檢視德國債編各論增訂工程契約規定的定作人變更權

黃立*

摘要

德國民法第650b條第2項規定，承攬人在收到定作人變更請求後30天內，如雙方達成共識，定作人得以書面片面作出變更指示。承攬人有義務接受定作人的指示，惟限於履行對其可被期待之情形，例如欠缺追加額外給付所需之資格或技術，在臺灣如土木包工業者承攬修理屋頂工程，但房屋結構不良，需以鋼構補強，須由營造廠承作，土木包工業者不具相關資格；或者沒有應該使用的機具；或者必要的材料在市場上暫時缺貨，當然就不會在變更指示的範圍。不過德國法對於價格調整就詳細的規範，但對於是否可以展延工期，卻隻字未提，並未完全解決問題。對於指示變更的範圍，若已達於工程之重大變更，喪失了原契約的同一性，要如何處理，也未有規範。

關鍵字

工程契約、指示變更權、重大變更、加減帳、報酬調整方式、部分付款

一、概說

德國營建工程產業發展極早，但因民法典內缺乏對於營建工程契約的專章規定。德國自1830年代從事鐵路建設時期以來，歷經長期的實務應用和發展，於1926年發展出由政府機關及德國「工程定作採購與契約委員會」

* 黃立：奧國維也納大學法學博士、臺灣大學法律碩士、政治大學法律學士；曾任政治大學法學院院長、法律系系主任；現任政治大學法律系兼任講座教授、行政院公共工程委員會採購申訴審議委員會委員、中華民國仲裁協會仲裁人。

（Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuß für Bauleistung, DVA（註一）），爲尋求更符合工程契約特性及需求，及平衡定作人及承攬人間風險及利益，「採購與契約委員會」乃共同制定「營建工程採購與契約規則」（die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistung，簡稱爲「VOB」）。VOB經歷十餘次修訂，現行版本爲2016年編定頒行，目的在於調整配合歐盟 2014/24/EU準則之規定（註二）。VOB迄今仍是德國政府採購工程定作契約之藍本。

因此營建工程契約中政府機關和廠商之間的民事法律關係，除可依循德國民法典（Bürgerliches Gesetzbuch, BGB）第631條及以下的承攬契約法律關係外，對於政府採購係以競爭限制防止法第四篇（公共工程定作之招標與及委託勞務Vergabe von öffentlichen Aufträgen und Konzessionen）（註三）、政府採購規範條例（Verordung über die Vergabebestimmung für öffentliche Aufträge; VGV（註四））、財物採購條例（Vergabe-und Vertragsordnung für Leistungen - Teil A; VOL/A（註五）），營建工程採購與契約規則A（Vergabe-

註一：DVA的任務是就公共工程合同能有專業的發包與執行。另一個目的在於以電子方式將營造工程的管理架構合理化。此種任務與目的明定在DVA的章程中。DVA的成員包括了所有重要公共工程的定作人、聯邦與各邦的主管部會、其他公共工程的定作人、地方重要協會、經濟與技術重要組織按比例組成。

註二：德國工程定作之採購與合同規範2016（Vergabe-und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B；VOB/B），在德國民法第308條第5項及第309條第8項b款享有之特別待遇，並未因爲此次的修正有所變更。也就是說，依據德國民法規定，不論工程定作之採購與合同規範如何修訂均在其涵攝之範圍。https://www.fib- bund.de/Inhalt/Vergabe/VOB/VOB-B%202016_nichtamtliche%20Fassung.pdf，上網日期：2018/08/25。

註三：Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/; 繁體中譯本見吳秀明、梁哲偉，德國限制競爭防止法（Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 2006）https://www.ftc.gov.tw/upload /2ce242d0-1b87-4614-9d79-789f4bcb2744.pdf，上網日期：2018/09/31。

註四：https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/Gesetz/VgV.pdf?__blob=publicationFile&v=1, 9. Januar 2001版本。上網日期：2018/09/29。

註五：Ausgabe 2009 vom 20. November 2009 （BAnz. Nr. 196a vom 29. Dezember 2009）。上網日期：2018/09/29。

und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A; VOB/A 2016（註六））及營建工程採購與契約規則B（Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil B:施工契約條款Allgemeine Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen; 以下簡稱VOB/B（註七））及採購自由業給付規則（Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen; VOF（註八））等法規命令爲依據（註九），就公共工程而言，形成了完整的規範體系（註一〇）。

但是對於一般民間的工程契約，並未要求其遵循前述規範（註一一）。德國民法的規定往往不夠詳細，過去一些工程契約上常發生爭議的問題，民法承攬篇沒有規範。只能依賴當事人間的協商、仲裁和法院的判決。工程法逐漸形成了一堆特殊的法律素材，有廣泛的判決涉及此一領域，對適用法律

註六：https://dejure.org/gesetze/VOB-A, 2016，上網日期：2018/09/29。

註七：https://dejure.org/gesetze/VOB-B, 2016，上網日期：2018/09/29.

註八：http://www.bescha.bund.de/SharedDocs/Downloads/Rechtsgrundlagen/NormenUndRechtsvorschriften/Nation- ale Verordnungen/VOF_2009.pdf?__blob=publicationFile&v=2, 2009，上網日期：2018/09/29。

註九：VOB/C: Allgemeine Technische Vertragsbedingungen für Bauleistungen建築工程一般技術合同條款，https:// www.berlin.de/vak/dokumente/pdf/rechtsgrundlagen/vob-c.pdf. 包括德國工業標準所制定的一系列施工規範，從DIN18299至DIN18451，包含不分種類施工方式之一般規範，及專爲地面壓力管道施工、混凝土噴漿施工、交通道路工程、鋪軌施工等特殊規範。由於民間工程合同若採用VOB/B時，VOB/C 就自動成爲合同的內容。

註一〇：在政府採購標案中，依據「歐盟2014/24/EU指令」（DIRECTIVE 2014/24/EU OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC ）若標案金額達到歐盟門檻（Schwellenwerte），會員國之相關法令應與歐盟指令相容。http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:32004L0018，上網日期：2018/09/26。

註一一：如將工程定作採購與契約規範B編全部納入之契約，在德國民法第308條第5項及第309條第8項b款享有之特別待遇，詳見黃立，〈承攬合同之工作物受領問題〉，北京航空航天大學學報社社會科學版，2018.5.31. 與德國採購法規比較有相關聯的是，這些修正與VOB/B的規範有些許差異。因爲VOB/B是VOB/A規定中，對於公共工程的定作人所必須適用的規範。

的人已經喪失透視性（註一二）。欠缺明確的法律規範，使工程契約在均衡雙方當事人利益及經濟上有意義的訂定與執行，甚爲困難。此外，對於消費者經濟合理的設計和施工契約的執行，可能涉及更多的風險。但是，除少數個別條款外，不包含任何具體的消費者保護規則。

考量工程契約的類型、建築技術的不斷發展，內容複雜而特殊、工程契約常有較長的履行期間，累積的判決也使新增專章規範的條件成熟。德國聯邦下議會議於2017年3月10所通過之修正工程契約法之法案，德國聯邦上議會於2017年3月31日通過。這是德國首次將工程契約（§§650 A- 650O）、建築師與工程師契約（§§650P- 650T）（註一三），以及消費者工程契約（§§650U- 650V）訂入民法之中（註一四）。這些修正於2018年1月1日生效，其效力僅及於自該日起締結之契約，舊契約不受此法條修正之影響（註一五）。德國民法承攬篇原規定於第631條至第650條。修法後原規定成爲第1章（一般規定），新增第2章工程契約（Kapitel 2 – Bauvertrag）從第650a條至第650h條，部分條文原本就是承攬法規範重點，現在針對工程合約的特性作一些調整，如第650e（相當於舊法第648條）、第650f條（相當於舊法第648a條）；其他條文則是對於工程契約的補充規範。附帶加上的對消費者工程契約特別規定（從第650i條至第650n條）。在工程契約法未有特別規定

註一二：Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaf- tung（以下簡稱RegE_Bauvertragsrecht）, S.24." Auch das Baurecht ist zu einer komplexen Spezialmaterie geworden, zu der eine umfangreiche, Rechtsprechung ergangenist. Diese ist für den Rechtsanwender kaum noch zu überblicken." https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Bau vertragsrecht.pdf?__blob= publicationFile&v=1，上網日期：2018/09/15。

註一三：建築師和工程師報酬，則適用Honorarordnung für Architekten und Ingenieure（HOAI：建築師及工程師報酬法Bundesgesetzblatt Jahrgang 2013 Teil I Nr. 37, ausgegeben am 16.07.2013, Seite 2276. https://dejure.org/ BGBl/ BGBl.%20I%20 2013%20S.%202276，上網日期：2018/09/18）辦理。

註一四：建築師與工程師合同以及消費者工程合同，將另爲文討論。

註一五：Dr. Oskar Maria Geitel, Vergabeblog.de vom 03/05/2017, Nr. 31209，上網日期：2018/09/29。

時，回歸承攬契約之一般規定（註一六）。

由於德國民法中，前此對於這種具有重要經濟意義的契約，原本幾乎沒有的獨立規定，新法引入定作人的指示變更權（Anordnungsrecht）、物價調整的規則、工作增或減、對於通過變更和補充規則，以及因重大原因終止契約的標準等，工程契約現在已經有了明確的法律依據，解決了過去實務上的困難。此種修正對工程實務有重大影響：舊的契約模式必須改變，各地方法院（die Landgerichte）要設立工程專庭，並容許假處分等救濟措施。本文僅討論定作人的片面變更權（Anordnungsrecht）。

二、工程之定義

德國民法第650a條規定：「工程契約法所稱之工程，是指建築物或戶外工作物的建造（Herstellung）、修復、拆除、改建。建物之維修（Instandhaltung），若該工作物對建造、修復或約定目的之使用有重要意義者，也是工程契約。（註一七）」

在德國民法第650a條中定義了工程契約，適用於其後各條之規定，基於第634a條第1項第2款、第648條第1項和第648 a條的已知用語，建築物，戶外工作物或其一部分是第650a條的定義的初發點（註一八）。建築物（Bauwerk）指所有各種建築物、不論地上或地下（Hoch- oder Tiefbauten）。要件是不可移動、經由使用勞力與材料結合土地所建造之物，包括工作物的建造、修復、拆除、改建，也包括工程的組件（Bauteile）與建築元素

註一六：Münchener Kommentar BGB（MüKoBGB）/Busche §650a, Rn.1, 7.Auflage 2018.

註一七：§650a Bauvertrag:"（1） Ein Bauvertrag ist ein Vertrag über die Herstellung, die Wiederherstellung, die Beseitigung oder den Umbau eines Bauwerks, einer Außenanlage oder eines Teils davon. Für den Bauvertrag gelten ergänzend die folgenden Vorschriften dieses Kapitels. （2） Ein Vertrag über die Instandhaltung eines Bauwerks ist ein Bauvertrag, wenn das Werk für die Konstruktion, den Bestand oder den bestimmungsgemäßen Gebrauch von wesentlicher Bedeutung ist."

註一八：Ralf Leinemann, Das neue Bauvertragsrecht und seine praktischen Folgen NJW 2017, 3113, 3115.

（Bauglieder（註一九））。修復包括建築本體與部件之修復。拆除指建物本體的破壞。改建指依據契約約定方式工作，就建物之全部或一部，提供結構、維護、保存、更新或使用性，作重要之處理（註二〇）。

戶外工作物（Außenanlage）如停車場、公園、池塘、水壩或類似之工作物。砍伐樹木清理工地以供建築或建造戶外工作物均屬之（註二一）。由於公共工程有VOB/B可以適用，因此如公路、橋梁、鐵路、隧道、地鐵等，均無需適用此一規範。

不過第2項的規定，「建物之維修（Instandhaltung），若該工作物對建造、修復或約定目的之使用有重要意義者，也是工程契約。」限縮於建物部分，卻不包括戶外工作物之維修，在第1項的規範則將戶外工作物並列。學者認為係立法者疏忽，理論上當然應該將戶外工作物之維修同等待遇（註二二）。

三、定作人的指示變更權

德國民法第311條第1項規定：「以法律行為建立債之關係，以及債之關係內容的變更，除法律另有規定外，須有當事人間之契約為必要。」是為「契約原則」（das Vertragsprinzip）。也就是說，債法上的權利與義務，原則上只能以契約建立、變更或解除；單獨行為通常是不夠的。例外是債之關係非因當事人之意思而因法律規定成立，或者法律允許當事人以單方法律行為成立者。換言之，既因契約成立債之關係，也對當事人產生義務，必要時得由法院強制執行，就是契約應遵守原則（pacta sunt servanda）。在契約關係形

註一九：如踢腳板、邊條等，Bauglieder nennt man die Elemente der Formen einzelner Bauteile, z.B. an Gurten, Umrahmungen, Sockeln u.s.w. http://www.zeno.org/Lueger-1904/A/Bauglieder，上網日期：2018/09/20。

註二〇：MüKoBGB/Busche §650a, Rn.8.

註二一：MüKoBGB/Busche §650a, Rn.9.

註二二：Ralf Leinemann, a.a.O. 3115.

成過程中，當事人有負擔法律上義務的意願（die Verpflichtungswille），這種意願也是債之關係形成的要件（註二三）。

基於契約自由原則，如果經由雙方的意思表示之合致，當然也可以將原契約加以變更。可是對於「履行期較長的複雜工程契約」，承攬契約法的規定往往不夠詳細。施工過程的複雜性和施工過程中發生的變化，需要特殊的規定。依賴一般承攬契約法不能解決。欠缺法律的明文規範，使工程契約難以達成利益均衡與經濟上有意義的形成與發展（註二四）。爲使工作之進行能把握時效，順利進行，當工作環境與預想不同時，必須給予定作人片面變更契約之權限。只不過在修法前，德國承攬法並未對定作人的指示變更權有所規範，因此片面變更契約權限，只能由於契約之約定，如在政府採購所使用之VOB/B （第1條第3、4項並聯第2條第5項）（註二五）。此一情況由於新增德國民法第650b條而變更。也就是在2018年1月1日以後締結之工程契約，定作人對承攬人有指示變更權（BGB §650b Abs.1 Nr. 1，加減帳問題在涉及德國民法第650c條時討論）。

不過立法者修法時所考量的指示變更動機，所引之「履行期較長的複雜工程契約」，在個案中未必適用。實務上只要有工程契約存在，不必然需要工程契約履行期是否較長或者較爲複雜，均可指示變更（註二六）。

（一）指示變更權的類型

註二三：拙作，2010年8月〈工程承攬契約之重大變更〉，《政大法學評論》第116期。

註二四：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O., S.1，上網日期：2018/09/15。

註二五：VOB/B第1條第3項及第4項規定：「3.業主對於工程圖說的變更保留決定權。4.未經約定的工作，而爲履行合同工作所必要者，承攬人除其營業未有履行此種工作之設備外，於業主要求下應該履行。其他工作僅能在經承攬人同意下爲之 。」。第4條第1項第3款：「在保留承攬人（第2項）的管理權限下，定作人有權依合同履行工作所必要的指示。 除遲延有危險的情況外，原則上，指示僅能通知承攬人或其指定的執行代理人。承攬人指定任何負責執行代理人，必須告知定作人。」

註二六：MüKoBGB/Busche §650b, Rn.1.

1. 契約範圍內的指示與契約變更無關

在契約範圍內的指示，依據德國民法第645條第1項：「（1）工作因定作人…就工作之實施所爲之指示有不當，致於受領前滅失、毀損、或不能完成者，倘無可歸責於承攬人之事由，承攬人得請求給與相當於已給付勞務之部分之報酬，並賠償報酬以外之費用。契約依第643條之規定而廢棄者，亦同。」定作人的指示有無故意過失在所不問（註二七）；定作人的指示是將契約合意之內容具體化的意思表示，含有特定的效果意思。不過若定作人要求承攬人將契約約定之給付，以特定的方式執行，而承攬人無從爲不同之選擇而言（註二八），不涉及契約變更（註二九）；與德國民法第650b條在工程契約法的指示變更不同。就德國工程契約法的指示變更，說明如下：

2. 自主的額外給付

依據德國民法第650b條第1項第1款第1目規定，自主額外給付（Selbstständige Zusatzleistungen）指，定作人尋求提出的工作成果，與原本的契約無任何關係，因此構成約定工作成果的變更。在立法理由中指出，由

註二七：MüKoBGB/Busche §645, Rn.9. 比較臺灣民法第189條：「承攬人因執行承攬事項，不法侵害他人之權利者，定作人不負損害賠償責任。但定作人於定作或指示有過失者，不在此限。」以定作人定作或指示有過失爲負責前提，如工程顧問公司與主辦機關明知在施工區域內五十公尺範圍內有民房，卻仍要承攬人以PC樁施工而不以衝擊較小的全套管方式施工，以致於發生民房龜裂的損鄰事件。此規定與德國民法不同。不過若損害之發生，源於定作人定作或指示而定作人無過失時，要誰負責並不清楚。

註二八：VOB/B第13條第3項規定：「如瑕疵導因於工作之描述、由於定作人之命令、定作人供應之原料或建築組件、或由於其他廠商先前工作之特性者，承攬人仍應負責，但其依據第4條第3款規定爲必要之通知者不在此限。」要求承攬人爲必要之通知，否則仍不能免責。

註二九：相反的，若原合同給予承攬人選擇之機會，承攬人爲選擇，也不構成合同變更。案例如公共工程委員會訴88015號採購申訴審議判斷書：原設計合約圖說爲連續壁內支撐施工法，招標文件載明僅供遠X公司參考之用，並非定案之設計，從而遠X公司參考原設計合約圖說及本件工程之特殊性質，遠X公司在自行承擔一切安全責任之前提下而擬定島式開挖施工法，如無安全或其他顧慮，應可爲市管處所接受而定案。

於定作人想法的變更，或者計畫由於特定的情況，工作成果的變化不受具體目標的約束。 例如原本沒有考慮到諸如家具或其他物件，與建築風格的搭配；或者屋瓦的材質或增設車庫等情況（註三〇）。但是內容具體化之指示（inhaltskonkretisierende Anweisung）不在此一範圍，如定作人原本保留挑選磁磚種類之權限（註三一），作出選擇。

3. 附屬的額外給付

依據德國民法第650b條第1項第1款第2目規定，與同條第1項第1款第1目不同，此處規範的是在約定工作成果範圍內，所爲之變動，因此稱爲附屬的額外給付（Abhängige Zusatzleistungen），例如經由法律規範或者機關的法規所導致的變更（註三二）。由於原契約之給付內容有缺漏或錯誤，據以執行可能無法完成功能上適當的工作物，也包括在內。此種變更指示，常源於承攬人對圖說或規範的釋疑請求（註三三）。也可能是執行過程中，具體細節的指示，如顏色的選擇等，其在原施工規範中並未有所規定。

（二）未有合意之契約變更

1. 概說

註三〇：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.53. "Eine Änderung des Werkerfolgs nach Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 ist nicht an bestimmte Ziele gebunden. So kann sie darauf zurückzuführen sein, dass sich die Vorstellungen des Bestellers geändert haben oder er bei der Planung Umstände, etwa unterzubringende Möbel oder sonstige Gegenstände, nicht berücksichtigt hat."

註三一：若已選定並執行，仍有變更指示就會有賠償的問題。

註三二：在臺灣最常見的是建築物在消防檢查時，消防法規修改，甚或是相關承辦人員對消防法規有不同的詮釋。

註三三：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.53. "Betroffen sind auch Fälle, in denen die ursprüngliche Leistungsbeschreibung des Bestellers lücken oder fehlerhaft ist und ihre Umsetzung deshalb nicht zur Herstellung eines funktionstauglichen Bauwerks führen würde. Dann wird der Anordnung oft ein Bedenkenhinweis des Unternehmers vorausgehen."

定作人的指示變更權，依據德國民法第650b條第1項第1款第1目規定，定作人應就變更以及因變更產生的加減帳，尋求達成合意（第650b條第2項）。看起來好像優先適用了私法自治原則。爲避免協商不成，就賦予定作人片面變更原本已經存在之契約內容的權限，立法目的是，在定作人動用其指示變更權之前，盡可能在當事人間達成共識。這通常符合雙方的利益，因爲對契約變更的爭議，會使得在工程繼續施作中，嚴重影響雙方的合作（註三四）；立法者作此規範的理由，並非基於法律理論（Rechtsdogmatisch），而是基於實務的考量，因爲若由於變更契約內容爭議不休，對於工程繼續執行會有很大的阻礙（註三五）。

2. 未有共識的契約變更

德國民法第650b條第2項規定：「（2）在收到變更請求後30天內，如雙方未能依第1項規定達成共識，定作人得以書面作出變更指示（註三六）。承攬人有義務接受定作人的指示，惟依據第1項第1句之指示，限於履行對其可被期待之情形。第1項第3句準用之。」也就是說雙方協商的期限是承攬人收到變更指示後30天內，若在此期限內未能達成共識，定作人就可以執行變更指示。但是其有不可被期待情形者，不在此限，例如欠缺追加額外給付所需之資格或技術（know-how），或者沒有應該使用的機具，或者必要的材料在市場上暫時缺貨。至於承攬人引據其事業內部的過程，如無法覓得足夠

註三四：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.53. " Der Entwurf verfolgt das Ziel, möglichst auf ein Einvernehmen der Vertragsparteien hinzuwirken, bevor der Besteller von seinem Anordnungsrecht Gebrauch macht. Dies ist regelmäßig im Interesse beider Parteien, weil ein Streit über eine Vertragsänderung die Zusammenarbeit bei der weiteren Ausführung des Baus erheblich belasten kann."

註三五：MüKoBGB/Busche §650b, Rn.6.

註三六：出於可證明性和法律明確性的原因，規定指示應以書面爲之。RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.86.:" Aus Gründen der Beweisbarkeit und zur Rechtsklarheit sollte für das Anordnungsrecht die Schrift- oder Textform zwingend vorgeschrieben werden."這個規定是由於聯邦上議院的建議，另一目的在於防止定作人匆促間作出思慮欠周的指示。MüKoBGB/Busche §650b, Rn.16.

工人、員工多人染病、由於其他契約無法調度人力或資金等。對於定作人變更指示可期待性的舉證責任分配，應考慮到當事人的責任範圍。立法理由指出：「可期待性的證明基本上是定作人，因爲他想改變契約。可期待性的舉證責任原則上在於定作人，因爲是他尋求契約的變更。例如，這工程執行中所必需的材料能否在市場上取得的問題（註三七）。」如果承攬人引據其事業內部的過程來主張不可期待性，此種過程爲定作人無法知悉者，依第1項第3句，承攬人負不可期待性的證明責任。關於事業內部原因的不可期待性問題，應對總承攬人，包括分包商作整體的考量。這不僅涉及總承包商本身的事業，而且還要考量分包商的運營可能性，若沒有分包商，總承包商也許不會獲得契約（註三八）。

此外，雙方也不是坐視時間經過，而是要尋求達成合意（德國民法第650b條第1項第1句）。雖然立法理由沒有說明，雙方要如何努力，但至少任一方當事人應容許對方接洽，並顯示一方同意談判的意願。其狀態與契約事後發現有漏洞時，若有契約調整條款（Anpassungsklauseln），雙方在此機制下，進行談判解決的情況類似（註三九）。定作人只要努力過，就會產生德國民法第650b條第2項規定的效果；此時承攬人若不努力談判，就會面臨定作

註三七：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.53." Beweispflichtig für die Zumutbarkeit ist grundsätzlich der Besteller, da er den Vertrag ändern will. Dies gilt beispielsweise für die Frage, ob das zur Ausführung notwendige Material tatsächlich im Handel erhältlich ist."

註三八：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.53. " Der Unternehmer trägt nach Absatz 1 Satz 3 nur dann die Beweislast für die Unzumutbarkeit, wenn er sich auf betriebsinterne Vorgänge beruft, in die der Besteller keinen Einblick hat. Hinsichtlich der Frage der Unzumutbarkeit aus betriebsinternen Gründen ist bei einem Generalunternehmer eine Gesamtbetrachtung unter Einschluss der Nachunternehmer angezeigt. Es ist nicht nur auf den Betrieb des Generalunternehmers selbst abzustellen, sondern es sind auch die betrieblichen Möglichkeiten der Nachunternehmer zuzurechnen, ohne die der Generalunternehmer den Auftrag nicht erhalten hätte."

註三九：MüKoBGB/Busche §650b, Rn.7.

人的片面變更指示（註四〇）。

3. 承攬人提出加減帳要約的義務

依據德國民法第650b條第1項第1款，雙方當事人不僅要就契約變更的內容，以及因變更產生的加減帳，雙方應尋求達成合意。但是依據第650b條第1項第4句規定：「定作人負責設計建物或戶外工作物者，若定作人對契約變更從事必要之設計並已提交給承攬人，則承攬人只有提出加減帳要約之義務。」此一規定考量的是，承攬人在收到變更後的設計圖說，了解其規定之給付內容，才有可能提出加減帳的要約。

根據第650B條第1款第1句至3句，在定作人改變其給付範圍者，承攬人原本有機會以補充要約方式，提出加價之要約，供雙方去協商。承攬人除了施工外，也負責設計圖說者（註四一），定作人依據德國民法第650b條第1項第1句第2目的情形，尋求爲完成約定的工作成果排除瑕疵，承攬人就不再有提出加減帳的要約義務；因爲承攬人原本就負有完成無瑕疵設計與施工成果的責任，此時再提出加減帳要約並無任何意義（註四二）。如果定作人發現設計有瑕疵，要求承攬人爲達成無瑕疵的工作成果（第1項第1句第2目），改變其設計和施工，承攬人不能請求額外的報酬；因爲無瑕疵工作的設計和施工原本就是承攬人的契約義務。雙方的協商自然僅能限於契約變更，法律無法認同其可主張額外報酬。要求的協議只能與變更本身有關。由於承攬人不能要求賠償，如果法律要求他就額外報酬提出要約，也與立法目的不符（註四三）。因此第650b條第1項第5句規定：「定作人尋求變更，依據第

註四〇：此種談判義務，在法律性質上屬於非眞正義務（bloße Obliegenheit），MüKoBGB/Busche §650b, Rn.8.

註四一：此種情形明顯的是統包（Design+Build）合同的情況。

註四二：MüKoBGB/Busche §650b, Rn.13.

註四三：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.53. " Gemäß § 650b Absatz 1 Satz 1 bis 3 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung seines Leistungsumfangs seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragsangebotes geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln

650c條第1項第2句，承攬人無權請求給付增加之費用者，當事人只能尋求變更協議；在這種情況下，不適用第1項第2句之規定。」

（三）單方指示權限期的目的

德國民法第650b條第2項規定：「在收到變更請求後30天內，如雙方未能依第1項規定達成共識，定作人得以書面作出變更指示。承攬人有義務接受定作人的指示，惟依據第1項第1句之指示，限於履行對其可被期待之情形。第1項第3句準用之。」

也就是說，如果收到變更請求後30天內，雙方依第1項規定達成共識，當然就不會有單方指示的問題。當然雙方不僅要就變更達成合意，也要對因變更產生的加減帳，達成合意。

透過單方指示，使定作人得以形成表示（Gestaltungserklärung）變更契約內容。而如前所述，根據第650b條第1款第1句至3句，在定作人改變其給付範圍者，承攬人原本有機會以補充要約方式，提出加價之要約，供雙方去協商。但是爲了避免由於談判導致施工過程延宕，所以限期30天內要有結果（註四四），否則定作人就有了片面變更指示權，以確保施工進度（註四五）。

haben. Obliegt dem Unternehmer jedoch nicht nur die Ausführung der vom Besteller erstellten Planung, sondern auch die Erstellung der Planung selbst, so ist er zu einer mangelfreien Planung verpflichtet. In dem Fall, in dem der Besteller einen Mangel der Planung aufdeckt und den Unternehmer auffordert, zum Zweck der Erreichung eines mangelfreien Werkerfolgs （Absatz 1 Satz 1 Nummer 2） seine Planung und Ausführung zu ändern, kann dem Unternehmer daraus kein Mehrvergütungsanspruch erwachsen, da die Planung und Ausführung eines mangelfreien Werks ohnehin bereits Gegenstand seiner vertraglichen Leistungspflichten ist."

註四四：參酌德國民事訴訟法施行法第15a條第1項第2句，在法院調解處的調解協議，經過30天後，協商義務就不復存在。RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.86. "In Anlehnung an § 15a Absatz 1 Satz 2 EGZPO zum Einigungsversuch vor der Gütestelle bei Gericht sollte spätestens nach 30 Tagen die Verhandlungspflicht erlöschen."

註四五：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.86. " Gemäß § 650b Absatz 1 BGB-E soll der Unternehmer Gelegenheit haben, vor einer vom Besteller begehrten Änderung

四、指示變更後報酬之調整

第650c條其實是第650b條的結果規範。在定作人依據德國民法第650b條行使指示變更權，在核算加減帳時的規定。承攬人可以有兩種選擇：

其一、第650c條第1項第1句：「依第650b條第2項指示變更所生增加減少之費用，報酬請求權的額度應依照事實上必要費用、加上管理費、風險及利潤等適當的附加費（mit angemessenen Zuschlägen）計算之。」

其二、第650c條第2項：「1. 承攬人在計算追加工項之報酬時，得依雙方合意之原始計價項目計算。2. 依據原始計價項目計算之報酬，推定其符合第1項之規定。」

若雙方當事人就應支付的變更契約報酬金額有爭議時，此一加帳金額可依據第3項規定，在核算合意或依據第632a條應付之部分付款（Abschlagszahlungen）時，承攬人可以請求其在第650b條第1項第2句所提要約中之加帳金額的80%。多退少補。

（一）承攬人第1種選擇

第650c條第1項第1句：「依第650b條第2項指示變更所生增加減少之費用，報酬請求權的額度應依照事實上必要費用、加上管理費、風險及利潤等適當的附加費計算之。」第650c條就第650b條第2項規定之於定作人的指示變更權，補充了計算加減帳的基準。引入加減帳的計算模式的目的在於阻止投機，並盡可能避免各方對價格調整的爭議。本條的規定促成定作人

seines Leistungsumfangs seine daraus folgenden Mehrkosten in Form eines Nachtragsangebots geltend zu machen, worüber die Parteien zu verhandeln haben. Die Regelung darf allerdings nicht dazu führen, dass das Baugeschehen durch die Verhandlungen über Gebühr verzögert wird. In diesem Fall muss dem Besteller das unbedingte Anordnungsrecht zustehen, damit der Fortgang der Bauleistungen gewährleistet ist. Ohne eine solche Limitierung der Verhandlungspflicht der Parteien stünde dem Unternehmer ein unverhältnismäßiges Druckmittel zur Durchsetzung eventuell überhöhter Nachtragsforderungen zu."

設計正確的採購程序，也促成承攬人作成正確且可檢核的計算。承攬人依據事實上必要的費用作成加減帳的計算，可以避免承攬人在契約履行後，就指示增加之費用必須以原始工項的價格計算；因爲若依據原始工項的價格計算，可能會因爲此期間發生之價格上漲或者其他因素，導致不敷成本（註四六）。不過德國學者認爲（註四七），此一計算模式，以必要的費用作成加減帳的計算，此種價格並非競爭後的價格，因爲在競爭條件下，未必保證收入絕對大於成本，也不會一定有合理利潤；立法理由認爲：「實際所需成本的計算標準，旨在限制承攬人通過投機，獲得不合理價格利益的可能性（註四八）。」這種觀點看起來頗有問題？

此一計算模式，報酬應該以原指示修正時的虛擬成本（hypothetische kosten），與指示修正後實際發生之成本（Ist-kosten）之差額來計算。將第1種選擇與第2種選擇混和（Kombination），或擇其有利者混和計算，不被允許（註四九）。因此適當的附加費，既然源自於第1種模式，就非源自原始

註四六：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.55. " Ergänzend zu den Regelungen für ein Anordnungsrecht des Bestellers in § 650b Absatz 2 BGB-E enthält § 650c BGB-E Vorgaben zur Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung bei solchen Anordnungen. Ziel der Einführung eines Berechnungsmodells für die Mehr- oder Mindervergütung ist es, Spekulationen einzudämmen und Streit der Parteien über die Preisanpassung weitestgehend zu vermeiden. Die gesetzliche Regelung soll Anreize sowohl für eine korrekte Ausschreibung durch den Besteller als auch eine korrekte und nachvollziehbare Kalkulation durch den Unternehmer setzen. Durch die Berechnung der Mehr- oder Mindervergütung nach den tatsächlich erforderlichen Kosten soll insbesondere verhindert werden, dass der Unternehmer auch nach Vertragsschluss angeordnete Mehrleistungen nach den Preisen einer Urkalkulation erbringen muss, die etwa mit Blick auf den Wettbewerb knapp oder sogar nicht auskömmlich ist oder inzwischen eingetretene Preissteigerungen nicht berücksichtigt. "

註四七：MüKoBGB/Busche §650c, Rn.4.

註四八：RegE_Bauvertragsrecht, a.a.O. S.55." Zugleich soll der Berechnungsmaßstab der tatsächlich erforderlichen Kosten die Möglichkeiten für den Unternehmer einschränken, durch Spekulationen ungerechtfertigte Preisvorteile zu erzielen."

註四九：MüKoBGB/Busche §650c, Rn.1.

工項的價格，也不是當然就以該行業通常之附加費爲準，這種費用準則可以是「適當」的指標，但若市場屬於獨占或寡占市場者，這種準則就未必「適當」了。因此在詮釋適當的附加費時，應該以相關行業在競爭條件下，尚可合理期待者爲準據（註五〇）。

（二）承攬人第2種選擇

第650c條第2項：「1. 承攬人在計算追加之報酬時，得依雙方合意之原始計價項目計算。2. 依據原始計價項目計算之報酬，推定其符合第1項之規定。」承攬人採取此種計價方式，可以省掉了就增減帳提出事實上費用憑據的提出。第650c條第2項第2句規定：「依據原始計價項目計算之報酬，推定其符合第1項之規定。」也就是原契約工項的價格，推定其符合事實上必要費用、外加管理費、風險及利潤等適當的附加費。此種計算方式對承攬人而言，若於締約後經濟情況無變化或無太大變化時，相較於就事實上必要費用、加上管理費、風險及利潤等適當的附加費之費神費事的舉證責任，仍然有其意義（註五一）。

（三）定作人應付之部分付款

德國民法第641條第1項規定：「報酬應於受領工作時支付之。工作係分部受領，而報酬係就各部分定之者，應於受領每部分時，支付該部分之報酬。」對於因指示變更所增加之報酬，也應該於受領該部分工作時給付，自不待言。因爲指示變更，承攬人仍有先爲給付之義務，其所生經濟上的不利益，由於德國民法第650c條第3項規定之部分付款（Abschlagszahlungen）制度而獲得緩解。德國民法第650c條第3項第1句規定:「雙方當事人對於報酬之額度無法達成共識，或沒有不同內容的法律裁判者（指承攬人敗訴之請形），承攬人得請求以追加報酬報價的80%做爲部分付款金額。」雙方當事人對於報酬之額度無法達成共識，或沒有其他法律裁判者，自無法適用第632a條之規

註五〇：MüKoBGB/Busche §650c, Rn.5.

註五一：MüKoBGB/Busche §650c, Rn.6.

定（註五二），此時就要適用本條款之規定（註五三）。

至於付款的屆至期仍以工作受領爲前提。此一80%規則規範目的，在於使承攬人先行給付義務中，導致現金流量問題獲得緩解。也是立法者賦予定作人片面變更權後，在利益均衡上所作的考量。若承攬人所提要約明顯過高，在個案中可能會有權利濫用的情形，此時可能以第632條第2項規定來處理：「未定報酬額者，有價目表時，價目表所定之報酬，視同約定之報酬，無價目表時，習慣上之報酬，視同約定之報酬。」

對於應付的增加給付，最終於結算時（Schlussrechnung）確定其金額。依德國民法第650c條第3項第2句規定:「事後如果發現有溢付的情形，無論承攬人爲故意或過失，承攬人在收到溢付通知時，應如同遲延付款支付利息，此時準用德國民法288條第1項第2句（註五四），以及第289條第1句（註五五）之規定。」

五、結論

註五二：第632a條[部分付款]；「承攬人得向定作人就工作完成之獨立部分，請求就已依契約所爲給付爲部分付款。就必要之材料或組件，爲此目的而製作或交付者亦同。僅於將工作部分、材料或組件的所有權移轉或就此提供擔保給定作人者，才有此一請求權。」

註五三：參見工程會工程採購契約範本（1080725修正）第5條（一）2.（5）：「經雙方書面確定之契約變更，其新增項目或數量尚未經議價程序議定單價者，得依機關核定此一項目之預算單價，以__%（由機關於招標時載明，未載明者，爲80%）估驗計價給付估驗款。」其不同處爲，德國是承攬人得請求其報價的80%給付，在臺灣是以機關核定之預算單價的一定%（由機關於招標時載明，未載明者，爲80%），已經有價格的差距，又認定是估驗款，要再先暫扣5%；差距極大。https://www.pcc.gov.tw/cp.aspx?n=99E24DAAC 84279E4，上網日期：2019/12/14。

註五四：德國民法第288條第1項第2句規定：「（1）利率應以年基本利率加上五個百分點。」按德國的基準利率是可變利率，用於對資本服務進行估值，德國聯邦銀行根據歐洲央行的規定重新計算並在每半年初對德國進行重新計算。從2016年7月迄今基本利率均爲 0,88%。https://de.wikipedia.org/wiki/Basiszinssatz，上網日期：2019/9/25。

註五五：德國民法第289條第1句規定：「遲延利息不得對對利息收取利息。」

（一）公共工程契約範本定作人的契約變更權

公共工程委員會所制訂之「採購契約要項」（註五六）：參、契約變更，第20點 （機關通知廠商變更契約）規定：「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文件前，不得自行變更契約。除機關另有請求者外，廠商不得因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。」也就是廠商有義務接受變更的指示，而沒有同時履行抗辯權。司法實務上也沒有不同看法。不過對於得被容許變更的範圍，並未有詳細的規範（註五七）。

（二）德國2016年工程定作之採購與契約規範

德國2016年工程定作之採購與契約規範（VOB/B）（註五八）第1條第3項（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（註五九）。」因爲德國民法承攬篇修法前沒有對定作人得片面變更契約有

註五六：行政院公共工程委員會2010年12月29日工程企字第工程企字第09900520530號令修正。http://lawweb. pcc.gov.tw/LawContent.aspx?id=FL000715，上網日期：2019/8/22。採購契約要項第一點：「本要項依政府採購法（以下簡稱本法）第63條第1項規定訂定之，以作爲機關訂定各類採購契約之參考。本要項內容，機關得依採購之特性及實際需要擇訂於契約。但本要項敘明應於契約內訂明者，應予納入。」因此本要項之強制規定對於機關有內部拘束力。

註五七：關於此一問題的詳細討論，見黃立，〈工程承攬契約之重大變更〉，《政大法學評論》 2010 08（116期），頁1-45。

註五八：在德國民法新增工程合同章後，德國VOB/B暫不修正。"Aufgrund des Inkrafttretens der neuen Vorschriften über das Bauvertragsrecht zum 01.01.2018 hatte der Deutsche Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen （DVA） zunächst in sein Arbeitsprogramm für 2018 die Prüfung von Anpassungsbedarf der VOB/B aufgenommen."

註五九：原文爲：” 3. Änderungen des Bauentwurfs anzuordnen, bleibt dem Auftraggeber vorbehalten.” http://www.forum-vergabe.de/fileadmin/user_upload/Gesetzestexte/VOB-B_2016_01.08.2016.pdf，上網日期：2019/8/25。

所規範，而是由契約去訂定。臺灣的情況與德國修法前類似。

德國2016年工程定作之採購與契約規範第2條（報酬）：「… 5. 經由工程設計或其他定作人指示之變更，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爲新價格之協議。此一協議應在執行前爲之。6.（1）如被要求爲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爲預告。（2）報酬依據契約工作與被要求之工作之特別成本所爲詢價爲基礎。」報酬應盡可能在執行前達成協議（註六〇）。」

德國2016年工程定作之採購與契約規範，雖然容許定作人一方有片面變更契約權，但是明確要求雙方應先行議價，而且價格協議應在執行前爲之，否則承攬人有停工之權限。所以定作人的片面變更權，相對的受到限制。因此其基本架構與我國不同。

（三）德國法對於價格的設計未必能減少爭議

德國法對於指示變更所生增加、減少之費用，以報酬請求權的額度應依照事實上必要費用、加上管理費、風險及利潤等適當的附加費計算之。事實上必要費用容易引起爭議。至於在必要費用外加上管理費、風險及利潤等適當的附加費計算，倒是合理。但對於承攬人的第2種選擇，依雙方合意之原始計價項目計算。可能並不周延，在臺灣會以營建物價指數去調整價格，以免承攬人產生巨大虧損。

註六〇：原文爲：” 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 Leistung und den besonderen Kosten der geforderten Leistung. Sie ist möglichst vor Beginn der Ausführung zu vereinbaren.” 資料來源同前註。

（四）德國法對變更契約沒有解決工期的問題

當然工期展延牽涉是否要徑作業的認定，以及數量的增減是否使原非要徑工項變成要徑的問題，樣態複雜多變，但至少應在條文中說明關於變更契約對工期之影響，由雙方協商訂定。

（五）縱有限期驗收規定仍常有定作人不遵守的情況

採購法第71條第1項規定：「機關辦理工程、財物採購，應限期辦理驗收，並得辦理部分驗收。」所以常有廠商完成工作，機關遲不付款情況；因此民國105年1月6日增訂第73-1 條條文：「機關辦理工程採購之付款及審核程序，除契約另有約定外，應依下列規定辦理：

一、定期估驗或分階段付款者，機關應於廠商提出估驗或階段完成之證明文件後，十五日內完成審核程序，並於接到廠商提出之請款單據後，十五日內付款。

二、驗收付款者，機關應於驗收合格後，填具結算驗收證明文件，並於接到廠商請款單據後，十五日內付款。

三、前二款付款期限，應向上級機關申請核撥補助款者，爲三十日。

前項各款所稱日數，係指實際工作日，不包括例假日、特定假日及退請受款人補正之日數。

機關辦理付款及審核程序，如發現廠商有文件不符、不足或有疑義而需補正或澄清者，應一次通知澄清或補正，不得分次辦理。

財物及勞務採購之付款及審核程序，準用前三項之規定。」在調解或仲裁程序中，可作爲遲延付款請求權之基礎。但條文中加上了「除契約另有約定外」，又增加不少不確定性。