

第六章、結論

第一節、我國履約保證金制度部分

本文經由我國履約保證金制度沿革、現行政府採購法有關履約保證金規範內容的整理，進而討論履約保證金之功能、彙整學說及實務上有關履約保證金法律性質之見解，並就履約保證金實務常見爭議類型分別進行問題討論，以對我國履約保證金制度有較為完整的認識。茲就研討結果分述如下：

（一）履約保證金之功能

履約保證金在政府採購契約規範中，係作為機關債權之擔保，其功能不僅為督促廠商履約之壓力工具，更重要的是作為當廠商無法履約時，得迅速用以填補機關所受損害之救濟工具。而履約保證金所擔保機關之損害範圍，亦即履約保證金之擔保效力，基本上及於廠商契約責任，包括法定之債務不履行損害賠償請求權、瑕疵擔保請求權，以及契約約定之各項請求權。如參照政府採購法相關規範，一般約定內容包括侵權行為損害賠償請求權、違約金請求權以及已支領價金之返還請求權等。

（二）履約保證金之性質

履約保證金之法律性質，實務見解包括：質權、違約定金、違約金及信託讓與擔保等，而學說文獻上則有違約定金、信託讓與擔保及擔保權等說法。然而，由於政府採購法規範，包括現金、票據、設定質權之定存單、銀行擔保信用狀或連帶保證、保險公司連帶保證保險單等，均得作為履約保證金之實現方式，亦即履約保證金是為各項實現方式之上位概念，因此以任何單一之下位概念的實現方式為履約保

證金之性質認定，均不妥適。是以，履約保證金之性質，與其論究其為定金、違約金、抑或等同於押租金的所有權讓與擔保等，不如仍僅以其為擔保權視之即可，依照其在政府採購實務，用以擔保履約的目的及功能為主軸，並依其擔保涵攝範圍以及相關規範，以建構履約保證金在政府採購制度中的特殊地位。

（三）履約保證金之爭議類型

1、履約保證金沒收約款之爭議

履約保證金實務爭議類型中有關沒收約款之爭議部分，即經常引發履約保證金性質是否為違約金之爭論。由於履約保證金之功能係為債權之擔保，重點在於作為當廠商無法履約時機關所受損害之抵充，因此當契約約定有廠商違約即不發還履約保證金之「沒收約款」時，該沒收約款應視為具有違約金債之約定性質，並應將沒收之行為評價為係以履約保證金抵充該違約金約定所生債務的過程，而不應依沒收約款的存在，即認定履約保證金之性質為違約金。

2、保證人請求履約保證金之爭議

履約保證金實務爭議類型中有關保證人請求履約保證金之爭議，通常會發生保證人接續工程係債務承擔或履行保證債務的疑義。由於債務承擔係履行本身的債務，並無保證人清償代位權足資行使，因此，如非保證人明確表示係以主債務人承擔債務，解釋上仍應以保證人清償，較能符合制度上的合理性及維持各方權利義務上的均衡。至於保證人清償代位之行使，因保證廠商代承攬廠商履行者，為該契約原定給付內容的實現，因此，保證廠商既已代清償，而於履行契約給付限度內，招標機關對承攬廠商之債權（履行請求權／不履行之損

害賠償請求權)及擔保(履約保證金)即應移轉予保證人。更不能以債權人因受償限度內,對主債務人已喪失其債權之請求權而影響代位權的存在。

3、銀行保證書之爭議

履約保證金實務爭議類型中有關銀行保證書之爭議,問題重點首在於該保證書法律性質之認定。依據實務對銀行保證書性質的見解包括:保證契約、主義務為付款之利益第三人契約、主義務為付款之擔保契約、付款之承諾以及無因之債務拘束等。而學說文獻則包括:保證契約、擔保契約、併存之債務承擔,以及單純交付履約保證金之債務等。而由於保證書內容具有「請求即付」約款,目前實務見解多將之認定為付款之承諾而非保證契約。然而,該見解雖使機關得迅速取得履約保證金,但卻也引發保證金縱有餘額,因銀行並非基於保證關係給付,故無權主張返還之爭議。因此,本文認為若參考德國實務見解,以「請求即付保證」為定位,採「先付款、後爭議」方式,允許銀行在付款之後仍得基於保證人地位,以不當得利要求機關返還餘額,或較能符合公平機制。

4、保證保險單之爭議

履約保證金實務爭議類型中有關保證保險單之爭議,爭議重點亦在於該保證保險單性質之認定。一般學說上有保證說及保險說二種。基於保證保險單係作為履約保證金之替代,而履約保證金擔保內容並不限於損害賠償,兼以廠商仍負有最終賠償責任等,均不符合保險損害填補及風險分散的特性,因此該保證保險單之性質,應為保證而非保險。且因保證保險單係為履約保證金之替代,就履約保證金擔保之範圍,均應為保證保險理賠的標的,亦即履約保證金所擔保之債務不履行損害賠償請求權,既已包括加害給付,則除有特約排除外,原則上保證保險仍應就加害給付部分負責。

第二節、美國履約擔保制度之比較

我國現行履約保證金制度規範中有關保證保險部分，目前實務上僅得使用「預付款保證金保證保險」及「保固保證金保證保險」而已，有關履約保證金保證保險仍尚窒礙難行。為能對履約保證保險有較為完整之認識，乃參考美國履約保證狀在其政府採購運作之情形以作為比較之基點，其研究結果：

（一）有關美國履約保證狀規定

國內保證保險原係參照美國 Surety Bond 制度而來，而美國 Surety Bond 則為其政府採購重要之擔保工具。依據美國國會 1935 年制定之米勒法案以及各地方政府仿效訂定之小米勒法案規定，其政府採購達一定金額以上，即須要求廠商提供履約保證狀（performance bond）及付款保證狀（payment bond）；而其機關辦理採購所依據之聯邦採購規則（Federal Acquisition Regulation），亦有專節為保證狀及其他替代性擔保的規定。保證狀基本上涉及三方關係，包括義務人（廠商）、保證人（保證公司）以及權利人（機關）三者，是當義務人無法履約時，由保證人提供金錢賠償給權利人的一項書面協議；而依規定履約保證狀之賠償金額通常等於百分之百的契約總額；而當義務人違約時，保證人之賠償選項則包括：對義務人提供財務上援助、自行接管並完成工程、重新招標新廠商、協議付款等。

（二）美國履約保證狀與我國履約保證金制度之差異

美國履約保證狀制度與我國履約保證金制度，基本上可歸納出以下三點不同：第一，美國履約保證狀之賠償金額為百分之百之契約價款，而我國履約保證金額度則僅為契約價款百分之十而已，相較於契約之擔保似有所不足；其次，美國因米勒法案之要求，政府採購契約之履約保證狀通常搭配付款保證狀使用，特別對於工程採購中提供勞

務之下包及材料供應商等，有較為周全之保護，而我國並無類似之付款保證制度；第三，美國履約保證狀制度通常由專業之保證公司提供，具有審核廠商履約能力及履約資格的功能，而我國以現金為主所設計之履約保證金制度，以及實務上較常使用之銀行保證方式，重點均在財務能力之證明及審查，而缺乏對廠商承攬能力之篩選功能。

第三節、結語及建議

履約保證金在政府採購中，係具有擔保招標機關債權實現之功能，而為能保障招標機關之權益，其擔保效力則藉由契約約定廣泛及於各項契約之請求權。而雖然依據法規規定廠商得以現金、票據、保證書、保證保險單等工具作為履約保證金之繳納方式，但就履約保證金所為之上位概念，原則上應確保各項工具在實務運作所達成之擔保功能具有一致性，亦即使各項工具應具有等值擔保的效果，始能符合履約保證金之規範目的。

然而，經由履約保證金常見爭議類型之研究發現，銀行所開立連帶保證書之法律性質，實務上因囿於保證書係為履約保證金現金之替代，以保證書應具有現金之擔保效力，並以其「請求即付」約款的存在，而認為銀行保證書係屬付款之承諾而排除其保證的性質。該項見解雖維護了機關權益，但卻也排除了銀行基於保證人地位爭議履約保證金餘額的可能性。雖然銀行保證書或擔保狀之獨立性以及不涉入基礎契約爭議的原則，在國際交易發展上有其存在的基礎⁵⁰⁷，然而，就國內履約保證金制度而言，如果逕以承認銀行保證之獨立性、或僅以其應具有現金替代功能的角度考量，將迫使銀行為保全權益而增加廠商提供足額擔保的資金壓力，反而使得保證書用以減輕廠商資金壓力的功能喪失，將更不利於國內履約保證制度之建立。

是以，若參照德國實務見解，將銀行保證書定位為「請求即付保

⁵⁰⁷ 許忠信，論銀行擔保狀（含擔保信用狀）之獨立性原則及其權利濫用例外，台北大學法學論叢第 58 期，2006 年 6 月，頁 195。

證」，採「先付款、後爭議」方式允許銀行在付款之後仍得基於保證人地位，以不當得利請求機關返還餘額，既不減損銀行保證書在履約保證金制度中的擔保效力，同時也較能符合公平機制，對於建立健全之履約保證金制度有利，從而也才能有效降低採購爭議的發生。

至於保證保險單部分，由於國內保證保險因經明文立法將之列入保險法範疇，而基於保險「損害填補」之原則運作下，使得保證保險單在國內履約保證金制度中礙窒難行，目前國內僅「預付款保證金保證保險」及「保固保證金保證保險」為政府採購法主管機關所接受，主要之履約保證金保證保險單在保險業界、採購機關間則仍無法產生共識。而基於政府採購法規範履約保證金為上位概念之前提，保證保險與其他實現履約保證金方式，應具有等值擔保的效果，否則即無法達成履約保證金作為機關債權擔保之目的。因此，惟有仿照美國 Surety Bond 制度將保證保險性質定位為保證⁵⁰⁸，並以比照銀行保證之方式運作，始能發揮其等值擔保的效果；惟若保證保險仍堅持以保險之角度出發，基於保險損害填補觀念與履約保證金擔保功能有所衝突，即應排除保證保險單作為履約保證金實現方式，始能維持履約保證金制度所為擔保功能的一致性。

履約保證金制度在政府採購中具有重要性，原則上，藉由履約保證金的提供，可以有效督促廠商按時履約、降低機關承受廠商違約的風險。然而，履約保證金終究並非所有廠商違約問題的解藥。招標機關、廠商、以及介入提供履約保證的廠商、銀行、保險公司等，應該讓自己明瞭其在採購契約中的角色及擔負的責任範圍；此外，縱使履約保證金具有擔保債權實現之功能，機關仍更應了解到：履約保證金並非謹慎擬訂招標文件或履約管理的替代品，惟有有效防止契約違約情形的產生，才有降低履約保證金爭議的可能。

⁵⁰⁸ 至於實務上如何將保證保險定位為保證的問題，正本清源的作法似應從保險法之修法著手，刪去保險法第四節之一，並於保險法中增加保險公司得經營保證業務之規定，始能改變現行保證保險屬保險性質的困境。參考林咏榮，前揭註 201，頁 5。