

刊登於財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第107-170頁。

兩岸公共工程的轉分包實務與相關規範之比較

蘇南*、湯文章**

目次

壹、問題意識

貳、兩岸公共工程業運作制度

一、臺灣方面

二、大陸方面

參、兩岸公共工程契約轉分包之規範

一、轉分包之規範架構

二、臺灣之規範內容

三、大陸之規範內容

肆、兩岸實務評析

一、大陸的轉分包爭議判決案

二、臺灣的轉分包爭議調解案

伍、結論與建議【財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第107頁】

摘要

本文於兩岸對於公共工程之「轉包」非已「法制度化」下，比較兩岸制度異與實務現況。雖然臺灣營造業赴大陸從事公共工程，政府並未禁止，但受制於兩岸法律及公共工程制度諸多因素之不同，尤其兩岸的工程轉分包制度，將會影響國內營造業赴大陸從事營造工程之意願。故本文將針對業者面臨之轉分包問題迫切性而探討並分析實務案例，期能使臺灣的主管機關、法界及廠商了解兩岸轉分包制度之不同，作為未來西進登陸之準備。蓋營造業層層轉包或不當分包在兩岸地區屢見不鮮，一些營造公司往往標得公共工程簽約後，非在履約過程中負責整體施工，而將該工程交付下游無資質的小包商施作；有的工程甚至轉包多次，致成使得整個工程被肢解得支離破碎。另有總包商將公共工程幾乎全部以分包作業之次承攬商或履行輔助人方式進行，易生層層剝削、偷工減料及職災傷亡。本文將針對兩岸公共工程轉分包的制度適用與實務進行探討，並對轉包、

* 國立雲林科技大學營建工程系教授，福建工程學院法學系客座教授，北京建築大學工程法律研究所客座教授，中國政法大學法學博士，國立中正大學法律研究所博士生，國立交通大學土木工程博士。

** 花蓮地方法院法官兼庭長，國立中正大學法律研究所博士生。

分包與不當分包作出區分。文末也對大陸判決及臺灣調解案例進行剖析，俾除了從法律角度遏阻違法轉包及不當分包外，也論述於制度上適當分包有助於公共工程的專業分工及效率提升，同時建議兩岸的公共工程轉分包制度，亦應在符合各自建築市場需求下，尋求制度上借鏡適用及工程習慣上認知基礎之接軌。

關鍵詞：

分包、轉包、契約、營造業、公共工程【財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第108頁】

壹、問題意識

臺灣目前營造廠非但太多、良莠不齊，且無固定員工，大多在設法標得公共工程訂立總包契約後，再將該工程轉包或不當分包給資金、專業經驗與管理能力不足的次承攬人或下游包商；加上許多小包所拿到工程款僅約為業主發包價的5—7成，致成工程品質不良、進度延後或安全事故問題。有認為營建業的違法轉包或不當分包亂象，非僅源於產業特性，且為市場結構扭曲下，營造產業的一種實然生產方式。轉包、分包規定在臺灣除公共工程外，基於對於契約自由原則的尊重，無論是在「民法承攬」、「營造業法」、「建築法」等均無特殊規定，然則「政府採購法」往往攸關公益，方就轉包、分包有所管制。大陸轉包、分包的規定則在契約成立的第一道關卡—合同法即有規定，是大陸「政府採購法」中也僅是進一步宣示公權力介入的空間；是本文爰以公共工程為主要核心，探究兩岸轉分包的制度比較。

回顧臺灣的非法轉包案例：○○營造廠承包國道6號工程期間，有違法轉包工程跡證¹，已提報為不良廠商。但仍於2013年4月初得標近新臺幣（NT）67億元之金門大橋工程，引起各界譁然。主管機關調查認定，系爭營造廠負責的國道6號北山交流道工程有非法轉包而屬不良廠商嫌疑；亦涉及其得標是否有效之爭議！所以公共工程之轉包或分包問題在臺灣始終引起非議。本文認為，轉包是臺灣公共工程普遍情況，與其說是轉包，不如說「轉賣」，得標後直接將標案轉賣同業，在幾乎不付出任何成本下，就能賺取10【財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第109頁】—15%利潤，形同利益剝削²，致下包商因施作餘額不足而偷工減料、品質不良問題。此外，桃園機場捷運工程也因承

1 國登提報不良廠商仍建金門大橋，網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/apr/14/today-life13.htm>，最後瀏覽日期：2013年6月1日。

2 北山交流道意外／支撐鷹架不穩，○○營造將部分工程轉包，即公共工程層層轉包、人員控管不實，引起橋樑範本倒塌，造成外勞7死3傷慘劇，網址：www.libertytimes.com.tw/2010/new/oct/1/today-t2.htm，最後瀏覽日期：2013年6月5日。

包廠商不遵守「須自行履約，不得轉包」之契約規定³，施工進度大幅落後⁴。進一步言，國道 6 號發生意外事故後，多數民眾對於公共工程可能有層層轉包情形表達不以為然，但是「政府採購法」有那些對轉包及分包之規定？又有什麼處置措施？工傷協會等團體呼籲立法禁止轉包，違反者列入黑名單⁵，禁止承包公共工程，引發各界對於公共工程採購層層轉包議題之關注。「政府採購法」第 65 條已明定得標廠商應自行履行工程契約，不得轉包；同法第 67 條規定廠商得將採購分包予其他廠商。各界所稱之轉包，亦可能部分情形是合法分包而非違法轉包。但綜觀公共工程特性，營造業上下游廠商分工合作完成一件公共工程已是常態，故得標廠商將履約事項分包予其他廠商承做，只要不是轉包，不予禁止。惟轉包與分包的具體認定，始終見解不一，有待法律探求及事實認定之科學化剖析。

大陸地區（下稱大陸）建築市場方面，就多年來建築工程的品質事故而言，常見違法轉包或不當分包，致不具資質或未達資質要求之設計、施工、監理等單位負責施作，因而造成品質問題。所以工程項目的轉分包治理為當務之急。尤其根據近年來的投資情況調【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 110 頁】查，目前大陸建設工程⁶領域之違法轉包或不當分包問題已十分嚴重。甚至有關行業管理部門都對建設工程轉分包問題視為行業的「潛規則」⁷。所以違法轉包或不當分包情況也與臺灣一樣，普遍存在於大陸，對構建有序、規範的建築市場無疑是障礙。雖然查處違法轉包或不當分包行為困難重重，但中央於 2009 年指示以兩年時間展開工程建設領域突出問題專項治理工作，要求「對於發現的轉包和違法分包行為，依法加大處罰力度，並追究有關責任單位和責任人的責任。」但又為何相關部門在執法過程中卻如此無力？有識者認為，目前界定違法轉包行為之標準不清晰⁸，致使轉包或分包成為工程品質問題的重要原因⁹。所以本文將對

3 機捷機電下包商 0 首揭承包商違約轉包，網址：<http://www.ptt.cc/bbs/MRT/M.1361967036.A.07J.html>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 9 日。

4 機捷疑違約轉包交工程會裁定，網址：<http://www.epochtimes.com/b5/13/4/23/n3853279.htm>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 6 日。

5 轉包分包不一樣，網址：http://www.pcc.gov.tw/epaper/9911/accident_3.htm，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 12 日。

6 大陸所稱之建設工程，涵蓋台灣所稱的公共工程。

7 建築行業轉分包成「潛規則」政協委員建議堅決治理，網址：<http://npc.people.com.cn/GB/28320/219159/14435710.html>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 26 日。

8 即使工程會的工程企字第 09800468030 號有要求載明「哪些項目必須得標廠商絕對自行履約」，然則實務上執行人員再面臨不同種類的工程界面時，而難以期待執行人員在契約中詳盡規範，行政院「公共工程委員會」採購申訴審議委員會審議判斷書訴 0930216 號即為此例，在實務上此種爭議屢見不鮮，酌其內容「否系爭工程之招標須知上，招標機關教育部並未標示主要部分或應由申訴廠商自行履行之部份，則依上開函釋意旨之反面解釋，申訴廠商如無將系爭工程合約之『全部』工程委由其他廠商代為履行，即無涉及政府採購法所規定轉包之情形。」正顯示實務上存有此等困境，即便按政府採購法施行細則於 99 年 11 月 30 日（99）工程企字 09900449600 號令修正部分條文，配合施行細則第 87 條修正後文字，本函說明一後段應調整如下：「……本法施行細則第 87 條則明定『本法第六十五條第二項所稱主要部分，指下列情形之一：一、招標文件標示為主要部分者。二、招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分。』」亦僅重申其範圍，亦非等若強制規定。

9 參酌工程會函釋工程企字第 09800468030 號內容「本會近期稽核機關辦理工程採購，發現有機關於招標文件中標示之主要部分過於廣泛，造成廠商全部自行履行困難，致生爭議。例如於招標文件訂定主要部分為鋼構工程，致其鋼構組件之吊裝、組立、焊接、防火被覆、油漆等作業，是否均須由得標廠商自行履行，滋生疑義。甚或訂為

公共工程之轉包與分【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 111 頁**】包（下稱轉分包）法律問題進行研究，並就兩岸的相關制度比較，也舉出大陸的判決案例，以臺灣為視角剖析；同時也分析臺灣的公共工程轉分包爭議之調解案例。

貳、兩岸公共工程業運作制度

本文擬先行就兩岸公共工程實務現況分別概要說明，以使讀者對於後續的兩岸在實務及法律上的認知更為深刻。

一、臺灣方面

（一）概說

近年來，臺灣營建業普遍遭受不景氣¹⁰，而年輕受薪族群又因都會地區房價高漲，財力不足，致房屋潛在購買力低。在公共工程方面，金融海嘯後，政府於 2009 年通過特別預算，使當年度的公共建設預算急增至新臺幣 3,500 億元以上，並在 2010 年皆維持逾新臺幣 3,000 億元；但 2012 年公共工程預算卻僅有新臺幣 1,851 億元，並且 2013 年再減至新臺幣 1,750 億元，創 10 年來新低¹¹。

相對於臺灣營建業經營環境與獲利每況愈下，而大陸卻經濟大幅成長，對基礎建設工程及民間商品房有大量需求，有待海外營建【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 112 頁**】產業走入大陸市場。尤其兩岸同文同種，在生活習慣及建築物功能需求大同小異，兩岸得參考對方的工程發包制度而提高其品質與優化制度。目前臺灣已有些營造廠進軍大陸；參與平潭島建設，並與大陸當地公司合作參與福州地鐵建設等¹²。所以西進大陸市場，爭取承攬公共工程建設為臺灣營造業認為突破目前「悶經濟」的大好機會。但兩岸的工程發包制度不同，實有必要加以研究，尤其公共工程的轉包及分包制度之異同，是為本文研究目的。

（二）營造廠分類及分等

臺灣的營造廠分類，依「營造業法」第 6 條規定：「營造業分綜合營造業、專業營造業及土木包工業。」該條文中，綜合營造業係指經向中央主管機關辦理許可、登記，綜

主要部分之工作，跨越不同專業分工之範圍，例如土木建築工程標案中，將比重甚低之消防工程、水電工程列入主要部分，亦屬不適宜之作法。」是按工程專業繁多，涉及專業性甚深，此函釋內容所遭遇問題句非個案，介入標準要到何種程度確實有探討空間。

10 目前臺灣約有 125 萬空屋戶，0 有住宅率也達 85%，民眾 0 有住宅在全世界已開發中國家已經高居首位有能力購屋的消費者大都已擁有自己房屋，所以本文認為台灣的營建市場高峰期已經過了。請參見胡偉良，「營造業是否還有明天？」，營造天下，第 43 期，頁 38，1999 年 7 月。

11 行政院公共工程委員會，因應 2010 年公共建設預算緊縮，工程會積極協助產業維持動能，網址：<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/NewsContent.do?site=002&bid=BIZS>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 1 日。

12 工商時報，營造業盼兩岸會談納入工程議題，2013 年 2 月 20 日。網址：<http://news.chinatimes.com/focur/11050106/122013022000113.htm>，最後瀏覽日期：2013 年 4 月 6 日。

理營繕工程施工及管理整體性工作之廠商。專業營造業指經向中央主管機關辦理許可、登記，從事專業工程之廠商；同法第8條也規定：「專業營造業登記之專業工程項目如下：一、鋼構工程。二、擋土支撐及土方工程。三、基礎工程。四、施工塔架吊裝及範本工程。五、預拌混凝土工程。六、營建鑽探工程。七、地下管線工程。八、帷幕牆工程。九、庭園、景觀工程。十、環境保護工程。十一、防水工程。十二、其他經中央主管機關會同主管機關增訂或變更，並公告之專案。」至於土木包工業，則是指經向直轄市、縣（市）主管機關辦理許可、登記，在當地或毗鄰地區承攬小型綜合營繕工程之廠商（營造業法第6條）。另外，綜合營造業又依「營造業法」第7條第1項規定，分為甲、乙、丙三等。至於營造業的分類分級及資質要求，如表一所示。【財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第113頁】

表一台灣營造業分級與資格之規定

分類及分等	設置條件 ¹³	資本額 ¹⁴	晉升等級條件 ¹⁵
甲級綜合營造業	2年以上土木建築工程經驗之專任工程人員1人以上。	NT2,250萬元以上	乙等綜合營造業有3年業績，5年內其承攬工程竣工累計達新臺幣3億元以上，並經評鑒3年列為第1級。
乙級綜合營造業	具2年以上土木建築工程經驗之專任工程人員1人以上。	NT1,000萬元以上	丙等綜合營造業有3年業績，5年內其承攬工程竣工累計達新臺幣2億元以上，並經評鑒2年列為第1級。
丙級綜合營造業	具2年以上土木建築工程經驗之專任工程人員1人以上。	NT300萬元以上	
專業營造業	設置符合各專業工程項目規定之專任工程人員。	NT300萬元以上	原資格若為乙丙級者，則依乙丙級晉升條件。
土木包工業	負責人應具有3年以上土木建築工程施工經驗。	NT80萬元以上	若有任用專任工程人員，才得以改為丙級營造業。

13 請參閱「營造業法」第9及10條。

14 請參閱「營造業法施行細則」第4及6條。

15 請參閱「營造業法」第7條第4及5項之規定。

依據「營造業法」規定，營造廠之等級共分甲、乙、丙 3 類，設立資格則以資本額及歷年來承攬總金額來劃分，對於工程性質僅以「土木、建築」涵蓋，未再細分專業項目，無法避免廠商良莠不齊或同業競爭而影響工程品質。另「營造業法」對於資本額的限制過低¹⁶，若與大型國際公司競爭時，可運用資金額度將是一大考驗。【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 114 頁**】此外，臺灣對於專業技術廠商並無法規規定，因此工程若需專業廠商共同配合施作時，僅能以本工程契約、規範約束或審查專業承商之資格，並無統一之標準條件。而與營建業關聯之水電、環控等廠商其等級資格更是分散在非建築法律之法規中，專業承包商基本素質無法確定，施工品質難以管制¹⁷。

（三）工程轉分包的經營

臺灣的工程建設之承攬模式，通常是以營造廠為主體與發包之業主簽訂總包承攬契約；再往下發包給專業分包商、供應材料設備分包商、供應機具租賃分包商、純勞務分包商或連工帶料分包商等之垂直生產體系。雖然營造廠是承攬總包契約之主體，但隨著市場轉型與專業分工趨勢，實際在現場施工的分包商才是檯面下真正實質主導工程成敗者。

於不得轉包方面，雖然臺灣的「工程採購契約範本¹⁸」第 9 條第 11 項第 1 款規定，廠商不得將契約轉包。但研究資料顯示，1994 年時臺灣營造業的實際施工以轉包方式執行者高達約 75%¹⁹，顯見禁止轉包之執法效果有待改進之空間很大。就分包商得否再分包問題，「工程採購契約範本」第 9 條第 11 項第 4 點規定：「分包商不得將分包契約轉包。其有違反者，廠商應更換分包商。」而 1999 年之際，營建工程之原承攬人自業主取得案件後，交付 1 層次承攬【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 115 頁**】者（即 1 次分包）有 95% 之高，交付 2 層承攬者（2 次分包）也高達 70%，交付 3 層者（3 次分包）有 23%。就發包單位認為總包商得否分包而言，政府的國營事業單位與業者所訂立的契約中，有 52% 的契約對限制承攬人再分包以明文規定，但也高達 48% 的事業單位則未以契約條款作限制，顯見對得否「再分包」問題，即使政府採購機關也看法分歧，有待深入探討²⁰。

16 在「營造業管理規則」時代，甲級營造業之資本額需有新臺幣 1 億元以上、乙級營造業資本額需有新臺幣 1,500 萬元以上、丙級營造業者資本額需有新臺幣 300 萬元以上。嗣該規則因大法官釋字第 394 號解釋認為違憲後，制定「營造業法」，降低資本額門檻。

17 崇生，「臺灣營造業在中國大陸經營策略之探討」，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，頁 36-37，2002 年 12 月。

18 工程採購契約範本（103.1.22 修正），網址：http://www.pcc.gov.tw/epaper/10302/news_12.htm，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 1 日。

19 蘇宜士，「『解構』與『重構』臺灣營造業的職業災害——一個「特殊的」生產方式：層層轉包層層剝削」，國立政治大學勞工研究所碩士論文，頁 67，2005 年 7 月。

20 前揭註，頁 67。

綜述臺灣的營造廠目前經營模式，有很多總包商標得工程項目後，僅僅作業務性之專案管理工作，坐實社會詬病之層層剝削坐享暴利，而再將工程轉分包商給下游廠商施工，故工程成敗與否實繫於下游分包商的專業能力及配合度。雖然「工程採購契約範本」第9條第11項第1點規定，主包商不得以不具備履行契約分包事項能力、未依法登記或設立，或依採購法第103條規定不得作為參加投標或作為決標對象或分包商之廠商為分包商。但實務上卻是常見下游分包商往往專業能力不足、機具與勞工安全設備不足、缺乏專業管理機制等而導致工程品質低落、滋生履約爭議，此即本文所稱之不當分包。雖然「工程採購契約範本」第9條第11項第2點規定：「廠商擬分包之項目及分包商，機關得予審查。」但實務上，很多公共工程契約業主根本不懂營建專業，而將對分包商審查交由其履行輔助人之建築師、設計單位或專業營建管理顧問（professional construction management, PCM）來執行，上焉者僅作形式審查，下焉者則藉審查機會向下游廠商收取回扣者亦時有所聞；更何況即使沒審查也不違反「工程採購契約範本」的規定。所以本文主張，落實業主對主包商所提供之分包商的資格、專業及品質管理制度的實質審查，實為確保公共工程契約能否順利履行的關鍵因素，不可不慎！進一步言，公共工程實務上，滋生疑義者，無非是轉分包問題【**財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第116頁**】之釐清，常衍生糾紛，莫衷一是。實有賴釐清其法律規範之目的、範圍及變動，是為本文研究契機之一。且一般社會通念亦認同，公共工程可以分包但不可轉包²¹；反之，除契約另有規外，法律對於民間營建工程並沒有對轉分包作限制。但被社會一般所詬病之「公共工程層層轉包」中的轉包，部分是否屬「政府採購法」中的「分包」呢？實有賴釐清及思考，惟其區分應視制度上適用及工程專業習慣等經驗法則而具體認定²²。

二、大陸方面

（一）建築市場過熱

大陸近來年加速開放經濟改革，從沿海到內地，公共建設大興土木；房地產也因經濟起飛，人口遷移居住之需求而加速開發興建。大陸的建築企業正由計劃經濟轉向市場經濟，面臨市場的嚴苛考驗。尤其中國共產黨12屆全國人大一次會議後，國務院多次提出城鎮化問題，中國的城鎮化率將由目前的51%往歐美的70%或80%邁進²³，只要每提高1%，大概就能帶來約7萬個億人民幣（RMB）的市場需求，所以推動小康社會建設的龐大營建內需與投資²⁴，已被大陸定調為目前重要政策。為因應都會化的發展，政府

21 請參閱「政府採購法」第65條第1項、第67條第1項。

22 「工程採購契約範本」第9條第11項第5、6款之規定：「5.廠商違反不得轉包之規定時，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。6.轉包廠商與廠商對機關負連帶履行及賠償責任。再轉包者，亦同。」

23 理財網，習李時代轉型民富，台商不再雨露均沾，網址：<http://Webcahe.googleusercontent.com/search?9-cache.ZrCNSObKVgJ:www.mc>，最後瀏覽日期：2013年4月7日。

24 香港文匯網：外媒「習李搭檔」政治啓動，網址：<http://nem.wenweipo.com/2013/03/15/n1303150085.htm>，最後瀏覽日期：2013年3月7日。

必須投入更大量的公共建設預算，這對制度上適用及營造技術水準可能比臺【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 117 頁**】灣相對落後的大陸建築企業，勢將衍生更多的工程分包或轉包是否違法之爭議。所以本文之兩岸法制比較，除提供臺灣經驗、相關制度及見解，供大陸主管當局或業者參考外；亦可作為臺灣營造業西進登陸尋求商機前，須先瞭解之課題。尤其在營建組織管理中，工程轉分包糾紛問題之兩岸差異性，更是值得相互借鏡，彼此截長補短；尤其大陸幅員廣闊，各地區經濟發展情況不同，雖然臺灣營建業赴大陸發展有同文同種及語言生活習慣相近之優勢，但大陸的營建管理制度、法令及規章，在其政策及社會背景、經濟發展下，自與臺灣截然不同。

（二）建築業企業分工體系複雜

大陸所謂「建築業企業」，即是臺灣的「營造業」；依大陸「建築業企業資歷管理規定」第 2 條第 2 款：「本規定所稱建築企業，是指從事土木工程、建築工程、線路管道設備安裝工程、裝修工程的新建、擴建、改建活動的企業。」並且同法第 3 條：「建築業企業應當按照其擁有的註冊資本、淨資產、專業技術人員、技術裝備和已經完成的建築工程業績等資歷條件申請資歷，經審查合格，取得相應等級的資歷證書後，才可在其資歷等級許可的範圍內從事建築活動。」又根據大陸「建築法」第 13 條規定，從事建築活動的建築施工企業，按照其擁有的註冊資本、專業技術人員、技術裝備和已完成的建築工程業績等資歷條件，劃分為不同等級，經審查合格後，取得相應等級的資歷證書後，方可在其資歷等級許可的範圍內從事建築活動。

在承包工程之資格門檻方面，依大陸「建築業企業資質管理規定」第 5 條規定：「建築業企業資質分為施工總承包、專業承包和勞務分包三個序列。」同規定第 6 條：「取得施工總承包資質的企業，可以承接施工總承包工程。施工總承包企業可以對所承接的施【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 118 頁**】工總承包工程內各專業工程全部自行施工，也可以將專業工程或勞務作業依法分包給具有相應資質的專業承包企業或勞務分包企業。取得專業承包資質的企業，可以承接施工總承包企業分包的專業工程和建設單位依法發包的專業工程。專業承包企業可以對所承接的專業工程全部自行施工，也可以將勞務作業依法分包給具有相應資質的勞務分包企業。取得勞務分包資質的企業，可以承接施工總承包企業或專業承包企業分包的勞務作業。」所以大陸建築業企業區分為「施工總承包」、「專業承包」和「勞務承包」。此外，在工程施工也訂有嚴格的資歷規範；非但不具資歷認證者，不能從事相關業務，並且透過不同資歷之等級認證，區分其所能承接案件之規模²⁵。所以大陸的施工總承包企業可略等於臺灣的綜合營造業，大陸的專業承包業企業略似於臺灣的專業營造業，而大陸的建築勞務分包企業則近似於臺灣

25 許忠佑，「兩岸營建工程轉包與分包問題之研究」，國立成功大學建築研究所碩士論文，頁 10-12，2013 年 1 月 30 日。

的土木包工業²⁶。

（三）可分包不得轉包

大陸「建築法」第 24 條禁止將建築工程肢解發包。同法第 28 條禁止將建築工程肢解分包；雖然有上述公共工程²⁷總承包原則之規定，但大陸建築市場上，卻頻生不具相應資質之承包商超越其被許可之業務範圍承攬工程，致生爭議。究其產生原因，不外乎：1.在承包價格方面，資歷不夠之分包商所提出者往往要比正規企業低，使得總承包商基於盈利考慮，心存僥倖將工程分包給資質不夠之分包商。2.有些分包隊伍為集體性質之施工企業，經營手段較靈【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 119 頁**】活，甚至為達目的，不擇手段，以較低價格承包。3.總承包與發包機關勾結而取得工程，例如某些國有企業主管，在不法利益誘惑下，將工程全然切割分包，影響整體功能。4.由於承包商價格低且隊伍素質低，致工程未依法分包後，發生工地不安全，品質不合格等糾紛²⁸。本文認為，雖然工程分包是建築活動中常見之市場行為，惟就工程實踐而言，合法的分包與轉包在兩岸營建界被誤認或混淆，在所多見。惟有釐清其法律規定及兩岸各自之建築慣例，正確且適當的分包，才有助於發包決策與契約履行，遏阻不當分包及轉包，提升工程品質，維護營建市場交易安全。

建築工程之轉包行為乃大陸法律所禁止之行為。所謂轉包，係指承包單位取得工程後，不依其合同之約定履行義務與責任，而將該工程全部或大部分交由其他包商施作；或將全部工程肢解後，以分包名義分別轉給其他單位承包之行為²⁹。大陸「合同法」第 272 條規定，發包人可以與總承包人訂立建設工程合同³⁰，不得將應當由一個承包人完成的建設工程肢解成若干部分發包給幾個承包人。總承包人經發包人同意，可以將自己承包的部分工作交由第三人完成，惟其應就其完成的工作成果與總承包人一起向發包人負連帶責任。並且要求承包人不得將其承包的建設工程全部轉包給第三人或者將其承包的全部建設工程肢解後，以分包名義分別轉包給第三人。尤其禁止承包人將工程分包給不具備相應資歷條件的單位，並且禁止分包單位將其承包的工程再分包；建築工程的主體結構工程必須由承包人自行完成³¹。另外，大陸「建築法」第 28 條規定：「禁止承包單位將其承包的全部建築工程轉包給他人，禁止承包單【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 120 頁**】位將其承包的全部建築工程肢解以後分包的名義，分別轉包給他人。」本文認為，禁止工程轉包之主要原因為：1.轉包行為違反招標投標制度之目的；2.轉包是一種合同履行障礙的違約行為；3.轉包可能產生行政腐敗；4.轉包可能引致品質不良。故

26 張明正，中國大陸工程專案管理實務，頁 31，詹氏書局，2006 年 8 月。

27 大陸所稱之建築工程，等同於台灣的公共工程。而台灣所稱之民間營造工程，大陸則稱為民用建築。

28 何紅鋒，建設工程施工合同糾紛案例解析，頁 146，知識出版社，2009 年 7 月。

29 前揭註，頁 146-147。

30 台灣的公共工程契約，大陸稱為建設工程合同。

31 請參考大陸「合同法」第 272 條。

大陸「建設工程品質管制條例」第 25 條規定：「施工單位應當依法取得相應等級的資歷證書，並在其資歷等級許可的範圍內承攬工程。禁止施工單位超越本身資歷等級許可業務範圍或者以其他施工單位的名義承攬工程。施工單位不得轉包或違法分包工程。」

雖然大陸「建築法」、「招標投標法」、「合同法」等都對轉包嚴格禁止，但實際界定时仍存如「建築法」第 28 條所規定之關於「全部工程」的說法過於籠統，不易認定³²；但同條中的「工程肢解」規定，則比臺灣之規定明確，值得參考。

參、兩岸公共工程契約轉分包之規範

一、轉分包之規範架構

（一）臺灣部分

鑒於轉、分包行為長期存在於臺灣營造業，而公共工程通常又由營造廠承包施作；故當時的營造業主管機關³³內政部營建署基於確保營繕工程施工品質之需要³⁴，於營造業法第 25 條第 1 項規定：「綜合營造業承攬之營繕工程或專業工程項目，除與定作人約定需【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 121 頁】自行施工者外，得交由專業營造業承攬，其轉交工程之施工責任，由原承攬之綜合營造業負責，受轉交之專業營造業並就轉交部分，負連帶責任。」前開規定，無異為專業工程之分工保留法律適用的解釋空間³⁵。由於轉、分包行為是公共工程品質低落的主要原因之一，但禁止轉包之規定卻始終未提升至法律位階，故「政府採購法」第 65 條第 1、2 項規定：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。前項所稱轉包，指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。」將轉包禁止原則提昇至法律規定，以確保公共工程品質。又何謂全部或其主要部分，始終是爭議的肇端。「政府採購法施行細則」第 87 條規定：「本法第六十五條第二項所稱主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分。」進一步言，按公共工程委員會 89 年工企字第 09800468030 號函釋：「機關辦理工程採購，其招標文件訂定得標廠商應自行履行契約之主要部分者，應依個案情形明確訂定，避免過於空泛致發生轉包爭議。」該會工程企字第 89006979 號亦函釋：「……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。」及臺北市政府 96 年 9 月 3 日府工採字第 09631334301 號函示：「……本法禁止廠商轉包，惟對廠商分包行為並不禁止。」故政府採購法僅禁止轉包，並未禁

32 建築行業轉分包成「潛規則」政協委員建議堅決治理，前揭註 7。

33 營造業法於中華民國 92 年 2 月 7 日華總一義字第 09200020090 號總統令制定公布。

34 請參考營造業法第 1 條規定：「為提高營造業技術水準，確保營繕工程施工品質，促進營造業健全發展，增進公共福祉，特制定本法。本法未規定者，適用其他法律之規定。」

35 又已於中華民國 94 年 10 月 27 日廢止之「營造業管理規則」第 22 條第 1 項亦規定：「營造業所承攬之工程，其主要部分應自行負責施工，不得轉包。但專業工程部分得分包有關之專業廠商承辦，並在施工前將分包合約副本送起造人。」

止分包，若系爭採購案之投標須知並未填寫工程主要部分，除非得標廠商係將契約標的之全部得標工程委請其他廠商代為履行，方屬政府採購法禁止之轉包行為，否則，均應評價為得標廠商之分包行【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 122 頁**】為³⁶。本文認為，前開所謂之應自行履行之全部或其主要部分，乃為不確定的法律概念³⁷，須視招標個案內容而為具體認定。此外，當得標廠商違反政府採購案件不得轉包之規定者，辦理採購機關應依「政府採購法」第 101 條第 1 項之規定³⁸，將其轉包事實及違法理由通知廠商，並附記如未提出異議者，送請「公共工程委員會」據以刊登政府採購公報，予以停權 1 年之處分。

（二）大陸部分

大陸「建築法」第 24 條規定：「提倡對建築工程實行總承包，禁止將建築工程肢解發包。工程的發包單位可以將建築工程的勘察、設計、施工、設備採購一並發包給一個工程總承包單位，也可以將建築工程勘察、設計、施工、設備採購的一項或者多項發包給一個工程總承包單位；但是，不得將應當由一個承包單位完成的建築工程肢解成若干部分發包給幾個承包單位。」但公共工程肢解到什麼程度才構成前開條文所禁止的肢解呢？成為執行不得肢解發包相關法規的前提。大陸「建築法」第 28 條對於肢解發包的規定是：「禁止承包單位將其承包的全部建築工程轉包給他人，禁止承包單位將其承包的全部建築工程肢解以後以分包的名義分別轉包給他人。」即不得將應當由 1 個承包單位完成的建築工程，肢解成若干部分發包給幾個承包單位；惟建築法並未對前述之應當由 1 個承包單位完成的建築工程的法律概念進一步解釋³⁹。雖然大陸「**建築工【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 123 頁】程質量管理條例**」第 78 條第 1 項規定：「本條例所稱肢解發包，是指建設單位將應當由一個承包單位完成的建設工程分解成若干部分發包給不同的承包單位的行為。」但仍然沒有定義什麼是肢解發包。至於較高位階之法律方面，大陸「招標投標法」第 48 條規定：「中標人應當按照合同約定履行義務，完成中標項目。中標人不得向他人轉讓中標項目，也不得將中標項目肢解後分別向他人轉讓。中標人按照合同約定或者經招標人同意，可以將中標項目的部分非主體、非關鍵性工作分包給他人完成。接受分包的人應當具備相應的資格條件，並不得再次分包。中標人應當就分包項目向招標人負責，接受分包的人就分包項目承擔連帶責任。」已於 2012 年 2 月 1 日起施行的大陸「招標投標法實施條例」第 59 條規定：「中標人應當按照合同約定履行義務，完成中標項目。中標人不得向他人轉讓中標項目，也不得將中標項目肢解後

36 臺北市府採購申訴審議判斷書訴 99014 號，2010 年 10 月 20 日。

37 謝志輝，「政府採購法轉包相關問題之研究」，中原大學財經法律研究所碩士論文，頁 13-15，2010 年 1 月。

38 「政府採購法」第 101 條第 1 項規定：「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：……十一、違反第六十五條之規定轉包者。……」

39 張炯及張文靖，「肢解發包和肢解分包的認定標準及其對建設工程發包模式的影響」。中倫律師事務所編之「建設工程業務」，頁 126，法律出版社，2013 年 5 月。

分別向他人轉讓。中標人按照合同約定或者經招標人同意，可以將中標項目的部分非主體、非關鍵性工作分包給他人完成。接受分包的人應當具備相應的資格條件，並不得再次分包。中標人應當就分包項目向招標人負責，接受分包的人就分包項目承擔連帶責任。」前開條文對於中標人履約義務、中標人依法分包及分包責任均有規範⁴⁰。如果轉包或違法分包，其法律效果應依大陸「招標投標法」第 58 條規定：「中標人將中標項目轉讓給他人的，將中標項目肢解後分別轉讓給他人的，違反本法規定將中標項目的部分主體、關鍵性工作分包給他人的，或者分包人再次分包的，轉讓、分包無效，處轉讓、分包項目金額千分之五以上千分之十以下的罰款；有違法所得的，並處沒收違法【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 124 頁】所得；可以責令停業整頓；情節嚴重的，由工商行政管理機關吊銷營業執照。」至於法律位階最高的大陸「最高人民法院關於審理建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」（簡稱施工合同司法解釋）第 4 條也規定：「承包人非法轉包、違法分包建設工程或者沒有資質的實際施工人借用有資質的建築施工企業名義與他人簽訂建設工程施工合同的行為無效。人民法院可以根據民法通則第 134 條⁴¹規定，收繳當事人已經取得的非法所得。」施工合同司法解釋第 4 條規定，直接指定分包人分包專業工程，造成建設工程質量缺陷，發包人應當承擔過錯責任；承包人有過錯的，也應當承擔相應的過錯責任。本文認為，該司法解釋僅對於指定分包下的品質缺陷責任有所規定，但對於工期延誤及工程造價結算等問題沒有規定，非無降低司法執行之可操作性⁴²。

二、臺灣之規範內容

（一）轉包為契約承擔或債權讓與

臺灣所謂之工程轉包，係指得標廠商將其標得之工程，轉由其他廠商承包；而之所以需轉由其他廠商承包，通常之原因有：1.原得標商欠缺特殊經驗或技術；2.總（主）承包商為賺取原標價與再轉包價間之差異。就法制上而言，「民法」及「政府採購法」及「營造業法」皆對轉包有所規定。行政院「公共工程委員會」所頒訂之【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 125 頁】「工程採購契約範本」第 1 條第 2 項第 8 款定義：「分包，謂非轉包而將契約之部分由其他廠商代為履行。」

工程施工契約之性質，在「民法」上通說認為屬於承攬契約；而工程轉包契約之性

40 劉營，中華人民共和國招標投標法實施條例實務指南與操作技巧，頁 178-181，法律出版社，2013 年 1 月。

41 大陸「民法通則」第 134 條規定：「承擔民事責任的方式主要有：（一）停止侵害；（二）排除妨礙；（三）消除危險；（四）返還財產；（五）恢復原狀；（六）修理、重作、更換；（七）賠償損失；（八）支付違約金；（九）消除影響、恢復名譽；（十）賠禮道歉」以上承擔民事責任的方式，可以單獨適用，也可以合併適用。人民法院審理民事案件，除適用上述規定外，還可以予以訓誡、責令具結悔過，收繳進行非法活動的財物和非法所得，並可以依照法律規定處以罰款、拘留。」

42 高印立，建設工程施工合同法律實務與解析，頁 51，中國建築工業出版社，2012 年 8 月。

質，有認為屬於契約承擔，亦有認為屬於債權讓與⁴³。若認為屬於前者，須經業主、總承包商及分包商三方同意，始會發生效力，且契約承擔契約發生效力後，讓與人即脫離原有契約關係，契約則由他方當事人與承受人繼續維持。換言之，該當事人基於原契約關係所生之一切權利義務，均於契約承擔之契約成立的同時移轉於第三人，其實益在於一般的債權讓與，一些不得移轉之權利，例如契約解除權、撤銷權、終止權，亦得隨同移轉，因債權讓與僅讓與債權，而契約承擔連當事人之地位亦一併移轉⁴⁴。若認為屬於後者，僅需總承包商與分包商同意即可，不需經過業主同意，惟如未將債權讓與之事實通知業主，不得對抗業主，因此，分包商即不得向業主請求承攬報酬。若業主與總承包商約定不得轉包，則依「民法」第 294 條第 2 項規定：「依當事人之特約，債權不得讓與者，該不得讓與之特約，不得以之對抗善意第三人。」是以，當事人間有債權不得讓與之特約，而債權人（總承包商）將其債權讓與第三人（分包商），若第三人知有此特約（非善意），其讓與應為無效（最高法院 87 年度臺上字第 195 號判決意旨參照），分包商亦不得向業主請求承攬報酬。

承攬為一種勞務契約，其給付具有一定程度之屬人性，雖然承【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 126 頁**】攬人得否使他人承攬其工作之全部或一部，「民法」並無規定。但禁止工程轉包為國際通例，不少國家都對工程轉包作出禁止性規定；如日本建設業法第 2 條第 2 款規定，經營者將其所承包的部分建設工程向其他建設經營者進行分包⁴⁵。但同法第 24 條之 7 第 1 項規定，日本公共工程契約規定主承包商須於工程開工後提報業主顯示施工現場參與工程施工之主承包商及協力廠商的工程管理及組織體系之「施工體系圖」及「施工體系台帳」⁴⁶。主承包商必須將工作項目、價格、工期及付款條件等之分包契約併同施工體系圖及施工體系台帳提送業主，同時業主有權檢視協力廠商分包契約之工資表、材料機具設備等之傳票的權力。另外，日本公共工程契約視情況亦有所謂指定分包商規定（nominated subcontractor），一般係適用於特殊專業技術或土方運輸業⁴⁷。美國總承包商協會（associated general contractors of America, AGC）的土木工

43 請參閱臺灣高等法院 100 年度重上字第 218 號判決。

44 契約之承擔，除依法律規定者（例如臺灣「民法」第 425 條、1148 條）外，其依約約定者，應由契約之雙方當事人及承受人三方面同意為之。如由讓與人與承受人成立契約承擔契約，則須他方當事人同意始生效力。參閱臺灣最高法院 73 年臺上字第 1573 號判例「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，系屬契約承擔，與單純的債權讓與不同，非經他方承認，對他方不生效力。」

45 建設業法，この法律において「建設業」とは、元請、下請その他いかなる名義をもつてするかを問わず、建設工事の完成を請け負う営業をいう。網址：<http://www.houko.com/00/01/S24/100.HTM#s3.2>，最後瀏覽日期：2014 年 6 月 1 日。

46 建設業法，第 24 条の 7 特定建設業者は、発注者から直接建設工事を請け負う場合において、当該建設工事を施工するために締結した下請契約の請負代金の額（当該下請契約が 2 以上あるときは、建設工事の適正な施工を確保するため、国土交通省令で定めるところにより、当該建設工事について、下請負人の商号又は名称、当該下請負人に係る建設工事の内容及び工期その他の国土交通省令で定める事項を記載した施工体制台帳を作成し、工事現場ごとに備え置かなければならない。網址：<http://www.houko.com/00/01/S24/100.HTM#s3.2>，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 1 日。

47 國外合約分包制度及公共工程仲裁案件，網址：<http://report.natgov.tw/ReportFront/reportjload>。

程分包契約，內容應包括：1.主承包商、分包商對工程配置之責任分配。2.分包應依【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 127 頁**】契約規定，提供適當技術。3.分包商得審閱主承包商之付款保證金相關文件。4.分包商不與業主履行任何工作或交易。5.若主承包商要求，分包商應提供履約保證金⁴⁸。FIDIC 紅皮書 4.4 款「分包商」規定，承包商不得將整個工程分包出去。第 1.7 款「權益轉讓」規定，未經另一方同意，任何一方都不應將契約的全部或任何部分，或契約中或根據契約所具有的任何利益或權益轉讓他人⁴⁹。本文主張，工程的全部委由他人施作，即構成轉包，有違招標時規定營造廠資格須符合招標要求之本意。

依「政府採購法」第 65 條第 1 項規定：「得標廠商應自行履行工程勞務契約，不得轉包。」同法第 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。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。」所以公共工程施工承攬契約，不論契約內對轉包是否有規定，依法不得轉包。總承包商若違法轉包，機關僅得行使「政府採購法」第 66 條之權利，即業主可向總承包商解除契約、終止契約或沒收保證金，並得請求損害賠償的權利而已，公共工程契約並無當然無效，且不影響總承包商與分包商間契約之效力。

至於何謂轉包？依「政府採購法」第 65 條第 2 項之規定：「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。」而所謂主要部分，應為招標文件標示為主要部【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 128 頁**】分或應由得標廠商自行履行之部分，始足當之。依「政府採購法施行細則」第 87 條之規定，主要部分係指下列情形之一：1.招標文件標示為主要部分者。2.招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分。依工程實務認為，結構體工程應該屬於主要部分，但不必然包括基礎工程。本文認為，考慮目前公共工程多朝科技化與精緻化發展，以及基於專業分工及機械設備的操作需求，應允許工程的一部分可以分包。進一步言，「政府採購法」第 101 條第 1 項第 11 款也規定，廠商如違反「政府採購法」第 65 條之規定轉包者，機關得將其列為不良廠商。也將其公布於政府採購公報，以加強對社會對不良廠商之公評與制裁，冀以「優勝劣敗、自然淘汰」的市場力量，篩選不良廠商，提升公共工程品質⁵⁰。

jspx?sysId=C09000411&fileNo=001，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 2 日。

48 AGC Document No. 603 Standard Short Form Agreement between Contractor and Subcontractor，網址：<http://civil.colorado.edu/~silverst/cvM4830/AGC%20603%20Subcontract%20Short%20Form.pdf>，最後瀏覽日期：2013 年 5 月 2 日。營造業各式分包契約之比較，網址：<http://www.arch.net.tw/modern/month/248/248-2.htm>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 1 日。

49 FIDIC 土木工程施工合同條件（新紅皮書），網址：<http://wenku.baidu.com/view/2e7d417fnilcc7931b71674.html>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 2 日。

50 黃鈺華，政府採購法逐條釋義，頁 368，元照出版社，2008 年 9 月。

（二）分包為次承攬

工程得否分包之爭議方面，雖然有學者主張承攬人原則上不得將其工作之全部或一部，委由他人以次承攬方式完成；惟本文不全採，認應依工程全部或工程一部等而個案適用⁵¹。蓋「民法」第 512 條規定：「承攬之工作，以承攬人個人之技能為契約之要素者，如承攬人死亡，或非因其過失致不能完成其特約之工作時，其契約為終止。」依前條之規定，則不必然不允許成立次承攬⁵²。因為營建工程承攬契約中，通常對材料、設備及工法有明確規格，只要按圖施工，即能履約完工，而非以承攬人之個人技能為契約要素。何況目前營建工程實務上，通常把危險性高且需特殊機具之專案分包給該領域之專業營造業。所以本文認為，分包乃指將總包公共工程施【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 129 頁**】工契約中之一部或非主要部分，另訂次承攬契約之方式委由其他廠商代為履行者，其與轉包之情形者自為不同。進一步言，分包與轉包是由總承包商與其他第三人約定，由該第三人以契約方式承擔原工程契約之全部或主要部分，而總包商僅賺取中間差價者有間⁵³。惟因「政府採購法」第 65 條第 2 項「應自行履行之全部」或「其主要部分」之規定屬於不確定律概念⁵⁴，且條文並無強制規定政府機關應在契約上標示何者為「主要部分」，若機關在契約中未標示「主要部分」，則承攬人與定作人產生爭議時，何謂「主要部分」？是以工程金額限制、抑或是以專業工程項目限制，即成為行政機關之判斷餘地⁵⁵。再依據行政院「公共工程委員會」2000 年 03 月 23 日工程企字第 89006979 號函釋：「依政府採購法第 65 條第 2 項規定，轉包指將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行；依政府採購法施行細則第 87 條規定，該主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分。若未填主要部分，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。」由此得知，只要不將自行履行之「全部」由其他廠商代為履行者，即不違反「禁止轉包」之規定，即使是自行履行部分僅剩無幾，例如：百分之 2，亦不構成轉包⁵⁶。結果導致工程分包情形與轉包，並無不同。「政【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 130 頁**】府採購法」原本希望藉由「禁止轉包」，來提升工程品質，避免層層轉包而產生爭議及造成工程品質低落之立法意旨，都將落空。

本文主張，總包契約中應載明工程得否分包；或在契約中明白規定得標廠商應自行

51 陳衍任，「營造業借牌營運及其於營業稅法上之違法行為」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 65-66，2006 年 7 月。

52 李家慶，工程法律與索賠實務，頁 26，中華民國仲裁協會，2004 年 9 月。

53 前揭註，頁 26。

54 所謂「不確定法律概念」，係指法律構成要件之法律用語含有一般、抽象、普遍之特性，以致涵義不確定或有多種解釋，須另作判斷，始能將法律概念予以具體化。

55 所謂「判斷餘地」，係指不確定法律概念涵攝至具體之事實關係時，行政機關得自由判斷，而司法機關應尊重行政機關之判斷結果。

56 實務亦有以自行履行契約部分的比例，來認定是否構成「轉包」。參閱臺灣臺北地方法院 101 年度建字第 136 號、臺灣高等法院 101 年度建上字第 110 號判決。

履行之主要部分的範圍，以杜絕爭議。

（三）轉包致層層剝削

在私法自治上，轉包基於契約自由，當事人自為協調工程事項自非不許，參酌我國當前最高法院 73 年臺上字第 1573 號判例⁵⁷的反面解釋，主承攬商在業主同意下，將工程之非主要部分或非應自行履行部分予以轉包，則在私法自治下，非法所不許。另最高法院 65 年臺上字第 1974 號判決內容亦然⁵⁸。

本文認為，雖然在私法自治原則下，承攬契約在各式勞務契約之類型中，其「屬人性」之特徵最低；工程承攬只強調工程之完成，而施作方法之選擇與施作過程之監督完全委由承攬人負責，定作人不須過問⁵⁹。且主承攬商基於分散經營風險、成本轉嫁及責任轉嫁等因素，容易選擇將部分工程轉包予下游廠商。另工程承攬契約之當事人就工程約定不得轉包，乃強調承攬契約係重視契約當事人特性之契約，定作人係因承攬人一方具有一定之履約能力、履約品質始願與承攬人訂立承攬契約，苟承攬人復將承攬工作全部或重要部分轉包他人，即喪失定作人所以將工作交付承攬人之信賴基礎，但承攬契約的屬人性格不強，故當事人基於契約自由原則，仍然得自【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 131 頁】行決定是否為禁止轉包約定，尚無顯失公平可言⁶⁰。

但在公共工程發生多層次轉包，然則得標廠商所承攬之經費就是得標價格，即便以情事變更所得調整經費有限，並且情事變更本屬例外，本就不可能任意而為，在經費固定之下公共工程勢無許可轉包的餘地，否則必然形成得標廠商從中抽傭層層剝削的情形，而最後實際施作者所獲報酬已較原發包價格偏低下，在廠商將本求利下，極有可能致工程品質低落，影響公共安全；所以「政府採購法」第 65 條第：！項作出公共工程不得轉包之規定，本文予以肯定。

於「私法自治」原則下，公共工程契約的履約一般定性為私法契約⁶¹，「由第三人給付」或向「第三人給付」之約款⁶²極為普遍，且該等約款原則上有效，除非「給付內容有屬人性」或「當事人另有特約」，才會排除此等約款在私法上之效力。工程施工承攬大都是按圖說施作即可交付，非屬給付內容有屬人性。工程承攬只要契約中沒有約定，非

57 最高法院 73 年臺上字第 1573 號判例：「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，系屬契約承擔，與單純的契約讓與不同。非經他方之承認，對他方不生效力。」

58 最高法院 87 年臺上字第 1974 號判決「承攬除當事人間有特約外，非必須由承攬人自服其勞務，其使用他人，完成工作，亦無不可。」

59 陳衍任，前揭註 51，頁 66。

60 因此，在訴訟上有律師主張政府機關約定禁止轉包的公共工程合約，違反民法或消費者保護法有關定型化契約之規定，對總承包商顯失公平而無效等節，即無正當理由。

61 蘇南，「公共工程契約的違約責任」，頁 19-20，國立中正大學法律研究所碩士論文，2010 年 6 月。

62 請參照「民法」第 268 條規定：「契約當事人之一方，約定由第三人對於他方為給付者，於第三人不為給付時，應負損害賠償責任。」及同法第 269 條第 1 項規定：「以契約訂定向第三人為給付者，要約人得請求債務人向第三人為給付，其第三人對於債務人，亦有直接請求給付之權。」

不得轉包或分包。所以在「民法」制度中，工程尚未非不得轉包。但本文也特別強調，公共工程契約制度中，「政府採購法」乃屬特別法，自應優先適用，即公共工程契約不得轉包，以不違反該法第 65 條之規定；其規範意旨乃基於公共工程品質考慮，特重承攬人之履約能力，故在該工程發包時，業主對投標廠商之專業能力、實績經驗、財務能力及營造廠等級往往訂有投標廠資【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 132 頁**】格之門檻。準此，若得標廠商可不經業主同意，任意將工程轉讓予其他第三人，或將該工程之全部或部分轉包予他人，則工程招標時對投標廠商資格之規定，豈非形同具文。

（四）分包為法所許，轉包為法所禁

轉包在我國公共工程上係為法所禁止，分包者則為法所允許，蓋謂轉包者，按「政府採購法」第 65 條第 2 項有所定義；且為該法第 65 條第 1 項所禁止，而其法律效力則為同法第 66 條：「得標廠商違反前條規定轉包其他廠商時，機關得解除契約、終止契約或沒收保證金，並得要求損害賠償。前項轉包廠商與得標廠商對機關負連帶履行及賠償責任。再轉包者，亦同。」係為避免廠商出現如同買空賣空，僅在投標具備較佳的書面與規劃，然則卻在得標後的實作由其他廠商代為履行，而得標廠商自身坐實轉介抽成，層轉之下代履行之廠商係用低於得標價格的低獲利去完成工程，以致代履行廠商為固定獲利而降低工程品質情形，為避免有此道德風險的產生，是以法明文禁止。

依「政府採購法」第 67 條第 1 項之規定：「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。」所以工程契約之分包為法之所許，且原則上不必得到業主之同意，與前述轉包為法所禁止之情形不同，但本文不採。雖然依「工程採購契約範本」第 9 條第 11 項第 2 款之規定，採購機關對於得標主承包商擬分包之項目及分包商，機關得視個案須求決定是否審查；但本文認為，分包應事先獲得採購機關同意，以確保履約品質，踐行公共利益。惟因法律規定將「契約之部分」分包，因此解釋上不可把工程全部或過大比例分包，否則應認為是轉包，而非分包。本文認為，在現今之大型工程已朝人性化、精密化及綠建築等多元價值要求下，專業分工實有其必要，例如：機電、資訊【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 133 頁**】網路、基礎、鋼骨結構、消防設備及室內設計等，其施作皆必須具有專門之機具、知識及工程師，所以工程總包下之專業分包制度，實有其必要，以發揮知識整合及專業分工之效用。公共工程委員會頒訂「採購契約要項」第 8 點「分包商」規定：「廠商不得以不具備履行契約分包事項能力或未依法登記或設立之廠商為分包商。對於分包商履約之部分，得標廠商仍應負完全責任。分包契約報備於機關者，亦同。廠商擬分包之項目及分包商，機關得予審查。」⁶³惟為確定分包商是否具有履約能力，本文建議採購機構應委

63 採購契約要項，網址：http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BiZSfront/MenuContent.do?site=002&bid= BIZS_C00007208，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 2 日。

託建築師、設計單位或 PCM 對於分包商的資格、履約能力及管理制度等文件進行實質審查。

依「政府採購法」第 67 條規定，得標廠商得將契約部分由其他廠商代為履行，若分包契約經報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包商者，「民法」第 513 條之抵押權及第 816 條因添附而生之請求權，及於得標廠商對於機關之價金或報酬請求權。前項情形，分包商就其分包部分，與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任。」其差異在於得標廠商應自行履行之主要部分，並應明定於契約中，以杜爭議，其觀點在於完成工程過程中的經濟性與彈性，蓋工程施作上介面眾多繁複且歷時長久，按我國營造業界各企業規模，比例上鮮少有任一間工程公司能長時雇有始至大地、結構，終至門扇修飾、裝潢貼壁各細部工項的員工，是多數工程執行皆常為分屬不同專業的匪隊，在取得工程後才組成的專案團隊情形，是分包制度於採購法第 67 條的許可即係對此保留空間，允許將工程之一部在有條件下由得標廠商交付其他廠商施作。「工程採購契約範本」第 5 條第 5 項規定：「分包契約依採購法第 67 條第**【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 134 頁】**2 項報備於機關，並經廠商就分包部分設定權利質權予分包廠商者，該分包契約所載付款條件應符合前列各款規定（採購法第 98 條之規定除外），或與機關另行議定。」

觀諸前述，轉包分包的界定，實則難以單用量的區別或質的區別其一為判斷，畢竟實務上甚少發生全部由其他廠商代履行的狀態，即便發生亦非難以判定，惟契約部分由其他廠商代為履行時，所謂主要部分及非主要部份的判斷即非易事，是施行細則第 87 條即要求須明定所稱主要部分，以是招標機關應於招標文件中標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分。

所以工程契約之分包為法之所許，且原則上不必得到業主之同意，與前述轉包為法所禁止之情形不同。惟因法律規定將「契約之部分」分包，因此解釋上不可把工程全部或過大比例分包，否則應認為是轉包，而非分包。本文認為，在現今之大型工程已朝人性化、精密化及綠建築等多元價值要求下，專業分工實有其必要，分包無可避免，例如：機電、資訊網路、基礎、鋼骨結構、消防設備及室內設計等，其施作皆必須具有專門之機具、知識及工程師，所以工程總包下之專業分包制度，實有其必要，以發揮知識整合及專業分工之效用。是「政府採購法」第 67 條規定，得標廠商得將契約部分由其他廠商代為履行，若分包契約經報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包商，也有適用「民法」第 513 條之抵押權及第 816 條因添附而生之請求權，及於得標廠商對於機關之價金或報酬請求權。此外，分包商應就其分包部分，須與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任。

（五）專業分包有效分工

又依臺灣「營造業法」第 25 條第 1 項規定：「綜合營造業承攬之營繕工程或專業工程項目，除與定作人約定需自行施工者外，【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 135 頁】得交由專業營造業承攬，其轉交工程之施工責任，由原承攬之綜合營造業負責，受轉交之專業營造業並就轉交部分，負連帶責任。」上述條文中所謂「轉交」是否僅指「分包」，抑或是包括「轉包」之情形在內？縱觀臺灣所有的營建法規皆未使用「轉交」一詞，以往的營造業管理規則是以「分包」規定專業部分之承攬，直到 2003 年 2 月 7 日通過之「營造業法」中，始出現「轉交」一詞，而「營造業法」於制定時依立法委員張清芳等 58 人提案，對於承攬之規定亦是以「分包」一詞規定；行政院版本才使用「轉交」一詞規定專業工程之承攬；最後以前營建署長柯鄉黨於立法紀錄中說明：「轉交是指協力廠商間有長期的合作關係。」、「我們目前採取不限轉交或分包，透過自由市場機制去運作。」⁶⁴最後立法院三讀通過之法條是以修正行政院版之法條，而訂定以「轉交」一詞規定專業工程之承攬。由此立法沿革可以推知本條所謂之「轉交」似不僅限於「分包」，而尚應包括「轉包」。此與「政府採購法」第 65 條即規定得標廠商不得轉包工程或契約之規定相齟齬。然就營造業之實際作業而言，民間工程得標工程得轉交或轉包給專業廠商施作，將可給予總承包商，有較大的履約彈性，以追求工程之如期、如質及如式完成；蓋其僅涉及私法上的財產權履行而已，非涉公共利益。但進一步就公共工程之目的而言，除了提供優良品質之工程外，其任務尚有公共利益目的之達成；且其經費來自公共預算，故在招標發包時須依公平、公開之採購程序⁶⁵。故公共工程若允許轉包，可能造成資格符合招標規定之總包商得標後，再將工程轉交予原來資格不合之廠商施作，有違公平、公開原則。因此，在實務上行政院「公共工程委員會」於 2003 年 4 月 10 日工程企字第 09200133020【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 136 頁】號函釋：「營造業法第 25 條第 1 項規定所稱『轉交』，與政府採購法第 65 條所稱『轉包』二者並不相同。營造業法所稱得『轉交』部分，其與政府採購法第 67 條第 1 項及採購法施行細則第 87 條規定，非招標檔為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分得『分包』之精神相符。」由此解釋函可知公共工程委員會係將「轉交」界定為「分包」。

然則再回顧行政院當初原送草案關於分包規定：「廠商擬將工程或勞務之一部，分包予其他廠商時，應先將該等廠商之名稱、經驗及分包內容等，依契約規定報請機關同意。但仍應由原訂約廠商負履約之責」，這和過去各種機關實務上執行的情形相似，即認業主對於分包宜有核定之權，然送立法院時，認分包係扶植中小企業之重大方式，倘若分包商仍需機關核定，可能導致公務員刁難中、小包商，故以刪除。又有以為法既明文得標廠商得將採購分包予其他廠商，則應將「得標廠商得為分包」解釋為法律上所保護之權

64 參閱立法院公報，第 91 卷第 75 期，委員會紀錄，頁 21。

65 「政府採購法」第 1 條規定：「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，爰制定本法。」

利，機關不得再藉「契約自由」原則，要求得標廠商不得分包，或要求經機畫同意後始得分包，又按施行細則第 89 條之規定亦為「機畫得視需要於招標文件中，訂明得標廠商應將專業部分或達一定數量、金額之分包情形送機關備查。」

然則在實務上對於分包的鬆綁，也相對存在著有分包不當的情形，蓋對於得標廠商在商業行為的追求目的即為獲利，是其在選擇分包商的情況下也有類同政府採購行為上「最低價標」的考量，在相對小的拘束下選擇最便宜的分包商，相對的工程品質的下降也非難以想像。立法者在立法上容許機關的消極介入，雖有扶植中小企業的考量，且可避免公務員對之有回扣或刁難情事⁶⁶，並對於得標廠商的專業做出尊重，卻也使得標廠商存有恣意的空間，實則分包【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 137 頁**】的鬆綁與介入管制中的衡量，實有探究空間。

儘管有前述問題存在，然本文仍主張，得依「營造業法」第 25 條第 1 項之立法沿革解釋，主承包商雖可將得標工程「轉交」給專業小包，但在公共工程中，應不得轉包，以符「政府採購法」之立法精神，且亦可減少因轉包所可能導致中間層層剝削，致工程品質低落或工安事故頻傳，恐有違公共利益之目的；然則在專案分包的事情上，既本有政風、法治等內部管制措施，則實踐上強化機關人員的介入分包的素質訓練，賦予管制權限，當有助於整體公共建設的品質進展。並且主包商對於分包商履約之部分，仍應負完全責任（工程採購契約範本第 9 條第 11 項第 3 款）。

（六）保障分包債權

當分包商完成分包契約的工作物，而主包商卻未給付價金時，分包商可否對業主主張承攬人抵押權以保障債權？否定說認為⁶⁷分包商與業主採購機關並未訂有契約，因此分包商不能向採購機關主張承攬人抵押權。惟肯定說主張⁶⁸，就「民法」第 513 條承攬人抵押權的立法目的觀之，旨在肯定工作物承攬人（施作人）的貢獻，對工作物支出成本給予法律保障，以貫徹立法目的，肯定施作者的貢獻，所以應該讓實際負責施作的分包商有承攬人抵押權⁶⁹。於臺灣工程實務上，通常分包商為工程的實際執行人，就效率而言，似應賦予其法定抵押權，以提供生產誘因；就公平而言，既然主包商可主張法定抵押權，而實際執行工作的分包商卻不能主張，恐有違反【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 138 頁**】公平原則之疑慮⁷⁰。進一步言，「民法」第 513 條第 1 項的條文規定，「承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，或為此等工作物之重大修繕者，……」，

66 林鴻銘，政府採購法之實用權益，頁 193，永然文化出版社，2008 年 10 月。

67 辛其亮，「民法第 513 條對營建工程之影響」，營造天下，第 67 期，頁 32，2001 年 7 月。

68 謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務（下冊），頁 701-702，翰蘆圖書公司，2010 年 2 月。

69 黃健彰，「法定優先權制度研究—兩岸物權法修正草案芻議」，國立中正大學法律研究所博士論文，頁 108，2008 年 11 月。

70 葉曉青，「營建工程分包商工程款債權之保障」，國立臺北大學法律專業研究所碩士論文，頁 188，2007 年 6 月。
鄭冠宇，承攬人抵押權，法學叢刊，第 51 卷第 3 期，頁 6-7，2006 年 7 月。

如果主承包商將公用建築物的裝潢、水電或建築設備等結構體以外的工作或非重大修繕予以分包出去，則承作前述工作之分包商得否主張有「民法」第 513 條之適用問題，雖然實務上採否定見解⁷¹，但學者的新近研究認為⁷²，結構體以外之工作或非重大修繕，亦有承攬人抵押權之適用；並且分包商於定作人已知悉承攬人未完全支付報酬給次承攬人下，次承攬人仍可主張抵押權⁷³。所以施作公共工程中的裝潢、水電或建築設備等結構體以外的工作或非重大修繕分包商，非無向採購機關主張次承攬人抵押權之可能。惟本條的承攬人抵押權仍為法定抵押權，本條的抵押權登記，應為對抗要件，而非生效要件⁷⁴。

於公共工程，「政府採購法」第 67 條第 2 項規定「分包契約報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包商者，民法第 513 條之抵押權及第 816 條因添附而生之請求權，及於得標廠商對於機關之價金或報酬請求權。」意味著通常分包商為實際上的工程施作人，故分包商應有主張民法第 513 條抵押權之可能；當主承包商未支付分包商報酬時，則分包商得向採購機關主張抵押權，惟分包商亦有及時通知定作人的義務⁷⁵。此外，「營造業【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 139 頁】法」第 25 條第 2 項規定：「轉交工程之契約報備於定作人且受轉交之專業營造業已申請記載於工程承攬手冊，並經綜合營造業就轉交部分設定權利質權予受轉交專業營造業者，民法第 513 條之抵押權及第 816 條的因添附而生之請求權，及於綜合營造業對於定作人之價金或報酬請求權。」所以當分包商取得權利質權後，即有前條規定之請求權，而可以之直接向業主請求得標廠商對於機關之價金或報酬。至於權利質權之目標，得標廠商得就對於業主報醒之全部或一部加以設定。此項規定賦予分包商或專業營造業者有了權利質權，在工程款有保障，機關（業主）付款有法律依據的情況下，分包商或專業營造較願意配合機關（業主）將尚未完成的部分繼續工作，並在完成後，才能請求工程款。另外設定權利質權後，則法律關係明確，可減少其他債權人扣押、參加分配、訴訟之動機，亦能減少工程糾紛。然而，因法條規定分包契約需報備於採購機關，並經得標廠商就分包部分設定權利質權予分包商後，分包商始享有代位請求原得標廠商對採購機關主張前述之抵押權及因添附而生之請求權。但實務運作上，有些業主會以契約禁止主承包商之分包、轉包，造成主承包商雖然實際上有許多分包商、協力廠商配合，但礙於契約禁止義務，主承包商多不願向業主報備分包契約而無法合乎「政府採購法」第 67 條之構成要件。此時該如何保障分包商之權利？實務上亦有利用「監督付款制度」，即當主承包商發生嚴重財務糾紛或營運不善時，業主為使主承包商之分包商、工人繼續施工或使供應商願意繼

71 最高法院 90 年度臺上字第 2445 號民事裁定。

72 黃健彰，「結構體以外之工作或非重大修繕－適用承攬人抵押權之探討」，法學叢刊，頁 136、148，2013 年 10 月。

73 前揭註，頁 153-154。

74 黃健彰，前揭註 69，頁 142。

75 黃健彰，「『次承攬人』作為民法第 513 條抵押權權利主體之探討－比較法上之分析」，東海大學法學研究，第 33 期，頁 126，2010 年 12 月。

續供料，以求工程順利進行，並預防主承包商領得工程款後不給付分包商發生糾紛；此時則業主得以通知或協調方式，召集主承包商及其分包商、供應商、工班及供應商等協商，要求分包商等實際施作者繼續施工，而業主則站在監督者立場，監督主承包**【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 140 頁】**商將從業主領得的工程估驗款付給分包商、工班及供應商等⁷⁶。按監督付款之本質乃當主承包商無力繼續履約施工而由業主將原本應給付主承包商之工程款直接給付其下游分包商或協力廠商，使工程得以繼續進行。惟須注意，倘主承包商與其下游分包商之關係是屬於「政府採購法」所禁止的轉包，則其下游分包商自無法依據「政府採購法」第 67 條之規定享有「民法」第 513 條之法定抵押權或第 816 條因添附而生之請求權。在此情況下，如果主承包商發生財務危機時，仍可利用「監督付款程序」化解紛爭。倘主承包商與分包商屬政府採購法第 67 條所稱之分包關係，雖然未向業主報備並設定權利質權，但分包商之債權仍可依據監督付款制度而獲保障。實務上，如果主包商係以低價搶標方式得標，其信用不是很好，本文建議應由政府協調就該工程款設定質權予分包商作為債權保障；萬一主承包商倒了，尚有分包商願意繼續施作時，似應以監督付款方式，由採購機關直接把工程款支付給分包商，使公共工程不會停工；此種方式比前述的承攬人之法定抵押權更是簡便⁷⁷。

然而，上述權利質權及監督付款制度，仍不足以完全保護分包商之權利。首先就權利質權之設定而言，得標廠商為權利質權設定後，因為質權目標物之權利，非經質權人之同意，出質人不得以法律行為，使其消滅或變更（民法第 903 條）。探求該條規定之立法意旨，係避免出質人（得標廠商）於權利質權設定後，任意處分質權目標物，而損及質權人（分包商）對該目標物所支配之交換價值。所謂以法律行為使權利消滅，係指以免除、抵銷、更改等方式使債權消滅或拋棄其權利。進一步言，所謂以法律行為使其變更者，則指以法律行為變更權利內容，例如：以契約延長債權之清償期、減**【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 141 頁】**少利率、拋棄債權擔保及就權利行使附加條件等而言。因此，將債權為他人設定權利質權後，再以相同之債權為他人設定權利質權，並無消滅權利質權目標即系爭債權之虞，亦未變更該債權之內容，自無牴觸上開條文之規定。再者，現行法雖然未就同一債權得否為擔保數債權而設定數權利質權為規定，惟本於權利質權具有支配權之性質，即就權利之價值為支配、設定後如有剩餘，質權目標權利人應得再為支配（設定），尚非法所不許，後設定之權利質權不因此而無效。政府採購法第 67 第 2 項規範意旨，固在保障分包商之報酬請求權，避免得標廠商無力履約或惡性倒閉時，因囿於實施作分包商與機關間並無契約關係，而無法向機關請求，故為加強分包商權利保障，遂規定得標廠商得就分包部分設定權利質權予分包商，亦即為擔保分

76 王伯儉，工程人員契約法律實務，頁 111，永然文化出版社，2000 年 11 月。

77 黃健彰，前揭註 72，頁 156。

包商所次承攬分包部分對於主承包商的工程款債權，雙方合意就分包部分約定「得標廠商對於機關之工程款債權」設定權利質權予分包商，使分包商得享有直接向機關請求付款之權利。依現行臺灣法律規範，基於公平正義之維護及事實上之需要，雖有相關優先受償制度之規定（即本於一定權利得就特定動產、不動產、權利優先受償，而不問權利設定之先後，或權利之性質），諸如「國民住宅條例」第 17 條法定抵押權、「民法」第 513 條第 4 項「修繕所增加之價值限度內優先於成立在先之抵押權」等，惟優先受償制度對交易安全有一定程度之影響，應限於法律有明文規定者，並符合公示原則為必要；學者認為，就效率觀點，承認承攬人的不動產工作優先權（承攬人抵押權），可使承攬人放心工作，不但能發揮物權法提供生產誘因的功能，同時也間接地保護人民住居的安全⁷⁸。然「政府採購法」就依該法第 67 條第 2 項設定之權【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 142 頁**】利質權，並無明文規定其效力優先於依「民法」所設定之權利質權，且該法第 67 條第 2 項規定：「……民法第 513 條之抵押權及第 816 條因添附而生之請求權，及於得標廠商對於機關之價金或報酬請求權。」僅係重申「民法」第 513 條及第 816 條規定於承攬人依「政府採購法」承攬公共工程亦有適用，並無賦予前開權利質權得優先受償之地位，故尚難認為依「政府採購法」第 67 條第 2 項規定設定之權利質權，得優先於依「民法」所設定之權利質權而受清償。至於以同一債權為目標，先後設立之權利質權，其受償次序為何？本於物權排他性、優先性及公示原則之法理，並參酌「民法」第 865 條及第 902 條之規定，自應以權利質權人通知質權目標債務人之先後而定其受償順序⁷⁹。

其次，就監督付款制度而言，1998 年「政府採購法」公布後，該法第 67 條有關得標廠商得將權利質權設定予分包商之規定，雖然提供了監督付款之法源依據，但一直到 2002 年行政院公共工程委員會頒佈了「公共工程廠商延誤履約進度處理要點」⁸⁰，才首度使用了「監督付款」一詞，依該要點第 10 條之規定：「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，同意廠商及分包廠商共同申請採監督付款方式，由分包廠商繼續施工。」即若欲採監督付款方式執行後續工程時，必須履約進度已達 75% 以上。另外，「工程採購契約範本」第 5 條第 6 項規定：「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，同意廠商及分包廠商共同申請採監督付款方式，由分包廠商繼【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 143 頁**】續施工，其作業程序包括廠商與分包廠商之協議書內容、監督付款之付款程序及監督付款停辦時機等，悉

78 吳宗標，「(由日本民事法優先權單行制度與我國民事法優先權及法定擔保物權並行制度之比較研究)論我國民法是否應增設優先權之一般規定(上)」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，頁 107，1975 年 6 月。

79 實務見解亦採取相同看法，請參閱臺灣花蓮地方法院 97 年度訴字第 292 號、臺灣高等法院花蓮分院 98 年度上字第 20 號民事判決。

80 公共工程廠商延誤履約進度處理要點，網址：http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/MenuContent.do?site=002&bid=BIZS_C00007050，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 2 日。

依行政院頒公共工程廠商延誤履約進度處理要點規定辦理。」換言之，雖然主承包商已明顯延誤履約進度但總進度未達 75%時，於機關通知主承包商限期改善而仍無效時，業主機關僅能通知連帶保證廠商進場，否則只有終止或解除契約。另「監督付款制度」的最大困難點在於契約相對性。換言之，工程契約僅存在於機關與主承包商、主承包商與分包廠間，而機關與分包廠間並無契約關係，如何將應由主承包商向機關領取之工程款，直接由機關交予分包廠商？此外，債務人之財產為債權人之總擔保，假如主承包商之其他債權人聲請扣押該筆工程款，業主該如何處理？此涉及到「監督付款制度」的法律性質，一般認為屬於「債權讓與」之性質⁸¹，即主承包商將其對於業主之債權讓與分包商，然後由分包商通知業主，向業主領取工程款，但當主承包商避不見面時，就無法處理了。此外，實際上通常分包商屬資力較差之個人或商號，故當分包商以主承包商名義與他人訂立供貨契約，且又以主承包商名義開立統一發票時，則會被認為主承包商應就分包商簽約購貨行為，負表見代理之責任⁸²。

（七）保障分包商勞工

事業單位（用人單位）將其事業交予承包商承攬後，因承包商將部分工作交由分包商施作，在施作過程中若分包商所雇用之勞工發生職業災害，事業單位是否應該負責？由於事業單位通常都屬於【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 144 頁**】財力較為雄厚之大公司或政府機關，而分包商經常為資力較差之個人或商號，若僅使發生職業災害之勞工向分包商請求賠償，經常是求償無著，因此，為了保護職業災害勞工之權益，臺灣「勞動基準法」第 62 條第 1 項規定：「事業單位以其事業招人承攬，如有再承攬時，承攬人或中間承攬人就各該承攬部分所使用之勞工，均應與最後承攬人連帶負本章所定雇主應負職災補償之責任。」本條項雖未規定事業單位須否負連帶責任，但實務上對於承攬關係中事業單位須否連帶負職業災害補償責任，係採肯定見解。例如：臺灣高等法院高雄分院 85 年度勞上更（一）字第 1 號判決謂：「……而勞動基準法第 62 條第 1 項之規定，雖由之主詞觀之，需與最後承攬人負連帶責任者為承攬人或中間承攬人，而不包括事業單位，然而本條規定之立法理由在於『事業單位有以其事業交予他人承攬者，他人亦有將所承攬之工作，再次交予他人承攬者，事業單位對於交予他人承攬之工作所生職業災害，應與承攬人，以下各次承攬人負連帶補償責任。事業單位或各次承攬人就職業災害所支付之補償費得向最後承攬人求償。』且該條第 2 項規定『事業單位或承攬人或中間承攬人，為前項之災害補償時，就其所補償之部分，得向最後承攬人求償』足見同條第 1 項應連帶負職業災害補償責任者，自應包括將事業招人承攬之事業單位，又該

81 參閱臺灣最高法院 95 年度臺上字第 1069 號民事判決。

82 最高法院 96 年臺上字第 1922 號判決。所謂「表見代理」，依據臺灣「民法」第 169 條規定，係指「由自己之行爲表示以代理權授與他人，或知他人表示為其代理人而不為反對之表示者，對於第三人應負授權人之責任。但第三人明知其無代理權或可得而知者，不在此限。」

條對事業單位應連帶負職業災害補償責任者，並未限定於事業單位就該職業災害有過失之情形，事業單位自不得主張其就該職業災害之發生無過失，而免除其連帶補償之責任⁸³。」嗣為杜絕此爭議，臺灣於2001年10月31日制定公布之「職業災害勞工保護法」第31條明文規定：「事業單位以其工作交付承攬者，承攬人就承攬部分所使用之勞工，應與事業單位連帶負職業災害補償之責任。再承攬者亦同。」【**財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第145頁**】

通常分包商資力較總承包商為差，為保護分包商所雇用勞工之薪資債權，在某些情形，例如：薪資由總承包商直接給付予勞工、由總承包商替勞工辦理勞工保險、有無由總承包商對勞工施以教育訓練、總承包商可以直接懲戒勞工等情，法院實務判決會認為總承包商與勞工間具有「人格從屬性」，勞動契約直接存在於總承包商與勞工之間。

三、大陸之規範內容

（一）禁止肢解分包或轉包

為何工程轉包或違法分包容易導致剝削或尋租行為？大陸目前建築市場係買方市場，加上實施建築企業資歷等級制度，使得招標時對承包人資歷要求過於嚴格，在資歷合格者僧多粥少下，很多高級資歷企業也參與一些中小型工程競標，得標後再轉包給他人，從中獲取高額管理費。雖然大陸許多大型國有建築企業具有較高的施工資歷，卻徒有虛名，不具備施工能力；只能在得標後將工程轉包給具施工能力但資歷不夠之集體施工企業，而從中抽取利益形同剝削外，也容易發生發包單位行政腐敗等貪污不法行為。

大陸對於建設工程的轉包問題，在制度上係先從區分轉分包之類型著手；即禁止轉包，但可以分包。大陸「建築法」第28條規定：「禁止承包單位將其承包的全部建築工程轉包給他人，禁止承包單位將其承包的建築工程肢解以後，以分包的名義分別轉包給他人。」至於分包之允許規定於同法第29條第1項規定：「建築工程總承包單位可以將承包工程中的部分工程發包給具有相應資質條件的分包單位；但是，除總包合同中約定的分包外，必須經建設單位認可，施工總承包的，建築工程主體結構的施工必須由總承包單位完成。」大陸「建築工程質量管理條例」第78條第2項規定：【**財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第146頁**】「本條例所稱違法分包，是指下列行為：（一）總承包單位元將建設工程分包給不具備相應資質條件的單位的；（二）建設工程總承包合同中未有約定，又未經建設單位認可，承包單位元將其承包的部分建設工程交由其他單位元完成的；（三）施工總承包單位元將建設工程主體結構的施工分包給其他單位的；（四）分包單位將其承包的建設工程再分包的。」所以在責任體系之定位上，總承包單位應依合同約定，對業主單位負責；而分包則須按照分包合同之約定，對總承包單位負責；但

83 請參閱臺灣最高法院87年度臺上字第1949號判決。

總承包單位與分包單位對建設單位承擔連帶責任。

而本文認特別值得注意者，則有分包商資格門檻及轉分包禁止的部分，雖然在大陸「政府採購法」未有明文，惟在大陸「合同法」第 272 條則直接予以明文規定，禁止承包人將工程分包給不具備相應資歷條件的單位，更禁止分包單位將其承包的工程再分包。此部分在我政府採購制度上殊值參酌，蓋若前述我分包制度上立法者認知為機關不宜過度介入，是對於分包契約中的分包商選定原則上會尊重得標廠商，然而大陸合同法則是在基於大陸對於廠商的資格分級甚細⁸⁴，而得為相對應要求，對於分包商的管制值得參酌，其對再分包的否定雖則喪失廠商間聯繫的彈性，然則亦杜絕直接否定了可能存在的層級剝削，亦有思考空間。

（一）轉包屬合同轉讓

大陸「合同法」第 272 條規定：「發包人可以與總承包人訂立建設工程合同，也可以分別與勘察人、設計人、施工人訂立勘察、設計、施工承包合同。發包人不得將應當由一個承包人完成的建設工程肢解成若干部分，發包給幾個承包人。總承包人或者勘察、設計【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 147 頁】計、施工承包人經發包人同意，可以將自己承包的部分工作交由第三人完成。第三人就其完成的工作成果與總承包人或者勘察、設計、施工承包人向發包人承擔責任。承包人不得將其承包的全部建設工程轉包給第三人或者將其承包的全部建設工程肢解後，以分包之名義分別轉包給第三人。禁止承包人將工程分包給不具備相應資質的單位。禁止分包單位將其承包的工程再分包。建設工程主體結構的施工必須由承包人自行完成。」大陸「建築工程質量管理條例」第 78 條第 3 項規定：「本條例所稱轉包，是指承包單位元承包建設工程後，不履行合同約定的責任和義務，將其承包的全部建設工程轉給他人或者將其承包的全部建設工程肢解以後以分包的名義分別轉給其他單位承包的行為。」實則在大陸的法律體系上，被許可的工程轉包屬於合同之轉讓⁸⁵，乃合同權利義務的概括轉讓，其同臺灣一樣是否定了層層轉包抽取得標佣金的行為，所以臺灣所謂轉包的行為同樣在大陸是被禁止的。工程轉包時，轉讓人之原主包商退出承包關係，受讓人（新承包商）取得原合同當事人之地位，成為原合同之權利義務主體，就權利義務承擔責任。而轉讓人則退出原合同關係，原合同之權利義務即告消滅，且對受讓人之一切責任不必承擔連帶責任。在大陸的工程實務上，轉包為造成建設工程品質不良的重要原因，並且工程轉包也違反「合同法」第 272 條規定，並且違背發包方的意識，破壞合同關係中之應有的穩定性及嚴肅性，為法所不許。

本文認為，大陸的工程轉包為原承包人將標得之工程的全部、一部、重要部分或絕

84 張明正，中國大陸工程專案管理實務，頁 15-17，詹氏書局，2006 年 8 月。

85 臺灣稱為契約移轉，即債權讓與，債務承擔。請參考「民法」第 268 條和第 269 條。

大部分轉讓予他人，使其繼受該合同之權利義務，成為新的承包人。轉包行為為屬於合同主體之變更行為，原承【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 148 頁**】包人對於合同之履行不再負擔責任，而被禁止的則是層層轉包的層級剝削行為，此部分則與臺灣一致。進一步言，大陸「建設工程施工合同」第 38.2 條與 FIDIC4.4、4.5 款均對工程分包作了規定，通過比較得出：業主控制分包是兩者一致的約定，兩者均約定承包商不得肢解分包，不得自行分包，如承包商違反該義務則業主可以解除合同。「建設工程施工合同」中還規定，承包人不得將其承包的全部工程轉包給別人⁸⁶。而「北京市政府採購合同範本」一般條款第 21 條，「轉讓和分包」中規定：「(1) 政府採購合同不能轉讓。(2) 經買方同意和同級政府採購監督管理部門事先書面同意，賣方可以將合同項下非主體、非關鍵性工作分包給他人完成。接受分包的人應當具備相應的資格條件，並不得再次分包。分包後不能解除賣方履行本合同的責任和義務，接受分包的人與賣方共同對買方連帶承擔合同的責任和義務⁸⁷。」

(三) 業主同意可分包

至於「合同法」第 272 條中有謂「總承包人或者勘察、設計、施工承包人經發包人同意，可以將自己承包的部分工作交由第三人完成。」又在大陸「政府採購法」第 48 條「經採購人同意，中標、成交供應商可以依法採取分包方式履行合同。」明示定作人具有分包的同意權，而在公共工程的採購上則謂採購人對於分包的同意權，顯見其在分包上政府的干涉地位。另其所稱之肢解發包，係指在工程設計或圖說中，本應由一個承包商完成而求其整體性或使用機能完善的工程客體；在沒有工程慣例遵循下，分解成若干部分而發包給數個承包單位之行為。將肢解工程而分包，除有「層層剝削【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 149 頁**】利益」，降低工程品質外，也可能致使工程由資質不符投標資格要求之廠商施作公共工程，在其專業水準、機器及人力均不足下，易致工程品質不良、工期延誤或工地意外事故頻傳，為合同法所明文禁止。大陸「建設部」、「國家工商行政管理局」在 1999 年 4 月發佈「關於禁止在工程建設中壟斷市場和肢解發包工程的通知」，要求總包單位對於有能力及資質承擔之工項，應當施工；若需將工程分包，於征得建設單位同意後，亦可分包給具資質之企業，惟須由總承包單位統一管理，承擔責任；並且除總包單位外，任何單位和個人，不得以任何方式指定分包單位⁸⁸。為保證工程品質，保障建設市場秩序，大陸「建築法」第 29 條第 3 款規定：「禁止承包人將工程分包給不具備相應資質條件的單位。禁止分包單位將其承包的工程再分包。」所

86 FIDIC 與施工合同示範文本的區別，網址：<http://wenku.baidu.com/view/466ff66b84ae45c3b358c87.html>，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 1 日。

87 姚文勝，政府採購合同法律制度研究，頁 247，法律出版社，2009 年 8 月。

88 建設部、國家工商行政管理局關於禁止在工程建設中壟斷市場和肢解發包工程的通知，網址：<http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdz/zcfg/zcfg/200910/t20091013-71560.html>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 4 日。

以分包人須具備相應資質條件⁸⁹。

另外，就大陸「建築法」和「工程總承包企業資質管理暫行規定」之規範目的而言，其目標僅限於房屋建築，對目前政府投資之巨大交通、水利、市政等項目仍然缺乏拘束力。實務上，常見承接轉包業務的協力廠商（分包人）仍然以原來中標之總承包商的名義履行契約上之權利義務；雖然有很多總承包商（即非法轉包商）在名義上成立專案管理組織，資金也全部通過總承包單位，但在實際現場施工上並不履行管理職責。一旦相關部門查處是否涉及轉包時，總承包商往往又以「有派出人員、資金納入管理、對工程品質【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 150 頁】負責」等而抗辯⁹⁰。

在勞務分包與工程轉包方面，基於雖然轉包為違法，但又常見有些建築企業積欠或扣留農民工資，侵害其合法權益之現象。亦有總包商拖欠勞務分包商的工程款，致該分包商不能按時發放農民工資，引發爭議。所以大陸「建設工程施工合同司法解釋」第 7 條規定：「具有勞務作業法定資質的承包人與總承包人、分包人簽的勞務分包合同，當事人以轉包建設工程違反法律規定為由請求確認無效的，不予支持。」本條之解釋目的，旨在體現對農民工之勞務工資的特殊保護，規範當事人（指發包人、總承包人、專業分包人）抗辯勞務作業因屬轉包行為違反法律規定，而請求確認勞務合同無效時，法院將不支持把該勞務合同認定為轉包。即在大陸的法制中，勞務分包與工程轉包在法律性質上有間，勞務分包沒有違法，而且是建設行政主管部門引導發展的行業，非但可以世界接軌，也符合大陸目前社會經濟發展需求。進一步言，勞務分包的性質就是清包，即包人工；反之，轉包違反強制性規定，屬於違法行為⁹¹。

綜整前述內容，兩岸在轉包與分包體制下的重大差異上，仍展現在大陸分包的事前核定與臺灣的事後報備制上，在分包制度中公權力介入較高，執行人員的權責也必然提高，廠商自為決定的彈性隨之降低，反之亦然；臺灣不同大陸，量的部分在公共工程實務上契約未明文主要部分、比例之下分包比例過度以致涉若轉包，質的部分即便是真正的分包但因為得標廠商僅需報備，即便範本中留下得審查的空間，亦僅為其裁量，而讓得標廠商在追求獲利下可能作出品質瑕疵的工程，若當真難以接受時進而踏入機關減價收受或者訴訟境地，此部分參酌大陸體制實值深思考量。【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 151 頁】

89 根據大陸有關法律規定，從事建設活動者，必須有：（！）符合國家規定的註冊資本；（2）與其從事的建設活動相應的具法定執業資格之專業技術人員；（3）從事相關建設活動所應有之技術裝備；（4）法律、行政法規的其他條件。網址：http://www.lawlib.zju.edu.cn/%D7%CA%D6%CE%B7%A8%B5%E4/cd2/Product4/Law/12_compact/paraphrase/l6.272.htm，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 6 日。

90 建築行業轉分包成「潛規則」政協委員建議堅決治理，前揭註 7。

91 林鐘海，建設工程施工合同司法解釋操作指南—建築商之孫子兵法，頁 160，法律出版社，2009 年 11 月。

肆、兩岸實務評析

一、大陸的轉分包爭議判決案

（一）基本案情⁹²

上訴人（原審被告）山易公司與被上訴人（原審原告）贏消公司簽訂合同，由上訴人將系爭建築物之消防工程發包予被上訴人。被上訴人於 2004 年 2 月開始施工，並於同年 2 月 21 日發函上訴人謂經被上訴人查核發現，系爭建築物之間距除與招標文件及合同圖說不符合外，且也不符合消防法規之消防通道寬度規定，故要求上訴人會同設計單位有關人員進行商議如何採取相應措施以能符合消防法規要求，若因此而無法通過消防驗收，其一切後果概與被上訴人無關。系爭建築物 2004 年 9 月 2 日竣工，被上訴人於同年 9 月 13 日向上訴人交付竣工圖、竣工資料及結算報告檔等。同年 11 月 11 日，上海市公安局浦東分局消防監督處對該工程進行驗收，認為系爭建築物因防火間距太小等原因而驗收不通過。但上訴人未予改善，即將系爭建築物營運使用。被上訴人就此於 2005 年 6 月 9 日函告上訴人，謂其若於近期內對該建築物消防通道間距過小之問題不予以改善，引致之一切後果概與被上訴人無關。但上訴人至今仍未改善，並向前述消防監督處申報驗收。上訴人至今已向被上訴人支付人民幣（RMB）706,000 元工程款。另查明，上訴人為系爭工程總承包人，其與業主簽訂建設工程施工合同後，即將工程肢解分包給被上訴人。原審判決過程中，法院委託工程造價諮詢公司鑒定系爭工程造價為 RMB 1,104,983 元，雙方對此均無異議。被上訴人以上訴人欠付工程款為由，提起訴訟，請求判令上訴人支付消防【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 152 頁】工程款 RMB 497,692 元。

（二）法院判決

一審判決：被告應支付原告 RMB 398,983 元工程款。二審判決：駁回上述，維持原判。是其判決理由主因，即係應對工程肢解分包引致合同無效免責分述如下。

一審裁判認為，被告（山易公司）將系爭消防工程單獨交由原告（贏消公司）承包施工，實質上系將工程肢解發包，已違反大陸建築法第 24 條「總承包原則」第 1 項：「提倡對建築工程實行總承包，禁止將建築工程肢解發包。」故原告與被告間之合同無效。但根據大陸最高人民法院「關於審查建設工程施工合同糾紛案件適用法律問題的解釋」第 2 條：「建設工程施工合同無效，但建設工程經竣工驗收合格，承包人請求參照合同約定支付工程價款的，應予支持。」本案中，原告已完成了施工義務，雖然該系爭工程未經驗收通過，但其涉及之防火間距偏小之缺失，係因被告提供之設計圖說與工地不符所致；況且原告已盡告知義務，惟被告卻置之不理，是以該缺失顯非原告責任。何況業主

92 潘福仁，建設工程合同糾紛，頁 161-163，法律出版社，2007 年 9 月。

已將系爭建築物投入使用，故被告仍應按照已合格之工程向原告支付工程款。況且，業主將系爭建築物投入使用已逾 1 年之保固期，在被告未能舉證原告沒有履行保固責任下，而保固期限已屆至，故法院認為被告應給付原告保固金。法院認為，在該合同簽訂及履行期間，被告擅自將系爭工程肢解發包，其為引致合同無效的責任人，自應對合同無效承擔民事責任。據此，被告主張應按合同無效之責任比例不支付原告工程款，於法無據，不予支持。

一審判決後，被告提起上訴，主張雙方當事人應於合同肢解發包而致無效之後果，雙方均有過失，要求依過失責任予以分擔。二審法院未支持上訴人之請求。【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 153 頁**】

（三）大陸司法解釋：工程交付使用視為完成驗收

本案係發包人將工程肢解發包而致合同無效的典型案列。所謂肢解發包，係指建設單位將應當由一個承包單位完成的建設工程分解成若干部分發包給不同承包單位之行為。大陸「建築法」第 24 條第 2 項規定，工程總承包單位，不得將應當由一個承包單位完成的工程肢解發包。同法第 28 條規定，禁止將承包的全部工程轉包，也禁止將工程肢解分包。可知被告將系爭工程肢解分包，已違反「建築法」規定。大陸「合同法」第 272 條第 2 項亦規定，承包人不得將其承包的全部建設工程轉包給第三人或將該全部工程肢解後分包名義分別轉包給第三人。所以上訴人將系爭工程肢解發包予被上訴人，違反上述規定，雙方所簽訂之合同應為無效。實務上，在大陸的建築市場中，一些總承包商為獲取更大利益，常將標得工程分解，分包給其他施工人，構成了肢解分包，故其所訂立之合同，當屬無效。惟考慮原告已經完成施工任務，並由被告交付業主使用，且保固期間已滿，所以法院依據最高人民法院司法解釋「建設工程施工合同無效，但建設工程經竣工驗收合格，承包人請求參照合同約定支付工程價款的，應予支持。」之規定，判決上訴人須參照合同約定支付工程款 RMB 398,983 元予被上訴人，本文對於判決結論表示贊同。惟有疑問者，系爭案件上訴人雖將承包之工程違法轉包予被上訴人，若認為合同無效，應係指業主與上訴人間之工程合同無效，怎麼會是上訴人與被上訴人間之轉包合同無效？另若認為轉包合同無效，又考慮被上訴人已受領營運，所以「參照合同約定」判決被上訴人應為給付，但未載明法律依據，頗有遺憾。

（四）本文評析：從臺灣消防分包比較大陸案件

若自臺灣法制來觀察本判決，本文認為系爭建築物之消防工【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 154 頁**】程，若該工程非政府機關依「政府採購法」發包之公共工程，依臺灣工程慣例多以其具有專業性及須經消防技師等專業人士簽證而轉交消防設備公司施作，而屬合法轉包，且有利於產業之垂直分工及效率之要求，並不必然構成肢解分包問題，所以本件雙方所簽訂之轉包契約應為有效，原告依據契約之約定得向被告請

求給付承攬報酬。系爭案件之所以無法通過消防驗收，係因建築物之消防通道寬度不足所致，此乃因業主提供不符法規要求之圖紙給被告施作完成所致，非可歸責於原告⁹³，且原告已向被告盡到告知義務，故被告對原告並無瑕疵擔保請求權，被告依約仍應給付承攬報酬。因此，針對該項爭議，本文支持大陸法院關於不可歸責由之決定。至於保固期間屆至返還保固金之爭議，因保固金係在擔保一定期內可歸責於承攬人之事由，所產生工作物瑕疵的修繕費用，依「民法」第 496 條規定：「工作之瑕疵，因定作人所供給材料之性質或依定作人之指示而生者，定作人無前三條所規定之權利。但承攬人明知其材料之性質或指示不適當，而不告知定作人者，不在此限。」系爭建築物之瑕疵，係因被告之指示有誤而產生，非可歸責於原告，原告當然有權請求被告返還保固金⁹⁴。至於保固期間應為多少？依同法第 499 條規定：「工作為建築物或其他土地上之工作物或為此等工作物之重大之修繕者，前條所定之期限，延為五年。」另外，同法第 500 條也規定「承攬人故意不告知其工作之瑕疵者，第 498 條所定之期限，延為五年，第 499 條所定之期限，延為十年。」實務上，大多在契約中約定保固期間⁹⁴，若無明定保固期間，始有上述法律【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 155 頁**】規定之適用。系爭保固金，因本案之契約約定的 1 年保固期屆滿且無待決事項，故被告應返還保固金予原告。本文認為兩岸制度除於保固期間有所不同外，對於法律適用大致相同。

此外，本件工程未經業主驗收合格即先行使用，先行使用可否視同驗收？依據「政府採購法」第 71 條至第 73 條及施行細則第 90 條至 101 條之規定，驗收程序分為「初驗」及「驗收」兩階段，工程完工後，由業主先辦理初驗作業，以決定是否合乎辦理驗收之條件，初驗合格後，再辦理驗收及通知有關機關派員監驗及接管，驗收程序中若發現缺失，承包商應在指定的改善期限內改善完成，經複驗通過始完成驗收程序。即便是逾期完工，仍應辦理驗收，僅承攬人必須負給付遲延之責，且在須經複驗的情形，必須複驗通過始完成驗收程序。驗收程序完成始表示承攬工程經業主受領，才會產生工作物的危險負擔應由業主負擔的問題。因此，依臺灣法制業主先行使用（受領），不能認為已經驗收。由此衍生的另一問題是，若在使用過程中有發生工作物的滅失、毀損之情形，依「民法」第 508 條規定，即會產生業主是否仍負給付承攬報酬予總承包商之義務？依「民法」第 508 條之意旨，定作人一旦受領工作物，承攬人對之即已無事實上之管領力，具管領能力變更為定作人，是此時應由定作人承擔工作毀損滅失之風險，若依本條之立法意旨，

93 「公共工程委員會」於 2014 年 1 月 22 日所修正之「工程採購契約範本」第 16 條第 2 項規定保固期間：「本條所稱瑕疵，包括損裂、坍塌、損壞、功能或效益不符合契約規定等。但屬第 17 條第 5 款所載不可抗力或不可歸責於廠商之事山所致者，不在此限。」網址：<http://www.pcc.gov.tw/epaper/10302/newsJ2.htm>，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 1 日。

94 前揭「工程採購契約範本」第 16 條第 1 項第 2 款規定保固期間：「(1) 非結構物由廠商保固__年（由機關於招標時載明；未載明者，為 1 年）；(2) 結構物由廠商保固__年（由機關於招標時視個案特性載明；未載明者，為 5 年）。」網址：http://www.pcc.gov.tw/epaper/10302/news_12.htm，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 1 日。

則不問定作人是否已驗收，若已先行使用，而因業主或其他第三人原因，發生瑕疵或損害，以致無法辦理驗收，則業主應不得抗辯因工程尚未驗收而拒絕給付工程之尾款。現行營建工程實務上，有約定於業主驗收前，因不可抗力所生之風險應歸承攬人負擔者，基於私法自治【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 156 頁**】治原則，此種約定應為有效。臺灣曾有實務判決認為「工程在驗收前先行通車，依工程契約約定危險負擔在驗收合格簽發驗收證明後始轉由定作人承擔，在通車後、驗收合格簽發驗收證明前，若因第三人為毀損所造成的損害，承攬人仍應依契約重建或修復並自行負擔費用。」⁹⁵若依此看法，在廠商已經無法管控風險的情況下，風險繼續由廠商負責，定作人已經實質接管，也享受工作物完成之成果，卻無風險，極不合理，本文並不贊同。因此，業主仍應負給付承攬報酬予總承包商之義務。

二、臺灣的轉分包爭議調解案⁹⁶

（一）基本案情

申訴廠商○○公司參與招標機關○○○所辦理「忠孝大樓室內設備(施)整修工程」、「大禮堂整修工程」兩件採購案，因不服招標機關於 93 年 4 月 6 日通知將依政府採購法第 101 條第 1 項第 11 款規定，將其刊登政府採購公報列為不良廠商；故於 93 年 4 月 22 日向招標機關提出異議，經招標機關於 93 年 5 月 24 日台總(二)字第 0930055472 號函異議處理結果，嗣不服該異議處理結果而向公共工程委員會提出申訴。

申訴廠商表示，機關認定其有涉轉包之嫌，然系爭工程之招標須知上，並未標示主要部分或應由申訴廠商自行履行之部份。依反面解釋，申訴廠商如無將系爭工程契約之「全部」工程委由其他廠商代為履行，即無涉及「政府採購法」所規定轉包之情形。是申訴之得標廠商在工程的分配上，係自行完成泥作及木作工程，而水電部分係交予其他廠商施作、電腦設備、辦公傢俱亦分別向其他廠商【**財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 157 頁**】採購。

招標機關表示，申訴廠商有與其分包商○○○公司所簽訂之「○○○忠孝大樓室內設備(施)整修工程契約」，其中第 3 條工程範圍明定：「同甲方簽訂原契約之圖文全部。本工程範圍詳見工程估價單及施工圖說。」就上開條文觀之，申訴廠商與○○公司間所簽訂契約之工程範圍與招標機關與申訴廠商簽訂契約(稱原契約)之工程範圍實係同一，故申訴廠商有將原契約全部轉包之情事，實已足堪認定。又細究得標廠商及機關簽訂之承攬契約金額為 432 萬元之契約，而申訴廠商與○○公司之間的契約金額為 405 萬元轉包給○○○公司，以賺取 27 萬即相當於契約金額 6.25%之利潤，故申訴廠商確係涉有轉包之情事。即該轉包契約之工程範圍與原契約之工程範圍實係完全相同，故申訴廠商有

95 最高法院 86 年度臺上字第 942 號判決。

96 行政院「公共工程委員會採購申訴審議委員會審議」判斷書訴 0930216 號。

將原契約全部轉包之情事，實已足堪認定。

（二）「採購申訴審議委員會」調解判斷

■主文：原異議處理結果撤銷。

■調解判斷理由

得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包，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⁹⁷。所稱主要部分，指招標文件標示為主要部分或應由得標廠商自行履行之部分，機關辦理採購，發現廠商有違反政府採購法第 65 條之規定轉包者，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報。政府採購法施行細則第 87 條規定：「本法第六十五條第二項所稱主要部分，指下列情形之一：一、招標文件標示為主要部分者。二、招標文件標示或依其他法規規定應【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 158 頁】由得標廠商自行履行之部分。」而於系爭本案之程序中，機關部分並未就機關與得標廠商間所訂契約中，是否明文約定主要部分或強制得標廠商自為履行部分為抗辯。

申訴廠商主張，系爭採購招標文件既未標示何者為主要部分，或得標廠商應自行履行之部分，申訴廠商將系爭兩件工程交由○○公司施作，難謂已符合轉包之要件。況申訴廠商與○○公司所簽訂之契約金額，並非申訴廠商實際支付予○○公司之金額。申訴廠商係居於得標廠商之地位，為確保施工品質而將各項工程另行分包予專業廠商，並統合各分包商之意見及指揮各分包商進行所得標之工程，應認符合系爭契約之規定。

經查，系爭兩件採購之招標文件，既未明定廠商應自行履行之部分，因此，申訴廠商將系爭兩件裝修工程之各個工項，分別發包予不同之廠商施作，尚難認有違反「政府採購法」第 65 條之規定。其次，申訴廠商對於其與○○公司所簽訂之契約金額雖不爭執，惟其中忠孝大樓之室內裝修工程部分，除○○公司所承作部分外，尚有○○○之傢俱、○○○公司之資訊設備，及○○公司之機電工程，此均有申訴廠商與各分包商所簽訂之契約影本可資參照。至於招標機關原來認定○○公司所承包之金額與申訴廠商實際支領報酬差額相近情事，與實際情狀顯有未合。至於大禮堂之室內裝修工程部分，除了○○公司所承作之部分外，其餘部分均由不同之分包商完成，此有各分包商開立之統一發票影本佐證；而招標機關僅以申訴廠商與○○公司間之契約價差，為申訴廠商轉包之依據，理由尚嫌未足，認定尚非轉包。

（三）本文評析

公共工程分包之許可，本就是基於對於主包商在專業及市場的掌握度較佳之信任下，所許可的制度，也是立法者培植中小營造商【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3

97 請參照「政府採購法」第 65 條第 1 項及第 2 項。

月，第 159 頁】的方式，此就前述對於分包制度的立法理由中可見一般。在本案主包商其係居於得標廠商的地位，理念上基於其專業和對於自身能力及市場了解，為確保施工品質的專業分工，將各項工程另行分包不同專業廠商，並統合各分包商的意見及指揮各分包商進行所得標的工程，應認為符合「政府採購法」及「工程採購契約範本」的規定⁹⁸。

哪些項目必須得標廠商絕對自行履約，往往依照公共工程的規模、金額及工期等個案條件而有重大落差。蓋公共工程由大項至細項的範疇界定及其應佔比例，應視個案具體條件而為認定。何況還有對於得標（主）廠商及分包商理應具備的專業、效率的尊重上，以致有本案招標文件中並未明文規定絕對自行履約情況殊非罕見，然即便未有規定也並不當然等同於違法。故轉包、分包之區分在實務上即非易斷。「政府採購法施行細則」第 89 條規定：「機關得視需要於招標文件中訂明得標廠商應將專業部分或達一定數量或金額之分包情形送機關備查。」但於本案中，招標機關未將得標廠商得分包部分在招標文件中規範明確，非無疏漏之疑，應可歸責於招標機關疏失。依法律明確性原則，招標文件應以一般人所能理解的客觀內容為準，即招標文件應具有可預測性及可預見性，同時於司法者或客觀的第三人須有一合理、清晰之判斷標準可加以衡量⁹⁹。系爭本案中，招標機關未依「政府採購法施行細則」第 87 條規定，於招標文件標示何者為主要部分者；或於招標文件標示或依其他法規規定應由得標廠商自行履行之部分。換言之，招標機關未將得分包部分列於招標文件中，致使得標廠商信其分包部分不違反「政府採購法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 160 頁】購法」第 65 條禁止轉包之規定；蓋得標廠商之信賴基礎源於招標文件，因信賴行政行為而進行具體作為，則無「行政程序法」第 119 條¹⁰⁰之規定而信賴不值得保護時，招標機關自為認定廠商違反「政府採購法」第 65 條第 1、2 項等云云，顯與「政府採購法施行細則」第 87、89 條規定不符。

值得一提的是，於 103 年行政院工程會 1020484 號調解建議案中，大幅放寬了公共工程是否涉及轉包的認定標準，認為即使得標商將契約標的之整廠均委外執行，只要得標商仍負責監督之責即不算轉包，此一調解建議案對國內之非法轉包是否有變相鼓勵或創造擬轉包之廠商更多模糊之空間？非無疑義，有待後續觀察。本文認為，工程會的調解案只是建議性質，尚待雙方當事人同意後才能生效¹⁰¹，先前的調解建議書並不能對後案產生拘束力，更何況工程會的調解案通常由 1-3 具工程或法律等專長之學者或專家擔

98 陳櫻琴、黃仲宜，招標文件未標示「主要部分」，不得擅認違法轉包，網址：http://book.law119.com.tw/viewlawbook_people.asp?idno=1028&aklink，最後瀏覽日期：2014 年 2 月 28 日。

99 謝志輝，前揭註 37，頁 90-91。

100 「行政程序法」第 119 條規定：「受益人有下列各款情形之一者，其信賴不值得保護：一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。」

101 請參閱「政府採購法」第 85-3 條第 1 項規定：「調解經當事人合意而成立；當事人不能合意者，調解不成立。」及同法第 85-4 條第 2、3 項規定：「當事人或參加調解之利害關係人對於前項方案，得於送達之次日起十日內，向採購申訴審議委員會提出異議。於前項期間內提出異議者，視為調解不成立；其未於前項期間內提出異議者，視為已依該方案調解成立。」

任，難免囿於個人經驗或專長致作出之調解建議無法使當事人接受或社會各界認同，此際尚可循仲裁或訴訟程序提起救濟，尋求公平、正義之發現。本文僅引用一個調解案而論述公共工程爭議中對於「轉分包」之見解；限於篇幅而未收集更多不同調解案之不同見解，以加強分析之意義，誠尚待來日作更多案例研究。

臺灣對於轉分包的管制彈性不夠具體，滋生很多爭議。系爭採【**財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第161頁**】購案之招標文件既未標示何者為主要部分，或得標廠商應自行履行哪些部分，致申訴廠商將系爭兩件工程交由其他公司施作而不知觸法。對於轉包、分包之區分，本文建議未來似可修改相關規範就質或量而訂立具體認定標準，才能使機關、廠商與司法單位得以依法行政及依法裁判；否則，於個案中常滋生難以判斷「轉分包」區分之困擾。

伍、結論與建議

台灣「政府採購法」第65條有關禁止轉包之規定，旨在於公共工程之採購，往往涉及得標廠商的資格及履約能力等問題。一般而言，具有專屬的性質，必須由得標廠商親自履行，故立法禁止得標廠商以轉包或未依法分包方式履行契約，以防止不具投標資格或履約能力的廠商借牌投標，造成採購品質的低落。台灣長期以來存在營造業主包商與分包商間不平等契約的情況，民間工程契約因為私法自治觀念，無法在法令中加以規定。但公共工程契約適用「政府採購法」，為一特別法，因此可針對轉分包制度作一適當規範，以保障公共工程品質。

轉分包是當前兩岸公共工程市場常見爭議，禁止公共工程轉包，臺灣的「政府採購法」及大陸的「建築法」、「招標投標法」、「合同法」等都明文規定，也是國際上通例”轉包行為非但造成「層層轉包、層層剝削」現象，並且破壞契約穩定性，易致偷工減料、工期延誤及工安事故頻傳，故應予禁止。大陸法制明文禁止轉包，違反者工程發包契約無效，臺灣法制則僅對於公共工程之轉包，在「政府採購法」中予以禁止，對於一般工程之轉包則未設規定。且在公共工程，總承包商違反轉包規定，僅產生業主可向總承包商解除契約、終止契約或沒收保證金，並得請求損害賠償的權利而已，【**財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第162頁**】公共工程契約並非當然無效。至於工程分包，兩岸法制皆未禁止，但大陸法制禁止肢解分包，且規定分包要事先取得建設單位同意、工程主體部分不得分包，禁止承包人將工程分包給不具備相應資質條件的單位、禁止分包單位將其承包的工程再分包等，臺灣法制皆未設定規範，所以，依照法制，除非當事人明文約定禁止分包外，應認為工程分包並非法律禁止之行為，但應注意不可把工程全部或過大比例分包，否則應認為是轉包而非分包。此外，臺灣法制對於分包商應就其分包部分，與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任，及對於分包商債權人的債權、分包商所雇用勞工的職業災害損害請求權及薪資債權，皆設有保障的規定。無獨有偶，大陸「建設工程合

同司法解釋」第 7 條對於勞務分包之債權保障設有特別規定。

本文建議大陸，首先須制定違法轉包及分包的認定辦法，明確該行為的事實認定標準。其次，完善責任機制，加強政府監管機制和公開問責規定。並對存在轉包、違法分包的機關，展開整治工作。並進一步仿效臺灣之刊登不良廠商，全面建立和落實「工程建設不良行為和黑名單」制度，建立建築企業誠信體系。

本文分析大陸案例認為，雖然大陸地大物博，然其民法體系未如臺灣精準，但其對於轉分包之制度有較彈性之管制方式；尤以公權力在分包介入部分為甚而壓迫廠商分包不當的空間，非無造成貪污舞弊腐敗之尋租行為之可能。但其法釋義與臺灣難免基於產業文化而有間。例如雖然大陸「建築法」、「招標投標法」、「合同法」等都規定禁止轉包，但實際認定時仍有困難。如大陸「建築法」第 28 條關於「全部建築工程」的解釋過於籠統。反面而言，大陸法條文字為以白話文表示，相對於臺灣法條用半文言文表示，大陸法條淺顯易懂，可讀性高，比較有利於建築市場發展及訴訟經濟。本文主張兩岸公共工程轉分包制度的互相借鏡，將可促進兩岸的建設合作及工程發包制度發展。通過對兩岸的分包交流，建立有效率的【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 163 頁】營建產業體系，並且消滅違法轉包與未依法分包，使工程品質提升外，亦應對採購機關、總包商及分包商於契約間之權利義務釐清、經濟利益分配是否公平合理及對產業水準的提升問題，建議兩岸法律及工程界仍有待持續加強交流，健全法制以開展兩岸公共工程市場。

參考文獻

一、書籍

王伯儉，工程人員契約法律實務，永然文化出版社，2000 年 11 月。

中倫律師事務所，建設工程業務，法律出版社，2013 年 5 月。

林鴻銘，政府採購法之實用權益，頁 193，永然文化出版社，2008 年 10 月。

林鑄海，建設工程施工合同司法解釋操作指南－建築商之孫子兵法，法律出版社，2009 年 11 月。

何紅鋒，建設工程施工合同糾紛案例解析，知識出版社，2009 年 7 月。

李家慶，工程法律與索賠實務，中華民國仲裁協會，2004 年 9 月。

姚文勝，政府採購合同法律制度研究，法律出版社，2009 年 8 月。

高印立，建設工程施工合同法律實務與解析，頁 51，中國建築工業出版社，2012 年 8 月。

張明正，中國大陸工程專案管理實務，詹氏書局，2006 年 8 月。

黃鈺華，政府採購法逐條釋義，元照出版社，2008 年 9 月。

潘福仁，建設工程合同糾紛，法律出版社，2007 年 9 月。

劉營，中華人民共和國招標投標法實施條例實務指南與操作技巧，頁 178-181，法律出版社，2013 年 1 月。

謝哲勝、李金松，工程契約理論與實務（下冊），翰蘆圖書公司，2010 年 2 月。**【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 164 頁】**

二、期刊論文

辛其亮，「民法第 513 條對營建工程之影響」，營造天下，第 67 期，頁 32，2001 年 7 月。

胡偉良，「營造業是否還有明天？」，營造天下，第 43 期，頁 38，1999 年 7 月。

黃健彰，「『次承攬人』作為民法第 513 條抵押權權利主體之探討—比較法上之分析」，東海大學法學研究，第 33 期，頁 126，2010 年 12 月。

黃健彰，「結構體以外之工作或非重大修繕—適用承攬人抵押權之探討」，法學叢刊，頁 136、148，2013 年 10 月。鄭冠宇，「承攬人抵押權」，法學叢刊，第 51 卷第 3 期，頁 6-7，2006 年 7 月。

三、學位論文

吳宗樑，「（由日本民事法優先權單行制度與我國民事法優先權及法定擔保物權並行制度之比較研究）論我國民法是否應增設優先權之一（上）」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，1975 年 6 月。

許忠佑，「兩岸營建工程轉包與分包問題之研究」，國立成功大學建築研究所碩士論文，2013 年 1 月 30 日。

謝志輝，「政府採購法轉包相關問題之研究」，中原大學財經法律研究所碩士論文，2010 年 1 月。

陳衍任，「營造業借牌營運及其於營業稅法上之違法行為」，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2006 年 7 月。

李崇生，「臺灣營造業在中國大陸經營策略之探討」，國立高雄第一科技大學營建工程系碩士論文，2002 年 12 月。

黃健彰，「法定優先權制度研究—兩岸物權法修正草案芻議」，國立中正大學法律研究所博士論文，頁 108，2008 年。

葉曉青，「營建工程分包商工程款債權之保障」，國立臺北大學法律專業研究所碩士論文，頁 188，2007 年 6 月。

蘇宜士，「『解構』與『重構』臺灣營造業的職業災害—一個「特殊的」生產方式：層層轉包層層剝削」，國立政治大學勞工研究所**【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 165 頁】**碩士論文，2005 年 7 月。

蘇南，「公共工程契約的違約責任」，國立中正大學法律研究所碩士論文，2010 年 6 月。

四、網路連結

工商時報，營造業盼兩岸會談納入工程議題，2013 年 2 月 20 日。網址：
<http://news.chinatimes.com/focus/11050106/122013022000113.htm>，最後瀏覽日期：
2013 年 4 月 6 日。

工程採購契約範本（103.1.22 修正），網址：http://www.pcc.gov.tw/epaper/10302/news_12.htm，最後瀏覽日期：2014 年 3 月 1 日。

大陸有關法律規定，網址：<http://www.lawlib.zju.edu.cn/%D7%CA%D6%CE%B7%A8%B5%E4/cd2/Product4/Law/12-compact/paraphrase/16.272.htm>，最後瀏覽日期：
2013 年 6 月 6 日。

公共工程廠商延誤履約進度處理要點，網址：<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/MenuContent.do?site=002&bid=BIZS-C00007050>，最後瀏覽日期：
2014 年 3 月 2 日。

北山交流道意外 / 支撐鷹架不穩，網址：www.libertytimes.com.tw/2010/new/oct/1/today-t2.htm，最後瀏覽日：2013 年 6 月 5 日。

行政院公共工程委員會，網址：<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/NewsContent.do?site=002&bid=BIZS>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 1 日。

建設工程合同發包、承包和分包的規定，網址：http://www.lawlib.zju.edu.cn/%D7%CA%D6%CE%B7%A8%B5%E4/cd2/Product4/Law/12_compact/paraphrase/16.272.htm，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 2 日。

建築行業轉分包成「潛規則」政協委員建議堅決治理，網址：
<http://npc.people.com.cn/GB/28320/219159/14435710.html>，最後瀏覽日期：2013 年 6 月 26 日。

建設部、國家工商行政管理局關於禁止在工程建設中壟斷市場和肢解發包工程的通知，
網址：http://www.saic.gov.cn/fidyfbzdjz/zcfg/zcfg/200910/t20091013_71560.html，最後
瀏覽日期：2013 年 6 月 4 日。【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 166
頁】

香港文匯網，網址：<http://news.wenweipo.com/2013/03/15/n1303150085.html>，最後瀏覽日
期：2013 年 4 月 7 日。

國外合約分包制度及公共工程仲裁案件，網址：http://report.nat.gov.tw/ReportFront/report_download.jsp?sysd=C09000411&fileNo=001，最後瀏覽日期：2013
年 6 月 2 日。

根據大陸有關法律規定，網址：<http://www.lawlib.zju.edu.cn/%D7%CA%D6%CE%B7%A8%B5%E4/cd2/Product4/Law/12-compact/paraphrase/16.272.htm>，最後瀏覽
日期：2013 年 6 月 6 日。

理財網，習李時代轉型民富，台商不再雨露均沾，網址：<http://webcahe>.

googleusercontent.com/search?9=cache.ZrCNSObKVgJ:www.mc，最後瀏覽日期：2013年4月7日。

國登提報不良廠商仍建金門大橋，網址：<http://www.libertytimes.com.tw/2013/new/apr/14/today-life13.htm>，最後瀏覽日期：2013年6月1日。

陳櫻琴、黃仲宜，招標文件未標示「主要部分」，不得擅認違法轉包，網址：http://book.law119.com.tw/viewlawbook_people.asp?idno=1028&aklink，最後瀏覽日期：2014年2月28日。

採購契約要項，網址：<http://www.pcc.gov.tw/pccap2/BIZSfront/MenuContent.do?site=002&bid=BIZSj:00007208>，最後瀏覽日期：2014年3月2日。

機捷機電下包商自首揭承包商違約轉包，網址：<http://www.ptt.cc/bbs/MRT/M.1361967036.A.071.html>，最後瀏覽日期：2013年6月9日。

機捷疑違約轉包交工程會裁定，網址：<http://www.epochtimes.com/b5/13/4/23/n3853279.html>，最後瀏覽日期：2013年6月6日。

轉包分包不一樣，網址：http://www.pcc.gov.tw/epaper/9911/accident_3.htm，最後瀏覽日期：2014年3月12日。

關於禁止在工程建設中壟斷市場和肢解發包工程的通知，網址：<http://www.saic.gov.cn/fldyfbzdjz/zcfg/zcfg/200910/t2009101371560.html>，最後瀏覽日期：2013年6月4日。

AGCDocumentNo.603StandardShortFormAgreementBetweenContractorandSubcontractor，網址：<http://civil.colorado.edu/~silverst/cven4830/AGC%20603%20Subcontract%20Short%20Form.pdf>，最後瀏覽日：2013年5月2日。營造業各式分包契約之比較，網址：<http://www.arch.net.tw/modern/month/248/248-2.htm>，最後瀏覽日期：2013年6月1日。**【財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第167頁】**

FIDIC 土木工程施工合同條件（新紅皮書），網址：<http://wenku.baidu.com/view/2e7d417f11cc7931b71674.html>，最後瀏覽日期：2013年6月2日。

FIDIC 與施工合同示范文本的區別，網址：<http://wenku.baidu.com/view/4661f66b84ae45c3b358c87.html>，最後瀏覽日期：2014年3月1日

建設業法，網址：<http://www.houko.com/00/01/S24/100.HTM#s3.2>，最後瀏覽日期：2014年3月1日。

五、其他

立法院公報，第91卷第75期，委員會紀錄，2002年12月。**【財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第168頁】**

Comparison of Trans-contracting and Subcontracting for Public Construction with Legal Practice and Specification on Cross-Strait

Nan Su * & Wen-Zang Tang**

Abstract

Although the construction industry in Taiwan to the mainland on public construction, the government has not prohibited, but subject to different legal and public construction systems a lot of factors on Cross-Strait. In particular, both sides of the systems of trans-contracting and subcontracting will affect the domestic construction industry to the mainland wishes and create public engineering engaged. Therefore, this paper will investigate the different of legal system on turn-contracting and subcontracting of Public Construction on Cross-Strait. Moreover, two practical cases will be analyzed. It is very useful for authorities, legal profession and construction to understand and landing in the future as a 【財產法暨經濟法第 37 期，2014 年 3 月，第 169 頁】westward ready. They are a lot of disputes that trans-contracting or illegal subcontracting of construction in Cross-Strait region. Some construction companies did not fulfill their contract after bidding this project, then which are transmitted to non-qualified subcontractor for illegal benefits. Even many construction projects are transferred by many times, induced the whole construction project are divided to fragmentation. Moreover, some small construction projects with separation are gave to subcontract, with general contractors getting high profit, they assistant to fulfill the pubic construction contract, only low price for trans-contractor and subcontract. The above irregularities will initiate for doing nothing profits , poor quality of engineering and occupational accident casualties of construction project. Then, this article will investigate the legal requirements and systems of turn-contracting and subcontracting both Cross-Strait, then the illegal problems of construction works transmitted will study to connect with public construction markets. Finally, it is also to

* Professor of Department of Construction Eng. of National Yunlin University of Sci. & Tech., Visiting Professor of Department of Law of Fujian University of Tech. , Visiting Professor of Graduate School of Engineering Law of Beijing University of Civil Engineering and Architecture, Ph.D. of Law of China University of Political and Law Science, Ph.D. student of Department of Law of National Chung Cheng University, Ph.D. of Department of Civil Eng. of National Chiao Tung University.

** Judge and Presiding Judge, Taiwan Hualien District Court; Ph.D. Student of Department of Law of National Chung Cheng University.

evaluate the judgment of Mainland China and mediation case of Taiwan, to prevent the illegal subcontracting on Cross-Strait. We believe the discussion in this article on the legal method on trans-contracting and subcontracting, will enhance the efficiency of civil engineering and architectural markets, and promote the common codes of construction management in Taiwan and Mainland China.

Keywords:

Subcontracting, Trans-contracting, Contract, Construction, Public construction【財產法暨經濟法第37期，2014年3月，第170頁】

