

# 工程與法律教學研究之科際整合：以臺大小巨蛋判決為例<sup>\*</sup>

林明鏘<sup>\*\*</sup>

## 〈摘要〉

工程與法律隨著工程紛爭之增加，彼此間有極大的機會互相對話與溝通，因此，不論對於法學教育，或是對於司法實務判決，此種不斷整合與對話，變成迫切而且有其重要性，而目前國內法學文獻均在法律紛爭的架構觀點下去整合工程實務與法學理論。

本論文亦以法律規範架構之分析為出發點，即以國內法與國際法之種種規範分析歸類紛爭之類型，論辯紛爭所衍生之法律關係及法律爭訟程序，最後則以臺大小巨蛋之工程紛爭判決為例，反覆印證，工程紛爭中，法律人與工程師之重大歧見，並進一步去探究其彼此見解分歧之主要原因，並提出本論文之建議，希望工程與法律之科際整合，能夠真正有效實踐，而非各說各話式的各自表述而已。

關鍵詞：科技整合、工程與法律、臺大小巨蛋判決、契約要項、顯失公平、擬制變更、誠信原則、兩階段法律關係

---

<sup>\*</sup> 本論文曾於臺大法律學院、臺大工學院等主辦之「工程與法律」學術研討會上發表，民國 96 年 10 月 27 日。感謝論文評論人臺大土木工程系教授鄭富書提出諸多之與談建議，及兩位匿名審稿人提出諸多之審查意見，本論文均予以尊重並於相關討論中予以修正。

<sup>\*\*</sup> 德國海德堡大學法學博士，國立臺灣大學法律學院教授。Email: linmc@ntu.edu.tw

• 投稿日：2008/05/21；接受刊登日：2008/12/03

◆ 目次 ◆

壹、前言

貳、工程法律紛爭與教學研究

一、概說

二、紛爭涉及之法律規範

（一）國內法規範

（二）國際法規範

三、紛爭類型

（一）締約前之工程紛爭

（二）契約內容紛爭

（三）締約後履約所生爭議

四、紛爭之法律關係

（一）私法關係

（二）公法關係

（三）兩階段法律關係

五、紛爭之法律程序

參、臺大小巨蛋判決所引發之工程法律問題：以台北地院 92 年重訴字第 556 號、台灣高等法院 93 年重上字第 498 號判決為中心

一、楔子

二、臺大小巨蛋判決之事實及爭點

（一）事實

（二）爭點

三、法律規範

四、紛爭類型

（一）契約內容未明確者，得否以「契約要項」加以補充？

（二）契約內容是否有顯失公平者？

（三）履約過程中有無擬制變更之情事？

（四）誠信原則（衡平原則）介入工程契約之界限

## 五、紛爭關係

## 六、紛爭程序

## 肆、結論

# 壹、前言

在「科際整合」(interdisciplinary approach)的時代潮流與驅動下，台灣地區的法學教育與研究，近年來似乎不再滿足於法學體系內單純之法律詮釋與邏輯推理以解決衍生之法律糾紛；相反的，法學的研究，不斷地伸出其觸角範圍，嘗試與經濟學（法律與經濟）<sup>1</sup>、醫學（法律與醫學）<sup>2</sup>、工程（法律與工程）<sup>3</sup>、高科技之研發<sup>4</sup>等等進行雙向對話與溝通，也累積出一些的研究成果，並且提供進一步法學與其他學門整合的基礎平台。但是，不同學門間彼此研究教學之鴻溝，似未隨著研究設備及方法之現代化或國際化而完全弭平；相反的，各學門間仍存在專業知識與價值認知的基本差距，難免常有各說各話，雞同鴨講的情形發生，要建立一個「整合」而且能夠讓兩個專業領域內之人員，都能普遍接受的「共識」，目前似仍有一段遙遠的距離，因為不論是以法律學為本位，去剖析或建構並整合其他研究領域，或是以其他領域為主軸，用其他研究方法或體系架構去理解法律規定之價值抉擇或制度

---

<sup>1</sup> 例如：簡資修（2006），《經濟推理與法律》，2版，台北：元照；熊秉元（2003），《熊秉元漫步法律》，台北：時報文化；熊秉元（2002），《約法哪三章？法律及制度經濟學論文集（一）》，台北：元照；熊秉元（2002），《天平的機械原理：法律與經濟學論文集（二）》，台北：元照。

<sup>2</sup> 例如：蔡墩銘（2007），《疾病與法律》，台北：翰蘆；曾淑瑜（2007），《醫療、法律、倫理》，台北：元照；葉俊榮等（2006），《天平上的基因：民為貴，Gene為輕》，台北：元照。

<sup>3</sup> 例如：林明鏞（2006），《營建法學研究》，臺大法學叢書158，台北：元照；謝哲勝、李全松（2005），《工程契約理論與求償實務》，台北：翰蘆。

<sup>4</sup> 例如：馮震宇（2003），《高科技產業之法律策略與規劃》，台北：元照；何建志（2003），《基因歧視與法律對策之研究》，台北：元照；林子儀、蔡明誠（2003），《基因技術挑戰與法律回應》，台北：學林。

弊端，通常也很難產生雙方之「共識」，而可能僅僅是單方面的「一廂情願」想法。例如：工程與醫學領域中均存在有相當高度的科技風險，憑藉著人類現有的科技水準，仍然無法將此種風險加以事前預防時，在法律學的觀點下，究竟應該將其歸類定性為「不可歸責於雙方當事人之事由」危險，或「可歸責於一方當事人之事由」危險？在「因果關係」的認定上，是如何斷定「因」、「果」間具有「相當關係」？怎麼詮釋法學上之「相當」因果關係等等一系列之問題，我們似乎都可以在法律人與其他領域者之諸多對話及討論中，不斷發現有南轅北轍之觀點。在目前法律人缺乏其他專業領域訓練背景；以及其他專業人士很難跨入法學之邏輯體系的思維架構之客觀不利條件下，不斷地去嘗試相互對話瞭解對方或共同開課研究，或許是減少彼此鴻溝，或積極建立整合基礎平台的不二法門。

基於前述的認知與假定，本文試圖從「法律」與「工程」溝通對話尋求共識之觀點，以法律學觀點為本位出發，結合本人自民國 92 年起於臺大土木學系開設「工程與法律」<sup>5</sup>之四年教學經驗，企圖進一步去探討解答下列問題：

一、「工程與法律」教學與研究，其「核心內容」應包括那些範圍？其足以使法律人及非法律人得具有共同基礎知識後，以便進行實際問題之對話？工程與法律有沒有共同基礎知識呢？

二、對於具體爭議個案之分析，工程學與法律學有何重大難以突破或溝通之基本歧見？致其歧見之理由為何？是因為法律制度之基本價值假定或是基於背景專業知識之認知不同？

基於解決上述二個問題的動機，本文擬以臺大小巨蛋判決（即臺大綜合體育館興建訴訟案）之討論為例<sup>6</sup>，具體去說明一個典型傳統的工程糾紛案例之討論，涉及之爭點及背後牽涉之法律基本知識，藉以相互印證，嘗試找

<sup>5</sup> 「工程與法律」分別於土木系研究所（下學期），大學部（上學期）與郭斯傑教授及曾惠斌教授合開，選修學生大致為法律系及土木系學生各半，故此種上課，性質上每周都在進行科際整合之學術對話。

<sup>6</sup> 臺大小巨蛋案例曾為臺大土木所「工程與法律」課程，95 學年度第二學期中的共同討論案例之一。

出本文之問題答案。

此外，臺大小巨蛋判決，雖已經台北地方法院 92 年重訴字第 556 號判決（民國 93 年 8 月 20 日）及台灣高等法院 93 年重上字第 498 號判決（民國 96 年 4 月 24 日），但目前仍上訴繫屬於最高法院而尚未判決確定。但基於本文討論之需要，仍對其法律見解及爭點加以適當闡述與評析。且因為兩件判決之背景事實完全相同，爭點亦頗多雷同，所以在討論上，對前述二個判決，僅作重點式之爭點選擇論述，而非全面性、重疊性之判決評析，併此敘明。

## 貳、工程法律紛爭與教學研究

### 一、概說

我國現行工程法律紛爭的類型不僅五花八門，而且涉及之當事人（主體）範圍亦十分龐雜<sup>7</sup>，紛爭複雜之主要原因一方面是對「工程」的概念，迄今國內在法律上並沒有統一之範圍：雖依政府採購法第 7 條第 1 項規定：「本法所稱工程，指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程。」僅將「工程」明文限制成「營建工程」（construction），而非指學術意義之「工程」（engineering）。因為在學術意義的「工程」範圍過大，尚且包含政府採購法所未涵蓋之基固工程、化學工程、材料工程、造船工程、奈米工程...等科技工程，所以為聚焦討論起見，「工程」在通常「法律與工程」教學課程中，宜加以限縮，通常也僅指「營建工程」（construction engineering）而言。否則教學與研究將因範圍

---

<sup>7</sup> 本文所稱當事人，係指一般法律關係之主體，包含有公部門主體（以行政機關為最典型代表）以及私部門主體（在本文中以建築投資公司、建設公司為主）在內。至於第三部門主體（民間團體或 NGO）則目前扮演的當事人角色，並不特殊，故於此暫予省略。

過廣而失焦，難以整合或對話<sup>8</sup>。

其次，「紛爭」案例邏輯上當然不能涵蓋「工程與法律」教學或研究的全部範圍；但不容諱言的，「紛爭」案例卻是研究教學上最重要的素材之一，因為這些法律紛爭可以反映出現今法律制度的不完善性或契約內容（甚至是定型化採購契約內容）的闕漏不完整性，透過紛爭案例的檢討反省，可以藉此預防未來紛爭之繼續出現或擴大，以節省制度運作上之成本支出及窒礙難行之處，故饒富教學及研究價值。此外，以「工程紛爭」案例作為教學研究之主軸，不僅能使學生或研究者，充分明瞭營建管理體系中之爭點癥結，而且因為案例真實且具有本土性，更可以有效結合理論與實務，帶動大學討論及研究之熱忱，所以說：「工程案例之討論」乃是「工程法律」體系大樓興建之基本建材（Baustein），似不為過。透過建材間之搭配與結合，逐漸營造出「工程與法律」的理論體系，即形成工程與法律的具體形骸與內容。

最後，「工程與法律」可以從不同法律觀點進行體系化的觀察與分類，所以目前國內對於「法律與工程」的研究教學範圍，儼然形成百花齊放的景緻。最常見的觀察分類，似以各別法律作為章節標題，進行其內容之重點介紹。例如：以政府採購法、建築法、營造業法、技師法（或建築師法）、促參法（或獎參條例）、工程技術顧問條例等作為章節名稱，進行解說<sup>9</sup>。此種逐法解說之體系架構有其優點，即現行法律內容具體明確，便於介紹及分析，並能迅速結合相關法院判決及行政機關之令函解釋，作為教學研究之豐富教材；其缺點則為：各法律之間的關連性及體系性架構連結不足，致各章節彼此間既無邏輯上清楚連結，初學者無法有一套工程與法律清晰架構，通常只有零散地學習到細碎繁瑣之個別規定介紹。其次，「法律與工程」之研

<sup>8</sup> 例如由中原大學財經法律系所編寫之教材《工程與法律》，其英文名稱亦標明（Construction and Law），陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜（2004），《工程與法律》，頁 3 以下，台北：新文京。

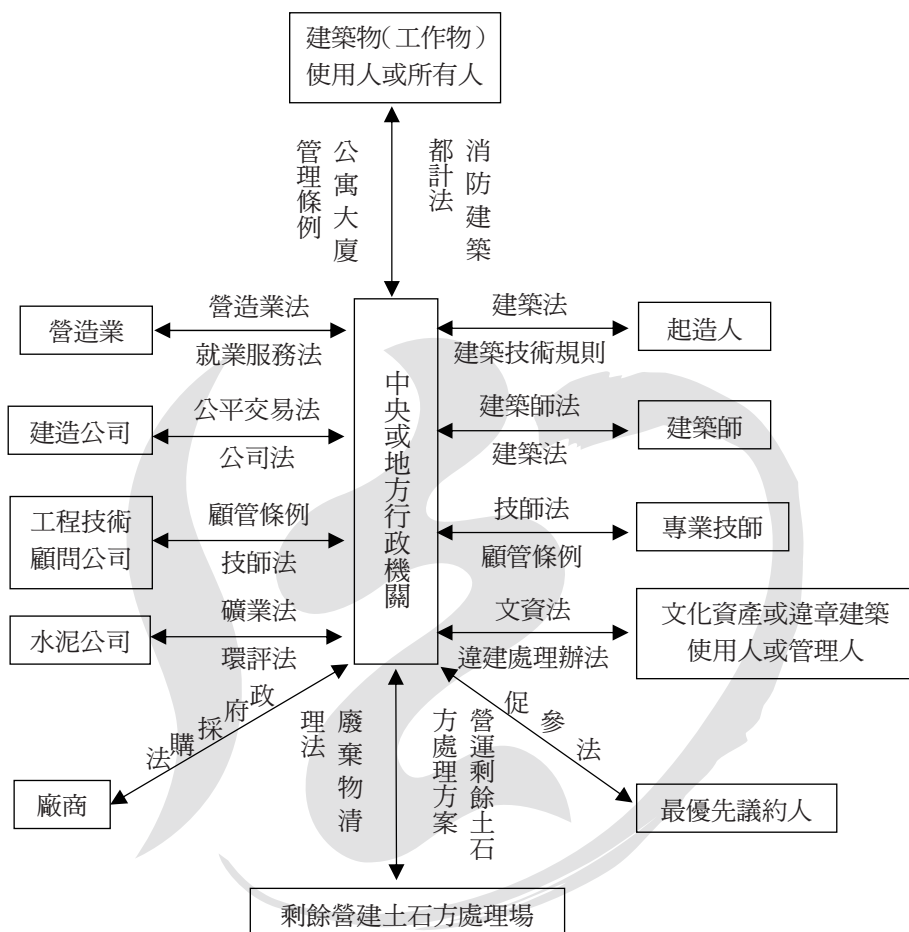
<sup>9</sup> 例如：陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜，前揭註 8；古嘉諄、劉志鵬編（2004），《工程法律實務研析（一）》，台北：元照；古嘉諄、陳希佳、顏玉明編（2006），《工程法律實務研析（二）》，台北：元照；古嘉諄、陳希佳、陳秋華編（2007），《工程法律實務研析（三）》，台北：元照。

究亦得以實務上之判決爭議作為體系上之分類，例如：工程契約、工程遲延、工程延展、工程變更、施工鄰損、工程驗收、工程強制接管、契約終止、工程程序、工程保險、工程與文化資產保存、工程之爭議處理程序等<sup>10</sup>，此種分類，固然可以將個別系爭問題，作深入性之焦點討論，甚至於得作個案法院判決及行政函釋之評析或檢討，但是，對工程師或初學法律者而言，此種個別議題式之章節，不僅難以入門，而且通常亦無體系性及基本概念之先前介紹，尤其是這些議題涉及那些周邊法律規定，其討論的背景工程實務為何？因缺乏先前知識之完整介紹，致使學習者只能有零碎而無宏觀面的片段性學習，則係其缺陷。綜上所述，如果要兼顧工程進行中之各種主體及其彼此間所生之法律關係，在理論體系上，以「法律關係」作為分類架構，似比較能兼顧宏觀（體系）與微觀（個別爭議），而且對於非法律人（尤其是未來的工程師而言）及初學者的學習入門，均有相當不錯的效果，申言之，我們得以下列公部門之行政機關及私部門之建設公司為例，描繪出營建工程錯綜複雜之法律關係，在法律關係之說明中，使得學習者得有粗淺的工程法「體系」概念：

---

<sup>10</sup> 例如：王伯儉（2004），《工程糾紛與索賠實務》，台北：元照；古嘉諄、劉志鵬編，前揭註9；古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，前揭註9；古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，前揭註9。





(來源：本圖為作者自製)

〔圖一〕以公部門（行政機關為主體）之法律關係

本圖一方面可以顯示以行政機關（含中央及地方機關在內）為首（核心）的法律關係；另外一方面也可以呈現出個別之管制法令。由此圖可以明瞭：營建法律關係涉及之主體雖甚龐雜，但是，為確保營建秩序，避免偷工減料，致危害未來住戶之生命權益，所以法律制度即設計出種種的管制法律及管制



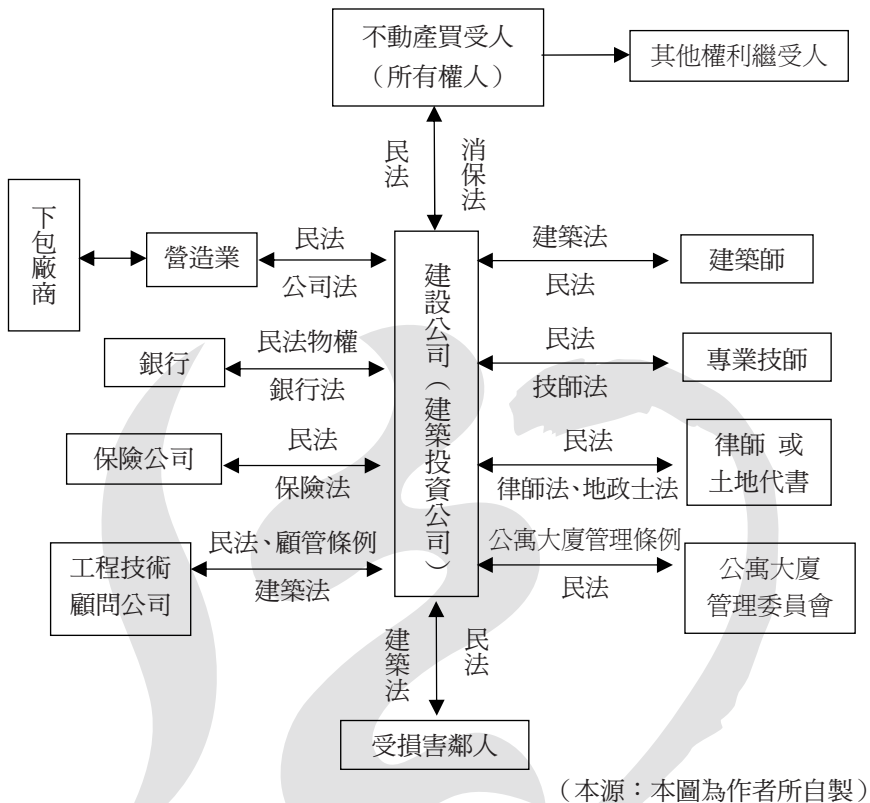
措施，藉以提供行政機關發動公權力，介入民間經濟活動的法律依據，即「依法行政」或「法律保留」之要求，使得立法院必須針對不同的規範對象（主體），制定不同之管制法律，去落實擔保營建秩序的國家職責<sup>11</sup>。

值得注意的是：雖然行政機關包含中央及地方行政機關在內，但是因為營建管理具有地方特性，除少數例外情形外，依地方制度法第 18 條、第 19 條、第 20 條第 6 款之規定，營建事項乃屬於自治事項，所以地方自治團體所扮演之管制角色及地位，遠重於中央主管機關。中央主管機關毋寧扮演著營建政策及法律修正之推動者，並作為法律制度執行上之監督者角色而已。

除了前述公部門管制性之法律關係外，工程法律關係還有一大部分乃屬於傳統民事法律關係。若以營建工程為中心，則常為起造人之建築投資公司（或人們俗稱之建設公司）為首，得描繪出下列複雜主體間之法律關係：

---

<sup>11</sup> 擔保國家概念雖起源於當國家自己不履行其法定之公共任務，而由私人提供給付內容時使用，但此時國家之管制高權並不當然即由市場自由競爭法則所取代，因此國家仍應創造出框架性的保護規範。於此參見 Schoch, Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?, NVwZ 2008, S. 241ff. ; Franzius, Der Gewährleistungsstaat: Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, Der Staat 42 (2003), S. 493ff.

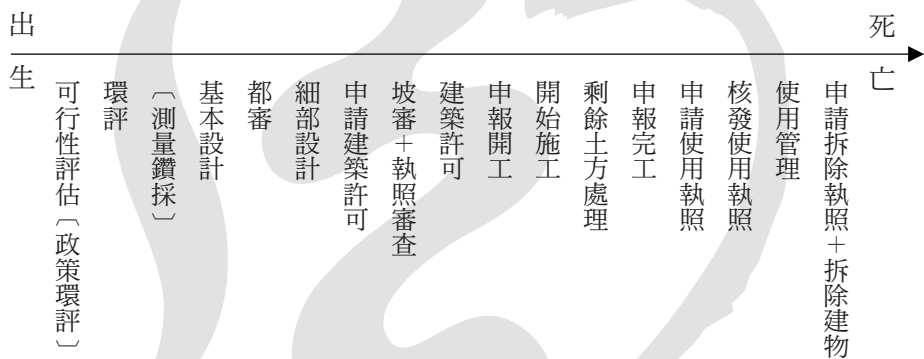


〔圖二〕以私部門（建設公司）為主體之法律關係

與公部門之管制性法律關係相較，私部門之法律關係在形式上雙方當事人處於較平等之地位，於私法自治的大原則下，當事人在不牴觸法律之強行規定下，原則上均得自由形成其間之權利義務關係。不過，因為交易秩序常因法律關係一造過於強勢，致他造當事人在定型化契約之宰制下，必須接受許多不平等之條件，所以，在新興法律中，例如：消費者保護法、公平交易法及民法等規定中，加入甚多強行規範，藉以保障弱勢之交易相對人，避免發生強凌弱、眾暴寡之現象，維繫社會交易秩序最低程度的平等及保障。不過，此種公權力介入市場之競爭秩序，毋寧應視為一種例外情形，所以原則

上其法律關係之發生、變更、消滅，均宜建立在尊重私法自治原則上，對市場供需及價格，法律制度並沒有意圖全面性加以規律，只有在例外「顯失公平」的情形下，強制（即透過訴訟調整或衡平仲裁等方式）加以部分調整而已。

由於營建工程是一種類似自然人由「出生」到「死亡」的流程，因此亦可由工程時間之序列，排列出營建工程的行政管制程序，即以「行政程序」的觀點，去架構分析營建工程之諸多問題，此種流程得以下圖顯示之：



（來源：本圖為作者自製）

〔圖三〕營建工程行政管制程序表

以工程程序作為軸心進行營建工程體系的架構方法，其優點為符合實務操作之流程，初學者能夠快速理解此種程序階段的逐步進展，並且能夠言簡意賅地歸納現今建築法的程序要項；但其缺點則為：無法有效呈現出在各階段中所產生複雜性之法律關係，尤其是無法描述各權利主體彼此間所可能在各階段中所形成之私法法律關係，例如：在核發建造執照階段後，僅用開工程序表列，實在無法看出建設公司即得依公寓大廈管理條例第 58 條第 1 項規定，辦理種種複雜且數量龐大之「銷售行為」情況。所以用「行政程序」

來剖析或架構工程與法律體系，尚嫌不足，申言之，行政程序論之體系，必須與法律關係理論共同搭配，才能比較清楚地使「工程與法律」的多面、複雜、動態關連的法律體系融入體系中，獲得具有立體與生動之元素，進而建立全面完整的法律體系。

## 二、紛爭涉及之法律規範

工程紛爭事件，不僅涉及金額龐大，且常與社會大眾權利相關聯，例如：ETC 判決<sup>12</sup>，而且涉及之相關「核心」法律規範，更是複雜多端。申言之：工程法律紛爭，除涉及國內法令規範外，亦常涉及國際工程規範，例如 FIDIC 及 WTO 採購協定；除涉及國內實體法外，亦常涉及國內程序法，例如：仲裁法、民事訴訟法或政府採購法之申訴異議程序；除涉及國內私法規範（如：民法、商事法、財經金融法）外，亦涉及大量國內之公法規範，例如：政府採購法、建築法、促參法及營造業法等繁雜規定。因此，此種兼跨法學公私法領域，必須貫通實體法與程序法，且又必須具有國際法之基本基礎知識，所以說工程法學之研究「入門門檻」不低，是其無法在短暫期間內一目瞭然之龐雜「法律體系」，當不為過。

為歸納出相關之國內法及國際法規範，並對其作簡要體系性之介紹，以使得非法律人得與法律人作基本性對話，便成為教學研究上刻不容緩的任務，故以下僅就國內法規範及國際法重要規範簡要加以介紹分析，以作為法學與工程科際整合的核心基礎知識（Kernbereich）。

### （一）國內法規範

#### 1. 私法規範

「承攬契約」與「委任契約」無疑的是「工程與法律」中最為核心的內容<sup>13</sup>，而規範承攬契約及委任契約者，主要則為民法（私法）第 490 條至第

<sup>12</sup> 有關國內文獻對 ETC 判決之評論，有近 20 篇專論，其詳細整理，請參閱林明鏘（2007），〈BOT 契約與給付拒絕〉，《台灣本土法學雜誌》，95 期，頁 229 以下。

<sup>13</sup> 有關承攬契約與委任契約之區別，暫得以下表呈現之，在工程契約實務上，此兩

種契約之區別，常有混淆不清之情形發生，例如：建築師之受任為規劃及設計工作，究為承攬或委任契約，在定性上常有不同見解，得參見最高法院 69 年台上字第 2230 號判決，收於最高法院（1980），《最高法院民刑事裁判選輯》，1 卷 3 期，頁 169 以下，台北：自刊。

	委 任	承 攬
性質	勞務型契約（ <b>勞務契約之原型</b> ） 有償\無償契約	勞務型契約 有償契約
定義	稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方 <b>處理事務</b> ，他方允為處理之契約。（民法§528）	稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方 <b>完成一定之工作</b> ，他方俟工作完成，給付報酬之契約。（民法§490 I）
契約必要之點	一定勞務之提供	一定勞務之提供+ <b>工作完成（取得一定結果）</b>
專屬性	○需親自提出勞務 §537、543	X 無庸親自為之 →基於承攬契約的本質是特定工作之完成，且工作內容未必可由一人獨立完成，故 <b>不要求親自為之</b> 。
人格性	當事人一方死亡契約即告消滅	當事人一方死亡原則上不影響其效力
受任人\承攬人\受僱人對事務執行裁量權的大小	○較小 §535（須負 <b>與處理自己事務同一之注意義務或善良管理人之注意義務</b> ） §536（ <b>不得違背委任人的指示</b> ，涉專業事務則為例外） §540（有 <b>報告進行狀況及顛末之義務</b> ）→委任契約即係委任人信任受任人之能力而 <b>委其代為處理事務</b> ，受任人在授權範圍內只要不違反委任人的指示，即有裁量權，可（應）自行為事務之處理。	○較大 →因事涉專業，需由 <b>承攬人完成一定之工作</b> ，縱訂作人欲為特定之指示，可能也受限於專業能力不足而無法為指示。

酬勞請求權之消滅時效	§125（十五年之期間）	§127⑦（二年之期間）
契約之消滅（終止）及契約責任	<p>§549I（當事人任何一方均得隨時終止契約）</p> <p>委任人終止時：受任人可以就已完成之部分主張報酬請求權及支出費用償還請求權；如有損害且可歸責於委任人，並可請求損害賠償。</p> <p>受任人終止時：委任人如有損害且可歸責於受任人，可主張損害賠償；但委任人仍負有給付費用之義務。</p>	<p>§502（<b>給付遲延</b>：如承攬人因可歸責的事由致超過期限始完成，定作人可以請求減少報酬或請求損害賠償。且因顧及承攬人為該工作所投入大量資金、人力與時間等支出，僅於特殊情形—工作於特定期限完成為契約要素，否則即無法達到契約目的一定作人始可解除契約）</p> <p>§495（<b>不完全給付</b>：如承攬人所交付的工作物不符合債之本旨—即給付有瑕疵或對定作人本身有害，如交付之房屋牆壁龜裂或交付的是幅射屋、海砂屋—則定作人可主張減少價金、解除契約、請求損害賠償等權利）</p> <p>§497(如該不完全給付之情形是在工作進行中發現，為確保工作物順利完成不致使先前之工作流於浪費，定作人得主張<b>預防請求權</b>，定相當期限請求承攬人改善；如承攬人不依照期限改善或履行，定作人得使第三人改善或繼續其工作)</p> <p>§492、493（如在約定或法定期間內發現承攬人所交付的工作物在客觀的品質、價值效用上瑕疵，基於瑕疵擔保為一無過失責任，且承攬人具備修補之能力，定作人得請求修補，或自行請第三人修補再向承攬人請求償還費用。）</p>
例子	當事人委託律師出庭辯護契約	建商承包工程契約

514 條（承攬契約）；及民法第 528 條至第 552 條（委任契約）加以規範者，在體系上與上述兩類契約規範息息相關者，尚有其上位之債總篇中契約基本規範（即民法第 245 條之 1 至 270 條）例如：定型化契約條款之限制等，民總有關法律行為之通則性規定（第 71 條至第 74 條規定）及權利行使之誠信原則（民法第 148 條規定）等內容，因此，就民事契約之學習與認識，架設工程與法律之對話平台，進行科際整合前，必須先熟悉此種債各→債總→民總中相關法律對契約之基本規範及概念，才能有效進行，否則非法律人對私法契約之前述架構體系毫無認識下（或認識不透澈下），根本無從進行與法律人之基本討論或對話。

其次，工程契約若屬「定型化契約」<sup>14</sup>，則尚須注意消費者保護法第 11 條至第 17 條之特殊管制規定（即強行規定）；若工程契約涉及保險事項者，則須注意保險法第 43 條至第 69 條之保險契約規定；若工程契約涉及融資者，尚應注意銀行法第 32 條以下（尤其是第 38 條等規定）之規定...等等，由此可知，「工程契約」所能涵蓋之範圍甚廣，而且「工程契約」種類繁多，卻是「工程爭議」的主要始因<sup>15</sup>。

除了工程契約外，因為建築施工肇致鄰損事件發生時，則有民法「侵權行為」規定之適用，尤其是民法第 184 條之請求權規範基礎，民法第 189 條定作人與承攬人之侵權責任歸屬或連帶及民法第 197 條之時效規定均屬

<sup>14</sup> 依消費者保護法第 2 條第 7 款及第 9 款規定，分別對定型化契約條款（指企業經營者若為與不特定多數消費者訂立同類契約之用，所提出預先擬定之契約條款），定型化契約（企業經營者提出之定型化契約條款作為契約內容之全部或一部而訂定之契約）加以法律定義。目前司法實務並不認政府採購契約係定型化契約（例如：最高法院 92 年台上字第 785 號及 91 年台上字第 2220 號判決）其詳細內容解釋，得參閱朱柏松（2004），《消費者保護法》，增訂版，頁 18，台北：翰蘆；黃立（2006），《民法債篇總論》，3 版，頁 88，台北：元照。

<sup>15</sup> 例如：陳自強（2007），〈公共工程計算錯誤之研究〉，王明德（主持人），《工程與法律學術研討會》，台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦；王文宇（2007），〈契約漏洞的填補與任意規定的適用〉，謝定亞（主持人），《工程與法律學術研討會》，台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦；汪信君（2007），〈履約保證保險〉，古嘉諄（主持人），《工程與法律學術研討會》，台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦，等論文均屬工程契約爭議案件剖析。



爭議時經常被引用之民事規範，此種因侵權行為而生之案例，不僅有民事法院判決，甚至於有行政法院裁判<sup>16</sup>及學術討論<sup>17</sup>，只可惜在行政公權力強行介入私人鄰損爭議事件，是否妥當？則國內少有論文深入研究。從國家中立性原則及社會自主性的觀點來看，行政權介入私權紛爭，法理上有待商榷<sup>18</sup>，但若從財產權之保護義務觀點，公權力因申請而強行介入，卻有其本土性之正面功能。

在私法的程序規範中，目前因工程契約或工程侵權行為的爭議事件中，最為人熟悉的即為仲裁（仲裁法），調解與申訴（政府採購法）及訴訟（民事訴訟法）程序規定，在營建商解散、破產爭議事件中，尚涉及「破產法」及「非訟事件法」、「強制執行法」之相關規定，其內容不僅具高度專業性及技術性，更滲雜著許多程序法理，交織著實體法與程序法相互連結的更複雜問題<sup>19</sup>，於此不擬深入討論。

## 2. 公法規範

由於工程之興建，以迄其拆除為止，除涉及眾多私人利益而成公共利益外，尚因為有公共工程之舉辦，影響國家財政支出甚鉅，成為公共利益所關注之焦點，因此，「工程法律」另外一個重點即屬有眾多龐雜之公法規範，即以公權力為後盾，藉行政機關為執行機制，強行介入或規範並調整個別之交易行為。此種公權力之介入，在私法體系中，乃透過民法第 71 條之「強制或禁止規定」，使違反此等公法規範之法律行為淪為「無效」之結果；在公法體系上，則使行政行為因牴觸行政程序法第 4 條之依法行政要求，亦使得該行政行為受到無效或得撤銷之影響。

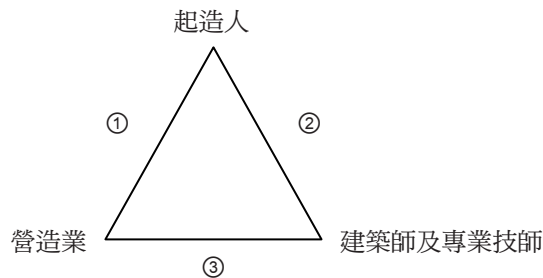
<sup>16</sup> 例如台北高等行政法院 90 年訴字第 4928 號判決。

<sup>17</sup> 朱信忠（2002），〈從營造業觀點對建築施工損鄰處理機制之研究〉，國立成功大學建築學系碩士論文；葉昱賢（2003），〈建築施工損鄰事件處理模式之研究〉，國立臺灣大學土木工程學系碩士論文。

<sup>18</sup> 有關擔保行政下之基本原則，併請參閱 Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2 Aufl. 2004. 3 Rdnr. 156.

<sup>19</sup> 邱聯恭（2005），〈程序利益保護論〉，頁 1 以下，台北：自刊；許士宦（2003），〈執行力擴張與不動產執行〉，頁 183 以下，台北：學林。

隨著我國法治程度的進步，法律保留原則<sup>20</sup>的強調，公權力介入私法上之交易行為或公法上之行政行為，必須要有法律明文依據的結果，此種公法管制法律，不僅數量逐漸增多，而且規範密度亦不斷加深，致「工程與法律」之教學研究必須採取選擇性的重點公法規範介紹，否則極易產生「歧路亡羊」的結果。依本文工程法律關係的架構體系而言，狹義營建工程（指興建階段而言，不包含工程之營運及後續之使用或處分階段）最重要之三角法律關係，得以下圖顯示：



（來源：本圖為作者自製）

〔圖四〕營建工程三角法律主體關係

首先是行政機關對起造人之公法規範，其最主要的管制規範者當屬建築法，其次對營造業之管理，則為營造業法，最後對於建築師及其他相關專業技師之規制，則有建築師法及技師法。所以建築法，營造業法，建築師法及技師法乃屬「工程與法律」教學與研究之第一層核心公法規範，也是作為科際整合討論的首要內容。

行政機關若處於類似民間「起造人」之角色時，為嚴格管控公權力主體，避免其公務員枉法貪瀆，並增加人民參與公共建設之機會，提高效率及對人民之生存照顧水準，目前亦有政府採購法，促進民間參與公共建設法（促參

<sup>20</sup> 有關法律保留原則之概念及大法官解釋之強調重點，請參閱吳庚（2007），《行政法理論與實用》，10版，頁86以下分析，台北：自刊。

法)與獎勵民間參與交通建設條例(獎參條例)三種法律,以供行政主體遵循。唯促參法與獎參條例規定,體系上大致雷同,因此在研究教學上通常僅以最後制定之促參法為對象,原則上不再以舊法(即獎參條例)為論述。且目前促參體系與政府採購體系分途發展,所以二者各自獨立,其體系與立法目的雖均不相同。但是,德國之政府採購法(Vergabenrecht)與其促參體系(PPP)均規定於同一法典內,只有部分政府採購程序不適用於促參案件,其主要理由認:促參案件與政府採購案件本質相同,均屬公私部門共同履行公法任務,故無獨立於採購體系外。此種體例,我國因前述促參案件弊端不少,且其程序過於簡單,似有再斟酌德國制度之必要<sup>21</sup>。

綜合言之,工程與法律在公法規範的重點選擇上,本文認為:下列五種法律可以作為工程與法律論述之基本核心規範,因為這五種法律規範可以構築基本的營建法律關係:

- 一、政府採購法
- 二、促參法
- 三、建築法
- 四、營造業法
- 五、建築師法及技師法

至於其他公法規範,例如:公寓大廈管理條例,工程技術顧問公司管理條例,文化資產保護法,殯葬管理條例,都市計畫法,區域計畫法,農業發展條例,水土保持法,山坡地保育利用條例等雖與營建,使用或開發行為有密切關連,但就工程法律關係體系而言,仍較間接,故除有特別例外情事外,原則上得因教學研究聚焦為由而予以割捨忽略,不予深論。

### 3. 程序規範

工程紛爭除透過程序外和解方式解決外,其解決之程序規範重要性實不

<sup>21</sup> 德國有關政府採購法之立法目的及體系介紹最完整者請參閱 Prieß, Handbuch des europäischen Vergaberchts, 3 Aufl. 2005; Frenz, Beihilfe und Vergaberecht, 2007; Weyand, Vergaberecht, 2 Aufl. 2007.

容小觀，因為國內越來越多的工程案件，乃透過法定程序之紛爭解決機制，以協調解決當事人間之利害衝突。這種解決工程爭議的程序規範，目前主要有下列三種：

1. 民事訴訟程序；
2. 仲裁程序；
3. 政府採購法上之異議、申訴及調解程序。

此三種法律紛爭之解決程序規範，呈現鼎足分立，各自發揮其紛爭解決功能。由於程序規範兼含有公法規範及私法規範，所以其具有規範之特殊性，難以單純將其歸類為私法規範或公法規範（雖然例如民事訴訟法因為係由法院適用之規範，依新主體說的見解，常被認定亦屬「公法規範」，但是狹義之公法範圍傳統上並不包含民事訴訟法<sup>22</sup>）。

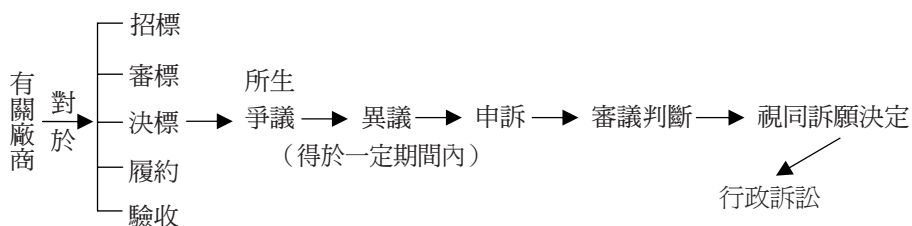
由於民事訴訟程序及仲裁程序，其體系完整龐大，並有其各自獨特之指導理念及理論基礎<sup>23</sup>，對於工程爭議事件，其法規上並無特殊規定，所以在工程與法律之教學研究上，目前較少有對此工程領域為比較性深入研究者，再加上民訴及仲裁法體系涉及之法律爭點過多，也難以融入一般性之工程法研究教學範圍內；而必須於體系外另外開闢一扇研究之窗，台灣目前之工程法學研究，此一領域尚有待學界及實務攜手共同開發。

比較受到較多討論的是政府採購法上之程序規範，即申訴，異議程序之設計，該等程序之重要性，甚且被稱為「整部政府採購法的精髓所在」<sup>24</sup>。依政府採購法第 74 條到第 85 條有關異議及申訴程序得簡化如下圖：

<sup>22</sup> 狹義之公法，依德國傳統分類僅包含憲法、行政法與國際公法。Vgl. Sodan/Ziekow, Grundkurs öffentliches Recht, 2 Aufl. 2007. §1 Rdnr. 5ff.

<sup>23</sup> 有關仲裁法國內相關論述，得參閱陳煥文（2002），《仲裁法逐條釋義》，2 版，台北：崗華；楊崇森等（2004），《仲裁法新論》，2 版，台北：中華民國仲裁協會。

<sup>24</sup> 羅昌發（2000），《政府採購法與政府採購協定論析》，頁 325，台北：元照。



(本圖為作者自製)

〔圖五〕異議及申訴體系

此種異議及申訴程序，在性質上屬於「行政訴訟前置」程序，專業性法理類似稅務案件之復查、再復查程序，除得由原機關自行反省外，在申訴程序中，因為尚有專門職業人員之參與審查（政府採購法第 86 條規定參照），所以也能針對申訴案件之工程技術面之爭執，提出較為具說服力之解決方案，易為雙方當事人所接受，而不需再提起訴願，對於紛爭之解決及確定，似應有正面積極之貢獻<sup>25</sup>。

此外，依政府採購法第 69 條規定，尚有工程爭議之調解程序，申請調解之爭議原則上限於履約爭議（所以亦含驗收爭議），而且不限廠商，即使採購機關亦得申請調解。不過，調解是否能夠成立，關鍵乃繫諸雙方當事人互相讓步之程度，以及和解方案之公平性及雙方可接受程度而定。由於涉及廠商及採購機關之重大私人利益或公共利益，加上採購機關本位主義及自我防衛本能甚強，公務人員通常不願被指採購行為有故意過失違法或甚至於有圖利他人情事，所以調解制度似尚未能充分發揮其制度功能<sup>26</sup>。由此可以歸

<sup>25</sup> 有關申訴程序之功能，得參閱林明昕（2007），〈論公共工程之爭訟解決機制：以促參法及政府採購法為中心〉，古嘉諄（主持人），《工程與法律學術研討會》，台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦。

<sup>26</sup> 有關仲裁與調解制度如何有效結合，得參閱吳光明（2004），〈論仲裁與調解之結合〉，《仲裁法理論與判決研究》，頁 162 以下，台北：台灣財產法暨經濟法研究協會。調解案件由行政院工程會統計，由民國 88 年 5 月 27 日至 95 年 5 月 31 日，共計有 3999 件。成立調解的有 2030 件，共佔 67.1%，比例雖然不低，但是，卻

納得出一個小結論：透過一個公正機關（或公正委員會）的公權力介入，加上專業能力之兼備（即工程專業與法律專業），會使得紛爭能夠比較有效解決，而不必訴諸耗費（資、時）甚鉅之訴訟程序，充分發揮 ADR（訴訟外紛爭解決）的功能<sup>27</sup>。當然，修正政府採購法第 69 條之規定，使得工程調解成為必經之訴訟前行階段，調解程序之正當化，賦與調解委員較大的調解權限，調解委員之專業性及公正性確保配套措施，都是值得斟酌的修正方向。

## （二）國際法規範

由於工程法理具有全球類似性之國際化特色，因此在解決工程紛爭時，尤其是仲裁或政府採購之異議申訴程序中，經常引用國際法規範作為仲裁或判斷之依據<sup>28</sup>，再加上政府採購法第 63 條第 1 項明文規定：「各類採購契約之要項，由主管機關參考國際及國內慣例定之。」益可明證「國際法」或「國際工程慣例」之重要性，透過採購契約要項<sup>29</sup>及工程會定頒之工程契約範本<sup>30</sup>的法理繼受，國際工程法理形式上儼然已成為內國法之一部分，不過，國際工程慣例及國際工程法理，除已受國內法繼受部份者外，仍不斷被國內仲裁庭或工程紛爭 ADR 機構（組織）所援用，因此，在工程爭議中比較重要的國際法，例如：政府採購協定，或國際慣例國際諮詢工程師聯合會（Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils；FIDIC）所定頒之國際土

---

未進一步統計調解成立案件之平均金額及佔申請比例之多寡，致無法明確判斷其成效。

<sup>27</sup> ADR（Alternative Disputes resolution）制度之價值理念及功能，得參閱吳光明（2004），〈多元文化與訴訟外解決糾紛（ADR）機制〉，《仲裁法理論與判決研究》，頁 2 以下，台北：台灣財產法暨經濟法研究協會，頁 2 以下。

<sup>28</sup> 例如在工程仲裁程序中，常引用「衡平仲裁」；在工程申訴程序中則常引用衡平原則，調整契約原約定內容，得參閱孔繁琦（2007），〈論工程契約對於不可抗力致工程本體毀損滅失之風險分配原則〉，《律師雜誌》，330 期，頁 9 以下；陳希佳（2007），〈衡平仲裁與實體法之適用〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析（三）》，頁 25 以下，台北：元照。

<sup>29</sup> 民國 95 年 1 月 2 日最後一次修正。

<sup>30</sup> 工程契約範本在實務上重要性之深入討論，得參閱廖銘洋（2007），〈工程合約執行之省思〉，《律師雜誌》，330 期，頁 62 以下。



本工程標準契約條款即有研究及教學介紹之必要。

首先，對於「政府採購協定（Agreement on Government Procurement；GPA）」內容之初步認識，有助於瞭解我國「政府採購法」之架構精神外，並有助於具體個案工程紛爭，就系爭政府採購法個別條文之解釋，有積極正面之引導作用。我國目前雖為 WTO（World Trade Organization；世界貿易組織）的會員國，理論上雖沒有義務須參加政府採購協定，惟事實上我國在全球貿易市場及自由競爭秩序之壓力下，必須與其他國家或國際組織簽訂複邊政府採購協定，因此，對於政府採購協定（或自由貿易協定）的內容為何？對我國政府採購事項有何種影響？政府採購協定之適用範圍為何？有哪些例外得排除政府採購協定之事由？政府採購協定之不歧視原則是否適用於所有政府採購事項上？均值得深入研究分析<sup>31</sup>，蓋一方面除能更清楚解釋適用我國現行之政府採購法，以在工程紛爭中，作為解決之參考模式外，另外一方面亦能作為修改我國政府採購法之重要參考。

其次，在土木工程之國際標準契約條款內容（Conditions of contract for Construction）經常在國內工程契約紛爭案例中，作為填補契約漏洞，甚至於作為修正或取代契約原約定條款之不合理內容<sup>32</sup>。但是，依據我國契約法理而言，當事人於個別工程契約中所約定之事項，或「公共工程契約範本」所定內容，縱使與 FIDIC 國際工程標準契約條款背道而馳（例如：目前備受學界批評之風險分配方式），除非認其屬定型化契約，且約定內容顯失公平者外（民法第 247 條之 1 規定參照），法院或契約當事人一方，即不得主張或依法理斟酌調整原契約內容之含意，蓋「契約內容嚴守」乃中外數千年之文化傳統，在法理上並無法因有「國際法理」即可當然取代契約條款之效力，否則當事人之主觀事前合意，即未能受到有效尊重，影響法律秩序安定

<sup>31</sup> 有關上述問題之深入討論，得參閱，羅昌發，前揭註 24，頁 373 以下。

<sup>32</sup> 孔繁琦，前揭註 28，頁 15-16；古嘉諄（2007），〈工程契約索賠條款之研究〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析（三）》，頁 3 以下，台北：元照；顏玉明（2007），〈FIDIC 國際工程標準契約與國內工程契約文件風險分配原則之比較研究〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析（三）》，頁 101 以下，台北：元照。



及當事人之合理期待甚鉅，也造成對當事人的程序突襲，因此，法院於適用民法第 247 條之 1 之規定，去宣告該相關定型化契約條款無效時，須慎重及在極端不合理情形下，始得為之，否則無異以法院單方意思取代當事人之合意，並不合宜。國內對 FIDIC 的國際工程標準契約條款之研究並不完整及深入<sup>33</sup>，而且較缺乏對照於國內工程契約（或契約範本）之細膩比較分析，剖析國內現行制式契約條款之不公平性或不合理性處，並尋求在國內契約標準範本中加以變更或更翔實規定之內容<sup>34</sup>，如此一來，FIDIC 的契約研究成果，才能有其實益與價值，並能進一步去說服法院的法官及工程行政主管機關，將 FIDIC 的標準契約條款，當成工程界的「文明世界遊戲規則」，或當成「工程法理」直接加以適用，或當成調整當事人契約條款的參據，經過長期判決之宣示及累積以及逐步放入工程會之「公共工程契約範本」當中，始能在國內法上取得其生存及發展功能。對於法律工程之研究，這是一條有待眾志成城的待開發領域，這個領域一旦體系完備，就可以提供工程界與法律界最基本的共識基礎<sup>35</sup>。

### 三、紛爭類型

工程紛爭類型固然五花八門，各新式態樣亦層出不窮，但如果以契約之締結為中心加以觀察分類的話，大致可以分成下列三種類型：

1. 締約前之工程紛爭：例如：招標、審標及決標爭議事件；

<sup>33</sup> 我國法律學術界對於 FIDIC 國際工程標準契約條款之介紹，均缺乏完整體系性之論點，除前揭古嘉諄及顏玉明之論文外，尚有古嘉諄（2006），〈爭議裁決委員會機制之研究〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析（二）》，頁 325-341，台北：元照；大陸之介紹及翻譯，則較為豐富，例如：張水汲、何伯森（2002），《FIDIC 新版合同條件導讀與解析》，北京：中國建築工業。

<sup>34</sup> 國內已有的具體建議，例如：王伯儉，前揭註 10，頁 289 以下；張志朋（2006），〈工程定型化契約條款之適用問題〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析（二）》，頁 41 以下，台北：元照。

<sup>35</sup> FIDIC 1999 年版之國際工程標準契約，其提供四種標準契約條款範本，分別針對簡要版條款（The Green Book），營建施工條款（The New Red Book），設計興建契約條款（The Silver Book）作不同設計，其進一步說明，得參閱顏玉明（2007），前揭註 32，頁 103 以下。

2. 契約內容紛爭：例如：契約漏項或計算錯誤等紛爭<sup>36</sup>；

3. 締約後履行契約所衍生之紛爭：例如：工程預算被議會刪除，居民抗爭致完工遲延等；或保固期間所生費用分擔或因物價指數上漲請求調整約款爭議等<sup>37</sup>事件。

以下就此三種紛爭類型，簡要說明如下：

### （一）締約前之工程紛爭

由於法治觀念之進步，一定規模以上之營繕工程，當事人通常均締結有書面契約，所以工程爭議案件，多以契約紛爭為主軸，包含契約內容之解釋，當事人真意之探求及契約之調整或修改...等。但是，隨著政府採購法及促參法等重要工程法律之公布施行，嚴格明確規定行政機關於締約前應遵循之「正當法律程序」(due Process of Law)，因此締約前之法律爭議案件，國內亦有逐漸增加之趨勢。此由政府採購程序中，異議及申訴案件不斷增多，得到證明<sup>38</sup>。此種在招商程序所發生之爭議，主要有：

- 對招標公告之爭議：例如有「綁規格或綁資格」<sup>39</sup>之圖利特定廠商之虞者；
- 對審議之爭議：例如：剔除不符形式資格或借牌、陪標、圍標之投標廠商；
- 對開標之爭議：例如：對開標日期之暫緩等；
- 對決標之爭議：例如：決標委員之資格或有應行迴避事由；決標分數與排序；剔除不合理之低標廠商、臨時取消採購等紛爭；

<sup>36</sup> 例如，陳自強，前揭註 15；王文字，前揭註 15。

<sup>37</sup> 相關論文，例如：池泰毅（2007），〈定作人拒絕辦理變更設計之解決途徑〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析（三）》，頁 41 以下，台北：元照；劉素吟（2007），〈物價指數調整約款與情事變更原則之關係〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析（三）》，頁 267 以下，台北：元照。

<sup>38</sup> 黃俊凱（2007），〈工程會 BOT 申訴審議之實務問題〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析（三）》，頁 131-132，台北：元照。

<sup>39</sup> 有關政府採購法中「綁資格」與「綁規格」之具體行為類型，得參閱陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜，前揭註 8，頁 80-82。

上述爭議案件，形形色色，不一而同，因此處理此等爭議之機關（即申訴會）的公正性、獨立性、專業性與迅速性，即扮演著極為重要之決定性因素。申言之，如果沒有有效率，低成本支出的爭議處理程序，即難以有效管控招商程序之諸多不法或不當情事。

## （二）契約內容紛爭

由於個別工程之特異性、必要彈性保留、重大性及複雜性、風險性無法事前預測等種種因素混雜下，當事人所締結之工程契約，在本質上不可能盡善盡美或完美無缺；相反的，契約內容之不完備性，毋寧是工程契約之本質實態<sup>40</sup>，而契約內容不完備所引起之爭議，主要可歸納下列各種類型<sup>41</sup>：

- 契約本文與附件文件之項目或計算不符；
- 數量與漏項爭議：總價承攬有無漏項問題？<sup>42</sup>
- 工期計算爭議（日曆天可否扣除不能施作日數？）<sup>43</sup>；
- 同等品之認定爭議；

<sup>40</sup> 相類似見解，併請參閱余文恭（2007），〈工程契約的正義從何而來？〉，《律師雜誌》，330期，頁22。

<sup>41</sup> 併請參閱廖銘洋（2007），前揭註30，頁62-65。

<sup>42</sup> 有關工程漏項認定問題及應由何人承擔之討論，國內文獻甚多，包含陳秋華（2004），〈漏項〉，古嘉諄、劉志鵬編，《工程法律實務研析（一）》，頁141以下，台北：元照；李家慶（1998），〈工程計價漏項之爭議〉，《營建知訊》，181期，頁61-63；張宏節、江苑臻（2003），〈公共工程總價承攬契約數量差異問題研究〉，《月旦法學雜誌》，103期，頁120等。

<sup>43</sup> 採日曆天為工期者，在理論上因為已斟酌不能工作之日期，所以本質上不能再行扣除情事變更或不可歸責於廠商（承攬人）事由之延遲工期，但在實務上工作天與日曆天已無結果上之太大差異，有關工期遲延（展延）之國內文獻甚多，包含有顏玉明（2006），〈營建工程契約進度及工期問題探討〉，《月旦法學雜誌》，129期，頁33以下；李惠貞（2006），〈展延工期增加費用相關問題〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析（二）》，頁149以下，台北：元照；陳俐宇（2006），〈逾期罰款〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析（二）》，頁187以下，台北：元照；呂純純（2004），〈公共工程逾期爭議之研究〉，國立政治大學法律研究所碩士論文；楊芳賢（2001），〈承攬人工作延遲：論民法第502條及503條解除契約規定之問題〉，《臺大法學論叢》，30卷1期，頁163以下。

- 有否契約明示或默示變更（擬制變更）爭議<sup>44</sup>；
- 得否適用情事變更原則，請求調整契約內容？<sup>45</sup>
- 驗收及保固條款效力範圍問題；
- 保證廠商應否概括承受原倒閉廠商之所有權利義務？
- 契約是否成立？重要之點的意思表示是否合致？
- 是否構成終止（解除）契約之事由？<sup>46</sup>
- 違約是否有歸責於一方當事人之事由？
- 工程契約是否受消費者保護法之適用？
- 工程契約外之第三人是否有國家賠償法適用餘地？<sup>47</sup>
- 職災風險由何方承擔始符契約法理？<sup>48</sup>

以上種種契約紛爭，乃形成實務上爭議案件之最大根源，法學上之研究成果也最為豐碩，只可惜絕大部份僅就私法契約（即承攬契約）為範圍論述及教學，並未對司法院釋字第 540 號解釋所創造出之公私兩階段理論<sup>49</sup>或行

<sup>44</sup> 「擬制變更」（constructive change）或譯成「實作變更」，係指定作人與承攬人雖未辦理契約變更，但因定作人之指示或單方命令，而承攬人同意依其指示施作者，與我國民法上之「默示變更」有頗多類似之處，其相關論文甚多，例如：鐘亦梅（2004），〈《工程契約變更與求償之研究》〉，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文；許世明（2005），〈《營建工程契約中變更設計之研究》〉，東吳大學法律研究所碩士論文；陳玉潔（2004），〈《工程契約變更之爭議問題》〉，國立政治大學法律研究所碩士論文；池泰毅，前揭註 37，頁 42-44。

<sup>45</sup> 參閱劉素吟，前揭註 37，頁 280 至 281。

<sup>46</sup> 終止工程契約與解除工程契約在概念區辨上，不僅非法律人十分困惑，連法律專業人僅能以抽象描述，凡工程之工作於特定期限內完成為契約要素者，當事人未於期限完成，致無法達成契約目的者，始得溯及效力解除契約，但是，工程契約是否有「解除情形」？實令人懷疑，併請參閱李惠貞（2007），〈《工程契約之終止》〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，〈《工程法律實務研析（三）》〉，頁 179 以下，台北：元照。

<sup>47</sup> 王雪娟（2007），〈《工程案件與國家賠償法之關係》〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，〈《工程法律實務研析（三）》〉，頁 155 以下，台北：元照。

<sup>48</sup> 劉志鵬（2007），〈《營造業如何管理勞務風險》〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，〈《工程法律實務研析（三）》〉，頁 339 以下，台北：元照。

<sup>49</sup> 司法院釋字第 540 號解釋文謂：「國家為達成行政上之任務，得選擇以公法上行為或私法上行為作為實施之手段。其因各該行為所生爭議之審理，屬於公法性質

政程序法第 135 條以下規定「行政契約」成立之可能性進行探究分析，實屬嚴重缺陷<sup>50</sup>，有待公法及私法學者，攜手合作，共同研究有關工程契約定性變更後（例如：促參投資契約目前被最高行政法院定性為行政契約），對契約相對人之影響，以及對於公共利益有何種保護機制？提供理論及實際運用結果之分析，才能有效因應法制面及司法審判見解變革所帶來的衝擊。

### （三）締約後履約所生爭議

締約後之履約爭議問題，例如：契約預算項目或金額受立法院刪除；施工期間居民抗爭或阻撓施工致工程進度落後；驗收（初驗與複驗）爭議；強制接管工程；委託營運期間發生終止契約情事...等，此等爭議與契約本身仍有密切關係，所以在理論上亦可歸屬於「契約上之紛爭」，不過從「時間序列」而論，當事人於工程契約締結當時，並未有紛爭，可能因為履約期間甚長（例如：BOT 契約之營運期間動輒有長達四、五十年以上者），客觀環境發生劇烈變化，致引發契約內潛在之不完整性（或無可預見性）或未約定之內容。所以也可以從邏輯上將此種紛爭類型獨立觀察。此種獨立類型之區別實益在於：對於履約或興建期間較長之工程契約，必須在契約中另設保留雙方當事人另行談判協商之明文機制，而毋庸在契約之完備性（完美性）上作太多的預設及努力，因為「人算不如天算」，所以屬於此種類型之工程紛爭，不宜以「契約形式文義」為紛爭解決的唯一標準；相反的，透過尊重當事人新協商的意見表示（協議），或是由紛爭解決機關及法院，經由「情事變更原則」之規定，或「約定內容顯失公平」（民法第 247 條之 1）而單方

---

者歸行政法院，私法性質者歸普通法院。惟立法機關亦得依職權衡酌事件之性質，既有訴訟制度之功能及公益之考量，就審判權歸屬或解決紛爭程序另為適當之設計。此種情形一經定為法律，即有拘束全國機關及人民之效力，各級審判機關自亦有遵循之義務。」見司法院大法官書記處編纂（2002），《司法院大法官解釋續編（十五）》，頁 170 以下，台北：司法院。德國有關兩階段理論之精要評析，得參見 Ehlers, in Erichsen/ Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2006, § 3 Rdnr. 37ff.(40)

<sup>50</sup> 國內有關行政契約的詳細深入討論，得參閱林明鏞（2006），《行政契約法研究》，台北：翰蘆。



調整契約內容，或填補契約內容時，應得到較為寬鬆之限制，至於契約內容紛爭，原則上若無法探知當事人真意時，由紛爭解決機關主動單方調整或取代當事人約定時，即應嚴格遵守「審慎」及「例外」原則，以免嚴重破壞「私法自治」的基本精神。

綜上所述，工程紛爭類型，依時間序列，雖可分成締約前、契約本身及締約後三個階段之不同類型，但是，法學研究者最大的任務，乃是分析出紛爭產生之原因，以及其未來有效之預防措施。在締約前之紛爭原因主要係行政機關未遵守「程序正義」或未能提供揭露「充分資訊」，使得廠商有不平之鳴；在契約本身及履約過程的紛爭，其原因主要可以歸納為契約內容過度不完整，契約內容不公平（例如：契約疑義之最後解釋權由定作人，即業主獨享；濫用免責條款）與契約基本事實之重大變遷（例如：原物料價格大漲），此種原因，即無法在契約內事先完全予以排除，因此保留雙方嗣後平等協商之空間與機制，恐怕是唯一的未來預防紛爭之道。

#### 四、紛爭之法律關係

如前圖一及圖二所示，工程法律關係主體十分龐雜，故其法律關係亦呈現多面現象，不論是以行政機關為主軸，或是以建築投資公司為主軸，均可呈現我國法律關係的雙面性特徵：即工程法律關係同時存在私法關係及公法關係，彼此雖然互相獨立，但又密切交融，例如：興建過程的鄰損事件，表面看是一個私法上典型的侵權行為（民法第 184 條以下規定），但建築法（公法）上卻又設置有公權力得介入之調處機制，兩者互相作用，藉以達成「工程順利進行」且「受損鄰人得到適當補（賠）償」之雙重公益目標<sup>51</sup>。隨著國家角色的轉變，由全能政府變成為瘦身國家，此種公法關係會不會繼續擴張其範圍？入侵傳統私法自治之固有領域，混淆國家與社會兩分的界限？值得我們密切關注，以下分就私法關係與公法關係在工程法學上之特

<sup>51</sup> 併請參閱黃世芳（2006），〈建築施工鄰損事件之責任界定與處理模式〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析（二）》，頁 207 以下（尤其是頁 215 以下），台北：元照。

殊現象，說明如下：

### （一）私法關係

如前所述營建工程的核心為私法契約關係，在事事講理及法治的社會中，私法契約便成為私人間權利義務關係的基本文件，私法契約固包含有書面（形式）與非書面者，但因為營建工程之金額大，工期長，工作項目複雜，涉及主體亦多，所以在法制上是否宜立法強制工程契約均應以書面為之，以排除不要式契約之諾成契約，減少舉證困難並提高紛爭預防的功能，實有再行斟酌立法之必要，至於是否應經律師認證或公證，亦屬未來立法可供考量之方向。

其次，工程契約在民法債編各論中，雖得適用承攬契約之規定，但工程之種種特殊性，若適用於通常一般勞務提供型及傳統承攬契約，常會有格格不入之情形，因此，是否於民法契約章中，增訂「工程契約」一章，有別於一般「承攬契約」之規定。雖然工程契約當事人仍得以合意排除民法規定之適用，但是，合適工程契約之任意規定，仍具有相當教育引導功能，甚至於可以進而改變行政機關所定之「契約要項」，使定作人與承攬工程人，處於較平等的法律地位，來共同營造台灣互信的工程基礎。

再者，私法上之法律關係雖以「私法自治」為基軸，但是，在私法（尤其是民法）規範中，並未排除「強行規定」之設置，藉以保障「交易安全」或確保法律關係當事人之「交易平等」秩序，在工程法律關係中，尤須對風險轉嫁之不合理的約定或免責條款之極度濫用，民法得作更細緻之規定，使得優勢地位之當事人不得以約定排除該等強行規定，例如：在風險分配原則，民法即得明定：「風險應分配於立於掌控風險地位之人」，「風險分配不宜由無能力承擔結果之人負擔」<sup>52</sup>，此種強行性規定，因為得明定於「工程契約章」中且列為強行規定，不容以契約合意加以排除，可以大量減少的工程不合理約款或者定型化契約條款之濫用。

最後，私法關係的舉證責任分配，程序有效進行及紛爭快速解決機制，

<sup>52</sup> 參閱顏玉明，前揭註 32，頁 128。



亦均應配套明訂，在「效率」「專業」「公平」的指導下，設計出一套合理之程序規範，以茲配合，亦屬刻不容緩。例如工程紛爭之舉證責任分配，得部份轉嫁於特定人（即業主），應負擔協力行為與協力義務之明確化；紛爭程序一律先進行調處或申訴程序，以避免訴訟程序之冗長及耗費過多社會成本；訴訟程序採取由當事人聲請之參審制，容許非專業法官充當工程案件之陪席法官，期能作出「專業」「公平」之判決...等等，均屬未來規範民事法律關係，有效解決工程紛爭之必要核心配套措施；如果不以立法或修法解決或預防紛爭，徒單純認為由行政權（尤其是更改工程契約要項）或司法權（尤其個案審判結果的妥適性）之運作，即可迎刃而解的想法，恐怕不僅昧於台灣現存的工程實況外，亦可能過度高估行政機關與司法機關預防或解決工程紛爭之能力。

## （二）公法關係

在目前司法二元的客觀環境下（參閱憲法第 77 條規定）<sup>53</sup>，即私法關係由普通法院審理，公法關係由行政法院審判的二元系統分殊下，對於公法關係的形成、變更或消滅，亦不容小覷，因為工程紛爭，依目前我國法律制度之設計，公權力機關或公權力措施始終如影隨形，伴隨著工程法律關係之形成、變更或消滅。最典型的例證即為政府採購法及促參法的設計，公權力之介入使得原本單純之私經濟關係（即國庫行政行為），因為公共利益或公共建設之特殊國庫考量，而形成公法關係具舉足輕重的地位，例如：促參法及政府採購之甄審程序，從程序之開動（公開招標或由民間開始進行工程規劃設計）到選出最優先議約廠商，均有公權力之不斷介入，最優先議約廠商（或落選廠商）對於此等公權力行為，除得依促參法或政府採購法之規定，提起異議申訴外，並得繼續提起訴願或行政訴訟，請求行政法院加以審理，而行政法院之合法性審查，透過判決之宣示（例如：高速公路之 ETC 判決）<sup>54</sup>，

<sup>53</sup> 有關憲法第 77 條規定，是否即明示司法應採二元制（或多元審判制）？國內學說固有爭議，但前揭司法院釋字第 540 號解釋，已間接肯認司法二元制之合憲性。

<sup>54</sup> 請參閱台北高等行政法院 94 年訴字第 752 號判決；最高行政法院 95 年判字第 1239

進而影響或推翻已確定之私法關係，可以明確見到：在我國法律關係中，公法關係不僅影響到私法關係，而且亦可推翻已確定之私法關係。因此，在充滿公權力機關監督下之工程營建關係，其中有一大部份係屬公法關係，例如：建築監督關係，政府採購關係（至簽訂採購契約前）；都市更新，都市開發及技師，建築師，營造業，工程技術顧問公司管理關係...等均有大部份屬於公權力色彩之法律關係，因為行政機關得透過個別部門公法之「授權」，以公權力措施（含合意或行政契約之方式）去發生、變更或消滅公法及私法關係，所以在使用公部門預算的營建工程法律關係，可以說公法關係已成為最主要的核心關係，並不為過，再加上公共建設，佔我國工程營造有不低之比例，因此益凸顯出公法關係的重要性。

公法上之法律關係，其重大特徵在於當事人之不對等性及公共利益之考量扮演絕對性之角色；公法上之法律關係具有相當之快速變動性及多面性特徵；此外公法上之法律關係為避免法律關係之不穩定性，所以有「依法行政」或「法律保留原則」之適用，結果造成行政裁量之萎縮以及工程彈性之減少，此種「防弊」重於「興利」的價值抉擇，在目前國民不信賴行政官僚的廉潔的前提下，短期間之內，似不易有所大幅更動。公法之法律關係與私法法律關係，如何在雙階法律關係下，和諧共處而不生矛盾齟齬，不僅考驗著立法者，司法者及行政權，更考驗著法律學界及工程學界的智慧，因為這種雙階段法律關係之設計，本質上已存在指導價值之不一致性即依法行政與私法自治的兩種基本價值，所以乃屬恆久以來的人類制度及智慧的挑戰。

### （三）兩階段法律關係

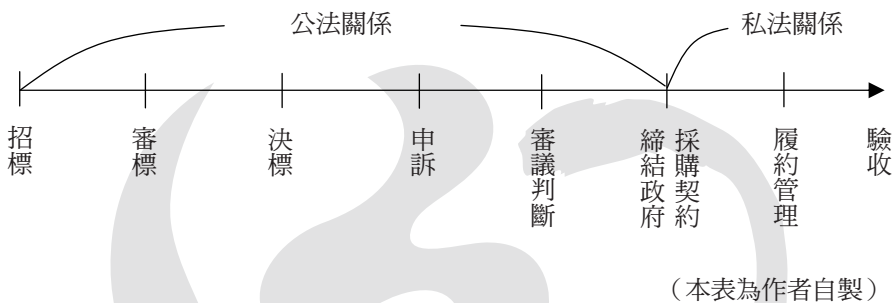
依政府採購法第 83 條規定：「審議判斷，視同訴願決定。」另促參法第 47 條第 1 項亦規定：「參與公共建設之申請人與主辦機關於申請及審核程序之爭議，其異議及申訴，準用政府採購法處理招標、審標或決標爭議之規定。」再加上學理及實務上目前均認為政府採購契約為民事契約<sup>55</sup>，所以在政府採

---

號判決，關於 ETC 判決之評析，請參見林明鏘，前揭註 12，頁 229 以下之整理。

<sup>55</sup> 最高法院 91 年台上字第 2220 號判決。92 年台上字第 785 號判決等參照。

購過程中，即發生所謂「雙階段法律關係」(Zwei-Stufen-Rechtsverhältnis)，申言之，在招標至決標及申訴審議程序，均屬公法關係，但是，締結契約以後（含履約管理、驗收等階段）則屬私法關係，同一件政府採購事件，兼有公法、私法之法律關係，得以下表簡圖示之：



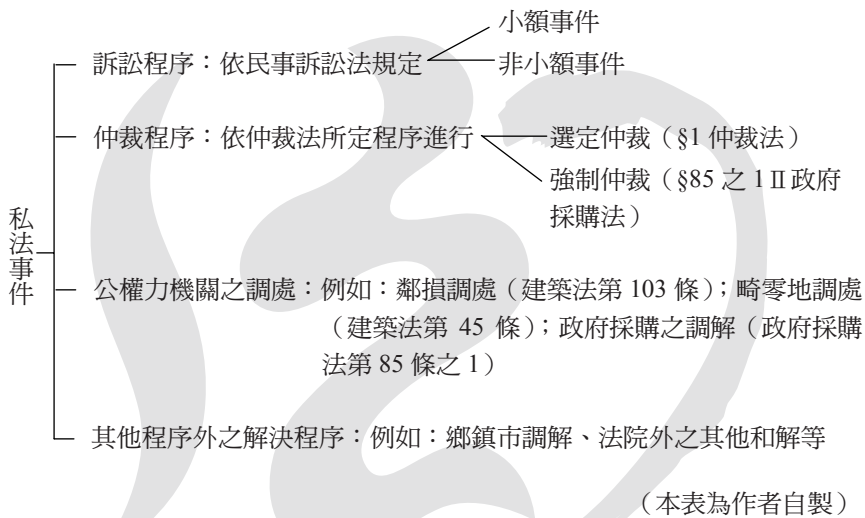
〔圖六〕政府採購兩階段法律關係

但是，在促參法上之「投資契約」(第 12 條第 1 項規定參照)卻被最高行政法院定性為行政契約，相類似公共工程之興辦，只因為法律規定之不同，致其契約性質亦有不同之定性，是否妥適？容有通盤檢討之必要！依本文所見，由於政府採購程序及促參程序，立法者均有意將其程序分成雙階段處理，但其程序不論依其涉及之公共利益或適用主體而論均屬公法關係，加上「行政契約」已於行政程序法中加以明訂，所以從整體法律關係判斷，似應均定性此兩階段為公法關係，即行政處分＋行政契約關係，始不致於發生同一程序之法律紛爭，只因程序階段前後不同，而須分由不同法院審理之怪異現象；相反的，如果能將政府採購契約，亦比照促參法上之投資契約定性，均認定其係屬行政契約，而由行政法院審理其紛爭，不僅理論一貫，而且有助於利用行政契約之法理規定，有效解決公法契約之紛爭<sup>56</sup>。

<sup>56</sup> 林明鏘 (2006)，〈促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析〉，《營建法學研究》，臺大法學叢書 158，頁 113 以下（尤其是頁 122 以下至 124），台北：元照。

## 五、紛爭之法律程序

如前所述，工程法律關係有私法關係、公法關係及公私混合法律關係，因此，工程爭議亦呈現多樣化及多軌救濟型態，首先，就私法關係爭議而言，其爭訟途徑得以下表呈現之：



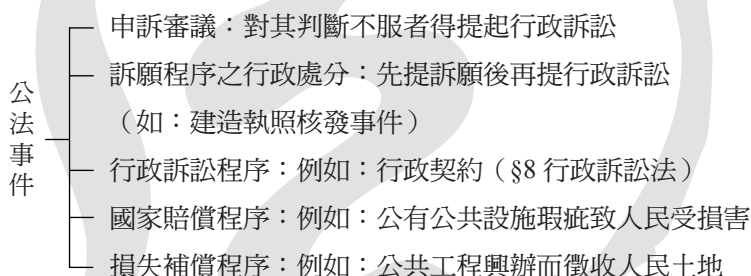
〔圖七〕工程私法紛爭之爭訟途徑

私法紛爭之爭訟途徑，目前又以訴訟途徑為大宗，該程序不僅耗費當事人之時間、費用、勞力，而且因為程序相當冗長，對於營建工程之廠商及業者而言，乃是一種相當大之交易風險。至於當事人依工程契約條款所約定之仲裁或因政府採購法第 85 條之 1 第 2 項之強制仲裁條款<sup>57</sup>，雖有快速解決

<sup>57</sup> 政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定：「前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」可知，凡廠商申請調解，卻因故未能達成協議時，廠商向仲裁機構聲請仲裁時，則機關即不得拒絕仲裁。此種「強迫仲裁」之規定，乃當時立法院受營造業者遊說及外國廠商（商會）之壓力而於

紛爭之優點（目前約 6-8 個月即可作成仲裁判斷），但是，行政機關對仲裁制度之公正性、舉証責任分配原則等，並無全盤之信賴，所以目前仲裁案件所佔工程紛爭解決之比例並不太高；至於公權力機關之工程紛爭調處，原則上亦無強制效力，所以當事人一方若不願接受調處方案或建議時，該等程序即無法有效解決紛爭，因此，私法紛爭目前仍以訴訟途徑為大宗時，如何有效且公平快速處理工程紛爭案件，在程序上作如何加速之措施，都是值得司法制度加以檢討者。

就公法關係之爭議途徑，目前亦呈現多元複雜之管道，其體系，得以下圖表簡述之：



〔圖八〕工程公法紛爭之爭訟途徑

由於公法關係之爭訟途徑，因公法關係基礎事由之不同，而會產生種種不同之法定程序，如果再加上私法關係爭訟與公法關係爭訟，程序得各自獨立進行，互不影響或相互牽制的影響，所以縱使是一件單純的公共建設，就有可能發生數次之法律紛爭，例如：公共工程委員會自民國 88 年 5 月 27

---

民國 96 年所增訂者，該規定除因適用要件不明確外，是否有違反憲法第 16 條及第 23 條比例原則等之規定？均有待深究。併請參見張嘉真、吳典倫（2008），〈政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂為「先調後仲」之強制仲裁對公共工程合約之影響分析及因應建議〉，《萬國法律》，157 期，頁 40-48。

日至民國 95 年 5 月 31 日，即有 7304 件爭議案件<sup>58</sup>，可以見微知著，公法關係及私法關係之工程爭議事件，其重疊、多元解決途徑之複雜性，此種複雜性，雖肇始於憲法上保障人民訴願及訴訟之基本人權，但是，在法制度的設計上，如何避免產生公法關係與私法關係的混合程序或理論，加強工程仲裁的功能及範圍，或擴大工程法律關係當事人互相協商及談判之空間，或許可以適度解決目前台灣工程紛爭程序氾濫的惡化局面，使得「工程獲利須靠訴訟索賠」的不正常現象<sup>59</sup>，加以制度性合理修正的不二法門。

## 參、臺大小巨蛋判決所引發之工程法律問題： 以台北地院 92 年重訴字第 556 號、台灣高等法院 93 年重上字第 498 號判決為中心

### 一、楔子

按每件營造工程雖然事實背景極不相同，而且紛爭發生之原因差異亦大，但是我們仍得依據本文前揭貳的理論分析架構，逐一檢討每件紛爭發生原因、爭點及法院判決之見解是否允當，工程師對此問題與法律人見解有何歧見等問起，以作為未來預防或避免此種工程糾紛再次發生的前車之鑑，並做為工程與法律整合的試金石。

此外，本文所以選擇臺大小巨蛋判決的主要原因為：第一：這是一個典型的營繕工程紛爭，標的金額不大不小，大約新台幣 10 億元；第二：本件判決發生於國立臺灣大學與承包廠商間，形成是一種公部門與私人承包商間的法律紛爭；第三：臺大小巨蛋工程既非依政府採購法進行公開招標之案件，亦非依據促參法而進行之公私協力施造，因此，其如何選擇適用法律規範，即頗有討論餘地，第四：在臺大土木系或法律系之授課，選擇臺大校園

<sup>58</sup> 其中申訴案件 3284 件(44.9%)，調解案件 3999 件(55.8%)，促參案件 21 件(0.3%)。

<sup>59</sup> 王伯儉，前揭註 10，頁 244（業主處理工程糾紛索賠的要領為何？）。



內發生之真實工程紛爭案例，學生得以有貼切具體的印象及概念，在具體教學研究上是一件難能可貴的臨床實習事件，經與學生討論後其教學成效反映亦頗良好。

## 二、臺大小巨蛋判決之事實及爭點

### （一）事實<sup>60</sup>

國立臺灣大學於民國 83 年 7 月 15 日，經由公開招標程序後，與出價最低價之金豐營造公司締結興建臺大綜合體育館之契約（即小巨蛋），決標金額為 9 億 1 千 2 百萬餘元，迄民國 90 年 11 月 26 日驗收完畢，結算工程金額為 9 億 2 千 2 百 81 萬餘元，於工程尾款支付並結算完成後，金豐營造公司以臺大為被告，向台北地方法院起訴主張增加給付工程款 2 億，主要請求項目略為：

1. 其實作數量逾契約所定數量 10% 以上，要求臺大增加給付 5424 萬餘元；
2. 因設計變更請求追加工程項目金額 6567 萬餘元；
3. 遲延開工，停工及驗收之待工待料損失約 7248 萬元，依民法第 229 條規定，請求臺大賠償。

台北地方法院於民國 93 年 8 月 20 日，以 92 年重訴字第 556 號判決，主文命臺大應給付金豐營造公司 6712 萬餘元。臺大不服，提起二審上訴，金豐公司不服該一審判決，亦提起上訴，經台灣高等法院 96 年 4 月 24 日，以 93 年重上字第 498 號判決，雖撤銷台北地院前揭部份判決內容，但仍判臺大應再給付金豐公司 8420 萬元，總計應給付金豐公司共計 1 億 5132 萬餘元，對於台灣高等法院前揭判決，臺大及金豐營造公司均不服，業已提起第三審上訴，刻由最高法院審理中。

---

<sup>60</sup> 基於教學研究之需要，本件事實及爭點整理乃從台北地方法院 92 年重訴字第 556 號判決及台灣高等法院 93 年重上字第 498 號判決所確定之事實及爭議中，大幅加以簡化減少，以使討論焦點更得以明顯凸出，合先敘明。



## （二）爭點

臺大前揭小巨蛋判決中，所涉及之法律爭點固有多端，但主要者，得再精簡整理如下：

1. 本件工程於締約時，政府採購法尚未公布施行，但於完工驗收時，政府採購法業已公布施行，則本件之契約紛爭是否仍有政府採購法及其相關子法<sup>61</sup>適用之餘地？

2. 本件原告金豐公司三個主要聲明之請求權基礎為何？是否有罹於時效問題？

3. 臺大委託之設計建築師沈祖海於變更設計書圖簽證之後，是否即表示臺大同意變更設計？是否有擬制變更原則之適用餘地？

4. 本件投標須知第 5 條規定：承攬人應詳細勘查，不得請求增減給付，第 26 條復明定，根據公告說明亦視為契約之一部份，此種完全「不得請求增減給付」之約定是否顯失公平而無效？

5. 臺大承諾因變更設計（屋頂部份），同意增加「施工費用」之給付，而「材料部份」之費用增加，是否排除於「施工費用」（僅約 149 萬）範圍之外？或依文義當然須包含在內？

6. 投標須知第 26 條中已明定，開工期日以取得台北市之建造執照後始行起算，因此契約已將何時開工之風險（含是否遲延）全部轉嫁由承攬人負責，承攬人於締約當時並無異議，此種風險全部轉嫁由承攬人負擔之條款，是否亦「顯失公平」？

7. 因辦理變更設計期間之停工損失，應由何人負擔？得否以民法第 229 條規定，作為停工損害賠償之請求權基礎？

8. 原物料上漲時，承攬人得否主張民法第 227 條之情事變更原則，主張臺大應補償其物價上漲之差價？臺大抗辯於續約時，承攬人已有 6% 的物價上漲預估額，所以應不得再行主張補差價？以及情事變更原則之請求權時

---

<sup>61</sup> 政府採購法之相關子法共有 45 種之多，得參閱行政院公共工程委員會編印（2001），《政府採購履約爭議處理案例彙編（一）》，台北：行政院公共工程委員會。

效為何？

以上八個主要爭點，其實均環繞著一個主要衝突焦點：若契約（含招標公告及其他相關文件）已明定雙方之權利義務時，契約一造當事人若再行反覆主張情事變更原則或衡平原則（因原契約規定顯失公平），在何種限度內，法院得推翻或利用探求契約當事人真意之藉口，去補充填補當事人權利義務之漏洞部分？以下，乃循本文貳之架構，逐一分析臺大小巨蛋判決中，各級法院之見解及其妥當性：

### 三、法律規範

本件雙方爭執之首要爭點在於，工程契約締結時，尚無政府採購法，但於工程驗收時，政府採購法業已公布生效，此時，有關契約紛爭，得否「追溯」「適用」政府採購法之相關規定？台北地院與台灣高等法院判決則有完全相反之見解：

台北地方法院 92 年重訴字第 556 號判決認為：「系爭工程係於八十三年七月十五日決標，而政府採購法係於八十八年五月二十七日公布施行，依法律不溯既往原則，系爭工程自無政府採購法及依政府採購法第六十三條第一項制定之採購契約要項之適用」。又公共工程委員會八十八年五月二十八日發布之「機關辦理採購跨越八十八年五月二十七日『政府採購法』之適用一覽表」第一項雖規定政府採購法施行前決標、施行後完工者，其履約管理、驗收、異議申訴等均適用政府採購法，然而前開函釋僅為行政機關所為之命令，並非法律之層次，本院自不受拘束。（退一步說）……因此，倘機關未將之訂明於契約，該採購契約要項之規定即無從拘束契約之當事人。」

台灣高等法院 93 年度重上字第 498 號判決則相反地認為：「系爭工程雖於八十三年七月十五日即已決標，而政府採購法於八十八年五月二十七日方始公布施行，但因公共工程委員會八十八年五月二十八日發布之「機關辦理採購跨越八十八年五月二十七日『政府採購法』之適用一覽表」第一項明確規定：『政府採購法施行前決標、施行後完工者，其履約管理、驗收、異議申訴等均適用政府採購法』而溯及既往。且公共工程委員會亦係根據政府採購

法第四章履約管理中第六十三條第一項：『各類採購契約之要項，由主管機關依據民法之誠信原則及參考國際及國內慣例定之』之規定，認定『採購契約要項』，是以本件工程之履約管理爭議，依政府公共工程之主管機關規定，應適用政府採購法及採購契約要項之規定，應堪認定。」「……被上訴人（指臺大）及其主管機關教育部均已承認兩造履約爭議，不僅應有政府採購法及採購契約要項之適用，被上訴人更已書面同意並驗收在卷，原判決就此消極不適用政府採購法及其施行細則之見解，顯有違誤。」

依本文所見，台灣高等法院前述判決之結論洵屬正確，但其判決理由並不充分，蓋其首先未引用司法院釋字第 137 號及 216 號解釋<sup>62</sup>文中所指「法官於審判案件時，對於各機關就其職掌所做有關法規釋示之行政命令，因未可逕行排斥而不同，但仍須根據法律表示其合法適當之見解。」「法官依據法律獨立審判，憲法第 80 條載有明文。各機關依其職掌就有關法規為釋示之行政命令，法官於審判案件時，固可予以援用，但仍得依據法律，表示適當之不同見解，並不受其拘束，本院釋字第 137 號解釋即係本此意旨。」從而，若台北地方法院認行政院公共工程委員會於民國 88 年 5 月 28 日發布之「機關辦理採購跨越八十八年五月二十七日政府採購法之適用一覽表」，不得拘束法院，則必須表明該行政規則有何違法之處，並表示其不同見解後，始得排斥而不用，不得僅以其非屬「法律」，即可逕行排斥而不用。再者，台北地院認為締約於政府採購法公布施行前，但尚未驗收之案件，若適用其後生效之政府採購法，即有違法律不溯及既往之原則，此一見解，亦有商榷之餘地，蓋所謂「法律不溯及既往原則」係指新公布施行之法律，除非有明文規定外，不得追溯適用於已確定之事實或法律關係上；若事實或法律關係並未確定，而係持續進行中者，新法自得加以限制，在學理上稱之為「不真正溯及既往」(unechte Rückwirkung)<sup>63</sup>。本小巨蛋興建案，並未驗收完成前，

<sup>62</sup> 司法院釋字第 137 號解釋文及理由書，請參閱司法院大法官書記處處編纂（1984），《司法院大法官會議解釋續編》，頁 365 以下，台北：司法院；司法院釋字第 216 號解釋文及理由書，請參閱司法院大法官書記處處編纂（1988），《司法院大法官會議解釋續編（三）》，頁 196 以下，台北：司法院。

<sup>63</sup> 有關「不真正溯及既往」名詞之選用，以及理論之變遷，得參閱 BVerfGE 30,367,386

其法律關係及事實均未因締結契約即告確定，所以台北地院於判決中認為「有違法律不溯既往原則」，即有誤解。可惜台灣高等法院均未於上訴判決中，揭櫫此二個淺顯理由，卻以「被上訴人及其主管機關均已承認有政府採購法之適用」為理由，而認台北地院判決顯有違誤之論證理由，亦屬不當，因為法律之適用與否，為法官得依職權判斷之權限，與當事人是否同意適用該法律，並無關連。此外高等法院將前揭之「適用一覽表」誤認係政府採購法之「施行細則」，依行政程序法第 159 條規定，係屬明顯錯誤，正確而言，應係屬「行政規則」始為允當。

此外，台灣高等法院於判決理由中有一段令人矚目的說詞謂：「總價決標工程採契約所附廠商投標用之數量清單，其數量確實只是『估計數』，不應視為廠商完成履約所須供應或施作之實際數量，國內外歷來公共工程慣例都是如此。」因此從其判決文義觀察，本件判決所適用之法律規範尚包含有「國內外公共工程慣例」，可是縱觀全文判決，均未見其說明慣例源自何處？國外慣例是否源自 FIDIC 或政府採購協定？判決完全不附理由，即屬判決理由不備，當然具上訴第三審之法定事由（參閱民事訴訟法第 469 條第 6 款規定）<sup>64</sup>，即判決當然違法。

綜上所述，臺大小巨蛋案件，除因締結私法上之承攬契約，而有民法適用之餘地外，尚有政府採購法及其相關子法（例如：契約要項規定之適用餘地）等公法之適用，不僅有國內法之引用，亦有「國際工程慣例」之補充，只是因為判決「不備理由」，致無從清楚明晰瞭解；此一國際工程慣例之法源及是否曾給予當事人辯論之機會？就非法律人而言（尤其工程師），可能會認為政府採購法之追溯適用，實無從理解：其為何沒有違反法律不溯既往原則？因為工程界沒有「繼續性事實」及「不真正溯及」的基本法律概念，連台北地院法官均有誤會，況且是法律的門外漢呢？此外「國內外工程慣例」或經驗法則，如何需要「舉證以實其說」？工程師亦恐難以理解；因為此種

引自 Ossenbühl, in Erichsen; Allgemeines Verwaltungsrecht, 10 Aufl. 1995 §8 Rdnr.6.

<sup>64</sup> 邱聯恭講述、許士宦整理（2007），《口述民事訴訟法講義（三）》，頁 152-154，台北：自刊，有關待證本項中「法規」及「經驗法則」之說明。

「自明之理」，為何仍須要舉證證明其存在？本件法律適用及舉證問題，是否會引起工程師誤認，此乃吹毛求疵！則有待未來之雙向溝通及深入對話，始能稍微弭平雙方歧見鴻溝。

#### 四、紛爭類型

臺大小巨蛋新建工程所引發之紛爭類型，應屬契約內容不完備及履約時，因數次變更設計所生之混合型爭議事件，此類型乃係目前政府採購爭議案例中之最大宗者<sup>65</sup>，而契約當事人，即臺大與金豐公司在訴訟上之攻擊防禦，亦集中於此，經由第一審及第二審法院之整理並簡化爭點後，仍可對下述契約爭點，重複進行討論，並藉以分析各審法院見解之妥當性及合法性。

##### （一）契約內容未明確者，得否以「契約要項」加以補充？

按私法自治原則乃建立尊重當事人合意所形成之法律關係為基礎，而私法契約合意即屬最典型之私法自治成果，因此，若認為「政府採購契約」屬於私法契約，則其契約約款中有內容不明確者，或甚至於合意悖離中央主管行政機關所定頒、適用於所有公共工程之「採購契約要項」（政府採購法第63條第2項授權訂定之法規命令及行政規則）<sup>66</sup>時，普通法院應如何看待「採購契約要項」之效力？認其乃具有「強行規定」效力之法規而直接適用？或應認其屬「任意規定」，所以當事人若有意明文加以排除時，仍屬有效？關於此一爭議，台北地院見解與台灣高等法院見解完全相反，但其判決理由均未具說服力。

台北地院於判決理由中認為：「依採購契約要項第一條規定，可知該要項僅係作為機關訂定各類採購契約之參考（作者按：即僅為任意規定）」，機

<sup>65</sup> 併請參閱行政院公共工程委員會編印，前揭註61。

<sup>66</sup> 行政程序法第150條之法規命令乃以授權之有無為判斷基準，同法第159條之行政規則乃以行政命令之對內（機關）或對外（人民）而作區分，因此，「採購契約要項」可以既是法規命令（有授權），同時又屬於對內之行政規則，併請參閱蔡茂寅、李建良、林明鏞、周志宏（2006），《行政程序法實用》，3版，頁365以下，台北：新學林。



關得依採購特性及實際需要擇訂於契約。因此，倘機關未將之訂明於契約，該採購契約要項之規定即無從約束契約之當事人。」以私法契約所建立之私法自治觀點去詮釋政府採購契約，所以得出之「當然」不適用的邏輯結果。

可是，台灣高等法院於判決理由中卻相反地認為：「採購契約要項第一項及第二項前段固規定，本要項『以作為機關訂定各類採購契約之參考』，『本要項內容，機關得依採購之特性及實際需要擇訂於契約』，但其第二項但書則亦同時規定：『本要項敘明應於契約內訂明者，應予納入。』故該要項第二十二條，第三十三條，第二十五條第一項，第三十九條及第七十條暨已明定『契約所定事項如有違反法令或無法執行之部分，該部分無效』...，同時本案應有政府採購契約要項第三十二條等規定之適用，亦堪認定。」

準此，高院判決似認為「採購契約要項」之全部規定，均屬強行規定，若契約中未予明列，或合意內容與「契約要項」規定不合者，均屬無效，故應由「契約要項」之內容，當然取代當事人原約定內容。

高等法院之上述見解，頗有再行斟酌之餘地，因為：第一：「契約要項」第 1 項及第 2 項已經明文宣示其位階及定性，即原則上應規定於具體個別政府採購契約內，至於約定內容與契約要項悖離者，除非「契約要項」有明文宣示其具有強行規定效力外（即原約定無效），均應屬任意規定，始能保全私法契約之私法自治空間。第二：契約要項第 32 項並無明文宣示其為「強行規定」（即無效文字），高院卻張冠李戴，套用其他強行規定之效力，類推到第 32 項上，顯屬判決當然違背法令，自不待言。否則即與最高法院一向認工程契約仍有磋商機會，承包商可調整報價及選擇不締約之空間，故應無定型化契約適用之問題（參見最高法院 91 年台上字第 2220 號及 92 年台上字第 785 號判決參照），豈非自相矛盾？蓋若認契約要項規定，均屬強行規定，且可取代契約當事人之合意內容，則其「磋商機會」何在呢？

綜上所述，「契約要項」既然屬私法契約定性下之「建議內容」，除非其明文宣示，該要項屬「強行規定」，即違反其內容者均屬無效之明文（即僅止於無效，而非當然替代之）外，其他要項，似均宜認其屬任意性規定，政府採購契約內容，得排斥而不用，否則政府採購契約會因全部或重要內容均



已事前確定，而被定性為「定型化契約」，或甚至於被定性為與公共利益有重大關連之「行政契約」矣，蓋行政契約條款，本質上均屬行政法令之具體化、契約化而已<sup>67</sup>。此外，地院及高院判決均未說明：如何判斷「採購契約要項」中，何者為強行規定？何者為任意規定之標準？且未精確逐項分析系爭之契約要項內容，究屬強行規定或任意規定，而竟使用體系「類推適用」的法學方法，不精確且不附標準及理由的通盤作「全有」或「全無」的認定，亦有重大疏漏。蓋從文義解釋出發，「採購契約要項」內容絕非全部均屬強行規定，亦非全部均屬任意規定，而係應逐項判斷，不可一概而論，但若認屬於「強行規定」者，宜從嚴認定，以保障政府採購契約雙方當事人之磋商機會與談判空間。

對於此一爭點，工程師最難以理解者為：如何區辨法律上之「強行規定」與「任意規定」？以及契約內容牴觸強行規定時之法律效果究竟僅是「原約定無效」？或是「原約定無效，且須以該強行規定替補原約定內容？」此一細微差異，影響臺大小巨蛋判決之認定，即實作數量較契約所定數量增加超過 10% 以上之工程款請求，5424 萬元是否合理正當之爭點。一個細小概念之差別，卻有 5424 萬元「全有」或「全無」之重大歧異結果，實令人不得小覷概念差異之釐清。此外，對於法院得以強行規定取代當事人契約約定條款，非法律人亦難以理解：法院的權利源自何處？正當性又何在？法院得否不附任何理由即認定該行政規則為強行規定？

## （二）契約內容是否有顯失公平者？

按民法第 227 條之 2 第 1 項規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。」而在工程契約中，屢有當事人因原物料價格上漲，而主張（聲請）法院應增加其給付者，本件小巨蛋案，金豐營造亦不例外地主張應有民法第 227 條之 2 第 1 項規定之適用。

<sup>67</sup> 林明鏘（2006），〈全民健保特約醫事合約問題之研究〉，《行政契約法研究》，臺大法學叢書 155，頁 193-196，台北：翰蘆。

台北地方法院於前揭判決中認為：「...因情事變更為增加給付之判決，非全以物價變動為根據，並應依客觀之公平標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，以定其增加給付之適當數額。...如前所述，系爭工程於八十三年七月十五日開標，但遲至八十四年七月二十七日始開工，待工期間長達三百七十七天，且施工期間經歷日本阪神大地震，因而造成原物料上漲，此乃非兩造簽定系爭工程合約時所得預料，倘依其原契約所載效果履行將顯失公平。...再者，依投標須知第二十一條規定：『工程進行期間，如遇物價波動時，依合約相關年度之中央政府總預算執行條例規定辦理。』而中華民國八十三年度中央政府總預算執行條例第十二條已規定，各機關歲出預算中，關於營繕工程經費之執行，應按行政院主計處公布之『台灣地區營造工程物價指數』之總指數漲幅超過百分之六時，經驗估後，得就其超過部分調整之。揆諸前開規定已含有情事變更原則之意旨，因此原告就系爭工程之原物料上漲部分依情事變更原則請求被告增加給付，自可參酌前開規定辦理。」從而准許原告增加共計 4436 萬元之工程款。

台灣高等法院前揭判決，除肯定台北地院上述判決有情事變更原則適用之理由外，並更進一步認為：「本院應不受兩造契約之拘束，而應以客觀之公平標準，審酌一方因情事變更所受之損失，他方因情事變更所得之利益，及其他實際情形，基於誠實信用原則調整，以定其增加給付之適當數額，方符公平正義。」從而亦准予上訴人金豐營造 4608 萬之增加給付金額。

按民法第 227 條之 2 所定之「情事變更原則」，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物價波動；
3. 依其原有效果顯失公平：指達經濟不能或已達犧牲之極限。

本件台北地院及台灣高等法院均認發生於日本之阪神大地震，致全球原物料上漲，再加上工期過長，因此有情事變更原則之適用外，並認為增加給付金額，得全然漠視當事人於契約中明定之計算漲價幅度完全以法院之客觀公正標準依誠信原則逕行調整，此種見解，是否妥當？容有商榷之餘地。首

先，判決對是否構成情事變更原則，僅三言兩語帶過，即遽行進入細項個別金額之調整，在論證上稍嫌跳躍。其次，若工程契約中，已有對原物料上漲時，對增加給付之計算方式有所明定時，（例如：扣除 6% 之原預估上漲指數）法院是否得完全任意自行決定，而不受該合意之拘束？蓋情事變更原則雖源自誠信原則，但雙方對物價上漲計算方式，若非顯不公平，基於私法自治之精神，以及斟酌雙方之誠實信用，原則上仍應予以尊重，故前揭台北地院判決之見解，顯較台灣高等法院見解可採。

非法律人之工程師在情事變更原則之理解上，原則上也不會產生困難，會使其產生困惑的是：法院是否得完全不受當事人意思之約束，得自由決定增加給付之金額，如此一來，契約上對未來物價指數調整的雙方事前約定，豈不形同廢紙？會不會對契約當事人之合意產生突襲？更何況判決通常對情事變更原則是否構成？通常未能詳細論斷，結果造成凡是物料上漲，縱使是總價承攬，承攬人均可主張「增加給付」，則「總價承攬」之總價，在結果上可能已經變成沒有重要性意義。法律人在情事變更原則上，因為過度簡化的判決理由，通常會使非法律人之工程師深深覺得：法律判決過於主觀與恣意，法官權利太大而難以接受。

### （三）履約過程中有無擬制變更之情事？

由於傳統工程設計乃採取平面圖設計，即二度空間之事前規劃（2D），但是，工程實作則是立體的呈現（3D），3D 與 2D 自然會有本質上之差距，因此，若差距過大，則工程之變更原設計內容，勢所難免<sup>68</sup>。本件臺大巨蛋之興建過程，除有設計上之部份疏漏修正外，更有屋頂之設計，由傳統式「鋼構桁架」變更為「高科技現代化之空間金屬桁架」（即由方型屋頂變更為球型屋頂），總共有四次變更設計。

本件爭點之設計變更，尚含有下述二個次爭點：

1. 如何認定雙方當事人有擬制變更之情事？
2. 若於承攬契約中已載明：「定作人（業主）對工程有隨時變更之權，

<sup>68</sup> 參照王伯儉，前揭註 10，頁 63 以下。

若有新增工程項目時，得由雙方協議。」唯承攬人與定作人無法或未進行協議時，是否即得不經此協議程序，由法院自行增加業主之給付義務？

關於第一個擬制變更之爭點，台灣高等法院認為：「擬制性設計變更，包括非正式（即未依工程契約所定「設計變更」之正式程序辦理）之工作變更，原設計或原訂規定瑕疵之變更，業主對於原設計及規定之錯誤解釋及趕工目的之變更。本件包商（承攬人）所為實際施工之項目，結構，材料，規格，面積，體積形狀之變更，均屬上述所稱之「擬制性的設計變更」，依世界各國工程實務及公序與善良風俗原則，雖無正式之設計變更，但均係依定作人及建築師指示，同意之送審單等實際需求所為有利益於定作人（臺大）之變更。因此，有關漏項部分，應全額增加給付工程款。」此種法院過寬解釋「擬制變更」之概念及範圍，完全忽略承攬契約明定之正式程序，並以抽象未舉證之「世界各國工程實務」及公序與善良風俗原則為判決理由及依據，是否妥當？容有商榷之餘地。

台北地方法院判決中則正確地認為：「兩造就變更項目既未於該變更工程進行前達成辦理加減帳之協議，亦未簽訂工程變更紀錄。是以原告請求被告（臺大）給付實作數量較契約所定數量增加超過百分之十以上之工程款 5424 萬元，洵屬無據。」

「原告雖又稱被告（臺大）設計建築師沈祖海就原告實作數量超過契約所定數量百分之十以上部分既簽定認可，可見被告承諾此等變更（即為擬制性設計變更），追加工程...然查，前開送審單大多未敘及工程如何變更及工程數量之增減，則縱被告同意原告之變更，亦未代表同意原告以追加工程款之方式為之，是原告據此請求被告給付前開工程款，亦無依據。」台北地院前揭判決對於擬制性設計變更則顯採較嚴格認定之態度，對於尊重契約之私法自治而言，洵屬正確。

但是，對於第二個次爭點之態度，除與第一個爭點有密切相關外，亦涉及「實作數量」與「契約數量」不合時，其約定應由雙方再行協議之程序，是否顯失公平？台灣高等法院上揭判決理由認為有失公平，但台北地院則相反認為未經慎重之協議（即加減帳處理）程序，法院對該等請求，即應認無

請求權基礎，而應予以駁回。台北地院此種見解，值得贊同，否則若採過份寬鬆認定擬制變更之見解，則最後實作數量與契約數量不合之工程，縱使未經協議，承攬人即得遂行請求定作人增加付，是否有悖當事人契約上明示變更設計程序要求之合意？

按「擬制變更」並非我國契約法上之法律用語，若勉強將其定性，似可歸納其為契約之「默示變更」，唯默示變更與明示變更，均為契約變更，本質上相似，僅其變更程序並不相同而已。所以若承認「默示變更」，法院除應慎重探求當事人真意外，更應仔細調查變更之「必要之點」（即工作項目及增減金額）是否已有合意變更？如果沒有明顯證據，即以有變更命令（change order）為由，擬制當事人即有「擬制變更」之合意，是否率斷？誠有疑義，蓋法院就例外之擬制變更，本諸當事人自治原則，亦宜盡最大調查（舉證）之能事，證明契約當事人對變更之具體工作及確實金額，有所合意，始為「探求當事人真意」之精神，否則即易陷為以法院之虛擬假設合意，取代當事人明示合意之怪異情形。

對於非法律人之工程師而言，擬制變更（constructive change）屬於營建管理課程中之基本概念，其最困擾的是「擬制變更」如何歸入我國民法契約體系中，是否屬於默示變更或是獨立的一種變更類型？工程師可以理解變更設計之必要性，卻不能理解未經協議加減帳，縱有業主之變更命令，仍不當然得請求新增工作項目之工作金額。

#### （四）誠信原則（衡平原則）介入工程契約之界限

按民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」此種誠信原則之要求，係僅次於民法第 227 條之 2 情事變更原則外，最常受工程契約當事人所主張或抗辯事由，藉以否定工程契約條款之利器，但是，誠信原則之認定，本即有仁智不同的價值衡量與判斷，在工程契約中，恣意引用誠信原則（或衡平原則）是否妥當？容有討論之餘地。

臺大小巨蛋之台灣高等法院判決中認為：「上訴人依照被上訴人（指臺大）指示，超出合約增加工程數量之施作，卻硬要上訴人全部自行吸收，不



能請求報酬，顯有違誠信與公平原則。」此一論斷，完全是法官之自由心證且未附詳細理由，直接逕行認定符合誠信原則，卻未能於判決中指明此種當事人之「合意」，究竟在何種程度或比例上違反誠信原則，如果高院能於判決書中更慎重說明應有承攬人自行吸收之工程數量，佔全部工程數量之多少比例，是否「顯失公平」而有違「誠信原則」，始較具有說服力。按「誠信原則」乃民法上之帝王條款，藉以調整「顯失公平」之權利行使，所以在適用時，應格外慎重，尤其法院判決之說理義務，絕不能以「顯有」二字搪塞，否則判決即有不備理由之當然違法事由<sup>69</sup>。

對非法律人之工程師而言，對於掌握誠信原則或情事變更原則之要件，以及其法律效（後）果究竟如何？係由法院自行決定其法律效果或僅宣示該行為無效而已？誠有困難，若以法院（法官）之「價值判斷」，但僅應「詳細說明理由」即可，對於工程師而言，此種上課講授，絕對得不到其滿意之認同，所以有關原理原則之解釋及闡明，其實是工程與法律可以相互對話的一道高門檻，不容易輕易跨過！因為法律人通常無法說明可以適用誠信原則之具體理由。

## 五、紛爭關係

如前所述，工程紛爭關係除私法契約關係外，亦常伴隨著締約前之公法關係，但因為本件事實之公開招標，並未依循政府採購法之方式及程序為之，所以只有表現出私法上之法律（契約）紛爭。但是，萬一政府採購契約一旦被認定屬行政契約時（即發生私法效果之契約亦可能屬於行政契約），則其紛爭關係則須由行政法院受理（行政訴訟法第 8 條規定參照），而非由民事法院審理。唯不論由民事法院或行政法院受理，因為法官通常並不具備工程專業知識，所以未來實施專家參審即變得十分重要<sup>70</sup>。因為非法律人之工程師一直無法理解，為何工程訴訟案件，瞭解工程的工程師不能成為陪審

<sup>69</sup> 有關民法上誠信原則之深入討論，請參閱陳自強（2004），《契約之內容與消滅》，頁 7-9，台北：學林。

<sup>70</sup> 邱聯恭講述、許士宦整理，前揭註 64，頁 154；沈冠伶（2006），〈訴訟權保障與民事訴訟〉，《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁 4-7，台北：元照。



法官或是主審法官，而經由對工程十分陌生的法官來決定是非與對錯。

## 六、紛爭程序

政府採購工程之紛爭程序除循正規之訴訟程序外，依政府採購法之規定，尚須經「異議申訴」或「調解」程序，本件小巨蛋判決於台北地院起訴前，亦經由行政院公共工程委員會之調解程序，並於該調解程序進行中，委託「台北市土木技師公會」進行鑑定，認臺大應再給付金豐營造新台幣 2 億 4 千餘萬工程款，因臺大認該鑑定內容、標準、程序粗率、謬誤、不具實質證明力而不同意工程會之調解方案，故調整程序宣告不成立。

但是，若依民國 96 年修正之政府採購法第 85 條之 1 第 2 項規定，廠商此時因調解不成立，在 2 億 4 千萬範圍內，均可提請仲裁，臺大依前揭法律不得拒絕，此時，所有工程案件勢必大量轉向仲裁而非訴訟，對於當事人而言，是否妥適？有沒有侵害當事人之訴訟權？即有憲法上之爭議，有待進一步加以釐清。不過，工程師對於訴訟程序之負面評價，一直存在於工程法律之課程中。

有關紛爭程序之教學研究，對工程師而言，格外難以說服其根深蒂固之觀點：法院之訴訟途徑解決，不僅程序冗長，而且法官之見解不容易事前預測；但是工程仲裁，卻沒有此種本質缺點，因此，工程界人士有認為：為何不大量擴大強制仲裁之範圍？或甚至於採行工程強制申訴制度為前置程序，使得紛爭快速及正確解決，才不會發生「遲來的正義非正義」的憾事。此種見解涉及多元紛爭解決機制之程序選擇權，是否應予以改變，是否會通不過憲法第 23 條比例原則之限制？均有待長期觀察研究，藉以找出工程師與法律人可以共同接受的紛爭解決之正當程序。

## 肆、結 論

工程上之法律紛爭，縱使其類型之複雜化，但仍可以透過法學方法將其歸納分析，工程紛爭之具體案例（含判決、仲裁及調解、異議申訴決定等），

對於教學研究而言，皆彌足珍貴。目前最大的交流困難，即工程師不具備一般基本粗淺之法律概念（例如：法律行為、契約及行政處分等基本概念）；而法律人（律師、法官）對於錯綜複雜之法律規範（不僅國內亦含國際規範）亦未必十分熟悉，如此一來，此種科際整合即會產生相當程度的困難，所以，法律人跳入工程圈內，以法律制度及術語去解釋給非法律人明瞭爭點癥結；工程師如果能透過大學開設之「工程與法律」作為必修之通識課程（而非選修課程），則積數十年的教育累積，勢必一定可以有不錯的科際整合成果出現，不再陷於「各自表述」。

目前我國之工程法學整合，主要在各種專辦工程紛爭之中大型國內或國際法律事務所，而大學中開設此種整合課程者寥寥可數，學術界如果不再急起直追培養自己的師資的話，則必須大量聘請專業律師在大學中授課，以彌補專業師資之不足，但是，從長遠目光來看，學術界之熱情研究，會引導實務判決，使其更趨向合理性，此乃可斷言者。臺大小巨蛋判決給我們一個相當不錯的案例事實，但最高法院判決結果如何，尚難以逆料，這也表示我們工程與法律之研究，尚在「開發中」之階段！有待我輩急起直追，共同攜手努力。

綜上所述，本論文所欲澄清或解答之二大疑義可以簡要歸納如下：

一、工程與法律的教學研究，其基本核心內容在於法定之「工程程序」與工程之「法律關係」，兩者關係並非互斥或互相獨立，而是互為經緯關係，互相補足。申言之：以法律程序為經，並搭配法律關係為緯，即可以呈現出工程與法律科際整合的最基本平台，使得工程師與法律人有對話的共同基礎知識。在工程程序上則分成締約前程序（如：公開招標），契約締結與履約程序三大部分，在工程法律關係上則以起造人，營造業，建築師（專業技師）與行政主管機關構成的四面法律關係為主軸，並得以政府採購法、促參法、建築法、營造業法、建築師法及技師法形成主要的核心法律關係。工程師及法律人均須具備此種基本法律概念，始有辦法進行進一步之討論與對話。

二、在具體工程爭議案件上，工程師與法律人因為憲法上已存在的基本價值決定，例如：正當程序、私法自治、契約嚴守、財產權保障、比例原則

等設定，而會產生部分基本歧見，例如：工程師對於工程紛爭的快速解決之價值會遠高於正當法律程序的遵守；工程師對於工程實際現況之需求，也會遠重於契約形式上文字之尊重；工程師對於現代營建環境的健全，也偏重於高度公權力管制（立法與行政），而非「私法自治」，再加上法律人個案上操作不確定法律概念時（例如：情事變更、誠實信用、衡平原則、相當因果關係等）未能詳細說明其判斷之標準及具體之理由，使得工程師對判決結果的產生有一種「玩樂透彩」的不信任及不透明感。這些在個案工程紛爭所顯露的歧見，其實並非全然可歸責於工程師缺少「憲法上的基本價值教育」，亦非難以溝通，而有一大部分責任應該是法律人（含立法者）在制度設計上及行政的操作程序上，有先天的不足以及後天的盲點（例如：法律人訓練不足、說理能力不佳），這一部分應該可歸責於法律人，而不能以工程師「專業背景知識不足」作為搪塞理由。綜合言之，由臺大小巨蛋的判決剖析中，我們可以清楚明瞭法律人與工程師的歧見癥結所在：彼此內在價值判斷的優劣順序顯有不同：法律人重視程序正義、形式契約與尊重私法自治；工程師則較重視工程的實質結果，並做偏離契約內容的風險分配。

## 參考文獻

### 一、中文部分

- 孔繁琦 (2007)。〈論工程契約對於不可抗力致工程本體毀損滅失之風險分配原則〉，《律師雜誌》，330 期，頁 9-21。(Fan-Qi Kong [2007]. The construction contract discussion of risk distribution principle about force majeure making construction substance destruction and loss. *Taipei Bar Journal*, 330, 9-21.)
- 王文字 (2007)。〈契約漏洞的填補與任意規定的適用〉，謝定亞 (主持人)，《工程與法律學術研討會》。台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦。(Wen-Yeu Wang [2007]. Filling Gaps of the contract and the application of enabling rule. In Din-Ya Shieh[Chair], Symposium conducted at the meeting of Engineering and Law. Taipei: Collage of Law & Engineering of National Taiwan University.)
- 王伯儉 (2004)。《工程糾紛與索賠實務》。台北：元照。(Bo-Jian Wang [2004]. *Construction Disputes and Claims*. Taipei: Angel.)
- 王雪娟 (2007)。〈工程案件與國家賠償法之關係〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析(三)》，頁 155-167。台北：元照。(Hsueh-Chuan Wang [2007]. The relevance between State Compensation and construction cases. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [Eds.], *A Study of Construction Laws in Practice III* [pp.155-167]. Taipei: Angel.)
- 古嘉諄 (2006)。〈爭議裁決委員會機制之研究〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析(二)》，頁 325-341。台北：元照。(Chia-Chun Ku [2007]. Study on the function of the council of arbitration. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Yu-Ming Yen [Eds.], *A study of construction laws in practice II* [pp. 325-341]. Taipei: Angel.)
- (2007)。〈工程契約索賠條款之研究〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，

- 《工程法律實務研析(三)》，頁 3-22。台北：元照。( Chia-Chun Ku [2007]. Study on claim clause in the construction contract. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [Eds.], *A study of construction laws in practice III* [pp. 3-22]. Taipei: Angel. )
- 古嘉諄、劉志鵬編(2004)。《工程法律實務研析(一)》。台北：元照。( Chia-Chun Ku & Chih-Peng Liu [eds.][2004]. *A study of construction laws in practice I*. Taipei: Angel. )
- 古嘉諄、陳希佳、顏玉明編(2006)。《工程法律實務研析(二)》。台北：元照。( Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Yu-Ming Yen [eds.][2006]. *A study of construction laws in practice II*. Taipei: Angel. )
- 古嘉諄、陳希佳、陳秋華編(2007)。《工程法律實務研析(三)》。台北：元照。( Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [eds.][2007]. *A study of construction laws in practice III*. Taipei: Angel. )
- 司法院大法官書記處編纂(1984)。《司法院大法官會議解釋續編》。台北：司法院。( Department of Clerks for the Justices of the Constitutional Court [1984]. *Judicial Yuan Interpretations*. Taipei: Judicial Yuan. )
- (1988)。《司法院大法官會議解釋續編(三)》。台北：司法院秘書處。( Department of Clerks for the Justices of the Constitutional Court [1988]. *Judicial Yuan Interpretations, vol. 3*. Taipei: Judicial Yuan. )
- (2002)。《司法院大法官解釋續編(十五)》。台北：司法院秘書處。( Department of Clerks for the Justices of the Constitutional Court [2002]. *Judicial Yuan interpretations, vol. 15*. Taipei: Judicial Yuan. )
- 朱信忠(2002)。《從營造業觀點對建築施工損鄰處理機制之研究》，國立成功大學建築學系碩士論文。( Hsing-Chung Chu [2002]. *A study on dealing the adjoin disputes in local construction industry viewpoint*. Unpublished master's thesis, National Cheng-Kung University, Taiwan. )
- 朱柏松(2004)。《消費者保護法》，增訂版。台北：翰蘆。( Peh-Sung Chu [2004]. *The consumer protection law*[rev. ed.]. Taipei: Han-Lu. )

- 池泰毅 (2007)。〈定作人拒絕辦理變更設計之解決途徑〉, 古嘉諄、陳希佳、陳秋華編,《工程法律實務研析(三)》,頁 41-54。台北:元照。(Tai-I Chih [2007]. Resolution to the rejection in change order. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [Eds.]. *A study of construction laws in practice III* [pp. 41-54]. Taipei: Angel.)
- 行政院公共工程委員會編印(2001)。《政府採購履約爭議處理案例彙編(一)》台北:行政院公共工程委員會。(Public Construction Commission, Executive Yuan [2001]. *Cases and materials on government procurement contract dispute, vol. 1*. Taipei: Public Construction Commission, Executive Yuan.)
- 何建志(2003)。《基因歧視與法律對策之研究》。台北:元照。(Jen-Ji Ho[2003]. *The study of gene discrimination and legal response*. Taipei: Angel.)
- 余文恭(2007)。〈工程契約的正義從何而來?〉,《律師雜誌》,330 期,頁 22-39。(Wen-Ging Yu [2007]. Where does the justice of construction contract come from? *Taipei Bar Journal*, 330, 22-39.)
- 吳光明(2004)。〈多元文化與訴訟外解決糾紛(ADR)機制〉,《仲裁法理論與判決研究》,頁 2-27。台北:台灣財產法暨經濟法研究協會。(Gang-Ming Wu [2004]. Multiple cultures and alternative dispute resolution mechanism. *Arbitration law theory and verdict study*[pp. 2-27]. Taipei: The Research Association of Law of Property and Economic in Taiwan.)
- (2004)。〈論仲裁與調解之結合〉,《仲裁法理論與判決研究》,頁 162-203。台北:台灣財產法暨經濟法研究協會。(Gang-Ming Wu [2004]. The discussion of integration about arbitration and accommodation. *Arbitration law theory and verdict study*[pp. 162-203]. Taipei: The Research Association of Law of Property and Economic in Taiwan.)
- 吳庚(2007)。《行政法理論與實用》,10 版。台北:自刊。(Geng Wu [2007]. *Administrative law in theory and practice* [10th ed.]. Taipei: Geng Wu.)



- 呂純純（2004）。《公共工程逾期爭議之研究》，國立政治大學法律研究所碩士論文。（Chun-Chun Lu [2004]. *A study of public construction delay*. Unpublished master's thesis, National Chengchi University, Taiwan.）
- 李家慶（1998）。〈工程計價漏項之爭議〉，《營建知訊》，181期，頁61-63。（Chia-Ching Li [1998]. The disputations of the charge of entry omission. *Construction News Record*, 181, 61-63.）
- 李惠貞（2006）。〈展延工期增加費用相關問題〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析（二）》，頁149-183。台北：元照。（Hui-Chen Li [2007]. Study on additional charge of time extension. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Yu-Ming Yen [Eds.]. *A study of construction laws in practice II* [pp. 149-183]. Taipei: Angel.）
- （2007）。〈工程契約之終止〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析（三）》，頁179-192。台北：元照。（Hui-Chen Li [2007]. The dissolution of construction contract. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [Eds.]. *A study of construction laws in practice III* [pp. 179-192]. Taipei: Angel.）
- 沈冠伶（2006）。〈訴訟權保障與民事訴訟〉，《訴訟權保障與裁判外紛爭處理》，頁1-63。台北：元照。（Kuan-Ling Shen [2006]. The protection of litigation right and civil procedure. *The protection of litigation right and alternative dispute resolution out of civil procedure* [pp. 1-63]. Taipei: Angel.）
- 汪信君（2007）。〈履約保證保險〉，古嘉諄（主持人），《工程與法律學術研討會》。台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦。（Hsin-Chun Wang [2007]. Completed performance bond insurance. In Chia-Chun Ku [Chair], Symposium conducted at the meeting of Engineering and Law. Taipei, Collage of Law & Engineering of National Taiwan University.）
- 林子儀、蔡明誠（2003）。《基因技術挑戰與法律回應》。台北：學林。（Tzu-Yi Lin, Ming-Cheng Tsai [2003]. *The challenge of gene technology and legal*

*response*. Taipei: Sharing.)

林明昕(2007)。〈論公共工程之爭訟解決機制：以促參法及政府採購法為中心〉，古嘉諄(主持人)，《工程與法律學術研討會》，台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦。(Ming-Hsin Lin [2007]. Study on the function of public construction litigation: Focus on act for promotion of private participation in infrastructure projects and government procurement act. In Chia-Chun Ku [Chair], Symposium conducted at the meeting of Engineering and Law. Taipei, Collage of Law & Engineering of National Taiwan University.)

林明鏘。〈BOT 契約與給付拒絕〉，《台灣本土法學雜誌》，95 期，頁 229-234。  
(Ming-Chiang Lin [2007]. BOT contract and refusal of payment. *Taiwan Law Journal*, 95, 229-234.)

----- (2006)。〈全民健保特約醫事合約問題之研究〉，《行政契約法研究》，頁 183-222。台北：翰蘆。(Ming-Chiang Lin [2006]. The research of national health insurance in special medical contract problems. *The research of administrative contract*[pp.183-222]. Taipei: Han-Lu.)

----- (2006)。〈促進民間參與公共建設法事件法律性質之分析〉，《營建法學研究》，頁 113-126。台北：元照。(Ming-Chiang Lin [2006]. The law character analysis of promoting private participation and public construction law issues. *The research of construction law*[pp. 113-126]. Taipei: Angel.)

----- (2006)。《行政契約法研究》。台北：翰蘆。(Ming-Chiang Lin [2006]. *The research of administrative contract*. Taipei: Han-Lu.)

----- (2006)。《營建法學研究》。台北：元照。(Ming-Chiang Lin [2006]. *The research of construction law*. Taipei: Angel.)

邱聯恭(2005)。《程序利益保護論》。台北：自刊。(Lian-Gong Chiou [2005]. *The advantage of the procedural system*. Taipei: Lian-Gong Chiou.)

邱聯恭講述、許士宦整理(2007)。《口述民事訴訟法講義(三)》。台北：自

- 刊。(Lian-Gong Chiou[dictate], Shu-Huan Shyuu[sort][2007]. *The dictation handout of civil procedure law III*. Taipei: Lian-Gong Chiou.)
- 張水汲、何伯森 (2002)。《FIDIC 新版合同條件導讀與解析》。北京：中國建築工業。(Shui-Ji Chang & Bo-Sen Ho [2002]. *Introduction to FIDIC contract*. Beijing: China Architecture & Building Press.)
- 張宏節、江苑臻 (2003)。〈公共工程總價承攬契約數量差異問題研究〉，《月旦法學雜誌》，103 期，頁 120-137。(Hong-Jie Zhang & Wan-Zhen Jiang [2003]. The research of the total cost in the take full charge public construction contract quantity. *The Taiwan Law Review*, 103, 120-137.)
- 張志朋 (2006)。〈工程定型化契約條款之適用問題〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析 (二)》，頁 41-59。台北：元照。(Chih-Peng Chang [2006]. Study on the application of standard contract terms of construction. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [Eds.], *A study of construction laws in practice II* [pp. 41-59]. Taipei: Angel.)
- 張嘉真、吳典倫 (2008)。〈政府採購法第 85 條之 1 第 2 項修訂為「先調後仲」之強制仲裁對公共工程合約之影響分析及因應建議〉，《萬國法律》，157 期，頁 40-48。(Jia-Zhen Chang & Dian-Lun Wu [2008]. Impact and suggestions to public construction contracts responding to "mediation first, arbitration second" in article 85.1.2 of government procurement act. *Formosa Transnational Law Review*, 157, 40-48.)
- 許士宦 (2003)。《執行力擴張與不動產執行》。台北：學林。(Shu-Huan Shyuu [2003]. *The extension of executive effect of judgment and the execution of real property*. Taipei: Sharing.)
- 許世明 (2005)。《營建工程契約中變更設計之研究》，東吳大學法律研究所碩士論文。(Shih-Ming Hsu [2005]. *A study of variation order of construction contract*. Unpublished master's thesis, Soochow University, Taiwan.)
- 陳玉潔 (2004)。《工程契約變更之爭議問題》，國立政治大學法律研究所碩

- 士論文。(Yu-Jie Chen [2004]. *The issue of construction contract change*. Unpublished master's thesis, National Chengchi University, Taiwan.)
- 陳自強 (2004)。*《契約之內容與消滅》*。台北：學林。(Tzu-Chiang Chen [2004]. *The content and eliminate of contract*. Taipei: Sharing.)
- (2007)。*〈公共工程計算錯誤之研究〉*，王明德（主持人），《工程與法律學術研討會》。台北：臺大法律學院、臺大工學院等主辦。  
(Tzu-Chiang Chen [2007]. Study on computational error of public construction. In Ming-Te Wang [Chair], Symposium conducted at the meeting of Engineering and Law. Taipei, Collage of Law & Engineering of National Taiwan University.)
- 陳希佳 (2007)。*〈衡平仲裁與實體法之適用〉*，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編《工程法律實務研析(三)》，頁 25-30。台北：元照。(Hsi-Chia Chen [2007]. The application of amiable Compositeur and practice law. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [Eds.]. *A study of construction laws in practice III* [pp. 25-30]. Taipei: Angel.)
- 陳俐宇 (2006)。*〈逾期罰款〉*，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析(二)》，頁 187-197。台北：元照。(Li-Yu Chen [2007]. The fine of delay. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Yu-Ming Yen[Eds.]. *A study of construction laws in practice II* [pp. 187-197]. Taipei: Angel.)
- 陳秋華 (2004)。*〈漏項〉*，古嘉諄、劉志鵬編，《工程法律實務研析(一)》，頁 141-146。台北：元照。(Chiu-Hua Chen [2007]. Entry omission. In Chia-Chun Ku & Chih-Peng Liu[Eds.]. *A study of construction laws in practice II* [pp. 141-146]. Taipei: Angel.)
- 陳煥文 (2002)。*《仲裁法逐條釋義》*，2 版。台北：崗華。(Hwan-Wen Chen [2002]. *Interpretation of arbitration law*[2nd ed.]. Taipei: Gang-Hua.)
- 陳櫻琴、陳希佳、黃仲宜 (2004)。*《工程與法律》*。台北：新文京。(Ying-Chin Chen, Hsi-Chia Chen & Chung-Yi Huang [2004]. *Construction and law*. Taipei: Wun-Ching.)

- 曾淑瑜 (2007)。《醫療、法律、倫理》。台北：元照。(Shu-Yu Tseng [2007]. *Medicine, law and ethics*. Taipei: Angel.)
- 馮震宇 (2003)。《高科技產業之法律策略與規劃》。台北：元照。(Jhen-Yu Fong [2003]. *The legal strategy and planning of high-tech industry*. Taipei: Angel.)
- 黃世芳 (2006)。〈建築施工鄰損事件之責任界定與處理模式〉，古嘉諄、陳希佳、顏玉明編，《工程法律實務研析 (二)》，頁 207-227。台北：元照。(Shih-Fang Huang [2007]. The resolution and liability definition of the damage in the process of construction. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Yu-Ming Yen [Eds.], *A Study of Construction Laws in Practice II* [pp. 207-227]. Taipei: Angel.)
- 黃立 (2006)。《民法債篇總論》，3 版。台北：元照。(Li Hwang [2006]. *Civil code part II obligations* [3rd ed.]. Taipei: Angel.)
- 黃俊凱 (2007)。〈工程會 BOT 申訴審議之實務問題〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析 (三)》，頁 131-150。台北：元照。(Chun-Kai Huang [2007]. The practice cases of BOT grievance reviewing in the council of construction. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen [Eds.], *A study of construction laws in Practice III* [pp. 131-150]. Taipei: Angel.)
- 最高法院 (1980)。《最高法院民刑事裁判選輯》，1 卷 3 期，頁 169 以下。台北：自刊。(Supreme Court [1985]. *Supreme Court Civil and Criminal Judgement Reports*. Taipei: Supreme Court.)
- 楊芳賢 (2001)。〈承攬人工作延遲：論民法第 502 條及 503 條解除契約規定之問題〉，《臺大法學論叢》，30 卷 1 期，頁 163-200。(Fang-Hsien Yang [2001]. Working delay of take full charge sponsor: The discussion in article 502 and 503 in civil code about contract dismissal. *National Taiwan University Law Journal*, 30[1], 163-200.)
- 楊崇森等 (2004)。《仲裁法新論》，2 版。台北：中華民國仲裁協會。(Chung-Sen

- Yang etc. [2004]. *Arbitration law* [2nd ed.]. Taipei: The Arbitration Association of the Republic of China.)
- 葉俊榮等 (2006)。《天平上的基因：民為貴，Gene 為輕》。台北：元照。  
(Jiunn-Rong Yeh etc. [2006]. *Genes on scales*. Taipei: Angel.)
- 葉昱賢 (2003)。《建築施工損鄰事件處理模式之研究》，國立臺灣大學土木工程學系碩士論文。(Yu-Hsien Yeh [2003]. *A study on management pattern of adjacent third-party property damage by construction*. Unpublished master's thesis, National Taiwan University, Taipei.)
- 廖銘洋 (2007)。〈工程合約執行之省思〉，《律師雜誌》，330 期，頁 62-66。  
(Ming-Yang Liao [2007]. The introspection of construction contract enforcement. *Taipei Bar Journal*, 330, 62-66.)
- 熊秉元 (2002)。《天平的機械原理：法律與經濟學論文集 (二)》。台北：元照。(Bing-Yuang Hsiung[2002]. *Mechanical principles: Collection of papers on law and institutional economics*, vol. 2. Taipei: Angel.)
- (2002)。《約法哪三章？法律及制度經濟學論文集 (一)》。台北：元照。(Bing-Yuang Hsiung[2002]. *What rule does the code consist of ? Collection of papers on law and institutional economics*, vol. 1. Taipei: Angel.)
- (2003)。《熊秉元漫步法律》。台北：時報文化。(Bing-Yuang Hsiung [2003]. *Dr. Bear's random walk in law*. Taipei: Readingtimes.)
- 劉志鵬 (2007)。〈營造業如何管理勞務風險〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析 (三)》，頁 339-353。台北：元照。(Chih-Peng Liu [2007]. How to manage the risk of services in construction industry. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen[Eds.]. *A study of construction laws in practice III* [pp. 339-353]. Taipei: Angel.)
- 劉素吟 (2007)。〈物價指數調整約款與情事變更原則之關係〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析 (三)》，頁 267-282。台北：元照。(Su-Yin Liu [2007]. The relevance between the adjust clause of price



- Index and clausula rebus sic stantibus. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen[Eds.]. *A study of construction laws in practice III* [pp. 267-282]. Taipei: Angel. )
- 蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏（2006）。《行政程序法實用》，3 版。台北：新學林。（Maw-In Tsai, Chien-Liang Lee, Ming-Chiang Lin, Jea-Hong Chou [2006]. *Administrative Procedure Law in practice*[3rd ed.]. Taipei: New Sharing. )
- 蔡墩銘（2007）。《疾病與法律》。台北：翰蘆。（Tun-Ming Tsai [2007]. *Disease and law*. Taipei: Han-Lu. )
- 謝哲勝、李全松（2005）。《工程契約理論與求償實務》。台北：翰蘆。（Jer-Shenq Shieh, Quan-Song Lee[2005]. *Theory and practice of indemnification in construction contract*. Taipei: Han-Lu. )
- 簡資修（2006）。《經濟推理與法律》，2 版。台北：元照。（Tzu-Hsiao Cheng [2006]. *Economic ratiocination and law*[2nd ed.]. Taipei: Angel. )
- 顏玉明（2006）。〈營建工程契約進度及工期問題探討〉，《月旦法學雜誌》，129 期，頁 33-49。（Yu-Ming Yan [2006]. The discussion of construction contract achieved percentage of scheduled progress and contract period issues. *The Taiwan Law Review*, 129, 33-49. )
- （2007）。〈FIDIC 國際工程標準契約與國內工程契約文件風險分配原則之比較研究〉，古嘉諄、陳希佳、陳秋華編，《工程法律實務研析（三）》，頁 101-128。台北：元照。（Yu-Ming Yen[2007]. A comparative study on the principle of documental risk allocation between FIDIC International construction model contract and domestic construction contract. In Chia-Chun Ku, Hsi-Chia Chen & Chiu-Hua Chen[Eds.]. *A study of construction laws in practice III* [pp. 101-128]. Taipei: Angel. )
- 羅昌發（2000）。《政府採購法與政府採購協定論析》，臺大法學叢書 119。台北：元照。（Chang-Fa Lo[2000]. *Government procurement act and discussion in government procurement agreement*. Taipei: Angel. )

鐘亦梅（2004）。《工程契約變更與求償之研究》，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文。（Yi-Mei Chung [2004]. *Changes and claims in construction contracts*. Unpublished master's thesis, National Kaohsiung First University of Science and Technology, Kaohsiung.）

## 二、外文部分

Ehlers, in Erichsen/Ehlers, *Allgemeins Verwaltungsrecht*, 13 Aufl. 2006, §3 Rdnr. 37ff.(40)

Franzius, *Der Gewährleistungsverwaltung: Ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?* *Der Staat* 42 (2003). S.493ff.

Frenz, *Beihilfe und Vergaberecht*, 2007.

Ossenbühl, in Erichsen; *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 10 Aufl. 1995 §8 Rdnr.6.

Prieß, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 3 Aufl. 2005.

Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrechts als Ordnungsidee*, 2 Aufl. 2004 §3 Rdnr.116.

Schoch, *Gewährleistungsverwaltung: Stärkung der Privatrechtsgesellschaft?* *NVwZ* 2008. S. 241ff.

Sodan/Ziekow, *Grundkurs öffentliches Recht*, 2 Aufl. 2007. §1 Rdnr. 5ff.

Weyand, *Vergaberecht*, 2 Aufl. 2007.

## Interdisciplinary Research and Teaching on Engineering and Law

*Ming-Chiang Lin*<sup>\*</sup>

### Abstract

As disputes in Engineering and Law are growing, the two fields have immense opportunity to mutually integrate and dialogue with each other. Therefore, no matter to legal education or judicial decisions, this kind of ongoing integration and dialogue becomes critical and important. Currently, Taiwan's academia integrates engineering practices and legal theories from the framework and perspective of legal disputes.

This article begins with analysis of legal framework, including categorizing disputes from various regulations among our law and international law, legal relation and litigation process of the disputes. Our conclusion ends with the analysis of a construction dispute on National Taiwan University's Sports Center. Careful argument renders the main reason why legal profession and engineers differs on some major controversies. With the hope that Engineering and Law can effectively integrate with each other, the author propose his suggestion that the two should not interpret disputes by their own definition or from their unidirectional point of view.

**Keywords:** interdisciplinary integration, engineering and law, decision of National Taiwan University's Sports Center, contract purview, obviously unfair, constructive alteration, principle of good faith, two-stage legal relation

---

<sup>\*</sup> Professor of Law, College of Law, National Taiwan University.  
Email: linmc@ntu.edu.tw