臺中高等行政法院判決

107年度再字第40號

再審原告　登亞營造股份有限公司
代表人　許新榮
訴訟代理人　張靜怡　律師
再審被告　台灣電力股份有限公司海域風電施工處（承受原「台灣電力股份有限公司青山施工處」業務）
代表人　陳顯明
訴訟代理人　林峻立　律師

上列當事人間政府採購法事件，再審原告對於本院106年度訴字第140號確定終局判決提起再審之訴，經最高行政法院以107年11月26日107年度裁字第1830號裁定移送本院管轄，本院判決如下：

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、程序事項：

㈠查本件再審原告係對本院民國106年12月27日106年度訴字第140號確定判決（下稱原確定終局判決）提起再審之訴，依行政訴訟法第275條第1項規定，自歸由本院專屬管轄。再者，再審之訴顯無再審理由者，得不經言詞辯論，逕以判決駁回之，為同法第278條第2項所明定。

㈡次查本件原確定終局判決原來所載之合議庭陪席法官有錯誤情形，已於107年2月21日裁定更正確定在案，有附卷本院107年2月21日106年度訴字第140號裁定可稽（見本院106年度訴字第140號卷二第551頁），合先敘明。

二、事實概要：

再審原告為再審被告所辦理「萬大＃3機組引水隧道修復工程」採購案（下稱系爭採購案）之得標廠商，兩造於104年1月8日簽立該工程承攬契約書（下稱系爭契約），再審原告並於104年1月12日開工，其中第1分項工期為180日曆天（至105年5月5日），工程全部竣工為第1分項完工後起90日曆天（預定105年9月13日），且就系爭採購案工程之前置作業、隧道工程、沉砂池保護工程、萬大工區辦公室拆除等預定進度，亦均報請再審被告認可在案，惟至105年3月16日再審原告工程進度已落後達20%以上（預定進度34.72%，實際進度14.62%），且日數達10日以上，經再審被告分別依系爭契約第18條第4項、第5項、第24條第2項第3款、第25條規定，以105年3月18日D青工字第1058024312號、105年3月21日D青工字第1058022514號、105年3月24日D青工字第10580270931號等函通知再審原告限期於105年3月31日以前改善，逾期未改善將依系爭契約第18條第4項、第24條第2項第3款及第25條規定辦理，惟再審原告均未改善（105年3月31日預定進度41.45%，實際進度14.62%，且日數達10日以上），再審被告乃以105年4月1日D青工字第1058028855號函，通知再審原告依系爭契約第24條第2項第3款規定，自105年3月31日起終止系爭契約，並以105年4月1日D青工字第1058028859號函，通知再審原告擬依政府採購法第101條第1項第12款規定將再審原告刊登政府採購公報（下稱原處分）。再審原告提出異議，經再審被告105年4月22日D青工字第1053271230號函駁回，復經行政院公共工程委員會106年1月20日訴0000000號申訴審議判斷書予以維持。上訴人仍不服，向本院提起行政訴訟，經本院原確定終局判決駁回後，提起上訴，經最高

行政法院107年7月5日107年度裁字第1009號裁定駁回上訴而告確定。再審原告仍未甘服，對於最高行政法院107年度裁字第1009號裁定及本院原確定終局判決合併向最高行政法院提起再審之訴。經該院就關於再審原告對本院原確定終局判決提起再審之訴部分以107年11月26日107年度裁字第1830號裁定移送本院管轄。

三、本件再審原告主張：

㈠再審原告提出之編號再證4證物屬於行政訴訟法第273條第1項第13款所稱之證物：

1.再審原告於107年4月底收受再審被告請求損害賠償之民事起訴狀，其檢附之「技術服務費用議價決標單」，內容記載：採購編號:0000000000-0，標的名稱摘要：「萬大# 3機組發電取水設施改善及引水隧道修復技術服務工作第3次契約變更」，時間為107年1月29日決標，得標廠商為「中興工程顧問股份有限公司」（下稱中興公司）等情，顯示再審原告原承攬時履約期間確實有需要契約變更之不可歸責理由。該此書證屬於再審原告在前訴訟程序未發見及不能使用之證物，如經斟酌可受較有利益之裁判。

2.由上開再證4之標的名稱摘要記載：萬大#3機組發電取水設施改善及引水隧道修復技術服務工作第3次契約變更，由中興公司提供第3次契約變更的設計費。既然要變更契約，一定有之前設計不妥需要變更之處。再觀諸其第3次契約變更時間點為107年1月2日邀標，先前必定還有第1次及第2次契約變更，再審被告據以向再審原告請求民事損害賠償的內容為「設計變更費」，其主張中興公司第3次變更設計及第3次契約變更之原因是再審原告遲延所造成的損害，據此反推第1、2次變更設計及第1、2次契約變更

均不是再審原告的原因所造成的，應即為地質因素及之前再審原告一再跟再審被告表明原先設計圖說跟工法有其窒礙難行之處，一再要求再審被告要發變更工作指示，而再審被告遲延發工作指示，或拒絕發工作指示，而造成的變更設計及變更契約的費用，再審被告在民事損害賠償之訴中不可歸責於再審原告，所以不跟再審原告請求，故此再證4業經再審被告變更設計1、2及變更契約1、2均不可歸責於再審原告。

3.再審原告自104年1月12日開工至105年3月31日再審被告終止契約之履約過程中，再審被告只提出102年提供地質調查報告之後，即未再提供再審原告任何地質報告。再審被告訴訟中一再強調地質報告沒有問題，其後得標廠商中興公司所依據102年地質資料所為的工程設計規劃跟圖說都沒有問題，無可歸責性，沒有變更契約內容之必要，所以完全都是再審原告具有可歸責性，不同意191天的工程停止計算。原確定終局判決以「……（申訴2卷340-342頁之92年12月行政院公共工程委員會委託中興公司『○○○區○道岩體分類系統暨隧道工程資料庫之建立』附冊『山岳隧道工程技術準則及解說草案』參照）。」「……（公開網路朝陽科技大學林基源先生著地質構造及地質圖參照）」「中興公司前身為中興社，……現有各類專長技術人員1300餘位，迄今已完成國內建設工程技術服務4500餘件，並提供世界數十國家工程技術顧問服務，已逾240餘件，贏得國內外之信賴與好評等情，有公眾均可上網查閱之該公司公開資訊可稽」「……是原告主張：其機具進行鑽孔埋入預埋管時，發現現場地質嚴重破碎，無法將之埋入，嗣雖以自鑽式岩栓進行埋設，亦無法依原設計圖說施工，

且地盤破碎嚴重，而有吃漿現象，造成需耗損大量水池漿，無法達成固結灌漿之成效，此等不可預期之狀況，係因上開地質調查鑽探深度及個數不足，據以設計及招標圖說因此產生錯誤所致，不可歸責於原告云云，其未提出具體證據證明上開地質調查、設計及施工圖說有何違反相關法令規定及實務公認標準，基於上述說明，其主張顯有誤解，不足採取」之判斷。惟依再證4所示，即為原確定終局判決所稱之「具體證據證明」，且再審被告自認有經過3次變更設計及契約變更。

4.如經斟酌再證4之證物即可知再審被告自認其於105年3月31日終止契約後，有經過3次的變更設計及3次的變更契約，已自認工程確有窒礙難行、不可歸責於再審原告之部分，其原因必為停止計算工期的理由，其中「地質因素」更涉及到191天對再審原告有利之判斷，係屬「可受較有利益之裁判」之證據至明。

㈡再審原告提出再證5-1至5-6之證物亦符合行政訴訟法第273條第1項第13款規定之事由：

1.東億營造有限公司（下稱東億公司）為再審被告終止再審原告契約後再次發包之廠商，其施作的地點與再審原告是一樣的，但因東億公司的工程總價並超過新臺幣1億元，所以再審被告須向行政院公共工程委員會報告，因此再審原告始得取得公告之內容如再證5-1至5-6，自107年1月至6月間之公告文，行政院公共工程委員會對外公告之文書，而具有公文書之性質，理應推定為真正。

2.綜觀東億公司請求延期的理由為「施工作業困難」，後續說明部分理由為「⑴本工程為隧道修復工程，隧道空間狹小，僅能選用小型施工機具，功率低，施工難度高。⑵目

前所有工作面皆須由前池單一出口進出，各工作面間互相干擾嚴重，影響工進。⑶施工機具（包括噴漿機）故障，延誤工進。⑷隧道襯砌施工（鋼筋、模板工班能力不足）。⑸鑿除過程中遭遇未預期之困難。」其中⑴至⑷均為再審被告主張再審原告可歸責之理由，然再審被告並未針對同樣理由，認定是可歸責於東億公司，兩者標準顯不一致，嚴重違反行政處分公平性之原則。是該行政處分自此證物之發現有應予撤銷之理由。

3.在107年2月公告針對「鑿除過程中遭遇未預期之困難」即將工期由原來5月2日延到9月15日，延了超過4個月，有133日之多，究鑿除過程中遭遇未預期之困難，必為再審原告在施工時（104年1月12日至105年3月31日）即已存在之原因，在後手東億公司施工中發生，明顯即為再審原告一再主張「地質資料不完備」之因素，故再審原告在前訴訟程序訟爭中一再主張「地質資料不完備」應為停止工期計算之理由，應予准許再審原告主張因地質原因應延期191天。故再證5-1至5-6之證物亦符合行政訴訟法第273條第1項第13款規定之事由等情。並聲明求為判決廢棄原確定判決，並撤銷原處分、異議處理結果及申訴審議判斷。

四、再審被告則以：

㈠再審原告雖主張：再證4所載之邀標時間為107年1月2日、決標時間為107年1月29日，其取得時間為107年4月底，此證物為其於107年4月底始發現云云。復謂：再證5-1至5-6係行政院公共工程委員會107年1月至6月間之公告文云云。惟原確定終局判決之前訴訟程序最後事實審言詞辯論終結日為106年11月29日，是再證4及再證5-1至5-6顯俱非為前訴訟程序辯論終結前即已存在之證物，並非行政訴訟法第273條第1項

第13款規定之證物。

㈡行政訴訟法第273條第1項第13款所謂證物乃指可據以證明事實之存否或真偽之認識方法，若當事人提出者為主管機關討論法令規範意旨之會議資料、解釋法令規範意旨之令函或抽象之法律、行政命令，及就具體個案所為行政處分或決定，或法院之裁判意旨，充其量僅是認定事實或適用法律之過程或結論，並非認定事實之證據本身，均非該款所謂證物（最高行政法院105年度裁字第474號、第495號裁定意旨參照）。再證4之證物為中興公司107年1月29日議價及決標之紀錄，而再證5-1至5-6之證物係行政院公共工程委員會107年1月至6月間之公告文，依其形式觀之，均非上揭所謂證物，且縱經斟的其內容，亦不足以推翻原確定終局判決之基礎，而可使其受較有利益之判決，是再審原告自無依行政訴訟法第273條第1項第13款規定提起再審之訴之餘地等語。並聲明求為判決駁回再審原告之訴。

五、本件兩造爭執要點為：再審原告提出上開編號再證4及再證5-1至5-6之證物，資以主張原確定終局判決具有行政訴訟法第273條第1項第13款規定之再審事由，於法是否有據？

六、本院判斷如下：

㈠按行政訴訟法第273條第1項第13款規定：「有下列各款情形之一者，得以再審之訴對於確定終局判決聲明不服。但當事人已依上訴主張其事由或知其事由而不為主張者，不在此限：……十三、當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物。但以如經斟酌可受較有利益之裁判為限。」

㈡本件再審原告固提出⑴再證4之台灣電力股份有限公司107年1月29日議價、決標紀錄。⑵再證5-1至5-6之行政院公共工程委員會107年1月至6月間之公告文等書件，資以主張原確

定終局判決具有行政訴訟法第273條第1項第13款規定之再審事由，有卷附再審原告之再審之訴狀及檢附之各該書件可稽（見最高行政法院107年度聲再字第1275號卷第6至13頁、第47頁、第48至50頁）。惟：

1.再審之訴係對於已經終局判決確定之訴訟事件請求法院再開及續行前訴訟程序之特別救濟程序，若非確定實體判決有重大顯著或無從於上訴程序中主張之瑕疵者，為求法律秩序安定，其訴訟標的之法律關係經判決確定後，即形成既判力，不許當事人提起再審之訴推翻之。故行政訴訟法第273條第1項第13款所謂「當事人發現未經斟酌之證物或得使用該證物。但以如經斟酌可受較有利益之裁判為限」，係指該證物在前訴訟程序最後事實審之言詞辯論終結前業已存在，而為當事人所不知或不能使用，今始知悉或得予利用者而言，並以如經斟酌可受較有利益之裁判為限；如前訴訟程序終結後始作成之文件，自非所謂未經斟酌之證物。

2.查本院就再審原告提起之106年度訴字第140號行政訴訟係於106年11月29日言詞辯論終結，有該訴訟之言詞辯論筆錄在卷可稽（見本院106年度訴字第140號案卷二第244至250頁）。而再證4係再審被告於107年1月29日因辦理勞務採購所作成之議價及決標紀錄（見最高行政法院107年度聲再字第1275號卷第47頁）；至於再證5-1至5-6則為其後自107年1月至6月陸續公告於行政院公共工程委員會網頁之招標資訊（見最高行政法院107年度聲再字第1275號卷第48至50頁），二者均係前訴訟程序言詞辯論終結之後始存在，明顯不能於前訴訟程序中使用，自無未經斟酌可言，即非行政訴訟法第273條第1項第13款所稱之證物至明。

㈡況且，行政法院審查原處分適法與否，係以其作成時之事實狀態為判斷基準，其後始發生之事實不在審查範疇。查再審被告係於105年4月1日作成原處分，而再審原告提出之上開再證4及再證5-1至5-6之招標資訊公告所顯示者，為再審被告分別與訴外人中興公司間之議價、決標事實，及與東億公司間之履約情形，凡此事實均發生在原處分作成之後，自非屬原處分合法性之事實範疇，顯見上開證物在性質上本非屬審查原處分違法與否所得斟酌之證物，即使予以斟酌亦無從動搖原確定終局判決之結論基礎，要無疑義。

七、綜上所述，本件再審原告提出上開再證4及再證5-1至5-6等證物，據以指摘原確定終局判決具有行政訴訟法第273條第1項第13款規定之再審事由，而提起再審之訴，顯無理由，爰不經言詞辯論，逕以判決駁回之。

八、據上論結，本件再審原告之訴顯無再審理由，爰依行政訴訟法第278條第2項、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　22　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法　官　林　秋　華

法　官　陳　文　燦

法　官　蔡　紹　良

以上正本證明與原本無異。

如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情

形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
（一）符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1.上訴人或其法定代理人具備律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授者。 2.稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3.專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。
（二）非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1.上訴人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格者。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4.上訴人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務者。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所	

示關係之釋明文書影本及委任書。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　8　　月　　22　　日

書記官　凌　雲　霄