

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¹，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²。

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

1 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。

2 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³。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⁴。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

3 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。

4 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⁵。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；

⁵ 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⁶。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⁷；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⁸。

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

6 相關問題等，詳見後文「第三章、第二節、壹」。

7 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。

8 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⁹，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¹⁰。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¹¹。關於假處分，行政法院法第 123 條¹²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¹³。

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

9 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。

10 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」。

11 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。

12 本條之德、中文對照，見後文「附錄 貳、三」。

13 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¹⁴。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¹⁵；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¹⁶。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¹⁷。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

14 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。

15 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。

16 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).

17 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¹⁸，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）」¹⁹。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²⁰。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²¹。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

18 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。

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

20 有關這條規則的英、中文對照，見後文「附錄 貳、四」。

21 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²²。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²³。關於這一點，本研究報告後文，還將述及²⁴。

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²⁵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。

22 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。

23 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。

24 見後文「第四章、第二節、貳」。

25 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²⁶。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）」²⁷，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²⁸。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²⁹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³⁰所屢屢強調的「暫時止爭功能（interimistische Befriedungsfunktion）」³¹。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

26 *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。

27 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)。

28 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.。

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

30 例見：*BVerfGE* 46, 166 (178)。

31 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³²，乃至保護原告免於不可回復之損害³³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。

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

33 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）」³⁴。二者之間，因此相異³⁴。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³⁵；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。

³⁴ 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.。

³⁵ 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。