臺灣高等法院民事判決

110年度上字第569號

上　訴　人　登亞營造股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　許新榮

訴訟代理人　張靜怡律師

被 上訴 人　台灣電力股份有限公司

000000000000000000

法定代理人　楊偉甫

訴訟代理人　林峻立律師

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國110年3月12日臺灣臺北地方法院109年度訴字第914號第一審判決提起上訴，本院於110年8月24日言詞辯論終結，判決如下：

主　　文

上訴駁回。

第二審訴訟費用由上訴人負擔。

事實及理由

一、按「不變更訴訟標的，而補充或更正事實上或法律上之陳述者，非為訴之變更或追加」，民事訴訟法第256條定有明文。上訴人於原審訴之聲明：「被告應在其附件一（原審卷第17頁）所示之官方網站上附件二（原審卷第19頁）最新消息新聞稿中將附件三（原審卷第21頁）的內容，放在如附件四（原審卷第22頁）的欄位內」，於本院之聲明則如後述上訴聲明㈡所示，核屬補充或更正事實上或法律上之陳述，揆諸上開規定，非為訴之變更或追加。

二、上訴人起訴主張：伊參與被上訴人辦理之「萬大#3機組引水隧道修復工程」（下稱系爭工程）採購案（下稱系爭採購案），於民國103年12月29日以新臺幣（下同）9,450萬元得標，兩造並於104年1月8日簽立系爭工程承攬契約書（下稱系爭契約）。被上訴人以伊施工進度落後達20％以上，依系爭契約第24條第2項第3款之約定，於105年4月1日終止契約，且依政府採購

法第101條第1項第12款之規定，將伊刊登於政府採購公報上之拒絕往來廠商，期間自106月2月21日至107年2月20日止。兩造另於臺灣南投地方法院各提107年度建字2、3號案件，均由鑑定機關中華民國大地工程技師公會（下稱大地技師公會）鑑定及補充鑑定，該會於109年12月30日提出鑑定報告書（下稱系爭鑑定報告）認伊施作系爭工程並未遲延進度大於20%，且認系爭工程之遲延可歸責於本件被上訴人與伊之比例為8：2，被上訴人不得終止系爭契約，且不得將伊刊登為不良廠商，被上訴人將伊登載不良廠商之行為顯屬侵害伊之名譽權等情。爰依民法第184第1項、第2項、民法第195條第1項之規定，求為命被上訴人在其附件一所示之官方網站上附件二最新消息新聞稿中將附件三的內容，放在如附件四的欄位內之判決。

被上訴人則以：上訴人爭執伊前開將其刊登於政府採購公報上拒絕往來廠商之處分行為，前向伊提出異議，並針對異議處理結果不服，向行政院公共工程委員會（下稱工程會）採購申訴審議委員會提出申訴，經工程會以訴0000000號採購申訴審議判斷書（下稱審議判斷書）駁回上訴人之申訴。該審議判斷視同訴願決定，伊於收受審議判斷書後，將上訴人刊登政府採購公報，乃適法有據，無侵權行為可言。上訴人不服上開審議結果提起行政訴訟經判決駁回確定，其聲請再審及提起再審之訴，亦均經駁回，上訴人應受拘束無再爭執之餘地，上訴人提起本件訴訟顯無理由。上訴人以另案之系爭鑑定報告，主張伊上開行政處分行為，違反政府採購法第101條第1項第12款之規定云云，惟上訴人並未敘明其法律依據，遑論上開行政處分是否得撤銷，上訴人仍應依行政爭訟程序以為救濟，非以另案鑑定報告作為救濟之途徑，上訴人此主張在法律上亦顯無理由。再伊於105年4月1日通知上訴人終止系爭契約，並通知系爭採購案經發現有政府採購法第101條第1項第12款情形，然上訴人遲至109年2月7日起訴，並於109年6月8日始追加民法第184條第2項為請求權，已逾二年時效，縱以伊於106年2月21日將上訴人刊登政府採購公報時起算，亦已罹於時效等語，資為抗辯。

三原審駁回上訴人之請求，上訴人聲明不服提起上訴，聲明：

㈠原判決廢棄。

㈡被上訴人應在其附件1所示之官方網站上附件2最新消息新聞稿中將附件3的內容，放在如附件4的欄位內。

被上訴人答辯聲明：上訴駁回。

四兩造不爭執事項：

㈠上訴人於103年12月29日以9,450萬元得標系爭工程採購案，兩造於104年1月8日簽立系爭契約，被上訴人於105年4月1日終止系爭契約，並依政府採購法第101條第1項第12款之規定將上訴人刊登於政府採購公報上之拒絕往來廠商，期間自106月2月21日至107年2月20日止。

㈡上訴人向行政院工程會採購申訴審議委員會提出申訴，經工程會採購申訴審議委員會於106年2月13日以訴0000000號採購申訴審議判斷書駁回上訴人之申訴。

㈢上訴人復於106年4月向臺中高等行政法院（下稱中高行）提起行政訴訟，經以106年度訴字第140號判決駁回，上訴人不服提起上訴，亦經最高行政法院以107年度裁字第1009號裁定認定上訴不合法駁回。

五上訴人主張被上訴人將上訴人刊登於政府採購公報上之拒絕往來廠商，構成侵權行為一節，為被上訴人所否認。

㈠按「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」、「政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，依本法之規定；本法未規定者，適用其他法律之規定」，政府採購法第2條、第3條分別明文規定。本件被上訴人為經濟部所屬公營事業，其辦理系爭採購案係屬工程之定作，揆諸上開規定，被上訴人需遵守政府採購法之相關規定。再「機關辦理採購，發現廠商有下列情形之一，應將其事實及理由通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報……十二　因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者」、「機關依前條通知廠商後，廠商未於規定期限內提出異議或申訴，或經提出申訴結果

不予受理或審議結果指明不違反本法或並無不實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報」，修正前政府採購法第101條第1項第12款、第102條第3項分別定有明文。

㈡依系爭契約第18條第4項、第5項、第24條第2項第3款依序約定：「履約中因可歸責於乙方（指上訴人，下同）之事由，致履約進度落後達下列規定，且經甲方（指被上訴人，下同）認定其情節重大者，甲方將依本契約第25條規定辦理。一、於巨額工程採購，履約進度落後10％以上。二、於其他採購，履約進度落後20％以上，且日數達10日以上」、「前項百分比之計算，應符合下列規定：一、屬尚未完成履約而進度落後已達前項百分比者，甲方應先通知乙方限期改善；屆期未改善者，依逾期日數計算之」、「乙方履約有下列各款之一情形者，甲方得以書面通知乙方終止或解除契約之部分或全部，且不補償乙方因此所生之損失……三、工作不良影響工程品質，嚴重影響甲方計畫或未依契約規定履約，自接獲甲方通知期限內，仍未改善，或本契約第18條第4項規定之情事者」等語（系爭契約第一冊第16-17、22頁，原審外放）。系爭採購案為工程採購，契約總價為9,450萬元，未達2億元，依投標廠商資格與特殊或巨額採購認定標準第8條規定（本院卷第201頁），非屬巨額工程採購。顯然上訴人施作系爭工程期間，履約進度落後20％以上，且日數達10日以上，經被上訴人通知上訴人限期改善，上訴人屆期未能完成改善者，被上訴人即得依系爭契約第24條第2項第3款之約定終止系爭契約。

㈢依系爭工程之工程趕工進度表(R1版)，系爭工程至105年3月16日之預定進度34.72％，實際進度14.62％，落後20.10％，進度落後達20％以上，已符合履約進度落後情節重大之情，被上訴人遂於105年3月18日通知上訴人於105年3月31日以前完成進度落後之改善一節，有被上訴人青山施工處105年3月18日D青工字第1058024312號函可參（原審卷第213頁）。上訴人於上開期限屆至前未完成進度之改善，迄105年3月31

日實際進度仍為14.62%，工程進度落後達26.83%（預定進度41.45%-實際進度14.62%=26.83%），被上訴人於105年4月1日函文通知上訴人依系爭契約第24條第2項第3款約定，自105年3月31日起終止系爭契約，另有被上訴人青山施工處105年4月1日D青工字第1058028855號函附卷可按（原審卷第199-200頁）。顯見被上訴人以上訴人於105年3月16日施作系爭工程之進度已落後達20%以上，經被上訴人通知限期改善工程進度，惟上訴人未於期限內完成改善，被上訴人即依系爭契約第24條第2項第3款之約定終止系爭契約。

㈣被上訴人於105年4月1日終止系爭契約之同日，發函通知上訴人，系爭採購案有政府採購法第101條第1項第12款之情形，並附知上訴人如認上開通知違反政府採購法或不實者，得於接獲通知之次日起20日內，以書面向被上訴人提出異議，有被上訴人青山施工處105年4月1日D青工字第1058028859號函在卷可憑（原審卷第201頁）。嗣上訴人向被上訴人提出異議，復因不服被上訴人異議之處理結果，遂於105年5月5日向工程會採購申訴審議委員會提出申訴，經工程會採購申訴審議委員會以106年1月20日系爭審議判斷書駁回上訴人之申訴，其判斷理由略以：「申訴廠商（指上訴人，下同）於105年3月4日逕行解散工班……申訴廠商於105年3月16日進度已落後20.1%(預定進度34.72%，實際進度14.62%)，招標機關（指被上訴人青山施工處，下同）於105年3月18日以……函限申訴廠商3月31日以前改善，105年3月24日函再次催促申訴廠商依前函期限改善落後進度…申訴廠商至105年3月31日止，預定進度41.45%，實際進度14.62%，已落後26.83%。自105年3月16日起至105年3月31日止僅15日，申訴廠商落後幅度增加6.73%（26.83%－20.1%＝6.73%），不但毫無改善且落後幅度持續增加。招標機關乃於105年4月1日通知申訴廠商，依系爭契約第24條第2項第3款約定終止契約，依上開所述，申訴廠商履約情狀致招標機關終止契約，應可歸責於申訴廠商，招標機關並於同日另函通知申

訴廠商，有本法第101條第1項第12款之情形，擬將申訴廠商刊登政府採購公報，係屬有據」等語（原審卷第41-55頁中之第53頁）。以上，被上訴人得依政府採購法第102條第3項之規定，將上訴人刊登為不良廠商。

㈤「審議判斷，視同訴願決定」，政府採購法第83條定有明文。上訴人對系爭審議判斷提起行政訴訟，經中高行以106年度訴字第140號判決略以：「系爭工程原告（指本件上訴人，下同）有延誤履約之情形，且其情節重大，並可歸責於原告，經被告（指被上訴人青山施工處，下同）通知限期改善後逾期仍未改善，故被告終止系爭採購契約，並依政府採購法第101條第1項第12款規定，通知原告將刊登政府採購公報部分，依法核無不合，異議處理結果及申訴審議判斷遞予維持，亦無違誤。原告訴請撤銷為無理由，應予駁回。又兩造間就本件地質及履約遲延爭議曾否合意送請第三方鑑定，及兩造其餘主張，經核均不影響本件判斷結果，爰不逐一論述，併此敘明」等語（原審卷第57-89頁之第88頁）。上訴人不服而提起上訴，經最高行政法院以107年度裁字第1009號裁定認定上訴不合法駁回（原審卷第91-97頁）。準此，被上訴人於系爭審議判斷書作成後，依政府採購法第102條第3項之規定所為之前揭將上訴人刊登於政府採購公報行為，洵屬依法之行為。再上訴人就前揭判決、裁定分別提起再審之訴、聲請再審，亦經中高行107年度再字第40號判決駁回上訴人之再審之訴、最高行政法院107年度裁字第1829號裁定駁回上訴人再審之聲請，有上開判決、裁定在卷可參（原審卷第103-111頁、99-101頁），益證被上訴人於系爭審議判斷書作成後，依政府採購法第102條第3項之規定所為之前揭將上訴人刊登於政府採購公報行為，係屬依法之行為，殆無疑義。

㈥兩造前於105年2月17日召開系爭工程之現場施工及進度檢討會，依會議記載：「六、討論及決議事項：㈠工期部分：請登亞公司提出相關書面佐證資料送青工處檢驗部門，針對前

述事由如有影響本工程要徑施工期程提出申覆。㈡＃1橫坑與主隧道之高低差部分：依投標須知第三十一條第（十二）第1款及第5項規定……本工程所規劃之施工機具及材料進出係由前池而非＃1橫坑，且＃1橫坑與主隧道之高低落差之因素並非影響施工規劃之條件，登亞公司標前未提出疑義釋疑，履約中提出非契約圖說訂定之施工動力線似有誤解，仍可依契約圖說內容履約。㈢引水隧道STA.3k＋890抽坍處理……請登亞公司應依指示進行處理……㈣地質部分：雙方於104年11月25日召開現場疑義協商會議中，有工處及設計單位已針對登亞公司所提，已詳實說明並留存紀錄。登亞公司一再質疑規劃設計問題而忽略專業廠商應有之專業技術及工程管理，仍請登亞公司依圖說逐步施工」云云（中高行卷第217-219頁，原審外放）。且被上訴人於105年3月18日發函通知上訴人：「本工程至本（105）年3月16日之預定進度為34.72％，實際進度為14.62％，落後20.10％，已達……履約進度落後百分之二十以上之情事」等語（原審卷第213頁）。上訴人嗣於105年3月4日解散工地施工工班，僅留專責人員與1名工人留守，並未依系爭契約第27條第3項繼續履行契約一節，亦有被上訴人105年3月21日發函予上訴人可參（原審卷第215頁）。上訴人於105年3月21、22日回函表示工地工班計有10人，因工程疑義待命未出工，然經被上訴人於105年3月24日發函告知履約進度已落後20％以上，上訴人應於105年3月31日以前改善，屆時若落後進度未有改善者，將依系爭契約第18條第4項、第27條第2項第3款及第25條處理，有被上訴人105年3月24日函足考（原審卷第217頁）。被上訴人認定工程進度，係以於105年1月30日認可後實施之工程趕工進度表(R1版)為依據，該進度表之修訂係因颱風、停電與刁難錄音等事件，經上訴人分別提出展延工期申請，被上訴人同意展延41天工期並納入工程趕工進度表一節，有系爭鑑定報告可參（第2號鑑定報告第45頁，原審外放）。顯然經被上訴人依經核定之系爭工程之工程趕工進度表(R1

版)，發現上訴人施工進度落後於該進度表時，即已通知上訴人，因上訴人未改善且有逕行解散工班之事由而延誤履約期限，堪認係因可歸責於上訴人之事由，故被上訴人自得依上開規定及約款終止系爭契約。至上訴人於本件審理過程中提出系爭鑑定報告指稱鑑定結果為上訴人未遲延進度大於20%，且該鑑定報告認遲延之可歸責於被上訴人、上訴人之比例為8：2，謂被上訴人不得終止系爭契約云云。惟系爭鑑定報告對被上訴人所依據工程趕工進度表(R1版)至105年3月31日之認定實際進度，若不含抽坍處理費用實際進度為19.43%，遲延進度為22.02%，若含抽坍處理費用之實際進度為20.32%，遲延進度為21.13%，亦有系爭鑑定報告可徵（第2號系爭鑑定報告第374頁）。堪認被上訴人於當時依工程趕工進度表(R1版)所認定之遲延比例，確已逾20%。至上訴人主張系爭鑑定報告之結論為：依據工程趕工進度表(R2版)，至105年3月31日，系爭工程之預定進度為40.47%，含抽坍處理費用實際進度為28.90%，遲延進度為11.57%；至105年3月24日，系爭工程之預定進度為38.92%，含抽坍處理費用實際進度為28.90%，遲延進度為10.02%，遲延進度均小於20%云云。然上開工程趕工進度表(R2版)係於鑑定過程，大地技師公會認系爭工程之施工計畫書與工程預定進度表、及系爭工程終止後未完成之工程項目另於105年12月9日重新發包由訴外人東億公司之承攬契約、工程結算與竣工書圖間，有契約數量與竣工數量等差異而予以修正得出工程趕工進度表(R2版)，亦有系爭鑑定報告可稽（第2號系爭鑑定報告第205頁以下）。準此，上訴人主張之系爭鑑定報告結論實係基於系爭工程後續由東億公司承攬施作等因素所致，非被上訴人於105年4月1日終止系爭契約並為系爭刊登行為時所得知悉之情，自不得據修正後之工程趕工進度表(R2版)所得鑑定結果憑認被上訴人所為有何侵權責任可言。

㈦上訴人另主張曾遭李課長刁難及其他因素云云，查上訴人前於工程會申訴程序即已提出該主張（原審卷第42、45、46頁

），惟經系爭採購申訴審議判斷書審酌兩造爭執後，認定「申訴廠商履約情狀致招標機關終止契約，應可歸責於申訴廠商，招標機關並於同日另函通知申訴廠商，有本法第101條第1項第12款之情形，擬將申訴廠商刊登政府採購公報，係屬有據」等語（原審卷第53頁），且中高行106年度訴字第140號判決認定：「依前揭規定，於具備下列3要件時，被告得依法終止系爭契約：⑴系爭工程有延誤履約之情形。⑵延誤履約期限之情節重大。⑶原告逾期未依被告通知期限改善。⑷可歸責於原告。本件原告就前三者並不爭執，且被告已就原告自105年3月16日起，本件工程進度已落後達20%以上，其日數達10日以上，並經數度通知原告限期改善，惟原告逾期未改善，提出上開證據，故此三要件已堪認定」云云（原審卷第71頁），上訴人再執此主張被上訴人故意錯誤計算R1表，造成遲延超過20%之錯誤結果等云云，自無可採。被上訴人所為系爭刊登行為係依政府採購法第102條第3項之規定所為，自無上訴人指稱之侵權行為。

⑻以上，被上訴人依政府採購法第102條第3項之規定，將系爭契約因可歸責於上訴人事由致遭終止刊登政府公報，並依同法第103條第1項第2款之規定，自刊登之次日起一年，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商，合於政府採購法相關規定，無不法侵害上訴人權利情形。上訴人依民法第184條第1項、第2項、第195條第1項規定，請求被上訴人為回復名譽之適當處分，自屬無據，不應准許。

六綜上所述，被上訴人所為前揭系爭刊登行為，係依政府採購法第102條第3項規定所為，係屬依法令之行為，自不成立民法第184條第1項前段之侵權責任；且被上訴人非故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，亦與民法第184條第1項後段之要件不符；被上訴人上開所為既屬依政府採購法第102條第3項規定之行為，亦無違反保護他人法律致上訴人受損害之事實。從而，上訴人依民法第184條、第195條第1項之規定，請求被上訴人在其附件1所示之官方網站上附件2最新消息新聞稿中將附件3

的內容，放在如附件4的欄位內，於法無據，應予駁回。原審為上訴人敗訴之判決，核無不合。上訴意旨指摘原判決不當，求予廢棄改判，為無理由，應予駁回。

七、本件因事證已臻明確，兩造其餘之攻擊、防禦方法及所為之立證，經審酌後認與判決之結果不生若何影響，無庸再逐一予以論列，合併敘明。

據上論結，本件上訴為無理由，依民事訴訟法第449條第1項、第78條判決如主文。

中　　華　　民　　國　　110　　年　　9　　月　　7　　日

民事第八庭

審判長法　官　湯美玉

法　官　古振暉

法　官　胡芷瑜

正本係照原本作成。

如不服本判決，應於收受送達後20日內向本院提出上訴書狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書狀（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；委任有律師資格者，另應附具律師資格證書及釋明委任人與受任人有民事訴訟法第466條之1第1項但書或第2項所定關係之釋明文書影本。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　　110　　年　　9　　月　　7　　日

書記官　陳美宜