

# 德國民法工程契約章結算及 拒絕受領之現狀確認解析

黃立\*

## 摘要

德國民法中前此對於有重要經濟意義的工程契約，原本幾乎沒有的獨立規定，只有承攬篇的簡單規範。德國新民法增訂了工程契約專章，引進定作人的指示變更權、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，讓工程契約發生爭議時，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，各地方法院要設立工程專庭，並容許假處分等救濟措施。限於篇幅，本文僅討論定作人的片面變更權。

### 關鍵字

德國債編各論增訂工程契約、定作人變更權、營建工程採購與契約規則、工程會工程採購契約範本、採購契約要項

## 一、概說

德國民法第650g條係德國工程契約專章在2018年1月1日新增之條文。本條也僅適用於該日以後締結之契約。本條第1項到第3項規定，也適用於德國民法第640條第2項規定之擬制受領。但定作人受領有瑕疵的工作，儘管知道該瑕疵，若在受領時對該瑕疵未保留追償權者，就無法適用<sup>1</sup>。針對此種情

\* 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。

<sup>1</sup> 德國民法第640條第1項(受領)規定：「(1)定作人負有受領依契約所完成之工作之義務，但依工作之性質無需受領者，不在此限。2 定作人不得因細微之瑕疵拒絕受領。3 如定作人有在承攬人指定之相當期限內受領工作物之義務，卻未受領，視同受領。」

形，德國民法第650g條拒絕受領時規範了現狀確認；也就是原則上由雙方共同確認，或於無法雙方確認時單方確認之方式。其實此種制度的明文化是非常有必要的，筆者曾處理過一件仲裁案件；定作人因為政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益<sup>2</sup>，錯誤的先與設計監造終止契約，過一些時候才與施工廠商終止契約。與施工廠商終止契約時，未找建築師會同雙方在現場確認工程進度。事後於承攬人提起的仲裁程序中，相對人依據估驗計價資料，認定聲請人於停工時，僅完成進度33.88%，聲請人主張，依據其施工日誌，其於104年5月25日記載累計實際進度為45.0853%。此一爭議之產生，在於終止契約當時，未有建築師會同雙方當事人在現場履勘實際工作之進度所導致。而本仲裁庭組成之日為民國107年10月22日，距離終止契約已約三年有半，由於現場為地下室通風不良，空氣潮濕，若移送鑑定也甚難核對室內裝修廠商的工作，得出正確之結果。然此在最後一次估驗付款與終止契約間，仍可能會有工程進度。但施工日誌係由聲請人單方製作，僅係概估數字，估驗付款時雖依據此一進度，但要扣除保留款，以防聲請人進度有誤差，也可以得知，施工進度表的進度，在結算時會有誤差，才會有保留款的制度。在此情形下，仲裁庭根本無法還原實際工作之進度。

對於確認工地現狀，德國民法第650g條規定，於工作物未經受領，致報酬給付請求權無法屆至者，為現狀之確認<sup>3</sup>。不過德國法的規定，僅是規範正常竣工的情形，不是特別針對終止或解除契約，且未有除斥期間之規定。<sup>4</sup>

<sup>2</sup> 政府採購法第64條規定：「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。」最高行政法院103年判字第167號判決指出：「惟所謂政策，乃包含政治的考量，並非全然屬行政行為之性質，其具體明確性之要求自難與行政行為相比」。

<sup>3</sup> Bamberger / Roth / Hau / Poseck, Bürgerliches Gesetzbuch/Voit, Rn.1, § 650g. 2019 4.Auflage, BGB, Band 2.

<sup>4</sup> 德國工程定作採購與契約規範(VOB/B)第12條(受領)：「1. 承攬人在竣工後，且通常在約定工期經過前，得請求工作物之受領；定作人應在12個工作天內受領。雙方亦得協議另一期間。2. 承攬人得請求定作人就部分完成之工作，分別受領。3. 在(工作之)重大瑕疵被排除前得拒絕受領。4.(1) 如當事人一方要求時，應為正式受領。任一當事人得以自己之費用委任一鑑定人。其鑑定意見應由雙方於共同會議中以書面確認。在簽名時得註記保留對於已知瑕疵及違約金之事實，以及承攬人相關之抗辯。報告應給予任一當事人。(2) 如受領原約定有日期，或者定作人於足夠之期間前通知承攬人者，承攬人縱不出席仍得為正式受領。受領結果應立即通知承攬人。5.(1) 未要求受領時，在書面通知竣工後12工

我國政府採購法第71條：「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。驗收時應由機關首長或其授權人員指派適當人員主驗，通知接管單位或使用單位會驗。機關承辦採購單位之人員不得為所辦採購之主驗人或樣品及材料之檢驗人。前三項之規定，於勞務採購準用之。」法條雖規定「並得辦理部分驗收」，但非強制規定。同法施行細則第90條至第95條對於契約未依循正常過程終結時之終止或解除契約，未有片言隻字。

## 二、拒絕受領時之現狀確認

### (一) 法條規範

德國民法第650g條第1項到第3項對現狀確認規定如下：

#### 第1項

1. 如果定作人以工作物有瑕疵為理由，拒絕受領工作物，在承攬人的要求下，應協助共同確認工作物的現狀。
2. 共同確認工作物的現狀，應加註紀錄完成（確認）日期以及由契約雙方簽字。

#### 第2項

1. 定作人在雙方合意定期，或由承攬人訂定合理期間，確認工作物的現狀時點，卻不出席者，承攬人可以單方面確認工作物的現狀。
2. 定作人因其不可歸責於其的情況缺席，並且他已及時通知承攬人者，不在此限。
3. 承攬人在確認工作物的現狀時，必須註記紀錄（確認書）製作日期並簽字，並將確認工作物的現狀紀錄副本提交定作人。

#### 第3項

1. 如已經完成定作人的工作物，並且如果在根據第1或第2項確認時沒有記載有明顯的瑕疵，推定該瑕疵在認工作物現狀後所產生並且是可歸責於定作

作天內，其工作視為已經受領。(2) 未要求受領，而定作人開始使用全部或部分工作者，在開始使用後6個工作天後，除另有協議外，其工作視為已經受領。使用部分建築設施進行其他工作不視為受領。(3) 除因已知之瑕疵或因違約金，定作人至遲應依第1項及第2項所定期間內為主張。6. 工作物毀損滅失之風險，除定作人已依據第7條承擔外，因受領而轉給定作人。」此規範僅適用於政府採購契約，與民法有普遍適用效力者不同。

人事由所致。

2. 如果瑕疵依其性質不可能由定作人引起，不適用該推定。<sup>5</sup>

## (二) 共同確認工作物現狀

德國民法第640條 [受領]規定：「(1) 定作人負有受領依契約所完成之工作之義務，但依工作之性質無須受領者，不在此限。如瑕疵非重要者，不得拒絕受領。如定作人雖有義務，卻對於工作物未於承攬人所定之相當期限內受領者，視同受領。」也就是說，承攬人許諾依據定作人的要求，交付一定內容的工作物，必須要有一個時點，去澄清定作人是否受領承攬人完成之工作。承攬人先負責將工作物完成，有爭議時，要證明其工作物無瑕疵。之後就是定作人要受領的問題。如其受領工作物，有些微瑕疵，剩下的是瑕疵修補問題<sup>6</sup>。

德國民法第650g條第1項到第3項對現狀確認規定之目的，在於讓承攬人確認定作人拒絕受領前，將實際施工進度製作成文件，以確保工作被拒絕受領但卻被定作人占有之情形；否則事後很難確認瑕疵是否可以溯源於承攬人，或者係由定作人或第三人所肇致。也就是說，這些規定目的在於保護雙方當事人的證據利益 (Beweisinteresse)<sup>7</sup>。德國民事訴訟法第485條雖然也有鑑定等規範可用<sup>8</sup>，不過經由鑑定的花費不貲且耗用太多時間，不如本條規定之簡便。

確認工作物現狀的內容，法條並未有所規範。只能從未被接受瑕疵的推定效果去論斷。要確認工作物與契約約定有差異，而此差異不是定作人引起

<sup>5</sup> 德國2006年工程定作之採購與契約規範第4條第10項規定：「如部份工作，經由檢驗或確認之執行將不復存在，工作之部份現況，於有要求時，由定作人與承攬人共同確認之。此一確認之結果應以書面記錄。」(Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.)可以參照。

<sup>6</sup> Bamberger/Voit, a.a.O. Rn.1, § 640.

<sup>7</sup> Münchener Kommentar BGB(MüKoBGB)/Busche § 650g, Rn.2, 7.Auflage 2018.

<sup>8</sup> 德國民事訴訟法第485條：「(1) 在訴訟期間或訴訟外，在相對人同意下或者證據有滅失之虞或有使用上困難之虞，因一方當事人請求，得以目視檢查、聽取證人證詞或委請

者<sup>9</sup>。本條規範確認工作物現狀，只要求目視檢查與簡單的功能檢查，如門窗是否可以開啓、排水是否暢通等<sup>10</sup>。由於雙方並未有鑑定人在場，也無法期待更多。

何時工作結算表可得驗證（Prüffähigkeit），依據德國民法第650g條第4項第2款規定：「2 如果結算表包含所提供服務的清楚的清單且定作人可以核實，則結算表即為可驗證。」立法者在此選擇了概括條款的規範方式（generalklauselartige Formlierung），避開了結算表可否驗證因契約要求提出之給付種類與複雜度而不同的問題<sup>11</sup>。本條規定主要也在保障定作人的資訊利益，讓結算表可以審核與驗算。特別在實作實算契約必要就個別提出的給付確認其數量，承攬人也可以同時附上數量計算過程、圖說及其他文件（在台灣如合法棄土證明）。

德國民法第650g條第4項第3款規定：「定作人在收到結算表後30天內未對其可核實性提出合理的（阻止權利發生之）抗辯（Einwendungen）<sup>12</sup>，則應

鑑定人提出鑑定，專家的意見，如果反對者同意或被要求獲得證據遺失或變得更難以使用的證據；（2）1尚未提起訴訟，如當事人有以下合法利益，可以要求鑑定人為書面鑑定，確認：1.人的狀態或事物的狀態或價值；2.人身傷害，物之損害或瑕疵的原因；3.排除人身傷害，物之損害或瑕疵的費用。2如果確認可以避免法律爭議，則推定具有合法利益。（3）在法院已經移送鑑定的情況，只有在滿足第412條的要求的情況下，才會重送鑑定。」[https://www.ge-setze-im-internet.de/zpo/\\_485.html](https://www.ge-setze-im-internet.de/zpo/_485.html),（最後瀏覽日：2020年7月29日）

<sup>9</sup> Bamberger/Voit,a.a.O.Rn.4, § 650g.

<sup>10</sup> Bamberger/Voit,a.a.O.Rn.3, § 650g.

<sup>11</sup> Bamberger/Voit,a.a.O.Rn.14, § 650g.

<sup>12</sup> 抗辯權可分為：「1.阻礙性抗辯權Einrede：指不侵犯請求權之本體，只暫時或永久的阻礙其有效行使，其權利經有效抗辯後，仍然存在。當事人如不為抗辯之主張，法院不得主動斟酌。又可分為：（1）延遲性抗辯權aufschiebende Einrede：此種抗辯權只能暫時阻止請求權的行使，如法定留置權，同時履行抗辯權，保證人之先訴抗辯權。（2）排除性抗辯權ausschliessende Einrede：此種抗辯權可長期阻止請求權之行使，如時效之抗辯、贈與人之窮困抗辯、侵權行為被害人之拒絕履行權。2.否定性抗辯權Einwendung：指否認權利之形成或存續的抗辯。此種抗辯，當事人縱不為抗辯之主張，法院應就已經證明之相關事實主動加以斟酌。如行為能力欠缺，形式欠缺等。又可分為：（1）阻止權利發生之抗辯 rechtshindernde Einwendung：如主張法律行為有無效之瑕疵，如主張行為人無行為能力、法律行為欠缺形式要件或違反公序良俗。（2）消滅權利之抗辯rechtsvernichtende Einwendung：如解除條件已成就之抗辯、已履行或清償之抗辯、抵銷、免除之抗辯。」見黃立，民法總則，4版，頁67-68（2005）。

視為可核實。」用以讓承攬人可早日確知其提出之結算表是否符合可核實之要求。否則長期處於不確定狀態，對承攬人並非公平。所謂合理抗辯，指定作人就個別工項具體提出質疑，若僅僅概括的全盤否定，並非足夠<sup>13</sup>。此一抗辯必須在收到承攬人結算書後30日內送達承攬人<sup>14</sup>。

本條對於確認現狀的費用並無規範，立法理由指出：由於確認現狀符合雙方當事人之利益，因此其費用原則上由雙方各自負擔。僅在符合損害賠償要件時，才適用其他規定（德國民法第280條第1項）。例如，承攬人的工作物有重大瑕疵，卻仍要求定作人受領<sup>15</sup>。有學者認為，若明顯的並不符合本條規定確認現狀之要件（竣工），則確認現狀可被認為是義務之違反，而有依據德國民法第280條第1項負損害賠償義務<sup>16</sup>。不過此種解讀看起來並不周延，因為德國民法並未就終止契約雙方確認工程進度有所規範，此時並未竣工，

<sup>13</sup> Bamberger/Voit,a.a.O.Rn.14, § 650g. Bamberger/Voit,a.a.O.Rn.14, § 650g.

<sup>14</sup> 德國民法第130條 [非對話人間意思表示之送達]：「(1)向非對話人為意思表示者，其意思表示以到達相對人時，發生效力。但撤回之通知，先時或同時到達者，不在此限。(2)表意人於發出通知後死亡或喪失行為能力者，對於意思表示之效力，不生影響。(3)前二項之規定，於向機關為意思表示者，亦適用之。」§ 130 [Zugang bei Willenserklärungen unter Abwesenden]：” (1) Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht. (2) Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach der Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird. (3) Diese Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn die Willenserklärung einer Behörde gegenüber abzugeben ist.”

<sup>15</sup> BT Drucksache 18/8486,18. Wahlperiode 18.05.2016, S.59.:” Der Entwurf enthält keine Regelung über die Zuordnung der Kosten für die Zustandsfeststellung. Da die Zustandsfeststellung im Interesse beider Vertragspart-ner liegt, hat jede Partei die ihr entstehenden Kosten der Zustandsfeststellung grundsätzlich selbst zu tragen. Etwas anderes soll nur dann gelten, wenn die Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs vorliegen (§ 280 Absatz 1). Dies kann etwa der Fall sein, wenn der Unternehmer den Besteller zur Abnahme auffordert, obwohl das Werk offensichtlich wesentliche Mängel aufweist.” [https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs.\\_18/8486](https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs._18/8486), (最後瀏覽日：2020年3月30日) 德國民法第280條第1項規定：「(1)債務人違反債之義務，債權人得請求賠償因此所生損害。如債務人對義務之違反不可歸責者，不適用之。」詳見黃立，德國新債法研究第116頁以下之討論（2009年）。

<sup>16</sup> MüKoBGB/Busche § 650g, Rn.3.

卻仍有確認現狀之必要<sup>17</sup>。法條僅考量竣工後，定作人拒絕受領之情形。不過依據舉重明輕原則<sup>18</sup>，應該也可以類推適用本條規定。參照立法理由，雙方在受領過程中，就工作物是否竣工有爭議，而未能對工作物或戶外工作物完成受領，實務上有必要對提出受領請求時工作物之現狀留下記錄，以便在以後的訴訟或其他爭議程序（如仲裁）中容易發現事實。特別是當定作人未經受領卻先行使用時，其後受領過程中常無法確認，瑕疵係屬可歸責於定作人或承攬人之事由。工作物之現狀之紀錄，於雙方當事人均認同工作物尚未竣工時（如前述之終止契約或因不可抗力無法修復等），也有作成現狀紀錄之類似需求<sup>19</sup>。

如果締約雙方共同確認工作物現狀，但無法就工作物完成與否達成共識，本條項之立法理由認為，此種情形，承攬人得單方面確認工作物現狀的先決條件並未成就。在這種情況下，雙方當事人得以獨立的舉證程序，依據

<sup>17</sup> 參見VOB/B第4條第10項：「如部份工作，經由檢驗或確認之執行將不復存在，工作之部份現況，於有要求時，由定作人與承攬人共同確認之。此一確認之結果應以書面記錄。Der Zustand von Teilen der Leistung ist auf Verlangen gemeinsam von Auftraggeber und Auftragnehmer festzustellen, wenn diese Teile der Leistung durch die weitere Ausführung der Prüfung und Feststellung entzogen werden. Das Ergebnis ist schriftlich niederzulegen.」查VOB/B2020並未修正（沿用2016版）ist unverändert geblieben（BANz AT 13.07.2012 B3, geändert durch BANz AT 19.01.2016 B3, berichtigt durch BANz AT 01.04.2016 B1）。<https://www.bi-medien.de/artikel-35761-ad-bmi-einfuehrungserlasse-vob-2019.bi>；（最後瀏覽日：2020年6月8日）

<sup>18</sup> 法律於類推適用的「舉重明輕原則」（argumentum a maiori ad minus, argumentum a fortiori），就是在符合T1法律要件時，有F法律效果發生。在相類似之T2法律要件的情況，認定使其也有F法律效果發生，才屬合理。假設義務人於有輕微過失時，即應負一定之責任，則於其有重大過失時，法律雖無規定，更應負此責任，蓋這種未規律之情況，更切合法律規範之基本價值。引自黃立，民法總則，4版，頁45（2005）。

<sup>19</sup> BT Drucksache 18/8486,18. Wahlperiode 18.05.2016, S.59.: "Kommt es nicht zu einer Abnahme des Bauwerks oder der Außenanlage, weil die Vertragspartner über die Abnahmereife des Werks streiten, besteht in der Praxis das Bedürfnis, den Zustand des Werks zum Zeitpunkt des Abnahmeverlangens zu dokumentieren, um in einem späteren Prozess die Sachaufklärung zu erleichtern. Insbesondere wenn der Besteller das Werk ohne vorherige Abnahme in Benutzung genommen hat, entstehen bei einer späteren Abnahme häufig Unsicherheiten darüber, ob dann festgestellte Mängel aus dem Verantwortungsbe- reich des Bestellers oder dem des Unternehmers stammen. Ein entsprechendes Bedürfnis zur Dokumentation des Zustands kann auch bestehen, wenn die Vertragspartner einig sind, dass das Werk nicht abnahmereif ist."

德國民事訴訟法第485條以下規定，由法院指定的鑑定人確認工作物現狀<sup>20</sup>。

本條規定區分了承攬人與定作人共同確認工作物現狀（德國民法第650g條第1項），與承攬人單方面確認工作物現狀（德國民法第650g條第2項）。由德國民法第650g條第1項文字觀察，「在承攬人的要求下，應協助共同確認工作物的現狀。」（hat er auf Verlangen... mitzuwirken），德國學者認為，定作人並無會同承攬人確認工作物現狀的義務，而是一種非真正義務。不過其若不配合，會有第2項對其不利的法律後果<sup>21</sup>。

德國民法第650g條第1項第1句規定：「（1）1如果定作人以工作物有瑕疵為理由，拒絕受領工作物，在承攬人的要求下，應協助共同確認工作物的現狀。」其實是呼應德國民法第640條第2項第2句規定：「（2）定作人根據第（1）項第1款受領有瑕疵的工作，儘管知道該瑕疵，限於在受領時表明對該瑕疵保留追償權者，才享有第634條第1項至第3項規定的權利<sup>22</sup>。」

工作物有無瑕疵，依據德國民法第633條規定：「承攬人就其所完成之工作物無物與權利瑕疵。工作物具有所約定之品質者，無物之瑕疵。除非品質為契約之前決條件，否則應具物之通常效用，或有此種工作物通常習見之特性，而為定作人依據工作物性質可期待者。如承攬人所完成之工作物與定作之工作物不同或者數量較少者，與物之瑕疵同。如第三人就此工作物無權利或僅就依據契約之約定對定作人行使權利，工作物無權利瑕疵。」

<sup>20</sup> 見前引之德國民事訴訟法第485條。

<sup>21</sup> MüKoBGB/Busche, a.a.O., § 650g, Rn.4. 同此，BT Drucksache 18/8486, 18. Wahlperiode 18.05.2016, S.59: 「定作人有不真正義務(Obliegenheit)，在承攬人請求下，共同確認工作物之現狀。確認工作物之現狀不能替代受領，也無其他功能，僅在於紀錄工作物之現狀，以預防嗣後的爭議，也是變動危險移轉的基礎。」(Künftig soll den Besteller eine Obliegenheit treffen, auf Verlangen des Unternehmers an einer gemeinsamen Feststellung des Zustands des Werks mitzuwirken. Diese Zustandsfeststellung ersetzt nicht die Abnahme und hat auch keine sonstigen Ausschlusswirkungen, sie dient – entsprechend ihrer Bezeichnung – lediglich der Dokumentation des Zustands des Werks, um späterem Streit vorzubeugen und ist die Grundlage für eine modifizierte Gefahrtragung.)

<sup>22</sup> 德國民法第634條 [定作人在工作物有瑕疵時之權利]: 「工作物有瑕疵者，除另有規定外，定作人於該當下列條文規定之要件時，得：1. 依據第635條請求補為履行，2. 依據第637條自行排除瑕疵，並請求補償必要之費用，3. 依據第636條、第323條及第326條第5項解除契約或依據第638條請求減少報酬。4. 依據第636條、第323條、第280條、第281條、第283條、第311a條請求損害賠償，或依據第284條請求補償無效修補之費用。」



也就是在定作人受領前，承攬人應努力達成所負責之工作成果，無第三人可以主張權利；即使在施工中遭遇施工障礙亦同（當然有工期展延的問題）。

德國民法第640條第2項立法理由指出：第2項第1句規定，如果承攬人在工作完成後，設定了定作人受領的合理期限，而定作人未在此期間指出有任何瑕疵卻拒絕受領，就有了擬制受領的適用，而工作物毀損滅失之風險就移轉給定作人了。當定作人根本不理會受領要求，也會適用擬制規定。這樣的規定當然對於有先行給付義務的承攬人，就其與定作人間權利義務的均衡，有很大的助益。如果像我國民法一樣，定作人竟然沒有受領工作物的義務，在承攬人與定作人間權利義務上就失去了均衡。

在德國法上，定作人在拒絕受領時，並無義務指出所有瑕疵或說明瑕疵之細節，只要將至少一種瑕疵告知承攬人，依其觀點工作不符合約定的質量，就足夠了。定作人未說明所有瑕疵或瑕疵細節，可以在隨後的驗收評估中，考慮工作是否業已竣工<sup>23</sup>。如果定作人因為承攬人未完成工作物卻要求受領，定作人當然有權拒絕，此時本條款無適用空間<sup>24</sup>。

### （三）承攬人單方面確認工作物的現狀

如果在共同約定或者承攬人附相當期間指定確認工作物現狀的期日，定

<sup>23</sup> BT Drucksache 18/8486, 18. Wahlperiode 18.05.2016, S.48.: "Absatz 2 Satz 1 sieht nunmehr vor, dass die Abnahmefiktion immer dann greift, wenn der Unternehmer dem Besteller nach Fertigstellung des Werks eine angemessene Frist zur Abnahme gesetzt hat und der Besteller die Abnahme nicht innerhalb dieser Frist unter Angabe von Mängeln verweigert hat. ...Dem Besteller obliegt es bei der Abnahmeverweigerung allerdings nicht, alle Mängel anzugeben oder die Mängel im Detail darzulegen. Es genügt, wenn er beispielsweise dem Unternehmer mitteilt, wo das Werk aus seiner Sicht nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Weitere Mängel, die der Besteller zunächst nicht angegeben hat, können gleichwohl bei der anschließenden Bewertung der Abnahmereife berücksichtigt werden." MüKoBGB/Busche § 650g, Rn.5.認為，定作人至少要指出至少一種瑕疵。

<sup>24</sup> Bamberger /Voit, a.a.O., Rn.3, § 650g.若定作人為消費者未說明瑕疵拒絕受領，承攬人若未說明第640條第2項之法律效果【(2)定作人知有瑕疵而受領該有瑕疵之工作者，僅以受領時保留其基於瑕疵所得主張之權利為限，始享有第633條及第634條所定之請求權。】，也不適用。此兩種情形規範之理念在於承攬人自身不遵守契約忠實義務者，不應受保護。

作人並未現身，依據德國民法第650g條第2項規定，承攬人得單方面確認工作物的現狀。何種期間是為相當，無法抽象認定，視工程規模與定作人確認準備工作需要的期間而定，一般工程14天通常被認為是相當期間<sup>25</sup>。如果定作人因不可歸責於其的情況缺席，並且他已及時通知承攬人者，不在此限（德國民法第650g條第2項第2款）。所謂不可歸責的情況，如罹患冠狀病毒被隔離治療、可歸責於第三人之事由（被酒駕第三人撞傷住進加護病房），或者不可抗力。及時通知指定作人應立即，亦即將其不可歸責於其的事由通知承攬人，原則上在原訂期日前應為通知（特殊情況如被隔離治療，應在狀況解除後立即通知）。立法理由指出，此種規範方式在於讓雙方當事人可以協商勘驗的期日，討論定作人無法出席之可歸責性<sup>26</sup>。

承攬人單方面確認工作物的現狀者，依據德國民法第650g條第2項第3款規定，承攬人在確認工作物的現狀時，必須註記紀錄製作日期並簽字，並將確認工作物的現狀紀錄副本提交定作人。藉以確保定作人了解單方確認工作物現狀之內容，並防止確認工作物現狀紀錄的嗣後竄改<sup>27</sup>。

### （四）無瑕疵推定

如前所述，當定作人未經受領卻先行使用時，其後受領過程中常無法確認瑕疵係屬可歸責於定作人、承攬人或第三人之事由。因此德國民法第650g條第3款規定：「（3）1如已經完成定作人的工作物，並且如果在根據第1或第2項確認工作物現狀時沒有記載有明顯的瑕疵，推定該瑕疵在認工作物現狀

<sup>25</sup> MüKoBGB/Busche, a.a.O., § 650g, Rn.7.

<sup>26</sup> BT Drucksache 18/8486,18. Wahlperiode 18.05.2016, S.59.: "Auf diese Weise soll erreicht werden, dass sich die Vertragsparteien über den Termin zur Zustandsfeststellung austauschen und dass die Frage des Vertretenmüssens eines etwaigen Fernbleibens des Bestellers noch vor dem Termin von ihnen erörtert wird."

<sup>27</sup> BT Drucksache 18/8486,18. Wahlperiode 18.05.2016, S.59.: "Die Voraussetzungen einer einseitigen Zustandsfeststellung liegen nicht vor, wenn sich beide Vertragsparteien zu einer gemeinsamen Zustandsfeststellung einfinden, sich in der Folge aber nicht auf den festzustellenden Zustand einigen können. In diesem Fall steht es den Parteien offen, in einem selbständigen Beweisverfahren gemäß §§ 485 ff. ZPO den Zustand des Werks von einem gerichtlich bestellten Sachverständigen feststellen zu lassen."

後所產生並且是可歸責於定作人事由所致。2如果瑕疵依其性質不可能由定作人引起，不適用該推定。」

德國民法第631條第1項規定：「（1）依據承攬契約，承攬人有義務製作承諾的工作，而定作人有義務支付約定的報酬。」此一工作依據德國民法第633條規定作有無瑕疵之判定：「（1）承攬人應向定作人提供沒有物和權利瑕疵的工作物。（2）工作物若具有約定特性，無物之瑕疵。工作物與約定特性不符，而 1. 工作物是根據契約規定製作的，或者 2. 工作物適用於一般用途，並且具有相同類型工作物中通常的特性，並且買方可以根據工作物類型期望該特性；則工作物沒有物之瑕疵，如果承攬人製作的工作物不同於定作的工作物或數量不足者，等同物之瑕疵。（3）如果第三人就該工作物，不能對定作人主張權利，或與契約有關的任何權利，則該工作物沒有權利瑕疵。」

也就是說，在工作物被受領前，承攬人要努力達成契約上約定之成果。縱然在施工中有干擾事由（當然會有工期等問題，但在本文討論範圍），也無不同<sup>28</sup>。問題是當定作人接管或先行使用工作物者，就無法確認，定作人主張之瑕疵是否源自承攬人、定作人或第三人所導致。爲了避免承攬人可能對與其無關工作物之瑕疵負責，德國民法第650g條第3項規定了「（3）1. 如已經完成定作人的工作物，並且如果在根據第1或第2項確認工作物現狀時沒有記載有明顯的瑕疵，推定該瑕疵在認工作物現狀後所產生並且是可歸責於定作人事由所致。2. 如果瑕疵依其性質不可能由定作人引起，不適用該推定。」可以減輕承攬人的換舉證責任<sup>29</sup>。

<sup>28</sup> BT Drucksache 18/8486,18. Wahlperiode 18.05.2016, S.60.: "Da der Unternehmer auch im Falle von Störungen weiterhin zur Herstellung eines vollständig mangelfreien Werks verpflichtet ist und die Gefahr bis zur Abnahme des Werks trägt (§ 644 Absatz 1), hat er bis zur Abnahme die Mangelfreiheit zu beweisen. Wurde das Werk zwischenzeitlich durch den Besteller selbst beeinträchtigt, muss er diese Schäden ebenfalls beseitigen, wenn er nicht nachweisen kann, dass sie vom Besteller verursacht wurden.

<sup>29</sup> BT Drucksache 18/8486,18. Wahlperiode 18.05.2016, S.60. "An die Zustandsfeststellung nach den Absätzen 1 und 2 soll unter bestimmten Voraussetzungen eine Vermutung geknüpft werden, die den Werkunternehmer davon entlastet auch für Mängel des Werks eintreten zu müssen, die wahrscheinlich nicht von ihm verursacht sind."

德國民法第650g條第3項推定適用的前提是：

- 承攬人已經為定作人在受領前完成工作。也就是可以讓定作人可以受領之狀態，通常就是讓定作人取得占有。
- 依據本條第1項及第2項規定，未作成有明顯瑕疵之紀錄。所謂明顯之瑕疵，指正式現狀確認時目視即可發現者<sup>30</sup>。

既然此一推定對定作人不利，當然應該考量，依據定作人之專業知識瑕疵是否明顯。當然定作人有專業管理廠商（Project Construction Management; PCM）或監造者，專業知識以專管廠商或監造為準。在承攬人單方確認現場時，也採同樣標準。

既然是推定，當然可以用反證推翻。不過如果瑕疵依其性質不可能由定作人引起，就不適用該推定。

台灣民法對於先行使用並無規範，但政府採購法第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。」政府採購法施行細則第99條規定：「機關辦理採購，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，並得就該部分支付價金及起算保固期間。」

公共工程委員會工程採購契約範本<sup>31</sup>第15條（驗收）：「(八)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。可採部分驗收方式者，優先採部分驗收；因時程或個案特性，採部分驗收有困難者，可採分段查驗供驗收之用。分段查驗之事項與範圍，應確認查驗之標的符合契約規定，並由參與查驗人員作成書面紀錄。供機關先行使用部分之操作維護所需費用，除契約另有規定外，由機關負擔<sup>32</sup>。」須注意先行使用，依據中華民國產物保險商業同業公會營造綜合保險基本條款第3條（保險責任之開始與終止）：「本公司之保險責任，於保險期間內，自承保

<sup>30</sup> MüKoBGB/Busche, a.a.O., § 650g, Rn.10.

<sup>31</sup> 109.12.2修正，<https://www.pcc.gov.tw/cp.aspx?n=99E24DAAC84279E4>（最後瀏覽日：2021年1月2日）。

<sup>32</sup> 舊版為：(八)工程部分完工後，如有部分先行使用之必要，應先就該部分辦理驗收或分段查驗供驗收之用，並得就該部分支付價金及起算保固期。

工程開工或工程材料卸置於施工處所後開始，至啓用、接管或驗收，或保險期間屆滿之日終止，並以其先屆至者為準。倘承保工程之一部分經啓用、接管或驗收，本公司對該部分之保險責任即行終止。本公司對施工機具設備之保險責任，自其進駐施工處所並安裝完成試驗合格後開始，至運離施工處所或保險期間屆滿之日終止，並以其先屆至者為準。」<sup>33</sup>所以一旦先行使用，承商就該部分就陷於沒有保險的情況。

參照德國新民法第640條第1項第三句規定：「如定作人雖有義務，卻對於工作物未於承攬人所定之相當期限內受領者，視同受領。」及德國2019年工程定作之採購與契約規範第12條（受領）：「1. 如承攬人在竣工後，必要實在協議施工期限經過前，得請求工作之受領，定作人在12個工作天內應進行受領；雙方亦得協議另一期間。2. 應請求得就部分完成之工作，特別為受領。3. 因重大瑕疵在其被排除前得拒絕受領。4.(1) 如當事人一方要求時，應為正式受領。任一當事人得以自己之費用委任一鑑定人。其鑑定意見應由雙方共同以書面確認。在簽名時得註記保留對於已知瑕疵及違約金之事實極可能之承攬人抗辯。任一當事人均可取得副本。(2) 如受領原約定有日期，或者定作人於足夠之期間前通知承攬人者，承攬人縱不出席仍得為正式受領。受領結果應立即通知承攬人。5.(1) 未要求受領時，在書面通知竣工後12工作天內，其工作視為已經受領。(2) 未要求受領，而定作人開始使用全部或部分工作者，在開始使用後6個工作天後，除另有協議外，其工作視為已經受領。使用部分建築設施進行其他工作不視為受領。(3) 除因已知之瑕疵或因違約金，定作人至遲應依第1款及第2款所定期間內為主張。6. 工作物毀損滅失之風險，除定作人已依據第7條承擔外，因受領而移轉給定作人。<sup>34</sup>」此種規範可

<sup>33</sup> <http://www.nlia.org.tw/uploads/tadnews/tmp/440/%E7%87%9F%E9%80%A0%E7%B6%9C%E5%90%88%E4%BF%9D%E9%9A%AA%E5%9F%BA%E6%9C%AC%E6%A2%9D%E6%AC%BE.pdf#%E7%87%9F%E9%80%A0%E7%B6%9C%E5%90%88%E4%BF%9D%E9%9A%AA%E5%9F%BA%E6%9C%AC%E6%A2%9D%E6%AC%BE.pdf>, (最後瀏覽日：2020年10月22日)。

<sup>34</sup> [https://www.ts-law.de/wp-content/uploads/2019/04/VOB\\_2019.pdf](https://www.ts-law.de/wp-content/uploads/2019/04/VOB_2019.pdf), (最後瀏覽日：2020年11月10日) VOB於2019年修正時，VOB/B並未修正，與2012年版本相同【VOB/B ist unverändert geblieben (BANz AT 13.07.2012 B3, geändert durch BANz AT 19.01.2016 B3, berichtigt durch BANz AT 01.04.2016 B1)】

以做為將來台灣修法之參考，降低承攬人之風險。

## 三、支付報酬之時機

### (一) 條文與立法過程

#### 1. 條文規定

德國民法第650g條第3項規定：「(4) 下列情形應支付報酬：

1. 定作人已受領工作或根據德國民法第641條第2款規定無需受領，並且
2. 承攬人已向定作人提出可驗證的結算書。」

#### 2. 修正始末

原本第650m條草案（結算明細表）規定僅適用於消費者工程契約：「完成工作後，承攬人必須立即以書面形式將結算明細表交給消費者身分的定作人。結算明細表必須包含已執行服務的可驗證清晰清單。必須隨附證明服務類型和範圍所需的數量計算，圖紙和其他支持文件。」立法理由指出：「結算明細表使消費者身分的定作人或其委託的建築師，能夠查驗報酬的合理性。因此，對於消費者建築合同，法律應要求創建VOB / B第14條所規定的結算明細表<sup>35</sup>。」

<sup>35</sup> 德國2019年工程定作之採購與契約規範第14條（帳單）：「1. 承攬人就其得可查驗之工作估驗。其應將帳目以清晰記載，並依其項目逐筆登錄，並使用契約附件中包括之項目名稱。用以證明工作種類與範圍所必要之數量計算，圖說及其他發票，也應附上。契約之變更與補充應在帳單中特別標示，於有要求時應該分別申請估驗。2. 就估驗必要之確認應與工作進度儘可能的共同為之。估驗規定應遵守契約的技術規範及其他契約附件規定。就工作之繼續進行中甚難確認之工作，承攬人應及時申請為共同之確認。3. 決算帳單在工期不逾3個月者，至少在提出竣工報告後12工作天內提出決算帳單，除另有規定外，此一期限因工期每增加3個月增加6個工作天。4. 承攬人如未在期限內提出可查驗之帳單，雖然定作人給予合理期限，定作人得以承攬人之費用代為製作。」<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/veroeffentlichungen/themen/bauen/vob-teil-b.html>，（最後瀏覽日：2020年2月11日）

德國下議院法律與消費者保護委員會決議接納聯邦上議院（Bundesrat）的提議，在草案中加入了出具結算明細表的規定，同時擴張了聯邦上議院的建議，規定本條款不僅適用於消費者工程合同，而應適用於所有工程契約。在其最終報告中建議應就結算明細表的要求，是承攬人請求報酬的前提要件。目前的條文就是由此演變而來<sup>36</sup>。

### 3. 參考法源

本條規定的法源，其實來自德國2019年工程定作之採購與契約規範第14條，該條規定：「1. 承攬人應就其工作提出可驗證的結算書。其應將帳目以清晰記載，依其項目順序逐筆登錄，並使用契約文件中之項目名稱。用以證明工作種類與範圍所必要之數量計算，圖說及其他發票，也應附上。契約之變更與補充應在帳單中特別標示，於被要求時應該分別結算。2. 就結算必要之確認應與工作進度儘可能的共同為之。結算規定應遵守契約的技術規範及其他契約附件規定。就工作之繼續執行甚難確認之工作（如假設工程），承攬人應及時申請為共同之確認。3. 除另有規定外，決算帳單在工期不逾3個月者，至少在申報竣工後12個工作天內提出決算帳單；此一期限因工期每增加3個月增加6個工作天。4. 承攬人如未在期限內提出可查驗之帳單，雖然定作人給予合理期限，定作人得以承攬人之費用代為製作。」及第16條第3項第1款第1句：「3.(1) 結算金額請求權於由承攬人提出之結算帳單經審查並確認後屆至，至遲應在收到後兩個月內為之。結算帳單之審查依情況得加速為之。如

<sup>36</sup> <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/114/1811437.pdf>, 45, (最後瀏覽日：2020年2月11日)。” Der Ausschuss greift den Vorschlag des Bunderates auf, eine Vorschrift über die Erteilung einer Schlussrechnung in den Entwurf aufzunehmen. Er geht dabei insofern über den Vorschlag des Bundesrates hinaus, als die Regelung nicht lediglich für Verbraucherbauverträge, sondern für alle Bauverträge gelten soll. Gleichzeitig wird damit ein Vorschlag der AG Bauvertragsrecht aufgegriffen. Diese hatte in ihrem Abschlussbericht empfohlen, für Bauverträge eine Regelung über das Erfordernis einer Schlussrechnung als weitere Voraussetzung der Fälligkeit des Vergütungsanspruchs des Unternehmers zu vorzusehen (Abschlussbericht der Arbeitsgruppe Bauvertragsrecht beim damaligen Bundesministerium der Justiz vom 13. Juni 2013, S. 45 f.)”

需時較久，對於無爭議部分之部分付款應立即為之。」

因此在適用時，可以追溯的這些條文，作為解釋時之補充。不過德國民法在修訂時，並未將VOB/B第16條第3項第2款及第4款至第6款規定納入，因此除了契約直接援用VOB/B條款外，不應該有這些條款的適用<sup>37</sup>。

VOB/B第16條第3項第2款及第4款至第6款規定：「(2) 無保留的結算工作，如將結算以書面通知承攬人並指出此排除效果者，排除了事後的請求權。… (4) 原先提出但未結清之債權，如未再次聲明保留者，不得再為主張。(5) 對於結算的保留，應於收到通知後依據第2項及第3項規定，在24個工作天內表示之。若未在外加的24個工作天內就保留之債權提出可供審查之帳單，或者若提出帳單不可能，就保留提出詳細之理由者，不得再行爭議。(6) 此一除斥期間對於結算及付款帳目由於幅度、計算或登錄錯誤者，不適用之。」這些條款規定比較嚴苛，因此德國民法沒有納入<sup>38</sup>。

## (二) 結算書

### 1. 概說

承攬人應就其工作提出結算書（Schlussrechnung），不過法條並未對結算書有所定義。承攬人提出結算書時，意謂了就其給付向定作人請求報酬，但也受其所提出結算書之拘束。只有在例外情形，才能提起追加請求（Nachforderungen）<sup>39</sup>。不過分期估驗帳單，不是結算書。

### 2. 可驗證的結算表

德國民法第650g條第4項第1句第2目規定：「1以下情形應支付報酬：1. 定作人已受領工作或根據第641條第2項規定無須受領<sup>40</sup>，並且 2. 承攬人已向

<sup>37</sup> MüKoBGB/Busche § 650g, Rn.12.

<sup>38</sup> <https://www.cmshs-bloggt.de/wp-content/uploads/2017/05/Synopse-BGB-VOB-03-2017.pdf>, (最後瀏覽日：2020年9月8日)

<sup>39</sup> 在台灣的問題是，結算時若廠商保留請求權，主觀上害怕付款可能會被延宕。因此在結算後廠商提起救濟程序，十分常見。

<sup>40</sup> 德國民法第641條第2項：「(2) 承攬人就定作人承諾為第三人生產的工作的報酬，最遲



定作人提供可驗證的結算表。」對於結算表是否可以驗證，其要件規定於德國民法第650g條第4項第2句：「2如果結算表包含所提供服務的清楚的清單且定作人可以核實，則結算表即為可驗證。」德國立法者考量的因素，由於契約約定的給付的種類與複雜性，將使得結算表核實的要求有很大的差異；因此以概括條款的方式（*generalklauselartige Formulierung*）加以限制<sup>41</sup>。此種規定適用於實作實算契約（單價契約）<sup>42</sup>。

## 四、結論

台灣民法第508條（危險負擔）第1項規定：「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

應給付之時點為，1.定作人因工作而第三人獲得了工作的報酬或其中的一部分，2.在定作人的工作已被第三人受領或視為已被受領的範圍內，或3.如果承攬人給定作人合理的期限，卻未能獲得有關第1款和第2款所述情況的訊息。如果定作人由於工作中可能存在的瑕疵而向第三方提供了擔保，則只有承攬人為定作人提供適當的擔保時，本項第1句才能適用。」

<sup>41</sup> Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz (6. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, Drucksache 18/8486, (43): “Der Ausschuss folgt dem Ansatz der AG Bauvertragsrecht. Die Erteilung einer prüffähigen Schlussrechnung soll als weitere Fälligkeitsvoraussetzung neben die Abnahme treten. Mit dem Erfordernis der Prüffähigkeit wird in Form einer Generalklausel ausgedrückt, dass die Schlussrechnung übersichtlich und für den Besteller nachvollziehbar sein muss. Da die Anforderungen an die Prüffähigkeit der Rechnung je nach Art und Komplexität des Auftrags sehr unterschiedlich ausfallen können, wird von einer detaillierteren gesetzlichen Regelung abgesehen. Gerade im Rahmen von Einheitspreisverträgen wird aber nur dann von einer prüffähigen Rechnung ausgegangen werden können, wenn sie eine Aufstellung enthält, wie oft die jeweiligen Einzelleistungen erbracht wurden. Je nach Art und Umfang der erbrachten Leistungen sind Mengenberechnungen, Zeichnungen und sonstige Belege beizufügen.” 因為此時承攬人要列出個別工項

<sup>42</sup> 黃立，承攬合同之工作受領問題--以台灣地區為視角（2018）：「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）。…為避免協商不成，就賦予定作人片面變更原本已經存在之契約內容的權限。」可知在總價契約情形，除雙方協議變更契約外，契約內容仍非一成不變，因此也均有必要提出結算書。

## 《工程仲裁》

德國民法工程契約章結算及拒絕受領之現狀確認解析

擔。」但第505條就報酬給付之時期規定：「報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之。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。」

在政府採購部分，工程採購契約範本第5條第1款第3目規定：「驗收後付款：於驗收合格，廠商繳納保固保證金後，機關於接到廠商提出請款單據後15工作天內，一次無息結付尾款。但涉及向補助機關申請核撥補助款者，付款期限為30工作天。」將民法上的交付改為驗收合格。無須交付者，原本應於工作完成時給付之，也附加了驗收才付款的條件。但在先行使用情形（如緊急搶修的開口契約），常有未經驗收或查驗情形，保險卻已經終止，若再有天災發生，就會產生問題。德國法的規定雖然比台灣法律周延，但對於承攬人之保障仍不及FIDIC<sup>43</sup>新紅皮書<sup>44</sup>的規範第10.2.條規定：「工程司未針對某部分工程發出接收證明書前，業主不得使用該部份工程（經雙方協議或依契約規定之臨時措施除外）。但若業主在發出接收證明書前使用該部份工程，則：(a) 該使用之部份工程視為自使用日起已被業主接收；(b) 承包商自使用日起不再對該部份工程之照管負責，轉由業主負責；且(c) 工程司應依承包商要求核發該部份之接收證明書。」<sup>45</sup>，但二者皆可以作為將來修法之借鏡。當然a.修法前，可以將類似條款納入具有仲裁條款之契約內適用。b.若未修法或未能納入契約，依仲裁法第19條規定，仲裁庭得準用民事訴訟法第368條以下證據保全程序，亦可達到相當之效果。也可以c.使用法院以外之確認現狀程序，例如保險公證人、監造人、學校相關各系所、建築師、土木技師等等做現狀鑑定。當然現狀鑑定仍要雙方合意指定鑑定人，否則仍會有爭議。

其次，民法第1條規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」參考瑞士民法第1條第2項規定：「2.法律無規定者，法院應依習

<sup>43</sup> FIDIC（國際工程顧問聯盟）為其法文名稱Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils首字母的縮寫。國際工程顧問聯盟出版物包括：各類會議及研討會之論文集；工程顧問、專案業主及國際開發機構之相關訊息；標準的資格預審格式、契約文件，以及業主/工程顧問協議書。

<sup>44</sup> 正式名稱為：施工契約條款（Conditions of Contract for Construction）。

<sup>45</sup> 譯文引自台北市工程技術顧問商業同業公會非正式版本。

慣法，無習慣法時，依他們若身為立法者時會制訂的條文判決<sup>46</sup>。」「無習慣法時，依他們若身為立法者時會制訂的條文判決」的規定，賦予法官相當程度內創制法律的權限。我國法無類似規定，法官可能無法有如此寬廣的權限。但是可以使用法理。法理乃法律規範的基礎價值，雖然其運用並非絕對自由，而須受民法基本價值觀的拘束，適用法律者自身並非立法者<sup>47</sup>。由於法律規範乃是特定文化和社會規範的表現，於尋求普遍的價值觀時，外國的法規，如其文化及社會要件相似時，似亦考量當成法理而參酌<sup>48</sup>。此外，對於確認工地現狀，德國民法第650g條規定，於工作物未經受領，致報酬給付請求權無法屆至者，應為現狀之確認。不過德國法的規定，僅是規範正常竣工的情形，不是特別針對終止或解除契約，且未有除斥期間之規定。

<sup>46</sup> Art. 1: “ 2 Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde. “

<sup>47</sup> 瑞士民法第3條：「1.當法律將法律效果繫於人之善意時，推定其善意之存在。2.依情況得被要求注意，而不可能為善意者，不能主張善意信賴。」瑞士民法第4條：「於法律授權法院依情況裁量、評價或為重要理由之認定者，其判斷應不悖於合理與公平。」可以參照。

<sup>48</sup> 參見司法行政部43年12月2日台（43）鳳台字第7547號函。