

# 違憲審查制中的暫時救濟

## ——以日本憲法訴訟、我國釋憲制度之最近動向為中心（下）\*

李 仁 森\*\*

### 要 目

壹、前 言	二、形式意義的司法與實質意義的司法
一、問題背景	(一)形式意義
二、本文檢討之範圍與對象	(二)實質意義
貳、違憲審查制的性質及機能	(三)小 結
一、司法權的觀念	三、違憲審查制的類型
(一)比較法上的觀點	(一)意 義
(二)司法權與違憲審查制	

\* 本文初稿曾發表在「大法官釋憲程序的司法化學術研討會」（二〇〇五年十一月五日，於中正大學法學院）；「全球會、民主化下日本與東亞關係學術研討會」（二〇〇五年十月二十八日，於淡江大學）。作者除非常感謝於上述研討會中，各方學者專家對本文之指正與評論外，更非常感謝兩位匿名審查委員對本文提出非常愷切之意見與建議。

\*\* 國立中正大學法律學系暨研究所副教授；日本北海道大學法學博士。  
投稿日期：九十五年五月三日；接受刊登日期：九十五年八月十六日  
責任校對：許凱婷

(二)美國型	(三)笹田榮司
(三)德國型	(四)小 結
(四)兩種制度相互融合、接近之傾向	肆、我國釋憲制度中的暫時權利保護
(五)我國違憲審查之暫時救濟問題	一、問題背景
參、日本憲法訴訟程序與暫時救濟	二、釋字五九九號解釋
一、日本憲法訴訟程序	(一)事 實
(一)警察預備隊違憲訴訟	(二)解釋內容
(二)學 說	(三)本件「暫時處分」之性質
(三)客觀訴訟	三、學 說
(四)小 結	(一)否定說
(以上見本評論第九十四期)	(二)肯定說
二、日本憲法訴訟中的暫時救濟	四、分 析
(一)意 義	伍、憲法訴訟法草案
(二)行政訴訟中之暫時救濟	一、草案成立背景
(三)民事訴訟中之暫時救濟	二、草案中暫時救濟相關條文
(四)憲法訴訟與暫時救濟	三、草案中暫時救濟之問題點
三、學 說	陸、結 語
(一)棟居快行	
(二)松井茂記	

## 摘 要

我國大法官會議，於二〇〇五年在釋字五九九號解釋中做出容許釋憲聲請人聲請之暫時處分，引起學界諸多討論。由於我國現行法中，並無大法官可以發布「暫時處分」之規定。因此，就一般釋憲案而言，大法官在立法不備時，是否可以自創程序，並自行在釋憲實務中運用，即有檢討之必要。

本文基於上述問題意識，擬就比較法之觀點，將檢討之重點置於我國與日本憲法訴訟中的暫時救濟制度之比較。文中，將在分析我國和日本的違憲審查之概況後，分析我國大法官此次做出的「暫時處分」之性質，並檢討我國釋憲制度中，未來有關暫時權利救濟之因應之道。

**關鍵詞：**違憲審查、司法審查、憲法訴訟、暫時處分、暫時救濟、台灣、日本

(以上見本評論第九十四期)

## 二、日本憲法訴訟中的暫時救濟

### (一) 意義

如上述，日本之憲法訴訟，在其實際運用，原則上是以繫屬在具體個案為前提。因此，在檢討日本憲法訴訟中的暫時救濟制度時，即有必要從個別訴訟法上著手。有關訴訟過程之暫時救濟，依戶松秀典教授之見解，是因繫屬之訴訟事件，在裁判進行過程中，直到終局判決確定為止，往往耗時甚久，因而使當事人間的權利、義務無法迅速確定。同時，在終局判決確定前，若干權利因具有急迫性，隨訴訟時間之經過，可能造成當事人即使在最後勝訴，系爭之權利卻仍難以回復之結果。因此為了保全民事、以及行政訴訟之提訴人達成本案訴訟目的，有必要基於和本案訴訟不同之簡易審理程序，對訴訟當事人之權利義務，定暫時狀態之制度<sup>65</sup>。另一方面，戶松教授認為，暫時救濟制度，對刑事訴訟則應另行考量。特別是當刑事被告承認有罪，使用簡易訴訟程序，應該較能平衡公正分配司法資源以及維護被告的利益<sup>66</sup>。因此，以下僅就日本民事訴訟，與行政訴訟中的暫時救濟制度，進行檢討。並分析主要學說，對日本憲法訴訟中之暫時救濟的相關論點。

### (二) 行政訴訟中之暫時救濟

二次大戰後，日本行政訴訟的訴訟法，最初是在一九四七年制定的有關民事訴訟的應急措施之法律（以下簡稱「應急法」）中規定，有關行政處分之撤銷或變更之訴，限定在處分做成之日起六個

<sup>65</sup> 參閱戶松秀典，憲法訴訟，有斐閣，頁163，2000年7月。

<sup>66</sup> 參閱戶松，同前註，頁27。

月以內的提訴期間，其餘之訴訟程序則全部準用民事訴訟程序。不過此法只是在GHQ（對日戰爭勝利盟軍總部）佔領之下的應急措施法，其後日本在一九四八年制定了行政事件特例法，該法沿用至現行法制定之前。現今，有關日本行政事件的訴訟法則為在一九六二年制定的行政事件訴訟法<sup>67</sup>。該法在制定之後，至二〇〇四年六月大幅修改之前，大約歷經四十年沒有經過實質之修改。二〇〇四年修法之前，日本之舊行政事件訴訟法的暫時救濟，只限於停止執行。不過該法在二〇〇四年經修改之後，除大幅擴充訴訟之救濟範圍外，在暫時救濟方面，亦有許多進步的修法內容。以下依舊法、新法之不同，就日本行政訴訟之暫時救濟制度，分別整理如下：

#### 1. 舊法中之暫時救濟制度

依日本舊行政事件訴訟法第四十四條之規定，對於行政機關之處分或其他屬於公權力之行為，不得聲請民事上之假處分<sup>68</sup>，明確禁止行政訴訟適用民事保全處分之程序。另一方面，舊法中之暫時救濟也只限定在停止執行，依舊法第二十五條第一項之規定，提起撤銷處分之訴，並不影響處分之效力、處分之執行或是程序之續行<sup>69</sup>，採執行不停止原則。另外在同條第二項則又規定在一定要件之下，可以停止執行。此一制度是為避免因處分之執行，造成既成事實，使當事人即使在本案訴訟勝訴，訴請之權利卻可能有難以回復之虞時，法院得因當事人之聲請，以附隨措施，暫時停止執行該處分。

---

<sup>67</sup> 參閱塩野宏，同註49，頁56-57。

<sup>68</sup> 條文參閱青山義充＝菅野和夫等編，平成14年版小六法，有斐閣，頁340，2003年11月。

<sup>69</sup> 條文參閱青山＝菅野等編，同前註，頁340。

因此有學說認為，在以提起本案訴訟為前提，保全勝訴時之權利、利益之觀點，此一制度和民事上之保全處分頗為類似<sup>70</sup>。

## 2. 新法中之暫時救濟制度

日本在二〇〇四年，是以「國民之權利、利益之實效救濟為目的」做為修法之重要原則，除(1)擴大救濟範圍，(2)促進審理之充實，(3)創設易於利用之行政訴訟程序外，(4)更擴充了暫時救濟之範圍。其中，行政訴訟之暫時救濟有如下之變革：(1)放寬停止執行的要件。(2)隨此次修法，因明定「課予義務訴訟」為法定訴訟類型，因而新增「暫時課予義務（仮の義務付け）制度」。(3)隨此次修法，因明定為預防行政機關違法、不當之行政行為，得請求法院事前禁止該種行為之「禁制訴訟」為法定之訴訟類型，因而新增「暫時禁制（仮の差止め）制度<sup>71</sup>」。茲分析新法中之暫時救濟制度如下：

### (1) 放寬停止執行之要件

在舊法時，規定停止執行之要件之一為「難以回復之損害（回復の困難な損害）」。過去日本司法實務中，將其解釋為，無法回復原狀之損害，或無法以金錢賠償，或是在社會上，認為難以回復之損害<sup>72</sup>。其次，對於如何判斷何謂「難以回復之損害」，在過去的判決中有以下之傾向。首先，是必須考慮本案判決之結果，對聲請人有何種程度救濟之可能。一般而言，對於有時效性之個案，因時間之經過，在本案訴訟中，訴訟利益可能消滅之情形，容許停止

<sup>70</sup> 參閱室井力＝芝池義一＝浜川清編著，コンメンタル行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法，日本評論社，頁228，2004年1月〔市橋克哉執筆〕。

<sup>71</sup> 參閱宇賀克也，改正行政事件訴訟法，青林書院，頁4-10，2004年7月。

<sup>72</sup> 日本東京高等法院1966年5月6日裁定，日本行政事件判例集，17卷5号，頁463；日本最高法院大法庭1952年10月15日裁定，日本最高法院民事判例集，6卷9号，頁827。

執行之可能性較大。因此，像因申請集會、遊行卻遭行政機關駁回，或是外國人遭強制遣返等案件，原則上容許停止執行原處分機關之行政處分的可能性較大<sup>73</sup>。

其次，過去曾有日本學說批判該種要件過於嚴苛。因此，在此次修法中乃將聲請停止執行之要件修改為，為避免「**因處分、處分之執行或程序之續行而產生重大損害，有緊急之必要**（處分、處分の執行又は手續の續行により生ずる重大な損害を避けるため緊急の必要があるとき）」的情況。其立法目的是為因應行政活動之多樣化，使法院可以依個別情況，做出有助於聲請人之權利救濟。因此有關是否裁定停止執行，不應僅從損害回復之困難性加以判斷，也應考慮損害之程度、處分之內容或性質，因而將停止執行之積極要件，由原來之「難以回復之損害」改為「重大損害」。

#### (2) 新增「暫時課予義務（仮の義務付け）」制度

隨新法中新增「課予義務訴訟（義務付け訴訟）」為法定訴訟類型，新設課予義務訴訟中的暫時救濟制度。亦即，在提起課予義務訴訟時，為避免因沒有做出有關該課予義務訴訟之處分或裁決，所發生無法彌補之損害，在有緊急必要，且於本案有顯著之理由時，法院得因聲請以裁定，暫時命行政機關做出該處分或裁決（第三十七條之五第一項）。

值得注意的是，此次修法新增之暫時課予義務制度中，規定「無法彌補之損害（償うことのできない損害）」為構成要件，學說上，亦有「無法彌補之損害」之要件，是比「難以回復之損害（回復の困難な損害）」更嚴苛之概念的批判<sup>74</sup>。不過亦有學說指

<sup>73</sup> 參閱南原方＝高橋滋編，*條解行政事件訴訟法*，弘文堂，頁399，2004年2版〔田中信義執筆〕。

<sup>74</sup> 參閱本多滝夫，*仮の救済制度論——仮命令・執行停止制度の検討*，法律時

出，不應將此種構成要件，狹隘的解釋為「無法以金錢賠償之損害」，在可以用金錢賠償，但依社會通念，若不給予救濟，則顯然是非常不合理之情況，亦應解釋為滿足此種要件。例如，在請求課予社會救助義務之訴的個案中，救助申請人於本案判決確定之前，生活陷於窮困時，即有可能合乎此要件<sup>75</sup>。

#### (3) 新增「暫時禁制（仮の差止め）」制度

新法中，明定「禁制訴訟（差止め訴訟）」為法定訴訟類型。此種訴訟是為預防行政機關違法、不當之行政行為，得請求法院事前禁止該種行為之訴訟類型。亦即，在本次修法中，隨著將**禁制訴訟**明定為新的訴訟類型，乃新增於禁制訴訟中得向法院聲請「暫時禁制（仮の差止め）」命令之暫時救濟制度。依新法之規定，當「提起禁制訴訟時，為避免因該禁制訴訟之處分或裁決做出之後，產生無法彌補之損害（償うことのできない損害），在有緊急必要，且於本案有顯著之理由時，法院得因聲請以裁定，暫時命行政機關不得做出該處分或裁決」（第三十七條之五第二項）。

#### (4) 總理大臣異議制度

值得注意的是，和停止執行相關之部分，日本行政事件訴訟法又規定，在有第二十五條之聲請時，內閣總理大臣得向法院提起異議（第二十七條第一項），在有該異議時，法院不得停止執行，在已經決定停止執行時，應予撤銷（第二十七條第四項）。此即所謂的「內閣總理大臣異議制度」。

此一制度之立法背景，是因戰後日本在GHQ佔領下，當時的農林大臣，且為眾議院議員的平野力三，在GHQ發給日本政府之一九四六年一月四日的備忘錄中，將其指定為「公職追放」之名單，

---

報，77卷3号，頁57，2005年3月。

<sup>75</sup> 參閱宇賀克也，同註71，頁161。



亦即指定其今後不得再擔任公職。其後平野依前述之應急法第八條「請求撤銷或變更行政機關違法處分之訴，除其他法律有特別規定者外，當事人必須在知悉該處分之日起，六個月以內提起。但自處分之日，經過三年時，不得提起訴訟」之規定，向東京地方法院聲請停止指定之假處分，並得法院之容許。由於應急法中之此一規定，因此，有關行政事件的暫時救濟制度，過去日本最高法院之判決<sup>76</sup>，認為亦得適用當時的民事訴訟法中，有關假處分之規定。

不過，其後GHQ卻做出撤銷該假處分之指令，該假處分隨即被撤銷。同時，因此一事件，GHQ乃強力主張對停止執行制度，應設內閣總理大臣異議制度<sup>77</sup>，此一制度，儘管學說上有諸多批評，不過在此次修法中，仍未予以廢止。其立法宗旨為，行政權由內閣總理大臣主導，因此應容許行政權介入司法權所做的判斷。此種制度為比較法上所沒有的特異制度<sup>78</sup>。

#### (5)新法的評價與問題點

上述日本行政事件訴訟法修改之後，有關暫時救濟部分，儘管仍殘留有內閣總理大臣對停止執行之異議制度仍未加以修改，以及新增之「暫時課予義務（仮の義務付け）」和「暫時禁制（仮の差止め）」中的「無法彌補之損害（償うことのできない損害）」，之構成要件過於嚴苛之批判。

不過整體而言，日本學界對於無論是放寬停止執行之要件，或是對於新增之暫時救濟制度，多認為有提升暫時救濟之實效性，而予以高度評價<sup>79</sup>。

<sup>76</sup> 日本最高法院大法庭1949年6月15日判決。民集，3卷7号，頁265。

<sup>77</sup> 參閱南原方＝高橋滋編，同註73，頁414〔田中信義執筆〕。

<sup>78</sup> 參閱室井力＝芝池義一＝浜川清編著，同註70，頁247〔市橋克哉執筆〕。

<sup>79</sup> 參閱本多滝夫，同註74，頁59-60；曾和俊文，行政事件訴訟法改正の意義と今後の課題，法律時報，77卷3号，頁31-32，2005年3月。

### (三)民事訴訟中之暫時救濟

民事訴訟的假處分，係在本案判決確定之前，由法院做出暫時措施，以改變現狀，形成一定之法律關係，或請求法院於判決確定之前，做出暫時處分以對訴訟中請求之權利進行救濟的制度<sup>80</sup>。此種請求假處分之訴，一般稱為保全訴訟。在日本，過去是規定在民事訴訟法中，現今則是以一九九一年實施的民事保全法加以規範。依該法，假處分之聲請人，係向法院請求發布假處分命令之債權人。而該命令則又可分為有關係爭物之假處分<sup>81</sup>，和請求保全暫時地位之假處分<sup>82</sup>。其聲請要件則為，必須有保全之權利的存在，以及必須闡明保全該權利之必要性<sup>83</sup>。該必要性之內容則為，當債權人有無法行使權利，或對權利之行使會造成顯著困難時，或為避免在系爭之權利關係中，對債權人產生顯著之損害，或急迫之危險<sup>84</sup>。

民事保全制度和憲法訴訟有關的部分，是在訴訟中，於債權人和債務人的權利義務關係中，和憲法上的權利相關之部分。在日本過去的司法實務上，頗多此種類型，且幾乎難以全部網羅加以分析，最具代表性之案例，則有向法院聲請「禁止出版」，或是聲請禁止對學生懲戒處分之假處分。具體案例如「北方雜誌（北方ジャーナル）」事件，該案是因北方雜誌涉及對在一九七九年四月之北海道知事<sup>85</sup>選舉中，登記為候選人之X，於同年二月以下流之言論

---

80 戶松，同註65，頁164。

81 日本民事保全法第23條第1項。

82 同條第2項。

83 日本民事保全法第13條第2項。

84 日本民事保全法第23條第1項、第2項。

85 日本地方自治團體的知事，相當於我國的縣長、省或直轄市長。

揭發另一候選人Y不具候選人資格，顯著毀損Y之名譽的事件。Y乃向法院聲請禁止印刷、刊登、販售該雜誌之假處分，其後經法院裁定容許聲請人之請求，發布假處分以禁止該雜誌之出版。其後「北方雜誌社」認為該假處分違法，乃以國家為被告，提起損害賠償之訴。日本最高法院於一九八六年，在對該案所做之判決<sup>86</sup>中指出，假處分並不屬於日本憲法第二十一條第二項所禁止的「檢閱」（*editorship*），其雖然是事前禁止，但該禁止「在言論內容並非真實，且很明顯並非以專為謀求公益為目的，且在被害人蒙受重大顯著難以回復之損害時」，例外應予容許<sup>87</sup>。

另一方面，日本亦有學說指出，在民事訴訟中，涉及憲法爭點之假處分，若和一般民事保全訴訟做相同認定的話，亦有可能會造成由法院廣泛認可事前禁止出版之結果<sup>88</sup>。因此，有關對該種假處分之要件，是否應嚴格限制，有力學說指出，除應考量當事人之利益外，也應重視表現自由所蘊含提供多元言論供國民判斷之憲法價值<sup>89</sup>。

其次，保全訴訟的另一個論點是，在沒有充分的討論以及檢討之下，藉由簡易、迅速的程序以解決法律紛爭，是否能具體形成具體的憲法秩序及價值，亦是值得深思的問題<sup>90</sup>。

---

<sup>86</sup> 日本最高法院1986年6月11日大法庭判決。相關判例評釋，參閱池端忠司，名譽毀損と事前差止め——「北方ジャーナル」事件，載：芦部信喜=高橋和之=長谷部恭男編，憲法判例百選 I，別冊ジュリスト，154号，頁148-149，2000年10月4版；常本照樹，「閱と表現の事前抑制，中村睦男=常本照樹，同註57，頁202-206。

<sup>87</sup> 戶松，同註65，頁167。

<sup>88</sup> 戶松，同註65，頁169。

<sup>89</sup> 中村睦男=常本照樹，同註57，頁206。

<sup>90</sup> 戶松，同註65，頁170。

#### (四)憲法訴訟與暫時救濟

如上述，日本行政訴訟中的停止執行，和民事訴訟中的保全處分，都是屬於憲法訴訟中的暫時救濟制度，同時也是由法院做出之裁判。不過，在過去實際的運用當中，此兩種制度，則有顯著不同的效果。就民事保全制度之假處分而言，其目的是為因應所保全之權利的必要，因此具有積極的法效果，並易於發揮司法救濟或保護之機能。相對於此，行政訴訟中的停止執行制度，則僅具有阻止行政處分發生法效果之消極機能。因此學說上，即出現停止執行制度應再加檢討之主張<sup>91</sup>。

其次，值得注意的是，日本的暫時救濟制度，並非是特別為了憲法訴訟所設立之制度。因此在制度的運用過程中，產生許多憲法上的問題<sup>92</sup>。特別是在過去，日本行政事件訴訟法於二〇〇四年修改之前，法定訴訟類型非常有限，且暫時救濟僅限於停止執行。因此，日本憲法學說，即有從「司法權」之本質，以及如何使日本憲法第三十二條所保障的接受公正審判之權利，在憲法訴訟中得到「實效的保障」之觀點<sup>93</sup>，檢討日本行政訴訟中，包含停止執行之暫時救濟制度。以下，即對相關之日本主要憲法學說，加以整理。

### 三、學 說

#### (一)棟居快行

棟居教授在其「基本權訴訟」論中，從「由於法院是保障人權之實效機關，對於實體之基本權受到侵害時，訴訟要件或訴訟類型

---

<sup>91</sup> 戶松，同註65，頁176。

<sup>92</sup> 戶松，同註65，頁165。

<sup>93</sup> 曾和俊文，同註79，頁26；笹田榮司，裁判制度，信山社，頁199，1997年7月。

應開放到何種程度」之觀點，探討去除侵害基本權之訴訟的訴訟要件。

棟居教授首先，對過去日本學說過度強調訴訟要件，應完全委由實定法加以規定之見解，以批判性之觀點，分析過度強調「法律保留」之學說，並檢討何以此種觀點仍然繼續存在，並歸結出以下兩個主要原因：第一，是將日本的違憲審查，視為附隨在實定訴訟法上之司法審查。第二，是將日本憲法第三十二條所保障的，接受公正審判之權利，視為只不過是形式上的訴訟權之保障。以及該種權利只不過是保障「在依法提訴時，法官不得拒絕裁判」之觀念。亦即，依棟居教授之觀點，過去日本學說似有忽略了訴訟過程中，程序正義之重要性。

針對上述第一個問題，棟居教授指出，附隨審查制，原本是指附隨於事件或具體爭訟，以進行違憲審查之制度。然而，該種場合之「事件」或「爭訟」，並不必然等同於實定訴訟法中所規定的訴訟要件、訴訟類型。其次，作為附隨審查制之程序要件的「事件」、「爭訟」，是有關日本憲法中，司法權的範圍之解釋問題，應和既存的實定訴訟法無關。而且，在附隨審查制之下，對因基本權受到侵害而提起訴訟時，也沒有必然要依照實定訴訟法所規定的訴訟要件，或必須依循何種訴訟類型之理論必然性」。針對第二個問題，棟居教授將日本憲法第三十二條<sup>94</sup>保障之範圍解釋為，該種權利是「為維護自由權、社會權、參政權等實體基本權，而保障提訴之程序基本權。」亦即其為「和整體之基本權實體有關，藉由對個別基本權之實體，賦予訴訟權之性質，使其具有實體請求權性質之程序基本權之規定。」

---

<sup>94</sup> 日本憲法第32條規定，任何人接受在法院裁判之權利，不受剝奪。參閱樋口陽一＝吉田善明編，同註40，頁380。

依此，棟居教授認為，法院應該可以受理……實定訴訟法所未規定的訴訟。其並將此種無關實定訴訟法之訴訟要件、訴訟類型之規定，對實體基本權受到侵害時，當事人為提起回復基本權之訴訟，稱為「基本權訴訟」<sup>95</sup>。

### (二)松井茂記

松井教授在對日本舊行政事件訴訟法中之暫時救濟，進行檢討之後，認為過去日本之行政訴訟，只限於在非常例外的情況，才有向法院請求停止執行行政機關之處分的可能。但在授益、給付行政方面，例如對於社會救助金，或補助金不交付處分，即使停止執行該種處分，行政機關若未另行做出交付處分，將無法達成訴訟目的。因此，停止執行所能達成的救濟，有其一定之界限。亦即，若不開放停止執行以外的暫時救濟，在很多情況下，國民將很難得到實效的權利救濟。

松井教授並指出，日本的行政訴訟制度，如此嚴格限制暫時救濟之背景，是源於暫時救濟，或由法院發布命令，停止執行由行政機關做出之處分，並非司法權原本之權限，其在性質上是具有行政作用之性質的想法<sup>96</sup>。松井教授並認為，日本過去雖有行政法學說，如東条武司教授認為，暫時救濟為憲法上所保障的權利，舊法中對暫時救濟之限制，可能違反日本憲法第三十二條所保障的接受公正審判之權利。不過此種違憲論仍屬少數<sup>97</sup>。

---

<sup>95</sup> 棟居快行，「基本權訴訟」の可否をめぐって，載：芦部信喜教授還曆記念・憲法訴訟と人權の理論，頁152-153，1985年9月。其後，載：人權論の新構成，信山社，1992年7月。

<sup>96</sup> 松井教授引用田中二郎教授，行政争訟の法理，有斐閣，頁140-142，1954年之學說。

<sup>97</sup> 松井茂記，裁判を受ける権利，有斐閣，頁186，1993年12月。

基於上述，松井教授從批判舊法中，暫時救濟立法不備之觀點，其更進一步指出，縱使容許一定之行政處分由行政機關逕自執行，但由於接受司法審判之權利，含有請求實效救濟之性質，因此為了保護此種權利，在一定要件下，國民應有請求暫時救濟之權利。而此種暫時救濟，可說是內含於憲法賦予司法權之權限，因此即使法律沒有明文規定，法院亦得當然給予救濟。同時對該權限不當限制之立法，非但是侵害司法權，同時也侵害了國民接受裁判的權利<sup>98</sup>。

### (三) 笹田榮司

笹田教授在日本行政訴訟法於二〇〇四年修改前，即對日本行政訴訟中的暫時救濟無法得到充分保障之原因指出，其乃因過去學說上認為，命暫時救濟或停止執行，並非司法本來之權限，在性質上具有行政作用。其並舉出日本行政法學說中，即有以下見解。亦即「停止執行，是使行政處分之效力暫時停止之處分，在觀念上，並非基於當然附隨於做出本案終局判決之權限」<sup>99</sup>。對於上述學說之見解，笹田教授指出，若處分撤銷之訴是屬於司法作用的話，則附隨於撤銷訴訟的處分停止執行之權限，也應該包含在司法權的範圍之內，才是合理的解釋<sup>100</sup>。

其後，在日本行政訴訟法於二〇〇四年修改之後，笹田教授又從憲法上，國民接受公正審判之權利之觀點，強調行政訴訟中的暫時救濟之重要性<sup>101</sup>。依笹田教授之見解，過去日本最高法院曾指

---

<sup>98</sup> 松井，同前註，頁187。

<sup>99</sup> 笹田教授引用兼子一教授，司法權の本質と界限，ジュリスト，29号，頁3，1953年之學說。

<sup>100</sup> 笹田，同註93，頁202-203。

<sup>101</sup> 笹田，憲法學から見た行政訴訟法改正，民商法雜誌，130卷6号，頁85，

出，日本憲法第三十二條的「裁判」，以及第八十二條「應在公開原則下之對其判決進行裁判」之規定，僅限於「作為純粹訴訟事件之裁判」。此種將行政訴訟中的暫時救濟，解釋成行政作用之論據，是因該種程序欠缺司法原本所應具備的，諸如公開言詞辯論之特性。針對此點，笹田教授則反論，若將司法之觀念做如此狹隘之解釋，則沒有採用公開言詞辯論，審判程序的民事保全處分，豈不亦不屬於司法作用。亦即，無論民事訴訟或行政訴訟，若不思考暫時救濟是憲法所保障，接受公正審判權利之重要實質內容的話，則該種權利之實質保障，即有可能受損。

最後，笹田教授在結論中指出，司法權之特質即在「就具體之爭訟，適用法，藉由宣示，以解紛爭。」而行政訴訟中之暫時救濟，必須是以具有司法特徵之程序正義加以形成之司法作用<sup>102</sup>。亦即，依笹田教授之見解，暫時救濟不僅屬於司法作用，且亦受憲法上，接受公正審判的權利之「程序正義」原則保障。

#### (四)小 結

上述日本主要憲法學說的共通之處，是三者都對過去日本憲法訴訟中，因行政訴訟法之不備，造成憲法上的權利難以得到救濟之現象，為其問題意識。同時，三者也都從日本憲法保障國民接受公正審判之觀點，一致認為，由於國民接受司法審判之權利，應含有請求實效救濟之權利，為保護此種權利，在必要時應該有請求暫時救濟之權利。

其次，就我國目前之釋憲制度而言，雖然較接近德國型違憲審查制，不過從人權救濟之觀點，在檢討我國釋憲制度中的暫時救濟

---

2004年9月。

<sup>102</sup> 笹田，同前註，頁110。



問題時，上述日本學說仍有非常值得參考之處。

## 肆、我國釋憲制度中的暫時權利保護

### 一、問題背景

如前述，我國違憲審查之主要程序法、司法院大法官審理案件法中，並無暫時救濟的明文規定。我國釋憲制度中的暫時救濟問題，是遲至最近，才在幾個釋憲聲請案中出現。首先，在二〇〇四年七月間，大法官在做出釋字五八二號解釋<sup>103</sup>的期間，已受死刑判決確定之該號解釋聲請人S，曾向大法官聲請命法務部暫時停止執行死刑之暫時處分。不過大法官並未容許該聲請<sup>104</sup>。

其後，在由陳建銘等九十三名立法委員提出，有關「三一九槍擊事件真相調查委員會條例」的釋憲聲請案中，以保全憲法法益及公共利益為理由，請求大法官做出先行宣告真調會條例暫時停止適用「之急速處分（暫時命令）」。對於此一聲請，大法官其後在釋字五八五號解釋<sup>105</sup>中，雖然做出真調會條例部分條文違憲之解釋，不過並未做出容許聲請人請求的「急速處分」。值得注意的是，大法官在該號解釋中指出，「司法院大法官依憲法規定獨立行

---

<sup>103</sup> 釋字582號解釋全文，參閱司法院法學資料全文檢索網頁：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm>（last visited 21 July 2005）。

<sup>104</sup> 其後，幸經法務部主動延緩執行，聲請人S才得到大法官有利之解釋，獲得再審之機會，否則聲請人若已遭死刑執行，則582號解釋即不會出現。參閱李念祖，同註2，頁6。

<sup>105</sup> 該號解釋之實體部分評析，參閱蘇永欽，喬太守式的分權，灑狗血般的人權——簡評政治壓力鍋煮出來的五八五號解釋，台灣本土法學雜誌，70期，頁38以下，2005年5月；陳慈陽，論「三一九槍擊事件真相調查委員會條例」之違憲性，月旦法學雜誌，125期，頁48-62，2005年10月；陳英鈞，民主鞏固與違憲審查，月旦法學雜誌，125期，頁63-77，2005年10月。

使憲法解釋及憲法審判權，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、行政訴訟之審判而有異。」肯定大法官在釋憲過程中，為保全聲請人之權利，有做出暫時救濟之權限。此解釋做出之後，即引起學界高度關注。

在此種動向中，其後大法官更於二〇〇五年六月，在釋字五九九號解釋中，首次做出容許釋憲聲請人請求的「暫時處分」。

## 二、釋字五九九號解釋

### (一)事實

本案是因在我國戶籍法第八條第二項、第三項中分別規定國民「……請領國民身分證，應捺指紋並錄存。但未滿十四歲請領者，不予捺指紋，俟年滿十四歲時，應補捺指紋並錄存。」、「請領國民身分證，不依前項規定捺指紋者，不予發給。」由於該條項有高度違憲之虞，賴清德等八十五名立法委員，以為避免造成人民權益、憲法法益及公共利益不可回復之重大損害為理由，聲請大法官依釋字五八五號解釋之意旨，對戶籍法第八條做出「急速處分」，並先行宣告本條文暫時停止適用<sup>106</sup>。

對此聲請，大法官於去二〇〇五年六月十日做出如下之解釋。

### (二)解釋內容

首先，大法官指出，在釋憲過程中，「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。」再次確認釋字五八五號

---

<sup>106</sup> 釋字599號解釋全文，參閱司法院法學資料全文檢索網頁：<http://nwjirs.judicial.gov.tw/FJUD/index.htm> (last visited 12 July 2045)。

解釋中，有關釋憲程序中，大法官可以做出暫時救濟的立場。

其次，大法官並出示釋憲過程中，做出暫時救濟之要件為：  
1.系爭之憲法疑義、或可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害。2.損害之防止具急迫必要性，且別無其他手段可資防避。3.做成暫時處分之利益顯然大於不做成暫時處分之不利益時。得於本案解釋前做成暫時處分以定暫時狀態。

最後，大法官並據此容許聲請人就戶籍法第八條第二項，及第三項規定，請求為「暫時處分」之聲請。並宣告戶籍法第八條第二項及第三項之相關規定，於本案解釋公布前，暫停適用。本件暫時處分應於本案解釋公布時或至遲於本件暫時處分公布屆滿六個月時，失其效力。

### (三)本件「暫時處分」之性質

大法官在本件釋憲聲請案中，做出我國憲法史上首次容許聲請人請求之「暫時處分」。不過本件「暫時處分」之性質，顯然與先前本文所檢討，日本憲法訴訟中有關行政訴訟程序中的「停止執行」、或民事保全程序中的「假處分」等暫時救濟之概念有所不同。同時，在我國釋憲實務發生暫時救濟問題之後，學界對大法官是否在法律沒有明文規定之情況下，能否自創程序，對當事人做出暫時救濟之法律用語，亦非常分歧。有「急速處分」、「假處分」、「暫時命令」、「暫時處分」等各種不同用法。直到釋字五九九號解釋出爐之後，「暫時處分」之用語似乎才漸行統一。

就日本憲法訴訟之暫時救濟而言，由於其在程序上，是依附在具體訴訟案件，因此無論是「停止執行」，或是民事保全程序之「假處分」，其效力原則上僅及於該個案之當事人，因此稱其為「處分」，在法學上之概念，似較不會有錯亂之感覺。相對於此，

在我國無論是在行政訴訟或民事訴訟中，法院依保全程序所做出之「假處分」，亦均與日本上述之「假處分」概念一致，其效力僅及於訴訟當事人。相較於此，大法官在本案中所做出之暫時救濟，雖稱「暫時處分」，不過如學說指出，大法官於本案解釋前，做成之暫時處分，並非以聲請人為處分對象，是屬於抽象規範之創造<sup>107</sup>，亦即具有一般的對世效力。因此，大法官在本案中做出的「暫時處分」，與其說是「處分」，似乎較接近德國憲法裁判中的「暫時命令（*einstweilige Anordnung*）<sup>108</sup>」之概念。

其次，有關大法官是否得在沒有法律授權之下，自行做出暫時救濟之問題，在國內亦引起廣泛之討論，此和上述所檢討之司法權觀念、違憲審查之類型均有密切之關聯。以下即進入國內主要學說檢討之部分。

### 三、學說

關於我國司法院大法官得否在現行法制（包括憲法及大法官審理案件法）未明文規定，賦予大法官在釋憲聲請案中，對系爭標的逕自命為暫時救濟，學說間之見解仍非常分歧，以下就國內學說分否定說及肯定說分別整理如下：

#### (一) 否定說

採否定說之見解中，較早之學說以許宗力教授為代表。依其理

---

<sup>107</sup> 參閱李念祖，同註2，頁7。

<sup>108</sup> 德國聯邦憲法法院法第32條之規定。德國憲法裁判的「暫時命令」制度之相關內容，參閱陳愛娥，憲法解釋案中之急速處分的要件——對真調會條例應否為急速處分的鑑定意見，月旦法學雜誌，117期，頁43-46，2005年2月；蔡宗珍，我國釋憲程序中有關保全程序之爭議鑑定意見書，月旦法學雜誌，117期，頁49-52，2005年2月。

論，首先，從批判憲法機關的「程序自治」之觀點，認為釋憲程序與一般訴訟程序並無不同，都有支援實體法之機能，且對釋憲決定會造成重大之影響，因此有法律保留之適用。依前述之觀點，許教授並推論出，當憲法對釋憲制度具體內容之規定不詳，或沒有規定時，應由立法者將該制度具體化，而非由釋憲者以程序自治之名義自創程序<sup>109</sup>。此說，近日並得相關學說之呼應，如陳新民教授即指出，保全制度固屬司法權之核心機能，惟其具基本權保障與公共利益之重要性，不應只以空泛的「核心論」打破法律保留，而是應由立法者以法律明定制度之內容<sup>110</sup>。

其次，李念祖教授指出，由於依具有抽象違憲審查性質之程序，提起的釋憲聲請案所做出的憲法解釋，實具有立法之性質，背離司法權核心甚遠，且涉及權力分立界限之問題，因此應該在有憲法依據時，方得行使急速處分權。而且，我國法中，並沒有法院得為立法性質之急速處分的規定，因此如果沒有立法機關的委任，司法機關本身不應自行做出急速處分。再者，具有立法性質之急速處分和行使立法權無異，自須符合法律保留原則，包括急速處分之要件、做成程序、救濟途徑以及效力，自應尊重國會對憲法訴訟中之保全制度，具有之自由形成空間<sup>111</sup>。

## (二)肯定說

持肯定見解的學說當中，基於不同理由，對於應否授與大法官暫時處分權之見解亦有歧異。首先，湯德宗教授採「有限度」的肯

<sup>109</sup> 參閱許宗力，大法官釋憲權行使的程序及範圍——從大法官審理案件法與修正草案之檢視談起，載：憲法與法治國行政，元照，頁89，1999年3月。

<sup>110</sup> 參閱陳新民，憲法學釋論，自版，頁744-747，2005年8月5版。

<sup>111</sup> 參閱李念祖，大法官不應載登立法性質之急速處分，月旦法學雜誌，117期，頁61-66，2005年2月。

定說。其認為依據權力分立原理，立法者對大法官釋憲制度有「優先」之形成空間，然對於釋憲權所不可或缺的核心部分，則未必須有法律規定方可執行，大法官行使抽象違憲審查權時，應相當審慎，若許大法官對系爭案件得逕自創設保全處分，恐有違權力分立原則之要求，對此權力之授與及行使，理應更加審慎，似乎唯有在涉及人權保障之個案中，為避免聲請人遭受不可回復之損害，大法官方應自行創設保全處分<sup>112</sup>。

其次，黃昭元教授則從 1. 救濟為司法之核心內容，2. 司法之自主性，3. 憲法上人民訴訟權之保障等觀點，主張大法官得以解釋形成暫時命令制度。亦即，大法官無須待法律授權，即得對系爭個案做成暫時處分。其認為具有本案解釋權者，即應有發布禁制令之權利，大法官既可宣布系爭個案違憲失效，自可暫時停止其效力，且為維護權力分立之原則，以及權力間之制衡，憲政機關對於其憲法職權之行使，為維護其權力核心領域不受侵害，原則上擁有規範形成之自主權，對此，則無法律保留原則之適用，當法無明文時，自得本其固有權限，自主形成規範，若自釋憲實務進行觀察，司法院過去，第一屆大法官即在「法無明文」之狀況下，本其解釋權形成規範，並做成解釋。若單以「法無明文」可成為阻止大法官發布暫時命令之理由，則第一屆大法官所做的憲法解釋，豈不都成為違憲、違法之解釋。

最後，基於上述檢討，黃昭元教授主張，大法官亦可思考將現行法作為發布暫時命令之依據。其認為得將司法院大法官審理案件法第十七條第二項「大法官所為之解釋，得喻知有關機關執行，並得確定執行之種類及方法」所稱之「執行」做廣義解釋。其認為由

---

<sup>112</sup> 參閱湯德宗，大法官得否命「暫時停止適用」法律？——真調會條例釋憲案鑑定意見書，月旦法學雜誌，117期，頁14-21，2005年2月。

於暫時命令之效果是要停止系爭法律之執行，因此與「解釋之執行種類及方法有關」似可認為其可作為大法官發布暫時命令之規範基礎之一<sup>113</sup>。

第三，陳愛娥教授對於大法官急速處分之權限授與，亦採取較保守之態度，其認為在立法權消極未賦予大法官急速處分之權限時，若因此使大法官無法適當行使其解釋憲法之權限，基於憲法之優越性，大法官方能自行創造急速處分之規範，以填補立法之不備，故在法律未明文規定於違憲審查案件中，急速處分之要件及可能性之情形下，若大法官欲行使其急速處分權，必須在急速處分之做成係確保大法官憲法解釋權有效行使之要求下，此項權限為與憲法解釋權具有相同層次者，而非一般立法權可加以排斥，且此項考量亦同時決定大法官急速處分制度之界線<sup>114</sup>。

第四，蔡宗珍教授則自漏洞填補之角度出發，認為大法官得擁有做成定暫時狀態之假處分之權限，其主張我國大法官掌理之憲法解釋，實質上為行使憲法司法權之憲法審判程序，自有憲法對司法權之一般性任務要求及功能定位之適用，大法官職權之範圍及行使為憲法保留事項，在此範圍內，憲法得委由立法者代為規定，但此事項非法律保留或國會保留事項，不可用以對抗憲法。大法官在憲法沉默下，即於憲法保留範圍內，憲法卻漏未規定時，獲得憲法授與權力之憲法機關，自得於行使其權限之範圍內，自主訂定相關規則，大法官固可承認，並採行立法者制定之程序法，但不可因此推導出大法官之職權行使受到立法者拘束之結論，大法官就此自得做

---

<sup>113</sup> 參閱黃昭元，真調會條例釋憲案鑑定意見書——急速處分部分，月旦法學雜誌，117期，頁32-36，2005年2月。

<sup>114</sup> 參閱陳愛娥，同註108，頁40-47。

出與立法者相異之決定<sup>115</sup>。

#### 四、分 析

就我國上述學說，有關大法官在法律不備，是否得自行創造暫時救濟程序，目前國內雖有採肯定以及否定之兩派見解，同時此兩種學說雖然立論根據不同，不過若再加仔細分析，兩者並非完全沒有共通之處。首先，在否定說當中，如前述李念祖教授之見解，主要是在反對大法官於抽象規範審查中做出「暫時命令」，其未必反對賦予大法官在具體個別事件中，就憲法保障之具體權利，具有做出暫時救濟之權限。

其次，在肯定說當中，對於大法官在審查抽象規範時，是否應賦予其發布暫時命令之權限，亦多持審慎或保留之態度。因此，大法官在釋憲過程中，對憲法保障之具體權利，於釋憲程序立法不備時，得自創程序以救濟人民權利，似乎為兩者共通之處。

### 伍、憲法訴訟法草案

#### 一、草案成立背景

與我國違憲審查制的暫時救濟有關之最近動向，特別值得矚目的是，司法院二〇〇五年十二月二十七日通過司法院大法官審理案件法修正草案<sup>116</sup>。此次修法背景，首先，是為貫徹司法院為國家最高司法機關之憲法規定，因此司法院應予審判機關化，為達審判機關化之目標，乃就現行大法官審理案件之程序規定，加以重新檢

---

<sup>115</sup> 參閱蔡宗珍，同註108，頁53-59。

<sup>116</sup> 參閱月旦法學雜誌編輯部，重點新聞掃描，月旦法學雜誌，131期，頁189，2006年4月。



視，關於大法官行使職權之方式，予以法庭化。其次，為因應二〇〇五年通過之憲法增修條文，新增大法官審理總統、副總統彈劾案件之職權，因此相關審理程序亦應予通盤檢討修正<sup>117</sup>。

草案全文<sup>118</sup>共分五章六十七條，除將法案名稱修改為「憲法訴訟」外，修改之主要內容如下。首先，於第一章總則（第一條至第三十八條）中，明確規定憲法法庭之審理案件共分：(一)憲法上權限爭議及其他憲法適用上爭議；(二)法律及命令違憲審查；(三)統一解釋法律、命令；(四)總統、副總統彈劾；(五)政黨違憲解散；(六)其他應由司法院憲法法庭審理之案件六種。其次，於第二章（第三十九條至第五十一條）中，明定憲法爭議、法令違憲審查及統一解釋案件之聲請要件，及相關程序。當中值得矚目的是，在本章第三十九條第五項中，引進大法官會議釋字三七一號解釋之意旨，明定「法官就其受理之訴訟案件或非訟事件，對裁判上所應適用之法律，確信其牴觸憲法者」得聲請憲法法庭為裁判。當中，有關憲法訴訟之暫時救濟部分，亦於本章中做詳細規定，茲於下節介紹。第三，於第三章（第五十二條至第五十八條）、第四章（第五十九條至第六十二條）中，則分別增設「總統、副總統彈劾案件之審理」專章，以及有關「政黨違憲解散案件之審理」專章。

## 二、草案中暫時救濟相關條文

草案中，有關憲法訴訟中之暫時救濟程序，規定在第二章第四十八條至第五十條。此一修正條文，亦可說納入了前述大法官會議

<sup>117</sup> 有關憲法訴訟法草案之概要說明，可參閱司法院網頁，司法院大法官審理案件法修正草案總說明。<http://www.judicial.gov.tw/> (last visited 10 Mar. 2006)。

<sup>118</sup> 有關憲法訴訟法草案之全文內容，可參閱司法院網頁，司法院大法官審理案件法修正草案條文對照表。<http://www.judicial.gov.tw/> (last visited 10 Mar. 2006)。

釋字五九九號解釋之內容，並對暫時救濟之效力做出詳細規定。

首先，暫時救濟之發動要件為「為避免人民之基本權利或公益遭受難以回復之重大損害，且有急迫必要而無其他手段可資防免者，憲法法庭得就聲請案件相關之憲法爭議、法令之適用或原因案件裁判之執行等，為暫時處分之裁定。」同時，「憲法法庭為暫時處分之裁定時，應有大法官法定總額三分之二以上之參與評議及參與大法官二分之一以上之同意行之。」（第四十八條第一項）。再者，草案亦規定，在有下列：(一)聲請案件本案經實體判決者。(二)已逾六個月者。(三)因情勢變更或其他特殊原因經憲法法庭裁定撤銷者之情形之一者，憲法法庭所做之暫時處分，將失其效力。明確規定暫時處分之暫時救濟之性質。（第四十八條第二項）

其次，草案中又規定，憲法法庭為暫時處分失其效力後，如有必要時，得再為暫時處分之裁定。而憲法法庭為此種裁定時，應有大法官法定總額三分之二以上之參與評議及參與大法官三分之二以上之同意行之（第四十九條）。

最後，草案明確規定，憲法法庭所為暫時處分之裁定，有拘束法院、各機關、地方自治團體、人民、法人及政黨之效力。法院、各機關、地方自治團體處理有關事項，應依裁定意旨為之，並負有採取必要措施以實現裁定內容之義務。（第五十條）依條文之宗旨，可以推論出，在憲法訴訟中，由憲法法庭發布之暫時處分裁定，並非只是具有對個案拘束之個別效力，而是具有對世的一般效力。

### 三、草案中暫時救濟之問題點

若綜合前述日本以及我國學說。首先，日本主要學說均認為，從國民接受司法審判之權利的觀點，儘管於立法不備時，為保護此種權利，在必要時應該容許請求暫時救濟之權利。其次，就我國主

要學說而言，儘管對法律不備時，大法官是否得自創暫時救濟程序，有肯定、否定兩派不同學說之論爭。不過若再進一步分析可以發現，二者對大法官在釋憲過程中，對憲法保障之具體權利，於釋憲程序之立法不備時，得自創程序以救濟人民權利，似乎均無異論。而大法官在釋字五九九號解釋中，以確保解釋或裁判結果時效性之保全制度，為「司法權核心機能」之一，做為主要理論基礎，推導出大法官在釋憲過程中，於必要時，應可做出暫時救濟之結論，亦與上述日本以及我國主要之學說的論點，不謀而合。

在綜合上述學說，以及大法官之釋憲實務之後，在此筆者認為，為確保在憲法訴訟中，對國民基本人權之實效保障，賦予大法官做出暫時救濟之權限，基本上應為正確之方向。也因此，草案中引進暫時救濟之程序，原則上應予肯定。

不過，如同前述，違憲審查之機能主要在，保障個人憲法上之權利，以及維護客觀憲法秩序兩者。同時，此二者也並非完全沒有關聯。不過，就憲法裁判之效力而言，以美、日等國所代表之附隨型審查制，由於該種違憲審查之發動，必須依附在一般的訴訟案件，因此判決之效力，原則上僅及於訴訟當事人，只具個別效力，較不會有權力分立上之問題。而以德國為代表之憲法法院型審查制，當以抽象規範審查之程序提起憲法訴訟時，一旦憲法法院做出法律違憲之判決時，由於該種判決具有一般效力，因此也往往會引起司法權干預或介入立法權之權力分立上之問題。

綜觀此次草案，雖然在其第四十八條至第五十條對暫時救濟程序做出詳細規定，不過似乎並未考量判決效力對權力分立之影響。也因此，並未對因不同程序所提起之訴訟事件，做出暫時處分之要件做不同之規定。就此點而言，筆者認為憲法訴訟中之暫時救濟，至少應區分為主要目的在個人權利救濟之具體審查案件，以及主要目的在維護憲法秩序之抽象審查案件。由於後者，可能會牽動前述

憲法上之權力分立問題，因此有關此種案件之暫時救濟，也應該以較為嚴格、審慎之要件加以規範為宜。

## 陸、結 語

首先，司法為流動性的觀念，各國因歷史背景或法觀念之不同，司法所涵蓋之範圍雖然亦有所不同，但目前在採用違憲審查制之各國中，在美國因為採用附隨型審查制，故違憲審查權是屬於司法權之範圍，自不待言。另外，德國的違憲審查，雖然有抽象規範審查之程序，但德國有力學說仍認為，其屬於司法權之範圍，我國憲法第七章規定「司法」，在該章第七十八條規定，司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，因此，我國現行釋憲制度應屬司法權之範圍，殆無疑義。

其次，各國違憲審查制，大致可區分為美國型=附隨型，以及德國型=憲法法院型兩大類型，且就其機能而言，原初前者之主要機能在保障個人在憲法上之權利，後者則以維護客觀憲法秩序為主要目的，不過，如本文先前所考察者，在實際運用中，此兩種制度在人權保障，以及憲法秩序維護之機能上，已有逐漸接近、甚或融合之傾向。就我國大法官釋憲制度而言，由於其屬於司法權之範圍，且司法權之本質即具有宣告最終法的拘束力之特質。就違憲審查制中的「暫時救濟」而言，其雖不具有宣告法的最終拘束力之性質，不過由於其依附在本案憲法解釋中，所以，可說是解決本案憲法解釋必要且適當之程序。另一方面，在我國憲法第十六條，亦有明文保障人民訴訟權利之規定，此種保障也應包含釋憲聲請人之程序救濟，因此，當釋憲聲請程序之立法不備時，應可容許釋憲機關在一定範圍內，創造暫時救濟程序，予以當事人一定之救濟。

第三，日本過去在行政事件訴訟法修正前，附隨在行政訴訟中之憲法訴訟，暫時救濟僅止於停止執行，導致許多憲法上的權利無法獲得實效保障，並引起學說之諸多批判。在前述之日本憲法學說中，從保障人民接受公正審判之觀點，主張在訴訟程序法不備時，為保障此種憲法上權利，應容許人民於必要時，有請求暫時救濟之權利。且由於此種權利是屬於憲法上的司法權之範圍，因此，即使法律未明文規定，法院亦得當然行使之見解，實值得我國參考。而此種觀點，也和前述我國採肯定說之若干論點頗為接近。

最後，綜合上述檢討，在思考大法官是否可在立法不備時，自行創造暫時救濟程序，儘管有學說指出，我國現行違憲審查制，僅有「政黨違憲解散案件」是屬於以個案裁判進行之「具體審查」，其他之釋憲案件，皆為「抽象審查」<sup>119</sup>。不過在此，筆者認為，區分釋憲程序之不同，而予分別適用，似乎應較為可行之方法。因為，即使大法官對人民、法人、政黨聲請釋憲之案件並非以「裁判」之方式進行，不過該等案件頗類似德國的「憲法訴願」程序，有強烈請求救濟個人權利之性質。因此，首先，在有關審查個人具體權利之釋憲聲請案時，無論是從司法權之本質，或保障人民訴訟權之觀點，都應允許大法官在一定程序要件下，賦予大法官自行行使暫時救濟之權限。

其次，在有關審查抽象規範之案件，若賦予大法官發布暫時命令之權限，由於該種命令具有一般的對世效力，涉及層面較大，也可能會牽動權力分立的問題，因此應以較為審慎、嚴格之要件予以管制。至於該種要件，雖並非不可由大法官自行解釋。不過，以立法對其程序、適用範圍加以明確規範方為長久之計。有關我國釋憲制度中，包含暫時救濟之問題、釋憲聲請標的之範圍、以及大法官

---

<sup>119</sup> 參閱湯德宗，同註112，頁16。

釋憲制度「裁判化」等問題，目前在我國均未予明確立法。過去司法院曾在二〇〇二年曾提出大法官審理案件法修改之草案<sup>120</sup>，但該草案中並沒有對上述問題加以修改之內容。近來值得矚目的是，前述司法院提出之「憲法訴訟法草案」，則詳細規定憲法訴訟中的暫時救濟制度，其未來之立法動向，亦必須再持續觀察。展望我國釋憲制度之未來，對大法官釋憲制度之程序，以立法予以明確化，應為我國憲政發展的當務之急<sup>121</sup>。也因此「憲法訴訟法」未來在立法院審議之過程，及其動向都是值得再加關注之問題。

---

<sup>120</sup> 有關該草案之全文，參閱司法院網頁：<http://www.judicial.gov.tw> (last visited 12 July 2005).

<sup>121</sup> 主張應儘速立法之類似見解，如吳信華，暫時處分的憲法訴訟問題，月旦法學教室，36期，頁9，2005年10月；拙文，同註28，頁95。

## 參考文獻

### 一、中 文

#### (一)書 籍

1. 李仁森，司法權的觀念——由日本「客觀訴訟」與司法權觀念之論爭，載：翁岳生教授祝壽編輯委員會編，當代公法新論（上），元照，2002。
2. 李鴻禧，現代憲法動態與違憲審查制之演變，載：違憲審查論，自版，3版，1990。
3. 翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，五南，2002。
4. 許宗力，大法官釋憲權行使的程序及範圍——從大法官審理案件法與修正草案之檢視談起，載：憲法與法治國行政，元照，1999。
5. 許慶雄，憲法入門，元照，2000。
6. 陳新民，憲法學釋論，自版，5版，2005。
7. 湯德宗，權力分立新論，元照，2000。
8. 劉宗德，日本違憲審查制度之研究，載：行政法基本原理，學林，2000。

#### (二)期 刊

1. 台灣本土法學雜誌主辦座談會，吳庚=李震山=黃昭元=顏厥安=蔡宗珍出席「釋字第六〇三號（全民指紋建檔案）解釋」會議紀錄，台灣本土法學雜誌，75期，2005。
2. 吳志光，倚天既出誰與爭鋒——大法官釋憲權與暫時處分，台灣本土法學雜誌，72期，2005。
3. 吳信華，暫時處分的憲法訴訟問題，月旦法學教室，36期，2005。
4. 李仁森，司法院定位問題考——由戰後日本憲法裁判之經驗，反思我國違憲審查制的發展方向，中正法學集刊，13期，2003。
5. 李仁森，由司法權本質，思考我國大法官釋憲制度的「聲請外解釋」問題，台灣本土法學雜誌，59期，2004。
6. 李仁森，再論強制押捺指紋之合憲性，月旦法學教室，34期，2005。

7. 李念祖，大法官不應載登立法性質之急速處分，月旦法學雜誌，117期，2005。
8. 李念祖，釋憲者創造暫時處分的意義，台灣本土法學雜誌，72期，2005。
9. 李建良，「戶籍法第八條捺指紋規定」釋憲案件定意見書，台灣本土法學雜誌，73期，2005。
10. 徐正戎，「戶籍法第八條捺指紋規定」釋憲案件定意見書，台灣本土法學雜誌，75期，2005。
11. 陳英鈴，民主鞏固與違憲審查，月旦法學雜誌，125期，2005。
12. 陳慈陽，論「三一九槍擊事件真相調查委員會條例」之違憲性，月旦法學雜誌，125期，2005。
13. 陳愛娥，大法官憲法解釋權之界線——由功能法的觀點出發，憲政時代，24卷3期，1998。
14. 陳愛娥，憲法解釋案中之急速處分的要件——對真調會條例應否為急速處分的鑑定意見，月旦法學雜誌，117期，2005。
15. 陳愛娥，司法院大法官作成暫時處分的要件與其運用，台灣本土法學雜誌，73期，2005。
16. 湯德宗，大法官得否命「暫時停止適用」法律？——真調會條例釋憲案鑑定意見書，月旦法學雜誌，117期，2005。
17. 黃昭元，真調會條例釋憲案鑑定意見書——急速處分部分，月旦法學雜誌，117期，2005。
18. 詹鎮榮，請領身分證、先捺指紋？，月旦法學教室，33期，2005。
19. 蔡宗珍，我國釋憲程序中有關保全程序之爭議鑑定意見書，月旦法學雜誌，117期，2005。
20. 蘇永欽，喬太守式的分權，灑狗血般的人權——簡評政治壓力鍋煮出來的五八五號解釋，台灣本土法學雜誌，70期，2005。



## 二、日 文

## (一)書 籍

1. 土井真一，法の支配と司法権——自由と自律的秩序形成のトポス，載：佐藤幸治＝初宿正典＝大石真，憲法五十年の展望Ⅱ，有斐閣，1998。
2. 山岸敬子，客観訴訟，小早川光郎＝宇賀克也編，行政法の発展と變革：塩野宏先生古稀記念（下），有斐閣，2001。
3. 中村睦男，論点憲法教室，有斐閣，1992。
4. 中村睦男＝秋山義昭＝千葉卓＝常本照樹編著，教材憲法判例，北海道大学圖書刊行会，3版，1994。
5. 中村睦男，憲法裁判の50年，載：中村睦男＝常本照樹編，憲法裁判50年，悠々社，1997。
6. 戸松秀典，憲法訴訟，有斐閣，2000。
7. 日本參議院憲法調査会事務局編，ドイツ連邦共和国憲法概要，2001〔初宿正典執筆〕。
8. 田中二郎，行政争訟の法理，有斐閣，1954。
9. 伊藤正己，憲法〔第三版〕，弘文堂，1995。
10. 宇賀克也，改正行政事件訴訟法，青林書院，2004。
11. 佐々木雅寿，勸告的意見の可能性，高見勝利＝岡田信弘＝常本照樹編，日本国憲法解釋の再検討，有斐閣，2004。
12. 李仁森，台湾における違憲審査制の新展開，大沢秀介＝小山剛編著，東アジアにおけるアメリカ憲法，慶應義塾大学出版会，2006。
13. 並河啓后，違憲審査制の性格，載：憲法理論研究会編，違憲審査制の研究，敬文堂，1993。
14. 東条武治，客観訴訟，雄川一郎＝塩野宏＝園部逸夫編，現代行政法大系(5)行政争訟Ⅱ，有斐閣，1984。
15. 松井茂記，裁判を受ける権利，有斐閣，1993。
16. 阿部照哉編，比較憲法入門，有斐閣，1994。
17. 南原方＝高橋滋編，条解行政事件訴訟法，弘文堂，2版，2004。

- 18.室井力＝芝池義一＝浜川清編著，コンメンタール行政法Ⅱ行政事件訴訟法・国家賠償法，日本評論社，2004。
- 19.高木光，住民訴訟における行政処分概念：補助金交付決定を念頭において，小早川光郎＝高橋滋編，行政法と法の支配，有斐閣，1999。
- 20.高橋和之，司法の觀念，載：樋口陽一編，憲法學6（権力の分立2），日本評論社，1995。
- 21.清宮四郎，憲法Ⅰ，有斐閣，3版，1979。
- 22.野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利，憲法Ⅱ，3版，2004。
- 23.棟居快行，「基本権訴訟」の可否をめぐって，載：芦部信喜教授還暦記念・憲法訴訟と人権の理論，1985。
- 24.棟居快行，人権論の新構成，信山社，1992。
- 25.園部逸夫編，住民訴訟〔最新地方自治法講座④〕，ぎよせい，2002。
- 26.藤田宙靖，行政法Ⅰ，青林書院，3版，1993。
- 27.塩野宏，行政法Ⅱ，有斐閣，2版，1995。
- 28.樋口陽一＝吉田善明編，解説世界憲法集，三省堂，4版，2001。
- 29.笹田榮司，裁判制度，信山社，1997。
- 30.芦部信喜，憲法，有斐閣，1997。
- 31.芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男編，憲法判例百選Ⅱ，別冊ジュリスト，154号，有斐閣，4版，2000。

## (二) 期 刊

- 1.H・Nジャンニッシュ，カナダ憲法上の照会権限（Reference Power），北大法学論集，39巻3号，1988年10月〔佐々木雅寿訳〕。
- 2.中村睦男，憲法裁判の現状課題，法曹時報，47巻2号，1995。
- 3.本多滝夫，仮の救済制度論——仮命令・執行停止制度の検討，法律時報，77巻3号，2005。
- 4.李仁森，台湾における違憲審査制，北大法学論集（日本北海道大学），47巻5号，1997。

5. 李仁森，台湾における違憲審査制の近時動向——日本憲法裁判の経験を通じ、台湾司法院の位置づけを考える，札幌学院法学（日本札幌学院大学），21巻1号，2004。
6. 兼子一，司法権の本質と界限，ジュリスト，29号，1953。
7. 笹田榮司，憲法学から見た行政訴訟法改正，民商法雑誌，130巻6号，2004。
8. 曾和俊文，地方分権と住民自治——住民訴訟制度改正の動きを中心に，ジュリスト，1203号，2001。
9. 曾和俊文，行政事件訴訟法改正の意義と今後の課題，法律時報，77巻3号，2005。
10. 曾和俊文，住民訴訟制度改革論，関西法学（日本関西大学），51巻2号，2001。

# A Temporary Remedy in the System of Judicial Review: Focus on Recent Trends in Taiwan and Japan (2)

Ren-Miua Lee<sup>\*</sup>

## Abstract

The Taiwanese Judicial Yuan, which is the practical Taiwanese Constitutional Court, issued a temporary injunction to comply with the plaintiffs' demands recently. It aroused much public discussion. Because no Taiwanese legislative provisions exist by means of which the Judicial Yuan can issue a temporary injunction in a Judicial Review case, so it is worthwhile to consider whether the Judicial Yuan can both create procedures concerning Judicial Review and apply them.

In this thesis, Author intends to consider a temporary remedy that can be applied in the Judicial Review System. This study will take up the viewpoint of comparative law by comparing the Japanese system to the Taiwanese system.

**Keywords:** Judicial Review, Constitutional Suit Temporary Remedy, Temporary Injunction, Taiwan, Japan

---

<sup>\*</sup> Associate Prof. of Law, National Chung Cheng University, Taiwan; JSD, Hokkaido University, Japan.

Received: May 3, 2006; accepted: August 16, 2006