

第三章：建築師之契約責任

本章主要討論一般設計監造契約之明文及不明文義務，及建築師應負之責任，並參考實例說明建築師不完全給付之態樣。

第一節：建築師契約之義務群

「義務」在法律性質分類上可分為主給付義務與附隨義務；明文與不明文義務；法定與約定義務等，建築師法第 17 及 18 條規定建築師基本的设计監造義務內容，而一般設計監造契約則更有清楚之約定，惟其範圍並不脫建築師法第 16 條所定之範圍，茲分述如下：

第一項：設計之給付義務

建築師承攬設計工作，其設計義務除應完成定作人委託之工作外，其完成之工作尚須依民法第 492 條規定，應使其具備約定之品質及無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。此處所謂「品質」，除契約另有約定外，至少應具備建築師法第 17 條規定：「建築師受委託設計之圖樣、說明書及其他書件，應合於建築法及基於建築法所發布之建築技術規則、建築管理規則及其他有關法令之規定；其設計內容，應能使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工。」闡明建築師之設計圖說內容除應具備「合法」之品質外，最重要的是能「使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工」。其施工說明書亦須具備建築技術規則建築構造編第 8 條規定：「建築物構造施工，須以施工說明書詳細說明施工品質之需要，除設計圖及詳細圖能以表明者外，所有為達成設計規定之施工品質要求，均應詳細載明施工說明書中」之品質。

建築師完成之建築圖說經常多達數百頁，用以說明建築物之每一細部，不僅詳細而且繁雜，前後圖說之間或圖說與預算書之間難免疏失不能一致，故建築師在圖說完成交付之後一直到工程完成之前，定作人發現有瑕疵，即表示建築師所完成之工作不具備約定之品質，定作人得依民法第 493 條規定，定相當期限請求建築師訂正修補。若前述之錯誤是在施工後才發現，建築師除仍負有修改圖說之義務外，定作人受有修改工程之損害部份，定作人得依民法第 495 條第 1 項規定，除請求減少報酬外，尚得請求損害賠償。

對於建築師圖說之瑕疵，定作人則負有及時發現並請求修正之義務，依民法第 498、514 條規定，其瑕疵自工作交付後經一年始發現者，定作人即不得主張請求修補、減少報酬、損害賠償或主張解除契約。但本文認為，民法第 498 條規定適用在建築師之設計承攬契約似乎對定作人之保護不盡完善，因為通常建築工程的施工期間少有短於一年時間，大多數工程的施工時間都會超過一年，尤其是大型、複雜或超高層建築工程，自建築師交付設計圖說至施工完成，期間可能長達四五年，甚至十年也不少見⁸⁵。然而建築設計圖說不但數量多而且複雜，定作人要在建築師交付並審查圖說後一年期間發現所有設計圖上的瑕疵，事實上並不容易，而有關於承攬工作瑕疵發現期間延長為五年的規定僅限於建築物或土地工作物或建築物之重大修繕為限（民法第 499 條），並不適用於設計承攬契約。而且，民法第 498、514 條在法律性質上屬於「消滅時效」規定，依民法第 147 條規定，不得以法律行為加長或減短，也不得預先拋棄時效利益，最高法院 96 年度第 8 次民事庭會議亦決議「承攬工作物因可歸責於承攬人之事由，致工作物發生瑕疵，定作人之損害賠償請求權，其行使期間，民法債編各論基於承攬之性質及法律安定性，於第五百十四條第一項既已定有短期時效，自應優先適用。」對於非建築專業知定作人而言，其權益之保護略顯不足。

參考台灣高等法院高雄分院 88 年重上字第 61 號判決，本件主要爭點在於建築師所交付之施工圖說究竟能否使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工？被上訴人（定作人）主張「因其擬參加投標之廠商均反應設計圖說欠缺不詳，無法估價，被上訴人亦無從訂定底價。因之，乃請求上訴人補齊，但上訴人卻置之不理，被上訴人不得已遂另外花費委託他人針對上訴人設計圖詳列其項目後再公開招標云云。」上訴人（建築師）為證明其提供之圖說足以使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工，提出「由參加投標之營造商太府營造、高誠營造均能提出之詳細估價單可資證明，甚至包括得標之樺園營造公司亦於正確估價後提出其估價單參加競標，並以二億六千萬元得標」之證據方法答辯。法院參酌書證並參考鑑定人意見認為「本件系爭設計圖並無重大瑕疵，且無不能估價及施工之情形，縱有瑕疵亦屬無關整體工程估價及施工之小瑕疵，上訴人以上開理由主張解除本件承攬契約，顯屬依法無據。」從此案件可以看出，承

⁸⁵ 大型複雜的工程如台大綜合醫院，超高層如台北 101 大樓，自設計至施工完成時間皆超過十年。

攬契約以完成工作為目的，承攬人之工作縱有瑕疵但定作人之目的已達時，定作人僅能就瑕疵部分請求修補，主張解除契約則非法所許可。若建築師交付之圖說具有客觀上之重大瑕疵且不能修補，定作人方得依民法第495條第一項規定主張解除契約。定作人關於承攬人工作瑕疵之情形，依民法承攬一節規定，有請求修補、減少報酬及損害賠償三種請求權，惟定作人主張解除契約並非請求權，而係「形成權」，即無待承攬人之同意，定作人主張時即時解除契約。

建築師應完成之工作及該工作應具備之品質，已如前述，縱使承攬契約約定該完成之設計圖說須經定作人審查合格，並不表示，建築師即不必對已審查合格的設計圖說之品質瑕疵負責，或主張定作人與有過失。參考高等法院台中分院89年上字第184號判決：「被上訴人將系爭工程之預算書及設計圖函轉住都局核准，尚難據此即認被上訴人對系爭工程之預算書及設計圖有核准權，況系爭工程之設計圖共一大本，頁數多達數百頁，工程預算書部分，以系爭工程第一期而言，即有四本，每本頁數頗多，每頁所載之工程項目繁多（見本院向內政部營建署調閱外放之設計圖、預算書），非專業人員無從瞭解其內容，更遑論核對其中預算書與設計圖有何差異？自難苛責被上訴人有何過失。」

第二項：監造之給付義務

定作人依據設計建築師的圖說與營造業訂立工程承攬契約，但通常定作人不具建築專業能力，無法確保營造業者誠信履約，故委託監造建築師代為處理監督營造業履約之事務，故監造建築師的主給付義務依建築師法第18條規定約可分為三部份，第一是監督營造業「按圖施工」，因為受委託處理此一事務，監造建築師原負有親自處理之義務，但習慣上經定作人同意，監造建築師得另派相當業能力之駐地監工代為履行，但定作人對該駐地監工關於委任事務之履行有直接請求權。工程進行期間常有突發事故必須當機立斷，監造建築師有本於建築專業，推定其決定符合定作人利益而為裁量之義務。第二部份是查核工程材料規格及品質，營造業者對於其所提供之工程材料及施工，依工程承攬契約本負有使其具備約定之品質，及無減少或減失價值，或不適於通常或約定使用瑕疵之義務，即工程品質之「保證」義務（quality insurance），而監造建築師的工作則是對於材

料規格及施工品質的「確認」義務（quality assurance），二者並不相同。參考台灣高等法院 91 年上字第 131 號判決亦同此見解：「建築師擔任監造人時，固負有監督工程施工之責任，但其工程施工監督之內容，除契約約定之監造事項外，應在監督營造業是否按照設計圖說內容、施工計畫與建築法令施工；施工所使用之建築材料應查核其規格及品質是否符合規定；且其監督方法，以施工前查驗及在各施工進度完成後勘驗為主，至於施工技術上如何執行，並避免技術執行層面疏失導致安全危害，則顯非監造人施工監督之範圍，應由承造人及營造業技師負其施作及監督防免責任（最高法院八十七年台上字第一三六號判決亦認為：監造人係負檢驗義務；施工技術過程非監造人監造範圍，可資參考）」。

第三部份是其他約定監造事項，通常包括審核營造業提送之整體施工計畫書、勞安品管計畫書、交通維持計畫書、估驗計價書及各部份單項工程之施工計畫書，監造建築師並負有監督營造業按其核准之計畫書施工之義務。值得注意的是，關於勞工安全及交通維持等事項，建築師是否有監督之義務？是業界常見之爭執。依內政部 82 年 7 月 20 日台（82）內營字第 8272574 號核定公布之「省（市）建築師公會建築師業務章則」第 6 條第 2 項規定：「前項現場監造事項不包括營造業及其他設備廠商採行之施工方法、工程技術、工作程序及施工安全」，故原則上建築師對勞工安全及交通維持等事項不負監督責任，惟於契約中以約定為其他約定監造事項者，當從其約定。

監造建築師除上列的監督、查核及審查義務之外，最重要的是依民法第 540 條規定將上述工作進行或決定的情形，定期或不定期向定作人提出報告，報告的形式法律並無規定，依通常契約約定包括每日填寫監工日報表、每月匯整前一月之施工進度及品質查核情形報告，工程完成時提出完整之工程結算報告。

監造建築師受定作人之委託處理監造事務並受有報酬，依民法第 535 條規定負有善良管理人之注意義務，監造建築師因疏於注意造成定作人之損害，依民法第 544 條規定應負損害賠償責任。參考台灣高等法院 94 年建上字第 91 號判決：「上訴人（建築師）指派之監工鄧知仁未每日到場監工，致施工之初未能及時發現予以糾正，迨發現施工錯誤時，配管工程已完成

大半，造成抽管回復困難，巨享公司拒絕改正，致國建公司不願繼續施工而終止與被上訴人簽訂之營建合約，上訴人就系爭工程之錯誤，既未事前防範於先，事後復未善盡監造之責而及時糾正，自難辭疏失之責。」

第三項：附隨義務

「附隨義務」，指為履行給付義務或保護當事人人身或財產上利益，於契約發展過程中基於誠信原則而生之義務，債務人因可歸責之事由，違反附隨義務，致債權人受損害時，成立不完全給付，應依債務不履行規定負損害賠償責任⁸⁶。設計建築師除了應完成設計工作外，對於其完成之工作內容，在工作進行前、進行中及完成工作交付時，對於通常不具建築專業之定作人，應有充分闡明、解說、告知、分析利弊之附隨義務，此為大多數專門技術人員皆應負有之契約義務。實務上亦持相同見解，板橋地方法院93年簡上字第124號判決認為：「專業人員共通之契約義務則有：闡明義務：即專業人員欲實現委託目的時，就關於其專業性、經濟性評價與建議具有重要性事實要件之釐清。專業審查義務：首要者為專業人員對其專業之認識。一般而言，專業人員被要求對與委託任務相關規定之認識與注意應達到詳盡之程度。雖專業人員不可能僅憑記憶完全認識所有法規、專業知識，但其於處理受委託事件時，應儘快就相關規定予以全盤掌握。建議與告諭義務：若非委託人已明白表示其僅需要於一定方向獲得建議，否則，專業人員應負有為一般全面性並盡可能詳盡之告諭，應建議適合達到委託人目的之步驟方法，並勸諭委託人為弊害之防免。特別對於非專業人，應就其陳述效果予以諭知，並防免其錯誤，並應就其所企欲行為之經濟性危險予以告諭。採取較安全途徑義務：專業人員應防免委託人之可預見危害。若有數措置可得採行時，應採取最安全與最無危險性之途徑。若有數方法可達到委託人之目的時，應選擇最安全者。」於上開判決，法院認為「系爭房屋因有部分違建位於防火巷上，無從通過辦理變更使用暨室內裝修竣工程查驗甚明，而丙○○即永福建築事務所對此節本應於事前即與注意，並了解系爭房屋有無違反前開規定且將之告知甲○○，否則即屬違反契約約定，而有過失，詎其竟未發現上情，使甲○○認知系爭房屋僅需局部小幅修改不涉及拆除違建即可通過立案申請，則丙○○即永福建築事務所雖

⁸⁶ 王澤鑑，民法學說與判例研究第八冊，台大法學叢書（九六），三民書局，2003年九月出版，頁131。

將系爭房屋變更使用案件送至台北縣消防局、台北縣政府掛件，然其此部份之履行債務，其最終既仍無法達到系爭房屋在未拆除違建僅需作內部局部修改情況下即可通過立案申請之目的，仍應認非屬依債之本旨而為履行。」由以上見解可知，建築師以其專業技術受委託，除契約明文之給付義務外，尚包含不明文之闡明、注意、告知、保護等附隨義務。

以上所述各項受委託設計監造建築師之義務，皆屬作為義務，但建築師契約另有一明文或不明文之不作為義務——「保密義務」，與委託人利益息息相關。在建築師為委託人提供設計監造的技術服務過程中，因業務需求可能因此取得或知悉委託人之秘密，例如建築師為某建設公司規劃設計某一大樓工程，在其設計過程中，經常知悉關於該工程之其他資訊，諸如市場調查、行銷策略、客戶資料、產品定位、土地交易狀況、財務狀況等重要資訊，這些資訊或資料或多或少與設計有關，故常為建築師所知悉或持有，若建築師因故意或過失洩漏上開秘密，將對該建設公司造成莫大損害。其他諸如銀行的金庫、科技廠房的實驗室、機關的庫房檔案室、監獄、軍事設施等建築及設備的設計皆是。建築師因業務知悉或取得委託人之秘密，無論契約有否明文，皆負有保密之附隨義務。

第二節：設計監造之契約責任

第一項：設計契約之不完全給付

不完全給付的法律概念適用在建築師的設計給付義務上，可概分為外觀上和實質內容上的不完全給付兩種類型。建築師的設計給付義務在通常契約的外觀上，除「設計圖」外，尚包括「工程預算書」和「施工說明書」，上述三種圖說文件之一有欠缺，即屬不完全給付。但實務上常見的不完全給付，很少是外觀上的，大多是圖說的實質內容有錯誤或欠缺而為不完全給付，而所謂錯誤或欠缺的標準，係依據建築師法第 17 條規定：「建築師受委託設計之圖樣、說明書及其他書件，應合於建築法及基於建築法所發布之建築技術規則、建築管理規則及其他有關法令之規定；其設計內容，應能使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工。」可知，建築師給付的圖說內容至少應具備「合法」與「得以正確估價，按照施工」兩項品質。本文擬將上述兩項要件歸納為「建築技術成規」加以討論如下。

建築師的設計違反建築技術成規的類型，依內政部 70 年 11 月 28 日台內營字第 054959 號函釋，所謂建築技術成規包含兩義，一為往昔所存建築技術模制，一為現行法令所為建築技術規定，前者為建築技術習慣上應遵守之常則，後者為主管建築機關審查給照實施建築管理之準則。

第一款：設計內容違反法令

建築師的設計內容應符合建築法令的規範，自不待言，但所謂「建築法令」實際包含甚廣，舉凡建築法、都市計畫法、非都市土地使用管制規則、區域計畫法、消防法等，以及上述所有法律派下之子法、技術規則、施行細則等。以建築技術規則為例，近數十年來已累計數千則解釋函令，其複雜、細緻之程度可見一斑。另外，關於供電、供水、電信、排水、瓦斯、消防設備等設計則須符合各該公用事業單位的規定，所以，設計圖標示的內容偶有違反法令之情形所在多有。在實務操作上，建築師在完成設計圖之後，於開工之前，依建築法第 25 條規定，應先取得建築主管機關核發之建造執照及各公用事業單位之許可，在各類許可的審查過程，大多數違反法令的情形皆可獲得改正。但有時，某些違反法令的細節連審查人員也疏忽而許可准予興建，當建築完成時才發現設計有違反法令情形致不能申請使用執照，而造成起造人受有修改建築所需增加工程費用之損害。

依建築法第 26 條規定：「直轄市、縣（市）（局）主管建築機關依本法規定核發之執照，僅為對申請建築、使用或拆除之許可。建築物起造人、或設計人、或監造人、或承造人，如有侵害他人財產，或肇致危險或傷害他人時，應視其情形，分別依法負其責任。」故縱使設計圖已經建管機關審核通過，建築師仍不能主張無過失⁸⁷。而建築師因違反法令的設計過失，屬於不完全給付的類型，依民法第 227 條第一項規定「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使權利。因不完全給付而生前項之損害者，債權人並得請求賠償。」建築師仍應為自己設計違反法令的過失對起造人負損害賠償責任，起造人並得依民法第 495 條第一項規定請求修補、減少報酬或解除契約。

建築法第 1 條規定：「為實施建築管理，以維護公共安全、公共交通、

⁸⁷ 最高法院 96 年台上字 118 號判決參照。

公共衛生及增進市容觀瞻，特制定本法。」所以無論是建築法或依建築法授權制定之建築技術規則都是屬於保護他人之法律（詳第4章第2節），故建築師的設計違反建築法令，致生損害於他人者，依民法第184條第2項前段規定，對於被害人應負損害賠償責任。

第二款：設計內容違反建築技術模制

除違反法令當然有過失外，建築師設計錯誤的類型，尚包含違反建築技術模制。以台灣板橋地方法院93年訴字第2249號判決為例，被告建築師為系爭大樓之設計人及監造人，於設計監造該大樓9樓及10樓各戶間之排氣管道間就浴廁之排放廢氣，應以管道間或管道間聯結方式，以使廢氣可循此，自大樓屋頂排出戶外，而依當時客觀之情形，亦能注意，且無不能注意之情形，詎於設計及興建大樓時，未將9樓及10樓各戶間之排氣管道連接，嗣該大樓6樓之4住戶宋又萱於92年7月15日夜間至翌日清晨某時，於淋浴時，因住處陽台通風不良，致一氧化碳中毒死亡，而熱水器持續燃燒產生所產生之一氧化碳無法有效自管道間排放至頂樓屋外，遂自9樓之4以下管道間流竄各樓層，致造成多人死亡及輕重傷。板橋地方法院認為「被告之過失行為，已創設一個危險源，即產生危害他人生命、身體、健康之法律不可容許之危險。對此危險之發生，以被告之專業及業務職權，本應預見，且能預見，本院復查無不能預見之情事。……有關大樓區分所有建物各建物室內排氣管之設計與施工一節，為前述往昔建築技術模制，而非主管建築機關審查給照實施建築管理之準則，從而，關於本件所爭之浴室內排氣管道間之設計暨監造，依前述修正前建築法第13條第1項前段規定，作為建築師之被告仍應負監造責任⁸⁸。」本件，建築師除應負業務過失致死的刑事責任外，尚須依建築法第26條第2項規定，對於起造人負有民法第227條第2項不完全給付的損害賠償責任，對於被害人則負有民法第184條第1項前段、第194條規定的侵權行為損害賠償責任。

建築完成設計工作並交付設計圖說，並經過定作人審核通過，但而後發現設計有瑕疵，致定作人受有損害，建築師得否主張定作人與有過失？按民法第217條第1項所謂損害之發生或擴大被害人與有過失，係指被害

⁸⁸ 此處所稱「監造責任」應為「設計責任」之錯誤，因為本件事實是「設計」違反建築技術成規所造成，並非監督營造廠商按圖施工有過失，故應為設計責任而非監造責任。但本件設計人與監造人為同一，故對於結果並無影響。

人之行為與債務人之行為為損害之共同原因者而言，且須被害人於其行為有過失，法院始得減輕賠償金額或免除之（最高法院 48 年臺上字第 1982 號判決參照）。易言之，須被害人之行為予損害之發生或擴大以助力，而與損害之發生與擴大有相當因果關係者，始有過失相抵之適用（最高法院 71 年臺上字第 749 號判決參照）。又受任人對於委任人之財產本負有注意義務，委任人殊不必預防受任人有因故意或過失，侵害其利益之可能，故因受任人之疏失造成委任人之損害，受任人不得藉口委任人不加預防，以圖免責。申言之，委任人信賴受任人之行為，不得視為與有過失（最高法院 60 年臺上字第 2237 號判決參照）。所以，若建築師交付之圖說有瑕疵，則表示在交付圖說時該瑕疵即已存在，定作人的審查行為與損害之發生或擴大並無相當因果關係，建築師不得主張定作人與有過失。實務上亦持相同見解，參考台灣高等法院 91 年重上字第 424 號判決：「本件被上訴人主張其所受之損害，純係因上訴人設計失當所造成，該項設計失當，並非被上訴人有任何之助力，上訴人亦未曾具體舉證證明被上訴人或其使用人有何指示或過失行為造成其設計失當，則上訴人主張過失相抵，容有誤會。況且，上訴人就其受任處理之事務，本應盡善良管理人之注意，被上訴人信賴上訴人有此設計監造之專業能力，乃給付報酬之對價，揆諸前開判決意旨，上訴人自不得以被上訴人未查覺其設計不當為與有過失，是上訴人上開過失相抵之主張，實不足採。」

另外，建築師未採納其他專業技師的意見而為設計，致定作人受有損害，也是相當常見的違反建築技術模制之類型，參考台灣高等法院 95 年建上字第 116 號判決：「上訴人委託青島公司進行鑽探報告，其目的就是透過鑽探及監測後，得出之數據進行專業研判分析以供本案開挖施工、設計之參考，然被上訴人身為建築專業人士，不僅未依地質鑽探報告建議，亦未至工地現場履勘，逕自規劃採用不適合之明挖工法，致施工單位於 89 年 3 月 22 日進行基礎試挖時，發生沙湧、坍方等現象而無法繼續施作…益徵被上訴人就系爭工程開挖工法之規劃設計確有疏失，被上訴人實有違其專業規劃設計之職責，自不殆言。」

建築法第 13 條但書規定：「有關建築物結構及設備等專業工程部分，除五層以下非供公眾使用之建築外，應由承辦建築師交由依法登記開業之專業工程技師負責辦理，建築師並負連帶責任。」依此但書規定，建築師

對於五層以上或供公眾使用之建築物的結構及設備部份，並無設計權，但負有連帶責任。換言之，若因專業技師之設計過失違反建築術成規，致定作人或第三人受有損害，應由專業技師負損害賠償責任，建築師負連帶責任。但法律上所謂連帶責任可分為「真正連帶」和「不真正連帶」兩種，本條所謂「連帶責任」之意涵，依通說見解，應與民法第 272 條定義之連帶債務為同一性質，應為「真正連帶」之債務。

第三款：定作人指示不適當致設計內容違反建築技術成規

在一般情形，一個有相當實務經驗的建築師因設計上的過失，違反建築技術法令或建築技術模制的情形，並不常見，反倒是因定作人之指示，建築師才會作出違反建築技術成規的設計，換言之，建築師違反建築技術成規而為設計的行為，是故意，而非過失。一般而言，定作人並非建築專業，並不熟悉建築或都市計劃相關法令，其所思考者通常僅止於對建築機能的使用性或方便性或財務操作上或房屋銷售上的需求，而指示建築師作出違反建築技術成規的設計，最常見的是違建設計，或俗稱「二次工程」，在法令規範的範圍外，另外設計增加建築面積或樓地板面積或增加建築物高度或層數或變更其使用。參考最高法院 89 台上字第 1109 號判決：「證人即設計中港裕毛屋大樓之建築師林○○證稱：游泳池、警衛室及兒童遊戲間均係第二次施工完成，於送台中市政府之設計圖並無此設計，係使用執照核發後，建築公司為了銷售而設立，違建部分根本不可能合法化，且無法申請使用執照等語」。

設計建築師的工作，依民法第 492 條至 495 條規定，負有瑕疵擔保責任，而違反建築技術成規的設計，當然該當不適於通常或約定使用之瑕疵；惟民法第 496 條規定：「工作之瑕疵，…依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。但承攬人明知其…指示不適當，而不告知定作人者，不在此限。」故設計建築師為免除責任，應將定作人不適當之指示告知定作人。但民法第 496 條所稱之「告知」的真正內涵為何？法無明文，本文以為，設計建築師至少應將定作人不適當指示所違反的法令或建築技術模制，及其可能產生之後果充分闡明，務必使定作人充分了解違反建築技術成規的成本及風險，方符「告知」之意義。然而，從契約義務的角度思考，充分地告知定作人關於建築技術成規的狀況，本來就應該是設

計建築師不明文的契約義務之一。在實務上，法院亦支持此一見解，參考板橋地方法院 93 年簡上字第 124 號判決：「至專業人員共同之契約義務則有：…建議與告諭義務：若非委託人已明白表示僅需要於一定方向獲得建議，否則，專業人員應負有為一般全面性並盡可能詳盡之告諭，應建議適合達到委託人目的之步驟方法，並勸諭委託人為弊害之防免。特別對於非專業人，應就其陳述效果予以諭知，並防免其錯誤，並應就其所企欲行為之經濟性危險予以告諭。」

但民法第 496 條之規定，僅限制定作人在承攬人已告知指示不適當的前提下，不能主張民法第 492 條至 495 條所規定之權利。但若設計建築師仍依此不適當之指示而為設計，致侵害第三人權利或利益，設計建築師固可免除不完全給付之契約責任，但仍應與定作人共同負擔侵權責任。

第四款：書圖預算內容不一致

建築師製作之預算書圖文件不但數量多而且分別由技師或繪圖人員繪製，因此，設計圖內容前後不符、設計圖與預算書內容或數量不符、工作項目漏編、數量計算錯誤…等設計內容不一致之情形，所在多有。上列書圖預算之內容不一致態樣已違反建築師法第 17 條「設計內容，應使營造業及其他設備廠商，得以正確估價，按照施工」之規定，同時亦違反民法第 492 條「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無減少或減失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。」依民法第 493 條第 1 項規定，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。在建築業界常見的爭執，並非建築師拒絕修補、訂正書圖預算之不一致，而是定作人所定期限與修補工作所需時間並非「相當」，致有是否給付遲延之爭議。

書圖預算內容之錯誤在營造進行之前，經過層層審查、申請建築執照、招標時廠商之反應、開工前清圖作業等過程，大多數的錯誤已可發現並修補、變更設計完成，對工程影響不大。惟若錯誤遲未發現，工程承攬廠商已施工完成後始發現者，經常因此造成工程履約爭議。常見因建築師給付之書圖預算內容不一致，造成營造商與定作人履約爭議的態樣係「數量不足」與「漏項」，此二類爭議態樣可能使定作人增加支出，但並非定作人之損害，故定作人亦難依此理由向建築師請求依民法第 227 條之損害賠償。惟，定作人得否依上述之不完全給付，依契約書範本第 13 條第 2 項第 1 款

「廠商所規劃、設計工程圖說及施工預算（含預算詳細表、單價分析、數量計算書）顯然錯誤及疏漏貨數量計算錯誤超過百分之十以上者」之約定請求建築師給付違約金？尚非無疑。

按違約金有屬於賠償總額預定性質者，有屬於懲罰性質者，其效力各自不同。前者以違約金作為債務不履行所生損害之賠償總額。後者以強制債務之履行為目的，確保債權效力所定之強制罰，於債務不履行時，債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務，或不履行之損害賠償（最高法院 97 年度台上字第 779 號判決參照）。懲罰性違約金乃當事人對於債務不履行所約定之一私的制裁，藉資強制債務人履行債務，對債務人極為不利⁸⁹。故民法第 250 第 2 項規定，除當事人另有訂定外，未明定性質之違約金則以法律擬制為賠償總額預定性質之違約金。依此見解，契約書範本第 13 條第 2 項第 1 款之約定應視為賠償總額預定性質之違約金，以因承攬人不完全給付致定作人有損害為前提，依前說明，定作人縱有增加預算，但無損害，依上開法律強制規定，不得請求建築師給付違約金。

第二項：監造契約的不完全給付

第一款：監督營造業及設備廠商未按圖施工

建築師法第 18 條第 1 款規定監造建築師應監督營造業及設備廠商按前項核准圖說施工，其中所謂「監督」所指為何？主觀認定的影響極大，範圍可寬可窄，本文嘗試以其他法律規定綜合整理探討。參考民法第 187 條、第 188 條、第 756 條之 6 的規定，監督人的責任可舉證無過失而減輕，與行為人的責任顯然不同；另外，從公司重整制度觀察，公司法第 289 條規定選任公司重整監督人的條件之一，為對公司業務具有專門學識之人，實務上以會計師充任者居多，而觀察公司法第 290 條之事先許可、第 293 條之監督經營及財產管理處分權移轉重整人，並非逐項文件帳冊查核，而該法第 313 條規定善良管理人注意義務所生之過失，也只針對虛偽陳述或記載事項予以處罰，處罰較輕；會計法第 106 條規定各機關之會計事務由主計機關派任之主辦會計人員監督之，而該會計人員依會計法第 103 條規定僅在違法失職或重大過失時，始負賠償責任，責任亦輕。

⁸⁹ 契約法總論，劉春堂，三民書局，90 年 9 月初版，頁 216。

監造建築師監督工程的密度事實上不如營造業專業技師或工地主任之密度，所以，制度上施工者負工程承攬的直接責任，營造業法第 32 及 35 條規定工地主任和專業工程人員分層負責工程之施工責任；技師法第 19 條規定，技師不得違背其業務上應盡之義務；建築物結構與設備專業工程技師簽證規則第 10 條規定，在施工必須勘驗的部分，應由各該專業技師負責查核並簽章，經申報後繼續施工。以此觀之，監造人監督工程之責任，應非直接施工之瑕疵責任，而是監督行為人之間接責任，不能課以與行為人相同之責任。從理想狀況來看，如果營造商自我要求很高，可以依建築法第 15 條規定負完全的施工責任，則監造人制度並非必要，由早期建築法並無監造人規定，晚期修法才加入即可知。

其次，所謂「按圖施工」者，即按設計圖說標示之尺寸、形狀、位置、材料及施工說明書施工，惟設計圖說難免有瑕疵，已如前述。監造建築師本於其建築專業上之判斷，發現設計圖說有瑕疵時，是否仍應善盡監督營造業或設備廠商按圖施工之義務？即非無疑。本文認為，監造建築師係以其具備建築專業能力受委任人信賴而為其委任契約成立之特別要件，並受有相當報酬為提供勞務之對價，依民法第 535 條規定，於處理委任事務時負有善良管理人之注意義務，依民法第 540 條規定，有報告義務，同時又有闡明、告知、保護等附隨義務。由此可見監造建築師在此情形有「義務衝突」，所謂「義務衝突」，係指多數義務同時發生時，應判斷何者為較重義務，而後履行者而言⁹⁰。本文認為，雖然監督按圖施工為委任監造之主給付義務，但善盡該義務卻有可能造成委任人之損害時，應優先基於保護委任人利益的立場，告知委任人並闡明專業意見，非有急迫之情事，不得變更委任人之指示。

另，建築法第 13 條所稱的「監造人」是否等於刑法第 193 條之「監工人」的問題，法院見解歧異，有認為監造人並非監工人者⁹¹，也有認為監造人該當於監工人者⁹²，或認為監造人雖應為監工人，「但非須時時至現場監督施工情形，對現場之接觸程度較其他監工人員為淺，其等過失程度較輕」

⁹⁰ 參考台灣高等法院台中分院 91 年上國字第 6 號判決。

⁹¹ 參考台灣高等法院 78 年上易字第 1978 號判決，台中分院 93 年上訴字第 141 號判決。

⁹² 參考台灣高等法院台中分院 91 年上訴字第 1922 號、93 年上訴字第 420 號判決。

⁹³，本文認為，監造人負工程之間接責任，監工人則負工程之直接責任，已如前述，而新定之營造業法既已規定專任工程人應負責督導按圖施工之責任，監造人之責任不應等同監工人。惟觀察最高法院相關判決，監造人即刑法第 193 條規範之監工人，已成一致見解。而 89 年 4 月 14 日立法院二讀審查條文中，刑法第 193 條修正條文也已加入「監造人」。

第二款：建築材料規格不符或品質不良

查核建築材料規格及品質是建築師另一重要之監造義務，但依其文義解釋，頗有許多爭議有待闡明。所謂「查核」者，究是對材料規格及品質直接予以「檢驗」之義務？亦或，對其檢驗結果之報告書類內容「判定」有否符合工程契約之義務？實務上迭有爭議。本文認為，工程承攬人對工程之品質負瑕疵擔保責任，監造人則以善良管理人之注意應符合於工程契約之義務，換言之，工程承攬人負品質「保證」責任，建造人則負品質「確認」責任。再依工程會規定之「三級品管制度」觀之，工程承攬人對於其提供之建築材料規格及品質應先經工地主任自主檢查並製作自主檢查表，自主檢查之檢驗停留點、檢驗頻率及方法，尚須工程承攬人之主任技師檢查確認簽章，為第一級品管；監造人對於工程承攬人提送之各式材料之試驗報告及自主檢查表應於確認檢驗範圍及實質內容符合工程契約規定後簽章確認，為第二級品管；定作人依工程承攬人及監造人分別簽章之各式材料之試驗報告及自主檢查表再確認後備查，為第三級品管。依此可知，監造人之「查核」義務係對建築材料規格及品質「確認」之間接行為，而非「檢驗」之直接行為，參考台灣高等法院 91 年建上字第 131 號判決，亦持同一見解：「建築師擔任監造人時，固負有監督工程施工之責任，但其工程施工監督之內容，除契約約定之監造事項外，應在監督營造業是否按照設計圖說內容、施工計畫與建築法令施工；施工所使用之建築材料應查核其規格及品質是否符合規定；且其監督方法，以施工前查驗及在各施工進度完成後勘驗為主，至於施工技術上如何執行，並避免技術執行層面疏失導致安全危害，則顯非監造人施工監督之範圍，應由承造人及營造業技師負其施作及監督防免責任」

⁹³ 台灣高等法院台中分院 93 年重上更（一）字第 100 號。

另參考 73 年 11 月 28 日修正之現行建築師法，其修正草案總說明第五點明確釐清建築師之責任，謂「建築師僅對建築材料之規格及品質負查核之責，其數量及強度之檢驗、施工方法之指導及施工安全之檢查均屬營造業專任工程人員之責任，爰予明確劃分，以利建築師之監督」益見建築師之查核責任在於間接的確認責任。最高法院 89 年台上第 2097 號判決（第八庭）卻以：「原審未查明甲○○是否違反同法條第一款及第二款之規定，逕認甲○○對於系爭工程鋼筋之配置及混凝土抗壓強度不負查核之責，難認其違背上訴人委託之義務，不負侵權行為及債務不履行損害賠償責任，亦欠允洽。」為理由推翻高院以上開說明第五點認定之見解。由此可見，上開修法說明尚未於最高法院形成一致見解。

第三款：逾越權限之行為

處理委任事務之授權，依民法第 532 條規定，可分為委任人得指定一項或數項事務的特別委任，或就一切事務的概括委任。就台中市政府工程委託規劃設計監造契約書（範本）第 14 條關於監造之約定以及建築師法第 18 條規定觀之，通常委任監造之範圍應為就監造事務之概括委任。建築師受委託處理監造事務並受有報酬，依民法第 535 條規定，應以善良管理人之注意為之，換言之，建築師負有基於專業之注意以及及時、適當處理監造事務之義務，逾越權限的監造行為自屬不當，若因此造成委任人之損害，應負賠償之責（第 544 條）。

監造建築師處理監造事務時，逾越權限的態樣通常發生在，建築師在工地所為的決定或指示，在事後為委任人否定，但承攬人已經依建築師指示施作，因而產生應否拆除重做之爭議。蓋一般委任人並非建築專業，關於監造事務通常係委任監造建築師為一切監造事務之概括委任，建築師得在所授權限範圍內，自行裁量決定處理一定事務之方法，以完成委任之目的，但有時建築上的決定經常涉及主觀的個人喜好，而非客觀的建築技術，例如座向方位或顏色的選定等，建築師的裁量與俟後委任人的意思相左，而有爭議。是種情況經常發生，但是否該當於「逾越權限」的行為？不無疑問。蓋民法委任一節所規定者，係以保護委任人「財產利益」為主，非財產性質的利益似非本節所規範。但本文認為，依通常契約，監造建築師受委任的事務係「監督營造業及設備廠商按圖施工」，若非施工圖已明確標

示顏色，否則顏色選定即非委任範圍，換言之，監造建築師選定顏色的行為即該當「逾越權限」的行為，若有損害，應負賠償責任。再者，縱認顏色選定係屬概括委任的範圍，但受任人負有報告之義務，監造建築師應將在工地的裁量決定向委任人報告，若因報告義務之違反致委任人受有損害，亦應負賠償責任。