

憲法法庭宣告確定終局裁判違憲之判決效力

梁志偉*

壹、前言

憲法訴訟法於 2022 年 1 月 4 日正式施行，其中以人民為聲請主體的憲法訴訟類型規定於憲法訴訟法第 59 條，除包含修正前司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 5 條第 1 項第 2 款已存立的「法規範憲法審查」程序外，新設的「裁判憲法審查」程序，將「確定終局裁判」本身納入憲法法庭進行憲法審查之客體，擴張人民提起憲法訴訟得以主張的程序標的範圍，使憲法上權利救濟體系更加完備¹。人民聲請憲法審查之程序固兼具保障人民憲法上權利及維護客觀憲政秩序之雙重立法目的²，然就聲請人而言毋寧更關切所聲請的確定終局裁判原因案件得否獲得有效之救濟。當憲法法庭審理裁判憲法審查案件認定聲請人的聲請為有理由，此時所作成之判決應具備何等內容？該判決對於聲請人的原因案件發生如何之影響？該判決作成後管轄法院應如何處理？凡此問題涉及憲法法庭宣告確定終局裁判違憲之判決效力，本文擬從憲法訴訟法關於裁判憲法審查有理由之判決規範依據出發，初步勾勒出憲法法庭諭知確定終局裁判違憲的形貌及作用，進而再就判決效力之內容觀察，分析憲法法庭判決作成後對於當事人與管轄法院的影響，綜合提出本文的研究意見，期能對憲法訴訟法制建構系統性的思考觀點，並提供人民提起憲法訴訟的實務運用參考。

貳、憲法法庭判決確定終局裁判違憲之內容

一、裁判憲法審查聲請有理由之判決基礎

憲法法庭審理裁判憲法審查案件如認為確定終局裁判並未違憲者，即人民之聲請無理由，即應為「不違憲」（合憲）之宣告，駁回聲請人的聲請³。至於憲法法庭審理裁判憲法審查案件如認聲請有理由者，依憲法訴訟法第 62 條第 1 項規定：「憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院；如認該確定終局裁判所適用之法規範違憲，並為法規範違憲之宣告。」，本條項前段規定之「該確定終局裁判違憲」，對應憲法訴訟法第 59 條第 1 項所定人民對於受不利確定終局裁判之「該裁判」本身認有牴觸憲法者，憲法法庭判決宣告之標的。至於本條項後段規定之「該確定終局裁判所適用之法規範違憲」，則係呼應憲法訴訟法第 59 條第 1 項所定人民對於受不利確定終局裁判「所適用之法規範」認有牴觸憲法者，憲法法庭判決宣告之標的。憲法訴訟法第 62 條第 1 項後段關於憲法法庭對人民聲請憲法審查所為法規範違憲之宣告內容，配合同條第 2 項規定：「第五十一條及第五十二條規定，於前項判決準用之。」與國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查案件之宣告程序與方式尚無不同⁴，由於學理上針對法規範憲法

* 本文作者為陽銘法律事務所主持律師。

1. 關於裁判憲法審查制度的本質定性及目的功能之說明，參林石猛、梁志偉，憲法法庭作為「第四審」？—論裁判憲法審查程序之本質及功能，月旦法學雜誌，第 288 期，2019 年 5 月，第 37 頁至第 49 頁。
2. 參司法院釋字第 445 號解釋理由書闡述：「人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的。」

3. 參吳信華，憲法訴訟法講座：第二講—「裁判憲法審查」，月旦法學教室第 201 期，2019 年 7 月，第 42 頁；須注意的是，憲法訴訟法第 32 條規定：「聲請不合法或顯無理由者，憲法法庭應裁定不予受理。」及憲法訴訟法第 62 條第 2 項前段規定：「審查庭就承辦大法官分受之聲請案件，得以一致決為不受理之裁定，並應附理由。」所示之裁定不受理情況，相較於憲法法庭「受理」裁判憲法審查案件審理結果認定聲請「無理由」而「駁回」聲請之情形，前者係程序不合法，後者則係實體無理由，兩者有所區別。

審查之判決效力已有全面及基礎性的討論⁵，故本文的研究主題側重聚焦在純粹裁判憲法審查（即確定終局裁判所適用之法規範合憲但該裁判本身違憲⁶）案件之判決宣告及效力的探究。

觀諸憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段規定之立法理由，指明裁判憲法審查聲請有理由之判決功能：「（一）人民聲請本節案件，無論係主張確定終局裁判所適用之法規範違憲致該裁判當然違憲，或者僅主張確定終局裁判違憲，憲法法庭經審理結果，認人民之聲請有理由時，均應直接廢棄該確定終局裁判，使管轄法院再為審理，而無庸循現行制度，要求人民復須借助再審或非常上訴等制度，始得完整之救濟。爰於本項前段規定，憲法法庭認人民之聲請有理由者，應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲，並廢棄之，發回管轄法院。（二）各法院之法律審法院與事實審法院間，依訴訟法之規定分工，有其功能之界限，法律審法院不介入認定事實及取捨證據。裁判憲法審查制度，旨在審查裁判在解釋法律及適用法律時，是否有誤認或忽略基本權利重要意義，或違反通常情況下所理解的憲法價值等情事，性質上亦屬法律審，自亦不應介入認定事實及取捨證據。爰參考德國聯邦憲法法院法第九十五條第二項對於確定終局裁判提起之憲法訴願有理由時，德國聯邦憲法法院應將該裁判廢棄發回管轄法院，並不自為裁判之規定，於本項明定憲法法庭如認聲請有理由者，而廢棄該確定終局裁判時，發回管轄法院再為審理。」

對此，我國憲法訴訟法建置之裁判憲法

審查程序，係繼受自德國法上的判決憲法訴願 (Urteilsverfassungsbeschwerde) 制度而來，則裁判憲法審查之判決宣告方式及理論根基，固可參考德國聯邦憲法法院法相關規定、德國學理及聯邦憲法法院裁判等資料為憲法訴訟法學研究的借鏡對象，然憲法訴訟法與德國聯邦憲法法院法之規範內容究非全然一致，是在理解憲法法庭宣告確定終局裁判違憲之判決內容，須先考量憲法訴訟法相關規定的規範體系，如有透過德國法補充的理論形成空間，再循比較分析的路徑適度移植至我國法以期說理周延。以下本文將細部分析憲法訴訟法第 62 條第 1 項規定及憲法訴訟法的相關規定，佐以德國聯邦憲法法院法理論與實務的經驗，掌握裁判憲法審查聲請有理由的判決形貌與意涵。

二、裁判憲法審查聲請有理由之判決形態

（一）憲法法庭宣告裁判違憲的模式

憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段規定所謂「人民之聲請有理由」，在本文探討純粹裁判憲法審查案件的前提下，係指憲法法庭審理結果認定聲請人據以聲請之確定終局裁判內容（諸如事實認定、對於法律的解釋與適用，裁判結果乃至訴訟程序上之行為等⁷）有牴觸憲法的情形而言。具體狀況如學理上有認為實質上歸類為裁判憲法審查案件之司法院釋字第 242 號解釋⁸，該號解釋表示：「…國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，嚴重影響其

4. 參憲法訴訟法第 62 條立法理由三、（二）：「本節人民聲請法規範憲法審查案件，與本章第一節關於國家機關、立法委員聲請法規範憲法審查案件，均為法規範憲法審查，其宣告程序與方式，應無不同，爰於第二項規定準用本法第五十一條規定，憲法法庭宣告法規範違憲應於判決主文內為之。」及三、（三）：「本章第一節就判決宣告法規範違憲失效之相關規定，於本節案件，應可援用，爰於第二項規定準用本法第五十二條規定。」之說明。

5. 憲法訴訟法於 2019 年 1 月 4 日修正公布後有關法規範憲法審查之判決

效力的文獻，參許辰舟，憲法訴訟法簡介及相關問題淺析，司法周刊第 2084 期文選別冊，2021 年 12 月，第 17 頁以下；楊子慧，憲法法院法規違憲審查之裁判類型與效力，收錄於氏著「憲法訴訟（二）」，元照出版，初版，2020 年 10 月，第 290 頁以下；吳信華，憲法訴訟基礎十講，元照出版，初版，2019 年 9 月，第 116 頁以下。

6. 學理上有稱此類法適用的違憲審查係真正的裁判違憲審查。參楊子慧，裁判憲法審查初探，收錄於氏著「憲法訴訟（二）」，元照出版，初版，2020 年 10 月，第 28 頁。

家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸。」，宣告該號解釋原因案件的確定終局判決適用民法第 992 條規定之法律見解，牴觸憲法第 22 條保障人民基本權利之規定；又憲法訴訟法施行後，憲法法庭作成首件裁判憲法審查案件之 111 年憲判字第 8 號判決，即於判決理由表示：「…系爭裁定二關於未成年子女丙○○最佳利益之判斷，有應予審酌而未予審酌之情形，牴觸憲法保障未成年子女丙○○人格權及人性尊嚴之意旨。又未於裁定前使未成年子女丙○○有陳述意見之機會，侵害未成年子女丙○○受憲法正當法律程序保障之權利。系爭裁定三維持系爭裁定二前開見解，亦應認為與憲法維護未成年子女最佳利益，保障未成年子女人格權及人性尊嚴之意旨及正當法律程序原則，有所牴觸，且因而影響聲請人親權之行使，系爭裁定三應予廢棄，發回最高法院。」，均屬人民聲請裁判憲法審查有理由的適例。

當憲法法庭審理裁判憲法審查案件認定聲請人的聲請為有理由，後續之處置依法「應於判決主文宣告該確定終局裁判違憲」，並「廢棄之」及「發回管轄法院」，從憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段規定的規範結構，與前述立法理由敘及參考德國聯邦憲法法院法第 95 條規定第 1 項規定：「憲法訴願有理由時，應在裁判中確認，由於何種作為或不作為違背基本法之何種規定。聯邦憲法法院得同時諭知，任何重複被指責之措施為違背基本法。」及第 2 項規定：「對於裁

判提起之憲法訴願有理由時，聯邦憲法法院應將該裁判廢棄，在第九十條第二項第一句⁹的情形，聯邦憲法法院應將案件發回管轄法院。」相互比較觀察，可見憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段規定，乃結合德國聯邦憲法法院法第 95 條第 1 項及第 2 項規定的規範旨趣。無論係憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段規定抑或德國聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項規定，違憲之確定終局裁判經憲法法庭（聯邦憲法法院）廢棄後，法律雖皆明定案件「發回管轄法院」，即發回有審理權限之法院，然視具體案件可能係「發回」原審法院或「發交」其他管轄法院¹⁰。

至於憲法法庭審理認定確定終局裁判違憲之範圍，因裁判憲法審查案件的聲請人可能指摘確定終局裁判之單一內容或數個內容牴觸憲法，故憲法法庭之審理結果視案件的差異即會形成全部有理由或部分有理由的不同結論，就此憲法訴訟法第 62 條第 1 項前項固明定「廢棄」該確定終局裁判，然本文認為本條項規定於解釋適用上應係廢棄「聲請有理由部分」之確定終局裁判，如聲請全部有理由即廢棄該確定終局裁判全部；若聲請部分有理由則廢棄該確定終局裁判違憲的部分，以合實際。德國學理亦指出，聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項前段規定所指者基本上即係法院的判決或裁定，而對之為全部或部分的廢棄 (aufgehoben) 且發回 (zurückverwiesen) 原審法院¹¹，強調全部或部分廢棄確定終局裁判的可能性。此外，關於憲法法庭宣告裁判憲法審查案件聲請有理由之主文形式，除前述憲法法庭 111 年

7. 參吳信華，憲法訴訟法中「訴訟類型」的立法簡析—新舊釋憲法制的比較觀察，月旦法學教室，第 222 期，2021 年 4 月，第 40 頁。
8. 參張嘉尹，司法院大法官釋憲制度的歷史發展與憲法基礎，收錄於憲法解釋之理論與實務第八輯，中央研究院法律學研究所，2014 年 7 月，第 155 頁至第 156 頁；林三欽，論司法改革會議「司法院定位」結論之可行性—以「大法官釋憲制度」所面臨的變革為中心，人文及社會科學集刊第 13 卷第 1 期增刊，2001 年 3 月，第 80 頁。

9. 即：「對於上述侵害如有其他法律救濟途徑時，僅於窮盡其他法律救濟途徑時，始得提起憲法訴願。」，相當於憲法訴訟法第 59 條第 1 項所定：「依法定程序用盡審級救濟」之補充性原則要件。
10. 參 Hanno Kube，德國法上的裁判憲法訴願，2017 年 4 月司法院專題演講稿，第 16 頁；施啓揚，西德聯邦憲法法院論，臺灣商務印書館，初版，1971 年 10 月，第 282 頁。

憲判字第 8 號之判決主文：「一、最高法院 111 年度台簡抗字第 13 號民事裁定牴觸憲法，應予廢棄，發回最高法院。二、其餘聲請不受理。」內容可資觀察之外，學理上有以德國聯邦憲法法院裁判主文為比較基礎、

並參酌我國憲法訴訟法及司法院大法官解釋等內容，就裁判憲法審查案件的「終局裁判」預設案型，預擬憲法訴訟裁判主文形式¹²，謹摘錄擷取如下表供作裁判憲法審查案件之聲明¹³與主文¹⁴參考。

憲法法庭主文形式預擬 ¹⁵	
聲請有理由	○○法院○○字第○○號裁定／判決侵害聲請人受憲法第○○條保障之○○基本權利。原裁定／判決廢棄，發回○○法院。
	一、○○法院○○字第○○號裁定／判決侵害聲請人受憲法第○○條保障之○○基本權利。原裁定／判決廢棄，發回○○法院。 二、○○法院○○字第○○號裁定／判決，因失其標的而失效，併予指明。
聲請一部有理由，一部無理由	一、○○法院○○字第○○號裁定／判決，關於○○之部分，侵害聲請人受憲法第○○條保障之○○基本權利。於此範圍內，原裁定／判決廢棄，發回○○法院。 二、前項裁定／判決之其餘部分合憲或前項裁定／判決之其餘部分，與憲法第○○條○○○之保障意旨，尚無違背。
	一、○○法院○○字第○○號裁定／判決侵害聲請人受憲法第○○條保障之○○基本權利。原裁定（判決）有關○○部分廢棄，發回○○法院。 二、前項裁定／判決之其餘部分合憲或前項裁定／判決之其餘部分，與憲法第○○條○○○之保障意旨，尚無違背。
聲請一部有理由，一部不合法	一、○○法院○○字第○○號裁定／判決侵害聲請人受憲法第○○條保障之○○基本權利。原裁定／判決廢棄，發回○○法院。 二、其餘裁判憲法審查之聲請不受理。
	一、○○法院○○字第○○號裁定／判決侵害聲請人受憲法第○○條保障之○○基本權利。原裁定／判決有關○○部分廢棄，發回○○法院。 二、其他裁判憲法審查之聲請不受理。

（二）憲法法庭得否自為判決的思考

憲法法庭依憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段規定，有權將違憲確定終局裁判「廢棄之，發回管轄法院」，則基於文義、體系解

釋及前述立法理由之說明為分析，顯示憲法法庭並未明文如終審法院一般享有自為判決之職權¹⁶，不採行憲法法庭自為裁判之立法，此係因尊重憲法法院與專業法院權限分配之

11. 參 Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著、吳信華譯，聯邦憲法法院—地位、程序、裁判，元照出版，初版，2017 年 11 月，第 368 頁。
12. 參司法院 109 年「憲法訴訟裁判主文與效力之研究—以憲法訴訟法所定程序類型為中心」委託研究計畫成果，計畫主持人：李建良；協同主持人：劉淑範、薛智仁、張譯文；研究助理：黃毓庭，2020 年 12 月，第 22 頁。
13. 參憲法訴訟法第 60 條第 4 款規定：「本節聲請，應以聲請書記載下列事項：四、應受判決事項之聲明。」

14. 參憲法訴訟法第 33 條第 6 款規定：「判決應作判決書，記載下列事項：六、主文。」
15. 資料來源引用整理自前註 12，第 63 頁、第 67 頁、第 68 頁。
16. 參諸刑事訴訟法第 398 條、民事訴訟法第 478 條第 1 項、行政訴訟法第 259 條及公務員懲戒法第 79 條等規定，即要求最高法院、最高行政法院及懲戒法院等終審法院在符合法定情形時應自為判決，無庸再發回管轄法院更行審理。

故，同時案件經聲請裁判憲法審查後各該法律關係或亦會有所變動，由專業法院方能為最適切的審理¹⁷，且事證明確與否足以為判決非屬於憲法法庭之職權與功能¹⁸。對此，德國學理上有指出聯邦憲法法院僅廢棄最終判決法院的裁判，將案件發回最終判決法院，若此種發回對憲法訴願人最有利，特別是當案件事實已經明瞭，僅有一項法律問題有待適當地憲法評價。如專業法院已無衡量空間，例外情況聯邦憲法法院亦會自為裁判不再發回¹⁹。

德國聯邦憲法法院裁判實務上曾有自為判決之案例，該院指出：「本件被指摘之判決侵害訴願人受到基本法第 2 條第 1 項連結第 1 條第 1 項所保障之基本權利，依據聯邦憲法法院法第 95 條第 2 項規定應予廢棄。在此，若將系爭案件發回依照民事訴訟法規定之管轄法院重新審理，則將與本案之特殊性不符。故，審酌呈現於聯邦憲法法院之證據而適用憲法標準後，應無再由法官進行裁判之必要，而應依據訴願人之聲請，判決其完全勝訴。蓋本件若發回審理，管轄法院亦僅得重複聯邦憲法法院之決定而已，顯然並無太大意義；而且，因為訴願人請求儘速終結民事訴訟程序，以限制於民事訴訟及憲法訴訟所指摘之節目公開播送；民事訴訟速審速結對於 ZDF 亦屬有利。此外，此處所述之應予廢棄之違憲行為，究竟應基於訴願人請求以法院判決命第三人不得為之，或者以訴願人本人為對象作成法院判決宣示，在憲

法上並無重要區別。²⁰」

對於前述聯邦憲法法院自為判決之觀點，德國學理上即有強調自為判決效果的確立已超脫法律，聯邦憲法法院認為基於案件的特殊性，而在適用由聯邦憲法法院所形成之憲法標準時對原審法院法官之裁判未予自主空間，因此將之發回並無意義，該權責法院亦僅能重複聯邦憲法法院之裁判，然此評價應屬權責法院之事務，而非聯邦憲法法院²¹。實則，裁判憲法審查之情形，憲法法庭所應審究者，乃各法院裁判之法律見解與理由構成的合憲性，從權力分立的角度以觀，於此無涉權力之水平制衡，毋寧是司法權的垂直分權、乃至於垂直分工的課題²²。

本文認為，憲法法庭並非一般訴訟程序之「第四審」或「超級上訴審」，而係居於「憲法守護者」之地位，依憲法訴訟程序規範作成裁判憲法審查案件之判決，則憲法訴訟法未明確規範憲法法庭有自為判決之職權，不宜形成獨立「廢棄」確定終局判決卻不予發回而自為判決之主文宣告，蓋縱使發回管轄法院審理可能發生法院重複憲法法庭判決內容的結論，然此亦由管轄法院本於訴訟法賦予之職權審斷為妥，避免產生憲法法庭過度介入專業法院審判權的疑慮，維持兩者之間分工平衡。至於憲法法庭如係單純宣告確定終局裁判違憲，而未「廢棄」確定終局裁判另行自為判決，不直接影響憲法法庭與專業法院審判權的分際，或非法所不許²³。

17. 參吳信華，同前註 3，第 41 頁至第 42 頁；吳信華，同前註 5，第 97 頁至第 98 頁。
 18. 參王韻茹，裁判憲法審查之裁判結果、宣告方式與效力，發表於司法院大法官 108 年度學術研討會－「憲法訴訟的新時代」，2019 年 12 月，第 24 頁。
 19. 參 Hanno Kube，同前註 10，第 16 頁。
 20. 參 BVerfGE 35, 202 ff.，陳耀祥譯，「雷巴赫士兵謀殺案」判決，收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯（十二），司法院大法官書處，2006 年 11 月，第 172 頁。
 21. 參 Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著、吳信華譯，同前註 11，第 368 頁至第 369 頁。
 22. 參李建良，行政法院審判與裁判憲法審查，發表於大法官 110 年度學

術研討會－「法院審判與裁判憲法審查制度」，2021 年 12 月，第 12 頁。
 23. 德國聯邦憲法法院裁判實務曾認定：「基於基本權利侵害（Grundrechtsverstoß）而作成本裁判。根據聯邦憲法法院法第 95 條第一項第一句（§ 95 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG）判定，地方法院已經侵犯了訴願人受到基本法第 2 條第二項第一句以及第 2 條第二項第二句所保障之基本權利。因為地方法院之安置裁定已經隨著 2014 年 6 月 30 日的經過業已結束，故已無駁回（Zurückverweisung）之餘地（vgl. BVerfGE 42, 212 <222>; 44, 353 <383>; 50, 234 <243>）」。參德國聯邦憲法法院第二庭 2015 年 7 月 14 日判決 -2 BvR 1549/14, 1550/14-，戴瑀如譯，「成年監護制度有關暫時安置與強制治療」判決，收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯（十六），司法院大法官書處，2018 年 12 月，第 253 頁。

參、憲法法庭廢棄違憲確定終局裁判之效力

一、憲法法庭裁判依訴訟法所生之普通效力

（一）憲法法庭裁判的確定力內涵

關於憲法法庭對裁判憲法審查案件所作成裁判之效力，主要係憲法訴訟法第二章「一般程序規定」第五節「裁判」相關規定發生之普通效力²⁴，以及憲法訴訟法第62條規定形成之特別效力²⁵。其中憲法法庭判決之普通效力，原則上分別為「確定力²⁶」(Rechtskraft)與「拘束力²⁷」(Bindungswirkung)²⁸。所謂「確定力」得以細分為「形式確定力」(formelle Rechtskraft)與「實質確定力」(materielle Rechtskraft)，其中「形式確定力」係指憲法法院作成的裁判無法再循一般法定救濟途徑予以廢棄（或撤銷），不得再行爭執（訟），此因憲法法庭位於特殊地位，並無其他法院的審級居於其上，故其裁判具有形式確定力²⁹。參諸憲法訴訟法第39條規定：「對於憲法法庭及審查庭之裁判，不得聲明不服。」，即為憲法法庭裁判形式確定力的依據，而該確定力的生效時點則依憲法訴訟法第37條規定：「（第1項）裁判，自宣示或公告³⁰之日起發生效力。（第2項）未經宣示或公告之裁定，自送達之日起發生效力。」準此，本文所討論憲法法庭認定裁判憲法審查案件聲請有理由，宣告確定終局裁判違憲之判決，依法當然發生形式確定力。

「實質確定力」則指憲法訴訟的當事人

於憲法法庭作成裁判終結案件後的訴訟程序中，（在相同程序對象之情況下）須受到該具有形式確定力裁判之拘束，不得重複為違反該裁判之行為（亦即裁判在其內容、人及時間之界限內，對程序當事人與法院未來的程序中均具準則性，禁止對一個已經裁判的問題重新引發爭議案件而再被裁判），依此當具法安定性、法和平性、法確定性及法存續力的意涵，即憲法法庭既為爭議之確定裁判，則裁判的法律關係在當事人間當形成最後的決定而不得任意被廢棄（或撤銷）；當事人對裁判應為接受，相同標的之爭議當應排除³¹。參諸憲法訴訟法第40條第1項規定：「案件經憲法法庭為判決或實體裁定者，聲請人不得更行聲請。」，即為憲法法庭裁判實質確定力的依據。

關於裁判實質確定力的主觀範圍，原則上包含訴訟程序之當事人及其法律關係的繼受人、訴訟擔當人及參加人³²。至於裁判實質確定力的客觀範圍，學理上有認為僅限於實體判決（或實體裁定）「主文」中所提及之裁判爭議對象，尚不及於裁判理由，蓋裁判理由可能較為廣泛而無法明確特定實質確定力的範圍令當事人無所適從，窄化憲法法庭修正裁判之可能性³³。另有認為考量實體確定力之目的在於禁止對同一事件反覆聲請憲法審查與司法資源合理運用，則實質確定力似非僅限於判決主文³⁴。在裁判憲法審查案件，如案件經憲法法庭作成認定聲請有理由之判決，則違憲確定終局裁判經廢棄發回管轄法院，即不生更行聲請的問題；若係認

24. 學理上有稱為「基礎性效力」者，參吳信華，同前註5，第105頁；亦有稱為「總則性的效力」者，參王韻茹，同前註18，第16頁。

25. 學理上有稱為「特殊效力」者，參王韻茹，同前註18，第24頁。

26. 學理上有稱為「既判力」者，參楊子慧，同前註5，第255頁。

27. 學理上有稱為「羈束力」者，參施啟揚，同前註10，第114頁。

28. 至於法規範憲法審查判決對於法律之合憲或違憲宣告所具有的「法律效力」(Gesetzeskraft)，囿於本文探討主題則不予詳論，可參同前註5、10、18所列文獻。

29. 參吳信華，同前註5，第108頁；楊子慧，同前註5，第256頁至第257頁；施啟揚，同前註10，第114頁。

30. 此明文之「宣示或公告」，參憲法訴訟法第36條第1項規定：「經言詞辯論之判決，應宣示之；不經言詞辯論之判決，應公告之。」及第

2項規定：「經言詞辯論之裁定，應宣示之；終結訴訟之裁定，應公告之。」

31. 參吳信華，同前註5，第108頁；楊子慧，同前註5，第257頁至第258頁；施啟揚，同前註10，第114頁。

32. 參吳信華，同前註5，第109頁；楊子慧，同前註5，第260頁；德國學理有認為，確定力主觀層面及於程序當事人，亦即聲請人、相對人及參加程序之人。參Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著、吳信華譯，同前註11，第437頁。

33. 參吳信華，同前註5，第109頁、同頁註16；德國學理通說認為，確定力在客觀層面受限於裁判主文，而裁判理由則不具之，即使理由間或於主文的解釋終須予以考量。參Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著、吳信華譯，同前註11，第437頁。

34. 參王韻茹，同前註18，第21頁。

定聲請無理由（全部或部分）而駁回聲請，依憲法訴訟法第 40 條第 1 項規定之實質確定力，聲請人即不得更行聲請。

（二）憲法法庭裁判的拘束力範圍

所謂「拘束力」，係指憲法法庭之裁判對國家各機關產生一種「準則性」的拘束，應遵循裁判上的重要意旨以從事相關職務，亦即於其權限範圍內為相關必要行為以使憲法法庭之裁判於個案中得以落實，而如有重複或類似之案件亦應依裁判中之準則意旨而為決定，禁止受拘束的機關悖離憲法法庭裁判³⁵。一般而論，拘束力本質上是有別於實質既判力的另一機制，拘束力歸於實體法 (materielle Recht) 面向，而既判力則具有程序法上之效力 (prozessuale Wirkung)³⁶。參諸憲法訴訟法第 38 條第 1 項：「判決，有拘束各機關及人民之效力；各機關並有實現判決內容之義務。」及同條第 2 項：「前項規定，於憲法法庭所為之實體裁定準用之。」，即係憲法法庭裁判拘束力的依據，因襲自司法院釋字第 185 號解釋及德國聯邦憲法法院法第 31 條規定而來³⁷。憲法法庭裁判具有「拘束力」之基礎法理，在於其行使憲法審判權以維護憲法最高性，並負有在國家生活中的所有領域保障法安定性與法和平之任務，故賦予裁判一般拘束性效力以能達此目的。即憲法作為國家的根本大法拘束所有國家機關，而憲法既賦予大法官（憲法法庭）有解釋憲法的權限，則當要求憲法法庭對憲法中文句的闡釋不僅對所參與的國家機關、同時對其他所有的國家機關均有拘束效力，方能達此一要求³⁸。德國學理認為，聯

邦憲法法院裁判之拘束力顯較其他法院更強大。由訴訟層面以觀，拘束力根本性地確立聯邦憲法法院在政治角力中互動的地位³⁹。

對於裁判拘束力的主觀範圍，依憲法訴訟法第 38 條第 1 項前段規定包括「人民」及「各機關」。其中「人民」的規定部分為德國聯邦憲法法院法第 31 條第 1 項規定所無⁴⁰，考究憲法法庭裁判之拘束力主要及於行使公權力的各機關，人民尚不至為拘束力所及，容係因憲法法庭裁判廣泛拘束各機關，故人民亦會有被涉及⁴¹。至於「各機關」，包括中央各機關及地方自治團體之立法及行政機關⁴²，司法機關（各法院）亦涵蓋在內。惟學理上有認為憲法法庭與立法者應例外排除之，前者係因憲法的解釋當與時俱進，保有彈性而因應新的發展，不禁止以新裁判補充或變更前裁判內容；後者則是考量立法者原則上固應受憲法法庭裁判的拘束，然若在規範審查的情況卻無「規範重複禁止」的問題（即宣告違憲的法律可重新制定內容相近或相似的法律），立法者亦存在創設法律的形成空間，在合於憲法意旨下得以有別於憲法法庭的裁判，蓋拘束立法者係憲法法庭裁判的憲法意旨而非裁判的文句，至若立法者欲迴避或逾越憲法法庭裁判意旨重新制定法律，則須有更堅實的憲法上理由，否則即不合於憲法機關的忠誠原則，憲法法庭亦可對立法者重新的法律再次宣告違憲⁴³。又憲法訴訟法第 38 條第 1 項後段所稱「並有實現判決內容之義務」，例如各法院應依憲法法庭判決之意旨為裁判、法令主管機關應修正相關法令及行政機關應據以執行等均是；又如法令經憲法法庭宣告違憲失

35. 參吳信華，同前註 5，第 112 頁；楊子慧，同前註 5，第 262 頁。

36. 參楊子慧，同前註 5，第 261 頁；施啓揚，同前註 10，第 115 頁。

37. 參憲法訴訟法第 38 條第 1 項立法理由二、（一）：「依司法院釋字第一八五號解釋意旨，並參酌德國聯邦憲法法院法第三十一條裁判拘束力之規定，明定憲法法庭判決之效力，非僅及於聲請案件之當事人，而有對世效力。」之說明，顯示司法院釋字第 185 號解釋意旨及德國聯邦憲法法院法第 31 條第 1 項規定，在理解憲法法庭判決拘束力內容得併予參考。

38. 參吳信華，同前註 5，第 112 頁；楊子慧，同前註 5，第 260 頁。

39. 參 Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著、吳信華譯，同前註 11，第 435 頁。

40. 參德國聯邦憲法法院法第 31 條第 1 項規定：「聯邦憲法法院之裁判，拘束聯邦及各邦之憲法機關及所有法院與官署。」

41. 參吳信華，同前註 5，第 113 頁及同頁註 28；德國學理有認為，作為程序當事人提起憲法訴訟的國民亦受聯邦憲法法院判決的拘束，至於一般國民因僅具有守法的基本義務，故僅受到具有法律效力（法規範憲法審查）的憲法法院判決所拘束。參 Helmut Schulze-Fielitz, 張嘉尹譯，憲法法院判決的作用與遵循，收錄於德國聯邦憲法法院五十周年紀念論文集（上冊），聯經出版，初版，2010 年 10 月，第 408 頁。

42. 參憲法訴訟法第 38 條第 1 項立法理由二、（二）。

效者，為保障受刑事確定終局裁判之聲請人權益，檢察總長得依職權或聲請提起非常上訴，亦屬之⁴⁴。

至於裁判拘束力的客觀範圍，於裁判的「主文」有之當無疑問，惟裁判的「理由」是否具有拘束力，則呈現出多元的論點。學理上持否定立場有表示裁判拘束力不及於裁判「所根據的理由」的意見，僅裁判主文發生拘束力⁴⁵。持肯定立場則認為裁判的拘束力與實質確定力兩者本質不同，故裁判拘束力的客觀範圍應有所不同⁴⁶。進而表示裁判的「主要理由」（即「作為裁判主文中所呈現結論之必要論據基礎的理由」）亦在拘束力的範疇中。蓋憲法的抽象文句須由較具體且具拘束性的解釋方能維護並保障憲法的最高性，此乃憲法法庭行使此項任務的目的所在，若裁判拘束力僅存在於主文中，則會僅侷限於裁判對象而使拘束力受到限縮，即其他國家機關若忽略憲法法庭對憲法文句的解釋，則對憲法權威性的維護即有所妨礙。至於「理由」中的何部分係屬「主要理由」，何部分係屬不具重要性的「旁論」，當可依個別情況而判斷，殊不能以此而反對裁判主要理由之具有拘束力⁴⁷。當然，實際上裁判的主要理由與其他附帶考量的理由（旁論），在不同內容的裁判中可能面臨區分困難的問題⁴⁸。

本文認為，觀諸憲法訴訟法第38條第1項規定後段所示「各機關並有實現判決內容之義務。」的文義⁴⁹，強調「判決內容」為各機關所應實現履行之基礎，該內容合理解釋即可包括「主文」與「理由」。次從規範體

系觀察，參諸憲法訴訟法第33條第4項：「理由項下，應記載受理依據，及形成判決主文之法律上意見。」，已明定「形成判決主文之法律上意見」係判決理由不可或缺的內容，足認憲法法庭的判決內容所生之拘束力即存在於「主文」與「理由」（即形成判決主文之法律上意見）⁵⁰。在裁判憲法審查案件，如案件經憲法法庭作成認定聲請有理由之判決，該判決主文揭示確定終局裁判係侵害何等聲請人受憲法所保障之基本權利，尚須配合判決理由所闡釋形成主文的法律意見，始得明確界定憲法法庭判決的意旨及拘束力的範圍，作為確定終局裁判經廢棄後的受發回法院審理或其他各機關遵循之準據，並供發回案件之當事人聚焦憲法爭點的討論交鋒。

二、憲法法庭判決對於管轄法院之特別效力

（一）憲法法庭判決的形成效力

憲法法庭依憲法訴訟法第62條第1項前段規定於裁判憲法審查案件「廢棄」確定終局裁判的判決特別效力，參考德國學理對於德國聯邦憲法法院法第95條第2項規定聯邦憲法法院在憲法訴訟程序廢棄專業法院裁判係屬法律明文規定的「形成效力」，而聯邦憲法法院廢棄法院的裁判即係「形成判決」⁵¹，就此於憲法訴訟法第62條第1項前段規定亦得為相同的界定，即本條項規定係憲法法庭判決發生「形成效力」的規範基礎。另觀諸德國聯邦憲法法院裁判實務認為：「法院之裁判侵害了憲法訴訟人之基本權利，或類似基本權利之權利（grundrechtsgleiches Recht）。聯邦憲法法院不僅應確認此等侵

43. 參吳信華，同前註5，第114頁至第115頁；王韻茹，同前註18，第23頁；德國學理的討論，參Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著、吳信華譯，同前註11，第440至第442頁。

44. 參憲法訴訟法第38條第1項立法理由二、（三）。

45. 參陳愛娥，德國聯邦憲法法院裁判的拘束力，憲政時代，第28卷第3期，2003年1月，第105頁；德國學理諸多反對的觀點，認為賦予裁判理由拘束力係對聯邦憲法法院法第31條第1項擴張解釋，恐造成憲法的廣泛開放性轉為僵化停滯的情況，甚至使聯邦憲法法院逾越裁判權限從事實質立法。參楊子慧，同前註5，第265頁至第267頁。

46. 參彭鳳至，司法院大法官憲法解釋之效力—兼論大法官憲法解釋一般拘束力與德國聯邦憲法法院法第二一條規定德國聯邦憲法法院裁判之效力，月旦法學雜誌，第161期，2008年10月，第127頁。

47. 參吳信華，同前註5，第115頁；王韻茹，同前註18，第23頁。德國聯邦憲法法院裁判實務的觀點，一貫認為聯邦憲法法院法第31條第1項規定之判決拘束力包含判決的主要理由，俾使聯邦憲法法院作為憲法的權威解釋者與守護者。參Helmut Schulze-Fielitz, 張嘉譯譯，同前註41，第412頁至第413頁；楊子慧，同前註5，第263頁至第264頁。

48. 參王韻茹，同前註18，第22頁；施啓揚，同前註10，第115頁。

49. 對照德國聯邦憲法法院法第31條第1項規定並無相當於「實現判決內容之義務」的規範文句。

50. 觀諸憲法法庭作成判決理由欄即有明確表明「形成主文之理由如下」或「形成主文之法律上意見」之說明，得以供各機關理解憲法法庭判決意旨及拘束力的範圍，至於判決理由欄其他部分所載的當事人陳述要旨及相關事實等敘述則不具拘束力。

害性，也應該廢棄系爭之裁判（§ 95 Abs. 1 und 2 BVerfGG）。準此，系爭之裁判係溯及既往地消滅，而且原審程序係回復到裁判作成前之狀態。然而，當毫無限制之廢棄，並無法透過憲法訴願之意義及目的而被正當化，而且較之於違憲裁判之部分維持，會產生更難以被容忍之法律效果時，則對法律效果之宣告作限制，尤其是從事物、形式，或是時間觀點為廢棄之限制，將是容許的（vgl. BVerfGE 89, 381 [394f.]）。⁵²」，揭示德國聯邦憲法法院廢棄違憲確定終局裁判的效力內涵。依此理解，憲法法庭判決廢棄違憲確定終局裁判後，該裁判即溯及既往失其效力（然例外亦得視情況限制其廢棄的效力），發回至管轄法院的案件回復到確定終局裁判作成前之狀態。

（二）憲法法庭判決的救濟效力

基於裁判憲法審查程序所作成之判決，憲法法庭於受理裁判憲法審查程序而對確定終局裁判進行實體憲法審查後，如認其違憲即廢棄該裁判並發回管轄法院，是憲法法庭之判決結果將對於原因案件直接發生救濟之效力⁵³。依此，受發回的管轄法院即應依憲法法庭之判決意旨為審理裁判之基礎⁵⁴，該法院當應受憲法法庭判決之見解所拘束更為相關裁判，然可能亦不排除在有正當理由下為同於前次裁判之相同內容⁵⁵。德國學理上認為，若憲法訴願有理由，聯邦憲法法院即廢棄確定終局裁判並將整個訴訟案件發回最終審級的專業法院（即普通法院），被監督及糾正的專業法院須遵守聯邦憲法法院所闡釋的憲法意旨重為裁判⁵⁶。

至於憲法法庭判決之意旨，除前述形成

判決主文之法律上意見之外，判決理由之結論亦係管轄法院掌握憲法法庭判決意旨並據以裁判的基礎，參諸憲法法庭 111 年憲判字第 8 號判決理由結論所示：「本判決僅就判斷未成年子女丙○○最佳利益時，於尊重未成年子女意願原則及繼續性原則，有無應審酌而漏未審酌之情形，以及使丙○○有陳述意見之機會，就系爭裁定三所持見解進行憲法判斷，並非謂本件聲請案之原因案件（暫時處分），法院應裁定將丙○○交付父或母，何者始符合丙○○最佳利益。故依本判決發回後，法院如何判斷丙○○最佳利益，仍應由法院依憲法保障人民基本權之意旨，本於其權責為之，非在本判決判斷範圍內，應併予敘明。」即屬憲法法庭判決結論之表現形式。

此外，觀察德國聯邦憲法法院裁判實務，亦有於結論部分闡明：「本於上述各種考量，本院確信，地方法院在判斷憲法訴願人的行為時，已誤解了基本權利與他人的私人利益衝突時，所具有的特殊意義，關於這點，表意自由的基本權利也不例外。地方法院的判決，所根據的已偏離了基本權利的各項標準，且因此侵害了憲法訴願人源自基本法第五條第一項第一句的基本權利。所以該項判決應予廢棄⁵⁷。」，精要指明確定終局裁判違憲之處，進而得由管轄法院參酌作為審理裁判的依循開展方向，以貫徹憲法判決對人民之救濟效力。就此，德國聯邦憲法法院裁判實務關於判決結論所為之發回意旨，在原因案件屬於刑事、民事或行政等類型之情況下有不同的論述形式，謹摘錄幾則該院裁判的理由結論，作為評估裁判憲法審查案

51. 參吳信華，論大法官解釋的「效力」—基礎結構的釐清與體系化的觀察一，東吳法律學報第 25 卷第 4 期，2014 年 4 月，第 18 頁及同頁註 80；參王韻茹，同前註 18，第 24 頁。

52. 參 BVerfGE 92, 158 ff.，詹震榮譯，「未婚生子女生父之親權」裁定，收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯（十二），司法院大法官書記處，2006 年 11 月，第 145 頁至第 146 頁。

53. 參楊子慧，同前註 6，第 29 頁；相較於現行法制，前述屬於實質上裁判憲法審查案件之司法院釋字第 242 號解釋，聲請人係持該解釋向

最高法院提起再審之訴，經法院廢棄原確定終局判決改判有利於聲請人之結論。參「鄧元貞在台婚姻判決有效」，律師通訊，第 123 期，1989 年 10 月，第 13 頁。

54. 同前註 44。

55. 參吳信華，同前註 3，第 42 頁註 33；吳信華，同前註 5，第 98 頁註 33。

56. 參 Stefan Koriath：呂理翔譯，德國法上的裁判憲法訴願—制度基礎與施行經驗，2017 年 11 月 9 日司法院演講稿，第 2 頁。

件的判決結論參考：

1. 刑事原因案件

「被指摘的裁判因而必須廢棄且將事件發回。但因此既不是無罪開釋憲法訴願人，亦不是宣示以如『軍人是謀殺者』的表述，傷害個別的軍人或特定軍隊的成員是許可的。毋寧是必須就各該表述，在注意以上所述基本法第5條第1項第1句規定的要求下，重新作評斷⁵⁷。」

2. 民事原因案件

- (1) 「當邦高等法院遵守源自基本法第2條第1項結合第1條第1項規定之要求時，並不排除，該院將作成對於訴願提起人較為有利的裁判⁵⁹。」
- (2) 「當聯邦最高法院重新審理本案時，其將探索以上所指之其他解釋之可能性⁶⁰。」
- (3) 「被指摘之判決係以這些瑕疵為基礎。高等法院給予原審原告免於被社會嚴厲指控的保護優先的地位，因其係以不充分調查憲法訴願人所受保護的利益為基礎而對其基本權地位未為充分考量，因此不排除法院於遵守基本權的要求後，作成對憲法訴願人較有利之判決⁶¹。」
- (4) 「在此不能排除的是，如果聯邦最高法院的審查是以對於訴願人會造成比較強烈負擔的方式解釋該言論內容，以及為了保障訴願人的人格權而對被告提出之真實義務要求，聯邦最高法院可能會有不同的結論。因此系爭判決應予廢棄，並將本案發回聯邦最高法院重新審理（聯邦憲法法院

法第95條第2項）⁶²。」

3. 行政原因案件

- (1) 「聯邦行政法院的裁判應被廢棄，程序發回聯邦行政法院重新審查（聯邦憲法法院法第95條第2項）。就專業法院放棄而應重新審查的賦予地位請求權，在以典型的整體觀察方式進行時，應特別澄清，是否有國家所託付應保護的第三人基本權，與法人團體地位的賦予陷入相互衝突之情形⁶³。」
- (2) 「依據聯邦憲法法院法第95條第2項規定，在這些被攻擊的決定中，各個行政法院的判決均應該被撤銷，案件發回邦行政法院重新審理，因為可以期待此項行政法的爭議，將在前揭判決的基礎上獲得解決⁶⁴。」
- (3) 「高等法院2004年1月21日之裁定，因課處訴願人罰鍰，違反基本法第2條第1項，連同第1條第1項之規定，應予撤銷。（§95Abs.2BVerfGG）事實部份就此範圍發回高等法院重新審理⁶⁵。」

三、憲法法庭裁判的事實拘束力

憲法法庭裁判除具有前述依憲法訴訟法所生之普通效力，以及裁判憲法審查案件聲請有理由而廢棄確定終局裁判的判決特別效力，另值得探討者係憲法法庭裁判所發生之事實拘束力。憲法法庭依憲法訴訟法第38條第1項規定所生之法律拘束力，各法院應依憲法法庭判決之意旨為裁判，在裁判憲法審查案件中，憲法法庭依憲法訴訟法第62條第1項前段規定，認定裁判憲法審查案件聲請有理由，宣告確定終局裁判違憲之判決，其判決意旨即對發回的管轄法院發生拘束

57. 參BVerfGE 7, 198 ff., 黃啓禎譯, 關於「呂特事件」之判決, 收錄於西德聯邦憲法法院裁判選輯(一), 司法院, 2020年10月修訂再版, 第119頁。
 58. 參BVerfGE 93, 266 ff., 吳綺雲譯, 「軍人是(潛在的)謀殺者案」裁定, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十一), 司法院大法官書記處, 1999年9月, 第40頁。
 59. 參BVerfGE 99, 185 ff., 張永明譯, 「山達基」裁定, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十一), 司法院大法官書記處, 1999年9月, 第56頁。
 60. 參BVerfGE 102, 347 ff., 張永明譯, 「驚嚇廣告」判決, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十一), 司法院大法官書記處, 1999年9月, 第96頁。
 61. 參BVerfGE 97, 391 ff., 林昱梅譯, 「表示自己姓名之權」裁定, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十二), 司法院大法官書記處,

2006年11月, 第182頁。
 62. 參BVerfGE 114, 339 ff., 程明修譯, 「多重意涵的言論表達及前邦總理名譽保護案」之判決, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十三), 司法院大法官書記處, 2011年5月, 第63頁。
 63. 參BVerfGE 102, 370 ff., 張永明譯, 「耶和華見證人取得公法人團體地位」判決, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十一), 司法院大法官書記處, 1999年9月, 第116頁至第117頁。
 64. 參BVerfGE 104, 337 ff., 張永明譯, 「不經麻醉屠宰動物」判決, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十二), 司法院大法官書記處, 2006年11月, 第85頁。
 65. 參德國聯邦憲法法院第一庭2008年4月1日判決1 BvR 1620/04, 高文琦譯, 「親子會面交往權」判決, 收錄於德國聯邦憲法法院裁判選輯(十五), 司法院大法官書記處, 2014年11月, 第22頁至第23頁。

力。相較於判決之法律拘束力，德國學理有認為聯邦憲法法院並不受自己判決的拘束，可能偏離於先前的評價（但須為詳細的說理論證），但聯邦憲法法院的判決極重視盡可能保持判決要旨的連續性，以加強對於法秩序的信賴，符合憲法作為持續有效秩序的角色，聯邦憲法法院判決依此即對已產生顯著的事實拘束力⁶⁶。就此，歷來司法院解釋或憲法法庭判決均引用過往解釋作為說理論證的基礎，亦呈現對已事實拘束力的風格⁶⁷。

此外，判決事實拘束力的另一面向，如同在專業法院訴訟途徑的體系中，下級法院縱使在法律上並不受到上級法院判決的拘束，但在事實上仍然服從上級法院的判決，憲法生活中的行動者亦將自願服從憲法法院在判決理由中所表示之見解，因此專業法院傾向於毫不區分判決理由與旁論，盡可能周延並全面性遵循憲法法院判決理由中的觀點，以避免其判決被提起憲法審查⁶⁸。本文認為，憲法法庭與專業法院的互動關係與事實拘束力，體現在憲法法庭於裁判憲法審查案件依憲法訴訟法第 62 條第 1 項規定所為判決之場合，憲法法庭宣告確定終局裁判違憲之判決意旨，受發回的管轄法院即應遵循判決所闡釋的憲法意旨為裁判，否則其裁判有再經當事人聲請裁判憲法審查之可能。至於受發回的管轄法院以外之其他各法院，亦可能高度關注憲法法庭關於裁判憲法審查案件認定聲請有理由之判決意旨，減少所承審的類似案件裁判未來遭當事人聲請裁判憲法審查且由憲法法庭判決宣告違憲的空間⁶⁹。

肆、結語

裁判憲法審查之訴訟類型，伴隨憲法訴訟法的施行如雨後春筍般接連進入憲法法庭，聲請人勢必殷切期盼獲得確定終局裁判違憲的宣告結果。當憲法法庭認定裁判憲法審查案件聲請有理由，依憲法訴訟法第 62 條第 1 項前段規定作成宣告確定終局裁判違憲並廢棄發回管轄法院之判決，即為裁判憲法審查案件的重要成果及焦點。本文前述段落的逐項說明，理解與掌握憲法法庭判決之規範基礎、主文與理由內容、及依法所生各項判決效力（確定力、拘束力、形成效力及救濟效力等）的意涵，希能有助於憲法訴訟實務運作及相關理論的細緻化發展。本文認為，憲法法庭居於「憲法的守護者」之地位而非第四審或超級上訴審之角色，關於裁判憲法審查案件所作成宣告確定終局裁判違憲之判決效力，不僅具有法律明定之效力，現實上亦有事實拘束力，對各法院、其他國家機關與訴訟當事人存在深遠的影響力。在憲法訴訟法第 62 條已明定裁判憲法審查案件的判決結構制度下，憲法法庭固不宜創設自為判決的機制，然憲法法庭本於憲法第 78 條及第 79 條第 2 項等規定所享有的憲法解釋權，得以盡可能在判決理由中形成判決主文之法律上意見內容詳加闡述憲法之意旨，並指明確定終局裁判違憲之處與發回管轄法院審理解釋適用的依循方向，亦供案件當事人及訴訟代理人思辨交流意見。如此，期待憲法法庭作為憲法體系下的「拱心石」及「地震儀」，將保障人民基本權利與維護客觀憲法秩序的宗旨充分貫徹。

66. 參 Helmut Schulze-Fielitz, 張嘉尹譯, 同前註 41, 第 415 頁至第 416 頁。

67. 例如憲法法庭 111 年憲判字第 7 號判決理由所闡述：「本於憲法第 8 條及第 16 條所保障之人身自由與訴訟權，刑事被告應享有依正當法律程序之原則，受法院公平審判之權利，於訴訟上尤應保障其享有充分之防禦權（司法院釋字第 384 號、第 582 號、第 636 號、第 654 號、第 762 號及第 789 號解釋參照）。此等刑事正當法律程序及充分防禦權之憲法保障，非僅侷限於刑事被告受法院審判之階段，而係自人民因犯罪嫌疑而受到犯罪偵查時起，即應受有效之保障，其中應包括被告或犯罪嫌疑人享有由辯護人為其有效協助與辯護之權利（本庭 111 年憲判字第 3 號判決參照）。」【段碼 12】之意旨，即引用過往之司

法院解釋及憲法法庭判決作為論理之依據。

68. 參 Helmut Schulze-Fielitz, 張嘉尹譯, 同前註 41, 第 416 頁；然而，德國學理上亦有觀察自 90 年代中期後累積的諸多特殊個案，各該法院明顯違抗聯邦憲法法院的裁判見解。參 Klaus Schlaich, Stefan Koriath 著、吳信華譯, 同前註 11, 第 489 頁。

69. 另值得思考借鏡的是，前德國聯邦憲法法院副院長 Ferdinand Kirchhof 教授分享該國裁判憲法訴訟的運作經驗，表示實務上對任職二、三十年的專業法院法官而言，聯邦憲法法院的裁判認定專業法院法官有忽略基本權的（違憲）問題，無論如何都會受到專業法院的情緒反彈。參 Ferdinand Kirchhof, 李東穎、蘇慧婕合譯, 憲法訴訟的成功條件, 2017 年 10 月 31 日司法院演講稿, 第 9 頁。

論「未滿足訴願請求」之訴願決定

— 相關司法判決之觀察及思考

張羽誠*

壹、前言

人民對於行政機關駁回其申請（下稱拒為處分）或未依限就其申請予以准駁（下稱怠為處分），認為違法或不當，致損害其權利或利益所提起之訴願，可合稱為「課予義務訴願」；經訴願程序後，得依行政訴訟法第 5 條提起課予義務訴訟，以資救濟。

訴願實務上，在「拒為處分」之情形，多數訴願決定僅依訴願法第 81 條規定¹單純撤銷原處分，或撤銷原處分並發回原處分機關另為處分；至於受理訴願機關逕為變更之訴願決定者，極為罕見。另在「怠為處分」之情形，多數訴願決定係依訴願法第 82 條第 1 項規定²限期命機關「作成處分」，而少有訴願決定命機關作成「特定內容之處分」者。

上開實務運作模式，可能發生受理訴願

機關認為訴願有理由時，僅發回原處分機關另為處分，但原處分機關仍拒為或怠為處分之情形，而導致人民陷於「須一再提起訴願，而行政機關仍拒為或怠為處分」之循環。人民對於此種情形得否直接提起行政訴訟以資救濟？容有疑義。以下本文將觀察司法判決對於前揭問題之處理方式，並嘗試從訴訟權保障等觀點提出思考。

貳、司法判決之觀察

一、最高行政法院 104 年度判字第 426 號判決

（一）案例事實

本件原告 A 公司（下稱 A）向被告 B 縣政府（下稱 B 府）申請系爭殯葬設施（納骨塔）啟用許可，未獲許可，經 A 先後提起 3 次訴願，歷次訴願情形可簡化如下表所示：

歷次訴願	事實摘要	A 訴願請求	訴願決定主文
第 1 次訴願	A 向 B 府申請系爭納骨塔啟用許可，逾 1 年未獲 B 府准駁之處分。	B 府應作成許可系爭納骨塔啟用之處分。	B 府應於 1 個月內作成處分。
第 2 次訴願	B 府作成否准處分（下稱第 1 次否准處分）。	撤銷第 1 次否准處分，並依訴願法第 81 條規定變更第 1 次否准處分為准許啟用之處分	第 1 次否准處分撤銷，於 2 個月內由 B 府另為適法之處分。
第 3 次訴願	B 府未依第 2 次訴願決定作成准駁之處分。	依訴願法第 82 條命 B 府作成准許啟用系爭殯葬設施之處分。	B 府應於 1 個月內作成處分（下稱系爭訴願決定）。

* 本文作者係國立高雄大學財經法律學系法律學士，金石國際法律事務所受僱律師；曾任桃園市政府法務局編審、高雄市政府法制局科員。

1. 訴願法第 81 條規定：「（第 1 項）訴願有理由者，受理訴願機關應以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，逕為變更之決定或發回原行政處分機關另為處分。但於訴願人表示不服之範圍內，不

得為更不利益之變更或處分。（第 2 項）前項訴願決定撤銷原行政處分，發回原行政處分機關另為處分時，應指定相當期間命其為之。」。

2. 訴願法第 82 條第 1 項規定：「對於依第 2 條第 1 項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」。

系爭訴願決定作成後，B 府仍未作成准駁之處分，A 遂依行政訴訟法第 5 條第 1 項規定提起課予義務訴訟，請求 B 府應依最初申請內容，作成許可啟用系爭納骨塔之處分。B 府則於訴訟中作成否准 A 申請之處分（下稱原處分），A 對此亦表不服，因而增列附帶撤銷系爭訴願決定及原處分之聲明。A 最終訴之聲明為：「1、撤銷系爭訴願決定與原處分。2、被告應依原告申請書之內容，作成許可啟用系爭納骨塔並為公告之行政處分」。

（二）本件涉及之程序問題

系爭訴願決定係命 B 府應於 1 個月內「作成處分」，則 A 因 B 府未依限作成「A 所申請之處分」（系爭納骨塔啟用許可），依行政訴訟法第 5 條第 1 項提起怠為處分之課予義務訴訟，是否滿足「經訴願程序」之要求³？

（三）原審判決（臺北高等行政法院 102 年度訴字第 1859 號判決）見解

原審判決肯定 A 起訴已滿足「經訴願程序」之要求，並於實體上認定原告之訴有理由；判決主文略以：訴願決定及原處分均撤銷。被告 B 府應依原告申請書之內容，作成許可啟用系爭納骨塔並為公告之行政處分。

（四）最高行政法院判決（104 年度判字第 426 號）見解

B 府不服原審判決，提起上訴，經最高行政法院判決駁回，並就上開程序問題再論斷略以：

1. 依憲法第 16 條規定，人民有訴願及訴訟之權。是以憲法係保障人民之訴願權，而

非課人民以訴願之義務。法律規定人民提起行政訴訟，以經訴願作為前提要件（所謂「訴願前置主義」），是對人民訴訟權之限制。此項限制之必要性在於：給予行政體系內部自我省察之機會，同時經由行政體系之自我糾正，減少進入行政法院之案件，節省司法資源之公共利益之增進。苟人民提起訴願之結果，未能有上述公共利益之達成，而強要人民一再訴願，無法提起行政訴訟，則反而剝奪人民之訴訟權，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。

2. 訴願法第 82 條第 1 項：「對於依第 2 條第 1 項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」規定所稱之「一定之處分」，並不限於「作成處分」，尚包括「作成特定內容之處分」。
3. 本件被上訴人（A）申請上訴人（B 府）准許系爭納骨塔啟用及公告之行政處分，上訴人前後第 1 次不作為、第 2 次駁回處分、第 3 次不作為，經訴願機關 3 次命上訴人於一定期間內，作成（適法）處分。上訴人在訴願機關第 3 次作成決定後，仍未於訴願決定指定期間內作成處分。查被上訴人第 3 次提起訴願，訴願請求係：「依訴願法第 82 條命上訴人作成准許啟用系爭殯葬設施之處分」。然第 3 次訴願決定僅命「原處分機關應於 1 個月內作成處分」，並未滿足被上訴人之訴願請求，此際已可認被上訴人就其依法申請之案件，對上訴人損害其權利之不作為，經訴願程序，而未獲救濟，符合行政訴訟法第 5 條第 1 項之起訴要件。何況被上訴人前針對上訴人之不作為提起第 1 次訴願之請求是：「原處分機關作成許可系爭納骨塔啟用之

3. 另本件尚有下列程序問題：B 府於一審訴訟進行中，始作成行政處分否准 A 之申請，則 A 附帶撤銷原處分之聲明，是否應先對原處分提起訴願？最高行政法院 104 年度判字第 426 號判決對此並未加以探討，而是直接進入實體審理。類似問題之處理，請參考本文「貳、二」一節所引用最高行政法院 109 年度上字第 152 號判決之見解。

處分」，針對上訴人之駁回處分提起第 2 次訴願之請求是：「撤銷原處分，並依訴願法第 81 條規定變更原處分為准許啟用之處分」，詎第 1 次及第 2 次訴願決定均僅分別命上訴人於 1 個月內作成處分及 2 個月內另作成適法處分，均未對被上訴人之訴願請求，實質作成決定。嗣上訴人持續不依系爭訴願決定之期間作成處分（不作為），訴願機關第 3 次受理訴願後，苟在被上訴人之訴願請求範圍內，再度不自行調查事實，實質作成決定，而僅要求上訴人作成處分，此際如不認被上訴人得提起行政訴訟，將造成被上訴人之請求救濟案件，來回擺盪於原處分機關與訴願機關間，行政體系既內部無法自我省察，被上訴人原屬受憲法保障之訴願權，卻成為阻斷被上訴人尋求司法救濟之障礙，形同剝奪被上訴人受憲法保障之訴訟權，豈不是法治國家之諷刺？！是以原判決認被上訴人得提起本件課予義務訴訟，於法有據，並符憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨。

（五）上開最高行政法院判決意旨可歸納如下：

1. 訴願法第 82 條第 1 項：「對於依第 2 條第 1 項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」規定所稱「一定之處分」，並不限於「作成處分」，尚包括「作成特定內容之處分」。
2. 人民提起怠為處分之課予義務訴願，請求命應作為之機關作成「特定內容之處分」時，如訴願決定僅限期命應作為之機關「作成處分」，並未滿足訴願人之訴願請求，可認為應作為之機關之不作為「業經訴願程序」，而未獲救濟，而符合行政訴訟法第 5 條第 1 項之起訴要件。

二、最高行政法院 109 年度上字第 152 號判決

（一）案例事實

本件原告 C 向被告 D 市公所（下稱 D 公所）申請就系爭土地補辦增編原住民保留地，經 C 先後提起 2 次訴願，歷次訴願情形可簡化如下表所示：

歷次訴願	事實摘要	C 訴願請求	訴願決定主文
第 1 次訴願	C 向 D 公所申請就系爭土地補辦增編原住民保留地，經 D 公所予以駁回（下稱第 1 次否准處分）。	請求撤銷第 1 次否准處分。	第 1 次否准處分撤銷，命 D 公所另為適法之處理（下稱 107 年訴願決定）。
第 2 次訴願	D 公所未依 107 年訴願決定為處理。	請求 D 公所應依 C 之申請，作成核准系爭土地增編為原住民保留地之行政處分。	D 公所應於 1 個月內為適法處分（下稱系爭訴願決定）。

系爭訴願決定作成後，D 公所仍未作成准駁之處分，C 遂提起行政訴訟法第 5 條第 1 項怠為處分之課予義務訴訟。D 公所則於訴訟中作成否准 C 申請之第 2 次否准處分（下稱原處分），C 亦表不服，遂追加提起

行政訴訟法第 5 條第 2 項拒為處分之課予義務訴訟。C 最終訴之聲明為：「1、系爭訴願決定撤銷。2、原處分撤銷。3、被告對於原告申請系爭土地增編為原住民保留地之部分，應作成初審同意之行政處分，編造審查

清冊函送 E 縣政府（註：D 公所之上級政府）陳報原住民委員會轉呈行政院核定⁴。」。

（二）本件程序問題

1. 系爭訴願決定係命 D 公所應於 1 個月內「為適法處分」，則 C 因 D 公所未依限作成「其所申請之處分」（同意系爭土地補辦增編原住民保留地），依行政訴訟法第 5 條第 1 項提起怠為處分之課予義務訴訟，是否已滿足「經訴願程序」之要求？
2. D 公所於訴訟進行中作成原處分否准 C 之申請，則 C 不服原處分，直接在訴訟中請求救濟，程序是否適法？

（三）原審判決（高雄高等行政法院 108 年度原訴字第 3 號判決）見解

1. 就上開問題 1，原審判決認定：系爭訴願決定並非駁回 C 之訴願，屬有利於 C 之決定，C 提起怠為處分之課予義務訴訟，欠缺訴之利益，即無權利保護之必要，爰以判決駁回之。
2. 就上開問題 2，原審判決認定：課予義務訴訟未經訴願程序者，應類推適用行政訴訟法第 111 條第 4 項規定（亦即變更或追加之新訴為撤銷訴訟而未經訴願程序者，不適用同條第 1 至 3 項關於訴之變更或追加之規定），當事人未經訴願程序而追加提起課予義務訴訟，其訴之追加為不合法，行政法院應依前揭行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款後段規定，以裁定駁回其訴。C 追加拒為處分之課予義務之訴未經訴願前置程序，訴之追加不合法，爰併予駁回。

（四）最高行政法院判決（109 年度上字第 152 號判決）見解

C 不服原判決，提起上訴，經最高行政

法院將原判決廢棄予以發回，其主要理由如下：

1. 訴願法第 82 條第 1 項所稱之「一定之處分」，並不限於「作成處分」，尚包括「作成特定內容之處分」。且自程序之保障及訴訟經濟之觀點，訴願法第 82 條第 2 項所謂「應作為之機關已為行政處分」，係指有利於訴願人之處分而言，至全部或部分拒絕當事人申請之處分，應不包括在內；故於訴願決定作成前，應作為之處分機關已作成之行政處分非全部有利於訴願人時，無須要求訴願人對於該處分重為訴願，訴願機關應續行訴願程序，對嗣後所為之行政處分併為實體審查，如逕依訴願法第 82 條第 2 項規定駁回，並非適法（最高行政法院 101 年度 2 月份庭長法官聯席會議決議參照）。
2. 行政訴訟法第 5 條之課予義務訴訟，雖然有第 1 項之對怠為行政處分之課予義務訴訟及第 2 項之對否准（駁回）行政處分之課予義務訴訟之別；惟均屬為人民經由依法申請程序之公法上請求權無法實現所設之訴訟救濟類型（起訴前均須經訴願程序），其訴訟標的同為「原告主張行政機關應為行政處分或特定內容行政處分」之公法上請求權。是以，原告提起課予義務訴訟，除聲明請求命被告機關作成行政處分或特定內容之行政處分外，另附帶聲明請求將否准處分或訴願決定撤銷，其乃附屬於課予義務訴訟之聲明，並非獨立之撤銷訴訟，與課予義務訴訟具一體性，不可分割。又原告原依行政訴訟法第 5 條第 1 項之規定，就怠於為行政處分之被告機關提起課予義務訴訟，請求判令該機關為特定內容之行政處分，嗣於訴訟進行中，該機關始作成否准之行政處分，依前段所述之同一法理，亦應無須要求原告對於該處

4. 關於「被告應編造審查清冊函送 E 縣政府陳報原住民委員會轉呈行政院核定」部分，乃原告提起課予義務訴訟時，併為提起之一般給付之訴，由於此部分尚不直接涉及本文研究標的，爰本文省略此部分之說明。

分重為訴願，並應許原告於訴訟中附帶聲明撤銷行政機關所為之否准處分。

3. 依憲法第 16 條規定，人民有訴願及訴訟之權。是以憲法係保障人民之訴願權，而非課以人民訴願之義務。法律規定人民提起行政訴訟，以經訴願作為前提要件（所謂「訴願前置主義」），是對人民訴訟權之限制。此項限制之必要性在於：給予行政體系內部自我省察之機會，同時經由行政體系之自我糾正，減少進入行政法院之案件，節省司法資源之公共利益之增進。苟人民提起訴願之結果，未能有上述公共利益之達成，而強要人民一再訴願，無法提起行政訴訟，則反而剝奪人民之訴訟權，與憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨不符。
4. 核 107 年訴願決定僅命被上訴人另為適法之處理，而系爭訴願決定亦僅命「原處分機關應於 1 個月內另為適法處分」，均未對上訴人之訴願請求，實質作成決定，並未滿足上訴人之訴願請求，此際已可認上訴人就其依法申請之案件，對上訴人損害其權利之不作為，經訴願程序，而未獲救濟，符合行政訴訟法第 5 條第 1 項之起訴要件。此際如不認上訴人得提起行政訴訟，將造成上訴人之請求救濟案件，來回擺盪於原處分機關與訴願機關間，行政體系既內部無法自我省察，上訴人原屬受憲法保障之訴願權，卻成為阻斷上訴人尋求司法救濟之障礙，形同剝奪上訴人受憲法保障之訴訟權，與憲法第 16 條意旨有違。原判決謂系爭訴願決定並非駁回上訴人之訴願，顯屬有利於上訴人之決定，自未損及上訴人權利或法律上之利益，不得提起行政訴訟一節，自有不適用法規之違法。
5. 當事人維持訴訟標的不變，而僅對訴訟標的具體化、自行為必要之聲明或為補充聲

明，亦非訴之變更或追加。上訴人所為之申請遭被上訴人以原處分予以否准，未獲滿足，而依前揭 1. 至 3. 之說明，上訴人無須再就該否准處分提起訴願之必要。上訴人已自動修正減縮其請求為初審未獲同意土地部分之申請，並附帶請求撤銷原處分，以轉換為行政訴訟法第 5 條第 2 項之課予義務訴訟，且亦修正聲明請求法院判令被上訴人應作成初審同意之行政處分，均非屬訴之變更或追加。

（五）上開最高行政法院判決意旨，可歸納如下：

1. 訴願法第 82 條第 1 項：「對於依第 2 條第 1 項提起之訴願，受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」規定所稱「一定之處分」，並不限於「作成處分」，尚包括「作成特定內容之處分」。
2. 人民提起怠為處分之課予義務訴願，請求命應作為之機關作成「特定內容之處分」，則如訴願決定僅限期命應作為之機關「另為適法之處理」或「作成處分」，均未滿足訴願人之訴願請求，可認為應作為之機關之不作為業經訴願程序，而未獲救濟，而符合行政訴訟法第 5 條第 1 項之起訴要件。
3. 人民提起怠為處分之課予義務訴訟，被告機關於訴訟進行中作成否准之行政處分，「無須」要求原告對於該處分重為訴願，而應許原告於訴訟中附帶聲明撤銷行政機關所為之否准處分，以「轉換」為拒為處分之課予義務訴訟。
4. 當事人維持訴訟標的不變，而僅對訴訟標的具體化、自行為必要之聲明或為補充聲明，亦非訴之變更或追加。故而，上開「原告於訴訟中附帶聲明撤銷行政機關所為之

否准處分，以轉換為拒為處分之課予義務訴訟」之情形，非屬訴之變更或追加。

參、相關問題之思考

一、從訴訟權保障之觀點：

行政訴訟法第 4 條及第 5 條分別規定訴願為撤銷訴訟及課予義務訴訟之先行程序，謂之訴願前置主義。學理上有認為，在有效之權利保護和法治國原則之要求下，將訴願決定作為提起行政訴訟之先行程序，而以之作為某些訴訟類型之合法要件，並未妨礙人民及時獲得救濟之請求，亦不造成司法救濟之拖延，是以，並不牴觸憲法對於訴訟權保障之要求；「不造成救濟障礙之訴願制度」應屬合憲⁵。

從上開訴訟權保障之角度以觀，前揭最高行政法院 104 年度判字第 426 號判決、109 年度上字第 152 號判決肯認訴願決定「未命行政機關為特定內容之行政處分」時，訴願人得依行政訴訟法第 5 條提起課予義務訴訟；並就「被告機關於訴訟中作成駁回處分」之情形，肯認人民得附帶請求撤銷原處分，以轉換為行政訴訟法第 5 條第 2 項之拒為處分之課予義務訴訟。上開判決見解⁶有助於人民獲得及時救濟，而不造成司法救濟之拖延，值得肯定。

值得注意的是，人民是否應提起「多次」訴願未獲救濟，始得援引上開判決意旨提起課予義務訴訟？對此，最高行政法院 105 年度裁字第 413 號裁定指出：「本院 104 年度判字第 426 號判決，該案乃經上訴人多次為訴願後，該訴願機關未於該訴願請求範圍內

為實質審查，且該原處分機關依舊未依訴願決定意旨速為處分」一節，似採肯定見解，但未說明「多次訴願」之判斷標準，而保留個案判斷之空間。

本文認為，為確保法律評價之一致性與安定性，上開問題宜予以立法明定，甚至可參考外國立法例，對於行政機關怠為處分之情形，免除人民提起課予義務訴訟時應經訴願程序之要求⁷。

二、關於受理訴願機關未實質審查而「自為決定」之問題：

受理訴願機關認為人民提起拒為處分之課予義務訴願有理由者，除得以訴願決定撤銷該否准處分，並發回原處分機關另為處分外，亦得自為決定⁸。至於怠為處分之課予義務訴願有理由者，如訴願決定係「命行政機關為特定內容之行政處分」，亦即直接將行政處分之內容具體化，而命行政機關據以作成特定內容之行政處分，或可謂此種「命行政機關為特定內容之行政處分」之情形，已相當於受理訴願機關之「自為決定」。

然而，實務運作上，受理訴願機關極少自為決定，學理上有指出其原因在於事實未臻明確而調查不便，或基於層級分工之考量者⁹，亦有指出此涉及受理訴願機關審查權限範圍之限制，亦即涉及「學術上評價等涉及判斷餘地之事項」、「監督機關對於自治行政事務之訴願所為決定」、「對於大學自治事項之監督」¹⁰等事項之審查限制。另有認為，受理訴願機關遇有下列情形時，不應迴避自為決定之職責：一、受理訴願機關即

5. 吳庚，張文郁，《行政爭訟法論》，自版，修訂第九版，2018 年 9 月，頁 50 及頁 51 註 13。

6. 此外，111 年度高等行政法院法律座談會提案第 1 號關於：「甲依法向原處分機關申請作成特定內容之行政處分，為原處分機關否准。甲提起訴願，請求：『撤銷原處分；原處分機關應就其申請為特定內容之行政處分。』嗣訴願機關做成訴願決定：『原處分撤銷；由原處分機關於 2 個月內另為適法之處分。』未及 2 個月，原處分機關尚未重為處分，甲即起訴請求：『原處分撤銷；被告應就系爭申請作成特定內容之行政處分。』其訴是否合法？」之法律問題，大會研討結果採甲說（其訴合法，應實體判決。），亦與前揭判決採相同見解。

7. 依德國行政法院法第 68 條第 2 項規定，只有在駁回處分之課予義務訴訟，始須經由訴願前程序，至於行政機關怠為處分，則毋庸經過訴願程序，即可逕向行政法院起訴。參陳清秀，《行政訴訟法》，台北，元照，第 9 版，2019 年 9 月，頁 189。

8. 自為決定之法令依據為訴願法第 81 條第 1 項或同法第 82 條規定？此涉及訴願法第 1 條之撤銷訴願是否包含拒為處分之類型？此部分問題非本文討論重點，爰請參考陳敏，《行政法總論》，自版，第 10 版，2019 年 11 月，第 1322 頁；吳庚，張文郁，同前註 5，頁 102-106。

9. 陳敏，同前註 8，第 1381 頁。

原處分機關，此際已無其他機關可供發回；二、預見原處分機關重為處分時，不遵守訴願決定之意旨，例如同類事件曾經撤銷發回；三、原處分之事實關係已臻明確，又未涉及權限分工，行政作業上亦不生困難者¹¹。

本文認為，即便訴願案件存有事實未臻明確，或涉及受理訴願機關審查權限範圍之限制等難以自為決定，而單純命原處分機關「作成處分」之情形，基於憲法第 16 條訴訟權保障意旨，仍宜允許人民得因訴願決定未滿足其訴願請求，直接提起行政訴訟以資救濟。申言之，經由法院於訴訟程序中通知被告機關檢卷答辯，可促使怠為處分之被告機關提出具體答辯意旨（或在訴訟程序中作成否准處分，例如本文引用之兩件案例，被告機關原先怠為處分，均在訴訟中作成否准處分），俾由法院直接審查。案經審理後，如有行政訴訟法第 200 條第 4 款所定「案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定」之情形，基於權力分立原則，法院雖不得遽予判決，但仍得依上開行政訴訟法規定「判命被告機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定」。

綜上，即便受理訴願機關有難以自為決定，而單純命原處分機關「作成處分」之情形，仍宜允許人民得因訴願決定未滿足其訴願請求，直接提起行政訴訟，以免陷入循環救濟之困境。

肆、結論

關於受理訴願機關認人民提起之訴願有理由，僅發回原處分機關另為處分，但原處分機關仍拒為或怠為處分之情形，可能導致人民陷於「須一再提起訴願，而行政機關仍拒為或怠為處分」之循環救濟困境。

對此，最高行政法院 104 年度判字第 426 號、109 年度上字第 152 號判決意旨指出，人民提起怠為處分之課予義務訴願，得請求命應作為之機關依訴願法第 82 條第 1 項作成「特定內容之處分」，倘訴願決定僅限期命應作為之機關「作成處分」，並未滿足訴願人之訴願請求，可認為應作為之機關之不作為業經訴願程序，而未獲救濟，而符合行政訴訟法第 5 條第 1 項之起訴要件。上開 109 年度上字第 152 號判決並就「被告機關於訴訟中作成駁回處分」之情形，肯認人民得附帶請求撤銷原處分，以轉換為行政訴訟法第 5 條第 2 項之拒為處分之課予義務訴訟。本文認為，從訴訟權保障之角度觀之，上開判決見解有助於使人民獲得及時救濟，而不造成司法救濟之拖延，值得肯定。

另最高行政法院 105 年度裁字第 413 號裁定限於人民之訴願請求經「多次訴願」未獲滿足，始得依前揭判決意旨提起行政訴訟，但該上開裁定並未說明「多次訴願」之判斷標準，似保留個案判斷之空間。本文認為，為確保法律評價之一致性與安定性，上開問題宜予以立法明定，甚至可參考外國立法例，對於行政機關怠為處分之情形，免除人民提起課予義務訴訟時應經訴願程序之要求。

最後，即便訴願案件存有事實未臻明確，或涉及受理訴願機關審查權限範圍之限制等難以自為決定，而單純命原處分機關「作成處分」之情形，基於憲法第 16 條訴訟權保障意旨，仍宜允許人民得因訴願決定未滿足其訴願請求，直接提起行政訴訟以資救濟，俾由法院直接審查。案經審理後，如有行政訴訟法第 200 條第 4 款所定「案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定」之情形，基於權力分立原則，法院雖不得遽予判決，但仍得依上開規定「判命被告機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定」。

10. 陳清秀，同前註 7，頁 112-114。

11. 吳庚，盛子龍，《行政法之理論與實用》，台北，三民，第 16 版，2020 年 10 月，頁 630。

論申（聲）請行政處分停止執行之相關爭議

葉永宏*

壹、概說

行政處分原則上不因提起訴願或行政訴訟而暫時停止發生效力或停止執行程序，故訴願法第 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 項亦規定：「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。」

惟按照憲法第 16 條保障人民訴願權、訴訟權之意旨下，提供人民一個完整、無漏洞且具有實效性的權利救濟制度¹，暫時權利保護制度是不可獲缺的一環。而行政處分停止執行即屬暫時權利保護制度之一種，是以訴願法第 93 條第 2 項及第 3 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。」、「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。」；行政訴訟法第 116 條第 2 項及第 3 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。」、「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。」

上開法規構成「執行不停止為原則、執行停止為例外」的暫時權利保護模式，然而行政爭訟實務上如何援用上開法規，具體於個案落實保障人民權利，適用上仍有諸多疑義，本文則就行政爭訟實務上較易發生爭議之議題，整理實務見解為主，輔以學說見解，謹供各先進作為執業上的參考。

貳、權利保護必要性

一、於未提出訴願前，當事人得否向訴願機關或行政法院申（聲）請原處分停止執行

行政訴訟法第 116 條第 2 項有明文規定，於行政訴訟起訴前，得向行政法院聲請停止執行原處分，惟比較訴願法第 93 條規定內容，卻未載明「於提起訴願前」，是否得申（聲）請原處分停止執行，是以聲請人在提起訴願以前，若逕向訴願機關或行政法院申（聲）請請停止執行，該等聲請是否具備權利保護必要性，非無疑義。

（一）部分訴願機關作法

參照考試院 108 考臺訴決字第 173 號、108 考臺訴決字第 174 號等兩號訴願決定書內容，訴願人均有先向考試院申請停止原處分之執行，嗣後再提起訴願之情形²，而考試院亦有實質受理停止原處分執行之申請，並在訴願決定書理由末段敘明實體上否准之理由，並未有以「無權利保護必要性」逕自

* 本文作者係國立高雄大學財經法律學系法律學士、前高雄市政府法制局編審，現為執業律師。

1. 參盛子龍，行政訴訟法上行政處分停止執行制度析論，行政訴訟制度相關論文彙編第 5 輯，司法院，初版，2007 年 12 月，第 411 頁。

2. 考試院 108 考臺訴決字第 173 號訴願決定書內容節錄：「訴願人不服，

先於 108 年 8 月 2 日向本院申請停止原處分之執行，復於同年 8 月 28 日向本院提起訴願，請求撤銷原處分，案經保訓會檢卷答辯到院」、「至訴願人申請停止本件原處分之執行一節，核與訴願法第 93 條第 2 項規定之停止執行要件不合，所請不應准許，併予敘明。」，同院 108 考臺訴決字第 173 號訴願決定書意旨亦同。

否准該等申請。由上開考試院之處理方式，可得佐證仍有訴願機關接受當事人於未提起訴願前，即先申請停止原處分執行。

（二）部分行政法院實際作法

另筆者實際參與之高雄高等行政法院111年度停字第2號聲請停止執行事件，聲請人即有未先提起訴願，而逕向行政法院聲請原處分停止執行，筆者擔任相對人高雄市政府教育局之訴訟代理人曾陳述意見：「聲請人遲至迄今，似尚未對原處分不服提起訴願，亦未向受理訴願機關申請停止執行，即於111年1月14日逕向鈞院提出聲請停止執行狀，應屬欠缺保護之必要。」³等語，惟嗣後行政法院雖是駁回該等聲請，然其判決理由中卻未交待本案有無欠缺權利保護之必要乙節。故可推論該案承審法官並未認定「未先提起訴願而逕向行政法院聲請原處分停止執行」者，欠缺權利保護必要性。

（三）學說見解

有認為參照德國行政法院法第80條第5項第2句明文規定，在提起撤銷訴訟以前，即可以向行政法院聲請原處分停止執行，足以顯示法院提供之暫時權利保護並不以本案救濟程序已繫屬為必要，則同理而言，訴願程序同屬行政爭訟之一環，亦無必要以提起訴願為前提。

況且如果要求個人必須在提起訴願以後，方可以申請停止執行，則勢必將因此壓縮到個人充分利用法定救濟期間之可能。蓋在法定救濟期間內，個人原本可以仔細考量決定是否有意願提起訴願。不應該讓個人了聲請停止執行而被迫放棄充分利用法定救濟期間之可能。

再者，聲請行政處分停止執行與聲請假處分均屬於法治國家暫時權利保護之一環。

既然假處分之聲請並不以聲請人在提出聲請時已經提起本案行政救濟為其聲請合法性要件，則行政處分停止執行之聲請亦不應以聲請人在聲請時已經提起本案行政救濟為其合法性要件，體系方屬一貫。至於在停止執行審理程序中，若是聲請人在法定救濟期間經過後並未提起訴願，以致於行政處分發生形式存續力者，法院自應以該聲請欠缺權利保護必要而予以駁回，則另當別論。

是故，一方面基於法定救濟期間設置之規範目的，另一方面避免行政處分立即執行對個人權利之危害，自不宜限制個人必須先行提出訴願方可申（聲）請原處分停止執行⁴。

（四）小結

上開學者論述確實足供吾人參照，惟筆者淺見，為避免部分訴願機關或行政法院逕認未提起訴願而直接申（聲）請停止執行者無權利保護之必要，否准該等申（聲）請，故建議倘作業時間上允許，申（聲）請原處分停止執行時應盡量同時提起訴願，縱使因情況急迫，當事人權利有即受難於回復之侵害，必須優先申（聲）請原處分停止執行時，嗣後也應儘速提起訴願，免遭訴願機關或行政法院直接以無權利保護必要性予以否准駁回。

二、於未向訴願機關或原處分機關申請停止執行者，得否逕向行政法院聲請停止執行

（一）實務見解

實務見解持原則否定，例外肯定之態度而認：「訴願法第93條第2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

3. 高雄高等行政法院111年度停字第2號。

4. 參盛子龍，同註1，第419-420頁。

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。」⁵，「然於行政訴訟起訴前，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，自應賦與行政法院依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行，俾兼顧受處分人或訴願人之利益。查本件抗告人因相對人以 93 年 11 月 1 日考台組臺二字第 09300091423 號公告撤銷其考試及格資格，並吊銷考試及格證書。抗告人等不服，乃於 93 年 11 月 5 日向考法院提起訴願，請求撤銷原處分，並停止執行。而相對人迄今未對該聲請作成准駁之決定乙節，業據原裁定認定在案。查抗告人既已向訴願機關以有急迫情形請求停止原處分之執行，訴願機關逾時已久，迄今仍不予處理，致抗告人等無從依停止執行制度向訴願機關聲請而受到應有之保護，自應許抗告人等直接向行政法院聲請對原處分停止執行。原裁定僅以訴願機關尚未對該聲請處理前，抗告人並無逕向原審法院聲請停止系爭行政處分執行之必要，據以駁回抗告人等之聲請，而未審酌抗告人等已依法向相對人聲請，相對人未依法妥適儘速處理，及本件聲請是否符合行政訴訟法第 116 條第 3 項前段停止執行之要件，自嫌速斷。抗告意旨據以指摘求為廢棄，為有理由，合將原裁定廢棄，發回原法院就本件是否合於停止執行之要件，加以審酌後更為裁定，以資適法。」⁶

（二）學說見解

學者有同意上開實務見解，而認為有下列情形者，應許聲請人直接向行政法院聲請原處分停止執行：（1）已向原處分機關或訴願機關申請未獲救濟（例如申請被駁回）。（2）已經提出聲請停止執行，而原處分機關或訴願機關不於適當期間內為准駁決定。（3）因情況情迫，已經接到執行通知或告誡時⁷。

惟亦有採取否定見解而認為，就本案訴訟而言，人民不服行政處分，原則上應於訴願期間提起訴願，如對訴願結果不服，再循序提起行政訴訟。然而，暫時權利保護制度旨在避免因時間拖延，致生訴訟當事人難於回復的損害，具有一定程度的「獨立性」，故現行法賦予人民得向原處分機關、訴願管轄機關或行政法院申請（聲請）停止執行，且無必須搭配本案訴訟循序提出聲請。換言之，人民在提起撤銷訴訟之前，亦得向行政法院聲請停止執行之裁定。理論上，人民在收受行政處分時，應即得直接向行政法院提起停止執行之聲請，以符暫時權利保護制度之旨。

況且，暫時權利保護之聲請，屬人民的權利，為憲法第 16 條訴訟權的保障內涵之一。在法律規定範圍內，人民得依各別具體情況，例如行政機關是否已經開始強制執行等情事，綜合判斷是否及如何行使暫時權利保護之權利。同此之理，則人民亦得自主判斷向何一國家機關申請（聲請）停止執行，較能有效保護其權利，實無要求人民必須「循序」申請（聲請）停止執行之必要，此

5. 高等行政法院 89 年度第 1 次法律座談會提案第 7 號之研討結果。近期實務見解採相同看法者，如最高行政法院 108 年度裁字第 1250 號裁定：「按訴訟繫屬前行政法院得依聲請停止執行，分別規定於訴願法第 93 條第 2 項、第 3 項及行政訴訟法第 116 條第 3 項，…依訴願法第 93 條第 2 項規定受處分人得申請受理訴願機關或原行政處分機關停止執行，理論上得先由上開機關獲得救濟，基於行政救濟制度之合理運用，及司法資源有效配置與使用，有關人民此暫時權利保護救濟之途徑，解釋上

應先利用訴願機關之暫時權利保護救濟機制。因此應認適用訴願法第 93 條第 3 項或行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，逕向行政法院聲請停止執行時，必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，即難以救濟之情形。」

6. 參 94 年裁字第 327 號裁定意旨。

7. 參陳清秀，行政訴訟法，元照出版，第 10 版，2021 年 3 月，第 852 頁；參盛子龍，同註 1，第 416 頁。

亦人民在提起撤銷訴訟之前，得向行政法院聲請停止執行之立法旨趣所在⁸。

參、聲請停止執行之對象

一、不利益行政處分或訴願決定

學者有認為行政訴訟法第 116 條第 1 項至第 3 項所規定之「行政訴訟」原則上應指撤銷訴訟而言，故其適用對象，以不利益行政處分或訴願決定為限⁹。該條項之所以會使用「行政訴訟」一語，應該是沿襲舊法第 12 條，當時行政訴訟種類僅有撤銷訴訟一種時之用語，而於行政訴訟種類增加後，卻未配合修正之結果。

至於無效的不利益行政處分，外觀上仍具有行政處分特徵，受處分人既然有受該無效處分執行之危險，且受處分人雖得對處分提起確認行政處分無效訴訟，但其也同樣有受暫時權利保護之必要，得以聲請停止無效不利益處分之執行。是以行政訴訟法第 117 條規定，不利益行政處分之停止執行，於確認行政處分無效之訴訟準用之^{10 11}。

二、不包含「消極處分」

所謂「消極處分」，係指就人民依法申請案件，行政機關予以否准之行政處分。消極處分雖同樣是不利於人民利益之行政處分，但實務見解多認其不得聲請停止執行：「執行停止之目的，既在於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，即僅得對原處分或決定為停止執行之標

的，且須對聲請人之權利或利益之保全，或對防止其損害之發生或擴大有直接助益者，方得為之。如係行政機關對依法申請之案件予以駁回之處分，縱經停止執行，亦僅回復至原未否准前之狀態，除未否准前之狀態較否准狀態於申請人有利之情形外，難認有聲請停止執行之利益。」¹²

學者亦有說明，否准人民申請之駁回處分，雖然同屬對人民不利益之處分，然人民既未獲得其依法申請之授益處分，其聲請停止執行，行政法院縱使停止駁回處分之執行，亦不能發生人民獲得授益處分之效力，而達到其尋求暫時權利保障之目的。因而在課予義務訴訟，人民聲請暫時權利保護，應循行政訴訟法第 298 條之假處分途徑¹³。

三、包含「一般處分」

司法實務案例中，行政法院曾有針對 107 年 11 月 24 日公民投票案第 12 案¹⁴，就中央選舉委員會（下稱中選會）重行公告部分¹⁵，認定核屬「對人之一般處分」，並肯定其得為行政訴訟法第 116 條聲請停止執行之標的¹⁶。

學者有認為，一般處分較為特別之處，在於其並無特定的相對人，然人民之權利因一般處分而直接或間接受到損害者，所在多有，仍應允許其申（聲）請停止執行，俾使其權利受到暫時之保護。例如疫情期間，禁止公立醫療院所之醫護人員出國，權利受影響之「醫護人員」，如不服此禁止出國之一

8. 參李建良，暫時權利保護的規範體系與實務發展，月旦法學教室第 225 期，2021 年 7 月，第 58 頁。

9. 倘申請（聲請）停止執行的程序標的隱晦不明，難以判斷是否為行政處分時，行政法院對於審理停止執行時，可否擱置此一問題，或必須先確認該行政行為是否為行政處分？學者有認為本案訴訟與暫時權利保護之間有「附隨性」，同一行政法院對於程序標的不可作兩次認定，故行政法院對於系爭標的是否為行政處分必須作出認定。因為「停止執行」僅能針對「行政處分」為之，故行政法院必須在短期內對系爭標的作出法律性質的判斷，參李建良，同註 8，第 60-61 頁。

10. 參翁岳生主編，行政法（下），元照出版，第 4 版，2020 年 7 月，第 579 頁。

11. 惟有學者認為，按行政訴訟法第 116 條所適用之範圍並未加以限制，第 1 項僅稱「提起行政訴訟」，第 2、3 項亦未專指撤銷訴訟，解釋上確認訴訟本可適用，何須增加本條之準用規定，似顯屬畫蛇添足之規

定，參吳庚，行政爭訟法論，三民書局，1999 年 5 月，第 152 頁。

12. 最高行政法院 99 年裁字第 1853 號裁定。最高行政法院 101 年裁字第 832 號、98 年裁字第 3329 號等裁定亦同意旨。

13. 參彭鳳至，德國行政訴訟制度及訴訟實務之研究，1998 年 6 月，第 247 頁以下。

14. 系爭公投案主文為「你是否同意以民法婚姻規定以外之其他形式來保障同性別二人經營永久共同生活的權益？」

15. 其原因事實歷程略為，中選會本於 107 年 10 月 24 日先以中選務字第 1073150405 號公告系爭公投案細節以及行政院提出之意見書，但行政院事後於 107 年 10 月 29 日提出修正意見書，以致中選會於 107 年 11 月 2 日重行公告行政院修正意見書（下稱 107 年 11 月 2 日公告），此舉遭系爭公投案提案人之領銜人不滿，遂提起行政訴訟並聲請停止執行 107 年 11 月 2 日公告。

16. 最高行政法院 107 年度裁字第 1767 號裁定。

般處分，得循序提起撤銷訴訟，並申（聲）請停止執行¹⁷。

四、如聲請人未能提出正確類型之聲請者，法院有闡明義務

承前所述，唯有在本案行政訴訟類型為撤銷訴訟以及確認行政處分無效訴訟時，提出行政處分停止執行之聲請，方屬正確。惟聲請人未能提出正確類型之聲請者，法官應善盡闡明之義務，不得以聲請暫時權利保護類型錯誤逕行駁回¹⁸。

實務見解對此節亦採肯定見解：「首先必須指明，前開原處分、前處分或前前處分，其行政法學理上，能否得定性為『行政處分』（即該等行政作為是否依相對人內部之法效意思內容，形成外部法律效果），並非沒有討論空間（有可能被定性為締結公法行政契約之要約、要約撤回或要約引誘之可能）。有待受理暫時權利保護案之行政法院予以闡明及認定，並諭知保全請求人變更請求聲明（為最適切暫時權利保護方法之請求，例如聲請假處分等）。原審法院未予闡明，逕以行政處分視之，已非妥適。而該等闡明，由在地之原審法院行之，較為便利。」¹⁹、「行政訴訟為實踐憲法保障人民訴訟權的意旨，確保人民公法上權利的有效保護，所設的暫時權利保護制度，除行政處分的停止執行外，另有保全程序的假扣押與假處分，依據訴訟類型的不同，提供不同的暫時權利保護方式。其中關於撤銷訴訟，因其訴訟目的在請求法院撤銷違法的行政處分，並因行政處分的執行不因提起訴願或行政訴訟而停止（訴願法第 93 條第 1 項、行政訴訟法第 116 條第 1 項參照），為延宕其效力，故以停止執行制度提供暫時權利保護；至於在課予義務訴訟，因其訴訟目的係為使依法提出的申請最

終獲得准許，對於行政機關就其申請怠於作成准駁處分或作成否准處分的情形，無從以停止行政處分執行的方式達到暫時權利保護目的，故以保全程序中的假處分制度提供暫時權利保護，此觀行政訴訟法第 116 條、第 293 條、第 298 條、第 299 條規定即明。……因此，本件適當的暫時權利保護機制為假處分。參酌最高行政法院 109 年度裁字第 788 號裁定意旨，經向聲請人闡明後，聲請人已變更其聲明為定暫時狀態假處分，符合上述法律說明，自屬適當而應准允。」²⁰

五、小結

於行政爭訟過程提出正確暫時權利保護制度之重要性，在於 89 年 7 月 1 日修正前之舊行政訴訟法中，行政訴訟類型僅有撤銷訴訟一種，故行政法院所能提供的暫時權利保護，相對而言也僅有停止原處分執行之一種。惟現今訴訟種類增加，故暫時權利保障的種類也隨之增加，是以配合本案訴訟類型的不同，其暫時權利保障種類亦應異其適用²¹。

肆、停止執行之審查要件

一、難於回復之損害

（一）「萬物皆有價」標準

實務見解通說認為，所謂「難於回復之損害」，係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度而言。是其損害若得以金錢填補，原則上難謂有難於回復之損害。

然而，實務見解十分寬認個案中原處分

17. 參李建良，同註 8，第 58 頁。

18. 參盛子龍，同註 1，第 413 頁。

19. 最高行政法院 109 年度裁字第 2006 號裁定。

20. 臺北高等行政法院 110 年度停字第 5 號裁定。

21. 參翁岳生主編，同註 10，第 578 頁。

執行結果的「金錢填補可行性」，舉例而言，如徵收處分²²，拆除違章建築處分²³，撤銷公司登記處分²⁴，解除議員職權處分²⁵，刊登政府採購公報列為拒絕往來廠商²⁶、停止經營寵物買賣業處分²⁷等情況，實務均認其執行結果所發生財產上之損害，得以金錢填補，不致發生難以回復之損害，即不得聲請停止執行²⁸，形成極度嚴苛的「萬物皆有價」之標準。

晚近在少數個案中，實務有稍稍放寬此等標準，例如：「條文所指『情事急迫，如予執行將生難於回復損害』構成要件要素之詮釋，是以『執行時點對損害形成及量化之嚴重程度，與有無回復補償可能』等因素為考量重點。其間固然要考慮將來可否以金錢賠償，但不應只以『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。」²⁹，或是「惟原處分或決定之執行所受損害，在性質上雖有以金錢為填補之可能，然如原處分或決定之法律效果不明確，而有致損害難以計算，或甚為複雜之情形；或受處分人之營運資金之調度，將因而陷入困難，造成無法彌補之重大損失時，依一般通念即可認達到回復困難之程度。」³⁰

上開二判決均有具體審查個案之「金錢

填補可行性」，而認定倘個案原處分執行結果將造成「填補金額過鉅」或是「填補金額計算有困難」時，則較容易被認定為「難於回復之損害」，足資參考，惟聲請人仍須負擔相當程度的釋明責任。

（二）因行政處分之執行或效力續行，導致預期利潤之喪失，亦屬損害

實務見解亦有借用民法損害賠償法之精神，藉以詮釋何謂難於回復之損害：「法院在判斷行政訴訟法第 116 條第 3 項前段所稱『難於回復之損害』之要件是否具備時，其決定標準自然是以『聲請人受侵犯之公法上權利或法律上利益，如果將來要加以填補時，有無可能回復到其未受侵犯前之整體『固有狀態』？回復之蓋然性有多高？與原來為侵害行為之公益目的及侵害方式來加以比較，回復費用是否過鉅，而在經濟成本考量上，難以被接受？』等情況為斷，但這裏所稱之『原來固有狀態』，在財產權之情形……，當然不是指權利形態與內容之完全一致，反著重在經濟上之等價性。……又在判斷財產權之『經濟等價性』時，基於上述『固有利益』之填補原則，原則上不須考慮聲請人主觀之利益期待或情緒感受，除非該等主觀之利益期待，在客觀上已有極高的發生可能性，例如符合民法第 216 條第 2 項所定之要件（依通常情形或依已定之計劃設備或其他特別情事，可得預期之利益）。」³¹

舉例來說，最高行政法院 90 年度裁字

22. 最高行政法院 108 年度裁字第 551 號、104 年度裁字第 474 號裁定。

23. 最高行政法院 111 年度抗字第 57 號裁定。

24. 臺北高等行政法院 89 年度停字第 12 號裁定。

25. 最高行政法院 101 年度裁字第 1097 號裁定。

26. 最高行政法院 110 年度抗字第 309 號：「抗告人仍持原聲請意旨提出抗告，其所主張之難以回復之損害，無非其曾獲得之金質獎將被取消而生之影響、不能參與投標所生之損害，惟所謂損害應係指既有狀態之改變使生一定之不利，而此不利難以回復或填補，乃抗告人上開主張僅係推測性之描述，並未提出原處分之執行將使其發生何等具體損害。至所主張刊登政府採購公報所生商譽之影響，則非不得於本案判決撤銷原處分或確認原處分為違法確定後，請求相對人以適當方法如採取相同於停權處分刊登政府採購公報之步驟等，回復其商譽，或經由鑑定量化其損害而以金錢填補之。核此填補方式，尚難謂將造

成國家負擔過重，或有何耗費社會資源的不必要爭訟，核其抗告意旨難以成立。」

27. 最高行政法院 109 年度裁聲字第 850 號。

28. 陳清秀，同註 7，860 頁

29. 最高行政法院 108 年度裁字第 450 號裁定。

30. 最高行政法院 103 年度裁字第 293 號裁定。

31. 最高行政法院 89 年度裁字第 1575 號裁定，近期採相同見解者，如高雄高等行政法院 109 年度停字第 17 號裁定：「實務上所稱損害，固包含現存財產因損害事實之發生而致減少之積極損害及新財產之取得，因損害事實之發生而受妨害之消極損害（即預期利益）而言。然所謂『預期利益』，雖非以現實有此具體利益為限，惟該可得預期之利益尚須依通常情形，或依已定之計畫、設備或其他特別情事，有客觀之確定性始得稱之，要非指僅有取得利益之希望或可能為已足。」

第 920 號裁定，其原因事實乃台北市某段之畸零地地主，申請合併同段鄰近土地一起向台北市工務局提出徵收標售，台北市工務局以原處分准許，該相鄰土地地主不服原處分遂聲請原處分停止執行，並訴請撤銷原處分。關於聲請原處分停止執行部分，原審判決乃具體判斷：「乙○○所有之五五六地號縱得聲請合併，亦應與五三九、五五五、五五七、五五八地號土地合併使用，而非分割相對人之土地為三筆而以其中一筆與乙○○五五六地號土地合併使用，為相對人預期之利益，此項利益包括整體地區之繁榮等，殊難計算其金錢價值。從而，其因抗告人之違法處分，縱得事後填補損害，要屬費用過鉅，影響重大而屬難以回復之損害甚明。且乙○○現正欲聲請抗告人辦理徵收出售中，自屬有急迫之情事。原審法院依據相對人之聲請，裁定准予停止原處分之執行，於法並無不合。」在該裁定理由中，清楚地表示相鄰土地地主就自身土地得與其他同段地號土地合併使用，而合併使用所帶來的「預期利益」效益龐大無可限量，屬於難以回復之損害，此節內容後經最高行政法院認可維持。

（三）「損害之難以回復性」判定，需有實證層面之實質評估，並考量「乘數效應」³²

最高行政法院曾在中影股份有限公司之黨產案中闡釋：「『嗣後』附隨組織』已有轉讓而脫離原政黨之客觀事實，擁有該組織之資本主已易手。即使轉手價格的合理性

受到懷疑，而認定為『轉讓價格不相當』。但畢竟已為政黨以外之第三資本主取得，第三資本主對轉讓後之該組織未來發展，有獨立原政黨之外之利害。此等利害在判斷『難於回復損害之急迫情事』是否存在時，應納入考量中。……再者該『附隨組織』之屬性、功能與活動模式，也同樣應受到重視。特別是對『商業組織』而言，更是如此。由於營利事業商業活動之資金運用，或多或少都涉及資本之槓桿操作（指以融資方式取得營運資金，擴大營運規模），不同企業也會依其營業特徵，採行槓桿策略（只是程度不同而已），因此多有『乘數效應』存在，從而特別重視『市場對該組織正常運作（主要是未來償債能力）之信心』。³⁴

二、有急迫情事

所謂急迫情事，則指原處分或決定已開始執行或隨時有開始執行之虞，其執行將發生難於回復之損害且情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟³⁵。而該要件往往會與上開「難於回復之損害」要件合併檢視，故實務上「難於回復之損害」要件如通過審查後，大多也附隨認定個案具有急迫情事。

近期實務見解中似未見到有個案聲請經審認具有「難於回復之損害」要件，卻因不具備「急迫情事」要件而遭駁回者，故主張該要件時應連同「難於回復之損害」要件合併思考、釋明，較為周全。

三、停止執行對公益無重大影響

行政訴訟法第 116 條第 3 項但書所稱

32. 乘數效應 (multiplier effect)，更完整地說是所得 / 支出乘數效應，是宏觀經濟學的一個概念，是指支出的變化導致經濟總需求與其不成比例的變化。這一概念通常與凱恩斯經濟學相聯繫，其他一些經濟學派低估或否認這一效應對於宏觀經濟，尤其是長期看來的重要性。當一件事情發生時，而去觸發事情的原因擴大時，其事情所得之結果也會因而以更大的幅度擴大。例如，當市場好景時，政府投資或公共開支擴大、稅收減少時，對國民所得有加倍擴大的作用，從而產生宏觀經濟的擴張效應。參維基百科，網址：<https://zh.wikipedia.org/>

zh-hk/%E4%B9%98%E6%95%B0%E6%95%88%E5%BA%94（最後參考日：111年5月16日）。

33. 最高行政法院於中影公司黨產案，引用所謂「乘數效應」，似乎是想藉此概念說明，應該如何慎重考量中影公司遭黨產會以行政處分確認其「推定不當取得財產」後，其資金運用、組織運作、對外償債能力等面相將會受不利益影響之程度、射程範圍為何。

34. 最高行政法院 108 年度裁字第 450 號裁定。

35. 最高行政法院 104 年度裁字第 1704 號裁定。

「但於公益有重大影響者，不在此限。」意指原處分或決定之執行雖符合「將發生難於回復之損害且有急迫情事」之積極要件，但如具備「對公益有重大影響」之消極要件，仍不許裁定停止執行而言³⁶。

此處所謂「公益」與難於回復「損害」之意涵有別，後者專指受處分人因該行政處分之執行致其權利或法律上利益所受損害³⁷，而前者則非僅限受處分人個人法律上權益，泛指所有公共利益或公共福祉而言。

例如在直轄市教育局針對私立高職學校以原處分停止招生之聲請停止執行事件中，行政法院即有認為：「國民就學之重大公益」即屬此稱之「公益」：「私立學校法之制定，係為促進私立學校多元健全發展，提高其公共性及自主性，以鼓勵私人興學，並增加國民就學及公平選擇之機會，為該法立法意旨所明揭。又依前引私立學校法第 55 條規定可知，如學校法人所設私立學校辦理不善、違反私立學校法或有關教育法規，經學校主管機關糾正或限期整頓改善，屆期仍未改善者，經徵詢私立學校諮詢會意見後，該主管機關得視其情節輕重，為該條所規定之處分。此固影響學校法人之權益，惟亦攸關國民就學之重大公益，如該學校法人所設私立學校有前揭辦理不善，且經糾正或限期整頓改善，而仍未改善等情形者，顯將影響學生之受教權，且如與校園安全有關者，亦足影響學生校園安全之保障，而與保護學生就學之重大公益有關。原裁定經衡量本件情形顯於公益有重大影響，據以駁回抗告人之聲請，結論並無違誤。」³⁸

又或是市議員因偽證罪判處有期徒刑定讞，而遭行政院依地方制度法相關規定解除其議員職權，於該市議員就解除處分所提起之聲請停止執行事件中，行政法院亦肯認：

「偽證罪係涉及犯罪者本身之誠信度，而直轄市議員受選民託付行使之地方立法機關職權，……關係地方重要公共事務事項。是於抗告人之偽證案經判刑確定後，如仍任其繼續行使議員職權，顯於公益有重大影響。」³⁹

四、原處分之合法性顯有疑義

實務裁判多半就此要件審議上，僅以行政法院於審查停止執行之聲請時，「即時可得調查之事證」加以判斷⁴⁰，故原處分機關如得就原處分作成之理由有初步的舉證、說明，行政法院多會以「依原處分形式觀之，難認有明顯違法情事，且原處分是否有抗告人所指之違法情事，客觀上並非不經實質審理即能判斷，亦非僅以抗告人所述即可認定，尚難認原處分合法性顯有疑義之情。」⁴¹或「原處分之合法性顯有疑義一節，無非對於原處分合法性之爭執，惟原處分是否違法，經核係屬本案實體爭議，仍待法院審酌兩造之主張並依相關證據綜合判斷，而依現有事證，尚難認原處分之合法性顯有疑義」⁴²等相類似理由，而認聲請人主張之原處分違法瑕疵須待後續行政訴訟裁判始得確認釐清，據此否定個別聲請案中具備此等要件。

少數個案中行政法院有實質探究原處分作成法律依據之合法性與否，例如最高行政法院 110 年度抗字第 332 號裁定中，行政院農業委員會（下稱農委會）針對雲林縣斗南鎮農會之理事候選人（嗣後當選）於參選期

36. 最高行政法院 111 年度抗字第 51 號裁定。

37. 最高行政法院 108 年度裁字第 737 號裁定：「『難以回復損害』所稱之『損害』，本指原審聲請人私利益之喪失，與其從事社會公益事業活動所能創造之公共利益多寡無涉。(a). 原審聲請人不能以其從事公益活動所能創造之公共利益，當成論述或計算『難以回復損害』之基準。(b). 另外即使原審聲請人無法從事社會公益事業活動，致使弱勢團體受到傷害，亦非屬原審聲請人之損害。(c). 而讓原審聲請人從事

社會公益活動，是否會使社會利益最大化，更與其是否受到難以回復之損害無涉。」

38. 最高行政法院 111 年度抗字第 34 號裁定。

39. 最高行政法院 101 年度裁字第 1097 號裁定。

40. 最高行政法院 110 年度抗字第 232 號裁定。

41. 最高行政法院 110 年度抗字第 348 號裁定。

42. 最高行政法院 111 年度抗字第 15 號裁定。

間有涉犯農會選舉之賄選問題，遂依農會法第 46 條規定解除其農會理事職務，聲請人不服向行政法院聲請停止執行原處分。而最高行政法院在具體爬梳農會法第 46 條修法沿革後，提出不論係該條之草案說明、立法理由或是法律文義均認「不具農會理、監事或總幹事身分」，並非農業法第 46 條適用對象，該案聲請人之賄選行為係於理事候選人期間所為，並非於擔任理事期間所為，進而認定原處分之合法性顯有疑義，且非常罕見地逕將否准聲請的原裁定廢棄，直接裁定准許原處分停止執行⁴³。

如此觀察下來，聲請人似應將此議題的攻防重心，盡可能地擺放至「使人明顯即知的違法瑕疵」上，且須有初步客觀事證足以釋明該瑕疵之存在，如此方才容易說服審判者或審查機關，惟實務這般嚴格要求，似有將此要件與「重大明顯瑕疵」之無效行政處分看齊，而要求原處分瑕疵之違法性程度須接近「如同寫在額頭上，任何人一望即知」，妥適與否，仍有待討論⁴⁴。

伍、行政訴訟上停止執行之實體審查標準

一、爭議由來

承上所述，行政爭訟中決定是否停止執行原處分，主要審查要件共計有四者，然於具體個案中如何運用四者，孰輕孰重，考量次序為何等問題，實務與學說見解均莫衷一是，以下先從近年實務見解出發，探究各裁

判間不同的審查模式，再補充學說主要見解作輔。

二、實務見解

（一）採近似德國學界通說之「階段審查」模式

訴願法第 93 條第 3 項、第 2 項及行政訴訟法第 116 條第 2 項分別將「行政處分之合法性顯有疑義」及「原告之訴在法律上顯無理由」列為「得停止執行」及「不得停止執行」的態樣，以符合停止執行制度，原則是對獲得撤銷訴訟勝訴判決確定的受處分人或訴願人，提供有效法律保護的基本精神。從而，行政法院於審查停止執行的聲請時，依即時可得調查的事證判斷，如果聲請人的本案訴訟勝訴可能性大於敗訴可能性，則可認行政處分的合法性顯有疑義，即得裁定停止執行；反之，如果聲請人的本案訴訟顯會敗訴（法律上顯無理由），則應駁回其聲請；至於，如果聲請人的本案訴訟並無顯會勝訴或敗訴的情形，則應審查原處分的執行是否會發生難於回復的損害，而且有急迫情事，以及停止執行對公益有無重大影響等要件，再加以決定。

（二）「保全之急迫性」與「本案權利存在之蓋然率」衡量模式

行政訴訟法第 116 條第 2 項……，其構成要件之詮釋，不宜過於拘泥於條文，而謂一定要先審查「行政處分之執行結果是否將立即發生難於回復之損害」，而在確認有

43. 據筆者個人推測恐係因該案前已曾經最高行政法院廢棄原駁回裁定，而發回臺北高等行政法院審理，惟於更審階段臺北高等行政法院亦未參照最高行政法院發回意旨詳加審議，又再次裁定駁回聲請，最高行政法院始才逕自作准予裁定，藉以時保全聲請人權利。

44. 有學者對此一要件有批評，訴願法第 93 條第 2 項所謂合法性顯有疑義一語為立法委員審查時所增加，原草案及行政訴訟法第 116 條均無此句，其實立法者欲表達之意旨或與訴願法第 80 條第 1 項「原行政處分顯屬違法或不當」相同，換言之，無待調查即知其違法或不當之情形，捨此慣用之文字，而以學術文章中涵意不明確之合法性顯有疑義代替，不僅未見高明，且依同條第 3 項對行政法院亦有適用，形成與行政訴訟法第 116 條不一致之規定，徒增困擾，況所謂合法性顯有疑義，與

使行政處分無效之重大明顯瑕疵，幾近相同，無效之處分別無執行力可言，參吳庚，行政爭訟法論，三民書局，2006 年 9 月，第 380 頁，註 78；惟另有學者認為，立法委員在審查訴願法時所以在上開規定增加「原行政處分合法性顯有疑義」之文字，毋寧係參考德國行政訴訟法第 80 條第 4 項第 3 句、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 項規定之「行政處分合法性有重大疑義」法定要件而來，絕不只是在矇懂無知的情況下憑空飛來一筆。再者，參酌上述德國學界及實務就「行政處分合法性有重大疑義」之解釋，亦可明瞭，此一要件係考量暫時權利保護之目的而設，其意涵與構成行政處分無效事由之重大明顯瑕疵自始即不相同，亦不可不辨，參盛子龍，同註 1，第 430 頁。

此等難以回復之損害將立即發生後，才去審查「停止原處分之執行是否於公益有重大影響」或「本案請求在法律上是否顯無理由」。因為此等審查方式過於形式化，將失去對「權利保全制度」基本價值之回顧。而比較穩當的法律觀點為：把「保全之急迫性」與「本案權利存在之蓋然率」當成是否允許停止執行之二個衡量因素，而且彼此間有互補功能。當本案請求勝訴機率甚大時，保全急迫性之標準即可降低一些；當保全急迫性之情況很明顯，本案請求勝訴機率值或許可以降低一些。」

此見解似乎係從最高行政法院 103 年度裁字第 1127 號裁定，由帥嘉寶法官主筆提出，目前在最高行政法院僅有少數裁定有具體載明適用⁴⁵。

三、學說見解

國內學者大多介紹德國學界之「略式審查」、「利益衡量」以及「階段審查」等三種審查模式，並多認應採德國通說的「階段審查」模式，以下分述之⁴⁶：

（一）略式審查

聲請人停止執行之聲請有無理由，完全取決於法院對該聲請人在本案訴訟程序本身上有無勝算希望，也就是原處分違法與否之評斷。故其係以聲請人於本案之勝訴可能，亦即實體法上有無理由，作為決定是否停止執行。於此，對於事實之調查並不要求與本案訴訟完全一致的證明程度，聲請人僅須負擔「釋明」義務，使法院大致相信即為已足。

（二）利益衡量

法院對於聲請人在本案訴訟中有無勝算，乃至其本案請求在實體法上有無依據的問題，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益如何斟酌的問題。

故其比較並評價「萬一聲請人之停止執行的聲請照准，而事後聲請人在本案程序上卻敗訴時，結果如何」與「萬一聲請人之停止執行的聲請遭受駁回的命運，而事後聲請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」），來決定聲請人停止執行之聲請是否有理由的答案，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，故而聲請人之聲請應屬無理由須加以駁回；反之，則行政處分之停止執行的利益高於執行利益，則聲請人之聲請為有理由。換言之，所謂的「利益衡量」模式，法院審議重心係比較執行利益與停止執行利益的輕重。在此，本案有無勝訴希望，亦即「系爭行政處分之違法性」有無，並非關鍵。

（三）階段審查

第一階段：先以「略式審查」模式作繫諸實體（法）之審查。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

45. 目前自司法院裁判書檢索系統中查詢，計有最高行政法院 103 年度裁字第 1127 號、105 年度裁字第 1619 號、106 年度裁字第 59 號、107 年度裁字第 1999 號、108 年度裁字第 450 號、108 年度裁字第 737 號等裁定採行之。

46. 參林明昕，行政爭訟上停止執行之實體審查標準－以行政訴訟法第一百六條第二項為中心，發表於 2005 行政管制與行政爭訟研討會，中央研究院法律學研究所籌備處，2006 年 12 月，第 28-36 頁；張藏文，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，軍法專刊第 61 卷第 5 期，第 128-130 頁。

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執行或不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之可能(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，則停止執行之利益與執行利益的輕重程度，決定停止執行或不停止執行。

四、個人淺見

不論從採行何種審查模式而言，現行我國司法實務上較為著重之審查要件似偏重在「難於回復之損害」以及「原處分合法性顯有疑義」二者，至於「有急迫情事」則往往伴隨「難於回復之損害」一同判斷，兩者關係相成相輔，另外就「停止執行對公益無重大影響」部分係視為消極要件，往往於先確立個案具備上開積極要件後始才加以審查，或是直接於積極要件不存在時，作為駁回聲請之補強理由。

故在擬撰申(聲)請原處分停止執行之理由，應就「難於回復之損害」、「有急迫情事」、「原處分合法性顯有疑義」、「停

止執行對公益無重大影響」依序一一載明清楚，方便訴願機關或行政法院得以就其囑意之審查標準加以評判定定。

陸、結語

申(聲)請原處分停止執行，往往係行政爭訟之「前哨戰」或「會外賽」，攸關當事人法律上權益，時間上常有刻不容緩之緊急情狀，此時律師必須從原處分理由、法令依據、當事人說明等情狀快速判斷決定個案有無申(聲)請原處分停止執行之空間、於何時提出、向何等機關提出以及如何釋明有法定停止執行要件之存在等爭訟策略，但現今司法裁判實務上駁回聲請者仍遠遠大於准許者，則此等現實上狀況代表著律師作行政訴訟代理人角色上仍有努力空間，須與行政法院持續溝通、挑戰衝撞現有較為狹隘之實務見解。故就行政爭訟實務上可能面臨之上開問題，筆者主要就司法實務裁判、學者見解等內容整理不同看法，希能對各先進處理相關行政爭訟案件上有些許助益，以祈更完善保障個案當事人權益，調和相關法律適用上衍生之爭議。