

國立政治大學法律學系碩士班

碩士學位論文

公共工程聯合承攬契約之研究

A Study on Joint Venture Contract for Public Construction



指導教授：楊淑文 博士

研究生：陳義龍 撰

中華民國 110 年 9 月



謝辭

這份謝辭是本篇論文的研究心得，也是我碩士生學涯的畢業感言。

在我的碩士生學涯中，由於從蘆洲騎到政大需要至少 40 分鐘，加上碩一開始在高點教課、編講義並陸續出版了四本參考書，所以我除了上課時間外，很少到學校感受學術薰陶，活不像一個碩士生應有的樣子。我常常問自己念研究所的我，究竟學到了什麼？獲得了什麼？這些問題漸漸地在楊淑文教授及民法組同學身上找到了答案。

在我遇到楊老師之前，我對民法的認識總是牢牢記住每棵樹的樣貌。在遇到楊老師之後，則慢慢地學會飛起來試著鳥瞰整片民法森林，透過楊老師的引導，也開始理解其中哪幾棵樹是驅動民法生命的樞紐。楊老師曾說，我國民法是一座百年老宅，我們要懂得如何靈活運用，以正確地對應現代的新型態交易，如定型化契約條款、工程履約爭議。我想，無論這座百年老宅是否再次整新翻修，亦無論現代新型態交易爭議如何複雜、多樣，終究要回歸到民法的根本，並以扎實體系思維找到適切的解決方法。這幾年接受楊老師的教導，根本性地改變我的法律思考，並帶領我看到民法學的新境界。

關於政大民法中心的好友，雖然我很少去學校，但在學校期間也確實交到幾個民法組好同學，不但可以互相交換學術意見、彼此學習成長，也能夠一起吃飯、一起爬山、一起喝酒講幹話、互相吐露心事。希望將來畢業後開始執業的我們，仍然可以友誼長存。由衷感謝博彥、祐綸、書欣、偉桓、蕙涵、筱真、鈞霖、俊宏、苑善、淑瑗、歆惠、瀚文，以及民法組的學長姐與學弟妹。

接著再來說說我對於本篇論文的心得。在碩士生學涯中，一方面在補教工作中教書寫書，訓練統整、表達及說服的能力，並幫助自己梳理民法思維。另一方面在學校修習各種研究所課程，向許多不同老師學習民法並作學術對話。這些時間同時讓我慢慢摸索尋找一個適合作為學位論文題目的研究對象。在與楊老師討論並閱聽幾個文獻資料及講座後，便選定「聯合承攬」為論文題目，

一個我過往從來沒有想過也沒有接觸過的議題。一開始研讀完相關的期刊文獻與各級法院判決後，以為我這篇論文就只是粗淺地統整各項爭議與見解並作簡單分析而已。但在撰寫過程中，這個洞越挖越深，越來越了解工程聯合承攬的運作與癥結點，便產生了許多屬於自己的想法，所以才會在這篇論文的許多各處表達自己的淺見。能夠說是「淺見」嗎？十年後的我如果有法律邏輯上的精進與轉變，會不會後悔寫下現在這些內容？當然，這確實只是「淺見」，畢竟只花了不到一年的時間思考、撰寫。這讓我想起我在大學時期的恩師林秀雄教授曾經分享，老師曾經為了一個爭議花了數年時間反覆思考論證，才正式確立屬於自己的見解。如此權威學者都需要花費長時間嚴謹論證法律問題，相對於本篇論文的「淺見」，實在讓我感到羞愧。但至少本篇論文是我目前為止對此議題的研究結晶與確信。例如我在本篇論文所採取的聯合承攬體「合夥說」見解，受到不少文獻與判決的質疑，對此我在本篇論文致力逐一反駁，試圖為這項見解增添更為有力的論述與依據。這個工程爭議看似新興、複雜，本篇論文在外國法上也僅簡單引用 FIDIC、FAR 與日本契約範本，因為我認為這些爭議問題終究仍要回歸到多數人之債理論與合夥概念的民法內涵。又關於本論文的篇幅，我並無意長篇大論，但既然研究目標是刻畫出聯合承攬契約的全貌，也不得不花一些篇幅建立脈絡與論述，確保研究架構的完整性。

在此要特別感謝楊老師陪著我一起研究這項議題，反反覆覆修改了好幾次，不厭其煩地陪我數次討論、校正，幸好有楊老師的指導與建議，才不至於讓這篇論文的體系架構「走精 (tsáu-tsing)」。同時也要感謝口試委員王千維教授與姚志明教授。王老師是研究多數人之債與合夥的權威學者，於國內著有許多相關書籍與期刊文章，深刻影響學界與實務界。姚老師則是國內少數同時橫跨民法、工程法及公司法領域的權威學者。兩位老師的研究領域均切中本篇論文的研究主題，這次我能夠接受兩位老師的指正、批評，是我莫大的榮幸。感謝楊老師、王老師、姚老師包容接納本篇論文的論述與淺見，並提供許多寶貴建議，讓我有具體的修正方向與進步空間，是本篇論文的重要養分。

除了學業方面外，必須藉由這份謝辭感謝老爸老媽的栽培與養育。爸媽總是放手讓我飛，讓我可以自由地發展自我，並在背後堅定地支持我、鼓勵我。兩位同時也一直是我從小學習的對象，期望將來能夠像他們一樣默默耕耘、勤懇努力，為這個社會貢獻一份心力。對於家人，自己心中還有很多感謝的話，但是害羞難以啟齒，那就留在心底，用行動表達自己的愛。所以我也提醒自己將來即使法律工作繁忙，仍不忘以陪伴孝順回報兩位的養育之恩。希望我的老爸老媽都能健康快樂、平安美滿。

最後，新冠病毒仍在全球肆虐，我們台灣這條小船終究無法倖免，整個社會人人自危，加強防護避免感染，因防疫需求導致本篇學位論文無法以實體口試方式進行，甚為可惜。期望我們都能健康平安地渡過這個疫情時代，疫情與災難趕快消失，回復到平靜幸福的生活，天佑台灣！

感謝所有我愛的人，以及愛我的人。

陳義龍

2021 年 9 月 30 日

寫於在高點趕課到深夜獨自恍神吃完石頭火鍋配香菜拌飯後即使講課沙啞也要一邊大聲唱歌一邊騎車回到蘆洲溫暖狗窩癱坐在客廳地板多愁善感的夜晚



摘要

聯合承攬體係承攬廠商互約出資，並以執行特定工程為其所經營之共同事業，且以共同開立專用帳戶為獨立責任財產，用以負擔工程相關債務及費用，符合合夥事業之特徵。聯合承攬特定工程所生之債務內容相對得以預見、事先劃定概數，且債權人已經確定，與公司法第13條第1項避免危害公司資本穩固之規範意旨並無違背，應將政府採購法第25條解為公司法第13條第1項之特別規定。縱認政府採購法第25條並非特別規定，亦得認為公司法第13條第1項禁止規定未就此等聯合承攬之案件式合夥情形，加以特別考量，屬於隱藏的法律漏洞，應目的性限縮公司法第13條第1項規定，而認聯合承攬合夥不在其禁止之列。又聯合承攬成員基於聯合承攬契約負擔連帶工程債務，此與民法第681條合夥債務之債權人權利行使順序規定，並無扞格。承攬成員之勞務給付無以合夥財產清償可言，應依約定連帶履行完工義務。若為債務不履行之損害賠償或違約金責任，則應先以聯合承攬財產清償，如有不足，業主始得向承攬成員主張連帶清償責任。此外，承攬成員對業主之工程款請求權屬於民法第668條之公同共有財產即公同共有債權，不因聯合承攬契約約定統一請（受）領或分別請（受）領而異其法律性質。於分別請（受）領情形，各承攬成員得單獨行使債權，請求並受領自己部分工程款；於統一請（受）領情形，代表成員依民法第679條規定代表全體成員行使債權並受領全部工程款，後續再於內部按參加比例分配工程款。

關鍵詞：聯合承攬、共同投標、工程契約、契約承擔、連帶債務、可分債權、不可分債權、公同共有債權、合夥



簡目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與對象.....	1
第二節 研究方法與步驟.....	1
第三節 研究架構.....	6
第四節 研究預期成果.....	8
第二章 聯合承攬之內涵.....	9
第一節 聯合承攬之意義.....	9
第二節 聯合承攬之法令限制.....	25
第三節 聯合承攬契約.....	36
第四節 小結.....	61
第三章 聯合承攬體之定性.....	63
第一節 法律性質.....	63
第二節 參加比例.....	111
第三節 管理委員會.....	113
第四節 立山請款案.....	118
第五節 小結.....	127
第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係.....	131
第一節 承攬成員之給付義務.....	131
第二節 債務不履行與契約解消.....	154
第三節 履約保證金.....	174
第四節 工程款債權.....	192
第五節 契約承擔.....	238
第六節 小結.....	260
第五章 聯合承攬成員間之法律關係.....	263
第一節 聯合承攬成員之脫離.....	263
第二節 內部請求.....	269
第三節 小結.....	275
第六章 聯合承攬之爭議處理.....	277
第一節 異議.....	277
第二節 申訴審議.....	278
第三節 調解與仲裁.....	279
第四節 民事訴訟.....	280
第五節 工程爭議審議委員會.....	292
第六節 小結.....	294
第七章 結論.....	295
第一節 前文總結.....	295

第二節 未來展望.....	297
參考文獻.....	298



詳目

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與對象.....	1
第二節 研究方法與步驟.....	1
第一項 研究方法.....	1
第一款 文獻分析法.....	1
第一目 民法.....	2
第二目 政府採購法及其子法.....	2
第三目 行政院公共工程委員會的解釋函令與契約範本.....	3
第四目 日本共同企業體契約範本.....	3
第五目 美國聯邦採購規則.....	3
第六目 FIDIC 契約範本	3
第二款 案例分析法.....	5
第二項 研究步驟.....	6
第三節 研究架構.....	6
第四節 研究預期成果.....	8
第二章 聯合承攬之內涵.....	9
第一節 聯合承攬之意義.....	9
第一項 定義與功能.....	9
第一款 基本定義與沿革.....	9
第二款 形成原因.....	11
第一目 工程規模.....	11
第二目 工法技術.....	12
第三目 損益分擔.....	12
第四目 市場競爭.....	13
第二項 分類與區辨.....	14
第一款 以工種異同而為區分.....	14
第一目 同業聯合承攬.....	14
第二目 異業聯合承攬.....	14
第三目 分析.....	14
第二款 以施工方式而為區分.....	15
第一目 共同施工.....	15
第二目 分別施工.....	15
第三目 分析.....	16
第三款 以合作時間性質而為區分.....	17
第一目 特定工程聯合承攬.....	17
第二目 常態工程聯合承攬.....	17

第四款 以契約主體而為區分.....	18
第一目 真正聯合承攬.....	18
第二目 不真正聯合承攬.....	18
第三項 聯合承攬與統包.....	19
第一款 統包工程之基本內涵.....	19
第二款 統包工程與聯合承攬之關聯.....	21
第四項 聯合承攬與分包.....	22
第一款 民法：次承攬.....	22
第二款 政府採購法：轉包與分包.....	22
第二節 聯合承攬之法令限制.....	25
第一項 營造業法.....	25
第二項 共同投標辦法.....	26
第一款 意義.....	26
第二款 種類.....	27
第一目 分類.....	27
第二目 區別實益.....	28
第三款 採行.....	29
第四款 限制.....	31
第一目 投標廠商之資格.....	31
第二目 成員數及主辦事項金額比率.....	32
第三目 參與一共同投標群組之原則.....	32
第四目 外國廠商投標之要求.....	33
第五款 違法共同投標.....	33
第六款 共同投標與其他類似制度.....	34
第一目 複數決標.....	34
第二目 分標合併.....	35
第三節 聯合承攬契約.....	36
第一項 聯合承攬協議書之基本內容.....	36
第二項 聯合承攬協議書之當事人.....	39
第一款 多數見解.....	39
第一目 實務見解.....	39
第二目 學說見解.....	40
第二款 本文見解.....	41
第三項 聯合承攬契約之態樣.....	45
第一款 非典型契約之類型.....	46
第一目 契約聯立.....	46
第二目 混合契約.....	46
第二款 單一契約說.....	47

第三款 多數契約說.....	47
第四款 本文見解.....	49
第四項 聯合承攬契約之具名.....	50
第一款 全體承攬成員之共同具名.....	50
第二款 代表成員之單獨具名.....	51
第一目 否定說.....	51
第二目 肯定說.....	54
第三目 本文見解.....	57
第三款 新設立法人之具名.....	59
第四款 無權利能力團體之具名.....	60
第四節 小結.....	61
第三章 聯合承攬體之定性.....	63
第一節 法律性質.....	63
第一項 合夥說.....	63
第一款 實務見解.....	63
第二款 學說見解.....	70
第二項 類似合夥之無名契約說.....	70
第一款 實務見解.....	70
第二款 論者見解.....	76
第三項 偶然性共同合作經營之無名契約說.....	77
第一款 實務見解.....	77
第二款 學說見解.....	83
第四項 分析檢討.....	84
第一款 關於「合夥說」.....	84
第一目 合夥「經營共同事業」之解釋.....	84
第二目 合夥「互約出資」之解釋.....	86
第三目 聯合承攬財產之性質.....	87
第四目 承攬成員之工程契約債務歸屬.....	91
第五目 締約具名問題.....	92
第六目 公司法第13條第1項之禁止規定.....	93
第二款 關於「類似合夥之無名契約說」.....	100
第三款 關於「偶然性共同合作經營之無名契約說」.....	101
第五項 本文見解.....	102
第一款 聯合承攬體為合夥.....	102
第一目 特別規定.....	102
第二目 目的性限縮.....	105
第二款 承攬成員之工程契約債務.....	107
第三款 工程之事務執行及對外代表.....	109

第四款 聯合承攬體之強烈封閉性.....	110
第二節 參加比例.....	111
第一項 意義.....	111
第二項 限制.....	112
第三節 管理委員會.....	113
第一項 意義.....	113
第二項 組成.....	114
第三項 權限.....	115
第四項 表決.....	115
第五項 停權.....	117
第四節 立山請款案.....	118
第一項 案例事實.....	118
第一款 原告主張.....	118
第二款 被告抗辯.....	118
第二項 本案爭點.....	119
第三項 本案實務見解.....	119
第一款 第一審判決.....	119
第二款 第二審判決.....	120
第三款 第三審判決.....	121
第四項 其他實務見解.....	121
第五項 論者見解.....	123
第六項 本文評析.....	124
第一款 下游債務之可預見性與事先安排.....	124
第二款 下游廠商給付利益之歸屬.....	125
第五節 小結.....	127
第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係.....	131
第一節 承攬成員之給付義務.....	131
第一項 多數債務人之基本內涵.....	131
第一款 可分債務.....	131
第一目 意義.....	131
第二目 對外效力.....	131
第三目 對內效力.....	132
第二款 連帶債務.....	132
第一目 意義.....	132
第二目 對外效力.....	134
第三目 對內效力.....	135
第三款 不可分債務.....	135
第一目 意義.....	135

第二目 對外效力	136
第三目 對內效力	137
第四款 共有債務.....	137
第一目 分別共有債務.....	137
第二目 公同共有債務.....	137
第五款 協同債務.....	138
第一目 意義.....	138
第二目 對外效力	138
第三目 對內效力	139
第二項 約定連帶工程債務.....	139
第一款 意義.....	139
第二款 多數之債關係存在.....	140
第三款 滿足業主之同一給付利益.....	142
第四款 承攬成員各負全部給付義務.....	145
第五款 業主僅能受領一份給付.....	146
第六款 承攬成員負同一債務.....	146
第七款 小結.....	148
第三項 未約定連帶債務之處理.....	148
第一款 法定連帶債務之疑義.....	149
第二款 協同債務之成立.....	150
第四項 連帶債務之內容範圍.....	151
第五項 連帶債務與分包.....	153
第二節 債務不履行與契約解消.....	154
第一項 債務不履行.....	154
第一款 工程完成義務之不履行.....	154
第一目 嗣後客觀不能.....	154
第二目 嗣後主觀不能.....	154
第三目 紿付遲延.....	156
第二款 損害賠償與違約金責任.....	157
第三款 建忠停業案.....	158
第一目 案例事實.....	158
第二目 本案爭點.....	159
第三目 實務見解.....	159
第四目 學說見解.....	167
第五目 本文評析.....	167
第二項 契約解消.....	170
第一款 原因.....	170
第二款 方式.....	171

第三節 履約保證金.....	174
第一項 繳納.....	174
第二項 發還.....	175
第三項 繼受.....	177
第一款 實務見解.....	177
第二款 本文見解.....	179
第四項 興泰沒收案.....	180
第一款 案例事實.....	180
第一目 原告主張.....	181
第二目 被告抗辯.....	181
第二款 本案爭點.....	182
第三款 實務見解.....	182
第一目 第一審判決.....	182
第二目 第二審判決.....	183
第三目 第三審判決.....	186
第四目 更審判決.....	186
第五目 本案歷審判決理由梳理.....	189
第四款 本文評析.....	190
第一目 原告之連帶損害賠償責任.....	190
第二目 履約保證金之擔保範圍.....	191
第三目 業主之取償順序.....	192
第四節 工程款債權.....	192
第一項 多數債權人之基本內涵.....	192
第一款 可分債權.....	192
第一目 意義.....	192
第二目 對外效力.....	193
第三目 對內效力.....	193
第二款 連帶債權.....	193
第一目 意義.....	193
第二目 對外效力.....	194
第三目 對內效力.....	194
第三款 不可分債權.....	194
第一目 意義.....	194
第二目 對外效力.....	194
第三目 對內效力.....	195
第四款 共有債權.....	195
第一目 分別共有債權.....	195
第二目 公同共有債權.....	196

第五款 協同債權.....	202
第一目 意義.....	202
第二目 對外效力.....	202
第三目 對內效力.....	202
第二項 聯合承攬工程款債權之定性.....	202
第一款 意義.....	202
第二款 法律性質.....	203
第一目 分別請（受）領.....	203
第二目 統一請（受）領.....	204
第三目 本文見解.....	210
第三項 工程款給付方法之變更.....	212
第四項 工程款債權讓與禁止條款.....	213
第五項 聯合承攬工程款與實作實算.....	213
第六項 得盛債務案.....	214
第一款 代位訴訟.....	215
第一目 案例事實.....	215
第二目 實務見解.....	218
第二款 收取命令之異議.....	219
第一目 案例事實.....	219
第二目 實務見解.....	219
第三目 其他見解.....	220
第三款 本文評析.....	221
第七項 煊盛單獨請求案.....	223
第一款 案例事實.....	223
第一目 原告主張.....	224
第二目 被告抗辯.....	225
第二款 本案爭點.....	228
第三款 實務見解.....	228
第一目 第一審判決.....	228
第二目 第二審判決.....	230
第三目 第三審判決.....	231
第四目 更審判決.....	232
第五目 本案歷審判決理由梳理.....	234
第四款 學說見解.....	234
第五款 本文評析.....	235
第一目 聯合承攬成員之債權性質及種類.....	235
第二目 約定統一請（受）領之意義.....	235
第五節 契約承擔.....	238

第一項 債之概括承受.....	238
第一款 總說.....	238
第二款 契約承擔.....	239
第三款 契約加入.....	241
第四款 財產或營業之概括承受.....	242
第二項 聯合承攬之契約承擔條款.....	244
第一款 意義.....	244
第一目 內容及功能.....	244
第二目 性質.....	244
第二款 發生原因.....	246
第三款 業主同意.....	248
第一目 性質.....	248
第二目 正當理由.....	250
第四款 效力.....	252
第一目 契約履行與報酬請求.....	252
第二目 履約保證金.....	252
第三項 契約承擔與分包.....	253
第四項 契約承擔與重訂契約.....	254
第五項 契約承擔與保證廠商.....	255
第一款 實務見解.....	256
第一目 契約承擔說.....	256
第二目 保證契約說.....	256
第二款 學說見解.....	257
第一目 保證廠商之保證債務.....	257
第二目 保證廠商之款項請求權.....	257
第三款 本文見解.....	258
第六節 小結.....	260
第五章 聯合承攬成員間之法律關係.....	263
第一節 聯合承攬成員之脫離.....	263
第一項 概說.....	263
第二項 脫離事由.....	264
第一款 主動脫離.....	264
第二款 被動脫離.....	264
第三項 脫離效果.....	265
第一款 繼續履行與契約承擔.....	265
第二款 脫離成員之參加比例.....	265
第三款 管理委員會席次除名.....	266
第四款 脫離成員之財產續留.....	267

第五款 損害負擔與擔保責任.....	267
第六款 原契約損益分配.....	268
第二節 內部請求.....	269
第一項 工程款之分配.....	269
第二項 連帶債務之分擔.....	270
第一款 連帶債務之求償規定.....	270
第一目 內部分擔額.....	270
第二目 求償權與代位權.....	270
第三目 內部擔保責任.....	271
第二款 替代履行工程.....	272
第三款 損害賠償與違約金之分擔.....	273
第三節 小結.....	275
第六章 聯合承攬之爭議處理.....	277
第一節 異議.....	277
第一項 異議之提出.....	277
第二項 異議結果之通知.....	277
第二節 申訴審議.....	278
第三節 調解與仲裁.....	279
第四節 民事訴訟.....	280
第一項 聯合承攬體作為訴訟當事人.....	280
第一款 當事人能力.....	280
第二款 當事人適格.....	281
第二項 聯合承攬成員作為訴訟當事人.....	284
第一款 承攬成員為被告：以工程連帶債務請求為例.....	284
第二款 承攬成員為原告：以工程款給付請求為例.....	286
第一目 如認工程款請求權為不可分債權.....	286
第二目 如認工程款請求權為公同共有債權.....	289
第三項 聯合承攬財產及成員財產之強制執行.....	290
第五節 工程爭議審議委員會.....	292
第六節 小結.....	294
第七章 結論.....	295
第一節 前文總結.....	295
第二節 未來展望.....	297
參考文獻.....	298

第一章 緒論

第一節 研究動機與對象

國內營建工程尤其公共工程，對於工程之效率與品質要求逐漸提供，單項工程標的數額動輒數十億、數百億元新台幣，其工程規模與所需之資金已非單一專業營造廠商得獨力承攬完工，於是產生數家專業廠商共同計畫並具名投標，承攬特定工程，各自負責其中一部分之工作範圍，並分享工程利益及共負虧損，稱為工程之聯合承攬。於一般情形下，若為單一廠商與機關業主訂立工程契約，其法律關係有固定之對象，不論繳納保證金、爭議協議對象、罰則處罰對象、停權、訴訟，均屬明確。然若為工程聯合承攬，涉及多數當事人，其前述之法律關係更為複雜，各當事人應如何履行契約？如何主張權利？於聯合承攬契約之不履行時，誰應該要負責？是否全體共同負責？因承攬成員發生財務危機而延宕工程進度時，當事人應以何等方式解決施工困境？這些問題均有待本文一一釐清，是本文之研究對象為聯合承攬民事法律關係之締約及履約問題。至於公共工程契約之前階段，即業主與廠商間之招標、審標、決標等事項，則屬行政法領域之問題，不在本研究討論範圍內，僅就共同投標之相關採購程序規定，作精簡介紹。

第二節 研究方法與步驟

第一項 研究方法

第一款 文獻分析法

本文蒐集國內外之法規、文獻、學說、判例、判決或函釋等加以閱讀理解並分析其意旨後，再依分析所得之基礎作進一步之研究。其中，文獻資料有書籍、期刊、論文、專論、學術研討會論文集、政府出版品、網際網路之網頁資料等。就本文涉及工程契約之法源與重要官方資料，分別簡述如下。

第一目 民法

民法乃我國民事法律之基本法，於民法第二編債第二章各種之債，設有若干有名契約之規範，原則上其性質屬於補充法、任意規定。基於契約自由原則，在不違反強行規定或公序良俗之前提下，當事人得依其意思自由形塑私法上之權利義務關係。於當事人約定不足或約定不明時，適用民法有名契約之規定。本文討論主軸即工程契約為民法承攬契約之一種態樣，應適用該章第八節承攬契約之規定，作為其權利義務之準據。然而，當初立法者設計承攬規定時，是以傳統手工業者動產加工或改造為規範對象，而非著眼於現今造橋鋪路、大興土木等造價動輒上億之工程，是現今工程承攬與立法者所理解之承攬契約形象，差距不小，是否得以民法承攬規定作為工程契約之補充，不無疑問，以之作為補充可能不符合工程契約當事人之利益狀態¹，是本文較少以民法承攬契約規定為論述，而是以實務上聯合承攬契約常見條款或其他工程法律規範為說明。又聯合承攬涉及是否具有合夥性質之問題，本文亦會反覆提及該章第十八節之合夥契約規定。此外，本文研究對象尚涉及連帶債務、契約承擔等概念，將會援引相關規定。

第二目 政府採購法及其子法

實務上工程契約之爭議多來自公共工程，當須適用政府採購法及其子法之相關規定。關於聯合承攬之法律關係，政府採購法第 25 條設有共同投標之規範，並在該條第 6 項規定：「共同投標辦法，由主管機關定之。」是共同投標辦法乃論述本文研究對象之重要規範。蓋政府採購法係為維持政府採購之公平、效率，主要以採購程序為規範對象，而非規範工程契約之權利義務關係（參照政府採購法第 1 條規定），但在其子法共同投標辦法之規定，已有部分規定涉及聯合承攬之實體法上之權利義務關係，對於本研究而言甚為重要。

¹ 陳自強，FIDIC 工程契約條款在契約法源之地位，氏著，整合中之契約法，2011 年 5 月，臺北：元照出版，頁 288-290。其他分析參照王文宇，契約解釋與任意規定—比較法與案例研究（上），台灣法學雜誌，第 290 期，2016 年 2 月，頁 31-32。

第三目 行政院公共工程委員會的解釋函令與契約範本

我國行政院公共工程委員會乃我國公共工程發展之重要樞紐，其發布許多解釋函令與契約範本，與本文研究對象有關者，除相關解釋函令外，包含投標須知範本（民國 109 年 3 月 23 日修正）、工程採購契約範本（民國 110 年 3 月 9 日修正）、統包工程採購契約範本（民國 110 年 3 月 9 日修正）、共同投標協議書範本等，均為我國公共工程契約權利義務關係的重要參考。

第四目 日本共同企業體契約範本

日本「國土交通省」所發布之「特定建設工事共同企業體協定書（甲）、（乙）」有明確規定聯合承攬之法律關係（共同企業體協定書）²，可對照於我國行政院公共工程委員會所發布之共同投標協議書範本。由於我國民法繼受背景與其發展，與日本民法有相當程度之牽連關係，是就該國所發布之聯合承攬契約範本，亦有參考價值。在我國聯合承攬契約關係之解釋論與立法論上，本文會適度援引該國之聯合承攬契約範本內容。

第五目 美國聯邦採購規則

美國聯邦政府機關之採購由聯邦採購規則（The Federal Acquisition Regulation, FAR）規範³，且該國各機關得有自己的內部專用採購法規以補聯邦採購法規之不足，聯邦採購法規第 25 部分則規範外國廠商參與投標之政策與程序⁴。此為國際工程實務之重要規範之一，於本文研究會適度援引、參考。

第六目 FIDIC 契約範本

國際諮詢工程師聯合會（法語：Fédération Internationale Des Ingénieurs-

² 日本國土交通省網站：https://www.mlit.go.jp/totikensangyo/const/1_6_bt_000101.html（最後瀏覽日期：2021 年 5 月 22 日）。

需注意的是，該聯合承攬契約範本有甲、乙兩種版本，其契約條款內容未盡相同，但其間仍有不少共通處，例如管理委員會之設計、全體承攬成員負連帶責任、禁止轉讓契約權利義務等。

³ 美國聯邦政府採購網站：<https://www.acquisition.gov/browse/index/far>（最後瀏覽日期：2021 年 5 月 22 日）。

⁴ 此部分介紹參照我國公共工程委員會網站：

<https://www.pcc.gov.tw/cp.aspx?n=E4FF5C43B778D6B5>（最後瀏覽日期：2021 年 5 月 22 日）。

Conseils，簡稱 FIDIC）發展建構出各種工程承包模式之契約範本⁵，乃國際工程權威之契約依據，為國際工程實務廣泛引用、效仿。其範本有依其表皮顏色而分別規範不同之工程型態，紅皮書（red book）為傳統之施工契約，其標的為土建工程，且是由業主自行提出設計。黃皮書（yellow book）則規範由廠商同時負責設計（至少大部分設計）、施工之工程標的，其契約金額採固定總價。銀皮書（silver book）被認為適用於石化廠、發電廠等精密複雜的工業設施或高度系統化的基礎設施（公路、鐵路、橋梁、汙水處理廠、輸電線、水壩等），業主希望由廠商承擔所有設計及建造之風險，將處於可以運營的煉油廠或發電廠「交鑰匙」予業主，業主願意支付較高的契約金額，以換取由廠商承擔較高之契約風險，以確保最終契約金額及完工時程能具有較高的確定性。綠皮書（green book）則屬較為簡化之契約範本，適用於金額較小（50 萬美金以下）、工期較短（6 個月以內）或簡單、重複性作業的工程（例如濱海工程），其設計可為業主，亦可為廠商，契約金額計算可為按量計價或固定總價。其他尚有金皮書（gold book）、藍綠皮書（blue-green book）等契約範本。

6

此等契約範本對於國際工程實務極為重要，工程當事人之工程契約條款設計常以 FIDIC 契約範本為藍圖，甚至直接將之訂入契約，且多將其作為契約解釋或填補之重要依據。甚至不少國家之銀行或保險公司會要求工程當事人以 FIDIC 契約範本為其契約參考基礎或直接訂入其工程契約，作為融資或投保之條件。於我國工程實務上，部分當事人會以 FIDIC 契約範本作為契約條款設計之重要參考，且有時會以該契約範本內容為訴訟攻防方法⁷，甚至被作為判決理

⁵ 國際諮詢工程師聯合會網站：<https://fidic.org/>（最後瀏覽日期：2021 年 5 月 22 日）。

⁶ 相關介紹參照陳希佳，離岸風電與 FIDIC 契約，離岸風電雜誌，第 8 期，2021 年 3 月，頁 82-86。

⁷ 例如臺北地方法院 90 年度重訴字第 11 號民事判決（被告陳述）：「原告於其起訴狀中第二十一頁亦曾引用國際營建工程廣為採用之 FIDIC 國際土木工程契約（Conditions of Contract For Works of Civil Engineering Construction）中部分規定，顯見原告對 FIDIC 國際土木工程契約之內容知之甚詳。國內大型公共工包括本件工程之契約內容多係採用 FIDIC 國際土木工程契約範本，該契約第三條亦規定：『在沒有得到雇主事先同意的情況下，承包商不應將合同或合同的任

由⁸。我國學者認為，雖商事習慣未被承認有法律性格，但經由契約之解釋，商事習慣被納入契約之規範，成為當事人之行為規範（談判或履約基礎），於有爭議時得作為裁判規範。而 FIDIC 契約範本為國際工程實務廣泛大量運用、反覆參酌，其條款內容體現出工程契約法之若干基本原則與國際工程慣例。縱工程契約當事人未明示或默示以 FIDIC 契約條款為契約內容，但如當事人能證明 FIDIC 契約條款之基本原則已成為國際工程契約慣例之範圍內，法院得參酌 FIDIC 契約條款之基本原則⁹，作為契約解釋原則所參酌之交易習慣，或作為契約漏洞之填補。且政府採購法第 63 條第 1 項亦規定：「各類採購契約以採用主管機關訂定之範本為原則，其要項及內容由主管機關參考國際及國內慣例定之。」¹⁰

第二款 案例分析法

本研究選取若干與研究對象相關之案例，詳述其當事人主張、法院判決理由，並為分析。選定案例之標準有二：(1)已有部分文獻討論之案例，將各該判

何部分，或任何利益或權益進行轉讓……』顯見對工程實務及 FIDIC 國際土木工程契約甚為熟稔之原告，絕無不知工程合約下之權利或合約之一部或全部原則上均禁止轉讓之理……」

⁸ 例如臺北地方法院 99 年度建字第 287 號民事判決：「本院復審酌 FIDIC（國際諮詢工程師聯合會）營建施工標準契約條款第 2.2 條，規範定作人應在合理時間內向承攬人提供圖說和有關輔助資料，為定作人之義務，因該部分工程於工程管控，以定作人最有能力掌控，應受風險之分配及承擔責任，如此規定方符合風險應分配予最有能力控制該風險之人之原則，若承攬人不具有可歸責之事由，定作人違反該義務，須為其故意或過失所致承攬人之遲延，負展延工期之責，並應負擔賠償承攬人之費用及合理利潤之損失。是工程採購契約條款第 17.4 條約定：……，係約定承攬人因非可歸責於其之事由，於開工後無法繼續施工而停工達 6 個月，得依契約相關項目單價比例估驗計價或檢附實支單據請求定作人予以合理補償，並得終止契約，即符合 FIDIC 課予最有能力控制此風險之人即定作人之義務規定，工程採購契約條款就展延工期之情形，雖無任何明文，然無論停工或展延工期期間，承攬人均仍需投入相當之人力、物力及時間，其管理費仍須繼續支出，惟停工所須繼續支出之管理費較工期展延為低，依舉輕以明重之法理，難認承攬人不得請求因不可歸責於己之事由展延工期所生之管理費，若任令承攬人承擔此一其不可控制之風險，亦不符 FIDIC 規範精神。本院權衡兩造之利益，基於平等原則及 FIDIC 肯認定作人掌控風險主導權且導致遲延工期時應賠償承攬人損失之規範精神，當認被告應給予原告相當之補償，且與誠信原則無違，故原告請求被告給付展延工期及停工期所生費用，應屬可採。」

⁹ 例如工程計畫之變更不應視為違約、工期展延之彈性處理、當事人請求應迅速主張等工程契約法之一般法律原則。

¹⁰ 陳自強，前揭註 1，頁 295-304。關於交易習慣作為契約解釋之說明另參照姚志明，民事契約解釋原則與公共工程契約解釋，月旦法學雜誌，第 246 期，2015 年 10 月，頁 119-120。

決理由及文獻見解綜合歸納，比較出其見解差異，再行提出個人淺見，形成學術討論上之對話；(2)部分案例對於研究對象所涉及之聯合承攬法律關係，有解釋論或立法論上之重要性，有必要將其列出、歸納分析，以清楚描繪出本研究對象之法律輪廓。

第二項 研究步驟

- 一、選定研究主題，研擬研究計畫，劃定研究之具體對象、範圍及其目的，並預定研究成果。
- 二、蒐集與研究對象有關之法規範、書籍、期刊及學位論文等文獻，以及司法實務判決、行政實務涵釋。
- 三、探討與本研究對象有關之基本理論（民法承攬、合夥、多數人之債、債之移轉、政府採購法基本原則及相關規定）。
- 四、分析歸納本研究對象有關之資料文獻，勾勒各該見解之核心論述與精華，作成完備之文獻回顧。
- 五、搜羅並整理實務上常見及經典之案例事實，及相關見解立場，並作成具體解析或對策。
- 六、針對研究對象作出結論與建議。

第三節 研究架構

於本章概論之後，本研究先就聯合承攬之基本定義及相關法規作詳細介紹，並透過聯合承攬之分類與區辨，以釐清本研究所討論之聯合承攬的本質。再簡單介紹聯合承攬形成所由之政府採購法共同投標規定。另就聯合承攬協議書如何成立、具名等為具體說明，並延伸出其爭議問題。此為本文第二章「聯合承攬之內容」，屬於本研究之總論一。

再者，確立聯合承攬之定義與基本內容後，應分析聯合承攬成員間是否為

合夥契約關係？抑或是無名契約？涉及得否適用或類推適用民法合夥規定。於定性後，說明聯合承攬體之具體基本構造，包含參加比例與管理委員會等，且後續始能正確延伸出承攬成員與業主間之法律關係。此為本文第三章「聯合承攬體之定性」，屬於本研究之總論二。

釐清聯合承攬體之法律性質後，就聯合承攬成員與業主間之工程契約各項權利義務為說明，包含承攬廠商之工程債務性質為何及如何履行？所謂聯合承攬契約承擔所指為何？於當事人不履行契約時，應如何認定債務不履行、何人應負責任？以及履約保證金應由何人繳納與發還予何人？又實務上最重要者，聯合承攬之工程款債權應由何人行使？如何行使？實務上常見約定為何？如涉及聯合承攬契約之外之債權人時，該債權人得否對該工程款債權主張權利？涉及工程款債權之定性，此與聯合承攬體之法律性質有關。此為本文第四章「聯合承攬成員與業主間之法律關係」，屬於本研究之各論一。

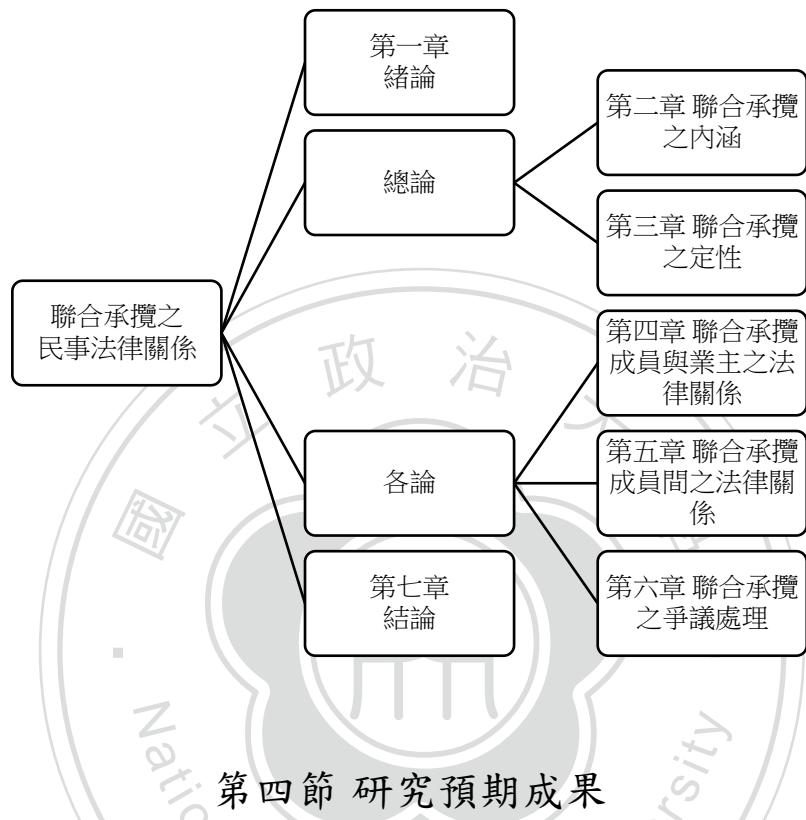
於聯合承攬成員間之內部關係，實務上最多爭議之承攬廠商脫離問題，當廠商發生違約而脫離聯合承攬關係，其權利義務由何人享有、負擔？其原先提供之人力、資金、機具設備應如何處理？就工程所生之債務、虧損是否仍負責任？得否主張分配工程利益？如何計算？這些問題於工程實務上極為重要，亦與聯合承攬體之法律性質有關。又於承攬成員完成施工或履行對業主之賠償責任後，承攬廠商間是否發生求償關係及如何求償，亦有待檢討。此為本文第五章「聯合承攬成員間之法律關係」，為本研究之各論二。

此外，本文另設第六章「聯合承攬之爭議處理」，由於聯合承攬涉及三位以上當事人，其因工程爭議而發生爭訟時，要由何人及如何異議、申訴審議、提起民事訴訟或仲裁等，更形複雜。本文就會就此部分作明確說明，並提出迅速或促進聯合承攬爭議解決之適當方法、機制。此為本研究之各論三。

最後，就本研究所為之各項說明、介紹及分析，為簡短、扼要之總結，強調本研究架構與立場的論理一致性，並回應本研究對於聯合承攬法律關係有何等幫助、釐清。以本文之歸納分析及個人淺見，試圖撞擊我國目前法院與工程

實務工作者之既有想法，並且提出我國工程聯合承攬發展走向的未來展望。此為本文第七章「結論」。

◆ 本文之研究架構



第四節 研究預期成果

由於目前實務上及學理上對於聯合承攬體之法律性質，未有一致之見解，蓋聯合承攬所涉及之工程利益狀態過於複雜。本研究即著重於此，藉由參考各該相關之期刊文獻與實務判決，論證聯合承攬體之法律性質，以及回應不同見解之質疑。再依本研究所主張之聯合承攬體法律性質，以之為中心，推導出承攬成員與業主間以及承攬成員間所應有之權利義務關係內容。本研究藉此等方式預期描繪出聯合承攬法律關係之完整樣貌。

第二章 聯合承攬之內涵

第一節 聯合承攬之意義

第一項 定義與功能

第一款 基本定義與沿革

在某些工程較為特殊，專業分工較為複雜，欠缺多方技術或相當資金之單一廠商無法獨力承攬該等工程，為彌補單一廠商本身人力、資金或技術之不足，須與其他專業廠商合作，始能完成工程承攬工作。工程之聯合承攬（Joint Venture, JV）係指數家具有專業技術之廠商，約定各自參加比例，依其比例提供人力、物力及資金，並約定分攤損益，共同就同一工程與業主訂立一個工程契約，對內採取共同施工或分別施工之方式，對外對業主負連帶履行契約責任的契約關係¹¹。學理及實務上亦有稱此等專案任務結合的策略聯盟模式為「聯合經營」、「短期結合」¹²、「聯盟團（Consortium）」，日本法上則稱「共同企業體（共同企業体）」。本文統稱為「聯合承攬」或本文後述之「共同投標」。在此等承攬關係中，不僅有助於各廠商間之界面管理¹³、爭取利潤空間，對各廠商間之工法交流或專利使用，亦有助益。又此等工程型態具有單一之共同目的，僅為單一工程而組成聯合承攬，於工程完成後即行結算解散，具有相當之機動與彈性。

關於聯合承攬之起源，文獻上可追溯至西元 1931 年至 1935 年間，美國西部六家營建廠商依邁凱公司（M.K）負責人之提議，共同承攬胡佛大壩工程。因該工程之順利完成，使聯合承攬型態在美國工程界蔚為流行，並經其他國家相繼引用、效仿。尤其日本於西元 1950 年引進推廣，成為最為成功普及之國

¹¹ 蔡宗儻、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探（上），營造天下，第 111 期，2005 年 3 月，頁 39；林誠二，聯合承攬法律關係之定性與區辨，台灣法學雜誌，第 349 期，2018 年 8 月，頁 106。

¹² 立法院公報第 87 卷第 20 期院會紀錄，頁 82-83。

¹³ 界面係指二個或二個以上之設備，基於功能從屬或實體配合之需求，所為之共同協定事項。

家。此等聯合承攬型態之案例更不乏有跨國合作的情況。於我國之聯合承攬首例，則是民國 58 年間之台電達見大壩，因國內廠商無能力施工，便採國際標之方式發包，由義大利廠商 Torno 與日本廠商熊谷組以聯合承攬之型態得標，開創我國公共工程聯合承攬之先河。在此之後，於我國少有以聯合承攬方式承包。直到臺北市政府捷運工程局自民國 78 年起，引進先進施工技術與管理技能，興建臺北都會區大眾捷運系統工程而廣開國際標，首先由韓國三星、德國 ZUBLIN 與我國理成營造公司聯合承攬淡水線 CT201A/B 標工程，其後開始有較多以「本國廠商 + 本國廠商」或「本國廠商 + 外國廠商」聯合承攬方式承包捷運工程。此外，國工局就北二高工程亦相繼採用聯合承攬方式招標，多屬本國廠商間之短期合作。後隨我國政府國家建設六年計畫重大工程之展開，聯合承攬制度於我國工程界漸處重要地位。¹⁴

我國現行民法與政府採購法及其子法，並未直接明文規定此等法律關係之權利義務，而在早期行政院所屬各機關營繕工程招標注意事項¹⁵第 11 點規定有作簡單定義：「營繕工程招標得准許兩家以上同等級廠商或與國外廠商以聯合承攬方式投標。聯合承攬廠商應於投標時檢附聯合承攬協議書，得標後應共同具名簽約共負工程合約之責。前項所定之二家以上廠商，於同一行業須為同等級廠商；所定之聯合承攬協議書，應載明各成員之工作範圍與權利義務，與國外廠商聯合承攬時應載明技術移轉規定。」；於 FIDIC (YELLOW) 1.1.46：「聯合經營係指由兩個或多個協會、財團或其他非法人團體所組成，無論是合夥或其他型態¹⁶」

須注意的是，不同的經濟主體，基於互補關係，形成共同投資冒險之組合，從事生產經濟活動，以達特定之商業目的，皆可稱為 Joint Venture，但本文

¹⁴ 關於工程聯合承攬之沿革，參照靳其偉，聯合承攬制度之研究—從營建工程類探討，捷運技術，第 14 期，1996 年 2 月，頁 9。

¹⁵ 此項行政規則於民國 88 年 12 月 17 日停止適用。

¹⁶ FIDIC(YELLOW)1.1.46：“‘Joint Venture’ or ‘JV’ means a joint venture, association, consortium or other unincorporated grouping of two or more persons, whether in the form of a partnership or otherwise.”另參照 FIDIC(RED)1.1.46, (SILVER)1.1.40.

研究對象係工程之聯合承攬，不包含其他行業之 Joint Venture。

第二款 形成原因

於工程實務上，為何營建廠商不自己獨攬工程，自己取得大部分之利潤，而選擇與其他專業廠商共同合作，以聯合承攬之方式施作工程，其原因多端，可能基於工程規模問題、技術問題、競爭問題等因素所形成，分述如下。

第一目 工程規模

尤其於大型公共工程之案件，該等工程所需之人力、物力或資金龐大，單一廠商並無力獨自承攬工程，而需與其他廠商共同協力，始能完成該工程。各廠商以聯合承攬之方式，彙整各自之人力、物力與資金，充分利用閒置機器設備，有效率地整合各項資源，發揮大於自身原有產能之效用，以順利承接大型工程。但相對地，由於係由不同廠商聯合承接工程，於施工過程中，各成員可能因顧及自身利益，而無法順利溝通合作，故是否以聯合承攬方式進行工程，除各廠商之專業能力與財務結構穩定外，尚與其間是否有合作意願、是否相容、是否互相信賴、是否有互利共生之心態等因素有關¹⁷。我國以聯合承攬方式承包大規模工程，例如：高速公路興建工程、捷運興建工程、高速鐵路興建工程¹⁸、焚化爐興建工程¹⁹、水壩興建工程等。²⁰

¹⁷ 林茂村，聯合承攬問答集，營造天下，第 12 期，1996 年 12 月，頁 45。

就聯合承攬之合作效率與有效性，可能與各成員之高層管理團隊是否互相信任、各方企業內部政策是否相容、是否有相類國家或企業文化、是否具有相似企業規模或結構、過去合作經驗等因素有關，參照辜雅貞，曾仁杰教授指導，營建聯合承攬出資比例分析模式之研究，國立交通大學土木工程學系碩士學位論文，2004 年 7 月，頁 23-24。

¹⁸ 國內大陸工程、富邦集團、東元集團、太電集團及長榮集團為競逐台灣高速鐵路經營權而投資集資組成「台灣高鐵聯盟」（現今台灣高速鐵路股份有限公司（THSRC）之前身），交通部高鐵民間投資案甄審委員會於 1997 年 9 月評定台灣高速鐵路企業聯盟為最優申請案件申請人，並於 1998 年以 BOT 模式接下該鐵路系統的興建計畫。

¹⁹ 例如中鼎工程股份有限公司、日商三菱重工業股份有限公司聯合承攬行政院環境保護署的高雄縣仁武垃圾資源回收焚化廠興建統包工程（臺北地方法院 96 年度重訴字第 629 號民事判決一案）。

²⁰ 另參照日本共同企業體運用準則（平成 23 年 11 月 11 日國土交通省中建審第 1 号改正）3. 個別準則(1)特定建設工事共同企業體②対象工事の種類・規模：「特定建設工事共同企業体の対象工事の種類・規模は、大規模工事であって技術的難度の高い特定建設工事（高速道路、橋梁、トンネル、ダム、堰、空港、港湾、下水道等の土木構造物であって大規模なもの、大規模建築、大規模設備等の建設工事。以下『典型工事』という。）その他工事の規模、性格等

第二目 工法技術

除上開提及之工程規模過大而無法由單一廠商承接的情形外，部分工程所需之工法技術特殊，單一廠商所擁有的技術無法獨自完成工程，而需借助他廠商之專業技術，故須以聯合承攬之方式進行。藉由不同廠商特殊工法的互相利用，以順利完成工程。另一方面亦可達到廠商間互相學習、交流技術工法之目的。尤其與外國營建廠商共同承攬，藉以引進新工法及專利技術，提升我國工程之技術水準與品質。對外國廠商而言，不但可以賺取利潤，尚可藉此開發當地（我國）新市場，促進國際市場競爭力。

常見者為隧道工程，例如臺北捷運 CH218 標的捷運隧道工程，使用土壓平衡式氣泡潛盾隧道開挖工法，當時國內的潛盾隧道工程技術並不成熟，是以國際標方式發包，由我國互助營造與日商株式會社大林組共同承攬，藉此次機會引進國外先進工法。²¹

第三目 損益分擔

尤其於不同工作內容之工程承攬情形，來自不同工程領域之承攬廠商利用自身專業，彼此核算各項工作項目之進價成本等，以求較為精準的估價，除減少誤估、漏估等虧損發生外，更可進一步掌握較為明確之利潤空間²²。換言之，各廠商就自身工作之專業領域，能以最低成本實現最大收益，達到降低虧損與爭取利潤之經濟目的。相對的，數家廠商以聯合承攬之方式創造利潤，亦須共同負擔並分散工程所發生的風險，如同聯合承攬冠稱 Joint Venture 有共同冒險之意。尤其大型工程案件所需之資源龐大、工期較長，需承受政治（政策變更）、經濟（匯率、物價、材料）、社會等風險衝擊，透過互相合作協力、結合支援，以分散上開工程風險。且成員廠商有兩家以上，共同創造利潤的同時，勢必同時增加內部溝通、財務會計等作業程序的成本，此等費用須由承攬成員

²¹ に照らし共同企業体による施工が必要と認められる一定規模以上の工事とする。」

²² 此例參照李群英、陳太平、黃仁政、黃長治、樂家青、黃一昌、林村棋，互助營造參與臺北捷運建設之經驗談，捷運技術，第 49 期，2014 年 7 月，頁 191。

²² 靳其偉，前揭註 14，頁 9。

事先約定如何分擔，以免爭議。此外，數家廠商聯合承攬工程，因資金問題而有融資之需求時，數家廠商之聚合效果較有能力提出相當之擔保，而較容易取得銀行融資。

第四目 市場競爭

透過聯合承攬之方式，聚合各家廠商之人力、物力、資金及業績，並能就工程同時提供不同之專業技術，相對於單一廠商投標，此等聯合承攬能增加承接工程案件之機會²³，有擴大工程市場競爭之效果。尤其一般中小型之營建廠商通常無法單獨與具有相當規模之營建公司相抗衡，但若中小型廠商藉由聯合承攬之方式彙整資源、整合技術，即可減少工程市場競爭上之落差²⁴，甚至被認為是中小型廠商參與公共工程競標之唯一途徑²⁵。就此等工程聯合承攬之方式，就積極而言，各家廠商透過此方式共同施作工程，得以增加彼此實績²⁶，提升廠商將來承攬他項工程之承包競爭力。就消極而言，廠商以聯合承攬方式正大光明承接工程，減少工程借牌之風氣。

²³ 政府採購法第36條第2項規定，於特殊或鉅額之採購案件，得於投標文件中明定投標廠商須具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等條件。例如：財力雄厚但業績不足之廠商，可與資金不足但業績合格之廠商，以聯合承攬方式承作工程，此例參照蔡宗儻、黃冠雄、蔡哲安，前揭註11，頁42-43。

²⁴ 行政院公共工程委員會98年9月29日（98）工程企字第09800406180號函：「中小企業發展條例第37條規定：『各級政府及公營事業進行公告採購或興辦公共工程，應協助中小企業取得業務機會』；中小企業規模不一，部分小型企業對於中、大型採購案件無獨自競標之能力，若能結合同業或不同專業領域之中小企業共同參與，必能整合資源並提高中小企業之技術能力，進而提升台灣產業之競爭力，開啟中小企業爭取國、內外大型採購案件之商機。……政府採購法第25條略以，機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數之廠商共同投標；我國業已於98年7月15日正式成為GPA第41個會員國，為協助我國中小企業取得政府採購商機，並與GPA其他會員國享有公平競爭之待遇，政府採購法已對於共同投標訂定相關作業辦法；敬請各級政府及公營事業辦理政府採購時，得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許廠商共同投標，以達協助中小企業改善經營環境，推動相互合作，促進中小企業之健全發展之目的。」

²⁵ 黃立，從實務觀點看聯合承攬的相關爭議，法學新論，第43期，2013年8月，頁2。

²⁶ 共同投標辦法第15條：「共同投標廠商得標後各成員之履約實績，依各成員於共同投標協議書所標示之主辦項目及金額認定之。但由共同投標廠商於驗收後提出各成員實際履約實績者，得依其所提履約實績認定之。」

第二項 分類與區辨

第一款 以工種異同而為區分

第一目 同業聯合承攬

數家專業廠商均為同一行業者，例如均為土木工程業者，或同為機電工程業者，有稱為「水平聯合」。此等聯合型態多發生於因工程之質量較高（工作規模龐大、所需資金額高），一廠商無法獨力完成工作，而須與其他同等專業之廠商共同協力完成，集結人力、技術並分散財物之風險分擔。特點在於承攬成員間之工作性質重疊，且相互間可替代工作。

第二目 異業聯合承攬

數家廠商非屬同一行業，來自各種不同專業技術領域（建築、土木、機電），有稱為「垂直聯合」。此等聯合型態多為工程內容所需之專業技術複雜、龐大，主要因應統包工程（Turn-key／EPC）情形（詳後述），單一廠商無法完成該工程，而須整合數個不同專業領域之數廠商共同投標，以完成工程。

第三目 分析

於同業聯合承攬，各承攬成員間工作內容基本上相同，僅有量的區分，並非質的區分。因各成員間具有同等、相當之專業能力及技術，是於一成員因破產等原因而無法繼續履行自己工作範圍時，他成員較有能力接手該成員之工作部分，以免工程發生遲延。反之，異業聯合承攬之情形，各成員係來自不同專業領域，其工法技術不盡相同，於一成員因故無法履行契約時，他成員通常亦束手無策，無法立即互相支援，而需尋覓其他具有與該成員相當專業之第三人，取代該成員之契約地位，即契約承擔。於聯合承攬之法律關係，契約承擔發生原因為何？有無特別之要件？與分包或保證廠商情形有何不同？均須釐清，詳待後述。²⁷

²⁷ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第五節 契約承擔。

第二款 以施工方式而為區分

第一目 共同施工

全體承攬成員於約定參加比例後，各自提出相當之人力、機具、財物、資金等財產，並為統合彙整，人員及機具設備統一調度利用，以共同經營之方式施作專案工程。此種共同施工（Integrated）通常是以設立新公司或推派代表人（Sponsor）之方式進行，我國臺北都會區大眾捷運系統工程多採此等型態。此等共同施工由各廠商所組成之臨時團隊運作執行，並設立一財務會計部門統籌辦理收支工程款、風險分擔、完工後之機具設備變賣所得等事項，但實際上各承攬成員對於帳目盈虧之看法，亦可能產生爭執。又此等共同施工方式產生互補作用，有助於工程之品質、管理效率，但如承攬成員間實力差距過大，對於實力較佳之成員而言，反而是一種累贅，降低整體工程經營效率。²⁸

第二目 分別施工

於聯合承攬之關係中，各承攬成員間有明確之工作項目，例如機電成員僅負責機電部分，土木成員僅施作土木部分，互相輪流或同時地分別執行各自施工範圍。於工程發生瑕疵時，責任歸屬亦較為明確。例如臺北市捷運工程中有唐榮與美國廠商邁凱公司（M.K）採之。又此等分別施工（Non-Integrated）之方式可依工種定其工作範圍，例如：一廠商負責土木工作，一廠商負責機電工作。或依工區定其工作範圍，例如：發電廠營造工程，可分為壩體、水路、廠房等工區，由不同廠商負責。或以數量或日數定其工作範圍，例如：於 2 公里之隧道工程中，兩廠商各負責 1 公里之隧道施作²⁹。然而，由於此等施工方式是承攬成員「各做各的」，是成員應如何調和、解決工作界面衝突，則有賴於各成員間之溝通、專業及默契。

我國公共工程之聯合承攬即係預設此等施工方式，共同投標辦法第 10 條第

²⁸ 蔡宗賓、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探（下），營造天下，第 113 期，2005 年 5 月，頁 15。

²⁹ 蔡宗賓、黃冠雄、蔡哲安，同前註，頁 15。

1項第3款：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：三、各成員之主辦項目及所占契約金額比率。」

第三目 分析

比較上開兩種聯合承攬之施工方式，共同施工之經營較為容易，管理成本較低，各工作間之界面調和較為單純，且成員間有更多機會互相學習、交流工程專業技術，提升廠商之工法技術及效率。於分別施工者，一方面工作範圍明確劃分，各成員清楚瞭解自己負責哪部分之工程，但須注意工作界面衝突之問題。另一方面，於會計帳目上較為明確。此外，各成員廠商指揮自己的員工分別施工，員工原則上無須聽令於他成員廠商，較無溝通、默契或統御領導的問題。但缺點是各成員廠商分別施工，較無機會學習他成員之工法技術，對於提升專業技術之幫助有限。此種情形較傾向於「借用」他成員廠商之專業工法，以完成工程，互相學習交流之意味較薄。此時，原則上應為可分債務，但是，無論共同施工或分別施工，實務上通常仍會約定各承攬成員對業主負連帶履行全部工程給付之責任，即民法第272條之連帶債務，而無民法第271條補充規定之適用。承攬成員之連帶債務如何成立？其內容、範圍為何？有待研究³⁰。且於共同施工或分別施工情形，承攬成員對業主之工程款債權如何行使？得否個別開具發票向業主請求？抑或須統一請領？在聯合承攬契約設計上，當事人通常會另行約定，非必分別施工即可分別請領，亦非必共同施工即須統一請領，詳後介紹。³¹

需補充的是，關於主體型態，於共同施工之情形，理論上亦可以各承攬成員所組成之管理委員會（詳後述³²），統合各成員之人力（各廠商員工暫時調度）、物力（彙整工程機具或其他財物），並統一執行工程，非必以設立新公司

³⁰ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第一節 承攬成員之給付義務。

³¹ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第四節 工程款債權。

³² 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第三節 管理委員會。

之方式，始得共同施工，仍須具體工程內容及各成員間之專業技術、信賴等關係，定其最適施工型態。

第三款 以合作時間性質而為區分

第一目 特定工程聯合承攬

由於某些工程須有高難度專業技術之大規模施工，而需透過集結不同廠商之專業技術，以確保施工之穩定，是依其工程之性質與規模，有以聯合承攬模式進行施作之必要³³。多數聯合承攬之組成皆屬此一型態，因應特定高度複雜之大型工程。

第二目 常態工程聯合承攬

由中小型廠商所組成之聯合承攬，目的在於透過此等繼續性之協力關係，確保自身經營能力並強化施工技術³⁴。此類之聯合承攬並非單一、案件式之合作關係，而係以相同成員組合繼續地共同承攬各項不同之工程案件，互相學習工法、交流技術。此等長期合作模式，多半是成員間已具有相當之默契及信賴程度，且彼此在過去有良好滿意之合作經驗³⁵。然而，我國政府採購法或營造業法等規定，均無就此等經常性之聯合承攬型態有所規範。

³³ 共同企業体の在り方について（平成 23 年 11 月 11 日 国土交通省中建審第 1 号）、総括的考え方、4 共同企業体の方式①特定建設工事共同企業体：「大規模かつ技術的難度の高い工事の施工に際して、技術力等を結集することにより工事の安定的施工を確保する場合等工事の規模、性格等に照らし、共同企業体による施工が必要と認められる場合に工事毎に結成する共同企業体」

³⁴ 共同企業体の在り方について（平成 23 年 11 月 11 日 国土交通省中建審第 1 号）、総括的考え方、4 共同企業体の方式②経常建設共同企業体：「中小・中堅建設企業が、継続的な協業関係を確保することによりその経営力・施工力を強化する目的で結成する共同企業体」

³⁵ 此外尚有就區域系統維持類型之聯合承攬，亦屬常態性聯合承攬，參照共同企業体の在り方について（平成 23 年 11 月 11 日 国土交通省中建審第 1 号）、総括的考え方、4 共同企業体の方式③地域維持型建設共同企業体：「地域の維持管理に不可欠な事業につき、継続的な協業関係を確保することによりその実施体制の安定確保を図る目的で結成する共同企業体」

第四款 以契約主體而為區分

第一目 真正聯合承攬

如前所述，聯合承攬契約係數個廠商就同一工程案件，共同與業主訂立工程契約，各該廠商均為契約之當事人，直接對業主負契約債務，並行使債權，屬於一個承攬契約，且屬有多數債務人的債之關係。

第二目 不真正聯合承攬

上述定義之真正聯合承攬，始為本文所討論之聯合承攬。下列之相似情形與概念，雖在實務上有冠稱「聯合承攬」或相類名詞，但核其實質，仍非本文所稱之聯合承攬，本文稱為「不真正聯合承攬」。

一、設立新公司

數家專業廠商欲共同承攬特定工程，但並未以個別名義同列工程契約之當事人，而係為此工程事先設立一個新的公司法人（各公司廠商轉投資設立一新公司），並以該公司為名義，與業主訂立工程契約。此等組成新公司之型態，在取得相關保證額度或施工業績之認定上，無法沿用母公司之信用與業績³⁶。基於公司之獨立法人格，與各該成員廠商（母公司）相區別，僅有該公司為契約當事人，其債權債務關係不及於個別廠商，屬於一對一之契約關係，而非本文所定義聯合承攬具有多數人之債的特質。

二、匿名共同承攬

就特定之工程案件，專業廠商因某些因素而不能、不願或不敢具名於工程契約³⁷，而事先與他專業廠商協議由其中一廠商出面與業主訂立工程契約，匿名之廠商私下再與具名廠商分配工作範圍、盈餘及虧損。既匿名廠商未與業主締約，而非屬契約當事人，此時亦屬具名廠商與業主之一對一契約關係，並非本文所稱之聯合承攬。又如三家以上之專業廠商

³⁶ 錦其偉，前揭註 14，頁 10。

³⁷ 例如廠商曾有政府採購法第 101 條違法或違約事由。

事前協議聯合承攬特定工程，其中一廠商匿名，並由剩餘廠商同時具名與業主訂立工程契約，就剩餘廠商與業主間之關係固為聯合承攬法律關係，但匿名廠商之部分則否。

第三項 聯合承攬與統包

工程實務上常以統包方式進行，而統包工程與此處討論之聯合承攬，其各自內涵為何？有何區別？兩者關聯性為何？此涉及現行工程之實際運用，下列說明有助於瞭解聯合承攬之功能。

第一款 統包工程之基本內涵

在傳統工程之設計－招標－建造之程序（Design/Bid/Build；D/B/B）下，業主自行或委託專業管理團隊規劃工程後，委託建築師進行基本設計或細部設計，再將由建築師設計之設計圖說，交由得標之營造廠商施工，如營造廠商按圖施工而因此遭受損害時，依美國聯邦最高法院所創立之史培靈原則（The Spearin Doctrine），營造廠商得向業主請求損害賠償³⁸。此等將設計與建造交由不同之專業廠商負責，業主自然須承擔設計錯誤或界面衝突所生之法律風險，是產生了將設計及建造兩大工作交由同一廠商負責的統包契約型態，並能促進工程品質之提升與工期之有效縮短。

統包契約係指工程之設計規劃、施工、管理、施工技術、設備採購、安裝或測試，均由同一廠商得標承攬，統籌工程之契約管理、財務管理及工程執行，於完工交付後，業主得立即享受使用該成果。此等統包之型態有效培養廠商之整合能力及競爭力，提供業主另一種招標選擇，適合特殊、鉅額、高科技或新工法之工程案件³⁹（例如：捷運工程、隧道工程）。

此等契約型態，主要可依業主對設計影響程度之意願而定，可逕由廠商完

³⁸ 關於美國聯邦最高法院之見解參照黃立，統包契約與 EPC 契約解析，月旦法學雜誌，第 250 期，2016 年 2 月，頁 171-172。

³⁹ 林茂村，前揭註 17，頁 44-45。

全負責基本及細部設計並為建造，又或由業主先自行或委託他人作基本設計，再交由廠商細部設計並為建造。政府採購法第 24 條第 1 項及第 2 項：「機關基於效率及品質之要求，得以統包辦理招標。前項所稱統包，指將工程或財物採購中之設計與施工、供應、安裝或一定期間之維修等併於同一採購契約辦理招標。」；統包實施辦法⁴⁰第 3 條第 1 款：「機關以統包辦理招標，其併於同一採購契約辦理招標之範圍如下：一、工程採購，含細部設計及施工，並得包含基本設計、測試、訓練、一定期間之維修或營運等事項。⁴¹」在此等規範之定義下，工程統包之內容必然包含「細部設計」與「施工」，並得視採購性質及情況，囊括「基本設計」、測試、訓練或維修等事項⁴²。如工程發包之內容，包含工程之設計與建造，稱為設計／建造統包契約 (Design-build, D&B)；如其約定內容除設計及建造外，尚包含設備之提供或採購 (procurement service)、安裝、測試等，即工程項目之總承包，則屬設計建造與供應安裝統包契約 (Engineering, Procurement and Construct, EPC，又稱 Turn key 交鑰匙契約)⁴³。此等契約型態一方面帶給專業廠商更多利潤空間，另一方面亦須承擔固定總價但成本增加、工期因故延長遭受損害等工程風險。由此可知統包契約之內容並非一致，仍須視業主與承攬廠商之具體工作範圍約定而定，但無論如何，其工程之內容必然包含細部設計與施工。

公共工程之統包契約如何招標，究應公開招標、選擇性招標或限制性招

⁴⁰ 中華民國 101 年 9 月 24 日行政院公共工程委員會工程企字第 10100353810 號令修正。

⁴¹ 另參照營造業法第 3 條第 6 款：「六、統包：係指基於工程特性，將工程規劃、設計、施工及安裝等部分或全部合併辦理招標。」

⁴² 但其統包內容不包含監造在內，以免球員兼裁判之情況發生，參照政府採購法第 39 條規定，其立法理由謂：「第二項及第三項明定廠商代機關辦理專案管理時，其與負責規劃、設計及施工或供應之廠商間，彼此不能具有特定關係，以免產生利益輸送、相互掩護、球員兼裁判之情形。」

另參照行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8804603 號函：「查『政府採購法』第二十四條第二項規定『前項所稱統包，指將工程或財物採購中之設計、施工、供應、安裝或一定期間之維修等併於同一採購契約辦理招標。』並未包括監造。本會所擬『統包實施辦法（草案）』第三條規定『機關以統包辦理招標，其併於同一工程採購契約辦理招標之範圍含細部設計及施工，並得包含基本設計、測試、訓練、一定期間之維修或營運等事項。』亦未包含監造。」

⁴³ 此項界定參照黃立，前揭註 38，頁 175-185。另參照行政院公共工程委員會發布之統包工程採購契約範本第 2 條規定。

標，現行之政府採購法並未限定，須就工程採購之性質而定，並得搭配允許共同投標（統包實施辦法第4條第2項）。又決標方面而言，由統包實施辦法第6條及第7條觀之，招標機關所定之統包招標文件須載明甄選廠商之評審標準，包含投標廠商之技術能力、設計與計畫之完整性及可行性，應認以最有利標（政府採購法第52條第1項第3款、第56條）為之，較為妥適。

第二款 統包工程與聯合承攬之關聯

由於此類契約型態橫跨設計與施工兩大工作，除非該廠商同時具有兩方面之專業技術及資格，通常由設計顧問公司與營造廠商共同向業主承攬工程⁴⁴（即本文所稱之聯合承攬）。對此，有論者指出，現行法下建築師不得兼任或兼營營造工作（建築師法第25條），是針對此等設計建造工程之情形，若不允許聯合承攬，將會減少競爭，由營造廠商、建築師、技師或工程顧問公司以共同投標之方式進行，實為現行統包制度之主流作法⁴⁵。由此可見，統包工程之型態與聯合承攬契約之法律關係間，具有相當高度之關聯性，均有整合工程之功能。詳言之，統包工程係就工程工作之內容範圍廣狹而言，較傾向工程實務之角度，以工程階段為觀察：規劃、採購、施工、安裝、測試等；聯合承攬則強調於一個工程契約關係下，數個專業廠商共同且直接對業主負契約責任而言，較傾向民事關係之角度，以工作項目為觀察：設計、土木、建築、機電、供應、訓練等。兩者具有相當之重疊性，惟理論上，統包工程不必然等同聯合承攬，例如由具有雄厚財力及設計能力之專業廠商獨自統包工程，再透過分包等方式履行工程工作；聯合承攬亦不必然等同統包工程，聯合承攬之內容可能為同種工作（同業聯合承攬）⁴⁶，例如同為建築專業之數廠商共同承攬，至土木、機電或供應等部分則由業主再另行發包給其他專業廠商，其契約關係並非單一。

⁴⁴ 蔡宗儻、黃冠雄、蔡哲安，前揭註11，頁40。

⁴⁵ 黃立，前揭註38，頁175。

⁴⁶ 參照本文第二章 聯合承攬之內容 第一節 聯合承攬之意義 第二項 分類與區辨 第一款 以工種異同而為區分。

第四項 聯合承攬與分包

聯合承攬之情形有數個廠商同時或先後進行施工，而政府採購法所規定之轉包及分包，亦屬有數廠商（轉包商、分包商）進行施工，其法律關係與聯合承攬之區別為何？以下說明不但有助於釐清聯合承攬之內涵，亦涉及業主對各該廠商得否及如何主張工程契約之債權。以下分別就民法、政府採購法及美國聯邦採購規則相關內容為說明。

第一款 民法：次承攬

民法第 490 條第 1 項：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」承攬人得利用其事業本身之人力完成承攬工作，除依承攬工作性質或特別約定須由承攬人親自為之外，原則上得將工作之一部分交由他人完成，該他人稱為「次承攬人」，與原承攬人（又稱「次定作人」）間有另一承攬契約關係。此時有原承攬契約與次承攬契約之兩組不同契約關係。次承攬契約並非具有保護第三人作用之契約，原定作人不得據此主張請求，且原承攬人與次承攬人對業主亦無連帶債務之存在。原則上，原定作人與次承攬人間無債權債務關係，次承攬人對原定作人無報酬請求等債權，原定作人對次承攬人不得請求修補瑕疵等債務履行請求。除有特約外，原承攬人不得將自己與原定作人契約關係所生之責任風險轉嫁由次承攬人承擔。⁴⁷

第二款 政府採購法：轉包與分包

所謂轉包係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，政府採購法設有禁止規定（參照第 65 條第 1 項、第 2 項、第 66 條規定）。而分包則以非轉包而將契約之一部分由其他廠商代為履行，現行法則允許之（參照政府採購法第 67 條規定）。自此等規定可知，轉包商或分包商均非工

⁴⁷ 楊芳賢，承攬，黃立主編，民法債編各論（上），2004 年 10 月，臺北：元照出版，頁 591-592。

程契約之契約當事人，而是與得標廠商另行成立一承攬契約。依債之相對性之民法基本原則，轉包商或分包商與業主間無契約關係存在，業主不得逕對轉包商或分包商主張該工程契約之債權⁴⁸。惟從政府採購法第 66 條第 2 項及第 67 條第 3 項規定來看，轉包商或分包商仍需與得標廠商對業主連帶負契約責任（履行責任、瑕疵擔保責任等）。此係基於保護政府採購之公益考量，以法律規定使轉包商或分包商直接向業主負責，應屬民法債之相對性原則的例外情形之一。如前所述，聯合承攬係指數個專業廠商與業主共同訂立一個工程契約，在此法律關係下僅有一承攬契約存在，各廠商成員均為該契約之當事人（承攬人），業主得直接向各承攬成員主張債權，而與轉包或分包關係有別，自無上開政府採購法規定適用之餘地。

分包關係中，總包商將其工程工作分包予其他專業包商或小包商，業主無法直接地掌握控管該等分包商之施工品質、技術良劣，是如透過聯合承攬之型態締約，業主得直接掌握誰是承攬人、其施工良劣如何、資力如何，並直接地對業主負契約責任，以劃分出同一層次法律關係，並確保工程工作之品質及效率。文獻上所稱之「分包整合」、「分包合併」⁴⁹即係指將總包商與下游分包商之垂直關係，變為合作關係而處於權力對等之地位，共同對業主直接負契約責任，亦即，分包商之契約地位提升為工程契約之當事人，而非僅與總包商有契約關係。由此可知，聯合承攬之契約型態有助於改善分包所產生之缺點。

須補充的是，美國聯邦採購規則 (FAR) 於 9.601 條稱為「承攬團隊協議」(Contractor Team Arrangement)，其態樣有二：「二家以上之公司組成合夥或聯合承攬體，尋求擔當潛在的主承攬商」(第 1 款)、「潛在的主承攬商與一個或多個公司合意，使其就特定之政府採購契約或採購計畫擔任分包商」(第 2 款)⁵⁰。學者指出，本條第 2 款係指投標廠商以標前協議之方式，預先與分包商

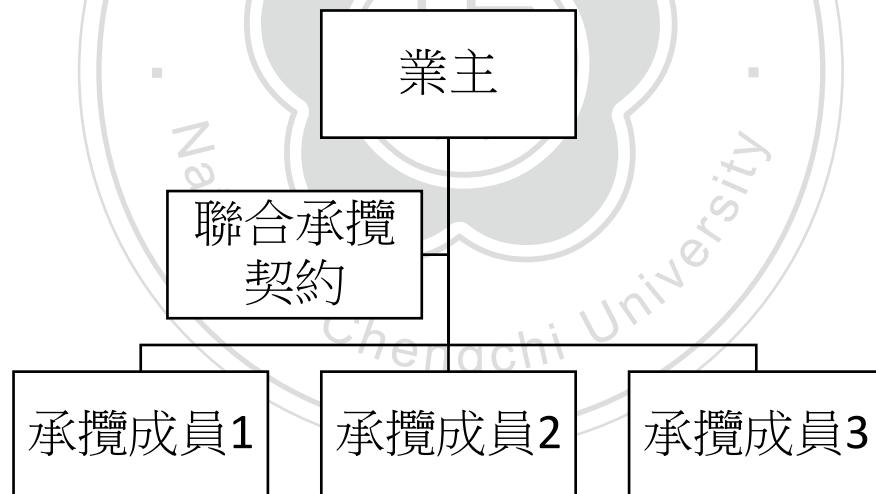
⁴⁸ 另參照黃立，前揭註 25，頁 3。

⁴⁹ 蔡宗濱、黃冠雄、蔡哲安，前揭註 28，頁 12-13。

⁵⁰ FAR 9.601(Definition):”Contractor team arrangement, as used in this subpart, means an arrangement in which- (1) Two or more companies form a partnership or joint venture to act as a potential prime contractor; or (2) A potential prime contractor agrees with one or more other companies to have them

就將來得標案件如何分工及其價格等事項為協議，以求精準評估施工成本，此屬分包關係，而與聯合承攬關係不同⁵¹。此等型態係有事前協議存在，再由其中一人出面具名投標，於得標後再由全體成員共同完成工作，此契約關係僅存在於具名者與業主間，不及於未具名（潛在）之其他成員，非屬聯合承攬之關係。如同美國紐約州上訴法院 Atcheson v. Mallon 案，主筆法官 Folger 所撰之多數意見提到：「Joint Venture 是公共且公開宣稱的，並非秘密。其風險和利益是共同、公開地承擔和取得。公眾至少可能獲得共同責任的利益，及其聯合技能所提供的服務⁵²」從而，聯合承攬之特點在於各承攬成員間係處於對等之立場，屬於平等合作之關係，而非如同總包商與小包商間之上下隸屬、地位高低之關係。⁵³

◆ 聯合承攬關係之構造



⁵¹ act as its subcontractors under a specified Government contract or acquisition program.”

⁵² 黃立，前揭註 25，頁 2 註 3。

⁵³ 關於此案論述參照林佳妙，詹森林教授指導，論公共工程聯合承攬的履約爭議—以我國裁判實務爭議為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士學位論文，2014 年 7 月，頁 28。

⁵³ 類似觀點參照蔡宗儕、黃冠雄、蔡哲安，前揭註 11，頁 41。

第二節 聯合承攬之法令限制

第一項 延造業法

關於聯合承攬之定義，於營造業法第3條第7款規定：「本法用語定義如下：七、聯合承攬：係指二家以上之綜合營造業共同承攬同一工程之契約行為。」然以民法之角度，承攬契約之承攬人本無資格上之限制，是部分學說及實務強調，聯合承攬之成立，不以具備營造業法所定之營造業資格為必要。⁵⁴

本文認為，營造業法乃管理業法之性質，從行政管制角度觀察，本條規定應非限定聯合承攬人資格之私法強制規定⁵⁵，從此項規定之定義性條文來看，並無有意禁止無營造業資格之承攬人成立聯合承攬契約，充其量解為：兩家以上綜合營造業「得」共同承攬同一營繕工程。又本條項規定更具體規定其主體為「綜合營造業」，於同條第3款定義：「綜合營造業：係指經向中央主管機關辦理許可、登記，綜理營繕工程施工及管理等整體性工作之廠商。」（另參照營造業法第7條規定）。惟聯合承攬關係發生之原因，通常即是數個承攬廠商無能力

⁵⁴ 廖郁晴，初論工程聯合承攬，萬國法律，第174期，2010年4月，頁16；林誠二，前揭註11，頁106；臺灣高等法院高雄分院97年度重上更（一）字第12號民事判決：「上訴人雖辯稱：依營造業法第3條第7款規定，僅綜合營造業得為聯合承攬，而依同法第3條第3款規定，綜合營造業係指就營造工程之整體性工作均有能力施作及管理之廠商，本件被上訴人與德寶公司、耿揚公司、常保公司均非就本件全部工程均有能力施作之綜合營造業，依法不得為聯合承攬，自非聯合承攬等語。惟查，以聯合承攬方式之共同投標，並不限於同業間之共同投標，亦包括異業間之共同投標，已如前述；且系爭工程契約係由負責營造、水電、空調及醫療氣體工程之各成員廠商即被上訴人德寶公司等共同投標，並於得標後共同具名所簽之契約，屬異業之聯合承攬契約。至營造業法第3條第7款雖規定『聯合承攬，係指兩家以上之綜合營造業共同承攬同一工程之契約行為』，但並未明文禁止『異業聯合承攬』，自不得以營造業法第3條第7款關於聯合承攬用語之定義規定，而認被上訴人與德寶公司等不得為聯合承攬。」

⁵⁵ 關於是否屬於民法第71條強行規定之效力規定，多數見解認為，應探求法規本身之立法意旨而為判斷，亦即，為達成該法規之立法目的，而有認定該法律行為無效之必要時，即屬違反效力規定而無效。其可參酌因素有：規範目的、規範保護對象、制裁內容、嚴重程度、是否故意違法、法規與契約緊密程度等。參照最高法院103年度台上字第976號民事判決：「查國家為維持社會秩序、增進公共利益、確保人民福祉及貫徹政府政策，在不違反憲法第二十三條之比例原則下所制定之行政法規，其規範內容若在禁止當事人（包括政府機關及人民）為一定行為，而屬於民法第七十一條前段所稱之『禁止規定』者。倘權衡該規定之立法精神、規範目的及法規之實效性，並斟酌其規範倫理性質之強弱、法益衝突之情形、締約相對人之期待、信賴保護之利益與交易之安全，暨當事人間之誠信及公平，足認該規定僅在於禁遏當事人為一定行為，而非否認該行為之私法效力者，性質上應僅屬取締規定而非效力規定，當事人間本於自由意思所成立之法律行為，縱違反該項禁止規定，亦仍應賦予私法上之法律效果，以合理兼顧行政管制之目的及契約自由之保護。」

獨自施作工程，尤其異業聯合承攬之類型，更需由具有不同專業能力技術之廠商共同施作，若將聯合承攬人限定於辦理營繕工程施工及管理等整體性工作之綜合營造業，顯與現實不符。又現行之政府採購法及其子法規定，招標機關辦理採購時，得依其採購之實際需要，規定投標廠商之基本資格，尤其針對較為重大特殊之公共工程，須由具有相當經驗、實績、人力、財力、設備等的廠商投標，始能確保採購品質，並提升採購效率（政府採購法第 36 條、共同投標辦法第 5 條、第 6 條規定）。據此，招標機關得於招標文件中規定，投標廠商需具有營造業法第 6 條以下所定之營造業資格。此於民事關係之意義上，乃基於契約自由之原則，限定當事人專業資格作為契約內容，而非透過法律自始限定聯合承攬人之資格。從而，若政府採購招標文件中未規定投標廠商須具有營造業資格，進而決標、締約。其後，若因漏此限制而導致採購上之瑕疵，亦僅生該招標機關首長、承辦採購人員⁵⁶或廠商⁵⁷是否有行政責任或刑事責任之問題，並無礙聯合承攬契約之有效性。⁵⁸

第二項 共同投標辦法

第一款 意義

政府採購法第 25 條第 2 項：「第一項所稱共同投標，指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工

⁵⁶ 參照政府採購法第 88 條規定。

⁵⁷ 參照營造業法第 4 條第 1 項、第 52 條規定。

⁵⁸ 類似意旨參照最高法院 100 年度台上字第 481 號民事判決：「按政府採購法係為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質而制定，乃政府機關、公立學校、公營事業或受政府機關等補助一定金額之法人或團體辦理採購時，使政府採購程序回歸市場競爭機制所應遵守之規範，該法復未就政府機關立於私法主體地位從事私經濟行政（國庫行政）之行政輔助行為而訂定之『私法行為』，其效力是否因此受影響設其明文，此觀同法第一條、第三條、第四條及其他條文規定自明。權衡該法所規範目的保護之法益與該私法行為本身涉及交易安全、信賴保護之法益，應認政府採購法之性質係行政機關之內部監督規範，為行政機關辦理採購時之取締規定，而非效力規定，縱採購機關未依該法規定辦理採購，僅生該機關首長或採購人員之行政責任，尚不影響政府機關依民事法規締結採購契約之效力。乃原審見未及此，逕謂政府採購法屬強制規定，被上訴人將系爭土地委託上訴人經營，屬勞務採購，卻未依政府採購法辦理限制性招標，當屬無效云云，即為不利上訴人之論斷，所持法律見解，已有可議。」另參照臺灣高等法院花蓮分院 105 年度建上字第 5 號民事判決。

程或提供財物、勞務之行為。」於政府採購案件中，投標廠商欲聯合承攬所應進行之採購投標程序，即是透過共同投標之方式，聯合承攬政府之採購標的。而「共同投標」與前述所稱之「聯合承攬」關係為何？意義有無區別？此一問題可見於行政院公共工程委員會函釋對於「共同投標」名詞之強調，其針對某招標機關所定之投標須知曾提及：「投標須知第四十三點第三款所稱『聯合承攬』及『聯合承攬協議書』，非本法之用詞，請修改為『共同投標』及『共同投標協議書』，並依本法第二十五條及共同投標辦法檢討相關規定。」對此，有學說表示「共同投標」乃招標階段之名詞，而非決標後機關與廠商間之法律關係，此等階段性名詞之問題，尚難指「聯合承攬」用詞違法⁵⁹。職是，共同投標於私法意義上係指就招標機關所公告得為共同投標之採購案件，由數廠商提出願意共同承攬之要約意思表示，並待招標機關為承諾（決標）時，聯合承攬之法律關係始告成立⁶⁰，亦即，「共同投標」在私法法律關係上，屬於聯合承攬廠商對機關業主所提出之要約意思表示。以下就共同投標之規定及程序為相關說明。

第二款 種類

第一目 分類

共同投標可依其工作內容之異同，分為同業共同投標與異業共同投標。共同投標辦法第2條：「共同投標，包括下列情形：一、同業共同投標：參加共同投標之廠商均屬同一行業者。二、異業共同投標：參加共同投標之廠商均為不同行業者。參加共同投標之廠商有二家以上屬同一行業者，視同同業共同投標。」其內涵已如前述。⁶¹

⁵⁹ 黃立，前揭註25，頁2-3。

⁶⁰ 林誠二，前揭註11，頁106。另參照高明發，承攬之理論與實務，2002年11月，臺北：司法院出版，頁62-64；林家祺，政府採購法，四版，2019年6月，臺北：新學林出版，頁246-249。

⁶¹ 參照本文第二章 聯合承攬之內涵 第一節 聯合承攬之意義 第二項 分類與區辨 第一款 以工種異同而為區分。

第二目 區別實益

一、契約履行

共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：六、成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。」此為承攬成員之契約承擔約定⁶²。如為同業共同投標之情形，於一成員無法履約時，應由其他同等專業能力之成員繼續履行其工作部分，固無太大爭議；但如為異業共同投標之情形，於一成員無法履約時，因各承攬成員專業技術及能力不同，其他成員通常無能力履行該成員之工程工作，而需另覓具備與該成員同等專業技術能力之第三人加入聯合承攬契約，以履行該部分之工程工作。⁶³

二、公平競爭

同業共同投標之情形，由於同一行業者本應是互相競爭之狀態，是該等業者聯合共同投標，則可能涉及壟斷市場、限制競爭之問題，可能構成公平交易法之聯合行為，以禁止為原則，政府採購法第 25 條第 3 項規定：「共同投標以能增加廠商之競爭或無不當限制競爭者為限。」，同條第 4 項亦闡明：「同業共同投標應符合公平交易法第十五條第一項但書各款之規定。」有見解認為，同業共同投標之廠商間雖有競爭關係，但僅為「個案」聯合承攬，且係「被動」地因應具有市場地位之招標機關的要求所為之聯合承攬，應無違反公平交易法之問題⁶⁴。至於異業共同投標則無公平交易法第 15 條規定之適用，蓋此等專業上之互補，應無禁止

⁶² 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第五節 契約承擔。

⁶³ 林誠二，前揭註 11，頁 107-108。

⁶⁴ 行政院公平交易委員會（81）公貳字第 00376 號函；李家慶，談工程之聯合承攬與共同投標，工程法律與索賠實務，2004 年 9 月，臺北：中華民國仲裁協會出版，頁 23。

或限制之必要⁶⁵，但如在個案上，僅有少數幾家廠商具備該工程所需之特定專業技術，仍可能導致綁標情形產生⁶⁶。惟須注意的是，依上開政府採購法第 25 條第 3 項規定，無論同業共同投標或異業共同投標，均不得不當限制競爭，以符合公平交易法之經濟憲法精神。實務面上，以異業共同投標為常見，至於同業共同投標，除係重大工程或特殊性工程外，機關較少允許同業共同投標。⁶⁷

有論者認為，聯合承攬是否構成公平交易法上之聯合行為，不得僅因其名稱上有「聯合」二字，而需具體認定其是否符合公平交易法施行細則所定之要件：(1)是否足以影響生產、商品交易或服務供需之市場功能；(2)二以上事業是否有競爭關係；(3)是否共同決定價格等。如不符合聯合行為之要件，縱名為「聯合」承攬，亦非聯合行為，而無公平交易法之適用。⁶⁸

第三款 採行

政府採購法第 25 條第 1 項：「機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標。」從本條可知，並非每項政府採購案件均允許廠商共同投標，招標機關應視個別採購之特性、質量，以決定是否允許共同投標，是若招標文件中未允許共同投標，即不得以如此方式投標⁶⁹。而是否允許共同投標之考量因素，規定於共同投標辦法第 3 條：「本法第二十五條第一項所稱個別採購之特性，為下列情形之一：一、允許共同投標有利工作界面管理者。二、允許共同投標可促進競爭者。三、允許共同投標，以符合新工法引進

⁶⁵ 林家祺，前揭註 60，頁 206。

⁶⁶ 舉桃園國際機場二期航站工程弊案為例，參照李家慶，前揭註 64，頁 23。

⁶⁷ 謝哲勝、李金松，政府採購法實用，二版，2019 年 7 月，臺北：元照出版，頁 85。

⁶⁸ 行政院公平交易委員會（81）公貳字第 00376 號函；李家慶，前揭註 64，頁 23。

⁶⁹ 行政院公共工程委員會發布之投標須知範本第 18 條：「本採購：（1）依採購法第 25 條規定允許廠商共同投標（招標文件已附共同投標協議書範本）；廠商家數上限為 2 家；3 家；4 家；5 家。（2）不允許廠商共同投標。」

或專利使用之需要者。四、其他經主管機關認定者。機關依前項採購之特性允許共同投標，其有同業共同投標之情形者，應符合本法第二十五條第四項之規定。」詳言之，其考量因素可包含：(1)若該工程採購之內容複雜，允許共同投標是否有利於工作界面之管理？若招標機關考量工程之特殊技術或專業規模而辦理分標，但分標後之界面整合責任需由業主機關自行負擔，或委由他人負責管理，如允許共同投標，不但能增加投標廠商之專業多元性，亦可減少業主分割標數，並使共同投標廠商負擔界面整合管理之工作⁷⁰；(2)允許共同投標是否可以促進競爭？具有同樣專業或不同領域專業之廠商聯合向業主投標，整合專業能力、增加施工能量，有利於社會經濟之促進，否則某些工程採購涉及複雜技術、資金甚鉅或資格問題，非單一廠商可以獨攬，不利工程市場競爭；(3)是否須藉由共同投標引進新工法或專利技術？基於特定工程之特殊性，市場上可能沒有單一廠商適合獨自投標該項工程，而需與其他擁有新工法或特殊專利技術之廠商共同投標，以滿足特殊大型工程之需求。另於美國聯邦採購規則(FAR)則是考量數家廠商共同投標特定採購案件者，能否達到專業技術上之互補功能，或能否為競爭採購帶來最大的性價比。⁷¹

共同投標之採行，可適用於工程採購、財物採購、勞務採購，但工程採購涉及專業能力及技術較為廣泛、複雜，故以工程採購採行共同投標為常見。又共同投標之採行並不排除廠商單獨投標，共同投標辦法第4條第2項：「機關於招標文件中規定允許共同投標時，應並載明廠商得單獨投標。」蓋單獨投標本為政府採購之原則，其權責分明而有利工程之執行，且如廠商願意單獨投標，而與其他共同投標廠商競爭，可能其財務及專業能力較佳，自無禁止其以單獨投標方式競爭之必要。⁷²

⁷⁰ 蔡宗儻、黃冠雄、蔡哲安，前揭註11，頁41。

⁷¹ FAR 9.602(a):”Contractor team arrangements may be desirable from both a Government and industry standpoint in order to enable the companies involved to- (1) Complement each other's unique capabilities; and (2) Offer the Government the best combination of performance, cost, and delivery for the system or product being acquired.”

⁷² 陳聰富，政府採購「共同投標」之撤銷決標與損害賠償，月旦法學雜誌，第140期，2007年1月，頁139。

第四款 限制

第一目 投標廠商之資格

政府採購法第 36 條：「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。外國廠商之投標資格及應提出之資格文件，得就實際需要另行規定，附經公證或認證之中文譯本，並於招標文件中訂明。第一項基本資格、第二項特定資格與特殊或巨額採購之範圍及認定標準，由主管機關定之。」；共同投標辦法第 5 條：「機關允許共同投標時，得於招標文件中規定共同投標廠商各成員及代表廠商之基本資格。」；同法第 6 條：「機關辦理特殊或巨額之採購，允許共同投標時，得於招標文件中規定共同投標廠商各成員及代表廠商之特定資格。」例如：招標文件中要求投標廠商須是甲級營造業、甲級電器承裝業或甲級自來水承裝業等資格。⁷³

我國實務上，例如臺北市復興北路穿越松山機場車行地下道一案，由於地下道結構距離與機場跑道之最小垂直距離僅有 4 公尺，為避免危及機場跑道安全，需採用「管幕加結構涵體無限自走工法」(Endless Self Advancing Method, ESA，又稱毛毛蟲工法)。當時招標機關為確保投標廠商具備此等專業技術及安全管理之實務經驗，於招標文件中規定國內廠商須與國外廠商聯合承攬，且國內廠商比例不得低於 50%，藉此推動技術轉移。最後由我國大陸工程公司 (51%) 與日本鐵建建設株式會社 (49%) 之聯合承攬體得標⁷⁴。由此例可知，於共同投標之情形，招標機關於招標文件中所設之投標廠商資格條件限制，其內容不但包括該工程所必須之專業技術，亦可能包含國內外廠商所占比例，以達

⁷³ 例如某投標須知規定：「本工程依『政府採購法』第二十五條規定及『共同投標辦法』允許共同投標，…(1)共同投標廠商團隊組合方式：A 廠商成員至少應有本國甲等綜合營造業及國內開業之建築師事務所。…C 不論投標廠商組成為何，均以甲等綜合營造業廠商為代表廠商，且代表廠商所佔契約金額比例，應為所有共同投標成員中最高者。」(臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更(二)字第 58 號判決一案)

⁷⁴ 此例說明參照黃立，前揭註 25，頁 4-5。

允許共同投標引進外國新工法⁷⁵之精神。

第二目 成員數及主辦事項金額比率

於共同投標之情形，招標機關得於招標文件中，就成員數、金額比率等加以限制，共同投標辦法第4條第1項：「機關於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標者，以不超過五家為原則。機關並得就共同投標廠商各成員主辦事項之金額，於其共同投標協議書所載之比率下限予以限制。」

就成員數限制之部分，除了防杜惡意聯合過多廠商投標，不當干預招標程序⁷⁶外，亦係為了避免聯合承攬之法律關係過於複雜。又就金額比率限制之部分，避免單一或少數投標廠商之主辦事項金額比率顯不相當，提升採購風險，進而影響採購品質與效率。若主辦事項金額比率巨大之廠商成員，發生破產或其他不能履行契約情事時，將導致工程停滯，其他廠商成員難以承接之情形。

第三目 參與一共同投標群組之原則

共同投標辦法第7條：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商之成員，不得對同一採購另行提出投標文件或為另一共同投標廠商之成員。但有下列情形之一者，不在此限：一、該採購涉及專利或特殊之工法或技術，為使擁有此等專利或工法、技術之廠商得為不同共同投標廠商之成員，以增加廠商競爭者。二、預估合於招標文件規定之投標廠商競爭不足，規定廠商不得為不同共同投標廠商之成員反不利競爭者。三、其他經主管機關認定者。」此為一廠商參與一共同投標群組之原則與例外規定。

詳言之，原則上一廠商僅能加入一共同投標群組，而不得就同一採購案件，同時加入多個共同投標群組。例外情形，第1款例如A、B、C三家廠商共同投標海底隧道之興建工程，僅B公司具有該項工程之特殊技術，B公司亦得與D、E廠商組成另一共同投標群組，參與同一採購案件。第2款例如某工程

⁷⁵ 參照共同投標辦法第3條第1項第3款。

⁷⁶ 行政院院總第1650號政府提案第5685號函（民國85年12月23日經字第47207號），頁140。

內容特殊，國內僅有 A、B、C、D、E 廠商有能力承作，且依預估系爭工程須有二家廠商共同施作，始能達到一定程度之效率與水準，為增加競爭，應允許其可組成二組以上共同投標群組，參加競標。⁷⁷

第四目 外國廠商投標之要求

現行法規定外國營造業於我國營業者，承攬（投標）價額 10 億元以上之公共工程時，應與我國營造業聯合承攬之，其目的在於維持我國營造業之競爭，另一方面亦有利於外國營造業與我國營造業之技術引進與交流。營造業法第 69 條第 2 項：「外國營造業依第一項規定得為營業⁷⁸，除法令、我國締結之條約或協定另有禁止規定者外，其承攬政府公共建設工程契約金額達十億元以上者，應與本國綜合營造業聯合承攬該工程。」此項要求亦常於招標機關所訂定之投標須知等文件中規定⁷⁹，此等法令限制乃組成聯合承攬之一大動機⁸⁰。例如臺北捷運 CH218 標的捷運隧道工程是以國際標方式發包，由我國互助營造與日商株式會社大林組共同承攬，藉此次機會引進國外先進工法。⁸¹

第五款 違法共同投標

若招標機關未採行共同投標，而投標廠商卻自行以共同名義參與投標，則屬未依招標文件規定投標。惟實務上部分情形則未明目張膽，而有曖昧模糊空間。例如：甲廠商與乙廠商參與一政府採購案，由乙廠商得標，其後，甲廠商提出申訴，主張乙廠商在招標簡報會上，其簡報標題同列非投標廠商之丙工程行，應屬共同投標，但該項採購並未允許共同投標，構成政府採購法第 50 條第 1 項第 2 款「投標文件內容不符合招標文件之規定」及第 7 款「其他影響採購

⁷⁷ 本例參照黃鈺華、蔡佩芳，政府採購法解讀—逐條釋義，七版，2019 年 2 月，臺北：元照出版，頁 107-108。

⁷⁸ 關於外國法人申請設立登記營造業之資格，參照營造業法施行細則第 25 條規定。

⁷⁹ 李家慶，前揭註 64，頁 19。

⁸⁰ 張家禎，聯合承攬協議書中的違約條款，營造天下，第 19 期，1997 年 7 月，頁 25。

⁸¹ 此例參照李群英、陳太平、黃仁政、黃長洺、樂家青、黃一昌、林村棋，前揭註 21，頁 191。

公正之違反法令行為」。就此，招標機關認為，乙廠商之投標文件僅列單一廠商，且無共同投標協議書等文件。⁸²

學說認為，所謂共同投標之判斷，不僅包含名列數廠商之形式上共同投標，尚包含雖未以共同名義投標，但有共同投標之實質者，亦即，雖程序上單一廠商投標，但其卻對外宣稱「施工團隊」、「顧問團隊」、「專業合作廠商」、「協同廠商」，仍屬共同投標行為。此等情形在投標評選項目中之工程實績或施工能力，係由投標廠商與其他協作廠商共同提出資料，作為評選依據，實質上顯然增加投標廠商之財務及專業能力⁸³。不論形式共同投標或實質共同投標，將使其他依照招標文件規定單獨投標之廠商陷於不公平競爭之地位。此等違法之共同投標行為，構成政府採購法第 50 條第 1 項第 2 款「投標文件內容不符合招標文件之規定」及第 7 款「其他影響採購公正之違反法令行為」規定。於開標前發見者，機關應不予開標；於開標後發見者，機關應不予決標於該廠商；決標後或訂約後發見者，應撤銷決標、終止或解除契約，並得追償損害⁸⁴。行政院公共工程委員會見解亦同。⁸⁵

第六款 共同投標與其他類似制度

第一目 複數決標

複數決標（Multiple Award, MA）係一採購案件有 2 家以上之得標廠商，將該案之品項或數量決標予不同廠商，以促進競爭、分散履約風險、提高採購效

⁸² 本例源自臺北市採購申訴審議委員會訴字第 94030 號案。

⁸³ 除非招標機關於招標文件中特別允許投標廠商得以分包商之實績文件代之。

⁸⁴ 陳聰富，前揭註 72，頁 139-141；謝哲勝、李金松，前揭註 67，頁 87。

⁸⁵ 行政院公共工程委員會訴字第 90008 號案：「本案中機關關於招標文件中並未規定允許一定家數內之廠商共同投標，廠商自不得共同投標，廠商雖未表明共同投標，但實質上以聯合承攬之方式欲規避政府採購法關於共同投標之限制，亦屬於法不合。本件丙建築師事務所雖名為○○顧問建築師團隊，但其人力支援已為主要工作之參與，實質上屬於同業聯合承攬，自應以政府採購法關於共同投標規定、以及共同投標辦法辦理，其未以合法之共同投標程辦理，於將來履約時，如何定其責任歸屬，不無疑問。本案得標廠商未表明共同投標，但實質上以聯合承攬之方式欲規避政府採購法關於共同投標之限制，顯為脫法行為，屬政府採購法第五十條第一項第五款『影響採購公正之違反法令行為』，機關關於開標前發現者，其所投之標應不予開標；於開標後發現者，應不決標該廠商。」

益。於招標文件中公告保留採購項目或數量選擇之組合權利，但仍應合於最低價格或最有利標之競標精神。政府採購法第 52 條第 1 項第 4 款：「機關辦理採購之決標，應依下列原則之一辦理，並應載明於招標文件中：四、採用複數決標之方式：機關得於招標文件中公告保留之採購項目或數量選擇之組合權利，但應合於最低價格或最有利標之競標精神。」如採購案件採用複數決標，其開標結果可能有數個得標廠商分別負責供應不同項目或數量標的。原則上，其底價依不同項目或數量分別訂定。投標廠商之押標金、保證金等擔保，亦得依項目或數量分別繳納。

雖此等複數決標之情形，與共同投標同樣係由數家廠商得標，而有集中採購之效果。但須比較的是，除前者為數個決標，後者為一個決標外，前者情形通常是個別廠商與機關業主分別簽約及驗收，但後者則係數家得標廠商共同與機關業主訂立一個採購契約，並為統一驗收。從而，兩者之性質與運作應有不同。

第二目 分標合併

因特定採購案件所需之專業技術或規模因素而分標（分項發包），其後將各標合併處理，進而形成聯合承攬，此為分標規模之大型化，此等情形可兼含同質性之分標合併與異質性之分標合併。例如：土建標由 A 廠商得標，機電標由 B 廠商得標，再將土建與機電兩標合併，由 A、B 廠商聯合承攬與業主訂約⁸⁶。相對於此，共同投標則係就同一工程採購案件，自始由數家廠商共同簽訂共同投標協議書，明確約定各自工作範圍，負擔連帶履約責任，向業主投標。上述文獻所稱之分標合併情形，各廠商未必簽訂該協議書，各廠商間非必然為連帶債務關係，而可能屬可分債務或協同債務等性質，其權利義務關係與聯合承攬未必相同。

⁸⁶ 蔡宗賓、黃冠雄、蔡哲安，前揭註 28，頁 12。

第三節 聯合承攬契約

第一項 聯合承攬協議書之基本內容

實務上工程契約涉及權利義務關係複雜，諸如工程款計價（總價、實作實算）、變更設計、漏項、工地差異、物價調整、工期計算及其展延等，均有待當事人詳為約定。但若是聯合承攬之工程契約，由於涉及更多的營建廠商直接參與契約，其所涉及之權利義務關係更為複雜。於聯合承攬之法律關係中，多數廠商為連帶債務人，業主則為債權人，其間之基本權利義務關係有明確約定之必要。除了訂立工程契約常見的履約標的、地點、工程款給付（總價、實作實算）、監造、物價調整、變更設計、完工驗收、工期展延等條款外，於實務上另會簽訂所謂「聯合承攬協議書」(Joint Venture Agreement)，以釐清聯合承攬之特殊工程契約關係。*共同投標辦法第 10 條：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：一、招標案號、標的名稱、機關名稱及共同投標廠商各成員之名稱、地址、電話、負責人。二、共同投標廠商之代表廠商、代表人及其權責。三、各成員之主辦項目及所占契約金額比率。四、各成員於得標後連帶負履行契約責任。五、契約價金請（受）領之方式、項目及金額。六、成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。七、招標文件規定之其他事項。前項協議書內容與契約規定不符者，以契約規定為準。第一項協議書內容，非經機關同意不得變更。」*於 FIDIC 契約範本上之聯合承攬協議書亦包含：各承攬成員之連帶履行契約責任、代表成員之選定及各成員之工作範圍的劃定⁸⁷，且在各項工程文件之解釋優先順序中，聯合承攬協議書列於較後次

⁸⁷ FIDIC (YELLOW) 1.1.47:”JV Undertaking” means the letter provided to the Employer as part of the Tender setting out the legal undertaking between the two or more persons constituting the Contractor as a JV. This letter shall be signed by all the persons who are members of the JV, shall be addressed to the Employer and shall include:

(a) each such member’s undertaking to be jointly and severally liable to the Employer for the performance of the Contractor’s obligations under the Contract;

序。⁸⁸

由共同投標辦法第 10 條第 1 項「……於得標後列入契約」、第 3 項「……協議書內容，非經機關同意不得變更」可知，本條第 1 項之各款內容應列入工程契約，作為該契約之一部分，而拘束全體承攬成員與業主。於 FIDIC 契約範本亦規定，承攬成員不得未經業主之事前同意，任意更換成員，或變動各成員之工作範圍、契約地位。⁸⁹

須說明者，其中共同投標辦法第 10 條第 1 項第 2 款所稱之「代表廠商」、「代表人」係為統一承攬成員與業主間之聯繫窗口，推選其中一承攬成員為代表廠商（Sponsor or Leading Company，以下統稱為「代表成員」），並被要求載明於共同投標協議書⁹⁰。由代表成員負責與各承攬成員聯繫契約執行之事項，且任何由代表成員具名代表承攬成員之行為，均視為全體承攬成員之行為，例如

-
- (b) identification and authorisation of the leader of the JV; and
(c) identification of the separate scope or part of the Works (if any) to be carried out by each member of the JV.”另參照 FIDIC(RED)1.1.47, (SILVER)1.1.41.
88 FIDIC(YELLOW)1.5:”The documents forming the Contract are to be taken as mutually explanatory of one another. If there is any conflict, ambiguity or discrepancy, the priority of the documents shall be in accordance with the following sequence:
(a) the Contract Agreement;
(b) the Letter of Acceptance;
(c) the Letter of Tender;
(d) the Particular Conditions Part A – Contract Data;
(e) the Particular Conditions Part B – Special Provisions;
(f) these General Conditions;
(g) the Employer’s Requirements;
(h) the Schedules;
(i) the Contractor’s Proposal;
(j) the JV Undertaking (if the Contractor is a JV);and
(k) any other documents forming part of the Contract.
.....”另參照 FIDIC(RED)1.5, (SILVER)1.5.

89 FIDIC (YELLOW) 1.14(c):”neither the members nor (if known) the scope and parts of the Works to be carried out by each member nor the legal status of the JV shall be altered without the prior consent of the Employer (but such consent shall not relieve the altered JV from any liability under sub-paragraph (a) above).”另參照 FIDIC(RED) 1.14(c), (SILVER)1.13(c).

90 另參照日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 6 条：「当企業体は、〇〇建設株式会社を代表者とする。」；FIDIC (YELLOW) Sub-Clause 1.14:”Normally the Employer will wish the leader of the JV to be appointed at an early stage, providing a single point of contact thereafter, and will not wish to be involved in a dispute between the members of a JV.”另參照 FIDIC(RED) Sub-Clause 1.14, (SILVER) Sub-Clause 1.13.

調解⁹¹、請求⁹²等。又代表成員於權限範圍內所為之任何行為所生損害，均與其他成員負連帶責任⁹³。詳言之，代表成員因自身利益或行政疏失等因素，而未完整、適時轉達相關資訊予其他成員，導致工程瑕疵或工期遲延等，全體成員均須負損害賠償等契約責任。例如：業主向負責土建之代表成員通知變更空間用途，但代表成員未轉達於其他成員，於施工階段時，導致消防安全檢討、空調效率計算或設備搬遷動線與操作空間需求上之衝突，進而發生工程遲延，全體承攬成員應共負相關契約責任。又共同投標辦法第 13 條：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定其對共同投標廠商之代表人之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力。」亦有對代表成員通知視為對全體承攬成員通知之規定⁹⁴。須強調的是，各承攬成員間仍屬對等之地位，此為聯合承攬特性之一，不因代表成員之推選，而成為總包商與分包商之上下隸屬關係，是不得以此推論代表成員為唯一承攬人（契約當事人）。

另營造業法第 24 條：「營造業聯合承攬工程時，應共同具名簽約，並檢附聯合承攬協議書，共負工程契約之責。前項聯合承攬協議書內容包括如下：

⁹¹ 臺灣高等法院 103 年度上字第 1562 號民事判決：「承攬人參與系爭工程投標時，曾提出『共同投標協議書』，同意由華園公司為代表廠商，任何代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為；並表明投標廠商各成員對代表廠商之任何行為，或不法行為所生損害負連帶責任……。是華園公司代表包括建道公司在內之共同投標廠商，就系爭標案工程之工程款給付事項，與臺北市新工處成立與民法上和解同一效力之調解，則建道公司對華園公司捨棄其餘報酬行為亦應『負責』，華園公司捨棄系爭標案其餘請求，其效力自應及於建道公司。」此部分為最高法院 105 年度台上字第 1911 號民事判決所維持。

⁹² 臺灣高等法院 102 年度建上更（一）字第 15 號民事判決：「被上訴人與訴外人金弘展公司共同承攬系爭工程時，曾簽訂共同投標協議書……，其第 1 點約定：『共同投標廠商同意由錦鼎營造有限公司（即被上訴人）為代表廠商，並以代表廠商之負責人為代表人，負責與國雍營造工程股份有限公司（即上訴人）之意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為。本公司對代表廠商之通知，與對共同投標廠商所有成員通知具同等效力』……被上訴人既已獲金弘展公司之授權，就金弘展公司基於系爭契約而對上訴人享有之工程款債權有處理之權限，則被上訴人起訴請求上訴人給付基礎級配料工程款之行為，就金弘展公司所應分配之基礎級配料工程款，自亦生中斷時效之效力」後為最高法院 104 年度台上字第 2182 號民事判決所維持。

另參照臺中地方法院 107 年度建字第 45 號民事判決。

⁹³ 謝哲勝、李金松，前揭註 67，頁 84-85。

⁹⁴ 另可見於行政院公共工程委員會發布之共同投標協議書範本第 1 條：「共同投標廠商同意由____為代表廠商，並以代表廠商之負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為。機關對代表廠商之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力。」

一、工作範圍。二、出資比率。三、權利義務。參與聯合承攬之營造業，其承攬限額之計算，應受前條之限制。」本條所稱「聯合承攬協議書」、「共負工程契約之責」，似與前開共同投標辦法之「共同投標協議書」相同。惟前者協議內容僅包含「工作範圍」、「出資比率」、「權利義務」，而與後者不同，故有學者因此質疑兩者是否相同⁹⁵。就兩條文文字觀察對比，前者第1款「工作範圍」可對照後者第1款「招標案號」、「標的名稱」及第3款「主辦項目」；前者第2款「出資比率」可對照後者第3款「契約金額比率」；前者第3款「權利義務」更可廣泛對照後者第2款「代表廠商、代表人及其權責」、第4款「連帶負履行契約責任」、第5款「契約價金請（受）領之方式、項目及金額」及第6款「成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受」等。從而，本文認為兩者應屬相同規定，僅係文字用語（聯合承攬、共同投標）與規範詳細程度不同而已，前者較為籠統，以營造業管理角度規範；後者較為詳實，以政府採購角度規範。以下本文就此協議書一律統稱為「聯合承攬協議書」。

第二項 聯合承攬協議書之當事人

聯合承攬協議書係由全體承攬成員訂立，再將之檢附於業主，並列為工程契約之一部分（共同投標辦法第10條第1項）。此協議書所拘束者為承攬成員間？抑或是拘束承攬成員與業主間之法律關係？容有不同意見。

第一款 多數見解

第一目 實務見解

聯合承攬協議書未經業主之簽署，屬於承攬成員間之內部權利義務關係，而非規範承攬成員與業主之法律關係。

臺灣高等法院高雄分院97年度重上更（一）字第12號民事判決：「被上訴

⁹⁵ 林誠二，前揭註11，頁106-107。

人與各共同投標人於 89 年 8 月 21 日共同簽立共同投標協議書，係渠等為共同承攬系爭工程而簽訂之協議，簽署人為被上訴人與德寶公司、耿揚公司及常保公司，於第 3 條約定各共同投標人之工程類別及契約金額比率；第 4 條約定各成員廠商之工程範圍；第 8 條預付款請（受）領方式，約定『若工程決標情形，符合預付款給付條件，各成員之預付款按其契約總價占總工程款之比率分配，並依契約條款規定提供保證及辦理相關事宜』；第 9 條契約價金請（受）領方式，約定『各項計價請款應由共同投標廠商各成員按合約相關規定估驗計算，各自開具發票，經彙整後一併送院方辦理』；第 14 條第 4 項逾期責任，約定『各成員工程範圍應於合約規定工期內完工，倘若任一成員逾期，造成其他成員違約被罰款，其損失應由該成員負完全賠償之責任。』第 5 項履約及保固，約定『任一成員因故無法履約（含保固期間），造成須另覓廠商承接所有權利與義務時，其增減之費用應由其逾成員共同平均承受。』此與營造業法第 24 條第 2 項有關聯合承攬協議書內容係包括一工作範圍。二出資比率。三權利義務之規定相符，而該投標協議書既無上訴人之簽署，顯非規範上訴人與承包商間之權義關係，僅係規範共同投標人之內部關係。上訴人所指共同投標人各項權利義務之分擔，內容均係出自該共同投標協議書，而該協議書既僅規範共同投標人之內部關係，自不得執以規範共同投標人與上訴人間之關係，上訴人以該協議書之約定，引為共同投標各成員與上訴人間各有獨立之工程契約關係之論據，殊不足取。」

第二目 學說見解

就聯合承攬協議書之內容而言，學說認為，就此項協議書所規範者為承攬成員間之內部關係，應無規定該協議書為工程契約之一部分的必要，且雖業主會規定其協議書所應具備之內容，但事實上，業主就承攬成員間之內部關係，亦僅得為形式上審查，故強行規定該協議書為工程契約之一部分，有實際上之

困難⁹⁶。亦有論者認為，檢附該協議書予業主，係為使業主知悉承攬成員內部之權利義務關係，原則上無拘束業主之效力⁹⁷。實務上，基於招標文件之要求，承攬成員會提交「形式上」聯合承攬協議書予業主，私下則另行訂立較為具體、內部之權利義務內容，蓋此等內部關係之內容，並不會影響業主之工程契約債權，只是其內容不得與提交予業主之形式上聯合承攬協議書有所抵觸或矛盾，否則有政府採購法第 50 條第 1 項第 4 款以不實文件投標之問題。⁹⁸

由此可知，上開見解認為共同投標辦法第 10 條第 1 項各款內容，乃承攬成員間之內部權利義務關係，而非規範業主與承攬成員間之法律關係。

第二款 本文見解

共同投標辦法第 10 條之約定內容同時含有承攬成員與業主間之權利義務關係，而非單純涉及承攬成員內部之權利義務。詳言之，形式論言，該條第 1 項本文、第 2 項、第 3 項均明定該協議書為工程契約一部分，且其內容不得任意變更，即係在拘束聯合承攬契約之雙方當事人。實質而論，契約訂立之意思表示得以明示或默示為之，不應單以當事人有無於特定文書上署名為唯一判斷。雖業主未在聯合承攬協議書上直接署名，但該協議書乃投標之必備文書，且於得標後續締約時亦須將該協議書列為工程契約之一部分。藉此一間接事實得以推知業主與承攬成員間有以該協議書為合意內容之效果意思，進而拘束業主與承攬成員。上開實務見解以協議書未經業主簽署，而認屬承攬成員間之內部權利義務關係，應難贊同。

又就本條第 1 項各款之約定內容觀察，於第 1 款，採購案號、標的內容、各承攬成員之名稱、負責人，對聯合承攬契約當事人而言應為最基本且最重要者（契約當事人、標的之確定），應不待言。

⁹⁶ 李家慶，前揭註 64，頁 23。

⁹⁷ 林佳妙，前揭註 52，頁 26。

⁹⁸ 林佳妙，前揭註 52，頁 67。

於第 2 款，不但涉及該代表成員是否有權代表其他成員，及其代表權限範圍等內部層面，更涉及業主對代表成員之意思表示、請求催告（意思通知）、承認（觀念通知）等是否對全體成員發生效力（另參照共同投標辦法第 13 條），以及代表成員代表全體成員向業主為意思表示，甚或統一請求或受領業主所給付之工程款，即以代表成員為有權受領給付之人，發生業主之工程款債務清償而消滅的效力（民法第 309 條第 1 項）。

於第 3 款，為確保工程品質或促進技術移轉等採購目的，業主於招標時會要求投標廠商揭露各成員之主辦項目與金額比率，至少在某種程度上確認各成員之組織分工是否健全、均衡，進而決定是否決標（尤其最有利標）、締約，以免成員間實力差距過大，危害工程品質與效率，對業主而言難謂完全無關。⁹⁹

於第 4 款，約定承攬成員之完成工作義務（民法第 490 條第 1 項）為民法第 272 條之連帶債務，身為債權人之業主得任意請求各承攬成員為全部給付（民法第 273 條），屬於連帶債務最重要之對外效力（另參照民法第 274 條），更屬工程聯合承攬之特殊所在，而為一般工程契約所無。

於第 5 款，價金之金額、時期、給付方法等涉及承攬成員於何種情況下得向業主請求工程款及其數額範圍，業主應向哪個承攬成員為給付（統一給付或個別給付¹⁰⁰），此與業主之工程款債務是否因清償而消滅有關。

於第 6 款，有承攬成員發生破產等財務困難事由而無法繼續履行契約，須由(1)其他成員繼受，或(2)覓得第三人承擔契約。於前者，因連帶債務之性質，其他成員本應各負全部給付之責任（民法第 273 條），不因有成員破產而有

⁹⁹ 相同見解參照臺灣高等法院臺中分院 104 年度建上更（二）字第 57 號民事判決：「共同投標廠商主辦項目之契約金額多寡，事涉業主中科院對各共同投標廠商工程品質之控管，應無容認共同投標廠商任意變更之理，其原因在於：在系爭契約簽訂之後，各共同投標廠商主辦項目之工項內容、品質均告確定，在系爭契約全部金額不變之前提下，各共同投標廠商如未經中科院同意逕行變更主辦項目金額之比例，即不免發生部分廠商因金額過低，致無利潤，甚至產生虧損，影響其依契約所定品質施工之意願，另部分廠商因金額調高產生超額利潤，形成層層剝削，不利於業主中科院公共工程品質之控管」

¹⁰⁰ 實務上聯合承攬之工程款給付方法有數種，包含：承攬成員各自開具發票向業主請領、由代表成員統一彙整發票向業主請領、承攬成員提出發票後業主匯入指定共同帳戶等。此涉及工程款債權之法律性質，參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第四節 工程款債權。

所不同，並無「繼受」可言；於後者，雖在成員內部關係中有預先同意於破產時退出聯合承攬體之意義，但於工程契約之層次上，契約承擔應得契約相對人（業主）之同意，難謂與業主無關。何況，共同投標辦法第 11 條：「有前條第一項第六款之情事者，共同投標廠商之其他成員得經機關同意，共同提出與該成員原資格條件相當之廠商，共同承擔契約之一切權利義務。機關非有正當理由，不得拒絕。」亦對業主之契約承擔同意權設有一定之限制。

據此，應認共同投標辦法第 10 條第 1 項所列各款之約定內容，同時有拘束承攬成員與業主間權利義務之契約意義，而非「單純」涉及承攬成員內部權利義務關係。至於所謂純粹涉及承攬成員內部關係的內容，應指其內部之參加比例（未必與上開第 3 款「契約金額比率」相同）、內部組織（管理委員會）、利益分受、費用分擔（工程執行費用、行政費用）、財務會計、保險等事項。

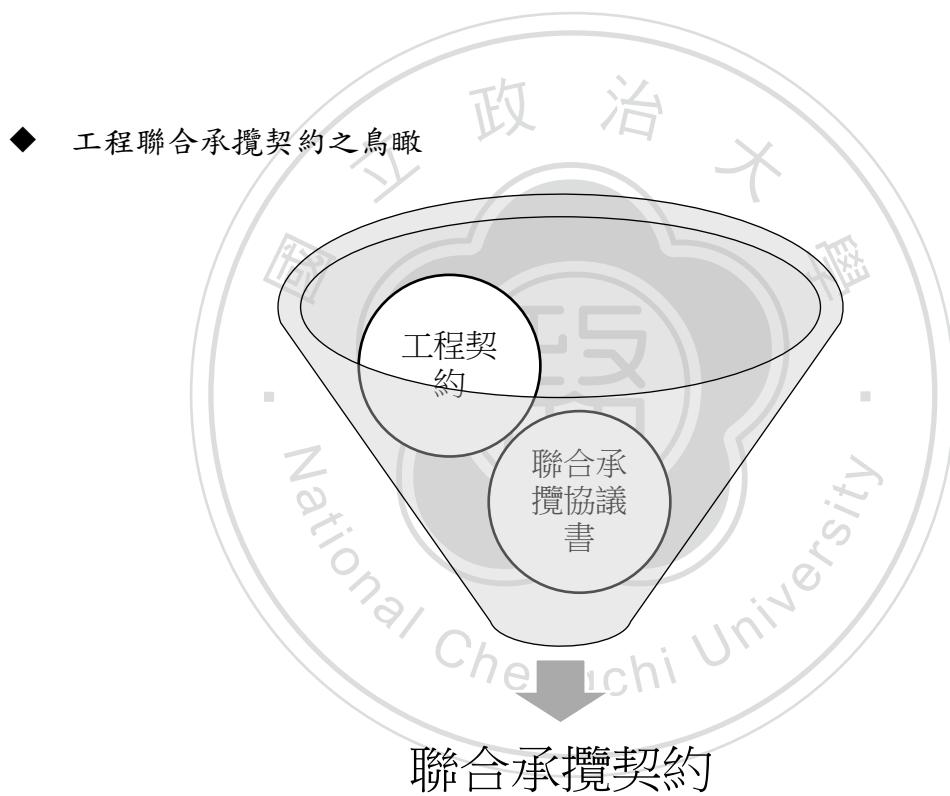
另須說明的是，本條所提及之「協議書」與「契約」有何區別？由本條第 1 項規定所稱「於得標後列入契約」及第 2 項區別協議書與契約來看，此項聯合承攬協議書之性質，始先屬於投標時拘束各承攬成員間內部之契約，再於得標後與業主訂立工程契約時，以該協議書內容作為工程契約之一部分，進階成為拘束全體承攬成員與業主等雙方當事人之一個契約關係，並取代原僅拘束承攬成員內部之契約。

◆ 聯合承攬協議書之權利義務內容

條文內容（共同投標辦法第 10 條第 1 項）	承攬成員間之權利義務	承攬成員與業主間之權利義務
招標案號、標的名稱、機關名稱及共同投標廠商各成員之名稱、地址、電話、負責人		工程契約之當事人與標的確定。

(第1款)		
共同投標廠商之代表廠商、代表人及其權責 （第2款）	承攬成員約定代表成員之代表權限及其範圍。	業主對代表成員之意思表示或其他行為（例如催告請求），對全體承攬成員發生效力（另參照共同投標辦法第13條）。
各成員之主辦項目及所占 契約金額比率 （第3款）	承攬成員內部工作範圍之具體分配與應分擔額之確定。	業主審查承攬成員間之工作比率是否符合招標文件所設之比率限制，以決定是否決標、締約（另參照政府採購法第50條第1項第1、2款）。
各成員於得標後連帶負履行契約責任 （第4款）	如一承攬成員為全部給付，與其他成員發生求償關係（民法第274條、第280條至第282條）。	業主對各承攬成員之任意給付請求權（民法第273條）。
契約價金請（受）領之方式、項目及金額 （第5款）	如為統一給付，承攬成員選定其中一成員（代表成員）為工程款之有權受領人。	業主所為之工程款給付（統一給付或個別給付）是否發生清償效力（民法第309條第1項）。
成員有破產或其他重大情	承攬成員預先同意如	由其他成員繼續履行

<p>事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受（第 6 款）</p>	<p>自己有破產等事由而無法繼續履行契約，應退出契約而不得異議。</p>	<p>本為業主之任意給付請求權（民法第 273 條）內涵。第三人繼受之契約承擔須經業主同意（另參照共同投標辦法第 11 條）。</p>
---	--------------------------------------	---



第三項 聯合承攬契約之態樣

共同投標辦法第 8 條：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商之投標文件應由各成員共同具名，或由共同投標協議書指定之代表人簽署。投標文件之補充或更正及契約文件之簽訂、補充或更正，亦同。」於此須探討的是，數廠商聯合承攬一工程時，其與業主訂立者為一個工程契約，抑或

是成立數個工程契約，實務上非無疑問。以下先說明契約之種類，並臚列各項實務及學說見解，再提出個人淺見。

第一款 非典型契約之類型

關於非典型契約之分類，除無名契約外，學理上尚包含契約聯立與混合契約，分述如下。¹⁰¹

第一目 契約聯立

契約聯立（Vertragsverbindungen）係指數個典型或非典型契約具有互相結合之關係，此等結合關係又分為：

一、單純外觀結合

數個獨立契約僅因締約行為（例如訂立一個書面）而結合，但不具依存關係，此時應各自適用法律，互不牽連。

二、具有依存關係之結合

依當事人之意思，一契約效力依存於另一契約之效力，其個別契約是否有效成立雖應各自判斷，但如一契約不成立、無效、撤銷或解除時，另一契約亦同其命運。

第二目 混合契約

所謂混合契約（Gemischte Verträge）係由數個典型或非典型契約的部分而構成之契約，性質上屬一個契約¹⁰²。就此尚可分類：

一、典型契約附其他種類的從給付（Typischer Vertrag mit andersartiger Nebenleistung）

雙方當事人所提出之給付符合典型契約，但一方當事人尚附帶負有其他種類之從給付義務。原則上應適用該典型契約之規定。

二、類型結合契約（Typenverbundungsverträge）

¹⁰¹ 以下介紹參照王澤鑑，債法原理，增訂三版，2012年3月，臺北：自版，頁122-126。

¹⁰² 司法院院字第2287號解釋：「混合契約，係由典型契約構分子與其他構分子混合而成之單一債權契約。若其契約係複數，而於數契約間，具有結合關係者，則為契約之聯立。」

一方當事人所負之數個給付義務屬於不同契約類型，彼此間居於同值之地位，而他方當事人僅負單一對待給付，或不負任何對待給付。例如包宿膳契約。此時應依個別給付分別適用所屬契約類型之規定。

三、雙種典型契約（Doppeltypische Verträge）

雙方互負之給付各屬不同契約類型，即結合不同契約之給付義務，互為對待給付，應分別適用其所屬契約類型之規定。

四、類型融合契約（Typenverschmelzungsverträge）

一個契約中所含的構成部分同時屬於不同之契約類型，學理上稱為狹義之混合契約，應同時適用各該規定。例如當事人有半贈與意思以半價出售物品，稱為混合贈與（Gemischte Schenkung）。

第二款 單一契約說

行政院公共工程委員會見解認為，聯合承攬乃強制性共同具名訂約，各成員不得任意與業主分開訂約¹⁰³，似認為僅有一個工程契約存在。於行政院公共工程委員會發布之共同投標協議書範本第8條亦規定：「本協議書由各成員之負責人或其代理人共同簽署，分別加蓋廠商印信並經公證或認證後生效。」

第三款 多數契約說

實務上有當事人抗辯，依工程契約之約定，各承攬成員各有其工作範圍，亦有各自比例之契約總價、預付款，並分別提供預付款還款保證及履約保證，足見各成員就其各自負責之工程與業主形成各自獨立之權利義務關係，僅是再約定各成員間應負連帶擔保責任，以加強業主之保障而已，應非屬聯合承攬契

¹⁰³ 行政院公共工程委員會88年6月3日（88）工程企字第8807824號函：「共同投標辦法第八條規定：『機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商之投標文件應由各成員共同具名，或由共同投標協議書指定之代表人簽署。投標文件之補充或更正及契約文件之簽訂、補充或更正，亦同。』準此，契約之簽訂應共同具名訂約，不得分開訂約。」

約¹⁰⁴。此外，另有實務見解認為聯合承攬乃工程契約之聯立，而非一個工程契約。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決：「按契約當事人以同一締約行為，結合數個契約，為契約之聯立。其各個契約相互間是否具有依存關係，應綜合法律行為全部之旨趣，當事人訂約時之真意、交易之習慣及其他具體情事，並本於誠信原則，為斷定之標準，有最高法院 86 年度台上字第 2278 號判決意旨可參。查本件綜合投標須知 16.2(2)N(F)規定：『共同投標之各成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受；共同投標廠商之其他成員得經甲方同意，共同提出與該成員原資格條件相當之廠商，共同承擔契約之一切權利與義務』……，及皇廷公司等 3 人簽訂之共同投標協議書……，均約定各成員於得標後負連帶履行契約責任；共同投標協議書第 5 點約定成員有破產或

¹⁰⁴ 就此等當事人之主張，可參照高雄地方法院 93 年度重訴字第 281 號民事判決：「被告辯稱依系爭契約之約定，各成員各有承攬之工程、各自比例之契約總價、預付款，並分別提供預付款還款保證及履約保證，足見各成員就其各自負責之工程與被告形成獨立之權利義務關係，自非聯合承攬契約等語。惟綜合系爭工程共同投標協議書要點、系爭工程共同投標協議書及系爭契約之約定文義以觀，系爭契約應屬聯合承攬契約，已如前述，至被告上開所述，僅為各成員與被告在簽訂聯合承攬契約之前前提下，具體決定雙方之權利義務關係而已，自不得據此認定系爭契約並非聯合承攬契約。是以，被告此部分所辯，難予採取。」；臺灣高等法院高雄分院 95 年度重上字第 60 號民事判決：「上訴人雖陳稱依系爭工程契約之約定，各成員各有承攬之工程、各自比例之契約總價及預付款金額，且分別提供預付款還款保證及履約保證機制，並得由各成員依各自完工之比例申請解除或發還，可見各成員就其各自負責之工程與上訴人間係屬各自獨立之權利義務關係，僅再約定各成員間應負連帶擔保責任，以加強上訴人之保障而已，則就有無違約之認定自應以各成員之能否繼續履約為判斷，並不因其他成員有另覓其他成員承受並完成工程而免除違約責任等語。惟查，依協議書要點、協議書及系爭工程契約之約定，系爭工程既係採共同投標方式為發包承攬，且依政府採購法第 25 條之規定及共同投標廠商間之明白約定，被上訴人與德寶公司等共同投標廠商間就系爭工程契約之全部債務均應負連帶履行之責任，則上訴人所稱各成員就其各自負責之工程與上訴人間係屬各自獨立之權利義務關係，僅再約定各成員間應負連帶擔保責任，以加強上訴人之保障而已，即與上開意旨不符而難採信。至被上訴人與德寶公司等廠商間雖有各自承攬之工程內容、各自比例之契約總價及預付款金額，且分別提供預付款還款保證及履約保證，並得由依各自完工之比例申請解除或發還，然共同投標承攬契約中就各成員之分工負責項目、其承攬之報酬數額、應各自提供之履約保證金額、請領款項之期別及方式等事項，均屬契約當事人間得自由約定之範疇，基於契約自由之原則，祇須兩造意思合致即可，此從該協議書要點中亦規定共同投標廠商得指定代表廠商，並由該代表廠商繳納保證金或由共同投標廠商共同繳納（參見協議書要點第 4 條）可得佐證，故尚難據上開約定而變更系爭工程契約之性質。況因各成員間係負連帶履行責任，則若有應再給付之情事（如保證金不足），基於共同投標承攬之性質，各成員自均負有連帶履行義務，自亦不影響上訴人之權益，故上開約定仍不足採為上訴人有利之認定。」

其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受等約定之意旨可知，共同成員其中某成員有重大情事無法繼續履約時，即應由其他成員另覓廠商或由其他成員繼受履行，並無使其他成員與被上訴人簽訂之契約共同依存同其效力之意旨。是被上訴人固對皇廷公司就其分擔部分終止契約，其效力並不當然及於參加人及王○源事務所。上訴人主張參加人等 2 人與被上訴人間之契約，自應同其命運而亦生終止之效力云云，尚非可採。是本件共同承攬團隊剩餘其他成員即參加人等 2 人與被上訴人間之契約關係仍繼續存在。¹⁰⁵」

第四款 本文見解

形式上，依共同投標辦法第 8 條規定，須由各承攬成員於同一投標文件中共同具名或由代表成員代表具名締約，而非各承攬成員與業主個別訂立工程契約。實質論言，全體承攬成員所負之工作完成義務係屬同種契約類型，即民法第 490 條承攬契約，應非屬混合契約。又全體承攬成員均負完成全部工程之債務，若將聯合承攬契約解為契約之聯立，即土木工程契約、建築工程契約、機電工程契約之聯立，其中例如「土木」工程契約之承攬成員卻應負完成「全部」工程之債務，顯有矛盾。此外，如認承攬成員係就自己工作範圍各自與業主訂立工程契約，僅是額外「擔保」其他成員之工程履行而已。惟業主選擇共同招標意在將全體承攬成員結為一履行共同體，且使渠等負擔界面管理與整合之義務，故此種解釋非但忽視共同投標之功能，亦不符合當事人之契約目的與利益，且與工程實務上之「保證廠商條款」相混淆，亦不足採。從而，應認聯合承攬係一個定作人與數個承攬人之工程契約，而非業主與數廠商就同一工程「分別」訂立承攬契約，故聯合承攬僅有一契約關係存在。

上開「多數契約說」對聯合承攬有所誤解，蓋於聯合承攬關係中，協議書

¹⁰⁵ 此部分見解為最高法院 106 年度台上字第 704 號民事判決所維持。

明定各承攬成員之工作範圍及其項目金額，性質上屬於連帶債務人之內部應分擔部分，對業主而言，各成員仍負全部給付之責任，不因此等工項內容之分配，而分割為不同之工程契約。又履約保證金之給付與還款，是否由承攬成員分別各自提供或發還，僅為當事人間就保證金之「給付方法」而為約定，難謂分屬不同工程契約而分別提供擔保。

第四項 聯合承攬契約之具名

按債權債務關係之主體，應以締結契約之當事人為準¹⁰⁶。如前所述，聯合承攬契約之成立，原則上應由全體承攬成員與業主共同締約。惟實務上聯合承攬之運作形態並未如此一致，其情形可能有：(1)全體承攬成員共同具名；(2)承攬成員互推一代理人或代表人(Sponsor)，以該成員名義具名；(3)承攬成員先行成立一法人（例如設立公司(Iorporation)¹⁰⁷或有限責任合夥¹⁰⁸），再以該法人名義具名¹⁰⁹；(4)雖未設立法人，但以聯合承攬組織體名義具名。就此四種情形分析如下。

第一款 全體承攬成員之共同具名

此情形屬於共同投標辦法第8條前段：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商之投標文件應由各成員共同具名……」即以全體承攬成員為契約當事人，此為聯合承攬之典型態樣，並無疑義。

¹⁰⁶ 最高法院40年度台上字第1241號民事判決：「按債權債務之主體，應以締結契約之當事人為準，故買賣約據所載明之買受人，不問其果為實際上買受之人與否，就該契約所生之權利而涉訟，除有特別情事外，總須以其名義上之買受人起訴，而後有訴權存在之可言，此觀民法第一百九十九條第一項之規定自明。」

¹⁰⁷ 有稱為合資公司(Joint Venture Company)，參照李家慶，前揭註64，頁20。相對於營造業，製造業須有固定廠房、資產投入及較長之合作時間，製造業之聯合承攬多係此一型態，參照蔡宗儻、黃冠雄、蔡哲安，前揭註11，頁39。

¹⁰⁸ 有限合夥法第4條第1款：「本法用詞，定義如下：一、有限合夥：指以營利為目的，依本法組織登記之社團法人。」；同法第8條第1項：「公司得為有限合夥之合夥人，不受公司法第十三條第一項有關公司不得為合夥事業之合夥人之限制。」

¹⁰⁹ 實務上例如臺北捷運工程之總顧問—美國捷運顧問公司(ATC)，係由三家美國公司合資設立；臺灣高鐵公司係由大陸、長榮、太平洋電線電纜、東元、富邦等公司合資設立。

第二款 代表成員之單獨具名

通常係由參加比例最大之承攬成員為代表成員，單獨出面與業主締結工程契約。此部分適用共同投標辦法第8條後段：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商之投標文件……，或由共同投標協議書指定之代表人簽署。」然而，美國聯邦採購規則（FAR）就聯合承攬契約之具名規定，不論各承攬成員為個人、合夥組織、公司，均須各別於工程契約上由該個人、有權代表人（執行合夥人、公司代表人）簽名，並無由其中一廠商成員作為代表單獨締約之規定¹¹⁰，FIDIC 契約範本亦同¹¹¹。就此等單獨具名締約之型態，其契約效力是否及於其他未具名之承攬成員，於我國實務上非無爭議。

第一目 否定說

部分實務認為，共同投標辦法第8條允許代表成員單獨與業主締約，有違契約法之基本原則。另有法院依個案情節認定，代表成員未獲代理其他成員與業主締約之權限，其契約效力不及於未具名之其他成員。

花蓮地方法院103年度建字第3號民事判決：「所謂共同投標，須有『共同具名投標』及『共同具名簽約』等二項行為，始足適法成立……然此條規定雖准許依個別採購之特性為共同投標，且於第5項明定共同投標廠商應於投標時檢附共同投標協議書，但非可謂廠商若未依法具名投標或簽約，即可以共同投標

¹¹⁰ FAR4.102(Contractor's signature):“(a) Individuals. A contract with an individual shall be signed by that individual. A contract with an individual doing business as a firm shall be signed by that individual, and the signature shall be followed by the individual’s typed, stamped, or printed name and the words “, an individual doing business as _____” [insert name of firm].

(b) Partnerships. A contract with a partnership shall be signed in the partnership name. Before signing for the Government, the contracting officer shall obtain a list of all partners and ensure that the individual(s) signing for the partnership have authority to bind the partnership.

(c) Corporations. A contract with a corporation shall be signed in the corporate name, followed by the word “by” and the signature and title of the person authorized to sign. The contracting officer shall ensure that the person signing for the corporation has authority to bind the corporation.

(d) Joint venturers. A contract with joint venturers may involve any combination of individuals, partnerships, or corporations. The contract shall be signed by each participant in the joint venture in the manner prescribed in paragraphs (a) through (c) of this section for each type of participant. When a corporation is participating, the contracting officer shall verify that the corporation is authorized to participate in the joint venture.”

¹¹¹ FIDIC(YELLOW)1.6:”If the Contractor comprises a JV, the authorised representative of each member of the JV shall sign the Contract Agreement.”另參照 FIDIC(RED)1.6, (SILVER)1.6.

協議書代替契約成立所必需之要約或承諾意思表示。依上揭第 25 條第 6 項規定訂定之『共同投標辦法』第 8 條規定：『機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商之投標文件應由各成員共同具名，或由共同投標協議書指定之代表人簽署。投標文件之補充或更正及契約文件之簽訂、補充或更正，亦同。』，係屬法律授權行政機關制定之法規命令。此種法規命令之性質及效力，尤其於本國通說以政府採購程序係採公私法兩階段理論，其究屬公法抑私法性質，有無拘束人民及發生民事法律關係上之補充規範效力，不無疑問。……惟系爭投標書及契約書內，均係由被告高信公司單獨具名投標及簽約，亦有上開相關證物在卷可證，乃兩造所不爭。共同投標或共同承攬，依政府採購法第 25 條第 2 項之規定，須有『共同具名投標』及『共同具名簽約』等二項行為始足成立，已如前述。又上揭法規命令性質之共同投標辦法第 8 條前段亦明定共同投標廠商之投標文件應由各成員共同具名，乃符合上項法律之規定。至於同辦法第 8 條前段後部分所謂『或由共同投標協議書指定之代表人簽署』，則於文義上已明顯逾越母法第 25 條第 2 項之範疇，且鑑於政府採購乃屬私經濟行為，依契約或代理之原理及法理，二家以上廠商間雖簽立共同投標協議書，其契約效力僅及於簽約人間，並無對世效力；代理人替本人為意思表示，亦應表明本人名義及代理之意旨，故具名投標與具名簽約，應非得以簽立共同投標協議書得以代替，上揭共同投標辦法第 8 條所定『或由共同投標協議書指定之代表人簽署』，乃逾越法律授權範圍所增加人民負擔之規定，應不具有補充民事法律關係之法律規範效力。易言之，若無共同具名投標或簽約，又無代理之意旨表明本人名義於文件之內，縱使有共同投標協議書之簽訂及提出，亦無從使未具名之廠商成為契約之當事人。蓋嗣後未具名之廠商對招標機關無契約上權利之直接請求權，卻要負擔契約上之連帶給付義務，其情形顯失公平，應非政府採購法第 25 條之本旨。故本件被告大邦公司因未共同具名投標，亦未共同具名簽約，雖有簽立共同投標協議書及提出，但仍與上揭第 25 條第 2 項所定之要件不符，亦與民法之契約原理有違，應不發生與被告高信公司為系爭五項工程之共同承

攬人之法律上效力，不負契約之連帶履行之責。另採購契約雖得於其內容中將行政機關頒布之法規命令引用在內或明定適用其規範，但仍須先由契約當事人具名簽名或由合法代理人簽名於契約，始受拘束。本件被告大邦公司並無於投標書或系爭工程契約書內具名及簽名，亦無顯名之代理之意旨，自不受契約效力所及。」

臺灣高等法院 104 年度重上更（一）字第 74 號民事判決：「查系爭契約載明定作人即甲方為被上訴人，承攬廠商即乙方僅仲厚公司，廠商及負責人簽名或蓋章欄亦僅記載仲厚公司，其上並有仲厚公司及其法定代理人孫○煌之用印，遍觀系爭契約並無台超公司為承攬廠商之記載，亦無由台超公司表示以代理權授與仲厚公司，由仲厚公司代理台超公司為法律行為，使仲厚公司所為意思表示對台超公司發生效力之意旨，再參酌投標廠商聲明書之廠商名稱僅記載仲厚公司，其聲明事項並未記載應及於台超公司（見原審卷（一）第 21 頁背面），足認系爭契約存在於仲厚公司與被上訴人之間，台超公司並非系爭契約當事人。至台超公司提出上訴人簽訂之系爭協議書上固記載：『一後列簽立共同投標協議書廠商（以下簡稱協議廠商）茲共同參加國防部軍備局採購中心（購案編號 GD95035L151）『廢彈處理中心委託民間經營』案（以下簡稱本委託經營案，即系爭標案）招標，協議廠商依政府採購法第 25 條規定之共同投標，並具結保證於得標後連帶負全部履行契約責任。……二本共同投標廠商之代表廠商為仲厚企業有限公司（即仲厚公司，下同）……』、『仲厚企業有限公司主辦項目及所占契約比率：經營管理（含技術工法、人力規劃、教育訓練、風險管理、安全維護、設備維修）、品質管理，所佔比率 30%』、『台灣超臨界科技股份有限公司（嗣更名為台超科技股份有限公司，即台超公司）主辦項目及所占契約比率：研究發展、資金籌措、財務管理、督導營運，所佔比率 70%』等語……，然此乃上訴人間內部關係，及仲厚公司得單獨簽訂系爭契約之依據，無從據以認定台超公司亦為系爭契約當事人，……，足徵系爭契約當事人應為仲厚公司，尚不因台超公司具結保證於得標後連帶負契約責任，而成為系爭契約之當事

人。」¹¹²

第二目 肯定說

一、實務見解

採購契約之成立時點為機關業主將決標以明示或默示之方式對外表示時，契約即為成立，且依共同投標辦法第 10 條規定，該共同投標協議書於得標後即列入工程契約之內容，各共同投標廠商即為該契約之當事人，雖得標後僅由代表成員出名與業主締約，仍不因其他成員未出名締約而受影響。¹¹³

臺灣高等法院 96 年度建上更（一）字第 24 號民事判決：「按機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標；而所謂共同投標，係指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為；共同投標廠商應於投標時檢附共同投標協議書，此為政府採購法第 25 條第 1 項、第 2 項及第 5 項所明定。又依上開法條第 6 項所授權訂定之共同投標辦法第 10 條規定：『共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書載明下列事項，於得標後列入契約：一招標案號、標的名稱、機關名稱、及共同投標廠商各成員之名稱、地址、電話、負責人。二共同投標廠商之代表廠商、代表人及其權責。三各成員之主辦項目及所占契約金額比率。四各成員於得標後連帶負履行契約責任。五契約價金請（受）領之方式、項目及金額。……』。本件新億公司與王○仲及訴外人台鼎公司、山福公司所簽訂共同投標協議書（見原審卷一 15 頁），經核即係依上開共同投標辦法第 10 條之規定，就招標單位、訂約單位、工程名稱、代表廠

¹¹² 另參照臺灣高等法院 107 年度重上更（一）字第 65 號民事判決。

¹¹³ 部分學說採之，參照林誠二，債編各論新解一體系化解說（中），三版，2015 年 6 月，臺北：瑞興出版，頁 75。

商、共同投標成員、各投標成員工程主辦項目暨契約金額比率，以及協議共同責任等事項逐一記載，並於業主辦理系爭工程之投標時出具，而由系爭採購契約第1條第2款明列為契約文件之一（見原審卷一19頁），是依上開規定，應認新億公司與王○仲及訴外人台鼎公司、山福公司等共同投標成員間，係居於共同承攬人之地位，共同承攬系爭工程，並連帶對業主負履行系爭採購契約之責任。雖系爭採購契約僅由新億公司出名代表其他共同承攬人與業主簽訂，惟經斟酌上開規定意旨，及已成為契約內容之共同投標協議書約定，應認王○仲及訴外人台鼎公司、山福公司就系爭工程亦係屬於共同承攬人地位，並不因彼等並未出名簽訂系爭採購契約而受影響。¹¹⁴

另有實務見解認為，聯合承攬協議書約定代表成員之行為及於其他承攬成員（共同投標辦法第13條意旨），是代表成員與業主訂立工程契約，當及於其他成員。

臺北地方法院107年度建字第120號民事判決：「經查，被告信傑公司與被告歡揚公司投標時共同出具之共同投標協議書第1條明定：『共同投標廠商同意由信傑營造有限公司為代表廠商，並已代表廠商之負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為。機關對代表廠商之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力』……，可知被告信傑公司與被告歡揚公司均同意由被告信傑公司為代表廠商，原告對被告信傑公司之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力。又系爭工程既由原告決標予被告信傑公司、歡揚公司，應認原告對被告信傑公司所為得標之通知與對被告歡揚公司之通知具同等效力，依上開裁判意旨，承攬契約於原告決標予被告信傑公司與被告歡揚公司時即已成立，嗣後

¹¹⁴ 另參照臺灣高等法院102年度建上字第117號民事判決、臺灣高等法院臺中分院107年度建上字第45號民事判決。

簽約手續尚非契約成立或生效要件，……被告歡揚公司雖辯稱：其自始至終僅表示願與被告信傑公司參與投標之意思，並不知悉被告信傑公司已得標並與原告簽立系爭契約，且系爭契約並未經被告歡揚公司用印，顯見其與原告並無締約之意思表示合致，原告不得請求被告歡揚公司就系爭契約之內容負連帶責任云云，應無足採。」

臺灣高等法院 109 年度建上字第 38 號民事判決：「經查，兩造於 107 年 1 月 25 日簽訂並經公證之系爭協議書，共同投標業主發包之藝文中心工程，第 1 條約定：共同投標廠商同意由上訴人為代表廠商，並以代表廠商之負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為。機關對代表廠商之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力。……嗣後上訴人為代表廠商，與業主就藝文中心工程於 107 年 3 月 1 日簽訂工程採購契約……，系爭協議書亦列入契約，上訴人並自承業主要求投標廠商必須有經公證的共同投標協議書才能簽約，要確保舞台專業設備有專業廠商承作等語……，復經業主函復本案由兩造共同承攬，……。再觀之上訴人提出之工程結算書記載承攬廠商為兩造，並由兩造簽章具名請款，第 6 期估驗計價總表列出兩造於各期分別向業主請領之金額等（本院卷第 243 至 267 頁），及業主 109 年 8 月 3 日府文藝字第 1090161267 號函就藝文中心工程之結算事宜及檢附工程結算驗收證明書，亦將兩造併列為正本文者（本院卷第 371 至 373 頁），足見，兩造均為藝文中心工程之承攬人，各依系爭協議書負責主辦項目，由上訴人代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商之行為，上訴人代表簽立之工程採購契約對兩造均有效力，故業主就包含工程品管費、職安費、利管費、保險費等之間接費用，係分別給付兩造之承攬報酬，則被上訴人就其負責之舞台專業設備項目自業主受領系爭間接費用，係依據與業主間之承攬契約關係，自非無法律上原因。」

此外，有認為於共同投標之情形，可認為係承攬成員間推舉其中一成員對外代表，類推適用民法第679條規定，其契約效力及於其他承攬成員。

臺灣高等法院花蓮分院105年度建上字第5號民事判決：「依共同投標辦法第8條規定，得由共同投標人中之一人代表簽約，效力及於他人。其他共同投標人雖未具名簽約，惟此項契約非以書面為必要，況共同投標協議書既已附於契約，為契約內容之一部，共同投標人即均為契約之當事人，不因未具名簽約而受影響，蓋若以共同投標承攬，則各成員間依共同投標協議書之約定或決議推舉代表執行事務，應可類推適用民法第679條之規定，於執行事務範圍內，對於第三人為他共同投標成員之代表，其執行事務之法律行為效力直接及於全體共同投標成員。前開投標辦法第8條僅係就共同投標之細節部分予以更明確之規範，並未超越母法之規定。故依政府採購法第25條第2項有關共同投標之規定，共同投標之人應負連帶履行採購契約之責任。¹¹⁵」

二、學說見解

學說認為，應依訂約主體名義及約定內容分別判斷，如代表成員單純以「自己名義」締約並自己對業主負擔「全部給付」義務及責任，該工程契約即存在於該代表成員與業主間。至於各承攬成員間之工作範圍、損益分配等事項，則屬承攬成員間之內部約定而不拘束業主。此時，代表成員以外之成員廠商的法律地位類似於次承攬人或分包廠商，業主不得直接向其他成員主張工程契約之債權。反之，若代表成員係同時表明其他成員名義締約，則工程契約之效力及於全體承攬成員。¹¹⁶

第三目 本文見解

¹¹⁵ 此為上開採否定說（花蓮地方法院103年度建字第3號民事判決）之上訴審判決，且此見解為最高法院108年度台上字第1044號民事判決所維持。

¹¹⁶ 林誠二，前揭註11，頁108。

本文認為，此等情形雖僅以該代表成員之名義締約，但不得一律認為僅該代表成員為契約當事人，仍有成立隱名代理，而將契約效力及於其他承攬成員之可能¹¹⁷。詳言之，實務上各承攬成員預先就工作範圍、出資比例等事項為協議，再推派其中一成員與業主締約，一般情形可認為各承攬成員有授與代理權予該代表成員之默示（甚至明示）意思表示（民法第167條）¹¹⁸，其授權內容即為就該工程承攬向業主為要約（民法第103條第1項），並受業主承諾之意思表示（民法第103條第2項）。雖僅以該代表成員之名義締約，然該廠商係為全體承攬成員利益而有代理之意思，且於締約時，業主通常明知或（至少）可得知悉代表成員有同時代理其他成員締約之意旨。蓋於締約時，相關工程契約文件會顯示其他成員之工作範圍、金額比率等（檢附承攬成員所訂立之聯合承攬協議書），難謂業主不知其代理意旨¹¹⁹。故應構成隱名代理而成立有數個承攬人之工程聯合承攬契約¹²⁰。共同投標辦法第8條：「……應由各成員共同具名，或由共同投標協議書指定之代表人簽署。」不因共同具名或代表成員具名，而異其

¹¹⁷ 所謂隱名代理，最高法院101年度台上字第1774號民事判決：「按債權債務之主體應以締結契約之當事人為準，而債權債務為特定人間之關係，債權人不得對契約上所載之債務人以外之人請求給付（本院十八年上字第一九五三號、四十年台上字第一二四一號判例參照）。若本人係由代理人代理締結契約，須先由本人授與代理權，再由代理人於代理權限內，以本人名義向契約相對人或由相對人受意思表示，其效力始能直接歸屬於本人（民法第一百零三條參照）。至於學說上所稱之『隱名代理』，乃指代理人為代理行為時，雖未載明被代理人（本人）之名義，惟僅以代理人自己名義為之，如其情形可推知其有代理本人之意思，而為相對人明知或可得知者，亦生對本人發生代理之效果而言。」另參照最高法院81年度台上字第165號民事判決、最高法院85年度台上字第417號民事判決、最高法院91年度台上字第2461號民事判決、最高法院92年度台上字第1064號民事判決；林誠二，民法總則新解—體系化解說（下），三版，2012年9月，臺北：瑞興出版，頁186-187；王澤鑑，民法總則，增訂新版，2014年2月，臺北：自版，頁499；楊佳元，關於代理的相關問題—幾則實務判例評析，月旦法學雜誌，第244期，2015年8月，頁143-144；蔡晶瑩，代理之要件—最高法院九十九年勞上易字第六九號判決，月旦裁判時報，第42期，2015年12月，頁92-93；陳聰富，民法總則，二版，2016年2月，臺北：元照出版，頁328；鄭冠宇，民法總則，七版，2021年7月，臺北：自版，頁477-478。

¹¹⁸ 除非其他成員乃業主所列之黑名單，以致於該成員不願或不敢具名成為該工程契約之當事人，而內部約定預計僅以該代表成員為唯一承攬人。但此等情形已非本文所定義之聯合承攬。

¹¹⁹ 如同陳自強，契約之成立與生效，四版，2018年10月，臺北：元照出版，頁302提及此乃締約相對人對於代理人意思表示之理解可能性的意思表示解釋問題，是否發生代理效力之關鍵並不在於契約當事人欄是否記載本人名義。

¹²⁰ 如認聯合承攬為合夥關係，則有民法第679條執行合夥人對外代表權規定之適用，即：「合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行合夥事務之範圍內，對於第三人，為他合夥人之代表。」關於承攬成員間是否合夥關係，參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第一節 法律性質。

契約當事人。

類似看法參照最高法院 106 年度台上字第 2331 號民事判決：「代表人代表本人所為之法律行為或事實行為，在法律上視為本人之行為，與本人親自實施之情形完全相同。且代表人雖未以本人之名義為法律行為，而實際上有代表之意思，並為相對人所明知或可得而知者，亦得發生代表（隱名代表）的效果。再基於私法自治原則，當事人就其所得自由處分之事項，本於自由意志，自行磋商後所作之協議，除作為當事人間之行為規約外，在具體紛爭事件中亦成為裁判之規範，當事人與法院均同應受其拘束。本件上訴人簽訂共同投標協議書，參與系爭標案之投標，依共同投標協議書記載：『二本共同投標廠商之代表廠商為仲厚公司…其代表協議廠商之權責如下：(一) 代表廠商辦理投標、說明、減價、決標、簽約，及其補充或更正事宜。(二) 代表廠商請（受）領契約價金。(三) 代表廠商收受機關之通知及處理爭議事項。…四本協議書內容，非經機關（被上訴人）同意不得變更』等語……仲厚公司嗣後出名投標，並於得標後與被上訴人簽訂系爭契約……上訴人既合意由仲厚公司為代表廠商，則仲厚公司出名代表投標，於得標後代表與被上訴人簽訂契約之行為，依上說明，即係其與台超公司共同所為，台超公司自具有共同承攬人之地位，而成為締結系爭契約之當事人，不因其未出名簽訂契約而受影響。」¹²¹

第三款 新設立法人之具名

公司或有限責任合夥為獨立之權利主體，單獨行使權利及負擔義務，而與承攬成員個人之權利義務相區別，該工程所需之資源均由該主體直接出資，該主體與業主間之法律關係單一，非屬多數人之契約關係。除個別承攬成員與業主另行訂立保證契約或其他擔保約定外，基於債之相對性原則，業主不得直接對個別承攬成員主張工程契約權利¹²²。此等單一法律關係並非本文所稱之聯合

¹²¹ 另參照臺灣高等法院 106 年度上字第 920 號民事判決。

¹²² 李家慶，前揭註 64，頁 20；林誠二，前揭註 11，頁 108。

承攬，已如前述¹²³。此外，為承攬特定工程而設立新公司者，通常於完成工程並為結算後即行解散，與以永續經營之一般公司有所不同。此等型態例如由義大利與日本聯營之土努諾熊谷組德基水壩建設聯營無限公司（Torno-Kumagai J.V for Tachien）承包德基水庫興建工程。

第四款 無權利能力團體之具名

聯合承攬實務上，部分工程之當事人可能以「某某聯合承攬組織體」為具名¹²⁴。就此情形，本文認為，如符合實務上對於非法人團體之認定要件¹²⁵，是否為民法第 667 條以下規定之合夥事業¹²⁶，則有爭議，詳後再述¹²⁷。如認不構成非法人團體，但「可得特定」該組織體係由哪些廠商組成時，依其真意，仍應與共同具名同視。蓋實難想像當事人締約時僅具名「某某聯合承攬組織體」，而於投標等相關締約文件完全不提及承攬成員為哪些營建廠商。¹²⁸

¹²³ 參照本文第二章 聯合承攬之內涵 第一節 聯合承攬之意義 第二項 分類與區辨 第四款 以契約主體而為區分。

¹²⁴ 例如臺北地方法院 100 年度建字第 122 號判決案之聯合承攬名稱為：「榮工程股份有限公司—長鴻營造股份有限公司中國信託新總行大樓新建工程聯合承攬體」。

¹²⁵ 如最高法院 91 年度台上字第 1030 號民事判決：「自然人及法人為權利義務之主體，惟非具有權利能力之『團體』，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，而為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，亦應受法律之保障。故未完成登記之法人，雖無權利能力，然其以未登記法人之團體名義為交易者，民事訴訟法第四十條第三項為應此實際上之需要，特規定此等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力。至於因其所為之法律行為而發生之權利義務，於實體法上應如何規範，自應依其行為之性質，適用關於合夥或社團之規定。不能以此種團體在法律上無權利能力即否定其一切法律行為之效力。」

¹²⁶ 臺灣高等法院 102 年度重上字第 261 號民事判決：「按『非法人之團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者比比皆是，民事訴訟法第 40 條第 3 項為應此實際上之需要，特規定此等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力。所謂有當事人能力，自係指其於民事訴訟得為確定私權之請求人，及其相對人而言，若僅認許其為當事人得以其名義起訴或被訴，而不許其為確定私權之請求，則上開規定勢將毫無實益，當非立法之本意。』、『民事訴訟法第 40 條第 3 項所謂非法人之團體設有代表人或管理人者，必須有一定之名稱及事務所或營業所，並有一定之目的及獨立之財產者，始足以當之。』（最高法院 50 年台上字第 2719 號、64 年台上字第 2461 號判例意旨參照）。承前所述，高雄 345KV 潛盾工程辦事處係被上訴人與岩田地崎、萬鼎公司以執行聯合承攬之系爭統包工程為唯一目的而成立之臨時合夥組織，設有專案經理人為代表，並有營業所及獨立財產，自堪認被上訴人辯稱高雄 345KV 潛盾工程辦事處係由被上訴人與岩田地崎、萬鼎公司合夥組成之非法人團體，並非無稽。」

¹²⁷ 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第一節 法律性質。

¹²⁸ 類似看法參照林誠二，前揭註 11，頁 114 所提及：「如承攬契約係以聯合承攬組織（體）名義簽訂者，則應先行釐清當事人之真意如何，始能確定其訴訟主體之身分，蓋聯合承攬組織（體）無實體法上之權利能力，聯合承攬組織（體）名義表達之權利主體，在一般情形下，應

第四節 小結

工程之聯合承攬（Joint Venture, JV）係指數家具有專業技術之廠商，約定各自參加比例，依其比例提供人力、物力及資金，並約定分攤損益，共同就同一工程與業主訂立一個工程契約，對內採取共同施工或分別施工之方式，對外對業主負連帶履行契約責任的契約關係，屬於多數人之債之關係，亦即，訂立一個工程契約所生之多數債之關係。實務上以設立新公司或一廠商與業主締約再分包予其他廠商，均為一對一契約關係，非屬本文所稱之聯合承攬契約。聯合承攬成員推派其中一成員為代表成員，單獨具名與業主締結工程契約，依其通常情形構成隱名代理，其契約效力及於全體承攬成員。又聯合承攬法律關係之主要內容依政府採購法第 25 條、共同投標辦法第 10 條第 1 項所列之各款規定及當事人具體訂定之聯合承攬協議書條款，包含約定連帶債務、工程款給付方式、契約承擔等內容。

仍表彰全體聯合承攬廠商之意，則無論訂約主體以及訴訟主體皆應認為指聯合承攬廠商本身。」



第三章 聯合承攬體之定性

第一節 法律性質

聯合承攬體之法律性質，乃聯合承攬法律關係之核心問題。藉此問題之釐清，除於本章確立承攬成員參加比例、內部組織架構與權限之私法意義外，後續始能展開承攬成員與業主間之法律關係，包含承攬成員對業主之債務性質、承攬成員之工程款債權性質及其行使方式等問題¹²⁹。關於聯合承攬體之法律性質的爭論，學理與實務上見解並非一致，以下就相關文獻與實務見解為整理歸納、分析，並提出個人淺見。

第一項 合夥說

第一款 實務見解

當事人所簽訂之協議書，其內容係就承包系爭工程為「經營共同事業」，約定分股出資，並依股比例分潤，符合民法第 667 條第 1 項「互約出資」，且明定各自之工作範圍，詳細約定勞務及技術之範圍，可認有依民法第 667 條第 2 項及第 3 項折算股金之情形，故該聯合承攬體為合夥契約之關係。

最高法院 85 年度台上字第 501 號民事判決（維持原審見解）：「兩造及康全公司、康和公司為承包台北市政府自來水事業處直潭淨水廠第二座淨水設備第四標快濾池、第五標沈澱池設備（實際僅承作第四標工程），乃簽訂合作協議書，以該承包之工程為共同經營之事業，約定共分四股，由上訴人、康全公司、康和公司各出資七百八十萬元各占一股，被上訴人二家公司合計出資五十萬元，合占一股，並以此四等分平均分配利潤。惟被上訴人就承攬之工程，關於公關、工程整體規劃及設計、機械設備電機儀表管線之施工、監工、試車、交驗、操作手冊及設備手冊之編纂，性能保證、工程保固及工程之重要事項並技術、設計施工等，負主辦責任。按稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共

¹²⁹ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係。

同事業之契約。其出資，得為金錢或他物，或以勞務代之，民法第六百六十七條定有明文。是以合夥關係之存在與否，應就當事人有無互約出資經營共同事業之客觀事實予以認定。上開合作協議書就有關各契約主體應負之出資比例（包括勞務出資）、工作之範圍，已有明確約定，尤其就被上訴人二家公司應提供之資金及勞務、技術範圍，詳為規範，足堪作為被上訴人提供勞務及技術折算股金之依據。證人吳○武亦證稱：此工程企劃書是天穆公司（被上訴人）擬的，康合公司（上訴人）不懂此方面技術，被上訴人（指天穆、中技二公司）表示其無錢，康合公司老板認彼等應出資會較有責任感，才由彼等合資五十萬元。當時也沒想到會虧本。被上訴人有污水處理技術，所以只出五十萬元，康合、康全、康和各出七百八十萬元等語。足認該合作協議書，係屬合夥契約。」

臺灣高等法院高雄分院 104 年度建上更（一）字第 6 號民事判決：「綜合上開雙方合作系爭復建工程之緣由（上訴人之實際負責人謝○源向李○興提議上網找臺東工程投標資訊），得標後，進場時序（上訴人先進場開工）及工地現場執行施作（均由謝○源夫妻統籌管理，林○維尚需聽命於謝○源，謝○源之助手廖○仁領取被上訴人薪資，謝○源餐費及油資均由被上訴人支付）等各情以觀，足見上訴人公司設於花蓮，謝○源夫妻施作系爭復建工程之前，甫完成臺東承作之工程，渠等對於臺東工地及東部廠商人脈資源較為熟悉，並提議李○興可以上網查看臺東工程發包情形，嗣被上訴人標得系爭復建工程後，工地現場施工期間被上訴人僅派駐林○維及楊○忠兩名員工，現場人員都是由謝○源找來工作，足見證人李○興及林○維證述關於謝○源代表上訴人與被上訴人之代表張○讚商談系爭復建工程共同承攬之合夥關係，因被上訴人具有投標資格及資力，故由被上訴人出名投標、代墊資金，上訴人則負責現場管理執行、施工，雙方各占股份各為 60%、40%，尚屬合理，應非虛詞，堪予採信。……因上訴人對於臺東工地現場及東部廠商人脈較為熟悉，現場施工經驗豐富，但受限於資金且無投標資格，而約定由被上訴人代墊資金，上訴人負責管理工地現場及

實際執行施工等分工之方式，合意以上訴人 40%、被上訴人 60% 之方式，由上訴人隱名合夥執行以被上訴人名義承攬之系爭復建工程，既無違反任何法律強制或禁止規定，則基於契約自由原則，自不影響兩造締結隱名合夥契約成立之效力。……，俟日後全部完工後，另與上訴人依隱名合夥關係結算，尚稱合理。上訴人執此否認隱名合夥關係，要無足採。……綜上各節，從證人李○興、謝○源、謝○○惠及林○維所證關於兩造合作締約經過、兩造對於臺東工地及東部廠商人脈熟悉程度、被上訴人領標、投標及得標後，進場開工情形，工地現場人員及機具管理、調度，兩造各自派駐之人員、工程估驗單、工作簽單登載及簽核，及上訴人對於被上訴人派赴工地現場支援之陳○貴挖土機團隊之強烈反彈，甚至表示不惜以停工退場抗議等兩造真意及履約情狀研判，足認兩造應為隱名合夥契約，核與當事人約定一方與他方完成一定工作而得請求給付報酬之承攬契約或委任他人處理事務，而得請求返還代墊費用之委任契約之性質截然有別，是上訴人本於系爭合約之承攬關係及委任契約，請求被上訴人給付工程款並返還代墊款，即屬無據。……綜上所述，兩造就系爭復建工程應為隱名合夥關係，而非承攬合約及委任關係，上訴人之實際負責人謝○源復不爭執被上訴人承攬系爭復建工程虧損金額 38,041,709 元……，兩造自應依隱名合夥之關係另為結算。¹³⁰」

當事人協議書特別將聯合承攬組織定義為臨時組織，而不構成民法永久性之內部關係，任一方成員不得私下施工，亦不得未經他成員同意，以組織名義

¹³⁰ 其前最高法院 104 年度台上字第 1693 號民事判決：「其次，證人李○興證述：『伊介紹謝○源與上訴人公司總經理張○讚認識，洽談承攬左岸復建工程，工程由謝○源領標、計算成本，交給上訴人投標，投標後由謝○源執行，上訴人出證照，兩人合夥，上訴人占百分之六十，謝○源占百分之四十，現場由謝○源主導』、『謝○源比較沒有資金，但他會處理的很好，所以押標金、資金由上訴人先代墊，謝○源再出利息』、『謝○源車子油錢、飯錢向上訴人報帳，上訴人先代墊。』；證人林○維亦證稱：『謝○源於九十九年六月份某個晚上，提到他也是系爭復建工程股東之一，占百分之四十左右』；證人謝○源證述：『我兒子是名義上負責人，工作都是由我來做，公司決策大部分都是由我決定』、『李○興介紹伊與上訴人公司總經理張○讚認識時，上訴人公司尚未承包系爭復建工程。與張○讚聊天時，有說以後要是有案件可以共同承攬』……證人即被上訴人公司負責人之母謝○○惠則證述：『李○興確有提過這種方式，但不是針對這個案子。…我先生（謝○源）有跟張○讚提過這樣的作法我們不想合夥』各等語……，則上訴人抗辯：系爭工程實係兩造合夥向台東縣政府承攬，伊與被上訴人應各負盈虧百分之六十及四十，是否全無可採，非無再為研求之餘地。」

負擔義務或做出承諾。各成員需按分配比例，以現金匯入聯名聯簽帳戶作為初期營運資金，而有獨立資產。此等組織係以承攬該項工程為共同經營事業目的之臨時合夥組織，有獨立之稅籍與銀行帳戶，且授權特定成員執行共同帳戶之運作，以「工程辦事處」冠稱，符合合夥契約共同經營事業之態樣。

臺灣高等法院 102 年度重上字第 261 號民事判決：「被上訴人與岩田地崎、萬鼎公司簽訂之聯合承攬協議書除有前揭前言之記載外，於第 1 條『定義』約定：『…聯合承攬組織：參方當事人按本協議為本工程所成立的臨時組織。主辦公司：受參方當事人指定代表聯合承攬組織的當事人，本案為春原，辦理新設立登記為春原營造股份有限公司高雄 345KV 潛盾工程辦事處（獨立稅籍）。聯名聯簽帳戶：依據 7.1.1 條主辦公司未執行本工程所開設之臨時獨立銀行帳戶。…分配比例：依第 5 條所示，各當事人於聯合承攬組織中所佔的比例。』，第 2 條『聯合承攬組織』約定：『2.1 參方當事人以聯合執行主契約為唯一目的而組成本聯合承攬組織。2.2 參方當事人應本於身為聯合承攬組織的成員在本協議書期間互相合作盡全力完成主契約並增進參方當事人的共同利益。在不影響前述原則下，參方當事人在本協議書期間皆不得直接或間接、單獨或聯合其他任何第三者，無論係以當事人、代理人或任何資格，不依本協議書的規定而私下執行本工程。…2.5 參方當事人不因本協議書而構成民法上永久性的內部關係，聯合承攬亦非一公司組織或為獨立的法人。2.6 除非本協議另有明文規定，本協書不應給予任一當事人權力或義務，或任一當事人不應主張其具有權力或義務而以聯合承攬組織或他方當事人的名義承擔、造成或擔保任何型式的義務，或在未獲得其他當事人書面同意前代其做出任何承諾。』，第 6 條『營運資金』約定：『6.1 為貫徹並執行主契約的初期營運資金金額應於第 8 條所述的聯營委員會會議中決定。在收到聯營委員會會議決議紀錄後 7 天或參方當事人另行同意之日數內，每一當事人應按分配比例，以現金匯入聯名聯簽帳戶作為初期營運資金。…6.5.1 除非聯營委員會另有決定，否則參方當事人所支付的營運資金將由聯合承攬組織於完成本工程主契約後的結算時，或當本協議書如

第 20 條所述提前終止時，自聯名聯簽帳戶按比例以新台幣分別償還予參方當事人…』，第 7 條『成本、付款及會計』約定：『7.1.1 主契約生效後，專案經理應即洽主辦公司管理部為本聯合承攬組織在一個信譽卓著的銀行開設聯名聯簽帳戶。7.1.2 聯名聯簽帳戶其目的為收取營運資金及工程款並支付大額款項及撥補工地週轉金，由參方當事人指派有權簽署人共同執行帳戶運作事宜；若無以上有權簽署人之簽署，不得有從聯名聯簽帳戶提領或付款之行為…』等內容（見原審卷一第 162 至 169 頁），堪認『春原營造股份有限公司高雄 345KV 潛盾工程辦事處』自始即為被上訴人、岩田地崎與萬鼎公司為聯合承攬系爭統包工程，以承攬該工程為共同經營之事業目的而成立之臨時合夥組織（聯合承攬組織），而該合夥組織並非永久之組織，係於該工程完成時即解散，此由該聯合承攬協議書第 2.5 條載明『參方當事人不因本協議書而構成民法上永久性的內部合夥關係，聯合承攬亦非一公司組織或為獨立的法人。』可證（見原審卷一第 163 頁），因此系爭聯合承攬體有獨立稅籍，為新設立登記之組織，有獨立之銀行聯名聯簽帳戶，並由參方當事人指派有權簽署人共同執行帳戶運作事宜，自符合合夥共同經營事業之型態。且三家公司依前揭聯合承攬協議書之內容，堪認高雄 345KV 潛盾工程辦事處有獨立之聯名聯簽帳戶，聯合承攬之參方當事人應依聯營委員會決議之初期營運資金金額，按分配比例以現金匯入該帳戶作為初期營運資金，具有獨立之資產，且未經參方當事人指派之有權簽署人之簽署，不得動用該聯名聯簽帳戶之款項，足見高雄 345KV 潛盾工程辦事處為三家公司之合夥組織，並非被上訴人所得單獨指揮支配之分支機構，被上訴人為主要之合夥執行人，合夥利益分配確實按月依三家公司於聯合承攬組織中所佔比例（被上訴人 40%、岩田地崎 40%、萬鼎公司 20%）分配每一當事人每月應分攤之工程成本，並開立統一發票予三家公司作為列帳及申報之用，益徵系爭聯合承攬體所經營之高雄 345KV 潛盾工程之所以將其全稱冠以『春原營造股份有限公司高雄 345KV 潛盾工程辦事處』，乃因指定春原營造股份有限公司代表聯合承攬組織所致，自難因此逕謂系爭聯合承攬體即係被上訴人之分公司或分支機

構。」¹³¹

如當事人之合作協議書內容係以各項工程承攬（非單一工程）為標的，屬於共同經營事業之情形。又其約定「專案合作」與「通案合作」等不同方式，前者係一成員出面投標，得標後由全體成員與業主訂約，即使無法共同締約，亦共同承擔工程債務；後者則係各成員互相投資，成為他方之股東，專案合作營運內容及方針由各成員之負責人協商辦理，設置專案帳戶，各有職掌業務（例如業務、行政、估價、施工等）並全體成員一同出面就各項專案內容訂約。是此等法律關係應具有合夥契約之性質，縱事務檢查、損益問題、支出費用、報酬請求、合夥代表、賸餘財產分配等其他事項未詳盡約定，亦不生影響。

臺北地方法院 86 年度訴字第 525 號民事判決：「按稱合夥者，謂二人以上互約出資，以經營共同事業之契約。前項出資，得為金錢或他物，或以勞務代之，民法第六百六十七條第一、二項定有明文。又合夥關係之存在與否，應就當事人有無互約出資經營共同事業之客觀事實予以認定，至有無辦理廠商登記，在所不問，最高法院六十四年台上字第一一二二號著有判例。經查，依前述七十九年十一月八日『事業合作協議書』，兩造就台北市政府捷運工程局捷運路網有關工程之承攬，約定採『專案合作』及『通案合作』等方式。所謂『專案合作』，係指『雙方公司可共同協商依工程性質，由一方為出面投標廠商，另一方為『協同』或『聯合』承攬合夥人，得標後由雙方公司及負責人出面與工程業主訂立合約，但如因礙於規定，只能由單一公司出面與工程業主簽訂工程合約時，則另一方即為本案之當然合夥人，其有關權利義務亦屬共同承擔』；所謂『通案合作』，係指『為期雙方合作關係長遠穩固，互惠與誠信，復經雙方協議同意巨時公司（即被告）與德霖公司（即原告）各以一百萬元整，彼此相互交換投資並以雙方公司資產比例換算為佔股多少憑據，互為股東，此項股份互

¹³¹ 另參照臺灣高等法院 84 年度抗字第 673 號民事裁定。

換投資，雙方應正式向經濟部申報登記，列入雙方股東名冊』。而就『專案合作』案之一切營運方針策略，約定『由雙方公司負責人協商決定，財務收支帳目應設專案帳戶，由雙方出面訂約，主控之一方應互相照會共同簽章收入支出等費用，如遇重大財務收支時得視重要隨時協商辦理』；就『專案合作』投資案之股份分配原則，約定『主辦一方控股三分之二，另一方控股三分之一』；就雙方業務職掌原則，則約定『巨時公司負責與工程業主間之協調、簽約事務、有關業務之開拓及爭取……等對外公關行政事項。德霖公司負責施工、估價、提供人員、機具之動員、工地管理……等一切工務技術方面之安排，惟於必要時雙方可協調相互支援』，以上觀諸卷附事業合作協議書第一至五條內容即明。準此，兩造係為經營承攬捷運工程之共同事業，約定以主辦一方控股三分之二、另一方控股三分之一之金錢出資方式進行『專案合作』，或以一百萬元相互交換投資並以資產比例換算股數互為股東之金錢出資方式進行『通案合作』，另並兼採『原告負責工務技術之安排、被告負責對外公關行政事項』之勞務出資方式，揆諸民法第六百六十七條之規定，該事業合作協議書應係兩造就共同承攬台北市政府捷運工程局捷運工程預作合夥之約定。其後兩造並於八十年五月二十九日與長發公司簽訂『工程合作契約書』，由長發公司將其向台北市政府捷運局承攬之系爭北投三○四標工程交由兩造共同承辦，該契約書主要係約定長發公司與兩造間之權利義務，而就同屬契約一方之兩造，其相互間權利義務或合作內容之約定，則付諸闕如，從而自應依兩造之前簽訂『事業合作協議書』內約定之合夥原則定之。被告雖抗辯兩造並未互相投資對方公司，乃各自經營公司，故實依所簽訂之事業合作協議書履行，係屬分工合作關係非合夥關係云云，然經衡諸兩造共同承攬北投三○四標工程之性質，其雖未依協議書『通案合作』方式辦理，就『專案合作』原則而言，並無不合（雖出資及報酬分配比例因兩造嗣後另有約定而有不同），故就其合夥性質不生影響。又兩造事業合作協議書內雖未就事務檢查、損益問題、支出費用及報酬之請求、合夥代表、賸餘財產分配等事項作約定，然兩造既係互約出資經營共同事業，則縱未特別約

定上開事項，非不得適用民法有關合夥之規定解決，究不至因此改變合夥之本質，故被告徒以未約定上開事項抗辯非屬合夥云云，亦有未當。」

第二款 學說見解

文獻上有學者針對共同投標之相關問題論述時，附帶提及聯合承攬體之法律性質屬於合夥契約¹³²，但因屬附帶論述，可惜未見其進一步敘述其實質理由。

第二項 類似合夥之無名契約說

第一款 實務見解

聯合承攬成員就特定工程有主辦事項分配與金額比率之約定，具有可分及獨立之性質，而與合夥財產團體性不同，對內關係居於互相合作，對外對業主負連帶履行契約之責任，各成員均屬承攬人之地位。此等情形類似於合夥契約，得類推適用民法第 679 條之規定，代表成員於執行事務之範圍內，對於第三人為全體承攬成員之代表，其執行事務之法律行為效力直接及於全體承攬成員。

最高法院 96 年度台上字第 2446 號民事判決（維持原審見解）：「查上訴人與山福公司等所簽訂協議書，依政府採購法第二十五條第一項、第二項、第五項及共同投標辦法第十條之規定，應認上訴人與山福公司等共同投標成員間，係居於共同承攬人之地位，共同承攬系爭工程，並連帶對業主負履行系爭採購契約之責任。雖系爭採購契約僅由上訴人出名代表其他共同承攬人與業主簽訂，惟經斟酌上開規定意旨及已成為契約內容之協議書約定，應認山福公司等就系爭工程亦係屬於共同承攬人地位，並不因彼等未出名簽訂系爭採購契約而受影響。且依各共同投標成員就系爭工程之主辦項目及所占契約金額比率之約

¹³² 陳聰富，前揭註 72，頁 139 註 4。

定，足見上開投標成員間所承攬之事項，係屬可分且各自獨立，在對外與業主間關係，各投標成員均為業主之承攬人，互負連帶履約責任，在對內關係，各投標成員彼此間則係居於相互合作之地位，存在類似合夥之關係。」¹³³

臺中地方法院 106 年度建字第 79 號民事判決：「按機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標；而所謂共同投標，係指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為；共同投標廠商應於投標時檢附共同投標協議書，此為政府採購法第 25 條第 1 項、第 2 項及第 5 項所明定。是共同投標成員間，居於共同承攬人之地位，共同承攬工程並連帶對業主負履行契約之責任。縱契約僅由共同投標成員其中一人出名代表其他共同投標成員與業主簽訂，亦不影響未出名簽訂者與業主成立承攬契約之效力，且各共同投標成員間所承攬之事項，係屬可分且各自獨立，對外與業主而言，各投標成員均為業主之承攬人，互負連帶履約責任，對內與各共同投標成員而言，彼此間則係居於相互合作之地位，存在『類似合夥』之關係。若共同投標成員依共同投標協議書之約定或決議，由其中一成員代表全體共同投標成員執行事務者，應可類推適用民法第 679 條之規定，於執行事務之範圍內，對於第三人，為他共同投標成員之代表，其執行事務之法律行為效力直接及於全體共同投標成員。依兩造不爭執之系爭工程共同投標協議書（詳本院卷第 95 頁），原告與連信公司共同投標被告之系爭工程，同意由原告為代表廠商，並以原告之負責人為代表人，負責與被告意見之聯繫，任何由原告具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為，被告對原告之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力。原告主辦管線工程，占契約金額百分之 98、連信公司主辦土木工程，占契約金額百分之 2，共同投標廠商於得標後連帶負履行契約責任。共同投標廠商同意契約價金由原告檢具各成員分別出具之發票及相

¹³³ 另參照臺灣高等法院 100 年度建上字第 170 號民事判決、臺北地方法院 99 年度建字第 40 號民事判決。

關文件向被告統一請領，並匯入原告之工程款撥付專戶。而共同投標協議書於原告、連信公司共同標得上開工程，已列入為被告簽訂之系爭工程契約內容，亦為兩造所不爭執。由此可知，系爭工程雖係由原告代表共同投標廠商出名與被告簽訂系爭工程契約（惟連信公司亦有在系爭工程契約上用印），然就被告而言，原告與連信公司間，係居於共同承攬人之地位，共同承攬系爭工程，並連帶負履行契約之責任；且彼此間就各自承攬之事項，係屬可分且各自獨立，請領契約金時各自出具發票及相關文件後，由原告代表向被告統一請領。是對外而言，原告與連信公司均為被告之承攬人，互負連帶履約責任，對內而言，彼此間則係居於相互合作之地位，存在類似合夥之關係，可類推適用民法第 679 條之規定，由原告單獨對被告提起本件訴訟。¹³⁴」¹³⁵

雖實務上當事人抗辯公司不得為合夥人，成員間並無合夥關係存在，且當事人於協議書特別明定聯合承攬組織非屬民法上永久性之合夥關係。然而，其協議書之內容係按工程進度所需依約定比例出資，就其資金、盈餘、虧損定有分配比例，開設專案帳戶，並共同管理，而無成立公同共有之意思，且對外關係上負連帶履行契約之責任。此等法律關係類似於合夥契約，除協議書內容外，得類推適用民法合夥之相關規定。

臺灣高等法院 101 年度建上字第 105 號民事判決：「上訴人主張依公司法第 13 條第 1 項規定，公司不得為合夥事業之合夥人，其與榮工公司間無合夥關係存在，榮工公司不得開除上訴人『合夥人身分』云云，為榮工公司否認，並以雙方存有類似合夥關係，應類推適用合夥之相關規定等語置辯。經查，上訴人於 99 年 5 月 11 日與榮工公司簽署共同投標協議書，並於 99 年 6 月 25 日與榮工公司共同具名，與中信銀行簽訂系爭工程契約，是上訴人與榮工公司等共同投標成員間，係居於聯合承攬人之地位，聯合承攬系爭工程，並連帶對業主中信銀行負履行系爭工程契約之責任。又依共同投標協議書第 2 條約定，榮工公

¹³⁴ 此部分為臺灣高等法院臺中分院 107 年度建上字第 29 號民事判決所維持。

¹³⁵ 另參照臺灣高等法院臺中分院 106 年度建上字第 50 號民事判決。

司就系爭工程所占契約金額比率為 70%、上訴人為 30%，未約定主辦項目，參以系爭聯合承攬協議第 2.1 條：『雙方當事人以聯合執行主契約為唯一目的而組成本聯合承攬組織。』，第 2.5 條：『雙方不因而構成民法上永久性的合夥關係』，第 4 條：『各成員於得標後連帶負履行契約責任。』，第 6.1 條約定：『雙方當事人應依下列比例分享聯合承攬組織因執行主契約而產生的盈餘或虧損及相關的權利、責任與義務，其中包括但不限於下列的權利與義務：分擔本協議書中規定的營運資金，以及擁有聯合承攬組織所獲得的資產、資金…。』等約定，足見上訴人與榮工公司所承攬之事項雖無從區別，但在對外與中信銀行間之關係，均為中信銀行之承攬人，互負連帶履約責任，在對內之關係，彼此間則係居於相互合作之地位，雙方應按工程進度所需依約定比例出資，存放於約定專用帳戶內支應系爭工程相關支出，由雙方共同管理，無成立公同共有之意，雖非合夥，但存在類似合夥之關係，雙方除應受系爭聯合承攬協議之拘束外，並得類推適用民法合夥之相關規定。』

當事人之短期結合契約約定，營運資金、押標金、履約保證金、盈餘或虧損，均由各承攬成員平均分配或分擔之。就施工、總務、財務、會計等分配主辦項目，對外並以「短期結合」名義訂立工程契約，各承攬成員係就特定工程為合作，具有部分、短暫之結合性質，非屬民法合夥之典型契約，但此等短期結合關係，於內部關係上仍得類推適用民法合夥相關規定。

臺北地方法院 90 年度重訴字第 2666 號民事判決：「原告與 NEC 公司之短期結合契約第二條後段約定：『應繳納之押標金、履約保證金及其他保證金等，由雙方各半負責籌措繳納，所有盈虧，扣除應繳稅外，台通、NEC 平均分配或分擔。』，第三條約定：『工程得標後，為綜理承攬工程之實施，由雙方合組工程施工所，負責推行。其工程之施工由台通負責主辦，NEC 協辦，總務、財務及會計由台通負責主辦，NEC 協辦，以求經濟及迅速完成工程為最高原則。另為謀雙方參與工作人員對施工步驟及技術細節獲有砌磋機會及實際經驗，得隨時提出互相研討。』，第十一條約定：『為應承攬工程進行所需營運資金，分由

台通、NEC 各半籌碼為原則。』，足見原告與 NEC 公司係互約出資，結合為一體，承攬系爭工程。原告亦自認其係與 NEC 公司以系爭短期結合契約結合成一體，對外與被告簽訂本件工程承攬契約。原告既係以 NEC 公司以短期結合契約結合成一體，並以『台通台灣通信工業股份有限公司日本電器株式會社（短期結合）』名義與被告簽立本件工程承攬合約，而非由原告與 NEC 公司兩家公司共同承攬系爭工程，則本件工程債權，即應為單一之債權。原告主張本件工程債權為不可分之多數債權，並無可採。本件依系爭工程合約書所載，本件工程之承攬人並非原告公司或 NEC 公司，而係原告與 NEC 公司短期結合而成之團體，而按公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項前段定有明文。且原告與 NEC 公司僅就系爭特定工程為部分性且短暫性結合，與民法上之合夥雖有不同，而非屬民法債篇所規定之典型契約，然依系爭原告與 NEC 公司短期結合契約之內容觀之，本件原告與 NEC 公司係為特定業務上之目的，互約出資合作暫時地結合成一體以承攬本件工程，核其短期結合契約之性質，近似二人以上互約出資以經營共同事業之合夥契約，故其內部關係，應類推適用民法有關合夥之規定。」

臺北地方法院 99 年度建字第 156 號民事判決：「按，數法人結合為一團體共同承攬工程，而工程契約未區分各法人承攬之範圍，工程款未約定分別給付者，有關該工程所發生之債權及債務，應由該數法人結合之團體享有及負擔。且數法人就系爭特定工程為部分性且短暫性結合，與民法上之合夥雖有不同，而非屬民法債篇所規定之典型契約，然依該共同承攬工程契約之內容觀之，本件承攬人間係為特定業務上之目的，互約出資合作暫時地結合成一體以承攬本件工程，核其短期結合契約之性質，近似 2 人以上互約出資以經營共同事業之合夥契約，故其內部關係，應類推適用民法有關合夥之規定。從而，共同承攬人依工程合約書所取得及所得主張之各項權利，包括承攬報酬請求權、債務不履行損害賠償請求權、不當得利返還請求權等，均應屬共同承攬人所共同共有，各該法人不得分別主張給付或受領給付，實無疑義。……由前開契約規定可

知，本工程契約並未區分何一成員廠商承攬何部分工程，工程款亦約定應給付承攬商全體，揆諸前揭說明，原告提起本件訴訟對被告請求之工程款債權應為單一之債權，而應由原告全體共同受領，原告有權不採分別主張之方式為之。綜上，原告並未區分各自向被告請求金額，此所為訴之聲明，應屬適法。¹³⁶」¹³⁷

臺北地方法院 105 年度重訴字第 796 號民事判決：「查本件細鐸 95 年 7 月 31 日及 101 年 7 月 13 日協議書均約定兩造為 ADC 專案共同投標廠商，原告負責研究發展、資金籌措、財務管理、督導營運，所佔契約比率為 70%，被告則為該案代表廠商，負責經營管理（含技術工法、人力規劃、教育訓練、風險管理、安全維護、設備維修）、品質管理，所佔契約比率為 30% 乙節，……兩造復就 ADC 專案之利潤分配比例及虧損負擔於 96 年 1 月 23 日合作備忘錄（下稱系爭備忘錄）第 1 條約載：『甲（即原告）乙（即被告）雙方針對廢彈處理中心委託民間經營案所得之利潤分配比例甲方為 66.67%、乙方為 33.33%。合作期間若該計畫產生虧損，虧損金額由甲方負責。』……及被告對於原告主張 ADC 專案所需之營運資金，均由原告匯入被告依第一次契約第 9.2 條第 2 項『乙方（即本案被告）應於本契約簽訂後，立即在甲方（即國防部）代理人書面同意之金融機構，開設並維持計畫專戶，其籌措或墊付之款項、營運收入、孳息、乙方撥補費用及其他收入，應悉數存於專戶；營運所需費用，應由專戶支應。（見本院卷一第 95 頁）』約定，……依此，兩造既係約定共同承攬 ADC 專案，所占契約比率分別為被告 30%、原告 70%，被告應代表向業主國防部承攬 ADC 專案，並負責 ADC 專案之經營管理、品質管理等事務，以及向業主請款，原告則應提供該案所需資金及負責財務管理事務，提供之營運資金均匯入系爭專戶，而經營 ADC 專案完結為結算時點，經結算後，如有盈餘由兩造按一定比例分配，即利潤分配比例為原告 66.67%、被告為 33.33%，如為虧損則

¹³⁶ 此為上訴審臺灣高等法院 101 年度建上字第 84 號民事判決再次確認。後因上訴第三審不合法而駁回確定（最高法院 105 年度台上字第 336 號民事裁定）。

¹³⁷ 另參照橋頭地方法院 108 年度建字第 21 號民事判決。

由原告一方承擔。堪認兩造係合意由被告以經營、品質管理等事務之處理為勞務出資，原告則以財務管理事務之處理及提供 ADC 專案所需營運資金等為出資，並由被告代表向國防部承攬 ADC 專案以共同經營事業，並為結算後分配損益之成數約定。雖因兩造均為公司而依公司法第 13 條第 1 項前段不得成立真正之合夥，則兩造既約定分別以勞務及現金出資，以共同經營 ADC 專案之事業而分享其利益，核與前述合夥契約之成立要件相符，堪認原告主張兩造就 ADC 專案成立類似合夥契約關係乙節屬實。」

第二款 論者見解

民法第 667 條第 1 項：「稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。」並未限制合夥事業不得有其存續期間或特定事業目的，且從民法第 692 條規定：「合夥因左列事項之一而解散：一、合夥存續期限屆滿者。二、合夥人全體同意解散者。三、合夥之目的事業已完成或不能完成者。」來看，更可見合夥事業得約定存續期間與特定目的事業。但有鑑於現行公司法第 13 條第 1 項禁止公司為合夥人之規定，雖該規定欠缺彈性解釋之空間，但考量聯合承攬與合夥具有同質性，並權衡工程實務上之需要，於當事人約定不明或不足時，得類推適用合夥契約規定，以為補充。¹³⁸

有論者認為，依工程契約及聯合承攬協議書之約定，承攬成員對業主負連帶債務之責任。另一方面，全體承攬成員間內部約定互約出資共同經營事業，確實與合夥性質相近。但為克服公司法第 13 條之禁止規定，將其認定為類似合夥之無名契約，並類推適用合夥規定，屬於較為折衷之作法。¹³⁹

¹³⁸ 廖郁晴，前揭註 54，頁 18。

¹³⁹ 林佳妙，前揭註 52，頁 84。

第三項 偶然性共同合作經營之無名契約說

第一款 實務見解

當事人就工程之提供擔保、人員招聘、材料詢價及採購、訂約等事項分配職掌工作，約定共同經營、共負盈虧二分之一。於對外關係上，約定由一成員出面與業主訂立工程契約，而非以團體組織之名義，是該工程契約僅存在於訂約成員與業主間，不及於其他成員。於事務處理上，其他成員派其員工，協助訂約成員處理事務，且與該工程相關之會議，其他成員之員工出席時，亦係以該訂約成員之員工的名義參加，並非另成立一合夥團體共同經營系爭工程。於財產關係上，於須付款時，其他成員檢附請款單及發票等文件，再由訂約成員查核並付款予該成員，而非分出獨立合夥財產。工程款亦是由訂約成員給付予其他成員。此等合作模式乃「共同出資、共同經營、共負盈虧」，而非民法第667條第1項合夥契約所稱之「互約出資」。又是否屬於合夥關係，應判斷成員對外是否負無限清償責任。本件其他成員並非工程契約之當事人，而不負無限清償責任，故非合夥契約。

臺灣高等法院臺中分院86年度重上更（一）字第31號民事判決：「查上訴人係主張其於八十一年十一月與被上訴人共同出資，由被上訴人出名投標承攬系爭工程，雙方約定共同經營、共負盈虧，由上訴人負責合約裝訂、提供同業廠商保證、履約與差額之個人財產保證、監造設計單位與業主間聯繫、資料送審及有關事宜文書處理、現場工地監工人員招聘、水電施工人員廠商覓聘、部份物料詢價、部份物料採購、工地協調會議參加等，被上訴人則負責製作工程中途估驗計價單明細資料、增減帳工作文書指導、物料詢價、採購訂約、決策性會議、消防施工人員廠商覓聘、現場工地監工廠商招聘、型錄收集及送審、施工圖與增減帳圖面畫製之指導；雙方就應支付款各負擔二分之一，就向業主領取之工程款亦各分配二分之一。系爭工程乃被上訴人單獨與國立交通大學訂立承攬契約，並非兩造以合夥之名義承攬，故對外之關係祇被上訴人與他人發

生權利與義務，上訴人對被上訴人所為之行為，對於第三人無何權利與義務，即上訴人於此工程對外並非權利義務之主體，與合夥之合夥人對外均為權利義務之主體性質不同。上訴人雖稱其係與被上訴人共同經營系爭工程，惟由系爭工程係以被上訴人之名義承攬，上訴人之員工丙○○、林○強出席工程協調會議亦係以被上訴人之名義參加，上訴人之意應係指由上訴人派員協助被上訴人處理事務，並非兩造另成立一合夥團體共同經營系爭工程；又合夥必由合夥人集資成立合夥財產，而此合夥財產獨立於合夥人之財產之外，屬於全體合夥人之共同共有，合夥人於合夥清算前，不得請求合夥財產之分配，上訴人所稱系爭工程由兩造共同出資及共負盈虧，亦非兩造集資成立一合夥財產祇是於須付款時，由被上訴人開具『工程設備支付款紀錄暨請款單』附具被上訴人公司支出傳票、支票、廠商發貨單、統一發票供上訴人查核，上訴人再開立被上訴人支票應兌日期前五天之支票與被上訴人，且於交通大學每撥下一期之工程款時，被上訴人即開具『工程收入款紀錄暨分帳明細表』與上訴人，並將每期工程款之二分之一匯入上訴人公司經理丙○○戶頭內。可見本件上訴人所主張之兩造合作模式『共同出資、共同經營、共負盈虧』，並非互約出資，經營共同事業，與民法第六百六十七條第一項所定之合夥契約尚有間。又公司法第十三條第一項前段規定公司不得為他公司之無限責任股東或合夥事業之合夥人，係因公司無限責任股東或合夥事業之合夥人對於公司或合夥事業之資產不足清償債務時，須負連帶清償責任，如准許公司投資，恐有害股東及債權人權益，為求公司股本穩固而特設之限制規定。而兩造之合作事業對外僅以被上訴人公司之名義為之，因上訴人與交通大學間並無任何權利義務之法律關係存在，上訴人對交通大學即不負任何責任，被上訴人公司於承攬系爭工程時又為有限公司，縱因兩造之合作事業負有債務，亦僅負有限責任，則上訴人依合作契約分擔債務更僅負有限責任，上訴人參與系爭工程之投資既僅負有限責任，自不在公司法第十三條第一項前段限制之列。況公司法第一百八十五條第一項第一款規定締結與他人經常共同經營之契約須經股東會之特別決議，因公司間所為經常性

損益全部共同之契約，與他人長久性結盟合作之維繫及運作，對公司前景具有恆久及較深之影響，故應經股東會特別決議，反之偶然性之共同經營契約，於公司影響較輕，無經股東會特別決議之必要，是經營共同事業，損益共同，既為公司法所允許，則難以公司與他人經營共同事業，即認係屬民法規定之合夥關係。是判斷是否合夥，即應以當事人對外是否負無限清償責任為準，本件上訴人對外並不負無限清償之責任，則兩造間之合作契約即非合夥，被上訴人抗辯依上訴人之主張，兩造間之合作契約為合夥關係，依法無效云云，尚無可採。¹⁴⁰」

屏東地方法院 102 年度建字第 6 號民事判決：「原告與三泰土木包工業在投標階段雖僅為共同投標廠商，得標後渠等與業主間之關係，則為聯合承攬體與業主之關係，就內部關係而言，聯合承攬之法律性質，雖有合夥及類似自救會性質等不同法律性質之認定，然聯合承攬多係因偶然性之共同經營所致，應屬無名契約之一種，內部關係委由當事人自行約定，惟就外部關係而言，則應對業主負連帶責任，此非僅係政府採購法第 25 條第 2 項所明定，觀諸原告、三泰土木包工業簽訂向經濟部水利署共同投標之共同投標協議書約定：『各成員於得標後連帶負履行契約責任』，可知渠等亦明示對經濟部水利署就系爭標案（含土石標及工程標）負連帶責任……¹⁴¹」

聯合承攬成員所組織之共同企業體的目的在於完成工程工作，並非以該單一企業體與業主締約，而係由一成員與業主訂立工程契約，於內部則係合資共同完成工作。又各成員隨工程進度所需，按約定比例出資，並將該出資款存放

¹⁴⁰ 其後最高法院 92 年度台上字第 1044 號判決並未指謫此部分見解，而以事實調查等其他理由廢棄發回更審。

¹⁴¹ 此部分見解分別為臺灣高等法院高雄分院 103 年度建上字第 31 號民事判決、最高法院 104 年度台上字第 1481 號民事判決所維持。其他見解另參照臺灣高等法院暨所屬法院 105 年法律座談會民事類提案第 18 號（審查意見）：「因共同投標而成立之協議乃參與共同投標廠商間之內部關係，性質上屬無名契約，該等廠商間之權利義務，悉依簽訂之共同投標協議書之內容。公司與他公司簽署共同投標協議書，該法律行為涉及公司所應分擔之損益比例，為保障公司及股東之權益，仍應由其他監察人或股東代表公司簽立共同投標協議書。惟如經公司事前許諾或事後承認，應生一定之效力。」

於其所約定之專用帳戶，但僅共同管理之，無成立公同共有財產之意思。故此等法律關係與合夥有間，應屬無名之合作契約。

臺北地方法院 93 年度建字第 328 號民事判決：「系爭共同合作協議書第 1 條約定『為經由雙方聯合承攬……工程……施工，組織建設共同企業體共同連帶經營事業為目的而簽訂本共同合作協議書……其事業內容如下：1. 本工程（含變更工程內容之工程）之共同施工。2. 前項附帶事業之共同施工。』、第 4 條第 1 款約定：『本企業體成立於……，存續至本工程施工全部完成並其工程有關的所有結算業務結束為止』、第 5 條約定『本企業體之組織成員』為兩造、第 8 條約定組織成員之出資比例各 50%、第 11 條約定：『本企業體之往來金融機構為中國農民銀行營業部，以介興之名義開立的本工程專用帳戶往來。』、第 9 條約定：『本企業體以全數組織成員組成營運委員會共同完成本工程』、第 10 約定：『組織成員對於本工程承包合約之履行負有連帶責任，其責任負擔應根據本協議書第 8 條規定之出資比例。』、第 12 條約定：『本企業體在每項工程竣工之時進行該工程之結算為原則。』、第 13 條約定：『結算後有盈餘時，依本協議書第 8 條所規定之出資比例分配盈餘與各組織成員。』、第 14 條約定：『結算後有虧損時，依本協議書第 8 條所規定之出資比例分別由組織成員負擔虧損。』、第 18 條約定：『於本企業體解散後發現本工程有瑕疵之時，各組織成員應共同連帶負責。』；系爭共同合作協議書細則第 10 條約定：『企業體之存款戶名以介興之名義開設於中國農民銀行營業部該帳戶應由介興與國開連名登記開設，並由雙方共同管理之。』、第 11 條約定：『組織成員應根據企業體提出之出資請求，應將需要資金於核定撥款日匯入至前條規定之存款帳戶』；系爭工程事務處理委任契約書第 3 條第 2 項約定：『本工程經業主完成驗收後，甲方（原告）就其所收取之全部工程款，扣除甲、乙（被告）雙方所認定之成本與費用餘額，甲方應給付餘額百分之五十予乙方，作為執行本委任契約之報酬為獎金。惟甲方收不敷支時乙方應補償該差額百分之五十予甲方，以填補甲方損害並為相對懲處。』
(卷一第 10 至 43 頁)。是兩造組織之建設共同企業體目的在完成工作，兩造並

非以該單一企業體與業主簽訂承攬契約，而係由原告與業主成立承攬契約，兩造內部則係合資共同完成承攬工作，於一造未盡其義務時，由他造負責完成並按出資比例向對造求償。又兩造隨工程進度所需，按約定比例出資，該出資款雖存放在兩造約定帳戶內專門支應工程成本，但兩造僅共同管理之，無成立共同共有財產之意思。故系爭契約與合夥有間，應屬無名之合作契約。則被告抗辯兩造未約定出資數額，違反民法第 667 條規定，系爭契約尚未成立，及抗辯該契約違反公司法第 13 條第 1 項前段禁止規定，依民法第 71 條應屬無效云云，均不足採。¹⁴²

聯合承攬關係存在於承攬成員與業主間，而非以聯合承攬組織體本身締約，且聯合承攬協議書約定全體聯合承攬成員逕就工程契約所生之契約義務負連帶債務，而非如民法第 681 條負「補充性」之連帶清償責任，故非屬合夥或類似合夥。

臺灣高等法院 105 年度建上更（一）字第 19 號民事判決：「查皇昌等 3 公司聯合承攬主工程後，由皇昌公司擔任聯合承攬體之訂約代表，與東元公司合併前之消滅公司台安公司訂立系爭契約，依該契約開宗明義即記載：皇昌公司（甲方），並於甲方項下加註由皇昌公司、華升公司及榮民公司所組成之皇昌-華升-榮工 C03 區段標聯合承攬體，同意以皇昌公司為訂約代表，將系爭工程交由台安公司施作……，故系爭契約係由皇昌公司經其與榮民公司、華升公司組成聯合承攬體同意，與東元公司簽立系爭契約……，而所謂聯合承攬，係指二家以上之綜合營造業（承攬人）共同承攬同一工程之契約行為（營造業法第 3 條第 7 款規定參照），故以上開聯合承攬體之記載，僅能認為皇昌等 3 公司共同向業主高捷公司承攬主工程，尚難逕認其內部關係即為合夥；再參以皇昌等 3 公司為參加主工程投標所訂定之共同投標協議書第 6 條約定主契約工程款金額分配比率：……，上開共同投標協議書既為系爭契約附件，則東元公司依上開共同

¹⁴² 另參照臺北地方法院 108 年度建字第 190 號民事判決、臺北地方法院 108 年度建字第 221 號民事判決、新北地方法院 108 年度重訴字第 586 號民事判決。

投標協議書第 6 條約定，當知悉皇昌等 3 公司係以個人直接與業主高捷公司發生權利義務關係，約定各占主契約金額比例，並於該共同投標協議書第 5 條逕約定各就主契約履行負連帶給付責任，核與民法第 681 條規定各合夥人係待合夥財產不足清償債務始負連帶給付責任，及同法第 668 條規定各合夥人之出資及其他合夥財產為合夥人全體公同共有不合。……東元公司復不能證明皇昌等 3 公司有互約出資經營共同事業之情形，則東元公司以皇昌等 3 公司係屬合夥或類似合夥關係，應就系爭契約債務負連帶給付責任，自無可採。」

原承包商發生財務困難而無法繼續履行契約，而由其下游廠商經業主同意聯合承接工程，其目的僅在爭取特定權利，滿足其等對於原承包商之債權，並非經營共同事業，亦無所謂共有財產或損益分配可言。

臺灣高等法院 97 年度抗字第 420 號民事裁定：「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。況依公司法第 13 條第 1 項前段規定，公司不得為合夥事業之合夥人，違反者，依民法第 71 條之規定，該合夥契約為無效（最高法院 88 年度臺上字第 1263 號判決意旨參照）。是自救

會既係由相對人與其他 14 家公司、廠商號所組成，成員間雖曾約定由自救會繼續完成前烽公司未完成之工程，並對外訂約，而以基隆市政府直接撥付予自救會存款專戶內之工程款支應，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。¹⁴³」

第二款 學說見解

聯合承攬成員間之法律關係，屬於無名契約，其權利義務應依其內部約定定之。合夥係由當事人經營共同事業，約定共同出資，其出資與合夥財產為全體合夥人公同共有。於聯合承攬實務上，雖成員間有約定出資及設有共同帳戶（Joint account），但無公同共有財產之約定，應非屬合夥契約關係。況公司法規定公司不得為合夥人，此等具備公司身分之聯合承攬員不應解為合夥關係。

144

另有學者認為，合夥契約係以互約出資並共同經營事業為目的，且設有合夥清算前各合夥人不得分析合夥財產之規定（民法第 682 條第 1 項），就此而言，合夥契約所稱之共同經營事業，應具有長期性、反覆性，且需投入資金維持營運¹⁴⁵。而聯合承攬則係僅為完成單一工程承攬工作，而不具有上述性質，且承攬報酬亦非待工作完成或聯合承攬關係結束始行分配，而係按事前約定比例分配，無待解散清算。又實務上，各承攬成員為完成其工作，可以自己名義對第三人負擔債務，並非當然以全體聯合承攬之名義為之¹⁴⁶。從而，就此等差異而言，聯合承攬成員間之法律關係與合夥契約有本質上之不同，而屬偶然性

¹⁴³ 其後因再抗告不合法而告確定（最高法院 97 年度台抗字第 349 號民事裁定）。

¹⁴⁴ 李家慶，前揭註 64，頁 20-21。

¹⁴⁵ 最高法院 94 年度台上字第 1793 號民事判決：「按民法之合夥，係指二人以上互約出資以經營共同事業，分享其營業所生之利益及分擔所生損失之契約，此觀之民法第六百六十七條第一項之規定自明。是合夥應就如何出資及共同事業之經營為確實之約定，始足當之，倘僅單純出資取得財產，而未約定經營共同事業者，縱將來可獲得相當之利益，亦僅屬合資或共同出資之無名契約」另參照最高法院 92 年度台上字第 608 號民事判決。

¹⁴⁶ 為執行工程工作，需與供應商或其他業者簽訂買賣或委任契約時，其情形可能全體承攬成員共同具名與分包商或供應商訂約，或各成員就自己負責之工作範圍，單獨與他人締約。此部分亦可能涉及分包商或供應商對各該成員之價金或報酬請求權的性質問題，參照黃馨慧，淺論聯合承攬，營造天下，第 100 期，2004 年 4 月，頁 24-25。

共同合作經營之無名契約。在此定性下，聯合承攬成員間之法律關係應依聯合承攬協議書等內部約定，若其約定之權利義務內容不足，或當事人意思不明時，得於與聯合承攬目的不衝突之範圍內，類推適用民法合夥契約之規定，以為必要之補充。¹⁴⁷

第四項 分析檢討

第一款 關於「合夥說」

聯合承攬具有彙整財物、資源結合、共同完成工作之性質，即有可能被認為屬於合夥契約之組織體型態。惟此說遭受不少法院判決或學者質疑，是本文以下就聯合承攬是否符合合夥事業之描述與實質內涵為說明。

第一目 合夥「經營共同事業」之解釋

民法第 667 條第 1 項：「稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。」聯合承攬具有單一目的、臨時結合之性質，亦即，各承攬成員僅是為達成當初合作之特定目的，對該工程承攬以外之營業事項，各自仍可獨立營業運作，彼此互不關聯，在市場上有商機時便互相合作形成聯合承攬組織體，一旦商機消失則解散，具有高度機動性及彈性¹⁴⁸。此等單一性、臨時性之合作關係，通常只為了一件工程案件而組成聯合承攬，此等情形是否符合民法第 667 條第 1 項所稱「經營共同事業」？其意涵為何？不無疑問。

一、經營共同事業之意義

所謂「經營共同事業」係指以反覆同種類之行為為目的之社會活動

¹⁴⁹ 實務見解強調合夥以經營共同事業為其共同之目的，彼此共同圖

利、共同利害，而非各自取用、各負風險¹⁵⁰。亦有認為契約當事人共同

¹⁴⁷ 林誠二，前揭註 11，頁 111、113-114。另參照林誠二，前揭註 113，頁 75。

¹⁴⁸ 蔡宗儻、黃冠雄、蔡哲安，前揭註 11，頁 41。

¹⁴⁹ 邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（下），再版，2008 年 3 月，臺北：自版，頁 12。

¹⁵⁰ 最高法院 80 年度台上字第 2607 號民事判決：「合夥為二人以上互約出資，以經營共同事業之契約，民法第六百六十七條第一項定有明文。故合夥之目的在手經營共同事業。申言之，共同事業之經營乃合夥人之共同目的，合夥人必須具備共同之目的，始能成立合夥。而有無共同

出資，並須共同經營事業，始為合夥，如僅單純完成一定之目的，則屬出資契約，而非合夥，但得於性質相容之範圍內，類推適用民法合夥之規定¹⁵¹。就此，學說上強調，合夥絕僅止於經營成果或損益分擔上之利害攸關，更重要者為事業活動之實際參與，即動態層面之共同參與事業發展，而非單純著眼靜態層面之事務執行成果。¹⁵²

縱聯合承攬係為單一工程案件而成立，但該工程之成敗與每一承攬成員均有共同利害關係，共負盈虧接受執行成果，並共同實際參與工程工作，且均係以完成該工程為共同目的，符合民法第 667 條「經營共同事業」描述。換言之，聯合承攬並非單純投入資金而可直接轉換利益，或單純繫於他人之努力而獲利，而係除投入資金外，尚須經自己之努力始能取得利益，符合合夥經營事業之特徵。¹⁵³

二、短期合夥之承認

合夥契約於學理分類上，「持續合夥」之目的具有企業長期經營目標方式，雖可能因合夥事業目的之達成而消滅，但仍得肯定其持續性；另一型態為「偶然合夥」，只要特定單一事業行為之目的完成時，合夥即為結束，屬於暫時性、案件式的合夥關係（例如園遊會擺設攤位）。合夥之目

事業之經營，應依客觀之事實予以認定。按系爭買賣契約第三條第三款約定重劃完成後付清尾款，似僅為棺造與系爭土地出賣人王○龍間所為如何付款之約定，並非兩造間經營共同事業之約定，原審既認定兩造間共同購地係供各自使用，而非共同轉售圖利，竟以該契約既有如上之約定，即行認定兩造係購地參與重劃，以取得較高價值之土地，彼此有利益之預期，應屬合夥，而未說明其心證所由得之依據何在，已有認定事實不憑證據之違法。原審未查明兩造共買土地，究係經營何種共同之事業（如出售、出租圖利是），遽謂兩造間有合夥關係存在，未免率斷。」

¹⁵¹ 最高法院 108 年台上字第 1475 號民事判決：「按合資契約係雙方共同出資完成一定目的之契約；而合夥乃二人以上互約出資以經營共同事業之契約，二者均係契約當事人共同出資，雙方就出資及獲利比例均按約定定之，差異僅在合夥以經營共同事業為特點，則就性質不相抵觸部分，非不得類推適用民法合夥之相關規定，以定合資人間之權義歸屬。」

學者舉例：如為數人共同購地建屋而各自分配一間，乃「共同出資契約」之無名契約；如為建屋共同出售，則屬經營共同事業而屬合夥關係，參照林誠二，債編各論新解—體系化解說（下），2015 年 4 月，臺北：瑞興出版，頁 3-4。

¹⁵² 邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 13。

¹⁵³ 類似意旨參照最高法院 81 年度台上字第 336 號民事判決：「民法上所稱之合夥，應以二人以上互約出資，經營共同事業為其前提，倘出資之目的，非在經營共同事業，縱出資後之法律行為，或可獲得相當之利益，仍與合夥有間。」

的在於共同經營事業，其目的係持續性或暫時性，應均無不可¹⁵⁴。本文亦認為，合夥契約重點在於合夥人間之出資結合，以共同經營一定之事業，不因該事業係短暫、案件式而認其非屬「經營共同事業」。據此，因單一工程案件所形成之聯合承攬，不得以其單一、特定目的為由，否定其非「經營共同事業」。何況，多數工程案件之進行，從統籌計畫、投標、得標締約、施工、完工驗收、結算工程款，其工程事業之期間不可謂不長，具有持續性。

第二目 合夥「互約出資」之解釋

合夥契約之另一特性在於民法第 667 條第 1 項所稱「互約出資」，即每一合夥人均有出資義務（Beitragspflicht），無論財產出資、勞務出資或信用出資，均屬構成經營共同事業之資本來源（另參照民法第 667 條第 2、3 項規定），彼此間互相對立而有對待給付之關係。亦即，該項事業之成敗，對於全體當事人均有直接之利害關係，如事業之成果僅歸由其中一人或數人享有或負擔，則屬無名契約而非合夥¹⁵⁵。共同投標辦法第 10 條第 1 項第 3 款：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：三、各成員之主辦項目及所占契約金額比率。」於聯合承攬之關係中，各承攬成員預先就內部主辦項目及金額比率為協議，就其參與系爭工程之深淺程度，決定其相對應之出資數額，彙整資金之營運，以共同獲取該工程利潤，符合民法第 667 條第 1 項「互約出資」之描述。

¹⁵⁴ 學理分類及德國法上見解參照姚志明，合夥，黃立主編，民法債編各論（下），2004 年 9 月，臺北：元照出版，頁 388、392。另參照邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 12；劉春堂，民法債編各論（下），修訂版，2012 年 2 月，臺北：自版，頁 42。
法務部法律字第 10603504810 號函：「按民法第 667 條第 1 項規定：『稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約。』準此，合夥事業之合夥人間必須具有共同目的而經營之共同事業。依合夥契約所經營之共同事業，種類並無限制，不論其係營利性或非營利性（公益性），繼續性或一時性，凡不違反法律強行規定或公序良俗者均無不可。」

又如同學者指出：以合夥為典型之「人合團體」的主要特徵在於，僅為達成特定之目的，而在一定期間內存在，參照王千維，由民法上的合夥，看有限合夥法上的有限合夥—有限合夥之成立與有限責任，月旦法學雜誌，第 262 期，2017 年 2 月，頁 146。

¹⁵⁵ 邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 13；劉春堂，同前註，頁 42-43。

上開臺灣高等法院臺中分院 86 年度重上更（一）字第 31 號民事判決所提：「……可見本件上訴人所主張之兩造合作模式『共同出資、共同經營、共負盈虧』，並非互約出資，經營共同事業，與民法第六百六十七條第一項所定之合夥契約尚有間」惟此處所指之「共同出資」與民法第 667 條第 1 項所稱之「互約出資」究竟有何區別？此部分論述實在難以讓人理解。合夥契約之本質，即是各當事人均就同一事業共同出資並參與其營運，就該事業之成敗「有福同享、有難同當」，系爭合作模式究竟與民法第 667 條第 1 項合夥契約描述有何不同，似有待斟酌。

第三目 聯合承攬財產之性質

一、共同管理財產

民法第 153 條：「當事人互相表示意思一致者，無論其為明示或默示，契約即為成立。當事人對於必要之點，意思一致，而對於非必要之點，未經表示意思者，推定其契約為成立，關於該非必要之點，當事人意思不一致時，法院應依其事件之性質定之。」當事人之意思表示內容就必要之點有所合意，除當事人另有意思外，原則上契約即為成立。而就合夥契約之成立，其性質上除屬諾成契約、不要物契約外，其構成契約基本要素為當事人間如何「出資」與共同經營「事業」內容為何¹⁵⁶。如果當事人無法確定其出資之種類及其數額，即無法確定其於契約成立後之出資義務的給付內容。又如當事人無法確定其所欲共同經營之事業為何，縱有出資亦不知如何運作利用。故此二項要素乃合夥契約的必要之點。有疑問的是，合夥財產為「共同共有」究竟是否為合夥契約成立的必要之點，須有此部分之合意始告成立？討論如下。

在聯合承攬實務上，各承攬成員間約定於銀行開設工程專用帳戶，將

¹⁵⁶ 姚志明，前揭註 154，頁 392；劉春堂，前揭註 154，頁 44；林誠二，前揭註 151，頁 18。另參照最高法院 109 年度台上字第 1564 號民事判決：「合夥之成立，雖不以訂立書據為必要，然各合夥人間應如何出資及所經營之共同事業為何，為合夥契約成立之要件，應明確約定，始能認合夥契約成立。」

全體成員之出資資金放入該帳戶中，與該工程有關之一切費用及成本，原則上均由該帳戶支應。另一方面亦以該帳戶受領來自業主所給付之工程款及其他款項。當事人可能會約定各成員「共同管理」該帳戶，甚至由各成員所組成之管理委員會管理之。上開臺灣高等法院 101 年度建上字第 105 號民事判決提及：「在對內之關係，彼此間則係居於相互合作之地位，雙方應按工程進度所需依約定比例出資，存放於約定專用帳戶內支應系爭工程相關支出，由雙方共同管理，無成立公同共有之意，雖非合夥，但存在類似合夥之關係」；臺北地方法院 93 年度建字第 328 號民事判決亦提及：「兩造隨工程進度所需，按約定比例出資，該出資款雖存放在兩造約定帳戶內專門支應工程成本，但兩造僅共同管理之，無成立公同共有財產之意思」似認為當事人不但須就如何出資、共同經營何種事業為約定，並須就合夥財產為「公同共有」一事有所合意，始得成立合夥契約，此項理由亦為上開部分法院所支持¹⁵⁷。如各承攬成員約定「共同管理」工程專用帳戶，即無成立財產公同共有之合意，而無成立合夥之可能。

就此項疑義，可先從合夥財產公同共有之意義及其規範意旨談起。合夥並非法人，非屬民法上獨立享受權利、負擔義務之權利主體，是合夥財產不得為合夥本身所有，而應歸屬於全體合夥人。民法第 668 條：「各合夥人之出資及其他合夥財產，為合夥人全體之公同共有。」基於合夥之團體性，合夥人之出資構成合夥財產，而存在於合夥人個人財產

¹⁵⁷ 另參照最高法院 90 年度台上字第 2317 號民事判決：「按公司不得為合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項定有明文，公司負責人如違反此項規定以公司名義與他人訂立合夥契約，對於公司不生效力。又合夥具團體性，所經營之事業係合夥人全體共同之事業，各合夥人之出資及其他合夥財產，為合夥人全體之公同共有。退輔會魚管處與京菱公司訂立系爭契約，雖約定雙方合作進口龍蝦、鮑魚銷售，分配利潤，惟系爭契約第三條第一款約定退輔會魚管處提供之設施流水蓄養池產權仍為其所有，第四條約定營運資金由該處負責向銀行貸借，第八條第四款約定京菱公司回收銷貨款應即歸還該貸款本息各等語，並未約定有由雙方公同共有之合夥財產（見第一審卷十二至十四頁契約書），似此情形，能否謂系爭契約之性質為合夥，殊非無疑。」

(Privatvermögen) 之外，形成公同共有關係，此不出資種類不同而有差異。依上說明，本文認為，合夥財產公同共有乃合夥契約「效力」之一，並非合夥契約之「成立要件」(契約必要之點)。於聯合承攬關係，不因承攬成員未明確約定財產為公同共有，而謂不成立合夥契約¹⁵⁸。類似意旨參照臺灣高等法院 102 年度重上字第 261 號民事判決：「系爭聯合承攬體有獨立稅籍，為新設立登記之組織，有獨立之銀行聯名聯簽帳戶，並由參方當事人指派有權簽署人共同執行帳戶運作事宜，自符合合夥共同經營事業之型態。且三家公司依前揭聯合承攬協議書之內容，堪認高雄 345KV 潛盾工程辦事處有獨立之聯名聯簽帳戶，聯合承攬之參方當事人應依聯營委員會決議之初期營運資金金額，按分配比例以現金匯入該帳戶作為初期營運資金，具有獨立之資產，且未經參方當事人指派之有權簽署人之簽署，不得動用該聯名聯簽帳戶之款項，足見高雄 345KV 潛盾工程辦事處為三家公司之合夥組織，並非被上訴人所得單獨指揮支配之分支機構，被上訴人為主要之合夥執行人，合夥利益分配確實按月依三家公司於聯合承攬組織中所佔比例（被上訴人 40%、岩田地崎 40%、萬鼎公司 20%）分配每一當事人每月應分攤之工程成本，並開立統一發票予三家公司作為列帳及申報之用，益徵系爭聯合承攬體所經營之高雄 345KV 潛盾工程之所以將其全稱冠以『春原營造股份有限公司高雄 345KV 潛盾工程辦事處』，乃因指定春原營造股份有限公司代表聯合承攬組織所致，自難因此逕謂系爭聯合承攬體即係被上訴人之分公司或分支機構。¹⁵⁹」

況且，就聯合承攬共同帳戶（或其他財產）之共同管理，用以支付相關工程費用，並收取相關工程款，已具有獨立財產之性質，此等管理方

¹⁵⁸ 類似見解另參照林佳妙，前揭註 52，頁 79。

¹⁵⁹ 然其後經最高法院 103 年度台上字第 1470 號民事判決以公司法第 13 條第 1 項禁止規定為由指摘，發回更審經當事人和解而告確定。

法亦未為合夥規定所禁止。依民法第 828 條第 2 項準用第 820 條第 1 項規定，公同共有財產（合夥財產）之管理，得依契約或多數決為之，非不得以「共同管理」為其管理方法。從而，以聯合承攬帳戶共同管理為由，否定有公同共有財產存在，進而否定不成立合夥契約，應有不妥。

二、聯合承攬權利之轉讓

公同共有之財產，對外無應有部分之觀念，無從將公同共有財產之應有部分予以處分。據此，有學者觀察國工局第二高速公路白河新化段第 C362 標聯合承攬協議書第 11 條：「本協議書經國工局收悉後，不論本工程決標與否，在未經國工局書面同意前，雙方均不得退出，於得標後不得相互轉讓因本工程所發生之權利或義務，亦不得將雙方之權利或義務轉讓與第三者，甚或退出聯合承攬」亦即，聯合承攬成員之一，經國工局同意後，得就其承攬比例所得債權讓與他成員或第三人，顯然與合夥財產公同共有之性質不符。¹⁶⁰

公同共有係指依法律規定或習慣，二人以上基於共同目的而結合成立之公同關係，就特定財產為公同共有。其特性在於各公同共有人對其所有權之享有，應受共同目的之拘束。此等密切結合關係終止前，各公同共有人不得處分其應有部分，以求脫離，此乃公同共有之團體性，與分別共有不同。據此，公同共有並非沒有應有部分，而係有「潛在」應有部分，而與分別共有為「顯在」應有部分不同，例如合夥人就合夥財產之股份（民法第 683 條）。所謂「潛在」係指公同共有人不得自由處分其應有部分，而應受公同關係之拘束¹⁶¹。於合夥關係中，民法第 683 條：「合夥人非經他合夥人全體之同意，不得將自己之股分轉讓於第三人。但轉讓於他合夥人者，不在此限。」學說認為，此為法律允許得處分潛

¹⁶⁰ 黃立，前揭註 25，頁 10。

¹⁶¹ 謝在全，民法物權論（上），修訂七版，2020 年 9 月，臺北：自版，頁 443-444。

在應有部分之特別規定。¹⁶²

準此以解，合夥人就合夥財產之應有部分並非完全不得處分，而須受民法第 683 條規定之限制，即須經全體合夥人之同意，始得將應有部分（股份）轉讓於第三人，但若係轉讓於他合夥人，則不需經全體合夥人之同意。此等股份轉讓之限制，彰顯合夥之特殊信賴關係與公同共有之強烈團體性。於聯合承攬契約關係中，不論全體承攬成員與業主間，或各承攬成員間，通常均會約定不得任意轉讓基於聯合承攬契約所生之權利義務。於承攬成員間之關係層次上，此與民法第 683 條適用結果無異。於承攬成員與業主間之規範層次上，則係基於契約自由之基本原則，約定合夥人轉讓股份（參加比例）須經第三人（業主）同意，當無不可¹⁶³。從而，難謂此等禁止轉讓條款之存在，否定聯合承攬關係之合夥性質。

第四目 承攬成員之工程契約債務歸屬

民法第 681 條：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。」首先，合夥人以合夥財產之公同共有人地位對債權人負協同債務¹⁶⁴，如合夥財產不足以清償債務，各合夥人再以自己私人財產 (Privatvermögen)，對債權人負全部清償之義務，進而形成連帶債務。亦即，合夥人為滿足債權人之同一給付利益，以不同財產對債權人負雙重型態之債務 (Doppelverpflichtung)，後者對前者而言屬於輔助之地位。¹⁶⁵

¹⁶² 謝在全，同前註，頁 453；鄭冠宇，民法物權，十一版，2021 年 7 月，臺北：自版，頁 330。

¹⁶³ 類似看法參照臺北地方法院 90 年度重訴字第 476 號民事判決：「聯合承攬協議書第十一條解釋上，賦予被告國工局同意為停止條件，予限制聯合承攬人，即參加人太平洋公司及被告得盛公司權利任意移轉或退出，蓋從聯合承攬協議書既為太平洋公司及得盛公司所簽署，國工局並未參與協議之內容（原告亦未舉證被告國工局曾參與協議），自與所謂三方契約無涉。依政府公共工程招標及締約之慣例，固有將共同招標投標人間之協議條款書面置入合約文件，惟此因係為保護公共工程之施作，由招標單位明瞭共同投標人間之權利、義務關係，並由招標單位介入共同投標人間之權利變動，惟非謂此即可認定共同投標之協議有招標單位之意思表示。易言之，本條約定應僅係太平洋公司與得盛公司雙方約定，於退出或轉讓其對承攬債權、債務之權利義務時，應經國工局同意，始確定生效。」

¹⁶⁴ 指必須全體合夥人共同協力就合夥財產為一定之處分行為，債權人之給付利益始克滿足。

¹⁶⁵ 王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務（上），國立中正大學法學集刊，第 7

職是，於聯合承攬關係中，全體承攬成員約定各自之出資數額，得出各成員之參加比例，並於開工後，各成員陸續投入資金於指定之共同帳戶，以支應執行工程所生之費用或清償相關債務，即是以與各成員個人財產以外之獨立財產，作為責任財產，實務上常見條款例如：「組織成員應根據企業體提出之出資請求，應將需要資金於核定撥款日匯入前條規定之存款帳戶」、「工程事務所就當月發生的收支，其記錄截止於每月二十日，並於翌月三日前將下列資料提出及組織成員做為報告：(2)出資請求……」又如聯合承攬財產不足清償工程債務，聯合承攬契約亦通常約定各成員內部按參加比例分擔虧損，具體條款例如：「雙方當事人應依下列比例分享聯合承攬組織因執行主契約而產生的盈餘或虧損及相關的權利、責任與義務，其中包括但不限於下列的權利與義務：分擔本協議書中規定的營運資金，以及擁有聯合承攬組織所獲得的資產、資金……¹⁶⁶」雖對應至民法第 677 條之損益分配規定，但亦可推知係以承攬成員之個人財產為補充責任基礎，符合上開補充責任主義之描述。

有學者分析國工局第二高速公路白河新化段第 C362 標之聯合承攬協議書約定：「聯合承攬本工程以甲方佔 60%，乙方佔 40% 各自負責盈虧計算」似指雙方就本工程所支出之費用、負擔之債務及所得受之利益，應自負其責。若雙方真意如此，則與合夥契約「損益共同分擔」的性質不符¹⁶⁷。就此個案而言，本文以為，該條款係以承攬成員之各自參加比例，分擔整體工程之債務或虧損，非單純就各自工作範圍所生之具體債務各負其責，否則又何必約定各成員之分擔比例。故雖條款文義上為「各自負責盈虧」，但究其實質仍屬共負盈虧。

第五目 締約具名問題

上開臺灣高等法院臺中分院 86 年度重上更（一）字第 31 號民事判決提及：「系爭工程乃被上訴人單獨與國立交通大學訂立承攬契約，並非兩造以合夥

¹⁶⁶ 期，2002 年 4 月，頁 212。

¹⁶⁷ 參照臺灣高等法院 101 年度建上字第 105 號民事判決一案。

¹⁶⁷ 黃立，前揭註 25，頁 10。

之名義承攬，故對外之關係祇被上訴人與他人發生權利與義務，上訴人對被上訴人所為之行為，對於第三人無何權利與義務，即上訴人於此工程對外並非權利義務之主體，與合夥之合夥人對外均為權利義務之主體性質不同。¹⁶⁸」即以一廠商單獨具名締約，他廠商對業主不負契約責任為由，否定合夥性質。然而，民法第 679 條：「合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行合夥事務之範圍內，對於第三人，為他合夥人之代表。」有論者認為，據此規定，具名締約廠商與業主訂立工程契約，同時為他廠商之代表，其契約效力及於他廠商¹⁶⁹。此項見解可資贊同。

第六目 公司法第 13 條第 1 項之禁止規定

於聯合承攬契約中，各承攬成員多數為「公司」之型態（尤其公共工程），自有公司法及其相關子法規定之適用。此時，如認聯合承攬為合夥，即有違反公司法第 13 條第 1 項禁止公司為合夥人規定之問題，涉及聯合承攬契約之有效性，是就此項規定分析如下。

一、意義

（一）基本內容與規範意旨

民法第 26 條規定：「法人於法令限制內，有享受權利負擔義務之能力。但專屬於自然人之權利義務，不在此限。」公司乃社團法人，其權利能力應受法令上之限制。公司法第 13 條第 1 項：「公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人。」同條第 6 項：「公司負責人違反第一項或第二項規定時，應賠償公司因此所受之損害。」即是限制公司不得為合夥人。針對公司之轉投

¹⁶⁸ 其前之最高法院 86 年度台上字第 3153 號民事判決：「兩造均為具有法人資格之公司組織，上訴人係主張由被上訴人具名承攬系爭工程，既非以合夥名義為承攬，則上訴人縱參與系爭工程之投資，對外似無須負連帶無限清償責任，其在法律上之性質，是否與民法上之合夥相同？是否有公司法第十三條第一項前段規定之適用？尚非無斟酌餘地，原審就此未詳加推敲，率以上訴人所主張之合作契約係屬民法上之合夥，有違公司法第十三條第一項前段之規定，應屬無效為由，而為上訴人敗訴之判決，亦嫌速斷。」

¹⁶⁹ 林佳妙，前揭註 52，頁 80、82。

資行為（對他經濟主體為出資之行為），基於公司企業之經營自由與多角化觀點，在符合特定條件下得允許其轉投資，以促進企業經濟與分散單一投資風險¹⁷⁰。但為了避免公司過度轉投資，進而危害其公司本身（錢一直出去，虛化原公司資本），產生本末倒置之結果，故仍設有一定之限制¹⁷¹。公司法第13條第1項規定，公司不得為他公司之無限責任股東，亦不得為合夥事業之合夥人。蓋此兩者均是於該他公司或合夥事業之財產不足清償債務時，使其負擔無限連帶清償責任（參照公司法第60條、民法第681條規定），一旦他公司或合夥事業經營失敗，投資公司勢必受到牽連，甚為嚴重，有悖於資本穩固之公司法基本原則，危害股東與債權人之權益。¹⁷²

（二）例外允許

1. 隱名合夥

民法第700條之隱名合夥係指當事人約定，一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生之利益，及分擔其所生損失之契約，分別有「隱名合夥人」與「出名營業人」之角色，前者僅需出資而分配損益，而不實際參與營業¹⁷³。

¹⁷⁰ 公司法第13條之修正理由（民國79年11月10日）提及：「為因應經濟發展需要，提昇投資意願，鼓勵公司多角化經營，並發揮其潛力，爰修正第一項使依公司章程另有規定或不同種類之公司，於取得股東同意或股東會決議者，其所有投資總額在一定之情況下，亦可不受不得超過實收股本百分之四十之限制。」

¹⁷¹ 同條第2項至第5項規定則允許於符合特定要件下轉投資有限公司。

¹⁷² 王文字、林國全、曾宛如、王志誠、蔡英欣、汪信君，商事法，八版，2018年10月，臺北：元照出版，頁36；王文字，公司法論，六版，2018年10月，臺北：元照出版，頁128-129；梁宇賢，公司法論，修訂八版，2019年9月，臺北：三民出版，頁70；劉連煜，現代公司法，增訂十五版，2020年9月，臺北：自版，頁112。

¹⁷³ 最高法院42年度台上字第434號民事判決：「合夥為二人以上互約出資以經營共同事業之契約，隱名合夥則為當事人約定一方對於他方所經營之事業出資，而分受其營業所生利益，及分擔其所生損失之契約。故合夥所經營之事業，係合夥人全體共同之事業，隱名合夥所經營之事業，則係出名營業人之事業，非與隱名合夥人共同之事業。苟其契約係互約出資以經營共同之事業，則雖約定由合夥人中一人執行合夥之事務，其他不執行合夥事務之合夥人，僅於出資之限度內負分擔損失之責任，亦屬合夥而非隱名合夥。」另參照劉春堂，前揭註154，頁101-105。

又依民法第 703 條：「隱名合夥人，僅於其出資之限度內，負分擔損失之責任。」即隱名合夥人原則上僅負有限責任，而非無限清償責任，是有部分實務及學說見解認為此等隱名合夥不在公司法第 13 條第 1 項禁止之列¹⁷⁴。惟有部分見解認為，雖隱名合夥人原則上係負有限責任，但仍可能因其參與執行之行為、意思表示或消極不否認等情形，依民法第 705 條規定，對第三人負出名營業人之責任，且合夥事業透明度極低，公司股東或債權人難以監督，應認隱名合夥仍在公司法第 13 條第 1 項之禁止範圍。¹⁷⁵

2. 有限合夥

有限合夥（limited partnership）之轉投資型態於符合一定要件下亦允許為之，屬於公司法第 13 條第 1 項之特別規定。亦即，公司得為有限合夥之合夥人，如為普通合夥人，須取得一定之股東同意或股東會決議。¹⁷⁶

¹⁷⁴ 王志誠，公司轉投資之自由及限制，月旦法學教室，第 98 期，2010 年 11 月，頁 20。最高法院 90 年度台上字第 228 號民事判決：「原審係認定蔡○禎以『插暗股』之方式出資六百七十五萬元與互利營造公司隱名合夥本件工程。則蔡○禎雖為福村建設公司之法定代理人，然其既以個人身分參與隱名合夥，其合夥人為蔡○禎，並非福村建設公司。又依民法第七百零三條規定：『隱名合夥人僅於其出資之限度內，負分擔損失之責任』，此責任既以出資為限，乃屬於一種有限責任。且此責任僅對出名營業人負之，對於出名營業人營業之債權人並不直接負責。是本件是否有公司法第十三條第一項前段之適用，尚非無疑義。」其後更審臺灣高等法院 90 年度重上更（二）字第 32 號民事判決：「按民法第七百零三條規定：『隱名合夥人僅於其出資之限度內，負分擔損失之責任』，此責任既以出資為限，乃屬於一種有限責任，且此責任僅對出名營業人負之，對於出名營業人營業之債權人並不直接負責。本件訴外人乙○○雖為上訴人公司之法定代理人，然其係以個人『插暗股』之方式出資六百七十五萬元與被上訴人隱名合夥系爭工程，為兩造所不爭執（見本院重上更（二）字卷四六頁）。訴外人乙○○既以個人身分參與隱名合夥，其合夥人應為訴外人乙○○，而非上訴人，自無公司法第十三條第一項前段：『公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人』規定之適用。」並經最高法院 93 年度台上字第 614 號民事判決維持。

¹⁷⁵ 張心悌，公司轉投資合夥事業，月旦法學教室，第 129 期，2013 年 6 月，頁 28-29。相同見解參照經濟部 102 年 2 月 4 日經商字第 10202402760 號函。

¹⁷⁶ 有限合夥法第 8 條：「公司得為有限合夥之合夥人，不受公司法第十三條第一項有關公司不得為合夥事業之合夥人之限制。」

公司為有限合夥之普通合夥人，應依下列各款規定，取得股東同意或股東會決議：

一、無限公司、兩合公司經全體無限責任股東同意。

二、有限公司經全體股東同意。

三、股份有限公司經代表已發行股份總數三分之二以上股東出席，以出席股東表決權過半數同

二、違反效果

(一) 絶對無效說

1. 實務見解

最高法院 88 年度台上字第 1263 號民事判決：「按公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項定有明文。此乃為求公司資本之穩固，以保障股東之權益，即係強制規定，違反者，依民法第七十一條規定，該合夥契約為無效。查，原審既認定磊祥公司與龍祥投資股份有限公司等八家公司係屬合夥關係，惟認該合夥雖違反公司法第十三條之規定，但僅是公司負責人應受罰金制裁之問題而已，並不影響合夥之效力。所持之法律見解，自欠允洽。」¹⁷⁷

最高法院 93 年度台上字第 2078 號民事判決：「按稱合夥者，謂二人以上互約出資以經營共同事業之契約，民法第六百六十七條第一項定有明文。系爭契約載明兩造共同出資合作興建大樓出售營利意旨，自屬合夥契約，而公司不得為合夥事業之合夥人，公司法第十三條第一項前段定有明文。兩造均為公司組織，渠等所訂系爭合夥契約，依民法第七十一條規定，自屬無效。而契約無效，乃法律上當然且確定的不生效力，其當事人於行為當時，知其無效或可得而知者，應負回復原狀或損害賠償之責任。」

意之股東會決議。

公開發行股票之公司，出席股東之股份總數不足前項第三款定額者，得以有代表已發行股份總數過半數股東之出席，出席股東表決權三分之二以上之同意行之。

第二項第三款與前項出席股東股份總數及表決權數，章程有較高之規定者，從其規定。

公司負責人違反前三項規定時，應賠償公司因此所受之損害。」

¹⁷⁷ 另參照最高法院 80 年度台上字第 1886 號民事判決、最高法院 86 年度台上字第 546 號民事判決、最高法院 86 年度台上字第 1587 號民事判決。

2. 學說見解

公司法第 13 條第 1 項禁止公司為合夥人之規定，性質上為強行規定，違反者應屬無效（民法第 71 條）。¹⁷⁸

(二) 相對無效說

1. 實務見解

最高法院 86 年度台上字第 2754 號民事判決：「按公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，為公司法第十三條第一項前段所明定，公司負責人如違反此項規定以公司名義與他人訂立合夥契約，既不能認為公司之行為，對於公司自不發生效力。」¹⁷⁹

臺灣高等法院臺南分院 90 年度重上字第 75 號民事判決：「上訴人雖辯稱被上訴人所提出之出資明細中，忻鋼公司與國登公司各有一千九百五十九萬九千零一十六元及九百五十五萬六千七百二十一元之原始出資額，占總出資額之百分之九十一點五二之出資比例，因認忻鋼公司與國登公司之出資，係違反公司法第十三條轉投資之限制規定，並認被上訴人所有之獨立財產來源即屬非法，被上訴人並無當事人能力云云，惟上開忻鋼公司與國登公司參與被上訴人之合夥投資，係違反公司法第十三條轉投資之限制，對該公司並不生效力，而公司負責人應依公司法第十三條第三項負賠償公司

¹⁷⁸ 王志誠，前揭註 174，頁 21；王文字、林國全、曾宛如、王志誠、蔡英欣、汪信君，前揭註 172，頁 37；王文字，前揭註 172，頁 130；賴源河著，王志誠修訂，實用公司法，增訂三版，2020 年 8 月，臺北：五南出版，頁 79。

有採無效說之學者認為，將公司法第 13 條第 1 項定為「效力規定」，論理上似嫌薄弱，因效力規定之判斷，仍未發展出一套可供操作的標準，有恣意論斷之嫌，立法論上應直接明文規定其違反效果為無效，參照劉連煜，最高法院民事 88 年度台上字第 1263 號裁判（解析），司法院司法智識庫網站：

https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=pyCOezgFRFHPkDbgwxMOD24UWf7xsNq6NVDG%2b43KsomyCBfNAYxvtCiQBkPK3Elj（最後瀏覽日期：民國 110 年 5 月 8 日）。

¹⁷⁹ 另參照最高法院 90 年度台上字第 2317 號民事判決。

因此所受之損害，以及前開違反公司法轉投資之出資義務由該公司負責人自負其責之結果，尚難謂被上訴人之資金為非法資金¹⁸⁰」

2. 學說見解

有學者認為，雖公司法第13條第1項屬禁止規定，但公司僅為合夥人之一，其他合夥人已經為出資之約定甚至履行，並以合夥名義對外發生法律關係，不應因合夥人中之一人（公司）之瑕疵，而全盤否定事實上業已存在之合夥組織的效力。為兼顧其他合夥人及合夥債權人之利益，應優先維持合夥契約之存在，除含公司在內僅二人合夥，或全體合夥人均為公司，或合夥人有通謀虛偽意思表示等無效事由外，合夥契約僅對該公司不生效力，對其他合夥人而言仍屬有效。若公司已為實際出資，則得向合夥依不當得利（民法第179條以下）或所有物返還請求權（民法第767條第1項前段）等規定，請求返還其出資。¹⁸¹

（三）無效說之檢討

通說認為，違反公司法第13條第1項規定應屬無效，而違反同條第2項公司為有限責任股東之投資額度限制規定者，則非無效，僅公司負責人須對公司負損害賠償責任而已。有學者質疑，為何同樣是轉投資行為，卻對其有不同之評價及處理？或許是因為公司為無限責任股東或合夥人之情形，公司所可能遭遇之風險

¹⁸⁰ 其後最高法院92年度台上字第2388號民事判決未指謫此部分見解，而以其他重要攻防方法審酌不備為由廢棄發回原審。又其後更審判決（臺灣高等法院臺南分院92年度重上更（一）字第25號民事判決）見解亦同。再其後因上訴不合法而駁回確定（最高法院95年度台上字第1609號民事裁定）。

¹⁸¹ 王千維，最高法院民事86年度台上字第1587號裁判（解析），司法院司法智識庫網站：https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=Wh29S1MyZeo3NYEVDaTDvbQCpqXm25fXpsOegX%2bcg2wo7r4wWmZF4w%3d%3d（最後瀏覽日期：民國110年5月8日）。相同結論另參照邱聰智著，姚志明校訂，前揭註149，頁7；林誠二，前揭註151，頁3；梁宇賢，前揭註172，頁72。

太高，故須完全杜絕，但此項理由之理論基礎薄弱。蓋風險高低因事而異，未必超額轉投資有限公司對公司之風險小於成為無限責任股東之風險，故此項理由缺乏實證依據，難為立論之基礎。

再者，如接受轉投資之個人或公司，已將資金運用於事業上，將轉投資行為論以無效，將危害交易安全，亦即，對市場上之參與者而言，交易雙方皆已履行，權利歸屬狀態已經改變，卻因法律之解釋，將其交易歸於無效，再依不當得利或損害賠償等主張權利，對當事人而言，不但無濟於事，反更徒增困擾。一間公司日理萬機、經手交易不計其數，如何能透過幾條簡單之「禁止規定」，作為一筆勾銷全部交易之正當性依據？是以，或可視其情節輕重，於個案衡量維持現狀與回復原狀兩者間作一比較，再決定其效力為何。立法論上亦可考慮用「宣告無效」之規範模式，透過一定之爭訟程序詳加衡量判斷，始可否定公司行為之效力。¹⁸²

三、公司法與政府採購法之關係

有學說認為，政府採購法第 25 條共同投標規定，既已允許廠商公司聯合承攬特定工程，應認屬特別規定，其適用優先於公司法第 13 條公司為合夥之禁止規定，是此等聯合承攬之合夥關係不因之而無效¹⁸³。本文贊同此項見解，詳細理由則待後述。¹⁸⁴

新北地方法院 106 年度訴字第 2974 號民事判決：「按公司法第 13 條規定：『公司不得為他公司無限責任股東或合夥事業之合夥人，…』；次按政府採購法第 25 條規定：『機關得視個別採購之特性，於招標檔中規定允許一定家數內之廠商共同投標。前項所稱共同投標，指二家以上之廠

¹⁸² 王文字，前揭註 172，頁 136-137。

¹⁸³ 黃立，最高法院民事 97 年度台上字第 901 號裁判（解析），司法院司法智識庫網站：https://fjudkm.judicial.gov.tw/index_doc.aspx?par=6sgpF5l%2bnGX8yFR4fdL2yNfRnKqjc2FTMXiggbMkvNQWpe4%2b%2fxelO1WnV3SBrKq8u3svxqgk%2bYQS6le3pv1%2f2IplJYZthYac8sLw5FqK9atjqUUcsNJRK%2bv2%2f3xXvjSjuJ5UWdsosBA%3d（最後瀏覽日期：民國 110 年 5 月 6 日）。

¹⁸⁴ 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第一節 法律性質 第五項 本文見解。

商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為。』。另按營造業法第3條第7款規定：『聯合承攬：係指二家以上之綜合營造業共同承攬同一工程之契約行為。』、第24條規定：『營造業聯合承攬工程時，應共同具名簽約，並檢附聯合承攬協議書，共負工程契約之責。前項聯合承攬協議書內容包括如下：一、工作範圍。二、出資比率。三、權利義務。』。又按『本件工程契約係由日商清水建設株式會社與太平洋建設股份有限公司二公司共同具名與抗告人所簽訂，聯合承攬之成員即該二公司，二公司對聯合承攬之所有權利義務，對抗告人連帶負責等語（見抗告人八十四年六月四日所具陳報狀），此觀之抗告人所提出之合約書亦有此一記載，是本件合約之承攬人並非僅日商清水建設株式會社，或太平洋建設股份有限公司，而係日商清水建設株式會社與太平洋建設股份有限公司二公司所組成之合夥，相對人於八十四年六月四日所具之陳報狀其具狀人，已改列為日商清水建設株式會社、太平洋建設股份有限公司二人，亦足資佐證。如本件契約之承攬人係屬合夥，則其對契約之爭議而向法院為聲請時，自應由全體合夥人為之，而因本件二合夥人均為法人，自應由其法定代理人代理之。』（臺灣高等法院84年度抗字第673號裁定參照）。從而，政府採購法、營造業法就有關聯合承攬（共同承攬）部分應為公司法第13條之特別規定，即聯合承攬（共同承攬）可視為合夥關係，且不受公司法第13條之限制。」

第二款 關於「類似合夥之無名契約說」

採此說之論者係考量聯合承攬成員進行工程，確實有合作出資、工作範圍分配、盈虧共負等需求及約定，權衡工程實務之需要，似有在聯合承攬協議書約定不足或不明確的情況下，適用合夥規定以為補充的必要，但同時亦面臨公司法第13條公司為合夥人之禁止規定。為避免違反上開公司法規定，便多轉一

個彎，一方面認為聯合承攬非屬合夥，另一方面又認定性質上與合夥具有同質性而類推適用合夥規定。有論者質疑，採此說之實務見解所涉及的原因事實為，承攬成員已就各自負責之工作範圍與契約金額比例為明確約定，符合民法第 671 條第 1 項與第 677 條第 1 項，與一般合夥無異，所謂「類似合夥」究係直接適用合夥規定，抑或是類推適用合夥規定，並未明確。¹⁸⁵

依此見解之立場可導出，聯合承攬關係「適用」合夥規定，將落入公司法第 13 條第 1 項之禁止規範。然本文認為，若認聯合承攬關係「類推適用」合夥規定，難道就不是公司法第 13 條禁止規定之射程範圍？如果要貫徹公司不得為合夥而負無限責任之立法意旨，無論廠商公司適用或類推適用合夥規定，均在禁止之列¹⁸⁶，蓋類推適用合夥規定亦會導致公司之責任不當擴張。充其量認為，僅得類推適用合夥內部關係之個別規定（例如事務執行、表決等），而非就全部合夥規定為類推適用。採此見解之部分論者未見於此，泛言得類推適用合夥規定，似有未妥。

第三款 關於「偶然性共同合作經營之無名契約說」

此說與「類似合夥之無名契約說」見解同樣是在「配合」公司法第 13 條公司為合夥人之禁止規定，認聯合承攬關係並非合夥，而係無名契約。然採此說之部分論者，未說明此種無名契約如意思不明或有所不足時，應如何適用法律（民法補充規定）。另有採此說之部分見解可類推適用合夥契約規定，如此一來，與「類似合夥之無名契約說」見解並無不同之處。

¹⁸⁵ 林佳妙，前揭註 52，頁 74。

¹⁸⁶ 雖此係法律解釋與續造之問題，但類似思維亦可見於學說對於禁止規定與脫法行為概念之釐清，略以：於解釋禁止規定時，若同時探求其規定之立法意旨及目的，則脫法行為概念無存在之空間，蓋其規定目的在於禁止特定結果發生，則不論其手段是否合法，均在禁止之列，參照陳自強，前揭註 119，頁 175。

第五項 本文見解

第一款 聯合承攬體為合夥

依上說明，聯合承攬符合合夥之描述與實質內涵¹⁸⁷。上開不少見解亦均認聯合承攬體與合夥事業有高度相同，但為了「配合」公司法第13條第1項公司不得為合夥人之禁止規定，「轉而」認為聯合承攬不是合夥，而係「類似合夥」，甚至不少見解認為得類推適用合夥規定。換言之，聯合承攬並非不符合合夥之實質內涵（例如前述之經營共同事業、互約出資、公同共有財產等），而是難以處理公司法第13條第1項禁止規定之適用問題。惟如前所述，難道「類推適用」合夥規定即不在公司法第13條第1項禁止之列嗎？多數見解之癥結點即在於，聯合承攬明明是合夥，卻因禁止規定而把它說成不是合夥¹⁸⁸。本文認為，倒不如直接承認聯合承攬成員間即是合夥關係，至於如何面對公司法第13條第1項禁止規定，主張如下：

第一目 特別規定

本文認為，應認現行政府採購法允許共同投標、聯合承攬，以完成特定、單一之工程，屬於特別規定，據此排除公司法第13條第1項一般規定，允許公司為案件式之合夥。核心理由在於此等案件式合夥與一般合夥之本質不同。

一、法律評價一致性

聯合承攬係在完成單一、特定之工程案件，營造公司因此工程所負之債務並非完全無邊無際而無法預見，與一般合夥經營持續性事業情形不同，使承攬成員就「特定工程」所生之債務，負聯合承攬財產之補充連帶責任，並無不妥，難謂侵害公司之股東與債權人利益。蓋公司法第13

¹⁸⁷ 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第一節 法律性質 第四項 分析檢討 第一款 關於「合夥說」。

此外，亦有學者提及退夥損益結算時，以合夥承建跨海大橋工程為例，顯是認為聯合承攬體為合夥關係，參照邱聰智著，姚志明校訂，前揭註149，頁127。

¹⁸⁸ 如同最高法院80年度台上字第1886號民事判決提到：「如上訴人僅為轉投資，則被上訴人何以允上訴人派陳○虎、陳○榮至被上訴人公司分別擔任駐廠代表或會計課長？至上訴人雖又稱其係合資經營或合作經營，亦難謂非係合夥之一種型態，所辯無非係託詞而已，自不能據以否認本件雙方所成立之契約非屬合夥。」

條第1項之規範意旨係在禁止公司負擔難以預見、毫無邊際之無限責任，危害公司股東與債權人，但並非完全不讓公司負擔債務。針對聯合承攬契約所生之工程債務，公司之股東或債權人透過工程之相關資料文件，並非無法預見其概數或負擔程度，難謂此與公司法第13條第1項規範意旨有悖，亦即，營造公司投入此項工程承包事業時，已先預先劃定該債務之程度及概數，此與該公司能否估算其精確數額無涉。況且，如營造公司得單獨承包工程而「獨負」工程所生之債務及虧損，卻因公司法第13條第1項規定而不允許該公司與他人聯合承攬工程「分擔」其債務及損虧，不但解釋上有失輕重，亦導致公司法第13條第1項規定成為工程市場競爭的絆腳石。對此，有實務見解認為，公司依聯合承攬所負之工程債務為有限責任，與公司法第13條第1項規定無悖，臺灣高等法院臺中分院86年度重上更（一）字第31號民事判決：「兩造之合作事業對外僅以被上訴人公司之名義為之，因上訴人與交通大學間並無任何權利義務之法律關係存在，上訴人對交通大學即不負任何責任，被上訴人公司於承攬系爭工程時又為有限公司，縱因兩造之合作事業負有債務，亦僅負有限責任，則上訴人依合作契約分擔債務更僅負有限責任，上訴人參與系爭工程之投資既僅負有限責任，自不在公司法第十三條第一項前段限制之列。況公司法第一百八十五條第一項第一款規定締結與他人經常共同經營之契約須經股東會之特別決議，因公司間所為經常性損益全部共同之契約，與他人長久性結盟合作之維繫及運作，對公司前景具有恆久及較深之影響，故應經股東會特別決議，反之偶然性之共同經營契約，於公司影響較輕，無經股東會特別決議之必要，是經營共同事業，損益共同，既為公司法所允許，則難以公司與他人經營共同事業，即認係屬民法規定之合夥關係。是判斷是否合夥，即應以當事人對外是否負無限清償責任為準，本件上訴人對外並不負無限清償之責任，則兩造間之合作契約即非合夥，被上訴人抗辯依上訴人之主張，兩造間之合

作契約為合夥關係，依法無效云云，尚無可採。¹⁸⁹」

從而，將政府採購法第 25 條解為特別規定，以排除公司法第 13 條第 1 項規定適用，未與該條規定保護公司股東及債權人之立法意旨相抵觸，符合法律評價上之一致性。須強調的是，於現行法下，本文並非完全無視公司法第 13 條第 1 項，而支持公司可以毫無條件地成為合夥人，而係僅在此等單一、特定工程案件，為「案件式」之合夥合作，且係以政府採購法、共同投標辦法等法律規範為立論基礎。

二、國際立法潮流

將政府採購法第 25 條解為公司法第 13 條第 1 項特別規定的解釋，亦符合放寬公司轉投資之立法趨勢¹⁹⁰。對於公司轉投資的規定，公司法全盤修正修法委員會¹⁹¹提出部分質疑，是否應將公司法第 13 條改為「原則允許、例外禁止（章程限制）」之規範設計，而應從強化董事責任、利害關係人交易與資訊揭露等方式著手。且在比較法上，德國、英國、美國及香港的公司法規，並無限制公司轉投資之規範。其後委員會決議建議刪除公司法第 13 條，略以：「依現行法第 13 條第 1 項之規定，公司得以獨自進行特定經濟活動，獨自承擔所有營運風險、全部損失，卻不得為他公司無限責任股東或合夥事業合夥人，與他公司共同進行特定經濟活動，共同承擔營運風險、分攤損失，第 13 條第 1 項之限制顯不合理。又現行法第 128 條允許公司為發起人，依學說及實務見解，發起人間為合夥關係，又與限制公司不得為合夥事業合夥人之規定互有扞格，徒增公司究竟得否為發起人之疑慮。……且參考英國、美國、德國與日本之立法例，各國均無限制公司為他公司無限責任股東或合夥事業合夥人之規

¹⁸⁹ 此部分經最高法院 92 年度台上字第 1044 號民事判決所維持。

¹⁹⁰ 現行之有限合夥法第 8 條第 2 項亦已允許公司為有限合夥之普通合夥人，但須經相當程度之股東同意或股東會決議。

¹⁹¹ 此修法委員會係於民國 105 年 2 月由產官學合作所組成的，其所做成之修法建議作為主管機關擬定修正條文、司法實務界裁判，與學術研究的重要參考資料。參照公司法全盤修正修法委員會網站：<http://www.scocar.org.tw/>

範，爰刪除之。¹⁹²

本文主張單一工程案件之聯合承攬（政府採購法第 25 條）為公司法第 13 條第 1 項公司不得為合夥人之例外情形，係在於：相對於一般合夥情形，此等特殊合夥之債務較具有可預見性。然而，於現行法下，縱允許公司為轉投資，亦須經過相當程度之股東同意（公司法第 13 條第 2 項以下允許公司轉投資有限公司、有限合夥法第 8 條第 2 項以下允許公司為有限合夥之普通合夥人等）。有鑑於此，或可考慮類推適用有限合夥法第 8 條第 2 項以下規定，以增強營造公司組成聯合承攬（合夥）之正當性基礎，兼顧公司股東與債權人之利益。但須強調的是，如聯合承攬未經股東同意，其聯合承攬（合夥）並非無效。蓋多數公司法學者認為，違反公司法第 13 條第 2 項以下規定並非無效，此乃取締規定，僅生公司負責人應對公司負損害賠償責任之問題（公司法第 13 條第 6 項），以維護動態交易安全。於相同規範設計之有限合夥法第 8 條第 2 項至第 6 項，應為同一之解釋，其合夥並非無效，僅生公司負責人之損害賠償責任問題。¹⁹³

第二目 目的性限縮

縱認為政府採購法第 25 條並非公司法第 13 條第 1 項之特別規定，本文可再提出另一論點，以說明性質為「合夥」之聯合承攬的適法性。

按法律文義所涵蓋之案例，衡諸該規定之立法意旨，顯然過廣，以致不同案例類型放置於同一法律規定下，造成「不同之案型，為相同之處理」的情形。為消除此項缺失，以貫徹系爭規定之立法意旨，對原為其文義所涵蓋之案例，予以類型化，將與該立法意旨不符之部分排除於其適用範圍之外，以符合「不同之案型，應為不同之處理」的平等要求。此等法律適用之性質，屬於法

¹⁹² 公司法全盤修正修法委員會，公司法全盤修正修法建議（第三部分，修法建議，第七節 公司為轉投資、資金貸與他人，與為保證人），頁 1-170 至 1-171，參照公司法全盤修正修法委員會網站：<http://www.scocar.org.tw/>。類似看法參照張心悌，前揭註 175，頁 29。

¹⁹³ 王志誠，有限合夥法總評，台灣法學雜誌，第 280 期，2015 年 9 月，頁 47。

律補充，稱為「目的性限縮（teleologische Reduktion）」，而與類推適用相反，但同樣係基於平等原則。¹⁹⁴

承前所述，各承攬成員廠商（公司）成立性質為「合夥」的聯合承攬體，顯與一般合夥情形不同。如將其解為「不違反」公司法第13條第1項禁止規定，雖已經損及法律條文文義的核心（der Begriffskern），然立法者制定公司法第13條第1項規定（民國55年）時，似未考量此等案件式合夥類型所負之無限責任，並不會危害公司資本之健全，我國工程聯合承攬係於民國58年後逐漸出現¹⁹⁵，立法者當時對於營建公司會以聯合承攬方式承包工程一事，應無認知、預見。且聯合承攬係隨現代工商社會對於工程之效率與品質要求逐漸提高而發展出來，若認為此係公司法第13條第1項所禁止，似非當時立法者之規範計畫，應屬嗣後的法律漏洞（nachträgliche Lücken），且為法律對應予規範之案型已有規範，但卻未對該案型（合夥）之特別情形（聯合承攬）在規範上加以考慮，並相應地以一個特別規定加以處理的「隱藏的漏洞（verdeckte Lücken）」¹⁹⁶，亦即聯合承攬（合夥）於公司法第13條第1項規定下，並未被作妥當之規範，構成「價值判斷矛盾（die Wertungswidersprüche）」的體系違反（die Systembrüche）¹⁹⁷，而非立法者對此有意沈默。為貫徹法律體系無矛盾性之要求，應有補充此一法律漏洞的必要性。從而，應目的性限縮公司法第13條第1項規定，將聯合承攬之「案件式合夥」類型，排除於其適用範圍之外。故承攬成員（公司）組成性質為合夥之聯合承攬體，應屬適法。

除上開已經提及之聯合承攬所謂「經營共同事業」、「互約出資」，其約定共同管理帳戶、禁止轉讓承攬權利之公同共有財產問題¹⁹⁸外，尚須解析聯合承攬

¹⁹⁴ 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，1987年8月，臺北：植根出版，頁121-122。

¹⁹⁵ 參照本文第二章 聯合承攬之內涵 第一節 聯合承攬之意義 第一項 定義與功能 第一款 基本定義與沿革。

¹⁹⁶ 如同學者舉例民法第246條泛就自始給付不能為規範，但卻未將客觀不能與主觀不能之案型區別對待，形成隱藏的漏洞，參照黃茂榮，前揭註194，頁69-70。

¹⁹⁷ 關於體系違反之呈現型態，參照黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂再版，1982年10月，臺北：自版，頁327以下。

¹⁹⁸ 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第一節 法律性質 第四項 分析檢討 第一款 關於「合

體之其他合夥內涵如下。

第二款 承攬成員之工程契約債務

將聯合承攬體解為合夥事業，承攬成員之工程債務性質如何解釋？按合夥非屬權利主體而無權利能力，不得以之享受權利、負擔義務，因合夥所負之債務，應歸屬於全體合夥人之共同共有債務，以便與各合夥人自己所負之債務互相區別¹⁹⁹。另有學者闡釋，依共同關係所成立之共同共有，依其所由成立之法律規定或契約定之。就共同共有之債務，原則上，以共同共有之財產清償。如有不足，可能變為連帶債務，或變為可分債務，均依法律或契約定之²⁰⁰。於訂立聯合承攬契約時，縱以合夥名義（聯合承攬體）締約，其債務仍歸屬於全體承攬成員，故非「合夥」與「業主」之一對一契約關係，而屬多數人之債之關係。不因採取「合夥說」即謂屬一對一契約關係。²⁰¹

夥說」。

¹⁹⁹ 姚志明，前揭註154，頁397、416；邱聰智著，姚志明校訂，前揭註149，頁44-45；劉春堂，前揭註154，頁53；林誠二，前揭註151，頁24。此為德國法上之「個別化理論（Individualistische Theorie）」，另尚有集合理論（Kollektivistische Theorie）等說法，相關說明參照姜世明，民事訴訟法（上冊），五版，2016年9月，臺北：新學林出版，頁155。然而實務上有不同見解，最高法院89年度台上字第905號民事判決：「查合夥為二人以上互約出資以經營共同事業所組成之團體，與個人有別。故以合夥名義與他人所訂之契約，契約關係應係存於合夥與該他人之間，而非存於各合夥人個人與該他人之間。」

²⁰⁰ 孫森焱，民法債編總論（下），修訂版，2018年11月，臺北：自版，頁926；劉春堂，民法債編通則（中），2021年4月，臺北：自版，頁348-349。

²⁰¹ 類似看法參照臺灣高等法院84年度抗字第673號民事裁定：「查依相對人所述，本件工程契約係由日商清水建設株式會社與太平洋建設股份有限公司二公司共同具名與抗告人所簽訂，聯合承攬之成員即該二公司，二公司對聯合承攬之所有權利義務，對抗告人連帶負責等語（見抗告人八十四年六月四日所具陳報狀），此觀之抗告人所提出之合約書亦有此一記載，是本件合約之承攬人並非僅日商清水建設株式會社，或太平洋建設股份有限公司，而係日商清水建二公司所組成之合夥，相對人於八十四年六月四日所具之陳報狀其具狀人，已改列為日商清水建設株式會社、太平洋建設股份有限公司二人，亦足資佐證。如本件契約之承攬人係屬合夥，則其對契約之爭議而向法院為聲請時，自應由全體合夥人為之，而因本件二合夥人均為法人，自應由其法定代表人代理之。然觀之本件相對人於原法院所提出之聲請狀，其聲請人係記載為日商清水建設株式會社／太平洋建設股份有限公司聯合承攬，而法定代表人則記載為永田豐，則本件聲請人日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司聯合承攬之性質為何，有待澄清；如日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司聯合承攬未具有當事人能力，其聲請得否准許，自非無疑，若謂原法院之聲請人非日商清水建設株式會社／太平洋建設股份有限公司聯合承攬，則究係日商清水建設株式會社抑太平洋建設股份有限公司，抑係二者，另永田豐係日商清水建設株式會社之法定代表人，抑為日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司聯合承攬之法定代表人，日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司二公司可否以一人為法定代表人提出本件選任仲裁人之聲請，均有疑義。」

民法第 681 條：「合夥財產不足清償合夥之債務時，各合夥人對於不足之額，連帶負其責任。」係採所謂補充連帶責任，即各合夥人負補充性之連帶清償責任。依實務見解，於合夥財產不足清償合夥債務時，合夥人個人之債務始告「發生」。在此之前，合夥人無債務可言²⁰²。惟此項見解甚有疑問。詳言之，合夥屬於非法人團體而無權利能力，合夥團體本身不能「負擔」債務，且在尚未符合民法第 681 條所定之情形時，合夥人之連帶責任亦尚未發生，此時產生債務人不明之矛盾。本文認為，民法第 681 條與第 745 條保證人先訴抗辯權相同，合夥人之債務於締約時即為發生，僅是債權人之債權行使應受民法第 681 條規定之限制，此等補充責任規定均屬債權人權利行使要件之性質。二條文不同處在於，民法第 681 條「合夥財產不足清償合夥之債務」須由債權人負舉證責任；民法第 745 條則係由保證人證明之。

於聯合承攬關係中，共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：四、各成員於得標後連帶負履行契約責任。」即承攬成員對業主負連帶履行（完成工程）之義務，屬於民法第 272 條之約定連帶債務。亦即，承攬成員之連帶債務於工程契約訂立時即為發生，此與民法第 681 條債權人權利行使限制規定，並無扞格。前述之臺灣高等法院 105 年度建上更（一）字第 19 號民事判決提及：「上開共同投標協議書既為系爭契約附件，則東元公司依上開共同投標協議書第 6 條約定，當知悉皇昌等 3 公司係以個人直接與業主高捷公司發生權利義務關係，約定各占主

²⁰² 最高法院 66 年度第 9 次民庭庭推總會議決議：「合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此存在要件負舉證之責（本院二十九年上字第 1400 號判例）。此與保證債務於保證契約成立時即已發生債務之情形有間，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權，尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。況對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義，故司法院院字第九一八號解釋『原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行』。是實務上尤無於合夥（全體合夥人）之外，再列某一合夥人為共同被告之理。」另參照最高法院 74 年度台上字第 2369 號民事裁定。

契約金額比例，並於該共同投標協議書第 5 條逕約定各就主契約履行負連帶給付責任，核與民法第 681 條規定各合夥人係待合夥財產不足清償債務始負連帶給付責任，及同法第 668 條規定各合夥人之出資及其他合夥財產為合夥人全體公同共有不合。」此項見解顯係承繼過往最高法院決議見解，混淆債權債務「發生」層次與債權「行使」之層次。

承攬成員基於聯合承攬契約對業主所負之工作債務（民法第 490 條第 1 項），此等勞務提供義務無以合夥財產清償可言，全體承攬成員應按約定連帶履行。蓋民法第 681 條公同共有財產以物為限，合夥人之勞務本身無以成為公同共有之標的，此為本條規範之極限，而應屬第 671 條事務執行規定之範疇。至於承攬成員對業主所負勞務提供以外之給付義務（例如損害賠償、違約金），則仍須依循民法第 681 條債權行使順序之規定，業主在有確定勝訴判決等執行名義之前提下，須先就聯合承攬財產（專用帳戶）取償。如有不足，始能向全體承攬成員主張連帶清償責任，並就其個人財產取償。於滿足業主債權後，承攬成員內部則依參加比例或原因力分擔之。此部分符合組織成員對組織體債務亦負清償責任的人合團體特徵。²⁰³

第三款 工程之事務執行及對外代表

於合夥事務之執行，得選定其中一合夥人或數合夥人為執行人，或以全體合夥人為執行人，均無不可。如合夥事務執行人為多數時，其執行方法如何？民法第 671 條：「合夥之事務，除契約另有訂定或另有決議外，由合夥人全體共同執行之。合夥之事務，如約定或決議由合夥人中數人執行者，由該數人共同執行之。合夥之通常事務，得由有執行權之各合夥人單獨執行之。但其他有執行權之合夥人中任何一人，對於該合夥人之行為有異議時，應停止該事務之執行。」如為通常事務，各執行合夥人得單獨執行，無需經他合夥人同意；如非

²⁰³ 關於此項人合團體的特徵，參照王千維，前揭註 154，頁 146。

通常事務，則由全體執行合夥人共同執行；於某些特定事務，亦得約定或決議依多數決方式為之（民法第 670 條）。²⁰⁴

於聯合承攬關係，即是由全體承攬成員為事務執行人，就工程之各部工作範圍為實際參與，而完成工程工作（施工）本身即是前述所稱之「通常事務」，各承攬成員得單獨執行之。就此部分，與組織體成員自行執行組織體事務之人合團體「自己機關原則（der Grundsatz der Selbstorganschaft）」性質相符²⁰⁵。須強調的是，此等事務執行之分配乃屬承攬成員內部關係，於工程契約之層次上，全體承攬成員則對業主各負全部給付之義務（約定連帶債務）。另聯合承攬協議書約定其中一承攬成員為代表廠商，即對應至民法第 679 條合夥對外代表權規定：「合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行合夥事務之範圍內，對於第三人，為他合夥人之代表。」

第四款 聯合承攬體之強烈封閉性

民法第 686 條第 1 項及第 3 項規定，如合夥未定存續期間，各合夥人得聲明退夥，縱定有存續期間，如合夥人有非可歸責於自己之重大事由，亦得聲明退夥。然關於聯合承攬之主體變動，實務上大多約定，承攬成員不得任意退出工程，不得任意轉讓該工程所生之具體權利或義務，亦不得概括地移轉其契約地位。於合夥事業之層次上，顯現合夥事業所具備之強烈封閉性，且以此等特別約定排除民法第 686 條第 1 項任意聲明退夥之規定，在同條第 3 項重大事由之判斷上，亦須考量工程整體之履行問題。又各承攬成員所組成之管理委員會有權決議開除違約之特定成員（所謂違約條款，詳後述²⁰⁶），相當於民法第 688 條開除合夥人規定。另聯合承攬協議書約定，一承攬成員有破產等情形而無法繼續履行契約時，應經其他承攬成員之同意，始得由第三人取代該成員而加入

²⁰⁴ 劉春堂，前揭註 154，頁 63-65。

²⁰⁵ 關於此項人合團體的特徵，參照王千維，前揭註 154，頁 146。

²⁰⁶ 參照本文第五章 聯合承攬成員間之法律關係 第一節 聯合承攬成員之脫離。

聯合承攬關係，於合夥事業之意義上，可對應至民法第 691 條入夥規定。

就此部分，亦可彰顯聯合承攬有著重互相信賴合作、共同經營事業負擔責任之團隊性質（Arbeits und Haftungsgemeinschaft），其成員之個性不相分離，其成員之更易於一定條件下始被允許，符合人合團體「成員互相牽連原則（der Grundsatz der Personengebundenheit）」之描述。²⁰⁷

第二節 參加比例

第一項 意義

聯合承攬體之形成，乃各成員間互有供需，以他方之優點彌補自己之缺點，資金構成與共同盈虧如何分配，為此等關係之重要考量，是聯合承攬成員於投標前，以協議書約定其內部成員間之權利義務關係時，其中最基本且最重要者即為參加比例（Proportion），代表一成員於聯合承攬體內部所佔之比例，參加比例越大，期望對價越大。此項比例將影響聯合承攬體之營運資金數額計算²⁰⁸、押標金與履約保證金給付數額、工作範圍、盈餘分配及虧損負擔²⁰⁹等，且在內部管理委員會中，亦有影響各成員代表之席次等權力分配問題²¹⁰。而各成員參加比例如何，應從其約定，若非以金錢為出資，而係以特殊施工技術、智慧財產權利（例如專利權）、動產（例如特殊施工機具）、不動產為出資時，亦應予載明並估算其價值（民法第 667 條第 2 項及第 3 項）²¹¹。此部分可見於共

²⁰⁷ 關於此項人合團體的特徵，參照王千維，前揭註 154，頁 146。

²⁰⁸ 實務上，工程執行所需之資金來源，除業主撥付之各期估驗款外，主要為各承攬成員之出資，參照黃馨慧，前揭註 146，頁 26。

²⁰⁹ 常見條款例如：「結算後有盈餘時，依本協議書第 X 條所規定之出資比例分配盈餘與各組織成員」、「結算後有虧損時，依本協議書第 X 條所規定之出資比例分別由組織成員負擔虧損。」又例如日本特定建設工事共同企業體協定書（甲）第 13 条：「決算の結果利益を生じた場合には、第 8 条に規定する出資の割合により構成員に利益金を配当するものとする。」；第 14 条：「決算の結果欠損金を生じた場合には、第 8 条に規定する割合により構成員が欠損金を負担するものとする。」

²¹⁰ 黃馨慧，前揭註 146，頁 25。

²¹¹ 另參照日本特定建設工事共同企業體協定書（甲）第 8 条第 2 項：「金錢以外のものによる出資については、時価を參しやくのうえ構成員が協議して評価するものとする。」

同投標辦法第 10 條第 1 項第 3 款：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：三、各成員之主辦項目及所占契約金額比率。」同時，按照同條第 3 項：「第一項協議書內容，非經機關同意不得變更。」意味著，若承攬成員內部需要變動參加比例，須經業主機關之同意，始得為之。日本法上之聯合承攬協議書範本亦規範，即使工程契約之內容有所變更或增減，各承攬成員之參加比例亦不會變動。²¹²

依本文所採之聯合承攬體「合夥說」見解，承攬成員約定之出資與參加比例，應屬民法第 677 條第 1 項：「分配損益之成數，未經約定者，按照各合夥人出資額之比例定之。」且除涉及盈餘與虧損如何分配外，尚涉及管理委員會之權力分配、成員內部求償關係等問題，此部分將於後面再行個別說明。

第二項 限制

雖參加比例為承攬成員內部如何分配出資、盈虧之問題，但在某些特殊工程中，業主則可能會於招標文件中限定國內廠商與國外廠商之特定比例，例如涉及國際性工程技術移轉之工程²¹³，此項限制亦是為了預防成員間出資等級差距過大，如前所述²¹⁴。是若業主設有此項限制，投標廠商自須依此限制而為分配比例，並揭露於聯合承攬協議書。若投標廠商僅是為了應付業主所設之比例限制，而於其內部另行約定實際參加比例，此等不一致之情形，於政府採購案件可能有偽造投標文件之問題（政府採購法第 31 條第 2 項第 1 款、第 50 條第 1 項第 1、2、4 款、第 101 條第 1 項第 4 款）²¹⁵。於日本法上對於承攬成員之數

²¹² 日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 8 条第 1 項：「各構成員の出資の割合は、次のとおりとする。ただし、当該建設工事について発注者と契約内容の変更増減があつても、構成員の出資の割合は変わらないものとする。」

²¹³ 黃馨慧，前揭註 146，頁 25。

²¹⁴ 參照本文第二章 聯合承攬之內涵 第二節 聯合承攬之法令限制 第二項 共同投標辦法 第四款 限制。

²¹⁵ 黃馨慧，前揭註 146，頁 25。

量與出資比率均有限制，於二個聯合承攬成員之情形，其最低比例各為 30%；若為三個承攬成員，其最低比例則各為 20%²¹⁶，以免承攬成員間之實力差距過大，妨礙工程順利進行。藉由此等參加比例之限制，某種程度上可有效地事前確保工程契約之順利履行，亦能增加承攬成員實際參與工程之機會，以免淪為代理人，流於紙上聯合。另一方面亦避免出資比例過高之承攬成員獨斷孤行。此外，就承攬成員家數之限制，亦可避免意見整合之困擾與壟斷、圍標之情形發生。²¹⁷

第三節 管理委員會

第一項 意義

所謂管理委員會（Management Committee／Management Board）係於聯合承攬成員間設置一最高權力機關，負責聯合承攬組織之意思決定²¹⁸，包括對業主之對外關係的通知（單一窗口）、契約履行，以及對內成員間分工、溝通及求償等事項。由於聯合承攬契約之承攬人有數人，處於平等之法律地位，為避免多頭馬車無效率、溝通協調困難等情況發生，除可推選一成員為代表廠商與業主溝通協調外，各承攬成員有設置此等內部機關之實益及必要²¹⁹。此等機關之組織、權限及表決等具體事項，自應視全體承攬成員如何約定。日本法上聯合承攬協議書範本就此等管理委員會亦有規範，強調聯合承攬體之管理委員會由

²¹⁶ 日本共同企業体運用準則（平成 23 年 11 月 11 日國土交通省中建審第 1 号改正）3. 個別準則(1)特定建設工事共同企業体④出資比率：「出資比率の最小限度基準は、技術者を適正に配置して共同施工を確保し得るよう、構成員数を勘案して発注機関において定めるものとする（注-6）」；注-6：「出資比率の最小限度基準については、下記に基づき定めるものとする。2 社の場合 30 パーセント以上 3 社の場合 20 パーセント以上。」

²¹⁷ 鞠其偉，前揭註 14，頁 13。

²¹⁸ 黃馨慧，前揭註 146，頁 25。

²¹⁹ 具體條款例如：「雙方當事人同意由○○公司擔任主辦公司，於本協議書期間，以本聯合承攬組織之利益為前提，代表聯合承攬組織負責與業主聯繫及協調一切需要本聯合承攬組織履行之事項，且對業主、業主代表、各有關單位及第三者，代表聯合承攬組織交涉、簽訂及協調處理與主契約相關之一切事務。惟主契約之變更，應先經聯營委員會之同意。」（臺灣高等法院 101 年度建上字第 105 號民事判決一案）

全體承攬成員組成，並決定組織編制、施工等相關基本事項、資金管理方法、分包商之決定，以及其他與聯合承攬體經營有關之基本、重要事項的協議，以完成該工程。²²⁰

法律性質上，此等管理委員會屬於承攬成員內部之組織，僅拘束全體承攬成員，除業主與全體承攬成員另有特別約定外，管理委員會所為之決定，不當然拘束業主。又於管理委員會之外，實務常就聯合承攬工程設置專案經理（Project Manager），其地位在管理委員會之下，何種事務授權專案經理決定，何種事務須上呈管理委員會核可，則應視個案工程性質及各承攬成員如何約定。²²¹

第二項 組成

由於管理委員會有統一各成員之權力，統一內部之契約執行，及對外行使權利之功能，甚至其職權之行使可能變動聯合承攬之契約關係，例如終止契約等，是此等權力如何分配，應先釐清。實務上，一般情形係依參加比例分配代表席次，參加比例越高的承攬成員，其所能推派的代表席次即越高，越能掌控管理委員會之主導權，猶如公司法之股權概念²²²。主導管理委員會的承攬成員之良劣，亦有可能影響到聯合承攬契約履行及管理之成敗。此外亦有少部分情形，承攬成員間約定不論參加比例，每一成員一律推派相同人數之代表席次²²³。從民法第 673 條：「合夥之決議，其有表決權之合夥人，無論其出資之多寡，推定每人僅有一表決權。」來看，原則一成員一表決權，但仍得約定以出

²²⁰ 日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 9 条：「当企業体は、構成員全員をもつて運営委員会を設け、組織及び編成並びに工事 の施工の基本に関する事項、資金管理方法、下請企業の決定その他の当企業体の運営に関する基本的かつ重要な事項について協議の上決定し、建設工事の完成に当るもの とする。」

²²¹ 張家禎，論聯合承攬內管理委員會之運作，營造天下，第 37 期，1999 年 1 月，頁 41。

²²² 公司法第 102 條第 1 項：「每一股東不問出資多寡，均有一表決權。但得以章程訂定按出資多寡比例分配表決權。」

²²³ 張家禎，前揭註 221，頁 41；黃馨慧，前揭註 146，頁 25。

資多寡定其表決權數，此為舉證責任之問題。²²⁴

第三項 權限

關於管理委員會之權限，明定於聯合承攬協議書，亦得以附件方式併於協議書。就其權限之具體內容，實務上得包括但不限：(1)核准工程預定施工進度表、施工預算、主要工法及其他文件；(2)監督實際施工進度；(3)核准、監督或通知各承攬成員之財務需求（保證金、週轉金等）；(4)核准以聯合承攬名義投保；(5)決定聯合承攬共同帳戶之開戶及其管理；(6)於工程進行中監督實支預算是否超過原先核定預算；(7)分包契約或供應契約數額超出專案經理所得批准之數額，或其他重大開支，由管理委員會審查並核准；(8)發表對外公開聲明；(9)訂定聯合承攬之工作人員約聘程序。²²⁵

第四項 表決

就管理委員會會議之決議方法，實務上可分為「多數決 (in majority)」與「共識權（或稱無異議通過）(unanimous)」之方式。前者又可就特定決議事項再分為普通決議與特別決議，應依承攬成員約定定之；後者則係賦予特定成員所推派之代表有任意否決議案之權限，此等表決方式雖可保護參與比例較小之成員，甚至成為決策關鍵地位，但亦可能造成單一成員之恣意，而癱瘓管理委員會甚至整體工程履行之運作，是宜視承攬成員間之信賴關係與程度，作適當之安排。²²⁶

如將聯合承攬體解為合夥事業，其決議方法則應適用民法第 670 條：「合夥之決議，應以合夥人全體之同意為之。前項決議，合夥契約約定得由合夥人全體或一部之過半數決定者，從其約定。但關於合夥契約或其事業種類之變更，

²²⁴ 劉春堂，前揭註 154，頁 65。

²²⁵ 張家禎，前揭註 221，頁 41-42。

²²⁶ 張家禎，前揭註 221，頁 42；黃馨慧，前揭註 146，頁 25。

非經合夥人全體三分之二以上之同意，不得為之。」可依承攬成員（合夥人）之約定，區分不同事項而異其決議門檻，此部分並無不同。

如管理委員會本身已有約定其決議方法，但其決議違反決議方法，例如：就特定議案事項之決議未達指定門檻。又或雖程序上未違反決議方法，但其決議實質內容違反法律規定或聯合承攬契約約定時，應如何處理，此等決議於法律上意義及效力如何？似有待解決。實務上就公寓大廈管理委員會、寺廟信徒大會，乃至因特定單一目的所組成之重劃會員大會等非法人團體的內部機關，均承認得適用或類推適用民法社團法人社員總會決議瑕疵之規定（民法第 56 條）²²⁷。本文認為，聯合承攬體係由不同之承攬成員所組成，各成員本身仍為

²²⁷ 最高法院 105 年台上字第 393 號民事判決：「按未辦理法人登記之寺廟，既有一定之辦事處及獨立之財產，並設有代表人或管理人，應屬於非法人團體（本院四十三年台上字第一四三號判例參照），其團體性質與法人無殊，民法對於非法人團體未設規定，其相關類似之事項，自可類推適用民法法人或公司法有關之規定。次按總會之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，社員得於決議後三個月內請求法院撤銷其決議。但出席社員，對召集程序或決議方法，未當場表示異議者，不在此限；總會決議之內容違反法令或章程者，無效，民法第五十六條亦定有明文。……查上訴人係依監督寺廟條例辦理登記之寺廟，並未辦理法人登記之社會團體，具有社團法人之性質，就信徒大會之決議，除章程另有規定外，得類推適用民法第五十三條第一項規定，為原審所是認。而查系爭組織章程第三十條規定，信徒大會關於章程之修改，應有信徒應出席人數之三分之二以上出席，出席人數三分之二以上之決議，並報主管機關報備後，始為有效（第一審（二）第六六頁反面），似已就決議訂有最低出席人數之成立要件，並就經修改之章程，規定其效力要件，即須經信徒大會作成上開決議並送主管機關報備。果爾，則被上訴人主張上訴人九十九年信徒大會就『七主宮管理人組織章程』為決議時，出席人數不符合系爭組織章程第三十條及民法第五十三條第一項規定之最低出席人數，即非關決議有無效力之問題，而係該決議究竟是否符合最低出席人數之成立要件？乃原審就此未詳予研求細究，遽認被上訴人請求確認上訴人九十九年信徒大會關於『七主宮管理人組織章程』之決議無效為正當，自有可議。」

最高法院 92 年度台上字第 2517 號民事判決：「按公寓大廈管理委員會為人的組織體，區分所有權人會議為其最高意思機關。其區分所有權人會議之召集程序或決議方法，違反法令或章程時，依公寓大廈管理條例第一條第二項規定，固應適用民法第五十六條第一項撤銷總會決議之規定，由區分所有權人請求法院撤銷區分所有權人會議之決議。惟區分所有權人會議如係由無召集權人所召集而召開，既非公寓大廈管理委員會合法成立之意思機關，自不能為有效之決議，且在形式上亦屬不備成立要件之會議，其所為之決議當然自始完全無決議之效力。於此情形，即屬依法提起確認該會議決議不存在之訴以資救濟之範疇，而非在上述撤銷會議決議之列。」

最高法院 99 年度台上字第 634 號民事判決：「按依平均地權條例第五十八條及獎勵土地所有權人辦理市地重劃辦法第三條自行組織成立重劃會而辦理市地重劃，就重劃區內土地所作成之分配，因涉及參與重劃土地所有人之權益，須經重劃會會員大會之決議認可，具有高度之自治性，該會員大會係參與重劃土地所有人之意思機關及最高權力機關，所為之決議性質上可與社團總會之決議同視。倘重劃會會員大會之召集程序或決議方法違反法令或章程時，為使重劃區之土地所有人達地盡其利，促進地方快速發展之目的，重劃會之會員自得類推適用民法第五十六條第一項規定，於決議三個月內請求法院撤銷其決議，初不因該重劃會僅係一非法人團體而受影響。」

獨立之權利主體，其為特定目的而組織內部機關，統一意思決定，推派各自代表以確保自身利益及參與機會，此等情形與公寓大廈管理委員會等非法人團體相同，亦有團體法理之適用。從而，就聯合承攬管理委員會之決議瑕疵，應視其具體情形，類推適用民法第 56 條社團法人決議瑕疵規定，以為處理救濟。

第五項 停權

原則上，各承攬成員所推派之管理委員會代表，得在會議中提案、陳述、發言、表決等。但在實務上，管理委員會之內部規則將某些情形定義為違約，而發生特定成員代表停權之效果。例如特定承攬成員被破產管理人、清算人、重整人或政府代表等監督其財產，或確定經法院為破產宣告或命令清算等情形。此等停權具體效果為，(1)其成員代表必須停職且不得發言，並(2)終止該代表之授權而為其他承攬成員之代表所取代，(3)先前該成員代表所參與之決議，則視為自始屬於其他成員代表所為之決議，而非該停權之成員代表所為的行動、同意或決議。²²⁸

依共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：六、成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。」如特定之承攬成員有破產等無償債能力 (insolvent) 事由，基於聯合承攬契約之連帶債務約定，應由其他成員繼續施工，在管理委員會內部中，該破產成員所推派之代表即為停權。又如其他承攬成員覓得第三人承擔聯合承攬契約，並經業主同意承擔（另參照共同投標辦法第 11 條），該承擔人即取代該破產成員之聯合承攬成員法律地位，自應由該承擔人所推派之代表參與管理委員會，而該破產成員即不再是聯合承攬成員，此時則已無其代表是否停權之

²²⁸ 張家禎，前揭註 221，頁 43。

問題。

第四節 立山請款案

第一項 案例事實

被告益鼎工程股份有限公司（下稱益鼎公司）與被告榮民工程股份有限公司（下稱榮民公司）組成榮工/益鼎聯合承攬體（下稱承攬體），承攬國防大學之「國防大學率真分案主體工程」（下稱主體工程），並將其中景觀雜項工程項目（下稱系爭景觀雜項工程）委由原告立山營造事業股份有限公司（下稱原告）承攬，原告並與被告益鼎公司簽訂建造工程承攬契約（下稱系爭契約）。

第一款 原告主張

系爭景觀雜項工程於93年11月5日開工，96年2月14日完工，96年8月15日驗收，被告尚應給付原告工程款共計75,606,126元。依系爭契約第1頁註之記載：「由榮民工程股份有限公司、益鼎工程股份有限公司所組成之榮工/益鼎聯合承攬組織依聯合承攬協議書第6.1條及第10.4條同意以益鼎工程股份有限公司為訂約代表。」，是系爭契約雖由被告益鼎公司為訂約代表，然被告榮民公司仍為系爭契約之當事人。且兩造間往來文件及會議紀錄，被告等均以「榮工-益鼎聯合承攬率真施工處」共同具名發文或參與會議，足見被告榮民公司亦為本件系爭契約之當事人，原告得向被告益鼎公司及被告榮民公司請求共同給付前述款項。

第二款 被告抗辯

被告益鼎公司與原告於98年12月間簽訂系爭契約，契約總價原為194,500,000元。雙方嗣於96年5月25日辦理第一次變更設計，復於96年10月間辦理第二次變更設計，變更後之契約總價為198,211,779元，均有原告及被告益鼎公司簽認之工程合約變更同意書及工程合約變更明細表可稽。系爭契

約之當事人為被告益鼎公司與原告，至為明確，原告本於系爭契約所為之各項請求，顯與被告榮民公司無涉，原告不得向被告榮民公司請求工程款。

第二項 本案爭點

本案系爭契約（分包契約）之當事人，除原告與益鼎公司外，是否包含榮民公司？原告得否請求益鼎公司、榮民公司連帶清償工程款？

第三項 本案實務見解

第一款 第一審判決

臺北地方法院 99 年度建字第 6 號民事判決：「查被告益鼎公司與原告所簽定之系爭契約定作人欄記載：『由榮民工程股份有限公司、益鼎工程股份有限公司所組成之榮工／益鼎聯合承攬組織依聯合承攬協議第 6.1 條及第 10.4 條同意以益鼎工程股份有限公司為訂約代表』，且契約內文並多處蓋有『榮民工程股份有限公司益鼎工程股份有限公司契約校對章』，此有系爭契約在卷可稽（見證物卷(一)第 2 至 23 頁）。是系爭契約以榮工益鼎聯合承攬體為契約標題，並多處蓋有榮工公司名稱之校對章，且施工過程亦以榮工益鼎聯合承攬體率真施工處之名義寄發備忘錄或召開會議，被告榮民公司並參加該等會議，甚或於被告益鼎公司參與而僅有被告榮工公司與原告參與會議之情形，此有備忘錄及會議紀錄在卷可稽（見證物卷(一)第 24 頁、證物卷(三)第 7 至 48 頁、55 至 63 頁）。

顯見被告益鼎公司於主體工程聯合承攬協議書授權範圍內係代表榮工/益鼎聯合承攬組織與原告簽訂承攬契約，且為被告榮工公司所知悉且同意。而系爭契約於定作人欄之記載，乃將被告益鼎公司及被告榮工公司聯合承攬之內部關係表現予原被告知悉，自應認被告榮工公司與被告益鼎公司同屬系爭契約之當事人。是原告主張被告榮工公司亦為系爭契約當事人，其應與被告益鼎公司共同給付工程款等語，洵屬可採。」

第二款 第二審判決

臺灣高等法院 102 年度建上字第 137 號民事判決：「立山公司雖主張系爭契約之定作人為益鼎公司等 2 人云云，但為益鼎公司等 2 人所否認，抗辯契約之定作人僅益鼎公司。經查，依系爭契約記載，其約定承攬商即乙方為立山公司，而定作人即甲方僅益鼎公司，契約未立契約人之甲方亦僅記載益鼎公司，並由益鼎公司之法定代理人簽署系爭契約，契約中查無由榮民公司表示以代理權授與益鼎公司，由益鼎公司代理榮民公司為法律行為，使益鼎公司所為意思表示對榮民公司發生效力之旨，自難認益鼎公司有代理榮民公司簽訂系爭契約，而使系爭契約之效力直接對榮民公司發生效力之意思。系爭契約於首頁備註欄中固記載『由榮民公司、益鼎公司所組成之榮工／益鼎聯合承攬組織依聯合承攬協議書第 6.1 條及第 10.4 條同意以益鼎公司為訂約代表』等語（見原審證物卷(一)第 2 頁），惟上開聯合承攬協議書乃榮民公司、益鼎公司與訴外人建造營造股份有限公司鑑於國防部採購局邀請廠商參加國防大學主體工程招標，而組成一聯合承攬組織以共同承攬該率真分案工程，其中第 6.1 條係約定該聯合承攬契約當事人間關於該聯合承攬組織因執行主契約而產生之包括分擔營運資金及擁有聯合承攬組織所得資產、資金等盈餘與虧損及相關權利、責任與義務之負擔比例，第 10.4 條則約定聯合承攬組織得根據該協議書及主契約規定，將工程之任何一部分分包給第三者等語，有該聯合承攬協議書在卷可按……，足認上開首頁備註欄記載僅是說明益鼎公司與榮民公司間內部關係，及益鼎公司得單獨簽訂系爭契約之依據，無從據此認為益鼎公司有代理榮民公司簽訂系爭契約，而使系爭契約效力及於榮民公司之意思，況兩造不爭執系爭契約履行過程中，相關工程估驗計價款均由益鼎公司支付予立山公司，立山公司所開立統一發票買受人亦記載益鼎公司國防大學工程工務所等情，並有益鼎公司提出銀行匯款記錄、統一發票為證（見本院卷(三)第 174 至 196 頁），足徵系爭契約當事人應為立山公司與益鼎公司，榮民公司則非系爭契約之當事人。至於益鼎公

司於系爭景觀工程施工工程中，就通知立山公司事項常以承攬體名義發文，係本於益鼎公司與榮民公司間內部關係執行工程施作及管理事務，榮民公司既非系爭契約之當事人，尚難因益鼎公司以承攬體名義發文，使榮民公司成為系爭契約之當事人，揆之前揭債之相對性原則，立山公司即不得請求榮民公司給付系爭景觀工程之工程款。」

第三款 第三審判決

最高法院 105 年度台上字第 1606 號民事判決：「關於立山公司請求榮工公司給付部分，原審認榮工公司非系爭契約當事人，而將第一審判決關於命榮工公司給付部分予以廢棄，改判駁回立山公司之訴，及維持第一審所為駁回對榮工公司其餘請求之判決，認事用法，即無不合。立山公司上訴意旨，指摘原判決此部分違背法令，聲明廢棄，非有理由。」

第四項 其他實務見解

上開當事人於另訴請求給付，實務見解認為，承攬成員基於聯合承攬契約（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款）所負之連帶債務係對業主而言，不及於分包商或其他債權人。

臺北地方法院 98 年度訴字第 676 號民事判決：「上開政府採購法第 25 條第 2 項及共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款之規定，係規範共同投標廠商與業主之間之法律關係，並不屬於共同投標廠商與其下游包商之間，換言之，上開規定僅規範業主國防部採購局及共同投標廠商被告榮民公司、益鼎公司及建道公司間之法律關係，並不包含被告益鼎公司與下游包商及被告立山公司間之法律關係，原告自不得以此主張被告榮民公司、益鼎公司對於被告立山公司應負連帶履行契約責任。……至於原告係因被告立山公司為履行上開承攬契約，而向原告訂購物料，原告與被告榮民公司、益鼎公司間，並無承攬契約或買賣契約，

原告主張其與被告榮民公司或益鼎公司有承攬契約云云，尚非可採。」

又於其他案件情形中，實務見解認為，聯合承攬協議書僅明示對主契約之業主負連帶責任，而未明示對分包契約之工程款給付亦負連帶責任。

最高法院 105 年度台上字第 1374 號民事判決：「按連帶債務之成立，以數債務人明示對於債權人各負全部給付之責任或有法律明文規定者為限，民法第二百七十二條定有明文。查系爭合約第四條約定：『本合約所有附件，均視為合約之一部分』、第二十九條第二項約定：『凡屬業主契約文件均視為合約之一部分』……，而主契約共同投標協議書第五條約定：『參方（皇昌公司等）於得標後即應共同連帶負履行契約責任』……，皇昌公司等僅有明示其對於業主之主契約履行負連帶責任，其對於系爭合約並無負連帶責任之明示意思表示。乃原審遽認皇昌公司等就系爭合約應負連帶清償責任，自屬可議。」其後臺灣高等法院 105 年度建上更（一）字第 19 號民事判決：「查系爭合約第 4 條約定：『本合約所有附件，均視為合約之一部分』、第 29 條第 2 項約定：『凡屬業主契約文件均視為合約之一部分』……主契約共同投標協議書第 5 條固約定：『參方（皇昌公司等 3 公司）於得標後即應共同連帶負履行契約責任』……，然此僅係皇昌公司等 3 公司明示其對於業主之主契約履行負連帶責任，其對於系爭合約並無負連帶責任之明示意思表示（最高法院 105 年度台上字第 1374 號民事判決發回意旨參照），自無從依主契約共同投標協議書第 5 條認定皇昌等 3 公司已對東元公司就系爭契約債務明示各負全部給付責任。」²²⁹

另有認為，代表成員所得代表權限範圍僅限於本工程契約，其他成員未授權同意代表成員得代表全體成員與分包商締約。

新北地方法院 108 年度重訴字第 586 號民事判決：「按合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行合夥事務之範圍內，對於第三人，為他合夥人之代表，民法第 679 條固有有明文，然須合夥人依約定或決議執行合夥事務之範

²²⁹ 相同見解另參照臺北地方法院 99 年度建字第 111 號民事判決、新北地方法院 108 年度重訴字第 586 號民事判決、橋頭地方法院 108 年度岡小字第 769 號民事判決。

圍，始足當之。查依系爭協議書，墨田公司、光宇公司及被告僅約定同意墨田公司作為與『機關』即勞動部間就系爭工程投標、系爭採購契約履約等事宜之代表廠商，並未約定、決議或同意由墨田公司代表光宇公司及被告將系爭工程之部分工程轉包予下包廠商，亦未約定、決議或同意由墨田公司代表光宇公司及被告與下包廠商簽訂相關轉包工程合約，當無從認為系爭工程合約係墨田公司代表光宇公司及被告與原告所簽訂，甚或系爭工程合約係墨田公司代表光宇公司及被告執行其等約定或決議之事務，系爭工程合約之效力自不及於光宇公司及被告，遑論責令被告就系爭工程合約之工程款負連帶給付之責，是原告主張類推適用民法第679條規定，系爭工程合約之效力及於被告，被告應負連帶給付之責云云，殊屬無據。」

第五項 論者見解

有認為，個別之聯合承攬成員自行與分包商或供應商訂立契約之目的在於，完成聯合承攬工程之一部分，但其他承攬廠商並未涉入其中，亦不互相干涉，若要求其他承攬成員共同負責，將使其他成員負擔無法預見之債務，是於此部分不得類推適用合夥規定，而令全體承攬成員負擔該項債務。²³⁰

另有論者認為，一承攬成員就工程之執行，與分包商所訂立之契約，其效力是否及於其他承攬成員，應視具名廠商是否以自己名義與分包商締約，或是代理全體承攬成員與分包商締約而定。然就工程實際面觀察，縱認該契約效力僅發生於具名承攬成員與分包商間，而不及於其他承攬成員，但於該具名承攬成員發生破產等財務困難情況時，其他承攬成員仍須墊付分包工程款，以免分包商未能受償，進而干擾工程進度，甚至導致承攬成員對業主發生遲延責任。

²³¹

²³⁰ 林佳妙，前揭註52，頁84。

²³¹ 黃馨慧，前揭註146，頁24-25。

第六項 本文評析

共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：四、各成員於得標後連帶負履行契約責任。」此處之連帶債務係指承攬成員基於聯合承攬契約對業主所負之工程完成義務，乃承攬成員與業主間之契約關係，並非指承攬成員與供應商或分包商等其他廠商之法律關係。上開臺北地方法院 98 年度訴字第 676 號民事判決對上開規定之闡釋，於法應無違誤。然合夥人於其合夥事務執行範圍所負之債務，依民法第 681 條規定，應以合夥財產為清償，如有不足，債權人始得向合夥人主張連帶清償責任。依本文所採之聯合承攬體「合夥說」見解，一承攬成員為完成其工作範圍，不論以自己名義或全體承攬成員名義或聯合承攬體名義，與供應商或分包商訂立契約，應屬聯合承攬體之合夥債務範疇，應以聯合承攬財產（共同專用帳戶）清償之，如有不足，業主得向各承攬成員主張連帶清償責任。實質理由如下。

第一款 下游債務之可預見性與事先安排

於實務上，聯合承攬管理委員會之權限，包含是否及如何與下游廠商訂立契約，通常是一定金額以內得由專案經理核准，超過者則由管理委員會核准²³²。就此實務運作而言，難謂其他承攬成員無法預見其等與下游廠商之契約債務。且實務上，全體承攬成員內部通常會就此部分預先安排、約定，在工程工作範圍內對下游廠商所負之債務，並非不具可預見性²³³。如承攬成員與下游廠商締約所負之債務，與工程工作間已不具內在關聯性，超過客觀上所能通常預期者，該債務自非屬合夥事務執行所生之債務，不在民法第 681 條連帶清償責

²³² 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第三節 管理委員會 第三項 權限。

²³³ 具體條款例如：「聯營委員會應負責聯合承攬組織履行分包契約時整體的管理與溝通協調，決定包括下列事項在內的所有營運基本方針：(a)履行分包契約必要的預算。(b)預定採用的主要工法。(c)執行本工程的預定期程。(d)…(e)批准金額超過新台幣 200 萬的分包含約或採購合約；超過新台幣 2000 萬的分包含約或採購合約應由雙方分別依照其內部作業程序陳報核准後辦理之…。」（參照臺北地方法院 107 年度建字第 328 號民事判決一案）

任規定之適用範圍，此為合夥債務之認定問題。²³⁴

或有論者質疑，並非所有工程聯合承攬情形均設有管理委員會或事先約定對下游廠商所負債務之處理方式。惟本文認為，專業廠商承包工程後與供應商或分包商另行締約以順利完成工程，而非完全親自提供材料或履行工程，此乃工程實務上所常見情況，聯合承攬成員締約時即可預見到各成員可能會與下游廠商締約進而負擔債務，但卻選擇忽略此部分之契約安排或財務規劃，即應自行承擔此等不利益，以維護交易安全。從而，依民法第 681 條規定，全體承攬成員須以聯合承攬共同帳戶清償及負補充性之連帶清償責任，對其而言難謂過當。

第二款 下游廠商給付利益之歸屬

前述之部分見解認為，承攬成員係為完成自己工作範圍而與其他廠商（供應商、分包商）締約，與其他成員無涉。本文認為，各承攬成員對業主負全部給付（完成工程）之連帶債務，互相有強烈之牽連關係，一承攬成員完成工作對於其他成員而言並非毫無利益、毫無關係（另參照民法第 274 條）。換言之，一承攬成員與下游廠商締約而獲得之給付利益，同時係完成工程進度而歸屬於全體承攬成員。何況，如其他成員認為該成員所訂之供應契約或分包契約與自己無涉而不理會，屆時發生工程遲延之問題，可說是拿石頭砸自己的腳。

綜上所述，承攬成員於自己工作範圍內，以自己名義或聯合承攬體名義，與供應商或分包商等下游廠商締約，該成員於此範圍之締約乃有權代表合夥事業（民法第 679 條），且係基於合夥事務執行所負之債務，依民法第 681 條規定，應以聯合承攬財產（共同專用帳戶）清償，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。類似見解參照臺北地方法院 99 年度建字第 390 號民

²³⁴ 如同學者提及：合夥代表權之行使，不得逾越執行合夥事務之範圍，其逾越範圍對外所為之行為，雖以合夥或全體合夥人之名義為之，亦不能對合夥或全體合夥人生效。如合夥人係基於權限範圍內與第三人締約，就其所生之債務，全體合夥人均需同負其責，參照邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 85、87。

事判決：「按共同投標成員間，係居於共同承攬人之地位，共同承攬工程，並連帶對業主負履行契約之責任。雖契約僅由共同投標成員其中一人出名代表其他共同投標成員與業主簽訂，惟不影響未出名簽訂者與業主成立承攬契約之效力，且各共同投標成員間所承攬之事項，係屬可分且各自獨立，對外與業主而言，各投標成員均為業主之承攬人，互負連帶履約責任，對內與各共同投標成員而言，彼此間則係居於相互合作之地位，存在類似合夥之關係，最高法院 96 年度台上字第 2446 號判決意旨可資參照。揆諸上開最高法院見解，共同投標之各成員其對內關係為類似合夥關係，是以若共同投標承攬體其中成員依共同投標協議書之約定或決議代表執行事務，應可類推適用民法第 679 條之規定，於執行事務之範圍內，對於第三人為他共同投標成員之代表，其執行事務之法律行為效力直接及於全體共同投標成員。……系爭契約於定作人欄之記載，乃被告益鼎公司有意將其與被告榮工公司聯合承攬之內部關係表現予原告知悉，依前項說明榮工/益鼎聯合承攬體其內部關係乃係類似合夥關係，被告益鼎公司之法律行為應可類推適用民法第 679 條之規定，效力及於被告榮工公司。是原告主張被告榮工公司亦為系爭契約當事人，其應與被告益鼎公司負連帶責任等語，洵屬可採，被告榮工公司就本件確有當事人適格。²³⁵」

民法第 681 條所定之連帶清償責任乃法定責任、強行規定²³⁶，全體承攬成員不得以契約或決議方式排除之，同時具有保護動態交易安全之規範意旨。須強調的是，全體承攬成員對業主所負之連帶債務係基於共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款、聯合承攬協議書（工程契約），而對其他下游廠商所負之連帶清償責任，則係基於民法第 681 條規定，兩者應予辨明。

此外，日本法上聯合承攬協議書範本中，聯合承攬成員之連帶責任，不但包含對業主之契約責任，更包含對分包商之契約履行²³⁷。就此而言，承攬成員

²³⁵ 此部分為臺灣高等法院 100 年度建上字第 170 號民事判決所維持。後因上訴第三審不合法而駁回確定（最高法院 101 年度台上字第 1142 號民事裁定）。

²³⁶ 劉春堂，前揭註 154，頁 78。

²³⁷ 日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 10 条：「各構成員は、建設工事の請負契約の

所負之連帶責任範圍，顯較我國共同投標辦法第 10 條所定者為大。透過此種事前約定，使全體承攬成員對一成員與分包商所訂立之契約負連帶責任。

第五節 小結

關於聯合承攬體之法律性質，本文採「合夥說」之見解，因為工程聯合承攬之情形，符合合夥之要件、實質內涵及人合團體之特徵。又此等單一案件式合夥所負之工程債務具有可預見性，依政府採購法第 25 條允許公司共同投標（聯合承攬）之規範意旨，應認政府採購法第 25 條為公司法第 13 條第 1 項之特別規定，公司非不得為聯合承攬體之合夥人，此項解釋亦符合放寬公司轉投資之國際立法趨勢。又或應目的性限縮公司法第 13 條第 1 項規定，解為聯合承攬之案件式合夥不在該條之禁止範圍。

聯合承攬成員內部之參加比例，代表一成員於聯合承攬內部所佔之比例，將影響聯合承攬之營運資金數額計算、押標金與履約保證金給付數額、工作範圍、盈餘分配、虧損負擔，以及內部管理委員會中各成員代表之席次權力分配。於部分工程情形，業主於招標文件中限制各承攬成員之最低參加比例，以免工程之品質與效率。又大型工程之聯合承攬可能設有管理委員會之內部組織，具有統一各成員之權力，統一內部之契約執行，及對外行使權利之功能。此等機關之組織、權限及表決等具體事項，自應視全體承攬成員如何約定。

就聯合承攬成員就自己工作範圍，以自己名義與供應商或分包商訂立契約所生之債務，並非聯合承攬工程契約所稱之連帶債務，蓋該約定係指業主與全體承攬成員之連帶債務關係。基於此等下游債務之可預見性與事前安排，以及下游廠商給付利益歸屬於全體承攬成員等理由，應認屬於合夥債務，依民法第

履行及び下請契約その他の建設工事の実施に伴い当企業体が負担する債務の履行に關し、連帶して責任を負うものとする。」

681 條規定，應以聯合承攬財產為清償，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。

◆ 合夥與聯合承攬之對應關係

	合夥	聯合承攬
成立	民法第 667 條第 1 項 經營共同事業十互約出資。	聯合承攬成員有出資義務，並實際參與工程之執行。
財產性質	民法第 668 條 合夥財產共同共有，但此非合夥契約之要件，而為合夥法律效果之一。	1. 聯合承攬成員只要就出資及事業種類（特定工程案件）有所合意，即得成立合夥契約，有無共同共有之合意則非所問。 2. 承攬成員非不得約定財產共同管理（民法第 671 條、第 828 條第 2 項準用第 820 條規定）。
工程執行	民法第 671 條 原則上合夥事務由全體合夥人共同執行。通常事務得由有執行權之合夥人單獨執行。	聯合承攬成員完成各自之工程範圍（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 3 款）。
代表成員之選定及權限	民法第 679 條 合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行合夥事務之範圍內，對於第三人，為他合夥人之代表。	聯合承攬預先選定代表成員（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 2 款），並得以該代表具名與業主締約（共同投標辦法第 8 條），且業主與代表成員間之通知及其他行為效力，及於其他成員（共同投標辦法第 13 條）。

工程債務 性質	<p>民法第 681 條</p> <p>以合夥財產清償合夥債務，如有不足，全體合夥人負連帶清償責任。</p>	<p>1. 工程完成義務（民法第 490 條第 1 項）：承攬成員之施工屬於約定連帶債務（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款）。</p> <p>2. 損害賠償或違約金責任：以聯合承攬財產為清償，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。</p>
參加比例 之處分	<p>民法第 683 條</p> <p>合夥人之股份為潛在應有部分，不得任意處分。合夥人轉讓其股份，需經全體合夥人同意，但轉讓予他合夥人，不在此限。</p>	<p>聯合承攬成員不得未經其他成員同意而轉讓其參加比例。縱同意其轉讓，亦需經業主之同意（外部特別之轉讓限制）。</p>
承攬成員 之更易	<p>除民法第 683 條股份轉讓之限制外，尚有第 686 條聲明退夥、第 687 條法定退夥、第 688 條開除合夥人及第 691 條入夥需經全體合夥人同意之規定。</p>	<p>1. 第三人繼受</p> <p>(1) 於工程契約之層次，破產成員為第三人所取代，乃契約承擔，需經業主及全體承攬成員之同意（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款）。</p> <p>(2) 於合夥事業之層次，承攬成員發生破產為民法第 687 條法定退夥事由。其他成員另覓廠商加入聯合承攬，即為入夥。</p> <p>2. 其他成員繼受</p>

		<p>(1)於工程契約之層次，並無變動。因為其他成員本為工程契約之當事人。</p> <p>(2)於合夥事業之層次，破產成員之參加比例轉讓予其他成員（民法第 683 條但書）。</p>
--	--	---



第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係

第一節 承攬成員之給付義務

第一項 多數債務人之基本內涵

由於聯合承攬契約涉及多數債務人（承攬成員），是有必要先行說明多數債務人關係之分類及其基本內涵。如債之主體中，債權人與債務人均為單一，法律關係較為單純明確，但如債權人或債務人為多數，其債之關係則須特別規範，包含債權人與債務人間之對外關係，及債權人間或債務人間之對內關係等，此部分規定於民法第 271 條以下。

第一款 可分債務

第一目 意義

民法第 271 條：「數人負同一債務或有同一債權，而其給付可分者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應各平均分擔或分受之；其給付本不可分而變為可分者亦同。」此為可分之債的規定，就債務而言，即指「可分債務（Teilschuld）」，以可分給付標的為債務內容。在結構上，債權人與各債務人間為個別獨立的債之關係，並藉由共同之法律原因（gemeisamer Rechtsgrund）而結合，無論基於法律規定或契約約定。²³⁸

就本條之定位而言，本條僅屬補充規定，不但需其契約內容之給付可分，更需法律未另有規定或契約未有另有約定，是應先探究有無法律特別規定或契約特別約定（包含契約解釋），尤其須注意是否為下述之連帶債務。若無，始屬本條之可分債務。²³⁹

第二目 對外效力

²³⁸ 史尚寬，債法總論（下），訂正再版，1961 年，臺北：自版，頁 610；王千維，前揭註 165，頁 156；黃立，民法債編總論，修正三版，2006 年 11 月，臺北：自版，頁 596–597；林誠二，債法總論新解—體系化解說（下），二版，2013 年 1 月，臺北：瑞興出版，頁 339。

²³⁹ 楊芳賢，民法債編總論（下），修訂二版，2021 年 5 月，臺北：三民出版，頁 390；孫森焱，前揭註 200，頁 855。

可分債務之債權人對個別債務人，有獨立請求其應負擔之給付的權利，但不得請求全部給付，債務人僅就自己部分負清償責任，債權人無法藉由一次請求即滿足其債權。若個別債務人不履行其債務，或有瑕疵履行者，亦得獨立主張不履行之損害賠償請求權。另就各債務人與債權人之關係，原則上僅具有相對效力，債務人之一人與債權人所發生之事項，不及於其他債務人。

第三目 對內效力

各債務人僅就自己部分負清償責任。如一債務人清償超出其所應負擔之部分給付，則屬第三人清償（民法第311條、第312條）。

第二款 連帶債務

第一目 意義

民法第272條：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。」如當事人有明示意思表示，或法律有特別規定²⁴⁰，無論其給付內容是否可分，均得成立「連帶債務（Gesamtschuld）」。

關於民法第272條第1項所稱「同一債務」，其區分標準之理論有²⁴¹：1. 同一法律上原因說：以給付義務是否基於同一法律上原因而定，惟於數保證人先後就同一債務為保證之情形，縱保證人間不知有其他保證存在，依民法第748條規定，數保證人間仍成立連帶債務，故此說應不可採²⁴²。早期德國帝國法院時代即已揚棄此項判斷標準；2. 共同目的說（Zwechgemeinschaft）指債務需有內在關聯性，而具有共同之給付目的，尤其我國學說多認應具有經濟上之同一目的，如數債務係偶然競合成立，則不成立連帶債務。就此，德國多數見解批

²⁴⁰ 例如民法第185條、第187條、第188條、第748條、第1153條等規定。

²⁴¹ 以下介紹參照楊淑文，論連帶保證與連帶債務，氏著，民事實體法與程序法爭議問題，二版，2010年6月，臺北：元照出版，頁33-36。

²⁴² 另參照史尚寬，前揭註238，頁616；王千維，前揭註165，頁187-188；黃立，前揭註238，頁600。

評此說欠缺明確性，且不具有可以區別連帶債務與其他多數債務人之區別特徵。我國學者亦指出，若以同一經濟上目的之有無判斷，將無法與民法第 218 條之 1 讓與請求權之案例相區別²⁴³；3. 履行共同說 (Erfüllungsgemeinschaft)：連帶債務之同一性表現在於債務人之共同履行，尤其一債務人之履行足以使他債務人之債務消滅（民法第 274 條），亦即，連帶債務人間為一履行共同體；4. 同一階層理論 (Stufentheorie)：以數債務是否為同一階層為標準，判斷是否屬於連帶債務。如為同一階層之債務，即為連帶債務，否則即非連帶債務，而有一債務人需終局負責（主要債務），該債務人之給付使其他債務人之債務消滅，反之，其他債務人之給付（補充債務）不消滅該債務人之債務，而由其他債務人取得債權人對該債務人之債權，是其他債務人之給付具有預付性質，以擔保該債務人之給付履行。至於如何判斷是否為同一階層，如債務係因法律行為而成立，應考慮該債務之可資識別的意義及目的，如因法律規定而成立，則須透過法律規定之類推適用決定數債務是否為同一階層，例如：共同侵權之幫助人與幫助人間屬同一階層。此為現今德國多數見解。就以上四種見解，學者指出雖其判斷標準有所不同，但實際案例之運用上並無太大歧異（尤其是共同履行說與同一階層理論）。²⁴⁴

於我國最具爭議者為連帶保證契約，即連帶保證人所負之保證債務性質上是否為「連帶債務」？實務上有採肯定見解認為，保證人拋棄先訴抗辯權之效果，債權人得任意選擇向主債務人或保證人請求一部或全部之給付，如同民法第 273 條之描述，故主債務人與保證人對債權人各負全部給付之責任，連帶保證應屬連帶債務²⁴⁵。惟主流學說則認為，債權人對主債務人有主債權，對保證

²⁴³ 楊淑文，前揭註 241，頁 34-35。

²⁴⁴ 楊淑文，前揭註 241，頁 36。

²⁴⁵ 最高法院 88 年度台上字第 1815 號民事判決：「連帶債務之債權人，得對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，民法第二百七十三條第一、二項定有明文；又保證債務之連帶，係指保證人與主債務人負同一債務，對於債權人各負全部給付之責任者而言，觀之民法第二百七十二條第一項規定連帶債務之文義甚明，故連帶保證縱無民法第七百四十六條所揭之情形，自不得主張同法第七百四十五條檢索抗辯權。」；最高法院 55 年度第 7 次民、刑庭總會會議決議（二）：「某甲由

人亦有保證債權，且債權人僅得受領一份給付。然而，基於保證契約之單面從屬性（die Akzessorietät）與補充性，保證人清償債權後，保證債務所生之權利抗辯事由，主債務人不得援引主張之。反之，若主債務人清償債權，保證人得依民法第 742 條規定援引主張主債務所生之權利抗辯事由。此於債權人免除債務情形亦同。就此而言，此與民法第 274 條連帶債務具有相互之關係，有所不同，故應認主債務與保證債務非屬同一階層之給付。此不因保證人拋棄民法第 745 條先訴抗辯權而有不同。另一方面，連帶債務人間之求償依據為民法第 280 條及第 281 條規定，而保證人清償債權後，得依民法第 749 條規定，承受債權人對主債務人之債權，而得向主債務人全部求償，可見求償依據並不相同²⁴⁶。由上述爭議可見，多數債務人之關係是否屬於連帶債務，其間是否為同一階層之債務，尤為重要。

第二目 對外效力

依民法第 273 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。」連帶債務之債權人得任意選擇請求給付之方式，無論是向一債務人、數債務人或全體債務人，同時或先後請求全部或一部之給付，均無不可。縱於債務人內部如何分擔其比例，對於債權人而言，各債務人均負全部給付之責任，以增加債權獲得清償之可能²⁴⁷。此等多數債務之存在，彼此間無

某乙為連帶保證人，向某丙借貸新台幣數萬元，未定返還期限，某丙未向某甲催告，逕向某乙訴請返還本金及利息，按某乙為連帶保證人，即屬民法第二百七十三條所稱之連帶債務人，某丙自得直接對之為返還之請求，且某丙既已對其起訴，亦應認其起訴為催告，且截至第二審言詞辯論之日止為時又逾一月以上，是其請求核與民法第四百七十八條之規定，並無不合。」另參照最高法院 45 年度台上字第 1426 號民事判決、最高法院 46 年度台上字第 386 號民事判決。

²⁴⁶ 楊淑文，前揭註 241，頁 37-39。相同見解參照王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務（下），國立中正大學法學集刊，第 8 期，2002 年 7 月，頁 7。

最高法院 76 年度台上字第 963 號民事判決：「在民法上無所謂連帶保證，實務上所謂之連帶保證，僅為喪失先訴抗辯權之保證而已，除此而外，仍不失其保證之性質。此種保證，雖債權人得逕向保證人為全部給付之請求，保證人不得提出先訴抗辯權，然保證人與主債務人之內部關係，不生民法第二百八十條所定內部分擔之問題，核與連帶債務之性質顯不相同，豈可將連帶保證與連帶債務混為一談。原審認連帶保證即為連帶債務，應無民法第七百五十三條規定之適用，所持法律上之見解，自有可議。」另參照最高法院 69 年度台上字第 2485 號民事判決、最高法院 88 年度台上字第 1169 號民事裁定。

²⁴⁷ 有學者指出連帶債務雖無保證之名，但實質上有擔保功能，即以各債務人之責任財產，為他

主從關係，性質上，債權人對於各連帶債務人享有獨立個別之債權，而非單一之債權，但其僅能享有一次受償之權利（參照民法第 274 條）²⁴⁸。蓋連帶債務人之一人給付，其他連帶債務人所負之債務亦因給付目的失其存在而隨同消滅。

債權人與個別債務人所發生之事由（例如時效消滅、免除債務），是否亦對其他債務人發生效力，應視其事由區別而論。於現行法下，分為「完全絕對效力事項」（民法第 274 條）、「限制絕對效力事項」（民法第 275 條至第 278 條）或「相對效力事項」（民法第 279 條）等。²⁴⁹

第三目 對內效力

此主要涉及連帶債務人間之求償關係，詳後述。²⁵⁰

第三款 不可分債務

第一目 意義

民法第 292 條：「數人負同一債務，而其給付不可分者，準用關於連帶債務之規定。」如數人負同一債務，且其給付內容不可分，且無法律特別規定或契約特別約定時，即屬「不可分債務」，例如：不當得利返還義務人有數人，且返還標的為特定物者。

所謂給付「不可分」是指如該給付標的經過分割，將導致給付價值減損或

債務人擔保債務之履行，甚至可謂勝過於保證債務，參照史尚寬，前揭註 238，頁 613；邱聰智著，姚志明修訂，新訂民法債編通則（下），二版，2014 年 2 月，臺北：自版，頁 237；孫森焱，前揭註 200，頁 862；劉春堂，前揭註 200，頁 257。

²⁴⁸ 楊芳賢，前揭註 239，頁 401。又如德國民法（BGB）第 421 條：「債權人得向連帶債務人之每一人請求全部之給付，惟債權人僅得受領一次之給付……」（Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist (Gesamtschuldner)……）關於債權人受領一次給付之情形是否均屬連帶債務，不無疑問，此為過往德國法上爭議真正連帶債務與不真正連帶債務之區分問題，詳細說明參照楊淑文，前揭註 241，頁 30-31。

²⁴⁹ 至學理上所謂之「不真正連帶債務（die unechte Gesamtschuld）」係指數債務人具有同一給付，本於個別之發生原因，對債權人各負全部給付之義務，因一債務人之給付，他債務人即同免責任。惟本文所討論之聯合承攬係數專業廠商與業主共同訂立一工程契約，必非屬個別發生原因或偶然競合之情形，兩者所涉及者甚有差距，故本文就此概念不多做介紹及討論。

²⁵⁰ 參照本文第五章 聯合承攬成員間之法律關係 第二節 內部請求 第二項 連帶債務之分擔 第一款 連帶債務之求償規定。

契約目的不達²⁵¹。此項不可分不但指客觀上不可分，亦包含雖客觀上可分，但基於法律規定或當事人意思而將其定為不可分。詳言之，關於給付是否可分，除當事人特約外，分為自然經濟上之可分性（natürliche wirtschaftliche Teilbarkeit），與法律上之可分性（rechtliche Unteilbarkeit）。就前者而言，自給付標的之自然狀態做觀察，亦即，給付標的在自然狀態下，現實的分割後，價值總和等於未分割前的價值，並且因分割而形成品質上相同的數個部分（gleichartige Partien），即屬可分；就後者言之，除就給付標的本身觀察外，尚需就當事人間之法律關係判斷，如因法律之特別規定，或當事人間之特殊牽連關係（主觀價值無損認定），自然意義上可分之標的，仍在法律上成為不可分。

252

第二目 對外效力

雖此等債務給付單一，但各債務人均獨立負全部給付之責任，各債務分別獨立，其時效個別進行、擔保個別存在、債務得個別承擔。又此等不可分債務在法律效果上準用連帶債務之規定。然而，不可分債務並不能準用民法第 273 條第 1 項「一部之給付」規定，債權人僅能請求其中一債務人或全體債務人為全部之給付，債務人亦僅得向債權人為全部給付，此為其給付本身不可分之性質使然²⁵³。於此，不可分債務特性在於一債務人得單獨為全部給付，若一債務人無法為全部給付，則屬協同債務²⁵⁴。由此可見，不可分債務之不可分係因其

²⁵¹ 最高法院 92 年度台上字第 2200 號民事判決：「按所謂可分之債，係指債之主體有多數，而以同一可分給付為標的，由數人分擔或分受其給付之債。所謂不可分之債，則指以不可分給付為標的，有多數當事人之債之關係而言。至給付是否可分，通常依給付標的之性質定之，給付標的之性質為可分者，原則上屬可分之債；給付標的之性質為不可分，或雖非不可分，惟若強為分割，於其價值不能無損，或當事人之意思表示，定為不可分者，均應認給付為不可分。」

²⁵² 王千維，公同共有債權之行使，月旦法學教室，第 160 期，2016 年 1 月，頁 66-68。

²⁵³ 最高法院 100 年度台上字第 1037 號民事判決：「按不可分之債務，依民法第二百九十二條規定，固準用連帶債務之規定，然不可分債務係多數債務人以不可分給付為標的之債務，因其給付為不可分，故各債務人必須負全部給付之義務，債務人既無從為一部給付，債權人亦無從請求一部給付，此與連帶債務之債權人得請求債務人為一部之給付者有所不同。」另參照史尚寬，前揭註 238，頁 657；林誠二，前揭註 238，頁 371；邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 262；孫森焱，前揭註 200，頁 918；劉春堂，前揭註 200，頁 327；楊芳賢，前揭註 239，頁 397；鄭冠宇，民法債編總論，四版，2021 年 8 月，臺北：自版，頁 356。

²⁵⁴ 史尚寬，前揭註 238，頁 657。

給付性質本身，若該給付變為可分，則成為可分債務。反之，於連帶債務，無論給付是否可分，各債務人之債務均以全部給付為其本來之內容，無民法第271條後段規定之適用。²⁵⁵

第三目 對內效力

不可分債務人間之求償關係，準用連帶債務規定（民法第280條至第282條規定）。

第四款 共有債務

第一目 分別共有債務

數人按其應有部分共負之債務，即屬「共有債務」。雖民法第831條係就債權方面立論，但學者多認債務亦可發生共有關係，此概念有獨立存在之意義²⁵⁶，例如：地上權之共有人所負之支付地租義務²⁵⁷。雖有主張共有債務之性質與不可分債務不盡相同，但部分見解認為得準用不可分債務之規定²⁵⁸。此等共有債務經分割後，即成為可分債務，共有人應有部分之互相移轉，同時構成債務承擔，應適用民法第301條規定，非經債權人之承認，對債權人不生效力。²⁵⁹

第二目 公同共有債務

依公同關係所成立之公同共有，依其所由成立之法律規定或契約定之。就公同共有之債務，原則上，以公同共有之財產清償，如有不足，可能變為連帶債務，或變為可分債務，均依法律²⁶⁰或契約定之。其內部分擔亦依公同關係之法律規定²⁶¹或契約約定。²⁶²

²⁵⁵ 史尚寬，前揭註238，頁615。

²⁵⁶ 林誠二，前揭註238，頁376；孫森焱，前揭註200，頁923；劉春堂，前揭註200，頁344-345。惟德國法上不承認共有債務之概念，相關說明參照黃立，前揭註238，頁629。

²⁵⁷ 又例如公司法第160條第2項：「股份共有人，對於公司負連帶繳納股款之義務。」

²⁵⁸ 孫森焱，前揭註200，頁923。主張準用不可分債務規定者，參照史尚寬，前揭註238，頁662。另有認為應視給付是否可分，類推適用可分債務或不可分債務之規定，參照鄭冠宇，前揭註253，頁331。

²⁵⁹ 孫森焱，前揭註200，頁923-924；劉春堂，前揭註200，頁345-346。

²⁶⁰ 例如民法第681條、第1153條第1項規定。

²⁶¹ 例如民法第677條、第1038條、第1153條第2項規定。

²⁶² 孫森焱，前揭註200，頁926；劉春堂，前揭註200，頁348-349。

第五款 協同債務

第一目 意義

學理及實務上尚承認法無明文之「協同債務（gemeinschaftliche Schuld）」的多數債務概念，又稱為「共同債務」。如給付之內容不但不可分，且性質上亦不可能依民法第292條準用第273條第1項規定，由債務人之一人為部分或全部給付，而需由全體債務人共同履行，始為符合債之本旨的給付。例如：營建廠商與數個土地所有人訂立合建契約，在特定範圍內之土地規劃建築房屋，如其中一土地所有人不協同履行，全部建築工程即不能進行²⁶³。是如在個案上有此特性存在，即排除準用連帶債務之規定。

第二目 對外效力

就協同債務人之債務不履行責任，學說認為，如一債務人之遲延、可歸責或主觀不能，除另有約定外，其他債務人亦同負責任，此為共同履行之絕對效力²⁶⁴，或有謂各債務人互負擔保責任（wechselseitig garantiemäßige Einstandspflicht）²⁶⁵。又如債權人對一債務人免除債務或請求權時效消滅，既該債務人債務消滅而無需履行，或因時效完成而得拒絕履行（民法第144條第1

²⁶³ 最高法院72年度台上字第2915號民事判決：「經上訴人與被上訴人等訂立大廈合建契約，既約定由被上訴人等分別提供坐落台北市大安區大安段一小段一至十三號土地，由上訴人出資興建大廈，其契約之標的，就被上訴人等而言，既以提供完整之大廈建築基地為其債務本旨，即係以不可分之給付為契約之標的，惟各債務人僅就自己負擔之部分，負履行之義務，並非得由債務人中一人，單獨為全部之給付。與不可分債務，固有不同。核其性質係屬協同債務。其多數債務人應分別就其分擔之給付協同履行，全部給付始克完成。」；最高法院87年度台上字第1676號民事判決：「查多數地主分別提供其土地，由建商出資興建大樓，須地主提供完整之大廈基地，建商始克興建整座大廈，惟各地主僅就自己負擔之部分負履行之義務，核其性質係屬協同債務，如部分地主因可歸責於己之事由，拒絕提供其土地，致合建行為無從完成，建商即非不得請求其賠償因此所受之損害。」另參照最高法院74年度台上字第2316號民事判決。

²⁶⁴ 楊芳賢，前揭註239，頁398。

²⁶⁵ 但不包含不影響給付利益之其他附隨義務違反情形，參照王千維，前揭註165，頁181-182。

詳言之，此處得與可分債務作比較。於可分債務之特性，各債務人之給付，並不承擔債權人同一給付利益無法完全滿足之風險，如債務人之一人發生給付不能等債務不履行等事由，對其他債務人不生影響，惟於協同債務之情形，各債務人之個別給付緊密結合，如一債務人發生給付不能等事由，具有結合關係之全體債務人需一併承擔債權人無法實現給付利益之風險，參照王千維，前揭註165，頁178-179。

項），則其他債務人均得依民法第 225 條第 1 項規定免除給付義務，乃基於協同債務需共同協力給付始能實現給付利益之性質而來。²⁶⁶

協同之債究竟為單一債之關係，抑或是多數債之關係。學說認為，應依當事人之締約目的及其他情狀而定，原則上應認係多數債之關係，數個債之關係間具有緊密結合之關係。債權人無從請求債務人之一人先為給付，各債務人無從單獨為清償等行為，自不發生對他債務人發生效力之絕對效力事項。²⁶⁷

第三目 對內效力

協同債務人之內部關係則應依當事人意思或協同行為性質定之。²⁶⁸

第二項 約定連帶工程債務

第一款 意義

當事人訂立承攬契約係在於完成一定之工作，承攬人完成工作（工程）為其主給付義務（民法第 490 條第 1 項）。就工程聯合承攬而言，業主並非只是期待各承攬成員完成各自工作範圍，而是以完成全部工作為適法、合乎債之本旨的債務履行，無論同業聯合承攬或異業聯合承攬，亦不論承攬工作性質上是否可分，承攬人完成工作之給付義務應非屬可分債務²⁶⁹。而聯合承攬人完成工作債務之法律性質，可見於政府採購法第 25 條第 2 項：「第一項所稱共同投標，指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為。」；共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款及規定：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：四、各成員於得標後連帶負履行契約責任。」亦即，各承攬成員須連

²⁶⁶ 王千維，前揭註 165，頁 179-180。

²⁶⁷ 孫森焱，前揭註 200，頁 928；劉春堂，前揭註 200，頁 351。另參照史尚寬，前揭註 238，頁 665-666。

²⁶⁸ 孫森焱，前揭註 200，頁 928。

²⁶⁹ 林誠二，前揭註 11，頁 111-112。

帶負履行完成工程工作之債務，不得僅完成自己部分之工作範圍，即主張已經履行債務。於日本聯合承攬契約範本、FIDIC 契約範本亦有類似規定²⁷⁰，可見約定聯合承攬成員負連帶履行契約之責任，屬於國際工程常見情形。對業主來說，以聯合承攬形態施作工作，亦是要求各承攬成員需互相溝通配合、順利施工，負擔工程工作界面管理之責任，以滿足工程整體性，甚至藉此縮短工期。

271

以下就此等約定之實質內容及目的，判斷是否符合連帶債務之成立要件。

第二款 多數之債關係存在

狹義債之關係（Schuldverhältnis im engeren Sinne）係指個別之給付關係，自得請求給付之一方當事人言，是為債權。自負有給付義務之一方當事人言，則為債務，例如民法第 348 條出賣人交付移轉標的物之義務。民法第 199 條第 1 項及第 309 條第 1 項「債之關係」即指狹義債之關係。廣義債之關係（Schuldverhältnis im weiteren Sinne）則包含多數債權、債務的法律關係，即多數狹義債之關係，民法第二編債之分則所稱各種之「債」即指此而言。例如於買賣契約中，出賣人有民法第 348 條交付移轉標的物之義務，買受人有民法第 367 條支付價金並受領標的物之義務。於買受人支付價金後，其狹義債之關係因民法第 309 條第 1 項消滅，但買賣契約仍繼續存在，須待各當事人均已履行基於買賣契約所生之一切義務時，此種廣義債之關係始歸於消滅，惟仍得作為

²⁷⁰ 日本特定建設工事共同企業体協定書（乙）第 10 条：「各構成員は、運営委員会が決定した工程表によりそれぞれの分担工事の進捗を図り、請負契約の履行に関し連帶して責任を負うものとする。」

FIDIC (YELLOW) 1.14 (a): "the members of the JV shall be jointly and severally liable to the Employer for the performance of the Contractor's obligations under the Contract." 另參照 FIDIC(RED)1.14(a), (SILVER)1.13(a).

²⁷¹ 若為土木與水電之聯合承攬，可避免界面施工之衝突；若為設計與建造之聯合承攬，得藉由併行作業以縮短工期，參照黃立，前揭註 25，頁 2 註 1。另參照蔡宗儻、黃冠雄、蔡哲安，前揭註 11，頁 41。

在臺北捷運木柵線 CC-350 標一案，係由聯合承攬團隊工作，但界面整合之管理與銜接係由業主負擔，因土木標廠商之延誤，導致機電標之馬特拉公司受有損害，並向臺北市捷運局請求 20 億左右之賠償，此例參照林誠二，前揭註 113，頁 73 註 20。

當事人保有給付的法律上原因。由此觀之，廣義債之關係猶如有機體（Organismus），得產生各種權利義務。²⁷²

從民法第 273 條及第 279 條規定可知，連帶債務屬於多數之債，但需強調的是，連帶債務屬於多數之債之關係，與聯合承攬情形乃訂立一個工程契約並無衝突。蓋此係於同一契約（廣義債之關係）下所形成之數個個別獨立債之關係（狹義債之關係），不可因有連帶債務（多數之債型態）的約定，而認有數個不同之工程契約存在。如同學者所強調，連帶債務發生原因之契約，可為一個契約，亦可為數個契約。²⁷³

曾有最高法院認為，就個案上之聯合承攬協議書約定「共同投標廠商之各成員對系爭工程全部之完成，負連帶履行契約責任」、「得標後，共同投標之各成員不得『相互轉讓』其因得標工程所發生之權利或義務，或將其權利或義務轉讓與第三者甚或退出共同投標」進而認為，各承攬成員分別與業主訂立工程

²⁷² 王澤鑑，前揭註 101，頁 5-6。

²⁷³ 吳尚寬，前揭註 238，頁 618。類似論述另參照王千維，前揭註 165，頁 158。

契約²⁷⁴。此係對聯合承攬法律關係²⁷⁵、債之關係意義之誤解，業如前述。

第三款 滿足業主之同一給付利益

連帶債務之結構乃數個個別獨立債之關係，並以滿足債權人之同一給付利益為目的。然於聯合承攬契約定有各承攬成員之工作範圍，成員就自己部分工作之履行，是否屬於滿足業主之「同一」給付利益，抑或是實為不同之給付利益（土木工程給付利益、機電工程給付利益），則有討論之空間。

文獻上多數學說認為，連帶債務等多數之債係以同一給付為標的，若給付之內容不同，即使約定債務人之一人給付，足以消滅他債務，仍非連帶債務，蓋在客觀上並非具有同一內容，無從成立連帶債務，例如：一債務人負金錢債務、一債務人負勞務債務²⁷⁶。惟有論者認為，民法第272條「同一債務」係同

²⁷⁴ 最高法院97年度台上字第901號民事判決：「按解釋契約，須探求當事人立約時之真意，而真意何在，應以過去事實及其他一切證據資料為斷定之標準，不能拘泥文字致失真意（本院十九年上字第四五三號判例參照）。又解釋契約固屬事實審法院之職權，惟其解釋如違背法令或有悖於論理法則或經驗法則，自非不得以其解釋為不當，援為上訴第三審之理由（本院八十三年台上字第二一一八號判例意旨參照）。查上訴人一再抗辯：系爭工程契約之各承包商（被上訴人及德寶公司等）就其各自負擔之水電、建築等工程部分，與其各有獨立之工程契約權利義務關係等語，並舉各成員各有承攬之工程、各自比例之契約總價及預付款金額，且就其分別提供之預付款還款保證及履約保證機制，得依各自完工之比例申請解除或發還等事實為據，此觀系爭工程契約附件即被上訴人與德寶公司等間訂立之投標協議書第五條第一款及共同投標協議要點第五點第四款，僅有共同投標廠商之各成員對系爭工程全部之完成，負連帶履行契約責任之語，卻於投標協議書第十二條及共同投標協議要點第十四點另約（訂）明：得標後，共同投標之各成員不得『相互轉讓』其因得標工程所發生之權利或義務，或將其權利或義務轉讓與第三者甚或退出共同投標。並由被上訴人與德寶公司等就各項工程填具工程標單分別出價（再加計總價）投標（一審卷第一宗一二一頁），其中水電工程之監造日誌承攬廠商欄原為被上訴人（德寶公司等共同承攬），停工後改載為德寶公司等共同承攬『代替』執行（同上卷四五四頁以下），暨包商備忘錄、會議記錄、邱○吉建築師事務所函等件之記載，似見德寶公司等係為因應被上訴人停工，始『暫時』分擔『代替』其工作，經（監造）建築師認無專業水電施作已影響品質，迭次催促積極辦理合格替代水電業者進場等事宜（同上卷六一七至六二三頁）；則系爭工程契約約定各承包商應負連帶履行契約責任，究係各承包商就全部契約（不分工程項目）均承攬施作，負全部施工之責任？抑或各承包商係分別承攬施作各自負擔之工程部分，並就其他共同承包商負責施作工程部分負連帶履行契約之責任？尚非無疑，自有釐清之必要。」乃原審未就系爭工程契約之內容通盤加以推敲細究，徒以被上訴人與德寶公司等應就系爭工程契約負連帶履行責任，即認上訴人所為各承包商就其各自承攬施作部分工程與上訴人間有獨立工程契約關係之抗辯為不可採，率以嗣聯關公司承接續行施作被上訴人負責之水電工程已依限完工驗收，而為被上訴人無違約或債務不履行情事，上訴人應將系爭保證金返還之論斷，自嫌疏略，於法難謂無違。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。」

²⁷⁵ 本文第二章 聯合承攬之內涵 第三節 聯合承攬契約 第三項 聯合承攬契約之態樣。

²⁷⁶ 胡長清，中國民法債編總論，二版，1968年6月，臺北：台灣商務印書館出版，頁444；王伯琦，民法債編總論，三版，1968年10月，臺北：國立編譯館出版，頁234；陳猷龍，民法債

一目的之債務，而非同一給付內容之債務，如為不同給付內容，但其中一債務人之全部給付，可使其他債務人免其責任者，即有共同目的存在，仍不妨成立連帶債務，例如：一債務人給付內容為 10 瓶啤酒、另一債務人給付內容為 100 元。更有甚者，給付之方法及型態更無須同一，例如：各債務得有不同之期限或附有不同之條件²⁷⁷。另有學者提及，給付標的不同之各債務，若皆在於滿足債權人之同一給付利益時，在符合其他成立要件下，仍得成立連帶債務，例如：數賠償義務人以回復原狀或金錢賠償方式，滿足賠償權利人同一損害賠償之利益²⁷⁸。於聯合承攬之情形，雖各承攬成員內部之工作範圍不同，但對外仍係各負全部給付之責任，亦即，全體承攬成員對業主所各負之債務內容均為完成「全部工程」，其各自給付內容、目的同一，與前述學說見解並無衝突。例如：一承攬成員完成土木之工程項目，僅為履行其一部給付而已，完成整個工程始為其全部給付內容。至於聯合承攬成員約定各自之工作範圍，僅為其內部如何分擔之問題。

學說上有認為，連帶債務之給付內容性質上需得由他人代為給付或履行始可，若不具有可替代性，例如多數演員必須同場演出，性質上不能成立連帶債務²⁷⁹。本文認為，上舉多數演員共同演出之例，係多數債務人之履行應由全體共同履行，債務人之一人無法為全部給付，此屬協同債務之特性。而於連帶債務中，全體債務人對債權人各負全部給付之責任，應無須要求連帶債務人間具有履行上之可替代性。於聯合承攬之場合，縱負責土木標之成員，實際上無法替代機電標之成員履行機電部分工程，各成員仍係對業主各負完成全部工程之責任，特定成員因專業工程技術或營業資格之欠缺而無法親自履行其他成員所負責之部分工程，但非不可透過民法第 224 條履行輔助人之分包方式完成該部

²⁷⁶ 編總論，四版，2005 年 10 月，臺北：五南出版，頁 272；孫森焱，前揭註 200，頁 862-863；劉春堂，前揭註 200，頁 258-259。

²⁷⁷ 史尚寬，前揭註 238，頁 616-617。

²⁷⁸ 王千維，前揭註 165，頁 188；黃立，前揭註 238，頁 599。

²⁷⁹ 劉春堂，判解民法債編通則，六版，2010 年 9 月，臺北：三民出版，頁 334。

給付，故應無礙連帶債務之成立。

就此，另有學者提及，於異業聯合承攬，各承攬成員均對業主負連帶履行責任，但任一成員因財務發生困難等無法進場或中途停止施作，其他廠商不具備相關專業資格，無法代為履行，本質上為部分工程無法施作所導致逾期罰款的違約問題。惟聯合承攬契約常約定，應由剩餘之承攬成員於一定期限內，尋覓適當之廠商成為聯合承攬成員，解決施工的困境。至於同業聯合承攬則不會有不具備相關專業資格之問題，自然可以代為履行²⁸⁰。臺灣高等法院高雄分院97年度重上更（一）字第12號民事判決：「依共同投標協議要點第5點第6款所訂：『成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓其他成員承受』，及共同投標協議書第14條第5款約定（即共同投標人之內部約定）：『履約及保固：任一成員因故無法履約（含保固期間），造成需另覓廠商承接所有權利與義務時，其增減之費用應由其餘成員共同平均承受』，可知異業承攬人間雖無法親自代替共同投標人履行契約，但依上開規（約）定，既得另覓其他成員承受其權利義務，以代為履約，使整體工程得以依限完成，即屬『連帶履行契約責任』之行為，並無上訴人所指事實上不能代為履約之情形，充其量，在共同投標人間內部關係上，應共同負擔因此所生增減之費用而已，對定作人而言，並不生任何影響。準此，在異業聯合承攬，各成員亦能連帶負履行契約責任，上訴人所為異業承攬人間專業各有不同，自無代為履行契約之可能等語，即非足採。」另有論者指出，連帶債務之履行，應注意是否符合法令上限制，若某一具有營造業資格之成員破產時，其他成員欲履行連帶責任，亦應具備營造業資格始可，否則僅得覓得具有資格之第三人承擔契約權利義務。²⁸¹

從而，於異業聯合承攬之情形，雖因專業工程技術或施工資格之欠缺等事實上因素，而無法單獨完成工程之「全部」，仍無礙連帶債務之成立，各承攬成

²⁸⁰ 黃立，前揭註183。

²⁸¹ 謝哲勝、李金松，前揭註67，頁92。

員仍負全部給付之義務，滿足業主之同一給付利益。為解決此等事實上無法履行之困境，聯合承攬契約常訂有契約承擔條款（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款），當一承攬成員因故無法繼續履行契約時，其他成員無力履行該成員之工作部分，對此雖同負給付義務，但可透過契約承擔條款，由第三人加入聯合承攬並履行該部分之工作，以解決其他成員事實上無法履行該部分工作之困境²⁸²。總之，契約承擔條款對於異業聯合承攬之連帶債務而言，至為重要，屬於聯合承攬契約之重要條款設計。

第四款 承攬成員各負全部給付義務

由民法第 273 條可知，各連帶債務人之債務均以全部給付為內容。針對實務見解對於連帶債務之狹隘理解，學者認為，連帶債務之成立，以法律有規定者為限，解釋上應指「法律明文規定數債務人應對債權人各負全部給付之責任者」，而非「法律明文規定數債務人應連帶負責」，蓋民法第 272 條是承繼第 271 條而來，數人明示或法律規定各債務人應負全部給付之責任時，即為連帶債務，否則數債務人之給付未平均分擔而應全部給付，又無其他之求償依據，將發生先給付之債務人需終局負責的不公平結果，是限縮民法第 272 條連帶債務之成立，不符立法者之原意。²⁸³

上開政府採購法、共同投標辦法及實務常見之聯合承攬協議書均規定或約定「連帶負履行契約責任」等文字，即意在成立連帶債務，當無可疑。詳言之，各承攬成員之工作內容不同（尤其於異業聯合承攬之情形），各該給付於自然經濟意義上似具有可分性，但因透過當事人之特約，使其變為不可分，且使承攬成員各負全部給付之債務。就民法第 271 條與第 272 條之體系觀察，此時

²⁸² 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第五節 契約承擔。

²⁸³ 楊淑文，前揭註 241，頁 32-33。另參照王千維，前揭註 165，頁 189-190。最高法院 87 年度台上字第 1322 號民事判決：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。民法第二百七十二條第一項定有明文。故祇須數債務人就同一債務明白表示對於債權人各負全部給付之責任者即為連帶債務人，至契約當事人之稱謂有無表明為『連帶債務人』，與連帶債務是否成立無關。」

即無民法第 271 條補充規定之適用，應成立連帶債務。

第五款 業主僅能受領一份給付

於多數債務人之關係中，債權人是否僅得受領一份給付，應依契約目的或法規範意旨而定。於聯合承攬關係中，雖承攬成員各對業主負全部給付之債務，但基於此等聯合承攬契約之目的，業主僅得受領一個完成工程之給付利益，此與個別之債單純聚合（kumulierte Schuld），在於滿足同一債權人相同給付利益，進而形成給付重疊（Kumulation von Leistungen）之情形不同²⁸⁴。故就此而言，符合連帶債務之特性。

第六款 承攬成員負同一債務

學說認為，連帶債務以債權人僅得受領一次給付與各債務屬於同一層次為必要條件，亦即，雖數債務人為滿足債權人之同一給付利益而負擔全部給付之債務，債權人僅能受領一份給付，且尚須各債務人屬於相同階層之債務，始構成連帶債務之關係²⁸⁵，即上述提及德國法之同一階層理論（Stufentheorie）。若非同一階層者，則僅為終局性債務（主要債務）與暫時性債務（補充債務）之關係，而不發生民法第 281 條求償關係。

基於同一之聯合承攬契約，各承攬成員所負之工作債務係居於平等地位而為履行，並無從屬或補充之關係，應認屬同一階層之債務（Gleichstufigkeit），且皆在滿足業主工程之完成，具有同一經濟上之目的，各承攬成員屬於工程完成債務之共同履行體（Erfuellungsgemeinschaft），應可斷言。此時，連帶債務之債權人即業主，享有多數債權，而得對各承攬成員請求一部給付或全部給付，且業主之多數債權具有法律上之關聯性（die rechtliche Verbindung）²⁸⁶，僅得受

²⁸⁴ 關於同一債權人個別之債單純聚合，參照王千維，前揭註 165，頁 171-173；黃立，前揭註 238，頁 599-600。

²⁸⁵ 王千維，前揭註 165，頁 193。

²⁸⁶ 此處所稱法律上關聯性是指一債權效力影響及於其他債權，參照楊淑文，前揭註 241，頁

領一次工程完成的給付。

部分實務認為，聯合承攬成員負共同「連帶保證履行契約」之責任，例如最高法院 108 年度台上字第 30 號民事判決（維持原審）：「上訴人與被上訴人訂立 A 案契約，共同承攬上開工程，負共同連帶保證履行契約之責任……²⁸⁷」惟如前所述，多數學說認為連帶債務與連帶保證不同，且聯合承攬成員係就同一工程契約所生之債務負連帶責任，而保證情形則係有不同之法律關係（主契約、保證契約）存在，其法律性質顯有不同。何況，聯合承攬成員間有參加比例作為其內部分擔，與保證人有完整之求償及承受權（參照民法第 749 條規定）情形不同。相同結論參照臺灣高等法院臺中分院 107 年度建上字第 2 號民事判決：「雖系爭共同投標協議書第 6 條第 3 項記載：上訴人與○○公司就承攬工作範圍，『共同連帶『保證』負責履行並完成契約書內容』等語。然按解釋意思表示，應探求當事人之真意，不得拘泥於所用之辭句。民法第 98 條定有明文。復按解釋當事人所立書據之真意，以當時之事實及其他一切證據資料為其判斷之標準，不能拘泥字面或截取書據中一二語，任意推解致失真意（最高法院 19 年上字第 28 號判例意旨參照），故難僅憑上訴人與○○公司於系爭共同投標協議書第 6 條第 3 項約明其 2 人就承攬工作範圍，『共同連帶『保證』負責履行並完成契約書內容』，即遽認其 2 人就系爭工程係互負連帶保證之責。……，足見上訴人與○○公司就系爭工程為共同承攬人，應連帶負履行契約之責任，上訴人並非○○公司之連帶保證人甚明。是以，上訴人與○○公司就系爭工程，應依政府採購法第 25 條第 2 項及民法第 272 條第 2 項規定，對中水局連帶負履行契約之責任。……本件上訴人與○○公司既就系爭工程為共同承攬人，應連帶負履行契約之責任，則上訴人以共同承攬人身份依債務本旨就系爭工程完成保固修繕完竣時，上訴人與○○公司對外與中水局間就此部分債之關係即已消滅，從屬

11。

²⁸⁷ 相同論述另參照臺中地方法院 107 年度建字第 152 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度建上易字第 20 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 107 年度建上字第 36 號民事判決。

於該債權之相關權利亦歸消滅，自不生上訴人得繼受中水局之權利及以自己名義代位行使債權之問題。況上訴人並非○○公司之連帶保證人，亦無從依民法第 749 條規定，承受中水局對於○○公司之任何債權或其他權利。」

第七款 小結

綜上所述，依據聯合承攬協議書之約定，聯合承攬成員之工程債務，屬於民法第 272 條之連帶債務。須補充的是，依民法第 273 條規定，連帶債務之債權人得以任意方式請求各連帶債務人為給付，但被請求之債務人，不得以尚有其他債務人為由，而拒絕給付²⁸⁸，蓋連帶債務人對債權人各負全部給付之責任。惟德國法上有認為，債權人雖得自由選擇請求各連帶債務人為給付，但如債權人明知連帶債務人之一人給付能力最為單薄，對其請求為全部給付，將造成該債務人最大之傷害，則可能違反民法第 148 條第 1 項禁止權利濫用原則，此為連帶債務之債權人的適當斟酌義務（zur Ruecksichtnahme）²⁸⁹。債權人須適當考量連帶債務人之利益，不得濫用民法第 273 條自由選擇請求給付之權利。據此，於聯合承攬之情形，業主如無正當理由逕向參加比例甚低，或不具該工程項目專業之承攬成員（例如：業主請求機電標成員履行土建標工程項目），即可能構成權利濫用。

第三項 未約定連帶債務之處理

雖實務上多數聯合承攬契約均有約定連帶債務，但文獻上有討論：如個案中工程契約未明確約定完成工作之給付義務為連帶債務時，其給付義務應如何定性？討論如下。

²⁸⁸ 邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 238；孫森焱，前揭註 200，頁 867；鄭冠宇，前揭註 253，頁 338。

²⁸⁹ 黃立，前揭註 238，頁 603。

第一款 法定連帶債務之疑義

首先，民法第 272 條：「數人負同一債務，明示對於債權人各負全部給付之責任者，為連帶債務。無前項之明示時，連帶債務之成立，以法律有規定者為限。」是連帶債務需有當事人明示約定或法律有規定者，始可成立。於本文所設定之情境下，既契約未約明，即非民法第 272 條所稱之當事人明示約定，則是否有可能以法律規定，將聯合承攬之完成工程工作債務定性為連帶債務？在此討論者係指上開政府採購法第 25 條第 2 項：「第一項所稱共同投標，指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為。」；共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款規定：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：四、各成員於得標後連帶負履行契約責任。」均提及聯合承攬成員有連帶履行契約（完成工作）之債務，得否以此作為民法第 272 條第 2 項所稱之「法律有規定」²⁹⁰。實務上有據此條文認為此屬「法定」連帶債務²⁹¹，依此見解，共同投標所為之聯合承攬，不論當事人有無特別約定，承攬成員之工程給付義務必為連帶債務。

本文認為，此等規定僅係揭示於政府採購採行共同投標者，招標機關應於私法契約中使各投標廠商負連帶履行責任，避免廠商各自履行、各自主張，有礙政府採購之效率與品質，此仍屬當事人於契約明示約定連帶債務之態樣，不

²⁹⁰ 關於以法律規定成立連帶債務者，例如民法第 28 條、第 188 條、第 305 條、第 681 條、第 748 條或公司法、票據法等特別法規定，均係為保護特定債權人而設。

²⁹¹ 臺灣高等法院高雄分院 95 年度重上字第 60 號民事判決：「按所謂共同投標，係指兩家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為。共同投標廠商，應於投標時檢附共同投標協議書。政府採購法第 25 條第 2 項、第 5 項分別定有明文。則所謂共同投標承攬，即係指由兩家以上之廠商共同具名投標並簽約承攬，且就該承攬契約所訂之工作負連帶履行責任而言。衡其規範之意旨，係為使各投標廠商間因共同投標及連帶履行之約定而得以充分溝通協調施工順序並控管進度，不致發生因各別承攬之廠商無法配合而影響施工，甚至定作人於各別廠商無法履約時須再次發包之困擾。可見共同投標承攬契約係命各共同投標廠商間應就該承攬契約所定之工作均負全部履行之責任，而具有法定連帶債務之性質（民法第 272 條參照）。」此部分為最高法院 97 年度台上字第 901 號民事判決所維持。

宜以保護政府採購公共利益等理由，將上開規定本身解為民法第 272 條第 2 項所稱之「法律有規定」而成立連帶債務，以免破壞連帶債務成立之慎重性。²⁹²

第二款 協同債務之成立

於此等未約定或規定連帶債務之情境下，聯合承攬成員之完成工程工作債務並非連帶債務，則其定性尚可能解釋為：(1)不可分債務、(2)共同共有債務、(3)協同債務。學說認為，於(1)，依民法第 292 條準用同法第 273 條債權人任意請求給付規定，業主得選擇請求一債務人為全部給付，顯然與承攬成員各自完成自己工作部分情形有別；於(2)，除非將聯合承攬體解為合夥事業，否則難有何等共同關係成立之；於(3)，雖聯合承攬工作之完成係屬不可分給付之標的，但須全體承攬成員各自完成工作範圍，始能達到工程契約之給付目的，單一成員無法獨自履行全部工作債務，業主亦不得請求單一成員為全部給付，故應屬「協同債務」之性質。至於一承攬成員未履行債務所生之債務不履行責任，非不能由其他成員承擔，則應視工程契約中有無約定連帶債務或擔保責任而定。就政府採購法及其子法、營造業法等規定聯合承攬成員應共負工程契約責任而言，原則上應認聯合承攬成員有就其他成員之履約，負有擔保責任的默示合意，以符合聯合承攬法律關係成立之本質，是協同債務之債務人應就其他債務人之債務不履行，同負其責。²⁹³

本文主張，聯合承攬體屬於合夥事業，是基於此等共同共有關係所生之共同共有債務，其性質應依法律或契約等定之。既法律未有規定、契約未約定該債務之性質，則應依其債務內容為定性。於聯合承攬關係中，各承攬成員基於同一法律原因（同一工程契約）對於同一債權人各負擔一部之工作給付義務

²⁹² 如同學者提到立法者將連帶債務之成立限於當事人明示或法律明文規定，乃基於保護債務人之目的，參照楊淑文，前揭註 241，頁 28。

²⁹³ 林誠二，前揭註 11，頁 112、115。類似看法參照孫森焱，前揭註 200，頁 927-928 提及：「……營造廠商同時與木匠、泥水匠、鐵工匠等訂立契約，建築房屋時，為債務人之木匠、泥水匠與鐵工匠等間並無合夥關係。以上各例，其債務人均應分別就其分擔之給付協同履行，全部之給付始得完成。」同例參照劉春堂，前揭註 200，頁 351。

(例如：一廠商負責土木、一廠商負責機電等)，且各承攬成員之單獨給付無法達到一部之給付利益，而屬給付不可分。各承攬成員本身亦無法履行全部之給付²⁹⁴，而需由全體承攬成員之共同協力，債權人之給付利益始能獲得滿足，故承攬成員之工程工作債務應屬「協同債務」。此與民法第 681 條合夥債務之債權人權利行使要件無涉。²⁹⁵

第四項 連帶債務之內容範圍

政府採購法第 25 條第 2 項所稱「連帶負履行採購契約之責」、共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款所稱「連帶負履行契約責任」究竟所指為何？涉及承攬成員之連帶債務內容。多數見解認為此項連帶債務之範圍，除完成工程工作之主給付義務外，尚包含債務不履行責任、瑕疵擔保責任、保證金繳納責任、驗收後保固責任等²⁹⁶。實務見解亦同。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決：「本件業經前審認定皇廷公司與參加人當時僅完成全部工程之 48.97%，尚有 51.03% 尚未完工，共同投標廠商對於系爭統包工程既負有連帶責任，因此於皇廷公司遭終止契約後，即須由參加人等 2 人對系爭工程之完工負連帶責任，包含就皇廷公司未履行完畢之工程及所衍生相關違約、遲延、瑕疵等事項，均須對被上訴人負連帶責任²⁹⁷」又如臺灣高等法院臺中分院 106 年度建上易字第 31 號民事判

²⁹⁴ 即使於同業聯合承攬之情形亦同。蓋縱數廠商間具有相同之專業技術及能力，但一廠商事實上仍無法獨自全部履行給付，否則其大可選擇單獨承攬、獨獲利益，而無需聯合其他廠商共同承攬。

²⁹⁵ 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第一節 法律性質 第五項 本文見解 第二款 承攬成員之工程契約債務。

²⁹⁶ 謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務—兼論政府採購法，四版，2018 年 9 月，臺北：翰蘆出版，頁 430。另參照林誠二，前揭註 11，頁 115；謝哲勝、李金松，前揭註 67，頁 89–90。又例如日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 18 条：「当企業体が解散した後においても、当該工事につきかしがあつたときは、各構成員は共同連帶してその責に任ずるものとする。」

實務上發生工程施工鄰損問題，此時，聯合承攬成員就鄰損負連帶責任係基於民法第 184 條、第 185 條過失共同侵權行為之規定，非屬聯合承攬協議書所稱之連帶債務（例如臺北地方法院 100 年度重訴字第 33 號民事判決一案）。

²⁹⁷ 此部分見解為最高法院 106 年度台上字第 704 號民事判決所維持。

決：「按機關得視個別採購之特性，於招標文件中規定允許一定家數內之廠商共同投標。前項所稱共同投標，指二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為，政府採購法第 25 條第 1 項、第 2 項定有明文。復按，因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償，亦為民法第 495 條第 1 項所明定。查世泰公司與隆程公司於 90 年 6 月 11 日簽訂系爭協議書，雙方約定共同投標承攬系爭工程，其中土木建築工程由世泰公司施作，水電工程則由隆程公司施作，並於第 6 條約定雙方於得標系爭工程後，連帶負履行契約責任。嗣世泰公司與隆程公司並於得標後，於 90 年 6 月 20 日共同與大同高中簽訂系爭工程合約，該合約第 21 條第 8 項並約定因可歸責於乙方之事由，致履約有瑕疵者，大同高中得請求損害賠償，……，足認隆程公司承攬施作之工作具有瑕疵，且係可歸責於隆程公司之事由所致，則大同高中揆諸上開規定及約定意旨，自得請求世泰公司及隆程公司連帶負損害賠償責任。……，衡諸政府採購法第 25 條第 2 項規定及系爭協議書第 6 條前段約定之意旨，隆程公司仍應與世泰公司連帶負履行契約責任，而連帶負債務不履行之損害賠償責任。是隆程公司執此以為拒絕給付之論據云云，於法即難謂有據。」²⁹⁸

另有文獻指出，就此連帶債務之內涵包含：成員有破產等事由而無法繼續履行契約時，應其他成員繼受其工作，或覓得其他專業廠商繼續履行（指共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款）。本文認為，由其他成員繼續履行其工作，本為連帶債務人各負全部給付責任之內涵，並無「繼受」可言。至於覓得其他專業廠商繼續履行該工作，則屬契約主體之更易，乃契約承擔之問題，非連帶債

²⁹⁸ 其他實務見解參照彰化地方法院 99 年度建字第 17 號民事判決、臺中地方法院 102 年度建字第 108 號民事判決、士林地方法院 103 年度建字第 23 號民事判決、臺北地方法院 104 年度建字第 449 號民事判決、花蓮地方法院 106 年度建字第 17 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 101 年度建上字第 40 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 105 年度建上更（一）字第 9 號民事判決、臺灣高等法院 107 年度建上字第 64 號民事判決。

務所能涵蓋。

◆ 聯合承攬成員之約定連帶債務範圍



行政院公共工程委員會認為，以共同投標方式得標廠商的連帶履行責任，不影響工作之分包，各承攬成員仍得依政府採購法第 67 條規定，將其工作分包予其他非成員之專業廠商²⁹⁹，此即指民法第 224 條之履行輔助人，承攬成員應承擔利用分包商履行債務所生之風險。須強調的是，於分包後，分包商與承攬成員間對業主並不負連帶債務，分包商與業主間無契約關係存在，聯合承攬契約所指之連帶債務係指承攬成員間之連帶，不及於分包商。

臺灣高等法院臺中分院 105 年度建上字第 37 號民事判決：「由二位以上之廠商共同投標之聯合承攬契約與工程契約分包不同，前者，乃二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名或指派代表人簽約，連帶負履行採購契約

²⁹⁹ 行政院公共工程委員會 88 年 6 月 23 日（88）工程企字第 8808390 號函：「以共同投標方式得標之廠商，得依『政府採購法』第六十七條之規定分包予其他廠商。」

之責。後者，承攬之當事人未變更，由其自行分包與下包廠商，下包廠商與契約上之承攬人對定作人不負連帶責任。」

第二節 債務不履行與契約解消

第一項 債務不履行

民法第 279 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。」除第 274 條至第 278 條所列舉之情形，或當事人特約外，其餘有關連帶債務人之一人所為或所生之事項，皆僅具相對效力，本條乃除外式之概括規定，而非列舉之規範模式。其相對效力之事項包含請求、時效中斷、給付不能、給付遲延等。其中，給付不能、給付遲延之情形，如何對連帶債務關係產生影響，涉及聯合承攬成員發生債務不履行時，應如何處理，分述如下。

第一款 工程完成義務之不履行

第一目 嗣後客觀不能

於連帶債務之嗣後客觀不能，本質上必然涉及各連帶債務人間債務發生互相影響之絕對效力³⁰⁰。亦即，承攬成員之各債務均因客觀不能而免給付義務（民法第 225 條第 1 項）。

若於聯合承攬契約成立後，承攬給付之內容，因工程營建法規修訂或其他客觀情形等因素，致客觀上工程一部或全部不能進行或完工時，全體承攬成員均無法履行實現該工作給付，應依民法第 225 條第 1 項規定，全體成員免其給付義務。

第二目 嗣後主觀不能

關於連帶債務嗣後主觀不能之認定，學者認為，依民法第 273 條規定，連帶債務之債權人有多重選擇之給付請求權，即使一連帶債務人有給付不能之情

³⁰⁰ 王千維，前揭註 165，頁 207；楊芳賢，前揭註 239，頁 413 註 43。

事，債權人亦不得以此為由，主張該給付已屬不能³⁰¹。實務見解亦同。³⁰²

如前所述，依政府採購法第 25 條第 2 項及共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款所定共同投標協議書，各聯合承攬成員均負連帶履行之責任。實務見解認為，除法律另有規定或契約另有訂定外，無論工程之全部或某特定部分，須全體承攬成員均無法履約時，始可謂構成給付不能。若僅單一成員無法履行其承攬工作時，若該部分工作對其他成員並非不能，難認構成給付不能。若謂單一承攬成員無法履行其工作債務時，該成員之違約情事即已確定，則與單獨投標承攬之效果相同，將失去聯合承攬成員負連帶債務之意義。從而，於聯合承攬之契約架構下，是否有給付不能之情事應以全體承攬成員是否均無法依約給付為認定依據。

臺灣高等法院高雄分院 95 年度重上字第 60 號民事判決：「按所謂共同投標，係指兩家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名簽約，連帶負履行採購契約之責，以承攬工程或提供財物、勞務之行為。共同投標廠商，應於投標時檢附共同投標協議書。政府採購法第 25 條第 2 項、第 5 項分別定有明文。則所謂共同投標承攬，即係指由兩家以上之廠商共同具名投標並簽約承攬，且就該承攬契約所訂之工作負連帶履行責任而言。衡其規範之意旨，係為使各投標廠商間因共同投標及連帶履行之約定而得以充分溝通協調施工順序並控管進度，不致發生因各別承攬之廠商無法配合而影響施工，甚至定作人於各別廠商無法履約時須再次發包之困擾。可見共同投標承攬契約係命各共同投標廠商間應就該承攬契約所定之工作均負全部履行之責任，而具有法定連帶債務之性質（民法第 272 條參照）。則共同投標廠商與定作人間之權利義務，除法律另有規定或契約另有訂定外，自應於共同投標廠商均無法依約給付時（無論工

³⁰¹ 邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 238。相同見解參照王千維，前揭註 165，頁 209。

³⁰² 最高法院 95 年度台上字第 1502 號民事判決：「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，民法第二百七十三條第一項定有明文，故確定判決如就同一債務命數債務人連帶履行者，債權人得專對債務人中之一人或數人，請求為全部給付之履行。反之，數連帶債務人中之一人或數人亦得依債之本旨提出全部給付，即使其他連帶債務人有給付不能情事，債權人亦不得以此為由，而謂該連帶債務係給付不能。」

程之全部或某特定部分），始符合債務不履行（給付不能、給付遲延或不完全給付）之要件。若僅共同投標廠商中之單一廠商無法履行其承攬之工作時，其工作既應由其他共同投標廠商依法負履行責任，除非其他共同投標廠商就該部分亦無法履行，否則，就共同投標所承攬之契約而言，其他負連帶履行責任之共同投標廠商既可代為給付並履行完畢，即難認已達債務不履行之程度。何況若謂單一廠商之無法履行其承攬義務時，該廠商之違約情事即已確定，則與單獨投標承攬之效果相同，又何須以共同投標之方式為之。故在共同投標承攬之契約架構下，是否有債務不履行之情事應以全體共同投標廠商是否均無法依約給付為認定依據，此即為共同投標承攬規定法定連帶債務之意旨所在。³⁰³」

第三目 紿付遲延

債權人對連帶債務人之一人請求履行債務，性質上為民法第 279 條相對效力事項，其效力不及於其他未被請求之連帶債務人³⁰⁴，蓋我國民法從於德國民法，而非法國或日本民法履行請求發生絕對效力。³⁰⁵

準此，聯合承攬成員是否構成給付遲延，應區分契約之給付有無確定期限。如無確定期限，業主向承攬成員之一人請求施工給付，卻未為施工，由於此時並非向數成員或全體成員請求給付，僅該成員構成給付遲延（民法 229 條第 2 項）；如給付定有確定期限，於該期限屆至，全體承攬成員仍未給付時，全體成員均構成給付遲延（民法 229 條第 1 項）。

³⁰³ 此部分為最高法院 97 年度台上字第 901 號民事判決所維持。

³⁰⁴ 黃立，前揭註 238，頁 611。另參照臺灣高等法院臺中分院 108 年度上易字第 55 號民事判決：「按給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。其經債權人起訴而送達訴狀，或依督促程序送達支付命令，或為其他相類之行為者，與催告有同一之效力。民法第 229 條第 2 項定有明文。而就連帶債務人中之一人所生之事項，除前 5 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，民法第 279 條定有明文；本件對於連帶債務人間關於遲延責任並無約定，而民法第 274 條至第 278 條亦未就連帶債務人應負遲延責任有所規定，故依民法第 279 條規定，於連帶債務關於債務人應負遲延責任時間之計算應分別為之。」

³⁰⁵ 吳尚寬，前揭註 238，頁 629–630。

第二款 損害賠償與違約金責任

於連帶債務之嗣後客觀不能情形，應視個別承攬成員就其不能情形是否具有可歸責事由，分別適用適用民法第 225 條第 2 項、第 226 條等規定，蓋此等次給付義務之關係僅有相對效力（即各連帶債務人分別而論）³⁰⁶。於連帶債務之嗣後主觀不能情形，有學者指出，一連帶債務人之給付不能，對其他債務人而言僅屬一種事變，其給付不能效力不及於其他債務人，僅具相對之效力。若給付不能僅可歸責於該債務人，即僅該債務人需負民法第 226 條之損害賠償責任，如該債務人為賠償時，其他債務人亦得免其債務。如為全部債務人給付不能且不可歸責，全體債務人之債務歸於消滅（民法第 225 條第 1 項），若給付不能係可歸責於全體債務人，全體均應就民法第 226 條損害賠償負連帶債務。³⁰⁷

於連帶債務之給付遲延情形，如給付未定有確定期限，僅一債務人受履行請求而構成給付遲延（民法第 229 條第 2 項），進而負民法第 231 條遲延損害賠償等遲延責任，與其他債務人無關，此乃相對效力之故。如其他債務人嗣後為履行，則遲延給付之該債務人亦免其債務，但就已經發生之遲延損害，仍應負損害賠償責任。如給付定有確定期限，於該期限屆至時，全體債務人仍未為全部給付而陷於遲延，如可歸責全體即應同負給付遲延之債務不履行責任。

固然依上開說明，給付不能或給付遲延為連帶債務之相對效力事項，即不履行連帶債務所生之損害賠償責任，僅發生於該違約債務人與債權人間，而與其他連帶債務人無關。於聯合承攬關係中，如認連帶債務之範圍僅指工程完成義務（民法第 490 條第 1 項），則一承攬成員違反該項義務所生之損害賠償或違約金，因相對效力而不及於其他承攬成員。惟多數實務及學說見解認為，聯合承攬所約定之連帶債務範圍，除完成工程之給付義務外，尚包含損害賠償責任、違約金責任、瑕疵擔保責任等³⁰⁸。此時，既損害賠償及違約金本身亦為連

³⁰⁶ 王千維，前揭註 165，頁 207-208。

³⁰⁷ 史尚寬，前揭註 238，頁 630-631；孫森焱，前揭註 200，頁 878。

³⁰⁸ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第一節 承攬成員之給付義務 第四項 連帶債務之內容範圍。

帶債務，則無上開相對效力可言，一承攬成員所生之損害賠償或違約金責任，無論其他成員有無違約事實，亦應負連帶清償責任。例如機電標之成員發生不履行之情事，土建標之成員就該機電工程之部分，亦連帶負損害賠償責任，至於土建工程之部分未有不履行情事發生，則不受影響，亦即此時僅發生部分不履行之違約責任，如機電標成員就該部分為賠償時，土建標成員就該部分亦可同免賠償責任（民法第 274 條）。須強調的是，依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，就聯合承攬成員所負之損害賠償或違約金債務，屬於執行合夥事務所生之債務，依民法第 681 條規定，應先以聯合承攬財產為清償，如有不足，始得命承攬成員以個人財產負連帶清償責任。³⁰⁹

第三款 建忠停業案

第一目 案例事實

建忠機電股份有限公司（下稱原告），與德寶營造股份有限公司（下稱德寶公司）、耿揚工程有限公司（下稱耿揚公司）、常保工程有限公司（下稱常保公司）就被行政院國軍退除役官兵輔導委員會高雄榮民總醫院（下稱被告）辦理之醫療大樓興建工程訂立共同投標協議書及工程契約，約定由原告負責水電工程、德寶公司負責建築工程、耿揚公司負責空調工程、常保公司負責醫療氣體及手術室整體工程，共同參與系爭工程之投標，並為得標。其後，原告與臺灣中小企業銀行股份有限公司東高雄分公司（下稱臺灣企銀）簽訂委任保證契約，約定由臺灣企銀對被告開具履約保證金連帶保證書。惟系爭工程開工後，原告因資金周轉困難而停業，並覓得訴外人聯關工程股份有限公司（下稱聯關公司）承接系爭水電工程，並提報被告審查通過完成簽約，且該工程如期竣工驗收合格。被告以原告違約為由，訴請臺灣企銀給付系爭款項。

一、原告主張

³⁰⁹ 參照本文第三章 聯合承攬體之定性 第一節 法律性質 第五項 本文見解 第二款 承攬成員之工程契約債務。

系爭工程已如期完工，即無不履行契約或無法繼續履行契約之違約情事，被告亦未因此受有損害，自應依系爭契約之約定返還系爭款項，惟被告拒絕返還，致原告仍積欠臺灣企銀前開債務，故依契約或不當得利等法律關係，請求被告返還該款項。

二、被告抗辯

原告於擅自停工時，施工進度僅 2.2293%，至聯關公司承接系爭工程止，已落後預定進度 10%，雖聯關公司嗣後依約完工，原告仍屬違約，而系爭款項屬於懲罰性質，故被告於 91 年 5 月 20 日對原告解除系爭契約之水電工程部分後，訴請臺灣企銀給付系爭款項，並獲得勝訴判決確定而受領，乃有法律上之原因，自無不當得利可言。

第二目 本案爭點

聯合承攬成員之一因破產、週轉不靈等情事而無法繼續履行契約，是否即構成債務不履行，業主得沒收履約保證金？又該工程已由其他成員代為履行（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款），或由第三人承擔契約而履行（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款），業主得否仍以該不能履約之成員違約為由，認構成債務不履行而沒收履約保證金？

第三目 實務見解

一、第一審判決

高雄地方法院 93 年度重訴字第 281 號民事判決：「按系爭工程共同投標協議書要點第 5 項第 6 款規定：成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓其他成員承受；第 15 條規定：本要點於決標後列為契約文件之一等語（見本院卷（一）第 22、23 頁），據此足認系爭契約已明定如各成員之一有無法繼續履約之情事者，被告同意得另覓其他成員承受該成員之一切權利義務，繼續履行系爭契約。再參諸系爭契約屬於聯合承攬契約，由各成員就系爭契約負連帶履行責任，已如前述，是以，成員之一無法繼續履約

而另覓其他成員承受其權利義務時，亦即該承受成員已承擔系爭契約之債務，並與其他成員負連帶履約責任，故如嗣後各成員已依約履行完畢時，即與債務本旨無違，自難認有何違約之情事。……系爭契約之債務既經原告之連帶債務人及承擔債務人依債務本旨履行完畢而消滅，自難認原告或其餘成員有何違約可言。是以，被告辯稱原告無法繼續施工即屬違約等語，顯與系爭契約屬於聯合承攬契約，且約定得另覓其他成員承受債務之性質不符，又與系爭契約之債務業由聯關公司承擔之法律效果相違而不足採取。……系爭契約第 23 條第 1 項第 6 款規定：被告認定原告等廠商違約或無力完成系爭工程時，得逕行動用履約保證金或函請銀行依照需要動用履約保證金，維持工程進行等語，參以同項第 8 款另有沒收履約保證金之規定，據此足認如被告認定原告等廠商違約或無力完成系爭工程時，僅得動用或通知保證銀行繳納履約保證金，用以維持系爭工程之進行而已，尚不得逕行沒收履約保證金。此時被告通知保證銀行繳納保證金之作用，僅係擔保系爭工程之繼續施工，而非終局受領該筆款項，故如被告於系爭工程完工時，實際上並未動用該筆款項，自應負有返還之義務。至同項第 8 款固規定：原告等廠商所繳納之履約保證金有下列情形之一者，不予發還或擔保者應履行其擔保責任：……⑦無正當理由而不履行契約之全部或一部者。⑧因可歸責於廠商之事由，致終止或解除契約者。……⑫有破產或其他重大情事，致無法繼續履約者等語，惟參酌系爭契約為聯合承攬契約，各成員均須連帶負履約責任，因其中一成員履約而債務消滅者，其他成員亦同免其責任之性質，及系爭契約為複數當事人之契約，依民法第 258 條第 1 項、第 2 項及第 263 條之規定，該款所規定『終止或解除契約』之情形，必須由被告向全體成員終止或解除全部契約等情，自足認該款規定被告得沒收履約保證金之情形，應以各成員均違約或其中一成員違約而無法由其他成員代為履約者為限。否則，如認縱使僅有其中一成員違反該款規定亦得沒收履約保證

金，將導致該款第 7 點與同項第 6 款之規定相互矛盾之結果，且該款第 2 點、第 8 點有關終止或解除契約之約定，亦將因被告無法單獨終止或解除其中一成員部分之契約而形同具文，自非可採。……系爭款項性質上僅在擔保維持系爭工程之進行，而系爭工程已如期完工，並無遲延完工或驗收不合格之情事，均如前述，即被告並無動用系爭款項維持系爭工程進行之必要，則被告以系爭款項擔保系爭工程進行之目的已消滅，自應依約返還系爭款項。……臺灣企銀給付被告系爭款項後，系爭工程已如期完工，並經被告正式驗收合格且無待解決事項，即無系爭契約第 23 條第 1 項第 8 款所約定被告得沒收系爭款項之情事，則揆諸前揭約定，被告自有返還系爭款項之義務。次查，原告與臺灣企銀簽訂委任保證契約，約定由臺灣企銀對被告開具系爭保證書，就原告應向被告繳納之履約保證金負連帶保證責任，而依上開委任保證契約第 5 條約定：臺灣企銀墊付保證款項時，原告即負有返還代墊款項之義務等語，另依系爭契約第 23 條第 1 項第 1 款亦約定：保證金應以得標廠商名義繳納等語，再參酌履約保證書僅係代替原告實際提出履約保證金之性質，據此足認臺灣企銀乃係受原告之委任代原告給付系爭款項之機關，於付款後，因其對被告之保證關係已經終了，而對原告取得請求清償代墊款項之債權，自無權再對被告就系爭款項為任何主張。又因臺灣企銀代付系爭款項係受原告委任為之，系爭款項自視同原告所給付，則原告自得於系爭契約上開停止條件成就時，請求被告返還系爭款項。被告雖辯稱縱使其依約應返還系爭款項，亦應返還與臺灣企銀，原告無權請求等語，惟因履約保證金保證書之主要義務僅在於付款，故臺灣企銀所出具之系爭保證書僅為付款之承諾，該履約保證之法律關係應依系爭保證書之內容獨立認定，而系爭保證書並無臺灣企銀得向被告請求返還系爭款項之約定，且臺灣企銀亦非系爭契約之當事人，又於代原告付款後，對被告之債務已履行完畢，尚難認臺灣企銀得援引有關履約保證金之約定或其他法律關

係請求被告返還。況且臺灣企銀既已對原告取得請求清償代墊款項之債權，業如前述，如認尚得請求被告返還系爭款項，將導致重複得利之結果。是以，被告此部分所辯，自非可採。」

二、第二審判決

臺灣高等法院高雄分院 95 年度重上字第 60 號民事判決：「上訴人雖陳稱被上訴人既已表示停工而無法繼續履約，且其已合法解除契約，符合系爭工程契約第 23 條第 1 項第 8 款第 7、8、10、12 目之要件，自不須返還該保證金等語。惟查，上開條項第 7 目所稱之無正當理由而不履行契約之全部或一部者，就共同投標承攬契約之性質，應係指全部廠商均無法履行契約而言，已如前述，而本件被上訴人雖因故無法繼續履約，但既已經由其覓得之聯關公司承接續行施作，且依限完工驗收，自不符合不履行契約之要件，上訴人認祇須被上訴人有無法繼續履約之事，即可拒絕返還，並不因嗣後由聯關公司承接完工而有影響，自難採取。況上訴人於被上訴人表示無法繼續施作時，已依系爭工程契約第 23 條第 2 項、第 6 項約定請求台灣企銀給付履約保證金以確保往後不能完全履約時之損害，則在嗣後已依約完全履行時自不得拒絕返還，始為合理，否則，上訴人豈非可享有依限完工又得沒收履約保證金之雙重利益。又第 8 目所稱因可歸責於廠商之事由致終止或解除契約者，亦應以其終止或解除契約合法為要件。而上訴人雖陳稱其已依系爭工程契約第 29 條第 2 項第 1 款第 3 目『乙方違背契約或發生變故，甲方認不能履行本契約責任者』之約定向被上訴人為解除契約之意思表示（見原審卷第 235 頁），但其根基之事實則為被上訴人已表示無法履約，而無法履約之認定既應以全體共同投標廠商均無法履約為要件，且本件並無上開情形，已如前述，則上訴人所稱之解約即不合法，自亦不執得為拒絕返還之論據。」

三、第三審判決

最高法院 97 年度台上字第 901 號民事判決：「查上訴人一再抗辯：系爭工程契約之各承包商（被上訴人及德寶公司等）就其各自負擔之水電、建築等工程部分，與其各有獨立之工程契約權利義務關係等語，並舉各成員各有承攬之工程、各自比例之契約總價及預付款金額，且就其分別提供之預付款還款保證及履約保證機制，得依各自完工之比例申請解除或發還等事實為據，此觀系爭工程契約附件即被上訴人與德寶公司等間訂立之投標協議書第五條第一款及共同投標協議要點第五點第四款，僅有共同投標廠商之各成員對系爭工程全部之完成，負連帶履行契約責任之語，卻於投標協議書第十二條及共同投標協議要點第十四點另約（訂）明：得標後，共同投標之各成員不得『相互轉讓』其因得標工程所發生之權利或義務，或將其權利或義務轉讓與第三者甚或退出共同投標。並由被上訴人與德寶公司等就各項工程填具工程標單分別出價（再加計總價）投標（一審卷第一宗一二一頁），其中水電工程之監造日誌承攬廠商欄原為被上訴人（德寶公司等共同承攬），停工後改載為德寶公司等共同承攬『代替』執行（同上卷四五四頁以下），暨包商備忘錄、會議記錄、邱○吉建築師事務所函等件之記載，似見德寶公司等係為因應被上訴人停工，始『暫時』分擔『代替』其工作，經（監造）建築師認無專業水電施作已影響品質，迭次催促積極辦理合格替代水電業者進場等事宜（同上卷六一七至六二三頁）；則系爭工程契約約定各承包商應負連帶履行契約責任，究係各承包商就全部契約（不分工程項目）均承攬施作，負全部施工之責任？抑或各承包商係分別承攬施作各自負擔之工程部分，並就其他共同承包商負責施作工程部分負連帶履行契約之責任？尚非無疑，自有釐清之必要。乃原審未就系爭工程契約之內容通盤加以推敲細究，徒以被上訴人與德寶公司等應就系爭工程契約負連帶履行責任，即認上訴人所為各承包商就其各自承攬施作部分工程與上訴人間有獨立工程契約關係之抗辯為不可採，率以嗣聯關公司承接續行施作

被上訴人負責之水電工程已依限完工驗收，而為被上訴人無違約或債務不履行情事，上訴人應將系爭保證金返還之論斷，自嫌疏略，於法難謂無違。」

四、更審判決

臺灣高等法院高雄分院 97 年度重上更（一）字第 12 號民事判決：「依共同投標協議要點第 5 點第 6 款所訂：『成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓其他成員承受』，及共同投標協議書第 14 條第 5 款約定（即共同投標人之內部約定）：『履約及保固：任一成員因故無法履約（含保固期間），造成需另覓廠商承接所有權利與義務時，其增減之費用應由其餘成員共同平均承受』，可知異業承攬人間雖無法親自代替共同投標人履行契約，但依上開規（約）定，既得另覓其他成員承受其權利義務，以代為履約，使整體工程得以依限完成，即屬『連帶履行契約責任』之行為，並無上訴人所指事實上不能代為履約之情形，充其量，在共同投標人間內部關係上，應共同負擔因此所生增減之費用而已，對定作人而言，並不生任何影響。準此，在異業聯合承攬，各成員亦能連帶負履行契約責任，上訴人所為異業承攬人間專業各有不同，自無代為履行契約之可能等語，即非足採。另依共同投標協議書第 5 條：『履行契約責任：共同投標廠商之各成員應對共同承攬之全部工程，對院方負連帶責任，其連帶責任之辦法為：1. 各成員對於共同承攬之全部工程之完成，對院方負連帶責任。……』，係指對業主即上訴人之外部關係而言。據此可知，本件聯合承攬之性質，係各承包商於共同投標人之內部關係上，分別承攬施作各自負擔之工程部分，而在對業主即上訴人之外部關係上，應就其他共同承包商負責施作工程部分負連帶履行契約之責任，無所謂各自應分擔之部分。本件工程契約（甲方為上訴人，乙方為：第一成員德寶公司、第二成員：被上訴人、第三成員：耿揚公司、第四成員：常保公司），第 28 條

『違約處理』第3款『逾期罰款』訂明：『乙方如不依照契約規定期限完工，應按逾期的日數，每日按工程總價千分之一計算逾期罰款，該項罰款應由乙方在本工程驗收合格後向甲方繳納，甲方亦得在乙方未領工程款中，或履約保證金扣除，但其最高逾期罰款金額，以不超過工程總價百分之二十為限』，就所應追償之逾期罰款部分，係以乙方即上揭第一、二、三、四成員為對象，且計罰之標準，亦係以『工程總價』千分之一計算。如謂其他成員另覓聯關公司代被上訴人履行系爭水電工程，不能免除被上訴人之違約責任，上訴人仍得依上開工程契約第28條第3款對乙方計罰，將使德寶公司、耿揚公司、常保公司同不能免除其違約責任，則本件採共同投標方式發包並簽約，以使共同得標廠商連帶負履行契約責任之設計將毫無意義，而失去政府採購法第25條制定共同投標規定之目的，自非的論。足見，在其他成員代為履行契約之後，乙方（包括第一、二、三、四成員）之違約責任即已免除，被上訴人自不再負債務不履行責任。……被上訴人於無法繼續施作系爭工程後，已覓得聯關公司承接系爭水電工程，而由德寶公司等於91年5月6日提報予上訴人審查通過，並於91年5月20日完成簽約，且系爭工程已於92年5月31日竣工，並於92年10月29日驗收合格等情，亦有兩造所不爭執之工程契約書附約（增訂條款）及工程驗收結算證明書在卷可稽（原審卷一第104至106頁）。而依該驗收結算證明書所載，系爭工程係如期完工，且無其他違約金應予扣減，而上訴人亦未能另行舉證證明有何其他系爭保證金所擔保之待解決事項，則依上開約定，被上訴人主張上訴人應返還系爭保證金，即屬有據。……況上訴人於被上訴人表示無法繼續施作時，已依系爭工程契約第23條第2項、第6項約定請求參加人給付履約保證金以確保往後不能完全履約時之損害，則在嗣後已依約完全履行時自不得拒絕返還，始為合理。否則，上訴人豈非可享有依限完工又得沒收履約保證金之雙重利益。」

五、另案判決

高雄地方法院 92 年度重訴字第 151 號民事判決³¹⁰：「雖系爭工程合約係由四家廠商所共同承包，惟四家廠商係各取得按工程綜合標單上所示之金額，各自負擔其應交付之履約保證金，原告本得依據此四家廠商各自違約情形，沒收其各自所繳交之履約保證金。故系爭合約雖係四家廠商共同與原告訂立，惟就契約及相關文件之內容視之，四家廠商仍具有各自之負擔部分，並就其各自負擔之部分與原告形成獨立的權利義務關係，是被告主張若僅有一家廠商違約，原告可逕沒收全體之履約保證金，顯有違公平等語，顯不可採。被告雖主張依據系爭工程共同投標協議要點第五點（六）之規定：『成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓其他成員承受。』，於建忠公司以得其他三家廠商同意下，並經原告審查通過下，已另覓聯關公司繼續系爭工程合約等語。惟此項規定僅係在處理若有一廠商無法履行契約時，可同意再另覓其他廠商加入，以使系爭工程順利進行，並不在於可以免除違約廠商所應付之損害賠償責任。」

六、本案歷審判決理由梳理

第一審及第二審法院皆強調，債務不履行之認定應以全體承攬成員定之，須全體成員均不能履行，或一成員違約且無法由他成員繼續履行者，始構成債務不履行。雖建忠公司因停業而無法繼續履行契約，但已由剩餘之承攬成員（德寶公司、耿揚公司、常保公司）及契約承擔人（聯關公司）如期履約完畢，無債務不履行可言，業主（高雄榮總）應無理由沒收建忠公司所給付之履約保證金，而應於完工結算後返還之。

第三審法院則質疑，該工程契約之定性可能為各承攬成員分別與業主訂

³¹⁰ 此判決係高雄榮總（原告）另案請求臺灣企銀依履約保證金連帶保證書（附有立即照付條款）為給付，臺灣企銀（被告）抗辯僅有建忠公司違約而非全部廠商違約，且嗣後工程仍順利進行而未導致延遲，原告應不得請求被告履行保證責任。

立工程契約（即數個工程契約），並互相負擔保履行之責任。惟更審判決仍認定本案屬於一個工程契約且屬連帶債務之關係，並為與第一審及第二審法院相同之論斷，即本案無債務不履行可言，建忠公司得向業主請求返還履約保證金。

於另案業主起訴請求臺灣企銀（建忠公司委託出具保證書）案，受訴法院則認為，聯合承攬成員之工作範圍、履約保證金給付，均各自獨立，其權利義務關係亦為個別，是否構成債務不履行，應亦個別判斷。據此，雖僅建忠公司停業而違約，業主仍得請求臺灣企銀履行保證責任。至於其他承攬成員或契約承擔之第三人（指聯關公司）是否順利完成工作而未發生延遲，與建忠公司本身之違約無關。

第四目 學說見解

有學者認為，如承攬成員有無法繼續履行契約之情事時，業主應先請求其他成員履行連帶債務。若其他成員履行該連帶債務，業主自不得沒收履約保證金。³¹¹

第五目 本文評析

本案被告（業主）與第三審法院之所以認為，本案乃各承攬成員各自與業主訂立不同之工程契約，而非聯合承攬契約（一個工程契約），是因為認定各承攬成員與業主為完全不同之契約關係後，特定承攬人在該契約關係下違約，即構成債務不履行，而非以全體承攬人為認定。據此，建忠公司與業主所訂立之工程契約乃獨立之契約關係，而與德寶公司、耿揚公司、常保公司等廠商之工程契約有所區隔。既建忠公司因停業而無法繼續進行工程，自應負債務不履行之責任，與其他工程契約之承攬人（德寶公司、耿揚公司、常保公司）是否繼續履行，或覓得第三人繼續進行工程，並無關係，故業主得沒收履約保證金。由此可知，本案是否為一個工程契約所生之連帶債務關係，或根本是完全不同

³¹¹ 謝哲勝、李金松，前揭註 67，頁 92；陳秋華、王雪娟主編，工程法律實務研析（八）——100 個從開工、完工到保固不可不知的重要事項，2019 年 9 月，臺北：元照出版，頁 16。

獨立之工程契約，而僅互相擔保對方之工程契約履行，涉及本案之債務不履行如何認定。建忠公司無法履行契約即構成債務不履行？抑或是須全體承攬成員均無法履行，始為債務不履行？應為請求返還履約保證金之關鍵。

就本案聯合承攬契約之定性，應屬一個工程契約，而非數個工程契約存在，前已述及³¹²。各承攬成員之工項分配乃其內部如何分擔之問題，對外關係仍係各負全部給付（全部施工）之責任。履約保證金之分別提供與申請發還，亦均屬保證金給付方法之約定。從而，應認本案屬於一個工程契約，且全體承攬成員負連帶債務，建忠公司停業而由其他承攬成員繼續履行契約，並非「代為」履行「他人」契約³¹³，而係連帶債務人之契約履行（自己給付）。此時，是否構成債務不履行，應以全體承攬成員為準。據此，本案已由其他承攬成員（德寶公司、耿揚公司、常保公司）以及契約承擔人（聯關公司）依約履行完畢，自不構成債務不履行，何況本案業主並無損害可言。既系爭履約保證金之擔保目的消滅，業主（高雄榮總）不得主張沒收建忠公司所提供之履約保證金（臺灣企銀提供之履約保證金保證書）而應負返還義務。

類似見解參照新北地方法院 106 年度建字第 144 號民事判決：「系爭契約附件即共同投標協議書第五條約定：『成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。』……。綜合上開約定意旨觀之，不予發還之履約保證金係以因契約終止而『未能施作完成之工項』所占工程總價之比率計算之，則於共同投標之情形，共同投標廠商之成員因有重大情事而無法繼續履約時，該無法繼續履約之成員本應施作之工項係由其他成員另覓之廠商或逕由其他成員繼受後繼續施作完成，故定作人無須終止契約後再自行另覓其他廠商繼續施作，承攬契約最終履

³¹² 參照本文第二章 聯合承攬之內涵 第三節 聯合承攬契約 第三項 聯合承攬契約之態樣。

³¹³ 可對照上述最高法院所提及：「……『暫時』分擔『代替』其工作……」。

與本文相同意旨參照最高法院 92 年度台上字第 1440 號民事判決：「連帶債務人清償連帶債務，係基於債務人之身分而自為清償，與民法第三百十二條規定之第三人清償，係基於第三人之身分而為清償者，並不相同。連帶債務人清償連帶債務後，其求償權及代位權直接適用民法第二百八十一條之規定，而無再適用民法第三百十二條規定之必要。」

行結果並無『未能施作完成之工項』之可言，依上開方式計算之不予發還之履約保證金應為零，是系爭契約第十四條第十三款第四目應僅適用於『全部』共同投標廠商均無法繼續履約之情形。……是以，本件應屬『部分』共同投標廠商無法繼續履約之情形，依上開說明，被告尚不得以萬里揚營造公司無法繼續履約為由，依系爭契約第十四條第十三款第四目之規定，不予發還履約保證金，原告此部分主張尚堪以採取，被告上開抗辯則非可採。」

其他認為一承攬成員發生財務危機而無法履行契約，縱已由他人繼受承作，業主仍得終局沒收履約保證金之實務見解，例如新北地方法院 103 年度建字第 82 號民事判決：「順天公司所發生跳票之事項，核屬系爭契約第 20 條第 1 項第 10 款所定『有破產或其他重大情事，致無法繼續履約者』之情形，原告並於 102 年 6 月 3 日與順天公司進行協商，雙方決議順天公司無條件放棄承攬系爭工程，由家家公司另覓其他廠商繼受，原告並於 102 年 6 月 11 日以江翠國總字第 0000000000 號函通知被告撥付 29,200,000 元至原告所指定之帳戶，業如前述，則原告所為已符合系爭保證書約定之形式要件，被告自有付款之義務。又依保證目的、交易慣例及誠信原則而言，履約保證金連帶保證書作為一種支付承諾，其目的在於替代保證金之現實支付，以減輕債務人（即順天公司）之負擔，但不能因顧及債務人利益採此一替代方式，反而致使債權人（即原告）更受不利，否則即與履約保證金之設置目的、保證金連帶保證書之功能及誠信原則有違。若債權人係現實向債務人收取保證金，則除符合約定之返還事由外，該保證金始終均在債權人管領之下，無待系爭工程完工，經債權人結算後，確定受有損失再為向債務人請求之理。若須待系爭工程完工結算後始得請求，則保證書將喪失替代現金支付之目的及功能，不當減損債權人之利益。……則被告抗辯系爭工程於順天公司發生財務危機時，並無中斷情形，且旋即由凱達公司以契約承擔之方式繼續施作，凱達公司繼續履約，其效果等同順天公司履行契約，而無違約情形，故被告若針對凱達公司另出具履約保證金連帶保證書，代替先前其針對順天公司所出具之系爭保證書，其效果如同凱達公司現實

提出履約保證金，對原告而言，其權益並未受影響，原告片面要求被告照付履約保證金，其行使權利自有違誠信原則等語，尚無可採。從而，本件原告請求被告給付履約保證金，確有理由。」但此項見解為其上訴審法院所指摘，臺灣高等法院 103 年度建上字第 117 號民事判決：「共同承攬廠商家家公司依共同投標協議書第 5 點之約定（見原審卷第 53 頁），另覓甲級營造商凱達公司無條件『繼受』順天公司有關系爭契約之一切權利、義務，並經順天公司、江翠國小同意在案，是系爭契約因由凱達公司承受順天公司之權利、義務而繼續存在，並無江翠國小所指其業以系爭契約第 20 條第 1 項第 10 款約定『有破產或其他重大情事，致無法繼續履約者』，向順天公司終止系爭契約至明。則系爭契約並未發生江翠國小所指因終止不予返還履約保證金之情形，不符系爭保證書第 2 條約定江翠國小行使請求付款之形式要件，江翠國小依系爭保證書請求土地銀行給付履約保證金，自屬無據。……，顯然系爭工程業已完工，並經江翠國小結算工程款付清在案，江翠國小並未舉證證明系爭工程有其他履約保證金應沒收之事由發生，依系爭契約第 14 條第 1 項第 2 款約定（見原審卷第 22 頁反面、第 23 頁），江翠國小於系爭工程全部竣工後應解除土地銀行保證責任，江翠國小自無從請求依保證書請求土地銀行給付履約保證金。³¹⁴」

第二項 契約解消

第一款 原因

綜合觀察民法第 226 條、第 230 條、第 254 條、第 255 條、第 256 條規定，現行法下，債權人之法定契約解除權的發生以可歸責於債務人事由之債務不履行行為要件。於聯合承攬契約關係中，若全體承攬成員均有可歸責之債務不履行情事發生，業主當可取得並行使契約解除權，固無疑問。但若係僅一承攬成員或部分承攬成員有可歸責之債務不履行情事發生，業主是否仍得取得契約

³¹⁴ 此部分見解為後續最高法院 106 年度台上字第 1945 號民事判決所維持。

解除權？亦即，連帶債務關係之契約解除，是否以解除原因發生於「全體」連帶債務人為必要？學說上認為，契約解除之原因事實，應與解除權之行使（民法第 258 條第 2 項）及解除「全部」契約之法律效果，分離觀察，除當事人另有約定外，不以解除原因事實發生於全體連帶債務人為必要³¹⁵。然而，於給付不能之情形，一承攬成員發生可歸責於自己之給付不能時，尚需其他承攬成員亦屬嗣後不能（且亦可歸責），業主始得依第 256 條規定解除契約，否則，若其他承攬成員尚得履行該承攬成員之債務，即無給付不能可言，已如前述。另於給付遲延之情形亦同，需業主催告全體承攬成員履行卻仍不為給付，而符合民法第 254 條時，業主始得向全體承攬成員為解除契約之意思表示，進而發生解除全部契約之效果。蓋給付遲延乃相對效力事項，須全體連帶債務人均符合給付遲延及民法第 254 條要件，始得解除或終止全部契約³¹⁶。另有學者提及，如承攬成員有無法繼續履行契約之情事時，機關業主應先請求其他成員履行連帶責任，而不得逕行終止或解除契約。³¹⁷

第二款 方式

民法第 258 條第 1 項及第 2 項規定：「解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之。契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體為之。」於連帶債務關係中，債務人之一人喪失契約解除權，或債權人對債務人之一人喪失契約解除權，亦將導致他債務人或債權人對他債務人喪失解除契約權之效果，以上理由均在於解除契約之「不可分原則」³¹⁸。又民法第 258 條第 2 項乃任意規定而非強行規定，當事人得特別約定債務人之一人得對債權人為解除全部契約之意思表示，或債權人得對債務人之一人為解除全部契約之

³¹⁵ 王千維，前揭註 165，頁 164、167、209。

³¹⁶ 史尚寬，前揭註 238，頁 630；王千維，前揭註 165，頁 209-210。

³¹⁷ 謝哲勝、李金松，前揭註 67，頁 92；陳秋華、王雪娟，前揭註 311，頁 16。

³¹⁸ 詳細說明參照王千維，前揭註 165，頁 162-168、182-184、208-210。又關於終止契約行使上不可分性之特殊說明另參照鄭冠宇，前揭註 253，頁 342。

意思表示（解除契約行使之特約），亦得特約得為解除一部契約（解除契約範圍之特約）³¹⁹。換言之，除有特約外，解除之效果及於契約之「全部」。於聯合承攬實務上，具體條款例如：「乙方履約有下列情形之一者，甲方得以書面通知乙方終止契約或解除契約之部分或全部，且不補償乙方因此所生損失：… (10) 有破產或其他重大情事，致無法繼續履約者³²⁰」即屬解除「部分」契約之特別約定。

行政院公共工程委員會認為，承攬成員行使契約解除權，除約定由代表成員為之外，應由全體承攬成員向業主為之。如其中一承攬成員單獨向業主為契約解除之意思表示，應不生解除契約之效力。相對的，業主行使契約解除權，應向全體承攬成員為之³²¹。但須注意的是，聯合承攬協議書通常約定，代表成員之行為或受領之效力及於其他承攬成員，其中即包括契約解除權或終止權之意思表示到達。

新北地方法院 101 年度建字第 23 號民事判決：「按終止權之行使，應向他方當事人以意思表示為之；契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體為之，民法第 263 條準用第 258 條第 1、2 項規定甚明。本件被告於 99 年 12 月 24 日以北觀技字第 0000000000 號函通知原告『依政策變更條款』終止系爭工程契約時，雖僅送達原告新倫公司（見本院卷(一)第 9 頁），惟因原告投標時，已出具共同投標協議書，同意由原告新倫公司為代表廠商，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為，機關對代表廠商之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力

³¹⁹ 王千維，前揭註 165，頁 165、167-168、210。

³²⁰ 參照新北地方法院 103 年度建字第 82 號判決一案。

³²¹ 行政院公共工程委員會 103 年 2 月 17 日 (103) 工程企字第 10300032430 號函：「環太工程股份有限公司（下稱環太公司）主張解除契約乙事，依民法第 258 條規定：『解除權之行使，應向他方當事人以意思表示為之（第 1 項）。契約當事人之一方有數人者，前項意思表示，應由其全體或向其全體為之（第 2 項）。……』本案契約當事人之一方（訂約廠商）有數人（共同具名投標、得標、簽約），有關契約解除之意思表示，應由其全體向訂約機關為之，或由訂約機關向其全體為之。環太公司單獨向訂約機關為契約解除之意思表示，不符合民法規定及契約約定，對訂約機關不生效力。」另參照王千維，前揭註 165，頁 208-209；李家慶，前揭註 64，頁 22。

……，是以被告終止系爭工程契約之意思表示應已合法送達而生效。」

如業主要解除聯合承攬契約，須對全體承攬成員為解除之意思表示，但若只有其中一承攬成員破產而無法履約，由剩餘成員繼續履行，業主無法單獨僅對該破產之成員為解除之意思表示，若解除全部契約，又需將該工程另行發包。實務上為解決此一困境，臺北捷運局以變更契約主體之方式，共同合意變更主體，達到與該破產成員終止契約之相同效果³²²。另於行政院公共工程委員會申訴調解委員會調字第 0950359 號醫療大樓重建工程案，負責土建工程之一聯合承攬成員發生履約進度嚴重落後之違約情事，經業主催告履行後終止契約，並通知另一成員負連帶履約責任。本案中肯認業主得僅終止該違約成員之契約部分，而保留業主與他成員之聯合承攬契約關係。更有甚者，允許該違約成員就終止契約前所受停工損害，向行政院公共工程委員會單獨申請調解，蓋終止契約後之違約成員已與其他成員分離（行政院公共工程委員會申訴調解委員會調字第 0950332 號）³²³。就此，本文認為，除該案之聯合承攬契約有當事人得為終止一部契約之特別約定外，否則應認該案之聯合承攬契約尚未發生終止之效力，如此解釋始符合上述之不可分原則。

此外，於實務上某聯合承攬契約之爭議，因一承攬成員違約而終止契約，另一承攬成員與業主進行調解，並約定覓得第三人取代違約成員之地位，以繼續共同施作工程。嗣後，剩餘之承攬成員與業主、繼受廠商等三方另行訂立聯合承攬協議書。實務見解認為，該剩餘成員對業主有給付義務係基於新的聯合承攬契約關係³²⁴。似認為原先之聯合承攬工程契約因終止而全部消滅。

³²² 李家慶，前揭註 64，頁 22。

³²³ 本案事例參考自黃立，前揭註 25，頁 13-15。

³²⁴ 臺北地方法院 99 年度建字第 314 號民事判決：「查原告因繼受系爭工程之履約爭議向工程會申請調解，請求被告就後續工程履約變更部分，與原告簽署協議書，經工程會以調 0000000 號調解成立書調解成立，系爭調解成立書調解內容及理由第 1 點略以：原告請求被告終止原共同承攬廠商金成豐公司之承攬關係，並通知原告以共同承攬人廠商身分繼受系爭工程後，因此所生之後續工程履約變更部分，應與原告簽署協議書以利後續工程之進行等語，有系爭調解成立書在卷可稽（見本院卷 1 第 92-95 頁）。則兩造調解之目的乃就原告以共同承攬人身分繼受系爭工程之後續履約爭議辦理調解，且原告請求被告與其簽署協議書經調解成立，兩造並同意協議書內容共 8 條，包括：共同承攬廠商之組成、施工規範及圖說之規定、工程組織人員及執掌、施工範圍、施工工期、履約保證金、預付款、工程保險、物價指數調整之方式、變更設計之議

第三節 履約保證金

第一項 繳納

履約保證金常見於承攬契約，乃在擔保承攬人依約履行債務，如承攬人未能依約履行，致定作人受有損害時，定作人得於結算時就履約保證金加以扣，以減少損失。於訂立工程契約時，為擔保工程債務之履行，不論公共工程或民間工程，通常會約定承包商須繳納履約保證金³²⁵，其方式除以現金繳納外，尚可包括票據、定期存款單、銀行開具保證書、連帶保證保險單等方式為之（參照政府採購法第30條規定³²⁶）。

價方式、工程估驗計價之方式、協議書之有效期間等約定，其中第1條約定：『本工程為乙方依九層醫療大樓重建工程契約共同投標協議書，繼續履行承攬義務，並由乙方另覓營造廠加入乙方，共同依上述原工程合約規範及本協議內容，連帶負履約責任，並以榮電股份有限公司為代表廠商，詳如附件共同投標協議書。』、第2條約定：『本工程除依程序完成辦理變更設計及本協議書約定外，乙方仍應依前述原工程合約相關規範及圖說等規定繼續履行。』、第3條約定：『...2.甲方就原共同承攬廠商金成豐公司...後續契約未完成之所有工作（不含尚未完成變更設計程序之部分），由乙方負全部履行責任至工程完工為止，乙方不得藉故或以任何理由推拖或拒絕。3.除前款金成豐公司就本工程已完成施作部分，就本工程現有尚未完成之後續工作，乙方應於調解成立之日起算486日曆天內完成全部工程...。』。嗣兩造以系爭調解書之內容為基礎，由原告為代表廠商、偉鑫公司為共同承攬廠商，與被告於95年11月28日及同年12月間分別簽訂共同承攬協議書（見本院卷1第111-113頁）及契約變更協議書（見本院卷1第114-117頁），並由原告接續施作後續工程，則堪認兩造已依系爭調解書、契約變更協議書、共同承攬協議書，重新約定施作後續工程之相關事宜，並由原告繼續施工，兩造間仍存有契約法律關係甚明，是以，原告仍需依變更後之契約負履約之責，原告主張因變更契約前之當事人金成豐公司之終止契約，無庸負擔履約之責云云，尚非可採。復依首揭說明，兩造間成立之調解已具有和解契約及確定判決之效力，自不因臺灣營建仲裁協會08專仲字第壹號仲裁判斷認定金成豐公司終止契約係屬合法，及本院97年度建字第27號判決認金成豐公司無須支付原告系爭工程應分擔之款項，而導致無效之情形，且兩造嗣後已依系爭調解書內容，簽訂契約變更協議書及共同承攬協議書，顯已成立新的契約關係，亦不因前開案件認金成豐公司終止契約合法，而致兩造之契約關係發生無效之情形，故原告主張系爭調解及契約變更協議書因金成豐公司終止契約合法而屬標的不能，自始無效云云，洵不足採。』後續臺灣高等法院100年度建上字第125號民事判決同此認定。

³²⁵ 關於履約保證金之性質，實務及學理上見解並不一致，有採違約金說、違約金說、信託的所有權讓與說等，詳細整理參照楊淑文，履約保證金之性質，氏著，保證契約與擔保給付精選判決評析，2018年1月，臺北：元照出版，頁273-275。

氏著係採「擔保給付說」認為履約保證金乃非典型之擔保權利，由押標金保證金暨其他擔保作業辦法第8條定義可知，其係在擔保得標廠商因政府採購契約對招標機關所生之債務。其擔保目的非在於原訂契約之給付內容，而係擔保因廠商遲延完工、不完全給付所生之損害賠償請求權或瑕疵擔保責任。如廠商依約履行，擔保目的消滅，機關基於擔保約定或不當得利規定，對廠商負有返還保證金之義務，業主不得主張終局地保有履約保證金，故履約保證金不能獨立於擔保目的之外存在（氏著，頁276）。本文從之。

³²⁶ 另押標金保證金暨其他擔保作業辦法第8條第1款：「一、履約保證金。保證廠商依契約規

於聯合承攬之情形，得約定各承攬成員共同繳納，或由代表成員統一繳納。共同投標辦法第9條：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定，由共同投標廠商共同繳納押標金及保證金，或由共同投標協議書所指定之代表廠商繳納。其並須提供擔保者，亦同。」惟有疑問的是，業主得否於招標文件中限
定僅由代表成員統一繳納，或僅得由全體承攬成員共同繳納？行政院公共工程委員會採否定見解認為，機關業主不得限定廠商選擇繳納方式之權利³²⁷，亦即，承攬成員有選擇共同繳納或統一繳納之權利。

第二項 發還

聯合承攬之履約保證金是否發還，於何等情形不予發還，發還全部或一部保證金，自應依當事人約定定之。其不予發還事由多係工程有瑕疵或其他債務不履行之情形³²⁸。實務上具體條款例如：「承包商若有下列情形之一，其所繳納

定履約之用。」

³²⁷ 行政院公共工程委員會106年9月19日（106）工程企字第10600296840號函：「『共同投標辦法』第9條規定：『機關允許共同投標時，應於招標文件中規定，由共同投標廠商共同繳納押標金及保證金，或由共同投標協議書所指定之代表廠商繳納。其並須提供擔保者，亦同。』機關如於招標文件擇一載明押標金及保證金僅能由共同投標協議書所指定之代表廠商繳納，或僅能由共同投標廠商共同繳納，與上開規定不符，且限縮共同投標廠商之選擇權利。」

³²⁸ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第20條：「履約保證金及其孳息得不予發還之情形，由機關視案件性質及實際需要，於招標文件中訂明。機關得於招標文件中規定，廠商所繳納之履約保證金（含其孳息，本項以下同），得部分或全部不發還之情形如下：

- 一、有本法第五十條第一項第三款至第五款、第七款情形之一，依同條第二項前段得追償損失者，與追償金額相等之保證金。
- 二、違反本法第六十五條規定轉包者，全部保證金。
- 三、擅自減省工料，其減省工料及所造成損失之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。
- 四、因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金。
- 五、查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理，其不合格部分及所造成損失、額外費用或懲罰性違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。
- 六、未依契約規定期限或機關同意之延長期間履行契約之一部或全部，其逾期違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。
- 七、須返還已支領之契約價金而未返還者，與未返還金額相等之保證金。
- 八、未依契約規定延長保證金之有效期者，其應延長之保證金。
- 九、其他因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害，其應由廠商賠償而未賠償者，與應賠償金額相等之保證金。

前項不予發還之履約保證金，於依契約規定分次發還之情形，得為尚未發還者；不予發還之孳

之履約保證金（含其孳息，本款以下同）主辦機關得部分或全部不發還：1. 因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證金；全部終止或解除契約者，全部保證金。2. 查驗或驗收不合格，且未於通知期限內依規定辦理，其不合格部分及所造成損失、額外費用或懲罰性違約金之金額，自待付契約價金扣抵仍有不足者，與該不足金額相等之保證金。3. 其他因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害，其應由廠商賠償而未賠償者，與應賠償金額相等之保證金。」³²⁹

惟如前所述，聯合承攬之保證金繳納方式可為全體成員共同繳納，或代表成員繳納，其保證金之發還，可能因不同繳納方式而有不同。有論者認為，若履約保證金全部不予發還時，尚無爭議。但若係由各承攬成員分別繳納，且因故一部不予發還，而有部分餘款時，其不予發還之順序及餘額如何分配，不無疑問，均有待當事人協議。如將共同投標辦法第 9 條修正為統一由代表成員繳納，對承攬成員與機關業主，均有好處。代表成員繳納前，可事先與其他成員協議爾後不予發還之後續處理事宜。³³⁰

依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，承攬成員對業主之履約保證金返還請求權，乃民法第 668 條公同共有財產，即公同共有債權。無論由代表成員統一繳納或由全體成員共同繳納之情形，代表成員均得依民法第 679 條規定，代表其他承攬成員行使此項債權，請求受領後再為內部分配。又關於(1)全體成員共同繳納，因故一部不予發還，或(2)代表成員繳納，因故一部不予發還之情形，於成員內部應如何發還分配？本文認為，於(1)情形，應視該不予發還之事由是否可歸責於特定成員，若是，剩餘保證金應優先發還於其他成員，若可歸責於全體成員，剩餘保證金則應由全體成員按其原繳納比例分配。於(2)情

息，為不予發還之履約保證金於繳納後所生者。

同一契約有第二項二款以上情形者，應分別適用之。但其合計金額逾履約保證金總金額者，以總金額為限。」

³²⁹ 參照臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決一案。

³³⁰ 王國武，政府採購契約之管理與爭議研析，2020 年 4 月，臺北：新學林出版，頁 15。

形，如不予發還事由係可歸責於代表成員，應自行承擔而受領剩餘保證金，不得向其他成員求償；如係可歸責於代表成員以外之特定成員，代表成員得依內部關係向該特定成員求償該不予發還部分之保證金；如係可歸責於代表成員以外之全體成員，就該不予發還之部分保證金，代表成員得按比例向其他成員求償；如係可歸責於全體成員，代表成員須先扣除自己部分比例後，再向其他成員求償。

臺灣高等法院 106 年度上字第 1260 號民事判決：「依系爭 A 承攬契約第 14 條第 1 項約定，履約保證金於工程進度達 25%、50%、75% 及驗收合格後，各發還 25%（原審卷第 125 頁）。又系爭工程之履約保證金 398 萬 8,000 元由榮興公司全額提出，且系爭工程已完成 68% 之工程進度……本案驗收缺失已逾 1 次未改善完成部分，將依契約第 15 條第 11 款規定辦理終止契約，不再繼續辦理後續驗收事宜……因上開工程內容均屬於榮興公司負責之機械、儀電工程，故系爭工程中上開契約項目部分遭終止之責任應屬可歸責於榮興公司……依系爭 A 承攬契約第 14 條第 1 項約定，可知上開履約保證金總額之 25% 無法領回係可歸責於榮興公司之事由所致。故榮興公司為此應負擔遭雲林縣政府沒收之履約保證金 99 萬 9,500 元³³¹」。

第三項 繼受

如一承攬成員發生財務困難而無法繼續履行契約，並由第三人承擔契約以取代其契約地位時，該脫離成員原先提供之履約保證金應如何處理？實務上之認定並不一致。

第一款 實務見解

有認為，一承攬成員因停業而無法繼續進行工程，並脫離聯合承攬關係，其他剩餘成員另行覓得第三人承擔契約，以履行該脫離成員之工項部分。嗣後

³³¹ 後經最高法院 109 年度台上字第 1642 號民事判決所維持。

工程如期完工，該脫離成員得請求返還保證金。由此可知，脫離成員因停業等原因而脫離聯合承攬後，仍負有擔保責任，其得否請求返還或得請求返還多少，則應視剩餘成員或契約承擔之第三人，是否依約履約而未有遲延等不履行狀況而定。如工程之施作無債務不履行等違約事由，業主自應有返還履約保證金之義務，不得單以承攬成員脫離為由，即謂屬違約而逕沒收履約保證金。

臺灣高等法院高雄分院 95 年度重上字第 60 號民事判決：「按工程累積計價進度達 25%、50%、75% 時，發還相同比例之履約保證金，或依相同比例分段解除保證責任，俟全部完工，經上訴人正式驗收合格且無待解決事項後，發還餘額或解除全部保證責任，為系爭工程契約第 23 條第 1 項第 7 款前段所約定。經查，系爭工程開工後，被上訴人於 90 年 12 月 11 日向德寶公司等共同投標廠商及上訴人表示自 90 年 12 月 1 日起停業，無法繼續施作系爭工程，有該通知函（律師函）在卷可稽（見原審卷(一)第 102、103 頁）。而上訴人因被上訴人無法繼續施作系爭工程，而依履約保證書之約定，訴請台灣企銀給付系爭保證金，經原審於 92 年 8 月 15 日以 92 年度重訴字第 151 號判決上訴人全部勝訴確定，台灣企銀並已如數給付完畢，亦有該判決在卷可憑（見原審卷(一)第 56~70 頁），並均為兩造所不爭執。又被上訴人於無法繼續施作系爭工程後，已覓得聯關公司承接系爭水電工程，而由德寶公司等於 91 年 5 月 6 日提報予上訴人審查通過，並於 91 年 5 月 20 日完成簽約，且系爭工程已於 92 年 5 月 31 日竣工，並於 92 年 10 月 29 日驗收合格等情，亦有兩造所不爭執之工程契約書附約（增訂條款）及工程驗收結算證明書在卷可稽（見原審卷(一)第 104~106 頁）。而依該驗收結算證明書所載，系爭工程係如期完工，且無其他違約金應予扣減，而上訴人亦未能另行舉證證明有何其他系爭保證金所擔保之待解決事項，則依上開約定，被上訴人主張上訴人應返還系爭保證金，即屬有據。」³³²

另有認為，聯合承攬協議書所稱「成員有破產或其他重大情事，致無法繼

³³² 另參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第二節 債務不履行與契約解消 第一項 債務不履行 第三款 建忠停業案。

續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。」（共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款）之契約承擔，其標的應包含履約保證金之權利義務。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決：「依共同投標協議書第 5 點約定『成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。』又本件關於履約保證金之約定已明定於系爭契約『一般條款』第 8.4 條及投標須知 15.3 之中，系爭契約 17『估驗計價款暫扣及扣除』中亦有履約保證金扣抵之規定，可知履約保證金係屬於系爭契約之一部分，並非獨立於系爭契約之外之獨立契約，則共同投標協議書第 5 點約定所稱『契約之一切權利義務』，當然包括有關履約保證金之權利義務。是 95 年間由竟誠公司繳納之履約保證金，於 97 年 1 月 16 日時首先由皇廷公司等 3 人共同繼受，而於 97 年 3 月 4 日皇廷公司終止契約後，履約保證金之權利義務即應由剩餘成員廠商即參加人等 2 人所共同繼受。……則皇廷公司依上開約定即已同意關於系爭履約保證金之權利義務由參加人等 2 人繼受，並用以擔保系爭工程全部之履約。³³³」³³⁴

第二款 本文見解

本文認為，履約保證金之擔保契約乃別一法律關係，屬於從契約，並非工程契約之一部分，更非聯合承攬協議書所指之契約承擔標的。惟若當事人特別約定就履約保證金之法律關係一併承擔，當無不可。若無此類特約，應該脫離成員原先係以債務人身分提供擔保，其後因脫離而變為第三人之擔保責任性質，亦即，此時脫離成員係以第三人身分擔保剩餘成員之工程契約履行。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決一案中，當事人於變更契約書約定：「乙方繼受代表廠商之履約保證金退還，分四期平均

³³³ 此部分見解為最高法院 106 年度台上字第 704 號民事判決所維持。

³³⁴ 另參照新北地方法院 106 年度建字第 144 號民事判決。

無息發還，分別為工程施工估驗計價進度達 25%、50%、75%及完工驗收合格並繳交保固保證金後等 4 期³³⁵」則係有特別約定承擔履約保證金之法律關係，依本文見解，雖無不可，但此仍非共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款之契約承擔標的。

第四項 興泰沒收案

第一款 案例事實

興泰水電工程有限公司（下稱原告）與訴外人永聯營造工程股份有限公司（下稱永聯公司）、世益電子工業股份有限公司（下稱世益公司）等三家公司（下簡稱原告等三家公司），於 96 年 2 月 5 日，為承攬國立台灣美術館（下稱被告）所辦理之「國立臺灣美術館典藏庫擴建工程」（下稱系爭工程）投標作業，共同簽署「共同投標協議書」，由原告負責「高低壓電氣設備工程、弱電設備工程及給排水設備工程等」及「消防安全設備工程」二工程，嗣原告等三家公司共同以新臺幣（下同）3 億 6 仟 4 百 77 萬元之價格標得系爭工程，並由永聯公司代表於 96 年 2 月 14 日，與被告簽訂工程合約書（下稱系爭工程合約），並約定履約保證金為 3647 萬元，分由世益公司以定期存單 350 萬元設定質權予被告，永聯公司以由渣打銀行出具金額 2375 萬 7000 元履約保證書，原告以第一銀行出具二紙金額分別為 404 萬 6515 元及 517 萬 3485 元履約保證書為給付。原告於 97 年 2 月 15 日已完成第三期估驗工程，該第三期估驗工程款為 3,433,923 元（含水電、消防及空調設備工程），並經監造單位審核認定在案。被告以永聯公司所施作之土木工程有瑕疵為由，拒付系爭工程款，並以原告與永聯公司、世益公司負連帶履約責任為由，應連帶負損害賠償責任，先於 97 年 9 月 16 日對第一銀行動用原告履約保證金 922 萬元，於 97 年 9 月 30 日取得世益公司之履約保證金 350 萬元，於 97 年 11 月 11 日由渣打銀行取得永聯公司之

³³⁵ 此項條款見同案臺中地方法院 97 年度建字第 120 號民事判決。

履約保證金 2375 萬 7000 元。

第一目 原告主張

一、被告不得以永聯公司工作瑕疵就原告履約保證金取償

就永聯公司工作所生之瑕疵損害（48,156,121 元），被告不得逕就原告提供之履約保證金取償，且被告所受之損害，扣除永聯公司所得請求估驗款（32,848,290 元），並受領永聯公司所提供之履約保證金（23,757,000 元），被告已經溢領 8,449,169 元，更不得就原告之履約保證金取償。

二、原告就永聯公司損害賠償責任不負連帶責任

原告依系爭協議書所示，固就系爭工程負連帶履約責任，但非就工程瑕疵負連帶損害賠償責任，此由伊所承攬之工程項目與永聯公司不同，各自請領工程款、受領發票及提出履約保證金可證；原告既無違約情事，被告應向違約之永聯公司請求賠償。且縱原告應負連帶賠償責任，第一銀行亦於 97 年 9 月 16 日交付被告系爭履約保證金，然系爭保證書係其與被告間所訂立，係第一銀行履行基於保證書上保證人之地位而交付，非立於原告地位或原告代理人身份而清償被告之損害賠償債權，自無民法第 273 條、274 條規定之效力。

三、被告動用原告履約保證金違反誠信原則

被告於本件主張於 97 年 9 月 16 日取得系爭履約保證金用以清償對永聯公司之債權 15,307,831 元，與其於 119 號、13 號案件及台中地院 100 年建字 42 號等各案中之主張不同，其於上開案件未提及其實害已由系爭履約保證金填補，僅主張就損害額扣除永聯公司之第三期工程估驗款，尚餘 15,307,831 元為請求，迨至本件訴訟始再主張以履約保證金扣抵損害，顯有違誠信原則。

第二目 被告抗辯

原告與永聯公司、世益公司為共同承攬關係，依共同投標協議書第 1 條、

第 4 條約定及政府採購法第 25 條第 2 項，原告須與永聯公司、世益公司連帶負責履行採購契約之責，縱僅有永聯公司違約，原告就永聯公司造成之違約責任，須負連帶責任。依系爭合約第 22 條第 4 項第 3、4、5 款約定「乙方依投標須知所繳納之履約保證金及孳息，有下列情形之一者，不予發還或擔保者應履行其擔保責任：3.擅自減省工料……4.因可歸責於廠商之事由，致部分終止或解除契約者，依該部分所占契約金額比率計算之保證人。5.查驗或驗收不合格…」永聯公司既有此條款情形，原告與永聯公司為共同承攬關係，永聯公司之違約事由等同原告違約，被告自可依系爭合約第 22 條第 4 項第 4 款約定沒收原告之履約保證金 8,074876 元。又原告自承被告對於永聯公司有債權 15,307,831 元存在，被告主張以該債權與系爭保證金經沒收後之餘額（即 9,220,000 – 8,074876）抵銷，原告自不得再請求被告返還系爭保證金。

第二款 本案爭點

被告因永聯公司違約所造成之損害，被告得否依系爭工程契約而動用原告之履約保證金？

第三款 實務見解

第一目 第一審判決

臺中地方法院 104 年度建字第 60 號民事判決：「台灣省結構技師公會所為鑑定係被告因永聯公司涉有違約及進度嚴重落後等情事，委託前揭公會辦理鑑定，非以原告違約或施作工程為鑑定對象，亦未經原告參與並提出意見，業經原告於本案中提出質疑，自難以永聯公司違約後之未施作比例，作為沒收原告之履約保證金之依據；復押標金作業辦法第 20 條第 4 項所定：『同一契約有第二項二款以上情形者，應分別適用之。但其合計金額逾履約保證金總金額者，以總金額為限』，屬損害賠償總額預定之性質，被告主張永聯公司有系爭工程合約第 22 條第 4 項第 3、5 款之違約扣款情形，其合計金額達 48,156,121 元，已

逾永聯公司履約保證金總額 23,757,000 元，縱使以被告應給付之第三期估驗計價款扣抵，而仍得向永聯公司請求 15,307,831 元，加計前揭 20,806,381 後，請求金額合計為 36,114,212 元（計算式：15,307,831+20,806,381=36,114,212），仍應以該保證金總額 23,757,000 元為限，不得再主張以原告之履約保證金抵充。被告在原告無任何違約情形之下，主張依永聯公司未施作之比例 87.58%，扣抵原告之履約保證金，實不足採。……綜上所述，原告本於民法不當得利之規定，請求被告給付 922 萬元，及自起訴狀繕本送達被告翌日起即 104 年 7 月 2 日起至清償日止，按年息百分之 5 計算之法定遲延利息，為有理由，應予准許。」

第二目 第二審判決

臺灣高等法院臺中分院 105 年度建上字第 37 號民事判決：「由二位以上之廠商共同投標之聯合承攬契約與工程契約分包不同，前者，乃二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具名或指派代表人簽約，連帶負履行採購契約之責。後者，承攬之當事人未變更，由其自行分包與下包廠商，下包廠商與契約上之承攬人對定作人不負連帶責任。又共同投標廠商應於投標時檢附共同投標協議書。共同投標廠商有破產或其他重大情事，致無法履約時，其契約之一切權利義務由其他共同投標廠商繼受。此觀政府採購法第 25 條第 2、5 項、行政院公共工程委員會於 96 年 5 月 22 日發布之共同投標辦法（下稱共同投標辦法）第 10 條第 1 項第 6 款規定自明。故其聯合承攬之債權是否可分，應視共同投標協議書之約定決之，其對定作人之債務責任，則以共同投標協議書承諾負連帶責任。本件被上訴人與永聯公司、世益公司於 96 年 2 月 5 日共同簽署共同投標協議書，用以由渠等代表人永聯公司與上訴人簽訂系爭工程合約，其上分別依共同投標辦法規定，載明：各成員於得標後連帶負履約責任及成員無法履約時，由其他成員或由共另覓廠商繼受等語（見原審卷第 6 頁）。系爭工程合約雖僅由永聯公司具名，惟兩造均知永聯與被上訴人及世益公司係共同投標，系爭工程合約書首頁亦列被上訴人、永聯公司、世益公司為共同承攬人（見原審

卷第 6 至 25 頁、本院卷第 95 頁），揆諸上開說明，被上訴人應對永聯公司之系爭工程債務負連帶責任。再參諸共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款亦規定，共同投標廠商須負連帶履約責任，第 14 條則規定：允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商於投標文件敘明契約價金由代表廠商統一請（受）領，或由各成員分別請（受）領；其屬分別請（受）領者，並應載明各成員分別請（受）領之項目及金額。故被上訴人徒以其與其他共同投標廠商分別提供履約保證金、受領工程款及發票為由，辯稱：伊僅負連帶履約責任，而不負連帶損害賠償責任，無民法第 273 條、第 274 條規定適用云云，委無足取。……按一般履約保證金乃契約當事人之一方，為確保其契約之履行而交付於他方之一定金額，以為履行契約之擔保。而履約保證金保證書或不可撤銷擔保信用狀，係為顧及承攬人資金調度之困難，以經定作人認可之金融機構或第三人出具保證書或不可撤銷擔保信用狀，以代替現金給付。此履約保證金之作用在使定作人擔保其債權快速實現，而得自保證金中扣除或抵充其債權，其性質為履約之擔保，主要義務在於付款，縱其有不予發還之約定，但主要目的仍擔保契約之履行。又依據押標金保證金及其他擔保作業辦法（下稱作業辦法）第 18 條第 1 項、第 19 條、第 20 條分別規定履約保證金之繳納期限、發還、及不予發還之時期、方式、事由，足見履約保證金只有在契約約定條件成就時，才會扣抵，凡此均與違約金在債務人故意或過失之違約始得請求及無發還情況等不相同。是難以遽認履約保證金乃損害賠償總額預定性之違約金，而應視契約中關於履約保證金之約定而定其性質及擔保範圍。……經查，永聯公司與上訴人間就確認債權不存在等事件之 119 號確定判決，係認永聯公司對上訴人負有四千八百一十五萬六千一百二十一元債務（含上訴人為恢復原狀而重新發包工程費用二千七百五十二萬六千七百八十二元、上訴人於終止契約前代支出之工地管理及繳納相關費用二百三十七萬零一百四十元、終止契約後所衍生之損害賠償費用一千八百二十五萬九千一百九十九元），以該公司得請求之第三期估驗計價款三千二百八十四萬八千二百九十元互為抵銷後，上訴人對永聯公司尚有一千五百三

十萬七千八百三十一元債權。且 13 號案件之○○公司與上訴人間損害賠償事件，亦經判決確定，而認：上訴人對永聯公司除有上開一千五百三十萬七千八百三十一元之債權外，系爭工程因可歸責於○○公司之事由，經上訴人部分終止契約，符合系爭工程合約第 22 條第 4 項第 4 款約定，上訴人得依永聯公司未施作比例計算不予發還之保證金金額，經依台灣省結構技師公會所為鑑定，永聯公司已施作比例為 12.42%，未施作比例為 87.58%，上訴人依上開第 4 款約定得沒收不予發還之履約保證金金額為二千零八十萬六千三百八十一元。有上開判決書、判決確定證明書附卷足稽（見原審卷第 41 至 54 頁、本院卷第 66 至 73 頁），從而，依上開 119 號及 13 號案件判決，永聯公司對上訴人至少尚負有三千六百十一萬四千二百十二元（計算式：00000000+00000000=00000000）之系爭工程債務，且均為系爭履約保證金所擔保之範圍。縱以永聯公司之履約保證金二千三百七十五萬七千元扣抵，上訴人對永聯公司仍尚有一千二百三十五萬七千二百十二元之債權。況上訴人係於 97 年 9 月 16 日先對被上訴人提供之履約保證金扣抵後，始對其餘各共同投標者提出之履約保證金扣抵，是其扣抵被上訴人之履約保證金，即非無法律上理由。被上訴人主張：縱伊應對上訴人負連帶賠償責任，惟上訴人已動用○○公司之履約保證金二千三百七十五萬七千元及就應給付之第三期工程款主張抵銷，其損害亦經填補而無債權云云，洵非足取。……至被上訴人主張：上訴人於 119 號案件中未以系爭履約保證金主張抵銷，而得對永聯公司獲有勝訴判決，迨本件訴訟始再為主張得對系爭履約保證金扣抵，有違誠信原則等語。惟該案係上訴人訴請永聯公司給付工程瑕疵之損害賠償金及確認永聯公司第三期估驗工程款債權三千二百八十四萬八千二百九十九元不存在，苟系爭履約保證金得用以抵銷上訴人對永聯公司之損害賠償債權，亦須永聯公司為抵銷之抗辯。況被上訴人亦為該案之參加人，其亦未為抵銷抗辯，難認上訴人於本件主張系爭履約保證金債權，有何違誠信原則可言。……綜上所述，上訴人扣取系爭履約保證金，即非無法律上原因，被上訴人依不當得利之法律關係，請求上訴人給付九百二十二萬元，及自

起訴狀繕本送達之翌日起至清償日止，按年息百分之 5 計算之利息，為無理由，不應准許。原審判命上訴人給付上開本息，並附條件為假執行及免為假執行之宣告，自有未洽。」

第三目 第三審判決

最高法院 107 年度台上字第 2348 號民事判決：「按參加人對於其所輔助之當事人，雖不得主張本訴訟之裁判不當，但參加人非民事訴訟法第 401 條第 1 項所謂當事人，其與他造當事人間之關係，自非確定判決之既判力所能及。查上訴人僅於 119 號判決為永聯公司之參加人，亦非 13 號判決之當事人，非上開二確定判決之既判力所及，原不受上開二判決之拘束。而上訴人於本件訴訟一再爭執永聯公司對被上訴人應負損害賠償數額，並對 13 號判決所援引被上訴人因永聯公司違約及進度嚴重落後等情事，係私下委託結構技師公會辦理鑑定，非以其違約或施作之工程為鑑定對象，亦未經其參與並提出意見，難以永聯公司違約後之施作比例，作為沒收其履約保證金之依據等語（見第一審卷第 71 頁、第 91 頁、原審卷第 79 頁），此既攸關被上訴人究得否沒收上訴人提供之履約保證金及其數額；乃原審未說明上訴人應受上開二判決認定結果拘束之理由，即逕援引上開二判決，謂永聯公司對被上訴人至少尚負有 3611 萬 4212 元之系爭工程債務，且均為系爭履約保證金所擔保之範圍，進而為上訴人不利之論斷，自有適用法規不當及判決理由不備之違誤。」

第四目 更審判決

臺灣高等法院臺中分院 108 年度建上更（一）字第 21 號民事判決：「系爭工程合約雖僅由永聯公司具名，惟兩造均知永聯與被上訴人及世益公司係共同投標，系爭工程合約書首頁亦列被上訴人、永聯公司、世益公司為共同承攬人（原審卷 8 至 25 頁，揆諸上開說明，被上訴人應對永聯公司之系爭工程債務負連帶責任。再參諸共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款亦規定，共同投標廠商須負連帶履約責任，第 14 條則規定：允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商於投標文件敘明契約價金由代表廠商統一請（受）領，或由各成員分

別請（受）領；其屬分別請（受）領者，並應載明各成員分別請（受）領之項目及金額。故被上訴人徒以其與其他共同投標廠商分別提供履約保證金、受領工程款及發票為由，辯稱伊僅負連帶履約責任，而不負連帶損害賠償責任云
云，自無可取。……按民法第 252 條規定：『約定之違約金額過高者，法院得減至相當之數額。』，違約金之約定是否過高，應依違約金係屬於懲罰之性質或屬於損害賠償約定之性質而有不同。若屬前者，應依一般客觀事實、社會經濟狀況及當事人所受損害情形，以為酌定標準；若為後者，則應依當事人實際上所受損失為標準，酌予核減（參照最高法院 102 年度台上字第 2502 號判決意旨參照）。查永聯公司與上訴人間確認債權不存在等事件之 119 號確定判決，係認永聯公司對上訴人所負損害賠償債務為 4815 萬 6121 元（含上訴人為恢復原狀而重新發包工程費用 2752 萬 6782 元、上訴人於終止契約前代支出之工地管理及繳納相關費用 237 萬 0140 元、終止契約後所衍生之損害賠償費用 1825 萬 9199 元），以該公司得請求之第三期估驗計價款 3284 萬 8290 元互為抵銷後，上訴人對永聯公司尚有 1530 萬 7831 元債權（參原審卷 41 至 54 頁決影本）。另永聯公司與上訴人間請求損害賠償事件，亦經 13 號判決確定，該判決認定：上訴人對永聯公司除有上開 1530 萬 7831 元損害賠償債權外，系爭工程因可歸責於永聯公司之事由，經上訴人部分終止契約，符合系爭工程合約第 22 條第 4 項第 4 款約定，上訴人得依永聯公司未施作比例計算不予發還之保證金金額，經依台灣省結構技師公會所為鑑定，永聯公司已施作比例為 12.42%，未施作比例為 87.58%，上訴人依上開第 4 款約定得沒收不予以發還之保證金金額為 2080 萬 6381 元，亦有上開判決書可稽（本院前審卷 66 至 73 頁）。然該 13 號確定判決並未說明上訴人依系爭工程合約第 20 條第 4 項第 4 款約定沒收不予以發還之保證金金額 2080 萬 6381 元，究竟係抵充損害賠償或沒收充作違約金，且本件被上訴人並非該 13 號判決確定判決之當事人，非該確定判決之效力所及，自不受該確定判決之拘束。而依 119 號確定判決，既認永聯公司對上訴人所負損害賠償總額為 4815 萬 6121 元，且本件被上訴人就系爭工程並無任何違約事項，

業據上訴人陳明（原審卷 91），既無其他應負之損害賠償債務，則被上訴人等共同承攬廠商對對上訴人所負損害賠償總額僅為 4815 萬 6121 元，應可認定。

又 119 號確定判決認定上開 4815 萬 6121 元債務經上訴人以永聯公司請求之第三期估驗計價款 3284 萬 8290 元抵銷後，上訴人對永聯公司僅餘 1530 萬 7831 元債權。再依據 119 號及 13 號確定判決，上訴人實際已將永聯公司所繳納之履約保證金 2375 萬 7000 元全部沒收，則上訴人因永聯公司違約所受損害非僅已獲完全賠償，且尚有餘額 844 萬 9169 元（計算式：23,757,000 元 – 15,307,831 元 = 8,449,169 元）。茲上訴人所受損害實際已獲填補，則其就系爭工程得請求被上訴人等承攬廠商請求之違約金自不宜過高，本院認按上訴人就系爭工程所受損害總額 4815 萬 6121 元之 10% 計算，即 481 萬 5612 元之為適當。……末按國內工程實務界之擔保制度，除保證金之實際交付外，常由銀行金融機構出具保證書，以疏解承包商之籌資壓力；並於保證書上記載立即照付約款，以滿足業主快速實現權利之需求。該保證書雖為承包商繳交保證金之替代，惟其性質及法律效力究與承包商原應繳付之保證金不同，不宜混淆。核其性質，應屬立即照付之擔保，擔保銀行於業主行使請求付款之形式要件時，即有付款義務；擔保銀行除得主張該擔保契約本身有效與否之抗辯或業主之請求付款明顯即知為權利濫用或有違反誠信原則外，均不得以源於承攬契約法律關係為抗辯。至擔保銀行付款後，業主如未因承包商之違約受有損害或所受損害少於擔保金額，致不應終局保有全額或部分擔保金時，除有特別約定外，基於擔保金於擔保銀行給付後，即為承包商依承攬契約所應繳納保證金，依債之相對性原則，應由承包商依其與業主間之約定定之，擔保銀行不得逕向業主請求返還，僅能依補償關係向承包商求償（最高法院 102 年度台上字第 584 號判決意旨參照）。查上訴人以永聯公司違約為由，先於 97 年 9 月 16 日對第一銀行動用被上訴人履約保證金 922 萬元，於 97 年 9 月 30 日取得世益公司之履約保證金 350 萬元，再於 97 年 11 月 11 日由渣打銀行取得永聯公司之履約保證金 2375 萬 7000 元等情，為兩造所不爭執，則第一銀行給付上訴人之履約保證金

922 萬元即屬被上訴人依系爭工程契約所繳納之保證金。又上訴人雖然於 97 年 9 月 30 日取得第一銀行代被上訴人交付之系爭履約保證金，然抵銷應以意思表示向他方為之（民法第 335 條第 1 項前段），上訴人於被上訴人提起本件訴訟前，未曾向被上訴人表示以系爭履約保證金抵銷系爭工程之損害賠償或違約金。且前於13 號確定判決即永聯公司請求上訴人損害賠償事件中，上訴人業已主張以永聯公司繳納之履約保證金 2375 萬 7000 元抵充（抵銷）損害賠償等，而上訴人就系爭工程得請向被上訴人等承攬廠商請求之違約金為 481 萬 5612 元，有如前述，且上訴人係因永聯公司應單獨負責之事由致受損害，被上訴人毋庸與永聯公司分擔損害賠償，永聯公司繳納之履約保證金抵充上開違約金尚有剩餘，上訴人對被上訴人無違約金債權可供抵銷，被上訴人所繳納系爭履約保證金已超過應供擔保之範圍，則被上訴人依不當得利規定請求上訴人返還系爭履約保證金，即非無據。……綜上所述，被上訴人依不當得利之法律關係，請求上訴人給付 922 萬元，及自起訴狀繕本送達之翌日即 104 年 7 月 2 日（於 104 年 7 月 1 日送達上訴人，見原審卷 57 頁送達證書）起，至清償日止，按年息 5% 計算之利息，自屬正當，應予准許。原審判命上訴人如數給付，理由雖有不同，但結論並無二致，仍應予維持。上訴論旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應駁回上訴。」

第五目 本案歷審判決理由梳理

第一審法院認為，被告係因永聯公司違約而遭受損害，並非基於原告工作違約，被告僅得就永聯公司所提供之履約保證金取償，不得就原告之履約保證金取償，是被告受領原告提供之履約保證金，乃無法律上原因而受有利益，構成民法第 179 條不當得利，原告得據此請求返還之。第二審法院則認為，依共同投標協議書，原告與永聯公司負連帶履約之責任，並及於債務不履行損害賠償，是原告須就永聯公司之債務不履行損害賠償責任，負連帶清償責任，被告自得據此就原告所提供之履約保證金取償。此等連帶債務關係與各承攬成員各自提供履約保證金無關，故被告受領該履約保證金非無法律上原因。惟第三審

法院認為，被告另案起訴主張永聯公司違約之判決，原告僅為該判決之參加人，不受該確定判決之既判力所及，該判決所認定永聯公司嚴重違約及進度落後，不得拘束本案原告，進而據此沒收原告所提供之履約保證金。就此，更審法院認為聯合承攬成員之連帶債務，非但包含完成工作之給付義務，尚包含債務不履行損害賠償之責任，是原告須就永聯公司違約所生之損害賠償及違約金負連帶責任。但永聯公司所提供之履約保證金抵充損害賠償及違約金後尚有剩餘，被告對原告已無損害賠償或違約金債權，故原告所繳納之履約保證金擔保目的消滅，則原告依不當得利規定，請求被告返還系爭履約保證金，應有理由。其後因上訴第三審不合法而駁回確定（最高法院 110 年度台上字第 842 號民事裁定）。

第四款 本文評析

第一目 原告之連帶損害賠償責任

如前所述，通說認為，聯合承攬所約定之連帶債務範圍，除完成工程之主給付義務外，尚包含損害賠償等次給付義務³³⁶，是就一承攬成員所生之債務不履行損害賠償或違約金責任，其他承攬成員亦需連帶負責，無相對效力可言，蓋損害賠償本身亦為連帶債務之範圍，業主得向其他承攬成員連帶請求清償

³³⁷ 故本案原告須與違約之永聯公司負連帶損害賠償責任。

惟若依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，一承攬成員因執行工程所負之損害賠償債務，應屬合夥債務之一種態樣。就此部分應適用民法第 681 條規定，應以聯合承攬財產清償之，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。至於承攬成員內部如何求償，則屬另一問題。本文之此項見解與多數見解不同處在於，承攬成員就損害賠償僅以個人財產負補充性之連帶清償

³³⁶ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第一節 承攬成員之給付義務 第四項 連帶債務之內容範圍。

³³⁷ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第二節 債務不履行與契約解消 第一項 債務不履行 第二款 損害賠償與違約金責任。

責任。

第二目 履約保證金之擔保範圍

聯合承攬實務上（例如本案）發生違約情事時，業主非就聯合承攬財產取償。因為一方面大多不承認聯合承攬體之合夥性質，另一方面業主得直接就承攬成員已經提供之履約保證金取償，而無就聯合承攬財產取償之必要，合先敘明。接著將重點放在履約保證金之擔保範圍。

聯合承攬如係統一繳納履約保證金，應將其解釋為擔保全體承攬成員之工程債務履行。於一承攬成員發生違約時，不論其他成員是否違約，業主均得就該履約保證金取償，應屬合理。例如臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更

（二）字第 58 號民事判決：「綜上各契約文件之約定或規定可知，該履約保證金係由共同承攬廠商之代表廠商（或稱主承包商）負責提交，用以擔保共同承攬團隊依約應履行契約責任，皇廷公司等 3 人共同施作內容若有前揭約定之情形，而得由被上訴人扣抵者，被上訴人即得依約由履約保證金中扣抵。是系爭履約保證金能否返還之時期，並非單以皇廷公司所分擔主辦項目部分之履約情形而為認定。³³⁸ ³³⁹」

若係分別繳納履約保證金之情形，是否意味著各承攬成員僅擔保自己債務之履行？本文認為，通常應認當事人意思除係在擔保自己之工程債務外，同時亦擔保其他成員之債務履行。蓋於連帶債務關係中，全體承攬成員各負全部給付之責任（民法第 272 條第 1 項、共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款），雖連帶債務為複數之債而得為單獨之擔保，但承攬成員依自己參加比例分別提供履約保證金，就整體工程而言，尚不足以擔保自己「全部給付」之責任，此等不足額擔保似不符合當事人之真意。承攬成員選擇分別繳納履約保證金，意在協力聚合財產，以擔保「全部給付」之工程債務。若解為僅擔保自己債務之履行，於一承攬成員違約時，業主僅得就該成員依參加比例所提供之履約保證金

³³⁸ 此部分見解為最高法院 106 年度台上字第 704 號民事判決所維持。

³³⁹ 另參照臺北地方法院 101 年度建字第 281 號民事判決。

取償，失去約定連帶債務之「全部給付」意義，業主無法滿足全部給付之債權。何況，承攬成員間就損害賠償及違約金等債務不履行責任亦屬連帶債務，業主非不得向違約成員以外之其他成員請求損害賠償及違約金，其結果仍係就其他成員之履約保證金取償。

第三目 業主之取償順序

需討論的是，如違約成員自己也有提供履約保證金，業主得否捨此不取償，而選擇就其他成員（本案原告）所提供之履約保證金取償？應檢討業主之取償權利行使，有無違反誠信原則（民法第 148 條）。本文認為，若違約成員提供之履約保證金足以實現業主之損害賠償及違約金債權，業主自應優先就此取償。如業主逕就其他成員之履約保證金取償，雖亦能滿足其債權，但反而徒增成員間內部求償之困擾，似有違誠信原則，且參酌民法第 875 條之 1 共同擔保之規定，應認於違約成員提供足額擔保之前提下，不應准許業主逕就其他成員所提供之履約保證金取償。

據此以論，本案違約之永聯公司提供履約保證金數額（2375 萬 7000 元）得以滿足被告之損害賠償及違約金債權，但被告竟優先就原告之履約保證金（922 萬元）取償，且被告嗣後就永聯公司之履約保證金取償後發生溢領（844 萬 9169 元）。從而應認被告優先動用原告履約保證金之行為違反民法第 148 條第 2 項誠信原則，原告請求被告返還履約保證金應有理由。

第四節 工程款債權

第一項 多數債權人之基本內涵

第一款 可分債權

第一目 意義

依民法第 271 條規定，數人有同一債權，其給付可分者，各債權人得按比例分享其債權，即指「可分債權」。

第二目 對外效力

對債務人而言，各債權人享有個別獨立之債權，對債務人僅得請求其應享有的部分給付，而不得請求全部給付，超出部分之受領，則屬無法律上原因而受有利益，構成不當得利（民法第 179 條）；反之，債務人對一債權人為全部給付，對他債權人不生效力。又債務人對個別債權人不履行或有瑕疵履行時，各債權人均得請求損害賠償。

此外，由於數債權人按比例分受給付，導致債務人需注意債權人之人數及其分配比例，而須分別向不同債權人為給付，對債務人較為不利，是在德國實務上傾向限縮解釋本條之可分給付。³⁴⁰

第三目 對內效力

可分債權人按自己享有之比例分受債務人所為之給付。且各債權人就自己享有之部分各自獨立，債權人之一人所生之事項，不及於其他債權人。³⁴¹

第二款 連帶債權

第一目 意義

民法第 283 條：「數人依法律或法律行為，有同一債權，而各得向債務人為全部給付之請求者，為連帶債權。」；同法第 284 條：「連帶債權之債務人，得向債權人中之一人，為全部之給付。」有同一目的之各債權人不但均有請求全部給付之權利，債務人亦得向債權人之一人為全部給付，即為「連帶債權（die Gesamtforderung）」，例如：夫妻開設聯名帳戶，約定任一方均享有對銀行之付款請求權³⁴²。學說認為，此處所謂同一債權，需數個債權具有共同之目的，且

³⁴⁰ 楊芳賢，前揭註 239，頁 390。

³⁴¹ 邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 231。

³⁴² 又例如民法第 539 條：「受任人使第三人代為處理委任事務者，委任人對於該第三人關於委任事務之履行，有直接請求權。」

最高法院 69 年度台上字第 1364 號民事判決：「所謂連帶債權，係指多數債權人有同一目的之數個債權，得各自或共同請求全部或一部之給付，而債務人對於其中任何一人為全部給付即可消滅其債務而言，與公同共有之債權為一個權利，其債務人僅得向公同共有人全體清償始生消滅債務之效力者，迥不相同。」

其內容亦需同一，蓋如給付不同一，債權人之一人獲得滿足時，他債權人之債權亦無從謂已依債之本旨同獲滿足而歸於消滅。³⁴³

第二目 對外效力

各債權人均享有個別獨立之債權，債務人亦得自由決定對何一債權人為給付。又連帶債權之外部關係，與連帶債務同，連帶債權人之一人所生之事由是否及於他債權人，應區別而論，分為「完全絕對效力事項」（民法第286條、第289條）、「限制絕對效力事項」（民法第285條、第287條、第288條）與「相對效力事項」（民法第290條）。

第三目 對內效力

於連帶債權之內部關係，有如何按比例分受給付利益之規定（民法第291條）。如一連帶債權人自債務人處受領全部給付，他債權人得向該債權人請求給付各自應受之部分。就此而言，連帶債權之規範設計對債務人較為有利，對各債權人較為不利。

第三款 不可分債權

第一目 意義

民法第293條：「數人有同一債權，而其給付不可分者，各債權人僅得請求向債權人全體為給付，債務人亦僅得向債權人全體為給付。除前項規定外，債權人中之一人與債務人間所生之事項，其利益或不利益，對他債權人不生效力。債權人相互間，準用第二百九十一條之規定。」於給付內容不可分，且不成立連帶債權³⁴⁴時，即屬「不可分債權」，例如：分時享有渡假屋之使用請求權。

第二目 對外效力

³⁴³ 邱聰智著，姚志明修訂，前揭註247，頁254；孫森焱，前揭註200，頁901；劉春堂，前揭註200，頁311；鄭冠宇，前揭註253，頁346。

³⁴⁴ 學說上有認民法第293條應與德國民法第432條同樣有此前提，參照楊芳賢，前揭註239，頁391註6。

基於此等債權之不可分性質，雖各債權人得個別向債務人為請求給付，但僅得請求債務人向全體債權人給付，債務人亦僅得向全體債權人為給付³⁴⁵。且各債權人之債權各自獨立，其消滅時效、擔保，甚至讓與，均可不同。因有民法第 293 條之結果，連帶債權所定之絕對效力事項，於不可分債權均無準用，除全體債權人請求給付或受領遲延生絕對效力外，均為相對效力。

第三目 對內效力

由本條第 2 項及第 3 項可知，無論對外關係或對內關係，除民法第 291 條外，連帶債權之其他規定均無適用（準用）之餘地。據此，不可分債權人間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分受其利益。但因給付不可分，要實際分受利益有其困難，應認債權人就其依共有關係分受應有部分，或依協議處理之，例如由一債權人受領該給付物，其他人以金錢補償。³⁴⁶

第四款 共有債權

第一目 分別共有債權

民法第 831 條：「本節規定，於所有權以外之財產權，由數人共有或公同共有者準用之。」債權既屬財產權，自得由數人共有或公同共有，例如：共有物被侵害所生之損害賠償債權（分別共有）。於債權之分別共有（Bruchteildaforderungen）情形，無論對內關係或對外關係，均有各債權人之應有部分，此與不可分債權不同。

多數學說認為，此等情形得準用民法第 821 條但書規定，共有人之一人得為全體共有人之利益，請求債務人為給付，債務人亦僅得向全體共有人為給付

³⁴⁵ 最高法院 22 年度上字第 6292 號民事判決：「不可分債權依民法第二百九十三條第一項規定，不必債權人全體共同請求給付，但各債權人僅得為債權人全體請求給付，故債權人中一人提起給付之訴時，其原告之適格雖無欠缺，而該債權人請求債務人向自己為給付，而非請求債務人向債權人全體為給付者，仍不能認為有理由。」

³⁴⁶ 林誠二，前揭註 238，頁 373；邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 270；劉春堂，前揭註 200，頁 325-326；鄭冠宇，前揭註 253，頁 359。

³⁴⁷，且全體共有人受領給付後，就該給付仍屬共有關係。又若債務人僅向其中一共有行為給付，對他共有人不生效力，他共有人仍得請求全部給付，債務人僅得向該共有人償還其分得之部分。此外，共有債權經分割後，成為可分債權，因此屬應有部分之互相移轉，同時構成債權讓與，依民法第 297 條規定，須通知債務人始對其發生效力。³⁴⁸

第二目 公同共有債權

例如出賣遺產所得之價金債權³⁴⁹、合夥對外所生之債權³⁵⁰。最具爭議者為，公同共有債權如何請求債務人為給付？一債權人得否單獨為請求？抑或是須由全體公同共有人向債務人請求給付？分析如下。

一、共同行使說

最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議決議（一）：「公同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係公同共有債權之權利行使，非屬回復公同共有債權之請求，尚無民法第八百二十一條規定之準用；而應依同法第八百三十一條準用第八百二十八條第三項規定，除法律另有規定外，須得其他公同共有人全體之同意，或由公同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」認屬民法第 828 條第 3 項之權利行使，而須共同請求債務人為給付，否則一公同共有債權人之單獨起訴，或未經他債權人同意而起訴請求，有當事人不適格之問題。

部分學說亦採「共同行使」之見解，其認為民法修正第 828 條第 2 項可準用第 821 條顯然是針對「共有物」而來，第 831 條準用共有規定

³⁴⁷ 史尚寬，前揭註 238，頁 661-662；黃立，前揭註 238，頁 628；林誠二，前揭註 238，頁 375；王澤鑑，民法物權，增訂二版，2014 年 3 月，臺北：自版，頁 338；孫森焱，前揭註 200，頁 922；劉春堂，前揭註 200，頁 342。

³⁴⁸ 黃立，前揭註 238，頁 628；孫森焱，前揭註 200，頁 922。

³⁴⁹ 最高法院 74 年度台上字第 748 號民事判決：「繼承人共同出賣公同共有之遺產，其所取得之價金債權，仍為公同共有，並非連帶債權。而公同共有人之一人或數人受領公同共有債權之清償，除得全體公同共有人之同意外，應共同為之，無單獨受領之權。」

³⁵⁰ 最高法院 64 年度台上字第 1923 號民事判決：「合夥財產，為合夥人全體公同共有，其為金錢出資，勞務出資，抑以他物出資，均無不同（包括動產或不動產）。又於合夥關係存續中，執行合夥事業之合夥人為他合夥之代表，其為合夥取得之物及權利，亦屬合夥人全體公同共有。」

時，應如何準用？是否因為立法者增訂第 828 條第 2 項可準用第 821 條規定，即意味著立法者有意使準公同共有債權當然可準用第 828 條第 2 項再準用第 821 條？恐怕未必，仍應按公同共有債權之性質及其如何行使定之。不論從我國立法史或比較法來看，均強調公同共有權利行使的「行使共同原則」，公同共有人在實體法上只有一個性質上為單一不可分的公同共有債權而已，透過共同體成員得以對於與該公同共有財產有關的一切決定，行使源自於一致性原則的「否決權」，以強化各公同共有人的法律地位。³⁵¹

須強調的是，所謂「共同行使」，除全體公同共有人一同起訴請求外，尚包含經其他公同共有人之同意，由其中一公同共有人起訴請求之。³⁵²

二、單獨行使說

(一) 準用第 821 條規定

有認為，法律之準用並非一字一句準用，而應按規範事務之不同，於性質相同或相似下，方有準用之餘地。由於債權本身並無形體，且其主要作用係以請求債務人為一定給付作為內容，由第 831 條準用第 828 條第 2 項再準用第 821 條規定後，其意義應為「各準公同共有債權人對於第三人，得就準公同共有債權之全部，為本於債權本體之請求」，未逾越條文解釋之範疇。又雖債權之準共有（準分別共有或準公同共有）乃共有「一個債權」，與債編的可分之債、不可分之債或連帶債權係有「數個債權」者不

³⁵¹ 吳從周，公同共有債權之行使一評最高法院一〇四年度第三次民事庭會議決議，黃宗樂等著，物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集，2016 年 8 月，臺北：自版，頁 233-235。

³⁵² 另參照最高法院 32 年度上字第 5188 號民事判決：「公同共有物之處分，固應得公同共有人全體之同意，而公同共有人中之一人，已經其他公同共有人授與處分公同共有物之代理權者，則由其一人以公同共有人全體之名義所為處分，不能謂為無效。」；最高法院 65 年度台上字第 1416 號民事判決：「公同共有人中之一人，依民法第八百二十八條第二項規定得其他共有人之同意行使權利而起訴請求，與民事訴訟法第四十一條規定之選定一人為全體起訴不同，前者不以文書證之為必要，不論以任何方法，凡能證明公同共有人已為同意即可。」

同。於後者有第 293 條第 1 項規定可以單獨請求債務人向全體債權人給付，此與公同共有關係下之公同共有物利益應由全體公同共有人享受，具有類似性。若僅允許後者單獨請求債務人向全體給付，卻不允許前者單獨請求債務人向全體給付，形成多數債權人之不平等待遇。³⁵³

另有認為，被準用法條與準用法條規範客體性質相同性之判斷上，第 831 條規定是準用法條，債權請求權在其規範之列。第 828 條第 2 項準用第 821 條等法條的規範客體，均是物權請求權。債權請求與物權請求均是「請求權」，是以應準用第 828 條第 2 項、第 821 條規定，以規範公同共有債權人之給付請求³⁵⁴。從第 828 條立法理由之法律適用順序說明可推知，立法者有意識地區別「請求權能」（第 2 項）與「請求以外之其他權能」（第 3 項）。然上開 104 年最高法院決議卻不附理由跳過第 828 條第 2 項而準用第 828 條第 3 項規定，完全欠缺方法論上依據³⁵⁵。立法者基於平等正義，原則上不得因編纂位置之不同，而對同一事物作成矛盾之評價。就同一事物，民法債編與物權編規定原則上不得作出不同之評價。第 831 條準用第 828 條第 2 項、第 821 條規定之結果，原則上應與適用第 293 條與第 271 條規定之結果相同。當公同共有債權為不可分債權時，為了與第 293 條相當，應準用第 821 條本文及但書；當公同共有債權是可分債權時，若要與第 271 條相當，僅須準用第 821 條本文，此時，各公同共有債權人似得

³⁵³ 林誠二，準公同共有債權之請求——最高法院一〇四年度台上字第二一八四號民事判決評釋，月旦裁判時報，第 45 期，2016 年 3 月，頁 14-16。類似見解另參照鄭冠宇，前揭註 162，頁 339。

³⁵⁴ 游進發，準分別共有與公同共有債權之行使—以最高法院一〇二年度台上字第一三〇七號裁定為出發點，月旦裁判時報，第 34 期，2015 年 4 月，頁 18。

³⁵⁵ 游進發，再論準公同共有債權之行使—以最高法院一〇四年度第三次民事庭會議（一）為反思對象，月旦法學雜誌，第 246 期，2015 年 10 月，頁 189。類似看法參照謝在全，前揭註 161，頁 447。

依自己潛在應有部分向債務人請求給付或受領給付，但如此結果將無法顧及準共同共有之團體性（受共同關係強烈拘束）。為避免違反共同關係法與民法關於共同共有與準共同共有之規定，不應只準用第 821 條本文規定，而應同時準用但書規定，使共同共有債權人僅得單獨請求債務人向全體為給付。此際，第 831 條準用第 828 條第 2 項、第 821 條本文與但書，屬於第 271 條之特別規定³⁵⁶。結論而言，不論共同共有債權為可分債權或不可分債權，皆應同時準用第 821 條本文及但書規定，使共同共有債權人僅得請求債務人向全體給付，債務人也僅得向共同共有債權人全體為給付。本條本文之規範意義在於共同共有債權人各得依請求（即法律上之力），滿足、取得或維護基於所有權或所有權以外財產權所享有之一定利益，以追求實體法上請求權之便利行使。另一方面藉由本條但書（須為全體利益）來兼顧權利共益之價值。債權請求可藉由本條本文及但書，追求請求給付之便利性與向全體給付之共益性。然而，上開 104 年最高法院決議一味地追求「共益」（須全體同意或起訴）適用第 828 條第 3 項，而忽略了權利行使的「便利」。³⁵⁷

另有學者認為，第 821 條規定乃共有人對外關係之規定，於債權之準共有或共同共有情形，亦有準用之餘地。蓋債權之準共有或共同共有，其財產權歸屬觀念，應與一般物之所有權同等對待。亦即，應依第 831 條準用第 828 條第 2 項再準用第 821 條。至於為何不準用第 828 條第 3 項？該條項所稱之「權利行使」係指共有物之變更或設定負擔，而行使債權請求給付一事，對全體共有人有利，亦未增加共有人負擔，應非共同共有債權之「變

³⁵⁶ 游進發，前揭註 354，頁 20-22。

³⁵⁷ 游進發，前揭註 355，頁 190-192。

更」，無該條項規定之適用。³⁵⁸

(二) 適用或類推適用民法第 293 條第 1 項

給付是否可分，判斷上不僅是給付標的物之自然意義、經濟意義上的可分與否，尚須就當事人間之法律關係而為判斷。縱然自然意義下為可分，亦可能因法律特別規定或當事人內部強烈牽連關係，而在法律意義上為不可分。準此，公同共有人對於公同共有債權有「不可分割之支配力」，全體公同共有人享有共同之受領權，故屬法律意義上之不可分。從而，公同共有債權成為不可分債權，而有第 293 條第 1 項之適用，任一公同共有債權人得單獨行使其債權，惟僅得請求債務人向全體債權人為給付。³⁵⁹

另有認為，第 821 條回復共有物之請求係在保護圓滿、完整之所有權，屬於手段性權利，但債權請求並非保全或回復債權本身，而是滿足債權並使債權因清償而歸於消滅，性質顯然不同，難準用於債權人請求債務人履行債務之情形。公同共有債權人固得於符合第 828 條、第 829 條規定下，支配公同共有債權之權利行使，例如處分、設定負擔、分割、管理公同共有債權等，但債權請求之權利標的為債務人之行為，非公同共有債權本身，解釋上不屬於第 828 條第 3 項之權利行使。準共有債權與不可分債權，前者係就「債權之享有」（靜態）所為之規定，後者則係就「債權之行使」（動態）而規定，實為一體兩面，故可將公同共有債權解為法律上不可分債權，適用第 293 條第 1 項規定。上開 104 年決議未說明：何以第 293 條不是第 828 條第 3 項所稱之「除法律另有規定外」？³⁶⁰

³⁵⁸ 謝在全，前揭註 161，頁 462-463。

³⁵⁹ 王千維，前揭註 252，頁 68-69。

³⁶⁰ 呂太郎，公同共有債權人起訴請求給付之當事人適格——評最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議決議，月旦裁判時報，第 49 期，2016 年 7 月，頁 16、18、19-21。

此外，有學說認為，公同共有債權與分別共有債權不同，其非債權應有部分之集合，而是單純的原有債之關係，是被公同共有之債權性質，與其被公同共有以前，並無差別。公同共有人行使其權利時，應依其公同關係予以決定，不宜直接準用關於公同共有物規定（即第 828 條等規定）。第 293 條所稱「數人有同一債權」，形式上可包含數個公同共有人「有同一債權」之情形，是如公同關係規範未規定時，得直接適用第 293 條。縱對第 293 條所稱「數人有同一債權」採取狹義解釋，亦應類推適用本條規定，使各公同共有債權人僅得請求債務人向全體為給付，債務人亦僅得向全體債權人為給付。³⁶¹

需強調的是，通說認為共有或公同共有債權與前述之可分債權、連帶債權或不可分債權不同，前者為單一債權，其餘則屬多數債權之型態。³⁶²

◆ 共有債權與不可分債權之差異

差異內容	共有債權	不可分債權
結合原因	債權之歸屬而結合	給付本身不可分而結合
應有部分之有無	有	無
債之關係	單一債權	多數債權
適用規定	民法物權編準共有規定 準用所有權共有規定	民法第 293 條

³⁶¹ 陳榮傳，公同共有債權的權利行使—最高法院決議的評析與建議，台灣法學雜誌，第 400 期，2020 年 9 月，頁 89–90。

³⁶² 王伯琦，前揭註 276，頁 250；林誠二，前揭註 238，頁 372–373；邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 254–255、266；孫森焱，前揭註 200，頁 921、924；謝在全，前揭註 161，頁 461；劉春堂，前揭註 200，頁 340–341；鄭冠宇，前揭註 253，頁 345–346、360。

一部給付	如共有人同意，得僅為 一部給付	僅得全部給付
------	--------------------	--------

第五款 協同債權

第一目 意義

數人有同一債權，其給付內容不可分，且其中一債權人無從為全部履行之請求，而應由各債權人共同受領者，即屬學理上所謂「協同債權」。例如：電視節目主持人及演藝人員得請求節目製作人提供場所以便表演。

第二目 對外效力

學說認為，此等協同債權應類推適用民法第293條第1項規定，各債權人僅得為全體債權人請求給付，債務人亦僅得向全體債權人為給付。³⁶³

第三目 對內效力

全體協同債權人之內部關係，應依契約約定或協同行為之性質定之。

第二項 聯合承攬工程款債權之定性

第一款 意義

民法第490條第1項：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」；同法第505條：「報酬應於工作交付時給付之，無須交付者，應於工作完成時給付之。工作係分部交付，而報酬係就各部分定之者，應於每部分交付時，給付該部分之報酬。」承攬人有完成工作之主給付義務，基於報酬後付之原則，承攬人有先為給付之義務，而不得主張同時履行抗辯權（民法第264條第1項）。是於聯合承攬關係中，全體承攬成員應於完成工程（驗收合格）後，始得向業主請求工程款。從而，承攬成

³⁶³ 林誠二，前揭註238，頁379；孫森焱，前揭註200，頁852-853、928；劉春堂，前揭註200，頁351。

員之工程款請求權性質如何，涉及如何享有與行使該債權。

應補充的是，雖聯合承攬契約中常約定，非經事業目的成就（工程完結），任一成員不得請求結算盈餘。而聯合承攬成員執行工程所需之資金，然除成員各自出資外，尚包含業主所給付之各期估驗款。實務常見作法中，業主將每期估驗款匯入聯合承攬體之共同帳戶，再依各該成員之參加比例辦理自動轉帳，匯入各承攬成員之個人帳戶，以維持施工執行之資金鏈。³⁶⁴

第二款 法律性質

共同投標辦法第 10 條第 1 項第 5 款規定：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：五、契約價金請（受）領之方式、項目及金額。」；共同投標辦法第 14 條：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定共同投標廠商於投標文件敘明契約價金由代表廠商統一請（受）領，或由各成員分別請（受）領；其屬分別請（受）領者，並應載明各成員分別請（受）領之項目及金額。³⁶⁵」當事人依此項規定所勾選之給付方式，得由代表成員統一請求、受領工程款，亦可約定由各承攬成員依約定數額或比例各自請求、受領之，此將影響工程款債權之法律性質³⁶⁶。以下分別就此兩種約定情形，論其法律性質。

第一目 分別請（受）領

如約定分別請求者，即屬民法第 271 條之可分債權，其消滅時效則應依個

³⁶⁴ 實務上甚至有成員先就共同帳戶領款，再於約定時間內，將出資額匯入聯合承攬共同帳戶，此亦涉及專業廠商本身之資金調度週轉能力。關於實務上出資及請款之實際運作參照黃馨慧，前揭註 146，頁 25-26。

³⁶⁵ 另參照行政院公共工程委員會發布之共同投標協議書範本第 6 條：「共同投標廠商同意契約價金依下列方式請領：(請擇一勾選並填寫)(1)由代表廠商檢具各成員分別出具之發票及相關文件向機關統一請領。(2)由各成員分別出具之發票及其他文件向機關請領。各成員分別請領之項目及金額為：第 1 成員：_____、第 2 成員：_____、第 3 成員：_____、第 4 成員：_____、第 5 成員：_____」

³⁶⁶ 李家慶，前揭註 64，頁 22。

別成員與業主情狀定之，互不影響³⁶⁷。例如大甲溪發電廠谷關分廠復建工程案第 II 標共同投標協議書：「……本案工程自代表廠商辦理估驗請款，由各成員各自開具統一發票，自業主核付至各成員所開立在中華民國境內之帳號……」³⁶⁸

臺灣高等法院高雄分院 105 年度上字第 116 號民事判決：「依共同投標協議書第 6 條約定，系爭工程之契約價金，固應由永三公司檢具各成員分別出具之發票及相關文件向上訴人統一請領……，而永三公司請款時僅提出永三公司施作部分結案資料，目前尚欠參加人施作水電工程部分之結案資料未提出，為兩造所不爭執……。惟上訴人自承永三公司與參加人得各自提出結案資料，上訴人即會分別給付該 2 公司工程款，並將工程款匯至該公司各自帳戶等語……，此亦為參加人所是認……。職此，上訴人既同意永三公司提出其主辦項目工程之結案資料，即給付該公司主辦部分工程款，依民法第 316 條規定之法理，自無不許之理，是被上訴人主張永三公司對上訴人有 359 萬 5779 元之工程款債權存在，即屬有據。³⁶⁹」

第二目 統一請（受）領

如聯合承攬成員約定由代表成員統一請款³⁷⁰，或請求業主匯款至承攬成員共同開立銀行專戶，其報酬債權性質為何，屬於單一債權或多數債權？若為多數債權，則屬可分債權，抑或是不可分債權？不無疑問，此為聯合承攬工程款請求權之主要爭議，討論如下。

³⁶⁷ 林誠二，前揭註 11，頁 112。另參照黃馨慧，聯合承攬，古嘉諄、陳佳希、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），2006 年 2 月，臺北：元照出版，頁 26；廖郁晴，前揭註 54，頁 20；林誠二，前揭註 113，頁 77。

³⁶⁸ 黃立，前揭註 25，頁 12。

³⁶⁹ 本案當事人原約定「統一請（受）領」，但嗣後合意變更為「分別請（受）領」，得由各承攬成員出具各自施工發票單據，單獨請求自己部分之工程款。此案後因上訴第三審不合法而告確定（臺灣高等法院高雄分院 105 年度上字第 116 號民事裁定、最高法院 107 年度台抗字第 389 號民事裁定）。

³⁷⁰ 具體條款例如：「共同投標廠商同意契約價金，由代表廠商檢具各成員分別出具之發票及相關文件向機關統一請領。」（士林地方法院 105 年度建字第 61 號判決一案）又例如日本聯合承攬契約範本之代表成員權限即包含請求、受領契約金額，參照日本特定建設工事共同企業體協定書（甲）第 7 条：「当企業体の代表者は、建設工事の施工に関し、当企業体を代表してその権限を 行うことを名義上明らかにした上で、発注者及び監督官庁等と折衝する権限並びに請負代金（前払金及び部分代金を含む。）の請求、受領及び当企業体に属する財産を管理する権限を有するものとする。」

一、可分債權說

雖聯合承攬協議書約定，承攬成員請領工程款時，應由代表成員檢具各成員出具之發票及相關文件後統一請領。但成員彼此間之工作項目係屬可分且各自獨立，應屬可分之債。

桃園地方法院 100 年度建字第 26 號民事判決：「依兩造不爭執之共同投標協議書所載……，原告森榮公司與金陽公司、大鏗公司同意共同投標系爭工程，並約定由原告森榮公司為代表廠商，負責與被告意見之聯繫，任何由原告森榮公司具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為；渠等占契約金額之比率分別為原告森榮公司占 84%、金陽公司占 11%、大鏗公司占 5%，且原告森榮公司與金陽公司、大鏗公司於得標後對系爭工程應連帶負履行契約之責任；請領契約價金時，則由原告森榮公司檢具原告森榮公司與金陽公司、大鏗公司分別出具之發票及相關文件後，由原告森榮公司代表向被告統一請領。……對外而言，原告森榮公司與金陽公司、大鏗公司均為被告之承攬人，互負連帶履約責任，對內而言，彼此間則係居於相互合作之地位，雖存在類似合夥之關係，但就向被告請領契約金而言，則係屬可分之債，得就各自承攬之事項委由原告森榮公司代向被告請款，故於對被告提起請求給付工程款之訴訟，就各自承攬之事項之工程款即無合一確定之必要，而非屬固有必要之共同訴訟。本件依原告起訴主張之內容觀之，均屬其承攬之土建工程，與金陽公司、大鏗公司負責之機電、空調工程無關，自無與金陽公司、大鏗公司共同為原告之必要。³⁷¹」

臺北地方法院 105 年度建字第 268 號民事判決：「共同投標廠商全體，均為採購契約主體，而為共同承攬人之一，縱非共同投標採購契約之代表廠商，惟各成員之主辦工程項目、所占契約金額比率，併價金請

³⁷¹ 此部分為後續臺灣高等法院 102 年度建上字第 89 號民事判決、最高法院 105 年度台上字第 1957 號民事判決所維持。

(受)領之方式、項目及金額等，倘已載明於共同投標協議書，堪認各成員基於共同投標採購契約所生之工程款債權，明確而可區分，即應屬民法第 271 條規定之『可分之債』，各成員非不得本於契約法律關係，逕向採購契約之對造機關，請求給付主辦項目之工程款。查原告與朝國公司係以共同投標方式，共同承攬被告之系爭工程，其共同標協議書……第 6 條約定：『共同投標廠商同意契約價金依下列方式請領：…由代表廠商檢具共同投標廠商各成員分別出具之發票及相關文件向中油公司統一請領。』……顯見共同投標廠商各成員與被告約定，除就契約履行負連帶責任外，各成員對被上訴人之承攬報酬債權屬可分之債，並由原告代表共同投標廠商向被告請領。被告自得依系爭契約，單獨對被告起訴請求給付工程款。³⁷²】

臺北地方法院 107 年度建字第 443 號民事判決：「系爭工程契約中之『共同投標協議書』第 1 條約定：『共同投標廠商同意由墨田室內裝修股份有限公司為代表廠商，並以代表廠商之負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為…』、第 2 條約定：『各成員之主辦項目：第 1 成員（按即墨田公司）：裝修工程、第 2 成員（按即光宇公司）：電器管線路及設備裝配工程、第 3 成員（按即全權公司）：空調管線路及裝配工程』、第 3 條約定：『各成員所占契約金額比率：第 1 成員：80%、第 2 成員：18%、第 3 成員：2%』（見本院卷一第 103 頁）。據上可悉，系爭工程契約係由墨田、光宇、全權公司共同投標承攬，彼此間各有承主辦工程項目，並約定各成員所占契約金額比率，堪認墨田公司、光宇公司、全權公司基於共同投標採購契約所生之工程款債權，各自獨立而明確可分，即應屬民法第 271 條規定之『可分債權』，各成員非不得本於契

³⁷² 此部分為臺灣高等法院 107 年度建上字第 54 號民事判決所維持。

約法律關係，逕向被告請求給付主辦項目之工程款。被告雖抗辯依共同投標協議書第 6 條約定，系爭工程款債權應屬墨田公司、光宇公司、全權公司所共有云云。然觀諸共同投標協議書第 6 條約定乃為：『共同投標廠商同意契約價金依下列方式請領：…由代表廠商（按即墨田公司）出具之發票及相關文件向機關統一請領。』（見本院卷一第 103 頁），此至多僅得解為價金請領方式係約定由墨田公司統一代表領取，與系爭工程契約之工程款債權是否屬可分之債、是否需取得其他共同投標人之授權或委任無涉（最高法院 107 年台上字第 1374 號判決意旨參照）。從而，原告主張系爭工程款債權係屬可分之債，墨田公司得單獨自由處分及讓與乙情，即屬有據。」³⁷³

二、不可分債權說

（一）實務見解

依工程契約之約定，業主須將工程款給付予全體承攬成員共同開立或共同指定之銀行專戶，可認業主僅得向全體成員為給付，該工程款債權具有不可分債權之性質。

臺灣高等法院 97 年度抗更（二）字第 12 號民事裁定：「本件債務人得盛公司及另一聯合承攬廠商德寶公司共同簽署之『聯合承攬協定書要點』第 5 點係約定『承攬工程之各項計價請款應由聯合承攬各成員按本要點所定之承攬比例，各自開具發票，經彙整後一併送國工局辦理。國工局所支付之款項應存入聯合承攬各成員共同開立或共同指定之銀行專戶』（見本院 96 年度抗更

（一）字第 21 號卷第 118 頁），即約定抗告人應將所支付之工程款存入得盛公司及德寶公司共同開立或共同指定之銀行專戶，且此項給付方式，亦經原法院 90 年度重訴字第 475 號、本院 91 年

³⁷³ 另參照臺中地方法院 105 年度建字第 10 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 106 年度建上字第 50 號民事判決。

度重上字第 237 號確定判決採認（同上卷第 100 頁、第 108 頁、第 109 頁）。是抗告人給付之工程款應向得盛公司及德寶公司提出，而本件強制執行事件之債務人既僅有得盛公司，則原法院驟然核發系爭支付轉給命令，且發函通知抗告人須依系爭支付轉給命令為之，無異係將抗告人依約應向聯合廠商得盛公司、德寶公司給付之工程款，命抗告人單獨向得盛公司為給付，顯然與前揭『聯合承攬協定書要點』第 5 點之約定未合，而且損及另一聯合承攬廠商德寶廠商之權益，自非適當。」

（二）學說見解

學者觀察國工局第二高速公路白河新化段第 C362 標聯合承攬協議書第 5 條：「得標後，本工程之各項計價請款亦應由雙方依約定承攬比例，各自開具發票，經彙整後一併送交國工局辦理估驗請款，國工局所支付之款項應存入雙方共同開立或指定之帳戶。」依此契約條款，各聯合承攬成員不得單獨開具發票向業主請款，而須經彙整程序送交，且業主不得向其中一成員為給付，而應將款項匯入聯合承攬成員共同開立或指定之帳戶，核其形態，當事人之意思應是成立民法第 293 條之不可分債權。³⁷⁴

三、區分說

（一）實務見解

如約定匯入共同帳戶，屬於不可分債權；如約定由代表成員請求匯款，由業主匯入各成員之個人帳戶，則屬可分債權。

臺北地方法院 104 年度建字第 449 號民事判決：「按共同承攬關係中，若約定定作人應將工程款匯入共同帳戶，即定作人應將款項存入共同承攬人共同開立或指定之單一帳戶，而非由各成員

³⁷⁴ 黃立，前揭註 25，頁 11-12。另參照廖郁晴，前揭註 54，頁 20；林誠二，前揭註 113，頁 77-78；林誠二，前揭註 11，頁 113。

各自受領承攬報酬，則除代表廠商以外之各成員即不得向請求定作人給付工程款；相反的，若約定由各成員各自開具統一發票，由代表廠商收集後統一向定作人辦理請領程序，而工程款報酬仍由定作人分別核付至各成員所開立之帳號時，各成員之報酬既可區分，且由定作人分別直接給付予各成員受領，則應認各成員亦均得向請求定作人給付各自承攬之報酬。查兩造與長鴻公司固於系爭契約共同投標協議書第6條約定：『共同投標廠商同意契約價金依下列方式請領：…由代表廠商檢具各成員分別出具之發票及相關文件向機關統一請領。』……，由代表廠商即長鴻公司收集發票等文件後，統一向被告請領工程款。惟長鴻公司向被告辦理請款程序後，被告係將分屬原告或長鴻公司之工程款分別匯入原告或長鴻公司帳戶，……。足認本件共同承攬各成員之報酬，係由定作人分別直接給付予各成員受領，各成員之報酬係屬可分，個別區分請領工程款數額，應認各成員均得請求定作人給付各自承攬之工程款報酬。被告抗辯本件工程款報酬應由長鴻公司請領，原告無請求權云云，應非有理。³⁷⁵】

(二) 學說見解

於開設專戶統一請求之情形，其報酬債權之性質應視聯合承攬內部關係而定。若認屬合夥契約關係，其工程款請求權應為共同共有債權（民法第668條、第831條）。若認非合夥關係，於統一請領後，再經計算後分配，則屬不可分債權之性質；若雖統一請領，但直接依約定比例匯入各成員帳戶者，則較類似於民法第271條之可分債權，只是依該條除書規定，特約其給付方式而已。³⁷⁶

³⁷⁵ 此部分為臺灣高等法院105年度建上字第90號民事判決所維持。

³⁷⁶ 林誠二，前揭註11，頁113。

四、單一債權說

如承攬成員係以聯合承攬體名義與業主訂立工程契約，且未區分何部分由何成員工作，亦未約定分別給付工程款。該工程契約所生之權利義務，均為該團體組織享有及負擔，屬於單一債權，各成員不得以自己名義行使工程款債權。

臺北地方法院 90 年度重訴字第 2666 號民事判決：「查本件北部第二高速公路公司交通控制系統工程係由原告與訴外人 NEC 公司以短結合之方式與被告簽約共同承攬，而原告與 NEC 公司短期結合契約第四條約定『……所有對外交涉事項及正式行文、簽訂購料及發包契約等，均以台通（即原告）及 NEC 名義為之，但須經雙方負責人之同意與核定，一切責任應由台通、NEC 雙方共同負擔』、第七條約定『為統籌財務調度與運用之便利，並避免與雙方本身之財務發生混淆而易於清查起見，承攬工程之各項收支，應由台通、NEC 聯合向銀行開立工程施工所專戶，憑雙方聯署印鑑支用』、第八條約定『工款之領取，由工程施工所按照工程合約每期辦理計價手續（如有預付款時亦同），支由台通、NEC 各半開具統一發票領取後存入專戶。……』，而原告及訴外人 NEC 公司短期結合與被告所訂之本件工程合約，並未區分性何人承攬何部分工程，工程款亦未約定分別給付，是因本件工程所發生之債權及債務，應由原告與 NEC 公司短期結合為一體之團體享有及負擔，其給付及受領給付自非可由原告與 NEC 公司分別主張。」

第三目 本文見解

首先，所謂給付不可分，除自然經濟上之不可分外，尚包含法律上不可分以及當事人特別約定之給付不可分情形³⁷⁷。於統一請（受）領工程款之情形，應由代表成員統一向業主請求給付，業主亦應向代表成員或全體承攬成員（共

³⁷⁷ 王千維，前揭註 252，頁 67-68。

同帳戶）為給付，此乃當事人約定之給付不可分。承攬成員間之參加比例與工作範圍，乃其內部如何分受利益之比例問題。上開桃園地方法院 100 年度建字第 26 號民事判決、臺北地方法院 105 年度建字第 268 號民事判決、臺北地方法院 107 年度建字第 443 號民事判決提及各承攬成員主辦工作項目可分且各自獨立，而認屬可分債權。顯然僅觀察其自然經濟上之可分性，而忽略當事人所約定之給付不可分，應有違誤。縱原告承攬成員僅請求自己部分工程款之情形，亦然。

再者，民法第 309 條第 1 項：「依債務本旨，向債權人或其他有受領權人為清償，經其受領者，債之關係消滅。」依「可分債權說」之見解，於業主向代表成員給付工程款時，即生清償效力，性質上，承攬成員乃授權代表成員統一請求及受領工程款。果爾，全體承攬成員為工程款債權人，代表成員則為受領權人，且其他成員之請求及受領權能應未遭受剝奪才是。惟在聯合承攬實務上，既已約定由代表成員「統一請（受）領」，於其他成員向業主請求工程款時，原則上業主得拒絕給付。由此可見，聯合承攬當事人所欲成立者並非可分債權。上開「可分債權說」見解顯與民法第 309 條規定及工程實務狀況不相符合。

依本文所採之聯合承攬體「合夥說」的見解，基於經營共同事業所取得之工程款請求權，應屬共同共有債權（民法第 668 條）。無論聯合承攬當事人於契約勾選分別請（受）領或統一請（受）領，亦無論契約約定各承攬成員自行開具發票各自請款、代表成員統一彙整發票後向業主請求並受領全部工程款，或代表成員請求後再由業主匯入共同帳戶或各成員個人帳戶，均不影響其共同共同有債權之性質。既聯合承攬契約多會約定分別或統一請（受）領，前述共同共有債權行使之爭議（共同行使說、單獨行使說）對此亦無太大影響，蓋當事人已經預先約定、安排。詳言之，如當事人勾選分別請（受）領，等同全體承攬成員間就該共同共有之工程款債權，「事前同意」各承攬成員得「單獨」請求

「一部」給付³⁷⁸，符合共同行使說下，允許經他公同共有債權人同意所為之單獨請求及受領，且此等經同意所為之單獨請求及受領，與單獨行使說亦無牴觸。又如當事人勾選統一請（受）領，則係由代表成員統一向業主請求全部給付並受領，亦屬共同行使說下，經他公同共有債權人同意所為之單獨請求。而與單獨行使說之不同處在於，並非所有承攬成員均可單獨請求業主為全部給付，而基於其內部約定，限定其中一人（代表成員）為單獨、全部之給付請求並為受領，此性質相當於執行合夥人之對外代表權行使，即民法第 679 條：「合夥人依約定或決議執行合夥事務者，於執行合夥事務之範圍內，對於第三人，為他合夥人之代表。」³⁷⁹

第三項 工程款給付方法之變更

因共同投標辦法第 10 條第 3 項規定：「第一項協議書內容，非經機關同意不得變更。」是若承攬成員想要變更同條第 1 項第 5 款工程款請受領之方式，須經業主同意，始得為之，並依同條第 1 項規定，將該修訂協議書送經公證或認證。其他工程款給付方式可參照行政院公共工程委員會所頒布之統包招標前置作業參考手冊附錄一第 1 點亦提到：「共同投標廠商應於共同投標協議書述明契約價金由代表廠商辦理估驗請款、由代表廠商或各成員各自開具統一發票、由機關核付至代表廠商或各成員所開立在中華民國境內之帳號。」

³⁷⁸ 公同共有債權非不得為「一部給付」之請求，此與不可分債權不同。

³⁷⁹ 類似論述參照孫森焱，前揭註 200，頁 924-925；劉春堂，前揭註 200，頁 347。另參照最高法院 64 年度台上字第 1923 號民事判決：「合夥財產，為合夥人全體公同共有，其為金錢出資，勞務出資，抑以他物出資，均無不同（包括動產或不動產）。又於合夥關係存續中，執行合夥事業之合夥人為他合夥之代表，其為合夥取得之物及權利，亦屬合夥人全體公同共有。」；最高法院 74 年度台上字第 748 號民事判決：「繼承人共同出賣公同共有之遺產，其所取得之價金債權，仍為公同共有，並非連帶債權。而公同共有人之一人或數人受領公同共有債權之清償，除得全體公同共有人之同意外，應共同為之，無單獨受領之權。」

第四項 工程款債權讓與禁止條款

實務上，承攬成員與業主所訂立之聯合承攬契約多會約定，不得將該契約所生之債權讓與他成員或第三人³⁸⁰，尤其是工程款債權。實務認此屬民法第 294 條第 1 項但書第 2 款之禁止讓與特約。臺北地方法院 90 年度重訴字第 11 號民事判決：「查位道公司與得盛公司聯合承攬被告系爭工程時，系爭工程合約一般條款第 3.1 條（經特別條款第 13 條修正）即已載明：『承包商不得轉讓本合約全部或一部分或其中任何權利。』等語，是依民法第二百九十四條第一項第二款之規定，位道公司及得盛公司自均不得將系爭承攬契約所生之債權讓與第三人。³⁸¹」

依本文所採之聯合承攬體「合夥說」見解，工程款請求權為共同共有債權，依民法第 831 條準用第 828 條第 3 項規定，任一承攬成員不得未經其他成員之同意，將工程款債權讓與（處分）予他人。如其所讓與者係該成員對工程款債權所享有之比例，此等潛在應有部分亦不能為任意處分。此等解釋並非適用民法第 294 條第 1 項但書第 2 款規定之結果。

第五項 聯合承攬工程款與實作實算

由共同投標辦法第 10 條第 1 項第 3 款可知，聯合承攬契約明確約定承攬成員之工作範圍及其所佔金額比率。實務見解認為，如工程係約定實作實算之計價方式，則其完工結算之結果未必與締約時相同，承攬成員不得執原先之契約金額比率，向業主主張工程款。

³⁸⁰ 例如日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 15 条：「本協定書に基づく権利義務は他人に譲渡することはできない。」

³⁸¹ 另參照其上訴審臺灣高等法院 90 年度重上字第 588 號民事判決：「系爭工程款債權係特約不得轉讓之債權，此觀該工程合約一般條款第 3.1 條（經特別條款第 13 條修正）規定：『承包商不得轉讓本合約全部或一部分或其中任何權利。』原審卷第一六〇頁，被證一號）自明，是依民法第二百九十四條第一項第二款之規定，位道公司或得盛營造均不得將系爭承攬契約所生之債權讓予第三人。（2）上訴人雖辯稱伊乃善意第三人，不知被上訴人與承包商間有債權不得轉讓之特約云云。惟查……，準此得盛公司之法定代理人及上訴人當時之總經理既均知悉合約規定本件之債權不得讓與，上訴人仍辯稱其為善意之第三人，要無可採。」

新北地方法院 108 年度建字第 122 號民事判決：「原告與勁強公司簽立共同投標協議書，雖有約定由勁強公司負責建築工程及水電工程，占契約比例 96.14% (81.44% +14.70%)，原告負責冷凍空調工程，占契約比例 3.86%。惟因共同投標協議書係於得標前所簽署，當時所計算系爭工程之契約總價應僅係為預估金額，即依據當時所預估建築工程及水電工程之金額與冷凍空調工程之金額，計算出各占契約比例為 96.14% 與 3.86%。而因系爭契約所約定系爭工程之結算總價，係依實際施作或供應數量按契約約定單價結算，倘若系爭工程（無論建築工程或水電工程或冷凍空調工程）實際施作或供應數量與簽立共同投標協議書當時所預估之數量不同時，最後結算建築工程或水電工程或冷凍空調工程之金額，必定與簽立共同投標協議書當時所預估之金額不同，同時建築工程及水電工程之金額與冷凍空調工程之金額占契約之比例，亦非 96.14% 與 3.86%。另因共同投標協議書內容與契約規定不符者，應以契約規定為準，系爭契約所預估總價雖為 4 億 7,200 萬元，然依系爭契約所約定按實際施作或供應數量結算最後總價為 4 億 9,140 萬 4,516 元（扣除新闢計畫道路工程）（同上卷第 299 頁），顯見系爭工程實際施作或供應數量與簽立共同投標協議書當時所預估之數量不同，即最後結算建築工程或水電工程或冷凍空調工程之金額與簽立共同投標協議書當時所預估之金額不同，建築工程及水電工程之金額與冷凍空調工程之金額占契約之比例，亦非 96.14% 與 3.86%，故原告不得再主張依共同投標協議書之比例 3.86% 計算得請求之工程款，原告應依其所承攬施作冷凍空調工程之實際施作或供應數量結算所得請求之工程款。³⁸²」

第六項 得盛債務案

如一聯合承攬成員有一個與聯合承攬無關之債權人，因該成員本身無其他可供執行之財產，或其財產不足以清償債權，該債權人得否就聯合承攬之工程

³⁸² 此部分為臺灣高等法院 109 年度建上字第 44 號民事判決所維持。

款債權，提起代位給付訴訟（民法第 242 條），或為強制執行？業主或其他非債務人之承攬成員得否抗辯或異議？涉及聯合承攬關係存續中所生之財產性質為何？此亦涉及聯合承攬體是否為合夥關係。

第一款 代位訴訟

第一目 案例事實

得盛公司與德寶公司分別以 40%、60% 參加比例聯合承攬交通部台灣區國道新建工程局（下稱國工局）第二高速公路後續計畫白河新化段第 C362 標新市段及善化收費站工程（下稱系爭工程），該工程業已至第三十九期估驗完成，得盛公司對國工局享有工程款債權共 1 億 520 萬。得盛公司積欠 A 一億元債務，經 A 聲請發給支付命令（臺北地方法院 89 年度促字第 31017 號支付命令確定在案），並以此為執行名義強制執行上開工程款債權，法院發給扣押命令。嗣國工局對該扣押命令聲明異議。A 遂以國工局遲延給付為由，起訴請求國工局應向得盛公司給付工程款債權，並由 A 代為受領之代位訴訟與確認系爭工程款債權存在訴訟。經查，系爭聯合承攬契約第 9 條付款辦法約定：「國工局應按工程施工與保固之進度，依合約付款方式、時間與金額，給付承包商。」及交通部臺灣區國道新建工程局聯合承攬協議書要點第 5 條約定：「承攬工程之各項計價請款應由聯合承攬各成員按本要點所定之承攬比例，各自開具發票，經彙整後一併送國工局辦理。國工局所支付之款項應存入聯合承攬各成員共同開立或共同指定之銀行專戶。」

一、A 債權人主張

得盛公司與德寶公司之聯合承攬，並非合夥、亦非類於合夥性質，蓋其等間對外並無對任何人負連帶債務。且亦非連帶債權、不可分之債，因得盛公司、德寶公司就工程款之請領已訂有比例，給付明確可分，金錢債權性質上即為可分之債，除非當事人有特約尚不能由一債權人受領全部之給付。而聯合承攬契約已明白規定請領工程款時依承攬比例分別開具統一發票請款，顯非屬連帶債權、不可分之債特約。至於約定給付

工程款於共同帳戶，僅係履行方式，並非債務成立之要件或前提，亦不得以此遽認為不可分之債。

得盛公司雖與國工局就付款方式有所約定，惟在得盛公司與德寶公司已無法使用共同帳戶或共同指定帳戶之情況下，為實現該債權，A 自得代位得盛公司主張變更原付款方式。況德寶公司為取得系爭工程款債權，亦曾起訴請求國工局將其按承攬比例所得請求之工程款匯入德寶公司之帳戶（見臺北地方法院 89 年度訴字第 4724 號判決），故德寶公司與得盛公司先前雖與國工局約定將工程款匯入共同帳戶內，惟事後二家公司既因生糾紛而無法使用原開立之共同帳戶，亦無法另行指定共同帳戶，則在德寶公司請求國工局將其依承攬比例所可取得之工程款債權匯入其自己之帳戶之情況下，A 自亦代位得盛公司請求國工局將得盛公司按承攬比例所可取得之債權給付予得盛公司，應認德寶公司與得盛公司就付款方式於聯合承攬協議書要點後已有變更之合意，自不再受上開聯合承攬協議書要點第 5 點之拘束。

二、國工局抗辯

系爭工程係由得盛公司與德寶公司聯合承攬共同承作，依合約文件「聯合承攬協議書要點」之規定，得盛公司之承攬金額比例僅佔系爭工程之 40%，德寶公司之承攬金額比例佔 60%，因此，得盛公司縱算就系爭對國工局有債權存在，亦非其單獨所有。依聯合承攬協議書要點規定，德寶公司與得盛公司聯合承攬就系爭工程之計價請款，必須由聯合承攬成員雙方依約定承攬比例，各亦開具統一發票，經彙整後一併送交國工局辦理估驗計價請款，且國工局所應支付之款項應存入該聯合承攬雙方共同開立之銀行專戶，而不得由聯合承攬任一成員逕向國工局單獨請求按成比例給付之款項。然得盛公司迄未出具統一發票等文件，故國工局並無給付義務。

三、德寶公司陳述

(一) 系爭工程款債權為共同共有債權

合約之當事人載為「德寶營造股份有限公司德盛營造有限公司（聯合承攬）」，立合約人載為「聯合承攬承包商：（第一成員）德寶營造股份有限公司（第二成員）得盛營造有限公司」，顯然契約之承攬人為聯合承攬，德寶公司與得盛公司只是聯合承攬之成員，故德寶公司與得盛公司應為聯合承攬之構成分子即合夥人；合約約定聯合承攬之各成員應就系爭工程全部，對國工局負連帶責任，亦與民法第 681 條規定相符；再者，系爭工程合約約定聯合承攬應由主辦公司召集各成員於工地組成施工單位負責工程施工及請款，則符合民法第 671 條合夥事務執行之規定，而與各自承攬各自履行義務行使權利不符。又系爭工程合約約定國工局所支付之款項應存入聯合承攬各成員共同開立或共同指定之銀行帳戶，與民法第 668 條規定合夥財產為合夥人全體之共同共有相符。且約定聯合承攬協議之有效期間持續至本工程全部完成正式驗收合格，並經保固期滿檢驗合格且各成員結清帳目之日起為止，亦與民法第 692 條規定，合夥因合夥之目的事業已完成而解散相符。故性質上為合夥，故系爭工程款債權係屬德寶公司與得盛公司聯合承攬體所有，得盛公司對國工局就系爭工程款並無任何權利。

依得盛公司、德寶公司與國工局之約定，必須以聯合承攬體名義方得請領工程款，並由國工局將工程款存入聯合承攬體指定之帳戶，任何聯合承攬體之成員，均不得向國工局請領工程款，故聯合承攬體之性質縱非類似合夥，系爭工程款債權亦為不可分之債，依民法第 293 條第 1 項規定，得盛公司並無任何權利得單獨請求並受領國工局所給付之工程款。

(二) 得盛公司已非聯合承攬成員

工程承攬後，因得盛公司財務發生困難，得盛公司同意無條件退出系爭工程，並出具聲明書通知國工局，及將過去、現在及未來基於系爭工程之一切權利讓與德寶公司，並於 89 年 11 月 28 日通知國工局。是以，得盛公司既已退出系爭聯合承攬，已非聯合承攬體之成員，非但對國工局並無系爭工程款債權，對聯合承攬體亦已無任何權利。

第二目 實務見解

臺北地方法院 90 年度重訴字第 475 號民事判決³⁸³：「被告得盛公司、參加人既須各開具統一發票交付被告國工局，顯然被告國工局在計算給付被告得盛公司、參加人之工程款時，均係依前述承攬金額比例而為計算；至於所應支付之工程款項應存入被告共同開立或共同指定之銀行專戶，應僅屬款項給付之方式，並非被告得盛公司、參加人對被告國工局工程款債權之成立、生效要件或條件等約定。故被告國工局前述抗辯其對被告得盛公司並無給付義務而認債權不存在，顯屬無據。且參加人以被告得盛公司、參加人間關係屬合夥性質或工程款債權為不可分之債而為抗辯，……縱然屬實，亦就被告得盛公司對於被告國工局工程款債權之存在並無影響，所陳不足採信。……依被告與參加人聯合承攬協議書要點第十一條約定：『……在未經國工局書面同意前，其聯合承攬投標之各成員不得退出，其於得標後亦不得相互轉讓其因得標依工程所發生之權利或義務，或將其權利或義務轉讓與第三者甚或退出聯合承攬。』，有該聯合承攬協議書要點在卷可稽。依此約定，被告與參加人在簽訂承攬契約時，已就因承攬契約所生債權、債務特約約定不得讓與第三人，且被告得盛公司、參加人亦不得

³⁸³ 後經臺灣高等法院 91 年度重上字第 237 號民事判決維持，並經最高法院 92 年度台上字第 827 號裁定認為上訴不合法而確定。

於另案國工局第二高速公路後續計劃南投路段第 C 三三七標名間收費站及名間段工程，得盛公司亦為聯合承攬成員之一，施作該工程，得盛公司之債權人亦就此項工程之工程款債權提起代位訴訟，但因該債權人未能證明自己債權存在，且該案得盛公司因經國工局同意退出契約而無工程款債權，分別經臺北地方法院 90 年度重訴字第 476 號民事判決、臺灣高等法院 91 年度重上字第 311 號民事判決、最高法院 95 年度台上字第 2263 號民事判決駁回請求。

相互轉讓或退出聯合承攬。雖被告得盛公司於八十八年六月八日、八十年六月九日通知被告國工局稱其已於八十八年五月三十一日將系爭工程第一期至第二十二期可請領之工程估驗款、工程保留款、物價指數調整款及砂石補償款等讓與楊國華，有得盛營造股份有限公司八十八年六月八日得盛營字第○一九三號函及債權讓與切結書、得盛營造股份有限公司八十八年六月九日存證信函足憑。但兩造及參加人均未提出被告國工局在前述債權讓與行為前曾書面同意該債權讓與之相關證明，是依上開說明，被告得盛公司與楊○華間債權讓與行為應屬無效。被告得盛公司仍為被告國工局系爭工程款債權之債權人。……原告固然依民法第二百四十二條規定：『債務人怠於行使其權利時，債權人因保全債權，得以自己之名義，行使其權利。但專屬於債務人本身者，不在此限。』行使代位權；惟查，聯合承攬協議書要點第五條約定被告國工局應給付被告得盛公司之款項，須存入聯合承攬各成員即被告得盛公司、參加人共同開立或共同指定之銀行專戶中，此係被告與參加人間關於工程款給付方式之約定，業如前述；而原告行使代位權所行使之權利係債務人即被告得盛公司之權利，其所行使代位權所生私法上效果直接歸屬於債務人即被告得盛公司，故關於權利行使之方式自應受此聯合承攬協議要點之拘束，亦即，原告僅得請求被告國工局將應給付被告得盛公司之工程款債權存入被告得盛公司、參加人共同開立或共同指定之銀行專戶中。準此，原告請求被告國工局將應給付之工程款直接給付被告得盛公司，與聯合承攬協議書要點第五條約定不符，自不應准許。」

第二款 收取命令之異議

第一目 案例事實

聯合承攬成員之一得盛公司對業主國工局有工程款債權存在，業經法院判決確定在案。得盛公司之債權人新祥記公司，對此債權聲請收取命令。另一聯合承攬成員德寶公司對此強制執行聲明異議。

第二目 實務見解

最高法院 97 年度台抗字第 103 號民事裁定：「查得盛公司及德寶公司共同簽署之聯合承攬協議書要點第五點，約定再抗告人應將所支付之工程款存入得盛公司及德寶公司共同開立或共同指定之銀行專戶（原法院更字卷一一八頁），且此項給付方式，亦經台灣台北地方法院九十年度重訴字第四七五號及台灣高等法院九十一年度重上字第二三七號確定判決認定（同上卷一〇〇、一〇八、一〇九頁）。申言之，再抗告人給付工程款應向得盛公司及德寶公司提出，而系爭強制執行事件之債務人既僅有得盛公司，則執行法院核發支付轉給命令並發函通知再抗告人依該命令為之，無異係將再抗告人依約應向得盛公司及德寶公司給付之工程款，命再抗告人單獨向得盛公司為給付，自難謂當。從而再抗告人對之聲明異議，非屬無據。³⁸⁴」

第三目 其他見解

實務上曾發生聯合承攬成員發生財務困難，該成員之債權人向法院聲請扣押該成員所得請領之工程款，業主為避免自身法律風險，依強制執行法第 119 條第 1 項規定：「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。」向執行法院聲明異議。部分見解認為，如以聯合承攬體為合夥事業為前提，該債權人不得逕行扣押聯合承攬之合夥財產，蓋最高法院認為，其標的僅及於該合夥人退夥後之出資返還請求權及利益分配請求權，而不包含合夥財產本身。反之，若認聯合承攬體非屬合夥，而聯合承攬成員對業主之工程款請求權為可分之債時，其債權人聲請扣押聯合承攬財產時，僅得扣押該成員出資比例之部分。³⁸⁵

有學者觀察國工局第二高速公路白河新化段第 C362 標聯合承攬協議書第 5 條：「得標後，本工程之各項計價請款亦應由雙方依約定承攬比例，各自開具發

³⁸⁴ 此部分為後續臺灣高等法院 97 年度抗更（二）字第 12 號、最高法院 97 年度台抗字第 435 號、最高法院 98 年度台聲字第 669 號民事裁定一再確認。

³⁸⁵ 黃馨慧，前揭註 367，頁 29；林誠二，前揭註 113，頁 78。

票，經彙整後一併送交國工局辦理估驗請款，國工局所支付之款項應存入雙方共同開立或指定之帳戶。」依此契約條款，各聯合承攬成員不得單獨開具發票向業主請款，而須經彙整程序送交之，且業主不得向成員之一為給付，而須將款項匯入聯合承攬成員共同開立或指定之帳戶，核其形態，當事人之意思應是成立民法第 293 條之不可分債權³⁸⁶。職此，業主應向全體承攬成員為給付，自不能為特定承攬成員之債權人扣押取償。

第三款 本文評析

債權人就公同共有人之個人債務，不得就該共有人（債務人）對公同共有權聲請強制執行，因為公同共有人對公同共有財產，無自己得獨享之公同共有權，縱有潛在之應有部分亦不得自由處分之。但債權人得就共有人對公同共有財產所應享有之盈餘分配請求權及孳息分配請求權聲請強制執行，蓋此種權利是基於公同共有關係而生之獨立財產權，已可由公同共有人享有³⁸⁷。然於合夥關係中，民法第 685 條：「合夥人之債權人，就該合夥人之股份，得聲請扣押。前項扣押實施後兩個月內，如該合夥人未對於債權人清償或提供相當之擔保者，自扣押時起，對該合夥人發生退夥之效力。」則是運用退夥之技術，使該合夥人（債務人）取得退夥所得之財產請求權（民法第 689 條），債權人得就此權利為強制執行，以實現債權。³⁸⁸

³⁸⁶ 黃立，前揭註 25，頁 11-12。

³⁸⁷ 謝在全，前揭註 161，頁 446-447。

³⁸⁸ 劉春堂，前揭註 154，頁 59；謝在全，前揭註 161，頁 447；鄭冠宇，前揭註 162，頁 330-331。另參照司法院院字第 1054 號解釋：「公同共有物未分割前，公同共有人中一人之債權人，雖不得對於公同共有物聲請強制執行，而對於該公同共有人公同共有之權利，得請求執行。」；最高法院 31 年度上字第 3083 號民事判決：「合夥財產為合夥人全體之公同共有，自不得以合夥財產之一部，為合夥人中一部分人債務之執行標的物。民法第六百八十五條第一項雖規定合夥人之債權人，就該合夥人之股分得聲請扣押，然由同條第二項之規定推之，其扣押之標的物，實僅為該合夥人因退夥所得行使之出資返還請求權及利益分配請求權，仍非以合夥財產之一部為合夥人中一部分人債務之執行標的物。」；最高法院 86 年度台抗字第 622 號民事裁定：「按各合夥人之出資及其他合夥財產，為合夥人全體之公同共有，民法第六百六十八條定有明文。是以原則上，合夥人非經他合夥人全體之同意，不得處分其對於合夥財產應有之部分，此觀同法第六百八十三條規定自明。雖法律為保護合夥人之債權人，特於民法第六百八十五條第一項前段規定，合夥人之債權人，就該合夥人之股分，得聲請扣押。惟為兼顧其他合夥人之利益，同條項但書及第二項併明定應於兩個月前通知合夥人，此項通知，有為該合夥人聲明退夥之效。」

依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，本案得盛公司之債權人新祥記公司，不得就得盛公司依聯合承攬關係對國工局所享有之工程款債權，聲請收取命令。蓋該工程款債權並非得盛公司獨享，而屬其與德寶公司之公同共有債權（民法第 668 條），得盛公司並無單獨收取之權利，其債權人新祥記公司更不得就此聲請收取命令。德寶公司得就新祥記公司所為之強制執行，依強制執行法第 15 條規定，提起第三人異議之訴。本案新祥記公司僅得就得盛公司對該工程款所享有之分配請求權為執行。同理，於代位訴訟之情形，如被代位之債務人本身對第三債務人無單獨受領給付之權利，該代位債權人亦無從請求第三債務人向被代位債務人為單獨給付，並代為受領。蓋該債權人所主張者為被代位債務人對第三債務人之債權，自應受其間之法律關係拘束（即不得單獨受領工程款）。民法第 684 條：「合夥人之債權人，於合夥存續期間內，就該合夥人對於合夥之權利，不得代位行使。但利益分配請求權，不在此限。」由此可知，合夥權利具有專屬性，不得與合夥人地位相分離，與一般財產權不同，故於合

力。足見合夥人之債權人不得直接對合夥財產請求強制執行，僅於通知合夥人全體後，始得就該為債務人之合夥人個人對合夥之出資返還請求權及利益分配請求權為執行。」；最高法院 97 年度台抗字第 355 號民事裁定：「按公同共有物未分割前，公同共有人中一人之債權人，雖不得對於公同共有『物』聲請強制執行，而對於該公同共有人公同共有之『權利』，得請求執行，已經司法院院字第一〇五四號（二）解釋在案，該解釋既未區分一般公同共有及因繼承而公同共有之權利，復未限縮於僅為『查封』之執行，且債務人因繼承而取得不動產公同共有之權利，如可依其應繼分估算出潛在之應有部分，並非不能比照或類推適用對於不動產之執行方法換價，則遽將相對人因繼承而公同共有不動產權利之『拍賣』執行排除在上開解釋適用範圍外，非無不適用該解釋之違誤。」；臺灣高等法院暨所屬法院 98 年法律座談會民執類提案第 21 號（審查意見）：「按公同共有物未分割前，公同共有人中 1 人之債權人，雖不得對於公同共有物聲請強制執行，然對於該公同共有人公同共有之權利，則得請求執行，業經司法院院字第 1054 號解釋在案。故此時執行法院不得以『因繼承而來之不動產公同共有權利，於辦妥遺產分割前，尚不得為聲請強制執行標的』為由，裁定駁回強制執行之聲請（最高法院 83 年度台抗字第 389 號、臺灣高等法院臺南分院 98 年度重抗字第 6 號、98 年度抗字第 15 號、97 年度重抗字第 63 號裁定意旨參照）。且應予特別辨明者，本件執行標的為『公同共有人之權利』，而非『公同共有人之不動產』，應依強制執行法第 117 條規定之『其他財產權』執行程序扣押。而依實務通說之見解，此扣押之『公同共有人之權利』，不宜逕行拍賣。況依題旨所示，本件執行標的之公同共有人之權利，係繼承之應繼分，按公同共有人對於公同共有物並無所謂之應有部分，且應繼分係各繼承人對於遺產上之一切權利義務所得繼承之比例，並非對於個別遺產之權利比例。本件債務人戊公同共有之權利，係基於繼承關係而來，則因繼承人於遺產分割析算完畢前，對特定物之公同共有權利，尚無法自一切權利義務公同共有之遺產單獨抽離而為執行標的，故應俟辦妥遺產分割後，始得進行拍賣（司法院民事廳，法院辦理民事執行實務參考手冊，96 年 6 月 8 日，頁 243）。此時執行法院應命債權人補正繼承人已辦妥遺產分割之資料或命債權人代位提起分割遺產訴訟，俟公同共有關係消滅後，再對債務人戊所分得部分（單獨所有或分別共有）執行。」

夥關係存續中，債權人不得行使代位權。債權人僅得就合夥人之不具專屬性權利即利益分配請求權代位行使。

從而，若聯合承攬工程款之給付方法約定統一請（受）領，不論認為其性質屬共同共有債權（本文所採之合夥說）或不可分債權，亦不論一承攬成員之債權人所提起者為代位訴訟或聲請強制執行（收取命令），均因該成員無單獨受領業主給付之權利，而不應准許。又如聯合承攬契約約定工程款得由各承攬成員分別請（受）領，不論認係共同共有債權（本文所採之合夥說）或可分債權，該承攬成員之債權人自得就按該成員所得享有之參加比例，代位請求業主給付該部分之工程款，或就該部分聲請強制執行，蓋於此情形，承攬成員有單獨受領工程款給付之權利。

第七項 煒盛單獨請求案

第一款 案例事實

燉盛廢水處理股份有限公司（下稱原告）與訴外人亞新工程顧問股份有限公司（下稱亞新公司）、大陸工程股份有限公司（下稱大陸公司）於 93 年 4 月 16 日簽訂共同投標協議書，共同向新北市政府水利局（下稱被告）投標臺北縣林口鄉污水下水道系統北區污水處理廠及周邊設施新建工程（下稱系爭工程）而得標。同年 6 月 30 日共同與被告簽訂系爭工程契約（包含新建工程及試運轉操作工作兩部分）。嗣系爭工程之新建工程部分於 95 年 11 月 2 日竣工，96 年 1 月 12 日進行初驗，97 年 2 月 27 日辦理正式驗收，97 年 5 月 20 日驗收合格，由被告於 97 年 9 月發給工程（部分）結算驗收證明書。又系爭工程之試運轉操作工作部分，依系爭工程契約第 7 條第 3 項前段約定，被告同意自新建工程驗收合格且取得使用執照次日起服務共 1096 日曆天，而系爭工程係於 97 年 6 月 5 日取得使用執照，97 年 10 月 17 日實際開工，100 年 10 月 17 日竣工，101 年 7 月 6 日驗收合格，由被告於 101 年 8 月 16 日發給工程結算驗收證明書。

第一目 原告主張

一、遲延驗收之損害

原告於 95 年 11 月 2 日竣工後依約申請部分工程結算驗收，但被告遲至 96 年 1 月 12 日始進行初驗，並於 97 年 2 月 27 日才辦理正式驗收，97 年 5 月 20 日方完成系爭工程之部分驗收。此段期間長達 1 年 6 月餘，顯已逾越系爭工程契約及政府採購法施行細則第 92 條及第 93 條規定之期限，亦已超越一般承包商所應承受正常驗收期間。原告因此額外支付人事費用、電費等費用高達 6,365,140 元，此等驗收遲延之情事非屬可歸責於原告之事由所致。故原告得依系爭工程契約第 00700 章統包工程一般條款第 6.7 條約定、民法第 491 條、第 227 條之 2 第 1 項、給付遲延、受領遲延之規定、公平正義及誠實信用原則，請求被告給付上開費用 6,365,140 元。

二、遲延試運轉操作工作之損害

系爭工程契約約定原告有試運轉操作之工作，係自系爭工程驗收合格且取得使用執照次日起服務共 1096 日曆天。查系爭工程係於 97 年 5 月 20 日完成部分驗收，且於 97 年 6 月 5 日取得使用執照，則系爭工程試運轉操作工作程應自 97 年 6 月 6 日起算，但被告拖延試運轉操作工作之日起算時間，嗣於 97 年 6 月 23 日召開協調會時，原告表示：本工程現已取得使用執照，應可進入營運開始日期。但本工程設計監造單位中興工程顧問股份有限公司（下稱中興公司）則表示：收集水源之 P07 污水揚水站，因進流管尚未銜接完成，且閒置過久致設備損壞無法正常啟用運轉，而林口鄉公所又欠缺經費及人力進行修繕，以致無足夠之污水導入林口北區污水處理廠。原告始發見被告係因當時污水導入量不足，一旦依約定期限展開試運轉操作工作，恐將出現無污水可以處理之情況。是以，被告乃一再刻意藉機拖延試運轉操作工作之進行。嗣原告 97 年 10 月間接獲被告之公函通知將履約開始起算日延至 97 年 10 月 17 日。綜

上，原告因被告刻意將試運轉操作工作之起算日期延後，以致於 97 年 6 月至 9 月間損失人事及電費等費用計 1,057,226 元，故原告得依系爭工程契約第 7 條第 3 項前段、第 00700 章統包工程一般條款第 6.7 條約定、民法第 491 條、第 227 條之 2 第 1 項、給付遲延、受領遲延之規定、公平正義及誠實信用原則，請求被告給付上開費用 1,057,226 元。

三、額外施工之對價請求

被告於 97 年 5 月至 9 月間，曾要求原告施作 P07 污水揚水站之設備修繕、分段抽送及截流水抽送等應急工程，致原告額外支出相關費用計 2,183,230 元。因上開應急工程屬本契約約定以外之工作，且被告於研討會就契約變更議定書內容及調整後詳細估驗計價項目表，進行討論並修訂確認，足證被告確已承諾以辦理變更設計之方式支應上開費用。然被告迄今未辦理契約變更等作業，故原告得依系爭工程契約第 4 條第 1 項、第 00700 章統包工程一般條款第 6.7 條約定、民法第 491 條、第 227 條之 2 第 1 項、第 172 條、第 176 條、第 179 條規定、公平正義及誠實信用原則，請求被告給付上開 2,183,230 元之費用。

第二目 被告抗辯

一、程序抗辯：原告之訴訟當事人不適格

查系爭工程契約，係由原告及訴外人大陸工程公司、亞新工程公司所共同承攬，原告僅為該共同承攬人之一，依政府採購法第 25 條、共同投標辦法等規定共同承攬人對於定作人關於契約之權利義務應負連帶責任，則其權利義務之行使與負擔亦應共同為之。至於共同承攬人間對於系爭契約承攬報酬之分配與工作之分擔，則悉屬其內部事宜，被告無從確知。共同投標廠商已約定由代表廠商大陸工程公司代表契約之意思表示，而各成員所占契約金額各有其約定之比例，並約定由代表廠商負責請領工程款。然原告提起本件訴訟，依其聲明係就系爭工程契約之承攬報酬為請求，所為之聲明僅表示給付予原告一人，復又未提出其他共同

承攬廠商之授權書、委任書、或其他承攬人同意之承攬報酬分配方式…等，則原告自不得就共同承攬人所共有之權利，單獨提起本件請求。此於原告先前向新北市政府採購申訴審議委員會提起調解請求，該案經委員會會議議決以「當事人不適格」為由，為不受理之決議在案可證。

二、實體抗辯

(一) 原告應自行負擔驗收遲延損害

按「新建工程甲方同意於初驗合格後四十五日內派員辦理驗收。在驗收時，驗收人員認為有開挖或拆除部分工作物以作檢驗時，乙方除同意配合辦理外，並同意負責恢復。初驗及驗收時所需儀器、機具、設備及人工，概由乙方提供。」、「本契約在初驗或驗收，經甲方發現與規定不符時，乙方應最遲於三十日內改善、拆除、重作、退貨或換貨（以下簡稱改正）完妥，並應報請甲方複驗。…乙方逾期未改正者，按逾期日數，每日按本契約價金總額千分之三計算懲罰性違約金。…」，系爭工程契約第 17 條第 5 項第 2 款以及同條第 7 項均訂有明文。綜上法律及契約規定，原告當依法負有擔保無瑕疵及瑕疵改善之義務，並依約負擔驗收期間所生設備人力費用，且應遵期完成改善缺失。原告對於瑕疵改善、辦理驗收事項之成本費用，本應自行負擔，依約依法均無轉嫁被告之理。……從而，原告倘因其瑕疵過多，而未能遵期改善完畢，致驗收期間延長，原告當應自行負擔相關費用，自不得反據此責怪被告，甚至請求被告負擔之，蓋所生之耗費均屬可歸責原告所致。經查，原告於本工程初驗及驗收期間總計產生改善意見與缺失紀錄共計達 2317 條之多，此均有相關驗收紀錄可供查核。然因紀錄文件龐大，被告僅先提供彙整表供參，且相關驗收紀錄原告均應有所留存，應可自行對照確認。準此，原告依約負有配合驗收並為改善之義務，且在驗收期間，均有歷次缺失及

改善意見在案，則其所稱因驗收遲延而增加費用乙節，自難認非屬可歸責於原告之事由，原告所請應無理由。

（二）遲延試運轉操作工作係原告遲延申請排放許可證所致

按「乙方應於污水功能試運轉後依法規申請排放許可證。操作維護期間若因污水量或污泥量有所增長或其他變動情形，須配合法規申請變更登記。」系爭工程契約第 12 條第 7 項有所約定，是原告依法依約均負有向主管機關申請「污水排放許可證」之義務。經查，污水排放許可證係原告遲至 97 年 9 月 12 日始向環保局提出申請，環保局於 97 年 9 月 30 日發文，97 年 10 月 1 日送達後，被告即准原告於 97 年 10 月 17 日開始試運轉。被告並無任何可歸責之事由，而刻意遲誤試運轉之期程。原告自行遲誤取得排放許可之期程，該期間所生之成本費用，應由其自行負擔。

（三）額外施工工作尚未完成

若原告認為所辦理之 P07 揚水站應急工程工作屬契約新增工作時，亦應依據統包工程一般條款第 6 條「變更及修改」之相關規定辦理契約之變更追加。原告雖主張曾施作 P07 揚水站，但現地設施設備並非由其所新建，而係由訴外人水美工程企業股份有限公司（下稱水美公司）所建置，且亦無該設施設備曾經查驗、驗收、變更設計、及點交之相關文件資料。原告並於後續擔任該污水處理廠之操作維護管理工作，竟亦未將該設施設備辦理移轉被被告機關所有，原告主張其完成該 P07 揚水站應急工程工作，應無理由。退步言之，縱認原告辦理 P07 揚水站工作，乃承攬工作之新增項目，其承攬報酬請求權亦已逾民法第 127 條第 7 款之 2 年消滅時效，被告得為時效抗辯而拒絕給付。

第二款 本案爭點

- 一、本件訴訟原告當事人是否適格？
- 二、原告所列各項(1)遲延驗收損害、(2)遲延試運轉操作工作損害、(3)額外施工對價請求，得否單獨請求業主給付？

第三款 實務見解

第一目 第一審判決

新北地方法院 103 年度建字第 164 號民事判決：「按當事人適格，係指當事人就具體特定之訴訟，得以自己之名義為原告或被告，而受為訴訟標的法律關係之本案判決之資格而言。故在給付之訴，若原告主張其為訴訟標的法律關係之權利主體，他造為訴訟標的法律關係之義務主體，其當事人即為適格。至原告是否確為權利人，被告是否確為義務人，乃為訴訟標的法律關係之要件是否具備，即訴訟實體上有無理由之問題，並非當事人適格之欠缺……本件原告係主張其為系爭工程契約之當事人，依契約約定、民法第 491 條、第 227 條之 2 第 1 項、給付遲延、受領遲延之規定、公平正義及誠實信用原則，或民法第 172 條、第 176 條、第 179 條規定，其得請求被告給付 9,605,596 元及其遲延利息等語，可見原告係主張其為本件訴訟標的法律關係之權利主體，被告為訴訟標的法律關係之義務主體，則依前揭說明，原告提起本件給付之訴，其當事人即屬適格，被告上開抗辯並非可採。……本件原告與大陸工程公司、亞新工程公司等三家廠商係於 93 年 4 月 16 日簽訂『共同投標協議書』，約定：由大陸工程公司為代表廠商，並以代表廠商負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為投標廠商全體之行為。機關對代表廠商之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力。各成員之主辦項目：第一成員（原告公司）：機械儀電工程施工主辦（含公用輔助設備及雜項工程），第二成員（原告公司）：代操作主辦（含試運轉及維護），第三成員（亞新工程公司）：設計主辦，第四成員（大陸工程公司）：土木建築工程主

辦。各員所占契約金額比率：第一成員：41.166%、第二成員：8.274%、第三成員：1.926%、第四成員：48.634%。各員於得標後連帶負履行契約責任。成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。且於『共同投標廠商同意契約價金依下列方式請領：(請擇一勾選並填寫)』項下，勾選『(1)由代表廠商檢具各成員分別出具之發票及相關文件向機關統一請領』，而非勾選『(2)由各成員分別出具之發票及其他文件向機關請領。各成員分別請領之項目及金額為：…』等語（見本院卷第 31 頁），可見系爭工程係屬政府採購法第 25 條規定之共同投標行為，上開共同投標協議書應為系爭工程契約之一部分甚明。又上開共同投標協議書既明確約定大陸工程公司為代表廠商，並由其負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，且系爭工程契約價金由代表廠商大陸工程公司檢具各成員分別出具之發票及其他文件向被告請領，則有關系爭工程之工程款及因承攬該工程所衍生之其他費用之請領，僅能由代表廠商大陸工程公司依上開程序為之，非代表廠商之原告並無權直接向被告請領系爭工程之相關款項，易言之，本件原告雖為共同承攬人之一，但因上開共同投標協議書之約定，使其對被告之系爭工程款及相關費用之請求權受有限制，而不能以自己名義直接向被告請求給付，故原告以自己名義請求被告給付系爭工程因驗收遲延，致其於 96 年 6 月至 97 年 5 月止之 1 年期間內，額外支付人事費用、電費等費用 6,365,140 元，及被告拖延試運轉操作工作之起算時間，致其於 97 年 6 月至 9 月間損失人事及電費等費用 1,057,226 元，暨被告於 97 年 5 月至 9 月間，要求原告施作 P07 污水揚水站之設備修繕、分段抽送及截流水抽送等應急工程，致其額外支出相關費用 2,183,230 元，尚非可採。……原告又主張：原告本件請求之項目乃係『機械儀電工程施工主辦（含公用輔助設備及雜項工程）』項目及『代操作主辦（含試運轉及維護）』項目，而依上開共同投標協議書第 2 條之約定，原告請求之項目均屬原告主辦之項目，該項目實際上亦係由原告單獨施作完成，核與大陸工程公司及亞新工程公司之主辦項目無涉，而原告本件請求之權利並非共同承攬

人所共有之權利，自得以自己名義請求云云。然查，上開共同投標協議書所載各成員之主辦項目及所占契約金額之比率，係屬本件原告、大陸工程公司、亞新工程公司等三家承攬廠商內部之約定，與對外由代表廠商之大陸工程公司代表全體承攬廠商向被告請款無關，是原告上開主張亦非有據。」

第二目 第二審判決

臺灣高等法院 104 年度建上字第 48 號民事判決：「查上訴人依系爭工程契約約定須履行系爭工程之新建工程設計、建造及提供試運轉操作工作，故有關新建工程之完工、驗收及試運轉操作工作服務之提供，均屬上訴人依系爭工程契約應履行之契約義務，尚與無因管理之要件有間，上訴人主張為新建工程或試運轉操作工作支出之上開人事費、電費 636 萬 5,140 元、105 萬 7,226 元，自非上訴人因無因管理所支出之費用或所受損害，不得請求被上訴人償還該費用或賠償該損害。又上訴人自承被上訴人於 97 年 5 月至 9 月間，要求伊施作系爭應急工程，被上訴人並承諾以辦理變更設計方式支應費用等語，並提出 96 年 1 月 19 日、同年 3 月 9 日被上訴人召開之新北市林口區北區污水處理廠試運轉操作維護工作估驗計價後續相關事宜研討會議紀錄及第二次會議紀錄、新北市林口區污水下水道系統北區污水處理廠及周邊設施新建工程後續試運轉操作維護工作營運前協調會議紀錄為證（見原審卷第 62 至 66、70、71、73、74 頁），則上訴人施作系爭應急工程亦係依兩造間系爭工程契約約定為之，自不構成無因管理。是上訴人依無因管理之法律關係，請求被上訴人給付此部分款項，亦屬無據。……查上訴人依系爭工程契約本應完成新建工程設計、建造及提供試運轉操作工作，被上訴人依系爭工程契約約定受領系爭工程之利益，非無法律上原因，自無不當得利可言，上訴人主張其為新建工程或試運轉操作工作支出之上開人事費用、電費，得依不當得利之法律關係請求被上訴人返還，即非可採。又上訴人係主張其依系爭工程契約約定而施作系爭應急工程，如前所述，則被上訴人縱有受領此部分工程之利益，亦不構成不當得利。是上訴人依不當得利之法律關係，請求被上訴人返還所受利益 960 萬 5,596 元，亦非有據。」

第三目 第三審判決

最高法院 107 年度台上字第 1374 號民事判決：「按解釋契約，應於文義上及論理上詳為推求，以探求當事人立約時之真意，並通觀契約全文，斟酌訂立契約當時及過去之事實、交易上之習慣等其他一切證據資料，本於經驗法則及誠信原則，從契約之主要目的及經濟價值作全盤之觀察，以為其判斷之基礎。查上訴人與訴外人大陸工程公司、亞新工程公司簽訂之投標協議書，前言記載『三』公司同意共同投標系爭工程，由大陸工程公司為代表廠商，並以其負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為投標廠商全體之行為。機關對代表廠商之通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力，並約明各成員之主辦項目及所占契約金額之比例，得標後連帶負履行責任。似上開協議各成員締約目的係為共同投標，協議得標後對定作人負連帶履行契約責任，惟就系爭工程之工作仍各有主辦項目之劃分及契約價金比例之分配，則其另於『共同投標廠商同意『契約價金』依下列方式請領』項下，勾選『由代表廠商檢具各成員分別出具之發票及相關文件向機關統一請領』。該由大陸工程公司代表請領契約價金約定之真意究竟為何？大陸工程公司代表請領之契約價金是否僅限於系爭契約已明文約定之範圍，抑或包括未經系爭工程契約雙方合意約定價金以外增加之費用或損害等？投標協議書成員合意由大陸工程公司統一請領，僅係為共同承攬請款作業之便利，或彼此間有契約權利轉讓予大陸工程公司一人『行使』，其他成員喪失逕對被上訴人主張一切請領權利之合意，洵非無疑，自待釐清。上訴人主張其自行施作部分，請款權利屬可分之債，得單獨請求被上訴人給付，無須取得其他共同投標人之授權或委任。本件請款方式，由大陸公司統一請領，係基於簡政便民考量等語（見一審卷第 9 頁、原審卷第 169 至 170 頁），似非全然無稽。此乃攸關上訴人單獨請款權利是否喪失，屬重要攻擊方法。原審未調查釐清，究明由大陸工程公司代表請領契約價金約定之真意及其法律關係，敘明其心證之所由得，徒以上訴人非代表廠商，不得直接請領價金等，遽而為其不利之判斷，

未免速斷。又上訴人請求費用是否屬於系爭工程契約約定之工作款項，未據原審調查審認，事實尚有未明，原判決關於無因管理及不當得利法律關係部分，逕謂上訴人施作相關工程係履行契約義務，據為上訴人不利之論斷，亦有可議。上訴論旨，指摘原判決違背法令，求予廢棄，非無理由。」

第四目 更審判決

臺灣高等法院 108 年度建上更（一）字第 24 號民事判決：「依系爭工程統包工程一般條款第 6.7 條：『若契約中任何部分之契約變更，致使承包商之成本及工程或工作所需時間有增減，則不論此一變更是否已由工程司發出契約變更通知書，其工期及費用應做適當合理之調整。』（見原審卷第 98 頁反面），並參前開（一）所示系爭契約第 4 條第 1 項第 1、2 款約定，堪認兩造約定契約變更導致本件投標廠商增加之成本，被上訴人應給付合理費用，費用額則援引原契約性質相同之項目單價計算，或由兩造另議定單價及數量後計算。……查兩造於 97 年 6 月 23 日召開系爭新建工程後續試運轉操作維護工作營運前協調會議中，討論事項（一）、『林口水資源回收中心後續操作維護工作營運開始日期事項』，系爭工程監造單位中興工程公司表示：『林口水資源回收中心初期通水之現有唯一生活水來源為林口一期重劃區，而收集此區水源之關鍵點為 P07 污水揚水站，目前 P07 污水揚水站係屬林口鄉公所管理維護，因近流管段尚未銜接完成，且閒置過久目前設備損壞情形嚴重，無法正常啟用運轉，鄉公所礙於經費及人力無法即時進行修繕，故修復 P07 污水揚水站為林口水資源回收中心營運前最迫切需要之工作。建議於 P07 污水揚水站修復完成之前暫以應急方式直接抽取站前匯流人孔污水至 P07 濕井，再由揚水站以現有壓力管線抽送至林口水資源回收中心處理，以符初期試運轉水量之需。』，……。可見當時因鄉公所負責管理維護之 P07 污水揚水站內設施損壞嚴重，無法正常啟用運轉，故兩造合意延後系爭試運轉工作開始起算日，至系爭應急工程施作完成後再進入試運轉營運階段。……，足見系爭應急工程於 97 年 10 月間施作完畢，兩造按 97 年 6 月 23 日會議結論，合意將系爭試運轉工作延後至 97 年 10 月 17 日開工。兩造既

已合意變更契約原約定系爭試運轉工作開始日，核屬系爭工程統包工程一般條款第 6.7 條所定契約變更事項，致上訴人新增自 97 年 6 月 6 日起至 97 年 10 月 16 日止因接管系爭處理廠，而支出人事及電費等必要管理費用，依前揭 1 之說明，被上訴人應償付該費用，是上訴人主張依系爭工程統包工程一般條款第 6.7 條約定，被上訴人應給付本件投標廠商拖延試運轉工作費用一情，當屬有據。……上訴人雖應依法申請排放許可證，但係於系爭試運轉工作開始後提出申請，換言之，申請排放許可證工作並非系爭試運轉工作延後開始之原因。被上訴人此部分抗辯，顯不足採。……兩造於 96 年 1 月 19 日起至 97 年 3 月 9 日間，即發現 P01 至 P09 污水揚水站有損壞需修繕情形，並商議由本件投標廠商承作 P01 至 P09 污水揚水站巡檢維修作業，並將之新增為系爭契約項目，同時開會研討契約變更議定書內容及調整後詳細估驗計價項目表。復於 97 年 6 月 23 日會議決議將 P07 污水揚水站設備修繕及系爭應急工程優先列為後續辦理第二次變更設計內容範圍，其次為其餘污水揚水站設備修繕及加裝儀控系統，兩造依 96 年 1 月 19 日及 96 年 3 月 9 日會議結論辦理，堪認上訴人主張被上訴人於 97 年 6 月間指示其施作系爭契約範圍外之系爭應急工程一情，應屬有據。參證人張○豪到庭結證：……綜上各情，被上訴人指示上訴人施作系爭契約新增工程項目即系爭應急工程，且經上訴人同意承作，屬於系爭契約第 4 條第 1 項第 2 款所定變更設計情事，業經上訴人於 97 年 10 月間施作完成，但被上訴人拒不完成變更設計及與上訴人議定工程款，準此，上訴人主張依系爭契約第 4 條第 1 項約定，被上訴人應給付系爭應急工程款予本件投標廠商，當屬有據。……上訴人主張拖延試運轉工作費用發生期間自 97 年 6 月 6 日起至 97 年 10 月 16 日止，系爭契約復未約定給付期限，應認上訴人於 97 年 10 月 17 日起即可向被上訴人請求給付，上訴人卻遲至於 102 年 8 月 20 日以存證信函請求給付，當時其請求權消滅時效業已完成，……，則被上訴人為時效抗辯並拒絕給付，自屬有據。上訴人於 97 年 6 月 6 日起至同年 10 月 16 日止期間接管系爭處理廠所生費用非試運轉操作工作性質，則上訴人主張拖延試運轉工作費用應待系爭試運轉

工作於 101 年 7 月 6 日驗收合格後始能請求云云，即不足採。……系爭應急工程於 97 年 10 月間施作完成，系爭契約復未約定給付期限，則上訴人自完成後之翌日起即可向被上訴人請求給付，上訴人卻遲至於 102 年 8 月 20 日以存證信函請求給付，當時其請求權消滅時效業已完成，……，則被上訴人為時效抗辯並拒絕給付，自屬有據。」

第五目 本案歷審判決理由梳理

一審判決認為，於程序部分，承攬成員以自己名義起訴請求，並無當事人適格欠缺，而屬給付訴訟實體上有無理由之問題，此與以往通說見解相同。於實體部分，依系爭工程契約約定，應由代表成員統一請領相關報酬、損害賠償及其他費用，亦即，原告請求權之行使受有「限制」，不得單獨請求。縱本案爭執工作項目為原告主辦項目，而與其他成員工作項目無關，亦同。二審判決理由原則上同於一審判決，並就原告額外施工之部分，認為仍屬原工程契約關係之一部分，否定原告之無因管理及不當得利的請求權基礎。惟三審判決認為，雖然共同投標協議書勾選由代表成員請受領工程款，而非勾選各承攬成員各自請領，但各承攬成員間有其主辦項目之劃分及契約金額比率之分配，本契約約定代表成員請領工程款，究竟是全體承攬成員「授權」代表成員行使對業主之債權，抑或是有「剝奪」各承攬成員債權之意思存在，乃契約解釋之問題，且統一請（受）領是否包含對業主之損害賠償或其他費用請求？均有疑問。在此基礎之上，更審判決認為，原告之部分請求項目構成契約變更、變更設計，原告得依系爭契約請求相關費用及損害，但其請求權已罹於時效，被告得拒絕給付，似間接認定本件共同投標協議書勾選由代表成員請受領工程款之當事人真意，僅係全體承攬成員「授權」代表成員行使債權，各承攬成員對業主之工程款請求權並未遭受剝奪。

第四款 學說見解

有論者認為，被告機關主張原告廠商非系爭契約所列之代表成員，不得以

自己名義請領系爭款項，但最高法院要求釐清代表成員請領範圍是否包含額外施作項目？其他成員得否單獨請求額外施作之部分？又契約約定由代表成員統一請領係為方便行使請求權，抑或是有剝奪其他成員請求權之合意？以機關角度，當然會希望由代表成員統一請領，但如代表成員與其他成員之合作有嫌隙，而不願代為請領。又或機關同意逕將款項給付於承攬成員，但嗣後代表成員主張該成員無權請領，此時機關將面臨另一爭議。³⁸⁹

第五款 本文評析

第一目 聯合承攬成員之債權性質及種類

依本文所採之聯合承攬體「合夥說」立場，聯合承攬成員基於聯合承攬契約所取得之財產權，無論工程款請求權、損害賠償請求權、費用償還請求權、不當得利請求權，均為民法第 668 條合夥財產公同共有，而非限於工程款請求權始為公同共有債權³⁹⁰。此項法律性質，不會因為其發生原因僅與其中一承攬成員有關，而為該成員獨享。況且，就本案原告所主張遲延驗收損害、延後試運轉損害賠償請求權之部分，涉及盡快驗收完工請求工程款，而與全體承攬成員有關，當須全體承攬成員或代表成員行使之。至於本案原告額外施工之部分（即 P07 污水揚水站之設備修繕、分段抽送及截流水抽送等應急工程），雖此部分僅原告施工，而未有其他成員參與。惟該額外施工（契約變更）所生之工程款請求權，仍屬全體承攬成員公同共有，不因其單獨施工而獨享該債權。原告此部分之主張並非可採。

第二目 約定統一請（受）領之意義

³⁸⁹ 王國武，前揭註 330，頁 17。

³⁹⁰ 類似見解參照臺北地方法院 90 年度重訴字第 2666 號民事判決：「本件契約類推適用合夥有關規定之結果，『原告與 NEC 公司短期結合而成之團體』，於短期結合關係存續期間，依本件工程合約書所取得及所得主張之各項權利，包括承攬報酬請求權、債務不履行損害賠償請求權、不當得利返還請求權等，均應屬原告與 NEC 公司所公同共有。」

關於合夥財產之定義另參照邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 29–31；林誠二，前揭註 151，頁 24。

本案最高法院質疑，聯合承攬契約勾選「統一請（受）領」是否意味著，「限制」代表成員以外之成員對業主之請求權行使？或僅是「授權」代表成員為單獨請求給付，而其他成員對業主仍得行使給付請求權？經契約意思表示解釋認為本案當事人真意屬於後者，故原告雖非代表成員，亦得單獨請求業主為給付³⁹¹，且其所謂「統一請（受）領」應不包含損害賠償或費用償還請求權等其他債權。

首先就統一請（受）領之標的範圍而言，本文認為，依聯合承攬契約所稱「契約價金請（受）領之方式、項目及金額」之文義，應指承攬報酬（工程款）請求權而言，不包含其他損害賠償、費用償還等請求權在內。再者，就行使工程款債權之部分，既當事人勾選「統一請（受）領」，其真意應是「限定」僅代表成員得單獨請求工程款，而其他成員不得單獨為請求，蓋通常當事人選擇此一給付方式，除有程序上之簡便考量外，亦係避免使業主陷於雙重給付之危險。類似見解參照臺灣高等法院 109 年度建上字第 44 號民事判決：「系爭協議書第 6 條所定價金請領給付方式納入系爭契約範圍後，兩造及參加人同受拘束，上訴人不得自行向被上訴人請領，被上訴人亦不得逕行給付予上訴人，已如前述；而系爭工程係由上訴人與參加人共同向被上訴人共同承攬，各自承攬之施工範圍並不相同，然僅約定契約總價為 472,000,000 元，並未區分上訴人

³⁹¹ 類似見解另參照臺灣高等法院 104 年度建上更（一）字第 22 號民事判決：「氣象局抗辯系爭契約約定須由翰昇公司統一向其請領契約價金，廣鎂公司不得逕以其名義為請領云云。惟依共同投標協議書第 1 條、第 2 條、第 3 條、第 7 條分別約定，翰昇公司為共同投標之代表廠商、廣鎂公司與翰昇公司各自主辦項目、各自所佔契約金額比率、共同投標協議書於得標後列入系爭契約內容之一部等項。其中第 4 條關於共同投標廠商同意契約價金請（受）領方式，刪除『(1)由代表廠商請（受）領契約價金，統一領受。』僅餘『(2)代表廠商應檢具各成員分別出具之發票及相關文件向機關統一請領』（見原審 1 卷 8 頁），翰昇公司固有檢具廣鎂公司出具發票及相關文件統一向氣象局請款，但不得代表廣鎂公司受領價金。雖系爭工程招標規範貳、二、5 約定：『共同投標廠商同意契約價金由代表廠商統一請（受）領』等語（見原審 1 卷 285 頁反面），然氣象局自承將契約價金分別匯入翰昇公司、廣鎂公司之帳戶……。可見氣象局依共同投標協議書所載投標成員所占契約金額比率，分別核撥契約價金，並非依上開招標規範將契約價金全數交付翰昇公司。則統一請領契約價金，僅係方便機關請款所為之作業約定，並不能因此否定共同投標廠商受領契約價金之權益，否則代表廠商倘事後發生無法營運，共同投標廠商將無法受領契約價金，機關反坐享履約成果之不公平情事。」其後上訴第三審不合法駁回確定。

相同見解另參照臺北地方法院 103 年度建字第 342 號民事判決（但為臺灣高等法院 104 年度上字第 659 號民事判決所推翻）。

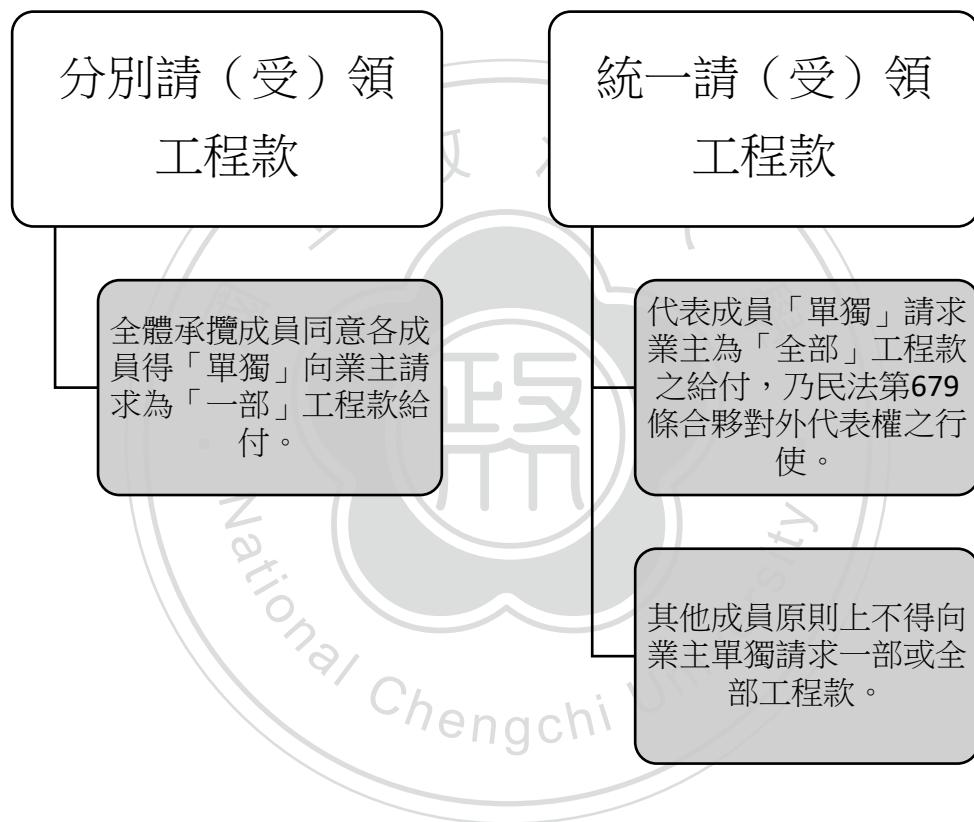
與參加人各自承攬範圍之價金金額，其中間接工程款部分並僅列為 1 項 45,846,500 元，而未依上訴人與參加人各自負責施工工程加以區別分列，則系爭協議書第 6 條所定僅由代表廠商即參加人統一向被上訴人請領工程款之約定，其本旨顯非僅為作業之便利，更寓有使上訴人及參加人先行確認各自工程款金額後，再向被上訴人請領給付，以使被上訴人得依共同承攬廠商之合意而付款，明確化其給付工程款義務之內容而得以確實履行，避免因給付工程款對象錯誤或共同承攬人間彼此計算金額爭議，造成被上訴人難以履約而徒生紛爭之重要契約功能，就此所成立之法律關係核與單純由上訴人委託參加人取款之委任情形有別，自難認為典型之委任契約，非代表廠商之上訴人自不得逕向被上訴人請領，以免損及上述契約功能，亦不能比照委任契約法律關係得由委任人隨時終止之規定任意單方終止。」³⁹²

至於聯合承攬成員對業主基於契約所生之損害賠償及費用償還請求權，並非上開給付方式之約定範圍，業如前述。則此部分債權之行使，得由代表成員為之（民法第 679 條執行合夥人對外代表權）。本案原告並非代表成員，依最高

³⁹² 另參照最高法院 106 年度台上字第 2331 號民事判決：「共同投標協議書已成為系爭契約書之一部分，在締約之當事人即兩造間即應共同遵守，非僅係上訴人間之內部約定；系爭能量籌建工作之違約金有無溢扣之爭議，在未經被上訴人同意變更共同投標協議書內容之情形，依該協議書之約定，應由仲厚公司代表處理及受領違約金之返還事宜，台超公司尚不得以自己名義請求被上訴人給付。」；臺灣高等法院 104 年度上字第 659 號民事判決：「系爭共同投標協議書第 6 點已記載：『共同承攬廠商同意契約價金，由代表廠商檢具各成員分別出具之發票及相關文件統一向機關請領』等語，顯見太一公司與被上訴人業以契約明確約定，對外須由代表廠商太一公司檢具各成員之發票，統一向上訴人申領工程款。而系爭契約第 5 條第 1 項、2 項約定：本案採取預付款；預付款應於銀行開立專戶，專款專用，上訴人得查核支用；太一公司請領契約價金時應提出統一發票等語……，亦另約定太一公司無庸檢附被上訴人之發票即可請款，且自 95 年 5 月起 96 年 12 月間，亦均由太一公司持自己開立之發票，向上訴人請款，上訴人則將款項匯入太一公司在板信商業銀行民生分行之帳戶等情，……。可見，被上訴人與太一公司自始即以共同投標協議書約定，對外僅太一公司得向上訴人請領工程款，被上訴人自不得逕向上訴人請求給付其主辦工程項目之工程款甚明。至共同投標協議書，其上所載各成員所享有之契約價金比率，充其量僅為被上訴人與太一公司間，內部享有工程款債權比率之約定而已，尚不得執為請款之依據。被上訴人雖主張，共同投標人成員間所承攬之事項，係屬可分且各自獨立，對外與業主關係，各投標成員均為業主之承攬人，可獨立向業主請求工程款，並以最高法院 96 年台上字第 2446 號判決為據云云。惟最高法院之該件事例，其共同投標人間並未約定由代表廠商統一向業主申領工程款，有該判決在卷可查（原審卷第 168-172 頁），與本件之事實不符，自難比附援引。則被上訴人主張，共同承攬人對自己所施作及金額比率，有向上訴人獨立計算請求之權利，共同投標協議書第 6 點之約定，僅係請款程序，無限制被上訴人不得受領之規定云云，並無足取。」其後因上訴不合法而駁回確定（最高法院 105 年度台上字第 909 號民事裁定）。其他見解參照新北地方法院 108 年度建字第 122 號民事判決。

法院決議之見解，應得其他成員之同意，始得單獨請求（民法第 831 條準用 828 條第 3 項）。然若依多數學說之見解，則得依民法第 831 條準用第 828 條第 2 項準用第 821 條規定，或適用或類推適用第 293 條第 1 項規定，單獨請求業主向全體承攬成員為給付。於受領後，該給付利益之分配應依承攬成員內部約定定之。

◆ 聯合承攬工程款債權之行使



第五節 契約承擔

第一項 債之概括承受

第一款 總說

依民法第 294 條以下規定所為之債權讓與或債務承擔，不影響讓與人或原債務人之法律地位，例如於債權讓與時，與讓與人有不可分離關係之從屬權利，不隨同移轉於受讓人（民法第 295 條第 1 項但書）；涉及契約關係存廢之契

約解除權、撤銷權等形成權，則僅有契約當事人得以行使，不隨債權讓與而移轉。於債務承擔者，從屬於債權之權利，如與債務人有不可分離之關係，債權人不得對承擔人行使（民法第304條第1項但書）。惟若非單純債權讓與或債務承擔，亦非債權債務之合併移轉³⁹³，而係概括地承受債之關係所生之法律地位，凡與讓與人或原債務人有不可分離之權利義務，均隨同移轉而與承受人發生不可分離之關係，包含解除權、終止權、撤銷權等契約當事人權能，使讓與人完全脫離債之關係。³⁹⁴

此等債之關係概括承受的發生，可分為當事人約定及法律規定之情形，前者包含契約承擔、契約加入，後者例如民法第305條財產或營業之概括承受、第306條營業之合併、第425條所有權讓與不破租賃、第1148條概括繼承等。以下僅就本文所討論相關之當事人約定類型的概括承受與民法第305條財產或營業之概括承受為說明。

第二款 契約承擔

契約承擔（die Vertragsübernahme）係指契約當事人將其契約所生之法律上地位概括移轉予他人（下稱承擔人）³⁹⁵。此僅為契約主體之變更，而契約內容仍具有同一性³⁹⁶。我國民法對契約承擔並未作一般性規定，但為實務及學理所肯認。實務上例如投資客將預售屋買賣契約之買受人地位出賣予第三人。所謂概括移轉之內容，不但包含債權與債務，尚包含與契約關係不可分離之解除權、終止權、撤銷權等形成權，均由承擔人行使該權利或負擔該義務。契約承

³⁹³ 所謂合併移轉，例如最高法院67年度台上字第3008號民事判決：「一般民間合會，係會首與會員間之債權、債務契約。會員除向會首領取得標金外，在得標前須按期繳納活會會款，得標後須按期繳納死會會款。會員將其會份讓與第三人，如為活會轉讓，則係債權、債務之轉讓，並非單純之債權讓與。如係死會轉讓，則純係債務之承擔。故無論為活會、死會之轉讓，均非得會首之同意，不生效力。」（本則判例經91年度第1次民事庭會議決議不再援用）。

³⁹⁴ 孫森焱，前揭註200，頁986。

³⁹⁵ 史尚寬，前揭註238，頁717；黃立，前揭註238，頁665；林誠二，前揭註238，頁439；邱聰智著，姚志明修訂，前揭註247，頁303；孫森焱，前揭註200，頁987；劉春堂，前揭註200，頁389；鄭冠宇，前揭註253，頁401-402。

³⁹⁶ 陳自強，契約之內容與消滅，四版，2018年9月，臺北：元照出版，頁284。

擔後，讓與人脫離該契約關係，原則上不再享有該契約所生之權利，亦不負擔相關義務³⁹⁷。由此可知，此等契約承擔並不等於「債權讓與十債務承擔」³⁹⁸。有學者強調，契約承擔本身仍屬單一之法律行為，而不得拆散為多個之債權讓與及債務承擔³⁹⁹。須注意的是，雖然契約承擔不完全等於債權讓與或債務承擔，但其內容仍包含兩者，仍須適用各該相關規定，例如契約承擔之作用內容包含債權讓與，應依民法第297條規定，通知他方契約當事人（債務人），否則對該他方不生效力；經承擔之債務有第三人之擔保者，依民法第304條第2項規定，除經該擔保義務人（保證人、物上保證人等）承認外，該擔保歸於消滅。

400

又契約承擔性質上係對契約關係之處分，須經契約及承擔當事人之同意，始得為之，亦即，須經原契約當事人與承擔人的多方合意。蓋對讓與人而言，其將因此脫離契約關係；對他方契約當事人而言，其契約相對人即將變更；對承擔人而言，其須概括承受該契約所生之權利義務⁴⁰¹。學說認為，由於契約當事人對契約之主觀價值，逐漸趨向契約客觀經濟作用，使契約的法律上地位具有交易性，在不影響當事人之契約利益，及不違反強行規定與公序良俗（民法

³⁹⁷ 通說認為，關於契約承擔前之債務，當事人非不得特別約定仍由讓與人繼續負責清償，參照邱聰智著，姚志明修訂，前揭註247，頁305；陳自強，同前註，頁289；孫森焱，前揭註200，頁988；劉春堂，前揭註200，頁390。

³⁹⁸ 最高法院73年度台上字第1573號民事判決：「當事人之一方將其因契約所生之權利義務，概括的讓與第三人承受者，係屬契約承擔，與單純的債權讓與不同，非經他方之承認，對他方不生效力。」；最高法院97年度台上字第1864號民事判決：「契約承擔乃以承受契約當事人地位為標的之契約，亦即依法律行為所生之概括承受，而將由契約關係所發生之債權、債務及其他附隨的權利義務關係一併移轉，與債務承擔者，承擔人僅承擔原債務人之債務，在性質上並不相同。」

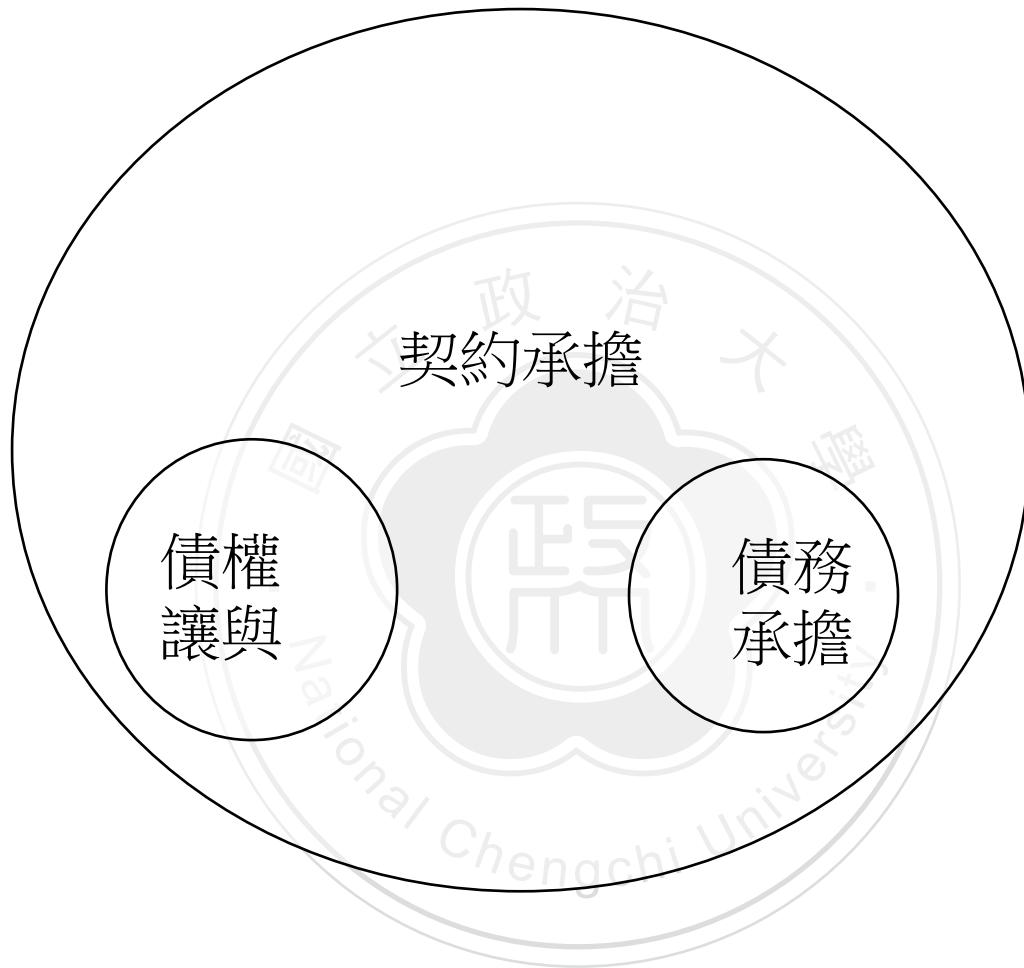
³⁹⁹ 黃立，前揭註238，頁666；陳自強，前揭註396，頁285。

⁴⁰⁰ 最高法院86年度台上字第2363號民事判決：「債權人將與債務人間所訂立之契約概括讓與第三人者，僅契約主體即債權人之一方變更為第三人而已，債之內容、保證人或連帶保證人所擔保之對象及責任範圍均未變異，參酌民法第二百九十五條第一項前段規定『讓與債權時該債權之擔保隨同移轉於受讓人』之趣旨，債權人將契約概括讓與第三人，自毋庸得保證人或連帶保證人之同意。準此而言，第三人為契約承擔，該承擔契約之擔保權利隨同移轉於承受人，對於為擔保之保證人或連帶保證人祇須經讓與人或承受人以此事由而為通知，即生效力。」另參照孫森焱，前揭註200，頁993-994註5。

⁴⁰¹ 最高法院86年度台上字第2363號民事判決：「本院七十三年台上字第一五七三號判例謂：當事人之一方將其因契約所生之權利義務，概括的讓與第三人承受者，係屬契約承擔，與單純的債權讓與不同，非經他方之承認，對他方不生效力。此之『他方』係指契約當事人之另一方而言，而非契約之保證人或連帶保證人。」

第 71 條及第 72 條) 之前提下，基於契約自由之原則，自應允許當事人為如此
契約關係之處分。⁴⁰²

◆ 契約承擔與債權讓與及債務承擔間之關係



第三款 契約加入

如前所述，契約承擔須經當事人之同意，包含他方契約當事人，是若該他方拒絕同意第三人承受時，該契約承擔契約仍可存在於讓與人與承擔人之間，亦即，讓與人仍屬原契約之當事人，承擔人與原契約之他方當事人，並無契約關係，與上述契約承擔有所不同。但若讓與人有債權，仍可據此發生債權讓與之效力，因為債權讓與不需債務人（此指他方當事人）之同意（民法第 294

⁴⁰² 孫森焱，前揭註 200，頁 987。

條、第 297 條)；又如讓與人與承擔人間所約定契約承擔之債務承擔部分係併存債務承擔，亦無須經他方當事人同意，得發生併存債務承擔之效力，學理上稱為「契約加入」⁴⁰³。學者強調，此屬將當事人「契約承擔」之法效意思轉換為「債權讓與十債務承擔」，而與當事人自始法效意思為「債權讓與十債務承擔」(合併移轉)有所不同。⁴⁰⁴

第四款 財產或營業之概括承受

民法第 305 條：「就他人之財產或營業，概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受之通知或公告，而生承擔債務之效力。前項情形，債務人關於到期之債權，自通知或公告時起，未到期之債權，自到期時起，二年以內，與承擔人連帶負其責任。」此為民法特別明文規定之概括承受形態。於財產之概括承受，係將包含資產及負債在內之整個財產集團移轉於承擔人；營業之概括承受則為，將以營業為目的所組成之營業財產集團，不論資產（例如存貨、債權、營業器具、商譽等）或債務，均概括地移轉於承擔人。此等財產或營業之概括承受，其客體包含多數債權或債務，乃經濟上地位之全盤移轉，而與上述契約承擔係個別契約之法律地位移轉，有所不同。⁴⁰⁵

依上開民法第 305 條第 1 項規定，財產或營業之概括承受，以對債權人之

⁴⁰³ 林誠二，前揭註 238，頁 442；邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 306；孫森焱，前揭註 200，頁 988；劉春堂，前揭註 200，頁 390；鄭冠宇，前揭註 253，頁 402。

惟有學者指出，於德國法及瑞士法，「契約加入（Vertragsbeitritt）」係指第三人加入契約當事人之一方，且原契約當事人並無脫離契約關係之情形，此與我國學理概念有所不同，參照黃立，前揭註 238，頁 666；陳自強，前揭註 396，頁 288。

⁴⁰⁴ 邱聰智著，姚志明修訂，前揭註 247，頁 306-307。

⁴⁰⁵ 最高法院 98 年度台上字第 1286 號民事判決：「按營業之概括承受其資產及負債，係指就他人之營業上之財產，包括資產（如存貨、債權、營業生財、商號信譽）以及營業上之債務，概括承受之意。換言之，以營業為目的組成營業財產之集團，移轉於承擔人，營業之概括承受為多數之債權或債務，包括讓與人之經濟上地位之全盤移轉。依民法第三百零五條第一項之規定，因對於債權人為承受之通知或公告，而生承擔債務之效力。而依同條第二項規定，債務人關於到期之債權，自通知或公告時起，未到期之債權，自到期時起二年以內，與承擔人連帶負其責任。惟債務人負責之範圍，係以發生承擔債務之效力當時，業已存在之債務為限。倘發生承擔債務之效力以後始發生之債務，則不在債務人負責範圍之內。」另參照孫森焱，前揭註 200，頁 988-989。

通知或公告為生效要件⁴⁰⁶。蓋債權（資產）讓與部分，本無需債務人之同意，而債務（負債）承擔部分，學說認為，性質上為併存債務承擔，讓與人並未因此免除債務，僅需對債權人為通知或公告，即生債務承擔之效力，無須得債權人之承認。且此等通知或公告，需由承擔人為之始可。⁴⁰⁷

又關於財產或營業之概括承受的效力，除因其中包含債權讓與（資產承受）而需適用民法第294條以下規定外，依民法第305條第2項規定，於債務承擔（負債承受）之部分，讓與人（原債務人）就該債務須與承擔人負連帶責任，其期間為2年。已到期債權自通知或公告時起算；未到期債權自到期時起算。由此效果而言，讓與人不因債務承擔後，立即免去債務之清償責任。此等連帶責任期間，性質上為除斥期間，此項期間經過後，讓與人不再負擔該債務，而由承擔人單獨負責。且此項期間與該債權請求權之消滅時效進行無涉，分別起算進行而互不影響。

契約承擔人就合夥人之一人，概括承受其合夥契約關係所生之權利義務（俗稱頂股），乃合夥股分之轉讓，依民法第683條本文規定，須經其他全體合夥人之同意始可。部分見解認為，此屬民法第305條之財產概括承受⁴⁰⁸。但亦有認為其性質為契約承擔，而非民法第305條所稱財產或營業之概括承受。⁴⁰⁹

⁴⁰⁶ 最高法院23年度上字第2136號民事判決：「國家接收民營事業概括承受其資產及負債者，固立於私人之地位同受私法之適用，惟依民法第三百零五條規定，就他人之財產或營業概括承受其資產及負債者，因對於債權人為承受之通知或公告而生承擔債務之效力，是承受人未對於債權人為概括承受資產及負債之通知或公告，則承擔債務之效力尚未發生，債權人自不得以未發生承擔效力之債務，向承受人為清償之請求。」（本則判例無裁判全文可資參考，依據民國108年1月4日修正，108年7月4日施行之法院組織法第57條之1第1項規定，應停止適用）。另參照邱聰智著，姚志明修訂，前揭註247，頁300；孫森焱，前揭註200，頁989；劉春堂，前揭註200，頁386。

⁴⁰⁷ 林誠二，前揭註238，頁435-436；孫森焱，前揭註200，頁989；劉春堂，前揭註200，頁386-387。

⁴⁰⁸ 王伯琦，前揭註276，頁270；鄭玉波著，陳榮隆修訂，民法債編總論，二版，2002年6月，臺北：三民出版，頁594；邱聰智著，姚志明校訂，前揭註149，頁135；林誠二，前揭註151，頁64。

⁴⁰⁹ 林誠二，前揭註238，頁435；孫森焱，前揭註200，頁989。

第二項 聯合承攬之契約承擔條款

第一款 意義

第一目 內容及功能

為了不因承攬成員破產等無法繼續履行契約情形發生，而致工程停擺、坐待損失，共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款規定：「共同投標廠商於投標時應檢附由各成員之負責人或其代理人共同具名，且經公證或認證之共同投標協議書，載明下列事項，於得標後列入契約：六、成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。」其他承攬成員可代替該破產成員履行，或覓得其他非成員之專業廠商繼受其權利義務。此等繼受條款之優點在於確保其他承攬廠商之權益，使其有繼續施工之誘因。⁴¹⁰

最高法院 109 年度台上字第 3249 號民事判決：「查共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款規定『成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。』、第 11 條規定『有前條第一項第六款之情事者，共同投標廠商之其他成員得經機關同意，共同提出與該成員原資格條件相當之廠商，共同承擔契約之一切權利義務。機關非有正當理由，不得拒絕。』考其立法目的，乃因共同投標得標廠商之各成員均連帶負履行契約責任（同辦法第 10 條第 1 項第 4 款規定參照），倘其中成員有因破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，為其他共同得標廠商得以順利履行契約，並顧及公共利益，故規定得由其他成員另覓與被繼受成員原有資格相當之廠商或其他成員繼受該契約之一切權利義務，繼續履行契約。」

第二目 性質

就本條款之情形可分為二：「由其他成員另覓之廠商」繼受或「其他成員」

⁴¹⁰ 謝哲勝、李金松，前揭註 296，頁 431。

繼受。以下此二情形之法律性質分述之。

一、第三人繼受

由第三人「繼受」成為契約當事人，承擔工程契約之權利義務，乃債之概括承受，並非訂立新契約。此等債之概括承受，其債之關係仍不失同一性。有疑問的是，此是否為民法第305條財產或營業之概括承受？涉及第三人加入聯合承攬關係時有無民法第305條第2項連帶責任規定之適用。本文認為，此屬「特定」契約關係（聯合承攬工程契約）所生權利義務之「契約承擔」，非就破產成員之自身財產或營業的「概括」承受，應無民法第305條之適用。

臺灣高等法院臺南分院108年度上易字第326號民事判決：「就本件而言，即係被上訴人就三方協議及系爭工程契約其所占19.9%之機電工程之權利義務，由上訴人承受，但因上訴人事後已另覓福州公司接手，實質上係由上訴人覓得之福州公司繼受矣。系爭協議既約定一方將其因契約所生之權利義務概括的讓與第三人承受，係屬契約承擔之性質（最高法院73年台上字第1573號判例意旨參照）。兩造就系爭工程被上訴人原先之機電工程部分既有上開契約承擔存在，則因該工程契約履行所生權利義務即應由接手之福州公司承受之，被上訴人抗辯其已退出系爭工程，一切契約之權利義務均應由福州公司繼受，尚屬可採」；南投地方法院106年度訴字第98號民事判決：「共同投標辦法10條第1項第6款規定，所謂成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，『同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受』之意，揆諸前揭規定及說明，此乃係為處理共同投標之成員發生破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約之情事時，透過其他成員另覓廠商或其他成員繼受該契約之全部權利義務關係，亦即以另廠商或其他成員承繼該發生破產或重大情事之廠商之地位，以繼續履行該契約，屬契約關係主體之變更，原契約既存之權利義務關係當不因此有所變動。」

二、其他承攬成員繼受

於工程契約之層次上，其他承攬成員本係工程契約之當事人，享受及負擔該契約所生之權利義務，而與業主有契約關係，無須另行承擔契約。尤其，其他承攬成員於特定成員破產後，對業主繼續履行契約（全部給付），本係連帶債務之本質、對外效力（民法第 272 條第 1 項、第 273 條），無待「繼受」，甚至說無「繼受」可言。

類似看法參照花蓮地方法院 103 年度建字第 3 號民事判決：「按契約之原理，共同投標廠商於得標後，具名簽約於工程採購之承攬契約中，則為該契約之當事人，而依政府採購法第 25 條第 2 項規定及契約內容約定，共同承攬廠商負連帶履行契約之責任，雖有共同承攬廠商或代表廠商因故不能繼續履約，則僅發生依契約由其他共同承攬廠商另覓其他廠商加入取代之問題，對已為契約當事人之共同承攬廠商，本即有連帶履行之權利與義務，自無再為所謂契約承受之行為。」

惟實務上有採不同見解認為，如聯合承攬有兩個成員，一承攬成員得承擔另一成員之契約地位，即由聯合承攬轉換為單獨承攬。

臺北地方法院 90 年度重訴字第 11 號民事判決：「按當事人依方將其因契約所生之權利義務，概括的讓與第三人承受，係屬契約承擔，與單純之債權讓與，尚有不同，非經他造之承認，對他造不生效力，最高法院七十三年度台上字第一五七三號判決即採此見解。本件系爭契約之承包商原為位道公司及得盛公司，嗣若欲由位道公司單獨承攬，則涉及得盛公司能否脫離契約當事人地位，而將因契約所負之權利義務，蓋括由位道公司承受，此揆諸前揭說明，自必由被告同意或承認，始對被告發生效力，先予敘明。」

第二款 發生原因

契約承擔須承攬成員有破產或其他重大情事始可。本條之其他重大情事為

何？行政院公共工程委員會認為，若係原工程團隊中有部分承商不願前來議價時，如無其他特殊原因，應認此情形非屬本條所稱之「其他重大情事」⁴¹¹。此時無法替換成員，只能由其他成員採自行履行或分包方式處理。⁴¹²

又行政院公共工程委員會認為，所謂「重大情事」應視是否嚴重到與「破產」相當，以為參酌⁴¹³。例如承攬成員長期停止支付，但尚未經法院為破產宣告，又或聲請重整（公司法第 287 條第 1 項第 2 款或第 3 款）達無法繼續履約之程度，均得認與破產相當⁴¹⁴。依此標準，應認如承攬成員發生財務困難之情形，而無法繼續履行工程工作，為避免工程因此耽誤，有由第三人取代其契約地位以繼續完成工作之必要者，即足當之，無論是否為破產法上所稱之破產情形。

南投地方法院 106 年度訴字第 98 號民事判決：「觀諸豐申公司 104 年 8 月 13 日、104 年 8 月 27 日函，豐申公司表示其負債已高達 129,030,165 元，資產現值僅 48,866,978 元，資產顯不足以清償負債，且其長期所使用之支票均因存款不足遭退票，已受拒絕往來處分，又其名下資產遭多家銀行向法院聲請准予假扣押在案，已形同破產，無力繼續施作系爭工程，……，堪認原告上開主張豐申公司業已符合系爭共同投標辦法第 5 條之約定即豐申公司有其他重大情事，致無法繼續共同履約乙節……。」

此外，實務上曾發生一承攬成員持續違約，導致逾期尚未完成工程，且於

⁴¹¹ 行政院公共工程委員會 95 年 8 月 15 日（95）工程企字第 09500309690 號函：「共同投標廠商於履約過程中變更成員，依『共同投標辦法』第 10 條第 1 項第 6 款規定，應以成員有破產或其他重大情事者為限，旨揭案件變更成員之情形如影響原最有利標評選結果者，招標機關不宜依『共同投標辦法』第 11 條規定同意其變更成員。另來函說明二所述『原工程團隊中有部分承商不願前來議價』之情形如無其他特殊原因，似非屬破產或其他重大情事。」

⁴¹² 王國武，前揭註 330，頁 20。

⁴¹³ 行政院公共工程委員會 88 年 8 月 16 日（88）工程企字第 8811158 號函：「依『共同投標辦法』第十一條規定：『有前條第一項第六款之情事（成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受）者，共同投標廠商之其他成員得經機關同意，共同提出與該成員原資格條件相當之廠商，共同承擔契約之一切權利義務。』本案情形是否符合該條文要件，宜由林口鄉公所裁量。前揭『重大情事』之認定，可參酌是否與『破產』情形相當。」

⁴¹⁴ 行政院公共工程委員會 105 年 3 月 10 日（105）工程企字第 10500046160 號函：「公司聲請重整期間，尚非必然無法繼續履約；惟如公司已因聲請重整致無法繼續履約（例如法院為公司法第 287 條第 1 項第 2 款或第 3 款之裁定），應得認為與破產情形相當。」

工程進行時，更有多項工程未施工、未完成及其他重大缺點，業主多次催告該承攬成員履行契約，但該成員均未到場繼續施工，就此情形亦經認定為「重大情事」。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決：「上訴人雖爭執共同投標協議書第 5 點之約定係限定於『成員有破產或其他重大情事』，不包含本件之終止契約之情形，故皇廷公司被終止契約而退出本件工程之情形，並無上開繼受約定之適用云云。惟上開約定所稱『破產』應僅屬例示，並不以破產為限，本件皇廷公司係因可歸責於己之事由致不能繼續履行契約而遭被上訴人終止契約，解釋上已符合『其他重大情事，致無法繼續共同履約者』之情形，自有上開約定之適用。上訴人主張本件皇廷公司被終止契約之情形，不適用上開約定，即屬無據。則皇廷公司依上開約定即已同意關於系爭履約保證金之權利義務由參加人等 2 人繼受，並用以擔保系爭工程全部之履約。」

第三款 業主同意

第一目 性質

契約承擔須經契約相對人（業主）之同意，已如前所述，是聯合承攬協議書訂有此等契約承擔條款，並不代表業主「預先」、「當然」同意第三人契約承擔，亦即，並非所有承攬成員所提供之推薦之廠商，業主均須照單全收。此等條款僅是預定將來履約發生困難時，得以契約承擔方式解決之，不代表業主已經預先同意契約承擔。⁴¹⁵

⁴¹⁵ 另參照臺灣高等法院臺中分院 107 年度建上易字第 20 號民事判決。

惟實務上有就客觀事實衡量契約當事人之利害關係，就特定事實推定他方當事人於訂約之初，已經預先同意一方得將契約上法律地位移轉予第三人，以符合契約承擔之當事人同意要件。參照孫森焱，前揭註 200，頁 987；最高法院 48 年度台上字第 227 號民事判決：「租地建屋之契約如無相反之特約，自可推定出租人於立約時，即已同意租賃權得隨房屋而為移轉，故承租人將房屋所有權讓與第三人時，應認其對於基地出租人仍有租賃關係之存在，所謂相反之特約，係指禁止轉讓基地上所建房屋之特約而言。」另參照最高法院 43 年度台上字第 479 號民事判決。惟此二最高法院判決分別經最高法院 91 年度第 13 次民事庭會議與 92 年度第 12 次民事庭會

臺中地方法院 109 年度建字第 66 號民事判決：「系爭協議書第五條雖約定：『成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。…』，惟系爭工程既係依共同投標辦法而成立，自應受該辦法之規範。依共同投標辦法第 11 條規定，必在經被告之同意後，始得由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受，故是否同意，被告仍有決定之權限，非被告有同意之義務。故原告主張其以系爭函文通知被告時，即生繼受效力云云，自無可採。」

然共同投標辦法第 11 條：「有前條第一項第六款之情事者，共同投標廠商之其他成員得經機關同意，共同提出與該成員原資格條件相當之廠商，共同承擔契約之一切權利義務。機關非有正當理由，不得拒絕。」本文認為，於承攬成員提出符合條件資格之廠商時，本條規定課予業主有同意該廠商承擔工程契約之義務，屬於不真正義務，此亦為誠信原則之具體展現，並非完全無同意之義務。關於此項義務之違反，亦即，如業主無正當理由而不同意契約承擔，致工程發生遲延，則應視具體情形定之。詳言之，如業主適時同意，該工程即不發生遲延，可能構成「不可歸責」於承攬成員之遲延，承攬成員不負遲延責任（民法第 230 條）；如縱業主適時同意，亦會發生遲延，則雖應認構成可歸責於承攬成員之給付遲延，但業主對工程遲延之損害擴大與有過失，應依民法第 217 條定其損害賠償範圍。

此外，實務上有認為，若繼受廠商不具與原承攬成員相當之條件資格，業主得拒絕同意其承擔契約，但如業主同意其繼受，亦無不可。且所謂資格條件相當，非必與當初投標須知所規定之廠商資格相同始可。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決：「上訴人雖主張依共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款、第 11 條規定，系爭工程須由與皇廷公司資格件相當之廠商，始得繼受（承擔）皇廷公司契約之權利義務云

議，以民法已增訂第 426 條之 1 規定，決議不再援用。

云。惟查，共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款係規定：『六、成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。』；第 11 條係規定：『有前條第一項第六款之情事者，共同投標廠商之其他成員『得』經機關同意，共同提出與該成員原資格條件相當之廠商，共同承擔契約之一切權利義務。機關非有正當理由，不得拒絕。』僅係規定其他成員得提出其他廠商，且該廠商，須與該成員原資格條件相當，均並未限定僅得由其他成員另覓之符合資格廠商或符合上開資格之原團隊其他成員繼受。上訴人前揭就上開規定之解釋，與法條顯有不符。……觀之投標須知『投標』16.2 (1) A.係約定：『共同投標廠商團隊組合方式：A.廠商成員中至少應有本國甲等綜合營造業及國內開業之建築師事務所。』16.2(2)D：『共同投標組成之成員應指定代表廠商（本工程為甲等綜合營造業廠商）負責與主辦機關連繫辦理一切履約事項』、……，故前揭規定僅係有關共同投標團隊之組成資格及投標相關程序等規定，尚難據以認定投標須知 16.2 (2) N · (F)所定之『其權利義務得由其他成員繼受』限於『代表廠商以外之廠商無法繼續共同履約者』始有適用。況查，倘依上訴人前揭解釋結果，在本件狀況即代表廠商無法繼續共同履約，而其他成員復未能覓得符合甲級綜合營造業之其他廠商以繼受成為代表廠商之情形，豈不造成無人可得繼受之情形，顯不符該約定意旨。是上訴人主張皇廷公司之契約一切權利義務僅得由具有甲級綜合營造業資格之廠商繼受，不得由不符甲級綜合營造業資格之其他成員即參加人等 2 人繼受云云，並不可採。⁴¹⁶】

第二目 正當理由

共同投標辦法第 11 條所稱之「正當理由」為何？如同本條提到，該繼受廠

⁴¹⁶ 其後最高法院 106 年度台上字第 704 號民事判決亦稱：「該成員因破產或其他重大情事，致無法繼續履約者，其契約之一切權利義務，除得由其他成員另覓與被繼受成員原資格條件相當之廠商繼受外，亦得由其他成員繼受，惟其他成員與被繼受成員原資格條件不相當時，於其繼受後，再將該部分分包或委任具有相當資格條件之第三人施作或管理，並經機關同意者，應無不可。」

商需與原承攬成員之資格條件相當，否則業主即得拒絕其繼受⁴¹⁷。又如聯合承攬成員想要更換成員，而將影響原最有利標之評選結果者，機關亦有正當理由不同意其變更（契約承擔）⁴¹⁸。又如一承攬成員因故被機關依政府採購法第 102 條第 3 項刊登政府採購公報，嗣後該成員於同法第 103 條第 1 項所定期間內，為他公司所合併，其他承攬成員依共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款及第 11 條規定，就原採購案提出由該公司繼受原成員之一切權利義務時，機關得予以拒絕，屬有正當理由。⁴¹⁹

又如其他成員所提出之第三人的資格、專業技術，與破產成員明顯不同，業主亦有正當理由拒絕。臺灣高等法院臺中分院 107 年度建上易字第 20 號民事判決：「本件破產之原成員（即豐申公司）為營造廠商，而上訴人為水電廠商……，兩公司為不同行業之異業共同投標，上訴人與豐申公司之資格顯有差異，自不符『與該成員原資格條件相當之廠商』之基本要件。」

此外，最高法院認為，如系爭採購已經完成計價驗收，核定結算金額，該契約已經履行完畢，縱承攬成員有破產等財務困難情況發生，亦已與契約履行無關，業主拒絕契約承擔乃具有正當理由。最高法院 109 年度台上字第 3249 號民事判決：「本件系爭契約約定之 5 年經營期限於 106 年 6 月 30 日屆滿，各契約年期工作均經國防部驗收合格、完成計價驗收，核定結算金額在案，為原審認定之事實。則國防部拒絕同意上訴人繼受系爭契約之一切權利義務，自有正當理由。原審因認上訴人不得依共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款、第 11 條

⁴¹⁷ 行政院公共工程委員會 96 年 5 月 22 日（96）工程企字第 09600206190 號函：「增列後段規定，以免機關行使前段不同意權過當，致影響共同投標（聯合承攬）廠商另覓繼受廠商之權益，且不利於公共利益。所稱正當理由，例如其他成員共同提出之繼受廠商，與被繼受成員原資格條件不相當。」

⁴¹⁸ 行政院公共工程委員會 95 年 8 月 15 日（95）工程企字第 09500309690 號函：「共同投標廠商於履約過程中變更成員，依『共同投標辦法』第十條第一項第六款規定，應以成員有破產或其他重大情事為限，旨揭案件變更成員之情形，如影響原最有利標評選結果者，招標機關不宜依『共同投標辦法』第十一條規定同意其變更成員。」

⁴¹⁹ 行政院公共工程委員會 98 年 12 月 25 日（98）工程企字第 09800480860 號函：「共同投標廠商甲成員因故被機關依政府採購法（以下簡稱本法）第 102 條第 3 項刊登政府採購公報，之後甲成員於本法第 103 條第 1 項所定期間內被乙公司合併，原共同投標廠商其他成員於該期間內依共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款及第 11 條規定，就原採購案提出由乙公司繼受甲成員之一切權利義務時，機關依上開辦法第 11 條規定予以拒絕，屬有正當理由。」

規定，請求被上訴人同意由其承擔及繼受系爭計價款請求權之一切權利義務，且無從依系爭契約及民法第 490 條規定，請求國防部給付系爭計價款本息，所為不利上訴人之判決，經核於法均無違誤。」

第四款 效力

第一目 契約履行與報酬請求

繼受廠商承擔工程契約所生之一切權利義務，成為承攬成員之一，負有完成工程工作之義務，且屬與其他成員負連帶債務，並得於完工驗收後，對業主有工程款請求權。原則上，其地位與權利義務與該破產之原承攬成員完全相同。蓋契約承擔不影響契約內容之同一性。

臺灣高等法院臺中分院 103 年度建上更（二）字第 58 號民事判決：「前掲 96 年 2 月 14 日統包工程契約變更書第 7 點已約明更換參加人繼受原機電廠商 茂晉公司之一切權利義務；皇廷公司繼受原代表廠商竟誠公司之一切權利義務；第 14.1. 約定：甲（即被上訴人）、乙（即皇廷公司等 3 人）雙方同意依共同投標法第 10 條第 6 款及原契約投標須和 16.2(2) 第 N 條(F) 款之規定，由乙方繼受代表廠商（即皇廷公司）與乙方建築師事務所（即王○源事務所）、乙方繼受機電廠商（即參加人）共同承擔原契約及其附件規範一切權利義務，凡乙方應承作而未作之工作及已作部分之瑕疵補正等，一切乙方原共同投標承攬團隊依約應負之責任及義務，概由乙方繼受共同投標承攬團隊負責。第 14.2. 前段約定，皇廷公司等 3 人共同承攬系爭工程；第 14.2. 後段約定，共同承攬之全體成員均應對代表廠商之作為或不作為，所衍生後果負連帶責任。⁴²⁰」

第二目 履約保證金

如承攬成員因破產無法繼續履行契約，並由第三人承擔其契約之權利義務時，機關業主得否以更換成員為由，沒收履約保證金？行政院公共工程委員會

⁴²⁰ 此部分見解為最高法院 106 年度台上字第 704 號民事判決所維持。

似採否定見解⁴²¹。此涉及承攬成員因破產而無法繼續履行契約，是否構成債務不履行之問題，詳細說明參照前述之建忠停業案。⁴²²

第三項 契約承擔與分包

如前所述，契約承擔之結果為更換聯合承攬成員，承擔之新廠商成為工程契約之承攬成員之一，有完成工程之給付義務並得向業主請求報酬或其他債權主張。相對的，分包關係則未變更工程契約之當事人，分包契約存在於承包商與分包商之間，分包商與業主間無直接之權利義務關係⁴²³。若一承攬成員有破產等重大事由而無法繼續履行契約，為免發生給付遲延，具體作法上，其他承攬成員可選擇將該部分工作另行分包予第三人，而不尋覓他人直接承擔工程契約。但若已有分包商，亦可與分包商商議以契約承擔之方式加入聯合承攬，使其成為工程契約之當事人。此時，分包商之地位提升為該工程之承攬成員，而不再是次承攬人。於完工驗收後直接對業主享有工程款債權，即是藉由此等承攬身分轉換，達到確保自身工程款債權之目的。⁴²⁴

但此等契約承擔與分包關係仍應予區分。實務上，一承攬成員經其他承攬成員與業主之同意，將其工作項目分包予第三人，縱將該分包事項記載於聯合承攬協議書上，該分包商仍非屬契約承擔而成為聯合承攬成員。

臺灣高等法院 95 年度建上字第 23 號民事判決：「依共同投標協議書之『協議共同責任』欄內『其他項目』約定：『本團隊同意 A 廠商（指王○仲）將其工作內容之施工圖說、技術服務及營建管理等相關技術工作委由『健鴻工程顧問有限公司（代表人：詹○鴻）』處理，費用比率由 A 廠商提撥其契約金額比

⁴²¹ 行政院公共工程委員會 90 年 1 月 20 日（90）工程企字第 90001226 號函：「共同投標廠商成員因無法履約而有更換之情形者，原依『共同投標辦法』第九條規定繳納之履約保證金，可依該辦法第十條第一項第六款所定共同投標協議書之內容辦理，尚無不發還一部分後再洽新加入之廠商補足該部分之必要。」

⁴²² 本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第二節 債務不履行與契約解消 第一項 債務不履行 第三款 建忠停業案。

⁴²³ 黃立，前揭註 25，頁 6。

⁴²⁴ 謝哲勝、李金松，前揭註 296，頁 431。

率百分之九十一……』，經核與政府採購法第 67 條第 1 項規定：『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』，以及系爭採購契約第 18 條第 14 項第 2 款約定：『乙方（指新億公司）擬分包之項目及分包乙方，甲方（指業主）得予審查』、第 3 款約定：『乙方對於分包乙方履約之部分，仍應負完全責任。分包契約報備於甲方者，亦同』之意旨相符，應認上開共同承攬人及業主均同意王○仲將其所承攬工程之部分項目，分包予健鴻公司，是健鴻公司就其所分包之工程，在法律上之地位，即係王○仲之次承攬人。雖健鴻公司主張伊之主辦項目及所占契約金額比例，既經載明於共同投標協議書，即屬共同投標專案團隊之成員，並因契約承擔而成為承攬人之一云云，惟查，健鴻公司既非共同投標協議書所列名之共同投標成員，亦非系爭採購契約之締約當事人，且王○仲依共同投標協議書之約定，就系爭採購契約所負之連帶履約責任，亦不因上開分包約定而移轉予健鴻公司承擔，是健鴻公司所為契約承擔之主張，自不足取。⁴²⁵』

第四項 契約承擔與重訂契約

實務上曾發生聯合承攬成員有履約進度嚴重落後之違約情事，經業主終止該部分契約後，剩餘成員覓得其他廠商作為繼受成員，但因工程延宕，該繼受廠商為避免承擔該工期遲延之不利益，不願同意加入（契約承擔）該聯合承攬契約，是業主與剩餘成員及該繼受成員，就後續工程之工作範圍、工程款、工期、計價、履約保證、工程保險等事項，重行簽訂聯合承攬協議書及工程契約。學者指出，此與契約承擔係當事人之一方將其契約所生之權利義務，概括讓與第三人承受，有所不同，屬於不完全的契約承擔⁴²⁶。對於此等情形，實務認為此時已有新的契約關係，應依該新訂立之契約定其權利義務之內容⁴²⁷。本

⁴²⁵ 此部分為最高法院 96 年度台上字第 2446 號民事判決所維持，並經後續臺灣高等法院 96 年度建上更（一）字第 24 號民事判決再次確認。

⁴²⁶ 黃立，前揭註 25，頁 15-16。

⁴²⁷ 臺北地方法院 99 年度建字第 314 號民事判決：「查原告因繼受系爭工程之履約爭議向工程會

文認為，此處所稱不完全契約承擔意指，該繼受成員之權利義務並非來自原工程契約，而係藉由重行訂立契約之方式，負擔債務、享有債權，不具契約之同一性，已非前述所稱之契約承擔。此等情形逸脫共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款契約承擔條款之約定範疇，但基於契約自由並無不可。

第五項 契約承擔與保證廠商

工程實務上，業主與承包商締結契約時，為避免承包商中途無法履約而造

申請調解，請求被告就後續工程履約變更部分，與原告簽署協議書，經工程會以調 0000000 號調解成立書調解成立，系爭調解成立書調解內容及理由第 1 點略以：原告請求被告終止原共同承攬廠商金成豐公司之承攬關係，並通知原告以共同承攬人廠商身分繼受系爭工程後，因此所生之後續工程履約變更部分，應與原告簽署協議書以利後續工程之進行等語，有系爭調解成立書在卷可稽（見本院卷 1 第 92-95 頁）。則兩造調解之目的乃就原告以共同承攬人身分繼受系爭工程之後續履約爭議辦理調解，且原告請求被告與其簽署協議書經調解成立，兩造並同意協議書內容共 8 條，包括：共同承攬廠商之組成、施工規範及圖說之規定、工程組織人員及執掌、施工範圍、施工工期、履約保證金、預付款、工程保險、物價指數調整之方式、變更設計之議價方式、工程估驗計價之方式、協議書之有效期間等約定，其中第 1 條約定：『本工程為乙方依九層醫療大樓重建工程契約共同投標協議書，繼續履行承攬義務，並由乙方另覓營造廠加入乙方，共同依上述原工程合約規範及本協議內容，連帶負履約責任，並以榮電股份有限公司為代表廠商，詳如附件共同投標協議書。』、第 2 條約定：『本工程除依程序完成辦理變更設計及本協議書約定外，乙方仍應依前述原工程合約相關規範及圖說等規定繼續履行。』、第 3 條約定：『...2. 甲方就原共同承攬廠商金成豐公司...後續契約未完成之所有工作（不含尚未完成變更設計程序之部分），由乙方負全部履行責任至工程完工為止，乙方不得藉故或以任何理由推拖或拒絕。3. 除前款金成豐公司就本工程已完成施作部分，就本工程現有尚未完成之後續工作，乙方應於調解成立之次日起算 486 日曆天內完成全部工程...。』。嗣兩造以系爭調解書之內容為基礎，由原告為代表廠商、偉鑫公司為共同承攬廠商，與被告於 95 年 11 月 28 日及同年 12 月間分別簽訂共同承攬協議書（見本院卷 1 第 111-113 頁）及契約變更協議書（見本院卷 1 第 114-117 頁），並由原告接續施作後續工程，則堪認兩造已依系爭調解書、契約變更協議書、共同承攬協議書，重新約定施作後續工程之相關事宜，並由原告繼續施工，兩造間仍存有契約法律關係甚明，是以，原告仍需依變更後之契約負履約之責，原告主張因變更契約前之當事人金成豐公司之終止契約，無庸負擔履約之責云云，尚非可採。復依首揭說明，兩造間成立之調解已具有和解契約及確定判決之效力，自不因臺灣營建仲裁協會 08 專仲字第壹號仲裁判斷認定金成豐公司終止契約係屬合法，及本院 97 年度建字第 27 號判決認金成豐公司無須支付原告系爭工程應分擔之款項，而導致無效之情形，且兩造嗣後已依系爭調解書內容，簽訂契約變更協議書及共同承攬協議書，顯已成立新的契約關係，亦不因前開案件認金成豐公司終止契約合法，而致兩造之契約關係發生無效之情形，故原告主張系爭調解及契約變更協議書因金成豐公司終止契約合法而屬標的不能，自始無效云云，洵不足採。』

後續臺灣高等法院 100 年度建上字第 125 號民事判決同此認定：「兩造於工程會成立調解後簽訂之共同承攬協議書、契約變更協議書，系爭工程原由金成豐公司與上訴人共同承攬，變更為上訴人與偉鑫公司共同承攬，約定工程範圍為金成豐公司工程進度 33.35% 以外之未完成部分，工期約定於調解成立之次日起算 486 個日曆天，另約定關於工程預付款、物價調整款之給付，其餘未約定事項，則依系爭工程原契約約定辦理。可認兩造間依政府採購法規定履約爭議申請調解方式成立調解，並簽訂共同承攬協議書、契約變更協議書，有新成立之契約法律關係存在，可以認定。」後因上訴第三審不合法而確定（臺灣高等法院 100 年度建上字第 125 號民事裁定）。

成工程延宕等損害爭議發生，通常會約定由承包商尋覓保證廠商，擔保承包商之契約履行。具體條款例如：「如工程因承商之事由致未能如期完工，業主得通知保證人進場代為完成；保證人代為完成部分之工程估驗款及全部工程所保留之工程款，均由保證人代為領取，承商不得異議」或「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」等⁴²⁸。然此等保證廠商之法律性質、契約地位為何？是否發生債之主體更易之效果？與聯合承攬之契約承擔情形，有無不同？討論如下。

第一款 實務見解

第一目 契約承擔說

保證廠商依約定承受工程契約之權利義務，屬於契約承擔，實際完成工作之保證廠商對業主有工程款請求權與擔保返還請求權。

最高法院 93 年度台上字第 1950 號民事判決：「嘉連公司承攬系爭工程後，嗣因財務困難無法繼續工程，乃於八十五年四月十九日與上訴人達成協議，約定將承攬契約之權利、義務移轉予上訴人，其後由上訴人繼續施工，系爭工程因而於八十六年十月二十日完工，為原審認定之事實，果係如此，系爭工程款即尾款應屬上訴人完成承攬工作之報酬，依法應由上訴人取得，嘉連公司自始及嗣後始終未取得系爭工程款，參加人自無從因受讓而取得系爭工程款。」

第二目 保證契約說

保證廠商之法律地位應屬民法上之保證人，保證廠商得接手繼續施工以履行其保證債務，並依民法第 749 條規定，取得業主對承包商之主債權及從屬擔保權利。

最高法院 90 年度台上字第 2138 號民事判決（維持原審見解）：「本件四海公司提供設定質權予上訴人之如附表四張定期存款單，為四海公司履行系爭工

⁴²⁸ 楊淑文，保證廠商之性質，氏著，保證契約與擔保給付精選判決評析，2018 年 1 月，臺北：元照出版，頁 235。

程契約之擔保。系爭未竣工工程已由被上訴人以保證人之地位代替四海公司完工，為兩造所不爭執，則本件系爭權利質權為上訴人對主債務人四海公司之擔保物權，揆諸上述說明，在保證人即被上訴人以其保證人地位代主債務人四海公司向債權人即上訴人完工之範圍內，系爭權利質權應移轉與被上訴人，應無疑義。」

第二款 學說見解

第一目 保證廠商之保證債務

此等保證廠商條款之情形，通常早在保證廠商應承包商之委託，而與業主簽訂保證契約時即告確定，且業主要求承包商提出此類保證之需求的主要原因在於，為了減少重新發包時額外支出之勞務，及避免工期延誤之困擾，故應屬民法上之保證契約，以保證廠商為保證人，履行保證債務。惟一般勞務契約之保證契約所擔保者為主債務人債務不履行所生之損害賠償責任，蓋考量主債務人個人之資格、能力，通常難由他人續為履行。然而，在保證廠商之情形，考量業主請求承包商提出保證廠商需求之目的，保證廠商所擔保之範圍應為工程契約之工作完成義務乃至保固責任，而非僅原承包商之損害賠償責任。此部分與一般保證情形不同。⁴²⁹

另有認為，保證廠商與業主間為保證契約關係，且實務上多約定為拋棄先訴抗辯權之連帶保證，於承包商不履行工程債務時，得通知保證廠商進場接手施工，而無需另訂工程契約，蓋保證廠商之接手施工乃履行保證債務。⁴³⁰

第二目 保證廠商之款項請求權

於保證廠商完成工程後，業主之擔保目的歸於消滅，如有約定履約保證金或保留款由保證廠商取得者，保證廠商即取得該款項之餘款請求權；如未約定由保證廠商取得者，尚難認保證廠商對業主享有此等餘款請求權；又如承包商

⁴²⁹ 楊淑文，同前註，頁236-237。

⁴³⁰ 王伯儉，工程契約法律實務，三版，2016年9月，臺北：元照出版，頁256-259。

在親自施作期間，將其將來所得請求給付之款項讓與銀行，以取得融資時，其讓與標的如為保證金或保留款，應認承包商並無任何債權可資讓與銀行。因此，在保證廠商接續完工之情形，此二擔保返還請求權即依民法第 749 條及類推適用民法第 295 條規定，與主債權同由保證廠商所承受。⁴³¹

又承包商對業主之保留款餘額返還請求權屬於附停止條件之債權，於條件成就前，該債權並不發生。此時，承包商得否將此債權讓與保證廠商？應分別就其債權行為與準物權行為而論。就債權行為之部分，依民法第 350 條規定，其讓與債權契約仍然有效，如其後條件不成就致債權確定不發生，保證廠商得向承包商主張權利瑕疵擔保責任（民法第 353 條）；就準物權行為之部分，由於債權因條件尚未成就而未發生，保證廠商不能因承包商之讓與即時取得該債權，須至停止條件成就致債權發生時，保證廠商始能取得該債權。⁴³²

第三款 本文見解

本文認為，工程實務上所約定之保證廠商條款，乃民法上之保證契約。雖該條款通常約定由保證廠商取得相關款項，亦係依民法第 749 條保證人承受權之規定。契約承擔係債之主體更易，由第三人取代特定契約當事人之地位，其債之內容不失同一性。保證契約則係另一不同之法律關係，保證廠商接續完成工作乃基於保證契約，而非原工程契約。在聯合承攬之契約承擔情形，契約承擔人取代破產成員之契約地位後，與其他承攬成員同負工程債務，屬於同一階層之債務。而保證廠商情形，保證廠商接續施工屬於保證契約之保證債務履行，其債務階層與原承包商之主債務並非同一，有民法第 749 條代位承受之問題，此部分與聯合承攬之契約承擔性質不同。從而，契約承擔之結果為主債務之性質，保證契約則屬從屬債務之性質，兩者並不相同。

於聯合承攬契約中，主要以「契約承擔」解決承攬成員無法履約之困境，

⁴³¹ 楊淑文，前揭註 428，頁 238-239。

⁴³² 楊淑文，前揭註 428，頁 239。

即共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款：「六、成員有破產或其他重大情事，致無法繼續共同履約者，同意將其契約之一切權利義務由其他成員另覓之廠商或其他成員繼受。」其文義內容明顯為「契約承擔」，而與保證廠商條款不同。然工程當事人非不得另行約定「保證廠商」條款（保證契約）以解決同樣的履約困境。理論上，此二個不同之條款得並行運用，而無互斥、矛盾之問題。

此外，所謂監督付款，其闡釋參照最高法院 100 年度台上字第 1418 號民事判決：「按監督付款係工程實務界所慣用之名稱，其產生緣由多見於業主於承包之營造廠商（下稱承包商）發生財務週轉困難，無法依約給付工程款予下游承包商（下稱分包商）時，為確保承包商所找來之分包商願繼續進場完成工作，以免承包商無法如期完工，造成業主重大之損失，同時保障分包商確實獲得工程款之雙重考量，乃由業主或承包商與分包商協商，使分包商繼續施作，業主或承包商承諾將業主原預定給付承包商之工程款，或將來承包商暨分包商繼續施工可得請領之款項，藉由業主監督給付之方式，確保承包商對分包商之付款能力，以利營造工程之順利進行。實務上常見監督付款方式，由『業主與承包商』約定分包商得直接向業主請求付款者，從其約定，如僅約定由業主直接將承包商可得領取之工程款，逕向分包商付款者，則係一種縮短報酬給付流程之安排，該監督付款之約定，並未改變業主與承包商原有之法律關係，業主及承包商依原承攬契約所應負擔之權利義務，除該付款之方式外，均不因該監督付款方式之約定而消滅。……按監督付款之約定，乃業主或承包商與分包商協商約定由分包商得直接向業主請求付款，或約定由業主直接將承包商可得領取之工程款，逕向分包商付款者，僅發生原契約付款方式重新約定之法律效果，係縮短工程款給付流程，並未改變業主與承包商間原有之法律關係，承包商對業主應負違約金責任，依民法第二百九十九條規定，業主均得以之對抗分包商，或主張抵銷。⁴³³」此等監督付款方式則係透過業主與承包商約定向分包商給付工

⁴³³ 另參照臺灣高等法院臺中分院 108 年度建上字第 68 號民事判決。

程款（向第三人給付），或將承包商之工程款債權讓與予分包商之方式，以確保工程順利進行。此部分與聯合承攬契約承擔乃概括移轉契約地位之情形不同。

第六節 小結

於聯合承攬契約中，承攬成員對業主所負之工程債務，依政府採購法第 25 條、共同投標辦法第 10 條第 1 項第 4 款及聯合承攬協議書，成立連帶債務，且符合民法第 272 條之特徵，此與民法第 681 規定之合夥債務清償規定，並無衝突。又如聯合承攬當事人未約定連帶債務，其工程債務性質則為「協同債務」，其給付不但不可分，且須全體承攬成員共同為給付，始能滿足業主之工程給付利益。

實務上認為聯合承攬之給付不能，須全體承攬成員均陷於不能，始足當之，如工程已由破產成員以外之其他成員或承擔契約之第三人完成，難謂屬債務不履行。又債務不履行所生之損害賠償或違約金，其本身亦屬約定連帶債務之範圍，一承攬成員違約所生之損害賠償或違約金，無論其他成員有無違約情事，均應負連帶責任，但依本文所採聯合承攬體「合夥說」見解，此等損害賠償及違約金為合夥債務，依民法第 681 條規定，應先以聯合承攬財產為清償，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。另聯合承攬契約之解除或終止，基於不可分原則，應由全體承攬成員向業主為解除或終止之意思表示，或由業主向全體承攬成員為解除或終止之意思表示。除有特約外，不得為部分之解消。如業主欲將特定之承攬成員逐出聯合承攬契約關係，應依契約承擔條款處理之。

聯合承攬契約與其他工程契約同樣有履約保證金之爭議問題。於履約保證金之繳納，實務見解認為業主不得限制承攬成員繳納方式之選擇自由，承攬成員得自行決定分別繳納或共同繳納。於履約保證金之發還，如為一部不予發還之情形，應視不予發還之事由可歸責於何一承攬成員，以分別處理。此外，於

一承攬成員發生破產等無法繼續履約之情形時，其所繳納履約保證金之擔保目的於工程完結且無沒收事由，始歸於消滅。履約保證金乃從契約之性質，屬與聯合承攬契約不同之別一法律關係，於第三人依聯合承攬契約承擔條款取代破產成員之承攬成員地位時，並不當然同時承擔履約保證金之法律關係。此時，破產成員仍以第三人身分繼續負擔保責任。

依本文所採之聯合承攬體「合夥說」的見解，基於經營共同事業所取得之工程款請求權，應屬共同共有債權（民法第 668 條）。無論聯合承攬當事人勾選分別請（受）領或統一請（受）領，均不影響其共同共有債權之性質。且聯合承攬關係多會約定分別或統一請（受）領，共同共有債權之請求爭議（共同行使說、單獨行使說）對此亦無太大影響。此亦可對照於民法第 679 條執行合夥人對外代表權之行使。又個別承攬成員之債權人不得代位請求或強制執行聯合承攬財產，尤其是對業主之工程款債權，蓋該等財產為全體承攬成員共同共有，單一承攬成員無單獨受領給付之權利，其債權人更不得代為受領或執行取償，僅得以該承攬成員之利益分配請求權為執行標的。

聯合承攬契約所約定之契約承擔條款。如為第三人繼受，於工程契約之層次，該第三人取代破產成員之契約地位，屬於工程契約之「契約承擔」，須經業主、全體承攬成員（含破產成員）之同意；於合夥事業之層次，一承攬成員發生破產情形，乃民法第 687 條第 2 款之法定退夥事由，不待聲明即生當然退夥之效力，與該破產成員有無轉讓股份意思無關。另一方面，其他承攬成員覓得第三人依民法第 691 條入夥聯合承攬體，並非合夥股份之轉讓。又如為其他成員繼受，於工程契約之層次，其他承攬成員對業主繼續履行契約，本係連帶債務之本質、對外效力，應無「繼受」可言；於合夥事業之層次，破產成員將自己之參加比例轉讓予其他承攬成員，性質上則屬合夥股份之轉讓。



第五章 聯合承攬成員間之法律關係

第一節 聯合承攬成員之脫離

第一項 概說

工程聯合承攬關係中，於聯合承攬協議書通常會約定各承攬成員有各自負擔之工作部分，且約定各承攬成員原則上不得脫離或轉讓契約地位，以確保聯合承攬之不同成員工作的互補功能⁴³⁴。換言之，由第三人取代契約地位之契約承擔行為，須經契約當事人之同意，是一承攬成員不得未經他成員及業主之同意，任意將其聯合承攬成員之地位，轉讓予其他第三人。又契約當事人除有法定或意定之契約解除或終止權外，亦不得任意主張脫離契約關係。從而，各承攬成員不得任意脫離或轉讓其契約地位，應無待聯合承攬契約當事人之約定。基於聯合承攬所生之權利、義務，實務上亦同會約定此類禁止轉讓之限制⁴³⁵。然而，如承攬成員因特定事由而脫離聯合承攬關係，其後續權利義務關係如何安排，應視其約定定之。尤其須釐清該脫離成員於聯合承攬體之財務結構，包含該成員得否及如何享受盈餘或負擔虧損，甚至其參加比例是否歸由其他成員，或由第三人參與工程等。

除承攬成員主動脫離聯合承攬外，尚可能因成員有違約或財務危機等情形而被動脫離，實務運作上常著重於後者。蓋聯合承攬之組成，本係互相合作，共取利潤及分擔風險，若因其中一承攬成員之債務不履行或財務危險，耽誤整體工程契約之履行，可能拖累其他有償債能力之承攬成員（Solvent parties，下稱「剩餘成員」）。尤其在約定連帶債務且該成員無資力之情形下，剩餘成員更會面臨來自業主之履行請求或損害賠償請求，違背當初共同追求利潤之目的，此正是聯合承攬除需承擔自己履約風險外，尚需連同負擔其他成員之履約風

⁴³⁴ 林誠二，前揭註 113，頁 72。

⁴³⁵ 另參照日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 15 条：「本協定書に基づく権利義務は他人に譲渡することはできない。」

險。為妥善處理承攬成員違約或破產之情形，以維持聯合承攬體之持續運作，實務上就此等情形有特別約定，並稱作「違約條款（Default）」，其具體內容包含脫離成員工作範圍由誰承接、其原先提供之資產與財務如何處理等，以收拾該脫離成員所留下之爛攤子。以下就承攬成員之脫離事由及效果為說明。

第二項 脫離事由

第一款 主動脫離

實務上，聯合承攬協議書通常約定承攬成員不得任意脫離或轉讓契約地位，若需主動脫離聯合承攬，基本上須經其他成員及業主之同意⁴³⁶，蓋對剩餘成員而言可能影響契約之履行，對業主而言更屬債務人之變更，當須經其同意。

第二款 被動脫離

如聯合承攬成員有(1)違反聯合承攬協議書之基本原則或有其他重大違約情形，經催告改善而仍未改善；(2)持續違反聯合承攬協議書，或持續地明顯忽視或不遵守管理委員會之決議或處分；(3)發生破產、清算等財務危機（insolvent），被破產管理人、清算人、重整人或政府代表等監督其財產，或經法院裁定破產宣告或命令清算等情形。此時，剩餘成員得通知該成員脫離聯合承攬⁴³⁷，此部分則屬被動脫離，即上述所稱之「違約條款」。此等條款之實質

⁴³⁶ 另參照日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第16条第1項：「構成員は、発注者及び構成員全員の承認がなければ、当企業体が建設工事を完成する日までは脱退することができない。」

⁴³⁷ 張家禎，聯合承攬之比例，營造天下，第66期，2001年6月，頁17；黃馨慧，前揭註146，頁26；楊仲福，姚乃嘉教授指導，公共工程聯合承攬協議書運作制度與探討，國立中央大學營建管理研究所碩士學位論文，2015年6月，頁33-34。
具體條款例如：「如任一當事人(a)違反本協議書之基本原則或有重大但可改善的違反情形時，在接獲另一方當事人通知後14天或雙方當事人另行同意之日數內未改善；(b)持續違反本協議書的規定，或持續地或明顯地忽視或不遵從聯營委員會的任何決定；……。如有上述情形，另一方當事人（續留者）得於上述情形發生後隨時決定以書面通知該當事人（脫離者）且該脫離者應被視為已脫離或被逐出聯合承攬組織。」（臺北地方法院100年度建字第122號判決一案）
另參照日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第16条の2：「当企業体は、構成員のうち

內涵可對應至民法第 688 條：「合夥人之開除，以有正當理由為限。前項開除，應以他合夥人全體之同意為之，並應通知被開除之合夥人。」⁴³⁸

第三項 脫離效果

針對上開脫離情形發生之後續處理，實務上聯合承攬協議書通常約定，剩餘成員得對脫離成員及其繼承人、破產管理人等，採取必要之具體措施，以減輕脫離聯合承攬體所產生之負面影響。實務上常見條款內容如下。

第一款 繼續履行與契約承擔

該成員脫離聯合承攬體後，剩餘成員得連同該成員之工作部分，繼續履行工程，蓋各承攬成員本負全部給付之連帶債務（民法第 272 條）。又剩餘成員或可選擇尋覓第三人承擔該成員之契約地位，發生取代之效果，以順利完成工程，且不加重剩餘成員之負擔⁴³⁹。承擔契約之新成員須就工程工作之完成與其工程執行相關之費用成本，同負責任。

第二款 脫離成員之參加比例

脫離成員所原有之參加比例應如何處理？除當事人另有約定外，原則上，脫離成員所原有之參加比例應由剩餘成員按各自參加比例分受之⁴⁴⁰，性質上為

いざれかが、工事途中において重要な義務の不履行その他の除名し得る正当な事由を生じた場合においては、他の構成員全員及び発注者の承認により当該構成員を除名することができるものとする。前項の場合において、除名した構成員に対してその旨を通知しなければならない。第 1 項の規定により構成員が除名された場合においては、前条第 2 項から第 5 項までを準用するものとする。」；第 17 条：「構成員のうちいざれかが工事途中において破産又は解散した場合においては、第 16 条第 2 項から第 5 項までを準用するものとする。」

⁴³⁸ 此外，如果脫離者為代表成員時，應由剩餘成員與業主重新選定代表成員，例如日本特定建設工事共同企業體協定書（甲）第 17 条的 2：「代表者が脱退し若しくは除名された場合又は代表者としての責務を果たせなくなった場合においては、従前の代表者に代えて、他の構成員全員及び発注者の承認により残存構成員のうちいざれかを代表者とすることができるものとする。」

⁴³⁹ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第五節 契約承擔。

⁴⁴⁰ 類似約定參照日本特定建設工事共同企業體協定書（甲）第 16 条第 3 項：「第 1 項の規定により構成員のうち脱退した者があるときは、残存構成員の出資の割合は、脱退構成員が脱退前に有していたところの出資の割合を、残存構成員が有している出資の割合により分割し、これを第 8 条に規定する割合に加えた割合とする。」

民法第 683 條但書合夥人間之合夥股份轉讓。如係由第三人加入聯合承攬體，於工程契約之層次上，係屬契約承擔，取代該脫離成員之工程契約地位；於合夥事業之層次上，是否為民法第 683 條本文之合夥股份轉讓？本文以為，雖合夥股份轉讓被認為具有退夥與入夥之雙重性質⁴⁴¹，但如股份轉讓予他合夥人（同條但書規定情形），則僅退夥而無入夥可言，應認股份轉讓不完全等同「退夥十入夥」。蓋股份轉讓係讓與人與受讓人間之股份（潛在應有部分）處行為；「退夥（聲明退夥）」為退夥人與其他合夥人間之法律行為⁴⁴²；「入夥」則係入夥人與既存合夥人間之法律行為⁴⁴³，兩者乃不同之法律行為，退夥人與入夥人間並無直接法律關係。故民法第 683 條之股份轉讓與「退夥十入夥」概念並不完全相同⁴⁴⁴。於聯合承攬之法律關係中，於工程契約之層次，第三人加入聯合承攬概括承受該契約之權利義務，以取代破產成員之契約地位，屬於工程契約之「契約承擔」，須經該契約當事人（業主、破產成員、其他承攬成員）之同意，即共同投標辦法第 10 條第 1 項第 6 款所規範者。於合夥事業之層次，一承攬成員發生破產情形，乃民法第 687 條第 2 款之法定退夥事由，不待聲明即生當然退夥之效力，與該破產成員有無轉讓股份意思無關，另一方面，其他承攬成員覓得第三人依民法第 691 條入夥聯合承攬體。故破產成員與第三人間應無轉讓股份行為存在。

第三款 管理委員會席次除名

既該成員主動或被動脫離聯合承攬，於管理委員會中亦無席次權力可言，該成員所推派之代表已無出席、發言或表決權。

⁴⁴¹ 邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 37；劉春堂，前揭註 154，頁 56。

⁴⁴² 民法第 686 條第 1 項：「……各合夥人得聲明退夥，但應於兩個月前通知他合夥人。」學者認為退夥乃以其他合夥人為相對人之單獨行為，參照姚志明，前揭註 154，頁 419；林誠二，前揭註 151，頁 56。

⁴⁴³ 民法第 691 條第 1 項：「合夥成立後，非經合夥人全體之同意，不得允許他人加入為合夥人。」

⁴⁴⁴ 法律效果亦不相同，例如合夥股份轉讓並無返還出資或結算損益之問題。類似看法參照林誠二，前揭註 151，頁 54。

第四款 脫離成員之財產續留

如依本文所採之聯合承攬體「合夥說」見解，脫離成員之出資返還問題應適用民法第 689 條第 2 項：「退夥人之股分，不問其出資之種類，得由合夥以金錢抵還之。」如為現物之財產出資，無論移轉出資或用益出資，剩餘合夥人得繼續保有該所有權或繼續使用之，而以金錢抵還於退夥人⁴⁴⁵。然而，此等出資之抵還與否，基於契約自由原則，當事人並非不得另為約定。

於聯合承攬實務上常約定，剩餘成員有權接管該成員於聯合承攬之資產，且無需另行支付對價。換言之，剩餘成員得繼續使用該成員原先提供之技術文件、設備機具、材料等，至工程完成為止，該成員不得未經剩餘成員同意撤離或請求返還該等資產⁴⁴⁶。此等約定之法律性質可能屬於原聯合承攬契約之契約義務群的一部分（原契約關係），即使成員因故脫離聯合承攬，仍有不得請求返還資產之不作為義務，以確保剩餘成員順利履行工程。又或可能將此約定解為以「成員脫離聯合承攬」為停止條件之使用借貸契約（民法第 464 條）。詳言之，全體承攬成員於初始訂定聯合承攬協議書時即同時約定，如一成員脫離聯合承攬體，就自己原先提供之資產，與剩餘成員間有使用借貸之契約關係（新契約關係），剩餘成員據此有權繼續且無償使用該資產，其借貸期限係以工程完成為終期。

第五款 損害負擔與擔保責任

聯合承攬實務上常約定，因脫離所產生之工程契約履行損害或其他衍生費用，該成員仍須按原參加比例分擔該損害或費用，不因脫離而無需分擔或支付⁴⁴⁷。而脫離成員就脫離前所生之債務繼續負責者，可對應至民法 690 條：「合夥

⁴⁴⁵ 邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 128-129；劉春堂，前揭註 154，頁 88。

⁴⁴⁶ 楊仲福，前揭註 437，頁 34。

⁴⁴⁷ 楊仲福，前揭註 437，頁 34。

人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，仍應負責。」，不得以退夥希圖免責。又該脫離成員亦不得因脫離而免除對該協議書所原負之保證金或其他擔保責任⁴⁴⁸，不得因脫離而請求返還原已支付之保證金。⁴⁴⁹

第六款 原契約損益分配

關於退夥之損益結算，民法第 689 條第 1 項、第 3 項：「退夥人與他合夥人間之結算，應以退夥時合夥財產之狀況為準。」、「合夥事務，於退夥時尚未了結者，於了結後計算，並分配其損益。」如認聯合承攬體為合夥者，於承攬成員脫離時，工程尚未完成而無法結算，須待完工後始能結算並分配損益，且其計算標準係以脫離時之聯合承攬體財產狀況為準。⁴⁵⁰

實務上，全體承攬成員通常會於聯合承攬協議書內預先約定，一成員發生脫離情形時，由剩餘成員收受工程款項，且剩餘成員為脫離成員之代理人，與成為該款項之票據受款人⁴⁵¹。於工程嗣後完工驗收或工程契約前提終止結算者，剩餘成員應向脫離成員（或其破產管理人等）給付其「脫離前之期間」原投入之營運資金與按其原參加比例所應得之利潤金額，其具體計算公式為：A（應給付額）=P（總利潤）× (T1（開工到脫離期間）／T2（總工期)) × (W1（脫離成員於脫離前之投入資金）／W2（全體成員所投入之總營資金))⁴⁵²。但是，剩餘成員得主張扣除「脫離前之期間」工程履行所生之虧損比率金額。如扣除後有剩餘金額，剩餘成員有給付餘額予脫離成員（或其破產管理人等）之義務。反之，如虧損及費用負擔之數額大於脫離成員所應受領之利益數額，則剩餘成員仍得向該脫離成員（或其破產管理人等）請求給付該差額⁴⁵³。

⁴⁴⁸ 楊仲福，前揭註 437，頁 34。

⁴⁴⁹ 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第三節 履約保證金 第三項 繼受。

⁴⁵⁰ 另參照邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 127。

⁴⁵¹ 關於此等實務作法，參照張家禎，前揭註 80，頁 27。

⁴⁵² 張家禎，前揭註 80，頁 27。

⁴⁵³ 張家禎，前揭註 80，頁 27；楊仲福，前揭註 437，頁 34-35。

另參照日本特定建設工事共同企業體協定書（甲）第 16 条第 4 項：「脱退した構成員の出資金の返還は、決算の際行うものとする。ただし、決算の結果欠損金を生じた場合には、脱退し

簡言之，剩餘成員對脫離成員有清算義務，只是損益之計算範圍限於該成員「脫離前之期間」，據此約定，應認聯合承攬之脫離係向將來發生效力。需注意的是，實務上為懲罰脫離之承攬成員，亦可能於內部約定縱結算結果有利潤利益，亦不分配予該脫離成員。⁴⁵⁴

第二節 內部請求

第一項 工程款之分配

如聯合承攬協議書勾選「統一請（受）領」，由代表成員代表全體成員自業主處受領全部工程款後，其他成員得按各自參加比例基於委任關係向代表成員請求分配工程款。反之，如為「分別請（受）領」之情形，原則上並無成員間另行分配工程款之問題。但如依本文所採之聯合承攬體「合夥說」見解，則屬民法第 677 條及第 699 條損益分配之問題。

臺灣高等法院 108 年度建上易字第 5 號民事判決：「系爭協議書第 1 條、第 6 條則分別約定：『共同投標廠商同意由勁強營造有限公司為代表廠商，並以代表廠商之負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為。』、『共同投標廠商同意契約價金依下列方式請領：…由代表廠商檢具各成員分別出具之發票及相關文件向機關統一請領。』……，兩造係約定共同向新工處投標承攬系爭工程，並由勁強公司為代表廠商，向新工處統一請領各期工程款，領得後再將創映公司應得款項轉付予創映公司；是創映公司主張兩造間存有委任契約關係，亦即由其委託勁強公司代為領取工程款，依民法第 541 條第 1 項之規定，勁強公司應

た構成員の出資金から構成員が脱退しなかつた場合に負担すべき金額を控除して金額を返還するものとする。」

⁴⁵⁴ 相關實務運作之說明參照黃馨慧，前揭註 146，頁 27。例如日本特定建設工事共同企業体協定書（甲）第 16 条第 5 項：「決算の結果利益を生じた場合において、脱退構成員には利益金の配当は行わない。」

將其處理受任事務代創映公司收取之工程款交付創映公司，即屬有據。」⁴⁵⁵

第二項 連帶債務之分擔

第一款 連帶債務之求償規定

第一目 內部分擔額

民法第 274 條：「因連帶債務人中之一人為清償、代物清償、提存、抵銷或混同而債務消滅者，他債務人亦同免其責任。」蓋連帶債務人間具有法律上之關聯性（die rechtliche Verbindung）為互相性的，任何一債務人所發生之絕對效力事項，對其他債務人均發生效力，蓋數債務人所負擔者為同一之債務⁴⁵⁶。是若一連帶債務人對債權人為清償或相當於清償之行為，即發生絕對效力而使其他連帶債務人對債權人同免責任，債權人不得向其他連帶債務人重複請求給付。惟民法第 280 條規定：「連帶債務人相互間，除法律另有規定或契約另有訂定外，應平均分擔義務。但因債務人中之一人應單獨負責之事由所致之損害及支付之費用，由該債務人負擔。」亦即，雖於外部關係，連帶債務人對債權人各負全部給付之責任，但在其內部關係，各連帶債務人就該債務仍有各自負擔之比例數額存在。此項分擔比例之標準，即依法律規定⁴⁵⁷或契約約定定之，若無則平均分擔（Gleichheit der Anteile）。

第二目 求償權與代位權

民法第 281 條：「連帶債務人中之一人，因清償、代物清償、提存、抵銷或混同，致他債務人同免責任者，得向他債務人請求償還各自分擔之部分，並自免責時起之利息。前項情形，求償權人於求償範圍內，承受債權人之權利。但不得有害於債權人之利益。」依本條第 1 項規定，如一連帶債務人有清償、提存等實現債權之行為，致他債務人同免責任（民法第 274 條）時，此等「同免

⁴⁵⁵ 另參照桃園地方法院 107 年度訴字第 1096 號民事判決。

⁴⁵⁶ 楊淑文，前揭註 241，頁 11。

⁴⁵⁷ 例如民法第 677 條第 1 項、第 1153 條第 2 項等規定。

其責任」僅為對外關係之法律效果，並不代表該清償之連帶債務人須單獨終局負擔全部給付義務，為免其他相同層次之債務人憑空坐享消滅債務之利益，是在其內部關係中，清償之債務人得向其他債務人請求償還各自應分擔之部分。此求償關係屬於法定債之關係，屬於連帶債務本質上所產生之必然結論⁴⁵⁸。學說認為，此等求償關係並非於一連帶債務人清償時始發生，而係於連帶債務關係成立時即已存在。蓋在連帶債務履行前，連帶債務人內部間，有請求他債務人按各自應分擔額共同協力對債權人為給付之協力請求權（Mitwirkungsanspruch），以防止連帶債務人之一人遭受債權人超過其應分擔額之請求，是若一連帶債務人向債權人為超過其應分擔額之給付，其對他債務人之協力請求權即轉化為求償權。⁴⁵⁹

依本條第2項規定，於求償之限度內，求償權人得在不危害債權人之前提下，承受債權人之權利，稱為求償之連帶債務人的「承受權」，純係為強化上開求償權而設計之規定，是連帶債務人必有本條第1項之求償權，始有本條第2項承受權可言。需注意的是，其所承受者不包含第273條全部給付請求權，並無連帶可言。⁴⁶⁰

又求償權人之求償權與承受權乃併存競合之關係，當求償權人行使其一而獲得滿足時，則他權利因目的已達而歸於消滅。就性質而言，求償權為新生權利，其消滅時效重新起算，不得主張原有之擔保；承受權為既有權利，其消滅時效依舊計算，並得主張原有之擔保。

第三目 內部擔保責任

⁴⁵⁸ 王千維，前揭註165，頁216-217。

關於求償權之法理基礎有當然存在說、實質上不當得利說、主觀共同關係說、互相保證說等，詳細說明參照史尚寬，前揭註238，頁634；林誠二，前揭註238，頁358-359；孫森焱，前揭註200，頁880-881。

⁴⁵⁹ 王千維，前揭註165，頁217。

⁴⁶⁰ 最高法院55年度台上字第1351號民事判決：「民法第二百八十一條第二項明定，求償權人僅於求償範圍內承受債權人之權利，而債權人所有同法第二百七十三條之權利，不在承受之列」另參照邱聰智著，姚志明修訂，前揭註247，頁251；孫森焱，前揭註200，頁891；劉春堂，前揭註200，頁310。

民法第 282 條：「連帶債務人中之一人，不能償還其分擔額者，其不能償還之部分，由求償權人與他債務人按照比例分擔之。但其不能償還，係由求償權人之過失所致者，不得對於他債務人請求其分擔。前項情形，他債務人中之一人應分擔之部分已免責者，仍應依前項比例分擔之規定，負其責任。」依上述之求償權規定，如一債務人因無資力、行蹤不明等事由而不能償還其應分擔額，且不可歸責於求償權人時，由求償權人負擔該風險，實有不公，是依本條規定，就該不能償還之部分，由求償權人與其他債務人按比例分擔之，此為求償權之擴大。

第二款 替代履行工程

雖民法合夥契約規定未直接明定合夥人間之內部分擔，但設有出資比例、損益分配之規定（民法第 677 條、第 698 條），得以此作為合夥人間連帶債務內部分擔比例的法律依據，屬於民法第 280 條所稱之「法律另有規定」。惟出資比例與損益分配未必相同（當事人特約），學說認以損益分配為準，作為其內部分擔比例，如利益分配與損失分配不相同，則以損失分配為準。⁴⁶¹

聯合承攬契約關係中，約定各承攬成員負連帶履行契約之責任，依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，各承攬成員之內部分擔應依其參加比例定之。蓋此等比例乃全體承攬成員間之利害比例分配。與此有關者另參照共同投標辦法第 10 條第 1 項第 3 款：「三、各成員之主辦項目及所占契約金額比率。」於分別施工型態之聯合承攬，原則上，各承攬成員負責自己之工作範圍，不會施作他成員之工作項目。一方面，承攬成員間預先分配工作範圍，當然不會無故涉入他成員之施工範圍。另一方面，尤其異業聯合承攬之情形，因專業技術或資格之欠缺，亦無法施作他成員之工作項目，是於一般情形下，負連帶債務之聯合承攬成員不會發生履行超出自己部分之給付，而向他成員求償

⁴⁶¹ 邱聰智著，姚志明校訂，前揭註 149，頁 105-107。另參照林誠二，前揭註 238，頁 357；劉春堂，前揭註 200，頁 297。

之問題。但如在特殊情形下，特定成員為超出其應分擔部分（工作範圍）之工程給付，當得依民法第 281 條規定，向他成員求償。本文認為，此等特殊情形應會發生於一承攬成員有破產等財務危機情況發生，而無法繼續履行工程契約，但尚未退出聯合承攬契約，他成員為避免發生工程之給付遲延，便透過另行分包之方式，由分包商完成該成員之工作部分。此時，該分包商完成該工作範圍，等同發動分包之承攬成員所為之給付，致該破產成員免給付義務，該發動分包之承攬成員得依民法第 280 條但書、第 281 條規定，向該破產成員求償其應分擔部分。惟破產成員已無支付能力償還其應分擔部分，是依民法第 282 條規定，發動分包之承攬成員得請求其他成員與自己按比例共同分擔之。至於分包商非屬聯合承攬契約之連帶債務人，不得依民法第 281 條向破產成員求償，而僅得向與其締結分包契約之承攬成員請求報酬（工程款），自不待言。

又一承攬成員發生財務危機而無法繼續履行工程契約者，如其他承攬成員已依聯合承攬契約之契約承擔條款，覓得其他專業廠商，經業主同意而承擔工程契約，取代破產成員之契約地位並完成該部分之工作。由於破產之原成員已非連帶債務人，應無民法第 281 條求償可言。惟如依本文所採聯合承攬體「合夥說」見解，破產成員退出聯合承攬體是否應負民法第 690 條退夥人之債務負擔責任，則有待檢討。

第三款 損害賠償與違約金之分擔

如承攬成員有債務不履行或其他違約情事發生而遭業主罰款或請求違約金，依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，此等損害賠償或違約金之給付義務屬於執行工程（合夥事務）所生之合夥債務範疇，應適用民法第 681 條規定，應以聯合承攬財產清償之，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。於給付賠償額予業主後，其他承攬成員得向應負責之成員請求償還其所應承擔之該損害（民法第 280 條但書、第 281 條）。

士林地方法院 105 年度建字第 61 號民事判決：「被告與訴外人祥鎮公司共

同投標系爭工程，並共同與雲林縣政府訂立系爭 A 承攬契約，其等間對雲林縣政府係連帶負履行契約之責任，而系爭工程於 99 年 4 月 12 日開工，嗣經雲林縣政府認定於 101 年 2 月 16 日完工，逾期 316 日，又於驗收過程逾期 181 日，共計逾期 497 日，經雲林縣政府依系爭 A 承攬契約第 17 條第 1、4 項約定罰款 7,976,711 元，為兩造所不爭執。而此罰款為被告與訴外人祥鎮公司對外關係，即對雲林縣政府其等應各負全部之債務，但在內部關係，其等仍應依前揭民法第 280 條規定，負其責任。……，足證系爭工程逾期完工及驗收係因可歸責於被告事由所致，則依民法第 280 條但書規定，於被告與訴外人祥鎮公司相互間，自應由被告單獨負擔逾期罰款 7,976,711 元之責任。至於被告雖抗辯訴外人祥鎮公司依系爭共同投標協議書第 3 條約定，應就上開罰款負 59% 之責任，原告請求被告給付之金額應扣除 4,706,259 元云云。而綜觀系爭共同投標協議第 3 條固約定：『各成員所占契約金額比率：第 1 成員：41%。第 2 成員：59%。』（見本院卷第 235 頁）。然此係依前揭共同投標辦法第 10 條第 1 項第 3 款規定，所為之約定，其乃在約定其等主辦項目所占契約金額，可享有工程款債權之比例，非在約定其等內部應分擔之責任比例，故被告據此為上開抗辯，顯非可採。⁴⁶² 就此判決應另說明的是，聯合承攬之參加比例並非不能作為內部分擔額之認定，僅是在本案中，該項罰款可歸責於其中一承攬成員，依民法第 280 條但書規定，應由其單獨負擔之。

此外，於日本聯合承攬契約範本中約定，如一承攬成員施作其工作項目範圍，致業主或第三人受有損害時，應由該成員負擔該損害。又如該成員之行為係致其他成員受有損害時則協議分擔之，但此皆為承攬成員損害分擔之內部約定，於對業主之法律關係中，各承攬成員仍負連帶責任⁴⁶³。此等條款之性質相

⁴⁶² 經上訴後，高等法院（臺灣高等法院 106 年度上字第 1260 號民事判決）審酌事實證據後認定，祥鎮公司與榮興公司（被告）均有驗收逾期改善之情事發生，祥鎮公司就系爭工程之未完成履約部分應負責任有 5/1000，故被告毋須全額負擔之。

⁴⁶³ 特定建設工事共同企業體協定書（乙）第 14 条：「構成員がその分担工事に関し、発注者及び第三者に与えた損害は、当該構成員がこれを負担するものとする。構成員が他の構成員に損害を与えた場合においては、その責任につき関係構成員が協議するものとする。前二項に

當於連帶債務內部分擔之約定與我國民法第 280 條但書之規定。

第三節 小結

於聯合承攬成員脫離聯合承攬體之議題，通常涉及實務上所稱之「違約條款」，多係指發生財務危機或持續違約之情形。其所需處理之事項包含：脫離成員之工作範圍由誰繼續施作，或由其他專業廠商契約承擔完成工作，均依具體工程進度、施作情形而定。又就脫離成員原先提供之資產，為避免耽誤工程進度，聯合承攬實務上通常約定，剩餘成員得繼續使用該成員原先提供之技術文件、設備機具、材料等，至工程完成為止，該成員不得未經剩餘成員同意撤離或請求返還該等資產，且無需支付對價，排除民法第 689 條第 2 項出資抵還規定。另就脫離前所生之債務、脫離所生之損害或費用，分別依民法第 690 條及其內部約定，脫離成員仍須按原參加比例分擔之。且其原先提供之擔保，仍繼續為剩餘成員之工程債務提供擔保，不因脫離而得請求返還。此外，脫離成員與剩餘成員間於工程了結時，須進行工程之損益分配結算，其計算範圍應以「脫離前期間」為基礎，符合民法第 689 條第 1 項及第 3 項規定。

又聯合承攬成員之工程連帶債務之求償通常發生於一承攬成員有破產等財務危機情況發生，而無法繼續履行工程契約，但尚未退出聯合承攬契約，他成員為避免發生工程之給付遲延，便透過另行分包之方式，由分包商完成該成員之工作部分。此時，該分包商完成該工作範圍，等同發動分包之承攬成員所為之給付，致該破產成員免給付義務，該發動分包之承攬成員得依民法第 280 條但書、第 281 條規定，向該破產成員求償其應分擔部分。惟破產成員已無支付能力償還其應分擔部分，是依民法第 282 條規定，發動分包之承攬成員得請求其他成員與自己按比例共同分擔之。又如其他承攬成員已依聯合承攬契約之規

規定する責任について協議がととのわないときは、運営委員会の決定に従うものとする。前三項の規定は、いかなる意味においても第 10 条に規定する当企業体の責任を免れるものではない。」

約承擔條款，覓得其他專業廠商，經業主同意而承擔工程契約，取代破產成員之契約地位並完成該部分之工作。由於破產之原成員已非連帶債務人，應無民法第 281 條求償可言。又如承攬成員有債務不履行或其他違約情事發生而遭業主罰款或請求違約金，則屬合夥債務範疇，應適用民法第 681 條規定，應以聯合承攬財產清償之，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。於給付賠償額予業主後，其他承攬成員得向應負責之成員請求承擔該損害。



第六章 聯合承攬之爭議處理

第一節 異議

第一項 異議之提出

於廠商與機關間之招標爭議事件中，聯合承攬成員對機關業主所為之異議（政府採購法第 75 條），是否應共同為之？行政院公共工程委員會認為，原則上為統一紛爭解決，應由全體承攬成員共同具名提出異議⁴⁶⁴。但於刊登政府採購公報違法違約情事者，因共同投標辦法第 16 條規定：「共同投標廠商之成員有採購法第一百零一條第一項各款情形之一者，機關應視可歸責之事由，對各該應負責任之成員個別為通知。」是機關業主依政府採購法第 101 條規定啟動通知程序時，其後續異議及申訴之提起，應由被通知之承攬成員個別提出異議⁴⁶⁵，而其他成員無關。

第二項 異議結果之通知

依政府採購法第 75 條第 2 項規定：「招標機關應自收受異議之次日起十五日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議之廠商……」行政院公共工程委員會認為，機關業主依上開規定回覆異議處理結果，應函復全體承攬成員⁴⁶⁶，似認為此等異議處理結果通知之情形，不適用共同投標辦法第 13 條規定：「機關允許共同投標時，應於招標文件中規定其對共同投標廠商之代表人之

⁴⁶⁴ 行政院公共工程委員會 104 年 10 月 30 日（104）工程企字第 10400251220 號函：「共同投標廠商依採購法第 75 條規定向招標機關提出異議，或依採購法第 76 條、第 85 條之 1 規定向採購申訴審議委員會提出申訴或調解，若未由共同投標廠商之各成員共同具名提出，恐生對於同一標案之追繳押標金等爭議有不同之爭議處理結果，而有歧異，爰應請共同投標廠商共同提出。」

⁴⁶⁵ 行政院公共工程委員會 104 年 10 月 30 日（104）工程企字第 10400251220 號函：「機關依採購法第 101 條規定啟動通知程序，按共同投標辦法第 16 條規定：『共同投標廠商之成員有採購法第一百零一條第一項各款情形之一者，機關應視可歸責之事由，對各該應負責任之成員個別為通知。』其後續異議及申訴之提起，應由該被通知廠商個別為之。」

⁴⁶⁶ 行政院公共工程委員會 104 年 10 月 30 日（104）工程企字第 10400251220 號函：「依採購法第 75 條第 2 項規定：『招標機關應自收受異議之次日起十五日內為適當之處理，並將處理結果以書面通知提出異議之廠商』，機關依上開規定回復廠商異議處理結果，應函復共同投標廠商之各成員。」

通知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力。」蓋此為採購履約階段之規定或約定。

第二節 申訴審議

依政府採購法第 76 條第 1 項規定：「廠商對於公告金額以上採購異議之處理結果不服，或招標機關逾前條第二項所定期限不為處理者，得於收受異議處理結果或期限屆滿之次日起十五日內，依其屬中央機關或地方機關辦理之採購，以書面分別向主管機關、直轄市或縣（市）政府所設之採購申訴審議委員會申訴。地方政府未設採購申訴審議委員會者，得委請中央主管機關處理。」然此項申訴是否需由全體承攬成員共同為之？行政院公共工程委員會認為，原則上為統一紛爭解決，應由全體承攬成員共同申訴⁴⁶⁷，但在個案中，若共同具名有困難，且請求事項僅涉及個別承攬成員，而不影響紛爭解決之一致性，採購申訴審議委員會得依個案審酌允許其個別提出。⁴⁶⁸

應附言者，針對承攬成員就異議處理結果提起行政訴訟是否須共同起訴之問題，臺北高等行政法院 101 年度訴字第 277 號行政判決：「按行政訴訟法第 39 條所謂必須合一確定，係指依法律之規定必須數人一同起訴或一同被訴，否則當事人之適格有欠缺，原告即因此不能得本案之勝訴判決者而言。若多數人對於訟爭標的具有共同利益，並非必須合一確定，自非必要共同訴訟，依法不必全體一同起訴或被訴（最高法院 47 年台上字第 43 號判例、最高行政法院 56 年判字第 210 號判例要旨參照）。本件系爭採購案，於規格標階段，原告改採其子公司 DPSL 之鍋爐設計技術，取代原告依照技術規範所須提出自身之鍋爐設計

⁴⁶⁷ 行政院公共工程委員會 104 年 10 月 30 日（104）工程企字第 10400251220 號函：「共同投標廠商依採購法第 75 條規定向招標機關提出異議，或依採購法第 76 條、第 85 條之 1 規定向採購申訴審議委員會提出申訴或調解，若未由共同投標廠商之各成員共同具名提出，恐生對於同一標案之追繳押標金等爭議有不同之爭議處理結果，而有歧異，爰應請共同投標廠商共同提出。」

⁴⁶⁸ 行政院公共工程委員會 108 年 8 月 29 日（108）工程企字第 1080100744 號函：「如由共同投標廠商共同提出確有困難，且個別廠商請求項目未牽涉其他廠商，不致影響紛爭解決一次性，得由採購申訴審議委員會依個案情形權衡認定允許個別廠商提出。」

技術，經被告審認違反系爭採購案技術規範 PartIIISec.3.1.2 及 Sec.4.28 之規定，作成原處分駁回其申請，且異議處理結果仍維持原處分，則原告與其他團隊成員對於原處分及異議處理結果固具有共同利益，但由其中一人單獨訴請確認原處分及異議處理結果違法，並無不具實施訴訟權能之情形，自無全體一同起訴之必要。是被告辯稱：系爭採購案係由原告及住友商社共同具名投標，本件爭訟標的對原告及住友商社應合一確定，屬必要共同訴訟，原告單獨提起本件訴訟，顯有當事人不適格之違法云云，於法尚有未合，不足採信。」⁴⁶⁹

第三節 調解與仲裁

就廠商與機關業主間之履約爭議，依政府採購法第 85 條之 1 第 1 項規定，得向採購申訴審議委員會申請調解，或向仲裁機構提付仲裁。又依同條第 2 項規定：「前項調解屬廠商申請者，機關不得拒絕。工程及技術服務採購之調解，採購申訴審議委員會應提出調解建議或調解方案；其因機關不同意致調解不成立者，廠商提付仲裁，機關不得拒絕。」即所謂「先調後仲」、「強制仲裁」⁴⁷⁰。於聯合承攬之履約爭議，行政院公共工程委員會認為，為統一紛爭解決，原則上應由全體承攬成員共同申請調解⁴⁷¹。於提付仲裁者，亦應為同一之解釋。

臺北地方法院 107 年度建字第 388 號民事判決：「依被告及帆宣公司出具、屬與業主間工程採購契約文件之共同投標協議書第 1 點約定：『共同投標廠商同意由帆宣公司為代表廠商，並以代表廠商之負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商

⁴⁶⁹ 另參照臺北高等行政法院 99 年度訴字第 800 號行政判決。

⁴⁷⁰ 相關介紹參照林家祺，公共工程履約爭議處理機制暨實務運作之探討，財產法暨經濟法，第 48 期，2016 年 12 月，頁 10-12。

⁴⁷¹ 行政院公共工程委員會 104 年 10 月 30 日（104）工程企字第 10400251220 號函：「共同投標廠商依採購法第 75 條規定向招標機關提出異議，或依採購法第 76 條、第 85 條之 1 規定向採購申訴審議委員會提出申訴或調解，若未由共同投標廠商之各成員共同具名提出，恐生對於同一標案之追繳押標金等爭議有不同之爭議處理結果，而有歧異，爰應請共同投標廠商共同提出」

全體之行為…。』（見本院卷第 419 頁），可知帆宣公司為該工程之代表廠商，所為行為視為共同投標廠商即被告與該公司全體之行為。準此，雖被告與帆宣公司分別施作不同工項，惟該公司既為代表廠商，就該工程含被告負責工項所生之履約爭議，一併提付仲裁請求業主應為對待給付，並無不合理之處。是原告執此主張被告有故意不使條件成就，未依系爭和解書第 1 條第 4 項約定向其業主提付仲裁云云，非有理由。」

第四節 民事訴訟

第一項 聯合承攬體作為訴訟當事人

於本文見解承認聯合承攬體為合夥事業之前提下，如承攬成員選擇以該組織體遂行訴訟時，是否符合當事人能力與當事人適格等訴訟要件？理由如何？說明如下。

第一款 當事人能力

合夥並非法人，非屬權利主體，但其具有非法人團體之性質，依民事訴訟法第 40 條第 3 項規定，在程序法上可認其有形式上之當事人能力，具有得於民事訴訟程序為當事人之資格⁴⁷²。學說上認為，合夥團體在外部上得作為獨立個體參與社會交易活動，內部不因構成員之改變而喪失團體同一性，並存在足以決定團體作為一體性之行為架構，而能夠代表合夥團體為意思表示或為訴訟進行，且合夥財產為全體合夥人公同共有，對於合夥債務之清償，其合夥財產作為責任財產之範圍具有可辨識性及優先性，承認合夥之當事人能力，具有實效。

⁴⁷² 最高法院 97 年度台上字第 2083 號民事判決：「按具有合夥性質之非法人團體，依民事訴訟法第四十條第三項規定，在程序法上可認其有形式上之當事人能力，而具有得於民事訴訟程序為當事人之資格；且合夥解散後，在清算完結前，於清算範圍內視為猶尚存續；故清算完結前之合夥與人涉訟，仍得由合夥執行人以合夥名義起訴或應訴」；最高法院 100 年度台上字第 484 號民事判決：「非法人團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者，比比皆是，民事訴訟法第四十條第三項規定此等團體設有代表人或管理人者，於訴訟法上有當事人能力，得為確定私權之請求，則其實體法上雖無權利能力，而不得為權利義務之主體，但不能因此即謂其代表人或管理人以該團體名義所為之法律行為概屬無效。」另參照林誠二，前揭註 151，頁 52。

性。⁴⁷³

依本文所採聯合承攬體「合夥說」見解，聯合承攬體具有當事人能力，而具有作為民事訴訟程序當事人之資格。類似意旨參照臺北地方法院 101 年度仲訴字第 7 號民事判決：「按『非法人之團體雖無權利能力，然日常用其團體之名義為交易者比比皆是，民事訴訟法第 40 條第 3 項為應此實際上之需要，特規定此等團體設有代表人或管理人者，亦有當事人能力。所謂有當事人能力，自係指其於民事訴訟得為確定私權之請求人，及其相對人而言，若僅認許其為當事人得以其名義起訴或被訴，而不許其為確定私權之請求，則上開規定勢將毫無實益，當非立法之本意。』、『民事訴訟法第 40 條第 3 項所謂非法人之團體設有代表人或管理人者，必須有一定之名稱及事務所或營業所，並有一定之目的及獨立之財產者，始足以當之。』有最高法院 50 年台上字第 2719 號、64 年台上字第 2461 號判例意旨參照。依前所述，高雄 345KV 潛盾工程辦事處係原告與岩田地崎、萬鼎公司以執行聯合承攬之系爭統包工程為唯一目的而成立的臨時組織，設有專案經理人為代表，並有營業所及獨立之財產，堪認原告稱高雄 345KV 潛盾工程辦事處係由原告與岩田地崎、萬鼎公司所共同組成之非法人團體，應堪認定。⁴⁷⁴」

第二款 當事人適格

按合夥之當事人適格，實務認為，合夥人約定或決議部分合夥人執行合夥事務，而使該合夥人於執行合夥事務之範圍內，為其他合夥人之代表，是於與合夥事務有關之訴訟上，可認為代表合夥人係經其他合夥人授與訴訟實施權，基於任意訴訟擔當之法理，為其他合夥人為原告或被告⁴⁷⁵。然而，此等訴訟實

⁴⁷³ 沈冠伶，非法人團體之當事人能力、當事人適格及其判決效力，政大法學評論，第 120 期，2011 年 4 月，頁 111-112。

⁴⁷⁴ 此經後續臺灣高等法院 102 年度重上字第 261 號民事判決再次確認。

⁴⁷⁵ 最高法院 101 年度台上字第 328 號民事判決（維持原審見解）：「合夥人以約定或決議，委任部分合夥人執行合夥事務，而使此部分合夥人於執行合夥事務之範圍內，對於第三人為其他合夥人之代表，則以合夥團體為原告或被告，提出與合夥事務有關之訴訟，而由此部分合夥人代

施權之範圍限於合夥事務之財產或債務，不及於各合夥人之補充性連帶債務清償責任（民法第681條），蓋學說認為此分屬不同之權利義務關係，而為不同訴訟標的。⁴⁷⁶

有疑問的是，得否列全體合夥人為被告，而不以合夥團體為被告？實務上有認為，依民事訴訟法第40條第3項規定，「應」以合夥團體為被告⁴⁷⁷，但亦有認為以合夥團體或全體合夥人為被告，乃當事人之程序選擇權自由⁴⁷⁸。學說認為，合夥財產與債務之歸屬主體為合夥人而非合夥團體本身，除其訴訟實施權受有限制外，身為權利義務主體之合夥人即有當事人適格，非不得列全體合夥人為被告⁴⁷⁹。此外，得否將合夥團體與全體合夥人同列為被告？實務上依循最高法院66年第9次民事庭會議決議之意旨⁴⁸⁰，如以合夥團體為被告，於合夥財產不足清償債務時，得逕對全體合夥人為強制執行，是無在合夥團體外併列合夥人為共同被告之必要⁴⁸¹。學說則認為，為使合夥人之補充性債務得藉由一

表合夥團體者，可認為此部分合夥人係經其他合夥人授予訴訟實施權，基於任意訴訟擔當之法理，為其他合夥人為原告或被告，依民事訴訟法第四百零一條第二項、強制執行法第四條之二第一項第二款規定，應認此確定判決之既判力、執行力擴張及於其他合夥人。惟合夥人退夥後，對於其退夥前合夥所負之債務，依民法第六百九十條雖仍應負責，然已不具有合夥人身分，則於其退夥後，以合夥團體為原告，提出與其退夥前合夥事務有關之訴訟，雖由執行事務之合夥人代表合夥團體，但無從基於任意訴訟擔當之法理，認該確定判決之既判力、執行力可擴張及於已退夥之合夥人。」

⁴⁷⁶ 沈冠伶，前揭註473，頁121-122。

⁴⁷⁷ 最高法院49年度台上字第188號民事判決：「按非法人之團體設有代表人或管理人者，有當事人能力，為民事訴訟法第四十條第三項所明定。此項代表人或管理人為該團體與人涉訟時，自應以該團體為當事人，而由此項代表人或管理人為其法定代理人。」

⁴⁷⁸ 最高法院97年度台上字第2083號民事判決：「民法第六百八十九條第二項：『退夥人之股份，不問其出資之種類，得由合夥以金錢抵還之』之規定，連同第六百八十一條，在於宣示合夥人個人之連帶清償責任，係以合夥財產不足清償合夥債務為前提，即僅在限制當事人逕行請求合夥人全體負連帶給付之責，難認屬當事人適格之規定，尚無礙於原告以合夥事業或合夥人全體為被告之程序選擇權行使，且不因民事訴訟法第四十條第三項之規定，即得否定原告以合夥人全體為被告之權利。」

⁴⁷⁹ 沈冠伶，前揭註473，頁121-128。

⁴⁸⁰ 最高法院66年度第9次民庭庭推總會議決議：「合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此存在要件負舉證之責（本院二十九年上字第一四〇〇號判例）。此與保證債務於保證契約成立時即已發生債務之情形有間，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權，尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。況對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義，故司法院院字第九一八號解釋『原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行』。是實務上尤無於合夥（全體合夥人）之外，再列某一合夥人為共同被告之理。」

⁴⁸¹ 最高法院108年度台上字第515號民事判決：「合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人

道訴訟程序解決紛爭，對於不足清償合夥債務之各合夥人連帶責任部分，原告得視紛爭狀況及其利益，決定是否併列合夥人為被告，此等係以合夥財產不足清償合夥債務之附條件請求，具有將來給付之訴的性質。⁴⁸²

在承認聯合承攬體為合夥之前提下，代表成員得以聯合承攬體名義為實體法上權利義務歸屬主體（即全體承攬成員）遂行訴訟，應屬任意訴訟擔當之性質，但亦得選擇以全體承攬成員為訴訟當事人，而不以聯合承攬體名義，應無當事人不適格之問題，以尊重當事人之程序選擇權。

臺灣高等法院 84 年度抗字第 673 號民事裁定：「查依相對人所述，本件工程契約係由日商清水建設株式會社與太平洋建設股份有限公司二公司共同具名與抗告人所簽訂，聯合承攬之成員即該二公司，二公司對聯合承攬之所有權利義務，對抗告人連帶負責等語（見抗告人八十四年六月四日所具陳報狀），此觀之抗告人所提出之合約書亦有此一記載，是本件合約之承攬人並非僅日商清水建設株式會社，或太平洋建設股份有限公司，而係日商清水建二公司所組成之合夥，相對人於八十四年六月四日所具之陳報狀其具狀人，已改列為日商清水建設株式會社、太平洋建設股份有限公司二人，亦足資佐證。如本件契約之承攬人係屬合夥，則其對契約之爭議而向法院為聲請時，自應由全體合夥人為之，而因本件二合夥人均為法人，自應由其法定代理人代理之。然觀之本件相對人於原法院所提出之聲請狀，其聲請人係記載為日商清水建設株式會社 | 太平洋建設股份有限公司聯合承攬，而法定代理人則記載為永田豐，則本件聲請人日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司聯合承攬之性質為何，有待澄清；如日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司聯合承攬未具有當事人能力，其聲請得否准許，自非無疑，若謂原法院之聲請人非日商清水建

連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此項要件之存在負舉證之責，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。」另參照林誠二，前揭註 151，頁 52。

⁴⁸² 沈冠伶，前揭註 473，頁 121-128。

設株式會社 | 太平洋建設股份有限公司聯合承攬，則究係日商清水建設株式會社抑太平洋建設股份有限公司，抑係二者，另永田豐係日商清水建設株式會社之法定代理人，抑為日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司聯合承攬之法定代理人，日商清水建設株式會社—太平洋建設股份有限公司二公司可否以一人為法定代理人提出本件選任仲裁人之聲請，均有疑義。」

第二項 聯合承攬成員作為訴訟當事人

聯合承攬成員多為公司，屬於社團法人而有權利能力，依民事訴訟法第 40 條第 1 項規定，具有當事人能力，得作為民事訴訟上之原告與被告。惟就多數聯合承攬成員涉訟時，其如何起訴或被訴始具備當事人適格？其共同訴訟型態如何？分述如下。

第一款 承攬成員為被告：以工程連帶債務請求為例

民法第 275 條：「連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益，亦生效力。」乃連帶債務之限制絕對效力事項。據此，實務上認為，連帶債務人之一人所提出之抗辯乃「非基於個人關係」，且同時法院認為「有理由」時，此時各連帶債務人須合一確定，且屬類似必要共同訴訟，適用民事訴訟法第 56 條規定，其效力及於其他被告之連帶債務人⁴⁸³。亦即，民法第 275 條為有條件產生既判力擴張之規定。惟此說遭受不少學者批評⁴⁸⁴，而晚近實務有見解認為連帶債務人仍屬普通共同訴訟⁴⁸⁵。於學說

⁴⁸³ 最高法院 33 年度上字第 4810 號民事判決：「民法第二百七十五條規定連帶債務人中之一人受確定判決，而其判決非基於該債務人之個人關係者，為他債務人之利益亦生效力，故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，被告一人提出非基於其個人關係之抗辯有理由者，對於被告各人即屬必須合一確定，自應適用民事訴訟法第五十六條第一項之規定。」

⁴⁸⁴ 部分學說將此項實務見解修正為：以形式上觀察判斷「為他債務人之利益」，而無需法院認實體上有理由，若形式上對他債務人有利，即生既判力之擴張，而無待其他共同訴訟人援引，後訴法院應受前訴判決效力所拘束。

⁴⁸⁵ 最高法院 104 年度台抗字第 1058 號民事裁定：「按關於連帶債務，債權人除得對債務人全體為請求外，亦得對債務人中之一人或數人同時或先後為請求，其法律關係對於全體債務人並非必須合一確定。故債權人以各連帶債務人為共同被告提起給付之訴，非屬類似必要共同訴訟，而為普通共同訴訟。僅於連帶債務人中之一人為訴訟行為，提出非基於其個人關係之抗辯，而經法院認為有理由者為限，始有民事訴訟法第五十六條第一項之適用，其行為效力始及於同造

方面，有認為訴訟標的是否合一確定，應以訴訟中表明之訴訟標的是否具有一致性而定，非從訴訟行為（攻防方法）而決定。於實體法上，連帶債務為多數之債，其債務各自獨立，不具有訴訟標的一致性，而無需合一確定，應評價為普通共同訴訟，而民法第 275 條規定可作為民事訴訟法第 55 條「除別有規定外」，非基於個人關係事項之效力，仍可及於其他共同訴訟人，但該規定仍非判決效力擴張之規定，僅屬防禦方法之判斷⁴⁸⁶。另有認為，雖連帶債務人間訴訟標的並無法律上之合一確定，但就其間之共同基礎事實不宜割裂認定（例如：契約是否有效），論理上應合一確定較為妥適，是就其共通事項應類推適用民事訴訟法第 56 條規定，而各別事項則適用同法第 55 條規定。⁴⁸⁷

於聯合承攬關係中，業主向法院起訴請求聯合承攬成員履行工程連帶債務時，無須起訴全體承攬成員，亦具有當事人適格。臺灣高等法院 109 年度抗字第 468 號民事裁定：「按被告於言詞辯論終結前，得在本訴繫屬之法院，對於原告及就訴訟標的必須合一確定之人提起反訴，民事訴訟法第 259 條固有明文，其所謂訴訟標的必須合一確定，係指依法律之規定必須數人一同被訴，否則當事人之適格即有欠缺者而言。連帶債務之債權人，依民法第 273 條第 1 項規定，既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，於其對於債務人中之一人或數人提起訴訟時，自不生其訴訟標的對於其他連帶債務人必須合一確定之問題（最高法院 93 年度台聲字第 376 號裁定意旨參照）。查翊誠公司非本訴之原告，而抗告人提起反訴主張翊誠公司應與義慶公司依系爭工程契約、共同投標協議書之約定，連帶給付系爭利息損失及系爭發票，依上說明，究非依法律之規定必須數人一同起訴或一同被訴，否則當事人之適格即有欠缺之情形，核與民事訴訟法第 259 條規定要件不符，則抗告人對

其他連帶債務人。」

⁴⁸⁶ 劉明生，連帶債務共同訴訟型態與判決效力之研究，姜世明主編，共同訴訟之研究，2021 年 4 月，臺北：新學林出版，頁 172-179。

⁴⁸⁷ 姜世明，前揭註 199，頁 244；邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2017 年 9 月，臺北：自版，頁 311。

翊誠公司提起反訴，自不合法。」

又聯合承攬成員之共同訴訟類型，依實務見解，應視被訴之承攬成員提出抗辯內容如何而定。如一承攬成員提出非基於個人關係之抗辯，且受訴法院認為有理由時，屬於類似必要共同訴訟，應適用民事訴訟法第 56 條規定，對其他承攬成員發生效力。反之，則不及於其他成員。如依前述之學說見解，如為各承攬成員的各別事項，適用民事訴訟法第 55 條規定而各自獨立，屬於普通共同訴訟，但若為其間之共同事項，則應依民法第 275 條作有利之援引，或類推適用民事訴訟法第 56 條規定，其效力及於他承攬成員。

第二款 承攬成員為原告：以工程款給付請求為例

第一目 如認工程款請求權為不可分債權

一、實務見解

由於聯合承攬協議書多約定，任何由代表成員具名代表全體承攬成員之行為，均視為全體成員之行為（另參照共同投標辦法第 13 條規定）。據此約定，代表成員得單獨代表全體承攬成員向業主請求給付工程款，具備當事人適格。

臺中地方法院 97 年度建字第 38 號民事判決：「依卷附二份『共同投標協議書』，其載明：『共同投標協議書人（以下簡稱共同投標廠商）（以下簡稱第一成員）信東工程技術顧問有限公司、（以下稱第二成員）忠誠營造有限公司、（以下簡稱第三成員）欣冠鑄造股份有限公司（成員數不得逾招標文件允許之家數）同意共同投標台灣省自來水股份有限公司總管理處發包中心一組（以下簡稱機關）之中科雲林基地及高鐵特定區管理處（三）（案號 WQ-00-0000-00）並協議如下：共同投標廠商同意由信東工程技術顧問有限公司為代表廠商，並以代表廠商之負責人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為。機關對代表廠商之通知，與對共同投

標廠商所有成員之通知具同等效力…本協議書於得標後列入契約…』、
『共同投標協議書人（以下簡稱共同投標廠商）（以下簡稱第一成員）信
東工程技術顧問有限公司、（以下簡稱第二成員）冠福營造有限公司、
（以下簡稱第三成員）欣冠鑄造股份有限公司（以下簡稱第四成員）友
騰工業股份有限公司（成員數不得逾招標文件允許之家數）同意共同投
標台灣省自來水股份有限公司總管理處（以下簡稱機關）之中科雲林基
地及高鐵特定區管五（案號 WQ-00-0000-00）並協議如下：共同投標廠
商同意由信東工程技術顧問有限公司為代表廠商，並以代表廠商之負責
人為代表人，負責與機關意見之聯繫，任何由代表廠商具名代表共同投
標廠商之行為，均視為共同投標廠商全體之行為。機關對代表廠商之通
知，與對共同投標廠商所有成員之通知具同等效力…本協議書於得標後
列入契約…』等語，依上開契約書及共同投標協議書人之記載，出名向
被告投標承攬之人為原告，於原告得標後，原告應被告之要求，固應由
共同投標協議人，共同於契約乙方當事人欄簽名以示共同得標負責，惟
依上開規定，共同投標廠商則同意由原告為代表廠商，由原告向被告請
領款項，即被告對原告之付款等同對全體共同投標人之付款，依兩造契
約之約定，原告本得代表全體共同投標廠商向被告請款，甚且，原告亦
有代全體投票人受領被告意思表示之效力，即被告如有可扣款之事由，
亦得僅向原告表示，該意思表示亦可生效，此參諸兩造在履約過程中，
被告所有往來文件，包括廠商名稱、受文者等，均僅記載原告一人，更
明系爭契約之履行，被告僅對原告為意思表示或付款，對全體共同投標
人均生效力，依上開說明，被告如未依約給付款項，原告自得向被告請
求給付之，當事人並無不適格之情事。至於原告與其他共同投標廠商之
內部關係，鑑於公司法第 13 條第 1 項前段規定，股份有限公司及有限公
司不得其他合夥事業之合夥人，是原告與其他共同投標商間，僅存有共
同投資承攬之意思合致，其性質屬共同投資之無名契約而非無效之合夥

契約，惟原告與其他共同投標廠商間之內部關係為何？全憑原告與其他廠商間之約定，此與原告得否代表全體廠商向被告請款與否之資格無涉，被告抗辯：原告與其他共同投標廠商間之合作契約性質為合夥契約，原告不得單獨具名向被告請求給付工程款，實無可採。⁴⁸⁸」

臺北地方法院 108 年度建字第 190 號民事判決：「被告抗辯原告單獨起訴不具當事人適格，無非以行政院公共工程委員會於 104 年 10 月 30 日、107 年 2 月 21 日之函釋內容及民法第 293 條規定等為依據。惟查：法院於裁判時並不受行政機關函釋內容拘束（司法院大法官釋字第 216 號解釋參照），並得依法表示適當之見解，且民法第 293 條第 1 項規定『數人有同一債權，而其給付不可分者，各債權人僅得請求向債權人全體為給付，債務人亦僅得向債權人全體為給付。』，其效果並未限制各債權人必須一同起訴或被訴，是被告此等抗辯，亦難認有據。」⁴⁸⁹

二、學說見解

如工程款請求權性質上為不可分債權，學說認為，聯合承攬成員必須共同提起訴訟，當有民事訴訟法第 56 條之 1 規定之適用，且為避免不必要之爭議複雜化，聯合承攬協議書之內容不能太嚴格，就此部分，可參考大甲溪發電廠谷關分廠復建工程案第 II 標共同投標協議書的內容（即可分債權之契約條款設計⁴⁹⁰），否則會變成業主在承攬成員間釐清糾紛前，無法結算的問題。⁴⁹¹

三、本文見解

⁴⁸⁸ 此部分為後續臺灣高等法院臺中分院 98 年度建上字第 67 號民事判決、最高法院 99 年度台上字第 733 號民事判決所維持。

相同見解另參照士林地方法院 101 年度建字第 76 號民事判決、士林地方法院 102 年度建字第 8 號民事判決、臺中地方法院 98 年度建字第 14 號民事判決、臺灣高等法院臺中分院 98 年度建上字第 62 號判決。

⁴⁸⁹ 另參照臺北地方法院 108 年度建字第 221 號民事判決。

⁴⁹⁰ 即例如「本案工程自代表廠商辦理估驗請款，由各成員各自開具統一發票，自業主核付至各成員所開立在中華民國境內之帳號」。

⁴⁹¹ 黃立，前揭註 25，頁 12-13。

民法第 293 條第 1 項規定：「數人有同一債權，而其給付不可分者，各債權人僅得請求向債權人全體為給付，債務人亦僅得向債權人全體為給付。」據此，依聯合承攬協議書所選定之代表成員得單獨起訴請求業主給付工程款。於其給付之訴之聲明中，原則上亦應寫明向全體承攬成員為給付，性質上屬於任意訴訟擔當，未起訴之承攬成員則為民事訴訟法第 401 條第 2 項之「該他人」而為判決效力所及。惟實務上聯合承攬協議書亦可能約定，由代表成員代為受領全部工程款，其他承攬成員再另行向代表成員請求分配工程款。此時，代表成員向法院起訴業主給付工程款時，得聲明將全部工程款僅給付予自己。又如數個承攬成員一同起訴，則有合一確定之必要，屬於類似必要共同訴訟。

第二目 如認工程款請求權為公同共有債權

一、實務見解

依最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議（一）之決議見解：「公同共有債權人起訴請求債務人履行債務，係公同共有債權之權利行使，非屬回復公同共有債權之請求，尚無民法第八百二十一條規定之準用；而應依同法第八百三十一條準用第八百二十八條第三項規定，除法律另有規定外，須得其他公同共有人全體之同意，或由公同共有人全體為原告，其當事人之適格始無欠缺。」屬於固有必要共同訴訟（即前述之共同行使說）。⁴⁹²

二、學說見解

如採多數學者所主張準用第 828 條第 2 項再準用第 821 條規定之單獨行使，公同共有債權人之一人係立於法定訴訟擔當之地位而有原告適格，依民事訴訟法第 401 條第 2 項規定，其判決效力不論勝敗均擴張及於其他公同共有債權人，以確保裁判一致與統一解決紛爭。若多數公同

⁴⁹² 參照本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第四節 工程款債權 第一項 多數債權人之基本內涵 第四款 共有債權 第二目 公同共有債權。

共有債權人一同起訴，有法律上合一確定，即為類似必要共同訴訟，適用民事訴訟法第 56 條規定。⁴⁹³

三、本文見解

上述實務及學說見解之論述對象均為繼承債權之訴訟上請求的問題。依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，如聯合承攬協議書勾選「分別請（受）領」者，雖工程款請求權為公同共有債權，但承攬成員各別向業主請求自己部分之工程款，乃業主與全體承攬成員之事前約定，同意各成員得「單獨」請求「部分」給付，應無當事人適格之問題。又如聯合承攬協議書勾選「統一請（受）領」工程款者，依聯合承攬協議書所選定之代表成員，得依民法第 679 條對外代表權規定，單獨向業主請求全部工程款，其他成員再透過內部關係向代表成員請求分配工程款，故其單獨起訴亦無當事人適格之問題。但若係代表成員以外之承攬成員起訴請求業主給付工程款時，本文認為，既當事人勾選「統一請（受）領」，應是「限定」僅代表成員得單獨請求工程款，而其他成員不得單獨為請求⁴⁹⁴，是就此公同共有債權之行使，應另行取得其他當事人之同意，始為當事人適格。

第三項 聯合承攬財產及成員財產之強制執行

關於合夥財產及合夥人補充性連帶債務之強制執行，實務見解認為，原告以合夥團體為被告後取得勝訴確定判決，並對合夥財產為強制執行時，如合夥財產不足清償債務，得逕對各合夥人之個人財產為強制執行，蓋全體合夥人始為實質當事人，法院判決命合夥團體履行債務之執行名義，即是對於全體合夥

⁴⁹³ 陳瑋佑，論繼承債權之訴訟上請求——評最高法院一〇四年第三次民庭決議（一）之固有必要共同訴訟肯定說，月旦法學雜誌，第 254 期，2016 年 7 月，頁 57-58。

⁴⁹⁴ 本文第四章 聯合承攬成員與業主間之法律關係 第四節 工程款債權 第七項 灳盛單獨請求案 第五款 本文評析 第二目 約定統一請（受）領之意義。

人之執行名義⁴⁹⁵。就此，有學者認為，如被指為合夥人者為應負責之合夥人，且對合夥團體勝訴判決之執行名義存在者，合夥財產不足清償時，各合夥人應以固有財產負補充性責任之蓋然性很高，具有實體上正當性。又就補充性債務之部分，合夥人處於類似為他人而為被告之該他人地位，類推適用強制執行法第4條之2第1項第2款規定，執行力範圍擴張及於各合夥人，執行法院審查時認為有必要可傳訊合夥人（強制執行法第9條），且各合夥人亦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（強制執行法第14條第2項、第14條之1第1項），而有程序上之正當性。故執行力之客觀範圍應擴張及於各合夥人之固有財產⁴⁹⁶。惟有論者採反對見解認為，合夥團體訴訟之訴訟擔當僅及於合夥債務關係，而合夥人之補充性債務則未成為訴訟標的，不發生判決效力（包含既判力、執行力），將強制執行法第4條之2第1項第2款執行力主觀範圍擴張之規定類推適用於執行力客觀範圍之擴張，造成判決效力之主觀範圍與客觀範圍之界定上模糊化，應有不當。⁴⁹⁷

依本文所採聯合承攬體「合夥說」之見解，如聯合承攬成員對業主負有損害賠償或違約金等債務，或對供應商或分承包商負有貨款或工程款債務，依民法第681條規定，應以聯合承攬財產清償。如有不足，業主始得向承攬成員主張連帶清償責任。於業主或其他債權人向法院起訴聯合承攬體後取得勝訴判決者，當得就聯合承攬財產（例如共同專用帳戶）為強制執行。如聯合承攬財產

⁴⁹⁵ 司法院院字第918號解釋：「原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行，合夥人如有爭議，應另行起訴。」；最高法院74年度台上字第2369號民事裁定：「合夥財產不足清償合夥之債務，為各合夥人連帶責任之發生要件，債權人求命合夥人之一對於不足之額連帶清償，應就此項要件之存在負舉證之責，故在未證實合夥財產不足清償合夥債務之前，債權人對於各合夥人連帶清償之請求權尚未發生，即不得將合夥人併列為被告，而命其為補充性之給付。況對於合夥之執行名義，實質上即為對全體合夥人之執行名義（司法院院字第九一八號解釋參照），亦無於合夥之外，再列全體合夥人為共同被告之必要。」；最高法院95年度台上字第1606號民事判決：「具有合夥性質之非法人團體，在程序法上，依民事訴訟法第四十條第三項規定，固可認其有形式上之當事人能力，而得於民事訴訟程序為當事人之資格。但在實體法上，依民法第六百八十一條規定合夥人之補充連帶責任，及司法院院字第九一八號解釋明示『原確定判決，雖僅令合夥團體履行債務，但合夥財產不足清償時，自得對合夥人執行』意旨，加以延伸，亦應認合夥人全體（公同共有人）為其權利主體。」

⁴⁹⁶ 許士宦，強制執行法，2014年8月，臺北：新學林出版，頁357-362。

⁴⁹⁷ 沈冠伶，前揭註473，頁136-143。

不足清償債務，得否以此為執行名義就各承攬成員之個人財產為強制執行，即因上開見解之不同而有不同結論。若債權人將聯合承攬體與全體承攬成員同列被告而獲取勝訴判決者，於聯合承攬財產不足清償債務時，逕對各承攬成員之個人財產為強制執行，較無爭議。

第五節 工程爭議審議委員會

在司法訴訟資源有限性下，為能疏減訟源，各國均有倡導裁判外紛爭處理機制之趨勢，裁判外紛爭處理制度（Alternative Dispute Resolution ,ADR）之特點在於本於當事人之一定合意而解決紛爭，其合意可能存在於紛爭解決之最後結論共識上，或可能存在於程序開始之選擇上，本於此項程序選擇之合意，當事人就程序之結果（由第三人所為之判斷）應受拘束，而不能任意推翻。在各種不同之紛爭處理制度間如何採用、選擇，應尊重當事人之程序主體性，承認當事人享有程序選擇權，得選擇解決紛爭之程序方式，並能參與程序進而影響真實之確定與法之發現。⁴⁹⁸

於工程案件之裁判外紛爭處理機制中，除前述之調解、仲裁外，尚有工程爭議審議委員會（Dispute Review Board），此係就工程案件所設置之爭議解決機制。中華民國仲裁協會（CAA）所發布之工程爭議審議程序規則（Construction DRB Rules）⁴⁹⁹即是為此項機制設下基本規範。此等審議委員會應依工程契約當事人（業主、廠商）與審議委員三方締約設立之⁵⁰⁰。又審議委員會之成員，與仲裁類似，皆屬契約當事人所共同信賴之專家，亦即，契約當事人各指定一人，再由該兩位委員推選一人為第三位委員，同時為委員會主席

⁴⁹⁸ 沈冠伶，台灣之裁判外紛爭處理制度（ADR）現況與發展，楊淑文、姜世明、許政賢主編，跨世紀兩岸民事程序法學之新視野，2012年7月，臺北：政治大學法學院民事法學中心出版，頁306、308-310。

⁴⁹⁹ 本規則於中華民國105年12月2日經中華民國仲裁協會第16屆第8次理事會修訂。

⁵⁰⁰ 參照工程爭議審議程序規則第1條及第4條。另參照行政院公共工程委員會所發布之工程採購契約範本第22條第1項第6款：「機關與廠商因履約而生爭議者，應依法令及契約規定，考量公共利益及公平合理，本誠信和諧，盡力協調解決之。其未能達成協議者，得以下列方式處理之：6. 契約雙方合意成立爭議處理小組協調爭議。」

⁵⁰¹ 經選任之委員當須具有工程、法律或會計等方面之相當專業知識及經驗。此等審議委員會之特色在於，各委員有「平時職權」，事前熟悉該工程專案之內容，包括隨時調閱相關資料及文書（例如：工程契約條款、施工進度表、估驗計價表、品質查核表等）⁵⁰²、查訪工地⁵⁰³、參與工程會議等。如工程契約當事人就契約之履行發生爭執，且無法自行解決時，即得由審議委員會介入並作成審議決定⁵⁰⁴，並要求雙方於一定期間內回應。若雙方對審議委員會所提出之審議決定不予同意，雙方當事人則應依循其他爭議解決途徑。⁵⁰⁵

此等審議委員會的特色在於各委員已經事先熟悉該工程之內容，對於工程契約當事人之權利義務關係有相當之瞭解，是在雙方當事人發生爭議時，審議委員會得即時迅速地提出專業建議，幫助雙方達成共識。此等即時性之優點，於聯合承攬關係中有顯著之助益，蓋聯合承攬契約通常有三個以上當事人，對於契約之爭執更難有解決之共識，且聯合承攬之工程契約內容較單純兩方之工程契約更為複雜，若依循民事訴訟或仲裁等機制，尚須法官或仲裁人事後花費不少時間瞭解工程案件內容及其爭議所在。從而，聯合承攬之爭議發生，更適合讓同樣中立客觀的審議委員會提出即時迅速之專業建議，促進各方當事人達成共識，以解決聯合承攬工程契約履行之紛爭。惟此種訴訟外解決紛爭機制之缺點則在於，審議委員會所作成之審議決定，對於工程契約當事人僅有契約上之拘束力。若當事人未依審議決定內容履行，尚須另行取得法院確定判決或仲裁判斷，始得作為執行名義，是在實際上對於爭議解決仍有其極限。⁵⁰⁶

⁵⁰¹ 參照工程爭議審議程序規則第2條第1、2、4、6款。關於委員之選任方式，理論上有聯合選任（Joint Selection）、當事人提名（Nomination By Each Party）、候選人名單（Slate of Candidates）等。工程爭議審議程序規則第2條第2款：「雙方當事人應於簽訂契約或任一方當事人提出書面請求之日起28日內自中華民國仲裁協會（以下簡稱「本會」）工程爭議審議委員名冊中各提出一名委員候選人……」即屬候選人名單之選任方式。

⁵⁰² 參照工程爭議審議程序規則第9條規定。

⁵⁰³ 參照工程爭議審議程序規則第10條規定。

⁵⁰⁴ 參照工程爭議審議程序規則第12條至第15條規定。

⁵⁰⁵ 參照工程爭議審議程序規則第16條第2項、第20條規定。

⁵⁰⁶ 另參照行政院公共工程委員會所發布之工程採購契約範本第22條第3項第8款：「依第1款第6目成立爭議處理小組者，約定如下：8.……任一方於收受決議後14日內以書面表示異議者，協調不成立，雙方得依第1款所定其他方式辦理。」

第六節 小結

政府採購案件中，就廠商與機關間招標、審標、決標之爭議，廠商所提出之異議、申訴，原則上應由全體承攬成員共同為之，但行政院公共工程委員會考量共同具名之困難，認為如係未涉及其他成員之個人事項，例外允許個別提出。於聯合承攬之履約程序問題中，最具爭議者在於聯合承攬成員涉及之民事訴訟，應區分兩方面來看。一方面，如認聯合承攬體為合夥或其他非法人團體，依民事訴訟法第40條第3項規定，有當事人能力，尤其認屬合夥時，更涉及以聯合承攬體名義起訴或被訴者，是否具備當事人適格之問題，多數認為此為任意訴訟擔當之性質，其判決效力及於全體承攬成員（民事訴訟法第401條第2項）。惟有爭議者在於，原告得否以對聯合承攬體之勝訴判決執行名義，對承攬成員之固有財產為強制執行，實務與學說見解並不一致。為免爭議，應將聯合承攬體與聯合承攬成員併列為共同被告，較為妥適。另一方面，如以聯合承攬成員名義遂行訴訟，例如業主起訴請求承攬成員履行工程債務，或承攬成員（尤其代表成員）起訴請求業主給付工程款，前者涉及連帶債務人之共同訴訟爭議，後者涉及不可分債權或公同共有債權行使之當事人適格問題。

第七章 結論

第一節 前文總結

聯合承攬契約之訂立，當以全體承攬成員共同具名為典型，但實務上最具爭議者為，全體承攬成員共同訂立聯合承攬協議書，嗣後得標則由其中一廠商成員作為代表，單獨具名與業主締結工程契約，多數實務及學說見解認為其契約效力仍及於未具名之承攬成員，本文亦認為此等情形通常能構成隱名代理而依民法第103條規定及於其他承攬成員，或認代表成員之締約行為屬於民法第679條合夥對外代表權行使而及於全體成員。無論如何，全體承攬成員均為聯合承攬工程契約之當事人。且本文所指聯合承攬契約之特徵在於多數人之債之關係，如營造廠商係另行設立一新公司之方式再行承包工程，則屬一對一契約關係，而非本文所指之聯合承攬。

聯合承攬體之法律性質應屬合夥事業，除法律另有規定或契約另有約定外，適用民法合夥規定。主要理由在於：聯合承攬特定工程案件，其工程所生之債務內容相對得以預見、事先劃定，且債權人已經確定（即業主），與公司法第13條第1項避免危害公司資本穩固之規範意旨並無違背，應將政府採購法第25條解為公司法第13條第1項之特別規定；縱認政府採購法第25條並非特別規定，亦得認為公司法第13條第1項禁止規定未就此等聯合承攬之案件式合夥情形，加以特別考量，屬於隱藏的法律漏洞，應目的性限縮公司法第13條第1項規定，而認聯合承攬合夥不在其禁止之列。本文以聯合承攬體「合夥說」貫穿聯合承攬成員與業主以及成員間之法律關係。

就聯合承攬成員對業主所負之工程債務，包含工程完成義務、損害賠償、違約金責任等。聯合承攬協議書約定全體承攬成員就工程債務負連帶責任，故屬民法第272條之連帶債務。又就承攬成員對業主之損害賠償或違約金債務等，則依民法第681條規定，先以聯合承攬財產（共同專用帳戶）清償，如有不足，業主始得向全體承攬成員主張連帶清償責任。承攬成員對供應商及分包

商所負之下游債務（貨款給付、工程款給付）亦同，其理由在於：此等下游債務得為全體承攬成員所預見，且自下游廠商所獲得之給付利益歸屬於全體成員。

再者，就聯合承攬成員對業主所享有之工程款債權，屬於執行合夥事業所取得之財產，無論聯合承攬當事人勾選分別請（受）領或統一請（受）領工程款，均為全體成員公同共有（民法第 668 條）。如當事人勾選分別請（受）領，等同全體承攬成員間「事前同意」各承攬成員得「單獨」請求為「一部」給付。又如當事人勾選統一請（受）領，則係由代表成員統一向業主請求向全體成員為全部給付（民法第 679 條），本文認為，統一請（受）領之約定有「剝奪」代表成員以外之承攬成員行使請求權的意思，不但是請款程序簡便之考量，亦需避免業主陷於雙重給付危險，部分實務見解亦同。另就聯合承攬成員個人之債權人強制執行情形，由於承攬成員對業主所享有之工程款債權或其他聯合承攬財產，乃公同共有財產，各承攬成員並無獨享之權利，是一承攬成員個人之債權人不得就工程款債權或其他聯合承攬財產為執行，而僅得就該成員對聯合承攬所享有之利益分配請求權等獨立財產權為執行。

最後，聯合承攬契約所約定之契約承擔條款。如為第三人繼受，於工程契約之層次，該第三人取代破產成員之契約地位，屬於工程契約之「契約承擔」，須經業主、全體承攬成員（含破產成員）之同意；於合夥事業之層次，一承攬成員發生破產情形，乃民法第 687 條第 2 款之法定退夥事由，不待聲明即生當然退夥之效力，與該破產成員有無轉讓股份意思無關，另一方面，其他承攬成員覓得第三人依民法第 691 條入夥聯合承攬體，故非合夥股份之轉讓。又如為其他成員繼受，於工程契約之層次，其他承攬成員本為契約當事人，對業主繼續履行契約，本係連帶債務之本質、對外效力，應無「繼受」可言；於合夥事業之層次，破產成員將自己之參加比例轉讓予其他承攬成員，性質上則屬合夥股份之轉讓。

第二節 未來展望

針對聯合承攬之民事法律關係，應先從其法律性質之探討出發，明確定性之後始能刻劃出聯合承攬關係之完整樣貌。聯合承攬體於實務上之常見約定或實際運用，大多符合合夥之要件及實質內涵，此等人合團體應以民法合夥規定作為其權利義務準據。本文期望將來實務及學理上能夠對於公司法第13條第1項規定無所忌憚，在法學方法論上，透過法律解釋或續造之方式，承認聯合承攬體之合夥性質，並藉此展開聯合承攬之權利義務關係，以使其法律關係明確化、體系化，增加聯合承攬實務運作上的穩定性。



參考文獻

壹、書籍

- 王文字，公司法論，六版，2018年10月，臺北：元照出版。
- 王文字、林國全、曾宛如、王志誠、蔡英欣、汪信君，商事法，八版，2018年10月，臺北：元照出版。
- 王伯琦，民法債編總論，三版，1968年10月，臺北：國立編譯館出版。
- 王伯儉，工程契約法律實務，三版，2016年9月，臺北：元照出版。
- 王國武，政府採購契約之管理與爭議研析，2020年4月，臺北：新學林出版。
- 王澤鑑，債法原理，增訂三版，2012年3月，臺北：自版。
- 王澤鑑，民法總則，增訂新版，2014年2月，臺北：自版。
- 王澤鑑，民法物權，增訂二版，2014年3月，臺北：自版。
- 史尚寬，債法總論（下），訂正再版，1961年，臺北：自版。
- 古嘉諄、陳佳希、顏玉明主編，工程法律實務研析（二），2006年2月，臺北：元照出版。
- 李家慶，工程法律與索賠實務，2004年9月，臺北：中華民國仲裁協會出版。
- 林家祺，政府採購法，四版，2019年6月，臺北：新學林出版。
- 林誠二，民法總則新解一體系化解說（下），三版，2012年9月，臺北：瑞興出版。
- 林誠二，債法總論新解一體系化解說（下），二版，2013年1月，臺北：瑞興出版。
- 林誠二，債編各論新解一體系化解說（下），2015年4月，臺北：瑞興出版。
- 林誠二，債編各論新解一體系化解說（中），三版，2015年6月，臺北：

瑞興出版。

邱聯恭，口述民事訴訟法講義（二），2017年9月，臺北：自版。

邱聰智著，姚志明校訂，新訂債法各論（下），再版，2008年3月，臺北：自版。

邱聰智著，姚志明修訂，新訂民法債編通則（下），二版，2014年2月，臺北：自版。

姜世明，民事訴訟法（上冊），五版，2016年9月，臺北：新學林出版。

姜世明主編，共同訴訟之研究，2021年4月，臺北：新學林出版。

胡長清，中國民法債編總論，二版，1968年6月，臺北：台灣商務印書館出版。

高明發，承攬之理論與實務，2002年11月，臺北：司法院出版。

孫森焱，民法債編總論（下），修訂版，2018年11月，臺北：自版。

許士宦，強制執行法，2014年8月，臺北：新學林出版。

陳自強，契約之內容與消滅，四版，2018年9月，臺北：元照出版。

陳自強，契約之成立與生效，四版，2018年10月，臺北：元照出版。

梁宇賢，公司法論，修訂八版，2019年9月，臺北：三民出版。

陳秋華、王雪娟主編，工程法律實務研析（八）——100個從開工、完工到保固不可不知的重要事項，2019年9月，臺北：元照出版。

陳猷龍，民法債編總論，四版，2005年10月，臺北：五南出版。

陳聰富，民法總則，二版，2016年2月，臺北：元照出版。

黃立主編，民法債編各論（下），2004年9月，臺北：元照出版。

黃立主編，民法債編各論（上），2004年10月，臺北：元照出版。

黃立，民法債編總論，修正三版，2006年11月，臺北：自版。

黃宗樂等著，物權法之新思與新為—陳榮隆教授六秩華誕祝壽論文集，2016年8月，臺北：自版。

黃茂榮，法學方法與現代民法，增訂再版，1982年10月，臺北：自版。

- 黃茂榮，法律漏洞及其補充的方法，1987年8月，臺北：植根出版。
- 黃鈺華、蔡佩芳，政府採購法解讀—逐條釋義，七版，2019年2月，臺北：元照出版。
- 楊芳賢，民法債編總論（下），修訂二版，2021年5月，臺北：三民出版。
- 楊淑文，民事實體法與程序法爭議問題，二版，2010年6月，臺北：元照出版。
- 楊淑文、姜世明、許政賢主編，跨世紀兩岸民事程序法學之新視野，2012年7月，臺北：政治大學法學院民事法學中心出版。
- 楊淑文，保證契約與擔保給付精選判決評析，2018年1月，臺北：元照出版。
- 鄭玉波著，陳榮隆修訂，民法債編總論，二版，2002年6月，臺北：三民出版。
- 鄭冠宇，民法總則，七版，2021年7月，臺北：自版。
- 鄭冠宇，民法物權，十一版，2021年7月，臺北：自版。
- 鄭冠宇，民法債編總論，四版，2021年8月，臺北：自版。
- 劉春堂，判解民法債編通則，六版，2010年9月，臺北：三民出版。
- 劉春堂，民法債編各論（下），修訂版，2012年2月，臺北：自版。
- 劉春堂，民法債編通則（中），2021年4月，臺北：自版。
- 劉連煜，現代公司法，增訂十五版，2020年9月，臺北：自版。
- 賴源河著，王志誠修訂，實用公司法，增訂三版，2020年8月，臺北：五南出版。
- 謝在全，民法物權論（上），修訂七版，2020年9月，臺北：自版。
- 謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務—兼論政府採購法，四版，2018年9月，臺北：翰蘆出版。
- 謝哲勝、李金松，政府採購法實用，二版，2019年7月，臺北：元照出版。

版。

貳、期刊論文

王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務（上），國立中正大學法學集刊，第 7 期，2002 年 4 月，頁 47-232。

王千維，論可分債務、連帶債務與不真正連帶債務（下），國立中正大學法學集刊，第 8 期，2002 年 7 月，頁 3-65。

王千維，公同共有債權之行使，月旦法學教室，第 160 期，2016 年 1 月，頁 64-69。

王千維，由民法上的合夥，看有限合夥法上的有限合夥—有限合夥之成立與有限責任，月旦法學雜誌，第 262 期，2017 年 2 月，頁 144-156。

王文字，契約解釋與任意規定—比較法與案例研究（上），台灣法學雜誌，第 290 期，2016 年 2 月，頁 21-47。

王志誠，公司轉投資之自由及限制，月旦法學教室，第 98 期，2010 年 11 月，頁 20-21。

王志誠，有限合夥法總評，台灣法學雜誌，第 280 期，2015 年 9 月，頁 45-56。

呂太郎，公同共有債權人起訴請求給付之當事人適格——評最高法院 104 年度第 3 次民事庭會議決議，月旦裁判時報，第 49 期，2016 年 7 月，頁 13-21。

沈冠伶，非法人團體之當事人能力、當事人適格及其判決效力，政大法學評論，第 120 期，2011 年 4 月，頁 95-157。

李群英、陳太平、黃仁政、黃長洺、樂家青、黃一昌、林村棋，互助營造參與臺北捷運建設之經驗談，捷運技術，第 49 期，2014 年 7 月，頁 189-210。

林茂村，聯合承攬問答集，營造天下，第 12 期，1996 年 12 月，頁 44-

45。

林家祺，公共工程履約爭議處理機制暨實務運作之探討，財產法暨經濟法，第 48 期，2016 年 12 月，頁 1-24。

林誠二，準公同共有債權之請求——最高法院一〇四年度台上字第二一八四號民事判決評釋，月旦裁判時報，第 45 期，2016 年 3 月，頁 9-16。

林誠二，聯合承攬法律關係之定性與區辨，台灣法學雜誌，第 349 期，2018 年 8 月，頁 105-116。

姚志明，民事契約解釋原則與公共工程契約解釋，月旦法學雜誌，第 246 期，2015 年 10 月，頁 113-125。

張心悌，公司轉投資合夥事業，月旦法學教室，第 129 期，2013 年 6 月，頁 27-29。

陳希佳，離岸風電與 FIDIC 契約，離岸風電雜誌，第 8 期，2021 年 3 月，頁 82-86。

張家禎，聯合承攬協議書中的違約條款，營造天下，第 19 期，1997 年 7 月，頁 25-28。

張家禎，論聯合承攬內管理委員會之運作，營造天下，第 37 期，1999 年 1 月，頁 40-43。

張家禎，聯合承攬之比例，營造天下，第 66 期，2001 年 6 月，頁 14-18。

陳瑋佑，論繼承債權之訴訟上請求——評最高法院一〇四年第三次民庭決議（一）之固有必要共同訴訟肯定說，月旦法學雜誌，第 254 期，2016 年 7 月，頁 38-61。

陳榮傳，公同共有債權的權利行使—最高法院決議的評析與建議，台灣法學雜誌，第 400 期，2020 年 9 月，頁 89-90。

陳聰富，政府採購「共同投標」之撤銷決標與損害賠償，月旦法學雜誌，第 140 期，2007 年 1 月，頁 135-151。

黃立，從實務觀點看聯合承攬的相關爭議，法學新論，第 43 期，2013 年 8

月，頁 1-18。

黃立，統包契約與 EPC 契約解析，月旦法學雜誌，第 250 期，2016 年 2 月，頁 171-189。

游進發，準分別共有與公同共有債權之行使—以最高法院一〇二年度台上字第一三〇七號裁定為出發點，月旦裁判時報，第 34 期，2015 年 4 月，頁 15-23。

游進發，再論準公同共有債權之行使—以最高法院一〇四年度第三次民事庭會議（一）為反思對象，月旦法學雜誌，第 246 期，2015 年 10 月，頁 186-195。

黃馨慧，淺論聯合承攬，營造天下，第 100 期，2004 年 4 月，頁 23-27。

楊佳元，關於代理的相關問題—幾則實務判例評析，月旦法學雜誌，第 244 期，2015 年 8 月，頁 138-147。

靳其偉，聯合承攬制度之研究—從營建工程類探討，捷運技術，第 14 期，1996 年 2 月，頁 8-15。

廖郁晴，初論工程聯合承攬，萬國法律，第 174 期，2010 年 4 月，頁 16-22。

蔡宗賓、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探（上），營造天下，第 111 期，2005 年 3 月，頁 39-43。

蔡宗賓、黃冠雄、蔡哲安，營造業聯合承攬現況初探（下），營造天下，第 113 期，2005 年 5 月，頁 12-17。

蔡晶瑩，代理之要件—最高法院九十九年勞上易字第 69 號判決，月旦裁判時報，第 42 期，2015 年 12 月，頁 89-94。

參、碩博士學位論文

林佳妙，詹森林教授指導，論公共工程聯合承攬的履約爭議—以我國裁判實務爭議為中心—，國立臺灣大學法律學研究所碩士學位論文，2014 年 7

月。

辜雅貞，曾仁杰教授指導，營建聯合承攬出資比例分析模式之研究，國立
交通大學土木工程學系碩士學位論文，2004 年 7 月。

楊仲福，姚乃嘉教授指導，公共工程聯合承攬協議書運作制度與探討，國
立中央大學營建管理研究所碩士學位論文，2015 年 6 月。

