

第七章 結 論

公共工程⁶⁰⁸於政府採購之履約過程中常因政策性考量、實際施作問題、法令修改、民意反映、使用單位需求等因素，而須適當辦理變更設計、追加減預算，此時機關辦理程序除應依工程採購契約之規定，確認機關得辦理契約變更之內容及範圍；並應依行政院公共工程委員會91年3月29日(91)工程企字第91012359號令頒「採購契約變更或加減價核准監辦備查規定一覽表」，確認該採購之核准、監辦及備查程序。

惟機關辦理工程採購實務上，對於工程契約變更的意義，以及何種情形可以構成契約的變更，得以調整契約之金額或工期，可說是最常見的工程爭議。而國內之工程契約，對於工程契約之變更，原則上均設有簡繁不一之契約條款，而這些條款對於工程契約變更之意義、內涵或態樣，在實務上究應如何解釋或適用，對於機關工程人員而言常生困惑。

因此本文乃欲藉由定義工程契約變更之意義及範圍，理出工程契約變更相關爭議之處理方式，以期減少機關人員與廠商對於履約管理實務上之認知落差，進而降低政府採購履約階段糾紛之發生，並藉此提高政府整體之採購效率及經濟利益。

第一節 工程契約之解釋與填補

一般而言，工程契約文件繁多，舉凡工程合約書主文、決標紀錄、開標紀錄、補充說明、投標單及其附錄、特訂條款、投標須知、設計圖說、一般條款及施工技術規範等文件皆屬之。在訂定如此複雜之契約文件時，或因訂定時間先後差別，或因制定人員不一，導致契約文件互相衝突矛盾、不明確或疏漏等情形發生，於此情形下，即有契約解釋或漏洞填補之必要。

其中就涉及工程契約條款相互間之矛盾、衝突、不明確或模糊時，

⁶⁰⁸ 政府採購法第7條：「本法所稱工程，指在地面上下新建、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為，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（第1項）…採購兼有工程、財物、勞務二種以上性質，難以認定其歸屬者，按其性質所占預算金額比率最高者歸屬之（第4項）」；公共工程專業技師簽證規則第3條：「本規則所稱公共工程，指政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）興辦或機關依法核准由民間機構參與或投資興辦之工程（第1項）。前項所稱工程，指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設施及改變自然環境之行為（第2項）」。

得視採購案件性質與個案情形，參酌「法律行為有效原則」、「探求當事人真意原則」、「依工程慣例客觀解釋原則」、「對契約做成者不利解釋原則」、「同種限制解釋原則」及「公平合理原則」等原則，並以「誠實信用原則」自始至終介入其間，而對契約內容為雙方意思表示之客觀解釋。

關於契約漏洞之發生，或由於當事人未能預見未來情事的發生，而未能對可能發生之風險預為分配；或由於當事人雖有預見並預為約定，惟因牴觸法律強制禁止規定或因違反民法第247條之1而一部無效所致。對此漏洞之填補，為滿足法律安定性的要求，應優先考量由任意規定加以補充；如無任意規定得以適用時，則需具體衡量個案契約當事人之利益狀態，並探求擬制的當事人意思，即以當事人於契約上所作的價值判斷及利益衡量為出發點，依誠實信用原則並斟酌交易慣例而為補充，且此種補充性解釋而填補契約漏洞之結果仍不得與當事人事實上的意思相牴觸。

第二節 工程契約之規制與調整

第一項 工程契約之規制

由於契約乃係基於私法自治之精神，故法律允許當事人於不違反強制或禁止規定，及不背於公共秩序與善良風俗之情形下，得自行約定契約之內容。惟現代契約法的發展原則，已漸趨藉由限制契約自由以實踐契約正義之目的，即契約自由與契約正義必須互相調和與補充。

基此，民法第247條之1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」。

而就機關辦理之工程採購而言，因其契約多係經工程主辦機關擬訂後再進行招標作業，且該工程採購之契約條款雖經廠商於投標前審閱，惟並無助於相對人締約地位之提昇，因為該契約內容業經工程主辦機關片面擬定，廠商對於該內容，只能決定接受或不接受，別無其他討價還價餘地，因此在這種契約談判地位懸殊之情形下，廠商對於契約內容並

無置喙餘地，造成利益失衡之狀態，極不合理，故應有規範契約條款之必要。

實務上廠商雖得依政府採購法第41條及第75條規定，對招標文件提出釋疑或異議申訴，惟機關若仍舊堅持原採購契約之內容，尚難認為其有何違法之處，況以目前公務員辦理採購案件動輒被質疑圖利廠商，再加上主計單位對於修正契約條款而為有利廠商之作法多會採保留態度，要其在有廠商提出疑義或異議後主動修正，似顯係期待不可能。因此，應得透過民法第247條之1規定並藉此對契約內容予以規制而達到契約自由與契約正義的平衡。

爰機關辦理工程採購之契約應屬民法第247條之1所稱「當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約」，且此一條件之重點應該是事先擬就，他方當事人無從對內容有所影響，是否用於同類契約其實並不重要。而個別契約條款是否有該條各款所稱「按其情形顯失公平」而屬無效之情形，則應視具體契約條款規定而為認定，且不以廠商是否處於「無從選擇締約對象」或「無拒締約餘地」之情況，作為判斷是否顯失公平之標準，果非如此，則幾無定型化契約條款可被評價為顯失公平。

至於民法第247條之1之法律效果，應該是先排除不公平條款，再綜合考慮法律行為全部旨趣、當事人訂約之真意、交易之習慣、其他具體之情事，並本於誠信原則予以審查剩餘契約是否仍可成為契約，如是，則契約依其餘條款而成立。

第二項 工程契約之調整

契約嚴守原則雖為近代私法關係的基本原則，惟保障締約人基於自由意志及正當利益所為之承諾，得以具體實現，亦為契約制度實質目的所在。因此，如因當事人所未料到之環境因素影響，致使嚴守契約將導致某一方當事人極端不平等之待遇時，應依民法第227條之2第1項規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果」，透過契約之調整，以決定由誰承擔該風險，並藉以實現契約的實質正義。

而依民法第227條之2第1項規定，所謂依其原有效果顯失公平，乃指情況的變動，使雙方在義務上，極端的不成比例，此種干擾極為重大，

以至於信守原契約係非可期待之情形。且情事變更原則之適用，應從對契約影響最少的契約調整著手，並儘量維持原有基本法律關係，使其能繼續存在，蓋法律關係之無效通常非雙方當事人所欲期望者，必也至顯無排除不公平之結果時，方得考量使契約消滅之法律效果。

綜上，工程契約除藉由解釋與漏洞填補而為詮釋外，如契約已淪為一方當事人剝奪他方權利之工具，而造成利益顯失平衡之狀態，應依民法第247條之1對契約內容予以規制以防契約自由之濫用；如發生非具體生活經驗所得預料之障礙或分配風險之契約條款因法律規定而無效時，則應依民法第227條之2第1項規定，透過契約之調整以維契約之公平及實現契約正義。

第三節 工程契約主體變更

對於機關辦理之工程採購而言，基於招標之公平性及對於投標廠商資格之要求，且為防範得標廠商不自行履行契約之轉包行為，特別是工程、勞務採購得標後轉由他人承作，坐收轉包權利金，甚至層層轉包，俗稱1隻牛撥好幾層皮，政府採購法對於契約主體之變更或契約之轉讓有嚴格之限制。如政府採購法第65條規定，得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包，得標廠商如違反禁止轉包之規定時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償。另機關辦理工程採購亦多依採購契約要項第23點於契約內規定，廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人，契約此一規定似亦已排除得標廠商將債權讓與⁶⁰⁹他人及由其他廠商承擔契約之可能。

惟對於機關辦理之工程採購而言，如絕對禁止契約主體之變更或轉讓，在若干情形下並非當然符合機關之利益，此時仍有契約主體之變更或轉讓之可能。故契約主體之或轉讓雖原則上係予禁止，惟仍得在例外之情況予以同意。如採購契約要項第23點即謂：「廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人。但因公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行因權利質權而生之債權或其他類似情形致有轉讓必要，經機關書面同意者，不在此限」。工程實務上，除採購契約要項第23點但書情形外，亦有其他涉及工程契約主體變更之情形。

⁶⁰⁹ 民法第294條規定：「債權人得將債權讓與於第三人。但左列債權，不在此限：一、依債權之性質，不得讓與者。二、依當事人之特約，不得讓與者。三、債權禁止扣押者（第1項）。前項第2款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人（第2項）」。

第一項 公司分割

有關公司分割後，原得標廠商得否將得標之採購契約所有權利義務由分割後之公司概括承受，亦即公司分割是否屬採購契約要項第23點但書「或其他類似情形」乙節，應按「同種限制」解釋之原則，參考該但書前揭例示「公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行因權利質權而生之債權」之規定，而予以界定「或其他情形」之涵義。

是以，公司分割之性質，難謂與「公司合併」、「銀行或保險公司履行連帶保證」、「銀行因權利質權而生之債權」等屬類似情形，況公司分割後，乙公司之財力通常已不若甲公司，對於將來如廠商不履行契約義務，而機關可獲得之求償層面而言，已屬不利，爰機關應不得允許原得標廠商將得標之工程採購契約讓與分割後之公司。

第二項 履約及賠償連帶保證

為回應營造產業對於保證金等資金之迫切需求與靈活運用，就得標廠商所須繳納之履約保證金或保固保證金，依「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條及第33條之1規定⁶¹⁰，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證方式，代替繳納全部或部分之履約保證金或保固保證金，以減輕得標廠商於履約過程中之資金週轉壓力。

由連帶保證廠商繼續履約較具爭議者莫過於其可能違反政府採購法第65條禁止轉包之規定。政府採購法雖然明定就工程之非主要部分得以分包方式辦理之，但就主要之部分仍有轉包禁止之規定，因此連帶廠商所履行者如係原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分者，似不應允許由履約及賠償連帶廠商繼續履約，否則恐有實質轉包之虞。

惟按「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項⁶¹¹但書

⁶¹⁰ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第33條規定：「未達公告金額之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商應繳納之履約保證金或保固保證金，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證代之」；第33條之1規定：「公告金額以上之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商提出符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證者，其應繳納之履約保證金或保固保證金得予減收」。

⁶¹¹ 「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項規定：「保證金有不發還之情形者，得

之規定，原得標廠商如依契約規定有不發還之情形，而其情形可由履約及賠償連帶保證廠商代原得標廠商履約者，應先洽該連帶保證廠商履約，工程主辦機關似無否准之權。此時恐產生原得標廠商藉由故意不履約而將工程實質轉包予連帶保證廠商之流弊。

本文認為「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項但書，應修正為「但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，且經機關同意者，得洽該廠商履約」，賦予機關選擇補繳保證金或由連帶保證廠商履約之裁量權，以避免連帶保證廠商履行原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分，致有實質轉包之情形發生。

第三項 銀行書面連帶保證

通常得標廠商提供現金供擔保，僅見於小型工程；大型工程因保證金金額龐大，得標廠商若提供巨額現金置於機關之處，將影響得標廠商之週轉能力，因而，得標廠商請求銀行出具「履約保證金/保固保證金連帶保證書」之情形極為普遍⁶¹²。

而「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」最具爭議者，莫過於第2點⁶¹³但書規定：「但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保證金/保固保證金之情形者，不在此限」，就此但書觀之，雖有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形，但如經銀行代洽符合原招標文件所訂資格之其他廠商繼續履約/保固，機關似僅得審核該廠商是否符合原招標文件所訂資格，而無否准之權。

本文認為此一但書規定極為不妥，因其可能違反政府採購法第65條禁止轉包之規定。蓋政府採購法雖然明定就工程之非主要部分得以分包

標廠商及連帶保證廠商應向機關補繳該不發還金額中原由連帶保證代之或減收之金額。但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，應先洽該廠商履約」。

⁶¹² 參劉志鵬，銀行履約保證書，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61，2005年9月。

⁶¹³ 履約保證金/保固保證金連帶保證書格式第2點規定：「機關依招標文件/契約規定認定有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形者，一經機關書面通知本行後，本行當即在前開保證總額內，依機關書面通知所載金額如數撥付，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議，並無民法第745條之權利。保證金有依契約規定遞減者，保證總額比照遞減。但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保證金/保固保證金之情形者，不在此限」。

方式辦理之，但就主要之部分仍有轉包禁止之規定，因此如尚未完成履約/保固之部分，係原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分者，似不應允許由其他廠商繼續履約/保固，否則恐有實質轉包之虞。

且履約保證金/保固保證金連帶保證書之性質，為履行給付保證金之代替，即付款之承諾，與民法上之保證契約迥異，更與履約及賠償連帶保證廠商在原得標廠商不履行其債務時，由其代負履行責任之情形，有天壤之別。故「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」第2點但書規定應予刪除，方為妥適。基此，行政院公共工程委員會業於96年2月12日以工程企字第09600061050號令修正「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」，刪除第2點但書規定⁶¹⁴。

第四項 監督付款

監督付款之發生，乃原得標廠商因其自身財物、人事問題，而延誤工程進度時，為防止機關與原得標廠商之分包商兩者皆受到重大損害，由實務所發展的便宜之計。其重點應放在如何使後續工程順利完成，使機關與分包商不致受到太大之損失。惟原得標廠商之分包商在無任何直接請求權之情形下如何願意繼續施工乃首要應解決之問題⁶¹⁵。

以往監督付款之協議書多因未載明原得標廠商已將其對機關之工程款債權轉讓予分包商，亦或協議書內容之用與不夠明確，致使原得標廠商之分包商能否據此對機關主張工程款之請求權屢有爭議，惟於行政院公共工程委員會訂頒依「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」後，原得標廠商與其分包商如已於協議書內載明，同意將繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權，讓與分包商，則依據該債權讓與契約，分包商得據此向機關請求給付工程款，此一要點解決了實務上分包商請求權基礎之問題。

惟監督付款採取債權讓與之方式，在實務上尚有一些問題，常使分包商無法得到充分的保障而淪為作白工。例如，當必須藉監督付款方式進行工程時，原得標廠商往往已經陷入財務困難的窘境，因此問題常常不在於原得標廠商不願移轉債權，而是工程款債權早已被原得標廠商之

⁶¹⁴ 「履約保證金連帶保證保險單條款」第5條第2項但書亦有類似問題，是以行政院公共工程委員會於本次修正時，一併將「履約保證金連帶保證保險單條款」第5條第2項但書刪除。

⁶¹⁵ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁24，2003年2月。

其他債權人行使假扣押而無法處分了⁶¹⁶。且分包商對機關所取得之工程款請求權，均屬繼受原得標廠商之權利，因此機關得以對抗原得標廠商之事由對抗分包商，例如若原得標廠商負責施作之部分有瑕疵時，即使分包商依協議繼續施工完畢且就其施作之部分並無瑕疵，機關仍得以其對原得標廠商之減少價金請求權對抗分包商。是以如何在確保分包商之權益下，使其有繼續施作之意願，不致於在施工完畢後卻一毛錢也拿不到，才是問題的核心⁶¹⁷。

因此，本文認為於原得標廠商已完成之工程進度達一定程度時，因原得標廠商本身財務狀況不佳，導致工程進度落後之情形下，如原得標廠商之分包商此時仍有履約之意願與能力，為確保分包商能夠確實獲得工程款，以及使工程有機會如期完成，建議此時機關依契約規定與原得標廠商終止契約，並由政府採購法之主管機關依該法第22條第1項第16款規定⁶¹⁸，認定此時得由工程主辦機關採限制性招標方式與原得標廠商之分包商另訂工程採購契約，如此方能徹底解決三方關係下所產生之複雜法律關係，並達到使工程順利進行之目的。

第五項 共同投標廠商變更成員

共同投標廠商於履約過程中，可能因部份廠商自身施工管理不善或

⁶¹⁶ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁21，2003年2月。

⁶¹⁷ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁24，2003年2月。

⁶¹⁸ 政府採購法第22條第1項規定：「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：一、以公開招標、選擇性招標或依第9款至第11款公告程序辦理結果，無廠商投標或無合格標，且以原定招標內容及條件未經重大改變者。二、屬專屬權利、獨家製造或供應、藝術品、秘密諮詢，無其他合適之替代標的者。三、遇有不可預見之緊急事故，致無法以公開或選擇性招標程序適時辦理，且確有必要者。四、原有採購之後續維修、零配件供應、更換或擴充，因相容或互通性之需要，必須向原供應廠商採購者。五、屬原型或首次製造、供應之標的，以研究發展、實驗或開發性質辦理者。六、在原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額50%者。七、原有採購之後續擴充，且已於原招標公告及招標文件敘明擴充之期間、金額或數量者。八、在集中交易或公開競價市場採購財物。九、委託專業服務、技術服務或資訊服務，經公開客觀評選為優勝者。十、辦理設計競賽，經公開客觀評選為優勝者。十一、因業務需要，指定地區採購房地產，經依所需條件公開徵求勘選認定適合需要者。十二、購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。十三、委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。十四、邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動。十五、公營事業為商業性轉售或用於製造產品、提供服務以供轉售目的所為之採購，基於轉售對象、製程或供應源之特性或實際需要，不適宜以公開招標或選擇性招標方式辦理者。十六、其他經主管機關認定者」。

財務狀況不佳等因素，導致共同投標廠商之部份成員不能履約或倒閉情事發生，此時共同投標廠商之其他成員得依原公證或認證之共同投標協議書，即共同投標辦法第10條第1項第6款規定：「成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受」，另覓其他廠商繼受該成員之一切權利義務。

又因契約承擔係對契約關係整體的處分，應得原契約雙方當事人同意，爰「共同投標辦法」第11條規定，共同投標廠商之其他成員，應經機關同意始得提出與該成員原資格條件相當之廠商，共同承擔契約之一切權利義務。

如原工程採購係以最有利標方式辦理者，因機關係以廠商之技術、品質、功能、管理等不同事項訂定評選項目決定最優者為得標廠商者，則工程主辦機關依行政院公共工程委員會95年8月15日工程企字第09500309690號函釋略以：「共同投標廠商於履約過程中變更成員，依『共同投標辦法』第10條第1項第6款規定，應以成員有破產或其他重大情事者為限，旨揭案件變更成員之情形如影響原最有利標評選結果者，招標機關不宜依『共同投標辦法』第11條規定同意其變更成員」，應不宜依共同投標辦法第11條規定同意其變更成員。

第四節 工程契約客體變更

第一項 契約變更之類型

由於一般之公共工程履約期長且規模龐大，因此影響其履約之因素多，欲訂立一完美契約以應付所有可能發生之狀況有其困難，且工程圖說亦難以詳實無誤地描述全部工程細節，再加上設計過程中對於部分設計圖、表格或規範之修正如未相互配合一致時，即可能發生契約文件之分歧、不一致或矛盾，因此導致必須辦理契約變更以利工程繼續進行。

依採購契約要項，涉及契約變更之兩種類型，一為機關指示變更，一為廠商要求變更。惟廠商所提之變更，機關通常會要求不得據以增加契約價金，且其因而減省廠商履約費用者，尚須自契約價金中扣除，是以實務上廠商要求契約變更，除了採購契約要項第21點：「契約約定之採購標的，其有下列情形之一者，廠商得敘明理由，檢附規格、功能、

效益及價格比較表，徵得機關書面同意後，以其他規格、功能及效益相同或較優者代之。但不得據以增加契約價金。其因而減省廠商履約費用者，應自契約價金中扣除。（一）契約原標示之廠牌或型號不再製造或供應。（二）契約原標示之分包廠商不再營業或拒絕供應。（三）因不可抗力原因必須更換。（四）較契約原標示者更優或對機關更有利」等類似情形外，尚屬少見。

至於機關指示變更，是指契約約定機關得依工程變更條款行使單方指示工程變更權利，此乃因工程施工具有高度不確定性，如欲預測將來可能發生所有事情的變化，並預先形成合意極為困難，藉由契約中機關指示變更條款，能使機關碰到事前沒有預見的情況發生時，得在不使契約無效的前提下，做出適當的回應，並降低雙方為應付此一無法預期風險而投入之成本考量。故機關指示變更，性質上應為意定形成權，只需依機關意思表示為之，其變更之意思表示於到達承攬廠商或於其瞭解時發生效力。

且機關指示變更，其目的係為使工程順利完成並使工程符合其需求，故機關指示變更之權利，應僅限於工作範圍之變更，至於機關指示變更後如有涉及契約價金及工期之調整者，仍應由機關與廠商依據契約中所定計價及展期辦理，如短期無法達成合意，廠商應得透過爭議處理途徑程序尋求救濟。

然機關指示變更，影響廠商權利甚鉅，其指示內容與範圍應有一定限制，以避免破壞契約雙方初始合意之基礎。即機關指示變更之範圍，應以是否影響契約同一性為斷，如機關指示變更之工作影響契約同一性時，機關並無指示變更之權利，承攬廠商得拒絕施作。如承攬廠商同意施作者，因為變更後工程契約與原契約不具契約同一性，雙方成立另一个新的承攬契約，不適用原契約之約定，廠商與機關應就契約價金重新議定。

至於契約同一性之判斷，應取決於當事人之意思與契約之經濟目的，例如變更後之工作性質與雙方締約時所預想之實質工作目的是否相同、對原工作內容質與量之影響及其對承攬廠商施工擾動程度等，如變更後之工程經濟目的、規模及性質，依一般社會交易觀念已屬重要部分發生變更者，則可認為變更後契約與原契約不具同一性，機關不得指示變更。

第二項 契約變更之程序

自政府採購法施行後，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，契約變更如有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，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，如未符合法定要件，則必須另行以公開招標或選擇性招標方式為之。

機關辦理工程採購最常見辦理契約變更之情形莫過於追加契約以外之工程，按政府採購法第22條第1項第6款⁶¹⁹之適用要件為：(一)工程採購；(二)在原招標目的範圍內；(三)因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程；(四)如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞；(五)非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的；(六)追加累計金額在公告金額以上且未逾原主契約金額50%。

其中，「在原招標目的範圍內」之要件，主要在規範機關辦理追加契約以外工程之實質內容，即變更後之工程經濟目的、規模、性質及考量廠商締約時所得合理預期等因素綜合判斷，如與原契約已不具同一性時，為避免侵害其他投標廠商之權益及違反公平競爭原則，應不得採限制性招標方式逕洽原得標廠商辦理，此為實務上機關辦理契約變更時最常忽略之重點，不可不慎。

至於政府採購法第22條第1項第4款⁶²⁰之適用要件，雖字面上並未如同條項第6款規定須「在原招標目的範圍內」，惟依政府採購法第1條規定之精神，機關辦理採購本應以公開、透明、公平、競爭為原則，本款所稱之後續擴充更應如政府採購法第22條第1項第6款須在「原招標目的範圍內」，且與原採購契約具備同一性之前提下始得為之，以避免侵害其他可能投標廠商之權益及違反公平競爭原則，且因其與第6款均屬事

⁶¹⁹ 政府採購法第22條第1項第6款規定：「在原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額50%者」。

⁶²⁰ 政府採購法第22條第1項第4款規定：「原有採購之後續維修、零配件供應、更換或擴充，因相容或互通性之需要，必須向原供應廠商採購者」。

後洽原得標廠商辦理之情形，其加帳金額亦應類推該款以不逾原主契約金額50%為限。

政府採購法第22條第1項第4款之採購標的，按行政院公共工程委員會88年6月2日(88)工程企字第8807194號函釋，包括工程、財物及勞務。惟為避免機關於辦理工程採購時，藉由本款規避政府採購法第22條第1項第6款追加金額上限之規定，且觀諸政府採購法第22條第1項第4款及政府採購協定第15條第1項第d款⁶²¹限制性招標規定：「由原供應商供應之額外交付，做為現有之物品或設施之更換零件，或係供現有物品、服務或設施擴充所需，且如更換供應商，將迫使機關購買不能符合與現有設備或服務互換性需求之設備或服務」⁶²²，其條文原意似僅限於財物及勞務採購，而未將工程採購納入，況政府採購法第22條第1項第6款及政府採購協定第15條第1項第f款對於工程採購已另有規範，爰本文認為似應將政府採購法第22條第1項第4款限縮於財物及勞務為宜。

另政府採購法第22條第1項第7款⁶²³之適用要件，參諸政府採購協定第15條第1項第g款規定，係以與原採購之「基礎計畫相符」為前提，是以本款之後續擴充似亦應如同條項第6款，須在「原招標目的範圍內」，且為避免後續擴充範圍之認定困難，其增購標的亦應明確，機關依本款辦理者，不得僅敘明「得保留未來向得標廠商增購之權利」等字樣，並應敘明得擴充之項目、內容或其金額、數量或期間。

至於政府採購法第22條第1項第7款後續擴充之金額是否應有上限乙節，因機關已預期將來可能辦理後續擴充之範圍且已於原採購之招標

⁶²¹ 原文為：「(d)for additional deliveries by the original supplier which are intended either as parts replacement for existing supplies, or installations, or as the extension of existing supplies, services, or installations where a change of supplier would compel the entity to procure equipment or services not meeting requirements of interchangeability with already existing equipment or services」。

⁶²² 按原草案本條第6款規定：「原招標目的範圍內，追加契約以外工程，有洽原採購案件訂約廠商辦理之必要，且未逾原契約金額50%」者，基於政府採購協定第15條第1項第f款規定：「如額外之建築服務並未包括於初始契約中，而係於原始招標文件之標的範圍內，經由未可預見之情形，變的有必要完成原文件中描述之建築服務，而該機構需要將額外之建築服務發包給執行相關建築服務承包商，由於將額外之建築服務與初始契約分離，基於經濟或技術理由有其困難，並將導致該機構重大不便者。然而就額外建築服務發包契約之總價值不得逾主契約金額之50%」，草案之條文，明顯超越協定許可之範圍，目前之文字已經合於協定之規範。參黃立，政府作為消費者—台灣與德國採購法制之比較，政大法學評論，第92期，頁268，2006年8月。

⁶²³ 政府採購法第22條第1項第7款規定：「原有採購之後續擴充，且已於原招標公告及招標文件敘明擴充之期間、金額或數量者」。

公告及招標文件敘明，是以尚無須如同條項第6款以不逾原主契約金額50%為限，惟如後續擴充之金額已遠逾原採購之契約金額者，本文認為除已難認係屬「原招標目的範圍內」，且為避免外界質疑有以小綁大之嫌，機關辦理採購時應依政府採購法第6條第1項之公共利益及公平合理原則予以限縮為宜。

第五節 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，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⁶²⁴。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⁶²⁵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。

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。

⁶²⁴ 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。

⁶²⁵ 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」。

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⁶²⁶即可填補此契約漏洞⁶²⁷。

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⁶²⁸。

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

⁶²⁶ 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」。

⁶²⁷ 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。

⁶²⁸ 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。

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⁶²⁹。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⁶³⁰。

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⁶³¹。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。

⁶²⁹ 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。

⁶³⁰ 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。

⁶³¹ 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」。

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⁶³²。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⁶³³，就該部分辦理部分驗收。

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

⁶³² 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。

⁶³³ 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減失之虞者，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」。

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⁶³⁴。

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

⁶³⁴ 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。

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⁶³⁵。

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⁶³⁶。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⁶³⁷。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⁶³⁸。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。

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

⁶³⁵ 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。

⁶³⁶ 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。

⁶³⁷ 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。

⁶³⁸ 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。

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⁶³⁹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⁶⁴⁰，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⁶⁴¹，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

⁶³⁹ 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」。

⁶⁴⁰ 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。

⁶⁴¹ 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。

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⁶⁴²作為其請求之具體依據⁶⁴³。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。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

⁶⁴² 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」。

⁶⁴³ 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。

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⁶⁴⁴。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⁶⁴⁵，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

⁶⁴⁴ 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。

⁶⁴⁵ 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」。

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⁶⁴⁶。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⁶⁴⁷。

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

⁶⁴⁶ 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。

⁶⁴⁷ 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商自行承擔吸收，自不合理⁶⁴⁸。

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

⁶⁴⁸ 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。

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⁶⁴⁹」；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⁶⁵⁰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。

⁶⁴⁹ 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.」

⁶⁵⁰ 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）」。

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⁶⁵¹，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

⁶⁵¹ 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」。

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⁶⁵²，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。

第六節 結語

公共工程於政府採購之履約過程中常因政策性考量、實際施作問題、法令修改、民意反映、使用單位需求等因素，而須適當辦理契約變更，惟機關辦理工程採購實務上，對於契約變更在政府採購法架構下，是否應有一定的範圍與限制，以及如何適用政府採購法之規定與程序常生困惑。

因此本文除就契約主體變更之意義略作說明外，並以政府採購法禁止轉包之規定，對實務上可能發生契約主體變更之情形作一探討，期能提供機關人員作為判斷是否辦理契約變更之參考。

本文並就「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項但書，具體建議應修正為「但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，且經機關同意者，得洽該廠商履約」，賦予機關選擇補繳保證金或由連帶保證廠商履約之裁量權，以避免連帶保證廠商履行原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分，致有實質轉包之情形發生。

而就實務上常發生之監督付款制度，本文則建議，於原得標廠商已完成之工程進度達一定程度時，因原得標廠商本身財務狀況不佳，導致工程進度落後之情形下，如原得標廠商之分包商此時仍有履約之意願與能力，為確保分包商能夠確實獲得工程款，以及使工程有機會如期完成，機關應依契約規定與原得標廠商終止契約，並由政府採購法之主管機關依該法第22條第1項第16款規定，認定此時得由工程主辦機關採限制性招標方式與原得標廠商之分包商另訂工程採購契約，如此方能徹底解決三方關係下所產生之複雜法律關係，並達到使工程順利進行之目

⁶⁵² 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。

的。

就工程契約客體變更部分，本文則就工程契約變更之範圍與限制、機關指示契約變更的必要性與容許性進行探討，並依契約變更的內容，以新增契約工作項目、刪減契約工作項目、工作數量增減及工作性質與內容等四種變更情形分別討論。

其中，對於機關刪減契約工作項目如已構成契約之部分終止者，有關承攬人得請求損害賠償之範圍，本文認為在契約有約定時應依契約負損害賠償責任，如契約未有任何約定者，則應視工程性質予以區分。

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；至於工程部分竣工後，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。

另機關辦理契約變更如有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，於政府採購法架構下將其視為限制性招標之類型。因此本文除提醒機關注意政府採購法第22條第1項可能涉及契約變更之各款適用要件外，並基於採購之公開、公平、競爭等原則，對政府採購法第22條第1項涉及契約變更之相關規定做出具體建議，期能避免機關辦理工程採購時，假藉契約變更之名而行招標之實之情形發生。

如政府採購法第22條第1項第4款所稱之後續擴充，為避免侵害其他可能投標廠商之權益及違反公平競爭原則，本文認為應如政府採購法第22條第1項第6款須在「原招標目的範圍內」，且與原採購契約具備同一性之前提下始得為之，且因其與第6款均屬事後洽原得標廠商辦理之情形，其加帳金額亦應類推該款以不逾原主契約金額50%為限。

而政府採購法第22條第1項第4款之採購標的，按行政院公共工程委

員會函釋，雖包括工程、財物及勞務。惟為避免機關於辦理工程採購時，藉由本款規避政府採購法第22條第1項第6款追加金額上限之規定，且觀諸政府採購法第22條第1項第4款及政府採購協定，其條文原意似僅限於財物及勞務採購，而未將工程採購納入，況政府採購法第22條第1項第6款及政府採購協定第15條第1項第f款對於工程採購已另有規範，爰本文建議應將政府採購法第22條第1項第4款限縮於財物及勞務為宜。

另政府採購法第22條第1項第7款後續擴充之金額是否應有上限乙節，因機關已預期將來可能辦理後續擴充之範圍且已於原採購之招標公告及招標文件敘明，是以尚無須如同條項第6款以不逾原主契約金額50%為限，惟如後續擴充之金額已遠逾原採購之契約金額者，為避免外界質疑有以小綁大之嫌，本文則建議機關於辦理採購時應依政府採購法第6條第1項之公共利益及公平合理原則予以限縮為宜。

綜上，本文期能以上開意見與建議，提醒工程主辦機關於辦理契約變更時所應注意之相關程序與規定，並提供機關瞭解實務上可能發生契約變更之爭議類型及其解決方式之參考，期能減少機關人員與廠商對於履約管理實務上之認知落差，進而降低政府採購履約階段糾紛之發生，並藉此提高政府整體之採購效率及經濟利益。