

## 工程定型化契約之履約保證條款(含立即照付約款)

### —最高法院相關實務判決評析



編目：保險法

#### 【論文導讀】

- 一、文章名稱：工程定型化契約之履約保證條款（含立即照付約款）  
—最高法院相關實務判決評析
- 二、作者：楊淑文
- 三、出處：月旦法學雜誌，第 187 期，頁 21~38

#### <目次>

- 壹、重點整理
  - 一、工程契約之履行與債權之擔保
  - 二、約定擔保權利類型
  - 三、擔保權利與主債權之關係
  - 四、小結
- 貳、讀後心得
- 參、考試趨勢
- 肆、延伸閱讀

#### <摘要>

實務上對於銀行在工程契約中出具之保證書性質莫衷一是，有保證契約說、連帶保證責任說、無因的債務拘束說、擔保契約說、付款承諾說。再加上學術界有損害擔保契約說、併存債務承擔說等，可謂見解多歧。而楊師認為應依債權人之訂約目的及擔保之債權範圍作區分，但實務判決揭露的相關立即照付約款，依其訂約目的應為保證契約，具有從屬性之性質，銀行雖承諾不得異議，但仍應某程度賦予其異議權，值得考生注意。

關鍵詞：工程契約、履約保證金、立即照付約款、擔保契約之獨立性、保證契約之從屬性

#### 壹、重點整理(註 1)

##### 一、工程契約之履行與債權之擔保

(一)約定包工包料之承攬契約，是否應適用承攬之規定，見解有三：

##### 1.視當事人意思定之

若當事人意在財產權之移轉則為買賣，如重在工作物之完成則為承攬。

##### 2.買賣與承攬之混合契約



最高法院 59 年台上字第 1590 號判例(買賣乃法律行為，基於買賣取得不動產之所有權，非經登記不生效力，其與定作人原始取得工作物所有權之形不同。且有所謂工作物供給契約，即工作全部材料由承攬人供給，而當事人之意思復重在工作物財產權之移轉時，仍不失為買賣之一種。)

### 3.有完成工作義務之類型，應歸屬承攬契約(楊師採之)

楊師認為承攬人有完成工作並使定作人取得完成工作物所有權之義務，因此所有權移轉之義務並非買賣契約獨有；但工作物完成之義務並非買賣契約之主給付義務，因此有完成工作義務之契約，應歸屬於承攬契約。

若承攬人提供材料，在德國法上，就材料所生瑕疵依買賣之規定負瑕疵擔保責任；若屬不可替代物，則依承攬規定負瑕疵擔保責任。

## (二)法定擔保權利具從屬性之特徵

抵押權、質權、保證契約等擔保權利之成立、範圍、消滅之規範，立法技術上不逐一訂定，使其從屬於被擔保之債權，係因擔保目的所為之立法技術上的簡化。

## (三)擔保權利之定型化契約條款

債權人為快速創設對自己有利之擔保權利類型，多以定型化契約條款之預先擬定達其目的。例如：定型化保證契約中之先訴抗辯權拋棄條款、主債權範圍不特定危險擴展條款(保證之保證條款)、最高限額抵押權條款(排除債權發生之從屬性)。此種方式是否背離法定擔保權利本於擔保目的之從屬性規定，使擔保權利與主債權間喪失求償關係，導致與擔保目的不符，值得探討。

## 二、約定擔保權利類型

債權人為擔保債權快速實現無需支付實現擔保權利實現之費用，要求債務人預先支付一定金錢，在債務人債務不履行時，直接由該筆金錢抵充債務。

原則上擔保權利亦係基於擔保主債權之實現目的而存在，擔保權利之成立、範圍、移轉與消滅等相關事項，應透過擔保約定而為詳細規定。換言之應明定在何種情形下，擔保給付之債務人得向債權人於擔保目的消滅後請求返還一定之金額。但縱使未約定，依照契約補充解釋，也可以認為在擔保目的不存在或消滅時，債權人應依不當得利之規定返還擔保金予原給付之債務人，不可由債權人終局享有。

政府採購法第 30 條第 1 項規定：「機關辦理招標……得標廠商須繳納保證金或提供其他擔保。」實務上最常見的就是廠商繳交履約保證金與銀行提供履約保證書。

### (一)工程履約保證金

依照行政院公共工程委員會發布之「押標金保證金暨其他擔保作業辦法」第 8 條第 1 款規定：「履約保證金：保證廠商依契約規定履約之用。」可見履約保證金在於擔保得標廠商因政府採購契約對招標機關所生之債務，擔保定作人因承攬人延遲完工或不完全給付所生之損害賠償請求權，及於約定期限內完工但因工作有瑕疵之瑕疵擔保責任。

#### 1.履約保證金之擔保範圍

廠商若未依約履行，機關對廠商就有損害賠償請求權、瑕疵擔保請求權等。履約保證金為履約之擔保，若業主對承包商並沒有任何損害賠償請求權，業主不得主張終局保有履約保證金，因為履約保證金無法獨立於擔保目的存在。

#### 2.履約保證金之性質



### (1)履約保證金為定金

最高法院 77 年台上字第 767 號民事判決意旨認為「契約當事人一方，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，不論其使用之名稱如何，均為定金。」定金係債務人對債權人於訂約時之給付，保證金則係擔保金，雖具預付之性質，但擔保目的是否存在，在給付當時仍無法確定，因此與保證金不同。

### (2)履約保證金為違約金

違約金為損害賠償性質，屬於履約保證金所擔保之債權。但違約金可依民法第 252 條請求酌減，業主對廠商得發還或不負返還義務之範圍自應限於已依法扣減後之違約金範圍。

### (3)履約保證金與信託讓與擔保

「信託的讓與擔保」指債務人或第三人為擔保債務人之債務，將擔保物所有權或其他財產權讓與債權人，使債權人在不超過擔保範圍內，取得該物所有權。債務清償，則將擔保物返還；債務未清償，就該擔保物取償。在信託讓與擔保之情況，所有權暫時讓與債權人，條件成就時再返還債務人，履約保證金在此點上與信託讓與擔保性質相同。

## (二)銀行附立即照付條款之保證金保證書

銀行出具之保證書可能為差額保證金保證書、保固保證金保證書、預付款還款保證書、保留款保證書。

行政院公共工程委員會提供之保證書格式中履約保證金之格式載明：「機關招標文件契約規定認定有不發還廠商履約保證金保固保證金之情形者，一經機關書面通知本行後，本行當即在前開保證總額內，依機關書面通知所載金額如數撥付，決不推諉拖延，且無須經過任何法律或行政程序。本行亦絕不提出任何異議。」

### 1.以下摘錄實務判決中曾援引之保證金約款

#### (1)最高法院 94 年台上字第 1134 號判決

「本履約保證金屬於懲罰性質之違約金，非損害賠償總額預定之性質……一經定作人書面通知本行後，當即撥付前項保證金總額，決不推諉拖延。……並放棄民法第 745 條所規定之先訴抗辯權。」

#### (2)最高法院 94 年台上字第 386 號判決

「如承包商未能履約或因其他疏忽缺失，工程品質低劣，致使公路局蒙受損失，……不論此等損失係屬何種原因，本行均負賠償責任。……並放棄先訴抗辯權及拋棄行使抵銷權。」

(3)最高法院 92 年台上字第 2062 號、最高法院 90 年台上字第 972 號、最高法院 88 年台上字第 772 號、最高法院 87 年台上字第 1928 號、最高法院 87 年台上字第 1535 號判決中所摘錄之保證金約款也均有與前述判決相類似之記載。

### 2.立即照付條款之目的與功能在代替擔保金之給付

銀行出具保證書與一般保證契約差別在於「立即照付」之約定。目的在使業主取得與承包商給付擔保金之相同地位，避免承包商預先繳交擔保金之壓力。

如此一來產生「立即照付條款是否使銀行脫離保證人之從屬性或變成非保證契約性質之獨立性格」之重大爭議問題。



解釋上「立即照付」條款應僅暫時限制銀行行使保證人之抗辯權，使業主取得與履約保證金同樣之優勢。如果承攬人對定作人之損害賠償責任不存在，定作人仍不應終局享有該給付，應允許保證銀行依照法定程序主張保證人之抗辯與抗辯權。

### 3.立即照付條款當事人間之法律關係

#### (1)銀行與業主成立保證契約

最高法院 90 年台上字第 2310 號判決認為立即照付條款係由銀行以保證人名義出具給業主，經業主承諾後，兩造成立差額保證金之保證契約。

#### (2)具利益第三人契約性質，使業主可依保證書請求

而最高法院 92 年台上字第 2062 號判決中則認為保證書具有利益第三人契約性質，而業主可依保證書向銀行請求，具有獨立性與無因性。

### 4.立即照付約款之法律性質

#### (1)屬保證契約

最高法院 87 年台上字第 1928 號判決、86 年台上字第 3183 號判決認為工程契約保證書之性質，屬於民法上之保證。

#### (2)為付款之承諾

最高法院 90 年台上字第 972 號判決認為保證書主要義務在付款而非履約，因此銀行出具保證書實質上為付款之承諾。

最高法院 92 年台上字第 1067 號判決、最高法院 93 年台上字第 1229 號判決亦同其見解。

#### (3)擔保契約

最高法院 94 年台上字第 1134 號判決認為當事人約定一方於他方一定擔保事故發生時，即應為一定之給付，學說上稱之為擔保契約。此契約具有獨立性，不以主債務有效成立為必要，也不得主張主債務人之所有抗辯。因此銀行也無法主張違約金酌減。

最高法院 97 年台上字第 83 號判決亦同其意旨。

## 三、擔保權利與主債權之關係

### (一)若為保證契約則具從屬性

民法第 739 條規定，保證契約係當事人約定一方於他方之債務人不履行債務時，由其代負履行責任之契約。因保證契約在擔保主債務之清償，因此保證契約以主債務之範圍為擔保範圍，因此與主債務具有成立、移轉、變更及消滅之從屬性。

有關保證契約之從屬性若以定型化契約條款予以排除，將與任意規定之立法意旨不符，依民法第 247 條之 1 或類推適用消費者保護法第 12 條第 2 項之規定，應認該條款無效。

保證債務之變動不當然導致主債務效力變動，此為保證債務之片面從屬性，如雙方當事人訂約時使用保證契約、保證人等文義，解釋上應認當事人之合意為從屬性之保證。

且若以定型化契約排除保證契約之從屬性，也將影響保證人對主債務人之求償權利落空。

### (二)若屬擔保契約則具備獨立性

具獨立性的擔保契約常見於國際貿易上之銀行擔保契約。不以主債務之成立為前提，而係在一定情況下，擔保義務人就有給付之義務。依照契約自由原則，仍應承認此種具獨立性之擔保契約。擔保契約之獨立性，係因其並非擔保一定之債務，而係擔保一定事由之不發生。

楊師認為如何認定屬於保證契約或擔保契約，應先區分具體案例中債權人訂約之目的，若





係為取代履約保證金，具暫時性，且擔保之目的為債務不履行損害賠償之債權，則屬於保證契約；若業主擔保之目的係一定天災事故之發生（類似保險契約），則銀行因為擔保一定事故不發生，因此應由業主終局享有銀行給付之金額，銀行不得請求返還。

#### 四、小結

- (一)由相關判決中所揭露之立即照付條款，可見均係擔保「承攬人對於定作人債務不履行時所生之損害賠償」，而非「一定天災或事變情事之不發生」，因此承攬人若無債務不履行責任時，業主均不應終局取得銀行給付之金錢。
- (二)保證金保證書係取代廠商之履約保證金，不因保證書具付款義務，就脫離保證契約之從屬性，最高法院部分判決之見解有待商榷。
- (三)立即照付條款具有民法第 739 條擔保主債務之保證契約之性質，若主債務不存在，保證債務即無法存在。「不得異議應即付款」之真意，並非擔保一定事故之發生，而係在擔保主債務之發生，最高法院 94 年台上字第 1935 號判決值得贊同。
- (四)保證銀行之抗辯權為保證人之權利亦為義務。保證銀行若經業主請求而先向業主給付，縱使未主張抗辯權，在主債務不存在時，銀行對業主仍可援引民法上保證契約之抗辯權。
- (五)業主與承包商就具體工程之履行已經清算完畢，可確信無債務不履行責任，而業主仍向銀行請求付款，則雖載明「不得異議」，亦可援引誠信原則為抗辯。

#### 貳、讀後心得

實務上對於銀行在工程契約中出具之保證書性質莫衷一是，有保證契約說、連帶保證責任說、無因的債務拘束說、擔保契約說、付款承諾說。再加上學術界有損害擔保契約說、併存債務承擔說等，可謂見解多歧。另外涉及國際貿易上信用狀等概念之發展，主張取得手續費而願意提供擔保之銀行與原本應該提供擔保金之廠商，在相關避險之規劃下，本應依照契約自由原則賦予立即照付條款獨立性之需求，而無需依照民法保證契約之從屬性概念加以保護之見解亦非無可取之處。

而楊師認為應依債權人之訂約目的及擔保之債權範圍作區分，但實務判決揭露的相關立即照付約款，依其訂約目的應為保證契約，具有從屬性之性質，銀行雖承諾不得異議，但仍應某程度賦予其異議權，值得考生注意。

#### 參、考試趨勢

公共工程契約牽涉之範圍廣大，從是否屬於承攬或承攬與買賣之混合契約，到保證書契約等，都有基於不同利益考量之學說與見解產生，對考生而言並非容易處理之點。但在三合一考試中出題的方向更廣，針對此種類型之題目，只能針對學說之歧異以及實務上之利弊加以熟記，才有辦法分析出考題之爭點，並加以回答。

#### 肆、延伸閱讀

- 一、姚志明(2010)，〈公共營建工程契約之成立—以營建工程之招標、決標為中心〉，《月旦法學雜誌》，第 181 期，頁 213-232。
- 二、林誠二(2005)，〈論政府採購之履約保證金—兼評最高法院 91 年度台上字第 901 號民事判決〉，《台灣本土法學雜誌》，第 72 期，頁 41-63。

#### 【注釋】

註 1：以下說明除另有引註外，主要係整理自楊師本篇論文，合先說明。

