

從工程法務論析都市工程契約之 基本法制與課題

文 祖 湘

國立宜蘭大學土木工程學系副教授

摘 要

近年來因為社會經濟的成長與進步，國內不論私人建設或公共工程都有許多發展，然而隨著這些營建工程的數量愈多，規模愈大，所牽扯的利益糾葛和法律責任也愈大。就以都市工程而言，由於工程種類日益繁多，且規模益趨擴大，而由於工程性質也較為特殊及技術困難度較高等特性，耗用公帑預算益發鉅大，加上近來國內工程環境日益複雜，相關契約所涉及之層面亦大，影響程度尤深。不僅其規劃、設計、預算、採購、發包、簽約、施工、驗收等作業之辦理，過程繁瑣，內容龐雜，糾紛特多；完工後的使用、營運、維護管理和保固履約，抑且關係民眾之安危福祉甚鉅甚廣，故常須訂以正式契約書，俾能明確規範各相關當事人之權利義務，並取得法律上的確切保障。

都市工程因具有工期長、受天候環境因素影響大、高風險以及高度專業化等之特性，其承攬契約之履行常摻雜著不安定的因素，因此相較於其他種類之契約，工程契約，特別是都市工程契約之簽訂，雖有書件憑證明確規範各相關當事人之權利義務，但往往因為各當事人對契約內容認知不一，事後所衍伸出來之爭端，十分龐雜難解，尤易招致爭議。加上工程期間普遍存在過多變更設計和追加預算之情事，往往容易影響工程之順利進行和公帑之合法使用。因此，本文乃以「都市工程契約」之基本法制與課題作為主要探討對象。

基本上，「都市工程契約」是一個兼跨都市規劃、營建管理和工程法務等領域之研究，本文爰自我國民法規範之工程承攬契約規定出發，將此一課題區分為「一般工程契約」和「都市工程契約」兩個層次，主要採取「文獻回顧分析法」，並輔以「文義解釋法」與「規範解釋法」，賅要析述都市工程契約的法律性質，並輔以國內都市工程施工階段前後之採購管理與契約管理的實務和學說，論述其基本法制課題，且提出可能之建議，期能為都市工程契約法規律學說體系奠定初步之基礎，並有助於相關學界、業界和各主管官署之參考。

關鍵詞：契約、工程契約、都市工程契約、定型化契約、最有利標

A Legal Analysis of Fundamental Institutions and Issues in Construction Contract of Urban Public Works

Simon C. Wen

Associate Professor, Department of Civil Engineering, National Ilan University

Abstract

The problems about public construction such as incomplete in construction contracts and unfair about risk sharing cause an infinite dispute. Furthermore, It even results in behind schedule and inferior construction quality, etc. Therefore, how to properly frame the contract clauses about public construction are essential issues worth to study now.

As urban public works are relatively multiplied in variety and enlarged in scale, which with long duration, substantial immense amount of budget consists of special, difficult and highly technical requirements, contract disputes have been hardly reduced. In addition, they are facing the complication of environmental conditions recently, a great variety of contract disputes have become an imperative aspect of urban public works. Owing to the intrinsic nature of urban public works itself, such as much longer duration, the numerous varieties of contract, higher technological level, and standardized contract (or contract of adhesion) etc., it often leads to multitudes of problems such as serious delays for the completion date and escalation of costs. High risk and huge uncertainty are thus much more than generally construction.

It is generally recognized that contract disputes will be increasing in terms of their magnitude and complexity. Therefore, it is in great need to develop an effective dispute resolution system that would reduce the time and cost of resolving expensive and lengthy claims. Only a fair contract, especially a fairly written-contract, can contribute lots to reduce disputes; A fair contract also plays a significant role in enhancing urban public works' safety and quality. Therefore, the topic of this paper is to analyze legal institutions and fundamental issues of urban public works' construction contract.

This paper starts with the basic knowledge and general definition of "contract" and "construction contract". Then, It probes to the legal properties and fundamental issues of urban public works' construction contract, primarily based on related legal aspects of Civil Law and Government Procurement Law. Finally, some strategic thinking and practical suggestions are proposed. In doing so, the author hopes this paper is helpful for students are interested in this relative field about urban public works' construction contract and can think about how to reestablish the legitimacy and execution of it.

Key words : Contract, Construction Contract, Urban Public Works' Construction Contract, Standardized Contract, Economically Most Advantageous Tender (EMAT)

一、研究緣起

今日法理學(Jurisprudence)的重要核心議題之一，便在於如何因應社會變遷，不斷汲取現實生活中具有法律意義之事實作為素材，建構認識法現象之法認識論(Epistemology of Law)，以形成符合經驗之法教義(Legal Dogma or Legal Doctrine)，並成就法規律(Rules of Law)之成長。

近年來因為社會經濟的成長與進步，國內不論私人建設或公共工程都有許多發展，然而隨著這些營建工程的數量愈多，規模愈大，所牽扯的利益糾葛和法律責任也愈大，就以都市工程而言，契約的簽訂，雖有書件憑證明確規範各相關當事人之權利義務，但往往因為各當事人對契約內容認知不一，事後所衍伸出來之爭端，十分龐雜難解。

尤其面對當前國內都市工程規模日益龐大，功能益趨複雜，使得參與之相關工種項目繁多，致使傳統上適用於施工階段前後的採購管理與契約管理，已無法順應急速變化的營建生態與環境；加上晚近政府因資金取得趨緊與營運管理觀念形成，致有引進民間資金投資參與公共建設模式的出現，使得牽涉到的專業領域已然超越傳統的土木、建築範疇，而包括都市規劃、工程法務、營建管理、財務金融……等等。如何整合該等專業領域，建構一套完整的規範，以迎合國內大型都市工程國際化合作、專業化技術與民營化經營的必然發展趨勢，實為未來都市工程管理的重要課題〔1〕。

都市工程種類繁多，都市工程契約所涉及之層面亦大，影響程度尤深，不僅其規劃、設計、預算、採購、發包、簽約、施工、驗收等作業之辦理，過程繁瑣，內容龐雜，糾紛特多；完工後的使用、營運、維護管理和保固履約，抑且關係民眾之安危福祉甚鉅甚廣，故常須訂以正式契約書，俾能明確規範各相關當事人之權利與義務，並取得法律上的確切保障〔1&2〕。

鑑於國內都市工程規模日趨龐大，都市工程環境日益複雜，現行契約管理方式已不符當前需求。本文乃以其基本法制作為研究素材，自工程法務觀點，從我國民法規範之工程承攬契約規定出發，駭要析述都市工程契約的法律性質，並輔以國內都市工程施工階段前後之採購管理與契約管理的實務和學說，論述其基本課題，並提出可能之建議，期能有助於相關學界、業界和各主管官署之參考。

二、研究架構

基本上，「都市工程契約」是一個兼跨都市規劃、營建管理和工程法務等領域之研究，本文將此一課題區分為「一般工程契約」和「都市工程契約」兩個層次，

主要採取「文獻回顧分析法」，並輔以「文義解釋法」與「規範解釋法」，期能建構都市工程契約發展現實之相關法現象的法認識論，形成符合都市工程契約經驗之法教義，以成就都市工程契約法規律學說體系奠定初步之基礎。據此，本研究的整體研究架構示如圖 1。

三、工程契約之意義

(一) 契約之意義及其重要性

1. 契約是現代社會的樞紐及重心

法律是社會的規範，和每一個人都有直接而密切的關係。在私法上，契約可以說是現代生活的中心。我們幾乎很少能脫離契約的關係，甚至每天都在從事契約訂定與履行，我們甚至可以說，契約是現代社會的樞紐及重心，沒有契約就沒有現代社會。但究竟什麼是契約？

簡單說，契約是法律行為的一種，其名稱很多，亦可稱為「合約」、「合同」、「契據」、「文契」、「契卷」……等等，惟仍多以「契約」名之〔2〕。

純就字義上看，「契」者，默契、契合也；「約」者，約定、約束也，所以「契約」可以說是當事人之間就權利義務有關事項相互同意，並依約定共同履行的一種法律行為〔2〕。但嚴格來說，所謂契約(Contract)應係指涉兩個以上當事人，以合意(Consensus)定其權利義務，並據以共同履行之法律行為(Juristic Act)，本質上係屬民法債編中之債權契約行為，吾人得依契約設定、消滅、變更債務關係，或為債權之讓與及承受之行為。

基本上，契約之成立要件包括下列三項基本構成要素：

- (1)主體：指當事人而言，且必須均屬有行為能力之人；
- (2)標的：此乃相對於主體的客體，標的一定適當乃能生效，包括必須要合法、可能、而且確定三個條件，標的若不適當則會影響契約的效力；
- (3)意思表示：契約當事人起初係站在不同的立場出發，一方為「要約(Offer)」的意思表示後，經過互相磋商的途徑，使雙方意思趨於一致，並得到另一方的「承諾(Accept)」，此時契約乃告成立〔2〕。

契約是私法中最典型的例子，只要當事人雙方意思表示一致，且不違反(1)「法律強行規定」和(2)善良風俗與公共秩序，即可構成一種約定，作為雙方遵守之依據，並作為事後相關法律責任之基礎，政府不得使用公權力介入雙方的契約約定，因此，契約是一種私法法律行為(Juristic Act of Private Law)〔2〕。

2. 契約絕不同於契約書

一般而言，契約似乎是一種當事人之間抽象的法律關係，甚至可以說是一種無形且無所不在的「概念」和事實。例如吾人日常生活中的「買票坐車」、「付錢吃飯」、「金錢借貸」、「房屋租賃」、「工程承攬」等都可以說是契約行為〔2〕。此所以民法第 153 條第一項

規定：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。」是除法律另有特別規定者外，只要當事人雙方互相表示意思一致，契約即為成立。

亦即，契約之成立，在實質上和書面文件之有無並無絕對關係，只要當事人雙方合意即可，不一定要拘限於書面之形式。事實上，契約書(Contract Note)僅是當事人意思表示之文字表達與具體憑證，目的在使契約行為得以貫徹實現〔2〕。

只是單憑口頭協議之契約，常會因為欠缺明確規範權利義務之具體文字憑證(Written Evidence)，以取得法律上的確切保障，致較易引生糾紛，故於某些狀況下，將當事人雙方之合意作成契約書仍屬必要〔2〕。

一般而言，凡屬(1)非現實(或非立即)交易(如預售屋買賣)、(2)非一次即可履行(如工程設計與施工)、(3)標的較大、牽涉較廣或內容較複雜等亟易衍生糾紛(如高速鐵路、捷運工程等)、(4)締約當事人之立場與知識顯非對等(如在校學生向校外人士租賃房屋、一般消費者向有組織、有財力、有專業知識的建設公司購買房屋，特別是預售屋等)以及(5)法律定有書面訂立契約之明文者，多須以書面訂定契約〔2〕。

總而言之，契約絕不等同於契約書，後者往往只是前者的書件憑證而已。只是為了因應社會環境變遷，民事私法益趨複雜之需要，期使今日契約行為更有規範與保障，才加深、突顯了契約書的重要性。但契約書仍不能代替契約本身，因為，二者的關係，可以說契約書乃是契約以書面文字表現出來的一種形式和憑證，前者固有程序法之意義，而後者方才特具實體法之本質〔2〕。

3. 契約之解除和終止

契約解除(Cancellation of Contract)為契約法律制度中之一重要制度。就法學原理言，是指契約因某種原因而不復存在。具體言之，即因契約當事人之一方行使解除權，而使契約自始歸於消滅之法律行為〔2〕。

解除權之發生，須依當事人之約定(稱為約定解除權)或法律之規定(稱為法定解除權)。約定解除權，係於契約訂定時，約定保留解除權，或於訂定契約後，另行訂定契約承認當事人得行使解除權。

關於契約之共同法定解除原因有二：

- (a)因給付遲延之解除—債務人給付遲延，債權人雖得請求履行或不履行之損害賠償，但在雙務約，仍不能免除自己給付，則許其解除契約。故依民法第 255 條規定：「依契約之性質或當事人之意思表示，非於一定時期為給付，不能達其契約之目的，而契約當事人之一方不按照時期給付者，他方當事人得不為催告，解除契約。」
- (b)因給付不能之解除—民法第 226 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。前項情形，給付一部不能者，若其他部份之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。」於此情形則得依民法第 256 條規定解除其契約。

至於契約之終止(Termination of Contract)，則乃契約當事人之一方行使終止權，而使契約嗣後歸於消滅之法律行為。終止契約，以消滅現存之繼續的契約關係為目的，僅使契約自終止時起，嗣後失其效力，與解除契約溯及訂約時失其效力不同，故無回復原狀之問題〔2〕。茲依民法規定，比較分析二者異同如表 1 所示。

4. 「契約自由」是民法上的大原則

所謂「契約自由(Freedom of Contract or Contractual Autonomy)」，便是法律允許當事人在一定範圍內，得基於意思自主和自我負責，以法律行為自由締創私人間的契約關係之謂也〔2〕。

就民法之理念而言，近代市民社會係以平等的契約關係為基礎，因此在私法上乃以「自由平等」為理念，遂演變成私法上三大原則之一，即「契約自由原則」。其內容旨在強調私法關係中，個人權利之取得，義務之負擔，任憑個人之自由意思，國家不得干涉。從而基於此自由意思，締結任何契約，不論其內容如何，方式如何，法律概須予以保護。因而此一原則又發展成為「私法自治原則」〔2〕。

亦即依據「契約自由」和「私法自治」的原則，契約當事人對於私人間的私法法律關係，得自由約定其內容，法律不得加以干涉。可知私法跟具有強制力的公法兩相比較，擁有較為自由的自主空間，但亦並非漫無限制，其界限即為「法律強行規定(民法第 71 條)」和「公序良俗(民法第 72 條)」。

申言之，基於私法自治，當事人意思自主和自我負責的原理，契約自由承認個人在私法領域內，就自己生活之權利義務，能為最合理之「立法者」，在不違背國家法律規定之條件下，皆得自由創造規範，以規律自己與他人之私法關係和遊戲規則。其主要內容包括(1)締結契約之自由、(2)選擇契約相對人之自由、(3)決定契約內容之自由和(4)締約方式之自由〔2〕。

雖然契約是各相關當事人為達成某種目的而合意的承諾或交易行為，但在工程上的契約行為，因為牽扯的利益糾葛和法律責任較為龐雜，且工程期間較長，因此通常都會簽訂契約書，以利相關當事人權利義務之明確規範和保障〔2〕。

(二) 工程契約是以「工程」為標的之契約

1. 工程契約和其他一般契約大抵無多差異

所謂工程契約(Construction Contract)，就廣義而言，係指有關工程建設之規劃、設計、施工和營運等各階段，由業主與承包商雙方協議所簽訂以工程為標的之契約，舉凡各類一般住宅、工廠廠房、公用建築、道路橋樑、交通設施及其相關之機電與設備安裝等工程的契約均屬之。

質言之，工程契約是契約的一種，係以「工程」為標的物。工程契約雖與一般買賣契約有所不同，惟其成立大抵仍與一般買賣契約無多差異，當一方當事人提出工程締約之要約，而他方當事人亦對此要約表示承諾

時，則該項工程契約便已成立〔2〕。

2· 工程契約多以書面訂之

若有不同者，則屬每項工程之完成，多須經過規劃、設計、施工和營運等各個階段，於其不同階段，若依傳統之方式是由工程主辦單位與不同承包商簽定契約；若需要總價及工期較長者，則是以工程統包的方式來簽訂契約，在公共工程採購方面，且有因政府機關受資金考量及欲藉助企業經營效率，而以 BOT 的方式來進行者。

申言之，由於工程之辦理，往往過程繁瑣，內容複雜，糾紛特多，顯難僅憑口頭協議，便足鉅細靡遺，週詳規範一切，故常須訂以正式契約書〔2〕。

傳統上，工程契約可分為兩大類：一為工程設計服務契約；一為工程承攬服務契約。前者通稱為「(工程)委託契約」，屬工程規劃設計階段之軟體服務協定，提供服務者以無形的頭腦、智慧與信譽、經驗，盡其業務上應有之各項義務；後者通稱為「工程合約」，通常係指涉在工程施工階段之施工合約，一般又稱之為營繕工程契約或營建工程契約，屬工程發包承攬施工階段之硬體服務協定，提供服務者乃以有形的勞務、資金、機械等盡其業務上應有之各項義務去完成工作〔2〕。

就「工程合約」而言，當事人之法律關係雖有可能以承攬契約、僱傭契約或代理關係而存在，惟大體上仍以承攬關係為主，故可逕以「工程承攬契約」名之。

(三) 工程承攬契約是以完成工程為目的之契約

1· 工程承攬契約係屬民事約定

民法第 490 條規定：「承攬者為當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」為人完成工作者，謂之承攬人(Contractor)；俟工作完成給付報酬者，謂之定作人(Owner)。工程契約既係業主與承包商約定，由承包商完成約定之工程，而由業主給付工程款之契約，是當事人之間若無其他特別約定，則依其法律關係之性質來看，實屬民法所規定之承攬契約〔2〕。

本質上，工程承攬契約係屬民事約定，是「業主」與「承包商」間就工程承攬事項所為之合意，其目標在雙方基於合意，完成某一特定事項，而不發生不利於雙方當事人任一方權益之情事。要言之，工程承攬契約者，即是一方為他方完成一定之工程，他方俟工程完成，給付報酬之謂也。

2· 工程承攬質屬繼續性、雙務、有償和不要式契約

此外，工程承攬契約尚具有下列四種法律性質〔3〕：

(1)繼續性契約(Continual Contract)

稱繼續性契約者，乃指契約之內容，非一次給付即可完結，而須繼續地實現，其基本特色是時間因素在債的履行上，居於重要之地位，且總給付之內容繫於應為給付之時間的長度。工程承攬契約自開工至竣工驗收，常歷經數載，業主必須在工期內，有規則地持續給予承包商，才能達成契約之目的，故工程承攬契約質屬繼續性之契約。

(2)雙務契約(Bilateral Contract)

雙務契約乃指雙方當事人互負債務之契約也，雙方所負債務及所享債權為相互的，其間雙方當事人且須有互負居於給付與對待給付之對價關係，亦即一方之所以負給付義務，乃在於取得對待給付。工程承攬契約既係由業主與承包商約定，由承包商為業主完成其工程，而由業主依其與承包商約定之付款方式，給付工程款予承包商。承包商之所以負完成工程之義務與業主之對待給付工程款，彼此互為對價之關係，故工程承攬契約質屬雙務契約，殆無疑義。

(3)有償契約(Contract of Consideration)

有償契約乃指雙方當事人間互為對價關係之給付的契約，即雙方當事人均給予對方利益而取得對待利益。工程承攬契約既係承包商負完成一定工作義務，定作人則負給付報酬之為人服務契約，且雙方當事人均由給付而取得利益，故為典型之有償契約。

(4)不要式契約(Informal Contract)

不要式契約為當事人之意思表示，無須以履行一定之方式作為其成立或生效要件之契約。按工程承攬契約，當業主與承包商就完成工程與給付報酬之意思表示相互一致時，契約即為成立。法律上並未規定其成立必須履行一定之方式，因此理論上，工程承攬契約應為不要式契約或諾成契約。惟實際上由於工程承攬契約往往因為標的較大、牽涉較廣，內容且較複雜，致亟易衍生糾紛，而多有採用定型化書面契約之事實，這其中又因公共工程或都市工程之承攬契約書均由各工程主辦機關自行擬訂，以作為承包商履行義務權利之依據，其「定型化」和「要式化」之屬性特別突顯〔2〕。

(四) 工程承攬契約的權義關係

1· 定作人依民法承攬規定之權利義務

(1)給付報酬(付款)：在契約條款內，定作人對於承攬人所完成之工作，有付款之義務。依民法第 505 條規定，「報酬，應於工作交付時給付之，無需交付者，應於工作完成時給付之」。此項付款辦法條文之內容，對於承攬人工程進行之資金週轉及融資等問題均有重大影響。關於付款之時機，法規並無限制，可由定作人與承攬人約定先付或後付，或按工程進度分期付款皆可。

(2)工作完成之協助，可分為〔4〕：(a)提供適於施工狀態之協力義務，包括工程範圍內工地全部佔有(如解決土地徵收等、依契約約定由定作人對承攬人提供之材料和提供工程必要之執照、許可等)；(b)指示義務，包括工程進行中對承攬人提供設計圖說與施工規範之解釋及材料之審核、指示與糾正，或工程計畫之變更等；以及(c)其他依契約約定定作人應協助完成之義務。

(3)完成工作之受領：依民法第 367 條規定，「買受人對於出賣人，有交付約定價金及受領標之物之義務」，及第 512-3 條規定，「工作已完成之部分，於定作人

為有用者，定作人有受領及給付相當報酬之義務」。一般工程承攬契約，係由承攬人依據契約內之圖說，提供勞務及材料完成工程，故屬於承攬供給契約。而此契約亦可解釋為承攬與買賣之混合契約，所以對於完成工作之交付，應適用承攬買賣之規定，定作人有受領之義務。

- (4)其他義務：如 (a) 定作人負擔因工程挖掘道路、地上、地下拆遷、水電線等補助之費用和(b)因可歸責於定作人之原因或人力不可抗拒之因素，而需要延長工期者，定作人視實際影響工期之情形，予以展期或補償。
- (5)契約執行期間，定作人通常會指派代表人或委託技術顧問機構(統稱工程師)代理定作人行使契約中所賦予之職權，辦理有關工程監督之工作。

2·承攬人之權利義務

- (1)完成一定之工作：工程承攬契約之目的，在於完成一定之工作，故一定工作之完成乃承攬人之主要義務。
- (2)完成工作之交付：承攬人履行完成物之交付義務，才有向定作人「要求付款」之權利。
- (3)工作物之瑕疵擔保：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，否則，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。因此，承攬人有義務在工程完工後一定期間內對定作人所提出工程上之缺失加以改正，此期限結束才能免除承攬人之契約責任。該等瑕疵擔保之契約責任主要有(a)品質保證、(b)瑕疵修補和(c)解約或減少報酬等三項。
- (4)其他義務如(a)代定作人申請建造執照或使用執照等和(b)與本工程有關聯之承攬人互相配合協助之義務。

四、都市工程契約法律性質之探究

(一) 都市工程之定義及其重要性

「都市工程(Municipal Engineering or Urban Public Works)」可謂之為各級地方政府所興辦或位於都市計畫範圍內的公共工程〔1〕。旨在提供都市或都市居民在食、衣、住、行、育、樂，乃至購物、醫療、…等等各方面之民生基本需要，或為提升都市居民之生活品質和公眾利益。

依據行政院公共工程委員會(90)工程企字第90017302號函所頒布「公共工程基本法草案」第3條，「公共工程」的法定意義為政府機關、公立學校、公營事業興辦或政府機關依法核准由民間投資興辦或參與投資之工程。該法條且參考「建築法」對「建築物」之定義(「建築法」第4條定義「建築物」為「定著於土地上或地面下具有頂蓋、樑柱或牆壁，供個人或公眾使用之構造物或雜項工作物。」)，進一步將「工程」定義

為「在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設施及改變自然環境之行爲。」個人則主張將之調整修飾為「在地面上、下新建、增建、改建、修建或拆除供人使用或活動之構造物與其所屬設施，或從事改變自然環境之行爲。」〔1&5〕

都市工程因此可據以定義為「由各級地方政府所興辦或位於都市計畫範圍內，在地面上、下新建、增建、改建、修建或拆除供人使用或活動之構造物與其所屬設施，或從事改變自然環境之行爲。」主要涵蓋了建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣和其他經中央主管機關認定之工程〔1&5〕。

(二) 都市工程之基本特性

都市工程為持續國家經濟發展，提高人民生活水準所必需，是國家整體建設重要的一環，亦是攸關地方經濟發展、民生福祉及公眾安全之關鍵〔1&5〕。

因此，舉凡關係到市民的公共安全、醫療衛生、交通運輸、郵電通訊、休閒遊憩、生態保育、公害防治，乃至能源、水利…等等各項民生基本需求之公共設施與基礎建設工程皆屬都市工程之範疇。其範圍至少包含了公共服務建築(Civil Service Building)、公立學校建築(Public School Building)、市民住宅(Public Housing，即國宅)、消防治安設施(Fire Fighting and Public Security Infrastructure)、醫療衛生設施(Medical and Health Infrastructure)、資訊情報設施(Information Infrastructure)、交通運輸工程(Transportation Infrastructure)、休閒遊憩工程(Leisure-recreation Infrastructure)、公害防治工程(Pollution Control Infrastructure)、維生管線工程(Lifeline Systems)等等都市基礎設施工程(Municipal Infrastructures)〔1&5〕。

申言之，都市工程的性質是屬於一種公共建設之公益性、福利性設施，旨在滿足市民生活上的基本需要、便利居民生活、提升環境品質，同時防止災害發生並確保居民的安全〔1&5〕。

(三) 都市工程可視為一種公共政策

此外，從工程法務和政策規劃之觀點，都市工程亦可視為一種影響層面既深且廣的公共政策〔1&5〕。其形成與制約且可約略分成政策規劃、法制規範、制度系統、執行運作與管理考核等五個面向和項目分別加以論析。

(1)政策規劃：都市工程關係到各級地方政府乃至整個國家最重要的是整體資源的有效分配和使用。在國土規劃中，土地、水源、污染容受力、人口密度乃至於工程量體，都必須在各級政府長期政策之範疇內詳細規範都市工程的進程與實施計畫。

(2)法制規範：大凡事務簡易單純者固可用口頭約定以完成預期之工作事項。惟面對國內當前都市工程日益大型化、國際化、專業化與民營化的挑戰，致使傳統上適用於施工階段前後的採購管理與契約管理，已難順應急速變化的營建環境；加上晚近政府引進民間資金投資參與

公共建設模式的出現，使得牽涉到的專業領域已然超越傳統的土木、建築範疇，而包括都市規劃、工程法務、營建管理、財務金融……等等，政府亟須儘速訂定相關之公私法規範，針對都市工程規劃、設計、預算、發包、施工、監造、變更設計、完工驗收、保固履約和加減工程費用等作業明確規範，以減少爭端。

(3)制度系統：目前都市工程之籌資興建、實質運作與執行、監督的單位層級不一，有中央部會亦有鄉鎮單位。由於管理指揮系統的不一致，導致工程品質、發包價格非但紛亂不一，且造成處理程序不當或違反法令的情況。面對此一制度紊亂情勢，似可考慮集約管理模式，由中央制定單位，建立各項工程作業程序，以中央規劃、地方執行為提升都市工程品質。

(4)執行運作：都市工程實務操作終究仍須回歸到最現實業主與承商權利義務間之細節的契約規範。台灣地區早期工程除極少數之特殊案例外，多採傳統式招標攬商，近十餘年來因工程技術的快速發展，遂有統包工程合約的引進。另因資金取得與營運管理觀念的形成，在國際化潮流的腳步中國內各工程亦有 BOT、BOO、BT、……等特許模式的建立，凡此均帶來制度上不小的衝擊。

(5)管理考核：都市工程是公共事務，亟需法制規範和專業人力予以密切督導工程之品質、進度……等。惟以政府的人力要具備各式工程之專業能力，非但是負擔且是國家總體資源重複配置的浪費。而隨著營建生態多元化、工程規模大型化、建物機能複雜化以及建造成本高額化等趨勢，政府機關在面對年度各項營繕工程業務時，利用專案營建管理(Professional Construction Management, PCM)制度以協助推動公共工程，似有逐漸受重視並愈來愈普遍之趨勢〔6&7〕，不但可以省卻公部門相同人力之重複配置，而且可以有效掌握工程進度、品質、預算和營運的預期成效。

(四) 都市工程契約之基本概念與法律性質

都市工程契約既為都市工程興辦過程中，各相關當事人權利義務關係所賴以依恃者，則其基本概念與法律性質自有探究之必要。首先，都市工程契約究為公法契約或私法契約，歷來始終存有相當爭議；其次，對其究屬民法上何種有名契約，或無名契約，抑或是混合契約亦少見明確之定論，致造成多數當事人間法律關係之混亂，亟待適度予以研析釐清。

基本上，都市工程既係與大眾福利相關而以公部門為業主之公共建設，究其本質屬於一種公共工程(Public Works)，殆無疑義〔1&5〕。是則據以指涉都市工程契約為一種公共工程契約，理亦至明。果爾，則都市工程契約之法律屬性應為兼具公法契約和私法契約，二者交錯融合為一體之混合型態的契約。

蓋以任何都市工程固須依據公法上的相關法令規定，編列預算、自辦或委託規劃設計、辦理公開招標、簽訂契約、履約管理和驗收結案等事項，自不能排除其顯屬規定國家與私人間因工程採購與承攬之權利義務關

係，所特具有之公法上行政契約的性質。

惟不容否認暨偏廢者，都市工程契約之本質實屬民法債編中之債權契約行為，此所以依據現行法制多將其定性為私法契約，主要緣由便在於都市工程契約在行政作為之適用法規屬性上係私經濟行為之一種，屬私法型態之輔助行為，乃行政機關為推動行政事務需要勞務之支援，常行以私法行為取得；就其行政作為之性質而言，則都市工程契約之性質屬計畫行政之一種，亦係以私法契約方式進行之，其有發生法律爭議之情事，應接受民法之規範。

復從權利保護之觀點，如何建構更合理的救濟途徑，使都市工程承包廠商得免受侵害之權益，不至於被排除在憲法所賦予之訴訟權保障制度之外，是則都市工程契約在訴訟救濟上仍宜堅持其質屬私法契約，殆無爭議。

申言之，在都市工程契約簽約兩造中，一造為定作人之工程主辦單位（包括各級政府及其他公法人），另一造為承攬人之承包商，基於工程契約質屬私權行為之立足點，工程主辦單位內部之作業程序與認定標準應無礙於契約的執行。

惟即便如此，都市工程契約在理論上固似由政府以私法當事人身份與承包商基於雙方合意而訂定之私法契約，但實際上均係依據各工程主辦機關(the Authority in Charge)自行擬訂之定型化契約書(Standardized Contract)，以作為承包商履行義務之依據，是政府公部門常易依恃所擁有之公權力與行政資源的優勢，使得都市工程契約在基本上特具定型化契約之「附合契約(Contract of Adhesion)」形式〔2&8〕，即承包商只能附合訂約與否，基本上並無決定契約條款內容之自由，尤其該等契約常又訂有一些不公平之免責條款，讓承包商負擔過重之風險，顯有足失公允之嫌，凡此不僅非單純之私法契約行為所得比擬，且易使簽約兩造之地位呈現不平衡之狀態。

而且該等契約之內容除一般相關法律規範外，還經常包括一些與工程有關的行政法規，而為了落實這些法令規章的內容，主辦單位更常把這些規定連同一些保障定作人或牽制承攬人的條款，併同「投標須知」、「工程招標補充說明書」或「注意事項」……等重要文件內容，作為該等契約之附件。

益以政府採購法自民國 88 年 5 月實施後，公開招標的採購金額門檻由新台幣 5,000 萬元大幅降低至新台幣 100 萬元，此項政策的改變使得公開招標採購案件大幅增加，導致採購機關人員工作量增加、被查核機會上升，特別是都市工程業主承辦人員常因具有公務員身分，心態原即保守，在面對動輒得咎之民、刑事責任和行政責任的潛在威脅下，唯恐稍有不慎，便落得圖利他人的罪名，對契約內容之執行或契約文義之解釋自易趨於嚴謹，導致常有擴大解釋或解釋偏差的結果，而更加不利於承包商。

再加上都市工程和其他一般工程最大之不同處還

在於興辦都市工程時，若有圍標、綁標之行爲，將因違反政府採購法之刑事特別法規定而負刑法規定以外之特別刑事責任。

其次，由於都市工程之執行，須受政府採購法暨其施行細則與相關子法以及都市規劃、建管法令、勞工法令、公平交易法…等之拘束，及工程慣例之規範和影響，不獨有承攬之性質，同時亦有買賣、僱傭及其他無名契約之法律性質，應屬混合契約〔3〕；並且，因為其標的較大、牽涉較廣、內容較複雜，致亟易衍生糾紛，而多有採用定型化書面契約之事實，即當事人之意思表示受有相關法令之約束，須於履行一定方式後始能成立或生效，故非屬不要式契約。而依民法第 490-1 條關於「承攬」之規定，係當事人約定，一方爲他方完成一定之工作，他方俟工作完成後，給付報酬之契約。是承攬廠商爲採購機關(定作人)施行一定之工作，承攬人即爲債務人，而在給付報酬時，定作人又成爲債務人，雙方互負債務，故爲雙務契約。雙方當事人互負對價關係，同時擁有履行抗辯之權及互負危險負擔之責任，從而應本公平合理及誠信原則，分配權利義務與責任，並對待給付〔3〕。

再者，都市工程履約過程中，承包商依約施工，採購機關即依約給付價金，故屬有償契約；都市工程均由各工程主辦機關自行擬訂定型化契約作爲規範主辦機關和承包商權利義務依據，故屬要式契約，依政府採購法第 30-1 條規定：「機關辦理招標，應於招標文件中規定投標廠商需繳納押標金，得標廠商需繳納保證金或提供或併提供其他擔保，…」，故屬要物契約；復依同法等 64 條規定：「…，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得…，終止或解除部份或全部契約，…」，故都市工程屬繼續性契約；且其施作往往需要承攬廠商投入甚多之勞務方得以完成工作物，故屬勞務性契約〔3〕。

綜上所述，都市工程契約之主要法律準據雖爲民法的債權篇，其成立係經由雙方之合意表示，但因廣受政府採購法令暨其他相關法令之拘束，其法律屬性絕非單純之私法契約，而應爲兼具公法契約和私法契約之混合型態；且係交錯融合承攬、買賣、僱傭等和其他無名契約爲一體之混合契約、並兼具有勞務性契約和雙務契約、有償契約、要式契約、要物契約、繼續性契約等之性質〔2&3〕。

(五) 都市工程契約主要種類與內容

都市工程自設計迄完工止，由業主、設計部門(或建築師)和承包商相互間或與其它相關對象，可能簽訂之契約主要有下列種類〔2〕：

- (1) 工程設計、監造契約(又稱工程服務契約)；
- (2) 地質探勘契約—係業主或設計部門爲結構設計須了解工地地質情形或申領建造執照需要，須進行地質探勘時，與地質探勘公司所簽定之契約；
- (3) 營繕工程契約—又稱營繕工程施工契約，係爲工

程施工之需要，業主與得標承包商間所簽定之契約；

- (4) 購料契約—係業主或承包商，爲採購工程之所需物料，與物料商間所簽定之契約。此種契約如鋼筋採購契約等；
- (5) 分包契約(Subcontract Clause)—係承包商依據營繕工程准予分包之規定，將部分工程分包給有關專業廠商承辦，與分包商間所簽定之契約。此種契約如連續壁施工契約等；
- (6) 機械或設備租借契約—係業主或承包商爲向專業公司租借施工機械設備或安全設施等，與該等出租公司間所簽定之契約。

都市工程雖有可能簽訂上述諸多種類之契約，惟其中仍以營繕工程契約爲最重要之主契約，本節因此亦以其爲主要論述對象。

依據民法第 153 條和第 490 條等之規定，都市工程主辦機關爲「定作人」，而承包商爲「承攬人」，兩者的基本權利關係，承攬人應依據定作人的需求，在約定時間內，承攬價格完成如質如量的「定作物」，而定作人則依約定之方式，給付承攬人約定之承攬總價以爲報酬，而用契約要項來達成此等權利義務，現行都市工程契約要項(Contract Regulations)有下列主要內容：

- (1) 工程概要—包括工程名稱、工程地點和工程內容等；
- (2) 契約總價—包括結算方式、計價付款辦法等；
- (3) 工期—工作日期、工程結算方式等；
- (4) 承攬內容—工程圖說規範、計算圖表以及完工責任及保固責任等；
- (5) 工地管理—主辦工程機關監工與承包廠商工地管理間的職責及品管與監督協調關係等；
- (6) 合約變更—工程變更設計暨契約條款之變更作業規則等；
- (7) 履約擔保—履約保證金及保證人等；
- (8) 處分條款—逾期、違約事宜的處理方式等；
- (9) 仲裁條款—有關契約糾紛仲裁的有關事項，政府爲推動公共工程仲裁制度，並於民國 78 年間函知各機關，在訂定工程契約時，需要加註爭議仲裁條款；
- (10) 其他條款—其他有關契約執行的有關事項。

五、都市工程契約法制課題論析

本節主要係從都市工程施工階段前後之採購管理(Procurement Management)與契約管理(Contract Management)，就都市工程契約之採購、履約(Contract Execution)和消滅等若干基本法制課題作一初探性之論析。茲約略依序分成都市工程宜配合其生命週期借助專案營建管理、都市工程採購管理和決標、都市工程契約之履約管理(Management of Contract Execution)和都市工程契約之消滅等四個面向分別加以探究。

(一) 都市工程宜配合生命週期借助專案營建管理

都市工程不僅是以公部門為業主而必須是符合公共利益之公共建設工程，且因其處理過程必須兼具解決一般工程問題和各該專業工程（如捷運系統、垃圾焚化廠、衛生下水道…等等）問題的專業知識，對於專案營建管理(Professional Construction Management, PCM)制度之借助尤不能免；而最重要者，則是必須借助 PCM 之精神，確實建立都市工程科學化、效率化和專業化之管理架構〔6&7〕。

PCM 制度的觀念與作法係源自於 1960 年代後半期左右之美國地區，而在 1970 年代，因營造產業受劇烈通貨膨脹之影響而造成工程成本嚴重損失，營造業主與工程單位開始思索如何從管理機制與作業程序上改善不當之浪費或操作上之虛功，因而逐漸發展出由專業廠商辦理協調各參與單位，以及整合不同階段與施工界面之 PCM 制度〔6&7〕。其中，1966 年美國紐約世界貿易中心工程，應為最先引用 PCM 之公共工程案例，而國內早期則以台北世貿中心引用 PCM 較為人所熟知。目前仍未完全竣工的「台北國際金融中心新建工程」，為台北市政府第一個 BOT 開發案，亦是國內建築界有史以來最大的工程標，即係委由美商 Turner Steiner 公司進行專案管理顧問〔9〕。

雖然 PCM 的定位與建築師或其他技術顧問不同，但其服務精神與觀點則大同小異，故 PCM 亦具有一般專案管理之特性，諸如具備管理過程之週期性、產品之獨特或唯一性、服務時機與項目之選擇性、專業分工與功能之組合性以及垂直與水平之協調性等，茲簡要縷述如下〔2&6〕：

- (1)管理過程之週期性—管理過程之週期性雖與工程之生命週期不同，係指 PCM 機構本身進行服務工作之程序，惟亦如同專案管理生命週期理論，概略具有形成、開始、全面展開與結束等四個階段。每個階段均有其不同之工作項目與重點，並視其與業主或主辦機關間之合約與互動關係而牽動工作週期之運作型態；
- (2)服務產品之獨特性—係指 PCM 機構所參與並完成之工程，其使用機能、建築造形、空間意象、基礎背景以及環境地點等均不可能完全複製，換言之，每一 PCM 工程均有其獨特性與不可重覆性，必須一次即成功地完成，在經費、期程以及公眾利益等多重考量下，無法允許重新施作；
- (3)服務契約之多樣性—PCM 制度在實務運作上，可以基於業主或工程機關本身之組織或能力等需求，採取完全服務、選擇服務、協助服務、審查服務或諮詢服務等性質委託 PCM 機構，且在服務時機與服務項目上，亦可依實際需求於規劃、設計、發包或履約業務上加以彈性選擇或組合；
- (4)組織團隊之專業性—PCM 機構經常係一個高度專業分工與依功能需求之臨時性組合，尤其對於規模巨大或機能複雜之工程，更須具備各種不同專業領域或背景之人員，透過既有之班底、搭配招攬或聯盟策略等

方式。加以動員、結合與組織，並依工程特性分配任務；一旦工程完工並達成任務後，各專業組合又分散並各自尋找下一個工程業務；

- (5)運作過程之協調性—由於 PCM 具備準業主之地位與角色責任，除替業主分憂解勞外，在業主充分信任與一定授權下，平時即擔負起整合與協調各組成部門之角色；除負有由上而下之垂直整合責任外，亦須負責平行單位間之水平協調等工作。

PCM 的服務型態雖具有相當的選擇彈性，但就其服務的效率與機能而言，除非主辦單位有相當人力及專業能力，否則在整個工程生命週期中引入 PCM 之時機應越早越好。一旦 PCM 能及早參與工程規劃階段之運作，業主對於遴選建築師、技術顧問機構或施工廠商等招標作業，即可借助 PCM 提供專業的意見及審查或協助製作相關文件；此則不但可以省卻主辦機關之人力與行政成本負擔，且因 PCM 能提供較專業並較嚴謹的方式為業主組成營建團隊，日後工程運作之履約或信譽等風險問題，應可降至最低，為達成預定之工程目標奠定根基，此對於大型且複雜的都市工程尤然。

PCM 既係以專業知識密集為其管理的方式，則正如營建業界經常聽聞之說法，「管理實務做得好，工程就有利潤；管理做不好，利潤就會降低甚至會賠本。」筆者曾嘗試建立都市工程一般性管理架構如圖 2 所示〔1〕。圖中橫軸表示各項業務性質不同的都市工程（如國民住宅、交通運輸、休閒遊憩、維生管線…等等）；而縱軸由上而下則係都市工程管理之先後順序，配合都市工程生命週期概念之需求構想、規劃設計、發包施工與運作維護等四個階段劃分，在不同階段必須進行不同功能的管理。例如需求構想階段即須進行風險管理，規劃設計須進行環境管理，發包施工須進行採購管理和契約管理、運作維護須進行營運管理和防災管理等。從工程未開始之前的預算編列至工程營運後的整個過程，可以視為一完整的管理循環，並得依照其不同的業務特質區分為更細緻的管理環節，整個過程且環環相扣，息息相關〔1&5〕。

圖中縱軸由上而下即是都市工程管理之先後順序。配合圖右說明在管理源頭的上游階段如風險管理、環境管理，對於都市工程之整體防災管理影響極大，但其花費卻佔總體成本極小的比重；相對的，在管理末端如營運管理和防災管理階段等的災害處理階段，即使投入大量成本資源，對都市工程整體防災管理之影響實乃相對有限〔1〕。

(二) 都市工程契約之採購管理和決標

非公共工程契約係以私法自治為核心，業主基於私法自治、當事人意思自主、自我負責之契約自由原則，得以自由意願，自由選擇承包營造廠商，亦得就公開招標(Open Tendering Procedure)、議價、比價等方式，擇其最有利於己者，來決定工程契約之成立。在契約自由原則下，定作人（業主）和承攬人（承包商）且得自由商

議該工程契約之內容。

而與其他公共工程一樣，都市工程和非公共工程最重要相異處之一，即在於都市工程主辦機關必須依據立法制定之「政府採購(Government Procurement)」法令規定為締約之作業程序，其中包含之公告招標、公開投標和簽訂契約等主要流程均應遵守平等待遇原則、締約時必須遵守公平合理契約原則與公益原則…等等。是即政府採購都市工程時之締約，與一般非公共工程私法上之締約畢竟有別，受公法之規範與監督勢所難免，契約自由原則亦因而受到相當限制。

政府採購非絕對依循契約自由原則可供參考的一個重要事例便是去(民國 92)年內政部消防署以抗 SARS 為由，採「限制標」採購 20 輛負壓救護車，6 月 17 日開標結果由全永盛公司得標。但因國內多家救護車製造商普遍質疑該項採購有綁標和特權介入之嫌，經調查後發現「全永盛」的董事名單中，有人是內政部政務次長的胞弟，且持有股份，因此在 8 月 6 日復依據政府採購法第 50 條及公職人員利益衝突迴避法第 3 條關於「若有公職人員關係人在公司擔任職務，不得參與公職人員所服務機關的標案投標」之規定，發函「全永盛」解除契約，同時並未收其履約保證金新台幣五百萬元。

基本上，「政府採購」係指政府機關運用納稅人稅金編列預算，依據政府採購法相關規定程序辦理的採購契約行為，可將其定義為「行政機關基於一定行政目的之達成，以預算撥款支付價金為對價，使相對人提供一定財貨、勞務或為工程之興築的契約關係。」

政府為推動政務，執行政策，不可或缺的重要途徑即是透過政府採購。政府採購不只是政府施政過程之重要環節，其成效且會直接影響施政成果。因此，如何能在有限資源之下，達成最佳資源配置效率，並藉由公平、公開且透明的採購程序，以提升採購效率和確保採購品質，自有其重要之意義。

政府採購都市工程絕非以追求最大商業利益為其目的，而是著重於增進最大公共福祉，使資源之效能極大化，亦即係以最有效之方式，且最低廉或最合理之價格，獲取最高工程品質為依歸；其次，改善採購作業合理性及公平性，增加其彈性並提升效能，以建立公平、公開與促進良性競爭之採購環境亦是政府採購希冀達到之目標。

特別是政府採購法自民國 88 年實施後，公共工程之採購法制確立，公共工程(含都市工程)之採購與締約流程，包括招標、等標、開標、審標、決標、通知、簽約及廠商履約管理、保固等，便須依據該法規定之準則辦理。其中招標、等標、開標、審標和決標等係屬締約前之流程。在此階段，都市工程主辦機關須依據政府採購法之相關規定作業，主要受公法之規範與監督。

在都市工程契約訂定流程中，由於主辦機關依據政府採購法有權選擇得參與投標程序之廠商，其中首當其衝者，即為招標文件中對於廠商資格之訂定是否恪守平等待遇原則之問題。亦即，主辦機關為確保廠商能於契

約期限內提供合乎品質需求之都市工程，而須限定廠商之投標資格條件時，應以確認廠商履約所必須之能力為限，而不得以其他不正當理由之限定，變相排除廠商於標案之外。

其次，有鑒於過去公共工程採最低價決標造成種種缺失〔10〕，採購法新制導入了「最有利標(Economically Most Advantageous Tender, EMAT)」之決標方式，允許工程主辦機關得按都市工程之特性，在價格之外另訂其他評選項目，期能以綜合評選的方式整體考量參標廠商各方面的能力，選得最合適之廠商來承作。

而無論採取最低價或最有利標之決標方式，招標、投標、決標等行為均可究明其招標屬要約引誘、投標屬要約、決標屬承諾之法律性質〔2&4〕。此處所謂「要約」者，係以訂定契約為目的，而喚起相對人承諾之一種意思表示。要約一經承諾，契約即已成立。

再者，招標(Tender)程序之後，須以決標(Award)程序決定締約之對象。都市工程既係以定型化契約作為規範主辦機關和承包商權利義務依據之要式契約，自須經由兩造簽訂書面契約始能生效。是決標所成立者，僅為都市工程契約之預約(Pre-contract)〔4〕。此預約為一雙務契約，即不僅主辦機關得請求得標廠商訂定工程契約，得標廠商亦得相對請求主辦機關訂定工程契約〔4〕。

然而實務操作上均以制式之招標文件直接作為雙方締結書面契約之內容，招標文件之規定可能有不盡合理之處，若能於締約程序訂定出平衡雙方當事人利益之條款，則將大幅減少廣義履約爭議(Dispute)之發生，有助於都市工程契約之履行。

(三)都市工程契約之履約管理

1. 都市工程契約爭議發生之主要緣由

現行都市工程契約爭議發生主要緣由有三〔11〕：

- (1) 主辦機關自保心態－國內營造廠商很多缺乏敬業精神，經常以借用牌照而惡性搶標，再轉包給其他營建公司來獲取利潤，或有不肖業者為獲取不當利益而偷工減料或假借變更設計，甚至故意製造糾紛延遲施工，迫使業主額外加價，使業主不得不在契約上加上種種免責作為防衛手段；
- (2) 擬約人員素質不佳－擬訂工程契約之人員，若其工程專業知識或經驗不足，或因基本法學素養不佳，對契約文意未盡了解，亦有研擬契約時往往抄襲他人契約而斷章取義，則所訂契約內容難免漏洞百出致違反法令規定；
- (3) 營造業者議約能力不足－參與投標營造業者一般多只忙於圖說內容和標價計算，卻疏於充分了解其內容的明確意義和法律效果，或雖了解其中內容之重要性，但卻因為議約能力不足，或只求能獲取工程承攬機會，而心存僥倖，致未能爭取訂定公平合理的契約條款。

2. 都市工程之分包契約與管理

盱衡當前國內之工程環境，任何都市工程均很難由得標廠商獨力完成，往往必須或多或少另覓如水電、空調、電梯、模板…等等協力廠商共同「分包」完成工程，分包因而成爲國內都市工程實務運作之常態。

但因國內都市工程招標制度目前並無投標廠商分包計畫審查作業，且工程契約中亦多未納入分包廠商之遴選條款，益以得標廠商遴選分包廠商多只考慮價格取向，常難選任最適之分包廠商協力合作，以致分包廠商常因條件不足而造成施工品質不良。此外，由於分包契約普遍缺乏公平性，或因規定內容未盡明確，使得分包廠商流動性大，且易導致工程糾紛，終使工程無法順利進行。

事實上，在專業分工的趨勢下，國內各項都市工程真正的第一線施作者，常常是分包後的專業廠商，因此分包管理能力之良窳常常是工程品質的關鍵因素。如何健全都市工程得標廠商與其分包（包括各類分包商及材料供應商）廠商間之分包契約與管理實爲當前都市工程契約管理重要課題之一〔2&12〕。

具體言之，得標廠商與各協力廠商多屬長期合作關係，彼此間實宜援引契約之柔軟性原理維繫契約安定，尊重交易繼續性，且展現對相對交易人之照顧，以形塑共存共榮之關係，而達成順利履約並提升國內工程水準和管理效能之終極目標〔2&12〕。

惟根本之計仍是主管機關應及早將工程分包契約與管理納入政府採購法制，研提工程分包選商和工程分包契約與管理之相關要項，以改善得標廠商分包管理作業，而強化國內專業分包之合作型態；同時並參酌美、日等先進國家之現行分包管理制度與分包契約範本條文規定，研議建立「都市工程分包計畫與分包廠商資格審查制度」、「分包廠商付款擔保制度」、「都市工程指定分包制度」和研訂「分包契約要項」，以供主辦工程機關與相關業者參採〔2&12〕。

3· 都市工程契約之擔保

都市工程因具有高度專業化、工期長、受天候環境因素影響大以及高風險等之特性，其承攬契約之履行常參雜著不安定的因素，因此相較於其他種類之契約，工程契約，尤其是都市工程之承攬契約，在保證、保險等「擔保(Guarantee)」制度上特別發達。通常包含了投標擔保、預付款擔保、付款擔保、維修擔保、業主責任履行擔保、完全擔保等幾種〔2〕。

擔保制度，爲的是防止各相關當事人有違反契約的行爲，而提出的一種保證或保障，一旦違約，也可作爲賠償損失之用。例如定金和違約金之提供，可作爲確保契約履行的方法；又如保證契約之規定，使保證人於主債務人不履行債務時，由其代負履行之責；各種保證金則爲最常用之履約擔保方式，各相關當事人若能妥善運用此種方式，不僅可以適度平衡定作人、承攬人，甚至與保證人間之權利義務，亦較能確保都市工程契約之平順履行〔2&13〕。

事實上，都市工程契約之目的既在結合諸多資源以

力求工作之完成，則「如何順利履行契約」當爲各相關當事人所最關切之目標，是履約擔保便成爲任何工程契約中非常重要之一環。爲避免承攬人不履行契約，或無法完全履行，工程契約中爰多訂有擔保履行之條款，例如定作人常會要求承攬人交付一定金額之現金、票據、定期存單、公債券等有價證券，或保證書、擔保信用狀，甚至保證保險單等書件，以確保承攬人必須履行其工程契約上之承攬義務〔13〕。

實務上，都市工程契約有關擔保之履約條款，不僅種類繁多，應用上且常會因爲客觀條件之限制而差異極大，故宜依循法令常軌且不能失之太過，否則不公平之契約或定作人要求過量之擔保時，便可能迫使弱勢之承攬人承受不合理之負擔〔13〕。

政府採購法公布實施後，針對工程履約擔保或工程保證金之約定亦有相當完整詳盡之規定。依該法之規定，定作人爲促使承攬人履行工程契約，所使用之擔保種類，其中人的擔保（或擔保人）種類有同業保證、銀行與信託公司保證兩種；物的擔保（或擔保品）種類則除了現金外，授信機構的保證、銀行或信用合作社定期存款單、信託投資公司一年以上普通信託憑證、政府發行的公債券等，亦都可以作爲擔保品〔2〕。

都市工程契約之各相關當事人若能對於各種履約擔保之法律性質有充分之認知，則必能使契約之擔保達到實際效益，而使都市工程得以順利履行。

(四) 都市工程契約之消滅

1· 都市工程契約之解除

都市工程契約之解除，謂契約當事人之一方行使其解除權，以消滅契約自始所生之效力。通常工程承攬契約之解除的主要情況有〔2〕：

- (1)定作人之解除—承攬人對於工作之瑕疵拒絕修補，或其瑕疵不能修補；因承攬人事由，致工作不能於特定期限內完成者，或顯可預見其不能於期限內完成者；定作人之事由，致報酬超過估計之概數甚鉅者。
- (2)承攬人之解除—工作需定作人之行爲才能完成，定作人未於承攬人催告期限內爲其行爲者；或定作人給付報酬遲延者。

就法理言，都市工程契約若經解除，則其效力在使當事人間回復未發生契約前之同一狀態。準此，則都市工程契約既經解除，除法律另有規定或契約另有規定者外，承攬人須對已施工之部分完成拆除，並使工地回復未施工前之狀態。惟工程施作既已變更原來地形或地貌，要求回復原狀實屬不能，且若已完成之部分工作物，對定作人爲有用者，定作人若仍堅持要求拆除或回復原狀，對承攬人亦實屬苛刻，對社會經濟損失亦大。此所以依民法第 263 條之規定，契約終止之行使乃不妨礙損害賠償之請求，定作人若可得請求損害賠償部分，實無必要以契約解除爲常態，宜以契約終止爲主，而向將來失其效力，非以契約解除而溯及之消滅。

因此，都市工程之「解約」即以解除契約爲例外，

而以終止契約為處理原則，否則若概依民法第 256 條規定，因給付不能之解除契約，或第 254 條非定期行為為給付遲延之解約以及第 255 條定期行為為給付遲延之解約等等，則工程界勢將永無寧日〔14〕。

2· 都市工程契約之終止

都市工程終止權之發生，可分為法定終止和約定終止。約定終止係依當事人雙方所訂契約內容而定；而法定終止則依民法相關之規定，主要有下列兩種：

(1)承攬人死亡之當然終止—民法第 512 條規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡，或非因過失不能完成其契約之工作時，其契約終止。」是遇承攬人死亡或非因過失致不能完成約定工作時，契約在學理上為法定終止或當然終止；

(2)工作未完成前定作人之隨意終止—民法第 511 條規定：「工作未完成前，定作人得隨意終止契約。…」此終止契約之規定，旨在保護定作人之利益，使定作人於工作未完成前，無論係因自身因素或因情事變更事由，當完成之工作物對定作人已無利益或無完成之必要時，自不得強任其無用之工作繼續，故法律允許定作人得隨時終止契約，但應賠償承攬人因契約終止而生之損害，惟此一規定僅適用於定作人，承攬人則並無隨時終止契約之權〔2〕。

3· 都市工程契約承攬人與定作人之相關權利義務

此外，尚應該注意下列兩項關於承攬人與定作人之權利義務事宜：

(1)工作需定作人之行為始能完成者，而定作人不為其行為時，承攬人得定相當期限，催告定作人為之。定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並請求賠償因契約解除而生之損害(民法第 507 條之規定)；

(2)定作人之瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或契約解除權，均因瑕疵發現後一年間不行使而消滅。承攬人之損害賠償請求權或契約解除權，因其原因發生後，一年間不行使而消滅(民法第 514 條之規定)。

七、結論與建議

茲謹綜合以上論述，研提出結論和建議如下：

(一) 工程和法律原是截然不同的專業領域，要融會這兩種領域的理論與實務並不容易，但不容否認與忽視者，工程與法律卻是息息相關的。由於法條規定之妥當性有疑問，亦可能係由於招標機關未遵守政府採購法規定致侵害廠商之權益者。建議能多借鏡國外採購制度之優點，譬如採購規劃、回扣條款、彈性之複數決標及賦予機關首長完全裁量權等，俾能助益採購品質之提升。

(二) 工程契約之本質係「業主」與「承包商」間就工程承攬事項所為之合意，由承包商完成約定之工程，而

由業主給付工程款之契約，則依其法律關係之性質來看，實屬民法所規定之承攬契約。此外，工程承攬契約尚具有繼續性、雙務、有償和不要式契約等四種法律性質。

(三) 都市工程在政府採購上占有舉足輕重的分量，工務行政制度的建立、各項相關法令的配合制訂修正等，都是健全都市工程採購制度不可或缺的因應措施。

(四) 依據現行相關法制多將都市工程契約定性為私法契約，主要緣由便在於其行政作為之適用法規屬性上係私經濟行為之一種，屬私法型態之輔助行為，乃行政機關為推行行政事務需要勞務之支援，常以私法行為為取得；復就行政作為之性質而言，都市工程契約之性質屬計畫行政之一種，亦係以私法契約方式進行之，是當其發生有法律爭議之情事時，應接受民法債權編之規範。

(五) 惟由於都市工程契約廣受政府採購法暨其施行細則與相關子法以及都市規劃、建管法令、勞工法令、公平交易法…等之拘束，其法律屬性絕非單純之私法契約，而應為兼具公法契約和私法契約之混合型態；且係交錯融合承攬、買賣、僱傭等和其他無名契約為一體之混合契約、並兼具有勞務性契約和雙務契約、有償契約、要式契約、要物契約、繼續性契約等之性質。

(六) 在都市工程契約訂定流程中，由於主辦機關依據政府採購法有權選擇得參與投標程序之廠商，其中首當其衝者，即為招標文件中對於廠商資格之訂定必須恪守平等待遇之原則。

(七) 招標程序之後，須以決標程序決定締約之對象，而決標所成立者，則為都市工程契約之預約。此預約為一雙務契約，即不僅主辦機關得請求得標廠商訂定工程契約，得標廠商亦得相對請求主辦機關訂定工程契約。惟實務操作上均以制式之招標文件直接作為雙方締結書面契約之內容，招標文件之規定可能有不合理之處，建議能於締約程序訂定出平衡雙方當事人利益之條款，則將大幅減少履約爭議之發生，並有助於都市工程契約之履行。決標程序可以說是都市工程契約採購流程中，影響工程品質最具關鍵性的環節。

(八) 由於都市工程契約的特性使然，我國民法使用相當多所謂的「不可歸責」、「不可抗力」等不確定的法律概念，適用上屢易肇致疑義與爭端，建議參考美國法制諸如通常契約變更、擬制契約變更、可原諒的遲延、可補償的遲延等規定的發展，使所謂的「不可歸責」和「不可抗力」等不確定的法律概念，在適用上較為具體化。

(九) 在專業分工的趨勢下，國內各項都市工程真正的第一線施作者，常常是分包後的專業廠商，因此分管理能力之良窳常常是工程品質的關鍵因素。如何健全都市工程得標廠商與其分包(包括各類分包商及材料供應商)廠商間之分包契約與管理實為當前都市工程契約管理重要課題之一。但因國內都市工程招標制度目前並無投標廠商分包計畫審查作業，且工程契約中亦多未納入分包廠商之遴選條款，以致分包廠商常因條件不足而造

成施工品質不良。建議援引契約之柔軟性原理，展現對相對交易人之照顧，以形塑共存共榮之關係外，根本之計仍是主管機關應及早將工程分包契約與管理納入政府採購法制，研提工程分包選商和工程分包契約與管理之相關要項，以改善得標廠商分包管理作業。

(十) 建議在公共工程採購類型多元化的今天，在不妨礙公平競爭原則下，賦予地方政府對都市工程採購方式自主權力和裁量之彈性空間，不但有助於採購效能提升，亦當有利於地方自治精神的落實。

參考文獻

- [1] 文祖湘，“都市工程防災管理體制與應用之初步研究：以營建工程生命週期論析(A Preliminary Study on Proactive Management of Disaster Prevention in Urban Public Works and Its Development: A Test of the Life Cycle Hypothesis)”，自版，民國 93 年 3 月。
- [2] 文祖湘，“國立宜蘭大學土木工程與規範課程自撰教材”，1990 年。
- [3] 楊式昌，“公共工程契約當事人法律行為之應有認知”，中華技術，第 54 期工程實務，民國 91 年 4 月。
- [4] 林孜俞，“公共工程契約之訂定與招標機關之義務”，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，民國 91 年 7 月。
- [5] 文祖湘，“先發式都市工程防災管理之體制與應用的初步研究(A Preliminary Study on Proactive Management of Disaster Prevention in Urban Public Works and Its Development)”，國立宜蘭大學學報，第 2 期，民國 93 年 3 月，第 69-79 頁。
- [6] 洪明瑞、張吉佐、謝鎮財、楊建武，“專業經營管理角色抬頭”，營建資訊，第 212 期，民國 89 年 9 月。
- [7] 劉福勳，“專業營建管理的服務”，現代營建，第 155 期，民國 81 年 11 月，第 41-46 頁。
- [8] Boggiano, Antonio, “International standard contracts : the price of fairness”, Dordrecht ; Boston : Graham & Trotman/Martinus Nijhoff ; Norwell, MA : Sold and distributed in the U.S.A. and Canada by Kluwer Academic Publishers Group, 1991.
- [9] 王明德、沈勁利，“專業營建管理制度之建構”，營建管理季刊，第 28 期，民國 85 年 9 月，第 2-20 頁。
- [10] 文祖湘，“我國現行建築管理制度之檢討與改進”，文化大學市政所碩士論文，民國 69 年 7 月。
- [11] 郭美伶，“公共工程契約要項之研究”，國立台灣科技大學營建工程研究所碩士論文，民國 89 年 7 月。
- [12] 郭慶鴻，“公共工程分包管理制度之研究”，國立台灣科技大學營建工程研究所碩士論文，民國 88 年。
- [13] 蔡麗宜，“工程保證金之研究”，國立台北大學法律研究所碩士論文，2001 年 1 月。
- [14] 陳坤成，“營建工程契約終止與解除之探討(上)(下)”，現代營建，第 19 卷，第 219-220 期，民國 87 年 3-4 月。

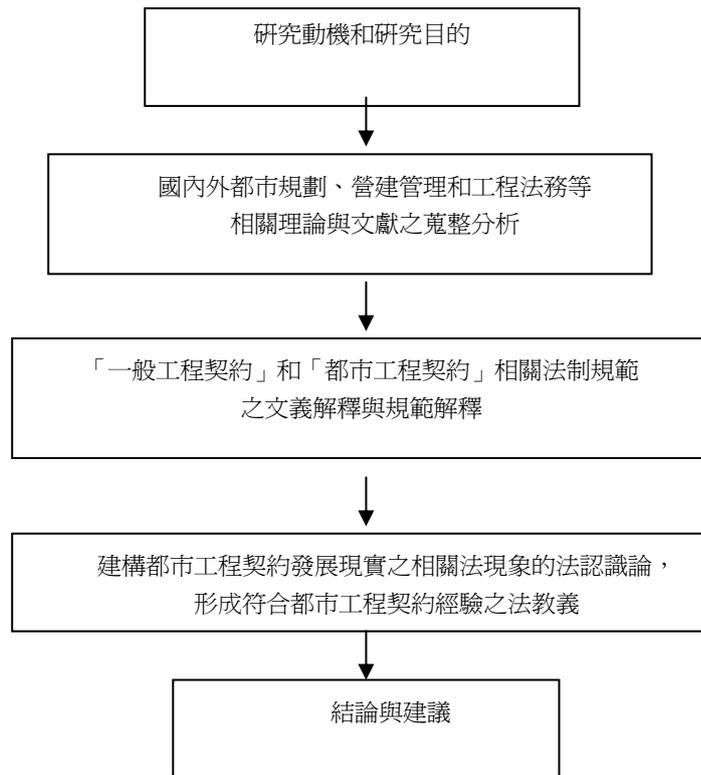


圖 1 研究流程圖

表 1 契約解除和契約終止異同之比較分析表

	契約解除	契約終止
相同	1. 均以消滅現存之契約關係為目的。 2. 解除權與終止權同為形成權。 3. 解除與終止均為一方之意思表示。	
相異	1. 主要係以雙務契約為對象。 2. 使契約效力溯及消滅。 3. 存在回復原狀的問題。	1. 係以繼續的契約關係為對象。 2. 使契約關係向將來消滅。 3. 不存在回復原狀的問題。

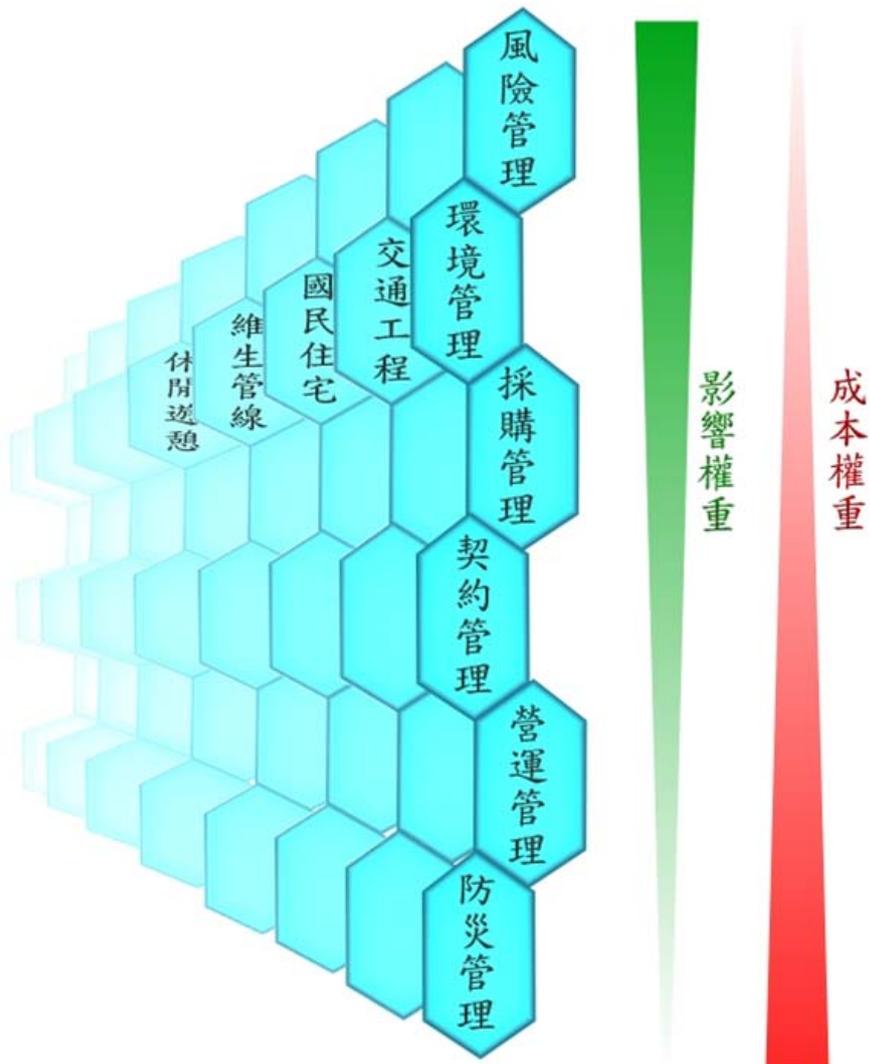


圖 2 都市工程一般性管理架構圖

