

# 臺灣區綜合營造工程工業同業公會 函

地 址：10841 台北市開封街 2 段 40 號 2 樓  
承 辦 人：謝 銘 達  
聯絡電話：(02) 2381-3488 分機 228  
傳 真：(02) 2381-8366

受文者：本會各縣市辦事處、連江縣連絡主任

發文日期：中華民國 104 年 11 月 5 日  
發文字號：臺區營(104)銘業字第 0417 號  
速 別：  
附 件：綜合營造業承作專業工程爭議問題問答

主旨：逕因本會會員承造台北市區域內建造工程案，如涉執行土方開挖工程或其專業工程項目，務必依營造業法第 25 條規定辦理，以免涉及違反營造業法相關規定，茲提供其相關函令與規定，請轉轄區會員參酌，詳如說明及附件，惠請 查照參納。

說明：

一、查臺灣區擋土支撐及土方工程專業營造業同業公會就台北市建案基礎開挖工程事件，針對本會會員對其承作與土方分包之法律爭議問題，屢向台北市政府相關單位反映，甚有至營建工地現場稽核等情事，且認有違反營造業法進行處分之案件，將其交由營造業審議委員會審議，導致本會會員施工中造成困擾；爰就綜合營造業建造工程之土方工程執行法律爭議問題分析供參酌如下：

1.綜合營造業經營範圍已非『限於專業經營』

(1)查營造業法第 3 條第 1 款規定，其經營範圍「係指土木、建築工程及其相關業務」，又同條第 3 款亦規定：「綜合營

造業：係指經向中央主管機關辦理許可、登記，綜理『營繕工程』施工及管理 etc 整體性工作之廠商」。此稱營繕工程係指土木、建築工程及其相關業務，為同條第 1 款所明定。

(2) 綜合營造業依營造業法及公司法之增修，尚無明文營造業『限於專業經營』，故綜合營造業辦理土木、建築工程及其相關業務以外之業務，除依公司法第 129 條第 2 款：「所營事業」專指許可業務，為章程內應記載必要事項外，並得依據公司法第 18 條：「公司所營事業，除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制」、公司名稱及業務預查審核準則 11 規定：「公司章程及登記表所載之營業項目須與預查表一致，以概括方式記載『除許可業務外，得經營法令非禁止或限制之業務』」，此有內政部 98.07.16 台內中營字第 0980806563 號與 93.06.10 台內營字第 0930084447 號等函示可稽。

2. 綜合營造業依營造業法第 25 條第 1 項規定之立法意旨，自得承攬專業工程項目。

(1) 依營造業法第 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，『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。」是依其立法意旨，規定綜合營造業得自行承攬施作專業工程項目，且綜合營造業得自行施工專業工程項目或基於自由意願選擇是否交由專業營造業承攬；另查營造業法各項罰則中，並未針對營造業法第 25 條第 1 項設定罰則，可見本條立法意旨並非限制或禁止綜合營造

業必須將專業工程項目分包專業營造業。

(2)依內政部 93 年 5 月 19 日台內營字第 0930006264 號函說明三謂：「綜合營造尚無增加專業營造業之營業項目」；是綜合營造業營業項目統一登記為「綜理營繕工程施工及管理」等整體性工作」外；亦以概括方式記載『除許可業務外，得經營法令非禁止或限制之業務』，此有經濟部 91 年 1 月 24 日商字第 09102010620 號、內政部營建署 93 年 5 月 28 日營署建字第 02908462 號、內政部營建署 93 年 6 月 10 日台內營字第 0930084447 號等函釋參照。

(3)綜合營造業依營業項目，其對建造之土方工程之執行，該項工程涵蓋於整體性工程內之單一項目，無庸置疑。基於法之意旨，並未限制綜合營造業不得將「營繕工程」或「專業工程項目」於自行施作時委託其他合法同業廠商提供機具人力，並以自有「專任工程人員」親自監督執行工程施工並依法負擔各項法定責任，依營造業法第 25 條第 1 項規範意旨，亦為法之所許。

### 3. 綜合營造業「自行施作」之涵義

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，『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。」是依其立法意旨，除綜合營造業與定作人之承攬合約有特別約定自行施工者外，綜合營造業得自行承攬施作專業工程項目，自可得「自行施工專業工程項目」或「基於自由意願選擇」是否交由專業營造業承攬？

(1)本條立法意旨並非限制或禁止綜合營造業必須將專業工程項目分包專業營造業。

(2)營造業法第 25 條採用『得』而非『應』，依其規定，除綜合營造業與定作人之承攬合約有特別約定需自行施工者外，即定作人於承攬合約內無特別約定者，綜合營造業就承攬之「營繕工程或專業工程項目」合約中之契約施工項，自行決定分包予合法業者或租賃機具人員進行施工，或得將專業工程施工項交由專業營造業承攬施工。

二、嗣經本會歷次開會與反映相關機關，就綜合營造業建造工程之土方工程執行法律爭議問題陳述，終獲內政部於 103 年 12 月 15 日台內營字第 1030813771 號函釋，各會員可參酌此函示如下：

1. 綜合營造業在綜理營繕工程施工及管理 etc 整體性之工作時，如係其自行履行原契約之全部或主要部份，固屬本法第 25 條規定之「自行施工」。
2. 如廠商履約需具有相當設備、機具，其以租賃設備機具代替自有者，因尚符合政府採購法第 65 條規定所稱之「自行履行」，故與本法第 25 條所定之「自行施工」無違。
3. 營造業從業人員僱用部份，除營造業法所規定應設置之人員（負責人、專任工程人員、工地主任、專業工程特定施工項目應置之技術士）外，其他人員之設置尚無明定；惟綜合營造業者僱用人力施作時，應依個案事實判定雙方關係究係屬「承攬」或「僱傭」關係；若屬「僱傭」關係，則應可認定其為「自行施工」；若屬「承攬」關係，受轉交者若為營造業且非屬政府採購法第 65 條所稱之「轉包」行為者，則與本法第

25 條所定「自行施工」無違；若受轉交者為非營造業，則違反本法第 4 條第 1 項規定：「營造業非經許可，領有登記證書，並加入營造業公會，不得營業」，另其轉交者若將營造業登記證書或承攬手冊交由他人使用經營營造業業務，則違反本法第 54 條規定：「…處新台幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰，並廢止其許可。…營造業自廢止許可之日起 5 年內，其負責人不得重新申請營造業登記」。

三、綜上所陳，惠請本會會員承造台北市區域內建造工程案，如涉執行土方開挖工程或其專業工程項目，務必依營造業法第 25 條暨相關法規規定辦理，以免涉及違反營造業法相關規定。

四、隨函檢附「綜合營造業承作專業工程爭議問題問答」供參。

正本：本會各縣市辦事處、連江縣連絡主任

副本：

理事長 **陳煌銘**

## 綜合營造業承作專業工程爭議問題問答

邇因臺灣區擋土支撐及土方工程專業營造業同業公會就台北市建案基礎開挖工程事件，針對本會會員對其承作與土方分包之法律爭議問題，屢向台北市政府相關單位反映，甚有至營建工地現場稽核等情事，且認有違反營造業法進行處分之案件，將其交由營造業審議委員會審議，導致本會會員施工中造成困擾；爰就綜合營造業建造工程之土方工程執行法律爭議問題分析供參酌如下：

**Q：綜合營造業經營範圍是否『限於專業經營』？可否經營非許可與法令非禁止或限制以外之業務？**

**A：**

1. 查綜合營造業依營造業法及公司法之增修，尚無明文營造業『限於專業經營』，依營造業法第3條第1款規定，其經營範圍「係指土木、建築工程及其相關業務」，又同條第3款亦規定：「綜合營造業：係指經向中央主管機關辦理許可、登記，綜理『營繕工程』施工及管理 etc 整體性工作之廠商」即明。依內政部 93.06.10 台內營字第 0930084447 函釋，營造業辦理土木、建築工程及其相關業務以外之業務，得依公司法、公司名稱及業務預查審核準則相關規定辦理。
2. 依公司法第129條第2款：「所營事業」專指許可業務，為章程內應記載必要事項外。並得依據公司法第18條：「公司所營事業，除許可業務應載明於章程外，其餘不受限制」、公司名稱及業務預查審核準則11規定：「公司章程及登記表所載之營業項目須與預查表一致，以概括方式記載『除許可業務外，得經營法令非禁止或限制之業務』」，此有內政部 98 年 07 月 16 日台內中營字第 0980806563 號、經濟部 91 年 1 月 24 日商字第 09102010620 號、內政部營建署 93 年 5 月 28 日營署建字第 02908462 號、內政部營建署 93 年 6 月 10 日台內營字第 0930084447 號等函釋參照可稽。

**Q：綜合營造業可否承攬『專業工程』業務？是否需增加專業營造業之營業項目？其自行承作『專業工程』業務，是否需加入其「專業營造業公會」？**

**A：**

1. 依營造業法第3條第3款規定綜合營造業營業項目統一登記為「綜理營繕工程施工及管理 etc 整體性工作之廠商」，另依內政部 93 年 5 月 19 日台內營字第 0930006264 號函說明三謂：「綜合營造尚無增加專業營造業之營業項目」可稽；是其營業項目無須再增加專業營造業之營業項目自明（內政部營建署 94.10.13 營署中建字第 0943580638 號函）。
2. 綜合營造業依營造業法第25條第1項規定之立法意旨，綜合營造業得承攬「專業工程項目」，且可自行施作。又依營造業法第45條第3項規定：「專業營造業公會未設立前，專業營造業得暫加入綜合營造業」，自無綜合營造業承攬

「專業工程項目」，需再加入其「專業營造業公會」之規定。

**Q：營造業僱用人力施作時，其雙方關係究係屬「承攬」或「僱傭」關係？相關法令函釋如何認定？**

**A：**綜合營造業者於約定自行施作時，由綜合營造業者自行或僱用人力及租賃機具設備等方式處理，依照民法相關規定，由綜合營造業者自行承擔承攬人之責任，且在其聘任之專業技師指示下施工，且為營造業法第 25 條所許，自無違反營造業法之情事，爰就究係屬「承攬」或「僱傭」關係如何認定，相關法令及函釋規定說明如下：

1. 依最高法院 89 年台上字第 2371 號判決之見解「勞基法第 2 條第 6 款規定，約定勞雇間之契約為勞動契約，並未以僱傭契約為限。準此，凡是具有指揮命令及從屬關係者，均屬之。」因此，只要有指揮與從屬之關係存在，即為勞動契約之型態，並不單以契約之名稱為認定之依據，其雙方關係究係屬「承攬」或「僱傭」關係如何認定。

(1) 依民法第 490 條規定：「稱承攬者，謂當事人約定，一方為他方完成一定之工作，他方俟工作完成，給付報酬之契約。」「約定由承攬人供給材料者，其材料之價額，推定為報酬之一部」。承攬契約著重於完成一定之工作，承攬人除當事人間有特約外，非必須承攬人自服其勞務，其使用他人完成工作，亦無不可，只要工作成果是定作人要的即可(最高法院 65 年台上第 1978 號判決參照)，故承攬契約的勞務給付屬可替代性。

(2) 依民法第 482 條規定：「稱僱傭者，謂當事人約定，一方於一定或不定之期限內為他方服勞務，他方給付報酬之契約」；同法第 484 條規定：「僱用人非經受僱人同意，不得將其勞務請求權讓與第三人。受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務」。僱傭契約的勞務給付未經僱用人同意時，屬不可替代性。

2. 相關機關函示解釋令：

(1) 內政部釋令：勞動契約係以勞動給付為目的，承攬契約係以勞動結果為目的；勞動契約於一定期間內受僱人應依雇方之指示，從事一定種類之活動，而承攬契約承攬人只負完成一個或數個工作之責任（內政部 74 年 7 月 19 日台內勞字第 326694 函釋）。

(2) 甲與乙間帶工不帶料之合約，如以勞動給付為目的，且甲對乙所僱勞工具指揮監督管理權限時，甲與乙所僱勞工間應係僱傭關係（參照行政院臺 87 訴字第 42029 號訴願決定書）。

(3) 甲將工程之「工作」交由承攬人乙招攬工人承作，雖名為承攬，惟甲係按實際到工人數及工作天數發放工資，且派有工地主任在場管理，對乙之工人之管理權，其實質仍以勞務給付為目的，甲與乙之工人間應屬勞動（僱

傭)契約(參照行政院88年度判字第4082號判決)。

(4)原事業主僅將部分工作交由他人施工,本身仍具指揮監督、統籌規劃之權者,應不認定具承攬關係(行政院勞工委員會83年3月4日台勞安三字第08846號函釋)。

**Q:營造業法第25條規定之「自行施工」涵義為何?綜合營造業可否租賃「機具設備」(含操作手)施作?**

**A:**

- 1.綜合營造業在綜理營繕工程施工及管理 etc 整體性之工作時,如係其自行履行原契約之全部或主要部份,固屬本法第25條規定之「自行施工」。
- 2.如廠商履約需具有相當設備、機具,其以租賃設備機具代替自有者,因尚符合政府採購法第65條規定所稱之「自行履行」,故與本法第25條所定之「自行施工」無違(行政院公共工程委員會89.3.23工程企字第89006979號函)。
- 3.營造業從業人員僱用部份,除營造業法所規定應設置之人員(負責人、專任工程人員、工地主任、專業工程特定施工項目應置之技術士)外,其他人員之設置尚無明定;惟綜合營造業者僱用人力施作時,應依個案事實判定雙方關係究係屬「承攬」或「僱傭」關係;若屬「僱傭」關係,則應可認定其為「自行施工」;若屬「承攬」關係,受轉交者若為營造業且非屬政府採購法第65條所稱之「轉包」行為者,則與本法第25條所定「自行施工」無違(內政部103.12.15台內營字第1030813771號函)。

**Q:綜合營造業「自行施作」是否指「自有機具或自有勞工」?專業營造業是否亦自備有「機具設備」(含操作手)等設施?**

**A:**按綜合營造業作業過程中,不一定需要分包給專業的工程公司來做,日本就採用這樣的方式,而「自行施作」並非指「自有機具或自有勞工」,而是自有「專任工程人員」親自監督執行工程施工並依法負擔各項法定責任。

- 1.查營造業法施行細則第6之1條出資種類,雖含有機具設備乙項,然且未規定僅能以自有「機具設備」施工,亦未明文限制不得租賃「機具」施作。包含現金、不動產、機具設備、貨幣債權、公積、股息與紅利、公司債轉換股份及認股權憑證轉換股份等眾多標的,多屬金融性資本,雖含有機具設備乙項,但未規定必須自備有「機具設備」等設施,基於營造業工程之多樣性,在業務需要時取得必要之「機具設備」即可,自當包含租賃「機具」施作,況且「擋土支撐或土方工程專業營造業同業公會」會員其大部分車輛、機具等是否亦係自有,有需要政府相關單位進一步了解,以符公平及比例原則。
- 2.綜合營造業於自行施作時,係綜理施工及管理責任,自可自行或僱用符合在手工程特性之人力及租賃機具設備等方式處理,綜合營造業委託其他合法廠



商提供機具人力，並以自有「專任工程人員」親自監督執行工程施工並依法負擔各項法定責任者，依照營造業法第 25 條第 1 項規範意旨，亦為法之所許。

3. 按一般綜合營造業其實際之經營模式，為達綜理營繕工程施工及管理 etc 等整體性工作之效果，且起造人亦不宜將土方(基礎)工程分開發包予「土方工程專案營造業」承作，否則違反建築法及營造業法相關規定。

**Q：擋土支撐及土方工程或施工塔架及模版工程專業營造業選擇登記之專業工程項目，須否同時具備該兩項？**

**A：**

1. 對於經營業務涉及建築、土木工程等範圍，且直接影響建築物結構安全、施工品質者，爰對於現行法令已有規定者，明定其專業工程項目，其中「擋土支撐及土方工程」係構造物下部結構之構築，於土方開挖前為防止施工中地盤崩塌，而先行採用假設擋土壁等各種支保保護工程、從而完成土石挖填、整地、廢土處理等工程。而「施工塔架吊裝及模版工程」係施工中所架設之竹架、鋼管架、跳板、安全網、防護棚、吊裝塔架及模版加工、放樣、組立、支承及拆除等工程。
2. 依立法院公報第 92 卷第 5 期院會紀錄『行政院版』，就其該專業工程項目之立法意指係「擋土支撐及土方工程：構造物下部結構之構築，為防止施工中地盤崩塌，而採用假設擋土壁等各種支保工程，並土石挖填、整地、廢土處理等工程」。
3. 另依立法院公報第 91 卷第 75 期委員會紀錄，就前『柯署長鄉黨』說明綜合營造業『轉交』是指「協力廠商間有長期的合作關係」，又謂目前採取不限制轉交或分包，透過自由市場機制去運作。
4. 綜上，據營造業法第 8 條第 2 款專業營造業登記之專業工程項目：「擋土支撐及土方工程」，依其法規定及其立法意旨，係一體不宜拆開，須兩者同時具備「擋土支撐及土方工程」，此兩項專業工程才算是專業營造業，此依「專業營造業之資本額及其專任工程人員資歷人數標準表」—「擋土支撐及土方工程」之專業工程項目業務範圍：「一、臨時性擋土設施及支撐設施工程。二、土方開挖、回填、整地工程」，係屬事實認定，惟實務上市場並無同時兼備兩項之專業廠商，相關單位應確實查明其實際操作方式，依權責依法核處（內政部 103.03.04 內授營中字第 1030094792 號函）。

**Q：綜合營造業依營造業法第 25 條第 1 項規定之立法意旨，可否自得承攬專業工程項目？綜合營造業將其專業工程項目分包與非營造業者，有無罰則？若受分包之廠商非營造業者，該廠商受何處分？**

**A：**

1. 依營造業法第 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，『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。」是依其立法意旨，規定綜合營造業得自行承攬施作專業工程項目，且綜合營造業得自行施工專業工程項目或基於自由意願選擇是否交由專業營造業承攬；另查營造業法各項罰則中，並未針對營造業法第 25 條第 1 項設定罰則，可見本條立法意旨並非限制或禁止綜合營造業必須將專業工程項目分包專業營造業。
2. 綜合營造業依營業項目，其對建造之土方工程之執行，該項工程涵蓋於整體性工程內之單一項目，無庸置疑。基於法之意旨，並未限制綜合營造業不得將「營繕工程」或「專業工程項目」於自行施作時委託其他合法廠商提供機具人力，並以自有「專任工程人員」親自監督執行工程施工並依法負擔各項法定責任，依營造業法第 25 條第 1 項規範意旨，亦為法之所許。
3. 綜合營造業將營造業登記證書或承攬手冊交由他人使用經營營造業業務，方違反本法第 54 條規定：「...處新台幣一百萬元以上五百萬元以下罰鍰，並廢止其許可。...營造業自廢止許可之日起 5 年內，其負責人不得重新申請營造業登記」，若無將不會受罰（內政部 103.12.15 台內營字第 1030813771 號函）。
4. 若受分包者為非營造業，則違反本法第 4 條第 1 項規定：「營造業非經許可，領有登記證書，並加入營造業公會，不得營業」，將依營造業法第 52 條規定：「未經許可或經撤銷、廢止許可而經營營造業業務者，勒令其停業，並處新台幣一百萬元以上一千元以下罰鍰，其不遵從而繼續營業者，得連續處罰。」故綜合營造業承攬之營繕工程若未自行施工或亦未交由專業營造業承攬，而委由工程行或企業社處理，有無違法，自依上開規定核實查處（內政部營建署 101.07.09 營授辦建字第 1013580463 號函）。

**Q：政府採購法所稱「轉包」、「分包」與營造業法所稱「轉交」之規範與區別為何？**

**A：**

1. 政府採購法第 65 條第 1 項：「得標廠商應自行履行工程、勞務契約，不得轉包。」而第 2 項所稱「轉包」，係指「將原契約中應自行履行之全部或其主要部分，由其他廠商代為履行。」其中全部由其他廠商代為履行者，固然是轉包，主要部分由其他廠商代為，亦屬轉包，所謂「主要部分」，依照政府採購法施行細則第 87 條規定，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。
2. 政府採購法第 67 條亦明定，得標廠商得將採購分包予其他廠商，此稱「分包」謂非轉包而將契約之部分由其他廠商代為履行，惟分包廠商就其分包部分

，與得標廠商連帶負瑕疵擔保責任。

3. 營造業法第 25 條第 1 項明定綜合營造業對其承攬之工程，有關專業工程部分「得轉交有關之專業營造業承攬，以符專業分工原則，並規定轉交工程之施工責任，其與政府採購法所稱「轉包」之涵義為何，據行政院公共工程委員會 92.4.10.工程企字第 09200133020 號函謂：「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，非招標文件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」。
4. 採購法第 65 條及採購法施行細則所稱不得『轉包』之規定，與營造業法第 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（營造業法第八條），除與定作人約定需自行施工者外，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」，惟「與定作人約定需自行施工」之部分不得轉交外，其餘承攬契約未約定自行履行部分，即屬得轉交之標的，故分別依營造業法及政府採購法規定，均不得「轉交」或「轉包」，故其兩法對於「轉交」、「轉包」、「分包」等規定，尚無牴觸情形。準此，營造業法第 25 條受轉交工程之專業營造業，並無如政府採購法規定有負連帶瑕疵擔保責任之規定，此應祇就受轉交部分，負連帶侵權行為責任而已。

**Q：綜合營造業將任何施工項目分包給任何廠商施作，是否屬私法自治範疇？會否違反營造業法第 54 條規定予以處分？**

**A：**

1. 依營造業法第 54 條規定綜合營造業係將「營造業登記證書」或「承攬工程手冊」交由他人使用經營營造業業務，才構成所謂『借牌』行為，可參照政府採購法第 87 條規定之意涵。
2. 綜合營造業就承攬工程有分包權利，且依營造業法第 25 條規定不見得須委由「擋土支撐及土方工程專業營造業」承作。
3. 綜合營造業要將任何施工項目分包給任何廠商屬私法自治範疇，政府機關不能用公法的行政手段介入私法領域，強迫土方工程只能發包給專業營造業，降低綜合營造業之營運效能，並使專業營造業壟斷土方工程市場！似乎違反公平交易法第 19 條的相關規定！
4. 若未將『證書』或『手冊』交由他人使用，各建案工程均由綜合營造業與業主訂約並承擔法定承造人責任，執行土方工程之廠商並未與業主發生任何法律關係，絕無依據可供認定而違反營造業法第 54 條規定予以處分。