

第三章、履約保證金之功能及性質

第一節、概說

第一項、履約保證金的內涵

依據我國現行政府採購法要求²⁷，除勞務採購、未達公告金額之財物或工程、依市場交易慣例或採購特性無收取保證金之必要或可能²⁸等——少數例外情形排除之外，幾乎大部分的採購案件，均要求廠商提供履約保證金²⁹。履約保證金在政府採購契約中，佔有相當重要的地位不言而喻。

所謂履約保證金，如照字面意義解釋，應係指為確保契約之履行為目的，由當事人之一方交付他方的金錢³⁰。現行政府採購法施行前「行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項」³¹在民國 81 年修正前即謂：「履約保證金及差額保證金應由廠商以現金為之……」，即最初履約保證金之設計，確實僅指現金而言。然由於實務上，廠商在承接政府採購案件，尤其是公共工程案件動輒千萬，如需以現金繳存履約保證金勢必造成資金積壓而影響正常營運，故當時透過主管機關解釋

²⁷ 政府採購法第 30 條第 1 項：「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。但有下列情形之一者，不在此限：一、勞務採購，得免收押標金、保證金。二、未達公告金額之工程、財物採購，得免收押標金、保證金。三、以議價方式辦理之採購，得免收押標金。四、依市場交易慣例或採購案特性，無收取押標金、保證金之必要或可能者。」

²⁸ 例如行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8813379 號函釋：「貴公司直接向國外訂購圖書資料，因向國外書商收取保證金並無可能，且一般慣例無此保證金，故得免收保證金，復請查照。」

²⁹ 即使勞務採購或未達公告金額之財物或工程，依規定得免繳保證金，但如機關仍要求繳納保證金亦無不可。參考行政院公共工程委員會（88）工程企字第 8809991 號函即謂：「政府採購法第三十條第一項第一款所稱勞務採購得免收押標金或保證金，係指機關得視實際需要，於辦理勞務採購時，免收押標金或保證金，惟機關倘認為需要並收取上述款項，仍符合本法之規定。」

³⁰ 參考葉英蕙，工程契約履行擔保之研究，東吳大學法律研究所碩士論文，1994 年 6 月，頁 61。

³¹ 政府採購法於民國 88 年 5 月 27 日施行後，行政院即於民國 88 年 12 月 17 日以台（88）內字第 45598 號函將該「行政院暨所屬各機關營繕工程招標注意事項」停止適用。

及其後修法，始將公債、定存單、票據、銀行保證等納入履約保證金規定的內容，而得取代現金之繳納。

現行政府採購法沿襲慣例，履約保證金亦不限於現金，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、保險公司之連帶保證保險單等均得為之，幾乎囊括了國內實務上所有慣用於契約擔保的各種方式³²。

由於廠商所繳納之履約保證金並不當然為現金，而政府採購法仍於規範中統稱之為「履約保證金」，與一般法律用語概念不同³³，因而遭致用語不當、法律概念混淆的批評³⁴。然而，綜觀履約保證金在國內發展，將現金以外之繳納方式納入履約保證金規範，實為實務運作不得不然的結果，且因沿襲多年而成為廠商與政府機關慣用的概念，並亦於政府採購法中明文所採用，如仍以履約保證金限定於金錢繳納，將無法完整表達履約保證金在法律層面的內涵。

再者，履約保證金雖得以各項方式繳納，然其僅為實現履約保證金的方式，並不足以取代履約保證金本身的意義。如以債權人亦即政府機關立場而言，不論履約保證金以何種方式呈現，其終極所要求實現的內容，主要仍係為一筆數額固定的金錢³⁵。因此，履約保證金在政府採購制度的設計，應係為上位概念，至於其下所涵蓋的各項實現方式，雖然所涉及的法律範疇不同，但仍不應影響履約保證金的解釋，始為允當。

³² 如以國內營造業為例，實務上履約保證金以現金、各種票據、定存單及銀行保證者最為廣泛使用。可參考王隆昌、沈添賜、李旭哲，健全國內公共工程履約保證制度之研究，第七屆營建工程與管理研究成果聯合發表會，2003，頁 215。

³³ 如民法違約金即指金錢之給付，如約定為金錢以外之給付者，稱為準違約金。

³⁴ 參考陳重見，軍品採購履約擔保制度之研究，國防管理學院法律研究所碩士論文，1997 年 6 月，頁 107；呂彥彬，工程契約履約擔保制度之研究，政治大學法律學研究所碩士論文，2007 年，頁 65。

³⁵ 現金、票據、公債、定存單等均指涉一筆固定之金錢；保證書亦係由銀行對繳付一定金額之給付為保證；保證保險單則係由保險公司給付等同於履約保證金之保險金額。

第二項、履約保證金的定義

依據政府採購法規定，得標廠商須繳納保證金或提供或併提供其他擔保，並經授權由主管機關於「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」中，將保證金種類區分為履約保證金、預付款還款保證、保固保證金、差額保證金等，並分別予以定義。而依據該作業辦法第 8 條規定，履約保證金是為：「保證廠商依契約規定履約之用」。

參照該作業辦法可以發現，政府採購之保證金係根據採購作業相關階段或目的，分別設立有履約保證金、預付款還款保證、保固保證金、差額保證金等不同類別，因此，履約保證金雖泛稱為保證廠商「依契約規定履約」之用，但原則應指狹義的契約履行³⁶，而不再涵蓋預付款或保固等其他契約規定的部分。此外，由於該作業辦法對各類保證金的解釋定義，重點在於類型區分，因此，就表達履約保證金之意義內容即顯得薄弱。

參考國內有關履約保證金之論述，有分別就其繳納時機、繳納方式、繳納原因、繳納目的等角度為定義者，包括：

——「履約保證金係於訂約時繳納之保證金，其目的為擔保契約之履行，保證承包商與業主訂約後，若未能履約，致業主受到損害時，須負賠償之責。」³⁷

——「履約保證金係賣方以現金、保付支票或擔保信用狀等預繳一定款額，作為履行之保證，賣方屆時不能履行合約，則該項保證款由買方沒入抵償損失。」³⁸

——「所謂保證金係指廠商得標後，應機關於招標文件中之規定所繳納，對其應履行之契約責任所提之擔保金，又稱履約保證金。」

³⁶ 此應為狹義之債務履行，指債務人任意履行而言，不包括強制履行。狹義的債務履行亦稱給付，若側重於債務履行則債之關係消滅，則債務履行即係債之清償。參考鄭玉波，民法債編總論，三民書局股份有限公司出版，1987年9月11版，頁261。

³⁷ 參考葉英蕙，前揭註30，頁64；黃紋綦，工程契約風險之研究－以公共工程為中心，臺灣大學法律學研究所碩士論文，2004年，頁188；蔡麗宜，工程保證金之研究，台北大學法律系碩士班碩士論文，2001年，頁61。

³⁸ 參考陳重見，前揭註34，頁71。

——「履約保證金係為保證得標廠商（債務人）會依約履行債務所為之擔保。債權人就履約保證金負有附停止條件之返還義務，其停止條件即為交付保證金之債務人所負之債務履行完畢。因此，於債權債務關係終了時，債務人債務履行完畢，無債務不履行情事者，停止條件成就，債權人即應返還履約保證金。反之，履行完畢前，債權人即無返還義務。」⁴⁰

若參照政府採購法相關規範及實務運作為定義，履約保證金應係指：廠商為確保其能依據契約規定履行，應招標機關要求所提供之一定金額的現金或等值擔保，以作為其違反契約約定或無法履行契約所生相關賠償之充抵，而廠商若無違約情事或充抵賠償後尚有餘額，機關即應將之返還於廠商。

第二節、履約保證金之功能

履約保證金雖有「保證」二字，但實與民法上之保證無涉，通說係屬債權擔保的手段之一，目的在督促及確保廠商依照契約規定履行契約義務⁴¹，簡言之，履約保證金功能在為契約履行提供一定之擔保。至於擔保的概念為何？履約保證金如何達成擔保功能？其所擔保的內容及範圍如何？以下將分別加以討論。

³⁹ 潘秀菊、張祥暉，前揭註 24，頁 104。

⁴⁰ 林誠二，論政府採購之履約保證金—兼評最高法院九一年度台上字第九〇一號民事判決，台灣本土法學第 72 期，2005 年 7 月，頁 43。

⁴¹ 參考林誠二，前揭註 40；葉英蕙，前揭註 30；呂彥彬，前揭註 34；陳重見，前揭註 34；蔡麗宜，前揭註 37；許黃捷，工程擔保制度之研究，東華大學財經法律研究所碩士論文，2008 年 6 月。

第一項、擔保的概念

第一款、擔保與債權的關係

物權與債權是存在於經濟生活中的兩大重要財產權⁴²，早期人類多以自給自足的方式進行生產，經濟需求以對物的所有權為重心。然而，隨著近代大規模生產活動的開展，生產需求不可能再侷限於個人財產，經常必須借助他人財力的資助，以致於債權漸漸的變成人類社會生活的重心。拉德布魯赫在其「法學導論」指出：「中古世界到近代的法律生活是靜止沒有變化的...債權關係是直接從製造商到客戶的物權途徑。近代資本主義的法律生活是動態和變化的...從債權衍生的享有權利和利息是現在所有經濟活動的目的，債權是法律目的，而不再是得到物權和享有物質的方法...經濟價值連續地從一個債權關係轉到另一個債權關係...」⁴³而生動的描繪出現代經濟社會債權發展的現象。

由於債權日漸發展而成為經濟社會的重心，如何確保債權實現也就相對的重要。而作為確保債權的擔保，也就成為重要的法律議題。

第二款、擔保的意義與架構

所謂擔保，係指以擔保債權為目的，而確保債務人履行債務所認之制度而言⁴⁴。債權為債之關係中的請求權⁴⁵，債權人依債之關係得向債務人請求給付，反之，即債務人在受請求時有應為一定給付的義務。而為確保債務人能夠履行其給付義務，債務人係以其財產為債權

⁴² 費安玲主編，比較擔保法—以德國、法國、瑞士、義大利、英國和中國擔保法為研究對象，中國政法大學出版社（中國大陸），2004年3月，頁442。

⁴³ 黎冷、潘嵩譯，古斯塔夫·拉德布魯赫（Gustav Radbruch）著，法學導論，台灣實業文化有限公司出版，2004年6月初版。

⁴⁴ 蔡蔭恩，中國固有法與羅馬法關於擔保制度之比較，中興法學第3期，1968年6月，頁10。

⁴⁵ 黃立，民法債編總論，元照出版有限公司總經銷，2006年11月修正三版一刷，頁3。

的一般擔保，而稱之為責任財產⁴⁶。民法所規定之代位權及撤銷權的保全制度，目的即在防止債務人責任財產不當減少而影響債權人債權之實現。

惟經由維護債務人之責任財產以擔保債權者，實尚有不足，其原因包括⁴⁷：債務之責任財產變化不定，非債權人所能控制；債權具有平等性，責任財產縱維持不變，但因眾人參與分配，亦難期待債權可全獲清償；再者，基於法律規定，尚有其他稅捐優先權⁴⁸或工資優先受償權⁴⁹等，使民法保全制度對債權之擔保並不完整。

因此，除民法一般債權擔保的規定外，另有所謂特別之擔保制度，通常是指為確保債權而負擔之責任或設定之各種權利⁵⁰，可分為人的擔保與物的擔保二種。人的擔保稱為保證，物的擔保⁵¹則包括質權、留置權、抵押權、讓與擔保、賣渡擔保、代物清償預約、所有權保留契約等等⁵²。

⁴⁶ 黃立，前揭註 45，頁 493。

⁴⁷ 王澤鑑，債法原理（一）基本理論債之發生，三民書局經銷，2003 年 10 月七刷，頁 34。

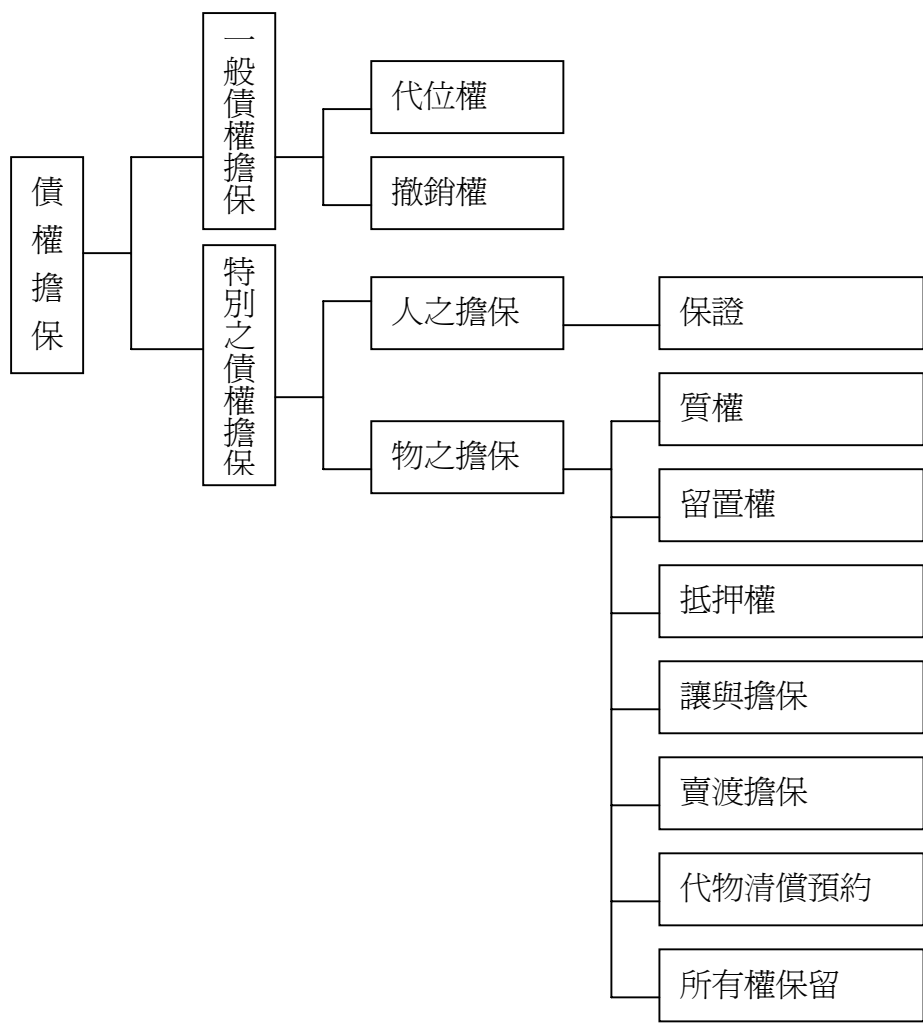
⁴⁸ 例如稅捐稽徵法第 6 條規定：「（第一項）稅捐之徵收，優先於普通債權。（第二項）土地增值稅、地價稅、房屋稅之徵收，優先於一切債權及抵押權。」；關稅法第 95 條第 4 項規定：「第一項應繳或應補繳之關稅，應較普通債權優先清繳。」；加值型及非加值型營業稅法第 57 條規定：「納稅義務人欠繳本法規定之稅款、滯報金、怠報金、滯納金、利息及合併、轉讓、解散或廢止時依法應徵而尚未開徵或在納稅期限屆滿前應納之稅款，均應較普通債權優先受償。」

⁴⁹ 勞動基準法第 28 條第 1 項規定：「雇主因歇業、清算或宣告破產，本於勞動契約所積欠之工資未滿六個月部分，有最優先受清償之權。」

⁵⁰ 黃茂榮，保證，植根雜誌第 20 卷第 8 期，2004 年 8 月，頁 320。

⁵¹ 質權、留置權及抵押權三者在我國民法稱作擔保物權。劉得寬，擔保物權之物權性與債權性，收於鄭玉波主編，民法物權論文選輯（下），五南圖書出版公司，1984 年 7 月初版，頁 513。

⁵² 劉得寬，前揭註 51，頁 523。



第三款、擔保的作用

（一）壓力工具

擔保作為確保債權之實現，最基本的作用即為督促債務人履行契約。有謂債之關係是在債權人與債務人之間製造了緊張關係，必須經由債務人的履行才能舒解⁵³。然而，債務人履行債務不僅在於其具有償債能力，更重要的是繫於其履行債務的意願，而經由擔保的提供，將或多或少可以造成債務人心理上的強制，藉以提高債務人自主履行債務的意願。因此擔保可以算是一種壓力工具。換言之，當債之關係可以順利而正常的履行，擔保實則溯及既往的成為多餘，擔保的提供，至多給予一方當事人（債務人）心理上的壓力，而給予另一方當事人（債權人）心理安慰，在法律上可以算是沒有任何意義的⁵⁴。

（二）救濟工具

然而，擔保的重要性，並不在於作為督促債務人履約的壓力工具而已，尤其當債務人無視於該擔保的存在，或寧願放棄擔保時，壓力工具的存在顯然毫無意義。而擔保之所以重要的關鍵，在於其具有救濟損害的效果。亦即，擔保的另一層意義，是指被用以填補債權人因債務人將來不履行債務所受之損害的救濟工具，藉由擔保的存在，嘗試在經濟上填補債權人因債務人違約時可能受有損害之風險⁵⁵。是以，擔保之所以得確保債權的實現，並不僅止於督促債務人履約而已，重點是當債務人不履約時，如何藉由擔保可以快速而方便的獲得救濟。

⁵³ 黃立，前揭註 45，頁 23。

⁵⁴ 費安玲主編，前揭註 42，頁 13。

⁵⁵ Vgl. Weise, Sicherheiten im Baurecht (Praxishandbuch), 1. Auflage, 1999, Rn. 1.轉引自呂彥彬，前揭註 34，頁 9。

第二項、履約保證金的擔保效力

履約保證金的目的係作為廠商（債務人）履約之擔保，以確保招標機關（債權人）之債權可以實現，因此履約保證金即應具有壓力工具及救濟工具的性質。換言之，在簽約之初，藉由課以廠商繳付一定金額之履約保證金，對廠商心理產生強制，以督促並提高廠商按契約履行的意願，間接達到確保債權實現的目的。至若發生廠商違約情形時，此時履約保證金即得以依契約約定條款，直接充抵因違約所生的損害，以達到其救濟損害的功能，直接確保債權之實現。

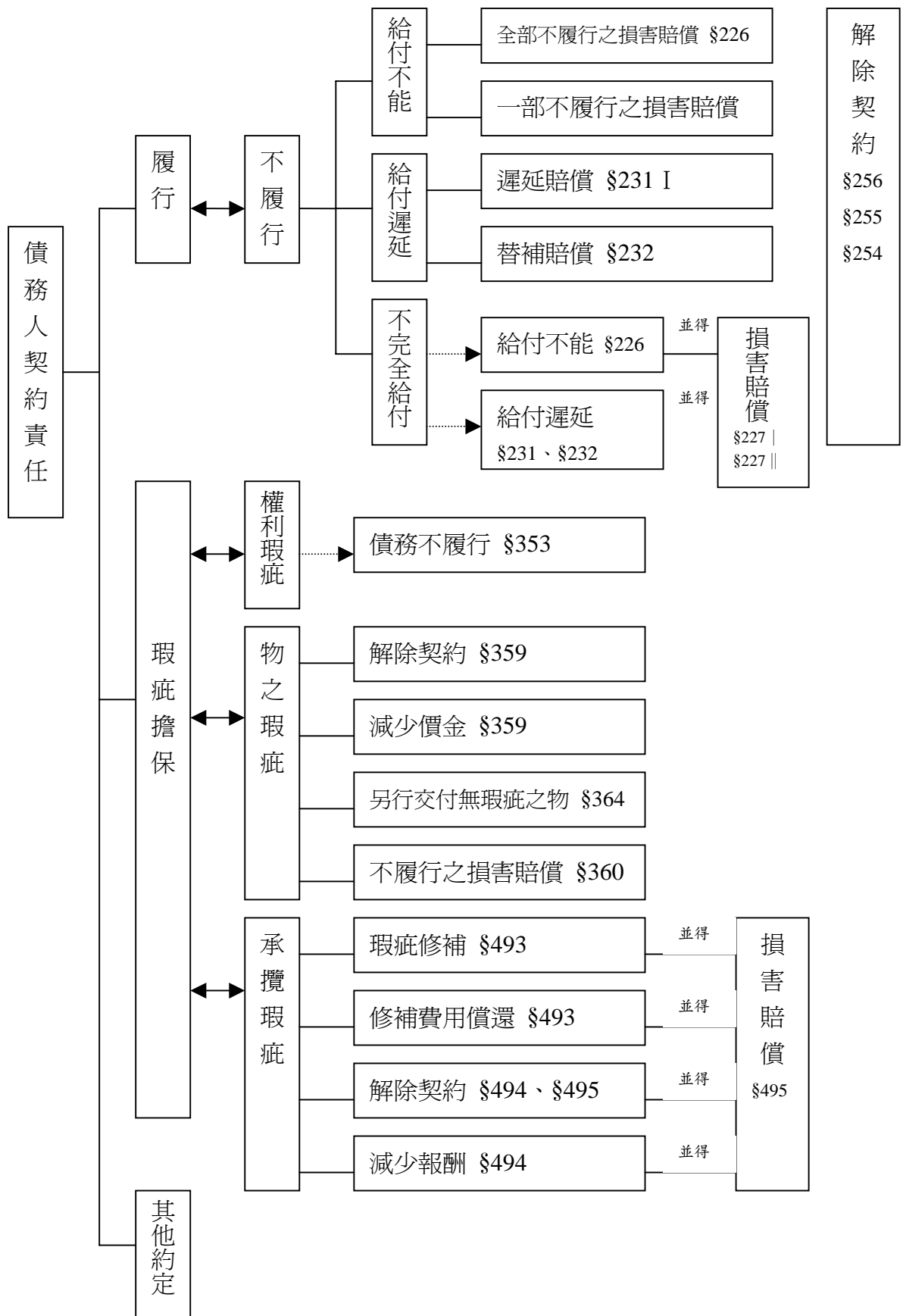
然而，當廠商違約時，如何藉由履約保證金以確保債權之實現，容有進一步說明之必要。蓋由於採購契約——包括工程、財物與勞務契約所涉及之契約類型⁵⁶，其所生之債務內容大多為一定的作為給付，如：廠商須建造一棟校舍、交付一台機器或提供一年期之清潔維護工作等等，由於給付內容並非金錢，理論上無法用履約保證金（金錢）直接代替給付。亦即，此時履約保證金所為的確保債權，原則上已不是擔保契約原定給付內容的實現，而僅僅在於確保招標機關（債權人）因廠商違約行為所得主張之相關請求得以滿足⁵⁷，特別是可以用金錢計算之相關損害賠償請求權⁵⁸或必要費用償還請求權等。

因此，履約保證金作為履約之擔保，其擔保效力所及之重點即在於：當廠商違約時，招標機關得請求的內容為何？而該請求是否得為履約保證金所涵蓋？以下將分別就契約責任之內容進行討論。

⁵⁶ 參照政府採購法第 2 條規定：「本法所稱採購，指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。」則採購契約之態樣，至少包括承攬、買賣、租賃、委任及僱傭等內容；復對照採購法之規定，又有其他特種買賣契約及有名契約以外之契約型態，例如採購法第 22 條第 1 項第 5 款的試驗買賣、採購法第 22 條第 1 項第 8 款的拍賣等，參考張祥暉，政府採購契約成立問題之探討——論決標之效力，立法院院聞第 31 卷第 12 期，2003 年 12 月，頁 41。

⁵⁷ 呂彥彬，前揭註 34，頁 28。

⁵⁸ 民法第 213 條第 1 項規定：「負損害賠償責任者，除法律另有規定或契約另有訂定外，應回復他方損害發生前之原狀。」是謂我國損害賠償雖以回復原狀為原則，惟仍得依契約另行訂定損害賠償的方法及範圍。而實務上為利於請求，採購契約損害賠償方式多規定以金錢為主。行政院公共工程委員會所訂「採購契約要項」第 58 點即規定：「機關得視採購之特性及實際需要，就第四十五點逾期違約金以外之損害賠償責任，於契約中明定其賠償之項目、範圍或上限，並得訂明其排除適用之情形。廠商應負責之損害賠償金額，機關得自應付價金中扣抵；其有不足者，得自保證金扣抵或通知廠商給付。」



第一款、債務不履行損害賠償請求權

招標機關與廠商訂定採購契約後，即發生債之關係⁵⁹。債之關係乃以債務人之一定給付為內容，債務人依債之本旨實現其內容的過程，稱之為債務履行⁶⁰。民法第 199 條第 1 項規定：「債權人基於債之關係，得向債務人請求給付。」而履約保證金主要目的即用以擔保該履行請求權的實現，亦即督促廠商依契約履行。

惟當實際發生債務不履行時，履約保證金的督促作用退場，而其救濟功能開始發揮，因其所擔保的標的已由債之履行，轉變為債務不履行的損害賠償。所謂債務不履行，乃指債之內容未能實現之狀態，亦即因可歸責於債務人之事由，而未依債之本旨以為給付的狀態⁶¹。由於債務不履行，使債之關係走向與原先計劃不同的途徑，此時因法律規定而產生債之標的變更，例如所負債務由履行變成了損害賠償⁶²。是以履約保證金原所擔保的履行請求權，也就變成為不履行之損害賠償的請求權。

依我國民法規定，債務不履行包括給付不能、給付遲延及不完全給付三種類型，以下並就可歸責於債務人之損害賠償相關規定進行討論。

⁵⁹ 債之關係可因法律行為或法律規定而發生，法律行為包括：單方法律行為或契約；法律規定則包括：侵權行為所生債之關係、不當得利所生債之關係、無因管理所生債之關係、由物之所有人與占有人間關於返還所生給付關係、遺失物之拾得人與遺失人間所生之債、基於添附混同等所生債之關係、因共有所生債之關係、因監護關係所生債之關係、繼承回復請求權、扶養請求權、締約過失責任等等。參考黃立，前揭註 45，頁 17-18。

⁶⁰ 鄭玉波，前揭註 36，頁 257。

⁶¹ 鄭玉波，前揭註 36，頁 265。

⁶² 損害賠償實際上是債務不履行最常見之法律後果，但債務不履行也可能產生其他法律效果。如利息之支付、人格權受損的損害賠償規定等，參考黃立，前揭註 45，頁 440。因契約關係而發生損害賠償者，係廣泛指因契約債務不履行而發生損害賠償之權利義務而言。當債務不履行時，原來存於債權人債務人間之正常契約關係，於一定要件下，即可變為損害賠償之權利責任關係，參考曾世雄著、詹森林續著，損害賠償法原理，新學林出版股份有限公司出版，2005 年 10 月二版四刷，頁 9-10。債法中法律效果之規定未必皆為損害賠償，有時即為請求本身，但請求不能履行時，其解決之方式大致即為損害賠償，參考王文宇，論契約法預設規定的功能：以衍生損害的賠償規定為例，台大法學論叢第 31 卷第 5 期，2001 年 9 月，頁 88-89。

（一）給付不能

給付不能，通常指物理上的不能、法律上的不能、經濟上的不能及客觀上的不可期待⁶³，而為給付不可能的債務不履行態樣。依據民法第 226 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致給付不能者，債權人得請求賠償損害。前項情形，給付一部不能者，若其他部分之履行，於債權人無利益時，債權人得拒絕該部之給付，請求全部不履行之損害賠償。」而此時標的物既已給付不能，債權人不可能行使履行請求權，只能主張損害賠償，且其賠償請求應係履行利益之賠償，使債權人回復到債務正當履行時之地位⁶⁴。另依民法第 256 條規定，債權人亦得請求解除契約，且依據第 260 條規定，解除契約並不影響損害賠償之請求。

（二）給付遲延

給付遲延，指債務人給付之履行義務屬可能、屆期，但未被履行⁶⁵的債務不履行態樣。債務人於給付遲延時，仍有給付之義務，債權人並得請求未及時履約所生的損害賠償，稱之遲延賠償，如民法第 231 條第 1 項規定：「債務人遲延者，債權人得請求其賠償因遲延而生之損害。」惟通常於定期行為時，因遲延而無受領給付之利益時，債權人此時可拒絕遲延的給付，而請求替補賠償，如民法第 232 條規定：「遲延後之給付，於債權人無利益者，債權人得拒絕其給付，並得請求賠償因不履行而生之損害。」另依據民法第 254 條規定：「契約當事人之一方遲延給付者，他方當事人得定相當期限催告其履行，如於期限內不履行時，得解除其契約。」如為定期行為，則依民法第 255 條規定，得不經催告逕行解除契約。

⁶³ 黃立，前揭註 45，頁 455-457。

⁶⁴ 黃立，前揭註 45，頁 463。

⁶⁵ 黃立，前揭註 45，頁 480。

（三）不完全給付

不完全給付，指履行時間上正確、其給付亦為可能，惟斟酌誠信原則所應得者，該給付就債權人而言，價值有減損或全無價值，換言之，即債務人未依債之本旨為給付⁶⁶的債務不履行態樣。依據民法第 227 條規定：「因可歸責於債務人之事由，致為不完全給付者，債權人得依關於給付遲延或給付不能之規定行使其權利。因不完全給付而生前項以外之損害者，債權人並得請求賠償。」

參照該條文於民國 88 年修正理由謂：「...按不完全給付，有瑕疵給付及加害給付二種，瑕疵給付，僅發生原來債務不履行之損害，可分別情形，如其不完全給付之情形可補正者，債權人可依遲延之法則行使其權利；如其給付不完全之情形不能補正者，則依給付不能之法則行使權利。...不完全給付如為加害給付，除發生原來債務不履行之損害外，更發生超過履行利益之損害...遇此情形，固可依侵權行為之規定請求損害賠償，但被害人應就加害人之過失行為負舉證責任，保護尚嫌不周，且學者間亦有持不同之見解者，為使被害人之權益受更周全之保障，並杜疑義，爰於本條增訂第二項，明定被害人就履行利益以外之損害，得依不完全給付之理論請求損害賠償。」

第二款、瑕疵擔保請求權

契約責任通常除按民法債編總論規定之「債務不履行責任」外，尚包括債編各論之買賣及承攬所規定的「瑕疵擔保責任」⁶⁷。債權人基於債之關係，得向債務人請求給付，而該給付應為無瑕疵之給付⁶⁸，

⁶⁶ 黃立，前揭註 45，頁 469。

⁶⁷ 瑕疵擔保責任除於買賣及承攬有詳細規定外，於其他一切有償契約均有準用。如民法第 347 條規定：「本節規定，於買賣契約以外之有償契約準用之。但為其契約性質所不許者，不在此限。」

⁶⁸ 德國民法第 433 條第 1 項第 2 句規定：「出賣人應使買受人取得無物之瑕疵及權利瑕疵之物。」該規定捨棄瑕疵擔保說，而採取了不履行說，破除了出賣人交付有瑕疵之物也算義務之履行，而買受人之瑕疵擔保主張應受限制的迷思。參考黃立，前揭註 45，頁 468。我國民法上對於買賣、加工、租賃契約之瑕疵擔保，應僅為不完全給付，其一般原則應為，債務人非可任意履行，只能為正當而正確之履行。參考黃立，我國現代債法的展望，台灣法學會學報 18 期，

因此，採購契約之債權人（招標機關）以履約保證金作為債權擔保，其擔保效力除履行責任所衍生之債務不履行損害賠償請求權外，自然亦包括瑕疵擔保責任所衍生之相關請求權。就民法買賣規定，出賣人負權利瑕疵擔保責任與物之瑕疵擔保責任；另就承攬關係，亦就物之瑕疵擔保責任有特別規定，分述如下：

（一）權利瑕疵擔保責任

權利瑕疵之擔保，包括權利無缺及權利存在的擔保⁶⁹，亦即出賣人應對買受人擔保買賣標的物之權利合法、有效且完整存在。如民法第 349 條規定：「出賣人應擔保第三人就買賣之標的物，對於買受人不得主張任何權利。」及民法第 350 條規定：「債權或其他權利之出賣人，應擔保其權利確係存在。有價證券之出賣人，並應擔保其證券未因公示催告而宣示為無效。」

出賣人違反權利瑕疵擔保責任之效果，依民法第 353 條規定，買受人得依關於債務不履行之規定，行使其權利。而所謂行使債務不履行所生之權利者，即契約解除權、違約金請求權、損害賠償請求權等是也⁷⁰。

（二）物之瑕疵擔保責任

物之瑕疵，指標的物本身事實具缺點而言，物有瑕疵，勢必影響其使用價值或交換價值，對於物之瑕疵無論已到滅失價值或效用之程度，或僅係減少價值或效用之程度，出賣人均須負擔責任⁷¹。民法 354 條第 1 項規定：「物之出賣人，對於買受人應擔保其物依第三百七十三條之規定危險移轉於買受人時，無滅失或減少其價值之瑕疵，亦無滅失或減少其通常效用或契約預定效用之瑕疵。但減少之程度無關重

1997 年 11 月，頁 371-372。

⁶⁹ 鄭玉波，民法概要，東大圖書股份有限公司出版，1990 年 12 月再修訂七版，頁 204。

⁷⁰ 參考本條之立法理由。

⁷¹ 鄭玉波，前揭註 69，頁 205。

要者，不得視為瑕疵。」

出賣人違反物之瑕疵擔保責任的效果，包括解除契約、減少價金、不履行之損害賠償等，若為「種類之債」則亦可請求另行交付無瑕疵之物。如民法第 359 條規定：「買賣因物有瑕疵，而出賣人依前五條之規定，應負擔保之責者，買受人得解除其契約或請求減少其價金。但依情形，解除契約顯失公平者，買受人僅得請求減少價金。」民法第 360 條規定：「買賣之物，缺少出賣人所保證之品質者，買受人得不解除契約或請求減少價金，而請求不履行之損害賠償；出賣人故意不告知物之瑕疵者亦同。」⁷²及民法 364 條第 1 項規定：「買賣之物，僅指定種類者，如其物有瑕疵，買受人得不解除契約或請求減少價金，而即時請求另行交付無瑕疵之物。」

（三）承攬之瑕疵擔保責任

民法第 492 條規定：「承攬人完成工作，應使其具備約定之品質及無減少或滅失價值或不適於通常或約定使用之瑕疵。」承攬人違反瑕疵擔保責任的效果，包括瑕疵修補、解除契約、減少報酬，並得請求損害賠償。相關規定如下：

民法第 493 條：「工作有瑕疵者，定作人得定相當期限，請求承攬人修補之。承攬人不於前項期限內修補者，定作人得自行修補，並得向承攬人請求償還修補必要之費用。如修補所需費用過鉅者，承攬人得拒絕修補，前項規定，不適用之。」

民法第 494 條：「承攬人不於前條第 1 項所定期限內修補瑕疵，或依前條第 3 項之規定拒絕修補或其瑕疵不能修補者，定作人得解除契約或請求減少報酬。但瑕疵非重要，或所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物者，定作人不得解除契約。」

民法第 495 條：「因可歸責於承攬人之事由，致工作發生瑕疵者，

⁷² 依民法第 360 條規定請求不履行之損害賠償者，原則上以金錢賠償為限，買受人不得請求排除物之瑕疵，或另行交付無瑕疵之物。參考詹森林，給付遲延之不履行損害賠償與民法第二百二十七條規範意義之新認識——最高法院七十八年度臺上字第六三六號民事判決之研究，收錄於氏著民事法理與判決研究，翰蘆圖書出版有限公司經銷，2001 年 8 月三刷，頁 94。

定作人除依前二條之規定，請求修補或解除契約，或請求減少報酬外，並得請求損害賠償。前項情形，所承攬之工作為建築物或其他土地上之工作物，而其瑕疵重大致不能達使用之目的者，定作人得解除契約。」

第三款、其他契約約定情形

除一般契約履行及瑕疵擔保責任外，參考政府採購法、主管機關所訂定之「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」、「採購契約要項」⁷³以及所提供之契約範本等內容，其中有關常見於政府採購契約內之約定情形，且亦為履約保證金擔保效力所及者，包括：

（一）侵權行為損害賠償請求權

依據「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」有關履約保證金不予發還情形第 1 款⁷⁴規定，其中廠商因借用或冒用他人名義或證件，或以偽造變造之文件投標、偽造或變造投標文件、或不同投標廠商間之投標文件內容有重大異常關聯者（圍標），依據政府採購法第 50 條第 2 項規定，機關發現後應撤銷決標、終止契約或解除契約，並得追償損失。參照民法相關規定，應屬民法第 92 條廠商因詐欺致機關為決標及簽約之決定，機關自得撤銷意思表示⁷⁵，如有損害並得依據民法第 184 條規定請求侵權行為之損害賠償⁷⁶。

⁷³ 採購契約要項，係行政院公共工程委員會依政府採購法第 63 條第 1 項所訂定，以供機關各類採購契約之參考。採購契約要項之內容，須經機關依採購案特性及實際需要擇訂於契約內，始生拘束契約雙方的效力。參考林誠二，損害賠償總額預定違約金之損害舉證問題，台灣本土法學第 36 期，2002 年 7 月，頁 173。至於採購契約要項之性質，既非法律亦非命令，參照行政程序法第 159 條規定，似為解釋性或截量性行政規則。參考李家慶主持，政府採購契約之廠商所負損害賠償責任之研究報告，行政院公共工程委員會委託研究計劃，2006 年 12 月，頁 3。

⁷⁴ 見前第二章第二節第四項。

⁷⁵ 未撤銷決標前，仍為有效之法律行為。參照最高法院 63 年度第 2 次民事庭庭推總會決議：「因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲得請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言。即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償或依不當得利之法則而對之請求返還所受之利益。」

⁷⁶ 法律行為經撤銷者，視為自始無效，固不發生該法律行為上預期效力，但不妨發生其他法律效果，如侵權行為損害賠償請求權（尤其是在詐欺、脅迫情形）。參考王澤鑑，民法總則，三

此外，如採購契約要項規定，工地作業意外事故侵權行為⁷⁷、施工中之侵權行為⁷⁸、侵害第三人權利之侵權責任⁷⁹、第三人請求損害賠償之防免責任⁸⁰等，該各項之侵權損害賠償，亦得藉由有關履約保證金不予發還之概括條款——「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」規定情形，而為履約保證金所擔保。

（二）違約金請求權

依據「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」有關履約保證金不予發還情形第 2 款⁸¹規定，廠商轉包者，全部履約保證金不予發還。所謂轉包，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⁸²。由於轉包向為公共工程弊端不絕的重要原因，政府採購法乃予以明文禁止。廠商如有轉包行為時，機關即得依政府採購法規定，行使法定解除權或終止權，亦得不解除或終止契約而沒收履約保證金，且不論用何種方式均得同時請求損害賠償⁸³。

由於該法條規範沒收履約保證金及損害賠償得併列請求，因此，履約保證金並非損害賠償之預定者甚明，且照此規定，當廠商轉包而

民書局經銷，2004 年 3 月十三刷，頁 533。另參考最高法院 67 年度第 13 次民事庭庭推總會決議決定：「六十三年四月九日本院六十三年度第二次民庭庭推總會會議議案(二)之決議所謂『因受詐欺而為之買賣，在經依法撤銷前，並非無效之法律行為，出賣人交付貨物而獲有請求給付價金之債權，如其財產總額並未因此減少，即無受損害之可言，即不能主張買受人成立侵權行為而對之請求損害賠償.....』。旨在闡明侵權行為以實際受有損害為其成立要件。非謂類此事件，在經依法撤銷前，當事人縱已受有實際損害，亦不得依侵權行為法則請求損害賠償。」

⁷⁷ 採購契約要項第 12 點：「廠商應對其工地作業及施工方法之適當性、可靠性及安全性負完全責任。廠商之工地作業有發生意外事件之虞時，廠商應立即採取防範措施。發生意外時，應立即採取搶救、復原、重建及對機關與第三人之賠償等措施。」

⁷⁸ 採購契約要項第 15 點：「廠商履約施工時，應避免妨礙鄰近交通、占用道路、損害公私財物、汙染環境或妨礙民眾生活安寧。其有違反致機關或其他第三人受有損害者，應由廠商負責賠償。」

⁷⁹ 採購契約要項第 55 點：「得標廠商應擔保第三人就履約標的，對於機關不得主張任何權利。廠商履約，其有侵害第三人合法權益時，應由廠商負責處理並承擔一切法律責任。」

⁸⁰ 採購契約要項第 57 點：「機關及廠商應採取必要之措施，以保障對方免於因本契約之履行而遭第三人請求損害賠償。其有致第三人損害者，應由造成損害原因之一方負責賠償。」

⁸¹ 見前第二章第二節第四項。

⁸² 參照政府採購法第 65 條規定。

⁸³ 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。」另參考潘秀菊、張祥暉，前揭註 24，頁 97-98。

機關未必有損害產生時，機關仍得沒收全額之履約保證金，則此時所沒收之履約保證金，即具有懲罰性違約金的意涵⁸⁴。惟因履約保證金原係履約之擔保，如因該項規定即謂履約保證金即為違約金，勢將造成解釋上的矛盾。是以，此時應可認為履約保證金之額度係約定作為違反轉包之懲罰性違約金的額度⁸⁵，且因該懲罰性違約金依約定仍為履約保證金所擔保的範圍，因此，廠商如有違約時，即得依該規定由履約保證金充抵之。

同理，關於不予發還情形第 4 款⁸⁶因可歸責於廠商之事由，致部分、全部終止或解除契約者，依比例為部分或全部不發還履約保證金之沒收規定，亦可視為以不予發還履約保證金之額度，作為違約金之額度。至於該違約金係懲罰性違約金或損害賠償性違約金之性質，則視各別採購契約約定內容而有不同。

另有關於不予發還情形第 5 款因驗收不合格之懲罰性違約金⁸⁷及第 6 款逾期違約金⁸⁸，亦均為履約保證金所擔保之範圍。惟其擔保順位另有特別約定，係先由待付契約價金扣抵，如由待付契約價金扣抵後仍有不足時，才由履約保證金扣抵該不足的部分。

⁸⁴ 另可參照高等法院台南分院 96 年重上字第 8 號判決表示：「查：系爭工程契約第二十六條第一項第二款約明：『乙方（按即上訴人）有違反政府採購法第六十五條規定轉包者，其所繳納之履約保證金、差額保證金及其孳息全部不發還』，此觀卷附系爭工程契約書約定至明（原審卷第六五、六六頁）。上開契約條款既明定：上訴人有轉包行為之違約情事時，即賦予被上訴人不予發還履約保證金之契約效果，且不以被上訴人受有損害為必要，顯係約定於債務人不依適當方法履行債務時，即須支付違約金，核其性質屬於懲罰性違約金，上訴人主張上開不予發還履約保證金條款之約定，屬於損害賠償額預定性違約金性質云云，即無足採。」

⁸⁵ 林誠二，前揭註 40，頁 58。另參考高等法院台南分院 96 年重上字第 8 號判決：「按履約保證金之性質原在保證廠商依契約規定履約之用，惟依系爭工程契約第二十六條約定，於上訴人違法轉包，應負支付懲罰性違約金之責時，履約保證金得全部不予返還，而寓含以履約保證金轉換為懲罰性違約金支付之意旨。」

⁸⁶ 見前第二章第二節第四項。

⁸⁷ 政府採購法施行細則第 98 條第 2 項：「機關依本法第七十二條第二項辦理減價收受，其減價計算方式，依契約規定。契約未規定者，得就不符項目，依契約價金、市價、額外費用、所受損害或懲罰性違約金等，計算減價金額。」

⁸⁸ 依據採購契約要項第 45 條規定，逾期違約金為損害賠償額預定性違約金。但如採購機關於採購契約中明定其為懲罰性違約金者，依民法第 250 條第 2 項前段之規定，仍生懲罰性違約金之效力。

（三）已支領價金返還請求權

關於招標機關因「溢額給付所生之返還請求」是否亦為履約擔保涵蓋的問題，原則上應以該返還請求權之法律依據而定，如其法律基礎係源於契約上之不履行損害賠償請求，即應為履約保證金所擔保；反之，若該返還請求權係因單純溢付而產生的不當得利返還請求時，則認為此返還請求權，應非為履約保證金擔保的範圍較為合理⁸⁹。

惟按「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」履約保證金不予發還情形第7款⁹⁰之約定，廠商有須返還已支領價金而未返還者，與該未返還金額相等之保證金不予發還。是以，若契約納入該項約定，則應認為締約之雙方同意，不論價金返還請求權之依據係為債務不履行或為不當得利，均應為履約保證金所擔保之內容。

第三項、小結

政府採購契約為政府機關執行國家預算的過程，對於契約履行不僅有維護納稅人稅收的責任，契約所涉內容通常也具有公共利益的目的，因此，招標機關基於契約債權人地位，對於債權之擔保自然更不能掉以輕心。而履約保證金即為政府採購制度中所設計的債權擔保工具，目的即在於督促及確保廠商能依照契約規定履行契約義務，機關之債權得以確保，而使採購契約之目的得以達成。

履約保證金作為採購契約債權之擔保，即具壓力工具及救濟工具的特性。換言之，當債務人順利履約完成後，作為擔保之履約保證金即予返還債務人，該擔保等於是溯及既往的失其效力，充其量只能算是督促債務人履約而加諸於債務人的一項心理壓力工具而已；然而，當債務人無法完成履約時，則此時履約保證金即得由債權人逕行充抵因債務不履行所生的損害，而發揮其作為擔保之救濟損害的特性。

⁸⁹ 呂彥彬，前揭註34，頁44。

⁹⁰ 見前第二章第二節第四款。

至於履約保證金擔保履約的效力，原則上係以廠商之契約責任為主，亦即契約之履行責任及瑕疵擔保責任均應包括在內。而由於廠商履行標的通常並非金錢給付之債，不是履約保證金所提供之金錢所能直接替代，是以，履約保證金所為確保債權的意義，原則上已不是擔保契約原定給付內容的實現，而僅僅在於確保招標機關（債權人）因廠商違約行為所得主張之相關請求得以滿足，是藉由同樣為金錢債務得以互為充抵，以達到便於債權人得以救濟損害的功能。

由於履約保證金擔保效力及於廠商之契約責任，因此除了法定之債務履行責任（或謂債務不履行之損害賠償責任）及瑕疵擔保責任外，自然也包括由機關與廠商間依契約自由原則所約定之內容，而其內容自然也就因不同的採購契約而異。惟若參考政府採購法、政府採購契約要項及政府採購契約範本等規範，履約保證金擔保之效力，通常還會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，而使採購契約債權之保障更為周全。

第三節、履約保證金之性質

履約保證金雖為採購實務慣用之擔保工具，惟於規範契約關係之民法卻無明文規定，因此判決及學說論述上，則多有引用相類似的民法上定金、違約金或擔保物權的概念予以定位，試圖藉民法既有概念，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或違約金等概念來理解？以下即分別整理歸納相關學說及實務上之論點，並進而檢討履約保證金在法律上的性質。

第一項、實務見解

第一款、質權

(一) 最高法院 69 年台上字第 2915 號裁判⁹¹要旨

「工程保證金，如其性質為一種質權，即不失擔保物權，依民法第八百九十七條第一項規定，被上訴人應穎興公司之請求退還保證金，即喪失其擔保物權，則上訴人謝塗城主張保證人依民法第七百五十一條規定，就所拋棄限度範圍內免除保證責任，是否毫無足採，尤非無研究餘地。」

第二款、違約定金

(一) 最高法院 77 年台上字第 767 號裁判⁹²要旨

「契約當事人之一方，以確保契約之履行為目的，而交付他方之金錢或其他代替物，無論其使用之名稱如何，均為定金。惟因作用之不同，尚可分類。其作為不履行契約之損害賠償者，稱之為違約定金。因此原審就被上訴人於訂約時所交付之履約保證金，解為違約定金，不為違法。」

⁹¹ 本案係某營造廠承攬中央公教人員住宅輔建及福利互助委員會招標之住宅工程，因其間分期核退（履約）保證金，致連帶保證人認有拋棄擔保物權之爭議。

⁹² 本案係有關合建契約履約保證金之判決，最高法院 90 年台上字第 1136 號判決仍維相同見解，謂「衡之契約中約定被上訴人應交付上訴人保證金，目的在於確保契約之履行，於契約順利履行時，上訴人應將保證金退還，於被上訴人違約及無力完工不能履約時，上訴人得沒收保證金，可見係以該保證金作為契約不履行之損害賠償擔保，應屬『違約定金』之性質。故契約中雖未有上訴人加倍返還之約定，惟如因可歸責上訴人之事由致契約不能履行時，被上訴人自得依民法第二百四十九條第三款之規定請求其加倍返還。」

（二）最高法院 82 年台上字第 674 號裁判⁹³

「違約金與定金之約定，固均以確保契約之履行為目的所成立之從契約，但前者為諾成契約，後者為要物契約。是違約金係於債務人不履行時始應支付，定金則於契約訂立時交付，此觀民法第二百四十八條、第二百五十條第一項之規定自明。如當事人約定以定金之交付，強制契約之履行，付定金之當事人如不履行契約時，受定金之他方當事人即得沒收其定金者，其性質即屬違約定金。民法第二百四十九條規定之定金，乃有違約定金之性質。又祇須交付金錢之目的，係為確保契約之履行，無論其稱為定金、保證金或其他名稱，均不影響其為定金之性質。...上訴人既自陳於被上訴人應其要約而承諾時，即已繳交履約保證金六百萬元，且係約定為確保契約之履行而交付，如有違反得由被上訴人沒收等語，依上開說明，該履約保證金應屬違約定金，而非違約金，即無適用民法第二百五十二條之規定，得由法院酌減之餘地。」

（三）最高法院 84 年台上字 2617 號裁判⁹⁴

「...依訂購合約第八條、第九條約定內容觀之，第八條約定之履約保證金係屬民法第二百四十九條所規定之違約定金之性質，與本件被上訴人係依合約第九條所定懲罰性之違約金請求者不同。上訴人所辯違約金過高及該履約保證金係損害賠償之總額，被上訴人不得再請求違約金云云，亦無理由。」

⁹³ 本案係就有關某證券商向台灣證券交易所股份有限公司申請證券集中交易市場電腦連線，並依約定交付履約保證金，後因故無法營運復要求返還履約保證金案。

⁹⁴ 本案係有關某汽車公司得標行政院環保署標案，因更改規格而有交貨遲延及違約金爭議。

第三款、違約金

(一) 最高法院 88 年台上字第 1853 號判決⁹⁵

「...系爭履約保證金雖定為九千五百萬元，惟債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金，民法第二百五十一條定有明文。查新工處解除契約時，遠東公司已完成百分之五五點五八之工程，...應依上開法條規定，減少違約金為四千七百五十萬...按債務已為一部履行者，法院得比照債權人因一部履行所受之利益，減少違約金，民法第二百五十一條定有明文。法院適用本條規定，係本於職權為之，無待當事人請求，且係比照債權人因一部履行所受之利益而減少違約金，亦非基於當事人主張抵銷之結果。新工處上訴論旨主張東高雄分行並未請求減少違約金，且依履約保證金保證書第三條約定，東高雄分行不得主張抵銷，原判決竟予減少違約金，不無違誤云云，指摘原判決不利於己部分違背法令，聲明廢棄，揆諸首開說明，自無理由。」

(二) 最高法院 93 年台上字第 2140 號判決⁹⁶

「...上訴人並未依系爭合約之約定提出系統規劃書作為驗收之標準，而其安裝之五大應用系統經五人測試小組測試結果，復有瑕疵而無法驗收合格，經被上訴人致函催告其改善，復不能修補其瑕疵，被上訴人依約解除系爭合約，並依系爭合約第五條第八款及第二十二條沒收上訴人已交貨之硬體、軟體及履約保證金，自屬有據。惟被上訴人關於履約保證金部分之違約金顯屬過高，爰予以酌減，然應返還之新台幣（下同）五百六十二萬一千元與被上訴人已交付之價金七百

⁹⁵ 本案係有關某公司得標高雄市府新工處標案，並由銀行出具保證書繳納履約保證金，後因該公司未履約完成，機關與銀行間就給付履約保證金引發爭議。

⁹⁶ 本案係某科技公司承標台北縣政府系統建置案，因驗收不合格遭解除契約並沒收履約保證金，本判決除認履約保證金為違約金外，就同契約條款約定一併沒收之軟、硬體視為準違約金。

九十萬五千元相抵扣後，仍無餘額可得請求。從而，上訴人本於系爭合約之法律關係，訴請被上訴人給付二千五百四十四萬五千元本息，於法無據，不應准許...末查，系爭合約因可歸責於上訴人之事由致無法履行，被上訴人得依法解除契約並沒收上訴人所交貨之硬體、軟體及履約保證金。而被上訴人依系爭合約第五條第八款解除契約並沒收上訴人已交貨之硬體及軟體，應屬民法第二百五十三條之『準違約金』，蓋依民法第二百五十九條之規定，解除契約後雙方互負回復原狀之義務。然系爭契約第五條第八款之規定係使上訴人回復請求權喪失，核其性質不失為違約金之一種，為原審所合法確定之事實，則原審未予以酌減，此乃事實審法院之職權行使，不能泛指其為違法。」

(三) 最高法院 97 年台上字第 1604 號判決⁹⁷

「...依同一契約第二十二條第二項約定，系爭履約保證金係供擔保被上訴人履行契約及違約時應負之損害賠償責任，核屬違約金性質。衡諸民法第二百五十二條規定，法院就約定之違約金金額過高者，自得酌減至相當之金額。...再審酌一般客觀事實，社會經濟狀況及上訴人所受前揭實際損失暨被上訴人無違約惡意等情，認上訴人以被上訴人交付如附表一所示之定期存單三紙共計四百四十九萬二千一百二十五元充作違約金而不予退還，顯然過高，應酌減為定期存單一紙（附表一編號三所示部分）之金額一百四十九萬七千三百七十五元，方屬公允。從而，被上訴人請求上訴人返還其餘如附表一編號一、二所示之定期存單二紙，即屬有理。為原審心證之所由得，並說明兩造其餘攻擊防禦方法無庸逐一論述之理由，因而就被上訴人請求上訴人返還附表一編號一、二所示二紙定期存單部分，廢棄第一審所為被上訴人敗訴之判決，改判如其聲明。經核於法洵無違誤。上訴意旨，猶就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，指摘原判決對其不利部分不當，聲明廢棄，非有理由。」

⁹⁷ 本案係某營造公司承攬內政部營建署某宿舍工程，因廠商延誤履約而終止契約並沒收履約保證金案。

第四款、信託讓與擔保

(一) 最高法院 94 年台上字第 1209 號裁判⁹⁸

「承攬契約之承攬人交付履約保證金予定作人，係以擔保承攬債務之履行為目的，信託的讓與其所有權予定作人。此項保證金之返還請求權，附有於約定返還期限屆至時，無應由承攬人負擔保責任之事由發生，或縱有應由承攬人負擔保責任之事由發生，惟於扣除承攬人應負擔保責任之賠償金額後猶有餘額之停止條件。」

第二項、學說文獻

第一款、違約定金

依據郭玲惠教授見解：「所謂『履約保證金』係債務人訂約時所繳納之保證金，目的在於擔保契約之履行，性質上屬於違約定金性質。至於其違約金之內涵，如未特別約定，性質上應為『最低損害賠償總額之預定』。」⁹⁹

另葉英蕙女士則引據鄭玉波教授對定金的看法，認為民法規定之定金，其主要目的在於確保契約之履行，只要以此目的而交付者，即為定金，至於是否使用定金之名稱，則非所問¹⁰⁰，而表示「履約保證金目的為確保契約之履行，且於訂約之初已然交付，應屬訂金中之一種類型。」¹⁰¹

⁹⁸ 本案係某營造公司承攬嘉義縣阿里山鄉公所社區更新土地重劃工程，因故停工致遭機關終止契約，其差額保證金是否核退之爭議。

⁹⁹ 郭玲惠，工程契約中之給付遲延與懲罰性違約金，月旦法學教室第 11 期，2003 年 9 月，頁 8。

¹⁰⁰ 鄭玉波，前揭註 36，頁 335。

¹⁰¹ 葉英蕙，前揭註 30，頁 61-62。

第二款、信託讓與擔保

謝在全教授在其著作¹⁰²中表示：「我國社會常見之押金¹⁰³或保證金，並非質權...通說認為押金或保證金之交付，乃債務人以擔保債務之履行為目的，將特定金錢之所有權移轉於受領人即債權人之信託的所有權讓與行為（信託的所有權讓與說）。惟債權人就此項金錢負有附停止條件之返還義務，其停止條件為交付押金或保證金之債務人所負債務之履行完畢。易言之，債務人債務履行完畢時，停止條件成就，對受領押金或保證金之債權人所享有之返還請求權發生效力，得對之請求返還，否則，債權人在自己之債權未全部清償前，無返還之義務。且就未履行之債務，當然得就押金或保證金抵充之，如有剩餘再返還之。因之，他債權人對於尚未生效之返還請求權，不能亦無從請求強制執行，受領押租金之債權人於債權受清償後，始有返還義務，是亦達受優先清償之目的。此說與實際情形符合，且最能說明押金或保證金之性質與機能，較為可採¹⁰⁴。」

林誠二教授亦謂：「...實際上『押租金』與履約保證金同，民法條文中並無此用語，土地法之用語則稱為『擔保』（土地法第98條第1項、第99條第1項）、『擔保金』（土地法第99條第2項），出租人於受領押租金時取得其所有權，於租期屆滿承租人履行所有義務（給

¹⁰² 謝在全，民法物權論（下），新學林出版股份有限公司，2007年6月修訂四版，頁215。

¹⁰³ 此押金，即所謂押租金，又稱擔保金。「押租」一語，為耕地三七五減租條例對於押租金之法定用語，見該條例第14條、第23條。我國其他法律或民間傳統上尚有稱押租金為「擔保金」（土地法第99條第2項、第112條第2項）、保證金、壓地金（台灣民間）、權租、頂首、座租、押櫃、按櫃（大陸各省）者，惟押金、押租、擔保金等語仍為較常被使用之名稱。又在日本則稱押租金為「敷金」；德國則稱押租金為 Kautionsgeld、Mietkaution 或稱 Barkaution，屬於一種之租賃擔保（Mietsicherheiten），參見德民法第551條。又國內常見一種之「押租制度」，係指承租人提供一筆較大之資金給出租人，並以此資金之利息抵充房屋租金，承租人為確保其押金返還請求權，常對出租人該筆房地設定最高限額抵押權之制度。此外，內政部地政司頒布房屋租賃定型化契約範本時，為避免名詞之混淆，依據土地法規定統一使用「擔保金」一詞，亦值注意。參考吳秀明，租賃，收於黃立主編之民法債編各論（上），元照出版有限公司出版，2002年7月初版第一刷，頁394。

¹⁰⁴ 押租金法律性質之學說見解尚包括：不規則質權說、債權質說、抵銷預約說、附解除條件消費寄託與質權契約說、附解除條件之債權說、伴有附停止條件返還債務之所有權移轉說等，參考吳啓賓，論押租金，收於鄭玉波主編之民法債編論文選輯（下），五南圖書出版公司發行，1984年7月初版，頁1044-1046；史尚寬，押租之研究，收於鄭玉波主編之民法債編論文選輯（下），五南圖書出版公司發行，1984年7月初版，頁1033-1034。

付租金、回復原狀等)時返還，其目的與履約保證金均相同，即擔保債務人履行債務。因此，土地法第 99 條第 2 項定已交付之擔保金，超過二個月房屋租金之限度者，承租人以超過之部分抵付房租，此一規定並不是以押租金(擔保金)作為租金給付債務不履行損害賠償或違約金等，而是代為履行租金給付義務。至於承租人如有破壞租賃物致出租人受到損害而未賠償時，出租人亦得由押租金中扣抵，此抵銷之效力與履約保證金用以抵銷違約金或損害賠償，如出一轍。」¹⁰⁵

洪羽柔律師也持相同見解，謂：「履約保證金之法律性質，應較類似押租金之概念，亦即視為附有停止條件之信託讓與擔保，承包商為擔保其債務履行或損害賠償之債務，將履約保證金交付予業主，承包商對該履約保證金之返還請求權附有『工契契約終了且承包商無債務不履行情形』之停止條件，惟承包商有債務不履行時，履約保金所『擔保』之範圍究係實際損害亦或僅係所謂『最低損害賠償數額預定』之違約定金？仍應視當事人間所約定之履約保證金條款而判斷該履約保證金所擔保之內容為何，不能一概而論。」¹⁰⁶

第三款、擔保權

謝哲勝教授於其著作表示：「履約保證金既然也是履約的擔保，與定金類似，但一般交易上，並無契約成立後另行交付定金以擔保履約，因此，履約保證金視為擔保權即可，而雙方又約定違約時沒收履約保證金，即是對於違約時損害賠償額的預定，即是違約金的約定，因此也具有違約金的性質，而有民法第二五二條規定的適用。即使認為是定金性質，因違約定金本質也是違約金，所以，也有民法第二五二條規定的適用。」¹⁰⁷

¹⁰⁵ 林誠二，前揭註 40，頁 45-46。

¹⁰⁶ 洪羽柔，工程履約保證性質之初步檢討，萬國法律 127 期，2003 年 2 月，頁 13。

¹⁰⁷ 謝哲勝、李金松，工程契約理論與求償實務，台灣財產法暨經濟法研究叢書(五)，2005 年 11 月，頁 233。

第三項、問題探討

第一款、履約保證金與定金之差異

(一) 定金之概念

定金乃一締約人向他締約人，因締結契約及確保契約履行所為之給付。為增強相對人對契約之忠誠，有許多當事人將定金作為保證履行之處罰。在具體法律行為中，定金用以提醒當事人履行義務，借由部分履行表示其已置身於契約，若無當事人間的協議或訴訟，將無法自行退出此一關係。定金的性質係屬從契約、要物契約、非要式契約，其成立原則上以主契約之成立為前提，如主契約因解除或其他原因消滅時，定金契約亦歸於消滅¹⁰⁸。

定金制度起源甚早，羅馬法中定金是當事人為表示願意訂立契約、或證明契約成立、或保證契約的履行，而由一方交付他方的金錢或財物¹⁰⁹，故因訂金交付目的及作用之不同，可以分為成約定金、證約定金、違約定金與解約定金。如以定金做為擔保不履行契約之損害賠償者，謂之違約定金，當交付之一方不履行契約時，對方得沒收其定金，反之若收受之一方不履行契約時，須加倍返還其定金¹¹⁰，其與違約金同樣具有間接強制債務履行的效力¹¹¹。

違約定金之性質一般有主張「損害賠償總額之預定」、「最低損害賠償額之預定」或「違約罰」者¹¹²。損害賠償總額預定說，指除契約另有訂明外，債權人只得沒收定金或請求加倍返還定金，不得更請求其他損害賠償¹¹³；最低賠償數額預定說，係參考德國民法第 338 條規

¹⁰⁸ 黃立，前揭註 45，頁 526-527。

¹⁰⁹ 費安玲，前揭註 42，頁 493。

¹¹⁰ 鄭玉波，前揭註 36，頁 335。

¹¹¹ 費安玲，前揭註 42，頁 497。

¹¹² 錢國成，違約金與違約定金，法令月刊第 42 卷第 10 期，1991 年 10 月，頁 7。

¹¹³ 鄭玉波，前揭註 36，頁 337-338。該主張學者尚包括：史尚寬、胡長清、戴修瓚、何孝元等。

定，認為定金應作為賠償額之一部，沒收訂金尚有不足時仍得請求賠償¹¹⁴；而違約罰說，則除沒收定金外尚可就所受損害請求賠償¹¹⁵。

（二）差異性比較

由於違約定金係作為擔保不履行契約之損害賠償，與履約保證金係擔保契約履行及充抵損害賠償性質相仿，且履約保證金與違約定金同樣均有事先交付之態樣，故有認為履約保證金之性質應屬違約定金之論。

然而，若深究其間差異，可以發現定金通常均具有證約的功能¹¹⁶，但履約保證金就法規規定或實務運作上，均無證約的意涵¹¹⁷；此外，若以效果論二者亦不相同，蓋交付定金之一方違約不得要求返還定金，但若收受定金之一方違約，則須加倍返還定金，是違約定金可以拘束債權人及債務人雙方。但是，依據政府採購實務，殊難理解如果招標機關違約時，會有加倍返還履約保證金之情形存在¹¹⁸！是履約保證金只能拘束提供履約保證金之債務人，並不及於債權人。因此，履約保證金實不宜解為違約定金。

¹¹⁴ 黃立，前揭註 45，頁 493-494。該主張之學者有：王伯琦、孫森焱等。另民國 71 年 3 月 13 日司法院第 1 期司法業務研究會結論亦為相同見解，謂：「民法第 249 條規定之定金，係違約定金，為最低賠償額之預定，故所受損害如超過定金時，仍得依民法第 226 條規定，請求額外之損害賠償。」

¹¹⁵ 錢國成，前揭註 112，頁 7；該主張之學者尚包括：洪文瀾及梅仲協等。

¹¹⁶ 錢國成，前揭註 112，頁 7。

¹¹⁷ 押標金保證金暨其他擔保作業辦法第 18 條第 3 項規定：「機關辦理簽約，得不以廠商先繳納履約保證金為條件。」且按通說，在招標程序中，招標公告應該是要約的引誘，廠商投標為要約，政府決標是對於要約的承諾，是此時契約業已成立。亦即在無要式之約定時，當主標人宣布決標或機關決標通知送達得標廠商時，雙方即成立採購契約。是以履約保證金在採購契約中並無任何證約之功能。參考黃立，投標低於底價八成應繳差額保證金的問題，月旦學雜誌第 56 期，2000 年 1 月，頁 163；張祥暉，前揭註 56，頁 44。

¹¹⁸ 依據政府採購法第 64 規定：「採購契約得訂明因政策變更，廠商依契約繼續履行反而不符公共利益者，機關得報經上級機關核准，終止或解除部分或全部契約，並補償廠商因此所生之損失。」並無加倍返還履約保證金之規定。

第二款、履約保證金與違約金之差異

(一) 違約金之概念

所謂違約金，係指當事人締約時，就契約債務人於債務不履行、給付遲延或違反其他契約上義務時，約定應以一定金額之給付，作為賠償額預定或處罰之承諾¹¹⁹。通說分為賠償預定性違約金及懲罰性違約金兩種¹²⁰。

懲罰性違約金，為於債務不履行時債務人須支付違約金外，關於其因債之關係所應負之一切責任均不因而受影響，故債權人除得請求支付違約金外，並得請求履行債務、或債務不履行之損害賠償。至於賠償預定性違約金，則是以違約金為債務不履行所生損害之賠償額，經當事人於損害發生前預先約定者¹²¹，此時為請求權併存，即債權人僅得就債務履行或違約金之支付二者，擇一行使¹²²。至於違約金之性質為何，應依當事人意思定之，如當事人未為約定，則依據民法第250條第2項規定，該違約金「視為因不履行而生損害之賠償總額」。至於如約定僅就債務人不於適當時期或不依適當方法履行債務時，即須支付違約金者，此時違約金視為因不於適當時期或不依適當方法履行債務所生損害之賠償總額，且債權人仍得請求履行債務。

由於懲罰性違約金除了請求違約金外，尚可請求履約，則如履約或不履約所生之損害賠償亦可請求，故具有「積極攻擊性」；至於賠償預定性違約金則在請求違約金後，即不能再就實際損害請求賠償，

¹¹⁹ 黃立，前揭註45，頁532。

¹²⁰ 學者幾乎都將違約金分成懲罰性與損害賠償預定性兩類，參照史尚寬，債法總論、王伯琦，民法債編總論、何孝元，民法債編總論、鄭玉波，民法債編總論、孫森焱，民法債編總論、邱聰智，民法債編通則、曾隆興，民法債編總論；另參照最高法院62年台上字第1394號判例：「違約金有屬於懲罰之性質者，有屬於損害賠償約定之性質者...」。參考林忠義，違約金分類標準之建立暨現行法違約金相關問題之省思——評最高法院八十三年度台上字第二八七九號判決，月旦法學雜誌第17期，1996年10月，頁109。依該文表示除此二類外，應容有當事人自行約定的其他類型。

¹²¹ 孫森焱，論違約金與解約金，法令月刊第47卷第12期，1996年12月，頁662。

¹²² 黃立，前揭註45，頁535；鄭玉波，前揭註36，頁342。

故具有「消極防守性」，但二者仍皆具有防止債務人債務不履行之作用的性質¹²³，且在確保契約之履行觀點，與定金相同。惟違約金與定金仍有區別，定金是當事人間建立起一種信用關係，使定金所承擔之功能得以實現，而違約金主要是一種責任方式，其根本目的在於制裁違約行為；且定金必須於主契約履行前交付，違約金則須發生違約行為後，才須交付。

（二）差異性比較

履約保證金在實務上常被視為違約金，不外乎因其具有「沒收條款」的約定¹²⁴。而所謂「沒收條款」，係指當事人在契約中載明於一定情況發生時，履約保證金即不予返還的約定條款，例如因可歸責於廠商之事由，致終止或解除契約者，履約保證金不予發還等¹²⁵即是一例。而通常從沒收條款呈現出的違約及可能涉及的損害賠償內容觀之，其與作為違約損害賠償額預定之違約金，可說是幾無二致。

然而，由於履約保證金之功能及目的，本在於擔保契約之履行，而不是作為損害賠償之預定，不應視為違約金。至於所謂「沒收約款」，亦僅為履約保證金不予發還情況（充抵各項違約所生之請求權¹²⁶）其中一例，原即不能代表履約保證金全部之規定，就基於履約保證金擔保目的，如將該沒收約款解為對違約金之充抵，體系上亦顯得較為合理。是以，實不能因履約保證金有沒收約款之存在，而謂履約保證金即為違約金。

此外，履約保證金基於擔保目的之遂行，依採購實務作法，係於採購契約成立後，廠商即依約定有繳付履約保證金的義務¹²⁷，但違約

¹²³ 林忠義，前揭註 120，頁 106。

¹²⁴ 參考呂彥彬，前揭註 34，頁 79-80。

¹²⁵ 參見前第二章第二節第四款。

¹²⁶ 參見本章第二節第二項。

¹²⁷ 依據「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第 18 條規定，履約保證金之繳納期限，由機關視案件性質及實際需要，於招標文件中合理訂定之。但屬查核金額以上之採購，應訂定 14 日以上之合理期限。而廠商依契約規定須繳納履約保證金係「擔保之約定」，本質上係一債之約定，原則上僅賦予機關可以請求廠商提出一定擔保的權利，至於機關是否能夠在實際上獲得所約定之擔保，基本上仍取決廠商的意願。參考呂彥彬，前揭註 34，頁 18。惟依照政府

金則是在債務人因有故意或過失違約時，才得以請求。是以履約保證金與違約金在目的上及提出之時間點均不相同。至於實務上，法院為適用民法第 251、252 條酌減之規定，而將履約保證金解為違約金者，則實有倒果為因之違誤¹²⁸。

第三款、履約保證金與押租金之差異

(一) 押租金之概念

押租金一般係指租賃契約成立時，為擔保承租人之租金或損害賠償債務，而由承租人交付出租人之金錢或其他替代物。出租人應於租賃關係終了後，承租人無債務不履行且將租賃物返還出租人時，將押租金返還於承租人，如承租人有欠租或應負損害賠償債務之情形者，出租人即可自押租金中直接扣抵受償並返還其餘額¹²⁹。

押租金之性質學說各異，包括：不規則質說、債權質說、抵銷預約說、及信託的所有權讓與說等。首先，所謂不規則質，係謂押租契約為質權設定契約，且係在不特定之金錢或其他代替物上設定質權。然我國民法動產質權之標的物須為特定有體物，並無不規則質之概念，此說顯無理由。其次，有關債權質說，是謂交付押租金之人對出租人有請求返還之債權，故出租人於此債權上取得權利質權。然究其實際關係，乃出租人收受押租金係欲以押租金抵充清償債務，而不是於將來之返還請求權設定質權，故此說亦不符事實。再者，所謂抵銷預約說，係謂押租契約為當事人間預行約定債務人不履行債務時，債權人得以其債權與押租金返還之債務相抵銷，而滿足其債權。然依此說，出租人對於其他一般債權人將無就押租金為優先受償之權，亦與

採購實務之運作，常有以押標金轉換為保證金的方式，以防止廠商未依約定繳納履約保證金的困擾，至若廠商得標後無法或不願依約定提出履約保證金者，按政府採購法第 31 條第 2 項第 6 款規定「得標後未於規定期間內，繳足保證金或提供擔保」者，押標金將不予發還。

¹²⁸ 洪羽柔，前揭註 106，頁 11。

¹²⁹ 吳秀明，前揭註 103，頁 394-395。

押租之本質不符¹³⁰。

至於信託的所有權讓與說，則謂押租金交付人以擔付承租人因租賃所生之債務為目的，移轉押租金之所有權與出租人，約定租賃關係終了、無債務不履行時，出租人即應返還其全部，若有債務不履行時，當然就押租金扣抵受償而僅返還其餘額。因此，受領押租金之出租人僅負附停止條件之返還押租金債務，在自己之債權受清償前，不負返還之義務，且出租人就押租金抵充承租人之債務有優先權，交付押租金者之其他債權人不得就尚未發生返還請求權之押租金，施行強制執行¹³¹。由於該說能適切解釋押租金雙方之法律關係及其本質，也成為我國之通說。

而押租金之特徵則包括，其屬物之擔保、為獨立於租賃契約外的契約、與租賃契約關係為從契約、要物契約¹³²且為讓與擔保。其擔保之債權，原則上以因租賃關係所生之債權為範圍，主要有租金、租金之遲延利息，以及承租人因違反契約上之其他義務（如保管義務），所生之損害賠償等¹³³。

（二）差異性比較

我國民法並未就押租金設有明文規定，但實務上押租金實為我國租賃法律關係中，承租人主要的債權擔保工具。出租人藉由收受承租人所提出之押租金，作為將來承租人如有欠租或因租賃關係所生損害賠償之抵充。而履約保證金亦非我國民法明文所規定，但同樣亦為政府採購實務上，招標機關主要之債權擔保工具。招標機關藉由要求廠

¹³⁰ 史尚寬，前揭註 104，頁 1033-1034；吳啓賓，前指註 104，頁 1044-1045。

¹³¹ 史尚寬，前揭註 104，頁 1033-1034；吳啓賓，前指註 104，頁 1044-1045。

¹³² 有關押租是否為要物契約，我國實務採肯定說，如 28 年院字第 1909 號解釋文提到：「押金契約為要物契約，以金錢之交付為其成立要件」；又 65 年台上字第 156 號判例要旨亦謂：「若因擔保承租人之債務而接受押租金，則為別一契約，並不包括在內，此項押租金契約為要物契約，以金錢之交付為其成立要件，押租金債權之移轉，自亦須交付金錢，始生效力。」惟吳秀明教授表示：「宜以押租金契約之性質為諾成契約而非要物契約為當，當事人就押租金之意思表示一致時，契約即為成立，承租人依此債權契約，即負有交付押租金給出租人之義務，而押租金之交付授受與所有權之讓與，乃履行此一債權契約之物權行為，兩者應予以區別。」參考吳秀明，前揭註 103，頁 398-400。

¹³³ 參考吳秀明，前揭註 103，頁 395-402。

商繳納履約保證金，作為擔保未來廠商如發生債務不履行時，其有關損害賠償請求權得以充抵。由此觀之，履約保證金與押租金之性質顯然沒有不同。

惟一般押租金多以金錢繳付，因金錢之所有權往往與占有合為一體，金錢占有之取得通常即為所有權之取得，故以金錢供債權之擔保而移轉其占有，所有權亦隨同移轉，與質權之設定不移轉所有權之性質不符，不能認係質權¹³⁴，故通說認為押租金之交付，乃債務人以擔保債務之履行為目的，將特定金錢之所有權移轉於債權人之信託的所有權讓與行為¹³⁵。然而，由於履約保證金雖亦以金錢交付為原意，但實務上已發展出以票據、保證書、信用狀及保證保險單代現金之交付，且亦已蔚為大宗，而當以這些非現金之類別提出作為履約擔保時，主觀上既無物權移轉之意思，事實上也並沒有因交付、移轉占有而產生所有權隨同移轉的效果。

亦即，當履約保證金係以現金交付時，因金錢移轉占有所有權亦隨同移轉，因此可以押租金之「信託的所有權讓與」性質等同視之；但當履約保證金係以非現金方式交付時，該項說法即無法符合實際狀況。

第四項、小結

履約保證金並非民法所明文規定，又因其在實務運作上，具有違約前交付的態樣，與定金相仿，而其沒收條款之約定又與違約金相似，且參照民法第 251 條及第 252 條規定，違約金得有一部履行酌減及金額過高酌減的規定，但定金卻無相同規範，因此，當實務上發生履約保證金是否返還之爭議時，廠商通常會主張履約保證金之性質係屬違約金，要求因一部履約而酌減金額，或主張履約保證金（違約金）

¹³⁴ 謝在全，前揭註 102，頁 224。

¹³⁵ 謝在全，前揭註 102，頁 215。普通質權之標的物為特定物，如標的物為不特定之金錢時，稱之為不規則質。然而由於我國民法不承認不規則質之存在，因此以金錢交付之押租金並不屬於動產質權。

金額約定過高，而請求法院予以酌減；反之，在該類爭議中，招標機關則通常會主張履約保證金之性質係屬定金，並無酌減之適用。是以履約保證金之性質為何，常成為訴訟攻防上的重點。

然而深究履約保證金在政府採購制度中的規範架構、使用目的及功能，實難認為履約保證金具有約定為定金的目的，蓋通常採購契約之確立與否，係以機關決標而定，而不是以履約保證金之交付為準據。況且，契約解釋首重於締約當事人原意，而以採購實務運作中招標機關與廠商雙方間對履約保證金的認知而言，並無以履約保證金為定金來拘束雙方當事人的意思，因此，即不應將履約保證金解釋為定金。

至於履約保證金於約定一定情形發生即予沒收的條款，雖規範方式似乎與違約金相同，但由於履約保證金不予發還情形眾多，「沒收約款」僅為各種情形之一，如據此即認定履約保證金為違約金，則將忽略履約保證金整體規範目的，特別是履約保證金除「沒收約款」外，尚有「抵充約款」存在，如履約保證金係屬違約金，則對於履約保證金既為違約金又亦得抵充損害賠償的約定條款，將形成解釋及制度上的混亂。

因此，履約保證金既不應定位為民法上之定金，也不是違約金，而應回歸探討履約保證金設立之目的及功能。依照採購實務發展，政府機關為能確保其採購任務完成、債權得以實現，最初係採用廠商提供殷實商店擔保，其後再發展為以履約保證金方式辦理，但其目的仍不脫為擔保契約之履行。而此種交付現金作為擔保的方式，又因金錢之特性，在於移轉占有即形同所有權的移轉，故認為以現金交付之履約保證金與押租金同具有讓與擔保之性質，殊值贊同。

惟依照現行政府採購法規定，履約保證金得以現金及非現金之方式繳付，亦即，就現行採購實務中所謂的「履約保證金」而言，其法律內涵並不等於金錢，而有時可能是指一紙有價證券的債權憑證、一張銀行的保證書或信用狀、抑或是一份保險公司開立的保證保險單...等，而該類形態之繳付方式通常都不涉及所有權的移轉，如仍比照現

金交付而逕以讓與擔保的概念一以貫之，將造成相關機制之混淆。至於學說涉及履約保證金之論述，雖均明確定義履約保證金為現金交付態樣，再進而討論其性質，惟因政府採購法規範方式，履約保證金顯然已成為眾多擔保態樣的上位概念，如僅以現金為論述，則將難以就履約保證金之全貌為一完整的說明。

因此，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。

第四節、本章結論

履約保證金雖名為保證，但實與民法上的保證無涉，究其目的及功能，在於擔保契約之履行、確保招標機關之債權得以實現。因其作為擔保，同時具有壓力工具及救濟工具的效果，即藉由現金或其他票據之繳付，造成債務人心理上的強制及壓力，以達到間接確保債權實現的目的；惟當廠商發生債務不履行時，履約保證金即得用以抵充相關賠償或請求，以達到經濟上填補損害的救濟功能。

政府採購契約債務人（廠商）所負之債務，通常為非金錢給付的作為義務，而履約保證金本質上係以金錢衡量之擔保，則當發生債務不履行時，履約保證金無法直接當作原定給付內容的代替¹³⁶，因此履約保證金所為之擔保，並不是擔保原定給付內容的實現，而係擔保當廠商發生債務不履行時，機關所得行使之相關請求權得以實現。而履約保證金的效力即其所擔保之相關請求權，包括：債務不履行之損害賠償請求權、瑕疵擔保請求權、依約定之損害賠償請求權、違約金請求權以及已支領價金返還請求權等。

¹³⁶ 例如押租金係以金錢為擔保，而債務人給付租金之債務亦為金錢給付之債務，則當發生債務不履行時，押租金用以抵充租金，即得以押租金擔保原定給付內容之實現。

至於履約保證金之性質，學說及實務上多所探討，有謂為質權、違約定金、違約金或是等同押租金之所有權讓與擔保等。然而，由於履約保證金僅拘束債務人（廠商）而不及於債權人（機關），與定金得拘束契約雙方當事人不同。況且履約保證金不具證約之功能，以及採購實務機關及廠商並無以履約保證金為定金之意思等，而認為履約保證金並非民法上之定金。

至於履約保證金因「沒收約款」之約定方式與違約金相仿，實務上常因此而將履約保證金定性為違約金。然而，由於沒收約款僅為履約保證金不予發還的眾多情形之一，並不足以代表履約保證金之全貌，況如以此認定履約保證金為違約金，則對於履約保證金又得充抵損害賠償之約款，將造成解釋上的矛盾。因此，基於體系上之完整，以履約保證金擔保請求權的功能出發，可將沒收約款解釋為抵充違約金的過程，而所沒收者實為與履約保證金同額之違約金，亦即履約保證金本質上並非違約金。

至於將履約保證金定性為等同押租金之所有權讓與擔保，在以現金交付之情況下，因繳付之金錢移轉占有同時也發生所有權移轉，且機關與廠商雙方當事人亦均共識該金錢係作為擔保之用，因此符合「所有權讓與擔保」性質，也成為以現金交付履約保證金的情形時，可以被理解與接受的看法。然而由於依據現行政府採購法之規範架構，履約保證金並不僅止於以現金繳納，尚包括非現金之有價證券、保證書、信用狀或保證保險單，而該繳納類型通常並無伴隨所有權移轉的情形，因此，如蓋以「履約保證金」具讓與擔保的性質，將造成一般認知上的混淆，畢竟履約保證金在現行法制上乃係各項擔保類型之上位概念，而不再只具現金之涵義而已。

因此，履約保證金之性質仍應回歸其所由設立之目的及功能，以其擔保履約為軸，輔以擔保效力所及範圍，建構政府採購實務上專屬於履約保證金的規範制度，或較能符合實際之需要。