

### 第三章 工程契約之規制與調整

私法給予個人廣泛的機會，依自己的自由意願，去塑造他和四周的法律關係，這種機會就是私法自治 (Privatautonomie)<sup>72</sup>。因此每一個人可以決定他是否購買特定的物，向誰購買，或交換或者租用特定物。他可以隨自己的好惡而締結契約、向誰訂約並決定所訂契約的內容，此即所謂契約自由原則<sup>73</sup>。而契約是實現私法自治的基本工具，在強行法規及公序良俗的範圍內，法律透過「契約自由」<sup>74</sup>，給予當事人自治的立法權，這種自治立法，被賦以拘束當事人的效力，而為請求權的基礎，故亦被稱為契約之法 (lex contractus)<sup>75</sup>。即契約基於私法自治之精神，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，得自行約定契約內容。其目的係藉當事人自主之意思，自訂規範，以規制彼此之權利義務。

惟契約自由與契約正義係契約法的基本原則，必須互相補充，彼此協力，始能實現契約法的機能，前者係指當事人得依其自主決定，經由意思合致而規律彼此間的法律關係<sup>76</sup>；後者係強調一方的給付與他方的對待給付之間，應具等值原則。透過立法及法律的解釋適用，使契約自由及契約正義二項原則，獲得最大調和及實現<sup>77</sup>。且此一契約自由，在其實現上，很明顯地要以契約雙方當事人有相互對抗的力量，包括經濟力、資訊力以及人力之存在為其前提，而更重要亦應以存在有足以發生

<sup>72</sup> 私法自治的例外：(1) 強制規定，如民法第 71 條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效」；(2) 法律的禁令，如民法第 72 條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」；(3) 保護經濟上的弱者，如消費者保護法第 17 條：「中央主管機關得選擇特定行業，公告規定其定型化契約應記載或不得記載之事項 (第 1 項)。違反前項公告之定型化契約，其定型化契約條款無效。該定型化契約之效力，依前條規定定之 (第 2 項)」；(4) 人際關係不得為法律行為之標的，如民法第 573 條規定：「因婚姻居間而約定報酬者，就其報酬無請求權」。參黃立，民法總則，作者自版，頁 186，2005 年 9 月。

<sup>73</sup> 參黃立，民法總則，作者自版，頁 183，2005 年 9 月。

<sup>74</sup> 契約自由之主要內容有四：(1) 締約之自由，即當事人是否願締結契約，應聽任其自由決定。(2) 相對人選擇之自由。(3) 方式之自由，即契約原則上得僅因當事人口頭之意思表示一致而生效力，不以履行一定方式為必要。(4) 內容自由，即當事人得就其需要，依合意而創設契約之內容，只要其內容不違背強行法規或公序良俗，概屬有效。參詹森林，私法自治原理之理論與實務—臺灣法治發展之情形，收錄於氏著，民事法理與判決研究，作者自版，頁 12，2001 年 8 月。

<sup>75</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 40，2002 年 9 月。

<sup>76</sup> 契約自由包括五種自由：(1) 締約自由；(2) 相對人自由；(3) 內容自由；(4) 變更或廢棄的自由；(5) 方式自由。參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁 80，2000 年 10 月。

<sup>77</sup> 參王澤鑑，債法原理(一)，三民書局經銷，頁 83，1999 年 10 月。

對抗力量的環境為其前提<sup>78</sup>。是以，雖私法自治主要表現在契約自由之上，惟就現代民法之發展而言，限制契約自由，實踐契約正義，已是契約法之重要課題<sup>79</sup>。

在工程實務上，尤其是機關辦理之工程採購，其契約主文或一般條款，多係由機關預先擬定，並適用於其所發包的各個工程，如交通部臺灣區國道新建工程局訂定之契約「一般條款」以及臺北市政府訂頒之「臺北市政府工程採購契約範本」等。由於此一契約係經工程主辦機關擬訂後再進行招標作業，因此契約雙方對於締結何種內容之契約明顯地只能聽任單一壟斷及獨佔市場之當事人，在這種契約談判地位懸殊之情形下，相對人對於契約內容並無置喙餘地，契約淪為一方當事人剝奪他方權利之工具，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<sup>80</sup>。基此，民法透過第247條之1規定<sup>81</sup>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。

另法律係由具體生活經驗所形成之一般形式，負有規範一定生活秩序之任務，然此一形式規範僅係法律之抽象分析，無法適應社會不斷進步而產生之錯縱複雜環境之需要，其中尤以人類行為當時所不可預料之障礙（unexpected obstacles）為最<sup>82</sup>。如何衡平此一生活秩序中不可預料之障礙，則需藉由事後調整契約雙方之權利義務關係始得其平。

就工程契約簽定前，如契約雙方當事人就合約內容進行審慎之檢查，事先洞察風險<sup>83</sup>所在及風險影響大小程度，即運用合約條款之修訂，加以預先排解或分配風險<sup>84</sup>；若契約未為約定風險者，或分配風險之契

<sup>78</sup> 參朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌，第54期，頁54，1999年11月。

<sup>79</sup> 參詹森林，私法自治原理之理論與實務—臺灣法治發展之情形，收錄於氏著，民事法理與判決研究，作者自版，頁35，2001年8月。

<sup>80</sup> 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24，2005年，7月。

<sup>81</sup> 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」。

<sup>82</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁58，2000年7月。

<sup>83</sup> 一般來說，風險並無明確定義，在學術上有將之定義為「對工程專案欲達成預定工期與成本之目標具有負面影響，且無法預知其發生的事件」；或有稱為「損失之機會(chance of loss)或不確定性者(uncertainty)」；英國則有定義為「不希望發生事件之發生頻率與規模之綜合影響」；而一般原則性的說法則是認為「實際結果與預估情況之間存在的差異就是風險」。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19，2003年。

<sup>84</sup> 風險分配之判斷基準：一、最有能力控制風險之準則(criterion of control ability)—將風險

約條款因法律規定而無效時，則透過法律規定，以決定由誰承擔該風險<sup>85</sup>。惟如發生的爭執係當事人所未料到，而又是法律所未規定的，而就當事人的特別利益觀察，補充性的條文也可能不切實際，此時應依民法第227條之2第1項<sup>86</sup>規定的情事變更原則尋求解決<sup>87</sup>。此乃基於誠信原則，如契約造成某一方當事人極端不平等之待遇時，則需透過契約之調整以維護契約之公平。

是以，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。

## 第一節 民法第247條之1

契約基於私法自治之精神，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，得自行約定契約內容。惟此一契約自由，在其實現上，很明顯地要以契約雙方當事人有相互對抗的力量，包括經濟力、資訊力以及人力之存在為其前提，而更重要亦應以存在有足以發生對抗力量的環境為其前提，且就現代民法之發展而言，限制契約自由，實踐契約正義，已是契約法之重要課題，已如前述。

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

---

分配給具掌控風險能力者。二、能預見風險之準則(criterion of foreseeable ability)－將風險分配給有經驗或有能力預見風險者。三、能有效率處置風險之準則(criterion of efficiency to handle risk)－將風險分配給能以有效率的方式處置風險者。四、較能承擔風險後果之經濟能力準則(criterion of economy to afford the result of risk)－將風險分配給經濟能力上最能承擔風險後果者。五、具主導工程進行之權利準則(criterion of rights to lead the project)－將風險分配給在工程專案中具有主導工程進行之權利者。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44，2003年。

<sup>85</sup> 參蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，東吳大學法律研究所碩士論文，頁16，2001年8月。

<sup>86</sup> 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」。

<sup>87</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁79，2002年9月。

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」。

## 第一項 定型化契約之沿革

羅馬法時代基於預防訴訟之理由，就法律關係發生、消滅乃至於變更，統以一定格式交付於雙方當事人，以便雙方予以充份知悉而且遵照辦理，從而達到減輕甚至於避免訴訟之目的，這是一般所謂今日定型化契約之濫觴<sup>88</sup>。

在工商業快速發展之後，基於商業交易通常均屬重複的制式行為，為使交易程序盡量簡化，且為免除個別契約逐一磋商進而締約之煩，即以事先訂定的制式契約，適用於所有類似的交易行為。基於作業流程合理化的理由，企業通常將對他們重要的契約條款，如責任之免除、付款或交貨條件、所有權之保留、法院之管轄等，事先加以釐定，這種契約條款被稱為定型化契約條款（Allgemeine Geschaeftsbedingungen；AGB）。因此定型化契約條款乃是先擬定之抽象、概括的模型契約（Modellvertrag）條款，其內容複雜而範圍極廣，而被企業家當作未來須訂定之許多契約的範例<sup>89</sup>。

是以，契約內之條款按其是否經一方預先擬定而可分為定型化契約條款與個別磋商條款，而個別磋商條款，既係個別磋商擬訂，則似無依定型化契約條款之法理而宣告其無效之餘地<sup>90</sup>。另契約內只要有引據定型化條款之情形，即屬所謂的定型化契約，與契約中所含定型化契約條款之比例無關<sup>91</sup>。

<sup>88</sup> 參朱柏松，民法定型化契約規範之適用與解釋，月旦法學雜誌，第 54 期，頁 53，1999 年 11 月。

<sup>89</sup> 參黃立，民法總則，作者自版，頁 266，2005 年 9 月。

<sup>90</sup> 如最高法院 93 年度台上字第 1153 號判決略以：「…依 86 年 4 月 8 日系爭工程開工前協調會紀錄記載：『本工程土方數量約一百萬方，因 C322A 標工程之土方無法適時配合供應，承包商應儘速自覓核可後之合法借土區料源』，有該次協調會會議紀錄可查，上訴人對上開結論並未提出任何異議，足見系爭工程上訴人須使用 C322A 標之土方，但自該次會議後，已變更為自覓經被上訴人核可後之合法借土區料源，此部分縱無系爭合約主文第 7 條之約定，亦無礙此項約定成為兩造間所成立之契約內容。上開特訂條款之修正，即係依據上開 86 年 4 月 8 日會議結論所作成之修正，並經上訴人用印，自己成為契約之一部，就該條款之形式而言，確係經由雙方協調溝通後，就此部分所為契約內容之變更，與所謂定型化契約，並不相同」，可資參照。

<sup>91</sup> 「在消費關係中，有引據定型化條款之情形，即應有消費者保護法之適用，而可被稱為定型化契約。另外，與契約中所含定型化契約條款之比例無關」。參黃立，消費者保護法：第四講—消保法的定型化契約條款（一），月旦法學教室，第 15 期，頁 100，2004 年 1 月。

## 第一款 國外法之規定

所謂定型化契約條款，係指契約當事人之一方，為與不特定之多數相對人訂約之用，而預先就契約內容所擬定之交易條款。德國法上稱為一般交易條款<sup>92</sup>（Allgemeine Geschäftsbedingungen，簡稱AGB，參閱德國一般交易條款規制法，簡稱AGBG）。在英國，學說將前述之交易條款稱為標準契約條款（Standard Contract Terms），而此類條款若係對契約相對人不公平或不合理者，即為法律上所稱不公平契約條款（Unfair Contract Terms，參閱英國1977年不公正契約條款法Unfair Contract Terms Act）。另由於契約當事人之一方，以定型化契約條款訂立契約時，相對人欲與其締結契約者，通常即應接受該定型化約款，不得要求增刪修改，因此，相對人在實質上，係附從於該約款而締結契約，法國法遂以「附合契約」（Contract d'adhesion）稱之，日本法並予延用。此外，定型化約款係於訂立同種類之契約時，所共通使用者，具有「標準化」之性質，英國學說即以此著眼，而將使用定型化約款所訂立之契約，稱為「標準契約」（Standard Form Contract）。是其以定型化契約條款或一般交易條款所訂立之契約，則為定型化契約、附合契約或標準契約<sup>93</sup>。

而一般條款的危險是因為契約條件早在契約締結以前就被決定，且被適用於多數的契約裡，因為契約條件是由契約一方當事人片面作成的，因此契約相對人實際上並沒有對契約條件內容予以影響的可能性，是以相對人「事實上的」決定自由被妨害了<sup>94</sup>。對此，德國法首先透過「程序的」解決，修正法律的方式相對應，亦即課以一般交易條款的使用者，應將該一般交易條款出示予相對人，賦予知悉內容機會之義務（AGB-G第2條第1項）；另一般交易條款法的核心被置於以法律控制契約條款內容的妥當性一點之上（AGB-B第9條至第11條）。此時「實質的」

<sup>92</sup> 德國一般交易條款規制法第1條：「(1) 一般交易條款是為供多數契約之用而預先擬定，由契約之一方（使用人）於訂立契約時，提交相對人的所有契約條款。不論該約款構成外表上與契約分離的部份，或被記載於契約文件的本身，不論其所涵蓋的範圍，書寫之方式，以及所採的形式。(2) 契約約款之經契約當事人個別商議者，不構成一般交易條款」。參劉宗榮，定型化契約論文專輯，三民書局出版，頁167，1988年1月。

<sup>93</sup> 參詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第12條之分析，收錄於氏著，民事法理與判決研究（三），作者自版，頁32，2003年8月。

<sup>94</sup> 即定型化契約條款由於係由一方當事人預先擬定，故其條款內容具有先天的不平衡，應如何保障定型化契約條款的公平性，即成問題。參江如蓉，論定型化契約條款之發展方向—以歐洲契約法統合之角度觀察，震瀛法訊，第10期，頁92，2002年9月。

正當性的重心是「交換的正義（Austauschgerechtigkeit, iustitia commutativa）」的思想，透過給付與對待給付間客觀的、實質的等價性原理（Gleichwertigkeit）對「交換的正義」的具體化。等價性原理在此處被廣義地理解，擴及於契約的附隨條件（Nebenbedingungen），尤其是利益與危險的均衡上<sup>95</sup>。

## 第二款 我國法之規定

我國於88年4月21日公布施行的民法第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」，即為有關定型化契約的規定。

按其立法理由略以：「當事人一方預定契約之條款，而由需要訂約之他方，依照該項預定條款簽訂之契約，學說上名之曰『附合契約』。此類契約，通常由工商企業者一方，預定適用於同類契約之條款，由他方依其契約條款而訂定。預定契約條款之一方，大多為經濟上較強者，而依其預定條款訂約之一方，則多為經濟上之較弱者，為防止契約自由之濫用，外國立法例對於附合契約之規範方式有二：其一，在民法法典中增設若干條文以規定之，如義大利於1942年修正民法時增列第1341條、第1342條及第1370條之規定；其二，以單行法方式規定之，如以色列於1964年頒行之標準契約法之規定是以上兩種立法例，各有其優點，衡之我國國情及工商業發展之現況，為使社會大眾普遍知法、守法起見，宜於民法法典中列則性規定，增訂本條，明定附合契約之意義，為依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，此類契約他方每無磋商變更之餘地。為防止此類契約自由之濫用及維護交易公平，列舉四款有關他方當事人利害之約定，如按其情形顯失公平者，明定該部分之約定為無效。至於所謂『按其情形顯失公平者』，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言」。

<sup>95</sup> 參林美惠譯，Claus-Wilhelm Canaris 著，民事法的發展及立法—德國契約法的基本理念及發展，國立台灣大學法學論叢，第28卷第3期，頁347，1999年4月。

是故，由前開立法意旨可知，本條乃在防止契約自由之濫用及維護交易之公平；契約中若存有民法第247條之1所列舉四款之約定，而按其情形顯失公平者，該約定無效。同時，本條係規定於民法中，為原則性規定，所以對於所有私法上之契約，只要符合其構成要件，皆應有本條之適用。

## 第二項 民法第247條之1之適用要件

### 第一款 免除或減輕預定契約條款當事人責任

本款規定例如「乙方收到買賣標的物時，應立即詳細檢查點收確認無任何瑕疵存在，…甲方收到驗收證明單時即可免除民法所定出賣之瑕疵擔保責任及其他責任…」，此一約款擬定者約定自己僅就故意或重大過失之行為負責<sup>96</sup>，即屬免除或減輕預定契約條款之當事人責任之情形。

而於工程採購契約中，則常見工程主辦機關以免責條款免除機關之契約責任者，此一免責條款之協議，如係以契約自由為基礎，而於法律容許範圍內，減輕一方當事人之責任，在法律上本無問題，但若由誠信原則及利用權力地位觀察，一方當事人利用其優越地位，使他方當事人被迫接受不適當，且不公平之責任限制，乃係違反公序良俗<sup>97</sup>。且免責條款之效力應受到法律之檢驗，不得以免責條款毫無限制地分配契約風險，以避免契約自由遭到濫用<sup>98</sup>。

是以工程採購契約條款如有本款「免除或減輕預定契約條款之當事人責任」而依情形顯失公平者之情形，例如「承包商不論以任何原因申請延長工期，如工程司以書面通知核准其延長之請求，則應視為對承包商所遭受之任何實際、可能或延續之損失，已作全部而圓滿之補償，承包商需放棄對該一事件再提出要求之權利」等類似規定，依民法第247條之1規定應為無效。

如臺灣高等法院臺中分院91年度重上字第87號判決：「本工程之施工路段須被上訴人（按：定作人）解決用地、中油管線遷移、破堤等問

<sup>96</sup> 民法第220條第1項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任」。

<sup>97</sup> 參黃立，民法總則，作者自版，頁336，2005年9月。

<sup>98</sup> 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207，2005年，7月。

題後，上訴人（按：承攬人）始能依約進行施工，惟被上訴人未能如期解決，甚且直至預定完工期限前仍未完全解決，致上訴人未能於預定期內完工，有如前述，則上訴人依民法第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』，對被上訴人不負有任何違約責任，…如因被上訴人之原因所致之遲延，依民法第231條規定，被上訴人本須負損害賠償責任，然被上訴人卻執施工補充說明書第16條<sup>99</sup>之約定據以免責，該條約定，自顯係片面解除被上訴人之違約責任，並限制上訴人請求賠償之權利，顯失公平！且此條款係被上訴人一方預定用於同類契約者，其片面保障被上訴人，尤失公平！…故系爭工程合約第4條第3款所列公路工程施工說明書第1章總則第3.2節約定及施工補充說明書第16條係由被上訴人一方預定用於同類契約之條款，且免除被上訴人之責任，對於上訴人而言，實顯失公平，應符合民法第247條之1規定而無效」可資參照<sup>100</sup>。

## 第二款 加重他方當事人之責任者

本款規定例如排除民法第220條第1項<sup>101</sup>之原則規定，而約定契約相對人對於事變或不可抗力亦應負責<sup>102</sup>之情形，此種約款應屬無效。

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

<sup>99</sup> 施工補充說明書第16條規定：「如因本局所供之材料供應不足或其他非承包商之責任，而影響部分或整個工程之進行時，得按實際情形核定免計日數，承包商仍應於各該原因消失後全力趕辦，不得因此提出賠償損失」。

<sup>100</sup> 另縱認前開判決之工程合約條款並非顯失公平而未符合民法第247條之1規定，如工程主辦機關明知用地之取得等義務未能解決，而不積極尋求解決，且至原預定完工期限後，尚有部分用地問題無法解決，則顯有故意及重大過失之情形，則其預先免除遲延所生之賠償責任，依民法第222條及同法第71條規定，該約款因預先免除故意或重大過失之責任，而屬違反強制或禁止之規定，應為無效。

<sup>101</sup> 民法第220條第1項規定：「債務人就其故意或過失之行為，應負責任」。

<sup>102</sup> 參詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第12條之分析，收錄於氏著，民事法理與判決研究（三），作者自版，頁36，2003年8月。



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，原審恣置不論，自有判決不備理由之違法」。

此乃係因民法第230條規定<sup>103</sup>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，而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<sup>104</sup>，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<sup>105</sup>，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。

另有關工程採購契約中常見之違約金規定，例如契約約定「一、於尺寸不合規定時，按契約單價比例扣減，並處以扣減額五倍違約金。二、於供料不合約定時，按工料差額扣減，並處以扣減額五倍違約金。」，其約款之效力為何，學者認為違約金為損害賠償總額之預定，而損害賠償則為債務不履行之法律效果，以債務人可歸責為要件，定型化契約條款如載明承商於無過失亦負違約金時，該約款似有民法第247條之1第2款加重他方當事人責任之情形而應檢討<sup>106</sup>。

惟最高法院93年度台上字第1856號裁定<sup>107</sup>認為所謂「加重他方當事

<sup>103</sup> 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」。

<sup>104</sup> 常見契約條款約定：「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」。

<sup>105</sup> 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。

<sup>106</sup> 參楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，臺北市府2006年政府採購爭議實務研討會，頁95，2006年10月。

<sup>107</sup> 最高法院93年度台上字第1856號裁定：「所謂『加重他方當事人之責任』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，所稱『按其情形顯失公平者』，則係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷有顯失公平之情形而言。本件『最高限

人之責任」，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言。對於最高法院此一詮釋，學者認為這應該不是文義解釋所能涵括的範圍<sup>108</sup>。因一般工程採購契約條款既經承攬廠商於招標前審閱並同意投標，自無最高法院在此所稱不及知或無磋商變更餘地可言，其要適用最高法院之詮釋顯係不可能，故本文認為定型化契約條款應依該條款之實質內容觀察是否有「加重他方當事人之責任」，而非另以是否有「為他方所不及知或無磋商變更之餘地」為適用要件。

### 第三款 使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利

此種情況如德國民法第309條第2項（拒絕給付權）：「經由條款a使約款使用人之契約相對人，依德國民法第320條<sup>109</sup>原應有之同時履行抗辯權被排除或受限制者；或b原應屬於約款使用人之契約相對人的留置權，只要其係以同一契約關係為基礎，因此被排除或限制者，尤其是以約款使用人對瑕疵之承認為前提之情形」，例如定作人在承攬人依據德國民法第633條規定所負排除瑕疵義務未履行前，得拒絕承攬報酬。若承攬人為排除此拒絕給付之約定，就是典型的「使他方當事人拋棄權利」而無效<sup>110</sup>之情形。

例如出賣人於其定型化約款中約定，買受人於物有瑕疵時，僅得請求修理或更換，而不得解除契約或減少價金，亦不得請求損害賠償<sup>111</sup>；或一般常見之「貨物出門，概不退換」約款<sup>112</sup>，均屬本款所稱「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」之情形。

---

額保證契約』，雖為定型化契約，但契約條款既經上訴人審閱後簽章其上，自無為上訴人所不及知或無磋商變更餘地之可言」。

<sup>108</sup> 參黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第125期，頁14，2005年10月。

<sup>109</sup> 德國民法第320條（契約不履行之抗辯權）：「1. 因雙務契約負擔債務者，於未有對待給付之履行前，得拒絕自己所負擔之給付，但自己有先為給付之義務者，不在此限。應向數人為給付者，於未有對待給付全部之履行前，得拒絕應歸屬於各人之部分之給付。第273條第3項之規定，不適用之。2. 當事人之一方已為部分給付時，按其情形如未履行之其他部分較為微細，拒絕對待給付有背誠實及信用者，於此限度內，不得拒絕其對待給付」。

<sup>110</sup> 參黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第125期，頁14，2005年10月。

<sup>111</sup> 民法第359條規定：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金」；第360條規定：「買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償；出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同」。

<sup>112</sup> 參詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第12條之分析，收錄於氏著，民事法理與判決研究（三），作者自版，頁36，2003年8月。

另部分機關對於工程契約中契約價金隨物價指數調整約定為：「本工程金額經甲方（工程主辦機關）同意後，得因施工期間物價之變動而調整之，辦法如下…以行政院主計處所公佈之台灣地區躉售物價分類指數營建業投入物價指數之總指數為基準…就物價變動率超過5%以上部分為之」，此一條款如係指「適用該調整契約價金之前提，須客觀條件施工期間物價之變更，且主觀條件須經工程主辦機關之同意」者，則物價調整約款是否給付，完全繫於主辦機關的施捨或善意，對於承商顯不公道。如果加入此一主觀要件<sup>113</sup>，又作如此解讀，則此一要件應該有本款「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」及第4款「其他於他方當事人有重大不利益」規定之適用<sup>114</sup>。

惟最高法院92年度台上字第2744號<sup>115</sup>判決認為所謂「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利」，係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言。對於最高法院此一詮釋結果，學者認為已不當限縮該款之文義解釋<sup>116</sup>。因一般工程採購契約條款既經承攬廠商於招標前審閱並同意投標，自無最高法院在此所稱不及知或無磋商變更餘地可言，其要適用最高法院之詮釋顯係不可能，故本文認為定型化契約條款應依該條款之實質內容觀察是否有「使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者」，而非以是否有「為他方所不及知或無磋商變更之餘地」限縮之。

#### 第四款 其他於他方當事人有重大不利益者

本款情形例如約定凡因不可抗力或第三人行為而生之風險，概由相

<sup>113</sup> 行政院公共工程委員會訂頒採購契約要項第39點：「契約價金依契約規定得依物價、薪資或其指數調整者，應於契約載明下列事項：(一)得調整之項目及金額。(二)調整所依據之物價、薪資或其指數及基期。(三)得調整及不予調整之情形。(四)調整公式。(五)廠商應提出之調整數據及佐證資料。(六)管理費及利潤不予調整。(七)逾履約期限之部分，以契約規定之履約期限當時之物價、薪資或其指數為當期資料。但逾期履約係可歸責於機關者，不在此限。」；工程採購範本第5條：「工程進行期間，如遇物價波動時，得依行政院主計處公布之□台灣區；□台北市；□高雄市營造工程物價指數，就漲跌幅超過5%之部分，於估驗完成後調整工程款（或機關於招標時載明之特定項目款）」，均未加入此一主觀要件。

<sup>114</sup> 參黃立，工程契約物價指數條款、契約的反面解釋與加班費、誤餐費問題—最高法院89年度臺上字第484號判決評釋，臺灣本土法學雜誌，第14期，頁30，2000年9月。

<sup>115</sup> 最高法院92年度台上字第2744號判決：「…至該第3款所謂『使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利』，應係指一方預定之契約條款，為他方所不及知或無磋商變更之餘地而言，另所稱『按其情形顯失公平者』，則指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷，有顯失公平之情形而言」。

<sup>116</sup> 參黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第125期，頁14，2005年10月。

對人負擔，而不問該不可抗力或第三人之行為，是否屬於約款擬定人所較能防範之範圍<sup>117</sup>，應屬所謂「其他於他方當事人有重大不利益」之情形。

另就機關辦理之工程採購而言，如契約採總價結算給付，且工程之個別項目實作數量較契約所定數量<sup>118</sup>增加時，常見機關以「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額外價款，此一規定亦應屬本款「其他於他方當事人有重大不利益」之情形。

如臺灣高等法院高雄分院90年度重上更(一)字第3號判決即稱：「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…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」。

## 第五款 按其情形顯失公平

所謂「按其情形顯失公平」，依立法說明，係指依契約本質所生之主要權利義務，或按法律規定加以綜合判斷而有顯失公平之情形而言。例如以在他人土地上有建築物而設定之地上權，約定地上權期間為一年或約定買受人對物之瑕疵擔保之契約解除權為十年等是。亦即若定型化

<sup>117</sup> 參詹森林，定型化契約之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第12條之分析，收錄於氏著，民事法理與判決研究（三），作者自版，頁36，2003年8月。

<sup>118</sup> 工程實務上何謂實作數量？何謂契約數量？按臺灣高等法院臺中分院92年度上字第202號判決：「…其上所載之『契約數量』究係指『建築設計圖』包含之數量或『包商工程估價單』所估算之數量，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』？…基上顯見上開條文所載『其實做數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，契約數量為詳細價目表之數量。

契約中有民法第247條之1規定的四種規定情形，造成相對人受有顯不相當之不利益時，則該約定即為「按其情形顯失公平」。

此外，消費者保護法施行細則第14條：「定型化契約條款，有下列情事之一者，為違反平等互惠原則：一、當事人間之給付與對待給付顯不相當者。二、消費者應負擔非其所能控制之危險者。三、消費者違約時，應負擔顯不相當之賠償責任者。四、其他顯有不利於消費者之情形者。」，與民法第247條之1規定相比較，文字不同，可是實質內容大同小異<sup>119</sup>。另定型化契約條款有無民法第247條之1所稱之「按其情形顯失公平」，亦得參照消費者保護法施行細則第13條規定：「定型化契約條款是否違反誠信原則，對消費者顯失公平，應斟酌契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事判斷之」認定之<sup>120</sup>。

是以，消費者保護法施行細則第13條、第14條與消費者保護法第12條第2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」所舉之情事<sup>121</sup>，可作為本條是否有「按其情形顯失公平」解釋判斷上之參考。最高法院92年度台上字第963號判決：「按契約當事人間所訂定之契約，是否顯失公平而為無效，除應視契約之內容外，並應參酌雙方之訂約能力、雙方前後交易之經過及獲益之情形等其他因素，全盤考慮，資為判斷之依據」，可資參照。

惟最高法院91年度台上字第2638號裁定謂：「…至新增訂之民法第247條之1所規定，係指契約當事人之一方利用其於經濟上之強勢地位，以定型化之契約，就契約之內容顯有失公平之約定情形而言。本件兩造乃一般之租賃契約，上訴人係出於自由意思而簽立租約，而被上訴人以租賃之地點位於東眼山森林遊樂區之內，為避免森林火災之發生，乃就上訴人應負之過失責任予以特別約定，此約定不僅有實際上之需要，亦無任何不公平之處，自無適用前述條文規定之餘地」，對此學者認該裁定之「一方利用其於經濟上之強勢地位，以定型化之契約，就契約之內

<sup>119</sup> 參黃立，消費者保護法：第五講—消保法的定型化契約條款（二），月旦法學教室，第16期，頁84，2004年2月。

<sup>120</sup> 參詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院90年臺上2011號、91年臺上2220號、92年臺上39號判決之商榷，律師雜誌，第293期，頁31，2004年2月。

<sup>121</sup> 參陶德斌，定型化契約條款與誠實信用原則—誠實信用原則在定型化契約條款內容控制上的功能與效力，國立成功大學法律學研究所碩士論文，頁70，2001年。

容顯有失公平之約定情形」，並非法條上的要件，而是最高法院自行附加的要件，過於狹隘且非妥適<sup>122</sup>。

另最高法院91年度台上字第2220號判決謂：「…按所謂定型化契約之條款因違反誠信原則，顯失公平，而無效者，係以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件。原審就被上訴人於簽訂本件工程合約當時是否處於無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地之情況如何，並未查明審認，徒以其於約定工期內完工，增加一次複驗程序，課以鉅額違約金，顯有變相縮減工期、減少報酬之嫌云云，即認定合約第19條第3項之約定違反誠信原則，顯失公平，應屬無效，自嫌速斷」，此一判決對於判斷定型化契約條款是否顯失公平而無效，提出之判斷標準為「以契約當事人之一方於訂約當時處於無從選擇締約對象或無拒締約餘地之情況，而簽訂顯然不利於己之約定為其要件」。

對此，論者認最高法院上開見解係以傳統學說認為定型化契約不得有害締約地位平等，且法律必須保護弱勢消費者及對抗廠商獨佔之觀點，為其論據。然而，在現代契約交易情形下，對於廠商使用之定型契約條款，除當然仍應繼續貫徹前述傳統要求外，並應基於節省締約成本及實現契約正義之考量，規範定型化契約條款之效力，尤應注意控制條款所為之風險分配應屬合理。從而，定型化契約條款之相對人雖非處於無從拒絕締約，且尚有其他締約對象可供選擇，並非即得認定該條款無違反誠實信用可言。準此，最高法院所持見解，顯然不合現代社會之定型化契約交易實況，殊有商榷餘地<sup>123</sup>。

蓋定型化契約條款是否對一方顯失公平，應依該條款之實質內容，觀察是否對一方當事人顯不公平為其要件，而不應以如同本件判決理由，謂由雙方當事人訂定該定型化契約條款之程序是否處於「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，否則若依此標準，一般常見的定型化契約條款，都可能因為一方仍有選擇相對人之餘地而失去被評價為顯失公平之可能性<sup>124</sup>。

<sup>122</sup> 參黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第125期，頁13，2005年10月。

<sup>123</sup> 參詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院90年臺上2011號、91年臺上2220號、92年臺上39號判決之商榷，律師雜誌，第293期，頁40，2004年2月。

<sup>124</sup> 參張志朋，工程定型化契約條款之適用問題，收錄於古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），震瀛法律事務所出版，頁58，2006年2月。

### 第三項 工程採購契約適用定型化契約之規定

#### 第一款 民法第247條之1尚未制訂前

在過去民法第247條之1尚未制訂前，雖我國於消費者保護法對消費關係之定型化契約訂有特別規定<sup>125</sup>，惟對於機關辦理之工程採購是否得適用消費者保護法第12條，不無疑問。

按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號函釋：「政府機關發包工程時，應屬企業經營者<sup>126</sup>，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，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」，是以機關辦理之工程採購，因承攬工程之廠商並非消費者，故不能直接適用消費者保護法有關定型化契約之規定<sup>127</sup>，惟依行政院消費者保護委員會前開函釋，仍應適用民法及其他相關法令之規定，如民法第71條、第72條、第148條第2項<sup>128</sup>等規定。

<sup>125</sup> 如消費者保護法第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（第2項）」，此乃係因消費者與企業經營者訂立契約時，通常僅能選擇完全接受其條款或捨棄訂立契約之機會，為免消費者被迫接受不公平之契約條款，故明文加以規範。

<sup>126</sup> 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號函略以：「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。惟有不同見解者謂：「依消費者保護法第2條第2款規定，企業經營者係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務為營業者。政府各機關，從其組織法所定任務而言，故不符此項定義；縱在進行採購時亦同」，參詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院90年臺上2011號、91年臺上2220號、92年臺上39號判決之商榷，律師雜誌，第293期，頁36，2004年2月。

<sup>127</sup> 如最高法院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」。

<sup>128</sup> 民法第71條規定：「法律行為，違反強制或禁止之規定者，無效。但其規定並不以之為無效者，不在此限」；第72條規定：「法律行為，有背於公共秩序或善良風俗者，無效」；第148條第2項

學者並認為，消費者保護法第12條係民法第148條第2項有關誠信原則規定之延伸，承攬契約之當事人應有誠信原則之適用，不應因承攬人非屬消費者保護法第2條第1項接受服務之消費者而排除誠信原則之適用。只要定作人就承攬契約之約款係單方預先擬定，而排除相對人決定契約內容之自由，則其所訂定之約款，應有誠信原則之適用<sup>129</sup>。因在法律的一般原則當中，以維護契約當事人利益之均衡為最優先之目的者，當屬誠實信用原則<sup>130</sup>。亦即機關辦理之工程採購，得標之廠商雖因行政院消費者保護委員會之函釋而不能直接適用消費者保護法之規定，惟仍得透過誠實信用原則規制契約雙方之權利義務關係以求契約正義之目的。

如最高法院89年度台上字第1402號判決：「…原審引用之行政院消費者保護委員會87年9月24日87消保法字第01061號函雖指承包工程之廠商並非消費者，其與政府機關所締造之契約，不能直接適用消保法有關定型化契約之規定，惟該函亦稱應適用民法及其他有關法令之規定，則上訴人主張本件雙方締造之契約，縱不能直接適用消保法之規定，依民法第71條、第72條、第148條第2項、第219條等規定，工程契約書第5條第3項之約定亦應為無效之約款等語，是否全無可採，即非無斟酌餘地」。

## 第二款 民法第247條之1制訂後

在民法第247條之1制訂後，雖該條係於89年5月5日才開始施行，惟依民法債編施行法第17條規定：「修正之民法第247條之1之規定，於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之」，即民法與消費者保護法二者對於定型化契約條款產生了所謂競合規範的問題。惟兩者於時間領域及對象領域仍有所區別，即消費者保護法僅適用「消費性定型化契約條款」，而不包含「非消費性定型化契約條款」，且該「消費性定型化契約條款」須係在83年1月13日以後所訂立；至於民法第247條之1，可同時適用「消費性定型化契約條款」及「非消費性定型化契約條款」，且

---

規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法」。

<sup>129</sup> 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214，1999年5月。

<sup>130</sup> 參詹森林，定型化約款之基本概念及其效力之規範—消費者保護法第12條之分析，收錄於氏著，民事法理與判決研究（三），作者自版，頁44，2003年8月。



因該條文有溯及效力，故無論該定型化契約係於何時訂立，均有適用<sup>131</sup>。

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，因此契約雙方對於締結何種內容之契約明顯地只能聽任單一壟斷及獨佔市場之當事人，在這種契約談判地位懸殊之情形下，相對人對於契約內容並無置喙餘地，契約淪為一方當事人剝奪他方權利之工具，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<sup>132</sup>。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<sup>133</sup>的平衡。如交通部臺灣區國道新建工程局訂定之契約「一般條款」以及臺北市政府訂頒之「臺北市政府工程採購契約範本」等，均應屬民法第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」。

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（承攬廠商，即聯統公司）於事實審辯稱：系爭契約係被上訴人（工程主辦機關）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（工程主辦機關）之原因，或人力不可抗拒等因素，致須延長完工日期時，乙方（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，原審恣置不論，自有判決不備理由之違

<sup>131</sup> 參張志朋，工程定型化契約條款之適用問題，收錄於古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），震瀛法律事務所出版，頁48，2006年2月。

<sup>132</sup> 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24，2005年，7月。

<sup>133</sup> 所謂契約正義係指定型化契約條款固有節省締約成本之功能，但如條款使用人僅專注追求一己利益，而完全不顧他方之正當權益，遂擬不符經濟效率、違反任意法規立法意旨、或妨礙達成契約目的之條款者，則該他方當事人仍得於締約後，主張條款無效。參詹森林，定型化契約條款效力之規範—最高法院90年臺上2011號、91年臺上2220號、92年臺上39號判決之商榷，律師雜誌，第293期，頁37，2004年2月。

法」。即該工程主辦機關事先所擬之工程契約條款應屬民法第247條之1之定型化契約條款。

惟臺灣臺中地方法院94年度重訴字第117號判決謂：「系爭合約書之草稿，為被告提供之訟爭工程招標文件之一，且經被告上網公告，故原告於投標前，可透過被告在網路上公告之系爭合約書草稿，得知該合約書中有上述第7條第1項第3款約款，其如認該約款不法侵害其權利或利益，大可依被告工程採購招標共同投標須知第19條規定，以書面向被告提出釋疑或異議，是以原告在系爭合約書之簽訂過程中，並非全然處於僅能就被告擬妥之契約內容表示締約與否之不利地位，仍得僅就系爭合約內各項約款是否合乎其利益與被告加以磋商，此與定型化契約乃經由經濟上強者預定契約條款，他方每無磋商變更之餘地者，大相逕庭。原告既未循上開釋疑或異議之途徑，請求將系爭合約書第7條第1項第3款約定排除於該合約以外，仍參與投標，且於得標後與被告訂定系爭合約，顯係認該合約所定被告應給付之工程款足以支應其施作訟爭工程之成本而有餘，縱日後發生營建物料價格上漲之情事亦無影響，從而自難認上開約款係被告利用締約上之強勢地位，以預定用於同類契約之條款，而不當限制原告因營建物料上漲所得行使之增加給付請求權，則原告主張該約款依民法第247條之1之規定應屬無效，即非有據」。

該判決以承攬廠商得否事先向招標機關提出釋疑或異議，而作為認定約款是否屬民法第247條之1規定之定型化契約條款之適用要件，本文認為極為不妥，因定型化契約條款雖經相對人於簽署前審閱，並無助於相對人締約地位之提昇，因為相對人只是知悉約款內容而已，仍無事前決定該內容之機會。且定型化契約之特色，在於其內容業經一方當事人片面擬定，他方當事人對該內容，只能決定接受或不接受，別無其他討價還價餘地。且依政府採購法第41條及第75條<sup>134</sup>規定，縱其對招標文件提出釋疑或異議申訴，若機關仍舊堅持此一條款，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。

<sup>134</sup> 政府採購法第41條規定：「廠商對招標文件內容有疑義者，應於招標文件規定之日期前，以書面向招標機關請求釋疑」。；第75條規定：「廠商對於機關辦理採購，認為違反法令或我國所締結之條約、協定（以下合稱法令），致損害其權利或利益者，得於下列期限內，以書面向招標機關提出異議…」。

本文認為，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<sup>135</sup>。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。

## 第四項 民法第247條之1之法律效果

至於民法第247條之1之法律效果，依該條本文規定：「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」<sup>136</sup>，應該是先排除不公平條款，再審查剩餘契約是否仍可成為契約，如果答案是肯定的，契約依其餘條款而成立<sup>137</sup>。

## 第二節 工程契約之調整

契約嚴守原則為近代私法關係中，最重要的基本原則之一，然而，無可否認的，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，乃是契約制度實質目的所在。因此，如果因為當事人以外之環境因素影響，使得嚴守契約將導致重大不公平之結果時，應尋求解決方法，使得契約嚴守原則以及契約實質目的之實現，得以兼顧<sup>138</sup>。

就工程契約簽定前，如契約雙方當事人就合約內容進行審慎之檢查，事先洞察風險<sup>139</sup>所在及風險影響大小程度，即運用合約條款之修訂，加以預先排解或分配風險<sup>140</sup>；若契約未為約定風險者，或分配風險之契

<sup>135</sup> 參黃立，契約自由的限制，月旦法學雜誌，第125期，頁13，2005年10月。

<sup>136</sup> 此與民法第111條規定：「法律行為之一部分無效者，全部皆為無效。但除去該部分亦可成立者，則其他部分，仍為有效」尚屬有間。

<sup>137</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁79，2002年9月。

<sup>138</sup> 參彭鳳至，情事變更原則之研究中德立法、裁判、學說之比較，五南圖書，頁331，1986年1月。

<sup>139</sup> 一般來說，風險並無明確定義，在學術上有將之定義為「對工程專案欲達成預定工期與成本之目標具有負面影響，且無法預知其發生的事件」；或有稱為「損失之機會(chance of loss)或不確定性者(uncertainty)」；英國則有定義為「不希望發生事件之發生頻率與規模之綜合影響」；而一般原則性的說法則是認為「實際結果與預估情況之間存在的差異就是風險」。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19，2003年。

<sup>140</sup> 風險分配之判斷基準：一、最有能力控制風險之準則(criterion of control ability)－將風險分配給具掌控風險能力者。二、能預見風險之準則(criterion of foreseeable ability)－將風險分配給有經驗或有能力預見風險者。三、能有效率處置風險之準則(criterion of efficiency

約條款因法律規定而無效時，則透過法律規定，以決定由誰承擔該風險<sup>141</sup>。惟如發生的爭執係當事人所未料到，而又是法律所未規定的，而就當事人的特別利益觀察，補充性的條文也可能不切實際，此時應依民法第227條之2第1項<sup>142</sup>規定的情事變更原則尋求解決<sup>143</sup>。此乃基於誠信原則，如契約造成某一方當事人極端不平等之待遇時，則需透過契約之調整以維護契約之公平。

即當事人本於自由意志簽訂契約時，考慮所及自以訂約時，或可預見的客觀社會情事為限。契約履行時，若客觀的社會情事已經發生重大變化，即非簽約當時所能預見，當事人間之權利義務，當以隨著社會情事之變化而變化。其結果，可能已與當事人於訂約時之本意不符，如果仍強迫其「依約」履行，在當事人之間及將造成極大的不公平。這種不公平，即違背契約自由原則，亦違背法律之公平原則<sup>144</sup>。

是以，工程契約除藉由解釋與漏洞填補而為詮釋外，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。

## 第一項 情事變更原則之意義

情事不變 (rebus sic stantibus)，在拉丁文中係指情事如此發生的意思。亦即在法律行為成立時，契約雙方當事人是立於某種共同的基礎上，且以此一基礎持續不變為其受契約拘束之前提。一旦此一基礎發生變動，即發生了情事變更之情形時，若使契約當事人仍受原有契約效力之拘束，即可能造成對一方不公平的結果。因此，為解決此種情事

---

to handle risk)－將風險分配給能以有效率的方式處置風險者。四、較能承擔風險後果之經濟能力準則(criterion of economy to afford the result of risk)－將風險分配給經濟能力上最能承擔風險後果者。五、具主導工程進行之權利準則(criterion of rights to lead the project)－將風險分配給在工程專案中具有主導工程進行之權利者。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44，2003年。

<sup>141</sup> 參蕭偉松，論營建工程遲延與情事變更原則之適用，東吳大學法律研究所碩士論文，頁16，2001年8月。

<sup>142</sup> 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」。

<sup>143</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁79，2002年9月。

<sup>144</sup> 參黃柏夫，「誠實信用原則」與「情事變更原則」如何適用於工程展期糾紛，萬國法律，第108期，頁17，1999年12月。

變更之問題，即有情事變更原則之產生。情事變更原則謂為法律效力發生原因之法律要件（法律行為或其他法律事實）之基礎或環境之情事，因不可歸責於當事人之事由，致有非當時所得預料之變更，而使發生原有效力，顯有背於誠信原則時，應認其法律效力有相當變更之規範。情事變更原則之目的係在排除遵守契約嚴守原則（pacta sunt servanda）<sup>145</sup>時所產生之不公平狀況<sup>146</sup>。

## 第一款 國外法之意義

法律認為，於契約中對所有必要之點，已達成協議，但契約有意或無意以某些情況為基礎，卻未在契約的內容中表達出來，這些情況可能是當事人認為是現存或於未來必然發生或不發生的，這種情況被稱之為行為基礎（Geschäftsgrundlage）<sup>147</sup>。

如長期供應契約，當事人以為締約時的經濟關係，將仍持續，但經由貨幣的大幅貶值，卻使整個情況改變，於此種情況的根本性變動時，對當事人原則上是否應維持原契約，就成了問題。於一次大戰後，德國學者Oertmann受通貨膨脹的影響，創制了行為基礎的概念，主張雙方或一方當事人，對行為基礎的特定情況的存在，未來一定發生或不發生的看法，就此看法於締約當時為相對人所明知，而未有反對表示時，應予考慮。德國帝國法院判例據此對提昇為契約基礎的要件，類推適用德國民法第321條、第610條、第519條、第528條<sup>148</sup>的法定規則，而創制了情

<sup>145</sup> 契約嚴守原則（pacta sunt servanda），其意涵即指，契約一經締結，雙方均應嚴守之，破壞契約即破壞法律，縱契約訂立後，發生當事人於締約時所不能預料或未曾預料之社會或經濟情況變更，當事人亦應嚴守契約，遵從契約本旨而履行，亦即契約忠實之謂。參林榮耀，情事變更原則之理論與實際，收錄於鄭玉波主編，民法債編論文選輯（中），五南圖書，頁771，1984年7月。

<sup>146</sup> 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31，2000年7月。

<sup>147</sup> 在德國，此理論因頗具彈性而受到青睞。在構成要件的面向上，得以擴大過於狹隘的給付不能的概念；在法律效果的面向上，不是單有維持契約或從契約中加以解放這樣僵硬的選擇，更得以允許像契約調整這樣的「中間的」解決之道，例如得令雙方當事人平均分擔已發生的損害。行為基礎理論變成是相對於契約拘束力這種非常形式的原理的反對原理，得以大幅考量被拘束當事人一方之利益，亦即得以開啟導入實質基準之門。參林美惠譯，Claus-Wilhelm Canaris 著，民事法的發展及立法—德國契約法的基本理念及發展，國立台灣大學法學論叢，第28卷第3期，頁352，1999年4月。

<sup>148</sup> 德國民法第321條規定：「因雙務契約負擔債務並應向他方先為給付者，如他方之財產於訂約後明顯減少，有難為對待給付之虞時，在他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付」；第610條規定：「約定為消費借貸之人，如對方當事人之財產狀況明顯受損害有危及返還請求權者，得撤回其契約」；第519條規定：「贈與人無能力履行約定者，得拒絕履行之。無能力履行者，損害與自己身份相當生計或法律規定負擔之扶養義務」；第528條規定：「1. 贈與人在履行贈與後

事變更原則。情事變更原則（*clausula rebus sic stantibus*），乃指締約時為契約基礎的事實，有未能預見的巨幅變動發生，對於若信守承諾，勢將蒙受過份不利的當事人，給予撤回權或修訂權。德國聯邦法院判例大體上接受了此一原則，並將之繼續發展<sup>149</sup>。

德國民法2002年新修正的民法第313條：「如構成契約基礎之情事於契約締結後重大變更，且當事人對此等改變如有預見時即不欲締結契約或將締結其他內容者，得請求就該契約進行調整，但以考量個案中之一切情況，特別是契約上或法定之危險分配後，顯無法合理期待當事人一方仍欲維持原契約內容者為限（第1項）。如構成契約基礎之重要前提假設經證實有誤時，與情事之變更同（第2項）。如調整契約不具可能性或對於一方不具期待可能時，受有不利益之當事人得解除契約。如係在繼續性之債之關係中，當事人得以終止契約以代解除契約（第3項）」已明文規定情事變更原則。

英美法上認為情事變更原則，係指契約成立後履行中，若遭遇有不可預料之障礙（*unexpected obstacles*）或新情況（*new condition*），致使履行困難或不利，而非雙方當事人於訂約時所可得知或預見者，當事人或法院所為之一種衡平措施<sup>150</sup>。且英美法除基於衡平之觀點加以認定情事變更原則之存在外，原則上將情事變更本身視為即有約因關係存在（*consideration*），並為當事人締約之初即有履行不能之默示條款（*implied condition*）存在，故得以免除履行債務<sup>151</sup>。

由此觀之，情事變更之事實狀態必須在契約成立後履行中發生，始有情事變更原則之適用。蓋契約成立當時，若事實狀態已經存在，不啻當事人情願以當時所認定之事實狀態為契約之內容，自不發生情事變更原則問題。又必在履行中發生不可預料之障礙或新情況，致使履行困難或不利，因為如果該障礙或新情況係當事人所得預料者，其仍願意為法律行為，如竟能適用情事變更原則，則失衡平法之本旨。再者，必須不

---

不能維持與自己身份相當之生計，或對其親屬、配偶或前配偶不能履行法定扶養義務者，贈與人得依返還不當得利之規定，向受贈人請求返還贈與物。2. 受贈人得以支付為扶養所必要之金額，免除返還。3. 對受贈人之義務，準用第 760 條和第 1613 條對親屬扶養之規定，再贈與人死亡時亦準用第 1615 條之規定。前項受贈人有數人，前受贈人應在後受贈人不負義務之限度內，負其責任」。參趙文俊、徐立、朱曦合譯，德國民法，五南圖書出版，1992 年 2 月。

<sup>149</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 82，2002 年 9 月。

<sup>150</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第 12 期，頁 58，2000 年 7 月。

<sup>151</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第 12 期，頁 59，2000 年 7 月。

可預料之障礙或新狀況，與履行困難或不利間具有因果關係，否則即無衡平之必要，應依原有債之本旨履行<sup>152</sup>。

## 第二款 我國法之意義

我國民法在民國18年5月23日公布施行迄至88年4月21日修訂債編前，除在第219條規定「誠信原則」外，關於情事變更原則並未有一般性的規定。至第二次世界大戰期間，為因應貨幣的極度貶值，於民國30年7月1日及民國34年12月8日分別訂定「非常時期民事訴訟補充條例」及「復原後辦理民事訴訟補充條例」時規定有情事變更原則的一般性規定，修正前的民事訴訟法第397條<sup>153</sup>亦規定有情事變更原則，然該原則實質上應為實體規定，未規定於實體法卻規定於程序法上究有所不妥，因此在民國88年4月21日修訂民法債編時，增訂民法第227條之2：「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」。

民法第227條之2之立法理由謂：「…二、情事變更原則為私法上之一大原則，民事訴訟法第397條雖有明文，惟民法上除有個別具體之規定，例如第252條、第265條、第442條等外，尚乏一般性之原則規定，致適用上易生困擾。目前實務上雖以誠實信用原則依民事訴訟法第397條之規定，為增、減給付或變更其他原有效果之判決。但誠實信用原則為上位抽象之規定，究不如明定具體條文為宜。爰參考民事訴訟法第397條之立法體例，增訂第1項規定，俾利適用。又情事變更，純屬客觀之事實，當無因可歸責於當事人之事由所引起之事例，故民事訴訟法第397條規定『因不可歸責於當事人之事由』等文字無贅列之必要，併予敘明。三、情事變更原則，適用於契約之情形最多，為非因契約所發生之債，例如無因管理、不當得利等，遇情事變更時，亦宜準用，爰增訂第2項規定，俾符公允」。因此可見所謂之情事變更原則的理論依據係為「誠信原則」之公平理念而來，應屬於誠信原則之下位概念。

故我國所謂情事變更原則，係指當事人為法律行為（契約行為）當時，並不知情事將有所變更，而於法律行為（契約行為）生效後至給付

<sup>152</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁58，2000年7月。

<sup>153</sup> 修正前的民事訴訟法第397條規定：「法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情事變更非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，法院應依職權公平裁量，為增減給付或變更其他原有效果之判決」。

之前，發生法律行為（契約行為）成立當時所不可預見之情事，法律上所給予之救濟方式。亦即法律行為成立後至履行完畢前，為法律效果發生原因之法律要件之基礎或環境發生變更，因不可歸責於當事人之事由，致發生非當事人所預期之結果，如仍使發生原有效力，顯然背於誠實信用原則，應認為其法律行為有相當變更之規範，可見情事變更原則之理論係基於誠實信用原則之公平理念而來<sup>154</sup>。

公共工程由於牽涉到工程造價高、專業性、施工期長、用地取得困難、地質狀況難掌握等因素，致履約過程中時常會遭遇不可預見的情事，情事變更原則便經常應用在營建工程契約爭議的解決。如最高法院83年度台上字第1190號判決即謂：「情事變更原則，係基於衡平理念，對於當事人不可遇見之情事（為法律效力發生原因之法律行為或其他法律事實之基礎或環境）之劇變所設之救濟制度，故只要符合民事訴訟法第397條所定要件，即有該條之適用」。

## 第二項 情事變更原則的適用要件

在發生情事變更時，並非立即進入是否有情事變更原則適用之探討。基本上，若有契約條款或其他法律對情事變更之問題已有規範，則應優先加以考量。例如在契約中加入附隨條款（Gleitklauseln）<sup>155</sup>，俾利情況有根本性變更時，仍可維持給付的均衡（Aequivalenz）<sup>156</sup>。

如最高法院86年度台上字第1364號判決即謂：「所謂因情事變更，法院應為增減給付或變更其他原有效果之判決者，以法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由致情事變更，非當時所得預料，而依原有效果顯失公平為要件。如於法律行為成立時，即預見情事將有變更，對於應如何調整給付已有約定者，自無情事變更原則之適用」。

另在情事發生變更時，雖無契約條款之約定，但若有其他法律已加以規定，或有些法律本身即是情事變更原則之具體化條文時，則應優先加以適用，如<sup>157</sup>民法第265條不安抗辯權的情形<sup>158</sup>；物之瑕疵擔保<sup>159</sup>；給

<sup>154</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁58，2000年7月。

<sup>155</sup> 例如物價調整條款或保值條款。

<sup>156</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁85，2002年9月。

<sup>157</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁86，2002年9月。

<sup>158</sup> 民法第265條規定：「當事人之一方，應向他方先為給付者，如他方之財產，於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞時，如他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付」。雙務契約當



付不能<sup>160</sup>；因重要理由而終止契約<sup>161</sup>；目的未達成<sup>162</sup>；和解<sup>163</sup>等情形。至於情事變更原則之適用要件如下：

## 第一款 須有情事變更之事實

所謂情事，有論者謂係指一切為法律行為成立基礎或環境之客觀事實<sup>164</sup>，不包括主觀之事實。蓋若當事人主觀上於行為時已認識其事實之存在，或明示該事實之存在或繼續為其法律行為生效之要件，則應屬條件之問題，而非屬情事變更<sup>165</sup>。即當事人於締約時，若其主觀上之認識與客觀上之事實不同，而於契約締結後才發現時，則屬於錯誤之問題，而非情事變更之問題。

另有論者謂所謂情事，係指行為基礎的情況，為當事人所明知，或當事人確信行為基礎的相關情況，仍將繼續存在或將發生，致其未於契約中明定，或一方當事人主張行為基礎欠缺之事實，為相對人所承認<sup>166</sup>。而就行為基礎之變更而言，依德國實務及通說則包含了客觀行為基礎之嗣後變更及主觀上共同認識之行為基礎之自始欠缺並於締約後才發現

---

事人有先為給付之義務者，無同時履行抗辯權，而因情事變更，致他方之財產於訂約後顯形減少，有難為對待給付之虞者，如責令其仍必須給付者，等於要求其負擔損失之危險，並不公平，故法律乃賦予其不安抗辯權，在他方未為對待給付或提出擔保前，得拒絕自己之給付。參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁70，2000年7月。

<sup>159</sup> 只要有擔保請求權，即不適用情事變更原則。

<sup>160</sup> 如給付事實上不可能時，無適用情事變更原則的餘地。

<sup>161</sup> 法律對長期債務關係，如雇傭（第489條），合夥（第686條第3項）等情形下，允許以重大理由，終止法律關係，此時即排除了情事變更原則的適用。

<sup>162</sup> 給付的目的，未成為法律行為的內容時，可適用本原則，但若法律有明文規範，則排除了本原則之適用，如民法第979條之1規定：「因訂定婚約而為贈與者，婚約無效、解除或撤銷時，當事人之一方，得請求他方返還贈與物」。

<sup>163</sup> 民法第738條規定：「和解不得以錯誤為理由撤銷之。但有左列事項之一者，不在此限：一、和解所依據之文件，事後發見為偽造或變造，而和解當事人若知其為偽造或變造，即不為和解者。二、和解事件，經法院確定判決，而為當事人雙方或一方於和解當時所不知者。三、當事人之一方，對於他方當事人之資格或對於重要之爭點有錯誤，而為和解者」，對於和解時所依據的基礎，與事實不符時，得撤銷之，此處亦為法定的「行為基礎」欠缺的情形。對本條法律要件所不包括的情況，如對未來事件有錯誤，則仍可適用情事變更原則。

<sup>164</sup> 例如突發戰爭（例如，美國於2001年9月11日遭受恐怖份子攻擊世貿大樓即為適例）、災害（例如，我國於2001年9月份遭受納利颱風之侵襲導致北台灣受重創即為適例）、暴動、罷工、經濟危機、幣值大幅滑落、物價漲幅過鉅、匯率發生大福波動等。參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁62，2000年7月。

<sup>165</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁62，2000年7月；史尚寬，債法總論，頁432，1983年3月。

<sup>166</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁87，2002年9月。

二種情形<sup>167</sup>。

是以，在我國法上的情事變更原則，如係指法律行為成立後所發生之某種社會環境事變，而非如德國包含了客觀行為基礎之嗣後變更及主觀上共同認識之行為基礎之自始欠缺並於締約後才發現二種情形者，則其範圍將顯得較為狹窄。

## 第二款 須情事變更發生於法律關係成立後至消滅前

蓋非發生在法律行為成立後，即無所謂不能預料之問題，不能預料之情事，必非當事人於行為時所知或可得而預見者始屬之。良以法律行為時情事已屬變更不利，而當事人仍以其為法律行為之內容，應屬個人意願，自無事後再加以保護之必要。至於法律行為效果消滅後發生之情事變更，則無效果可資變更，當事人間亦不生公平與否之問題，自不得援用情事變更原則<sup>168</sup>。

如情事變更在法律關係成立前，雙方誤認而以已變更之環境為基礎，依現行法似為錯誤問題而無情事變更原則的適用，惟有學者指出依德國通說及判例均認為不論共同之錯誤，係內容或動機之錯誤，於雙方錯誤時適用民法第148條之誠信原則，於合乎情事變遷原則時，則適用該原則。理由是在此情形，不論何方當事人先決定撤銷，或由於偶然，或由於當事人之特別利益，雙方當事人均不應有第91條之責任。如果雖有雙方錯誤，但只有一方當事人有意願撤銷時，應如何處理，通說認可以採用第91條但書之規定均衡利益，並依雙方當事人就錯誤之責任加以衡量<sup>169</sup>。

## 第三款 須非當事人訂立法律行為時所得預料

從社會生活環境變化之角度言，私權權利義務關係人對社會生活環境之變化，有可預見，有不能預見者。能預見者，從中取得利益並承擔其不利益，乃事理之常。不能預見者，其不利益歸社會成員全體負擔<sup>170</sup>。

<sup>167</sup> 參張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 53，2000 年。

<sup>168</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第 12 期，頁 62，2000 年 7 月。

<sup>169</sup> 參黃立，民法總則，作者自版，頁 296，2005 年 9 月。

<sup>170</sup> 參曾世雄，民法總則之現在與未來，元照出版，頁 52，2005 年 10 月。

是以情事變更必須非當事人為法律行為當時所得預料，使足當之，而該情事變更必須客觀上具有不可預見之性質，亦即該情事在性質上非當事人所得預料。若當事人能預見而竟未預見者，則非有過失，即有錯誤。如於法律行為成立時，即預見情事將有變更，雙方對之應如何調整給付有所約定者，自無該條項規定之適用<sup>171</sup>。

當事人於訂約時，即約定排除情事變更原則之適用，其效果如最高法院80年度台上字第524號判決：「…所謂因情事變更，法院應為增減給付或變更其他原有效果之判決者，以法律行為成立後，因不可歸責於當事人之事由，致情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平為要件。如於法律行為成立時，即預見情事將有變更，雙方對之應如何調整給付，有所約定者，自無該條項規定之適用」，可資參照。

情事變更是否為當事人所得預料，應從客觀之標準判斷之，如當事人實際上未預料，但客觀上係可得預料者，則顯係該當事人之過失，如因錯誤而未預料者，則得適用錯誤之法理解決<sup>172</sup>。如僅一方當事人曾有預見，而未預見之他方當事人並無過失或錯誤者，他方當事人得否主張情事變更原則，需視該交易標的物屬於一般性或投機射倖性而定。如交易標的物係一般性者，則預見之一方常係乘相對人之未克預見而冀得不當得利，此時對善意之未克預見相對人應給予主張情事變更之保護。反之，如交易標的物係屬於投機射倖性者（例如股票、期貨等），相對人雖無過失或錯誤，但其本身明瞭其交易性質上極不確定，竟仍冒險為交易行為，則其暴利與損失均由其享有與負擔<sup>173</sup>。

#### 第四款 須因不可歸責於當事人之事由

情事變更原則之適用，有論者謂僅以絕對事變（不可抗力），指天然災害及其他人力不可抗拒之禍亂為限。蓋情事變更原則適用之目的在排除不公平之結果，且必須在法律上別無救濟方法時，始有其適用，如係第三人之行為導致依原法律行為約定履行有不公平情事者，當事人依法得向第三人請求損害賠償，無情事變更原則之適用<sup>174</sup>。

<sup>171</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁62，2000年7月。

<sup>172</sup> 參林榮耀，情事變更原則之理論與實際，收錄於鄭玉波主編，民法債編論文選輯（中），五南圖書，頁773，1984年7月。

<sup>173</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁63，2000年7月。

<sup>174</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第12期，頁63，2000年7月。

惟此乃在假設受損害之一方對第三人有損害賠償請求權的前提下，在公共工程界面廠商延遲之情形下，與界面廠商存有契約關係者，僅有工程主辦機關，得標廠商與界面廠商間無任何契約存在，若界面廠商之延遲並無任何故意或過失，得標廠商對其即無侵權行為損害賠償請求權存在；即使界面廠商有故意或過失之行為，得標廠商因進場遲延所受之損害，亦僅為債權受到侵害之經濟上損失，單純之經濟上損失仍無救濟途徑可言。在此種情形下由得標廠商承擔所有的損失並不公平，即在公共工程契約中，情事變更原則之適用不應僅限於絕對事變，尚應包括第三人行為所致之通常事變<sup>175</sup>。

### 第五款 依原定之法律效果顯失公平

所謂依其原有效果顯失公平<sup>176</sup>，乃在客觀交易秩序上，認使原有法律效果發生，將有背於誠信與衡平觀念之謂<sup>177</sup>。亦有謂顯失公平係指失於均衡而形成不公平之謂；然此之不公平必須為顯著的不公平，如僅是輕微或不顯著的不公平，係法律行為中所普遍存在的競爭風險，無適用此原則的餘地。既有顯著的不公平，如仍維持原約定的法律效果，從誠信原則觀察，顯然將造成失去均衡而形成不公平，此即「顯失公平」<sup>178</sup>。

即因情況的變動，使雙方在義務上，極端的不成比例，此種干擾極為重大（erheblich），以至於信守原契約係非可期待。另一方面，風險不得屬於當事人原應承受的範圍，否則不適用此原則，例如當事人依法（經營風險）或約定（如買賣股票或從事投機行為）應承擔風險時，不適用此原則<sup>179</sup>。

如最高法院69年台上字第606號判決要旨：「查62年6月間政府限價

<sup>175</sup> 參張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 56，2000 年。

<sup>176</sup> 不公平究應達於若何之成度，始可稱為顯著，學者認可參考如下原則：1、倘不認情事變更之原則，對通常發生之利害關係，必生鉅大變動，如認情事變更之原則，即有復歸於不生情事變更時利害狀態之可能性；2、適用此原則，可免此方不當之損害，但不可因此致相對人蒙受不當之損害，而僅能使之失去意料外之不當得利為止；3、不公平之事實，須存在於法律關係之雙方或一方，如僅對於第三人有公平之結果，則尚屬不足；4、情事變更與顯失公平，須有因果關係。參鄭玉波，民法債編總論，三民書局，頁 398，1996 年 11 月。

<sup>177</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，台灣本土法學雜誌，第 12 期，頁 63，2000 年 7 月。

<sup>178</sup> 參李金松，營建工程契約風險分配之研究-以公共工程為中心，國立中正大學法律學研究所碩士論文，頁 102，2004 年。

<sup>179</sup> 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 88，2002 年 9 月。

之鋼筋，已達每噸8,200元，至同年底之限價，則高漲至每噸14,500元，足證因能源危機，引致鋼筋暴漲，早在62年6月以前，當年因各國廢鐵限制出口，我國市場缺貨，被上訴人在此情況下，取得原料困難，無法繼續如限交貨，自屬不可歸責於被上訴人之事由。其價格之高漲，亦為訂約時所不可預料，如就未交付之鋼筋，仍照原訂價格每噸4,600元、4,700及6,660元不等計算給付價款，顯失公平」，可見當事人間縱無物價調整約款之規定，蒙受不利的當事人仍可以依據民法第227條之2的規定主張其權益<sup>180</sup>。

### 第三項 情事變更原則之效力

基於契約神聖 (sanctity of contract)，情事變更原則之適用，應注意儘量維持原有基本法律關係，使其能繼續存在，也必至此一方法確不能排除不公平之結果時，方得採取解除或終止法律關係或其他變更原有法律效果之方法。蓋原有法律關係為雙方當事人所欲期望達成之關係，自應予以尊重<sup>181</sup>。例如公共工程一旦消滅契約關係，必須重新公開招標，常會造成龐大的支出費用，且做了一半的工程因為界面廠商間的責任不明，也會有找不到廠商接手的情況。

因此為了減少對契約之侵害，應從對契約影響最少的契約調整著手，只有在調整契約仍無法除去顯不公平之情形時，才應考量使契約消滅<sup>182</sup>。就契約之調整而言，主要的手段有增減給付、分期或緩期清償、同種給付之變更及拒絕先為給付等，又稱為第一次效力。而就契約之消滅而言，則為終止契約、解除契約、除去責任請求權等，又稱為第二次效力<sup>183</sup>。且情事變更之發生，係屬不可歸責於雙方之事由，對其所增加之成本，不應由一方獨自承受，因此情事變更原則所考量者，並非風險之歸屬，而係風險之分攤<sup>184</sup>。

至於對增加給付的請求，其額度應如何判斷，則必須就眾多因素加

<sup>180</sup> 參黃立，工程契約物價指數條款、契約的反面解釋與加班費、誤餐費問題—最高法院 89 年度臺上字第 484 號判決評釋，臺灣本土法學雜誌，第 14 期，頁 29，2000 年 9 月。

<sup>181</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，臺灣本土法學雜誌，第 12 期，頁 64，2000 年 7 月。

<sup>182</sup> 參張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 62，2000 年。

<sup>183</sup> 參林誠二，情事變更原則之再探討，臺灣本土法學雜誌，第 12 期，頁 64，2000 年 7 月。

<sup>184</sup> 參張南薰，情事變更原則在公共工程上之應用，國立政治大學法律學系碩士論文，頁 62，2000 年。

以考量。如最高法院66年台上字第2975號判例：「因情事變更為增加給付之判決，非全以物價變動為根據，並應依客觀之公平標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增加給付之適當數額」，可資參照。

### 第三節 小結

#### 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。