高雄高等行政法院裁定

109年度停字第17號

聲　請　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
複代理人　楊上德　律師
相　對　人　臺南市政府
代　表　人　黃偉哲
訴訟代理人　楊佳明
　　張聰德
　　曾怡靜　律師

上列當事人間都市更新條例事件，聲請人聲請停止原處分之執行，本院裁定如下：

主　文

聲請駁回。

聲請訴訟費用由聲請人負擔。

理　由

一、按「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。」「於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。」行政訴訟法第116條第2項、第3項定有明文。依此規定，停止執行須以原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事，為其前提要件。所謂「難於回復之損害」則係指其損害不能回復原

狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度而言，至當事人主觀上難於回復之損害當非屬該條所指之難於回復之損害。又所謂急迫情事，則指原處分或決定已開始執行或隨時有開始執行之虞，必其執行將發生難於回復之損害且情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院裁定停止執行予以救濟之必要。

二、聲請意旨略以：

㈠事實部分：

1.相對人於民國108年11月5日公告辦理公開評選「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」（下稱公開評選A都更實施者案），聲請人參加公開評選，於109年1月17日通過資格審查，成為該公開評選案唯一的合格申請人，得繼續參與該公開評選案第二階段的綜合評選。

2.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，聲請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。嗣相對人以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云云，拒絕發給聲請人「合格申請人」之書面證明。聲請人不服前述相對人109年4月27日府都更字第1090500895號函，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。

3.嗣相對人不知何故，竟以109年4月29日府都更字第0000000000A號公告廢止公開評選A都更實施者案（即原處分），

聲請人不服該廢止處分，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。相對人復於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（下稱公開評選B都更實施者案），聲請人認為於相對人109年4月29日府都更字第0000000000A號公告之行政處分，對於聲請人將發生難以回復之損害，為此依行政訴訟法第116條第3項及訴願法第93條第3項規定聲請就相對人109年4月29日府都更字第0000000000A號公告，於本案判決確定前，停止執行。

㈡本件停止執行聲請合於急迫情事要件：

1.依最高行政法院105年度裁字第1337號裁定：「如已向原處分機關或受理申訴機關申請而未獲救濟（例如異議被駁回，或原處分機關或受理申訴機關不於適當期間內為准駁），即有向行政法院聲請停止執行之必要。」

2.聲請人就相對人109年4月29日府都更字第0000000000A號公告廢止公開評選A都更實施者案，聲請人不服該廢止處分，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，迄今內政部尚未作出訴願決定。而依訴願法第85條第1項規定，訴願之決定，自收受訴願書之次日起，應於3個月內為，必要時，得予延長，並通知訴願人及參加人，聲請人提起的訴願案，迄今已逾3個月，且訴願受理機關並未通知聲請人延長訴願決定，可見訴願受理機關已有不於法定期限內為准駁之情事，聲請人自得向鈞院聲請停止執行。

3.且相對人109年9月23日重行公告公開評選B都更實施者案，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。

㈢原處分之合法性顯有疑義：

1.最高行政法院108年度裁字第440號裁定：「關於我國現行暫時權利保護的『停止（原處分）執行』制度，法律並沒有以外國學說所稱的『審究本案訴訟勝訴概然性』直接作為法律要件，而是於訴願法第93條第3項、第2項及行政訴訟法第116條第2項分別將『行政處分之合法性顯有疑義』及『原告之訴在法律上顯無理由』列為『得停止執行』及『不得停止執行』的態樣，以符合停止執行制度，原則上是對獲得撤銷訴訟勝訴判決確定的受處分人或訴願人，提供有效法律保護的基本精神。從而，行政法院於審查停止執行的聲請時，依即時可得調查的事證判斷，如果聲請人的本案訴訟顯會勝訴（即行政處分的合法性顯有疑義），即得裁定停止執行；反之，如果聲請人的本案訴訟顯會敗訴（法律上顯無理由），則應駁回其聲請；至於，如果聲請人的本案訴訟並無顯會勝訴或敗訴的情形，則應審查原處分的執行是否會發生難於回復的損害，而且有急迫情事，以及停止執行對公益有無重大影響等要件，再加以決定。」相同意旨尚有最高行政法院109年度裁字第362號裁定、107年度裁字第1833號裁定、107年度裁字第1590號裁定可供參看。

2.由以上最高行政法院晚近見解可知，行政處分合法性是否顯有疑義，亦為准許行政處分停止執行之要件。

3.相對人109年4月29日府都更字第0000000000A號公告廢止公開評選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109年9月23日重行公告公開評選B都更實施者案，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，聲請人已經取得「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，聲請人形同「準最優申請人」，則相對人欲廢止公開評選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。

4.換言之，相對人在109年4月29日廢止公開評選A都更實施者案形同廢止聲請人為該公開評選案的唯一合格申請人之資格及地位，而聲請人獲得該公開評選案的唯一合格申請人之資格及地位，係屬相對人授予利益之行政處分，相對人竟依行政程序法第122條非授予利益之行政處分，將聲請人之合格申請人，連同該公開評選案全部廢止，復又在109年9月23日重行公告相同內容之公開評選案，足見相對人109年4月29日之廢止公告，其合法性顯有疑義。

㈣聲請人為唯一的合格申請人，有相當的法律上地位：

1.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。」

2.可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。

3.且依相對人第1次公告之申請須知第1.2.7條亦規定：「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。

㈤原處分之執行對聲請人將發生難於回復之損害：

1.按「行政訴訟法第116條第3項所謂『原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害』，係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度而言。惟原處分或決定之執行所受損害，在性質上雖有以金錢為填補之可能，然如原處分或決定之法律效果不明確，而有致損害難以計算，或甚為複雜

之情形；或受處分人之營運資金之調度，將因而陷入困難，造成無法彌補之重大損失時，依一般通念即可認達到回復困難之程度。」最高行政法院著有103年度裁字第293號裁定可供參照。

2.最高行政法院101年度裁字第634號裁定：「另外『難以回復之損害』，固然要考慮將來可否以金錢賠償，但也不應只以『能否用金錢賠償損失』當成惟一之判準。如果損失之填補可以金錢為之，但其金額過鉅時，或者計算有困難時，為了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，仍應考慮此等後果是否有必要列為『難以回復損害』之範圍。」

3.次按「按所有『暫時權利保護』制度（包括『停止執行』及『假扣押』或『假處分』等），其審理程序之共同特徵，均是要求法院在有時間壓力之情況下，以較為簡略之調查程序，按當事人提出之有限證據資料，權宜性地、暫時性地決定、是否要先給予當事人適當之法律保護（以免將來的保護緩不濟急）（學者陳清秀著行政訴訟法2013年9月版第786頁）。聲請停止執行有無理由之審查，依前揭行政訴訟法第116條第2項規定，須審查者為原處分或決定之執行，是否將發生難於回復之損害；是否有急迫情事；於公益有無重大影響或原告之訴在法律上是否顯無理由。所謂難以回復之損害，係指其損害不能回復原狀，或回復困難而言，而在社會一般通念上固以能否用金錢估價賠償為準，惟若損失之填補雖得以金錢為之，然其金額過鉅時，或者計算有困難時，為了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，仍應考慮此等後果是否有必要列為『難以回復損害』之範圍（最高行政

法院101年度裁字第634號裁定理由足參）。又立即執行若產生過於嚴苛之結果，如危害受處分人之經濟生存，亦可認為難以回復之損害；所謂急迫情事，則指原處分或決定已開始執行或隨時有開始執行之虞，且其急迫情事非因可歸責於聲請人之事由所造成而言。在具備上述積極條件（即第116條第2項本文規定）時，行政法院得依職權或依當事人之聲請裁定停止處分之執行，而裁量時尚須考量事件是否具有『於公益有重大影響』『訴在法律上顯無理由』（即第116條第2項但書規定）之消極條件，是須旰衡停止執行之當事人利益以及不停止執行之公益孰為優先保護之對象，並預估本案勝訴機率而為總括審查。」本院104年度停字第22號裁定參照。

4.聲請人積極投標、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，則聲請人將喪失得標機會，對於公司營運勢將造成重大損害。況若聲請人能參與系爭都市更新案，將增加聲請人的實績經驗、拓展聲請人的名聲、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，參酌最高行政法院101年度裁字第634號、103年度裁字第293號裁定意旨，應認為聲請人已釋明原處分如不停止執行，將造成難於回復之損害。

㈥聲請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，是以聲請人就相對人公開評選B都更實施者案，已屬不合資格條件。準此，聲請人從唯一的合格申請人，只因相對人毫無理由的延宕及廢標，聲請人不但將喪失唯一的

合格申請人資格，連公開評選B都更實施者案都資格不符，從而若不停止原處分之執行，對於聲請人而言，自屬難於回復之損害：

1.依108年11月5日公告招標之申請須知第3.4.2條規定：「1.於申請期限截止日前5年內，申請人曾擔任起造人或承造人，並完成單一使用執照至少含1棟地面8層（含）以上建築開發實績，累計建築總樓地板面積達30,000平方公尺（含）以上，且累計工程造價達新臺幣（下同）3億元（含）以上。2.申請人未能符合前項規定資格者，得尋求符合該規定資格之1家協力廠商，由申請人及該協力廠商簽署『協力廠商合作同意書』後，取得前項規定之資格。」亦即第一次招標之資格條件，係在申請期限截止日前即109年1月14日往前5年內，申請人及1家協力廠商，曾擔任起造人或承造人，並完成單一使用執照至少含1棟地面8層（含）以上建築開發實績，累計建築總樓地板面積達30,000平方公尺（含）以上，且累計工程造價達3億元（含）以上。

2.依109年9月23日公告招標之申請須知第3.4.2條規定：「1.於申請期限截止日前5年內，申請人曾擔任起造人或承造人，並完成累計建築總樓地板面積達30,000平方公尺（含）以上，且累計工程造價達3億元（含）以上之建築開發實績。上述開發實績之認定以使用執照內容記載為準，至於單一使用執照至少須含1棟地面8層（含）以上建築始得依方式計算累計。」亦即第二次招標之資格條件，係在申請期限截止日前即109年11月23日往前5年內，申請人曾擔任起造人或承造人，並完成累計建築總樓地板面積達30,000平方公尺（含）以上，且累計工程造價達3億元（含

）以上。

3.比較資格條件在第一次招標與第二次招標之異同，可知：

⑴第一次招標係允許提出申請人連同1家協力廠商之開發實績，而第二次招標則不允許計算協力廠商之開發實績。

⑵第一次招標要提出單一使用執照至少含1棟地面8層（含）以上建築開發實績，而第二次招標則無此限制。

⑶第一次招標採計開發實績之時間點為109年1月14日往前5年內，而第二次招標採計開發實績之時間點為109年11月23日往前5年內。

4.準此，聲請人在第一次招標所提出的，合於第一次招標須知規定的「含1棟地面8層（含）以上建築開發實績，累計建築總樓地板面積達30,000平方公尺（含）以上，且累計工程造價達3億元（含）以上」單一使用執照，即將在109年11月12日屆滿5年，職是，相對人於第二次招標的截止期限為109年11月23日，就差那麼幾天，聲請人無法以該使用執照取得第二次招標的資格條件。

5.相對人於109年1月17日第一次招標的開標當天，就已經完全知悉上情，聲請人從唯一的合格申請人，只因相對人毫無理由的延宕及廢標，聲請人不但將喪失唯一的合格申請人資格，連第二次的招標案都資格不符，從而若不停止原處分之執行，對於聲請人而言，自屬難於回復之損害。

6.相反的，第三人嘉客來投資股份有限公司（下稱嘉客來公司）從原本的不合格標，竟然又可以新取得投標資格，此間的利益關係衡量及雲泥之判、天壤之別。

三、本院之判斷：

㈠聲請人主張難於回復「損害」之確認：

1.都更案實施者之產生：

⑴公開評選A都更實施者案「申請須知」內容記載：

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。

⑵依上開相對人招標申請須知之記載可知，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，而「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：

⑴有關公開評選A都更實施者案，相對人係於109年1月17日辦理資格審查，而該案除聲請人外，另有案外人嘉客來公司亦參與資格審查，而資格審查過程中，該公司並對相對人就申請須知第3.4.3.2條「最近3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日依都市更新條例第14條規定，正式提出異議（參本院卷第185、186頁）。

⑵聲請人認相對人未接續進行公開評選A都更實施者案第二階段的綜合評選亦有疑義，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（參本院卷第49頁）。

⑶嗣相對人就案外人嘉客來公司之上開異議於108年4月28日以府都更字第1090249090號函：「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。」（參本院卷第187、188頁）。

⑷109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（參本院卷第53頁）。

⑸相對人於109年9月23日以府都更字第0000000000A號公告公開評選B都更實施者案，公告受理期間：自109年9

月25日至109年11月23日止（參本院卷第57頁）。

⑹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，相對人於109年4月29日廢止公開評選A都更實施者案，而聲請人對此表示不服，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），有聲請人提出之訴願書（見本院卷第51頁）、相對人109年10月8日府都更字第1090817981號函（見本院卷第329頁）在卷可參。

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，聲請人認公開評選A都更實施者案撤銷訴訟判決確定前，不得進行公開評選B都更實施者案，在於聲請人為A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」，其於本案所稱「難以回復之損害」，係指相對人之原處分將使其無法成為A都更實施者案之「都更實施者」之損害。

㈡聲請人主張可能所受損害縱認屬實，並非「難於回復之損害」：

1.聲請意旨雖主張聲請人係充分評估該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，則聲請人將喪失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。然查，實務上所稱損害，固包含現存財產因損害事實之發生而致減少之積極損害及新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害之消極損害（即預期利益）而言。然所謂「預期利益」，雖非以現實有此具體利益為限，惟該可得預期之利益尚須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，有客觀之確定性始得稱之，要非指僅有取得利益之希

望或可能為已足。

2.本件聲請人雖一再主張其參加A都更實施者案之公開評選，業已通過資格審查，而成為該公開評選案唯一的合格申請人等語，惟聲請人是否在上開公開評選案已完成資格審查，尚非全無疑義。蓋依上開說明觀之，其能成為「都更實施者」，尚需經過綜合評選且與相對人簽訂委託契約等階段。惟姑不論此，退一步言，縱認聲請人主張其為「合格申請人」屬實，則聲請人所稱將受有「難於回復之損害」，應係指聲請人因廢止公開評選A都更實施者案之處分如未予停止執行，則俟其日後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，並實際營運後可預期得到之利潤，將因此而不可得而言。換言之，聲請人可能受到之損失為其營業損失，此項營業損失，實係指收入總額減除各項成本費用、損失及稅捐後之純益額之損失（參照所得稅法第24條第1項規定）。然而，是項財產之損失，於一般社會通念上，尚非不能以金錢賠償或回復，故難以此推論認聲請人將發生難於回復之損害。此外，聲請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，進而將對聲請人造成損害不能回復原狀或達回復困難程度之情形。是聲請人主張系爭廢止公開評選A都更實施者案之原處分如未停止執行，將受有難於回復之損害，並不可採。

㈢至聲請人另以參與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，聲請人就B都更實施者公開評選公告案，將屬不合資格條件，則聲請人不但喪失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。然查，姑不論聲請人參加相對人重新招標之公開評選B都更實施者案之資格，並不會因其先前參與A都更案實施者案之資格條件之使用執照屆滿而受有影響，退一步言之，縱稱受有影響，則其所稱損害，亦係B都更實施者公開評選公告案資格審查階段中聲請人（如參與申請）是否為合格申請人之爭議，與本件聲請人主張因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，併此說明。

㈣綜上，聲請人聲請停止相對人所為廢止系爭公開評選A都更實施者案原處分之執行，核與首揭停止執行之要件不符，不應准許。

四、據上論結，本件聲請為無理由，爰依行政訴訟法第104條、民事訴訟法第95條、第78條，裁定如主文。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　30　　日

高雄高等行政法院第一庭

審判長法官　蘇　秋　津

法官　孫　國　禎

法官　邱　政　強

以上正本係照原本作成。

如不服本裁定，應於裁定送達後10日內以書狀敘明理由，經本院向最高行政法院提出抗告（須按對造人數附具繕本）。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　10　　月　　30　　日

書記官　黃　玉　幸