

最高法院民事判決

112年度台上字第1812號

上訴人 乙正營造有限公司

法定代理人 李淑芬

訴訟代理人 沈昌憲律師

陳品鈞律師

上訴人 國營臺灣鐵路股份有限公司(即交通部臺灣鐵路管理局之承受訴訟人)

法定代理人 杜 微

訴訟代理人 駱忠誠律師

上列當事人間請求國家賠償事件，兩造對於中華民國112年4月18日臺灣高等法院第二審判決（110年度重上國字第5號），各自提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回臺灣高等法院。

理 由

一、本件於第三審上訴程序中，上訴人交通部臺灣鐵路管理局完成公司化登記為國營臺灣鐵路股份有限公司（下稱臺鐵公司），有交通部臺灣鐵路管理局民國112年12月20日函可稽，臺鐵公司聲明承受訴訟，核無不合，應予准許，合先敘明。

二、上訴人乙正營造有限公司(下稱乙正公司)主張：兩造於103年9月4日簽立工程採購契約（下稱系爭契約），約定由伊施作代辦嘉義市政府番仔溝橋改建工程（縱貫線K297+321，下稱系爭工程），履約期限為103年10月16日開工，預定竣工日為104年7月16日。臺鐵公司嘉義工務段（下稱嘉義工務段）於105年3月2日以伊嚴重影響工程進度，有系爭契約第21條及第14條之情形為由終止契約，通知伊將依政府採購法第101條第1項第10款規定，將伊名稱及上情刊登政府採購公

01 報(下稱系爭處分)，並於106年7月21日通知伊將列為拒絕往
02 來廠商(下稱停權)，刊登期間自106年7月20日起至107年7月
03 20日止。嗣經臺北高等行政法院以106年度訴字第979號判決
04 (下稱第979號判決) 確認系爭處分違法。伊因系爭處分，
05 無法於停權期間投標公共工程，受有營業損失新臺幣(下同)
06 2,275萬953元，並向行政院公共工程委員會(下稱工程會)
07 提出申訴、提起行政訴訟，支出申訴審議費用3萬元、律師
08 費用12萬元等情。爰依國家賠償法第2條第2項規定，求為命
09 臺鐵公司給付伊2,290萬953元本息之判決(未繫屬本院者，
10 不予贅述)。

11 三、臺鐵公司則以：伊依法律規定作成系爭處分，並無故意、過
12 失不法侵害乙正公司自由或權利之行為。系爭處分撤銷之法
13 律效果為註銷刊登，縱經申訴審議判斷指明違法，僅需賠償
14 乙正公司異議及申訴必要費用，其不得再依國家賠償法請求
15 損害賠償。乙正公司於申訴程序中未就承攬系爭工程落後進
16 度是否符合政府採購法第101條規定乙節有所主張，致工程
17 會駁回其申訴，伊須依規定刊登政府採購公報。伊雖非以乙
18 正公司無故停止履約作為終止系爭契約及刊登政府採購公報
19 之理由，但乙正公司拒絕復工進場施作行為，仍將發生遭停
20 權之結果。乙正公司主張者係純粹經濟上損失，不得依國家
21 賠償法規定請求賠償，所稱停權期間營業損失，並非客觀確
22 定有取得可能，其主張之律師費亦非伸張權利所必要之支
23 出。縱認乙正公司得請求伊賠償，其亦屬與有過失等語，資
24 為抗辯。

25 四、原審廢棄第一審所為命臺鐵公司給付逾617萬3,770元本息之
26 判決，改判駁回乙正公司此部分之訴，並駁回臺鐵公司其餘
27 上訴，無非以：

28 (一)臺鐵公司於105年3月2日以乙正公司未能履行承攬義務，嚴
29 重影響工程進度，有系爭契約第21條及第14條之情形為由作
30 成系爭處分。乙正公司不服，向工程會提出申訴，經工程會
31 於106年5月5日作成申訴審議判斷書(下稱系爭審議判斷)，

01 駁回乙正公司有關政府採購法第101條第1項第10款部分之申
02 訴，諭知其餘申訴不受理，臺鐵公司乃自106年7月20日起刊
03 登政府採購公報。乙正公司不服系爭審議判斷，於106年7月
04 18日提起行政訴訟，經臺北高等行政法院以第979號判決確
05 認系爭處分違法確定等情，為兩造所不爭。

06 (二)查臺鐵公司於104年9月間已知悉乙正公司因追加工項已有申
07 請展延工期，系爭工程監造公司並表達應展延65天之意見，
08 嘉義工務段公務員未加計該免計工期日數，因而誤認乙正公
09 司履約進度落後達20%以上，有政府採購法第101條第1項第1
10 0款、政府採購法施行細則第111條第1項所規定延誤履約期
11 限情節重大之事實，臺鐵公司所屬公務員顯未盡通常調查義
12 務，其所為系爭處分及後續所為停權通知、刊登政府採購公
13 報之行為均有過失。乙正公司因於106年7月20日起至107年7
14 月20日止遭停權而不得參與政府採購投標或作為決標對象或
15 分包廠商，其營業獲利期待受臺鐵公司所屬公務員過失不法
16 侵害並生損害，自屬國家賠償法所規定得請求賠償範圍。

17 (三)乙正公司於100年至105年平均年度得標金額為2億2,918萬1,
18 942元，106年度於106年7月20日遭停權前得標金額亦有1億
19 3,367萬5,749元，100年至105年得標公共工程件數分別為2
20 1、14、7、3、6、6件，其同時期平均年度營業收入為2億5,
21 500萬4,645元，106年度營業收入為2億12萬7,626元。又乙
22 正公司自100年至105年間平均年度營業毛利為5,353萬5,808
23 元，遭停權年度即106年度亦有營業毛利3,802萬4,249元，
24 自100年至105年間平均年度營業淨利為765萬4,283元，遭停
25 權年度即106年度亦有營業淨利443萬7,269元，各該年度未
26 曾發生虧損情形，堪信乙正公司自100年起至遭停權期間，
27 每年可標取相當數量公共工程，持續穩定創造相當之利潤。
28 乙正公司遭停權後，於107年採購得標金額減為4,520萬元，
29 營業收入減為1,961萬3,907元，營業毛利、淨利依序為負27
30 3萬2,318元、負426萬147元，已呈現虧損，堪信系爭處分及
31 停權，確實侵害乙正公司之營業獲利期待。乙正公司101年

01 度至108年度財務報表、102年度至106年度之國稅局核定通
02 知書及107年度至108年度之營利事業所得稅結算網路申報書
03 所載營業收入、營業成本、營業毛利、毛利率、營業費用及
04 營業損失、營業淨利等資料如原判決附表(下稱附表)二所
05 示。考量乙正公司財務報表會計處理依據完工比例法認列工
06 程收入，易受其對工程完工程度之會計評估影響，未必反應
07 實際收入狀況，且乙正公司101年至105年平均年度得標金額
08 2億2,750萬9,530元，低於100年至105年平均年度得標金額2
09 億2,918萬1,942元，亦低於100年至105年平均年度營業收入
10 金額2億5,500萬4,645元、101年至105年平均年度營業收入
11 金額2億6,186萬6,943元，有利於臺鐵公司，乙正公司主張
12 以2億2,750萬9,530元作為計算停權期間可得營業收入金
13 額，合理可採。以平均得標金額計算營業利益，尚應扣除營
14 業成本、費用，方屬營業利益。有關乙正公司之營業利益計
15 算，應以公司財務報表為依據。附表二所示財務報表內容所
16 載102年至106年各年度營業費用金額，均大於國稅局核定通
17 知書所載，停權期間營業利益計算應以營業淨利而非以營業
18 毛利為計算標準較為合理，101年至105年之平均淨利率為3.
19 19%，乙正公司因停權所受營業損失即營業淨利，其數額應
20 為725萬7,554元。又營業淨利尚應負擔營利事業所得稅費
21 用，106年度以前營利事業所得稅率為17%，其後調高為2
22 0%，停權期間跨越106年度、107年度，上開營業淨利應負擔
23 之營利事業所得稅率以較低稅率17%計算，乙正公司於上開
24 停權期間之稅後營業利益應為602萬3,770元，此為乙正公司
25 因停權所失利益，其逾此金額之請求，則非有據。

26 (四)查政府採購法第102條第3項規定廠商未於規定期限內對刊登
27 政府採購公報處分提出異議或申訴，機關即應將廠商名稱及
28 相關情形刊登政府採購公報，臺鐵公司作成系爭處分後，乙
29 正公司提出申訴以救濟，自屬必要。又政府採購法第101
30 條、第102條規定刊登政府採購公報處分之行政訴訟程序，
31 事涉採購、工程及法律專業，乙正公司對系爭處分提起行政

01 訴訟，難期待其具備足夠之法律專業進行申訴程序及訴訟攻
02 防，況該行政訴訟勝敗，影響乙正公司權益重大，堪認其支
03 出審議費用3萬元、支付委任律師報酬12萬元，均係屬伸張
04 權利所必要，且與臺鐵公司系爭處分直接相關，乙正公司請
05 求臺鐵公司賠償，洵屬有據。

06 (五)系爭工程因嘉義市政府通知而停工，該停工屬不可抗力之事
07 由所致，自104年7月13日起至104年11月6日止已持續停工逾
08 3個月，乙正公司於104年11月6日終止系爭契約，已生終止
09 效力之情，自無臺鐵公司所稱乙正公司違法終止系爭契約、
10 違約拒絕復工進場施作、無正當理由拒不履行系爭契約情
11 事。又乙正公司就系爭處分，既已依法提出異議及申訴以改
12 變系爭處分，乙正公司就損害之發生或擴大並無過失，尚無
13 民法第217條規定之適用。

14 (六)從而，乙正公司依國家賠償法第2條第2項規定，請求臺鐵公
15 司賠償停權期間營業損失、支出申訴審議費用及委任律師報
16 酬之損害合計617萬3,770元，並加計國家賠償請求書送達臺
17 鐵公司翌日即108年6月25日起至清償日止，按年息5%計算之
18 法定遲延利息，為有理由，逾此範圍之請求，則為無理由，
19 不應准許等詞，為其判斷之基礎。

20 五、本院之論斷：

21 (一)按公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害
22 人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任，國家賠償法第
23 2條第2項前段定有明文。是必以公務員執行職務行使公權力
24 時，主觀上有故意或過失，國家始負賠償責任。人民主張因
25 違法行政處分而受有損害時，普通法院就行政處分違法性之
26 判斷，固應受行政法院確定裁判之拘束，惟非謂行政處分違
27 法，作成處分之公務員於執行公權力時，即有故意或過失。
28 次按機關辦理採購，發現因可歸責於廠商之事由，致延誤履
29 約期限，情節重大者，應將其事實、理由通知廠商。廠商經
30 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
31 實者，機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報。

01 觀諸政府採購法第101條第1項第10款、第102條第3項規定自
02 明。查嘉義工務段所屬公務員認定乙正公司延誤履約期限，
03 情節重大，進而依當事人間之約款終止系爭契約，僅為其本
04 於私法契約當事人地位，為機關之利益所為判斷及私法上之
05 意思表示。至臺鐵公司作成系爭處分，並於乙正公司申訴，
06 經工程會以系爭審議判斷駁回其申訴後，刊登政府採購公報
07 等執行公權力行為，則係依上開規定所應踐行，主管公務員
08 除就情節是否重大得為審酌外，並無其他裁量空間。果爾，
09 能否謂嘉義工務段所屬公務員行使公權力，有故意或過失侵
10 害乙正公司自由或權利之情事？非無再事研求之餘地。

11 (二)次按國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。國家
12 賠償法第5條定有明文。又損害賠償，除法律另有規定或契
13 約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。
14 亦為民法第216條第1項所明定。所謂所失利益，即新財產之
15 取得，因損害事實之發生而受妨害。此一可得預期之利益，
16 須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，達
17 於一定合理之確定程度，始足當之。單純之希望或可能性，
18 因債務人應負責之事實而喪失機會者，尚不與之。查乙正公
19 司主張其因系爭處分而遭停權，自106年7月20日起至107年7
20 月20日止，無法參與公共工程投標而受有不能取得預期利益
21 之損害，為臺鐵公司所否認，自應命乙正公司就上開期間
22 內，其得參與投標之標案為何，及依通常情形，或已定之計
23 畫、設備或其他特別情事，可合理確定倘乙正公司未遭停
24 權，其將於參與競逐之標案中得標且均能獲取利益，而非僅
25 單純之投標機會喪失等情，舉證以實其說。原審未詳推闡，
26 遽以乙正公司過去(101年至105年間)之營業數據，推認其於
27 106年7月20日起至107年7月20日止停權期間之所失利益金額
28 為602萬3,770元，駁回乙正公司逾上開金額之請求，進而分
29 別為不利兩造之論斷，亦有未合。

30 (三)再按損害乃指財產法益或其他法益所受之不利益，被害人
31 財產受有損害時，其損害之範圍應就侵害事故發生前、後財

01 產之價值狀態，綜合衡量比較，以定其財產法益所受不利益
02 之數額。因侵害事故發生而無法按已定計畫提供勞務獲取報
03 酬者，其受有無法獲取預期報酬損害之同時，倘轉向他處提
04 供勞務而有所得者，應將之計入事故後財產價值狀態，自被
05 害人所得請求之損害額扣除之。被害人故意怠於取得前述利
06 益者，應認其就損害之擴大與有過失，法院得依民法第217
07 條第1項規定，減輕或免除加害人之賠償金額。查臺鐵公司
08 於事實審一再辯稱：乙正公司所失利益應指「未被停權狀況
09 下應該獲得之利益」與「停權狀況下實際獲得之利益」二者
10 之差額，不得僅以前者認定其損害額(見原審卷三第61頁)，
11 乙正公司是否與有過失並為兩造所合意之爭點(見原審卷一
12 第192至193頁)，原審未遑綜合衡量乙正公司停權前、後財
13 產價值狀態，審認其於停權期間，有無將原用於公共工程標
14 案施工之設備、人力，轉向提供於非政府之營造工程項目而
15 有所得，或怠於取得其他承攬報酬之情，遽駁回臺鐵公司關
16 於損害額認定及與有過失之抗辯，亦有未洽。

17 (四)又廠商對於機關依政府採購法第101條所為刊登政府採購公
18 報通知，認為違反該法或不實者，得於接獲通知之次日起20
19 日內，以書面向該機關提出異議。審議判斷指明刊登公報通
20 知違反法令或不實者，廠商得向招標機關請求償付其申訴所
21 支出之必要費用。此觀政府採購法第102條第4項準用第85條
22 第3項規定自明。行政法院以撤銷判決或確認判決，確認刊
23 登公報處分違法，原處分機關及審議機關皆受判決結果拘
24 束，其利益狀態與審議判斷指明刊登公報通知違法或不實之
25 情形並無不同，其法律效果應類推適用政府採購法第85條第
26 3項規定。此一公法上法定債之關係，廠商得逕向機關請求
27 給付，倘有爭議，應適用行政訴訟程序，對機關提起給付訴
28 訟，尚無從依國家賠償法規定，請求機關賠償其支出之審議
29 費用。原審見未及此，逕適用國家賠償法第2條第2項規定，
30 判命臺鐵公司給付乙正公司審議費用3萬元本息，不無違
31 誤。

01 (五)按我國行政訴訟第一審訴訟程序未採取強制律師為訴訟代理
02 人之制度，當事人所支出之律師費用，僅得於伸張權利或防
03 禦上所必要之限度內，向敗訴之一方請求賠償。是否為伸張
04 權利所必要，須依所涉訟爭事件具體情形及當事人之能力為
05 斷。查乙正公司委任律師陳品鈞、沈昌憲為訴訟代理人，提
06 起行政訴訟請求確認系爭處分違法，經臺北高等行政法院判
07 決乙正公司勝訴確定，支出律師酬金合計12萬元(每一律師
08 各6萬元)，有第979號判決、律師費收據可稽(見一審卷一第
09 117、119頁、第121至142頁)。究上開行政訴訟，法律專業
10 需求情形為何？是否非委任律師不能勝任？倘確有委任律師
11 之需，同時委任2位是否必要？俱未見原審於判決理由中敘
12 明，並嫌疏略。

13 (六)本件臺鐵公司所屬公務員是否有過失、乙正公司有無受損害
14 及損害額尚待審認，本院無從逕為法律上之判斷。兩造上訴
15 論旨，各自指摘原判決不利於己部分違背法令，求予廢棄，
16 均非無理由。

17 六、據上論結，本件兩造上訴均為有理由。依民事訴訟法第477
18 條第1項、第478條第2項，判決如主文。

19 中 華 民 國 113 年 12 月 26 日

20 最高法院民事第二庭

21 審判長法官 袁 靜 文

22 法官 張 競 文

23 法官 王 怡 雯

24 法官 周 群 翔

25 法官 王 本 源

26 本件正本證明與原本無異

27 書 記 官 王 宜 玲

28 中 華 民 國 114 年 1 月 9 日