

發文字號：行政院公共工程委員會 96.05.24 工程企字第 09600214700 號函

發文日期：民國 96 年 05 月 24 日

要 旨：修正「工程採購契約範本」第 18 條第 8 款

主 旨：修正本會 95 年 11 月 24 日工程企字第 09500460460 號函頒之「工程採購契約範本」第 18 條第 8 款如說明一，請 查照並轉知所屬（轄）機關。

說 明：一、修正旨揭第 8 款內容如附件 1，廠商之損害賠償責任，得不包含機關所失利益，惟機關應於招標文件預先載明；並將法令另有規定之損害賠償責任，排除於廠商損害賠償金額上限之外。

二、機關辦理採購，有因個案特性（例如市場供需屬賣方市場、標的物製造難度高、風險較高），於招標文件預為載明逾期違約金之上限，其低於「採購契約要項」第 45 點第 2 項所定契約價金總額之 20 % 者，尚可，併請各機關參採。

三、檢附本會委託辦理「政府採購契約之廠商所負損害賠償責任之研究」之研究發現及具體建議（附件 2）供參。

正 本：總統府第三局、國家安全會議秘書處、行政院秘書長、立法院秘書長、司法院秘書長、考試院秘書長、監察院秘書長、國家安全局、行政院各部會行處局署、省市政府、臺灣省諮議會、臺北市議會、高雄市議會、各縣市政府、各縣市議會

副 本：全國政府機關電子公布欄、本會各處室會組、企劃處（網站）

附件 1：工程採購契約範本

第 18 條 權利及責任

（一）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。

（二）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。

（三）廠商履約結果涉及智慧財產權者：（由機關於招標時載明）

☐機關有權永久無償利用該著作財產權。

☐機關取得部分權利（內容由機關於招標時載明）。

☐機關取得全部權利。

☐機關取得授權（內容由機關於招標時載明）。

☐廠商因履行契約所完成之著作，其著作財產權之全部於著作完成之同時讓與機關，廠商放棄行使著作人格權。廠商保證對其人員因履行契約所完成之著作，與其人員約定以廠商為著作人，享有著作財產權及著作人格權。

☐其他：_____（內容由機關於招標時載明）。

（四）除另有規定外，廠商如在契約使用專利品，或專利性施工方法，或涉及著作權時，其有關之專利及著作權益，概由廠商依照有關法令規定處理，其費用亦由廠商負擔。

（五）機關及廠商應採取必要之措施，以保障他方免於因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。

（六）機關對於廠商、分包廠商及其人員因履約所致之人體傷亡或財物損失，不負賠償責任。對於人體傷亡或財物損失之風險，廠商應投保必要之保險。

（七）廠商依契約規定應履行之責任，不因機關對於廠商履約事項之審查、認可或核准行為而減少或免除。

（八）因可歸責於廠商之事由，致機關遭受損害者，廠商應負賠償責任（機關如同意廠商無需對「所失利益」負賠償責任，應於招標時預先載明）。除第 17 條規定之逾期違約金外，賠償金額以☐契約價金總額；☐_____（

由機關視案件特性與需求於招標時載明，無則免填）為上限。但法令另有規定，或廠商隱瞞產品之瑕疵、故意或重大過失行為、對智慧財產權或第三人發生侵權行為，所造成之損害賠償，不受賠償金額上限之限制。

（九）履約及賠償連帶保證廠商應保證得標廠商依契約履行義務，如有不能履約情事，即續負履行義務，並就機關因此所生損失，負連帶賠償責任。

（十）履約及賠償連帶保證廠商經機關通知代得標廠商履行義務者，有關廠商之一切權利，包括尚待履約部分之契約

價金，一併移轉由該保證廠商概括承受，本契約並繼續有效。得標廠商之保證金及已履約而尚未支付之契約價金，如無不支付或不發還之情形，得依原契約規定支付或發還該得標廠商。

(十一) 廠商與其連帶保證廠商如有債權或債務等糾紛，應自行協調或循法律途徑解決。

附件 2：政府採購契約之廠商所負損害賠償責任之研究

第九篇 研究發現及具體建議

第一章 研究發現

第一節 損害賠償責任之成立與競合

依我國現行政府採購契約範本及採購契約要項觀之，政府採購契約廠商應負擔之損害賠償責任，依民法之請求權基礎分類，大致分為債務不履行責任、瑕疵擔保責任及侵權行為責任。惟工程承攬實務上，常見定作人使用保固責任條款，以補充或變更民法第 492 至 514 條關於承攬人瑕疵擔保責任之規定。另關於給付遲延之損害賠償責任，政府採購契約實務大致均以逾期違約金或保證金來確保債務之履行。此外，政府採購契約關於廠商之損害賠償責任，通常係混合列舉瑕疵、遲延及侵權等責任，較難依其法律性質加以類型化，而個別適用民法之相關規定。因此，政府採購契約廠商應負擔之損害賠償責任，實應包括債務不履行責任、瑕疵擔保責任及保固責任等，惟在探討其法律性質及效力時，仍應依個案具體檢視其要件。

至於對第三人之侵權行為責任，採購契約要項第 60 點明文規定：「機關對於廠商及其人員因履約所致之人體傷亡或財物損失不負賠償責任。前項人體傷亡或財物損失之風險，廠商應投保必要之保險。」因此機關對於承商所致對第三人之侵權行為不負損害賠償責任，並應要求承商投保必要之保險，且此對第三人之侵權行為所生之責任，應不包括在責任上限的範圍內。

關於政府採購契約中之債務不履行責任、瑕疵擔保責任、保固責任及侵權行為責任間之競合，應採請求權相互影響說，且應以特別規定及短期時效優先適用。惟實務上常見者，乃因政府採購契約之性質難以判斷，致損害賠償責任之請求權基礎及其時效屢見

爭議，例如工程承攬契約之性質究係純粹之承攬契約，或屬承攬與買賣之混合契約，在請求權基礎及時效計算上均有差異，此部分尚有待司法實務在個案中加以釐清及適用。

第二節 債務履行之確保

為確保政府採購契約債務能依約履行，我國實務上採取的機制為違約金及保證金制度。依我國民法之規定，違約金得分為損害賠償總額預定性及懲罰性違約金；保證金得分為履約保證金及保固保證金。

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，廠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，廠商對該履約保證金之返還請求權附有「工程契約終了且廠商無債務不履行情形」之停止條件。惟在廠商有債務不履行時，履約保證金所「擔保」之範圍究竟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？此仍應視當事人間所約定之違約保證金條款而判斷該履約保證金所擔保之內容為何，尚不能一概而論。而司法實務見解認為履約保證金性質究係定金或違約金，其法理解釋均尚有不足之處，更忽略履約保證金僅具有「擔保」性質，絕非係損害賠償數額之預定性質，此仍有待日後法院實務判決再予以澄清。

又保固保證金具有保證廠商履行保固責任之功能，原則上於保固期限屆滿且無待解決事項後即應發還之，因此究其法律性質，應與履約保證金相同，為附有停止條件之信託讓與擔保。

再依採購契約要項第 45 點規定，「逾期違約金，為損害賠償總額預定性違約金，並以契約價金總額之 20 % 為上限。機關自應付價金中扣抵不足者，得自保證金扣抵。」依此規定，採購契約要項明白地將逾期違約金（給付遲延之違約金）規定為「損害賠償額預定性違約金」，但如採購機關於採購契約中明白規定為懲罰性違約金者，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。

綜上所述，本研究計畫發現，違約金及保證金之機制在政府採購契約中通常已涵蓋債務不履行損害賠償責任、瑕疵擔保責任及保固責任，因此就損害賠償責任範圍之限制亦應同時考慮違約金及保證金加以一併限制，始為公允。惟我國政府採購契約中之逾期

違約金及履約保證金之性質仍有爭議，仍須由司法實務依個案具體判斷之。其次，由於我國逾期違約金最高可達總價額之百分之二十，與外國立法例相比，顯有過高之虞，應適度修正。

另需注意者，如前所述，採購契約要項雖明文規定違約金之性質為損害賠償額之預定，惟採購契約要項第 58 點已明文排除第 45 點逾期違約金之損害賠償責任，因此本研究計畫未將逾期違約金上限列入本研究計畫探討政府採購契約廠商損害賠償責任範圍限制之範疇，僅分別介紹並比較各國關於逾期違約金之上限規定，俾供參考。

第三節 損害賠償責任之範圍

我國損害賠償制度採損害填補之原則，亦即損害賠償，除法律另有規定或契約另有約定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。有關我國民法體系下之法定損害賠償範圍之具體意涵，根據最高法院判例，所謂「所受損害」，係指現存財產因損害原因事實之發生而被減少，屬於積極的損害；所謂「所失利益」，則指新財產之取得因損害原因事實之發生而受妨害，屬於消極的損害。

另根據最高法院判決所揭櫫之見解，民法第 216 條第 2 項之消極損害（所失利益），乃指一般可得預期利益之損害，即：凡依通常情形、已定之計畫設備，或其他特別情事等外部客觀情事觀之，足認已有取得利益之可能，惟因責任原因事實之發生致不能取得者，即為所失利益，應由債務人賠償；該應由債務人負擔損害賠償責任之所失利益，殊不以債權人原有取得該利益之絕對確實為必要。經比較觀察後，本研究計畫發現，我國實務對於所失利益之範圍，至少包括另行出售所減少之收益、未能使用收益之損失、營業利益之損失、另行轉售所可獲得之利益及受傷住院不能工作、致喪失之工資等，足見我國實務關於所失利益之範圍相當廣泛。

至於英美法之衍生性損害或間接損害，經本研究計畫分析歸納之結果，至少包括租賃成本、運輸及倉儲成本、辦公室及工地額外經常性支出、額外管理成本、為完工所支出之人力及材料成本、購置原料及設備之增加成本、因可歸責於廠商所發生之稅捐、因可歸責於廠商所發生之保險成本、額外設施成本、額外顧問費用

、因業主變更預算所可能發生之額外成本、額外利息成本（額外財務成本）、折舊成本、商譽損失及利益損失等，與我國所失利益之範圍有所重疊，惟二者之概念迥不相同，應予區分。

此外，所失利益之計算方式依我國實務見解，包括損益相抵、過失相抵、生計酌減、相當租金之損害、營利事業各業同業利潤、物價因素、社會經濟狀況、通常營運情形及營運計畫等，標準不一，此將造成政府採購契約廠商責任之不確定性，因此似有必要適度限制政府採購契約廠商之損害賠償責任。

綜上，本研究計畫以為，我國關於所失利益之範圍相當廣泛，為避免英美法之衍生性損害或間接損害與我國損害賠償責任法制混淆，建議採購契約條文不宜直接使用衍生性損害或間接損害之用語，但如外國廠商認有明確責任釐清之必要且機關亦同意免除對所失利益之請求時，則建議條文可訂為「免除所失利益、衍生性損害或間接損害」之規定。

第四節 損害賠償責任範圍限制之可行性

鑑於我國政府採購契約廠商之損害賠償責任包括債務不履行責任、瑕疵擔保責任、保固責任、違約金及保證金責任，就風險分擔之角度而言，對於政府採購契約廠商而言似課以過多義務及責任，且依我國司法實務之見解，損害賠償中之所失利益涵蓋範圍幾與英美法上之衍生性損害賠償或間接損害類似，此可能對工程產生如下負面影響：一、並非所有的廠商均有興趣參與投標；二、工程成本增高；三、造成業主管理困擾等，因此如能就我國政府採購契約廠商視實際情況適度予以限制其損害賠償責任的範圍，應可避免損害賠償之項目及範圍對於廠商造成困擾及爭議。

本研究以為，政府採購契約如能就廠商之損害賠償責任的範圍加以合理限制，將有如下正面影響：一、促進優質廠商參與投標意願，提升工程品質；二、對於業主及廠商均能合理控制預算；三、符合國際潮流。惟責任限制亦可能有下列缺點：一、增加業主風險；二、可能有圖利廠商之嫌，且對於公益可能有所損害；三、可能與我國現行法律體系不符；四、無法督促廠商自我管理風險；五、責任限制非普世原則，如一體適用可能對我國不盡公平。因此有必要逐一檢視責任限制之優缺點，進而檢討我國政府採購法規是否應修正明定責任限制之規定。

首先就責任限制之適法性而言，本研究計畫發現，依民法第 216 條之規定，當事人得以契約排除損害賠償之範圍，因此不論係就金額限制或係種類限制，如約定以契約總額為上限，或排除所失利益，並未違反我國民法及其他相關法律之規定，且毋須修法明訂，因此尚無違法性之爭議。惟需注意者，最高法院判例認為逾期違約金仍得以當事人實際所受之損失為準，酌予核減或增加。再者，各機關對於責任限制之損害總額超過上限時，得以編列預備金支應，因此就實務面而言，尚屬可行。

惟觀察外國立法例可知，在美國 FAR、德國 VOB、日本及歐盟的相關法律均未明確要求政府採購契約應訂定損害賠償上限，但透過其他規定的運作，在實務上有可能達到與責任限制類似的效果，例如在歐盟財務採購規則規定，若投標廠商在決標後有重大違反契約的情事，機關得處以懲罰，惟金額不得超過相關契約的金額，此即有可能在實務上造成廠商的責任不會逾一定金額的效果。

雖然各國法律並未明文要求政府採購契約中「應」訂定損害賠償上限，但在德國的 VOL 及 VOB 均允許當事人在個案中對損害賠償義務另行約定上限；美國的 FAR 亦允許契約當事人得在個案中協商責任限制，並約定廠商對財物本身瑕疵所致的衍生性損害，原則上不負賠償之責。

在契約範本部分，FIDIC 規定一方對他方所受之衍生性損失，原則上不負賠償之責；除例外規定外，原則上廠商對業主的總責任不應超過特殊條件中規定的限額，或契約金額；ENAA 亦規定，廠商並不承擔業主可能遭受之衍生性損失；英國財政部的模範契約條款中，規定就承攬人的責任金額並無限制，而讓政府機關在考慮契約的特定情形後，決定是否要對責任做一限制或排除，但英國政府商務辦公室針對模範契約條款 CUP59 (D) 第 28.1 條所制定的採購政策，明確宣示責任的限制或排除應在個案中具體判斷，而非一體適用，否則可能對競爭產生負面影響，尤其可能導致廠商拒絕投標或提高投標金額。至於在決定責任時，須同時考慮損害種類的不同：在死亡及人身傷害原則上採無限責任；對直接損失或損害原則上亦採無限責任，但若採無限責任可能導致廠商因為無法透過保險來分擔責任，而拒絕投標或提高報價時，

應對責任做一限制；就間接損害及衍生性損害，原則上採責任限制或排除，但不管如何，都應在個案中個別考慮，且應將報酬金額的多寡一併考慮進去。

綜上所述，各國法令多未明文規定應有責任限制，但允許當事人間以約定的方式，或透過其他的規定達到與責任限制類似的效果，使廠商的責任原則上不會超過契約金額，因此在深入比較研究後，本研究計畫以為，我國似不應將損害賠償責任範圍的上限明文法制化，或至少毋須規定於法律之位階。

就此觀之，目前採購契約要項第 58 點及第 59 點關於「機關得視採購之特性及實際需要，就第 45 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」之規定，賦予採購機關就個案視採購之特性及實際需要決定是否訂定責任上限，實已充分考慮機關與廠商之需求，保留機關與廠商間之談判空間，且避免採購契約要項位階及法律效果不明之困境，尚稱妥適，毋須修正。本研究計畫並建議得以行政程序法中之解釋性行政規則，發布供政府採購機關或業主作為參考之具體依據，詳如後述。

第五節 政府採購契約風險之發生及分擔

按政府採購涉及之類型、標的物及履約方式，各有不同。其中尤以工程採購，因其履約期限通常較一般採購案件長，性質具有不確定性及高風險性，所面臨未知、無法掌握之風險亦較多。一旦發生意外或事故，往往造成重大損害，若由契約之一方全數負擔或承擔因該災害或事故所致之大部分損失，實非公允。因此，於該等災害或風險發生時，應如何妥適分配機關與廠商間之風險分擔，以維公平合理，避免爭議發生，使採購案得以順利進行，即成為政府採購過程中，一項非常重要之課題。本研究計畫以為，對於不可歸責於契約雙方之情事，我國政府採購契約範本及採購契約要項均約定有不可抗力及情事變更情事之適用，因此風險係由業主承擔，其規定之內容及項目尚稱合理。惟對於其他可歸責於採購契約廠商之事由，應以保險分擔其風險。

一般而言，政府採購契約多會要求廠商依據業主核准的條件去投保相關保險，種類及額度則視契約種類而異，保障範圍通常為廠商因履行本合約而對業主或第三人的財產造成損失或損害的責任

。惟本研究計畫訪談發現，據受訪廠商表示，保險公司對於無責任限制之政府採購契約通常不予承保，縱使承保，其保險自負額亦高於一般保險，且最高理賠限額有限，無法充分發揮風險分擔之功能，因此責任限制條款似有其必要。

本研究計畫發現，在國外對保險的功能非常重視，例如在德國，如果廠商可藉由保險涵蓋其法定賠償責任時，或得透過國內合法保險業者依據相關通常保險費率（非特別約定之保險費率）涵蓋其法定賠償責任時，即使廠商未投保，廠商仍應對受害人負責。若廠商已投保，自應由保險公司負賠償之責。在 FAR，若廠商已依規定投保，業主應補償廠商的相關費用，但若廠商未依規定投保時，業主則不負責。

第六節 政府採購契約之準據法及平等互惠原則之適用

準據法在政府採購法制中以往並非重要議題，因為除特殊採購契約類型外，大部分準據法均依業主即政府機關或公營企業所在地之法律，一方面係因業主具有經濟上較強勢之地位，另一方面係傳統高權行政統領及支配之概念所使然。然而由於部分重大公共建設之開展，逐漸吸引國際大型製造商、建築營造公司、顧問公司等來臺承包政府採購業務，這些跨國大型公司不僅擁有較為先進的技術及較為充沛的資金，且對於風險控管較為嚴謹，因此傾向於選擇第三地法律或仲裁解決紛爭。當政府採購爭議適用第三地法律或仲裁時，即有可能適用前述國際間所採行關於責任限制之契約條款。因此政府採購契約之準據法對於責任限制之適用亦有影響。

我國將來如加入世界貿易組織政府採購協定，依該協定之國民待遇原則，需對全體加入該協定之締約國一體適用，惟其他締約國不一定有責任限制之相關規定，不僅對我國之廠商不盡公平，我國政府機關及公營企業之權益無形中亦因此受損。因此本研究計畫以為，我國應審慎評估如限制廠商之損害賠償責任的範圍，將來加入政府採購協定可能之衝擊。就此而論，我國不宜訂定責任限制之法律，以免損害我國政府採購機關或廠商之權益。

第二章 具體建議

本於前述，倘我國政策決定採取廠商責任限制之規定，則針對政府採購契約條款應如何修改以適當限制廠商責任範圍，暨限制廠

商責任之具體方式，謹提供初步建言如下：

一、合理限制廠商責任之種類或總額：

為使政府採購廠商願意參與國內大型公共工程之投標，以達確保工程品質、控制工程成本並利工程管理之目的，宜就廠商之損害賠償責任的範圍為如下之限制：

(一) 從「種類」上限制廠商責任

將廠商之損害賠償責任的範圍原則上限制在因其違約行為所導致之直接損害上；對於由違約行為之結果所引致之衍生性損害之責任予以限縮，而限於相當於我國民法體系下法定損害賠償範圍之「所受損害」部分。本研究計畫建議得將政府採購契約範本中之合約條款有關廠商之責任部分，修改為「對於所失利益，廠商不負責任」或類此文字。

(二) 從「金額」上限制廠商責任：

其次本研究計畫建議，可參照我國政府採購契約目前普遍採行之方式，就損害賠償責任之金額，以合約金額或廠商投保金額為上限。本研究計畫建議於政府採購契約範本中增列有關廠商之總責任之約定為「廠商於本契約下之損害賠償責任，除有故意隱匿瑕疵、故意或重大過失或對第三人之侵權行為損害賠償責任外，以本契約價格之百分之一百為上限，但法令另有規定者，不在此限」或類此文字。

二、回歸我國民法體系下有關法定損害賠償範圍之定義

於準據法係採我國法之場合，政府採購契約中就廠商損害賠償責任之約定，回歸我國民法體系下有關法定損害賠償範圍之定義，但將廠商之損害賠償範圍限於「所受損害」部分。如為涉外契約，則視外國廠商是否要求而增訂免除所失利益、衍生性損害或間接損害之規定。

三、應合理訂定遲延違約金上限

依據本研究計畫談訪結果，建議政府採購契約關於逾期違約金條款，可考量是否參酌外國立法例之標準，以 5% 至 15 % 為限。

第三章 本研究計畫建議之責任限制標準及其除外規定

本研究計畫以為，依前述研究結論發現，現行採購契約要項第 58 點及第 59 點之規定尚稱妥適，且現行政府採購法及其相關子

法尚無修正之必要，惟應統一制訂政府機關辦理政府採購契約時遵循之適當標準，俾免行政機關面對廠商要求時無所適從，及避免標準寬嚴不一之流弊。因此，本研究計畫以為如政府採購契約之業主欲適當限制承商之損害賠償責任範圍，除應依據政府採購契約之特性及實際需求，明訂損害賠償責任範圍之上限及其排除適用之情形，並應具體考量特定因素，詳述如下。

第一節 責任限制標準

以下所列標準乃是機關及廠商在考慮是否要採行責任限制時，應考慮的因素，惟需要注意的是，下述標準不能單一來看，必需要整體綜合考量，在個案中依據個案的情形來判斷是否需要對責任設定上限。

一、市場供需

本研究計畫發現，業主及學者專家咸認市場供需為是否於政府採購契約中，訂定損害賠償上限之關鍵因素。許多專利製程採購，屬於供需關係不平衡之賣方市場，如機電系統、石化、通訊設備、專利技術等。至於實務上土木採購契約曾設有損害賠償責任範圍上限的業主較少。此應與一般土木、建築工程之市場供應者眾，尚不致有優良廠商因無責任上限而不願意來投標的情形有關。

二、政府採購契約之種類

按我國政府採購契約區分為工程、財物及勞務採購契約，其採購標的之種類、性質及金額迥不相同，如未考慮採購標的及內容，一律強制所有採購設定上限，並非妥適。以勞務採購契約而言，如工程顧問契約，其標的金額通常僅為其勞務之對價，惟工作項目可能致生之損害金額往往超過其標的金額數倍，似有訂定損害賠償責任範圍上限之必要；財物採購契約之性質較類似買賣契約，僅具有一次性契約之性質；而工程採購契約之性質，一般而言較為類似承攬與買賣之混合契約，通常具有繼續性契約之性質，標的金額通常較高，履約時程相對而言亦較長。因此本研究計畫以為，各機關於簽定政府採購契約時，得考慮政府採購契約之性質，作為綜合考量之因素之一。

三、採購標的之性質

依據採購標的性質判斷，財物採購應區分是技術成熟、供消費使用、或是具有高級技術隱密性之專利製程或營業秘密。如為具有高級技術隱密性之專利或營業秘密等，因風險分擔不易，似有訂定損害賠償責任範圍上限之必要；至於技術成熟、供消費使用之採購標的，風險相對較小，應毋須限制損害賠償責任範圍的上限。

四、採購決標方式一最有利標或最低標

依 94 年 1 月 3 日修正之最有利標評選辦法第 2 條規定，「機關辦理採購，採最有利標決標者，應於招標前確認其標的屬異質之工程、財物或勞務，不宜以第 52 條第 1 項第 1 款或第 2 款之最低標決標方式辦理。」「前項異質之工程、財物或勞務採購，指由不同廠商履約結果，於技術、品質、功能、效益或商業條款之履行等有差異者。」依上所述，採最有利標方式決標，經採購評選委員會評選，重視廠商有良好之技術、品質、功能、效益或商業條款之履行，綜合考量廠商之總評分及價格，風險因而降低，產生錯誤之機會亦隨之減少，故而於此情形似毋需事先規定責任上限。反之，採最低標者，通常為市場上供應者眾，且技術較為成熟，然僅憑價格決定，履約風險較高，因此似應限制廠商之損害賠償責任，以避免廠商負擔風險過重。惟此標準並非絕對，仍應與其他考慮因素綜合判斷後才能決定。

五、技術在國內之成熟度

一般而言，土木建築技術成熟，市場的投標廠商較多，如未設損害賠償責任範圍上限，相對於其他如機電工程等較不會影響投標廠商進入投標的意願，也不影響招標公平性。因此技術在國內之成熟度亦為考量是否限制責任之重要因素。

六、政府採購契約之規模或金額

如政府採購契約標的之規模較為龐雜或金額較高，政府採購契約廠商對於風險之分配及承擔較為不易，此際得考量限制損害賠償責任範圍的上限。反之，如政府採購契約標的之規模較為小或金額較低，政府採購契約廠商得控制其風險之分配及承擔，此際應毋須限制損害賠償責任範圍的上限。

第二節 除外規定

以上僅為提供採購機關或業主參考之依據。惟依我國法令及相關實務見解，政府採購契約廠商之損害賠償責任範圍的上限應排除下列事項之適用：

一、侵害智慧財產權

由於侵害智慧財產權屬於對第三人之損害賠償責任，並將使業主承受法律訴訟風險及損失，因此應不得限制其損害賠償責任範圍的上限。

二、故意隱匿瑕疵

本研究計畫以為故意隱匿瑕疵之行為，係屬嚴重違約，爰參酌各國立法例，應不得以契約限制其損害賠償責任的範圍。

三、故意或重大過失

依民法第 222 條關於故意或重大過失之責任不得預先免除之規定，本研究計畫以為故意或重大過失所致之損害賠償責任不得以契約限制之。

四、對第三人之侵權行為

如前所述，依採購契約要項第 60 點之規定，對於第三人之侵權行為責任不得以契約限制之。

五、其他法律另有規定者

例如在產品瑕疵方面，我國消費者保護法係採無過失責任，因此財物採購契約中若產品有瑕疵，致使消費者對機關請求賠償時，機關通常會要求廠商來參加訴訟。但無論如何，機關及廠商對於產品瑕疵之損害賠償責任，均應負無過失責任，此部分的責任即應排除於損害賠償上限之外。

上述標準謹供委託機關參酌，並建議得以行政程序法規定之解釋性行政規則發布各機關週知，俾供執行依據及參考。