

## 第三章、監督付款之適用疑義

### 第一節、進度百分比達「百分之七十五」以上之意義

依據「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十條規定：『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。』可知施工進度達「百分之七十五」以上係監督付款實施之要件，其中，「百分之七十五」之設定有何意義？可否調整？實值討論。

#### 第一項、「百分之七十五」意義之探討

「百分之七十五」設定之意義，本文認為可從下列之角度觀察：

##### 1. 公平與公益原則間之均衡

依『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』第三點規定：

『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。』

在承攬廠商延誤履約進度後，機關若選擇終止或解除契約而重新招標，則欲接手之廠商可在符合政府採購法規定之公開招標程序中競標；此時，政府採購法所揭櫫之公平、公開原則<sup>46</sup>即可獲確保。但

<sup>46</sup> 參閱政府採購法第一條：『為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與

若機關選擇實施監督付款，則後續工程由該工程之分包商協力完成。這些分包商與招標之政府機關間沒有合約關係，並未透過符合政府採購法規定之公開招標程序甄選，僅是依其與原承攬廠商間之次承攬合約關係，即得為該後續工程之實質施工者，並獲得工程款之給付；其他廠商縱使經評估在同樣工程款條件下仍有利可圖而欲接手，亦無從經由公開競標承攬該工程。是故監督付款之實施，確實與公平、公開原則相違；然公共工程之招標興建，常有公益之考量，若興建中之公共工程，其承攬廠商延誤履約進度，招標機關不實施監督付款而選擇與承攬廠商終止或解除契約後再重新招標，則不僅在與原承攬廠商計算工程現況上須耗費相當時間，機關內部進行招標程序及招標後之等標期又須耗費相當時日；此外，若招標機關選擇由連帶保證人接手，亦可能須耗費相當時日來清算工程現況、或為後續施工界面之協調。此時，當興建中之工程恰為諸如災害防治、預防等具時效性而公共利益重大者<sup>47</sup>，則這些時日進行所造成之完工日期延後，即可能造成龐大之生命、財產損失。為此，在公平原則與公益原則衝突下，如何求取二者間之均衡，即為監督付款實施時機之重要考量。

一般工程進行之中前段，由於工作面尚未完全展開，廠商於此時

---

功能，確保採購品質，爰制定本法。』  
<sup>47</sup> 水利工程，例如堤防、抽水站之興建，即為適例。

接手投入，雖須花費清理、計算已興建工程界面之額外成本，但該部份之損失可能藉由調整後續工程之工序、工法等方法來增加收益而獲得彌補；另外，機關與原承攬廠商計算工程現況、機關內部進行招標程序及招標後等標期等耗費時日，造成完工日期延誤之狀況，亦可能藉由趕工計畫之實施而得縮短工期，使工程仍按原預定日期完工。因此，若於此階段實施監督付款，則該制度所具有避免延誤完工日期之公益考量不復存在，實施監督付款不僅無法增加公益，反而損害公平原則。是故宜採其他之處理方法，而不宜採監督付款。反之，在工程進行之中後段，由於工作面已完全展開，廠商於此時接手投入，其須花費清理、計算已興建工程界面之額外成本<sup>48</sup>，因工程界面複雜而為數可觀；且因調整後續工程工序、工法之空間極為有限，故此額外成本之損失亦難由調整後續工程工序、工法來增加收益以求彌補，甚至承包本工程所賺取之利潤尚不足以彌補該損失。在這種利潤微薄甚或無利可圖的條件下，廠商在計算自身經濟效益後，欠缺投標接手工程之意願。因此，機關就本案所為之招標，可能根本無人投標。是故此時實施監督付款，對公平原則所要求的——所有廠商皆能公平參與本案競標——之傷害程度較為輕微。另外，因距原預定完工日期所剩工期較短，機關若不實施監

---

<sup>48</sup> 時間為機會成本。

督付款而係與原承攬廠商終止或解除契約後再重新招標，則與原承攬廠商計算工程現況、機關內部進行招標程序及招標後等標期所耗費時日，造成完工日期延誤之狀況，縱使執行趕工計畫，亦難以按原預定日期完工<sup>49</sup>。此時，實施監督付款所具有避免延誤完工日期之公益考量即相形重要；是故在權衡公益原則之重要與公平原則之傷害後，採用監督付款，應為恰當。

## 2. 業主自身控制、管理後續工程能力之考量

實務上，實施監督付款後，對於後續工程繼續施工之控管，有以下三種態樣：

(1) 原承攬廠商仍派員續留工地，監督、控管分包商之施工，其對分包商之管理能力雖較實施監督付款前減弱許多，但仍能發揮一定程度之管理效用。

這種態樣通常在符合下列二種條件之一時，才能存在：

① 原承攬廠商因資金調度困難<sup>50</sup>，無法及時支付分包商工程款，

但其財務尚稱健全，且繼續施工、後續工程款債權讓與分包商後仍有利可圖，而有強烈之施工意願。

此時，由於原承攬廠商仍有甚大可能安然度過財務危機，而能繼續承包其他工程，是故分包商基於後續案源之自身利益考

---

<sup>49</sup> 連帶保證人接手亦須費相當時日來清算工程現況、或為後續施工界面之協調。

<sup>50</sup> 依筆者經驗，某些政府機關之工程款給付迭有拖延，廠商依原訂收款日期之應收款項常無法及時進款；此時，若有眾多其他工程或巨額工程之施工需要資金投入，則極易造成資金缺口。

量<sup>51</sup>，在工程款因實施監督付款而獲得確保後，仍願意接受原承攬廠商之指揮以完成後續工程。

②原承攬廠商因景氣不佳或利潤微薄等因素而欲停業，故不再調度資金投入既有工程、或將運轉原工程所需之資金抽出，致無法及時支付分包商工程款，但原工程繼續施工、後續工程款債權讓與分包商後仍有利可圖，是以仍有完工之意願。

此時，由於原承攬廠商並未退場，基於其與分包商間之次承攬契約仍能有效請求分包商履行義務，是故分包商尚須接受原承攬廠商之指揮以完成後續工程。

(2)原承攬廠商已離開工地，而由各分包商共組一自救會(團體)，並以該自救會(團體)之名義與業主對話、溝通，而業主及其工程師對工程之指示、請求，亦多透過自救會傳達於各分包商。

在這種態樣中，自救會(團體)僅是一分包商所指(選)定與業主溝通、對話之代表人，其與各分包商間並無承攬之契約關係，自亦無從指揮、監督分包商。分包商之所以願意繼續施工，乃是基於自身工程款得獲清償之利益考量及其他分包商之同業壓力，並非基於自救會(團體)對其擁有債權之故。

此種態樣通常在下列二種條件皆符合時，才能存在：

---

<sup>51</sup> 許多分包商之案源係來自於承包眾多工程之營造廠，而非直接來自於政府機關。

①原承攬廠商因資金遭掏空或發生嚴重財務危機而無法支付分包商工程款，且其財務狀況惡劣，縱使在繼續施工、後續工程款債權讓與分包商後仍有工程款入帳<sup>52</sup>，但對財務危機之解決僅是杯水車薪而無甚大實益，故無繼續施工意願而脫離工地。

②參與監督付款之分包商眾多，其間之工程界面複雜，實施管理之難度高。

(3)原承攬廠商已離開工地，而後續工程之管理，係由業主及其工程師直接對分包商下達指示、請求。

在這種態樣中，業主與各分包商間並無承攬之契約關係，本來無權指揮、監督分包商。分包商之所以願意聽其指揮而繼續施工，乃是基於自身工程款得獲清償之利益考量，並非基於業主對其擁有債權之故。

此種態樣通常在下列二種條件皆符合時，才能存在：

①原承攬廠商因資金遭掏空或發生嚴重財務危機而無法支付分包商工程款，且其財務狀況惡劣，縱使在繼續施工、後續工程款債權讓與分包商後仍有工程款入帳，但對財務危機之解決僅是杯水車薪而無甚大實益，故無繼續施工意願而脫離工地。

②參與監督付款之分包商不多，其間之工程界面簡單，實施管理

---

<sup>52</sup> 例如各種保證金之取回。

之難度低。

在上述三種態樣中，業主介入工程管理之強度，由弱至強依序為①→②→③；但無論是任一態樣，只要實施監督付款，業主介入工程管理之強度均較未實施監督付款者為高。因此，實施監督付款時機之選擇，須考量業主本身控制、管理後續工程之能力、及其所需投入之時間與成本。一般而言，在工程計畫前、中段，工作面是在正待展開或全面展開之階段；此時，施工強度高，相對地，所需之施工管理能力要求高、且進行管理所需投入之時間長、成本高。因此，若於此階段實施監督付款，則對業主而言，介入管理所增加之負擔過重，難以接受。反之，在工程計畫後段<sup>53</sup>，工作面是在逐漸完成而接近關閉之階段；此時，施工強度低，界面單純，較之工程計畫前、中段，有餘裕之時間、空間以進行施工管理。是故，所需之施工管理能力要求低<sup>54</sup>、且進行管理所需投入之時間短、成本少。因此，若於此階段實施監督付款，則對業主而言，介入管理所增加之負擔較輕，尚能接受。

### 3. 分包商繼續施工、整合能力之考量

實務上，監督付款實施後，原承攬廠商可能離開工地，而業主不可避免介入管理後續工程之進行已如前述；惟業主指揮工程進行

---

<sup>53</sup> 筆者個人認為，可以後 1/3 階段為界。

<sup>54</sup> 此時，業主指派之工地人員或工程師，在參與了前、中期工程後，對工程項目、界面、細節皆已熟稔，掌握、管理後期工程之能力亦可游刃有餘。

之能力，終究不如以承包工程為業之原承攬廠商；是以業主之指揮無法完全彌補原承攬廠商脫離工地所喪失之功能，而其間之差距，須靠分包商彼此間施工、整合能力來加以彌補。

分包商彼此間施工、整合能力並非短期內可造就，而是須經由工程逐步進行，彼此間協調、合作所形成之默契與經驗，一點一滴累積後方能成就。在工程前、中期，工作面是在正待展開或全面展開中之階段；此時，分包商間並未開始進行界面整合或尚在磨合中；因此，若於此階段實施監督付款，則由於分包商整合施工之能力仍在學習中，尚未成熟，後續工程施工之整合可能發生嚴重障礙，甚或無法繼續進行。反之，在工程後期，工作面是在逐漸完成而接近關閉之階段；此時，分包商間在經歷工程前、中期之界面整合後，其整合施工能力經學習、修正後已較為成熟。因此，若於此階段實施監督付款，則分包商整合施工之能力強，足以面對後續工程施工可能發生之障礙，而使工程能順利繼續進行。

經由上述討論，可以發現「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十點所規定之：『施工進度已達百分之七十五以上』要件，具有兼顧公平與公益原則間之均衡、業主自身控制、管理後續工程能力、與分包商繼續施工、整合能力等之考量，使業主在符合要件規定下實施監督付款，能對公平原則傷害較少，而業主本身介入工



程管理之負擔亦能接受，加之分包商繼續施工整合能力又能信賴；更重要地是，達到避免延誤完工日期之公益需求，凡此皆符合業主之最佳利益<sup>55</sup>，應值肯定。惟是否採用此單一標準，亦或是可以增加其他判斷選擇之依據，則可進一步討論。

## 第二項、設定「百分之七十五」以外其他標準之需要

某些招標金額較低之工程，或是施工項目少、工程同質性高、界面簡單之工程，例如路邊排水渠道之施做、道路路面更新維護等，該等工程工作面在初期即全面展開，而在此階段建立之工程管理、施工整合模式可在後續工程中一路沿用。是故在工程進行至中期後，業主及分包商所累積之管理經驗、整合能力已足以應付後續工程需求；加之此等工程通常工期較短，所需投入管理之成本亦較低，業主於此時介入管理亦不致對其造成過重負擔；另外，由於招標金額低，純利較少，其他廠商中途接手承攬之意願亦隨之降低；是以當有避免延誤完工日期之強烈公益考量時，採用『施工進度已達百分之七十五以上』之要件實嫌嚴苛，應准許招標機關在工程進行之中期即可實施監督付款。為解決上述態樣之難題，本文認為可在『施工進度已達百分之七十五以上』之要件外，另增加一以所餘工程款為輔助判斷依據之標準。即除『施工進度已達百分之七十五以上』之要件外，另外設立：

---

<sup>55</sup> 本文認為監督付款制度之設計，主要緣起係為符合業主利益之考量；詳見第二章第四節。

『施工進度已達百分之五十以上，且所餘工程款在一定金額以下者，亦得實施監督付款』之規定，使招標機關在有強烈避免延誤完工日期之公益需求時，有更多之裁量空間，而能更彈性地運用監督付款以達目的。

## 第二節、工程進度如何決定

依據「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十條規定：『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。』可知『施工進度』達百分之七十五以上係監督付款實施之要件，因此，施工進度如何計算、若有不同計算方法時應如何選擇、又計算或選擇時有無應特別注意之事項等，皆與監督付款之實施息息相關，而有進一步討論之必要。

### 第一項、工程實務上常用之進度計算方法

國際上通行之工程進度管理方法有<sup>56</sup>：甘特圖(Bar Chart)、垂直圖(Verticaa Chart)、網狀圖(Network Program)、進度曲線(Progress Chart)、里程碑(Milestone Plan)、形象進度圖(Figure Plan)<sup>57</sup> 等，基本

<sup>56</sup> 詳參何伯森主編，〈工程項目管理的國際慣例〉，大陸北京，中國建築工業出版社，2007年10月第一版，頁317~頁319。

<sup>57</sup> 此為國內工程實務上所稱之『塗色表示法』，參閱官明郎，〈談工程進度的圖形表示法〉，台灣省土木技師公會技師報，2007年11月17日。

上皆是先計算預定之工程進度後，將其以圖形表示之方法。在上述方法中，近年來國內公共工程實務常用以為進度管理者，主要是採進度曲線、網狀圖及里程碑法，將之簡介如下：

### 1.進度曲線法(參閱附圖一)

本法係以時間為橫軸，以完成之累計進度為縱軸，將時間與累計進度之對應關係，繪製成曲線之圖形表示法。工程實務上，大多以業主核定之工程網(狀)圖為依據，將各項工作排程轉換為工作天、或工作量、或預算金額後，統計其總量做為基礎；再以各時間點上已執行之數量佔總量之比例做為累計進度，經繪製而得。其中，工作排程轉換之各項方法中，以預算金額最常被使用<sup>58</sup>。

依本法判斷工程進度是否落後時，僅需在檢核之時間點上，比較實際完成之累計工程進度是否未達預訂完成之累計進度即可，且其間之差值即為實際工程進度之遲延值；當然，在實際完成之累計工程進度超越預訂完成之累計進度時，其間之差值即為實際工程進度之領先值。本法因使用簡單、方便，故在實務上極常採用。惟其在工程進度落後之情況下，無法由圖中看出原因、亦無從尋求解決之道，更遑論可以具體評估補救方法之成效，故須搭配可以彌補其缺點之網狀圖法使用。

---

<sup>58</sup> 參閱官明郎，〈談工程進度的圖形表示法〉，台灣省土木技師公會技師報，2007年11月17日。

## 2.網狀圖法(參閱附圖二)

本法係將整體工程分解為各個獨立之子工程<sup>59</sup>，再將各個子工程依施工順序之邏輯關係，由左至右以節點與箭號銜接，最後，搭配以時間為橫軸，即成為一包含所有子工程連接關係之網狀圖。為便於觀察與分析，完整之網狀圖須包括：各項子工程可以開始作業之最早開始時間及其對應之最早完成時間、在不影響工期之情況下可以作業之最遲開始時間及其對應之最遲完成時間。網狀圖可以計畫評估術法(PERT)及要徑法(CPM)繪製，實務上，以要徑法較常被採用。依該法，在網狀圖由左至右可以連結之各種路徑中，可以找出一條路徑，其所有子工程累加之工期最長，此條路徑即稱為要徑<sup>60</sup>。在要徑上任一子工程之延誤均會造成整體工程完工之延誤；而位於非要徑上之子工程，在不耽誤要徑上子工程開始動工之前提下，可以允許延誤之發生。

依本法判斷工程進度是否落後，係在檢核之時間點上，比較實際施工是否與網狀圖上所示相符，若圖上所示應完成作業之項目並未實際完成，則為進度落後；反之，若實際作業已在開始進行圖上所示下階段之工程時，則為進度超前。另外，當進度落後係由於要徑上子工程之延誤所造成者，則整體工程之完工亦將直接受其影響而

---

<sup>59</sup> 工程實務上常以作業稱之。

<sup>60</sup> 當然，若有數條路徑之累加工期均相同時，該數條路徑皆為要徑。

延誤。採本法編製網狀圖，過程複雜、費時，但因其可直接在圖上看出某一子工程之延誤對整體工程完工日期之影響，方便於提出解決之道並具體評估補救方法之成效，故在實務上亦極常採用。惟因本法不易在圖上看出施工進度百分比與落後或超前之進度百分比，故常搭配進度曲線法使用。例如行政院公共工程委員會所編撰之公共工程施工綱要規範『00370 承包商初步計畫及施工計畫』中<sup>61</sup>規定：

#### 『1.0 通則

承包商應於接獲開工通知之次日起，[六十(60)][ ]日內，提送涵蓋本工程整體之初步計畫，經工程師核准後，據以施行。並於每一項主要工作開始施作前，提送各單項主要工作之詳細施工計畫(簡稱施工計畫)，經工程師核准後方可施工，施工計畫應依據經核准之初步計畫發展詳述。初步計畫及各單項施工計畫，一經核准，即成為契約之一部份。小型工程或單純性工程，可將初步計畫及施工計畫合併辦理。

#### 1.1 初步計畫

初步計畫應涵蓋承包商為完成本工程所必須之人、機、料、工法、時程等要項，包括以下各項（主辦機關可視須要增刪初步計畫）：

C. 預定時程—主要項目開始及完成日期預估、詳細之網圖及曲線表。  
（進度曲線表格式詳本章附件，00370-5 頁）。』

承商須依該規定<sup>62</sup>提送初步計畫，計畫中應包括網圖及曲線表，且該內容經工程師核准即成為契約之一部，而具拘束雙方當事人之效力，承商須依其時程履行契約。

### 3. 里程碑法

<sup>61</sup> 該規範可在行政院公共工程委員會網站 [http://pcces.archknowledge.com/csi/Default.aspx?FunID=Fun\\_9\\_3](http://pcces.archknowledge.com/csi/Default.aspx?FunID=Fun_9_3) 下載而得。

<sup>62</sup> 依行政院公共工程委員會工程採購契約範本第一條：『第 1 條 契約文件及效力 (一)契約包括下列文件：1.招標文件及其變更或補充。』，施工規範是招標文件之一而成為契約之一部。

里程碑法係在網狀圖或甘特圖上標示一些關鍵、且可明確檢認之事項(例如：一樓樓版澆注、潛盾機行進 100M 等)，使其成為某一階段之目標；此目標之達成即表示該階段進度之完成。

依本法判斷工程進度是否落後，係在檢核之時間點上，檢查里程碑所標示之關鍵事項是否完成，若該事項並未完成，則進度即為落後；反之，若該事項已經完成，則進度即無落後，甚或可能已經超前。本法須搭配網狀圖或甘特圖使用，且因其與網狀圖皆不易在圖上看出施工進度百分比與落後或超前之進度百分比，故常亦配合進度曲線法使用。

實務上，某些業主運用本法時，當承包商未於預定時間達成里程碑時，該里程碑所標示之階段進度全部不計。如此對承商極不公平，常遭詬病；實務上採用本法之頻率似亦降低中。

目前，國內工程實務用以計算進度百分比之方法，主要是採前述之進度區線法，惟亦有採按工作天推算法<sup>63</sup>，該法係以施工天數與總工期之比計算進度百分比，計算上十分簡單；然因施工天數無法代表完成量，亦不足以顯示施工效率，故無法真實代表已完成之施工進度，是以除短暫性、臨時性、同質性高之工程可採本法計算進度百分比外，大多數之工程仍採進度區線法計算。

---

<sup>63</sup> 參閱王珽編著，〈建築工程估價投標〉，台北，詹氏書局，2000年8月，2版12刷，頁305。

使用進度曲線法計算進度百分比時，須以業主核定之工程網(狀)圖為依據，將各項工作排程轉換為工作天、或工作量、或預算金額，這種轉換，學者稱為權數分派<sup>64</sup>；各種權數分派之優、缺點概述如下：

### 1.工作天分派權數：

本法優點為簡單、方便，易於使用；缺點為工作天與工作量、工作成果未必為線性正相關，是故以工作天表示工程進度，有時無法真實反映實際進度。

### 2.工作量分派權數：

本法優點為可不失真地具體衡量實際進度；缺點為對於性質不同之工作(例如灌漿與綁紮鋼筋、地下室開挖與擋土支撐等)，其工作量之計算單位不同，不易合併計算<sup>65</sup>。

### 3.預算金額分派權數

預算為工程計畫中極其重要之考量因子，預算編列較多之項目，通常在契約當事人心中所佔地位亦較重要。故以本法所標示之進度可與當事人心中對各項目重要性評價相符，是本法之優點；然而相對地，各工程項目所需工作量與其預算之相關性未必相同(例如抽水站工程中，綁紮鋼筋所需人工、工期皆遠大於抽水機引擎之採

<sup>64</sup> 參閱劉智遠，〈公共工程進度計算方式之認定研究〉，中央大學營建管理研究所碩士論文，2005年6月，頁51~頁53。

<sup>65</sup> 實務上對不同性質工作給予不同之工作量分派權數，亦即採用「當量」之概念解決；惟各種不同性質工作之當量決定，係依個人主觀判斷為之，並無客觀標準。

購，但其預算卻遠小於抽水機引擎之採購。) ，故本法計算之進度，有時不能真正代表已執行之工作量，此為本法之缺點。

## 第二項、監督付款對工程進度計算方法之選擇

實務上以進度曲線法認定進度百分比，並以預算金額做為其分派權數。然當認定進度百分比係在決定有無符合監督付款之要件時，是否仍以預算金額做為分派權數即足<sup>66</sup>？此處應由監督付款設立進度百分比達七十五以上要件之目的加以探討<sup>67</sup>。當該要件之設立係由財務執行觀點做為考量依據時，採用預算金額分派權數計算進度百分比，其計算值即具代表性而得加以利用；但若其係以工作量或工作天之進程為考量者，則因預算金額分派權數法計算進度百分比有不能真正代表已執行工作量或工作天之缺點，故預算金額分派權數法之計算值無法反應所需資訊而不具代表性。因此，本文認為監督付款設立進度百分比達七十五以上要件具有兼顧公平與公益原則間之均衡、業主自身控制、管理後續工程能力、與分包商繼續施工、整合能力等之考量，其考量因子涵蓋預算金額、工作量及工作天，並非僅以預算金額即可含括；是故除以預算金額分派權數法計算進度百分比外，尚應輔以工作天或工作量分派權數法計算進度百分比，並在二者計算值皆達百分之七十五以上，方能認為符合要件規定。

---

<sup>66</sup> 採用進度曲線法，較之工作天推算法有諸多之優點，本文亦贊同。

<sup>67</sup> 參閱本章第一節。



### 第三節、有無構成轉包之違反

#### 第一項、轉包之意義

#### 第一目、政府採購法之規定

政府採購法對轉包之相關規定，見諸第六十五條至第六十七條：

第六十五條：『得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。

前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。

廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前二項規定。』

第六十六條：『得標廠商違反前條規定轉包其他廠商時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償。

前項轉包廠商與得標廠商對機關負連帶履行及賠償責任。再轉包者，亦同。』

第六十七條：『得標廠商得將採購分包予其他廠商。稱分包者，謂非轉包而將契約之部分由其他廠商代為履行。

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。』

其中，第六十五條第一項規定部分工程項目禁止次承攬，即不得轉包；而禁止之範圍規定在該條第二項，亦即『原契約中應自行履行之全部或其主要部分』。另外，第六十七條第一項規定除部分工程項目禁止次承攬，不得轉包外，其他部分則允許次承攬，即其稱之分包。對於第六十五條第二項規定之範圍，本法施行細則第八十七條有進一步說明：

『本法第六十五條第二項所稱主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分。』

這裏，對政府採購法施行細則第八十七條之文字解釋，產生二種不同看法：

第一種看法為：主要部份指招標文件標示為主要部份、或招標文件標示為應由得標廠商自行履行之部分者。

第二種看法為：主要部份指招標文件標示為主要部份、或為應由得標廠商自行履行之部分者。

二者之差異，在於『應由得標廠商自行履行之部分』是否以招標文件明文標示者為限，亦或是非以招標文件明文標示者為限。若採前者，則除招標文件明文標示者外，皆不得以他法認定『應由得標廠商自行履行之部分』範圍；反之，若採後者，則除招標文件明文標示者外，仍得以由契約整體觀察，參諸誠信原則，探求當事人真意後而界定『應由得標廠商自行履行之部分』範圍；例如招標文件中對投標廠商特定工程項目實績之要求，應可推得當事人合意就是項標案中與該實績相關之工程項目，皆限制由得標廠商自行履行而不得轉包。實務上，行政院公共工程委員會採前說，見其網站便民服務專區常見問答集<sup>68</sup>：

常見問答集

Q：機關辦理電腦設備及維護，其中電腦設備約佔總價七成，維護費用（含軟體、硬體）約佔總價三成，得標廠商如將硬體維護交由別家公司代為履行，是否為轉包？

A：如招標文件未標示硬體維護為主要部分或應由得標廠商自行履行，則得標廠商將該部分交由別家公司代為履行，屬採購法第六十七條第一項之分包情形。

<sup>68</sup> 本資料可由行政院公共工程委員會網站  
[http://www.pcc.gov.tw/cht/index.php?act=faq&code=view&faq=408&keyword\\_1](http://www.pcc.gov.tw/cht/index.php?act=faq&code=view&faq=408&keyword_1) 下載而得。

法院見解亦同，例如臺北高等行政法院 94 年度訴字第 02269 號判決：

『查本件原告主張被告於招標文件並沒有表明何部分是主要部分，何部分是應由得標廠商自行履行之部分，因此原告認其並未將全部工程交由其他廠商施工，就不會構成轉包情事等語，參酌卷內被告所提出之系爭工程部分契約內容及標價單等，均未明示何部分係系爭工程之主要部分，何部分是應由得標廠商自行履行部分，雖被告抗辯系爭工程之標價單上載明：「上項工程經領到工程圖樣及說明書後即遵照投標須知親赴工程地點實際查勘按照所需工料確實估價並在期限內完工」等語，可知本件電信線路零星積點工程之每張工作單（即零星工程之工作內容），均屬得標廠商應自行履行之部分云云，然由上揭約定尚難認係標示系爭工程之主要部分及得標廠商應自行履行部分，難認被告此項抗辯為真正。因此原告如確有施作系爭工程，而未將系爭工程全部予以轉包情事，被告自不得遽予主張原告確有轉包之事實，核先敘明。』

本文認為，在政府採購法仍有刑罰規定之前提下<sup>69</sup>，基於憲法法治國原則及刑法罪刑法定原則對構成要件明確性之要求，採前說以明確界定禁止轉包之範圍及相對應之允許分包範圍，應值肯認。一旦招標文件標示有主要部分者，該部分得標廠商全部皆應自行履行，不能由其他廠商代為履行。另外，政府採購法第六十五條第二項『原契約中應自行履行之全部』，在施行細則中並未對其加以闡釋；解釋上，應與施行細則對『主要部分』之解釋方法相同，即指契約中明文標示者『應

<sup>69</sup> 參見政府採購法第八十七條第一、二項：

『意圖使廠商不為投標、違反其本意投標，或使得標廠商放棄得標、得標後轉包或分包，而施強暴、脅迫、藥劑或催眠術者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。

犯前項之罪，因而致人於死者，處無期徒刑或七年以上有期徒刑；致重傷者，處三年以上十年以下有期徒刑，各得併科新臺幣三百萬元以下罰金。』

及第八十八條：

『受機關委託提供採購規劃、設計、審查、監造、專案管理或代辦採購廠商之人員，意圖為私人不法之利益，對技術、工法、材料、設備或規格，為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，處一年以上七年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以下罰金。其意圖為私人不法之利益，對廠商或分包廠商之資格為違反法令之限制或審查，因而獲得利益者，亦同。前項之未遂犯罰之。』

由得標廠商自行履行之部分』為限，而不得以他法更為認定。<sup>70</sup>

緊接著『主要部分』之解釋，尚有一重要之實務問題。此乃依政府採購法施行細則第八十七條規定：『第六十五條第二項所稱主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分。』，是故招標文件沒有標示主要部分或應由得標廠商自行履行之部分者，則該招標工程即無主要部分；這時，回到政府採購法第六十五條第二項前段：『前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部…，由其他廠商代為履行。』本處爭議在於原契約中規定應由得標廠商自行履行者，若得標廠商將之委由其他廠商代為履行，則其他廠商代為履行至何種程度，才構成轉包之違反？對此，行政院公共工程委員會有(八九)工程企字第八九〇〇六九七九號函加以說明：

『依政府採購法（以下簡稱本法）第六十五條第二項規定，本法所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行；依本法施行細則第八十七條規定，該主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分。經查來函所附旨揭印製案之投標須知第七十五點未填主要部分，則得標廠商有無轉包，應視該廠商有無將原契約中應自行履行之「全部」，由其他廠商代為履行而定。』

依該號解釋函，得標廠商僅要未將原契約中應自行履行之「全部」，由其他廠商代為履行，即不構成轉包，而前述臺北高等行政法院 94 年度訴字第 02269 號判決見解亦同。因此，得標廠商只要自行履行原契約中規定應自行履行之極少部分，諸如備料、提供施工機具、甚或

---

<sup>70</sup> 前述行政院公共工程委員會在常見問答集中之說明，應亦是採此見解。

僅是提送施工圖說(計畫)，即不構成轉包。如是解釋，雖與政府採購法第六十五條第二項前段文義相符，但就該條規定整體觀察，對得標廠商將應自行履行部分委由其他廠商代為履行之行為規範強度，顯有輕重失衡；因為一旦招標文件標示為主要部份、或為應由得標廠商自行履行之部分者，得標廠商將之少部分委由其他廠商代為履行，即構成轉包；而若招標文件未標示為主要部份、或為應由得標廠商自行履行之部分，但在契約中有規定為應由得標廠商自行履行者，則得標廠商可將絕大部分委由其他廠商代為履行，只要自行履行極少部分，即不構成轉包。行政院公共工程委員會為何採取這種輕重失衡之解釋？此應與當事人真意認定困難、契約用語與法律文字意義不同、及政府採購法刑罰性質所要求之構成要件明確性有關，析論如下：

1.招標文件對廠商應自行履行部分之標示明確，然契約文件之相關標示不易辨別而造成對廠商之突襲：

招標文件範圍依政府採購法第二十九條第三項：『第一項文件內容，應包括投標廠商提交投標書所需之一切必要資料。』僅須包括廠商投標所需之必要資料。一般實務上包括投標須知、投標標價清單、投標廠商聲明書、契約草案、採購規範、押標金及保證金格式等。<sup>71</sup>其中，主要部分或應由得標廠商自行履行部分之記載，出現

---

<sup>71</sup> 詳參行政院公共工程委員會採購專業人員訓練教材：投標須知及招標文件製作基礎課程(94/3/1)版，頁3。本資料可由 <http://www.pcc.gov.tw/cht/index.php> 下載取得。

於投標須知或契約草案中，係廠商可得預期者；再者，依行政院公共工程委員會投標須知範本第七十一條<sup>72</sup>：

『依採購法第65條之規定，本採購標的之主要部分為(無者免填)：』

亦明文標示主要部分，是以投標廠商可由招標須知中，明確獲知應自行履行之主要部分，並無疑義。但若根據契約，其範圍依行政院

公共工程委員會工程採購契約範本第一條第一項：

『契約包括下列文件：

1. 招標文件及其變更或補充。
2. 投標文件及其變更或補充。
3. 決標文件及其變更或補充。
4. 契約本文、附件及其變更或補充。
5. 依契約所提出之履約文件或資料。』

其範圍遠較招標文件為廣，包括施工規範(說明書)、單價分析表皆屬之。<sup>73</sup>其中何處出現應由廠商自行履行之記載，不僅廠商難以預期、易遭突襲，甚至連招標機關亦未必全然知悉；加之其應由廠商自行履行之記載，又不如招標文件明文標示主要部份這樣明確，更讓廠商遭突襲之風險大增。再者，實務上，投標廠商大多在得標後始能獲得上開文件，投標時根本無從知悉其中內容。因此，若以契約文件中出現應由廠商自行履行者，即課以必須全部自行履行、不得轉包之義務，違者可解除、終止契約及要求損害賠償，並有刑事追訴之嚴重法律效果，則對廠商而言，其投標時無從知悉相關內

<sup>72</sup> 本範本可由 <http://www.pcc.gov.tw/cht/index.php?code=list&ids=565> 下載取得。

<sup>73</sup> 實務上，將規劃報告納入契約，亦極為常見。

容，自亦無法從事法律風險評估及專業分包安排，而在得標簽約後卻須承擔如此高之法律及財務成本風險，極為不公平。

## 2. 當事人真意、契約用語與法律用語之意涵未必相符：

契約文件一部之施工規範中，常有『廠商應自行…』之記載，例如行政院公共工程委員會施工綱要規範第 01500 章施工臨時設施及管制<sup>74</sup>：

### 『3.2.1 交通及道路

(1) 承包商須自行安排運送執行本工程所需之機具、設備、材料及必要供應品運送至工地，並對運輸作業負全部責任。』

又如行政院經濟部水利署施工規範第 03210 章鋼筋<sup>75</sup>：

### 『2. 產品

2.1.5 廠商應先自行辦理完成鋼筋輻射線檢驗，經機關工地工程司核准始可使用。』

規範中所出現『廠商應自行…』等語，其真意究為相對於業主而言，得標廠商應自行作業；亦或是得標廠商應自行作業，不得轉包之規定。筆者以為，從工程常態來說，其真意應是指前者，即得標廠商必須在沒有業主協力下，獨立完成該工作，但該工作可以專業分包而委由他人完成，無須由得標廠商自行履行全部工作；然一旦招標機關做後者之認定，甚或法院亦採後者見解時，若再課以必須全部自行履行，不得些許分包之義務，則得標廠商將有遭解除、終止契

<sup>74</sup> 本內容可由 [http://pcces.archknowledge.com/csi/Default.aspx?FunID=Fun\\_9\\_3](http://pcces.archknowledge.com/csi/Default.aspx?FunID=Fun_9_3) 下載取得。

<sup>75</sup> 本內容可由

<http://www.epa.com.tw/construction/02%B2%F5%A4u%A7@%A4%CE03%B2V%BE%AE%A4g/03210%BF%FB%B5%AC.doc> 下載取得。

約及要求損害賠償，並有刑事追訴之嚴重法律效果。為避免此種因契約用語與法律文字意義不同<sup>76</sup>，造成得標廠商與業主在解釋上之困擾，實不宜與主要部分採相同標準，課以必須全部自行履行，不得些許分包之義務。

綜上所述，目前政府採購法對轉包之規範，可以分為以下二部分：

- 1.招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分：得標廠商應全部自行履行，不允許任何一部之分包，否則即為轉包。
- 2.除招標文件外，契約標示為應由得標廠商自行履行之部分：只要得標廠商參與其中部分工作，未將全部工作委由其他廠商代為履行者，即不構成轉包。

## 第二目、禁止工程轉包之立法目的

根據政府採購法立法之初，行政院版禁止轉包條款之立法理由<sup>77</sup>，禁止轉包是為避免廠商變相之租牌<sup>78</sup>；而在立法院委員會討論時，進一步說明立法目的是希望透過行政管理的方法來處罰原承包商及轉包廠商<sup>79</sup>。那麼廠商租牌之負面影響為何？該影響程度又何以大

<sup>76</sup> 行政機關在有豐富之發包、履約管理經驗下，尚且在其施工規範中，都還會發生此種契約用語與法律文字意義不符之情形；更遑論實務上，許多發包工程之施工規範是由工程顧問公司所編纂，編纂者可能不甚明瞭政府採購法不得轉包之規定，故其所用『廠商應自行…』字句，是否有要求得標廠商必須全部履行、不得轉包之意涵，甚為可疑。

<sup>77</sup> 本版本可在立法院國會圖書館網站

[http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@66:1804289383:f:NO%3DB02308\\*%20AND%20NO%3DA2%24%246\\$\\$\\$PD](http://lis.ly.gov.tw/lcgci/lglaw?@66:1804289383:f:NO%3DB02308*%20AND%20NO%3DA2%24%246$$$PD) 下載而得。

<sup>78</sup> 其他委員版之立法理由亦同。

<sup>79</sup> 參閱立法院公報委員會會議紀錄，第八十六卷，第二十四期，八十六年四月十九日，頁 339~頁 340。



到須藉行政管理、處罰之方法來矯正？此應可由以下二層面來觀察：

### 1. 租牌轉包造成市場不公平競爭

公共工程在招標時，常會限制投標廠商資格<sup>80</sup>，例如：綜合營造業或專業營造業或土木包工業<sup>81</sup>、綜合營造業之等級<sup>82</sup>、特定實績經驗等，其目的乃透過資格之限定，能對得標廠商之施工能力產生信賴，冀以達到工程所要求之品質。一旦得標廠商任意轉包，則實際進場施工者，可能是不符投標資格之營造廠商；如此，招標機關限定投標資格之目的即無法達到。再者，不符投標資格之營造廠商願意承攬之要求報酬通常較低，其藉租牌投標之報價通常亦較低；是故，符合投標資格廠商在投標時，其實際競爭對手並非同是符合投標資格之其他廠商，而是不符投標資格之營造廠商，而後者又可以較低報價與其競標，對符合投標資格、合法參與競標之廠商而言，極不公平。

### 2. 租牌轉包造成工程品質低落

得標廠商任意轉包，實際承包施工者，可能是不符投標資格之營造廠商，而其報價通常較低，前已述及；故其施做工程時，願意花

<sup>80</sup> 依政府採購法第三十六條第一、二項：

『機關辦理採購，得依實際需要，規定投標廠商之基本資格。

特殊或巨額之採購，須由具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等之廠商始能擔任者，得另規定投標廠商之特定資格。』

<sup>81</sup> 依營造業法第六條：『營造業分綜合營造業、專業營造業及土木包工業。』

<sup>82</sup> 依營造業法第七條：『綜合營造業分爲甲、乙、丙三等…』；另外，依內政部 95.12.01 台內營字第 0950806977 號令「營造業承攬工程造价限額工程規模範圍申報淨值及一定期間承攬總額認定辦法」第四條，各等級營造業承攬工程造价限額、工程規模範圍並不相同。

費之人工、機具、管理成本亦較低。如此，其施做工程將較不細膩，極有可能造成施工品質低落之情形。

### 第三目、主要部份之設定方法

實務上，公共工程招標機關在招標文件上標示主要部份，大都以工程項目標示，例如：抽水站房、主體結構等<sup>83</sup>。此種標示方式，長久以來，一直為行政機關招標時所遵循。這可由舊「營造業管理規則」之行政函釋窺見一斑<sup>84</sup>：

內政部六十七年一月十二日台內營字第七六八九八八五號函：

『主旨：營造業管理規則第二十二條第一項前段所謂：「主要部份」及同項但書所謂之「專業工程部分」如何區分。

說明：營造業管理規則第二十二條第一項所謂營造業承攬之工程其「主要部份」係指建築之基礎、主要樑柱、承重牆壁、樓版及屋頂之構造。所謂「專業工程部分」係指數設於建築物之電氣、煤氣、給水、排水、空氣調節、升降、消防、防空、避難及污物處理等設備或有關施工安全措施之工程。』

實務以工程項目設定「主要部份」，應是由區辨容易<sup>85</sup>、責任施工(即施工責任容易釐清)之觀點著眼。但此種設定方式是否妥當？這應由我國工程實務現況進一步來討論：

我國實務上，參與工程承攬者有工程行、土木包工業及營造廠；而在絕大多數公共工程限制投標廠商資格下，僅後二者能參與公共工程投標<sup>86</sup>。就後二者之規模而言，大多為中小型公司<sup>87</sup>，無論公司成

<sup>83</sup> 工程實務上，稱之為工程大項。

<sup>84</sup> 營造業管理規則已經九十四年十月二十七日台內營字第 0940086311 號廢止，現對營造業之管理係以法律位階之營造業法做為法源。

<sup>85</sup> 由設計圖說及工程項目表即可輕易找得。

<sup>86</sup> 工程行不在營造業法第六條所稱之營造業內。

<sup>87</sup> 參閱范光懿，〈我看台灣營造業〉，台北，詹氏書局，1999年8月一版二刷，頁23。

員、資本額或收入額都極為有限。在行政院主計處九十六年度統計營造業報告表中<sup>88</sup>，員工人數未滿五人者，佔全部家數之68.45%(37987/55494)；年營業收入在壹仟萬元以下者，佔全部家數之82.54%(45804/55494)；另外在行政院內政部營建署九十五年度營建統計年報中<sup>89</sup>，台灣地區甲等營造業共 1665 家、乙等營造業共 1300 家、丙等營造業共 6124 家、土木包工業共 4471 家，丙等營造業佔綜合營造業家數之 67.38%，若再計入土木包工業，則丙等營造業與土木包工業合計佔所有營造業家數之 77.3%；台灣省丙等營造業平均資本額為 406.6 萬元(2110322 萬/5190)、土木包工業平均資本額為 99 萬元(413978 萬/4181)。由於資本小，無法維持每月工資之固定支出，是故無能長期聘僱工人。因此，就組織型態而言，大多數並無固定工班(人)，即使有固定工班，人數亦極為稀少；相對地，其承攬工程之施工，是由公司負責人(總經理)與雇用之工地主任指揮<sup>90</sup>，實際現場施工者是與其合作之工班。

營造業會以此種專精於施工管理、不直接實際施工之型態經營<sup>91</sup>，主要是從成本控制與風險管理加以考量。因為營造業之案源不

---

<sup>88</sup> 本表可由行政院主計處網站

<http://www.dgbas.gov.tw/fp.asp?xItem=2072&ctNode=543> 下載而得。

<sup>89</sup> 本報表可由行政院內政部營建署網站

[http://w3.cpami.gov.tw/statisty/95/95\\_hm/htm\\_year9506.htm](http://w3.cpami.gov.tw/statisty/95/95_hm/htm_year9506.htm) 下載而得。

<sup>90</sup> 參閱丁建智，〈營建業完全生存策略〉，台北，詹氏書局，2003 年 9 月初版一刷，頁 45。

<sup>91</sup> 參閱謝定亞、黃忠發，〈營造業專業分工管理問題之研究〉，營建管理季刊，第 34 期，1998 年 3 月，頁 47~頁 48。

穩定，往往數月無法標得案件，再加上利潤微薄，是故除了少數擁有雄厚資本、並能承接鉅額工程之大型營造廠外，大部分之中、小型營造廠並無法負擔僱用固定工班之人事成本。再者，分包為世界各國營造業發展之主流<sup>92</sup>；對營造公司而言，所有施工項目皆可以分包，而由學者之調查亦發現我國營造公司將所有施工項目 100% 外包，是極為普遍之現象<sup>93</sup>。

既然我國營造公司與其他國家營造業之發展相同，採用專精於施工管理，而將大部分工作項目外包之方式經營，則公共工程招標機關以工作項目標示主要部份、限制該部分完全不得外包之做法，即與世界潮流及我國工程實務樣態不符。有豐富工程管理與施工經驗之招標機關，深知此種衝突，為避免得標廠商工程運作之困難，在招標文件中常不標示主要部份或應由得標廠商自行履行部分；然而，一旦招標文件中不標示主要部份或應由得標廠商自行履行部分，則回到政府採購法第六十五條第二項前段，只要得標廠商未將契約中應自行履行部分全部外包即不構成轉包。得標廠商僅需履行極少部分與工程相關之工作，那怕根本沒有實際進行施工管理，亦無構成轉包之虞。如此，招標機關設定投標廠商資格，冀由信賴得標廠商之經驗，控制工程品

---

<sup>92</sup> Hsieh(1998)發現多數營造公司有將大部分工作外包的傾向。參閱謝定亞、黃忠發，〈營造業班底效應之研究〉，中華民國建築學會建築學報，第 35 期，2001 年 4 月，頁 16。

<sup>93</sup> 參閱謝定亞、黃忠發，〈營造業班底效應之研究〉，中華民國建築學會建築學報，第 35 期，2001 年 4 月，頁 16、頁 19。

質之目的即無法完成，而禁止轉包之規定亦形同具文。

招標機關面對上述二難之情況，應如何解決？最根本之方法應回到得標廠商在其承攬工程中所須、所應扮演之角色著手。得標廠商在其承攬工程中是以施工管理者之角色指揮、監督工程之進行，對其應自行履行部分或主要部份之記載，自應以施工管理所須負責之工作項目做為標示之方法，而不應以工程項目做為標示之方法。那麼，施工管理所須負責之工作項目為何？本文認為，由招標者之觀點出發，其對得標廠商應自行履行施工管理工作之期待，依強度高低，即不可替代性之高低，由強至弱，依序為專門工程之施工與監造、工序安排與施工界面之整合、一般性工程之監造、與業主溝通協調之窗口等。其中，專門工程係指須採特殊工法、或由具特殊技能、經驗之施工者進行施工、又或須具備特殊施工機具方能施工，且皆是一般營造公司或工班所難以完成者，例如預力橋樑、潛盾推進施工等；此種專門工程，可能亦以工程項目標示，但與上述內政部六十七年一月十二日台內營字第七六八九八八五號函所稱「主要部分」不同者，是其著重在非一般營造公司或工班可以完成者，故營造公司具備此種施工能力，本來即須僱用固定工班；而上開函釋中對主要工程所列出之工程項目，實係一般營造公司或工班即可輕易完成者。對於這四種施工管理之核心內容，招標機關可依其工程特性，自行選擇後列於招標文件中；再者，

政府採購法亦應配合修正將第六十五條第二項前段『原契約中應自行履行之全部』刪除。如此，將具有下列優點，且亦可達到禁止轉包之功能：

- 1.與世界潮流及我國工程實務相符，不會產生衝突。且在施工管理與專業分包內涵明確化後，得標廠商將更有意願使專業分包檯面化，如此，對政府所推動之建立專業營造業政策，有積極正面之影響<sup>94</sup>。
- 2.對招標機關而言，可確保得標廠商盡到施工管理之責任，不致由現行政府採購法第六十五條第二項前段之規定而遁逃。
- 3.對得標廠商而言，可明確界定其責任範圍，不致因主要部分採工程項目訂定，而有執行上之困難，或遭違法之非難。

## 第二項、監督付款與禁止工程轉包之衝突

在現行政府採購法規及招標機關以工程項目標示主要部分下，實施監督付款極易產生違反禁止工程轉包規定之疑慮。其可能發生疑慮之態樣如下：<sup>95</sup>

- 1.實施監督付款，而所餘之工程中有主要部分標示之工程項目。此時，因得標廠商將之委由分包商施工，而違反政府採購法第六十五條第二項後段規定。

---

<sup>94</sup> 專業營造業之推動尚在起步階段，根據行政院內政部營建署九十五年度營建統計年報，台灣地區專業營造業家數僅 146 家。

<sup>95</sup> 謝定亞教授認為是否構成轉包，亦應注意主觀要件是否符合。

2. 實施監督付款後，得標廠商完全脫離工地<sup>96</sup>，而所餘工程中有契約

標示為應由廠商自行履行者。此時，得標廠商對該工程項目，僅有發包次承攬之行為，不能認為是已參與該工程項目相關工作之履行，因而違反政府採購法第六十五條第二項前段之規定。例如高雄地方法院九十一年度訴字第一八四六號民事判決：

『按「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。」、…查被告高大公司就原告上開興建回饋設施工程之服務範圍，業已於系爭契約第一條明定為地形測量及地質鑽探、工程規劃工作、工程細部設計、工程監造、其他服務等項，而其於簽約時所提出之上開系爭契約計畫工作參與人員組織表上亦已載明為資料蒐集測量鑽探、方案研擬評估、建築景觀設計、土木工程結構設計、機電儀控設計、招標文件規範預算、工程協助技術服務等分組工作，並列名二十三位人員參與之，…惟其上所列名者分別係訴外人黃冠勳建築師事務所、郭敏哲土木結構技師事務所、華洋工程有限公司之員工而與先前其於簽約時所陳報之上開二十三位參與人員無一相同，且該等事務所及公司所負責之項目分別係建築設計、簽證、請照、游泳池、體育館、景觀設計（黃冠勳建築師事務所）、建築結構計算設計、簽證（郭敏哲土木結構技師事務所）、游泳池、體育館、景觀園區水電相關設計（華洋工程有限公司水電技師）等情，此為被告高大公司所不爭執，另依原告與被告高大公司所簽訂之系爭契約…、第十三條規定：「乙方就本工程應負全部工程結構及其他設計之責任。」等語，是被告高大公司既已無任何員工，且其顯已將就系爭契約原應由其自行履行之服務項目全部委由其他廠商代為履行，此自己構成政府採購法第六十五條所稱轉包之情形，…』

該案中，得標廠商唯一做的工作，就是將各工程項目發包次承攬，法院認其將應自行履行之服務項目「全部」委由其他廠商代為履行，已違反政府採購法第六十五條。

<sup>96</sup> 請參閱本章第一節第一項之討論。

若採本文上述討論，招標機關於招標文件中對主要部分之標示，係以營造廠商施工管理核心內容為之，而非以工程項目標示，且政府採購法亦可配合修正將第六十五條第二項前段刪除，則僅要所餘工程並無招標文件所列之施工管理內容，實施監督付款即無違反禁止工程轉包之疑慮。

#### **第四節、工程款債權之可讓與性**

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…。前項協議書，應載明下列事項：…（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。』可以發現監督付款中，得標廠商所讓與分包商之工程款債權為繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權。而依行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第五條，可以發現得標廠商之債權種類，包括預付款、估驗款、驗收後之付款、尾款及保留款，在這些債權種類中，「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」在監督付款時，選擇以估驗款做為得標廠商所讓與分包商之工程款債權。這樣的選擇，是否妥當？有無可能難以運作？值得討論。

#### **第一項、工程款債權之種類與法律定性**

工程款債權，依其種類不同，對之法律定性亦有不同見解。分別



討論如下：

## 1. 預付款

預付款在簽約後、開工前即可請求。例如行政院公共工程委員會

「工程採購契約範本」第五條第一項第一款之：

『預付款於雙方簽定契約，廠商辦妥履約各項保證，並提供預付款還款保證，經機關核可後於\_\_\_\_日(由機關於招標時載明)內撥付。』

該款之性質有不同見解：

### (1) 承攬報酬之前付

本說認為預付款是承攬報酬之一部，僅是以特約提前支付。有學者採本說<sup>97</sup>，法院實務亦有；例如高雄地方法院 92 年度重訴字第

566 號判決<sup>98</sup>：

『(二)預付款之性質是否屬於民法第 490 條所謂之報酬，被告僅給付預付款 20,000,000 元是否確屬未為完全之對待給付？原告因而主張同時履行抗辯，拒絕承攬人應為之給付有無理由？原告是否應於被告已給付之 20,000,000 元範圍內，負比例施作之義務？

①依兩造合約第五條付款辦法約定，除第 2 項係約定被告應給付簽約總價 25% 預付款外，同條第 4 項僅就所餘 75% 之工程款約定給付之時間及方法，足認兩造約定之預付款性質上為承攬報酬之一部，僅由定作人先行給付該部分之款項，且為保證承攬人之施作義務，而另約定承攬人應提供銀行保證函，並非如被告所辯該預付款係屬消費借貸性質甚明。』

### (2) 業主對承包商之融資

本說認為預付款是業主為協助承包商在工程初期的資金調度需

<sup>97</sup> 參閱林美惠，「淺論工程預付款之法律性質」，營造天下，第 62 期，2001 年 3 月，頁 4；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 508。

<sup>98</sup> 台南地方法院 96 年度重訴字第 109 號判決亦同此見解。

要，所給予承包商之融資。學說有採本說者<sup>99</sup>，法院實務亦同；例如臺南地方法院 93 年度訴字第 557 號判決：

『則原告請領預付款時既無施工情形，其所請領之預付款，性質上即接近被告給予原告之融資。…，顯見原告於受領被告所給付之預付款後，實已無本件工程款之支出及需求，則其所受領之上開預付款，當純係融資之用，…』

## 2. 估驗款

估驗款是依契約約定，承包商在工程達某特定進度、或工作日經過某特定期間後，依其完成之進度百分比或工作量，向業主請求估驗計價後付款。例如行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第五條第一項第二款之：

『契約自開工日起，每\_\_\_\_日(由機關於招標時載明)估驗計價撥付估驗款 1 次。估驗時應由廠商提出估驗明細單，機關至遲應於 5 日內完成審核程序，並於接到廠商提出請款單據後 5 日內付款。』

該款之性質有不同見解：

### (1) 承攬報酬之給付

本說認為估驗款是承攬報酬之一部，其乃承包商在估驗前所完成承攬工作之對價。有學者採本說<sup>100</sup>，法院實務亦有；例如台灣高等法院 92 年度上更(一)字第 145 號判決<sup>101</sup>：

『查兩造係約定兩造英文合約所載系爭工程第 1-1、1-2 項工程之工程費，其中 20% 於簽訂契約時給付，40% 於物料到台灣時給付，30% 依實際完工情形於估驗月份給付，第 1-3 至 1-7 項工程之工程款，其中 10% 於簽訂契約時給付，80% 依實際完工情形於估驗月份給付，餘 10% 保留為保留款，俟

<sup>99</sup> 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 211。

<sup>100</sup> 參閱謝哲勝、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 511。

<sup>101</sup> 本案經上訴最高法院，最高法院亦肯認之(93 年度台上字第 575 號判決)。

被上訴人及捷運局 驗收合格始得請領，已如前述，足見兩造已就承攬報酬約定分期給付。又系爭捷運局合約第 97.2 條約定：「按物價指數調整之工程費，每月辦理一次，估驗計價人員於某一月份之物價指數公布後，即據以核算該月應予調整之工程款，併於最近一期工程計價款增減。」(Where applicable, escalation of construction shall be made in a monthly basis by the Engineer based on the price index promulgated by the Government, and the resulting addition or deduction due to such escalation shall be applied to the interim payment of the latest month) (見原審卷第 50 頁、本院卷(一) 第 54 頁)，是系爭物價指數調整款係捷運局為因應人工、物料價額之提昇，經與被上訴人約定將之納入於系爭捷運局合約第 97 條，兩造亦隨同約定於兩造英文合約第 6 條，已如前述，而定作人給付承攬人完成一定工作之對價，即為報酬，其約定之名稱如何，並非所問，系爭物價指數調整款之名稱及計算方式雖與系爭工程估驗款有異，並可獨立、分開請求，然各期之調整款係附屬於各期工程估驗款而存在，若無工程施作，即無調整款之可言，故依上開系爭捷運局合約第 97.2 條約定，被上訴人每期應給付之承攬報酬，為該期工程款與按比例計算之調整款之總額，調整款自亦係上訴人完成一定工作之對價，屬報酬之一部分，其請求權時效期間，依民法第 127 條第 7 款規定為 2 年，且其行使之時期應依各期調整款請領之時點而定。』

## (2) 業主對承包商之融資

本說認為估驗款是業主為協助承包商在工程進行中的資金調度需要，所給予承包商之融資。學說有採本說者<sup>102</sup>，更有論者進一步認為估驗款為附停止條件之債權，須待承包商完成之特定進度百分比或工作量後，方因條件成就而發生<sup>103</sup>。法院實務亦有採本說者，例如臺灣高等法院台中分院 94 年度建上字第 21 號判決<sup>104</sup>：

『足見定作人按工程進度付款予承攬人之目的，僅係財務上融資，即以每一期估驗計價款而言，被上訴人僅得請求該次計價款之百分之九十，餘額則須俟工程全部竣工，甚至辦妥工程保固保證始得請求。估驗計價款，並不涉及已完成工程之交付、檢驗合格或所有權移轉之問題，且係以該期內完成之工程價值為對象，並非以某特定分項工作之完成為估驗之對象，…』

<sup>102</sup> 參閱王伯儉，〈工程糾紛與索賠實務〉，台北，元照出版公司，2002 年 10 月初版一刷，頁 55。

<sup>103</sup> 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 117。

<sup>104</sup> 臺灣高等法院 92 年度保險上字第 58 號判決亦同此見解。

### (3)視估驗計價條件決定性質說<sup>105</sup>

本說認為估驗款性質應視估驗計價條件而定。若估驗計價是每隔一段時間進行，例如按月估驗，則其估驗範圍無從特定，工作給付範圍亦無從特定，故難以認是工程報酬，而應認是業主對承包商之融資。反之，若估驗計價是待特定工作、或進度完成始得為之者，例如特定工程項目、里程碑之達成，則其估驗範圍得以特定，工作給付範圍亦可以特定，此時，應認是承攬報酬，而非業主對承包商之融資。

### 3.驗收後付款

本款係承包商完工後，經業主驗收合格而付款。其性質上是工程報酬，此點較無爭議。在這裏，有一更上位之問題必須討論，即工程承攬契約係一時性契約或繼續性契約。此關係到工程報酬請求債權是否為扣押命令所及<sup>106</sup>，故有討論之價值。對此，學說及實務均有不同看法：

#### (1)一時性契約說

本說認為工程承攬契約，承攬人因一次給付，債務即告消滅，而定作人亦因此一次性之給付，其債權即獲滿足。學說有採本說者<sup>107</sup>，

---

<sup>105</sup> 謝定亞教授採之。

<sup>106</sup> 強制執行法第一百一十五條之一第一項：『對於薪資或其對於薪資或其他繼續性給付之債權所為強制執行，於債權人之債權額及強制執行費用額之範圍內，其效力及於扣押後應受及增加之給付。』係於民國八十九年二月二日修正公佈，在此之後，扣押命令及於繼續性給付之後續發生債權已有法源。

法院實務亦有，例如台灣高等法院九十一年度上易字第七九七號

判決：

『系爭工程合約屬承攬契約，承攬之工作範圍於簽立承攬契約時即確定，自不因當事人約定就工作內容分期估驗及給付工驗款而改變其一時性契約之性質。系爭工程合約既屬一時性契約，且工程款債權於契約成立時候即已發生，得為債權讓與之標的，債權讓與契約合法有效。』

## (2)繼續性契約說

繼續性契約指契約當事人債務之履行，須由長時間繼續性之給付方能達成，無法僅由一次性之給付即可完成。在這種契約關係中，時間有相當重要之份量，決定了應履行給付之範圍<sup>108</sup>。學說有認為公共工程是承包商長期地持續施工，陸續完成契約的各項工作內容，並非一次給付即可完成，而採本說<sup>109</sup>；法院實務上亦有採本說者，例如臺灣高等法院 95 年度建上字第 17 號判決：

『契約條款第 23 條雖為解除契約之約定，惟系爭契約性質上為承攬契約，屬繼續性契約，…』

## 4.尾款

嚴格說來，尾款係由二者組成<sup>110</sup>；一為最後一期施做工程之工程

<sup>107</sup> 參閱邱聰智，〈新訂債法各論(中)〉，台北，作者自版，2002 年 10 月一版，頁 128；王澤鑑，〈債法原理第一冊—基本理論債之發生〉，台北，作者自版，2003 年 10 月，增訂版七刷，頁 145。

<sup>108</sup> 學者有稱之為「長期債之關係」者，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 5。這種用法，較能正確表達該種契約之特性；惟法院實務上，當事人較常以繼續性契約稱之，本文為與判決用語配合，故從之。

<sup>109</sup> 參閱謝哲勝、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 25；黃茂榮，〈論承攬(三)〉，植根雜誌，第 12 卷第 3 期，1996 年 3 月，頁 18~頁 19；余文恭，〈論工程契約之性質及其義務群〉，月旦法學雜誌，第 129 期，2006 年 2 月，頁 24；古嘉諄、陳希佳、顏玉明主編，〈工程法律實務研析【二】〉，台北，元照出版公司，2006 年 2 月初版一刷，頁 250。

<sup>110</sup> 實務上，常常亦包含保留款，而不加以區分。

款(最後一期工程並無估驗款)，另一為施工期間各期估驗款累計後與最後驗收結算(需扣除最後一期工程完成者)間之短差。其性質上為工程報酬應無爭議。

## 5.保留款

保留款是為預防承包商違約、或業主於估驗計價時超估而有超額給付時，可以做為扣款之用。例如行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第五條第一項第二款之：

『估驗以完成施工者為限，如另有規定其半成品或進場材料得以估驗計價者，從其規定。該項估驗款每期均應扣除 5% 作為保留款(有預付款之扣回時一併扣除)，並於工程完成，機關驗收合格，廠商繳納保固保證金後，於\_\_\_\_日(由機關於招標時載明)內 1 次無息結付尾款。但廠商比照預付款還款保證規定提出與保留款同額之保證金作為擔保者，機關於估驗付款時免扣保留款，已保留之款項無息給付。』

該款之性質有不同見解：

### (1)已發生但清償期未屆至之債權

本說認為保留款是承攬報酬之一部或類似於保證金之債權，且為已發生之債權。契約中相關付款條件之約定，僅是清償期何時屆至之規定，並非停止條件。法院實務有採本說者，例如最高法院八十五年台上字第一五七六號判決：

『且上訴人已自承：伊與中鹿公司間就系爭工程契約條款第六條及施工補充說明書第二條固約定每月估驗計價一次，並按當月份完成之工程進度百分之九十五計價給付，餘百分之五為保留款等情在卷。準此，該每月計價後保留百分之五累計之系爭工程款二百三十七萬一千七百三十七元，係已確定發生之工程款債權，自非附停止條件之債權甚明，與一般保證金債權之性質類似。此與附停止條件之債權必待將來客觀上不確定事實之成否而決定債權是否發

生者，迥不相同。是上訴人所辯，系爭工程款屬於保留款部分，將來須經工程全部完工、驗收合格等條件成就，並扣除中鹿公司對伊應負擔之一切費用及損害賠償金額後，若尚有餘額始得支付等語，係屬上訴人得否主張抵銷之問題，故上訴人所稱，該保留款係附條件之債權，被上訴人目前並無所謂私法上之地位有受侵害之危險，自無提起本件確認之訴之利益云云，即有誤會。…。查，系爭二百三十七萬一千七百三十七元，既為工程保留款，乃係已確定發生之債權，並非附停止條件之債權，為原審所確定之事實，縱該保留款必須至將來工程全部完工、驗收合格時，上訴人始予以支付，亦僅係清償期是時屆至，中鹿公司方得請求給付而已。上訴論旨，仍執陳詞，並以原審取捨證據、認定事實及適用法律之職權行使，指摘原判決違背法令，聲明廢棄，非有理由。』

另臺灣高等法院九十三年度上更(一)字第四〇號判決以行政院公共工程委員會之回函解釋做為論斷之依據：

『(二)被上訴人雖抗辯系爭工程之百分之五工程保留款並非已發生之報酬請求權，而係以工程全部完工並經驗收合格為停止條件之報酬請求權云云。惟查：1.依公共工程委員會九十年六月二十一日函文記載：「．．．五、工程竣工後，已完工估驗計價但尚未辦理驗收者，如其原因尚可改正，而廠商請求先行支付工程估驗計價保留款且願提出同額還款保證者，機關可以比照預付款還款保證規定予以接受。．．．」(見本院卷第四九頁)。並經本院以九十三年五月二十五日院信民儉字第 0000000000 號函向公共工程委員會查詢下列事項：「(一)據公共工程委員會九十年六月二十一日函，在工程完成驗收程序前此筆撥付款項是否為機關融資墊款之性質？(二)是否需俟完成驗收程序始可核銷轉為工程款？(三)如廠商未完成驗收程序或未依相關規定提出同額還款保證，此處之工程估驗計價保留款是否為預算保留款，仍須待廠商完成驗收程序始得請求撥付作為工程款價金？」(見本院上更(一)卷第一〇一、一〇二頁)，復據公共工程委員會以九十三年六月八日工程企字第 0000000000 號函(下稱公共工程委員會九十三年六月八日函)復：「．．．(一)來函說明二之(一)及(二)疑義，機關依旨揭函(即上開公共工程委員會九十年六月二十一日函)說明五辦理支付工程估驗計價保留款，係有條件提前支付之權宜措施，尚非『融資墊款』性質。另該保留款之撥付，尚非需俟完成驗收程序始可核銷轉為工程款。(二)來函說明二之(三)疑義，如廠商未完成驗收程序或未依相關規定提出同額還款保證，該工程估驗計價保留款為契約價金保留款，須待符合契約所訂付款條件後方得支付。．．．」(見本院上更(一)卷第一〇三、一〇四頁)。2.．．．而依系爭合約第十六條約定：「．．．(一)本工程無預付工程款，開工後每達百分之五估驗一次，按已完成數量計價付款百分之九十五，其餘百分之五保留全部工程完工經甲方指被上訴人)驗收合格後

一次付清。……」…又依公共工程委員會九十三年六月八日函文所載：  
「……如廠商未完成驗收程序或未依相關規定提出同額還款保證，該工程估驗計價保留款為『契約價金保留款』，……」（見本院上更(一)卷第一〇四頁），則工程估驗計價保留款既為「契約價金保留款」，核其性質仍為契約價金之一部，僅保留俟符合系爭合約之約定，於全部工程完工，經被上訴人驗收合格後，方一次付清。足證系爭工程估驗計價保留款，於完成第四期估驗之八十九年七月十八日（見原審卷第四〇頁至第四三頁），即已確定發生工程款債權，亦即在原執行法院八十九年九月二十九日發扣押命令（見原審卷第十五頁）之前即已確定。而所謂全部工程完工，經被上訴人驗收合格後，一次付清，應屬訴外人立永公司請求給付上開保留款之期限，而非停止條件。』

## (2)附停止條件之債權

本說認為承包商是否可以完工並經業主驗收通過，是一不確定之事實。該不確定之事實為保留款債權發生之停止條件，必待條件成就後，保留款債權始因有效成立而可請求。學說有採本說者<sup>111</sup>，更有論者進一步認為除停止條件外，該債權尚有經驗收結算後已無剩餘款項之解除條件<sup>112</sup>；法院實務上亦有採本說者，例如最高法院九十三年度台上字第一九五〇號判決：

『可見尾款之給付，係以承攬人「工程全部完竣」及「經正式驗收合格」為要件，而工程全部完竣為系爭工程承攬人應履行之義務，於系爭工程合約簽訂時，承攬人是否能如期完成全部工程，屬將來不確定成就與否之事實，系爭工程合約以此種將來不確定成就與否之事實，作為被上訴人給付尾款之約定，應屬民法第九十九條所規定之條件。原審謂系爭工程款項為按各期完成工程價值百分之十計算之保留款累計，屬附清償期之債權，不無可議。』

對於上述各種爭議，本文認為：

### 1.工程承攬契約是一時性之契約，非繼續性契約

<sup>111</sup> 參閱謝哲勝、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513。

<sup>112</sup> 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117。



工程承攬之給付在於工作之完成，時間僅是在施做工程中，必然經過之自然現象，並非由時間來決定應給付之範圍。是故時間僅是一清償期之約定，不可以清償期較長即論工程承攬契約為繼續性契約。另外，採估驗款是工程報酬一部之觀點，該估驗款亦僅是業主分期清償工程報酬方式之約定，不可以此遽論其為繼續性給付之對價，而認工程承攬契約為繼續性契約。

## 2. 預付款是業主對承包商之融資，非承攬報酬之前付

工程之初期成本，因需要購料進場、洽請工班、租買施工機具等，而有較高之投入。又因我國營造廠商多為中小型公司，資本額低<sup>113</sup>，資金調度困難，是故業主為協助得標廠商在工程初期之資金調度，而有預付款之設。其目的本係為對廠商融資，並非承攬報酬之前付。此點觀之行政院公共工程委員會工程採購契約範本第五條第一項第一款預付款之規定，應可明瞭：

『預付款之扣回方式，應自估驗金額達契約價金總額 20% 起至 80% 止，隨估驗計價逐期平均扣回。』

若預付款果為承攬報酬之前付，即無須扣回，僅須規定達預付款所標示之工程進度後，始能進行估驗即可。又若為承攬報酬，則對已支付之承攬報酬，何能扣回？今預付款須依工程之進度逐期扣回，顯見其非承攬報酬，而是對廠商「初期」資金需要之融資，該扣回

<sup>113</sup> 參閱本章第三節第一項第三目討論。

實為廠商清償貸金之規定。

### 3.估驗款是承攬報酬之給付，非業主對承包商之融資

工程承攬契約雖是一時性之契約，但其清償方式仍可由當事人自由約定，而估驗款就是業主分期清償承攬報酬之方法，並非業主對承包商之融資。此點應可由下列觀察得知：

(1)公共工程為避免廠商違約，設有許多擔保制度，並以政府採購法第三十條第三項及行政院公共工程委員會(88)工程企字 8806853 號令發布之押標金保證金暨其他擔保作業辦法<sup>114</sup>做為規範。依該辦法第八條：

『保證金之種類如下：

- 1.履約保證金。保證廠商依契約規定履約之用。
- 2.預付款還款保證。保證廠商返還預先支領而尚未扣抵之預付款之用。
- 3.保固保證金。保證廠商履行保固責任之用。
- 4.差額保證金。保證廠商標價偏低不會有降低品質、不能誠信履約或其他特殊情形之用。
- 5.其他經主管機關認定者。』

可以發現對於預付款，設有還款保證。若估驗款確為業主對承包商之融資，為何未要求還款保證？縱認為廠商已完成之工作物即可做為擔保，惟依行政院公共工程委員會工程採購契約範本第五條第一項第二款估驗款規定之：

『半成品或進場材料得以估驗計價之情形：(由機關於招標時載明)』

<sup>114</sup> 本辦法可在

[http://www.tari.gov.tw/%A6%E6%ACF%AAk%B3W/%B1%C4%C1%CA%AAk%AE%D7/%A9%E3%BC%D0%AA%F7%ABO%C3%D2%AA%F7%BA\[%A8%E4%A5L%BE%E1%ABO%A7@%B7~%BF%EC%AAk.htm](http://www.tari.gov.tw/%A6%E6%ACF%AAk%B3W/%B1%C4%C1%CA%AAk%AE%D7/%A9%E3%BC%D0%AA%F7%ABO%C3%D2%AA%F7%BA[%A8%E4%A5L%BE%E1%ABO%A7@%B7~%BF%EC%AAk.htm) 網站下載而得。

該半成品對業主豈有擔保之價值？更遑論進場材料所有權仍屬於廠商，其可任意搬出工地，何來擔保之有？估驗款若果係業主對承包商之融資，其性質與預付款相近，則業主應會採取與預付款相同之思考脈絡而要求還款保證；今「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」與工程採購契約範本並未如此為之，顯示業主認為估驗款之性質與預付款不同，非屬業主對承包商之融資。

(2)依行政院公共工程委員會工程採購契約範本第五條第一項第二

款估驗款規定中：

『查核金額以上之營建工程，於初驗合格且無逾期情形時，廠商得以書面請求機關退還已扣留保留款總額之50%。』

若估驗款為業主對承包商之融資，在完工初驗後，已無再貸予廠商之需要，又何須退還？必是其為承攬報酬之一部，方須退還。

(3)保留款是為預防承包商違約、或業主於估驗計價時超估而有超額

給付時，可以做為扣款之用，此種目的為工程實務界所普遍認識。

故估驗款必是承攬報酬之一部，須依清償期給付予承攬人，但為避免超額給付，而須設立保留款制度以為扣款之備；若估驗款是業主對承包商之融資，為預防超額貸款，即擔保額度不足，僅須降低貸金額度(例如估驗工程價值之70%或50%)即可，何需多此一舉，設立依完成工程價值估驗，再扣除5%作為保留款之保留款制度？

4.保留款是已發生但清償期未屆至、且附有解除條件之債權，非附停

## 止條件之債權

保留款依其目的，應是屬於「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第八條第五款『其他經主管機關認定者。』之保證金，乃為承包商違約、及返還超額給付之責任擔保。在廠商將保證金所有權讓與業主時，該保證金之返還請求權同時產生；惟其須待清償期屆至，即承包商履約、業主驗收合格後，方能請求。另外，若經驗收結算扣款後已無剩餘款項，則無須返還，故該債權附有經驗收結算後已無剩餘款項之解除條件

## 第二項、工程款債權讓與生效之時點

工程款債權的種類繁多已如前述，而學說及法院實務對各工程款的性質又有不同見解，尚未統一。採用不同見解在實務上產生之影響主要有下列三者：

### 1. 債權發生之時間不同

這關係到請求權由何時開始起算，該債權約定繫於客觀上不確定事實之發生始能請求者，此約定是清償期或停止條件，影響到債權有效發生之時點：

(1) 債權有清償期之約定，但未附停止條件者，該債權在契約雙方合意時即已發生；縱使該清償期之約定是一不確定期限，亦同<sup>115</sup>。例

---

<sup>115</sup> 參閱王澤鑑，〈民法總則〉，台北，作者自版，2003年1月，增訂版，頁453。

如最高法院九十五年度台上字第二八四二號判決：

『按法律行為之附停止條件，係指該法律行為效力之發生，繫於將來、客觀、不確定的事實之成就。本件上訴人有交付全部價金尾款二千三百八十七萬元之義務，於和解前即已存在，依兩造成立之系爭和解，僅約定該尾款應於被上訴人就系爭房屋進行挑高變更工程完成並將房地產權完成過戶登記予上訴人之翌日交付而已，則被上訴人縱未完成挑高工程及過戶，仍不影響該已確定發生之尾款債權之效力。具見當事人非以法律行為效力之發生為和解內容，而係僅以其履行期之屆至繫於不確定之事實之約款，亦即本件祇不過須俟挑高工程及過戶完成，被上訴人始得請求給付尾款而已。』

(2)債權附有停止條件者，須待條件成就後，該債權才有效發生。

另外，對承攬契約採一次性契約說或繼續性契約說，亦會影響工程款債權發生之時點：

(1)一次性契約說，工程款給付之範圍、內容，於契約雙方合意時即已確定，工程款債權同時發生。

(2)繼續性契約說，工程款給付之範圍、內容，於契約雙方合意時尚未確定，而係由當事人之繼續性作為，隨著時間經過產生新債權<sup>116</sup>，故工程款債權係隨著可請求之時點到來而發生。例如最高法院九

十年度台上字第一四三八號判決：

「債權讓與契約，其讓與之債權以日後發生為已足，故將來債權之讓與契約，固可有效成立，但其債權屬繼續性給付者，因未到期之給付於讓與契約成立時尚未存在，無從移轉，自應於各期給付期限屆至時，始生債權移轉效力……。」

## 2.債權移轉生效之時點不同

依我國民法第二百九十四條，債權非屬不得讓與者，即可移轉(讓與)；而工程款債權在性質上沒有專屬性、亦非強制執行法所規定禁

<sup>116</sup> 參閱王澤鑑，〈債法原理第一冊—基本理論債之發生〉，台北，作者自版，2003年10月，增訂版七刷，頁146。

止扣押者、加之一般公共工程契約對其並無不得讓與之約定，故其係可讓與之債權。

債權讓與是債法上之處分行為，學者稱之為準物權行為<sup>117</sup>；其法律效力應與基礎行為分離<sup>118</sup>。分別討論如下：

### (1)基礎行為

基礎行為指債權讓與之原因行為，其可能是承包商與次承攬分包商間債之更改、代物清償契約、或新債清償契約，其契約標的為債務內容之變更，即以承包商對業主工程款債權之讓與，替代承包商對分包商就次承攬契約之工程款債務。

基礎行為之標的物為承包商對業主之工程款債權，其性質依學說與法院實務之不同見解，可能為已發生但清償期未屆至之債權，或附停止條件、但條件尚未成就之未發生債權。若採已發生但清償期未屆至債權之見解，則承包商已為債權人，該債權之移轉自無不能，基礎行為因標的可能而有效成立。再者，若採附停止條件、但條件尚未成就之未發生債權見解時，則雖該債權尚未發生，但債權之發生客觀上並非絕對不可能者，故基礎行為仍因標的可能而有效成立<sup>119</sup>。

<sup>117</sup> 參閱王澤鑑，〈民法物權(1)通則·所有權〉，台北，作者自版，2003年10月，增補版，頁81；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942。

<sup>118</sup> 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634。

<sup>119</sup> 依民法第三五〇條前段：『債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在…』，故縱債權根本不存在，其買賣契約仍有效成立，並無民法第二四六條第一項契約為無效之適用；又依

## (2)準物權行為

債權讓與，在讓與人與受讓人合意時，即發生債之移轉效力，故債權讓與契約有處分行為之性質，而稱之準物權行為。其債權移轉之生效時點，因對工程款債權性質採不同見解而異：

①債權有清償期之約定，但未附停止條件者，該債權在契約雙方合意時即已發生而存在，故讓與人、受讓人就其讓與合意時，即生移轉之效力。

②債權附有停止條件者，須待條件成就後，該債權才有效發生；故以其為讓與標的物之讓與契約，須待標的物因停止條件成就而有效存在時，方能生效，並在生效同時發生債權轉之效果<sup>120</sup>。例如，最高法院九十五年度台上字第二二六三號判決：

『而將來債權之讓與，僅係所讓與之債權即讓與標的，附有條件或期限，債權受讓人於原定之條件成就或期限屆至時始得行使權利。故除有民法第二百九十四條第一項所定情形外，將來債權之讓與，尚非法所不許，且於債權讓與契約生效時，發生債權移轉之效力』

另外，對承攬契約採一次性契約說或繼續性契約說，亦會影響工程款債權移轉生效之時點：

①一次性契約說，工程款債權於契約雙方合意時即已發生而有效存在，故讓與人、受讓人就其讓與合意時，即生移轉之效力。

---

民法第三四七條，買賣契約之規定，在其他有償契約準用之。是故舉重以明輕，債權根本不存在時，契約仍有效成立，更何況附停止條件之債權，是已有基礎之未來債權，並非沒有基礎、根本不存在之債權，以其之讓與為標的之契約，應有效成立。

<sup>120</sup> 參閱孫森焱，〈民法債編總論 下冊〉，台北，作者自版，2001年10月修訂版，頁946。

②繼續性契約說，工程款債權係隨著可請求之時點到來而發生，故須在其發生後，方因債權有效存在而產生移轉之效果。例如上述最高法院九十年度台上字第一四三八號判決所論。

### 3. 扣押命令效力範圍不同

此點對監督付款能否實施有重大影響，將於下節中再論。

綜上所述，本文認為工程款種類中，除預付款是在工程初期即已給付予承包商，而在實施監督付款時無從再為讓與；以及保留款性質上是做為擔保，剩餘價值不易確定，做為讓與之債權難獲受讓人(分包商)接受外，其餘之估驗款、驗收後付款、尾款皆是工程報酬，且是已發生之債權而適於讓與。<sup>121</sup>「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十一條僅規定監督付款所讓與之債權為估驗款，未包括驗收後付款及尾款。其究為例示規定或列舉規定，解釋上即生困擾；更何況部分工程根本無估驗款之約定，若採列舉規定說，則該等工程豈不喪失實施監督付款之機會？因此，宜將其視為例示規定，即驗收後付款、尾款亦可做為債權讓與標的物而實施監督付款。

## 第五節、工程款債權遭扣押後之影響

### 第一項、扣押命令效力範圍

<sup>121</sup> 此有反對說。謝定亞教授認為在廠商延誤履約下，驗收後付款及尾款可能皆遭機關用以扣抵損失(害)以致沒有剩餘，故難以做為監督付款之讓與債權。



實施監督付款，實務上承包商可能讓與分包商之工程款債權種類有估驗款、驗收後付款、尾款、及保留款。此四種工程款債權，因法院對其性質採不同見解而影響讓與生效時點之認定。由於同一債權有扣押命令及債權讓與並存時，應以扣押命令送達第三人與債權讓與之通知到達第三人之先後，定其效力。<sup>122</sup>是故在工程款債權遭法院核發扣押命令時，若該債權於承包商與分包商間有讓與之合意，則其債權讓與合意生效並通知送達第三債務人(業主)時點，究在執行名義送達第三債務人前或送達後，對受讓人(分包商)可否對抗執行債權人有直接之影響。將之以執行名義送達第三債務人，是於讓與合意有效成立並通知到達第三債務人前、後不同，分別討論如下：

#### 1.執行名義於讓與合意成立並通知到達第三債務人前送達

依據強制執行法第一百一十五條：

『就債務人對於第三人之金錢債權為執行時，執行法院應發扣押命令禁止債務人收取或為其他處分，並禁止第三人向債務人清償。』

另外，依據強制執行法第一百一十八條：

『第一百五條、第一百十六條、第一百十六條之一及前條之命令，應送達於債務人及第三人，已為送達後，應通知債權人。

前項命令，送達於第三人時發生效力，無第三人者，送達於債務人時發生效力。但送達前已為扣押登記者，於登記時發生效力。』

因此，一旦法院就承包商對業主之工程款債權核發扣押命令並送達業主後，承包商即不得對該債權再為處分。承包商若違反扣押命令

<sup>122</sup> 參閱張登科，〈強制執行法〉，台北，作者自版，2005年4月修訂版，頁431。

而為讓與，係屬無權處分，對於執行債權人不生效力<sup>123</sup>。

再者，依據強制執行法第一百一十五條之一第一項：

『對於薪資或其他繼續性給付之債權所為強制執行，於債權人之債權額及強制執行費用額之範圍內，其效力及於扣押後應受及增加之給付。』

是故，就工程款給付採一時性契約說之見解時，該工程款債權受扣押命令效力所及，承包商在扣押命令送達業主後即不得對該債權再為處分；縱使就工程款給付採繼續性契約說之見解，雖然未來給付之債權在扣押命令送達時尚未發生，惟依據強制執行法第一百一十五條之一第一項之規定，扣押命令仍及於未來發生者。因此，承包商仍不得對該未來債權再為處分，其效力與前者並無不同。法院實務有最高法院九十年度台上字第一四三八號判決可參考：

『按債權讓與契約，其讓與之債權以日後發生為已足，故將來債權之讓與契約，固可有效成立，但其債權屬繼續性給付者，因未到期之給付於讓與契約成立時尚未存在，無從移轉，自應於各期給付期限屆至時，始生債權移轉效力。又實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。強制執行法第五十一條第二項定有明文。準此而言，執行債務人雖得就其對於第三人之繼續性給付之債權與他人訂立讓與契約，惟該債權一旦經法院扣押，關於未到期之給付部分之讓與，對執行債權人不生債權移轉之效力。』

另外，做為扣押命令客體之債權有無附條件或附期限均非所問<sup>124</sup>，

故不論工程款債權採已發生但清償期未屆至之債權見解、或附停止

<sup>123</sup> 參閱吳光陸，〈強制執行法〉，台北，三民書局，2007年2月初版一刷，頁424；強制執行法第五十一條第二項：『實施查封後，債務人就查封物所為移轉、設定負擔或其他有礙執行效果之行為，對於債權人不生效力。』。

<sup>124</sup> 參閱張登科，〈強制執行法〉，台北，作者自版，2005年4月修訂版，頁429；強制執行法第一百一十五條第三項：『金錢債權因附條件、期限、對待給付或其他事由，致難依前項之規定辦理者，執行法院得依聲請，準用對於動產執行之規定拍賣或變賣之。』；另上開最高法院九十年度台上字第一四三八號判決意旨亦同。

條件而尚未發生之債權見解，一旦法院就工程款債權核發扣押命令並送達業主後，承包商皆不得對該債權再為處分，不因採不同見解而效力不同。

## 2.執行名義於讓與合意成立並通知到達第三債務人後送達

執行債務人所有之債權經讓與後，已非其責任財產。是故若執行名義在債權讓與生效並通知到達第三債務人後方到達者，則因該債權已為受讓人所有，非扣押命令效力所及，受讓人自可依強制執行法第十五條提起異議之訴而排除強制執行<sup>125</sup>；而若執行名義在債權讓與生效並通知到達第三債務人前即到達者，則因該債權讓與尚未生效，無從發生移轉之效果。故其仍為扣押命令效力所及，執行債務人不得對該債權再為處分，縱違反扣押命令而為讓與，因屬無權處分，對於執行債權人不生效力。因此，對工程款債權性質採不同見解時，其讓與生效之時點不同，對該債權是否為扣押命令所及，即有直接影響：

### (1)工程款債權為一時性或繼續性契約說之影響

採工程款債權為一時性契約說之見解，當承包商於監督付款實施時，其債權已經發生，可以有效讓與；將之讓與分包商，在讓與通知到達業主後，縱業主再收到扣押命令，亦不影響債權讓與之效

<sup>125</sup> 強制執行法第十五條：『第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制執行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。如債務人亦否認其權利時，並得以債務人為被告。』

力。反之，若採工程款債權為繼續性契約說之見解，當承包商於監督付款實施時，其債權尚未發生，雖與分包商之債權讓與合意仍可成立，但無法生效；在這種情況下，不論讓與通知有無到達業主，皆未發生債權移轉之效力，是故當業主收到扣押命令後，該債權即為扣押命令所及，而不得再為移轉。

(2)工程款債權為已發生但清償期未屆至之債權、或附停止條件而尚未發生債權之影響

與上述(1)之論理相同，若工程款債權採已發生但清償期未屆至之債權見解，則在讓與通知到達業主後，縱業主再收到扣押命令，亦不影響債權讓與之效力。反之，若採附停止條件而尚未發生債權之見解，則雖與分包商之債權讓與合意仍可成立，但無法生效；故不論讓與通知有無到達業主，皆未發生債權移轉之效力；當業主收到扣押命令後，該債權即為扣押命令所及，而不得再為移轉。

對於繼續性契約或附停止條件之債權，因讓與生效之時點較晚，而使受讓人保護不周之情形，學者有引進直接理論之概念<sup>126</sup>，認為受讓人在讓與合意成立後，即取得一期待權，在該受讓債權有效發生後，此期待權轉化為受讓之債權。故該受讓之債權係直接由受讓人處產生，而非待其由讓與人處有效發生後，再行移轉於受讓人。論者有

---

<sup>126</sup> 參閱陳自強，〈契約之內容與消滅〉，台北，學林出版公司，2004年9月一版，頁313。

以此排除扣押命令效力之見<sup>127</sup>，惟法院實務尚未接受。

## 第二項、業主接受扣押命令後之處理

業主於監督付款之債權讓與生效並通知到達前，扣押命令若已送達，則因承包商對該債權喪失處分權，無法將之讓與分包商，故監督付款無從實施。然若扣押命令係在監督付款之債權讓與成立並通知到達業主後，方才送達，此時，因法院對該讓與債權之性質見解不同，直接影響該債權是否為扣押命令效力所及。受讓債權之分包商固可採一時性契約說及已發生但清償期未屆至之債權見解，依強制執行法第十五條提起第三人異議之訴<sup>128</sup>；但在分包商做此主張前，業主為保護自身權利或使監督付款能順利實施，亦可為如下之處理：

1. 與執行債權人協調，請執行債權人將原执行程序撤回，再以該債權中，去除分包商所應獲得之工程款總額後，承包商所可能獲得之餘額為扣押範圍，聲請執行。

2. 依強制執行法第一百一十九條第一項<sup>129</sup>，以債權數額須經工程完工結算後始能確定；或債權附有條件、對待給付，須待條件成就或相對給付提出後，執行債務人方能請求等，向法院聲明異議後。再待執行

---

<sup>127</sup> 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134。

<sup>128</sup> 強制執行法第十五條：『第三人就執行標的物有足以排除強制執行之權利者，得於強制执行程序終結前，向執行法院對債權人提起異議之訴。如債務人亦否認其權利時，並得以債務人為被告。』

<sup>129</sup> 強制執行法第一百一十九條第一項：『第三人不承認債務人之債權或其他財產權之存在，或於數額有爭議或有其他得對抗債務人請求之事由時，應於接受執行法院命令後十日內，提出書狀，向執行法院聲明異議。』

債權人未因此提起訴訟後<sup>130</sup>，依強制執行法第一百二十條第三項向法院聲請撤銷所發執行命令<sup>131</sup>。

### 第三項、業主聲明異議後法院可能之處理

業主對扣押命令，向法院聲明異議後，法院依強制執行法第一百二十條第一項之規定<sup>132</sup>，應通知執行債權人。爾後，依執行債權人是否對異議提起訴訟而有不同處理：

#### 1. 執行債權人依強制執行法第一百二十條第二項對異議提起訴訟：

此時，依司法院所訂「辦理強制執行事件應行注意事項」第六十四條第一項後段：

『如第三人對之聲明異議，而債權人認該第三人之聲明為不實時，得依本法第一百二十條規定提起訴訟，非得有確定勝訴之判決，不得逕向第三人為強制執行。』

因此，執行法院不再續行換價程序，而待上述訴訟結果再行決定撤銷或續行。故強制執执行程序實質上是屬於停止狀態，僅扣押命令仍為有效。惟學說上有認為執行債權人仍得聲請法院進行換價程序，亦即核發收取命令、移轉命令、或支付轉給命令，以免因第三人之任意異議，妨害執行債權人之受償。<sup>133</sup>

#### 2. 執行債權人未依強制執行法第一百二十條第二項對異議提起訴訟：

<sup>130</sup> 強制執行法第一百二十條第二項：『債權人對於第三人之聲明異議認為不實時，得於收受前項通知後十日內向管轄法院提起訴訟，並應向執行法院為起訴之證明及將訴訟告知債務人。』

<sup>131</sup> 強制執行法第一百二十條第三項：『債權人未於前項規定期間內為起訴之證明者，執行法院得依第三人之聲請，撤銷所發執行命令。』

<sup>132</sup> 強制執行法第一百二十條第一項：『第三人依前條第一項規定聲明異議者，執行法院應通知債權人。』

<sup>133</sup> 參閱張登科，〈強制執行法〉，台北，作者自版，2005年4月修訂版，頁463。

此時，視執行債權人對異議是否同意及業主有無聲請撤銷扣押命令而有不同處理：

(1)更正在業主聲明之數額內扣押<sup>134</sup>

若執行債權人同意業主異議所主張之可扣押數額，則執行法院可更正扣押命令所載範圍；此種更正，非執行法院依職權所為，而係由執行債權人聲請，實質上等同於執行債權人撤回更正數額外之執行政程序。故扣押命令之效力在更正數額內持續發生，並未中斷。

(2)撤銷執行命令

執行債權人同意業主所為異議而撤回執行政程序、或其未依強制執行法第一百二十條第二項提起訴訟，經業主向法院聲請後撤銷所發之執行命令。

(3)續行換價程序

多數實務依司法院所訂「辦理強制執行事件應行注意事項」第六十四條第一項後段，在業主聲明異議後，除執行債權人提起訴訟得有確定勝訴之判決外，不再續行換價程序。惟部分實務見解仍認為第三人之聲明異議，執行債權人縱未提起訴訟，亦僅生第三人得以聲請撤銷執行命令之效力。若第三人未聲請撤銷，執行法院仍得依執行債權人之聲請續行換價程序，例如最高法院九十三年度台上字

<sup>134</sup> 參閱吳光陸，〈強制執行法〉，台北，三民書局，2007年2月初版一刷，頁444。

第一七九一號判決：

『按第三人不承認債務人之債權或其他財產權之存在，或於數額有爭議或有其他得對抗債務人請求之事由時，應於接受執行法院命令後十日內，提出書狀，向執行法院聲明異議，強制執行法第一百十九條第一項定有明文。又第三人依前條第一項規定聲明異議者，執行法院應通知債權人。債權人對於第三人之聲明異議認為不實時，得於收受前項通知後十日內向管轄法院提起訴訟，並應向執行法院為起訴之證明及將訴訟告知債務人。債權人未於前項規定期間內為起訴之證明者，執行法院得依第三人之聲請，撤銷所發執行命令。為同法第一百二十條所明定。是執行債權人依此規定對第三人提起之訴訟，係在解決執行債務人對第三人之「債權」是否存在或其數額之爭議，性質上係「代位」行使執行債務人之權利。第三人於接受執行命令中之扣押命令，如已合法聲明異議，而執行法院未通知債權人起訴，或債權人經通知未及時起訴，僅生第三人得聲請撤銷執行命令之效果，該扣押命令於經執行法院撤銷前，固不失其效力。…本件上訴人於對扣押命令聲明異議後，未曾聲請撤銷該扣押命令，原審認定執行法院得續依被上訴人之聲請核發收取命令，雖無可議，…』

#### (4)改發附條件之扣押命令

法院實務上，對於第三人之異議，可依執行債權人之聲請，改發附條件之扣押命令；待第三人於驗收結算後，在執行債務人所有之債權範圍內，進行扣押。例如最高法院九十六年度台抗字第九四一號裁定：

『查板橋地院前依再抗告人之聲請以系爭一一〇七號及一八三一四號事件，先後就相對人對振佑公司之工程款債權核發扣押命令，振佑公司以該工程款債權應待完工、驗收估算始得給付，聲明異議（見系爭四四一九三號事件卷第四七頁民事異議狀），並非不同意扣押，惟執行法院未改發附條件之扣押命令，…』

另外，法院所改發之附條件扣押命令，是原扣押命令之續行，非獨立之新發扣押命令。故扣押命令之效力持續發生，並未中斷。例如臺灣高等法院高雄分院九十二年度上易字第三〇六號判決：



『原審法院民事執行處經中華商業銀行股份有限公司（下稱中華商銀）聲請，於九十一年九月二十六日對上訴人積欠長家公司工程尾款發扣押命令，於九十一年十月一日送達上訴人，經上訴人以系爭工程尚未驗收結算為由聲明異議，原審法院遂於九十一年十二月十七日改以附條件扣押命令，續行前次扣押命令，並於九十一年十二月二十日送達上訴人等情，除有該二執行命令暨送達證書可稽（附本院九十二年度上字第二六〇號卷），其中觀諸第二次執行命令說明欄所載「本院改發附條件扣押命令，如該工程竣工驗收時，債務人有債權存在，仍應予以扣押。」、「前經本院民國九十一年九月二十六日以九一高貴民瑞九一執助第七四二號執行命令應予撤銷，改以本執行命令續行」，可證外，另原審法院九十二年二月二十一日九十二雄院貴民瑞九一執助字第七四二號函令亦載明「前經本院九十一年九月二十六日發函之扣押命令諒達，應再予補充更正並續行。本院再發附條件扣押命令，如該工程竣工驗收或保固期滿時，債務人有債權存在，仍應依本院九十一年九月二十六日之扣押命令主旨所示辦理。」等語，亦有該函文乙紙附於執行影印卷宗可憑，益證原審法院前揭第二次扣押命令乃第一次扣押命令之續行、更正，則中華商銀聲請原審法院扣押長家公司對上訴人得收取之工程債權，其效力乃於九十一年十月一日送達上訴人、十月八日送達長家公司時即生效力，長家公司不得再將該債權移轉處分。』

#### (5) 與第三人、執行債權人協商更正扣押金額

學者認為若扣押金額範圍過高，使執行債務人無利可圖，則執行債務人可能停工不做；如此不僅影響第三人工程之進行，亦使執行債權人扣押債權卻無從受償。是故應適用強制執行法第五十條避免過度扣押之法理<sup>135</sup>，僅在扣除必要費用後之餘額範圍內，才能執行扣押。<sup>136</sup>

近來有學者引進德國法，主張比例原則為憲法原則，應適用於強

<sup>135</sup> 強制執行法第五十條：『查封動產，以其價格足清償強制執行之債權額及債務人應負擔之費用者為限。』

<sup>136</sup> 參閱吳光陸，〈強制執行法〉，台北，三民書局，2007年2月初版一刷，頁416；另其在「對工程款強制執行之問題研究」一文（收錄於〈中興法學〉，第25期，1987年11月。）中，認為可參照強制執行法第一百二十二條：『債務人對於第三人之債權，係維持債務人及其共同生活之親屬生活所必需者，不得為強制執行。』之規定，僅執行其中部分，留存他部供發工資等必要費用。

制執行程序中，並將其<sup>137</sup>在德國之實踐案例加以介紹。未來若獲實務、學說一致接受，則在我國公共工程採購特有之監督付款機制運作下，即能考慮比例原則之適用。亦即一旦機關實施監督付款後，執行債權人聲請扣押後續所有工程款債權，此時，即使法院對工程款債權採繼續性契約說、或附停止條件而尚未發生債權說之見解，後續工程款債權因扣押而無法移轉於分包商。但分包商因此而不願繼續施做，影響所及，不僅定作人(業主)之工程無法繼續，亦使執行債務人(承包商)在工程完工後應可獲得之餘款皆遭業主用以扣抵違約金而無法取得，且執行債權人所執行之債權亦因承包商未對業主先為給付，業主無須給付工程款而無從受償。如是執行，不僅對執行債務人侵害過大，超越必要程度而不符比例原則之必要性原則；且執行債權人真正能受償之利益又與執行債務人及第三人所失者顯非均衡，亦不符比例原則之衡量性原則<sup>138</sup>。故應不予准許，而僅能允許執行債權人在執行債務人後續工程款債權扣除已移轉予分包商、及業主所得扣抵違約金後之餘額範圍內，執行扣押。

綜上所述，即使承包商與分包商已因監督付款而成立債權讓與之合意，一旦執行債權人聲請扣押且法院對工程款債權採繼續性契約

<sup>137</sup> 參閱姜世明，〈比例原則與強制執行程序〉，法學叢刊，第 193 期，2003 年 7 月；筆者亦贊同其主張，惟實務與學說對此見解分歧，尙未一致。

<sup>138</sup> 必要性原則指達成目的須採影響最輕微之手段；衡量性原則指手段所造成之損害應輕於達到目的所獲致之利益。參閱吳庚，〈行政法之理論與實用〉，台北，作者自版，2003 年 8 月增訂八版，頁 60。

說、或附停止條件而尚未發生債權說之見解時，分包商即無從取得工程款，而使監督付款不能進行。為解決此一問題，可能的途徑有：

1. 工程採購契約中明定工程款為一次性給付，但分期清償；且將估驗款、驗收後付款、尾款明定為承攬報酬之一部，但有清償期之約定。

公共工程採購契約若能對各種款項之法律性質予以明定，將有助於法院釐清判斷，或許能建立統一之見解。惟法院實務認為法律判斷係法院之職權，不受當事人主張之拘束<sup>139</sup>，例如最高法院九十五年台上字第一三〇二號判決：

『按當事人就其主張之爭點，經依民事訴訟法第二百七十條之一第一項第三款或第二項為協議者，依同條第三項前段規定，固應受其拘束，惟依「法官知法」及「法官審判獨立」之原則，法官適用法律之職責，並不當然受當事人基於聽審請求權、辯論權所主張法律上見解之拘束。是法院就當事人所主張起訴原因之事實判斷其法律上之效果，自不因當事人就其主張之法律上爭點，經依上開條項為整理並協議時自認或不爭執而受影響。』

因此，運用此種方法未必可獲法院認同，是故未必能解決債權受承包商債權人強制執行效力所及之問題。

2. 業主與承包商終止或解除契約後，採限制性招標之方式，由業主與分包商以上開之契約為基礎，在所餘之工程項目與工程款範圍內，直接議價，訂定契約。

此種方法，是業主終止或解除與原承包商之契約關係，再與分包商建立契約關係。分包商對業主之債權非由承包商處受讓，自不受

<sup>139</sup> 參閱李木貴，〈民事訴訟法(上)〉，台北，作者自版，2006年3月一版一刷，頁1-83。

承包商債權人強制執行效力所及。此種方法可以釜底抽薪地解決債權受承包商債權人強制執行效力所及之問題，惟亦可能製造下列問題，而使業主不願採行：

(1) 分包商為數眾多，業主個別與之簽約，將造成後續工程管理與界面整合上之龐大負擔。

(2) 若與分包商所組成之自救會簽約，由於其非法人，又非合夥<sup>140</sup>，故並無資產可為所負債務擔保。即使與各分包商個別簽約，由於分包商多為小型廠商，資本較低，以之做為所負債務擔保是否足夠，亦成問題。

(3) 分包商多為小型廠商，資本較低，恐無能力繳交各種保證金。另外，亦恐難尋得合適之連帶保證人。

(4) 若可限制性招標，或許捨各分包商而交由一較大型之營造廠商接辦，對業主而言較為便利、亦較有保障。

經由上述討論，可以發現法院對工程款性質見解分歧、無法統一，造成分包商自承包商處受讓之債權，可能受承包商債權人強制執行效力所及之問題，難獲圓滿解決。此一不確定之因素，將造成監督付款制度得否成功實施之最大變數。

---

<sup>140</sup> 此點將在下節中詳述。

## 第六節、當事人之角色定位

實施監督付款後，對於後續工程繼續施工之控管，有三種態樣已如前述<sup>141</sup>：

- 1.原承攬廠商仍派員續留工地，監督、控管分包商之施工，其對分包商之管理能力雖較實施監督付款前減弱許多，但仍能發揮一定程度之管理效用。
- 2.原承攬廠商已離開工地，而由各分包共組一自救會(團體)，並以該自救會(團體)之名義與業主對話、溝通，而業主及其工程師對工程之指示、請求，亦多透過自救會傳達於各分包商。
- 3.原承攬廠商已離開工地，而後續工程之管理，係由業主及其工程師直接對分包商下達指示、請求。

在這三種態樣中，第一種工程管控態樣與實施監督付款前大致相同，當事人間之角色定位並無重大改變；而在第二、三種工程管控態樣，原承攬廠商已離開工地，實際上僅由分包商於工地現場施工，契約關係有無改變？當事人之角色定位是否已然不同？尤有甚者，分包商共組之自救會其性質為何？是否為契約當事人？有無取代原承攬廠商之地位？均有進一步探求之必要。在進行討論時，對於監督付款之性質採取不同見解，將有不同之討論脈絡。以下採行政院公共工程

---

<sup>141</sup> 參閱本章第一節第一項。

委員會在「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十一點所用之債權讓與說為基礎，展開討論。

### 第一項、業主之角色定位

就承攬契約關係而言，業主做為定作人有債權受領工作物、負債務須給付工程款，不因實施監督付款而有不同，故其做為契約當事人之角色並無改變。值得討論的是：原承攬廠商已離開工地，不再管理工程事務，業主如何處理為宜？依行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」第九條 施工管理：

『(一)工地管理：

1. 契約施工期間，廠商應指派適當之代表人為工地負責人，代表廠商駐在工地，督導施工，管理其員工及器材，並負責一切廠商應辦理事項。…』

承攬廠商有進行施工管理之義務，且不因是否有合法分包而不同。今在後續工程進行中，承攬廠商離開工地，沒有從事施工管理，已有違約事實。業主依同條：

『(廿一)機關於廠商履約中，若可預見其履約瑕疵，或其有其他違反契約之情事者，得通知廠商限期改善。

(廿二)廠商不於前款期限內，依照改善或履行者，機關得採行下列措施：

1. 使第三人改善或繼續其工作，其危險及費用，均由廠商負擔。
2. 終止或解除契約，並得請求損害賠償。
3. 通知廠商暫停履約。』

在不同之處理措施中，終止或解除契約、通知廠商暫停履約皆與實施監督付款之目的不符，不宜採取；是故應採由第三人改善或繼續工作最為適宜。另外，除該條規定外，業主亦可請求連帶保證人履行債務。上開條款所稱之第三人，具備合適資格而能擔任者有實際施工之分包

商、另行招標甄選之適格者；但另行招標甄選費時費力，且實際進場施做又可能因管理觀念不同，而與施工之分包商產生界面衝突，較不宜採行；此種界面衝突之問題，在連帶保證人進場施做下亦極可能發生。因此，本文認為，施工管理原即應由熟稔工程內容細節、與實際施工最接近者執行始能獲得最大效果。故在業主可為之各種處理措施中，以交由實際施工之分包商改善或繼續工作最為適宜。

## 第二項、承包商之角色定位

承包商在監督付款實施後，其部分工程款債權已讓與分包商；在這讓與之部分，承包商已非債權人而脫離原有債之關係。另，就完成工作物之給付義務而言，雖實際上是由分包商進場施工，但分包商之施工是基於其與承包商間之次承攬關係，並非承擔承包商對業主之債務，故承包商仍未脫離其與業主間債之關係，依然是債務人而負有完成工作物之義務。

## 第三項、分包商之角色定位

分包商進場施工是為履行其與承包商間次承攬關係所負債務，並非承擔承包商對業主之債務。故在承包商對業主之債務關係上，分包商乃為承包商之履約輔助人，而非業主之債務人。法院實務上之見解亦為如此，例如臺灣高等法院 95 年度建上字第 67 號判決：

『惟查上訴人為永聯公司之下包商，亦即其為永聯公司履行與被上訴人間合約之履行輔助人，是以被上訴人受領系爭工程之施作，係基於與永聯公司間之合

約，上訴人之所以進場施工，係基於與永聯公司間之合約，均非無法律上原因。』

在此，有一重要之實務問題。即承包商申請監督付款時，若其分包商非營造業法第六條規定之營造業，而是未登記之個人商號、或由臨時點工組成之工班者，機關應否同意？本文認為，依營造業法第四條：

『營造業非經許可，領有登記證書，並加入營造業公會，不得營業。』

分包商為次承攬人，亦是經營營造業務，非經登記，不得營業。又依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：

『廠商不得將契約轉包。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。』

既然分包商未依法登記，承包商以之為分包商即已違約，機關應要求其依約更換分包商後，方能實施監督付款。若承包商無法更換分包商，則機關應依『公共工程廠商延誤履約進度處理要點』第十二條第二款<sup>142</sup>，認為分包商無繼續施工之能力，而不實施監督付款。

#### 第四項、自救團體之角色定位

實務上，業主與分包商間為減少溝通之界面繁雜，常由分包商共組一自救會做為與業主溝通、協調之單一界面。此自救會組織並非依「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」規定而設立，在該要點中對

<sup>142</sup> 『十二、機關於審核監督付款之申請時，應注意下列事項：

(二) 各分包廠商是否具有繼續施工之能力。』



其組織之定性，自無相關規範而有進一部探討之必要。

### 第一目、自救會與業主間之關係

自救會是做為分包商與業主溝通、協調之單一界面而設，不論該組織定性為何，其受領或發送意思表示之權限，可透過業主與分包商之協議加以明定，實務運用上較無問題。

### 第二目、自救會對外之關係

自救會未為法人登記，其非法人殆無疑義；則性質上是否可認為是合夥？實務上臺灣高等法院 97 年度抗字第 420 號民事裁定對此有精采論述，深值贊同：

『按所謂合夥，係指 2 人以上互約出資以經營共同事業之契約，此觀民法第 667 條第 1 項規定自明。本件相對人及 14 家公司、廠商)，均為案外人前烽營造工程有限公司（下稱前烽公司）承包「基隆市東岸廣場新建工程」之下包廠商，因前烽公司於工程進行中發生財務困難，乃由相對人及 14 家公司、廠商組成自救會，與前烽公司達成協議，由自救會概括承受前烽公司與業主基隆市政府之權利義務，約定雙方遵從「基隆市政府東岸廣場新建工程監督付款相關事項」，同意由基隆市政府以監督付款方式將工程款直接撥付與自救會之存款專戶，嗣自救會為繼續前烽公司未完成之工程，均以自救會名義行文基隆市政府辦理工務事務申請、請求、異議，並陸續以自救會名義對外訂約等情，此觀 35 號判決理由四(二)自明。故相對人與其他 14 家公司、廠商成立自救會，僅係為爭取特定權利，滿足彼等對於前烽公司之債權，分配基隆市政府撥付之工程款，顯不符合夥「互約出資以經營共同事業」之要件；又自救會成員均係獨立廠商，亦無所謂「共有財產」、及「共同事業損益分配」問題，均與合夥之要件不符。…揆諸上開說明，並未成立合夥契約關係或類似合夥關係或類推適用合夥規定之可言。』

在此，須注意的是：該裁定中所稱『由自救會概括承受前烽公司與業主基隆市政府之權利義務，約定雙方遵從「基隆市政府東岸廣場新建工程監督付款相關事項」，』其對監督付款性質究採何種見解，不得

而知。惟不論其對監督付款性質採何種見解，該裁定中對自救會成立之目的、成員間無所謂「共有財產」、及「共同事業損益分配」問題之論述，在以債權讓與為基礎所成立之監督付款中，業主與分包商間為減少溝通之界面繁雜，而由分包商共組一自救會做為與業主溝通、協調之單一界面之情況，亦完全相符而得以全部採用，是以經由與該裁定相同之論理，自救會並未成立合夥契約關係或類似合夥關係或類推適用合夥規定之可言。

## 第七節、連帶保證廠商同意之要件是否妥適

### 第一項、可能之立法考量

依據「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第三點：

『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。』

並參諸行政院公共工程委員會「工程採購契約範本」、「廠商履約及賠償連帶保證書格式」<sup>143</sup>中，並無任何連帶保證人可請求進場施做之條款，足見業主在得標廠商延誤履約後，擁有處理方式之選擇權<sup>144</sup>。今

<sup>143</sup> 本文件可由行政院公共工程委員會網站：<http://www.pcc.gov.tw/upload/article/em20.doc> 下載而得。

<sup>144</sup> 劉志鵬，〈工程契約連帶保證人之責任〉，律師雜誌，第 265 期，2001 年 10 月同此見解；另，台灣高等法院八十四年度重上字第二九六號判決：『依第二十三條之約定，契約終止後，究係將工程交保證人接辦、改招他商承辦或由被上訴人自辦，被上訴人有選擇權，被上訴人未通

「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十一點：

『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。…』

規定廠商申請監督付款，須先徵得連帶保證廠商同意，則一旦連帶保證廠商拒絕，廠商即無法申請監督付款。如此，似乎是業主將實施監督付款選擇權之部分，交由連帶保證人行使。為何「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」要求業主在決定實施監督付款前，須先徵得連帶保證廠商同意？此種立法之可能考量有：

#### 1. 避免保證人主張業主與有過失

監督付款實施後，工程未必即可順利完成，亦可能發生分包商施工品質不佳，無法通過初驗、或分包商因故怠於施工，使工程進度落後更多之情形。此時，業主若要求保證人履行保證責任而為損害賠償，保證人可能以業主不採交由連帶保證人履行、或與承包商終止、解除契約等「可降低、控制損害範圍」之處理方式，而是採監督付款，又未仔細審核、評估分包商之履約能力，致損害擴大是與有過失，而依民法第二一七條第一項主張減輕或免除賠償金額；或以監督付款之實施，保證人並不知情，業主亦未通知保證人使其注意，而依民法第二一七條第二項及民法第二一七條第一項主張減輕

---

知保證人接辦，選擇改招他商承辦，亦非無據；…』意旨亦同。

或免除賠償金額<sup>145</sup>。為能避免保證人做如此主張，故在實施監督付款前，取得其同意，則依據禁反言原則<sup>146</sup>，保證人既已同意承包商向業主申請監督付款，即不可再主張業主對監督付款之同意與有過失，否則即為與自己行為相矛盾之權利行使。

## 2. 避免保證人主張業主同意延期清償而不負保證責任

依據「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十條，監督付款實施要件之一為施工進度已達百分之七十五以上，斯時已為工程計畫後期；又因此時承包商已延誤施工進度達百分之五以上<sup>147</sup>，即使實施趕工計畫，亦極可能無法依合約期限內完工。為此，承包商可能要求延期清償。若業主在保證人未同意下即同意延期清償之請求，且保證債務是定有期限者，則依民法第七五五條<sup>148</sup>，保證人不負保證責任。關於民法第七五五條，雖有學者主張在連帶保證中並無適用，但實務見解認為亦有適用<sup>149</sup>，故在監督付款中亦須考量。另外，若業主僅核准趕工計畫，應認為是在進度遲延下，對後續施工計畫之同意，而非對展延工期之同意。此點，法院實務上，

<sup>145</sup> 民法第二一七條：

『損害之發生或擴大，被害人與有過失者，法院得減輕賠償金額，或免除之。

重大之損害原因，為債務人所不及知，而被害人不預促其注意或怠於避免或減少損害者，為與有過失。

前二項之規定，於被害人之代理人或使用人與有過失者，準用之。』

<sup>146</sup> 參閱黃立，〈民法總則〉，台北，元照出版公司，1999年10月二版一刷，頁491。

<sup>147</sup> 參閱「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第二條。

<sup>148</sup> 民法第七五五條：『就定有期限之債務為保證者，如債權人允許主債務人延期清償時，保證人除對於其延期已為同意外，不負保證責任。』

<sup>149</sup> 參閱黃立主編，〈民法債編各論(下)〉，台北，元照出版公司，2004年10月初版三刷，頁609。

有臺灣高等法院臺南分院 95 年度重上更(二)字第 2 號判決意旨可

參照：

『被上訴人因知系爭工程已絕對無法如期於 85 年 11 月 5 日完工，而催促自救委員會應趕工至遲應於 85 年 12 月 31 日完成全部工程，然並未同意將完工日期延至 85 年 12 月 31 日，亦未表明放棄其之前因端明公司逾期完工之損害賠償等各項權利…』

### 3. 避免保證人主張未承認債務承擔而不負保證責任

在法院對監督付款之法律性質見解尚未統一下，監督付款亦有可能被法院認為是分包商對承包商之債務承擔。此時，依民法第三〇四條第二項<sup>150</sup>，若業主在保證人未承認下即同意監督付款，則保證人之保證債務因此消滅。為避免連帶保證人為此主張，業主須在實施監督付款前，取得保證人之同意。

## 第二項、設立本要件之利弊

為使連帶保證人之保證責任繼續存在，「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」要求業主在決定實施監督付款前，須先徵得連帶保證廠商同意。在此目的之考量下，如前所述，本要件之設立，確有必要。然設立本要件，是否可能在上述目的達成外，尚有其他之利弊得失？析論如下：

1. 若實施監督付款而無法順利完工，業主仍可要求連帶保證人履行債務及損害賠償；故連帶保證人為避免分包商之施工品質不佳、或履

---

<sup>150</sup> 民法第三〇四條第二項：『由第三人就債權所為之擔保，除該第三人對於債務之承擔已為承認外，因債務之承擔而消滅。』

約能力不足而致損害擴大，在同意承包商向業主之監督付款申請前，會先行審核分包商之資格、與履約能力。這對業主實施監督付款須考量分包商之能力而言<sup>151</sup>，實多增加一層保障。

2.連帶保證人在評估後認為有利可圖或可減少損害賠償金額，而欲接手履行承包商債務者，必亦須考慮分包商可能有之抗爭、拒絕清算等反應。故在連帶保證人接手工程前，須先與分包商協調完成；否則，不如同意監督付款以避免工程因繼續延誤以致損害擴大。因此，若連帶保證人不同意監督付款而欲接手工程時，極可能已與分包商協調完成；此時，若業主選擇由連帶保證人接手工程，則較不致發生分包商圍場、拒絕清算等抗爭行為，後續工程亦較不致因分包商之抗爭而繼續延誤。

反之，須先徵得連帶保證廠商同意之要件，亦可能產生負面影響為：連帶保證人自身之履約能力可能不如分包商，然在其財務吃緊、或有其他亟需資金挹入之情況下，為能接手工程以獲得後續工程款，不同意實施監督付款，亦不處理、協調分包商之抗爭，而是在接手工程後，將分包商抗爭之問題交由業主解決，並以之為其無法進場施工、或工期延誤等不可歸責事由。如此，則業主原可實施監督付款，避免工程繼續延誤以保障公益之制度目的即無法完成，甚或終止、解除契約亦

---

<sup>151</sup> 參閱「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第十二條第二款。

難以進行，更遑論再行發包；工程因此而繼續延宕，對公益之斷傷愈烈。

「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」要求業主在決定實施監督付款前，須先徵得連帶保證廠商同意。此一要件之利弊已如前述，惟其負面效應可藉由慎選連帶保證人來降低發生之機會，亦即業主須篩選連帶保證人資格，由信用佳、履約能力強之廠商，始可擔任連帶保證人。如此，連帶保證人在決定是否同意承包商之監督付款申請時，將理性地考量自身之最佳利益，應可避免發生上述與分包商、業主硬碰硬以致三方皆輸之情形。綜上所述，若果能慎選連帶保證人，則在減少負面效應發生機會之情況下，監督付款以先徵得連帶保證廠商同意為要件，對業主而言，實利多於弊而值得採行。