

第五章 具體爭議案例之評析

技服契約定性後，本章以其為基礎，配合法院判決實例，探討技服契約之具體爭議，從技服廠商之服務缺失責任及服務酬金請求權等兩類型，分別進行評析。

第一節 技服廠商之服務缺失責任

常見之規劃、設計或監造疏失，包括下述幾類¹⁷³，因此涉及技服廠商之瑕疵擔保責任、損害賠償責任及侵權行為責任等，分述如後。

- 一、規劃設計圖、施工說明書及工程價目單內之材料、設備之規格、數量不符或漏列。
- 二、規劃設計錯誤致無法施工。
- 三、規劃設計圖面不完整。
- 四、監造廠商指示錯誤。

¹⁷³ 參閱古嘉諄、陳俐宇，工程設計、監造單位之法律責任，工程法律實務研析（一），台北：寰瀛法律事務所，2005年版，頁4。

壹、規劃或設計廠商之承攬人瑕疵擔保責任

一般性定型化規劃或設計契約屬承攬契約（如前所述），故規劃或設計廠商完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵；從而，規劃或設計廠商完成之工作具有瑕疵，機關即生瑕疵擔保請求權。

一、案例

（一）臺灣臺北地方法院九十五年度訴字第二七二八號判決

1、案例事實

本件原告（設計廠商）請求依約完成工作之酬金，惟被告（業主）抗辯原告應負瑕疵擔保責任。

原告主張其已依兩造於 94 年 8 月 20 日簽訂之委託設計合約，完成指標設計，並於 94 年 11 月 9 日將設計之審定版彩圖、平面及大樣圖、光碟（圖檔）等交付被告，且經被告職員蘇宜良簽名確認，被告屢經催告，迄未付款等節。

被告固不爭執有收受原告交付之設計成品，然以原告之給付有瑕疵，經被告通知仍未修補，致被告需另聘鈦閣公司進行修補，因而支出費用 64 萬元，被告得請求減少報酬，並終止契約等語置辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：（1）原告是否已完成本件委託設計合約之設計工作？（2）原告完成之工作是否有瑕疵？（3）被告得否就本件兩造合約

請求減少報酬或主張終止契約？

3、法院見解

(1) 原告（設計廠商）是否已完成本件委託設計合約之設計工作：

依兩造之委託設計合約第 1 條委託範圍第 1 項約定¹⁷⁴觀之，原告承攬之內容為依照被告提供之訊息及上開場館之大樣圖，設計符合實際現地動線需求之導引指示指標，並無約定原告需依照指標個數分別設計。且原告係居於協助被告監督指標系統承攬廠商施作之地位，並非指標系統承攬之廠商，足見被告辯稱原告需提供 760 件之指標設計，尚屬無據。

再依兩造合約同條第 2 項第 2 款¹⁷⁵、第 4 條第 2 項¹⁷⁶及第 3 項¹⁷⁷之約定，足認被告收受原告交付之最終確認之設計平面圖、彩圖及電子光碟各 3 份時，原告已完成設計工作。本件原告業於 94 年 11 月 9 日提供審定版彩圖、平面及大樣圖與光碟（圖檔）各 3 份予被告，並由被告負責與原告聯繫之職員蘇宜良簽名確認，應認原告已完成系爭設計工作。

(2) 原告完成之工作是否有瑕疵：

被告雖辯稱依業界習慣設計成品應包含所有「個別」指標之圖形，且依原告之報價總表，原告需按各動線設計獨立的圖樣，總計共 760 件指標之圖形設計，原告各項次僅設計 1 件，無法符合被告需求，其設計有瑕疵

¹⁷⁴ 該約定為：「乙方（即原告）依據甲方（即被告）提供之訊息及本場館大樣圖（主館-B1~5F，副館 B1~4F），以專業設計角度，規劃符合實際現地動線需求之導引指示指標，俾達使用之人、車能清楚、迅速、確實、安全、舒適進出或退離之目標。乙方需協助甲方監督指標系統承攬廠商，包括施作廠商之使用材質、施工品質及完工成品應完全符合甲方認可之設計規範。」

¹⁷⁵ 該約定：「乙方需於 8 月 31 日提送設計平面圖壹份，於 9 月 5 日提送彩圖壹份，並於設計完成時提供最終確認之設計平面圖、彩圖及電子光碟各三份。」

¹⁷⁶ 該約定為：「設計完成並交付設計圖樣（含平面圖及彩圖）送甲方審核，給付合約總價百分之三十，計新台幣壹拾捌萬陸仟元整。」

¹⁷⁷ 該約定為：「設計圖樣經甲方審核完成並驗收合格後由乙方提交設計平面圖、彩圖、電子檔光碟參份後，給付合約總價百分之四十，計新台幣貳拾肆萬捌仟元整。」

云云。惟被告並未就其所謂「業界習慣」舉證以實其說。且被告所提出原告出具之報價總表載明「工程項目：指標工程」，並列出各項目之規格、數量、單價及總價，備註欄並記載：「1、本報價不含5%營業稅，採連工帶料，責任施工。2、以上單價、數量實作實算。總價1,412萬2,800元」等語，該報價總金額高達1,412萬2,800元，顯與本件系爭合約約定之承攬金額、項目有別，是被告辯稱原告應設計之圖樣件數為760件云云，並非可採。

(3) 被告得否就本件兩造合約請求減少報酬或主張終止契約：

按依民法第493條第1項、第2項規定¹⁷⁸，及兩造合約第7條違約責任第2項約定¹⁷⁹，故被告若認為原告給付之設計工作內容有違約情事，自應定相當期限以書面通知原告進行瑕疵修補。被告又抗辯其於94年11月11日以電子郵件通知原告交付之設計成品僅完成「概念圖」之設計，且比例、圖樣、尺寸與被告需求均有出入，依合約第7條終止契約云云，惟上開電子郵件，原告否認曾收受，被告亦未能舉證證明原告已收受上開電子郵件，且該電子郵件並未定期通知原告修補瑕疵，而原告逾修補期限仍未改善，是被告終止合約，於上開約定不合，應屬無據。且如前所述，原告於94年11月9日已依約交付審定版彩圖、平面及大樣圖、光碟（圖檔）等予被告，被告辯稱原告交付之設計圖樣有瑕疵云云，並無足採。是被告抗辯依民法第494條請求減少報酬，及依兩造合約第7條主張終止契約，均屬無據。

(二) 臺灣臺北地方法院九十二年度訴字第二六五號判決

¹⁷⁸ 該規定為：「工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之；承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。」

¹⁷⁹ 該約定為：「除本合約另有約定，如任一方發生違反本約之情事，經他方以書面通知未於期限內改善者，他方得逕行終止本合約外，並得請求違約之一方賠償按合約總價百分之三十計算之懲罰性違約金，如有其他之損害並應負賠償責任。」

1、案例事實

本件係原告（設計廠商）及被告（機關）對於契約所定瑕疵擔保責任之範圍，產生爭執。

原告起訴主張本工程設計合約書第六·五條雖有「乙方（註：即原告）數量計算錯誤或漏列，致使甲方（註：即被告）需辦理變更設計時，扣減全部設計服務費百分之十，…」之條文，惟因本合約係簽立於八十三年十月，依當時之慣例、雙方之認知、甚至被告自身之解釋，所謂之「變更設計」乃係以一成(即百分之十)為界定標準。故依本合約書第六·二條約定「第五期：委託設計之工程全部施工完成後，付清全部設計服務費百分之十尾款。」，於委託設計之工程全部施工完成後，被告即應付清全部之設計服務費等語。

被告則以本件系爭工程曾因原告設計之瑕疵，致被告於實際施工時辦理第一次及第三次工程變更設計，就此事實原告並不爭執，則被告依前開系爭合約第六點五條之前段規定，行使瑕疵擔保請求權，扣減原告之承攬報酬，自屬有據。原告主張以數量計算錯誤或漏列達百分之十方為變更設計，實無足採；系爭合約第六點五條扣減服務費用之規定乃民法第四九四條本文之特別約定，並非違約金之性質，原告主張酌減違約金，實屬無理等語置辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：（1）有變更設計時，是否依契約扣減全部設計服務費百分之十，或其僅為界定標準而已？（2）本合約書第六·五條前段，是屬違約金或瑕疵擔保請求權？

3、法院見解

(1) 有變更設計時，是否依契約扣減全部設計服務費百分之十，或其僅為界定標準而已：

按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句，民法第九十八條定有明文。查本合約書第六·五條係約定：「乙方數量計算錯誤或漏列，致使甲方需辦理變更設計時，扣減全部設計服務費百分之十，因錯誤而減少數量者按減少數量核計服務費，但因錯誤而增加數量或漏列部分之設計服務費不予核付」，而原告主張其在本合約三次設計變更中，確有在第一次設計變更因原告疏失增加本工程總金額之○·四二%，減少本工程總金額之○·二六%，第三次設計變更時，其中因原告疏失部分增加本工程總金額之○·一八%，減少本工程總金額之○·五八%，共占全部工程費之一·四五%等情，有原告提出之第一、三次變更表四紙為證，並為被告所不爭執，應認為真正，則依上開合約書第六·五條前段約定，似應扣減全部設計服務費百分之十，惟原告主張依慣例及兩造之認知，僅認係以百分之十為界定標準等語，並舉證人郭拱源於本院證稱¹⁸⁰，可見探求兩造當時之真意，兩造於簽約時，應即有以百分之十為界定標準，並非直接扣減百分之十之意思表示合意，且應認所謂扣減百分之十，即係以百分之十為上限，而非一律扣減百分之十。

(2) 本合約書第六·五條前段，是屬違約金或瑕疵擔保請求權：

約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。民法第二五二條定有明文。查依據上開合約書第六·五條「後段」規定，已就（設計廠商數

¹⁸⁰ 其證稱：「早期所謂變更設計達到工程發包契約百分之十以上稱之，百分之十以下叫做增減經費。就算超過百分之十，也算扣百分之十。因為這涉及到勞務的問題。民國八十五年以後臺灣省審計處發公文就全部以變更設計認定。以百分之十作增減經費標準這個規定，沒有見諸於公文書內，是屬於我們局裡面的慣例。這是前輩一直流傳下來的，我們沿襲這樣處理，所有合約都沒有寫，因為是慣例，才沒有寫等語。」

量計算錯誤)減少數量者按減少數量核計服務費,及增加數量或漏列部分不予核付設計服務費,顯有實際減少報酬之瑕疵擔保請求權之意,從而第六·五條「前段」之約定應屬違約金性質,而原告(設計廠商)因(數量計算錯誤)疏失致變更設計達全部工程費之一·四五%,已如前述,本院斟酌兩造損失及疏失程度,認應扣減總工程款百分之二·九%之違約金為適當¹⁸¹。

二、評析

(一) 承攬契約

依據本文前章以工程會「公共工程技術服務契約範本」之規定及配合國內常見之技服契約內容,作為一般性技服契約之契約類型,據以定性之結論為:不論是工程規劃契約、工程設計契約、工程規劃及設計契約、工程設計及監造契約、工程規劃、設計及監造契約,只要技服廠商所提供者係規劃服務或設計服務,即屬「承攬性質」契約。上開二則實務案例之設計契約之締約目的、主給付義務及付款辦法等,均與一般性設計契約類型相符,故應屬承攬契約無疑。

依據民法承攬規定,技服廠商對其工作成果,須負擔有關瑕疵擔保之責任,例如:民法第四九二條「承攬人完成工作,應使其具備約定之品質,及無減少或減失價值,或不適於通常或約定使用之瑕疵」、第四九三條第

¹⁸¹ 惟與上述同一之案例事實,在工程會調解時之建議則認定為:「…本案為工程設計服務…經設計後發包之工程總金額達新台幣約十億餘元之重大工程,其設計圖說達八百餘張,不但繁多且複雜,若要求申請人之設計必與實際現狀一致,不能有絲毫誤差,未免過苛,其為因應地質及施工狀況辦理變更設計在所難免,是依前揭工程慣例及本會勞務採購契約範本第 14 條第 9 項規定,以增減百分之十,為可容許之誤差範圍,非不可行,亦符政府採購法第 6 條之公平合理原則。參酌本工程過去三次變更設計中,第二次變更設計之原因與申請人之設計無關,而第一次及第三次變更設計與申請人設計疏失有關部分,在性質上亦屬工程數量計算上之誤差,非屬重大設計錯誤致有影響結構安全及延宕工程之完成,合於工程慣例及本會勞務採購契約範本第 14 條第 9 項之規範意旨。而就其設計錯誤部分,依據系爭契約第六·五條後段之規定,亦有減少數量者按減少數量核計服務費,及增加數量或漏列部分不予核付設計服務費之不利益效果,已適度課予申請人設計疏失之責。…綜上說明,…建議他造當事人不應扣減全部設計服務費百分之十。…」

一項「工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之」、第四九三條第二項「承攬人不於所定期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用」、第四九四條及第四九五條「承攬人不於所定期限內修補瑕疵，或拒修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬，並得請求損害賠償」等。

（二）瑕疵擔保責任

按規劃或設計廠商依約自應負規劃或設計之義務，所謂依債務本旨而為給付，係指技服廠商所規劃或設計之結果，應符合機關之需求及有關法令之規定，並應保證按其規劃或設計結果興建之建築物之安全及效用，並無可被歸責之規劃或設計缺失，縱其圖說已經機關審查亦同；又按承攬人之瑕疵擔保責任係無過失責任，固不以承攬人具有過失為必要；準此，個案倘定性為承攬契約，則機關對於技服廠商所提送之規劃或設計成果，認為有所瑕疵時，例如：規劃或設計成果不符機關需求、規劃或設計成果不符法令或規範規定、數量計算錯誤致實際施工時須辦理變更設計等，即會主張技服廠商應負民法承攬契約規定之「瑕疵擔保責任」¹⁸²。

值得注意者係，機關主張請求修補瑕疵、自行修補而請求償還修補必要費用、解除契約或減少報酬等各項瑕疵擔保權利時，不以工作之瑕疵係因可歸責於規劃或設計廠商之事由而發生為必要；但機關請求損害賠償時，則以瑕疵係因可歸責於規劃或設計廠商所生者為限。

（三）工作物完成前之瑕疵擔保責任

依民法第四九二條規定之文義，規劃或設計廠商完成工作後，始有機

¹⁸² 參見臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 2728 號判決、臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 265 號判決。

關主張瑕疵擔保責任可言。惟最高法院九十二年度台上字第二七四一號判決謂：「按民法第四九三條至第四九五條有關承攬人瑕疵擔保責任之規定，原則上固於工件完成後始有其適用，惟承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人如發見承攬人施作完成部分之工作已有瑕疵足以影響建築物或工作物之結構或安全時，非不得及時依上開規定行使權利，否則坐待工作全部完成，瑕疵或損害已趨於擴大，始謂定作人得請求承攬人負瑕疵擔保責任，要非立法本旨」；上開實務見解，是否適用在規劃或設計成果上，實有釐清之必要。

買賣之物之瑕疵擔保責任之有關法理，在承攬之瑕疵擔保，應予適用。準此，先探討買賣之物之瑕疵擔保責任如下。

最高法院八十九年度台上字第一〇八五號判決謂：「民法第三五四條有關物之瑕疵擔保規定，原則上固於危險移轉後始有其適用，但出賣人既有給付無瑕疵物之義務，買受人亦有拒絕受領瑕疵物之權利，則在特定物之買賣，依法律規範之目的，物之瑕疵不能修補，或雖能修補而出賣人表示不願為之者，應認為在危險轉移前買受人即得行使擔保請求權，並得拒絕給付相當之價金，以免往後之法律關係趨於複雜，損及買受人之權益。¹⁸³」詳言之，有下列情形時，雖危險尚未移轉於買受人，買受人仍得例外主張瑕疵擔保權利：

- 1、買賣標之物之瑕疵性質上不能除去，或標之物已確定不能具備出賣人保證之品質。
- 2、標之物之瑕疵雖可除去，但出賣人明確表示拒絕除去，或考量時

¹⁸³ 另參見最高法院 87 年度台上字第 387 號判決、91 年度台上字第 1315 號判決、92 年度台上字第 2129 號判決。

間及費用等因素，顯可預期出賣人不能於清償期前除去之¹⁸⁴。

從而，就承攬之瑕疵擔保而言，在工作完成前，雖已發生瑕疵，但承攬人得於完成前除去該瑕疵而交付無瑕疵之工作，以避免負瑕疵擔保責任。故工作完成前，是否除去瑕疵，乃承攬人之權利，定作人原則上不得於此時主張瑕疵擔保權利，尤其不得以發生瑕疵為由而解除契約。然而，工作雖尚未完成但已發生瑕疵，且該瑕疵性質上不能除去，或瑕疵雖可除去，但承攬人明確表示拒絕除去，或考慮時間及費用因素，顯可預期承攬人不能於清償期前除去者，則繼續等待承攬人完成工作，已無實益，甚至反而造成瑕疵或損害之擴大。故於此種情形，應允許定作人得例外在工作完成及交付前，主張瑕疵擔保權利。

尤應注意者為，非謂限於承攬人應完成之工作為建築物或其他土地上工作物之情形，始有上開判決意旨之適用。承攬人應完成之工作為無體物或無形之結果¹⁸⁵，而於法定或約定應完成或交付工作時期屆至前，已發生瑕疵，且有足夠事實顯示承攬人不能或拒絕除去該瑕疵，則繼續等待承攬人完成工作，已無實益，甚至反而造成瑕疵或損害之擴大，定作人亦得例外地提前於此時主張瑕疵擔保權利。上開結論，即得適用於規劃或設計契約。

（四）瑕疵發見期間

工程規劃或設計契約之瑕疵擔保責任消滅時效，如準用民法第四九八條規定「其瑕疵自工作交付後經過一年始發見者，不得主張」，顯對機關甚為不利，蓋機關係依據廠商之規劃或設計成果，辦理工程招標及決標

¹⁸⁴ 參閱詹森林，危險負擔移轉前，出賣人物之瑕疵擔保責任及買受人拒絕受領標之物之權利—最高法院相關民事判決之評釋，民事法理與判決研究（二），台北：元照，2003年版，頁243以下。

¹⁸⁵ 參閱黃立主編／楊芳賢執筆，民法債編各論（上），台北：元照，2002年版，頁575。

後，再由得標之承包商據以施工，且建造工程通常需費時一年以上，又往往在建造期間或完成後，始能發現瑕疵。

準此，工程規劃或設計契約應準用第四九九條規定「其瑕疵自工作交付後經過五年始發見者，不得主張」為宜，又承攬人故意不告知其工作之瑕疵者，上開期限應延為十年（參見民法第五〇〇條規定）。

（五）修補瑕疵

1、先行定期請求修補

依民法第四九三條第一項及第二項規定，規劃或設計成果有瑕疵時，機關應先定相當期限，請求規劃或設計廠商修補；規劃或設計廠商不於前項期限內修補者，機關始得自行修補而請求償還修補必要之費用¹⁸⁶。至於應先定相當期限請求修補之理由，最高法院強調在於承攬人通常得以較低之成本修補瑕疵¹⁸⁷。因此，機關未先定相當期限請求規劃或設計廠商修補，即自行修補者，不得依本條第二項規定請求規劃或設計廠商償還修補必要費用，且不得以工作有瑕疵為由而請求減少報酬¹⁸⁸。此外，機關亦不得另依無因管理或不當得利規定請求規劃或設計廠商返還已支出之修補費用，以免民法第四九三條第一項及第二項規定成為具文¹⁸⁹。

¹⁸⁶ 參見最高法院 91 年台上字第 771 號判決、86 年台上字第 556 號判決。

¹⁸⁷ 參見最高法院 86 年台上字第 2298 號判決：「按民法第 493 條規定：『工作有瑕疵者，定作人得定相當之期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。如修補所需費用過鉅者承攬人得拒絕修補。前項規定，不適用之。』所謂定作人得自行修補，係以承攬人不於定作人所定之期間內修補，或拒絕修補為其要件。良以定作人既願訂定承攬契約而將其工作委由承攬人承製，顯見對於工作瑕疵之補完，亦以承攬人有較強之修繕能力，能夠以較低廉之成本完成修補，定作人倘未先行定期催告承攬人是否修補瑕疵，自不容其逕自決定僱工修補；此不獨就契約係締約雙方以最低成本獲取最大收益之經濟目的，所必然獲致之結論，且就避免使承攬人負擔不必要之高額費用之公平原則而言，亦乃不可違背之法則。」

¹⁸⁸ 參見最高法院 86 年台上字第 556 號判決。

¹⁸⁹ 參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，民事法理與判決研究（五），台北：元照，2007 年版，頁 94。

尤應注意者，民法第四九三條第一項定相當期限請求修補之規定，雖具有兼顧規劃或設計廠商利益之功能，但尚非強制規定，得由當事人特約排除之。故技服契約約定：「規劃或設計成果有瑕疵時，機關得直接自行修補或另請第三人修補，其費用由規劃或設計廠商負擔，機關亦得自尚未給付之報酬或履約保證金、保固金等扣抵之」，該約定應屬有效。惟機關以定型化技服契約條款為之者，應另依民法第二四七條之一審查其效力。

2、實際支出必要費用

最高法院一再重申¹⁹⁰：機關依民法第四九三條第二項請求廠商償還修補瑕疵必要費用，以機關業已實際支出該費用為前提。該見解有民法第四九三條第二項之文義解釋為據，固不待言。然而，尚有疑義者為：機關得否於定期請求廠商修補而無效果後，實際支出修補必要費用之前，請求廠商「預付」該筆費用？換言之，機關有無「預付修補必要費用請求權」？

就此，德國舊民法第六三三條（與我國民法第四九三條內容一致）並無明文，但該國聯邦最高法院以造法方式予以承認且成為固定見解，並獲得學說贊同，稱之為承攬契約瑕疵擔保權利之革命性轉變，且具有習慣法之效力。該國二〇〇二年一月一日施行之新民法第六三七條第三項並予明文化，蓋於承攬人自費修補瑕疵之情形，定作人無庸自行修補而承擔承攬人無資力償還修補費用之風險；在承攬人經定作人請求修補而仍怠於修補甚或拒絕修補之情形，定作人之地位不應更為不利；故新法第六三七條第三項遂規定定作人於此情形，得請求承攬人預付修補必要之費用，以符衡平。按德國聯邦最高法院係以誠信原則為依據，而誠信原則，我國民法第

¹⁹⁰ 參見最高法院 93 年度台上字第 1140 號判決：「按定作人因承攬之工作物有瑕疵，依民法第 493 條第 2 項規定向承攬人請求償還修補之必要費用，以其已支出自行修補瑕疵必要費用為前提。如尚未支出，即不得依該條規定而為請求。原審就被上訴人是否已支出該項費用，並未詳予審認，遽以台北市建築師公會鑑定估算之修復費用作為判決之依據，即有可議。」，另最高法院 80 年度台上字第 465 號判決、80 年度台上字第 799 號判決之見解亦同。

一四八條第一項亦有明文，故德國法上前述轉變，應可供我國司法及立法參酌¹⁹¹。

（六）解除契約

規劃或設計廠商完成之工作成果有瑕疵者，機關如欲解除契約，依民法第四九四條規定，以規劃或設計廠商不於機關所定之相當期限內修補瑕疵，或規劃或設計廠商以修補瑕疵費用過鉅為由而拒絕修補，或瑕疵性質上不能修補，為其要件。此外，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，縱然符合前述要件，機關亦不得解除契約，而僅得請求減少報酬。上開規定，值得進一步討論者為，規劃或設計廠商所承攬工作即為建築物或其他土地上工作物之規劃或設計，是否不論其工作之瑕疵情形為何，機關皆無解除契約餘地？

首按，瑕疵是否重要，應以當事人締約之目的為準據，斟酌瑕疵之程度、標之物之特性、比較解除契約及不解除契約對定作人及承攬人之利益與損害，而為綜合判斷。依上開綜合判斷結果，倘工作因有瑕疵而不能達締約之目的或於定作人已無利益可言時，定作人得解除契約¹⁹²。

次按，承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，縱有瑕疵，定作人亦不得解除契約之原因，民法第四九四條之立法理由為「所以重公益也」；揆其真意，應係考量，依民法第二五九條回復原狀之規定，一旦解除契約，則已完成之建築物或其他土地上之工作物必須拆除，但該等建築物或工作物（例如：橋樑、隧道、鐵路等）通常價值昂貴，不宜動輒拆除，以維護社會總體利益，故應剝奪定作人解除契約之權利，而僅容許其請求

¹⁹¹ 參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，民事法理與判決研究（五），台北：元照，2007年版，頁95～96。

¹⁹² 參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，民事法理與判決研究（五），台北：元照，2007年版，頁96。

修補或減少報酬。此外，最高法院以目的性限縮之法學方法，作成八十三年台上第三二六五判例，其要旨為：「民法第四九四條但書規定，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，無庸拆除重建者而言。倘瑕疵程度已達建築物有瀕臨倒塌之危險，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¹⁹³」，又民國八十九年五月五日施行之民法債編修正條文，亦於第四九五條增訂第二項規定：「前項情形，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，而其瑕疵重大致不能達使用之目的者，定作人得解除契約。」

綜上，依據民法第四九四條之立法理由以觀，規劃或設計廠商雖承攬建築物或其他土地上工作物之規劃或設計，惟即便解除其契約而須回復原狀，對於公益之影響，亦遠不及解除工程契約須拆除已完成之建築物或其他土地上工作物之狀況，故從社會總體利益考量，應不致於非限制機關不得解除契約不可；換言之，規劃或設計廠商雖承攬建築物或其他土地上工作物之規劃或設計，惟從立法目的論上解釋，應不宜適用民法第四九四條但書規定「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」，準此，自無庸進一步討論民法債編修正條文增訂第四九五條第二項規定之相關情事。

（七）逾期違約金請求權與民法第四九五條及第五一四條之關係

規劃或設計契約之逾期違約金，約定廠商如未依照契約規定期限完工，則應按逾期日數計算逾期違約金。惟機關基於廠商之工作延遲，所得主張之上開逾期違約金請求權，是否為民法第五一四條第一項所定之「定作人損害賠償請求權」？就此，本文採否定見解。

¹⁹³ 最高法院 85 年度台上字第 2593 號判決、86 年度台上字第 2976 號判決之意旨亦同。

蓋民法第五一四條第一項所之「定作人損害賠償請求權」，依其修法理由，係指民法第四九五條第一項之損害賠償請求權。又民法第四九五條第一項之損害賠償請求權，依其文義並對照民法第四九二條至第四九四條，應限於因工作之瑕疵所生之損害賠償。此外，由民法第五一四條第一項所謂「定作人之損害賠償請求權…，『因瑕疵發見後』…」之文義，亦可推知，民法第四九五條第一項與第五一四條第一項所稱之損害賠償請求權，係指與工作瑕疵有關之損害賠償請求權；至於工作遲延，基本上與工作瑕疵無關，故單純因工作遲延所生之損害賠償請求權，不為上開條文所規範，且民法另於第五〇二條定有工作遲延而生損害賠償之規定。

(八) 舉證責任

在給付訴訟中，為訴訟標之法律關係之事實，應由主張該訴訟標之法律關係存在之原告，就該具體之法律關係之權利發生事實，負舉證責任，此為一般之見解。準此，機關欲主張技服廠商應負瑕疵擔保責任，則須在請求權消滅時效內，須依據契約、法令、規劃或設計規範之規定，及工程慣例等，詳加舉證規劃或設計廠商之服務成果未具備約定之品質、具有減少或減失價值、具有不適用於通常或約定使用之瑕疵等，經法院判斷確屬有理之後，方有民法瑕疵擔保責任相關條文之適用¹⁹⁴。

又債務人原有給付之責任，僅於有特別情事，始得免責，乃債法之大原則，我民法係以不可歸責於債務人之事由為免給付之原因。準此，就規劃或設計成果瑕疵之發生是否可歸責，如有爭議，應由規劃或設計廠商負舉證責任¹⁹⁵。又工作係由規劃或設計廠商之分包商等履行輔助人完成者，

¹⁹⁴ 參見臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 2728 號判決、臺灣臺北地方法院 92 年度訴字第 265 號判決。

¹⁹⁵ 參閱鄭玉波，民法債編各論，上冊，台北：三民，1992 年版，頁 370；併參見最高法院 87 年台上字第 1289 號判決：「定作人依民法第 495 條規定請求損害賠償，以瑕疵因可歸責於承攬人之事由而生者為限，此係承攬人對定作人之瑕疵擔保責任內容之一。而瑕疵擔保責任乃法定責

除非規劃或設計廠商與機關另有約定，否則規劃或設計廠商應證明其履行輔助人就工作之瑕疵，亦為不可歸責；規劃或設計廠商不能為上開之證明者，機關即得依民法第四九五條規定，請求其負損害賠償責任。

貳、監造廠商之受任人債務不履行損害賠償責任

一般性定型化監造契約屬委任契約（如前所述），故監造廠商依約處理監造事務，應以善良管理人之注意為之，固屬無疑；惟工程完工後，機關發現工程有所瑕疵，是否即屬監造廠商須負之責任，常生爭議。

一、案例

（一）最高法院九十年度台上字第二〇二二號判決

1、案例事實

本件被上訴人（機關）主張上訴人（設計監造廠商）應負侵權行為責任及受任人損害賠償責任，惟為上訴人所抗辯。

被上訴人主張：上訴人受伊委託擔任七十六年度增班教室興建工程（下稱系爭工程）之設計及監造。工程完工後，伊於八十二年十一月十日委請省建築師公會就系爭工程進行拆除取樣鑑定，鑑定結果該混凝土抗壓強度未達建築技術規則第三百四十九條之規定，且樑柱版之配筋亦與合約設計不盡相符。故主張上訴人竟違反建築師法第十八條規定，未詳加查驗建物鋼筋配置及混凝土強度，縱任施工承包商偷工減料，應依民法第一八四條、第五四四條之規定負責。

任，不以承攬人有故意或過失為必要，亦即承攬人應負無過失責任。又債務人原有給付之責任，僅於有特別情事，始得免責，乃債法之大原則。我民法係以不可歸責於債務人之事由為免給付之原因，此觀民法第 230 條、第 225 條第 1 項之規定自明，故債務人欲免為給付者，應就歸責事由之不存在即無故意或過失負舉證責任。」

上訴人則以：系爭工程之鑑定報告有諸多不實之處，欠缺公正性。況建築材料之數量及強度之檢驗、施工方法之指導與施工安全之檢查，均非建築師之監督範圍，伊自無需負責等語，資為抗辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：上訴人是否有被上訴人所主張之過失行為，而應負損害賠償責任？

3、法院見解

按「建築師受委託辦理建築物監造時，應遵守左列各款之規定：一、監督營造業依照前條設計之圖說施工。二、遵守建築法令所規定監造人應辦事項。三、查核建築材料之規格及品質。四、其他約定之監造事項。」、「混凝土構造施工時，必須隨同工作進度，查驗左列各工作，並予記錄：一、混凝土配料之品質及配比。二、混凝土之拌合、澆置及養護。三、鋼筋彎紮及排置。四、模版及支撐之安裝與拆除。五、施預力（預力混凝土）。六、接頭查驗。前項各款查驗，均須有查驗報告，並由監造人簽認，置於工地備主管建築機關不定期、不定時之抽查核對。」建築師法第十八條、建築技術規則建築構造篇第三三五條分別定有明文，則上訴人受託監造系爭工程，自負有依工程進度查驗混凝土之品質、配比、拌合、澆置、養護及鋼筋配置等義務。至現行建築師法第十八條雖將原條文第三、四、五款關於檢驗建築材料之數量及強度、指導施工方法、檢查施工安全等規定予以刪除，惟仍保留原條文第二款即「遵守建築法令所規定監造人應辦事項」之規定，是建築師依其他建築法令所應遵守之事項，自無率予免除之理，上訴人辯稱：系爭工程混凝土強度及配筋之查驗不在其業務範圍云云，殊非可採。從而，被上訴人主張：上訴人依民法第五四四條之規定，應負損

害賠償責任，即屬有據。

(二) 臺灣臺北地方法院八十九年度重訴字第二一二一號判決

1、案例事實

本件被原告（機關）主張被告（監造廠商）應負受任人損害賠償責任及債務不履行責任，惟為被告所抗辯。

原告主張被告中興工程顧問社於七十六年元月與原告台電公司簽訂服務工作協議書，就系爭工程提供監造服務，房屋完工後分別為原告等人所有，詎於八十三年間，原告等人發現系爭房屋有混凝土剝裂現象，經台灣省結構工程技師公會採樣混凝土試體經水溶性氯離子含量檢測結果，發現混凝土試體氯離子含量超出國家標準容許值甚多，且該氯離子係存在於混凝土內部，而非由外界侵入，該公會遂建議將系爭房屋拆除重建，台北市政府工務局亦於八十五年七月二十三日依建築法規定發函通知立即停止使用並拆除系爭房屋。系爭房屋混凝土氯離子含量超出容許值甚高，係因系爭房屋於建造當時使用海砂或氯離子含量過高之建築材料所致，按氯離子含量過高之建築材料不得用以建築房屋，以及海砂如未去除其氯離子不得作為建築材料使用，均為公眾周知之事實，又系爭房屋建築工程規範關於「細骨材」、「粗骨材」及「水」均規定建築材料須使用河砂及建築材料之一定鹽質含量；被告中興工程顧問社未善盡其監造之責，有所過失，依民法第五三五條後段、修正前第五四四條第一項，以及修正前民法第二二七條，並類推適用民法第二二六條規定，對原告之損害應負損害賠償責任。

被告中興工程顧問社則以：依利陽公司之預拌混凝土供應商調查卡，及桂田土木技師事務所提出之粗細骨材篩分析記錄表，均載明系爭混凝土

之粗骨材產地為大漢溪石、細骨材產地為蘭陽溪碎砂、河砂，足見並無原告所稱使用海砂之情事，縱系爭建物混凝土之含氯量偏高，亦不能直接推斷係因使用海砂所致，原告單憑系爭混凝土含氯量檢測鑑定報告書，即推論系爭工程使用海砂，實非有據，施工當時所適用之中國國家標準，並未規定預拌混凝土中氯離子或鹽質之含量標準及其檢測方式，關於混凝土之用水方面，亦未將鹽質或氯離子含量列為試驗項目，而依據系爭承攬契約施工說明書、建築工程規範總則及當時之中國國家標準，均無必須檢測混凝土氯離子含量之檢測項目及標準，原告自不得以現行國家標準指摘被告於施工當時所提供之監造服務有疏忽，被告依當時之標準詳為檢驗監督，並無過失可言，又鹽質含量之檢測標準與氯離子含量高低之標準本有不同，系爭鑑定報告僅針對氯離子含量加以檢測，並未就鹽質含量為任何檢測，非可等同視之，原告又未證明系爭工程混凝土是否含有鹽質，自不能以建築工程規範中有關鹽質含量之規定，即指摘被告監造工作有瑕疵，或因此有債務不履行之過失，況且原告依承攬關係所得主張之瑕疵擔保請求權業已罹於時效而不得主張等語，資為抗辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：被告中興工程顧問社是否有原告所主張之過失行為，而應負損害賠償責任？

3、法院見解

被告中興工程顧問社已依施工當時之相關施工規範、契約約定及中國國家標準，就系爭建物之建築用料來源善盡監造之責，並未違反其與原告台電公司間服務工作協議書之契約義務，復無可歸責之事由或過失責任，是原告依據民法第五三五條後段、修正前第五四四條第一項，以及修正前

第二二七條，並類推適用民法第二二六條規定，請求被告中興工程顧問社賠償其損害，為無理由。

二、評析

（一）委任契約

依據本文前章以工程會「公共工程技術服務契約範本」之規定及配合國內常見之技服契約內容，作為一般性技服契約之契約類型，據以定性之結論為：不論是工程監造契約、工程設計及監造契約、工程規劃設計及監造契約，只要技服廠商所提供者係監造服務，即屬「委任性質」契約。上開二則實務案例之監造契約之締約目的、主給付義務及付款辦法等，均與一般性監造契約類型相符，故應屬委任契約無疑。

依據民法委任規定，監造廠商處理委任事務，應與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之（民法第五三五條）；監造廠商因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於機關應負賠償之責（民法第五四四條）等。

（二）監造廠商之善良管理人注意義務

在機關與施工承包商之間，監造廠商不僅應做到技能性和勝任性，而且還應有一定之獨立性，即監造廠商應公平地進行專業判斷，在機關和施工承包商之間保持平衡。如果在監造廠商對於所督導及管理之事務做出結論時，機關對其施加壓力，則機關對於施工承包商構成違約。因此，在監造廠商之履約事項中，監造廠商扮演雙重之身份：機關之代理人（例如：施工計畫書之審定、材料和設備之檢驗）和獨立之專業人士（例如：時間和費用之判定）。惟監造廠商即使獨立性地處理機關和施工承包商間之爭

議，仍須承擔疏忽責任¹⁹⁶。

另有關民法第五三五條之善良管理人注意義務，在適用監造廠商時，應作如下之考量為宜。

實則，法律無法期待監造廠商是一個綜合許多知識與能力之完美無暇組織，故關於監造廠商服務疏忽之判斷標準應是：擁有和履行監造能力之專業廠商之一般性標準（standard of the ordinary skilled man）。換言之，監造廠商應負通常及合理程度之專業責任，踐行監造過程中通常應有之注意，惟並不保證因此即有完美之施工過程及結果。從而，衡量監造廠商之標準，應是以一般性（ordinary）之專業能力為準。故一項判斷之錯誤，並不一定構成疏失；如果大多數監造廠商在類似之情況下，都會做出類似之行為，尤其是此行為是根據工程規範所為，則該行為應不構成疏忽。此外，還應注意以下幾點¹⁹⁷：

1、「普通」（ordinary）標準並不是「較低」（lower）標準：

當監造廠商偶然獲得之通常監造廠商不能獲得到之資訊或參加某些特殊課程之培訓，其應將這些所得，作為一種特別技能，向機關提供服務；如果監造廠商沒有善用這些所得，則構成疏忽。

2、監造廠商對風險有警告義務：

當監造廠商根據工程規範履約時，一般認為普通智能之監造廠商，對於過程中所包含之風險應予警告機關；如果危險產生之可能性是合理明顯，且監造廠商未採取預防之道，則會構成疏失。

（三）受任人債務不履行損害賠償責任

¹⁹⁶ 參閱邱闖，國際工程合同原理與實務，北京：中国建筑工業出版社，2001年版，頁106～111。

¹⁹⁷ 參閱邱闖，國際工程合同原理與實務，北京：中国建筑工業出版社，2001年版，頁97～98。

屬委任契約之監造廠商，依約自應負協助機關督導及管理與工程施工有關事務之義務，所謂依債務本旨而為給付，係指監造廠商處理監造事務，應符合機關之需求及相關法令等之規定，並以善良管理人之注意為之，俾工程按預算如期如質完工。準此，實務上機關發現工程完工後有所瑕疵時，即會主張監造廠商債務不履行，應負民法委任第五三五條、第五四四條規定之損害賠償責任¹⁹⁸。

惟對於民法第五四四條所規定：「受任人因處理委任事務有過失，或因逾越權限之行為所生之損害，對於委任人應負賠償之責」之文義，有進一步探討必要。

蓋受任人因處理委任事務有過失，致生之損害，對於委任人應負賠償之責，固無疑問；然因逾越權限之行為所生之損害賠償之責，文義上並無過失之要求，是否須以過失為要件？本文認為受任人因逾越權限之行為所生之損害，為不完全給付，受任人之損害賠償責任，當以受任人之過失為要件。至於受任人應就何種過失負責，應參照民法第五三五條規定，無償委任之受任人應就具體輕過失負責，有償委任之受任人則應就抽象輕過失負責。

（四）舉證責任

在給付訴訟中，為訴訟標的之法律關係之事實，應由主張該訴訟標的之法律關係存在之原告，就該具體之法律關係之權利發生事實，負舉證責任，此為一般之見解。又債務人原有給付之責任，僅於有特別情事，始得免責，乃債法之大原則，我民法係以不可歸責於債務人之事由為免給付之原因，此觀民法第二三〇條、第二二五條第一項之規定自明，故債務人欲

¹⁹⁸ 參見臺灣臺北地方法院 89 年度重訴字第 2121 號判決。

免為給付者，應就歸責事由之不存在即無故意或過失負舉證責任，亦有最高法院二十一年度上字第一九五六號判例要旨¹⁹⁹、最高法院八十七年度台上字第一二八九號及八十七年度台上字第一四八〇號判決意旨足供參考。準此，當機關因監造廠商處理監造事務有過失，致受有損害時，在請求權消滅時效內即得舉證監造廠商違反善良管理人之注意義務及所受損害之大小，並主張監造廠商應負民法委任第五三五條、第五四四條規定之損害賠償責任；而監造廠商欲免其責，自須就其已善盡監造之責、履行契約義務、復無可歸責事由或過失責任，負舉證責任²⁰⁰。

（五）鑑定機構

機關委託技服廠商處理與工程有關事務或工作之緣由，在於機關本身欠缺工程專業，故欲由機關舉證監造廠商處理監造事務有過失、監造廠商違反善良管理人注意義務、機關所受損害等，誠屬不易。

從而，機關處理工程瑕疵之爭議時，除應做好工程瑕疵現場狀況之保存外，宜再委託適任之鑑定機構，俾釐清瑕疵之所在及責任之歸屬等。該鑑定機構對於系爭工程是否有瑕疵，應具有專業之知識、技術及認定能力，應與契約雙方均無利害關係，應依據客觀科學鑑定方法進行鑑定分析，應依據履約當時法令規定進行判斷，並減少經驗、價值或肉眼之判斷及排除適用履約後新頒佈之法令規定；於鑑定時，或可邀同相關設計、監造、施工人員到場及表示意見，以為判斷之基礎。

¹⁹⁹ 參見最高法院 21 年度上字第 1956 號判例要旨：「給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任，其因不可歸責於債務人之事由致未為給付者，債務人雖不負遲延責任，但不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責。」

²⁰⁰ 參見最高法院 90 年度台上字第 2022 號判決及臺灣臺北地方法院 89 年度重訴字第 2121 號判決。

參、規劃、設計或監造廠商之債務不履行及侵權行為責任

技服廠商之服務缺失，倘有可歸責性，則該缺失可能同時成立債務不履行及侵權行為責任。我國法院及學說均肯定侵權責任及契約責任得為競合，由債權人選擇其一行使²⁰¹。惟兩者之成立要件、對第三人行為應如何負責任、故意或過失之舉證責任、損害賠償之範圍、消滅時效等多有不同。

一、案例

(一) 臺灣臺北地方法院九十四年度重訴字第一一六九號判決

1、案例事實

本件原告（機關）因工程崩塌受有損害，而主張數個被告（技服廠商）應負債務不履行及侵權行為責任，惟各被告均為抗辯。

(1) 原告主張：

原告於 88 年間為開發興建網球場邊坡擋土牆設施（下稱系爭擋土牆工程），乃分別與被告甲○○建築師簽訂委託工程設計之委任契約、被告己○○建築師簽訂委託工程監造之委任契約、被告乙○水利水土保持技師簽訂委託工程水土保持計畫設計及監造之委任契約、…。惟系爭擋土牆卻於 93 年 8 月 25 日艾莉颱風過境發生嚴重崩塌，經原告於 93 年 10 月 15 日委託訴外人台北市土木技師公會進行事故崩塌原因責任歸屬暨安全鑑定後，該公會認定崩塌原因責任歸屬應由被告各負四分之一責任，且系爭擋土牆修復重建費用共計需 28,720,380 元，原告因此受有損害。

各被告所應負之注意義務與請求賠償之請求權基礎：

²⁰¹ 參閱王澤鑑，民法概要，台北：著者自刊，2004 年版，頁 273～274。

A、被告甲○○、乙○部分：

被告甲○○為系爭檔土牆工程之設計建築師，就工程圖樣及說明書涉及專業部分雖由各該專業技師負責辦理，但依據建築法第十三條、第十四條、第六十條規定及建築師法第十七條至第二一條規定，及原告與被告甲○○間工程設計、監造委託契約書第一條、第十一條第一款、第十二條第二款，暨民法第五四四條、第二二七條及第一八四條第一項前段及第二項、第一八五條等規定，被告甲○○為建築師，負責就系爭檔土牆工程設計、簽證，應負有一切設計及安全上責任。

原告與被告乙○間委任契約第三條、第八條約定，被告乙○應負責蒐集資料、現場勘查、製作水土保持計畫（含水土保持技師簽證）。然被告乙○就系爭檔土牆卻有局部加勁格網長度設計不足，及設計時未將漿砌卵石洩水孔排出之水直接導出加勁檔土牆外，以及未設置填土層變位及地下水位觀測預警系統等設計缺失，顯未善盡其設計之注意義務。

被告甲○○、乙○應依前開法條規定及契約約定，負侵權行為、債務不履行之連帶損害賠償責任。

B、被告己○○、乙○部分：

被告己○○為負責監造之建築師，依原告與其所訂委任契約第十一條第一款、第二條、第四條、第十二條第二款約定，負責工程現場監造，應盡監督施工廠商之施工計畫、預定進度、施工圖、器材樣品、放樣、施工基準測量及各項測量之校驗、監督及查核施工廠商辦理材料及品質管理工作、專業技術資料與報告之研究、設計及施工可行性之審查與建議、設施安全之評估並建議改善方法；另對工程設計圖說及施工預算、數量計算、單價編列、規範訂定，應詳為繪製編列及訂定；若因顯然錯誤或疏漏以致

原告受重大損害，原告自得請求賠償。

被告乙○所負義務內容除如上所載外，另亦擔任系爭擋土牆工程水土保持計畫之監造工作（含施工簽證及竣工簽證）。

依建築師法第十三條、建築師法第十九條及民法第五四四條、第二二七條、第一八四條第一項前段及第一八五條規定，系爭擋土牆工程有「崩塌後在未崩塌區所進行之工地密度試驗結果尚未達設計標準」、「加勁格網鋪設方向相反」及「排水管長度較設計標準略有不足」之施工缺失，且監造單位應負四分之一責任，故被告己○○、乙○就其等未善盡監造注意義務，應依前述債務不履行、侵權行為之規定，對原告負連帶損害賠償責任。

(2) 被告抗辯：

A、被告甲○○：

雖被告甲○○有與原告簽訂委任契約，但被告甲○○業已確實依原告所提供資料進行勘查工作，並依勘查結果繪製申請雜項執照所需之基地位置圖、地籍套繪圖及現況配置圖，此三項圖樣均屬於現況圖，與工程設計安全無關；至於其餘工程設計相關圖樣，均係由原告委託之被告乙○負責設計繪製，且由原告委託之洪呈和結構土木技師事務所負責結構設計簽證，均與被告甲○○無涉。況系爭擋土牆為山坡地水土保持工程，屬於建築法第七條所稱「雜項工作物」，應依同法申請雜項執照，而被告甲○○僅辦理為申請雜項執照所需之由被告乙○繪製之工程設計圖連同前述基地位置圖、地籍套繪圖及現況配置圖，一併提供申請雜項執照之用，在雜項執照核准後即將所有圖樣送交原告持有，故未參與系爭擋土牆工程之設計。況原告自發包至工程正式驗收時，均未曾邀被告甲○○以設計單位身

分參加協驗，顯見，被告甲○○僅為原告辦理雜項執照申請，至於其後之設計均非被告甲○○所為者。

系爭檔土牆工程屬於水土保持處理與維護工程，受水土保持法之制約，檔土牆之定義依水土保持技術規範第一一七條解釋，與建築法所稱建築構造物不同，水土保持法第六條指出建築師不具設計資格，自無建築法第十三條規定之適用。

系爭檔土牆工程之水土保持計畫，其中排水設施係依據行政院農業委員會水土保持技術規範之規定，採取重現期距 25 年一次頻率標準，而艾莉颱風降雨強度每小時 160 m^3 ，大於設計標準之每小時 148.61 m^3 ，另第 40 小時降雨量達 355.5 m^3 ，超出設計標準之 346 m^3 ，故超大豪雨為檔土牆崩塌之最直接、重要因素，設計單位並無疏失。

B、被告己○○：

台北市土木技師公會既已認定系爭檔土牆崩塌之主要原因，係因艾莉颱風連續侵襲帶來超大豪雨，雨量超過規範標準致地表逕流超過設計容量，排水溝溢流，地下位暴升，強風倒坡頂樹木，屬人力無法抗拒之自然及天然破壞，則原告主張被告己○○應就崩塌負擔四分之一權責，顯然矛盾。

被告係受任為工程發包及一般建築工程之監造，尚非系爭檔土牆專業工程部分之監造者，因原告就系爭檔土牆工程之開發設計已委任被告乙○辦理水土保持開發計畫設計及監造，故被告己○○除對工程發包、校園美化、室內運動場及一般工程應負監造責任外，不應再就水土保持開發設計專業工程部分負監造責任。

況系爭檔土牆工程施工時，業已完成透水密度試驗，其密度達 90% 以上，符合設計標準，鑑定報告卻認定工地密度未達設計標準，與事實不符。又系爭工程原設計圖之邊坡原土方剖面圖與實況略有出入，崩塌區原卵石護坡施工前已有覆土形成原土坡，鑑定時所挖出者，當係中層及上層之下方透水管長度，依設計圖說，透水管接至原土方面即已足夠，而系爭檔土牆工程結算書總透水管長度 619 公尺，惟實做總長已達 672 公尺，並未較設計標準之長度不足。至於加勁格網部分，被告己○○參與監造，在施工時因部分景觀石牆疊砌不良，曾指示拆除壘石重砌，當時現場所露出之加勁格網排放方向正確，該鑑定報告所載崩塌區之加勁格網方向錯誤之處，應係該區最上層部分，最上層土重不高，故應非造成崩塌之原因。

系爭檔土牆工程總價款為 20,196,000 元，用於檔土牆水土工程部分僅 14,904,810 元，土牆崩塌長度為全長 517 公尺中之 166 公尺，占約 32% 比例，原告就崩塌地區請求修復經費為 11,346,870 元、未崩塌地區為 1,732,310 元，顯不合理。

C、被告乙○○：

系爭檔土牆之排水設施係依據行政院農業委員會「水土保持技術規範」第一九五條規定，採用重現 25 年一次頻率標準，惟因艾莉颱風累積降雨量超過重現期距 200 年一次頻率，明顯遠超出排水設計標準，是以超出排水溝之排洪能力而造成水流溢流，終致檔土牆崩塌，崩塌原因實係氣候異常所致。

原告就系爭工程檔土牆之崩塌，未曾與被告協商，即自行委託台北市土木技師公會鑑定，且所鑑定之事項均係原告自行指定，鑑定過程未予被告表示意見之機會。況原告委託鑑定之日期，距系爭檔土牆崩塌時已隔二

個月，期間更分別有海馬颱風（93年9月11日至13日）、米雷颱風（93年9月26日至27日）、那坦颱風（93年10月23日至27日）過境，且海馬颱風最大降雨量更大於艾莉颱風時之最大降雨量，而台北市土木技師公會至現場履勘時，已在93年11月1日至2日，故崩塌現場已受極大之擾動，與崩塌當時現狀不同，該鑑定報告竟記載「鑑定標的物仍保留檔土設施崩塌後之狀況」，顯非事實，承此，鑑定報告所為關於工地密度試驗及加勁格網鋪設方向部分之認定，因其取樣位置、大小、方向是否為檔土牆崩塌當時之現場狀況、得否反應原來之施工狀態，即有疑義。又該鑑定報告在無任何認定標準及根據下，認定設計、監造、施工單位權責各負四分之一，與其原認定之崩塌主要原因為「人力無法抗拒之自然力及天災破壞」氣候異常因素，互有出入。再者，系爭檔土牆崩塌之前，原告為增加綠化景觀，竟擅自於檔土牆上沿線堆置花木盆栽數十處，且每一盆栽係以兩只輪胎疊置，並於廢輪胎內部填滿土壤栽植花木，顯已增加檔土牆之荷重，對於檔土牆之安定，甚為不利，惟上開鑑定報告卻未慮及此因素。原告所提鑑定報告有欠客觀且前後矛盾具明顯瑕疵，更未能證明該等鑑定報告所載被告疏失與檔土牆崩塌間有何因果關係，故不得以此證明被告有疏失。

行政院農業委員會「水土保持技術規範」，並未規定就系爭檔土牆應設置填土層變位與地下水觀測預警系統；且水土保持技術規範第二六一條之一僅規定排水管直徑5公分至7.5公分，每2平方公尺至少一處，並未規定排水管之長度，被告乙○並無鑑定報告所述設計時未將漿砌卵石洩水孔排出之水直接導出加勁檔土牆乙節之設計缺失。

原告所主張之修復金額僅為概估費用，且原告迄未證明其實際損害，亦未逐一說明其工程項目內容及金額，以及與其主張之損害有何關連，故

不足採。

2、爭點

- (1) 各被告所應負之注意義務內容為何？又各被告有無違反所應盡之注意義務？
- (2) 被告所違反之注意義務行為與檔土牆倒塌之損害間，有無相當因果關係？系爭檔土牆倒塌之原因是否係因氣候異常所致，而與被告違反之注意義務無涉？系爭檔土牆倒塌原因，是否氣候因素、設計、施工、監造各佔四分之一？

3、法院見解

- (1) 各被告所應負之注意義務內容為何，又各被告有無違反所應盡之注意義務：

系爭檔土牆工程為水土保持法所稱之水土保持設施，在施作、設計、建造等方面則須依循水土保持法及水土保持技術規範之要求，故關於被告在設計、監造、施作方面有無過失，違反何等注意義務，首先即須就水土保持法、水土保持技術規範之規定內容加以審視。

原告固然依鑑定報告判斷結果而主張被告甲○○、乙○在水土保持設計方面，有「局部加勁格網長度設計不足，已計畫以預壘樁改良惜未進入填土層」、「未設置填土層變化及地下水觀測預警系統」、「未將原有漿砌卵石牆面出水孔接出加勁景觀牆面」等三項缺失等語。惟經查，鑑定報告認定之缺失，均不足採，理由為：有關「局部加勁格網長度設計不足，已計畫以預壘樁改良惜未進入填土層」部分，證人戊○○一方面認為被告乙○水土保持計畫設計係符合當時水土保持技術規範要求，另一方面卻又

認為局部加勁格網長度設計不足，為有缺失，即有先後判斷相左之情形。況且，鑑定報告中並未指明系爭擋土牆究竟何處加勁格網長度有不足之情事，亦未載明究竟加勁格網長度應以多少為度，再者，加勁格網長度不足是否為導致系爭擋土牆崩塌之因素等，則鑑定報告遽予推論被告乙○設計時有「局部加勁格網長度設計不足，雖計畫以預壘樁改良惜未進入填土層」之缺失，尚有不足。有關「未設置填土層變化及地下水觀測預警系統」部分，觀測預警系統並非法令要求設置擋土牆等水土保持設施時必須設置之項目，則鑑定報告以法令上所未有之內容課予設計單位即被告乙○設置義務，依系爭擋土牆工程施作當時之法令、科技或專業水準，顯無法合理期待被告乙○有必要設置，是所為結論亦難謂有據。至於「未將原有漿砌卵石牆面出水孔接出加勁景觀牆面」部分，鑑定報告所依循之資料未查明地下水層狀況，亦未調查原有漿砌卵石牆排水孔得否正常運作，更未就系爭擋土牆崩塌前水溢流動線明白記載，則據以做出「未將原有漿砌卵石牆面出水孔接出加勁景觀牆面」之判斷結果，顯難予以遽採。

又鑑定報告亦認定施工部分有「工地密度試驗未達設計標準」、「部分加勁格網鋪設方向相反」、「排水管長度較設計標準略有不足」之缺失，惟經查，鑑定報告認定之缺失，均不足採，理由為：有關「工地密度試驗未達設計標準」部分，系爭擋土牆在完工驗收時，工地密度與設計要求相符，嗣在崩塌後經鑑定單位於未崩塌區採樣，因未崩塌地區歷經三次颱風過境，且鑑定報告對於未崩塌地區地質是否有受影響未能明確表示而予以存疑，則所作成之工地密度試驗不足之測試結論，顯無足取。有關「部分加勁格網鋪設方向相反」部分，系爭擋土牆共分三層，而鋪設之加勁格網方向相反位置在第三層即最上層，此對於系爭擋土牆土壤拉力之加強作用、擋土牆結構是否即有消滅，俱未見鑑定單位提出相關試驗報告、力學理論等予以具體詳為說明。則系爭擋土牆崩塌與最上層加勁格網鋪設方向

相反間，是否有因果關係，自難予以認定。有關「排水管長度較設計標準略有不足」部分，鑑定單位僅依現場開挖出之一段排水管長度為 1.2 公尺，即推論系爭擋土牆施作時有排水管長度不足之缺失，已嫌速斷。況且，證人戊○○技師已證稱其對於該段排水管係自何處開挖得出、排水管位於系爭擋土牆何一位置，均不知悉。參以，系爭擋土牆位於邊坡地形上，而系爭擋土牆工程之排水管長度係依滑坡而有所變動，最下層之排水管鋪設長度有可能少於 1.2 公尺，則鑑定單位單以開挖所得之一段排水管，即作成系爭擋土牆排水管施作長度不足之結論，確有瑕疵之處。準此，鑑定報告所為「排水管長度較設計標準略有不足」之鑑定結果，不足採信。

綜前所載，原告所提鑑定報告固然認為系爭擋土牆在設計、施工部分各有如上所載三項缺點，但在鑑定過程、結論作成當中，或有前述瑕疵、或有相關監測資料之欠缺，是難遽予信取，本院尚無從依此鑑定報告認定被告有違反注意義務之情事。

(2) 被告所違反之注意義務行為與擋土牆倒塌之損害間，有無相當因果關係；系爭擋土牆倒塌之原因是否係因氣候異常所致，而與被告違反之注意義務無涉；系爭擋土牆倒塌原因，是否氣候因素、設計、施工、監造各佔四分之一：

鑑定單位在做出權責比重各四分之一之結論時，並未將因果關係乙項列入考量，僅係以數學統計方式列計，似乏客觀、科學之判斷基礎。因之，縱使被告各有如上述即鑑定報告附件所述之缺失，亦因鑑定報告未就因果關係深入探究，而無從認定系爭擋土牆之崩塌與被告設計、監造、施工間有關連。

綜上所述，原告所提鑑定報告並未能證明被告確有未能善盡設計、監

造、施工注意義務，而有故意、過失，更未能認斷被告之故意或過失與系爭檔土牆之崩塌間有相當因果關係，是原告以此主張被告應負債務不履行、侵權行為之損害賠償責任，因構成要件不該當，洵屬無據。

(二) 臺灣臺北地方法院九十三年度建字第三三號判決

1、案例事實

本件原告（業主）因微電塔加建工程（下稱系爭鐵塔）斷落受有損害，而主張被告丁○○（監造人）應負侵權行為責任，惟被告為抗辯。

(1) 原告主張：

施工承包商原應依主管機關核定之設計圖說及施工規範，實施系爭鐵塔結構焊接工程，詎渠等竟違背技術成規，於焊接鋼板時，未依約採取逐層焊接之方式，致抗震強度不足該設計圖之六級強震，於八十八年九月二十一日九二一地震時，系爭鐵塔因施工承包商施工缺失，焊接點發生嚴重裂縫，扭曲變形及斷裂斷落。

原告委託之訴外人即建築師陳輝雄指派被告丁○○為監造人，為至現場監督鐵塔工程應依設計圖說施工之人，於施工承包商未依設計圖說施工時，對於以目測即可辨明系爭鐵塔焊接方法及位置錯誤，而未依設計圖說施作，且會影響工程施作之部分，竟未回報予建築師，造成工程施作人未依主管機關所核定之圖說施作，違反建築成規，致原告受有損害，就此自屬有過失而應負賠償之責。職是，被告丁○○自應依民法第一八四條第一項及第二項之規定，對原告負損害賠償責任。

(2) 被告丁○○則抗辯其無故意過失而無須負損害賠償責任：

本件依原告與施工承包商契約約定之檢驗方式，係應作 X 光透視檢查及螢光浸透探傷檢驗。又由原告與施工承包商之營繕工程合約書就檢驗亦估列其費用及方法，再據陳輝雄建築師與原告間之營繕工程委託設計監造契約書約定監工責任，須確實負責監督施工及用料並隨時注意各項工程之尺度與品質，對於此項監工責任之範圍，只就目視可以看到之焊接點是否有斷裂、裂紋及各項施工是否按設計圖施工，如未按圖施工，應即糾正，如有施工不良應即改正，至於目視結果有按圖施工，各個焊接點並無瑕疵，則監造責任已完全盡到，並無過失責任。又當時即考慮到電焊工程目視只看外觀無法看到內層之施作有無瑕疵，才有所謂應用螢光浸透探傷檢驗或 X 光透視檢驗施工承包商施工後應依約定作上開檢測提出檢測報告予陳輝雄建築師認可後才由原告驗收支付工程款。

而被告丁○○在負責監造時目視各個焊接點完全符合原設計規定，已就目視範圍負責。

土木技師公會之鑑定，目視檢查現場焊接點有裂紋縫、生鏽、扭曲變形及斷裂斷落情形嚴重，及係在九二一地震後發生之結果，並非施工完成後發生之結果。如認定為施工完成即有此裂紋、生鏽、扭曲變形、斷裂斷落現象，在初驗不可能不發現。且據該鑑定報告所論目視以外，尚依據超音波檢驗，不能曲解為施工時目視即已看到部分接頭、焊道均已損壞，不需用儀器檢驗即可看到。

縱被告丁○○違反侵權行為之規定，亦因罹於時效而無須負責。

2、爭點

原告主張侵權行為是否成立，是否罹於時效？

3、法院見解

被告丁○○縱應負侵權行為責任，因原告侵權行為損害賠償請求權業已罹於時效，被告又主張時效抗辯，從而本件原告依侵權行為損害賠償請求權請求被告給付本件金額即無理由。

(三) 臺灣臺北地方法院九十年度訴字第三二二九號判決

1、案例事實

本件原告（住戶）因居住大樓之安全無法確保，而主張被告（技服廠商）應負侵權行為責任，惟被告為抗辯。

原告主張：八十八年九月二十一日集集大地震後，系爭大樓主結構之樑柱及隔間牆、隔戶牆、外牆均有嚴重龜裂、磁磚脫落現象，經委請台北市結構技師公會進行鑑定，鑑定意見認為系爭大樓興建施工時有混凝土強度不足及箍筋間距過大而未符設計圖說之瑕疵，產生整體抗震能力不足，安全無法確保之危險情形，並造成原告之房屋受有前述損害，被告甲○○為該大樓之設計監造人，本負有依法監造房屋興建之義務，詎其等違背建築術成規，未依法監造施工承包商按圖施工，使系爭大樓混凝土強度不足，箍筋間距過大，致抗震能力顯然不足，並進而造成原告所有之該屋受有損害，違反建築師第十八條及建築技術規則第六章第三五二條之保護他人之法律，依民法第一八四條第二項，自應負損害賠償責任。

被告甲○○則以：依七十三年修正後之建築師法，建築師僅負責查核而非檢驗建築材料之規格及品質，營造工程人員所應負之施工責任則與建築師無涉，其依試驗報告顯示符合設計強度標準而予以簽核，於法並無違失，依台北縣政府於震災後指派專業技師公會評估結果，系爭建物均僅為

需注意、需補強之建物，不符全倒或半倒之規定，足見台北市結構技師公會之鑑定意見並非可採，系爭房屋縱有瑕疵，原告僅得依物之瑕疵擔保規定向出賣人請求，不得逕依侵權行為之規定請求被告賠償損害等語，資為抗辯。

2、爭點

兩造爭執之重點在於：被告是否有違反保護他人之法律之情形，致原告受有系爭建物受損之損害？

3、法院見解

(1) 建築法師第十八條及建築技術規則建築構造編第三五二條之規定，係屬民法第一八四條第二項之「保護他人之法律」：

民法第一八四條第二項「保護他人之法律」之概念如何，法雖未明文規範，但依最高法院七十七年台上字第一五八二號判決意旨以觀，所謂保護他人之法律，係指保護他人為目的之法律，亦即一般防止危害他人權益或禁止侵害他人權益之法律，且依同院八十三年台再字第一三四號判決見解，本條項所謂「法律」，係指一切以保護他人為目的之法律規範而言。依上述見解可知，民法第一八四條第二項所謂保護他人之「法律」，係指一切法規範而言，除經立法院制訂通過、總統公佈施行之狹義意義的法律外，尚包括命令、規章等廣義意義之法律，除專以維護國家社會秩序之法律外，倘其目的在於保護個人或維護特定範圍之人者，即應屬於所謂保護他人之法律。是判斷某一法律是否屬於保護他人的法律，應就該法律之目的加以觀察，視該對象（即被害人）及其受侵害之法益或所受損害，是否均該當該法律的保護範圍之內，以為決定。

建築師法規範意旨，在於確保建築師應依建築法及其他相關建築法規之規定而為建築物之設計，並應確實監督營造業依其設計圖說施工，並監造查核建築材料之規格品質，其目的則為保護委託人或建築物完工後之所有權人，得以安全地居住使用該合於建築法規之建築物，其除以維護國家社會之建築法規秩序為其立法目的外，另實寓含有確保建築物之結構安全，及維護建築物居住使用人生命財產權益之性質，應屬民法第一八四條第二項所謂保護他人之法律無疑。

建築技術規則建築構造編第三五二條之規定，其立法用意在於藉由規定混凝土壓力強度標準，進而確保建築物構造之牢固完善，並保護建築物所有人或使用人之安全，具有防止侵害他人權益之目的，其亦屬於所謂保護他人之法律，應可確定。

被告甲○○辯稱買賣標的物自始存有瑕疵，致其減少價值、不堪使用或滅失時，應屬物之瑕疵擔保即契約責任之範疇，不能認為係所有權受侵害而依侵權行為之法則加以請求等語。惟按民法第一八四條第二項與第一項係屬不同之侵權行為類型，其要件亦有所不同，原告依民法第一八四條第二項請求，是否有理，應視其所主張之保護他人之法律，其所保護之對象及範圍為何而定，建築法第十八條及建築技術規則建築構造編第三五二條規定，其目的均在於維護建築物所有人或使用人生命財產之權益，故縱原告係向他人購買系爭房屋，與被告無契約上關係，且瑕疵係於房屋興建完成之時即已存在，然若被告有違反保護他人法律之行為，致原告因而受有損害，原告即得主張被告違反保護他人法律，而應負侵權行為之責。是被告上揭所辯，自無理由。

(2) 被告有違反建築法第十八條、建築技術規則建築構造編第三五二條規定之情形，致生損害於原告：

原告委託台北市結構技師公會林經堯、張宗結構技師就系爭建物所受損害加以鑑定，依鑑定報告書，系爭大樓之混凝土強度，顯較建築技術規則建築構造編第三五二條之規定為低，其違反建築技術規則之事實甚明。

被告甲○○為建築師，負責系爭大樓之設計及監造，其受委託辦理系爭大樓之監造工作時，未依建築師法第十八條之規定，監督施工承包商依其設計圖說施工，亦未確實查核建築材料之規格及品質，以致被告施工承包商得以使用強度不足之混凝土興建系爭大樓，其所施作箍筋之間距亦未符合設計圖說之要求，有違反建築技術規則建築構造編第三五二條及建築師法第十八條之行為，應可認定。而因被告上開違反保護他人法律之行為，系爭大樓建築物之混凝土有強度不足之情形，箍筋間距亦未符合設計圖說要求，施工品質有瑕疵，以致八十八年九月二十一日集集大地震時，系爭大樓發生外牆龜裂、磁磚脫落現象，原告所有四號六樓房屋亦有牆壁裂透、樑裂紋、牆壁裂縫、牆壁磁磚剝落現象損害，則被告違反保護他人之行為，與原告之損害結果間，當具有因果關係，依民法第一八四條第二項前段之規定，被告自應負侵權行為之責。

(3) 被告未能證明其行為無過失：

被告甲○○辯稱依現行建築師法第十八條之規定，已將建築材料之數量及強度之檢驗、施工方法之指導以及施工安全之檢查，劃歸為營造業專任人員之責任，其身為建築師，僅負有查核而非檢驗之責，至於澆置之混凝土是否達設計強度則屬施工過程中營造業專業工程人員之權責，另箍筋間距是否過大或箍筋量是否不足，亦係施工過程中營造廠監工人員之權責，其不負本件侵權責任等語。按現行建築師法第十八條第三款固然將「『查核』建築材料之規格及品質」修正為「『檢驗』建築材料之規格及品質」，惟查，建築技術規則建築構造編第三三五條業已規定：「混凝土

構造施工時，必須隨同工作進度，查驗左列各工作，並予記錄：一、混凝土配料之品質及配比。二、混凝土之拌合、澆置及養護。三、鋼筋彎紮及排置。四、模版及支撐之安裝與拆除。五、施預力（預力混凝土）。六、接頭查驗（預鑄混凝土）」、「前項各款查驗，均須有查驗報告，並由監造人簽認，置於工地備主管建築機關不定期、不定時之抽查核對」，而建築師法第十八條第二款之規定，遵守建築法令所規定監造人應辦事項，亦屬建築師受託辦理建築物監造時所應遵守之規定，故建築師辦理監造時，自應遵守上開建築技術規則建築構造編第三三五條之規定，負有依工程進度查驗混凝土品質、配比、拌合、澆置、養護及鋼筋配置等義務；又依建築師法第十八條第一款之規定，建築師受託辦理監造時，復應監督營造業依其設計圖說施工。查被告甲○○為系爭大樓之設計監造建築師，依建築師法及建築技術規則之規定本應負有依工程進度查核混凝土品質及鋼筋配置之義務，詎系爭建物發生混凝土強度不足及箍筋間距過大之情形，自與上開法律規定有違，其應負侵權行為責任，應屬無疑；被告甲○○辯稱混凝土之澆置及鋼筋之箍筋屬於營造人員之責任，與其無關，其僅負責依相關試驗報告予以簽核云云，自不足採。

被告甲○○另舉台北縣政府於九二一地震後曾指派專業技師公會，就系爭房屋之災後情形進行評估，其結果僅為需注意、需補強之建物，並認不符全倒、半倒之規定，辯稱其無設計不當或監造不實之行為。惟上述關於系爭建物是否符合全、半倒規定之評估，係用作九二一地震受災戶慰助金及租金發放之依據，僅涉及住戶得否領取慰助金等問題，且僅係由負責評估之建築師以肉眼就系爭建物之損壞狀況加以評估，未以儀器或檢測方法為之，故自不能推翻台北市結構技師公會以混凝土鑽心取樣測試及樑柱鋼筋檢測等科學鑑定方法所得出之鑑定結果。是被告甲○○辯稱系爭建物歷經多次認定均不符全倒、半倒之規定，足證並無設計不當或監造不實云

云，揆諸前揭說明，自非可採。

二、評析

（一）契約責任及侵權責任

就一般性技服契約類型而言，技服廠商所提供屬於承攬契約性質之規劃或設計服務，倘涉及缺失，機關除可能主張適用前述承攬契約之瑕疵擔保責任（無過失責任，固不以技服廠商具有故意或過失為必要）外，往往因該缺失係可歸責於技服廠商之事由所生，致機關受有損害，故技服廠商之同一缺失行為，可能同時該當民法第一八四條第一項、同條第二項及第二二七條規定²⁰²，分別成立侵權責任及不完全給付債務不履行之契約責任；另技服廠商所提供屬於委任契約性質之監造服務，倘有可歸責事由致機關受損，除前述之受任人損害賠償責任外，同樣可能同時成立侵權責任及不完全給付債務不履行之契約責任。

1、瑕疵擔保責任及不完全給付責任之競合

實則，機關因規劃或設計廠商服務之瑕疵而受有損害，且瑕疵之發生係可歸責於規劃或設計廠商者，機關得否在民法第四九五條之瑕疵擔保責任外，又依民法第二二七條規定，請求規劃或設計廠商負不完全給付之責任，在理論上，不無疑義。

就立法意旨及規範體系言，應認民法第四九五條第一項規定排除第二二七條之適用，但為保護被害人，第二二七條之一規定則應類推適用之

²⁰² 民法第 184 條第 1 項規定：「因故意或過失，不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。故意以背於善良風俗之方法，加損害於他人者亦同。」同條第二項規定：「違反保護他人之法律，致生損害於他人者，負賠償責任。但能證明其行為無過失者，不在此限」同法第 227 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」

²⁰³。又實務上，依最高法院一貫見解²⁰⁴，承攬人完成之工作有瑕疵，且該瑕疵係因可歸責於承攬人之事由而發生者，承攬人除應負民法第四九五條之損害賠償責任外，亦應負不完全給付之債務不履行責任。此時，定作人得視工作之瑕疵是否可以補正，而分別類推給付遲延或給付不行之規定，請求補正或賠償損害。

2、契約責任及侵權責任之競合

按侵權責任乃違反權利不可侵害義務所生責任，契約責任則為違反契約即違反債務所生之責任，兩者均為損害賠償責任，原則上以故意或過失為責任發生之要件；惟兩者之成立要件、對第三人行為應如何負責任、故意或過失（可歸責事由）之舉證責任、損害賠償之範圍、及消滅時效等多有不同，說明如下表。

表 5-1、契約責任及侵權責任之區別表

類別 項目	請求權 基礎	第三人 行為	舉證責任	賠償範圍	消滅時效
契約責任 一般規定	第 227 條	第 224 條	債務人	第 213 條以下	第 125 條 (15 年)
侵權責任	第 184 條	第 188 條	被害人	(1)第 213 條以下 (2)第 192 條以下	第 197 條 (2 年或 10 年)

契約責任與侵權責任此二個請求權，係個別獨立，其選擇行使不完全給付損害賠償請求權時，原不得同時主張依侵權行為法請求損害賠償（如

²⁰³ 參閱王澤鑑，民法概要，台北：著者自刊，2004 年版，頁 397。類似見解，參閱黃立主編／楊芳賢執筆，承攬篇，民法債編各論（上），台北：元照，2002 年版，頁 621。

²⁰⁴ 參見最高法院 77 年度台上字第 2399 號判決、83 年度台上字第 900 號判決、87 年度台上字第 412 號判決。

民法第一九二條～第一九五條)。民法債編修正時，特增訂第二二七條之一規定：「債務人因債務不履行，致債權人之人格權受侵害者，準用第一九二條至第一九五條及第一九七條之規定，負損害賠償責任。」立法理由為：「債權人因債務不履行，致其財產權受侵害者，固得依債務不履行之有關規定求償；惟如同時侵害債權人之人格權，致其受有非財產上之損害者，依現行法規定，僅得依據侵權行為之規定求償。是同一事件所發生之損害竟應分別適用不同之規定解決，理論上尚有未妥，且因侵權行為之要件較債務不履行規定嚴格，如故意、過失等要件舉證困難，對債權人之保護亦嫌未周。為免法律割裂適用，並充分保護債權人之權益，爰增訂本條規定，俾求公允。」從而，增訂民法第二二七條之一，強化對人格權之保護，縮小契約責任與侵權責任之差別，在比較法上甚具特定，亦重構我國民事責任體系²⁰⁵。

值得深究者係，工作因可歸責於規劃或設計廠商而發生瑕疵，且導致機關受損者，規劃或設計廠商除應負前述瑕疵擔保及不完全給付之契約責任外，是否亦應負侵權行為責任，此問題甚為複雜，雖我國判例及學說肯定侵權責任及契約責任得為競合，由債權人選擇其一行使²⁰⁶，惟本文認為有進一步釐清之必要，說明如下²⁰⁷：

- (1) 工作之瑕疵造成定作人之生命、身體、健康或工作物以外之財產受損害者，定作人得在契約責任外，並依侵權責任規定，請求承攬人賠償損害。此外，定作人交付予承攬人施作之工作物，因承攬人工作上之瑕疵，以致受損者，亦同。易言之，在上述情形，瑕疵擔保及不完全給付之契約上損害賠償請求權與侵權

²⁰⁵ 參閱王澤鑑，民法概要，台北：著者自刊，2004年版，頁273～274。

²⁰⁶ 參閱王澤鑑，民法概要，台北：著者自刊，2004年版，頁273。

²⁰⁷ 參閱詹森林，最高法院2002年度民法判決之研究，民事法理與判決研究(五)，台北：元照，2007年版，頁155～156。

行為之損害賠償請求權，係處於請求權競合關係，定作人得就其中之一部或全部行使之。

- (2) 至於因瑕疵而造成之工作或工作物價值或效用之減損，則定作人僅得對承攬人主張瑕疵擔保或不完全給付之契約責任，不得另又主張侵權責任。蓋於此情形，定作人並無權利受侵害可言，且工作物價值或效用之減損，乃契約之履行利益上之損害，正是瑕疵擔保或不完全給付所欲解決之問題，如又另依侵權責任處理，經常抵觸瑕疵擔保或不完全給付規定之特殊立法意旨。

(二) 契約責任與民法第二二四條、第五三八條及第五三九條之適用

基於技服契約之專業性、複雜性、專案性、時間性等特性²⁰⁸，自無可能僅由受託人一人獨自負責全部工程之規劃、設計或監造工作，事實上本有使用第三人代為履行之必要，故不僅由受僱人代為履約，亦常聘有分包廠商；此時，技服廠商之受僱人或分包廠商是否有契約責任，亦值探討。

在承攬契約中，技服廠商係使用第三人完成工作者，不論該第三人係技服廠商之受僱人，或係屬於次承攬人地位之分包廠商，在系爭契約上，皆為技服廠商之履行輔助人。因此，工作之瑕疵係因受僱人或分包廠商之故意過失所致者，依民法第二二四條規定，除技服廠商與機關另有訂定者外，技服廠商應與自己之故意或過失負同一之契約責任。換言之，受僱人或分包廠商之故意或過失，視同技服廠商之故意或過失，故技服廠商不得舉證自己實際上無故意或過失而免責。

上開情事中尤應注意者，機關僅得對技服廠商，依民法第四九五條第一項及第二二四條而請求瑕疵擔保之損害賠償，或依民法第二二七條及第

²⁰⁸ 有關技服契約之一般屬性，詳本文第二章、第三節、壹所述。

二二四條而請求不完全給付之損害賠償。至於機關對技服廠商之受僱人或分包廠商，則不得請求瑕疵擔保或不完全給付。蓋技服廠商之受僱人或分包廠商僅為技服契約之債務履行輔助人，並非契約當事人，基於債之相對性，當然不負基於契約債務而生之責任。縱使造成機關發生損害之瑕疵，係因技服廠商之受僱人或分包廠商之故意或過失所致，機關亦僅得依侵權行為規定，對其請求損害賠償，而不得主張契約責任。

在委任契約中，技服廠商係使用第三人處理事務者，不論該第三人係技服廠商之受僱人，或係屬於複委任人地位之分包廠商，縱機關未予同意，但因技服契約自無可能僅由受託人一人獨自負責全部工作，事實上本有使用受僱人或分包廠商代為履行之必要，故符合民法第五三七條但書規定；從而，依民法第五三八條第二項規定，技服廠商就受僱人或分包廠商之行為，無須與就自己之行為，負同一責任，僅須就受僱人或分包廠商之選任，及其對於受僱人或分包廠商所為之指示，於有過失時，始負責任，若無過失者，即使受僱人或分包廠商處理事務有過失，受任人亦不須負責。

上開情事中尤應注意者，技服廠商之受僱人或分包廠商與機關間並無契約關係存在，基於債之相對性，自無須負擔契約責任；惟為避免機關向技服廠商請求，再由技服廠商向受僱人或分包廠商請求之輾轉²⁰⁹，民法第五三九條規定，機關對於該受僱人或分包廠商關於委任事務之履行，有直接請求權，至於請求之內容則應依技服廠商與受僱人或分包廠商之法律關係而定。

（三）侵權責任與民法第一八八條、第二一七條及第二十八條之適用

實務上，技服廠商多為法人組織²¹⁰，當技服廠商之受僱人、董事及專

²⁰⁹ 參閱黃立主編／楊佳元執筆，委任篇，民法債編各論（下），台北：元照，2002年版，頁81。

²¹⁰ 有關技服廠商之組織型態，參見本文第二章、第二節、參所述。

案經理，須負侵權責任時，技服廠商本身有何責任，探討如下。

工作之瑕疵係因其受僱人執行職務之不法行為所致，且該受僱人應負民法第一八四條之侵權責任者，則技服廠商應依民法第一八八條規定，與該受僱人負連帶賠償責任。

惟技服廠商負民法第一八八條之侵權行為之連帶賠償責任，是否以該條所稱之受僱人就其執行職務之不法行為有故意或過失為限，在比較法上尚有討論空間²¹¹；我國學說則一致認為仍以受僱人有故意或過失為必要，亦即受僱人之不法行為須具備侵權行為之全部要件，技服廠商始應依民法第一八八條規定負連帶責任²¹²；最高法院八十九年台上字第一二六八號裁定亦謂：「民法第一八八條規定之僱用人責任，性質上係代受僱人負責，具有從屬性，須以受僱人成立侵權行為負有損害賠償責任為要件。」

又技服廠商依民法第一八八條第三項規定，向為侵權行為之受僱人，行使求償權時，該受僱人可否依民法第二一七條規定，主張技服廠商與有過失，而得減輕賠償金額或免除之，值得深究。對此，最高法院認為²¹³，技服廠商既非損害事故之被害人，即與民法第二一七條所定被害人對於賠償義務人請求賠償損害之情形有間，故無該條規定之適用。惟本文認為上開見解，尚嫌拘泥法條文義，未適度發揮類推適用之司法功能，實與與有過失之基本思想有所違背，確有商榷餘地。蓋民法第二一七條關於與有過失之規定，含有「凡對於損害之發生或擴大，與有原因力或責任時，應依其原因力之強弱及與有過失之輕重，分擔損害」之基本思想；此基本思想合於公平原則，具有普遍之妥當性，故不限於被害人向加害人請求賠償

²¹¹ 參閱王澤鑑，僱用人無過失侵權責的建立，民法學說與判例研究(一)，台北：著者自刊，2004年版，頁1以下。

²¹² 參閱黃立，民法債編總論，台北：元照，1999年版，頁297；林誠二，民法債編總論(上)，台北：瑞興，1999年版，頁288；孫森焱，民法債編總論(上)，台北：著者自版，2000年版，頁295；王澤鑑，民法概要，台北：著者自刊，2004年版，頁222。

²¹³ 參見最高法院71年度台上字第749號判決。

時，始有適用餘地。技服廠商向受僱人行使求償權時，如可認技服廠商就損害之發生或擴大，亦與有原因力或責任者，仍應依據該項基本思想，減免技服廠商向受僱人要求之求償金額²¹⁴。實則，民法第一八八條第三項所以規定技服廠商得向受僱人求償，係因在技服廠商與受僱人之內部關係上，技服廠商對於損害之發生或擴大並未與以原因力之故，是本條項規定亦含有以就損害之發生或擴大有無與以原因力決定責任分擔之思想。故如技服廠商對於損害之發生或擴大與有原因力時，類推適用與有過失之規定，以減免技服廠商對於受僱人之求償金額，適足貫徹民法所以規定求償權之意旨²¹⁵。

此外，工作之瑕疵係其董事或專業經理等其他有代表權之職員，因執行職務所致者，該董事或專業經理等其他有代表權之職員，應負民法第一八四條之侵權責任，技服廠商則應依民法第二十八條規定，與該董事或專業經理等其他有代表權之職員負連帶賠償責任。

（四）技服廠商之善良管理人注意義務

實務上經常以「技服廠商是否違反善良管理人注意義務」，作為判斷技服廠商是否有責之標準。所謂「技服廠商善良管理人注意義務」之範圍，除可適用本文前節有關「監造廠商之善良管理人注意義務」外，以下將進一步從實務觀點觀之。

在規劃或設計服務方面，實務認為：

1、應無苛求負責設計監造之技服廠商必須於法令規範標準之外，尚

需注意及法令所未規範有關之相類似標準或應負無過失責任，否則

²¹⁴ 參閱詹森林，僱用人行使求償權時與有過失原則之類推適用－最高法院 71 年台上字第 749 號判決之檢討，民事法理與判決研究，台北：著者自刊，1998 年版，頁 325~326。

²¹⁵ 參閱楊淑文，損害賠償法上之求償關係，台灣大學法律研究所碩士論文，1983 年，頁 106 以下。

技服廠商無異需負擔範圍不確定且過於廣泛之設計規範責任，對技服廠商而言並不公平²¹⁶；簡言之，技服廠商之義務僅限於法令規定之事項，而不宜超越法令規範。

- 2、技服廠商受委託從事規劃設計與監造業務時，應盡先察勘建築標的狀況後方製作規劃圖說之注意義務²¹⁷。
- 3、系爭工程事故之發生，係因機關提供之地質資料與實際地質資料有相當落差，致影響技服廠商之結構計算設計，然技服廠商依此地質資料，以平均值之推算方法，推估系爭工程施工之安全係數，既為工程慣例上可被接受之作法，自無可歸責之處，再者，技服廠商於系爭工程規劃設計時，已建議於建築主體基礎下均設計壘基樁，避免主體結構沈陷，並建議加勁擋土牆設計方式之較佳施工法，施作建築物翼牆，堪認技服廠商於處理受任事務，已盡其善良管理人之注意義務，而無違約之處²¹⁸。

在監造服務方面，實務認為：

- 1、監造廠商之責任範圍，原則上僅限於監督施工承包商是否按設計圖說施工，及查核建築材料規格及品質，至於施工過程是否不當，及事後有無定期檢測，非屬監造廠商之責任範圍，而屬施工承包商之責任範圍，故難謂監造廠商之監造有疏失之情形²¹⁹。

本文肯認上開實務見解；另因注意者為，技服廠商依約應盡善良管理人之注意義務，為機關提供合乎法令規定之服務成果，故其本於專業，卻未能配合法令規定，提供服務成果，則法院通常認為無法苛求機關注意及

²¹⁶ 參見臺灣高雄地方法院 96 年度訴字第 651 號判決。

²¹⁷ 參見福建連江地方法院 93 年度訴字第 20 號判決。

²¹⁸ 參見臺灣台南地方法院 90 年度重訴字第 546 號判決。

²¹⁹ 參見最高法院民事 95 年度台上字第 2551 號判決。

於上開情形，技服廠商不得主張機關與有過失²²⁰。

（五）舉證責任

1、契約債務不履行責任

按債務人原有給付之責任，僅於有特別情事，始得免責，乃債法之大原則，我民法係以不可歸責於債務人之事由為免給付之原因，此觀民法第二三〇條、第二二五條第一項之規定自明，故債務人欲免為給付者，應就歸責事由之不存在即無故意或過失負舉證責任，亦有最高法院二十一年度上字第一九五六號判例要旨²²¹、最高法院八十七年度台上字第一二八九號、八十七年度台上字第一四八〇號判決意旨足供參考。

因此，一般認為契約債務不履行，債權人因債務人不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）而受有損害，即得請求債務人負債務不履行責任，如債務人抗辯損害之發生為不可歸責於自己者，即應由債務人證明有不可歸責於己之事由，始得免責。

2、侵權責任

一般認為侵權行為之被害人應證明行為人之故意或過失、損害之發生及因果關係。

3、機關主張契約責任之舉證責任較輕

實務上，可歸責於規劃、設計或監造廠商之事由，通常係因其未善盡善良管理人注意義務而有故意或過失違背專門職業法令所致，例如：建築

²²⁰ 參見臺灣高等法院花蓮分院 93 年度上字第 37 號判決。

²²¹ 參見最高法院 21 年度上字第 1956 號判例要旨：「給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任，其因不可歸責於債務人之事由致未為給付者，債務人雖不負遲延責任，但不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責。」

法、建築技術規則、水土保持法、水土保持技術規範、建築師法、技師法、建築技術規則、中國國家標準等；或因當時之法令、科技或專業水準，其未善盡善良管理人注意義務，而有故意或過失未提供顯可合理期待之服務。故當發生工程事故，並有上述情事而可歸責於技服廠商時，機關即會主張技服廠商應負「債務不履行」或「侵權行為」之損害賠償²²²。

惟機關在請求權消滅時效內，若主張契約債務不履行責任，一般只要舉證因技服廠商之不履行債務（給付不能、給付遲延或不完全給付）所受損害之大小，即得請求技服廠商負債務不履行責任；如技服廠商抗辯損害之發生為不可歸責於自己者，自應由技服廠商證明有不可歸責於己之事由，始得免責。而機關若主張侵權責任，所需負擔之舉證責任則較為不利，一般須詳加舉證：技服廠商之規劃、設計或監造服務違反所應盡之善良管理人注意義務而有故意或過失、損害之發生，以及技服廠商所違反之善良管理人注意義務行為與機關所受之損害間，有相當因果關係（民法第一八四條第一項前段）或舉證技服廠商違反保護他人法律，致機關發生損害（民法第一八四條第二項）等；如技服廠商欲免責，則自應就歸責事由之不存在即無故意或過失負舉證責任，或抗辯機關之請求權業已罹於時效²²³。法院根據前述雙方之主張，再依法判斷債務不履行或侵權行為損害賠償責任之成立與否²²⁴。

（六）侵權行為舉證責任之緩和及減輕

關於侵權行為之故意或過失，按當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任，但法律別有規定，或依其情形顯失公平者，不在此限，

²²² 參見臺灣臺北地方法院 94 年度重訴字第 1169 號判決、臺灣臺北地方法院 93 年度建字第 33 號判決及臺灣臺北地方法院 90 年度訴字第 3229 號判決。

²²³ 參見臺灣臺北地方法院 93 年度建字第 33 號判決。

²²⁴ 參見臺灣臺北地方法院 94 年度重訴字第 1169 號判決、臺灣臺北地方法院 90 年度訴字第 3229 號判決。

民事訴訟法第二七七條定有明文，在給付訴訟中，為訴訟標的之法律關係之事實，應由主張該訴訟標的之法律關係存在之原告，就該具體的法律關係之權利發生事實，負舉證責任，此為一般之見解。

惟隨著當今科技知識之進步、社會環境之變遷，若僅為維護侵權行為法之過失責任主義而一再堅持此項舉證責任，對於負舉證責任之原告，自有相當之不利，尤其於商品瑕疵損害、醫療事故、公害糾紛或工程糾紛等現代社會侵權行為之類型，基於公平原則，自應於訴訟法上緩和侵權行為之舉證責任原則，在訴訟上因舉證不足而遭受敗訴判決之危險，亦不應完全歸由被害人承擔。

蓋就今日工程實務而言，倘本於侵權行為損害賠償之法理，在無法律明文規定，或無學說、判例予以補充之前提下，幾乎所有舉證責任都在原告之機關身上，則以侵權行為具有高度工程專業性，要由機關為法官完全心證之舉證，幾乎無其可能的。故於工程糾紛中，機關對於技服廠商侵權行為之舉證責任，應予減輕。就侵權行為法律關係之性質而言，上述所言並非為全部舉證責任之轉換，僅為緩和、減輕侵權行為之舉證責任原則，使機關負程度較低之舉證責任。

第二節 技服廠商之服務酬金請求權

常見技服廠商之服務酬金爭議類型有：規劃或設計廠商依約完成特定工作之承攬人服務酬金請求權、規劃或設計廠商辦理變更設計之承攬人服務酬金請求權、監造廠商因工期展延致延長監造之委任人服務酬金請求權等三類，分述如下。

壹、規劃或設計廠商依約完成特定工作之承攬人服務酬金請求權

規劃或設計廠商依約完成特定工作後請求酬金，固屬無疑；惟契約雙方對於工作是否已完成而得請求酬金，常發生認定上之落差，致易生爭訟。

一、案例

(一) 臺灣臺北地方法院九十六年度重訴字第四五六號判決

1、案例事實

本件係涉及工程設計監造契約應否給付設計酬金之爭議。

原告（設計監造廠商）主張被告（機關）及公懲會本與原告簽立前契約，由原告設計監造建築本工程，原告完成第一次規劃設計案後，八十七年十月一日公懲會退出興建，兩造八十七年十一月二十三日重新簽定系爭契約，原告並完成第二次規劃設計案，惟被告僅就第二次規劃設計案給付，拒絕給付第一次規劃設計案之服務費用四百三十九萬九千六百九十二元，故依民法第五四七條、第二二七條之二及第一七九條規定請求第一次規劃設計案服務費用。

被告答辯兩造間爭執之法律關係為承攬關係，並非委任關係，原告依委任關係對被告請求顯無理由。原告並未完成第一次規劃設計案及提出供被告建檔，且簽立系爭契約後，前契約因債之更改而消滅，自不適用情事變更原則，原告修改第一次規劃設計案後成為第二次規劃設計案，並未受損害，被告就第一次規劃設計案亦無任何利益，縱有利益亦已不存在，依法免予返還，更何況原告請求權罹於時效，更未就報酬額舉證，此部分請求自無理由。

2、爭點

本件兩造之爭點為：（1）兩造間系爭契約性質係委任契約或承攬契約？原告以委任法律關係為本件請求，是否法律關係主張錯誤？（2）原告就第一次規劃設計服務費用之請求，是否應適用短期時效？是否已罹於時效？（3）原告就第一次規劃設計案是否完成？是否因系爭契約之簽訂而被告免負給付義務？原告得否依委任、情事變更及不當得利規定為請求？若得請求，數額以多少為適當？

3、法院見解

（1）兩造間系爭契約性質應認並非一般承攬契約，含有委任契約之性質，原告之請求並無罹於短期時效之問題：

委任契約與承攬契約之相異處，除了委任契約重在受任人允諾為委任人處理事務，承攬契約則重在承攬人為定作人完成一定之工作外，受任人就處理之事務有其獨立性，承攬人則需聽從定作人之指示。經查，本件前契約與系爭契約第三條，均約定「設計原則：造型須莊肅、平正、美觀、防震、安全、實用，詳細內容如各機關提供之各層配置使用原則，各機關如認為有修改之必要時，應配合修改意見辦理設計或修正。」，第四條則均約定原告受委託後，負責本工程之規劃、設計及監造事宜，應辦理完成相關事項，然工程之規劃、設計及監造牽涉建築師之專業，非被告之專業領域，被告根本無從對原告為具體之指示，故僅能約定設計原則及原告應辦理並完成之事項，至於實際上究竟如何規劃、設計與監造，則必須尊重原告身為建築師之專業獨立性，足見本件系爭契約並非一般承攬契約，含有委任契約之性質，應先敘明。

復按技師、承攬人之報酬請求權及其墊款請求權，因二年間不行使而

消滅，民法第一二七條第七款固定有明文，惟本件原告並非基於承攬關係而為主張，而係基於委任關係為主張，自無上開二年短期時效之適用，原告所為之請求，並無罹於二年短期時效可言。

(2) 原告尚未依前契約完成第一次規劃設計案，即因公懲會退出興建而與被告另行訂立系爭契約，依系爭契約附註之約定，原告無從請求此部分服務報酬或不當得利：

按「所謂債之更改，乃當事人間互相同意以新債務替代舊債務之契約。」（最高法院七十九年度台上字第一六一八號裁判意旨參照）；又兩造八十七年十一月二十三日所簽立系爭契約附註約定：「本契約為八十七年六月十八日所簽訂委託契約書之修正，經修正後以本委託契約書為準，原八十七年六月十八日所簽訂之委託契約書作廢」。經查：前契約與系爭契約二契約之當事人由三合建單位改為二合建單位，債之內容建築樓層原為地下三層地面七層改為地下四層地面六層，復約定系爭契約取代前契約，故系爭契約顯屬前揭最高法院所示債之更改，前契約之委任關係已因債之更改而消滅，被告又已給付第二次規劃設計案之服務報酬，原告無從基於已消滅之委任關係，依民法第五四七條規定請求給付第一次規劃設計案之服務報酬。原告雖另主張依民法第二二七條之二規定，本於情事變更原則，亦得請求第一次規劃設計案服務報酬云云，然兩造正是因為發生公懲會退出興建之事由，方另簽立系爭契約而為債之更改，原告既於簽立系爭契約時未特別就此部分要求另行約定報酬，系爭契約簽立後，亦無再有何情事變更，原告事後以相同事由主張情事變更，應給付第一次規劃設計案服務報酬，並無理由。

復按「依不當得利之法則請求返還不當得利，以無法律上之原因而受利益，致他人受有損害為其要件，故其得請求返還之範圍，應以對方所受

之利益為度，非以請求人所受損害若干為準」（最高法院六十一年台上字第一六九五號判例意旨參照）。經查：本件原告雖另追加主張依民法第一百七九條不當得利規定，請求第一次規劃設計案服務報酬云云，然而：被告係於前契約尚未債之更改前，即受領原告交付之初步規劃報告書，當時之受領係基於前契約，並非無法律上原因，不生不當得利問題；因公懲會退出興建，兩造間另簽立系爭契約，並於系爭契約附註約定前契約作廢之法律效果，而未同時就原告第一次規劃設計案服務報酬約定被告應另為給付，或被告應交還初步規劃報告書，足見基於系爭契約之約定，被告即得繼續享有原告此部分之給付，仍然具有法律上之原因，並非不當得利；原告雖花費勞力時間與費用製作交付初步規劃報告書，因而受有損害，但參酌前揭最高法院見解，請求不當得利返還，並非以原告所受損害為準，原告既未於簽立系爭契約時約定被告應另為給付，即任由前契約作廢，應承擔此法律效果。

（二）臺灣臺北地方法院九十五年度訴字第二七二八號判決

1、案例事實

本件係涉及工程設計契約應否給付設計酬金之爭議。

原告（設計廠商）主張其已依兩造於94年8月20日簽訂之委託設計合約，完成指標設計，並於94年11月9日將設計之審定版彩圖、平面及大樣圖、光碟（圖檔）等交付被告（業主），且經被告職員蘇宜良簽名確認，被告屢經催告，迄未付款等節。

被告固不爭執有收受原告交付之設計成品，然主張依兩造之合約第1條第1項與第2項第1款約定，原告需規劃符合實際現地動線需求之導引指示指標，且要保持指標系統之完整性與整體性，就各項指標逐一設計，

合計共 760 件，惟原告設計之成品僅為「概念圖」，各項次僅設計 1 件，與業界習慣設計成品應包含所有個別指標之圖形差異甚大，原告未提供全部指標設計予被告，且原告所提供之指標圖樣內容有部份尺寸、比例無法符合被告需求，經被告以 E-mail 通知修補瑕疵仍未改正。原告設計圖經被告驗收不合格，依兩造合約，被告自不需給付超過 60% 部分。其次，指標設計最大價值在於需具有原創性，原告所提設計圖早於 94 年 4 月 28 日由原告交付羅興華建築師事務所，並由羅興華以其名義提出於臺北市政府，原告以早於 94 年 4 月 28 日完成且交付予訴外人羅興華建築師事務所之設計圖樣，僅另外著色即交付予被告，違反誠信原則，且原告連大樣圖都未完成設計，竟要求被告給付原價金，於理未合等語置辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：（1）原告是否已完成本件委託設計合約之設計工作？（2）原告完成之工作是否有瑕疵？

3、法院見解

（1）原告（設計廠商）是否已完成本件委託設計合約之設計工作：

依兩造之委託設計合約第 1 條委託範圍第 1 項約定²²⁵觀之，原告承攬之內容為依照被告提供之訊息及上開場館之大樣圖，設計符合實際現地動線需求之導引指示指標，並無約定原告需依照指標個數分別設計。且原告係居於協助被告監督指標系統承攬廠商施作之地位，並非指標系統承攬之廠商，足見被告辯稱原告需提供 760 件之指標設計，尚屬無據。

²²⁵ 該約定為：「乙方（即原告）依據甲方（即被告）提供之訊息及本場館大樣圖（主館-B1~5F，副館 B1~4F），以專業設計角度，規劃符合實際現地動線需求之導引指示指標，俾達使用之人、車能清楚、迅速、確實、安全、舒適進出或退離之目標。乙方需協助甲方監督指標系統承攬廠商，包括施作廠商之使用材質、施工品質及完工成品應完全符合甲方認可之設計規範。」

再依兩造合約同條第 2 項第 2 款²²⁶、第 4 條第 2 項²²⁷及第 3 項²²⁸之約定，足認被告收受原告交付之最終確認之設計平面圖、彩圖及電子光碟各 3 份時，原告已完成設計工作。本件原告業於 94 年 11 月 9 日提供審定版彩圖、平面及大樣圖與光碟（圖檔）各 3 份予被告，並由被告負責與原告聯繫之職員蘇宜良簽名確認，應認原告已完成系爭設計工作。

（2）原告完成之工作是否有瑕疵：

被告雖辯稱依業界習慣設計成品應包含所有「個別」指標之圖形，且依原告之報價總表，原告需按各動線設計獨立的圖樣，總計共 760 件指標之圖形設計，原告各項次僅設計 1 件，無法符合被告需求，其設計有瑕疵云云。惟被告並未就其所謂「業界習慣」舉證以實其說。且被告所提出原告出具之報價總表載明「工程項目：指標工程」，並列出各項目之規格、數量、單價及總價，備註欄並記載：「1、本報價不含 5%營業稅，採連工帶料，責任施工。2、以上單價、數量實作實算。總價 1,412 萬 2,800 元」等語，該報價總金額高達 1,412 萬 2,800 元，顯與本件系爭合約約定之承攬金額、項目有別，是被告辯稱原告應設計之圖樣件數為 760 件云云，並非可採。

二、評析

（一）承攬契約

上開法院見解，認為委任契約與承攬契約之相異處，除了委任契約重在受任人允諾為委任人處理事務，承攬契約則重在承攬人為定作人完成一

²²⁶ 該約定：「乙方需於 8 月 31 日提送設計平面圖壹份，於 9 月 5 日提送彩圖壹份，並於設計完成時提供最終確認之設計平面圖、彩圖及電子光碟各三份。」

²²⁷ 該約定為：「設計完成並交付設計圖樣（含平面圖及彩圖）送甲方審核，給付合約總價百分之三十，計新台幣壹拾捌萬陸仟元整。」

²²⁸ 該約定為：「設計圖樣經甲方審核完成並驗收合格後由乙方提交設計平面圖、彩圖、電子檔光碟參份後，給付合約總價百分之四十，計新台幣貳拾肆萬捌仟元整。」

定之工作外，受任人就處理之事務有其獨立性，承攬人則需聽從定作人之指示；並據以判斷契約性質，認為系爭契約並非一般承攬契約，含有委任契約之性質。

惟本文尚難認同上開法院見解，蓋就事務處理權之授予及權限範圍而言，委任契約於民法第五三一～五三四條規定，原則上事務處理權由委任人授予當無疑義，而受任人事務處理之權限，則依委任契約或其委任事務之性質定之；至於承攬契約則未規定，顯見承攬關係中，定作人對承攬工作之進行，原則上無指示監督之權，承攬人就承攬工作之完成，享有高度自主決定權。此外，任何委託事務在被完成之前，勢必經過被處理之過程，故苟不明察契約當事人之締約目的及約定之主給付義務、付款辦法等約定，究重於工作之完成或事務之處理，再據以判斷該契約係屬承攬契約或委任契約，而逕認為「系爭契約並非一般承攬契約，含有委任契約之性質」，那恐怕承攬契約無法成為典型契約，因為所有承攬契約均具有委任之性質，而無法與委任契約區別；另由民法第五二九條規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」可知，僅當其他典型契約均無適用之餘地時，該勞務性契約方得適用委任之規定；從而，當契約不屬承攬契約時，方有適用委任契約之可能性。

本文前章以工程會「公共工程技術服務契約範本」之規定及配合國內常見之技服契約內容，作為一般性技服契約之契約類型，據以定性之結論為：不論是工程規劃契約、工程設計契約、工程規劃及設計契約、工程設計及監造契約、工程規劃設計及監造契約，只要技服廠商所提供者係規劃服務或設計服務，即屬「承攬性質」契約。準此，上開二則實務案例設計部分之締約目的、主給付義務及付款辦法等，均與一般性設計契約類型相符，故該部分應屬承攬契約無疑。

（二）承攬契約酬金請求之要件

按承攬與委任兩者之區別乃在於當事人是否約定，提供勞務者，有完成一定工作之義務及其報酬義務是否以完成一定工作為要件。有該約定者，為承攬；無約定者，為委任。正因承攬重視一定工作之完成，而委任僅以事務之處理為必要，故於報酬之給付亦有所不同。亦即，委任著重服勞務，其標的在乎勞務之本身，而承攬則在乎一定工作之完成，其標的在乎服勞務之結果，而非勞務之本身，勞務僅為達到工作完成目的之手段而已。因此，委任僅須有服勞務之事實，無論有無結果，均能獲報酬；而承攬若無結果時，則不得請求報酬。

從而，規劃或設計服務契約對於酬金之給付條件，通常均約定為俟技服廠商提出特定規劃或設計圖說等工作成果，並經機關審定或法定外部審查單位審查同意後，再為給付；亦足見上開契約之目的重在工作之完成，且須有一定之結果，廠商始得依約請求給付規劃酬金或設計酬金。

（三）請求權及抗辯權

實務上，對於廠商依約所提送之規劃或設計成果，機關經審查後，倘有尚須廠商配合修正而暫無法審定之狀況，即會要求廠商進行修正後，於機關所訂期限內再提送，俟機關接受技服廠商修正成果而完成審定後，再依約給付規劃酬金或設計酬金。倘在機關審定前，技服廠商即認為工作已完成，復依據民法第四九〇條請求完成工作之服務酬金，則機關通常抗辯廠商並未完成工作，依約拒絕給付服務酬金²²⁹；甚至進而認為該工作有所瑕疵，適用民法瑕疵擔保責任相關規定²³⁰。惟對於廠商未依約完成工作之事實，機關須依據契約規定，詳加舉證說明，並經法院判斷確屬有理後，

²²⁹ 參見臺灣臺北地方法院 96 年度重訴字第 456 號判決中被告（機關）之主張。

²³⁰ 參見臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 2728 號判決中被告（業主）之主張。

機關之前述主張方有適法性²³¹。

(四) 機關審定廠商工作完成與否之時間

承攬報酬應於工作交付時給付之，民法第五〇五條定有明文。機關於支付酬金前，固得檢查廠商之工作成果是否合於契約之約定，以決定應否支付酬金，倘機關於受領該成果後，經過相當時間未表示異議者，廠商既經交付工作成果，機關即有支付酬金之義務²³²。

故以實務而言，機關審查廠商之規劃或設計成果時間，通常可在一個月內完成；倘已達數月，機關對於廠商之工作成果均未為異議，揆諸前揭說明，即應視為機關接受該工作成果，而有支付酬金之義務；其後機關縱再稱廠商之工作成果有缺失，仍無解於應給付報酬之義務，以符誠信原則。

(五) 瑕疵擔保義務與承攬報酬義務之同時履行抗辯

技服廠商完成之規劃或設計成果有瑕疵時，機關固得主張瑕疵擔保責任，惟機關得否以該成果有瑕疵為由，拒絕支付承攬報酬，尚有疑義。對此，最高法院見解未見一致。

有認為機關不得以該成果有瑕疵為由，拒絕支付承攬報酬，如最高法院八十二年台上字第一四四〇號判決：「承攬報酬應於工作交付時給付之，民法第五〇五條第一項前段定有明文。定作人於支付酬金前，固得檢查工作物是否合於契約之約定，以決定應否支付酬金，倘定作人於受領工作物後，經過相當時間未表示異議者，承攬人既經交付工作物，定作人即有支付報酬之義務。縱嗣後發現工作物有瑕疵，亦僅後於民法第四九八條

²³¹ 參見臺灣臺北地方法院 96 年度重訴字第 456 號判決、臺灣臺北地方法院 95 年度訴字第 2728 號判決之理由。

²³² 參見臺灣高等法院 92 年度重上字第 300 號判決之理由。

所定法定期限內請求修補，或解除契約，或請求減少報酬或賠償損害，而不得拒付報酬。」及七十六台上第一〇七九號判決：「兩造間之委託加工性質為承攬。承攬人之工作有瑕疵時，定作人得定相當期限請求承攬人修補之，承攬人不於所定期限內修補瑕疵者，定作人得解除契約，或請求減少價金，民法第四九三條第一項，民法第四九四條本文定有明文。是上訴人如認被上訴人之工作有瑕疵，僅得於定期催告修補被拒後，行使解除權或請求減少報酬，而不得逕行拒絕給付全部報酬。」又七十三年台上字第二八一四號判決：「工作之完成與工作有無瑕疵，係屬兩事，此就民法第四九〇條及第四九四條參照觀之，不難索解。是定作人於承攬人完成工作時，雖其工作有瑕疵，仍無解於應給付報酬之義務，僅定作人得定相當期限請求承攬修補，如承攬人不於所定期限內修補瑕疵，或拒絕修補，或其瑕疵不能修補者，定作人得依民法第四九四條之規定請求減少報酬而已。」

另有認為機關得以該成果有瑕疵為由，拒絕支付承攬報酬，如最高法院九十四年台上字第九三號判決：「查承攬人完成之工作有瑕疵，而其瑕疵係因可歸責於承攬人之事由所致者，承攬人應負不完全給付之債務不履行責任，定作人得請求修補或賠償損害，並有民法第二百六十四條規定之適用。上訴人於事實審抗辯：系爭工程有天花板漏水及採光罩滲水等瑕疵等語，倘非虛妄，則其自非不得行使同時履行抗辯權，於被上訴人修補前，拒絕給付系爭尾款。原審認系爭工程之瑕疵與系爭尾款之給付無對待給付之關係，上訴人不得據以拒付尾款，進而為上訴人敗訴之判決，尚有未合。」

本文贊同上開最高法院九十四年台上字第九三號判決所持見解，蓋民法第四九三條規定之定作人瑕疵修補請求權，性質上為履行請求權，故與承攬人之報酬請求權，立於給付與對待給付之關係。因此，除非當事人有一方應先為給付之約定，否則瑕疵修補請求權與承攬報酬請求權，有民法

第二六四條第一項前段同時履行抗辯規定之適用。換言之，承攬人完成之工作有瑕疵者，承攬人請求給付承攬報酬時，定作人得以承攬人於修補瑕疵前，乃未完成給付為由，而拒絕給付報酬。

惟應注意者，民法第二六四條第二項規定，他方當事人已為部分之給付時，依其情形，如拒絕自己之給付有違背誠實及信用方法者，不得拒絕自己之給付。從而，工作雖有瑕疵，定作人亦僅得就修補瑕疵所需必要費用之金額內，拒絕給付承攬報酬²³³。

經查，技服契約範本所規定「驗收結果與規定不符，而不妨礙安全及使用需求，亦無減少通常效用或契約預定效用，經機關檢討不必拆換、更換或拆換、更換確有困難，或不必補交者，得於必要時減價收受」，與民法第四九四條規定之意旨相符，亦與上開本文見解相同，可值贊同。

惟技服契約範本另規定「技服廠商履約結果經機關審查有瑕疵者，機關得要求技服廠商於一定期限內改善。逾期未改正者，依第十三條規定計算逾期違約金」及「技服廠商履約有瑕疵經書面通知改善而逾期未改善者，機關得暫停給付契約價金至情形消滅為止」，已偏離並加重民法瑕疵擔保責任規定，亦與上開本文見解有違，似有欠妥。

（六）工作是否完成與對價平衡之關係

規劃或設計工作之品質實難事先約定，又依政府採購法規定而得標之廠商之服務酬金通常偏低，此時機關對於廠商工作完成與否之判斷，無論係屬主觀或客觀，是否應受對價限制？亦即若有瑕疵，但因所給付之報酬與工作成果之價值非不相當時，該瑕疵可被視為無瑕疵嗎？容有討論餘

²³³ 參閱詹森林，承攬瑕疵擔保責任重要實務問題，民事法理與判決研究（五），台北：元照，2007年版，頁101。

地，說明如下。

有認為瑕疵判斷應受對價限制，本見解之對價觀念，係從契約之等價均衡觀念著手，即「受領何種價款，即給付何種品質，並負何種責任」。就有償性及等價性之原則而言，瑕疵之判斷，應以機關所付金額與規劃或設計廠商所完成工作，予衡平判斷；苟承攬人所完成之工作與所領得之金額相當者，則從絕對之標準觀察，雖有瑕疵，仍應視為無瑕疵。

另有認為瑕疵判斷應不受對價限制，蓋承攬契約屬雙務有償契約，而雙務有償契約之對價關係，並不以等價為條件，只須雙方當事人因該契約之訂立而互負債務、互享債權即可，且本於契約自由原則，如當事人一方自甘損失，法院自無干涉之必要，故當承攬之工作未符設計之品質或標準，不論承攬之工作與所得之報酬是否相當，承攬人均應負瑕疵擔保責任。

實則，瑕疵擔保制度之目的在於維繫對價關係之平衡，只要標的物有瑕疵，即破壞對價關係，故不問債務人有無過失，皆應負責。而所謂契約之對價關係有兩種，一為客觀之對價（市場交易價格），一為當事人主觀之對價（締約時覺得划算）；對價關係雖應斟酌客觀上之市價，但原則上係由主觀決定；即對價關係係當事人締約時主觀之認知，並考量客觀之市價所決定。換言之，承攬瑕疵擔保為無過失責任，無過失責任之理由在於其非債務不履行，而係對價平衡之關係，即給付物與完成物間應有主觀對價關係，此主觀對價與客觀市價可能有所牽連，但並不會完全相等。

此外，所謂「瑕疵」之判斷標準應依民法第四九二條，即依契約約定之品質或通常之價值或效用為標準，再予判斷。申言之，契約有約定品質者，依契約約定，且其價格由當事人主觀之對價關係決定；而契約無約定品質者，為通常中級品，因第四九二條中所謂「通常」之價值或效用，依

民法第二〇〇條為中等品質之給付物。

從而，規劃或設計廠商對何種品質之工作，應有若干報酬，知之甚詳，若初以約定之品質而承攬，終者仍受客觀對價之限制以減輕其責任，非僅悖於誠信原則，且對機關之保護亦不相當。故在規劃或設計廠商明知報酬與工作要求不相當，自甘損失而為承攬時，基於權利本得拋棄且不妨害公序良俗之原則，當規劃或設計廠商之工作未達約定或通常之標準時，規劃或設計廠商仍應負瑕疵擔保責任。惟屬定型化技服契約條款者，自應另行檢討是否有民法第二四七條之一顯失公平而無效之情形。

另須注意者，或有認為規劃或設計廠商對於所完成之工作，應擔保其無瑕疵之法定無過失責任，在法律上對其權益之保障，似有所不足；反之，對定作人顯保護過重。對此，本文認為儘管規劃或設計廠商就法定瑕疵擔保責任而言，相較於委任契約，必須承擔較大之風險，但在自由市場機制下，風險大卻意涵著利潤大，實係一體之兩面，此不同於委任契約之付出與報酬對等之概念；且影響規劃或設計廠商權益之關鍵，應不在民法債編承攬之法定事項，而在情事變更原則之適用及定型化契約條款之約定。

（七）避免爭議之道

為避免契約雙方對於規劃或設計成果是否完成，發生認定上之落差，致生爭訟，本文提出以下之具體建議。

1、約定之明確化

對機關而言，在預先擬定契約時，應儘可能明確約定規劃或設計工作之範疇、品質及驗收之標準等，以避免雙方認知上之歧異，並作為判斷廠商工作成果是否完成之客觀依據。

對廠商而言，須提送工作執行計畫書，並定期或不定期與機關進行履約會議，故廠商本於專業，倘認為契約所約定工作之範疇、品質及驗收之標準，尚有不明或疑義而須澄清之處，則應主動藉由發文、提送文件、會議等溝通模式，及早與機關取得共識。

2、選擇採委任契約之可能性

一般性規劃或設計服務契約類型之性質屬承攬契約，俟廠商完成一定工作，且經機關審定後，才須給付酬金。故廠商完成一定工作，且經機關審定後，不論其支出勞務之多寡，即獲有酬金；倘支出勞務較少，利潤較高，支出勞務過多，除非符合情事變更原則，仍無法請求增加給付酬金。準此，在履約後，契約之一方認為服務之提供與酬金之給付顯不相當時，即會轉而以所提供之服務與所給付之酬金，應具有客觀對價關係之判斷標準，衡量廠商工作成果是否為完成，從而易生爭訟。

為避免上開爭訟，應從避免契約雙方承受過大之風險著手；故當機關辦理無法確定規劃或設計工作範疇，而無法精確估算酬金之個案時，可採按實作數量計費之契約類型，此種以廠商支出之勞務成本，作為其請求給付酬金之計費基礎，為委任契約，此時機關與廠商較無須承擔過大之風險，廠商利潤也屬固定²³⁴，惟對雙方均較為合理及有利。實則，在委任契約中，廠商之工作成果已符合契約之預定標準者，機關審定廠商工作成果之「審定」，屬確認之性質，不具任何創設或形成之效果；申言之，廠商既已完成工作，即具有酬金請求權，故規劃或設計契約訂有機關未審定廠商之工作成果，即不給付酬金之條款者，已背離廠商有所支出即應有所報酬之委任契約本質，該條款應適用民法第二四七條之一規定而無效。

²³⁴ 參閱楊淑文，工程諮詢服務合約之工作內容與酬金給付，仲裁案例選輯 IV，台北：中華民國仲裁協會，2000 年版，頁 208。

上開二種不同契約類型所可能衍生之各種風險，當事人於訂約前必須詳為評估及考量，選擇最有利於己之契約類型；契約訂約後，當事人即應受契約條款內容之拘束，不得以勞務成本之增加或減少而再為爭執。惟從技服工作屬勞務支出之性質觀之，本文認為採委任契約之報酬給付模式，對契約雙方均較為合理及有利。

貳、規劃或設計廠商辦理變更設計之承攬人服務酬金請求權

規劃或設計廠商依約完成工作後，機關常因情事變更，而要求廠商辦理變更設計，廠商因此增加之成本，可否請求變更設計酬金，時有爭議。

一、案例

(一) 臺灣高等法院九十一年度重上字第三三八號判決

1、案例事實

本件涉及依約可否請求變更設計費用之爭議。

上訴人（設計監造廠商）主張：被上訴人（機關）於七十九年七月間以原計畫所設計之建材未再生產及不合潮流為由，指示上訴人變更上揭計畫所定主要建材品級規格，此應屬變更計畫，被上訴人應再給付上訴人變更設計費用一百零三萬三千五百四十元云云。

被上訴人則以：本件變更設計費用本屬上訴人依契約應負之義務，且未變更計畫及用途，是上訴人請求被上訴人給付變更設計案中新增設計項目設計費用，係屬無據等語置辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：被上訴人指示上訴人變更設計，有無另行給付變更設計費用之義務？

3、法院見解

上訴人就變更設計部分依約不得請求增給酬金，理由如下：

上訴人主張被上訴人於七十九年七月間以原計畫所設計之建材未再生產及不合潮流為由，指示上訴人變更上揭計畫所定主要建材品級規格，此應屬變更計畫，被上訴人應再給付上訴人變更設計費用一百零三萬三千五百四十元云云。惟按「當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證之責任」，民事訴訟法第二七七條前段定有明文。查本件被上訴人指示上訴人辦理變更系爭工程設計當時，兩造間關於是否須另行給付變更設計費用乙節，並無任何約定，此為上訴人所不爭執，則上訴人主張被上訴人應另行給付變更設計費用，自應由上訴人就此有利於己之事實，負舉證責任。雖上訴人主張依系爭契約第十條「本合約條文，如有未盡事宜，悉依建築師法及建築師業務章則等或甲方（即被上訴人）指示辦理。」之約定及省（市）建築師公會建築師業務章則第十六條「委託人因變更計畫或用途，須重新設計繪圖時，其增加之費用，由委託人負擔」之規定，被上訴人有給付變更設計費用之義務云云。然查系爭契約第三條業已載明：「甲方（即被上訴人）應付給乙方（即上訴人）委託規劃設計及監造等公費，依省府公報六八年秋字第九期六八府主一字第六三六四六號函規定按實際興建結算工程費用二·五%核計，由乙方按左列各期向甲方申請給付．．．」等語，且該省府公報函之說明三亦記載：「本表所列酬金佔工程費之百分率，為編列預算之最高標準，實際執行時，仍應依照有關法令規定在其範圍內辦理。」等語，足見被上訴人依約應給付上訴人之酬金包含設計及監造二項公費在內，最高不得超過實際興建結算工程費用二·五

％，此應為上訴人簽訂系爭契約時所得預見，則上訴人以辦理系爭乙區工程變更設計為由，而為超出實際興建結算工程費用二．五％之請求，即與系爭契約第三條之規定不合，亦與被上訴人政府機關支出額外費用時須依法事先編列預算之前提有所不符，要無疑義。

退而言之，縱認系爭契約第十條之補充規定，其效力得以凌駕系爭契約第三條有關應給付報酬之約定，惟依省（市）建築師公會建築師業務章則第十六條之規定，仍須委託人即被上訴人因變更計畫或用途，須重新設計繪圖時，其增加之費用，始由被上訴人負擔，而此所稱「變更計畫或用途」，當係指就建築工程之整體計畫及其建築本身之用途有所變更而言，如僅有關建築工程個別建材之材質、品級規格、性能或某設備系統之變更，尚難遽指為「計畫或用途之變更」。查本件系爭工程係因七十二年間設計之部分建材於七十九年底已停止生產，且不合潮流，始辦理變更主要建材之品級規格，其所變更者，多為地坪、外牆磁磚、樓梯扶手、水龍頭等建築物所需建材之品級規格，或排煙設備系統、泵浦等材質之變更。則揆諸前開說明，實難認此變更符合省（市）建築師公會建築師業務章則第十六條之規定。又此變更部分經原審送請行政院公共工程委員會工程技術委員會鑑定結果，亦認：「系爭工程乙區部分，其涉及之變更係原計畫設計建材已未生產及不合潮流，而變更其主要建材品級規格，苟未因而變更計畫或用途，須重行設計繪圖，自不生增加費用之問題，依業務章則第十六條規定，本案被告台北縣政府並無負擔該部分變更設計費用之義務。」等語，是上訴人主張被上訴人指示上訴人變更上揭計畫所定主要建材品級規格，應屬變更計畫，被上訴人應再給付變更設計費用云云，即非有據。

雖上訴人主張其辦理系爭乙區工程變更設計，業已重新設計繪圖，增加勞務支出，並受被上訴人指示辦理第一次變更設計後，於七十九年八月

十八日檢送第一次變更設計書圖供被上訴人審核，被上訴人指示上訴人重新核算，上訴人乃修正預算書圖，再於同年十月間送請被上訴人核算云云。惟其因此變更設計而增加之勞務支出為何，未據上訴人舉證證明，且系爭乙區工程費用原為二億二千一百六十六萬六千六百元，經變更主要建材後，實際興建結算工程費用增加成為二億四千九百九十一萬八千一百八十一元，為兩造所不爭執，則依系爭契約第三條規定，上訴人之酬金包含規劃設計及監造等公費，既係按實際興建結算工程費用二·五%核計，則其酬金必因實際興建結算工程費用之增加而獲致同步增加，由五百五十四萬一千六百六十五元增為六百二十四萬七千九百五十五元，增加七十萬六千二百九十元；如依前揭省府公報說明一之意旨：「本表所稱之設計監造工作包括勘測規劃、詳細設計及現場監造，其中勘測規劃工作佔百分之十，詳細設計工作佔百分之四十五．．．」，亦因原定建材變更增加實際結算工程費用而使上訴人之酬金同步增加三十八萬八千四百六十元（即 $706,290 \times 55\%$ ）。是本件上訴人縱因該次變更主要建材而重新設計繪圖，其增加之勞務支出，亦已獲得彌補，則上訴人另以辦理系爭乙區工程變更設計，重新設計繪圖，增加勞務支出為由，而請求被上訴人另行給付變更設計費用云云，洵非有據。

（二）臺灣高雄地方法院民事九十二年度重訴字第二七七號判決

1、案例事實

本件涉及變更設計部分依約可否請求增加酬金之爭議。

原告（規劃設計監造廠商）主張被告（機關）於八十四年八月八日將興建獅甲國民中央住宅工程之規劃設計及監造事務，委由原告處理，依約規劃設計及監造酬金為工程實際結算總金額百分之二·五，嗣本工程相關

規劃及設計圖說於提經被告開會審查通過後，原告於八十五年十一月九日召開施工要點事宜會議決定地下室出口由二處增加為四處、擋土壁之連續壁改為預壘樁。原告因而依被告指示重製圖說辦理變更設計詎被告竟拒絕增給酬金，爰依委任關係請求被告增加給付變更設計酬金四百六十六萬七千六百九十八元，並自第一次請求之次月一日計算利息。

被告則以辦理變更設計本即為原告之給付義務，是原告依約變更設計，自未逾越其給付義務之範疇，而本件工程之規劃酬金，原告均已領取，自無再請求變更設計之酬金之理。再者，原告依約計應負規劃設計之義務，所謂依債務本旨而為給付，自應指原告所設計之結果，應符合被告之要求，及建築法令之規定，並應保證其設計結果，用以興建之建築物無可歸責其設計責任之安全、效用，縱其圖說已經被告審查亦同，而本件原告所提交圖說經被告召開審查會並邀請工務局審查委員參與，與會人士同就原告之圖說指出確有缺失，並於結論第三點明白表示若依原告圖說，易生災變。是本件原告原本之設計，依專家學者之意見有導致公安之危險，其原本設計自有瑕疵，其所為給付自非依債之本旨，即無向被告請求給付酬金之理。又原告依委任關係請求變更設計部分之酬金，惟系爭契約並無此請求之規定，而該契約第五條係指在施工期間始可請求變更設計之酬金，本件自無該條款之適用。另本件性質上為承攬關係，原告請求權時效為二年，而原告主張變更設計之酬金，自八十六年一月間即得請求，至今已逾二年，被告自得援引時效抗辯拒絕給付等語資為抗辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：（1）原告為變更設計是否屬給付義務之範疇？（2）原告依約得否請求給付變更設計部分之酬金？（3）兩造所簽訂「委託規劃設計監造契約書」之法律性質為何？

3、法院見解

法院認為原告就變更設計部分依約不得請求增加酬金，理由如下：

(1) 原告為變更設計是否屬給付義務之範疇：

依兩造所簽訂之委託規劃設計監造契約書第一條委託項目第三項工程細部設計第五點約定：「有關工程設計圖說之補充（含變更設計）與解釋。」另第二條辦理期限約定：「五、乙方未依甲方要求修正圖說時限完成者，視同逾期，依本契約第八條規定辦理。六、工程發包後，因實際需要辦理變更設計時，乙方應依甲方期限完成變更設計事宜，如有逾限則視同逾期。」是依此契約約定之內容觀之，原告所受委託設計規劃之內容，不僅包含設計圖說，更包含變更設計部分，且不論是在發包前抑或發包後均同，從而，於本工程委託原告設計規劃之日起至工程完工日止，原告於被告實際需要或有修正圖說時，即負有變更設計之義務可明。

(2) 原告依約得否請求給付變更設計部分之酬金：

又依上開契約書第三條規定：「一、甲方應給付乙方之工程規劃設計監造酬金為本工程實際結算總金額百分之二·五計算，但電梯、中央系統之空調、特殊照明、音響資訊、發電機及電話總機等主機本身費用（不含利潤），按百分之一計算規劃設計監造酬金。四、施工中之工程，若因不可歸責乙方之原因，致延長乙方實地監造期限，其延長期限之工程監造酬金，甲方應依左列計算償付乙方。」第四條付款辦法約定：「四、本工程非因乙方原因，經三次修正設計移送發包，尚無法完成發包作業，或乙方設計完成一年內，甲方因故不能發包時，乙方應依預估底價給付規劃設計酬金部分之百分之八十，並扣回已領酬金。五、施工中之工程，如因不可歸責乙方之事由，而終止計劃時，乙方應視工程進度及酬金之付款辦法結

算酬金。」第五條變更設計約定：「於本工程施工期間，甲方為配合工程施工及使用認為乙方之設計有變更或修改必要時，乙方應即辦理變更設計不得異議。其非可歸責於乙方而係因甲方工程計劃之變，其辦理期限及因而增加之酬金與付款辦法依本契約第二條、第三條及第四條辦理。」是依上開條文規定，有關酬金之給付情況，該契約中已明文約定一般正常情況給付酬金之總額、延長施工日期時監造酬金增加給付之計算方式、未能發包之給付額度、終止工程之給付方式、及變更設計時辦理期限及增加酬金之辦理方式，從而，就規劃設計酬金之給付，除依實際結算總金額之一定比例計付外，僅在一定狀況下，有變更設計之情況時，始另再增加酬金。

本件原告受託規劃設計系爭興建工程，於提交工程相關規劃及設計圖說給被告開會審查通過後，原告即於八十四年十二月二十日申請建造執照，審核期間，被告曾於八十五年五月二十四日召開施工計劃及規範事宜會議，固有人認地下室原設計採用連續壁施工法認有待商榷，而建請考慮以預壘樁施工法替代，惟是日並無做成決定，同年八月二日建造執照已經核發，被告再於同年十一月九日召開施工要點事宜會議決定地下室出口由二處增加為四處、擋土壁之連續壁改為預壘樁，原告因而依被告指示重製圖說辦理變更設計等情，為兩造所不爭執，已如前述，是依此可知，原告就原設計規劃之圖說確有變更設計之情事，因此，原告得否依契約書第五條之規定請求增給酬金，端視有無合乎該條文所約定之情事發生，而查系爭設計圖說為變更設計之時雖已在系爭工程取得建造執照之後，惟系爭工程尚未開工，亦為兩造所不爭執，則與該條文所約定須於施工期間變更設計之情況下，即有不符，原告雖主張原告因而增加勞力及成本支出，依公平及誠信原則，自應為給付云云，但有關變更設計本為原告之給付義務，其不論在建造執照申請前、後，若被告實際上有需求，原告即應依限修正，亦如前述，則在申請執照前所為之修正，原告亦須增加勞力成本之支出，

惟此時依約並不得請求增加酬金，同理，依兩造所簽訂之契約，就變更設計部分，既僅約定在施工期間所為之變更設計，且無可歸責於原告之事由下，原告始可依約請求增加酬金，則依明示其一排除其外之原則下，原告就施工前所為之變更設計即無可依約請求增給酬金之理。

(3) 兩造所簽訂「委託規劃設計監造契約書」之法律性質為何：

按「報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之。工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。」民法第五〇五條定有明文。又按「上訴人委託被上訴人為工程之規劃及設計，核係承攬性質，依民法第五十四條第一項規定，定作人之減少報酬請求權，因瑕疵發見後一年間不行使而消滅。」「技師、承攬人之報酬及其墊款請求權，因二年間不行使而消滅，民法第一二七條第七款定有明文。所謂技師，係泛指從事於一切工程設計、監督之人，非以依技師法規定取得技師證書之人為限。查建築師之業務為：受委託人之委託，辦理建築物及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等各項業務，並得代委託人辦理申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程之接洽事項（建築師法第十六條），自屬從事工程設計、監督之人。故建築師之報酬及其墊款請求權之行使，應有上開短期時效規定之適用。」最高法院六十九年度台上字第二二三〇號、九十二年度台上字第一六〇三號裁判足參。查本件兩造所簽訂之契約書第一條委託項目約定：「一調查與預測：...。二初步規劃設計：...。三工程細部設計：...。四監造：...。五其他應辦事項：...。」第四條付款辦法約定：「二、監造酬金：第一期：本工程或水電等設備分項工程施工進度完成百分之二十五時，付監造酬金部分百分之二十五。...。第四期：本工程或水電等設備分項工程須俟竣工、驗收、決算等手續完成，並已...，付清規劃設計監造酬

金尾款。」是參照該契約所約定之工作內容，並揆諸前開最高法院裁判意旨，兩造所簽訂之契約雖名為「委託規劃設計監造契約書」，惟其性質應屬「承攬」之法律關係可明，從而，原告之報酬請求權自應適用民法第一二八條第七款二年之短期時效，原告主張應適用委任之法律關係云云，即無足採。

二、評析

(一) 承攬契約

上開法院見解，僅依據契約所約定之局部工作內容，即驟認為該規劃設計監造契約為承攬契約，本文認為契約性質之判斷，應從締約目的、主給付義務、付款辦法等，為綜合判斷，故尚難認同該法院見解。

依據本文前章以工程會「公共工程技術服務契約範本」之規定及配合國內常見之技服契約內容，作為一般性技服契約之契約類型，據以定性之結論為：不論是工程規劃契約、工程設計契約、工程規劃及設計契約、工程設計及監造契約、工程規劃設計及監造契約，只要技服廠商所提供者係規劃服務或設計服務，即屬「承攬性質」契約²³⁵。上開二則實務案例設計部分之締約目的、主給付義務及付款辦法等，均與一般性設計契約類型相符，故該部分應屬承攬契約無疑。

依據民法承攬規定，機關俟技服廠商完成一定工作後應給付報酬（民法第四九〇條第一項）；如依情形，非受報酬即不為完成其工作者，視為允與報酬（民法第四九一條第一項）；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（民法第四九一條第二項）。

²³⁵ 不含本文第四章、第二節、伍、十所述之例外狀況。

（二）實務見解

實務上，規劃或設計廠商依約完成特定工作後，機關常因情事變更致需變更設計，而要求廠商依據新需求，辦理變更設計。此時，規劃或設計廠商往往會主張其係依機關指示重製圖說辦理變更設計，因而增加勞力及成本支出，基於公平及誠信原則，機關自應為給付，從而請求增給變更設計酬金；機關則會抗辯辦理變更設計本即為廠商之給付義務，是廠商依約變更設計，自未逾越其給付義務之範疇，無再請求變更設計之酬金之理²³⁶。

關於前述爭議，關鍵在於釐清規劃或設計廠商為變更設計是否屬其給付義務之範疇，法院對此原則上依契約內容以決；蓋契約通常約定，僅在特定狀況下之變更設計，始得再增加服務酬金。另僅在適用民法第四九一條第一項，機關已允與報酬之個案，例外容有因廠商辦理變更設計而增加服務酬金之空間。此外，法院通常肯認變更設計之服務酬金請求權時效，自應適用承攬契約二年之規定²³⁷。

（三）本文見解

規劃或設計契約本應基於公平及誠信原則，詳加約定「在何種狀況下之變更設計，應增加酬金」；並據以拘束契約雙方。惟公平及誠信原則之標準為何，機關與廠商因立場不同，往往無法達成共識。對此，本文認為應依據不同之變更設計原因，將變更設計之風險，歸屬於不同之當事人，說明如下。

1、屬規劃或設計瑕疵所致之變更設計

²³⁶ 參見臺灣高等法院 91 年度重上字第 338 號判決、臺灣高雄地方法院 92 年度重訴字第 277 號判決、台灣高等法院高雄分院 93 年度重上字第 66 號判決、最高法院 95 年度台上字第 2307 號判決。

²³⁷ 參見臺灣高雄地方法院 92 年度重訴字第 277 號判決、台灣高等法院高雄分院 93 年度重上字第 66 號判決、最高法院 95 年度台上字第 2307 號判決。

一般性規劃或設計契約類型屬承攬契約，依據承攬契約規定，廠商完成規劃或設計成果後有酬金請求權，惟完成之規劃或設計成果不具備約定之品質、價值、效用時，則負有瑕疵擔保責任；從而，變更設計屬於上開瑕疵（例如：未依據建築法令之規定、有導致公共安全之危險）所致者，機關自無給付變更設計酬金之理，即便規劃或設計成果經機關審定者亦同。

2、屬機關需求變更所致之變更設計

基於機關單方面之需要，而變更系爭工程整體計畫或系爭工程本身用途，致須為變更設計者；該變更設計，自非可歸責於廠商因素所致，亦非任何專業廠商於簽約時即可得而知之工作範疇，即便係可得而知亦無法採取任何合理措施以控制之；實則，該變更需求之創造者、掌控者及變更設計後之受益者，均為機關，故該變更設計風險，自應歸屬於機關，由機關給付廠商變更設計酬金。

3、屬非可歸責於雙方之情事所致之變更設計

因非可歸責於契約雙方之情事（例如：法規變更、建材停產），致須辦理變更設計者，機關仍應給付變更設計酬金為宜；蓋機關為系爭工程之興建者，享有工程完工後之一切利益，而廠商僅為工程之興建，提供勞務服務，獲取對價之勞務服務酬金，故對於非契約雙方所得控制之風險，工程規劃、設計及施工期間不可預測之不利益，當由機關自行承擔。

4、小結

依據上開判斷標準，目前多數規劃或設計契約，顯將機關應負擔之風險，不當轉嫁給廠商，而過度不合理地限縮廠商依約請求變更設計酬金之

空間，實有違公平及誠信原則，為民法第二四七條之一規定所不許。

參、監造廠商因工期展延致延長監造之委任人服務酬金請求權

監造廠商因工期展延致延長監造期間及增加服務成本時，得否主張增加監造酬金，向為機關與廠商之爭執所在。

一、案例

(一) 臺灣臺北地方法院九十六年度重訴字第四五六號判決

1、案例事實

本件涉及工程監造契約應否隨工期展延而增加給付監造酬金之爭議。

原告（設計監造廠商）主張系爭工程施工期限為七百二十日曆天，惟因施工期間被告（機關）同意免計工期共計四百四十一日，大幅增加工期，造成原告監造費用大幅增加，非可歸責原告，依民法第五四六條規定，被告應依工期比例，支付增加監造費用九百九十五萬五千零五十一元。

被告答辯系爭契約並無監造期間延長之罰款規定，且兩造已約定不因增加工期而增加監造費用，該約定依法有效，又原告設計瑕疵導致工期延長，延長期間變更設計追加工程款致總工程款提高，監造費用隨之提高，再請求增加監造費用乃雙重請求並不合理，更何況工程慣例有六個月緩衝期間，原告請求權罹於時效，亦未就增加費用舉證，此部分請求自無理由。

2、爭點

本件爭點為：（1）原告是否有設計瑕疵並導致工期延長？（2）原告於工期展延期間，有無參與監造工作？若有，原告得請求增加之監造服務

費用，或依約不得就此部分為請求？原告若得請求，數額以多少為適當？

3、法院見解

本件法院認為原告就工期延長具有可歸責事由，系爭契約第十條第二項復約定原告不得請求延長工期之監造費用，原告請求延長工期之監造費用並無理由：

按系爭契約第五條約定：「議定酬金：(一)乙方（即原告）之酬金以甲方發包總造價（含變更）3.3%計算，…(三)勘測規劃設計與監造分別佔酬金之55%及45%計算」；第六條第二項：「設計監造酬金之結算標準以發包總造價（含變更設計後之增加減金額合併計算）為準，如合併計算後之總金額低於原發包總造價時，則規劃設計部分按發包總造價結算，監造部分按合併計算後之總金額結算」；第十條第二項：「本工程乙方（即原告）負責自開始施工至全部工程竣工為止之全部監造責任（含變更設計部分），不因增加工期而增加監造費用」。依上揭第十條第二項之約定與第五條、第六條第二項約定對照以觀，可知若有變更設計增加金額之情形，原告之酬金將隨之增加（例如抗浮基樁部分，總工程費增加，監造費用亦隨之增加），從而為避免原告最初先草率設計監造，事後再變更設計增加自身服務報酬，及避免原告不認真監造導致拖延工期，反而獲取利益，實有使原告自行承擔增加工期部分監造費用之必要，以避免道德風險，從而系爭契約第十條第二項之約定，乃合乎公平之約定，並非原告所稱違反公平會函釋或民法第二四七條之一所規定顯失公平之約定，應屬有效。

再者，兩造就抗浮基樁未達設計要求強度及石材變更導致工期展延，是否可歸責原告固然有所爭執，然至少原告在九十三年八月十九日建築師缺失及同意損害賠償明細表中，亦承認設計疏失、圖面變更、現場施作重

新調整、限期催辦完成而未完成之事項、監造之疏失，而導致延長工期者，在建築方面有三十三項缺失，在水電方面有十六項缺失，共計四十九項缺失，且以九十三年八月十九日（九三）建師中字第參肆號函，同意損害賠償被告一百二十三萬元，並依合約第十條損壞賠償規定，賠償因延誤工期造成被告向外租用辦公室租金損失二十萬元，足見就工期之延長，至少原告有一部分之責任，從而原告就工期延長具有可歸責事由，系爭契約第十條第二項復約定原告不得請求延長工期之監造費用，原告依民法第五四六條規定請求延長工期之監造費用並無理由。

（二）臺灣臺北地方法院九十二年度重訴字第八三六號判決

1、案例事實

本件原告（設計監造廠商）請求調整工程之監造服務費用，即非因變更設計所致展延工期所增加之監造費用，惟為被告（業主）拒絕。

原告主張：原告承攬被告工程設計監造，服務期限原訂至八十九年九月七日完工計八百九十天，但截至實際完工日即九十一年九月十八日止，工期共計一千三百六十一天，其總工期因故延長七百四十一天，五十八天為變更設計得合理延展工期應予扣除，所餘六百八十三天中，其中因被告與業主即訴外人遠百公司間完工後就停車管理系統意見不一，致延長服務者有三百零四天，因業主之遲誤遲延者有二八〇日。而本件原告如未受報酬即無同意在展延工期中監造，被告亦無從取得使用執照，故依民法第四九一條第一項之規定，被告自應給付此部分增加之監造費用。另因八十八年七月二十九日全台大停電一天，八十八年九月二十一日大地震停電十三天及碧麗絲颱風展延工期二天與九十年十一月十七日、十八日納莉颱風展延二天以上共計十八天，依兩造契約書第八條第五項約定係屬人力不可抗

拒事項，被告亦得請求調整服務費。服務費用之計算方式經依契約第七條第一項約定，以每人每月十二萬元，監造人數以七人計算結果，共增加一千四百二十六萬元，原告屢次催請付款，被告均予拒絕。爰依兩造服務契約第八條第五項及民法第四九一條第一項之規定，求為判決被告應如數給付及加計法定遲延利息。

被告則以：系爭設計監造契約，就監造部分為依工程各階段進度監督各項工程之進行，重在依其專業事務之進行及判斷監督工程之過程，而一定工作物之完成及交付，依建築法第十三條及第五十五條規定，被告尚不得任意變更由他人承接或由他人代為完成，此與委任契約以受任人自己處理事務為原則之規定相符，而與承攬契約之規定不同而無適用民法第四九一條之餘地。且本件契約並無約定服務期間，僅依系爭契約第八條第五項之規定，全部工程項目竣工前，原告得請求調整服務費用之情事，除「人力不可抗拒事故」外，僅限於「承包商逾期完工罰款所致延長監造服務期限」之情況，而不可抗力事故應以經政府認定為災區為要件。然本件被告之承包商並未因停車管理系統延長工期而遭罰款，而原告所指颱風及地震停電之停工展延工期部分，未經政府認定為災區，均與得調整服務費用之要件不符。而原告之監造服務費用依第八條第一項及第四條之約定，乃依竣工驗收結算總工程款百分之三計算，故如承包商因業主變更設計獲准延長工期時，因變更設計所得追加之工程款均為兩造約定竣工結算金額之一部分，是原告已因此增加其所受領之報酬數額，故依系爭契約第八條第五款但書約定，被告自不再另行給付延長監造服務費，原告之請求均乏所據等語，資為抗辯。

2、爭點

本件兩造之爭點為：（1）系爭監造契約為何種契約？其法律性質為

承攬或委任？(2)原告可否依照契約第八條第五項第一款請求調整監造費用？A、系爭契約有無期限，如有期限是否以系爭工程與承包商約定完工日期為準？B、不可抗力事故共十八日是否須以政府認定為災區為要件？C、兩次工程展延共三百七十七天，是否符合契約但書之約定，不另再給付延長監造服務費？D、如可調整之報酬之金額為何？

3、法院見解

(1)系爭監造契約為何種契約？其法律性質為承攬或委任？

查系爭設計監造合約，就設計部分之性質屬於承攬契約，固無疑義，惟於監造部分，依契約第三條第四款之工作項目為：「辦理本工程之監造並派工地專任工程人員負責工程進度及品質控管、基地鑽探、測量監控、施工詳圖審查、材料檢驗、現場安全管理、定期舉行工地協調會（每週一次），填報工程計價單及各項報表，辦理工地完工、竣工圖、竣工結算書及竣工報告，會同正式驗收及保固期滿會勘等工作」，顯見監造之工作係建築師即原告以其專業能力及資格，為被告處理各項施工時之工程監督事務，並有類似民法第五四〇條每週定期開會向原告報告工程進度及協調工程各項事務之報告義務。再查，依契約第八條服務費用及付款辦法所訂，設計服務費與監造服務費付款辦法乃分別訂之，足見二者性質有異，全部設計監造服務費依契約第八條第一項固係統以工程竣工結算金額（應扣除營造綜保險費、勞工安全衛生設備費、環保費、包商利稅管理費及營業稅）之百分之三為準。但設計服務費訂於同條第二項，係於各項設計圖說完成提出經核定後得請領固定比率，而監造服務費依第三項乃依工程實際完成總進度之百分之二十五、百分之五十、百分之七十五時，分別按該項工程決標總價扣除間接工程費後各給付總服務費百分之十，嗣工程完工正式驗收合格並結算無誤獲報審計單位核備後，將總服務費結算付清。準此，監

造服務費實際佔總服務費之百分之三十，且係依其處理工作之工程進度分段收取，並無須如設計費須經被告「核定」受領後始得請領之程序。故從二者工作項目、內容及報酬給付之方式以觀，其性質應屬委任契約。原告將設計與監造之工作內容混合以觀，而統認系爭契約均屬承攬契約云云，即無足取。

- (2) 原告可否依照契約第八條第五項第一款請求調整監造費用？A、系爭契約有無期限，如有期限是否以系爭工程與承包商約定完工日期為準？B、不可抗力事故共十八日是否須以政府認定為災區為要件？C、兩次工程展延共三百七十七天，是否符合契約但書之約定，不另再給付延長監造服務費？D、如可調整之報酬之金額為何？

依兩造契約得調整監造服務費用之情形僅有：發生因政府認定為災區之人力不可抗拒事故或因承包商逾期完工罰款致延長服務期限二者，惟如依程序辦理變更設計或承包商符合工程合約規定獲准延長工期而較原訂工期為長者，原告即無請求調整增加監造服務費之權利。是系爭監造服務契約雖未將其服務期限明訂於契約，惟依本條約定及前揭依工程進度分段付款方式之約定以觀，自係依全部「金竹廣場甲基地新建工程」之合理工程期限為準，亦即如承包商未能按預訂工期完工，然如經業主認定有不可歸責之事由得合理展延工期時，該展延之工期自亦屬原告之監造服務期間，而無另行請求延長監造服務費用之依據。蓋原告之責任除設計外尚有監造，而工程施工期間本即有因各項事由致逾期完工期之可能，惟該事由是否可歸責於承包商，亦由原告依其監工之專業予以判斷，故除少數特殊不可抗力事故外，如經兩造共同核可得准予延長工期，本即在原告之責任範圍內，是原告主張原預訂監造服務期間係自開工至預訂完工日期即八十九年七月七日，共計八百九十個日歷天，如有延長，即應調整延長之服務

費用云云，尚非可取。

再查，系爭總工程期限較原訂工期延長七四一日，其中因七二九全台大停電展延一日，九二一大地震延期十三日，碧麗絲颱風展延工期二日、納莉颱風展延二日，原告主張此十八日均屬不可抗力事故，得依前揭請求增加監造服務費用云云。惟查，所謂不可抗力事故，於契約第八條第五項第一款已將其範圍限定於「如颱風、水火災、地震或暴動等『並』被政府認定為災區時」始得例外給付延長之監造服務費用，系爭契約顯係兩造經充分磋商後始為締約，而非定型化契約，亦與法律保留原則無涉，原告以此主張系爭條款為定型化契約而無效云云，並無所據。是原告並未證明系爭工程所在地區有因前揭事由遭政府認定為災區之事實，則前揭事故縱屬不可抗力而停工，亦與前揭得調整監造服務費用之約定不合，而不得據以請求調整服務費用。另查，系爭金竹廣場甲基地新建工程之契約竣工日期為九十年十一月十八日，實際竣工日期為九十年十月十二日，經核准延長天數四三七天，提前三十七天，本件承包商並無因逾期遭罰款之事，則系爭工程雖有延長，但均經監造單位即原告核可，而獲准延長工期，依前揭系爭契約第八條第五項第一款但書之規定，原告自不得再請求給付延長監造服務費。況因變更設計而增加支出之設計及監造服務費用，兩造已另訂於契約第八條第六項，原告亦自承其所請求工期延長天數應調整服務費用，不包括因變更設計所增加之五十八天，則其以第八條第六項之約定指同條第五項但書為贅文云云，顯與契約整體規範相悖，亦非可取。

二、評析

（一）委任契約

依據本文前章以工程會「公共工程技術服務契約範本」之規定及配合

國內常見之技服契約內容，作為一般性技服契約之契約類型，據以定性之結論為：不論是工程監造契約、工程設計及監造契約、工程規劃設計及監造契約，只要技服廠商所提供者係監造服務，即屬「委任性質」契約。上開二則實務案例之監造契約之締約目的、主給付義務及付款辦法等，均與一般性監造契約類型相符，故應屬委任契約無疑。

依據民法委任規定，監造廠商因處理委任事務，支出之必要費用，機關應償還之，並付自支出時起之利息（民法第五四六條第一項）；監造廠商處理委任事務，因非可歸責於自己之事由，致受損害者，得向機關請求賠償（民法第五四六條第三項）；報酬縱未約定，如依習慣或依委任事務之性質，應給與報酬者，監造廠商得請求報酬（民法第五四七條）等。

（二）實務見解

對於監造廠商因工期展延致延長監造期間及增加服務成本時，得否主張增加監造酬金之爭議，自須視個案情況具體判斷，惟實務上常有肯定及否定兩說，多數採否定說。

採肯定說者²³⁸，主要之論述依據為：施工期間延長，監造期間隨之延長，監造工作及負擔亦相對增加，因此，只要該等施工期間延長之情事不可歸責於監造人，且非締約時所得預見，則監造人得依據民法第二二七條之二之「情事變更原則」，請求追加監造酬金，以符公平原則。

至於採否定說者²³⁹，主要論述依據為：監造廠商長期從事工程監造服務之業務，就契約之條款，較諸一般人更有經驗，而政府興建之工程多有

²³⁸ 例如：最高法院 97 年度台上字第 141 號判決、最高法院 91 年度台上字第 1696 號判決、臺灣高等法院 94 年度建上字第 69 號判決、臺灣高等法院 91 年度重上字第 338 號判決。

²³⁹ 例如：最高法院 92 年度台上字第 1648 號判決、臺灣高等法院 96 年度重上字第 212 號判決、臺灣高等法院 91 年度重上字第 424 號判決、台灣高等法院民事 91 年度上更(三)字第 12 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 89 年度重上字第 213 號判決、臺灣臺南地方法院 95 年度重訴字第 15 號判決、臺灣臺北地方法院 94 年度建字第 198 號判決。

延宕，鮮有能如期完工者，應為廠商所預見，因此倘非屬契約所訂「工期展延非因監造廠商責任所致，且監造廠商得例外地請求增加監造費用」之特定情況，而係在工期展延之任意情況，均允許監造廠商得增加監造酬金，則契約有關酬金之約定，即失去意義。蓋一般之監造酬金係依「總包價法」或「建造費用百分比法」計算，而非以委託期間長短作為計價之依據，亦非以監造廠商實際支出之費用為請領之根據，因此施工承包商提早完工，機關不能要求減少監造酬金，同理，工程期間展延，監造廠商亦不得請求增加給付。即便契約有規定「在特定非因監造廠商責任所致工期展延之情況，監造廠商得例外地請求其所增加之監造費用」，該費用乃為監造廠商以「總包價法」或「建造費用百分比法」計算之酬金以外，額外支出之實際「費用」，並非「報酬」，為契約預定金額以外之給付，屬於例外事項；在上開情事中，監造廠商欲請求機關給付，自應就該例外事項已發生之事實，即「非因監造廠商之責任致工期延誤」、「工期延長期間有續派監工人員之必要及事實」，以及「其所增加之監工費用金額之事實」，負舉證責任。另外，監造廠商在請求施工期間延長之追加監造酬金時，經常引用民法第二二七條之二之「情事變更原則」為其請求依據，對此，法院不予採納，理由說明如后。

（三）情事變更原則

對於監造服務期間之延長，監造廠商往往主張有情事變更原則之適用，而須增加監造酬金；上開主張是否合理，自須視個案情況具體判斷，惟實務上常有肯定及否定兩說。

1、延長監造服務期間有情事變更適用²⁴⁰

²⁴⁰ 例如：最高法院 97 年度台上字第 141 號判決、最高法院 91 年度台上字第 1696 號判決、臺灣高等法院 94 年度建上字第 69 號判決。

監造廠商由於工期延宕，其監造之工作及負擔即相對增加，倘此情事係不可歸責於監造廠商之事由所致，又衡諸一般常情，非契約成立當時一般有經驗之監造廠商所得預料，則其應仍可請求機關給付工程延宕期間之監造酬金，以公平合理分配風險。

2、延長監造服務期間無情事變更適用²⁴¹

按民法第二二七條之二意旨及觀諸立法理由可知，所謂情事變更，係純屬客觀之事實，非因可歸責於當事人之事由所引起者，始足當之，否則若有可歸責於當事人之事由所致，即屬債務不履行或危險負擔之問題。故非屬履約期間之外在客觀環境諸如物價變動等因素所致，難謂有情事變更原則之適用。況且，監造廠商既為長期從事監造服務之專業廠商，對工程所可能遭遇之困難，自非一無所知，尚難謂發生工期展延之情況，即屬情事變更，而得據以向機關請求增加給付。

此外，監造契約約定「得請求之監造服務費範圍」及「不因增加工期而增加監造費用」，於此，監造廠商仍自願與機關簽訂監造契約，當受契約自由原則拘束，故不論嗣後有無增加工期或可歸責於何人，監造廠商皆受契約拘束，不因增加工期而得請求增加監造服務酬金，蓋監造酬金與工期，並無直接關係，非據施工工期多寡而增刪。

詳言之，依一般監造契約規定，均無隻字片語及監造工作之服務期限（關於工程施工期限係約定於機關與施工承包商間之工程契約），亦未約定應以機關與施工承包商所約定之完工日期為準，又因監造契約之訂定往往早於機關與施工承包商簽訂工程契約之日期，益證監造契約並非以工

²⁴¹ 例如：最高法院 92 年度台上字第 1648 號判決、臺灣高等法院 96 年度重上字第 212 號判決、臺灣高等法院民事 91 年度上更(三)字第 12 號判決、臺灣高等法院花蓮分院 89 年度重上字第 213 號判決、臺灣臺南地方法院 95 年度重訴字第 15 號判決、臺灣臺北地方法院 94 年度建字第 198 號判決。

程施工期間之長短作為計價之依據，而係以監造廠商受任監造之全部工程，已臻實際竣工驗收及保固期滿之事實為準，復依工程造價之一定比例計算服務酬金，故亦未約定延長監造期限之違約罰款；換言之，監造廠商受託處理事務之範圍，係以各個工程施工階段之不同事項為標的，而非以特定期限為基準。又由於在正式驗收合格之前，尚難謂工程業已完工，且在保固期限屆滿之前，除契約另有規定外，監造廠商仍有依約履行監造服務之義務，不得額外請求延長服務之費用，是原則上機關給付予監造廠商之服務酬金，已包含機關之施工承包商施作所有工程項目之期間，亦即至所有施工項目實際竣工為止，監造廠商均應盡其監造義務。僅在一定條件下之延長監造期限，始得少數例外地請求其所增加之監造費用。綜上，監造契約既未以工程施工期間之長短作為計價之依據，倘工程有所展延，監造廠商即主張工期之展延屬情事變更，自非可採。

又在監造服務酬金係依據工程發包總造價（含變更設計）某比例計算之個案中，若有變更設計增加工程金額之情形，廠商之酬金將隨之增加，從而為避免廠商最初先草率設計，事後再變更設計增加自身服務酬金，及避免廠商不認真監造導致拖延工期，反而獲取利益，實有使廠商自行承擔增加工期部分監造費用之必要，以避免道德風險，故就此而言，契約對於原則上不因增加工期而增加監造酬金之約定，尚合乎公平之約定。

3、本文見解

按民法第二二七條之二規定，乃係法律對於情事變更適用之原則，其構成要件主要有：

- (1) 情事變更：不可歸責於當事人之客觀、廣泛事變或災難。
- (2) 非當事人所得預料：逾越一般幅度或預料中之情事。

(3) 依其原有效果顯失公平：指達經濟不能或犧牲之極限。

就技服契約而言，上開法條所謂「非當時所得預料」，應指該情事變更情況，非廠商於締約時所能預見之風險，或廠商於締約時雖可預見，然其無法採取合理措施以防止損失或損害之發生，致其損害超越所預期可期待之範圍者而言。

質言之，情事變更原則乃指「法律關係發生後，為其基礎或環境之情事，於該法律效力完了前，因不可歸責於當事人之事由，致發生非當初所得預料之變更，如貫徹原定之法律效力，則顯失公平而有悖於誠實信用原則者，應認其法律效力得為相當之變更²⁴²」；即締約當事人於締約時以之為締約衡量之基礎事實，事後有所變更，基於誠信原則，應予調整原約定之權利義務內容。

從而，工期展延之損失，係技服廠商締約之基礎事實，事後發生變更，且屬不可歸責於當事人之客觀事變，亦非技服廠商於締約時所能預見之風險者，或於締約時雖可預見，然無法採取合理措施以防止損失或損害之發生，致其損害超越所預期可期待之範圍者，因原先之給付已顯失公平，故技服廠商在契約未明定時，仍得請求調整契約內容。

(四)「不因增加工期而增加監造費用」約定之適法性

對於監造契約中約定「不得因增加工期而增加監造費用」等棄權條款，是否顯失公平，而不生效力，須視個案情況具體判斷；實務上常採用之判斷依據，簡述如下：

1、行政院公平交易委員會八十六年十一月二十八日(86)公貳字第 8605226

²⁴² 參閱楊淑文，工期展延之爭議與履約調解，台北市政府 2006 年政府採購爭議實務研討會會議手冊，2006 年 10 月 25 日，頁 85。

—005 號函釋

依行政院公平交易委員會八十六年十一月二十八日（86）公貳字第 8605226—005 號函之說明：「目前各機關營繕工程合約及施工須知常載有『承包商如因甲方（工程主辦機關）原因，或人力不可抗拒等因素，申請延長工期，且工程司核准其延長之請求，則承包商須放棄對該一事件再提出要求補償之權利。』類似規定，因延長工期原因不一，是否違反公平交易法，仍須視具體個案而定；惟如有可歸責於主辦機關，卻使交易雙方所負之風險顯不對等，而超過承包商可預期之完工風險，明顯減損營繕工程效能競爭，倘又未能就同一情事要求補償，則不排除涉有顯失公平之虞。」

申言之，上開函釋係以「有可歸責」於主辦機關，使交易雙方所負風險顯不對等，而超過承包商可預期之完工風險，明顯減損營繕工程效能競爭者，則不排除涉有顯失公平之虞。

技服契約類推適用上開函釋，倘因可歸責於機關事由，使交易雙方所負風險顯不對等，而超過技服廠商可預期之完工風險，則顯失公平；反之，工程延長工期，係技服廠商估計工期不實、設計疏失、圖面變更、現場施作重新調整、限期催辦完成而未完成之事項、監造之疏失，颱風、國慶交通管制、變更設計重新議價並追加工期等原因引起，則非屬可歸責於機關事由，是技服廠商依前揭函釋，主張不因增加工期而增加監造費用之約定無效，應屬不當。

2、民法第二四七條之一規定

有關民法第二四七條之一規定之討論，詳本文第二章第四節。

3、消保法規定

有關消保法規定之討論，詳本文第二章第四節。

4、政府採購法第六條第一項規定

「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。」為政府採購法第六條第一項所明文規範。有關工程上風險分擔基本原則，以該風險之發生係誰能掌握及控制後果，即由其承擔該項風險；雙方均無法控制之風險則由業主負擔。此由國際顧問工程師協會強調，業主所承擔之風險應為承包商所不能控制之風險，「土木工程施工契約條款」第四版，亦將非可歸責於承商之工期延長，例如「非可歸責於承商責任之工程司指示停工」、「業主未能依約提供土地」、「工程變更」、「業主延誤或阻礙」或「非承商所造成之其他特殊事件」等原因，均允許承商索賠。故類推適用在技服契約關係上，倘工期展延之事由，不可歸責於技服廠商，揆諸上開說明，自應由機關承擔風險，並補償技服廠商之損失。

5、監造廠商之利益

監造服務費依工程總價之固定比例計算者，在延長工期中有變更設計追加工程款時，因總工程款增加，相對也增加監造酬金，是延長工期對監造廠商並非完全無請求監造酬金之利益；準此，亦可降低「不得因增加工期而增加監造費用」契約約定，違反公平及誠信原則之疑義。

6、本文見解

依契約自由原則，延展工期增加監造費用之風險，原則上固可透過契約約定予以自由分配；然契約約定「不因增加工期而增加監造費用」等棄權條款之有效性，自須通過上開法令規定之檢驗，惟對於機關而言，亦須

宏觀地檢視該約定是否完全有利於機關及整體公共利益，對此，本文提出以下之思考面向：

- (1) 約定棄權條款，可能造成技服之決標價格相對提高：不論未來工期是否有所延展，機關支付技服廠商之報酬中，事實上即已先包含技服廠商為涵蓋延展工期增加費用之風險而增加之溢酬，此對於機關之採購利益並非有利。
- (2) 約定棄權條款，可能增加工程無法順利執行之風險：技服契約未定入合理之延展工期增加監造費用機制，於工期大幅延展之情形下，可能使技服廠商違約，造成工程無法順利進行之風險大幅增加。
- (3) 政府機關除追求個別契約利益外，實應負有更多之公共責任：依目前之公共工程採購實務，契約條款一般均係由採購機關預先擬定，廠商事實上並無要求修改契約條款之機會，故契約之風險分配，完全係由機關單方事先決定。茲延展工期增加監造費用之風險，既屬技服契約所無法避免之問題，可能影響政府採購效率、功能及品質，甚者，可能造成營建產業環境惡化，而不利於整體經濟發展，若此，則採購機關實已違反其維護公共利益之義務。從而，基於整體公共利益之角度考量，採購機關實應負起一定之公共責任，於其技服契約中全面性地訂入合理之延展工期增加監造費用條款，方能徹底解決技服契約延展工期增加監造費用所可能帶來之相關問題。

(五) 舉證責任

按債務人原有給付之責任，僅於有特別情事，始得免責，乃債法之大

原則，我民法係以不可歸責於債務人之事由為免給付之原因，此觀民法第二三〇條、第二二五條第一項之規定自明，故債務人欲免為給付者，應就歸責事由之不存在即無故意或過失負舉證責任，亦有最高法院二十一年度上字第一九五六號判例要旨²⁴³、最高法院八十七年度台上字第一二八九號、八十七年度台上字第一四八〇號判決意旨足供參考。

一般對於施工工期之訂定，機關係依技服廠商意見為之，且技服廠商負有督導及管理施工進度之責任，故倘工程無法如期完工，揆諸上開實務見解及技服廠商專業責任，除技服廠商能舉證證明延長施工日期，非因其本身設計錯誤、監造不實、管理不善等因素引起外，即屬可歸責於技服廠商，技服廠商自無請求延長監造服務期間增加費用權利。

故實務上，當施工工期因故展延，且非可歸責於監造廠商之因素所致時，監造廠商往往主張其監造費用大幅增加，而要求機關給付延長監造服務之額外酬金²⁴⁴。倘機關否認監造廠商有延長監造服務期間增加費用之權利，是監造廠商自有就非可歸責於其本身因素所造成工期延長，負舉證責任，否則不得積極主張該權利；此外，監造廠商尚須舉證上開情事符合契約所規定得請求調整監造服務酬金之少數例外情況，以及實際損害之範圍、增加酬金之數額。經法院判斷確屬有理後，監造廠商前述請求權方有適法性²⁴⁵。

（六）避免爭議之道

實務上監造廠商得否因工期展延而主張增加監造酬金之爭議，層出不

²⁴³ 最高法院 21 年度上字第 1956 號判例要旨：「給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起當然負遲延責任，其因不可歸責於債務人之事由致未為給付者，債務人雖不負遲延責任，但不可歸責於債務人之事由，應由債務人負舉證之責。」

²⁴⁴ 參見臺灣臺北地方法院 96 年度重訴字第 456 號判決及臺灣臺北地方法院 92 年度重訴字第 836 號判決中監造廠商之主張。

²⁴⁵ 參見臺灣臺北地方法院 96 年度重訴字第 456 號判決及臺灣臺北地方法院 92 年度重訴字第 836 號判決之理由。

窮；為避免上開爭議，除契約應公平合理明訂出得請求調整監造酬金之情況，據以拘束雙方之外，另可從監造酬金之計價方式及付款方式著手。

蓋監造契約所訂之監造計價方式，深切影響法院判斷監造廠商得否因工期展延而主張增加監造酬金，以及應增加監造酬金之數額。詳言之，實務上幾乎均以「總包價法」或「建造費用百分比法」決定監造酬金之總額，此種計價方式雖易於操作，卻致法院認為：監造酬金與工期無直接相關，非據工期多寡而增刪，故縱有工期延誤情事，監造廠商亦不得請求增加給付監造酬金²⁴⁶。

採「總包價法」或「建造費用百分比法」計算監造酬金總額，係當工程施工進度達特定階段，監造廠商不論支出勞務之多寡，依約均有酬金請求權，如支出勞務較少，監造廠商利潤較高；支出勞務過多，除非符合情事變更原則，監造廠商仍無法請求增加給付酬金；惟「總包價法」或「建造費用百分比法」之計費方式及付款方式，監造廠商所承擔之風險極大，尤其是工期增加時所生之額外監造成本，監造廠商更是難以承受，故採「總包價法」或「建造費用百分比法」計費即為惹起監造廠商主張工期展延須增加監造酬金之主因，對雙方均較為不利。

從而，在規模大、複雜性高、變數多之大型工程，機關倘無法確定監造工作之範圍，而無法精確估算酬金標準時，可採按實作數量計價，此方式按工程會頒佈之「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」規定稱為「服務成本加公費法」，此時機關與監造廠商較無須承擔過大之風險，監造廠商之利潤雖固定，但可降低雙方爭議，對雙方均較為有利。

經查工程會九十八年一月十九日頒佈之「公共工程技術服務契約範

²⁴⁶ 例如最高法院 92 年度台上字第 1648 號判決。

本」第四條九規定：「如增加監造服務期間，不可歸責於乙方之事由者，應依下列計算式增加監造服務費用（由甲方擇一於招標時載明）：方式一、（超出『工程契約工期』之日數－因乙方因素增加之日數）／工程契約工期²⁴⁷之日數＊（監造服務費）＊（增加期間監造人數／合約監造人數）。方式二、依服務成本加公費法計算：依實際增加之人月，給予甲乙雙方議定之薪資及行政費用；不滿整月者，依所占比率計算。」即與本文上開見解之意旨一致。

²⁴⁷ 工程契約工期係指該監造各項工程契約所載明之總工期。

