

第六章 結論

本文旨在探討及釐清公共工程技術服務契約之爭議問題，包括定型化契約條款效力之爭議、契約定性及適用法律之爭議、廠商服務缺失責任之爭議、廠商服務酬金請求權之爭議等，茲將各類爭議之重要結論說明如下。

壹、定型化契約條款效力之爭議

定型化技術服務契約條款是否因法定事由而無效，首先應注意者，係該條款有無特別法規定之無效事由（特別規定）；其次應考量者，係無特別法時，則該條款是否因違反民法之強制、禁止或公序良俗規定而無效（強制規定）；最後應斟酌者，係該條款有無民法第二四七條之一所定之無效情形（概括規定）。其中，依據民法第二四七條之一規定，判斷條款是否對廠商顯失公平而無效時，應斟酌個案契約之性質、締約目的、全部條款內容、交易習慣及其他情事，全盤考量，實質審查，再為判斷；並應以誠信原則及公平互惠為上位概念，參考消保法相關規定，檢視廠商有無實質磋商談判空間，以及機關有無約定不合理風險分配。

對於最高法院以「不及知條款內容或無磋商變更餘地」、「締約談判能力」、「無從選擇締約對象或無拒絕締約餘地」判斷條款是否顯失公平而無效，為本文所不認同；蓋最高法院係以定型化契約不得有害締約地位平等，且法律必須保護弱勢契約一方及對抗強勢契約他方之觀點，為其論據，致其判斷顯然過於訴諸形式標準；惟以定型化技術服務契約之現實使

用情況以觀，該見解所考量之面向顯已不足；從而，規範定型化技術服務契約條款之效力，除當然仍應繼續貫徹該見解之要求外，更應基於節省締約成本及實現契約正義之目的。

貳、契約定性及適用法律之爭議

定型化技服契約條款包含有承攬契約要素及委任契約要素，亦排除許多屬承攬契約及委任契約之任意規定，致無法單純定性為承攬契約或委任契約，此時即生定性及適用法律之困境。對此，本文從契約實質面進行定性，深究當事人之締約目的、主給付義務、報酬給付方式等；同時配合經本文分析及歸類所得之實務上十種一般性技服契約類型，分別為定性；定性結果併其適用法律之道，說明如下；其中屬混和契約者，依據其所屬學說上之混和契約類型，適用學說上對各該混和契約類型適用法律之見解。

- 一、工程規劃契約為承攬契約，故當事人未約定之事項，適用民法承攬契約之規定。
- 二、工程設計契約(不含協辦工程招標及決標)為承攬契約，故當事人未約定之事項，適用民法承攬契約之規定。
- 三、工程設計契約(包含協辦工程招標及決標)為承攬契約與委任契約之混合契約，其中主要部分為工程設計服務(不含協辦工程招標及決標)，屬承攬契約；非主要部分為協辦工程招標及決標，屬委任契約；復適用非主要部分被主要部分吸收之法理，故上述契約整體適用關於承攬契約之規範。
- 四、工程監造契約為委任契約，故當事人未約定之事項，適用民法委任契約之規定。

- 五、工程規劃及設計契約(不含協辦工程招標及決標)為承攬契約，故當事人未約定之事項，適用民法承攬契約之規定。
- 六、工程規劃及設計契約(包含協辦工程招標及決標)為承攬契約及委任契約之混合契約，其中主要部分為工程規劃服務、工程設計服務(不含協辦工程招標及決標)，均屬承攬契約；非主要部分則為協辦工程招標及決標，屬委任契約；復適用非主要部分被主要部分吸收之法理，故上述契約整體適用關於承攬契約之規範。
- 七、工程設計(不含協辦工程招標及決標)及監造契約為承攬契約及委任契約之混和契約，適用之法理為：契約中數個不同契約類型之給付義務，應分別適用各該給付所屬契約類型法律規定；從而，上述契約有關設計部分服務(具承攬契約性質)及監造部分服務(具委任契約性質)之給付義務，分別適用各該部分給付所屬契約類型之法律規定，以判斷其效力。
- 八、工程設計(包含協辦工程招標及決標)及監造契約為承攬契約及委任契約之混和契約，適用之法理為：契約中數個不同契約類型之給付義務，應分別適用各該給付所屬契約類型法律規定；從而，上述契約中有關工程設計部分服務(具承攬契約性質)、協辦工程招標及決標部分服務(具委任契約性質)及工程監造部分服務(具委任契約性質)之給付義務，分別適用各該部分給付所屬契約類型之法律規定，以判斷其效力。
- 九、工程規劃、設計(不含協辦工程招標及決標)及監造契約為承攬契約及委任契約之混和契約，適用之法理為：契約中數個不同契約類型之給付義務，應分別適用各該給付所屬契約類型法律規定；

從而，上述契約中有關工程規劃部分服務（具承攬契約性質）、工程設計部分服務（具承攬契約性質）及工程監造部分服務（具委任契約性質）之給付義務，分別適用各該部分給付所屬契約類型之法律規定，以判斷其效力。

十、工程規劃、設計（包含協辦工程招標及決標）及監造契約為承攬契約及委任契約之混和契約，適用之法理為：契約中數個不同契約類型之給付義務，應分別適用各該給付所屬契約類型法律規定；從而，上述契約中有關工程規劃部分服務（具承攬契約性質）、工程設計部分服務（具承攬契約性質）、協辦工程招標及決標服務（具委任契約性質）及工程監造部分服務（具委任契約性質）之給付義務，分別適用各該部分給付所屬契約類型之法律規定，以判斷其效力。

十一、惟在例外情形下，上開十種技服契約類型均為委任契約。蓋在規模大、複雜性高、變數多之大型工程，機關無法確定規劃或設計工作之範圍，而無法精確估算酬金標準時，可採按實作數量計費，即「服務成本加公費法」，此種以提供固定服務，得請求給付酬金之類型，為委任契約；從而，採「服務成本加公費法」計費之特殊性工程規劃契約或工程設計契約（不含協辦工程招標及決標）等二契約，即為委任契約。準此，因協辦工程招標及決標、辦理工程監造等技服工作，亦為委任契約，故在上開例外狀況下，前述十種技服契約類型均屬委任契約。

參、廠商服務缺失責任之爭議

一、規劃或設計廠商之承攬人瑕疵擔保責任

(一) 工作物完成前之瑕疵擔保責任

規劃或設計廠商於約定應完成或交付工作時期屆至前，已發生瑕疵，且有足夠事實顯示廠商不能或拒絕除去該瑕疵者，則繼續等待廠商完成工作，已無實益，甚至反而造成瑕疵或損害之擴大，故於此時，機關得例外提前主張瑕疵擔保權利。

(二) 瑕疵發見期間

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，應準用民法第四九九條規定「其瑕疵自工作交付後經過五年始發見者，不得主張」為宜。

(三) 修補瑕疵

- 1、先行定期請求修補：因規劃或設計廠商通常得以較低成本修補瑕疵，故機關未先定相當期限請求廠商修補，即自行修補者，不得依民法第四九三條第二項規定請求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。此外，機關亦不得另依無因管理或不當得利規定請求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。
- 2、實際支出必要費用：機關得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。蓋於廠

商自費修補瑕疵之情形，機關無庸自行修補而承擔承攬人無資力償還修補費用之風險；在廠商經機關請求修補而仍怠於修補甚或拒絕修補之情形，機關之地位不應更為不利。

（四）解除契約

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」。

二、監造廠商之受任人債務不履行損害賠償責任

（一）監造廠商之善良管理人注意義務

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。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。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。

（二）受任人逾越權限行為之損害賠償責任

民法第五四四條規定：「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」之後段文義，對於逾越權限之行為所生之損害賠償之責，並無過失

之要求；惟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。

三、規劃、設計或監造廠商之債務不履行及侵權行為責任

(一) 瑕疵擔保責任及不完全給付責任之競合

以立法意旨及規範體系觀之，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。又實務上，依最高法院一貫見解，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。

(二) 契約責任及侵權責任之競合

工作因可歸責於規劃或設計廠商而發生瑕疵，且導致機關受損害者，規劃或設計廠商除應負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？對此，本文認為：

- 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。

(三) 第三人與契約責任之關係

- 1、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。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。

- 2、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。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，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。

(四) 僱用人與侵權責任之關係

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連帶賠償責任，是否以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；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。

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？對此，因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時，始有適用餘地。從而，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。

(五) 侵權行為舉證責任之緩和及減輕

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。惟就今日工程實務而言，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，再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，應予適當減輕。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。

肆、廠商服務酬金請求權之爭議

一、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

(一) 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，惟本文認為，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辦規定之適用。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。此外，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。

(二) 工作是否完成與對價平衡之關係

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。

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。故契約有約定品質者，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。

（三）採委任契約之可能性

為避免廠商依約完成特定工作之服務酬金請求權爭訟，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，對雙方均較為合理及有利。

二、規劃或設計廠商辦理變更設計之承攬人服務酬金請求權

（一）實務見解

關於廠商依約完成特定工作後，機關因情事變更致需變更設

計，而要求廠商依據新需求，辦理變更設計時，廠商得否請求變更設計酬金？法院對此原則上依契約內容以決，並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。

(三) 本文見解

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，本於公平及誠信原則，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

廠商完成之規劃或設計成果，不具備約定之品質、價值、效用（例如：未依據建築法令之規定、有導致公共安全之危險），致須為變更設計者，自負有瑕疵擔保責任，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，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。

三、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

(一) 情事變更原則

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」；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，故廠商在契約未明定時，仍得請求調整契約內容。

(二) 棄權條款之適法性

監造契約中約定「不因增加工期而增加監造費用」等棄權條款之有效性，自須通過相關法令之檢驗，包括行政院公平交易委

員會八十六年十一月二十八日（86）公貳字第 8605226—005 號函釋、民法第二四七條之一、消保法、政府採購法第六條第一項等；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。
- 2、約定棄權條款，可能增加工程無法順利執行之風險。
- 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。

