

工程承攬契約中先行使用 工作物與危險負擔

——評最高法院109年度台上字第2935號
民事判決

林更盛

東海大學法律學院教授

黃正光

東海大學法律學院兼任講師



摘要

工作未完成驗收／接收前，定作人先行使用工作物，應由何方承擔危險？基於契約自由原則，固應尊重當事人約定。惟若定作人不依約為驗收，最高法院表示：依民法第101條規定，該部分應視為已經驗收，風險承擔移轉。對此結論，本文表示贊同，並將參考國際諮詢工程師聯合會2017年紅皮書、2017年新工程與建築契約第4版、中國民法、德國民法與建築工程招標與契約規範B部分、美國聯邦採購規則，以及工程承攬契約當事人間之合作義務，加以論述。

目次

壹、事實摘要

貳、爭點

參、判決理由

肆、評析

DOI: 10.53106/27889866031207

關鍵詞：工程承攬，危險負擔，先行使用工作物，合作義務，比較法

壹、事實摘要

本件上訴人友○公司於2006年10月27日以總價為新臺幣2億4,680萬元，承攬交通部公路總局第二區養護工程處（下稱「二工處」）發包之「代辦力行產業道路艾莉颱風災害復建工程（23.5K~42.5K）」（下稱「系爭工程」），約定工期420日曆天。友○公司於開工後，因所承攬之力行產業道路路段地質甚不穩定，遇豪大風雨即生地基位移等現象，無法完全依二工處提供之設計圖說施工，經通知該處處理，均未為適當指示，致施作之擋土牆、道路等屢因颱風、豪雨而位移、毀損，無法繼續完成系爭工程，二工處乃於2009年3月11日終止系爭契約。友○公司主張：就其已施作完成之30K+350-470等段道路，既經報請部分驗收合格、先行使用，依約定得請求該部分之報酬。二工處則以：系爭工作物於驗收前已經滅失，應由友○公司承擔風險，不得請求工程款，資為抗辯。

貳、爭點

於未經驗收前，定作人已先行使用之部分工作物，危險負擔歸誰承擔？

參、判決理由

查系爭契約施工說明書一般條款第S.4條：「工程縱使未達全部竣工階段，如承包商已按契約規定完成某一部分之工程並可資使用，而甲方（即二工處）認為有先行使用之必要時，或認為已完成部分有減損或滅失之顧慮時，甲方得針對該完成部分辦理部分驗收。經部分驗收合格，非承包商因素所引致之損壞及養護所發生之費用，承包商不負責任。」等語，已約定二工處就友○公司已依約完成可資使用之工程，認有先行使用之必要時，得就該部分辦理驗收，其後非友○公司因素所引致之損壞，該公司不負責任。又友○公司已施作之系爭工作物於遭風災滅失前，已開放供民眾通行使用，為原審認定之事實。且二工處亦自陳：「我造不否認有指示驗收前先供民眾通行（使）事實……」等語。而友○公司於2008年7月21日猶有報請二工處就包含系爭工作物在內之33處工作，為部分驗收。果爾，友○公司主張二工處依約應辦理部分驗收而不辦理，依民法第101條規定，應視為該部分已驗收合格云云，似非無稽。原審就此未詳加審究，徒以二工處否認有指示開放通行之情，且友○公司未完成全部工程並經驗收，即認其上開主張為不可採，已嫌速斷。

肆、評 析

以定作人完成驗收／接收，作為工作物危險負擔之移轉的前提，一般而言，並無疑問。惟如本件，在尚未完成驗收／接收前，定作人已經先行使用的部分工作物，應由何方當事人承擔危險？觀諸臺灣營建工程承攬實務，尤其在大地工程，於工程完竣前，部分完成工作之被使用情形，時有所見，因此本件情形具有相當的代表性。本判決認為：承攬人主張定作人依約應辦理部分驗收而不辦理，依民法第101條規定，應視為該部分已驗收合格。此一見解，值得重視，並且具有普遍的重要性。以下將對此進一步地論述。

一、臺 灣

工作毀損、滅失之危險，於定作人受領前，由承攬人負擔，如定作人受領遲延者，其危險由定作人負擔。民法第508條第1項定有明文。通說亦表示相同看法，但未多加說明¹。也因此，對於未完成驗收／接收前，定作人已經先行使用的部分工作物，應由何方當事人承擔危險？缺乏相關論述。但在適用政府採購法的情形，行政院公共工程委員會頒布之工程採購契約範本（2022年12月22日修正）第15條（八），明定：「工程部分完工後，有部分先行使用之必要或已履約之部分有減損滅失之虞者，應先就該部分辦理驗收或分段查驗供驗收之用，並就辦理部分驗收者支付價金及起算保固期……」。上述規定課予定作人有辦理部分驗收之義務，值得重視。這和本件契約第S.4條之賦予定作人有此權利，尚有不同。

二、比較的觀點

（一）國際諮詢工程師聯合會2017年紅皮書

在國際諮詢工程師聯合會2017年紅皮書（FIDIC 2017 Red Book），第10.2條第1項明定：工程師得依定作人之自由裁量，就終局工作物的任一部分，簽發接收證書（Taking-Over Certificate）。第10.2條第2項：直到工程師針對該部分簽發接收證書之前，定作人不得使用工程的任何部分（除非這是作為臨時性措施，而且這在工程項目清單中已經說明，或在得到承包商的事先同意）。但是，在接收證書簽發之前，如果定作人確實使用了工

¹ 黃茂榮，債法個論（第一冊增訂版），再版，2006年9月，607頁以下；邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法個論（中），2008年8月，116頁以下；劉春堂，民法債編個論（中），2004年3月，97頁以下。最高法院103年度台上字第1610號民事判決、最高法院100年度台上字第2152號民事判決、最高法院94年度台上字第1669號民事判決。

作的任一部分，則承包商應向工程師發出一份通知，確認該部分並說明該使用情況，並且(a)該部分應被視為自使用之日起已被定作人接收；(b)從該日起，承包商不再負責照管該部分，責任將轉移給定作人；(c)工程師應立即就該部分簽發接收證書，其內容包含尚待完成之工作（含測驗與竣工）、及／或應修補之瑕疵。又依第10.2條第4項規定，承攬人對於因提前使用所產生的額外的費用，得依第20.2條規定請求費用與利潤的補償。

準此，辦理部分接收以至於提前使用（部分）工作物，這基本上是定作人的權利，但必須先進行簽發接收證書之程序。惟若定作人事實上提前使用了部分工作物，自使用之日起，該部分視為已經被定作人接收，由定作人承擔風險。後續工程師應就該部分工作物簽發接收證書。

（二）2017年新工程與建築契約第4版

另一常見的國際工程合約範本、2017年的新工程與建築契約第4版（NEC4 ECC, Engineering and Construction Contract）第35.2條規定：定作人在開立竣工（Completion）證明前，得使用工作物的任一部分。定作人之使用工作物，除非是基於該工作範圍內所定之理由，或是為配合承攬人的施作方式，否則應視為接收（take over）該部分的工作物。既然接收，工作物的風險承擔從承攬人移轉給定作人。第35.3條規定：就接收工作物部分，專案經理應於接收後7日內，簽發接收證書，載明接收日期與範圍。準此，提前使用（部分）工作物，屬於定作人的權利，這同時意味著工作物的風險承擔將轉由定作人承擔，後續應進行接收程序。

（三）中國民法

針對工作物之交付使用二者，中華人民共和國民法典第799條明定：建設工程竣工經驗收合格後，方可交付使用；未經驗收或者驗收不合格的，不得交付使用²。其用意當在避免工作因不合規使用所致之紛爭。但若定作人（發包人）實際上已提前使用工作物，風險承擔是否因而移轉？並不明確。

（四）德國民法與建築工程招標與契約規範B部分

1. 德國民法

德國民法承攬契約篇對於部分接收（Teilabnahme），並無明文規定。

² 中華人民共和國民法典第799條規定：「（第1項）建設工程竣工後，發包人應當根據施工圖紙及說明書、國家頒發的施工驗收規範和質量檢驗標準及時進行驗收。驗收合格的，發包人應當按照約定支付價款，並接收該建設工程。（第2項）建設工程竣工經驗收合格後，方可交付使用；未經驗收或者驗收不合格的，不得交付使用。」

但第641條第1項第2句則以承認此類約定為前提，規定「若對工作物為部分接收、並且對各該部分有約定報酬者，則於接收各該部分時、應給付相應的報酬」；換言之，當事人得明示或默示合意為部分接收³。又學說另有主張：若工作物包含多個可獨立使用的部分，且定作人對於已經適合於部分接收、無瑕疵之部分工作物已經為使用，依誠信原則，承攬人得要求定作人為部分接收⁴；否則承攬人於此尚須承擔瑕疵、負擔風險，並不合理⁵。

2. 建築工程招標與契約規範B部分

德國建築工程招標與契約規範B部分：履行建築給付的一般契約條款（Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil B: Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen VOB/B）第7條第1項相對寬鬆地減輕承攬人的風險承擔，規定：已經施作給付之全部或一部，於接收前，因遭遇天災、事變、或其他承攬人客觀上無法避免之不可歸責的事由，導致毀損滅失，承攬人就該已施作部分仍有第6條第5項之報酬請求權⁶；就其他損失、不負損害賠償義務。第12條第2項規定：對於個別獨立的部分工作物，於經要求時，應分別為接收。第12條第5項第2款第1句又規定：未約定應為接收者，經定作人使用一部或全部之工作物，除非另有約定，否則於開始使用後超過6個工作天，視為接收。第12條第6項規定：若定作人尚未依第7條承擔危險者，則於接收後，危險移轉歸定作人承擔。

準此，德國民法承認得對工作物為部分接收。在建築工程招標與契約規範B部分（VOB/B），除相對寬鬆地免除承攬人的風險承擔（第7條第1項）者外，對於個別獨立的部分工作物，規定當事人任一方得要求為接收（第12條第2項）。又除非另有約定，否則於開始使用後超過6個工作天，視為接收該部分的工作物；而且最遲從該時點起，風險承擔移轉給定作人（第12條第5項第2款第1句）。

（五）美國聯邦採購規則

美國聯邦採購規則（Federal Acquisition Regulation）第46.505(b)(2)條規定：除契約另有約定者外，材料毀損滅失的風險，於接收（Acceptance）

³ MüKoBGB/Busche, 9. Aufl. 2023, BGB § 640 Rn. 23.

⁴ BeckOK BGB/Voit, 66. Ed. 1.11.2022, BGB § 640 Rn. 26.

⁵ Staudinger/Peters, 2019, § 641 Rn. 120.

⁶ VOB/B第6條第5項明定：「若給付之實施預計將相當長期間的中斷，但尚不至於導致持續地給付不能，就已實施的部分應比照契約定價加以結算，並外加承攬人已產生的，以及尚未履行、但已內含於契約定價價格部分的成本，給予報酬」。

時從承攬人移轉給政府承擔。對於竣工前之占有或使用標的物，第52.236-11條規定：「(a)對於任何已竣工或已部分竣工的工作物，政府有權利予以占有。在占有或使用工作物之前，對於政府擬占有或使用的工作物部分，負責契約的公務員應詳列尚待完成或補正的工作項目清單，提交承攬人。但對於負責契約的公務員未列入上述工作項目清單者，並不因而免除承攬人遵守契約約定的責任。政府上述的占有或使用不應被視為接收本契約的相關工作。(b)當政府占有或使用時，承攬人就因政府之占有或使用所生之損害，不需負責；對此，無本契約『允許與責任』節相關規定的適用。若政府之提前占有或使用導致工作進度延遲、或導致承攬人費用之增加，對於契約報酬或竣工期間應為衡平地調整，本契約並應相應地修正書面契約的約定」。又若提前占有或使用之工作物，依約定是應當接收者，就該工作物之風險承擔，即不應由承攬人；聯邦採購規則第52.236-7條規定：「……在竣工以及接收全部工作物之前，承攬人對於所有交付的材料以及完成之工作，亦應負責；但不包括：已完成且依約已得接收的部分工作」（The Contractor shall also be responsible for all materials delivered and work performed until completion and acceptance of the entire work, except for any completed unit of work which may have been accepted under the contract.）。

準此，定作人有權利要求先行占有／使用部分工作物，對於因此所致損害，承攬人無須負責。又上述工作物，依約已得接收者，就該工作物之風險承擔，即不應由承攬人、而是轉由定作人承擔。

（六）小 結

綜上，吾人可認為：當事人約定於接受工作物前，讓定作人對於已經完成的部分工作，先行占有使用；這雖然可能造成法律關係不明確，但基於契約自由原則，應無一概禁止之理。又依據前述國際諮詢工程師聯合會2017年紅皮書、2017年新工程與建築契約第4版、德國建築工程招標與契約規範B部分、美國聯邦採購規則規定，提前使用部分工作物，基本上是定作人的權利。德國建築工程招標與契約規範B部分並規定承攬人同時亦有此權利——這意味著定作人可能同時有義務對工作物為部分接收。至於這對承攬契約當事人間之風險承擔有何影響？依據前述國際諮詢工程師聯合會2017年紅皮書第10.2條第2項、2017年新工程與建築契約第4版第35.2條、德國民法與建築工程招標與契約規範B部分第12條第5、6項，美國聯邦採購規則第52.236-7條規定（針對當該部分工作依約已得接受時），這會使該工作物毀損滅失之風險，歸由定作人承擔。對此，德國學說有基於

誠信原則加以肯定者。又為維繫法律關係之明確，國際諮詢工程師聯合會2017年紅皮書、2017年新工程與建築契約第4版規定：後續應簽發接收證書，美國聯邦採購規則規定負責該契約的公務員，應當詳列有待完成或補正的工作項目清單。

三、比較、分析與結論

（一）基於契約自由原則，當事人得約定於接受工作物前，讓定作人對於部分工作物，先行占有使用。又從工作物之完成是為定作人的利益的觀點來看，提前使用／占有基本上可認為是定作人的權利。本件當事人契約一般條款第S.4條內容與此相符。另德國建築工程招標與契約規範B部分並規定當承攬人請求時，這同時是定作人的義務；此一規定和工程採購契約範本第15條（八）的內容較為接近，惟與當事人一般條款第S.4條內容相左，值得注意。

（二）定作人依約或實際上對於已經完成的部分工作，先行占有、使用，從比較的觀點，可認為：該部分工作物毀損滅失之風險，歸由定作人承擔。對此，德國學說有基於誠信原則予以肯定者。此一觀點，值得贊同。蓋以工程承攬契約，多涉及相當長的履約期間，個別工作項目繁多，必須結合相當金錢、材料與勞務，方能完成原先並不存在的的工作物。因此契約能否順利履行，相較於一般的繼續性債務關係——如租賃，若不是更加、至少是同樣地依賴當事人間的誠信。德國聯邦最高法院⁷亦明確表示：建築工程承攬契約是一長期契約，必須有契約當事人雙方的合作，也因此衍生當事人間的出資訊提供、協力、指正等等的合作義務（Kooperationspflicht）。據此，吾人應可認為：定作人實際上已經處於接受該部分工作物的狀態，享受履約之占有、使用、收益該工作物的法律上地位；而且相較於承攬人，定作人更有可能防範風險的發生，是以定作人應承擔工作物的毀損滅失之風險，如此雙方當事人之權益狀態方為衡平。民法第505條第2項（「工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬」）、特別是該規定所稱之交付，應在上述觀點底下加以理解。本件定作人針對部分道路工程既有指示先行供民眾通行之事實，自應承擔該段道路毀損滅失的風險；就該部分工作，承攬人仍得請求報酬（工程款）。

⁷ BGH, Urteil vom 23-05-1996 - VII ZR 245/94, II 1) b) Gründe, NJW 1996, 2158; BGH, Urteil vom 28. 10. 1999 - VII ZR 393/98, II 2) b) (1) der Gründe, NJW 2000, 807.

(三) 為維繫法律關係之明確，有必要使相關人員後續應簽發接收證書，或開立尚待完成或補正的工作項目清單。蓋為使法律狀態明確化，基於誠信原則——或基於該原則所衍生之合作義務，或是透過契約（補充性）解釋，對於提前使用／占有的標的物範圍、日期、有無待修補之瑕疵等，當事人應依（或類推適用）接收程序（含驗收）的相關約定，立即而不遲延地加以確認。至於何謂立即而不遲延，前述2017年的新工程與建築契約第4版第35.3條所規定的7日內，或德國之建築工程招標與契約規範B部分（VOB／B）第12條第5項第2款第1句所規定之使用後超過6個工作天後、視為接收，或可參考。

(四) 又依本件契約一般條款第S.4條約定，須經部分驗收合格，承包商才能免責。在國內營建工程實務，契約內容如有驗收條款者，驗收為報酬請求的必要前置行為之一⁸，故無疑問。惟若定作人不依約為驗收，最高法院傾向於：依民法第101條規定，該部分視為已經驗收。然而嚴格來說，本件涉及的是債務（工程款）清償期，並非法律行為效力之附款。又若適用（或類推適用）民法第101條，其前提是：定作人之未辦理部分驗收，構成「以不正當行為」阻止付款條件之成就（或清償期之到來）。按驗收會相當廣泛地影響當事人權益，可認為是定作人的從給付義務⁹。即或不然，至少就本件情形，承攬人既已遵照定作人指示、提供部分工作物供其先行使用，並已依約報請驗收；承攬人已經盡其應盡義務。而定作人既享有工作物依約履行之利益，基於誠信原則——或基於該原則所衍生之合作義務，法律上自無許其主張自己未依約驗收（違約行為）而得以片面免除承擔工作物滅失之風險。又本件工作物既已滅失，補行驗收原則上已不可能或已無意義；最遲於此情形，定作人未及時驗收，可認為（類似於）「以不正當行為」、「阻止」其作為給付工程款之成就（或是清償期之到來），因此應當視為條件——驗收合格——成就（或是清償期已到來），定作人應當承擔系爭工作物毀損滅失之風險，有義務給付相對應的工程款，如此當事人之權益狀態方為衡平。♣

 相關文獻 ◀ 月旦知識庫 www.lawdata.com.tw，更多裁判分析 ▶ 月旦法律分析庫 lawwise.com.tw

⁸ 政府採購法第71條第1項。另參工程採購契約範本（2022年12月22日修正）第15條驗收。

⁹ 另參黃正光，論定作人工作「驗收」之協力義務——以工程採購契約範本為中心，全國律師，27卷2期，2023年2月，60-72頁。