

論營建工程承攬契約之「漏項」的 相關問題——評最高法院106年度 台上字第964號民事判決

林更盛*

黃正光**

壹、最高法院106年度台上字第964 號民事判決

一、簡要事實與爭點

本件被上訴人日商清水營造工程股份有限公司台灣分公司，於94年1月14日承攬上訴人交通部鐵路改建工程局主辦「南港專案CL308/363/365/368/373標松山車站土建、機電及昆陽街至基隆路段隧道水電併標工程」（下稱系爭工程）。雙方於民國94年5月11日簽訂工程契約，約定包價新臺幣68億5,000萬元（總價承攬）等事宜。

有爭論的是：系爭工程當中被上訴人所施作的「U-2層月台側包覆送回風管道」瑠瑯板（下稱系爭瑠瑯板），是否應再另外計價？對此，本件承攬人以系爭瑠瑯板，應屬「漏項」、應在施工項目「壹.1.9.1.44瑠瑯板牆面」底下辦理計價等為由，主張上訴人應再給付2,241萬5,994元。上訴人交通部鐵路改建工程局則以：依系爭契約之圖說與施工規

範，系爭瑠瑯板應於月台照明燈箱之施工項目內計價，伊已於該項目內計價付款，並未短付，況系爭契約採總價承包方式計價，被上訴人亦不得以契約「漏項」請求增加給付等為由，資為抗辯。

二、判決理由

本件最高法院從契約的解釋出發，在結論上傾向於認為系爭瑠瑯板並非「漏項」、不得請求增加報酬。最高法院表示：「系爭契約第2條第1項約定：本工程全部包價計68億5,000萬元，如在本工程範圍內之實作工程數量有增減時，除另有規定外，均按本契約所訂工程項目單價核算計價（見一審卷（一）第15頁）。又於總價承攬契約，因「遺漏（漏項）」而應核實支付之工程項目，應以其「遺漏」係一般廠商就所有招標資料，按通常情況所為解讀，均不認為係屬工程施作範圍者，始足當之。本件上訴人於事實審抗辯：系爭瑠瑯板已包含在月台照明燈箱工作項目中（見一審

* 本文作者係德國雷根斯堡大學法學博士，東海大學法律系教授

** 本文作者係東海大學法學碩士，明睿法律事務所營建工程法律顧問

卷（一）第142頁，原審卷（三）第80、81頁），鑑定單位亦認RWDLAR85110工程設計圖，圖名雖為月台照明燈箱詳圖，但整個設計圖的佈設表達，實際上包含了系爭瑛瑯板及月台照明燈箱兩個部分（見一審卷（一）第158頁、外放鑑定報告書第8頁）。似此情形，上訴人抗辯：系爭契約採總價承包方式計價，依系爭契約之圖說與施工規範，系爭瑛瑯板應於月台照明燈箱之施工項目內計價付款，無所謂契約「漏項」存在（見原審卷（一）第50至53頁、卷（二）第190至197頁），是否全然無足取？已待進一步釐清。況兩造就系爭瑛瑯板應列於何工程項目，及應如何計價，有所爭執，既為原審所是認（見原判決第9頁），則系爭瑛瑯板是否為招標資料所遺漏（漏項）者？即非無再為研酌之餘地。原審未詳加調查審認，遽認系爭瑛瑯板係屬「漏項」，其單價宜另外訂定專屬之施工項目以為計價，不應於月台照明燈箱之施工項目內辦理計價，進而為上訴人敗訴之判決，自嫌速斷」。

貳、評析

營建工程承攬契約上所稱的「漏項」究所指？雖然不是法律上既定的用語，容有不同用法。但應注意的是：概念的設定，宜能令人「一望即知」；又因法律用語涉及後續

權利義務，特別是當相關行業已有一定的習慣用法，宜尊重之，以促進溝通、避免不必要的誤解。

本件所涉及「漏項」的問題，理論上可能涉及意思表示／契約的解釋（包含可能涉及如錯誤或不一致的問題、或是契約的補充性解釋），但呈現於本件判決的是：「漏項」的界定以及承攬人報酬請求的問題。底下僅以「漏項」的界定、承攬人有無請求另外的報酬此二問題，分別加以論述。

一、何謂「漏項」

（一）本件判決

本件最高法院認為：於工程總價承攬類型下，因「遺漏（漏項）」而應核實支付之工程項目，應以其「遺漏」係一般廠商就所有招標資料，按通常情況所為解讀，均不認為係屬工程施作範圍者，始足當之」。

（二）其他相關判決

在最高法院的其他判決，幾乎都是以契約內容（圖說、特別指的是藍晒圖）有約定，但工程數量清單（如工程估價單總表、標單詳細表、單價分析表等文件）卻未列入，作為有無「漏項」的判斷標準。其中最清楚的或許是最高法院104年度台上字第1513號判決¹；在該判決中，最高法院表示：「本件原審參酌上開事證，…合法認定系爭工程固採契約總價決標，惟系爭工項均經列載於施工

註1：按公共工程契約關於總價決標約定所生之拘束力，應須以圖說與標單完整編製而無顯然漏列之情形為其前提。蓋不論是機關（業主）或承包商（廠商），均係依賴按圖說轉載而成之詳細價目表進行估價工作，倘因機關未核實編製標單，致圖說已有繪製而標單詳細價目表漏列，使廠商無法合理估算施工所需之費用時，除業主能舉證證明廠商投標時，係依據圖說詳細計算而自行斟酌後，仍願以決標之價格參與投標，應由廠商自負圖說與詳細價目表不符之風險外，本於誠實信用原則，並參酌民法第491條第1項規定，該漏列之工作項目仍應認為允與報酬，而由機關負給付報酬之義務，以符

圖說，然未列載於標單詳細價目表，顯然係屬契約漏項，被上訴人並已施作完成系爭工項，因以上述理由而為上訴人不利之判決，依上說明，經核於法並無違誤。」同見解，例如最高法院於108年度台上字第1459號民事判決，維持了原審底下的見解：「…編號6工項：明亞公司應知此工項乃系爭契約單價分析表漏未編列項目及單價（即漏項），…其請求展延工期90天，不能准許。」

（三）營建工程實務

前述見解，與一般營建工程實務上之約定相符。例如

- 1.最高法院於101年度台上字第962號民事判決²明確地表示：「查系爭契約第五條第五項既約定：「本契約價金採總價給付，所附之工程數量清單（工程估

價單總表、詳細表、單價分析表），其項目及數量為估計數，不得視為乙方（即被上訴人）完成履約所須供應或施作之實際工作項目或數量，未列入前款清單之項目或數量，其已於契約施工規範、圖說等契約文件載明應由乙方施作或供應或為乙方完成履約（含保固期間）所必須者，仍應由乙方負責供應或施作，不得據以請求加價」等語」。據此，最高法院認為：「於投標時，倘被上訴人悉知工地之地質，空打工項為打樁工程之必要工法，能否謂該空打工程係屬漏項，而可歸責於上訴人之事由？即非無疑。」

- 2.最高法院於103年度台上字第1240號民事判決³表示：「又根據○一五○○章

政府採購法第6條第1項所揭櫫之公平合理原則，初不因該工程係採總價決標（總價承攬）而有異。本件原審參酌上開事證，綜合研判，本其認事、採證及解釋契約之職權行使，依調查所得之證據資料，合法認定系爭工程固採契約總價決標，惟系爭工項均經列載於施工圖說，然未列載於標單詳細價目表，顯然係屬契約漏項，被上訴人並已施作完成系爭工項，因以上述理由而為上訴人不利之判決，依上說明，經核於法並無違誤。

註2：查系爭契約第5條第5項既約定：「本契約價金採總價給付，所附之工程數量清單（工程估價單總表、詳細表、單價分析表），其項目及數量為估計數，不得視為乙方（即被上訴人）完成履約所須供應或施作之實際工作項目或數量，未列入前款清單之項目或數量，其已於契約施工規範、圖說等契約文件載明應由乙方施作或供應或為乙方完成履約（含保固期間）所必須者，仍應由乙方負責供應或施作，不得據以請求加價」等語…，且於投標時，上訴人已交付被上訴人之鑽探及試驗報告表，被上訴人對於系爭工地地質強度偏低已有所認識，空打係上開打樁工程之必要工法，為原審所認定，則系爭工程係採總價給付承包，於投標時，倘被上訴人悉知工地之地質，空打工項為打樁工程之必要工法，能否謂該空打工程係屬漏項，而可歸責於上訴人之事由？即非無疑。

註3：原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：兩造於九十四年九月二十三日簽訂系爭契約，由上訴人承攬系爭工程，總價51億6千8百02萬9千8百70元。依系爭契約第7條第（一）項第5款、第7款之約定，系爭契約之補充說明書及工程設計圖均為契約之一部；系爭工程業於98年12月29日完工，並於99年4月16日完成驗收之事實，為兩造所不爭執。…再補充說明書第18.5條「防災措施」已明定「工程進行期間，承包商除應於工區內採購足夠數量滅火器備用防範火災外，對颱風、豪雨、水災及其他可能之災害，亦應採取必要措施予以防範，確保工地安全。」又根據01500章第4.1條「計量」及第4.2條「計價」約定觀之，則01000章第18.8條所謂安全措施費用以契約詳細表編列項目付款，縱有未對應編列項目之情事，然上述第4.2條既已明定施工設施及臨時管制若未列項目且屬工程慣例時，各項工作應視為已包括於契約總價內，難認有何有漏未編列單價而生「漏項」之情事。…

第4.1條「計量」及第4.2條「計價」約定觀之，則○一○○○章第18.8條所謂安全措施費用以契約詳細表編列項目付款，縱有未對應編列項目之情事，然上述第4.2條既已明定施工設施及臨時管制若未列項目且屬工程慣例時，各項工作應視為已包括於契約總價內，難認有何有漏未編列單價而生「漏項」之情事」。

- 3.最高法院於103年度台上字第1339號民事判決所涉當事人約定為「系爭契約第四條第二項約定：契約所附供乙方（即繼信公司）投標用之**工程數量清單**，其數量為估計數，不得視為乙方完成履約所須供應或施作之實際數量，採契約價金總額結算給付者，**未列入前款清單之項目或數量**，其已於契約載明應由乙方施作或供應或為乙方完成履約所必須者，仍應由乙方負責供應或施作」。

（四）工程數量清單的解釋

準此，判斷有無「漏項」，應以契約所約定的範圍（工程圖說、特別指的是藍晒圖）為準，若工程數量清單的解釋的結果有所欠缺或不足者，即為漏項。因此，

- 1.依建築技術規則所採取的**合理工項**，原則上應認為**已經包含在工程數量清單之內**。最高法院於107年度台上字第409號判決表示：為符合契約約定及建築技術規則所採用之有效的輔助工法（系爭事實：為符合建築技術規則，而設置之立柱環樑工項），即非「漏項」，不得就此另行請求給付。「兩造於98年3月4日簽訂系爭契約，並於99年5月24日完工驗收，為原審確定之事實。斯時有

效之**建築技術規則建築設備編第116條**

「每一機廂或平衡錘所運轉之全程，均應裝置導軌，導軌之承間距，不得大於3.6公尺」之規定，亦與系爭**契約上開約定**相符。是原法院認上訴人為符合上開支架間距不超過3.6公尺而施作之「**為支撐機廂及平衡錘之導軌所須**，而設置之直立鋼柱及橫列鋼樑之構造物」（即立柱環樑）系爭工項，屬系爭契約原範圍內之工項，**並非漏項**，自無可議」。

最高法院此一結論，原則上可資贊同。蓋承攬契約當事人不可能自始（包括透過工程數量清單等）對於承攬工項與實施方式鉅細靡遺地加以約定。因此，一方面承攬人對於具體施作的方式，擁有一定的裁量權限。另一方面，承攬人亦應能夠合理地預知與估算，在合乎建築技術規則的前提下所可能採取的、合理的施作工項究竟為何。本件系爭立柱環樑，雖非導軌間距保持之可能的唯一工法，但卻是該電梯日後使用導軌間距保持之有效輔助措施之一。導軌固定間距之維持，是讓電梯能正常使用的必要措施之一，因此應當也是在承攬人之施作義務的範圍內。定作人或招標辦理人，既然已在投標文件內容明示或告知施作條件，投標人本其專業，即應合理地將可能完成施作之工法及費用等，計算於投標總價內，因此，本件立柱環樑之施作，既然是在維持電梯升降之正常運行的合理措施的範圍之內，即非漏項。當然，接續前述對「漏項」的定義，這也意味著所謂的「漏項」，乃

在契約的範圍內，是以承攬人對此仍有按圖施作之義務。舉例而言，如該漏項部分，係為主體結構之柱鋼筋續接部分，即便於該承攬標的主體結構項目材料清單、詳細價目表或單價分析表等文件內容，對於柱鋼筋續接器並未標示，承攬人仍有將該柱鋼筋續接之義務。否則，契約目的將無法（完整地）實現。在未標示柱鋼筋接器情形，承攬人自得在合理的範圍內，自行決定續接工法施作，令該部分柱鋼筋得以續接完成，否則將無繼續施作後續工程之可能。因此承攬人自行選擇之柱鋼筋續接工法的施作與材料，並非「漏項」。而此一結論，原則上也不會因該承攬契約之報酬，是實作實算或總價承攬，而有所不同。

2.必要工項。以上所述，對於完成約定工作的必要工項，亦有適用。最高法院於

101年度台上字第962號民事判決⁴明確地表示：完成工作的必要工法（系爭事實：空打是本件打樁工程之必要工法），並非「漏項」。此一結論誠屬正確，因為：投標人本其專業，即應將可能完成施作之工法及費用等，計算於投標總價內。故本件系爭基樁工程之空打工法既為必要，自非「漏項」。合理的工項既然原則上並不是「漏項」；那麼必要的工項原則上就更不是「漏項」了，因此本件系爭基樁工程之空打工法並非「漏項」。

3.以上所述，對於依工程慣例所採取的**安全措施**，尤其有其適用。針對進行工程因颱風、豪雨、水災及其他可能之災害，為確保工地安全所採取必要防範措施，最高法院認此非「漏項」。最高法院於103年度台上字第1240號民事判決⁵表示：「又根據○一五○○章第4.1條

註4：查系爭契約第5條第5項既約定：「本契約價金採總價給付，所附之工程數量清單（工程估價單總表、詳細表、單價分析表），其項目及數量為估計數，不得視為乙方（即被上訴人）完成履約所須供應或施作之實際工作項目或數量，未列入前款清單之項目或數量，其已於契約施工規範、圖說等契約文件載明應由乙方施作或供應或為乙方完成履約（含保固期間）所必須者，仍應由乙方負責供應或施作，不得據以請求加價」等語…，且於投標時，上訴人已交付被上訴人之鑽探及試驗報告表，被上訴人對於系爭工地質強度偏低已有所認識，空打係上開打樁工程之必要工法，為原審所認定，則系爭工程係採總價給付承包，於投標時，倘被上訴人悉知工地之地質，空打工項為打樁工程之必要工法，能否謂該空打工程係屬漏項，而可歸責於上訴人之事由？即非無疑。

註5：原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：兩造於94年9月23日簽訂系爭契約，由上訴人承攬系爭工程，總價51億6千8百02萬9千8百70元。依系爭契約第七條第（一）項第五款、第七款之約定，系爭契約之補充說明書及工程設計圖均為契約之一部；系爭工程業於98年12月29日完工，並於99年4月16日完成驗收之事實，為兩造所不爭執。…再補充說明書第18.5條「防災措施」已明定「工程進行期間，承包商除應於工區內採購足夠數量滅火器備用防範火災外，對颱風、豪雨、水災及其他可能之災害，亦應採取必要措施予以防範，確保工地安全。」又根據01500章第4.1條「計量」及第4.2條「計價」約定觀之，則01000章第18.8條所謂安全措施費用以契約詳細表編列項目付款，縱有未對應編列項目之情事，然上述第4.2條既已明定施工設施及臨時管制若未列項目且屬工程慣例時，各項工作應視為已包括於契約總價內，難認有何有漏未編列單價而生「漏項」之情事。…

「計量」及第4.2條「計價」約定觀之，則〇一〇〇〇章第18.8條所謂安全措施費用以契約詳細表編列項目付款，縱有未對應編列項目之情事，然上述第4.2條既已明定施工設施及臨時管制若未列項目且屬工程慣例時，各項工作應視為已包括於契約總價內，難認有何有漏未編列單價而生「漏項」之情事」。此一結論可資贊同。因為工安維護及其相關措施，就承攬工作的完成而言，其意義與必要工項相當。何況該等所可能發生之費用與風險負擔，承攬人合理地必將此列入管理費用或其相關項目清單內容。另一方面，系爭防颱整備工作（包含便橋欄杆拆除、安全圍籬放倒及機具撤離等），亦屬承攬人為減少其自身財損、利己之必要行為，因此應無「漏項」可言。

（五）「漏項」須在契約約定的範圍內

承上，「漏項」既在（原）契約約定範圍內，因此

1. 「漏項」之施作並非契約內容（工項）的變更或追加。對此，最高法院108年度台上字第1459號民事判決中表示：「…編號6工項：明亞公司應知此工項乃系爭契約單價分析表漏未編列項目及單價（即漏項），非工項之變更或追加，其請求展延工期90天，不能准許。…」
2. 同理，雖不在原先契約約定範圍內，但嗣後經當事人合意變更設計者，既在嗣後約定的工項的範圍內，亦非「漏項」。最高法院101年度台上字第1183號民事判決即表示：「皇昌公司主張系

爭工程改採島式開挖支撐工法，漏列施工構台費用三千四百四十六萬五千四百十元云云，惟查本件污水處理廠提升二級處理工程之地下室部分，原採取全斷面支撐工法，因島式開挖支撐工法所支撐面積較原設計少，經中興工程顧問股份有限公司（下稱中興顧問公司）檢核及衛工處同意後，改採島式施工構台方式進行地下室工程之建造…從而皇昌公司既未於變更工法時追列施工構台費用，復於計價方案書承諾不新增計價項目及單價，衡情亦認為系爭施工構台費用部分並非所謂「工程漏項」。且行政院公共工程委員會鑑定結果亦認為，替代工法和費用既經兩造達成協議，即依協議執行，無工程費用增減之問題，皇昌公司此部分請求，即屬無據」。類似地，最高法院於103年度台上字第1339號民事判決表示：「又系爭工程關於停機坪部分，如於系爭契約成立時，設計圖原有此項目，嗣經取消，因軍備局營產中心要求復予回復，則繼信公司按原設計圖施作此項工程，本屬其依約應為之給付範圍，似非得於原約定總價之外，另行請求此部分工程之價金。究竟情形如何，原審未遑詳查，並有可議」。上述見解，可資贊同。因為類此情形，系爭工項既經承攬人與定作人同意之「變更設計」，變更設計後之工法，與原設計之漏項，不應混為一談，故無所謂原設計藍晒圖說之漏項可言。該變更設計之施作計價，自應以嗣後的變更設計內容為依據，而非以原設計之漏項或增減項論之。

(六) 本文見解

1. 何謂「漏項」

承上，就營造建築工程承攬實務，投標程序參與人及契約當事人對於承攬標的施作及解釋，均係以工程圖說（特別是藍晒圖說）、工程數量清單（如單價分析表、詳細價目表及項目材料清單等）作為依據。工程數量清單（如單價分析表、詳細價目表及項目材料清單等），係定作人或其受任人以藍晒圖說為基礎，所作的項目、數量與價格編列之各項表單；其作用除了是作為投標人須填具其內容的投標文件之外，也是作為定作人對於承攬成本（底價）計算依據，並將確定得標之單價分析表、詳細價目表及項目材料清單等，作為契約附件的內容。此外，承攬人之該等各項表單所列數量及價格內容，亦可作為數量或價格異常比對之依據。但是若解釋此等文件的結果，發現其內容並不一致，一般皆係以藍晒圖說為最主要、亦是最終之契約解釋以及施作義務的依據。蓋該藍晒圖說，終究係該工程承攬施作及計價之基礎與依據；該次營建承攬工程之所有的工項、材料種類與數量、工法、施工規範及施作期間等，均係源自該次承攬之藍晒圖說。因此，一方面，對於藍晒圖說的解釋的結果，即為當事人間營建工程承攬契約之內容。另一方面，若包含在藍晒圖說的範圍內，但並未標示在工程數量清單（如項目材料清

單、詳細價目表或單價分析表等文件）者，即應認為「漏項」，並據此作為判斷承攬人得否另行請求報酬的基礎。此一看法，與營造建築工程實務（前述貳一3），亦與相關判決（貳一2,5）的理解相符。

2. 「漏項」vs「增項」

本件判決對於漏項的定義與上述見解不盡相同。但應注意的是，第一，本判決對此之定義係同時兼顧到報酬（是否應核實支付）的問題（「遺漏（漏項）」而應核實支付之工程項目）。其次，本件判決認為：「應以其「遺漏」係一般廠商就所有招標資料，按通常情況所為解讀，均不認為係屬工程施作範圍者，始足當之」。此一說法，易啟誤導。因為既然依據就所有招標資料（特別是圖說／藍晒圖），都認不在該次工程施作範圍之內者，即不在契約的範圍內。既然是契約範圍外的問題，這就和契約範圍內有無缺漏者無涉。又承攬人對於該工項之施作與報酬問題，既已在原契約約定範圍之外，稱為「增項」——因為就此所涉及的對價問題，也是承攬人得否在原定報酬之外、請求「另外」、「增加」的報酬——或許更為恰當。

二、報酬

目前營造建築承攬契約之報酬計價，通常為實作實算與總價承攬二種方式。針對「漏項」部分⁶，由於在投標文件之圖說／藍晒圖

註6：當然，若系爭工項屬於在工程數量清單的工項之內、根本不構成漏項時（如前述貳一4之例），承攬人自不得另行請求報酬，自不待言。

說已經標示，因此在實作實算的計價方式下，應無爭執。但在總價承攬的計價方式下，是否應在約定總價之外另行給付報酬？不無疑問。對此，最高法院見解不一。

（一）否定說

有認不得另行請求報酬者。例如

1.最高法院101年度台上字第962號民事判決認為：「且於工程實務中，總價承攬之概念，係業主以一定之價金請承包商施作完成契約約定之工項，關於其中漏項或數量不足之部分，承包商於投標時，即可審閱施工圖、價目表、清單等，決定是否增列項目，或將缺漏項目之成本由其他項目分攤。…倘總分（含投標價金之分數）較高之廠商得標，嗣後卻以依契約所應承擔之漏項或數量不足之風險轉嫁給業主，進而要求提高工程款，此不啻為先低價搶標後，再巧立名目增加工程款，自與最有利標決標之目的及總價承攬契約之精神有悖」⁷。

2.之後的最高法院103年度台上字第1339號民事判決，根據當事人之約定採同樣的結論，認為：「系爭契約第四條第二項約定：契約所附供乙方（即繼信公

司）投標用之工程數量清單，其數量為估計數，不得視為乙方完成履約所須供應或施作之實際數量，採契約價金總額結算給付者，未列入前款清單之項目或數量，其已於契約載明應由乙方施作或供應或為乙方完成履約所必須者，仍應由乙方負責供應或施作，不得據以請求加價等語…。依此約定，系爭工程詳細價目表僅為供投標用之工程數量清單，不得作為履約之依據。系爭契約為總價承攬，依第一條約定，工程圖說為契約之一部…，繼信公司應按圖施作，於工程詳細價目表漏列或短列之項目、數量，不得請求加價。則其得否另依系爭契約第三條第二項約定，請求變更契約增加價金，殊非無疑。」

（二）肯定說

有肯定承攬人就此得另行請求報酬者。例如

1.在104年度台上字第1513號民事判決中，最高法院採取了相反的見解，認為不論是否為總價承攬，定作人原則上仍應另行給付報酬。最高法院表示：若招標「圖說已有繪製而標單詳細價目表漏列，使廠商無法合理估算施工所需之費

註7：最高法院101年度台上字第962號民事判決：「按所謂總價承包之承攬契約，係由承包商計算出相關之成本與利潤，向業主報價或投標，經業主認可或決標後成立之承攬契約。且於工程實務中，總價承攬之概念，係業主以一定之價金請承包商施作完成契約約定之工項，關於其中漏項或數量不足之部分，承包商於投標時，即可審閱施工圖、價目表、清單等，決定是否增列項目，或將缺漏項目之成本由其他項目分攤。尤其決標方式採取最有利標評選，且價金納入計分項目，而其他未得標廠商之價格略高於得標廠商，因其評選分數較低而未能得標，倘總分（含投標價金之分數）較高之廠商得標，嗣後卻以依契約所應承擔之漏項或數量不足之風險轉嫁給業主，進而要求提高工程款，此不啻為先低價搶標後，再巧立名目增加工程款，自與最有利標決標之目的及總價承攬契約之精神有悖。」。

用時」，「本於誠實信用原則，並參酌民法第四百九十一條第一項規定，該漏列之工作項目仍應認為允與報酬，而由機關負給付報酬之義務，以符政府採購法第六條第一項所揭櫫之公平合理原則，初不因該工程係採總價決標（總價承攬）而有異」。

2.類似地，最高法院於108年度台上字第1459號民事判決，維持了原審底下的見解：「明亞公司已完成附表三所示序號1至13、16至20、22工項（漏項、新增工項），得依系爭契約一般條款約定，請求公路局第一區養工處給付工程款502萬3,108元本息」。

（三）本文見解

承攬人對於「漏項」部分得否另行請求報酬，原則上固然應以當事人約定為準。在此，一方面應考慮到當事人約定總價承攬的本旨，但另一方面也應考慮到誠信原則、當事人間權利義務的公平合理。特別是台灣司法實務上亦承認得依據民法第247-1條審查工程契約是否顯失公平⁸，最高法院於101年度台上字第1616號民事裁定並據此維持原審底下的見解：「倘承攬契約中關於給付報酬之約定，顯使承攬人無法於工程完成後合理時日內取得應有報酬，造成資金調度上重大負擔，又使定作人得以片面操作契約外之因素

阻擾承攬人報酬請求權之行使，不啻減輕定作人之責任或限制承攬人之權利行使及對承攬人有重大不利益，此項約定自難謂無顯失公平，應屬無效。…原審並以以前開合約條款付款辦法之約定，將給付報酬期限自工作物完成時，延至使用執照取得（含他人承包之水電、綠化及公共工程等項全部完成始得領照）後迄購屋客戶交屋完成時，已限制被上訴人於完成工作後請求對價給付之權利，顯失公平」。德國法上通說⁹亦認為德國民法上有關一般契約條款的控制的規定，在企業經營者之間所締結的契約，亦有適用。另德國聯邦最高法院於2017年7月20日的判決¹⁰中更表示：「定作人單方所提出的、如下的

“固定價格營建契約”的一般契約條款：“作為承攬人要約基準的報價原則是**固定價格的，於全部的契約期間都是有拘束力的**”，這是過度地不利於承攬人之利益、因而是無效的」。（Die in Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Auftraggebers eines Einheitspreis-Bauvertrags enthaltene Klausel, Die dem Angebot des Auftragnehmers zugrunde liegenden Preise sind grundsätzlich Festpreise und bleiben für die gesamte Vertragsdauer verbindlich. “benachteiligt den Auftragnehmer unangemessen und ist daher unwirksam.）。相較於最高法院於101年度台上字第1616號民

註8：較近的判決，例如最高法院於109年度台上字第1022號民事判決對於原審底下的見解並未加以指責（「原審認本件契約係附合契約，固不能排除有顯失公平之特別約款可能」）。類似判決尚有最高法院107年度台上字第1653號、106年度台上字第1166號民事判決。

註9：Staudinger/Wendland (2019) BGB § 307 Rn 5a; Armbrüster, AGB-Kontrolle im unternehmerischen Geschäftsverkehr, NZA Beilage 2019, 44.

註10：BGH, Urteil vom 20.7.2017-VII ZR 259/16, NJW 2017, 2762.

事裁定（認定：限制承攬人完成工作後請求對價給付之權利，可能會顯失公平而無效）、前述德國法上的見解，吾人可認為：在一般情形，承攬人就「漏項」原則上雖不得另行請求報酬；但為避免相當於第247-1條所定顯失公平的情形，根據誠信原則與契約之公平合理原則（政府採購法第6條第1項參照），解釋（含補充性解釋）當事人間的契約，可例外地認為承攬人就此得另外請求報酬。

三、結論

營造建築工程承攬實務一般皆以藍晒圖說為最主要、亦是最終之契約解釋以及工作義務的依據。已經呈現於投標文件的藍晒圖說、但未標示在項目材料清單、詳細價目表或單價分析表等文件之工項，應認此為「漏項」。此一看法，與營造建築工程實務（前述貳一3），亦與相關判決（貳一2,5）的理解相符。本件判決對於漏項的定義（「應以其「遺漏」係一般廠商就所有招標資料，按通常情況所為解讀，均不認為係屬工程施作

範圍者，始足當之」），易啟誤導。因為既然不在該次工程施作範圍內者，即非作為雙方權利義務根據的承攬契約有無缺漏的問題，承攬契約自無所謂欠缺、遺漏之情形可言。何況，在此情形，承攬人對於該事項之施作與報酬問題，已在原契約約定範圍之外，稱為「增項」，或許更為恰當。

對於「漏項」，承攬人得否另行請求報酬？原則上固應以當事人約定為準。在此，一方面應考慮到當事人約定總價承攬的本旨，但另一方面也應考慮到誠信原則、當事人間的公平合理。吾人可認為：在一般情形，承攬人就「漏項」原則上雖不得另行請求報酬；但為避免相當於第247-1條所定顯失公平的情形，參酌最高法院於101年度台上字第1616號民事裁定、前述德國法上的見解，吾人可認為：根據誠信原則與以及契約的公平合理原則（政府採購法第6條第1項參照），應解釋（含補充性解釋）當事人間的契約，認為承攬人就個案情形，得另外對此請求報酬。