

最高法院民事大法庭 109 年度台上大字第 495 號不同意見書

審判長法官 陳 國 禎

法官 鄭 純 惠

關於本院民事大法庭 109 年度台上大字第 495 號裁定主文「中華民國 108 年 5 月 22 日政府採購法第 59 條修正公布前，機關以選擇性招標或限制性招標辦理採購，廠商違反同條第 2 項規定，以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他利益為條件，促成採購契約之簽訂，機關依同條第 3 項規定，自契約價款中扣除廠商所支付他人之佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他利益者，不以採購契約之價款高於市價為要件」，提出不同意見。理由如下：

一、民事契約責任以損害填補為原則，無損害即無賠償

按民事契約責任以損害填補為基本原則，其目的為補償性，旨在填補債權人所受之損害及所失之利益，以回復損害發生前之原狀，非以懲罰性手段強制債務人履行契約，亦非使債權人因此獲有損害以外之利益。無論所受損害抑所失利益，債權人賠償損害之請求權，以受有實際上之損害為成立要件，倘無損害，即不發生賠償問題。是債權人請求債務人賠償，須舉證證明其實際上受有損害，倘其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，此觀民事訴訟法第 222 條第 2 項之規定亦明。至使債權人於損害填補外，另獲得以懲罰債務人為目的之一定數額之賠償，屬於懲罰性

質，超逾民事責任體系之基本原則，具有制裁之目的，屬立法政策之衡量，本於權力分立之憲法原則，須由立法機關為明確之規定，執法者不得恣意解釋條文之文義。

二、民國 108 年 5 月 22 日修正前（下稱修正前）政府採購法（下稱採購法）第 59 條第 3 項規定適用於採購契約之私權爭執，不能排除損害填補原則

政府採購涉及國家施政，具有公益色彩，為維持公平合理之採購制度，以維護公共利益，採購法就政府機關、公立學校、公營事業（下稱機關）辦理採購之程序、廠商應遵守之事項等設有相關之行政管制規定。政府採購於決標後與廠商締約履行，係以私法行為作為達成公行政目的之方法，關於採購契約衍生之相關爭議，屬民事契約之私權爭執，自應遵循民法相關規定及原則，而採購法部分條文亦涉及採購契約之民事責任，具有實質民事法之性質。則採購法之規定在何範圍內如何適用於採購契約之私權爭執，得否排除民法有關締約、履約及損害賠償等規定或原則之適用，應就採購法各該規定之性質及效力分別審究。

修正前採購法第 59 條第 1 至 3 項規定：「機關以選擇性招標或限制性招標辦理採購者，採購契約之價款不得高於廠商於同樣市場條件之相同工程、財物或勞務之最低價格」、「廠商亦不得以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他利益為條件，促成採購契約之簽訂」、「違反前二項規定者，機關得終止或解除契約或將溢價及利益自契約價款中扣除」，其第 1、2 項係為

確保採購價格不致偏離合理市價、防止不當利益介入採購之行政管制規範，其違反之效果，則於第 3 項透過民事契約責任加以規範，使機關取得契約終止或解除權、或價款扣減權。準此，上開第 1、2 項之規範強度，雖未達民法第 71 條所定法律行為無效之程度，惟上開契約責任之成立源於管制規範之違反，基於管制之公益目的考量，修正前採購法第 59 條規定適用於採購契約之爭議，不待當事人將之納入契約內容，當事人亦不得約定排除。而該條第 3 項涉及民事契約責任之規定，關於契約終止或解除權、價款扣減權之行使，自有民法相關規定及原則之適用。

現行採購法第 59 條規定「廠商不得以支付他人佣金、比例金、仲介費、後謝金或其他不正利益為條件，促成採購契約之成立。違反前項規定者，機關得終止或解除契約，並將二倍之不正利益自契約價款中扣除。未能扣除者，通知廠商限期給付之」，其第 2 項關於二倍不正利益之扣款及追繳，係採具有懲罰性目的之立法政策，此觀該條之立法理由自明。核與修正前採購法第 59 條第 2 項係以廠商願支付他人不當利益，促成契約之簽訂，衡情必將其所支付之不當利益計入成本估價，致契約價格溢出一般合理價格，或其因契約所獲得之利益超過正常之利益，同條第 3 項因而規定機關得將溢價及利益自契約價款中扣除以填補其損害。兩者規定之文字及內涵，並非相同，自不得依修正後之條文解讀修正前條文，謂後者亦具有懲罰性質。

修正前採購法第 59 條第 3 項所定民事契約責任，既無懲罰性質之明文，其適用於政府採購契約之私權爭執，自不能排除民事責任損害填補之基本原則。是機關行使該項所定之價款扣減權，須以其實際上受有損害為要件。倘認機關不須證明受有損害，於採購契約價格未溢出一般合理市價時，得逕將廠商支付之不當利益數額，自契約價款中扣除；於採購契約價格溢出一般合理市價時，得併予扣除溢價及該不當利益額，無異要求廠商須以顯低於合理市價之對價繼續履約，難謂機關未獲致超過其財產上損害之利益，且有違法懲罰廠商之嫌。

三、本件多數意見形成裁定主文之理由構成尚有未足

本件多數意見之理由，歸納而言，係以文義、體系及法意為主要之立論基礎，解釋修正前採購法第 59 條第 1 項、第 2 項分別結合同條第 3 項規定，為不同之請求權基礎；該條第 3 項所稱「溢價」、「利益」係依序配合第 1、2 項為規定，二者要件不同；該條第 3 項乃為維護公共利益而對廠商財產權及契約自由之限制，合於比例原則。

惟多數意見就本件法律爭議所涉之爭點，即修正前採購法第 59 條規定適用於採購契約之私權爭議，何以得排除損害填補之民事責任基本原則，機關依修正前採購法第 3 項規定行使價款扣減權時，何以不須以其實際受有損害為要件，並未加以說明。上開立論理由，從法理面難以得到「廠商因採購契約實際獲得利潤為何，有無將不當利益計入成本估價，採購契約價格高低與否均

在所不論」、「不須以採購契約價款高於市價為要件」之結論。多數意見謂機關行使修正前採購法第 59 條第 3 項之價款扣減權，不須以採購契約價款高於市價為要件，已脫逸損害填補功能，亦不免造成損害及損害額之混淆，於該扣除之數額超逾機關實際損害額時，實已例外准許機關獲得損害以外之利益，難謂妥適。

法官裁判應根據法律條文，不得以條文以外之資料，或所謂立法者之意志，或法官自己之意思，增減或變更條文之意涵。修正前後之採購法第 59 條之規定，文字並非相同，其各自文義清楚明確，係規範不同之事項，無另為解讀之空間。多數意見關於適用修正前採購法第 59 條規定之解釋，違反損害填補之民事責基本原則，亦有違法官應依法律條文裁判之原則，無法苟同。