

第四章、國際工程契約常用條款與立法例

國內公共工程採購契約，有行政院公共工程委員會、內政部營建署、各地縣市政府所公告發布之契約範本可供參酌採用，已如前章所述。此外，由於各國政府之公共工程、或民間之大型工程常向國際招標，需有一能平衡招標者與投標者利益、公平明確規範契約當事人權利義務，而為招標者與投標者所共同認識並願採用之契約條款；是故民間有許多由工程師、研究機構、施工廠商所組成之學(協)會，發行其所制定之契約標準條款或範本，提供參與之會員使用；並依使用者實際使用後之回饋，累積實證經驗後，每隔一段時日，再據以修正契約條款而發行新版本。這些國際間常採用之工程契約條款，長期以來，成為工程實務界訂定契約之重要依據，而有極高之參考價值。

在國際常用之工程契約範本中，最受青睞者，莫過於是國際顧問工程師聯合會(FIDIC)所建議之國際工程契約標準條款；另外，由美國建築師學會(AIA)發行、在美洲地區常使用之標準契約文件，亦常為我國工程實務界所採用¹⁵²。本文將以上述二契約條款為依據，比較其與我國行政院公共工程委員會所制定之「工程採購契約範本」及「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」，在業主對分包商

¹⁵² 參閱葉英蕙，〈國際上常用的工程契約範本簡介〉(轉載自中鼎工程第 241 期)，中國土木水利工程學會土木水利半月集，第 24 集，2001 年 12 月 1 日至 2001 年 12 月 15 日。本資料可由網站 <http://ciche.caece.net/html/semimonth/vol24/24-7.asp> 下載而得。

之管理及廠商延誤履約進度處理方式規定之異同。另外，由於對岸大陸之公共工程，常向國際招標，而有眾多訂定國際工程契約之經驗可資參考；又因近來兩岸交流互動頻繁，國內廠商亟欲參與興建對岸之公共工程，相對地亦須了解其採購契約之相關內容，故將對岸國務院住房和城鄉建設部所公告發布的「建設工程施工合同(示範文本)」一併納入討論。

其次，近來國內有許多著作討論分包商保護之議題，並介紹國外之承包商付款保證制度，論者更有以為監督付款亦是為保護分包商而設；本文主題雖非分包商之保護，亦不贊同監督付款是為保護分包商而設之觀點¹⁵³，但不可否認的，分包商保護在我國仍為一須審慎面對、深值討論之課題。為此，本文亦將上開著作所介紹之承包商付款保證制度一併加以簡介，並對其引進我國之適當性，提出看法。

第一節、FIDIC 國際工程契約標準條款

FIDIC 是 1913 年在歐洲組成，目前全球已有超過 70 個國家地區加入。其在 1999 年出版了一套四本國際工程契約標準條款，這四本契約條款之適用類型不同；其中，施工契約條款(新紅皮書)適用在：大型或複雜之工程、承包商之主要給付內容為施工¹⁵⁴、工程設計主要

¹⁵³ 參閱第二章第四節。

¹⁵⁴ 此即表示工程設計非承包商之主要給付內容。

由業主完成、有業主指派之工程師來監造等，此類型與我國大多數公共工程之發包型態相符，故較之其他三種契約條款而言¹⁵⁵，最適合採為比較之用，是故本文以新紅皮書之契約條款進行討論。

首先，新紅皮書在一般規定 1.7 條(a)款中，對於契約之任意轉讓，做了限制：

『只有在相對人事先同意的情況下，一方才能根據同意的內容進行相應的轉讓。相對人同意與否，完全聽其自由，該方不得以任何藉口要求其同意轉讓；

(1.7 Assignment

Neither Party shall assign the whole or any part of the Contract or any benefit or interest in or under the Contract. However, either Party:

(a) may assign the whole or any part with the prior agreement of the other Party, at the sole discretion of such other Party, and』

這點，我國行政院公共工程委員會制定之「工程採購契約範本」第二十條亦有相似規定：

『(五)契約之變更，非經機關及廠商雙方合意，作成書面紀錄，並簽名或蓋章者，無效。

(六)廠商不得將契約或債權之部分或全部轉讓予他人。』

接著，新紅皮書在承包商規定 4.4 條第二項(a)、(b)、(d)款中，對於承包商選擇分包商及其契約內容，有特別之規定：

『(a)承包商的材料供應商以及契約中已經指名的分包商無需經工程師同意；

(b)其他分包商則須經過工程師的同意；

(d)承包商與分包商簽訂分包契約時，分包契約中應加入有關規定，使得分包契約能夠在特定的情況下轉讓給業主。

([a] the Contractor shall not be required to obtain consent to suppliers of Marterials, or to a subcontract for which the Subcontractor is named in the contract;

¹⁵⁵ 其他三種契約條款分別為：工程設備與設計—建造契約條款(新黃皮書)，較適用於機電設備之採購；EPC 統包項目條款(銀皮書)，較適用於統包工程之發包；簡明契約條款(綠皮書)，適用於金額小、工期短、項目單純工程之發包。

- 〔 b 〕 the prior consent of the Engineer shall be obtained to other proposed Subcontractors;
- 〔 d 〕 each subcontract shall include provisions which would entitle the Employer to require the subcontract to be assigned to the Employer under Sub-Clause 4.5 【Assignment of Benefit of Subcontract】 〈 if or when applicable 〉 or in the event of termination under Sub-Clause 15.2 【Termination by Employer】 .) 』

而我國之「工程採購契約範本」，對承包商選擇分包商之規定，在第九條：

『第9條 施工管理

(十五)轉包及分包：

- 1.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。
- 2.廠商擬分包之項目及分包廠商，機關得予審查。
- 4.分包廠商不得將分包契約轉包。其有違反者，廠商應更換分包廠商。』

這裏，可以發現二者間有極大的不同，即：

- 1.新紅皮書對承包商選擇分包商，原則上皆須經過業主指派工程師之同意，在工程師決定是否同意前，自然會對分包商之資格、履約能力等加以審查；但我國之「工程採購契約範本」卻是無須經業主審查，亦無須報備，僅是機關「得」予審查，亦即由機關自行決定是否予以審查。

依新紅皮書之要求，承包商在進行分包前，有義務將所有分包商之資料送交業主指派工程師審查；而依我國之「工程採購契約範本」，承包商並無義務將所有分包商之資料送交業主審查，僅在業主要求下，方須據業主指定審查之項目，提送該分包商之資料予業主審查；

若業主未為要求，承包商因無須送業主審查，實質上可以任意挑選分包商，甚至選擇不具契約要求資格之分包商。果此，則契約中欲藉對分包商資格之要求，以達控制工程品質之目的，即難達成。¹⁵⁶

2.新紅皮書要求承包商在分包契約中，加入特定狀況下其契約可轉讓予業主之條款；是以若特定條件成就¹⁵⁷，業主即可由承包商處受讓該分包契約，而使工程繼續進行，避免延宕。我國之「工程採購契約範本」並無相似規定，這點，應是政府採購之特性使然；即在公平原則之要求下，政府採購程序須公開進行，縱使業主因可歸責於承包商之事由而終止契約，後續工程之進行仍應公開採購而建立契約關係¹⁵⁸，難以直接自承包商處受讓分包契約，而在機關與分包商間發生契約關係。

接下來，新紅皮書有我國「工程採購契約範本」所無之指定分包商制度，其重要條款如下：

『5.1 指定分包商之定義

在本契約中，指定分包商是指：

- (a) 在本契約中由業主指定之分包商；
- (b) 工程師在第 13 條「工程變更與調整」規定下，指示承包商僱用之分包商。

(5.1 Definition of “nominated Subcontractor”

In the Contract, “nominated Subcontractor” means s Subcontractor:

- 〔 a 〕 who is stated in the Contract as being a nominated Subcontractor, or
- 〔 b 〕 whom the Engineer, under Clause 13 **【 Variations and Adjustments 】**, instructs the Contractor to employ as a Subcontractor.) 』

¹⁵⁶ 謝定亞教授認為在 FIDIC 下之工程師角色較為中立，可以專業、獨立審核分包商之資格、能力；而在我國公共工程契約中，工程師角色為業主之代表，較難獨立專業審核。

¹⁵⁷ 此應指因可歸責於承包商，而由業主終止契約之情形；詳見後述新紅皮書 15.2 條款內容。

¹⁵⁸ 從這個觀點來看，監督付款實質上是對此之突破；詳見第三章第一節第一項。

『5.2 對指定之反對

如果承包商提出了反對僱用指定分包商的理由，又盡快通知了工程師，並附有證明資料，則承包商沒有義務僱用指定分包商。

反對指定分包商的理由有：

- (a)有理由相信該分包商能力不足，資源不足或財力不足。
- (b)分包契約沒有明確規定，如果該分包商一方瀆職或誤用材料，其應保障承包商不會因此而招致損失。
- (c)分包契約中沒有明確規定：
 - (1)分包商向承包商保證，如果分包的工作出了問題，分包商將為之承擔一切責任，及
 - (2)沒有履行此類責任的後果責任。

(5.2)Objection to Nomination

The Contractor shall not be under any obligation to employ a nominated Subcontractor against whom the Contractor raises reasonable objection by notice to the Engineer as soon as practicable, with supporting particulars. An objection shall be deemed reasonable if it arises from 〈among other things〉 any of the follow matters, unless the Employer agrees to indemnify the Contractor against and from the consequences of the matter:

- 〔 a 〕 there are reasons to believe that the Subcontractor does not have sufficient competence, resources or financial strength;
- 〔 b 〕 the Subcontractor does not specify that the nominated Subcontractor shall indemnify the Contractor against and from any negligence or misuse of Goods by the nominated Subcontractor, his agents and employees; or
- 〔 c 〕 the Subcontractor does not specify that, for the subcontracted work 〈including design, if any〉, the nominated Subcontractor shall:
 - 〔 i 〕 undertake to the Subcontractor such obligations and liabilities as will enable the Subcontractor to discharge his obligations and liabilities under the Contract, and
 - 〔 ii 〕 indemnify the Contractor against and from all obligations and liabilities arising under or in connection with the Contract and from the consequences of any failure by the Subcontractor to perform these obligations or to fulfil these liabilities. 』

『5.3 對指定分包商之付款

指定分包商的應得款項，由工程師簽證，承包商按照分包契約的規定支付；承包商支付給指定分包商之金額，再加上第 13.5 款「暫定金額」中規定的承包商的其他收費，增加到主契約中，並由業主支付給承包商。

(5.3 Payments to nominated Subcontractors

The Contractor shall pay to the nominated Subcontractors the amounts which the

Engineer certifies to be due in accordance with the subcontract. These amounts plus other charges shall be included in the Contract Price in accordance with subparagraph [b] of Sub-Clause 13.5 【Provisional Sums】, except as stated in Sub-Clause 5.4 【Evidence of Payments】.)』

『5.4 付款證據

在簽發一個包含有指定分包商款項之支付證書前，工程師可以要求承包商提供證據，證明指定分包商已經收到了以前簽發的支付證書中包含的指定分包商的有關款項；如果承包商：

(a)不能提供支付證據，

(b)(1)又沒有向工程師書面說明他扣發指定分包商款項的理由；以及

(2)證明承包商已經通知指定分包商有關扣款事宜以及扣款理由，

那麼，業主可以自行直接將有關款項支付給指定分包商；承包商應隨後將業主支付給指定分包商的款項歸還給業主。

(5.4 Evidence of Payments

Before issuing a Payment Certificate which includes an amount payable to a nominated Subcontractor, the Engineer may request the Contractor to supply reasonable evidence that the nominated Subcontractor has received all amounts due in accordance with previous Payment Certificate, less applicable deductions for retention or otherwise. Unless the Contractor:

[a] submits this reasonable evidence to the Engineer, or

[b] (i) satisfies the Engineer in writing that the Contractor is reasonably entitled to withhold or refuse to pay these amounts, and

(ii) submits to the Engineer reasonable evidence that the nominated Subcontractor has been notified of the Contractor's entitlement,

then the Employer may (at his sole direction) pay, direct to the nominated Subcontractor, part or all of such amounts previously certified (less applicable deductions) as are due to the nominated Subcontractor and for which the Contractor has failed to submit the evidence described in sub-paragraphs [a] or [b] above. The Contractor shall then repay, to the Employer, the amount which the nominated Subcontractor was directly paid by the Employer.)』

對於某些特定之工程項目，業主希望交由其信賴、或有長期配合關係之分包商施做，而非由承包商自行選擇分包商，故有指定分包商制度之設。指定分包商做為一次承攬人，其次承攬契約之當事人仍是承包商，而非業主。但指定分包商與業主間通常會存在另一契約，約定指

定分包商應忠實履行次承攬契約，否則對業主因此而造成之損失負損害賠償責任；相對地，業主亦承諾在與承包商之契約中，對指定分包商提供與其他非指定分包商不同之付款保障。實務操作上，指定分包商除由業主直接指定外，亦常有由業主提供一分包商名冊，交由承包商選擇後，再由業主依承包商之選擇而指定者。

相較而言，我國之「工程採購契約範本」雖無類似規定，但在第九條施工管理中，有一配合施工之規定：

『(六)配合施工：

與契約工程有關之其他工程，經機關交由其他廠商承包時，廠商有與其他廠商互相協調配合之義務，以使該等工作得以順利進行。』

此乃因在政府發包之公共工程，若採指定分包商制度，可能招致圖利特定分包廠商之議，故在機關對某特定工程項目有品質上之特別要求、或對分包商之資格有特殊考量時，即將該特定工程項目獨立招標，得標者再與其他工程項目之得標者互相配合，施做工程。理論上，得標者皆有配合施工之義務，若果能如此為之，工程是可順利進行；然而實際上，因得標者間地位相當，在工程管理上並無指揮服從之階層關係，故常有界面衝突之情事發生，不僅對機關造成困擾，亦常造成工期延誤、或施工品質未盡理想之情形。是以採此獨立招標制度，確能達成政府採購公平原則之要求，但亦產生諸多不良後果；應可考慮引進指定分包商制度，由機關依採購程序擇定指定分包商後，再依指定分包商之相關規定辦理。

最後，新紅皮書 15 條業主終止契約中，對於因可歸責於承包商之事由，業主可終止契約之規定有：

『15.1 通知改正

如果承包商沒有履行某一契約義務，工程師可以通知其改正，並在規定的合理時間內，完成該義務。

(15.1 Notice to Correct

If the Contractor fails to carry out any obligation under the Contract, the Engineer may by notice require the Contractor to make good the failure and to remedy it within a specified reasonable time.)』

『15.2 業主提出終止

如承包商有下列情事之一，業主有權終止契約。

(a)…，或在接到工程師依 15.1 款所發的改正通知後仍不改正。

…

業主終止契約不影響業主依本契約可享有的其他權益。

承包商應撤離現場，…。但承包商仍按業主的通知，盡最大努力：

(1)立即協助業主進行任何分包契約轉讓，

…

(15.2 Termination by Employer

The Employer shall be entitled to terminate the Contract if the Contractor:

[a] …or with a notice under Sub-Clause 15.1 【Notice to Correct】，

…

The Employer's election to terminate the Contract shall not prejudice any other rights of the Employer, under the Contract or otherwise.

The Contractor shall then leave the Site…However, the Contractor shall use his best efforts to comply immediately with any reasonable instructions included in the notice [i] for the assignment of any subcontract, …) 』

在新紅皮書中，承包商延誤履約進度時，業主可通知其改正；若承包商仍未改正，則業主可以終止契約與請求損害賠償。與我國「工程採購契約範本」及「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」不同的是，新紅皮書並無解除契約、請求連帶保證人履約、及監督付款之

制度。¹⁵⁹另外，與前述 4.4 條款配合的有：承包商在業主終止契約後，應協助將其與分包商之契約轉讓給業主，如此可避免工程延宕，且既可減少業主之損失、又可因之而降低承包商對業主之損害賠償額；對業主與承包商而言，是一互蒙其利之善後方式。此點，如同前述，基於政府採購公平原則之要求，在我國公共工程政府採購之契約中，恐怕難以採行。

第二節、AIA 標準契約條款

美國建築師學會(AIA)創於 1857 年，其出版之標準契約條款，於美洲地區大量被使用。在其出版之契約條款中，1997 年出版之 A201 「施工契約一般條款」，是做為業主與承包商間施工契約之核心條款。本文以之進行討論。

首先，A201 對承包商選擇分包商之管理，在其第五章、分包商：

『5.2 業主對分包商之同意(5.2 AWARD OF SUBCONTRACTS AND OTHER CONTRACTS FOR PORTIONS OF THE WORK)

5.2.1 除非契約另有約定，承包商在與業主簽約後，應盡快以書面透過工程師告知業主其分包工程之分包商名單；且若設計圖中有採用特殊工法或材料者，則

¹⁵⁹ 謝定亞教授認為在 FIDIC 契約下，業主亦可利用瑕疵責任條款，將工程發包由分包商執行，再向承包商索賠或扣款。如此，亦可成為實質上監督付款。其相關規定為：

『11.2 第 11.1【未完工作之完成及瑕疵修補】第(b)項所述之所有工作，如係可歸責於：

(a) 承包商應負責之設計。
(b) 永久性設備、材料或工作品質不符本契約規定。
(c) 承包商違反其他任何義務。
則其風險與成本由承包商負擔。…』

『11.4 如承包商未能在合理時間內修補瑕疵或損害，且該修補工作在第 11.2 條規定下應由承包商負擔成本辦理者，則業主得自行選擇：

(a) 自行或僱用他人以適當方式辦理該項工作，其風險與成本由承包商負擔，…
(b) 要求工程師依 3.5 條規定同意或決定合理之契約金額減少額。』

該工法所使用機具、或材料之供應商亦應一併告知。

工程師在接獲承包商之告知後，亦應儘速對其或業主是否接受該分包商之決定，以書面回覆承包商。若工程師或業主未及時回覆，視為接受。

(5.2.1 Unless otherwise stated in the Contract Documents or the bidding requirements, the Contractor, as soon as practicable after award of the Contract, shall furnish in writing to the Owner through the Architect the names of persons or entities [including those who are to furnish materials or equipment fabricated to a special design] proposed for each principal portion of the Work. The Architect will promptly reply to the Contractor in writing stating whether or not the Owner or the Architect, after due investigation, has reasonable objection to any such proposed person or entity. Failure of the Owner or Architect to reply promptly shall constitute notice of no reasonable objection.)』

『5.2.2對於業主或工程師合理拒絕接受之分包商名單，承包商不得以之做為分包商。

承包商沒有義務與其合理拒絕之廠商簽訂分包契約。

(5.2.2 The Contractor shall not contract with a proposed person or entity to whom the Owner or Architect has made reasonable and timely objection. The Contractor shall not be required to contract with anyone to whom the Contractor has made reasonable objection.)』

這裏，可以看出，A201所規範業主及工程師對承包商選擇分包商之管理，亦如FIDIC新紅皮書般須經業主之同意，並更進一步要求特殊材料之供應商，亦須獲其同意。此外，由5.2.2後段條款可以發現，若業主或工程師對承包商所提出之分包商名單皆不滿意，亦可以向承包商推薦分包商名單；惟其所推薦之名單，若承包商有合理之反對理由，亦可拒絕接受。此處所指之合理反對理由，應與FIDIC新紅皮書5.2條所述相似。

『5.2.4承包商欲變更已經業主及工程師同意之分包商時，須通知工程師及業主。若工程師或業主拒絕，則不得為之。

(5.2.4 The Contractor shall not change a Subcontractor, person or entity previously selected if the Owner or Architect makes reasonable objection to such substitute.)』

『5.4分包契約之附條件轉讓(5.4 CONTINGENT ASSIGNMENT OF

SUBCONTRACTS)

5.4.1 業主依14.2條款終止契約後，承包商應協助將分包契約讓與業主。該讓與在業主表示同意受讓並以書面通知分包契約當事人之承包商及分包商後，始生效力。

(5.4.1 Each subcontract agreement for a portion of the Work is assigned by the Contractor to the Owner provided that: 1 assignment is effective only after termination of the Contract by the Owner for cause pursuant to Paragraph 14.2 and only for those subcontract agreements which the Owner accepts by notifying the Subcontractor and Contractor in writing; 』

A201較FIDIC新紅皮書更進一步，直接在契約中要求承包商應協助將分包契約讓與業主。

接著，A201有一獨立承包商(SEPARATE CONTRACTS)之概念，並要求承包商在施工時，應與各獨立承包商協調合作。此點，與我國

「工程採購契約範本」第九條施工管理中配合施工之規定相似：

『6.1 業主自行施工與分標之權力(6.1 OWNER'S RIGHT TO PERFORM CONSTRUCTION AND TO AWARD SEPARATE CONTRACTS)

6.1.1 業主有權對工程中之部分項目自行施工，並可根據契約將其分標由其他廠商施工。若承包商認為業主上述行為造成工期延誤或增加額外成本，須依據4.3條款之約定提出索賠。

(6.1.1 The Owner reserves the right to perform construction or operations related to the Project with the Owner's own forces, and to award separate contracts in connection with other portions of the Project or other construction or operations on the site under Conditions of the Contract identical or substantially similar to these including those portions related to insurance and waiver of subrogation. If the Contractor claims that delay or additional cost is involved because of such action by the Owner, the Contractor shall make such Claim as provided in Paragraph 4.3.) 』

『6.1.3 業主對工程中之部分項目自行施工或將其分標由其他廠商施工時，應協調其與承包商相互配合；承包商亦應與之密切合作。…

(6.1.3 The Owner shall provide for coordination of the activities of the Owner's own forces and of each separate contractor with the Work of the Contractor, who shall cooperate with them.…) 』

接下來，A201雖未像FIDIC新紅皮書般有指定分包商之專門條

款，但並未排除由業主直接指定分包商之可能；且其對指定分包商管理之設計，與FIDIC新紅皮書相似。此點，可由5.2.2後段及補貼費(ALLOWANCES)之條款看出：

『3.8.1承包商應將補貼費列入契約總價中，其用以支付業主指定之人員或廠商所施做之工程項目；但承包商有合理之理由時，可以拒絕僱用業主指定之人員或廠商。

(3.8.1 The Contractor shall include in the Contract Sum all allowances stated in the Contract Documents. Items covered by allowances shall be supplied for such amounts and by such persons or entities as the Owner may direct, but the Contractor shall not be required to employ persons or entities to whom the Contractor has reasonable objection.)』

最後，A201亦與FIDIC新紅皮書相似，在可歸責於承包商之事由發生後，有業主終止契約及受讓分包商契約之規定。其先在3.10.3條款規定承包商有按其所提施工進度計畫進行之義務：

『3.10.3承包商須依其最後所提送、並經業主及工程師同意之施工進度計畫進行施工。

(3.10.3 The Contractor shall perform the Work in general accordance with the most recent schedules submitted to the Owner and Architect.)』

其次，在14.2條款規定業主終止契約之事由、及終止契約後續之處理：

『14.2業主終止契約事由(14.2 TERMINATION BY THE OWNER FOR CAUSE)

14.2.1當承包商有下述事由發生時，業主可終止契約：

...

4.承包商有其他違反契約條款之行為。

(14.2.1 The Owner may terminate the Contract if the Contractor:

...

4 otherwise is guilty of substantial breach of a provision of the Contract Documents.)』

『14.2.2當上述任何業主終止契約之事由發生，並獲工程師確認後，業主可以在不減少其他依本約可行使之權利下，經向承包商及承包商之擔保人書面通知到

達七日後，終止契約。並可為後續處理：

...

2.依5.4條款之規定受讓分包契約。

(14.2.2 When any of the above reasons exist, the Owner, upon certification by the Architect that sufficient cause exists to justify such action, may without prejudice to any other rights or remedies of the Owner and after giving the Contractor and the Contractor's surety, if any, seven days' written notice, terminate employment of the Contractor and may, subject to any prior rights of the surety:

...

2 accept assignment of subcontracts pursuant to Paragraph 5.4;)]

A201 與 FIDIC 新紅皮書不同的是，除業主終止契約外，亦有請求擔保人履約之規定，這可由上述 5.4.1 條款及 11.5 條款看出：

『11.5 履約與付款責任擔保(11.5 PERFORMANCE BOND AND PAYMENT BOND)

11.5.1 業主可以要求承包商提供履約與付款責任擔保，保證承包商依招標文件及契約條款履行，並支付依招標文件及契約條款而產生之各種款項。

(11.5.1 The Owner shall have the right to require the Contractor to furnish bonds covering faithful performance of the Contract and payment of obligations arising thereunder as stipulated in bidding requirements or specifically required in the Contract Documents on the date of execution of the Contract.)』

而 A201 與 FIDIC 新紅皮書相同的是，其亦無我國「工程採購契約範本」及「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」之解除契約、及監督付款制度。

第三節、中國大陸「建設工程施工合同(示範文本)」

中國大陸國務院住房和城鄉建設部於 1999 年公告「建設工程施工合同(示範文本)」¹⁶⁰，做為其各級政府公共工程採購之契約範本。

¹⁶⁰ 本資料可由中國大陸國務院住房和城鄉建設部網站 http://www.cin.gov.cn/zcfg/jswj/qt/200611/t20061101_17880.htm 下載取得；或參閱蘭定筠主編，

該範本分為三部份，第一部分為協議書，主要做為確定契約標的之用；第二部份、通用條款及第三部份、專用條款，係做為規範發包人與承包商權利義務之用，其中，通用條款是一般性之規定，而專用條款則是契約當事人間之特殊約定。在這三部分中，通用條款為發包人與承包商權利義務之主要規範。因此，本文以通用條款做為討論基礎，必要時再輔以專用條款說明。

首先，對承包商分包工程之規定，在第 38 條：

『十一、其他

38.工程分包

38.1 承包人按專用條款的約定分包所承包的部分工程，並與分包單位簽訂分包合同。非經發包人同意，承包人不得將承包工程的任何部份分包。

38.2 承包人不得將其承包的全部工程轉包給他人，也不得將其承包的全部工程肢解以後以分包的名義分別轉包給他人。

38.3…承包人應在分包場地派駐相應管理人員，保證本合同的履行。…』

另外，在專用條款第 38 條亦有相應規定：

『十一、其他

38.工程分包

38.1 本工程發包人同意承包人分包的工程：_____

分包施工單位為：_____』

這裏，可以發現「建設工程施工合同(示範文本)」對承包商分包工程之管理，除與 FIDIC 新紅皮書、AIA 之 A201 一樣，須經業主同意始得將部份工程項目分包、且分包商亦須經業主許可外，其更進一步要求承包商須在分包場地派駐管理人員。此點，與本文前章所述承包商應有之：工序安排與施工界面整合、一般性工程之監造責任概念相

〈新編建設工程合同法律法規及合同文本實用手冊〉，大陸北京，中國水利水電出版社，2006 年 3 月第一版，頁 251~頁 276。

似¹⁶¹。另外，「建設工程施工合同(示範文本)」沒有發現指定分包商之用語，亦無在業主給付工程款中，保留給分包商或其他第三人之相關規定，應是與我國「工程採購契約範本」相同，不採指定分包商制度。

接著，「建設工程施工合同(示範文本)」在第 10、35 條規定承

包商依進度施工之義務：

『三、施工組織設計和工期

10.進度計劃

10.3 承包人必須按工程師確認的進度計劃組織施工，接受工程師對進度的檢查、監督。工程實際進度與經確認的進度計劃不符時，承包人應按工程師的要求提出改進措施，經工程師確認後執行。…』

『十、違約、索賠和爭議

35.違約

35.2 承包人違約。當發生下列狀況時：

…

(3)承包人不履行合同義務或不按合同約定履行義務的其他情況。

…』

最後，對承包商違約後，業主之處理規定於第 44 及 41 條：

『44.合同解除

44.4 有下列情形之一的，發包人承包人可以解除合同：

…

(2)因一方違約(包括因發包人原因造成工程停建或緩建)致使合同無法履行。

44.6 合同解除後，…。除此以外，有過錯的一方應當賠償因合同解除給對方造成的損失。』

『41.擔保

41.1 發包人承包人為了全面履行合同，應互相提供以下擔保：

…

(2)承包人向發包人提供履約擔保，按合同約定履行自己的各項義務。』

在這，可以發現「建設工程施工合同(示範文本)」之合同解除，與我國「工程採購契約範本」及「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」

¹⁶¹ 參閱第三章第三節第一項。

之終止或解除契約相同¹⁶²；且亦似 FIDIC 新紅皮書、AIA 之 A201 般並無監督付款之設計。至於第 41 之擔保責任內容，參照中國大陸國務院住房和城鄉建設部 2005 年公告之「承包商履約委託保證合同(試行)」¹⁶³：

『第四條承擔保證責任的形式

4.1 乙方根據業主要求以下列方式之一承擔保證責任：

(1) 由乙方提供資金及技術援助，甲方繼續履行工程交付義務，但乙方支付金額不超過本合同第二條規定的保證金額。

(2) 由乙方在本合同第二條規定的保證金額內賠償業主的損失。』

就保證人對業主之保證責任而言，是為承包商對業主所造成損害賠償責任之擔保，並不像我國「工程採購契約範本」及「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」般亦含進場繼續施做、履行契約義務之擔保。

第四節、承包商之付款保證

美國公共工程不像民間工程般，材料供應商、分包商可享有抵押權等優先權，故為確保分包商及材料供應商之報酬可獲得支付¹⁶⁴，國會於 1935 年制定「米勒法案」，規定聯邦政府所發包之公共工程，其契約總價達一定金額以上者，得標廠商必須繳納一定額度之履約保證金及付款保證金、或提出擔保。相應之契約總價與繳納之付款保證金

¹⁶² 中國大陸並未似我國般嚴格區分解除、終止契約概念之不同。此點，可由其合同法分則第十三章、租賃合同內皆採『解除』之用語，而無『終止』之用語得知。

¹⁶³ 參閱蘭定筠主編，〈新編建設工程合同法律法規及合同文本實用手冊〉，大陸北京，中國水利水電出版社，2006 年 3 月第一版，頁 358~頁 360。

¹⁶⁴ 參閱黃紋綦，〈工程契約風險之研究—以公共工程為中心〉，台灣大學法律學研究所碩士論文，2005 年 7 月，頁 174。

額為：工程契約總價在 100 萬美元以下者，繳納契約總價 50% 為保證金；工程契約總價在 100 萬至 500 萬美元之間者，繳納契約總價 40% 為保證金；工程契約總價在 500 萬美元以上者，繳納 250 萬美元為保證金。¹⁶⁵後來，於 1998 年，美國眾議院決議案 H.R.3032 建議提高米勒法案付款保證之保額。爾後，於 1999 年 8 月 17 日，美國國會頒布「建築業付款保護法案」，規定米勒法案付款保證之保額不得低於履約保證之保額；又放棄付款保證請求權之表示必須以書面、且由有權棄權者在工作或供給物料後簽署。此即表示承包商不得代表分包商棄權，且不得以分包商之事先棄權，做為簽訂分包契約之條件。¹⁶⁶至於分包商請求擔保金之除斥期間，各州有不同之規定。例如伊利諾州公共建設擔保法案，規定請求權人須在完成最後一項工作或提供最後一項材料之日起算之 180 天內，向招標機關請求。¹⁶⁷

論者多有引進付款擔保制度之議。對此，本文認為應由下述面向考量：

1. 付款擔保對分包商而言，僅是第二線之保障；第一線之保障，應是讓分包商「浮出檯面」。

國外之工程契約範本，皆要求承包商在分包工程前，須將分包工

¹⁶⁵ 參閱郭慶鴻，〈公共工程分包管理制度之研究〉，台灣科技大學營建工程研究所碩士論文，2000 年 7 月，頁 87。

¹⁶⁶ 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 165。

¹⁶⁷ 參閱葉曉青，〈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 124。

程項目及分包商名單送交業主或工程師審核同意後，方可實施，已如前所述。在這種要求下，承包商為使業主同意分包，須選擇施工能力強、財務狀況健全、信譽卓著之分包商；而此等分包商，因具有上述特性，是故在與承包商簽訂分包契約時，有較高之談判能力，可以爭取到較好之保障。另外，承包商為避免違約，不至於擅自分包；如此，則分包關係清楚明確，立法政策若欲加以保障，該受保障之對象、範圍容易特定，可減少實施保障之難度。

反觀國內，對於分包商之管理強度明顯低於國外標準，僅規定機關對承包商擬分包之項目及分包廠商，得予審查。在這種要求強度下，易使承包商任意分包；且承包商為降低成本，常選擇事業規模小之個人商號、或由臨時點工組成之工班做為分包商。此等分包商，因經濟力量、交易能力遠小於承包商，是故在與承包商簽訂分包契約時，幾無談判能力，無法爭取到應有之保障，甚至須簽訂顯失公平之條款。再者，此種分包關係因分包商眾多，分包商與分包商間、及分包商與承包商間之界面複雜，又欠缺適當之分包契約條款加以釐清，故若立法政策欲加以保障，該受保障之對象、範圍難以確定，將大幅增加實施保障之難度。

專業分包已是國際之潮流¹⁶⁸，我國政府採購法施行細則第

¹⁶⁸ 參閱第三章第三節第一項第三目之說明。

八十七條所採用原則許可、例外禁止之規定，實值贊同；無需像中國大陸「建設工程施工合同(示範文本)」專用條款第38.1條般，採用原則禁止、例外許可之方式。惟在允許分包之同時，亦應像外國工程契約範本般增加對分包商管理之強度。此舉不僅可讓業主審核分包商之資格以控制工程品質、又使分包商因此對分包契約有較強之談判能力、間接亦可造就專業分包在我國之正常發展，具有一舉數得之多面效益；又分包關係之明確釐清，實為分包商保障之基礎，故修正我國「工程採購契約範本」第9條、施工管理(十五)轉包及分包第二款：

『廠商擬分包之項目及分包廠商，機關得予審查。』

為『廠商擬分包之項目及分包廠商，應先送交機關審查同意。』

使分包商浮出檯面，實是分包商保障之第一步，且是最重要之一步。

若在貫徹業主對分包商之管理，使分包商浮出檯面後，實務運作仍時常發生分包商未獲付款，而有保障分包商之需要，擬引進付款保證時，應再做下述各點之考量。

2.付款保證之保額在不同金額工程採購中應有不同。

內政部基於營造業法第二十一條之授權，制定「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」¹⁶⁹，

¹⁶⁹ 此辦法可由內政部營建署網站
http://www.cpami.gov.tw/web/index.php?option=com_content&task=view&id=960&Itemid=95
下載取得。

對於不同等級之營造業，規定有不同之承攬造價限額，等級愈高者，承攬造價限額亦愈高。因此，在不同之發包預算下，能投標、得標之廠商等級即有不同。依其不同，應為以下二點考量：

(1)我國營造業多為中、小廠商，資金少、獲利低¹⁷⁰，相對亦使銀行對其授信趨於嚴格。若在其承包公共工程時，再加諸付款保證之負擔，不啻對其資金運用形成龐大壓力，甚至造成資金調度困難而須離開市場。故對發包預算較低、中、小廠商為適格得標承包商者，其付款保證額度應予適當降低；而對發包預算高、大型廠商為適格得標承包商者，由於其資金較為充沛，且較易取得銀行授信，較有能力負擔付款保證，因此，其付款保證額度可予適當提高。

(2)發包預算高之工程，其得標廠商為大型廠商，在進行工程分包時，相較於分包商而言，有明顯之契約談判優勢地位；故在分包契約當事人談判力量明顯不對等下，對分包商之保障有較高之需要。而在發包預算較低之工程，其得標廠商為中、小型廠商，在進行工程分包時，相較於分包商，其契約談判優勢較為有限；因此，在分包契約當事人談判力量差距較小下，對分包商之保障強度可適當降低。

3.勞務供給者應優先於材料供應商受到保障。

¹⁷⁰ 參閱第三章第三節第一項第三目之說明。

就分包商保障對象而言，勞務供給者相對於材料供應商，不論是經濟地位、風險承受能力皆更為弱勢，而須先予保障；故其受益之請求權，應優先於材料供應商。另外，在制度引進初期，為避免對承包商之衝擊過大，或可將保障對象限縮於勞務供給者，而待付款保證制度廣被接受、運作順暢後，再擴張保障對象及於材料供應商。欲如此為之，須先將工程預算剝離為勞務供給與材料供應二部份；而這點並不困難，僅須將工程之數量計算書配合單價分析表經計算即可獲得。

4. 分包商受益請求權之除斥期間不宜過長。

營造業常同時承攬數起工程，若其中某一工程資金投入太多或太長，無法及時抽出投入其他工程，極易造成其他工程之資金周轉困難。如此，其他工程即可能發生延誤履約或違約之情事；而這又使承包商遭業主罰款或求償以致資金缺口更形擴大，惡性循環下來，終至財務狀況全面惡化，甚至破產。為避免上述狀況發生，對分包商受益請求權之除斥期間不宜過長，使承包商在除斥期間經過後，可儘早取回保證金，投入其他工程使用。