最 高 行 政 法 院 裁 定

109年度裁字第2006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
相　對　人　臺南市政府
代　表　人　黃偉哲

上列當事人間聲請停止執行事件，對於中華民國109年10月22日高雄高等行政法院109年度停字第16號裁定，提起抗告，本院裁定如下：

主　文

原裁定廢棄，應由高雄高等行政法院更為裁定。

理　由

一、抗告法院認為抗告為有理由者，應廢棄或變更原裁定；非有必要，不得命原法院或審判長更為裁定，行政訴訟法第272條準用民事訴訟法第492條規定甚明。

二、本件原裁定以：

1.抗告人基於下述原因事實及理由，聲請停止執行相對人作成之下列行政處分：

A.原因事實：

(1).相對人於民國108年11月5日公告辦理「臺南市○區○○段○○○○○○○○○號營改土地都市更新事業徵求都市更新事業實施者案」(下稱A都更實施者案)，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之合格申請人，得繼續參與該公開評選案第二階段之綜合評選。

(2).然相對人遲遲未接續進行該公開評選案第二階段之綜合評選。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。

(3).相對人則於109年4月27日作成府都更字第1090500895號函，答覆抗告人稱「該公開評選案(應指A都更實施者案

)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，拒絕發給抗告人「合格申請人」之書面證明。

(4).抗告人不服相對人作成之前述109年4月27日府都更字第1090500895號函，將其視為否准處分，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。

(5).嗣後相對人不知何故，竟於109年4月29日作成府都更字第0000000000A號公告，廢止「公開評選臺南市○區○○段○○○○○○○○○號營改土地都市更新事業徵求都市更新事業實施者」案(即A都更實施者案)。抗告人不服該廢止處分，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。

(6).但相對人於109年9月23日，復重行公告「公開評選臺南市○區○○段○○○○○○○○○號營改土地都市更新事業徵求都市更新事業實施者案」(下稱「B都更實施者公開評選公告案」)。

B.請求停止執行之行政處分之確定：

抗告人認為於相對人109年4月29日府都更字第0000000000A號公告之撤銷訴訟判決確定前，不得進行「臺南市○區○○段○○○○○○○○○號營改土地都市更新事業徵求都市更新事業實施者案」之招標程序，為此依行政訴訟法第116條第3項及訴願法第93條第3項規定聲請停止執行「B都更實施者公開評選公告案」(但未表明處分停止執行之具體內容，應由法院本諸職權酌定之，行政訴訟法第116條第4項規定參照)。

C.本案符合停止執行要件之理由說明：

(1).本案確有急迫情事存在：

(A).抗告人就相對人109年4月29日府都更字第0000000000A號公告廢止A都更實施者案，抗告人不服該廢止處分，於109年5月28日提起訴願，然相對人迄109年10月8

日始檢送內政部，顯然為不當的拖延，相對人一面延宕抗告人的訴訟救濟，一面又搶先重新招標，企圖以重新招標的既成事實，來將抗告人之所有訴訟救濟，一概抹為無實益。

(B).相對人於109年9月23日重行公告B都更實施者公開評選公告案，將在109年11月23日截止收件後，就會辦理第一階段資格審查，選出合格申請人，並接續進行第二階段綜合評選，足見本件停止執行聲請確有急迫情事。

(C).相對人109年4月29日府都更字第0000000000A號公告廢止A都更實施者案，其所持依據為行政程序法第122條，然該條係規定「非授予利益之合法行政處分，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止。但廢止後仍應為同一內容之處分或依法不得廢止者，不在此限。」相對人於109年9月23日重行公告公開評選臺南市○區○○段○○○○○○○○○號營改土地都市更新事業徵求都市更新事業實施者案，所公告內容與108年11月5日之公告內容，二者完全相同，已堪認相對人109年4月29日之廢止公告，違反行政程序法第122條規定。更何況，抗告人已經取得「合格申請人」之法律上地位，且係唯一的合格申請人，具有參與第二階段綜合評選之資格，抗告人形同「準最優申請人」，則相對人欲廢止A都更實施者案時，所持依據應係行政程序法第123條，若無該條各款事由，相對人不得逕為廢止該公開評選案。然相對人在109年4月29日之廢止公告是否合法生效前，竟又在109年9月23日重行公告B都更實施者公開評選公告案，其合法性顯有疑義。

(2).抗告人為唯一之合格申請人，有相當之法律上地位：

(A).依都市更新條例第13條第1項授權訂定之都市更新事業實施者公開評選辦法第8條規定：「評選作業分為資格審查及綜合評選二階段：一、資格審查，規定：

(一)由主辦機關依公開評選文件規定之資格條件進行審查，選出合格申請人。(二)申請人之申請文件有疑義時，除公開評選文件另有規定外，主辦機關應通知申請人限期補正或提出說明；申請人屆期未補正、說明，或經補正、說明後仍有疑義，列為不合格申請人。(三)主辦機關應將審查結果，以書面通知各申請人；審查合格者，應記載評選會日期及相關評選事宜，審查不合格者，應敘明其理由。二、綜合評選，規定如下：(一)由評選會就資格審查之合格申請人提送都市更新事業計畫建議書及相關評選文件，依公開評選文件規定之評選項目、基準及評定方式，選出最優申請人；必要時，得增選次優申請人。(二)申請案件均未達評選基準或不符公共利益時，評選會得不選出最優及次優申請人。」

(B).由上規定足見，合格申請人係指通過公開評選第一階段之資格審查者，主辦機關應將第一階段審查結果書面通知各申請人包括合格申請人在內，合格申請人並得繼續參加第二階段之綜合評選，由評選會就合格申請人中選出最優申請人，如申請案件均未達評選基準或不符公共利益時，評選會得不選出最優及次優申請人。

(C).且相對人第1次公告之申請須知第1.2.7亦規定：「合格申請人：經過資格審查合格之申請人。由主辦機關於第一階段資格審查時，就申請人所提資格文件及本須知所定應檢附之資料等進行審查，選出合格申請人，並得以參與第二階段綜合評選。」益見合格申請人有法律上地位。

(3).原處分之執行對抗告人將發生難於回復之損害：

抗告人積極投標、參與系爭都市更新案，自已充分評估該都市更新案營運所得利潤大於成本支出，如准許相對人得重新辦理公開評選，則抗告人將喪失得標機會，對

於公司營運勢將造成重大損害。況若抗告人能參與系爭都市更新案，將增加抗告人之實績經驗、拓展抗告人之名聲、商譽等，該等權益均非金錢得以衡量，或得以輕易計算其數額，為避免將來國家負擔過重的金錢支出或延伸出耗費社會資源的不必要爭訟，參酌本院101年度裁字第634號、103年度裁字第293號裁定意旨，應認為抗告人已釋明原處分如不停止執行，將造成難於回復之損害。

(4).抗告人資格條件之使用執照，將在109年11月12日屆滿5年，而重新招標之B都更實施者公開評選公告案截止期限為109年11月23日，是以抗告人就相對人B都更實施者公開評選公告案，已屬不合資格條件。準此，抗告人從唯一之合格申請人，只因相對人毫無理由的延宕及廢標，抗告人不但將喪失唯一的合格申請人資格，連B都更實施者公開評選公告案都資格不符，從而若不停止原處分之執行，對於抗告人而言，自屬難於回復之損害。

2.原裁定則基於下述理由，駁回抗告人本件停止執行之聲請。

A.抗告人主張難於回復「損害」之確認：

(1).產生都更案實施者之程序說明：

(A).A都更實施者案「申請須知」文字內容之摘要：

A.1.1法令依據：

本案由臺南市政府擔任主辦機關，依據「都市更新條例」第12條、第13條暨「公開評選都市更新事業實施者評選會組織辦法」、「都市更新事業實施者公開評選辦法」之規定，辦理公開評選實施者。

B.1.2.6申請人：

依本須知之規定，向主辦機關申請參與本案之單一公司。

C.1.2.7合格申請人：

經過資格審查合格之申請人。由主辦機關於第一階段資格審查時，就申請人所提資格文件及本須知所定應

檢附之資料等進行審查，選出合格申請人，並得以參與第二階段綜合評選。

D.1.2.8入圍申請人：

由評選會委員於第二階段綜合評選之規格評選時，就申請人所提都市更新事業計畫建議書及相關申請文件進行評分，經規格評選合格者為入圍申請人，並得以參加價格評決作業。

E.1.2.9最優申請人：

入圍申請人共同負擔比例標單之比例，在最高共同負擔比例以下(含)且共同負擔比例最低之申請人。最優申請人為取得優先簽約權利之申請人。

F.1.2.10實施者：

與主辦機關簽訂「委託實施契約」並負責依約實施都市更新事業及其開發、權利價值核算等相關事宜之都市更新事業機構。

(B).依上開相對人招標申請須知之記載可知：

a.都更實施者案之公告，乃相對人為實施都市更新事業之需要，依都市更新條例第12條所辦理之委託都市更新事業機構為實施者實施公開評選。

b.「實施者」之產生，係透過對申請人之資格審查、綜合評選程序產生「最優申請人」，嗣如與相對人簽訂「委託實施契約」即確定成為「都更實施者」。

(2).「A都更實施者案」至「B都更實施者公開評選公告案」之歷程經過說明：

(A).有關A都更實施者案，係於109年1月17日辦理資格審查，而該案除抗告人外，案外人嘉客來投資股份有限公司(下稱嘉客來公司)亦參與資格審查，過程中並對相對人就申請須知第3.4.3.2條『最近三年105、106、107年之淨值不低於實收資本額』之認定有疑義，當場提出文義解釋之爭議，並於109年1月31日正式提

出異議。

(B).抗告人認相對人未接續進行該公開評選案第二階段之綜合評選亦有疑義，遂於109年3月2日向相對人請求發給「合格申請人」之書面證明，相對人則以109年4月27日府都更字第1090500895號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。

(C).嗣相對人就案外人嘉客來公司之上開異議於108年4月28日作成府都更字第1090249090號函，向嘉客來公司表明「本案109年1月17日審查結果，貴公司作為申請人所提送之財務證明文件……，經認定資格不符，不得成為合格申請人及不得參與綜合評選作業，……本案維持原資格審查決定」。

(D).109年4月29日相對人以府都更字第0000000000A號公告廢止公開評選A都更實施者案。

(E).相對人於109年9月23日以府都更字第0000000000A號公告「公開評選『臺南市○區○○段○○○○○○○○○號營改土地都市更新事業』徵求都市更新事業實施者案」，公告受理期間：自109年9月25日至109年11月23日止。

(F).依上開A都更實施者案至B都更實施者公開評選公告案演進歷程可知：

a.相對人於109年4月29日廢止A都更實施者案，而抗告人對此表示不服，於109年5月28日向內政部提起訴願(相對人於109年10月8日檢送訴願書及答辯書至內政部)。

b.抗告人對109年4月29日廢止公告，並向原審法院聲請停止執行。

(3).綜合上開A都更實施者案至B都更實施者公開評選公告案推演歷程及申請須知之內容可知：

(A).抗告人認為：A都更實施者案撤銷訴訟判決確定前，不得進行B都更實施者公開評選公告案，在於抗告人為都更實施者案唯一「合格申請人」，且可能經評選程序後成為該案「都更實施者」。

(B).抗告人於本案所稱「難以回復之損害」，係指相對人109年4月29日廢止A都更實施者案，將使其無法成為A都更實施者案「都更實施者」之損害。

(C).至於抗告人雖稱：「B都更實施者公開評選公告案如不停止執行，將使抗告人就A都更實施者案之訴訟結果徒勞」云云，但此等理由僅在判斷「本案是否有急迫要件」時，方有審酌必要。

(D).是以本案抗告人雖係聲請B都更實施者公開評選公告案之停止執行，然就其主張難以回復之損害是否存在，仍應以A都更實施者案為判斷依據。

B.抗告人主張可能所受損害縱認屬實，並非「難於回復之損害」：

(1).聲請意旨雖主張：

抗告人係充分評估該A都更實施者案營運所得利潤大於成本支出後，始參與評選，相對人如重新辦理B都更實施者公開評選公告案，則抗告人將喪失A都更實施者案得標機會，對於公司營運勢將造成重大損害。

(2).然查：

(A).抗告人為參與A都更實施者案資格評選，若因其未能繼續參加該項評選案並成為實施者，同時亦免除其額外之營運費用等支出，對其既有之營運並無影響。

(B).抗告人縱有損害，應指其參與本件系爭標案甄審程序事前之規劃及籌備費用等相關支出，且該等支出亦已發生，要無因系爭決標結果之執行，對抗告人將發生難於回復之損害(縱相對人廢止A都更實施者案之結果為違法，抗告人亦得類推適用政府採購法第85條規定請求償付必要費用)，且有急迫情事可言。

(C).再者，縱認抗告人為其所主張之「合格申請人」，然如上所述，即使其成為「都更實施者」，仍需經過綜合評選且與相對人簽訂委託契約等階段，則聲請意旨所稱成為A都更實施者案之「難於回復之損害」，解釋上應予以相當限縮，不包括抗告人因A都更實施者案停止執行，所產生之期待利益。

(D).是抗告人因A都更實施者案停止執行，提起行政救濟並獲勝訴判決，撤銷原處分後，再繼續該案評選、簽約後確定成為實施者並實際營運可能得到之利潤，並非該處分之執行其所受之損害，抗告人主張若參與系爭都市更新案，將增加抗告人的實績經驗、拓展抗告人的名聲、商譽等其預期所失利益部分係屬將發生難於回復之損害云云，亦非可採。

(E).何況縱認抗告人日後成為A都更實施者案具高度可能且因未能簽訂合約，致未能取得A都更實施者案營運後可取得之利益(利潤)，核其可能取得之利潤，亦屬財產上之損失，且此項損失，於一般社會通念上，尚非不能以金錢賠償或回復，故難以此推認將發生難於回復之損害。

(F).此外，抗告人亦無法釋明上述以金錢計算損害賠償有何金額過鉅難以計算，或甚為複雜之情形，造成無法彌補之重大損失，難認系爭A都更實施者案之停止執行，將對抗告人造成損害不能回復原狀或達回復困難程度之情形。是其主張系爭決標結果之效力如未停止，將受有難於回復之損害，亦不可採。

(3).至於抗告人另主張：「其參與A都更案實施者案之資格條件之使用執照，將在109年11月12日屆滿5年，因重新招標之B都更實施者公開評選公告案截止期限為109年11月23日，抗告人就B都更實施者公開評選公告案，將屬不合資格條件，則抗告人不但喪失A都更實施者案，連B都更實施者公開評選公告案都資格不符，將因此受有不

可回復之損害」云云。然查：

(A).先不論抗告人主張無法參與B都更實施者公開評選公告案是否為真，縱認屬實，其所稱「損害」，亦係B都更實施者公開評選公告案資格審查階段抗告人(如參與申請)是否為合格申請人之爭議。

(B).此與本件抗告人主張因A都更實施者案廢止而喪失成為「都更實施者」可能所受之損害並無關聯，聲請意旨以此請求B都更實施者公開評選公告案停止執行，亦無理由。

C.附帶指明，原審法院雖有傳訊相對人到庭調查，但原裁定完全沒有提及相對人之主張。

三、抗告意旨則基於下述理由，主張原裁定違法：

1.本案中作為停止執行標的之行政處分(即「B都更實施者公開評選公告案」之行政處分；下稱原處分)，其合法性顯有疑義，且違法事由一望即知，依法應予停止執行。理由如下：

A.原處分所立基之「109年4月29日廢止公告處分」(下稱前處分)，僅有法條，而無事實及理由論述，故其處分違法，進而連帶影響原處分之合法性。

B.又前處分所廢止之「A都更實施者案」處分(下稱前前處分)，實屬授益處分，廢止該前前處分之法規範依據，應為行政程序法第123條，而非前處分引用之行政程序法第122條。

C.縱令相對人得依行政程序法第122條規定，以作成「前處分」之方式，來廢止「前前處分」。但其卻又作成與「前前處分內容全然一致」之原處分，有違行政程序法第122條但書規定。

D.抗告人早於109年5月28日就前處分提起訴願，相對人卻故意拖延，於同年10月8日方檢送訴願機關內政部處理。並企圖以原處分造成既成事實，抹去抗告人以前為取得「合格申請人」所為之一切努力。

2.本案原處分不停止執行，對抗告人而言，將造成難以回復損

害之說明：

A.行政處分是否應停止執行，需一併考量該被聲請停止執行之行政處分，如續行發生規制效力，甚或予以執行，結果對抗告人預期利益之損害，原裁定認為無需考量「預期利益」之損害，自屬違法。又「損害之難以回復性」判定，需有實證層面之實質評估，並考量「乘數效應」。原裁定均未考量，自屬違法。

B.損害是否難以回復，不應只考量能否以金錢估算及填補，尚需考量是否會造成國家負擔過重，以及無謂成本之支出，原裁定卻均未考量。

C.抗告人主張「原處分之執行將使抗告人喪失得標簽約機會，又無法重新參加第二次之競約機會(因為資格不符)」等情，此等主張為原審法院在審查「原處分之執行是否會發生難以回復之損害」時應審酌之事項。原裁定卻對「抗告人無法取得參加原處分所形成競標環境之得標機會」一事，認抗告人不可能因此有損害發生，其法律見解，明顯有誤。

四、本院按：

1.依原裁定之理由形成論述，與抗告意旨之主張內容，認為有將全案發回原審法院重為審理之必要，理由如下：

A.首先必須指明，前開原處分、前處分或前前處分，其行政法學理上，能否得定性為「行政處分」(即該等行政作為是否依相對人內部之法效意思內容，形成外部法律效果)，並非沒有討論空間(有可能被定性為締結公法行政契約之要約、要約撤回或要約引誘之可能)。有待受理暫時權利保護案之行政法院予以闡明及認定，並諭知保全請求人變更請求聲明(為最適切暫時權利保護方法之請求，例如聲請假處分等)。原審法院未予闡明，逕以行政處分視之，已非妥適。而該等闡明，由在地之原審法院行之，較為便利。

B.再者，縱令前開原處分、前處分或前前處分在行政法上得

定性為「行政處分」，則行政處分停止執行之審查，亦須兼顧「本案權利存在之蓋然性」，與「保全必要性」等二項權衡因素，以決定停止執行之方法與程度。而原審法院在已傳兩造進行調查後，卻對「本案權利存在之蓋然性」置而不論。單純論究「保全必要性」因素，並基於以下之法律見解，認為抗告人並沒有因原處分之作成及其效力續行，而生難以回復之損害。

(1).預期利潤之喪失，非屬損害。

(2).喪失之預期利益，依一般社會通念上，得以金錢賠償或回復，非屬「難於回復」之損害。

(3).預期利益無法以金錢計算，亦無法斷定「其回復金額是否過鉅」。

(4).抗告人無法取得「參與原處分於109年11月23日截止之競標活動」資格一事，非屬其因原處分效力續行而受之損失。

C.但查原裁定以上見解均非有據：

(1).依本院裁判先例之見解，因行政處分之執行或效力續行，導致預期利潤之喪失，亦屬損害(本院90年度裁字第920號裁定、89年度裁字第1575號裁定參照)。

(2).依本院裁判先例之見解，即使可以金錢計算及賠償之損害，只要其回復成本過高，仍可視為「難於回復之損害」(本院108年度裁字第737號裁定參照)。

(3).依本院裁判先例之見解，認「損害之難以回復性」判定，需有實證層面之實質評估，並考量「乘數效應」(本院108年度裁字第450號裁定參照)。

(4).又抗告人在本案中，就是想透過參與前前處分或原處分規制之競標程序，取得「合格申請人」資格，進而取得特定都更案之「都更實施者」身分。而原處分之違法性，依抗告人主張，又係源自前前處分違法廢止前前處分所致。則抗告人無法取得「參與原處分於109年11月23日截止之競標活動」資格，難謂與原處分效力續行無涉，

應屬其因原處分規制作用而受之損失。

D.至於本案權利存在蓋然性部分，原裁定對相對人提出之答辯內容，全無任何論述，抗告意旨對此又多所指摘。自應發回原審法院，就其完全未考量之因素(本案權利存在蓋然性一事)重為調查認定，以判定本案應給予抗告人暫時性之權利保護(停止執行)。

E.另附帶言之，本案抗告人主張「原處分明定於109年11月23日截止競標活動，屆期抗告人將因資格不符，無法參與競標活動，有立即停止執行之必要」。本院則考量「從原處分競標活動截止後，至審標、決定最適用人選，尚需經過一定時間，保全必要性未必立即屆至」等因素，認原審法院仍有時間進行本件暫時權利保護要件合致與否之查證，且原審法院已曾傳訊兩造，相對人並曾提出書狀及接受調查，全案由原審法院調查更為便利，故將本案發回原審法院續為調查。

2.總結以上所述，本件保全事件是否應予保全(即為處分之停止執行或另為定暫時狀態之假處分)，尚未經完整調查，故應認抗告為有理由。且該等待調查之事實，以由兩造在原審法院，續行已為之調查活動為適當，有由原審法院調查後更為裁定之必要，故發回原審法院更為適當之裁定。

五、據上論結，本件抗告為有理由，爰裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　16　　日

最高行政法院第四庭

審判長法官　鄭　小　康

法官　鍾　啟　煌

法官　劉　介　中

法官　李　玉　烽

法官　帥　嘉　寶

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　109　　年　　11　　月　　16　　日

書記官　徐　子　嵐