

第二章、監督付款制度源起與介紹

第一節、公共工程之採購與履約管理

一般民間工程之採購¹，定作人與承攬人皆有憲法保障之契約自由²，可自由選擇締約對象、締約程序與契約內容。契約締結後，當事人間關於履約所應適用之法律，除當事人間合意之契約外，主要是以民法之規定做為補充。

公共工程之採購，其採購標的雖與民間工程之採購相似，然因定作人為政府機關，使得該採購具有下列特色而與一般民間工程之採購不同：

- 1.採購金額範圍分布寬廣，其中，鉅額採購為一般民間工程所罕見。
- 2.採購目的係為行政事務之遂行³或公共任務之達成⁴，具有濃厚之公益色彩。
- 3.不論採購之行政機關或執行採購之公務人員，均須依法行政。
- 4.為增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，採購程序須公開⁵。

因此，其採購需依公平、公開之採購程序，俾能提升採購效率與

¹ 實務上亦稱做為發包。

² 契約自由為憲法二十二條所保障之非明文列舉的憲法權利，詳參大法官釋字第五七六、五八〇號解釋。

³ 例如：營造機關廳舍之行政輔助行為常以工程採購方式取得。

⁴ 例如：營造國民住宅以提供國民居住需要之行政私法行為，常以工程採購方式取得。

⁵ 詳參政府資訊公開法第一條：「為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，特制定本法。」

功能，確保採購品質。是故政府採購之締約自由受到相當之限制，不論締約對象、締約程序或契約內容之選擇，均不得聽任採購機關自由為之，而須受到行政法之限制。

過去，採購機關係以「機關營繕工程暨購置定製變賣財物稽察條例」(已於民國八十八年六月二日廢止)及其他中央、省市政府各種不同之行政命令做為採購之規範。然而，有鑑於其規範密度不足以滿足政府採購之需要，使得採購機關及其人員、參與採購之投標廠商常無所適從⁶；且為建立統一之政府採購制度以興利防弊，因而有政府採購法之立法，並於民國八十七年五月二十七日由總統公布施行。

政府採購法共分八章，包括：第一章 總則、第二章 招標、第三章 決標、第四章 履約管理、第五章 驗收、第六章 爭議處理、第七章 罰則、第八章 附則。其中，第一、二、三、六、七、八章主要係規範採購機關於招標、審標、決標階段應行之行政行為，不涉及公共工程契約之履行，適用上較無爭議；而第四、五章有關履約管理及驗收之規定、及其他各章中部分同時規範採購機關與投標、履約廠商之規定，涉及公共工程契約之履行，可否無須明訂於公共工程契約中、直接對投標廠商發生效力，則有爭議。這裏涉及政府採購法可否做為招標機關與投標廠商間所簽訂的採購契約之法源，即政府採購法之法

⁶ 參閱黃鈺華主編，〈政府採購法解讀—逐條釋義〉，台北，元照出版公司，2003年7月二版，前言。

律定性為何，主要有下列二說⁷：

1.民事特別法說：此說認為政府採購法中具有民法實質內容之規

定，可認為是民事特別法而做為公共工程契約之法源。⁸

2.行政法說：此說認為政府採購法為行政法，其條文規定內容若未

明訂於公共工程契約中，則無法做為公共工程契約之法源。⁹

本文認為政府採購法為兼具公、私法效力之特別法。即由條文觀察，若其規範對象包括參與政府採購之招標機關與得標廠商，且規範內容為二方在履約及驗收階段之基本義務者，例如：第六十五條規定得標廠商不得轉包，應認為經本法特別規定而強制成為公共工程契約之締約內容。是故不論公共工程契約究採行政契約說或私法契約說¹⁰，亦不論該契約中有無明訂得標廠商不得轉包之條款，政府採購法中關於履約及驗收階段之規定，已強制成為契約內容之一部，當事人自須依其規定履約。¹¹不過，本法第 65 條並不精確，因此若真要發

⁷ 詳參謝哲勝、李金松，〈工程契約理論與求償實務〉，台北，台灣財產法暨經濟法研究協會，2005 年 11 月版，頁 39~頁 41。

⁸ 謝哲勝、李金松，〈工程契約理論與求償實務〉，台北，台灣財產法暨經濟法研究協會，2005 年 11 月版一書採本說，詳參該書頁 42。

⁹ 陳建宇、駱忠誠，〈政府採購法實例解析〉，台北，元照出版公司，2001 年 3 月初版三刷一書採本說，詳參該書頁 214。

¹⁰ 有關二說之爭議，詳參郭芳婷，〈公共工程契約之研究—以締結書面契約前之程序為中心〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，2003 年 1 月，頁 30~頁 40；曾錦春，〈政府採購契約性質之研究—以承攬契約為中心〉，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，2004 年 7 月，頁 52~頁 60。

¹¹ 行政院實務上認為政府採購法為行政法，並直接以其為公共工程契約之法源，詳參最高行政法院 91 年判字第 1464 號判決：『本件上訴人主張：按政府採購法第三十一條第二項：「機關存於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳．．．二、投標廠商另行借用他人名義或證件投標．．．」之規定，係授權機關得於招標文件中規定一定之內容，必也機關依上開規定於招標文件中規定一定之內容，而後依其已規定一定內容之招標文件，始得執行之。換言之，機關要求廠商履行政府採

生功能，必須進一步在個別契約中具體規定，契約中那些部份屬於主要部份，不得轉包，或者必須親自履行，才能發揮真正的拘束功效。進一步而言，所有政府採購法令，若其規範對象明顯僅是針對招標機關、並不及於投標廠商或履約廠商；又或僅僅是行政機關為規範內部採購行為所制定之行政規則者，其效力僅及於招標機關、並不及於投標廠商或履約廠商，無法直接強制成為公共工程契約之締約內容。因此，除非公共工程契約中明訂以該法令為補充規定者外，招標機關並無要求投標廠商或履約廠商依該等法令履行之請求權。

第二節、公共工程契約範本

中央及地方政府常有工程採購之需求，為能降低締約成本、並使採購人員可有所遵循以避免違法，各級政府多訂有工程採購契約範本。採購機關在訂定公共工程契約時，僅需依其所採購工程類型之需要，由契約範本中採擇合適之條款訂明於契約即可。是故契約範本之內容，間接但強烈影響公共工程契約當事人間之權利義務。因此，對其規定內容之分析檢討，應有必要

購法第三十一條第二項各款內容，必須以規定有各該內容之招標文件為依據，而非得直接以政府採購法第三十一條第二項之規定為依據。…，惟原審逕引政府採購法第三十一條第二項之規定為上訴人敗訴之判決，顯有行政訴訟第二百四十三條第一項所定：「判決適用法規不當」之違背法令，且無敘明其他任何正當之法律依據，亦屬同法第二百四十三條第二項第六款所定判決不備理由之當然違背法令，請判決廢棄原判決，併撤銷原處分及訴願決定等語。…原處分及採購申訴審議判斷關於依政府採購法第三十一條第二項第二款規定命上訴人繳回已告先行發還之押標金部分，並無違誤，因而駁回上訴人於原審關於此部分之訴經核並無不合。上訴意旨仍執前詞，指摘原判決不當，求予廢棄，非有理由，應予駁回。」

目前實務上常用之工程契約範本有下列三種¹²：

1. 行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」¹³

中央與地方縣市政府於一般公共工程採購時常使用本範本，目前最新版本為 97 年 5 月 16 日版，全本共有條款二十三條。其中，與本論文探討主題有高度關聯者為：

『第 5 條 契約價金之給付條件

(六)廠商延誤履約進度案件，如施工進度已達 75% 以上，機關得經評估後，同意廠商及分包廠商共同申請採監督付款方式，由分包廠商繼續施工，其作業程序包括廠商與分包商之協議書內容、監督付款之付款程序及監督付款停辦時機等，悉依行政院頒公共工程廠商延誤履約進度處理要點規定辦理。』

『第 19 條 連帶保證

(一)廠商履約進度落後，經機關評估並通知由連帶保證廠商履行保證責任，繼續完成者，廠商同意將契約之全部權利讓與保證廠商。』

『第 21 條 契約終止解除及暫停執行

(一)廠商履約有下列情形之一者，機關得以書面通知廠商終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償廠商因此所生之損失：

5.因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。』

『第 23 條 其他

(六)本契約未載明之事項，依採購法及民法等相關法令。』

2. 內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約¹⁴

中央與地方縣市政府工務局於一般建築工程或大型公共工程採購時常使用本範本，目前最新版本為 96 年 11 月 15 日版，全本共有條款三十二條。其中，與本論文探討主題有高度關聯者為：

¹² 本文以北部地區為討論之範圍，不包含中、南部地區；惟除高雄市外，亦應可適用。另對各範本使用時機之討論，係以筆者個人之經驗為依據。

¹³ 本範本可由行政院公共工程委員會網站 <http://www.pcc.gov.tw/cht/index.php> 下載取得。

¹⁴ 本範本可由行政院內政部營建署網站 <http://www.cpami.gov.tw/web/filemgr/dept/po/bottom2.doc> 下載取得。

『二十八、契約解除或終止

(二)乙方有下列情事之一者，甲方得解除或終止本契約且不補償乙方因此所生之損失，甲方因此所受一切損失，乙方及其保證人應負連帶賠償之全責，並將違規事實移送主管機關懲戒。

2 乙方逾規定期限尚未開工，或開工後進度遲緩，其進度較依乙方提送之預定進度落後百分之二十以上，經甲方工程司以書面通知改進達三次以上，其落後情況仍未能改善者。

6.因可歸責於乙方之事由，致延誤履約期限，情節重大者。』

『三十二、其 他

(十二)本契約未載明之事項，須依政府採購相關法令規定辦理。』

另外，依該契約第六條：

『六、契約文件

(三)決標文件：

1.招標公告、投標須知、開標紀錄等。』

投標須知係屬契約之一部。又依營建署 96 年 9 月 19 日營署工

務字第 0962914767 號函頒第 4 次修正之「內政部營建署暨所屬

各機關工程採購投標須知補充規定」¹⁵：

『七、契約第 16 條付款辦法，如遇下列情形之一者，為維工程如期完工，得依照本署工程監督付款程序，變更付款。

1.承包商於工程施工中發生財務危機或糾紛，無法將其所領之工程估驗款完全支用於本工程，致使分包工程之小包、工頭因未領全部或部分工資而停工達 10 天以上時，承包商得徵得保證人同意，要求監督付款，並經本機關確認對於工程之順利進行有助益而核可者。

2.施工進度落後達百分之十五以上，且有小包、工頭申訴未領工資，經本機關認定非辦理監督付款，將無法順利完工時，得協議承包商及保證人同意改採監督付款。』

3.臺北市政府工程採購契約範本¹⁶

¹⁵ 本規定可由行政院內政部營建署網站

http://www.cpami.gov.tw/web/index.php?option=com_content&task=view&id=1192&Itemid=79
下載取得。

¹⁶ 本範本可由台北市政府網站

<http://teacher.lsjhs.tp.edu.tw/law/genaff-law/961224%E8%87%BA%E5%8C%97%E5%B8%82%E6%94%BF%E5%BA%9C%E5%B7%A5%E7%A8%8B%E6%8E%A1%E8%B3%BC%E5%A5%91%E7%B4%84%E7%AF%84%E6%9C%AC.doc> 下載取得。

台北市政府於公共工程採購時使用本範本，目前最新版本為 96 年 12 月 24 日版，全本共有條款七十一條。其中，與本論文探討主題有高度關聯者為：

『第十七條之一 (連帶保證)

(四)履約及賠償連帶保證廠商經甲方通知代乙方履行義務者，有關乙方之一切權利，包括尚待履約部分之契約價金，一併移轉由該保證廠商概括承受，本契約並繼續有效。乙方之保證金及已履約而尚未支付之契約價金，如無不支付或不發還之情形，得依原契約規定支付或發還乙方。』

『第二十九條 (施工進度遲延及處理)

施工進度落後，巨額工程達百分之五以上，其他工程達百分之十以上者，屬延誤履約進度之情形，工程司應依下列步驟處理：

- 1.限期請乙方提趕工計畫並審視趕工計畫之妥適性及落後關鍵因素，如同意該計畫，並應以書面通知乙方，限期改善並達趕工計畫之進度。
- 2.逾期仍未達趕工計畫之進度應依「臺北市政府公共工程廠商分包管理要點」第七點之規定，檢討由分包廠商繼續施工之可行性及通知連帶保證廠商，經三方依「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」及相關規定協議，並依協議結論繼續施工。
- 4.就前三步驟均無法或未能積極改善者，則依契約約定終止或解除契約。』

『第二十九條 可歸責於乙方之契約終止或解除)

(一)乙方有下列情事之一時，甲方得以書面終止或解除契約：

- 2.除契約另有約定者外，乙方逾約定期限仍未開工，或開工後延誤施工進度情節重大，進度較約定預定進度落後，巨額工程達百分之十以上者；其他工程達百分之二十以上，且日數達十日以上者，或巨額工程施工進度已達百分之九十以後，該時段要徑施工時程已逾原核定進度表網狀圖工期百分之十以上者；其他工程施工進度已達百分之八十以後，該時段要徑施工時程已逾原核定進度表網狀圖工期百分之二十以上者。』

上述三範本所規定之條款中，應注意者有：

1.除台北市政府工程採購契約範本第二十九條對施工進度遲延規

定有處理之步驟外(惟其僅對監督付款及終止、解除契約二者有規定，對連帶保證人履約之時機並無規定。)，其他二契約範本

對施工進度遲延時，甲方選擇監督付款、終止或解除契約、連帶

保證人履約之步驟或判斷標準並無規定。

2.除台北市政府工程採購契約範本第二十九條對於在特定條件下(巨額工程施工進度已達百分之九十以後；或其他工程施工進度已達百分之八十以後)，以要徑施工時程逾期量做為廠商遲延履約之判斷基準，而非僅以完成預算金額計算之進度百分比逾期量做為判斷基準外，其他契約範本皆以完成預算金額計算之進度百分比逾期量做為廠商遲延履約之判斷基準。¹⁷

3.行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第二十三條及內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約第三十二條皆規定契約未載明之事項，依採購法令。這裏，有疑問者為：

(1)契約中所稱之依採購法令，是否包括僅以招標機關為規範對象之法令、及僅是行政機關為規範內部採購行為所制定之行政規則？

對此，法院實務上似採肯定見解，例如臺灣高等法院臺南分院96年度建上字第15號民事判決：¹⁸

『又按「政府機關、公立學校、公營事業辦理採購，依本法之規定。」「本要項依政府採購法第63條第1項規定訂定之，以作為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。』

¹⁷ 詳細討論請參見第三章第二節。

¹⁸ 另參最高法院93年台上字第1153號判決：『另採購契約要項第三十二條第二項規定：「工程之實作數量較契約所定數量增減達百分之十以上者，其逾百分之十之部分，應以變更設計增減契約價金。未達百分之十者，契約價金之不予增減，係在於因一工程之『實作數量』較契約所定數量增減達百分之十以上，至承攬人之成本增加，造成對承攬人不公平時，始有適用。』；最高法院以當事人未主張之採購契約要項做為法源。

但本要項敘明應於契約內訂明者，應予納入。」政府採購法第3條前段及採購契約要項第1點分別定有明文。本件上訴人承攬被上訴人之「柳林國小九十二年度教育部補助老舊危險校舍整建計畫-硬體增建工程」，係屬工程定作之採購，依系爭工程採購契約書第31條第11項載明：「本契約未載明之事項，須依政府採購法相關法令規定辦理。」可知政府採購法及其子法就本工程採購契約未載明事項有補充本契約之效力，兩造亦應受政府採購法及其相關子法採購契約要項之之拘束甚明。…上訴人雖援引採購契約要項第1點以採購契約要項第24點非強制規定為由，主張無該要項第24點之適用云云。然本件工程採購契約之所以應適用採購契約要項第24點，係因工程採購契約第31條第11項已賦予採購契約要項第24點具有補充性規範之契約法效力，而將採購契約要項第24點納入契約內容之一部，…已與採購契約要項第24點是否為強制規定一節無涉…。』

然本文認為基於下列理由，應採否定見解：

- ①政府採購法第一條所揭櫫之公平原則，除追求所有參與投標廠商間之公平競爭外，應亦包括公共工程契約當事人間之平等地位。因此，以招標機關為規範對象之法令、及僅是行政機關為規範內部採購行為所制定之行政規則，實為招標機關單方面之內部作業要求，與得標廠商履約行為間並無相當關聯，要求得標廠商熟稔該等法令顯係過度要求而不符公平原則；招標機關以各種名目繁雜之採購法令做為請求得標廠商履行義務之依據，常對得標廠商造成突襲，產生實質上之不平等。
- ②依誠信原則，只要一方當事人在經濟上的力量遠逾他方，並其為不清晰條文的起草者時，應認為有誠信原則的違反，而適用不清晰規則。¹⁹公共工程契約既是招標機關起草，而其在經濟上

¹⁹ 詳參黃立，〈民法債編總論〉，台北，元照出版公司，2006年11月修正三版一刷，頁76~頁77。

的力量又遠逾得標廠商，故在對條款之解釋有疑義時，即所稱之『依採購法令』範圍究何所指，應做有利於得標廠商之解釋，不包括僅以招標機關為規範對象之法令、及僅是行政機關為規範內部採購行為所制定之行政規則。

③公共工程契約之適用，具有示範、實踐採購公平之意義，常為民間工程契約所參考使用。故其在契約條款之解釋上，應特重公平原則之實現，適當斟酌雙方當事人之利益，不能偏重保護招標機關單方之利益。

④政府機關資源充分，遠非民間廠商所能相較。其可利用以擬定適當、公平之契約範本，並供各機關使用以有效降低締約成本。今範本捨明文指出做為補充規定之法令名稱不用，而將瞭解所有政府採購法令之締約成本轉嫁由個別投標廠商負擔，實為社會資源之龐大浪費。

據此，公共工程契約若欲以相關採購法令做為補充，應以台北市政府工程採購契約範本中所採之明文指出採購法令名稱者為宜；而未明文指出採購法令名稱者，亦不可遽認為所有採購法令皆有適用，但承攬人應該仍可主張該規定可以適用。

(2)契約明文訂定之條款與採購法令規定不一致時，應如何適用？

依民法第七十一條前段：『法律行為，違反強制或禁止之規定

者，無效。』據此，本文認為，若政府採購法令(不包含行政機關內部之行政規則)之規範對象包括招標機關及投標廠商或履約廠商者，且其為法律之強制或禁止規定者，則契約明文訂定之條款與其不符者無效；又因政府採購法令規範已強制成為契約內容之一部，故當事人仍應依其規範履行。反面來說，若政府採購法令之規範對象明顯僅包括招標機關、不及於投標廠商或履約廠商者，又或僅僅是行政機關內部之行政規則者，當其與契約明文訂定之條款不一致時，有下列二種情形：

①契約僅泛稱以採購法令為補充規定者

實務對此有不同見解，有認為在對廠商有利時，應適用採購法令者，例如臺灣高等法院臺南分院 96 年度建上字第 15 號民事判決：

『另按「中央機關已訂約工程因應國內營建物價變更之物價調整處理原則」之性質係屬行政規則，對各級政府機關均有適用，包含所有機關之工程採購，且已排除原工程契約之限制物價調整之條款，而有其拘束力，並確認所有機關之採購工程均有物價調整之情事變更原則之適用，因此本件工程契約第 16 條第 4 項條款，應已排除而不適用。』

亦有認為仍應適用原契約條款者，例如臺灣桃園地方法院 95 年度訴字第 1518 號民事判決：

『原告另主張：系爭第 1 期、第 2 期工程契約分別於第 22 條第 6 項及第 4 條第 6 項、第 23 條第 6 項明文約定：「本契約未載明之事項，依政府採購相關法令。」（見本院卷第 62、40 頁），復均約定：「廠商履約遇有下列政府行為之一，致履約費用增加或減少者，契約價金得予以調整：因政府法令之新增或變更」（見本院卷第 44、17 頁）。而系爭處理原則

即為上開政府採購法令之一，足證兩造已同意依照系爭處理原則調整契約價金等語。惟查，上開條款既已明文約定於系爭工程契約未載明之事項，始適用政府採購法等相關法令規定，而系爭工程契約關於約定總工程款是否因前揭物價指數變動或物價上漲而調整，既已為前揭不調整或漲跌幅逾5%始調整之明文約定，自屬於系爭工程契約業已載明之事項，依上開條款之約定，自無另行適用系爭處理原則或其他法令規定之餘地。』

本文認為，此種情況下，因採購法令尚不能成為契約之內容，故當事人仍應依契約明文訂定之條款履行，並無採購法令之適用，亦無補充規定不能排除明文規定之問題。故結論雖與臺灣桃園地方法院 95 年度訴字第 1518 號民事判決相同，即應適用契約明文訂定之條款，惟推論過程並不相同。

②契約已載明做為補充規定之採購法令名稱者

此時，因該採購法令係為補充規定，其效力無法排除契約之明文約定，故應採台灣桃園地方法院 95 年度訴字第 1518 號民事判決之意旨，即契約中未載明之事項，始能適用採購法令做為補充規定；而契約中已載明之事項，則應適用契約明文訂定之條款，不能以做為補充規定之採購法令排除契約明訂條款之適用。

第三節、公共工程廠商延誤履約進度處理要點

為有效處理公共工程廠商延誤履約進度案件，提升工程執行績效，行政院於民國九十一年十一月十八日核定『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』²⁰。該要點僅是一行政規則，並無法拘束履約廠商；

²⁰ 參閱該要點第一條。另，該要點可由行政院公共工程委員會網站

然因行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第五條第六項及臺北市政府工程採購契約範本第二十九條第二款明文以其規定做為契約內容，實務上遂成為公共工程廠商延誤履約進度時，同時拘束招標機關與履約廠商之有效規範。再者，內政部營建署暨所屬各機關工程採購契約雖未明文依該要點為公共工程廠商延誤履約進度之處理，惟因其契約第三十二條第十二項規定『本契約未載明之事項，須依政府採購相關法令規定辦理。』，又因法院實務認為行政規則亦屬該契約上所稱之採購相關法令，故此要點亦是契約內容而有規範力。

『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』共十八點，舉其要者如下：

『二、本要點所稱廠商延誤履約進度案件，依契約文件之規定認定。契約文件未規定者，為公共工程因可歸責於廠商之事由，致施工進度落後百分之五以上者。』

『三、機關處理廠商延誤履約進度案件，得視機關與廠商所訂契約（以下簡稱契約）之規定及廠商履約情形，依下列方式之一處理：

- （一）通知廠商限期改善。
- （二）通知連帶保證廠商履約。
- （三）以監督付款方式，由分包廠商繼續施工。
- （四）終止或解除契約，重行招標。
- （五）其他經機關認定並訂明於契約之方式。』

『四、機關為前點處理方式之決定或採擇，應就下列事項綜合評估：

- （一）當時工程之進展情形。
- （二）該工程對整體或後續工程可能產生之影響。
- （三）該工程之急迫性。
- （四）廠商之履約能力及意願。
- （五）機關所掌握之未付工程款、保留款及履約保證金等額度。
- （六）處理所需時間及額外成本多寡。

(七) 可能造成問題之複雜程度及發生糾紛之可能性。

(八) 與公共利益之相關性。

(九) 其他特殊考量事項。』

『十、廠商延誤履約進度案件，如施工進度已達百分之七十五以上，機關得經評估後，同意廠商及分包廠商共同申請採監督付款方式，由分包廠商繼續施工。』

『十一、廠商依前點規定申請採監督付款時，應先與分包廠商簽訂協議書，將協議書依公證法送經認證；其有連帶保證廠商者，並應先徵得連帶保證廠商同意。前項協議書，應載明下列事項：

(一) 繼續施作工程之範圍。

(二) 廠商同意將繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權，讓與分包廠商。

(三) 廠商與分包廠商雙方同意，就分包廠商繼續施作部分，對機關連帶負瑕疵擔保責任。

(四) 繼續施作部分工料款之支付估算、支付名冊、支付方式及工程款支付明細表。

(五) 廠商已施作尚未領取工程款之支付方式。

(六) 工程履約保證金、差額保證金、物價指數調整費、估驗計價保留款、驗收後尾款、其他擔保等發還或支付方式。

(七) 工程保固責任歸屬及其保固金繳交、退還方式。

(八) 工程款請領發票由廠商或分包廠商開立。

(九) 協議之生效日期。』

『十二、機關於審核監督付款之申請時，應注意下列事項：

(一) 施工進度是否已達第十點所定百分之七十五以上。

(二) 各分包廠商是否具有繼續施工之能力。

(三) 廠商及分包廠商是否已提出經認證之協議書。

(四) 有連帶保證廠商者，是否已依第十一點第一項規定徵得連帶保證廠商同意。

(五) 廠商之其他債權人是否已聲請強制執行，致監督付款無法辦理。』

『十四、監督付款有下列情形之一時，應予停辦：

(一) 法院通知機關執行扣押命令，致影響監督付款時。

(二) 分包廠商經機關認定無法繼續履約，或施工進度落後情形未積極改善者。』

本要點對公共工程廠商延誤履約進度之處理，有通知廠商限期改善、通知連帶保證廠商履約、以監督付款由分包廠商繼續施工、終止或解除契約並重行招標、及其他經機關認定並訂明於契約之方式等五種方法。其中，通知廠商限期改善、通知連帶保證廠商履約、終止或

解除契約並重行招標、及其他經機關認定並訂明於契約之方式等四種方法與民法概念相符，在債編中亦有許多相關補充規定，適用上較無疑義；惟獨以監督付款由分包廠商繼續施工之處理方法，因監督付款並非法律名詞，在民法上並無相關規定，故對此一實務上所發展之制度，如何在法律上為其定性、尋求相對應之法律概念以做為解釋依據，應進一步探究。

第四節、監督付款之制定目的

依『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』對監督付款之規定可以看出其係在公共工程廠商延誤履約進度後，由原公共工程廠商之分包商、工班、材料供應商等繼續施工，而由機關將工程估驗款給付予分包商、工班、材料供應商之制度。「監督付款」並非民事法上之法律用語，在實際執行中如何適用法律須透過解釋為之；而一制度設立之目的，為法律解釋時之重要依據，故對監督付款制度目的之釐清，實為探討此一制度之第一要務。

監督付款之制定目的，有下列二說：

1.減免定作人遲延獲得給付說

本說由保護業主債權在承包商進度遲延後能如期、或早日獲得實現之立場出發，認為監督付款係在承包商發生財務危機、違約或其他事由致無法履行契約時，可由業主採用監督付款之方式，使原承包商

之分包商願意繼續施工，以如期實現業主之債權、或至少減免其遲延。²¹

2.保護分包商債權說

本說由分包商權益保障之立場出發，認為監督付款係在承包商發生財務危機、違約或其他事由致無法履行契約時，為使原承包商之分包商能繼續施工，避免承受承包商無資力清償之風險，並預防承包商領得工程款後不給付給分包商，進而喪失未來繼續獲得報酬之機會，而由業主採用監督付款之方式，確保分包商可獲得工程款項。²²

本文認為由『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』整體觀察，應採減免定作人遲延獲得給付說；至於分包商債權所獲得之極為有限地保護，僅是本制度實施之附帶效益，並非制度之設立目的。其理由如下：

1.『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』係一行政規則，是上級機關對下級機關，為規範機關內部在公共工程廠商延誤履約進度時，機關可為處理方式之規定。其關心的焦點是機關在公共工程廠商延誤履約進度時，可為如何處理以避免違反契約，並非是承攬廠商分包履約時，如何增加分包商債權之保障。故其乃是一保

²¹ 由『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』整體觀察，該要點訂立監督付款制度之目的應是採本說。

²² 詳參胡大中，〈工程契約中權力義務讓與之研究—以監督付款制度與相關替代機制為中心〉，東吳大學法律研究所民商法組碩士論文，2007年1月，頁71；葉曉青，〈營繕工程分包商工程款債權之保障〉，台北大學法律專業研究所碩士論文，2007年6月，頁164。由該二論文整體觀察，應是採本說。

護機關自身之規定，非為保護分包商而設之特別規定。

- 2.該要點並未賦予分包商請求機關實施監督付款之請求權，分包商縱已申請，業主亦無須必然實施。若其果為保障分包商債權之規定，當會給予該債權實現有一定之擔保。今其連分包商請求權都付之闕如，顯見分包商債權之保護，並非實施監督付款之考量。
- 3.分包商提出實施監督付款之申請尚須與承攬廠商共同為之，如承攬廠商不同意，分包商無法獨立發動程序。監督付款制度若為保障分包商債權，應給予其主動、獨立之程序發動權。今在該制度中，分包商並無主動、獨立之程序發動權，由此顯見監督付款非為保護分包商而設。
- 4.本要點以公共工程廠商延誤履約進度為實施監督付款之前提，並非以承攬廠商不清償其對分包商之債務為前提。故縱然承攬廠商不清償其對分包商之債務，只要承攬廠商未延誤履約進度，機關根本不能發動監督付款機制。是故若監督付款機制係為保護分包商債權，當會在程序發動之要件上為有別於承攬廠商延誤履約進度之考量。今該機制未為如此考量，足見其目的非為保障承包商利益，而是在保障機關之利益。

第五節、監督付款之進行

第一項、監督付款之發動

依據『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』，監督付款程序須在符合下列要件下，方可發動²³：

1. 廠商延誤履約進度

據該要點第二條規定，應依契約認定廠商是否延誤履約進度；若契約文件未有規定，則指施工進度落後百分之五以上，且進度之落後係可歸責於廠商之事由所致。²⁴

2. 施工進度達百分之七十五以上。

3. 廠商及分包廠商共同申請。²⁵

4. 廠商與分包商有債權讓與及連帶瑕疵擔保之契約，且該契約須依公證法認證。

依該要點第十一條規定，上述契約須包括下列內容：

(1) 繼續施作工程之範圍。

(2) 廠商同意將繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債

²³ 謝定亞教授認為權利質權是分包商之重要保障，亦與監督付款有高度關聯。有關權利質權之相關規定，參閱政府採購法第六十七條第二項起，至第六十八條：

『六十七條…

分包契約報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包廠商者，民法第五百十三條之抵押權及第八百十六條因添附而生之請求權，及於得標廠商對於機關之價金或報酬請求權。

前項情形，分包廠商就其分包部分，與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任。

第六十八條 得標廠商就採購契約對於機關之價金或報酬請求權，其全部或一部得為權利質權之標的。』

²⁴ 詳參公共工程廠商延誤履約進度處理要點第二條：『本要點所稱廠商延誤履約進度案件，依契約文件之規定認定。契約文件未規定者，為公共工程因可歸責於廠商之事由，致施工進度落後百分之五以上者。』

²⁵ 詳參公共工程廠商延誤履約進度處理要點第十條：『廠商延誤履約進度案件，如施工進度已達百分之七十五以上，機關得經評估後，同意廠商及分包廠商共同申請採監督付款方式，由分包廠商繼續施工。』

權，讓與分包廠商。

(3)廠商與分包廠商雙方同意，就分包廠商繼續施作部分，對機關

連帶負瑕疵擔保責任。

(4)繼續施作部分工料款之支付估算、支付名冊、支付方式及工程

款支付明細表。

(5)廠商已施作尚未領取工程款之支付方式。²⁶

(6)工程履約保證金、差額保證金、物價指數調整費、估驗計價保

留款、驗收後尾款、其他擔保等發還或支付方式。

(7)工程保固責任歸屬及其保固金繳交、退還方式。

(8)工程款請領發票由廠商或分包廠商開立。

(9)協議之生效日期。

5.有連帶保證廠商者，須徵得其同意。²⁷

6.機關之同意。

依該要點第十二條規定，機關同意監督付款申請時，除應注意上

述要件須符合外，尚應注意下列要件亦須滿足：

(1)分包商有繼續施工之能力。²⁸

²⁶ 本款規定之意義為何，實難了解。因該款規定似指機關亦可直接將承包廠商已施作尚未領取之工程款，支付予分包商。但此實為就已完成工程款之縮短給付，與監督付款之就後續尚未完成工程款債權讓與所為規範並不相干，無須在本條中加以規定。

²⁷ 詳參公共工程廠商延誤履約進度處理要點第十一條。

²⁸ 本款規定在適用上，應包括分包商是否具備承攬營繕工程之資格。因依據行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第9條 施工管理 (十五)轉包及分包第1款：『...。廠商亦不得以不具備履行契約分包事項能力、未依法登記或設立，或依採購法第103條規定不得作為參加投標或作為決標對象或分包廠商之廠商為分包廠商。』，又依營造業法第四條：『營造業非

(2)廠商之其他債權人，並無申請強制執行，致監督付款無法辦理之情形。²⁹

由該要點之上開規定可以發現：監督付款之程序設計係由廠商及分包廠商發動申請後，經機關同意方可實施。在這樣的設計下，機關之角色是被動、消極的，並非程序之主動發動者。此處，有疑問的是機關可否在契約簽訂之初即要求廠商預為同意債權讓與及連帶瑕疵擔保責任，並以上述 1、2 要件為停止條件？³⁰對此，本文採否定說，理由如下：

1. 『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』中關於監督付款制度之設計，廠商是程序之主動發動者；而機關之角色是被動、消極的，並非程序之主動發動者。若讓廠商在契約簽訂之初即預為同意債權讓與及連帶瑕疵擔保責任，等於實質剝奪廠商之程序發動權，且亦使機關在形式上同意後即可實施監督付款，成為實質、主動之程序發動者。如此，實與監督付款制度之設計相違，該制度將發動權交由廠商行使之設計內涵將遭實質掏空。
2. 契約當事人之履約行為係綜合計算履約利益及違約損害後所為

經許可，領有登記證書，並加入營造業公會，不得營業。』然實務上由於機關對分包商之審查密度低，使得承包廠商常以不具備承攬營繕工程資格之臨時工班或個人商號(工程行)做為分包商。詳細討論參閱第四章第一節、第四節。

²⁹ 此為監督付款能否順利實施之主要關鍵。實務上，在機關同意監督付款後，法院亦可能認為工程款債權讓與尚未生效而得以扣押；詳細討論參閱第三章第五節。

³⁰ 參閱胡大中，〈工程契約中權力義務讓與之研究—以監督付款制度與相關替代機制為中心〉，東吳大學法律研究所民商法組碩士論文，2007年1月，頁128~頁129；該文採肯定說。

之決定。廠商在與機關簽訂公共工程契約時，多尚未決定分包對象，亦無從知其信用與履約能力。今要求廠商預為同意債權讓與及連帶瑕疵擔保責任，將造成廠商對其違約損害與風險難以估計。如此對廠商極不公平，不符政府採購法第一條所揭櫫之公平原則。

另外，承包廠商將工程款債權讓與分包商，承包廠商之債權人可否依民法第二百四十四條³¹，以其行為有損害於債權人之權利，聲請法院撤銷？本文認為：

1. 分包商因監督付款而受讓承包廠商對機關之工程款債權，亦因監督付款而就繼續施作部分，與承包廠商對機關連帶負瑕疵擔保責任。故承包廠商與分包商就監督付款之協議，應為有償契約。承包廠商之債權人欲撤銷該法律行為，應依民法第二百四十四條第二項聲請法院撤銷，並應對承包廠商與分包商之惡意，負舉證責任。³²

2. 後續工程須先施做完成，承包廠商方能獲得後續工程款之給付。

³¹ 民法第二百四十四條：

『債務人所為之無償行為，有害及債權者，債權人得聲請法院撤銷之。

債務人所為之有償行為，於行為時明知有損害於債權人之權利者，以受益人於受益時亦知其情事者為限，債權人得聲請法院撤銷之。

債務人之行為非以財產為標的，或僅有害於以給付特定物為標的之債權者，不適用前二項之規定。

債權人依第一項或第二項之規定聲請法院撤銷時，得並聲請命受益人或轉得人回復原狀。但轉得人於轉得時不知有撤銷原因者，不在此限。』

³² 參閱黃立，〈民法債編總論〉，台北，元照出版公司，2006年11月修正三版一刷，頁515~頁516。

監督付款之實施，使分包商願意繼續施工以完成後續工程，甚至趕工以減少工程之遲延。如此，承包商將工程款債權讓與分包商，乃是清償其對分包商之債務，對其整體上之資力並未減少；而後續工程施做完成，承包商亦可獲得報酬³³，使其積極財產得以增加；尤有甚者，其因分包商之趕工而使應支付予機關之遲延履約違約金得以降低，又使其消極財產得以減少，對承包廠商而言，實係利大於弊。反之，若未實施監督付款，分包商因此而不願繼續施做，以致於後續工程無法完成，承包廠商根本無從獲得後續工程款之給付。影響所及，不僅承包商原可獲得之報酬無法實現，致其積極財產無能增加；又因遲延履約愈形嚴重，而使應支付予機關之遲延履約違約金更為增加，致其消極財產再為增多，對承包廠商而言，實係弊遠大於利。綜上所述，監督付款不僅未有害於承包廠商債權人之債權，反而有利於其債權。故承包廠商債權人聲請撤銷，應不符民法第二百四十四條第二項中『有損害於債權人之權利者』之客觀要件³⁴，而無由撤銷。

第二項、監督付款之操作程序

『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』對監督付款之操作流程

³³ 承包廠商之分包價通常皆低於機關之來價，故在取得機關支付之工程款，扣除應支付分包商之價款後，仍有剩餘，此即為承包廠商之報酬。而承包廠商讓與分包商之工程款債權，其範圍通常係以分包價為限，故在後續工程完工後，承包商仍有剩餘之工程款可領。

³⁴ 詳參黃立，〈民法債編總論〉，台北，元照出版公司，2006年11月修正三版一刷，頁511~頁512。

並無規定。實務上，多由分包商組成自救會，做為施做後續工程時與業主溝通之介面；而業主或其工程師對工程施做之指示，不論原承攬廠商是否續留工地，亦將到達自救會，並藉其傳遞至各分包商。此種運作型態，對於業主而言，具有下列優點：

- 1.無須與個別分包商溝通，可減少界面之繁雜，降低溝通成本。
- 2.分包商所組成之自救會，對於工程管理與界面協調之能力，通常優於業主獨立為之者，故能對工程進度做較佳之掌握。
- 3.分包商為能領取工程款，彼此間須合作、支援以完成承攬工作，彌補個別分包商之不足。如此對工程品質之要求，較能確保。

另一方面，對於分包商而言，此種運作型態，亦具有下列優點：

- 1.工程進行難免會遭遇困難或界面溝通障礙，分包商可透過自救會尋求協助，無須直接面對業主之介入。
- 2.自救會由全體分包商組成，與業主談判、磋商之力量優於個別分包商所能為之者。
- 3.藉由自救會群體之力量約束個別不合作之分包商，或至少分擔由其引致之風險。

惟因自救會之法律定位不明，因此，亦有如下疑慮：

- 1.是否為聯合承攬或可類推適用聯合承攬？

對此，本文認為自救會與聯合承攬廠商在本質上有極大之差

異，應不適用聯合承攬且亦無法類推適用聯合承攬之法律關係。此係因聯合承攬是廠商間為參與政府採購工程之投標，彼此協議分擔工作內容而為之結合。但就自救會來說，個別成員之工作內容，在其與承包廠商簽立分包契約時即已確定，縱在實施監督付款後，成員間對此亦無從協議；另其成立目的，非為承攬工程，而係在已承攬工程之施做階段，為減少個別廠商與承包廠商及業主溝通之複雜度與困難，及增加成員間施做工程之協調性、降低彼此間界面衝突所成立之團體。故其成立目的、行為內涵，皆與聯合承攬有本質上之重大不同。

2. 是否為合夥關係？

此點，將於第三章第六節第四項中，詳細說明。

第三項、監督付款之結束

依據『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』第十四點規定，有下列情形時，監督付款應予停辦：

1. 法院通知機關執行扣押命令，致影響監督付款時。
2. 分包廠商經機關認定無法繼續履約。
3. 施工進度落後情形未積極改善者。

第六節、監督付款之法律定性與區別實益

第一項、監督付款之法律定性

監督付款之法律定性，法院實務與學說上之見解，總計有下列六說³⁵：

1. 業主付款方式變更說

本說認為監督付款係業主對承攬廠商付款方式之變更，即業主與承攬廠商間之契約、承攬廠商與分包商間之契約為二獨立不相干之契約，承攬廠商對業主之工程款債權、及分包商對承攬廠商之工程款債權亦為二獨立不相干之債權，二者各有其契約當事人及權利義務關係，彼此無涉。今透過監督付款，由業主將其原欲給付予承攬廠商之工程款直接付予分包商，而分包商以之滿足其對承攬廠商之債權，此實係一縮短給付，在法律關係之判斷上，仍為業主依其與承攬廠商間之契約給付工程款予承攬廠商後，再由承攬廠商依其與分包商間之契約給付工程款予分包商。是故採本說時，業主與分包商間並無發生任何權利義務關係，分包商不因採監督付款方式而對業主取得債權。實務上以本說為多數說，最高法院之判決幾全採本說；例如 93 年度台上字第 1022 號民事判決：

『…原審審理結果以：偉勝公司與自救會所簽訂之第一份協議書中雖有監督

³⁵ 參閱古嘉諄、劉志鵬主編，〈工程法律實務研析〉，台北，元照出版公司，2004 年 12 月初版一刷；頁 283~頁 284。陳世超，〈機關辦理工程採購涉及契約變更爭議之研究〉，政治大學法學院碩士在職專班論文，2007 年 1 月；頁 78~頁 85。張南薰，〈公共工程契約中監督付款之法律問題〉，萬國法律，第 206 期，2003 年 2 月；頁 16~頁 21。李家慶，〈論工程之監督付款〉，營建知訊，第 206 期，2000 年 3 月；頁 72~頁 74。吳英亮、李建中，〈論債權讓與與監督付款〉，臺灣公路工程，第 32 卷第 10 期，2006 年 4 月；頁 8。

付款之約定，惟該約定僅係偉勝公司將其可向西濱北區工程處請領之系爭工程估驗款於其檢具文件向西濱北區工程處請領，並於西濱北區工程處同意給付時，其同意在西濱北區工程處監督下，由西濱北區工程處將該款項直接撥付予偉勝公司指定之自救會帳戶，顯見上開監督付款約定之性質僅係一種「縮短給付」，即由原來應由西濱北區工程處給付偉勝公司工程款，再由偉勝公司給付予自救會工程款之流程，為避免偉勝公司將受領之工程款流用他處，影響系爭工程之順利進行，乃在經三方同意之下，縮短為於偉勝公司向西濱北區工程處提出請求後，西濱北區工程處得逕給付予自救會，惟並未賦與自救會得以自己名義直接向西濱北區工程處請求給付之權利，即偉勝公司仍為西濱北區工程處之債權人，自救會無權直接向西濱北區工程處請領工程款，監督付款約定之性質，與民法上之債權讓與，受讓人對債務人有直接請求權，且僅須通知債務人，債務人並無同意與否之權等性質及法律效果顯有不同，統亞公司等六人主張上開監督付款約定即為債權讓與行為云云，並非可採。…西濱北區工程處其他上訴論旨及統亞公司等六人上訴論旨，分別就原審取捨證據及認定事實之職權行使，指摘原判決於己不利部分為不當，求予廢棄，均非有理由。』

又如 88 年度台上字第 1621 號³⁶民事判決：

『查上訴人與天利公司訂立合約，將其『汐止關中工地』工程交由天利公司承建，被上訴人與天利公司訂定承攬合約，分別承作其中天花板輕鋼架、室內油漆、清水模以及點工等工作；而兩造與天利公司於八十四年六月十六日之協調會，天利公司法定代理人黃宗彊發言：「……。往後若本工程業主同意，以監督付款方式支付工程款，各位協力廠商可放心繼續工作至本工程完成。故自本（六）月十六日起，所有承攬本工程工作之協力廠商，以後請款方式，應提前兩天提出，經天利營造查核，彙總呈報佳麗建設監督付款。」云云；上訴人發言：「……。由本人（即上訴人公司負責人陳清志）出面，各位可放心繼續在『關中』完成工作，絕對保證拿到工程款。」、「爾後本工程中之承包商，對申請所有工資款、材料款等，自六月十六日起，係由佳麗建設監督天利營造公司核發付款。……」、「本公司此次以本人為代表，絕對誠意解決。……本人保證按照合約金額，佳麗建設公司不會欠天利營造公司一塊錢。」、「至於目前在『關中工地』承攬工程之包商，其承攬之工程項目、單價、數量及總價款等，佳麗建設先行估算，若沒有問題，本公司一定承認包商和天利營造公司所釐定之工程契約與內容。」云云，上訴人、天利公司、被上訴人三方合意成立『監督付款』，由天利公司查核後，彙總由上訴人監督付款；而兩造所謂『監督付款』之約定，依前開協調會內容係以被上訴人完成承攬事項，經天利公司簽認後，天利公司再向上訴人請款，俟上訴人審

³⁶ 本案雖非公共工程案件，而係民間承攬糾紛案件，但仍可由本案判決看出最高法院對監督付款法律定性所採取之見解。

核無誤後，再由上訴人將應核撥予天利公司之工程款中保留被上訴人請領之工程款，將此部分之款項簽發以天利公司為受款人之支票後，經天利公司背書轉讓於應得各該工程款之被上訴人，為原審確定之事實。果爾，上訴人、天利公司間之承攬契約與天利公司、被上訴人間之承攬契約（即學說上所謂之『次承攬』），兩者為個別獨立之契約，為次承攬人之被上訴人與原定作人之上訴人間，原不發生權利義務關係，不過被上訴人對天利公司之工作，惟為原承攬人之天利公司應對上訴人負責。上訴人、天利公司於協調會既僅表示：工程承包商工資款、材料款等，經天利公司查核後彙總，再由上訴人（佳麗建設）監督天利營造公司核發付款而已，且其後『監督付款』方式，係將被上訴人請領之工程款，由上訴人簽發以天利公司為受款人之支票後，經天利公司背書轉讓於應得各該工程款之被上訴人。若此，上訴人並非直接對被上訴人付款，而係被上訴人工作完成得向天利公司請求工程款時，由上訴人將該工作應付天利公司之工程款，以上開方式付與天利公司後再轉給被上訴人。則上訴人一再辯稱：『監督付款』係付款方式之約定，其目的純粹在確保小包商順利領取其得向天利公司請領之工程款，未課伊直接付款於被上訴人之義務，亦未賦予被上訴人直接向伊請求給付工程款之權利云云，似非全然無據。』

2. 承攬廠商之債權讓與說

本說認為監督付款係承攬廠商將對業主之工程款債權讓與分包商，分包商因此取得原屬承攬廠商之工程款債權。採本說時，依民法第二九九條第一項：『債務人於受通知時，所得對抗讓與人之事由，皆得以之對抗受讓人。』因此，業主可以其對承攬廠商所能主張之抗辯事由，例如違約損害賠償之債權，對抗分包商而主張抵銷。實務上，法院亦有採本說者，例如臺灣高等法院九十二年上更(一)字第七七號民事判決³⁷：

『被上訴人固以協議書第二條約定，得認為九達公司與上訴人已同意將其對上訴人就系爭工程（即長安大宅工程）之工程款全額，及「兼六園」新建工程、「麗水案接待中心工程」其中三百七十萬零一百八十一元之工程款債權

³⁷ 本案雖非公共工程案件，而係民間承攬糾紛案件，但仍可由本案判決看出台灣高等法院對監督付款法律定性所採取之見解。

均讓與予包含被上訴人在內之系爭工程各協力廠商，上訴人因此再與九達公司約明「雙方均不得再行主張任何權利」，因認有「債權讓與」之協議或第三人利益契約之性質等語。但核：系爭協議書第二條後段記載：「乙方（九達公司）應付協力廠商計新台幣參佰柒拾萬零壹佰捌拾壹元整同意由甲方（上訴人）支付乙方」，又核協議書第三條第一項約定，九達公司（即乙方）除須自行清理與協力廠商之債權債務關係外，並應提出與各協力廠商之契約終止結算協議書後，上訴人始將工程款直接支付各協力廠商，非直接約定各協力廠商得無條件逕向上訴人請求給付九達公司剩餘之工程款，故系爭協議書並非利益第三人契約，應僅係於上開條件成就後，上訴人有權直接向協力廠商為付款，其性質應為不真正第三人利益契約，被上訴人主張係第三人利益契約或債權讓與契約之性質，應非無可採。』

依據『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』第十一條規定，廠商申請採監督付款時，應先與分包商簽訂協議書，該協議書須有廠商同意將繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權讓與分包廠商之約定。由此看出該要點應採債權讓與說，是故若機關、廠商與分包商均依照該要點辦理，則廠商在分包商繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權，應依協議而讓與分包商。

3.利益第三人(分包商)契約說

本說認為監督付款係承攬廠商與業主協議，由業主向分包商為工程款之給付，而分包商亦可向業主請求。採本說時，依民法第二六九條第一項：『以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。』是以分包商因此而得直接向業主請求工程款之給付。又因利益第三人契約無法抽象存在，而係在廠商與業主之承攬契約中賦予分包商工程款請求權，是故民法第二六九條第一項並非

獨立之請求條款³⁸，而應與廠商之工程款債權結合後，方可向業主請求給付。另外，依民法第二七〇條：『前條債務人，得以由契約所生之一切抗辯，對抗受益之第三人。』因此業主根據其與廠商間承攬契約所生之抗辯，均得以對抗分包商。實務上，法院採本說者有臺灣高等法院 95 年度建上字第 33 號民事判決³⁹：

『本件被上訴人固主張 91 年 1 月 18 日之系爭協議係屬無名契約，另上訴人則抗辯其性質為債權讓與，且伊迄未收受被上訴人債權讓與之通知云云。然觀諸系爭協議書記載：「弘欣機械與忠誠營造鋼骨工程款，願由銘宏工業直接領取，但需弘欣機械出具同意書及發票會同領款」（見原審卷(一)第 37 頁），則被上訴人與上訴人、及弘欣公司既約定弘欣公司得向上訴人領取之鋼骨工程款由被上訴人直接向上訴人領取，自屬上訴人及弘欣公司約定忠誠公司須向第三人即被上訴人為給付，且被上訴人亦為系爭協議之當事人，就該協議之利益已為承受，則其性質上應屬利益第三人契約，依民法第 269 條第 1 項之規定，被上訴人即取得直接請求上訴人公司給付之權。系爭協議既非由忠誠公司及弘欣公司約定由弘欣公司將債權讓與被上訴人，而僅約定被上訴人直接向上訴人領取鋼骨工程款，其性質上即非債權讓與，上訴人忠誠公司抗辯性質上為債權讓與，尚屬無據。…

…上訴人雖抗辯系爭協議書所稱願由被上訴人直接向上訴人忠誠公司領款係屬業界所稱之監督付款，惟查上訴人抗辯之業界監督付款乃屬業界慣稱之用語，有約定由下包及下下包一起領款者，有約定由下下包直接領款者（如本件），有約定下包領款時由業主開具記名下下包為受款人之禁止背書轉讓支票者，……等等不一而足，是雖證人楊玉郎及吳東園均證稱系爭協議書之內容係業界所稱之監督付款，然其在法律上之效果仍應視當事人約定之具體內容定之，尚非可以概論以尚未受法律評價之監督付款或逕認係債權讓與，是上訴人抗辯係由伊監督付款云云，尚不足採。』

4. 業主對廠商之債務承擔

本說認為監督付款係承攬廠商與業主協議，由業主承擔承攬廠商對分包商之債務；而若承攬廠商並未脫離其與分包商之契約關係

³⁸ 參閱黃立，〈民法債編總論〉，台北，元照出版公司，2006 年 11 月修正三版一刷，頁 587。

³⁹ 本案雖非公共工程案件，而係民間承攬糾紛案件，但仍可由本案判決看出臺灣高等法院對監督付款法律定性所採取之見解。

者，則為業主對廠商之併存債務承擔，否則即為免責之債務承擔。採併存債務承擔說者依實務見解，業主與廠商對分包商負連帶債務責任⁴⁰，此時，依民法第二七三條：『連帶債務之債權人，得對於債務人中之一人或數人或其全體，同時或先後請求全部或一部之給付。連帶債務未全部履行前，全體債務人仍負連帶責任。』是故分包商可直接向業主請求工程款之給付；且依民法第二七九條：『就連帶債務人中之一人，所生之事項，除前五條規定或契約另有訂定者外，其利益或不利益，對他債務人不生效力。』是以除非監督付款協議中另有訂定，否則業主亦無法援用廠商所得對分包商主張之抗辯對抗分包商。惟學說上有主張併存債務承擔係不真正連帶債務，此時，可類推適用第民法三〇三條，使業主得援用廠商所得對分包商主張之抗辯對抗分包商，其效果與免責之債務承擔相同。⁴¹法院實務上，採債務承擔說者有臺灣高等法院台中分院 90 年度上易字第 317 號民事判決⁴²：

『查積欠被上訴人貨款者為蔡昆福、蔡文忠，其雙方立協議書約定由上訴人立諱公司監督付款，就上訴人應給付予蔡昆福、蔡文忠之工程款，按比例直接支付予被上訴人，故依其性質言，即係如前揭說明，被上訴人與蔡昆福、蔡文忠所簽訂者，屬第三人負擔契約，即被上訴人為債權人，蔡昆福、蔡文忠為債務人，上訴人立諱公司為第三人。而依系爭協議書記載：「廠商蔡昆福以下簡稱甲方，包商邱素英（即被上訴人）以下簡稱乙方，雙方同意立諱

⁴⁰ 詳參最高法院二十三年上字第一三七七號判例。

⁴¹ 詳參孫森焱，〈民法債編總論 下冊〉，台北，作者自版，2001 年 10 月修訂版，頁 988~頁 989。

⁴² 本案雖非公共工程案件，而係民間承攬糾紛案件，但仍可由本案判決看出台灣高等法院台中分院對監督付款法律定性所採取之見解。

營造有限公司為監督人，分配支付0五0二部隊工程款，監督付款，支付乙方，按期按比例分配付款．．．甲方簽名：蔡昆福，乙方簽名：邱素英合發水泥製品行」，另所附之同意書記載：「茲本工程蔡文忠、蔡昆福以下簡稱甲方，同意委任立諱營造有限公司以下簡稱乙方，全權分配支付0五0二部隊工程款，監督付款，按期、按比例分配付款，不足額由甲方全責付款，恐口說無憑，特立此書，甲方簽名：蔡文忠、蔡昆福。」等情，有協議書及同意書影本各一份附卷可查（見原審卷第十四至十七頁），就上開「雙方同意立諱營造有限公司為監督付款，分配支付．．．」及「委任立諱公司．．．全權分配．．．監督付款。」等文義觀之，本件協議上訴人立諱公司係受蔡昆福、蔡文忠委任，立諱公司按期向軍方領取之工程款後，不透過蔡昆福、蔡文忠，即按比例（即蔡昆福、蔡文忠積欠下游廠商之貨款、工資比例）分配予下游廠商，用以清償蔡文忠、蔡昆福積欠下游廠商之債務，是本件協議（契約）之性質，係屬第三人負擔契約及委任契約。」

5. 分包商對廠商之債務承擔

本說認為監督付款係分包商基於承擔承攬廠商債務之意思，而與業主成立債務承擔之契約；或與廠商成立債務承擔契約後，經業主同意而對業主生效。⁴³採本說無法解決分包商對業主工程款請求權基礎之問題，分包商不能因債務承擔即取得廠商對業主之工程款債權。是故本說充其量僅能用以說明未何在承攬廠商退場後，分包商仍留駐工地繼續施工之事實；惟分包商仍留駐工地繼續施工係因其對廠商之債權可獲滿足之故。因此，其施工係基於清償其對廠商債務之意思，並非基於承擔廠商債務之意思。是以本文認為本說並不可採。

6. 分包商對廠商之契約承擔

本說認為監督付款係分包商承擔承攬廠商與業主之契約，廠商因

⁴³ 依民法第三〇一條：『第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人，不生效力。』

此而脫離契約後，由分包商成為契約之當事人。然依前述，分包商留駐工地繼續施工係基於清償其對廠商債務之意思，並非基於承擔廠商債務之意思；更遑論其根本無意承擔廠商就與業主合約所產生之瑕疵擔保責任、保固責任及違約責任。另就業主而言，其亦無意使原承攬廠商脫離契約關係而使分包商成為新的當事人，是以本說與實務現況明顯偏離，本文認為並不可採。

由上開討論可以發現實務及學說上對「監督付款」之法律定性有各種不同的見解，然究應採何種見解為宜？按解釋契約，應探求當事人立約時之真意，故須由當事人間之工程契約，包含工地會議紀錄、現場工程司之指示、各種報表記載、當事人及其履約輔助人(例如工地經理、工地主任)相互間之函文及磋商內容等，整體觀察後方能加以判斷，無法遽下結論。

第二項、區別實益

依據『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』第十一條規定，可以看出該要點應採債權讓與說。是故廠商、分包商及機關間若依該要點辦理，應有廠商讓與工程款債權予分包商之協議；又依最高法院十七年上字第一一一八號判例，解釋契約，固須探求當事人立約時之真意，不能拘泥於契約之文字，但契約文字業已表示當事人真意，無須別事探求者，即不得反捨契約文字而更為曲解。如此看來，當事人間

對「監督付款」之法律定性既已明文採債權讓與，似無對其更事探求之必要；然在下列情況，當事人間對「監督付款」之辦理未必盡依『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』規定，此時，對「監督付款」法律定性之區辨即有必要而具區別之實益：

- 1.部分機關之採購合約並未明文以採購法令做為補充規定。
- 2.縱使機關之採購合約已明文採購法令做為補充規定，然依本文見解⁴⁴，因『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』僅是一行政規則，不具外部效力；且其並非政府採購法之強行規定，無法強制成為締約內容⁴⁵，是故在採購合約僅泛稱以採購法令做為補充規定、未具體言明做為補充規定之法規名稱時，即不能以『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』做為補充規定。
- 3.部分機關有其自行訂定之「監督付款」程序規定，並將之納為採購合約條款，而其自行訂定之「監督付款」程序規定與『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』規定未盡相同。此種方式，可將監督付款制度實施之疑義事項，予以明確約定，實較為周延。

⁴⁴ 詳參本章第二節內容。

⁴⁵ 詳參本章第一節內容。