

第四章 工程契約主體變更

公共工程¹⁸⁵執行過程中，往往由於諸多不同原因，使得原來發包前所設定的契約條件無法完全與實際狀況吻合，因此需依實際情況進行必要的調整或變更，此種變更有時只是數量的增減，有時會影響完工期限而需展延工期；有時需要變更工程設計；有時需要變更契約中其他相關條件，所有此種足以改變契約約定條件者統稱為契約變更¹⁸⁶。

所謂契約變更，實際包含兩個層面。針對個別債權債務，即狹義債之關係發生變更，簡稱為債之變更。而針對契約關係的整體，則稱為契約關係之變更¹⁸⁷。

有關工程契約變更之意義，現行法並無任何之規定，惟參諸政府採購契約要項之規定¹⁸⁸，其涵義似係指契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容之變更而言。亦即一般所謂工程之契約變更似僅指工程契約標的內容之變更，而不包括工程契約主體之變更。且因工程契約主體之變更，恐涉及變更後之主體，尤其是承攬人是否有能力繼續施作完成工程，因此，國內外之工程契約內大抵皆有工程契約不得轉讓（assignment）或轉包之規定，或規定應先經定作人之同意¹⁸⁹。

¹⁸⁵ 政府採購法第 7 條：「本法所稱工程，指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設備及改變自然環境之行為，包括建築、土木、水利、環境、交通、機械、電氣、化工及其他經主管機關認定之工程（第 1 項）…採購兼有工程、財物、勞務二種以上性質，難以認定其歸屬者，按其性質所占預算金額比率最高者歸屬之（第 4 項）」；公共工程專業技師簽證規則第 3 條：「本規則所稱公共工程，指政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）興辦或機關依法核准由民間機構參與或投資興辦之工程（第 1 項）。前項所稱工程，指在地面上下新建、增建、改建、修建、拆除構造物與其所屬設施及改變自然環境之行為（第 2 項）」。

¹⁸⁶ 參安信商務法律事務所，公共建設永續發展人才教育—各機關辦理公共工程常見司法爭議類型化之研究，行政院公共工程委員會委託研究，頁 III. 二. 1，2002 年 12 月。

¹⁸⁷ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 286，2004 年 1 月。

¹⁸⁸ 採購契約要項第 20 點：「機關於必要時得於契約所約定之範圍內通知廠商變更契約。除契約另有規定外，廠商於接獲通知後應向機關提出契約標的、價金、履約期限、付款期程或其他契約內容須變更之相關文件。廠商於機關接受其所提出須變更之相關文件前，不得自行變更契約。除機關另有請求者外，廠商不得因第 1 項之通知而遲延其履約責任。機關於接受廠商所提出須變更之事項前即請求廠商先行施作或供應，其後未依原通知辦理契約變更或僅部分辦理者，應補償廠商所增加之必要費用」；第 21 點：「契約約定之採購標的，其有下列情形之一者，廠商得敘明理由，檢附規格、功能、效益及價格比較表，徵得機關書面同意後，以其他規格、功能及效益相同或較優者代之。但不得據以增加契約價金。其因而減省廠商履約費用者，應自契約價金中扣除。（一）契約原標示之廠牌或型號不再製造或供應。（二）契約原標示之分包廠商不再營業或拒絕供應。（三）因不可抗力原因必須更換。（四）較契約原標示者更優或對機關更有利」。

¹⁸⁹ 參李家慶，論工程契約變更，收錄於劉尚志主編，2002 全國科技法律研討會論文集，頁 350，2002

而對於機關辦理之工程而言，基於招標之公平性及對於投標廠商資格之要求，且為防範得標廠商不自行履行契約之轉包行為，特別是工程、勞務採購得標後轉由他人承作，坐收轉包權利金，甚至層層轉包，俗稱1隻牛撥好幾層皮，政府採購法對於契約主體之變更或契約之轉讓有嚴格之限制。如政府採購法第65條規定，得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包¹⁹⁰，得標廠商如違反禁止轉包之規定時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償¹⁹¹。另機關辦理工程採購亦多依採購契約要項第23點於契約內規定，廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人，契約此一規定似亦已排除得標廠商將債權讓與¹⁹²他人及由其他廠商承擔契約之可能。

惟對於機關辦理之工程採購而言，如絕對禁止契約主體之變更或轉讓，在若干情形下並非當然符合機關之利益，此時仍有契約主體之變更或轉讓之可能。故契約主體之或轉讓雖原則上係予禁止，惟仍得在例外之情況予以同意。如採購契約要項第23點即謂：「廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人。但因公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行因權利質權而生之債權或其他類似情形致有轉讓必要，經機關書面同意者，不在此限」。

工程實務上，除採購契約要項第23點但書情形外，尚有其他涉及工程契約主體變更之情形。例如在工程契約原得標廠商已無力繼續履約施作之情形，若契約規定得由所謂「履約及賠償連帶保證廠商」進場施作，則當連帶保證廠商進場施作時，工程契約之主體似已實質發生變更；此

年11月。

¹⁹⁰ 政府採購法第65條規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包（第1項）。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行（第2項）。廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前二項規定（第3項）」。至於何者為主要部分，依政府採購法施行細則第87條規定，係指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分。如招標文件漏未標示何者為主要部分，亦未標明得標廠商必須自行履約之部分時，則除得標廠商將契約之全部交由其他廠商代為履行，否則似難認定為轉包。行政院公共工程委員會89年3月23日(89)工程企字第89006979號函：「…經查來函所附旨揭印製案之投標須知第75點未填主要部分，則得標廠商有無轉包，應視該廠商有無將原契約中應自行履行之『全部』，由其他廠商代為履行而定」，可資參照。

¹⁹¹ 政府採購法第66條規定：「得標廠商違反前條規定轉包其他廠商時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償（第1項）。前項轉包廠商與得標廠商對機關負連帶履行及賠償責任。再轉包者，亦同（第2項）」。

¹⁹² 民法第294條規定：「債權人得將債權讓與於第三人。但左列債權，不在此限：一、依債權之性質，不得讓與者。二、依當事人之特約，不得讓與者。三、債權禁止扣押者（第1項）。前項第2款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人（第2項）」。

外，大型公共工程之履行期間，往往歷時數年，原得標廠商在施作期間如果發生財務困難，而無法依約支付工程款予其分包商，將可能導致工程無法如期完成之後果，為圓滿解決此一問題，在工程實務上，乃創設出由工程主辦機關出面，介入原得標廠商與其分包商間請款關係，以期工程如期完工之制度，實務上稱之為「監督付款」¹⁹³，此一情形，工程契約主體亦似已實質變更。

故本章除就契約主體變更之意義略作說明外，亦將對於採購契約要項第23點但書以外，實務上可能發生契約主體變更之情形作一探討。

第一節 契約主體變更之意義

債之構成要件不外主體及客體，主體即債權人及債務人，客體即債之標的是也。債之關係不變更其同一性而變更其主體或客體者，綜稱債之變更。其中關於債之主體之變更是為債之移轉。即債之變更，不論主體變更或客體變更，須不變更債之同一性，倘若原債之關係消滅而成立新債之關係，則為債之更改，與債之變更尚有不同¹⁹⁴。

原來於羅馬法，認為債之關係係連結債權人與債務人間之法鏈，其任何一端倘有變更，亦即債權人或債務人若經變更，債之關係即失其同一性。惟近代法在資本主義經濟組織下，承認債權讓與及債務承擔的合法性，蓋債權之讓與足以促進投資之流動，而且以自己之債權提供債務之擔保或為債務之清償方法亦具實益。債務之承擔則可藉以增加債權之總擔保，保障其清償能力，並可依契約之承擔、營業之概括承受等方式，賦予契約關係之流動性，發揮債之關係的經濟上價值。因此，關於債之變更，就客體變更言，得依法律之規定或當事人之意思表示為之，就主體變更言，則以債權之自由處分為重心，將債權與其主體分離，承認其為客觀的獨立的權利，得為交易之標的¹⁹⁵。

是以，有關契約主體的變更，其主要涉及契約加入與契約承擔，且須以不變更契約同一性為前提。至於涉及債之更改中主體變易之情形

¹⁹³ 參池泰毅，監督付款制度，收錄於古嘉諄、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），寰瀛法律事務所出版，頁281，2005年9月。

¹⁹⁴ 參孫森焱，民法債編總論，三民書局經銷，頁689，1979年9月。

¹⁹⁵ 參孫森焱，民法債編總論，三民書局經銷，頁690，1979年9月。

¹⁹⁶，因非屬契約變更之範圍，故不在本章探討之範疇。

第一項 契約加入

所謂契約加入 (Vertragsbeitritt)，乃第三人加入契約關係中當事人一方之權利與義務，關於義務，加入人變成連帶債務人，適用併存債務承擔的規定。關於權利則成為連帶或共同債權人¹⁹⁷。如契約當事人與第三人訂定之契約承擔往往因契約相對人拒絕同意，而遭擱淺，於此，得以由契約所生之權利之讓與併存的債務承擔之結合，而達到經濟上接近於全部契約關係承受之結果¹⁹⁸。

第二項 契約承擔

至於契約承擔，於民法上只規定了個別債權的讓與及個別債務的承擔，而非整個的債之關係的讓與或承擔¹⁹⁹。此非立法者故意不加以規定，而係因立法當時其所了解的債之關係為個別債權債務，廣義債之關係概念的發展，乃二十世紀以後之事。廣義債之關係，尤其是契約關係，乃具有有機性的一體，契約主體地位也能像一般財產權一樣，依契約而變動，且德國關於契約承擔的文獻，均於二次世界大戰後才現身，是以契約承擔可以說是相當年輕的法律制度²⁰⁰。

契約承擔 (die Vertragsuebernahme)，乃以第三人替代原契約當事人位置，也就是將原契約當事人的一切權利、義務移轉給承擔人²⁰¹。簡單地說，係契約關係主體的變更，即由新的當事人取代原來一方當事人，契約關係的內容並不因而有所變動，就此點而言，可謂契約關係的同一性不變²⁰²。即契約承擔人不僅取得個別債權，負擔個別債務，基於契約關係所生的所有權能（如解除權）與抗辯關係（如同時履行抗辯

¹⁹⁶ 如最高法院 68 年度台上字第 3407 號判例所稱：「按債之更改中關於債務人之更改，謂因變易債務人以消滅舊債務而發生新債務，與債務承擔僅變更債務人，而債務仍屬同一之情形迥異」。

¹⁹⁷ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 626，2002 年 9 月。

¹⁹⁸ 參史尚寬，論概括的債務承擔，收錄於鄭玉波主編，民法債編論文選輯（中），五南圖書，頁 924，1984 年 7 月。

¹⁹⁹ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 625，2002 年 9 月。

²⁰⁰ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 346，2004 年 1 月。

²⁰¹ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 625，2002 年 9 月。

²⁰² 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 345，2004 年 1 月。

權)，均得基於契約主體的地位行使或主張之²⁰³。

契約承擔因係以整個的債之關係移轉為目的，是單一的法律行為²⁰⁴，而不可拆散成多數的債權讓與及債務承擔。契約承擔是對整個債之關係之處分，由於每一方之權利地位均受影響，自須經三方當事人之同意，原則上契約承擔由退約人與承擔人達成協議，契約之生效則應經不變的當事人同意，因為後者要放棄對退約人之權利²⁰⁵。即對契約關係整體之處分，非得原契約雙方當事人同意不可，而契約承擔需有第三人願意承擔契約，因此，以契約由第三人取代一方當事人契約的地位，須三方均同意才可²⁰⁶。而契約承擔契約的成立，可以是三方契約，但由承擔人與其中一方當事人成立，因他方當事人承認而發生契約承擔的效力，比較常見²⁰⁷。

另在長期關係中，契約承擔人通常只願意自承擔時起接收新發生的權利義務。承擔人是否願意承擔退約人在承擔前積欠之義務（如積欠的房租債務），乃是解釋問題，有疑問時應認為先前的債務仍屬於退約人²⁰⁸。例如租賃契約等的繼續性契約關係，則承擔前到期積欠的租金，應由誰負責，應先判斷三方當事人就此是否有約定，必要時，應解釋契約，如無法透過契約解釋認定時，因已到期的租金，以現時發生，而成為獨立的債務，除就到期未付之租金債務，另有債務承擔外，應認為原契約當事人仍負擔支付之責²⁰⁹。

第二節 公司分割

²⁰³ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 347，2004 年 1 月。

²⁰⁴ 依德國通說，契約承擔契約兼具有處分行為與債務繼受的雙重性質。就原有的契約當事人而言，契約承擔契約係對契約關係整體之處分，如甲基於買賣契約所有積極的地位（債權、請求權、權能及其他法律上地位），均移轉於丙，而乙基於賣賣契約所有的積極地位，亦因買受人由丙取代甲，實質上有所變化（擔保債務履行的責任財產被變更），因此，甲及乙均處分其買賣契約所生的積極地位。他方面，甲基於買賣契約所有消極的地位（給付義務、附隨義務或保護義務、不真正義務等），均因承擔契約由丙繼受，因此，承擔契約又具有債務繼受的性質。但是，無論是契約關係整體之處分，或債務繼受，均基於一個單一法律行為。參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 348，2004 年 1 月。

²⁰⁵ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 626，2002 年 9 月。

²⁰⁶ 如最高法院 73 年度台上字第 1573 號判例即謂：「有關工程契約之轉讓，係當事人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，與單純的債權讓與不同，非經他方之承認，對他方不生效力」。

²⁰⁷ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 349，2004 年 1 月。

²⁰⁸ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁 626，2002 年 9 月。

²⁰⁹ 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁 351，2004 年 1 月。

實務上曾有某建設股份有限公司（以下簡稱甲公司）擬將原有營造工程業務部門分割²¹⁰成立新公司（營造股份有限公司，以下簡稱乙公司），並擬將甲公司得標之採購契約之所有權利義務由乙公司概括承受。惟按採購契約要項第23點²¹¹，工程採購契約除有該點但書之情形者外，得標廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人。

雖按營造業法施行細則第10條規定²¹²：「營造業合於下列規定者，得按原等級登記之，其業績合併累計：…公司組織之營造業，以其經營建築及土木工程之營業項目另設公司組織之綜合營造業」，乙公司得依此規定繼受甲公司之業績且按原登記等級登記，惟甲公司既已將營造業務分割獨立成立乙公司，其已非屬營造業法所稱之營造業，自不得繼續施作已得標而尚未完工之工程。且依內政部94年8月5日台內中營字第0940084690號函²¹³，甲公司亦不得委由其他同等級之營造業繼續施作。

至於公司分割是否屬採購契約要項第23點但書之情形乙節，查公司分割制度係於公司法90年11月12日修正時始納入我國法制，且於91年2月6日制定企業併購法明定公司分割制度，故政府採購法及相關子法制定時，尚無公司分割之制度，是以採購契約要項第23點訂定時，尚無從預計「公司分割」之情形。而解釋公司分割是否屬採購契約要項第23點但書「或其他類似情形」，應按「同種限制」解釋之原則，參考該但書前揭例示「公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行因權利質權而生之債權」之規定，而予以界定「或其他情形」之涵義。

²¹⁰ 所謂分割，按企業併購法第4條第6款規定，係指公司依本法或其他法律規定將其得獨立營運之一部或全部之營業讓與既存或新設之他公司，作為既存公司或新設公司發行新股予該公司或該公司股東對價之行為。且依企業併購法第32條第4項規定，分割後受讓營業之既存或新設公司，除被分割業務所生之債務與分割前公司之債務為可分者外，應就分割前公司所負債務，於其受讓營業之出資範圍，與分割前之公司負連帶清償責任。但債權人之債權請求權，自分割基準日起二年內不行使而消滅。

²¹¹ 採購契約要項第23點：「廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人。但因公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行因權利質權而生之債權或其他類似情形致有轉讓必要，經機關書面同意者，不在此限」。

²¹² 營造業法施行細則第10條規定：「營造業合於下列規定者，得按原等級登記之，其業績合併累計：一、公司組織之營造業變更組織種類。二、非公司組織之營造業設立為公司組織。三、變更名稱或負責人。四、公司組織之營造業，以其經營建築及土木工程之營業項目另設公司組織之綜合營造業（第1項）。公司組織之營造業合併，得按原登記等級較高者登記之，其業績得予合併累計（第2項）」。

²¹³ 內政部94年8月5日台內中營字第0940084690號函略以：「查貴公司係分割營造業務獨立成立○○○營造股份有限公司，其情形與營造業法第21條規定之適用前提『營造業經撤銷登記、廢止登記或受停業之處分』尚有不同，故無上開規定之適用」。

因此，本文認為，公司分割之性質，本難謂與「公司合併」、「銀行或保險公司履行連帶保證」、「銀行因權利質權而生之債權」等屬類似情形，況公司分割後，乙公司之財力通常已不若甲公司，對於將來如廠商不履行契約義務，而機關可獲得之求償層面而言，更屬不利，爰機關應不得允許甲公司將得標之工程採購契約讓與分割後之乙公司。

第三節 廠商履約及賠償連帶保證

公共工程契約之連帶保證人責任在實務上頗為重要，尤其這幾年來因為整體營造業之經營環境艱苦，承商中途倒閉，業主轉而追究連帶保證廠商負起履約責任者甚為常見²¹⁴，因此本節將就政府採購法有關廠商履約及賠償連帶保證之規定作一探討。

第一項 政府採購法之規定

公共工程契約因金額龐大，執行期間長，因而必須設計一套特殊之制度，使得機關於簽約時，先行給付預付款，讓得標廠商得以購置機具材料。其次，則係按期估驗得標廠商完成之工作，給付各期工程報酬，讓得標廠商有餘力支付下包商等各類款項；他方面，機關付出了巨額款項之後，為擔保得標廠商確實履約，免的所付出去之款項無著，相對的會要求得標廠商提供相當之擔保²¹⁵。

且依政府採購法第30條規定，機關辦理招標，應於招標文件中規定投標廠商須繳納押標金；得標廠商須繳納保證金或提供或併提供其他擔保。而得標廠商須繳納保證金之種類，依「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第8條規定²¹⁶，可分為履約保證金、預付款還款保證、保固保證金、差額保證金及其他經主管機關認定者。至於各種保證金的繳納方式，得由得標廠商自行選擇政府採購法第30條第2項²¹⁷所規定的方式之一

²¹⁴ 參劉志鵬，工程契約連帶保證人之責任，收錄於古嘉諱、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），震瀛法律事務所出版，頁41，2005年9月。

²¹⁵ 參劉志鵬，工程契約連帶保證人之責任，收錄於古嘉諱、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），震瀛法律事務所出版，頁41，2005年9月。

²¹⁶ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第8條規定：「保證金之種類如下：一、履約保證金。保證廠商依契約規定履約之用。二、預付款還款保證。保證廠商返還預先支領而尚未扣抵之預付款之用。三、保固保證金。保證廠商履行保固責任之用。四、差額保證金。保證廠商標價偏低不會有降低品質、不能誠信履約或其他特殊情形之用。五、其他經主管機關認定者」。

²¹⁷ 政府採購法第30條第2項：「押標金及保證金應由廠商以現金、金融機構簽發之本票或支票、保付支票、郵政匯票、無記名政府公債、設定質權之金融機構定期存款單、銀行開發或保兌之不可

為之，其選擇權在廠商，機關不得予以限定或增列。

另為回應營造產業對於保證金等資金之迫切需求與靈活運用，就得標廠商所須繳納之履約保證金或保固保證金，依「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條及第33條之1規定²¹⁸，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證方式代替繳納全部或部分之履約保證金或保固保證金。亦即透過其他廠商之履約及賠償連帶保證方式，減輕得標廠商於履約過程中之資金週轉壓力。

惟有疑義者，按「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項²¹⁹但書之規定，原得標廠商如依契約規定有不發還之情形，且其情形可由履約及賠償連帶保證廠商代原得標廠商履約者，似應先洽該連帶保證廠商履約。此時，該連帶保證廠商代替原得標廠商繼續履約之法律性質，即有探求之必要。

第二項 連帶保證之法律性質

第一款 一般保證

保證乃主債務人不履行其債務時，由保證人負履行主債務之責任的典型契約，該保證債務之發生係基於保證人與債權人之約定。在法律上，保證人雖對債權人負獨立於主債務人之債務，但因該債務具有僅擔保主債務之履行的特殊目的，故在成立、移轉及消滅上具有所謂之從屬性，並於確定主債務之範圍時，依保證債務之從屬性及保證契約之具體內容界定保證債務範圍²²⁰。因此保證可謂存在於保證人與債權人間之契約，而且保證係以他方當事人間已存在之債務為標的²²¹。

撤銷擔保信用狀繳納，或取具銀行之書面連帶保證、保險公司之連帶保證保險單為之」。

²¹⁸ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第33條規定：「未達公告金額之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商應繳納之履約保證金或保固保證金，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證代之」；第33條之1規定：「公告金額以上之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商提出符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證者，其應繳納之履約保證金或保固保證金得予減收」。

²¹⁹ 「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項規定：「保證金有不發還之情形者，得標廠商及連帶保證廠商應向機關補繳該不發還金額中原由連帶保證代之或減收之金額。但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，應先洽該廠商履約」。

²²⁰ 參陳洗岳，契約解除時之連帶保證人的責任，月旦法學教室，第41期，頁12，2006年3月。

²²¹ 參杜怡靜，保證，收錄於黃立主編，民法債編各論（下），元照出版，頁581，2004年9月。

即保證契約之法律關係仍存在於債權人與保證人之間，而非債務人與保證人之間。且保證人不得執其與主債務人間之法律關係所生之權利義務或抗辯事由，對債權人而為主張²²²。即保證人與債權人間之關係，為基於保證契約所生之關係，至保證人與主債務人間之關係，則為保證契約以外之關係。保證人之所以承擔債務，有因受主債務人之委託而為者，此際保證人與主債務人間之關係，屬於委任關係。亦有保證人未受主債務人之委託而自願為保證者，則其與主債務人之關係，屬於無因管理之性質。至於保證人以贈與之意思而為保證者，則保證人與主債務人之關係當為附條件之贈與，以主債務人之不履行債務，為其所附之停止條件²²³。

如最高法院85年台上字第2143號判決：「保證契約係保證人與債權人間所締結之契約。保證債務之存在，故以主債務之存在為前提，惟保證契約與主債務人及債權人間所成立之債權債務契約，究屬二個獨立存在之契約。非可因保證債務有其從屬性，或因該二契約形之於同一書面上，即可置保證契約之獨立條款於不論」。

另依民法第745條之規定，保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償。此項規定之性質，學說上稱之為保證契約行使上之補充性²²⁴，或保證人之先訴抗辯權²²⁵。即保證債務乃係為擔保主債務之清償，故於主債務有清償之可能時，保證債務之擔保目的即不存在，因此得對債權人主張盡量先就主債務主張權利之先訴抗辯權²²⁶。

第二款 連帶保證

所謂連帶保證，為保證人與主債務人連帶負履行債務之責任。民法

²²² 參楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院 88 年度臺上字第 1815 號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌，第 25 期，頁 17，2001 年 8 月。

²²³ 參錢國成，保證人與主債務人之關係，收錄於鄭玉波主編，民法債編論文選輯（下），五南圖書，頁 1409，1984 年 7 月。

²²⁴ 補充性乃由主債務人負第一次之責任，保證人負第二次責任之謂，故保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行無效果前，對於債權人得拒絕清償。參杜怡靜，保證，收錄於黃立主編，民法債編各論（下），元照出版，頁 587，2004 年 9 月。

²²⁵ 參楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院 88 年度臺上字第 1815 號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌，第 25 期，頁 24，2001 年 8 月。

²²⁶ 參楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院 88 年度臺上字第 1815 號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌，第 25 期，頁 16，2001 年 8 月。

對於連帶保證並未設有明文之規定，實務上則認為連帶保證亦屬於保證之一種（具有從屬性），但因連帶保證無補充性，與一般保證性質並不完全相同，故認為其為一種特殊保證²²⁷。且因連帶保證人與主債務人負連帶責任，非如一般保證人之責任具有補充性，所以債權人於債務人不履行債務時，當然立即可向保證人請求給付，保證人不得拒絕，由此可見連帶保證人並無一般保證人所謂之先訴抗辯權²²⁸。

另因連帶保證仍屬保證契約，主債務人向債權人為清償時，依保證債務之從屬性，保證債務亦歸於消滅，保證人得援引民法第742條²²⁹之規定，主債務發生權利消滅抗辯事由，保證人得主張之。此種情形或與民法第274條²³⁰之情形相同。惟保證人向債權人清償保證債務時，保證債務所生之權利抗辯事由，主債務人無法援引主張之。此乃因保證契約之從屬性係屬單面之從屬性，主債務並未從屬於保證債務。故保證人清償保證債務時，主債務人並無法援引民法第742條之規定主張主債務之消滅，因之，與民法第274條之規定即有不同，主債務人與保證人並非履行共同體，亦非同一階層之債務。蓋保證債務僅具擔保債權人對主債務人之債權之實現，保證債務之清償具有「預付」之性質，保證人清償後依民法第749條規定，承受債權人對於主債務人之債權，為法定債之移轉。因此，保證債務與主債務非屬「同一」之給付²³¹。

因此連帶保證人雖與主債務人負連帶責任而有類似連帶債務之性質，惟其仍具保證契約之從屬性，是以與連帶債務尚屬有別，如最高法院88年台上字第1169號判決即謂：「查連帶保證為保證之一種，並非連帶債務，其特點在於其債務不失其附從性，主債務人與連帶保證人間之關係，應適用關於保證之規定，主債務人與連帶保證人間並無分擔部分」²³²。

²²⁷ 參杜怡靜，保證，收錄於黃立主編，民法債編各論（下），元照出版，頁607，2004年9月。

²²⁸ 參杜怡靜，保證，收錄於黃立主編，民法債編各論（下），元照出版，頁608，2004年9月。

²²⁹ 民法第742條規定：「主債務人所有之抗辯，保證人得主張之（第一項）。主債務人拋棄其抗辯者，保證人仍得主張之（第二項）」。

²³⁰ 民法第274條規定：「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」。

²³¹ 參楊淑文，論連帶保證與連帶債務—最高法院88年度臺上字第1815號民事判決評釋，臺灣本土法學雜誌，第25期，頁33，2001年8月。

²³² 惟實務上亦有認為連帶保證為連帶債務者，如最高法院45年台上字第1426號判例：「保證債務之所謂連帶，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，此就民法第272條第一項規定連帶債務之文義參照觀之甚明。故連帶保證與普通保證不同，縱使無民

第三項 連帶保證廠商履約之性質

第一款 連帶保證廠商履約非屬契約承擔

按「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條及第33條之1規定²³³，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證方式代替繳納全部或部分之履約保證金或保固保證金。且依該作業辦法第33條之2第2項²³⁴規定，如保證金有不發還之情形者，得允許由履約及賠償連帶保證廠商繼續履約。

此種連帶保證廠商於日本稱為「工程完成保證人」，其可分為二種情形：(一)單純保證型：課予工程完成保證人單純的義務，當一定事由發生，有依定作人的請求完成工程之責任。(二)權利義務承繼型：工程完成保證人依工程契約承受建設業者即承攬人之權利義務。至於工程完成保證人之法律地位，解釋上單純保證型之工程完成保證人是連帶保證人，而權利義務承繼型之工程完成保證人有認為是地位承繼說、契約更改說、免責的債務承擔說、重疊的債務承擔說（即併存的債務承擔）、連帶保證人說等各種學說主張。日本實務判例見解亦相歧異，札幌高等法院採取地位承繼說之見解，判決宣示內容為「定作人向完成保證人請求履行，完成保證人承諾後自承攬人接手未完成的工程時，成立承攬人契約上地位之替換，承攬人脫離其契約上之地位」，但廣島地方法院採取連帶保證人說之見解，判決宣示內容為「完成保證人是保證人，所以不過是在主債務人債務不履行時被請求保證債務，並非因此解為承繼主債務人之義務，並沒必要從完成保證人代替承攬人完成工程這點，解說是替換契約上的地位，所以當定作人請求履行時，承攬人之權利義務移轉至完成保證人的立法意旨，應解釋只有權利歸屬的意義」。日本建設省當局則認為「不僅是權利的移轉，同時也具有義務移轉的重要意義，從完成保證人立於承攬人地位的規定意旨以觀，以札幌高等法院的見解

法第746條所揭之情形，亦不得主張同法第745條關於檢索抗辯之權利」。

²³³ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第33條規定：「未達公告金額之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商應繳納之履約保證金或保固保證金，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證代之」；第33條之1規定：「公告金額以上之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商提出符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證者，其應繳納之履約保證金或保固保證金得予減收」。

²³⁴ 「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項規定：「保證金有不發還之情形者，得標廠商及連帶保證廠商應向機關補繳該不發還金額中原由連帶保證代之或減收之金額。但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，應先洽該廠商履約」。

較為妥當」²³⁵。

而我國實務上則認為履約及賠償連帶保證廠商非但承擔原得標廠商於採購契約中之債務，且繼受原得標廠商之債權，亦即將原採購契約得標廠商的一切權利、義務移轉給履約及賠償連帶保證廠商，而屬所謂的契約承擔。

如臺灣高等法院92年度重上字第91號判決即謂：「依長城公司於89年2月24日致函土城工業區服務中心表示該公司『因營運受到諸多不利因素影響，致使財務調度發生困難，產生嚴重虧損，為使本工程得以順利完成，敬請依工程合約第19條履約保證條文辦理』，並說明係請求依工程合約第19條第1項第4款『乙方(即長城公司)在履行本契約過程中，如因重大變故無法繼續營業時經取得該相關機關提供的證明，經甲方共同申請，由某履約保證人之一，承繼本契約的權利義務責任，經結算後，另訂契約繼續完成本工程』…另上開系爭工程合約第25條第2項第2、4款約定『乙方逾定期限尚未開工，或開工後進度遲緩，其進度較預定進度落後15%以上；或違背契約或發生變故，甲方認其不能履行本契約責任者，甲方得解除契約，並沒收履約保證金，甲方因此所受一切損失，乙方及其保證人應負連帶賠償之全責』。而同合約第24條第3項復約定『如發生工程契約書第25條契約解除事由時，甲方得通知乙方解除契約，或依本契約規定通知而由連帶保證人接辦。如由連帶保證人接辦時，乙方除自動無異議放棄對本契約應得之權利外，其尚未領取之工程估驗款，全部工程保留款，履約保證金保證人代辦未完工程之工程款債權以及各項扣罰款即轉讓予保證人承受之』，以上約款顯係工程契約之雙方就日後如發生不能履約之情事時，得由履約保證人另行訂約承接原契約上一切權利義務，亦即契約承擔，預為約定」。

惟本文認為，所謂契約承擔，乃以第三人替代原契約當事人位置，將原契約當事人的一切權利、義務移轉給承擔人。而履約及賠償連帶保證廠商則係基於擔保原得標廠商於採購契約履行之特殊目的，於原得標廠商不履行其債務時，由其代負履行責任，且履約及賠償連帶保證廠商承受機關對於原得標廠商之債權，乃係基於民法第749條規定，與前開契約承擔廠商所受權利義務關係似屬有別。故連帶保證廠商之履約應非屬契約承擔，因契約當事人仍為原承攬廠商，至於連帶保證廠商之履約

²³⁵ 參蔡麗宜，工程保證金之研究，國立台北大學法律學系碩士論文，頁34，2000年。

僅係履行其與機關間之連帶保證契約。

第二款 連帶保證廠商履約之限制

由連帶保證廠商繼續履約較具爭議者莫過於其可能違反政府採購法第65條²³⁶禁止轉包之規定。政府採購法雖然明定就工程之非主要部分得以分包方式辦理之²³⁷，但就主要之部分仍有轉包禁止之規定，因此連帶廠商所履行者如係原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分者，似不應允許由履約及賠償連帶廠商繼續履約，否則恐有實質轉包之虞。

惟按「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項²³⁸但書之規定，原得標廠商如依契約規定有不發還之情形，而其情形可由履約及賠償連帶保證廠商代原得標廠商履約者，應先洽該連帶保證廠商履約，工程主辦機關似無否准之權。此時恐產生原得標廠商藉由故意不履約而將工程實質轉包予連帶保證廠商之流弊。

爰本文認為「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項但書，應修正為「但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，且經機關同意者，得洽該廠商履約」，賦予機關選擇補繳保證金或由連帶保證廠商履約之裁量權，以避免連帶保證廠商履行原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分，致有實質轉包之情形發生。

第四節 銀行書面連帶保證

第一項 政府採購法之規定

依政府採購法第30條規定，機關辦理招標，應於招標文件中規定投標廠商須繳納押標金；得標廠商須繳納保證金或提供或併提供其他擔

²³⁶ 政府採購法第65條規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包（第1項）。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行（第2項）。廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前2項規定（第3項）」。

²³⁷ 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」。

²³⁸ 「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項規定：「保證金有不發還之情形者，得標廠商及連帶保證廠商應向機關補繳該不發還金額中原由連帶保證代之或減收之金額。但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，應先洽該廠商履約」。

保。而得標廠商須繳納保證金之種類，依「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第8條規定²³⁹，可分為履約保證金、預付款還款保證、保固保證金、差額保證金及其他經主管機關認定者。

至於各種保證金的繳納方式，得由得標廠商自行選擇政府採購法第30條第2項規定：「押標金及保證金應由廠商以現金、金融機構簽發之本票或支票、保付支票、郵政匯票、無記名政府公債、設定質權之金融機構定期存款單、銀行開發或保兌之不可撤銷擔保信用狀繳納，或取具銀行之書面連帶保證、保險公司之連帶保證保險單為之」²⁴⁰的方式之一為之，其選擇權在廠商，機關不得予以限定或增列。

而通常得標廠商提供現金供擔保，僅見於小型工程；大型工程因保證金金額龐大，得標廠商若提供巨額現金置於機關之處，將影響得標廠商之週轉能力，因而，得標廠商請求銀行出具書面連帶保證之情形極為普遍²⁴¹。惟銀行出具此一書面連帶保證之性質是否為保證契約，尚有探求之必要。

另依行政院公共工程委員會92年7月23日工程企字第09200305370號令發布之「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」，即銀行書面連帶保證格式第2點但書：「但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保

²³⁹ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第8條規定：「保證金之種類如下：一、履約保證金。保證廠商依契約規定履約之用。二、預付款還款保證。保證廠商返還預先支領而尚未扣抵之預付款之用。三、保固保證金。保證廠商履行保固責任之用。四、差額保證金。保證廠商標價偏低不會有降低品質、不能誠信履約或其他特殊情形之用。五、其他經主管機關認定者」。

²⁴⁰ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第2條規定：「本法第30條第2項之用辭定義如下：一、金融機構：指經中央目的事業主管機關核准得辦理本票、支票或定期存款單之銀行、信用合作社、農會信用部、漁會信用部及中華郵政股份有限公司。二、金融機構本票：指金融機構簽發一定之金額，於指定之到期日由自己或分支機構無條件支付與受款人或執票人之票據。三、金融機構支票：指金融機構簽發一定之金額，委託其他金融機構或由其自己於見票時無條件支付與受款人或執票人之票據。四、金融機構保付支票：指金融機構於支票上記載照付或保付或其他同義字樣並簽名之票據。五、郵政匯票：指由中華郵政股份有限公司所簽發及兌付之匯票。六、無記名政府公債：指我國政府機關或公營事業所發行之無記名債票。七、設定質權之金融機構定期存款單：指設定質權予招標機關之金融機構定期存款單，或無記名可轉讓金融機構定期存款單。八、銀行：依銀行法第二條之規定。九、銀行保兌之不可撤銷擔保信用狀：指外國銀行中未經我國政府認許並在我國境內登記營業之外國銀行所開發之不可撤銷擔保信用狀經銀行保兌者。十、銀行書面連帶保證：指由銀行開具連帶保證書並負連帶保證責任者。十一、保險公司：指依保險法經設立許可及核發營業執照者。前項第7款設定質權之金融機構定期存款單，得以信託投資公司代為確定用途信託資金之信託憑證代之」。

²⁴¹ 參劉志鵬，銀行履約保證書，收錄於古嘉諄、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），寰瀛法律事務所出版，頁61，2005年9月。

證金/保固保證金之情形者，不在此限」，銀行此一代洽其他廠商履行契約之妥適性為何²⁴²，亦有探討之空間。

第二項 銀行書面連帶保證之法律性質

第一款 第三人利益契約

在契約的給付關係觀察，原則上係有利於債權人，不利於債務人。但有時債權人、債務人或者雙方當事人希望，使第三人因債之關係獲得利益而訂定契約時，稱為「第三人利益之契約（Vertrag zugunsten Dritte）」，即當事人之一方與他方約定，由他方向第三人為一定之給付，而使第三人對債務人取得債權之契約²⁴³。

而銀行出具之「履約保證金/保固保證金連帶保證書」係由得標廠商與銀行簽訂，效力卻及於第三人（機關），即以第三人（機關）為受利益之人，因之，顯然是法律上所稱之第三人利益契約²⁴⁴。

如臺灣高等法院90年度重上字第493號判決：「本件工程承攬契約中，約定由承攬人長城公司應繳納工程契約總金額10%即2,888萬元作為履約保證金，用供擔保承攬人長城公司得以積極履行承攬契約，若長城公司無法提出現金，亦得以政府短期公債或公營銀行儲蓄存款，或以金融機構出具之履約保證書代之；本件保證書由長城公司與被上訴人（銀行）簽具後再交付予上訴人，其內約定被上訴人一經上訴人（機關）之書面通知即給付上開數額之履約保證金予上訴人，堪認本件保證書具有利益第三人（即上訴人）之性質，上訴人自得依此保證書內容向被上訴人請求給付」。

第二款 銀行書面連帶保證為付款之承諾

按「履約保證金/保固保證金連帶保證書」之文義觀之，因其名為「保證」，故實務上有認其性質類似於民法之保證，亦即主債務人（得標廠商）對於機關之所有抗辯，保證銀行基於保證契約之從屬性均得向

²⁴² 保險公司出具之履約保證金連帶保證保險單亦有此一問題，於茲不贅。

²⁴³ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁548，2002年9月。

²⁴⁴ 參劉志鵬，銀行履約保證書，收錄於古嘉諱、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），震瀛法律事務所出版，頁63，2005年9月。

機關主張。

如臺灣高等法院90年度重上字第564號判決：「按『保證人於債權人未就主債務人之財產強制執行而無效果前，對於債權人得拒絕清償』民法第745條定有明文，此即所謂保證人之先訴抗辯權。查本件上訴人（銀行）出具交予住都局之履約保證金保證書約定：『…本行一經接獲住都局書面通知，即日將上述履約保證金…如數給付住都局…並放棄先訴抗辯權』等內容觀之，倘該約定不具有保證契約性質，何須贅列『放棄先訴抗辯權』之字眼？更何況，上開契約既名為『保證』書，解釋上自當認類似民法保證契約，其理至明」。

然而，機關之所以同意得標廠商毋庸繳納原應繳納之履約保證金/保固保證金，係藉由銀行出具書面連帶保證，而使原應由得標廠商以履約保證金/保固保證金用供擔保其應盡契約責任之風險，移轉由出具保證書之銀行承擔，故此一保證書實為履約保證金/保固保證金等現金之替代，而為付款之承諾。即其非為履行得標廠商之契約義務，與民法所規定之保證係在主債務人債務不履行時，由保證人代為履行之性質迥異。此由「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」第1點規定²⁴⁵：「得標廠商…依招標文件(含其變更或補充)規定應向機關繳納履約保證金/保固保證金…該履約保證金/保固保證金由本行開具本連帶保證書負連帶保證責任」觀之甚明。

且按「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」第2點規定²⁴⁶：「機關…認定有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形者，一經機關書面通知本行後，本行當即在前開保證總額內，依機關書面通知所載金額如數撥付」，當機關向銀行主張權利時，銀行不能抗辯主張機關應舉證得標廠商是否確有不發還保證金之情形。

²⁴⁵ 履約保證金/保固保證金連帶保證書格式第 1 點規定：「立連帶保證書人(保證人)_____銀行分行(以下簡稱本行)茲因(得標廠商)_____ (以下簡稱廠商)得標(機關名稱)_____ (以下簡稱機關)之(採購標的)_____ (以下簡稱採購)，依招標文件(含其變更或補充)規定應向機關繳納履約保證金/保固保證金新臺幣(或外幣)(中文大寫)_____元整(NT\$/外幣_____)(以下簡稱保證總額)，該履約保證金/保固保證金由本行開具本連帶保證書負連帶保證責任」。

²⁴⁶ 履約保證金/保固保證金連帶保證書格式第 2 點規定：「機關依招標文件/契約規定認定有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形者，一經機關書面通知本行後，本行當即在前開保證總額內，依機關書面通知所載金額如數撥付，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議，並無民法第 745 條之權利。保證金有依契約規定遞減者，保證總額比照遞減。但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保證金/保固保證金之情形者，不在此限」。

因此，就銀行出具之履約保證金/保固保證金連帶保證書而言，與得標廠商及機關間之採購契約並無從屬關係，而係獨立存在於銀行與機關間，銀行係依該履約保證金/保固保證金連帶保證書直接對機關負責，當不能於援引得標廠商之事由而抗辯。縱事後確認並無不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形者，亦屬嗣後機關應退還多餘款項予得標廠商之問題，而非銀行所得主張之事項²⁴⁷。

故「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」第2點規定：「…本行亦絕不提出任何異議，並無民法第745條之權利」，進一步強調履約保證金/保固保證金連帶保證書之獨立性。是以，履約保證金/保固保證金連帶保證書之性質並非民法之保證，不具有保證契約之從屬性。

如最高法院94年度台上字第386號判決：「…『履約保證金』作為得標廠商履行工程合約之確保，『履約保證金保證書』應具相當於現金之性質，由出具履約保證金保證書之金融機構出具之該履約保證金保證書以代替現金之給付。而依上訴人（銀行）與道成公司間訂立之『委任保證契約』第6條約定，顯見道成公司係委託上訴人依系爭保證書之約定，於受被上訴人（機關）通知時，『無論所保證標的之事實條件是否成就或有否其他糾葛情事，上訴人即無條件逕行履行保證責任』。再參諸系爭履約保證金保證書第2條明載『承包商（指道成公司）與公路局（指被上訴人）簽訂上項工程合約後，如承包商未能履約或因其他疏忽缺失，工程品質低劣，致使公路局蒙受損失，則不論此等損失係屬何種原因，本行（指上訴人）均負賠償之責，公路局自行處理該款，無須經過任何法律或行政程序，本行亦絕不提出任何異議，並放棄先訴抗辯權及拋棄行使抵銷權』等語。益見系爭履約保證書之性質並非保證契約，而係上訴人對被上訴人為『付款承諾』之明證」。

又如最高法院92年度台上字第2165號民事裁定：「依系爭履約保證書第1條約定，寶島商業銀行股份有限公司營業部（即上訴人）因致業公司承攬被上訴人發包之國防醫學中心醫院建築工程建築裝修勞務部分，依照合約規定應交被上訴人履約保證金4,116萬元，此項履約保證金由上訴人開具本保證書負責擔保；第2條約定，如經被上訴人認定承包商有未依工程合約書之規定履行合約情事時，一經接獲書面通知，無

²⁴⁷ 如最高法院 58 年台上字第 3545 號判例：「以使第三人取得給付請求權為標的之契約（利他契約），乃要約人與債務人間之契約，在要約人與第三人之間，固常有其原因關係（對價關係）之存在，然此原因關係，與利他契約之成立，並不生影響，第三人無須證明其原因關係之存在」。

須檢附任何證明，立即無條件將上述履約保證金，如數給付被上訴人自行處理，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序，上訴人絕無異議，並同意拋棄行使抵銷權及民法第745條之先訴抗辯權；第5條約定，本保證書為兩造間獨立且完整之契約，其效力不受其他文件或契約（包括前述工程契約）之影響。可知系爭履約保證金書面保證之性質，為履行給付保證金之代替，為付款之承諾，具有相當之獨立性及無因性，並非違約時所發生損害賠償之保證，與民法上之保證有其從屬性及補充性不同」。

第三項 銀行代洽廠商履約

「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」最具爭議者，莫過於第2點²⁴⁸但書規定：「但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保證金/保固保證金之情形者，不在此限」，就此但書觀之，雖有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形，但如經銀行代洽符合原招標文件所訂資格之其他廠商繼續履約/保固，機關似僅得審核該廠商是否符合原招標文件所訂資格，而無否准之權。

本文認為此一但書規定極為不妥，因其可能違反政府採購法第65條²⁴⁹禁止轉包之規定。蓋政府採購法雖然明定就工程之非主要部分得以分包方式辦理之²⁵⁰，但就主要之部分仍有轉包禁止之規定，因此如尚未完成履約/保固之部分，係原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分者，似不應允許由其他廠商繼續履約/保固，否則恐有實質轉包之虞。

且如前所述，履約保證金/保固保證金連帶保證書之性質，為履行

²⁴⁸ 履約保證金/保固保證金連帶保證書格式第2點規定：「機關依招標文件/契約規定認定有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形者，一經機關書面通知本行後，本行當即在前開保證總額內，依機關書面通知所載金額如數撥付，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議，並無民法第745條之權利。保證金有依契約規定遞減者，保證總額比照遞減。但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保證金/保固保證金之情形者，不在此限」。

²⁴⁹ 政府採購法第65條規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包（第1項）。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行（第2項）。廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前2項規定（第3項）」。

²⁵⁰ 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」。

給付保證金之代替，即付款之承諾，與民法上之保證契約迥異，更與履約及賠償連帶保證廠商在原得標廠商不履行其債務時，由其代負履行責任之情形，有天壤之別。故「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」第2點但書規定應予刪除，方為妥適。基此，行政院公共工程委員會業於96年2月12日以工程企字第09600061050號令修正「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」，刪除第2點但書規定²⁵¹。

第五節 監督付款

工程上所謂「監督付款」係指工程進行中，若得標廠商發生財務狀況不佳、違約或其他不良情況而無法繼續履行契約、進行施工或有影響工程進行之情形時，機關固然可以依約終止契約、沒收履約保證金並重新發包，但由於終止契約後必須重新辦理公開招標，非但曠日廢時，且重新發包之價格可能超出原發包價格甚多，造成機關之損失。為了使工程能夠順利進行，機關往往會以通知或召開協調會等方式，召集原得標廠商及其分包商、工人、供應商等進行協商，要求其繼續施工，而由機關站在監督者之立場，監督原得標廠商將工程估驗款給付予分包商，此一作法即工程實務界所稱之「監督付款」²⁵²。

第一項 監督付款是否屬轉包

監督付款於政府採購法施行後，較具爭議者莫過於其可能違反政府採購法第65條²⁵³禁止轉包之規定。政府採購法雖然明定就工程之非主要部分得以分包方式辦理之²⁵⁴，但就主要之部分仍有轉包禁止之規定，因此就禁止轉包之部分應不得辦理監督付款，否則不啻承認可以監督付款之方式達到實質轉包之目的。故就原得標廠商應自行履行之部分，即無由分包商代為履行之餘地²⁵⁵。

²⁵¹ 「履約保證金連帶保證保險單條款」第5條第2項但書亦有類似問題，是以行政院公共工程委員會於本次修正時，一併將「履約保證金連帶保證保險單條款」第5條第2項但書刪除。

²⁵² 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁15，2003年2月。

²⁵³ 政府採購法第65條規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包（第1項）。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行（第2項）。廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前2項規定（第3項）」。

²⁵⁴ 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」。

²⁵⁵ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁21，2003年2月。

即原得標廠商破產倒閉後所遺留之工作，若係屬原契約之主要部分工作，則此部分工作若由其他分包商代為履行，則將構成政府採購法第65條第2項所稱之轉包，而政府採購法第65條第1項既規定得標廠商應自行履行工程，不得轉包，則在此情形下，工程似不得辦理監督付款，否則有違反政府採購法禁止轉包之規定。是以監督付款應僅在工程之非主要部分，尚有可能依監督付款之程序辦理²⁵⁶。

另監督付款機制之允許啟動，通常發生在工程後期，甚至接近完工階段，因此構成轉包之要件「契約之全部或主要部分」全轉由他人施作，事實上未必能成立。因此若依工程實務運作觀點，監督付款應不構成轉包，性質上仍不脫分包之範疇²⁵⁷。

第二項 監督付款之法律性質

因監督付款並非法律上之用語，而係由工程實務界中所發展出來的做法，故原得標廠商之分包商在監督付款機制下之權利義務、與工程主辦機關間之法律關係以及其對工程主辦機關之工程款請求權基礎究竟為何，不無疑義。茲就文獻及實務見解整理如下：

第一款 原得標廠商與機關間之第三人利益契約

所謂第三人利益契約（Vertrag zugunsten Dritte），即當事人之一方與他方約定，由他方向第三人為一定之給付，而使第三人對債務人取得債權之契約²⁵⁸。在監督付款的協調會中，通常係由原得標廠商與分包商協議由該分包商繼續履約，以及領取原得標廠商尚未領取之工程款，並於協調會後將該協議送請機關同意。因此有謂此乃係基於原得標廠商與機關間所訂立之第三人利益契約，分包商因此取得對機關工程款給付請求權²⁵⁹。

惟所謂第三人利益契約，按民法第269條第1項規定乃指「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人

²⁵⁶ 參李家慶，論工程之監督付款，營建知訊，第206期，頁72，2000年8月。

²⁵⁷ 參吳英亮；李建中，論債權讓與與監督付款，臺灣公路工程，第32卷第10期，頁13，2006年4月。

²⁵⁸ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁548，2002年9月。

²⁵⁹ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁16，2003年2月。

對於債務人，亦有直接請求給付之權」。此一契約須有債務人向第三人為給付並使第三人取得直接給付請求權之法效意思，若債務人欠缺此一意思，第三人即無法取得直接給付之請求權²⁶⁰，其協議僅為不真正第三人利益契約。且前揭協調會中所作成之協議，其當事人通常僅為原得標廠商與分包商，機關並非協議之當事人，因此分包商尚不得將該協議視為原得標廠商與機關間之第三人利益契約，而據以向機關請求給付工程款。

如臺灣臺北地方法院91年度訴字第2353號判決：「查系爭協議之當事人乃原告（次承攬人）與台灣捷電公司（原承攬人），而非台灣捷電公司與被告（定作人），已與第三人利益契約有所不同。再者，監督付款協議之發生，恒在有次承攬人參與施工之工程合約，因承攬人無力付款予次承攬人，定作人為使工程得以繼續完成而與承攬人及次承攬人達成之付款約定，雖其類型有異，然其內容無非將應給付承攬人之工程款，於給付承攬人之同時，在定作人之監督下，使承攬人將工程款直接給付予次承攬人，而不將之挪作他用，以保障次承攬人之工程款債權而使工程得以順利進行，亦即，此時次承攬人得請求估驗工程及發款者仍係承攬人，而就定作人而言，其並無因監督付款協議而認其對於次承攬人有直接付款之義務，準此，因次承攬人並未取得直接向定作人請求給付之權利，是該協議之性質僅能視為不真正第三人利益契約」。

第二款 機關對原得標廠商之併存債務承擔

債務承擔謂不變更債務之同一性²⁶¹，由第三人承受該債務或加入債之關係而為債務人之意。其情形有二：一為由第三人承受債務人之債務，原債務人負擔之債務因而移轉由該第三人負擔，故原債務人脫離債之關係，第三人即承擔債務而為新債務人，稱之為免責之債務承擔。一為第三人加入債之關係而為債務人，亦即由第三人加入既存之債之關係而為新債務人，因原債務人並未脫離債之關係，故新債務人與原債務人負擔同一內容之業務，稱之為併存之債務承擔²⁶²。

²⁶⁰ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁16，2003年2月。

²⁶¹ 如債之同一性已變更者，則應屬債之更改，最高法院68年台上字第3407號判例：「按債之更改中關於債務人之更改，謂因變易債務人以消滅舊債務而發生新債務，與債務承擔僅變更債務人，而債務仍屬同一之情形迥異」，可資參照。

²⁶² 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁17，2003年2月。

在機關及原得標廠商同意以監督付款方式由分包商繼續履行契約，且由機關支付原得標廠商尚未領取之工程款予分包商之情形，有謂此即機關表示願意承擔原得標廠商對分包商之工程款債務，且因原得標廠商並未脫離原來之債之關係，因此性質上屬於併存之債務承擔，分包商得據此向業主請求給付工程款²⁶³。

如臺灣高等法院高雄分院91年度上易字第106號判決即謂：「查燁昌公司（承攬人）之下包廠商之請款作業流程，依會議記錄第1條之規定，係於每日15日前向燁昌公司請求『並』於20日前至被上訴人（定作人）公司立眾請款，被上訴人同意於次月10日放款…此即由立眾公司開票付款之約定…由上述協調會會議記錄三條觀之，乃是針對該協調會前上訴人對燁昌公司已發生之債權債務關係加以協議，上訴人（次承攬人）除可向燁昌公司請款外，並可直接向被上訴人請款，且由被上訴人付款或換票付款，係屬併存之債務承擔，被上訴人辯稱該協調會記錄內容僅係監督付款，且係對尚未發生之債權債務關係之清償方式作規範，不包括燁昌公司以前積欠下包之款項云云，自無足採」。惟如協議內容並無任何併存債務承擔有關之文義記載者，能否逕以機關同意以監督付款方式將原應給付得標廠商之工程款，直接撥付予各分包商之情形，而認為機關即有併存債務承擔之意思，尚待研求。

第三款 原得標廠商對分包商之債權讓與

債權讓與（die Zession）係指不變更債之內容，而由原債權人以契約將債權移轉於新債權人，脫離債之關係而言²⁶⁴。由於實務上之監督付款，乃係由原得標廠商與其分包商協議並經機關同意，將原得標廠商對機關之工程款直接付款予分包商，因此有謂所謂的監督付款，其法律性質乃原得標廠商將其對機關之工程款債權移轉給分包商之債權讓與行為，分包商因此取得對機關之工程款給付請求權²⁶⁵。

惟若監督付款之協議書並未明文原得標廠商已將其對機關之工程款債權轉讓予分包商者，則原得標廠商之分包商能否以此可主張對機關

²⁶³ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁17，2003年2月。

²⁶⁴ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁594，2002年9月。

²⁶⁵ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁18，2003年2月。

有工程款之請求權仍有疑義²⁶⁶。

如臺灣高等法院臺中分院91年度上易字第410號判決：「所謂債權讓與，係指不變更債權之同一性，由第三人受讓該債權而成為原債之關係之債權人而言（最高法院88年度臺上字第1112號判決參照）…訴外人鉅壘公司（承攬人）與下游廠商（次承攬人）之自救會雙方於協議書前言僅約定：『鉅壘營造股份有限公司（以下簡稱鉅壘公司）承攬【台十六線頂崁至地利段27K+080—29K+160 道路改善工程】因財務困難無法支付參與該工程之協力廠商及施工人員石世貴、廖昌盛、黃秀旺等三人代表（以下簡稱乙方）之積欠工資及材料費，為維護乙方之權利，懇請業主（交通部公路局第二區工程處）監督付款，以利未施工部分工程款支付及積欠工料款支付…』等語，並未具體約明「監督付款」之性質；而訴外人鉅壘公司簽立予上訴人（工程主辦機關）之切結書內，亦僅表示其承攬上訴人之系爭工程，因其財務困難，為維護協力廠商之權益，同意於上訴人監督下將系爭工程未完成部分之各期估驗款及保留款，「逕行撥付」予系爭工程協力廠商等語，尚不足證明其間有債權讓與之約定…自上開條款約定觀之，均僅係訴外人鉅壘公司賦予下游廠商收取鉅壘公司對上訴人之系爭債權之權利，尚難謂其約定係以移轉系爭債權為標的；易言之，系爭債權之主體仍為上訴人與訴外人鉅壘公司，並未經由系爭監督付款協議約定由第三人即下游廠商受讓系爭債權而成為原債之關係之債權人，揆諸首揭最高法院判決，可知系爭監督付款協議尚非訴外人鉅壘公司與下游廠商間讓與系爭債權之約定甚明」。

第四款 監督付款僅為付款方式之變更

實務上對於監督付款之性質，多認為係為確保原得標廠商之分包商之工程款或貨款債權，而由機關介入請款程序，將原本應由機關給付原得標廠商工程款，再由原得標廠商給付工程款予其分包商之流程，縮短為由機關直接給付予原得標廠商之分包商，以避免原得標廠商將領得之工程款流用他處，致其分包商不願進場施作，而造成工程進度延滯。故監督付款僅係改變機關與原得標廠商間有關契約價金之付款方式²⁶⁷。

²⁶⁶ 參李家慶，論工程之監督付款，營建知訊，第206期，頁72，2000年8月。

²⁶⁷ 如臺灣高等法院94年度上字第330號判決：「所謂監督付款，乃定作人將應付給承攬人之款項，直接付予其分包商，以避免其領得款項後，不轉發予其下包，致其下包不願進場施作，造成工程進度延滯，故『監督付款』僅係改變付款方式，並未改變契約當事人。」、臺灣高等法院91年度

如臺灣高等法院臺中分院90年度上字第563號判決：「本件監督付款…係將原依上訴人（定作人）與進耀公司間之承攬關係及進耀公司與各組下包承攬商間之承攬關係，於各組下包承攬商於完成一定階段之工程，報請進耀公司會同上訴人估驗屬實後，本應由上訴人給付與進耀公司之工程款，再由進耀公司給付與各組下包承攬商之工程款，於上訴人監督之下，直接由上訴人給付與各組下包承攬商所推派之被上訴人。至上訴人與進耀公司間之工程承攬關係仍存在，除工程款之給付方式外，進耀公司與上訴人間關於本件工程之權利義務，仍依與上訴人間之工程合約約定之。是本件監督付款之性質，既非債權讓與，亦非上訴人與各組下包承攬商間另成立新的承攬契約，應僅為付款方式之約定」。

第五款 分包商對原得標廠商之債務承擔

由於目前實務上之監督付款方式，大抵由原得標廠商與其分包商共同書立「協議書」交付機關，因此有論者謂，如協議書明定由原得標廠商之分包商承擔未完成工程之責任，即屬於民法第301條規定：「第三人與債務人訂立契約承擔其債務者，非經債權人承認，對於債權人不生效力」之債務承擔，只要機關承認（即事後同意），該債務承擔之法律效力即可生效。又因原得標廠商之地位不變，故此一承擔核屬併存的債務承擔²⁶⁸。

惟於辦理監督付款時，故常約定由原得標廠商之分包商承擔、續辦未完成之工程，然就其所施作之工程，實非基於承擔原得標廠商債務之意思而為之，而仍係受有承攬報酬，僅該報酬並非由原得標廠商給付，而係由機關直接給付。故在工程監督付款之情形，原得標廠商之分包商係基於一特別之約定，由其代原得標廠商履行工程契約。況在監督付款之情形下，原合約之瑕疵擔保責任、逾期罰款責任乃至保固責任既仍係由原得標廠商負責，而非由原得標廠商之分包商負責，是其性質似尚與單純之債務承擔不同²⁶⁹。亦即監督付款所欲處理的問題，係分包商就其與原得標廠商間之分包契約應否繼續履行之問題，故分包商所承諾繼續

上字第 282 號判決：「所謂監督付款，無非為確保次承攬人或出賣人之工程款或貨款債權，而由定作人介入請款程序，是縱使系爭貨款之給付有由大陸公司（定作人）監督付款之約定，應僅為大陸公司監督上訴人（承攬人）給付貨款之程序而已，要難認因監督付款約定而變更上訴人向被上訴人（次承攬人）訂購系爭混凝土之買賣關係，亦難認上訴人因此免除給付貨款義務。」

²⁶⁸ 參陳建宇，工程監督付款一形式上的轉包，營造天下，第 40 期，頁 10，1999 年 4 月。

²⁶⁹ 參李家慶，論工程之監督付款，營建知訊，第 206 期，頁 72，2000 年 8 月。

履行者應屬於分包契約中之義務，並無承擔原得標廠商債務之意思²⁷⁰。

第六款 分包商對原得標廠商之契約承擔

按契約承擔（die Vertragsuebernahme），乃以第三人替代原契約當事人位置，也就是將原契約當事人的一切權利、義務移轉給承擔人²⁷¹。簡單地說，係契約關係主體的變更，即由新的當事人取代原來一方當事人，契約關係的內容並不因而有所變動，就此點而言，可謂契約關係的同一性不變²⁷²。

而實務上之監督付款方式，通常係由原得標廠商之分包商代替其繼續履約施工，並由機關以監督之方式，將原得標廠商對機關之工程款支付予分包商，因此在形式上似屬分包商對原得標廠商之契約承擔。

然如前所述，原得標廠商之分包商承擔、續辦未完成之工程，通常並非基於承擔原得標廠商債務之意思而為之，且機關同意支付原得標廠商尚未領取之工程款予分包商，通常亦無使原得標廠商脫離原來之債之關係，況在監督付款之情形下，原契約之瑕疵擔保責任、逾期罰款責任乃至保固責任仍由原得標廠商負責，而原得標廠商之分包商則就其施作部份對機關負連帶瑕疵擔保責任，是以其性質是否屬分包商對原得標廠商之契約承擔，尚非無疑。亦即監督付款之法律本質仍非原得標廠商之分包商概括承受原得標廠商與機關間之債權債務關係，並非「契約承擔」²⁷³。

第三項 公共工程廠商延誤履約進度處理要點

機關在原得標廠商本身財務狀況不佳，導致工程進度落後之情形下，仍同意採取監督付款方式辦理者，不外乎基於下列之考量：（1）原得標廠商之分包商此時仍有履約之意願與能力，只是擔心原得標廠商無法順利支付工程款，因此，如果能透過介入原得標廠商與其分包商間之請款過程，確保分包商能夠確實獲得工程款，則工程仍有機會如期完

²⁷⁰ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁21，2003年2月。

²⁷¹ 參黃立，民法債編總論，作者自版，頁625，2002年9月。

²⁷² 參陳自強，契約之內容與消滅，學林文化，頁345，2004年1月。

²⁷³ 對於監督付款機制認為非屬分包商對原得標廠商之契約承擔者，參陳建宇，工程監督付款一形式上的轉包，營造天下，第40期，頁10，1999年4月。

成。(2)機關如果終止契約，另行招標，則不僅工期可能拖延，且施工成本亦可能增加，雖然機關事後可以向原得標廠商請求損害賠償，但由於原得標廠商財務狀況已然不佳，此一損害賠償請求最終亦可能落空²⁷⁴。

基此，行政院公共工程委員會為有效處理公共工程廠商延誤履約進度²⁷⁵案件，提升工程執行績效，於91年11月18日訂頒「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」，依該要點第10點規定，廠商延誤履約進度案件，如施工進度已達75%以上，機關得經評估後²⁷⁶，同意原得標廠商及其分包商共同申請採監督付款方式，由分包商繼續施工，即明文承認實務上之監督付款機制。

且依「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第11點規定，原得標廠商應於其與分包商之協議書內載明，同意將繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權，讓與分包商，且該協議書應依公證法送經認證，方得辦理監督付款。因此依據該要點，原得標廠商與分包商之間，將成立一個債權讓與契約，使分包商得據此向機關請求給付工程款，至此，監督付款之法律性質應已明確。

然而，在採取監督付款方式時，實務上最常發生之問題，往往不是原得標廠商與分包商無法達成協議，而係原得標廠商因財務發生困難而跑路，根本無法找到原得標廠商，或者原得標廠商因財務困難，其工程款之債權已經受到法院所扣押。在前者之情形下，依據「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」即無採取監督付款之可能性，機關只有重新招標才能完成該件工程。在後者之情形，原得標廠商無法處分其債權，機關更不能採取監督付款之方式將工程款撥付給分包商²⁷⁷。因此「公共工

²⁷⁴ 參池泰毅，監督付款制度，收錄於古嘉諄、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），震瀛法律事務所出版，頁282，2005年9月。

²⁷⁵ 按「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第3點規定：「機關處理廠商延誤履約進度案件，得視機關與廠商所訂契約（以下簡稱契約）之規定及廠商履約情形，依下列方式之一處理：（一）通知廠商限期改善。（二）通知連帶保證廠商履約。（三）以監督付款方式，由分包廠商繼續施工。（四）終止或解除契約，重行招標。（五）其他經機關認定並訂明於契約之方式」。

²⁷⁶ 機關於審核監督付款之申請時，按「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」第12點規定，應注意下列事項：（一）施工進度是否已達第10點所定75%以上。（二）各分包廠商是否具有繼續施工之能力。（三）廠商及分包廠商是否已提出經認證之協議書。（四）有連帶保證廠商者，是否已依第11點第1項規定徵得連帶保證廠商同意。（五）廠商之其他債權人是否已聲請強制執行，致監督付款無法辦理。

²⁷⁷ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁23，2003年2月。

程廠商延誤履約進度處理要點」於實務操作上似仍有其無法解決之瓶頸。

第四項 小結

監督付款之發生，乃原得標廠商因其自身財物、人事問題，而延誤工程進度時，為防止機關與原得標廠商之分包商兩者皆受到重大損害，由實務所發展的便宜之計。其重點應放在如何使後續工程順利完成，使機關與分包商不致受到太大之損失。惟原得標廠商之分包商在無任何直接請求權之情形下如何願意繼續施工乃首要應解決之問題²⁷⁸。

以往監督付款之協議書多因未載明原得標廠商已將其對機關之工程款債權轉讓予分包商，亦或協議書內容之用語不夠明確，致使原得標廠商之分包商能否據此對機關主張工程款之請求權履有爭議，惟於行政院公共工程委員會訂頒「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」後，原得標廠商與其分包商如已於協議書內載明，同意將繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權，讓與分包商，則依據該債權讓與契約，分包商得據此向機關請求給付工程款，此一要點解決了實務上分包商請求權基礎之問題。

惟監督付款採取債權讓與之方式，在實務上尚有一些問題，常使分包商無法得到充分的保障而淪為作白工。例如，當必須藉監督付款方式進行工程時，原得標廠商往往已經陷入財務困難的窘境，因此問題常常不在於原得標廠商不願移轉債權，而是工程款債權早已被原得標廠商之其他債權人行使假扣押而無法處分了²⁷⁹。且分包商對機關所取得之工程款請求權，均屬繼受原得標廠商之權利，因此機關得以對抗原得標廠商之事由對抗分包商，例如若原得標廠商負責施作之部分有瑕疵時，即使分包商依協議繼續施工完畢且就其施作之部分並無瑕疵，機關仍得以其對原得標廠商之減少價金請求權對抗分包商。是以如何在確保分包商之權益下，使其有繼續施作之意願，不致於在施工完畢後卻一毛錢也拿不到，才是問題的核心²⁸⁰。

因此，本文認為於原得標廠商已完成之工程進度達一定程度時，因

²⁷⁸ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁24，2003年2月。

²⁷⁹ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁21，2003年2月。

²⁸⁰ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁24，2003年2月。

原得標廠商本身財務狀況不佳，導致工程進度落後之情形下，如原得標廠商之分包商此時仍有履約之意願與能力，為確保分包商能夠確實獲得工程款，以及使工程有機會如期完成，建議此時機關依契約規定與原得標廠商終止契約，並由政府採購法之主管機關依政府採購法第22條第1項第16款規定²⁸¹，認定此時得由工程主辦機關採限制性招標方式與原得標廠商之分包商另訂工程採購契約，如此方能徹底解決三方關係下所產生之複雜法律關係，並達到使工程順利進行之目的。

第六節 共同投標廠商變更成員

第一項 政府採購法之規定

按政府採購法第25條第1項規定，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。且依同條第2項規定，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。而共同投標廠商則可藉由結合不同專業能力之廠商，透過彼此資源及技術能力之整合，而增加承接案件之機會，並可與外國廠商合作而引進國外先進技術等。

由於共同投標乃二家以上之廠商共同具名投標，並於得標後共同具

²⁸¹ 政府採購法第22條第1項規定：「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：一、以公開招標、選擇性招標或依第9款至第11款公告程序辦理結果，無廠商投標或無合格標，且以原定招標內容及條件未經重大改變者。二、屬專屬權利、獨家製造或供應、藝術品、秘密諮詢，無其他合適之替代標的者。三、遇有不可預見之緊急事故，致無法以公開或選擇性招標程序適時辦理，且確有必要者。四、原有採購之後續維修、零配件供應、更換或擴充，因相容或互通性之需要，必須向原供應廠商採購者。五、屬原型或首次製造、供應之標的，以研究發展、實驗或開發性質辦理者。六、在原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額50%者。七、原有採購之後續擴充，且已於原招標公告及招標文件敘明擴充之期間、金額或數量者。八、在集中交易或公開競價市場採購財物。九、委託專業服務、技術服務或資訊服務，經公開客觀評選為優勝者。十、辦理設計競賽，經公開客觀評選為優勝者。十一、因業務需要，指定地區採購房地產，經依所需條件公開徵求勘選認定適合需要者。十二、購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。十三、委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。十四、邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動。十五、公營事業為商業性轉售或用於製造產品、提供服務以供轉售目的所為之採購，基於轉售對象、製程或供應源之特性或實際需要，不適宜以公開招標或選擇性招標方式辦理者。十六、其他經主管機關認定者」。

名簽約，連帶負履行採購契約之責，且為避免臨時結合之共同投標廠商因對彼此之分工關係不明確，導致工程無法順利進行，而間接影響工程主辦機關，是以政府採購法第25條第5項規定，投標時，應要求共同投標廠商檢附共同投標協議書。即共同投標廠商應於投標時，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，並載明「共同投標辦法」第10條²⁸²第1項規定之內容，於得標後列入契約。

且依「共同投標辦法」第4條²⁸³第1項規定，機關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，其理由不外如下²⁸⁴：（一）共同投標廠商須連帶負履行採購契約之責，出資比率偏低者獲利有限，風險卻相對增加，與推行共同投標之意旨不符。（二）出資過高之成員，則可能藉共同投標之名行獨攬之實。蓋共同投標之代表廠商，為推動工程，必須統合各廠商之意見並作成決策，常見方式乃成立管理委員會作為最高決策中心，成員係依各廠商出資比率派任，出資高派任人員多，決議方式亦採多數決，故對出資額過低廠商不免較無保障。（三）增加共同投標成員實際參與工程之機會，以免淪為代理人。例如，國內廠商與國外廠商共同投標，國內廠商出資比率過低則易淪為代理商而流於有名無實之紙上聯合，無法落實扶植國內廠商技術之目的。

茲有疑義者，依「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」，此時共同投標廠商之其他成員，共同提出與該成員原資格條件相當之廠商有無限制，即有探討之空間。

²⁸² 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。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(第1項)。前項協議書內容與契約規定不符者，以契約規定為準(第2項)。第1項協議書內容，非經機關同意不得變更(第3項)」。

²⁸³ 共同投標辦法第4條規定：「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(第1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(第2項)」。

²⁸⁴ 參黃俊通，政府採購法下工程統包之研究，國防管理學院法律研究所碩士論文，頁73，2002年。

第二項 共同投標與聯合承攬之區別

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。但早期行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項第11條²⁸⁵將此概念稱為聯合承攬，另營造業法亦將二家以上之綜合營造業共同承攬同一工程之契約行為稱為聯合承攬²⁸⁶。

次按政府採購法第25條第2項規定，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，故所謂共同投標包括工程共同投標、財物共同投標及勞務共同投標。而聯合承攬依營造業法規定，僅就承攬工程而言，並不包括財物、勞務等採購。另以機關的角度而言，共同投標乃係基於政府採購法之架構下，由廠商向機關共同投標，而從營造廠商的角度而言，聯合承攬則係由營造業者向機關聯合承攬工程。

是以，共同投標與聯合承攬本質上應無不同，僅於定義範圍及觀察角度不同而已。惟就機關辦理採購而言，仍應採用共同投標乙詞，以杜爭議。如行政院公共工程委員會89年5月31日工程企字第89014060號函釋即謂：「投標須知第43點第3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」。

第三項 更換共同投標之成員

共同投標廠商於履約過程中，可能因部份廠商自身施工管理不善或財務狀況不佳等因素，導致共同投標廠商之部份成員不能履約或倒閉情事發生，此時共同投標廠商之其他成員得依原公證或認證之共同投標協議書，即共同投標辦法第10條第1項第6款規定：「成員有破產或其他重

²⁸⁵ 行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項於76年7月29日施行，並於84年8月3日增列允許不同行業聯合承攬之規定：「營繕工程招標得允許二家以上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；所定誌聯合承攬協議書，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得載明技術移轉規定」。參黃俊通，政府採購法下工程統包之研究，國防管理學院法律研究所碩士論文，頁59，2002年。

²⁸⁶ 營造業法第3條規定：「本法用語定義如下：…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」。

大情事²⁸⁷，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」，另覓其他廠商繼受該成員之一切權利義務。

此時既係以第三人替代原契約當事人位置，也就是將原契約當事人的一切權利、義務移轉給承擔人，應屬契約關係主體的變更，即所謂契約承擔。惟應予辨明者，契約承擔與政府採購法第67條所稱分包尚屬有別，契約承擔後原無法履約之成員已非契約當事人，且契約承擔廠商對於機關不但負有履行契約之義務，亦有請求報酬之權利，此與契約分包後，仍不變更契約當事人有所不同。

又因契約承擔係對契約關係整體的處分，應得原契約雙方當事人同意，爰「共同投標辦法」第11條規定，共同投標廠商之其他成員，應經機關同意始得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²⁸⁸。且因政府採購法第65條²⁸⁹對於得標廠商應自行履行之全部或主要部分仍有禁止轉包之規定，因此如該不能履約之共同投標廠商尚未完成部分部分，係原採購契約之全部或應自行履行之部分者，則機關應不得允許由其他廠商繼續履約，否則恐有實質轉包之虞。

另如原工程採購係以最有利標方式辦理者，因機關係以廠商之技術、品質、功能、管理等不同事項訂定評選項目²⁹⁰決定最優者為得標廠

²⁸⁷ 至於重大情事之認定，依行政院公共工程委員會88年8月16日(88)工程企字第8811158號函釋：「重大情事之認定，可參酌是否與『破產』情形相當」。

²⁸⁸ 按行政院公共工程委員96年5月22日工程企字第09600206190號令修正理由：「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。」

²⁸⁹ 政府採購法第65條規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包（第1項）。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行（第2項）。廠商履行財物契約，其需經一定履約過程，非以現成財物供應者，準用前2項規定（第3項）」。

²⁹⁰ 最有利標評選辦法第5條規定：「最有利標之評選項目及子項，得就下列事項擇定之：一、技術。如技術規格性能、專業或技術人力、專業能力、如期履約能力、技術可行性、設備資源、訓練能力、維修能力、施工方法、經濟性、標準化、輕薄短小程度、使用環境需求、環境保護程度、景觀維護、文化保存、自然生態保育、考量弱勢使用者之需要、計畫之完整性或對本採購之瞭解程度等。二、品質。如品質管制能力、檢驗測試方法、偵錯率、操作容易度、維修容易度、精密度、安全性、穩定性、可靠度、美觀、使用舒適度、故障率、耐用性、耐久性或使用壽命等。三、功能。如產能、便利性、多樣性、擴充性、相容性、前瞻性或特殊效能等。四、管理。如組織架構、人員素質及組成、工作介面處理、期程管理、履約所需採購作業管理、工地管理、安全衛生管理、安全維護、會計制度、財務狀況、財務管理、計畫管理能力或分包計畫等。五、商業條款。如履約期限、付款條件、廠商承諾給付機關情形、維修服務時間、售後服務、保固期或文件備置等。」

商者，則工程主辦機關依行政院公共工程委員會95年8月15日工程企字第09500309690號函釋略以：「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」，應不宜依共同投標辦法第11條規定同意其變更成員。

第七節 小結

對於機關辦理之工程採購而言，基於招標之公平性及對於投標廠商資格之要求，且為防範得標廠商不自行履行契約之轉包行為，特別是工程、勞務採購得標後轉由他人承作，坐收轉包權利金，甚至層層轉包，俗稱1隻牛撥好幾層皮，政府採購法對於契約主體之變更或契約之轉讓有嚴格之限制。如政府採購法第65條規定，得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包，得標廠商如違反禁止轉包之規定時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償。另機關辦理工程採購亦多依採購契約要項第23點於契約內規定，廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人，契約此一規定似亦已排除得標廠商將債權讓與²⁹¹他人及由其他廠商承擔契約之可能。

惟對於機關辦理之工程採購而言，如絕對禁止契約主體之變更或轉讓，在若干情形下並非當然符合機關之利益，此時仍有契約主體之變更或轉讓之可能。故契約主體之或轉讓雖原則上係予禁止，惟仍得在例外之情況予以同意。如採購契約要項第23點即謂：「廠商不得將契約之部分或全部轉讓予他人。但因公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行因權利質權而生之債權或其他類似情形致有轉讓必要，經機關書面同意者，不在此限」。工程實務上，除採購契約要項第23點但書情形外，亦有其他涉及工程契約主體變更之情形。

六、過去履約績效。如履約紀錄、經驗、實績、法令之遵守、使用者評價、如期履約效率、履約成本控制紀錄、勞雇關係或人為災害事故等情形。七、價格。如總標價及其組成之正確性、完整性、合理性、超預算或超底價情形、折讓、履約成本控制方式、後續使用或營運成本、維修成本、殘值、報廢處理費用或成本效益等。八、財務計畫。如本法第九十九條開放廠商投資興建、營運案件之營運收支預估、資金籌措計畫、分年現金流量或投資效益分析等。九、其他與採購之功能或效益相關之事項。」

²⁹¹ 民法第 294 條規定：「債權人得將債權讓與於第三人。但左列債權，不在此限：一、依債權之性質，不得讓與者。二、依當事人之特約，不得讓與者。三、債權禁止扣押者（第 1 項）。前項第 2 款不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人（第 2 項）」。

第一項 公司分割

有關公司分割後，原得標廠商得否將得標之採購契約所有權利義務由分割後之公司概括承受，亦即公司分割是否屬採購契約要項第23點但書「或其他類似情形」乙節，應按「同種限制」解釋之原則，參考該但書前揭例示「公司合併、銀行或保險公司履行連帶保證、銀行因權利質權而生之債權」之規定，而予以界定「或其他情形」之涵義。

是以，公司分割之性質，難謂與「公司合併」、「銀行或保險公司履行連帶保證」、「銀行因權利質權而生之債權」等屬類似情形，況公司分割後，乙公司之財力通常已不若甲公司，對於將來如廠商不履行契約義務，而機關可獲得之求償層面而言，已屬不利，爰機關應不得允許原得標廠商將得標之工程採購契約讓與分割後之公司。

第二項 履約及賠償連帶保證

為回應營造產業對於保證金等資金之迫切需求與靈活運用，就得標廠商所須繳納之履約保證金或保固保證金，依「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條及第33條之1規定²⁹²，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證方式，代替繳納全部或部分之履約保證金或保固保證金，以減輕得標廠商於履約過程中之資金週轉壓力。

由連帶保證廠商繼續履約較具爭議者莫過於其可能違反政府採購法第65條禁止轉包之規定。政府採購法雖然明定就工程之非主要部分得以分包方式辦理之，但就主要之部分仍有轉包禁止之規定，因此連帶廠商所履行者如係原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分者，似不應允許由履約及賠償連帶廠商繼續履約，否則恐有實質轉包之虞。

惟按「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項²⁹³但書

²⁹² 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第33條規定：「未達公告金額之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商應繳納之履約保證金或保固保證金，得以符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證代之」；第33條之1規定：「公告金額以上之採購，機關得於招標文件中規定得標廠商提出符合招標文件所定投標廠商資格條件之其他廠商之履約及賠償連帶保證者，其應繳納之履約保證金或保固保證金得予減收」。

²⁹³ 「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項規定：「保證金有不發還之情形者，得

之規定，原得標廠商如依契約規定有不發還之情形，而其情形可由履約及賠償連帶保證廠商代原得標廠商履約者，應先洽該連帶保證廠商履約，工程主辦機關似無否准之權。此時恐產生原得標廠商藉由故意不履約而將工程實質轉包予連帶保證廠商之流弊。

本文認為「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第33條之2第2項但書，應修正為「但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，且經機關同意者，得洽該廠商履約」，賦予機關選擇補繳保證金或由連帶保證廠商履約之裁量權，以避免連帶保證廠商履行原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分，致有實質轉包之情形發生。

第三項 銀行書面連帶保證

通常得標廠商提供現金供擔保，僅見於小型工程；大型工程因保證金金額龐大，得標廠商若提供巨額現金置於機關之處，將影響得標廠商之週轉能力，因而，得標廠商請求銀行出具「履約保證金/保固保證金連帶保證書」之情形極為普遍²⁹⁴。

而「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」最具爭議者，莫過於第2點²⁹⁵但書規定：「但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保證金/保固保證金之情形者，不在此限」，就此但書觀之，雖有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形，但如經銀行代洽符合原招標文件所訂資格之其他廠商繼續履約/保固，機關似僅得審核該廠商是否符合原招標文件所訂資格，而無否准之權。

本文認為此一但書規定極為不妥，因其可能違反政府採購法第65條禁止轉包之規定。蓋政府採購法雖然明定就工程之非主要部分得以分包

標廠商及連帶保證廠商應向機關補繳該不發還金額中原由連帶保證代之或減收之金額。但依其情形可由連帶保證廠商履約而免補繳者，應先洽該廠商履約」。

²⁹⁴ 參劉志鵬，銀行履約保證書，收錄於古嘉諱、劉志鵬主編，工程法律實務研析（一），寰瀛法律事務所出版，頁61，2005年9月。

²⁹⁵ 履約保證金/保固保證金連帶保證書格式第2點規定：「機關依招標文件/契約規定認定有不發還廠商履約保證金/保固保證金之情形者，一經機關書面通知本行後，本行當即在前開保證總額內，依機關書面通知所載金額如數撥付，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議，並無民法第745條之權利。保證金有依契約規定遞減者，保證總額比照遞減。但由本行代洽經機關審核符合原招標文件所訂資格之其他廠商，就未完成部分完成履約/保固致無不發還履約保證金/保固保證金之情形者，不在此限」。

方式辦理之，但就主要之部分仍有轉包禁止之規定，因此如尚未完成履約/保固之部分，係原採購契約之全部，或原得標廠商應自行履行之部分者，似不應允許由其他廠商繼續履約/保固，否則恐有實質轉包之虞。

且履約保證金/保固保證金連帶保證書之性質，為履行給付保證金之代替，即付款之承諾，與民法上之保證契約迥異，更與履約及賠償連帶保證廠商在原得標廠商不履行其債務時，由其代負履行責任之情形，有天壤之別。故「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」第2點但書規定應予刪除，方為妥適。基此，行政院公共工程委員會業於96年2月12日以工程企字第09600061050號令修正「履約保證金/保固保證金連帶保證書格式」，刪除第2點但書規定²⁹⁶。

第四項 監督付款

監督付款之發生，乃原得標廠商因其自身財物、人事問題，而延誤工程進度時，為防止機關與原得標廠商之分包商兩者皆受到重大損害，由實務所發展的便宜之計。其重點應放在如何使後續工程順利完成，使機關與分包商不致受到太大之損失。惟原得標廠商之分包商在無任何直接請求權之情形下如何願意繼續施工乃首要應解決之問題²⁹⁷。

以往監督付款之協議書多因未載明原得標廠商已將其對機關之工程款債權轉讓予分包商，亦或協議書內容之用與不夠明確，致使原得標廠商之分包商能否據此對機關主張工程款之請求權履有爭議，惟於行政院公共工程委員會訂頒依「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」後，原得標廠商與其分包商如已於協議書內載明，同意將繼續施作後之各期工程估驗款之全部或一部債權，讓與分包商，則依據該債權讓與契約，分包商得據此向機關請求給付工程款，此一要點解決了實務上分包商請求權基礎之問題。

惟監督付款採取債權讓與之方式，在實務上尚有一些問題，常使分包商無法得到充分的保障而淪為作白工。例如，當必須藉監督付款方式進行工程時，原得標廠商往往已經陷入財務困難的窘境，因此問題常常不在於原得標廠商不願移轉債權，而是工程款債權早已被原得標廠商之

²⁹⁶ 「履約保證金連帶保證保險單條款」第5條第2項但書亦有類似問題，是以行政院公共工程委員會於本次修正時，一併將「履約保證金連帶保證保險單條款」第5條第2項但書刪除。

²⁹⁷ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁24，2003年2月。

其他債權人行使假扣押而無法處分了²⁹⁸。且分包商對機關所取得之工程款請求權，均屬繼受原得標廠商之權利，因此機關得以對抗原得標廠商之事由對抗分包商，例如若原得標廠商負責施作之部分有瑕疵時，即使分包商依協議繼續施工完畢且就其施作之部分並無瑕疵，機關仍得以其對原得標廠商之減少價金請求權對抗分包商。是以如何在確保分包商之權益下，使其有繼續施作之意願，不致於在施工完畢後卻一毛錢也拿不到，才是問題的核心²⁹⁹。

因此，本文認為於原得標廠商已完成之工程進度達一定程度時，因原得標廠商本身財務狀況不佳，導致工程進度落後之情形下，如原得標廠商之分包商此時仍有履約之意願與能力，為確保分包商能夠確實獲得工程款，以及使工程有機會如期完成，建議此時機關依契約規定與原得標廠商終止契約，並由政府採購法之主管機關依該法第22條第1項第16款規定³⁰⁰，認定此時得由工程主辦機關採限制性招標方式與原得標廠商之分包商另訂工程採購契約，如此方能徹底解決三方關係下所產生之複雜法律關係，並達到使工程順利進行之目的。

第五項 共同投標廠商變更成員

共同投標廠商於履約過程中，可能因部份廠商自身施工管理不善或

²⁹⁸ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁21，2003年2月。

²⁹⁹ 參張南薰，公共工程契約中監督付款之法律問題，萬國法律，第127期，頁24，2003年2月。

³⁰⁰ 政府採購法第22條第1項規定：「機關辦理公告金額以上之採購，符合下列情形之一者，得採限制性招標：一、以公開招標、選擇性招標或依第9款至第11款公告程序辦理結果，無廠商投標或無合格標，且以原定招標內容及條件未經重大改變者。二、屬專屬權利、獨家製造或供應、藝術品、秘密諮詢，無其他合適之替代標的者。三、遇有不可預見之緊急事故，致無法以公開或選擇性招標程序適時辦理，且確有必要者。四、原有採購之後續維修、零配件供應、更換或擴充，因相容或互通性之需要，必須向原供應廠商採購者。五、屬原型或首次製造、供應之標的，以研究發展、實驗或開發性質辦理者。六、在原招標目的範圍內，因未能預見之情形，必須追加契約以外之工程，如另行招標，確有產生重大不便及技術或經濟上困難之虞，非洽原訂約廠商辦理，不能達契約之目的，且未逾原主契約金額50%者。七、原有採購之後續擴充，且已於原招標公告及招標文件敘明擴充之期間、金額或數量者。八、在集中交易或公開競價市場採購財物。九、委託專業服務、技術服務或資訊服務，經公開客觀評選為優勝者。十、辦理設計競賽，經公開客觀評選為優勝者。十一、因業務需要，指定地區採購房地產，經依所需條件公開徵求勘選認定適合需要者。十二、購買身心障礙者、原住民或受刑人個人、身心障礙福利機構、政府立案之原住民團體、監獄工場、慈善機構所提供之非營利產品或勞務。十三、委託在專業領域具領先地位之自然人或經公告審查優勝之學術或非營利機構進行科技、技術引進、行政或學術研究發展。十四、邀請或委託具專業素養、特質或經公告審查優勝之文化、藝術專業人士、機構或團體表演或參與文藝活動。十五、公營事業為商業性轉售或用於製造產品、提供服務以供轉售目的所為之採購，基於轉售對象、製程或供應源之特性或實際需要，不適宜以公開招標或選擇性招標方式辦理者。十六、其他經主管機關認定者」。

財務狀況不佳等因素，導致共同投標廠商之部份成員不能履約或倒閉情事發生，此時共同投標廠商之其他成員得依原公證或認證之共同投標協議書，即共同投標辦法第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」，另覓其他廠商繼受該成員之一切權利義務。

又因契約承擔係對契約關係整體的處分，應得原契約雙方當事人同意，爰「共同投標辦法」第11條規定，共同投標廠商之其他成員，應經機關同意始得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。

如原工程採購係以最有利標方式辦理者，因機關係以廠商之技術、品質、功能、管理等不同事項訂定評選項目決定最優者為得標廠商者，則工程主辦機關依行政院公共工程委員會95年8月15日工程企字第09500309690號函釋略以：「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」，應不宜依共同投標辦法第11條規定同意其變更成員。