告以契約變更條款規定指示刪除其中一棟建築物，並要求辦理減帳，減少原契約價金99,520美元（刪減原契約價金約10%）。此一變更減少原契約所需材料及人力，致

⁴⁷⁴ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002全國科技法律研討會論文集，頁354，2002年11月。

⁴⁷⁵ 參李家慶，論合約工作項目之刪除，營建知訊，第218期，頁68，2001年3月。

⁴⁷⁶ 參許世明，營建工程契約中變更設計之研究，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁27，2005年1月。

⁴⁷⁷ THE GENERAL CONTRACTING AND CONSTRUCTION CO., INC. V. THE UNITED STATES, 84 Ct.Cl. 570, 1937WL3292(Ct.Cl.)

(http://international.westlaw.com/find/default.wl?rs=WLIN7.04&fn=_top&sv=Split&mt=LawSchool&cite=84+Ct.+Cl.+570%2c+579+&utid=%7b72A5496A-1013-4CC2-86FF-C024070A00C1%7d&vr=2.0&rp=%2ffind%2fdefault.wl&sp=NTLCHENGUV，上網日期：2007年5月21日）。

使影響原告原投標之單價成本，且原告需與其分包商議減分包契約價金，原告與其分包商所議減之價格無法與被告核定減帳之契約價金相當，故原告向被告請求給付額外費用。本案美國法院認為被告刪減一整棟建築物已構成本質變更，此僅得藉由契約雙方合意始得為之，其未經原告同意而刪減此一建築物為契約之違反⁴⁷⁸，因此原告得請求被告給付因其刪減此一建築物造成之額外費用。不過此種過低之標準，可能造成不必要之工程延宕，採取50%比例可能較為妥適。

故機關刪除主要工作或使工作數量金額顯著減少，雖並不一定影響契約同一性，依當事人意思或經濟目的而言，仍可能屬於原契約。惟如機關指示刪減之內容已影響契約同一性者，則應已構成契約之終止⁴⁷⁹。即機關辦理「契約變更」應以無害契約同一性為前提，變更後之契約並未脫離原契約規範之目的，而仍屬原契約之一部，否則該變更即屬消滅舊契約關係而成立新契約之「契約更改」，故機關刪減契約工作項目仍應以契約同一性為前提。

此外，機關如因其他廠商報價較低，而刪除工作交由其他廠商施做，亦非屬契約變更條款所得涵蓋之範圍，蓋無論探求當事人真意或依工程慣例解釋，契約中工程變更之約定，目的在於順利完成機關所欲工作而賦予機關指示變更權，機關仍有此等工作之需要，即不得依契約變更條款減少工作。如機關通知減少工作，應認為機關有終止契約之意思，廠商依契約約定或法律規定得請求因契約終止而生之損害⁴⁸⁰。

是以，機關雖非不得刪減契約工作項目，惟其權利之行使仍應有一定之限制，且不得藉契約變更條款辦理減帳之規定，而規避廠商因終止契約所得請求之損害賠償。

第二款 終止契約之損害賠償範圍

⁴⁷⁸ 「The elimination of Building No. 17 amounted to a cardinal change or alteration of the contract itself, a thing that could only be consummated with the consent of both parties to the contract. The elimination of Building No. 17 from the work to be performed under the contract without the consent of plaintiff was a plain breach of the contract by the defendant.」。

⁴⁷⁹ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁119，2005年7月。

⁴⁸⁰ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁119，2005年。

第一目 契約終止前

如前所述，機關刪減契約工作項目如已構成契約之部分終止者，在契約有約定時應依契約負損害賠償責任，如「採購契約要項」第67點：「依前條規定⁴⁸¹終止契約者，廠商於接獲機關通知前已完成且可使用之履約標的，依契約價金給付；僅部分完成尚未能使用之履約標的，機關得擇下列方式之一洽廠商為之：(一)繼續予以完成，依契約價金給付。(二)停止製造、供應或施作。但給付廠商已生之製造、供應或施作費用及合理之利潤」，規定機關得以政策變更的理由而終止契約，但廠商於接獲機關通知前已完成且可使用之履約標的，應依契約規定價金給付；而終止前僅部分完成尚未能使用之履約標的，則可洽廠商繼續予以完成，或停止製造、供應或施作，但給付廠商已生之製造、供應或施作費用及合理之利潤。

如契約未有任何約定者，則機關應依民法第511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」，賠償承攬人因契約終止而生之損害。

至於承攬人得請求損害賠償之範圍，有論者謂終止契約係向將來發生效力，則就終止前已完成之工作，承攬人應有報酬請求權。至於民法第511條所稱之損害賠償，乃針對契約終止後，尚未完成之工作部份，所生之損害而言⁴⁸²。即承攬人於契約終止前已完成部份之工作，仍得向定作人請求報酬，因而此之損害，當然不包括已完成部份之報酬在內(該項報酬定作人應另行給付)，於是只有就未完成部份所生之損害，得請求賠償⁴⁸³。

惟本文認為，按民法第490條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約」，承攬人須先「完成一定工作」，即承攬報酬之發生以「工作完成」為條件，且按民法第264條但書：「因契約互負債務者，於他方當事人未為對待

⁴⁸¹ 採購契約要項第66點：「契約因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約。但應補償廠商因此所生之損失」；政府採購法第64條亦規定「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失」。

⁴⁸² 參陳聰富，政府採購「共同投標」之撤銷決標與損害賠償，月旦法學雜誌，第140期，頁150，2007年1月。

⁴⁸³ 參鄭玉波，民法債編各論，三民書局，1995年4月。

給付前，得拒絕自己之給付。但自己有先為給付之義務者，不在此限」，承攬人負有先為給付之義務，故在條件未成就前，承攬人之承攬報酬請求權尚未發生。

且按民法第318條規定，債務人無為一部清償之權利，因此承攬人如未能完成一定工作，或工作無法驗收合格，承攬人自無請求承攬報酬之權利，其工作期間人力、物力之支出係屬承攬人之風險，承攬人應自行承擔。況承攬人所完成之工作如未能符合契約要求之功能品質或達成契約之使用目的效果，更難謂承攬人之報酬請求權之條件業已成就。

如最高法院83年台上字第3265號判例：「民法第494條但書⁴⁸⁴規定，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約，係指承攬人所承攬之建築物，其瑕疵程度尚不致影響建築物之結構或安全，毋庸拆除重建者而言。倘瑕疵程度已達建築物有倒塌之危險，猶謂定作人仍須承受此項危險，而不得解除契約，要非立法本意所在」，此依判例創設民法第494條但書的例外規定，即瑕疵程度如已致建築物有倒塌之危險者，定作人得解除契約。依舉重明輕之法理，於終止契約前，承攬人所完成之工作如未能符合契約要求之功能品質或達成契約之使用目的效果，承攬人應無報酬請求權。

另如臺北地方法院92年度重訴字第1274號判決之案例中，某營造股份有限公司承攬機關發包之校舍新建工程，惟工程開工後，工地現場卻於地下室開挖過程中，發生地表沉陷開裂、預壘樁斷裂等災變，工程進度因而被迫停擺，其後機關通知承攬廠商終止契約。本案之工程事故經行政院公共工程委員會工程鑑定委員會鑑定書認為「本件災害肇因主要由於…預壘樁強度不足、施工品質有瑕疵，樁長不足及基礎開挖施工第三層支撐作業延宕等因素所引起」。於此情形下，如仍認承攬人於契約終止前已完成部份之工作，仍得向定作人請求報酬者，難謂合理。本案中，承攬人除無報酬請求權外，定作人尚得向承攬人請求損害賠償。

即工程如屬全部完工後使用或移交之情形者，則承攬報酬之請求權應俟工作全部完成時，條件始成就。契約終止前，承攬人已完成之部分，尚難謂其具有報酬請求權，承攬人僅得依民法第511條規定請求損害賠償，此時損害賠償之範圍應包括承攬人已完成部份之報酬。

⁴⁸⁴ 民法第494條規定但書：「但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約」。

如最高法院92年度台上字第738號判決：「按承攬人承攬工作之目的，在取得報酬。民法第511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」。

另如最高法院78年度台上字第779號判決：「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511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514條第2項規定，自其原因發生後一年間不行使而消滅」亦可資參照。

工程如屬分段完工使用或移交之情形，且契約對於該分段完工使用或移交訂有分段驗收及付款規定者，則契約終止前，承攬人已完成之分段完工使用或移交的部分，因該部份報酬請求權之條件業已成就，承攬人得依契約規定請求該部分之報酬，而就其他僅部分完成尚未達分段完工使用或移交之部分，則屬民法第511條承攬人得請求損害賠償之範圍。

如最高法院77年度台上字第1769號判決：「契約之終止，僅使契約自終止之時起，嗣後歸於消滅。承攬契約在終止以前，承攬人業已完成之工作，苟已具備一定之經濟上效用，可達訂約意旨所欲達成之目的者，定作人就其受領之工作，有給付相當報酬之義務」，承攬契約在終止以前，如承攬人完成之工作「具備一定之經濟上效用，可達訂約意旨所欲達成之目的」者，定作人就其受領之工作，有給付相當報酬之義務。

另工程部分竣工後，如有部分先行使用之必要且開放使用者，就該部分推定承攬人報酬請求權之條件業已成就，承攬人得依契約規定請求該部分之報酬，惟須注意者，工程主辦機關此時應依政府採購法施行細則第99條規定⁴⁸⁵，就該部分辦理部分驗收。

第二目 契約終止後

⁴⁸⁵ 政府採購法施行細則第99條規定：「機關辦理採購，有部分先行使用之必要或已履約之部分有減損滅失之虞者，應先就該部分辦理驗收或分段查驗供驗收之用，並得就該部分支付價金及起算保固期間」。

工作未完成前，定作人終止契約者，廠商依民法第511條但書規定請求損害賠償時，該損害賠償範圍⁴⁸⁶，依民法第216條規定：「損害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限（第1項）。依通常情形⁴⁸⁷，或依已定之計劃、設備或其他特別情事⁴⁸⁸，可得預期之利益，視為所失利益（第2項）」。

因此，若未於法律或契約中訂定排除所失利益，損害包括所失利益。而所謂「所受損害」，係現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害；所謂「所失利益」，係新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。如最高法院48年台上字第1934號判例：「民法第216條第1項所謂所受損害，即現存財產因損害事實之發生而被減少，屬於積極的損害。所謂所失利益，即新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。本件被上訴人以上訴人承攬之工程違約未予完成，應另行標建，須多支付如其聲明之酬金，並非謂房屋如已完成可獲轉售之預期利益，因上訴人違約而受損失，是其請求賠償者，顯屬一種積極損害，而非消極損害」。

惟關於所失利益或可預期之利潤究應如何認定，恐非容易，須就具體個案以及工程業界之景氣情況，乃致契約一部終止後，廠商因此已無庸再支出原未執行契約所應支出之費用與成本等綜合判斷而定⁴⁸⁹。

於我國民法體系下之法定損害賠償責任，係採行填補債權人所受損害及所失利益之全部完全賠償責任。惟所謂完全賠償，並非毫無限制，其責任原因與損害之間（包括積極損害與消極損害）以存在「相當因果關係」為必要，該損害方屬法定之賠償範圍。如最高法院48年台上字第481號判例：「損害賠償之債，以有損害之發生及有責任原因之事實，並二者之間，有相當因果關係為成立要件。故原告所主張損害賠償之債，如不合於此項成立要件者，即難謂有損害賠償請求權存在」。

⁴⁸⁶ 到底賠償義務人要補償什麼，只能由賠償義務目的中尋求答案，在所有損害賠償的情形中，所共通的是受害人就其所受之損失應獲得「填補」（補償 Ersatz）。損害賠償要賠什麼，並不是依處罰原則（Sanktionsprinzip），也不依阻嚇原則（Praeventionsprinzip），而依據「均衡之考量」。參黃立，民法債編總論，作者自版，頁363，2002年9月。

⁴⁸⁷ 指依事務通常進展可望獲得之利益，亦稱為抽象之損害計算（abstrakte Schadensberechnung）。參黃立，民法債編總論，作者自版，頁376，2002年9月。

⁴⁸⁸ 亦稱為具體之損害計算（konkrete Schadensberechnung）。參黃立，民法債編總論，作者自版，頁377，2002年9月。

⁴⁸⁹ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002全國科技法律研討會論文集，頁355，2002年11月。

且相當因果關係說 (die Adaequanztheorie) 須先以條件說為基礎，判斷此一原因是否為結果發生之必要條件 (conditio sine qua non)。然後再以下列程式限制：特定情況對於結果之發生，其一般性質本無關係，卻由於非尋常之情況，而成為結果之條件時，原則上不認為有因果關係⁴⁹⁰。

至所謂「相當因果關係」，係指：依經驗法則，綜合行為當時所存在之一切事實，為客觀之事後審查，認為在一般情形下，有此環境，有此行為之同一條件，均發生同一之結果者，則該條件即為發生結果之相當條件，行為與結果即有相當因果關係；反之，若在一般情形下，有此同一條件存在，而依客觀之事後審查，認為不必然皆發生此一結果者，則該條件與結果不相當，不過係偶然之事實而已，其行為與結果間即無相當因果關係⁴⁹¹。

然而在某些案例中，傳統的相當因果關係說就發生了問題，因此學者提出「新相當因果關係說」，其所著重的是依法條規定之目的，將不尋常之必要條件加以剔除，而非以數學上或然率之計算，剔除不尋常之必要條件。也就是除了從事自然科學的因果關係審查外，進一步對如何導致損害發生，從事法律評價的審查。至於「相當」一語，在舊說中指自然意義的通常及可能，在新說則指「一般文明損害賠償規範認為適當 (die durchschnittliche zivilistischen Schadensersatznorm angemessen)」，亦即造成損害的原因事實，依一般判斷，必須依法條目的認為與損害有適當關連。在新的損害賠償學說中，業已變更是否「相當」之判別點⁴⁹²。

如最高法院91年度台上字第1407號判決：「…本件乙雖讓甲先行通過，惟於左轉之際撞及甲，顯於甲尚未完全安全通過前即貿然左轉撞及，即不合暫停讓行人先行通過之情形，仍應推定有過失。甲既係因乙所駕駛之汽車左側照後鏡撞及其左側身體而情緒受驚嚇，造成原有高血壓之甲發生自發性之高血壓性腦出血死亡，則乙之碰撞行為使甲受驚嚇，造成其血壓突然升高，致其腦內已受損之小血管破裂，而引起自發

⁴⁹⁰ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁284，2006年11月。

⁴⁹¹ 參李宗德，白梅芳，我國公共工程合約中「衍生性損害賠償」之適用及其應有之限制，收錄於劉尚志主編，2002全國科技法律研討會論文集，頁322，2002年11月。

⁴⁹² 參黃立，重新檢討民法的因果關係理論—臺北地院88年度重訴字第1122號判決評釋，臺灣本土法學雜誌，第28期，頁61，2001年11月。

性之高血壓腦出血死亡，乙之碰撞行為，與甲腦出血死亡之結果間，自有相當因果關係」，雖然沒有明說，實際上也採取了新說的理論，才會得此結果⁴⁹³。

另按政府採購法第64條規定：「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。」，此乃考量政府發包公共工程，其背後均有其政策目的，此也就是公共工程與民間工程最大的不同點，因此，公共工程的執行，自應考量執行的結果是否符合公共利益，此與民間工程所考量的私益自有所不同，私人工程可以因為繼續施工對其私益無益而由定作人任意終止契約，公共工程自然可以因不符公共利益而終止契約⁴⁹⁴。故機關得因政策變更，且考量廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，得終止部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。

至於補償廠商因此所生損失之範圍，按行政院公共工程委員會89年5月15日(89)工程企字第89013106號函：「機關依政府採購法第64條於契約訂明因政策變更而為終止或解除部分或全部契約之處置者，應一併載明其『補償廠商因此所生之損失』，不包括所失利益」，且行政院公共工程委員會訂頒之「工程採購契約範本」第21條第(6)款亦明文：「契約因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。但不包含所失利益」。

對此，有論者謂，以政府機關基於政策變更之需要以及公共利益之考量，雖得終止或解除契約，然此情形究非可歸責於廠商，甚或某種程度，應屬可歸責於政府機關（如規劃設計不周），故解釋或規定廠商僅得請求所受損害，而不得請求所失利益，自係有所不公⁴⁹⁵。

惟行政院公共工程委員會函釋機關依政府採購法第64條規定而為終止或解除部分或全部契約者，應於契約一併載明其「補償廠商因此所生之損失」不包括所失利益，其主要理由係考量如得補償廠商因此所失

⁴⁹³ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁287，2006年11月。

⁴⁹⁴ 參謝哲勝、李金松，工程契約理論與求償實務，頁290，2005年11月。

⁴⁹⁵ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002全國科技法律研討會論文集，頁355，2002年11月。

之利益，其損害賠償範圍過於廣泛將有悖公共利益，且不利政策之推動，況民法第216條有關廠商請求損害賠償範圍之規定，亦得於契約中明定以排除所失利益。另民法第216條之1明定：「基於同一原因事實受有損害並受有利益者，其請求之賠償金額，應扣除所受之利益。」，因此機關於契約中明文「不包含所失利益」，亦係考量損害賠償之目的，係在回復損害發生前之同一狀態，但非謂得使被害人因此而獲得利益所致。

第三節 工作數量之增減

大部分工作範圍變更（例如新增或刪減工作項目等契約變更）之情形都會造成工作數量之增減，此時機關應辦理工程契約變更並依工程契約變更計價規定調整契約金額。而在工作範圍未變更之情形下，因契約訂定時所預估之工作數量不可能完全精確，即使廠商施工過程並無錯誤，其按圖施作之實際數量仍可能會與詳細價目表之數量有所差異，故此時就該增減部份之數量，是否應辦理契約變更常生爭議。

一般而言，工程採購契約價金之計算方式大致可分為依契約價金總額結算之「總價結算契約」⁴⁹⁶與依實際施作或供應之項目與數量結算之「單價結算契約」⁴⁹⁷，前者係指承攬廠商依圖說完成一定之工作後，由機關支付固定價額報酬之契約；後者則係以指承攬廠商依據最後實際施作數量乘上原契約工作項目單價，再加上一定比例之其他費用及稅金之契約。

在所謂單價結算之契約，其計價不外有採乙式計價及按實做數量計價兩種，於前者之情形，本即不以承攬廠商施作之數量計價，故除數量之增減已逾一定之程度，否則，自無因數量增減而辦理契約變更之問題；至於後者之情形，由於係按實做數量計量及計價，故就實際增減之

⁴⁹⁶ 總價結算契約係指為執行圖說及規範上之工作而應給付之價金是固定的。因此，契約內之規範和圖說應該清楚完整地敘述所需完成工作之詳細內容，使承包商能據以完整地估價，亦即在一「包價」之概念下完成圖說及規範所需之工作。參顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下，第112期，頁10，2005年4月。

⁴⁹⁷ 此類契約之契約文件除圖說與規範之外，尚包括工程數量表，其將工程中之工作項目或單位工作，以及估計之工作數量列出，以供計算出契約之總金額。此類契約多半明揭，廠商投標價格所涵蓋者，僅為約定之數量（並不影響其依約完成全部工程之義務），最終之契約價金之給付應依工程實際施作之數量計算之。參顏玉明，從工程契約文件談契約價金之給付與調整，營造天下，第112期，頁10，2005年4月。

數量⁴⁹⁸，亦無另外辦理契約變更之必要⁴⁹⁹。

在總價結算契約下，原則上除有契約變更之情形發生，否則不論該工程各工作項目之實際施作數量為何，機關均僅以該契約之總價給付承攬廠商，而不互相找貼。於此種計價模式下，原則上無論施作期間遭遇任何問題，機關僅需支付固定總價予廠商，因此廠商將負擔較大比例之財務風險⁵⁰⁰。

然較有爭議者，於總價結算契約下，廠商實際施作數量如與原契約增減誤差達一定百分比以上時，機關是否仍以原契約總價給付，不無疑義。另由於工程採購契約文件內容繁複，常有圖說與詳細價目表記載不一致之情形，致使契約雙方對於計價範圍產生爭議。爰以下針對圖說與詳細價目表歧異之類型分別探討如下：

第一項 圖說未標示工作項目，詳細價目表有記載

此種情況，經常發生在「乙式計價」之項目中，如確係無須圖示之工作，且為完成約定工作所必需，則不論承攬廠商實際施作項目及數量之多寡，機關仍應按詳細價目表上之項目及數量予以計價給付⁵⁰¹。亦即圖說雖未標示但仍屬廠商應予施作之工作，因工程圖說雖為廠商施工之依據，但不應以圖說未記載，即一概認為該工作項目非契約工作，該工作可能在工程慣例、技術上屬於無須圖示而仍必須施作之工作，此問題仍應在個案中探求當事人真意及工程慣例決定，而無法單以契約文件適用先後順序決定。此外，尚有可能係因為圖說漏未記載之緣故，此時，詳細價目表應為圖說補充解釋，基於誠信原則，廠商仍有施作之義務。如非屬上述情形，則系爭工作項目不在契約工作範圍內，廠商並無義務

⁴⁹⁸ 美國聯邦採購規則 (Federal Acquisition Regulation, 簡稱 FAR) 52.211-18 (Variation in Estimated Quantity) 規定：「如果契約內某一個別單價項目之數量為估計量，且該項目之實際數量變化超過正負 15% 時，契約任一方得要求公平調整該項目之契約單價。該調整將以超過估計數量 115% 或低於估計數量 85% 的變化量為費用增減的基礎 (If the quantity of a unit-priced item in this contract is an estimated quantity and the actual quantity of the unit-priced item varies more than 15 percent above or below the estimated quantity, an equitable adjustment in the contract price shall be made upon demand of either party. The equitable adjustment shall be based upon any increase or decrease in costs due solely to the variation above 115 percent or below 85 percent of the estimated quantity.)」。

⁴⁹⁹ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002 全國科技法律研討會論文集，頁 356，2002 年 11 月。

⁵⁰⁰ Glenn M. Hardie, Construction Contracts and Specifications 44, 1981.

⁵⁰¹ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁 55，1996 年 12 月。

施做⁵⁰²。

是以，此種類型之爭議首應判斷是否為工程慣例上或技術尚無須圖說但必須施作者或工程契約所包含應施作之部分，若為無須圖說而應施作部份，廠商仍應施作，機關則仍應按契約工程價目表所給付報酬。但相對的，如廠商並無義務施作，機關應得按減少之工作範圍辦理減帳，如已為給付，則依誠信原則、公平合理等原則，可能有減少價金之權利⁵⁰³。另如機關要求施作此一非屬契約之工作範圍，則應辦理工程契約變更新增工作項目，且由於承攬廠商於投標時已考量、估算此等項目，將之包含在契約價金中，因此廠商應不得再額外請求費用⁵⁰⁴。

第二項 圖說與詳細價目表上均未記載

如該工作項目確係為完成約定之工作而在工程習慣上或技術上所必要之工作，則廠商應有義務施作，不得藉詞圖說上未載明而拒絕施作，其所需費用，應由承攬廠商於投標前詳予估算並包含在契約相關單價內。如該未於圖說上明確標示之工作，確屬廠商於投標前無法估算出來，且又非技術上或習慣上所必要之工作，則非屬契約之工作範圍，廠商並無義務施作⁵⁰⁵。如機關指示施作，則屬於工程契約變更，應按新增項目辦理追加計價。至於何謂工程習慣或技術上所必要，則應在個案中探求當事人真意及工程慣例決定之。

未載明於圖說及詳細價目表，但依照工程慣例廠商仍須施作之情形，典型例子為假設工程。例如「○○局新建廳舍工程之假設工程及試驗費用等契約爭議案」⁵⁰⁶：「假設工程屬間接雜費（overhead），承商在投標時應將之估算在內，再分攤至標單上各單價中…依系爭合約5.8（1），工地設施屬於承攬廠商使用者，已明載此項費用包含於其他有關工作項目內，機關不另列項給付，此點符合國內外工程投標習慣…復查廠商係一久富經驗之營造業者，對於建築工程施作時，該等假設工程之必要性應早已明瞭，因此機關縱未於詳細價目表內將該等假設工程加以列項，承商於投標前亦應詳加考量，並納入標價中。是以，廠商主張

⁵⁰² 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 55，2005 年。

⁵⁰³ 參江宛臻、張宏節，公共工程契約數量差異之問題研究，收於 2002 年全國科技法律研討會論文集，頁 432，2002 年 11 月。

⁵⁰⁴ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 55，2005 年。

⁵⁰⁵ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁 55，1996 年 12 月。

⁵⁰⁶ 參公共工程爭議處理案例彙編（I），行政院公共工程委員會編印，頁 53，1997 年 11 月。

上開假設工程為設計圖、詳細價目表暨單價分析表所無，非渠施工範圍，如由渠施作，機關應給付其增加支出之額外費用一節，不無誤會」，可資參照。

第三項 圖說有標示工作項目，詳細價目表上未記載

此即工程實務上所稱之「漏項」爭議，亦即工程圖上規定必須施作，而詳細價目表上卻找不到對應之工作項目⁵⁰⁷。如此承攬廠商於估價時，若僅以詳細價目表為準，未詳與圖說或施工規範作比對，則其所估算之投標金額並未包含此一遺漏的工作項目費用，因此，於此種情形廠商依約施作此一項目後，可否以契約變更程序來調整契約價金，實務上即生爭執⁵⁰⁸。

另實務上，契約漏項常與新增工作項目之契約變更發生混淆，而產生爭議。例如，在總價結算契約下，機關往往主張所有之工作，均係包括在原契約之總價範圍內，並無所謂新增工作之問題，惟承攬人則可能援引原契約之規範、圖說乃至詳細價目單，主張某一特定工作原非屬契約之工作範圍，故對於機關要求施作該工作，主張係屬新增之工作項目，應另行辦理議價。惟事實上，新增工作項目之契約變更，乃指該工作項目非原工作範圍，而係事後之追加；而契約之漏項，則係指工程圖說上規定廠商應為之施作項目，但於詳細價目表中卻無該項工作計價之項目之情形⁵⁰⁹。

第一款 工作範圍

當圖說有標示工作項目，詳細價目表上未記載時，廠商之工作範圍及內容究以「圖說」為準抑或以「詳細價目表」為準。

按一般工程契約之特性及工程慣例而言，所謂工程契約中之工作內容應係以契約約定之圖說為準而非以詳細價目表所列之工程項目及數量為準，蓋因：（一）承攬廠商之主要義務係按「圖說」施工，而非按

⁵⁰⁷ 參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.一.8，2002年12月。

⁵⁰⁸ 參顧美春，工程契約風險分配與常見爭議問題之研究，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁130，2003年。

⁵⁰⁹ 參許世明，營建工程契約中變更設計之研究，東吳大學法律學系法律專業碩士班碩士論文，頁29，2005年1月。

「詳細價目表」施工，此之所謂之「圖」係指設計圖，其主要之功能在於規定工作物之尺寸、大小及形狀，而「說」係指規範，其功能在於規定所完成之工作物應具有何種之品質、功能及價值，亦即廠商對工作物之瑕疵擔保責任應以規範之規定為準。（二）理論上而言，如果圖說之規定及記載十分詳盡完整，則完成圖說約定之工作後，機關即給付一定之報酬，機關及廠商之間根本可不需要在契約中另行約定「詳細價目表」。（三）詳細價目表之作用，主要在於每月計算工程估驗款之用，如果說工程契約之工作係以「詳細價目表」所載為準，則一般在工程習慣上廠商有義務施作且必要而往往並未明白規定在詳細價目表內之工作，例如臨時設施或假設工程豈非均應由機關另行給價，而一般在工程契約中常見之「凡為完成本工程所必要之一切工作而未單獨列項者，其所需之費用均已包含在相關單價內」之約定均將失其意義⁵¹⁰。

因此，詳細價目表並非用以決定承攬廠商之工作範圍為何，承攬廠商不得因詳細價目表漏未編列工程項目，而拒絕依圖說應予施作之工程項目⁵¹¹。是以，即使詳細價目表上無某工作項目，但圖說有標示之工作項目，原則上仍屬於廠商應依約施作之工作。

在判斷是否構成漏項時，對於圖說上已有記載施作項目，於詳細價目表上雖未明列此項目，但若為工程慣例上必要施作者，或經探求工程設計時之真意，該工作項目之價格已為其他工作項目所包含，因而未將該工作項目記載於詳細價目表上，並不構成漏項。

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，且廠商於計算標價時，應將此等工作之成本包含在其中，因此廠商不得額外請求費用⁵¹²。如行政院公共工程委員會【調88070號】履約爭議調解意見及理由即稱：「本工程合約明定得標廠商應依據工程設計圖、施工規範施工，而施工圖樣上已載有『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』項目即無效用及失其意義，足見工程設計時之真意即包含燈柱基座之施

⁵¹⁰ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁51，1996年12月。

⁵¹¹ 參陳秋華，漏項，收錄於古嘉諱、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），寰瀛法律事務所出版，頁143，2005年9月。

⁵¹² 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁221，2005年7月。

工在內，並非工程漏項」，即燈柱基座乃燈柱所不可或缺之工作，則廠商投標時，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詳細價目表標明，但依工程慣例，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。

第二款 契約價金之調整

契約之漏項，係指工程圖說上規定廠商應為之施作項目，但於詳細價目表中卻無該項工作計價之項目之情形，即圖說所標示之工作項目仍屬於廠商應依約施作之工作，則此時主要爭議乃在於承攬廠商得否請求依工程契約變更程序，辦理契約價金之調整。

有關契約漏項之爭議，常發生在總價結算契約之情形，因機關常主張承攬廠商應依契約圖說完成工作，除非有契約變更或契約約定得調整契約價金之情形，否則廠商不得另行請求額外之工程款。

因此，有實務謂，依總價結算契約之本旨，詳細價目表所列項目數量僅係供廠商參考，廠商須自行按圖說詳實計算估價，如認有項目遺漏或數量不符，亦應自行於各項目之單價內調整，間接反映於總價中，亦即詳細價目表所列各項工程項目與數量有錯誤或遺漏，廠商仍應依其契約總額按圖說施工完成，不得以詳細價目表所列項目及數量有錯誤為由，主張增加工程款。

如臺灣高等法院91年度重上字第495號判決即謂：「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，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6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4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5條第3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」。

另臺灣高等法院89年度重上字第483判決亦謂：「又本件工程既以總價結算，除有依合約追加變更程序另行協議外，合約總價不許單方面請求變更（但依物價波動指數調整為原合約所容許者為例外），則中華工程公司自不能復以詳細表所未列之項目請求給付工程款，否則無異於變更合約總價，於合約總價外仍事請求，自與合約總價結算精神不符。且中華工程公司就前開額外施作之八項工程既不能證明係出於新工處基於變更設計或追加工程所為指示…中華工程公司雖復以系爭額外施作八項工程，既為詳細表所漏列項目，而新工處以總價結算拒付工程款，復不同意辦理追加，勿寧違背誠信原則，且使新工處獲得契約外之利益，伊受有損害云云，惟查本件工程為地上十二層地下二層之建物，經緯萬端項目繁多，於設計之初或招標之初，原難期待其詳細表或單價分析表無所遺漏，此由中華工程公司所提出之詳細表及單價分析表即近四百頁可知，且新工處所興建市政大樓其經費來自預算，受制於議會，追加工程費用不若民間企業靈活，是以合約總價結算方式計價亦可理解，再者本件工程於招標之初，依投標須知所載投標商應洽購工程圖說（包括施工圖、施工說明書、標函、標單、單價分析表、詳細表、合約草稿、投標須知及補充說明、切結書），並於招標前詳細審慎研閱全部圖說文件，且應自行赴施工地點詳實勘查，俾瞭解本工程一切有關事項，則因本工程標合約總會結算方式，如詳細表有不周之處，將如何自處，本於專業立場中華工程公司應有理解，自難謂新工處因此獲有契約外之利益或不當得利。或違背誠信原則，中華工程公司請求此系爭額外施作八項工程款，尚屬無據」。

惟亦有論者謂，基於合理之風險分配，應由機關承擔漏項之風險，理由如下⁵¹³：（一）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

⁵¹³ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁228，2005年7月。

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⁵¹⁴。（二）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⁵¹⁵，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，可謂機關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，機關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，有違公平合理。（三）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廠商，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。尤其漏項係因機關未能詳盡核對圖說與詳細價目表所致，可歸責於機關，自不應僅以總價契約為由而一概使承攬廠商承擔風險。（四）關於契約中約定：「承攬廠商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」，廠商有勘查工地、檢查標單之義務，而廠商有無違反此義務，應視具體個案情形，不得因漏項即謂廠商未按圖說詳實計算估價而認為可歸責於廠商。且機關在較長之準備時間中都無法按照圖說詳細估算，如何能期待廠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，以判斷廠商是否可歸責。如屬可歸責廠商之情形，在適用誠信原則時，應為適當之調整，使機關與廠商各應負擔部分之漏項費用。

如臺灣臺北地方法院88年度重訴字第459號判決：「廠商於參與投標前雖係依據業主所發給之估價明細表上所列之項目及數量為計算投標總價標準，但該估價明細表依約僅有參考效力，業主所給付之承攬報酬仍係以與得標廠商約定之總價為準，如工程實作項目及數量與標單內原列項目及數量略有出入時，即約定兩造均不得再就增減之部分找補求償，以求工程預算與執行結果不致有太大變更以便控制風險，是總價承包式之合約，其契約風險乃大部歸由承商負擔，故政府公共工程大都採用此一方式訂定營建工程合約，本件工程契約亦同。因此，依前述兩造

⁵¹⁴ John Cibinic, Jr. & Ralph C. Nash, Jr., *Administration of Government Contracts* 253-254, 1995.

⁵¹⁵ I.N. Duncan Wallace, *Construction Contracts: Principles and Policies in Tort and Contract* 440, 1986.

不爭系爭工程合約及所有合約文件之相關規定，因兩造契約係以總價決標方式簽訂，故於施工過程中就估價明細表上漏列之工作項目或是數量不足，原則上依契約前揭約定，承商並無請求加價之權利。…惟按『依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，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』修正後民法第247條之1訂有明文。…經查，本件契約乃…為交通部用於同類契約之契約條款，依前揭說明，應有本條之適用。又查，系爭總價決標契約，於有漏項及數量不符時，原則上承商即原告並無請求追加工程款之權利，已如前述，但此須以業主所提供之標單、估價明細表、工程圖說等規範具有一定程度之正確性為前提，因契約所附施工說明、圖說、估價明細表乃業主所提供，依誠信原則，承商均相信前揭文件在工作項目及數量上不應有顯著差距。雖承商於投標前依投標規則有詳加閱圖估算詢問釋疑之義務，如無疑問，推定其認為圖說與估價明細表之項目、數量應為一致。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14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」，可資參照。

雖實務上多以誠信原則作為調整契約關係之依據，惟因誠信原則係屬概括條款，應須俟現有法典所構成之法律邏輯體系發生欠缺時，始得為之。因此，在契約漏項之情形，承攬廠商應以民法第491條第1項規定⁵¹⁶作為其請求之具體依據，按漏項之工作項目為承攬廠商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

⁵¹⁶ 民法第491條第1項規定：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」。

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。雖原則上，雙方必須就承攬契約必要之點達成合意，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491條第1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。從而，當雙方確有完成一定工作之合意，承攬廠商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廠商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491條第1項規定，視為允與報酬，承攬廠商得依據與機關間之承攬契約請求報酬⁵¹⁷。

為避免類似之爭議層出不窮的發生，行政院公共工程委員會已於95年11月24日以工程企字第09500460460號函修正「工程採購契約範本」增訂第4條後段規定：「…採契約價金總額結算給付者，未列入前款清單之項目或數量，其已於契約載明應由廠商施作或供應或為廠商完成履約所必須者，仍應由廠商負責供應或施作，不得據以請求加價。如經機關確認屬漏列且未於其他項目中編列者，得以契約變更增加契約價金」，可作為往後爭議處理之參考模式。

第四項 圖說與詳細價目表數量之差異

在依實際施作或供應之項目與數量結算之「單價結算契約」中，由於詳細價目表上之數量，並非最後結算契約價金之依據，而係以承攬廠商實際施作數量計算，因此廠商按圖施作數量如超出詳細價目表之數量者，機關仍按該工作項目單價給付價金，如按圖施作數量低於詳細價目表之數量者，機關則不必給付該差異數量之價金，故較無爭議。

本項爭議多發生在依契約價金總額結算之「總價結算契約」中，由於一般公共工程之招標案，廠商從領標至投開標時間往往十分匆促，且工程主辦機關皆規定投標廠商僅能依其所提供之空白標單（詳細價目表）填寫投標價格，標單上機關會提供其按圖估算之各工作項目及數量，投標廠商迫於時限，再加上工程圖說甚為繁雜，廠商往往只以主辦機關所提供空白標單內之數量填報其標價，在得標後施工時，始發現圖

⁵¹⁷ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁231，2005年7月。

說中工作數量較詳細價目表所列數量有極大差異⁵¹⁸，此即所謂實做數量差異之爭議。

第一款 工作範圍

當圖說與詳細價目表之數量發生差異時，承攬廠商所應施作數量就係以何為準，亦即廠商之工作範圍及內容究以「圖說」為準抑或以「詳細價目表」為準。

如前所述，按一般工程契約之特性及工程慣例而言，所謂工程契約中之工作內容應係以契約約定之圖說為準而非以詳細價目表所列之工程項目及數量為準，蓋因：（一）承攬廠商之主要義務係按「圖說」施工，而非按「詳細價目表」施工，此之所謂之「圖」係指設計圖，其主要之功能在於規定工作物之尺寸、大小及形狀，而「說」係指規範，其功能在於規定所完成之工作物應具有何種之品質、功能及價值，亦即廠商對工作物之瑕疵擔保責任應以規範之規定為準。（二）理論上而言，如果圖說之規定及記載十分詳盡完整，則完成圖說約定之工作後，機關即給付一定之報酬，機關及廠商之間根本可不需要在契約中另行約定「詳細價目表」。（三）詳細價目表之作用，主要在於每月計算工程估驗款之用，如果說工程契約之工作係以「詳細價目表」所載為準，則一般在工程習慣上廠商有義務施作且必要而往往並未明白規定在詳細價目表內之工作，例如臨時設施或假設工程豈非均應由機關另行給價，而一般在工程契約中常見之「凡為完成本工程所必要之一切工作而未單獨列項者，其所需之費用均已包含在相關單價內」之約定均將失其意義⁵¹⁹。因此，當圖說與詳細價目表間發生歧異時，應以契約約定圖說為準，而非詳細價目表，廠商應依圖說完成契約所定工作。

第二款 契約價金之調整

於施工中遇此爭議時，工程主辦機關常以投標文件中已標明：「標單內所列項目及數量，僅供承攬廠商參考，在投標前廠商應自行實地勘查，按照圖說規定核對及詳細估算，如發現有遺漏錯誤時，廠商應於投標前請求說明，否則開標後，所有數量不符與遺漏之項目，應視同已合

⁵¹⁸ 參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.一.8，2002年12月。

⁵¹⁹ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁51，1996年12月。

併於其他相關項目估計在內，廠商不得另行要求加價」之規定，而不予以辦理契約變更⁵²⁰。即認廠商應在估算標價時亦詳細檢驗圖說及詳細價目表，如未在投標前發現兩者數量不一致並提出異議者，事後不得另行要求加價。

如最高法院87年度台上字第2078號判決即謂：「系爭工程公告招標文件上，標單及圖說均已載明『本工程係以總價承包』；工程補充說明書第14條第4款、第5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…系爭工程係以總價決標無疑…且上訴人（承攬廠商）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…苟無變更設計或追加工程，其工程款自應依決標總價給付之。本件工程決標後，於興建期間既無辦理變更設計或追加工程，而依照開標時之設計圖施工，被上訴人（定作人）僅負依系爭工程合約所定之總價數額給付工程款之義務，上訴人請求被上訴人給付工程實作數量差額尚非有據。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3,142萬元承造，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509條之規定請求云云，自不足採」。

前開判決主要係由總價結算契約之精神出發，並採嚴格遵守契約立場，認為詳細價目表上之數量僅供參考，承攬廠商應自行按圖估算，因此廠商僅得請求原定契約總價。

⁵²⁰ 參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.一.8，2002年12月。

另如臺灣高等法院91年度重上字第495號判決：「又遠揚公司雖援引內政部86年2月25日台86內營字第8672339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86年2月25日台86內營字第8672339號函所附工程契約範本12條『…屬總價結算方式之契約，凡實做數量如較契約數量增減達10%以上者，其逾10%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12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10%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10%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10%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」。

惟前開判決稱「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10%之工程款外，均得向定作人請求給付，亦非得當」恐非妥當，蓋承攬廠商係依圖說施做，實際施做數量較詳細價目表之數量為多，因而請求增加達10%以上數量之工程款，非「恣意增減工程」，且承攬廠商如不按圖施做、恣意增減工程，機關應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10%之工程款外均得向機關請求給付之問題，換言之，承攬廠商不按圖施做之情形，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⁵²¹。

且就工程實務而言，機關在提出詳細價目表供廠商計算標價時，其

⁵²¹ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁239，2005年7月。

以圖面上之設計圖說推估工作數量，難免會涉及圖面幾何算術邏輯上之誤差，即產生按圖施作結果之數量與詳細價目表上數量之差異。是以，於總價結算契約中，如其差異尚未超過此種算術邏輯上之正常誤差範圍者，應認廠商僅得請求原定契約總價，如其差異已超過正常誤差範圍者，廠商應得請求超過此一範圍之契約價金。機關如以「標單上所列數量僅供參考，實際數量以圖說為準」之規定，抗辯得標廠商應於招標前詳為計算圖說數量而不得再為請求超過此種正常誤差範圍之價款，應已構成民法第247條之1第4款「其他於他方當事人有重大不利益」，而屬顯失公平應為無效之條款。

至於此一算術邏輯上之正常誤差範圍應為多少始為合理，一般以實作數量較契約數量增減10%以內為合理範圍，如「採購契約要項」第32點：「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10%以上者，其逾10%之部分，得以變更設計增減契約價金。未達10%者，契約價金得不予增減」。另如工程採購契約範本第3條亦規定：「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10%以上時，其逾10%之部分，得以契約變更增減契約價金。未達10%者，契約價金不予增減」⁵²²。

雖目前契約多已有此約定，但在部分案例中仍有機關曲解此條款之意義，認為所謂「契約數量」係指設計圖之數量，而非詳細價目表之數量，因而主張承攬廠商依設計圖施做之數量，即使較工程價目表之數量超出10%，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10%之情形，才能適用。

惟按臺灣高等法院臺中分院92年度上字第202號判決：「按工程於發包時，發包單位對於契約內工程數量計算錯誤，以致發生施工時實做數量與契約數量不符之情形，屢有見之，此時不能無契約之規範，作為解決之依循，證人即臺灣省結構技師公會結構技師顧乃湘亦於本院到庭具結證稱：『我們經常碰到這種問題，因為一個設計圖要讓不同的建築

⁵²² 另如FIDIC營建施工標準契約條款12.3亦規定：「各項工作內容的適宜費率或價格，應為契約對此類工作內容規定的費率或價格，如契約中無某項內容，應取類似工作的費率或價格。但在以下情況下，宜對有關工作內容採用新的費率或價格：(a)(i)工作實做數量之增減超過工程價目表或其他明細表中所載數量的10%以上，(ii)增減之數量乘以該工作項目約定單價，超過得標契約金額之0.01%，(iii)數量增減直接造成該工作每單位工作量之成本變動超過1%，以及(IV)該工作項目並非契約之固定單價項目」。

師或估算師計算它的設計圖的數量，常常會有誤差，因為設計圖有很多地方無法表示出來，所已在估算時會漏掉而這種誤差，通常認為在10%內還算合理，超過10%就算異常，一般的業界也是以超過10%的部分還要再支付承包商工程款』等語。且所謂『契約數量』自係已表示出來數量，僅有圖，雖謂依圖可以為估算數量，然不同之建築師或估算師依圖計算尚且有不同，根本並無所謂數量之表示或確定之數量，且參酌上開條文中所謂『計算錯誤』自係指包商工程估價單之數量與建築設計圖之應施工數量其間之落差而言，否則如何謂『計算錯誤』？且行政院公程會審認本件工程契約內數量因計算錯誤，致被上訴人實作數量與契約數量有顯著之差異，符合本工程合約第12條第3項應予變更設計之約定，乃基於公平合理之考量，認上訴人應依該條項之約定，就被上訴人實作數量超出契約10%之部分計價給付被上訴人。基上顯見上開條文所載『其實做量與契約數量有顯著之差異者』中『契約數量』乃指包商工程估價單上記載顯示之數量，而非建築設計圖應施作之數量甚明，即實作數量為按圖施作之數量，而契約數量則為詳細價目表之數量。

另臺灣高等法院高雄分院90年度重上更（一）字第3號判決：「工程圖說係以圖及規格說明來表彰實際施工之依據，而單價分析表係以項目、單位、數量、單價、複價等表彰各個工程項目之單位及價格，二者所要表達之意思及表達之方式，在以文字及圖形等加以敘述方面實大不相同，因此施工說明書總則第1條規定：『本工程施工說明書（含補充說明書）、契約條款、圖說、標單等均有同等效力，相互為用，其有載於此而未載於彼者，承包人均應照辦，記載不一致時，則依圖說、施工說明書、標單、契約條款先後順序為準』及工程標單註一『說明』之規定：『標單上所列數量僅供參考，實際數量以圖說為準』之規定，解釋上係在約束承包商應優先依圖說施工，不得以標單（包括單價分析表）記載之數量為減少或不予施工等之藉口而已，並非規範工程實做數量與標單不同時等情況，工程款可否追加減少之問題甚明，被上訴人依上開規定抗辯：不得再以圖說與標單中之單價分析表上所載數量不一致，而要求加價云云，並無足取…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10條第(1)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10%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10%範圍內，應自行承擔風險；反之，若定作人估算錯誤太大，超過10%，超過部分仍應由定作人承擔，以維公平。易言之，前開規定，係明定總價結算下遇按圖施工但實作數量與合約數量不符時，得調整價金之條件及雙方應作為之義務」，亦可資參照。

如前所述，實務上雖多以誠信原則作為調整契約關係之依據，惟因誠信原則係屬概括條款，應須俟現有法典所構成之法律邏輯體系發生欠缺時，始得為之。因此，在此一超過正常範圍之數量差異之情形，承攬廠商應得以民法第491條第1項規定⁵²³作為其請求之具體依據⁵²⁴，按此情形雙方當事人只就應完成之工作有一致之意思表示，而就超過此一範圍之報酬並未達成合意。從而，承攬廠商既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廠商非受報酬即不為完成工作時，根據民法第491條第1項規定，視為允與報酬，承攬廠商得依據與機關間之承攬契約請求報酬⁵²⁵。即契約如未規定廠商得請求超過此種算術邏輯上正常誤差範圍之契約價金者，則應得依民法第491條第1項之規定請求，以維契約雙方當初形成合意之對價關係。

為避免此類爭議，對於總價結算契約之情形，契約雙方應訂立公平合理之工程契約，對於圖說與詳細價目表不一致作適當調整或修正，並

⁵²³ 民法第491條第1項規定：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」。

⁵²⁴ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁240，2005年7月。

⁵²⁵ 惟亦有認為，承攬廠商應完成之工作係以工程圖說為準，然施工圖說上並無工程數量之記載，工程契約中詳細價目表所記載之工作項目及數量，應依民法第98條規定解釋為締約雙方當事人約定之施作數量。廠商實際施作之數量如超過契約約定數量，就該部分機關實屬無法律上之原因而受有利益，對廠商而言，則受有額外成本支出導致利潤減少之損害，因此依民法第179條規定，機關應可依此給付工作項目及數量之差額。參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. 一.11，2002年12月。

得以調整契約價金。應參酌「採購契約要項」第32點於契約中訂定「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10%以上時，其逾10%之部分，得以契約變更增減契約價金。未達10%者，契約價金不予增減」，使承攬廠商於實作數量逾越契約數量達一定比例時，得主張因契約原定計價基礎動搖而比照契約變更之程序另行追加契約價金，俾求公允。

第四節 工作性質與內容之變更

第一項 施工程序或時程之變更

按公共工程施工綱要規範一般條款E1（契約變更）規定：「工程司為期契約工程或工作圓滿完成，得指示承包商辦理契約變更，包括增加、減少、取消、刪除、替代、更改之變更，品質、形狀、性質、種類、位置、尺度、高程或路線之變更，以及施工程序、方法或時程之變更。承包商應接受工程司之指示辦理變更」，因此，機關於工程施作過程中，為期工作之圓滿完成，亦得於必要時指示施工程序或時程之變更。

另如FIDIC營建施工標準契約條款13.1⁵²⁶規定，工程師得指示變更施工之順序或時程。而美國聯邦採購規則（Federal Acquisition Regulation，簡稱FAR）52.243-4亦將施工時程納入契約變更條款之範圍⁵²⁷。

實務上最常見者為趕工之情形，趕工係泛指承攬廠商為縮短施工時間而改變施工方法、施工順序或是增加投入之機具設備人員之情形⁵²⁸。而趕工一般可分為「可歸責於廠商之趕工」與「不可歸責於廠商之趕工」兩種情形。

⁵²⁶ FIDIC 營建施工標準契約條款 13.1：「Variations may be initiated by the Engineer at any time prior to issuing the Taking-Over Certificate for the Works, either by an instruction or by a request for the Contractor to submit a proposal. ... (f) changes to the sequence or timing of the execution of the Works.」

⁵²⁷ 美國聯邦採購規則 FAR 52.243-4：「(a) The Contracting Officer may, at any time, without notice to the sureties, if any, by written order designated or indicated to be a change order, make changes in the work within the general scope of the contract, including changes... (4) Directing acceleration in the performance of the work.」

⁵²⁸ 參余文恭，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 29，2004 年 12 月。

第一款 可歸責於廠商之趕工

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，於此情形下，機關多會要求承攬廠商提出趕工計畫，以求如期完工。

惟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，否則機關並無指示承攬廠商趕工之權利，依實務見解，其僅得依民法第503條解除契約並請求損害賠償，或依民法第497條，定相當期限，請求承攬廠商依約履行，或使第三人改善或繼續其工作。機關於此情形下要求承攬廠商趕工，可能係依民法第497條請求廠商依約履行，亦可能僅為促請廠商注意不要違約⁵²⁹，並非工程契約變更之指示或要約。承攬廠商自行決定趕工，所產生之費用不得請求機關給付，蓋承攬廠商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⁵³⁰。

是以，為避免此類爭議，機關可於契約中約定，當承攬廠商實際進度較預定進度落後一定百分比時，機關得要求廠商提出趕工計畫，且因此一進度落後情形係可歸責於廠商，趕工所生之費用應不得請求機關給付。另契約亦得載明因可歸責於廠商之事由致延誤履約進度，期限情節重大者，將依政府採購法第101條第1項第10款規定⁵³¹刊登政府採購公報，自刊登之次日起一年內，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商。

如臺北市政府工程採購契約範本第29條規定：「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1項）。

⁵²⁹ 參余文恭，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。

⁵³⁰ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁173，2005年7月。

⁵³¹ 政府採購法第101條第1項第10款規定：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：…十、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者」；政府採購法施行細則第111條規定：「本法第101條第1項第10款所稱延誤履約期限情節重大者，機關得於招標文件載明其情形。其未載明者，於巨額工程採購，指履約進度落後10%以上；於其他採購，指履約進度落後20%以上，且日數達10日以上。前項百分比之計算，應符合下列規定：一、屬尚未完成履約而進度落後已達前項百分比者，機關應先通知廠商限期改善；屆期未改善者，依逾期日數計算之。二、屬已完成履約而逾履約期限者，依逾期日數計算之」。

施工進度落後達10%以上者，工程司應依下列步驟處理：一、限期請乙方提趕工計畫並審視趕工計畫之妥適性及落後關鍵因素，如同意該計畫，並應再以書面通知乙方，限期改善並達趕工計畫之進度。二、逾期仍未達趕工計畫之進度則檢視『臺北市政府公共工程廠商分包管理要點』並依該要點第7點之規定檢討由分包廠商繼續施工之可行性及通知連帶保證廠商，經三方協議，依協議結論繼續施工。三、若實際施工進度已達75%以上，得依行政院公共工程委員會頒行之『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』第10點至第14點之規定評估採監督付款，由分包廠商繼續施工之可行性，並依協議結論繼續施工。四、就前三步驟均無法改善則依契約約定終止或解除契約。五、終止或解除契約者，甲、乙雙方應速完成清點數量及點驗」。

且為避免承攬廠商在施工中任意中斷或拖延工作，機關亦可在契約中以里程碑（Milestone）的方式，分段約定個別期限，並作違約處罰的約定⁵³²。

如行政院公共工程委員會訂頒「採購契約要項」第47點：「契約訂有分段進度及最後履約期限，屬分段完工使用或移交者，其逾期違約金之計算原則如下：（一）未逾分段進度但逾最後履約期限者，扣除已分段完工使用或移交部分之金額，計算逾最後履約期限之違約金。（二）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。（三）逾分段進度且逾最後履約期限者，分別計算違約金。但逾最後履約期限之違約金，應扣除已分段完工使用或移交部分之金額計算之。（四）分段完工期限與其他採購契約之進行有關者，逾分段進度，得個別計算違約金，不受前款但書限制」，可資參照。

第二款 不可歸責於廠商之趕工

當工程進行中承攬廠商因非可歸責於己之事由致履約進度落後，而機關要求趕工以達原預期完工期限，或機關為配合政策或其他需要，要求承攬廠商提前完工者，此時因廠商本無義務縮短完工期限⁵³³，而係機關指示辦理契約變更，故機關應依契約變更條款辦理計價。

如臺北市政府工程採購契約範本第30條規定：「…乙方因甲方之需

⁵³² 參楊芳賢，承攬，收錄於黃立主編，民法債編各論（上），元照出版，頁637，2004年10月。

⁵³³ 民法第230條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負延遲責任」。

要，必須超出預定進度施工，而以趕工或夜間施工方式辦理時，其所增加之設備及人員，乙方應提出計畫，經甲方同意後，得依『行政院公共工程發放趕工獎金實施要點』辦理或依『臺北市政府各項工程深夜施工暨日夜連續施工工資工率計算方式』追加給付」。

於機關指示趕工後，因此一指示變更可能造成承攬廠商投入更多人力及調度更多機具設備⁵³⁴，故應屬於施工順序或時程等工作內容之變更，機關應依契約中有關契約變更計價之約定與廠商另行議價。

如公共工程施工綱要規範一般條款E.5（變更價款之決定）：「由工程司依E.1『契約變更』指示之一切變更，其價款由工程司與承包商按以下原則協議決定：(1)如工程司認為該工程或工作與詳細價目表內已載列價格之工程或工作項目相同且在相同條件下施工者，則按詳細價目表所載可適用之單價估算。(2)如工程司認為契約中並無性質相同之工程或工作項目，或非在相同條件下施工者，詳細價目表之單價，應儘量合理引用，作為估算之基礎，如無法引用時，應由雙方協議新單價」。

第二項 異常工地狀況

所謂異常工地狀況（differing site condition），係指工地自然狀況與契約中所描述者或與該類型工程中通常可以預見者不同而言。而工地狀況係指在施工現場中可能影響施工成本或施工方法之自然狀況，包括地下土壤、地下水文狀況、既存之管線設施等⁵³⁵。

異常工地狀況是常見引起工程契約變更的原因，由於公共工程大部分在地表的範圍內工作，因此地質狀況常係工程成敗、工期長短、成本高低之重要因素⁵³⁶。雖工程進行之前，多會抽樣選點進行地質鑽探的工作，並以該鑽探資料作為設計的基礎，然因地質鑽探非為全面性開挖確認地質狀況，致承攬廠商往往於工程開始進行後，始發現實際地質狀況與鑽探報告中之資訊明顯不符，從而引發爭議。

⁵³⁴ 廠商投入之成本支出主要可分為：(1)採購或租賃原施工計畫中沒有考慮的新的施工機械和有關設備。(2)增加施工的工人數量或採取加班施工（每天兩班至，甚至三班制連續作業）。(3)增加建築材料供應量，生活物料供應量。(4)採用獎勵制度，提高勞動生產率。(5)工地管理費增加。參梁鑑，國際工程施工索賠，淑馨出版社，頁60，1999年。

⁵³⁵ Bruce M. Jervis & Paul Levin, *Construction Law, Principles and Practice* 139, 1988.

⁵³⁶ 參顏玉明，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90，2003年3月。

第一款 異常工地狀況之類型

異常工地狀況之類型，按美國建築師協會（America Institute of Architecture，簡稱AIA）1997年版承攬契約一般條款（AIA Document A201）4.3.4⁵³⁷可分為：「（1）地表下或其他潛在之物理條件與契約文件指稱之狀況實質上不同（2）具有非尋常性質之未知物理條件，且實質上與依該工程契約之特性可得認知之通常性質及一般工程施作中通常存在之狀況不同者⁵³⁸」。

另美國聯邦採購規則（Federal Acquisition Regulation，簡稱FAR）52.236-2(Differing Site Condition)亦分為：「（1）工址地下或隱伏地質條件與契約文件所指之條件發生重大差異者。（2）未知且不尋常之地質條件，其與同性質工作通常會遭遇且被認可為同性質工程之固有地質條件間，兩者發生重大之差異者⁵³⁹」。故以下將異常工地狀況分為以下兩種：

第一類異常工地情形，係指工址地下或隱伏地質條件與契約文件所知條件發生中重大差異者。其必須是地質條件於契約中有特別明示，或由契約所示資料可明確推知其所指之地質條件，而該等資料所指之地質條件卻與現場實際地質條件有明顯之重大差異。

此類情形最常發生在施作各種基礎工程時，其岩盤距離地面之深度與依鑽探結果所預判深度不同、或地下水位實際高度與依鑽探或調查資料預判之高度不符。發生此種差異原因係因地質調查所作鑽探或地下水位調查僅能擇要於重點地方作鑽探，一般地層之地質或地下水位之趨勢應有一定脈絡可循，依據重點資料以科學方式推定至平面之資料從工程

⁵³⁷ 參顏玉明，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90，2003年3月。

⁵³⁸ 美國建築師協會 AIA Document A201 4.3.4：「(1) subsurface or otherwise concealed physical conditions which differ materially from those indicated in the Contract Documents or (2) unknown physical conditions of an unusual nature, which differ materially from those ordinarily found to exist and generally recognized as inherent in construction activities of the character provided for in the Contract Documents.」

⁵³⁹ 美國聯邦採購規則 FAR 52.236-2：「(a) The Contractor shall promptly, and before the conditions are disturbed, give a written notice to the Contracting Officer of—(1) Subsurface or latent physical conditions at the site which differ materially from those indicated in this contract; or(2) Unknown physical conditions at the site, of an unusual nature, which differ materially from those ordinarily encountered and generally recognized as inhering in work of the character provided for in the contract.」

規劃設計觀點而言已經足夠。然而推測預估結果往往因科學技術之限制或鑽探經費之限制而無法完全正確⁵⁴⁰。

第二類異常工地情形，係指承攬廠商遭遇具有非尋常性質之未知物理條件，且實質上與依該工程契約之特性可得認知之通常性質及一般工程施作中通常存在之狀況不同者。此類情況通常係因契約文件未對地質條件有何說明或指示，此時，無法以契約描述狀況與實際工地狀況做比較，因此，現場是否遭遇異常地質條件，應以一般同類工程慣例可能遭遇之合理地質條件為比較對象。

如隧道工程中常發生不明湧水，而事後發現其係為被包圍於地層中之水包，因被挖破或震動而造成。另外台北捷運工程亦曾發生潛盾機開挖時不預期挖到混凝土構造物，事後檢討可能係民宅連續壁基礎灌漿時漏漿滲透所致，於該民宅工程之竣工圖中並無法清楚標示，甚至可說無人知悉⁵⁴¹。

第二款 廠商勘查工地義務

第一目 第一類異常工地情形

於第一類異常工地情形，機關多會提供地質鑽探報告，以供承攬廠商作為投標時之參考，惟投標文件通常亦會規定廠商須於投標前自行至現場勘查工地實際情況，並適當估算工程費用，事後不得以未熟悉工地特性作為補償之請求⁵⁴²。即契約內此種要求廠商須自行至現場勘查之規

⁵⁴⁰ 參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.二.4，2002年12月。

⁵⁴¹ 參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.二.4，2002年12月。

⁵⁴² 如公共工程施工綱要規範投標須知第9點：「工地勘察：(工程主辦機關，以下簡稱主辦機關)鼓勵投標廠商自行前往工地，勘察四周環境，俾有深切瞭解。所提出之投標書，將視為業已詳細瞭解工地現況及對主辦機關所提供之管線及鑽探資料已確實瞭解，對施工之工程與所用材料之性質、品質及數量均已認清，且對可能影響施工之有關天然災害及意外情況已有所認知及準備。投標廠商在投標前，應先瞭解下列情況：(1)現有建築物、道路、溝渠、灌溉水道及排水道。(2)現有地面高度及坡度。(3)氣候狀況，包括颱風、地震、山崩之次數，強度及季節性。(4)河川水流、一般地面水之變動趨勢及洪水災害。(5)因契約暫時需要之土地，及建築場地之可用性與適宜性。(6)測量儀器及施工機具之維護及水害防範，使能適宜而及時完成工程。(7)出入工地之途徑及施工便道。(8)各項工程及臨時工程所需之全部材料，能否足量獲得及其獲得之方法。(9)可能影響投標之其他一切特殊情況、災害、意外事故及環境變化。(10)工地鄰近居民之協調與溝通。投標廠商若草率勘察工地，或未能或拒絕勘察工地，以致不能瞭解投標文件之內容及上述各

定，通常表示廠商投標前已充分瞭解工地現場環境並已評估所需之人力與材料⁵⁴³。

通常廠商得於投標前視採購案件之特性與實際需要，藉由下列方式獲得所需之工地資訊：（一）觀察可見之地表狀況與露出之岩礦。（二）調查附近之地下構造物。（三）與熟悉當地地質條件之相關人士進行訪談，例如農夫、當地建築工人或鑿井工人。（四）以具有簡易挖掘性能之工具進行探勘。（五）使用動力設備進行鑽探試驗。（六）委請地質專家提供。（七）藉由附近正在進行之工程狀況驗證當地地質條件⁵⁴⁴。

此一規定雖可督促承攬廠商以其經驗專業詳為評估設計圖說與工地現場有無差異，並於投標前提出疑義，以避免事後爭議之發生。惟承攬廠商勘查工地之義務，不應毫無限制，亦不意謂廠商均必須進行地質鑽探或聘請專家進行地質判讀⁵⁴⁵，且機關所提供之地質鑽探資料如有錯誤，亦應屬於機關指示之不適當，如將此一指示不適當生之不利益全由承攬廠商負擔，對廠商而言顯失公平，依民法第247條之1第2款規定，其約款應屬加重他方當事人之責任而無效。是以，廠商勘查工地義務，應有適當之限制為妥。

承攬廠商工地勘查之義務，美國實務見解認為，應限於合理之工地勘查（reasonable site inspection），承攬之工地勘查是否適當，係以一個合理、理性，在相關工作領域中有經驗之承包商，被預期應該發現之工地狀況為標準⁵⁴⁶，而非以一個地質學家，或該領域之專家所得發現之工地狀況為標準。因此，當承攬廠商未為合理勘查時，對於合理勘查工地即可得知之工地狀況，應承擔風險，不可請求額外費用⁵⁴⁷。縱使機關所提供之圖說有誤，承攬廠商仍不能免除合理勘查工地之義務，廠商如未進行合理勘查，以致於未了解工地狀況時，不得以機關提供之圖說有誤，而請求額外費用⁵⁴⁸。

注意事項時，不得藉詞推卸其應適當估計工程費用之責任。亦不得因未瞭解投標文件之內容，或未熟悉工地之特性，而請求補償。工地勘察費用由投標廠商自行負擔」。

⁵⁴³ John J.P. Krol, Construction contract law 51, 1993.

⁵⁴⁴ Robert F. Cushman & William J. Doyle, Construction Bidding Law 31, 1990.

⁵⁴⁵ Barry B. Bramble & Michael T. Callahan, Construction Delay Claims 2-53, 2000.

⁵⁴⁶ John Cibinic, Jr. & Ralph C. Nash, Jr., Administration of Government Contracts 524, 1995.

⁵⁴⁷ Robert F. Cushman, Craig M. Jacobsen, P.J. Trimble., Proving and Pricing Construction Claims 7-19, 1996.

⁵⁴⁸ Robert F. Cushman & Stephen D. Butler, Construction Change Order Claims 87, 1994. 參

另在等標期間，承攬廠商無法如同機關有足夠之時間與資源，例如機關所為之工地勘查必須進行地質鑽探並委託專家就鑽探結果進行判讀，則廠商僅須就裸露於地表外之岩石，以一般有經驗之廠商之注意義務加以判讀即可，不須另外進行獨立的高技術性調查工作，亦不須另外委託學者專家⁵⁴⁹。如果機關對工地勘查要求更高之專業標準時，應在投標須知中載明。而廠商合理勘查工地後，如發現設計圖有所遺漏，應有在投標前請求機關釋疑之義務；廠商亦有義務注意契約資料與工地間之明顯差異之處；然而，其並不須耗費大量資源來查明契約所述之工地狀況是否正確⁵⁵⁰。

故廠商如欲主張第一類異常工地情形，必須具備以下要件⁵⁵¹：（一）作為承攬廠商主張基礎之地下工地狀況，須於契約中已明確地指示或描述。（二）於解釋契約時，承攬廠商之行為需符合一個合理謹慎承攬廠商的標準。（三）承攬廠商必須合理信賴契約中關於地質狀況之描述。（四）實際所面對之工地狀況必須與契約所指示之相同地區之地下狀況有重大的不同。（五）實際所面對之地下狀況需是無法合理預見者。（六）承攬廠商所主張之增加費用，需是單獨歸因於重大不同之地下狀況。

第二目 第二類異常工地情形

因第二類異常工地情形，工程契約對於工地狀況並無描述，因此，承攬廠商必須證明實際工地情況與此一工作在工程慣例上所可能遭遇及預期之情形有所不同⁵⁵²。即承攬廠商在主張實際之工地狀況，與契約之性質及工程慣例一般存在或通常被承認之工地狀況有重大不同時，對於依契約之性質及工程慣例一般存在或通常被承認之工地狀況需負舉

陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 58，2005 年 7 月。

⁵⁴⁹ 參張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 105，2000 年 7 月。

⁵⁵⁰ John Cibinic, Jr. & Ralph C. Nash, Jr., Administration of Government Contracts 525, 1995. 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁 61，2005 年 7 月。

⁵⁵¹ Youngdale & Sons Constr. Co. v. United States, 27 Fed. Cl. 516, 528, 1933; P. J. Maffei Blag. Wrecking Corp. v. United States, 3 Cl. 482, 484, 1983. 參顏玉明，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 91，2003 年 3 月。

⁵⁵² Michael S. Simon, Construction Contracts and Claims 138, 1979.

證責任⁵⁵³。

此外，對於承攬廠商勘查工地義務之要求亦有不同，在第一類異常工地情形，廠商可以倚賴投標須知提供之資訊，其所需要進行的工地勘查義務較為簡單，工地勘查條款並不要求廠商使用全知、費力的方法尋找與契約描述相反之工地情況，但在第二類異常工地情形，承攬廠商則必須實施一個較為合理仔細的勘查（reasonably thorough site examination），例如採購機關未實施鑽探或提供任何報告，則合理之勘查應包含試驗鑽探。這個較高的標準也許需要承攬廠商熟悉當地的狀況，而且在投標前實施所有認為是標準作業的試驗⁵⁵⁴。

惟此一工地勘查義務並不代表機關得藉此將異常工地狀況之風險完全歸諸於承攬廠商，廠商勘查工地義務之合理範圍通常尚需視等標期長短而定，如機關所允許之等標期限並不足使廠商進行合理之工地勘查者，美國法院將嚴格限縮廠商工地勘查義務之範圍⁵⁵⁵。即機關所提供之等標期，應足使廠商履行招標文件所要求之勘查內容⁵⁵⁶，而非藉此工地勘查條款免除原屬機關應盡之規劃設計責任，而不合理地單方加重廠商勘查義務，否則應屬民法第247條之1第2款「加重他方當事人之責任」而為顯失公平之情形。

第三款 契約價金之調整

按我國民法第508條第1項之規定，承攬工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔。亦即在承攬工作施作過程中，即使遭遇一些與原契約所述實際情況有顯著差異之不利地下或隱伏狀況，除當事人間另有特別之約定，原則上仍應由承攬人負擔此一風險。

然而，一般公共工程多係由機關委外調查地質並規劃設計後，始辦理施工標之發包，且該發包之等標期通常甚為短暫，欲期投標廠商於投

⁵⁵³ 參顏玉明，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91，2003年3月。

⁵⁵⁴ John Cibinic, Jr. & Ralph C. Nash, Jr., Administration of Government Contracts 526-528, 1995. 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁59，2005年7月。

⁵⁵⁵ Michael S. Simon, Construction Contracts and Claims 139, 1979.

⁵⁵⁶ 如行政院公共工程委員會93年6月7日工程企字第09300219880號函：「重申各機關辦理各類採購案件，應視案件之規模、複雜程度及性質，考量廠商準備投標文件所必需之時間『合理』訂定等標期，不得逕以下限期限定之」。

標前能充分勘查工地環境，事實上並不可能，因此，若要求所有地質風險均由承攬廠商自行承擔吸收，自不合理⁵⁵⁷。如要求所有地質風險均由承攬廠商自行承擔吸收者，廠商將因考量預期遭遇異常工地狀況所需之額外成本風險，而提高報價，對於機關而言難謂有利，況如將來工地現場並未遭遇異常工地狀況者，將形成機關實質溢付契約價金予廠商之情形⁵⁵⁸。此乃因契約內之異常工地狀況條款主要目係在鼓勵投標廠商提出他們最低的投標價，而不是將可能不會發生的意外事故成本納入其投標價⁵⁵⁹。

亦即契約中如有異常工地狀況條款，則投標廠商不需花費高額的調查成本，這些風險留待施工中經發現時，才依契約條款調整價金，除可以節省交易成本（包括未得標之廠商投入的調查成本的費用），增加淨利益並減少後續紛爭發生後解決的成本，因此在愈是複雜且規模龐大的工程，愈是需要於契約中明定異常工地狀況條款，始能符合成本極小化⁵⁶⁰。

是以，國際工程契約範本對此多有異常工地狀況條款，如FIDIC營建施工標準契約條款4.12⁵⁶¹：「如果承攬廠商遇到不可預見之物理條件，並發出此項通知，因這些條件達到使工程進度遭受遲延與（或）增加費用之程度，承攬廠商應有權依據20.1『廠商索賠』的規定，要求8.4『工期展延』與任何此類費用之給付」；美國聯邦採購規則FAR 52.236-2：「（a）如有下列情形者，廠商必須在現場情況未曾擾動前以書面通知工程司…（b）工程司將於收到廠商通知後，立即調查現場條件。如果現場條件實質上顯有不同，且在此條件下履行契約造成廠商履約成本之增減或工期之延誤，無論是否屬於變更之情形，將公平地調整與修改契約

⁵⁵⁷ 參李家慶，如何處理工程現場差異情況，營建知訊，第211期，頁72，2000年8月。

⁵⁵⁸ McNeill Stokes, *Construction Law in Contractor's Language* 192, 1990.

⁵⁵⁹ Hazel Glenn Beh, *Allocating the Risk of The Unforeseen, Subsurface and Latent Conditions In Construction Contracts: Is There Room For The Common Law?*, *University of Kansas Law Review*, November, 13, 1997.

⁵⁶⁰ 參謝哲勝、李金松，工程契約理論與求償實務，頁343，2005年11月。

⁵⁶¹ FIDIC營建施工標準契約條款4.12：「If and to the extent that the Contractor encounters physical conditions which are Unforeseeable, gives such a notice, and suffers delay and/or incurs Cost due to these conditions, the Contractor shall be entitled subject to Sub-Clause 20.1 [Contractor's Claims] to: (a) an extension of time for any such delay, if completion is or will be delayed, under Sub-Clause 8.4 [Extension of Time for Completion], and (b) payment of any such Cost, which shall be included in the Contract Price.」

⁵⁶²」。於實際地質條件異於契約規定或合理預期之情形下，此一契約條款將得以公平地調整廠商之工期與契約價金⁵⁶³。

而國內亦有參考國外契約範本，就異常工地情形訂有得調整契約價金及工期之規定，如公共工程施工綱要規範一般條款G7（不利之自然情況及人為障礙）規定：「在施工期間，若承包商於工地遭遇無法預料之不利自然情況及除外風險事項（除天氣狀況或其所引起之情況外）或第三人所致之人為障礙，而非一般經驗所能預估者。上述情況之發生因而增加承包商之成本及工期時，承包商應立即先以書面通知工程司代表。若承包商欲按G.14『求償通知』規定提出增加給付之要求時，應於其通知內按G.14『求償通知』規定，說明所遭遇之不利自然情況或人為障礙，如可能時並於通知中，或儘速於通知後，詳述預計之影響，其所採取或擬採取之辦法，以及預期之工程延遲或受干擾之程度」。

另如交通部國道新建工程局契約一般規範2.4：「（1）現場情況差異如承包商在施工中遭遇現場地質情況或人為之障礙物，與合約所述之實際情況有顯著差異者，或現場有特殊情況與原設計條件有顯著差異時，承包商必須在現場情況未曾擾動前以書面通知工程司。（2）工程司收到通知後，應即刻赴現場調查，以判定現場情況是否確如承包商所述，以及是否造成合約金額之增減和工期之延誤。（3）工程司判斷上述之情況並無顯著之差異，或為一般有經驗之承包商所能事先預料，或按投標須知規定投標廠商自行前往工地勘察所能發現者，則不予調整合約金額及工期。如工程司判斷認為確有顯著之差異，且為一般有經驗之承包商所不能事先預料者，則合約金額及（或）工期得分別按2.5『合約變更』之條款予以適當調整」。

當契約訂有異常工地情形條款時，承攬廠商得依契約規定辦理契約變更另行計價，較無疑義。惟當契約未有約定異常工地情形條款，且機關亦未依指示變更條款要求廠商另為適當處理時，廠商如何請求因此衍

⁵⁶² 美國聯邦採購規則 FAR 52.236-2：「(a) The Contractor shall promptly, and before the conditions are disturbed, give a written notice to the Contracting Officer of ... (b) The Contracting Officer shall investigate the site conditions promptly after receiving the notice. If the conditions do materially so differ and cause an increase or decrease in the Contractor's cost of, or the time required for, performing any part of the work under this contract, whether or not changed as a result of the conditions, an equitable adjustment shall be made under this clause and the contract modified in writing accordingly.」

⁵⁶³ Barry B. Bramble & Michael T. Callahan, Construction Delay Claims 2-47, 2000.

生之額外價金，則常生爭議。

對此，有論者謂，所謂異常工地狀況⁵⁶⁴，原則上係指雙方動機共同錯誤之情形，亦即客觀上工地狀況並無變動，而是契約當事人於契約締結時，雙方對於契約締結基礎環境之工地狀況有一共同的認識或預期，且契約之締結係立於此一共同之認識或預期之基礎上，而於履行契約時，才發現其共同之認識或預想與締約當時之實際狀況不符⁵⁶⁵。

就雙方動機共同錯誤之情形，在德國法上係以法律行為基礎自始欠缺之主觀行為基礎基礎理論來解決。在我國法上，得否適用民法第227條之2⁵⁶⁶情事變更原則，依其文義，似僅適用於法律關係成立後之情事變更，惟在雙方動機共同錯誤之情形，實際上客觀之情事並無任何變更，並非情事變更於契約締結時即已存在，而係雙方之共同認識或預想於「契約成立後」方才發現。因此，就此一價格決定基礎之變更而言，在客觀事實之變更情形與主觀共同認識之變更二者並無不同，均屬契約成立後才發生，故有論者謂就相同之事物應為相同之處理，在雙方動機共同錯誤之情形，應可類推適用情事變更原則⁵⁶⁷。

然礙於民法第227條之2僅適用於法律關係成立後之文義，故法院多以其上位概念誠信原則作為調整契約關係之依據，如最高法院89年度台上字第513號民事判決即謂：「…原審維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回上訴人之上訴，無非以…再依「擋土、排水施工說明書」第1條：『投標廠商應切實查勘工地，充分了解當地情形，依實際需要妥予研究擋土及排水方法。除設計圖上有規定必須使用鋼板樁擋土者，其餘由投標廠商視實際需要選用妥善施工方法，投標時應將所需全部費用列入施工費內，得標後不得以任何理由要求加價』及合約圖說第13條：『本

⁵⁶⁴ 有論者稱之為「客觀條件之變更」，例如：承攬廠商於投標前進行施工現場之勘查時，認為該施工現場係屬於A種施工條件，遂以A條件為前提，進行估價及報價，惟決標簽約後實際施工時，始發現現場之條件屬於B條件，而此施工條件之變化，可能造成工程價格之差異，且通常為重大差異。參黃馨慧，施工現場條件變化索賠，收錄於古嘉諱、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），震瀛法律事務所出版，頁99，2005年9月。

⁵⁶⁵ 參張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁99，2000年7月。

⁵⁶⁶ 民法第227條之2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、減其給付或變更其他原有之效果（第1項）。前項規定，於非因契約所發生之債，準用之（第2項）」。

⁵⁶⁷ 參張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁101，2000年7月。

工程以總價決標，標單上項目，單價分析表及數量僅供參考，若有不足，承包商除依照圖說施作外，若認與實際不符時，可在稅管費中自行調整之，並不得加價。原合約圖說全部內容少計或漏列部分，亦依上開解釋不得追加』等約定，暨地下水位之高低與雨季或乾季有密切關係，為上訴人從事營造業應備之知識，上訴人於投標前並未實際探勘工地地下水位，以決定妥善之排水方法，並編定相當之排水費用，而僅編列臨時抽水費94,940元，致開挖地下室時發見地下水位高，於未經被上訴人同意下，自行以費用較高之點井施工法排水，則上訴人因此增加之費用，仍屬可歸責於上訴人之事由所致，與民事訴訟法規定之情事變更原則尚屬有間不符，上訴人基於情事變更原則，請求被上訴人追加給付系爭點井工程費用，亦無理由，為其判斷之基礎…惟據劉龍華（建築師）證稱系爭工程因地下水位高於設計，而確實有必要採用造價高之點井施工法，其費用達百萬餘元顯非原設計編列之排水費用九萬餘元所能達成等語，倘若其所稱非屬虛妄，則契約書第13條所謂不能加價之約定，是否與誠信原則無違？亦有待進一步推究之必要」。

惟因誠信原則既屬概括條款，應俟現有法典所構成之法律邏輯體系發生欠缺時，始得為之。爰本文認為，基於契約所定之價金，係雙方當事人以契約原定工作範圍為評估計算基礎，而達成合意，而此一異常之工地情況，既在原圖說內未予載明，又非雙方訂約時所可預知，且亦應非有經驗之廠商在合理及其知識範圍內所得判斷，顯見此一地下所隱藏之實際物理條件與原契約工作內容尚屬有別。因此其所需配合施作之工作項目或方式如與原契約有所不同，且契約對此亦未有對等之調整規定者，屬契約漏洞，應得依民法第491條規定⁵⁶⁸填補之，即承攬廠商得請求機關依契約新增工作項目之方式，辦理契約變更程序並另行議價。

如最高法院90年度台上字第1475號判決：「…再依據台北市工料分析手冊之規定，工程人員於測量時，應勘測基地土質情況作為編製預算之參考，必要時應在設計前進行鑽探以瞭解地質情況，即挖方工程應於規劃設計時進行地質鑽探，若地質不良有異於普通土採用之簡易擋土，則應預先規劃擋土設施於設計圖上或於設計圖註明地質狀況，使承商得知地質情形，以研其施工法及成本，若未特別表示，工程慣例一般係以普通土視之，且地下水位及地質，若不鑽探取樣試驗，憑表面無從研判，

⁵⁶⁸ 民法第491條規定：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬（第1項）。未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付（第2項）」。

若以自行前往勘查或其他理由要求承商憑目視研判，瞭解地下水位及地質為流砂是不合理，故地質不良因素要難歸責乙方（承攬廠商）等情，因認此項遭遇流砂所施工之幹管用打拔鋼鈹樁 960 公尺及 2 號人孔用打拔鋼鈹樁三處，不該屬於工程合約第4條第1項所訂詳細價目單內附註所稱『零星工料費、排水費、擋土設施費、管理費』項目，而應屬於變更設計之新增項目等證據以觀。上訴人主張上開打拔鋼鈹樁工程，並非工程詳細價目表及設計圖上所記載之工程項目，而為前開合約工程範圍外之新增工程，即非全屬無據」，可資參照。

為避免此類爭議，契約雙方應訂立公平合理之工程契約，對於非雙方訂約時所可預知，且亦非有經驗之廠商在合理及其知識範圍內所得判斷之異常工地狀況情形，使承攬廠商得比照新增工作項目方式辦理契約變更並另行追加契約價金，俾求公允。

第五節 工期調整

因為工程常含有大量的可變因素，例如地質、技術、天候等，故工程契約在執行上常需要具有相當的調整性及可變動性。在實務上，於訂立工程契約時，一般會訂入展延工期條款，其規範方式有採例示者，例如因不可抗拒之災害、工程變更設計等；亦有採概括方式者。一般而言，則以採例示概括之方式居多，亦即將一般得申請展延工期之事由明白列舉以杜爭議，同時為保持適用上之彈性，亦加入一般概括條款以期能彈性運用⁵⁶⁹。

工期調整之原因甚多，譬如發生不可抗力之事故、機關要求全部或部分停工、因辦理契約變更或增加工程數量、機關應辦事項未及時辦妥、由機關自辦或機關之其他關聯廠商延誤而影響履約進度者或其他非可歸責於廠商之情形等。

而就機關辦理契約變更部分，依據原工作範圍估算之工期已不適當者，當有工期調整之必要，故通常亦屬契約得展延工期之原因之一，如工程採購契約範本第7條：「契約履約期間，有下列情形之一…機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限…(4)因辦理變更設計或增加工程數量或項目…」。

⁵⁶⁹ 參林發立，工程合約實務問題泛論（一）—工期之延長及逾期罰款，萬國法律，第76卷，頁21，1994年8月。

第一項 展延工期之認定

契約如有涉及變更者，機關是否即得辦理工期之展延，除應視可否歸責廠商外，尚應視是否影響要徑工作。此乃係因契約變更所衍生之工期展延認定主要精神係考量該變更所致之影響工項是否影響要徑作業。分述如下：

第一款 不可歸責於廠商

當工期延誤之原因係不可歸責於廠商時，機關方可能同意其展延工期；如係可歸責於廠商者，則廠商必須以其自身之各種方式趕上工期，逾期則處以預期罰款⁵⁷⁰。

此乃係基於民法第230條之規定，債務人僅就可歸責於己之事由，始應負遲延責任，因此，若係因不可歸責於債務人之事由，債務人也就不須對其給付遲延負責。因此承攬廠商如有給付遲延的事實發生，須具備可歸責於廠商之事由始應負責，若係不可歸責，則不負給付遲延責任，且於展延工期後，廠商並得據以免除逾期罰款等違約金責任。

第二款 影響要徑

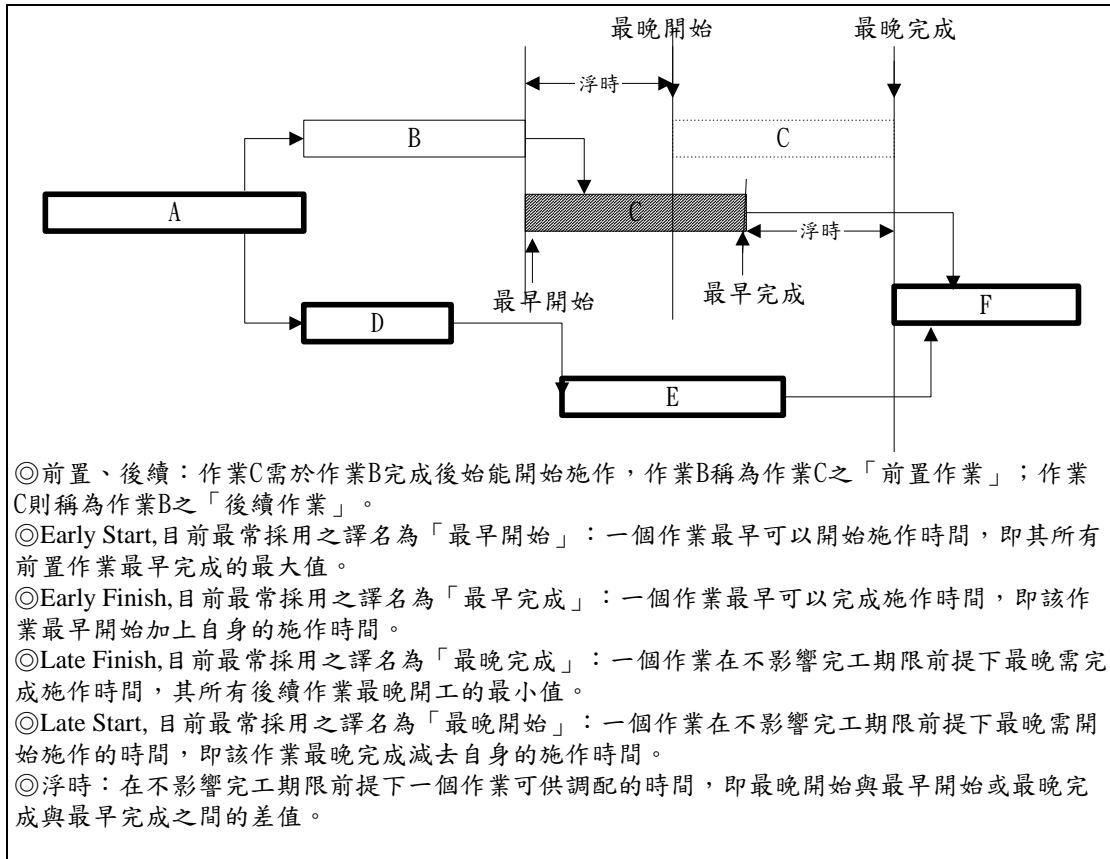
施工中若發生延誤工作事由，廠商據以申請展延工期，機關於審核時除了應先確認其延遲原因是否為不可歸責於廠商外，還需檢查所受影響工作項目是否為「要徑工作」。所謂要徑工作，係指於專案工作之排程中，某一自開始至結束之路徑若無閒置時間的存在，且該路徑為完成時間最長者，即被稱為要徑（Critical Path）⁵⁷¹。

而所謂要徑法（Critical Path Method，簡稱CPM），係指經由追蹤邏輯上的工作時序，推繹出整體工程中直接影響工程之完工日期的重要工作的分析方法，至於浮時（Float），則為依據要徑法做時程網圖分析時，關於某一工程項目所需的時間及時序上可得之時間差，意指在時程上可以推移、但不至於造成遲延完工之時段。舉例而言，倘若某一工程項目有三天的浮時，此即表示，此一工程項目至多尚能容忍三天的

⁵⁷⁰ 參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.三.6，2002年12月。

⁵⁷¹ 參顏玉明，營建工程契約進度及工期問題之探討，月旦法學，第129期，頁34，2006年2月。

遲延，倘若遲延事件持續超過三天時，該工程項目將變成整體工作的要徑作業，並可能造成完工日期之遲延⁵⁷²。關於要徑法之相關名詞定義，可參考行政院公共工程委員會訂頒之「各機關辦理公有建築物作業手冊」，如下圖所示：



即要徑上之作業項目若有遲延開始、完成或工期延長情況，必對總工期產生遲延之影響，如臺灣高等法院88年度重上字第4號判決：「由各作業項目之時浮時現開始（完成）時間減去最早開始（完成）時間，計算各作業項目之總浮時。總浮時為一作業項目所擁有之寬裕時間，而要徑即為時程網圖中，總浮時最小的作業項目所連接而成的路徑。要徑上之作業項目若有遲延開始、完成或工期延長情況，必對總工期產生遲延之影響」。

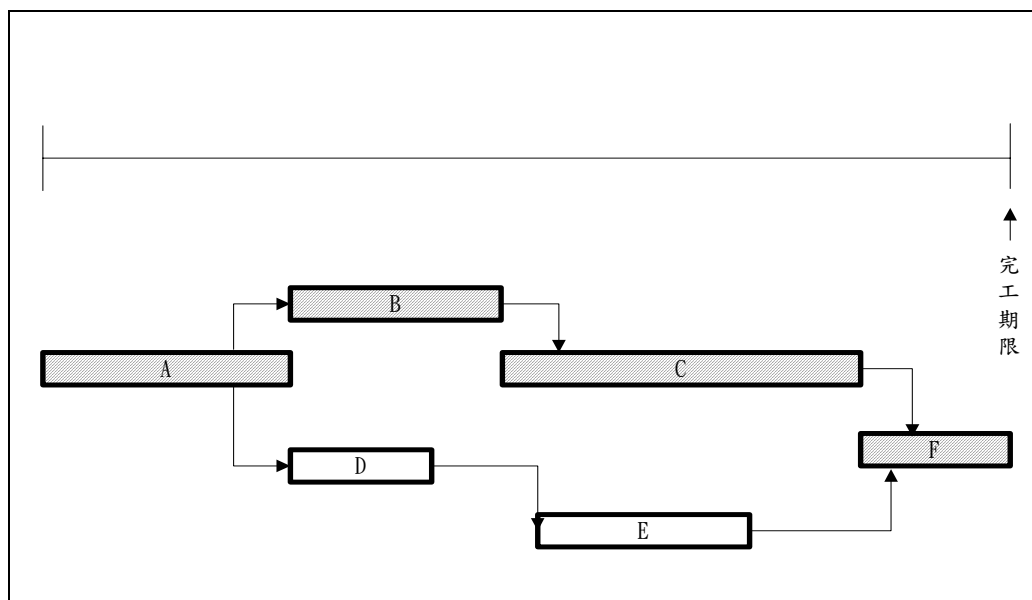
如果受有延誤之個別工作項目為要徑工作，則其受延誤日數即為展延工期天數；如果受有延誤之個別工作項目非為要徑工作，則展延工期

⁵⁷² 參顏玉明，營建工程契約進度及工期問題之探討，月旦法學，第129期，頁35，2006年2月。

日數將少於其所受延誤之日數⁵⁷³。

例如，有一運輸公司承接一業務需同一天經由高速公路及省公路分別由台北送貨至高雄，且約定必須於早上8點時以前完成裝貨出發，下午4點二車須於高雄會合，經由高速公路需時4小時，經由省公路需時8小時，因此經由省公路者早上8點即須出發。而經由高速公路者，則於早上8點至12點中間任何時間出發皆可於下午4點前到達高雄會合。因此早上8點經由省公路出發者及為要徑，經由高速公路為非要徑。如本項業務完成時間規定為8小時，則要徑工作（經由省公路者）一有耽擱，即會違反完成工作期限，而非要徑工作在其浮時期間(Floating Time)，本例中有4小時，若其耽擱時間少於4小時皆不會造成違反工作期限之情事⁵⁷⁴。

機關辦理工程契約變更，如係在承攬廠商不可歸責之情形，且變更影響要徑工作者，機關應給予廠商展延工期，但如契約變更影響之工作非在要徑上，而係可由廠商以合理之調度在原定進度內完成者，則仍不予展延工期。如下圖所示，若B作業可展延工期8天，C作業可展延工期5天，則合計可展延工期為13天；惟若B作業可展延工期8天，D作業可展延工期5天，則合計可展延工期僅為8天。



⁵⁷³ 參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. 三. 6，2002年12月。

⁵⁷⁴ 參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. 三. 8，2002年12月。

此外，在展延工期時，除契約變更影響原工程要徑工作之時間外，若在辦理工程契約變更前，工程無法繼續進行，則機關辦理工程契約變更之作業期間，亦應給予工期之展延⁵⁷⁵。且契約變更衍生之工期展延不僅是因數量或項目增減所應增減之施工日數，尚應包括廠商辦理變更項目之動員備料之時間⁵⁷⁶。是以，機關於認定工期展延之日數時亦應考量上述時間，始為合理。

第二項 免責條款

實務上常見機關於契約內規定展延工期之免責條款，如：「如因甲方之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方得書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議」，對於此一不論廠商延遲之原因可否歸責，亦不論是否影響要徑作業，且限制承攬廠商不得對機關核定期限爭執之契約條款，其效力為何，不無疑義。

按民法第230條規定⁵⁷⁷，債務人就不可歸責於己之事由而未為給付者，不付遲延責任，係以債務人是否有過失作為判斷債務人應否負責之標準。在此立法者所為之利益衡量、價值判斷，實不容許當事人預先以約款予以排除，否則即屬與任意法規之立法意旨顯有不符，對契約相對人顯失公平。如契約約定承攬人得否延期完工，而不負延遲責任，完全由約款使用人（定作人）決定，排除民法上「過失責任」之法律基本原則之適用，令債務人就非可歸責之事由所致之遲延亦須負違約責任，對承攬人顯失公平⁵⁷⁸，依民法第247條之1第2款規定，其約款應屬加重他方當事人之責任而為無效。

如最高法院92年度台上字第1671號判決：「按89年5月5日修正施行之民法第247條之1之規定，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為左列各款之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效：一、免除或減輕預定契約條款之當事人之責任者。二、加重他方當

⁵⁷⁵ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁144，2005年7月。

⁵⁷⁶ 參林欣蓉、楊正綺，工期展延與情事變更原則適用關係之探討，收錄於劉尚志主編，2002年全國科技法律研討會論文集，頁467，2002年11月。

⁵⁷⁷ 民法第230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」。

⁵⁷⁸ 參楊淑文，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，收錄於氏著，新型契約與消費者保護法，作者自版，頁214，2002年7月。

事人之責任者。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。又依民法債編施行法第17條規定，前揭規定於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之。查上訴人於事實審辯稱：系爭契約係被上訴人事先預定之定型化契約之條款，其第5條第3款約定：『因故延期：如因甲方（即被上訴人）之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方（即聯統公司）得以書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方最後核定之延期，不得提出異議。』則履行契約無論是否可歸責聯統公司之事由而肇致之延誤工期，均應以被上訴人所為核定為依據，而不得提出異議，顯失公平，該條款係屬無效云云，係屬重要之防禦方法，原審置之不論，自有判決不備理由之違法」，可資參照。

第六節 小結

工程契約於執行過程中，因有自然及人為等諸多原因，致所面臨之實際狀況常無法完全依循原先所設定之契約條件來進行，因此在實務上工程契約變更，幾乎可說是難以避免，且契約變更次數之頻繁，更是所見多有。

而若依契約變更的內容，依工程實務計有新增契約工作項目、刪減契約工作項目、工作數量之增減及工作性質與內容之變更四種。

第一項 新增契約工作項目

所謂新增契約工作項目，係指該工作項目原非工程契約約所定之承攬工作範圍，而係在工程契約訂定後，由機關另所追加之新增工作⁵⁷⁹。而新增契約工作項目既為工作範圍之變更，機關應辦理契約變更，改變相關圖說⁵⁸⁰規定，惟如前所述，辦理「契約變更」應以無害契約同一性為前提，即變更後之契約並未脫離原契約規範之目的，而仍屬原契約之

⁵⁷⁹ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002 全國科技法律研討會論文集，頁 352，2002 年 11 月。

⁵⁸⁰ 參公共工程施工綱要規範一般條款 A.1：「"圖說"(Drawings)係指工程司依本契約提供承包商之全部圖樣及資料。另由承包商提出經工程司認可之全部圖樣及資料，包括必要之樣品及模型。圖說包括設計圖、施工圖、構造圖、工廠施工製造圖、大樣圖等…"規範"(Specifications)係指列入本契約之工程規範及規定，含施工規範、系統規範、一般條款、施工安全、衛生、環保、交通維持手冊及技術規範等、特定條款以及任何本契約文件中所包含工程施工期間按契約規定所提出之其他規範與書面規定」。

一部，否則該變更即屬消滅舊契約關係而成立新契約之「契約更改」，是以，新增契約工作項目亦應以契約同一性為前提。

工程契約原工作範圍既已因新增工作項目而改變，其以原工作範圍為對價基礎之契約價金亦應為合理之調整，以維持給付與對待給付之等值。目前工程契約多已有約定於契約變更後，契約價金調整之規定。

惟如契約當事人未明確在契約中約定者，應基於誠信原則及工程習慣，解釋當事人有默示隨工作範圍調整契約價金之意思，此為補充之契約解釋。亦即，除非當事人間有相反之約定，否則透過解釋可認為雙方有工程契約變更應調整契約價金之約定。而契約漏洞，原則上應先由任意規定加以補充，民法第491條第1項⁵⁸¹即可填補此契約漏洞⁵⁸²。

且就機關指示變更之情形而言，契約變更後之工作範圍，承攬廠商雖有完成一定工作之義務，然如依當事人以往交易之情形、交易慣例或依據經驗法則可認定承攬廠商非受報酬即不為完成工作，且其未表示願無償施作者，依民法第491條第1項之規定，視為允與報酬，承攬廠商得依據向工程主辦機關請求契約變更後之價金⁵⁸³。

如契約雙方未於契約中約定新增工作項目之價金計算方式者，則依民法第491條第2項規定：「未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付」，即該新增工程項目單價編列方式，除以原預算相關單價分析資料為基礎外，並應依圖說、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。

另機關與廠商議價過程中，因雙方立場不同，利益互相衝突，是否能夠順利地訂出雙方合意適當之價格，的確是不易克服之難點。故要使雙方達成協議，通常十分困難且須耗費冗長時間，而在協議未果之前，將可能造成機關之工程延宕，且亦造成造成承攬廠商墊款及資金週轉困難等問題。

為解決雙方對新增項目價格協議不成所造成之問題，建議在現行工

⁵⁸¹ 民法第491條第1項：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」。

⁵⁸² 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁126，2005年7月。

⁵⁸³ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁127，2005年7月。

程契約中加列如工程採購契約範本第5條：「…(4)經雙方書面確定之契約變更，其新增項目尚未經議價程序議定單價者，得依機關核定此一項目之預算單價，以____%（由機關於招標時載明）估驗計價給付估驗款」之規定，以促進工程順利進行。

第二項 刪減契約工作項目

所謂刪減契約工作項目，係指取消或減少原契約所定之工作項目或數量，此為契約工作範圍之變更，機關自應依指示變更條款辦理工程契約變更並辦理減帳。

當機關刪除主要工作或使工作數量金額顯著減少時，雖並不一定影響契約同一性，依當事人意思或經濟目的而言，仍可能屬於原契約。惟如機關指示刪減之內容已影響契約同一性者，則應已構成契約之終止⁵⁸⁴。此與機關指示刪減工作而依契約規定辦理減帳，不涉損害賠償之請求，法律效果不同，因此，契約工作項目刪減之最大界線，應以是否造成契約部分終止為斷。如機關指是刪減工作項目已實質構成終止部分契約之情形，則在契約有約定時應依契約負損害賠償責任，如無約定則依民法第511條規定負責，機關不得以契約變更條款主張不負損害賠償責任。

即機關雖非不得刪減契約工作項目，惟其權利之行使仍應有一定之限制，其辦理「契約變更」應以無害契約同一性為前提，變更後之契約並未脫離原契約規範之目的，而仍屬原契約之一部，否則該變更即屬消滅舊契約關係而成立新契約之「契約更改」，故機關刪減契約工作項目仍應以契約同一性為前提，且不得藉契約變更條款辦理減帳之規定，而規避廠商因終止契約所得請求之損害賠償。

至於是否達到終止契約之程度，應視機關是否刪除原契約之主要工作部份，或刪除契約工作之數量或金額已逾一定之比例，此時，因已完全改變原契約之設計精神或理念，即非得以契約變更之方式辦理，而已構成契約之部分終止（partial termination）或解除⁵⁸⁵。

⁵⁸⁴ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁119，2005年7月。

⁵⁸⁵ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002全國科技法律研討會論文集，頁354，2002

機關刪減契約工作項目如已構成契約之部分終止者，在契約有約定時應依契約負損害賠償責任⁵⁸⁶。如契約未有任何約定者，則機關應依民法第511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」，賠償承攬人因契約終止而生之損害。

至於承攬人得請求損害賠償之範圍，有論者謂終止契約係向將來發生效力，則就終止前已完成之工作，承攬人應有報酬請求權⁵⁸⁷。惟本文認為，按民法第490條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約」，承攬人須先「完成一定工作」，即承攬報酬之發生以「工作完成」為條件，在條件未成就前，承攬人之承攬報酬請求權尚未發生。

即工程如屬全部完工後使用或移交之情形者，則承攬報酬之請求權應俟工作全部完成時，條件始成就。契約終止前，承攬人已完成之部分，承攬人僅得依民法第511條規定請求損害賠償。

而工程如屬分段完工使用或移交之情形，且契約對於該分段完工使用或移交訂有分段驗收及付款規定者，則契約終止前，承攬人已完成之分段完工使用或移交的部分，因該部份報酬請求權之條件業已成就，承攬人得依契約規定請求該部分之報酬，而就其他僅部分完成尚未達分段完工使用或移交之部分，則屬民法第511條承攬人得請求損害賠償之範圍。

工程部分竣工後，如有部分先行使用之必要且開放使用者，就該部分推定承攬人報酬請求權之條件業已成就，承攬人得依契約規定請求該部分之報酬，惟須注意者，工程主辦機關此時應依政府採購法施行細則第99條規定⁵⁸⁸，就該部分辦理部分驗收。

年11月。

⁵⁸⁶ 如「採購契約要項」第67點：「依前條規定終止契約者，廠商於接獲機關通知前已完成且可使用之履約標的，依契約價金給付；僅部分完成尚未能使用之履約標的，機關得擇下列方式之一洽廠商為之：(一)繼續予以完成，依契約價金給付。(二)停止製造、供應或施作。但給付廠商已生之製造、供應或施作費用及合理之利潤」。

⁵⁸⁷ 參陳聰富，政府採購「共同投標」之撤銷決標與損害賠償，月旦法學雜誌，第140期，頁150，2007年1月。

⁵⁸⁸ 政府採購法施行細則第99條規定：「機關辦理採購，有部分先行使用之必要或已履約之部分有減損滅失之虞者，應先就該部分辦理驗收或分段查驗供驗收之用，並得就該部分支付價金及起算保固期間」。

另機關如因政策變更，且考量廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，得按政府採購法第64條規定：「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失」，終止部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。

惟其補償廠商因此所生損失之範圍，按行政院公共工程委員會89年5月15日(89)工程企字第89013106號函：「機關依政府採購法第64條於契約訂明因政策變更而為終止或解除部分或全部契約之處置者，應一併載明其『補償廠商因此所生之損失』，不包括所失利益」，且行政院公共工程委員會訂頒之「工程採購契約範本」第21條第(6)款亦明文：「契約因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。但不包含所失利益」。

此乃係考量如得補償廠商因此所失之利益，其損害賠償範圍過於廣泛將有悖公共利益，且不利政策之推動，況民法第216條有關廠商請求損害賠償範圍之規定，亦得於契約中明定以排除所失利益。

第三項 工作數量之增減

大部分工作範圍變更（例如新增或刪減工作項目等契約變更）之情形都會造成工作數量之增減，此時機關應辦理工程契約變更並依工程契約變更計價規定調整契約金額。而在工作範圍未變更之情形下，因契約訂定時所預估之工作數量不可能完全精確，即使廠商施工過程並無錯誤，其按圖施作之實際數量仍可能會與詳細價目表之數量有所差異，故此時就該增減部份之數量，是否應辦理契約變更常生爭議。

且由於工程採購契約文件內容繁複，常有圖說與詳細價目表記載不一致之情形，致使契約雙方對於計價範圍產生爭議。故分別針對圖說與詳細價目表歧異之類型探討如下：

第一款 圖說未標示工作項目，詳細價目表有記載

此種情況，經常發生在「乙式計價」之項目中，如確係無須圖示之工作，且為完成約定工作所必需，則不論承攬廠商實際施作項目及數量

之多寡，機關仍應按詳細價目表上之項目及數量予以計價給付⁵⁸⁹。

即此種類型之爭議首應判斷是否為工程慣例上或技術尚無須圖說但必須施作者或工程契約所包含應施作之部分，若為無須圖說而應施作部份，廠商仍應施作，機關則仍應按契約工程價目表所給付報酬。但相對的，如廠商並無義務施作，機關應得按減少之工作範圍辦理減帳，如已為給付，則依誠信原則、公平合理等原則，可能有減少價金之權利⁵⁹⁰。

是以，該工作如在工程慣例、技術上屬於無須圖示而仍必須施作之工作者，承攬廠商應於投標時將其考量在內，並估算此等項目，將之包含在契約價金中，因此廠商不得事後再請求額外之費用。

第二款 圖說與詳細價目表上均未記載

如該工作項目確係為完成約定之工作而在工程習慣上或技術上所必要之工作，則廠商應有義務施作，不得藉詞圖說上未載明而拒絕施作，其所需費用，應由承攬廠商於投標前詳予估算並包含在契約相關單價內⁵⁹¹。例如假設工程，雖未載明於圖說及詳細價目表，但依照工程慣例仍屬廠商必須施作之情形。

如該未於圖說上明確標示之工作，確屬廠商於投標前無法估算出來，且又非技術上或習慣上所必要之工作，則非屬契約之工作範圍，廠商並無義務施作⁵⁹²。如機關指示施作，則屬於工程契約變更，應按新增項目辦理追加計價。至於何謂工程習慣或技術上所必要，則應在個案中探求當事人真意及工程慣例決定之。

第三款 圖說有標示工作項目，詳細價目表上未記載

此即工程實務上所稱之「漏項」爭議，亦即工程圖上規定必須施作，而詳細價目表上卻找不到對應之工作項目⁵⁹³。在判斷是否構成漏項時，

⁵⁸⁹ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁55，1996年12月。

⁵⁹⁰ 參江宛臻、張宏節，公共工程契約數量差異之問題研究，收於2002年全國科技法律研討會論文集，頁432，2002年11月。

⁵⁹¹ 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁55，1996年12月。

⁵⁹² 參王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版，頁55，1996年12月。

⁵⁹³ 參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.一.8，2002年12月。

對於圖說上已有記載施作項目，於詳細價目表上雖未明列此項目，但若為工程慣例上必要施作者，或經探求工程設計時之真意，該工作項目之價格已為其他工作項目所包含，因而未將該工作項目記載於詳細價目表上，並不構成漏項。

而如該詳細價目表上漏列之項目或數量並非工程慣例上必須施作，且探求工程設計之真意亦未包括該項目在內，則屬漏項，且因廠商有按圖施作之義務，故有關漏項契約價金之調整，常為爭議之所在。

由於以往契約對於漏項部分多無契約價金得予調整之規定，因此實務上多以誠信原則作為調整契約關係之依據，惟因誠信原則係屬概括條款，應須俟現有法典所構成之法律邏輯體系發生欠缺時，始得為之。因此，在契約漏項之情形，承攬廠商應優先以民法第491條第1項規定⁵⁹⁴作為其請求之具體依據，當雙方確有完成一定工作之合意，承攬廠商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廠商非受報酬即不為完成工作時，根據民法第491條第1項規定，視為允與報酬⁵⁹⁵，此時承攬廠商得據以向機關請求報酬，以維契約之對價關係。

為避免類似之爭議層出不窮的發生，行政院公共工程委員會已於95年11月24日以工程企字第09500460460號函修正「工程採購契約範本」增訂第4條後段規定：「…採契約價金總額結算給付者，未列入前款清單之項目或數量，其已於契約載明應由廠商施作或供應或為廠商完成履約所必須者，仍應由廠商負責供應或施作，不得據以請求加價。如經機關確認屬漏列且未於其他項目中編列者，得以契約變更增加契約價金」，可作為機關往後契約訂定之參考。

第四款 圖說與詳細價目表數量之差異

本項爭議多發生在依契約價金總額結算之「總價結算契約」中，由於一般公共工程之招標案，廠商從領標至投開標時間往往十分匆促，且工程主辦機關皆規定投標廠商僅能依其所提供之空白標單（詳細價目表）填寫投標價格，標單上機關會提供其按圖估算之各工作項目及數

⁵⁹⁴ 民法第491條第1項規定：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」。

⁵⁹⁵ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁231，2005年7月。

量，投標廠商迫於時限，再加上工程圖說甚為繁雜，廠商往往只以主辦機關所提供空白標單內之數量填報其標價，在得標後施工時，始發現圖說中工作數量較詳細價目表所列數量有極大差異⁵⁹⁶，此即所謂實做數量差異之爭議。

此一實做數量差異乃因工程實務上，機關在提出詳細價目表供廠商計算標價時，其以圖面上之設計圖說推估工作數量，難免會涉及圖面幾何算術邏輯上之誤差，即產生按圖施作結果之數量與詳細價目表上數量之差異。是以，於總價結算契約中，如其差異尚未超過此種算術邏輯上之正常誤差範圍者，應認廠商僅得請求原定契約總價，如其差異已超過正常誤差範圍者，廠商應得請求超過此一範圍之契約價金。機關如以「標單上所列數量僅供參考，實際數量以圖說為準」之規定，抗辯得標廠商應於招標前詳為計算圖說數量而不得再為請求超過此種正常誤差範圍之價款，應已構成民法第247條之1第4款「其他於他方當事人有重大不利益」，而屬顯失公平應為無效之條款。

如契約並未規定廠商得請求超過此種算術邏輯上正常誤差範圍之契約價金者，承攬廠商應得以民法第491條第1項規定⁵⁹⁷作為其請求之具體依據⁵⁹⁸。因於此情形雙方當事人只就應完成之工作有一致之意思表示，而就超過此一範圍之報酬並未達成合意。從而，承攬廠商既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廠商非受報酬即不為完成工作時，視為允與報酬，承攬廠商得據此向機關間請求報酬，以維契約雙方當初形成合意之對價關係。

至於此一算術邏輯上之正常誤差範圍應為多少始為合理，參諸一般工程慣例，應以實作數量較契約數量增減10%以內為合理範圍，如「採購契約要項」第32點：「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10%以上者，其逾10%之部分，得以變更設計增減契約價金。未達10%者，契約價

⁵⁹⁶ 參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.一.8，2002年12月。

⁵⁹⁷ 民法第491條第1項規定：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬」。

⁵⁹⁸ 參陳玉潔，工程契約變更之爭議問題，國立政治大學法律學研究所碩士論文，頁240，2005年7月。

金得不予增減」。

為避免此類爭議，對於總價結算契約之情形，契約雙方應訂立公平合理之工程契約，對於圖說與詳細價目表不一致作適當調整或修正，並得以調整契約價金。機關應參酌「採購契約要項」第32點於契約中訂定「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10%以上時，其逾10%之部分，得以契約變更增減契約價金。未達10%者，契約價金不予增減」，使承攬廠商於實作數量逾越契約數量達一定比例時，得主張因契約原定計價基礎動搖而比照契約變更之程序另行追加契約價金，俾求公允。

第四項 工作性質與內容之變更

第一款 施工程序或時程之變更

按公共工程施工綱要規範一般條款E1（契約變更）規定：「工程司為期契約工程或工作圓滿完成，得指示承包商辦理契約變更，包括增加、減少、取消、刪除、替代、更改之變更，品質、形狀、性質、種類、位置、尺度、高程或路線之變更，以及施工程序、方法或時程之變更。承包商應接受工程司之指示辦理變更」，因此，機關於工程施作過程中，為期工作之圓滿完成，亦得於必要時指示施工程序或時程之變更。

而實務上最常見者為趕工之情形，趕工係泛指承攬廠商為縮短施工時間而改變施工方法、施工順序或是增加投入之機具設備人員之情形⁵⁹⁹。對於工程進行中承攬廠商因非可歸責於己之事由致履約進度落後，而機關要求趕工以達原預期完工期限，或機關為配合政策或其他需要，要求承攬廠商提前完工者，此時因廠商本無義務縮短完工期限⁶⁰⁰，而係機關指示辦理契約變更，且由於此一指示變更可能造成承攬廠商投入更多人力及調度更多機具設備，故應屬於施工順序或時程等工作內容之變更，機關應依契約中有關契約變更計價之約定與廠商另行議價。

如臺北市政府工程採購契約範本第30條規定：「…乙方因甲方之需要，必須超出預定進度施工，而以趕工或夜間施工方式辦理時，其所增

⁵⁹⁹ 參余文恭，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 29，2004 年 12 月。

⁶⁰⁰ 民法第 230 條規定：「因不可歸責於債務人之事由，致未為給付者，債務人不負延遲責任」。

加之設備及人員，乙方應提出計畫，經甲方同意後，得依『行政院公共工程發放趕工獎金實施要點』辦理或依『臺北市政府各項工程深夜施工暨日夜連續施工工資工率計算方式』追加給付」。

第二款 異常工地狀況

所謂異常工地狀況 (differing site condition)，係指工地自然狀況與契約中所描述者或與該類型工程中通常可以預見者不同而言。異常工地狀況是常見引起工程契約變更的原因，由於公共工程大部分在地表的範圍內工作，因此地質狀況常係工程成敗、工期長短、成本高低之重要因素⁶⁰¹。雖工程進行之前，多會抽樣選點進行地質鑽探的工作，並以該鑽探資料作為設計的基礎，然因地質鑽探非為全面性開挖確認地質狀況，致承攬廠商往往於工程開始進行後，始發現實際地質狀況與鑽探報告中之資訊明顯不符，從而引發爭議。

第一目 異常工地狀況之類型

異常工地狀況之類型，一般可分為兩類：

第一類異常工地情形，係指工址地下或隱伏地質條件與契約文件所知條件發生中重大差異者。其必須是地質條件於契約中有特別明示，或由契約所示資料可明確推知其所指之地質條件，而該等資料所指之地質條件卻與現場實際地質條件有明顯之重大差異。

於第一類異常工地情形，機關多會提供地質鑽探報告，以供承攬廠商作為投標時之參考，惟投標文件通常亦會規定廠商須於投標前自行至現場勘查工地實際情況，並適當估算工程費用，事後不得以未熟悉工地特性作為補償之請求⁶⁰²。

⁶⁰¹ 參顏玉明，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 90，2003 年 3 月。

⁶⁰² 如公共工程施工綱要規範投標須知第 9 點：「工地勘察：(工程主辦機關，以下簡稱主辦機關)鼓勵投標廠商自行前往工地，勘察四周環境，俾有深切瞭解。所提出之投標書，將視為業已詳細瞭解工地現況及對主辦機關所提供之管線及鑽探資料已確實瞭解，對施工之工程與所用材料之性質、品質及數量均已認清，且對可能影響施工之有關天然災害及意外情況已有所認知及準備。投標廠商在投標前，應先瞭解下列情況：(1)現有建築物、道路、溝渠、灌溉水道及排水道。(2)現有地面高度及坡度。(3)氣候狀況，包括颱風、地震、山崩之次數，強度及季節性。(4)河川水流、一般地面水之變動趨勢及洪水災害。(5)因契約暫時需要之土地，及建築場地之可用性與適

此一規定雖可督促承攬廠商以其經驗專業詳為評估設計圖說與工地現場有無差異，並於投標前提出疑義，以避免事後爭議之發生。惟承攬廠商勘查工地之義務，不應為毫無限制，應限於一個有經驗之承攬廠商在相關工作領域所得合理預期之工地勘查範圍。且機關所提供之地質鑽探資料如有錯誤，亦應屬於機關指示之不適當，如將此一指示不適當生之不利益全由承攬廠商負擔，對廠商而言顯失公平，依民法第247條之1第2款規定，其約款應屬加重他方當事人之責任而無效。

第二類異常工地情形，係指承攬廠商遭遇具有非尋常性質之未知物理條件，且實質上與依該工程契約之特性可得認知之通常性質及一般工程施作中通常存在之狀況不同者。此類情況通常係因契約文件未對地質條件有何說明或指示，此時，無法以契約描述狀況與實際工地狀況做比較，因此，現場是否遭遇異常地質條件，應以一般同類工程慣例可能遭遇之合理地質條件為比較對象。

於此情形下，通常契約對於工地狀況並無描述，因此，承攬廠商在主張實際之工地狀況，與契約之性質及工程慣例一般存在或通常被承認之工地狀況有重大不同時，負有較重之舉證責任。且對於承攬廠商勘查工地義務之要求亦與第一類異常工地情形有所不同，其必須實施一個較為合理仔細的勘查，例如採購機關未實施鑽探或提供任何報告之情形下，則廠商於投標前之勘查義務應包含必要之試驗與鑽探工作。

第二目 契約價金之調整

按我國民法第508條第1項之規定，承攬工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔。亦即在承攬工作施作過程中，即使遭遇一些與原契約所述實際情況有顯著差異之不利地下或隱伏狀況，除當事人間另有特別之約定，原則上仍應由承攬人負擔此一風險。然而，一般公共工程多係由機關委外調查地質並規劃設計後，始辦理施工標之發包，且該發包之等標期通常甚為短暫，欲期投標廠商於投標前能充分勘查工地環境，事實上並不可能，因此，若要求所有地質風險均由承攬廠

宜性。(6)測量儀器及施工機具之維護及水害防範，使能適宜而及時完成工程。(7)出入工地之途徑及施工便道。(8)各項工程及臨時工程所需之全部材料，能否足量獲得及其獲得之方法。(9)可能影響投標之其他一切特殊情況、災害、意外事故及環境變化。(10)工地鄰近居民之協調與溝通。投標廠商若草率勘察工地，或未能或拒絕勘察工地，以致不能瞭解投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。亦不得因未瞭解投標文件之內容，或未熟悉工地之特性，而請求補償。工地勘察費用由投標廠商自行負擔」。

商自行承擔吸收，自不合理⁶⁰³。

是以，而國內外契約就異常工地情形多訂有得調整契約價金及工期之規定，如美國聯邦採購規則FAR 52.236-2：「(a) 如有下列情形者，廠商必須在現場情況未曾擾動前以書面通知工程司…(b) 工程司將於收到廠商通知後，立即調查現場條件。如果現場條件實質上顯有不同，且在此條件下履行契約造成廠商履約成本之增減或工期之延誤，無論是否屬於變更之情形，將公平地調整與修改契約⁶⁰⁴」；公共工程施工綱要規範一般條款G7（不利之自然情況及人為障礙）規定：「在施工期間，若承包商於工地遭遇無法預料之不利自然情況及除外風險事項(除天氣狀況或其所引起之情況外)或第三人所致之人為障礙，而非一般經驗所能預估者。上述情況之發生因而增加承包商之成本及工期時，承包商應立即先以書面通知工程司代表。若承包商欲按G.14『求償通知』規定提出增加給付之要求時，應於其通知內按G.14『求償通知』規定，說明所遭遇之不利自然情況或人為障礙，如可能時並於通知中，或儘速於通知後，詳述預計之影響，其所採取或擬採取之辦法，以及預期之工程延遲或受干擾之程度」。

當契約訂有異常工地情形條款時，承攬廠商得依契約規定辦理契約變更另行計價，較無疑義。惟當契約未有約定異常工地情形條款，且機關亦未依指示變更條款要求廠商另為適當處理時，廠商如何請求因此衍生之額外價金，則常生爭議。

對此，實務上多以誠信原則作為調整契約關係之依據，惟因誠信原則既屬概括條款，應俟現有法典所構成之法律邏輯體系發生欠缺時，始得為之。故本文認為，基於契約所定之價金，係雙方當事人以契約原定工作範圍為評估計算基礎，而達成合意，而此一異常之工地情況，既在原圖說內未予載明，又非雙方訂約時所可預知，且亦應非有經驗之廠商在合理及其知識範圍內所得判斷，顯見此一地下所隱藏之實際物理條件

⁶⁰³ 參李家慶，如何處理工程現場差異情況，營建知訊，第211期，頁72，2000年8月。

⁶⁰⁴ 美國聯邦採購規則 FAR 52.236-2：「(a) The Contractor shall promptly, and before the conditions are disturbed, give a written notice to the Contracting Officer of …(b) The Contracting Officer shall investigate the site conditions promptly after receiving the notice. If the conditions do materially so differ and cause an increase or decrease in the Contractor's cost of, or the time required for, performing any part of the work under this contract, whether or not changed as a result of the conditions, an equitable adjustment shall be made under this clause and the contract modified in writing accordingly.」

與原契約工作內容尚屬有別。因此其所需配合施作之工作項目或方式如與原契約有所不同，且契約對此亦未有對等之調整規定者，屬契約漏洞，應得依民法第491條規定⁶⁰⁵填補之，即承攬廠商得請求機關依契約新增工作項目之方式，辦理契約變更程序並另行議價。

另為避免此類爭議，契約雙方應訂立公平合理之工程契約，對於非雙方訂約時所可預知，且亦非有經驗之廠商在合理及其知識範圍內所得判斷之異常工地狀況情形，使承攬廠商得比照新增工作項目方式辦理契約變更並另行追加契約價金，俾求公允。

第五項 工期調整

因為工程常含有大量的可變因素，例如地質、技術、天候等，故工程契約在執行上常需要具有相當的調整性及可變動性。在實務上，於訂立工程契約時，一般多會訂入工期展延條款，譬如發生不可抗力之事故、機關要求全部或部分停工、因辦理契約變更或增加工程數量、機關應辦事項未及時辦妥、由機關自辦或機關之其他關聯廠商延誤而影響履約進度者或其他非可歸責於廠商之情形等。

而就機關辦理契約變更部分，依據原工作範圍估算之工期已不適當者，當有工期調整之必要，故通常亦屬契約得展延工期之原因之一，如工程採購契約範本第7條：「契約履約期間，有下列情形之一…機關得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限…(4)因辦理變更設計或增加工程數量或項目…」。

而契約如有涉及變更者，機關是否即得辦理工期之展延，除應視可否歸責廠商外，尚應視是否影響要徑工作。即施工中若發生延誤工作事由，廠商據以申請展延工期，機關於審核時除了應先確認其延遲原因是否為不可歸責於廠商外，還需檢查所受影響工作項目是否為「要徑工作」。

另實務上常見機關於契約內規定展延工期之免責條款，如：「如因甲方之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方得以書面向甲方申請延期，甲方視其實際影響之情形酌予延期，乙方對甲方

⁶⁰⁵ 民法第491條規定：「如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬（第1項）。未定報酬額者，按照價目表所定給付之；無價目表者，按照習慣給付（第2項）」。

最後核定之延期，不得提出異議」，對於此一不論廠商延遲之原因可否歸責，亦不論是否影響要徑作業，且限制承攬廠商不得對機關核定期限爭執之契約條款，其效力為何，不無疑義。

按民法第230條規定⁶⁰⁶，債務人就不可歸責於己之事由而未為給付者，不付遲延責任，係以債務人是否有過失作為判斷債務人應否負責之標準。在此立法者所為之利益衡量、價值判斷，實不容許當事人預先以約款予以排除，否則即屬與任意法規之立法意旨顯有不符，對契約相對人顯失公平。如契約約定承攬人得否延期完工，而不負延遲責任，完全由約款使用人（定作人）決定，排除民法上「過失責任」之法律基本原則之適用，令債務人就非可歸責之事由所致之遲延亦須負違約責任，對承攬人顯失公平⁶⁰⁷，依民法第247條之1第2款規定，其約款應屬加重他方當事人之責任而為無效。

⁶⁰⁶ 民法第230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」。

⁶⁰⁷ 參楊淑文，消費者保護法關於定型化契約規定在實務上之適用與評析，收錄於氏著，新型契約與消費者保護法，作者自版，頁214，2002年7月。