

國立臺灣大學法律學院法律學研究所

碩士論文

Department of law

College of law

National Taiwan University

Master Thesis

工程承攬契約重大變更問題之研究

“Cardinal Change” Doctrine in Construction Contract law



林俊佑

Chun-Yu Lin

指導教授：劉宗榮博士、汪信君博士

Advisor: Tsung-jung Liu LL.D.& Hsin-Chun Wang Ph.D.

中華民國 100 年 7 月

July, 2011

謝辭

有點不可思議，一切宛如夢一場。總是天外飛來一筆的我，就這樣來到這裡重新開始學習，然後隨著命運不知將飄向何方，或許是需要我的地方，也或許是一個我需要的地方。這幾年因希望對人生有更多體悟，盡可能多方接觸任何有興趣的事物，但是在論文寫作上就一直有些耽擱，雖然腦中有些未成形的想法，卻始終沒有好好整理下來。在受訓這段忙碌的日子中，想要靜下心來完成論文寫作著實不易，為了勉強擠出寫作時間，不知道有多少夜晚就這樣孤寂地奮戰著。深夜中偶爾有些小小心得，便暗自興奮不已，但也無人可以分享，只能繼續默默工作。也因此尚留存處理不夠細緻或完整之處，尚請讀者見諒。

感謝父母包容我的任性，受訓期間各位院檢指導老師的照顧和鼓勵，還有我的好友、同學及學長姊、學弟妹們給我加油打氣、甚至抽空幫助我處理許多畢業流程行政上必須處理的繁雜事務，讓我無後顧之憂，並且有勇氣繼續往前走，如果沒有你們的加油打氣和及時伸出援手，這一路走來將是難以想像的艱辛。

特別要感謝指導論文的劉宗榮教授及汪信君教授，給予我自由發展的空間，在我天馬行空地想像之際，也能將我思緒拉回貼近現實而重新思考；也要特別感謝葉啟洲老師在論文口試時精確地指出本文在說理上有何不足而有待補強之處，並給予許多鼓勵，令學生十分感佩。

終於走到這一步了，感覺好像不很真實，但是確實已經走過去了。謝謝各位老師在各方面的指導與言教、身教，也謝謝一路上幫助我的親朋好友，當然更要謝謝我最親愛的父母和家人，希望未來能對養我育我的這片土地貢獻己力，並為未來的子子孫孫打造一片樂土，以期有朝一日能向各位老師們看齊。

2011 夏杪於 Formosa

摘要

工程承攬契約因為工作特性使然，必須設有契約變更條款使定作人享有單方指示變更之權限。然此變更權限又恐遭定作人濫用，使得承攬人實際上受其指示而進行之工作、將與原本締約時之工作本質上有所不同，而成為超過通常契約範圍之工作，無法以變更條款之機制衡平調整報酬，進而導致不公平之現象，故有必要思考如何解決因此衍生之紛爭問題。

或許可將問題粗分為兩個層次：首先是何謂通常契約工作範圍，其次是變更指示若超過該範圍、應如何處理後續之承攬關係。

本文首先臚列若干國際上常見之契約範本中之「變更條款」，對於產生此類紛爭之源頭作一概觀之鳥瞰；然後藉由實務案例介紹美國法發展之所謂「重大變更理論」(Cardinal change doctrine)，作為解決前述「通常契約工作範圍」問題、以及該承攬關係後續要如何發展的參考；然後將之與我國法制接軌，探討如何借助美國法律實務發展之「重大變更理論」，修正其中與我國法制有所扞格之處，方能將美國法之經驗轉化為吾人所用。

此外，為了有效解決實務上發生之「重大變更問題」，除了上述實體法上之討論，一併介紹 FIDIC 新紅皮書針對工程糾紛而設計之紛爭裁決委員會(即 DAB)制度，於我國法制應如何引入該程序之設計，以期能徹底解決此類紛爭。

最後，總結以上內容，並嘗試對於工程承攬契約法制提出若干建言，希能使我國未來工程承攬契約法制更加健全。

目 錄

第一章 緒論	1
第一節 研究動機及目的.....	1
第二節 研究範圍.....	2
第三節 問題提出與本文架構.....	3
第二章 工程承攬契約之契約變更	5
第一節 工程承攬契約之介面.....	5
第二節 工程承攬契約之變更條款.....	7
第三節 國內外之法律實務常見之數種契約變更條款.....	12
第一項 美國聯邦政府採購規範(FAR).....	13
第二項 美國建築師公會施工契約範本(AIA).....	14
第三項 國際工程師協會之變更條款(FIDIC).....	19
第四項 德國工程定作之採購與契約規範(VOB/B)	21
第五項 我國之工程採購契約範本	23
第六項 綜合比較與討論	27
第四節 擬制變更.....	31
第一項 理論背景	32
第二項 要件及效果	34
第五節 工作範圍 (scope of work) 之界定與重大變更理論.....	35
第三章 重大變更理論及案例分析	37
第一節 何謂重大變更.....	38
第二節 美國聯邦法院之重大變更案例整理.....	39
第一項 法院認定為重大變更之案例	39

第二項 法院認為可能構成重大變更、但因故並未依此作成判決之 案例.....	43
第三項 法院否定為重大變更之案例	51
第三節 判例見解之歸納與整理.....	63
第一項 要件部分	63
第二項 效果部分	65
第四章 我國現行法制下引入重大變更理論之可能性.....	67
第一節 問題意識.....	67
第二節 定作人對工作之「指示」應如何定性？.....	67
第一項 真正義務或不真正義務？.....	68
第二項 「指示不適當」構成何種態樣之債務不履行？.....	72
第三節 定作人變更指示之權限—契約通常工作範圍如何界定？...74	
第四節 超出契約變更權限範圍之指示，應賦予何法律效果？.....75	
第一項 美國法.....	75
第二項 我國法.....	77
第一款 債務不履行.....	77
第二款 情事變更.....	78
第三款 無因管理.....	80
第四款 「債之更改」？.....	80
第五節 小結.....	82
第五章 重大變更所生爭議之解決途徑--以 DAB 與我國仲裁鑑定制度為 中心.....	86
第一節 問題概說.....	86
第二節 「爭議裁決委員會」(DAB)	88

第一項 背景簡介.....	88
第二項 FIDIC 所規定之 DAB 運作方式	89
第三節 我國工程糾紛之解決模式之現況.....	90
第四節 我國是否有必要引入 DAB.....	91
第五節 仲裁鑑定人就「重大變更」案件裁決之事項以及標準.....	93
第六節 小結.....	95
第六章 結論.....	97
參考書目.....	105



第一章 緒論

第一節 研究動機及目的

所謂契約嚴守原則，在工程承攬契約中遭受到強烈的挑戰。例如：於實際施工前，原本以為堤防設計 500 公尺便已足夠，但是後來發現設計有誤，必須延長為 1000 公尺，且路線、位置也應該要調整，此時是否該嚴守原來之契約，而不能予以變動？又，某公路邊坡工程，在原設計之開挖面以外發生坍塌，而增加必須挖坡之廢土方，是否能不理會工程現場面臨之狀況，而繼續依原契約履行之？為應付工程進行中、講求效率又多變化的情境；比較合適的作法，似乎是在契約中便賦予定作人一定之彈性、亦即單方變更權限，也就是創造出所謂的「變更條款」的契約規劃。然而，此亦工程承攬契約紛爭之來源也，有學者指出，工程變更之問題，一直盤踞在營建產業界最常引發爭議的問題排行榜前端，於 1998 年英國之調查中排行前三名，而在 2001 年台灣之調查中亦名列前茅¹。實務上之統計資料，例如我國的北部第二高速公路工程，共 41 個主題工程標，而統計至民國 86 年 8 月底的施工期間中便核定了 707 件契約變更²。

特別引人注目的問題是：契約「變更條款」之適用上，是否允許定作人指示任何變更？定作人之片面變更權限是否毫無限制？如果有界限，界限在哪裡，如何劃分？承攬人有無可資對抗之武器？例如原本契約中興建 10 棟建築物，而履約時定作人直接刪除其中一棟，是否允許這樣幅度的變更？在美國聯邦法院判例³已發展之重大變更理論(cardinal change)，似頗值

¹ 顏玉明，公共工程履約爭議協調機制—以「爭議審查委員會」/「爭議裁決委員會」解決工程爭議之芻議，仲裁季刊，86 期，頁 87 至 88 (2008)。

² 郭斯傑，戴弘燁，北二高工程合約變更案例之探討研究，土木水利，第 25 卷第 1 期，頁 79，1998 年 5 月。

³ 囿於筆者資料蒐集能力，本文僅就美國法律實務上對此類紛爭事件發展之重大變更理論介紹，並與我國法之接軌進行研討，至於其他外國法上之討論及發展均暫時從略。

吾人參考。我國仲裁實務似乎已經開始意識到這個問題，而有引入「重大變更」理論的聲音，至於審判實務上則尚未就此著墨太多。故本文將嘗試先由美國法角度介紹重大變更理論，再由我國法觀點進行整合，以作為我國遇到相同或類似案件時處理方式的參考。

第二節 研究範圍

「工程」一詞所指涉之範圍甚廣，本文雖主要係針對營建工程之承攬契約，但不限於此，其他種類工程之承攬契約亦包含在內。由於「重大變更」問題之根源來自於契約變更條款，本文首先將以工程實務上較重要之數則國外契約範本為例，並與我國之契約範本比較及檢討其「變更條款」之內容。另外，就定作人不依契約變更條款而指示變更之情形如何處理，亦即所謂擬制變更之理論，亦一併作介紹。

其次，就美國聯邦法院判例累積之「重大變更」案例見解，作一分類整理，並嘗試找尋其判斷脈絡，以供吾人參考。而就我國實務上發生過之案例，是否以及如何借助美國聯邦法院判例之經驗，也將在本文中討論。

最後，在程式方面，就「重大變更」相關爭議之紛爭解決機制，是否必須引入國外「工程爭議審議委員會」機制方能處理，而我國現行法制是否亦足以應對，將一併研討之。

第三節 問題提出與本文架構

由於重大變更理論為美國聯邦法院判例發展之概念，故須探尋其發展背景及演變脈絡，然後試圖藉由案例類型整理而抽象出其要件及效果；再探討我國法上是否有相對應之法律概念及如何操作，嘗試與我國法制進行整合。

茲舉我國實務上一案例供研討：

A 承攬 B 機關某路段工程，因工程穿越山區路段之部分，於路幅開挖完成後，發生坍塌，原設計開挖坡面線以外之土方坍塌入施工路基範圍，此部分土方之清運可由工程營造綜合險理賠，故雙方並無爭議；所爭執之部分乃：原設計開挖線以外未滑動之土方，B 因安全考量而依契約變更條款指示、變更設計而追加整治方案，亦即本不須開挖之該部分、變更為須開挖以降低坡面，該部分增加挖棄之土方工程費用應由何人負擔。A 提付仲裁，請求 B 給付因坍塌所生損失等賠償或補償 982 萬元⁴。

在參考以上案例之同時，本文藉此作為思考的起點，提出以下所欲討論之問題及架構如下：

(一) 何以工程承攬契約必須存在一「變更條款」？其常見之內容如何？各契約範本有何優劣？此外，「擬制變更」理論究為何指，其要件以及產生之理論背景為何？這些將在第二章進行研討。

(二) 由前述工程承攬契約中常見之「契約變更條款」引發的一個問題，便是定作人合理指示變更之權限範圍究竟如何？是否可能在契約中加以界定？這也就是美國法上所謂之「重大變更」問題。由於各國之工程承攬契約普遍存在「契約變更條款」賦予定作人變更權限，所以這是世界性、國際性的工程界共同遭遇到的困難課題，但我國法院實務似乎尚未意識到這個問題，故筆者將在第三章中，藉由美國聯邦法院之案例，試圖從中整理出一些規則，並找出思考的脈絡和起點，以供吾人作參考。

(三) 在美國法中，將「重大變更」（即定作人超出契約變更條款賦予之權限而指示變更）定性為「違約」，在我國法制下是否要作相同之定性？

⁴ 本件案例參考自：朱麗蓉，工程合約所定工作範圍以外危險負擔爭議之判斷，收錄於：王志興總編輯，仲裁案例選輯 (I)，中華民國商務仲裁協會，頁 188，1996 年。不過，作者在「原因事實」中描述為承攬人「A」主動變更設計，然觀其文脈，當為定作人「B」之誤繕（參該文中「主要爭點」之描述可知），故在以上案例中逕自更正為定作人 B 機關變更設計、並指示該變更之工作；此外，請求金額取其概數也。

如果不是，那應該是什麼，要賦予何種效果？這些將在第四章進行研討。

（四）除了前述實體法問題外，在解決紛爭時不得不考量的程式法問題是：由誰來認定是否構成「重大變更」？是否適合交由法院認定？學說與實務上頗受推薦的 DAB（Dispute Adjudicate Board，即所謂「工程爭議審議委員會」）機制的優勢何在？我國現行法制是否其實已存在類似 DAB 之機制？若有，如何運用該機制以對於解決「重大變更」問題提供協助？這些問題將在第五章進行研討。

最後，本文將於第六章總結以上所提出之諸問題，並嘗試對於未來的工程承攬契約法制提出若干建議，以期我國未來的工程承攬契約法制能更加健全。



第二章 工程承攬契約之契約變更

本文旨在探討工程承攬契約因「契約變更條款」之存在，而衍生之「重大變更」問題。故在本章之內容安排上，擬先簡單介紹「工程承攬契約」、次介紹「變更條款」，最後將「重大變更」之問題意識導入。

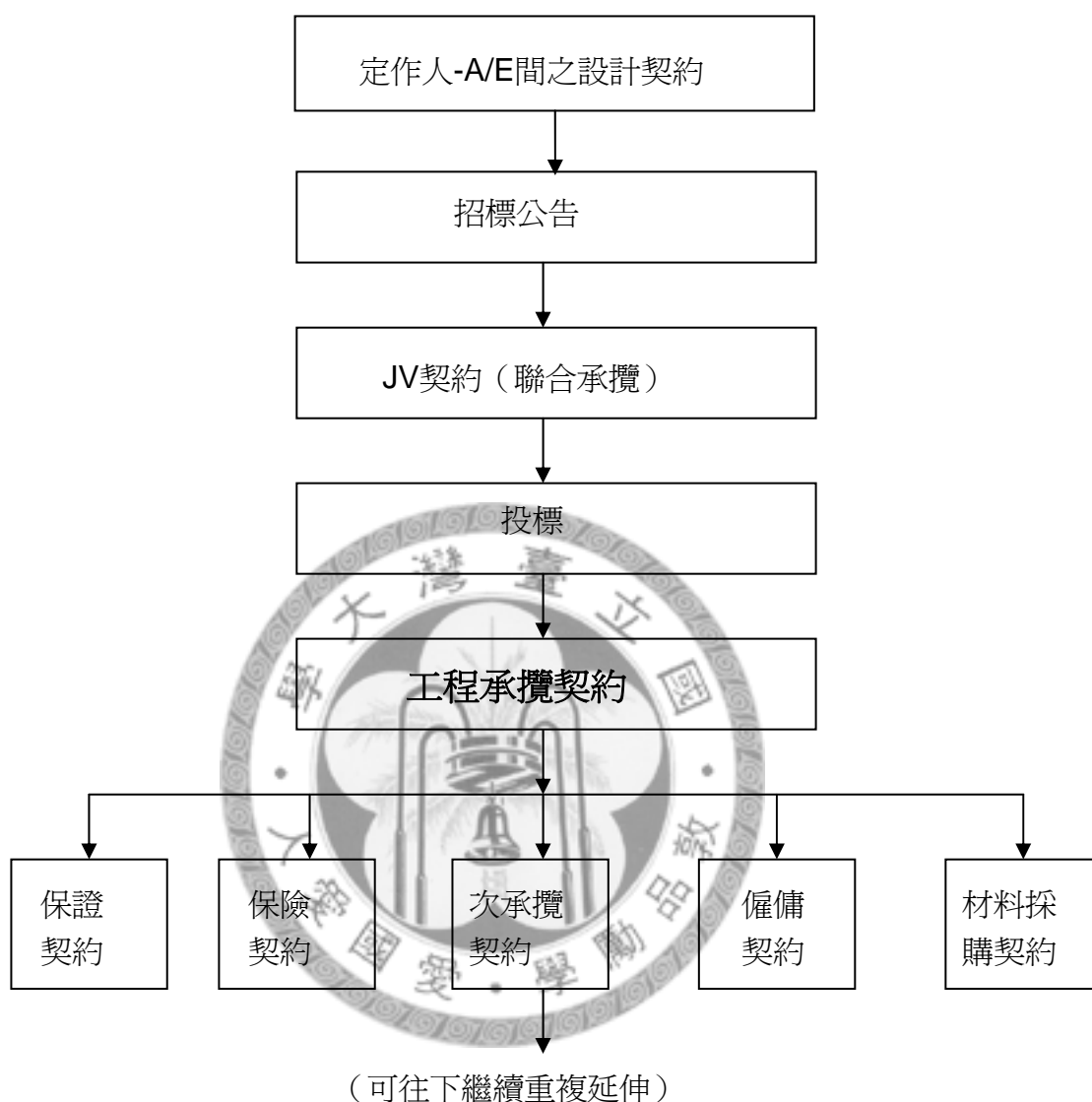
第一節 工程承攬契約之介面

首先由工程承攬契約之當事人談起。基本之當事人係定作人（即通稱之業主，owners 或 proprietors）與承攬人（即通稱之包商，contractors）；但是定作人往往沒有專業能力可以管理監督承攬人執行工作，於是中間會出現一個建築師或工程司（Architect/Engineer，通常簡稱 A/E）作為定作人的代表，他們根據定作人的需求而創作出圖說（drawings）以及規範（或稱規格，specifications），並代表定作人監督管理承攬人之工作，並發出變更命令等指示。至於承攬人方面，可能伊沒有能力自己接下全部工作，於是又會再將一部份工作分包出去給次承攬人（或稱下包商，subcontractor），而簽訂次承攬契約；或一開始就是數名承攬人先簽訂所謂聯合承攬契約（joint venture agreement）再共同投標、得標後再繼續共同承攬；且為了分散並移轉風險，將會與保險公司簽訂各種保險契約或所謂之保證保險契約⁵（不過，由於實務上曾出現承攬人故意不履行契約，導致依保險法第 29 條第 2 項但書之規定，定作人無法獲得理賠，故現在實務上開始出現定作人自己購買保證保險之情形）；此外，因應定作人之要求，可能尚須再請有足夠資力之人擔任保證人；且為了工程進行也必須進行採購物料等

⁵ 保證保險契約可能具備一些與一般保險契約存在若干差異，必須留意。在美國將所有承攬人透過保險公司所提供之風險移轉工具一概稱為 Surety bond，除保險公司外，有諸多專門提供此類契約之公司（surety company）承作此類業務。參：汪信君，工程履約保證保險—保險利益歸屬主體與契約當事人，頁 4，工程與法律學術研討會，臺灣大學法律學院主辦（2007/10/27）。

等，由工程承攬契約衍生出許多其他的契約以及複雜的當事人關係⁶。

茲以下簡圖表示之⁷：



不過，在此我們著眼於工程承攬契約本身主要的三方當事人：定作人、承攬人、以及建築師或工程司（A/E），這是討論以下變更條款時的主角。就契約關係而言，定作人與承攬人間有工程承攬契約關係；而定作人又與建築師或工程司（A/E）締結有設計監造契約；而雖然 A/E 與承攬人間沒有契約關係，但承攬人必須接受 A/E 之指示與監督，蓋 A/E 擔任之角色即

⁶ STUART H. BARTHOLOMEW, CONSTRUCTION CONTRACTING BUSINESS AND LEGAL PRINCIPLES, at 2-5. (2nd ed. 2002).

⁷ *Id.* at 5.

定作人之代表。又，因定作人爲政府之公共工程、抑或爲一般自然人之私人工程，亦將影響到該工程承攬契約應受到哪些法律規範或拘束，法院實務對待該契約爭議處理的態度也可能略有不同，亦須留意。

「工程承攬契約」之角色，則有如將定作人的想像與現實世界的工程建設成果間之橋樑，而此橋樑乃有賴於前述之設計者即建築師或工程師（A/E）搭蓋。一般來說，定作人、設計者（即 A/E）、承攬人都是個別獨立之存在，甚至從未有何關聯或合作關係；而工程承攬契約便是將這些原本不相關的一干人等建立聯繫紐帶關係的因素⁸，其內容包含一份契約書、圖說、施工總則、施工補充說明、一般規範、技術規範⁹…等等，通常係由設計者（A/E）提出，而成爲定作人與承攬人間之溝通之平臺。此外，應小心留意工程承攬契約可能有著與我國民法上一般承攬契約不盡相同之特性，上述「通常由設計者（A/E）提出設計圖說並指示監督承攬人工作」（統包契約等除外）此點之說明，便顯現出工程承攬契約之承攬人「獨立性較低」之特性；蓋在一般承攬契約中，整個工作之進行完全由承攬人一手包辦其創作過程、直到完成爲止，鮮有工作內容尚須由他人設計、並受他人監督干涉者，獨立性高低顯然有別也¹⁰。

第二節 工程承攬契約之變更條款

第一項 工程變更（Changes）

或許這是一個容易與「契約變更條款」混淆的名詞，故在此提出並予以區別之。「工程變更」所指者就是工程的內容因故發生若干變化，包含

⁸ JIMMIE HINZE, CONSTRUCTION CONTRACTS, at 145 (2nd ed. 2001).

⁹ 古嘉諱，工程契約之生老病死，第一講，月旦法學教室第 63 期，頁 81，2008 年。

¹⁰ 吳若萍，「公共營建工程契約中遲延完工之問題研究：以不可歸責於承攬人爲中心」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 24，2008 年。

一切工程契約條件之變更，如：工程契約標的、價金、履約期限（工期）、付款或其他任何足以改變契約條件者¹¹。不過，顯然通常合理之情況，係因應某種需求，定作人將工程契約標的即工作內容予以改變，才會引發後續之價金、工期等等之變更（當然也不排除由於物價波動等因素而發生變動，不過此非本文討論重點），故比較有意義的討論應集中在工程契約標的之變更；至於主體變更，雖然在實務上屢見不鮮，不過一般不會在工程變更這個範圍裡討論¹²，且亦非本文關切重點。常見的類型有三種：契約外工作（extra work）、附加工作¹³（additional work）、以及工作之減項（deleted work）。「契約外工作」之定義為「完全在契約外、獨立於契約之工作，並無義務履行者」¹⁴；「（契約上）附加工作」之定義為「為達契約目的必須履行、但該必要性並非締約時所能預見者」¹⁵；而「工作之減項」則無庸贅言，指的就是工作項目之減少。而究竟係屬上述何種「工程變更」，係契約解釋之問題¹⁶，必須透過解釋而確定是否為「契約範圍內之工作」。惟在工程承攬契約往往使用係定型化契約條款，若係此種情形，其解釋方法上是否如同一般契約須「探求當事人之真意」，則有疑義。由於工程承攬契約之用語多涉工程之專業知識以及業界之慣例，故就契約之解釋應採

¹¹ 顧美春，「工程契約風險分配與常見爭議問題之研究」，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，頁 116，2002 年。

¹² 李家慶，工程法律與索賠實務，頁 150，2004 年。

¹³ 另亦有論者將 extra work 譯作「額外工作」、將 additional work 譯作「契約外工作」，請參照：陳玉潔，「工程契約變更之爭議問題」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 111（2005 年）。惟口試時汪信君老師與葉啓州老師均表示上開翻譯似乎無法望文生義，甚至會引起反方向的聯想，故本文從善如流，不採納前述翻譯，而將文字略作修改，也特此感謝老師指正。

¹⁴ 原文為：”work arising outside of and independent of the contract; something not required in its performance.” 參見：Interstate Contracting Corp. v. City of Dallas, Texas, 407 F. 3d 708 712(5th Cir. 2005)，轉引自：Alan Winkler, *Changes*，收錄於 WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH, CAROL J PATTERSON, EDS, CONSTRUCTION LAW at 432 (ABA 2009).

¹⁵ 原文為：”necessarily required in the performance of thr contract, but the necessity of which arises from unanticipated conditions.”參見：Wisch & Vaughan Constr. Co. v. Melrose Properties, 21 S.W. 3d 36, 40(Mo. App. S.D. 2000)，轉引自：Alan Winkler, *Changes*，收錄於 WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH, CAROL J PATTERSON, EDS, CONSTRUCTION LAW at 432 (ABA 2009).

¹⁶ 陳玉潔，「工程契約變更之爭議問題」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 112（2005 年）。

「客觀解釋原則」¹⁷，亦即該定型化契約條款之解釋，無須再事探求當事人之真意，而應依約款可能訂約者之瞭解，為統一之解釋¹⁸。

「契約變更條款」係就定作人欲行「工程變更」時應遵守之流程等事項，將之規範於契約條款之中（詳後述）。若無下述之「契約變更條款」，則所有「工程變更」發生爭議時便欠缺處理的依據，可能必須重新協議或由法院作衡平調整；但若事先約定「契約變更條款」，可以有效地將其中一部份「工程變更」可能發生爭議的情形預先規劃處理方式，如報酬之調整、工期之展延等等，使承攬人（即包商）得依契約既有之機制主張權利，且對雙方而言也減少爭訟之程式成本。舉例而言，若無「契約變更條款」，承攬人可能只要發生工作「減項」之情形，就會認為定作人違約，而發生索賠之爭執；但是如果有「契約變更條款」，其中對於工作減項之情形提供定作人減項時應遵守之程式，且對於後續應如何補償之計價方式亦預作規劃，那麼對於減項這件事就有雙方可遵循且應遵循之規範或機制¹⁹，就可以讓工程繼續順暢進行、不至於停擺，且免於訟累。

惟「契約變更條款」亦未能完全將所有「工程變更」引發之爭議問題解決，只能就「（契約上）附加工作」或尚非大幅之減項等情況處理，亦即必須是在所謂原契約所訂工作範圍內之變更者，方有可能為該條款涵蓋；但若超過該範圍，亦即所謂「契約外工作」等情形，也就是所謂重大變更問題，就無法僅藉由該條款圓滿解決問題。而判斷是否為原契約所定之「工作範圍」（scope of work），即前述契約解釋之問題，亦即本文所擬討論之何謂「重大變更」之標準，容後詳述。

第二項 契約變更條款（Changes clause）

¹⁷ 吳若萍，「公共營建工程契約中遲延完工之問題研究：以不可歸責於承攬人為中心」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 67，2008 年。

¹⁸ 劉宗榮，「定型化契約論文專輯」，頁 142，三民書局，1988 年。

¹⁹ Alan Winkler, *Changes*, 收錄於 WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH, CAROL J PATTERSON, EDS, *CONSTRUCTION LAW* at 433 (ABA 2009).

討論「重大變更理論」，不能不先從「契約變更條款」(Change clause)開始談起，某程度上或許可說是一個由量變到質變的過程。「契約變更條款」是工程承攬契約的一大特色，也因此衍生出所謂「重大變更」(Cardinal change)的問題。

工程承攬契約通常會有契約變更條款的存在，這是最能凸顯工程承攬契約獨特性和複雜性的條款。契約變更條款允許契約當事人之一造、可以在某些特殊情境下（例如：不當的規格、異常地質條件、無法施工、加速施工等情形），依其單方之指示變更契約內容。這看來「似乎」與一般契約法原則大相逕庭，因為在通常沒有契約變更條款的情形，一旦雙方已經達成合意而締結契約，事後想要再變更契約的內容，就必須雙方再次達成另一個合意，而不會允許單方有權變更契約內容。這是因為工程契約有著動態的特性，定作人的需求隨著時間經過會有變化，而承攬人之工作也可能遭遇種種無法預料的困難（設計上也不太可能事先考量到所有狀況），這是為了因應工程實務上的需求而發展的契約機制。

惟雖然契約變更條款通常係用於工程承攬契約，在其他種類契約較少見，但並不意味此為何種契約法上之例外，毋寧僅係契約當事人間預先達成合意、使其中一方擁有在一定範圍內、以事先約定之方式修改契約內容（即工作內容）之權利而已，並且往往也會在條款中載明合理的報酬計算方式、工期之調整方法等等²⁰。而論者有謂基於許多無法避免之因素，工程承攬契約通常係「不完整契約」，契約擬定時必須預留此種未來變更工作範疇之空間，賦予定作人即業主片面變更之權利，此係最符合契約效率之解決設計瑕疵之途徑²¹，蓋在設計階段窮盡檢討及更正之能事，以求完

²⁰ GENERAL EDITOR :THOMAS J. KELLEHER, JR., SMITH, CURRIE & HANCOCK LLP'S COMMON SENSE CONSTRUCTION LAW : A PRACTICAL GUIDE FOR THE CONSTRUCTION PROFESSIONAL , at 186 (3rd ed. 2005).

²¹ 謝定亞，工程契約中「重大變更設計」之認定原則與爭議解決，仲裁季刊，85期，頁47-49。不過，依民法第153條之規定，似難認該等契約有何「不完整」；蓋僅須「必要之點意思一致」、

美之設計，現實上不可能做到、而且也不經濟。且工程承攬契約之本質，本即在於當事人將計畫中抽象之工作予以現實化及具體化，在此現實化、具體化過程中，本難免發生計畫趕不上變化、或發現計畫有誤、對當事人並非最佳選擇之情形，自然會有工程變更乃至辦理契約變更之必要²²，而不得不有此契約規劃。若以吾人生活經驗比擬，可試著回想歷次旅行經驗，是否每一件事都如同預先計畫一樣？恐怕不會如此。想像吾人若強求旅程中之一切必須按照原訂計畫、無論遇到何種狀況都不能更改一絲一毫，即便班機被取消或橋樑已經被衝垮亦然，出發前預訂之計畫是否，是否會符合每一個旅行當下之需求呢？以上所述，乃欲表達一事，亦即：工程承攬契約中「變更」在本質上即無法避免；在工程進行中不知會遭遇何種問題之定作人，將處於如同在旅程中對於將遭逢何種突發事故一無所知的吾人之地位²³。

附帶一提，上開契約變更條款賦予定作人之片面變更權限，有論者以為其性質為基於契約之約定而來之「形成權²⁴」（下稱「形成權說」）；而另有不同意見認為參照一般變更條款所稱「甲方（即定作人）對本工程有隨時變更及增減工程之權，乙方（即承攬人）應即照辦不得異議」等語，僅係透過約定使承攬人在契約所定範圍內必須承諾此一變更工作而不得拒絕，尚非謂工程變更得僅由定作人單方面為之而為單獨行為（下稱「非形成權說²⁵」）。以上二說區別之處在於，形成權說直接使定作人所發出之指示，一概直接發生變更之效力，亦即直接發生「形成」之效果；非形成權

契約即告成立；故是否稱其通常為「不完整契約」，或許應再斟酌。

²² 陳鵬光等合著，工程變更與契約變更，收錄於「工程法律探索」，萬國法律事務所主編，頁 4，元照出版社，2009 年。

²³ STUART H. BARTHOLOMEW, CONSTRUCTION CONTRACTING BUSINESS AND LEGAL PRINCIPLES, at 200. (2nd ed. 2002). 或許因旅行契約乃承攬契約之子類型，此書作者以較生活化的「旅行」來比擬「承攬」，使讀者體會在此處彈性變更權限之迫切需求。

²⁴ 如：陳玉潔，「工程契約變更之爭議問題」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 79，2005 年；曾婉雯，「工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 60，2010 年。

²⁵ 陳德純，工程範圍變更，工程法律實務研析(一)，元照出版社，頁 120，2005 年。

說則區別情形：(1) 若在契約通常範圍內之變更指示，其效果與「形成」似乎無異，蓋承攬人沒有拒絕的空間，但若(2) 超過契約通常範圍之變更指示，則承攬人仍保有拒卻之權利，並未直接使該指示發生「形成」之效果。

以上非形成權說較之前述形成權說之見解，多保留一個迴旋空間，亦即：區別「通常範圍內」之變更指示、和「超過通常範圍」之變更指示，而承攬人對前者不能拒絕、至於對後者則容有拒絕之空間（而這也正是後文所要提及的重大變更之指示），故本文以為以非形成權說較為可採²⁶。

第三節 國內外法律實務常見之數種契約變更條款

「變更條款」乃工程承攬契約中之一大特色已如前述，惟條文內容設計上尚有若干差異，以下先舉數種國外常見之契約範本，最後再引我國的工程採購契約範本，以供參考比較其優劣和特色，並藉此表示這是國內外工程界共同要面對的問題，以及因為各個範本設計上的差異，對於解決後續筆者所欲探討之「重大變更」問題之助益與否：

第一項 美國聯邦政府採購規範（FAR）

美國聯邦政府採購規範（Federal Acquisition Regulation, 簡稱 FAR）§ 52.243-4 中規定²⁷：

²⁶ 不同意見：有論者反對非形成權說，其理由略以：「若採非形成權說，而當承攬人拒絕承諾，定作人尚須訴請承攬人承諾，然後依強制執行法第 130 條執行後方能變更工作範圍，不符當事人約定變更條款之意思」云云，參：陳玉潔，「工程契約變更之爭議問題」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 79，2005 年；曾婉雯，「工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 61，2010 年。惟前述反對非形成權說、而採形成權說之論者，亦不否認承攬人對於「超出通常工作範圍」之指示得逕予拒絕（此即重大變更理論之內容）；但形成權說既然將該變更指示定性為一「形成權」，則定作人一經指示、便直接發生效力，那麼承攬人還有機會「拒絕」嗎？故形成權說的論理在此可能會發生矛盾，無法自圓其說。

²⁷ 中文部分為筆者自行翻譯，惟恐有誤解，茲引原文如下：

「(a)採購官可以在任何時間無庸通知保證人（或保證保險人）、以書面下達在工作範圍內之變更命令，包含(1)規格（含圖說與設計）、(2)工法、(3)政府提供之設施、機具、材料、服務或工址、或(4)加速施工等。

(b)採購官所為任何其他書面或口頭將會造成（契約）變更之指示（包含使用其他如：direction、instruction、interpretation、determination 之名義者），若承攬人以書面通知回應採購官，並載明：(1)收到指示之日期、工作環境狀況、指示者（即指令來源）(2)承攬人將視此為變更命令。則上開指示亦將被視為（依契約之變更條款所為之）「變更命令」。

(c)除了本條款中指涉之情形，其他採購官所為任何命令或行為將不會被當作依契約所為變更命令、或使承攬人得以其為請求衡平調整報酬之依據。

(d)若有任何因為本條款所生之變更而引起承攬人之成本、或工程之任何部分履約所需時間，無論是否經過變更命令，採購官均會作出衡平調整

Changes (AUG 1987)

(a) The Contracting Officer may, at any time, without notice to the sureties, if any, by written order designated or indicated to be a change order, make changes in the work within the general scope of the contract, including changes (1) In the specifications (including drawings and designs); (2) In the method or manner of performance of the work; (3) In the Government-furnished facilities, equipment, materials, services, or site; or (4) Directing acceleration in the performance of the work.

(b) Any other written or oral order (which, as used in this paragraph (b), includes direction, instruction, interpretation, or determination) from the Contracting Officer that causes a change shall be treated as a change order under this clause; provided, that the Contractor gives the Contracting Officer written notice stating (1) the date, circumstances, and source of the order and (2) that the Contractor regards the order as a change order.

(c) Except as provided in this clause, no order, statement, or conduct of the Contracting Officer shall be treated as a change under this clause or entitle the Contractor to an equitable adjustment.

(d) If any change under this clause causes an increase or decrease in the Contractor's cost of, or the time required for, the performance of any part of the work under this contract, whether or not changed by any such order, the Contracting Officer shall make an equitable adjustment and modify the contract in writing. However, except for an adjustment based on defective specifications, no adjustment for any change under paragraph (b) of this clause shall be made for any costs incurred more than 20 days before the Contractor gives written notice as required. In the case of defective specifications for which the Government is responsible, the equitable adjustment shall include any increased cost reasonably incurred by the Contractor in attempting to comply with the defective specifications.

(e) The Contractor must assert its right to an adjustment under this clause within 30 days after (1) receipt of a written change order under paragraph (a) of this clause or (2) the furnishing of a written notice under paragraph (b) of this clause, by submitting to the Contracting Officer a written statement describing the general nature and amount of proposal, unless this period is extended by the Government. The statement of proposal for adjustment may be included in the notice under paragraph (b) above.

(f) No proposal by the Contractor for an equitable adjustment shall be allowed if asserted after final payment under this contract.

並以書面修改契約。然而，除非該修改係基於有缺陷的規格而發生者，其他在本條款(b)段所生之變更、若在承攬人提交書面通知前已發生超過 20 天以上的費用，將不予調整。至於因為定作人即政府方面可歸責、而提供有缺陷之規格所發生之變更，該衡平調整將會包括所有承攬人為了配合該有缺陷之規格而工作所產生之合理費用(亦即無書面通知前 20 天之限制)。

(e)承攬人必須在由以下時間點起算 30 天內主張權利：(1)自收到（採購官）依本條所為之變更命令時起，或(2)自承攬人依本條(b)項向採購官為書面通知起算，以陳述關於整體工作概況以及金額的建議書方式為之。以上期間除非定作人即政府方面有所展延，否則不能更易。關於調整建議書之陳述亦可直接在本條(b)項向採購官為通知時一併為之。

(f)承攬人欲提出（報酬）衡平調整建議書，必須在契約最後付款日之前為之，否則一律不予採納。」

第二項 美國建築師協會（AIA）施工契約範本

美國建築師協會（The American Institute of Architects，簡稱 AIA），其中 A 系列為定作人與承攬人間之契約範本。吾人所熟知的 A201（General conditions of the contract for construction）2007 年新版之規定中，第 1 條（第 1.1.1）²⁸定義：「變更指(1) 經由雙方當事人簽署契約增補或修改之書面文件，(2) 變更命令，(3) 施工變更指令或(4) 建築師以書面發出之小幅工作變更命令。」

而其中第 7 條（§ 7.1~§ 7.3.3）規定²⁹：

²⁸ ARTICLE 1 GENERAL PROVISIONS

§ 1.1 BASIC DEFINITIONS

§ 1.1.1 THE CONTRACT DOCUMENTS

（前略）…A Modification is (1) a written amendment to the Contract signed by both parties, (2) a Change Order, (3) a Construction Change Directive or (4) a written order for a minor change in the Work issued by the Architect.（後略）

²⁹ 此範本前半段（§ 7.1 至§ 7.3.3 部份）之翻譯參照：黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法

「 §7.1. 通則

§7.1.1. 工作之變更得在契約簽訂³⁰後爲之，並得以「變更命令」(Change Order)、「施工變更指令」(Construction Change Directive) 或者「工作上的

學評論第 116 期，頁 9-11 (2010 年) 一文而改寫。惟因該文所引者係 1997 年舊版之契約範本，該範本於 2007 有若干修改，故在此參照 2007 年新版之內容更改其譯文，並引原文如下：

ARTICLE 7 CHANGES IN THE WORK

§ 7.1 GENERAL

§ 7.1.1 Changes in the Work may be accomplished after execution of the Contract, and without invalidating the Contract, by Change Order, Construction Change Directive or order for a minor change in the Work, subject to the limitations stated in this Article 7 and elsewhere in the Contract Documents.

§ 7.1.2 A Change Order shall be based upon agreement among the Owner, Contractor and Architect; a Construction Change Directive requires agreement by the Owner and Architect and may or may not be agreed to by the Contractor; an order for a minor change in the Work may be issued by the Architect alone.

§ 7.1.3 Changes in the Work shall be performed under applicable provisions of the Contract Documents, and the Contractor shall proceed promptly, unless otherwise provided in the Change Order, Construction Change Directive or order for a minor change in the Work.

§ 7.1.4 For changes in the Work which include work by Subcontractors, the Subcontractor shall use the labor rates and the fixed percentage for overhead and profit which were established during the bid process as required by Section 5.2.6.

§ 7.2 CHANGE ORDERS

§ 7.2.1 A Change Order is a written instrument prepared by the Architect and signed by the Owner, Contractor and Architect stating their agreement upon all of the following:

- .1 The change in the Work;
- .2 The amount of the adjustment, if any, in the Contract Sum; and
- .3 The extent of the adjustment, if any, in the Contract Time.

§ 7.3 CONSTRUCTION CHANGE DIRECTIVES

§ 7.3.1 A Construction Change Directive is a written order prepared by the Architect and signed by the Owner and Architect, directing a change in the Work prior to agreement on adjustment, if any, in the Contract Sum or Contract Time, or both. The Owner may by Construction Change Directive, without invalidating the Contract, order changes in the Work within the general scope of the Contract consisting of additions, deletions or other revisions, the Contract Sum and Contract Time being adjusted accordingly.

§ 7.3.2 A Construction Change Directive shall be used in the absence of total agreement on the terms of a Change Order.

§ 7.3.3 If the Construction Change Directive provides for an adjustment to the Contract Sum, the adjustment shall be based on one of the following methods:

- .1 Mutual acceptance of a lump sum properly itemized and supported by sufficient substantiating data to permit evaluation. The lump sum proposal shall be itemized for the various components of the Work, segregated by labor, materials, equipment, in a detailed format identifying unit quantities and unit prices, satisfactory to Owner. The Contractor will provide its itemized lump sum proposal and similar proposals for any Subcontractors and Sub-subcontractors;
- .2 Unit prices stated in the Contract Documents or subsequently agreed upon;
- .3 Cost to be determined in a manner agreed upon by the parties and a percentage fee established in the Agreement for the Contractor, and as established during the bid process as required by Section 5.2.6 for Subcontractors; or
- .4 As provided in Section 7.3.7.

³⁰ 本款在前揭黃氏著之「工程承攬契約之重大變更」乙文譯作「工程變更得在契約執行後完成」，惟查“execution”在英美契約法用語中，係指契約之「簽訂」或「作成契約書」，並非一般日常用語中「執行」之意，故修改之。參閱：長谷川俊明著，郭建譯，法律英文文書製作，頁 16，1999 年。

小幅變更命令」(order for a minor change in the Work) 爲之。但受第 7 條及其它在契約檔中規定之限制。

§7.1.2 「變更命令」應以定作人、承攬人及建築師間之協議爲基礎。「施工變更指令」應有定作人及建築師間之協議，並經或未經由承攬人之同意；「工作上的小幅變更命令」得由建築師單獨爲之。

§7.1.3 工作之變更應依據契約檔中可適用之規定執行，除變更命令、施工變更指令、或者工作上的小幅變更命令中另有規定外，承攬人應立即施作。

§7.2. 變更命令 (CHANGE ORDERS)

§7.2.1 變更命令系書面之文件，由建築師準備，而經定作人、承攬人以及建築師簽名，載明以下之全部事項：

- .1 工作之變更；
- .2 金額如有調整，該調整之金額；
- .3 履約期限（工期）如有調整，該調整之履約期限（工期）。

§7.2.2 (2007 年版已刪除)

§7.3 施工變更指令 (CONSTRUCTION CHANGE DIRECTIVES)

§7.3.1 施工變更指令係一份由建築師準備之書面指示，而由定作人與建築師簽字，在達成調整協議前、指揮工作之變更。該調整可能係指契約報酬總額、或履約期限（即工期）或均有之。定作人得以施工變更指令，而無需廢止原契約，命令該工作在契約之一般工作範圍內變更，包括增加、刪減或其他更動，契約報酬總額及工期也隨之調整。

§7.3.2 施工變更指令得於欠缺變更命令之全盤協定前被使用。

§7.3.3 如果施工變更指令規定了契約數量的調整，此一調整應以下方法之一爲基礎：

- .1 以適當分項並有足夠證據資料可供評估總價之雙方合意；
- .2 在契約中載有單價或其後已爲協議者；

.3 經雙方同意之成本，加上或固定、或按比例計算之酬金；或

.4 依據 7.3.7.之規定。」

承上，第 7 條 (§ 7.3.4~§ 7.4) 規定³¹：

「 § 7.3.4 若就單價已於契約文件載明或已賡續約定，然而原先預定工作

³¹ 因本條款「前半段」係參照前揭黃氏著之「工程承攬契約之重大變更」乙文之翻譯改寫，而後半段係筆者自行翻譯，故引註拆成前後兩段。茲引該條款「後半段」之原文如下，以供對照：

§ 7.3.4 If unit prices are stated in the Contract Documents or subsequently agreed upon, and if quantities originally contemplated are materially changed in a proposed Change Order or Construction Change Directive so that application of such unit prices to quantities of Work proposed will cause substantial inequity to the Owner or Contractor, the applicable unit prices shall be equitably adjusted.

§ 7.3.5 Upon receipt of a Construction Change Directive, the Contractor shall promptly proceed with the change in the Work involved and advise the Architect, in writing, of the Contractor's agreement or disagreement with the method, if any, provided in the Construction Change Directive for determining the proposed adjustment in the Contract Sum or Contract Time.

§ 7.3.6 A Construction Change Directive signed by the Contractor indicates the Contractor's agreement therewith, including adjustment in Contract Sum and Contract Time or the method for determining them. Such agreement shall be effective immediately and shall be recorded as a Change Order.

§ 7.3.7 If the Contractor does not respond within fourteen (14) days, or disagrees with the adjustment in the Contract Sum, the Architect shall determine the method and the adjustment on the basis the net increase or decrease in the cost of the Work attributable to the change, including, in case of an increase in the Contract Sum, an amount for overhead and profit as set forth in the Agreement, or if no such amount is set forth in the Agreement, a reasonable amount. In such case, and also under Section 7.3.3.3, the Contractor shall keep and present, in such form as the Architect may prescribe, an itemized accounting together with appropriate supporting data. Unless otherwise provided in the Contract Documents, costs for the purposes of this Section 7.3.7 shall be limited to the following:

- .1 Costs of labor, as defined in the Agreement;
- .2 Costs of materials, supplies and equipment, as defined in the Agreement;
- .3 Rental costs of machinery and equipment, as defined in the Agreement.
- .4 Costs of premiums for all bonds and insurance, permit fees, and sales, use or similar taxes related to the Work; and
- .5 Additional costs of supervision and field office personnel directly attributable to the change.

§ 7.3.8 The amount of credit to be allowed by the Contractor to the Owner for a deletion or change that results in a net decrease in the Contract Sum shall be actual net cost as confirmed by the Architect. When both additions and credits covering related Work or substitutions are involved in a change, the allowance for overhead and profit shall be figured on the basis of net increase, if any, with respect to that change.

§ 7.3.9 Pending final determination of the total cost of a Construction Change Directive to the Owner, the Contractor may request payment for Work completed under the Construction Change Directive in Applications for Payment. The Architect will make an interim determination for purposes of monthly certification for payment for those costs and certify the amount that the Architect determines, in the Architect's professional judgment, to be reasonably justified. The Architect's interim determination of cost shall adjust the Contract Sum on the same basis as a Change Order, subject to the right of either party to disagree and assert a Claim in accordance with Article 15.

§ 7.3.10 When the Owner and Contractor agree with a determination made by the Architect concerning the adjustments in the Contract Sum and Contract Time, or otherwise reach agreement upon the adjustments, such agreement shall be effective immediately and the Architect will prepare a Change Order. Change Orders may be issued for all or any part of a Construction Change Directive.

§ 7.4 MINOR CHANGES IN THE WORK

The Architect has authority to order minor changes in the Work not involving adjustment in the Contract Sum or extension of the Contract Time and not inconsistent with the intent of the Contract Documents. Such changes will be effected by written order signed by the Architect and shall be binding on the Owner and Contractor.

數量已經被定作人所提出之變更命令（Change Order）或建築變更指令（Construction Change Directive）大幅變更，造成原定單價將對於定作人或承攬人可能實質上不公允，則該單價將必須做一衡平調整。

§ 7.3.5 當承攬人接到「施工變更指令」(Construction Change Directive) 時，應立即進行該指示變更之工作，並以書面通知（身為定作人代表之）建築師：伊對於該變更指令中所提議之決定報酬總額以及履約時間（即工期）調整之計算方法是否同意。

§ 7.3.6 當承攬人在「施工變更指令」上對於包含報酬總額以及履約時間調整方法等均簽署同意者，該紙同意書可以馬上被視為已生效之「變更命令」(Change Order)。

§ 7.3.7 若承攬人未於 14 天內回應、或對於該報酬總額調整方法積極表示不同意，建築師得逕自決定契約調整方法為：因該變更而受到影響之工作項目、其成本增減淨額實數作為基底；假使契約總金額增加時，再加上就經常費用、以及利潤依原訂契約估算方式之數額，惟若原契約並未就此部份約定時，則由建築師逕行核定一合理數額。在此種情形下承攬人得依前述 7.3.3.3，以建築師所規定之格式、記錄並呈現所有逐項（價格）計算以及可供佐證之資料。

除非契約另有約定，本款所指成本將限於以下數端：

- .1 如契約所定義之勞力成本；
- .2 如契約所定義之原物料、供應補給、設備等之成本；
- .3 如契約所定義之機具設備之租賃成本；
- .4 尋求保證人及保險之費用、各項許可證費用、及與本工作有關之買賣、使用³²或諸如此類之租稅；及
- .5 額外的監督費用以及直接肇因於此變更所增加之工地人員費用。

§ 7.3.8 承攬人提出因定作人所為之工作減項或因變更導致契約報酬總額減少、而向業主求償的數額，必須與建築師核可（或確認）者一致。

³² 美國某些州（如加州）為保護州內之廠商，當有人向州外之供應商購買原物料或產品而在該州使用，且該供應商並未申報使用稅，則採購者必須繳納該州使用稅。

當在一項變更中包含工作增項以及因相關工作或替代工作（承攬人）可求償之數額時，就經常費用以及利潤（之計算方式）之考量，將以因該變更所生之增加費用淨額為基底而計算。

§ 7.3.9 在等待定作人對於施工變更指令所為之（調整）總額數的期間，承攬人可以就依建築變更指令進行並已完成之工作部份，依照「Applications for Payment³³」乙節之規定請求給付費用。建築師將為上開費用之每月付款進度做出一個暫時性決定，並證實建築師核定上開數額係符合專業而合理的。建築師就費用之暫時性決定，將以如同變更命令之基準而調整契約報酬總金額，同時亦受到兩造依本契約第 15 條³⁴可主張之權利而節制。

§ 7.3.10 當定作人與承攬人同意建築師所為之關於契約報酬以及履約時間（即工期）之調整、或雙方已經另外就此兩點達成合意時，此同意或合意將立刻發生一定之效力，建築師也將發出一份變更命令。該變更命令可能包含「施工變更指令」之一部或全部。

§ 7.4 小幅變更命令³⁵（MINOR CHANGES IN THE WORK）
建築師有權指示若干小幅度之變更，但不包含契約報酬總金額以及履約時間（即工期）之調整，且將不會與契約文件之精神相違背。此類變更將以書面為之、並經建築師簽名而生效，並同時拘束定作人以及承攬人。」

第三項 國際工程師協會（FIDIC）之變更條款

國際工程師學會（Fédération Internationale Des Ingénieurs-Conseils，該機構之法文名稱之首字縮寫即FIDIC）在1999年發行新版的土木工程標準契約條款（Conditions of Contract for Construction, or the “Red Book”，即一般通稱之「新紅皮書」）其契約變更條款即第13條中，於第13.1規定：「工

³³ 即 AIA 之 A207-2007 範本的 § 9.3 之規定。

³⁴ 該契約第 15 條即「CLAIMS AND DISPUTES」之規定。

³⁵ 前揭黃氏著之「工程承攬契約之重大變更」乙文譯作「細微變更命令」。

程司可在發給工程接管證明前之任何時間，指示或要求承包商提出計畫書時提出工程變更建議書。

承包商應當遵守並執行每項變更，除非承攬人立即通知工程司，說明承攬人難以獲得該變更工作所需要之貨品（並附上可資佐證之資料或證據）。

工程司在收到通知後，應刪除、確認或改變指示。

每項變更可包括：

- (a) 合約中工程項目數量之改變(但有些並不構成變更)；
- (b) 工程任何專案品質或特性之改變；
- (c) 樓層數、位置和(或)工程上任何部份尺寸之改變；
- (d) 工程上之缺漏，除非能由其他部份來完成；
- (e) 為完成永久性工程而增加之工作、機器設備、材料或必要服務，包括完工之相關測試、地質或其他試驗和探勘工作等，或
- (f) 工程執行順序或時間上之改變。

除工程司指示或批准變更外，承攬人對於永久性工程不可做任何改變和（或）修改。³⁶」

³⁶ 第 13.1 規定之翻譯參考：黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第 116 期，頁 8-9 (2010 年) 而改寫。茲引原文如下：

13.1 Right to Vary

Variations may be initiated by the Engineer at any time prior to issuing the Taking-Over Certificate for the Works, either by an instruction or by a request for the Contractor to submit a proposal.

The Contractor shall execute and be bound by each Variation, unless the Contractor promptly gives notice to the Engineer stating (with supporting particulars) that (i) the Contractor cannot readily obtain the Goods required for the Variation, or (ii) such Variation triggers a substantial change in the sequence or progress of the Works. Upon receiving this notice, the Engineer shall cancel, confirm or vary the instruction.

Each Variation may include:

- (a) changes to the quantities of any item of work included in the Contract (however, such changes do not necessarily constitute a Variation),
- (b) changes to the quality and other characteristics of any item of work,
- (c) changes to the levels, positions and/or dimensions of any part of the Works,
- (d) omission of any work unless it is to be carried out by others,
- (e) any additional work, Plant, Materials or services necessary for the Permanent Works, including any associated Tests on Completion, boreholes and other testing and exploratory work, or
- (f) changes to the sequence or timing of the execution of the Works.

The Contractor shall not make any alteration and/or modification of the Permanent Works, unless and until the Engineer instructs or approves a Variation.

在同條的第 13.3³⁷規定了變更程式如下：

「若工程司發出變更之指示前要求承攬人提出建議書，承攬人應儘速以書面回應，或提出伊不能照辦之理由（如果是這種情形），或提出：

- (a)對建議要完成之工作之說明，以及實施之進度計畫；
- (b)根據本契約 8.3[Programme]（進度計畫）以及完工時程之要求，承攬人對進度計畫作必要修改之建議書；
- (c)承攬人對該「變更」估價之建議書。

工程司收到此類（根據本契約 13.2[Value Engineering]之規定或其他規定）承攬人提出之建議書後，應盡快予以准駁或其他意見之回覆。在等待回覆之期間，承攬人不得延誤任何工作。

每項發給承攬人執行變更並附上記錄所有費用要求之指示應由工程司發出，而承攬人應確認收到該指示。

除非工程司依本條另有指示或批准，每項變更均應按本契約第 12 條 [Measurement and Evaluation]之規定進行估價。」

第四項 德國工程定作之採購與契約規範³⁸（VOB/B）

³⁷ 本段參考：菲迪克(FIDIC)合同條件，施工合同條件，頁 86，機械工業出版社（2008）改寫，並引原文如下：

13.3 Variation Procedure

If the Engineer requests a proposal, prior to instructing a Variation, the Contractor shall respond in writing as soon as practicable, either by giving reasons why he cannot comply (if this is the case) or by submitting:

- (a) a description of the proposed work to be performed and a programme for its execution,
- (b) the Contractor's proposal for any necessary modifications to the programme according to Sub-Clause 8.3 [Programme] and to the Time for Completion, and
- (c) the Contractor's proposal for evaluation of the Variation.

The Engineer shall, as soon as practicable after receiving such proposal (under Sub-Clause 13.2 [Value Engineering] or otherwise), respond with approval, disapproval or comments. The Contractor shall not delay any work whilst awaiting a response.

Each instruction to execute a Variation, with any requirements for the recording of Costs, shall be issued by the Engineer to the Contractor, who shall acknowledge receipt.

Each Variation shall be evaluated in accordance with Clause 12 [Measurement and Evaluation], unless the Engineer instructs or approves otherwise in accordance with this Clause.

³⁸ 此為 2006 年版。此部分德文之翻譯轉引自：黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第 116 期，頁 12-14，2010 年。

由於德國工程法律實務上認為民法承攬一節之規定無法滿足現實上之特殊需求，尤其工程採購之部分，規範密度不足，於是經過多年的努力，發展了這一套工程定作採購與契約規範（全名為 *Die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*，簡稱 *VOB*），而其中分三個部分，*VOB/A* 係為政府採購契約中締約之程式性規定，*VOB/B* 則係工程契約之定型化契約範本，至於 *VOB/C* 則就工程實際施作時應注意之具體技術事項加以詳細規範，且該規定之具體要求將被視為契約之一部分，對當事人發生拘束力³⁹。由前述說明可知，關於契約變更條款之規範，將會在 *VOB/B* 部分出現，以下節引其內容供參考。

該規範第 1 條第 3 項⁴⁰（工作的種類與範圍）規定：「... 3. 業主對於建造圖說的變更保留決定權。」

第 2 條(報酬)⁴¹：「....（前略）」

³⁹ 吳若萍，「公共營建工程契約中遲延完工之問題研究：以不可歸責於承攬人為中心」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 6-7，2008 年。

⁴⁰ 原文為：”Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.”

⁴¹ 原文為：”2. Die Vergütung wird nach den vertraglichen Einheitspreisen und den tatsächlich ausgeführten Leistungen berechnet, wenn keine andere Berechnungsart (z.B. durch Pauschalsumme, nach Stundenlohnsätzen, nach Selbstkosten) vereinbart ist.

3. (1) Weicht die ausgeführte Menge der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung um nicht mehr als 10 v. H. von dem im Vertrag vorgesehenen Umfang ab, so gilt der vertragliche Einheitspreis.

(2) Für die über 10 v. H. hinausgehende Überschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren.

(3) Bei einer über 10 v. H. hinausgehenden Unterschreitung des Mengenansatzes ist auf Verlangen der Einheitspreis für die tatsächlich ausgeführte Menge der Leistung oder Teilleistung zu erhöhen, soweit der Auftragnehmer nicht durch Erhöhung der Mengen bei anderen Ordnungszahlen (Positionen) oder in anderer Weise einen Ausgleich erhält. Die Erhöhung des Einheitspreises soll im Wesentlichen dem Mehrbetrag entsprechen, der sich durch Verteilung der Baustelleneinrichtungs- und Baustellengemeinkosten und der Allgemeinen Geschäftskosten auf die verringerte Menge ergibt. Die Umsatzsteuer wird entsprechend dem neuen Preis vergütet.

(4) Sind von der unter einem Einheitspreis erfassten Leistung oder Teilleistung andere Leistungen abhängig, für die eine Pauschalsumme vereinbart ist, so kann mit der Änderung des Einheitspreises auch eine angemessene Änderung der Pauschalsumme gefordert werden.

5. Werden durch Änderung des Bauentwurfs oder andere Anordnungen des Auftraggebers die Grundlagen des Preises für eine im Vertrag vorgesehene Leistung geändert, so ist ein neuer Preis unter Berücksichtigung der Mehr- oder Minderkosten zu vereinbaren. Die Vereinbarung soll vor der Ausführung getroffen werden.

6. (1) Wird eine im Vertrag nicht vorgesehene Leistung gefordert, so hat der Auftragnehmer Anspruch auf besondere Vergütung. Er muss jedoch den Anspruch dem Auftraggeber ankündigen, bevor er mit der Ausführung der Leistung beginnt.

(2) Die Vergütung bestimmt sich nach den Grundlagen der Preisermittlung für die vertragliche

2. 除另有計算方式外（如總價契約，依時計算工資，或依據自身成本），報酬依據契約單價及實作數量計算。

3. (1) 如依據單價所包括之工作或部分工作之實作數量不多於契約原訂範圍 10% 者，適用契約單價。(2) 就超過原訂數量 10% 之部分，得依請求斟酌成本之增減為新價格之協議。(3) 就減少原訂數量逾 10% 之部分，得依請求提高工作或部分工作實作數量之單價，惟以承攬人就提高之數量，未因其他付款項目（帳單）獲得補償為限。單價之提高基本上應與建築設備、建築一般成本及一般營運成本因較低之數量導致之較高之成本分攤相當。營業稅應該依據新價格計算補償。(4) 若就一單價所包括之部分工作以其他工作為前提，而就該其他工作系以一式計算者，對於單價之變更，亦得請求對該總價為適當之調整。

（中略）

5. 如經由建築設計或其他定作人之命令之變更，使契約中約定之工作的價格基礎變動者，應在斟酌成本增減下為新價格之協議。此一協議應在執行前為之。

6. (1) 如被要求為契約中未有規定之工作，承攬人有特別報酬的請求權。但承攬人必須在執行工作前對定作人先為預告。(2) 報酬依據契約工作與被邀求知工作之特別成本所為詢價為基礎。報酬應盡可能在執行前達成協定。

（後略）」

第五項 我國之工程採購契約範本⁴²

Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.”

⁴² 在此僅列出二種契約範本，若欲找尋更多其他國內工程承攬契約範本變更條款之比較與研討，可參照：陳思合，契約變更與轉讓，工程法律實務研析(五)，元照出版社，頁 519 以下。

第一款 行政院公共工程委員會制定之工程採購契約範本⁴³

根據行政院公共工程委員會（下簡稱工程會）訂定之「採購契約要項」⁴⁴而制訂之「工程採購契約範本」，其中第 20 條(契約變更及轉讓)第（一）至（六）項之規定如下⁴⁵：

「第 20 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 46 條第 1 項之規定。

(二)廠商於機關接受其所提出須變更之相關檔前，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，應先與廠商書面合意估驗付款及完成契約變更之期限，其後未依合意之期限辦理或僅部分辦理者，廠商因此增加之必要費用及合理利潤，由機關負擔。

(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、

⁴³ 實務上採用此範本者未必多見，不過畢竟是我國公共工程主管機關制訂之範本，理當有其參考價值，故本文仍將之列為研討對象。

⁴⁴ 其中第 20 點剛好與「工程採購契約範本」第 20 條相對應，係針對「機關通知（要求）廠商變更」事項而作規範。內容臚列於後以供參考：「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。除契約另有規定外，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。廠商於機關接受其所提出須變更之相關檔前，不得自行變更契約。除機關另有請求者外，廠商不得因第一項之通知而遲延其履約責任。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。」此外，採購契約要項第 21 點規定係承攬人即廠商要求變更契約之情形，由於與本文所欲探討之定作人（機關）要求契約變更、進而引發爭議之情形（或因承攬人認為定作人實際上）較無關，故從略不引述。

⁴⁵ 99 年 3 月 22 日修正版本，其中第（三）項略有變動，除原已規範之合理「費用」補償外，就廠商「合理利潤」亦應補償而新增規範。此外，該條第（七）項係規範契約轉讓之事項，乃關於契約主體之變更，並非本文討論範圍，故從略而未予引述於此處。

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.較契約原標示者更優或對機關更有利。

(五)廠商得提出替代方案之相關規定（含獎勵措施）：_____。（由機關於招標時載明）

(六)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。」

第二款 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本⁴⁶

雖然工程會已訂立工程採購契約範本，不過內政部營建署（下簡稱營建署）仍有自訂之工程採購契約範本，其中的變更條款規定如下：

「第十四條 工程變更：

(一)本工程因事實需要，甲方有隨時書面通知乙方辦理變更設計之權利，乙方應配合辦理。

(二)甲方於必要時得於契約所規定之範圍內通知乙方變更契約，除契約另有規定外，乙方於接獲通知後應向甲方提出契約標的、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。

1. 乙方於甲方接受其所提出須變更之相關檔前，不得自行變更契約。除甲方另有請求者外，乙方不得因第 1 項（甲方）之通知而故意遲延其履約責任。

2. 甲方於接受乙方所提出須變更之事項前，即已請求乙方先行施作或

⁴⁶ 此為 99.12.08 修正版本。另，經致信營建署詢問，承辦人張炳南先生表示，因營建署本身之工程或有特殊需求，故雖工程會已經訂立工程採購契約範本，營建署及所屬各機關仍視需求使用營建署自訂之範本。

供應材料，其後未依原通知辦理契約變更或僅部分辦理者，應補償乙方所增加之必要費用。變更設計後各工程項目依下列計價方式辦理：

- (1). 本契約有工程項目者，增減數量以本契約各該項目之單價計算。
- (2). 新增工程項目者，以雙方議定之單價計算，協議期間甲方得要求乙方先行緊急施工，乙方應配合辦理，若新增單價尚未完成議價手續時，得依核定後修正預算單價 8 成先行估驗計價，俟新增單價議定後調整。
- (3). 因變更設計而需廢棄拆除乙方已施工完成的部分項目，由甲方按實作驗收數量以契約相關單價計給外，並酌補拆除清理費、退運費及合理之損失。

(三) 變更設計之作業，如必須使進行中之工程停工時，甲方應預估復工時間，以書面通知乙方配合，如停工期間累計逾 2 個月以上時，乙方得檢據請求就超過 2 個月以上期間之管理費及所支出之必要費用。但變更原因可歸責於乙方者，不在此限。

(四) 除契約圖說另有規定工程數量之核算時程者外，乙方應於原契約工期 2 分之 1 前完成契約圖說之數量核算並提交甲方工程司。契約內工程數量因計算錯誤，致其實做數量與契約數量有顯著之差異者，經雙方核算屬實，以下列處理方式辦理變更設計：

1. 屬契約規定總價結算方式：
 - (1). 其依契約圖說核算需施作數量較契約數量增減達 10% 以上者，其逾 10% 之部分，得以變更設計增減之。
 - (2). 逾時或未提報核算結果者，凡依契約圖說核算需施作數量如較契約數量增加未達 20% 者，不予以變更設計增加，其逾 20% 之部分，得以變更設計增加之。

2. 屬實做工程數量結算之契約：依實際驗收數量核實計給之。

(五) 本工程契約所使用之建材，其有下列情形之一者，乙方得敘明理由，檢附規格、功能、效益及價格比較表，徵得甲方書面同意後，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。其因而減省乙方履約費用者，應自契約價金中扣除。

1. 原標示之廠牌或型號不再製造或供應。
2. 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. 較原標示者更優或對甲方更有利。」

第六項 綜合比較與討論

以上舉出數個國家之工程承攬契約範本中的「變更條款」，筆者希望能凸顯此為國際性的問題，當然也是我國本土工程界遭遇到的問題，而且吾道不孤；也因為工程承攬契約同樣存在著彈性變更的需求，各種範本均存在有「變更條款」，也都將衍生後述筆者所欲探討之「重大變更」問題，故筆者以為在此有先簡單介紹之必要，作為一個概觀的瀏覽。

參考以上範本可知，常見之變更條款內容，大抵係允許定作人指示工作項目之增刪，或對於工作數量、時機、順序、方法等進行變更，並且提出合理的報酬和工期調整方式。用語方面，無論以何名稱出現，目的大抵均在使定作人享有契約上單方變更的權利，以追求其所希冀的完成品，例如更正設計或規格上的錯誤，或採納最新建築技術或材料的優點，而承攬人則於遵守指示後享有合理補償，故變更條款通常也包含如何決定或計算變更之數量的方法，以作為決定該合理補償的基礎。

另一個問題是「誰」有權指示變更，或者說「誰有權代理定作人」發出變更指示。一般來說，定作人會保留指示變更之權，因為變更通常牽扯到報酬的調整。也有些情況是契約會允許建築師或工程司指示幅度較小之變更，也就是不影響最後報酬額數者。不過，在美國聯邦政府的公共工程

承攬契約，則一律均只以採購官(contracting officer)（代表政府）為唯一有權指示變更之人，此參前述 FAR§52.243-4 之內容自明。

延伸的小問題是：如果承攬人聽從本應無權指揮的人的指示而進行變更，該怎麼辦？在美國法律實務上有以下兩種可能之解決方式：(1) Implied authority：雖然 A/E（建築師或工程司）並未在契約中賦予指示變更之權，但定作人使得 A/E 外觀上像是有指示變更之權，類似我國之表見代理或代表。(2) Apparent authority：相對於前者，係指當定作人代表（通常即 A/E）之表現讓人自然地信賴伊業已獲得充分授權（然而實際上並沒有）者。亦即一個已盡相當注意義務之承攬人仍無法察覺定作人代表並未經充分之授權者，將課以定作人對此負一定程度之責任。但是，以上兩種理論，美國法院實務認為仍只有私人工程承攬契約中有適用，在與聯邦政府締結之公共工程承攬契約則無法援用之⁴⁷。以上說明之處理方式，可供吾人參考。

就上述各種不同契約範本之比較說明如下：

1. 是否賦予承攬人拒絕權限：

有學者指出，上述德國 2006 年工程定作之採購與契約規範（VOB/B）雖容許定作人享片面變更權限，但亦明確要求雙方應在「執行前」先行議價，否則承攬人有「停工」權限⁴⁸。若上述說明確實無誤，則該國之定作人之片面變更權限，受到承攬人之「停工」權限制約，是這些範本或規範中較為特殊者，其餘範本或規範均無如此規定。此可說係賦予承攬人有限

⁴⁷ GENERAL EDITOR: THOMAS J. KELLEHER, JR., SMITH, CURRIE & HANCOCK LLP'S COMMON SENSE CONSTRUCTION LAW : A PRACTICAL GUIDE FOR THE CONSTRUCTION PROFESSIONAL, at 193 (3rd ed. 2005). 書中並引註判例：Federal Crop Ins. Corp. v. Merrill, 332 U.S. 380, 68 S.Ct. 1 U.S. (1947) 說明之（惟書中誤植列為“1997”年之判例，在此更正為 1947 年）。此亦前述定作人究為一般自然人或政府時（即私人工程或公共工程），法院實務可能會採取不同處理之態度也。

⁴⁸ 黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第 116 期，頁 14，2010 年。惟該文並未指出 VOB/B 中究何條款提供承攬人「停工」權限；而經筆者請教對德文甚為熟稔之同學逐條閱讀後，並未發現其中哪一個條款賦予承攬人此種權限。故筆者無法確定此是否為德國法制之實況，尚請讀者諒察。

度、暫時性的拒絕權限，但並非完整之拒絕權限，只要議價完成，仍必須繼續根據變更命令工作。

我國營建署制訂之工程採購契約範本曾經在舊版本的第 15 條第（一）款則明確規定增減數量超過 10% 者，承攬人得「拒絕」之，為少數明確規定在某種條件下、承攬人有拒絕變更命令權限者⁴⁹。不過，現在修正後的最新版本已經刪除此種承攬人得拒絕變更命令之規定，詳本節第五項第二款。此外，我國工程會範本第 20 條第（六）款之規定，要求契約變更必須經過雙方合意，似乎也有意賦予承攬人近似於拒絕的權限，不過也不盡然，參以下「2」部分之說明。

至於其他美國 FAR、AIA 的 A201-2007、國際工程師學會（FIDIC）新紅皮書等等，則似均未賦予承攬人拒絕變更命令之權限⁵⁰。

2. 是否賦予定作人單方指示變更權限：

先由以上所舉美國的契約範本或規範來比較。乍看之下，美國聯邦政府採購規範（FAR）似乎賦予定作人最為完整之單方決定變更之權限；而美國建築師協會（AIA）之範本則似乎完全不允許定作人享片面變更權限，參照前述該範本之§7.1.2 前段以及§7.2.1，該「變更命令」須定作人、承攬人與建築師三方均簽署表示同意之協議為基礎。不過，這只是表像上的差異，事實上很少有變更命令會在一開始就能得到定作人與承攬人雙方、乃

⁴⁹ 舊版規定為：「…但該項變更設計內容，如非完成該工程所必要，且與原契約工程增減數量達百分之十者，乙方得予拒絕。…」不過，這可能係是否為重大變更而得拒絕履行之問題，似乎已經不只是承攬人對變更命令得否拒絕之問題，此處暫時不深究，且該範本現已刪除此規定矣。

⁵⁰ 在前揭註：黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第 116 期，頁 9（2010 年）雖提及有論者以為在 FIDIC 架構下，如果變更已使原契約內容有實質性之改變時，廠商得「拒絕」施工等語；惟 FIDIC 條文中既未有此明文，在下述 FIDIC 逐條釋義之註釋書上亦尚未見此種說明，故此處暫不採納此觀點。筆者以為，與其說在 FIDIC 契約下承攬人得「拒絕」變更命令，毋寧係因在該契約範本之變更條款的 13.3 規定係借重承攬人之知識與經驗評估該變更命令是否合理，而承攬人提供之建議書，有可能強烈而有說服力地讓定作人「知難而退」，但此仍非拒絕。筆者上述意見，參照以下註釋書：JEREMY GLOVER, ET AL., UNDERSTANDING THE NEW FIDIC RED BOOK: A CLAUSE BY CLAUSE COMMENTARY, at 263-265(2006)。

至三方（再加上建築師或工程司）認同或同意的情況。以上兩種契約範本，其實對於一般較常見的兩種變更命令程式之發動均已作規範：（1）由定作人直接指示變更，或（2）承攬人認為定作人之某行為，在外觀上不是變更命令、但實際上應當係構成變更命令，進而主張權利（索賠或其他方式）⁵¹。在 FAR§52.243-4 中(a)、(b)兩款之規定即分別對應以上兩種發動變更命令之程式。至於 AIA 的 A207-2007 中則係在§7.3（施工變更指令）亦規定了第（1）類的程式；而第（2）類之程式，係當承攬人確信定作人所為之某項指示，將造成伊額外之費用時，將可依§15.1.2 向定作人發出索償之通知，該通知亦表示承攬人將主張該指示為一變更命令，若定作人否認該指示為一變更命令，承攬人仍得繼續依該範本第 15 條規定之程式主張之。事實上，在美國法律實務上縱使不採用此二範本之工程承攬契約，發動變更命令之程式機制仍然不脫以上兩種方式⁵²。以上關於美國法律實務上的定作人單方變更權限之說明，於其他各種版本之契約，亦可供參考。

至於其他範本，如前述 FIDIC 的 13.1 規定「工程司可在發給工程接管證明前之任何時間，指示或要求承包商提出計畫書時提出工程變更建議書。承包商應當遵守並執行每項變更，…」；德國 VOB/B 第 1 條第 3 項規定稱業主保留圖說變更最後決定權；而我國內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第 14 條第（一）項規定「本工程因事實需要，甲方有隨時書面通知乙方辦理變更設計之權利，乙方應配合辦理。」，以上各範本均應可解讀為業主（即定作人）保留單方變更權限，並無疑問。總結來說，似可肯定各契約範本均賦予定作人單方片面變更權限。

不過，較特殊的是前述我國「工程會」之「工程採購契約範本」，在其

⁵¹ 第（2）種變更命令程式，所指的其實便是下節之「擬制變更」，容後詳述。

⁵² 本段關於美國法上之工程承攬契約之「變更命令」程式的實務操作之說明，參照：Alan Winkler, *Changes*, 收錄於 WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH, CAROL J PATTERSON, EDS, *CONSTRUCTION LAW*, at 435-437 (ABA 2009)

第20條第（六）款規定「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」，與AIA的A201-2007中§7.2規定相近，單由此款觀之，工程會範本似乎並未賦予定作人單方指示變更之權限，而一律以雙方合意方能變更契約。但是，再仔細比較AIA的A201-2007中§7.2（三方協議）與本條之規定，亦有若干不同。在AIA範本之三方協議變更的機制設計（即前述§7.2），並未有如我國工程會範本第20條第（一）款之「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…」規定。我國工程會範本雖由第20條第（六）款看似一律雙方合意，惟該款無法獨立於同條第（一）款而解釋，綜合以觀之，與其謂我國「工程會」範本之契約條款完全不賦予定作人單方指示變更權限，毋寧係：定作人得單方指示變更，但嗣後必須與承攬人就變更之標的、價金、履約期限等等達成合意並作成書面記錄，方完成變更之程式。這是略受限制的變更程式，而某程度承攬人也取得較高的談判地位，但也僅止於利用該談判地位與定作人協商出可接受的變更方案，並非賦予承攬人拒絕變更之權限，此與前述德國VOB/B賦予承攬人得在議價完成前暫時停工⁵³之規定精神，或有相近之處，但均非剝奪定作人單方指示變更權限。

3. 是否限於「在契約通常工作範圍內」為變更命令？

在前述美國 FAR §52.243-4(a)明確提到了採購官必須在「契約通常工作範圍內」（general scope of the contract）指示變更；在美國 AIA 的 A201-2007 的§7.3.1 亦同樣明確提及定作人得在「契約之一般工作範圍內」下達施工變更指令。而我國工程會的工程採購契約範本第 20 條第（一）

⁵³ 黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第 116 期，頁 14，2010 年。（另請參照前揭註 48 之說明）

項、以及內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約範本第 14 條第（二）項，均大略係規定為「…得於契約所約定之範圍內通知乙方變更契約。…」之文字，亦顯然限於在該範圍內為變更命令。至於其他如 FIDIC 之新紅皮書、德國的 VOB/B 等範本，均未見其明文表示須限於此範圍內為變更；惟是否該變更即不受任何限制，恐亦非如此。

第四節 擬制變更

由於國內外文獻除了以上定作人依契約變更條款所為之變更外，亦常見到所謂「擬制變更」一詞，故在此一併介紹說明。簡言之，當定作人「未」依變更條款而指示變更時，美國法律實務將之直接擬制為「有」依變更條款而為指示，並依變更條款之機制調整報酬。

第一項 理論背景

其實這是美國法律實務上由聯邦政府之公共工程契約爭議中發展，由歷史演進過程來看，或許是有些過時的產物，當初只是為瞭解決各機關裁決委員會（下述之 BCA）與聯邦法院之間「管轄權」的問題，但卻至今卻仍深具生命力。

在此首先要介紹聯邦政府契約之履行發生爭執時，會有一個「申訴或裁決委員會」⁵⁴（Board of Contract Appeals，簡稱 BCA；其中陣容最龐大的自屬軍方的 Armed services Board of Contract Appeals，簡稱 ASBCA）存在，而依契約中的爭執條款（dispute clause）之約定，對採購官（contracting

⁵⁴ 此種裁決或申訴委員會（各機關的 BCA），係在契約中約明，由該委員會審核採購官之決定，但應該不至於被認為是「法院」，至多僅係類似約定之仲裁人角色或地位。惟在謝定亞，工程契約中「重大變更設計」之認定原則與爭議解決，仲裁季刊，85 期，頁 55 註 21，其稱此係「行政體系的法院」，與筆者所理解似有出入。蓋美國憲法之精神乃基於對權力之不信任而追求權力分立，依吾所信，當不至於有所謂「行政體系的法院」，此恐有違權力分立與制衡之精神，故在此暫不採其說法。

officer) 所做的決定，作出有如上級審的事後審查⁵⁵。

而「擬制變更」之定義為：『當契約內容（即工作內容）實際上已經變更、但契約變更條款應遵守的程式事實上根本並未被踐行，此時仍將之擬制為依變更條款之「契約變更」。』變更的情況有可能是定作人可歸責地未遵守變更條款之程式而命承攬人變更，此時承攬人可主張擬制變更；也可能是變更後的工作，實質上讓承攬人之成本降低，此時反而是定作人即聯邦政府之一方，可以主張擬制變更⁵⁶。

而其實以上所描述之爭議類型，在英美契約法的分析中應該歸類於默示契約（implied contract）或違約（breach of contract）；然而在 1978 年制訂契約爭議處理法（Contract Dispute Act）以前，聯邦各機關的 BCA 並未獲授權適用「默示契約」或「違約」之理論處理爭議，而只能作出「適用契約條款作衡平調整」之決定，否則就是離開 BCA、將案件交由聯邦法院處理。故當初創設此理論，便是想將聯邦政府之契約糾紛留在聯邦各機關的裁決委員會（BCA）解決⁵⁷，即前述所稱之解決管轄權問題也。

但以上所述，也是在 1978 年以前的事了，現在依據前述之契約爭議處理法（Contract Dispute Act），各機關的 BCA 已經可以援用、依循契約法之原則，而適用前述「默示契約」或「違約」之理論處理上開爭議，為何這個理論依然不死，繼續它強韌的生命力呢？這是因為在政策取向上，各機關的 BCA 傾向在原契約條款中找到作衡平調整之依據、而較不願意以違約之損害賠償論處。更實際些來說，是因為過去已經累積了非常豐富的

⁵⁵ JOHN W. WHELAN, JAMES F. NAGLE, FEDERAL GOVERNMENT CONTRACTS: CASES AND MATERIALS, at 14 (2007). 茲引其文如下，以供比對參考：BCA are tribunals set up by Departments and agencies to provide appellate-type review of Contracting Officer's decision under the "dispute" clause. 根據此段說明，應亦可推知 BCA 僅係契約當事人約定為擔任解決紛爭之仲裁人地位，並非法院。

⁵⁶ JR., JOHN CIBINIC ET AL., ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS, at 427 (4th ed, 2006)

⁵⁷ *Id.* at 427.

案例決定可作為參考之依據；而且將變更條款作更廣義的解釋（也就是擬制變更理論之採用）可以增加利用原工作計畫實現變更工作的機會、而不須因為變更工作而重新招標的麻煩⁵⁸。此外，身為定作人的聯邦政府之一方，還可據此要求承攬人必須先滿足「通知」要件方能主張權利，以及雖有爭執待決、但仍必須繼續工作等等契約條款之約定。如果使用違約之損害賠償理論來處理，此等對聯邦政府之方便均不復存焉；這就是為何擬制變更理論在美國聯邦政府契約之法律實務，至今依然維持興盛而不衰之理由⁵⁹，國內有論者謂此學說在美國已經無援用必要，恐有誤解⁶⁰。至於我國並未有前述美國發展此理論之歷史背景，有無必要引入此理論則見仁見智，不過筆者以為，我國法律制度與美國並不相同，稱「擬制」一詞恐仍須有實定法之依據較為妥適，在我國是否要予以援用，可再多加考慮；或者參考前述之 FAR§52.243-4 規定，直接在契約中載明何種要件下、吾人將視同依變更條款所為之「變更」，這樣處理或許較無爭議，且有所依據。

第二項 要件及效果

構成擬制變更的要件有二，其一是所謂「變更」要件，其二是所謂「命令」要件⁶¹。而其中「變更」要件，須檢視實際上履行的工作是否在最低限度內可解為係該契約本質上所需之工作⁶²。至於「命令」要件方面，則

⁵⁸ 政府採購契約必須維持公平性，若原契約廢止、或認為該工作並非原契約之工作，應該要重新招標，而不是直接再將工作交給原承攬人。

⁵⁹ JR., JOHN CIBINIC ET AL., ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS, at 427-428 (4th ed, 2006)；由此觀之，各機關之 BCA 之立場，似乎多多少少還是較偏向定作人即聯邦政府機關之一方。不過，雖然 BCA 不免偏袒定作人，但就公益層面考量（節省公帑），以擬制變更處理這類紛爭，可避免重新招標之浪費，或許也有可取之處。

⁶⁰ 陳玉潔，「工程契約變更之爭議問題」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 154，2005 年。

⁶¹ 顏玉明，工程變更(Variations)之探討－以異常地質(Differing Site Conditions)為對象，律師雜誌，282 期，頁 89-90。應附言者，該文標題英文部分印作“Different Site Conditions”，但顏教授表示那或許是雜誌社打字小姐的誤打誤繕，正確的用詞應該是“Differing Site Conditions”，併此說明，並於本文引註時更正為正確的拼字。

⁶² 此二要件均為 BCA 實務見解中所歸納。原文為：“To find the change element we must examine the actual performance to see whether it went beyond the minimum standards demanded by the terms of contract.” 參 Industrial Research Assocs., Inc., DCAB WB-5, 68-1 BCA ¶ 7069, at 32,685-86, 轉引自

須檢視作為定作人之聯邦政府一方之代表，是否以言語或某種行為為指示而要求承攬人、進行某項並非原契約中必須之工作，且該指示須有別於工程或技術人員經常提供之建議、評論、意見等等⁶³。

至於效果方面，無庸置疑，就是擬制定作人係依「契約變更條款」中約定之流程指示變更，而依契約變更條款之約定就變更之部分作衡平調整。

由於此係經由個案累積之實務見解，聯邦政府也將此實務見解之發展，適當地反應在新的契約範本，如前述 FAR§ 52.243-4 中的(b)即係針對擬制變更之情形而規定、至於其中的(d)則係針對擬制變更時承攬人未遵守「通知」要件之失權規定。

此外，常見的擬制變更之原因，可歸納大致如下⁶⁴：

1. 非正式契約外工作或額外工作的指示。
2. 圖說、規格有缺陷。
3. 定作人或其代表對契約解讀錯誤。
4. 拒絕承攬人有正當理由之展延工期，導致承攬人趕工。

第五節 工作範圍（scope of work）之界定 與重大變更理論

JR., JOHN CIBINIC ET AL., ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS, at 428 (4th ed, 2006)

⁶³ 原文為：“...To be compensable under the changes clause, the change must be one that the government ordered the contractor to make. The government’s representative, by his words or his deeds, must require the contractor to perform work that is not a necessary part of his contract. This differs from advice, comments, suggestions, or opinions, which government engineering or technical personnel frequently offer to a contractor’s employees.” 參 Industrial Research Assocs., Inc., DCAB WB-5, 68-1 BCA ¶ 7069, at 32,685-86, 轉引自 JR., JOHN CIBINIC ET AL., ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS, at 428 (4th ed, 2006)

⁶⁴ GENERAL EDITOR :THOMAS J. KELLEHER, JR., SMITH, CURRIE & HANCOCK LLP'S COMMON SENSE CONSTRUCTION LAW : A PRACTICAL GUIDE FOR THE CONSTRUCTION PROFESSIONAL, at 200 (2005)；在此僅列出四種擬制變更之原因，不過前揭顏玉明教授著作之「工程變更(Variations)之探討－以異常地質(Differing Site Conditions)為對象」文中第 90 頁，則歸納了八種原因，亦可供參考。

由「契約變更」過渡到「重大變更」之範疇，其間的關鍵就在於所謂「原契約所定之合理工作範圍」(original contract scope of work)的認定。簡言之，若定作人(即業主)依變更條款所指示之變更，超過承攬人(即包商)合理可預見的工作範圍，而達到所謂「重大變更」之程度時，可能就不再適用原來契約所約定之變更條款，而必須改適用所謂的重大變更理論。但是，究竟何謂「原契約所定之合理工作範圍」(original contract scope of work)，應如何認定？有學者特別指出，在諸多契約範本之變更條款中，均未規範係在「何種範圍內」可以變更⁶⁵，學者似乎暗示「應」嘗試在契約中加以定義。惟是否構成重大變更，常難以事前觀點探知，往往需待事發之後、回顧之時方能查覺，故若要事先約定，實有相當之難度。而由後續之討論可知，就變更之「數量」上已達到可定性為重大變更者，較有可能事先約定；但另有一類無法僅由「數量」觀察是否構成重大變更之案例類型，處理上便有一定程度之困難，此類問題之應對方法容後詳述。

此外，「合理工作範圍」之概念，本身即帶有若干彈性以及不確定性。蓋當初工程承攬契約之所以需要加入「變更條款」的考量，便係為了因應工程建設過程中的變化多端、而賦予定作人在某程度範圍內可以臨機應變地指示變更，故其契約變更條款之所以無法勾勒清楚該範圍，或許本即有意保留彈性而不予明示。惟如此之彈性還是不能漫無邊際，最後仍然必須嘗試畫出一道界線，這是法院實務最後作出的決定，也是本文以下章節將繼續討論的課題。

⁶⁵ 黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第 116 期，頁 9、12，2010 年。

第三章 重大變更理論及案例分析⁶⁶

美國的重大變更理論 (Cardinal change) 是由聯邦法院發展出來的，故溯源至美國聯邦法院案例中探尋其「要件」以及「效果」乃有其必要；至於州法院系統部分，並非各州均採納此理論，有完全拒絕採用者⁶⁷，又或採納其內涵但又不使用重大變更之名詞⁶⁸、或採納但作若干限縮，不一而足，故在此以聯邦法院之判決為主要研究對象。

有論者謂：美國「聯邦」法院業已歸納八大要件云云⁶⁹，惟查該文所引註之案例乃「加州」高等法院之判決，係州法院系統的判決⁷⁰，並非聯邦法院所為；且似亦未見該判決中有其所稱八項要件之歸納，推測該八項要件之出處可能並非上開其所引用之判決。與前述論者見解或許恰好相反的是，有美國實務界的先進撰文表示：聯邦法院判決只讓我們搞清楚了一件事，那就是「重大變更」並沒有什麼清楚明確的準則⁷¹。不過，正因如此，前述該文所提出之八項要件（或標準），確實仍值得吾人省思與參考；此外，聯邦法院在經常被引用的 *Air-A-Plain Corp. v. U.S.*⁷²一案中確實曾經嘗試建議以一些指標性的參考因數進行檢視，可惜該案最後和解收場⁷³，

⁶⁶ 囿於筆者資料蒐集能力，本文僅就美國法律實務上對此類紛爭事件發展之重大變更理論介紹，並與我國法之接軌進行研討，至於其他外國法上之討論及發展均暫時從略。

⁶⁷ 完全不採納者如密蘇里州：*Gill Constr., Inc. v. 18th & Vine Auth.*, 157 S.W.3d 699 (Mo. App. 2004).

⁶⁸ 如：*Tufano Contracting Corp. v. State*, 269 N.Y.S.2d 564 (N.Y. App. Div. 1966)

⁶⁹ 謝定亞，工程契約中「重大變更設計」之認定原則與爭議解決，*仲裁季刊*，85期，頁55、56；孔繁綺，論工程契約之重大變更，*仲裁季刊*，88期，頁97。其等文中所引註之判例為：*C. Norman Peterson Co. v. Container Corp. of America* 172 Cal.App.3d 628, 218 Cal. Rptr. 592 Cal. App. 1 Dist., 1985。惟此係「加州上訴法院」之判決，並非聯邦法院系統所為判決也。

⁷⁰ 吾人均知美國法院體系分為州法院體系以及聯邦法院體系，至於如何由判決引註格式中觀察分辨究屬何者，可參閱：何主宇，*法律英文讀寫實務*，頁310至321，寂天出版社，2005年。

⁷¹ “The court decisions make one thing clear--nothing is clear about cardinal change.” 參見：Guy W. Harrison, Esq., *The "Cardinal Change" Doctrine As A Defense To Surety Bond Claims: A Practical Guide To The Federal Case Law*, EIGHTH ANNUAL SOUTHERN SURETY AND FIDELITY CLAIMS CONFERENCE APRIL 3-4, at 1, 1997. Available at: <http://www.forcon.com/papers/ssfcc/1997/Harrison.pdf> (last visited May. 21, 2011).

⁷² 408 F.2d 1030 (Ct.Cl. 1969).

⁷³ 189 Ct.Cl. 578(1969). 參見：JOHN W. WHELAN, JAMES F. NAGLE, *FEDERAL GOVERNMENT CONTRACTS: CASES AND MATERIALS*, at 416 (2007).

沒辦法看到法院做出一個里程碑的判決，讓我們參考法院如何操作該判斷標準。由於是否構成「重大變更」如此仰賴個案之判斷，故最好的認識方式，便是盡量多舉幾個案例來觀摩學習。以下便藉由聯邦法院所做之諸多或准或駁之案例⁷⁴，嘗試由此找出先哲思索之脈絡，以供吾人參考。

第一節 何謂重大變更

契約變更條款雖然賦予定作人單方片面變更權限，但此權限並非毫無限制，仍應在原契約所定之工作範圍內。而重大變更所指的便是：由於該變更之本質或數量顯然超過原契約所定之工作範圍，從而定作人之該指示應論為違約，承攬人因此得終止契約、或繼續完成契約但請求損害賠償⁷⁵。這點出了構成重大變更之兩項基本元素，也就是變更的「質」或者是「量」，皆可能使法院肯認其為重大變更。不過，美國法律實務發展此理論，有學者指出背後的歷史背景因素，其實與前述之「擬制變更」類似，同樣係因為在 1978 年以前⁷⁶之 BCA（各機關之裁決委員會）與聯邦法院間、就政府採購事件之管轄權議題有關，只是目標恰恰相反：「擬制變更」理論是意欲避免該爭議事件由聯邦法院管轄、而努力將之留在 BCA 處理；而「重大變更」理論則是承攬人為了擺脫 BCA 之糾纏、而欲將爭議提交至聯邦法院以求解決⁷⁷。雖然係如此之歷史背景下之產物，但考量重大變更理論本身對於解決「定作人變更權限大小」之問題具有深遠意義，故該理論當不至於淹沒於時代之洪流中，且至今仍然不斷被援用。此外，「重大變更」在公共工程領域的問題要較私人工程領域來得嚴肅或嚴重，因為在私人工

⁷⁴ 以下參考前揭 Guy W. Harrison 氏著之文脈對案例之分類而整理之。

⁷⁵ Alan Winkler, *Changes*, 收錄於：WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH, CAROL J PATTERSON, EDS, *CONSTRUCTION LAW*, at 452 (ABA 2009).

⁷⁶ 即契約爭議處理法（Contract Dispute Act）立法之前，當時政府採購爭議若可由契約條款解決者，必須先至 BCA 聲請裁決。所以欲擺脫 BCA，自然就要主張該爭議不可由契約條款解決，也就是主張政府違約了。

⁷⁷ JUSTIN SWEET, *LEGAL ASPECTS OF ARCHITECTURE, ENGINEERING AND THE CONSTRUCTION PROCESS*, at 460(1989).

程中，只需給予足夠補償、雙方合意就可以解決了；但是在公共工程中發生重大變更的情事時，就會有是否違反招標必須自由、公開競爭的原則之疑慮。應附言者，縱令在私人工程，也同樣不能強迫承攬人進行重大變更之工作內容。

第二節 美國聯邦法院之重大變更案例整理

抽象來說是變更的「質」與「量」的問題，不過，具體應如何操作，仍有許多困難要克服，以下舉數則案例來說明：

第一項 法院認定為重大變更之案例

1. General Contracting and Construction Co. v. U.S.⁷⁸, 84 Ct.Cl. 570(1937)

原告承攬某退伍軍人醫院社區工程，含建築本體、接管、水電、道路、整地、排水等等全部包辦等工程，契約總金額\$911,376 元。惟嗣後被告依據契約變更條款，正式發出書面變更命令，將第 17 號建築物整棟刪除，契約總價金也因此減少了\$99,520 元（約 10%的變動）。原告與下包廠商協商刪除該棟建築物後之工作計畫等事項，下包廠商聞知此事後，認為原來與其訂約之單價過低，若不調整則不願意繼續施工，原告不得不提高其下包廠商之工作以及提供材料之單價。經過受命法官聽取證據後認定此部分大約造成原告\$20,773 元之損失。原告因此主張被告違約，應賠償伊該\$20,773 元之損失（但並未使用「重大變更」一詞）；被告對於原告主張所受損失之金額並不爭執，但堅稱其係依據雙方契約第 3 條即變更條款而有權進行該變更，而將契約總金額減少\$99,520 元也是採購官依該條進行整體衡平調整後的數字，按契約第 15 條此為最終而不可爭執之決定，原告

⁷⁸ 據前揭 Guy W. Harrison, Esq.該文所稱，這或許是最早出現：“Cardinal Change”一詞的案例。

自不得再行起訴請求損害賠償云云，以資抗辯。

法院認為：該契約第 3 條確實賦予定作人在工作進行中，得就該契約通常工作範圍內指示若干必要或有益之變更，例如結構之材料、或建築型式之設計、或規格中要求工作內容之增減等；但無論如何不會賦予定作人直接刪除一整棟建築物的權限。如果我們肯認定作人可以用「變更條款」之偽裝或外觀包裝、刪除一整棟建築物之工作，那麼定作人豈不也可以根據變更條款刪除兩棟、三棟乃至任何數量之建築物的工作。本案中定作人刪除第 17 號建築物之工作，已經構成「重大變更」或契約工作性質之轉變，這是必須經過雙方合意才能容許的（暗示法院無法允許單方進行此幅度之變更）。是被告未經原告同意而為此變更指示，確係構成違約，應賠償原告\$20,773 元（法院認為刪除一整棟建築物，係本質之變更、而非僅數量之變更，故認為系爭變更已達「重大變更」）。

2. P. L. Saddler v. U.S., 287 F.2d 411(Ct.Cl. 1961)

本契約之標的為建築堤防。當事人間於 1951 年 4 月 23 日締約，原訂同年 6 月 8 日完工，而在同年 5 月 23 日已完成部份工作，但因有嚴重洪水發生，遲至同年 7 月 11 日均無法再進場施作。後因前開洪水之考驗，顯然該堤防設計並不適當，定作人遂變更設計，並將工期展延至同年 9 月 12 日，此時設計之體積已由原 5,500 立方碼增加至 7,950 立方碼，承攬人在同年 9 月承攬人已完成；但定作人卻又再度指示變更，體積再度增加至 13,264.8 立方碼，並展延工期至同年 10 月 17 日。最後政府方之定作人變更之幅度，總計在長度方面增幅約 100%，原設計大約 1000 英呎，因其後變更位置，廢棄了承攬人已經完成的 300 英呎、並另外再追加設計 735 英呎長的堤防，故變更量大約也是 1000 英呎；而體積方面增幅達 141%，也就是由原本 5,500 立方碼、增為 13,264.8 立方碼。最後法院認為定作人為

如此巨大數量之變更指示已構成重大變更之違約，而應准許承攬人損害賠償之請求。

3. **Luria Brothers and Company, Inc. v. U.S.**, 369 F.2d 701 (Ct.Cl. 1966).

原告即承攬人於 1953 年 1 月 30 日得標進行位於賓州某海軍航空站之飛機庫工程，預定同年 12 月 31 日完工。在建造過程中，被告即定作人將其基礎設計作了徹底的變更，而系爭工程中基礎設計乃最主要之結構，原告必須將已完成之部分拆除。在原告開始按照修改後之圖說開挖基礎時，被告又要求原告以「試誤法」(trial and error)一吋一吋地挖、一吋一吋地測試地盤穩定性，直到被告滿意為止，原告最後挖了比修改後之圖說還要更深的深度，遲至 1955 年 5 月 3 日方能完工，比起原先預定 330 日的工期，延宕了 518 日。承攬人認為定作人之變更指示已超越原契約工作範圍，請求\$248,665.76 之損害賠償（原契約總金額\$1,700,166.50，只佔 14%）。法院肯認原告之主張，並非基於其遲延之時間與金錢之耗費數額（量）龐大與否，而是整個工程的實質已經被變更矣。法院將系爭工事之基礎工程認定係主要結構，被告要求原告拆毀大量已經完成之工作物，增加了其他工程，又改變開挖方式為耗費大量人力及工時的「試誤法」，最後又使原告挖得比契約所約定得更深，綜合而認定被告為重大變更之違約也。

4. **Westinghouse Electric Corp. v. Garrett Corp.**, 437 F.Supp. 1301 (D.Md. 1977).

原告承攬空軍某設施之工程，而被告為其次承攬人。原告起訴主張被告債務不履行而終止契約，並請求返還其溢付之採購冷卻系統之款項；被告則另提反訴稱原告終止契約為不合法，且主張原告就工作之指示方式已構成重大變更之違約而請求損害賠償。

原告（反訴被告）依契約應準備名為「來源主控圖說(source control drawing，下簡稱 SCD 圖說)」予被告（反訴原告），使被告能依約進行時程非常緊湊之複雜軍事設備工程施作。上開 SCD 圖說，依原約定將會儲存在單一來源的主機，內容包含工程之全部資訊、並將容許參與工程之各方進入存取資料。但原告並未即時提供上揭 SCD 圖說，並辯稱雖未提供完整的 SCD 圖說、但已提供被告所有完成工作所必須之各種各樣的零散資料（拼湊起來也是完整的）。

法院認為由於本契約之工作時程非常緊湊，反訴被告（原告）之主張顯不可採。若在一個工期較長的契約，或許僅提供零散資料（拼湊起來也是完整的）給下包商也是可接受的方式；但本案的工期甚短（僅 97 日），若無法在一張圖說上、提供一目瞭然的所有工程必要資訊（即 SCD 圖說），卻又要求被告即下包商在這樣的工作條件下依該時程完工，顯然已經變更了該工作之性質，從而准許被告所提反訴之主張，認為原告所為係構成重大變更之違約態樣。

5. **Peter Keiwit Sons' Co. v. Summit Construction Co.**, 422 F.2d 242 (8th Cir. 1969).

Keiwit 承攬政府工程，而以 Summit 為其次承攬人，處理某飛彈基地之開挖、場址整理、及回填土事宜，契約總金額為\$2,601,315，其中近 \$600,000 係用於回填土之部分。Keiwit 後來變更了回填土之程式要求，導致 Summit 必須先停工然後再重新開始數次（所謂的 3 phases operation），而非原先只需停工一次（所謂 2 phases operation）的工作方式，就此部分工作成本由原先預估的\$600,000 增加至\$2,000,000，將近增加了 333%；而整體次承攬之工作成本也增加了近 50%。法院引用了前述 Saddle 案件的見解，認為本件之變更在財務方面造成影響之強度（量）本身就足以認為

係構成重大變更之違約矣。

6. **Airprep Technology, Inc. v. U.S.**, 30 Fed.Cl. 488 (1994).

承攬人與美國能源部締約，所要完成的工作是建造一套稱為「袋屋 (baghouse)」的一種空氣濾清系統，工程總價約\$135,600。依照圖說及規格，承攬人建造之「袋屋」之進氣口必須維持介於 0.6~1.6 psi 之壓力。就此承攬人之解讀為在進氣口處有如一道想像之界線，當氣體進入該「袋屋」時需施以 0.6 至 1.6 psi 之壓力（亦即僅有進氣口必須維持該範圍之壓力）；而定作人卻堅持必須在整個「袋屋」內都要維持恆定的 0.6~1.6 psi，故採購官下達必須全「袋屋」均維持此恆壓之確認指示，承攬人認為契約並非如此記載而拒絕之。嗣定作人即以承攬人之債務不履行而終止系爭契約。

法院首先認為，定作人堅持將契約之規格解讀為整個「袋屋」必須維持恆定之 0.6~1.6 psi 內壓力，係對規格解讀錯誤，而構成「擬制變更」；而該「擬制變更」本身又構成了「重大變更」之違約，而承攬人並未有何違約之債務不履行情事，故定作人終止契約並不合法。法院之說明如下：

「若政府加諸於承攬人之要求是契約通常範圍內的工作，那麼承攬人自有義務去完成它，即使政府對契約的解讀有錯誤。...但是，承攬人並無義務進行業已構成“重大變更”之工作—巨幅地調整達到超過原契約所定工作範圍...也就是已將工作本質轉變之變更。」

第二項 法院認為可能構成重大變更、但因故未依此作成判

決之案例

1. **Tufano Contracting Corp. v. U.S.**, 356 F.2d 535 (Ct.Cl. 1966).

原告與軍方即政府方締約準備進行軍事房舍之建築。政府要求在結構

中設置一種名為”blocking”之裝備，使得整個結構桁架可提供額外更多的節點，以鎖定天花板或屋頂之內層。原告主張原契約之規格上並未有所謂”blocking”之要求，故被告之指示構成違約；法院基本上採納此主張，亦即認定該要求或指示已超出原契約工作範圍；但是因為原告尙未能舉證因為設置所謂”blocking”、究竟造成如何或多大的損害以及工期之遲延，故並未判決政府方需作何違約之賠償。

2. Air-A-Plane Corp. v. U.S., 408 F.2d 1030 (Ct.Cl. 1969).

這是一個經常被引用的案例，聯邦上訴法院在本案提出了判斷是否構成重大變更的幾項值得參考的標準，很可惜最後沒有作成判決（發回後，當事人達成和解⁷⁹），沒辦法看到法院實際操作這幾項參考因子的示範。

本件事實為原告承攬某件生產煙霧產生器之工程，係「總價承攬契約 (lump sum or fixed price contract)」。但是訂約後，被告對圖說和規範作了諸多的變更；據原告指稱，可能有多達上 1000 次之譜。BCA⁸⁰認為這樣頻繁的變動，使得該契約呈現得像是設計或發展中之契約，且該契約或許應改為「成本加報酬式契約(cost plus fee contract)」較為合宜。

而聯邦上訴法院提出了判斷是否構成「重大變更」的一些參考因子⁸¹（例示非列舉），可將其標準歸納大別為二類：

⁷⁹ 189 Ct.Cl. 578(1969). 參見：JOHN W. WHELAN, JAMES F. NAGLE, FEDERAL GOVERNMENT CONTRACTS: CASES AND MATERIALS, at 416 (2007).

⁸⁰ 即 Board of Contract Appeals.

⁸¹ 判決原文如下：...In applying these criteria, the parties should offer evidence on and the commissioner should find (so far as practicable) the number of changes, the number of parts of the smoke generator, the parts changed and those left unchanged, the effect of the changes on the unchanged parts, the character of the changes, the timing of the changes, and the extent of the engineering, research, and development plaintiff had to do. In addition, the trial should go into damages even though the commissioner (or the court) may ultimately conclude that there was no cardinal change and therefore that the issue of amount must be dealt with as arising ‘under the contract’-to be decided on the Board record alone. One reason for trying damages along with cardinal change is that the cost of the changed item as compared to that of the original is a factor in deciding whether the modification is or is not cardinal. 法院並加註於後稱：“This is not meant to be an exhaustive list.” 表明此僅為例示，而非窮盡列舉者也。

(一) 性質上因素：

1. 變更部分對於未變更部分造成之影響；
2. 變更之特徵或本質；
3. 變更之時機；
4. 因該變更使承攬人必須額外多進行之研發等工作之幅度；

(二) 數量上因素：

1. 變更之數量；
2. 變更部分、與未變更部分之數量比例；
3. 因該變更引起之成本、與原來之成本比較。

不過，聯邦上訴法院將本案發回，而最後當事人和解，故吾人未得見法院實際操作這些標準之情形。

此外，本案尚有一論點亦值參考：被告稱原告曾在 BCA 主張依「契約變更條款」為衡平調整（依契約調整）；嗣後又在聯邦法院主張此為「重大變更」之違約，有悖於英美法上「禁反言原則」，故不應採信原告之主張。法院精闢地駁斥被告之上開抗辯而作出如下回應：如果原告承攬人直接向聯邦法院主張定作人之指示構成重大變更，那麼他將要冒以下之風險—遭法院否定為重大變更、而且又尚未窮盡依照契約變更條款提供之行政救濟程式（即向 BCA 聲請裁決），若再回頭向 BCA 聲請裁決，又會遭 BCA 以未遵期提出該主張（依照變更條款衡平調整報酬⁸²）而遭駁回，這樣的情境對原告承攬人並不公平。所以，原告選擇先向 BCA 聲請依照契約變更條款衡平調整補償、不成功之後再向法院提起重大變更之主張，是可以接受的爭訟策略，不應認為有何違反「禁反言原則」。

3. **Edward R. Marden Corp. v. U.S.**, 442 F.2d 364 (Ct.Cl. 1971).

⁸² 當時尚在 1978 年制訂契約爭議處理法(Contract Dispute Act)之前，聯邦各機關之申訴或裁決委員會(Board of Contract Appeals, 簡寫為 BCA)未獲授權依默示契約或違約之理論處理爭議，只能依照原契約之變更條款作衡平調整。

原告承攬建造飛機棚之工程，總價為\$2,000,000,00 元。建造過程中該機棚倒塌而必須重建。原告在 BCA 主張該機棚之倒塌乃肇因於政府未能提供適當之規格，該主張並未為 BCA 所採納，並認定為原告之過咎所造成者。於是原告提起本訴主張：或依契約衡平調整，或依違約之損害賠償。而雖然原告未如此宣稱，不過法院將原告之主張解讀為其宣稱被告之指示構成「重大變更」，法院並引用前述 Luria Brothers 之案例，認為這是來自一個不良規格引發的劇烈變動後果，構成重大變更矣。原告重建該機棚花費\$3,700,000,00 元，是原契約總價之 185%，工作量加倍、成本近三倍，故法院認為已構成了重大變更。法院對於「重大變更」之詮釋如下：「這並非一僵固之理論，其目的係提供與政府締約之承攬人因受政府指示履行超過契約通常範圍之工作時予以違約之損害賠償。換言之，發生重大變更之情況時，承攬人之工作已經被本質性地轉變了，無法以通常之契約變更條款來理解重大變更之內涵⁸³」。

此外，法院注意到本案與一般構成重大變更之案件有一點不同：其實最後承攬人所搭蓋之機棚建築物與原來完全一樣、規格一樣，只是重建而已，定作人沒有變更設計或其他結構物理條件。不過，在考量是否構成重大變更時，與其說吾人關注的是該最終「成品(product)」本身是否不同，毋寧係將「整個施工過程(entire undertaking)」作通盤檢討，故法院認為論其實質，本件與其他構成重大變更之案件並無二致。

4. **Allied Materials and Equipment Co., Inc. v. U.S.**, 569 F.2d 562 (Ct.Cl. 1978).

⁸³ 茲引原文如下：The cardinal change doctrine is not a rigid one. Its purpose is to provide a breach remedy for contractors who are directed by the Government to perform work which is not within the general scope of the contract. In other words, a cardinal change is one which, because it fundamentally alters the contractual undertaking of the contractor, is not comprehended by the normal Changes clause.

原告承攬軍方坦克之汽缸組件製造工程。依照契約，定作人即軍方本有義務提供某些特殊機具設備供製造該汽缸組件時使用，詎料軍方竟在原告尚在進行生產製造之履約期間內，將該批機具設備售出予原告之競爭廠商，且並未保留原告之使用權限。原告遂停工並提起訴訟，主張軍方售出該批機具設備完全阻絕了伊履行契約之可能，並請求該違約之損害賠償。不過，有趣的是，在本案原告雖然認為被告此舉構成違約而應予賠償，但其並不認為被告之所為構成「重大變更」（被告當然也不認為如此），所以法院必須向兩造說明，何以認定本案「可能」構成「重大變更」。

（1）法院對被告的說明如下：

被告陳述之意旨大略為：「僅當原告訴求因指示變更脫逸原契約條款之內容而造成之額外費用之損害賠償，才會屬於重大變更理論適用的範圍。本案原告之請求顯然跟重大變更理論八竿子打不著邊。」隱含在被告以上內容表述中的邏輯是：被告認為重大變更理論之適用與否，須由損害賠償之性質決定。但我們認為並非如此。依照判例法累積的見解，重大變更就是一種違約。當政府發動變更工作之指示，而該變更是如此劇烈，造成承攬人被要求進行實質上與原來伊締約時所料想之工作不同時，便是重大變更。根據以上定義，重大變更的意義是如此地廣泛，而可包含那些無法依照契約條款作損害賠償的政府各種態樣之違約⁸⁴。

（2）法院對原告之說明：

原告也認為引用重大變更理論是個誤會，其陳述意旨大略為：「標準之變更條款內容大抵都限於就“圖說、設計、規格或規範”之變更，本案似乎並不涉及於上述各項之變更。此外，系爭契約中已定明政府提供設備條款 (Government Furnished Property clause)，其中對於遲延提供、或雖提供但不

⁸⁴ 茲引原文如下：Under established case law, a cardinal change is a breach. It occurs when the government effects an alteration in the work so drastic that it effectively requires the contractor to perform duties materially different from those originally bargained for. By definition, then a cardinal change is so profound that it is not redressable under the contract, and thus renders the government in breach.

適於使用、或撤回使用權限等等情況設有衡平調整之規範，似乎不需訴求於重大變更理論」。針對於此，法院回應認為，「重大變更」理論之適用，不用解讀成「限於契約變更條款中特定項目之偏離」如此狹隘之範圍。該理論表達的意涵是：任何關於契約之調整，若達到如此重大之地步，以致無法依照原本契約條款（無論是所謂「政府提供設備條款」、或「契約變更條款」、乃至其他所有條款）作出衡平調整者，皆是「重大變更」理論要涵蓋的範圍⁸⁵。不過，上訴法院對於本案是否構成重大變更並未做出決定，而係將本案發回原審重新認定之。

5. **Atlantic Dry Dock Corp. v. U.S.**, 773 F.Supp. 335 (M.D. Fla. 1991).

原告承攬兩艘海岸巡防艇之清理裝修工程，其一名為 Ute、另一名為 Lipan。契約總價金為\$5,809,073 元。在此修繕過程中，發生了 130 次雙方合意之「調整契約(modifications)」，包含工作增、減項或內容之變更改版、或規範之變動等。每一次的「調整」，均以一名為「Amendment of Solicitation /Modification of Contract」之書面，記錄下雙方之合意，其中最引人注意的是「和解或豁免(settlement or release)條款⁸⁶」，內容如下：

「以上條文對於價金及/或完工日期之調整業已充分考量公平及合理性，且經過雙方同意，對於所有因此調整所生之任何爭議，包含因此所生遲延、擾亂工作或此種變更或調整衍生者，為最終而完整之決定。」

而本案中如此頻繁的變更及調整，當然造成了顯著的遲延以及契約總

⁸⁵ 茲引原文如下：There is no need to read the doctrine so restrictively as to hold that it applies only to deviations which are specifically within the conventional changes clause. The doctrine is couched in terms which apply generally to modifications which are so fundamental that they cannot be redressed within the contract by an equitable adjustment to the contract price, whether under the Government Furnished Property clause, the traditional changes clause, or any other.

⁸⁶ 茲引該條款內容之原文如下：The change in price and/or delivery date described above, is considered to be fair and reasonable and has been mutually agreed upon in full and final settlement of all claims arising out of this modification including all claims for delays and disruptions resulting from, caused by, or incident to such modifications or change orders. 參見：773 F. Supp. 336.

金額的增加。其中 Lipan 原本預定在 1984 年 10 月 8 日開工、1985 年 3 月 23 日完工，約 5 個半月的工期；最後至同年 7 月 19 方能完工，變成是 9 個半月的工期。而 Ute 則原先預定 1985 年 2 月 8 日修理到同年 7 月 23 日，是個大約 5 個半月的工作；但經過契約「調整」後，被要求於同年 6 月 10 方開始修理至隔年即 1986 年 6 月 2 日，拖遲之外幾乎變成了要整整 12 個月的工作。契約總價金也增加了\$4,609,372 元，加上原本的\$5,809,073 元，被告已經支付\$10,418,445 元。總結來說，工期大約變成原來的 200%、而成本也增加了 80%，故承攬人請求因定作人重大變更之違約所致之遲延損害賠償。然而，被告即政府方面，自然會援引上述「豁免條款」抗辯：雙方已經約定依本條處理就是最終之決定，詎料對造竟另行起訴，請以即決判決(summary judgement)直接駁回該請求。

法院引述了諸多過往判例對重大變更之見解後，否定被告援引「豁免條款」而為之抗辯，並說明如下：與遲延或擾亂工作不同，「重大變更」在上述之「豁免條款」並未提及，亦無法由其條款內容直接或間接推論得知該條款有意豁免定作人對於「重大變更」索賠事件的責任；若欲解為該條款有意豁免定作人重大變更之責任，恐怕無法通過文義是否太過於模糊(ambiguity)之標準，故無法作此認定。因此，被告即定作人請求以即決判決駁回原告之訴，礙難照辦。

6. **Thermocor v. U.S.**, 35 Fed.Cl. 480 (1996).

原告承攬某件軍方處理遭多氯聯苯污染廢土之工程，雙方於 1989 年 10 月 19 日訂約，契約總金額為\$15,500,000 元。本件工程的起源是來自環保署(EPA)調查發現將近 10 年來，在該地區居民為了防止塵土飛揚，將含有多氯聯苯之廢棄油倒在建築物周圍的泥土道路上，而在 1985 年作出第一份報告(簡稱為 ROD)建議挖除這些受污染的土壤，當時估計大約 28,750

立方公尺（或 37,600 立方碼）必須移除和處理。後來環保署另外發包請一家 Ebasco 公司重新詳細調查，在 1989 年 2 月提出報告，認為污染範圍比起當初環保署所估計要小些，故當軍方參考該報告而提出關於清運計畫時，在 1989 年 5 月提出之建議書（簡稱為 RFP），對於清運廢土數量之估計低於當初環保署做出的 ROD。

契約中有爭議的三個工作項目，分別是：#6 估計要開挖 19,000 立方碼的污染廢土、每立方碼單價\$19.99 元；#14 此部分之污染土壤要進行「除去多氯聯苯」之化學工程，估計有 21,000 噸、每噸單價\$375.30 元；#15 清運並處理估計約 1,000 噸受污染廢土，每噸單價\$434.27 元。此外，還有軍方認定的轉換因數：1.105 噸/立方碼⁸⁷，也是爭議所在。

原告主張：在被告即軍方之指示下，最後原告被要求進行「除去多氯聯苯」之受污染廢土，共計有 41,735 噸，遠超過當初估計 21,000 噸；清運的廢土也不是當初估計的 1,000 噸，實際數量增加了大約 620 噸。爰依 *Saddler*⁸⁸判例見解，主張如此數量龐大之變更該當於重大變更之違約態樣，而應予損害賠償。

主要爭點大約可整理如下：

- (1) 原告可否主張信賴被告當初在契約中估計之工作數量？
- (2) 被告在 RFP 提出之「轉換因數」數值是否過低？（相較於 ROD）
- (3) 處理、清運廢土之程式，是否均已被契約之規格鎖定（承攬人有無選擇作業方式之空間）？
- (4) 最重要也最受矚目的問題是：到底「真正」超過原來估計的數量是多少？原告堅稱最後進行「除去多氯聯苯」程式的土壤有 41,735 噸、遠超過當初契約中估計的 21,000 噸；然而被告堅持頂多只有 33,360 噸。這個

⁸⁷ 筆者以為，這指的是軍方估計的土壤密度（單位元體積的質量），不過判決用語是 “conversion factor”，故暫從之稱為「轉換因數」。

⁸⁸ 287 F.2d 411(Ct.Cl. 1961)

差異的來源是因為「土壤含水量」的問題，到底要不要將土壤含水量剔除來計算工作數量，便成為本件重要的爭點。

根據以上原告所提之數量差異，本件確實有可能構成「重大變更」；不過由於有以上諸多事實尚未釐清，且被告有相反之主張，故尚無法作出即決判決(summary judgement)。

第三項 法院否定為重大變更之案例

1. General Dynamics Corp. v. U. S.⁸⁹, 585 F.2d 457(Ct.Cl. 1978.)

本案涉及三個契約。第一個契約是原告公司本身在 1960 年 6 月 14 日得標的 NObs-4355，製造 SSN 613、614、615 號核潛艦（不過 613 號不在本次爭訟範圍），準備在其康乃迪克州的 Groton 船廠製造（下簡稱 Groton 契約）。另二者原來是訴外人伯利恆鋼鐵公司分別於 1961 年 11 月 30 日、1962 年 8 月 22 日得標的 NObs-4509、4583，準備要在其麻州的 Quincy 船廠生產製造 SSN-638、649 號核潛艦（下均簡稱 Quincy 契約）；不過後來這家訴外人伯利恆公司自忖沒有能力承接此種案件，遂將上揭廠房出售給有多年經驗的原告公司，並於 1963 年 12 月 31 日經被告海軍方面會同之三方協議，而讓渡此二契約上權利義務給原告，至此系爭案件中三個契約之承攬人均歸原告矣。

上述 Groton 契約中 SSN 614、615 以及 Quincy 契約中 SSN 638 原本設計為 Class 593 等級的潛艦，而另一個 Quincy 契約（應係指 SSN 649）則係設計為 Class 637 等級的潛艦；不久之後，前三艘潛艦也全部被更改設計為 Class 637 等級。在 1963 年 4 月 10 日發生了所謂的「長尾鯊(Thresher) 攻擊核潛艇事故」，其為 Class 593 等級的潛艦，而在試航中設備故障導致

⁸⁹ 前揭 Guy W. Harrison 氏著一文中將本案歸類為第二類，即「法院肯認重大變更但...」；不過詳細閱讀該判決後發現並非如此，法院「否定」本案構成重大變更，故改分類於此。

沉沒，所有船員 129 人無一生還。海軍方面立刻調查這場災難發生的原因，並且修改所有進行製造中潛艦的規格，在 1963 年 12 月第一次發出了變更指示，陸陸續續還有更迭的變動。這些源自於海軍爲了安裝名爲 subsafe⁹⁰之安全設施之計畫，引發了一連串的變更，而這也是因爲海軍始終沒有能力一針見血地指出長尾鯊號的沈船原因，所以才會陸陸續續發出變更指令。由於這些不斷更迭變動的指令，使得原告本想要藉由先生產 SSN 614、615 之經驗而培養熟練的員工（原告所謂之累積計畫，即 rollover plan），以賡續進行 SSN 638、649 之製造，利用規模經濟而達到成本降低、成本攤平的目標，但這些好處原告均無法享受，原告蒙受所謂衝擊效應之損失

（impact losses），原告只好雇用無經驗的員工來面對原本已經夠複雜的設計、又加上爲數眾多的變更，造成許多錯誤而必須重新施作的工程。完工日期一再延宕，以 SSN 614、615 爲例，原告曾經預測大約會遲延大約 9 個月，也就是猜想或許分別會在 1965 年 2 月 9 日及 6 月 9 日交貨，不過後續一直還有變更指令，最後真正交貨日期則分別在 1965 年 11 月 16 日以及 1968 年 1 月 25 日。

原告提出兩種理論求償，其一便是被告所爲變更命令造成如此大量的工作變更，實際上已構成重大變更之違約；其二則是由於對 SSN 614、615 的變更命令，排擠了 SSN 638、649 建造時本可利用到的資源和設備，故對於 SSN 638、649 而言構成了擬制變更，並暗示上述事實，可能另外還構成契約中之停工條款以及變更條款的部分停工、然後又趕工之問題（以下僅就「重大變更」部分著墨）。

雖然法院認爲若根據前述 *Air-A-Plane Corp. v. U.S.*⁹¹一案提出的七項

⁹⁰ 爲避免發生類似前述海難而發展之一種可供緊急浮航用之壓載水櫃高壓(3000psi)氣體排水裝置，參見：陳生平，潛艇外型演進與設計能力提升，第十屆軍艦工程研討會，頁 1-8。Available at: <http://www.ship.org.tw/manage/Research/paper/109.pdf> (last visited May. 21, 2011).

⁹¹ 408 F.2d 1030 (Ct.Cl. 1969).

考量標準觀之，本件之契約 NObs-4355 可能極密接於「重大變更」之概念而達於可裁判之地步，不過法院認為還有一項因子要考量。源自於南北戰爭時代爲了海戰而製造 monitor 戰艦而衍生 *McCord v. U.S.*⁹²一案的啓發(本案所涉之契約係最早使用變更條款者，而首創變更條款之人，爲海軍方面的 vom Baur 先生)，該案判決認爲，就此種攸關國家安危而有軍事上急迫情況者，聯邦政府之一方所握有之依契約變更條款而發動之變更權限應予廣泛寬認，爲了改善戰爭工具之缺陷，無論有何工期展延或費用追加，除非超出此目的、而顯有濫用該變更權限，否則不應認爲聯邦政府必須在原訂契約額數外需要負何損害賠償責任；爲了完成這場這場革命或戰爭，需要投入所有人力物力，製造在任何環節上均足以與敵人抗衡的戰艦，而爲此發動的各項變更，可能因爲當時科技水準不足而必須不斷更新，甚至需要戰火洗禮之後才知道尚有不足，即使因此導致最終的產品與原先設計的根本不一樣，但仍不能因此而認爲這些變更指令脫逸了變更條款賦予聯邦政府的變更特權。在本件雖然時空背景改變，但一樣是攸關國家安危存亡（此時正是美蘇冷戰時期，雙方進行軍備競賽、維持恐怖平衡），本案的潛艦與前述案例之船艦一樣，都是當代科技極限之產物，都要面對戰爭的危險，而一旦發生危險，整艘船艦或潛艦的所有人員都有全部遭難覆滅的凶險，爲了他們以及整個國家的存亡，在 *McCord* 案中決定聯邦政府是否濫用變更條款的權限，必須考量其時空背景等環境，不可能援用 *Air-A-Plane* 一案的思考邏輯，只是比較變更與未變更部分的數量等等就能決定的，這個判斷標準足以應付製造煙霧產生器之案件，但在 *McCord* 案則不敷使用；同樣地，在本案承攬人製造核潛艦而涉及國家安全的案件，也不能援用這樣的判斷標準，故駁斥原告認本案構成重大變更之主張。

2. Walters v. U.S., 130 F.Supp 360 (Ct.Cl. 1955).

⁹² 9 Ct.Cl. 155(1873), aff'd sub nom. Chouteau v. U.S., 95 U.S. 61, 24 L.Ed. 371 (1877).

原告為一位律師，與被告簽訂契約，而由原告為被告預計將採購之約 250,000 英畝土地製作大約 3,000 份所有權憑證（certificates of title）。但是後來被告有 50,000 英畝之土地取消採購，故最後只需製作 1,651 份所有權憑證的工作量（減少將近 50%），原告主張：被告減少的工作數量太多，認為構成「重大變更」之違約，被告應給付原告損害賠償\$20,235 元。

不過，法院認為契約中已經明示「採購官得增減所有權憑證之總數量」一語，而事實上減少的所有權憑證數量之原因，部分係因為某些土地雖為多宗但為同一人所有、部分確係因減少了 5,000 英畝之採購。不論如何，契約中既然未明示確定、固定之採購數量以及所有權憑證之數量；而且也已清楚約定原告允許定作人增減工作數量，故法院並未肯認本件構成重大變更。不過，被告決定減少採購數量之後，並未儘速通知原告將減少工作數量，反而拖了 7 個月才通知，此舉確實可能增加原告之工作成本，本案將待聽取原告因此所多支出費用部分之證詞，再作決定。

3. **F.H. McGraw and Co. v. U.S.**, 130 F.Supp. 394 (Ct.Cl. 1955).

原告承攬退伍軍人醫院工程，原契約預定在 400 天之內完工，但因施工過程中被告指示了相當廣泛的變更，並因此作出部分停工指令，最後完工時共花了 1,073 天，工期大約增加了 168%。定作人代表即採購官認為原告對於工期遲延並未有何可歸責者，並未對之請求遲延損害賠償。但原告認為此等變更已經構成重大變更，請求被告就此違約負損害賠償責任。

惟法院認為，被告所指示之變更均為建築物內部之樓梯或內部配置，雖然變更幅度不小，但均尚未涉及基礎結構之變動，因而認定該等變更仍在原契約通常工作範圍，為原告承攬工作時得預見者，故並非重大變更也。

4. **Magoba Constr. Co. v. U.S.**, 99 Ct.Cl. 662 (1961).

原告承攬位於紐約布魯克林區的郵局以及法院之擴建、改建工程，契約總金額\$2,050,000 元，預定工期 720 天。契約條款第 3 條、第 5 條為常見之變更條款以及因此增減工作後之衡平調整報酬機制。被告總共指示了 62 個變更，調整後契約報酬增加\$80680.23 元（約增加 3%），而最後完竣工程係在原訂之完工日期後 96 天（約增加 13%）；但原告主張：被告總共造成 244 天工作遲延，且所指示變更過多，應構成重大變更之違約。

法院認為：上述 62 項變更中，有 56 項變更係增加工作，報酬增加 \$107,975.98 元；其餘 6 項變更為工作數量減少，並減少報酬\$27,295.75 元。總和來說，契約報酬淨增額為\$80,680.23 元，其中\$15,000 元為原告之利潤。這些變更並未超出原告締約時可預期之通常工作範圍，且均為完成或改善工程所需要，而且每一項變更報酬調整之增、減數額，都是經過雙方合意的。被告即政府一方行使依契約所賦予之正當變更權限，或許因此造成若干停工或工作連續性之中斷，但這是不可避免的，也不應因此而使之負擔遲延之損害賠償責任，除非被告顯然濫用此特權或以其他方式不合理地阻延原告繼續工作，而構成違反契約中明示或默示之任何條款。但是，本案原告未能舉證說明被告有何違約，甚至依其證據觀之，被告所為之變更均為完成原契約工作之合理指示。採購官就原告請求工期展延亦頗為寬容而開明；而細究本案原告所主張大部分的遲延，根據綜覽全部證據後，幾乎都是原告自身問題居多，諸如：財務不穩定，欠缺經驗、技術、專業能力，欠缺適當地預先規劃，就不同工作介面之次承攬人整合能力之欠缺，等等，原告不得宜的計畫以及溝通合作，造成了工作的混亂，才是工期遲延最主要的原因。總結來說，原告未能舉證被告違反契約中任何一個條款，也未能證明受有何損害可歸責於被告所致，故駁回原告之訴。

5. **Laburnum Construction Corp. v. U.S.**, 325 F.2d 451 (Ct.Cl. 1963).

原告承攬海軍基地之高壓蒸汽管道工程，但因契約之規格有諸多缺失，導致許多工作停擺，且對線路位置作了許多變更，工期也從原先預定的 300 天變成了 544 天（大約增加 80%），原告認為本案構成了重大變更之違約。

法院認為：大致上來說線路位置仍然維持跟原先的契約所定者差異不大，線路總長度也沒有太大變化，也沒有增加管路的數量，故並未有何原告所稱變更工作本質之情事，而單單只是工期之展延，不足以構成重大變更也。

6. **Aragona Const. Co. v. U.S.**, 165 Ct.Cl. 382 (1964).

原告承攬退伍軍人醫院工程，而被告發出許多變更命令，這些變更主要是替換材料，而尺寸、樓梯或設施之數量等等，均未變更。整個計畫中，被告共發出 65 個變更命令、37 個小幅調整(minor modification)，原告認為構成重大變更。

法院認為這些變更尚未超出原契約之通常工作範圍，原告依契約要建築的是一棟鋼筋混凝土結構的醫院，這正是原告所完成之工作(exactly what it built)，難謂有何重大變更也。

7. **J.D. Hedin Construction Co. v. U.S.**, 347 F.2d 235 (Ct.Cl. 1965).

原告承攬退伍軍人醫院建築群工程，包含一棟有 500 個床位的醫院、以及一連串附屬的建築群。直到完工為止，被告發出了 33 個各種各樣的變更命令，而原先預定之工期為 540 天，最後實際共花了 1,408 天才完工

(大約超出了 175%)。原告因此認為這些變更命令以及所造成工期之遲延構成重大變更。

法院認為這些變更的數量和本質，在這種規模的工程中並非不尋常；而在得宜的變更命令下，單單僅是工期之展延乙事，尚難謂為重大變更也。

7. **Wunderlich Contracting Co. v. U.S.**, 351 F.2d 956 (Ct.Cl. 1965).

原告承攬退伍軍人醫院工程，在工程進行中被告發出為數眾多的變更命令，包含牆壁位置、天花板高度、表面處理、色彩替換、門之調整、結構及尺寸變更等等，不一而足。工期由原先預定的 540 天，展延至 858 天（約增加 58%），成本也大約增加 6% 至 20%，故原告認為本案構成重大變更。

法院認為：這些變更並未更動本件契約之本質，且當為承攬人締約時所得預見或料想者，而變更造成的成本溢出之幅度亦不足以構成重大變更。所以，很顯然地，雖然原告進行本件工程之工期長了些、成本也多花了些，但終究還是進行本質上與原來契約相同的工程，難謂有何「重大變更」矣。

8. **McDaniel v. Ashton-Mardian Co.**, 357 F.2d 511 (9th Cir. 1966).

本件係「次承攬人」（下包）主張「承攬人」（上包）有「重大變更」之違約的案例。本件被告承攬空軍基地工程，而原告係次承攬人。由於定作人即政府方面發出了 39 個變更命令，工期由原本 450 天變成 646 天才完工，原告因此主張被告有重大變更之違約。法院認為增加之鉛管工程係在原告締約時所得預見料想之範圍，而單單僅是工期展延本身尚不足以構成「重大變更」也。

9. **Keco Industries, Inc. v. U.S.**, 364 F.2d 838 (Ct.Cl. 1966).

原告承攬軍方製造 270 個製冷機組，其中 100 個係汽油驅動機組、另外 170 個則是較便宜的電力驅動機組。然而在原告將要開始生產汽油驅動機組前，軍方發出變更命令，要求將全部較貴的汽油驅動機組全部替換成較便宜的電力驅動機組，原告主張此為重大變更而請求損害賠償。

法院認為所有規格除了電力單元部分以外均無不同之處，故原告並未面對新的或未知的工作項目，亦未增加何開支，相反地，這還減少了施工的花費。因為本件契約最核心的本質(essential nature)並未有何變更之處，故本件難認構成重大變更也。

10. **S.J. Groves & Sons Co. v. U.S.**, 661 F.2d 170 (Ct.Cl. 1981).

原告承攬內政部之水管線路工程，契約總金額\$220 萬元。在壓力測試時，管線沿著長度方向全部破壞。被告提供兩種方案給原告選擇：其一是把全部已鋪設之管線拆除，重新按照原來規格再作一次；其二是在既有管路內安裝不銹鋼內襯以加勁之。原告選擇了後者，而完工總成本共增加了\$600 萬元。原告主張該管線破裂係因被告提供錯誤的規格所致，且被告所為之指示造成管線成本劇烈增加，係構成重大變更之違約。

法院認為，被告提供兩方案給原告選擇，而原告卻選了特別貴的方案，欲謂此為政府即被告之違約，毋寧係原告自己的選擇才會造成成本或費用如此大幅的變更⁹³。

⁹³ 本件判例見解恐不恰當。參照前述肯認為重大變更之判例如 *Saddler*、*Keiwit*、*Airprep* 等等，變更幅度均遠小於本件，卻均被法院肯認原告重大變更之主張；若要說有何區別，或許是本案中政府「好像」提供了兩種方案選擇，但是請再想一想：一個是打掉重作、一個是加裝不銹鋼內襯，前者費用是直接加倍、後者是更是增幅可觀，即便選前面這一個方案，按照前開判例見解也該當於重大變更。既然選項中無論何者均會構成重大變更，那怎麼會因為有兩個方案選擇，就讓政府豁免重大變更之責任呢？以上質疑，參見：Guy W. Harrison, Esq., *The "Cardinal Change" Doctrine As A Defense To Surety Bond Claims: A Practical Guide To The Federal Case Law*, EIGHTH

11. **In re. Boston Shipyard Corp.**, 886 F.2d 451 (1st Cir. 1989).

波士頓船廠承攬軍艦之裝修工程，原訂 100 天之工期、總金額約\$500 萬元。本契約為一開口契約、檢查契約，其工作範圍尚未特定，須俟將船艦拖入乾船塢並拆開檢視之後方能確定。在工作進行中，波士頓船廠將通知軍方發現何處有何問題，而接著就會產生許多變更命令了。本工程進度自然有所延宕，而這些變更命令也造成了大約\$150 萬元之額外費用，波士頓船廠主張此為重大變更。

法院認為，既然雙方之契約中設有變更條款，而本件契約又是開口契約、檢查契約（open and inspect contract），工作範圍尚未完全特定，則波士頓船廠當可由契約條款內容中合理地預見或料想、將來定作人必然會發出變更命令以完成其工作之目標，故系爭案件之契約本質上便係如此，難謂有何變更其工作範圍之本質，並非重大變更。

12. **Brant Construction Co., Inc. v. Metropolitan Water Reclamation District of Greater Chicago**, 967 F.2d 244 (7th Cir. 1992).

原告承攬興建水庫之部分工程。依照被告原先之估計：總共 596,192 立方碼的開挖工程要進行，其中 18,006 立方碼是較昂貴的挖泥(dragline)施工方式，而另外 578,186 立方碼則是較便宜的刮泥(scraper)施工方式，不過，這只是被告一開始的估計。原告同意以每立方碼\$1.9 元之代價，進行全部開挖工程；也就是原告依上開數據評估後同意以此單位價格計算整個開挖工作，但是因為這是基於上述被告錯誤估計之工作數量所算定之價格，原告或許最後對於提出這個單價感到有些後悔，而興起本件訴訟。

後來在實際施工中，被告發現原來預定之開挖線那一層土壤為沼泥

(laucustrine)，不太適合進行未來的水庫工程，遂指示原告再挖更深一些，而最後原告被要求超挖的部分共 67,804 立方碼，而這些超挖部分幾乎都是需要用較貴的挖泥(dragline)方式進行。不過，雖然較貴的挖泥方式的工作量大約增加了 3 倍，但是整個開挖之工作量僅僅增加大約 7%。

雙方對於「被告應予上訴人補償」這件事並無爭議，問題在「該補償多少」。簡言之，被告認為應依照原先約定價格：每立方碼\$1.9 元核算即可；而原告認為增加那麼多比較貴的挖泥(dragline)工程，單價不可能比照原先約定者，應該要提高到每立方碼\$4 元才合理，而主張本件被告之指示構成重大變更，並請求損害賠償。

法院認為：契約中已經約定，工程司有權指示移除「不適合的材料(unsuitable material)」，且移除之費用必須按照契約所約定者。原告對此爭執，認為如果契約條款賦予工程司移除任何他認為不適當之材料，豈不讓工程司之權限大到可以指示上訴人「給我挖到中國去⁹⁴」云云；並主張材料適不適當，應交由陪審團決定。法院則舉出多則判例回應，「當事人才是對於契約標的是否滿意唯一的裁判者⁹⁵」，關於開挖線的土壤品質是否「合適」於被告，這牽涉到同上滿意度問題，這只能採主觀標準，無法交給陪審團決定，何況本件契約已經明示將此事交給被告即定作人代表之工程司決定，且原告未能指出工程司執行此判斷時有何違誠信情事，則雖然確實超挖甚多，也難謂此並非原契約所定通常工作範圍。此外，本件雙方之契約中已經約明瞭固定的單價，即便約定的單價似乎確實過低，原告仍無法主張更多的補償。簡言之，法院否定原告重大變更之主張，也不同意給予更多一些的衡平調整補償⁹⁶。

⁹⁴ 原文為：“dig to China”.

⁹⁵ 原文為：A party is sole judge of its own satisfaction, without regard to the justice or reasonableness of [its] decision, and a court or jury cannot say that such party should have satisfied when [it] asserts that [it] not.

⁹⁶ 筆者以為本案之判斷有些不近情理，似應先調查較昂貴的 dragline 方式工作之一般市價行情，再計算因為大幅增加該類工作、導致成本增幅的比例，才能決定是否構成重大變更；但本案似乎

13. **AT & T Communications, Inc. v. Witel, Inc.**, 1 F.3d 1201 (D.C.Cir. 1993).

首先要說明，本件是另一種類型的「重大變更」，這是屬於「第三人異議類型」的重大變更，並不是承攬人告政府違約，而是第三人爭執政府在其他廠商得標後，又作了太多工作的變更，根本變成另一個新的契約，應該要重新發包、開標也。故在本案型「重大變更」之意涵，自然不會是「違約」與否，而是「違法」：違反政府採購公開、公平競爭之原則，亦即美國的契約競爭法(CICA, Competition in Contracting Act)所要求者。

原告承攬政府之電信系統工程，其中一部份是資料傳輸工程，預估之契約金額為\$50 到 80 億元。締約後，原告提出更為尖端科技的資料傳輸工具、而政府也接受了，這部分又增加了\$1 億的契約金額。被告為「次低標」之未得標者，對此自然感到不滿，遂向 BCA 抗議政府此舉違法、政府對契約之變更指示構成重大變更，應該重新招標，而 BCA 竟然裁決准許了被告之抗議；於是原告乃向法院提起本訴，對該 BCA 之裁決爭執。

法院否定 BCA 之裁決，判決原告勝訴，認為：BCA 誤將焦點放在 T1 或是 T3 傳輸系統之選用，而重點應係將該變更或調整置於整個契約脈絡下觀察。基本上，在此種「第三人異議」類型之重大變更，關切者並非政府是否違約，而係政府之變更或調整是否違反法律對於公平競爭之要求。相較於主張政府違約之重大變更判斷標準之「契約通常工作範圍(“scope of

未見到此法院調查與判斷過程，逕自不採原告重大變更之主張。另外，本案之案情應同時也構成「地質重大變異」(Differing site condition)，不過原告並未主張之，或許因依美國法上之「地質重大變異」主張上亦遭遇其他困難有以致之。而若本案件發生在我國，或許原告可援引「情事變更原則」聲請法院調整價金；雖然有謂此種情形不構成「情事變更原則」，蓋地質情況乃客觀之存在，對於地質狀況的誤認並不該當於「客觀情事」之變更云云，不過似仍以肯定之見解居多；且參考德國新債法第 313 條第 2 項也對於情事變更原則作了調整，納入此種「雙方動機錯誤」之主觀誤認情狀（亦即主觀行為基礎喪失），似較為合理。參見：吳若萍，「公共營建工程契約中遲延完工之問題研究：以不可歸責於承攬人為中心」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 228-229，2008 年。

work” test)」、在此種主張政府違反公開招標規範之重大變更判斷標準則係任何潛在投標者「於招標時通常可預見之工作範圍(“scope of competition” test)」。這個分析之重點在於：當初整個招標過程顯示之工作範圍，與變更或調整後之契約工作範圍相比較；若當初招標時，已揭示了較為廣泛之工作範圍，則自然地其後之變更或調整，就比較不會構成必須重新招標之「重大變更」。本案 FTS 2000 契約是一個長達 10 年之契約，潛在投標者理當知悉在這樣長期的時間中，政府需求可能變更，自然也可能會有很大的變化；此外，在契約條文中明白揭示有「服務改善條款(Service Improvements Clause)」，鼓勵承攬人提出對於工程之改善計畫，甚至在每個年度都提出新的服務計畫時，該年度計畫本身就是提出新服務建議的機制，以符合政府在此長達 10 年之契約中的需求之變更。綜上以觀之，本案之契約變更或調整，應當尚在原招標時可以預見之工作範圍，難認其構成重大變更，故廢棄 BCA 之決定，判原告勝訴。

14. **Cray Research, Inc. v. Department of the Navy**, 556 F.Supp. 201 (D.D.C. 1982).

本件同上案例，係「第三人異議類型」的重大變更，其意涵不是違約，而是違反契約競爭法。案例事實為「次低標」之未得標廠商，主張被告即海軍方面讓「最低標者」得標之後，其工作結果不符規格、又再給予第二次機會補救，但該補救工作本身構成重大變更，而主張被告應重新發包。

本件被告海軍方面需要之天氣預測系統，原來之訴外人即「最低標」廠商提供符合當時科技水準之機器，被告要求該電腦系統必須通過四項標準測試，前三項均通過了，但第四項未能通過，故不合於海軍需求之規格，所以被告才會讓訴外人即「最低標」廠商，替換就當時科技而言極端先進的電腦設備，以符合海軍之需求，法院認為：這樣的替換應該不會構成重

大變更，僅係被告為達契約目的必要之替換，難謂其有何過咎；何況這是關乎國家安全、攸關公益之事，若僅為了一項測試不通過、就要重新招標而遲延海軍裝備之需求，吾人不能容許這樣的主張。

第三節 判例見解之歸納與整理

第一項 要件部分

第一款 承攬人主張構成重大變更

首先是第一類案件，由承攬人主張定作人之指示構成重大變更，而藉由上述案例之觀察，或可尋找出聯邦法院判斷此種案例是否構成重大變更之脈絡，大略是著眼在「數量」和「性質」的方面⁹⁷：

(一) 數量：

大致上又可分為三個面向：「尺寸（工作規模）」之變更、「成本或費用」之變更、「工期」之變更。

如果僅僅「工期」之變長許多，顯然法院不太在意，如：前述 *Laburnum Construction Corp. v. U.S.* 案、*J.D. Hedin Construction Co. v. U.S.* 案、*Wunderlich Contracting Co. v. U.S.* 案、*McDaniel v. Ashton-Mardian Co.* 案等等，雖然工期均延長甚多，但由於尺寸和成本或費用方面變化不大，法院便拒絕認定其為「重大變更」之主張⁹⁸。

⁹⁷ 此歸納參考下文之見解：Guy W. Harrison, Esq., *The "Cardinal Change" Doctrine As A Defense To Surety Bond Claims: A Practical Guide To The Federal Case Law*, EIGHTH ANNUAL SOUTHERN SURETY AND FIDELITY CLAIMS CONFERENCE APRIL 3-4, at 9, 1997. Available at: <http://www.forcon.com/papers/ssfcc/1997/Harrison.pdf> (last visited May. 21, 2011).

⁹⁸ 另參閱 Stephen A. Hess, J.D. "Cardinal Change" Doctrine in Federal Contracts Law, *American Law Reports*, 9 A.L.R. Fed. 2d 565 (Originally published in 2006)，由該文第 42 頁標題 "Changes involving Time of performance" 觀之，作者似乎意指也有因為工期變化劇烈而被認定為重大變更者。不過詳閱其內容，乃以定作人未能依約提供先進的來源主控圖說 *Westinghouse* 一案為例，而該案重點當非「工期」之變更、而係工作「性質」顯著變更。故筆者以為其行文方式或許有些引人誤會，美

至於尺寸、成本或費用之變化，則法院顯然比較同情承攬人，只要其中一項有大幅度變化的時候，法院就會傾向肯認該等變更指示為重大變更，如：*P. L. Saddler v. U.S.*案、*Peter Keiwit Sons' Co. v. Summit Construction Co.*案等。大部分的案例都是大約變化幅度接近 100%時會承認為「重大變更」。不過，以上是指增加工作之情形，至於減少工作或所謂工作減項之時，大概達到 10%之幅度便會被認為是重大變更，如 *General Contracting* 一案。

(二) 性質：

當法院認為工作性質顯著變更時，即使在尺寸、費用或成本方面變化並未達到特別激烈的程度，法院也可能會認定構成重大變更。不過，當然標準也顯得比較模糊些。雖然如此，大致上還是可以將此類案例類型分為三個面向：

1. 其一就是「基礎結構設計」之變更，例如：前述刪除一棟建築物的 *General Contracting and Construction Co. v. U.S.*案；將飛機庫之建築基礎設計整個改變的 *Luria Brothers and Company, Inc. v. U.S.*案；原先約定要提供先進的來源主控圖說(SCD)、最後卻沒有能力提供的 *Westinghouse Electric Corp. v. Garrett Corp.*案；依照契約條文僅就袋屋之「進氣口」部份要求穩定恆壓、定作人卻堅持要求在整個袋屋內整體全部維持穩定恆壓的 *Airprep Technology, Inc. v. U.S.*案等等。

2. 其二係明顯增加契約工作範圍外之額外工作，如：原本同意承攬人使用某生產設備、其後卻將該設備出售轉讓他人之 *Allied Materials and Equipment Co., Inc. v. U.S.*案（不過法院在該案並未作成決定，只是傾向認為構成重大變更而將案件發回）、推而廣之，若原本係單純之施工契約、卻變成承攬人必須再額外自行研發或設計者，法院或許也會傾向認為構成

國聯邦法院判例中，似仍未見以「工期」變更為由、認定為重大變更者。

重大變更。

3. 其三係「施工方法」之本質變更，例如：放棄原來契約規格、改爲要求以「試誤法」進行工作的 *Luria Brothers and Company, Inc. v. U.S.*案，推而廣之，若原本約定在工地現場鑄造、後卻改爲必須在較遠或較貴之處所先行施工再載運至施工現場，或許法院也會傾向認爲構成重大變更。

此外，吾人也注意到有一些特殊情形，即便變更幅度再大，法院仍傾向不認爲構成重大變更。最明顯的就是牽涉國家安全的案例類型，如前述 *General Dynamics Corp. v. U.S.*一案，雖然法院同意在一般案例中應認爲該等指示係重大變更，但就該案中仍否定其構成重大變更，理由便是國家安全；而在以上所舉最後一個「第三人異議」之 *Cray Research, Inc. v. Department of the Navy* 一案亦然。

第二款 第三人（未得標廠商）主張構成重大變更

另一類案件，則並非由承攬人發動的紛爭案件，而是在公共工程招標「未得標廠商」主張之重大變更。此時所謂「重大變更」之意涵不同於前者乃指涉定作人「違約」，而此處係指定作人「違法」：違反採購相關法律之規定，亦即違反公平、開放競爭之精神，在美國則係 CICA(Competition in Contracting Act)所要求者，或可相當於我國之政府採購法也。前述承攬人主張政府違約之重大變更者，其判斷標準爲「契約通常工作範圍(“scope of work”）」是否包含變更後之工作；而第三人主張政府違反公開招標之法律規範之重大變更者，其判斷標準則係任何潛在投標者「在整個招標過程中通常可預見之工作範圍(scope of competition)」是否包含變更後之工作，此處觀察之重點在整個招標程式檔中所使用之文字等說明，而與前者著眼於工作略有不同。例如：在契約條文中已經揭示將有更新或升級之計

畫，則競標廠商當由此已可知悉將來工作範圍會因此變更，則難謂因該更新或升級而有何超出預期之變更也，前述 *AT & T Communications, Inc. v. Wiltel, Inc.* 案即為一例。

第二項 效果部分

就承攬人主張為重大變更而為法院肯認者，在美國法上效果有兩種⁹⁹：其一為承攬人得拒絕繼續施工而終止契約，其二則是繼續施工、但就此部份享有報酬請求權，亦即「勞務之不當得利請求權」¹⁰⁰（所謂的 quantum meruit）。

至於就公共工程未得標之廠商即第三人主張其為重大變更者，顯然係指採購官規避契約競爭法(CICA, Competition in Contracting Act)之要求而違法，該變更後之工作部分為新的契約，不得使該廠商為得標者，而應重新招標¹⁰¹。



⁹⁹ Alan Winkler, *Changes*, 收錄於 WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH, CAROL J PATTERSON, EDS, *CONSTRUCTION LAW* at 452 (ABA 2009).

¹⁰⁰ 參見：潘維大，「英美法導讀講義」，頁 30 (2003 年)。

¹⁰¹ JR., JOHN CIBINIC ET AL., *ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS*, at 389 (4th ed, 2006)

第四章 我國現行法制下引入重大變更理論之可能性

第一節 問題意識

雖然前面已經藉由許多美國聯邦法院之案例¹⁰²介紹重大變更理論，不過為求明確，在此還原問題之本貌，重新描述目前所要處理之問題：由於工程承攬契約中特殊之需求，往往設置有「變更條款」，而依據變更條款賦予定作人指示工作變更之權利，但是該變更指示仍有一抽象不確定之界線，逾越該界線就會被論為重大變更；一言以蔽之：工程承攬契約中定作人指示變更之權利範圍究竟如何？超過該界線時要賦予何效果？

所以，可以將這個問題拆解成幾個部分：

其一是關於定作人對工作之「指示」、乃至變更之指示，吾人當如何看待，係協力義務？抑或其他義務？又，協力義務為對己義務抑或對他義務，違反該義務是否將構成債務不履行？

其二是如何劃定指示變更權限之範圍？

其三是就超出變更權限範圍之指示，應賦予如何之效果？

以下分別檢討在我國法制下，應如何面對以上諸問題。

第二節 定作人對工作之「指示」應如何定性？

依國內多數學者見解，工程承攬契約之履約過程中，定作人或承攬人往往均必須為若干協力之行爲；尤其定作人方面，工作之完成常有賴於定

¹⁰² 囿於筆者資料蒐集能力，本文僅就美國法律實務上對此類紛爭事件發展之重大變更理論介紹，並與我國法之接軌進行研討，至於其他外國法上之討論及發展均暫時從略。

作人提供協力者，此為工程承攬契約之一大特色。一般認為，定作人應協助提供合於施工條件之工地、提供正確之施工圖說、辦理變更設計、關連廠商協調、乃至適時提供指示等¹⁰³。

揆諸以上學者勾勒定作人應協力之範圍，「變更設計」以及「適時提供指示」等，所指涉者均正是定作人對工作之「指示」。依此脈絡觀之，該「指示」當可解為該當於我國民法第 507 條第 1 項中所謂「工作需定作人之行為始能完成者」，而論為係定作人之「協力行為¹⁰⁴」。該協力行為在通常是指受領行為，在一般承攬契約固然可解為不真正義務，但在複雜的現代型工程承攬契約中，當有所不同¹⁰⁵。

若定作人「指示不適當」時（亦即超過契約通常工作範圍時），是否可進一步類推適用同法第 509 條、或依民法第 227 條，認為係可歸責於定作人之不完全給付而請求損害賠償？此涉及學說及實務上頗具爭議的「協力行為」之定性，亦即協力行為是否為定作人之義務、該義務之性質等等，詳以下之說明。

第一項 真正義務或不真正義務？

在契約當事人間存在許多種類之義務群，違反義務往往構成違約即債務不履行，依其性質及輕重大略分為主給付義務、從給付義務、乃至附隨

¹⁰³ 謝哲勝、李金松，「工程契約理論與求償實務」，翰蘆出版社，頁 226（2005 年）；顏玉明，「營建工程契約當事人間之權利義務關係—我國民法規定與 FIDIC 營建施工標準契約條款之比較」，營造天下，第 111 期，頁 25（2005 年）；吳若萍，「公共營建工程契約中遲延完工之問題研究：以不可歸責於承攬人為中心」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 165（2008 年）。

¹⁰⁴ 此部分討論在口試時汪信君老師以及葉啓洲老師對此表示可能尚有疑義，筆者努力思考後再以最新的實務以及學說見解擴充增補，特此感謝。當時老師們認為民法第 507 條所指的協力應該只是事實行為的協力，可能不包括定作人所為變更之指示，但是經過筆者繼續蒐集文獻資料並幾經思考後，認為變更指示仍應定性為「協力行為」，故仍然維持原見解，但加強並增補此部分之論述內容。

¹⁰⁵ 最高法院九十九年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，楊淑文教授之發言，台灣法學雜誌第 179 期，頁 49，2011 年 7 月 1 日出版。

義務等等。主給付義務、從給付義務係為確保給付義務；而附隨義務並非給付本身，亦非為確保給付效果或目的實現之從給付義務，而係為保護契約之完整性，亦即債權人給付以外之固有利益，如人身或財產上之利益不致受損（保護功能），或為促進實現主給付義務（輔助功能），此乃由誠信原則所導出之義務也¹⁰⁶。

不過，在上述義務之外，尚有所謂「不真正義務（對己義務）」，例如民法第 237 條債權人之受領義務，其違反者將不發生損害賠償責任，僅生權利減損之失權效果，且不以其是否可歸責為要件¹⁰⁷。

在「協力行為」之定性上迭有爭議的問題，便是其是否構成債法上之義務，亦即其究竟屬上述之「不真正義務（對己義務）」抑或為「真正義務（對他義務）」之爭執，在此臚列學說以及實務上對此曾經表示之意見，整理如下：

（一）不真正義務說

學說上有認為：協力義務乃不真正義務，僅是定作人之對己義務，除非契約中就定作人之協力義務另有約定，否則定作人不為協力，不會構成給付遲延等債務不履行之情事¹⁰⁸，至多僅構成受領遲延。

至於實務上採納此說之判決屢見不鮮，如最高法院 89 年度台上字第 903 號判決：「…按工作需定作人之協力行為始能完成者，定作人之協力行為並非其義務，縱不為協力，亦不構成債務不履行。被上訴人為系爭工程之定作人，其未交付工地予上訴人施工，僅屬不為協力行為，尚難認被上訴人應負債務不履行之損害賠償責任。」；最高法院 94 年度台上字第 1 號

¹⁰⁶ 林誠二，債法總論新解，體系化解說（下），頁 103（2010 年）；馬維麟，民法債編註釋書（二），五南出版社，頁 362（2007 年）。

¹⁰⁷ 黃茂榮，給付遲延與受領遲延，「債法總論」第 2 冊，頁 326 至 327（2004 年）。

¹⁰⁸ 楊芳賢，承攬，「民法債編各論（上）」，黃立主編，元照出版社，頁 655（2002 年）；李家慶，「工程法律與索賠實務」，中華民國仲裁協會，頁 87（2004 年）；史尚寬，「債法各論（上）」，頁 332（1960 年）。

判決：「未查按依民法債編修正前第五百零七條規定，工作需定作人之行為始能完成者，定作人不為協力時，除契約特別約定定作人對於承攬人負有必要協力之義務外，僅生承攬人得否依該條規定解除契約之問題，不構成定作人給付遲延之責任。」¹⁰⁹；最高法院 96 年度台上字第 2167 號判決：「若承攬契約雙方當事人未將定作人之協力行為「約定」為其契約義務，而定作人不為協力行為時，依法¹¹⁰承攬人即僅得先行催告為之，再為解除契約、並請求賠償解除契約所生之損害，尙無就定作人之「不協力」，逕行課其債務不履行責任之餘地。」；另外，經常被引述的最高法院 72 年度台上字第 1579 號裁判：「按定作人不為協力，僅生民法第五百零七條之承攬人得否解除契約問題，要無同法第二百六十七條之適用。」因與民法第 507 條修法後內容並不相斥，故即便修法後，該判決仍常被引用作認為協力義務之違反不會構成債務不履行之依據。

（二）真正義務說

學說上亦有認為：民國 88 年民法第 507 修正後，明訂「…定作人不於前項期限內為其行為者，承攬人得解除契約，並請求賠償因契約解除而生之損害」等語，因此將定作人之協力義務解為伊對承攬人之義務，伊違反此項義務時，承攬人得解除契約並請求損害賠償¹¹¹。此外，亦有學者雖未明示對於違反協力義務是否應予評價為債務不履行並賦予損害賠償請求權，不過有明確表示認為協力義務屬於「附隨義務」¹¹²者、亦有認為係「從給付義務」¹¹³，而無論歸類於附隨義務或從給付義務，均係真正義務，而

¹⁰⁹ 修正後民法第 507 條只是增加了因解除契約所生之損害賠償請求權，故仍不影響此見解。

¹¹⁰ 即民法第 507 條第 1 項、第 2 項。

¹¹¹ 劉志鵬，定作人協力行為，收錄於「工程法律實務研析（二）」，元照出版社，頁 5（2006 年）；邱聰智，「新訂債法各論（中）」，頁 113（2002 年）。

¹¹² 林誠二，債法總論新解，體系化解說（下），頁 102，註 126（2010 年）。

¹¹³ 馬維麟，民法債編註釋書（二），五南出版社，頁 358（「協同義務」部分之說明），2007 年；姚志明，誠信原則與附隨義務之研究，元照出版社，頁 171，2003 年。在姚氏著第 170 至 171 頁中指出：從給付義務或稱為「獨立性之附隨義務」，而附隨義務又稱「非獨立性之附隨義務」，並比較此二者之區別，可資參考。

非劃入不真正義務之範疇，違反該義務自然會落入債務不履行之適用。而在 99 年度最高法院民事學術暨債法施行八十週年座談會上，有學者表示：最高法院之所以原則上認為定作人協力行為並不構成其真正義務，乃起因於史尚寬教授的著作上¹¹⁴認為協力義務是對己義務，實務上乃出現類似最高法院 99 年度台上字第 1906 號判決的見解；而德國法院最早也曾經認為此非真正義務，但在後來認為工程承攬契約中，因為可能需要定作人之協力才能開工，例如取得土地並排除地面障礙、或將工程送都審會審議或提供申請建照執照所需文件等等，故在複雜的工程中，應該承認自誠信原則推得定作人有如此之附隨義務，以使承攬人可以付出勞務後完成工作，若有違反，應依民法第 227 條之規定請求損害賠償；問題在於誠信原則如何因應現代型工程承攬契約之複雜條款，透過誠信原則產生附隨義務等語¹¹⁵，可供吾人深思及參考。

實務上較少見採此說者，或許係因我國法制中對於定作人協力義務以及相對應之責任規範缺乏較具體明確之規範，故實務界之態度較為保守，不過也並非全然未見，如最高法院 98 年度台上字第 78 號判決，將定作人提供申請建造執照所需之協力行為定性為附隨義務，並直接認為此係由誠信原則所導出之義務，倘定作人不履行此義務，承攬人得依民法第 227 條不完全給付之規定行使其權利；另外花蓮地方法院 92 年度重訴字第 52 號判決肯定定作人負有提供用地之給付義務，違反者可以援引民法第 227 條訴請損害賠償，歷經三次上訴至最高法院後發回，但均未對前開見解指摘駁斥，或許是默示地同意該見解也未可知¹¹⁶。

（三）小結：

¹¹⁴ 史尚寬，「債法各論（上）」，頁 332，1960 年。

¹¹⁵ 最高法院九十九年度民事學術暨債法施行八十週年研討會，楊淑文教授之發言，台灣法學雜誌第 179 期，頁 49，2011 年 7 月 1 日出版。

¹¹⁶ 陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行為之性質—最高法院 97 年度台上字第 360 號民事判決之評釋，法令月刊第 62 卷第 8 期，頁 21，2011 年 8 月。

有鑑於定作人之「協力行爲」並非僅止於一二種類，一概而論爲均有如給付義務或附隨義務之強度、或全部論爲僅係定作人「對己義務」一般之不真正義務，恐均有不週延之處。筆者以爲應區別以觀之：若定作人該協力行爲之不履行，將導致契約目的構成重大妨礙者（不論係定作人方面或承攬人方面之締約目的），則應認爲該協力行爲爲真正義務，其違反者應論爲債務不履行態樣之一，並參考前揭學者見解，認爲此當未構成定作人之主給付義務，但爲依誠信原則所導出之「附隨義務」；至於若該協力行爲之不履行，並不至於對契約目的之達成構成何重大妨礙，則可能僅將之論爲定作人之「對己義務」違反，不發生債務不履行之問題¹¹⁷。

不過，就本文所欲探討之「重大變更」問題，定作人所爲超過契約一般工作範圍之指示，由於該「指示」本質上已經將契約工作內容變更，已使承攬人原來締結契約之目的¹¹⁸受到重大之妨礙，應認爲均已違反其附隨義務（真正義務），而構成債務不履行矣，在此一併說明。

第二項 「指示不適當」構成何種態樣之債務不履行？

承前所述，定作人之「指示」，當可論爲其於承攬契約中所應負之協力義務、附隨義務。而當定作人「不爲」協力行爲時，學說及實務上有論爲給付遲延、有論爲受領遲延之不同見解，亦即前述協力義務究係真正義務或不真正義務之爭議問題；至於當定作人所爲之協力行爲「不適當」，在此處即係「指示不適當」時，應如何論之，同樣也要面對此爲真正義務或不真正義務之爭議問題，依本文前述討論，仍舊是區分是否致使原來締約目的造成重大妨礙（不僅指定作人方面，亦指承攬人方面），而分別論爲

¹¹⁷ 類似見解，參照余文恭，工程契約的正義從何而來？從德國法學方法論的變遷談起，律師雜誌第 330 期，頁 34，2007 年。

¹¹⁸ 依當時算定之工作量獲得報酬之目的，此爲承攬人方面的締約目的。

真正義務或不真正義務。就構成「重大變更」之指示而言，當均已實質上變更原來締約之工作內容，就定作人方面或許並未使原來締約目的受到阻礙，但就承攬人方面則已經使原來締約所追求之目的產生重大障礙，故在此情形認為定作人係違反應歸類於真正義務之協力義務，似較為妥適。故本文以為就重大變更問題之不適當指示，當可論為違反真正義務，而構成債務不履行。

至於此種義務之違反，應當論為何種債務不履行？首先，定作人並非「不為」或「拒絕」為該協力義務，故當不屬於「給付遲延」；亦非「不能」為該協力義務，自亦不構成「給付不能」；故指示「不適當」類型之協力義務違反，只能落入「不完全給付」、亦即「積極侵害債權」之債務不履行類型中。

但是，觀察民法中唯一關於定作人「指示不適當」引起之「債務不履行」規定，亦即第 509 條之內容為：「…指示不適當，致工作毀損、滅失或不能完成者，…」係以「致工作不能完成」或產生類似之結果（毀損、滅失）為前提，亦即本條僅就「給付不能」之情形為處理；而在「重大變更」之情形，通常僅係因定作人為不適當之工作指示，造成承攬人因工作之數量上、或本質上之重大差異，而發生履行上之障礙，但並無何「不能」之情事，如此承攬人能否援用本條主張權利，則有疑問。

不過，因為工作之數量或本質上重大差異，使得承攬人若依原先約定之報酬而履行契約、則該報酬顯不相當，可謂接近於經濟上不能之情形；且定作人為該重大變更之指示，不論係因對契約內容之解讀錯誤、或其他種種原因，主觀上至少具備「過失」之可歸責情狀；由此觀之，定作人為重大變更之指示，其違反義務的情節、與民法第 509 條之要件相互核對，縱非完全該當、也相去不遠，當可容許承攬人類推適用本條之規定請求損害賠償，以求雙方利益之衡平。甚至也可能採另外一種見解，直接回歸民

法第 227 條之規定而請求損害賠償，此說亦有學說以及實務界之見解¹¹⁹表示支持，甚值吾人傾聽。

第三節 定作人變更指示之權限—契約通常工作範圍 如何界定？

重大變更之問題，乃定作人所為之指示超出契約通常工作範圍。惟究竟如何判斷契約之通常工作範圍？此為一不確定之法律概念，但又不得不劃定出界限，以作為工程承攬契約中雙方利益衡平之基礎。

由於我國目前法院實務對此尚未表示意見，以下乃參考美國法律實務之作法，並揉合筆者之若干想像，嘗試作以下劃分方式。（惟此界限劃分尚無實定法依據、亦未有判決先例支持，或許必須在契約中記載方能發揮效力）

（一）先以「數量」區分：

數量之變化是最方便的基準，故第一步先以此作為標準，若工程之規模（尺寸）、成本或費用因為變更之指示而變化幅度接近 100% 時，直接認定為「重大變更」之指示。

（二）其次是比較困難的「性質」上之區別：

工作性質若因為定作人之指示而顯著地變更，也應當認定為構成「重大變更」。但是，如何認定工作性質是否顯著變更？在我國這方面尚未有足夠案例研究，茲參酌前述美國法案例之經驗，大致上有三個觀察的方向¹²⁰：

¹¹⁹ 學說—如前揭註 112 楊淑文教授見解；實務—如前揭最高法院 98 年度臺上字第 78 號判決。

¹²⁰ 以下參酌：Guy W. Harrison, Esq., *The "Cardinal Change" Doctrine As A Defense To Surety Bond*

1. 基礎結構設計之變更；
2. 明顯增加契約範圍外之額外工作；
3. 施工方法或規格本質上變更。

不過，以上只能作為例示而非列舉，具體案例或許並非上述三者但仍
有是否定作人之變更指示構成此種本質上變更類型，此時或許必須仰賴後
述「紛爭解決機制」（詳第五章），藉由程式方面的設計，來解決此種實體
法上要件並不明確之爭議問題。

第四節 超出契約變更權限範圍之指示，應賦予何法 律效果？

以下先參考美國法律實務與學說之討論，然後再回歸我國法制下找尋
其定位：

第一項 美國法

若根據美國聯邦法院判例見解¹²¹，重大變更係指定作人就超過契約變
更條款所賦予權限而為之變更指令，故該指示乃構成違約。因此，承攬人
得選擇（一）終止契約，或（二）繼續工作、但向定作人請求損害賠償、

Claims: A Practical Guide To The Federal Case Law, EIGHTH ANNUAL SOUTHERN SURETY
AND FIDELITY CLAIMS CONFERENCE APRIL 3 - 4, 1997, at 9-10. Available at:
<http://www.forcon.com/papers/ssfcc/1997/Harrison.pdf> (last visited May. 21, 2011). 附帶一提，我國
學者黃立教授對於「重大變更」之案例類型分為四大類：（一）定作人明顯違約造成承攬人成本
大增、（二）多次變更導致實質內容已不同於原契約、（三）單一指示變更已大幅增加成本及嚴重
干擾其施工、（四）大幅減項導致施工成本上揚。參見：黃立，工程承攬契約之重大變更，政大
法學評論第 116 期，2010 年。不過，上述四個分類均僅考慮以「數量」之變更為主要因素，
至於無法由數量上觀察的「性質」上之變更，似未納入其中。

¹²¹ 如：前述 *Edward R. Marden Corp. v. U.S. v. Allied Materials and Equipment Co., Inc. v. U.S.* 等案。

而以 *quantum meruits*¹²² 之方式計算之。

不過，可能會產生的疑問是：既然超過契約變更條款賦予之權限、而為變更指示，則定作人本無權為該指示，相對的承攬人也本無義務聽命工作；如此則承攬人直接不予理會即可，何以還要論為定作人「違約」？或許也就是如此，亦有學者對上述實務見解質疑，認為¹²³：當契約之一方指示他方履行非義務之事項時，承攬人依該指示進行工作後，正確的救濟途徑，應該是援引「不當得利」(unjust enrichment)之理論，而不是主張該指示構成「違約」。

針對以上兩種見解，雖然上述學者質疑的聲音亦甚值傾聽，惟管見以為，似仍以美國聯邦法院判例見解較為可採。蓋承攬人對於定作人之指示，其實往往沒有能力與時間去爭執是否為「契約通常工作範圍」，而且承攬人努力爭執的結果，若最後被法院認定並未超過該契約通常工作範圍、不是定作人違約，反而是承攬人須負違約（未依定作人指示工作）責任，這樣的後果承攬人承受不起。換言之，承攬人即便認為定作人之變更指示超過契約通常工作範圍，現實上難以期待承攬人敢於直接對該指示視而不見。承攬人無法對抗、也無心冒險去對抗定作人之「指示」，而且事實上，承攬人也仰賴定作人之指示而進行工作，如此看來，定作人之「指示」應認為係完成該工作必要之「協力義務」，而若該指示並不適當時，將之論為定作人違反協力義務而構成違約，然後賦予損害賠償請求權，此種論理似較為妥適與衡平。

在此應附言者，英美法有「契約嚴守原則」，亦即：契約之義務是嚴格

¹²² Alan Winkler, *Changes*, 收錄於：WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH, CAROL J PATTERSON, EDS, *CONSTRUCTION LAW*, at 452 (ABA 2009). 此名詞在國內有譯為勞務上之不當得利者。

¹²³ W. NOEL KEYES, *GOVERNMENT CONTRACTS UNDER THE FEDERAL ACQUISITION* at 630 (1986), 轉引自：陳玉潔，「工程契約變更之爭議問題」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 107，2005 年。

的、絕對的。因此，債務人無論是否有過失（故意或過失），均要為自己沒有履行契約義務而被追究責任¹²⁴。這一點與我國法制有所扞格，蓋我國法制上債務不履行乃以「可歸責」為其要件（亦即依債之類型不同而區別、不同注意程度要求下之故意或過失），若債務人因「不可歸責」之事由而未履行其義務，未必會因此而受到責任之追究，這一點與英美法有天壤之別。故將上述「重大變更」論為「違約」的美國判例以及學說見解，在引入我國時勢必要經過一番思考以及轉化的過程，而非直接全盤接納。

第二項 我國法

在我國法上，對於工程承攬契約中定作人所為超過契約通常工作範圍之變更指示（亦即美國法上所謂「重大變更」之內涵），應如何定性，進而賦予其應有之法律效果？以下討論可能的定性：

第一款 債務不履行

承前所述，我國法制與美國不同，就是否構成違約（債務不履行）而使債務人負損害賠償責任，在我國法乃以「可歸責」為要件¹²⁵，與美國法並不以是否「可歸責」為要件而有所不同。以前述第三章所舉之 *Saddler* 案¹²⁶為例，定作人即政府方因為洪水來了之後發現原先設計位置不對，更改設計之堤防位置、將已完成部分廢棄，然後整個堤防之總長度也變更了，這樣的變更「指示」或許確實超過了契約通常變更範圍，但是否應評價為「可歸責」於定作人？這可能是有疑問的，但在該案例中美國聯邦法

¹²⁴ 望月禮二郎著，郭建譯，「英美法」，頁 359，五南出版社，2004 年。

¹²⁵ 參見：我國民法第 226 條第 1 項、第 227 條第 1 項、第 230 條、第 231 條第 1 項等。

¹²⁶ *P. L. Saddler v. U.S.*, 287 F.2d 411(Ct.Cl. 1961)

院仍將之論為定作人違約、構成重大變更，而賦予承攬人損害賠償請求權，這是因為本來其契約法制中並未要求違約須以「可歸責」為要件，但是在我國法制下並非如此。

故在我國遇到重大變更類型之案件，其中一種可能性是論為違約（債務不履行），但必須限於當定作人「可歸責」時，亦即：當定作人可歸責地違反應對承攬人為「適當指示」之協力義務時，可論為債務不履行中之不完全給付類型。在此種情況下，可將定作人所為之「工作指示」認定為該當於我國民法第 507 條第 1 項中所謂「工作需定作人之行為始能完成者」，而論為係定作人之「協力義務」已如前述；而當其「指示不適當」時（亦即超過契約通常工作範圍時），類推適用同法第 509 條，論為違反協力義務之債務不履行，亦即可歸責於定作人之不完全給付，而賦予承攬人損害賠償之請求權。

惟若定作人無法被論為「可歸責」時，則無法以此規範處理該等重大變更之問題，而必須考慮以下其他可能性。

第二款 情事變更

承上所述，當定作人為重大變更之指示、但難謂其「可歸責」時，在我國法上無法論為定作人違約（債務不履行）。則當定作人不可歸責地做出重大變更之指示時，要如何就該事件做出衡平之調整或請求返還費用等等，在此吾人先考慮我國民法第 227 條之 2 即情事變更之規定，另外一個是關於無因管理之規定，此部分容後詳述。

將重大變更問題論為情事變更，同樣可能會遭遇到一些困難。按民法第 227 條之 2 規定：「契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其

原有效果顯失公平者，當事人得聲請法院增、減其給付或變更其他原有之效果。前項規定，於非因契約所發生之債，準用之。」而其要件有：(一) 需有情事變更之事實、(二) 情事變更發生於法律關係成立後法律效果消滅前、(三) 情事變更須非為當事人於事前所得預見、(四) 情事變更須因不可歸責於當事人之事由所致、(五) 須因情事變更使原有之法律效果顯失公平¹²⁷等；其中最有問題的便是以上第(一)個要件，蓋國內學說上多有認為：此處情事之變更乃指客觀上發生異動者而言，至於主觀上認知之變更，尚不足以構成之¹²⁸；而實務上的態度亦然，較傾向認定客觀因素之變動類型¹²⁹，如最高法院 94 年度台上字第 1 號判決便明白表示，「…情事變更，純屬客觀之事實，無因可歸責於當事人事由所引起之事例而言。」

最能凸顯我國學說以及實務對情事變更原則採行「客觀行為基礎說」之不恰當的問題，便是所謂「異常工地狀況（或稱重大地質變異）」¹³⁰之案例。在此種情況，因地質狀況與定作人及承攬人所預測者差異甚大，而且雙方對於預測錯誤皆難謂有何可歸責之情狀，而承攬人之施工成本大為提高，依契約變更條款調整給付難以衡平，再依情事變更原則請求調整給付卻仍將遇到困難。蓋採行客觀行為基礎說之結果，此種案例類型之事實，亦難謂「客觀上」有何情事之變更，地質情況是客觀存在於地底並無何變化，而係當事人之主觀上之誤認也。有論者謂此應當落入「錯誤」之規範解決問題，惟民法上錯誤之要件頗為嚴格，一方面必須限於表意人無過失，一方面除斥期間短暫，然而工程進行往往期間甚長，僅僅一年之內未必能讓問題即時浮現，惟等到出現問題之時，卻早已經無法救濟矣，似乎不適合處理這類案件。

¹²⁷ 林誠二，債法總論新解，體系化解說（下），頁 21 至 25，2010 年。

¹²⁸ 姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用：兼評最高法院九十四年臺上字第八九八號判決，月旦法學雜誌第 156 期，第 264 頁；林誠二，債法總論新解，體系化解說（下），頁 21，2010 年。

¹²⁹ 參黃茂榮，情事變更：契約基礎之欠缺或喪失，植根雜誌第 17 卷第 9 期，頁 348，2001。

¹³⁰ 即英美法所謂的 Differing site condition 之案例類型。

承上，若能就情事變更原則之要件，參考德國新債法之發展，採納「主觀行為基礎喪失¹³¹」理論，亦即增加「主觀之情事變更」類型，則可以將此種地底下難以預測之地質狀況、因「認知」錯誤、而造成施工條件重大變更之案例類型，作一較為妥適衡平之處理。

第三款 無因管理

在此另外一種可能性：既然定作人所為之指示，超過契約所定之通常工作範圍（另一種描述是：使承攬人「非在相似條件下施工¹³²」），則該指示之工作並非在原契約之工作範圍，承攬人在法律上並無義務依定作人之該指示工作；然而，承攬人若屈服而依該指示工作（不代表雙方意思表示合致，蓋承攬人尚未對報酬表示意見，契約必要之點並未合意），則此時當可論為該當於民法第 172 條所謂「未受委任，並無義務，而為他人管理事務者」、且屬民法第 176 條第 1 項所規定之「利於本人，並不違反本人明示或可得推知之意思者」，而將之論為承攬人「適法無因管理」定作人之事務，承攬人可以向定作人請求就該「超出通常契約工作範圍」部分工作之必要費用、有益費用、清償債務、損害賠償等。

第四款 「債之更改」？

¹³¹ 其內容為：契約當事人之某種共同的想法或期待，其於締約時並以該想法為出發點，若任何一方當事人只要知悉該想法或期待不正確者，就不會訂立契約或不會以該內容訂立契約，或至少對方當事人在誠實經營的情況下不會無理堅持要求履行契約。此時，該想法之不正確或期待之落空之風險，不應由任何一方承擔，而應由雙方當事人共同承擔。參：曾婉雯，「工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心」，國立政治大學法律研究所碩士論文，頁 87 至 88，2010 年。此外，就德國法上情事變更原則之規範發展之思考脈絡，請參考：五十嵐清，ドイツ行為基礎論小史(1)、(2·完)—ドイツ民法新 313 条の成立まで，札幌法学 15 卷 2 号、16 卷 1 号，2004 年。

¹³² 中華民國商務仲裁協會(81)商仲麟字第 140 號仲裁判斷書，轉引自：王伯檢，「工程糾紛與索賠實務」，元照出版社，頁 76，2003 年。

國內有若干學者亦曾就此著墨，有謂：重大變更理論，在我國法上相當於「債之更改（契約更新）」、「債之同一性喪失」等語¹³³。

惟在承攬人依變更指令工作之情形，或許尚可論為承攬人默示同意而發生債之更改（但仍有疑問，詳後述），然若承攬人拒絕依變更指示工作時（雖較少見，但為求理論週延，本應當要能涵蓋此種情況），即難認有何「新債」（或新契約）發生。

然而，縱令在承攬人妥協而依定作人之變更指示工作的情形，恐亦難謂有何債之更改。首先，債之更改（或曰契約更新、債務更新）「謂成立新債務而消滅舊債務之契約也。債之關係因為更改，舊債務即歸消滅，新債務因而成立。又稱債務更新。債之更改就其消滅舊債務言，與代物清償同，與新債清償異；就負擔新債務言，與代物清償異，與新債清償同¹³⁴」。而其要件至少須有：債之要素變更、更改意思等等，但這兩者在發生「重大變更」時均頗有疑問。首先，在承攬契約債之要素中，除了「工作」之外，尚有「報酬」之要素，縱認為承攬人依定作人超出原工作範圍之指示而進行工作，有默示同意「工作」範圍之變更，但並不表示承攬人對「報酬」之調整方式沒有意見，且定作人與承攬人就報酬之調整方式很可能根本沒有達成新的合意（定作人可能根本沒打算調整報酬，想以原訂報酬、或顯然偏低的補償打發承攬人），雙方就契約中「必要之點」（報酬）尚未達成合意，如此豈能認為發生新的債務。其次，承攬人依定作人指示而工作，乃不得已之選擇（不聽從指示的最後結局可能要負違約責任，還是聽命比較好），未必有何更改之意思。

再者，「債之更改」具有消滅舊債務之效力，若認定為債之更改，附隨於舊債務之抗辯權、從權利乃至擔保（質權、抵押權、留置權、保證契約

¹³³ 孔繁綺，論工程契約之重大變更，仲裁季刊，88期，頁97；黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第116期，頁34，2010年。

¹³⁴ 孫森焱，「民法債編總論（下）」，頁1034，2010年。

等)亦隨舊債務之消滅而消滅¹³⁵，無論對債務人或債權人，雙方均未必有利，亦未必符合其真意。故綜合而言，無論承攬人依定作人之指示工作與否，均難認為有何「債之更改」可言。

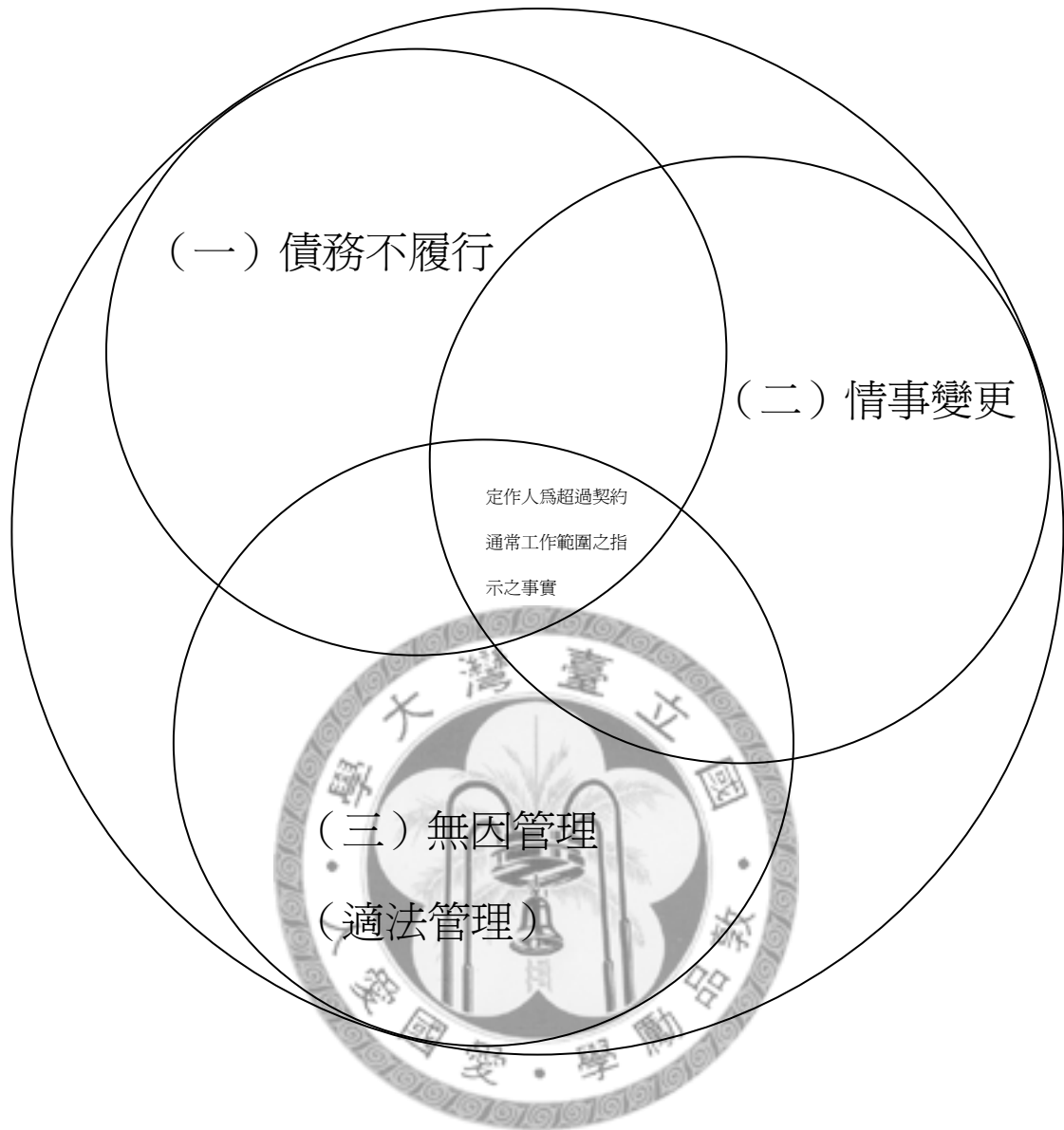
第五節 小結

綜上所述，本文認為重大變更係工程承攬契約紛爭類型之一種，這一類紛爭事實可能該當或近似於我國法律中以上之（一）債務不履行、（二）情事變更原則、（三）適法無因管理之構成要件事實。此三者具有某程度的互斥關係，並非競合關係，只是其紛爭原因事實或有部分會交疊，故以下圖例示之¹³⁶。

此外，由於可以找到保有利益之法律上原因如上，故本文暫不考慮再以不當得利之規範來處理其利益歸屬問題。至於有論者提出以「債之更改」解讀「重大變更」者，筆者以為並不可採，理由已如前述。

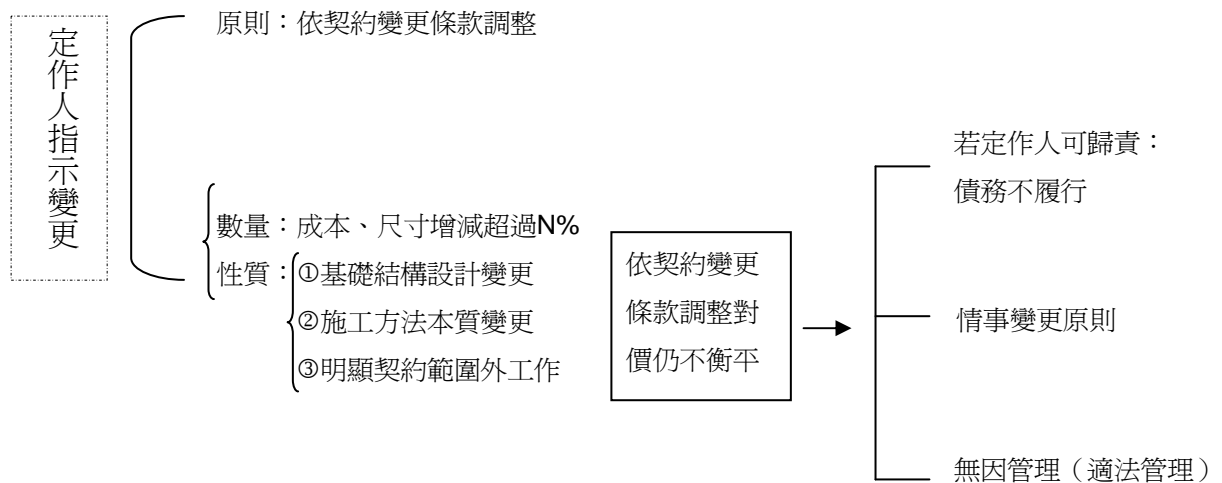
¹³⁵ 孫森焱，同前揭註，頁 1037。

¹³⁶ 或許容易引起誤會的是，圖中交集部分似乎啓人疑竇：債務不履行與另外二者之構成要件有明顯互斥之部分（即「可歸責」之要件），如此何以會有交集？必須說明的是，圖中之交界處，並非意味「同時構成此二者或三者」，而係其間具有「共通之要件事實」之部分也。（討論之問題不同，但構圖方式類似者，請參考：邱聯恭，程序制度機能論，頁 218，圖表五，1999 年；筆者在此仿效該構圖方式作為表達工具）



以上三種請求權基礎之要件各有差異，所得請求給付之內容亦有所不同，但均可能是重大變更這一類紛爭事實群的解決方案之一。本文認為重大變更問題之案例類型，將在此三個法律概念中流動，其所該當之構成要件以及法律效果不一，須視個案具體情形如何而定：若變更指示超過契約通常工作範圍，且定作人有可歸責事由，則適用或類推適用（一）債務不履行之規定解決之；若定作人無可歸責事由，則視情況考慮是否符合或近似於（二）情事變更之要件、或（三）無因管理之要件，分別適用或類推適用之，而賦予其應有之法律效果。

就以上全部思考流程以下列樹枝圖表述：



以下藉由上述標準，檢討在第一章提出之我國仲裁案例：

A 承攬 B 機關某路段工程，因工程穿越山區路段之部分，於路幅開挖完成後，發生坍塌，原設計開挖坡面線以外之土方坍塌入施工路基範圍，此部分土方之清運可由工程營造綜合險理賠，故雙方並無爭議；所爭執之部分乃：原設計開挖線以外未滑動之土方，B 因安全考量依契約變更條款指示、變更設計而追加整治方案，亦即本不須開挖之該部分、變更為須開挖以降低坡面，該部分增加挖棄之土方工程費用應由何人負擔。A 提付仲裁，請求 B 給付因坍塌所生損失等賠償或補償 982 萬元¹³⁷。

〔分析〕：

本案件顯然屬於重大變更之問題，蓋定作人所指示之工作在開挖線之外，顯然不是原契約所定之工作範圍（性質方面判斷標準③），且由請求之金額觀察，該變更幅度並不小。依吾人前述討論之三種法律上請求權思

¹³⁷ 本件案例參考自：朱麗蓉，工程合約所定工作範圍以外危險負擔爭議之判斷，收錄於：王志興總編輯，仲裁案例選輯 (I)，頁 188，1996 年。不過，作者在「原因事實」中描述為承攬人「A」主動變更設計，然觀其文脈，當為定作人「B」之誤繕（參該文中「主要爭點」之描述可知），故在以上案例中逕自更正為定作人 B 機關變更設計、並指示該變更之工作；此外，請求金額取其概數也。

考，首先檢討是否能認為可歸責於定作人之債務不履行？亦即論為定作人在天災事故後，所為變更指示超出原契約之通常工作範圍、而有違背契約義務之行爲，應論為不完全給付，賦予承攬人損害賠償請求權？這有點弔詭，山區發生坍塌現象似乎是天災，因此衍生出的工程需求之變化，若要論定作人之指示為違約、可歸責之違反定作人協力義務或附隨義務，恐怕令人難以理解。故第（一）種解決方式恐不可行。

其次，考慮是否構成情事變更之問題。本件之客觀上情事確實發生了變更，並非僅當事人主觀上有何誤認¹³⁸；且發生於法律關係成立後、法律效果消滅前；亦非當事人於法律行爲時所得預見；且其發生不可歸責於雙方當事人；而因此使得原有之法律效果顯失公平，故該當於情事變更之要件，承攬人得依民法第 227 條之 2 第 1 項之規定，聲請調整給付，亦即：使雙方重新議價。

本件實際案例在仲裁庭中，係以承攬契約「危險負擔」之角度考量：仲裁人認為民法第 508 條並未對於「工作範圍外、發生異常滑動之危險歸屬」有所規定，而該契約中對此亦未作處理，故仲裁人逕依其確信之法理¹³⁹、而認為此種風險概由「定作人」負擔為適當。筆者以為，仲裁人之決定與前述依照情事變更原則調整報酬之方式，有異曲同工之妙，似乎同樣可歸類為係就工程承攬契約「風險分配」之決定；雖然處理之依據不同，但思考脈絡相近。只是有一個問題要克服，畢竟我國民法第 508 條明文規定在定作人受領前、危險由「承攬人」負擔，而這個仲裁決定與實定法明文規定之內容是相反的，這是一個有待突破之障礙。筆者以為，在本案例或許仍以上述依情事變更原則而調整給付之作法，說理上較無爭議。

¹³⁸ 故本案例不涉及是否要採「主觀行爲基礎喪失理論」之爭議。

¹³⁹ 仲裁人之說理並不完整，不過推測可能是仲裁人認為承攬人較為弱勢，故遇到此種不可歸責於雙方之風險、又未於契約或法律中找到風險分配之依據時，應由定作人承擔。此外，承攬人係依定作人之指示工作、而遭遇風險，則發出指示之定作人，似理當承擔此風險。

第五章 重大變更所生爭議之解決途徑

--以 DAB 與我國仲裁鑑定制度為中心

第一節 問題概說

「重大變更」類型的紛爭案件，其實體法要件尚難以完全具體化、明確化¹⁴⁰，然而後果又牽涉利害關係重大，故除了在前述在實體法上討論其要件與效果之檢討外，在程序上應如何設計，對於解決此類型之紛爭案件確有必要性，在此一併研討之。

首先要考慮的是，由誰認定是否構成「重大變更」？是否交由法院判斷？由於工程糾紛往往內容龐雜且高度專業化，若交由法院處理，必須經由證據裁判而一一檢視是否符合法律構成要件事實，往往曠日費時，因此尋求各種訴訟外紛爭解決機制（即所謂 ADR）乃有其必要。且針對諸多現代型紛爭事件，學者亦指出，此類案件往往實體法上構成要件尚不明確、相關間接事實或事實群掌握不易，為避免對當事人造成程式不利益之危險，並減輕其財產權、自由權之危害，乃有必要充實、選用有助於達成該目的之程序或紛爭解決模式¹⁴¹，也就是在訴訟之外另闢蹊徑。

或許會有質疑的聲音指出：無法完全具體化、明確化其構成要件，那麼仲裁人或仲裁鑑定人乃至裁決委員會等等，要如何下判斷？這一點必須加以說明，在使用仲裁或仲裁鑑定乃至其他訴訟外紛爭解決機制時，與法院判決不同，並非完全依法裁判，蓋所有訴訟外解決紛爭制度即

¹⁴⁰ 就「數量」上重大變更者可以具體化，但「性質」上重大變更者，案例千變萬化，目前僅能以前述眾多美國聯邦法院判例，供作判斷時之參考，並抽象出主要之三種類型。

¹⁴¹ 邱聯恭，程式選擇權之法理：著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程式法學，法學叢刊，頁 79，1993 年。

ADR(Alternative Dispute Resolution)之特色及重點，乃無須嚴格檢視是否該當法條之構成要件，而依衡平法理判斷，以求程序快速進行，另可參我國實務上最高法院 85 年度臺上字第 2722 號、92 年度臺上字第 437 號、93 年度臺上字第 1690 號等多件判決均重申此意旨，茲引述 93 年度臺上字第 1690 號判決部分內容如下：「…至於仲裁判斷所持之法律見解是否妥適，仲裁判斷之實體內容是否合法、妥適，此係仲裁人之仲裁權限，法院自應予以尊重，不宜再為審查。此觀修正後之仲裁法第四十條第一項第四款規定：「仲裁庭之組成或仲裁程序違反仲裁協議或法律規定」，均係關於仲裁庭之組成及程式事項之規定即明。況仲裁制度不同於訴訟制度，乃基於私法自治及契約自由原則而設之私法紛爭自主解決之制度，具有迅速、經濟、專家判斷等特點，凡具有各業專門知識、信望素孚之公正人士俱得為仲裁人（仲裁條例第五條第二項、現行仲裁法第六條規定參照），實難苛求仲裁人必依「正確適用法律」之結果而為判斷。再觀之仲裁條例第二十三條第一項未如民事訴訟法第四百六十八條定有「判決不適用法規或適用不當」或同法第四百九十六條第一項第一款之「適用法規顯有錯誤」等事由，益見仲裁判斷實體之內容，不以有法律依據為必要，在準據法無誤之情況下，依我國仲裁條例之規定，實不允許當事人再以仲裁判斷適用法規不當或有誤為由，請求撤銷仲裁判斷。」

至於要選用哪一種訴訟外紛爭解決模式？在 FIDIC 1999 年版紅皮書第 20 條中，建議將工程承攬契約之爭議交由一常設之「爭議裁決委員會」（DAB，Dispute Adjudicate Board）解決之；而總部設於英國之「土木工程師協會」（ICE，Institute of Civil Engineer）亦在 2005 年公佈「爭議評審委員會程式規則」（Dispute Resolution Board Procedure）採取與 FIDIC 相類似之設計¹⁴²。由於上開所謂之「爭議裁決委員會」號稱有著緩和當事人間

¹⁴² 古嘉諱，爭議委員會機制之研究，工程法律實務研析(二)，元照出版社，頁 327、328。

矛盾、體現專業判斷優勢、便於工程之持續推進等等優點¹⁴³，且根據 DRBF（Dispute Resolution Board Foundation）針對收集至 2001 年之資料統計，全世界使用此種機制解決的工程糾紛每年約以 15% 之比例成長¹⁴⁴，儼然成爲世界新趨勢矣，因而受到國內諸多學者及實務家的關注並且呼籲採納之。然而，我國現行法制是否做亦可做到相類似的制度設計、是否有引入此外國法制度之必要，在此也一併討論之。

第二節 「爭議裁決委員會」(DAB)

第一項 背景簡介

有謂使用「爭議裁決委員會」(DAB, Dispute Adjudication Board) 機制最早的記錄，可能要追溯自 1960 年代美國華盛頓州興建邊境的壩工程¹⁴⁵伊始，惟當時稱爲「聯合諮詢委員會」(Joint Consulting Board)，制度建立之理論基礎乃「互助合作」以及「專案獨立」，前者指定作人與承攬人間放棄對抗式紛爭處理模式、改採互助合作方式解決紛爭；後者係爲達前述目標，並考量個別工程案件均有獨立之特殊性格，因次雙方約定將未來之紛爭均委由一公正、獨立之委員會裁決，而該委員會將在工程進行中例行性地進行巡視、舉行溝通會議，充分瞭解工程進度，以確保發生紛爭時有

¹⁴³ 顏玉明，公共工程履約爭議協調機制—以「爭議審查委員會」/「爭議裁決委員會」解決工程爭議之芻議，仲裁季刊，86 期，頁 102。

¹⁴⁴ 李家慶、蕭偉松，建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議，仲裁季刊，86 期，頁 79。

¹⁴⁵ 古嘉諄，爭議委員會機制之研究，工程法律實務研析(二)，元照出版社，頁 326。然在李家慶、蕭偉松，建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議，仲裁季刊，86 期，頁 75 中則認爲係 1975 年爲首度使用；惟觀察歷史脈絡，1975 年之案例應爲蕭規曹隨地採納 1960 年案例之經驗，且在顏玉明，公共工程履約爭議協調機制—以「爭議審查委員會」/「爭議裁決委員會」解決工程爭議之芻議，仲裁季刊，86 期，頁 103 亦指出「最早可追溯自美國華盛頓州 1960 年興建邊境壩工程…」，故似以古氏所撰較爲正確，本文從之。

充分認知可以提出最適切的解決方案¹⁴⁶。

就性質上而言，「爭議裁決委員會」(DAB) 之類的爭端處理方式，乃所謂訴訟外解決紛爭模式，亦即所謂的 ADR (Alternative Dispute Resolution) 之一種，由於訴訟往往曠日費時，且承審法官未必熟諳工程事務、亦往往欠缺專業知識，故各種訴訟外解決紛爭機制對於工程案件當事人而言，更顯得具有相當之魅力。而在歷史演進上而言，此制度出現在仲裁制度之後，並且廣受歡迎，或許傳統之仲裁制度仍使兩造偏向對立，而 DAB 制度可能使當事人放棄對抗，改朝向互助合作之方式，因此更有助於解決紛爭。

第二項 FIDIC 所規定之 DAB 運作方式¹⁴⁷

以下參考國際工程實務經常使用的 FIDIC 新紅皮書範本中所規定的 DAB 機制運作方式，作為對這個制度的初步介紹：

(一) 任命裁決委員

DAB 必須在工程初期組成，並定期前往工地現場巡視，瞭解工程各項進度及可能發生之問題等，以利隨時準備接受當事人請求就具體糾紛裁決。由於密切地參與工程進行，可達到即時解決紛爭之功能。此外，每一位裁決委員均須取得雙方同意而任命，此點為 DAB 與一般仲裁人產生方式相異之處。

(二) 無法合意產生裁決委員之情況

¹⁴⁶ 古嘉諄，前揭註，頁 326、327。

¹⁴⁷ 以下參考：古嘉諄，爭議委員會機制之研究，工程法律實務研析(二)，元照出版社，頁 333 至 336，2006 年。此處 FIDIC 指 1999 年版之新紅皮書也。

若發生無法透過雙方合意任命裁決委員之情況、而有 FIDIC 1999 年版新紅皮書第 20.3 條所列四種情形之一者，得由投標書附錄指定之機構或政府機關指定之人，經過協商後任命之。

（三）裁決委員之擔保與義務

裁決委員必須確保其公正、獨立，若發生可能任何影響其公正、獨立性之事件（例如與定作人或承攬人發生財務或利害關係等），亦負有告知義務。

（四）巡視工地

裁決委員應定期巡視工地，每次間格隔不得超過 140 天；如屬連續巡視，不得超過 70 天。此目的在使裁決委員對工地狀況之認知保持新鮮與熟悉，瞭解潛在問題。

第三節 我國工程糾紛之解決模式之現況

國內營建產業於民國 60 至 70 年代，較少見到工程爭議之訴訟或仲裁案件；大約自民國 80 至 90 年代，工程爭議之仲裁及訴訟事件急速增加，但發展到後來的結果，就公共工程而言，政府機關認為仲裁判斷結果往往對廠商有利，遂開始質疑仲裁制度，紛紛取消工程契約中之仲裁條款，使廠商只能依政府採購法之規定申請調解外，僅能提起訴訟解決紛爭。因此，嗣後於民國 96 年政府採購法第 85 條之 1¹⁴⁸修正為「先調後仲」機制，

¹⁴⁸ 修法後政府採購法第 85 條之 1 規定如下：

機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得以下列方式之一處理：

一、向採購申訴審議委員會申請調解。

二、向仲裁機構提付仲裁。

前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕；工程採購經採購申訴審議委員會提出調解建議或調解方案，因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。

強制工程採購爭議先由採購申訴審議委員會調解，對調解結果若機關不同意者，廠商得另提付仲裁，政府機關不能拒絕¹⁴⁹。

承上，國內工程糾紛解決模式，不論私人工程或公共工程，大抵上均是調解、仲裁乃至訴訟等方式，而公共工程方面則因政府採購法修正後第 85 條之 1 有前述所謂「先調後仲」之要求，使定作人方面之選擇受到若干限制。至於類如以上所述解決紛爭之常設組織（即如 DAB 者），目前實務上尚未出現，而有諸多學者以及實務家正在努力推廣中。

第四節 我國是否有必要引入 DAB

各種訴訟外紛爭解決機制中，針對工程糾紛這類專業化的案件，也有特殊化之需求，於是論者有謂引入所謂「爭議裁決委員會」（DAB, Dispute Adjudicate Board）機制乃有其必要；惟在我國現行法制下，是否已存在相類似之機制，只是尚未被廣泛採用或靈活變化運用，值得吾人探討。

首先，我國目前工程實務上所使用的紛爭解決機制，大多還是傳統的仲裁、調解等，至於就工程糾紛專門設計之機制似尚未出現，就此而言，DAB 確實針對工程進行中快速、有效率地解決紛爭之需求，作出適當回應，而具有獨特之魅力。承前所述，DAB 亦即「爭議裁決委員會」最重要之特色如下：（一）每一位委員均經過雙方合意產生；（二）在工期進行中為常設性之組織；（三）裁決委員將有義務定期巡視工地，更新其對工地現況之認識；（四）一發生紛爭，立刻裁決，即時解決紛爭。

就以上（一）而言，或許可解讀成為既然經過雙方合意而組織、產生

採購申訴審議委員會辦理調解之程式及其效力，除本法有特別規定者外，準用民事訴訟法有關調解之規定。

履約爭議調解規則，由主管機關擬訂，報請行政院核定後發布之。

¹⁴⁹ 李家慶、蕭偉松，建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議，仲裁季刊，86 期，頁 79 至 80。

該委員會之成員，則該委員會作出之決定，對於雙方發生拘束力之正當性顯然更為提高；而（二）、（三）、而言，可使裁決委員對於工程保持新鮮的認知，甚至與雙方當事人保持一定的接觸與合作關係，也就是減低訟爭之對抗色彩；（四）的方面來說，因為這是常設組織，且裁決委員又對工程熟稔度高，一旦發生紛爭，可以立刻介入處理，這是當然的結果，也是一大優勢。

不過，雖然 DAB 具有以上優點，然而論其實質，所謂「爭議裁決委員會」（DAB，Dispute Adjudicate Board）機制，在我國現行法制下，如果援引「仲裁鑑定契約」之法理（實定法基礎在民事訴訟法第 270 條之 1、第 376 條之 1），並參考其設計方式，似亦可達到相近的效果：在發生紛爭時，雙方共同選任仲裁鑑定人（同樣經過雙方合意產生委員），並且約定嗣後不再爭執鑑定結果（即成立所謂「權利確定型仲裁鑑定契約」¹⁵⁰）；若當事人認為有必要如同所謂「爭議裁決委員會」般建立一個常設的仲裁鑑定組織，使仲裁鑑定人繼續保持在工程進行中、隨時對工程進度保持新鮮的認知、隨時可進入狀況，那麼只要由工程開始時，就共同選定仲裁鑑定人，並約定該仲裁鑑定人等、在工程進行中持續擔任、並且有義務定期巡視工地，建立此種常設之仲裁鑑定人機制，則所謂的 DAB，似乎在我國同樣可以「仲裁鑑定契約」即可做到相近之效果¹⁵¹。

所以，本文認為 DAB 制度之精神確實非常值得肯定，但是我國法制若能靈活加以運用、並參考 DAB 之組織架構以及運作方式，藉由「仲裁鑑定人」之制度善加設計，亦能達到相同或相類似之效果。如此一來，是否一定要原封不動引入 DAB 之機制、乃至該組織之名稱等等，似乎可以

¹⁵⁰ 沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究，民訴法研究會第七十七次研討會，民事訴訟法之研討（十），頁 299 至 307。

¹⁵¹ 口試時，葉啓洲老師與劉宗榮老師均表示，雖已可由民事訴訟法找到此制度之根據，但或許尚需配合若干相關法令修正與發佈，方能提高公務機關對此種紛爭解決機制的信心和接受度。

再多加考慮。

第五節 仲裁鑑定人就「重大變更」案件裁決之事項 以及標準

承上，筆者以為在工程承攬契約中，可以藉由善加利用「仲裁鑑定人」制度而達到與 DAB 類似之效果。此外，就本文之主題、亦即「重大變更」之問題而言，吾人期待「仲裁鑑定人」進行的工作方針，大約有兩個方向：（一）認定是否構成「重大變更」；（二）提出合理之補償或賠償方案，調整該工程承攬契約中對價不平衡之狀態。

就（一）而言：如前述第三章所整理者，「重大變更」案例大略可分為二類，其中一類乃「數量」之巨幅變更，吾人可考慮一個數字（例如：就增項而言，美國聯邦法院採納者大約為 100%；就減項而言，10%）作為標準，超過者即論為「重大變更」；較為麻煩者乃「性質」方面之重大變更，這種無法量化之類型，筆者目前僅能藉由前述將近 30 個案例中提供諸位委員參考，並例示三種已經為美國聯邦法院採納之子類型如下：①「基礎結構設計」之變更¹⁵²、②明顯增加契約工作範圍外之額外工作¹⁵³、③「施工方法」之本質變更¹⁵⁴。

就（二）而言：這才是真正要解決「重大變更」問題最核心的部分¹⁵⁵。如果原來契約中變更條款之調整報酬機制合理，就不會落入「重大變更」

¹⁵² 如 *Airprep Technology, Inc. v. U.S.*案等。

¹⁵³ 如 *Allied Materials and Equipment Co., Inc. v. U.S.*案等。

¹⁵⁴ 如 *Luria Brothers and Company, Inc. v. U.S.*案等。

¹⁵⁵ 此部分乃指雙方就「法律效果」乙事，亦交由仲裁鑑定人決定，以避免如以「仲裁」之方式決定法律效果，依仲裁法第 37 條第 1 項之規定，將發生如同法院判決之既判力而或許太過強烈，使得工程實務界畏懼而不敢採用此制度；亦即保留一定程度的彈性，以仲裁鑑定之結果作為雙方法律關係暫定之狀態，雙方可以暫不就此爭執，但嗣後仍可就該事件起訴爭執之。

之紛爭類型了。筆者以為「重大變更」問題真正的關鍵，在於報酬之調整乃至於損害賠償等等，至於前述區別一般變更與重大變更之門檻，只是第一道關卡。承第四章所述，重大變更問題在美國可以很單純地以「違約」處理，但是在我國法制下，必須分別情形以觀之：可能會落入①違約（債務不履行）、②情事變更、③無因管理（適法管理）三種範疇，不一定落在哪一個框框中，要視具體情形而定，然後分別適用或類推適用其要件以及效果，衡平調整定作人與承攬人間之對價關係。

就上述三者而言，論為定作人「違約」乃回顧過去雙方之歷史紀錄，決定損害賠償之基準；但是由於定作人未必具有可歸責之事由，故有可能再落入「情事變更」或以「無因管理」來處理、決定未來雙方之法律關係要如何走下去，著眼於未來性。

應附言者，仲裁契約與仲裁鑑定契約不同，其區別在於是否具有排除國家審判權作用之合意，仲裁契約具有「妨訴效力」，而仲裁鑑定契約則無此效力，僅係就系爭法律關係中某事實或要素，排除法院就該部分之判斷，而由仲裁鑑定人予以判斷¹⁵⁶。承上，如果仲裁鑑定未完成前，當事人逕予起訴，法院應否將訴以「無理由」或「不合法」而駁回？就此問題，應否定之。蓋既然仲裁鑑定契約乃對系爭法律關係中之事實或要素，約定交由第三人判斷，則當事人之一方提出仲裁鑑定契約存在之抗辯，相當於對事實或證據提出之抗辯，此與仲裁契約存在之妨訴抗辯效力不同，故無法類推適用仲裁法之規定、以訴不合法而駁回之；而較正確之作法是類推適用民事訴訟法第 287 條及第 347 條之規定，命定期補正（補提出仲裁鑑定報告），如未遵期提出，則再區別情形決定賦予何效果：（1）如係因可

¹⁵⁶ 沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究，民訴法研究會第七十七次研討會，民事訴訟法之研討（十），頁 289。就此點觀察可知，仲裁鑑定契約乃爭點簡化協議，亦屬於「和解契約」之一種類型，參見：周廷翰，訴訟上和解之研究—自程序選擇契約之觀點，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 148 至 149，2008 年。

歸責於負主張責任或舉證責任之原告而未能提出仲裁鑑定結果者，因事實、證據之未提出導致無法認定其請求權存在，法院應對該原告以訴為無理由予以敗訴判決。(2) 如係因不負舉證責任之被告故意妨礙仲裁鑑定之提出，可類推適用民事訴訟法中證明妨礙或書證不提出之規定，逕認對造之主張為真正。(3) 若係因仲裁鑑定人之事由而未能提出者，類推適用民事訴訟法第 270 條之 1，論為不可歸責於雙方當事人，故當事人不受仲裁鑑定契約拘束，可以另外提出其他事證¹⁵⁷作為判斷之基礎。

第六節 小結

本文以為，國內諸多學界與實務界所介紹國外之「爭議裁決委員會」即 DAB 之制度，雖然國內實務上尚未出現，惟我國法律制度中，可以由民事訴訟法第 270 條之 1、第 376 條之 1 找到成立「仲裁鑑定人」之依據，採納「爭議裁決委員會」設計之優點，將之設計為我國關於工程糾紛成立「仲裁鑑定人」之模式，同樣可以達到所希冀之目標，似乎未必一定要原封不動地引入外國法制。

至於「仲裁鑑定人」就本文主題「重大變更」問題所進行之工作方針有二，其一為辨識是否構成「重大變更」問題；其二為解決「重大變更問題」，亦即提出調整對價之方案。

就辨識是否構成「重大變更」而言，若為「數量」變更者，吾人可制訂之標準之數值（例如參考美國聯邦法院之經驗，增項採 100%、減項採 10%）；至於「性質」方面無法量化者，筆者建議參考第三章所舉案例，並例示三種類型供裁決委員或仲裁鑑定人參考如前所述。

¹⁵⁷ 沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究，民訴法研究會第七十七次研討會，民事訴訟法之研討（十），頁 291。

至於提出調整對價方案之部分，筆者建議參考第四章，視具體案例情形，檢視其案例事實可能該當於何種構成要件，亦即：該當於①違約（債務不履行）、②情事變更、③無因管理（適法管理）三種範疇何者之中，或接近於上開三種請求權基礎之構成要件事實，然後分別適用或類推適用此三者請求權基礎之要件以及效果，以進行衡平調整定作人與承攬人間之對價關係，並決定最後調整後報酬之數字。



第六章 結論

本文擬探討工程承攬契約中，因變更條款賦予定作人一定之變更權限，但該權限範圍不明確而引起之「重大變更」問題。於是，本文嘗試找出變更指示權限之界限，並就定作人為超過變更權限之指示、後續應如何處理重大變更問題而進行探討。

茲總結本文之研討問題及結果如下：

(一)「變更條款」：

1. 何以要有變更條款？

工程承攬契約因為本質上無法鉅細靡遺設計，不得不然的結果，在某些情境下（例如：不當的規格、異常地質條件、無法施工、加速施工等情形），必須賦予定作人一定程度的彈性，也就是所謂「變更條款」之存在，依其單方之指示變更契約之工作內容。

2. 就各種契約範本之變更條款比較方面：

(1)在德國 VOB/B 第 2 條中，賦予承攬人就定作人所指示超過 10% 變更幅度之工作、即有權請求定作人與之協議新單價，某程度減少了所謂「重大變更」問題發生之機率，是很先進的設計。不過，這也只能涵蓋到「數量」變更過大之指示，就某些由「數量」上難以衡量該變更幅度是否過於巨大之指示，恐仍無法處理。

(2)而在美國聯邦政府採購規範即 FAR 第 52.243-4 中，則將實務上常見之「擬制變更」直接下定義為：採購官所為任何其他書面或口頭將會造成（契約）變更之指示，若承攬人以書面通知回應採購官，並載明：①收到指示之日期、工作環境狀況、指示者（即指令來源）②承攬人將視此為變更命令。則上開指示亦將被視為（依契約之變更條款所為之）「變更命

令」；並增加原來擬制變更理論所沒有的「承攬人未遵期通知定作人」之失權效果，對於雙方法律關係之穩定性，頗有助益。

(3) FIDIC 1999 年版新紅皮書第 13.3 規定：『若工程司發出變更之指示前要求承攬人提出建議書，承攬人應儘速以書面回應，或提出伊不能照辦之理由（如果是這種情形），或提出：(a)對建議要完成之工作之說明，以及實施之進度計畫；(b)根據本契約 8.3[Programme]（進度計畫）以及完工時程之要求，承攬人對進度計畫作必要修改之建議書；(c)承攬人對該「變更」估價之建議書。』這樣的規定將未來可能發生爭議之「因變更所須調整報酬」之機制提早浮上檯面，使承攬人先表示意見，事實上重大變更之問題的重點本來也就是報酬之調整，如果能儘早使雙方就此達成合意，或許能減少未來承攬人主張為重大變更而發生爭議之機會。

(4)我國營建署之契約範本第 14 條區分總價契約以及實作實算契約，後者看似以實作數量核算，不會發生爭議；不過其實單價仍可能會有爭執，尤其在工作「減項」時，或許原先議定之單價便不合用了。而總價契約方面，該範本將 10%以上部分，方依變更條款調整報酬，也就是 10%以內由承攬人自行吸收該不利益。至於調整報酬之機制如下：「(1). 本契約有工程項目者，增減數量以本契約各該項目之單價計算。(2). 新增工程項目者，以雙方議定之單價計算，協議期間甲方得要求乙方先行緊急施工，乙方應配合辦理，若新增單價尚未完成議價手續時，得依核定後修正預算單價 8 成先行估驗計價，俟新增單價議定後調整。(3). 因變更設計而需廢棄拆除乙方已施工完成的部分項目，由甲方按實作驗收數量以契約相關單價計給外，並酌補拆除清理費、退運費及合理之損失。」就新增工作項目者可以雙方重新議價，這是很好的調整機制；不過就未增減工作項目、但數量變更之工作，是否按原契約所定單價計算便無爭議，恐怕也未必如此。

3. 「擬制變更」的要件：

其一是所謂「變更」要件，其二是所謂「命令」要件¹⁵⁸。而其中「變更」要件，須檢視實際上履行的工作是否在最低限度內可解為係該契約本質上所需之工作¹⁵⁹。至於「命令」要件方面，則須檢視作為定作人之聯邦政府一方之代表，是否以言語或某種行為為指示而要求承攬人、進行某項並非原契約中必須之工作，且該指示須有別於工程或技術人員經常提供之建議、評論、意見等等¹⁶⁰。由於實際上發生爭執的問題，常常是定作人未依約定發布變更命令之程序便指示變更，然後變更幅度又過大，所以擬制變更理論在這裡發揮一定之作用：先擬制為變更，再檢視是否超出契約通常範圍，然後論是否為重大變更。不過，我國法制下「擬制」一詞通常指涉有法律明文者，故或許參考前述 FAR 之作法，直接在契約中明文約定符合一定要件者將論為該指示為依照變更條款所為之變更命令，或許可避免若干無謂之爭執。

（二）美國法上之「重大變更理論」：

1. 何謂「重大變更」？

承前所述，工程承攬契約不得不存在有「變更條款」，賦予定作人一定彈性之變更權限，然而，該變更指示若超過「原契約所定通常工作範圍」時，便構成了「重大變更」。或許這個定義還可以作一些小小修正，會更為精確：「定作人之某行為，造成承攬人施工條件或工作範圍發生重大改

¹⁵⁸ 顏玉明，工程變更(Variations)之探討－以異常地質(Differing Site Conditions)為對象，律師雜誌，282期，頁89-90。

¹⁵⁹ 此二要件均為BCA實務見解中所歸納。原文為：“To find the change element we must examine the actual performance to see whether it went beyond the minimum standards demanded by the terms of contract.” 參 Industrial Research Assocs., Inc., DCAB WB-5, 68-1 BCA 7069, at 32,685-86, 轉引自 JR., JOHN CIBINIC ET AL., ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS, at 428 (4th ed, 2006)

¹⁶⁰ 原文為：“...To be compensable under the changes clause, the change must be one that the government ordered the contractor to make. The government’s representative, by his words or his deeds, must require the contractor to perform work that is not a necessary part of his contract. This differs from advice, comments, suggestions, or opinions, which government engineering or technical personnel frequently offer to a contractor’s employees.” 參 Industrial Research Assocs., Inc., DCAB WB-5, 68-1 BCA ¶ 7069, at 32,685-86, 轉引自 JR., JOHN CIBINIC ET AL., ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS, at 428 (4th ed, 2006)

變」者，便是所謂「重大變更」理論要處理的問題。雖然本文以美國法上之發展為研究對象，但全世界的工程承攬契約皆設有變更條款，故同樣均會遭遇此一問題。

2.由美國判例所得到的啟發：

在美國法中，「重大變更」的定性便是論為定作人違約，而其判斷標準（即要件），大致可由案例歸納如下：

①數量方面：工作增加者，就工程之尺寸或成本變化接近 100%時，傾向認定為重大變更；至於減項者，達 10%便認為重大變更¹⁶¹。但是工期大幅展延方面，則往往不被認為是重大變更。

②性質方面：目前可歸納以下三大類重大變更之情形，

- (i) 基礎結構設計之變更。
- (ii) 明顯增加契約工作範圍外之額外工作。
- (iii) 「施工方法」之本質變更。

（三）我國法制下如何定位「重大變更」問題，又如何解決？

我國法對於「違約」係以「可歸責」為其要件。故在我國法制下，不可能像美國法很單純地將所有「重大變更」均直接論為「違約」，必須再事探求其他規範基礎。

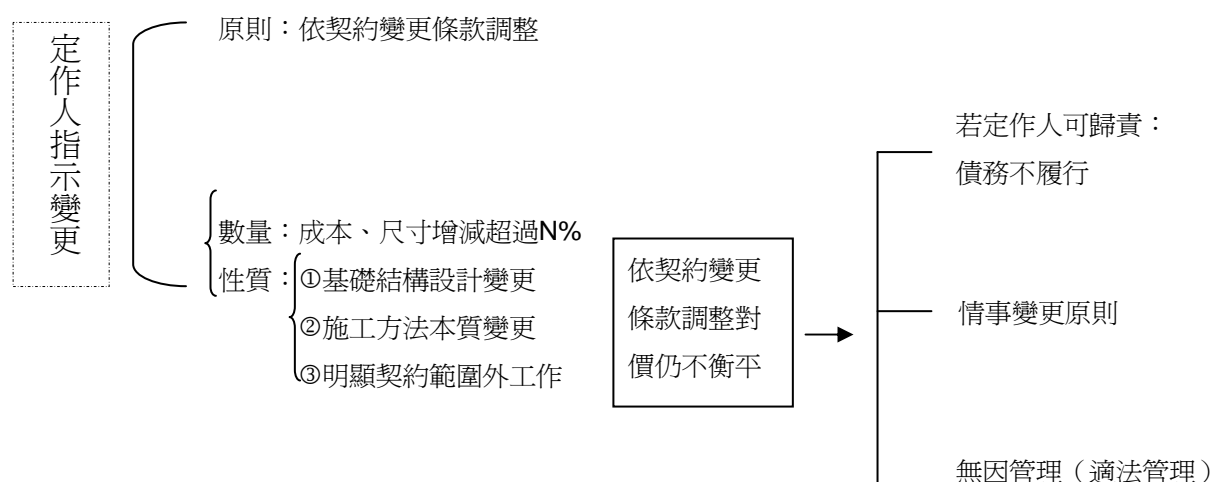
本文研究結果認為，重大變更問題，可能會落入（1）債務不履行、（2）情事變更原則、（3）適法無因管理，三種規範基礎均可能是處理重大變更問題之依據。本文認為重大變更問題之案例類型，將在此三個法律概念中流動，其所該當之構成要件以及法律效果不一，須視個案具體情形如何而定：若變更指示超過契約通常工作範圍，且定作人具「可歸責」事由，則適用或類推適用（1）債務不履行之規定解決之；若定作人不具何「可歸

¹⁶¹ 可見增加工作與減少工作的考量不同。增加到 100%，顯然是添加了一件完全新的工作給承攬人，故為重大變更；但是減少工作 10%，也許已經不當地侵害到承攬人的獲得利潤之機會、而傷害到該工作的本質，也構成重大變更。

責」事由，則視情況考慮具體案例事實是否符合或近似於（2）情事變更之要件、或（3）無因管理之要件，分別適用或類推適用之，而賦予其應有之法律效果。

以上之所以稱「適用或類推適用」，係因在我國法律學說以及實務上，對於「協力行爲」之定性是否爲「對己義務」或「對他義務」有所爭議，進而就違反該義務是否能論爲債務不履行，尚有爭執；此外，就「情事變更」之要件，亦有認爲必須限於「客觀」之情事有所變更，而不納入如地質重大變異等常見之「雙方主觀誤認」之類型，然而以「錯誤」來處理此種案例，似乎要件又嫌過苛，故本文採以上見解。至於無因管理方面，畢竟雙方有契約關係，要將承攬人依定作人之指示工作、論爲直接適用無因管理之規定，恐亦有爭議。故筆者以爲亦可能係「類推適用」以上三者，以保留一定之迴旋空間。

此處筆者擬以樹枝圖呈現以上筆者之意見：下圖中數量方面的“N%”之數值標準，吾人可以考慮參考美國聯邦法院判例見解，就增加工作採100%、減少工作採10%；或參酌我國政府採購法第22條第1項第6款之精神，採用50%爲重大變更之標準，惟筆者尚未有工程實務經驗，在此不敢妄斷，或許有待工程實務界先進就此深入討論後再決定。



(四) 程序方面：由何人認定是否「重大變更」？如何解決此類紛爭？

1. 紛爭解決機制之選用：

直接將重大變更問題交由法院解決，可能不太符合經濟效益。蓋法院未必具備工程方面的專業知識，且嚴格依照證據認定事實，紛爭將纏訟多時，並不符合工程講求效率之需求。較合宜的方式顯然會是各種訴訟外解決紛爭機制，其中又以 DAB 特別引人注目。

2. 我國是否有必要引入 DAB 機制：

本文以為，DAB 機制設計確實甚值激賞，但是依我國民事訴訟法第 270 條之 1、第 376 條之 1，同樣可以組成一個常設性之仲裁鑑定人，然後要求定期巡視工地、並即時解決紛爭，那麼其實我國法制下也同樣可以設計如同 DAB 所能發揮之功能的組織。

3. 仲裁鑑定人如何解決重大變更之爭議？

吾人期待「仲裁鑑定人」進行的工作方針，大約有兩個方向：(1) 認定是否構成「重大變更」；(2) 提出合理之補償或賠償方案，調整該工程承攬契約中對價不平衡之狀態。

就(1)而言：大略可分為二類，其中一類乃「數量」之巨幅變更，吾人可考慮一個數字（例如美國聯邦法院採納者增幅達 100%、減項達 10%）作為標準，超過者即論為「重大變更」；較為麻煩者乃「性質」方面之重大變更，本文擬參考美國法判例之經驗，例示三種已經為美國聯邦法院採納之子類型如下：①「基礎結構設計」之變更、②明顯增加契約工作範圍外之額外工作、③「施工方法」之本質變更。

就(2)而言：這才是真正要解決「重大變更」問題最核心的部分。如果原來契約中變更條款之調整報酬機制合理，就不會落入「重大變更」

之紛爭類型了。筆者以為「重大變更」問題真正的關鍵，在於報酬之調整乃至於損害賠償等等，至於前述區別一般變更與重大變更之門檻，只是第一道關卡；第二道關卡是，在我國法制下，要如何定性並賦予承攬人某種衡平調整之請求權基礎，此須分別情形以觀之：可能會落入①違約（債務不履行）、②情事變更、③無因管理（適法管理）三種範疇，要視具體情形如何而定，然後分別適用或類推適用其要件以及效果，衡平調整定作人與承攬人間之對價關係。

（五）對於工程承攬契約變更條款修正方向之建議

筆者以為，原本「變更條款」便是為了因應工程承攬契約對「彈性」之高度需求而創造，而顯得與一般契約有所不同。但是，為了解決問題而創造的「變更條款」，又製造了新的問題：變更的權限應該多大？範圍如何？超過了要如何處理？這不容易有一個標準答案，筆者嘗試回答上述問題如下：

1. 就工程之尺寸或成本方面之「數量」變化，增加工作者以 50%¹⁶²、減少工作者以 10%之變更為標準，超過者便論為「重大變更」，定作人有義務與承攬人重新議定單價。
2. 無法由數量界定是否構成重大變更者，亦即「性質」方面之變更，若屬於①「基礎結構設計」之變更、②明顯增加契約工作範圍外之額外工作、③「施工方法」之本質變更者，均論為「重大變更」，定作人有義務與承攬人「重新議價」。
3. 雙方無法議定單價，或甚至就「是否構成重大變更」有疑義者，交

¹⁶² 50%為我國採購法之規定，或者參酌美國法院判例採 100%為標準，此尙有待藉由實務統計研究何者較為恰當。

由雙方合意產生之仲裁鑑定人決定，並約定嗣後不再爭執該決定所認定之結果。

以上乃筆者淺見，尚祈各方大德不吝提供寶貴意見，以作為吾人繼續研討修正之方向，使我國工程承攬契約法制邁向更加健全之未來。



參考書目

壹、中文文獻（依作者姓氏筆畫排序）

（一）書籍及專論

王伯檢，「工程糾紛與索賠實務」，元照出版社，2003年。

王志興，「仲裁案例選輯（I）」，中華民國商務仲裁協會，1996年。

史尚寬，「債法各論（上）」，1960年。

林誠二，「債法總論新解，體系化解說（下）」，2010年。

李家慶，「工程法律與索賠實務」，中華民國仲裁協會，2004年。

何主宇，「法律英文讀寫實務」，寂天出版社，2005年。

邱聰智，「新訂債法各論（中）」，2002年。

姚志明，「誠信原則與附隨義務之研究」，元照出版社，2003年。

長谷川俊明著，郭建譯，「法律英文文書製作」，1999年。

馬維麟，「民法債編註釋書(二)」，五南出版社，2007年。

望月禮二郎著，郭建譯，「英美法」，頁359，五南出版社，2004年。

孫森焱，「民法債編總論（下）」，2010年。

潘維大，「英美法導讀講義」，2003年。

劉宗榮，「定型化契約論文專輯」，三民書局，1988年。

謝哲勝、李金松，「工程契約理論與求償實務」，翰蘆出版社，2005年。

(二) 期刊論文

孔繁綺，論工程契約之重大變更，仲裁季刊，第88期，2009年。

古嘉諄，爭議委員會機制之研究，收於「工程法律實務研析(二)」，元照出版社，2006年。

李家慶、蕭偉松，建立國內工程爭議審議委員會機制之芻議，仲裁季刊，86期，2008年。

朱麗蓉，工程合約所定工作範圍以外危險負擔爭議之判斷，收錄於：王志興總編輯，仲裁案例選輯(I)，中華民國商務仲裁協會，1996年。

沈冠伶，仲裁鑑定制度之研究，民訴法研究會第七十七次研討會，民事訴訟法之研討(十)，2001年。

余文恭，工程契約的正義從何而來？從德國法學方法論的變遷談起，律師雜誌第330期，2007年。

邱聯恭，程式選擇權之法理：著重於闡述其理論基礎並準以展望新世紀之民事程式法學，法學叢刊，1993年。

姚志明，一般情事變更原則於給付工程款案例之適用：兼評最高法院九十四年臺上字第八九八號判決，月旦法學雜誌，156期(2008)。

郭斯傑，戴弘燁，北二高工程合約變更案例之探討研究，土木水利，第25卷第1期，1998年5月。

陳德純，工程範圍變更，收於「工程法律實務研析(一)」，元照出版社，2005年。

陳鵬光等合著，工程變更與契約變更，收錄於「工程法律探索」，萬國法律事務所主編，頁4，元照出版社，2009年。

陳佑寰，真正還是不真正？論工程契約中業主協力行爲之性質—最高法院

97 年度台上字第 360 號民事判決之評釋，法令月刊第 62 卷第 8 期，2011 年。

陳思合，契約變更與轉讓，工程法律實務研析(五)，元照出版社，2009 年。

黃立，工程承攬契約之重大變更，政大法學評論第 116 期，2010 年。

黃茂榮，情事變更：契約基礎之欠缺或喪失，植根雜誌第 17 卷第 9 期，2001 年。

黃茂榮，給付遲延與受領遲延，收錄於「債法總論」第 2 冊，2004 年。

劉志鵬，定作人協力行爲，收錄於「工程法律實務研析(二)」，元照出版社，2006 年。

謝定亞，工程契約中「重大變更設計」之認定原則與爭議解決，仲裁季刊，第 85 期，2008 年。

顏玉明，工程變更(Variations)之探討—以異常地質(Differing Site Conditions)爲對象，律師雜誌，282 期，2003 年。

顏玉明，公共工程履約爭議協調機制—以「爭議審查委員會」/「爭議裁決委員會」解決工程爭議之芻議，仲裁季刊，86 期，頁 98 以下 (2008)。

顏玉明，營建工程契約當事人間的權利義務關係—我國民法規定與 FIDIC 營建施工標準契約條款之比較，營造天下，第 111 期，2005 年 3 月。

(三) 學位論文

吳若萍，「公共營建工程契約中遲延完工之問題研究：以不可歸責於承攬人爲中心」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2008 年。

周廷翰，訴訟上和解之研究—自程序選擇契約之觀點，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2008 年。

陳玉潔，「工程契約變更之爭議問題」，國立政治大學法律研究所碩士論文，2005 年。

曾婉雯，「工程契約中之契約調整權—以情事變更原則為中心」，國立政治大學法律研究所碩士論文，2010年。

顧美春，「工程契約風險分配與常見爭議問題之研究」，國立交通大學科技法律研究所碩士論文，2002年。

貳、英文文獻（依作者 last name 排序）

（一）書籍及專論

ARTHUR F. O'LEARY, CONSTRUCTION ADMINISTRATION IN ARCHITECTURAL PRACTICE (1992)

GENERAL EDITOR: THOMAS J. KELLEHER, JR., SMITH, CURRIE & HANCOCK LLP'S COMMON SENSE CONSTRUCTION LAW : A PRACTICAL GUIDE FOR THE CONSTRUCTION PROFESSIONAL (3rd ed. 2005).

JEREMY GLOVER ET AL., UNDERSTANDING THE NEW FIDIC RED BOOK: A CLAUSE BY CLAUSE COMMENTARY (2006)

JOHN W. WHELAN, JAMES F. NAGLE, FEDERAL GOVERNMENT CONTRACTS: CASES AND MATERIALS (2007).

JUSTIN SWEET, LEGAL ASPECTS OF ARCHITECTURE, ENGINEERING AND THE CONSTRUCTION PROCESS (1989)

JR., JOHN CIBINIC ET AL., ADMINISTRATION OF GOVERNMENT CONTRACTS (4th ed, 2006)

JIMMIE HINZE, CONSTRUCTION CONTRACTS (2nd ed. 2001)

RICHARD H. CLOUGH, GLENN A. SEARS, S. KEOKI SEARS, CONSTRUCTION CONTRACTING: A PRACTICAL GUIDE TO

COMPANY MANAGEMENT (7th ed. 2005)

STUART H. BARTHOLOMEW, CONSTRUCTION CONTRACTING
BUSINESS AND LEGAL PRINCIPLES(2002)

WILLIAM ALLENSWORTH, ROSS J. ALTMAN, ALLEN OVERCASH,
CAROL J PATTERSON, EDS, CONSTRUCTION LAW (ABA 2009)

(二) 論文及研討會文章或網路文章

Stephen A. Hess, J.D. "*Cardinal Change*" Doctrine in Federal Contracts Law, American Law Reports, 9 A.L.R. Fed. 2d 565 (Originally published in 2006)

Guy W. Harrison, Esq., *The "Cardinal Change" Doctrine As A Defense To Surety Bond Claims: A Practical Guide To The Federal Case Law*, EIGHTH ANNUAL SOUTHERN SURETY AND FIDELITY CLAIMS CONFERENCE APRIL 3-4, 1997, available at: <http://www.forcon.com/papers/ssfcc/1997/Harrison.pdf> (last visited Aug. 12, 2011).

参、日文文献

五十嵐清，ドイツ行為基礎論小史(1)―ドイツ民法新 313 条の成立まで，札幌法学 15 卷 2 号，2004 年。

五十嵐清，ドイツ行為基礎論小史(2・完)―ドイツ民法新 313 条の成立まで，札幌法学 16 卷 1 号，2004 年。