

第一章、序論

第一節、研究動機與目的

國內政府採購契約向來不乏履約保證金的概念¹，依據現行法令規範，履約保證金定義為「保證廠商依契約規定履約之用」²，就規範制度上的目的，無非冀望藉由履約保證金的提供作為擔保，促使廠商確實依據契約履行，使政府採購契約能順利完成。惟實務上，縱有履約保證金作為擔保，廠商無法完成履約的情形終究無法完全避免，而此時，廠商所繳納的履約保證金也就會因契約約定，而遭受機關全部或部分沒收，無法取回。因此，基於履約保證金所衍生機關與廠商間的爭議，進而對簿公堂者，屢見不鮮。使得原本係作為督促採購契約順利執行所設計的履約擔保制度，反而成為政府採購爭議的一環。

然而，究竟履約保證金是如何成為政府採購契約中，機關與廠商間爭議的焦點？履約保證制度在政府採購範疇已行之有年，況且相關採購法令亦有明文規範，參與政府採購之廠商在與機關簽約時必然也有所瞭解，則理論上，履約保證金是否應予沒收或發還，幾乎都已是政府採購的通案情形，應該沒有什麼爭議可言。惟事實卻不然，有關履約保證金的爭議，卻仍然是眾多採購糾紛類型之一，在法院判決中時有所見，且甚至各個案間亦常有不同見解存在。而當制度上的設計，可能成為引發爭訟、製造衝突的來源時，委實有深入檢討之必要。

依據目前政府採購法規範，履約保證金繳納方式允許廠商可自行選擇，包括：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、銀行之書面連帶保證、或是保險公司

¹ 政府採購法施行前，政府採購所遵循之「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」，在民國 61 年全文修正後其第 18 條條文即有關履約保證金之繳納，內容為：「營繕工程及定製財物決標後，承辦廠商訂約時，應令其繳納履約保證金或取具殷實保證。」

² 參考「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第 8 條規定。

連帶保證保險單等。由於這些不同的繳納方式，事實上各牽涉到不同的規範領域，例如現金、票據的繳納方式，通說認為屬於所有權讓與擔保的類型；但是，設定質權的之定期存款單卻無所有權讓與的問題，而為權利質押的範疇；此外銀行保證似乎具有民法保證的外觀，而連帶保證保險單又牽涉保險法規範等等。由此可知，關於履約保證金如此多樣的實現方式，所牽涉的法規範疇不一，當實務爭議發生時，應如何適用法令規範，並使其仍為履約保證金概念所涵蓋，誠有疑義。

另一方面，招標機關為了確保債權的實現，往往在履約保證金的概念下，大幅擴大了其擔保的範圍，特別是將所有可歸責於廠商事由的損害賠償部分，均列為履約保證金的擔保項目³。以致於履約保證金雖然顧名思義，僅為履約擔保的性質，但由於其所擔保的範圍遠不僅止於履約與否的問題，尚可能包括損害賠償、逾期違約金、懲罰性違約金等等，再加上其允許實現的方式又分別涉及讓與擔保、質押、保證、保險等不同的法律概念等，以至於，當採購案件發生爭議而涉及履約保證金沒收與否的問題時，總不得不回歸最基本的命題來討論履約保證金的性質，然而又因個案中履約保證金有不同的繳納方式、涉及不同的擔保內容，經由不同的法規範領域加以解讀，其性質隨案而變，使得履約保證金是「側看成嶺側成峰」，讓採購機關及廠商間無法根本的釐清雙方權義關係。

由於採購法令允許履約保證金有不同的實現方式，因而牽涉不同的法律規範，自然亦應有不同的法律效果。然而，就債權人即各招標機關而言，雖然法令允許廠商有權可以選擇不同的繳納方式，但是其擔保的目的及效果必須相同，否則即已脫離設定履約保證金的意義；然而，不同的實現方式本即存在不同的法律規範，觀諸實務所產生的爭議案件，通常也可以發現機關與廠商間爭執所在，即招標機關追求

³ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第 20 條第 1 項規範履約保證不予發還的情形，由機關視案件性質及實際需要，於招標文件訂明。並於同條第 2 項列舉不予發還的情形，其中第 9 款為「其他因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害，其應由廠商賠償而未賠償者，與應賠償金額相等之保證金。」

的是履約保證金擔保目的之一致性，但廠商卻分別就其不同的法規範主張，例如以保證保險為履約保證金時，廠商主張保險概念與履約保證金目的有所衝突，即為適例。

由於目前政府採購法所允許用以實現履約保證金的各項法律規範，並不是專為履約保證金而發展出來的工具，但要如何使其在作為履約保證金繳納時，可以達到殊途同歸的擔保效果，而得以同時成為以履約保證金為上位概念下的等值擔保，實為政府採購法令應予以規範的方向。因此，本文研討目的，即欲藉由實務上履約保證金所產生的爭議問題，試圖找出不同規範工具與履約保證金目的與功能上的差異，期能經由理論或學說上的解釋，以合理的方式修正可能存在的偏離性，而使其均能有效達成履約保證金擔保目的及功能。如此，或能有效減少機關與廠商間有關履約保證金爭議事項的發生。

第二節、研究範圍與方法

民國 88 年政府採購法施行後，政府採購主管機關行政院公共工程委員會，依據授權訂有押標金保證金暨其他擔保作業辦法，對於政府採購契約中有關保證金之種類、繳納額度、發還情形等等，均為詳細之規範，而成為政府機關辦理政府採購契約所遵循的標準。而雖然履約保證金的概念也經常出現在私部門契約中，例如私人工程承攬契約或是民間合建契約等等，然而，由於私人契約中所約定之履約保證金，多為依據個案需要而訂定，並無援用政府採購法規範之必要，為免論述引據失當，本文研究範圍，原則上將限於政府採購契約範疇，而不包括私部門所使用之履約保證金概念。

此外，由於政府採購法將保證金之種類，細分為履約保證金、預付款還款保證、保固保證金、差額保證金等等，雖其在政府採購領域中均具有債權擔保的同質性，且亦均得使用相同之繳納方式為之，惟由於各項保證金間仍有規範目的上的差異，因此，為避免內容過於龐

雜，本文研究範圍將僅限於履約保證金之相關規範及案例，而不包括政府採購法所規範之其他保證金類型。

至於民國 88 年政府採購法施行之前，雖然當時政府採購所適用之「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」並未對履約保證金有如同現行之詳細規範，然而，由於政府採購實務上的連續性，以及採購制度演進的一貫性，即便當時實務上所採行之履約保證金並非依據現行規範而為，但其實踐上所產生之爭議事項，均對於現行制度的形成及運作具有相當之參考指標，而非全然無涉。因此，雖然本文研究範圍就法規規範部分，係以現行政府採購法為主，但所援用之實務案例，原則上仍包括政府採購法施行前之採購案件。

而為能對於履約保證金有較完整性之了解，本文研究方法，首將參考前稽察條例、現行政府採購法及子法相關規範、主管機關之解釋函令等資料為架構，配合相關學說及文獻資料的探討整理，以建立起對履約保證金在制度、規範、功能及性質等各個面向的了解。同時，為能釐清履約保證金所得使用之多項擔保工具的差異性，期能達成整合各項擔保工具等值性之研究目的等，本文研究方法之另一重點，將藉由搜集法院實務中有關履約保證金所衍生之爭議案例，嘗試將爭議問題類型化並分別進行問題探討，以釐清履約保證金理論與實務之偏差，並提出有關擔保工具差異修正之建議。

此外，有鑑於目前保證保險單在國內政府採購領域中僅「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外，餘如押標金、履約保證金等部分保證保險單，均無法在政府採購契約中使用⁴，幾乎架空履約保證金制度中有關保證保險的設

⁴ 行政院公共工程委員會 97 年 3 月 31 日工程企字第 09700134500 號函「主旨：重申機關辦理採購，遇廠商以保險公司之保證保險單繳納押標金或保證金時，其保證保險內容須符合政府採購法規定，始得接受，請查照並轉知所屬（轄）機關（構）。說明：一、關於政府採購法第 30 條第 2 項「保險公司之連帶保證保險單」，本會業依「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第 34 條規定訂定各種保險單條款內容（公開於本會網站 <http://www.pcc.gov.tw>）政府採購法政府採購法規招標文件範本及表格，屬法規之一部分。二、另按本會 90 年 9 月 10 日(90)工程企字第 90034891 號令（公開於本會網站），目前僅財政部 90 年 8 月 6 日台財保字第 0900750741 號函核准之「預付款保證金保證保險」（編號：C88122002）及「保固保證金保證保險」（編號：C88122003）所出單之保險單，得允許用以繳納預付款還款保證及保固保證金。三、為免機關於接受廠商提出之保險公司之保證保險單，有不符前揭保單條款內容，致機關遭受損害，爰提請注意。」

計，也引發政府採購法中保證金制度是否應排除保證保險之質疑⁵。由於國內履約保證金實務所採用之保證保險單，係參考美國保證狀（Surety Bond）制度而來，而究竟保證狀在美國政府採購範疇中如何應用？其內容為何？與我國保證保險運作的差別何在？——為能對該項制度有所了解，本文研究方法亦將採比較法的角度，另以專章討論美國政府採購之履約擔保制度，以期能提供國內保證保險比較的基礎，而有助於健全國內履約保證金制度的運作。

第三節、論文結構

本論文共分六章，除本章序論用以闡明論文之研究動機及目的、界定研究範圍及方法外，論文論述之脈絡，將先從國內政府採購履約保證金之制度沿革及現行規範，作一概要式的整理與介紹（第二章），並進一步針對履約保證金規範功能，以及履約保證金法律性質層面上的相關問題進行探討（第三章）；其次，則藉由美國履約保證制度之比較（第四章），以及我國履約保證金實務爭議類型分類等（第五章），來探討我國履約保證金在實務運作上所產生的相關問題；最後，則以結論總結本文之研究成果（第六章）。除本章「序論」及第六章「結論」外，對於本論文各章節所擬論述之重點及擬予討論的爭議問題，茲摘略如下：

首先，關於第二章「履約保證金之制度及規範」部分，本文將藉由對我國早期「機關營繕工程及購置定製變賣財物稽察條例」、「行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項」及當時主管機關函釋等內容的整理，了解履約保證金在我國政府採購制度上的沿革與發展脈絡

⁵ 早在政府採購法實施之前，內政部 88 年 1 月 6 日台 86 營字第 8672024 號函送會議記錄，即謂：「產物保險公司雖屬金融機構體系，惟因所出具之工程履約保證保險單條款有不保事項規定與金融機構履約保證金之書面保證條件不同，故行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項第十七條所稱金融機構之書面保證，不包含產物保險公司之保證保險單。產物保險公司之工程履約保證保險單雖加註『本保險單本公司放棄行使抵銷權』，惟仍有不保事項條款規定，宜俟該保險單條款刪除不保事項及修正賠償給付方式與金融機構保證責任相同時，再修訂上開招標注意事項。」參見臺灣省政府公報 86 年春字第 23 期，頁 15。

(第一節)；其次，則擬參照現行政府採購法及相關子法的規範，彙整目前履約保證金之繳納方式、額度、繳納、發還以及不予發還情形等規定，以建構對履約保證金基本面向的了解(第二節)。

其次，關於第三章「履約保證金之功能及性質」部分，本文首先將就政府採購制度中，履約保證金的內涵及定義為一概說性的介紹(第一節)；然後，即由履約保證金的擔保功能角度切入，先由擔保與債權的關係、擔保的意義與架構及擔保的作用等為總論性的說明，並藉由擔保係作為救濟工具的立論出發，推導出履約保證金在政府採購制度中所擔保的效力範圍(第二節)；其次，則將分別依據法院實務見解及學說等內容，來討論履約保證金的法律性質。而有鑑於實務判決及學說論述上，多有引用相類似的民法上定金、違約金或押租金的概念，來解釋履約保證金之法律性質，惟履約保證金究否宜於以既有之定金、違約金或押租金等概念來理解？本文亦將分別進行論述比較，以釐清其間的差異(第三節)，最後，則就本章論述的部分，提出本文的看法(第四節)。

再者，關於第四章「美國履約保證制度之比較」部分，本文首先將就美國政府採購履約擔保制度為一概說性的介紹(第一節)，並由其推動政府採購履約擔保制度發展之法案，即米勒法案的規範目的、沿革及內容等(第二節)，以及該國政府採購法令彙編的聯邦採購規則系統架構，及其中有關履約保證相關規範內容等(第三節)，作整體性的整理與了解。其次，則由歐美制度中個人保證到企業保證的發展，及其保證的意義等出發(第四節)，進而就其政府採購履約擔保制度中所常用之保證狀，包括押標保證狀、履約保證狀以及付款保證狀等，分別進行內容及規範的探討(第五節)。同時，為能對美國履約保證狀之運作有更進一步之了解，乃搜集美國法院有關履約保證狀之實務案例判決，分別就保證狀與主契約關係、保證公司對契約價款之權利、保證公司之技術抗辯以及保證公司履約後之責任等面向進行討論(第六節)。

最後，有關第五章「履約保證金實務爭議類型」部分，本文將藉

由搜集我國實務有關履約保證金爭議案例，將爭議問題類型化後分別進行討論（第一節），包括：首先，本文歸納的第一爭議類型為「履約保證金沒收約款之爭議」，經問題之提出以及實務案例整理，本文將就實務上該類爭議中，通常所引發之履約保證金性質究否為違約金的部分進行探討。而藉由履約保證金作為擔保的立論出發，區分履約保證金沒收約款與抵充約款的差異性，並提出本文對該類爭議之看法；同時，對於該類爭議中尚牽涉返還履約保證金的條件何時成就之問題，亦將進行討論（第二節）。

其次，本文歸納的第二爭議類型為「保證人請求履約保證金之爭議」，經問題之提出以及實務案例整理，對於該類爭議重點：有關保證人係為債務承擔的方式履行自己債務，抑或基於保證人地位清償而得主張民法第 749 條清償代位權？以及，履約保證金所為擔保之債權為何？是否已為保證人清償而發生移轉債權之效力等等問題，本文將一併進行討論並提出本文的看法（第三節）。

再者，本文歸納的第三爭議類型為「銀行保證書之爭議」，經由問題之提出以及實務案例整理，可以發現該類實務爭議重點，通常在於保證書法律性質的認定上。本文除將分別整理實務及學說上對於銀行保證書性質之看法外，對於保證書最具爭議的請求即付約款部分，亦將就請求即付概念的起源、發展及內容等，以及參照德國實務上的運作方式，提出對該項問題解決的建議；此外，對於該類實務爭議中亦引發銀行主張抵銷權的部分，亦將進行討論（第四節）。

最後，本文歸納的第四爭議類型為「保證保險單之爭議」，經由問題之提出以及實務案例整理，可以發現該類實務爭議重點通常包括：履約保證金保證保險單的性質究為保證抑或保險？該保證保險單之責任，以及該保證保險單理賠範圍是否包括加害給付等等，本文亦將分別進行探討及提出本文之看法（第五節）；最後則為彙整本章各類型爭議問題研究之總結（第六節）。