

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¹；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²。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」³。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

1 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。

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

3 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⁴。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⁵。

4 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）。

5 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」審查標準之一⁶，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⁷。

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⁸。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。

⁶ 見後文本章「第二節、壹」。

⁷ 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⁹；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

8 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。

9 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¹⁰，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¹¹。

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。

10 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。

11 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¹²。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¹³。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¹⁴，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

12 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。

13 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」。

14 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¹⁵，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¹⁶。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¹⁷：

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

15 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。

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

17 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¹⁸，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¹⁹，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²⁰：

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

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

19 同前註。

20 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²¹，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²²：

- 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²³，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²⁴；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²⁵。雖然這些標準，

²¹ 見前文「第二章、第二節、參」。

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

²³ 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。

²⁴ 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).

²⁵ 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²⁶。*Posner* 法官，最後甚至在 *American Hospital Supply Corporation v. Hosp. Products Ltd.* 案²⁷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行程序，其實即為原停止執行程序之再開。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。

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

27 *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²⁸。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²⁹；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…」³⁰。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

28 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。

29 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行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³⁰。這種實務上的見解，非無爭議³¹；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³²；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。

30 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。

31 同前註。

32 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。