# 最 高 行 政 法 院 裁 定

108年度裁字第28號

抗　告　人　帆宣系統科技股份有限公司
代　表　人　高新明
訴訟代理人　李宗德　律師
　　嵇珮晶　律師
　　洪堃哲　律師

上列抗告人因與相對人新竹市政府間聲請假處分事件，對於中華民國107年11月30日臺北高等行政法院107年度全字第62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、抗告人前與訴外人盛堂營造有限公司共同承攬相對人「新竹市○○○區○○○○道抽水站新建工程」，並於民國104年10月29日簽立工程採購契約在案，原定竣工日為106年3月12日，經相對人核定工期展延53日曆天（原裁定植為533日曆天），展延後竣工日為106年5月4日。嗣相對人認抗告人有延誤履約期限，落後進度達20%以上而屬情節重大之情事，以106年7月21日府工水字第1060104654號函通知抗告人違反政府採購法第101條第1項第10款、第12款規定，將刊登政府採購公報（下稱系爭停權處分）。抗告人不服系爭停權處分，循序向原審法院提起行政訴訟（107年度訴字第130號）後，復於107年6月11日撤回起訴；相對人則於106年12月30日執行系爭停權處分而刊登政府採購公報，為期1年（拒絕往來生效日：106年12月30日，拒絕往來截止日：107年12月29日）。迨107年7月3日抗告人以帆字（107）第270號函主張相對人另以107年2月27日府工水字第1070037659號函同意展延工期67天、107年4月18日府工水字第1070062303號函同意

展延工期4天，系爭工程即無落後進度20%以上之情形，依行政程序法第128條第1項第1款、第2款規定申請重開行政程序，相對人應作成撤銷或廢止系爭停權處分之行政處分。經相對人107年7月17日府工水字第1070110235號函否准（下稱原處分），抗告人爰依行政訴訟法第298條第2項規定聲請定暫時狀態處分，請求裁定命相對人在原處分之訴願及行政訴訟程序確定前，於行政院公共工程委員會（下稱工程會）網站政府電子採購網之註銷拒絕往來廠商表單，登載抗告人為註銷拒絕往來廠商。案經原審法院以107年度全字第62號裁定（下稱原裁定）駁回，抗告人遂提起本件抗告。

三、原裁定以：㈠本件兩造所爭執者為系爭停權處分有無行政程序法第128條第1項第1款、第2款事由，相對人是否負有程序上須重為決定、實體上並進而負有作成撤銷或廢止系爭停權處分暨據以變更登載抗告人為註銷拒絕往來廠商等行政處分之責任，自屬公法上法律關係之爭執，且依抗告人之主張，日後本案訴訟類型應為課予義務訴訟。㈡然抗告人因不服原處分提起訴願，經訴願決定認抗告人所主張之部分展延工期事由（即相對人同意展延36天、11天部分），係在系爭停權處分作成前所發生卻未經相對人斟酌，有行政程序法第128條第1項第2款所定事由，因而撤銷原處分，著由相對人於2個月內另為適法之處理，並說明抗告人請求撤銷或廢止系爭停權處分及登載其為註銷拒絕往來廠商部分，應俟相對人重新審查之情形而定。據此，抗告人所為本件請求，有關程序上請求相對人應重開程序俾作成第2次裁決部分，業經訴願決定撤銷原處分並於2個月內另為適法之處理，抗告人此程序上之請求已獲滿足。至於實體上請求相對人應作成撤銷或廢棄系爭停權處分，及登載抗告人為註銷拒絕往來廠商部分，則處於相對人重為行政程序之審查階段，相對人既尚未作成第2次裁決，抗告人之申請未經駁回，訴願決定所定2個月期限亦未屆至，抗告人尚不得提起課予義務訴訟，故本件聲請縱予准許，亦將因裁定送達後10日內無法起訴或訴願，而

有適用行政訴訟法第302條準用同法第295條規定旋即得經聲請予以撤銷之問題，且抗告人憑以質疑後續曾經相對人核定展延工期等事項，是否足以動搖系爭停權處分所據履約進度落後情節重大之認定，猶待相對人重為核算，抗告人所述是否符實，非明顯可見，難認有定暫時狀態處分之必要。㈢抗告人主張受有難以回復損害，其所指損害，實際上均來自於系爭停權處分之效力，各該不利益未能暫予延宕或及時排除，乃抗告人未遵期救濟或選擇不再依法救濟即已形成，抗告人申請重開行政程序以撤銷或廢止系爭停權處分，實乃希冀暫時排除現狀已確定存在之不利益，藉以獲得利益。易言之，抗告人主張所受之損害，暫不論均屬得以金錢估算賠償者，性質上並非難以回復，且抗告人就系爭停權處分未遵期救濟或選擇不再救濟時即得預見之損害，嗣後因情事變更而堪認已轉為難以承受或負擔，若未改變現狀即受有重大之損害或有何急迫危險，亦未能具體指明。㈣抗告人未能釋明現狀受有何重大之損害或存在急迫之危險，且依目前證據資料及相對人依訴願決定，須於2個月內就抗告人申請為行政處分之情狀，亦難認本件有定暫時狀態處分，而給與「暫時」權利保護之必要。是本件聲請與行政訴訟法第298條第2項所定要件未符，應予駁回。

四、抗告意旨略謂：㈠原審認抗告人之本案請求經訴願決定後，事實上難以期待抗告人於裁定後2個月提起訴願之情形，即喪失聲請定暫時狀態處分之權利，無定暫時狀態之必要，係錯誤適用行政訴訟法第302條準用第295條規定：行政訴訟法第302條準用第295條規定，僅適用於本案請求為一般給付訴訟之情形。本件係抗告人依行政程序法第128條規定提出申請，經相對人以原處分否准，訴願決定僅就重開行政程序部分為決定，對於應否撤銷或廢止系爭停權處分則作成由相對人另為適法處理之決定。依上開訴願決定意旨，抗告人聲請定暫時狀態處分之本案請求並未獲得滿足，且難以期待抗告人在訴願決定後2個月內提起行政訴訟，應認本件性質上不

應準用行政訴訟法第295條規定。又縱認應準用行政訴訟法第295條規定，解釋上亦應認為抗告人向相對人提出請求，即足以取代本案訴訟之提起，而符合前開規定。抗告人既已依行政程序法第128條申請重開程序及撤銷或廢止系爭停權處分，應認已符合行政訴訟法第302條準用同法第295條之規定。是原裁定以抗告人之本案請求經訴願決定後，事實上難以期待抗告人於裁定後2個月內提起訴願，即喪失聲請定暫時狀態處分之權利，無定暫時狀態處分之必要，其適用法規顯有錯誤。㈡抗告人已釋明聲請定暫時狀態處分之原因，原裁定不適用行政訴訟法第189條第1項、第298條第2項規定，適用法規顯有錯誤：依訴願決定意旨，足見抗告人本案請求之勝訴蓋然性極高，且抗告人已提出可證明相對人於系爭停權處分作成後再同意展延工期67天、4天之事證，據此，系爭工程於上述新事實發生後，並無落後進度20%以上之情形，非屬政府採購法第101條第1項第10款所定情事，足以動搖系爭停權處分所據履約進度落後情節重大之認定，並無不明確之處。原裁定謂相對人後續同意延展工期，是否足以動搖系爭停權處分所據履約進度落後情節重大認定，尚待相對人依訴願決定重為核算，抗告人所述是否屬實非明顯可見，顯然忽略前述證述，其適用法規顯有錯誤。㈢抗告人已釋明於系爭停權處分屆期前及屆期後，均會因未獲定暫時狀態處分而遭受重大損害，且定暫時狀態處分，對於抗告人而言，將可防免遭受難以估算之鉅額損失，對相對人而言，不過是實現相對人依據行政程序法第128條第1項第1款、第2款規定之請求，不僅無任何不利益或損害，且可維護民眾信賴行政機關於行政程序法第128條第1項第1款或第2款所定情事發生時，將依法撤銷或廢止原行政處分之公共利益，自應認本件如不定暫時狀態處分，將使抗告人遭受重大損害，而有定暫時狀態處分之必要。原審不適用行政訴訟法第298條第2項准許抗告人之請求，其適用法規顯有錯誤等語。並聲明：原裁定廢棄。請准裁定命相對人於「請求撤銷原處分駁回『抗告人

請求依行政程序法第128條重新進行行政程序』之行政處分，及命相對人撤銷或廢止系爭停權處分，並於工程會網站之政府電子採購網之註銷拒絕往來廠商表單，登載抗告人為註銷拒絕往來廠商」之訴願及行政訴訟程序確定前，於工程會網站之政府電子採購網之註銷拒絕往來廠商表單，登載抗告人為註銷拒絕往來廠商。

五、本院按：

㈠「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」為行政訴訟法第298條第2項所明定。準此規定，定暫時狀態之處分，須聲請人與相對人間因公法上法律關係發生爭執，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險，且有必要，始得為之。又定暫時狀態之處分僅有暫時擴張聲請人法律地位之效力，並無確定當事人間實體上權利義務之功能，此種暫時性之保護不宜久懸不定，致影響處分相對人之權益，故行政訴訟法第302條準用同法第295條「假扣押裁定後，尚未提起給付訴訟者，應於裁定送達10日內提起；逾期未起訴者，行政法院應依聲請撤銷假扣押裁定」之規定，乃課予聲請人於定暫時狀態處分之裁定送達10日內提起本案訴訟之義務，以求兩造地位平等，並確保該處分暫時性之本旨。倘聲請人未於裁定送達10日內提起本案訴訟，行政法院固得依相對人之聲請撤銷該處分，惟所提本案訴訟如屬課予義務訴訟類型，因此類訴訟於起訴前尚應踐行訴願或相當於訴願之前置程序，難以要求一律於定暫時態處分裁定後10日內向行政法院合法起訴，並因該等前置程序及訴訟提起之期間及其方式均法有明定，聲請人遵期依法循序救濟，尚無前述遲不就本案提起救濟而致實體上權利義務久懸不定之疑慮，況聲請人如取得定暫時狀態處分後逾越法定期間而未起訴，因其本案訴訟已無從合法提起，該暫時性之處分即無繼續存續必要而非不得撤銷，亦與其暫時性之本旨無違。是依行政訴訟法第302條準用同法第295條規定，應於定暫時狀態處分之裁定送達10

日內提起本案訴訟者，以本案訴訟為一般給付訴訟類型始有其適用，尚不及於課予義務訴訟類型。

㈡本件係抗告人依行政程序法第128條第1項第1款、第2款規定申請相對人重開行政程序，並作成撤銷或廢止系爭停權處分之行政處分，為相對人以原處分否准其請，提經訴願，訴願機關認相對人通知抗告人有延誤履約期限情節重大情事前，尚有其他應予展延工期之事由未經斟酌，而有行政程序法第128條第1項第2款所定事由，相對人拒絕程序重開並無理由，應由相對人重新審查抗告人有無政府採購法第101條第1項第10款延誤履約情節重大情形，另為適法處理，爰於107年11月20日作成訴願決定將原處分撤銷，著由相對人於2個月內另為適法處理等情，有抗告人所具重開行政程序申請書、原處分及訴願決定在卷可稽。據此，抗告人上開申請案現既依法循序救濟中，仍待相對人依訴願決定意旨重新審查，並據審查結果另為適法處理，實難謂抗告人之權利已獲保障，且依本件爭議情形，日後如提起本案訴訟，應屬課予義務訴訟類型，而非一般給付訴訟類型，揆諸前開說明，亦無行政訴訟法第302條準用同法第295條規定之適用。從而，原裁定以抗告人前開申請，依訴願決定結果，關於程序部分即重開程序之請求已獲滿足，關於實體部分即撤銷系爭停權處分之請求，則處於相對人重為審查階段，相對人尚未作成第2次裁決，訴願決定所定2個月期限復未屆至，抗告人尚不得提起訴願或課予義務訴訟，縱定暫時狀態之處分，亦將因抗告人於裁定送達後10日內無法起訴或訴願，而有適用行政訴訟法第302條準用同法第295條規定旋經聲請予以撤銷之問題，據此而認本件並無定暫時狀態處分之必要，容有違誤。

㈢惟依行政訴訟法第302條準用同法第297條關於準用民事訴訟法第526條第1項之規定，假處分請求及原因，應釋明之。而且此項釋明，非有特別情事，不得命供擔保以代釋明（行政訴訟法第301條參照）。因而依行政訴訟法第298條第2項規定聲請作成定暫時狀態之處分，聲請人對爭執之公法上法律

關係及定暫時狀態之必要，應為釋明，否則其聲請即難以准許。前者之釋明，乃使法院對聲請事件的事實為概括審查，並自事實及法律觀點判斷，形成本案訴訟勝訴可能性較高之心證。後者之釋明，在使法院形成如不准許聲請人之聲請，有對聲請人發生重大損害或急迫危險之相當可能性之心證，而認有必要加以防止。又如果個案中，因特別原因，譬如必須經過繁瑣的證據調查程序，始得認定與聲請事件相關之本案訴訟勝訴的可能性時，則准許或不准許定暫時狀態之處分，所可能發生的後果之間的利益衡量，便成為重要的考量因素。而依利益衡量原則，判斷有無定暫時狀態處分之必要，應就聲請人因定暫時狀態處分所獲得之利益或防免之損害、相對人因該處分所受之不利益或損害，以及該處分對公共利益可能發生之危害或損害程度等因素綜合認定之。

㈣經查，抗告人主張如未獲定暫時狀態處分，其將因系爭停權處分之執行而遭受重大損害，無非係以：1.自106年12月30日列為拒絕往來廠商之日起，至提出本件聲請之日止，其因系爭停權處分而無法投標或喪失已得標案件與業主擴約資格，金額達新臺幣（下同）498,782,074元；2.依其105、106年度因政府採購工程案件之營收金額合理推估，其於107年度應得參與政府採購工程案件而獲有470,549,000元之營收，故自提出本件定暫時狀態處分聲請至107年12月29日止，可得預估將遭受156,850,000元營收損失；3.自107年12月29日起至本案行政救濟確定前，其因曾被刊登政府採購公報拒絕往來廠商之紀錄，導致參與政府採購案件最有利標之評選結果受到不利影響，將遭受難以估計之巨額損害；4.其就已承攬之公共工程喪失擴約機會，導致主體工程因配合擴約部分工程由他廠商施作而增加之施工成本，及不同廠商施作部分如發生瑕疵，將因界面因素導致責任歸屬發生爭議，亦將遭受難以估算之重大損害；5.其商譽將遭受難以估算之重大損失為據。然前述1.及5.部分，抗告人所主張之損害乃源自系爭停權處分之效力，而該等損害未能暫予延宕或及時排除

，實係因可歸責於抗告人之事由，亦即係肇因於抗告人前未依法救濟或選擇不再救濟而撤回起訴所致，抗告人將該等損害作為本件定暫時狀態處分未獲准許所發生之損害，已難認屬有據。況依抗告人所提行政定暫時狀態處分聲請狀表一之記載，其中抗告人擬參與之政府採購工程標案部分，縱令抗告人未受系爭停權處分而得參與投標，是否得標猶未可知，尚難遽認屬抗告人遭受之損害；關於已得標之案件因無法參與業主辦理追加工程而受損害部分，抗告人僅提出「新增機場空側場面監視系統設施」採購案投標須知資為佐證，惟依其內容尚無法釋明該等工程為業主就抗告人已得標之政府採購案件所辦理之追加工程，且該等追加工程標案究係何時辦理，涉及是否屬本件如不准許抗告人之聲請而有對抗告人發生重大損害之認定與判斷，卷內亦無抗告人就此提出之相關證據資料可稽，自難認抗告人已盡其釋明之責。另抗告人主張其餘之損害是否發生及其數額均不確定，抗告人就此亦未盡其釋明之責。審酌抗告人如因本件聲請未獲准許而受有損害，其所受損害尚非如抗告人主張之鉅額及重大，然相對人依政府採購法規定將抗告人刊登政府採購公報，使其於一定期間內不得再參加投標或作為決標對象或分包廠商，則係為貫徹政府採購法確保政府機關採購品質，避免違規、違約廠商再危害其他機關之立法目的，具有公益性質，且系爭停權處分除以政府採購法第101條第1項第10款為據外，併以同條項第12款為其依據，有系爭停權處分在卷可考，上開兩款要件不同，相對人就前述第10款重新審查結果並非當然影響第12款要件之認定。故綜合上開因素判斷，抗告人因定暫時狀態處分所獲得之利益或防免之損害，較諸相對人因該處分所受之不利益或損害，以及該處分對公共利益可能發生之危害或損害為輕，基於利益衡量原則，尚難認本件有依抗告人聲請而定暫時狀態處分之必要。原裁定駁回抗告人之聲請，所執理由雖有未洽，惟其結論並無違誤，仍應維持。抗告意旨，指摘原裁定違誤，求予廢棄，為無理由，應予駁回。

六、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　　108　　年　　1　　月　　10　　日

最高行政法院第二庭

審判長法官　吳　東　都

法官　胡　方　新

法官　陳　秀　媖

法官　張　國　勳

法官　程　怡　怡

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　108　　年　　1　　月　　10　　日

書記官　莊　子　誼