# 臺灣高等法院高雄分院民事判決

106年度重上國字第3號

上　訴　人　興亞營造工程股份有限公司
法定代理人　卓燦然
訴訟代理人　邱崇耀
　　林永頌律師
　　張天香律師
上　訴　人　國立中山大學
法定代理人　鄭英耀
訴訟代理人　蘇義洲律師
　　黃郁婷律師
　　陳雅娟律師

上列當事人間請求國家賠償事件，上訴人對於中華民國106 年1 月19日臺灣高雄地方法院105 年度重國字第1 號第一審判決各自提起上訴，興亞營造工程股份有限公司並就利息為部分訴之擴張，本院於108 年2 月12日言詞辯論終結，判決如下：

主　文

國立中山大學上訴駁回。

興亞營造工程股份有限公司上訴及擴張之訴均駁回。

第二審訴訟費用由兩造各自負擔。

事實及理由

一、上訴人即被上訴人興亞營造工程股份有限公司（下稱興亞公司）主張：

㈠被上訴人即上訴人國立中山大學（下稱中山大學）辦理「國際研究大樓新建統包工程」（下稱系爭工程）採購案，興亞公司為得標廠商，兩造並於民國98年1 月8 日簽立工程契約（下稱系爭契約），履約標的包含「國際研究大樓新建統包工程」（下稱「大樓工程」，含設計及施工部分）及「A 水池遷建工程」（下稱「A 水池工程」，興亞公司應依中山大學所提供之設計圖說及施工規範施工）。然系爭工程設計「大樓工程」興建位置，設有供應全校用水之舊水池，故需「A 水池工程」完成後（即將舊水池改至A 水池），方得施作

「大樓工程」而起算完成工期。「A水池工程」原訂應於98年7月31日完成施工，「大樓工程」於98年10月30日取得建照開工，因「A水池工程」變更設計及颱風等因素，經中山大學准予延展249日，至99年4月6日方完成機水電轉換，99年4月24日經監造單位亞新工程顧問有限公司（下稱亞新公司）審查核定。不論以A水池完成機水電轉換或興亞公司得開工之監造審查核定日翌日起算，加計「大樓工程」原訂施工日期577日及中山大學同意延展之工期75日，「大樓工程」完工日至少應為101年1月19日。中山大學竟未加計「A水池工程」展延之工期，僅同意「大樓工程」原訂完工日100年5月31日加計75日即100年8月14日作為完工日，興亞公司屢發函要求更改工期、修正施工網圖、移付仲裁，皆遭中山大學拒絕並仍認定興亞公司工期延宕進度落後。興亞公司嗣於100年6月22日送交經亞新公司核定系爭工程第13至15期估驗款（下稱系爭估驗款）之請款文件予中山大學，依系爭契約第12條約定，中山大學應於14日內核定付款，惟訴外人即中山大學承辦人鍾文憲於同月底，告知興亞公司工期延誤達10％以上（中山大學認定落後40.05％），故不予發給系爭估驗款。興亞公司復檢送經亞新公司核定第16至18期估驗款之計價文件送交中山大學，中山大學仍未付款。興亞公司因中山大學拒付工程款，資金調度困難、不堪財務壓力，始於100年7月3日停工，復於同月14日以存證信函告知中山大學，將於同月21日行使同時履行抗辯權而正式停工。

㈡中山大學認定興亞公司無正當理由不履行系爭契約，延誤履約期限情節重大，以100年9月1日中總字第1000003229號函（下稱100年9月1日函）通知興亞公司，依系爭契約第24條第1項第5款、第8款及第11款約定終止系爭契約，並及依政府採購法第101條第1項第10款及第12款規定，刊登政府採購公報。興亞公司不服上開刊登政府採購公報通知，以100年9月16日興工字第100091604號函提出異議；復以中山大學未於接獲其異議後15日內作成異議處理結果為由，

以100 年10月8 日興工字第100100801 號函向行政院公共工程委員會（下稱工程會）申訴，後中山大學以100 年10月11日中總字第1000003784號函（下稱100 年10月11日函），通知興亞公司異議處理結果，維持原決定。嗣工程會以102 年3 月8 日訴0000000 號申訴審議判斷：「關於政府採購法第101 條第1 項第10款部分，原異議處理結果撤銷；關於政府採購法第101 條第1 項第12款部分，申訴駁回。」（下稱系爭審議判斷）。中山大學後於102 年4 月22日以100 年9 月1 日及同年10月11日函（下合稱系爭行政處分），以興亞公司有政府採購法第101 條第1 項第12款之情形，依同法第103 條規定，將興亞公司提報不良廠商刊登政府採購公報（下稱系爭刊登），停權期間自102 年4 月23日起至103 年4 月22日止（下稱系爭停權期間）。

㈡中山大學經興亞公司多次告知，明知系爭工程之工期計算錯誤，仍作成系爭行政處分，將興亞公司停權並為系爭刊登，顯係故意或重大過失侵害興亞公司投標及承攬公共工程之權利，並侵害興亞公司之名譽權。興亞公司自得依國家賠償法第2 條第2 項、民法第213 條、第195 條第1 項規定，請求中山大學賠償興亞公司於系爭停權期間無法承攬公共工程之所失利益新台幣（下同）1,839 萬1,264 元、侵害名譽權之非財產上損害賠償200 萬元，並應於政府採購網站首頁及中山大學網站，刊登如原審判決附件A （下稱附件A ）所示「澄清、道歉啟事」等語。並聲明求為判決：1.中山大學應給付興亞公司2,039 萬1,264 元，其中2,000 萬元自104 年5 月5 日起；其餘39萬1,264 元自104 年12月10日起，均至清償日止，按週年利率5%計算之利息。2.中山大學應將附件A 所示之「澄清、道歉啟事」刊登於政府採購公報網站及中山大學網站之首頁。3.上開第1.項部分，願以現金或等值之台灣銀行無記名可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。（興亞公司於原審另依據政府採購法第85條第3 項規定，請求審議費用3 萬元，經原審判決敗訴，未據興亞公司聲明不服

，已告確定，非本院審理範圍，不再贅述）。

二、中山大學則以：

㈠興亞公司於100年7月3日停工，依亞新公司監造日報表及興亞公司施工日報表所示，系爭工程之預定進度為88.28%，然實際進度僅為48.23%，已落後進度達10%以上，經中山大學屢通知興亞公司限期改善未獲改善。興亞公司於施工預定進度達50%時，未提出細部設計圖說、預算經中山大學核定，依系爭契約第6條第2項第2款、第4款，中山大學得暫停給付工程款。再中山大學對於興亞公司所主張履約爭議事項，已多次函請興亞公司依約辦理，均未獲置理。依系爭契約第29條第3項約定如有履約爭議，興亞公司就與爭議無關或不影響之部分應繼續履約。興亞公司停工時，「大樓工程」之結構體已施作至地上三層可繼續施作，興亞公司主張系爭估驗款未給付，與「大樓工程」之施作，並無施作障礙爭議情事存在，不得任意停工。況中山大學自第19至24次工務會議即要求興亞公司趕工，於第24次工務會議中，訴外人即中山大學總務長李賢華亦裁示：「依契約規定暫緩撥款部分，後續施工若能依所預定之進度持續施作，本校當依契約規定酌予持續付款。」，然興亞公司並未依趕工計畫進行趕工，中山大學始終止系爭契約。另系爭契約第24條第2項亦約定，於中山大學未通知興亞公司終止或解除系爭契約，興亞公司應繼續履約，興亞公司片面停工，顯違反系爭契約，中山大學終止系爭契約自屬有據，亦經系爭審議判斷為相同認定。

㈡興亞公司雖以中山大學未交付系爭估驗款，主張同時履行抗辯而停工，惟興亞公司有先為給付之義務。況中山大學前於98年5月初，已依系爭契約約定，給付4,294萬8,000元預付款，算至第13期，尚餘3,695萬6,754元，縱扣除系爭估驗款2,002萬2,892元後，尚餘1,693萬3,862元，興亞公司自無行使同時履行抗辯權之餘地。系爭估驗款之計價文件，雖經亞新公司於100年6月22日函送中山大學辦理，然系

爭契約第12條第3項約定「14日」係指核准期限，非付款期限，即中山大學審查請款文件無誤核定後，再通知興亞公司開立發票請款，於請款後14日內領取款項。兩造前就第1至12期估驗款均依該流程請款，興亞公司於撥款期限內即100年7月6日停工，顯違反誠信原則，中山大學並無期前清償義務，興亞公司停工顯無同時履行抗辯之適用。

㈢興亞公司因不服中山大學100年9月1日函，向工程會提出異議，經工程會認定興亞公司確有政府採購法第101條第1項第12款情事，以系爭審議判斷駁回申訴。教育部後於102年5月1日以臺教秘㈡字第1020064572號函，指示中山大學應將系爭行政處分刊登於政府採購公報。中山大學依據政府採購法第102條第3項規定，將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報，係依法令之行為，並無故意過失不法侵害他人權利可言。縱系爭行政處分嗣經高雄高等行政法院102年度訴字第191號判決廢棄，亦不能遽認中山大學有故意或過失不法侵害興亞公司權利或怠於執行職務而構成職務上之侵權行為。

㈣若認系爭行政處分不法侵害興亞公司權利，致興亞公司未能參與政府採購案之投標，然縱可參與投標，是否能順利得標尚屬未定，得標後是否確可獲致利益，涉及原因多端，顯與民法第216條第2項規定不符，應屬單純經濟上損失，非屬權利。興亞公司係自102年4月23日始遭停權，主張以102年全年為計算基準，所失利益即營業損失1,839萬1,264元，顯然不當。興亞公司因中山大學刊登政府採購公報造成其商譽受損，未見舉證，縱其名譽遭受損害，亦無精神上痛苦可言，不得請求非財產上損害200萬元；另興亞公司要求中山大學應刊登附件A所示「澄清、道歉啟事」於中山大學網站、政府採購網站首頁，已侵害中山大學不表意自由。興亞公司違反系爭契約第24條約定，有可歸責事由，經行政法院判決同此認定，興亞公司就損害之發生，亦有過失，自應減輕或免除中山大學之賠償責任。況興亞公司係於104年4月

17日以存證信函請求賠償2,000萬元，並未請求中山大學應於政府採購公報網站及中山大學網站首頁，刊登道歉啟事，故興亞公司於104年10月6日請求逾2,000萬元部分即39萬1,264元（計算式：所失利益1,839萬1,264元＋非財產上損害賠償200萬元－2,000萬元＝39萬1,264元）及刊登附件A所示「澄清、道歉啟事」，距中山大學於102年4月22日系爭刊登之日起，已逾2年時效而消滅等語，資為抗辯。

三、原審經審理後，判命：㈠中山大學應給付興亞公司1,839萬1,246元，及自104年5月5日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈡中山大學應在其網站首頁上刊登如附件A所示之「澄清、道歉啟事」；並駁回興亞公司其餘請求。興亞公司就其部分敗訴（即駁回興亞公司請求中山大學給付非財產上損害200萬元及中山大學應於政府採購公報網站首頁刊登如附件A所示「澄清、道歉啟事」）聲明不服，提起上訴，並就非財產上損害200萬元之其中39萬1,264元之遲延利息起算日，由104年12月10日起擴張自104年5月5日起算，興亞公司上訴、擴張及答辯聲明：㈠原判決關於駁回興亞公司後開第㈡、㈢項之訴，及第㈡項部分假執行之宣告部分，並訴訟費用之裁判均廢棄。㈡中山大學應再給付興亞公司200萬元，及自104年5月5日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息。㈢中山大學應於政府採購公報網站首頁刊登如附件A所示之「澄清、道歉啟事」。㈣上開第㈡項部分，願供現金或等值之臺灣銀行可轉讓定期存單供擔保，請准宣告假執行。㈤中山大學之上訴駁回。中山大學上訴及答辯聲明：㈠原判決不利於中山大學部分廢棄。㈡上開廢棄部分，興亞公司在第一審之訴及假執行之聲請均駁回。㈢興亞公司上訴及擴張之訴均駁回。

四、兩造不爭執之事項（見本院卷三第118至125頁、卷四第92頁，並由本院依相關卷證為部分文字修正）：

㈠本件基礎事實之不爭執事項：

1.中山大學辦理系爭工程採購案，興亞公司為得標廠商，兩造

簽立系爭契約，履約標的包含「大樓工程」（含設計及施工部分）及「A水池工程」（興亞公司應依中山大學所提供之設計圖說及施工規範施工），並採限期完工約定，「A水池工程」原約定98年7月31日完工並可正常使用、「大樓工程」約定限於98年10月31日前取得建照並申報開工，於100年5月31日前竣工，100年7月31日前取得使用執照（見原審卷一第71頁至第104頁反面）。

2. 興亞公司於100年7月3日停工（見原審卷二第206頁反面，原審卷三第54頁），雖經中山大學通知繼續施工，惟興亞公司主張同時履行抗辯權，未進場施作。中山大學認定興亞公司無正當理由而不履行契約，且延誤履約期限情節重大，以100年9月1日函通知興亞公司，依系爭契約第24條第1項第5款、第8款及第11款終止契約，並將依政府採購法第101條第1項第10款及第12款規定刊登政府採購公報（見原審卷一第105頁至第106頁）。

3. 興亞公司不服中山大學上開刊登政府採購公報通知，以100年9月16日興工字第100091604號函提出異議，復以中山大學未於接獲其異議後15日內作成異議處理結果為由，以100年10月8日興工字第100100801號函向工程會提出申訴，嗣中山大學以100年10月11日函通知興亞公司異議處理結果：「維持原決定」。工程會以系爭審議判斷：「關於本法第101條第1項第10款部分，原異議處理結果撤銷；關於本法第101條第1項第12款部分，申訴駁回。」（見原審卷一第107頁）。

4. 中山大學於102年4月22日以興亞公司有政府採購法第101條第1項第12款「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者」之情形，依同法第103條規定將興亞公司提報不良廠商刊登政府公報，停權期限自102年4月23日至103年4月22日（見原審卷一第115頁）。

5. 興亞公司就系爭行政處分提起行政訴訟，經高雄高等行政法院102年度訴字第191號判決，確認系爭行政處分違法，中

山大學不服提起上訴，經最高行政法院104 年度判字第140 號判決駁回上訴確定（見原審卷一第143 頁至第150 頁反面，下合稱系爭行政訴訟判決）。

6.興亞公司於104 年4 月17日寄發存證信函，請求中山大學應賠償興亞公司2,000 萬元（見原審卷一第65頁至第70頁），中山大學於104 年4 月20日收受。興亞公司於104 年10月6 日提起本件訴訟（見原審卷一第3 頁）。

7.中山大學所為系爭行政處分及於102 年4 月22日以興亞公司有政府採購法第101 條第1 項第12款之情形，依同法第103 條規定，將興亞公司提報不良廠商刊登政府採購公報，因限制興亞公司於系爭停權期間參與政府採購投標或決標資格，侵害興亞公司投標及承攬公共工程之權利，且無法投標可能會造成興亞公司營業損失，非基於採購契約當事人地位所為，係屬「公務員執行職務行使」，行使「公權力」之決定，所為「行政處分」。

㈡就系爭工程之不爭執事項：

1.「大樓工程」基地位於舊水池位置為大樓工程基地，依系爭契約第3 條第3 項約定「A 水池工程」為中山大學所設計。舊水池經遷移後，A 水池需先運轉使用後，方得進行「大樓工程」施工作業，中山大學已同意「A 水池工程」展延工期249 日即延至99年4 月6 日，如不考慮是否有其他不可抗力無法施工或未經中山大學核准之展延工期，就「大樓工程」興亞公司至少應於99年4 月7 日方得開始施工。【（有亞新公司出具之大樓工程需求計劃報告，及於99年10月26日0000-CS（KHO ）-0655 號發予中山大學之函文可稽，見原審卷三第145 至146 頁）】。

2.興亞公司於99年6 月8 日發函予中山大學表明因A 水池系統轉換方得取得基地施作大樓工程，請求將竣工日延至100 年11月18日，中山大學以興建基地含既有A 水池遷建，基地自A 水池遷建施工日起無涉交付事宜予以拒絕。興亞公司另於99年9 月20日再度發函亞新公司告知A 水池若無新建完成，

「大樓工程」無法施工，請其調整「大樓工程」之工期【有興亞公司99年6月8日興工字第99060803號函、中山大學99年6月17日中總字第0990002184號函、興亞公司99年9月20日興工字第99092007號函在卷可佐（見高雄高等行政法院卷四第310至312頁）】。

3. 興亞公司於99年11月8日興工字第99110801號函及100年3月28日興工字第100032809號函亞新公司，表示「大樓工程」原施工期程為98年11月12日起至100年5月31日止，惟需A水池先運轉使用後，方得進行「大樓工程」施工作業，A水池於99年4月6日供水系統轉換完成，自98年11月1日起至99年4月6日起共計157天，「大樓工程」無法施作，依興亞公司原提送施工網圖，無法合理反應現場工地及預定進度之差異，請亞新公司實報請中山大學展延，經亞新公司轉予中山大學後，中山大學函覆不同意，有亞新公司100年4月13日07013（KHO）-0936函、中山大學100年4月7日中總字第1000001271號函在卷可佐（見原審卷四卷第165至167頁）。

4. 中山大學同意就系爭工程延展之工期：「A水池工程」249日、「大樓工程」75日。其中75日係依據中山大學99年10月4日中總字第0990003667號函之主旨載有：「有關本校國際研究大樓新建統包工程之國際研究大樓新建工期調整案，本校因永久機房興建與其建照取得及開工申報事宜，勉於同意展延工期70日曆天」等語（見原審卷四第117頁），及因來羅克、凡那比及梅姬颱風停工5天。

5. 「大樓工程」工期為577日（98年11月1日至100年5月31日），中山大學同意就「大樓工程」之工期展延75日，故「大樓工程」應完工之工期應為101年1月18日（自99年4月7日起至101年1月18日止，577日+75日，共652日，惟高雄高等行政法院102年度訴字第191號判決則認完工期限應為101年1月19日）。原審另案102年建字第30號給付工程款事件，就系爭工程之工期送請鑑定結果亦同此認定，有

台灣省土木技師公會105年10月28日（105）省土技字第5233號鑑定報告在卷可佐（下稱鑑定報告）。

6.興亞公司就「大樓工程」自99年4月7日起開工至100年7月3日停工止，依100年7月3日亞新公司監造日報表所示（見原審卷二卷第45頁），興亞公司於100年7月3日實際累計進度為48.23%；再依鑑定報告，就興亞公司於100年6月30日預計累計進度為44.36%，以100年7月預計進度4.21%換算（100年7月31日累計進度48.57%），100年7月3日預計累計進度亦僅為44.7674%（4.21%/31=0.1358%，44.36% + 0.1358% ÷ 3 =44.7674%）。

7.依系爭契約第6條第1項約定之預付款，廠商即興亞公司需提供銀行之預付款還款保證書給業主即中山大學，中山大學方給付預付款，並自估驗金額達契約總價金額20%至80%止，隨估驗計價按比例逐筆扣回，於中山大學本件給付興亞公司4,294萬8,000元預付款，第1至12期估驗款時扣回599萬1,246元（見原審卷三第7頁、卷六第42至43頁）。

8.興亞公司於停工前已完成第13至18期之估驗計價，中山大學僅給付至第12期估驗款。亞新公司分於100年6月22日將系爭估驗款、於100年8月9日將第16至17期估驗款、於100年9月5日將第18期估驗款之審查確認計價文件送交中山大學。

㈢高雄高等行政法院102年度訴字第191號判決，確認中山大學所為系爭行政處分屬違法，認定理由略以如下：

1.系爭工程於100年7月22日預定進度僅47.78%，依據100年7月5日系爭工程第116次工地協調會議記錄所載，興亞公司截至100年7月5日實際施工進度為48.23%，施工進度並無落後之情形。中山大學認定興亞公司有延誤工期之情形，係依系爭施工網圖，預定完工日為100年8月9日【有計畫、圖說、材料送審表，亞新公司99年11月1日07013-CS（KHO）-0666號函及監造日報表在卷可佐（見高雄高等行政法院第191號卷二第77頁、第390至392頁，原審卷四第162

頁）】，中山大學所延展75天工期，其中5 日於99年11月22日方為核准，有中總字第1990004541號函在卷可佐（見原審卷四卷第132 頁），系爭施工網圖係未將其後展延之工期算入，「大樓工程」因A 水池工程為施工要徑，於99年4 月7 日方得開工，正確之完工工期應為101 年1 月18日；然系爭施工網圖，乃以原訂契約開工日98年11月1 日作為工期之計算（以完工日100 年8 月9 日逆推577 日加70日），中山大學以系爭施工網圖作為興亞公司施工進度之認定有誤。

2.因可歸責於中山大學因素就A 水池工程設計錯誤，中山大學卻一再拒絕興亞公司請求展延合理之工期及修正錯誤之99年10月26日第三版系爭預定進度表（見高雄高等行政法院卷二第77頁），致興亞公司無法按照原定工期計畫進行，中山大學應如實予以展延工期，始符合公平正義及誠信原則，「大樓工程」之工期應從99年4 月6 日起算加計577 天再加計75天，完工期限應為101 年1 月19日。故中山大學以興亞公司落後工程進度達10 %以上，而以100 年3 月9 日中總字第10000000732號函，通知興亞公司暫停給付契約價金至情形消滅為止（見高雄高等行政法院卷二第80頁），因而導致興亞公司財務困難，不得已行使同時履行抗辯權而於100 年7 月3 日停工。興亞公司抗辯中山大學違約在先，未核撥第13期以後之工程估驗款，造成資金調度困難，不得已行使同時履行抗辯權而停工等情，應堪採信。

3.興亞公司未進場施工，中山大學固得依據系爭契約暨民法相關規定終止契約，興亞公司停工，縱認其確有違本件工程契約第24條約定，惟該項違約並非可全部可歸責於興亞公司，中山大學亦顯有可歸責之情，即非可全部歸責於興亞公司。且興亞公司所生違約事由亦未重大致須刊登政府採購公報之程度，故中山大學認定興亞公司無正當理由而不履行契約，且延誤履約期限情節重大，乃以100 年9 月1 日函通知興亞公司依系爭契約第24條第1 項第5 款、第8 款及第11款終止契約，並將依政府採購法第101 條第1 項第12款規定刊登政

府採購公報，通知擬將其列為不良廠商，並刊登政府採購公報，自難謂合法。

㈣最高行政法院104 年度判字第140 號判決駁回中山大學之上訴，其理由略以：中山大學終止系爭契約，非可全部歸責於興亞公司，且興亞公司所生違約事由亦未重大致須刊登政府採購公報之程度，中山大學以興亞公司具政府採購法第101 條第1 項第12款規定「因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約者」事由，通知興亞公司擬將其列為不良廠商，並刊登政府採購公報，難謂合法。異議處理結果、審議判斷予以維持，亦有未合。高雄高等行政法院102 年度訴字第191 號判決確認中山大學所為系爭行政處分係違法，為興亞公司勝訴之判決，認事用法並無違誤，所適用法規並無違背，與解釋、判例亦無牴觸，無判決不適用法規或適用不當之情形。中山大學上訴意旨稱高雄高等行政法院102 年度訴字第191 號判決有不適用法規及適用法規不當之判決違背法令，自非可採。

五、兩造之爭執事項：

㈠中山大學所屬公務員所為之系爭行政處分及系爭刊登，有無故意、過失不法侵害興亞公司之權利？

㈡中山大學如應負國家賠償責任，賠償項目及數額各為何？興亞公司是否與有過失？又興亞公司請求中山大學給付數額逾2,000 萬元部分及將附件A 所示之「澄清、道歉啟事」刊登於政府採購公報網站及中山大學網站之首頁，是否已罹時效？

六、本院得心證之理由：

㈠中山大學所屬公務員所為之系爭行政處分及系爭刊登，有無故意、過失不法侵害興亞公司之權利？

1.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人民自由或權利者，國家應負損害賠償責任，國家賠償法第2 條第2 項前段所明文。另依該規定請求損害賠償者，以該公務員所屬機關為賠償機關，亦為同法第9 條第1 項所明文

。而所謂「公權力」係指私經濟作用以外之其他公法行為，凡國家行為如具有具命令、強制等權力性之性質，或以法規、行政處分或行政契約方式為之，或具有侵害行政之性質即國家居於統治權力主體之地位，運用禁止或命令之方法，對於人民之自由或權利加以限制或課予負擔之行為，或以公法方式履行給付行政之性質者均屬之。政府採購法第101 至103 條規定採購法上不良廠商公告制度之建構，乃係源自政府採購常具有大量、高額及時效之性質，若放任廠商恣意不履行採購契約，對於政務推動將造成亟大影響，且對於公益也難以維護，因此立法者藉由前開規定，賦予採購機關就不良廠商監督權限，進而使其遭受停權之權限，在制度設計上具有強大公益政策導向，該制度運作結果，賦予採購機關有監督權限，於一定期間限制廠商參與政府採購，不得參加投標或作為決標對象或分包廠商，則採購機關於認定不良廠商之程序中，實居於高權地位。是此，系爭工程之採購機關中山大學經認定廠商興亞公司有政府採購法第101 條第10款及第12款之事由時，以100 年9 月1 日函通知興亞公司將刊登政府採購公報，經興亞公司於100 年9 月16日提出異議，中山大學再以100 年10月11日函通知興亞公司將維持100 年9 月1 日之決定，後於102 年4 月22日以興亞公司有政府採購法第101 條第1 項第12款之情形，依同法第103 條規定，將興亞公司提報不良廠商刊登政府採購公報所為系爭刊登，限制興亞公司於一定期間（即本案所稱系爭停權期間）參與政府採購投標或決標資格，顯然非基於採購契約當事人地位所為，而係基於高權地位，對於人民自由或權利加以限制之行為，屬公權力之範疇至明，先予敘明。

2.次按公務員於執行職務行使公權力時，有故意或過失侵害人民自由或權利之行為，致人民之自由或權利受有損害，且該故意過失之行為，與人民受損害之結果間，有相當之因果關係，即符國家賠償請求之要件。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。再國家執行職務行使公權力，基於依法行政原則，須以法規為前提，本負有應維持公權力行使之合法性及正當性之責任與義務。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。復按行政訴訟法第12條第1 項既已規定：「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。」，是民事訴訟之裁判，凡以行政處分是否無效或違法為據者，應由認定先決事實之行政法院為裁判後，以該確定裁判所確定之事實供為民事法院裁判時認定事實之依據，俾防止不同法院裁判結果互相牴觸之情形發生。倘行政法院對於行政處分之違法性已有認定，民事或刑事法院就此即不得再為實體審查而為相左之認定。

3. 中山大學以興亞公司有符合政府採購法第101 條第12款規定之情形，通知將刊登政府採購公報之系爭行政處分，業經系爭行政訴訟判決認定系爭行政處分為違法確定在案乙節，為兩造所不爭執，本諸前開說明，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。故中山大學進依政府採購法第101 條第12款規定為系爭刊登，興亞公司主張中山大學所屬公務員有違背其職務義務之違法行政處分及系爭刊登，該公務員執行職務行使公權力時，應有過失，已盡舉證責任，中山大學須提出其所屬公務員違背職務之行為有不可歸責事由之證明，始可免責。中山大學就此雖辯以：系爭行政處分及系爭刊登係依據工程會系爭審議判斷之結論，其所屬公務員並無任何故意或過失云云。惟查：

⑴ 依據系爭契約第3 條之約定，系爭工程履約標的包含「大樓工程」及「A 水池工程」，「A 水池工程」部分係由中

山大學設計完成，興亞公司需依據中山大學所提供之設計圖說及施工規範之規定施工。而查「大樓工程」基地位於舊水池位置為大樓工程基地，舊水池經遷移後，A水池需先運轉使用後，方得進行「大樓工程」施工作業，又關於「A水池工程」部分，興亞公司於98年2月2日報請開工後，因中山大學變更設計，新增水池永久機房及機房建照請領、鋼板樁增加引孔工法、舉辦畢業典禮、高雄市運、莫拉克颱風等因素，中山大學核准展延工期249天，「A水池工程」限期完工日期應展延至99年4月6日，如不考慮是否有其他不可抗力無法施工或未經中山大學核准之展延工期，就「大樓工程」興亞公司於99年4月7日方得開始施工。「大樓工程」工期為577日（原自98年11月1日起至100年5月31日止），因中山大學同意就「大樓工程」之工期展延75日（577日＋75日），故「大樓工程」應完工之工期應自99年4月7日起算，且延至101年1月18日（高等高雄行政法院102年度訴字第191號判決則認應為101年1月19日）等情，已為兩造所不爭，並有系爭契約、亞新公司所出具大樓工程需求計劃報告及99年10月26日07013-CS（KHO）-0655號予中山大學函文在卷可憑（見原審卷一第71至104頁、卷三第145至146頁）。再原審另案102年建字第30號給付工程款事件，就系爭工程之工期經送請台灣省土木技師公會鑑定結果，亦認定完工工期為101年1月19日一節，有鑑定報告可佐（外放）。是此足認系爭工程無法依照原訂工期計劃進行，非可歸責予興亞公司，而係可歸責於中山大學之因素，故依據系爭契約第4條第2項第3款第3目關於系爭工程延期之約定：「1.契約履約期間，有下列情形之一，且確非可歸責於乙方（即興亞公司），並影響工程預定進度表要徑作業之進行，而需展延工期者，乙方應於事故發生或消滅後，檢具事證，儘速以書面向甲方（中山大學）申請展延工期。甲方得審酌其情形後，以書面同意延長履約期限，不計算逾

期違約金・・・⑶因甲方指示辦理變更設計或增加工程數量或項目・・・3.第1目停工之展延工期，除另有規定外，甲方得依乙方報經甲方核備之預定進度表之要徑核定之。」（見本院卷三第274頁反面至275頁），中山大學應如實予以展延工期。

⑵承上，「A水池工程」完工期限由原訂98年7月31日展延至99年4月6日止（完成水、電切換，原水池位置可施工），則「大樓工程」應由原預訂之100年5月31日展延至101年1月18日止，是中山大學以原施工網圖作為系爭工程之施工進度之認定，當屬錯誤。而依鑑定報告之鑑定結果，興亞公司就「大樓工程」於100年6月30日預計累計進度應為44.36%，以100年7月預計進度4.21%換算（100年7月31日累計進度48.57%），則100年7月3日預計累計進度應為44.7674%（4.21%/31=0.1358%，44.36% +0.1358% ÷ 3 =44.7674%）。而興亞公司就「大樓工程」自99年4月7日起開工至100年7月3日停工止，實際累計進度已達48.23%等情，復為兩造所不爭執，並有100年7月3日亞新公司監造日報表附卷可憑（見原審卷二第45頁），經比較上開預定進度與實際進度，興亞公司就系爭工程並無遲延工期進度落後之情形，此亦經高雄高等行政法院102年度訴字第191號判決為相同認定（見上開不爭執事項㈡1.所載）。

⑶再興亞公司先後於99年6月8日、9月20日、11月8日及100年3月28日函請中山大學或委請亞新公司報請中山大學，告知需A水池先運轉使用後，方得進行「大樓工程」施工作業，A水池於99年4月6日供水系統轉換完成，故自98年11月1日起至99年4月6日起共計157天，「大樓工程」無法施作，如依興亞公司提送原施工網圖，無法合理反應現場工地及預定進度之差異等情，請求中山大學展延「大樓工程」之工期，並調整系爭工程完工期限里程碑，惟經中山大學函覆不同意等節，亦為兩造所不爭執，復

有卷附興亞公司99年6月8日興工字第99060803號函、中山大學99年6月17日中總字第0990002184號函、興亞公司99年9月20日興工字第99092007號函亞新公司100年4月13日07013（KHO）-0936函及中山大學100年4月7日中總字第1000001271號函可佐（見高雄高等行政法院102年度訴字第191號卷四第310至312頁、原審卷三第163至167頁）。則興亞公司既屢次告知中山大學前情，中山大學於可查知之情況下，猶認定系爭工程之工期應自98年11月1日起算，並以該日期作為「大樓工程」工期之起算時點，拒絕變更工期、施工進度，進而認定興亞公司施工遲延，應認有過失。

⑷興亞公司於100年7月3日停工前已完成第13至18期之估驗計價，經亞新公司核定送請之估驗計價支付金額為2,942萬1,690元（計算式：12萬4,924元＋206萬6,633元＋988萬9,857元＋891萬8,639元＋33萬9,086元＋808萬2,551元＝2,942萬1,690元，前開金額係以扣回預付款959萬1,720元計算，預付款尚餘1,558萬2,966元），剩餘工程未付款金額為1億9,312萬4,192元，中山大學僅給付至第12期估驗款，亞新公司分於100年6月22日將系爭估驗款、於100年8月9日將第16至17期估驗款、於100年9月5日將第18期估驗款之審查確認計價文件送交中山大學等情，為兩造所不爭執，並有亞新公司工地備忘錄、書函、中山大學國際研究大樓新建統包工程估驗計價單在卷可佐（見原審卷三卷第180至203頁）。

⑸中山大學以興亞公司之工程進度落後達10%以上為由，以100年3月9日以中總字第1000000732號函通知暫停給付契約價金（見高雄高等行政法院102年度訴字第191號卷二第80頁），中山大學總務長李賢華並於100年5月6日工務會議表示系爭工程進度大幅落後，依系爭契約約定當暫停估驗計價一情，亦有第22次工務會議紀錄在卷可佐（見原審卷三第41頁）。而按現今公共工程實務，雖有分期

估驗計價之程序，然整體工程完工時，仍須進行工程結算，非謂各期估驗工程款債權即為可分。因此，承攬契約之工程款債權仍為一體，僅係其付款方式為可分期給付而已，工程實務上分期估驗計價並非逐次發生之分期債權，工程估驗款，係指按工程完成之數量、進度付款之方式，究其目的，無非係對於承包商財務之融資，蓋公共工程承攬契約，一般規模均甚龐大，牽涉鉅額交易金額，冗長之施工期間，若定作人於承攬人完成全部工程後始給付報酬，則承攬人之財務負擔勢將十分沉重，容易產生違約事項；然若定作人於工程進行期間即全部付款，定作人又須負擔承攬人將來不履約之所有風險，乃有所謂就承攬人已施作未經正式驗收之工作先行估驗計價，經點驗收合格後，分期請求估驗計價款之設計。然依前所述，中山大學已錯誤認定興亞公司有遲誤進度達10% 以上拒絕給付估驗款，以興亞公司原施工網圖作為基礎之監造核准估驗計價單，因標準有誤，依此可預見中山大學以此標準，興亞公司於「大樓工程」施工完成前，幾乎無法領取工程估驗款。而依興亞公司所施作已完成之第13至18期之估驗款2,942 萬1,690 元外，其後尚有1 億9,312 萬4,192 元工程款未付，恐非一般正常營建公司所得承擔此金額繼續施作，此亦經訴外人即中山大學承辦人鍾文憲於高雄高等行政法院102 年度訴字第191 號行政事件到庭證稱：落後40% 幾乎永遠趕不上，如果永遠沒辦法領錢，這個工程不知要如何進行等語即明（見高雄高等行政法院102 年度訴字第191 號卷三第139 反頁）。系爭工程既係因歸責於中山大學之「A水池工程」設計錯誤，中山大學卻一再拒絕興亞公司請求展延合理之工期及修正錯誤預定進度表，嗣再據此以興亞公司落後工程進度達10% 以上，以上開函文通知興亞公司暫停給付契約價金至情形消滅為止（見高雄高等行政法院102 年度訴字第191 號卷二第80頁）。興亞公司抗辯中山大學違約在先，且未核撥第13期以後之工程估驗款，行使

同時履行抗辯權而停工等情，堪可採信。

⑹綜上，興亞公司就系爭工程並無遲延落後進度，係中山大學因認定工期錯誤，並憑錯誤工期製作之系爭工程網圖認定興亞公司遲誤進度，進而拒核撥第13期以後之工程估驗款，造成興亞公司行使同時履行抗辯權而停工。從而，中山大學認定興亞公司無正當理由而不履行契約，且延誤履約期限情節重大，終止契約，顯有過失。中山大學終止系爭契約，既有過失，其依此行為行使公權力作成系爭行政處分及系爭刊登，當有過失。中山大學所辯工程會系爭審議判斷及教育部102 年5 月1 日臺教祕㈡字第1020064572號函，其依政府採購法第102 條第3 項刊登在政府採購公報，乃依法行政等語。惟中山大學為系爭行政處分前，既已有前階段過失行為，始導致其為系爭行政處分，自不得倒果為因，以此抗辯無過失而不具不法性。中山大學以「前揭行政處分行為係依前開申訴審議之結論，其所屬公務員無任何故意或過失」云云為抗辯，並未提出其所屬公務員前揭違背職務義務之行為有何不可歸責事由之任何證明，其抗辯並無可採。

4.再按國家賠償請求權之成立要件，需公務員於執行職務行使公權力時，故意或過失之違法行為之結果，使人民自由或權利受有損害為要件；所稱「損害」係指法益侵害所生不利益，此種法益不限於自由或權利，尚包括法律上值得保護之利益在內。因此，人民不論物權上、債權上之價值，因生命、身體、自由、名譽等人格權受侵害致生損害，得請求國家賠償，其中就財產權，應與憲法第15條所定之財產權同其意義，即指權利人已經取得之具體主觀之法律地位，不以民法意義之動產、不動產為限，舉凡任何種類之物權、具有財產價值之社員權、股東權、債權，具有財產價值成分之著作權、專利權，有保護價值以及合法登記、保有之商標權、出版權、礦物權，以及具有設備已設立並開始營業之「營業經營」，以及在整體上凡足以構成企業之經濟價值者，均屬之。因

此，所謂財產權其範圍甚廣，擴張至一切已具體存在並具有財產價值。又法益受侵害所生之不利益，不問係財產上損害或非財產上之損害均屬之，亦不問係積極損害或消極損害，均包括在內，是減少財產現有價值或妨礙其價值之增加，皆構成侵害。承上所論，中山大學作成系爭行政處分具有過失，其復依據政府採購法第101 條第1 項第12款規定，以興亞公司無正當理由不履行契約終止契約為由，刊登政府採購公報，興亞公司因系爭刊登，依政府採購法第103 條第1 項第2 款規定，於系爭停權期間不得參與政府採購投標或決標資格，除侵害興亞公司投標及承攬公共工程之權利，而無法投標可能會造成興亞公司營業損失一情，亦為兩造所不爭執。參諸前開說明，該禁止投標承攬公共工程之權利，即為營業權之禁止，營業權自屬國家賠償法第2 條第2 項前段所規定「權利」，其營業權受侵害而造成損失，自屬國家賠償法所規定請求賠償範圍，故中山大學辯以該營業損失僅屬單純經濟上損失，不在賠償範圍云云，自非可採。再者，興亞公司遭列為不良廠商公告係屬政府公開之資訊，任何人均可登入政府採購網站查知興亞公司被列為不良廠商，亦造成外界對興亞公司履約能力及信譽產生質疑，足以貶損興亞公司經濟上之評價，侵害興亞公司之名譽權。則興亞公司依據國家賠償法第2 條第2 項前段規定，請求中山大學負國家賠償責任，即屬有據。

㈡中山大學如應負國家賠償責任，賠償項目及數額各為何？興亞公司是否與有過失？又興亞公司請求中山大學給付數額逾2,000 萬元部分及將附件A 所示之「澄清、道歉啟事」刊登於政府採購公報網站及中山大學網站之首頁，是否已罹時效？

1.按國家負損害賠償責任者，應以金錢為之。但以回復原狀為適當者，得依請求，回復損害發生前原狀。國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定；不法侵害他人之名譽，被害人雖非財產上之損害，亦得請求損害賠償相當之金額；損

害賠償，除法律另有規定或契約另有訂定外，應以填補債權人所受損害及所失利益為限。依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，可得預期之利益，視為所失利益，國家賠償法第5條、第7條第1項，民法第195條第1項前段、第216條分別定有明文。

2.繼前所述，興亞公司對中山大學有國家賠償請求權存在，茲就興亞公司得請求項目及數額，分述如下：

⑴就系爭停權期間無法承攬公共工程之所失利益而言：

①中山大學以興亞公司違反政府採購法第101條第1項第12款規定，刊登政府公報，致依同法第103條第1項第2款規定，自刊登之次日起1年內不得參加投標，期間自102年4月23日起至103年4月22日止（即系爭停權期間），興亞公司因此於系爭停權期間無法投標承攬政府機關所有工程等情，為兩造所不爭執，並有拒絕往來廠商刊登資料（見原審卷一第115頁）。

②又公司之營業情形，或因自我決策、競爭能力及市場環境而變幻莫測，是否能順利得標未定，得標後是否確可獲致利益，涉及原因固有多端，惟參諸卷附為中山大學所不爭執之興亞公司88至101年之損益表、營利事業所得稅結算申報查核報告書（見原審判決附件B，下稱附件B），興亞公司於該期間平均每年所承包之新案履行後可認列為營建收入為12億3,026萬6,034元（計算式：88年至101年間總工程收入：172億2,372萬4,471÷14≒12億3,026萬6,034元，元以下四捨五入），投標公共工程營建收入每年約12億0,689萬5,436元（計算式：88年至101年度期間之之公共工程新案收入168億9,653萬6,098元÷14≒12億0,689萬5,436元），公共工程契約占98.1%（計算式：12億0,689萬5,436元÷12億3,026萬6,034元＝98.1%），再依附件B所載，興亞公司自88年起至101間，其中每年參與公共工程投標，每年至可標取至少3個至多11個不等公共工程

，足認依興亞公司之營業情形、競爭能力，並不受變幻莫測市場環境而生重大影響，此參酌附件B所示上揭期間，興亞公司於該17年間，未曾發生年度因工程案件而出現虧損情形自明，然興亞公司確於102年、103年因系爭刊登致無法投標公共工程，致其於102年間營建收入遽降至0元、103年間亦僅有3億8,791萬1,501元，足見系爭刊登造成興亞公司不得投標公共工程，確實損害營業經營，並妨礙其價值之增加，本諸前開說明，自屬權利之侵害，且其所無法取得營業利益損失並非僅為純粹經濟上之利益或損失，中山大學前開辯稱自非可採。

③本院就興亞公司於系爭停權期間，因未能承攬公共工程之所失利益為何？經兩造合意送請高雄市會計師公會（見本院卷三第116頁、第214頁），經高雄市會計師公會指派金石聯合會計師事務進行鑑定（見本院卷四第6至7頁），有鑑定報告在卷可佐（下稱系爭鑑定報告）。依系爭鑑定報告所載，除認：「依會計學上判斷民法上第216條所稱「所失利益」，認應為以營業利益（即營建收入－營建成本－營業費用＝營業利益）減少數額作為所失利益之判斷，較為恰當。因營業成本（即營建成本）與營業費用均屬本業中為獲得營業收入（即營建收入）之支出，惟營業成本與營業收入間具有可直接歸屬性，屬為獲得營業收入之直接支出，而營業費用多為行政管理支出、銷售支出、研發支出等支援性質，與營業收入間為間接性質，會計分類上，將此類間接支出歸類為營業費用，故凡與本業有關，無論為直接或間接性質，皆屬獲得營業收入所需投入，不排除間接性質之營業費用，故營建收入自應扣除營建成本及營業費用，方屬營業利益，並以營業利益減少即為所失利益（見系爭鑑定報告第4至6頁）。而本院認系爭鑑定報告所載判斷營業利益之減少數額，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，視為所失利益，依該規定，所稱可得預期之利益，實應扣除成本，而該成本應不論直接或間接，凡為獲取收入所投入，皆應扣除，故認系爭鑑定報告以「營業利益」作為符合「所失利益」之定義，堪為合理。

④又興亞公司若未遭中山大學所為系爭刊登，而得於系爭停權期間參加投標，其於系爭停權期間即102年度營業利益為何？系爭鑑定報告認為以屬營建類之14家上市、櫃公司之營業收入為觀察，依該等公司於101年度及102年度之營業收入金額變化，藉以判斷營建業之大環境有無發生重大變化，經依計算結果，14家上市櫃公司於102年度營業收入較101年度平均成長約3%，可認營建類公司於該年度並不受市場環境致產生重大影響，進認依興亞公司於88年度至101年度之營業收入，其中100年度、101年度分為該期間營業收入第一高、第二高，經本院依附件B所載，亦為相同認定，可認興亞公司於100年度、101年度為該公司營業收入最高點；復依興亞公司於85年至101年間之營業利率為觀察，101年之營業利益率為1.8%為興亞公司期間內排名居中，屬中間平均位置，故營業利益率1.8%為興亞公司於前揭期間之平均水準，是認無停權，興亞公司102年度之營業利益維持與101年度相同之營業利益，不認有重大不合理處等語（見系爭鑑定報告第5至9頁）。本院審酌系爭鑑定報告之上開鑑定意見，並細譯興亞公司所提出85年至102年度之相關財務資訊、營業收入排行比較及營建收入與營業費用間之關聯性，比對鑑定意見，認系爭鑑定報告上開結論屬妥適合理。

⑤再者，鑑定報告依據附件B及中山大學所不爭執之經會計師審計後所出具興亞公司85年至102年度無保留意見之財務報告所載（見本院卷三第214至215頁，系爭鑑

定報告第26頁），認興亞公司於102年度營建收入僅為11億1,104萬2,594元，營業利益為1,080萬1,533元；興亞公司於101年度之營建收入則為16億3,967萬4,611元、營業利益則為2,919萬2,797元。故102年度營建收入，減少5億2,863萬2,017元（計算式：16億3,967萬4,611元－11億1,104萬2,594元＝5億2,863萬2,017元），約減少32%（計算式：5億2,863萬2,017元÷16億3,967萬4,611元＝0.3224），營業利益則減少約1,839萬1,264元（計算式：2,919萬2,797元－1,080萬1,533元＝1,839萬1,264元），約減少62%（計算式：1,839萬1,264元÷2,919萬2,797元＝0.6299）（見系爭鑑定報告第3至4頁），本院經核前開資料，認系爭鑑定報告上述認定亦為恰當。

⑥從而，本院認為如興亞公司未於系爭停權期間受停權處分，興亞公司於系爭停權期間營業利益應可維持與101年度營業利益相當。是認興亞公司因系爭行政處分及系爭刊登，於系爭停權期間之所失利益為1,839萬1,624元，應為可採。再按「下列各種所得，免納所得稅・・・三、傷害或死亡之損害賠償金，及依國家賠償法規定取得之賠償金。」為民國71年12月30日所修正公布之所得稅法第4條第1項第3款所明文（查原規定為「傷害或死亡之損害賠償金」），揆諸該修正立法理由以：「第三款修正。原條文規定人身遭受傷害或死亡之損害賠償金得以免稅。國家賠償法賠償範圍除人身之損害賠償外，尚包括因財產受損害而獲致之賠償，為貫徹國家賠償法之立法意旨，乃增訂依該法所取得之賠償金，免納所得稅。」，衡諸該立法理由，就興亞公司而言，其依據國家賠償法第2條第2項規定提起本件訴訟，並經本院認定就系爭停權期間無法承攬公共工程之所失利益為1,839萬1,624元，該賠償自可免稅，然係法律所明定，與中山大學無涉。故興亞公司依該規定，就本項次所請

求賠償之所失利益1,839 萬1,624 元，可免納所得稅，就免納所得稅額部分，非無法律上原因而受有利益，如認上開所失利益尚應扣除所免之所得稅額，反由中山大學獲益，是認不應扣除至明。

⑵就侵害名譽權之非財產上損害賠償而言：

①按公司係依法組織之法人，其名譽（商譽、信用）遭受損害，無精神上痛苦之可言，登報道歉已足以回復其名譽，自無依民法第195 條第1 項規定，請求非財產上損害即精神慰藉金之餘地，為最高法院62年度台上字第2806號判例意旨揭櫫明確。

②興亞公司縱因系爭刊登被公告列為拒絕往來之廠商，受有商譽或信用損害，惟依後述，本院認中山大學應將於其網站，刊登如附件A 所示「澄清、道歉啟事」已足回復其名譽之情形；且興亞公司既為法人，若受有財產上損害，自可請求賠償財產上之損害，但其無精神上痛苦可言，則其依民法第195 條第1 項規定，主張受有非財產上損害200 萬元，即無可採。

⑶就應於政府採購網站首頁及中山大學網站，刊登如附件A所示「澄清、道歉啟事」而言：

①次按依民法第195 條第1 項後段規定名譽被侵害者，並得請求回復名譽之適當處分。所謂適當處分，應以處分行為客觀上足以回復被害人之名譽且屬必要者為限。雖憲法第11條保障人民之言論自由，除保障積極之表意自由外，尚保障消極之不表意自由。惟於侵害名譽事件，若為回復受害人之名譽，有限制加害人不表意自由之必要，自應就不法侵害人格法益情節之輕重與強制表意之內容等，審慎斟酌而為適當之決定，以符合比例原則（大法官會議釋字第656 號解釋理由書參照）。基上，名譽被侵害者請求法院藉適當處分以回復其名譽，法院應在被害人聲明之範圍內，權衡侵害名譽情節之輕重、當事人身分及行為人之經濟狀況，考察客觀時間、空間與

特定對象之環境、條件，以審判時仍具有必要性者，方堪許之。

②中山大學係以刊登在政府採購公報之方式，陳明興亞公司有可歸責事由，致其解除或終止契約，興亞公司遭列為不良廠商公告係屬政府公開之資訊，任何人均可登入政府採購網站查知興亞公司被列為不良廠商，造成外界對興亞公司履約能力及信譽產生質疑，自當有侵害興亞公司之名譽權，則為回復興亞公司之評價，興亞公司請求中山大學於其網站之首頁刊登如附件A所示之「澄清、道歉啟事」，核屬回復名譽之適當處分，因而限制中山大學之不表意自由，為屬當然，中山大學此一抗辯並非可採。再興亞公司請求中山大學應同時刊登在政府採購公報網站，然政府採購公報並非民間報章雜誌，乃為主管機關工程會依政府採購法第27條第2項所授權制定之政府採購公告及公報發行辦法發行，為政府採購公告及公報發行辦法第1、2條所規定，依據該辦法第4、17條規定，如廠商有政府採購法第101條第7款至第14款情形，經判決撤銷原處分，應註銷之外，並無任何關於採購機關得刊登如附件A所示「澄清、道歉啟事」之規定。故刊登於政府採購公報之內容依該辦法規定，須為政府採購之相關公告，依法律授權而有所限制，並非機關自行可刊登私法請求權之澄清或道歉啟事，故認興亞公司此部分請求，自無理由。

3.中山大學以興亞公司違反系爭契約第24條之約定，與有過失云云。然查：

⑴高雄高等行政法院102年度訴字第191號判決固載有「興亞公司未進場施工，中山大學固得依據系爭契約暨民法相關規定終止契約，然興亞公司停工，縱認其確有違系爭契約第24條，惟依前開本院之認定，該項違約並非可全部可歸責於興亞公司・・・」、「本件中山大學終止工程契約，經本院審查結果，既認非可全部歸責於興亞公司，且興

亞公司所生違約事由亦未重大致須刊登政府採購公報之程度・・」等語（見該判決理由第31頁）、最高行政法院104年判字第140號判決亦認定：「原審依職權調查證據結果，認中山大學終止工程契約，非可全部歸責於興亞公司，且興亞公司所生違約事由亦未重大致須刊登政府採購公報之程度・・・」等語（見該判決第14頁）。中山大學係依據系爭契約第24條第1項第5款「因可歸責於乙方之事由，致延誤履約期限，情節重大」、第8款「無正當理由而不為履行契約」、第11款「乙方未依契約規定履約，自接獲甲方書面通知之次日起十日內或書面通知所載較長期限內，仍未改善者」為由，以100年9月1日函通知興亞公司終止系爭契約。

⑵惟本院經細譯系爭行政訴訟判決前揭理由及審閱系爭行政訴訟卷證，未見就興亞公司有何違反系爭契約前開約定之行為予以指明，反認「興亞公司在面對因系爭工程之進行而有龐大支出之情形下，再面對無法領取系爭工程估驗款，產生資金缺口非無可能。故興亞公司抗辯中山大學違約在先，且未核撥第13期以後之工程估驗款，造成其之資金調度困難，不得已行使同時履行抗辯權而停工等情，即堪採信」等語翔明（見高雄高等行政法院102年度訴字第191號判決理由第31頁）。況依前論，既認定興亞公司於102年7月3日停工未繼續履行系爭契約，乃係可歸責於中山大學單方事由所致，且興亞公司經中山大學認定其無正當理由不履行系爭契約，延誤履約期限情節重大，先後以100年9月1日、100年10月11日函通知，亦依法提出異議及申訴以改變系爭行政處分，興亞公司就損害之發生或擴大，當無任何過失可言，則中山大學主張興亞公司與有過失，自非可採。

4.按給付有確定期限者，債務人自期限屆滿時起，負遲延責任。給付無確定期限者，債務人於債權人得請求給付時，經其催告而未為給付，自受催告時起，負遲延責任。民法第229

條第1項、第2項前段定有明文。又遲延之債務，以支付金錢為標的者，債權人得請求依法定利率計算之遲延利息。但約定利率較高者，仍從其約定利率。應付利息之債務，其利率未經約定，亦無法律可據者，週年利率為百分之五，民法第233條第1項、第203條亦有明文。本件興亞公司對中山大學之損害賠償債權，核屬無確定期限之給付，既經興亞公司於104年4月17日寄發存證信函，請求中山大學於函到14日賠償，經中山大學於同年月20日收受，有該存證信函及掛號郵件收件回執可證（見原審卷一第65至70頁），核其性質上屬催告中山大學給付，惟中山大學迄未給付，依前揭法律規定，應自收受存證信函給付期限屆滿翌日即104年5月5日起至清償日止，按週年利率5%計算之法定遲延利息。

七、綜上所述，興亞公司依國家賠償法第2條第2項、民法第195條第1項、第213條規定，請求中山大學給付1,839萬1,264元及自104年5月5日起至清償日止，按週年利率5%計算之利息；並在中山大學網站首頁上刊登如附件A所示之澄清、道歉啟事，為有理由，應予准許；逾此部分請求，為無理由，應予駁回。原審為興亞公司勝訴之判決，並依聲請為准、免假執行之宣告，核無不合。中山大學上訴指摘原判決此部分不當，請求廢棄改判，非有理由，應予駁回。原審判決駁回興亞公司請求非財產上損害200萬元本息及中山大學應於政府採購公報網站首頁刊登如附件A所示「澄清、道歉啟事」部分，尚無違誤，興亞公司上訴指摘原判決此部分不當，求為廢棄改判，亦無理由，應予駁回。又興亞公司於本院擴張非財產上損害200萬元之其中39萬1,264元之遲延利息部分，亦非有據，自應駁回其此部分擴張請求。

八、本件事證已臻明確，兩造其餘之攻擊或防禦方法及所用之證據，經本院斟酌後，認為均不足以影響本判決之結果，爰不逐一論列，附此敘明。

九、據上論結，本件兩造上訴及興亞公司擴張之訴均無理由，判決如主文所示。

中　　華　　民　　國　　108　　年　　2　　月　　27　　日

民事第三庭

審判長法　官　簡色嬌

法　官　邱泰錄

法　官　張維君

以上正本證明與原本無異。

兩造均如對本判決上訴，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　　108　　年　　2　　月　　27　　日

書記官　梁雅華

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。