

# 政府採購法法律關係中 有關國家賠償的態樣

梁家豪\*

## 壹、前言

政府採購乃屬私法行為<sup>1</sup>，為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，有關採購機關之工程定作、財物買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等私法行為，均應依政府採購法及相關法規為之。然而，法律關係之締結，往往也伴隨相關爭議之產生。若參與政府採購之私人（私法人）在參與過程中，遇有自身權益受有來自採購機關相關作為之侵害，若可請求國家賠償，則法院在相關案件之認定，又係如何？筆者謹以以下二則案例，為各位分享政府採購法法律關係中有關國家賠償的態樣：

## 貳、態樣一，廠商遭刊登政府採購公報之救濟

一、依政府採購法第101條第1項規定，如果採購機關辦理採購業務，發現廠商有下列情形之一，應將其事實、理由及

依第103條第1項所定期間通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報：1、容許他人借用本人名義或證件參加投標者。2、借用或冒用他人名義或證件投標者。3、擅自減省工料，情節重大者。4、以虛偽不實之文件投標、訂約或履約，情節重大者。5、受停業處分期間仍參加投標者。6、犯第八十七條至第九十二條之罪，經第一審為有罪判決者。7、得標後無正當理由而不訂約者。8、查驗或驗收不合格，情節重大者。9、驗收後不履行保固責任，情節重大者。10、因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者。11、違反第六十五條規定轉包者。12、因可歸責於廠商之事由，致解除或終止契約，情節重大者。13、破產程序中之廠商。14、歧視性別、原住民、身心障礙或弱勢團體人士，情節重大者。15、對採購有關人員行求、期約或交付不正利益者。

二、但如果廠商認為被刊登政府採購公報是違法行政作為的話，得提出異議<sup>2</sup>，

\* 本文作者係執業律師，國立中正大學法律系

註1：黃鈺華、蔡佩芳（2014），《政府採購法解讀-逐條釋義》，第1頁，元照出版有限公司。

註2：黃鈺華、蔡佩芳，同上註，第298頁以下。

異議若遭駁回，可再提出申訴<sup>3,4</sup>。若申訴再遭駁回，可再提起行政訴訟。筆者謹以近期一則實務案例為各位前輩先進整理法院所為之相關認定：

### 參、態樣一之近期實務案例

#### 一、若行政法院確定判決已認定廠商並無政府採購法第101條之情事，廠商可提起國家賠償：（臺灣臺北地方法院110年度國字第34號判決）

背景事實：A公司長期經營軍方及台電採購案，緣B採購機關辦理「履帶總成等4項採購案（下稱系爭採購案），於101年3月2日決標予A公司，雙方於同年9月9日簽訂訂購軍品契約，並於101年9月25日、同年12月14日經驗收合格，並給付貨款完竣。然B採購機關竟於104年8月31日以國採○○字第1號函通知A公司（下稱原處分），並依臺灣新北地方檢察署檢察官起訴書所載，A公司涉有違反行為時政府採購法第101條第1項第3款所稱擅自減省工料情節重大、同項第4款所稱偽造、變造履約相關文件之情形，刊登政府採購公報。A公司不服向B採購機關提出異議（下稱原異議處理結果），經駁回後再提起申訴，經行政院公共工程委員會審議判斷原異議處理結果關於政府採購法第101條第1項第3款部分撤銷，關於政府採購法第101條第1項第4款部分駁回，其餘申訴不受理（下稱原申訴審議判斷），故A公司自106年7月11日起至109年7

月10日止遭停權。嗣A公司向臺北高等行政法院提起行政訴訟請求撤銷原申訴審議判斷、原異議處理結果、原處分，最終經臺北高等行政法院以108年度訴更一字第82號判決（下稱系爭行政法院判決），認定原處分關於依行為時政府採購法第101條第1項第4款通知刊登政府採購公報部分為違法確定。故A公司認其因B採購機關之違法原處分，無法參加台電及軍方之採購案，受有高達新臺幣（下同）1億4,955萬4,966元之採購案營業收入損失，故而提起國家賠償訴訟。

#### 二、法院之認定

##### （一）採購機關有故意或過失行為？

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之自由權利，政府機關不得任意侵害，行政機關之行政處分及刊登公報之行為，既經行政法院判決認定具有不法性，自不能阻卻不法，自有過失（最高法院109年度台上字第1644號判決意旨參照）。臺北高等行政法院以系爭行政法院判決確認原處分關於依行為時政府採購法第101條第1項規定通知刊登政府採購公報部分違法，B採購機關未上訴而告確定。原處分刊登政府採購公報之行為既經系爭行政法院判決認定具有不法性確定，本院即應受系爭行政法院判決事實認定之拘束。故B採購機關之原處分所為刊登政府採購公報之前開行為既為B採購機關所屬公務員執行職務行使公權力，並經系爭行政法院判決認定違法，自有過失

註3：黃鈺華、蔡佩芳，前揭註1，第401頁。

註4：黃鈺華、蔡佩芳，前揭註1，第307頁以下。

侵害A公司權利之情。

(二) 廠商是否有權利或利益受損？

原處分係以A公司違反行為時之政府採購法第101條第1項第3款「擅自減省工料情節重大者」及第4款「偽造、變造履約相關文件」規定而作成(違反行為時政府採購法第101條第1項第3款之部分嗣經原申訴審議判斷撤銷)。依行為時之政府採購法第103條第1項第1款規定，廠商如係因有同法第101條第1項第1款至第5款、第15款情形，自刊登之次日起3年不得參加投標或作為決標對象或分包廠商，可知原處分及刊登政府採購公報之行為係禁止A公司於3年內就政府採購案不得參加投標或作為決標對象或分包廠商，顯然限制A公司參與政府採購標案之自由，且此限制直接禁止A公司投標承攬公共工程之權利，即為營業權之禁止，而為國家賠償法第2條第2項前段所保護之客體，B採購機關所造成A公司營業利益之減少或喪失，乃權利受侵害而附隨衍生之經濟損失。

(三) 損害之計算？同業利潤標準？

B採購機關對於A公司就附表一所示3個標案均為國內唯一合格廠商一情並不爭執，且該3個標案均係於A公司因被刊登在政府採購公報而不得參加投標或作為決標對象或分包廠商之期間內開標及決標，足認如A公司得以參與投標，極有可能取得該3個標案。又參照該3個標案之決標公告，承辦單位為陸軍後勤指揮部、品項均為扭力桿、標的分類全為財物類447武器彈藥及其零件，決標金額分別為486萬、2,544萬3,760元、485萬9,996元，復觀諸稅務行業標準分類暨同業利潤標準查詢資料可知武器及彈藥製造業之淨利率為8%，則應認A公司就附表一所示標案無法投標之所

失利益分別為38萬8,800元(計算式：486萬元 $\times$ 8%=38萬8,800元)、203萬5,501元(計算式：2,544萬3,760元 $\times$ 8%=203萬5,501元，小數點以下四捨五入，下同)、38萬8,800元(計算式：485萬9,996元 $\times$ 8%=38萬8,800元)

(四) 請求權起算時效之日？

- 1.查附表一所示之標案分別於107年3月2日、同年10月2日、109年6月30日決標及開標，是於決標時即可確知A公司因依法不得投標而未能獲得該標案，又A公司所主張之損害係以決標金額乘以稅務行業標準分類暨同業利潤標準查詢資料之淨利率加以計算，故於決標時即可實際知悉其所受之損害數額，且前開標案之決標日均於A公司所提起之行政訴訟程序進行時，A公司既主張原處分有違法之處，則其於決標日時應已知悉須由國家負賠償責任甚明，揆諸前開說明，自應以附表一所示之標案之決標日作為時效起算日。
- 2.然本件A公司於110年2月5日始向B採購機關請求國家賠償，是附表一編號1、2之決標日既分別為107年3月2日、同年10月2日，至A公司向B採購機關請求國家賠償時，顯已罹於2年之時效，故B採購機關就此部分之損害38萬8,800元、203萬5,501元抗辯A公司之請求權因時效完成而消滅，自屬有據；又附表一編號3之決標日為109年6月30日，距離A公司請求國家賠償之日即110年2月5日，並未超過2年，則A公司請求附表一編號3標案所生之損害38萬8,800元，即屬有據。

#### 肆、態樣二，採購機關依政府採購法第101條第1項第10款規定，作成行政處分，但未依行政程序法第69條第2項及72條第2項規定向廠商代表人或廠商之營業所合法送達之救濟

- 一、依政府採購法第101條第1項第10款規定，如果採購機關辦理採購業務，發現廠商有「因可歸責於廠商之事由，致延誤履約期限，情節重大者」之情形，應將其事實、理由及依第103條第1項所定期間通知廠商，並附記如未提出異議者，將刊登政府採購公報。
- 二、如果廠商認為採購機關並未依法通知<sup>5</sup>，並附記法律效果及救濟程序，廠商得於接獲通知之次日起20日內，提出異議。廠商並得在歷經異議、申訴等救濟途徑後，再提起行政訴訟加以救濟。筆者謹以近期一則實務案例為各位前輩、先進整理法院所為之相關認定：

#### 伍、態樣二之近期實務案例

##### 一、一審程序：臺中地方法院103年度國字第16號判決

##### (一) 系爭行政處分有無合法送達？

##### 1. 依行政程序法第100條、110條第1項、

第69條第2項、第72條第2項、第73條第1項、第74條第1項、第83條第1項等規定，系爭行政處分自應向原告之代表人張○○為送達，送達處所則應為「屏東縣屏東市○○街0號」。惟觀諸系爭行政處分之送達證書，「受送達人機關姓名地址」欄內並未記載原告之代表人或代收人，地址則為「屏東市○○路○段000號」，逕於101年6月6日寄存廣東路郵局。則系爭行政處分既未依行政程序法第69條第2項之規定向原告之代表人送達，亦未依同法第72條第2項之規定向原告之營業所行之，則其送達於法已有未合。

2. 況查，本件非由原告之代表人張○○收受送達，則亦無同法第72條第2項但書適用之可能；且由於該「屏東市○○路○段000號」並非上開行政程序法諸規定所稱之應受送達處所，則於不獲會晤原告代表人張○○時，亦不得據此而作成寄存送達。至被告所抗辯原告於系爭工程履行期間，曾多次以函文方式與被告陸軍第十軍團指揮部往返聯繫（自99年10月17日起至101年5月13日期間多達8次），此時原告出具函文地址欄均記載為「屏東市○○路○段000號」；原告亦自承所屬承辦人曾利用其自家住所「屏東市○○路○段000號」收發文件，此確為兩造所不爭，惟原告與被告陸軍第十軍團指揮

註5：若是共同投標廠商之成員有101條第1項各款情形之一者，機關應視可歸責之事由，對各該應負責任之成員個別為通知及刊登政府採購公報。黃鈺華、蔡佩芳，前揭註1，第401頁。



部就系爭工程履約、驗收部分事項之書信往返，屬私法關係，民法上就意思表示或觀念通知達到相對人之方法並無諸多限制，與行政程序法已明定書面之行政處分之送達方法，自不容混為一談，故被告主張應認為系爭行政處分已向原告合法送達云云，不足採憑。要言之，因被告陸軍第十軍團指揮部就系爭行政處分之送達違反行政程序法之規定，系爭行政處分確未向原告合法送達，而對原告不生效力，且臺北高等行政法院103年度訴字第192號判決亦同此見解，並確定在案。

3.系爭行政處分既未向原告合法送達，原告未受通知，則異議期間無從起算，本無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之可言，即無機關應將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報之餘地，卻逕由被告陸軍第十軍團指揮部呈報上級機關被告國防部陸軍司令部於101年7月10日在政府採購公報上刊登原告為「拒絕往來廠商」。而被告國防部陸軍司令部所為政府採購法第102條第3項規定之公告，係採購機關被告陸軍第十軍團指揮部依政府採購法第101條第1項規定所為通知行政處分之執行行為，其性質上為事實行為（高等行政法院89年度第2次法律座談會提案第4號研討結果參照）。則未將系爭行政處分合法送達原告即呈報上級機關執

行處分之被告陸軍第十軍團指揮部，與執行處分之被告國防部陸軍司令部，於要件不備之情形下，貿然在政府採購公報刊登原告為「拒絕往來廠商」，均難謂無違反政府採購法第102條第3項之規定，已分別符合國家賠償法第2條所稱不法之要件，亦堪認定。

（二）被告是否須負連帶或不真正連帶賠償責任？

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，除其他法律有特別規定外，祇能依據國家賠償法之規定向國家請求賠償，不能依民法第184條侵權行為之規定向國家請求賠償（最高法院85年度台上字第1556號判決要旨參照）。公務員於執行職務行使公權力，不法侵害人民之權利，被害人得依國家賠償法第2條第2項之規定，請求國家機關損害賠償，乃基於國家賠償法之特別規定，不生該國家機關應依民法第185條規定，與其所屬公務員為共同侵權行為之其他第三人，負連帶損害賠償問題。

2.此時，縱使國家機關與該第三人因相關法律關係之偶然競合，對於被害人負有同一目的給付（賠償）之債務，然此僅屬不真正之連帶債務關係。故不真正連帶債務人中之一人所為之清償，如已滿足債權之全部或一部，即應發生絕對清償效力，債權人就已受償部分，自不得再向包括國家機關在內之其他債務人請求清償（最高法院

98年度台上字第813號判決要旨參照)。

3.準此，原告依其所訴之事實，主張以民法第184條、第185條第1項規定請求被告陸軍第十軍團指揮部及國防部陸軍司令部連帶賠償部分，即無理由。揆諸上開說明，被告雖分別構成國家賠償法第2條第2項前段所定之國家賠償責任，但給付之目的同一，應屬不真正之連帶債務關係。至於被告辯稱依國防部陸軍司令部辦理國家賠償事件注意要點第2點規定，國防部陸軍司令部為國家賠償義務機關，處理其本部及所屬機關（構）、部隊或學校之國家賠償事件等語，固非無據，惟依國家賠償法第2條第2項請求損害賠償者，以該公務員所屬機關為賠償義務機關，同法第9條第1項定有明文，被告陸軍第十軍團指揮部、被告國防部陸軍司令部所屬承辦人員既已分別於執行職務行使公權力時因過失不法侵害原告權利，即各為賠償義務機關，而國防部陸軍司令部辦理國家賠償事件注意要點，僅係該機關及其所屬機關（構）、部隊或學校之內部對於國家賠償事件處理之事務分配規則而已，並不能排除被害人依國家賠償法逕向其所屬機關求償之權利，故被告抗辯僅有被告國防部陸軍司令部得為賠償義務機關，亦不足採憑。從而，被告須負不真正連帶賠償責任，已無疑問。

(三)若被告須負賠償責任，賠償金額為何？

1.原告雖因被告所屬公務員之過失不法侵害其自101年7月10日起之一年間參加公共工程投標或作為決標對象或分包廠商之權利，對於以承攬公共工程為主要業務之原告而言，自難謂絲毫未有財產上之損害；且原告無端於政府採購公報上遭刊登為「拒絕往來廠商」，於營運受衝擊之餘，衡情亦不免貶損其於股東、員工、客戶、貸款銀行、相關上下游業者及同行業者間原有之名譽及信用，足認其名譽及信用亦受到不法侵害，而情節重大。但原告主張其財產上之損害即營業所失利益，乃假設其未受刊登為「拒絕往來廠商」而不致失去之營業利益，雖能想像其存在，但由於該假設狀態下之營業收入並未實際發生，故客觀上即不可能證實其數額，原告主張以其自100年3月22日起至101年4月25日止得標公共工程之決標金額總計為19,310,000元為基準，無論以毛利率30%或21%計算其財產上損害，均不能證明其自101年7月10日起之一年間營業損失數額；至名譽及信用上之非財產損害更為抽象，原告主張此部分數額為1,737,900元，亦欠缺依據。

2.此時，應足堪認為原告已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難，則依前揭規定，本院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。準此，參考原告所提出其於101年7月10日遭刊登為「拒絕往來廠商」之前，最後於101年4月25日得標起回溯一年內所

得標之公共工程共計9件之決標公告，此部分決標金額總計為14,320,000元，即剔除原告所主張回溯超過一年之100年3月22日之決標金額2,360,000元，及100年3月29日之決標金額2,630,000元（計算式：19,310,000元－2,360,000元－2,630,000元＝14,320,000元），先得出原告於因此受損害之前最近一年內得標之決標金額總計為14,320,000元為基準；再參考原告所提出自財政部統計處網站下載之「102年度營利事業各業所得額、同業利潤標準暨擴大書審純益率」其中代號4290-11淤泥疏濬工程之同業利潤標準淨利率為10%，因斟酌營業者本應支付營運成本，自不宜引用尚未扣除費用率之毛利率，且原告既未實際承擔營運風險，故引用淨利率已屬從寬認定，適足以填補其所受非財產上損害。據此，本院已審酌一切情況，依所得心證定其包括財產上與非財產上之損害數額合計為1,432,000元（即上開基準14,320,000元×10%），應屬衡平公允。

## 二、更一審程序，臺灣高等法院臺中分院107年度上國更一字第1號判決

### （一）系爭處分未經合法送達

1.系爭處分性質上為機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，自屬書面之行政處分。則陸軍第十軍團指揮部將此一書面之行政處分

通知原告時，其送達方法自不能違反行政程序法第100條第1項、110條第1項、第69條第2項、第72條第2項、第73條第1項、第74條第1項等規定。

2.原告之代表人為張○○，其公司登記資料、系爭工程合約書所載之公司地址、政府電子採購網（拒絕往來廠商名單）等資料，均顯示原告設立登記之營業所地址為「屏東縣○○市○○里○○街0號」（下稱○○街0號）。則依行政程序法第69條第2項、第72條第2項、第73條第1項、第74條第1項規定，系爭處分自應向原告之代表人張○○為送達，送達處所則應為○○街0號。惟該處分函，於「受送達人機關姓名地址」欄記載「姓名：○○營造有限公司」「地址：屏東市○○路○段000號」，其送達方法則記載於101年6月6日逕以寄存送達之方式，寄存於廣東路郵局。此有送達證書可佐。則系爭處分顯未依行政程序法第69條第2項之規定，向原告代表人張○○送達，亦未依同法第72條第2項規定，向原告公司之營業所即○○街0號送達，該○○路○段000號亦非上開行政程序法諸規定所稱之應受送達處所，則於不獲會晤原告公司代表人張○○時，亦不得據此而作成寄存送達。從而原告公司主張系爭處分未向其合法送達，應可認定為真實。

3.原告公司因不服陸軍司令部於101年7月10日將其刊登政府採購公報列為拒絕往來之不良廠商1年，因而提起訴

願，遭決定不受理，遂於103年2月11日以陸軍第十軍團指揮部為被告提起行政訴訟（對陸軍司令部起訴部分，業於同年4月間撤回），經臺北高等行政法院103年6月26日103年度訴字第192號判決，亦認系爭處分未對原告公司合法送達，該處分所規制之內容對於原告公司尚不生效力，自無須就未生效力之行政處分之內容是否有違法事由加以論斷，從而，原告公司並無訴請確認系爭處分為違法之權利保護必要，因而駁回原告公司之訴。此有該判決可證。益見系爭處分確係未經合法送達。

（二）○○公司因政府採購公報刊登其為拒絕往來之不良廠商而受有損害，其可請求陸軍司令部賠償42萬6,000元

系爭處分之通知既未向○○公司合法送達，該處分所規制之內容對於○○公司尚不生效力，其異議期間即無從起算，本無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政府採購法或並無不實者之可言，當不符政府採購法第102條第3項機關應即將廠商名稱及相關情形刊登政府採購公報之要件。陸軍司令部之公務員於執行刊登○○公司受系爭處分於政府採購公報之職務時，當有審查該處分是否業經陸軍第十軍團指揮部合法送達○○公司？○○公司是否未於法定期限內提出異議或申訴？其審議結果是否動搖系爭處分？等職權，且此項審查職權之行使，僅需依相關書面形式審查即可確認，惟陸軍司令部所屬承辦公務員竟疏未發現系爭處分未經

合法送達，即貿然將○○公司因受系爭處分而列為拒絕往來之不良廠商乙事，刊登在政府採購公報，致○○公司於1年期間內（自101年7月10日至102年7月9日），受有無法承攬公共工程之損害，其執行職務既違背上開規定之法定程序，自顯有應注意、能注意而不注意之過失，核屬公務員於執行職務行使公權力時，因過失不法侵害○○公司之權利，且○○公司所受損害，與陸軍司令部所屬承辦公務員執行職務行使公權力之過失行為間，顯有相當因果關係，陸軍司令部為該承辦公務員之所屬機關，則○○公司依國家賠償法第2條第2項、第9條第1項規定，先位請求陸軍司令部賠償損害，即有理由。

（三）○○公司主張其於107年7月26日參與○○鄉公所「第一公墓紀念祠防水修繕工程」投標，以163萬元最低標價，經○○鄉公所宣布得標，並已簽訂工程契約，嗣因○○公司被發現係經公告列為拒絕往來之不合格廠商，○○鄉公所乃改由次低標廠商議價決標。○○公司另參與○○鄉公所開標日期101年7月31日之「塔樓公有地環境綠美化及公廁興建工程」投標，雖所出標價263萬元為最低標，且在底價270萬元以內，理應得標，惟因○○公司業經公告列為拒絕往來廠商，認屬不合格標，而由其他次低標廠商得標等事實。業經提出○○鄉公所開標 / 議價 / 決標 / 流標 / 廢標紀錄、標單、工程契約可證，並有○○鄉公所107年5月14日及107年6月26日分別函送開標 / 議價 / 決標 / 流標 / 廢標紀錄、



外標封、標單封、標單、工程標價清單可佐。則○○公司若未經公告列為拒絕往來廠商，當可順利承攬上開2件公共工程，其因陸軍司令部所屬公務員之上開過失行為，致無法承攬該2件工程，當受有依已定計劃可得預期利益之所失利益。上開2件工程合計標價426萬元（ $1,630,000 + 2,630,000 = 4,260,000$ ），依○○公司提出財政部統計處網站下載之同業利潤標準淨利率10%計算，堪可認定○○公司受有所失利益42萬6,000元（ $4,260,000 \times 10\% = 426,000$ ）之財產上損害。又公司之營業所得需扣除成本及費用，方為其可獲得之利益，○○公司主張應依尚未扣除費用率11%之毛利率21%計算所失利益，當屬無據。

- (四) ○○公司另主張其以承攬公共工程為業，於101年7月10日公告列為拒絕往來廠商前最後得標101年4月25日起回溯一年內所得標之公共工程計11件，其決標公告總金額19,310,000元，依同業利潤標準毛利率21%計算，財產上之所失利益為405萬5,100元等事實，並另提出96年4月30日至101年2月2日間之得標公共工程明細表、決標公告為佐。惟公司之營業情形，每因自我決策、競爭能力及市場環境而變幻莫測，尚難以過往之業務情形，即推論在某期間必有該營業數額。又參與公共工程投標，需有符合資格而可參與投標之標案，除標價需低於所定底價外，更需與其他競爭者經由秘密投

標，以取得決標承攬，其不確定事項甚夥，尚難認之前某時段之決標情形，即係依通常情形，或依已定之計劃、設備或其他特別情事，而推論某時段必有可得預期之利益。○○公司因被公告列為拒絕往來廠商，在停權1年之期間內，無法參與公共工程之投標、作為決標對象及簽訂工程契約，惟○○公司除上開2件標案外，並未舉證證明另有其符合資格而可參與投標之標案，或已進行特定標案之投標或承攬施作等規劃，而足認其可能因無法決標承攬施作，致受有不能取得預期營業利潤之所失利益，自難認除前開2件標案外，確有因被公告列為拒絕往來廠商而受有其他財產上之損害。又民事訴訟法第222條第2項固規定：「當事人已證明受有損害而不能證明其數額或證明顯有重大困難者，法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。」然該規定於本件須於○○公司先證明確受有所失利益之損害，僅不能證明其數額或證明顯有重大困難者，始有適用。惟○○公司所舉事證，除可證明有上開財產上所失利益42萬6,000元之損害外，尚未能證明其另受有其他所失利益之損害，自無上開規定之適用。是○○公司主張其另受有所失利益362萬9,100元（ $4,055,100 - 426,000 = 3,629,100$ ）元之財產上損害，即非可採。

- (五) 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（最高法院62年台上字第2806號判例、103年度台上字第2434號、104年度台上字第599號判決參照）。本件○○公司縱因被公告列為拒絕往來廠商，受有商譽或信用之財產上損害，惟其既為法人，當無精神上痛苦可言，其依民法第195條第1項規定，主張受有非財產上之損害173萬7,900元，即無可採。

## 陸、筆者意見代結論

一、由上述二個案例中，我們可以發現，因為廠商對於損害金額為何，在舉證上存有一定之難度，故對於如何計算

損害金額的計算基準，大多都是提出以同業利潤標準，請求法院加以認定。法院原則上除了認為應扣除成本外，亦認同以同業利潤作為損害金額之認定標準。

二、另外值得注意的是，若遇採購機關在依政府採購法第101條第1項規定，作成行政處分<sup>6</sup>後，再依行政程序法第69條第2項及72條第2項規定向廠商代表人或廠商之營業所送達時。廠商宜注意採購機關是否有合法送達，而且此處所指之送達，在民法以及行政程序法上之定義與程序上之要求並不相同，案例二所生的爭議即由此而生。若各位前輩、先進執業上遇有類此案例時，可多加留意，並作為主張理由之一。

註6：黃鈺華、蔡佩芳，前揭註1，第398頁。