

行政院國家科學委員會專題研究計畫 成果報告

政府採購與民事契約關係之研究

計畫類別：個別型計畫

計畫編號：NSC93-2414-H-002-032-

執行期間：93 年 08 月 01 日至 94 年 12 月 31 日

執行單位：國立臺灣大學法律學系暨研究所

計畫主持人：詹森林

報告類型：精簡報告

處理方式：本計畫可公開查詢

中 華 民 國 95 年 3 月 31 日

行政院國家科學委員會補助

專題研究計畫成果報告

計畫名稱：

政府採購與民事契約關係之研究

計畫編號：NSC 93-2414-H002-032

中文摘要：

本計畫以政府採購與民事契約之關係為研究主題。

政府採購每年金額龐大，自民國八十八年五月二十七日起，更有政府採購法之專門規範。

另一方面，政府採購均已機關及廠商間訂立契約方式表現。此項政府採購契約，除應受政府採購法規範外，是否亦有民法關於契約規定之適用餘地，甚值探討。

本文分別從採購法及民法之條文規定與實務裁判，簡要敘述採購契約之性質、採購契約之成立、押標金或履約保證金之沒收、採購契約之履行（轉包）等問題。詳細內容，將另以專文說明。

關鍵字：

政府採購、契約、押標金、履約保證金、轉包

Abstract

This research project focuses on the relationship between the government procurement and the civil contract.

Government procurements cost huge money every year. Since May 27, 1999, government procurements are regulated by the Government Procurement Act as *lex specialis*.

On the other hand, government procurements usually result in the conclusion of contracts between the procuring government agency and the bidding entity. Hence, it is essential to observe whether the regulations governing the civil contract also apply to government procurements.

Based on the provisions and decisions of both the Government Procurement Act and the Civil Code, this report briefs the nature, the conclusion and the performance of government procurement contract, and confiscation of bid bond or guarantee bond.

Key words: government procurement, contract, bid bond, guarantee bond, assignment of contract

一、採購契約之性質

政府採購，依政府採購法（以下簡稱採購法）第 2 條規定，係指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等。

以民法之觀點而言，「工程之定作」相當於民法第 490 條之「承攬契約」，「財物之買受」相當於民法第 345 條所稱之「買賣契約」，「財物之定製」則相當於民法第 490 條之「承攬契約」或實務所稱之「製作物供給契約」，「財物之承租」相當於民法第 421 條之「租賃契約」，勞務之委任或僱傭，則分別相當於民法第 528 條之「委任契約」或民法第 482 條之「僱傭契約」。

然而，在採購法上，政府採購究竟係屬公法行為或私法行為，曾有重大爭議，並經最高行政法院 93 年度 2 月份庭長法官聯席會議以採購法第 31 條規定之機關沒收廠商所繳押標金為例，作成決議（二）。該決議之法律問題及決議內容分別如下：

法律問題：

甲公司參加乙機關辦理之工程採購招標案，並於九十一年八月十六日之公開招標程序，以總標價新台幣 X X 元為最低標得標。原預定訂約日為同年月二十六日，嗣甲公司於訂約日前以其標價偏低，純係筆誤，請求乙機關准予不決標於甲公司並發還押標金；乙機關則於同年月三十日函復「歉難同意，並請依限辦理訂約手續，否則將依採購法第一百零一條第一項第七款規定辦理」。其後並以甲公司已逾訂約期限，遂依政府採購法第一百零一條第一項第七款規定，將其事實及

理由通知甲公司，另將甲公司刊登政府採購公報列為不良廠商，並沒入押標金。甲公司不服，認乙機關並未客觀審查其是否有不能誠信履約之虞，率爾沒收押標金並刊登其為不良廠商於政府採購公報，於異議駁回後，再向行政院公共工程委員會提出申訴，復遭審議判斷駁回，乃依審議決定書之行政救濟教示，向管轄之高雄高等行政法院提起撤銷訴訟，受訴之法院應如何裁判？

甲說：本件應屬私權糾紛，受訴法院無審判權，應以裁定駁回。

理由：按行政機關為推行行政事務，常以私法行為之方式取得所需要的物質或勞務上之支援，學理上稱之為「行政輔助行為」，屬於私經濟行政（國庫行政）範疇之一，而政府採購法所稱之「採購」行為即為一適例，此際政府乃處於與私人相當之法律地位，並受私法之支配，其所生法律關係固屬私權性質，惟參諸九十一年二月六日修正公布之政府採購法第七十四條明確規定：「廠商與機關間關於招標、審標、決標之爭議，得依本章規定提出異議及申訴。」另同法第八十五條之一第一項第一款則規定，機關與廠商因履約爭議未能達成協議者，得向採購申訴審議委員會申請調解等節，足徵立法者對於採購爭議之解決，已採用學理上所稱之「雙階理論」，即以廠商與機關間是否進入訂約程序，而分別適用行政爭訟及民

事訴訟程序作為雙方爭議之救濟程序，此與司法院大法官於九十一年三月十五日作成之釋字第五四〇號解釋理由書所闡釋：「……至於申請承購、承租或貸款者，經主管機關認為依相關法規或行使裁量權之結果（參照國民住宅出售、出租及商業服務設施暨其他建築物標售標租辦法第四條）不符合該當要件，而未能進入訂約程序之情形，既未成立任何私法關係，此等申請人如有不服，須依法提起行政爭訟……。」之意旨，即對於同屬私經濟行政之行政私法所生之爭議，以雙方當事人是否已進入訂約程序，而決定應循行政爭訟或民事訴訟程序謀求救濟之司法實務之看法一致。準此，關於政府採購法相關爭議之性質，依本件行為時政府採購法之規定及其修法意旨，若為訂約前之爭議者，則屬公法事件，應循行政爭訟程序謀求救濟，至於訂約後所生之爭議，因其性質係機關立於私法主體地位所從事之私法行為，屬私權爭議範疇，自不得依行政爭訟程序請求救濟。職故，廠商對機關通知將刊登政府採購公報，經依政府採購法第一百零二條第一項、第二項提出異議、申訴後，經審議判斷認申訴無理由者，依其性質，如認係事涉雙方對於契約履行之爭議，因此爭議屬雙方訂約後所生私權之爭執，自無從依同法第一百零二

條第四項規定準用修正後第八十三條規定，將該審議判斷視同訴願決定，而向行政法院提起行政訴訟之餘地。又按公共工程採購契約生效日期之認定，參見行政院公共工程委員會中華民國八十八年五月十五日（八八）工程企字第八八〇五七六一號函：「……二、契約生效日期之認定，宜視個案性質依下列原則認定之：（一）招標文件或契約明定契約需經雙方簽署方為有效者，以契約經當事人雙方完成簽署之日為生效日。至簽約日期，除招標文件或契約另有規定者外，指當事人雙方共同完成簽署之日；雙方非同一日簽署者，以在後者為準。（二）招標文件或契約未明定前揭契約生效需經雙方簽署方為有效者，可考慮以決標日為生效日。」經查，本件採購案係依據乙機關之上級機關所頒訂工程採購投標須知相關規定辦理，並辦理公開閱覽，將招標資訊刊登政府採購公報，明示決標方式以最低價得標，乃參諸卷附標單上載明工程名稱及標價總額，並蓋有公司及負責人印章，足認系爭採購招標程序中，被告招標公告應為要約之引誘，而原告投標是要約，被告之決標則應視為要約之承諾（參見最高法院六十二年台上字第七八七號判例意旨）。準此，乙機關對於甲公司之投標（要約）予以決標（承諾），其契約即已成立，

是以前揭投標須知第二十三點固明訂：「得標廠商應於決標日十日內．．．攜帶與登記印鑑相符之印章，至本署或所屬機關辦理簽訂契約，．．．得標者不接受決標或不簽約者，視為放棄得標，並不發還押標金。」然因事實上之契約內容於被告決標時即已確定，嗣後之契約簽訂僅係將投標須知及公告相關事項另以書面形式為之，雙方對締約內容並無任何磋商空間，況且本件之招標文件並未明定契約仍須經雙方簽署方為有效，自不能將形式上之簽約日期視為契約實際成立時點，而應以決標日為契約生效日（參見行政院公共工程委員會八十八年五月十五日（八八）工程企字第八八〇五七六一號函）。至前揭投標須知第二十三條規定，得標廠商若未於十天內完成簽約手續，契約即不復存在，明顯則為解除條件，並以沒收押標金作為約定之損害賠償額（學者同此見解，參見黃立，投標低於底價八成應繳差額保證金的問題，月旦法學雜誌第五十六期，二〇〇〇年一月，頁一六三）。據上，本件採購契約於九十一年八月十六日乙機關決標時即已有效成立，嗣乙機關以甲公司未依限訂約，乃通知甲公司將依法辦理，因甲公司提出異議，乙機關乃再以函覆異議處理結果。足見乙機關係因本件採購契約履行之爭議，而認甲

公司有政府採購法第一百零一條第七款規定情事，乃通知甲公司將據以刊登政府採購公報，嗣後並沒入原告押標金。揆諸首揭說明，兩造間訂約後之履約爭議即屬私權爭議範疇，而乙機關前開函文之通知，即屬私法行為。從而，因該私法行為所生之權利爭執，尚不得循行政爭訟程序謀求救濟，要無疑義。嗣後甲公司雖對該通知函提出異議，經被告告知處理結果，亦僅係確認該通知事實是否有錯誤；其後之停權效果，乃因乙機關將甲公司名稱及相關情形刊登政府公報後，發生同法第一百零三條第一項第二款規定於刊登期間（一年）內不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之法律效果，至押標金之沒入，則為甲公司未於十天內完成簽約手續，解除條件成就後，乙機關依法收取之之約定損害賠償額，自難遽認該異議處理結果即係被告就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施，即無行政處分存在。雖行政院公共工程委員會就原告之申訴所作成之審議判斷書有「本審議判斷視同訴願決定，申訴廠商得於本審議判斷書送達之次日起二個月內向高雄高等行政法院提起行政訴訟」等語之教示，然查，政府採購法對於採購爭議事項既有意以契約成立與否區分救濟途徑，已詳如前述，自應區分事件性質而決定

審判法院，另參酌（修正前）政府採購法第八十三條「審議判斷依其性質，得視同訴願決定或調解方案，並附記爭訟或異議之期限。」之規定，仍須視事件性質而將審議判斷視同訴願決定或調解方案，並非一律為公法事件，自不因原告前已踐行申訴程序，即當然認系爭採購爭議為公法事件。綜上所述，本件兩造間因採購契約履約問題所生之爭議，既非公法事件，乃屬私權紛爭，受訴法院應以無審判權，裁定駁回。

乙說：本件應屬公法爭議事件，受訴法院應為實體判決。

理由：按政府採購法固有公、私法混雜性質，即立法者顯然欲以「二階段理論」處理採購契約前後之爭議，惟對於該法相關條文之解釋，以及所衍生關於公告行為之性質，仍應透過「政府採購法」之法律體系解釋方法，方能求得合理解決，蓋公、私法區別有疑義時，立法者所規定之法定救濟途徑即為判斷之最佳標準。據上，行政機關辦理採購，依政府採購法第一百零一條第一項所為之通知，既允許相對人依同法第一百零二條第一項及第二項提起異議及申訴，且依同條第四項規定，第一項及第二項關於異議及申訴之處理，準用第六章之規定。而依政府採購法第八十三條規定，將採購申訴委員會對申訴所為之審議判斷，視同訴願決定，故辦理採購機關依

政府採購法第一百零一條第一項所為之通知應屬行政處分，而不再區分政府採購法第一百零一條第一項各款情形，究係招標、審標及決標階段之私法性質。故而，乙機關認甲公司有政府採購法第一百零七條第一項第七款情事，乃通知甲公司將據以刊登政府公報，應認屬行政處分，較為妥適。且參諸行政程序法第一百七十四條規定：「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之。」故而採購機關對廠商之通知，如未發生法律效果，理論上即無庸將之視為行政處分，而給予救濟程序之機會，然而此一推論顯然與政府採購法前揭規定不合，是不宜將採購機關之通知單純視為私法上之事實行為（觀念通知）。實則，此一處分於公告後即產生政府採購法第一百零三條第一項之效力，即相對人（甲公司）不得參加投標或作為決標對象或分包廠商，亦屬招標、審標及決標階段之資格排除，自屬公法上之爭議。準此，依政府採購法第一百零二條第三項所為之公告，應係採購機關依政府採購法第一百零一條第一項規定，所為通知行政處分之執行行為，對於此一執行行政處分之事實行為，如欲排除該事實行為所造成之侵害，則應對其公告所依據行政處分通知提出訴

願及撤銷訴訟後，再依行政訴訟法第一百九十六條規定，同時聲請行政法院判命原處分機關回復原狀，包括刊登更正聲明等，即所謂「執行結果除去請求權」。綜上，本件事實應認為屬公法關係，行政法院應為實體判決。至於沒入押標金部分，亦應同上之爭訟程序，以符紛爭一次解決之訴訟經濟原則。

丙說：沒收押標金部分，係因採購契約履約問題所生之爭議，屬私權糾紛而非公法爭議，行政法院無審判權，應以裁定駁回。通知廠商將列為不良廠商於政府採購公報部分，則係行政機關依採購法第一〇一條規定所為處分，屬公法事件，受訴法院應為實體判決。

決議：採丙說。

前開最高行政法庭長聯席會議院決議謂，政府採購關於沒收押標金部分，係因採購契約履約問題所生爭議，可知本決議認為在政府採購上，招標機關與得標廠商間有採購契約關係。

二、採購契約之成立

（一）採購契約之締結

政府採購，最常見之招標方式，係屬採購法第 18 條第 2 項所定之「公開招標」，意即「以公告方式邀請不特定廠商投標」。此種情形，機關之招標公告應為要約之引誘，而廠商之投標為要約，機關之決標則為對於要約之

承諾（參見最高法院六十二年台上字第七八七號判例意旨）。準此，機關對於廠商之投標（要約）予以決標（承諾），其契約即已成立¹。

至於招標公告中經常規定：「得標廠商應於決標（或得標）後一定期間（7 天、10 天等）內辦理簽約手續」，是否影響機關與廠商間在決標後之契約關係，非無疑義。本文以為，除非此項招標公告內容另有特別關於未辦理簽約手續前雙方之契約關係狀態，否則應適用民法第 166 條規定，亦即該「簽約手續」乃「契約當事人約定其契約須用一定方式」，故在該「簽約手續」未完成前，推定機關與廠商間之採購契約不成立。

就此，最高法院 93 年台上字第 290 號判決謂：「本件被上訴人所為公開招標之要約，已表明委託經營加油站之地點面積、設備及範圍等必要之點，上訴人在決標前，未曾提出疑義或保留，堪認係認同被上訴人所定要約內容，且招標行為係對不特定多數人為之，自應以投標須知及契約與表現在投標行為上之意思觀察，上訴人對於被上訴人公開招標之要約，允以最高價投標，並經決標，即應視為承諾，兩造間之委託經營契約業已成立。雖尚未訂定書面契約，但仍應以上訴人於投標前已領得之「投標須知」、「委託經營契約書」等為契約條件。兩造分別所為要約、承諾之意思表示，客觀上「表示內容一致」，則委託經營契約業已成立，堪以認定」，似採相同見解。

（二）採購法第五十八條

¹ 參見前述最高行政法庭長聯席會議決議之甲說理由。

如前所述，政府採購契約之成立，一般而言，依舊適用民法第 153 條關於意思表示一致之基本原則，因廠商之要約與機關之承諾而成立。

惟應特別強調者，乃採購法第 58 條之規定：「機關辦理採購採最低標決標時，如認為最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，得限期通知該廠商提出說明或擔保。廠商未於機關通知期限內提出合理之說明或擔保者，得不決標予該廠商，並以次低標廠商為最低標廠商」。

依意思表示一致契約即為成立之基本原則，政府採購採最低標時，出價最低之廠商應當然為得標廠商，機關亦負有義務與該廠商成立契約。惟採購法第 58 條規定採最低標決標之採購，而最低標廠商之總標價或部分標價偏低，顯不合理時，招標機關是否與該廠商締約，仍有選擇之權。

所謂「總標價偏低」，依採購法施行細則第 79 條規定，係指有下列情形之一：「一、訂有底價之採購，廠商之總標價低於底價百分之八十者。二、未訂底價之採購，廠商之總標價經評審或評選委員會認為偏低者。三、未訂底價且未設置評審委員會或評選委員會之採購，廠商之總標價低於預算金額或預估需用金額之百分之七十者。預算案尚未經立法程序者，以預估需用金額計算之」。又所謂「部分標價偏低」，依政府採購法施行細則第 80 條規定，則係指有下列情形之一：「一、該部分標價有對應之底價項目可供比較，該部分標價低於相同部分項目底價之百分之七十者。二、廠商

之部分標價經評審或評選委員會認為偏低者。三、廠商之部分標價低於其他機關最近辦理相同採購決標價之百分之七十者。四、廠商之部分標價低於可供參考之一般價格之百分之七十者」。

本條實務適用上，應特別注意者為：

1. 廠商之投標價有無本條所稱顯不合理，不能誠信履約之虞或其他特殊情形，乃機關之裁量權行政院公共工程委員會訴 91419 號「○○溪○○堤防工程」採購案之申訴審議判斷認為：「……招標機關辦理採購時，應如何依本法第 58 條規定辦理決標，本會(88)工程企字第 8818232 號函謂：「…機關認為廠商之標價無偏低顯不合理，不能誠信履約之虞或其他特殊情形，而未要求廠商提出說明，該廠商卻主張其標價不合理時，機關如不予採信，亦得逕行決標予該廠商…」、(88)工程企字第 8811571 號函末段謂：「…如機關認為廠商之標價並無不合理、降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形時，毋須通知廠商提出說明或擔保，逕行決標予該廠商」，亦可供參考。

最低標廠商之總標價有本法施行細則第 79 條各款情形之一者，固為本法第 58 條所稱總標價偏低；惟並非當然即有本法第 58 條之適用，蓋機關於此情形，仍得斟酌該個案之採購，是否亦已具備本法第 58 條所定之其他要件（顯不合理、有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形），以決定是否踐行該條所定之限期通知廠商提出說明或擔保之

程序。系爭採購，申訴廠商之標價雖為底價之 76%，惟招標機關依據其最近類似採購（堤防工程）之實際情形，認定申訴廠商之標價並無本法第 58 條所稱顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，故未通知申訴廠商說明即逕予決標。招標機關上述之採購決定，核與本會前開函釋意旨相符，故亦難僅因招標機關未踐行通知廠商說明之程序，即認定違反本法第 58 條之規定。

2. 機關未依本條認定廠商有標價偏低之情形者，即不得他方面又要求廠商提供差額保證金；廠商主動表示其標價偏低者，機關亦非當然即應適用本條而不決標予該廠商。

行政院公共工程委員會就採購法第 58 條，訂有「依政府採購法第五十八條處理總標價低於底價百分之八十案件之執执行程序」。實務上，應注意依該執执行程序，認定廠商之標價，是否有該條所稱總價或部分標價偏低之情形。工程會訴 90024 號審議判斷即強調：「招標機關人認為最低標廠商之總價偏低或部分標價偏低，通知最低標廠商於一定期限內提出差額保證金，應俟廠商繳妥後再行決標。倘機關認為最低標廠商之標價合理，並已經決標予該廠商，自不得於決標後，要求廠商繳納差額保證金。另外，最低標廠商主動表示標單計算錯誤，要求不決標或不接受決標，尚非屬機關得不決標予該廠商之事由，而仍應依個案事實認定，以防止廠商低價搶標，干擾採購秩序。

3. 機關適用本條規定時，不得有濫用

裁量權情事

行政院公共工程委員會之申訴審議判斷一再指出，機關適用採購法第 58 條時，應注意不得濫用裁量權。參見該會訴 91062 號申訴審議判斷：「招標機關於踐行政府採購法第 58 條規定及執执行程序時，雖有行政裁量權，惟仍應本於客觀事實，就採購標的之施工地點、當地運輸狀況、工料價格、最低標廠商與次低標廠商投標價及市場行情等因素作綜合考量判斷，如招標機關未踐行形式及實質上之評估，遽認最低標廠商之標價無顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞，而未請求該廠商說明或擔保，即為決標之決定，其裁量權之行使，即屬濫用」。此外，該會訴 90351 號申訴審議判斷又稱：「政府採購法第 58 條前段規定之適用，需以廠商之總標價偏低，顯不合理，且有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形為要件，而非謂總標價偏低即有該條文之適用。廠商之總標價低於底價百分之八十，雖屬總標價偏低，惟招標機關於判斷其標價是否有顯不合理，有降低品質、不能誠信履約之虞或其他特殊情形，而通知廠商繳納差額保證金時，仍應考量廠商之營運成本、履約能力、財務狀況是否健全、所有廠商投標價平均值、扣除最高價及最低價之平均值、最低標廠商與次低標廠商投標價及市場行情等因素作綜合考量，不應以招標機關之底價作為唯一之判斷標準，否則其裁量權之行使，即難謂無濫用餘地。」。

三、押標金或履約保證金之沒收

依採購法第 30 條第 1 項規定，除有該條各款情形之一者外，機關辦理採購，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。

同條第 2 項規定，押標金或保證金應由廠商以現金、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繳納，或取具銀行之書面連帶保證、保險公司之連帶保證保險單為之。

機關對於廠商所繳納之押標金，應於決標後無息發還未得標之廠商。廢標時，亦同（採購法第 31 條第 1 項）。

此外，機關得於招標文件中規定，廠商有下列情形之一者，其所繳納之押標金，不予發還，其已發還者，並予追繳（採購法第 31 條第 2 項）：

- 一、以偽造、變造之文件投標。
- 二、投標廠商另行借用他人名義或證件投標。
- 三、冒用他人名義或證件投標。
- 四、在報價有效期間內撤回其報價。
- 五、開標後應得標者不接受決標或拒不簽約。
- 六、得標後未於規定期限內，繳足保證金或提供擔保。
- 七、押標金轉換為保證金。
- 八、其他經主管機關認定有影響採購公正之違反法令行為者。

至於履約保證金之沒收，在政府採購上，法規依據為採購法第 32 條：「機關應於招標文件中規定，得不發還得標廠商所繳納之保證金及其孳

息，或擔保者應履行其擔保責任之理由，並敘明該項事由所涉及之違約責任、保證金之抵充範圍及擔保者之擔保責任」。

由是可知，機關沒收廠商之押標金或履約保證金，並非以採購法為直接依據，而係以機關曾在招標文件中明文規定沒收之事由為必要。

應併注意者，履約保證金之性質為何，最高法院見解尚屬分歧。

有判決認為，承攬契約約定承攬人應繳交履約保證金與定作人者，則該履約保證金乃「信託讓與擔保」。換言之，承攬人為擔保履行其承攬債務而移轉保證金之所有權予定作人；定作人於承攬人依約履行債務後，負責返還於承攬人。承攬人未依約履行者，定作人得就該保證金取償。參見下列最高法院判決：

1. 94 年台上字第 1209 號判決：「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。上訴人係以低於被上訴人所定底價之總價標得系爭工程，因而繳付系爭差額保證金予被上訴人作為履約之擔保，依台灣省各機關營繕工程投標須知第二十三條第一項規定，該保證金應按工程施工進度及於驗收合格後分期退還，係以不確定事實之發生為分期退還之期限，如該事實已確定不能發生，即應認期限業已屆至。系爭工程既經被上訴人

另交由他人施工完成，上訴人已確定不能繼續施工，自應認該期限已屆至。系爭保證金果無應由上訴人負擔保責任之事由發生，或扣除應由上訴人負擔保責任之賠償金額後猶有餘額，上訴人非不得請求被上訴人返還系爭保證金或其餘額」。

2.93 年台上字第 1356 號裁定：「系爭合計新台幣一千五百萬元之二張定期存單係訴外人開盟營造有限公司（下稱開盟公司）為投標參加人工程，由「押標金」轉成之「履約保證金」。按履約保證金應視為附有停止條件之「信託讓與擔保」，即承包商以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」，如承包商於工程契約終了時並無債務不履行情事者，承包商對履約保證金之返還請求權因條件成就而得向「業主」請求。本件系爭定期存單既載明「台灣電力股份有限公司（下稱台電公司）預留印鑑及開盟公司預留印鑑章」，或「台電公司預留印鑑及書面通知」任用一式有效，被上訴人復與台電公司訂立代收工程押標金保證金約定書，由被上訴人代參加人保管履約保證金，足證參加人與開盟公司間就該系爭定期存單之金額已成立「信託讓與擔保」關係。故系爭定期存單於開盟公司得標簽訂承攬契約，交由被上訴人代收後，該定期存單之所有權已歸參加人所有，祇不過開盟公司完全履行契約規定之義務後可請求返還。茲開盟公司於八十六年與參加人訂定「龍潭變電所擴建工程」承攬契約後，尚未完工，並以財務困難為由，表示無法繼續施工，嗣參加人依承攬契約第二十五條約定，由連帶保證人茂泰營造股

份有限公司（下稱茂泰公司）接辦，然茂泰公司經通知後並未接辦，業由參加人另發包完工，自不能請求返還系爭定期存單。則上訴人據以請求確認開盟公司對被上訴人有系爭定期存單債權存在，即屬無據，不應准許」。

亦有判決認為，金融機構應得標廠商要求而出具予機關之履約保證書乃獨立的擔保契約。換言之，在得標廠商履約過程中，一旦機關認定得標廠商有任何債務不履行情事並通知該金融機構者，金融機構應立即依保證書內容如數給付履約保證金與機關，不得提出任何抗辯，尤其是基於保證契約所生之保證人抗辯。就此，可以參見 92 年台上字第 2165 號裁定：「依系爭履約保證書第一條約定，寶島商業銀行股份有限公司營業部（於民國九十年九月十日變更為日盛國際商業銀行股份有限公司，即上訴人）因致業公司承攬被上訴人發包之國防醫學中心醫院建築工程建築裝修勞務部分，依照合約規定應交被上訴人履約保證金四千一百十六萬元，此項履約保證金由上訴人開具本保證書負責擔保；第二條約定，如經被上訴人認定承包商有未依工程合約書之規定履行合約情事時，一經接獲書面通知，無須檢附任何證明，立即無條件將上述履約保證金，如數給付被上訴人自行處理，絕不推諉拖延，且無需經過任何法律或行政程序，上訴人絕無異議，並同意拋棄行使抵銷權及民法第七百四十五條之先訴抗辯權；第五條約定，本保證書為兩造間獨立且完整之契約，其效力不受其他文件或契約（包括前述工程契約）之影響。可知系爭履約保證金書面保證之性質，為

履行給付保證金之代替，為付款之承諾，具有相當之獨立性及無因性，並非違約時所發生損害賠償之保證，與民法上之保證有其從屬性及補充性不同」。

四、契約之履行（轉包）

如前所述，採購法所稱之採購，相當於民法上之承攬、買賣、委任及僱傭等契約。

在民法上，關於承攬契約，除非當事人明白約定，否則承攬人無須親自履約，而得交由第三人代為履行，亦即所謂「次承攬」。就此，最高法院著有 65 年台上字第 1974 號判例：「承攬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」，可資依循。

買賣契約、買賣與承攬混合契約，亦不限於出賣人親自履行義務。因此，出賣他人之物契約，仍為有效；出賣人交付標的物並使買受人取得該物所有權者，買受人不得更以標的物原非屬出賣人所有，而主張出賣人應負違約責任。

委任契約，依民法第 537 條規定，受任人原則固應自己處理委任事務，但經委任人之同意或另有習慣，或有不得以之事由者，得使第三人代為處理。

至於僱傭契約，則固然比承攬、買賣契約及委任契約具有屬人性，故民法第 484 條規定：「……受僱人非經僱用人同意，不得使第三人代服勞務。當事人之一方違反前項規定者，他方得終止契約」。惟最高法院 89 年台上字第 1301 號判決謂：「……勞動契約為具有身分性質之契約，其勞務

給付之義務，原則上係轉屬於受僱勞工之義務，但經雇主同意或習慣上允許他人代為勞動，或依勞動之性質，由他人代為勞動並無差異者，受僱勞工得使第三人代服勞務」。

從而，採購法第 2 條所稱之「工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭」等政府採購，從民事契約觀點，得標廠商均無須親自履約，而得由第三人代為履行。

然而，依採購法第 65 條及第 66 條規定，關於工程及勞務契約，不得轉包；關於財物契約，則需經一定履約過程，非以現成財物供應者，亦不同轉包。得標廠商違法轉包者，機關得解除或終止契約，或沒收保證金，並得請求損害賠償；而且，轉包廠商應與得標廠商負連帶履行及賠償責任。此外，招標機關應將轉包之得標廠商刊登於政府採購公報，使其受一年之停權處分。

申訴審議實務上，爭議經常出現於機關與廠商關於「轉包」之認定。此項問題，並可能與機關廠商資格所設之規定有關。參看行政院公共工程委員會 91056 號審議判斷：「本案投標須知有關廠商之基本資格規定為『投標廠商須為合法登記設立且依法納稅之廠商，應提供本採購案相關營業項目之公司執照、營利事業登記證及最近一期納稅證明或未欠稅證明文件之影本』，既未明文要求投標廠商需為『製造業』，則廠商得標後是否自行製造、或委由國外廠商製造、或代理經銷國外產品等係屬得標後之履約問題，與廠商資格之認定尚屬有間，尚難於資格審查時，即認定該廠商因非『製造業』，必於得標後有轉包行為，

而判定其資格不符；至於履約過程中，招標機關若發現該得標廠商確有轉包行為，尚非不得依本法相關規定處置」。