

第二章 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⁴。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。且契約之解釋是對契約設立的權利義務予以更為具體之確定，而非重新賦予契約不同之意思內涵。因契約解釋之目的係為解決契約條款相互間之矛盾和衝突，對不明確、模糊之條款，作出適當之解釋。

而契約解釋一般可分為闡明性契約解釋（*erläuternde Vertragsauslegung*）與補充性契約解釋（*ergänzende Vertragsauslegung*）⁵，前者係指契約中的概念及詞句的含義，經常不很清楚，於澄清這些模擬兩可的語句，或以擴張或限制方式解釋時，不得有背於當事人曾表示的意思（*der wirklich geäußerte Parteiwille*）；後者則係指對契約的客觀規範內容加以解釋，以填補契約漏洞而言⁶。惟契約解釋於我國民法僅在第98條有相關之規定，於實務上，則常用一些得為契約解釋及漏洞填補之法律原則，當作判斷依據，如下分述之：

第一節 工程契約解釋原則

關於契約的解釋，應區別為意思表示的解釋與契約解釋兩者。前者，主要乃針對構成契約（要約與承諾）的意思表示，或合意與否，屬於契約成立與生效階段的解釋作業；後者，牽涉到契約關係內容的認定，與契約內容的形成，息息相關。實務上，多半較複雜的契約約定內容，絕大多數形諸文字，成立書面。在此情形下，約定內容所具有法律規範意義的爭執，幾乎起因於當事人就契約書所記載條款，其意義內涵

⁴ 交通部臺灣區國道新建工程局一般條款 D.5：「以下契約文件間，若有相互衝突或不一致之情形時，除另有規定外，應依照下列順位決定其適用之優先順序：(1) 契約書主文。(2) 決標通知。(3) 開標紀錄。(4) 補充說明。(5) 投標單及其附錄。(6) 特訂條款。(7) 投標須知。(8) 設計圖說。(9) 一般條款。(10) 施工技術規範及其他各類施工規範。(11) 其他契約文件。」

⁵ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 77，2002 年 9 月。

⁶ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 80，2002 年 9 月。

有爭議，或就其適用的範圍與對象，發生爭執。契約解釋，實際上，就是契約書面條款的解釋⁷。是以，涉及工程契約解釋之情形，多係因契約雙方對條款內容之解讀發生爭議，而較少爭執契約是否成立與生效。

而契約書面條款的解釋，其目的主要在探求契約條款法律上規範上意義，法律的解釋，亦在於探求法律客觀的規範意義，就此點而言，契約與法律的解釋有類似的方面。如將法律解釋方法⁸運用到契約解釋，可列出以下幾個基準：（1）契約文義；（2）被解釋的條款，在契約中的體系地位；（3）訂約當時的事實及資料，如締約過程、往來文件及契約草案等；（4）交易上同類型的契約條款的比較；（5）契約目的⁹。爰涉及工程契約條款相互間之矛盾、衝突、不明確或模糊時，參酌前開法律解釋方法，得視採購案件性質與個案情形衡以下列原則而為解釋。

第一項 法律行為有效原則

解釋法律行為，除當事人就其意思表示別有含義，如通謀虛偽意思表示¹⁰或心中保留¹¹等情形外，應盡量使其為有效之解釋，蓋法律行為內容之不能、不確定或違法，非當事人之所欲，非其真意所在，此即所謂「法律行為有效之原則」¹²。相對於德國民法立法者強調誠信原則與交易習慣，法國法系國家常有解釋原則的指示，如「兩種解釋可能性中，應選擇能使契約條款維持其效力者，而非使其無效」¹³。亦即假若契約文字有兩種或兩種以上之意義，其中一個意義使契約有效，另外的意義

⁷ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 76，2004 年 1 月。

⁸ 法律解釋的方法，有下列 5 個標準：（1）法律文義；（2）體系地位；（3）立法史及立法資料；（4）比較法；（5）立法目的。參王澤鑑，法律思維與民法實例，三民書局經銷，頁 264，1999 年。

⁹ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 79，2004 年 1 月。

¹⁰ 最高法院 62 年台上第 316 號判例：「所謂通謀為虛偽意思表示，乃指表意人與相對人互相故意為非真意之表示而言，故相對人不僅須知表意人非真意，並須就表意人非真意之表示相與為非真意之合意，始為相當，若僅一方無欲為其意思表示所拘束之意，而表示與真意不符之意思者，尚不能指為通謀而為虛偽意思表示」。即民法第 87 條規定：「表意人與相對人通謀而為虛偽意思表示者，其意思表示無效。但不得以其無效對抗善意第三人（第 1 項）。虛偽意思表示，隱藏他項法律行為者，適用關於該項法律行為之規定（第 2 項）」。

¹¹ 如果表意人明知其所表示者非其所願，稱為真意保留或心中保留（Mentalreservation, Geheimer Vorbehalt）。即民法第 86 條規定：「表意人無欲為其意思表示所拘束之意，而為意思表示者，其意思表示，不因之無效。但其情形為相對人所明知者，不在此限」。參黃立，民法總則，作者自版，頁 277，2005 年 9 月。

¹² 參楊仁壽，法學方法論，基礎法學叢書，頁 223，1986 年 11 月。

¹³ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 81，2004 年 1 月。

使契約淪於無效，應選擇能使契約有效之意義而為解釋¹⁴。

另契約解釋在考量時應適用「儘可能作與法律相符的解釋」(rechtskonforme Interpretation)的原則。如一契約經以一種解釋方法後係屬違法，若其以另一方法解釋係屬合法，自應以後者為準。其情形一如解釋法律時，對於合憲性解釋原則的適用¹⁵。

第二項 探求當事人真意原則

關於契約解釋的基本原則，我國民法並未如德國民法第157條¹⁶設有明文，僅於我國民法第98條參採德國民法第133條規定，對於意思表示的解釋，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。我國民法雖無契約解釋原則之明文，然實務上均已強調「當事人真意」為契約解釋基本原則¹⁷。契約解釋的目的，在於探求當事人之真意。至於所謂當事人之真意，不是指當事人內心主觀之意思，而是從意思表示受領人立場去認定的「客觀表示價值」¹⁸。

亦即所謂探求當事人真意，並非在探求契約任何一方當事人主觀的意思或認知，而應該在探求當事人共同主觀的意思。蓋約定之內容具有法律規範效力的意義如何，在當事人間若無爭執，無論該內容，客觀上如何被瞭解，也不管客觀上是否具有歧義性，仍以當事人共同主觀意思為準¹⁹。即使有爭執，當事人若能自主地，或透過第三人的協助，就約定內容的規範意義，達成共識，亦應以此共同理解的意義為準。當事人共同主觀意思若確實存在，縱然當事人用語錯誤，不知情客觀第三人將會為不同的理解，亦同。此即「用語錯誤，無害真意」²⁰（即誤載不害

¹⁴ David Yates, Exclusion Clauses in Contracts 92, 1978. 參自劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局出版，頁124，1988年1月。

¹⁵ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁77，2002年9月。

¹⁶ 德國民法第157條規定：「契約之解釋，應斟酌交易習慣，依誠實信用的原則為之」。

¹⁷ 如最高法院18年上字第1727號判例：「解釋私人之契約應通觀全文，並斟酌立約當時之情形，以期不失立約人之真意」；最高法院19年上字第453號判例：「契約應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意」；最高法院39年台上字第1053號判例：「解釋當事人之契約，應以當事人立約當時之真意為準，而真意何在，又應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意」；最高法院49年台上字第303號判例：「解釋當事人立約之真意，除雙方中途有變更立約內容之同意，應從其變更以為解釋外，均以當事人立約當時之真意為準」。

¹⁸ 參王澤鑑，債法原理（一），三民書局經銷，頁239，1999年10月。

¹⁹ 參陳自強，契約之成立與生效，學林文化，頁242，2002年。

²⁰ 最高法院28年上字第598號判例：「抵押權為對於債務人或第三人不移轉占有而供擔保之不動產，

真意)的解釋原則²¹。其與表示錯誤不同，蓋契約標的物雖被錯誤的標示，但卻為表示相對人依真意為解釋而了解，由於當事人儘管客觀的標示錯誤，一致願意要正確的標的，自無錯誤之撤銷可言，因此錯誤的標示，無損於契約之成立(falsa demonstratio non nocet)²²。如當事人確曾有共同主觀意思，但嗣後又否認而各執一詞，法院「應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準」，確認共同主觀意思的存否及其內容²³。

此外，如契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解²⁴，即契約條款如業已明確，則無須另以契約解釋方式探求。惟須注意者，機關於擬定工程契約時，其擬定之人雖多具有工程專業之背景，惟對於法律用語卻未必符合民法概念，如實務上最常發生者即為「解除契約」與「終止契約」概念之混淆²⁵，因此為確定當事人所欲表達的真正意義，契約解釋時應通觀全文，不可拘泥於契約之文字。另解釋契約固屬事實審法院之職權，惟既涉有法律上的判斷，其解釋如違背法令或有悖於論理法則或經驗法則，自非不得以其解釋為不當，援為上訴第三審之理由²⁶。

是以，對於契約條款相互間之矛盾衝突，或不明確、模糊之條款所為之解釋，不能僅依契約文字，更須探求當事人真意，並考量過去事實及其他一切證據資料為判斷原則。

第三項 依工程習慣客觀解釋原則

關於契約的解釋原則，德國民法第157條規定：「契約之解釋，應斟酌交易習慣，依誠實信用的原則為之」²⁷。所謂「交易習慣」，指在

得就其賣得價金受清償之權利，民法第 860 條規定甚明。債務人就其所有之不動產向債權人設定如斯內容之權利時，雖其設定之書面稱為質權而不稱為抵押權，亦不得拘泥於所用之辭句，即謂非屬抵押權之設定」。

²¹ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 78，2004 年 1 月。

²² 參黃立，民法總則，作者自版，頁 287，2005 年 9 月。

²³ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 78，2004 年 1 月。

²⁴ 參最高法院 17 年上字第 1118 號判例：「解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解」。

²⁵ 契約之解除者，乃當事人一方行使解除權，使契約效力溯及的消滅之意思表示也；契約之終止，乃當事人本於終止權，使繼續的契約關係向將來消滅之一方的意思表示也。參鄭玉波，民法債編總論，三民書局，頁 348/369，1996 年 11 月。

²⁶ 參最高法院 83 年台上字第 2118 號判例。

²⁷ 奧國民法第 914 條規定：「於解釋契約時，不得拘泥於文句之意義，而應探求當事人之真意，及是

交易上實際存在，而為多數人遵行的行為。其自身並非法律規範，僅是解釋時有影響力的事實要素而間接成為法律的內涵者。與習慣法自身即係法律規範者不同。在對契約從事解釋時，係以締約的時點為準，而不以解釋的時點為準。在解釋契約時，如在不同地區有不同的交易習慣，應以為要約地的交易習慣為準。如果雙方當事人屬於不同行業或職業，自不應以非共通的交易習慣，為不利一方當事人的解釋。他方面卻也無法認為，因為意思表示接收人不屬於該行業，而應適用對要約人不利的交易習慣。至於當事人對於考慮適用的交易習慣的效力有無了解，並不重要²⁸。

而我國民法對於契約之解釋雖未如德國設有明文，惟按我國民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理」，是以工程契約之解釋，如法律未設有相關規定者，得參酌工程習慣²⁹予以解釋。尤其當契約條款模糊不清時，工程慣例將可作為解釋當事人真意之參考依據³⁰。

例如：臺灣高等法院86年度重上更(一)字第72號民事判決即稱：「依建築法第70條規定，建築物僅須『主要構造』、『隔間』及『主要設備』與設計圖相符，即可申請使用執照，至其他工程問題則應視承造人與定作人間之合約如何約定，要非主管機關之審查範圍。依工程習慣，使用執照之取得為承造人主張工作物完成不可或缺之要件，惟其縱已取得使用執照，如尚有約定其他工程尚未完成，自不得謂其已完工」。

另當事人訂立契約時，如有以習慣或慣例為契約內容之意思時，自當適用習慣或慣例，惟此等習慣或慣例，應解為僅具補充契約之效力，於契約無明文時，始有其適用，若該契約業已明定，即令有相反之習慣或慣例，亦無適用之餘地³¹。爰解釋工程契約得於契約不明確或無明文時，參酌工程習慣客觀解釋之。

第四項 對契約作成者不利解釋原則

否與善良交易習慣相符」。

²⁸ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁78，2002年9月。

²⁹ 惟須注意民法第2條規定：「民事所適用之習慣，以不背於公共秩序或善良風俗者為限」。

³⁰ Michael S. Simon, Construction Contracts and Claims 70, 1979.

³¹ 參楊仁壽，法學方法論，基礎法學叢書，頁224，1986年11月。

所謂對契約作成者不利解釋原則(Contra Proferentem)³²，係指契約內容欠明瞭或條款不清時，應作不利於作成者之解釋，此乃本諸公序良俗所為之闡釋，蓋為保護經濟上之弱者，惟有將不合理或不當之處，稍加壓抑，始能謀其權衡也³³。

此種解釋原則淵源於羅馬法「有疑義應為表意者不利益之解釋」原則，其後為法學界所接受³⁴。如奧國民法第915條規定：「單方義務行為有疑義時，應認定義務人係負較輕之義務，而非較重之義務；在雙務行為，其表示之不清晰處，係由一方造成者，在解釋時，應作不利於其之解釋」³⁵。即契約條款如欠明瞭或含糊不清時，在解釋時將作不利於契約擬定者之解釋³⁶。

我國消費者保護法第11條第2項即明定：「定型化契約條款如有疑義時，應為有利消費者的解釋」，此一規則被稱為「不清晰規則」(interpretatio contra proferentem)。此一規則符合誠信原則的要求，其適用範圍不應以定型化契約或消費關係為限，只要一方當事人在經濟上的力量遠逾他方，並其為不清晰條文的起草者時，應認為有誠信原則的違反，而適用不清晰規則³⁷。於機關辦理之工程採購雖因承攬工程之廠商並非消費者³⁸，故不能直接適用消費者保護法有關定型化契約之規定³⁹，惟仍應得為工程契約解釋之參考。

³² 關於契約解釋，自羅馬法以來有三種主要的原則：(1) 誤載不害真意 (falsa demonstratio non nocet)；(2) 矛盾行為不予尊重 (protestatio declarationi)；(3) 有疑義時，應作不利條款制定人之解釋 (interpretatio contra proferentem)。參王澤鑑，債法原理（一），三民書局經銷，頁 239，1999 年 10 月。

³³ 參楊仁壽，法學方法論，基礎法學叢書，頁 223，1986 年 11 月。

³⁴ 參劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局出版，頁 125，1988 年 1 月。

³⁵ 此為德奧學說及判例所普遍遵循，尤其常用於定型化契約條款之解釋。參黃立，民法總則，作者自版，頁 241，2005 年 9 月。

³⁶ Bruce M. Jervis & Paul Levin, Construction Law, Principles and Practice 28, 1988.

³⁷ Muenchener/Mayer-Maly, Rz. 7 zu §157. 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 77，2002 年 9 月。

³⁸ 行政院消費者保護委員會 87 年 12 月 7 日台 87 消保法字第 01373 號函：「按政府（行政機關）如非基於公權力主體地位行使其統治權，而係處於與私人相當之法律地位，並在私法支配下實施各種行為者，學理上稱之為『私經濟行政』或『國庫行政』，通說上均認為屬於私經濟行政之事項，適用私法之規定，並有民法上私法自治原則之適用。政府機關為達成行政上之任務，所採取之私法型態之行為，屬於私經濟行政類型之一，應受民法及其他民事法律之規範。查政府機關發包工程，其法律性質殆可歸類為私法上之承攬，其法律地位與私人並無二致，縱兼有行政上任務而非以營利為其目的，揆諸消費者保護法第 2 條及同法施行細則第 2 條之規定，似仍應認屬企業經營者」，可資參照。

³⁹ 行政院消費者保護委員會 87 年 9 月 24 日台 87 消保法字第 01061 號函：「政府機關發包工程時，應屬企業經營者，但承包工程之廠商並非消費者，亦屬企業經營者，因此雙方所締造之契約，

例如行政院公共工程委員會於政府採購履約爭議處理案例【調88015號】之調解內容即謂：「主辦機關固以『工程預定進度表(乙式)』中『圖說送審』及『施工』二欄合計之工期為90日曆天而主張本工程工期為90日曆天，惟查該進度表『工程期限』欄之天數劃至180日曆天，且本工程刊登政府採購公報之公告所載『履約期限』為180日曆天，縱主辦機關主張該公告內容係屬錯誤，亦屬主辦機關之重大過失。再者，本工程刊登政府採購公報之公告所載『履約期限』固為180日曆天，惟『工程預定進度表(乙式)』中『圖說送審』及『施工』二欄所載期限為90日曆天，二者不一致，此時任何有工程投標經驗之廠商，本應依本工程招標文件台灣省各機關營繕工程投標須知及附件第6條規定，要求招標機關說明，惟申請廠商並未依該規定提出要求，亦不無過失。揆諸前揭說明，暨參酌契約條款不明確時應對契約提供者作不利益解釋之原則及民法第217條第1項⁴⁰規定，為衡平雙方責任，本工程履約期限建議訂為160日曆天，由雙方重新議訂工程進度表」。即對於契約內容矛盾衝突者，因契約文件係由工程主辦單位所提供，為衡平雙方責任，故採用對契約作成者不利解釋原則。

第五項 同種限制解釋之原則

在解釋法律或契約之文義時，「同種限制」(ejusdem generis)解釋之原則，經常被援用以界定「用語」之涵義。法條或約定為「例示」之規定或約定時，恒以「概括」之用語，解釋此種概括之用語時，應受例示用語之限制，不能以其作最廣之意義而為解釋，而應與例示用語做同種解釋。例如解釋「戰爭、騷亂或其他一切原因」，就概括規定「其他一切原因」詮釋時，應斟酌例示規定「戰爭」「騷亂」之用語，以界定其意義⁴¹。亦即「其他一切原因」，非泛指其他一切原因，而應指與「戰爭」「騷亂」相類之其他一切原因而言，「戰爭」「騷亂」乃係一

自不能直接適用消費者保護法有關定型化契約之規定，應適用民法及其他相關法令之規定」；另最高法院90年度台上字第641號判決略以：「按消費者保護法所稱之消費者，係指以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者而言，此觀同法第2條第1款規定自明。本件系爭工程合約，係被上訴人就特定之工程以招標方式決定承攬人即上訴人而與之訂約，顯非消費者之交易…上訴人主張依消費者保護法第12條規定，系爭工程合約中第21條第(3)款之約定為無效一節，委無足取」。

⁴⁰ 民法第217條第1項規定：「損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之」。

⁴¹ David Yates, *Exclusion Clauses in Contracts* 149, 1978.

人為因素，因之「冰害」不在其內⁴²。

第六項 公平合理原則

公平合理原則是一千多年來自自然法之核心，但百年來已漸形成具有法律規範效力之法律基本原則，進而變成法律條文之一部分⁴³。按1998年5月27日制定公布之政府採購法第6條第2項規定：「機關訂定採購契約應以維護公共利益及公平合理為原則」，本條之公平合理原則除依法條文義為訂定契約時之參考基準外，於契約文義不明時，當然可以做為解釋契約之基準⁴⁴。如行政院公共工程委員會88年8月24日（88）工程企字第8812062號函即謂：「政府採購法第6條第2項規定：『機關訂定採購契約應以維護公共利益及公平合理為原則』，前揭採購之物料為配合工程急需，對不符合契約規定之物料予以扣款、罰款金額，應符合此一規定及本法施行細則第98條關於減價金額之計算方式」，可資參照。

政府採購法第6條第2項雖於2002年2月6日修正為第6條第1項：「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇」，惟其理由乃係以擴大適用範圍至準備招標文件、處理廠商異議申訴、處理履約爭議等事項，是以機關辦理工程採購，就工程契約之解釋亦應以公平合理為原則乃屬當然。

例如行政院公共工程委員會【調88057號】履約爭議調解意見及理由即稱：「總價承包契約如將工程風險全歸之於承商，則當業主所訂圖說、工作項目、數量等如未能精確予以編列、說明或估算時，對承商必有不公。茲本諸總價承包之精神，自應依民事公平、誠信原則為適當調整。另核諸內政部86年2月25日台86內營字第8672339號函所附工程契約範本第12條工程變更（註：本會工程採購契約範本第3條亦有相同之規定）及採購契約要項第32條契約價金之調整所載，實已就總價承包契約之工程項目，其實做數量如較合約數量增減10%以上者，其逾10%之部分，得以變更設計增減之，予以補充規定，其力求總價承包契約執行上之公平、合理之本意，自可參採辦理」。

⁴² 參楊仁壽，法學方法論，基礎法學叢書，頁224，1986年11月。

⁴³ 參羅明通，談政府採購之公平合理性，營建知訊，第228期，頁61，2002年1月。

⁴⁴ 羅明通，採購法規範之範圍及公平合理原則適用於採購行為之界線，律師雜誌，第249期，頁32，2000年6月。

第七項 誠實信用原則

民法領域中，廣為流傳並被接受之原則之一，乃誠實信用之原則。究竟誠信原則之由來如何，論說難有一致。有云誠信原則濫觴於羅馬法之「一般惡意抗辯」(exceptio doli generalis)。法國民法雖無一般惡意抗辯之規定，卻有類似之制度。法國民法第1134條第3項規定，契約應本「善意」(de bonnefoi)而履行。法律規定契約約定外另要求以「善意」對應，庶幾與誠信原則相近。迨至德國民法第242條條文用辭正式使用「誠實信用」(Treu und Glauben)字彙，誠信原則旋即正名⁴⁵。

所謂誠信原則係指每人應對其所為之承諾信守，而形成所有人類關係所不可或缺的信賴基礎。換言之，指在「善良思考之行為人間，相對人依公平方式所可以期待之行為」。此一原則係一有待具體化之尺度，須於個案中為價值之判斷，於價值判斷時，應以公平之一般要求，及民眾或相關行業之法律意識為準則。誠信原則之遵守構成了法律上往來的基礎，因此此一原則不應只適用於債之關係⁴⁶，凡有法律上特別約束時（如物權、訴訟法、公法）均可適用⁴⁷。

契約文義的法律規範意義，若綜觀契約全文，仍有疑義時，誠實信用原則成為契約解釋的指導思想。蓋在誠信原則下，參與法律交往的關係人互相之間，被期待其行為均能符合誠實思考的公平之人的標準，而契約當事人彼此間，亦期待他方的行為，正如同誠實思考公平之人為實現契約目的所將為者⁴⁸。因此，對於工程契約之解釋，誠實信用原則亦應為重要之判斷依據。

另對於誠信原則之效力，有認為應將其視為與其他的法律強制規定，有相同的效力。也有人認為誠信原則是法律關係的最高原則，在適用其他法條而產生與此原則不相符合的結果時，有限制其他法條的效

⁴⁵ 參曾世雄，民法總則之現在與未來，元照出版，頁46，2005年10月。

⁴⁶ 民法第148條第2項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」，誠信原則係民法總則修訂後所增列，應適用於任何權利之行使及義務之履行，我國民法原依德國立法例（德國民法第242條），僅就行使債權，履行債務之誠信原則，於原民法債編第219條中規定，似難涵蓋其他權利之行使與義務之履行，修正時乃參考瑞士民法第2條、日本民法第1條之規定，將誠信原則擴大適用於一般法律關係，並移列於總則編。參黃立，民法總則，作者自版，頁520，2005年9月。

⁴⁷ 參黃立，民法總則，作者自版，頁521，2005年9月。

⁴⁸ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁81，2004年1月。

力。德國判例⁴⁹採取第二種看法，常以此原則來限制其他法條的效力，此種功能被稱為修正功能（korrektorische Funktion）⁵⁰。

第二節 工程契約漏洞的填補

前揭契約解釋，主要的目的在確定當事人約定的內容，特別是契約書面所載條款，其所具有的法律規範意義。若約定的內容，欠缺實現當事人契約規範計畫所必要的規定，契約發生漏洞，無從以契約文義為出發點，確認契約文義所具有的意義規範。因此，透過契約的解釋，若可確定就一定事項，當事人有意不規範，並非契約漏洞。如在工程營建契約，契約明訂工程款，不受物價波動影響，則契約未載明工程款調整的條件與方式，不能說是契約有漏洞⁵¹。

亦即契約漏洞，係指契約關於某事項依契約計畫應有訂定而未訂定，此多屬契約非必要之點。契約所以漏洞發生，有由於當事人未能預見未來情事的發生；有由於當事人相信雖未約定，終可透過磋商處理，或法律必有合理解決之道；有由於當事人欠缺必要的資訊，為避免支付高的交易成本，而未訂立所謂的「完全的契約」，對該當契約關係可能發生爭議的危險分配，作周全的約定⁵²。另契約漏洞，也可能發生在契約一部無效的情形，即當事人就有待規範事項，不僅預見有規範必要，也真有所約定，但約定內容，因牴觸法律強制或禁止規定而一部無效，或定型化契約條款因違反消費者保護法第12條⁵³或民法第247條之1⁵⁴內容規定而無效，但其他部分仍然有效⁵⁵之情形。

關於契約漏洞的填補，民法第153條第2項規定：「當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為

⁴⁹ 德國第國法院判決 RGZ 85, 108, 117. 參黃立，民法總則，作者自版，頁 522，2005 年 9 月。

⁵⁰ 參黃立，民法總則，作者自版，頁 522，2005 年 9 月。

⁵¹ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 83，2004 年 1 月。

⁵² 參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁 244，1999 年 10 月。

⁵³ 消費者保護法第 12 條規定：「定型化契約中之條款違反誠信原則，對消費者顯失公平者，無效(第 1 項)。定型化契約中之條款有下列情形之一者，推定其顯失公平：一、違反平等互惠原則者。二、條款與其所排除不予適用之任意規定之立法意旨顯相矛盾者。三、契約之主要權利或義務，因受條款之限制，致契約之目的難以達成者」。

⁵⁴ 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」。

⁵⁵ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 84，2004 年 1 月。

成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之」，所謂法院應依其事件之性質定之，有認為係指法院應以客觀標準，衡情度理，予以處斷；有認為由法院解釋，而以任意法規、習慣、法理為標準決定之，即應依任意法規、契約補充解釋加以填補⁵⁶，其中契約補充解釋即在探求擬制的當事人意思。是以工程契約如有疏漏之情形，首先應由任意規定加以補充，次則應透過探求擬制的當事人意思而為填補。

第一項 任意規定

法律行為的大原則「私法自治 (Privatautonomie)」原則，容許當事人在廣泛的範圍內，塑造其法律關係。但往往當事人之間的約定，並不完整或有欠清晰，任意規定就是有力的輔助。例如民法第314條規定：「清償地，除法律另有規定或契約另有訂定，或另有習慣，或得依債之性質或其他情形決定者外，應依左列各款之規定：一、以給付特定物為標的者，於訂約時，其物所在地為之。二、其他之債，於債權人之住所地為之」，就是典型的任意規定，規範的目的在於補充適用⁵⁷。

法律設任意規定之目的，實際上亦著眼於契約漏洞之補充。當事人對於契約上非必要之點，所以未為約定，亦多因相信法律會設有適當合理的規定⁵⁸。有待規範事項，即使未事先約定，就任意規定的適用，雙方當事人若能達成共識，契約漏洞亦能被填補。縱然無法意思表示一致，法院亦能透過任意規定的適用，填補契約漏洞，決定契約關係的內容⁵⁹。

是以，只要契約行為符合法律規範的類型，契約漏洞即可因此而得以填補⁶⁰。例如關於買賣標的物運費之負擔，當事人未為約定時，應適

⁵⁶ 參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁244，1999年10月。

⁵⁷ 參黃立，契約當事人約定漏開發票行為之效果，月旦法學教室，第20期，頁10，2004年6月。

⁵⁸ 參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁245，1999年10月。

⁵⁹ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁85，2004年1月。

⁶⁰ 惟如有下列情形者，任意法就無法發揮其補充契約的功能了：(1) 任意法的規定顯然無助於規範漏洞的排除，因為對於待解決的問題，在任意規定並未包含有客觀上適當的規範(2) 由雙方當事人有漏洞的行為中顯示，當事人不願意接受任意法規則的適用者(3) 法定規範由於當事人錯誤的想法，致其效果與其所尋求者大相逕庭者(4) 具體行為的規範大幅背離法定的行為態樣，以致於法定規範無法得出客觀合理的解決者(5) 任意法的規範不符合改變的經濟關係，以致於契約實務上均不採行時。參黃立，民法債編總論，作者自版，頁79，2002年9月。

用民法第378條⁶¹規定。另最高法院29年上字第826號判例亦謂：「民法上關於出賣人應負物之瑕疵擔保責任之規定，係為補充當事人之意思表示而設，除當事人有免除擔保責任之特約外，出賣人當然有此責任，不得謂當事人未訂有出賣人應負擔保責任之特約，出賣人即無此種責任」，可資參照⁶²。

第二項 探求擬制的當事人意思

填補契約漏洞優先考量由任意規定加以補充，較能滿足法律安定性的要求，惟任意規定主要存於有名契約類型的法律規定中，若不屬有名契約類型或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，並探求契約目的藉此填補契約漏洞。為此目的，首應澄清雙方當事人的利益關係，尋求自當事人相互衝突的利益立場上，以其若曾考慮此點，會如何公平合理的加以規範，作為決定⁶³。在補充性契約解釋，其所探求的當事人真意，不是事實上經驗的意思，而是「假設的當事人意思 (hypothetische Parteiwille)」，即雙方當事人在通常交易上合理所意欲或接受的意思⁶⁴。且假設的當事人意思，乃是一種規範性的判斷標準，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加以認定，期能實現契約上的平均正義⁶⁵。

此漏洞彌補的合法性，乃源於德國民法第157條⁶⁶所揭示的原則，我國民法雖無規定，應可作相同的解釋⁶⁷。且依善良交易習慣的解釋，也容許所謂的補充解釋 (ergänzende Auslegung)，如於行為締結後，發現尚有欠次要之點為當事人所未慮及，因之亦未加以規範時，可參酌

⁶¹ 民法第 378 條：「買賣費用之負擔，除法律另有規定或契約另有訂定或另有習慣外，依左列之規定。一、買賣契約之費用，由當事人雙方平均負擔。二、移轉權利之費用，運送標的物至清償地之費用及交付之費用，由出賣人負擔。三、受領標的物之費用，登記之費用及送交清償地以外處所之費用，由買受人負擔」。

⁶² 在解釋或補充契約內容時，應先確定契約的類型，要確定契約的類型，應看契約的必要之點，以及客觀上可瞭解的內容，如此才可決定要約的契約是何種類型（有名契約、混合契約或無名契約）。之後才能談到任意法的補充，因為任意法本用於補充契約的內容。但法律對特定類型的契約有相反的明文規定者，就排除了補充的可能性。參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 59，2002 年 9 月。

⁶³ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 79，2002 年 9 月。

⁶⁴ 參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁 245，1999 年 10 月。

⁶⁵ Oechsler, *Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag*, 1997, S. 167f. 參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁 246，1999 年 10 月。

⁶⁶ 德國民法第 157 條規定：「契約之解釋，應斟酌交易習慣，依誠實信用的原則為之」。

⁶⁷ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 80，2002 年 9 月。

任意法之規定、主管機關公佈的定型化契約範本、交易習慣或當事人所追循之目的，透過補充解釋，而尋出契約的附屬義務或約定。此種補充解釋方法，乃依私法自治而尋求法律效果，係屬「實體解釋規則」，與「任意法之補充規定」不同⁶⁸。

且此一漏洞填補旨在補充契約的不備，而非在為當事人創造契約，故應採最少介入原則，不能變更契約內容，致侵害當事人的私法自治⁶⁹。另誠信原則在此則具有重大意義，因為依據誠信原則可以推定當事人間，就未協議之點依善良方式原應如何，以及契約當事人間應忠誠合作的要求⁷⁰。即工程契約如遇有契約漏洞時，如無任意規定得以適用時，應視個案性質探求雙方當事人若曾考慮此點，會於契約中如何規範，並依據誠信原則推定及尋求雙方最大利益而為解釋。

例如臺灣臺北地方法院86年度再易字第14號民事判決：「依據『對契約所創設客觀規範加以解釋以填補契約之漏洞』之『契約解釋』原則，並本於『以當事人於契約上所作之價值判斷為出發點，基於誠信原則並斟酌交易上習慣』之精神，就系爭同意書予以補充解釋…係為『維護市場安定』亦即該項買回條款之規範目的，根據此契約目的，前所述逾期藥品不得於市場販售之交易習慣及誠實信用原則判斷…，故雙方之前開同意書內容應依此趣旨補充之」。

另此種漏洞彌補不得擴張契約的標的，亦不得與當事人已表示的意思相違背，其只能於契約的架構內，且須合於誠信原則，此種方法的運用，亦不能使契約無效。此時應考慮所有相關的情況，例如雙方當事人在善良作為下，對於未解決的點，原應考慮的方式。也就是應依具體個案中的標準，而非依法定的一般化標準去解釋⁷¹。是以，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抵觸。

第三節 小結

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

⁶⁸ 參黃立，民法總則，作者自版，頁239，2005年9月。

⁶⁹ Ehricke, Zur Bedeutung der Privatautonomie bei der ergänzenden Vertragsauslegung, RabelsZ 1996, 601. 參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁246，1999年10月。

⁷⁰ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁80，2002年9月。

⁷¹ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁80，2002年9月。

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，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。