

行政救濟法上行政處分停止執行之研究 —以相關問題爭點為中心

張 藏 文 *

目 次

- | | |
|---|--|
| 壹、前言 | 二、對於行政訴訟法第 116 條第 2 項
依職權停止執行規定之指摘 |
| 貳、訴願法上停止執行制度之相關問題 | 三、可否逕向行政法院為停止執行之
聲請？ |
| 一、有關當事人是否得於提起訴願
前，提出停止執行之申請？ | 四、行政訴訟法第 116 條第 3 項是否
亦有「原告之訴在法律上非顯無
理由」之消極要件規定之適用 |
| 二、「原行政處分之合法性顯有疑
義」之概念內涵 | 五、行政訴訟法上其他停止執行問題
之實務分析 |
| 三、訴願繫屬中，向行政法院聲請停
止執行遭駁回後，得否再向受理
訴願機關或原處分機關申請停止
執行？ | 肆、上開停止執行制度之審查基準比較
與分析—德國法之對照觀察 |
| 四、向多數機關為停止執行之申（
聲）請者，應如何確定適格之管
轄機關？ | 一、停止執行之實體要件及相關問題 |
| 五、訴願法上停止執行之實務分析 | 二、德國法之審查模式 |
| 參、行政訴訟法上停止執行制度之相關
問題 | 三、附論—有關停止執行裁定之強制
執行 |
| 一、行政法院受理停止執行聲請之事
由是否包括「原行政處分之合法
性顯有疑義」？ | 伍、結語 |

關鍵詞：停止執行、暫時權利保護、略式審查模式、階段審查模式、訴願法第 93 條、行政訴訟法第 116 條。

Keywords: Suspension From Execution, Temporary Rights Protection, Brief Review Mode, Stage Mode, The Art.93 of Petition Law, The Art.116 of Administrative Procedure Law.

責任編輯：黃右瑜

* 國家發展委員會法制協調中心專員，國立中正大學法律研究所博士生，民國 94 年律師高考等國家考試及格。感謝匿名審查委員惠賜諸多寶貴意見，特此申謝，惟文責仍由作者自負。

摘 要

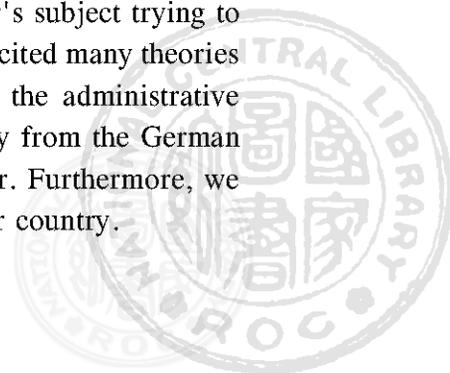
訴願或行政訴訟之提起，原則上對於行政處分之執行並無影響。至於因訴願或行政訴訟之提起而影響原處分之執行者，則規定於訴願法第 93 條第 2 項及行政訴訟法第 116 條第 2 項以下，囿於條文內容似有缺漏；致在具體操作標準及規範體系上滋生爭議，且原處分機關、受理訴願機關及行政法院對於該申（聲）請俱有管轄權，管轄機關之認定上亦有疑義。況因上開規定對於當事人得否逕向行政法院為停止執行之聲請）未訂有明文，且有關停止執行之審查模式究應採取何種標準似非一致。以上相關議題均有待釐清及確定，是拙文試以此為題，而就相關問題，於整理我國相關學理及實務見解後，嚐試觀察行政訴訟法第 116 條部分規定所師法之德國行政法院法之部分規定進行探討，以期對於我國相關問題之解決得有所助益。

The Study about Suspension from Execution of Administrative Injunction in Administration Relief Act — with related problems as the point

Tsang-Wen Chang

Abstract

The Appeal or administrative litigation filed, in principle, does not affect the implementation of the administrative disposition. As a result of the petition or administrative litigation influences the disposition of the executor, it is stated in the Department of provisions on administrative appeal Act 93, paragraph 2, and the Administrative Procedure Law Article 116, paragraph 2 or *infra* in which certain clauses seems omitting that results in dispute. The original disposition authorities handling petitions and the administrative courts within jurisdiction have found difficulty in determining the bound jurisdiction. Moreover, the administrative court rules on whether the parties should suspend from execution not stated in clear texts, and regarding which reviewing mode should be adapted to stop implementation seems having no consistent patterns about the standards. The related issues above-mentioned need to be clarified and identified above is this paper's subject trying to explore. In addition, on the related issues, we have collected and cited many theories and practical insights in order able to observe the Art.116 of the administrative procedures in which partial provisions applied taken out directly from the German administrative courts' rules of Law will be discussed in the paper. Furthermore, we also expect the solutions helpful to the relevant problems in our country.



壹、前言

按司法院大法官會議解釋（以下簡稱釋字）第 599 號要旨：「……為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而異……。」而保全程序與停止執行同為暫時權利保護（vorläufiger Rechtsschutz）機制之內涵¹，且停止執行既然亦在於避免行政處分因執行後，所生義務人權利無法回復或具有明顯違法之處分所生侵害權利之情形²，則其似亦應屬於訴訟權之基本價值³。就此，訴願法第 93 條第 1 項規定：「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。」行政訴訟法第 116 條第 1 項規定：「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。」亦即，訴

願或行政訴訟之提起，原則上對於行政處分之執行並無影響。至於因訴願或行政訴訟之提起而影響原處分之執行者，則係規定於訴願法第 93 條第 2 項及行政訴訟法第 116 條第 2 項以下⁴，惟其該條文內容似有缺漏；且就該規定之具體操作標準及其規範體系之一致性等均有疑義，致有適用上之爭議；又因原處分機關、受理訴願機關及行政法院對於該申（聲）請俱有管轄權，是有關管轄機關之認定亦生問題；復上開規定對於當事人得否逕向行政法院為停止執行之聲請，似亦未就加以處理；另有關停止執行之審查模式究應採取何種標準似非一致。而除上開行政救濟之一般規定外，其他法律對於行政救濟之提起，亦有規定因特定條件之具備而停止原處分之執行者，例如稅捐稽徵法第 39 條第 1 項及第 2 項規定。再者，稅捐稽徵法第 50 條之 2⁵

¹ Vgl. Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, München, 2010, 11. Aufl., § 80 Rn. 55; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, München, 2009, 16. Aufl., § 80 Rn. 12.

² 陳愛娥，〈「有效權利保護」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響〉，收錄於《行政訴訟論文彙編》，臺北：司法院編印，1998年5月，頁63。

³ 王慶泰，〈行政爭訟停止執行制度之研究—以我國法與日本法之比較為中心〉，中國文化大學法律研究所碩士論文，2010年，頁57-60；王鏘彥，〈論行政執行法上之停止執行〉，玄奘大學法律研究所碩士在職專班碩士論文，2011年，頁25；黃培鈞，〈行政訴訟暫時權利保護制度之研究—有效權利保護理論之觀察〉，高雄大學政治法律研究所碩士論文，2012年，頁43。至於德國法上，對於行政救濟法上暫時權利保護之法理基礎，一般認為係來自於基本法第 19 條第 4 項及各該基本權本質之要求，此外，其亦涉及官署行為與公共任務之滿足及公益維護等問題。vgl. Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 1), § 80 Rn. 1.

⁴ 對於起訴前停止執行請求之承認，一般認為係釋字第 353 號解釋之故，亦即該號解釋雖認同該時行政訴訟法不許人民於起訴前請求停止原處分之執行之規定，惟其於理由書一併表示：「……至為謀公共利益與個人利益之調和，而受處分人或利害關係人又能釋明其一經執行將有不能回復之重大損害，應否許其在提起行政訴訟前，聲請行政法院就其所爭執之法律關係定暫時狀態，應於行政訴訟制度改進時，一併循立法途徑解決之，以資兼顧，合併指明。」

⁵ 稅捐稽徵法第 50 條之 2 規定：「依本法或稅法規定應處罰鍰者，由主管稽徵機關處分之，不適用稅法處罰程序之有關規定，受處分人如有不服，應依行政救濟程序辦理。但在行政救濟程序終結前，免依本法第三十九條規定予以強制執行。」

對於稅捐罰鍰之停止執行特設有不同於一般規範之規定，惟因特別法上有關停止執行之問題甚為複雜，例如比較法上，德國行政法院法及租稅通則均有特別規定，囿於篇幅之故，爰不就特別法救濟程序之停止執行問題再行探究。另訴願前之先行程序之停止執行部分，考量該等程序並非憲法所稱救濟程序⁶，且該決定之作成僅係由原處分機關自行為之，益以相關決定之取得有其困難性，是為拙文所未加說明。惟以上相關議題尚有待釐清及確定，本文試整理我國相關學理及實務見解後，嚐試觀察行政訴訟法第 116 條部分規定所師法之德國行政法院法之部分規定⁷進行探討。而所以稱為部分規定之原因在於，德國行政法院法第 80 條以下有關行政救濟法上停止執行之規定係因訴願之提起即停止原處分

之執行，惟溯及自行政處分生效時發生停止效力，與我國不同之故；且該等規定並就若干情形設有例外，而有我國所未有之爭議問題；又關於停止執行之效果究為「執行說」或「效果說」，雖在我國尚無爭議，惟其於德國則有不同意見之爭議。是以期藉由拙文，得對於我國相關問題之解決得有所助益。

貳、訴願法上停止執行制度之相關問題

一、有關當事人是否得於提起訴願前，提出停止執行之申請⁸？

有認為訴願法就例外停止執行係單獨列為一項，故依文義解釋，只要符合停止執行之要件，行政機關即應停止執行；且基於對於人民訴願權之保障⁹，亦

⁶ 學者則有謂先行程序並非正式之爭訟等級，而僅係提供原處分機關重複處分或第 2 次裁決之機會，詳見吳庚，《行政爭訟法論》，自版，2012 年 2 月，修訂 6 版 1 刷，頁 464（註 6）；吳庚，《行政法之理論與實用》，自版，2015 年 2 月，增訂 13 版，頁 654（註 24）。亦有稱其為行政處分程序，而非行政爭訟制者，詳見葛克昌，〈暫時權利保護與稅法〉，發表於台灣行政法學會主辦之《公法上暫時處置及其權利救濟——公法上暫時權利救濟》研討會，2010 年 9 月 17 日，頁 114。

⁷ Vgl. Eyermann/Fröhler, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 15; Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, Heidelberg, 2005, 3. Aufl., § 80 Rn. 18; Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozessrecht, München, 2008, 7. Aufl., § 32 Rn. 2-3, 8.

⁸ 甚至有學者直接指明，訴願法停止執行制度，以提起訴願為其前提要件，詳見許義寶，〈論驅逐出國處分之停止執行〉，《警學叢刊》，第 35 卷 6 期（總號 160），2005 年 5 月，頁 282。另有認為，若不擬提起訴願時，僅得依行政執行法第 9 條規定，請求原處分之停止執行，如擬提起訴願或已提起訴願後，則僅得依訴願法第 93 條第 2 項規定，向受理訴願機關（非訴願管轄機關）提起停止執行之請求，詳見蔡志方，《行政救濟法新論》，元照出版社，2007 年 11 月，3 版 1 刷，頁 95-96、275-276。就此，拙文以為，行政執行法第 9 條之停止執行有其前提要件，亦即聲明異議之標的，限於執行之命令、程序或方法，與原處分並無絕對關係；又其於訴願後僅限於必須向受理訴願機關（非訴願管轄機關）提起停止執行部分，似與訴願法第 93 條規定不同，是文獻上即有認為，倘欲探討相關問題時，所應採取之方式為類推適用，詳見王鐸彥，前揭（註 3）文，頁 81 以下。

⁹ 蔡茂寅，〈停止執行決定之競合問題〉，《月旦法學雜誌》，2001 年 10 月，第 77 期，頁 19。

非必然排除類似民事訴訟法上保全程序之先行性¹⁰。對此，拙文以為，文義解釋者，應係對於法律條文之文字，就其形式上可能意義所為法學方法之詮釋，屬於法釋義學（Dogmatik）¹¹之理解，而對於此一問題，似乎並未有具體條文之存在而生爭議，蓋依訴願法第93條第2項規定，訴願之提起應係在停止執行之申請之前而存在，因此，就解釋方法而論，其似屬超越法律可能文義而為之目的性擴張方法；另暫時權利保護機制者，應不僅係於民事訴訟法學而存在，我國憲政實務上亦予承認，例如首次明文之釋字第585號，至於釋字第599號則係明確表示：「……為確保其解釋或裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而異……。」從而，對於此一問題之理解，似應認為，對照行政訴訟法第116條第3項，容許於行政訴訟起訴前即得提出停止執行之聲請，則似難想像於訴願法上之禁止理由，蓋於起訴前進行保全程序乃屬救濟制度之本質，而保全程序與停止執行同

為暫時權利保護機制之內涵，則以行政訴訟法之明文規定作為反對提起訴願前即得提出停止執行之申請之主張，則似有誤解暫時權利保護制度設計之應然。

有關上開說明之論據，從訴願法第93條第2項及第3項之內容以觀，如先就其對於原處分機關及行政法院提出停止執行之申（聲）請者為說明，似乎在文字解讀上，並無法得知其必然係在提起訴願後，始得為上開請求之結果。亦即依該文字之可能意義，似無法排除係於提起訴願前，即向其提出停止執行之申（聲）請。

至於向受理訴願機關提出者，應係因「受理訴願機關」之文字，致其於理解上認為，條文既已稱受理訴願機關，則顯見訴願之提起當然先於停止執行之請求。對於此一主張，拙文以為，似應就訴願程序之進程加以說明，於訴願實務上，應可想像訴願人先行向受理訴願機關提出停止執行後再行提起訴願之情形，而訴願法第93條對於停止執行之要件為「原行政處分之合法性顯有疑義者，

¹⁰ 蔡志方，前揭（註8）書，頁93；蔡進良，〈論行政救濟法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》，1999年4月，第47期，頁71。又蔡進良教授於此並提及另一問題為，倘駁回該訴願前之停止執行申請者，應類推適用訴願法第76條規定，併同本案處分提起訴願。對此，拙文以為，其見解甚具新意，惟其似有若干問題尚待解決。首先，訴願法第76條規定之法律效果為併同提起行政訴訟，惟此處之結果為併同提起訴願，則是否該操作已逸脫類推適用之法學方法，容待探究；又「權利保護必要」者，於訴願程序中亦屬應予思考之問題，而訴願人於提起訴願後，既可遵循訴願法第93條規定，向相關機關提出停止執行之申（聲）請，則是否仍有另行賦予其併同本案處分提起訴願之必要，亦待討論。

¹¹ 有關法釋義學之相關說明，詳見程明修，〈行政法釋義學〉，收錄於氏著之《行政法之行為與法律關係理論》，新學林出版社，2005年10月，2版，頁1以下。

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。」則通常提起停止執行者，應即對於上開要件已然充分敘明，是以，對照觀察訴願法第 1 條對於提起訴願之敘述係，人民認為行政處分違法或不當，致損害其權利或利益者，所提起之救濟方法，而對於原處分合法性提出顯然疑義，或主張原處分之執行將發生難以回復之損害者，應即可以認定已經該當於表明不服原處分。至少可將停止執行之請求理解為不服原處分可能立即執行之意義。從而，對於訴願法第 93 條所稱受理訴願機關之理解應可獲得疏緩，何況僅提出停止執行之申請，卻不提出訴願之請求者，於理論上似難以想像其存在之可能¹²。準此，藉由以上之說明，應以承認提起訴願前得為停止執行之請求始為妥適¹³。

二、「原行政處分之合法性顯有疑義」之概念內涵

於訴願法第 93 條第 2 項所稱「原行政處分之合法性顯有疑義」，有認為即

為同法第 80 條第 1 項之「原行政處分顯然違法或不當」，亦即與行政處分之「重大明顯瑕疵」幾近相同¹⁴，惟此與暫時權利保護之精神不符，蓋依其見解，上述「合法性顯有疑義」一詞係參照德國行政法院法第 80 條第 4 項第 3 句之「ernstlichen Zweifel」（重大疑義）（德國租稅通則第 361 條第 2 項及德國財務法院法第 69 條第 2 項亦同），惟依該國聯邦財務法院見解，該稅捐處分之違法性不須達到「壓倒性可能」之地步，而僅須有重大可能即可，又在我國之稅捐救濟案件，在即將執行與停止執行間有多種保全手段可以選擇，是依比例原則，在保全手段可以確保執行無虞之前提下，所謂「合法性顯有疑義」之概念應予從寬認定¹⁵。對於該主張，拙文以為，訴願法第 93 條第 2 項所稱「原行政處分之合法性顯有疑義」，似乎僅得認為係將該處分之合法性認定有「明顯」瑕疵之情形¹⁶，至於該瑕疵是否「重大」，允宜應由個案加以認定，且與是否停止執行尚無直接關係；又倘依該等見解而為操作，則當事人於此究應依訴願法第 93

¹² 此部分涉及停止執行與本案請求間，究為獨立或從屬關係之問題，詳如後述。

¹³ 比較法上之見解，以德國法為例，雖依德國行政法院法第 80 條第 1 項規定，當事人一提起訴願即產生溯及效力而停止原處分之執行，惟當事人之法律上陳述並非停止執行之前提要件。vgl. Kopp/Schenke, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 108,139; Eyermann/Fröhler, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 5,48.

¹⁴ 張自強、郭介恆，《訴願法釋義與實務》，自版，2008 年 7 月（再版），頁 401-402。至於其基於該見解所得結論則為，上開訴願法規定於操作之際應參照行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，而不宜率予引用。對於該見解，較令人費解的是，行政訴訟法第 116 條並無「原行政處分之合法性顯有疑義」之規定，致是否有該要件之適用資生爭議，則於此再參照該法第 116 條第 3 項規定究何所指，似有未明。

¹⁵ 葛克昌，前揭（註 6）文，頁 118-119。

¹⁶ 相同見解者，詳見洪家殷、陳清秀、郭介恆，《訴願制度回顧與展望》，行政院秘書處編印，2011 年 10 月，1 版 1 刷，頁 196（陳清秀執筆）；黃俊杰，《行政法》，三民書局股份有限公司，2011 年 10

條或行政訴訟法第 116 條規定，申（聲）請該處分之停止執行？抑或應依行政程序法第 113 條第 2 項規定，向原處分機關請求確認該處分為無效？似屬另一滋生之難題。

三、訴願繫屬中，向行政法院聲請停止執行遭駁回後，得否再向受理訴願機關或原處分機關申請停止執行？

對於此種與一般情形相反之狀況，學理上有認為，因行政法院裁判拘束原處分機關及受理訴願機關，故其不應受理該申請，以免混淆爭訟管轄層級¹⁷；惟倘申請人有新事實、新證據等類似再審事由者，則應例外同意之，以健全暫時權利保護制度¹⁸。對於此一問題，似應認為，於訴願繫屬中，向行政法院聲請停止執行，委實應屬特別情形，是於行政法院駁回其聲請後，由當事人回歸一般程序，而向受理訴願機關或原處分機關申請停止執行，倘認不應准許者，

則似有原則與例外之倒置問題¹⁹；且有關停止執行之請求並無期限規定²⁰；又該受理機關亦為依法有權受理之機關，所稱混淆爭訟層級問題，應係顧慮訴願及原處分機關於行政法院否准停止執行之聲請後，再行准許停止執行之申請，惟申請人既於此獲得有利之處置，則其於此再行爭訟之可能性甚低；且其倘為爭訟，則顯然不具權利保護必要²¹。

再者，所稱倘有新事實或新證據之再審事由者，與其所欲避免之爭訟層級混淆問題似亦無直接關係可言。從而，對於此一問題，於理論上似不應排除當事人提出申請之可能性。

四、向多數機關為停止執行之申（聲）請者，應如何確定適格之管轄機關？

學者認為，有關停止執行之申（聲）請，倘係由當事人同時向多數機關提出者，應可認為其係權利濫用，故應駁回其請求²²；倘係先後分別向數機關為停

月，修訂 3 版 1 刷，頁 668；徐瑞冕，《行政訴訟法》，五南圖書出版股份有限公司，2009 年 8 月，初版 1 刷，頁 330；陳計男，《行政訴訟法釋論》，三民書局股份有限公司，2000 年 1 月，初版，頁 730。

¹⁷ 結論上採取此一結果之相關說明係，先向行政機關提出申請乃向法院提出停止執行聲請之要件，是由上開順序推知，於法院程序開始後，自不得再向行政機關提出申請（vgl. Eyermann/Fröhler, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 60.），然其所稱順序及無不同情形存在之論據究為如何，似未予以敘明。

¹⁸ 蔡茂寅，前揭（註 9）文，頁 19。

¹⁹ 結論上採取此一結果者，所持之理由為，否定說並無法減輕法院負擔，相反的，只會在行政機關否准後，當事人再一次地請求法院介入（vgl. Eyermann/Fröhler, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 60.），然其所稱再次請求法院介入之情形，似未考量上開否定說之前提要件，亦即既然否定說認為不得於向法院提出聲請後，再向行政機關提出申請，則於行政機關否准該申請後，自無再由法院審查之可能。

²⁰ Vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, aaO.(Fn. 7), § 80 Rn. 70.

²¹ 羅金燕，〈行政處分停止執行法制研析〉，南華大學法律研究所碩士論文，2005 年，頁 49。

²² 吳庚，《行政爭訟法論》，自版，2012 年 2 月，修訂 6 版 1 刷，頁 465；吳庚，《行政法之理論與實用》，自版，2015 年 2 月，增訂 13 版，頁 695。不同意見者，詳見張自強、郭介恆，前揭（註 14）書，頁 398-399。

止執行之請求者，則應視其前後順序，而由受理在先之機關作成是否准許停止執行之決定，其餘在後者，則應不予受理或駁回²³。惟亦有認為，原處分機關具有優先管轄權²⁴；復有認為，於此之受理訴願機關始具有優先管轄權²⁵。

五、訴願法上停止執行之實務分析

(一)有關准否停止執行之通知方式各有不同

以臺北市政府為例，該府 102 年 10 月 2 日府訴二字第 10209144600 號訴願決定書：「……六、另關於訴願人申請停止原處分執行乙節，經審酌並無訴願法第 93 條第 2 項規定得停止執行情事，尚無停止執行之必要，併予指明……。」即僅於決定書內告知否准其停止執行之請求，惟該府亦有於訴願決定作成前，即以公文方式告知訴願人，例如 99 年 3 月 22 日府訴字第 09970001600 號訴願決定書：「……七、另訴願人申請停止原處分之執行乙節，業經本府以 99 年 1 月 14 日府訴字第 09970001610 號函通知訴願人，經審酌並無訴願法第 93 條規定得停止執行情事，尚無停止執行之必要，併予敘明……。」而新北市府部分，則係於訴願決定作成前，即以公文通知申請人是否准許其停止執行之申請，例

如該府 104 年 4 月 7 日北府訴決字第 1040082448 號訴願決定書；至於行政院部分，其處理方式與新北市政府相類，例如該院 104 年 4 月 23 日院臺訴字第 1040130943 號訴願決定書：「……所請停止執行原處分一節，核與訴願法第 93 條第 2 項規定要件不符，亦經本院 103 年 12 月 1 日院臺訴字第 1030069508 號函復不予同意，併予指明……。」

(二)有關否准停止執行申請之理由說明較為簡明

例如臺北市政府 102 年 7 月 18 日府訴二字第 10209106200 號訴願決定書：「……五、另有關訴願人申請停止原處分執行乙節，經審酌並無訴願法第 93 條第 2 項規定得停止執行情事，自無停止執行之必要，併予指明……。」此一作法是否與後述之「略式審查模式」有關，容待探究；而新北市政府及行政院部分，其否准停止申請之理由說明亦同。

(三)准許停止執行之案件寬嚴不一

臺北市政府 102 年 10 月 30 日府訴一字第 10209160600 號訴願決定書、101 年 2 月 15 日府訴字第 10109023400 號訴願決定書：「……五、……又有關訴願人申請停止原處分執行乙節，業經原處分機關以 100 年 12 月 22 日北市警預字第 10036893300 號函同意停止執行，併予指

²³ 吳庚，《行政法之理論與實用》，自版，2015 年 2 月，增訂 13 版，頁 654（註 25）、696。亦有認為此時為免使當事人可以規避訴願程序，故應依實務見解，以情形急迫，非由行政法院處理即難救濟者為限，詳見徐瑞冕，前揭（註 16）書，頁 330。

²⁴ 洪家殷、陳清秀、郭介恒，前揭（註 16）書，頁 199。

²⁵ 蔡震榮，〈再論訴願停止執行〉，《月旦法學雜誌》，2009 年 7 月，第 170 期，頁 169。

明……。」²⁶另 101 年 2 月 2 日府訴字第 10009144400 號訴願決定書：「……五、另訴願人申請停止執行乙節，前經本府以 100 年 11 月 23 日府訴字第 10009144410 號函同意停止執行；惟查訴願人爭執之事件非屬訴願救濟範圍之事項，已如前述，本件並無訴願法第 93 條第 2 項所定停止執行之情形，撤銷停止執行，併予敘明……。」值得注意者，為本件訴願決定於作成之際，特別於決定書中諭知撤銷原停止執行之通知，倘經對照該府准許停止執行後仍駁回訴願決定之案例，後者並未特別就其先前所為停止執行加以交代者，則本件決定即屬特別；行政院部分，該院 104 年 4 月 2 日院臺訴字第 1040128752 號訴願決定書：「……理由 按訴願法第 77 條第 6 款規定，訴願事件行政處分已不存在者，應為不受理之決定……至請求停止執行原處分一節，前經原處分機關以 104 年 1 月 9 日勞動發管字第 1040501662 號函同意停止執行原處分至本院訴願決定之日止，併予指明……。」明確指明該停止執行之終點²⁷，有助於爭議之發生，應予肯定。惟對照

104 年 3 月 26 日院臺訴字第 1040128097 號訴願決定書：「……至所請停止執行原處分至 104 年 4 月 1 日一節，業經原處分機關以 103 年 12 月 12 日勞動發管字第 1039800640 號函同意停止執行至本院訴願決定之日起 2 個月止，併予指明……。」可以得知，有關准許停止執行之效力終點，容有不同情形之可能，惟就理論而論，似以至訴願決定作成時為已足²⁸，而與此有關之規定則為訴願法第 94 條²⁹。

就此，比較法上，德國法係認為訴願程序之停止執行效力至該決定已不得聲明不服之時點為準，此係因該國行政法院法第 80 條之 2 第 1 項前段規定：「訴願及撤銷訴訟之停止執行效力，因訴願決定或判決確定而終結。」對此，拙文以為，各國對於該時點之界定或有不一，例如上開見解之理由即在於法律係希望停止執行之效力不中斷之故，然我國採取與德國不同之規範模式，亦即我國原則上不因提起救濟而停止原處分之執行，與德國正好相反之故。是本於相類思考，是否得謂我國法係希望不因

²⁶ 臺北市政府 101 年 2 月 15 日府訴字第 10109023500 號訴願決定書亦係原處分機關同意停止執行之案例。

²⁷ 相關之裁判，詳見臺北高等行政法院 98 年度停字第 28 號裁定：「……系爭處分嗣雖據相對人依訴願法第 93 條規定，以系爭暫緩執行函依職權暫時停止原處分之執行。惟……系爭處分之停止執行，係附加期間上限制……則於 3 個月內若訴願決定駁回者，聲請人仍有隨時蒙受原處分被執行之風險。且相對人於訴願期間內亦得隨時依職權撤銷停止執行（訴願法第 94 條參照）……原處分仍得繼續執行，聲請人仍有致無法回復之損害之虞，自有權利保護之必要……。」

²⁸ Vgl. Eyer mann/Fröhler, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 16; Posser/Wolff, Verwaltungsgerichtsordnung, München, 2008, § 80 Rn. 37.

²⁹ 蔡志方，〈訴願制度〉，收錄於翁岳生主編之《行政法（下）》，元照出版社，2006 年 10 月，3 版 1 刷，頁 326。

訴願人提起救濟而使行政處分之執行力過度受限，從而得認為停止執行之效力僅止於訴願決定之時，容待探究。此外，就行政院訴願決定書為觀察，其多由原處分機關（特別係勞動部）同意停止執行者³⁰。

然而，更值得吾人重視的毋寧是，上開訴願決定對於停止執行之判準均單以案件事實不符法定要件而為敘述，而未將個案原因事實及其法定要件之涵攝過程加以說明，委實甚為可惜。

四、特殊案例類型

1. 訴願決定機關對於原處分機關之否准停止執行之表示進行確認者

臺北市政府曾有就訴願人向原處分機關申請停止執行案件進行重申者，例如該府 103 年 6 月 26 府訴二字第 10309083900 號訴願決定書：「……六、另訴願人向原處分機關請求原處分停止執行乙節，經審酌並無訴願法第 93 條第 2 項規定得停止執行情事，業經原處分機關以 103 年 2 月 13 日北市都建字第 10365518500 號函復訴願人否准所請在案，併予敘明……。」就其作法，似有對於原處分機關否准停止執行之請求再行審認者，倘就其再次審認該申請是否符合停止執行之法定要件而論，該部分之表示應屬「第二次裁決」（Zweitbescheid）之一種；惟對於上開文字之理解倘係訴願決定機關重申原處分機關之否准表示，而未進行實質審核者，則該

形式上之重申表示，即應認為係「重複處置」。

2. 訴願人提起課予義務訴願惟誤為停止執行之請求者

臺北市政府 99 年 6 月 17 日訴字第 09970027500 號訴願決定書：「……五、另訴願人請求於訴願期間停止執行系爭處分乙節，查本件前經本府以 99 年 3 月 22 日府訴字第 09970027510 號函通知訴願人，其係申請核發停車場營業登記，而非其原營業登記遭原處分機關撤銷或廢止，是本案自始即無可供移送行政執行之標的存在，自無系爭處分之執行將發生難以回復之損害之可能，訴願人申請停止系爭處分，與訴願法第 93 條第 2 項所定得停止執行之要件不符，本案無停止執行之必要。縱然系爭處分經本府訴願決定撤銷，亦無停止執行之問題，併予指明……。」針對上開爭議，所涉及者乃非屬訴願程序事項之議題是否屬於應予闡明之事項。

3. 准許停止執行後仍為訴願駁回之決定

臺北市政府 98 年 7 月 20 日府訴字第 09870047800 號訴願決定書：「……六、另有關訴願人申請停止原處分執行乙節，前經本府以 98 年 4 月 23 日府訴字第 09870047810 號函停止前開處分之執行；惟查本案原處分機關所為處分並無違誤，已如前述，本案停止執行之事由已不存在，原處分自無續行停止執行

³⁰ 例如該院 104 年 3 月 12 日院臺訴字第 1040125855 號、院臺訴字第 1040126176 號等多號訴願決定書。

之必要，併予指明……。」值得深究的是，受理訴願機關先前准許停止執行之理由倘為原處分合法性顯有疑義者，則此處之判斷如何與其調和，容待究明。

4. 將停止執行之申請移轉管轄至原處分機關者

臺北市政府 97 年 6 月 4 日府訴字第 09770114700 號訴願決定書：「……五、另訴願人請求原處分暫緩執行乙節，業經本府訴願審議委員會以 96 年 12 月 5 日北市訴（信）字第 09631179010 號函請原處分機關處理逕復……。」如此作法是否符合訴願法規定意旨，似待討論，且亦與該府之前後作法似非一致。

5. 將其他法規並列為是否准許停止執行之依據者

新北市政府 103 年 1 月 20 日北府訴決字第 1022949435-1 號訴願決定書：「……六、另訴願人請求暫緩執行一節，依違章建築處理辦法第 6 條規定：『依規定應拆除之違章建築，不得准許緩拆或免拆。』及訴願法第 93 條規定：……本件違規情節屬實，依上開辦法第 6 條規定不得准許緩拆或免拆。又查本案並無合法性顯有疑義或因原處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事及為維護重大公共利益所必要之情形，亦與前揭訴願法第 93 條第 2 項規定不合，本府業以 102 年 11 月 20 日北府訴行字第 1023127976 號函駁回其申請，併予指明……。」所生之問題即為，姑不論是否得以概括授權之法規命令規範一律不准停止執行之妥適性問題，就上開辦法與

訴願法第 93 條規定所生矛盾，似屬不得忽視，就此，似應認為，訴願法既有就停止執行事項加以規範，則其效力當然優先於上開辦法而為適用。

6. 未告知是否准許停止執行或否准停止執行之申請後撤銷原處分者

例如臺北市政府 102 年 09 月 24 日府訴二字第 10209144900 號訴願決定書：「……五、另訴願人請求原處分停止執行乙節，查原處分既經本府訴願決定撤銷，自無停止執行之問題，併予指明……。」又新北市政府亦有相類案例，例如該府 102 年 12 月 20 日北府訴決字第 1021966921 號訴願決定書：「……主文原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處理。……六、……本件查無系爭處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事及為維護重大公共利益所必要之情形，本府業已 102 年 10 月 21 日北府訴行字第 1022906987 號函駁回其申請，又本件系爭處分既經撤銷，已無停止執行之實益，併予指明……。」102 年 12 月 2 日北府訴決字第 1022608151 號、102 年 11 月 8 日北府訴決字第 1022608122 號、100 年 2 月 11 日北府訴決字第 0990949871 號訴願決定書亦為同一情形。上開臺北市政府作法即係未先於訴願決定前告知訴願人是否准許停止執行，而於訴願決定作成時，訴願人始行知悉。如此，在原處分不因救濟之提起而停止執行之我國，是否妥適，容待探究；至於新北市政府部分，或許係囿於訴願法第 93 條第 2 項規定之要件為「原行政處分合法性

要件顯有疑義」之標準甚高，惟其至少應將其對於該要件之認定過程加以敘明。

7. 未依訴願法准否停止執行之要件進行審查者

例如新北市政府 99 年 1 月 5 日北府訴決字第 0980554657 號訴願決定書：「……五、另訴願人復請求原處分機關對原行政處分停止執行云云。然查本案林女之未成年子女張○琦、張○文等 2 人，既有居住事實，原處分機關催告訴願人攜帶相關證件至戶政事務所辦理遷徙登記，並無不合，原處分應予維持……。」而未就訴願法所定是否准許停止執行申請之要件，亦即原行政處分合法性要件顯有疑義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進行審查；97 年 10 月 28 日訴願決定書（案號：97020517 號）：「……三、……另訴願人申請停止執行部分，經查訴願人之主張非有明顯證據足資對於有利之認定，尚無停止執行之必要，且迄至 97 年 7 月 25 日止，訴願人尚未執行拆除，訴願人主張 10 日限期過短，亦無由成立……。」亦有相類情形。

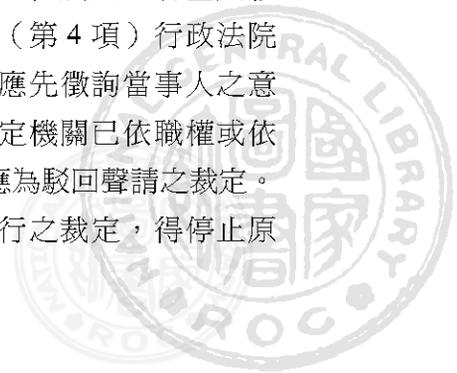
8. 認定原處分機關准否停止執行之申請非屬行政處分者

例如新北市政府 98 年 4 月 29 日訴願決定書（案號：97351405 號）：「……(二)另有關 97 年 9 月 30 日北縣拆認字第 0970042703 號函部分：雖係對訴願人 97 年 9 月 16 日申請停止執行所為否准之說明，惟亦係屬事實行為非屬行政處分，

訴願人對之提起訴願救濟，亦非適法。且查訴願人就系爭違章建築停止執行部分，已於 97 年 10 月 24 日經台北高等行政法院以系爭違章建築之拆除不會發生日後難於回復之程度而裁定聲請駁回，並於 97 年 12 月 18 日經最高行政法院裁定抗告駁回，併予敘明……。」如此見解是否妥適，似應詳細敘明其論證過程為宜，蓋於行政法院已就該案件為實體判決應否停止執行之際，逕自認定原處分機關之否准停止執行之表示為事實行為，實有未盡妥適之虞。

參、行政訴訟法上停止執行制度之相關問題

行政訴訟法第 116 條規定：「（第 1 項）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。（第 2 項）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。（第 3 項）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。（第 4 項）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。（第 5 項）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份。」第 117 條規定：「前條規定，於確認行政處分無效之訴訟準用之。」第 118 條規定：「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。」對於上開規定，謹說明相關問題如下，次就臺北高等行政法院及最高行政法院近期停止執行之實務見解加以分析與整理³¹：

一、行政法院受理停止執行聲請之事由是否包括「原行政處分之合法性顯有疑義」？

對於上開問題，有認為若予肯定³²，固然可以顧及行政救濟法之體系一貫，惟將造成起訴前及起訴後之不同；若採否定，則訴願法第 93 條第 3 項規定之適用將發生問題，因此，具體之解決方法應係將行政訴訟法第 116 條第 3 項之「於行政訴訟起訴前」限縮解釋為訴願決定後起訴前，而訴願法第 93 條第 3 項之「前項情形，行政法院亦得依聲請，停

止執行」解為訴願決定前，即訴願繫屬中，甚至訴願提出前³³。實務上之見解則見於高等行政法院 89 年度第 1 次法律座談會提案第 10 號，其決議認為：「行政訴訟法第一百十六條第三項起訴前聲請停止執行之要件，並未有『原行政處分合法性顯有疑義』之規定，故行政法院僅須就原處分或決定之執行，是否將發生難以回復之損害，且有急迫情事者，而於公益無重大影響等要件，予以審查即可³⁴，如未符合上述要件，即應予駁回。」對此，拙文以為，與其致力於對於相關條文進行限縮，而可能招致違反法律保留原則之指摘，不如正視該問題之存在，而認為本於文義解釋之當然結果，蓋訴願法第 93 條第 3 項既已規定：「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」而其所稱前項情形即包括「原處分適法性顯有疑義」，則行政法院於受理停止執行之事由至少於訴訟繫屬前即包括該事由³⁵。至於所稱起訴前或起訴後之不同，倘未能接受立法形成自由之主張者，亦可由法官於審理程序中，

³¹ 德國法上，並有認為，該國行政法院法第 80 條第 5 項，有關法院所為停止執行之作為部分，核屬暫時權利保護之最重要內涵，vgl. Friedhelm Hufen, aaO.(Fn. 7), § 32 Rn. 28.對於此種見解，拙文以為，我國訴願制度與德國不僅在制度定位、設計及實效上，尚有其重大差異，是該見解於我國應無適用餘地。蓋我國憲法第 16 條明文規範訴願權之保障；且我國訴願審議機關係獨立於原處分機關之外；又至少由原處分機關作成停止原處分執行之處置者並非罕見等具體情形，可能得知上開結論。

³² 就此議題採取肯定見解者，例如李建良，〈損害的難於回復與權利的暫時保護：《大埔農地徵收處分停止執行案》—簡析臺中高等行政法院 102 年度停字第 11 號裁定〉，《台灣法學雜誌》，2013 年 8 月 1 日，第 229 期，頁 95；洪家殷、陳清秀、郭介恒，前揭（註 16）書，頁 201。

³³ 蔡進良，前揭（註 10）文，頁 72-73。

³⁴ 學理上之相類見解，詳見吳庚，前揭（註 23）書，頁 696。

³⁵ 相同見解者，詳見盛子龍，〈行政訴訟法上行政處分停止執行制度析論〉，收錄於《行政訴訟制度相關論文彙編第 5 輯》，司法院編印，2007 年 12 月，1 版，頁 431。

依釋字第 371、572、590 號解釋及司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 1 款規定，於符合相關要件之前提下，聲請釋憲；另上開實務見解部分，姑不論其對於行政訴訟法第 116 條第 3 項之解讀是否正確，其顯有未正視訴願法第 93 條第 3 項規定之問題。

又有認為，對於此一問題，應視當事人所據以聲請之法律依據為何而定，亦即倘係依據訴願法第 93 條規定為聲請者，則行政法院即得就「原處分合法性顯有疑義」此一要件進行審查；反之，倘聲請之依據為行政訴訟法第 116 條規定者，則行政法院即不得就原處分適法性顯有疑義問題進行審查³⁶；亦有認為應視該案件現在繫屬之階段而分別適用各該法律規定³⁷。對此，拙文以為其之觀點就表面上而論並無疑義，惟其似與法官對於當事人之訴訟法上照顧義務問題，亦即法官之闡明權（Aufklärungsrecht）或闡明義務（Aufklärungspflicht）問題有關。而行政訴訟法第 116 條第 4 項前段規定：「行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。」同法第 125 條

第 2 項及第 3 項規定：「審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論。」「審判長應向當事人發問或告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。」是以，法官對於當事人所據以為依據之法律規定似有闡釋必要³⁸，從而，上開見解單以當事人所援引作為依據之法律規定作為此一問題之判斷是否妥適，似有再酌之必要³⁹。

二、對於行政訴訟法第 116 條第 2 項依職權停止執行規定之指摘

行政訴訟法第 116 條第 2 項規定：「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。」因其規定行政法院就訴訟繫屬中之案件，於認為該當上開要件時，得依職權而為停止執行之裁定，有違司法被動性格⁴⁰，似為我國所

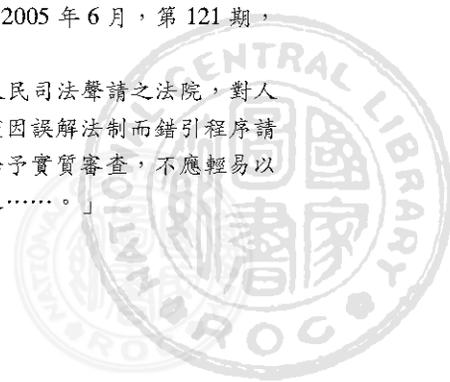
³⁶ 林清祥，〈行政訴訟法中停止執行制度實務之檢討（上）〉，《司法週刊》，2001年10月，第1051期。

³⁷ 陳清秀，《行政訴訟法》，元照出版社，2014年2月，6版2刷，頁94-95。惟須說明的是，上開見解於其後表示，此可理解為「請求權競合」，而可由當事人擇一行使或一併主張，詳見該書之頁778。

³⁸ 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》，2005年6月，第121期，頁120。

³⁹ 相類見解者，詳見最高行政法院103年度裁字第1479號裁定：「……受理人民司法聲請之法院，對人民聲請內容在訴訟法上之正確『定性』有關明義務，在當事人真意明確，僅因誤解法制而錯引程序請求之法規範者，為保障當事人之程序救濟權，應告知正確之請求依據，並給予實質審查，不應輕易以『程序請求不符被誤引之請求法規範構成要件』為由，而駁回當事人之請求……。」

⁴⁰ 蔡進良，前揭（註10）文，頁74。



獨創⁴¹。對於上開問題，拙文以為，我國行政訴訟法既係以民事訴訟法為基礎⁴²，則似乎可以對照民事訴訟法相關規定為觀察。就此，雖民事訴訟法並無停止執行之概念，惟其就私人間權利爭議事件，仍有賦予法院多項依職權遂行訴訟之規定，則於具有公益色彩之行政訴訟，基於客觀法秩序維護之故，而設有上開規定；益以行政訴訟法第118條亦規定：「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。」又比較法上，德國行政法院法第80條第7項亦規定：「對於依第5項規定所為之裁定，本案管轄法院得隨時變更或廢棄之……。」則規範法院得依職權而為停止執行之裁定似無不妥。

三、可否逕向行政法院為停止執行之聲請？

關於此一問題，爭議點主要在於，否定說⁴³之論者認為，倘同意此一作法，則將使聲請人規避訴願程序，例如高等行政法院89年度第1次法律座談會提案第6號，其決議認為：「受處分人或利害關係人尚未提起訴願前，並無不服原行政處分之表示，不能認有停止執行之利益。且訴願程序之目的在使行政機關

有自我審查之機會，不待訴願而逕向行政法院聲請停止執行，無異由行政法院直接為行政處分之審查，不僅規避訴願程序，使行政機關喪失自我審查之機會。關係人如充分利用此一程序，將耗費大量司法資源於停止執行之暫時權利保護，影響訴訟事件之審判。」同次法律座談會第7號，其決議認為：「訴願法第九十三條第二項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要，且行政法院係審查行政處分違法性之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。必須其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要而駁回其聲請，庶不致浪費司法資源。」同次法律座談會第8號，其決議認為：「行政訴訟法第一百十六條第三項之適用，雖不限於『訴願決定後起訴前』，惟適用該法條聲請停止執行，必須已向原處分機關或受理訴願機關申請未獲救濟（例如申請被駁回，或原處分機關或受理訴願機關不於適當期間內為准駁），或情況緊急須即時由

⁴¹ 陳世旻，〈行政爭訟上之暫時權利保護制度〉，中央警察大學法律研究所碩士論文，2000年，頁229；林素鳳，〈淺析行政訴訟法上之停止執行〉，《萬國法律》，2000年8月，第112期，頁19。

⁴² 吳庚，前揭（註23）書，頁621；吳庚，《行政爭訟法論》，自版，2012年2月，修訂6版1刷，頁4、16。

⁴³ 例如張自強、郭介恆，前揭（註14）書，頁403。

行政法院處理，否則難以救濟之情形，始得認有聲請利益（參陳計男著『行政訴訟法釋論』第七三〇頁以下）。」亦有認為，基於權力分立原則及司法之本質（保守性），如行政機關已可提供暫時權利保護之申請且無懈怠，則行政法院自應退讓⁴⁴；反之，肯定說之主張則係認為，法律並無禁止逕向行政法院為停止執行聲請之規定⁴⁵。對於此問題，拙文先就上開二說提出說明，即否定說所稱規避訴願程序之主張容有釐清必要，蓋停止執行既適用於撤銷訴訟，而該訴於我國係採訴願前置，是於暫時權利保護程序縱允許其逕向行政法院為停止執行之聲請，似亦無法使該本案之撤銷訴訟即得免除訴願程序之先行⁴⁶。學理上並有援引行政訴訟法第 116 條第 4 項規定：「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。」而謂其已預設，同一案件「同時」向行政法院及訴願機關聲請停止執行之可能性⁴⁷。

至於上開行政法院法律座談會所提

見解部分，拙文以為，第 6 號提案部分，如前所述，其實停止執行之法定事由或要件應可認為聲請人已對於原處分表明不服之意思，惟不解的是，當事人是否表明不服原處分之意思，與其所提請求是否具有訴之利益有何關係？又規避訴願程序主張之回應部分，已如前述；另現行行政訴訟徵收裁判費，是所稱耗費司法資源之主張應無成立可能。而第 7 號提案部分，所稱當事人可藉由訴願法第 93 條第 2 項規定，經由原處分機關或受理訴願機關獲得救濟部分，似有混淆停止執行案件之應然與實然，就此，或許行政法院上開決議之意思係在表示，倘當事人之案件申請符合訴願法規定，相關機關即應停止原處分之執行，惟縱由原處分機關或受理訴願機關進行該項程序之審查，不可否認的是，其所具有的可能僅係行政自我省思之功能，是於理論上徒增上開希冀，而忽視訴願法及行政訴訟法所要求之行政法院審查義務，容有不同意見提出之可能⁴⁸；又規避訴願程序主張之回應，亦如前所述；另其後段主張部分，拙文以為，雖係以對於

⁴⁴ 蔡志方，前揭（註 8）書，頁 96。

⁴⁵ 採此見解者，例如盛子龍，前揭（註 35）文，頁 416-417；張自強、郭介恆，前揭（註 14）書，頁 398-399。

⁴⁶ 學者上有相類之思考，惟其推論過程係認為，實體救濟程序既已採訴願先行，則暫時權利保護不應在程序上再設層層關卡，詳見林素鳳，〈向法院聲請停止執行有無必要之先行程序？〉，《台灣法學雜誌》，2012 年 2 月 15 日，第 194 期，頁 90。

⁴⁷ 李建良，〈環評訴訟權能之論證構造與停止執行之審查要件：《美麗灣渡假村停止執行案》一闡析高雄高等行政法院 102 年度停字第 7 號裁定〉，《台灣法學雜誌》，2013 年 12 月 1 日，第 237 期，頁 77。

⁴⁸ 例如比較法上即有認為，要求原處分機關認定其所作成之處分有所瑕疵者，實有困難，vgl. Eyermann/Fröhler, aaO. (Fn. 1), § 80 Rn. 38.

法律規定內容之解釋方式為之，惟恐有遭致限制人民自由權利之批評，且就實際而論，前段既已說明，當事人已可藉由訴願法第 93 條第 2 項規定，經由原處分機關或受理訴願機關獲得救濟，而無逕向行政法院聲請停止執行之必要，則何以現在又規範得逕向行政法院為該聲請之嚴苛要件呢？至於第 8 號提案部分之問題，則與第 7 次提案之後段部分相當。

附帶提及之問題為，學理上有認為，停止執行機關除得自行撤銷其所為之停止決定外，目前進行之救濟程序受理機關，於具備各該撤銷之原決定之要件時，得撤銷前一程序主管機關所為之停止決定⁴⁹。就此，拙文以為，其所指涉者，應係救濟制度設計使然，例如抗告法院得以撤銷原審法院所為停止執行之裁定。又該見解似亦涉及另一問題，即停止執行之效力終點為何？就此，拙文初步認為，訴願程序前之停止執行，其效力似不及於行政法院階段，否則恐有使行政

法院受訴願決定機關拘束之結果⁵⁰。

四、行政訴訟法第 116 條第 3 項是否亦有「原告之訴在法律上非顯無理由」之消極要件規定之適用

對照觀察訴願法及行政訴訟法規定，除前述相關爭議問題外，似仍有一問題尚待處理，亦即行政訴訟法第 116 條第 2 項尚有訴願法及行政訴訟法第 116 條第 3 項所未規範之消極要件—「原告之訴在法律上顯無理由者」，則所生之問題為，於訴願程序或起訴前向行政法院提起停止執行之請求時，受理機關是否亦須就該要件進行審查？對此，拙文以為，此似與停止執行請求之性質有關，而學理上對於此一問題有以該程序究為獨立或附屬程序之爭議⁵¹。就此，拙文以為，行政處分之停止執行既與保全程序同為暫時權利保護之機制內涵，而同為訴訟權之基本價值，學者並有認為，德國行政法院法第 80 條第 5 項具有「保

⁴⁹ 蔡志方，前揭（註 8）書，頁 98、278。

⁵⁰ 至於行政訴訟階段部分，則有認為應至該訴訟判決確定前為妥，對此，詳見林騰鶴，《行政訴訟法》，三民書局股份有限公司，2011 年 10 月，增訂 4 版 1 刷，頁 566；徐瑞冕，前揭（註 16）書，頁 339；陳計男，前揭（註 16）書，頁 738。至於認為應按我國暫時停止法制之理念及私益及公益均衡而為妥善之權衡者，詳見劉宗德、彭鳳至，〈行政訴訟〉，收錄於翁岳生主編之《行政法（下）》，元照出版社，2006 年 10 月，3 版 1 刷，頁 541。

⁵¹ 林明昕，〈行政爭訟上停止執行程序之實體審查標準〉，《行政院國家科學委員會專題研究計畫成果報告》，2004 年 11 月，頁 3-4；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 116 條第 2 項為中心〉，發表於《2005 行政管制與行政爭訟研討會》，2006 年 12 月，頁 4-5。明確表明各該機關所為暫時權利保護僅屬各該本案程序之附屬程序者，詳見蔡志方，前揭（註 8）書，頁 97、277。不同見解者，詳見陳清秀，前揭（註 37）書，頁 786；Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 1), § 80 Rn. 124。表明其為從程序（Nebenverfahren），惟又主張其為獨立程序（selbstständige Verfahren）者，詳見林騰鶴，前揭（註 50）書，頁 554。

全功能」⁵² (Sicherungsfunktion)，則相關議題之思考即可能具有同質性，是有關停止執行似可借助民事訴訟法上有關保全請求之相關基本思維為開展。至於民事訴訟法上有關保全請求之基本命題係如下：

(一)勝訴判決前：即民事保全請求僅得於勝訴判決前存在，否則應為假執行之問題。而在行政法之處理上，因我國行政訴訟法上並未設有假執行制度，是「勝訴判決前」此一要件即於停止執行事項並無適用⁵³，例如臺北高等行政法院 102 年度停字第 2 號裁定：「……經查，本院就本件停止執行事件之本案訴訟所為更一審判決，業經相對人合法提起上訴，而發生移審之效力，故該本案訴訟已與本院脫離關係，而繫屬於最高行政法院，揆諸首揭說明，本件停止執行事件，應由最高行政法院管轄，聲請人向本院聲請裁定停止執行，自屬違誤，爰依首揭規定，依職權裁定移送於最高行政法院……。」亦即，上開裁判之原告雖已取得更一審之勝訴判決，惟因對造提起上訴，致其倘欲停止原處分之執

行，即應再向上級審為停止執行之請求，從而，即無民事訴訟法有關上開概念之適用。

(二)本案請求不得被否認：此部分，民事訴訟法上係將保全請求定位為附帶請求之故所致。就此，於訴願法上之操作，拙文以為，該問題於此所涉及者係，倘訴願顯無理由者，即表示其本案請求已於程序上已經逕遭認定其請求於實體法上不能取得訴願有理由之決定者而言，從而，似難想像，訴願人之訴願駁回，惟其停止執行之請求仍然存在之情形；而在行政訴訟法上，亦可由行政訴訟法第 118 條規定：「停止執行之原因消滅，或有其他情事變更⁵⁴之情形，行政法院得依職權或依聲請撤銷停止執行之裁定。」獲得驗證，亦即倘有本案判決存在，且其判決結果不同於停止執行之裁定時，即應變更原裁定內容以符合實際⁵⁵。

再者，於訴願不合法，例如提起訴願已逾法定期間之情形，其本案請求原則上既為訴願不受理之結果⁵⁶，則似難想像主案之訴願案件經不受理之決定後，

⁵² Vgl. Eyermann/Fröhler, aaO. (Fn. 1), § 80 Rn. 55.

⁵³ 文獻上並有對於行政訴訟法未採假執行制度之作法有所質疑者，詳見陳世旻，同註 41 前揭文，頁 18。較為特殊者為，該文認為，「保全程序」、「停止執行制度」與「假執行制度」，在制度目的上同屬暫時權利保護制度。

⁵⁴ 對於行政訴訟法第 118 條規定，有認為該變更之情事不應包括裁定確定前已存在之事實，蓋其於該時並無任何變更可言，詳見劉宗德、彭鳳至，前揭（註 50）文，頁 542。

⁵⁵ 林騰鷗，前揭（註 50）書，頁 568；陳計男，前揭（註 16）書，頁 739。

⁵⁶ 此處所稱例外情形，即為訴願法第 80 條第 1 項規定：「提起訴願因逾法定期間而為不受理決定時，原行政處分顯屬違法或不當者，原行政處分機關或其上級機關得依職權撤銷或變更之。但有左列情形之一者，不得為之：一、其撤銷或變更對公益有重大危害者。二、行政處分受益人之信賴利益顯然較行政處分撤銷或變更所欲維護之公益更值得保護者。」之情形。惟該條之適用，於通常情形似不多見。

其暫時權利保護之請求得以單獨存在之情形⁵⁷，相同之問題亦發生在撤回本案請求之情形。就此，於行政訴訟之情形亦然。

惟就上開說明，有認為在行政訴訟部分，實務上停止執行之裁定通常明示其終點為本案判決確定時，故於此應無變更原裁定之必要⁵⁸。就此，所應思考之問題在於，原審法院之裁定如何拘束上級審法院？

(三)保全請求與本案請求須同一：此部分則涉及請求事項同一之認定，基本上可以區分為訴訟標的同一或原因事實同一兩種基本主張。而此於行政救濟法上之操作，即暫時權利保護之請求者，既係為保全即將被執行之權利，則所保全之權利與將來執行之權利即應相當。例如，倘原告在起訴前請求停止原撤銷建造執照處分之執行，惟事後在進行行政訴訟程序中，變更其訴訟類型為確認原撤銷處分為違法，就此，姑不論其訴訟類型選擇是否違反行政訴訟法第6條第3項之問題，其暫時權利保護類型即應予調整⁵⁹。

對於此一問題，學理上有認為上開規定應屬立法上之缺漏，故於適用上不應與同條第2項規定有所差異⁶⁰；另有援引德國通說而認為，依卷附資料，將本案訴訟勝訴可能性之預估，納入聲請有無理由之考量有其必要⁶¹。

五、行政訴訟法上其他停止執行問題之實務分析⁶²

(一)「略式審查模式」與「利益衡量模式」之建立與調整？

臺北高等行政法院99年度停字第87號裁定：「……是以行政訴訟法第116條第3項所定……其構成要件之詮釋，亦須在上開法理架構下為之。換言之：(1)法院首先要考慮聲請人本案請求在法院上獲得勝訴之蓋然性有多高。(2)再以個案中『情事急迫程度』與『公私公益之實際權衡』等因素，來決定是否要給予聲請人『停止執行原處分』之暫時權利保護……。」儼然與下述之德國審查模式相類。

與之相對的是最高行政法院103年度裁字第1479號裁定：「……最後有關

⁵⁷ 不過，如前所述，亦有認為，停止執行聲請之程序除與本案訴訟具有一定程度之關聯性外，本身應屬獨立程序，vgl. Eyermann/Fröhler, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 13,81.

⁵⁸ 徐瑞晃，前揭（註16）書，頁343。

⁵⁹ 劉宗德、彭鳳至，前揭（註50）文，頁539。

⁶⁰ 林騰鶴，前揭（註50）書，頁564；翁岳生主編之《行政訴訟法逐條釋義》，五南圖書出版股份有限公司，2006年7月，1版4刷，頁408；羅金燕，前揭（註21）文，頁85以下。

⁶¹ 劉宗德、彭鳳至，前揭（註50）文，頁539。

⁶² 此部分裁判資料之取得，係以「法源法律網」（www.lawbank.com.tw）設定條件為「臺北高等行政法院及最高行政法院」、裁判案由為「聲請停止執行」、裁判類似別為「裁定」及全文內容為「停止執行核准—抗告駁回—聲請駁回」而得。

『本案權利存在蓋然性之高低』在決定是否給予『暫時權利保護』時，應否審查一節，原裁定引用行政訴訟法第 116 條第 3 項之規定內容，而謂『本案請求勝訴機率之高低，非屬審查應否准停止執行時所應斟酌之因素』云云，但查：(1)本案勝訴之蓋然性高低，在本質上是所有保全許可決策所共通之審查因素，即使法無明文，在法律解釋上，依保全制度之基本法理，也當然應予斟酌⁶³（因為法院在依暫時權利保護法制，決定是否給予權利即時之保護時，一定要先認知到權利的存在）……。」；100 年度裁字第 1058 號裁定：「……聲請停止執行之要件，行政法院必須審查：(1)原處分或決定之執行是否將發生難以回復之損害？(2)是否有急迫情事？(3)是否於公益無重大影響或原告之訴非顯無理由？如未符合上述要件，即應予駁回……。」；臺北高等行政法院 100 年度停字第 91 號裁定⁶⁴：「……在具備以上積極條件（即第 116 條第 2 項本文規定）時，行政法院得依職權或依當事人之聲請裁定停止處分之執行……應注意事件是否具有『於公益有重大影響』『訴在法律上顯無理由』（即第 116 條第 2 項但書規定）等消極條件，此際，即需依比例原則，衡量當事人私益與公益孰為優先保護之對象，亦即，權衡停止執行之當事人利益以及不停止執行之公益，且雖非對本案

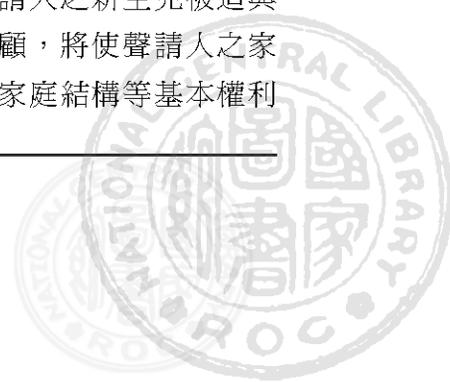
實質內容為判斷，仍須預估並考量本案勝訴機率而為總括審查，以為定奪……由於暫時的權利保護必須情況急迫，因此，其程序性質上屬於簡略的程序，亦即有關事實方面的訴訟資料，限於現存的證據方法，而且有關裁判的重要事實，僅需由聲請人釋明（具有可信性）即為已足……惟我國行政爭訟制度之設計重在行政效率維持，提起行政爭訟原則上不停止執行，強調『不停止執行之公益』，並為降低停止執行誤判而與本案裁判不一致之風險，就上述『消極要件』之審查，法院則應將原本適用之寬鬆審查密度予以調整，而改為嚴格之審查密度，合先敘明……。」上開裁判所顯示的是，我國行政法院對於停止執行案件之審查係按行政訴訟法第 116 條規定之文義加以操作，又配合其對於相關事實之證明採取「釋明」即為已足之主張，則大體上就結論而言，與下述德國模式相類，所不同的是，其並非採取分階段審查之方式，而係一體審查，且其對於「不停止執行之公益」採嚴格之審查密度。

(二)有關居留事件之審查較為寬鬆

臺北高等行政法院 100 年度停字第 39 號裁定：「……一旦執行原處分將聲請人強制出境，聲請人之新生兒被迫與母親分離而乏人照顧，將使聲請人之家庭團聚與維持健全家庭結構等基本權利

⁶³ 不同見解者，詳見徐瑞冕，前揭（註 16）書，頁 333。

⁶⁴ 相類見解者，如同院 99 年度停更一字第 3 號裁定。



遭受損害，縱令將來本案訴訟獲得勝訴，其損害亦難以回復或以金錢賠償。況聲請人訴請撤銷原處分之訴訟，自形式觀察，其實體法上之合法性並非一望即可確定，亦即在將來之本案訴訟中，聲請人並非在法律上顯無理由，且原處分如主文所示部分如停止執行，於公益亦無重大影響，是聲請人聲請原處分於本案訴訟確定前停止執行，揆諸首揭規定，並無不合，應予准許……。」與此相對者，乃將當事人權利進行嚴格解釋，而認為配偶間之同居義務不屬法律所保護者，例如最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議⁶⁵；惟上開裁判論證過程有待調整者為其遽以基本權作為主觀公權利，是否妥適，容有不同見解；另其主張原處分實體法上之合法性並非一望即可確定，似非行政訴訟法所要求審查之停止執行要件。另須補充說明的是，臺北高等行政法院所為准許停止執行之裁定亦多係針對居留事件所作成。

(三) 所稱難以回復之損害並非單以聲請人之角度為觀察⁶⁶

臺北高等行政法院 100 年度停字第 14 號裁定：「……本院認……依聲請人主張之事由尚非於法律上顯無理由，倘

執行系爭處分使聲請人於刊登公報期間，喪失與政府機關訂定提供緊急醫療服務之權利，如因而致金馬或其他地區人民發生救護不及甚至危及性命之重大損害，自屬難以回復。又此種損害隨時可能發生，即難認無急迫事由……。」上開裁判以原處分之執行恐生金馬或其他地區人民發生救護不及甚至危及性命之重大損害，從而為停止執行之裁定。就此，似未就該停止執行對於公益是否有重大影響加以說明，又其何以未將原處分之停止執行對於公益並無重大影響而列為輔助之論據，亦待釐清。相類見解者，詳請見 99 年度停字第 46 號裁定：「……經查，若原處分於行政救濟程序確定前，予以執行，將影響門診及後續須回診病患受醫療服務之權益，及生命身體之健康，此等損害，依一般社會通念，顯難謂能回復原狀，亦難純以金錢賠償，且依聲請人主張之理由，其行政救濟在法律上亦非顯無理由，本件如予停止執行，於公益尚無重大影響，核符合行政訴訟法第 116 條第 3 項聲請停止執行之規定。爰准如主文所示之聲請……。」

又倘依上開標準為操作，則「主觀公權利維護型」之行政訴訟色彩已然消退不少，蓋其使行政法院准許或否准停

⁶⁵ 該次決議內容為：「……外國護照簽證條例第 11 條……同條例施行細則第 6 條……可知，得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，該外國國民之本國配偶，並無為其申請居留簽證之公法上請求權。……公政公約第 23 條第 1 項……經社文公約第 10 條第 1 款前段……就如何之請求權內容及要件，並未明確規定，不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權。因此，外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。」

⁶⁶ 不同見解者，詳見徐瑞晃，前揭（註 16）書，頁 331。

止執行之聲請，均考量對於公益是否造成重大危害，而未衡酌原告之權利之損害，委難謂為公益與私益均勻衡量，而一般認為，法院於此一程序所應顧及之因素，除聲請人及聲請之相為人外，亦應慮及本案其他公益及私益，特別是其他參與人之利益⁶⁷。至於針對行政訴訟法第 116 條之規範模型而論，倘行政法院准許停止執行時，所應考量者為對於公益並無重大影響；惟於原處分續行（即否准停止執行之申（聲）請）時，依上開裁判見解，倘對於公益有重大影響時，亦不得為之。

肆、上開停止執行制度之審查基準 比較與分析—德國法之對照觀察

以上除已就停止執行之相關問題加以說明外，因於我國審查停止執行之請求尚涉審查相關要件應採何種標準之問題，是以下即就停止執行所涉審查基準部分予以說明⁶⁸。

一、停止執行之實體要件及相關問題

訴願法第 93 條第 2 項規定：「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。」行政訴訟法第 116 條第 2 項規定：「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。」

對於上開規定，一般認為，以行政訴訟法規定而論，其所規範之要件包括二個積極要件及二個消極要件⁶⁹。前者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；後者則為停止執行於公益有重大影響及原告之訴在法律上顯無理由。其中，有關「原告之訴在法律上顯無理由」者，在德國法上則以「本案勝訴希望之有無」稱之，此涉及其後將提及之德國「階段審查模式」。

而對於上開停止執行要件之舉證責任部分，有認為積極要件部分，應由聲請人負舉證之責；反之，消極要件部分，原則應由相對人負舉證責任，例外於處分有裁量逾越或濫用之情形，則應由聲請人負舉證責任⁷⁰。

此外，學者亦有主張，所謂「公共

⁶⁷ Vgl. Kopp/Schenke, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 1,125,153;陳愛娥，前揭（註 2）文，頁 53。

⁶⁸ 至於德國法上有以「武器對等原則」形容停止執行問題者。對此，拙文以為，在肯定當事人於此所要求對抗的是行政處分，且對之得向原處分機關、受理訴願機關及行政法院請求停止執行之前提下，要達到武器對等之情形，恐有其事實上之困難，vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, aaO.(Fn. 7), § 80 Rn. 2.又亦有以「風險分配」概念形容停止執行者，vgl. Friedhelm Hufen, aaO.(Fn. 7), § 32 Rn. 3.

⁶⁹ 林騰鷗，前揭（註 50）書，頁 557；林騰鷗，前揭（註 60）書，頁 406。

⁷⁰ 徐瑞晃，前揭（註 16）書，頁 338。

利益」並非僅止於該處分所欲追求之公益，而應同時權衡該處分之執行所可能危害之公益（包括難以回復之公益），且惟有該處分所欲追求之公益高於該處分所損害之個人權利及可能危害之公益時，始為不准停止執行之事由⁷¹。

而關於「難於回復之損害」，一般認為包括「不能回復原狀」、「不能以金錢補償」及「一般社會通念上，執行可認達到回復困難之程度」等三種情形⁷²。惟近來相關見解，均認為不宜僅以「是否得以金錢補償」作為判斷之唯一依據⁷³，蓋執行事項為金錢給付者，對於聲請人所生影響可能不止於金錢給付而已⁷⁴；亦有認為，應由權利保護觀點，考慮損害回復之困難程度，並調查損害之性質與程度，是對於現行住居所或營業所加以拍賣，則有使人失去住居所、營業所及營業永續經營之可能，又對於商譽、個人信用之損害及經濟效益之喪失，可能均非金錢所得以填補⁷⁵；另有認為，倘原處分之立即執行將生

「過於嚴苛之結果」時，應可認為係難以回復之損害⁷⁶。至於我國司法實務之見解，雖主要仍係以上開三種情形作為認定⁷⁷。對此，有認為只能以金錢加以賠償，顯見其損害難以回復原狀；且金錢賠償一般須有法律依據，如國家賠償法，而該法係以公務員有故意過失為前提，倘未具備該要件，縱原處分違法，當事人亦無法取得賠償⁷⁸。惟實務上近期已有不同主張之提出，例如最高行政法院103年度裁字第1479號裁定：「……實則『難以回復之損害』，固然要考慮將來可否以金錢賠償，但也不應只以『能否用金錢賠償損失』當成唯一之判準。如果損失之填補可以金錢為之，但其金額過鉅時，或者計算有困難時，為了避免將來國家負擔過重的金錢支出或延伸出耗費社會資源的不必要爭訟，仍應考慮此等後果是否有必要列為『難以回復損害』之範圍……。」可謂甚為精確之主張。

71 李建良，前揭（註32）文，頁94。

72 林明昕，前揭（註51）研究計畫成果報告，頁12；林明昕，前揭（註51）文，頁21；林騰鶴，前揭（註50）書，頁558；黃俊杰，前揭（註16）書，頁668；徐瑞冕，前揭（註16）書，頁330；陳計男，前揭（註16）書，頁732。

73 陳慈陽，〈行政停止執行〉，《台灣法學雜誌》，2015年1月1日，第263期，頁155。

74 陳英鈐，〈撤銷訴訟與行政處分之停止執行—人民權利保護的櫥窗〉，收錄於《行政法爭議問題研究（下）》，五南圖書出版有限公司，2000年12月，頁1025。

75 葛克昌，前揭（註6）文，頁119。

76 陳清秀，前揭（註37）書，頁785。

77 學者並有認為，我國實務偏重以欠缺「難以回復之損害」為由，而駁回聲請人之聲請，其在停止執行程序之實體審查標準的立場，顯然傾向所謂的「利益衡量」模式。詳見林明昕，前揭（註51）研究計畫成果報告，頁12。

78 陳清秀，前揭（註37）書，頁786。



二、德國法之審查模式

德國學說上對於行政爭訟案件是否應予停止執行之審查，有以下二種模式⁷⁹：

(一)略式審查模式 (summarisches Verfahren)

其係以原告在在本案之勝訴可能，亦即實體法上有無理由，作為決定是否停止執行之審查模式⁸⁰。於此，對於事實之調查並不要求與本案訴訟完全一致之證明程度，而係認為對於事實之存在，僅須使法院大致相信即為已足，亦即原告須盡「釋明」之義務⁸¹，以使法院產生確信即可。惟法院於此，仍須依職權調查事實，而不受當事人證據提出之拘

束。此外，該審查模式不僅須就事實加以確認，對於法律問題部分亦應予以處理⁸²。又既稱為略式審查，則法律上聽審 (rechtlichen Gehör) 之要求是否必要，尚有爭議⁸³。

(二)利益衡量模式

其僅排除在訴訟上顯無理由之情形，而不考量原告在實體上之有無理由，即對於准許停止執行與不准停止執行之利弊得失進行權衡之判斷，亦即主要是比較並評價「萬一當事人之停止執行聲 (申) 請照准，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聲 (申) 請否准，而事後當事人在本案程序上卻勝訴時，結果如何」等兩種假設性後果孰輕孰

⁷⁹ 盛子龍，前揭 (註 35) 文，頁 420-424。陳清秀，〈行政訴訟上之暫時權利保護〉，收錄於《行政訴訟論文彙編》，司法院編印，1999 年 6 月，頁 290-291；翁岳生主編，前揭 (註 60) 書，頁 408-409 (林明鏞執筆)；劉宗德、彭鳳至，前揭 (註 50) 文，頁 538-539；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〉，收錄於葛克昌、林明鏞主編之《行政法實務與理論》，元照出版社，2003 年 3 月，頁 256；康春田，〈論行政訴訟法上停止執行之審查標準〉，中正大學法律研究所碩士論文，2004 年，頁 60 以下。

⁸⁰ Vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, aaO.(Fn. 7), § 80 Rn. 85; Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, 2005, 4 Aufl., § 19 Rn. 1220.

⁸¹ 我國實務同此見解者，詳見最高行政法院 103 年度裁字第 1883 號、103 年度裁字第 1516 號等裁定。而我國學者同意採取此種標準者，詳見盛子龍，前揭 (註 35) 文，頁 437；李建良，前揭 (註 47) 文，頁 74；陳清秀，前揭 (註 37) 書，頁 786；陳計男，前揭 (註 16) 書，頁 735；馬鴻驊，前揭 (註 38) 文，頁 119。其實此一要求亦可由釋字第 353 號解釋得知，蓋其於解釋理由書表示：「……至為謀公共利益與個人利益之調和，而受處分人或利害關係人又能釋明其一經執行將有不能回復之重大損害，應否許其在提起行政訴訟前，聲請行政法院就其所爭執之法律關係定暫時狀態，應於行政訴訟制度改進時，一併循立法途徑解決之，以資兼顧，合併指明。」對於略式審查之內容採不同見解者，vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, aaO.(Fn. 7), § 80 Rn. 87; Jörn Ipsen, aaO.(Fn. 80), § 19 Rn. 1220; Friedhelm Hufen, aaO.(Fn. 7), § 32 Rn. 19.

⁸² Vgl. Kopp/Schenke, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 158; Bull/Mehde, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungslehre, Heidelberg, 2005, 7 Aufl., § 24 Rn. 1073-1074.

⁸³ 採否定見解者，vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, aaO.(Fn. 7), § 80 Rn. 81. 採否定見解者，vgl. Friedhelm Hufen, aaO.(Fn. 7), § 32 Rn. 40.

重⁸⁴。此種審查模型並為德國聯邦憲法法院法第 32 條⁸⁵所採，稱之為「雙重假設標準」（Doppelhypothese）。

至於通說則係融合以上二說，而採「階段審查模式」（Stufensystem）⁸⁶，即於第一階段先審查行政處分是否顯然違法或原告之訴是否顯無理由，若為否定始行進行第二階段，於此則進入個案之利益衡量。

此外，我國學者亦有不同於上開德國法之審查模式者⁸⁷，惟其內容多與上開模式相類，至於與我國上開實務見解較為接近之審查模式則係該停止執行之申請⁸⁸：

1. 須具備積極要件：即原處分或訴願決定之執行將生難以回復之損害，且情形急迫。否則應以裁定駁回其聲請。

2. 須不具備消極要件：即須原告之本案請求並非顯無理由，且停止執行對於公益並無重大影響。否則亦應以裁定駁回其聲請。

對於上開德國「階段審查模式」之初步觀察情形，其第一階段所稱略式審查其實應屬必然發生之結果，蓋就訴訟之進程而論⁸⁹，停止執行既係於本案訴

訟之結果作成前即已提出聲請，則相關訴訟資料就一般情形而論，應較本案訴訟判決作成時為少；且當事人或參加人之攻擊防禦方法之提出可能性亦較本案訴訟時為少。是以，行政法院於作成是否停止執行之裁定時，其進行略式審查當屬事件之所當然。倘上開認知並無重大錯誤，則所稱階段審查是否仍有重大意義似待深究。從而，對比我國向來係將停止執行聲請之要件區分為積極要件與消極要件為觀察之操作模式是否必然較為劣後，容待其他論證或說明始為妥適。

當然，不可否認的是，建構階段審查模式，委實係一較具效率之作法，不過該作法其實早已存在於我國訴訟實務。亦即，我國訴訟或訴願程序均有就程序要件及實體要件進行分別，而各別賦予其不同之法律效果。又我國地方法院行政訴訟庭受地方法院民事訴訟及刑事訴訟分別於 96 年 5 月 1 日及同年 6 月 1 日起，由臺灣高雄地方法院採用「案件流程管理制度」（Case Flow Mangement）之影響，將案件分為「審查庭」及「審判庭」之不同階段，而由前階段先行進

⁸⁴ Vgl. Bader/Funke-Kaiser/Stuhlfauth/von Albedyll, aaO. (Fn. 7), § 80 Rn. 42,57; 林明昕, 前揭 (註 51) 文, 頁 29; 康春田, 前揭 (註 79) 文, 頁 61。

⁸⁵ 所須說明的是, 德國聯邦憲法法院法第 32 條係有關「假處分」之規定, 與拙文所述之「停止執行」雖同屬暫時權利保護之概念, 惟二者間尚有若干不同之處。

⁸⁶ Vgl. Eyermann/Fröhler, aaO. (Fn. 1), § 80 Rn. 72 ff.; Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 1), § 80 Rn. 125-127。

⁸⁷ 盛子龍, 前揭 (註 35) 文, 頁 435 以下; 蔡震榮, 前揭 (註 25) 文, 頁 181-182。

⁸⁸ 陳敏, 《行政法總論》, 自版, 2007 年 10 月, 5 版, 頁 1569 以下。

⁸⁹ 德國對於「略式審查模式」之學理見解則多以該程序有其時間上之急迫性作為說明。vgl. Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 1), § 80 Rn. 158。

行過濾之作用，其後，司法院並於 102 年 12 月 30 日訂定「地方法院辦理民刑事訴訟案件流程管理實施要點」，並自 103 年 9 月 4 日生效⁹⁰。而就行政訴訟法第 116 條規定而論，應已可將原告之訴顯無理由理解為第一階段之審查；至於第二階段之利益衡量，其實即係該條規定於實際操作之際，應將相關要件置於何一位置以為判斷。

附帶提及，行政訴訟法第 299 條規定：「得依第一百十六條請求停止原處分或決定之執行者，不得聲請為前條之假處分。」學者有解讀為停止執行對於假處分具有優先性，是稱之為「假處分之輔助性原則」⁹¹。對此，拙文以為，停止執行與假處分二者同為暫時權利保護機制之手段，所適用之對象並不相同，即前者適用於撤銷訴訟及確認處分無效訴訟，後者則係適用於課予義務訴訟、其他確認訴訟及一般給付訴訟⁹²，是應無何者應優先適用之問題。

三、附論－有關停止執行裁定之強制執行

我國一般於探討行政救濟法上停止執行之議題時，多僅就停止執行之相關要件等事項進行說明，惟於法治國家之發展進程而論，勢將進入當事人取得停止執行之裁定後，有關該裁定究應如何遂行之問題。就此，我國「中科三期開發案」即係一鮮明之案例⁹³。就此，學者有謂，其得據該裁定為強制執行之法律依據為行政訴訟法第 305 條第 1 項規定：「行政訴訟之裁判命債務人為一定之給付，經裁判確定後，債務人不為給付者，債權人得以之為執行名義，聲請地方法院行政訴訟庭強制執行。」而其理由則以該項規定有關「裁判」之文字，於文義上可以包括裁定在內，且由該法第 116 條第 5 項規定可以得知，停止執行即係命債務人為一定之給付之裁判⁹⁴；惟亦有主張上開規定僅適用於給付判決，至於其理由則係對照觀察同條第 4 項規定而得⁹⁵。另執行程序與方法則係依同法第 306 條，由地方法院行政訴訟庭依強制執行法第 128 條及第 129 條規定，以怠金或管收⁹⁶方式而為執行⁹⁷。

⁹⁰ 針對「案件流程管理制度」之介紹，詳見蔡惠如，〈智慧財產裁判妥速之新思維〉，《台灣法學雜誌》，2009 年 10 月 1 日，第 137 期，頁 64；吳從周，〈民事審判程序之促進—以不修法為前提下之本土觀察—〉，《台灣法學雜誌》，2009 年 10 月 1 日，第 137 期，頁 58 以下。

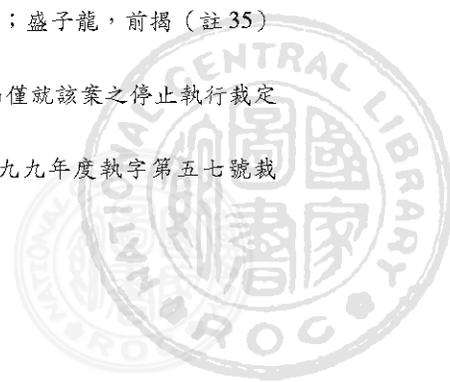
⁹¹ 林素鳳，前揭（註 46）文，頁 85。

⁹² Vgl. Eyermann/Fröhler, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 3; Kopp/Schenke, aaO.(Fn. 1), § 80 Rn. 12,15; Friedhelm Hufen, aaO.(Fn. 7), § 32 Rn. 7；劉宗德、彭鳳至，前揭（註 50）文，頁 536；盛子龍，前揭（註 35）文，頁 413。

⁹³ 對於「中科三期開發案」，拙文無力對於該案進行全面性之分析與說明，而僅就該案之停止執行裁定究應如何執行議題進行簡要說明，以期完備拙文之架構。

⁹⁴ 李建良，〈中科三期開發案停止執行之強制執行—兼評臺北高等行政法院九九年度執字第五七號裁定〉，《台灣法學雜誌》，2010 年 10 月 1 日，第 161 期，頁 43-44。

⁹⁵ 黃培鈞，前揭（註 3）文，頁 76。



伍、結語

停止執行者，乃暫時權利保護機制之一，於行政救濟法上係適用於訴願法中之撤銷訴願及行政訴訟法中之撤銷訴訟及確認處分無效訴訟，惟因篇幅之故，是未將行政執行法上停止執行議題亦納入討論。而在上開說明中，除各該單元之文末對於訴願及行政訴訟之實務見解為整理及分析外，茲分別針對訴願法及行政訴訟法上停止執行制度之相關問題及見解加以簡要說明：

一、有關訴願法所涉停止執行議題

(一)當事人是否得於提起訴願前，提出停止執行之申請？

就此，對照行政訴訟法第 116 條第 3 項，既容許於行政訴訟起訴前即得提出停止執行之聲請，則似難想像於訴願法上之禁止理由，蓋於起訴前進行保全程序乃屬救濟制度之本質，而保全程序與停止執行同為暫時權利保護機制之內涵。

(二)關於訴願法第 93 條之「原行政處分之合法性顯有疑義」之概念內涵。

於此，似乎僅得認為係將該處分之合法性認定有「明顯」瑕疵之情形，至於該瑕疵是否「重大」，允宜應由個案加以認定，且與是否停止執行尚無直接

關係；又倘依該等見解而為操作，則當事人於此究應依訴願法第 93 條或行政訴訟法第 116 條規定，申（聲）請該處分之停止執行抑或應依行政程序法第 113 條第 2 項規定，向原處分機關請求確認該處分為無效？似屬另一滋生之難題。

(三)於訴願繫屬中，向行政法院聲請停止執行遭駁回後，得否再向受理訴願機關或原處分機關申請停止執行？

對於此一問題，似應認為，於訴願繫屬中，向行政法院聲請停止執行，委實應屬特別情形，是於行政法院駁回其聲請後，由當事人回歸一般程序，而向受理訴願機關或原處分機關申請停止執行，倘認不應准許者，則似有原則與例外之倒置問題；且有關停止執行之請求並無期限規定；又該受理機關亦為依法有權受理之機關，所稱混淆爭訟層級問題，應係顧慮訴願及原處分機關於行政法院否准停止執行之聲請後，再行准許停止執行之申請，惟申請人既於此獲得有利之處置，則其於此再行爭訟之可能性甚低，況其倘為爭訟，則顯然不具權利保護必要。從而，對於此一問題，於理論上似不應排除當事人提出申請之可能性。

(四)另向多數機關為停止執行之申（聲）請者，應如何確定適格之管轄機關？

⁹⁶ 對於以管收方式處理者，拙文以為似有困難，蓋有關行政處分之停止執行義務按通常情形應係存在於機關，是如何對於機關進行管收，抑或為求實效而對於該機關代表人進行管收，似屬困難之問題。

⁹⁷ 李建良，前揭（註 94）文，頁 43-45。

雖有認為其係權利濫用，故應駁回其請求；惟倘係先後分別向數機關為停止執行之請求者，則應視其前後順序，而由受理在先之機關作成是否准許停止執行之決定，其餘在後者，則應不予受理或駁回；又有認為，原處分機關具有優先管轄權；復有認為，於此之受理訴願機關始具有優先管轄權。

二、有關行政訴訟法上所涉停止執行議題：

(一)就行政法院受理停止執行聲請之事由是否包括「原行政處分之合法性顯有疑義」？

對此，雖有正反不同意見之提出，實務上之見解並有高等行政法院 89 年度第 1 次法律座談會提案第 10 號之提出。對此，拙文以為，訴願法第 93 條第 3 項既已規定：「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」而其所稱前項情形即包括「原處分適法性顯有疑義」，則行政法院於受理停止執行之事由至少於訴訟繫屬前即包括該事由在內。

(二)對於行政訴訟法第 116 條第 2 項依職權停止執行規定之指摘

我國行政訴訟法既係以民事訴訟法為基礎，則似乎可以對照民事訴訟法相關規定為觀察。就此，雖民事訴訟法並無停止執行之概念，惟其就私人間權利爭議事件，仍有賦予法院多項依職權遂行訴訟之規定，則於具有公益色彩之行政訴訟，基於客觀法秩序維護之故，而設有上開規定；益因行政訴訟法第 118

條亦規定：「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。」且比較法上，德國行政法院法第 80 條第 7 項規定：「對於依第 5 項規定所為之裁定，本案管轄法院得隨時變更或廢棄之……。」則規範法院得依職權而為停止執行之裁定似無不妥。

(三)可否逕向行政法院為停止執行之聲請？

對此，雖亦有正反不同意見之提出，實務上之見解並有高等行政法院 89 年度第 1 次法律座談會提案第 6 號之提出，惟否定說所稱規避訴願程序之主張容有釐清必要，蓋停止執行既適用於撤銷訴訟，而該訴於我國係採訴願前置，於暫時權利保護程序縱允許其逕向行政法院為停止執行之聲請，似亦無法使該本案之撤銷訴訟即得免除訴願程序之先行。

(四)行政訴訟法第 116 條第 3 項是否亦有「原告之訴在法律上非顯無理由」之消極要件規定之適用？

拙文以為，行政處分之停止執行既與保全程序同為暫時權利保護之機制內涵，而同為訴訟權之基本價值，學者並有認為，德國行政法院法第 80 條第 5 項具有「保全功能」(Sicherungsfunktion)，則相關議題之思考即可能具有同質性，是有關停止執行似可借助民事訴訟法上有關保全請求之相關基本思維為開展。就此，謹以「本案請求不得被否認」為事例以為說明，於訴願法上之操作，拙文以為，該問題於此所涉及者係，倘訴

願顯無理由，即表示其本案請求已於程序上逕遭認定其請求於實體法上不能取得訴願有理由之決定，從而，似難想像，訴願人之訴願駁回，惟其停止執行之請求仍然存在之情形；而在行政訴訟法上，亦可由行政訴訟法第 118 條規定：「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。」獲得驗證，亦即倘有本案判決存在，且其判決結果不同於停止執行之裁定時，即應變更原裁定內容以符合實際。

三、德國法之對照觀察：

於此，拙文試以德國法為對照，而對於我國停止執行之實體要件及相關問題與德國進行對比；次則對於德國法有關停止執行之審查模式—略式審查模式（*summarisches Verfahren*）及利益衡量模式進行整理與分析。而德國通說則係融合以上二說，而採「階段審查模式」（*Stufensystem*），即於第一階段先審查行政處分是否顯然違法或原告之訴是否顯無理由，若為否定始行進行第二階段，於此則進入個案之利益衡量。

以上，對於訴願法及行政救濟法上行政處分停止執行之規定與實務見解進行之說明與分析，益以德國法之觀點等進行考察，其目的在於完備該等規定之內涵，以期對於人民權利之保障得以獲得實踐，進而符合憲法保障人民基本權之意旨，最終達成法治國家之要求。

