

公務人員保障救濟程序中暫時 權利保護制度之研究

— 以保訓會之停止執行為中心 —

計畫主持人：林明昕 助理教授

研究助理：詹騏璋／林明倫

公務人員保障暨培訓委員會委託

中華民國九十八年十二月

中、英文摘要

我國現行公務人員保障法於 2003 年修正時，新增第 89 條第 2 項及第 90 條等有關「停止執行」之暫時權利保護制度，目的在提供公務人員更具實效之權利救濟。惟此一制度如何實際操作，迄今實務上仍多疑義；故本研究計畫即以「公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究」為題，就相關問題作完整及深度之檢討，俾實務運作，乃至將來研修相關法規時之參考。其中，有關停止執行之法理基礎、審查標準及審議程序等議題，尤為研究重點。

Since Taiwan's Civil Service Protection Act was amended in 2003, Article 89(2) and Article 90 providing some interim relief, such as “suspension of execution” (*Aussetzung der Vollziehung*), has been added in order to provide more effective remedy for public officials. However, it remains questionable about how to operate this mechanism in practice. This research program, titled “The Research of Interim Relief in Civil Service Protection Remedy Procedure”, attempts to discuss relevant issues in integrity and depth, so as to provide some suggestions and opinions for practical use and for amending related laws. In this research program, the emphasis is put on the legal principle basis of suspension of execution, as well as its reviewing standard and the reviewing procedure.

目次

第一章 緒論.....	4
第一節 研究背景.....	4
第二節 研究範圍.....	5
第三節 研究方法.....	7
第二章 停止執行之法理基礎.....	8
第一節 實定法依據.....	8
壹 公務人員保障法與訴願法之關係.....	8
貳 公務人員保障法與行政程序法之關係.....	9
參 公務人員保障法與行政訴訟法之關係.....	10
肆 小結.....	11
第二節 外國法制之比較.....	12
壹 日本.....	12
貳 德國.....	13
參 美國.....	15
第三節 制度之規範功能與目的.....	17
第四節 附論：預防性權利保護.....	19
第五節 結語.....	20
第三章 停止執行之審查標準.....	23
第一節 形式審查標準（申請之合法性）.....	23
壹 保訓會依職權停止執行與停止執行之形式審查標準之關係.....	23
貳 保訓會之決定與行政法院或其他機關之決定之關係.....	25
第二節 實體審查標準（申請有無理由）.....	28
壹 一般原則.....	28
貳 關於金錢爭訟問題.....	33

參 關於非金錢爭訟問題.....	34
第三節 結語.....	36
第四章 停止執行之審議程序.....	39
第一節 概說.....	39
第二節 程序之機動性要求.....	41
壹 程序之三分法.....	41
貳 程序之中間決定.....	45
第三節 當事人之程序權保障.....	47
壹 陳述意見及言詞辯論等.....	47
貳 程序參加.....	49
第四節 結語.....	52
第五章 結論.....	55
第一節 研究結果總整理.....	55
第二節 立法政策上之建議.....	60
附錄.....	62
壹 參考文獻.....	62
貳 各國暫時權利保護法制主要參考條文.....	69
參 專家座談會相關資料.....	89
期中報告審查會會議紀錄.....	98
期末報告審查會會議紀錄.....	102

第一章 緒論

第一節 研究背景

公務人員保障法於 2003 年 5 月 28 日修正公布後，新增第 89 條第 2 項及第 90 條等有關「停止執行（Aussetzung der Vollziehung）」的暫時權利保護制度（vorläufiger Rechtsschutz），目的在提供公務人員更具實效性之權利救濟。為推動該新增之制度，現行公務人員保障實務固已研議縮短是類事件之處理流程¹，冀能完整保障當事人權益；惟因停止執行與否牽涉諸多不確定法律概念之解釋，故實務上應如何妥適判斷，常生疑義，以致於主掌公務人員保障事件的公務人員保障暨培訓委員會（依公務人員保障法第 4 條第 2 項，以下簡稱「保訓會」）自 2003 年以來，迄今並未作成一次准予停止執行之決定。此外，公務人員保障事件種類繁多，因此有關停止執行之問題，在實務運作上有無區分類型之必要，以作不同處理，也有待分析。是本研究之計畫受保訓會之委託，爰以「公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究」為題，就相關問題等作完整及深度之檢討，俾作為委託機關實務運作，乃至將來研修公務人員保障法規時參考。

本研究計畫自本（2009）年 6 月 1 日正式開始後，迄今已接近尾聲；其中，同年 9 月 21 日（星期一）上午 10 時為期中報告審查會²，同年 11 月 14 日（星期六）上午 9 點 30 分並依委託研究合約規定舉行專家座談會³。這兩次會議的結論，對於本研究計畫之進行助益甚大；是此敬表感謝。在前開專家會議中，本

1 見 2004 年 6 月 8 日公務人員保障暨培訓委員會（依公務人員保障法第 4 條第 2 項，以下簡稱「保訓會」）93 年度第 8 次委員會議決議。

2 見後文「期中報告審查會會議記錄」。

3 相關資料，詳見後文「附錄 參」。

研究計畫除邀請臺北市政府訴願審議委員會副主任委員 王曼萍、最高行政法院法官 吳東都、國立中興大學財經法律學系副教授 林昱梅、行政院訴願審議委員會主任委員 施惠芬及國立中正大學財經法律學系副教授 盛子龍（以上依參加來賓之姓氏筆畫序），提供其等在學術與實務之專業寶貴經驗外，並懇請美國民事訴訟法學專家 — 中央研究院法律學研究所助研究員 黃國昌，特別針對本研究報告中美國法制的比較方面提出建言。這些建議，本研究計畫當然均列入考慮，而分別於以下研究期末報告中呈現。

今期末報告既已作成，相關之研究內容謹述如下：

第二節 研究範圍

「暫時權利保護」者，我國學界其實已有相當之研究⁴。但由於國內目前的相關文獻仍偏重系爭法制的一般性論述，因此有關公務人員保障事件中如何正確適用此一法制的討論，尚屬罕見⁵。從而，本研究計畫的研究重心，也將集中於公務人員保障救濟程序上的相關問題。

又，我國有關公務人員保障救濟程序中暫時權利保護之問題，依現行公務人員保障法第 89 條及第 90 條之規定，保訓會所能管轄者，僅有「停止執行」一種；至於「假扣押（Arrest）」及「假處分（*einstweilige Anordnung; einstweilige Verfügung*）」等，暫時權利保護之聲請人，最多僅能依據行政訴訟法第 293 條以下，向行政法院聲請。職是，一方面鑑於本研究計畫既為保訓會所委託執行，另一方面也囿於研究之篇幅，因此本研究計畫之討論範圍，適如計畫所增之副標題「以保訓會之停止執行為中心」，原則上將僅以保訓會所能管轄決定的停止執行問題為核心。

總之，綜上開所述之結果，本研究計畫之研究範圍，主要將定位在以下各相關問題的研究檢討上：

⁴ 詳見後文「附錄 壹、一」相關之中文文獻。

⁵ 就此，在本研究計畫蒐集所及，僅有：林昱梅，〈保障事件之暫時權利保護機制 — 以競爭型陞遷事件為例〉，考詮季刊 55 期（2008 年 7 月），頁 43 以下。

1. 暫時權利保護制度在公務人員保障救濟程序中之意義，以及「停止執行」與「假扣押」、「假處分」等其他暫時權利保護制度之異同比較。
2. 公務人員保障救濟程序種類繁多，大抵而言，則可區分為涉及公務人員之「財產權」（如追繳公法上不當之給付）與涉及公務人員之「身分權」（如調任、陞遷等）等二者。此一案件類型，乃至其更下位類型之區分，對於停止執行制度，甚至整體暫時權利保護制度之適用有無區分之實益，將是本研究探討的問題之一。
3. 停止執行之形式審查標準（申請合法性問題）。
4. 停止執行之實質審查標準（申請有無理由問題）；尤其是公務人員保障法第 89 條第 2 項規定中關於「合法性顯有疑義」、「難以回復之損害」、「急迫情事」、「非為維護重大公共利益所必要」等不確定法律概念之內涵及判斷方式。在此，公務人員保障事件實務如何在個案中具體操作上開各該標準之判斷，以決定停止執行之准否等，尤將為研究重點。
5. 針對停止執行之審議程序，保訓會有無訂定標準作業流程之必要？又，如何訂定？
6. 涉及第三人效力之行政處分或其他行政行為（如公務人員之調任、陞遷等具有「競爭關係」之案件類型）的停止執行相關問題。
7. 現行公務人員保障法僅有停止執行制度之設計；惟除此之外，在法實務面，乃至法政策面，有無透過法規解釋，以及修法方式，增設「假處分」及「假扣押」等保全程序，乃至如日本現行行政事件訴訟法明文所規範的「禁止訴訟」等所謂「預防性權利保護（*vorbeugender Rechtsschutz*）」，乃至「預防性暫時權利保護（*vorbeugender vorläufiger Rechtsschutz*）」等，亦有納入研究的必要。

第三節 研究方法

「停止執行」，在我國主要是繼受日本與德國法學後的產物；而事實上目前國內文獻大多也以日本法及德國法之比較論述為研究焦點。查公務人員保障救濟程序中暫時權利保護之問題，在國內理論研究仍屬不足的情況下，相關實務的問題的確有藉由比較法學方法解決的必要；因此本研究計畫亦將以比較法學「(Rechtsvergleich)」之探討為主要的研究方法，以構成研究的形式方式與實體內容。惟我國目前相關法制之發展，既如前述，深受日本及德國法學的影響，所以本研究計畫中，比較法研究之對象，首先也將以日本法，尤其是德國法為主⁶；必要時，始佐以美國法制中頗相類似的「暫時禁制令 (preliminary injunction)」為輔證，而架構我國完整的「公務人員保障救濟程序中之停止執行」制度。至於經過此一比較法學研究後，本研究報告全部，將分別以以下數章的方式呈現：

首先，本研究報告將探討公務人員保障救濟程序中之停止執行的「法理基礎」(第二章)。在此，該制度的實定法依據、比較法對照觀察，該制度的目的、功能，乃至與該制度性質略近，但制度內涵卻不容混淆的「預防性權利保護」等問題，是討論的重點。其次在此一研究基礎上，再分別進一步靜態地觀察停止執行的形式與實質之「審查標準」(第三章)，以及動態地說明整個停止執行之「審議程序」如何在兼顧程序之迅速化與當事人程序權保障的情況下，有效且合理地進行(第四章)。最後，全部研究所得，作成「結論」(第五章)，以提供保訓會在審議實務 (de lege lata) 及將來相關修法方向 (de lege ferenda) 上參考。

⁶ 關於本研究計畫捨日本，而最終僅以德國法制為比較法主要對象的原因，詳見後文「第二章、第二節」。

第二章 停止執行之法理基礎

第一節 實定法依據

壹 公務人員保障法與訴願法之關係

在我國現行法中，保訓會針對公務人員保障事件所為的停止執行，其實定法上之基礎，主要在於公務人員保障法第 89 條：

原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行。

原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請，就原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置全部或一部，停止執行。

乃至第 90 條：

停止執行之原因消滅，或有其他情事變更之情形，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請撤銷停止執行。

之規定。從這兩條規定的形式與內容以觀，則相關的制度顯然與現行訴願法第 93 條：

原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止。

原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。

前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。

及第 94 條：

停止執行之原因消滅，或有其他情事變更之情形，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請撤銷停止執行。

前項情形，原裁定停止執行之行政法院亦得依聲請，撤銷停止執行之裁定。

約略相同，而分別肩負有關公務人員保障事件及一般行政爭訟事件的暫時權利保護問題。因此，在適用上，保訓會處理公務人員保障事件之停止執行問題時，原則上毋庸再行援用訴願法上之相關規定；換言之，公務人員保障法，至少在此範圍內，為訴願法的「特別法（*lex specialis*）」，訴願法不再有適用餘地。

實者，我國現行公務人員保障法在 2003 年大幅修正時，立法者即有意排除訴願法之準用規定，而將訴願法之有關規定盡行納入；鑑於此一立法旨趣，有關保訓會之停止執行問題，似乎也不宜貿然類推適用訴願法之其他規定。

然而，在此有疑的是：由於現行公務人員保障法，縱經 2003 年的大幅修正，含停止執行問題在內的若干公務人員保障救濟之規定，仍多漏洞，而有待填補；準此，當訴願法在此又難以類推適用時，是否尚有其他法律的規定得以補充適用。關於這個問題，或可分成以下「貳」及「參」兩個層面說明：

貳 公務人員保障法與行政程序法之關係

首先，保訓會隸屬考試院，其為廣義的「行政機關（*Verwaltungsbehörde*）」，殆無疑義；故其原則上有行政程序法之適用，似乎也不容否認。雖然我國現行行政程序法因有第 3 條第 3 項第 7 款所謂「對公務員所為之人事行政行為」不適用行政程序法之程序規定的問題，以致於保訓會在依法審議決定公務人員保障事件是否即為一種「對公務員所為之人事行政行

為」，故不適用行政程序法之程序規定的疑慮，不過據本研究報告所信，這個疑慮其實可以毋庸過度高估。

蓋現行行政程序法上所有的程序規定，並非專就某一特定行政機關，抑或某一特定之行政事項範疇所特別量身定作的設計；事實上，這些相關規定，具有符合法治國中正當法律程序（*due process of law*）原則的一般法性質⁷，因此，凡是各行政機關之各種行政程序，如無法律特別規定時，行政程序法上的相關規定，多少均有直接適用，乃至類推適用的餘地。換言之，在保訓會之停止執行程序問題上，如相關程序應如何進展，公務人員保障法並無規定時，則行政程序法上之規定，抑或其背後所隱藏的正當法律程序原則，至少均能加以妥善地（類推）適用，始能符合憲法上法治國原則的要求。關於這個基於合憲性解釋與法之續造的（*verfassungskonforme Auslegung und Rechtsfortbildung*）問題，本研究報告在第四章中還將舉例說明⁸。

參 公務人員保障法與行政訴訟法之關係

其次，我國現行公務人員保障法所規範的公務人員保障救濟程序，除類似訴願程序，而得視為公務人員行政訴訟之前置程序（*Vorverfahren*）的「復審」外（公務人員保障法第 25 條以下參照），尚有「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益…」等屬於傳統「經營關係（*Betriebsverhältnis*）」問題而尋求保障救濟的所謂「申訴、再申訴」（同法第 77 條以下參照），乃至同屬該經營關係問題的「調處」（同法第 85 條以下參照）。由於這三種保障救濟程序類型，依同法第 89 條及第 90 條規定，均有停止執行的可能，因此公務人員保障事件中停止執行的適用範圍，顯然大於訴願法上所規定的範圍，而值得特別注意。從有效保障公務人員之權利的觀點出發，申訴、再申訴，乃至調處案件適用停止執行的規定，尤值贊同。

不過在另一方面，公務人員保障事件中的復審，依據公務人員保障法第 72 條規定，既為行政訴訟的前置程序，則至少在此範圍內，有關同法第 89 條及第

7 有關行政程序法與正當法律原則之憲法誠命的關係，詳見：湯德宗，〈論正當行政程序〉，收於：同氏著，《行政程序法論》，2003 年 2 版，頁 1 以下。

8 見後文「第四章、第三節、貳」。

90 條之停止執行規定的適用，也必須同時注意行政訴訟法的相關規定，以求停止執程序在復審與行政訴訟過程中維持其體系的一致性。從這個觀點而言，公務人員在復審過程中，除得依前開公務人員保障法第 89 條第 2 項，向保訓會等申請系爭行政處分之停止執行外，也得向管轄之高等行政法院聲請停止執行；蓋依行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，高等行政法院就此原已有管轄權限。公務人員保障法第 89 條在此雖缺乏如訴願法第 93 條第 3 項之規定，惟其解釋的結果，仍應相同。至於保訓會與高等行政法院間因此所可能產生的管轄競合問題，本研究報告在後文「第三章、第一節」中將另行處理。

又，我國現行行政訴訟法第 116 條至第 119 條，為停止執行之規定。除此之外，同法第 293 條至第 303 條等，則尚有「假扣押」及「假處分」的所謂「保全程序」規定。保全程序，也是一種暫時權利保護程序；其所以與停止執行分別適用在不同的行政訴訟類型，乃是我國現行行政爭訟制度繼受德國法制之傳統的結果⁹。今天，如此的割裂適用，雖仍分別存在於我國法與德國法中，不過這種形式的差異，仍不妨礙吾人將其統合成一個完整之暫時權利保護體系下的兩個制度觀察¹⁰。換言之，停止執行與保全程序，功能相同；在相關問題的探討上，兩個制度的規定，非無相互補充適用的餘地。職是，就本研究計畫所關注的公務人員保障救濟中之停止執行而言，相關問題的研究，必要時也應同時注意行政訴訟法第 293 條至第 303 條有關保全程序的規定。

最後，我國現行行政訴訟法第 293 條至第 303 條所規範的保全程序，因受德國法制影響，而屬於一種抄襲民事訴訟法上規定的制度。此外，又由於民事訴訟法發展甚早，迄今有關保全程序的研究尤稱發達，因此，在解釋行政訴訟法上的保全程序規定時，其所繼受的民事訴訟法第 522 條以下規定，乃至相關的學說、判例等非無參考價值。就此，在一般行政爭訟事件方面，是然；而在公務人員保障事件方面，也應然。

肆 小結

9 有關德國行政爭訟法上之暫時權利保護法制，參見後文本章「第二節、貳」之說明。

10 就此，詳見：*Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Vorb. § 80 Rn. 40 ff. (insb. 45 ff.) [Stand: Okt. 2008]。

總之，綜上所言，有關保訓會之停止執行問題，公務人員保障法第 89 條及第 90 條，是最基礎的實定法依據，訴願法上之相關規定，不予適用，固無疑義；不過除此之外，在有關停止執行作為暫時權利保護制度之一環方面，相關問題非無（類推）適用行政訴訟法第 116 條至第 119 條，乃至同法第 293 條至第 303 條，以及甚至民事訴訟法第 522 條以下的空間。至於有關保訓會如何進行停止執行之審議程序方面，行政程序法之相關規定，在法治國中正當法律程序之要求的必要範圍內，也有（類推）適用的餘地。這些複雜的法律規定，因此構成保訓會之停止執行事件的完整規範基礎。

第二節 外國法制之比較

壹 日本

我國現行行政爭訟法上之停止執行制度，主要受到德、日兩國的影響。惟就立法體例而言，則日本法制的繼受，尤其明顯。蓋日本的行政爭訟制度，相當於我國訴願法者，為行政不服審查法，相當於我國行政訴訟法者，則為行政事件訴訟法；其中，行政不服審查法第 34 條及第 35 條，為有關行政機關之停止執行規定，而行政事件訴訟法第 25 條至第 29 條，則屬法院之停止執行規定¹¹。據此，當吾人將前開日本法相關規定與我國訴願法、行政訴訟法，乃至公務人員保障法之相關規定互為比較時，則將發現，兩國的法律非常相像；尤其是所謂「執行不停止原則」（亦即如：公務人員保障法第 89 條第 1 項「原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行」規定），以及以「處分之合法性顯有疑義／原告之訴在法律上非顯無理由」、「難以回復之損害」、「急迫情事」及「就重大公共利益無影響」等四項，作為停止執行要件的設計，幾乎如出一轍。

不過即使如此，解釋我國一般行政爭訟，乃至公務人員保障事件之停止執行相關規定時，日本法未必能作為最佳，抑或至少不是唯一的比較法參考對象。因為日本法前開有關停止執行之四項要件的審查順序安排，與我國仍有出入；

¹¹ 相關條文的日、中文對照，見後文「附錄 貳、二」。

何況以此四項要件之俱足為停止執行的前提，就尋求停止執行的當事人而言，難免有過苛之嫌¹²。更甚者，在日本的行政爭訟制度中，因行政事件訴訟法第 44 條等規定，而無從適用「假處分」，以致於在彼邦法學界本身也廣泛遭受批評¹³；這種不完整的制度，自絕非僅因我國停止執行之立法例與其頗為類似，即得成為解決相關問題之比較法的主要參考對象。

此外，抑有進者，日本行政爭訟法制，乃至於停止執行制度之設，與我國同，也均屬德國法後的產物。既然日本法制有不完備處，則有關我國停止執行制度的研究，還應當更進一步考慮德國法制的比較觀察。

貳 德國

相對於日本法制而言，德國行政爭訟上的停止執行，是一個比較繁複的制度：首先，德國現行的行政爭訟，也有訴願（Widerspruch）與行政訴訟（Verwaltungsprozess）之分；其相關規範，主要則見於行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung; VwGO）中。至於公務人員之爭訟，原則上亦適用此一制度；並非如我國公務人員保障法般，有特別的法律存在。

不過比較特別的，是德國也無類似我國之訴願法的單行規範。訴願程序如何進行，除前開行政法院法第 68 條以下，載有若干原則性條文外，則必須分別適用聯邦行政程序法（Verwaltungsverfahrensgesetz; VwVfG）及各邦行政程序法上之規定來解決。蓋依據德國通說之理解，訴願程序，即為行政程序之一種；因此聯邦及各邦之行政程序法，原則上得視訴願案件的類型係屬聯邦行政事項，抑或各邦行政事項，而分別適用之¹⁴。

其次，德國之訴願及撤銷訴訟，依據行政法院法第 80 條第 1 項「訴願及撤銷訴訟有延宕效力…（Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung...）」之規定，原採所謂「執行停止原則」。不過由於同條第 2 項、第

12 相關問題等，詳見後文「第三章、第二節、壹」。

13 就此，參見：宇賀克也『改正行政事件訴訟法 — 改正法の要点と逐条解説』（青林書院，2004 年），頁 180。

14 關於德國訴願制度進一步說明，詳見：林明昕，〈德國訴願制度之簡介〉，收於：臺北市政府訴願審議委員會編，《訴願新制專論暨研討會實錄》，2001 年 10 月，頁 155 以下。

3 項，以及第 80 條之 2 等又允許相當多「執行停止不停止」的例外¹⁵，因此同條第 4 項至第 8 項，乃至第 80 條之 1、第 80 條之 2 等，分別載有複雜的停止執行之規定¹⁶。其結果，遂與我國同，既有訴願程序上之停止執行，又有行政訴訟上之停止執行；兩國的制度，因此又幾乎歸為一致。

又，德國行政爭訟法制，因法制史逐步演進的影響，除訴願與撤銷訴訟適用停止執行外，其餘暫時權利保護的問題，則適用「假處分」制度¹⁷。關於假處分，行政法院法第 123 條¹⁸著有明文；惟其制度的根源，則是民事訴訟法（*Zivilprozessordnung*; ZPO）第 935 條以下相關制度的規定。因此，在德國訴訟法學上，民事訴訟的假處分與行政爭訟的假處分，被視為原則上同一；相關學說與法理，並得相互援引¹⁹。

惟甚者，德國行政爭訟之暫時權利保護體系，固如上述，有停止執行與假處分兩個制度，不過這個歷史因素所造成的結果，近年來已因學說與實務不斷的克服，而在制度分裂表象的背後理論層面上，有逐漸改變的趨勢。蓋目前德國學者莫不承認，這兩個制度間其實具有所謂「構造相違，但功能齊一（*Funktionsidentität bei Konstruktionsdisparität*）」的特性；此外再加上與民事訴訟法上假處分理論的相互交流，因此一套完整，且能廣泛適用於各種訴訟體系

15 有關德國訴願及撤銷訴訟由「執行停止原則」逐漸轉向為「執行不停止原則」，而與日本及我國現行法制趨近相同的分析，詳見：林明昕，〈論行政訴訟法上之「執行（不）停止原則」〉，收於：同氏著，《公法學的開拓線－理論、實務與體系之構成》，2006 年，頁 467 以下。

16 關於德國行政法院法第 80 條至第 80 條之 2 的德、中文對照，見後文「附錄 貳、三」。

17 德國行政法院法就「假扣押」並無明文規定。蓋在行政訴訟上，本以人民控告國家、地方自治團體或其他行政主體之行政違法為案件大宗；而國家、地方自治團體或其他行政主體於訴訟前後，有脫產，或其他至給付不能之情事，寧為罕見。不過即使如此，依德國學界通說（例見：*Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* [Hrsg], *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, § 123 Rn. 55 [Stand: Okt. 2008]），在行政訴訟之暫時權利保護程序中，如有必要，法院原非不得在聲請人之聲請符合行政法院法第 123 條第 1 項有關假處分之要件規定的情況下，命為假扣押。蓋在訴訟法學中，在聲請假處分的同一要件下，原亦得聲請假扣押；更何況假處分內容，依前開行政法院法條第 3 項準用民事訴訟法第 938 條第 1 項（相當於我國民事訴訟法第 535 條第 1 項）的結果，原本法院自由裁量，故在此範圍內，法院亦得以命為假扣押之手段，滿足聲請人之暫時權利保護的聲請。

18 本條之德、中文對照，見後文「附錄 貳、三」。

19 就此，尤見：*Leipold*, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, 1971, *passim*。

的暫時權利保護法學，也於焉形成²⁰。這種理論的統一，對於實務的操作頗有助益；基於德國法制與我國法制在此的高度同質性，相關理論，當然也足資我國參考。條之2的德、中文對照，見後文「附錄 貳、三」。

事實上，我國近來有關暫時權利保護制度的研究，學者間也的確多以德國法制為比較法上之依據²¹；而從我國行政爭訟法制本是繼受自德國的觀點出發，其研究方向的正確性，更是毋庸置疑。因此，本研究計畫亦從之。

參 美國

在法繼受（*Rechtsrezeption*）的傳統上，屬於英美法系的美國訴訟法，本非屬於歐陸法系的我國法主要模仿的對象。不過，由於美國訴訟法中的所謂「禁制令（*writ of injunction*）」制度，與我國，乃至德、日的暫時權利保護頗為近似，而容有制度比較的意義，因此關於這個禁制令的制度，或也有說明的必要：

首先，美國法上的禁制令，係禁止被告或其他關係人為一定之行為。「行為」者，原可分為「作為」與「不作為」；雖然二者在概念上因而有別，但在效果上，由於「強制其不作為」即等於「禁止其作為」，二者實難以明確區分，所以在美國實務上，法院得否強制被告或其他關係人「作為」或「不作為」，其前提要件亦從而無所區別²²。關於這一點，如比較前開德國近來學說主張，在理論上，「停止執行（=不作為）」與「假處分（=作為）」毋庸過度區別的見解，德、美兩國在此的立場，似乎相當近似，值得吾人注意。

其次，美國法上的禁制令，目的原在排除或避免將來某種侵害行為或損害的發生；其用於針對未來，但卻非就已經發生之損害予以賠償²³。這樣的制度，在聯邦法院中，則可依命令期間、應行程序之不同，而分為「暫時禁制令

20 在此，德國學者 *Friedrich Schoch* 貢獻厥偉。至於有關 *Schoch* 的理論，在後文本章「第三節」中尚有進一步說明。

21 關於這一點，從本研究報告後文「附錄 壹、一」所列的中文參考文獻中，或可窺出端倪。

22 See generally Susan H. Black, *A New Look at Preliminary Injunctions: Can Principles from the Past Offer Any Guidelines to Decisionmakers in the Future*, 36 ALA. L. REV. 1 (1984-1985).

23 Morton Denlow, *The Motion for A Preliminary Injunction: Time for A Uniform Federal Standard*, 22 REV. LITIG. 495, 499 (2003).

（preliminary injunction）」、「緊急限制令（temporary restraining order）」及「永久禁制令（permanent injunction）」等三大種類；不過其中，由於「永久禁制令」，須經完整之本案實體審理程序，確立原告應獲救濟後，始得核發，效力與本案終局裁判相當²⁴，所以並不能視為一種暫時權利保護制度。換言之，相當於歐陸法系的暫時權利保護制度，在此僅有「暫時禁制令」及「緊急限制令」兩種。

又，禁制令者，原起源於英格蘭之衡平法法院（Court of Chancery），為提供普通法法院（common law court）所無法提供之救濟；因此，禁制令之衡平救濟，遂僅於普通法救濟無法適當滿足原告之權利主張時，始得例外為之，而被稱為「充分理論（adequacy doctrine）」²⁵。嗣後，這個理論，隨著英格蘭殖民者來到美洲新大陸，並於美國獨立後，因 1789 年法院法（Judiciary Act of 1789）之制定，而成為美國聯邦法的一部分。1937 年，美國聯邦制定「聯邦民事訴訟規則（Federal Rule of Civil Procedure）」後，普通法法院與衡平法法院合併；該規則的第 65 條並且也就「暫時禁制令」及「緊急限制令」之程序要件予以規定²⁶。從此，這兩個美國法上的暫時權利保護制度，遂通行至今。此外，又由於美國訴訟制度，並無司法二元的問題，因此相同的兩個制度，也同時適用在行政爭訟類型。

基本上，暫時禁制令與緊急限制令，均係法院在本案訴訟未決時所發布的禁制令；無論何者，其目的則又均在於維持雙方當事人在本案判決作成前的相對狀態。不過，暫時禁制令之作成，須通知訴訟兩造，經完整之聽審程序後，始得為之；聲請人若有不服，得立即上訴聲請救濟。反之，緊急限制令，是法院在暫時禁制令待決前，經當事人單方聲請而片面所作成的；除非有例外狀況，否則該限制令一般將於 14 天內失其效力²⁷。依前開聯邦民事訴訟規則第 65 條第 (b) 項規定，緊急限制令，僅得於他造陳述意見或聽證前，聲請人即將蒙受「立即且不能回復之侵害、損失或損害（immediate and irreparable injury, loss, or

²⁴ 又，永久禁制令的期限，依個案決定，原是可長可短；所以「永久」一語，其實並非指期限上真正的永久。就此，參見：黃昭元，〈真調會條例釋憲案鑑定意見〉，月旦法學雜誌 117 期（2005 年 2 月），頁 25。

²⁵ Morton Denlow, *The Motion for A Preliminary Injunction: Time for A Uniform Federal Standard*, 22 REV. LITIG. 495, 500-02 (2003).

²⁶ 有關這條規則的英、中文對照，見後文「附錄 貳、四」。

²⁷ Fed. R. Civ. P. 65(b). As amended by 2009 Amendment, effective from December 1, 2009.

damage) 」時，法院始准予發給。此外，又因為美國法上並無緊急限制令之上訴救濟的規範，因此當事人若不服法院之裁定，也無從救濟²⁸。總之，從緊急限制令之功能與效力等來看，該制度與我國民事訴訟法第 538 條之 1 的「緊急處置」，顯然甚為相近²⁹。關於這一點，本研究報告後文，還將述及³⁰。

最後值得一提者，美國民事訴訟規則第 65 條，對於法院據以准否暫時禁制令的審查標準，並未規定；這個問題點，遂成為法學上極大的爭議。因此，相關的理論及爭議等，分別為何，本研究報告也將在後文第三章³¹中，作為比較法之參考，一併分析。

第三節 制度之規範功能與目的

有關我國公務人員保障救濟程序中停止執行之實定法依據，乃至比較法觀察既已澄清，本研究報告在此還將進一步追究的是，這個停止執行的制度，其規範的功能與目的究竟何在的問題。關於這一個問題點，國內尚無深究，日本法制也未能提供太多的依據；因此，比較值得借鏡觀察者，仍是我國相關法制所起源的德國學說與判例。在此，德國學者 *Friedrich Schoch* 的見解，尤其應予注意。

28 馮震宇，〈從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟〉，月旦法學雜誌 109 期（2004 年 6 月），頁 10，註 4。

29 沈冠伶，〈我國假處分制度之過去與未來〉，月旦法學雜誌 109 期（2004 年 6 月），頁 61。

30 見後文「第四章、第二節、貳」。

31 見後文「第三章、第二節、壹」。

在德國現代公法學界中，*Schoch* 可稱得上是研究各種公法訴訟上暫時權利保護制度的第一人³²。其所整合各種不同之暫時權利保護分支制度後而創設的「功能相當性理論（*Funktionsadäquanz-Theorie*）」³³，不但直接改變了行政爭訟法學界對於暫時權利保護制度的理解，迴向性地也間接促成了原先引導行政訴訟之暫時權利保護制度發展的民事訴訟法學上保全程序體系的重新架構³⁴。至於有關停止執行的制度目的與功能究竟何在，*Schoch* 的看法則如下：

首先，根據 *Schoch* 的理解，作為暫時權利保護制度之一環的停止執行，其最終之目的莫非與暫時權利保護制度本身之目的同，用來補充本案救濟程序功能上之不足，而與之共同實現一個真正、有效能的權利保護體系。至於暫時權利保護制度在此的補充功能，究竟何在，*Schoch* 經過一番非常詳密的論證後，則指出該制度，除有傳統通說³⁵所認識的「保全（權利）功能（*Sicherungsfunktion*）」外，更有一般學者忽略，但近來卻在德國聯邦憲法法院（*Bundesverfassungsgericht*; *BVerfG*）之判例³⁶所屢屢強調的「暫時止爭功能（*interimistische Befriedungsfunktion*）」³⁷。換言之，暫時權利保護制度在此應運用其程序流程較迅速的特色，在必要的情況下，暫時解決當事人間在漫長的

32 *Schoch* 之相關著作，主要集中在 *Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, 1988; *Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes*, *VerwArch.* 82 (1991), 145 ff.; *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Vorb. § 80, §§ 80 ff., § 123 u. § 47 Rn. 126 ff. [Stand: Okt. 2008] 等三部之中，其影響無遠弗屆。近來他的另一篇相關著作 *Einstweilige Anordnung*, in: *Badura/Dreier* (Hrsg.), *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Bd. I: *Verfassungsgerichtsbarkeit Verfassungsprozeß*, 2001, S. 697 ff. 也將會是有關憲法訴訟中之暫時權利保護制度之研究的重要參考文獻之一。

33 該理論之名稱，得之於 *O.-W. Jakobs*, *Eine Magna Jurisprudentia des vorläufigen Rechtsschutzes — Gedanken zu Friedrich Schoch: Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht*, *VBlBW* 1990, 446 (450)。

34 例見：*Walker*, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, 1993, Rn. 66 ff.; *Vogg*, *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollsteckbarkeit — Gemeinsamkeiten und Wertungswidersprüche*, 1991, S. 117 ff.。

35 通說，參見：*Finkelnburg/Jank*, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 4. Aufl. 1998, Rn. 45。

36 例見：*BVerfGE* 46, 166 (178)。

37 有關此一新發現的功能，詳見：*Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Vorb. § 80 Rn. 36 [Stand: Okt. 2008]。此外，受到 *Schoch* 理論的影響，如：*Happ*, in: *Eyermann/Fröhler* (Begr.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 12. Aufl. 2006, § 123 Rn. 1 亦強調此一新發現的功能。

本案救濟程序中所不能立刻解決的法律上紛爭，以過渡性地維持本案救濟程序未確定完成前的法和平狀態。換言之，相對於在本案救濟程序中，法院或訴願機關等終局決定了當事人間的糾紛，而在暫時權利保護程序中，該等機關則分別以停止執行及假處分等「中間規制（*Zwischenregelung*）」的手段，暫時性地維護法和平秩序。

基本上，*Schoch* 的理論值得肯定；而無獨有偶地，在美國法上，學者針對同屬暫時權利保護制度類型之「暫時禁制令」的功能所提出，如維持現狀、保留法院作成有實益判決之能力、減低誤判風險³⁸，乃至保護原告免於不可回復之損害³⁹等見解，多少也呼應了 *Schoch* 前開「保全」及「暫時止爭」功能的說法。更何況當吾人詳究我國現行行政訴訟法第 293 條、第 298 條第 1 項及第 2 項，或民事訴訟法第 522 條、第 532 條及第 538 條所分別規範的「假扣押」、「保全處分（*Sicherungsanordnung/-verfügung*）」及「定暫時狀態之處分（*Regelungsanordnung/-verfügung*）」等停止執行以外的暫時權利保護類型時，尤可確定：暫時權利保護的制度有實現本案救濟程序所難以滿足的保全與暫時止爭之功能。因為相對於假扣押與保全處分的功能，顯然在於「保全」；而「暫時止爭」者，正是「定暫時狀態之處分」的功能。

不過在另一方面，我國現行行政爭訟制度中，有關撤銷訴訟與確認處分無效訴訟之案件類型，僅有「停止執行」之一種暫時權利保護制度。所以在這些案件類型的範圍內，顯然停止執行要同時滿足「保全」與「暫時止爭」等兩項功能。

在暫時權利保護法制的發展史上，這個制度的暫時止爭功能，誠如 *Schoch* 所指出者，常為學說與實務忽略。近來相關問題點既已釐清，則停止執行准否之決定，除應注意保全功能外，其是否也能因此定出一個符合當事人間利益平衡的暫時狀態，而兼具暫時止爭功能，更必須同時列入該准否決定時的考慮。

38 Lea B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward A New Standard for Preliminary Injunctions*, 68 OR. L. REV. 839, 849 (1989).

39 See *Brown v. Chote*, 411 U.S. 452, 456 (1973).

第四節 附論：預防性權利保護

在行政爭訟法學上，與暫時權利保護常有混淆之虞的，是一種所謂「預防性權利保護」；這兩種制度，名稱雖近，但卻各自負有不同的功能。蓋「預防性權利保護」，或有稱「預行救濟」者，屬本案救濟之一種，原則上適用於侵害權利之行政行為尚未發生時，用以防止該權利侵害之「實際」發生；相反地，「暫時權利保護」，是本案救濟外的一種「附屬程序（Nebenverfahren）」，目的在使既已發生之權利侵害，儘可能不至於繼續進展到「回復不能之狀態（irreparable Zustände）」⁴⁰。二者之間，因此相異⁴⁰。不過，如將來的權利侵害之發生，因事件類型特殊，有可能迅雷不及掩耳，同時也具有難以回復的特性時，則當事人提起預防性權利保護之本案救濟時，同時也得以請求屬於將來給付訴訟之附屬程序的「預防性暫時權利保護」，以濟其窮⁴¹；此際，「預防性權利保護」與「暫時權利保護」始合而為一。只是在這種情形下的暫時權利保護機制，原則上為「假處分」的適用範疇，而非「停止執行」；因為停止執行，僅能針對既已作成之行政處分或其他行政行為發生效力，故不能充作針對尚未作成處分或其他行為前之權利救濟的預防性暫時權利保護。

依據現行法上之設計，保訓會所能處理的暫時權利保護，只有停止執行；既然這個制度，難以在行政處分或其他行政行為前尚未作成前發生權利保護的作用，因此有關公務人員保障事件中的「預防性暫時權利保護」，縱在現行法秩序下能承認其存在，但也僅得由行政法院以假處分的方式為之。

然而，一個想像上可能的問題是：「預防性權利保護」，乃至「預防性暫時權利保護」是否將來能經由立法的方式，也授權予保訓會為之？關於這個問題點，本研究報告寧持懷疑的態度。因為預防性權利保護對於行政機關權限之行使，干預頗深；由於保訓會本身亦屬廣義行政（即：考試權下人事行政）機關之一種，所以基於行政機關間之權責劃分與相互尊重，縱使在立法政策上，似乎也不宜逕以修正公務人員保障法等方式，由保訓會受理預防性權利保護，乃至於更近一層的預防性暫時權利保護。

⁴⁰ 關於「預防性權利保護」及其與「暫時權利保護」的比較等問題，詳見：*Württemberg, Verwaltungsprozessrecht*, 3. Aufl. 2007, Rn. 479 ff.。

⁴¹ 關於「預防性暫時權利保護」問題，詳見：*Dombert*, in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 5. Aufl. 2008, Rn. 104 f.。

第五節 結語

有關公務人員保障事件中之停止執行的法理基礎種種問題，已如前述。惟綜上所結，本章的重點則如下：

1. 我國現行的公務人員保障事件中之停止執行，作為暫時權利保護制度之一環，其實定法上的依據，主要為公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條之規定；訴願法在此，應排除其直接適用或類推適用的餘地。不過，除此之外，鑑於暫時權利保護制度的功能整體性，行政訴訟法上有關停止執行與保全程序（假扣押及假處分），甚或民事訴訟法上保全程序之規定與理論等，必要時，非無援引的價值。至於有關保訓會中停止執行之審議程序，在公務人員保障法規定不足的情況下，基於法治國之正當法律程序的要求，必要時也有（類推）適用行政程序法相關規定之可能，以符合方法論上法律解釋與續造的合憲性。
2. 我國行政爭訟上的停止執行之設計，深受日本與德國影響；惟鑑於德國相關法制的理論已相當完整，故在比較法上得用作解決問題主要的借鏡。美國訴訟法學中的「暫時禁制令」與「緊急限制令」，其實也是一種暫時權利保護制度；必要時，也有用供與歐陸法系的相關制度比較對照的意義。
3. 含停止執行及保全程序在內的暫時權利保護制度，與本案救濟程序同，均以實現「有效之權利保護」為目的。惟相對於本案救濟程序的功能，在於終局釐清涉訟當事人間之權利義務關係，暫時權利保護則有「保全」與「暫時止爭」兩項功能。在保全程序方面，「假扣押」與「保全處分」制度的目的，即在於保全功能的達成；而暫時止爭的功能，主要則歸「定暫時狀態之處分」負責。至於在停止執行方面，該制度同時兼具以上兩項功能。
4. 在法制發展史上，暫時權利保護的暫時止爭功能，常為學說與實務忽略；近來相關問題點既已釐清，則停止執行准否之決定，除應注意保全功能外，

其是否也能定出一個符合當事人間利益平衡的暫時狀態，而兼具暫時止爭的功能，更必須同時列入該准否決定時的考慮。

5. 暫時權利保護與「預防性權利保護」（或稱「預行救濟」），是行政爭訟法上兩種不同的制度，體系上不容相混。在公務人員保障事件中，由於停止執行僅能針對既已作成之行政處分或其他行政行為發生效力，因此並不能同時充作針對尚未作成處分或其他行為前之權利救濟的「預防性暫時權利保護」。
6. 預防性權利保護或預防性暫時權利保護對於行政機關權限之行使，干預頗深；由於保訓會本身亦屬廣義行政（即：考試權下人事行政）機關之一種，所以基於行政機關間之權責劃分與相互尊重，縱使在立法政策上，似乎也不宜逕以修正公務人員保障法等方式，由保訓會受理預防性權利保護或預防性暫時權利保護。

第三章 停止執行之審查標準

第一節 形式審查標準（申請之合法性）

壹 保訓會依職權停止執行與停止執行之形式審查標準之關係

暫時權利保護，無論是作為本研究報告之重心的「停止執行」，抑或各種不同的「保全程序」，學說上輒以本案救濟程序的「附屬程序（Nebenverfahren）」相名⁴²；不過這種說法，只是從暫時權利保護程序具有輔助本案訴訟程序，共同實現真正有效之權利保護目的的角度觀察後，所得到的一種結果⁴³。事實上，假使吾人另就暫時權利保護程序所欲滿足的特殊功能，以及在此一功能導向下，管轄之行政機關或法院在該程序中所應作之審查與裁（決）定的觀點出發，則該程序本身，也是一個位於本案救濟程序以外的「獨立程序」⁴⁴。換言之，行政機關或法院在暫時權利保護程序中，原則上仍應針對當事人之暫時權利保護的申（聲）請，分別就其程序面與實體面要件，亦即所謂申（聲）請的「合法性（Zulässigkeit）」及「有（無）理由

42 在國內文獻中，例如：陳清秀，《行政爭訟法》，2009年3版，頁639，即以此一名稱說明暫時權利保護程序的性質。

43 就此，詳見：Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Vorb. § 80 Rn. 54 ff. [Stand: Okt. 2008]。

44 同說，參見：BVerfGE 35, 382 (397); BVerwGE 63, 110 (111); Puttler, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 2. Aufl. 2006, § 80 Rn. 112, § 123 Rn. 50; Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Vorb. § 80 Rn. 53 [Stand: Okt. 2008]。國內文獻，同見：陳清秀，《行政爭訟法》，2009年3版，頁651。

（Begründetheit）」兩大問題點，逐一審查後，始得以裁（決）定針對該申（聲）請作准駁的處理⁴⁵。在此，就停止執行而言，有關申（聲）請之合法性問題，或可稱為停止執行的「形式審查標準」；申（聲）請之有（無）理由問題，則謂停止執行的「實質審查標準」。其中，前者，主要是如同申（聲）請書不合法定程式、申（聲）請人之適格性…等類似公務人員保障法第 61 條所規定的要件問題；至於後者，則是涉及如同法第 89 條第 2 項所稱「原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要…」的問題。這兩大問題點，在申（聲）請人提出停止執行之申（聲）請人後，行政機關或法院原則上均應審查。

不過，這個原則，非無例外；至少在保訓會依據公務人員保障法第 89 條第 2 項，乃至第 90 條所進行的停止執行或撤銷停止執行程序中，停止執行或撤銷停止執行之准否，毋庸，甚至不應再取決於當事人申請之合法性，亦即前開所謂「停止執行之形式審查標準」。因為依據公務人員保障法第 89 條第 2 項或第 90 條，保訓會之決定停止執行，抑或撤銷停止執行，除依當事人之申請外，亦得依「職權」為之。此外，又由於針對保訓會依職權所為的停止執行或撤銷停止執行決定，法律並無其他形式要件的要求，因此當事人未提出任何停止執行或撤銷停止執行之申請時，保訓會在既無其他形式要件要求下，固得逕依職權審查系爭本案救濟，有無停止執行之實質要件，而決定停止執行或撤銷停止執行；惟當當事人所提出申請，即使未符合停止執行之形式要件，保訓會仍可將系爭個案視為當事人並未提出申請般，逕依職權審查系爭本案救濟，有無停止執行之實質要件，以決定停止執行或撤銷停止執行。因為保訓會該停止執行或撤銷停止執行的決定權，本不以當事人有無申請為前提；何況，除此以外，也無其他該決定權發動之形式要件存在的必要。換言之，由於公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條准許保訓會既得依申請，也得依職權決定本案所繫之處分或措施等的停止執行或撤銷停止執行，所以在保訓會之停止執行程序中，停止執行之「形式」審查標準，例外地無存在之必要；只有停止執行之「實質」審查標準一項，始能決定系爭處分或措施等是否停止執行或撤銷停止執行的命運⁴⁶。

45 同前註。此外，日文文獻，亦見：南 博方／高橋 滋 編『条解行政事件訴訟法〔第 3 版〕』（弘文堂，2006 年），頁 466（金子正史 執筆）。

46 附帶一言者，這種例外也應同時適用在訴願機關之停止執行程序中；因為訴願法第 93 條第 2 項及第 94 條第 2 項，也是准許訴願機關既得依申請，也得依職權決定本案所繫之行政處分的停

或謂：依據公務人員保障法第 89 條中第 1 項及第 2 項的條項順序以觀，保訓會似應於本案救濟程序繫屬後，始能依申請或依職權決定已繫屬之行政處分或措施等是否停止執行的問題。準此，設若當事人所提起之本案救濟不合法，如逾越本案救濟期間等，保訓會豈仍得不予審查該本案救濟申請是否欠缺同法第 61 條（再申訴時，依同法第 84 條準用）之合法性要件規定，逕依職權決定原行政處分或措施等停止執行？

關於這個問題，其實是將本案救濟申請之合法性要件與停止執行申請之合法性要件混為同一。蓋停止執行政程序，如前所述，既與本案救濟程序獨立，則兩個程序各有其申請之合法性與有無理由問題。本研究報告在此主張保訓會之毋庸審查者，乃停止執行之申請本身的合法性；至於本案救濟申請之合法性，亦即公務人員保障法第 61 條所稱的復審或再申訴等的受理或不受理，則係當事人之「本案救濟有無勝訴希望」的問題（本案若不受理，當事人自無勝訴希望！），體系上屬於本研究報告以下始將深入討論的停止執行之「實質」審查標準之一⁴⁷，不應逕與本研究報告在此所言的停止執行之「形式」審查標準混為一談。因此，前開提問，其實不能成立，當然更不至於推翻本研究報告在此所謂保訓會停止執行政程序無停止執行之形式審查標準之存在的命題⁴⁸。

貳 保訓會之決定與行政法院或其他機關之決定之關係

同樣依公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條規定，停止執行或撤銷停止執行之決定等，除保訓會外，原處分機關或服務機關亦得為之。此外在復審程序中，假使吾人承認行政法院依行政訴訟法第 116 條第 3 項及第 118 條規定，亦得決定同一案件之停止執行或撤銷停止執行時，此際行政法院亦有管轄權。事實上這個「多重管轄（*Mehrfachzuständigkeit*）」的問題，由於相關法律欠缺，在實務上具有高度爭議⁴⁹。由於管轄，事涉在本案或暫時權利保護程序中權利保

止執行或撤銷停止執行。

⁴⁷ 見後文本章「第二節、壹」。

⁴⁸ 至於本案救濟申請不合法，如逾越本案救濟期間等，則將因本案「顯」無勝訴可能，依後文本章「第二節、壹」有關停止執行之實質審查標準的階段化審查模式中第一階段，終究不得為停止執行之決定。

護的形式審查標準，故學說與實務一般亦在權利保護申（聲）請之合法性範疇中處理。惟就此一問題性，本研究報告的觀點如下：

查保訓會依公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條規定，既如前所言，得逕依職權停止執行或撤銷停止執行，而別無所謂申請合法性的問題，則原則上並不因前開法律多重管轄的設計，而導致所謂當事人申請不合法的結局。在此值得關係的，毋寧只是哪個機關（含行政法院）所為之相關決定（或裁定）是否將拘束其他機關的問題。換言之，某機關針對停止執行或撤銷停止執行所為之准否決定的拘束力，在此始為問題真正的關鍵。由於依據公務人員保障法整個公務人員保障事件救濟程序的設計，顯然行政法院的裁判原則上拘束各行政機關，而保訓會所為之審議或調處決定不能拘束嗣後的管轄行政法院，但有拘束其他關係機關的效力，因此前開的停止執行或撤銷停止執行之多重管轄的爭議，得以如下幾點原則處理：

第一，凡系爭案件，行政法院並未作出任何有關停止執行或撤銷停止執行之准否裁定前，保訓會即得按公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條，自依職權作出停止執行或撤銷停止執行之准否決定。

第二，萬一行政法院事前已為停止執行或撤銷停止執行之准否裁定時，保訓會受其拘束，原則上不應再就同一停止執行之問題置喙，更不得作出相反之決定⁵⁰；此外，倘若行政法院在保訓會作成停止執行或撤銷停止執行之

49 關於本問題之整理，參見：林明昕，〈訴願程序中停止執行之管轄機關〉，法學講座 26 期（2004 年 3 月），頁 57 以下。

50 在本研究計畫期末審查會議中，有詢及「為避免保訓會決定與行政法院之相關裁定，甚至原處分機關或服務機關之相關決定衝突，保訓會在接受當事人停止執行之申請時，得否命其陳述是否已先向或同時向其他單位提出相關申請…」者（見後文相關會議記錄）；就此，本研究報告持贊成之觀點。因為保訓會依事證調查之職權，本得向當事人詢問相關事實，以作為停止執行或撤銷停止執行之准否決定的考量依據。不過，當事人若果已先向或同時向其他單位申請停止執行或撤銷停止執行，也未必妨礙保訓會針對相關申請的決定權限；因為依法保訓會本即有停止執行或撤銷停止執行的管轄權限。萬一相關程序甚為緊急時，保訓會更不應以其他單位可能會作出裁（決）定，而裹足不全；否則保訓會即失去作為保障公務員權利之機關的意義。至於當事人隱匿事實或虛偽陳述，抑或保訓會作出之決定與其他單位相互抵觸，此一不利，自應由同時或先後向多數單位提出相關申請的當事人自負其責。蓋當事人之行為，不過只是自冒風險；裁（決）定機關就此無違法之可言。

准否決定後，又另為相關之裁定時⁵¹，則保訓會也受該裁定拘束，不得再就系爭停止執行問題復為任何決定，尤其是相反決定。

第三，在同一問題上，保訓會之於原處分機關或服務機關的關係，原則上猶如行政法院之於保訓會的關係；原處分機關或服務機關也恆受保訓會決定的拘束⁵²。

第四，只是當保訓會針對停止執行作出否准之決定時，原處分機關或服務機關基於本身對系爭處分或措施等既有的處分權，本得自行決定該處分或措施暫不執行，而與保訓會之相關決定的拘束力問題無關。

第五，至於停止執程序之各當事人，如對保訓會基於公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條所為之停止執行或撤銷停止執行等之准否決定不服，一方面基於前開行政法院之相關決定對於保訓會的拘束力，以及行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，亦得在本案未起訴前，先向行政法院僅針對停止執行之問題單獨尋求救濟。此一原則，基於保訓會決定對於原處分機關或服務機關的拘束力等關係，同樣亦適用在就原處分機關或服務機關之決定向保訓會尋求救濟的情形。

51 這種情形，主要可能發生在後文「第五」所稱當事人不服保訓會有關停止執行之決定，而於本案起訴前先向行政法院尋求暫時權利保護上之救濟的狀況。

52 同樣在本研究計畫期末審查會議中，有質疑保訓會之停止執行或撤銷停止執行決定對於原處分機關或服務機關之拘束力者（見後文相關會議記錄）。就此，本研究報告仍持有拘束力的見解。蓋一方面，保訓會依公務人員保障法第 4 條第 2 項作為公務人員保障救濟之主管機關；基於行政機關間分工合作，焉有其就相關事項之決定效力不及於其他行政機關者？另一方面，同法第 89 條第 2 項及第 90 條既同時授權保訓會得為停止執行或撤銷停止執行之決定，更可看出，法律有使保訓會之相關決定效力拘束原處分機關或服務機關的意旨；否則，倘若保訓會的決定無任何拘束力，則法律又為何仍使該機關也能針對停止執行問題作出決定？

第二節 實體審查標準（申請有無理由）

壹 一般原則

在行政爭訟法學上，有關停止執行之實體審查標準（*materieller Prüfungsmaßstab*），始終是暫時權利保護制度中最大的爭議；也是行政法院、訴願機關，乃至在公務人員保障事件中之保訓會，最感困惑的問題⁵³。關於這個問題，在公務人員保障事件中，公務人員保障法第 89 條第 2 項「原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要…」之規定，原應是指導原則；不過如此的規定，概念模糊，且各項要件彼此的關係又曖昧難明，因此實務上在涉及有關停止執行之決定時，大都亦僅能重複抄錄該條項用語，作為駁回當事人停止執行之申請的理由。這種作法，雖有其可皆議之處，不過同時也顯露出實務所遭遇的窘境，而有待釐清。

其實，公務人員保障法第 89 條第 2 項的前開規定，與現行訴願法或行政訴訟法上相關之規定，均是來自日本行政不服審查法第 34 條及第 35 條，乃至行政事件訴訟法第 25 條的逐譯；而若進一步比較我國與日本條文間的關係等問題，大致上可以確定的是：我國立法者所為的這些條文規定，只不過認識到有關停止執行之實質審查標準，約有「原行政處分…合法性顯有疑義／原告之訴在法律上顯無理由」、「難以回復之損害」、「急迫」及「（無）重大公共利益／於公益（無）重大影響」等四項要素；至於這四項要素的審查順序、舉證責任分配，尤其是各要素間的比重分配關係…等，立法者並無特定的立場與指示⁵⁴。至於在日本方面，學說與實務就該國相關條文間事實上也未發展出一套合理的審查標準⁵⁵，而足供我國參考；因此相關問題之解決，似乎必須另求助於對於日本與我國之暫時權利保護制度有重大影響力的德國法制了。而事實上，德國近

53 有關行政法院相關實務之檢討與批判，詳見：林明昕，〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準 — 以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收於：湯德宗／劉淑範主編，《2005 行政管制與行政爭訟》，2006 年，頁 10 以下。

54 相關之論證，詳見前揭註，頁 19 以下。此外，在本研究計畫之專家座談會的會議記錄中亦可看出，國內實務就此一問題的見解其實也相當不一致；就此，詳見後文「附錄 參、二」。

55 關於日本法的問題，詳見：南 博方／高橋 滋 編『条解行政事件訴訟法〔第 3 版〕』（弘文堂，2006 年），頁 466 以下（金子正史 執筆）。

年來由大量學說與實務通力合作，其有關停止執行之審查標準的問題，的確也以形成一套相當合理之模式⁵⁶，值得我國借鏡。

在有關停止執行的制度上，規範該制度的德國行政法院法第 80 條至第 80 條之 2，其實始終並無一套完整的停止執行之實體審查標準的規定，而迭遭學界迭所批評⁵⁷。不過無論如何，透過該行政法院法第 80 條中若干隻字片語的解釋與說明，學說與判例現今大約均已同意，「系爭行政處分之合法性有重大懷疑」、「執行將對義務人造成不當之嚴重結果」、「急迫性」及「重大公益」至少應是構成停止執行之實體審查標準的四項要素；不過至於這四項要素在停止執行程序之具體個案中俱存時，彼此間競合與衝突的情形如何協調，以組合成一套完整無矛盾的實體審查標準，則分別有「略式審查（*summarische Prüfung*）」及「利益衡量（*Interessenabwägung*）」等兩種基本模式被列入考慮⁵⁸：

在第一種基本模式中，停止執行之准許，完全取決於當事人在本案救濟程序中有無勝算希望，亦即該本案救濟程序是否合法提起，乃至繫屬本案的原行政處分之違法與否，亦即本案救濟有無理由的評斷。此外，又由於當事人在本案救濟程序有無勝算希望，最後莫非與行政法院或訴願機關等通常在本案救濟程序中決定當事人勝（敗）訴時所應作的審查相同，只是審查時，比真正本案中之審查較為粗略，僅具概括性，而不深入探究一時未能釐清的案件事實，乃至過度複雜性的法律問題而已，所以這一套審查程序，是稱為「略式審查」。

相反地，至於第二種，所謂的「利益衡量」基本模式，則是行政法院或訴願機關對於當事人在本案救濟程序中有無勝算的問題，原則上持開放與中立的態度；其於系爭停止執行程序中所重視者，毋寧是該具體個案中所涉之各方利

56 就此，詳見：林明昕，〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準 — 以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收於：湯德宗／劉淑範主編，《2005 行政管制與行政爭訟》，2006 年，頁 28 以下。

57 就此，詳見：Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, § 80 Rn. 250 [Stand: Okt. 2008]。

58 就此，中文之相關文獻，參見：陳英鈴，〈撤銷訴訟與行政處分之停止執行 — 人民權利保護的櫥窗〉，收於：台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（下）》，2000 年，頁 1022。此外，另須注意者，這兩套模式之爭，並非停止執行程序所特有；在各種訴訟程序上各類型之暫時權利保護制度中，有關實體審查標準的問題，德國始終均有類似的爭議。就此，詳見：Leipold, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren*, 1971, S. 52 ff.。

益如何斟酌的問題。申言之，審查者在此，主要是比較、並評價「萬一當事人之停止執行獲准，而事後當事人在本案程序上卻敗訴時，結果如何」與「萬一當事人之停止執行不准，而事後當事人在本案程序中卻勝訴時，結果又如何」等兩種假設性後果之孰輕孰重（即所謂的「雙重假設模式；Doppelhypothese」），來決定停止執行之准否的問題：假使第一種後果較第二種後果嚴重，顯然在系爭案件中，行政處分之執行利益，高於停止執行的利益，故而該停止執行應予不准；反之，則行政處分之停止執行的利益高於執行利益，則應停止執行。換言之，所謂「利益衡量」模式，審查機關係以比較執行利益與停止執行利益的輕重進行。在此，本案有無勝訴希望，並非關鍵；重要的是，毋寧代表當事人所期待的停止執行之利益，亦即「執行將對當事人造成不當之嚴重結果」，以及代表原處分機關所堅持的執行利益，亦即「重大公益」，孰輕孰重的問題。

在這兩種基本模式中，德國行政法院較初期的裁判例⁵⁹，原係傾向「利益衡量」模式的運用。不過，隨著學者的批評，以及實務本身的反省與嘗試錯誤，近年來多數的法院⁶⁰，則已逐漸偏向採用一種所謂「階段化審查（Stufensystem）」模式，而同時整合「略式審查」與「利益衡量」的利與弊，並且獲得多數學者的肯定。至於這一套新模式，其基本構造，或可以下列一條簡便的流程圖說明⁶¹：

第一階段：先以「略式審查」模式作審查。其中，本案顯有勝訴希望，停止執行；本案顯無勝訴希望，不停止執行。

第二階段：「略式審查」配合「利益衡量」。當本案之勝訴或敗訴希望，並非明顯時，則停止執行或不停止執行，原則上仍取決於勝訴或敗訴希望的「蓋然性」（略式審查）；但是當執行或不執行之結果，嗣後

59 相關實務分析，詳見：*Schoch*, in: *Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, § 80 Rn. 252 ff. [Stand: Okt. 2008]。

60 同前註。

61 這一套公式，同見：*Ronellenfitsch*, in: *Pietzner/Ronellenfitsch*, *Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, — Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß*, 11. Aufl. 2005, § 58 Rn. 20 ff.; *J. Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler* (Begr.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 12. Aufl. 2006, § 80 Rn. 72 ff. (insb. 80)。相關之中文文獻，並見：陳英鈴，〈撤銷訴訟與行政處分之停止執行 — 人民權利保護的櫥窗〉，收於：台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（下）》，2000年，頁254-255。

不能，或至少相當難以回復至未執行或先執行前的原始狀態時，則此際，停止執行或不停止執行取決於有無「回復可能性」（利益衡量）。

第三階段：純粹「利益衡量」。當本案勝、敗訴希望均有可能，或完全不明時，則停止執行之利益或執行利益的輕重程度，決定停止執行或不停止執行。

相對於德國法制中如此的這一套「階段化審查」模式，非常值得注意的，是遠在大西洋彼岸，屬於英美法系的美國，也針對「暫時禁制令」發展出一套類似的標準。蓋在美國法，由於相關法令，如本研究報告前述⁶²，始終欠缺有關作成暫時禁制令之要件的標準，因此必須完全仰賴法官於個案中，依循判例而決定何時應作成暫時禁制令。而在此，大多數法院所考量的因素包括⁶³：

- 原告在法律上能否獲得適當之救濟（an adequate remedy at law）；
- 原告是否具勝訴之可能性（reasonable likelihood of success on the merits）；
- 拒發暫時禁制令是否對原告造成不可回復之損害（irreparable harm）；
- 前述原告所受之損害是否大於核發暫時禁制令對被告所造成之損害；
- 對於公共利益（public interest）之影響。

不過至於這五項因素中的後四項⁶⁴，究竟在個案中如何相互調和，以確定暫時禁制令的作成與否，聯邦最高法院（Supreme Court of United States）迄今尚無統一見解，而為學說所批評⁶⁵；因此各個聯邦巡迴上訴法院（United States Circuit Courts of Appeals）遂必須各自發展出不同的審查標準⁶⁶。雖然這些標準，

⁶² 見前文「第二章、第二節、參」。

⁶³ Morton Denlow, *The Motion for A Preliminary Injunction: Time for A Uniform Federal Standard*, 22 REV. LITIG. 495, 508 (2003).

⁶⁴ 關於第一項，係由於禁制令起源於衡平法；而從歷史發展的起源來看，衡平法係提供普通法院所無法提供之救濟，因此須於普通法不能獲得適當救濟時，始以禁制令救濟之（就此，參見前文「第二章、第二節、參」）。從而，法院於審查暫時禁制令時，必須考量此一因素。

⁶⁵ See e.g., John Leubsdorf, *The Standard for Preliminary Injunctions*, 91 HARV. L. REV. 525 (1978); Lea B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward A New Standard for Preliminary Injunctions*, 68 OR. L. REV. 839, 849 (1989).

⁶⁶ 關於美國實務之暫時禁制令審查標準及學說見解等中文文獻，參見：湯德宗，〈大法官得否命「暫時停止適用」法律〉，月旦法學雜誌 117 期（2005 年 2 月），頁 13-14；馮震宇，〈從美

各有擅長，不過其中，「本案勝訴可能性」與「權衡雙方當事人間所受損害」等兩項因素如何相互調整其比例，則始終是爭議的焦點。在此，例如聯邦第七巡迴上訴法院之 *Richard A. Posner* 法官，極強力主張「比例調整法（sliding-scale method）」，並且為其理論提供一套公式；亦即僅有在「 $P \times H_p > (1 - P) \times H_d$ 」的情形始得作成暫時禁制令。其中， P 代表勝訴可能性； H_p 代表若拒絕作成暫時禁制令時，原告所受之傷害；而 H_d ，則代表若作成暫時禁制令時，被告所受之傷害。由於暫時禁制令之作成，貴在迅速，在欠缺足夠資訊的情形下，誤判之風險極高，因此法官必須比較誤判可能造成的成本⁶⁷。*Posner* 法官，最後甚至在 *American Hospital Supply Corporation v. Hosp. Products Ltd.* 案⁶⁸中採取此一見解。

雖然 *Posner* 法官的理論在美國法學界，未必通說，不過，從各個法院的爭論中，類似前開德國法中「略式審查」與「利益衡量」如何調和，顯然正是關鍵。因此，從以上美國法的比較，吾人似能肯定，德國法制的「階段化審查」模式，至少在目前似乎是一套完整，而足供我國行政爭訟法學界作為比較法援引的停止執行之實質審查標準。保訓會今後依據公務人員保障法第 89 條第 2 項，審查停止執行之准否決定時，應可作為一般性原則的主要參考。

又，這個一般性原則，基本上也能適用在同法第 90 條有關撤銷停止執行之審查中。因為依依據該條規定，「停止執行之原因消滅，或有其他情事變更之情形，保訓會…得依職權或依申請撤銷停止執行」；既然條文在此，將「停止執行之原因消滅」及「情事變更」同時列為保訓會等「依職權」得撤銷停止執行的事由，立法者顯然有意將情事變更外，單純只是保訓會因嗣後對同一事實與法律狀態的評價改變，而認為原停止執行之原因消滅的情形，也列為得以撤銷停止執行的事由，所以如此的撤銷停止執程序，其實即為原停止執程序之再開。準此，保訓會亦得再依前開「階段化審查」模式，重新針對停止執行之實質要件再作審查，以決定原先的停止執行是否應依同一事實之新的審查結果而撤銷。當然，在屬於真正情事變更的情形，保訓會更得依該同法第 90 條以「階段化審查」模式重新決定原停止執行是否撤銷，自不待言。

國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟》，月旦法學雜誌 109 期（2004 年 6 月），頁 18 以下。

67 RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*, at 565 (6th ed. 2003).

68 *Am. Hosp. Supply Corp. v. Hosp. Prods. Ltd.*, 780 F.2d 589 (7th Cir. 1986).

最後比較有疑的是：在如此的原則下，保訓會的停止執行實務，是否尚有其他特殊個案，而須加注意者？關於這個問題，本研究報告分以下「貳」、「參」兩點，進一步說明：

貳 關於金錢爭訟問題

現行保訓會所主掌的公務人員保障事件，實務上雖然類型繁多，但或可依公務人員所爭執的案件是否涉及金錢問題為標準，而區分「金錢爭訟」及「非金錢爭訟」等兩大類型⁶⁹。其中，在涉及金錢爭訟，例如原處分機關或服務機關向公務人員請求公法上不當得利返還，抑或基於懲戒性質以外剋扣公務人員將受領之金錢給付等案件的停止執行方面，處分相對人之財產將因執行而遭受不利時，最常見的爭議為，該金錢價額之請求返還或像將來剋扣的實際執行，是否有「難以回復之損害」的判斷問題。在我國行政法院的實務，凡涉及有關人民財產或其他金錢問題的停止執行之聲請案件時，法院常以該案件之本案救濟，縱使有嗣後確定為原處分違法而撤銷之情形，既已執行的標的仍可返還予當事人，並「無難以回復之損害」為由，逕自駁回當事人之聲請。這種見解，非無疑問⁷⁰；因為依據本研究報告前開所主張的階段化審查模式中，所謂「執行將發生難以回復之損害」縱屬在利益衡量過程中相當重要的考慮因素，但該因素絕非以該財產本身的價額高低，抑或嗣後是否可以有效歸還或給付該財產為內容。相反地，所謂「執行將發生難以回復之損害」，應指當事人因執行之所失（含事前已取得，抑或事後可取得者），將造成其經濟生活不堪回復而言。換言之，當事人因處分之執行而陷於生存困難或高度債信危機時，則即應相當公務人員保障法第 89 條第 2 項所稱的「執行將發生難以回復之損害…」⁷¹。畢竟這種當事人之生活因此潦倒，抑或其所背債信將發生重大危機的情形，絕非原已執行之金錢的嗣後返還或回溯地重為給付即能立即解決；從而在有關「執行將發生難以回復之損害」的判斷，絕不應單純地繫諸該所涉金額的高低，抑或返還或重

⁶⁹ 當然在此不排除同一事件既有金錢糾紛，同時卻又有非金錢問題的混合類型。

⁷⁰ 相關之行政法院實務分析與批判，詳見：林明昕，〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準——以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收於：湯德宗／劉淑範主編，《2005 行政管制與行政爭訟》，2006 年，頁 21-23。

為給付的可能。這一點，應屬保訓會在金錢爭訟之停止執程序上必須嚴加注意的問題。

或謂：在有關金錢爭訟之停止執行的實質審查標準中，若金錢價額高低或其他客觀情事相同的案件，卻將「執行將發生難以回復之損害」如上所言，繫諸不同當事人的主觀經濟狀況作判斷，而決定停止執行與否，是否將因人而異，違反平等原則？就此，本研究報告認為：所謂「平等原則」，本為等者等之，不等者不等之，並非強求差別待遇一律禁止（行政程序法第 6 條參照）；至於利益衡量，原更應繫諸個案，並無絕對標準。準此，不同案件間當事人的經濟狀況，導致不同的「執行將發生難以回復之損害」因素的判斷即因此所為的利益衡量，正是利益衡量須逐案處理的特點，自難謂違反平等原則。

不過在另一方面，也正因為利益衡量，將可能如此地因人而異，所以本研究報告自始反對在有關停止執行之實質審查標準，以純粹的利益衡量模式為之：相反地，毋寧應先注意該利益衡量是否與實體法規範上的各種公、私利益之分配情形有太大的出入，而出現恣意的情形。本研究報告主張以「本案勝訴希望」之略式審查為第一步驟，乃至第二步驟的階段化審查模式，在此正表現出相關問題的控制性優點；因為這個審查的方式，多少得以確保當事人利益得失的結果，即使在以實體法為依據之本案未確定前的執行停止或不停之暫時狀態間，也不至於出現與實體法完全背離的現象。

參 關於非金錢爭訟問題

在有關非金錢爭訟方面，現行公務人員保障事件類型更多；惟若同時涉及保訓會之停止執行時，則實務上最具研究實益者，應屬針對複數公務人員互爭陞遷、職位調動等問題的停止執行。

公務人員互爭陞遷、職位調動等，如粥少僧多，甚至眾人競爭某一特定職位時，則最後陞遷或調動的行政處分或其他處置雖以授益性質而落於勝選的公務員上，但就敗選者而言，仍具有不利的第三人效力（*Drittwirkung*）。此際，若敗選者不服，至少必須先經由復審或申訴、再申訴等方式撤銷該處分或其他處置，始能藉機重開競爭的程序，以獲取可能的職位。針對這種由落敗者攻擊

授與勝選者陞遷或職位調動等處分或其他處置的所謂「第三人權利救濟（Drittrechtsschutz）」，長久以來，德國實務採取所謂「職務安定性（Grundsatz der Amtsstabilität）」原則；亦即；當該處分或其他處置一旦執行而落實時，則勝選者無論系爭處分或其他處置是否有任何法律上瑕疵，均取得所獲取之職位，而不再變動。換言之，落敗之公務員即難以再以任何救濟手段，質疑勝選公務員之陞遷或調動的合法性⁷¹。這種實務上的見解，非無爭議⁷²；但若吾人持此通說的立場時，則欲尋求權利救濟的第三人，非但應同時在本案救濟程序外，申請停止執行，以防系爭陞遷或職位調動之處分或其他處置的落實，並且此際該處分或其他處置顯然具有公務人員保障法第 89 條第 2 項所稱「難以回復之損害」的性質。關於這一點，當然也須在前開有關停止執行之實質審查標準的階段化審查模式中列為利益衡量時的重要取決因素。此外，不寧唯是，由於難保系爭處分或其他處置在相關的停止執行決定未作成前，已先遭惡意地執行而落實，所以其停止執行與否，也同時具有前開公務人員保障法第 89 條第 2 項所謂「急迫情事」的特性。

關於這種停止執行案件的急迫性，本研究報告在下一章中將再特別說明⁷³；不過在此之際必須先強調的是，如此的案件類型之所以回復困難，乃至急迫，無非是前開所謂「職務安定性」所引起。由於這一項德國法制上的原則，既如前述，具有高度爭議，因此有疑的是，該原則是否成立，以及是否也能適用於我國的問題。就此，假使答案為否定，則本研究報告以上的論點，即當然未必能成立。不過鑑於此一問題，既已非停止執行之所獨具，而是涉及公務員法上之陞遷及職位調動的主要性議題，所以本研究計畫，因主題設定考慮，亦不再繼續深究。只是保訓會基於實務需要，或有將這類公務員法上之陞遷及職位調動等的專門議題，另行囑託他人研究的迫切需要，以徹底釐清有關第三人權利救濟之可能性與職務安定性之原則間的問題。

71 就此，詳見：*Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, *Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren*, 5. Aufl. 2008, Rn. 1343；中文文獻，並參見：林昱梅，〈保障事件之暫時權利保護機制 — 以競爭型陞遷事件為例〉，*考詮季刊* 55 期（2008 年 7 月），頁 51-52、60。

72 同前註。

73 見後文「第四章、第二節、貳」。

第三節 結語

總之，綜上所結，本章有關停止執行之「形式」與「實質」審查標準的重要研究成果如下：

1. 停止執程序，為一獨立於本案救濟外完整的權利救濟程序；而一個完整的權利救濟程序，如屬當事人依法申（聲）請始能發動者，則必須區分該申（聲）請「合不合法」與「有無理由」的問題。不過鑑於保訓會在停止執程序中，依公務人員保障法第 89 條第 2 項規定，本即得逕依職權停止執行，而不待申請，因此關於停止執行之准否，保訓會只要依據停止執行之實質審查標準，亦即「有無理由」問題審查後，即得作出決定，並毋庸先就停止執行之形式審查標準，亦即申請之合法性問題進行審查。
2. 至於有關停止執行所附麗的本案救濟，亦即復審及申訴、再申訴等本身的「申請之合法性」，應屬停止執行之實質審查標準中所謂「本案有無勝訴希望」的問題。因此，本案救濟之申請不合法，如逾越本案救濟期間等，雖將因本案顯無勝訴可能，不得為停止執行之決定（參見後文第 5 點之「第一階段」），但也僅屬停止執行之實質審查標準問題，而與停止執行之申請合法性本身無關；二者之間，不容混淆。
3. 由於保訓會依公務人員保障法第 89 條第 2 項規定，得逕依職權停止執行，而無申請合法性的問題，因此針對有關公務人員保障事件之停止執行，依情形，得分別由行政法院、保訓會及原處分機關或服務機關作成而所造成的「多重管轄」問題，亦得毋庸過度關心。要之，只要就系爭案件，行政法院並未作出任何有關停止執行之准否裁定前，保訓會即得依職權作停止執行之准否決定。不過萬一行政法院事前已為停止執行之准否裁定時，保訓會受其拘束，原則上不應再就該停止執行之問題置喙，更不得作相反決定；而當行政法院在保訓會作成停止執行之准否決定後，又另為相關之裁定時，則保訓會也受該裁定拘束，不得再就系爭停止執行問題復為任何決定，尤其是相反決定。至於在同一問題點上，保訓會之於原處分機關或服務機關的關係，猶如行政法院之於保訓會的關係；原處分機關或服務機關恆受保訓會決定的拘束。只是當保訓會針對停止執行作出否准之決定時，

原處分機關或服務機關基於本身對系爭處分或措施等的處分權，本得自行決定該處分或措施暫不執行。

4. 停止執行程序之各當事人，如對保訓會基於公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條所為之停止執行或撤銷停止執行等之准否決定不服，一方面基於前開行政法院之相關決定對於保訓會的拘束力，以及行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，亦得在本案未起訴前，先向行政法院僅針對停止執行之問題單獨尋求救濟。此一原則，基於保訓會決定對於原處分機關或服務機關的拘束力等關係，同樣亦適用在就原處分機關或服務機關之決定向保訓會尋求救濟的情形。
5. 在保訓會的停止執行程序中，停止執行之實質審查標準，原係實務上最具爭議的問題。不過該審查標準的問題，原則上仍採以下所述之「階段化審查模式」為宜：

第一階段：先以「略式審查」模式作審查。其中，本案顯有勝訴希望，停止執行；本案顯無勝訴希望，不停止執行。

第二階段：「略式審查」配合「利益衡量」。當本案之勝訴或敗訴希望，並非明顯時，則停止執行或不停止執行，原則上仍取決於勝訴或敗訴希望的「蓋然性」（略式審查）；但是當執行或不執行之結果，嗣後不能，或至少相當難以回復至未執行或先執行前的原始狀態時，則此際，停止執行或不停止執行取決於有無「回復可能性」（利益衡量）。

第三階段：純粹「利益衡量」。當本案勝、敗訴希望均有可能，或完全不明時，則停止執行之利益或執行利益的輕重程度，決定停止執行或不停止執行。

6. 在有關金錢爭訟的停止執行方面，處分相對人之財產將因執行而遭受不利時，有關「難以回復之損害」的判斷，並非繫諸該財產本身的價額高低，以及該財產有無回復可能的問題；在此所謂「難以回復之損害」，應指處分相對人因執行之所失，是否將造成其經濟生活不堪回復而言。處分相對人因處分之執行而陷於生存困難或高度債信危機時，則即相當公務人員保障法第 89 條第 2 項所稱的「執行將發生難以回復之損害…」。

7. 在有關非金錢爭訟的停止執行方面，實務上最具研究實益者，應屬公務人員互爭陞遷、職位調動等，而由落敗者攻擊授與勝選者陞遷或職位調動等行政處分或措施的所謂「第三人權利救濟」類型。在此，吾人若堅持有爭議之通說所謂的「職務安定性」原則時，則該處分一旦執行而落實，落敗之公務員即難以再以任何救濟手段，質疑勝選公務員之陞遷的合法性。從而，系爭陞遷或職位調動的行政處分或措施，其執行也具有「難以回復之損害」的性質。關於這一點，當然也須在前開階段化審查模式中列入為「利益衡量」的重要取決因素。
8. 公務人員保障法第 90 條所規定的「撤銷停止執执行程序」，事實上為同法第 89 條第 2 項之停止執执行程序的重開；因此，以上各有關停止執行審查標準的原則，基本上在撤銷停止執执行程序中，亦能視具體情形而予以適用。

第四章 停止執行之審議程序

第一節 概說

本章，與前一章同，原屬本研究的關鍵單元；重點在於說明有關保訓會在處理公務人員保障救濟程序中停止執行之審議時應備的標準作業流程。查保訓會現行之相關標準作業流程，係於 2004 年 6 月 8 日經該會 93 年度第 8 次委員會議決議通過；其內容如下：

本會就申請停止執行事件之處理，應先提保障事件審查會審查，審查結果如認不符合停止執行要件者，承辦單位應簽報主任委員，並於保障事件決定書中敘明之；惟如審查結果認符合停止執行要件者，承辦單位應於簽奉主任委員核可後，即先行函復申請人，並提委員會議報告。

由於如此的作業流程，內容相當簡單，似有不能完全符合處理停止執行之申請案件的需要，因此有必要加以修正與補充，以期完整。不過至於該流程應如何設計，始稱良善，三點因素或須先列入考慮：

首先，停止執行政序，如本研究報告一再所強調者⁷⁴，絕非一個完全附屬於本案救濟程序，即復審程序、訴訟程序，乃至於申訴、再申訴及調處程序中的程序，亦更非本案救濟程序中的某一流程序片或部分，而是一個獨立於本案程序以外之完整程序。因此，無論停止執行之審議，是否係由申請人與本案救濟之提起同時或先後申請，抑或由保訓會依職權在本案救濟程序開始或其後主動為之，均未必須與本案救濟之審議同時進行；此外，更毋庸與該本案救濟之審議流程同其步驟。關於這一點，靜態上，既適用在有關停止執行之准否的審議

⁷⁴ 見前文「第三章、第一節」。

項目，亦即本研究報告前章所謂「停止執行審查標準」的方面⁷⁵，動態上，也同時適用在本章所將討論的停止執行之審議作業流程。

其次，停止執行者，既為暫時權利保護之一環，故無論基於暫時權利保護的保全功能，抑或暫時止爭的功能，均貴在迅速。因此，在停止執行要件的事實或法律審查上，如本研究報告前章所示⁷⁶，固以「略式」為原則，惟在相關程序作業流程的設計上，也必須強調通權達變，以免拖延程序進行，違誤暫時權利保護之制度目的。關於這一點，本章「第二節」將特別說明。

又，停止執行之審議結果，無論准否決定，只要在該決定尚未失其效力前，基於其拘束力，均將分別對權利保護尋求者之權利、公益，乃至其他利害關係人產生重大影響；因此相關程序之進行，當視情形，務使權利保護尋求者、原處分機關或服務機關，乃至利害關係人等有不同程度的參與可能性，以確保其等分別應有的程序權。關於這一點，在原行政處分或其他處置具有第三人效力時，尤其明顯；故本研究報告將在本章「第三節」特別說明。不過，由於當事人之積極參與程序，費時耗日，所以此一原則如何與停止執行程序之迅速化要求相互調和，也將在該「第三節」中討論。

最後，有關停止執行之問題，依公務人員保障法第 89 條及第 90 條規定，其實得區分為第 89 條第 2 項之「（第一次）停止執行程序」與第 90 條「撤銷停止執行程序」等兩種。惟鑑於第 90 條的撤銷停止執行程序，其實即屬第 89 條第 2 項之程序的再開，因此本章之說明，主要雖以第 89 條第 2 項之程序為主，但其相關內容，在第 90 條撤銷停止執行程序中，原則上亦有其適用；就此，合先敘明。

75 同前註。

76 見前文「第三章、第二節、壹」。。

第二節 程序之機動性要求

壹 程序之三分法

停止執执行程序，如上所言，係為一個完整，並獨立於本案救濟以外的程序；此外再加上程序迅速化的要求，所以該程序除未必始終附隨於本案救濟程序進行外，必要時，甚至尚須先於本案救濟程序開始，乃至於提早結束，以符合暫時權利保護應有的保全與暫時止爭之功能。關於這一點，現行保訓會的相關標準作業流程：「本會就申請停止執行事件之處理，應先提保障事件審查會審查，審查結果如認不符合停止執行要件者，承辦單位應簽報主任委員，並於保障事件決定書中敘明之；惟如審查結果認符合停止執行要件者，承辦單位應於簽奉主任委員核可後，即先行函復申請人，並提委員會議報告」，雖已注意到停止執执行程序與本案救濟程序間可能的分別處理，乃至必要時，停止執执行程序提前進行，並及早終結的誡命，不過整體而言，這份 2004 年中已定案，迄今亦無任何修正的標準作業流程，由於內容稍嫌簡略，以致於似有未能完全符合程序迅速化的要求。蓋查程序之迅速化者，除主掌程序進行之審議機關（在本研究範圍內，即「保訓會」）必須針對相關案件之事實問題及法律爭議等調查與澄清，更積極主動，以爭取時效外，程序流程中各環節的機動而不制式化，也是相當重要。就此，現行公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條針對停止執行之決定及撤銷等，甚至跳脫一般權利救濟慣有的「不告不理原則」（亦即「依申請」），而許各相關機關亦得逕依「職權」處理；其基於暫時權利保護制度之特性，所強調的「機動性原則」，明顯可知。職是，停止執执行程序之機動進行，非但是因程序迅速化要求而想像上應有的手段，並且在現行成文法中多少也能找到依據。

惟問題是：停止執执行程序如何真正機動進行？關於這個問題點，臺北市政府訴願審議委員會所訂定的另一套標準作業流程⁷⁷，多少或可先提供討論的基礎：

查臺北市政府訴願審議委員會於 2008 年 12 月 15 日第 894 次委員會議首次訂定一套相關之標準作業流程；其經本（2009）年 3 月 23 日第 904 次委員會議

⁷⁷ 該標準作業流程全貌，參見後文「附錄、參、四」；本研究計畫並感謝臺北市政府訴願審議委員會副主任委員 王曼萍，在專家座談會中提供相關資訊。

及同年6月22日第915次委員會議修正後，採取了「訴願人申請停止執行原處分之案件，就有停止執行必要者，由本會先行處理後，送委員會備查…」的原則。在此原則下，並明訂相關具體办理流程如後：

- 一、申請停止執行案件，應先就合法性問題審查，再就利益衡量問題論析，審認原行政處分之合法性是否屬顯有疑義，而合於訴願法第九十三條第二項「原處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者」要件，據以認定有無停止執行之必要。
- 二、如初擬意見屬准予停止執行之案件，承辦人應儘速於收受申請文件七日內完成內部簽核後，並以府函通知原處分機關及訴願人，並提報告案送委員會備查。但有急迫情事應即時處理。
- 三、如初擬意見屬否准申請之案件，其處理程序如下：
 - (一) 承辦人應儘速於收受申請文件二十日內完成內部簽核，事後於原決定書內併予敘明。
 - (二) 如否准停止執行之申請距訴願案審結時日尚遠，先發函通知申請人（訴願人）。
 - (三) 申請案遇有緊急情事經簽准否准申請時，除發函通知外，本會主動先以電話通知申請人有關本府准駁之結果。
 - (四) 涉及本府重大政策或標的金額達新臺幣三千萬元以上之案件，應於內部簽核後，提報告案送委員會備查。

在此一標準作業流程中，首先吾人發現，有關停止執行之准否的審查，除以明文確定為「申請停止執行案件，應先就合法性問題審查，再就利益衡量問題論析…」⁷⁸外，並且將相關作業時間儘力壓縮，如「如初擬意見屬准予停止執行之案件，承辦人應儘速於收受申請文件『七日內』完成內部簽核…」及「如初擬意見屬否准申請之案件…，承辦人應儘速於收受申請文件二十日內完成內部簽核…」，以爭取時間。這種作法，符合程序迅速化的要求，亦自不待言。

78 按該標準作業流程在此所謂「申請停止執行案件，應先就合法性問題審查…」，究其文義，應係指有關停止執行之「申請合不合法」，而非有關「原行政處分之合法性顯有疑義」的問題。不過，有關停止執行之「申請合不合法」問題，在訴願機關之停止執行程序中有無審查的必要，非無疑義；因為依訴願法第93條第2項規定，訴願機關不待申請，本即可逕「依職權…就原行政處分…停止執行」。就此，參見前文「第三章、第一節、壹」之說明。

不過至於在程序機動性上，該流程也確立了若干具體作法，值得觀察；而根據此一觀察的結果，吾人或可針對保訓會的特性而應有的標準作業流程，提出以下數點原則建議：

第一，停止執行程序既在於緊急，故該程序進行後的結果，無論准駁，宜先依其急迫程度，並在證明能保全的情形下，以電話、傳真、電子郵件、便函等通知停止執行之申請人、相關機關與利害關係人，以俾其等能有所相對應的適切行止；嗣後再依一般本案救濟決定書之正常送達方式補正。

第二，停止執行程序之緊急，原則上是以「准予停止執行」為主；因此，相關作業程序不妨依內部承辦人員初步判斷系爭停止執行是否停止執行的結論，異其流程：准予停止執行者，緊急處理；否准停止執行者，則可略微緩之，以免過多之相關案件同一流程，造成保訓會程序的癱瘓。此外，停止執行之准否經初步判斷後，事實上仍可依具體案件的特性，分別再區隔為「急迫性准予停止執行」、「一般性准予停止執行」、「急迫性否准停止執行」及「一般性否准停止執行」等四大類。但其中為避免流程設計因此過於繁複，或可將「一般性准予停止執行」與「急迫性否准停止執行」合併於同一流程處理，而成為以下三種流程：

- 最急迫流程 — 專門處理「急迫性准予停止執行」案件類型；
- 急迫流程 — 共同處理「一般性准予停止執行」及「急迫性否准停止執行」兩種案件類型；
- 一般流程 — 專門處理「一般性否准停止執行」案件類型。

第三，保訓會與一般訴願審議委員會同，是一種「合議制機關（Kollegialorgan）」；這種組織特色，重在集思廣益，但較欠缺效率。因此，基於停止執行程序的機動性要求，上開「急迫」與「最急迫」的兩類流程，似有適度脫離全員合議的必要；臺北市政府訴願審議委員會前揭相關標準作業流程稱「訴願人申請停止執行原處分之案件，就有停止執行必要者，由本會先行處理後，送委員會備查…」，即同此旨。不過在另一方面，保訓會除「委員會議」外，另有程序進行較具彈性的「審查會」之設；職是，配合上開「最急迫」、「急迫」及「一般」三種流程，保訓會有關停止執行程序之標準作業流程，或可區隔為以下三種方式：

- 最急迫流程：處理急迫性准予停止執行案件類型，由「主任委員」（或會同值日委員等）專責決定、生效，但嗣後無論該決定如何，均再交審查會分別依以下「急迫流程」或「一般流程」模式處理；
- 急迫流程 — 處理一般性准予停止執行及急迫性否准停止執行兩種案件類型，由「審查會」決議、主任委員核可後生效，嗣後亦提委員會議報告；
- 一般流程 — 處理「一般性否准停止執行」案件類型，僅由「審查會」決議後生效，再提委員會議報告。

第四，在前開三種流程中，由於相關案件最終均需提委員會議報告，因此委員會議仍非不得在必要情形，改列審議案，進而推翻主任委員或審查會事前所為，並已生效之決定，以為相關程序之最後控制。此際，如決議改為准予停止執行者，法律依據為公務人員保障法第 89 條第 2 項之「依職權…停止執行」；若決議改為否准停止執行者，則屬同法第 90 條「依職權…撤銷停止執行」的情形。兩種情況，莫不依法有據。至於「最急迫流程」之案件，因嗣後先有交審查會分別依以下「急迫流程」或「一般流程」模式處理的必要，所以該審查會的決議本身，即有控制功能，而能分別依公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條推翻主任委員之原決定⁷⁹。

第五，最急迫流程，情況既然相當緊急，則依案件性質之常態分配，自屬一種非常例外的法制⁸⁰。換言之，在前開三種流程設計中，「急迫流程」或「一般流程」為原則，「最急迫流程」為例外的性質。此外，假使吾人再針對三種流程分別的主導機關觀察，尚能發現：有關停止執行之程序進行，仍以「審查會」機制為中心；「主任委員」不過是屬於例外狀態下，緊急解圍的特殊機制。至於「委員會議」則屬各種情形的最後控制。因此，所謂「最急迫流程」，絕不能恣意放大適用，以免將保訓會從「委員制」任意顛倒為「首長制」；而屬於救急機制的「主任委員」之專責決定，更不得擅用職權，造成專制，則自不待言。

⁷⁹ 惟保訓會主任委員在「最急迫流程」所為之停止執行，若如本研究報告後文本節「貳」，能被視為一種停止執行程序之「中間決定」時，則審查會的決議，仍僅屬直接依公務人員保障法第 89 條第 2 項所為之決定。

⁸⁰ 關於此一例外法制可能想像的適用案件類型，詳見下文本節「貳」之分析。

停止執执行程序之機動性，經由上開方式確立後，比較有疑的，或屬在上開三種流程，未經委員會議通過得停止執行之准否決定，有無違反法律保留（Grundsatz des Gesetzesvorbehalts）等原則的問題。就此，本研究報告的看法是：從法明確性立場的觀點而言，前開流程設計，將來或有法律，抑或相關之法規命令（Rechtsverordnung），如公務人員保障法第 4 條第 3 項所授權的保障事件審議規則明文規定為宜⁸¹；不過，由於公務人員保障法第 89 條及第 90 條針對停止執执行程序之相關管轄機關，僅泛稱「保訓會」，而未指明「委員會議」，因此基於程序機動性考量，相關程序的進行分別由該「保訓會」中內部不同權責單位負責，在現行法上仍應無適法性之疑義。

貳 程序之中間決定

保訓會之停止執执行程序，若經前開三分法後，雖或能滿足其機動性要求；惟在此三分法中，尚待釐清者，則為相關停止執行之案件，應依據何等標準，決定其屬「最急迫」、「急迫」，抑或僅屬「一般」流程的分類問題。在此，由於所謂「急迫流程」，依本研究報告之定義，為「一般性准予停止執行」或「急迫性否准停止執行」，而「一般流程」，則屬「一般性否准停止執行」者，因此有關「急迫流程」與「一般流程」的定性，全然取決於否准案件類型中，具體個案是否具有「急迫」，抑或僅屬「一般」的問題。關於這個問題，因鑑於「急迫」與「一般」是一組比較的概念，甚難以一個絕對標準繩之，故也僅能交由審查會逐案自行決議；不過相對於此，所謂「最急迫流程」，則有定義的必要。蓋屬於此類案件者，例外地全繫諸主任委員一人之抉擇；分類標準的確定，有助於案件實際承辦人員，乃至主任委員本身的判斷，以免擅權。

所謂「最急迫流程」者，依本研究報告之定義，為屬「急迫性准予停止執行」的案件類型。至於相關案件，何種具有准予停止執行的急迫需要，主要則指系爭個案不「立刻」在作任何「本案有無勝訴希望」之審查前，先停止執行，則暫時權利保護尋求者即絕對有受「難以回復之損害」的情形。在公務人員保

⁸¹ 因此，在針對合議制法院審理停止執行的案件，例如德國行政法院法第 80 條第 8 項，即明文規定：「關於延宕效力之裁定，於緊急時，亦得由審判長為之」，可資參照。

障事件中，如本研究報告前章已述⁸²，有關針對某同為競爭陞遷或職位調動之公務員取得該陞遷或職位調動的行政處分或其他處置，而由落敗之公務員提起復審，抑或申訴、再申訴及請求調處的案件，即屬這種案件類型；蓋吾人若堅持通說所謂「職務安定性」原則，則該處分或其他處置一旦執行而落實，落敗之公務員即難再以任何救濟手段，質疑勝選公務員之陞遷或職位調動的合法性。準此，是類案件，依其特性，自有先以「難以回復之損害」為由，迅速停止執行，而適用本研究報告前開「最急迫流程」的必要，以避免用人機關先惡意執行相關處分或其他處置，造成既成事實。

在比較法上，這種所謂「最急迫流程」，性質上即屬美國聯邦民事訴訟程序規則第 65 條 (b) 項的「緊急限制令」；我國現行公務人員保障法，甚至訴願法及行政訴訟法等雖均無明文規定，但民事訴訟法第 538 條之 1 所謂「緊急處置」，究其實，則如本研究報告第二章已述⁸³，與該美國法制中的緊急限制令相同。這種制度在停止執行類型的暫時權利保護，當然也有其必要；因此，在現行相關法制欠缺明文前，保訓會之公務人員保障事件實務，非無基於停止執行程序的機動性要求，乃至公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條「依職權…」所開啟的契機，自行發展出此一法無明文的「緊急處置」制度，亦即本研究報告在此所稱的「最急迫流程」。德國現行行政爭訟的法制中，無論是有關停止執行，抑或假處分，也均無類似的規定；不過即使如此，德國實務早亦承認這種緊急處置的存在，而稱為「中間決定 (Zwischenentscheidung)」，並為學者所廣泛支持。職是，我國行政爭訟，抑或公務人員保障事件實務，實無墨守成規的必要⁸⁴；基於暫時權利保護的特殊功能，法律保留原則似亦能稍作讓步。

不過，正由於前開的這種所謂「最急迫流程」，性質上僅既為一種「中間決定」，所以本研究報告相關的設計，也擬將該流程先由主任委員專責決定、生效後，再交審查會分別依「急迫流程」或「一般流程」模式處理，以作控制性的最終決定。我國民事訴訟法第 538 條之 1 第 2 項「前項期間屆滿前，法院以裁定駁回定暫時狀態處分之聲請者，其先為之處置當然失其效力；其經裁定

82 見前文「第三章、第二節、參」。

83 見前文「第二章、第二節、參」。

84 就此，詳見：Puttler, in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 2. Aufl. 2006, § 80 Rn. 167; § 123 Rn. 120; J. Schmidt, in: Eyermann/Fröhler (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 80 Rn. 111; Happ, in: Eyermann/Fröhler (Begr.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 12. Aufl. 2006, § 123 Rn. 60。

許為定暫時狀態，而其內容與先為之處置相異時，其相異之處置失其效力」，即屬此旨；前開美國聯邦民事訴訟程序規則第 65 條 (b) 項規定，乃至德國實務上所承認的中間決定，亦無不同。總之，保訓會將來在以標準作業流程，甚至直接修正公務人員保障法，抑或保障事件審議規則時，具有標竿作用的我國民事訴訟法第 538 條之 1 等規定，非無參考價值。

又，「最急迫流程」基於本研究報告之主張，既屬一種委於主任委員專責大任的例外救急機制，則其適用必須相當小心謹慎。因此，一方面，這種流程僅屬前開所謂停止執行程序中的「中間決定」，同一程序的最終決定仍歸審查會與委員會議負責，以為必要之控制；至於另一方面，這個流程得適用的範圍，也僅屬前揭具有「執行後難以回復」且「急迫」的特殊案件類型，而不能恣意擴大適用範圍，以致於保訓會員竟由「委員制」轉變成「首長制」！

但是無論如何，最後值得一提者，在這種例外的「最急迫流程」類型中，偶亦有不立刻停止執行，暫時權利保護尋求者將即受難以回復之損害，但一旦停止執行，公共利益或其他私益卻也將「立刻」遭受「難以回復損害」的更特殊情形；在公務人員保障事件中，例如公務人員不服禁止其於選舉投票日前夕，依其職權公開發表對某一候選人或政黨不利之言論的行政處分或管理措施的行政處分或管理措施，而提起保障救濟的問題，即屬這種罕見的案件類型。由於在這種兩難的案例中，相關處分或措施執行或不執行，均將有一方利益立刻發生難以回復的損害，所以面臨抉擇的承辦人員，應即報主任委員，視情形召集臨時審查會，甚或委員會議，緊急針對該案件之系爭處分或措施本身是否違法，進行審議，以作成適合的相關決定⁸⁵；蓋此際，前揭所謂「最急迫流程」已無所勝任矣。關於這一點，保訓會未來訂定相關標準作業流程，乃至修法時，亦應同時注意。

⁸⁵ 見前文本章「第一節」。

第三節 當事人之程序權保障

壹 陳述意見及言詞辯論等

停止執行之程序，固然強調迅速化，但值此同時，暫時權利保護尋求者、相對機關，乃至必要的利害關係人，其程序權之保障，如本研究報告前述⁸⁶，亦不容忽視。在此，例如相關書狀之送達、閱卷、證據之調查…等當事人在一般本案救濟程序應有的權利，原應注意，而其中有關「陳述意見」，乃至「言詞辯論」等公務人員保障法第 50 條以下的適用，尤不得恣意省略。此外，由於停止執行程序乃一個獨立於本案救濟的完整程序，所以在此所謂的程序權，並不得與當事人在本案救濟程序中之程序權混為同一問題。凡此，均屬保訓會在訂定停止執行程序標準流程作業中得考慮列入的設計。

不過在一方面，也正因為停止執行程序所強調的迅速化與機動性，因而當事人在該程序中程序權之行使，視情形非不得由其，甚至命其與本案救濟程序中之同一程序權同時行使。例如在依公務人員保障法第 50 條及第 51 條進行本案之陳述意見時，命複審人等同時陳述有關停止執行問題的意見。第 52 條以下的言詞辯論，亦復如是。

又，停止執行程序既強調其機動性，故有關陳述意見的進行，仍得視情形，與本案救濟的相關程序分別進行。此際，相關意見之陳述，則毋庸拘泥形式，只要在證據保全許可的情況下，書面（含傳真、電子郵件等）、到場言詞、電話訪談…等，均無不可；否則，僅有造成程序拖延的問題。至於言詞辯論，在本案救濟程序中，原已屬例外；鑑於停止執行程序的機動性要求，此一程序權之行使，更非能為常態。換言之，在停止執行程序中，只有陳述意見者，始為當事人最主要的程序權。更何況在本研究報告前開所謂「最急迫流程」類型中，基於高度急迫性的必要，陳述意見甚至還應先行省略，抑或僅由主任委員以電話或視訊方式，直接與當事人等對話進行；美國聯邦民事訴訟程序規則第 65 條 (b) 項有關「緊急限制令」之作成程序，於此多少或有參考價值。

總之，當事人之程序權保障，以及停止執行程序之機動性，輒有衝突之所在；保訓會之相關標準作業流程就此如何調和兩原則的適用，在在考驗吾人之

⁸⁶ 見本章「第一節」。

智慧。所幸，我國現行公務人員保障法對於當事人程序權之行使方式，本即採相當低度規範，而頗具由保訓會職權決定的色彩；因此相關規定在停止執行程序之適用上，仍稱便利。

貳 程序參加

在德國行政爭訟法制中，停止執行程序中之程序權保障，厥以原程序外利害關係人之「參加程序」為最高度的表現之一。蓋程序外利害關係人，若僅因程序進行本身之必要，偶爾在程序中陳述意見，並非因此而立刻躍身成為程序上之當事人⁸⁷；惟若該利害關係人符合程序參加之要件，則其本身從此即為真正的當事人，而原則上得行使當事人應有的各種程序權。

關於停止執行程序之程序參加，德國現行的相關法規，其實並無直接的明文規定；不過由於停止執行程序，如本研究報告一再強調者，係一個獨立而完整的爭訟程序，因此在行政法院的停止執行程序中，原程序外的利害關係人，得適用行政法院法第 65 條參加程序（*Beiladung*），而在原處分機關，抑或訴願機關的相關程序中，該利害關係人等，亦得藉由聯邦行政程序法第 13 條第 2 項，乃至各邦行政程序法中的對應規定，參加程序（*Hinzuziehung*）⁸⁸。基本上，德國這兩種法院程序與行政機關程序中之程序參加，用語雖有不同，但其內容則為一致；其中就停止執行程序有意義的程序參加，則應屬兩種程序參加均有的所謂「必要參加（*notwendige Beiladung; notwendige Hinzuziehung*）」類型。至於何者情形，是停止執行程序中的必要參加，則有待進一步說明：

一般而言，「必要參加」者，主要適用在具有第三人效力之行政處分或其他行政行為。不過在此必須注意的是，並非凡是行政處分或其他行政行為具有對第三人之效力，相關的行政本案爭訟，抑或停止執行等各種暫時權利保護程

87 就此，德國聯邦行政程序法第 13 條第 3 項，甚至載有明文規定。

88 以下有關德國行政爭訟法上的「程序參加」制度，參見：*Czybulka*, in: *Sodan/Ziekow* (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar*, 2. Aufl. 2006, § 65 Rn. 19 ff.; § 66 Rn. 1 ff.; *J. Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler* (Begr.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, 12. Aufl. 2006, § 65 Rn. 1 ff.; § 66 Rn. 1 ff.; *Bonk/Schmitz*, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 7. Aufl. 2008, § 13 Rn. 25 ff.; *Ziekow*, *Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar*, 2006, § 13 Rn. 10 ff.。

序，即有必要參加的適用。事實上屬於必要參加的情形，依據通說之理解，絕大部分僅侷限於針對就行政處分或其他行政行為之相對人而言，為授益性質的行政處分或其他行政行為，由同時因該處分或行為遭受不利的第三人表示不服，提起本案行政救濟，乃至聲（申）請停止執行時，該處分或行為之相對人始有前揭所謂「必要參加」的適用。蓋第三人針對系爭行政處分或其他行政行為請求本案或暫時權利保護時，其對造為作成該處分或其他行為的行政機關；既然此際，處分或其他行為之受益相對人一方面可能將因第三人之權利救濟而撤銷原處分或其他行為，導致原本取得的利益同時消滅，但另一方面又係置身於該第三人之權利救濟程序之外，無從捍衛自己的權利，所以法院或行政機關絕對有使其參加程序的「必要」，以成為原、被告以外的另一方當事人而行使與原、被告幾乎相同的程序權，防禦自身權利免受程序可能之結果，亦即系爭處分或其他行為之失效或停止執行的干擾。正是此一原因，德國法制將此種參加型態，設計為「『必要』參加」，並同時賦予該必要參加人相當高度的程序當事人獨立地位，以能有效地進行各種程序上的攻擊防禦。憲法上的法律聽審原則（Grundsatz des rechtlichen Gehörs），在此是為相關制度的設計依據。

至於德國行政爭訟法上同時適用於訴願程序與訴訟程序的另一種程序參加，則為「普通參加（*einfache Beiladung; einfache Hinzuziehung*）」。這種類型的程序參加，可有可無，耑視程序經濟的考慮，而無絕對的必要性。行政處分或其他行政行為具有對第三人之效力，但非屬前揭適用於必要參加者，是為這種普通參加能適用的領域。不過由於停止執执行程序，抑或其他暫時權利保護程序貴在迅速，故為避免程序拖延，在實務上普通參加的適用可能，遂大為減低。

程序參加之於我國一般行政爭訟，乃至公務人員保障事件中的停止執执行程序，當然也屬不容或缺。鑑於停止執行決定所具有的拘束力，原程序外利害關係人，其權利可能遭受影響者，畢竟也應有其加入程序，成為程序當事人，以完整行使各種程序權的機會。不過，由於停止執执行程序之進行具有時間壓力，所以前開「普通參加」類型，或應為例外；相反地，所謂「必要參加」的適用，則應視為原則。換言之，在保訓會的停止執执行程序，凡本案之爭議為行政處分或其他行政行為之相對人以外的利害關係人，不服該處分或其他行為而提起復審，抑或申訴、再申訴及請求調處者，系爭處分或其他行為的相對人本身，原則上均應（=必要）通知其參加相關之停止執执行程序。問題是：保訓會之停止執程序的參加，在我國現行法上，是否於法有據？

我國現行訴願法第 28 條至第 31 條，以及行政訴訟法第 41 條至第 48 條，為程序（訴訟）參加的規定；相反地，公務人員保障法卻缺乏類似的條文依據。此一立法的疏漏，鑑於人民聽審權的憲法保障，將來自有修正的必要；只是在此之前，解釋論上，如何救急性地補正此一可能的法律漏洞？我國行政訴訟法上之訴訟參加，種類繁複，或不適宜程序法律關係相對簡單的保訓會之公務人員保障事件程序；至於訴願法上之程序參加規定，鑑於公務人員保障法在 2003 年修正時，立法者即有意排除訴願法之準用規定，而將訴願法之有關規定盡行納入的立法旨趣，似乎也不宜貿然類推適用。因此，在法律依據的選擇上，最後一項考慮，或推我國現行行政程序法第 23 條之程序參加的規定⁸⁹。關於行政程序法之得以直接適用，抑或類推適用於保訓會之公務人員保障事件程序的問題，本研究計畫在第二章已做過分析⁹⁰，在此不贅；何況基於人民憲法上聽審權的保障，公務人員保障事件程序，無論本案救濟程序，抑或停止執行程序，直接或類推適用行政程序法第 23 條之程序參加規定，尤有其必要。

我國行政程序法第 23 條之程序參加規定，事實上是一條繼受德國聯邦行政程序法第 13 條第 2 項思想下的產物；至於原程序外利害關係人參加程序後，依我國行政程序法第 20 條第 6 款，亦成為程序中之當事人，也與德國前開法條的第 1 項相符。不過相對於德國前開法條第 2 項將參加類型細分「普通參加」與「必要參加」，則我國行政程序法第 23 條僅稱「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人」，規定相對簡單。這種簡單的規定，非無優點；至少行政機關得依程序問題類型，自行決定原程序外利害關係人是否「必要」參加程序，而毋庸受制於「普通參加」與「必要參加」的區分困難。總之據此，再綜合上述說明，本研究報告針對保訓會停止執行程序之程序參加問題，擬提供以下數點建議；將來保訓會訂定相關之標準作業流程時，或可列作參考依據：

第一，當本案之爭議為行政處分或其他行政行為之相對人以外的利害關係人，不服該處分或其他行為而提起復審，抑或申訴、再申訴及請求調處者，系爭處分或其他行為的相對人本身，保訓會基於該相對人憲法上聽審權之保障，原則上「應」（類推）適用行政程序法第 23 條，依職權或依申請，通知其參加停止執行程序。

89 同說，見後文「附錄 參、二」專家座談會中盛子龍教授發言。

90 見前文「第二章、第一節、貳」。

第二，不過，此一原則有一例外：當停止執行程序在流程上歸屬本研究報告前開所稱之「最急迫流程」⁹¹時，鑑於高度的時間壓力，有關主任委員專責決定停止執行之准否階段，毋庸先命原停止執行程序外之利害關係人參加程序。這個程序參加的步驟，僅應於主任委員作出准否停止執行之中間決定後，在審查會的決議過程中履踐。

第三，至於其他停止執行案件類型，是否適用行政程序法第 23 條，則由保訓會視個案決定；但絕不宜因此致使程序進行過度冗長，而牴觸停止執行程序應具的迅速化要求。

最後有待一提者，停止執行程序既與本案救濟程序分屬兩個不同的獨立程序，所以有關程序參加之進行，也必須個別處理：已參加本案救濟程序者，未必同時即為相對應之停止執行程序中的當事人；相反地，參加停止執行程序者，也非同時為本案救濟程序的當事人。關於這一點，應予注意。

第四節 結語

綜上所結，本章有關停止執行之審議程序進行的重要研究成果如下：

1. 停止執行程序為一完整、獨立之程序。該程序一方面貴在迅速，故強調程序之機動性，但另一方面，也必須注意當事人等程序權之保障。保訓會就此依程序之審議如何進展，有必要訂定「標準作業流程」，俾資遵循。
2. 停止執行程序之流程，基於機動性要求，得分為「最急迫流程」、「急迫流程」與「一般流程」三種。其中，前二者，屬於「原則」樣態；最後一種，則為「例外」。此外，相對於屬原則的「急迫流程」與「一般流程」之進展，由「審查會」主掌，屬例外的「最急迫流程」，始由「主任委員」先專責決定。至於「委員會議」在三種流程中，則位居最後控制者的地位。不過，在前揭「最急迫流程」流程中，由於主任委員之准予停止執行決定，實僅為一種程序的「中間決定」；相關程序之「最終決定」，仍須回歸由審查會與委員會議處理的「急迫流程」或「一般流程」機制。在

91 見前文本章「第二節」。

此，我國民事訴訟法第 538 條之 1 規定，及美國聯邦民事訴訟程序規則第 65 條 (b) 項有關「緊急限制令」之作成程序，可供參照。總之，這三種流程具有以下關係：

- 原則：「急迫流程」及「一般流程」— 審查會主導，委員會議控制。
 - 例外：「最急迫流程」— 主任委員最多僅先作成准予停止執行之「中間決定」；至於程序之最終決定，仍回歸原則性的「急迫流程」或「一般流程」。
3. 「最急迫流程」的唯一適用範圍，在於系爭個案不「立刻」在作任何本案有無勝訴希望之審查前，先停止執行，則暫時權利保護尋求者即絕對有受「難以回復之損害」的情形。在公務人員保障事件中，例如有關針對某同為競爭陞遷或職位調動之公務員取得該陞遷職位的行政處分或其他處置，而由落敗之公務員提起復審，抑或申訴、再申訴及請求調處的案件，即屬這種案件類型；蓋依據「職務安定性」原則，該處分一旦執行而落實，落敗之公務員即難再有任何救濟手段。
 4. 在前開「最急迫流程」類型中，偶亦有不立刻停止執行，暫時權利保護尋求者將即受難以回復之損害，但一旦停止執行，公共利益或其他私益卻也將立刻遭受難以回復損害的特殊情形；在公務人員保障事件中，例如公務人員不服禁止其於選舉投票日前夕就某一候選人之操守問題公開發表談話的行政處分或管理措施，而提起保障救濟的問題，即屬這種罕見的案件類型。由於在這種兩難的案例中，相關處分或措施執行或不執行，均將有一方利益立刻發生難以回復的損害，所以面臨抉擇的承辦人員，應即報主任委員，視情形召集臨時審查會，甚或委員會議，緊急針對該案件之系爭處分或措施本身是否違法，進行審議，以作成適合的相關決定。
 5. 停止執行之審議，基於當事人程序權之保障，其等陳述意見的機會仍應維護。不過該程序既強調機動性，故有關陳述意見，毋庸拘泥形式；只要在證據保全許可的情況下，書面（含傳真、電子郵件等）、到場言詞、電話訪談…等，均無不可。至於公務人員保障法中除陳述意見以外之其他程序規定，在停止執行程序中，當然也有其適用；機動性要求，在此仍應注意。

6. 在停止執行程序中，相對應之本案爭議為行政處分或其他行政行為之相對人以外的利害關係人，不服該處分或其他行為而提起復審，抑或申訴、再申訴及請求調處者，系爭處分或其他行為的相對人本身，保訓會基於該相對人憲法上聽審權之保障，原則上「應」（類推）適用行政程序法第 23 條，依職權或依申請，通知其參加停止執行程序。不過，當停止執行程序在流程上歸屬前開所謂「最急迫流程」時，鑑於高度的時間壓力，有關主任委員專責決定停止執行之准否階段，毋庸先命原停止執行程序外之利害關係人參加程序；這個程序參加的步驟，僅應於主任委員作出准否停止執行之中間決定後，在審查會的決議過程中進行。
7. 公務人員保障法第 90 條所規定的「撤銷停止執行程序」，事實上為同法第 89 條第 2 項之停止執行程序的再開；因此，以上的各原則，基本上在撤銷停止執行程序中，亦能視具體情形而予以適用。

第五章 結論

第一節 研究結果總整理

本章作為本研究報告之結論，首先以條列方式，逐一報告本研究所得的各項成果，用作保訓會在實務上處理公務人員保障救濟程序中停止執行問題時的參考如下：

1. 我國現行的公務人員保障事件中之停止執行，作為暫時權利保護制度之一環，其實定法上的依據，主要為公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條之規定；訴願法在此，應排除其直接適用或類推適用的餘地。不過，除此之外，鑑於暫時權利保護制度的功能整體性，行政訴訟法上有關停止執行與保全程序（假扣押及假處分），甚或民事訴訟法上保全程序之規定與理論等，必要時，非無援引的價值。至於有關保訓會中停止執行之審議程序，在公務人員保障法規定不足的情況下，基於法治國之正當法律程序的要求，必要時也有（類推）適用行政程序法相關規定之可能，以符合方法論上法律解釋與續造的合憲性。
2. 我國行政爭訟上的停止執行之設計，深受日本與德國影響；惟鑑於德國相關法制的理論已相當完整，故在比較法上得用作解決問題主要的借鏡。美國訴訟法學中的「暫時禁制令」與「緊急限制令」，其實也是一種暫時權利保護制度；必要時，也有用供與歐陸法系的相關制度比較對照的意義。
3. 含停止執行及保全程序在內的暫時權利保護制度，與本案救濟程序同，均以實現「有效之權利保護」為目的。惟相對於本案救濟程序的功能，在於終局釐清涉訟當事人間之權利義務關係，暫時權利保護則有「保全」與「暫時止爭」兩項功能。在保全程序方面，「假扣押」與「保全處分」制

度的目的，即在於保全功能的達成；而暫時止爭的功能，主要則歸「定暫時狀態之處分」負責。至於在停止執行方面，該制度同時兼具以上兩項功能。

4. 在法制發展史上，暫時權利保護的暫時止爭功能，常為學說與實務忽略；近來相關問題點既已釐清，則停止執行准否之決定，除應注意保全功能外，其是否也能定出一個符合當事人間利益平衡的暫時狀態，而兼具暫時止爭的功能，更必須同時列入該准否決定時的考慮。
5. 暫時權利保護與「預防性權利保護」（或稱「預行救濟」），是行政爭訟法上兩種不同的制度，體系上不容相混。在公務人員保障事件中，由於停止執行僅能針對既已作成之行政處分或其他行政行為發生效力，因此並不能同時充作針對尚未作成處分或其他行為前之權利救濟的「預防性暫時權利保護」。
6. 停止執执行程序，為一獨立於本案救濟外完整的權利救濟程序；而一個完整的權利救濟程序，如屬當事人依法申（聲）請始能發動者，則必須區分該申（聲）請「合不合法」與「有無理由」的問題。不過鑑於保訓會在停止執执行程序中，依公務人員保障法第 89 條第 2 項規定，本即得逕依職權停止執行，而不待申請，因此關於停止執行之准否，保訓會只要依據停止執行之實質審查標準，亦即「有無理由」問題審查後，即得作出決定，並毋庸先就停止執行之形式審查標準，亦即申請之合法性問題進行審查。
7. 至於有關停止執行所附麗的本案救濟，亦即復審及申訴、再申訴等本身的「申請之合法性」，應屬停止執行之實質審查標準中所謂「本案有無勝訴希望」的問題。因此，本案救濟之申請不合法，如逾越本案救濟期間等，雖將因本案顯無勝訴可能，不得為停止執行之決定（參見後文第 10 點之「第一階段」），但也僅屬停止執行之實質審查標準問題，而與停止執行之申請合法性本身無關；二者之間，不容混淆。
8. 由於保訓會依公務人員保障法第 89 條第 2 項規定，得逕依職權停止執行，而無申請合法性的問題，因此針對有關公務人員保障事件之停止執行，依情形，得分別由行政法院、保訓會及原處分機關或服務機關作成而所造成的「多重管轄」問題，亦得毋庸過度關心。要之，只要就系爭案件，行政

法院並未作出任何有關停止執行之准否裁定前，保訓會即得依職權作停止執行之准否決定。不過萬一行政法院事前已為停止執行之准否裁定時，保訓會受其拘束，原則上不應再就該停止執行之問題置喙，更不得作相反決定；而當行政法院在保訓會作成停止執行之准否決定後，又另為相關之裁定時，則保訓會也受該裁定拘束，不得再就系爭停止執行問題復為任何決定，尤其是相反決定。至於在同一問題點上，保訓會之於原處分機關或服務機關的關係，猶如行政法院之於保訓會的關係；原處分機關或服務機關恆受保訓會決定的拘束。只是當保訓會針對停止執行作出否准之決定時，原處分機關或服務機關基於本身對系爭處分或措施等的處分權，本得自行決定該處分或措施暫不執行。

9. 停止執行政序之各當事人，如對保訓會基於公務人員保障法第 89 條第 2 項及第 90 條所為之停止執行或撤銷停止執行等之准否決定不服，一方面基於前開行政法院之相關決定對於保訓會的拘束力，以及行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，亦得在本案未起訴前，先向行政法院僅針對停止執行之問題單獨尋求救濟。此一原則，基於保訓會決定對於原處分機關或服務機關的拘束力等關係，同樣亦適用在就原處分機關或服務機關之決定向保訓會尋求救濟的情形。
10. 在保訓會的停止執行政序中，停止執行之實質審查標準，原係實務上最具爭議的問題。不過該審查標準的問題，原則上仍採以下所述之「階段化審查模式」為宜：

第一階段：先以「略式審查」模式作審查。其中，本案顯有勝訴希望，停止執行；本案顯無勝訴希望，不停止執行。

第二階段：「略式審查」配合「利益衡量」。當本案之勝訴或敗訴希望，並非明顯時，則停止執行或不停止執行，原則上仍取決於勝訴或敗訴希望的「蓋然性」（略式審查）；但是當執行或不執行之結果，嗣後不能，或至少相當難以回復至未執行或先執行前的原始狀態時，則此際，停止執行或不停止執行取決於有無「回復可能性」（利益衡量）。

第三階段：純粹「利益衡量」。當本案勝、敗訴希望均有可能，或完全不明時，則停止執行之利益或執行利益的輕重程度，決定停止執行或不停止執行。

11. 不過在此一「階段化審查模式」中，必須同時注意有關「中間決定」的問題（亦即下列第 15 點至第 17 點）。
12. 在有關金錢爭訟的停止執行方面，處分相對人之財產將因執行而遭受不利時，有關「難以回復之損害」的判斷，並非繫諸該財產本身的價額高低，以及該財產有無回復可能的問題；在此所謂「難以回復之損害」，應指處分相對人因執行之所失，是否將造成其經濟生活不堪回復而言。處分相對人因處分之執行而陷於生存困難或高度債信危機時，則即相當公務人員保障法第 89 條第 2 項所稱的「執行將發生難以回復之損害…」。
13. 在有關非金錢爭訟的停止執行方面，實務上最具研究實益者，應屬公務人員互爭陞遷、職位調動等，而由落敗者攻擊授與勝選者陞遷或職位調動等行政處分或措施的所謂「第三人權利救濟」類型。在此，吾人若堅持有爭議之通說所謂的「職務安定性」原則時，則該處分一旦執行而落實，落敗之公務員即難以再以任何救濟手段，質疑勝選公務員之陞遷的合法性。從而，系爭陞遷或職位調動的行政處分或措施，其執行也具有「難以回復之損害」的性質。關於這一點，當然也須在前開階段化審查模式中列入為「利益衡量」的重要取決因素。
14. 停止執行政程序為一完整、獨立之程序。該程序一方面貴在迅速，故強調程序之機動性，但另一方面，也必須注意當事人等程序權之保障。保訓會就此依程序之審議如何進展，有必要訂定「標準作業流程」，俾資遵循。
15. 停止執行政程序之流程，基於機動性要求，得分為「最急迫流程」、「急迫流程」與「一般流程」三種。其中，前二者，屬於「原則」樣態；最後一種，則為「例外」。此外，相對於屬原則的「急迫流程」與「一般流程」之進展，由「審查會」主掌，屬例外的「最急迫流程」，始由「主任委員」先專責決定。至於「委員會議」在三種流程中，則位居最後控制者的地位。不過，在前揭「最急迫流程」流程中，由於主任委員之准予停止執行決定，實僅為一種程序的「中間決定」；相關程序之「最終決定」，仍

須回歸由審查會與委員會議處理的「急迫流程」或「一般流程」機制。在此，我國民事訴訟法第 538 條之 1 規定，及美國聯邦民事訴訟程序規則第 65 條 (b) 項有關「緊急限制令」之作成程序，可供參照。總之，這三種流程具有以下關係：

- 原則：「急迫流程」及「一般流程」— 審查會主導，委員會議控制。
 - 例外：「最急迫流程」— 主任委員最多僅先作成准予停止執行之「中間決定」；至於程序之最終決定，仍回歸原則性的「急迫流程」或「一般流程」。
16. 在公務人員保障事件中，例如有關針對某同為競爭陞遷或職位調動之公務員取得該陞遷職位的行政處分或其他處置，而由落敗之公務員提起復審，抑或申訴、再申訴及請求調處的案件，即屬這種案件類型；蓋依據「職務安定性」原則，該處分一旦執行而落實，落敗之公務員即難再有任何救濟手段。
 17. 在前開「最急迫流程」類型中，偶亦有不立刻停止執行，暫時權利保護尋求者將即受難以回復之損害，但一旦停止執行，公共利益或其他私益卻也將立刻遭受難以回復損害的特殊情形；在公務人員保障事件中，例如公務人員不服禁止其於選舉投票日前夕就某一候選人之操守問題公開發表談話的行政處分或管理措施，而提起保障救濟的問題，即屬這種罕見的案件類型。由於在這種兩難的案例中，相關處分或措施執行或不執行，均將有一方利益立刻發生難以回復的損害，所以面臨抉擇的承辦人員，應即報主任委員，視情形召集臨時審查會，甚或委員會議，緊急針對該案件之系爭處分或措施本身是否違法，進行審議，以作成適合的相關決定。
 18. 停止執行之審議，基於當事人程序權之保障，其等陳述意見的機會仍應維護。不過該程序既強調機動性，故有關陳述意見，毋庸拘泥形式；只要在證據保全許可的情況下，書面（含傳真、電子郵件等）、到場言詞、電話訪談…等，均無不可。至於公務人員保障法中除陳述意見以外之其他程序規定，在停止執行程序中，當然也有其適用；機動性要求，在此仍應注意。
 19. 在停止執行程序中，相對應之本案爭議為行政處分或其他行政行為之相對人以外的利害關係人，不服該處分或其他行為而提起復審，抑或申訴、再申訴及請求調處者，系爭處分或其他行為的相對人本身，保訓會基於該相對人憲法上聽審權之保障，原則上「應」（類推）適用行政程序法第 23 條，依職權或依申請，通知其參加停止執行程序。不過，當停止執行程序在流程上歸屬前開所謂「最急迫流程」時，鑑於高度的時間壓力，有關主任委員專責決定停止執行之准否階段，毋庸先命原停止執行程序外之利害關係

人參加程序；這個程序參加的步驟，僅應於主任委員作出准否停止執行之中間決定後，在審查會的決議過程中進行。

20. 公務人員保障法第 90 條所規定的「撤銷停止執行程序」，事實上為同法第 89 條第 2 項之停止執行程序的再開；因此，以上的各原則，基本上在撤銷停止執行程序中，亦能視具體情形而予以適用。

第二節 立法政策上之建議

至於在立法政策方面，本研究報告認為，我國現行公務人員保障法將來如有修正時，得考慮以下幾點原則：

1. 有關停止執行之實質審查標準，現行公務人員保障法第 89 條第 2 項之規定，雖非完美，但由於現階段相關問題，仍極具爭議，且同時涉及訴願法第 93 條及行政訴訟法第 116 條之類似規定，牽一髮而動全身，前開公務人員保障法第 89 條第 2 項之規定，目前仍難有修正之餘地。
2. 本研究報告前開所建議之標準作業流程，貴在能因應實務需要，而有隨時修正之可能；因此相關流程三分法，並不適合直接明定於任何法律（如公務人員保障法），抑或法律所授權訂定的法規命令（如保障事件審議規則）。
3. 預防性權利保護或預防性暫時權利保護對於行政機關權限之行使，干預頗深；由於保訓會本身亦屬廣義行政（即：考試權下人事行政）機關之一種，所以基於行政機關間之權責劃分與相互尊重，縱使在立法政策上，似乎也不宜逕以修正公務人員保障法等方式，由保訓會受理預防性權利保護或預防性暫時權利保護。
4. 現階段在公務人員保障法實際上有修正必要者，或為明文確立主任委員在停止執行程序中必要的「中間決定」之單獨決定權，以利程序的機動性。德國行政法院法第 80 條第 8 項賦予合議制法院審判長的緊急處置權，在此或可為借鏡。

5. 現行公務人員保障法欠缺有關「程序參加」之規定，實為無視人民之憲法上聽審權保障的嚴重法律漏洞，頗有修正的必要。在此，行政程序法第 23 條「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人」規定，簡潔有力，或可在公務人員保障法修正之際，直接增入，而成為公務人員保障事件直接可適用之規定。
6. 停止執行決定之內容，除得類推適用行政訴訟法第 116 條第 5 項，停止原處分之效力、處分之執行或程序之續行之全部或部分外，似非不得類推適用假處分之法理（行政訴訟法第 303 條準用民事訴訟法第 535 條第 1 項），附條件、期限，及命申請人提供擔保，以避免造成申請結果全有或全無之零合遊戲。

附 錄

壹 參考文獻

一、中文部分（依著者姓氏筆畫順）

- 朱健文：《租稅行政訴訟之暫時權利保護程序 — 以德國法為借鏡》，輔仁大學法律學研究所博士論文，2002 年
- 吳 庚：《行政爭訟法論》，2008 年 4 版
- 李建良：〈論停職處分的停止執行 — 側觀 NCC 委員停職事件〉，台灣本土法學雜誌 96 期（2007 年 7 月），頁 176 以下
- 沈冠伶，〈我國假處分制度之過去與未來〉，月旦法學雜誌 109 期（2004 年 6 月），頁 52 以下
- 林石猛：〈稅務案件限制出境（住居）之救濟途徑〉，月旦法學雜誌 167 期（2009 年 4 月），頁 242 以下
- 林明昕：〈德國訴願制度之簡介〉，收於：臺北市政府訴願審議委員會編，《訴願新制專論暨研討會實錄》，2001 年 10 月，頁 155 以下
- 林明昕：〈訴願程序中停止執行之管轄機關〉，法學講座 26 期（2004 年 3 月），頁 57 以下
- 林明昕：〈論行政訴訟法上之「執行（不）停止原則」〉，收於：同氏著，《公法學的開拓線 — 理論、實務與體系之構成》，2006 年，頁 467 以下

- 林明昕：〈行政爭訟上停止執行之實體審查標準 — 以行政訴訟法第一百十六條第二項為中心〉，收於：湯德宗／劉淑範主編，《2005 行政管制與行政爭訟》，2006 年，頁 1 以下
- 林明昕：〈論 ETC 案中之行政爭訟問題 — 以暫時權利保護為中心〉，臺灣本土法學雜誌 82 期（2006 年 5 月），頁 226 以下
- 林昱梅：〈保障事件之暫時權利保護機制 — 以競爭型陞遷事件為例〉，考詮季刊 55 期（2008 年 7 月），頁 43 以下
- 林素鳳：〈淺析行政訴訟法上之停止執行〉，萬國法律 112 期（2000 年 8 月），頁 17 以下
- 林清祥：〈行政訴訟法中停止執行制度實務之探討（上）〉，司法周刊 1051 期（2001 年 10 月 3 日），第 2 版
- 林清祥：〈行政訴訟法中停止執行制度實務之探討（下）〉，司法周刊 1052 期（2001 年 10 月 10 日），第 3 版
- 林騰鵠：《行政訴訟法》，2005 年 2 版
- 翁岳生 主編：《行政訴訟法逐條釋義》，2002 年
- 翁岳生 編：《行政法 上、下冊》，2006 年 3 版
- 馬心韻：〈行政處分停止執行問題探討〉，公務人員月刊 88 期（2003 年 10 月），頁 17 以下
- 馬鴻驊：〈行政爭訟法上暫時權利保護類型之選擇〉，月旦法學雜誌 121 期（2005 年 6 月），頁 113 以下
- 康春田：《論行政訴訟法上停止執行之審查標準》，中正大學法律學研究所碩士論文，2004 年
- 盛子龍：〈租稅核課處分之暫時權利保護〉，月旦法學教室 48 期（2006 年 10 月），頁 84 以下
- 許義寶：〈論驅逐出國處分之停止執行〉，警學叢刊 160 期（2005 年 5 月），頁 273 以下

- 陳世明：《行政法上停止執行制度之研究》，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2002年
- 陳世旻：《行政爭訟上之暫時權利保護制度》，中央警察大學法律學研究所碩士論文，2000年
- 陳英鈴：〈撤銷訴訟與行政處分之停止執行－人民權利保護的櫥窗〉，收於：台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究（下）》，2000年，頁1009以下
- 陳英鈴：〈論撤銷訴訟之暫時權利保護－從雙贏的風險分配評析實務見解〉，收於：葛克昌／林明鏘主編，《行政法實務與理論－台大法學論叢公法特刊（一）》，2003年，頁233以下
- 陳計男：《行政訴訟法釋論》，2000年
- 陳清秀：〈行政訴訟上之暫時權利保護〉，收於：司法院印行，《行政訴訟論文彙編第二輯》，1999年，頁277以下
- 陳清秀：《行政爭訟法》，2009年3版
- 陳淑芳：〈行政救濟與暫時權利保護程序〉，月旦法學教室59期（2007年9月），頁20-21
- 陳愛娥：〈「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響〉，收於：司法院行政訴訟及懲戒廳編，《行政訴訟論文彙編》，1998年5月，頁53以下
- 彭鳳至：《德國行政訴訟制度及訴訟實務之研究》，1998年
- 湯德宗：〈論正當行政程序〉，收於：同氏著，《行政程序法論》，2003年2版，頁1以下。
- 湯德宗：〈大法官得否命「暫時停止適用」法律？－真調會條例釋憲案鑑定意見書（一）〉，月旦法學雜誌117期（2005年2月），頁9以下
- 馮震宇，〈從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟〉，月旦法學雜誌109期（2004年6月），頁9以下

黃昭元：〈真調會條例釋憲案鑑定意見 — 急速處分部分〉，月旦法學雜誌 117 期（2005 年 2 月），頁 24 以下

蔡志方：《行政救濟法新論》，2007 年 3 版

蔡進良：〈論行政救濟上人民權利之暫時保護 — 新修正訴願法及行政訴訟法之檢討〉，月旦法學雜誌 47 期（1999 年 3 月），頁 65 以下

蔡震榮：〈由限令出國處分論訴願之停止執行〉，法令月刊 58 卷 5 期（2007 年 5 月），頁 4 以下

蔡震榮：〈再論訴願停止執行〉，月旦法學雜誌 170 期（2009 年 7 月），頁 162 以下

二、日文部分（依著者姓氏五十音順）

宇賀克也『改正行政事件訴訟法 — 改正法の要点と逐条解説』（青林書院，2004 年）

南 博方／高橋 滋 編『条解行政事件訴訟法〔第 3 版〕』（弘文堂，2006 年）

室井 力 編『行政手続法・行政不服審査法』（日本評論社，1997 年）

室井 力 編『行政事件訴訟法・国家賠償法〔第 2 版〕』（日本評論社，2006 年）

三、德文部分（依著者姓氏字母順）

Bader, J./Funke-Kaiser, M./Kuntze, S./von Albedyll, J.: Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung, 4. Aufl. 2007.

- Battis, U.:* Bundesbeamtengesetz, Kommentar, 3. Aufl. 2004.
- Berkemann, J.:* Das „verdeckte“ summarische Verfahren der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 1993, 161 ff.
- Dreier, H. (Hrsg.):* Grundgesetz Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004.
- Eyermann, E./Fröhler, L. (Begr.):* Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 12. Aufl. 2006.
- Finkelburg, K./Jank, K. P.:* Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 4. Aufl. 1998
- Finkelburg, K./Dombert, M./Külpmann, Ch.:* Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 5. Aufl. 2008.
- Gersdorf, H.:* Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2006.
- Huber, H.:* Grundfälle zum vorläufigen Rechtsschutz nach der VwGO, JuS 1990, 382.
- Hufen, F.:* Verwaltungsprozessrecht, 7. Aufl. 2008.
- Jakobs, O.-W.:* Eine Magna Jurisprudencia des vorläufigen Rechtsschutzes — Gedanken zu Friedrich Schoch: Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, VBIBW 1990, 446.
- Kopp, F. O./Schenke, W.-R.:* Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 15. Aufl. 2007.
- Leipold, D.:* Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, 1971.
- Leipold, D.:* Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes, ZZP 90 (1977), 258
- Lorenz, D.:* Verwaltungsprozeßrecht, 2000.
- Pache, E./Knauff, M.:* Verwaltungsprozessrecht, 2004.
- Pietzner, R./Ronellenfitsch, M.:* Das Assessorexamen im öffentlichen Recht, — Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß, 11. Aufl. 2005.
- Posser, H./Wolff, H. A. (Hrsg.):* Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 2008.

- Redeker, K./von Oertzen, H.-J.* (Begr.): Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, 14. Aufl. 2005.
- Schenke, W.-R.*: Verwaltungsprozessrecht, 11. Aufl. 2007.
- Schmidt-Aßmann, E.*: Art. 19 IV GG als Teil des Rechtsstaatsprinzips, NVwZ 1983, 1.
- Schmidt-Jortzig, E.*: Effektiver Rechtsschutz als Kernstück des Rechtsstaatsprinzips nach dem Grundgesetz, NJW 1994, 2569.
- Schmitt Glaeser, W./Horn, H.-D.*: Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2007.
- Schnellenbach, H.*: Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl. 2001.
- Schoch, F.*: Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988.
- Schoch, F.*: Grundfragen des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutzes, VerwArch. 82 (1991), 145.
- Schoch, F.*: Einstweilige Anordnung, in: Badura/Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Erster Band: Verfassungsgerichtsbarkeit Verfassungsprozeß, 2001, S. 695 ff.
- Schoch, F./Schmidt-Aßmann, E./Pietzner, R.* (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar [Stand: Okt. 2008].
- Sodan, H./Ziekow, J.* (Hrsg.): Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar, 2. Aufl. 2006.
- Stelkens, P./Bonk, H. J./Sachs, M.* (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 7. Aufl. 2008.
- Stern, K./Blanke, H.-J.*: Verwaltungsprozessrecht in der Klausur, 9. Aufl. 2008.
- Vogg, S.*: Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollsteckbarkeit — Gemeinsamkeiten und Wertungswidersprüche, 1991.
- Wagner, F.*: Beamtenrecht, 8. Aufl. 2004.

Walker, W.-D.: Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozeß und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, 1993.

Württemberg Th.: Verwaltungsprozessrecht, 3. Aufl. 2007.

Ziekow J.: Verwaltungsverfahrensgesetz Kommentar, 2006.

四、英文部分（依著者姓氏字母順）

Black, Susan H. (1984-1985), *A New Look at Preliminary Injunctions: Can Principles from the Past Offer Any Guidelines to Decisionmakers in the Future*, 36 ALABAMA LAW REVIEW 1.

Denlow, Morton (2003), *The Motion for A Preliminary Injunction: Time for A Uniform Federal Standard*, 22 REVIEW OF LITIGATION 495.

Leubsdorf, John (1978), *The Standard for Preliminary Injunctions*, 91 HARVARD LAW REVIEW 525.

POSNER, RICHARD A. (2003), ECONOMIC ANALYSIS OF LAW.

Vaughn, Lea B. (1989), *A Need for Clarity: Toward A New Standard for Preliminary Injunctions*, 68 OREGON LAW REVIEW 839.

貳 各國暫時權利保護法制主要參考條文

一、我國法

公務人員保障法

第八十九條

原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行。

原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請，就原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置全部或一部，停止執行。

第九十條

停止執行之原因消滅，或有其他情事變更之情形，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請撤銷停止執行。

訴願法

第九十三條

原行政處分之執行，除法律另有規定外，不因提起訴願而停止。

原行政處分之合法性顯有疑義者，或原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請，就原行政處分之全部或一部，停止執行。

前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。

第九十四條

停止執行之原因消滅，或有其他情事變更之情形，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依申請撤銷停止執行。

前項情形，原裁定停止執行之行政法院亦得依聲請，撤銷停止執行之裁定。

行政訴訟法

第一百十六條

原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。

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。

行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定。

停止執行之裁定，得停止原處分或決定之效力、處分或決定之執行或程序之續行之全部或部分。

第一百十七條

前條規定，於確認行政處分無效之訴訟準用之。

第一百十八條

停止執行之原因消滅，或有其他情事變更之情形，行政法院得依職權或依聲請撤銷停止執行之裁定。

第一百十九條

關於停止執行或撤銷停止執行之裁定，得為抗告。

第二百九十三條

為保全公法上金錢給付之強制執行，得聲請假扣押。

前項聲請，就未到履行期之給付，亦得為之。

第二百九十四條

假扣押之聲請，由管轄本案之高等行政法院或假扣押標的所在地之高等行政法院管轄。

管轄本案之高等行政法院為訴訟已繫屬或應繫屬之高等行政法院。

假扣押之標的如係債權，以債務人住所或擔保之標的所在地，為假扣押標的所在地。

第二百九十五條

假扣押裁定後，尚未提起給付之訴者，應於裁定送達後十日內提起；逾期未起訴者，行政法院應依聲請撤銷假扣押裁定。

第二百九十六條

假扣押裁定因自始不當而撤銷，或因前條及民事訴訟法第五百三十條第三項之規定而撤銷者，債權人應賠償債務人因假扣押或供擔保所受之損害。

假扣押所保全之本案請求已起訴者，前項賠償，行政法院於言詞辯論終結前，應依債務人之聲明，於本案判決內命債權人為賠償；債務人未聲明者，應告以得為聲明。

第二百九十七條

民事訴訟法第五百二十三條、第五百二十五條至第五百二十八條及第五百三十條之規定，於本編假扣押程序準用之。

第二百九十八條

公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分。

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。

前項處分，得命先為一定之給付。

行政法院為假處分裁定前，得訊問當事人、關係人或為其他必要之調查。

第二百九十九條

關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。

第三百條

假處分之聲請，由管轄本案之高等行政法院管轄。但有急迫情形時，得由請求標的所在地之高等行政法院管轄。

第三百零一條

關於假處分之請求及原因，非有特別情事，不得命供擔保以代釋明。

第三百零二條

除別有規定外，關於假扣押之規定，於假處分準用之。

第三百零三條

民事訴訟法第五百三十五條及第五百三十六條之規定，於本編假處分程序準用之。

民事訴訟法

第五百三十八條

於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。

前項裁定，以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限。

第一項處分，得命先為一定之給付。

法院為第一項及前項裁定前，應使兩造當事人有陳述之機會。但法院認為不適當者，不在此限。

第五百三十八條之一

法院為前條第一項裁定前，於認有必要時，得依聲請以裁定先為一定之緊急處置，其處置之有效期間不得逾七日。期滿前得聲請延長之，但延長期間不得逾三日。

前項期間屆滿前，法院以裁定駁回定暫時狀態處分之聲請者，其先為之處置當然失其效力；其經裁定許為定暫時狀態，而其內容與先為之處置相異時，其相異之處置失其效力。

第一項之裁定，不得聲明不服。

第五百三十八條之二

抗告法院廢棄或變更第五百三十八條第三項之裁定時，應依抗告人之聲請，在廢棄或變更範圍內，同時命聲請人返還其所受領之給付。其給付為金錢者，並應依聲請附加自受領時起之利息。

前項命返還給付之裁定，非對於抗告法院廢棄或變更定暫時狀態之裁定再為抗告時，不得聲明不服；抗告中應停止執行。

前二項規定，於第五百三十八條之一第二項之情形準用之。

二、日本法

行政不服審査法

第三十四條

審査請求は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。

処分庁の上級行政庁である審査庁は、必要があると認めるときは、審査請求人の申立てにより又は職権で、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止その他の措置（以下「執行停止」という。）をすることができる。

処分庁の上級行政庁以外の審査庁は、必要があると認めるときは、審査請求人の申立てにより、処分庁の意見を聴取したうえ、執行停止をすることができる。ただし、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止以外の措置をすることはできない。

前二項の規定による審査請求人の申立てがあつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があると認めるときは、審査庁は、執行停止をしなければならない。ただし、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそ

第三十四條

審査之請求，不妨礙處分之效力、處分之執行或程序之續行。

審査機關為處分機關之上級機關者，於其認為有必要時，得依請求審查人之申請或依職權，停止處分之效力、處分之執行或程序之續行之全部或一部，或為其他措施（以下稱「停止執行」）。

審査機關非處分機關之上級機關者，於其認為有必要時，得依請求審查人之申請，於聽取處分機關之意見後，停止執行。但停止處分之效力、處分之執行或程序之續行之全部或一部以外之措施，不得為之。

請求審查人依前二項之規定而申請者，審査機關為避免處分、處分之執行或程序之續行發生重大損害，而認為有緊急之必要時，應停止執行。但停止執行對於公共福祉有重大影響之虞，或對於處分有不能執行或程序不能續行之虞，或關

れがあるとき、処分の執行若しくは手続の続行ができなくなるおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、この限りでない。

審査庁は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとする。

第二項から第四項までの場合において、処分の効力の停止は、処分の効力の停止以外の措置によつて目的を達することができるときは、することができない。

執行停止の申立てがあつたときは、審査庁は、すみやかに、執行停止をすかどうかを決定しなければならない。

第三十五條

執行停止をした後において、執行停止が公共の福祉に重大な影響を及ぼし、又は処分の執行若しくは手続の続行を不可能とすることが明らかとなつたとき、その他事情が変更したときは、審査庁は、その執行停止を取り消すことができる。

於本案得視為無理由時，不在此限。

審査機關於判斷前項所規定之重大損害有無發生時，亦應考慮損害回復之困難程度，並調查損害之性質與程度，及處分內容與性質。

第二項至第四項之情形，當處分效力之停止以外之措施已可達到目的時，不得停止處分之效力。

審査機關於有停止執行之申請時，應即時作成是否停止執行之決定。

第三十五條

停止執行後，執行之停止對於公共福祉有重大影響、處分之執行或程序之續行已顯然不能，或有其他情事變更之情形時，審査機關得撤銷停止執行。

行政事件訴訟法

第二十五條

処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。

処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもつて、処分の効力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止（以下「執行停止」という。）をすることができる。ただし、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない。

裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たつては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分の内容及び性質をも勘案するものとする。

執行停止は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない。

第二十五條

処分撤銷訴訟之提起，不妨礙處分之效力、處分之執行或程序之續行。

処分撤銷訴訟提起時，為避免因處分、處分之執行或程序之續行發生重大損害，而有緊急之必要者，法院得依聲請以裁定停止處分之效力、處分之執行或程序之續行之全部或一部（以下稱「停止執行」）但處分效力之停止，於處分之執行或程序之續行已得達到目的時，不得為之。

法院於判斷前項所規定之重大損害有無發生時，亦應考慮損害回復之困難程度，並調查損害之性質與程度，及處分之內容與性質。

停止執行，對於公共福祉有重大影響之虞，或關於本案得視為無理由時，不得為之。

第二項の決定は、疎明に基づいてする。

第二項の決定は、口頭弁論を経ないであることができる。ただし、あらかじめ、当事者の意見をきかなければならない。

第二項の申立てに対する決定に対しては、即時抗告をすることができる。

第二項の決定に対する即時抗告は、その決定の執行を停止する効力を有しない。

第二十六條

執行停止の決定が確定した後に、その理由が消滅し、その他事情が変更したときは、裁判所は、相手方の申立てにより、決定をもつて、執行停止の決定を取り消すことができる。

前項の申立てに対する決定及びこれに対する不服については、前条第五項から第八項までの規定を準用する。

第二十七條（略）

第二十八條

執行停止又はその決定の取消しの申立ての管轄裁判所は、本案の係属する裁判所とする。

第二十九條

前四条の規定は、裁決の取消しの訴えの提起があつた場合における執行

第二項之裁定，基於釋明為之。

第二項之裁定，得不經言詞辯論。但應事先聽取當事人之意見。

對於因第二項之聲請所為之裁定，得為即時抗告。

對於第二項裁定之即時抗告，無停止執行該裁定之效力。

第二十六條

停止執行之裁定確定後，停止執行之原因消滅，或有其他情事變更之情形時，法院得依相對人之聲請，以裁定方式撤銷停止執行之裁定。

關於對前項聲請之裁定及對裁定之不服，準用前條第五項至第八項之規定。

第二十七條（略）

第二十八條

關於停止執行或撤銷其裁定之聲請，本案繫屬法院為管轄法院。

第二十九條

提起裁決撤銷訴訟時，有關停止執行之事項，準用前四條之規定。

停止に関する事項について準用する。

第四十四條

行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法（平成元年法律第九十一号）に規定する仮処分をすることができない。

第四十四條

關於行政機關之處分或其他公權力行使之行為，不得依民事保全法（平成元年法律第九十一號）之規定為假處分。

三、德國法

行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung; VwGO）

§ 80

(1) Widerspruch und Anfechtungsklage haben aufschiebende Wirkung. Das gilt auch bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten sowie bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung (§ 80a).

(2) Die aufschiebende Wirkung entfällt nur

1. bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten,
2. bei unaufschiebbaren Anordnungen und Maßnahmen von Polizeivollzugsbeamten,
3. in anderen durch Bundesgesetz oder für Landesrecht durch Landesgesetz vorgeschriebenen Fällen, insbesondere für Widersprüche und Klagen Dritter gegen

第八十條

I 訴願及撤銷訴訟有延宕效力。其為涉及形成處分、確認處分及雙重效力處分（第八十條之一）之情形者，亦同。

II 延宕效力，僅於有下列各款情形之一時，不發生：

- 一 涉及公共稅捐及費用之徵收時，
- 二 涉及不得延宕之警察執行人員之命令及處置時，
- 三 有其他由聯邦法律，或在邦法中由邦法律，就第三人針對涉及投資或創造就業機會之行政處分提起訴願及訴訟或其他情

Verwaltungsakte, die Investitionen oder die Schaffung von Arbeitsplätzen betreffen,

4. in den Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten von der Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, besonders angeordnet wird.

Die Länder können auch bestimmen, daß Rechtsbehelfe keine aufschiebende Wirkung haben, soweit sie sich gegen Maßnahmen richten, die in der Verwaltungsvollstreckung durch die Länder nach Bundesrecht getroffen werden.

(3) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 4 ist das besondere Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts schriftlich zu begründen. Einer besonderen Begründung bedarf es nicht, wenn die Behörde bei Gefahr im Verzug, insbesondere bei drohenden Nachteilen für Leben, Gesundheit oder Eigentum vorsorglich eine als solche bezeichnete Notstandsmaßnahme im öffentlichen Interesse trifft.

(4) Die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, kann in den Fällen des Absatzes 2 die Vollziehung aussetzen, soweit nicht bundesgesetzlich etwas anderes be-

form,規定不發生延宕效力時，

- 四 於作成行政處分之機關或就訴願應為決定之機關，基於公共利益或一方當事人之重大利益特命立即執行時。

各邦亦得規定，為對抗由邦依聯邦法所為之行政執行措施而採取之權利救濟途徑，不具延宕效力。

III 在第二項第四款之情形，應以書面，就行政處分之立即執行具有特別利益作理由說明。但行政機關，因遲延，將有對生命、健康或財產造成立即危害等情形之虞，而預先將相關之行政處分標記為基於公益要求之緊急處置者，其為特命立即執行時，得不另作理由說明。

IV 作成行政處分之機關或就訴願應為決定之機關，在聯邦法律無其他規定時，得於第二項各款規定之情形，命停止執行。其為涉及公共稅捐及費用之徵收者，行政機

stimmt ist. Bei der Anforderung von öffentlichen Abgaben und Kosten kann sie die Vollziehung auch gegen Sicherheit aussetzen. Die Aussetzung soll bei öffentlichen Abgaben und Kosten erfolgen, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts bestehen oder wenn die Vollziehung für den Abgaben- oder Kostenpflichtigen eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte.

(5) Auf Antrag kann das Gericht der Hauptsache die aufschiebende Wirkung in den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 bis 3 ganz oder teilweise anordnen, im Falle des Absatzes 2 Nr. 4 ganz oder teilweise wiederherstellen. Der Antrag ist schon vor Erhebung der Anfechtungsklage zulässig. Ist der Verwaltungsakt im Zeitpunkt der Entscheidung schon vollzogen, so kann das Gericht die Aufhebung der Vollziehung anordnen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung kann von der Leistung einer Sicherheit oder von anderen Auflagen abhängig gemacht werden. Sie kann auch befristet werden.

(6) In den Fällen des Absatzes 2 Nr. 1 ist der Antrag nach Absatz 5 nur zulässig, wenn die Behörde einen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung ganz oder zum Teil abgelehnt hat. Das gilt nicht, wenn

關亦得於提供擔保時，始命停止執行。行政處分之執行，於其涉及公共稅捐及費用時，如就爭議之行政處分之合法性有重大懷疑，或其執行將對稅捐及費用之繳納義務人造成不當且非因重大公益所能要求之嚴重結果者，應為停止。

V 在第二項第一款至第三款之情形，本案管轄法院得依聲請命訴願及撤銷訴訟有一部或全部之延宕效力；在第二項第四款之情形，並得重新賦與訴願及撤銷訴訟有一部或全部之延宕效力。依前句規定所為之聲請，於撤銷訴訟提起前亦得為之。行政處分於裁判前已經執行者，法院得命廢棄原執行。延宕效力之重新賦予，得繫於擔保之提供或其他負擔之履行。其並得附期限。

VI 在第二項第一款之情形，依第五項規定所為之聲請，僅得於行政機關已對停止執行之申請一部或全部拒絕時為之。但前句之規定

1. die Behörde über den Antrag ohne Mitteilung eines zureichenden Grundes in angemessener Frist sachlich nicht entschieden hat oder
2. eine Vollstreckung droht.

(7) Das Gericht der Hauptsache kann Beschlüsse über Anträge nach Absatz 5 jederzeit ändern oder aufheben. Jeder Beteiligte kann die Änderung oder Aufhebung wegen veränderter oder im ursprünglichen Verfahren ohne Verschulden nicht geltend gemachter Umstände beantragen.

(8) In dringenden Fällen kann der Vorsitzende entscheiden.

§ 80a

(1) Legt ein Dritter einen Rechtsbehelf gegen den an einen anderen gerichteten, diesen begünstigenden Verwaltungsakt ein, kann die Behörde

1. auf Antrag des Begünstigten nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 die sofortige Vollziehung anordnen,
2. auf Antrag des Dritten nach § 80 Abs. 4 die Vollziehung aussetzen und einstweilige Maßnahmen zur Sicherung der Rechte des Dritten treffen.

(2) Legt ein Betroffener gegen einen an ihn gerichteten belastenden Verwaltungsakt,

für有下列情形之一時不適用：

- 一 行政機關就相關之申請，未通知足夠之理由，而於相當期間內仍不對申請內容本身作決定時，
- 二 有行政執行之威脅時。

VII 關於對依第五項規定所為之聲請之裁定，本案管轄法院得隨時變更或廢棄之。當事人因情事變更，或有於原程序中因不可歸責之事由致未主張之事實存在時，亦得聲請裁定之變更或廢棄。

VIII 關於延宕效力之裁定，於緊急時，亦得由審判長為之。

第八十條之一

I. 行政機關，於第三人就針對他人所為，並對該他人有利之行政處分請求權利救濟時，得為下列之處置：

- 一 依受益人依第八十條第二項第四款規定之聲請，命立即執行，
- 二 依第三人依第八十條第四項規定之聲請，停止執行，並為暫時措施以保全該第三人之權利。

II 行政機關，於行政處分相對人就對其不利，但對第三人有利之

der einen Dritten begünstigt, einen Rechtsbehelf ein, kann die Behörde auf Antrag des Dritten nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 die sofortige Vollziehung anordnen.

(3) Das Gericht kann auf Antrag Maßnahmen nach den Absätzen 1 und 2 ändern oder aufheben oder solche Maßnahmen treffen. § 80 Abs. 5 bis 8 gilt entsprechend.

§ 80b

(1) Die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und der Anfechtungsklage endet mit der Unanfechtbarkeit oder, wenn die Anfechtungsklage im ersten Rechtszug abgewiesen worden ist, drei Monate nach Ablauf der gesetzlichen Begründungsfrist des gegen die abweisende Entscheidung gegebenen Rechtsmittels. Dies gilt auch, wenn die Vollziehung durch die Behörde ausgesetzt oder die aufschiebende Wirkung durch das Gericht wiederhergestellt oder angeordnet worden ist, es sei denn, die Behörde hat die Vollziehung bis zur Unanfechtbarkeit ausgesetzt.

(2) Das Oberverwaltungsgericht kann auf Antrag anordnen, daß die aufschiebende Wirkung fort dauert.

(3) § 80 Abs. 5 bis 8 und § 80a gelten entsprechend.

§ 123

行政處分請求權利救濟時，得依第三人依第八十條第二項第四款規定之聲請，命立即執行。

III 法院得依聲請，變更或廢棄依第一項及前項規定所為之處置或自為該等處置。第八十條第五項至第八項之規定準用之。

第八十條之二

I 訴願及撤銷訴訟之延宕效力，於訴願決定或訴訟判決確定時終止。撤銷訴訟在第一審被駁回者，延宕效力於法定對駁回裁判提起救濟之陳明理由期間經過後三個月屆滿時終止。由行政機關所為之停止執行及由法院所重新賦與或所命之延宕效力，其終止適用前句之規定；但行政機關已命行政處分至訴訟判決停止執行者，不在此限。

II 高等行政法院，得依聲請延續延宕效力。

III 第八十條第五項至第八項及第八十條之一之規定準用之。

第一百二十三條

(1) Auf Antrag kann das Gericht, auch schon vor Klageerhebung, eine einstweilige Anordnung in bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Einstweilige Anordnungen sind auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn diese Regelung, vor allem bei dauernden Rechtsverhältnissen, um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint.

(2) Für den Erlaß einstweiliger Anordnungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig. Dies ist das Gericht des ersten Rechtszugs und, wenn die Hauptsache im Berufungsverfahren anhängig ist, das Berufungsgericht. § 80 Abs. 8 ist entsprechend anzuwenden.

(3) Für den Erlaß einstweiliger Anordnungen gelten §§ 920, 921, 923, 926, 928 bis 932, 938, 939, 941 und 945 der Zivilprozeßordnung entsprechend.

(4) Das Gericht entscheidet durch Be-

I 權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，法院縱於起訴前，亦得依聲請，就訴訟標的為假處分。於爭執之法律關係，特別是繼續性法律關係，為防止發生重大之損害、避免急迫之危險或其他事由而有必要時，亦得聲請為定暫時狀態之處分。

II 本案管轄法院，為假處分之管轄法院。該法院為第一審法院；本案繫屬於事實審上訴法院時，為事實審上訴法院。第八十條第八項之規定，準用之。

III 假處分，準用民事訴訟法第九百二十條、第九百二十一條、第九百二十三條、第九百二十六條第九百二十八條至第九百三十二條第九百三十八條、第九百三十九條第九百四十一條及第九百四十五條之規定。

IV 法院以裁定為之。

schluß.

(5) Die Vorschriften der Absätze 1 bis 3 gelten nicht für die Fälle der §§ 80 und 80a.

V 第八十條及第八十一條之一之情形，不適用第一項至第三項之規定。

四、美國法

聯邦民事訴訟程序規則 (Federal Rules of Civil Procedure)

Rule 65 Injunctions and Restraining Orders

第六十五條 禁制令以及限制令

(a) Preliminary Injunction.

(a) 暫時禁制令

(1) **Notice.** No preliminary injunction shall be issued without notice to the adverse party.

(1) **通知。** 未經通知他方當事人，不得為暫時禁制令。

(2) **Consolidation of Hearing with Trial on Merits.** Before or after the commencement of the hearing of an application for a preliminary injunction, the court may order the trial of the action on the merits to be advanced and consolidated with the hearing of the application. Even when this consolidation is not ordered, any evidence received upon an application for a preliminary injunction which would be admissible upon the trial on the merits becomes part of the record on the trial and need not be repeated upon the trial.

(2) **暫時禁制令聽審程序與本案審判程序之合併。** 法院得於暫時禁制令聲請之聽審程序開始之前後，提前本案審判程序而與暫時禁制令之聽審程序合併。若未合併者，任何於聲請暫時禁制令時所提之證據，亦得適用於本案審判，並成為審判筆錄之部分，而毋庸於審判程序重複。本款之解釋與適用不影響當事人聲請由陪審團審判之權利。

This subdivision (a)(2) shall be so construed and applied as to save to the parties any rights they may have to trial by jury.

(b) Temporary Restraining Order.

(1) Issuing Without Notice. The court may issue a temporary restraining order without written or oral notice to the adverse party or its attorney only if:

(A) specific facts in an affidavit or a verified complaint clearly show that immediate and irreparable injury, loss, or damage will result to the movant before the adverse party can be heard in opposition; and

(B) the movant's attorney certifies in writing any efforts made to give notice and the reasons why it should not be required.

(2) Contents; Expiration. Every temporary restraining order issued without notice must state the date and hour it was issued; describe the injury and state why it is irreparable; state why the order was issued without notice; and be promptly filed in the clerk's office and entered in the record. The order expires at the time after entry — not to exceed 14 days — that the court sets, unless before that time the court, for

(b) 緊急限制令

(1) 不經通知而作成緊急限制令。 法院僅於下列二款情形並存時，始得未經書面或言詞通知他方當事人或其律師，作成緊急限制令：

(A) 依在宣誓書或經聲請人宣誓認證之起訴狀中所記載之具體事實，足以清楚顯示於給予相對人或其律師聽審機會前，聲請人即將蒙受立即且不能回復之侵害、損失或損害；

(B) 聲請人之律師須以經宣誓之書面向法院說明，其是否曾以何種方式通知相對人，且對相對人之事先通知為何不應被要求之理由。

(2) 內容及期限。 未經通知而簽發之緊急限制令須載明作成之日期與時間，詳述侵害及其不可回復之理由，並說明為何未經通知而核發緊急限制令後，即時送至書記官處置入卷宗。

good cause, extends it for a like period or the adverse party consents to a longer extension. The reasons for an extension must be entered in the record.

(3) Expediting the Preliminary-Injunction Hearing. If the order is issued without notice, the motion for a preliminary injunction must be set for hearing at the earliest possible time, taking precedence over all other matters except hearings on older matters of the same character. At the hearing, the party who obtained the order must proceed with the motion; if the party does not, the court must dissolve the order.

(4) Motion to Dissolve. On 2 days' notice to the party who obtained the order without notice — or on shorter notice set by the court — the adverse party may appear and move to dissolve or modify the order. The court must then hear and decide the motion as promptly as justice requires.

(c) Security. The court may issue a preliminary injunction or a temporary restraining order only if the movant gives security in an amount that the court considers proper to pay the costs and damages sustained by any party found to have been wrongfully enjoined or restrained. The United States, its officers, and its agencies are not re-

緊急限制令，除有正當理由，而經法院延長一定期限，或經他方當事人同意延長外，於期限 — 不得逾十四日 — 屆滿時，失其效力。延長期限之理由應載明於卷宗。

(3) 加速暫時禁制令之聽審程序。未經通知而核發緊急限制令者，關於暫時禁制令之請求，應儘早舉行聽審程序；除已繫屬之案件具有相同性質外，並應優先於其他案件進行之。聽審程序中，取得緊急限制令之一方，應依要求進程序；如未為之，法院須撤銷該緊急限制令。

(4) 撤銷之請求。對於取得未經通知而核發處分之當事人，於二日內，或法院定有更短之通知期間內，他方當事人得聲請撤銷或變更命令。法院依其聲請，須於合理期間內儘速聽取意見並為決定。

(c) 擔保。法院僅於聲請人所提供之擔保，足以支付他方當事人因錯誤之禁制或限制所受之成本與損害時，始得核發暫時禁制令或緊急限制令。聯邦、其職務執行人及其機關，毋庸提供擔保。

quired to give security.

(d) Contents and Scope of Every Injunction and Restraining Order.

(1) Contents. Every order granting an injunction and every restraining order must:

- (A) state the reasons why it issued;
- (B) state its terms specifically; and
- (C) describe in reasonable detail — and not by referring to the complaint or other document — the act or acts restrained or required.

(2) Persons Bound. The order binds only the following who receive actual notice of it by personal service or otherwise:

- (A) the parties;
- (B) the parties' officers, agents, servants, employees, and attorneys; and
- (C) other persons who are in active concert or participation with anyone described in Rule 65(d)(2)(A) or (B).

(d) 暫時禁制令及緊急限制令之內容與範圍

(1) 內容。 暫時禁制令及緊急限制令須載明：

- (A) 作成限制令之理由。
- (B) 特定之要件。
- (C) 禁止作為或要求不作為之合理細節 — 且不得連結於訴狀或其他文件。

(2) 受拘束之人。 命令僅拘束下列實際收受通知送達之人：

- (A) 當事人。
- (B) 當事人之職務執行人、代理人、員工及律師。
- (C) 其他與第六十五條第(d)項第(A)款或(B)款規定之人所共同參與之人。

(e) Other Laws Not Modified. These rules do not modify the following:

- (1) any federal statute relating to temporary restraining orders or preliminary injunctions in actions affecting employer and employee;
- (2) 28 U.S.C. § 2361, which relates to preliminary injunctions in actions of interpleader or in the nature of interpleader; or
- (3) 28 U.S.C. § 2284, which relates to actions that must be heard and decided by a three-judge district court.

(f) Copyright Impoundment. This rule applies to copyright-impoundment proceedings.

(e) 其他不受影響之法律。下列規定，不受本條之影響：

- (1) 任何與緊急限制令或暫時禁制令有關，而影響雇主與員工關係之聯邦法律。
- (2) 28 U.S.C. § 2361 於確認競合權利訴訟或與其性質相同之訴訟中，與暫時禁制令有關者。
- (3) 28 U.S.C. § 2284 須由三位法官聽審與決定之地方法院之訴訟。

(f) 著作權扣押。本條適用於著作權扣押之程序。

參 專家座談會相關資料

一、座談會討論提綱

*以下問題，若您並不知實務作法如何時，請僅考慮您本人的看法！

(一) 有關審查標準方面：

1. 對於停止執行之申（聲）請，實務上是否先審查申請合法或不合法（即依訴願法第 77 條、保障法第 61 條或行政訴訟法第 107 條），再審查有無理由？對於實務作法，您本身的看法如何？
2. 有關停止執行之申（聲）請，在有無理由的審查上，所謂「處分之合法性顯有疑義」、「難以回復之損害」、「急迫情事」及「重大公共利益」等四要件，對於實務而言，是否為唯一的考慮？對於實務作法您本身的看法如何？
3. 承前題，實務上就該四大要件，是否有特別置重的部分，抑或均衡列入考慮？對於實務作法，您本身的看法如何？
4. 再承前題，實務上就該四大要件，是否區分為「積極要件」及「消極要件」，而分別由申（聲）請人及原處分機關負舉證責任？對於實務作法，您本身的看法如何？
5. 在有關停止執行申（聲）請之有無理由的審查上，德國學說與實務輒有「略式審查」（即：特別注重「本案勝訴希望」審查）及「利益衡量」（即：特別注重「執行利益」與「不執行利益」之衡量）等兩種模式之爭；我國實務是否也有此一模式之爭的問題？對於實務作法，您本身的看法如何？

6. 有關停止執行之申（聲）請，行政處分若屬具有第三人效力者，實務之審查，是否與單純兩面關係之行政處分（即：不具第三人效力者）有別？對於實務作法，您本身的看法如何？
7. 承前題，如果對該處分提起救濟者，為第三人（即：所謂「第三人權利保護」），而非處分相對人時，則實務的作法又如何？而對於實務作法，您本身的看法如何？
8. 在有關停止執行之申（聲）請審查上，實務是否因系爭處分是涉及金錢問題，抑或資格、地位等非純粹金錢問題，而有不同的審查標準？對於實務作法，您本身的看法如何？
9. 准予停止執行之結果，如嗣後甚難再執行，抑或執行不再有任何意義（例如：對於禁止對外發言之處分停止執行，以致於處分相對人得以立即對外發言，而覆水難收！）時，實務是否將單純基於此項疑慮，而駁回停止執行之申（聲）請？對於實務作法，您本身的看法如何？

（二）有關審查程序方面：

1. 實務上對於具有緊急性的停止執行之申（聲）請，合議制機關或法院是否有應變措施，而由首長或審判長，抑或合議制機關或法院的部分成員先行審查及決（裁）定？對於實務作法，您本身的看法如何？
2. 有關停止執行之申（聲）請，如係涉及第三人權利保護，並且由該第三人申（聲）請者，實務上是否使處分相對人參加停止執行之申（聲）請程序？對於實務作法，您本身的看法如何？

二、座談會會議記錄（詳下頁）

公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究

專家座談會會議紀錄

壹、會議時間：民國 98 年 11 月 14 日（星期六）上午 9 點 30 分

貳、會議地點：國立臺灣大法律學院霖澤館 1703 室

參、主持人：林明昕助理教授

紀錄：詹騏瑋、林明倫

肆、出席來賓（依發言順序排列）：

行政院訴願審議委員會主任委員 施惠芬

國立中興大學財經法律學系副教授 林昱梅

臺北市政府訴願審議委員會副主任委員 王曼萍

國立中正大學財經法律學系副教授 盛子龍

最高行政法院法官 吳東都

中央研究院法律學研究所助研究員 黃國昌

伍、會議紀錄：

一、關於實體審查標準

施惠芬主委：

1. 關於第一點至第三點，實務上申請停止執行的案件不少。在處理上，行政院訴願審議委員會是先審查申請「合不合法」問題，再審查「有無理由」，亦即實體問題。就該實體審查部分，四大審查要件均予討論，未偏重哪一個，並未特別考量有無勝訴希望。
2. 在第四點上，有關舉證責任部分，主要由行政機關舉證。
3. 就第六點而言，第三人效力的問題，實務上在審查時並不特別納入考慮。

4. 至於第八點關於金錢與非金錢的問題：關於金錢部分，過去認為金錢是可回復的；但例如：利益衝突迴避法中罰鍰金額過高問題，從去年開始，亦開始考量金錢的停止執行。
5. 關於第九點，實務上較無此一問題。
6. 最後，停止執行，是持續至訴願決定書送達之日時止。

林昱梅教授：

1. 就第二點及第三點，保訓會在實務上會著重「處分之合法性顯有疑義」之要件。若處分合法性並非顯有疑義，則其他要件較予以討論。另外「難以回復損害」必須納入考量。因本案勝訴希望，保障法未規定，在實務上，主要仍是看處分之合法性是否顯有疑義。
2. 第四點就舉證責任分配的問題，基本上採客觀舉證責任。
3. 關於第六點在第三人效力的問題上，實務尚未有一定見解；畢竟保訓會處理係採多數決。
4. 就第八點，目前遇到的問題較少；因涉及金額較少，難以看出金錢與非金錢是否有不同審查標準。
5. 另外，在有行政裁量的情形多半予以尊重，只要形式合法，即未深入審查有無裁量濫用。

王曼萍副主委：

1. 在臺北市政府訴願審議委員會方面，就第八點而言，金錢以外情形，多會認為較有難以回復損害之情形。涉及金錢案件部分，未有准予停止執行之案例。若處分得以分割，則將分別針對金錢與非金錢處分分開處理。
2. 在訴願新制時期，訴願機關主動准予停止執行之案例仍不多見。退學相關案件，是唯一停止執行後，仍未撤銷原處分；否則多是准予停止執行後，仍會撤銷原處分。顯然「處分之合法性顯有疑義」常會左右准予停止執行。
3. 就第七點，實務上未遇到第三人申請停止執行。

盛子龍教授：

1. 關於第一點至第五點，對於審查標準的積極要件與消極要件，是否係立法者有意區分，應抱持懷疑之態度。德國法上並非以四個要件併行處理：若勝訴可能性超過百分之五十，原則上准予停止執行；但仍可用利益衡量予以修正。若勝訴可能性較低，但尚非顯無理由，則會考量是否對個人過度嚴苛。此外舉證責任方面考量風險應由何者負擔比較合理，應比照本案訴訟舉證責任分配之原則而分配。
2. 就第八點對於涉及金錢案件，若有產生金錢負擔外溢之損害，基本上會在利益衡量中做考量。
3. 關於第六點，在具第三人效力之處分情形，應將第三人利益納入考量。
4. 第九點關於本案先取的情形應如何處理的問題，若將「難以回復」作為唯一的審查標準，則難以為之；或許可提高對於「勝訴可能性」因素的審查標準，即較仔細且深入的判斷勝訴可能性。

吳東都法官：

1. 關於第一個問題，要區分兩種不同類型。若合法性顯有疑義，即應准予停止執行。
2. 關於第四個問題，行政法規應無預設舉證責任分配的問題，而須以客觀舉證責任之支配領域理論作為標準，例如：公共利益應由行政機關負擔，而難以回復損害則應由人民負擔舉證責任。然而，較有問題者，係「處分之合法性顯有疑義」此一要件。關於這個要件，實務上已有依此一要件而准予停止執行的。
3. 關於第五點，實務上未採如德國略式審查模式。
4. 另外就停止執行的時間法律未做限制，目前是依內規處理。

黃國昌教授：

有關貴研究小組所提出的美國法研究，本人有下列看法：

1. 禁制令（writ of injunction）與強制令（writ of mandamus）不應放在同一層次討論。
2. 關於舉證責任問題，就 injunction 的部分，我個人認為可能要從主觀舉證責任的角度出發。

3. 關於公共利益問題，國會於立法時，所考量之公共利益，於法院判斷是否准予 injunction 時，佔有相當重要的地位；亦即重視「立法者」主觀意圖。

二、有關審查程序

施惠芬主委：

1. 行政院訴願審議委員會在第一點上，關於審查程序，在處理流程方面，提委員會討論時，若明顯不應准予停止執行，則以簽核方式為之。
2. 在有必要時，例如在需緊急處理的狀況（驅逐出境），抑或重大案子，會先聯繫原處分機關不要執行，再經委員會處理。
3. 不停止執行，會直接答覆，或者於訴願決定書中一併載明。
4. 就第二點而言，審查時，至多僅邀請原處分機關，不會邀請第三人。

林昱梅教授：

1. 在第一點上，保訓會固定召開審查會議，有專任委員出席。但若遇有真正緊急情形，應如何應變，則可能有問題。
2. 就第二點，關於第三人的問題，於停止執行之實務上，並未請第三人參加程序。

王曼萍副主委：

1. 臺北市政府訴願審議委員會中，以醫師停業處分之案件為例：於舊制時期，實務處理上，通知原處分機關於二十日內答辯，並針對停止執行進行處理；訴願機關較少主動處理。
2. 最近，委員會已授權幕僚單位處理，亦有規劃相關流程（見後文「附錄參、四」）。

盛子龍教授：

1. 在第一點上，未來程序制度設計上，機關組織若未能適度鬆綁，基於權利保護必要性的考量，或許能設計「暫緩執行」之制度。
2. 關於第二點，就「參加」的部分，法源上可援引行政程序法之規定。

吳東都法官：

1. 若遇到緊急案件，會立刻分案。

2. 關於「保全程序」，因承襲民事法院以來的傳統，法院內部規定有期間限制；然而，行政訴訟特有的「停止執行」，則未有相關內部規定，且係由合議庭決之。對於法院而言，能否做成「緊急處置」，仍有疑義；但個人認為有必要予以增訂。

三、座談會出席來賓簽到單（詳下頁）

四、臺北市政府訴願審議委員會辦理訴願案件申請停止執行流程

依本會 97 年 12 月 15 日第 894 次委員會議、98 年 3 月 23 日第 904 次委員會議及同年 6 月 22 日第 915 次委員會議決議意旨，訴願人申請停止執行原處分之案件就有停止執行必要者，由本會先行處理後，送委員會備查。办理流程如下：

- 一、申請停止執行案件，應先就合法性問題審查，再就利益衡量問題論析，審認原行政處分之合法性是否屬顯有疑義，而合於訴願法第九十三條第二項「原處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者」要件，據以認定有無停止執行之必要。
- 二、如初擬意見屬准予停止執行之案件，承辦人應儘速於收受申請文件七日內完成內部簽核後，並以府函通知原處分機關及訴願人，並提報告案送委員會備查。但有急迫情事應即時處理。
- 三、如初擬意見屬否准申請之案件，其處理程序如下：
 - (一) 承辦人應儘速於收受申請文件二十日內完成內部簽核，事後於原決定書內併予敘明。
 - (二) 如否准停止執行之申請距訴願案審結時日尚遠，先發函通知申請人（訴願人）。
 - (三) 申請案遇有緊急情事經簽准否准申請時，除發函通知外，本會主動先以電話通知申請人有關本府准駁之結果。
 - (四) 涉及本府重大政策或標的金額達新臺幣三千萬元以上之案件，應於內部簽核後，提報告案送委員會備查。

保訓會 98 年度公務人員保障制度委託研究案
公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究
期中報告審查會會議紀錄

壹、會議時間：民國 98 年 9 月 21 日（星期一）上午 10 時

貳、會議地點：本會 7 樓第 1 會議室

參、主席：李副主任委員嵩賢

記錄：蔡美惠

肆、出（列）席人員：如簽到單

伍、討論：

一、研究團隊報告：

- （一）期中報告說明請參見期中報告紙本。
- （二）請求 貴會提供相關實務資料。
- （三）請求 貴會提供相關程序進行之細節。

二、審查意見：

- （一）就研究期程及經費核銷部分，請研究團隊注意配合辦理。
- （二）92 年 5 月 28 日修正公布公務人員保障法（以下簡稱「保障法」）有意排除訴願法之準用規定，且相關訴願法相關規定業已納入。有關公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度是否仍須準用訴願法之規定？又關於保障法準用、類推適用訴願法之規定，當時立法時固有初衷，基於保障公務人員權利，尤其是訴訟參加制度，是否一概排除訴願法之規定？若不以準用或類推適用訴願法規定，而採修法方式，是否應於公務人員任用法或保障法修法時明定，較為妥當？

研究團隊不妨就此部分加以研究釐清，本會亦可供作保障法修法參考，或向權責機關銓敘部提出相關修法建議。

- (三) 預防性權利保護與預行救濟是否有所區別，能否清楚釐清，其關聯性為何？
- (四) 第三人效力之行政處分，目前實務上對於公務人員行政救濟案件尚乏訴訟參加制度，例如公務人員陞遷事件—第三人效力行政處分。該第三人之範圍應如何界定？例如警察機關之陞任、遷調，機關間同序列職務之調整，每次參加人數動輒數十人或百人陞遷，則該第三人之範圍？第三人是否有權為訴訟參加？此亦為目前本會實務運作所產生之困擾。就這一部分可否於期末報告中先就實體法之簡化說明，再於當事人提起救濟時，就實體部分予以連結說明。第三人效力行政處分應如何操作？未來保障法有修法可能，包含保障法之救濟權利，是否區分身分權、財產權、管教權等不同類型，未必侷限原有審查標準，未來是否有開放性或不同之審查基準？例如委任升薦任官等訓練之遴選分數計算，於修法時，是否劃分不同之權利、不同救濟程序，而訂定不同之審查基準？其相關配套措施為何？能否從立法層面，即予處理？應較能完整呈現本會就實務見解之需求。
- (五) 本會受理保障事件，就當事人申請停止執行，均依「本會受理停止執行事件之處理程序」規定辦理，即應先提保障事件審查會審查，審查結果如認定不符合停止執行之要件者，承辦單位應簽報主任委員，並於保障事件決定書中敘明之；如審查結果認定符合停止執行之要件者，承辦單位應於簽奉主任委員核可後，先行函復當事人，並提委員會議報告。本會就停止執行之審查程序已較過去迅速，惟目前實務上尚無特殊緊急性案件，亦無准予停止執行之案例。
- (六) 有關停止執行之審查標準—實體審查標準，三階段審查之步驟：目前本會受理保障事件，多於第一階段之「略式審查」中解決。就第二階段利益衡量部分，因本會進行之程序，須考量職務安定性，故於停止執行中，有關「難以回復損害」之要件，即會被強化，因此期中報告所指三階段審查之操作模式，本會審理保障事件時，於第一階段即不易通過。另三階段審查中「合法性顯有疑義」，是否包

含顯無勝訴希望？期末報告能否於第一階段中予以細緻化及類型化分析？

- (七) 就公務人員職務保障言，違法或不當之陞遷、調任之保障事件中，有關職務安定性原則之內涵除客觀整體法律秩序之保障外，是否亦兼指公務人員身分保障（保護規範理論之主觀權利保護）？
- (八) 目前在國家考試中有發生過停止執行之實務案例（假處分之運用）。關於停止執行的審查標準，是否有更細緻之類型化思考，於不同案件中能有不同的審查密度。
- (九) 保訓會非各機關之上級機關，若無隸屬關係，如何要求其他行政機關停止執行？
- (十) 期中報告中所提其他國家之相關實務案例，是否亦能於期末報告中提出？另是否能於期末報告中介紹暫時權利保護制度中除停止執行以外之其他相關制度？

三、研究團隊回應：

- (一) 有關研究範圍部分：所謂「假處分」係由法院所為定暫時狀態之保全處分，目前行政機關僅有停止執行之決定，因訴願程序係採職權進行，得指揮監督所屬機關，要求原處分機關作為，而達假處分之效果。惟我國採行委員會體制，此部分確有困難。例如中央選舉委員會屬獨立機關基於指揮監督關係，得監督各縣市選舉委員會，又與其他類似獨立機關之委員會體制不同。仍無法類如美國法制之「暫時禁制令」（temporary injunction）已發展至可作假處分。故本研究範圍仍限定於「停止執行」之區塊，研究報告第三、四章標題將與第五章一併調整，以符報告主題。
- (二) 預行救濟係指尚未作成處分即提起救濟，其概念應納入預防性權利保護中，前者非屬暫時權利保護制度，類似民事訴訟法第 247 條規定「將來給付之訴」之概念。日本法制將後者明訂於法規中，德國則否，惟實務上均承認預防性權利保護制度，此制度於保障法修法

時是否納入考量，可能涉及當事人適格、確認訴訟之訴訟利益類型。
故此部分仍將以附論方式於期末報告中呈現。

(三) 保障法與訴願法之關係，及保障法之修法部分：

1. 有關「公法不能類推適用」實有斟酌餘地。以保障法為例，不能類推適用訴願法或行政訴訟法，但仍得依保障法之原理原則加以類推適用。以訴訟參加為例，因保障法未規定，縱不類推適用訴願法，惟基於正當法律程序或訴訟權保障之法理，仍應認得類推適用行政訴訟法第 41 條以下或援引相關原理原則。此部分於保障法修正時得納入參考，但修法範圍大小，研究團隊僅能提供原則建議。
2. 審查基準須否逐一提出：因美國、日本及德國法制有關暫時性權利保護制度變動太大，且風險較高，不宜全數臚列審查標準於法律中訂定。至於應如何運用停止執行之實體審查標準，得以內部行政規則方式自行操作處理，此部分與法律保留原則無違。

(四) 有關第三人效力行政處分如何判斷，有無提起之權能部分：因牽涉公務人員職務安定原則，例如違法或不當之陞遷、調任等，此部分亦與當事人適格及保護規範理論相關。因此，若欲將第三人效力行政處分定於法律之中，仍相當抽象，似不易明示規定於法律，亦不宜提前立法。因此，研究團隊認為實務上承認第三人效力行政處分，程序上即應予以保障，可於公務員人事法規或保障法中呈現參加制度，於程序上詳細規定。

(五) 研究團隊對於其他與會人員的意見，將依研究成果儘量呈現。

陸、決議：

- (一) 專家座談會應於 98 年 10 月初之前舉辦完畢。
- (二) 關於研究團隊所需之實務資料，請承辦單位提供。
- (三) 本會議與會人員之意見，請研究團隊儘量參採納入期末報告，並請依時程提出期末報告。

主席：李副主任委員嵩賢

保訓會 98 年度公務人員保障制度委託研究案

公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究

期末報告審查會會議紀錄

會議時間：民國 98 年 12 月 14 日（星期一）上午 9 時

會議地點：本會 7 樓會議室

主席：李副主任委員嵩賢

記錄：蔡美惠

出席（列）席人員：如簽到單

壹、審查意見

- 一、提醒並請研究團隊於本月 18 日前，提出完整研究報告。
- 二、外國法制介紹部分：是否能論及美國之緊急限制令，有關人事行政部分有無實務運作案例？美國法制之「暫時禁制令」（temporary injunction），如何於人事陞遷引用例外之 14 日失效？
- 三、最緊急流程部分：
 - （一）由主委先作決定，嗣後於召開委員會審議時，得否經決議推翻主委所作之決定？
 - （二）有關公務人員於選舉投票前夕發表相關談話之例，是否為實際案例？尤於行政中立法通過後，是否仍可能發生？
 - （三）最緊急情形採臨時委員會方式決定，相較於由主委一人單獨決定似較為妥當。
 - （四）關於本會處理原則流程規劃，可加但書規定，亦即原則應經審查會決定，例外由主委決之（循 94 年審查模式）。於例外情形，內部控管得以嗣後由委員會追認補正主委決定，或以千萬分之一考量，萬一兩者有不一致者，應由何種方式為之，則仍有研究必要。
 - （五）依行政程序法第 174 條，應不須另行對外作成中間決定。

- (六) 陞遷涉及第三人效力，若以最緊急流程處理，將予主委過大之權限及壓力，等同由主委一人為全部審查，對現行文官體制衝擊影響似過大。
- (七) 由主委為中間決定部分：因其為幕僚首長，若由其為中間決定，將致成為由行政系統決定。尤以，本會與其他行政機關不同，且委員有參與保障事件處理，或可參考法院由受命法官處理之方式，以求區隔行政系統之決定及委員會之決定。

四、審查標準：

- (一) 有關人事行政行為之申請停止執行，均未附理由，如何適用公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 89 條第 2 項規定之 4 項要件審查？又機關均依公務人員陞遷法發布人事陞遷派令，未獲陞遷之人始終未獲悉該派令，則未獲陞遷之人於提起救濟時應如何適用停止執行機制？
- (二) 本案救濟與暫時性權利保護救濟之區分，本案救濟之合法性屬於暫時性權利保護之「顯無勝訴希望」要件考量，有疑義者為暫時性權利保護是否定須依附於本案審理之下？
- (三) 保障法第 89 條第 2 項規定，與日本法上用語不同，司法院釋字第 585 號解釋未提及系爭法律是否明顯違憲，此論述或可為研究報告所援用並呼應。
- (四) 利益衡量部分，如何衡量公益大於私益？德國部分似有較具體之規定，盼能進一步予以介紹。
- (五) 關於金錢給付部分，因財產本身並非以價額高低衡量，故於相類似案情下，是否因當事人財力不同而異其標準？
- (六) 關於結論第 6 點，在程序上應有適度之配套規定，例如請原處分機關作說明等，供研究團隊參考。

五、管轄競合：

- (一) 有關管轄競合：當事人同時向本會及行政法院申請停止執行，本會先作成停止執行之決定，法院日後作成裁定，二者之間關係為何？執行上是否產生困擾？
- (二) 關於結論第 8 點，保訓會對於原處分機關之關係，應特別注意保訓會對於原處分機關並無上下隸屬關係，無法僅憑藉拘束關係做處置。

六、第三人訴訟參加法規適用部分：

- (一) 有關類推適用行政程序法第 23 條訴訟參加，相較於訴願法，應得直接適用憲法所定程序權。
- (二) 有關第三人參加應類推適用行政程序法第 23 條，似有疑義。蓋依現行法，人事行政部分並不適用行政程序法，盼能進一步釋明。
- (三) 結論第 12 點，人事陞遷事件中關於第三人參加之部分，牽涉範圍甚廣，其是否屬於第三人之權益仍有疑義，此問題確實有其特殊性，須另案研究。

七、當事人協力義務部分：

- (一) 有關協力義務部分，若當事人未提出具體事證，並非難以審查，得以顯有勝訴希望及合法性要件作審查。
- (二) 有關人事行政行為之申請停止執行，均未附理由，如何適用公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 89 條第 2 項規定之 4 項要件審查？

貳、研究團隊回應

- 一、有關美國法立法例部分，重點係可參考我國民事訴訟法第 538 條之 1 規定，並非全須參採美國制度。至於有無人事行政之實務案例部分，礙於時間關係，且美國法資料多數於公共行政領域，於研究上或有侷限。
- 二、有關「最緊急流程」主委所為中間決定部分：因貴會係委員會，並非首長制，主委擔任主席居中協調。嗣後自得經委員會決議是否推翻主委所為中間決定。
- 三、當事人未釋明申請停止執行之四項事由，應由當事人盡協力義務，令當事人報告案件情況，以便行政機關視情況作決定，並載明是否已向原處分機關或行政法院申請停止執行，基本上法院之決定應拘束行政機關。
- 四、關於公務人員於選舉投票前夕發表相關談話之例，係一假想案例。然縱行政中立法公布施行，若仍發生此種情形，則表示作成停止執行與否之決定亦有困難，故重點係於有類此案例時，應作緊急措置。
- 五、有關職務安定性或內部陞遷決定，第三者無法獲悉時，此應就有關陞遷第三者競爭訴訟另案探討研究。