最　高　行　政　法　院　裁　定

110年度抗字第6號

抗　告　人　國城建設股份有限公司

代　表　人　蔡麗環

訴訟代理人　李永裕　律師

上列抗告人因與相對人臺南市政府間聲請停止執行事件，對於中華民國109年12月18日高雄高等行政法院109年度停更一字第1號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

抗告駁回。

抗告訴訟費用由抗告人負擔。

理　由

一、按抗告法院認抗告為不合法或無理由者，應為駁回抗告之裁定。

二、本件原裁定駁回抗告人之本件保全聲請，理由論述如下：

㈠抗告人依下述原因事實，提出保全聲請。

1.原因事實：

⑴相對人於民國108年11月5日公告辦理「臺南市○區○○段2、3、5、6地號營改土地都市更新事業實施者案」（下稱A公告），抗告人參加公開評選，於109年1月17日通過資格審查，成為該公開評選案唯一合格申請人，得繼續參與該公開評選案第二階段的綜合評選。然相對人遲遲未接續進行該公開評選案第二階段的綜合評選，抗告人乃依都市更新條例第13條及都市更新事業實施者公開評選辦法(下稱公開評選辦法)第8條之規定，於109年3月2日向相對人請求發給「合格申請人」之書面證明。

⑵嗣相對人以109年4月27日府都更字第1090500895號函（下稱109年4月27日函)稱該公開評選案尚在資格審查階段，故尚未通知各申請人資格審查結果，待異議處理完成確認全體申請人資格後再書面通知云云，拒絕發給

「合格申請人」之書面證明。抗告人不服相對人109年4月27日函，於109年5月28日提起訴願，迄今訴願受理機關尚未作出訴願決定。

⑶嗣相對人以109年4月29日府都更字第1090240331A號公告廢止A公告（下稱109年4月29日廢止A公告）。抗告人不服該廢止A公告，於109年5月28日提起訴願，迄今訴願受理機關尚未作出訴願決定。

⑷相對人復於109年9月23日重行公告公開評選臺南市○區○○段2、3、5、6地號營改土地都市更新事業實施者案（下稱B公告）。

2.抗告人之保全請求內容：

⑴以B公告之招標程序進行將損及其權利，依行政訴訟法第116條第3項及訴願法第93條第3項之規定，請求「於相對人109年4月29日廢止A公告之撤銷訴訟判決確定前，不得進行B公告之招標程序」（行政處分之停止執行）。

⑵復於原審法院審理中追加備位聲明，請求相對人於109年4月29日廢止A公告之本案判決確定前，不得進行B公告之招標程序(假處分)。

㈡但抗告人前開先位及備位請求均應予以駁回，其理由說明如下。

1.先位保全請求部分：

⑴本案爭訟事實經過之說明：

①臺南市○區○○段2、3、5、6地號為國有土地，管理機關為財政部國有財產署，經相對人於102年10月22日以府都更字第1020911223A號函公告發布實施「擬定臺南市東區平實營區及精忠三村地區都市更新計畫」劃定為更新地區。

②嗣相對人依都市更新條例第12條第1項第1款規定，於108年11月5日作成A公告，以公開評選方式徵求都市更新事業實施者，約明申請人應具備之一般資格、開發能力

資格(5年內擔任起造人或承造人所達成一定之開發實績)、財務能力資格【實收資本額為新臺幣(下同)3億元以上，且最近3年財務報表淨值不低於實收資本額等】及無政府採購法第103條第1項所指之情形，而申請文件提送截止日期至109年1月14日，預定於109年1月17日上午10時起開啟評選作業程序(計有資格審查、綜合評選之規格評選、綜合評選之價格評決等程序)之資格審查程序。其中資格審查階段先由相對人會同有關單位，由監標人當場當眾開標後，進行資格文件書面審查（審查不合格者通知申請人領回申請保證金)及申請人之異議處理，待相對人完成資格文件書面審查後，續由相對人就申請人前揭資格文件向金融機構辦理徵信，如於徵信相符且無申請須知所列不得成為合格申請人之事項後，相對人始以書面通知合格申請人資格審查結果及得參與第二階段綜合評選；待至綜合評選之規格評選階段，合格申請人應出席評選會議簡報並答詢，需評選會給予評分達80分者，始得成為入圍申請人，並由相對人以書面通知各合格申請人之評選結果；待至相對人召開價格評決作業會議後，以入圍申請人所投共同負擔比例標單之共同負擔比例最低者，成為最優申請人，並予以決標，而後最優申請人始於相對人書面通知期限內，與相對人完成委託契約簽訂事宜。

③嗣A公告截止期限屆至後，僅抗告人與第三人嘉客來投資股份有限公司(下稱嘉客來公司)有提送申請，待至109年1月17日開啟資格審查作業進行開標時，因嘉客來公司所提送財務證明文件所列條件不符且無法補正，嘉客來公司當場領回申請保證金支票，惟嘉客來公司隨即於109年1月31日以書面向相對人提出異議（稱A公告之申請須知並無要求近3年淨值需大於實收資本額且亦須大於3億元之規定，故相對人認定其為不合格申請人乙事不合規定云云)，而嘉客來公司異議期間，抗告人亦於1

09年3月2日向相對人申請發給合格申請人之書面證明，隨後相對人先以109年4月27日函復抗告人表示：本件另有申請人就其資格審查結果提出異議，須待異議處理完成確認全體申請人資格後再以書面通知資格審查結果等語（抗告人不服相對人109年4月27日函，業已提出異議）；另於109年4月28日以府都更字第1090249090號函復嘉客來公司表明其仍維持原資格審查決定而駁回其異議。

④惟相對人隨即於109年4月29日廢止A公告，及於109年6月29日通知抗告人領回申請文件及申請保證金(抗告人因不服相對人109年4月29日廢止A公告，亦於109年5月28日提出異議)，並就前揭土地徵求都市更新事業實施者之招商文件評選項目、基準及評定方式重新與評選會委員及財政部國有財產署議定變更內容。

⑤俟相對人乃於109年9月23日重新作成B公告，經109年11月12日府都更字第1091309042A號公告修正部分內容後，其中關於申請人之開發能力資格(含工程實績認定)、財務能力資格、社會住宅分期開發、容積獎勵、智慧建築標章等事項，均與A公告內容互有差異。而抗告人於相對人作成B公告後，隨即於109年10月6日就相對人109年4月29日廢止A公告及109年9月23日重新作成B公告分別向原審法院聲請停止程序進行（即高雄高等行政法院109年度停字第17號及109年度停字第16號案），其中關於聲請停止進行相對人109年4月29日廢止A公告程序部分，業經原審法院109年度停字第17號裁定駁回其聲請等事實，為抗告人及相對人於原審法院調查時所是認，抗告人不服該裁定，提起抗告，亦經本院以109年度裁字第2190號裁定駁回確定。

⑵抗告人先位保全請求於法無據之理由：

①公開評選徵求都市更新事業實施者之申請及審核程序，性質上與行政程序法第138條規定之行政契約締結前之

程序規定相當，且屬多階段之行政程序，則前揭徵求都市更新事業實施者之公開評選公告，性質上核屬行政機關為選擇或決定締約相對人之程序中行為，並非締結行政契約之要約意思表示，充其量僅屬要約之引誘，且因該公開評選公告並未對外直接發生規制效力，應非屬行政處分。

②同理，廢止、變更或補充公開評選公告，同樣亦非屬行政處分。

③雖依都市更新條例第14條第1至3項、第20條、都市更新公開評選申請及審核程序異議申訴處理規則（下稱都更申訴規則）第12條第1項、第16條第1項規定，立法者則藉由立法擬制之方式，容許參與都市更新公開評選之申請人得就公開評選公告所開啟之申請程序及公開評選公告截止期限後陸續開啟之資格及評選審核程序提出異議、申訴及行政訴訟等行政救濟手段，並得申請停止程序之進行，則其本質上已將主辦機關所作成之公開評選公告、各項審核程序之書面決定(或不作為)視為訴訟客體，而得為訟爭標的，只是前揭公告及決定之性質，仍與通常行政處分之定義有其本質上之差異。

④考其立法用意，無非係課予行政機關應以公開、公正之競爭方式決定締約相對人之義務，包括應公告資格、公告程序，以求評選過程或決定程序之公開性及公平性而避免行政恣意之危險。

⑤準此，參與都市更新公開評選之申請人如欲對公開評選公告或廢止公告提起行政救濟並申請停止進行，理應依循前揭規定對公開評選公告或廢止公告提出異議、申訴及行政訴訟等救濟手段，並應先依都更申訴規則第16條第1項規定申請該公告所開啟之程序停止進行，若其未能釋明有何不能依都更申訴規則第16條第1項規定先向異議或申訴機關申請停止進行程序，自不得逕行越過異

議及申訴機關而依訴願法第93條第3項、行政訴訟法第116條第3項規定向行政法院聲請前開程序之停止進行。

⑥抗告人固已對相對人109年4月29日廢止A公告提出訴願（性質上即為對該公告為異議之意思表示），惟其隨後於109年10月6日以訴願機關遲未作成訴願決定為由，逕依行政訴訟法第116條第3項、訴願法第93條第3項規定，分別向原審法院聲請相對人109年4月29日廢止A公告撤銷訴訟本案判決確定前，應停止相對人109年4月29日廢止A公告(即高雄高等行政法院109年度停字第17號案)及109年9月23日B公告(即高雄高等行政法院109年度停字第16號案)之進行，惟抗告人關於停止相對人109年4月29日廢止A公告程序進行部分，業經原審法院109年度停字第17號裁定予以駁回確定。則相對人109年4月29日廢止A公告既不因抗告人對之提出異議、申訴而停止進行，從而，基於廢止A公告而變更原評選資格及條件後所生之B公告，更無停止進行程序之急迫情事可言。

⑦抗告人亦未釋明有何不能依都更申訴規則第16條第1項規定曾向異議或申訴機關申請停止進行廢止A公告及B公告程序之情事。

⑧再者，抗告人就其於A公告程序中已通過相對人之資格審查程序而為合格申請人乙節，並未提出相當之釋明。

⑨且抗告人於相對人109年4月29日廢止A公告以前，至多僅是A公告資格審查程序中經相對人肯認之唯一申請人，但並不等同於抗告人即必為合格申請人，更難謂其亦必為入圍申請人及最優申請人。何況依公開評選辦法第8條第1款第2目規定及A、B公告申請須知所列申請作業流程，相對人必須先作成剔除不合格申請人之決定後始能作成合格申請人之審查結果決定，又相對人本得依都市更新條例第14條第2項規定根據異議處理結果決定應否變更或補充原公開評選公告(其用意為使評選資格條件更能契合都更之公益需求並有效杜絕後續之異議爭

議所致），此與通常行政處分基於法安定性之需求必須嚴格限制其撤銷或廢止權限而有本質上之差異。則抗告人逕以其已為A公告程序之合格申請人為由，聲請停止B公告之進行，難謂其已有此A公告程序所賦予申請人之程序進行權利，是其本案權利存在蓋然性不高。難認符合行政訴訟法第116條第3項及訴願法第93條第3項規定，而得逕向原審法院聲請停止B公告進行之要件。

2.關於備位請求部分：

⑴結合行政訴訟法第298條第2項與同法第299條規定而依體系解釋，其規範意旨強調，定暫時狀態之假處分，相對於行政處分之停止執行，具有補充性，僅於無法利用停止執行程序作為暫時性權利保護手段者，定暫時狀態假處分之規定，方有適用餘地。

⑵依都市更新條例第14條第1至3項、第20條、都更申訴規則第12條第1項、第16條第1項規定之規範意旨，立法者藉由立法擬制之方式，明示參與都市更新公開評選之申請人，如對公開評選公告及後續資格及評選審核決定不服者，得對之提出異議、申訴及行政訴訟等行政救濟手段，並得申請停止程序之進行。則徵求都市更新事業實施者之公開評選公告，性質上雖非行政處分，然既得為訟爭標的，且得利用停止執行程序作為暫時性權利保護途徑，參諸行政訴訟法第299條規定之立法意旨，應為相同解釋，認為申請人對公開評選公告應不得再行適用假處分程序。

⑶故本件抗告人如為獲暫時權利保護，聲請停止B公告之執行，即可達到暫時停止前揭程序效力、執行力之效果，並無適用假處分程序之餘地，抗告人備位聲明另依行政訴訟法第298條第2項規定，聲請相對人於109年4月29日廢止A公告之本案判決確定前，不得進行B公告招標程序之假處分，即無從准許。

三、抗告意旨則謂：

㈠其認109年4月29日廢止A公告為行政處分，又如該公告非屬行政處分，亦屬以「非行政處分之行政行為」作為廢止之標的，而與行政程序法第122條明定廢止標的為「非授予利益之合法行政處分」之要件未合，具有自始無效或應予撤銷之違法瑕疵，而有違行政程序法第122條規定。

㈡原裁定認A公告及B公告非屬行政處分，顯將是否為行政處分與行政處分合法性混為一談，亦有違司法實務見解(即本院裁判先例)。

㈢抗告人得依相對人在109年4月29日廢止A公告中之明文教示，依訴願法及行政訴訟法之停止執行規定，提起行政救濟。至於原裁定提及之都更申訴規則第16條第1項「保全」規定，是原處分機關(即相對人)之自我審查程序，依相對人在本案中或他案中均未曾抗辯抗告人應先依該條規定申請停止執行，亦未為正確之法律救濟方法教示，及其對「抗告人就109年4月29日廢止A公告與B公告為異議」之消極處理態度，難以期待有暫時權利保護措施之作成，不應排除抗告人依循行政處分之一般暫時權利保護規定，請求為暫時權利保護(停止執行)。

㈣抗告人聲請停止109年4月29日廢止A公告之執行，固遭高雄高等行政法院109年度停字第17號裁定，予以駁回，反見更有停止B公告之急迫性，因為該聲請與本案之聲請保全目的相同，該聲請遭駁回，本件聲請更有急迫性。另外原裁定稱「抗告人未釋明A公告合格申請人」一節，與實情不符，實屬可議。

㈤本案第三人嘉客來公司之異議既遭駁回，原裁定竟謂「相對人得依都市更新條例第14條第2項之『異議處理』規定，廢止A公告，再作成B公告」云云，於法無據。蓋都市更新條例第14條第2項規定僅在規範異議處理結果涉及變更或補充公告徵求申請文件者之處理方式。故相對人僅得依該條規定變更或補充A公告之徵求申請文件，而不得引用該條廢止A公告，蓋該條項並未賦予主管機關廢止公告之權限。又B公告

為新的公告，並非變更或補充A公告，因此也不能依都市更新條例第14條第2項「變更或補充」原公開評選公告。原裁定竟將B公告誤為「變更或補充」A公告，而以此等理由，認抗告人本案權利存在蓋然性不高云云，此等法律論述顯非合法。

㈥相對人109年4月29日廢止A公告之合法性顯有疑義，故抗告人本案勝訴蓋然性極高，理由如下：

1.抗告人既未經相對人明白認定為不合格之申請人，A公告即不得恣意廢止。

2.原裁定既認A公告非行政處分，又認相對人得引用有關行政處分廢止之法規範(行政程序法第122條規定)，來廢止A公告，理由論述矛盾。

3.相對人作成之109年4月29日廢止A公告，其書面記載不完備，自屬有瑕疵之行政處分。而且都市更新條例第12條至第14條規定，均無得廢止公告之明文，故本案廢止處分之實證法依據為何，至今仍無法確定。至少也應依照行政程序法第123條有關授益處分廢止之規定處理。

4.縱令本案之廢止法規範為行政程序法第122條，相對人卻在廢止A公告後，作成與A公告內容相同之B公告，亦違反行政程序法第122條之規定。

5.A公告之招標文件內，明確記載相對人得廢標之各種情況。但本案相對人廢標之理由，卻俱非招標文件所載「得予廢標」之情形，足見相對人之廢標，顯無正當理由。

㈦原裁定以抗告人對109年4月29日廢止A公告及B公告，得依停止執行程序尋求暫時權利保權，故不得聲請假處分。但又認本件抗告人不得依行政訴訟法第116條第3項規定聲請停止B公告程序，理由前後矛盾。

四、本院按：

㈠原裁定認為抗告人先、備位保全請求於法不合，其理由論述可歸結如下：

1.抗告人聲請保全之行政措施標的，固然為B公告之程序進行。但審查其本案權利存在蓋然性高低之關鍵，卻是109年4月29日廢止A公告之合法性。因為抗告人並非主張「B公告之程序踐行本身有何違法之處」，而是強調「其在A公告之程序中已取得合格申請人之資格，享有續行A公告程序，進一步取得都市更新事業實施者」之公法上權利，而相對人違法作成「109年4月29日廢止A公告」，使其已取得之期待權受到不法侵犯。又因相對人打算排除抗告人對前招標案之參與機會，因而作成取代A公告之B公告，就同一都市更新招標案，另選事業實施者。因此其有必要在「109年4月29日廢止A公告」行政措施之規制效力，經行政爭訟程序予以終局排除以前先行停止B公告之程序續行。

2.因此就本案而言，如經保全法院之即時審查，認定「『109年4月29日廢止A公告』之行政措施，其合法性得被初步肯認」，則B公告之程序續行即應屬合法，在抗告人就損害範圍及強度，沒有進一步論述之情況下，本件保全申請即屬無據，應予駁回。

3.而不論本案保全標的之B公告，或與其有牽連之A公告與「109年4月29日廢止A公告」，在規範屬性上均非行政處分。但立法者藉由立法擬制手段，將之擬制為「行政處分」使之得為行政訟爭標的。因此其保全手段，也只能依循「行政處分停止執行」之路徑為之。這正是抗告人本件備位請求(假處分)遭駁回之主要理由。

4.至於原審法院在「即時審查、證據給定」之實證條件下，初步認定「109年4月29日廢止A公告」基本合法之主要理由則為：

⑴抗告人曾以「109年4月29日廢止A公告」為行政處分程序標的，提出行政爭訟(處分撤銷訴訟)，且向原審法院聲請停止執行，但經原審法院作成高雄高等行政法院109年度停字第17號裁定予以駁回確定。

⑵抗告人就其於A公告程序中已通過相對人之資格審查程序，成為合格申請人，並未提出相當之釋明。

⑶抗告人在A公告案中至多僅是資格審查程序中經相對人肯認之唯一申請人，但並不等同於抗告人即必為合格申請人，更難謂其亦必為入圍申請人及最優申請人。

⑷依公開評選辦法第8條第1款第2目規定及A、B公告申請須知所列申請作業流程，相對人必須先作成剔除不合格申請人之決定後，始能作成合格申請人之審查結果決定。

⑸依都市更新條例第14條第2項有關異議處理之規定，相對人本享有變更或補充原公開評選公告之廣泛職權，其用意為使評選資格條件更能契合都更之公益需求並有效杜絕後續之異議爭議。此與行政處分基於法安定性要求，嚴格限制撤銷或廢止權限之情況相比，二者間有本質上之差異。

⑹本件在急迫審查情況下，原裁定因而論斷抗告人本案權利存在蓋然性不高，進而肯認109年4月29日廢止A公告之合法性。

㈡原裁定之理由形成，在依法即時審查之情況下(B公告之受理期間至109年11月23日截止)，大體上並無違誤，抗告人本案權利存在蓋然性偏低之事實估計亦得初步肯認，原裁定駁回抗告人之先位請求，亦難謂為無據。

㈢至於抗告意旨中，與上開判斷關鍵事項有關之論述(無關之論述，因與本案勝負判斷無涉，爰不再予逐一論駁)，尚不足以推翻原裁定之終局判斷結論，爰說明如下：

1.按抗告人聲請停止109年4月29日廢止A公告之執行，遭原審法院裁定駁回確定，乃是其本案權利存在蓋然性偏低之重要表徵，且該項事實，亦無法用以反證本案有「停止B公告」程序續行之急迫性。

2.再者抗告人是否為合格申請人，至少其與相對人間尚有爭議(訴願決定尚未作成)，沒有任何確認性書面，肯定此等

事實全然真實，原裁定謂「抗告人未釋明其為A公告之合格申請人」一節，亦係本諸現有事證而為暫時認定，亦難指為違法。

3.另外原裁定從未明白認定「相對人有引用依都市更新條例第14條第2項之異議處理規定，據為廢止A公告之規範依據」，僅是通案說明：在事務本質上，A公告與行政處分之屬性不同，相對人享有「決定A公告程序是否續行」之廣泛權限而已，抗告意旨對此尚有誤會。

4.有關B公告究竟是所謂之「新」公告，抑或是A公告之「變更或補充」，純屬文字字義之爭，實與「109年4月29日廢止A公告」之續行，是否合法一節，實無直接關連性。

5.抗告意旨所稱「相對人109年4月29日廢止A公告合法性顯有疑義」一節，或係重複原有主張(例如強調其未經相對人明白認定為不合格之申請人)，或以原裁定不曾論述之法律見解為指摘(例如原裁定並未引用行政程序法第122條規定，據為相對人得廢止A公告之法規範依據)。

6.又109年4月29日廢止A公告(見高雄高等行政法院109年度停字第16號卷第55頁)之書面格式，已明白揭示其規制效力(廢止)，就算沒有事實及理由之文字記載，是否為有瑕疵而屬應予撤銷之行政處分，尚有在本案審理中視個案事實予以探究之必要。

7.再者任何行政措施均有因應情事變更而予向後調整之需求，實證法僅就廢止之限制事由及法律效果為通案規定，並無「各別行政措施之事後調整，均需有特定實證法之明文許可」。此外本案A公告是否為授益處分，本身即有疑義，不能遽下定論，而其與B公告是否得視為行政程序法第122條所定之「同一內容處分」，亦甚有爭議(二個行政措施之競標期間即不相同，潛在競爭者亦會不同，外觀上即難視為同一內容處分)。抗告意旨以廢止應有特定法規範為理由，而謂109年4月29日廢止A公告違法，亦不具說服力。

㈣總結以上所述，原裁定認抗告人之暫時權利保護聲請，核與法律規定之許可要件不符，而駁回其聲請，於法尚無不合。本件抗告難認有理由，應予駁回。

五、據上論結，本件抗告為無理由。依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　110　年　　1　　月　　14　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　鄭小康

法官　劉介中

法官　林玫君

法官　李玉卿

法官　帥嘉寶

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　110　年　　1　　月　　14　　日

書記官　徐子嵐