臺灣高等法院高雄分院民事判決

115年度重國再字第1號

再審原告　交通部觀光署大鵬灣國家風景區管理處

000000000000000000

法定代理人　王玟傑

訴訟代理人　周中臣律師

再審被告　勝榮營造有限公司

000000000000000000

法定代理人　盧清池

訴訟代理人　林永頌律師

白禮維律師

上列當事人間返還報酬事件，再審原告對於中華民國115年2月26日本院114年度重上國更一字第1號確定判決提起再審之訴，本院於115年10月7日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

再審之訴駁回。

再審訴訟費用由再審原告負擔。

事實及理由

一、按再審之訴，應於30日之不變期間內提起。前項期間，自判決確定時起算，判決於送達前確定者，自送達時起算；其再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算。民事訴訟法第500條定有明文。再審原告於115年7月29日收受最高法院以115年度台上字第988號裁定駁回再審原告就本院114年度重上國更一字第1號確定判決（見本院卷第55頁）之上訴，知悉再審理由後已於115年8月25日提起本件再審之訴，並未逾前揭30日之不變期間甚明，合先敘明。

二、再審原告主張：本院114年度重上國更一字第1號民事判決（下稱原確定判決），未區分行政處分違法與作成處分之公務員有故意或過失之職務上侵權行為有所不同，不得逕以停權處分之違法推定作為公務員有故意或過失之職務上侵權行為，依民事訴訟法第226條第2、3項自應將理由為記載及說

明，然原確定判決未記載得據以「推定」之法律依據，有消極不適用民事訴訟法第281條及第226條第2、3項規定。又依兩造契約（下稱系爭契約）第9條第21款本例外允許在未交付工地之情況下開工，再依106年11月3日開工前施工會議，兩造已同意在未交付工地之前，凡須工地交付後始得進場施作之工項，在未交付工地之前皆無須進行；既無須進行，應無不交付工地而屬未盡協力義務，且開工後，交付工地之前，再審被告應進行之工作主要為文件送審，而文件送審只須依設計監造單位之設計圖說製作送審，再審被告在未完成文件送審工作以前，再審原告否准再審被告之停工或展延工期申請，並無可歸責。惟原確定判決就此部分認定事實不依證據，判決理由之論述亦有矛盾，有不適用證據法則及論理法則之顯然錯誤；亦錯誤適用系爭契約第9條第21款規定，適用法規顯有錯誤。且原確定判決就賠償金額之認定，顯有違論理法則、證據法則。另原確定判決對伊於前訴訟程序主張上開影響判決勝負之攻擊、防禦方法，未在判決事實項下為記載，亦未在判決理由項下說明何以不採再審原告所主張之攻擊防禦方法，亦有不適用民事訴訟法第226條第2、3項規定顯然錯誤，均構成適用法規顯有錯誤而影響判決之正確性。爰依民事訴訟法第496條第1項第1款規定，提起本件再審之訴，聲明：(一)原確定判決及臺灣屏東地方法院110年度重國字第1號民事判決均廢棄。(二)上開廢棄部分，再審被告在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。

三、再審被告則以：再審原告鍥而不捨，就本件採購案再次以公帑委任律師、繳付再審裁判費，發動「第8個」再審程序審級，且其執再審理由均係就原確定判決取捨證據、認定事實、解釋契約之職權行使及判決理由是否完備而為指摘，係對法條規範客體有所誤解，均非屬適用法規顯然錯誤之情形，故本件並無民事訴訟法第496條第1項第1款之再審事由等語置辯。並答辯聲明：再審之訴駁回。

四、再審原告主張原確定判決有前揭民事訴訟法第496條第1項第

1款所謂適用法規顯有錯誤之再審事由，為再審被告所否認，並以前揭情詞置辯。經查：

㈠按民事訴訟法第496條第1項第1款所謂適用法規顯有錯誤，係指確定判決為確定事實所適用之法規，或就所確定之事實而為法律上判斷，顯有不合於法律規定，或與司法院大法官解釋或憲法法庭裁判意旨顯然違反，或消極不適用法規，顯然影響判決者而言。不包括取捨證據失當、認定事實錯誤或不當、漏未斟酌證據、調查證據欠周或判決不備理由之情形在內。

㈡再審原告主張：行政處分違法與作成行政處分之公務員有故意或過失之職務上侵權行為不同，不得逕以停權處分之違法推定作為公務員有故意或過失之職務上侵權行為，依民事訴訟法第226條第2、3項規定自應將理由為記載及說明，則原確定判決未記載得據以「推定」之法律依據，有消極不適用民事訴訟法第281條及第226條第2、3項規定云云。然查：

1.原確定判決依據國家賠償法第2條第2項前段規定，即公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利，國家應負損害賠償責任。又作出行政處分之公務員，其有不法行為時，即屬故意之不法行為，若有違常顯然過失時，則有過失，又公務員應忠心努力，依法律命令所定執行其職務，如有違背其職務義務行為，即推定其具有故意或過失。基此，主張成立國家賠償責任之人，祇須證明公務員有違背其職務義務之行為而造成其損害即可，不須更證明行為人有故意或過失。如國家機關欲免責，必須提出其所屬公務員違背職務義務之行為有不可歸責事由之證明；並援引行政訴訟法第12條第1項所規定：「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。」等節，認：上訴人（即本件再審原告，下同）以被上訴人（即本件再審被告，下同）有符合修正前政府採購法第101條第1項第12款規定之違約情形，通知將刊登政府採購公報之系爭行政處分，然系爭行政處分為違法業經行政法

院判決確定在案，依前揭說明，本院應受系爭行政訴訟判決所確定事實之拘束，不得再為系爭行政處分係屬有效之相反認定，故上訴人進依修正前採購法第101條第1項第12款、第103條第1項第2款前段規定將被上訴人列為不良廠商（下稱系爭刊登）暨停權處分（禁止被上訴人於停權期間參加投或做決標對象或分包廠商），則被上訴人主張上訴人所屬公務員即有違背其職務義務之違法行政處分及系爭刊登、停權處分，該公務員執行職務行使公權力時，應有過失，已盡舉證責任等語（見原確定判決第四點㈠1.2.3.，本院卷第35至38頁），核就所確定之事實而為法律上之判斷，無顯不合於法律規定之情形，並無再審原告所稱：消極不適用民事訴訟法第281條規定（就法律上推定之事實無反證者，無庸舉證）乙節，依前揭說明，並非構成民事訴訟法第496條第1項第1款所規定適用法規顯有錯誤之情事。

2.又原確定判決就上訴人抗辯：其所屬公務員並無任何故意或過失云云，認：辦理採購機關將不良廠商刊登公報之要件應考慮者，除違法外，尚須有重大違約之情形(例如故意或重大過失之違約行為)，另須考量機關所受損害之輕重、廠商可歸責之程度、廠商之實際補救或賠償措施等情形，始符合「情節重大」之要件。機關倘未善盡上揭調查、審酌判斷之義務，即率爾作成行政處分並刊登公報、停權，機關所屬公務員即難謂無故意或過失。而系爭工程為「大鵬灣濱灣公園亮點平台遮體工程」，被上訴人施作工區主要在訴外人園泰營造股份有限公司承攬「大鵬灣濱灣公園綜合開發亮點計畫遊憩服務設施平台工程」（下稱為前案平台工程）上，為兩造所不爭執。因此，系爭工程須於前案平台工程完工驗收合格後，始能進場施工。復依交通部暨所屬各機關（構）辦理工程採購履約爭議應行注意事項第4點第6款前段規定及系爭契約第9條第21款約定，可知上訴人依約負有交付工區之協力義務，足認上訴人未能交付工地，卻通知被上訴人申報開工，復不准被上訴人以未交付工地為由辦理停工（或展延工

期），已有不當。則被上訴人上訴人明知前案平台工程尚未施作完畢即通知被上訴人開工，被上訴人配合其通知而申報開工後，旋於2日後檢附工區現況照片並引用系爭契約第7條第3項第1款第6目約定屢次告知未交付工區情況下無法實際施作，日後勢必衍生工期延宕之爭議，上訴人猶執意開工，復不許被上訴人停工或展延工期，造成被上訴人承擔工期遲延不利益，此自屬可歸責於上訴人之事由。是上訴人明知前情，卻反將遲延責任歸咎於被上訴人等節，進而認定上訴人違法作成系爭行政處分及系爭刊登、停權處分，上訴人所屬公務員，顯有過失等語（見原確定判決第四點㈠3.⑴⑵⑸，本院卷第39、41、44頁），核就所確定之事實而為法律上之判斷，並無適用法規錯誤之情形。

3.至再審原告主張：原確定判決對伊主張公務員並無故意或過失侵權行為之攻擊、防禦方法，均未於原確定判決事實項下為記載，亦未在理由項下說明伊攻擊、防禦方法何以不可採，自亦有不適用民事訴訟法第226條第2、3項規定云云。然按民事訴訟法第226條第2、3項固規定:「事實項下，應記載言詞辯論時當事人之聲明，並表明其聲明為正當之攻擊或防禦方法要領。」「理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見及法律上之意見。」，惟判決不備理由，依前揭說明，非屬民事訴訟法第496條第1項第1款所規定適用法規顯有錯誤之再審事由，且原確定判決業已就再審原告抗辯系爭行政處分及系爭刊登、停權處分係依據工程會審議判斷之結論，其所屬公務員並無故意或過失乙節予以審酌，並於判決中敘明其不可採之理由（見原確定判決第四點㈠3.，本院卷第38-44頁），業如前述，亦無民事訴訟法第496條第1項第1款所規定適用法規顯有錯誤之再審事由。

㈢再審原告又主張：依系爭契約第9條第21款本例外允許在未交付工地之情況下開工，再依106年11月3日開工前施工會議，兩造已同意在未交付工地之前，凡須工地交付後始得進場施作之工項，在未交付工地之前皆無須進行；既無須進

行，應無不交付工地而屬未盡協力義務，且開工後，交付工地之前，再審被告應進行之工作主要為文件送審，而文件送審只須依設計監造單位之設計圖說製作送審，再審被告在未完成文件送審工作以前，伊否准再審被告之停工或展延工期申請，並無可歸責，原確定判決適用系爭契約第9條第21款規定，有適用法規顯有錯誤之情事云云。然原確定判決係依交通部暨所屬各機關（構）辦理工程採購履約爭議應行注意事項第4點第6款前段規定，即「履約階段，機關應於開工前提供用地，並應督促廠商依契約所訂期限提出施工計畫、開工、按圖施作、如期如質完成」，以及系爭契約第9條第21款約定：「契約使用之土地，由機關於開工前提供…。如因機關未及時提供土地，致廠商未能依時履約者，廠商得依第7條第3款規定，申請延長履約期限…」，認上訴人有依約負有交付工區之協力義務。再者，被上訴人未能施作空間桁架安裝工項，係因上訴人未交付工地所致，屬不可歸責之事由。佐以被上訴人於此期間，就假設工程及空間桁架備料等工項，已完成空間桁架工程材料廠商送審、預拌混凝土廠商送審、工程告示牌樣式資料等工作，則上訴人明知前案平台工程尚未施作完畢即通知被上訴人開工，被上訴人配合其通知而申報開工後，屢次告知未交付工區情況下無法實際施作，日後勢必有工期延宕之爭議，上訴人仍執意開工，復不許被上訴人停工或展延工期，造成被上訴人承擔工期遲延不利益，此自屬可歸責於上訴人之事由等節（見原確定判決第四點㈠3.，本院卷第39-44頁），則屬取捨證據、事實認定當否之問題。而系爭契約屬兩造間約定之內容，非屬「法律規定」或「司法院大法官解釋或憲法法庭裁判意旨」，均核與民事訴訟法第496條第1項第1款所謂適用法規顯有錯誤之情形有別。至再審原告主張：原確定判決就此部分認定事實不依證據，判決理由之論述亦有矛盾，有不適用證據法則及論理法則之顯然錯誤云云，亦屬此屬證據取捨，事實認定當否之問題，亦與民事訴訟法第496條第1項第1款所謂適用法

規顯有錯誤之情形有異。是再審原告依此主張原確定判決有民事訴訟法第496條第1項第1款之再審事由，自無理由。

㈣再審原告另主張：原確定判決就賠償金額之認定，亦顯有違論理法則、證據法則云云。惟查，原確定判決以經前訴訟程序一審送請高雄市會計師公會鑑定上訴人營業損失，則審酌上開鑑定報告之鑑定意見，係以被上訴人所提出，且為上訴人所不爭執之被上訴人歷年營業收入、營業成本、費用等財報資訊為據，並列示統計及會計實務上關於樣本擇取原則及利潤比例估計之方法，敘明其鑑定所採用方法或準則之取捨意見，據以估算被上訴人上開15個年度平均得標金額及平均利潤率，進而以之作為被上訴人因停權無法標得公共工程而受營業損失之計算基準，核與民法第216條定義之所失利益即依通常情形或依已定計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，該利益亦應扣除成本及費用之規範意旨相符，堪予採認。復參諸上開鑑定報告計算被上訴人平均利潤率為「9.08%」，乃趨近財政部就108年度「營建工程業-其他土木工程業」同業利潤標準核定之淨利率「9%」等情，進而認定被上訴人於系爭停權處分期間受有無法標得公共工程施作之營業利益損失1,172萬1,008元（計算式：年平均得金額1億6,532萬664元×平均利潤率9.08%×285/365＝1,172萬1,008元），洵屬有據等節（見原確定判決第四點㈡2.，本院卷第46-49頁），則屬證據取捨、認定事實之問題，亦無再審原告所指稱顯有違論理法則、證據法則乙節，並無適用法規顯有錯誤之情事。

五、綜上所述，再審原告依民事訴訟法第496條第1項第1款規定提起本件再審之訴，為無理由，應予駁回。

六、本件事證已明，兩造其餘攻擊防禦方法及所用之證據，經本院審酌後，認為均不足以影響本判決結果，爰不逐一論列，併此敘明。

七、據上論結，本件再審之訴為無理由，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　28　　日

民事第四庭

審判長法　官　洪能超

法　官　張琬如

法　官　郭慧珊

以上正本證明與原本無異。

如對本判決上訴，須於判決送達後20日內向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於上訴後20日內向本院提出上訴理由書（均須按他造當事人之人數附繕本）。上訴時應提出委任律師或具有律師資格之人之委任狀，並依附註條文規定辦理。如委任律師提起上訴者，應一併繳納上訴審裁判費。

中　　華　　民　　國　　115　　年　　10　　月　　28　　日

書記官　邱李如

附註：

民事訴訟法第466條之1：

對於第二審判決上訴，上訴人應委任律師為訴訟代理人，但上訴人或其法定代理人具有律師資格者，不在此限。

上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親，或上訴人為法人、中央或地方機關時，其所屬專任人員具有律師資格並經法院認適當者，亦得為第三審訴訟代理人。

第1項但書及第2項情形，應於提起上訴或委任時釋明之。