

私立東海大學法律學研究所
碩士論文

指導教授：曾品傑博士

論建築師契約之法律問題
——以設計與監造為中心

研究生：趙文弘

中華民國九十九年一月十八日

謝 誌

感謝大地，本文謹以回收紙印刷

從小就喜歡畫圖，喜歡徜徉在色彩與形體的三度空間之中，感謝上天憐愛，讓我可以做建築師這個工作。從開業第一天開始，背負著東海建築系數十年優良傳統的沉重壓力與驕傲，無不時時刻刻、戰戰兢兢的努力工作、實踐理想。從天而降的一件工程糾紛，才突然發現我身處的世界不只有建築，還有一張看不見、無形的網，叫做法律。從律師迷惑的眼神中，我才驚覺，原來建築與法律使用著兩種完全不同的語言，南轅北轍，難以溝通。

感謝上天安排，為我的人生再開第二扇門。

感謝朱坤茂檢察官的激勵，陳銘釗律師、張慶宗律師、林志忠律師耐心引導方向，促使我走出建築象牙塔，進入法律殿堂，老狗學起新把戲。感謝溫文儒雅的溫豐文老師帶領我一窺民法之堂奧，感謝宏觀博學的林騰鶴老師教導我行政法的淵源和理論，感謝聰明機智的李成老師教導我談判學的基本理論與技巧，感謝張麗卿、陳運財老師為我建構刑法的邏輯與脈絡，感謝簡良育老師不厭其煩的教導我親屬與繼承的原理，感謝蕭淑芬老師為我耐心講解深奧難懂的憲法，感謝古振暉老師為我重新釐清公寓大廈的概念，還有謝謝黃啟禎老師、陳隆修老師、洪秀芬老師、高德潤老師、林朝榮老師，不斷的諄諄教誨，使我受益良多。

感謝曾品傑老師願意收我這個又笨又不用功的老學生，曾老師非常有耐性的指導關於財產法的理論架構，旁徵博引舉例說明，詳細講解論文寫作方法，又逐字逐句地修改本文，沒有曾老師的鼓勵和指導，本文無法問世，由衷感謝。

感謝耀州和美蘭助教五年多來，在我身心俱疲時的鼓勵與協助，一次又一次的幫助我度過低潮，不時叮嚀上課和論文進度，非常感謝兩位助教。謝謝貴蘭、仲文、姿君、雅雲不時地協助，為我解除疑惑，謝謝你們。

感謝媽媽幫我分憂解勞照顧小孩，還有謝謝威宇和心維兩個可愛的小孩陪我讀書，爸爸畢業了喔！

中文摘要

關鍵字：建築師 architect、設計 design、監造 supervisor、承攬 contract、委任 appointment

論文提要：

由於近年來幾件重大災害之發生，建築物及生命財產損失慘重，作為建築物設計人及監造人之建築師，面臨刑責及巨額賠償之案件層出不窮。惟建築師契約相關領域之學術上討論並不多，實務上案例亦少，實有必要深入研究，以保護契約當事人及因建築物而受害之第三人。

建築師受委託設計監造契約，其法律性質並非單純完成一定工作之承攬，或處理一定事務之委任，或承攬與委任之混合契約。大多數學者認為設計是承攬契約，而監造則屬委任性質；實務上各級法院見解則相當不一致，有謂具信任關係而認定為委任者，有謂應交付工作物而認定為承攬者，有謂兼具二者性質而認定為混合契約者，眾說紛紜。本文分析後認為，建築師之設計監造契約應為承攬與委任之不具依存關係之契約聯立，故建築師之責任應依其工作性質分別依承攬或委任論之。

建築師的民事責任可概分為「契約責任」與「侵權責任」，依請求權規範競合說，契約當事人非不得就其有利之情形而擇一請求。就「契約責任」而言，設計建築師負有無過失之瑕疵擔保責任，以及在瑕疵可歸責於建築師時的債務不履行責任，契約當事人亦非不得就其有利之情形而擇一請求。就「侵權責任」而言，本文發現被害人之請求權基礎，有自民法第 184 條第 1 項前段漸漸移向第 184 條第 2 項的情形，而法院對於「保護他人之法律」之認定也有寬鬆之趨勢；建築師法、建築法、消防法、以及依建築法授權制定之建築技術規則等行政命令係屬「保護他人之法律」似已成實務通說見解。

觀察法院對於消費者保護法第 7 條第 1 項「可合理期待之安全性」之見解，似以技術法令規範為其界限，本文則認為，考慮建築設計之安全性，應以「確保一般人之日常使用」以及「依當時科技與建築師之專業水準可合理期待」較為恰當。至於監造人責任，消費者保護法第 7 條雖未明文規定，但本文認為，監督商品製造者的間接責任雖不若商品製造者之直接責任重，但仍不應免責，故應擴張消費者保護法第 7 條解釋，其行為主體應包含監督建築商品製造之監造人。

論建築師契約之法律問題

—以設計與監造為中心

第一章：導論	1
第一節：研究動機與目的	1
第二節：問題意識說明	2
第三節：研究範圍	3
第一項：設計與監造之法律定位	3
第二項：限縮在承攬與委任契約之間	4
第三項：責任類型	4
第一款：不完全給付	5
第二款：侵權責任	5
第四節：研究方法	5
第二章：建築師契約之法律性質	8
第一節：承攬與委任之基本分野	8
第一項：承攬契約之特徵	8
第一款：「完成一定工作」	8
第二款：承攬人負有先給付義務	8
第三款：定作人得請求修補瑕疵	9
第四款：有償性	10
第五款：次承攬契約之權利與義務	11
第二項：委任契約之特徵	12
第一款：「處理一定事務」	13
第二款：具有相當信任關係	13
第三款：復委任的權利與義務	14
第四款：報告義務的執行時程	15
第五款：注意義務的分類與責任	16
第六款：委任關係之消滅與延長	16
第三項：委任與承攬之比較	20
第一款：契約終止或解除之概念	20

第二款：消滅時效	22
第三款：對第三人的請求權	22
第四款：義務與責任	23
第五款：小結	24
第四項：契約性質判斷之考量因素	25
第一款：應著眼於契約本質	25
第二款：以「具備專業能力與否」判斷	25
第三款：以「給付酬金時程」判斷	26
第四款：以「信任關係強弱」判斷	27
第二節：設計監造契約之法律特徵	29
第一項：設計契約之內容	29
第二項：設計契約中部分工作之委任性質	30
第三項：監造契約之內容	35
第四項：承攬與委任契約性質判斷之省思	38
第一款：以「偶數」或「常數」作契約性質判斷	38
第二款：以「結果」是否具財產權之特徵觀察	39
第三款：次承攬、復委任和使用人在設計 與監造契約之區別	40
第五項：契約聯立或混合之釐清	41
第三節：設計監造契約之定性	44
第一項：實務見解	44
第一款：承攬契約	44
第二款：委任契約	48
第三款：委任與承攬之混合契約	51
第四款：實務見解綜合評析	54
第二項：學者見解	57
第一款：設計與監造分別為承攬契約與委任契約	57
第二款：無名契約或委任與承攬之混合契約	58
第三項：小結	58
第四節：小結	60

第三章：建築師之契約責任	61
第一節：建築師契約之義務群	61
第一項：設計之給付義務	61
第二項：監造之給付義務	63
第三項：附隨義務	65
第二節：設計監造之契約責任	66
第一項：設計契約之不完全給付	66
第一款：設計內容違反法令	67
第二款：設計內容違反建築技術模制	68
第三款：定作人指示不適當致設計內容 違反建築技術成規	70
第四款：書圖預算內容不一致	71
第二項：監造契約之不完全給付	72
第一款：營造業及設備廠商未按圖施工	72
第二款：建築材料規格不符或品質不良	74
第三款：逾越權限之行為	75
第四章：建築師之侵權責任	77
第一節：侵害權利（第 184 條第 1 項前段）	77
第一項：構成要件分析	77
第二項：案例分析	78
第三項：違反法定作為義務	79
第二節：違反保護他人之法律（第 184 條第 2 項）	80
第一項：構成要件分析	80
第二項：「他人」之範圍	83
第三項：「保護他人之法律」的範圍	84
第三節：建築師對第三人行為之責任	85
第一項：對於次承攬人行為之責任	85
第二項：對於復受任人行為之責任	87
第三項：對於受僱人行為之責任	87
第四節：消費者保護法第七條之設計監造責任	89
第一項：設計－製造責任	89

第一款：設計過失與損害之因果關係	90
第二款：製造欠缺與設計欠缺之區別	90
第三款：以「技術法令規範」為可合理期待 之安全性之標準	91
第二項：監造—服務責任	91
第一款：肯定說	92
第二款：否定說	93
第三款：小結	94
第五節：契約與侵權責任請求權之競合	95
第五章：結論	97
第一節：契約性質	97
第一項：契約性質之判斷方法	97
第二項：設計監造契約之法律性質	97
第二節：法律責任	99
第三節：未來的展望與後續研究建議	99
附錄一：參考書目	
附錄二：台中市政府工程委託規劃設計監造契約書（範本）	

第一章：導論

第一節：研究動機與目的

在整個社會經濟活動中，營建業通常被稱為火車頭工業，因為與營建業相關的從業人員眾多，營建業牽涉的——無論土地或是工程——經濟規模通常又非常之大，所以，營建業的興衰對社會經濟的繁榮與否具有舉足輕重的地位。在營建業眾多的相關從業人員中，從事建築設計監造工作的建築師，雖然相對的從業人數不多，建築師業務的經濟規模與龐大的營建業相較也屬少數，但由於建築師執業具有法律上的專屬性¹，建築師工作的內容與態度和建物使用者的生命財產又密切相關，所以，建築師的工作在營建相關行業中一向被認為具有關鍵性的重要地位。

但是，從林肯大郡、九二一地震到溫妮颱風等重創台灣建築物的事件，我們突然驚覺一向賴以生存的家園竟然如此不堪一擊，許多建物使用者窮畢生積蓄購買的房屋毀於一旦，數以千計無辜的人命喪瓦礫堆中，一幕幕怵目驚心的畫面，不斷衝擊震撼建築從業人員。事後，行政機關立刻修改建築技術規則，加強建築許可的審查，增加禁限建規定；司法機關起訴建商、營造廠及建築師，其中，負責建築物設計及監造建築師不但要面臨刑責和巨額的損害賠償，還要面對撤銷建築師執照的懲罰，數十年來幾乎與法院絕緣的建築師，一夕之間變成人人喊打的過街老鼠。這諸多案件所涉及的事實以及民刑事之間的法律關係固然相當複雜，但由於過去數十年間，無論學界或實務界，對於建築師業務責任的相關研究或判決並不多，故綜觀近年來的諸多判決，可以發現法院對於關於建築師業務責任的基本見解並不一致，故本文試圖在解決複雜的問題之前，先釐清基本問題，所以，本文所要探討的其實是一個關於契約性質的基本問題的釐清，因為不同的契約性質代表了不同的法律關係，其權利義務不同，所負責任也不相同，有必要先予分析確定。

除此之外，近年來由於一般民眾的法律意識已大有進步，建築師也越來越懂得自我保護權益，建築師與委託人之間的民事訴訟已有漸漸增加的趨勢。然而，工程類型的爭議事實具有相當高的專業成分，釐清事實已非

¹ 建築法第十三條規定：「本法所稱建築物設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限。」

易事，遑論判斷。而民事爭議最重要的判斷基礎在於契約約定的實質內容，所以依據契約的內容及當事人的真意以釐清契約性質成為判斷上首要的工作，然後才能依民法債編各論的規定判斷契約雙方各自應負擔的責任。然而，依本文初步的探討，無論法院或仲裁機構或行政院公共工程委員會爭議處理小組對此一問題的見解顯然並不一致，本文認為事關當事人權益重大，有儘速釐清之必要。

建築師的責任與義務，在公法領域中，已明文規範於建築法和建築師法中，本文不再贅述；但在私法領域中，建築師與委託人簽訂之契約究屬何種性質？建築師究應負何種契約責任？建築師因履行契約致侵害他人權利或觸犯刑事罪的態樣又如何呢？在我國民法典中並無針對建築師契約作特別規定，在學術界探討者甚少，在實務上見解也莫衷一是，本文咸認，建築師在營建業中的重要性已如前述，若未能釐清建築師受委託設計監造契約的性質，從而分析及探討其契約責任及因契約衍生的其他法律責任，對於建築師或其委託人，或因其契約行為而受有損害的第三人而言，皆難以保障其權益。本文希望透過學理上和實務上的分析研究，確立建築師受委託規劃設計監造的契約性質的分類方法，進而分析其責任類型及範圍，以期能在實務判斷上發揮影響。

第二節：問題意識說明

本文以建築師之規劃設計監造契約討論委任與承攬間之差異，具有實務上分別判斷的意義，因為規劃設計監造契約被定性為委任或承攬，至少會有以下幾點不同：1. **締約目的不同**：承攬著重在「工作的完成」，具有絕對目的性，未達契約約定發生預期之結果（非祇效果）²，不得謂工作完成；委任則著重在「事務的處理」，雖也有相當目的性，但不以達到目的為必要。契約性質的探討是基本問題釐清，非先確定契約性質，難以討論權義關係。2. **無過失與過失推定不同**：承攬人負物之瑕疵擔保的損害賠償責任；受任人則負有善良管理人的損害賠償責任。損害賠償責任之成立，重在義務違反之事實與損害之間的因果關係，若無義務之違反，即無須探討行為與損害的因果關係。3. **消滅時效不同**：承攬人的報酬請求權依民法第 127 條第 7 款規定適用兩年短期消滅時效；受任人的報酬請求權則依民法第 125 條

² 最高法院 84 年度台上字第 2249 號判決參照。

規定有十五年的請求權消滅時效。所以，建築師的設計監造契約被定性為委任或者是承攬契約，其法律關係乃顯然有差異。

其次是契約數目的問題，委託設計監造契約有可能是一個混合契約？或數個契約之聯立？所謂混合契約，係指由有名契約構成份子與其它構成份子混合而成之單一契約，類型可分為二，即有由二以上有名契約之要件混合而成者；或由有名契約之要件與他一無名契約相混合而成者³。此外，有所謂契約之聯立，即由數個契約互相結合，而均不失其個性，其情形有二，有單純外觀之結合，其互相間不具依存關係者；以及，在效力上或成立上有依存關係者。契約聯立與混合契約不同，契約聯立本質上為數個契約相互結合同時併存，而均不失其個性，混合契約係將各種契約之要件，冶於一爐，使之成為一個契約，至於契約聯立是否屬於無名契約之一種？參考司法院 31 年 1 月 27 日院字第 2287 號解釋：「混合契約係由典型契約構成分子與其他構成分子混合而成之單一債權契約，若其契約係複數，而於數契約間具有結合關係者，則為契約之聯立。大佃契約，為租賃契約與典權設定契約之聯立，並非混合契約，故在法律所許範圍內，應依當事人立約之本旨，使租賃權與典權同其存續期間，依法律之規定，其存續時期不能一致者，仍應分別辦理。」所以，討論設計監造契約性質的問題，應先分別討論設計或監造契約是否為有名契約？是何種有名契約？再討論兩者之間有無相混合的情形？若有，應屬何種有名契約或無名契約；若無，則是二有名契約之聯立？或一有名契約一無名契約之聯立？或二無名契約之聯立。其推演過程如表一：

第三節：研究範圍

第一項：設計與監造事項之定位

依建築師法第十六條規定：「建築師受委託人⁴之委託，辦理建築物及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等各項業務，並得代委託人辦理申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程上之接洽事項。」可知，建築師的法定業務範圍主要分為四個部分，一是受

³ 劉春堂，民法債編通則（一）契約法總論，三民書局，90 年 9 月初版第一刷，頁 15。

⁴ 本文所稱委託人，就承攬契約而言即「定作人」；就委任契約而言即「委任人」；就建築法而言即「起造人」。

委託辦理調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等七項業務；二是代辦性質，代委託人辦理申請建築許可、招商投標等兩項業務；三是擬訂施工契約；四是依委託契約另外約定委託辦理其他工程上之接洽事項。

另外，就政府採購而言，依機關委託技術服務廠商評選及計費辦法第四條規定，機關得委託建築師辦理的技術服務包括，一、規劃與可行性研究，二、設計，三、協辦招標及決標，四、施工監造，五、其它服務等五大類型。但在其附表一的附註一中又規定「本表所列服務費用標準包括規劃、設計及監造三項，其中規劃佔百分之十，設計佔百分之四十五，監造佔百分之四十五」，由以上三項已經佔百分之百可知，前面所列的五種類型在契約中可概分為「規劃」、「設計」及「監造」三項。

一般常見的建築師委託契約都包含了以上大部分的項目，但若以以上各項工作所需投入的時間和工作量以及報酬而言，「設計」與「監造」的工作無疑是委託契約中最主要的部分，事實上，我國大多數的執業建築師無非以規劃設計監造為其執業的主要工作內容。另外，從歷年最高法院的判決中，以建築師為當事人的案例來觀察，大多數的案件事實也以「規劃設計」或「監造」的實質行為，或其衍生的問題為其爭執的焦點。所以，本文為求討論內容具備足夠的廣度與深度，避免過於浮面空泛，所以不擬以所有類型的建築師法定業務為討論內容，而僅就對於大多數的建築師及其相對人而言最重要的部分，同時也是實務界爭議最多的部分，即「規劃設計」和「監造」兩種主要的契約內容為本文的主要研究範圍，而其他的業務類型在本文討論中與規劃設計監造相關時，也將附帶一併討論。

第二項：限縮在承攬與委任契約之間

我國民法債篇第二章臚列二十七種典型契約型態，而本文所討論關於建築物之規劃設計監造契約性質，並非典型契約，在實務認定上則不脫離「承攬」和「委任」契約兩種不同的差異，故本文討論之範圍將限於此兩種契約型態差異性適用於規劃設計監造之情形，也將討論設計監造契約有否可能是無名契約？混合契約？或聯立契約？債編所列的其他契約類型將不在本文討論之列。

第三項：責任類型

第一款：不完全給付

關於契約之債務不履行，學說上通常區分為給付不能、給付遲延與不完全給付三種類型，本文在先期探討實務判決的研究中發現，在建築師履行設計監造契約的爭議中，關於給付不能或給付遲延的案例並不多見，推測其原因，應為在一般委託設計監造契約中多已有關於給付不能或給付遲延違約處理的明確約定，爭議性不大，而不完全給付是抽象的積極侵害債權的概念，凡已給付，但其給付不符債之本旨，皆為不完全給付，類型態樣五花八門，觀察實務上關於建築師的債務不履行，大多數爭議發生在不完全給付。故本文在討論建築師的債務不履行時，將不再就給付不能和給付遲延的部分討論，而直接討論其不完全給付的狀況。

第二款：侵權責任

侵權行為雖非因契約而生，而一般常見之建築師委託設計監造契約也非附第三人保護之契約，但建築師從事設計監造建築物的工作，其最終目的無非是以其專業，製造供人使用的建築商品，而建物使用者使用建築物，雖因建築師之設計或監造的故意或過失致受有損害，但建築使用者通常與建築師並無契約關係，其所受損害不得依契約關係請求損害賠償，而應依侵權行為，侵權行為除民法第 184 條以下之一般規定及特別規定，尚有特別法之規定。故本文在討論建築師的責任時，除討論因債務不履行的契約責任外，也必須討論建物使用人與建築師之間的關係，以求對建築師執業的責任類型有完整的分析和討論。

第四節：研究方法

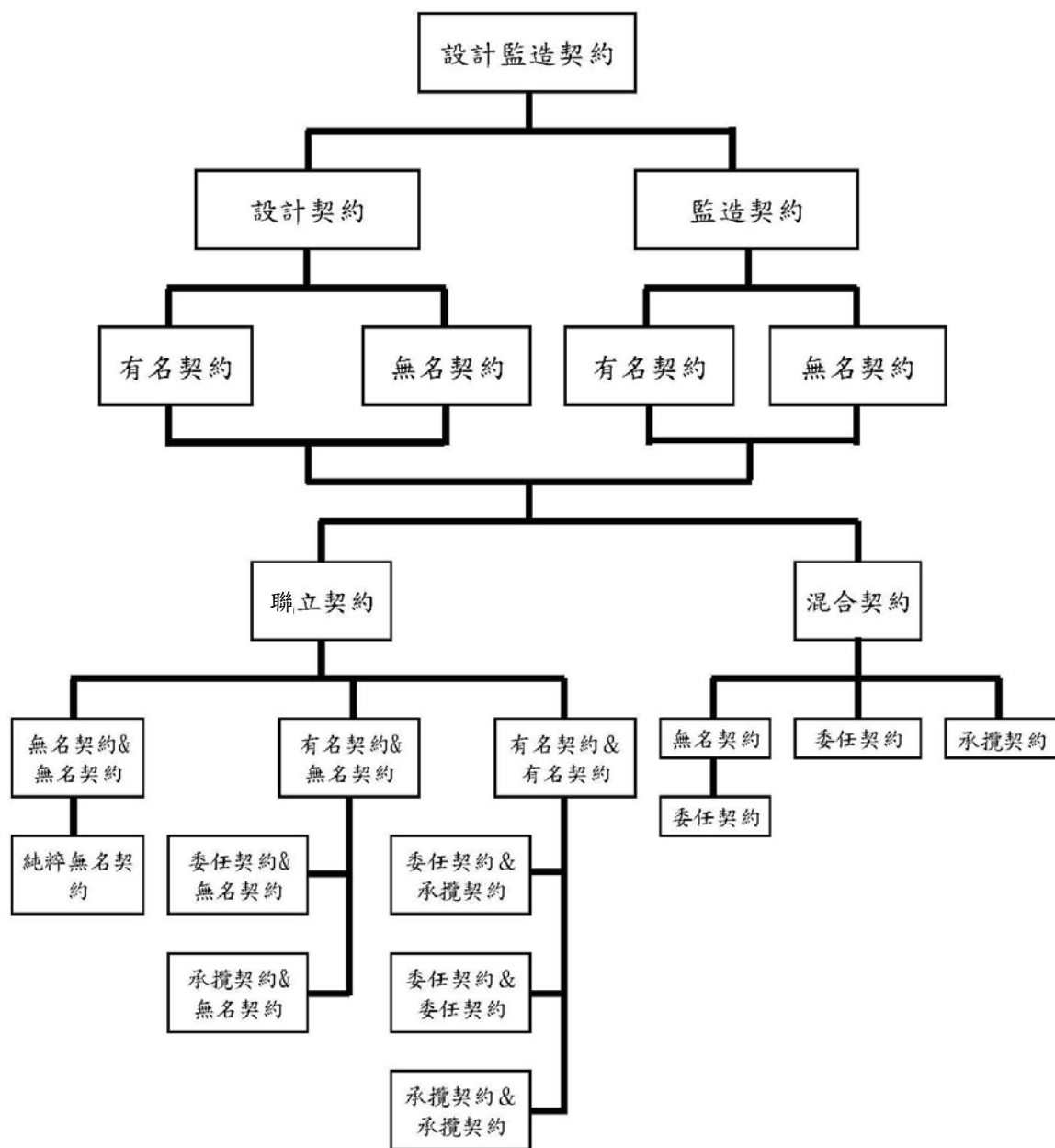
建築師受委託設計監造之委託人（即相對人），在實務上可區分為公部門與私部門兩種，此種區分係緣於：雖同為委託設計監造，但委託內容卻大不相同。在私部門，不同的委託人有不同的建築專業程度，對建築物的設計與工程監造的需求也不盡相同，因此，對委託建築師設計監造之實質內容也不一而足⁵。而公部門因受政府採購法規範限制，則比較傾向於責任

⁵ 以建設公司委託建築師設計監造集合住宅大樓為例，在一般建設公司內部即有專業工程人員，故建築師受委託設計的範圍僅限於初步設計規劃及代委託人向建築主管機關申請建造執照，細部設計部份及建材的選用等設計工作則由相對人公司內部專業人員負責，非屬建築師設計範圍；受委託監造的範圍亦僅限於與結構安全有關的部分，至於例如空調安裝是否恰當、粉刷油漆是否平整等監造事項，則不屬於受委託監造範圍。

分工的方式，凡屬設計監造上建築專業的部分，皆屬建築師應負責的範圍，換言之，在公部門委託建築師設計監造契約中，建築師的義務及責任範圍係以建築相關法令及政府採購法規定建築師應辦事項為範圍，其責任範圍較諸於私部門的委託設計監造契約更為慎密而完整，故，本文擬以由公部門委託設計監造的契約內容為討論依據。同時為避免以偏概全，本文以行政院公共工程委員會所制定，供各機關參考採用之「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」第四條第一項第二款：設計，及第四款：施工監造之內容，為本文討論契約性質之對象，應更能窺見問題之全貌。

本文將以個案研究、文獻回顧及實務判決解析等方法進行研究。架構上將先提出問題與假設，第一部分先深入分析設計與監造契約實質的內容，並分析其特性，其次，以文獻回顧我國學術界對委任與承攬的學說與見解，同時也分析比較實務判決對建築師受委託設計監造契約如何適用法律，然後將設計與監造契約實質的內容涵射於之前分析的委任與承攬的構成要件，提出關於設計與監造契約性質的初步結論。第二部分係以第一部分所得之結論，進一步分別探討設計與監造契約有效與否的情形，另外，在物之瑕疵擔保、債務不履行或善良管理人的注意義務等建築師所可能應負的責任進行分析說明。最後，本文將依前述的分析作成，建築師受委託設計監造契約性質及其應負之契約責任的結論。

表一：設計監造契約定性分類表



第二章：建築師契約之法律性質

第一節：承攬與委任之基本分野

本文即在探討建築師從事建築物設計與監造工作之實質內涵，自應先就承攬契約與委任契約在現行法上之異同予以說明、比較如下：

第一項：承攬契約之特徵

學說上認為承攬契約在性質上具有有名契約、雙務契約、有償契約、不要式契約、不要物契約及勞務契約等契約性質⁶。在外觀上，承攬契約具有以下幾點特徵，據以分辨即能判斷是否屬承攬契約：

第一款：「完成一定之工作」

民法第 490 條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，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。」所以，承攬係以承攬人為定作人完成一定之工作為契約標的，所謂完成一定之工作係指施以勞務造成一定之結果。承攬雖屬勞務契約，但承攬契約的目的並不在於勞務之提供，而在於因勞務之提供而完成一定之工作，著重之點在於「工作的完成」。所以，若契約之目的著重在勞務之給付而不在一定工作之完成者，則不為承攬契約。也因為承攬著重於工作之完成，故承攬人如何實現工作完成即非重要，承攬人可自主決定完成工作之方法、時程、步驟或將工作之全部或一部另委他人完成，皆無限制。

所謂完成之一定工作者，得為有形體的或無形體的，但必須具有「完成結果」的特性，換言之，承攬之義務為「結果義務」。有形體的承攬主要是有體客體的製作或變更，例如興建或修繕房屋、燙頭髮、西裝製作等，無形體的承攬則有無體之精神創作，但藉由有體物予以形體化者，例如電腦程式設計，藝術創作或鑑定報告；工作也有可能僅係勞務之提供，但仍具有完成結果之特性，例如提供法律意見⁷或口譯。

第二款：承攬人負有先給付義務

⁶ 林誠二，民法債篇各論（中），頁 53-55，瑞興圖書，民 91，初版。史尚寬，債法各論，頁 303，自刊，民 49，初版。劉春堂，民法債篇各論（中），頁 24，三民書局，民 93，初版。

⁷ 最高法院 87 年台上字第 2964 號判決參照。

因承攬契約著重在工作的完成，故承攬人不為工作之完成，亦即未能發生預期之結果者，不得請求報酬，換言之，承攬契約是承攬人有先給付義務的雙務契約。此處所謂先給付義務，究指「完成工作」亦或「交付」？學說上有二見解，學者楊芳賢認為承攬人的先給付義務係指「工作之完成」，而非交付，交付與報酬仍應同時履行⁸；學者林誠二則認為，承攬工作有須交付者，有不須交付者，須交付之承攬契約，承攬人對於交付工作物有先給付義務，不得主張同時履行抗辯而拒絕交付完成物⁹。實務上參考最高法院 50 年台上字第 2705 號判例：「承攬人完成之工作，依工作之性質，有須交付者，有不須交付者，大凡工作之為有形的結果者，原則上承攬人於完成工作後，更須將完成物交付定作人，且承攬人此項交付完成物之義務，與定作人給付報酬之義務，並非當然同時履行，承攬人非得於定作人未為給付報酬前，遽行拒絕交付完成物。」故依實務見解，先給付義務應包含「交付」義務在內。

承攬之工作有須交付者，有不須交付者，不須交付之承攬例如燙髮、口譯；須交付之承攬工作又可分為動產及不動產兩類，關於不動產承攬工作物之交付，在一般承攬，由定作人原始取得，承攬人無移轉權利義務可言。在承攬人提供材料之不規則承攬，通說係認由承攬人取得所有權，邱聰智則認為仍應由定作人原始取得，與一般承攬無異¹⁰；動產之交付依民法第 761 條規定有一般交付、簡易交付、占有改定、指示交付四種類型，原則上動產的承攬工作之交付於上列四種交付方式皆有適用。

第三款：定作人得請求修補瑕疵

工作瑕疵在法律上可分為權利瑕疵和物之瑕疵。關於承攬的權利瑕疵擔保，於承攬一節並無規定，依民法第 347 條規定應準用買賣（即民法第 349、351、353 條）的規定；關於物的瑕疵擔保，承攬設有特別規定（民法第 492~501 條），應優先適用，其未規定者始能準用買賣之規定¹¹。依民法第 492 條規定「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質，及無減少或滅失價值，或不適於通常或約定使用之瑕疵。」本條承攬人所負擔的瑕疵

⁸ 楊芳賢，民法債篇各論（上），黃立主編，元照出版社，民 91，初版，頁 580。

⁹ 林誠二，民法債篇各論（中），瑞興圖書，民 91，初版，頁 79。

¹⁰ 邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版有限公司，民 91 年 10 月，初版，頁 57。

¹¹ 鄭玉波，民法債編各論（上），三民書局，民 75 年 10 月 11 版，頁 365。

擔保責任在實務上¹²和通說上皆認為是無過失責任，不以承攬人有過失為必要。但如果因為承攬人之過失致工作物有瑕疵，則同時構成不完全給付¹³，定作人可類推適用給付遲延之法則，請求補正或賠償損害，並有民法第 264 條規定之適用¹⁴。

因此，相對於承攬人負有完成之工作的瑕疵擔保責任，定作人對於瑕疵之工作依民法第 493~495 條規定則有瑕疵修補請求權、契約解除權、減少報酬請求權等權利；因承攬人的工作瑕疵造成定作人受有損害，定作人有損害賠償請求權。

第四款：有償性

承攬契約雖屬勞務契約，但兼有財產契約之性質¹⁵，故報酬是承攬人工作之對價，只有完成工作而無報酬者，非屬承攬，而為無償委任¹⁶。承攬契約雖以有償為必要，但因承攬以完成一定工作為要件，故承攬人對於工作雖施以勞務，而未能完成工作，則不得請求報酬，學說上稱之為「後付主義」。而工作有否完成？端視是否具備契約約定的品質或發生預期的結果而定。

承攬報酬的形式，學說上認為因法無明文，故得以金錢以及物之給付、使用或勞務供給作為報酬¹⁷，但也有學者認為承攬報酬應以金錢之給付為限，其他以物之給付、使用或勞務供給作為報酬，宜認為係混合契約¹⁸。這個問題在實務上也有爭議，例如土地所有人提供土地供他人建築房屋，房屋完成後由土地所有人原始取得建築物之所有權，再由土地所有人將部份的土地與建築物過戶給房屋建造者作為報酬之契約，一般俗稱為「合建契

¹²最高法院 87 年度台上字第 172 號判決：「承攬人依民法第四百九十二條所負之瑕疵擔保責任係無過失責任，不以有歸責於承攬人之事由為必要。」

¹³最高法院 77 年度台上字第 2399 號判決：「承攬人完成之工作不合規格，亦屬不完全給付之一種，而承攬人之工作瑕疵擔保責任與不完全給付，原則上得為併存，因此承攬人完成之工作如有瑕疵，定作人除得請求承攬人負瑕疵擔保責任外，並得以不完全給付為理由，依債務不履行原則，請求承攬人損害賠償。」

¹⁴最高法院 89 年度台上字第 412 號判決：「此項承攬人之瑕疵擔保責任係無過失責任，固不以承攬人具有過失為必要；惟若交付之工作物，有可歸責於承攬人之事由致生之瑕疵，則亦發生不完全給付之債務不履行問題。」

¹⁵鄭玉波，前揭書，頁 364。

¹⁶劉春堂，前揭書，頁 22。

¹⁷鄭玉波，前揭書，頁 342。

¹⁸楊芳賢，前揭書，頁 576。

約」。司法院第一廳研究意見認為該契約應屬承攬與買賣之混合契約¹⁹；但最高法院 89 年台上字第 1650 號判決則認為：「按土地所有人提供其土地由他人建築房屋，雙方按土地價款與房屋建築費用之比例，以分配房地之約定，係屬何種性質之契約，應依具體情事決定之，如建築之房屋由建築人原始的取得所有權，於建造完成後，將部分移轉於土地所有人，土地所有人則將部分土地移轉於房屋建築人，以互相交換，固難謂非互易，但若建築之房屋，建築人自己不取得所有權，由土地所有人原始的取得所有權，於建造完成後，將部分房地移轉於房屋建築人，以作為完成房屋之報酬，則應屬承攬。」

一般建築工程承攬契約的履約期限都很長，履約金額也很高，故多數契約的酬金給付方式，通常約定為承攬人完成部分之工作，定作人給付完成部分之酬金，故定作人給付部份酬金時，承攬人僅完成部分工作，並非全部工作完成，且部分完成之工作也無法交付定作人，與民法第 490 條規定，承攬人須完成工作並交付工作物方有酬金請求權之承攬契約性質不盡相同，則定作人於工程進行中給付之酬金的性質為何？值得討論。本文認為，因為承攬人並未交付工作物，工程仍在進行中，不管已完成或未完成的部分，實際上都在承攬人的管領支配中，工作的危險仍由承攬人負擔，且該部分完成之工作對於定作人而言，並不當然有價值，所以，定作人於工程進行中給付之酬金不應是完成部分工作的對價，而應是「墊款」、「預付款」或「融資」之性質，建築工程仍應於完成並交付定作人時，承攬人始有酬金請求權。此一見解，與預售屋契約中，買受人預付房屋之分期款的性質類似。在實務上，該酬金之法律性質也有爭議，最高法院 83 年台上字第 2324 號判決認為：「如約定分期支付工程款者，其給付即非屬預付款性質」；台灣高等法院台中分院 88 年重上字第 119 號判決則認為：「按工程估驗款，係指按工程完成之數量、進度付款之方式…。究其目的，無非係對於承包商財務之融資」，相關仲裁判斷也有認為：「在公共工程的承攬契約，通常依據工作進度估驗付款，不過此一給付，應該是墊款性質」²⁰。

第五款：次承攬之權利與義務

¹⁹ 民事法律問題研究彙編，第二輯，頁 83。

²⁰ 台灣高等法院台中分院 92 年重上字第 79 號判決參照。

所謂次承攬（sub-contractor）又稱再承攬，係指承攬人復使他人承攬其工作之全部或一部之謂。因為承攬契約著重在發生預期的結果，履約過程中提供勞務僅係手段，故除契約另有約定者外，承攬人有自行選擇完成工作之方法的權利²¹，亦得將承攬契約中的勞務或材料、一部或全部委由第三人次承攬，除契約或其他法律²²另有規定外，無須定作人同意。最高法院 65 年台上字第 1974 號判例亦同此見解：「承攬除當事人間有特約外，非必須承攬人自服其勞務，其使用他人，完成工作，亦無不可。」

次承攬契約與原承攬契約係分別獨立之契約，基於債的相對性原則，其一契約不能或無效，並不影響另一契約的效力²³，同理，次承攬人亦不得向定作人主張民法第 513 條的法定抵押權，除法律另有規定外²⁴，亦無報酬請求權。但就定作人而言，次承攬人係承攬人的履行輔助人，故依民法第 224 條規定，承攬人就次承攬人的故意或過失行為負同一責任。但是承攬人與次承攬間之契約，並非具保護第三人及定作人作用之契約，亦非連帶債務人，但若有可歸責於次承攬人之事由，致主承攬人對定作人負擔違約金者，次承攬人應對主承攬人負損害賠償責任。

第二項：委任契約之特徵

委任契約之性質為典型勞務契約²⁵，依民法第 529 條規定「關於勞務給付之契約，不屬法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定。」故在勞務契約的概念中，非屬其他法定類型之勞務契約者，概屬委任契約。委任可為無償片務契約或有償雙務契約²⁶或無償之不完全雙務契約²⁷，委任

²¹ 楊芳賢，前揭書，頁 581。

²² 此點是承攬之一般特徵，但法律有特別規定者，應從其規定。例如：營造業管理規則第二十二條規定：「營造業所承攬之工程，其主要部分應自行負責施工，不得轉包，但專業工程部分得分包有關之專業廠商承辦，並在施工前將分包合約副本送請起造人備查。」工程承攬人應從特別法之規定。另，政府採購法第 65 條也有類似規定。

²³ 林誠二，前揭書，頁 57。

²⁴ 參考政府採購法第 67 條第二項規定：「分包契約報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包廠商者，民法第五百十三條之抵押權及第八百十六條因添附而生之請求權，及於得標廠商對於機關之價金或報酬請求權。前項情形，分包廠商就其分包部分，與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任。」

²⁵ 高等法院 87 年抗字第 3085 號判決參照。

²⁶ 劉春堂認為，處理委任事務之債務與給付報酬之債務，具有對價關係（前揭書，頁 141）；但史尚寬認為，費用支付之義務與事務處理之義務，非立於對價關係，縱令負擔費用支付之義務，委任不因而成有償之雙務契約（前揭書，頁 363）。

為諾成契約且原則上為不要式契約²⁸。委任契約之定義依民法第 528 條規定為「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約。」故委任契約在性質上，具有下列特徵：

第一款：「處理一定之事務」

所謂處理事務，凡適於債之客體之一切事項均可屬之，處理事務得為法律行為（如代為銷售）或事實行為（如代為停車），但違法行為（如代購贓車）或違反公序良俗（如代為結婚），以及單純之不作為者，則不得為委任之標的。

受任人所受委託處理者，必須是委任人自己或第三人的事務，或委任人與受任人共同之事務，若受任人受託處理自己的事務者，並非委任²⁹，而是不生債務之忠告³⁰。受任人所代為處理的事務種類，在我國民法，除不背於公序良俗及禁止規定外，並無限制，法律行為或單純的事實行為，皆無不可。但在日本民法，委任僅以法律行為為限。

第二款：具有相當信任關係

民法第 537 條立法理由謂「僅按委任之關係，基於信任而來」，即委任因當事人間之信用關係而成立，委任人信任受任人，委託其為事務處理³¹。故信任關係是委任契約最重要的基礎，民法委任一節的其他條文規定，也都與此信任關係息息相關。也因此信任關係，受任人有相當程度可以自己的意見為事務之處分管理，換言之，委任之目的雖由委任人決定，然受任人為達其目的，對於處理事務的方法有相當自主權和裁量空間³²。但受任人的裁量權也不是毫無限制，首先，受任人得裁量的範圍僅限於委託事務的範圍，依民法第 532 條規定「受任人之權限，依委任契約之訂定，未訂定者，依其委任事務之性質定之。委任人得指定一項或數項事務而為特別委

²⁷ 在無償委任，委任人依民法第 545 條規定有預付處理事務必要費用之義務，或依第 546 條有費用償還之義務，此等給付義務與受任人之處理事務義務並不居於給付與對待給付之關係，而為不完全雙務契約。

²⁸ 史尚寬，前揭書，頁 362。

²⁹ 最高法院 85 年台上字第 2383 號判決參照。

³⁰ 史尚寬，前揭書，頁 361。

³¹ 史尚寬，前揭書，頁 360。

³² 最高法院 83 年台上字第 1018 號判決：「受任人給付勞務，僅為手段，除當事人另有約定外，得在委任人所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的。」

任，或就一切事務而為概括委任。」可知，受任人在未受委託的事務範圍並無裁量權，若行使裁量權，是為越權裁量，除應適用無因管理的相關規定外，若因越權裁量而造成委任人損害，依民法第 532 條規定，受任人尚負有損害賠償責任。其次，依民法第 535 條規定「受任人處理委任事務，應依委任人之指示。」故委任人已有指示之事項，受任人也沒有裁量權。民法第 536 條另規定「受任人非有急迫之情事，並可推定委任人若之有此情事亦允許變更其指示者，不得變更委任人之指示。」故受任人之裁量權必須受限於委任人明示或推定而知之指示。

第三款：復委任的權利義務

因為委任當事人間信任關係，所以民法第 537 條規定『受任人應自己處理委任事務，但經委任人之同意或另有習慣，或有不得已之事由者，得使第三人代為處理。』故受任人原則上應自己處理事務，以無負於委任人之信任，在但書規定情形，受任人得使第三人代為處理事務，學說上稱之為「復委任」。復委任雖有民法第 537 條規定，但當事人間非不得為另外約定，將復委任直接約定為受任人之義務，例如台中市政府工程委託規劃設計監造契約書（範本）第 14 條規定：「廠商應指派具有監工經驗之專門技術人員至少__名以上常駐工地確實負責監造，該監工人員簡歷表應報機關備查後始辦理上項工作。」且監工人員之學經歷也有資格限制。

復委任是委任之例外情形，但實際上有其存在之必要，蓋有時因特殊情形，受任人既不能自己處理事務，如不能使第三人處理，反使事務停頓，致難貫徹委任之初意，自不若轉使第三人代為處理，較易進行無阻也³³，學理上稱為「合法復委任」。受任人對於復受任人之行為在不同情形負有不同責任，若受任人未依民法第 537 條規定經委任人同意，亦無習慣可以依據，且非有不得已之事由者，此時復受任人之行為依民法第 538 條第 1 項規定，應視為受任人自己之行為，如有損害自應由受任人負其責任；反之，若受任人使第三人處理委任事務，係已得委任人同意，或有習慣可以依據，或有不得已之事由者，依民法第 538 條第 2 項規定，受任人僅就第三人之選任及其對第三人所為之指示負責。如前述契約書範本第 14 條規定，監造人派任之監工人員須有相當學經歷限制，其專業能力須經機關之認可後方得

³³ 民法第 537 條立法理由參照。

處理監造事務，則受任人僅就監工人員之選任及對其之指示負責，惟本條規定為推定過失責任，受任人須就其選任及指示之無過失行為，負舉證責任。

雖然復受任人與委任人之間並無契約關係，但為保護委任人權利，以及為使委任事務之處理迅速確實，民法第 539 條規定：「受任人使第三人代為處理委任事務者，委任人對於該第三人關於委任事務之履行，有直接請求權。」該請求權係以法律強行定超越契約關係之請求權，其範圍包含所有受任人之契約義務，而且本條規定對於不合法之復委任同樣適用。但復受任人與委任人之間並無契約關係，已如前述，故復受任人對於委任人並無民法第 545 條預付處理委任事務之必要費用請求權及民法第 548 條之報酬請求權。

「復委任」在學說上也稱之為「複委任」，然複委任係指委任人就同一事務重複委任數人之意，而復委任則是指受任人將其受委任事務再委任第三人處理之意。就民法第 537 條的文義解釋，應以「復委任」稱之較為正確。我國學者史尚寬³⁴、李淑明³⁵採用「複委任」一詞；劉春堂、鄭玉波³⁶、林誠二³⁷、邱聰智³⁸則使用「復委任」，本文咸認應以「復委任」為恰當³⁹。

第四款：報告義務的執行時程

報告義務是委任契約特有之義務，蓋因受任人為委任人處理事務，自然就有報告處理狀況之義務，民法第 540 條規定「受任人應將委任事務之進行狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末。」，故委任契約之報告義務有二，一是受任人在處理事務進行中有向委任人隨時報告處理狀況之義務，報告時期於法律並無規定，一般認為應在適當時期，但委任人有要求，或處理事務進行中情事變更或有危險之虞時，應即時報告；處理事務終止時，受任人在相當期間有明確報告始末之義務，若有延遲，應負給付遲延之責任。

³⁴ 史尚寬，前揭書，頁 371。

³⁵ 李淑明，債法各論，元照出版社，2006 年 8 月，二版第 1 刷，頁 152。

³⁶ 鄭玉波，前揭書，頁 434。

³⁷ 林誠二，民法債編各論（中），瑞興圖股份有限公司，2002 年 3 月 2 版，頁 234。

³⁸ 邱聰智，新訂債法各論（中），元照出版社，2002 年 10 月，初版第 2 刷，頁 227。

³⁹ 除復委任與複委任之外，亦有學者稱之為「替代人」。楊佳元，民法債篇各論（下），黃立 主編，頁 80 參照，元照出版社，2004 年 9 月，初版第 2 刷。

第五款：注意義務的分類與責任

委任有「無償委任」與「有償委任」之區別，但在經濟互動頻繁的現代社會，有償委任方為常態，不容忽視。民法第 535 條規定「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意。其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」因此在無償委任，受任人負有具體輕過失責任；在有償委任，則負有善良管理人的注意義務及抽象輕過失責任。受任人之處理事務義務及報告義務，有給付不能、給付遲延或不完全給付情形，負有債務不履行之損害賠償責任。

第六款：委任關係之消滅與延長

委任除因契約之一般原因，例如因委任事務處理完畢、委任事務之履行不能、終期之屆至、解除條件之成就等事由而終了外，委任一節另規定「當事人之隨意終止」及「委任當事人之死亡破產或喪失行為能力」等法定委任契約消滅與延長事由。雖然在一般委任監造實務上並不常見，但事關當事人權利甚鉅，仍有其重要性，茲分述如下。

民法第 549 條規定委任契約的「任意終止權」是委任契約相對於其他典型契約的最大特色，以監造為例，蓋委任監造契約最重要的基礎在於委任人對於受任建築師專業能力及執行任務的信任，在契約存續期間，若委任人已不再信任建築師，實難想像如何放心將監造事務交由建築師處理；反之，若監造建築師無法得到委任人相當的信任，則建築師執行監造職務，行使裁量權也必將處處受到制肘，故民法第 549 條第 1 項規定「當事人之任何一方得隨時終止委任契約」，委任人得隨時將受任人解任，或受任人亦得隨時辭去任務，不問其委任定有期限與否，或受任人既以著手事務之處理與否，無論其委任為無償或為有償，雙方均得隨時主張終止契約⁴⁰。不需任何理由也無須對造當事人同意。

委任契約雖可隨意終止，但於處理事務進行中，當事人一方之隨意解除可能因此造成他方當事人之損害，故民法第 549 條第 2 項另規定「當事人之一方，於不利於他方之時期終止契約者，應負損害賠償責任。」所謂不利於他方之時期，就委任人而言，如施工進行中，監造建築師突然中止

⁴⁰ 史尚寬，前揭書，頁 385。

契約，委任人不及另覓監造人，工程因而停工，致使委任人受有損害，則受任建築師應負損害賠償責任。本條所稱的損害賠償，係指不於此終止，他方即可不受該項損害而言，非指當事人間約定之報酬⁴¹，依此，若在工程進行中，委任人終止監造委任契約，監造建築師非但不得拒絕，也不得請求未完成工作部份的報酬，另依民法第 541 條第 2 項規定，監造建築師尚有移轉系爭工程之監造權於委任人指定之第三人的義務。

另依民法第 550 條規定：「因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質，不能消滅者不在此限。」本條規定係委任關係消滅之法定事由，當事人一有死亡、破產或喪失行為能力等三種法定情形發生，除有但書規定之情形外，委任監造關係即時消滅。

在受任監造建築師死亡、破產或喪失行為能力的情形，監造建築師為自然人，當監造建築師於執行監造職務過程中死亡，其與委任人間之委任監造關係即時消滅，並無繼承問題，因為委任關係之存在係基於人格信任關係⁴²，監造建築師死亡，監造關係即時消滅，自不待言。有爭議的是，依民法第 551 條規定「如委任關係之消滅，有害於委任人利益之虞時，受任人或其繼承人或法定代理人在委任人..能接受委任事務前，應繼續處理其事務。」換言之，在監造建築師死亡、破產或喪失行為能力後，如其委任關係之消滅而有造成工程損害或第三人損害等，有害於委任人利益之虞時，監造建築師的繼承人或法定代理人在委任人能接受委任事務前，仍應持續執行其監造職務。但是依建築法第 13 條規定「本法所稱建築物之設計人及監造人為建築師，以依法登記開業之建築師為限」，監造建築師的繼承人或法定代理人若非依法登記開業之建築師，即無執行監造事務之法定身分，依特別法優於普通法之法律適用原則，應優先適用建築法之規定。所以，民法第 551 條之規定在委任監造事務的情形，在實務操作上幾無適用空間，顯然窒礙難行。如以保護委任人之利益觀之，本文則認為，現有建築師事務所經營型態多有聯合之情形，在其一建築師死亡、破產或喪失行為能力時，似應由同一事務所其他建築師繼續處理其事務，較能顧及委任人之利益。

⁴¹ 最高法院 62 年台上字第 1536 號判例參照

⁴² 鄭玉波，民法債編各論（下冊），三民書局，76 年 10 月，10 版，頁 450。

再則，即使民法第 551 條規定監造建築師的繼承人或法定代理人有繼續處理事務的義務，且即便監造建築師的繼承人或法定代理人具備依法登記開業之建築師的法定身分，委任人是否不得將其監造事務委任其他建築師？原受任之監造建築師的繼承人或法定代理人有無繼續處理事務之請求權？此一問題應從該繼續處理事務期間之法律性質觀之，關於該期間之法律性質，學說上有兩種見解，一是委任契約延長說，依此說見解，既然是原委任契約之延長，則監造建築師的繼承人或法定代理人即有依契約之請求權，包括報酬及處理事務之請求權；二是無因管理說，認為此時委任關係已消滅，繼續處理事務為無因管理。國內學者多以委任契約延長說為通說⁴³。但實務上則有不同見解，最高法院 58 年台上字第 2931 號判決：「祭祀公業之管理人死亡時，管理權因而消滅，蓋管理以本人之信任為基礎，信任被繼承人者，未必信任其繼承人，故管理權不得為繼承之標的。」顯見實務界並不認為該期間之法律性質為委任契約之延長，其理由在於委任契約中最重要的信任基礎已不復存在。本文以為，為平衡當事人權益及顧及信任基礎，應以委任契約延長說為當，但應作限說解釋，即當事人之契約權利義務得以延長，惟獨處理事務請求權不應包含，換言之，民法第 551 條所規定者是受任人繼續處理事務之義務，而非權利。

委任人死亡、破產或喪失行為能力的情形則稍有不同，因為所謂的信任關係，係指委任人對受任人之信任而言，受任人對委任人並無信任不信任的問題，換言之，委任之信任關係是單向的，而非雙向。所以，若依本條文義解釋，在委任人死亡、破產或喪失行為能力的情形，其委任契約當然終止，則將造成，自委任人死亡之時點，監造建築師即喪失其工程監造之職權，依此情形可能有兩種發展方向，一是因監造建築師欠缺，工程無法繼續進行致使工程停止；二是工程持續進行，監造建築師仍持續執行其監造職務。在第一種情形，工程在未為妥善安排下停止，可能造成工安事故使第三人受有損害，例如，在模板工程進行當中突然工程中止，模板欠缺良好的固定與支撐，在風吹日曬下極易崩塌造成危險，此種因委任關係消滅而有造成損害之虞的情形，顯然有害於委任人之利益，也不是委任人的繼承人或法定代理人或監造建築師所樂見，所以通常會是第二種情形，

⁴³ 鄭玉波，前揭書，頁 455 黃立主編，民法債編各論（下），元照出版公司，2004 年 9 月，初版第 2 刷，頁 262。

即依民法第 551 條規定，監造建築師在委任人的繼承人或法定代理人能接受委任事務前，仍持續執行其監造職務，使工程持續進行至某一安全狀態之段落，或委任人之繼承人或法定代理人已另覓其他監造人，已無害於委任人之利益時，受任監造建築師方得停止監造業務，至此，委任關係方得消滅。

依前所述，監造建築師在委任人死亡、破產或喪失行為能力後所執行之職務，雖未受繼承人或法定代理人之委任，但有民法第 551 條規定之繼續處理義務，與民法第 172 條規定「未受委任，並無義務」之無因管理的要件不符，所以，自監造建築師在委任人死亡、破產或喪失行為能力之始點起算，至無害於委任人利益之虞，或其繼承人或法定代理人能接受委任事務為止，監造建築師在此一期間執行監造職務之依據顯然並非無因管理，而仍應視為委任之繼續存在⁴⁴。值得注意的是，此期間存在之委任關係，並非基於當事人之約定，而係基於法律的擬制規定。準此，既然此一期間依法律規定為原委任契約之延長，則受任建築師關於委任乙節之權利義務仍應存在，只是對造當事人已變更為委任人的繼承人或法定代理人。參考最高法院 93 年台上第 2536 號判決認為：「上訴人於周有生死時，關於上訴人之賬冊文件或金錢等之保管或收付，於上訴人能接受委任事務前，為周有生繼承人之被上訴人，即應繼續處理其事務，於此範圍，委任關係繼續存在，被上訴人即有將委任事務進行之狀況，向委任人即上訴人為報告，並於委任關係終止時，且向上訴人明確報告其顛末之義務。」

在比較法上，日本民法學者岡山玄治認為受任人此種處分，並非前委任契約之繼續，然在於應即處理之事務範圍，於當事人間委任關係之繼續，有同樣的權利義務存在；末弘嚴太郎則認為此時類似無因管理，應類推適用關於無因管理之規定，受任人有費用償還請求權；通說⁴⁵則認為，前委任事務處理之繼續延長，從而委任為有償時，受任人得請求報酬。德國民法規定，在原委任範圍內視為繼續，我國民法應可為相同之解釋。

值得探討的是，若在上述期間之後，系爭工程仍繼續進行，監造建築師仍持續執行其監造職務，則監造建築師與委任人之繼承人或法定代理人

⁴⁴ 黃立主編，民法債編各論（下），元照出版公司，2004 年 9 月，初版第 2 刷，頁 103。

⁴⁵ 鳩山秀夫、末川伯、磯谷幸次郎、三瀨信三等

的關係為何？最高法院 79 年台上字第 2031 號判決，認為：「信託關係中所定受託人之權利義務，應專屬於其本身，受託人之任務因其死亡而終結時，其繼承人或繼承人之法定代理人，縱續保管信託財產，以俟委託人之請求返還，然苟無另訂信託契約，尚難認該繼承人為新受託人，得逕行使受託人之權利，而謂該繼承人與委託人間當然成立新加信託關係。」本文則認為，此時當事人間可能成立無因管理或委任契約，其差別僅在於該繼承人或法定代理人與監造建築師之間有無委任之意思表示及合意，若當事人未表示反對的意思，雙方就委任事務之處理仍繼續進行，有償委任者甚至已支付報酬，此時，應認為委任人之繼承人或法定代理人與監造建築師之間已默示成立一個新的委任契約。

第三項：委任與承攬之比較

第一款：契約終止或解除的概念

委任契約最重要的是當事人間委託處理事務的信任關係，已如前述，當其信任關係不再或基於其他事由，委任關係即難以維持且已無存在之必要⁴⁶，民法第 549 條第 1 項規定：「當事人之一方，得隨時終止委任契約。」可見，可以是任何理由，也可以不附理由，皆可隨時終止委任契約⁴⁷。惟依同條第 2 項規定：「於不利於他方之時期終止契約者，應負損害賠償責任。」承攬契約之終止與委任類似，定作人亦得隨時終止承攬契約，但承攬契約通常為繼續性契約，定作人隨時終止契約，承攬人付出之勞務將付諸東流，故定作人應賠償承攬人因契約終止而生之損害（民法第 511 條）。

關於當事人死亡、破產或喪失行為能力致契約終止之情形，委任與承攬則顯有不同。民法第 512 條第 1 項規定：「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其過失致不能完成其約定之工作時，其契約為終止。」民法第 550 條則規定：「委任關係，因當事人一方死亡、破產或喪失行為能力而消滅。但契約另有訂定，或因委任事務之性質不能消滅者，不在此限。」於此可以發現問題，若定作人死亡時，承攬契約如何？承攬人破產或喪失行為能力時又如何？法無明文。按民法第 512

⁴⁶ 楊佳元，民法債篇各論（下），黃立 主編，頁 99，元照出版社，民 91，初版。

⁴⁷ 最高法院 85 年台上字第 1864 號判決參照：「委任契約依民法第 549 條第 1 項規定，當事人之一方既得隨時終止契約，則當事人為終止之意思表示時，無論其所持理由為何，均應發生終止之效力。」

條立法理由：「蓋以此種工作，既非他人所能代為完成，自應許其解約，較為適當也」，而定作人就承攬契約僅負給付報酬、協力及受領之義務，非他人不能代替完成，故本文認為，在定作人死亡的情形，契約應有效存續，適用民法第 1148 條規定，由定作人之繼承人繼承承攬契約之債權與債務。但若定作人為法人，則法人之解散視同自然人之死亡⁴⁸，其承攬契約亦應視為當然終止。在承攬人破產或喪失行為能力的情形，承攬人顯然已經喪失繼續工作之能力。本文認為，基於委任與具專業技能之承攬契約都具相當之信任關係，當承攬人破產或喪失行為能力時，可類推適用民法第 550 條委任關係消滅之規定，承攬關係視為消滅。

民法第 492 條規定：「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。」故承攬人負有完成之物的瑕疵擔保責任，且通說認為此瑕疵擔保責任為無過失責任。因承攬人之瑕疵擔保責任，承攬人除依民法第 493、494、495 條規定有請求修補及減少報酬的權利外，並有主動解除契約之權利。又依民法第 502 條在「因可歸責於承攬人之事由，致工作不能於約定期限完成，或未定期限經過相當時期而未完成者，定作人得請求減少報酬。前項情形，如以工作於特定期限完成或交付為契約之要素者，定作人得解除契約。」另於民法第 503 條「因可歸責於承攬人之事由，遲延工作，顯可預見其不能於限期內完成者，定作人得解除契約，但以其遲延可為工作完成後解除契約之原因者為限。」此為以承攬人陷於給付遲延為基礎之法定解除權。又依民法第 506 條在「訂立契約時，僅估計報酬之概數值，如其報酬，因非可歸責於定作人之事由，超過概數甚鉅者，定作人得於工作進行中或完成後，解除契約。前項情形，工作如為建築物或土地上之工作物或為此等工作物之重大修繕者，定作人僅得請求減少相當報酬，如工作物尚未完成者，定作人得通知承攬人停止工作，並得解除契約。定作人依前二項之規定解除契約時，對於承攬人，應賠償相當之損害。」此為以估計報酬之概數不確實，致「因非可歸責於定作人之事由，超過概數甚鉅」為基礎之法定解除權⁴⁹。

民法委任一節並無關於解除契約之規定，然依契約自由原則，當事人當然得合意解除契約。另於受任人給付遲延時，委任人依民法第 254 條規

⁴⁸ 史尚寬，前揭書，頁 389。

⁴⁹ 黃茂榮，論承攬（三），植根雜誌第十二卷第三期，頁 98。

定，得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，委任人有法定解除契約權；如委任契約約定受任人應於一定期限處理事務，受任人不按照時期給付者，委任人依民法第 255 條規定，也有法定契約解除權。

值得探討的是，定作人是否得依民法第 254 條給付遲延之規定，定相當期限催告承攬人履行，而在承攬人不在期限內履行時解除契約？實務上認為，民法第 502、503 條對於以承攬人給付遲延為理由之契約解除已有特別規定，民法第 254 條關於債務人給付遲延之之一般規定即無適用之餘地。果爾，只有在定作人與承攬人間就承攬工作定有絕對期限時，定作人始得以承攬人給付遲延為理由解除契約，於契約未約定絕對期限者，倘承攬人一再遲延給付，屢催無效，定作人將因不能解除契約而毫無保障。

第二款：消滅時效

承攬人之報酬依民法第 127 條第 7 款規定，自有請求權開始，有兩年的請求權時效。定作人的瑕疵修補請求權、修補費用償還請求權、減少報酬請求權、損害賠償請求權或解除契約權等權利，依民法規定有兩種不同之消滅時效，一是依民法第 498 條規定：「如其瑕疵自工作交付一年始發見者，不得主張」是瑕疵發見之消滅時效；另一為民法第 514 條第 1 項規定權利行使期間的消滅時效，定作人之上述權利均因瑕疵發現後一年間不行使而消滅；承攬人的損害賠償請求權或解除契約權，依民法第 514 條第 2 項規定，因其原因發生後，一年間不行使而消滅。值得注意的是，定作人的「減少報酬請求權」，雖名為請求權，但該項權利一經行使，即生減少報酬之效果，應屬形成權之性質，故上開條項就定作人減少報酬請求權所定之一年期間為除斥期間⁵⁰。委任人的損害賠償請求權、第三人損害賠償請求權，受任人處理委任事務支出必要費用請求權及報酬請求權，在委任一節並無特別規定其消滅時效，故應適用民法第 125 條之一般規定，因十五年間不行使而消滅。二者請求權時效規定明顯不同。

第三款：對第三人的請求權

委任契約因基於當事人間之信任關係，故民法第 537 條規定：「受任人應自己處理委任事務。但經委任人之同意或另有習慣，或有不得已之事由

⁵⁰ 最高法院 71 年台上字第 2996 號判例參照。

者，得使第三人代為處理。」通說稱為「復委任」。復委任乃委任關係之例外情形，受任人依民法第 537 條規定復委任時，依民法第 538 條第 2 項規定：「僅就第三人之選任，及其對於第三人所為之指示負其責任。」若受任人未依民法第 537 條規定復委任時，依民法第 538 條第 1 項規定，受任人就該第三人之行為，與就自己之行為，負同一責任。委任人對於第三人關於委任事務之履行，無論該復委任有否符合民法第 537 條規定，依民法第 539 條規定，都有直接請求權。委任人與復受任人之間並無契約關係，依債之相對性原則，委任人不應對復受任人有請求權，然為保護委任人之權益，特以法律擬制規定該請求權。但本條規定屬法律任意規定，當事人仍得以契約約定排除。

承攬契約著重於工作之完成，工作未完成前，承攬人無承攬報酬請求權，所以，定作人無須對承攬人完成工作的方式或程序太過苛求。承攬人工作之一部分委由第三人在承攬者，通說稱為「次承攬」，定作人與次承攬人之間並無契約關係，原則上並無請求權。但有些專業承攬契約，甚且以法律規定承攬人必須或得次承攬。例如：營造業法第 25 條規定：「綜合營造業承攬之營繕工程或專業工程項目，除與定作人約定需自行施工者外，得交由專業營造業承攬，其轉交工程之施工責任，由原承攬之綜合營造業負責，受轉交之專業營造業並就轉交部分，負連帶責任。轉交工程之契約報備於定作人且受轉交之專業營造業已申請記載於工程承攬手冊，並經綜合營造業就轉交部分設定權利質權予受轉交專業營造業者，民法第五百十三條之抵押權及第八百十六條因添附而生之請求權，及於綜合營造業對於定作人之價金或報酬請求權。」建築法第 13 條規定：「有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師辦理，建築師並負連帶責任。」

第四款：義務與責任

委任人委任受任人處理本人的事務係基於相當高的信任關係，故受任人對於處理的事務應負有相當之注意義務，但注意義務因報酬之有無而有高低之分，民法第 535 條規定：「受任人處理委任事務，應依委任人之指示，並與處理自己事務為同一之注意，其受有報酬者，應以善良管理人之注意為之。」故因其注意義務之不同，無償委任負有具體輕過失責任；有償委

任則負有抽象輕過失責任。民法第 544 條且規定：「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責任。」受任人為委任人處理事務，應當使委任人隨時了解事務處理之狀況，故民法第 540 條規定：「受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告其顛末。」另外，受任人為委任人處理事務，若有意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，依刑法第 342 條規定，尚負有五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金之刑事責任。

承攬人對於工作或工作物，依民法第 490 條規定有先完成義務及交付之義務；依民法第 493 條規定，對於瑕疵之工作有修補義務；依民法第 492 條規定有瑕疵擔保的無過失責任。在定作人供給材料之承攬契約，承攬人負有善良管理人之注意義務及抽象輕過失責任。

第五款：小結

綜合上述學說見解，承攬與委任有諸多相似性，在某些特定案例中難以區分，本文嘗試以對照的方式顯示承攬與委任在不同面向的區別如下表：

	承攬	委任
性質	完成一定工作	處理事務
酬金	有償	有償為原則，無償為例外
契約類型	有名契約 雙務契約 有償契約 不要式契約 不要物契約 勞務契約	有名契約 單務或雙務契約 有償或無償契約 不要式契約 不要物契約 勞務契約
目的性	強	弱
責任	瑕疵擔保責任 債務不履行責任	無償，具體輕過失責任 有償，抽象輕過失責任
使第三人	得次承攬	原則應自己處理事務，例外，

服勞務		得複委任，但需委任人同意。
義務	先給付義務 交付義務 瑕疵修補義務	處理事務之義務。 交付或移轉一定標的之義務。 報告義務。

第四項：契約性質判斷之考量因素

第一款：應著眼於契約本質

承攬契約之本質為「完成一定之工作」，重點在於發生定作人預期之「結果」；委任契約之本質則為「處理事務」，重點則在於受任人處理事務之「過程」。委任以受任人提供勞務為委任人處理事務為重點，承攬則無視於承攬人提供之勞務之型式或多寡，而以其結果發生為重點。舉例而言，律師受當事人委託辯護，律師之契約義務在於訴訟進行過程中，提供法律專業之勞務，代擬狀紙及代理出庭，雖然當事人期待律師能達到勝訴的結果，但勝敗之結果由法院判決，非由律師決定，故委託律師訴訟之契約為委任契約，所以如果律師在訴訟過程中已善盡訴訟代理人義務，即已盡契約義務責任，判決結果如何與律師之契約義務無關。醫師受患者委託診療，醫師的契約義務在於診療過程中，以醫學專業判斷，提供適當的醫療行為，雖然患者期待醫師能達到治癒其疾病的結果，但人體非常複雜，醫學技術則有限，最好的醫師也無法起死回生，所以如果醫師在診療過程中已善盡醫療專業上之注意及服務，即已盡契約義務，患者痊癒與否與醫師之契約義務無關。但若律師保證訴訟「包贏」，或醫師「包醫」⁵¹，其契約重點已不在提供專業勞務之「過程」而在預期「結果」之發生，則其契約性質為承攬而非委任。另外，關於委任與承攬之分辨方法，黃茂榮先生認為，事務之處理非達一定之結果以完成之，對於本人即無利益，或甚至有害的情形，其契約應定性為普通或特別承攬契約⁵²。

第二款：以「具備專業能力與否」判斷

委任契約的本質在於處理事務，故受任人通常具備為委任人處理特定事務之專業能力，自不待言。但如果僅從受託人是否具備專業能力，即判

⁵¹ 史尚寬，前揭書，頁 361。

⁵² 黃茂榮，論承攬（一），植根雜誌第十二卷第一期，頁 36。

斷其契約性質為委任與否，恐怕並不恰當，因為，有時承攬人也必須具備相當專業能力方得以承攬工作。例如政府採購法第 36 條第 2 項規定：「特殊或巨額之採購，須由具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等之廠商始能擔任者，得另規定投標廠商之特定資格。」所以，雖然承攬契約著重工作之完成，但承攬人是否具備履行契約的專業能力，通常也是承攬契約成立的重要因素之一，例如民法第 512 條承攬一節規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，…」，以及民法第 485 條僱傭一節規定：「受僱人明示或默示保證其有特種技能者，如無此種技能時，僱用人得終止契約。」即可證明「具備專業能力與否」並不能判斷契約性質為委任。所以以具備專業能力與否作為委任契約性質的判斷依據，恐非正確。

第三款：以「給付酬金時程」判斷

民法第 490 條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，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。」上開條文後段稱，他方俟工作完成，一方才給付報酬的規定，學者通常稱之為「後付主義」。但民法第 490 條後段的給付酬金時程的規定，並非強制規定，契約當事人仍得自行約定⁵³。舉例而言，一般工程承攬金額巨大，履約期間也很長，若必須等到工程完成，一方才給付工作報酬，絕大多數的營造廠商恐不能支持龐大的財務壓力，故一般工程契約的付款辦法都約定依工程進度比例支付相當比例之報酬，除非短期、小型工程才有可能採工作完成一次付款。故後付主義雖然是承攬契約的特徵之一，但承攬契約並不當然為後付。相對的，依民法第 547 條委任之請求報酬時期的規定「除契約另有訂定外，非於委任關係終止及為明確報告顛末後，不得請求給付」，簡言之，委任契約也採後付主義。所以，單以給付酬金時程為後付，即推論他方有先完成義務，而判斷契約性質為承攬契約，並非恰當。

值得一提的是，學者張慶宗認為一般工程契約採依進度付款的方式係依據民法第 505 條第 2 項：「工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之酬金。」的規定，而認為依工程進度分批付款仍符合後付主義的原則，本文不能表示贊同，因為上開條文係規定「工作係分部『交付』」，但一般建築工程進行，在已完成部分仍有其他工

⁵³ 史尚寬，前揭書，頁 329；林誠二，前揭書，頁 127。

項繼續施工或尚未施工，所以，已完成的部分實際上不能也無法「交付」他方，與民法第 505 條第 2 項規定的構成要件不符，尚難適用。故一般工程承攬契約「依工程進度支付一部分價金」之約定，與承攬契約「俟完成工作，給付報酬」之特性不符，該分期支付之價金核其性質，應為「融資」或「預付款」之性質，而非工程承攬之對價，換言之，若工程未全部完成前因故終止契約，則承攬人不能主張已取得之工程款為已完成工程部分之對價而拒絕返還。

第四款：以「信任關係強弱」判斷

契約雙方間的「信任關係」或稱「信賴關係」一直是學理上強調委任契約的重要特徵，在一些判決書中甚至可以見到法院直接以雙方間存在信任關係，依此判斷其契約性質為委任契約。信任關係固然是委任契約成立之特別要件，但並不表示承攬契約即不存在信任關係，或委任契約中存在的信任關係較承攬契約為強，直言之，任何形式之契約成立，無非有其相當之信任關係存在，王澤鑑教授即認為，契約關係是一種基於信賴（Vertrauen）而發生之法律上特別結合關係⁵⁴。雖然政府採購法第 36 條第 2 項關於特殊或巨額之採購，得另規定投標廠商之特定資格，但並不代表符合資格的廠商其日後即無履約的問題，該條之立法原意僅在於透過特定資格之限定，而提升對於廠商履約能力「信任」而已。故承攬契約——特別是以承攬人之技能為履約要素的承攬契約——其信任關係並不亞於委任契約，承攬人在此信任關係之下，對於定作人仍負有善良管理人的注意義務⁵⁵。所以，單就契約雙方的信任關係強弱，並不足以判斷契約性質。參考板橋地方法院 93 年簡上字第 124 號判決意旨：「建築師為專門職業人員，就建築方面具有專業教育訓練與職業能力，委託人亦因對建築師之資格、能力、專業知識對之產生信賴，從而，建築師與委託人間具有高度信賴關係，若建築師提供具瑕疵之服務，自應對委託人所受之損害負賠償責任。…按『受任人因處理委任事務有過失，對於委任人應賠償之責』…民法第 540 條定有明文，…查，丙 00 即永福建築師事務所履行契約顯有過失，其給付屬不完全給付，業如前述，自應對甲 00 因之所受損害負賠償責任。」上開

⁵⁴ 王澤鑑，民法學說與判例研究（第一冊），台大法學叢書（五），2004 年 10 月出版

⁵⁵ 林誠二，前揭書，頁 78。

判決顯示，板橋地方法院以委託人對於建築師「具有高度信賴關係」，間接認定當事人間之契約性質為委任契約，本文咸認並非恰當。

另參考台灣高等法院 95 年度建上字第 80 號判決：「系爭契約要求技術顧問機構應有具服務項目專長之專任人員，顯具信任關係，且除經委託機關之同意，受託技術顧問機構不得轉包；再依政府採購法第 39 條規定：『機關辦理採購，得依本法將其對規劃、設計、供應或履約業務之專案管理，委託廠商為之』，準此，系爭契約之性質已含有委任之法律關係。」本件法院非從契約約定為完成一定工作或處理事務判斷契約性質，而單從契約中記載提供勞務之一方應有具服務項目專長之專任人員，即推論該契約顯具信賴關係，再依此信賴關係判斷契約具委任性質，已顯有不妥；而引用政府採購法第 39 條條文，僅憑其中「委託」二字，即判斷機關辦理採購規劃、設計、供應或履約業務之專案管理契約性質為委任，更有待商榷。

第二節：設計監造契約之法律特徵

每一個工程的設計監造契約固然都不盡相同，但實則大同小異，故為討論內容明確，本文擬以「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」第四條第一項第二款規定，以及「台中市政府工程委託規劃設計監造契約書(範本)」⁵⁶為例(如附錄二)，作為討論設計監造契約特徵之標的。

第一項 設計契約之內容

依「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」第四條第一項第二款規定，設計內容得包括「基本設計」和「細部設計」兩大部分：

(一)基本設計：

1. 可行性報告及設計標的相關資料之檢討與建議。
2. 補充測量、補充地質調查及其他補充調查、試驗或勘測。
3. 基本設計，包括基本設計圖及綱要規範等。
4. 施工規劃及施工初步時程之擬定。
5. 計畫成本初估之修訂。
6. 細部計畫準則之擬定。
7. 財務計畫之釐定。
8. 採購策略分標原則之研訂。
9. 基本設計報告。

(二)細部設計：

1. 細部計畫圖文資料或計畫書之製作。
2. 施工或材料規範之編擬。
3. 工程或材料數量之估算或編製。
4. 機電設備之選擇及規範之編擬。
5. 施工計畫及施工進度之擬定。
6. 成本分析及估價。
7. 分標計畫及進度之整合。
8. 發包預算及招標文件之編擬。

⁵⁶ 94年7月13日修訂版，網址<http://www.tccg.gov.tw>，96年3月29日下載。

由上述實質的設計內容可知，所謂設計階段，分為兩階段，初步設計階段為細部設計的前置作業，主要目的在於設計前的準備資料工作及確認設計方向；而細部設計的內容才是建築物動工前之所有應準備資料，這些資料將作為工程招標階段之招標文件，及決標後委託人與得標營造公司訂立工程契約書之主要內容，按其內容大約可分為五大部分：(一)詳細設計圖(二)材料及施工規範(三)工程預算書及單價分析(四)施工計畫書(內含施工進度表)(五)招標須知及補充說明。所以，在建築實務上，「詳細設計圖」才是最主要的給付標的，而材料及施工規範、工程預算書及單價分析以及施工計畫書則是依據詳細設計圖的進一步說明，主要目的在於日後工程監造及估驗計價之用。

第二項 設計契約中部分工作之委任性質

依「台中市政府工程委託規劃設計監造契約書(範本)」第2條第1項廠商應給付標的及工作事項：第2款：負責本工程相關之建築、結構、給排水、污水處理設施、電氣、(含電力、電視、電話等)通風、空調、消防、衛生、天然氣等系統暨基地廣場綠化之工程設計圖說、並負責編列施工計畫書(含預算詳細表、單價分析表、工程數量計算書)，可知，受委託設計之建築師，其應給付之標的為，工程設計圖說及依設計圖說所編列的施工計畫書。台中市政府即以建築師提供的工程設計圖說及施工計畫書作為工程招標文件，及嗣後訂定工程承攬契約書的主要內容，台中市政府並給付建築師設計酬金作為對價。

在實務操作上，建築師要完成上述的工作，並非完全依據自己的建築理念而為設計，而是不斷的提出草圖與委託人溝通，充分瞭解委託人的空間使用方式及需求，經過多次的討論溝通及修改圖說，最後，經委託人確認各部分設計及預算皆符合其計畫，設計工作才算完成。這段期間短者幾個月，有時甚至會長達數年，甚至，經過長時間的討論溝通及修改圖說，但因為種種原因，建築師所提的設計方案仍不能得到委託人的同意，而終至解除或終止契約。換言之，若建築師未能給付經委託人同意的設計圖說及施工計畫書，即不能謂工作已完成，故依契約亦不能請求工作報酬。

建築師製作上述書圖文件工作的完成，除上述委託人主觀的同意外，尚必須同時符合兩項客觀要件，設計工作才算完成，建築師法第十七條規

定，建築師的設計圖說「應合於建築法及基於建築法所發布之建築技術規則、建築管理規則及其他有關法令⁵⁷之規定；其設計內容，應能使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工。」及建築法第十三條第一項後段規定「有關建築物結構與設備等專業工程部分…應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師負責辦理，建築師並負連帶責任」。綜而言之，建築師從事設計工作，必須同時兼顧公法上的限制及契約約定工作的完成。

依契約書範本第6條「付款辦法」觀察，其給付酬金方式分為五期：

第一期 簽妥契約，設計草圖圖樣送審核定後付酬金百分之五。

第二期 本工程所有之設計圖說完成並領得建造執照後付酬金百分之二十五（按工程預算金額核算）。

第三期 本工程預算書完成送機關審查確定後辦理發包完成並與承攬廠商簽妥工程合約後，付酬金百分之二十（按工程決標金額百分之五十扣除已領酬金核算）。

第四期 本工程進度達百分之五十時付酬金百分之二十五（按工程決標金額核算）。

第五期 本工程全部完工經正式驗收辦妥結（決）算後，付酬金百分之二十五（按工程結（決）算總額依約核算設計監造酬金後扣除已領酬金）。

由契約付款辦法可以看出，第一至三期部分為設計酬金，建築師應先完成各階段工作，交付其工作物，委託人始負有給付各該階段酬金義務；第四、五期部份為監造酬金，建築師並無工作物可交付，而係以工程進度階段為停止條件，約定監造酬金之給付。

由以上關於設計工作之內容、進程、目的及完成要件，吾人可以觀察到委託設計契約具有下列承攬契約特徵：

1. 對於委託人而言，委託建築設計著重在最後設計工作的「完成」，無論在設計過程中建築師修改多少次圖面，若非滿足委託人主觀上的需求以及

⁵⁷ 這裡所稱其他法令，尚包括都市計畫法、區域計畫法、國家公園法、消防法及其子法，另就公部門而言，尚包含政府採購法及其子法之規定。

客觀上的法規限制，皆難謂設計工作已完成，至於設計過程中建築師提供之勞務或多或少，並非委託人在意，亦非契約目的。

2. 建築師完成的設計圖說須經委託人同意認可，且具備建築師法第十七條及建築法第十三條第一項後段規定之「品質」；未達該約定品質要求，委託人不能據以發包工程，建築師給付的設計圖說即不適用於通常之使用，或具有約定使用品質之瑕疵。
3. 完成並交付於委託人之書圖文件係設計酬金之對價，依著作權法第 5 條第 9 款「建築著作」之例示，為智慧財產權之一種，委託人得以使用作為招標文件及工程契約之用，具有相當程度的「商品」的意味。
4. 依契約書範本的給付酬金方式觀之，設計工作係分段進行，建築師完成各階段工作，並將完成之工作成果交付於委託人，且經委託人核定同意後，始具有設計酬金之請求權，換言之，建築師履行契約有先完成工作及交付成果之義務⁵⁸。

設計書圖文件的內容係針對委託人提供的特定土地及建築計畫量身訂做，僅對於委託人具有相當使用價值，對其他第三人並不具使用價值，屬「不可替代物之製造」⁵⁹。

5. 依公部門委託建築師設計工作的情形⁶⁰，建築師受有「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」第三章及附表一規定之報酬，建築師非受有上述規定之報酬，即不為完成其工作。
6. 建築師受委託設計工作，依建築法第 13 條後段規定：「有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築物外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工業技師辦理，建築師並負連帶責任。」建築師應將結構、機電、空調、消防、水土保持、大地工程等專

⁵⁸ 一般公部門委託設計契約的付款辦法中會有建築師得請求設計酬金之要件為「工程發包完成」和「取得建造執照」之規定，是項約定不但顯示建築師有先完成義務；也顯示出建築師完成的設計工作已具備約定之品質，因為「工程發包完成」表示可以推定得標營造商對書圖文件內容已無疑義，可以正確估價、按照施工；「取得建造執照」則可推定書圖文件內容已符合建築法令規範。書圖文件內容已具備約定之品質。

⁵⁹ 黃茂榮，論承攬（一），植根雜誌第十二卷第一期，頁 34。

⁶⁰ 私部門委託建築師設計監造之酬金計算係依據台灣省建築師公會「建築師設計監造酬金標準表」，與公部門的計算方式和基準不同。

業工程部分交由各該專業技師辦理，但建築師將各專業部分交由各該類任何合格之技師負責，依上列參考契約內容，無須委託人之同意，換言之，具有「次承攬無須定作人同意」之特性。再則，除上列各類技師各自負責繪製其專業部分的圖說外，就建築專業的部分，則需由建築師負責。而一份建築圖說少則數十大張（A1 規格），大型或複雜的工程圖說甚至有上千張之多，在通常情形，建築師幾乎不可能親自繪製每一張圖，大多數是由其事務所員工繪製，但建築師對於其交付於業主之圖說負完全之設計責任，在建築實務上，尚未見有任何委託人要求建築師必須親自繪製每一張圖的契約，此一職業生態，與委任契約中受任人應「親自處理」委任事務之特性顯有不同。

由以上觀察得到的特徵可知，1. 公部門委託建築師設計的契約內涵在於雙方約定，建築師為公部門完成設計工作，並將完成之設計圖說（有形物）交付於公部門，公部門給付建築師設計酬金之契約，核與民法第 490 條「稱承攬者，謂當事人約定，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」規定相符；2. 公部門給付之酬金係建築師完成設計工作之對價，是以先約定有報酬，建築師才給付設計勞務進而完成設計工作，符合第 491 條「非受有報酬，即不為完成其工作」之規定；3. 建築師對其完成設計所製作之書圖文件，有義務使其內容具備建築師法第 17 條及建築法第 13 條第一項後段規定之品質，核與民法第 492 條規定「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質」之承攬契約特性相符。依上論據，建築師受公部門委託設計之契約，應可解為承攬契約。

「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」第四條第一項第二款「基本設計」所述之義務是設計開始之前的資料準備工作。這些鑑界、鑽探、測量及設計標的等基本資料，依通常委託契約以及省（市）建築師公會建築師業務章則⁶¹第四條第一項規定，委託人有提供予設計建築師作為設計依據之義務，而設計建築師則有檢查上述文件是否合於設計工作所需，若有不足，應向委託人報告並建議補充資料及執行方法的義務。在此，設計建築師係居於顧問的地位，提供專業技術諮詢服務，協助委託人處理委託人的應辦事務，契約當事人就該部分的契約關係應理解為「委任」關係。但

⁶¹ 內政部 82 年 7 月 20 日台（82）內營字第 8272574 號函。

是，建築師協助業主提供設計基本資料，並非設計工作之一，而是設計工作開始前之基本資料準備，所以這部份的工作應理解為設計契約以外之另一契約義務，與設計契約之關係應為具有依存關係之契約聯立。

另外，從當事人之間成立委託設計契約的原因來觀察，委託人選擇建築師並非單純比較報價，對於建築師的專業能力、設計理念、經驗、設計團隊組成等種種個人特質及背景已多所瞭解，進而產生對該建築師能勝任設計工作，專業能力的「信任」，反而比報價更重要。這一點特徵，與訴訟當事人選擇委任律師的主觀原因相當類似。另從政府機關選擇建築師的程序來觀察，依政府採購法的規定，機關遴選建築師可以用公開招標的「比價」方式，或限制性招標的「比圖」方式產生，但實際上大多數機關都會依政府採購法第 22 條第 1 項第 9 款規定辦理建築師徵選，以評選設計圖的方式遴選「優先議約」的建築師。依此觀之，設計契約成立之前，獲優先議約權之建築師，其履約能力已獲得委託人相當之「信任」，換言之，委託設計契約之締結，係基於對建築師個人專業能力的信任關係，此一特徵與委任契約之本質，亦相當類似。

委託設計契約之目的，無非是為未來興建工程之用，建築師設計完成並交付予定作人之後，協助定作人進行工程之招標與決標作業，也常是設計人的義務之一。但二者關係為何？參考屏東地方法院 94 年度建字第 11 號判決：「系爭工程之設計事宜，因需原告完成設計圖之繪製與計算書之編纂工作，此部分應為承攬契約無誤；而協辦招標及決標等事項，因非著重工作之完成，而係事務之處理工作，其性質核屬委任契約。故可知系爭契約內含有委任與承攬兩種契約之實質，而構成混合契約。」本文對於屏東地方法院分別就其工作內容分別判斷契約性質的部分，咸表贊同，惟其後段部份逕以「系爭契約內含有委任與承攬兩種契約之實質，而構成混合契約」之見解本文不能表示贊同，因為爭契約內含有委任與承攬兩種契約之實質者，另有可能成立契約聯立，非必然為混合契約。而本件中「完成設計圖與預算書編纂」與「協辦招標及決標」兩項工作僅為契約中分別約定之工作項目，二者之間並不存在任何不能分割、互為混合的關係，故按其性質應為兩個獨立契約之聯立，而非混合契約。

綜上所述，委託設計契約在履約的客觀外觀上，符合承攬契約的構成

要件，但其契約成立之基礎，卻又建立在類似委任契約的主觀信任關係上，令人難分難解，本文以為，委託設計的契約性質應可歸類為承攬契約，但在履約爭議或損害賠償的判斷上，建築師仍負有善良管理人的注意義務，以平衡委託人對於建築師專業能力上的信任。而少部分附屬於設計的先期或後期之工作固然具有委任之性質，但該部分在判斷上應解為另一契約，故整體而言，委託設計應理解為承攬契約。

第三項 監造契約之內容

公部門內部主管工程發包的總務單位通常並不具有工程背景⁶²，不具備監督營造商按工程契約內容履約的專業能力，故機關與得標營造商簽訂工程承攬契約之前，會先完成監造建築師的徵選並訂立委託監造契約，由監造建築師為委託人提供技術勞務，輔助（或代理）機關監督營造商按工程契約內容履約。而監造建築師受不同機關委託監造的契約內容雖不完全相同，但實際並無太大差別，故本文以「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」第四條第一項第四款規定「施工監造」為例，討論監造契約約定建築師的應盡義務，包括以下各項：

1. 派遣人員長期留駐工地，監督、查證廠商履約。
2. 施工廠商之施工計畫、預定進度、施工圖、器材樣品及其他送審案件之審查。
3. 重要分包廠商及設備製造商資格之審查。
4. 施工廠商放樣、施工基準測量及各項測量之校驗。
5. 督導及查核施工廠商之施工計畫、預定進度表、施工圖、器材樣品及其他送施工廠商辦理材料及品質管理工作。
6. 督導施工廠商執行工地安全衛生、交通維持及環境保護等工作。
7. 履約進度及履約估驗計價之查核。
8. 有關履約介面之協調及整合。
9. 契約變更之建議及處理。
10. 機電設備測試及試運轉之監督。
11. 竣工文件及結算之審查。

⁶² 只有少數機關如營建署或高公局有工程人員，如此，機關即得依建築法第十三條第二項規定，由機關派任內部具建築師或專業技師資格的人員擔任監造人。

12. 驗收之協助。

13. 協辦履約爭議之處理。

除了上述依契約的應辦事項外，建築師尚須遵守建築師法第 18 條：「建築師受委託辦理建築物監造時，應遵守左列各款之規定：1. 監督營造業依照前條設計之圖說施工。2. 遵守建築法令所規定監造人應辦事項。3. 查核建築材料之規格及品質。4. 其他約定之監造事項。」，其中第 1. 3. 4 款已規定於上述「施工監造」的義務中；而第 2 款規定所謂「建築法令所規定監造人應辦事項」係指建築法第 54 條：開工申報、第 55 條勘驗申報等，監造人對主管建築機關的申報義務，以及第 58 條⁶³及第 61 條⁶⁴的停工修改或拆除事由等，對起造人（即委託人）、承造人（即營造商）及主管建築機關的通知和申報義務。

由上述實質的監造工作內容可知，所謂監造工作大約可分成兩大項：一是為委託人提供技術勞務，代理委託人「監督」營造商按圖施工、「審查」各部分施工計畫書、各階段估驗計價書、竣工及結算文件等；工程進行中，居於委託人與營造商之間，「整合協調」工程履約的介面和爭議。二是遵守建築法令所規定監造人應辦事項，這個部分是法律強制規定，不受委託人指示與否或指示有否合法的影響。

另外，監造建築師從事上述各項工作時，都必須隨時向委託人報告處理狀況，習慣型式上以書面為主，監造建築師尚須於報告書面上簽章以示負責。若委託人對監造建築師處理事務的方法或決定不為認同，而指示另為辦理，則除上述強制規定外，監造建築師應依委託人指示辦理。監造工作完成的時間點通常並非系爭工程完工或完成工程驗收，而是「結算」完成。結算報告書的內容包括驗收證明書、竣工圖、結算明細表、工程進行中的各項材料檢驗報告及查驗紀錄、所有往來公文、歷次會議紀錄、各階段工程照片、工程招標及決標文件等，換言之，所謂「結算報告書」

⁶³ 建築法第五十八條規定：「建築物在施工中，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關認為有必要時，得隨時加以勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人或監造人，勒令停工或修改，必要時，得強制拆除：1. 妨礙都市計畫者。2. 妨礙區域計畫者。3. 危害公共安全者。4. 妨礙公共交通者 5. 妨礙公共衛生者。6. 主要構造或位置或高度或面積與核定工程圖樣及說明書不符者。7. 違反本法其他規定或基於本法所發布之命令者。」

⁶⁴ 建築法第六十一條規定：「建築物在施工中，如有第五十八條各款情事之一時，監造人應分別通知承造人及起造人修改，其未依照規定修改者，應即申報該管主管建築機關處理。」

實際上就是系爭工程自始至終完整的紀錄報告。

由以上關於監造工作之內容、進程、目的及完成要件，吾人可以觀察到委託監造契約具有下列特徵：

1. 起造人（定作人）與營造商（承攬人）簽訂有工程契約，監督營造商按圖施工、誠信履約原係起造人的事務，但起造人通常不具建築專業能力，而由委託人委託監造建築師代為處理。
2. 監造事務主要是「監督」、「審查」、「整合協調」等勞務，以及執行上述勞務的「報告」。簡言之，監造行為純係勞務的提供，與設計工作不同的是，並無其他類似「商品」的實質內容。
3. 監造建築師依據台灣省建築師公會「建築師設計監造酬金標準表」或「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」受有報酬，為處理監造事務之對價。
4. 工程進行中，監造建築師除應每日填寫監工日報表，尚須定期或隨時報告工程進行狀況；監造工作完成，監造建築師應製作結算報告書，向委託人提出工程始末完整報告。
5. 委託人與監造建築師之間有相當高程度的「信任」關係存在，監造建築師應親自執行監造事務，非委託人同意不得使第三人代為處理。
6. 依契約書範本第十四條規定，監造建築師派任駐留工地之監工，除其資格應符合建築或土木科系畢業及公共工程委員會核發之「品管工程師」證照之特定資格外，其履歷應經委託人同意。關於監造事務之履行，委託人對駐地監工有直接請求權；委託人認為駐地監工不適任時，得隨時要求監造建築師撤換之，監造建築師不得拒絕。

由以上觀察得到之特徵，可以發現，監督營造商按圖施工原為定作人之事務，委託監造建築師代為處理，與民法第五百二十八條「稱委任者，謂當事人約定，一方委託他方處理事務，他方允為處理之契約」之規定相符。監造建築師就監造事務應親自辦理，如有派任工地之駐地監造人員，其資格須經委託人同意，並應接受委託人關於監造事務之指揮監督，與民法第 537 條「受任人應自己處理委任事務，但經委任人同意…，得使第三

人代為處理」、第 539 條規定「受任人使第三人代為處理事務者，委任人對於該第三人關於委任事務之履行，有直接請求權」之規定相符。監造建築師依契約應每日紀錄工程日誌，定期報告工程進行狀況，完工後應作完整之結算報告書，與民法第 540 條規定「受任人應將委任事務進行之狀況，報告委任人，委任關係終止時，應明確報告顛末。」之委任契約特性相符。監造建築師於工地指導施工方法、監督施工品質、審查及判定材料檢驗報告等，有基於專業之相當裁量權，但委託人有特別指示者，當然也須依委託人之指示行之，與民法第 536 條規定「受任人非有急迫之情事，並可推定委任人若知有此情事亦允許變更其指示者，不得變更委任人之指示。」之委任契約特性相符，故建築師受委託監造之契約性質，應為委任契約。

第四項：承攬與委任契約性質判斷與省思

承攬與委任皆屬勞務契約，在學理上，學者固然有一系列的分析與說明，然而，建築師契約的內容相當複雜，當套用在具體案件作契約性質的判斷時，就容易有「見樹不見林」或「瞎子摸象」之侷限。本文以上除從契約範本逐條分析所得出「設計為承攬，監造為委任」的結論外，擬另外再從其他的面向觀察此一議題，以補充加強上述論點：

第一款：以「偶數」或「常數」作契約性質判斷

民法第 490 條第 1 項定義所謂「承攬契約」係「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」，其中後段部份學理上稱為「後付主義」，為承攬契約之一般特徵。但是否即可依此推論「約定為後付」之契約即為承攬契約？答案顯然是否定的，因為後付主義並非承攬契約之專屬特性，例如委任契約依民法第 548 條第一項規定及僱傭契約依民法第 486 條規定都採後付主義，簡言之，若僅以契約中約定「工作完成給付報酬」，即依此判斷該契約性質為承攬契約者，恐非恰當。

另外，「信任關係」在學理及實務上皆被認為是委任契約成立之重要因素，並以此推論，契約一方若是以契約他方具備「專業知識或技能」或具備相當資格與否做為契約成立與否之重要條件時，契約之一方對契約他方有相當信任關係存在，該契約即被認定為「委任契約」。然而，契約他方具備專業知識是否為委任契約專屬特性？答案顯然也是否定的，例如承攬工

程之營造業者，依營造業法規定亦必須具備相當營建專業能力，且定有承攬規模之資格限制，工程契約之成立即有「專業技能」和「相當資格」之限制，亦無損於工程合約為承攬合約性質之認定；再以僱傭契約為例，觀察民法第 485 條規定，受僱人具備特種技能與否，得由當事人自由約定。故，若僅以契約他方具備相當專業知識與能力，即判斷其契約性質為「委任」，亦恐有偏頗。

民法第 540 條規定受任人之報告義務，故學理上亦常以報告義務為委任契約之重要特徵之一。但報告義務亦非委任契約所專有，試想，於民法「僱傭」一節雖無報告義務之規定，受僱人是否即無須向僱用人報告工作內容或進度？又如工程承攬契約，承攬人定期向定作人提出之工程日報表，或不定期提出之各項工程施工計畫，在性質上，也是承攬人對定作人提出關於工作內容及進度的報告。故，若單純從契約中約定他方當事人負有報告義務，尚難以推論該契約為「委任契約」。

綜上，本文認為，判斷建築師契約性質，僅能從「完成一定之工作」或「為他人處理事務」等承攬與委任的基本區別作判斷，以「信任關係」、「後付主義」、「報告義務」、「親自處理」、「注意義務」等承攬或委任之任意規定判斷契約性質，實有「見樹不見林」的判斷錯誤之虞。

第二款：以「結果」是否具財產權之特徵觀察

在學理上，承攬契約為完成一定之工作，其契約目的重在「結果」，承攬契約之履行，不但必須有結果，且其結果通常具備財產權的價值，例如營建房屋、修理機車、寫作一本書等；委任契約則為事務之處理，其契約目的則重在「過程」，故委任契約之履行通常不具有結果的性質，更難想像處理事務完畢時會具有特定財產權的結果。如果以這個差異性來觀察，吾人可以發現，建築師的設計契約應為承攬契約性質，因為建築設計依著作權法第 5 條定義屬於著作財產權之一種，而所謂「設計」，雖然不若建築物或機車有一具體物品外形，但設計的結果一般仍得以設計藍曬圖或電腦磁片的外觀來表示，換言之，設計的結果可以「交付」，而且也必須是交付後才算完成設計工作。進一步言，其實不只建築設計，所有設計的工作，例如服裝設計、電腦程式設計、舞台設計、企業形象設計、工業產品設計等，都具有完成工作須將工作結果交付定作人，工作方屬完成之特性，而且，

上述所有類型的設計都是著作財產權的客體。

第三款：次承攬、復委任和使用人在設計與監造契約之區別

建築師交付的設計圖的數量，一般來講少者數十張，多者數千張，端視工程規模而定，所以絕大多數的建築師事務所內都有繪圖人員參與繪製設計圖，其中結構、機電、空調、消防等專業部份依建築法第 13 條規定必須交由專業技師辦理，簡而言之，一份完整的工程設計圖，是由許多人分別繪製而產生，此乃建築設計專業分工的必然情形，對業主而言，建築師如何完成設計圖？由何人繪圖？或交由那一個技師辦理專業部分？通常並非業主所在意，只要最後交付的設計圖符合契約目的即可。在此，吾人可以發現，設計契約重在結果而非過程，建築師交由專業技師辦理的部分在契約性質上是「次承攬」而非「復委任」。至於建築師事務所內的繪圖人員，則單純是與建築師成立僱傭關係的使用人，與次承攬或復委任無關。

監造作業則與設計作業大不同。在委任契約的特性中，受任人應親自處理委任事務，若有復委任的情形，應先取得委任人之同意，民法第 537 條定有明文。在監造契約中，建築師的主要工作是查核材料品質及監督營造業按圖施工（建築師法第 18 條），這些工作大多是在施工現場進行，所以，除非建築師本人到工地現場「駐地監造」，否則即應派遣技術人員駐地。在此，問題應分成兩部份討論，第一，業主與建築師成立監造契約，無非是信任建築師的專業知識，建築師並且應給付專業技術的勞務作為其監造酬金的對價，建築師若不能親自為之，顯然就不能符合契約本旨，這一點特性與律師受委任為訴訟代理人的情形非常類似。以此觀之，顯然監造契約應為委任而非承攬。再則，監造與設計最大的不同是，建築師完成設計會有書圖預算等具體的「結果」，但履行監造義務只有施工過程中檢查材料和監督按圖施工的勞務給付，並不會發生任何具體或抽象的結果，益可證明監造為委任而非承攬性質。

第二，但在建築實務上，建築師親自全程駐地監造者，尚屬少見，通常監造契約都有約定建築師得派遣技術人員駐地，在業主為機關的情形，對於駐地監造人員的學經歷及證照尚有嚴格限制且須機關同意，而且，當機關認為駐地監造不能勝任時，機關得隨時要求撤換。在此，應思考的是，監造建築師與駐地人員的關係是「復委任」還是「僱傭」？本文認為，此

時應以二者間約定的工作內容觀察，若約定為專案監造，只負責單一工程，且於工程完成後即結束關係者，應解為「復委任」；若同時有兼任其他工作，或於工程結束後派任其他工作，或其執行工作必須聽命建築師指揮並無裁量權者，則其契約性質應為「僱傭」。

以此觀察最高法院 92 台上字第 2393 號判決認為「設計與監造工作不可能完全由其親自為之，亦可委由建築師事務所內之其他工作人員，故兩造間之關係應係承攬關係，而非委任。」之見解，恐非恰當，固然「親自為之」是委任契約之主要特徵，然依民法第 537 條但書規定，經委任人同意或另有習慣或有不得已事由等三種情形，受任人仍得使第三人代為處理。且若依最高法院見解，律師的工作也不可能完全親自為之，部分收集資料、打字列印的工作也通常由律師事務所的其他工作人員為之，則律師代理訴訟之契約豈不為承攬而非委任，上開判決顯與實務或通說見解，尚有未合。

第五項：契約聯立或混合之釐清

設計監造的契約性質顯然並非民法所列的典型契約，故除了上述以民法「承攬」或「委任」的定義予以涵攝分類外，應再分析其應屬「混合契約」或「聯立契約」？所謂混合契約者，係指由有名契約構成分子與其他構成分子混合而成之「單一契約」⁶⁵，例如大多數的工程承攬契約，係由承包商供給材料並完成工程者，學說上認為應屬於買賣與承攬之混合契約，因為建築材料的供給與建築物施工之間的關係密不可分；而聯立契約者，係指數個契約（典型或非典型）具有互相結合之關係而言。其結合之主要情狀有二，一為單純外觀之結合，即數個獨立之契約僅因締結契約之行為（如訂立一個書面）而結合，相互間不具依存關係，亦即彼此間不發生任何牽連。另一為具有一定依存關係之結合，即依當事人之意思，一個契約之效力或存在依存於另一個契約之效力或存在，亦即其個別契約是否有效、成立，雖應就各該契約判斷之，惟設其中一個契約不成立、無效、撤銷或解除時，則另一個契約亦應同其認定⁶⁶。例如常見的房屋租賃契約，實

⁶⁵ 劉春堂，前揭書，頁 15。

⁶⁶ 最高法院 94 年台上字第 1348 號判決。

務及通說上皆認為是「租賃」與「押租金」兩個具依存關係的獨立契約之聯立契約⁶⁷。

此時探討契約數的問題，可以參考「買賣」的規定。從民法第 363 條第一項規定：「為買賣標的之數物中，一物有瑕疵者，買受人僅得就有瑕疵之物為解除。其以總價金將數物同時賣出者，買受人並得請求減少與瑕疵物相當之價額。」第二項規定：「前項情形，當事人之任何一方，如因有瑕疵之物，與他物分離而顯受損害者，得解除全部契約。」可以看出，依其文義解釋，買賣標的物為數物時，仍僅成立一個買賣契約，若因有瑕疵物而致解除契約者，為「一」契約之部份解除。參考上一段所述，本文認為，在民法第 363 條及 364 條等買賣的情形，探討契約數的問題並非重要，因為無論買賣標的為何物，無論是種類之債或特定物之債，其契約性質只有一種——「買賣」，以一契約認定輔以部份解除之效力即已足夠。但「租賃」與「押租金」則分屬兩種不同之契約性質，進一步言，「設計」與「監造」亦分屬不同契約性質，與數物買賣之法律關係並不相同，故本文咸認，「設計」與「監造」契約應為兩個獨立契約之契約聯立。

綜合以上分析，本文認為委託設計監造契約應定性為「設計契約」與「監造契約」二者無依存關係之聯立契約，理由如下：

1. 依建築師法第 16 條規定：「建築師受委託人之委託，辦理建築及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等項業務，並得代委託人辦理申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程上之接洽事項。」可知，委託人與建築師之間得依上述法定業務項目，個別或多項，分別約定。簡言之，委託人對於單一建築物之設計或監造均得單獨委託，並不必然委託同一建築師，既然可以單獨委託給不同的建築師，即可證明二者並無依存關係。例如公共工程以統包方式發包者，其設計人與監造人即屬不同建築師。在設計與監造分別委託於不同的建築師的情形，依「債之相對性」原則，固無所謂依存關係存在，但設計與監造實際上有先後關係，設計未完成前，工程沒有開始自然就沒有監造，換言之，若設計契約有不成立、無效、撤銷或解除時，監造契約就可能有「嗣後主觀不能」或「債務不履行」的問題。但若設計與監造委託同一

⁶⁷ 最高法院 65 年台上字第 156 號判例。

建築師時，或因當事人之身分、或因當事人死亡，致設計契約有不成立、無效、撤銷或解除時，蓋當事人為同一，則難謂監造契約不應同其認定。但本文認為，所謂「依存關係」者，應指契約內容及性質的依存，而非指當事人是否同一，故設計與監造難認其有依存關係。

2. 以給付設計或監造酬金的約定來觀察，依契約書範本第 6 條「付款辦法」以及「機關委託技術服務廠商評選及計費辦法」附表一觀之，設計與監造之酬金係分別計算、分別給付，各有其停止條件，換言之，其對價關係分別獨立而互不相關。
3. 建築師之設計與監造的法定義務分別規定於建築師法第 17 條及第 18 條，其義務內容互不相關。依建築師法第 19 條規定：「建築師受委託辦理建築物之設計，應負該工程設計之責任；其受委託監造者，應負監督該工程施工之責任」，可見其責任亦分別獨立。
4. 從履行契約的時期來看，設計工作從契約生效開始，而終於設計書圖文件等工作物交付於委託人。委託人據以辦理工程招標事宜，簽訂工程契約，自承包商開工之日始，建築師才同時開始其監造工作，而終於工程完工驗收結算為止。可見，設計與監造在履約期程亦不互相重疊。工程實務上雖然常見有工程進行中變更設計的情形，但實務上認為該變更設計應認為成立另一設計契約，與原委託設計契約無涉⁶⁸，所以，就監造工作而言，工程中的變更設計應視為委託人對於監造事務內容的指示變更而已，監造與設計變更雖在同一時期進行，但兩者之間並不因同時進行而有必然關連。
5. 從行政程序面來觀察，建築師代理委託人向建築管理機關辦理建造執照申請時，在其提出的申請書上，設計人及監造人係分別填寫資料，並且分別簽名蓋章，換言之，在行政程序上業以區分其責任。
6. 從公法責任來看，建築物之設計人及監造人依建築法第 13 條規定必須是依法登記建築師，但建築法第 13 條僅係規定建築物之設計人及監造人的「資格」而已，設計人及監造人在建築法上則分別負其設計及監造責任。

⁶⁸ 台灣高等法院台中分院 91 年度上字第 208 號判決指出「惟該項工程已變更設計，業據兩造所不爭，則其設計內容與原契約均有所不同，足認該變更設計之部份已脫離原契約範圍，而係一新成立之契約，自難認原契約所預定之造價即可約束變更設計之部份。」

第三節：設計監造契約之定性

依上節討論，在建築師實際業務操作上分析，設計監造契約之法律性質應為承攬與委任之二契約聯立，但本文在相關判決中發現法院對此一問題所作判斷之見解歧異，學者論述也非常少，茲整理並分析如下：

第一項：實務見解⁶⁹

除建築師之外，某些工程個案之類型尚有技師或工程顧問公司從事建築相關之設計監造工作，故本文搜尋相關判決時，並不限定於建築師，當事人為技師或工程顧問公司者亦包含在內。

第一款：承攬契約

以下僅選數則關於設計監造契約經法院判斷為「承攬」契約性質之判決，作為個案研究，在其他未列於本文之案件中，某些案件法院似有對於契約性質之見解，但未明確表示，或爭點與契約性質關係不大者，本文即予捨棄，不再贅述。

一、台灣高等法院 91 重上字第 48 號判決

案情摘要：本件係台電公司委託中興工程顧問社規劃設計監造某建物，但系爭建物完成後，混凝土經檢測含有過量氯離子，台電公司以中興工程顧問社未善盡監造義務有過失，依民法第 544 條規定委任關係，請求損害賠償，爭點事實在監造部分。高等法院認為：「依上訴人台電公司與被上訴人中興工程所簽訂之『服務工作協議書』第三條約定：『服務範圍：建築、結構、水電、消防之規劃設計、詳圖繪製及監造』，有中興工程顧問社承辦服務工作協議書影本可證（見原審卷卷一第二三頁），其注重工作之完成，而非單純委任處理事務，而為勞務之提供，故其性質屬於承攬，而非委任，上訴人依委任之法律關係，請求損害賠償，即屬無據。」依此判決，法院係依契約約定之服務範圍判斷注重工作之完成，而非單純委任處理事務，遽認契約性質為承攬，惟忽略了本件爭點在於「監造」，而非設計或詳

⁶⁹ 本節所引判決資料來源：網站名稱：法學資料檢索系統，
<http://jirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>

圖繪製，本文認為，尚嫌速斷。

二、最高法院 95 年台上字第 2307 號判決

案情摘要：本件係因建築師受高雄市政府委託辦理變更設計，建築師以委任契約關係請求給付委任酬金，但高雄市政府認其契約應為承攬性質，並以其請求權已罹於兩年時效抗辯，雙方爭點事實在設計部分。最高法院認為「上訴人係以其具有建築師專業之知識，為被上訴人規劃設計並監造系爭工程，於完成一定階段之工作並交付與被上訴人後，按完成階段領取一定比例之酬金，核系爭契約性質，應與民法第四百九十條第一項規定之承攬契約相符，並非上訴人所主張之委任關係。」本件法院係以「按完成階段領取一定比例之酬金」之契約約定判斷契約性質係屬承攬，本文尚表贊同，惟本件爭點既在於設計，而非監造，其理由卻仍包含監造，在論理上稍有欠缺。

三、台灣高雄地方法院 92 重訴字第 277 號判決

案情摘要：高雄市政府委託原告建築師設計監造某國宅社區，原告設計完成並交付後，被告要求變更擋土壁設計；工程進行中承攬廠商倒閉，工程另行發包，被告拒絕給付監造費用，故原告以委任關係及不當得利請求給付變更設計及監造費用，被告則以系爭契約係承攬性質，以時效抗辯拒絕給付。雙方爭點事實在設計部分。地方法院認為：「所謂技師，係泛指從事於一切工程設計、監督之人，非以依技師法規定取得技師證書之人為限。查建築師之業務為：受委託人之委託，辦理建築物及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等各項業務，並得代委託人辦理申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程之接洽事項（建築師法第十六條），自屬從事工程設計、監督之人。故建築師之報酬及其墊款請求權之行使，應有上開短期時效規定之適用。」最高法院六十九年度台上字第 2230 號、九十二年度台上字第一六〇三號裁判足參。查本件兩造所簽訂之契約書第一條委託項目約定：『一調查與預測：...。二初步規劃設計：...。三工程細部設計：...。四監造：...。五其他應辦事項：...。』第四條付款辦法約定：「二、監造酬金：第一期：本工程或水電等設備分項工程施工進度完成百分之二十五時，付監造酬金部分百分之二十五。...。第四期：本工程或水電等設備分項工程須俟竣工、驗收、決算等手續完成，

並已...，付清規劃設計監造酬金尾款。』有契約書在卷可憑，是參照該契約所約定之工作內容，並揆諸前開最高法院裁判意旨，兩造所簽訂之契約雖名為「委託規劃設計監造契約書」，惟其性質應屬「承攬」之法律關係可明，從而，原告之報酬請求權自應適用民法第一百二十八條⁷⁰第七款二年之短期時效，原告主張應適用委任之法律關係云云，即無足採。」本件當事人雙方雖以委任或承攬契約性質爭執消滅時效，而法院則以「建築師係技師」之理由認為本件應適用民法第 127 條第 7 款之短期消滅時效，惟，建築師是否等同技師？本文表示意見如後，但法院既在前段認為建築師係技師，後段卻又依契約判斷性質為承攬，其適用法條之理由，前後矛盾。

四、台灣高等法院高雄分院 93 年重上字第 66 號判決

本件與台灣高雄地方法院 92 重訴字第 277 號判決為同一事實。高等法院認為：「依系爭契約第 13 條約定『本契約條文如有未盡事宜，悉依建築法及建築師法，經雙方協議修正或補充之，若有語意不明者，依契約精神、民法規定及誠實信用原則解釋為準。』而依系爭契約第 1 條約定上訴人受委託項目約定計有：調查與預測（基本資料調查、分析與測初步規劃設計（擬定規劃設計案、財務及時程規劃）。工程細部設計（勘測、鑽探、繪製工程施工詳圖、結計算書、工程預算書及申領建造執照等）。監造、其他應辦事項等項目。』另就酬金之給付，依第 4 條約定就規劃設計部分，係按完成規劃設計之項目及時點分三期給付，監造部分則按工程進度分四期給付，參以第 6 條約定契約終止時，上訴人應將所完成之設計圖說交付被上訴人，而就可領取之酬金，則係按其完成之階段及工作量，由兩造協議給付一定比例之酬金，可見依此約定內容，上訴人係以其具有建築師專業之知識，為被上訴人規劃設計並監造系爭工程，而於完成一定階段之工作並交付與被上訴人後，按完成階段領取一定比例之酬金，核其性質，應與民法第 490 條第 1 項所稱「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」之承攬契約相符，故兩造所簽訂之系爭契約雖名為委託規劃性質，依上說明，並不足採。」本件法院係以契約中分段完成工作後分期付款之約定，判斷契約性質為承攬，與原審所持理由不同，但結論相同。本文贊同法院對設計契約之見解，惟契約中「監造部分則按

⁷⁰ 應為「第一百二十七條」之誤

工程進度分四期給付」之約定，僅為付款時點之約定，與設計工作「按完成階段領取一定比例之酬金」之約定，尚屬有間，法院未能確實區分，遽為判斷，本文咸認不妥。

五、台灣高等法院 94 年建上字第 23 號判決：

案情摘要：上訴人台北市政府委託被上訴人中鼎顧問公司設計監造污水處理廠工程，上訴人主張有部分工程在契約範圍外，故依委任及不當得利之法律關係請求給付規劃設計費，被上訴人則以上訴人設計有缺失致受有損害主張抵銷，及系爭契約係承攬性質，以時效抗辯拒絕給付。高等法院認為：「上訴人主張被上訴人於系爭合約服務費外，負有另行支付「河濱公園管理所」規劃設計服務費之義務，固非無據。惟查，系爭合約係約定由被上訴人委託上訴人辦理內湖污水處暨獨立污水系統工程之規劃、設計，依其約定之內容，乃重在工程規劃報告、細部設計圖、工程數量計算書、工程預算書、詳細表、單價分析表、施工說明書等工作物之提出，並以完成工作為給付報酬之對價，性質上應屬承攬契約（最高法院 69 年度台上字第 2230 號判決參照），所約定之服務費即屬承攬人之報酬，依民法第 127 條第 7 款之規定，其請求權因 2 年間不行使而消滅。」本件法院依契約內容判斷其性質應為承攬，上訴人主張依委任之法律關係請求給付規劃設計費為無理由，固無疑問，但，上訴人主張有部分工程在契約範圍外之情，倘為事實，且當事人間就契約範圍外工作部份並為合意變更契約，上訴人依不當得利之法律關係請求給付規劃設計費，即有理由，果爾，本件即無民法第 127 條第 7 款短期消滅時效之適用。

六、最高法院 92 年台上第 2393 號判決

案情摘要：本件系爭工程已完成設計，但未開工即終止契約，故建築師僅完成設計工作但尚未監造，上訴人請求返還已支付之設計酬金。最高法院認為「系爭合約係被上訴人須為上訴人完成設計與監造之工作，上訴人給付報酬之契約，因被上訴人係建築師，設計與監造工作不可能完全由其親自為之，亦可委由建築師事務所內之其他工作人員，故兩造間之關係應係承攬關係，而非委任。上訴人既任意終止兩造之承攬契約，被上訴人自得依民法第五百十一條但書規定，請求上訴人賠償承攬人即被上訴人因契約終止而生之損害，並得主張以此損害賠償債權與上訴人之返還報酬金

債權互相抵銷。」本文則認為，本件關鍵點在於建築師是否已「交付」工作物，若工作物已交付，則當事人皆已履行契約義務，上訴人請求返還已支付之設計酬金，即無理由，尚無抵銷之適用；若工作物已完成但尚未交付，始得以損害賠償債權與上訴人之返還報酬金債權互相抵銷。

第二款：委任契約

以下僅選擇幾則關於設計監造契約經法院認定為「委任」契約性質之代表性判決：

一、台灣板橋地方法院 93 年簡上字第 124 號判決

案情摘要：建築師以承攬契約請求委託人給付承攬酬金，委託人則以委任契約主張受任人有過失，請求損害賠償抵銷酬金給付義務，雙方爭點事實在設計部分。法院以「按『受任人因處理委任事務有過失，對於委任人應負賠償之責』民法第 540 條定有明文」為理由，判決建築師應對委託人之損害負賠償之責。本文咸認，若因建築師設計不當致定作人受有損害，建築師固應負損害賠償責任，惟其理由應依據承攬一節之無過失瑕疵擔保責任，而非依委任之法律關係。

二、台灣高等法院台中分院 89 年上字第 184 號判決

案情摘要：被上訴人台中縣政府委託上訴人設計監造台中縣某國宅社區。上訴人建築師以「依據政府採購法之規定，有關於「建築師事務所之設計監造服務」屬「技術服務之範圍」，而「技術服務」之屬性，則屬「勞務委任之性質」，此觀政府採購法第二條「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及『勞務之委任』或僱傭等」定有明文，而所謂「採購勞務之委任」其定義，在政府採購法第七條第三項復有明文規定「本法所稱『勞務』指專業服務、『技術服務』．．．資訊服務」之定義內容，至「技術服務」之範圍，在「機關委任技術服務廠商評選及計費辦法」第三條復明文規定「本辦法所稱『技術服務』指『建築師事務所』、技師事務所．．．『所提供之規劃、設計、監造或管理等服務』．．．」之範圍和內容，此觀政府採購法之相關條文自明，故核以上事實，既然對於建築師事務所所提供之設計、監造等服務，政府採購法已明文規定其屬性屬於「勞務之委任」之性質，且法有明文可稽。」為理由主張係爭契約應為委任契

約。被上訴人則主張「上開委託設計監造契約書內容重在工作之完成，其契約性質屬承攬，而非委任。故上述「工程委託設計監造契約書」，名稱中雖有「委託」二字，但難據此認係委任契約。」雙方爭點事實在設計部分。法院則以「上訴人處理此等事務，除自己應完成一定工作外，其事務之處理，尚應配合相關機關或相關人員始能完成事務，顯非單純自己完成一定工作即可達成事務之處理，是其性質，顯重在雙方之信賴關係，而非單純服一定之工作，是其性質應為委任，而非承攬，被上訴人主張系爭契約之性質為承攬，進而主張上訴人對被上訴人之承攬報酬請求權已罹於二年時效而消滅，伊得拒絕給付系爭款項云云，即非有據。」為其判斷之理由。本文則認為，承攬與委任皆為勞務契約，上訴人即建築師僅以上開相關技術服務法令稱提供設計、監造等服務係「勞務之委任」，即為委任契約性質之主張，理由尚嫌不足。但法院以「尚應配合相關機關或相關人員始能完成事務，顯非單純自己完成一定工作」以及契約「顯重在雙方之信賴關係」之理由，認係爭契約性質為委任，亦非恰當。因為，信任關係雖為委任之重要特徵，但並非委任所獨有，故單以信任關係作據認其契約性質為委任，實非恰當。另，若法院認為「尚應配合相關機關或相關人員始能完成事務」係指「代辦申請建築執照」而言，應屬委任，固無違誤，但「代辦申請建築執照」與設計工作尚屬二事，依本文上節所述，應區分為另一契約，故法院依此認定設計契約性質為委任，恐有誤會。

三、台灣高等法院 90 年上字第 583 號判決

案情摘要：本件係建築師依委任契約關係請求給付變更設計酬金及建照規費代墊款，被告建設公司則以系爭契約應為「承攬」契約性質，且主張關於建築師酬金請求權之行使，應適用民法第 127 條第 7 款規定之「技師」身分，以時效抗辯拒絕給付。台灣高等法院則認為「被上訴人既然委託上訴人處理關於土地開發設計、建築物設計監造等事務，則兩造間存在委任契約關係，應堪認定。上訴人執為主張自屬可取，被上訴人空言否認則非可採。又建築師與技師兩造執業資格取得之法律依據、執業準則、業務範圍等均有不同，且民法第一百二十七條第七款中並未將建築師之報酬及墊款特別列入該款之二年時效，則有關建築師報酬及墊款之請求權時效自應適用民法第一百二十五條之十五年時效至明。」可見，本件法院並未深入探討契約義務之內容，逕以「上訴人處理關於土地開發設計、建築物

設計監造等事務」，即判斷兩造間存在委任契約關係，恐嫌速斷。但本文則贊同建築師並非技師之見解，詳述如後。

四、最高法院 92 年台上第 1603 號判決

本件與台灣高等法院 90 年上字第 583 號判決為同一事實，最高法院認為「所謂技師，係泛指從事於一切工程設計、監督之人，非以依技師法規定取得技師證書之人為限。查建築師之業務為：受委託人之委託，辦理建築物及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等各項業務，並得委託人辦理申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程之接洽事項（建築師法第十六條），自屬從事工程設計、監督之人。故建築師之報酬及其墊款請求權之行使，應有上開短期時效規定之適用。原審⁷¹採與此相反之見解，雖有可議，惟應受報酬之委任契約，除契約另有訂定外，受任人非於委任關係終止及為明確報告顛末後，不得請求給付報酬，此觀民法第五百四十八條規定自明。本件兩造訂有委任契約，該委任契約於八十九年一月十日終止等事實，經原審認定無訛，被上訴人既於契約終止後始可請求給付報酬，則其於同年五月八日提起本訴，顯未逾二年之時效，上訴人為時效之抗辯，亦非可採。」依此，最高法院贊同設計監造契約應為委任契約性質之見解，但並不贊同高等法院認為建築師並非民法第 127 條第 7 款所稱之「技師」之見解。

五、台灣高等法院 95 年上字第 448 號判決

案情摘要：本件被上訴人主張上訴人建築師監造有疏失，竟未發現玉峰公司擅以竄改後之圖說施工，造成工程之瑕疵，復又超計工程估驗款予工程承攬廠商，致被上訴人受有損害，請求損害賠償，本件爭點適時在監造部分。高等法院以「上訴人係受有報酬而受委任設計並監造系爭校舍工程，依民法第五百三十五條後段規定，自應以善良管理人之注意為之，且上訴人既已自認其原設計圖說仍保留有電腦存檔，又復自認被上訴人並未要求變更設計，則上訴人自應按照原設計圖說為準監造，雖原設計圖說有關鋼筋及柱筋之配置遭竄改，惟上訴人如能善盡善良管理人之注意監造，必能立即發現，予以糾正，而不致發生損害，是本件因監造所發生之損害

⁷¹ 原審即台灣高等法院 90 年上字第 583 號判決。

全係因上訴人有上述疏失所致，原設計圖說遭竄改，顯非本件損害發生之共同原因，自無民法第二百十七條過失相抵規定之適用。足見上訴人所為此部分之抗辯，顯不足取。」為理由判決監造建築師應負委任監造過失之損害賠償責任。本文認為監造契約係屬委任性質，已如前述，故建築師負有善良管理人之注意義務，竟未發現玉峰公司擅以竄改後之圖說施工，造成工程之瑕疵，顯然處理監造事務有過失致委任人受有損害，應負損害賠償責任。

六、中華民國建築師公會全國聯合會見解

中華民國建築師公會全國聯合會（以下簡稱全聯會）則認為：「監造行為參考建築師法第 18 條係僅提供勞務服務，並無完成一定之工作，而民法債編第 8 節承攬之立法理由，說明承攬係專指建築、製造及改造物品，更說明承攬之行為係一具體結果，委任則否，就如律師之服務，僅為提供勞務、處理事務而已，不能稱承攬，所以不論學理或實務上均有認為監造係民法之委任。」⁷² 本文與全聯會之見解一致，但監造契約之性質在學理和實務上論述並不多，尚未形成通說見解。

第三款：委任與承攬之混合契約

各級法院對於設計監造契約性質之認定，除有上述「承攬」與「委任」兩種見解外，尚有認定為「委任及承攬之混合契約」之見解，茲選數則具代表性之案例分析如下：

一、台灣高等法院 95 年上易字第 617 號判決

案情摘要：台北縣土城市公所委託建築師某工程之規劃及可行性評估，建築師主張提供服務範圍已超過契約範圍，以情事變更為理由請求增加給付設計酬金，土城市公所則主張未超過委託範圍，並以建築師遲延給付為理由終止契約。雙方爭點事實在於規劃部分。高等法院認為：「土城市公所「土城市○○路旁都市計劃用地可行性評估規劃工程委託技術服務邀標書」規定，投標資格限於「技術顧問機構、建築（技師）事務所、法人、立案之人民團體」，且「獲聘為本計劃之評選委員不得承攬本項工作」。又，

⁷² 中華民國建築師公會全國聯合會，因應九二一地震震災後相關法令之研究—建築物監造與監工相關權責法令剖析資料，頁 6-1。

依兩造契約書第 17 條第六款約定：「本契約未載明之事項，依政府採購相關法令」，政府採購法第 2 條規定：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等（包括承攬、買賣、租賃、委任等多種契約）」，是本件兩造系爭契約書，係約定土城市公所委託彭耀華為其完成一定之工作（技術服務），並於工作完成經認可後，由土城市公所給付報酬之契約，應為委任及承攬之混合契約。」本件法院所持理由似認為，設計工作本質上雖為承攬契約，但承攬人應具特定資格，顯具信任關係，故系爭契約性質為委任及承攬之混合契約，固非無見。惟，信任關係並非委任契約所獨有，已如前述，僅憑「信任關係」即認契約具委任性質，尚嫌速斷。

二、台灣高等法院 96 年再易字第 37 號判決

本件與台灣高等法院 95 年上易字第 317 號判決為同一事實，高等法院再審認為：「故再審原告之給付義務，不僅為可行性評估及綜合規劃之一定事務處理，尚需提出初稿、終稿報告書，更需經再審被告之認可，即亦著重一定工作之完成，甚為明確。故原確定判決⁷³依據系爭契約第 6 條、第 17 條第 6 款、再審被告「土城市○○路旁都市計劃用地可行性評估規劃工程委託技術服務邀標書」等為立據基礎，而認定兩造係約定由再審被告委託再審原告為其完成一定之工作（技術服務），並於工作完成經認可後，由再審被告給付報酬之契約，為委任及承攬之混合契約，並無違誤，難認有何適用法規錯誤之情事。」本件再審法院雖認為「可行性評估及綜合規劃」性質上為處理事務，卻又認為可行性評估及綜合規劃之初稿、終稿報告書需經再審被告之認可，係「著重一定工作之完成」，理由前後已有矛盾，且未說明為何認定契約性質為委任及承攬之混合契約。

三、台灣高等法院 95 年建上字第 80 號判決

案情摘要：被上訴人營建署委託上訴人亞興工程顧問公司規劃設計某快速道路工程，上訴人依委任關係請求設計服務費，被上訴人則主張契約性質應為承攬，以短期時效抗辯拒絕給付，雙方爭點事實在設計部分。高等法院認為：「依契約自由之原則下，當事人所訂立之契約，並不以法定之

⁷³ 即台灣高等法院 95 年上易字第 617 號判決。

典型契約為限，其因契約內含有多種契約之實質而構成混合契約或多種契約相互結合成為聯立契約之情形亦所在多有。…系爭契約要求技術顧問機構應有具服務項目專長之專任人員，顯具信任關係，且除經委託機關之同意，受託技術顧問機構不得轉包；再依政府採購法第 39 條規定：「機關辦理採購，得依本法將其對規劃、設計、供應或履約業務之專案管理，委託廠商為之」，準此，系爭契約之性質已含有委任之法律關係。…系爭契約係上訴人須為住都局完成規劃設計之工作，而由住都局給付報酬之契約，核其性質又含有承攬之法律關係。足見系爭契約兼具委任及承攬性質之混合契約。」顯見法院係以契約特定資格之「信任關係」，及法律規定技術服務係「勞務委託」等判斷係爭契約為委任契約，另以「完成工作，給付報酬」判斷係爭契約具承攬契約，綜合判斷契約性質為委任及承攬之混合契約。惟，「信任關係」並非委任獨具特性，已如前述；而契約性質之判斷應視當事人之真意，不可遽由「委託」二字及判斷契約性質。本件爭點既在設計契約部份，依設計工作物完成，給付報酬之約定，契約性質應解為承攬。

四、最高法院 86 年度台上字第 1799 號判決

案情摘要：本件係建築師以委任關係請求給付變更設計酬金，對造建設公司則以建築師之報酬屬承攬人或技師之報酬，主張短期時效抗辯。原審（台灣高等法院 84 年度上字第 1471 號判決）則認為「再查依契約第三條內容，被上訴人之酬金須於完成一定工作或工程達一定之進度始得請求，核與承攬契約在於一定工作之完成，給付報酬為目的之契約性質相同。然綜觀兩造委託契約內容，要被上訴人須具備有建築設計、監造能力之特別要件以觀，又具有委任契約之特質，即應認本件兩造之委託契約書係承攬與委任之混合契約，而非被上訴人所主張之委任契約或上訴人所辯之承攬契約。按承攬與委任之混合契約，其請求時效應按一般契約請求權十五年時法定之，較符合混合契約之契約性質。是被上訴人依兩造委託契約請求上訴人給付酬金，其請求權時效應為十五年，上訴人主張應適用二年短期時效期間，自不足採。」但最高法院發回更審之理由係以「查建築師之業務為：「受委託人之委託，辦理建築物及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定等各項業務，並得代委託人辦理申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程之接洽事項（建築師法第十六條）。查本件兩造訂立之委託契約書，其內容為委託建築師擔任規劃設計及監造事

務（見卷附契約書第一條內容及原判決理由欄之四），則該受託之建築師能否謂非民法第一百二十七條第七款規定所指之技師，有研求之餘地。又被上訴人主張兩造間係委任契約，上訴人則辯稱係承攬契約，原審竟認定兩造間係承攬與委任之混合契約，不無認作主張之違誤。」顯見，最高法院對於請求消滅時效之適用，並非著眼於契約性質，而係認建築時該當民法第 127 條第 7 款之「技師」，其設計費請求權因二年間不行使而消滅。

五、財政部賦稅署見解

財政部賦稅署於 95 年 6 月 7 日以台稅中字第 800200253 號函說明二「有關受人受委託之事項，並非單純之處理事務，尚包含有一定工作之完成，而兼具承攬性質，應依法就契約中所訂之報酬額按稅率課徵印花稅」。

財政部賦稅署另於 95 年 11 月 10 日以台稅中字第 0950478349 號函說明二「貴會建議對建築師與業主簽定之委任（託）契約書，應以非承攬契約認定，免貼印花稅乙節。查建築師如對於其顧客僅處於顧問地位，運用其學識與經驗，貢獻意見者，固具有委任性質，但其主要工作中之規劃、設計及現場監造而言，則仍具有承攬性質」。

第四款：實務見解綜合評析

一、參照其他判決有誤

民法第 127 條第七款規定：「技師、承攬人之報酬及其墊款」之請求權，因二年間不行使而消滅。本條規定雖然將技師與承攬人同列，其法律效果相同，但卻是兩種完全不同法律概念之契約當事人，是故，縱使法院認定建築師之報酬應適用民法第 127 條第七款規定，但其適用係依「技師」或依「承攬人」？應有理由說明。最高法院 92 年台上第 1603 號判決推翻原審關於建築師報酬應適用民法第 125 條十五年時效見解之理由，係認定建築師在執業性質上等同於「技師」，但同時卻也同意原審關於建築師之委託設計監造契約之性質應為委任契約之認定。所以，高雄地方法院 92 重訴字第 277 號判決以「是參照該契約所約定之工作內容，並揆諸前開最高法院裁判⁷⁴意旨，兩造所簽訂之契約雖名為「委託規劃設計監造契約書」，惟其性質應屬「承攬」之法律關係可明，從而，原告之報酬請求權自應適用民

⁷⁴ 即最高法院 92 年台上第 1603 號判決。

法第一百二十八條第七款二年之短期時效，原告主張應適用委任之法律關係云云，即無足採。」為理由，顯然將最高法院認定之「技師」，誤認為「承攬人」。

二、委託設計監造契約為「一」契約

綜觀上述判決以及本文所得下載自司法院網站之其他關於建築師設計監造履約爭議之判決，尚未見有關於契約數之認定，而皆以「一」契約之內容作契約性質之判斷。然，有否可能？所謂的設計監造契約事實上是設計與監造二分別獨立契約之契約聯立，因為，從以上之案例可知，固然大多數契約為委託「規劃設計監造」，但也有僅委託「規劃設計」或「設計監造」，或僅委託「規劃」之數種類型，各類工作既可單獨委託，表示各工作間並無必然相關，或互相混合一體不可分之情形，如是，其契約性質即應可分別認定並分別適用典型契約。以上所列各法院判決對於設計監造契約性質之見解歧異，或許原因即在於未區分設計及監造契約係分別獨立之契約。

三、「付款時點」與「工作完成付款」之差異

觀察高雄地方法院 92 重訴字第 277 號判決，法院似乎是以「二、監造酬金：第一期：本工程或水電等設備分項工程施工進度完成百分之二十五時，付監造酬金部分百分之二十五。...。第四期：本工程或水電等設備分項工程須俟竣工、驗收、決算等手續完成，並已...，付清規劃設計監造酬金尾款。」之契約內容，以其規定某階段工作完成，給付該階段工作酬金之約定，認定該契約為承攬契約性質。簡言之，高雄地方法院認為上開契約付款辦法之約定該當民法第 505 條工作分別完成分別給付酬金之承攬契約規定。本文咸認容有誤會，因為，建築工作是由營造商完成，非由建築師完成，監造建築師係於工程進行中監督營造商按圖施工而已，而非完成該部分之工作，上開契約條文所約定者，係附停止條件之契約附款，僅為業主給付建築師監造酬金時點之約定，而非完成部分工作後付款之約定。

四、建築師是「技師」？

台灣高等法院 90 年上字第 583 號判決認為：「建築師與技師兩造執業資格取得之法律依據、執業準則、業務範圍等均有不同，且民法第一百二十七條第七款中並未將建築師之報酬及墊款特別列入之該款之二年時效，

則有關建築師報酬及墊款之請求權時效自應適用民法第一百五十五條之十五年時效至明。」但最高法院 92 年台上第 1603 號判決以：「所謂技師，係泛指從事於一切工程設計、監督之人，非以依技師法規定取得技師證書之人為限。」為理由推翻上開高等法院之見解。上開見解也是最高法院長久以來對於「建築師」應適用民法第 127 條第 7 款之一致見解。不獨最高法院，法務部也同樣持此見解，法務部於民國 87 年 3 月 3 日以 (87) 法律字第 010149 號函⁷⁵，關於建築師、技師對請求權期限之規定疑義，其說明二略以：「依學者見解並參酌該條第四款至第七款規定均系著重於專門職業及技術人員之報酬及墊款請求權應適用短期消滅時效加以規範之意旨，該條第七款所稱之『技師』，解釋上似非必為依技師法領得技師證書者為限（施啟揚著『民法總則』第三五一頁參照）尚包括建築師等專門職業技術人員。另查七十一年一月四日修正公佈民法總則編時，建築師法業已公布施行。是故，建築師之報酬及其墊款請求權，自仍有民法第一百二十七條第七款技師短期消滅時效之適用。」但本文認為，技師法與建築師法分別於民國 36 年及 60 年制定公布，而民法總則編更早於民國 18 年即已制定公布實施，故於民法總則制定當時，所謂「技師」，只是「泛指從事於一切工程設計、監督之人」的概念，其實並無法源依據，直到民國 36 年技師法公布，建築師執業仍適用技師法規範，當時稱為「建築技師」，依此觀之，最高法院之見解應為正確。但建築師綜理工程之全部設計監造工作，與各類技師分別單獨僅就其專業部分工作，顯有不同，所以之後才有建築師法之制定。至此，最高法院對於「技師」之定義就應有重新討論的空間，蓋法律有「明示其一，即排除其他」之法理，既然建築師與技師已分屬不同法律規範，民法第 127 條又以「例示」方式制定且無概括性條款，所以，擴張解釋「技師」之定義為「泛指從事於一切工程設計、監督之人」是否恰當？即非無疑。本文則認為，民國 71 年民法總則編修正時，既未將「建築師」列入第 127 條第 7 款，顯見立法者無意將建築師之報酬請求權消滅時效列入短期時效規範。學者施啟揚先生亦認為，在法律體例上不能將法律所未規定者，一律認為是法律漏洞，立法者有意不規定或有意不適用於類似情形者，並非欠缺。法律未規定者，原則上應認為「有意不規定」；法律的沉默係「有

⁷⁵ 資料來源：法務部公告第 217 期 88 頁。

意的沉默」(qualifiziertes Schweigen)，而非無意的疏忽⁷⁶。故本文咸認，高等法院 90 年上字第 583 號判決認為，建築師並非民法第 127 條第 7 款所稱「技師」之見解，應較為可採。

第二項：學者見解

第一款：設計與監造分別為承攬契約與委任契約

林誠二先生認為，承攬工作之種類，除不得有背公序良俗外，法律上並無限制，故一定工作之完成，其結果無論有形的（有形承攬：例如土木工程、搬家、公共工程、刻印、翻譯、修車、拖吊）、無形的（無形承攬：鑑定、設計、算命、嚮導、看護）、有財產價格的（如工作物）、無財產價值的（如算命、導遊），均無不可。但要注意一般工程之監工本為業主之事務，業主將之委請他人監工，並非完成一定工作，性質應屬委任契約關係⁷⁷。史尚寬先生認為，工作謂得依勞務使發生之結果，其結果得為物之製造、物之運送等之有形的結果，或為建築之設計，疾病之治療等無形之結果⁷⁸。其結果有無財產之價值，在所不問；委任以法律行為之處理為限，例如畫圖、監督勞工、訂立契約、管理財產、其他得為僱傭契約承攬契約標的之行為，均屬之⁷⁹。故，依林誠二先生與史尚寬先生之見解，設計應屬承攬契約性質，監造則應屬委任契約性質。黃茂榮先生則認為，委任契約與承攬契約間之區別，存在於就系爭工作或事務之處理的結果當事人如何約定：包括是否約定提供勞務者，有完成一定工作之義務以及其報酬是否已完成一定工作為要件，當然，不是任何工作皆適合約定課以相對人以完成之義務，也不是任何工作法律皆容許當事人約定以一定成果之達成作為其債務之內容（例如醫師與患者約定包治之醫療成果，或律師與當事人定包贏之訴訟結果）。在日常生活中最常見之承攬契約的類型為建築契約（建築設計契約 Archi-tektenvertrag）⁸⁰。關於建築設計契約之性質為何，德國實務上之見解，其帝國法院（RG）過去將一個約定，建築師不但負擔建築設計，而且也負擔建築工程在興建中之指揮、監督工作的契約，統一歸類為僱傭

⁷⁶ 施啟揚，民法總則，三民書局，民 92 年 8 月，修訂版，頁 47。

⁷⁷ 林誠二，民法債編各論（中），瑞興圖書有限公司，2002 年，初版，頁 52。

⁷⁸ 史尚寬，債法各論，頁 301。

⁷⁹ 史尚寬，前揭書，頁 360。

⁸⁰ 黃茂榮，論承攬（一），植根雜誌第十二卷第一期，頁 35。

契約，反之，德國聯邦法院則統一將之歸類為承攬契約，蓋德國聯邦法院認為在此種情形，建築師的活動超過與僱傭契約類型中所該當者，這些活動與一定之成果有關，並整體的以建築工作依照計劃沒有瑕疵的獲致完成為其目標，此種契約亦有認為是一種混合契約者。鄭玉波先生則認為，設計委託契約，如重視設計者之資格、能力，而不論能否設計完成，均委任其處理者，固非不可解為係屬委任契約。但在一般情形，設計人所受報酬，並非單純謝禮，而係對於完成工作之報酬，且契約之內容，係在完成設計圖為目的，故通說認為設計委託契約係屬承攬契約⁸¹。

第二款：無名契約或委任與承攬之混合契約

曾隆興先生認為「設計委託契約雖屬無名契約，應依當事人意思或習慣解決其法律問題，惟如當事人意思不明或無習慣時，似宜認為係屬承攬性質，適用有關承攬之規定」；對於監造契約的性質，曾隆興先生則認為「應視當事人意思而定其性質，當事人意思不明時，宜解為係屬承攬與委任之混合契約」⁸²。日本學者松少雅昭則認為「設計委託契約，並非民法上典型之承攬契約或委任契約，而為無名契約之一種，故應依當事人意思或習慣解決其法律問題，若當事人意思不明，亦無習慣時，始可類推適用民法上承攬或委任之規定」⁸³，本文則認為，非典型契約並非當然是無名契約，蓋無論委託設計或監造之契約概屬勞務契約無疑，即使非屬承攬或委任或承攬與委任之混合契約，也不會是無名契約，因為依民法第 529 條規定：「關於勞務給付之契約，不屬於法律所定其他契約之種類者，適用關於委任之規定」可見在我國民法，只要是勞務契約，至少是委任契約，而無無名契約之可能。

第三項：小結

由以上的學者見解和實務判決，關於設計監造契約的性質，仍未有一致定論，但在學者見解部分，似乎可以得到「設計為承攬契約，監造為委任契約」的結論；在實務見解方面，也可概分為幾種認定方式，第一種見解是以建築師應完成並交付設計圖、預算書、施工說明書及其他書類等工

⁸¹ 鄭玉波，民法債編各論，頁 348。

⁸² 曾隆興，現代非典型契約論，三民書局，中華民國 76 年 1 月修定版，頁 186。

⁸³ 松少雅昭，設計委託契約，建築の法律相談，頁 216。

作，及其酬金給付方式為後付，認定為承攬契約；第二種見解是以建築師具專業知識，委託契約係基於委託人對建築師之專業能力的信賴而成立，而認定為委任契約；三是綜合以上兩種見解認為，委託契約固依據對建築師之專業能力的信任而生，具委任之特性，但其工作內容具有完成一定工作並交付之特性，同時具有承攬的性質，故其契約性質應為委任與承攬之混合契約。

但仔細分析上列案例的爭點事實，可以發現，若爭點在於設計部份，則其契約較多認定為承攬契約；若爭點係在監造部分，則較多被認定為委任契約；比較特別的是委託「規劃」，所謂規劃工作通常包含可行性評估、財務計劃、基地測量鑽探等資料收集、初步設計、工程預定進度等事項，屬設計之前置作業，建築師並未實際進行設計工作，在 95 年建上字第 80 號和 96 年再易字第 37 號等，認定為委任與承攬之混合契約的判決，其爭執標的都是「規劃」契約。所以本文相當粗略的綜合分析歸納及大膽假設，似乎也可以得到，「規劃」契約應為委任與承攬之混合契約；「設計」契約應為承攬契約；「監造」契約應為委任契約的結論。但若規劃的工作甚少，已合併於設計工作中，而成為「規劃設計」契約，則其契約性質應為承攬契約或委任與承攬之混合契約，或委任與承攬之混合契約與承攬契約之聯立，則仍有討論空間。

進一步言，建築師依建築師法第 16 條規定得受委託承辦 11 項業務⁸⁴，依機關委託技術服務廠商評選及計費辦法第三條規定另有「規劃」及「管理」兩項業務，雖然一般建築師契約通常名為「規劃設計監造」契約，然詳其內容，都還或多或少包含有其他業務項目在內，故探討建築師之契約性質，在方法上，應就其分別之工作項目探討其契約性質，再進一步探討各個工作項目之間有否混合或聯立之關係，若工作項目之間係契約聯立者，再進一步探討其間有無依存關係，如此分析歸納，才能對建築師契約之法律性質有一全面性、完整性之判斷，以此為基礎，對於其後的行為歸責、損害賠償、消滅時效等法律關係，才能有邏輯清楚的判斷。

⁸⁴ 包括建築物及其實質環境之調查、測量、設計、監造、估價、檢查、鑑定，代辦申請建築許可、招商投標、擬定施工契約及其他工程上之接洽事項。

第四節：小結

委託設計監造契約在實務上一向被認定為「一」個契約，但由以上的分析可知，設計與監造兩者概念不同、工作內容不同、權利義務不同、執行期間不同、契約性質不同、二者互無依存關係且酬金分別計算分別給付，是故，將委託設計監造契約遽認為承攬契約或委任契約或承攬與委任的混合契約，皆有未當。本文認為，應將委託設計及監造契約理解為「兩」個契約之聯立---委託設計契約應屬承攬契約；委託監造契約則應認定為委任契約---與實際情狀較為吻合。在此，我們必須作此清楚區分的原因在於，承攬的主要義務是完成工作，是為目的義務，並負有瑕疵擔保責任；委任的主要義務是善良管理人的注意，是為手段義務，其責任為抽象輕過失，二者的責任與義務完全不同。當建築師有「設計不當」或「監造疏失」等不完全給付的情況時，或許其損害賠償的結果是相同的，但依法論理應確實區分。本文希望以上能有助於契約當事人對自己權利義務的認知清晰，亦有助於法院審理及判斷上的釐清。

第三章：建築師之契約責任

本章主要討論一般設計監造契約之明文及不明文義務，及建築師應負之責任，並參考實例說明建築師不完全給付之態樣。

第一節：建築師契約之義務群

「義務」在法律性質分類上可分為主給付義務與附隨義務；明文與不明文義務；法定與約定義務等，建築師法第 17 及 18 條規定建築師基本的设计監造義務內容，而一般設計監造契約則更有清楚之約定，惟其範圍並不脫建築師法第 16 條所定之範圍，茲分述如下：

第一項：設計之給付義務

建築師承攬設計工作，其設計義務除應完成定作人委託之工作外，其完成之工作尚須依民法第 492 條規定，應使其具備約定之品質及無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。此處所謂「品質」，除契約另有約定外，至少應具備建築師法第 17 條規定：「建築師受委託設計之圖樣、說明書及其他書件，應合於建築法及基於建築法所發布之建築技術規則、建築管理規則及其他有關法令之規定；其設計內容，應能使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工。」闡明建築師之設計圖說內容除應具備「合法」之品質外，最重要的是能「使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工」。其施工說明書亦須具備建築技術規則建築構造編第 8 條規定：「建築物構造施工，須以施工說明書詳細說明施工品質之需要，除設計圖及詳細圖能以表明者外，所有為達成設計規定之施工品質要求，均應詳細載明施工說明書中」之品質。

建築師完成之建築圖說經常多達數百頁，用以說明建築物之每一細部，不僅詳細而且繁雜，前後圖說之間或圖說與預算書之間難免疏失不能一致，故建築師在圖說完成交付之後一直到工程完成之前，定作人發現有瑕疵，即表示建築師所完成之工作不具備約定之品質，定作人得依民法第 493 條規定，定相當期限請求建築師訂正修補。若前述之錯誤是在施工後才發現，建築師除仍負有修改圖說之義務外，定作人受有修改工程之損害部份，定作人得依民法第 495 條第 1 項規定，除請求減少報酬外，尚得請求損害賠償。

對於建築師圖說之瑕疵，定作人則負有及時發現並請求修正之義務，依民法第 498、514 條規定，其瑕疵自工作交付後經一年始發現者，定作人即不得主張請求修補、減少報酬、損害賠償或主張解除契約。但本文認為，民法第 498 條規定適用在建築師之設計承攬契約似乎對定作人之保護不盡完善，因為通常建築工程的施工期間少有短於一年時間，大多數工程的施工時間都會超過一年，尤其是大型、複雜或超高層建築工程，自建築師交付設計圖說至施工完成，期間可能長達四五年，甚至十年也不少見⁸⁵。然而建築設計圖說不但數量多而且複雜，定作人要在建築師交付並審查圖說後一年期間發現所有設計圖上的瑕疵，事實上並不容易，而有關於承攬工作瑕疵發現期間延長為五年的規定僅限於建築物或土地工作物或建築物之重大修繕為限（民法第 499 條），並不適用於設計承攬契約。而且，民法第 498、514 條在法律性質上屬於「消滅時效」規定，依民法第 147 條規定，不得以法律行為加長或減短，也不得預先拋棄時效利益，最高法院 96 年度第 8 次民事庭會議亦決議「承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用。」對於非建築專業知定作人而言，其權益之保護略顯不足。

參考台灣高等法院高雄分院 88 年重上字第 61 號判決，本件主要爭點在於建築師所交付之施工圖說究竟能否使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工？被上訴人（定作人）主張「因其擬參加投標之廠商均反應設計圖說欠缺不詳，無法估價，被上訴人亦無從訂定底價。因之，乃請求上訴人補齊，但上訴人卻置之不理，被上訴人不得已遂另外花費委託他人針對上訴人設計圖詳列其項目後再公開招標云云。」上訴人（建築師）為證明其提供之圖說足以使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工，提出「由參加投標之營造商太府營造、高誠營造均能提出之詳細估價單可資證明，甚至包括得標之樺園營造公司亦於正確估價後提出其估價單參加競標，並以二億六千萬元得標」之證據方法答辯。法院參酌書證並參考鑑定人意見認為「本件系爭設計圖並無重大瑕疵，且無不能估價及施工之情形，縱有瑕疵亦屬無關整體工程估價及施工之小瑕疵，上訴人以上開理由主張解除本件承攬契約，顯屬依法無據。」從此案件可以看出，承

⁸⁵ 大型複雜的工程如台大綜合醫院，超高層如台北 101 大樓，自設計至施工完成時間皆超過十年。

攬契約以完成工作為目的，承攬人之工作縱有瑕疵但定作人之目的已達時，定作人僅能就瑕疵部分請求修補，主張解除契約則非法所許可。若建築師交付之圖說具有客觀上之重大瑕疵且不能修補，定作人方得依民法第495條第一項規定主張解除契約。定作人關於承攬人工作瑕疵之情形，依民法承攬一節規定，有請求修補、減少報酬及損害賠償三種請求權，惟定作人主張解除契約並非請求權，而係「形成權」，即無待承攬人之同意，定作人主張時即時解除契約。

建築師應完成之工作及該工作應具備之品質，已如前述，縱使承攬契約約定該完成之設計圖說須經定作人審查合格，並不表示，建築師即不必對已審查合格的設計圖說之品質瑕疵負責，或主張定作人與有過失。參考高等法院台中分院89年上字第184號判決：「被上訴人將系爭工程之預算書及設計圖函轉住都局核准，尚難據此即認被上訴人對系爭工程之預算書及設計圖有核准權，況系爭工程之設計圖共一大本，頁數多達數百頁，工程預算書部分，以系爭工程第一期而言，即有四本，每本頁數頗多，每頁所載之工程項目繁多（見本院向內政部營建署調閱外放之設計圖、預算書），非專業人員無從瞭解其內容，更遑論核對其中預算書與設計圖有何差異？自難苛責被上訴人有何過失。」

第二項：監造之給付義務

定作人依據設計建築師的圖說與營造業訂立工程承攬契約，但通常定作人不具建築專業能力，無法確保營造業者誠信履約，故委託監造建築師代為處理監督營造業履約之事務，故監造建築師的主給付義務依建築師法第18條規定約可分為三部份，第一是監督營造業「按圖施工」，因為受委託處理此一事務，監造建築師原負有親自處理之義務，但習慣上經定作人同意，監造建築師得另派相當業能力之駐地監工代為履行，但定作人對該駐地監工關於委任事務之履行有直接請求權。工程進行期間常有突發事故必須當機立斷，監造建築師有本於建築專業，推定其決定符合定作人利益而為裁量之義務。第二部份是查核工程材料規格及品質，營造業者對於其所提供之工程材料及施工，依工程承攬契約本負有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瑕疵之義務，即工程品質之「保證」義務（quality insurance），而監造建築師的工作則是對於材

料規格及施工品質的「確認」義務（quality assurance），二者並不相同。參考台灣高等法院 91 年上字第 131 號判決亦同此見解：「建築師擔任監造人時，固負有監督工程施工之責任，但其工程施工監督之內容，除契約約定之監造事項外，應在監督營造業是否按照設計圖說內容、施工計畫與建築法令施工；施工所使用之建築材料應查核其規格及品質是否符合規定；且其監督方法，以施工前查驗及在各施工進度完成後勘驗為主，至於施工技術上如何執行，並避免技術執行層面疏失導致安全危害，則顯非監造人施工監督之範圍，應由承造人及營造業技師負其施作及監督防免責任（最高法院八十七年台上字第一三六號判決亦認為：監造人係負檢驗義務；施工技術過程非監造人監造範圍，可資參考）」。

第三部份是其他約定監造事項，通常包括審核營造業提送之整體施工計畫書、勞安品管計畫書、交通維持計畫書、估驗計價書及各部份單項工程之施工計畫書，監造建築師並負有監督營造業按其核准之計畫書施工之義務。值得注意的是，關於勞工安全及交通維持等事項，建築師是否有監督之義務？是業界常見之爭執。依內政部 82 年 7 月 20 日台（82）內營字第 8272574 號核定公布之「省（市）建築師公會建築師業務章則」第 6 條第 2 項規定：「前項現場監造事項不包括營造業及其他設備廠商採行之施工方法、工程技術、工作程序及施工安全」，故原則上建築師對勞工安全及交通維持等事項不負監督責任，惟於契約中以約定為其他約定監造事項者，當從其約定。

監造建築師除上列的監督、查核及審查義務之外，最重要的是依民法第 540 條規定將上述工作進行或決定的情形，定期或不定期向定作人提出報告，報告的形式法律並無規定，依通常契約約定包括每日填寫監工日報表、每月匯整前一月之施工進度及品質查核情形報告，工程完成時提出完整之工程結算報告。

監造建築師受定作人之委託處理監造事務並受有報酬，依民法第 535 條規定負有善良管理人之注意義務，監造建築師因疏於注意造成定作人之損害，依民法第 544 條規定應負損害賠償責任。參考台灣高等法院 94 年建上字第 91 號判決：「上訴人（建築師）指派之監工鄧知仁未每日到場監工，致施工之初未能及時發現予以糾正，迨發現施工錯誤時，配管工程已完成

大半，造成抽管回復困難，巨享公司拒絕改正，致國建公司不願繼續施工而終止與被上訴人簽訂之營建合約，上訴人就系爭工程之錯誤，既未事前防範於先，事後復未善盡監造之責而及時糾正，自難辭疏失之責。」

第三項：附隨義務

「附隨義務」，指為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程中基於誠信原則而生之義務，債務人因可歸責之事由，違反附隨義務，致債權人受損害時，成立不完全給付，應依債務不履行規定負損害賠償責任⁸⁶。設計建築師除了應完成設計工作外，對於其完成之工作內容，在工作進行前、進行中及完成工作交付時，對於通常不具建築專業之定作人，應有充分闡明、解說、告知、分析利弊之附隨義務，此為大多數專門技術人員皆應負有之契約義務。實務上亦持相同見解，板橋地方法院93年簡上字第124號判決認為：「專業人員共通之契約義務則有：闡明義務：即專業人員欲實現委託目的時，就關於其專業性、經濟性評價與建議具有重要性事實要件之釐清。專業審查義務：首要者為專業人員對其專業之認識。一般而言，專業人員被要求對與委託任務相關規定之認識與注意應達到詳盡之程度。雖專業人員不可能僅憑記憶完全認識所有法規、專業知識，但其於處理受委託事件時，應儘快就相關規定予以全盤掌握。建議與告諭義務：若非委託人已明白表示其僅需要於一定方向獲得建議，否則，專業人員應負有為一般全面性並盡可能詳盡之告諭，應建議適合達到委託人目的之步驟方法，並勸諭委託人為弊害之防免。特別對於非專業人，應就其陳述效果予以諭知，並防免其錯誤，並應就其所企欲行為之經濟性危險予以告諭。採取較安全途徑義務：專業人員應防免委託人之可預見危害。若有數措置可得採行時，應採取最安全與最無危險性之途徑。若有數方法可達到委託人之目的時，應選擇最安全者。」於上開判決，法院認為「系爭房屋因有部分違建位於防火巷上，無從通過辦理變更使用暨室內裝修竣工程查驗甚明，而丙○○即永福建築事務所對此節本應於事前即與注意，並了解系爭房屋有無違反前開規定且將之告知甲○○，否則即屬違反契約約定，而有過失，詎其竟未發現上情，使甲○○認知系爭房屋僅需局部小幅修改不涉及拆除違建即可通過立案申請，則丙○○即永福建築事務所雖

⁸⁶ 王澤鑑，民法學說與判例研究第八冊，台大法學叢書（九六），三民書局，2003年九月出版，頁131。

將系爭房屋變更使用案件送至台北縣消防局、台北縣政府掛件，然其此部份之履行債務，其最終既仍無法達到系爭房屋在未拆除違建僅需作內部局部修改情況下即可通過立案申請之目的，仍應認非屬依債之本旨而為履行。」由以上見解可知，建築師以其專業技術受委託，除契約明文之給付義務外，尚包含不明文之闡明、注意、告知、保護等附隨義務。

以上所述各項受委託設計監造建築師之義務，皆屬作為義務，但建築師契約另有一明文或不明文之不作為義務--「保密義務」，與委託人利益息息相關。在建築師為委託人提供設計監造的技術服務過程中，因業務需求可能因此取得或知悉委託人之秘密，例如建築師為某建設公司規劃設計某一大樓工程，在其設計過程中，經常知悉關於該工程之其他資訊，諸如市場調查、行銷策略、客戶資料、產品定位、土地交易狀況、財務狀況等重要資訊，這些資訊或資料或多或少與設計有關，故常為建築師所知悉或持有，若建築師因故意或過失洩漏上開秘密，將對該建設公司造成莫大損害。其他諸如銀行的金庫、科技廠房的實驗室、機關的庫房檔案室、監獄、軍事設施等建築及設備的設計皆是。建築師因業務知悉或取得委託人之秘密，無論契約有否明文，皆負有保密之附隨義務。

第二節：設計監造之契約責任

第一項：設計契約之不完全給付

不完全給付的法律概念適用在建築師的設計給付義務上，可概分為外觀上和實質內容上的不完全給付兩種類型。建築師的設計給付義務在通常契約的外觀上，除「設計圖」外，尚包括「工程預算書」和「施工說明書」，上述三種圖說文件之一有欠缺，即屬不完全給付。但實務上常見的不完全給付，很少是外觀上的，大多是圖說的實質內容有錯誤或欠缺而為不完全給付，而所謂錯誤或欠缺的標準，係依據建築師法第 17 條規定：「建築師受委託設計之圖樣、說明書及其他書件，應合於建築法及基於建築法所發布之建築技術規則、建築管理規則及其他有關法令之規定；其設計內容，應能使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工。」可知，建築師給付的圖說內容至少應具備「合法」與「得以正確估價，按照施工」兩項品質。本文擬將上述兩項要件歸納為「建築技術成規」加以討論如下。

建築師的設計違反建築技術成規的類型，依內政部 70 年 11 月 28 日台內營字第 054959 號函釋，所謂建築技術成規包含兩義，一為往昔所存建築技術模制，一為現行法令所為建築技術規定，前者為建築技術習慣上應遵守之常則，後者為主管建築機關審查給照實施建築管理之準則。

第一款：設計內容違反法令

建築師的設計內容應符合建築法令的規範，自不待言，但所謂「建築法令」實際包含甚廣，舉凡建築法、都市計畫法、非都市土地使用管制規則、區域計畫法、消防法等，以及上述所有法律派下之子法、技術規則、施行細則等。以建築技術規則為例，近數十年來已累計數千則解釋函令，其複雜、細緻之程度可見一斑。另外，關於供電、供水、電信、排水、瓦斯、消防設備等設計則須符合各該公用事業單位的規定，所以，設計圖標示的內容偶有違反法令之情形所在多有。在實務操作上，建築師在完成設計圖之後，於開工之前，依建築法第 25 條規定，應先取得建築主管機關核發之建造執照及各公用事業單位之許可，在各類許可的審查過程，大多數違反法令的情形皆可獲得改正。但有時，某些違反法令的細節連審查人員也疏忽而許可准予興建，當建築完成時才發現設計有違反法令情形致不能申請使用執照，而造成起造人受有修改建築所需增加工程費用之損害。

依建築法第 26 條規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關依本法規定核發之執照，僅為對申請建築、使用或拆除之許可。建築物起造人、或設計人、或監造人、或承造人，如有侵害他人財產，或肇致危險或傷害他人時，應視其情形，分別依法負其責任。」故縱使設計圖已經建管機關審核通過，建築師仍不能主張無過失⁸⁷。而建築師因違反法令的設計過失，屬於不完全給付的類型，依民法第 227 條第一項規定「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使權利。因不完全給付而生前項之損害者，債權人並得請求賠償。」建築師仍應為自己設計違反法令的過失對起造人負損害賠償責任，起造人並得依民法第 495 條第一項規定請求修補、減少報酬或解除契約。

建築法第 1 條規定：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、

⁸⁷ 最高法院 96 年台上字 118 號判決參照。

公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法。」所以無論是建築法或依建築法授權制定之建築技術規則都是屬於保護他人之法律（詳第4章第2節），故建築師的設計違反建築法令，致生損害於他人者，依民法第184條第2項前段規定，對於被害人應負損害賠償責任。

第二款：設計內容違反建築技術模制

除違反法令當然有過失外，建築師設計錯誤的類型，尚包含違反建築技術模制。以台灣板橋地方法院93年訴字第2249號判決為例，被告建築師為系爭大樓之設計人及監造人，於設計監造該大樓9樓及10樓各戶間之排氣管道間就浴廁之排放廢氣，應以管道間或管道間聯結方式，以使廢氣可循此，自大樓屋頂排出戶外，而依當時客觀之情形，亦能注意，且無不能注意之情形，詎於設計及興建大樓時，未將9樓及10樓各戶間之排氣管道連接，嗣該大樓6樓之4住戶宋又萱於92年7月15日夜間至翌日清晨某時，於淋浴時，因住處陽台通風不良，致一氧化碳中毒死亡，而熱水器持續燃燒產生所產生之一氧化碳無法有效自管道間排放至頂樓屋外，遂自9樓之4以下管道間流竄各樓層，致造成多人死亡及輕重傷。板橋地方法院認為「被告之過失行為，已創設一個危險源，即產生危害他人生命、身體、健康之法律不可容許之危險。對此危險之發生，以被告之專業及業務職權，本應預見，且能預見，本院復查無不能預見之情事。……有關大樓區分所有建物各建物室內排氣管之設計與施工一節，為前述往昔建築技術模制，而非主管建築機關審查給照實施建築管理之準則，從而，關於本件所爭之浴室內排氣管道間之設計暨監造，依前述修正前建築法第13條第1項前段規定，作為建築師之被告仍應負監造責任⁸⁸。」本件，建築師除應負業務過失致死的刑事責任外，尚須依建築法第26條第2項規定，對於起造人負有民法第227條第2項不完全給付的損害賠償責任，對於被害人則負有民法第184條第1項前段、第194條規定的侵權行為損害賠償責任。

建築完成設計工作並交付設計圖說，並經過定作人審核通過，但而後發現設計有瑕疵，致定作人受有損害，建築師得否主張定作人與有過失？按民法第217條第1項所謂損害之發生或擴大被害人與有過失，係指被害

⁸⁸ 此處所稱「監造責任」應為「設計責任」之錯誤，因為本件事實是「設計」違反建築技術成規所造成，並非監督營造廠商按圖施工有過失，故應為設計責任而非監造責任。但本件設計人與監造人為同一，故對於結果並無影響。

人之行為與債務人之行為為損害之共同原因者而言，且須被害人於其行為有過失，法院始得減輕賠償金額或免除之（最高法院 48 年臺上字第 1982 號判決參照）。易言之，須被害人之行為予損害之發生或擴大以助力，而與損害之發生與擴大有相當因果關係者，始有過失相抵之適用（最高法院 71 年臺上字第 749 號判決參照）。又受任人對於委任人之財產本負有注意義務，委任人殊不必預防受任人有因故意或過失，侵害其利益之可能，故因受任人之疏失造成委任人之損害，受任人不得藉口委任人不加預防，以圖免責。申言之，委任人信賴受任人之行為，不得視為與有過失（最高法院 60 年臺上字第 2237 號判決參照）。所以，若建築師交付之圖說有瑕疵，則表示在交付圖說時該瑕疵即已存在，定作人的審查行為與損害之發生或擴大並無相當因果關係，建築師不得主張定作人與有過失。實務上亦持相同見解，參考台灣高等法院 91 年重上字第 424 號判決：「本件被上訴人主張其所受之損害，純係因上訴人設計失當所造成，該項設計失當，並非被上訴人有任何之助力，上訴人亦未曾具體舉證證明被上訴人或其使用人有何指示或過失行為造成其設計失當，則上訴人主張過失相抵，容有誤會。況且，上訴人就其受任處理之事務，本應盡善良管理人之注意，被上訴人信賴上訴人有此設計監造之專業能力，乃給付報酬之對價，揆諸前開判決意旨，上訴人自不得以被上訴人未查覺其設計不當為與有過失，是上訴人上開過失相抵之主張，實不足採。」

另外，建築師未採納其他專業技師的意見而為設計，致定作人受有損害，也是相當常見的違反建築技術模制之類型，參考台灣高等法院 95 年建上字第 116 號判決：「上訴人委託青島公司進行鑽探報告，其目的就是透過鑽探及監測後，得出之數據進行專業研判分析以供本案開挖施工、設計之參考，然被上訴人身為建築專業人士，不僅未依地質鑽探報告建議，亦未至工地現場履勘，逕自規劃採用不適合之明挖工法，致施工單位於 89 年 3 月 22 日進行基礎試挖時，發生沙湧、坍方等現象而無法繼續施作…益徵被上訴人就系爭工程開挖工法之規劃設計確有疏失，被上訴人實有違其專業規劃設計之職責，自不殆言。」

建築法第 13 條但書規定：「有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工程技師負責辦理，建築師並負連帶責任。」依此但書規定，建築師

對於五層以上或供公眾使用之建築物的結構及設備部份，並無設計權，但負有連帶責任。換言之，若因專業技師之設計過失違反建築術成規，致定作人或第三人受有損害，應由專業技師負損害賠償責任，建築師負連帶責任。但法律上所謂連帶責任可分為「真正連帶」和「不真正連帶」兩種，本條所謂「連帶責任」之意涵，依通說見解，應與民法第 272 條定義之連帶債務為同一性質，應為「真正連帶」之債務。

第三款：定作人指示不適當致設計內容違反建築技術成規

在一般情形，一個有相當實務經驗的建築師因設計上的過失，違反建築技術法令或建築技術模制的情形，並不常見，反倒是因定作人之指示，建築師才會作出違反建築技術成規的設計，換言之，建築師違反建築技術成規而為設計的行為，是故意，而非過失。一般而言，定作人並非建築專業，並不熟悉建築或都市計劃相關法令，其所思考者通常僅止於對建築機能的使用性或方便性或財務操作上或房屋銷售上的需求，而指示建築師作出違反建築技術成規的設計，最常見的是違建設計，或俗稱「二次工程」，在法令規範的範圍外，另外設計增加建築面積或樓地板面積或增加建築物高度或層數或變更其使用。參考最高法院 89 台上字第 1109 號判決：「證人即設計中港裕毛屋大樓之建築師林○○證稱：游泳池、警衛室及兒童遊戲間均係第二次施工完成，於送台中市政府之設計圖並無此設計，係使用執照核發後，建築公司為了銷售而設立，違建部分根本不可能合法化，且無法申請使用執照等語」。

設計建築師的工作，依民法第 492 條至 495 條規定，負有瑕疵擔保責任，而違反建築技術成規的設計，當然該當不適於通常或約定使用之瑕疵；惟民法第 496 條規定：「工作之瑕疵，…依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。但承攬人明知其…指示不適當，而不告知定作人者，不在此限。」故設計建築師為免除責任，應將定作人不適當之指示告知定作人。但民法第 496 條所稱之「告知」的真正內涵為何？法無明文，本文以為，設計建築師至少應將定作人不適當指示所違反的法令或建築技術模制，及其可能產生之後果充分闡明，務必使定作人充分了解違反建築技術成規的成本及風險，方符「告知」之意義。然而，從契約義務的角度思考，充分地告知定作人關於建築技術成規的狀況，本來就應該是設

計建築師不明文的契約義務之一。在實務上，法院亦支持此一見解，參考板橋地方法院 93 年簡上字第 124 號判決：「至專業人員共同之契約義務則有：…建議與告諭義務：若非委託人已明白表示僅需要於一定方向獲得建議，否則，專業人員應負有為一般全面性並盡可能詳盡之告諭，應建議適合達到委託人目的之步驟方法，並勸諭委託人為弊害之防免。特別對於非專業人，應就其陳述效果予以諭知，並防免其錯誤，並應就其所企欲行為之經濟性危險予以告諭。」

但民法第 496 條之規定，僅限制定作人在承攬人已告知指示不適當的前提下，不能主張民法第 492 條至 495 條所規定之權利。但若設計建築師仍依此不適當之指示而為設計，致侵害第三人權利或利益，設計建築師固可免除不完全給付之契約責任，但仍應與定作人共同負擔侵權責任。

第四款：書圖預算內容不一致

建築師製作之預算書圖文件不但數量多而且分別由技師或繪圖人員繪製，因此，設計圖內容前後不符、設計圖與預算書內容或數量不符、工作項目漏編、數量計算錯誤…等設計內容不一致之情形，所在多有。上列書圖預算之內容不一致態樣已違反建築師法第 17 條「設計內容，應使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工」之規定，同時亦違反民法第 492 條「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。」依民法第 493 條第 1 項規定，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。在建築業界常見的爭執，並非建築師拒絕修補、訂正書圖預算之不一致，而是定作人所定期限與修補工作所需時間並非「相當」，致有是否給付遲延之爭議。

書圖預算內容之錯誤在營造進行之前，經過層層審查、申請建築執照、招標時廠商之反應、開工前清圖作業等過程，大多數的錯誤已可發現並修補、變更設計完成，對工程影響不大。惟若錯誤遲未發現，工程承攬廠商已施工完成後始發現者，經常因此造成工程履約爭議。常見因建築師給付之書圖預算內容不一致，造成營造商與定作人履約爭議的態樣係「數量不足」與「漏項」，此二類爭議態樣可能使定作人增加支出，但並非定作人之損害，故定作人亦難依此理由向建築師請求依民法第 227 條之損害賠償。惟，定作人得否依上述之不完全給付，依契約書範本第 13 條第 2 項第 1 款

「廠商所規劃、設計工程圖說及施工預算（含預算詳細表、單價分析、數量計算書）顯然錯誤及疏漏貨數量計算錯誤超過百分之十以上者」之約定請求建築師給付違約金？尚非無疑。

按違約金有屬於賠償總額預定性質者，有屬於懲罰性質者，其效力各自不同。前者以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額。後者以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，於債務不履行時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償（最高法院 97 年度台上字第 779 號判決參照）。懲罰性違約金乃當事人對於債務不履行所約定之一私的制裁，藉資強制債務人履行債務，對債務人極為不利⁸⁹。故民法第 250 第 2 項規定，除當事人另有訂定外，未明定性質之違約金則以法律擬制為賠償總額預定性質之違約金。依此見解，契約書範本第 13 條第 2 項第 1 款之約定應視為賠償總額預定性質之違約金，以因承攬人不完全給付致定作人有損害為前提，依前說明，定作人縱有增加預算，但無損害，依上開法律強制規定，不得請求建築師給付違約金。

第二項：監造契約的不完全給付

第一款：監督營造業及設備廠商未按圖施工

建築師法第 18 條第 1 款規定監造建築師應監督營造業及設備廠商按前項核准圖說施工，其中所謂「監督」所指為何？主觀認定的影響極大，範圍可寬可窄，本文嘗試以其他法律規定綜合整理探討。參考民法第 187 條、第 188 條、第 756 條之 6 的規定，監督人的責任可舉證無過失而減輕，與行為人的責任顯然不同；另外，從公司重整制度觀察，公司法第 289 條規定選任公司重整監督人的條件之一，為對公司業務具有專門學識之人，實務上以會計師充任者居多，而觀察公司法第 290 條之事先許可、第 293 條之監督經營及財產管理處分權移轉重整人，並非逐項文件帳冊查核，而該法第 313 條規定善良管理人注意義務所生之過失，也只針對虛偽陳述或記載事項予以處罰，處罰較輕；會計法第 106 條規定各機關之會計事務由主計機關派任之主辦會計人員監督之，而該會計人員依會計法第 103 條規定僅在違法失職或重大過失時，始負賠償責任，責任亦輕。

⁸⁹ 契約法總論，劉春堂，三民書局，90 年 9 月初版，頁 216。

監造建築師監督工程的密度事實上不如營造業專業技師或工地主任之密度，所以，制度上施工者負工程承攬的直接責任，營造業法第 32 及 35 條規定工地主任和專業工程人員分層負責工程之施工責任；技師法第 19 條規定，技師不得違背其業務上應盡之義務；建築物結構與設備專業工程技師簽證規則第 10 條規定，在施工必須勘驗的部分，應由各該專業技師負責查核並簽章，經申報後繼續施工。以此觀之，監造人監督工程之責任，應非直接施工之瑕疵責任，而是監督行為人之間接責任，不能課以與行為人相同之責任。從理想狀況來看，如果營造商自我要求很高，可以依建築法第 15 條規定負完全的施工責任，則監造人制度並非必要，由早期建築法並無監造人規定，晚期修法才加入即可知。

其次，所謂「按圖施工」者，即按設計圖說標示之尺寸、形狀、位置、材料及施工說明書施工，惟設計圖說難免有瑕疵，已如前述。監造建築師本於其建築專業上之判斷，發現設計圖說有瑕疵時，是否仍應善盡監督營造業或設備廠商按圖施工之義務？即非無疑。本文認為，監造建築師係以其具備建築專業能力受委任人信賴而為其委任契約成立之特別要件，並受有相當報酬為提供勞務之對價，依民法第 535 條規定，於處理委任事務時負有善良管理人之注意義務，依民法第 540 條規定，有報告義務，同時又有闡明、告知、保護等附隨義務。由此可見監造建築師在此情形有「義務衝突」，所謂「義務衝突」，係指多數義務同時發生時，應判斷何者為較重義務，而後履行者而言⁹⁰。本文認為，雖然監督按圖施工為委任監造之主給付義務，但善盡該義務卻有可能造成委任人之損害時，應優先基於保護委任人利益的立場，告知委任人並闡明專業意見，非有急迫之情事，不得變更委任人之指示。

另，建築法第 13 條所稱的「監造人」是否等於刑法第 193 條之「監工人」的問題，法院見解歧異，有認為監造人並非監工人者⁹¹，也有認為監造人該當於監工人者⁹²，或認為監造人雖應為監工人，「但非須時時至現場監督施工情形，對現場之接觸程度較其他監工人員為淺，其等過失程度較輕」

⁹⁰ 參考台灣高等法院台中分院 91 年上國字第 6 號判決。

⁹¹ 參考台灣高等法院 78 年上易字第 1978 號判決，台中分院 93 年上訴字第 141 號判決。

⁹² 參考台灣高等法院台中分院 91 年上訴字第 1922 號、93 年上訴字第 420 號判決。

⁹³，本文認為，監造人負工程之間接責任，監工人則負工程之直接責任，已如前述，而新定之營造業法既已規定專任工程人應負責督導按圖施工之責任，監造人之責任不應等同監工人。惟觀察最高法院相關判決，監造人即刑法第 193 條規範之監工人，已成一致見解。而 89 年 4 月 14 日立法院二讀審查條文中，刑法第 193 條修正條文也已加入「監造人」。

第二款：建築材料規格不符或品質不良

查核建築材料規格及品質是建築師另一重要之監造義務，但依其文義解釋，頗有許多爭議有待闡明。所謂「查核」者，究是對材料規格及品質直接予以「檢驗」之義務？亦或，對其檢驗結果之報告書類內容「判定」有否符合工程契約之義務？實務上迭有爭議。本文認為，工程承攬人對工程之品質負瑕疵擔保責任，監造人則以善良管理人之注意應符合於工程契約之義務，換言之，工程承攬人負品質「保證」責任，建造人則負品質「確認」責任。再依工程會規定之「三級品管制度」觀之，工程承攬人對於其提供之建築材料規格及品質應先經工地主任自主檢查並製作自主檢查表，自主檢查之檢驗停留點、檢驗頻率及方法，尚須工程承攬人之主任技師檢查確認簽章，為第一級品管；監造人對於工程承攬人提送之各式材料之試驗報告及自主檢查表應於確認檢驗範圍及實質內容符合工程契約規定後簽章確認，為第二級品管；定作人依工程承攬人及監造人分別簽章之各式材料之試驗報告及自主檢查表再確認後備查，為第三級品管。依此可知，監造人之「查核」義務係對建築材料規格及品質「確認」之間接行為，而非「檢驗」之直接行為，參考台灣高等法院 91 年建上字第 131 號判決，亦持同一見解：「建築師擔任監造人時，固負有監督工程施工之責任，但其工程施工監督之內容，除契約約定之監造事項外，應在監督營造業是否按照設計圖說內容、施工計畫與建築法令施工；施工所使用之建築材料應查核其規格及品質是否符合規定；且其監督方法，以施工前查驗及在各施工進度完成後勘驗為主，至於施工技術上如何執行，並避免技術執行層面疏失導致安全危害，則顯非監造人施工監督之範圍，應由承造人及營造業技師負其施作及監督防免責任」

⁹³ 台灣高等法院台中分院 93 年重上更（一）字第 100 號。

另參考 73 年 11 月 28 日修正之現行建築師法，其修正草案總說明第五點明確釐清建築師之責任，謂「建築師僅對建築材料之規格及品質負查核之責，其數量及強度之檢驗、施工方法之指導及施工安全之檢查均屬營造業專任工程人員之責任，爰予明確劃分，以利建築師之監督」益見建築師之查核責任在於間接的確認責任。最高法院 89 年台上第 2097 號判決（第八庭）卻以：「原審未查明甲○○是否違反同法條第一款及第二款之規定，逕認甲○○對於系爭工程鋼筋之配置及混凝土抗壓強度不負查核之責，難認其違背上訴人委託之義務，不負侵權行為及債務不履行損害賠償責任，亦欠允洽。」為理由推翻高院以上開說明第五點認定之見解。由此可見，上開修法說明尚未於最高法院形成一致見解。

第三款：逾越權限之行為

處理委任事務之授權，依民法第 532 條規定，可分為委任人得指定一項或數項事務的特別委任，或就一切事務的概括委任。就台中市政府工程委託規劃設計監造契約書（範本）第 14 條關於監造之約定以及建築師法第 18 條規定觀之，通常委任監造之範圍應為就監造事務之概括委任。建築師受委託處理監造事務並受有報酬，依民法第 535 條規定，應以善良管理人之注意為之，換言之，建築師負有基於專業之注意以及及時、適當處理監造事務之義務，逾越權限的監造行為自屬不當，若因此造成委任人之損害，應負賠償之責（第 544 條）。

監造建築師處理監造事務時，逾越權限的態樣通常發生在，建築師在工地所為的決定或指示，在事後為委任人否定，但承攬人已經依建築師指示施作，因而產生應否拆除重做之爭議。蓋一般委任人並非建築專業，關於監造事務通常係委任監造建築師為一切監造事務之概括委任，建築師得在所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的，但有時建築上的決定經常涉及主觀的個人喜好，而非客觀的建築技術，例如座向方位或顏色的選定等，建築師的裁量與俟後委任人的意思相左，而有爭議。是種情況經常發生，但是否該當於「逾越權限」的行為？不無疑問。蓋民法委任一節所規定者，係以保護委任人「財產利益」為主，非財產性質的利益似非本節所規範。但本文認為，依通常契約，監造建築師受委任的事務係「監督營造業及設備廠商按圖施工」，若非施工圖已明確標

示顏色，否則顏色選定即非委任範圍，換言之，監造建築師選定顏色的行為即該當「逾越權限」的行為，若有損害，應負賠償責任。再者，縱認顏色選定係屬概括委任的範圍，但受任人負有報告之義務，監造建築師應將在工地的裁量決定向委任人報告，若因報告義務之違反致委任人受有損害，亦應負賠償責任。

第四章：建築師之侵權責任

建築師之設計監造契約並非附保護第三人契約，惟建築物之使用人，在多數情形，並不只有定作人或委任人，尤其是供公眾使用之建築物⁹⁴，絕大多數之使用人為不特定之多數人，因此，本文認為，在討論建築師之契約責任同時，專章討論建築師設計監造建築物之過程或結果對第三人權利或利益之侵害責任，至為重要，除探討建築師工作侵權之態樣，被害人之請求權基礎，亦有助於建築師了解依法應負之侵權責任及範圍。

第一節：侵害權利（第 184 條第 1 項前段）

此所論為建築師因履行契約而衍生對第三人侵害所負之責，因關於建築師之侵權責任學者討論甚少，故本文以實務分為設計承攬及監造委任論之。

一般侵權行為（民法第 184 條），尚分三類即權利侵害類型（民法第 184 條第 1 項前段）、利益侵害類型（民法第 184 條第 1 項後段）、違反保護法律類型（民法第 184 條第二項）⁹⁵。但有關建築師從事設計監造工作致侵害第三人利益的情形，實難想像，且從各級法院判決中也未發現類似案件，本文擬予忽略不予討論。

第一項：構成要件分析

民法第 184 條第 1 項前段所稱之「權利」學說上見解不一，分別為一般條款說及類型規定說。一般條款說認為「權利」為私法體系所保護之法律上利益，其所保護為權利及利益；類型規定說分為廣義及狹義，廣義認「權利」為法律體系所明認之權利不包含利益；狹義認「權利」為支配權不包括其他權利及利益。目前通說及實務見解所採為類型規定之廣義說，權利為財產權（不包含債權）、人格權及身分權⁹⁵。其成立客觀要件：一、具違法性之侵害行為（採自己責任原則）。二、侵害客體須為權利（採類型規定之廣義說）。三、須發生損害。四、侵害與行為間須具因果關係。主觀要件：一、責任條件（行為人須有故意或過失）。二、責任能力（行為時之違法識別能力）。

侵權行為成立要件中之「過失」於我國民法並無明文規定，一般而言多依照刑法之規定（刑法第 13、14 條），衍生出過失注意義務預見可能性說「應

⁹⁴ 供公眾使用建築物之範圍詳內政部 64.8.20 台內營字第 642915 號函核示。

⁹⁵ 邱聰智，「新訂民法債編通則」，上冊，2003 年 1 月新訂一版，頁 157-161。

注意、能注意」，即行為人主觀對於損害發生的預見性及可避免性，依其所受之教育及社會經驗等判斷之。然而基於社會共同生活立場，主觀過失注意義務對一般人的保護乃有欠周全，且侵權行為法之功能除「損害填補」外亦具有「預防損害」之機能，指導一般人於社會共同生活中行為準則，衍生出損害防止可能性說，將過失客觀化，劃定統一之注意義務標準，即抽象輕過失之善良管理人注意標準⁹⁶。善良管理人客觀注意義務程度，係以一單人具有相當專業知識經驗且勤勉負責之人，於相同情況下是否能預見並避免或防止損害結果發生為準。學者王澤鑑謂：「行為人應具所屬職業（如醫生、建築師、律師、藥品製造者），某種社會活動的成員（如汽車駕駛人）或某年齡層（老人或未成年人）通常所具的智識能力。因此小客車駕駛人不得以視力減損，甫獲駕照經驗不足，或妻兒遭綁架，心力交瘁而得不負通常駕駛者應具的注意程度。⁹⁷」依此通說見解，本文前述建築設計屬承攬契約，而於民法中並未明文規範承攬人之注意義務，但建築物規模龐大，涉及社會大眾之安全且建築師受有專業教育及訓練，所屬職業之專屬性及一定智識，依過失客觀化下之注意義務客觀標準，應負善良管理人注意義務。

第二項：案例分析

因設計錯誤致侵害他人權利之案例（臺灣板橋地方法院 95 年度重訴字第 287 號），事實部分：丁○○係建築師，亦為恆豐大樓之設計及監造人，甲○○係負責建造前開大樓之東基營造股份有限公司（下稱東基公司）員工，並經該公司指派為恆豐大樓新建工地之工地主任，實際負責該大樓之監造。該 2 人依常理應注意浴室天花板之抽風機之後方應置設排氣管將抽風機抽出之氣體排至室外，及大樓各樓層間應予阻隔，以避免氣體在各樓層間流通，而依當時客觀之情形，並無不能注意之情事，竟於興建大樓時偷工減料，未在浴室天花板之抽風機後方加裝排氣管，各樓層設於浴室內之管道間亦未阻隔，形成大樓各樓層之氣體可經由管道間互相流通之狀態，造成三人死亡多人因一氧化碳中毒不適送醫。

該建築師因設計上錯誤，該大樓九樓及十樓各戶間之排氣管道並未連結違反建築技術模制，各樓層設於浴室內之管道間亦未阻隔，形成大樓各樓層

⁹⁶過失客觀化，王澤鑑，「侵權行為法（一）基本理論、一般侵權行為」，2005 年 1 月，頁 293-297。

⁹⁷王澤鑑，「侵權行為法（一）基本理論、一般侵權行為」，2005 年 1 月，頁 296。

之氣體可經由管道間互相流通之狀態，不法侵害他人致死(生命權)及他人身體健康(身體權、健康權)，其明知9樓之4與10樓之2的浴廁管道間無法垂直相連，竟僅設置大型塑膠管連接該2管道間，疏未設置其他加強排風功能之改善措施，致一氧化碳由6樓之4住處浴室自然往上擴散至9樓之4，因無法有效繼續向上排出而累積甚至逆流向下，進而造成住戶一氧化碳中毒身亡及一氧化碳中毒導致流產，其過失行為與傷亡結果間有相當因果關係。該管道間之功能，可知其於設計恆豐大樓時應已認知該管道間除收納、美化各種管線功能外，兼有排除浴廁廢氣之功能。倘為兼顧現實建物格局之需求，不得不使管道間彎曲，自應就該彎曲設計是否影響原有排氣功能及效率為特殊補強設計，知悉該管道間彎曲後可能造成排風效率降低甚至空氣逆流之結果，並應善盡設法改善排氣功能不佳之注意義務(善良管理人)，而依當時情形，並無證據證明其有何無能注意或難以注意之情事，否則難謂已盡其應盡之注意義務，認其有過失，故該建築師應負損害賠償之責

板橋地方法院認：「建築師依據建築師法第17、18條有明文規定應就其該建物之設計及監造，負起維護建物使用者安全之最終保護責任，工地主任應負承攬工程之施工責任。又依建築法第13條原規定，建築師與工地主任並負連帶責任。⁹⁸」

本文前已論述此個案應為設計違反建築技術成規所造成，雖大樓區分所有建物各建物室內排氣管之設計與施工乙節，非主管建築機關審查給照實施建築管理之準據，但其為建築技術模制即建築技術習慣上應遵守之常則，建築師於設計時依其經驗及專業智識所應注意之義務，然其並未盡善良管理人之注意，而因自己過失致生契約外之第三人受非財產上之損害，應負損害賠償之責。雖板橋地方法院認此個案為監造責任歸責於工地主任，建築師則依建築法第13條第1項負民事連帶之責，但實為建築師之設計錯誤之責，該條文之核心意義乃在於課以建築師就其建物設計及監造，負有維護建物使用者安全之最終保護責任，而非得由其他人員替代，也說明建築師應依其所屬職業、業務之技術習慣及所具之智識能力，當知建築房屋須具備特別之知識及經驗注意其所承攬之事務。

第三項：違反法定作為義務

⁹⁸板橋地方法院93年度訴字第2249號判決、板橋地方法院95年度重訴字第287號判決。

建築師受起造人委任處理監造事務，原屬一般契約行為，依債之相對性原則，其權利義務關係由雙方約定即可，但建築師的工作並非以營利為唯一目的，仍具有公益之性質，而且建築師具有職業之專屬性，已如前述。故建築師執行業務的作為義務，非單僅契約約定之內容而已，在公法上，尚有規定監造建築師的法定作為義務及其責任。建築法第 56 條規定：「建築工程中必須勘驗部分，應由直轄市、縣（市）主管建築機關於核定建築計畫時，指定由承造人會同監造人按時申報後，方得繼續施工，主管建築機關得隨時勘驗之。前項建築工程必須勘驗部分、勘驗項目、勘驗方式、勘驗紀錄保存年限、申報規定及起造人、承造人、監造人應配合事項，於建築管理規則中定之。」是監造建築師之法定會同申報義務；建築法第 61 條規定：「建築物在施工中，如有第 58 條⁹⁹各款情事之一時，監造人應分別通知承造人及起造人修改；其未依照規定修改者，應即申報該管主管建築機關處理。」是監造建築師之法定通知義務；建築法第 60 條第二款規定：「承造人未按核准圖說施工，而監造人認為合格經直轄市、縣（市）（局）主管建築機關勘驗不合規定，必須修改、拆除、重建或補強者，由承造人負賠償責任，承造人之專任工程人員及監造人負連帶責任。」是監造建築師判斷錯誤之損害賠償連帶責任。

監造建築師違反建築法第 56 條法定作為義務，依第 89 條規定，則應受罰鍰之行政處分。惟建築法第 61 條規定監造建築師之通知義務，於罰則一節卻無任何規定，形成有義務卻無責任之窘境，本文咸認應屬法律漏洞，應速修法補充之。建築法雖未規定建築師違反第 61 條規定之罰則，但若因此發生危險，除侵權責任，可能另外構成刑法上業務過失或違反建築術成規之要件，台灣高等法院台中分院 93 年重上更（一）字第 100 號判決亦持此見解，可資參考。

第二節：違反保護他人之法律（第 184 條第 2 項）

第一項：構成要件分析

民法第 184 條第 2 項之客觀要件依通說見解應包含：一、具違法性之侵

⁹⁹ 建築法第 58 條規定：「建築物在施工中，直轄市、縣（市）（局）主管建築機關認有必要時，得隨時加以勘驗，發現左列情事之一者，應以書面通知承造人或起造人或監造人，勒令停工或修改；必要時，得強制拆除：一、妨礙都市計畫者。二、妨礙區域計畫者。三、危害公共安全者。四、妨礙公共交通者。五、妨礙公共衛生者。六、主要構造或位置或高度或面積與核定工程圖樣及說明書不符者。七、違反本法其他規定或基於本法所發布之命令者。」

害行為。二、侵害行為須違反保護他人之法律。三、侵害客體為權利或利益。四、須發生損害。五、侵害與行為間須具因果關係。主觀要件則有：一、責任條件（行為人須有故意或過失）。二、責任能力（行為時之違法識別能力）。

民法第 184 條第二項於 89 年修正施行前，學說上有單純舉證責任倒置說及侵權行為獨立類型說兩種不同見解。通說為侵權行為獨立類型說，主張民法 184 條第 2 項係獨立請求權基礎，不因條文體系而受限於民法 184 條第一項之限制，擴張其法益保護範圍。於 89 年修正施行之民法 184 條第 2 項之修正理由：「原條文第二項究為舉證責任，抑為獨立之侵權行為類型？尚有爭議，為明確計，爰將其修正為獨立之侵權行為類型，凡違反保護他人之法律，致生損害於他人者，即應負賠償責任。惟為避免對行為人課以過重之責任，增訂但書規定，俾資平衡。」據此而知，現行法採納通說侵權行為獨立類型說之見解。又民法 184 條第 2 項係獨立之請求權基礎，所保護之法益不限於權利，範圍擴及所有法律所保護之利益，其過失責任採推定過失原則較為寬鬆，使「保護他人之法律」成為適用上重要的爭點。而過失推定原則，將過失之舉證責任倒置賦予加害人，此為保護被害人利益技術之運用，不同於被害人對加害人的過失負舉證責任之舉證責任原則，使行為人提高注意義務。

違反保護他人法律成立客觀要件：一、須為法律所欲保護範圍之個人。二、損害之發生係法律所預防止者（最高法院 88 年台上字第 1862 號判決）。三、行為必須確實違反法律規定之注意義務並具因果關係。四、損害之造成為法律目的所欲避免者，如：出借小客車予無駕照之人，該行為違反道路交通處罰條例之規定（最高法院 67 年台上字第 2111 號判例）。惟最高法院有時視個案情況將保護他人之法律採取廣義解釋，將保護自己之法律解釋為保護他人之法律，道路交通管理處罰條例規定駕駛車輛應繫安全帶及機車駕駛人應戴安全帽，規範目的在於保護駕駛者的安全，非公眾安全，然因未戴安全帽者造成之侵害，最高法院視規範駕駛人戴安全帽之法律為保護他人之法律（最高法院 89 年台上字第 490 號判決）。違反保護他人法律主觀要件則有：一、過失推定。二、行為時之違法識別能力。

參考最高法院 95 年台上字第 395 號判決：此個案系爭「瑞士花園名廈」於九二一地震時，北側長軸部分騎樓及一樓柱斷裂破壞，底層坍塌（地面二

樓變成一樓)，……J字形第二轉折處外牆發生明顯裂開，經台中縣政府會同鑑識機構勘查後，認定系爭建物A、B、C、D棟全倒，已予拆除。住戶認設計、監造之建築師，承攬興建之明記公司應依民法第184條第2項、第185條第1項之規定負共同侵權行為連帶之責。

該建築師抗辯，認「監造」僅對於建築材料之規格及品質負查核之責，將原由建築師監造時所應負責之事項，轉由營造業專任工程人員負責，亦即建築師對於營造業之施工方法、工程技術等項目並無注意之義務，營造業管理規則第七條至第九條、第十九條亦定有明文。且無積極、明確證據足資證明其有明知營造工人未按圖施工而未加以糾正之情事，遽而推論有共同侵權行為之責任，顯屬無據。

最高法院之見解為：「建築師法第十六條、第十八條及台灣省建築管理規則、省(市)建築師公會建築師業務章則第十一條至第十五條之規定觀之，建築師為建築物興建工程之設計人與監造人，負有「監督」營造業按其原設計圖說「施工」之責任。申言之，所謂「監造」之意涵，係就工程施作為實質監工，要屬無疑。系爭大樓之設計人與監造人，即屬刑法第一百九十三條規定之「監工人」，依建築法第十八條、台灣省建築管理規則第二十八條規定，上開柱子之查驗應在上訴人監造業務之範圍內，至為明確。……民法第一百八十四條第二項之所謂法律，係指一切以保護他人為目的之法律規範而言。建築改良物為高價值之不動產，其興建、使用應依法管理（土地法第一百六十一條、建築法第一條、第二十八條參照），倘於興建時有設計缺失、未按規定施工，或偷工減料情事，即足以影響建築改良物本身之使用及其價值。關於建築改良物之興建，建築法就起造人、承造人、設計人、監造人所為規範（建築法第十三條、第三十九條、第六十條、第七十條參照），自均為保護他人為目的之法律，彼等應負誠實履行義務，不得違反，如有違反而造成建築改良物之損害，對建築改良物所有人，難謂毋庸負損害賠償責任。」

本文所認之監造義務為監督營造業是否按照設計圖說內容、施工計畫與建築法令施工；施工所使用之材料應查核其規格及品質的「確認」義務，技術執行層面非監造人施工監督之範圍。此個案因建商有違背建築規則之情事，導致系爭大樓有缺陷瑕疵，於地震時因而倒塌，造成多數所有權人財產上之損失，具相當因果關係。監造建築師應監督營造業確實依建築術成規及

照建築圖說施工，依推定過失原則該建築師未確實盡監造之責致損害發生，其應舉證證明有確實監督，因無法舉證而推定監造具過失。然建築法是否為保護他人之法律，建築法規範目的之一為維護公眾安全，避免建物所生之危險，危害社會共同生活之大眾。建築師過失未盡建造義務致大樓倒塌，具因果關係，建物應依其機能使大眾能使用，倒塌為建築法欲防止及避免。但建築法保護範圍非個人，而為社會上共同生活者，本文認為建物不限於公眾使用亦有如同此案之公寓大廈各區分所有權人之權益皆須保護，故間接及於保護個人權益之安全，建築法當屬於保護他人之法律。此個案之建築師無法舉證其有善盡監造義務，違背建築法之規範，應依民法第 184 條第 2 項、第 185 條第 1 項與建商負共同侵權責任，或依建築法 13 條之規定與工地主任及監工人負連帶責任。

第二項：「他人」的範圍

民法第 184 條第 2 項規定所欲保護之「他人」，究為特定之人？或可得特定之人？亦或擴大到不特定之第三人或多數人？關係本條是否成立或被害人能否得到補償至鉅，應予深入探討。參考最高法院 98 年台上字第 1729 號判決：「末查建築法第一條、第十五條第一項、第二十六條第二項、第五十六條第一項、第五十八條、及依建築法第九十七條規定訂定之建築技術規則建築構造編第一章第九條規定內容，係有關確保監造人確實就工程施作為實質監工、承造人及專任工程人員確實按圖施工並善盡施工技術及方法之規定，其目的除以維護國家社會之建築法規秩序為其立法目的外，亦寓含有確保建築物之結構安全，及維護建築物完工後之所有權人得以安全地居住使用該合於建築法規之建築物，以維護其生命財產權益之性質，均屬民法第一百八十四條第二項所謂保護他人之法律。」依其見解，似指本條所稱之「他人」僅限特定之「所有權人」，所有權人以外之第三人，無本條之適用。最高法院 92 年台上字第 556 號判決認為：「該條所稱『保護他人之法律』，應指任何以保護個人或特定關係人為目的之公私法規，專以保護國家公益或社會秩序為目的之法律則不包括在內。」似又指本條所稱之「他人」僅限特定之人以及可得特定之人。最高法院 66 年台上字第 1015 號判例則認為本條第二項「旨在保障公眾之安全」，易言之，任何特定或可得特定或不特定之第三人或多數人之權利或利益皆有本條之適用，適用範圍最廣。本文以為，民法第 184 條第 2 項以違反其他法律為構

成要件，則其保護之「他人」，應以該其他法律所保護之對象為準，就建築法規而言，建築法第一條規定：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法；本法未規定者，適用其他法律之規定。」係以維護公共安全為其立法目的，故就其保護之對象而言，應非僅限建築物之所有權人或使用人，不特定第三人或多數人亦應在其保護之列。

第三項：「保護他人之法律」的範圍

民法第 184 條第 2 項之立法理由謂：「意在使人類互盡保護義務，若違反之，致害及他人之權利，是以親自加害無異，故推定其為過失加害，使負賠償損害之責任。」上述理由甚為抽象，落實在具體判斷時，迭有爭議。以建築法為例，建築法以維護公共安全、公共交通、公共衛生等公共事務為其立法目的，就其文義解釋，其保護對象皆與公共事務有關，似應理解為社會法益之保護，而非個人。但參諸最高法院相關判決，則相當一致的肯認其保護對象亦包含個人法益。例如，最高法院 98 年台上字第 1455 號判決認為：「同法第七百九十四條所謂土地所有人開掘土地或為建築時，不得因此使鄰地之地基動搖或發生危險，或使鄰地之工作物受其損害云者，係屬保護他人維持社會公共利益之規定，自係前述條項所指保護他人之法律」；最高法院 97 年台上字第 1953 號判決認為：「按民法第一百八十四條第二項所稱保護他人之法律，固包括直接或間接以保護個人之權利或利益為目的之法律，又雖非直接以保護他人為目的，而係藉由行政措施以保障他人之權利或利益不受侵害者，亦屬之。」最高法院 96 年台上字第 1891 號判決：「本條項所謂之法律，係指法律規範而言，除狹義之法律外，尚包括習慣法、命令、規章等」；最高法院 96 年台上字第 1165 號判決：「關於建物之興建，建築法就起造人、承造人、設計人、監造人所為規範，自為保護他人為目的之法律，又建築技術規則建築構造編第三百六十二條第一項及第三百七十二條等規定，均屬各類鋼筋如何綁紮箍束之規範，不僅為建築技術習慣上應遵守之常則，並為主管建築機關實施建築管理審查給照之準據，自屬『建築技術成規』，亦均為保護他人為目的之法律」；最高法院 95 年台上字第 1174 號判決：「所謂違反保護他人之法律者，係指以保護他人為目的之法律，亦即一般防止妨害他人權益或禁止侵害他人權益之法律而言。建築改良物為土地改良物之一，為具高價值之不動產，

其興建、使用應依法管理（土地法第五條、第一百六十一條、建築法第一條、第二十八條參照），倘於興建時有設計缺失、未按規定施工，或偷工減料情事，即足以影響建築改良物本身之使用及其價值。關於建築改良物之興建，建築法第三十九條規定：『起造人應依照核定工程圖樣及說明書施工；如於興工前或施工中變更設計時，仍應依照本法申請辦理。』，準此，建築法就起造人所為規範，自為保護他人為目的之法律，即應負誠實履行義務，不得違反，如有違反而造成建築改良物之損害，對建築改良物所有人，難謂毋庸負損害賠償責任。且此之所謂損害，不以人身之損害為限，亦包括建築改良物應有價值之財產損害在內」；最高法院 95 年台上字第 637 號判決：「惟刑法第一百九十三條所定違背建築術成規罪，雖規定於以保護社會法益為主之公共危險罪章，惟條文既以『致生公共危險』為犯罪構成要件之一，而刑法所保護之個人法益中，除生命、身體外，尚包含財產法益，則不特定或多數人之生命、身體或財產之安全應均在該條所保護之法益範圍。而建築技術規則建築構造編第六十二條（九十年九月二十五日修正前）亦規定建築物之基礎設計及施工時，應對鄰近建築物為安全防護設施，以防止鄰屋之損害；則建築法第一條所定以維護公共安全為目的所實施之建築管理，是否已排除對不特定或多數人「財產法益」之保護？已非無疑」。

從以上各判決可以觀察到，最高法院對於何種法律係屬保護他人之法律，係持寬鬆認定態度，在建築相關法令領域中，包括建築法、建築師法、消防法、建築物室內裝修辦法、建築技術規則，以及刑法違反建築術成規罪等，皆屬「保護他人之法律」。再進一步觀察，關於損害賠償範圍，除人身損害外，財產上和非財產上損害皆屬之。

綜上，民法第 184 條第二項與第一項最大的差別在於責任類型不同，被害人主張第二項顯然比主張第一項前段或後段都較為有利；加上最高法院對於「保護他人之法律」的寬鬆認定，從九二一相關案件中發現，被害人得到損害填補的機會大增，更落實立法理由中「使人類互盡保護義務」之原意。

第三節：建築師對第三人行為之責任

第一項：對於次承攬人行為之責任

受委託設計之建築師，應交付設計圖、預算書、施工說明書於委託人，在契約性質上為承攬，已如前述。但建築師在現在分工細密之建築工作中，上列工作物不可能由自己全部完成，且依建築法第 13 條但書規定，其中有關於專業的部份，例如：結構、機電、空調、消防、污水處理等設計，除五層以下非供公眾使用之建築物，應交由依法登記開業之專業技師辦理，建築師並負連帶責任。依此，建築師與各專業技師間係依法律規定成立次承攬設計契約。值得探討的是，「建築師並負連帶責任」之涵意為何？與次承攬的關係又如何？依債之相對性原則的一般民事法則，承攬人對定作人負瑕疵擔保及損害賠償責任，而次承攬人也僅對承攬人負瑕疵擔保及損害賠償責任，次承攬人與定作人之間並無契約關係，故次承攬人對定作人並不負任何瑕疵擔保及損害賠償責任。然，建築法第 13 條但書後段稱「建築師並負連帶責任」，似指次承攬人應對定作人負主債務責任，而建築師負連帶責任，顯然與「債之相對性原則」相悖，也由此可知，建築法第 13 條的連帶責任規定是債之相對性原則的例外規定。

除契約債務之連帶責任外，上開條文似也指侵權行為損害賠償責任之債務連帶責任。但建築師並非專業設計部分之行為人，且若建築師對技師於定作或指示無過失時，則上開條文顯然與民法第 185 條規定之共同侵權行為，及第 189 條規定之定作人責任，也不相符合。

現行建築法第 13 條條文係民國 64 年 12 月 26 日修訂，其修訂理由謂：「高樓建築物結構之計算與建築物各種機電設備之設計與監造，須由專業之工業技師辦理，故將各種專業技師之業務及責任，增訂於本條文內。又為求各種設計及施工密切配合起見，故規定由承辦之建築師負責交辦，並連帶負責。」¹⁰⁰由其理由可知，在高層建築物中，原本由建築師設計並負設計責任的專業工程部份，在修法後改由專業技師設計及負責，建築師負連帶責任。本文認為，建築法第 13 條後段的規定，其實在法律意義上是擴大對於定作人及侵權行為被害人的保護，增加專業技師的損害賠償責任，但建築師的責任並未減少¹⁰¹。且建築法第一條後段規定；「本法未規定者，適用其他法律之規定。」故依其反面解釋，在損害賠償的法律適用上，得排除民法之適用，優先適用建築法。但本文也認為，雖然專業技師係由建

¹⁰⁰ 立法院公報，第 64 卷，第 101 期，院會記錄，頁 28-29。

¹⁰¹ 本條規定之「連帶」，依民法第 272 條第 2 項規定為法定連帶債務之「真正連帶」。

築師所選任，就選任及監督的行為，建築師固負有善良管理人的注意義務，但選任與監督之間接過失，竟課以與行為人相同之直接責任，似有過苛。

就建築實務運作上，定作人將結構及機電等專業部分的設計，直接交由其選任之技師辦理，而非透過建築師交辦的情形，亦所在多有，依契約自由原則，當無不可。但此時建築師已無選任與監督之注意義務，是否仍應負連帶責任？則另有研求之餘地。

第二項：對於復受任人行為之責任

由建築師法第 13 條的修正理由可知，建築師應交由技師辦理的部份尚包括「監造」，故該專業技師在契約身分上為合法的復受任人¹⁰²。另，建築師派任之駐地監工，依契約書範本規定必須具備相當學經歷及專業證照，且須經委任人之同意，故其身分也是合法的復受任人。依民法第 538 條第 2 項規定，受任建築師「僅就第三人之選任，及其對於第三人所為之指示，負其責任」，換言之，建築師若對技師或駐地監工之選任或指示能舉證無過失者，即不負契約之損害賠償責任。建築法第 1 條已排除民法第 538 條之適用，建築師應負技師故意或過失的連帶責任，已如上段所述。但建築師是否僅對駐地監工之選任或指示有過失時，才負損害賠償責任？尚有疑問。依建築法第 26 條規定：「建築物起造人、或設計人、或監造人、或承造人，如有侵害他人財產，或肇致危險或傷害他人時，應視其情形，分別依法負其責任。」另參考民法第 538 條之規定可知，監造人（或其復委任人）如有侵權行為，應視其復委任之選任或指示有無過失之情形，依民法第 538 條及侵權行為相關規定負其責任。故建築法第 1 條應無排除民法第 538 條之適用，監造人對於復受任人之行為，僅負選任與指示過失之責任。

第三項：對於受僱人行為之責任

一部完整的建築圖說，少則百餘頁A1 尺寸藍圖，多則數千頁也不少見，這麼多的繪圖工作顯然不是建築師一人能在短時間內獨力完成，大多數的建築圖說是由事務所雇用之繪圖員或設計師，在建築師的工作分派、指揮監督之下，由多人完成其個別部份，再逐步整合成一部完整的建築圖說。

¹⁰² 建築法第 13 條的「交辦」規定，應解釋為適用民法第 537 條「另有習慣」之規定。

故若建築圖說有錯誤，致侵害他人權利，建築師至少難脫監督不週之責。民法第 188 條第 1 項規定：「受僱人因執行職務，不法侵害他人之權利者，由僱用人與行為人連帶負損害賠償責任。但選任受僱人及監督其職務之執行，已盡相當之注意或縱加以相當之注意而仍不免發生損害者，僱用人不負賠償責任。」在此所謂受僱人「執行職務」的概念，並非依僱用人與受僱人的意思，而係依其行為人行為之外觀決定之，如於其外觀上足以認定其為執行職務之行為、濫用職務之行為、怠於執行職務或職務上之機會行為，均屬執行職務之概念。換言之，縱若受僱人故意或過失致侵害他人權利，但其行為並非執行職務時，則無本條之適用。而建築師與繪圖員或設計師之關係也非僅限於建築師事務所內的一般僱傭契約，係以事實上之僱用關係為標準¹⁰³，凡客觀上被他人使用為之服務勞務而受其監督者均係受僱人¹⁰⁴。故建築師「外包」設計圖予獨立工作之設計師或「引用」廠商提供之設計圖的行為，皆有本條之適用。最高法院 93 年台上字第 2516 號判決亦持相同見解：「民法第一百八十八條僱用人責任，係為保護被害人而設，故該條所稱之受僱人，應從寬解釋，並非僅限於僱傭契約所稱之受僱人，凡客觀上被他人使用為之提供勞務而受其監督者均屬之，亦即僅須在外觀上具有選任、監督關係，即可認定為受僱人，並不受當事人主觀上所認定之影響。」本條第 1 項但書規定僱用人已善盡選監責任者，不負賠償責任，在此之「選監責任」應與民法第 187 條第 2 項法定代理人之監督責任為同一解釋，並由僱用人負舉證責任。但是由實務來觀察，本文尚未見有任何建築師能舉證選監行為無過失而得予免責的判決，可見各級法院對於選監責任皆採高標準的態度，對於受害人之保護較為完備。

觀察民法第 188 條第 1 項規定，對於僱用人責任的分擔，係採舉證責任倒置的抽象輕過失責任，其實，對於僱用人責任已有加重。但同條第 2 項又規定：「如被害人依前項但書之規定，不能受損害賠償時，法院因其聲請，得斟酌僱用人與被害人之經濟狀況，令僱用人為全部或一部之損害賠償。」以及同條第 3 項規定：「僱用人賠償損害時，對於為侵權行為之受僱人，有求償權。」由此可知，本條僱用人責任並不單純只有抽象輕過

¹⁰³ 最高法院 45 年台上字第 1599 號判決參照。

¹⁰⁴ 最高法院 57 年台上字第 1663 號判決參照。

失責任，事實上已經接近「無過失」責任，只是其損害賠償數額得由法院斟酌，而僱用人依此損害賠償數額對於侵權行為之受僱人有求償權而已。

第四節：消費者保護法第七條之設計監造責任

第一項：設計—製造責任

消費者保護法（以下簡稱消保法）第七條第一項規定：「從事設計、生產、製造商品或提供服務之企業經營者，於提供商品流通進入市場，或提供服務時，應確保該商品或服務，符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性。」在此所謂的「設計瑕疵」，王澤鑑先生認為，係指造成傷害之產品與其他同類產品完全一致，並未有因為生產製造而發生之差異存在，而其之所以造成損害，乃是因為產品設計不良所致¹⁰⁵。上述定義之前提在於以一次設計而生產相當多數的產品的情形，但建築設計並非大量生產用的工業產品設計，因為建築設計所在之基地位址或地形不同、建築計劃不同、各地都市計劃內容、法規限制不同，幾乎不可能有兩個完全一樣的設計。而且從條文文義上也無法得出「造成傷害之產品與其他同類產品完全一致」的結論。仔細推敲王澤鑑先生之定義，應在於將設計瑕疵與製造瑕疵區隔而已，並認為損害與設計之間應有因果關係，系爭商品是否為以一次設計而生產相當多數的產品並非重要。

一般而言，建築師對結構安全設計所採取之設計標準係以建築技術規則規定為準，但消保法第七條第一項將建築師的設計責任界定於「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」，二者可否等量齊觀，不無疑問？蓋所謂技術法令之要求，經常不合時宜，法令所定標準通常是最低要求標準，而且是齊頭式平等的標準，與千變萬化的基地條件和設計條件，經常力有未逮，因此，以法令標準作為「可合理期待之安全性」標準，恐不恰當。管見以為，所謂「符合當時科技或專業水準可合理期待之安全性」與技術法令並無必然關係，因為消保法第七條依通說見解為無過失責任，若結構設計有不符技術法規的情形，建築師就已經有重大過失，所以，顯然所謂「可合理期待之安全性」並非以符合設計技術法令為標準。在比較法上，美國法院認為國家標準僅為最低標準，並不排除被告採取額外措施之

¹⁰⁵ 詹森林合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會出版，84年2月，頁41。

義務；歐體產品責任指令亦認為法令標準僅代表使用者之最低期待¹⁰⁶。

我國於民國 88 年 9 月 21 日發生九二一大地震，因此關於地震受害者依消保法第七條請求損害賠償之案例甚多，惟經觀察諸多案例發現，各地各級法院對於建築設計瑕疵有諸多見解不一致情形，茲分述如下：

第一款：設計過失與損害之因果關係

消保法第 7 條第 3 項雖規定建築師之設計責任為無過失責任，但所謂無過失責任是指不以有過失為歸責要件，但建築師是否應負第七條第一項的損害賠償責任？尚需探究設計瑕疵是否該當可合理期待之安全性的構成要件，以及設計瑕疵與損害之間的因果關係；而消保法第七條之一所規定建築師之舉證責任，在於設計瑕疵該當於構成要件，且因果關係確認的前提下，建築師負有無過失之舉證責任，方得以依第七條第三項規定由法院減輕其責任而已，設計瑕疵如何該當可合理期待之安全性，以及設計瑕疵與損害之間的因果關係，仍須由被害人負舉證責任。然而，觀察最高法院 87 年台上字第 242 號判決「惟按從事設計、生產、製造商品之企業經營者，依消費者保護法第七條第三項之規定，應負連帶賠償責任之事由，為違反確定其提供之商品無安全或衛生上之危險，如其商品有安全上之危險存在，即屬有所違反，應依該條項之規定負其責任，縱令其無過失亦同。」發現，法院以有安全上之危險存在的結果，即推論建築設計有瑕疵，似有以果推因之謬誤。

第二款：製造欠缺與設計欠缺之區別

一般工程進行必須先完成設計圖，然後才進行施工，故在施工以前，設計必然已經完成，此乃通常之理。故就探究建築師之設計是否有瑕疵而言，應以設計圖記載之內容為證據方法，根本無須探究現場倒塌之房屋其結構是否安全，然法院卻以「故被告就系爭建物混凝土強度不足致使系爭建物有安全上之危險，即屬違反消費者保護法第七條第一項、第二項規定之義務」¹⁰⁷為理由，而未查混凝土強度不足究係設計時即強度不足（設計瑕疵）？亦或施工不良（製造瑕疵）所造成？逕以現場取樣之混凝土強度

¹⁰⁶ 蔡陸弟，消費者保護法中「產品瑕疵」之研究，東海大學碩士論文，85 年 6 月，頁 114。

¹⁰⁷ 台灣板橋地方法院 90 重訴字第 600 號判決。

不足的結果判斷建築師之設計有欠缺，而未深究其因果關係。

第三款：以「技術法令規範」為可合理期待之安全性之標準

台灣台中地方法院 89 重訴字第 902 號判決認為「系爭中興國宅於八十四年十一月二十日完工，迄於八十八年九月二十一日地震發生之日止，已有將近四年之時間，期間並未有任何影響安全或衛生之狀況發生，原告亦未舉證說明中興國宅未能抵抗中震區之四級耐震強度，嗣經九二一地震來臨之際，台中地區之震度為六級，超出原有之建築規範所要求之四級中震強度，以致中興國宅坍塌，我國建築法令未能符合強烈地震之要求，以致九二一地震中部地區有嚴重之損害，被告…依據當時之建築規範要求，興建大樓經主管機關審核取得建築執照及使用執照，衡情系爭中興國宅大樓若無地震來襲，當無產生危害安全之虞」。本號判決之理由除了顯然係以建築技術法令規範之標準作為安全性是否欠缺之標準之外，似乎也認為，地震強度超過法令規範，即推論產生危害安全與建築師的設計無因果關係，而未深究危害安全之原因係單純源自地震強度超過法令規範？亦或地震與設計瑕疵共同影響的結果。

依本文見解，設計建築師依消保法第 7 條第 1 項「可合理期待之安全性」的設計責任應在於，其所提供之設計圖說內容能否確保一般人日常使用之安全性，而不應以技術法令規範為界限，蓋技術法令規範的範圍有限，許多與生活上安全密切相關的建築細節，於建築技術法令並無規範，而建築師既為專門技術人員，負有善良管理人的注意義務，考慮建築設計的安全性自然不能法令規範為界限。舉例而言，參考台灣板橋地方法院 93 訴字第 2249 號判決，於此案例，排氣用管道間的設計雖然在建築設計上屬於非常細微的設計，但卻是一般住宅大樓住戶生活所必須，且為當時科技及建築師之專業水準可合理期待，但於建築技術法令卻無任何規範，設計建築師未注意設計上下連通可排出屋外之管道間，已造成使用上有危險的狀態，其設計之住宅商品未符合當時專業水準可合理期待之安全性，自應負消保法第 7 條第 3 項規定之損害賠償責任。

第二項：監造－服務責任

建築法第 13 條規定「本法所稱建築物設計人及監造人為建築師，以依

法登記開業之建築師為限」，所以，除例外情形外，所有建築物之興建都必須有建築師依法實施監造，而監造行為的實質內容依建築師法第 18 條規定為一，監督營造業依前條設計之圖說施工，二，遵守建築法令所規定監造人應辦事項，三，查核建築材料之規格及品質，四，其他約定之監造事項。以上述規定與建築物作為商品的角度來看，建築師於建築物「生產製造」的過程中，負有監督生產製造廠商（即營造業）正確按圖施工與查核建築材料之規格及品質的義務，所以，監造建築師對於營造業者所提供之建築商品流通進入房地產市場是否具有可合理期待之安全性負有監督的義務。這種情形與一般商品之製程不同，通常製造商品的企業經營者對於其商品生產過程自有其一套生產系統及品質管制系統，但無論生產系統或品質管制系統皆屬企業經營者內部的問題，故無論是商品生產有瑕疵或品管有瑕疵，皆屬企業經營者提供之商品有「製造瑕疵」；但如前所述，建築商品之生產與品質管制隸屬兩個各自獨立之企業經營者，但消保法第 7 條第 1 項僅規範建築商品製造商負有侵權行為的損害賠償責任，卻未將商品製造過程中的監督者角色（監造建築師）納入，是立法者有意的排除？或無意的疏漏？不得而知。關於這個問題，尚未見有學界討論，本文嘗試從正反兩方向分別論理：

第一款：肯定說

監造建築師既然依建築法第 18 條規定負有監督工程品質之義務，故建築商品有製造瑕疵時，負責製造之營造業固有侵權行為的損害賠償責任，監造建築師未能善盡監督之義務，亦應負其責任，否則會發生監造建築師有義務卻無責任的結果。故，消保法第 7 條雖未將負有監督義務之企業經營者明列其中，實則因監督行為已包含在生產製造行為之中。另外，綜合消保法第七條第一項和施行細則第 4 條規定內容觀之，立法者顯然有意從商品之設計、製造、販賣等一貫流程一網打盡所有參與的企業經營者，因為無論在何種階段參與的企業經營者，都從消費者最終付出的價額中獲有對價，負責工程監督之監造建築師自然不能自外其中。再從責任比較的觀點來看，從事經銷之企業經營者只是銷售販賣商品，該商品若有設計或製造瑕疵，在其從事銷售之前，瑕疵即已存在，經銷商品者的責任雖然較輕，不必依消保法第 7 條規定與設計、生產、製造的企業經營者負連帶的無過失責任，但依消保法第 8 條規定，尚負有抽象輕過失責任及舉證責任，而

參與建築物商品製造的監造建築師竟無責任？恐難平事理。

再則，縱使監造建築師提供勞務服務的對象係建設公司，而非消費者，但依消保法第 10-1 條規定：「本節所定企業經營者對消費者或第三人之損害賠償責任，不得預先約定限制或免除。」顯見，監造建築師仍應對消費者（即第三人）負損害賠償責任。

第二款：否定說

按建築師受委託辦理建築物監造時，應查核建築材料之規格及品質，而所謂查核建築材料之規格及品質，係指查核建築材料之規格及品質之「資料」而言，內政部營建署 85 營署建字第 25984 號函已有明確解釋；又行政院送立法院之建築師法部分條文修正草案總說明第五項稱：「建築師僅對建築材料之規格及品質負查核之責，其數量及強度之檢驗、施工方法之指導及施工安全之檢查均屬營造業專任工程人員之責任，爰予明確劃分，以利建築師之監督」所以，建築師執行監造事務，就建築材料之規格及品質之查核，僅需就書面資料而為審查，而對於材料進行檢測非建築師責任。再則，消保法第 7 條第 1 項既只明列建築師之設計責任，依明示其一排除其他之法理，監造建築師自然不在消保法第 7 條責任主體之列。監造建築師受建設公司之委任，代為處理監造事務，負有善良管理人的注意義務，故若無注意義務之違反，即難謂有契約義務之違反，縱建築商品有製造瑕疵，其瑕疵責任仍在於承攬工作物之營造業，而非監造建築師。在契約責任應作以上解釋，同理，在消保法第 7 條之侵權責任亦應作相同解釋。實務上見解則有更深入的說明，台灣板橋地方法院 89 年訴字第 1195 號判決：「本件原告係主張被告馬國安對建築營造有監工之義務等語，而非主張被告馬國安就系爭房地之設計、生產、製造有何缺失，顯見原告非主張被告馬國安應負商品責任，而係主張被告馬國安應負服務責任，然所謂消費者係指以消費為目的而為交易，使用商品或接受服務者；所謂企業經營係指以設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務而為營業者，消費者保護法第 2 條第 1 款、第 2 款分別定有明文。以消費為目的接受服務，必須該服務是消費者消費之主要目的，例如旅遊、保全、運送等，本件原告係以交易系爭房地為消費目的，而非以接受建築師監造之服務為消費目的，雖買受預售屋會涉及建築師之監造，然建築師之監造非消費者消費之主要目

的，是不能認建築師係預售屋買受者之提供服務之企業經營者，故原告依消費者保護法第 7 條第 1 項、第 3 項請求被告馬國安負連帶賠償責任，為無理由。」由上開判決可知，只有在預售屋的買受人直接委託監造建築師作監造服務的情形，監造建築師方才是消保法第 7 條第 1 項規範之責任主體，但在一般預售屋買賣的交易習慣，買受人幾乎不可能與該建築商品之監造建築師有委託監造的法律關係。故綜合以上理由，監造建築師僅對於委任人負有契約責任，而無消保法第 7 條第 1 項、第 3 項的侵權責任。

本文淺見，監造建築師是否為消保法第 7 條第 1 項規定的責任主體，其爭點在於「企業經營者」的概念不清所致，消保法第 2 條第 2 款對「企業經營者」的定義採用「列舉」而非「例示」的立法方式侷限了司法解釋的空間，相較於錯綜複雜的商業行為，對於消費者之保護恐挂一漏萬，反而失其立法原意。有學者認為¹⁰⁸「企業經營者」概念之界定，主要應從「營業行為」之概念著手，若為事實上或外觀上設計、生產、製造、輸入、經銷商品或提供服務之行為，且符合以使該商品或服務流通進入市場之目的反覆繼續為之，對於商品或服務整體之規劃、組織、安排具有指揮、管理、監督權限等要件之主體，即為消保法上之「企業經營者」，應負擔消保法上之責任。參諸上述見解及立法理由，本文咸認監造建築師應為消保法第七條第一項規定的責任主體。

第三款：小結

對大多數人而言，購買一棟房屋大約是這一生當中最大的一筆買賣交易了，也正因為其金額龐大，以消費為目的之住宅商品買賣比起其他商品的消費，顯然更為重要，所以就消保法的立法目的而言，預售屋買賣自然是相當重要的課題，但見學界經常討論的焦點常在於消費者與建設公司之間的關係，而較少關心在建設公司的背後，其實還有一個龐大的營建團隊，而這個營建團隊的每一個成員及所作的每一項工作，都與消費者將來使用住宅時的生命財產息息相關，實不可輕忽之。

本文討論建築商品之設計監造建築師在消保法上的責任，具有保護消費者及建築師權益的雙重實益，依本文上述分析所得見解，設計建築師的

¹⁰⁸ 張詠晶，論消費者保護法上之「企業經營者」，國立台灣大學碩士論文，94 年 7 月，頁 281 以下。

設計是否具備「可合理期待之安全性」的判斷，可分為兩部分，一是建築技術法令已有規範的部分，設計建築師依法令規範設計，已可視為在設計上已具有可合理期待之安全性，蓋依法令設計尚發生危險，已屬法令本身的問題，要難苛責設計建築師；但法令未有規範的部分，則應由專門技術人員之善良管理人的注意義務角度，具體觀察其設計是否具備可合理期待之安全性而為判斷。監造建築師的責任判斷較為棘手，因目前消保法未明文規定監督者的責任，本文建議應以修法補充，但在修法之前，仍得以擴張解釋「生產、製造」的定義，將監造建築師的責任納入其中。

第五節：契約與侵權責任請求權之競合

「債務不履行」的構成要件在某些案件中也會同時符合「侵權行為」的構成要件，故同一事實的「債務不履行」與「侵權行為」的損害賠償請求權得否同時存在？若可同時存在時又應如何競合？各國學說判例向有爭執。關於此一問題，學說上有三種理論：第一是「法條競合說」，認為債務不履行乃侵權行為之特別型態，侵權行為係違反權利不可侵犯之一般義務，而債務不履行係違反基於契約之特別義務，故同一事實符合兩種請求權要件時，依特別法優於普通法之原則，僅能發生契約上之請求權，不得主張侵權行為請求權；「請求權競合說」認為一個具體事實具備債務不履行與侵權行為之要件者，應就其個別規範判斷之，兩個請求權係獨立並存。請求權競合說又分為兩種理論，一是「請求權自由競合說」，二是「請求權相互影響說」；「請求權規範競合說」則認為一個具體事實具備債務不履行與侵權行為兩種要件時，並非產生兩個獨立的請求權，而是一個請求權有兩個法律基礎。當事人得衡量事實狀況，主張對其有利的部份。

最高法院早期之見解似採嚴格的「法條競合說」¹⁰⁹，在當事人間有契約關係時，即不得以侵權行為請求損害賠償。晚近則有改採「請求權競合說」見解之趨勢。參考最高法院 89 年台上第 2097 號判決（民八庭）認為：「復按侵權行為與債務不履行之請求權競合時，債權人非不得擇一行使之，僅關於債務人應負之損害賠償責任，若於債務不履行有特別規定，則債權人於依侵權行為之規定請求賠償時，除別有約定外，仍應受該特別規定之限制而已。」；92 台上第 2406 號判決（民六庭）亦認為：「侵權行

¹⁰⁹ 最高法院 22 年台上第 1311 號判例、43 年台上第 752 號判例、49 年台上第 144 號判例參照。

為之損害賠償請求權與債務不履行之損害賠償請求權競合時，債權人得擇一行使之，關於債務人應負之損害賠償責任，若於債務不履行有特別規定者，債權人於依侵權行為之規定請求賠償時，除別有約定外，仍應受該特別規定之限制。準此而言，原審徒以上訴人與東正公司有買賣移轉所有權關係，即謂上訴人不得本於侵權行為請求損害賠償，立論尚欠允洽。」司法院 77 年 11 月 1 日第 19 次民事庭會議決議（二）：「債務人違約不履行契約上之義務，同時構成侵權行為時，除有特別約定足認有排除侵權責任之意思外，債權人非不可擇一請求，A 銀行自得本侵權行為法則請求甲賠償其損害。」可見，「請求權競合說」應已成晚近實務上通說之見解。

「請求權競合說」或「請求權規範競合說」特別是在契約當事人死亡，當事人之父母妻子請求非財產上損害賠償時，最具意義。最高法院見解的改變，對於實現社會正義，填補被害人損害有其實益，應予贊同。¹¹⁰

¹¹⁰ 邱聰智，「新訂民法債編通則」，上冊，2003 年 1 月新訂一版，頁 154。

第五章 結論

第一節 契約性質

第一項：契約性質之判斷方法

經濟社會中的交易型態五花八門，而民法債編各論卻只有寥寥 27 種典型契約，有些日常生活中相當普遍的交易類型，卻有法律眼中複雜的契約性質，例如看電影，可能就包含了承攬、使用借貸、委任等不同契約性質。所以以典型契約類型判斷契約性質其實並不如想像中容易，稍有不甚或便宜行事就有可能忽略了一些細節，而做出「見樹不見林」或「見林不見樹」的判斷。錯誤的契約性質判斷影響當事人權利甚鉅，不可不慎。

判斷契約的性質本文所採用的是分析歸納法，亦即將契約中約定的事項一一拆解，分別判斷其性質應屬何種典型契約，但債編各論的立法例都是先定義性質，再規定其義務權利行使的範圍與限制，然後分別規定契約終止或解除，消滅時效或除斥期間等相關細節，由此構成整個典型契約的全貌，但典型契約中大多數的規定係任意規定，依契約自由原則，當事人得自由約定，換言之，契約自由使得判斷契約性質變得困難重重，然本文認為，契約萬變不離其宗，典型契約的定義才是最重要的依據，例如「完成工作」或「處理事務」的契約本質，才是最重要的判斷依據，其他例如「後付主義」、「信任關係」、「具專業能力」等特性，只能輔助但並不當然可以據以判斷契約性質。本文咸認任何有效成立、當事人真意清楚的契約一定有其根本的交易類型特性，只有在確實無法涵攝於典型契約時，才能名為無名契約。

契約中約定的事項經過逐一定性後，應再判斷其間的關係有無混合或聯立的情形，若為契約聯立，則應再判斷其契約聯立有無依存關係存在。將約定事項複雜的契約予以抽絲剝繭、分析歸納後，方可見其契約之全貌，據此，才能判斷正確的契約性質。

第二項：設計監造契約之法律性質

一般建築師契約皆名為「委託規劃設計監造契約」，然究其內容，其約定事項不單只有「處理事務」的委任性質，還有「完成工作」並應交付工

作物的承攬性質；而且也不止只有規劃、設計、監造三項工作，通常都還包括擬訂預算書、施工說明書、代辦建照申請、代辦鑽探測量、協辦招標與決標等工作，雖然本文研究範圍僅限設計監造，但最後結論擬以上述契約判斷方法檢視契約中其他工作事項，作一全面性的分析說明，以盡其功。

「擬訂預算書」的工作是設計圖的延伸說明，但並非設計圖所必要，預算書除依設計圖顯示詳列各部分工程材料、項目、數量、單價、複價及總價外，尚包括各項工程之工料單價分析，按其性質，並非為委託人處理事務，而是以完成預算書之具體工作物並交付委託人為目的，故其性質應為承攬；「施工說明書」也是設計圖之延伸，也有完成工作物並交付委託人之特性，故其性質也應為承攬；「代辦建照申請」係建築師以委託人或委託人指定之第三人之名義代為向主管建築機關提出建築執照申請，但建照發給與否，繫於機關之決定，而非建築師能獨立完成，乍看似乎是為委託人處理建照申請等相關事務之委任契約性質；但究其契約目的，建築師若未完成取得建築主管機關核發之建照的具體工作結果，對委託人則無利益甚至有害，核其性質，又符合承攬契約性質特性，簡言之，「代辦建照申請」是以建築師給付處理事務之勞務為主給付義務，但以取得建照為目的之契約，手段義務與目的義務兼具並混為一體，故其契約性質應屬委任與承攬之混合契約；「代辦鑽探測量」係建築師於事前提供委託人關於鑽探和測量之需求建議，事後提供檢示鑽探報告書或測量成果圖是否符合設計所需之勞務，係以專業顧問之地位，提供諮詢、建議之勞務，並無具體須完成之工作，其契約性質應為委任；「協辦招標與決標」係建築師於設計圖完成並交付後，協助委託人處理工程承攬招商作業，提供專業意見協助委託人分析判斷廠商之優劣，並提供擬定或修改工程契約內容之專業意見，也是以提供諮詢、建議之勞務為主給付義務，並無具體須完成之工作，核其契約性質應為委任。

綜上所述，一般「委託規劃設計監造契約」實則包含許多不同的工作內容，並非單純只有規劃設計監造而已。再進一步檢視上述工作內容間的關係可以發現，其間並無必然關聯性，委託人均得以委託建築師上述諸多工作的一部份或多部份或全部，簡言之，上列各工作之間僅有時間前後發生的關係，卻無契約因子互相混合的性質，更無其一有無效、撤銷或不成立時，其他部分契約應同為認定的依存關係，因此，本文認為，一般委託

建築師的「委託規劃設計監造契約」，在契約性質上，應定義為包含多個委任與承攬契約之無依存關係的聯立契約。

第二節 法律責任

建築師的民事責任可概分為「契約責任」與「侵權責任」，依請求權規範競合說，契約當事人非不得就其有利之情形而擇一請求。就「契約責任」而言，設計建築師負有無過失之瑕疵擔保責任，以及在瑕疵可歸責於建築師時的債務不履行責任，契約當事人亦非不得就其有利之情形而擇一請求。就「侵權責任」而言，本文發現被害人之請求權基礎，有自民法第 184 條第 1 項前段漸漸移向第 184 條第 2 項的情形，而法院對於「保護他人之法律」之認定也有寬鬆之趨勢；建築師法、建築法、消防法、以及依建築法授權制定之建築技術規則等行政命令係屬「保護他人之法律」似已成實務通說見解。

觀察法院對於消費者保護法第 7 條第 1 項「可合理期待之安全性」之見解，似以技術法令規範為其界限，本文則認為，考慮建築設計之安全性，應以「確保一般人之日常使用」以及「依當時科技與建築師之專業水準可合理期待」較為恰當。至於監造人責任，消費者保護法第 7 條雖未明文規定，但本文認為，監督商品製造者的間接責任雖不若商品製造者之直接責任重，但仍不應免責，故應擴張消費者保護法第 7 條解釋，其行為主體應包含監督建築商品製造之監造人。

第三節 未來展望與後續研究建議

建築與法律都是已經數千年演化的古老科學，無論在學術或實務領域，皆已各自建立一套龐大又繁雜又專業的作業模式與思考邏輯，然兩大領域之間卻少有交集，一旦有所接觸，誤會即生，觀諸實務判決，筆者常有雞同鴨講之嘆。

但建築領域實在太過龐大，有太多法律關係值得研究，本文力有未逮，只能以建築師契約的法律關係為題，初試啼聲，實則僅為茫茫法海之一粟，但希望藉此能投石問路、拋磚引玉，期待更多人投入建築領域的法律研究。關於建築師的相關法律關係，在學界的研究太少，本文能借力參考者實在有限，若依本文的研究課題再延伸，至少有下列法律課題尚待進一步研究，

茲分述如下：

課題一：建築師的損害賠償與保險制度之研究。

課題二：監造人責任與工程承攬人的瑕疵擔保責任之分界研究。

課題三：建築類型之侵權行為損害賠償的消滅時效研究。

課題四：設計人之瑕疵擔保與不完全給付之競合問題研究

課題五：監造人在消費者保護法之地位研究

課題六：規劃設計監造專案管理人綁標類型適用政府採購法第八十八條之研究

課題七：建築法或建築師法在民法或刑法之整合問題研究

課題八：建築師違背建築術成規之研究

課題九：建築師適用公務員身分之研究

課題十：專家參審與建築專業法庭之法制研究

課題十一：混合契約與契約聯立之構成要件研究

課題十二：綁標罪構成要件與綁標態樣之研究

課題十三：建築師契約責任之比較法研究

附錄一：參考文獻

中文參考書

1. 王澤鑑，商品製造人責任與消費者之保護，正中書局，民 68 年。
2. 王澤鑑，民法學說與判決研究(一)，三民書局股份有限公司，民 93 年。
3. 王澤鑑，民法學說與判決研究(二)，三民書局股份有限公司，民 93 年。
4. 王澤鑑，民法學說與判決研究(三)，三民書局股份有限公司，民 93 年。
5. 王澤鑑，民法學說與判決研究(四)，三民書局股份有限公司，民 93 年。
6. 王澤鑑，民法學說與判決研究(八)，三民書局股份有限公司，民 92 年。
7. 王書，曹為 譯，日本民法，五南圖書出版有限公司，民 86 年初版二刷。
8. 元照出版公司 整編，刑事特別法，元照出版公司，民 89 年初版。
9. 史尚寬，債法各論，自行出版，民 49 年初版。
10. 古嘉諄，劉志鵬，工程法律實務研析(一)，元照出版公司，民 94 年二版一刷。
11. 古嘉諄，陳希佳，顏玉明，工程法律實務研析(二)，元照出版公司，民 95 年初版一刷。
12. 古嘉諄，陳希佳，陳秋華等 15 人，工程法律實務研析(三)，元照出版公司，民 96 年初版。
13. 甘添貴，刑法總論講義，瑞興圖書股份有限公司，民 81 年再版。
14. 甘添貴，刑法案例解評，瑞興圖書股份有限公司，民 88 年初版。
15. 台灣刑事法學會張麗卿等 11 人，2005 年刑法總則修正之介紹與評析，元照出版公司，民 94 年。
16. 李淑明，債法各論，元照出版公司，民 95 年二版一刷。
17. 林山田，刑法各罪論(下冊)，台大法學院圖書部，民 89 年二版二刷。
18. 林誠二，民法債編各論(中)，瑞興圖書股份有限公司，民 91 年二版。
19. 林明鏘，營建法學研究，元照出版公司，民 95 年初版。
20. 施啟揚，民法總則，三民書局，民 92 年修訂版。
21. 邱聰智，新訂債法各論(上)，元照出版公司，民 91 年初版。
22. 邱聰智，新訂債法各論(中)，元照出版公司，民 91 年初版。
23. 邱聰智，新訂債法各論(下)，元照出版公司，民 92 年初版。
24. 俞承修，刑法分則釋義上冊，民 35 年新一版。
25. 姚志明，債務不履行-不完全給付之研究，元照出版公司，民 89 年修訂版。

26. 姚志明，債務不履行之研究(一)給付不能、給付延遲與拒絕給付，元照出版公司，民 92 年修訂版。
27. 陳自強，契約之成立與生效，學林文化事業有限公司，民 91 年。
28. 陳櫻琴，陳希佳，黃仲宜，工程與法律，新文京開發出版有限公司，民 93 年。
29. 陳樸生，刑法各論，民 45 年二版。
30. 曾隆興，詳解損害賠償法，三民書局股份有限公司，民 92 年。
31. 曾隆興，現代非典型契約論，三民書局股份有限公司，民 76 年修訂版。
32. 曾世雄，非財產上之損害賠償，元照出版公司，民 94 年初版 4 刷。
33. 郭麗珍，產品責任與消費者保護(一)產品瑕疵與製造人行為之研究，神洲圖書出版有限公司，民 90 年初版。
34. 詹森林，民事法理與判決研究，翰蘆圖書出版有限公司(臺大門市)臺大法學院圖書部，民 87 年。
35. 詹森林合著，認識消費者保護法，行政院消費者保護委員會出版，民 84 年初版。
36. 楊芳賢等 4 人，民法研究會實錄，學林文化事業有限公司，民 90 年初版。
37. 楊芳賢，黃立主編，民法債編各論(上)，元照出版公司，民 93 年初版。
38. 楊佳元，黃立主編，民法債編各論(下)，元照出版公司，民 93 年初版。
39. 趙琛，刑法分則實用上冊，民 45 年增一版。
40. 張慶宗，民法實戰研究，自行出版，民 92 年修訂版。
41. 蔡墩銘，中國刑法精義，民 80 年七版。
42. 劉春堂，民法債編通則(一)契約法總論，三民書局股份有限公司，民 90 年初版。
43. 劉春堂，民法債編各論(中)，三民書局股份有限公司，民 93 年初版。
44. 鄭玉波，民法債編各論(上)，三民書局股份有限公司，民 75 年十一版。
45. 謝哲勝，李金松，工程契約理論與求償實務，翰蘆圖書出版有限公司，民 94 年初版。

中文論文

1. 張詠晶，論消費者保護法上之「企業經營者」，國立台灣大學法律研究所碩士論文，民 94 年 7 月。
2. 蔡陸弟，消費者保護法中「產品瑕疵」之研究，東海大學法律研究所碩士論文，民 85 年 6 月。

3. 張皓傑，工程設計瑕疵認定標準之研究，國立中央大學營建管理研究所碩士論文，民 95 年 7 月。
4. 歐士賓，政府採購法第六十三條第二項「監造不實」認定程序之研究，國立中央大學營建管理研究所碩士論文，民 97 年 1 月。

中文期刊

1. 中華民國建築師公會全國聯合會，因應九二一地震震災後相關法令之研究-建築物監造與監工相關權責法令剖析資料。
2. 陳志龍，建築借牌問題與刑事責任，律師雜誌，第 262 期。
3. 黃茂榮，論承攬(一)，植根雜誌第十二卷第一期。
4. 黃茂榮，論承攬(三)，植根雜誌第十二卷第三期。
5. 譚四強，台灣建築師的簽章劫-建築法令修定與權責配套，建築師雜誌，2003 年 5 月號。
6. 東海大學法學研究，法學研究 第 27 期，元照出版公司，民 96 年。

附錄二：台中市政府工程委託規劃設計監造契約書（範本）

940713 修訂版

招標機關 (以下簡稱機關)
立契約人：
承包商 (以下簡稱廠商)

雙方同意依政府採購法及其主管機關訂定之規定訂定本工程契約，共同遵守，其條款如下：

第一條 採購標的名稱：

第二條 履約標的（本工程預算金額新台幣 元整）

（一）廠商應給付之標的及工作事項：**（由機關於招標時載明）**

1. 建築基地如有必要作鑽探或水土保持時依下列規定方式辦理**（由機關擇一於招標時載明）**：

廠商應協助機關提供資料由機關依法委託專業機構辦理，所需費用列入本工程預算；惟廠商應提供技術性需求資料，並負監督之責。

廠商應依法委託專業機構辦理，並支付相關費用。

2. 負責本工程相關之建築、結構、給排水、污水處理設施、電氣（含電力、電視、電話等）通風、空調、消防、衛生、天然氣等系統暨基地廣場綠化之工程設計圖說、並負責編製施工預算書（含預算詳細表、單價分析表、工程數量計算書）。

3. 負責代向建築主管機關申請建築線指定（示）並請領建造執照及協助申領使用執照。

4. 負責協同有關單位協調電力、自來水、天然氣、污水處理及電信等公用事業機構配合本工程規劃、設計、敷設等各項公用設施及向各該事業主管機構申請審查手續。

5. 協辦本工程招標、列席開標、協訂工程契約手續，並提供招標圖說、施工規範、標單等招標文件二十份及招標文件電子檔二份。

6. 辦理本工程之變更設計並代向主管機關請領變更執照及協助保固期間之一切修繕事宜。

7. 負責解決本工程之糾紛及疑難問題並簽證本工程有關事項及會驗。

8. 負責本工程之監造事宜並提送監造計劃，監督承攬廠商依工程契約切實執行完竣。

9. 負責鑑定本工程材料品質、並負鑑定（或簽證）不實、承攬廠商之偷工減料或施工品質欠佳之相關法令上之一切責任。

10. 負責監督承攬廠商及其他設備廠商依設計詳圖施工且在施工期間應派技術

人員常駐工地監造。

11. 應負責將本工程建築物結構設計、水電及空調設備交由依法登記開業之合格專業工業技師負責辦理外，並應由上開技師負技師法及相關法令之責任，廠商亦應負連帶責任並支付相關費用。
12. 廠商應負責本工程特殊結構或設備外審、綠建築標章申請等工作事項並支付相關費用。
13. 除申請建造執照所需圖說外，廠商應無償供應機關藍晒圖拾份。
14. 配合機關動土典禮之需要，提供裱褙完成之圖面，內容包含面積計算表、平面配置圖、單元平面詳圖、立面圖及透視圖等，均以彩色表現。
15. 工程全部完工經正式驗收完成，編製結（決）算書並提供所有工程之竣工圖冊及電子檔各兩份。
16. 應隨時配合機關為辦理本工程進行時所需之必要協助，並提供服務至本工程全部驗收合格及保固期滿為止。
17. 負責工地安全衛生、交通維持、環境衛生維護及**剩餘土石方處理**等作業之查核與督導。

(二) 機關辦理事項：**(由機關於招標時載明，無者免填)**

第三條 契約文件及效力

(一) 契約包括下列文件：

- 1 招標文件及其變更或補充。
- 2 投標文件及其變更或補充。
- 3 決標文件及其變更或補充。
- 4 契約**本文**附件及其變更或補充。
- 5 依契約所提出之履約文件或資料。

(二) 契約文件，包括以書面、錄音、錄影、照相、微縮、電子數位資料或樣品等方式呈現之原件或複製品。

(三) 契約所含各種文件之內容如有不一致之處，除另有規定外，依下列原則處理：

1. 契約條款優於招標文件內之其他文件所附記之條款。但附記之條款有特別聲明者，不在此限。
2. 招標文件之內容優於投標文件之內容。但投標文件之內容經機關審定優於招標文件之內容者，不在此限。招標文件如允許廠商於投標文件內特別聲明，並經機關於審標時接受者，以投標文件之內容為準。
3. 文件經機關審定之日期較新者優於審定日期較舊者。
4. 大比例尺圖者優於小比例尺圖者。
5. 決標紀錄之內容優於開標或議價紀錄之內容。

(四) 契約文件之一切規定得互為補充，如仍有不明確之處，以機關解釋為準。如有爭議，依採購法之規定處理。

(五) 契約文字：

1. 契約文字以中文為準。但下列情形得以外文為準：

- (1) 特殊技術或材料之圖文資料。
- (2) 國際組織、外國政府或其授權機構、公會或商會所出具之文件。
- (3) 其他經機關認定確有必要者。

2. 契約文字有中文譯文，其與外文文意不符者，除資格文件外，以中文為準。其因譯文有誤致生損害者，由提供譯文之一方負責賠償。

3. 契約所稱申請、報告、同意、指示、核准、通知、解釋及其他類似行為所為之意思表示，以中文書面為之為原則。書面之遞交，得以面交簽收、郵寄或傳真至雙方預為約定之人員或處所。

(六) 契約所使用之度量衡單位，除另有規定者外，以公制為之。

(七) 除另有規定外，契約以機關簽約之日為簽約日，並溯及自機關決標之日起生效。

(八) 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。但除去該部分，契約亦可成立者，不影響其他部分之有效性。該無效之部分，機關及廠商必要時得依契約原定目的變更之。

(九) 契約正本二份，機關及廠商各執一份，並由雙方各依規定貼用印花稅票。副本_____份(請載明)，由機關、廠商及相關機關、單位分別執用。副本如有誤繕，以正本為準。

第四條 辦理期限：履約期限以機關通知履約開始日起算

- (一) 廠商應於機關通知履約開始日起_____日內提送規劃說明簡報。
- (二) 廠商於機關核定規劃簡報後_____日內將本工程草圖圖樣(含建築物結構系統及設備系統等資料)送機關審核。
- (三) 前款資料經機關審核修定後，廠商應於接獲通知_____日內完成建築物結構、水電設備、污水處理工程等全部設計圖說並申請建造執照。
- (四) 廠商應於建造執照核准日起_____日內依照核准圖說、編製施工預算書、圖及施工規範等送交機關審查，機關如認為有修改之必要時，廠商應按機關之意見及要求之期限內修正完成。

前項各款所稱各項期限為日曆天(星期例假日、國定假日、雨天、民俗節日或全國性選舉投票日及各級主管機關臨時公佈放假日均計入期限)，廠商不得要求扣除工期。

第五條 規劃設計監造酬金：

- (一) 依據「建築物工程技術服務建造費用百分比法」第___類標準各級距法定費率上限百分之_____計價支付。
 依據「非建築物工程技術服務建造費用百分比法」標準各級距法定費率上限百分之_____計價支付。
 總包價計新台幣 億 仟 佰 拾 萬 仟 佰 拾 元整。
- (二) 前款建造費用，指本工程完成時之實際施工成本，但不包括地質鑽探費、專案管理費、規費、規劃費、設計費、監造費、營業稅、土地及權利費用、法

律費用、主辦機關所需之工程管理費、承包廠商辦理本工程之各項利息及保險費。

(三) 工程決標價低於底價之百分之八十者，前款建造費用得以底價之百分之八十代之。

第六條 付款辦法：(主辦機關得依發包內容酌予調整)

第一期 簽妥契約，設計草圖圖樣送審核定後付酬金百分之五(按工程預算金額核算)。

第二期 本工程所有之設計圖說完成並領得建造執照後付酬金百分之二十五(按工程預算金額核算)。

第三期 本工程預算書完成送機關審查確定後辦理發包完成並與承攬廠商簽妥工程合約後，付酬金百分之二十(按工程決標金額百分之五十扣除已領酬金核算)。

第四期 本工程進度達百分之五十時付酬金百分之二十五(按工程決標金額核算)。

第五期 本工程全部完工經正式驗收辦妥結(決)算後，付酬金百分之二十五(按工程結(決)算總額依約核算設計監造酬金後扣除已領酬金)。

本工程結(決)算後機關給付廠商之酬金廠商如有溢領應歸還機關。

第七條 變更規劃設計：

(一) 本工程於施工期間，因機關重大工程計畫之變更，致需變更設計者，廠商應配合辦理變更設計，其因而增加之規劃設計監造酬金由雙方協議之，並依協議書約定辦理。

(二) 本工程施工期間，機關認有變更或修改設計之必要時，廠商應按機關通知之期限內完成變更設計，逾期比照第十三條規定辦理(含建造執照變更、電力、電信、自來水、消防及環保等再送審)。

第八條 稅捐

(一) 以新臺幣報價之項目，除招標文件另有規定外，應含營業稅。由自然人投標者，不含營業稅。

(二) 以外幣報價之勞務費用或權利金，加計營業稅後與其他廠商之標價比較。但決標時將營業稅扣除，付款時由機關代繳。

(三) 外國廠商在中華民國境內發生之勞務費或權利金收入，於領取價款時按當時之稅率繳納營利事業所得稅。上述稅款在付款時由機關代為扣繳。但外國廠商在中華民國境內有分支機構、營業代理人或由國內廠商開立統一發票代領者，上述稅款在付款時不代為扣繳，而由該等機構、代理人或廠商繳納。

第九條 責任範圍：

(一) 本契約所訂應由廠商辦理之各項設計工作雖經機關審定，廠商仍應負本工程規劃設計監造及委託事項之完全責任。

(二) 本契約有效期限內，廠商之所有業務工作不得僱用機關人員參與。

- (三) 廠商為履行本契約而獲知之有關公務機密有絕對保密之義務。
- (四) 廠商對機關派駐工地之監督人員有協助之義務並不得拒絕。
- (五) 廠商因設計上之缺失致人民生命、身體或財產受損害，人民向機關請求國家賠償成立時，機關對之有求償權，廠商不得異議。
- (六) 廠商在規劃、設計中之指定材料、設備、技術或工法等者，應須詳盡說明（含最近市場行情詢價之單價分析；且須確定發包後市場確有三家以上供應無虞）；不得有限定特殊（獨家）規格或浮編不實價格情事。

第十條 保險

- (一) 廠商應於履約期間辦理下列保險(由機關擇定後於招標時載明，無者免填)，其屬自然人者，應自行另投保人身意外險。
 - 專業責任險。包括因業務疏漏、錯誤或過失，違反業務上之義務，致機關或其他第三人受有之損失。
 - 雇主意外責任險。
 - 其他：_____。
- (二) 廠商依前款辦理之保險，其內容如下(由機關視保險性質擇定或調整後於招標時載明)：
 - 1. 承保範圍：由機關於招標時載明，包括得為保險人之不保事項)。
 - 2. 保險標的：履約標的。
 - 3. 被保險人：以廠商為被保險人。
 - 4. 保險金額：契約價金總額。
 - 5. 每一事故之自負額上限：(由機關於招標時載明)
 - 6. 保險期間：自_____起至_____止。有延期或遲延履約者，保險期間比照順延。
 - 7. 受益人：保險單加批機關為受益人或賠款受領人。
 - 8. 未經機關同意之任何保險契約之變更或終止，無效。
 - 9. 其他：
- (三) 保險單記載契約規定以外之不保事項者，其風險及可能之賠償由廠商負擔。
- (四) 廠商向保險人索賠所費時間，不得據以請求延長履約期限。
- (五) 廠商未依契約規定辦理保險、保險範圍不足或未能自保險人獲得足額理賠者，其損失或損害賠償，由廠商負擔。
- (六) 保險單正本一份及繳費收據副本一份應於辦妥保險後即交機關收執。
- (七) 廠商應依中華民國法規為其員工及車輛投保勞工保險、全民健康保險及汽機車第三人責任險。其依法免投勞工保險者，得以其他商業保險代之。

第十一條 保證金(由機關擇定後於招標時載明，無者免填)：

- (一) 保證金之發還情形如下(由機關擇定後於招標時載明)：
 - 履約保證金於履約驗收合格且無待解決事項後三十日內發還。有分段或部分

驗收情形者，得按比例分次發還。

履約保證金依履約進度分_____期平均發還。

履約保證金依履約進度分_____期發還，各期之條件及比率如下(由機關於招標時載明)：_____。

履約保證金於履約驗收合格且無待解決事項後三十日內發還百分之_____ (由機關於招標時載明)。其餘之部分於_____ (由機關於招標時載明)且無待解決事項後三十日內發還。

廠商於履約標的完成驗收付款前應繳納保固保證金。

保固保證金於保固期滿且無待解決事項後三十日內發還。

差額保證金之發還，同履約保證金。

其他：

(二)因不可歸責於廠商之事由，致終止或解除契約或暫停履約者，履約保證金得提前發還。但屬暫停履約者，於暫停原因消滅後應重新繳納履約保證金。

(三)廠商所繳納之履約保證金及其孳息得部分或全部不予發還之情形：

1. 有採購法第五十條第一項第三款至第五款情形之一，依同條第二項前段得追償損失者，與追償金額相等之保證金。

2. 違反採購法第六十五條規定轉包者，全部保證金。

3. 因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金。

4. 查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理，其不合格部分及所造成損失、額外費用或懲罰性違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。

5. 未依契約規定期限或機關同意之延長期限履行契約之一部或全部，其逾期違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。

6. 須返還已支領之契約價金而未返還者，與未返還金額相等之保證金。

7. 未依契約規定延長保證金之有效期者，其應延長之保證金。

8. 其他因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害，其應由廠商賠償而未賠償者，與應賠償金額相等之保證金。

(四)前款不予發還之履約保證金，於依契約規定分次發還之情形，得為尚未發還者；不予發還之孳息，為不予發還之履約保證金於繳納後所生者。

(五)廠商如有第三款所定二目以上情形者，其不發還之履約保證金及其孳息應分別適用之。但其合計金額逾履約保證金總金額者，以總金額為限。

(六)保固保證金及其孳息不予發還之情形，準用第三款至第五款之規定。

(七)廠商未依契約規定履約或契約經終止或解除者，機關得就預付款還款保證尚未遞減之部分加計年息百分之五之利息，隨時要求返還或折抵機關尚待支付廠商之價金。

(八)保證金以定期存款單、連帶保證書、連帶保證保險單或擔保信用狀繳納者，其繳納文件之格式依採購法之主管機關於「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」所訂定者為準。

(九)保證金之發還，依下列原則處理：

1. 以現金、郵政匯票或票據繳納者，以現金或記載原繳納人為受款人之禁止背書轉讓即期支票發還。
2. 以無記名政府公債繳納者，發還原繳納人。
3. 以設定質權之金融機構定期存款單繳納者，以質權消滅通知書通知該質權設定之金融機構。
4. 以銀行開發或保兌之不可撤銷擔保信用狀繳納者，發還開狀銀行、通知銀行或保兌銀行。但銀行不要求發還或已屆期失效者，得免發還。
5. 以銀行之書面連帶保證或保險公司之連帶保證保險單繳納者，發還連帶保證之銀行或保險公司或繳納之廠商。但銀行或保險公司不要求發還或已屆期失效者，得免發還。

(十)保證書狀有效期之延長：

廠商未依契約規定期限履約或因可歸責於廠商之事由，致有無法於保證書、保險單或信用狀有效期內完成履約之虞，或機關無法於保證書、保險單或信用狀有效期內完成驗收者，該保證書、保險單或信用狀之有效期應按遲延期間延長之。廠商未依機關之通知予以延長者，機關將於有效期屆滿前就該保證書、保險單或信用狀之金額請求給付並暫予保管，其所生費用由廠商負擔。其須返還而有費用或匯率損失者，亦同。

(十一)履約保證金或保固保證金以其他廠商之履約及賠償連帶保證代之或減收者，連帶保證廠商之連帶保證責任，不因分次發還保證金而遞減。該連帶保證廠商同時作為各機關採購契約之連帶保證廠商者，以二契約為限。

(十二)連帶保證廠商非經機關許可，不得自行申請退保。其經機關查核，中途失其保證能力者，由機關通知廠商限期覓保更換，原連帶保證廠商應俟換保手續完成經機關認可後，始能解除其保證責任。

(十三)機關依契約規定認定有不發還廠商履約保證金之情形者，除已洽由連帶保證廠商接續履約者外，該連帶保證廠商應於五日內向機關補繳該不發還金額中，原由連帶保證代之或減收之金額。

第十二條 驗收（無者免填）

(一)廠商履約所供應或完成之標的，應符合契約規定，具備一般可接受之專業及技術水準，無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。

(二)驗收程序(由機關擇需要者於招標時載明)：

廠商應於履約標的預定完成履約日前或完成履約當日，將完成履約日期書面

通知機關。除招標文件另有規定者外，機關應於收到該書面通知之日起七日內會同廠商，依據契約核對完成履約之項目及數量，以確定是否完成履約。

履約標的完成履約後有初驗程序者，廠商應於完成履約後七日內，將相關資料送請機關審核。機關應於收受全部資料之日起三十日內辦理初驗，並作成初驗紀錄。

初驗合格後，機關應於二十日內辦理驗收，並作成驗收紀錄。

無初驗程序者，機關應於接獲廠商通知備驗或可得驗收之程序完成後三十日內辦理驗收，並作成驗收紀錄。

其他(例如得依履約進度分期驗收，並得視案件情形採書面驗收)：

。

(三)履約標的完成履約後，廠商應對履約期間損壞或遷移之機關設施或公共設施予以修復或回復，並將現場堆置的履約機具、器材、廢棄物及非契約所應有之設施全部運離或清除，並填具完成履約報告，經機關勘驗認可，始得認定為完成履約。

(四)履約標的部分完成履約後，如有部分先行使用之必要，應先就該部分辦理驗收或分段審查、查驗供驗收之用。

(五)廠商履約結果經機關初驗或驗收有瑕疵者，機關得要求廠商於_____日內（機關未填列者，由主驗人定之）改善、拆除、重作、退貨或換貨（以下簡稱改正）。逾期未改正者，依第十三條規定計算逾期違約金。但逾期未改正仍在契約原訂履約期限內者，不在此限。

(六)廠商不於前款期限內改正、拒絕改正或其瑕疵不能改正，或改正次數逾（由機關於招標時載明；無者免填）次仍未能改正者，機關得採行下列措施之一：

1. 自行或使第三人改善，並得向廠商請求償還改善必要之費用。
2. 終止或解除契約或減少契約價金。

(七)因可歸責於廠商之事由，致履約有瑕疵者，機關除依前二款規定辦理外，並得請求損害賠償。

第十三條 違約金及損失賠償：

(一)廠商無正當理由逾越第四條、第七條規定期限者，每逾一日按所有酬金總額扣罰千分之三之違約金（逾期違約金以所有酬金總額百分之二十為上限），機關得由未付酬金內扣除，如有不敷數得向廠商追繳之。

(二)廠商受委託事項有下列情事之一者，機關得視情節逕於酬金總額百分之十至二十內扣罰，另對機關因此所致之損害亦應負賠償之責：

1 廠商所規劃、設計工程圖說及施工預算書（含預算詳細表、單價分析、數量計算書）顯然錯誤及疏漏或數量計算錯誤超過百分之十以上。

2 在規劃設計中指定材料、設備、技術或工法者，於發包施工，市場無供應或可供應數量懸殊或價格與原估價漲幅超過百分之二十以上，致影響工程

施作完工。

3 監造不週，致嚴重影響工程品質。

第十四條 廠商在本工程施工監造時，應遵守下列各款事項：

(一) 廠商應指派具有監工經驗之專門技術人員至少____名以上常駐工地確實負責監造，該監工人員簡歷表應報機關備查後始辦理上項工作，該監工人員應具備下列各款之資格：

1 公立或立案之私立高職以上學校並修習建築（土木）相關工程學系科）畢業。

2 具有行政院公共工程委員會核發之品管人員結業證書。

3 未具有建築師法第四條或技師法第十條各款之一者。

(二) 監工人員須接受機關指派之工程人員督導，未經機關同意，不得擅離工地。

(三) 監工人員應詳閱並熟記本工程之圖說及合約等全部文件內所載各節；如有不甚明瞭者應事先請求有關人員解釋，倘事後因此發生工程不實情事，其法律責任仍應由廠商負責。

(四) 廠商應備「工程施工監工日報表」交駐地監工人員記載每日工程進行情形（含出工、用料、施作項目、工程進度等），按週填報三份，自留一份存查外，其餘分送承攬廠商及機關或有關單位各一份。

(五) 廠商派駐監工人員非經機關核准，不得任意通知承攬廠商增減工程或允許採用不合規定之材料。

(六) 廠商駐地監工應負責管制本工程施工品質嚴予督導及辦理工程材料之試驗事宜（含取樣、送驗）並提出試驗報告及審查結論判定是否符合本工程契約規定及設計要求。

(七) 廠商應配合機關依政府採購法規定成立之工程施工查核小組辦理查核。查核結果有品質缺失者，依下列規定計扣懲罰性違約金：

1. 懲罰性違約金金額，應依查核小組查核之品質缺失扣點數計算之。每點扣款新臺幣[500]元。
2. 品質缺失懲罰性違約金之支付，機關應自應付價金中扣抵；其有不足者，得通知廠商繳納或自保證金扣抵。
3. 品質缺失懲罰性違約金之總額，以契約價金總額之百分之二十為上限。
4. 辦理以上工程查核時，廠商建築師或技師應配合機關赴現場說明，若無正當理由及未於事前獲主辦工程機關同意而未出席者，計扣品質缺失八點。

(八) 各工程主管機關工程施工查核小組查核結果，成績列為丙等且可歸責於廠商者，除依本契約之懲罰性違約金相關規定及「工程施工查核小組作業辦法」規定辦理外，廠商丙等成績將列入機關評選參考。

第十五條 契約變更及轉讓

(一) 機關於必要時得於契約所約定之範圍內通知廠商變更契約(含新增項目)，廠商

於接獲通知後應向機關提出契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容須變更之相關文件。契約價金之變更，其底價依採購法第四十六條第一項之規定。

- (二)廠商於機關接受其所提出須變更之相關文件前，不得自行變更契約。除機關另有請求者外，廠商不得因前款之通知而遲延其履約期限。
- (三)機關於接受廠商所提出須變更之事項前即請求廠商先行施作或供應，其後未依原通知辦理契約變更或僅部分辦理者，應補償廠商所增加之必要費用。
- (四)契約約定之採購標的，其有下列情形之一者，廠商得敘明理由，檢附規格、功能、效益及價格比較表，徵得機關書面同意後，以其他規格、功能及效益相同或較優者代之。但不得據以增加契約價金。其因而減省廠商履約費用者，應自契約價金中扣除。
1. 契約原標示之廠牌或型號不再製造或供應。
 2. 契約原標示之分包廠商不再營業或拒絕供應。
 3. 因不可抗力原因必須更換。
 4. 較契約原標示者更優或對機關更有利。
- (五)契約之變更，非經機關及廠商雙方合意，作成書面紀錄，並簽名或蓋章者，無效。
- (六)廠商不得將契約或債權之部分或全部轉讓予他人。但因公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行實行權利質權或其他類似情形致有轉讓必要，經機關書面同意者，不在此限。

第十六條 契約終止解除及暫停執行

- (一)廠商履約有下列情形之一者，機關得以書面通知廠商終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償廠商因此所生之損失：
1. 違反採購法第三十九條第二項或第三項規定之專案管理廠商。
 2. 有採購法第五十條第二項前段規定之情形者。
 3. 有採購法第五十九條規定得終止或解除契約之情形者。
 4. 違反不得轉包之規定者。
 5. 廠商或其人員犯採購法第八十七條至第九十二條規定之罪，經判決有罪確定者。
 6. 因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。
 7. 偽造或變造契約或履約相關文件，經查明屬實者。
 8. 擅自減省工料情節重大者。
 9. 無正當理由而不履行契約者。
 10. 審查、查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理者。
 11. 有破產或其他重大情事，致無法繼續履約者。
 12. 廠商未依契約規定履約，自接獲機關書面通知之次日起十日內或書面通知

所載較長期限內，仍未改善者。

13. 契約規定之其他情形。

- (二)機關未依前款規定通知廠商終止或解除契約者，廠商仍應依契約規定繼續履約。
- (三)契約經依第一款規定或因可歸責於廠商之事由致終止或解除者，機關得依其所認定之適當方式，自行或洽其他廠商完成被終止或解除之契約；其所增加之費用及損失，由廠商負擔。無洽其他廠商完成之必要者，得扣減或追償契約價金，不發還保證金。機關有損失者亦同。
- (四)契約因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。但不包含所失利益。
- (五)依前款規定終止契約者，廠商於接獲機關通知前已完成且可使用之履約標的，依契約價金給付；僅部分完成尚未能使用之履約標的，機關得擇下列方式之一洽廠商為之：
1. 繼續予以完成，依契約價金給付。
 2. 停止製造、供應或施作。但給付廠商已發生之製造、供應或施作費用及合理之利潤。
- (六)非因政策變更而有終止或解除契約必要者，準用前二款規定。
- (七)廠商未依契約規定履約者，機關得隨時通知廠商部分或全部暫停執行，至情況改正後方准恢復履約。廠商不得就暫停執行請求延長履約期限或增加契約價金。
- (八)因非可歸責於廠商之情形，機關通知廠商部分或全部暫停執行，得補償廠商因此而增加之必要費用，並應視情形酌予延長履約期限。但暫停執行期間累計逾六個月(機關得於招標時載明其他期間)者，廠商得通知機關終止或解除部分或全部契約。
- (九)廠商不得對機關人員或受機關委託之廠商人員給予期約、賄賂、佣金、比例金、仲介費、後謝金、回扣、餽贈、招待或其他不正利益。分包廠商亦同。違反蒞業規定者，機關得終止或解除契約，或將溢價及利益自契約價款中扣除。
- (十)本契約終止時，自終止之日起，雙方之權利義務即消滅。契約解除時，溯及契約生效日消滅。雙方並互負保密義務。

第十七條 爭議處理

- (一)機關與廠商因履約而生爭議者，應依法令及契約規定，考量公共利益及公平合理，本誠信和諧，盡力協調解決之。其未能達成協議者，得以下列方式處理之：
1. 依採購法第八十五條之一規定向採購申訴審議委員會申請調解。
 2. 於徵得機關同意並簽訂仲裁協議書後，依仲裁法規定提付仲裁，並以機關指定之仲裁處所為其仲裁處所。

3. 依採購法第一百零二條規定提出異議、申訴。
4. 提起民事訴訟。
5. 依其他法律申(聲)請調解。
6. 依契約或雙方合意之其他方式處理。

(二) 依採購法規定受理調解或申訴之機關名稱：

臺中市政府採購申訴審議委員會；

地址：臺中市西區民權路 99 號

電話：04-22202933;04-2228911 轉 3621~3623;傳真 04-22280882

(三) 履約爭議發生後，履約事項之處理原則如下：

1. 與爭議無關或不受影響之部分應繼續履約。但經機關同意無須履約者不在此限。
2. 廠商因爭議而暫停履約，其經爭議處理結果被認定無理由者，不得就暫停履約之部分要求延長履約期限或免除契約責任。

(四) 本契約以中華民國法律為準據法，並以機關所在地之地方法院為第一審管轄法院。

第十八條 著作權屬：

- (一) 依本契約完成之設計圖樣、計畫書、說明書，應以機關為著作人，著作權屬機關所有。
- (二) 廠商以本工程計畫所蒐集之資料與數據，須予計畫期間終了時建檔交予機關，計畫執行中未經機關同意，廠商不得將執行情形對第三者發表，計畫完成後廠商有保密義務，非經機關同意廠商不得任意使用。
- (三) 廠商依本契約所提出之報告，其資料、內容應保證不侵害第三者所擁有任何形式之智慧財產權。機關若因廠商而涉及任何侵害第三者之智慧財產權侵權訴訟，廠商應支付費用為機關提供辯護並負擔機關因侵權成立，或與該第三者達成和解所需支付之賠償費用。若機關因此訴訟需延滯本工程計畫之推動，廠商應負完全之責任並賠償機關因此限制所致之任何相關損害及費用支出。

第十九條 其他

- (一) 廠商對於履約所僱用之人員，不得有歧視婦女、原住民或弱勢團體人士之情事。
- (二) 廠商履約時不得僱用機關之人員或受機關委託辦理契約事項之機構之人員。
- (三) 廠商授權之代表應通曉中文或機關同意之其他語文。未通曉者，廠商應備翻譯人員。
- (四) 機關與廠商間之履約事項，其涉及國際運輸或信用狀等事項，契約未予載明者，依國際貿易慣例。
- (五) 機關及廠商於履約期間應分別指定授權代表，為履約期間雙方協調與契約有關事項之代表人。
- (六) 本契約未載明之事項，依政府採購法及民法等相關法令。

立契約人：

機 關：

代表人：

地 址：

廠 商：

負責人：

住 址：

中 華 民 國 年 月 日

校 對：