

日本憲法訴訟與實質權利救濟 (暫時救濟訴訟) 問題之探討

歐廣南
政治系教授

摘 要

「訴訟權」，又稱之「程序基本權」，其目的在使實體權利於受到侵害時，有回復可能性，此亦即是憲法賦予人民行使實質權利救濟最基本的司法受益權。通常權利救濟的態樣可分為：①事前救濟、②事後救濟、③預防救濟、④暫時救濟、⑤直接救濟與⑥間接救濟等六種類。研究憲法訴訟與實質權利救濟問題，除應包括「憲法訴訟時，法院（含憲法法庭、釋憲機關）判決法令違憲後的具體救濟方法」外，更涉及與憲法訴訟提起程序或訴訟要件相關的「暫時救濟」問題。本文所論暫時救濟制度，其並非憲法訴訟既存的救濟制度，乃指人民提起暫時救濟訴訟的運作過程，而衍生的憲法爭議問題。因此，從附隨民事訴訟、刑事訴訟以及行政訴訟之爭議事件，作為提起憲法訴訟與憲法救濟之入口，藉着探討日本暫時救濟與憲法爭議問題，進而瞭解憲法訴訟上的暫時救濟與民事訴訟、行政訴訟上的暫時救濟，其所適用裁判基準與法理有無差異性等問題。

關鍵詞：憲法訴訟、事前救濟、事後救濟、預防救濟、暫時救濟、直接救濟、間接救濟。

To Investigate the Japanese Constitution Litigation and Substantive Right Relief's Questions

Kuang-Nan Ou

Professor

Department of Political Science

Abstract

The lawsuit power is called the procedure basic power, its goal when causes the entity right in receiving the violation, and there is the recover possibility, this is the constitution bestows on the people to exercise the substantive right relief - the most basic judicature to profit the power. Usually the right relief's form may divide into six types: relief before the event, relief after the event, prevention relief, temporary relief, direct relief, and indirect relief. Researching constitution litigation and substantive right relief's questions, except that should include during the constitution litigation, concrete relief method for court (including Constitution Court, after releasing the constitution institution) decides the law violating the constitution, involving with the constitution litigation which mentions the procedure or the litigation related questions of temporary relief. This article discusses the system of temporary relief, it's not existing relief system in the constitution litigation, and are the people mention the lawsuit's operation process of temporary relief to grow constitution dispute questions.

Keyword : Constitution Litigation, Relief Before the Event, Relief After the Event, Prevention Relief, Temporary Relief, Direct Relief, Indirect Relief

壹、前言

憲法規定人民有訴訟之權利，乃為司法之受益權。換言之，人民的法定權益受到侵害時，任何人皆可依法向司法機關（以下包含法院在內）提起訴訟，請求司法救濟。然而司法的意義，不應侷限於司法裁判機關只是對訴訟當事人所提起的具體紛爭事件，依法審判（適用法律），以求解決（平息）紛爭的裁判過程。否則，易使人誤認司法裁判的焦點，僅限於適用法律的判決程序與作用而已。重要的是，若司法機關未賦予訴訟當事人實質權利救濟之權限，前項「判決」不僅不具司法救濟之意義，同時亦失去憲法保障人民司法受益權之目的。

有關人民的權利受到不法之侵害，而法院對權利受到侵害者應採用何種救濟手段（方法），始能有效保障人權，此不僅是立法政策的問題，更是憲法上的問題。所謂：「司法權乃是對於當事者之間的具體法律關係或權利、義務的存在與否，依據實體法之規定，透過特有的當事者主義之結構與程序等，客觀的確認並且適法解決該當事件或紛爭。因此，確定實體權利的存否乃為司法裁判之核心，在此前提之下，當然應賦予權利救濟的手段，俾使訴訟事件或爭訟獲得合理的解決，而此種司法作用，當然涵蓋在司法權的內容範圍內」¹。所以整體而言，司法機關（法院）的定位應為侵害法益的實質救濟機關。

貳、現代憲法訴訟與憲法救濟之意義

探討憲法訴訟的問題，除了涉及狹義的憲法訴訟程序問題與廣義的憲法實體問題外，更應包含最廣義的憲法救濟的問題在內²。在司法一元化的國家，民事訴訟、刑事訴訟以及行政訴訟乃為提起憲法訴訟與憲法救濟之入口。

一、權利救濟的概括主義與法院超法規創造憲法救濟之途徑

訴訟當事人因其法律保障之權利，受到不法侵害時，理論上任何人均可向法院機關起訴訟請求司法救濟。但事實上，法院受到訴訟事項採用列舉主義之限制，若訴訟人所提起之訴訟請求事項，不符法院依法規定之訴訟事項（即法定外

¹ 參照佐藤幸治著「憲法（第三版）」、青林書院、一九九五年出版、頁二九九。

² 參照渋谷秀樹著「憲法訴訟要件論」、信山社、一九九九年三月十日初版、頁三以下。

之訴訟)³。此際，法院往往以不具備訴訟構成要件，駁回當事人之請求。按現代憲法有關權利救濟，係採概括主義之原理⁴，對於侵害法益權利之救濟，理應不受特定訴訟類型的訴訟事項之限制⁵。申言之，此處所云：「概括主義」，係指人民行使訴訟權或權利的救濟問題，似乎不應侷限於特定訴訟類型的出訴事項而已，有關特定性質之行為，並非採「特定訴訟類型之概括主義」，與其如斯，勿寧說是應採「權利救濟的概括主義」，來得適切。正因基於權利救濟概括主義之原理，所以才推論導出，應先有什麼樣的訴訟類型之後，始能針對什麼樣的行為對象受理訴訟（救濟），此一先後順序，不應本末倒置⁶。

按前項權利救濟概括主義之理論，我們有必要認真檢討現行法律規定對於不法侵害人民基本權利的救濟方法，是否能符合憲法人權保障之需求。故在憲法救濟人民實質權利之基本原理下，司法機關對於人民基本權利之救濟方法，未必是一層不變的適用法律，應承認其有超法規的創造救濟之作用，此乃符合「憲法救濟」之真諦⁷。諸如：昭和四十七年（一九七二年）的「高田事件」⁸，日本憲法第三十七條（刑事被告的權利）第一項明文規定：「保障刑事被告有請求公平、迅速裁判之權利」⁹。

二、基本人權之侵害與權利救濟問題

憲法賦予司法機關行使刑事訴訟、民事訴訟以及行政訴訟之審判權限，亦即憲法授權各級法院執行司法裁判之權也。又基於前項之憲法授權，司法裁判之概念，當然包括當事人提起訴訟循司法途徑，請求法律救濟之實質內涵。因此，各

³ 所謂「法定外之訴訟」係指：「採取法律明文規定訴訟形式以外之訴訟」的總稱也，其內容，往往因各國司法制度之不同而有不同之內涵，前項所稱：「法定外之訴訟」，在我國乃屬不被允許之訴訟，表面上看起來似乎無研究之必要，其實並非如斯，因為法定外之訴訟，亦涉及人民實質權利救濟的問題。

⁴ 參照遠藤博也著「取消訴訟の原告適格」，鈴木忠一、三ヶ月章監修「實務民事訴訟講座8行政訴訟」、日本評論社、一九七〇年出版、頁七十五以下。

⁵ 參照南博方、原田尚彦、田村悅一編著「新版行政法（2）」、有斐閣、昭和六十年十二月出版、頁一〇二。

⁶ 同遠藤博也前揭著作「取消訴訟の原告適格」、頁七十五以下。

⁷ 參照初宿正典、大石眞、松井茂記等著「憲法 Cases and Materials 憲法訴訟」、有斐閣、二〇〇七年五月三十日初版、頁五一八。

⁸ 參照日本最高裁判所（大法廷）昭和四十七年十二月二十日、刑集第二十六卷、第十號、頁六三一。

⁹ 參照日本國憲法第三十七條（刑事被告人の諸權利）第一項は、「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」と定めている。

級法院行使司法裁判之權限，理應包含行使司法救濟權限在內。當人民基本人權受到不法侵害時，利害關係人提起訴訟請求法律救濟，此乃具體實現憲法保障之司法受益權。

訴訟當事人因違反刑法之規定，被列為刑事被告，而被提起公訴所繩繫之法令規定，係違憲不當限制人民基本人權之法律時，通常在分散型（附隨）司法審查制之國家，據此，被告即可向普通法院（案件繫屬之法院）提起憲法訴訟，主張適用法律違憲無效，同時藉由前項憲法訴訟，請求法院判決該當法律違憲，俾使被告獲得無罪判決之司法救濟。然而上開憲法救濟之訴訟適格要件，即訴訟當事人須有違反法律之行為，且被列為刑事被告之後，始具有訴訟當事人適格，方可提出法律違憲訴訟之聲請。在此訴訟適格之前提要件下，就採「法令事後合憲性審查」¹⁰的國家而言，對於法令違憲侵害人民法益，顯然欠缺權利的實質救濟之效用。我國雖非屬前項分散型（附隨）司法審查制國家，但司法院大法官受理違憲審查之要件，亦屬法令事後合憲性審查之類型¹¹，故前述有關分散型司法審查國家的權利救濟缺陷，似乎仍舊存在。例如：大法官釋字第二六三號解釋、釋字第四七六號解釋等，均屬國家刑罰權與特別刑法規範之合憲性爭議問題，然而釋憲的結果，却與當時聲請釋憲的利害關係人所提出請求權利救濟之期待，落差甚遠。

若以日本憲法訴訟為例，日本國會立法通過限制基本人權之法律案，而且該項立法，實際上亦成為行政機關依法行政之法源依據，並據此作出各種適用法律之行政處分。此際，若非人民有違反前項立法之行為，因而被起訴者，原則上不得提起法律違憲之訴求。同時就行政訴訟而論，依行政事件訴訟法之規範，顯然在訴訟的地位上，對提起訴訟之原告（人民），並非十分有利。除此之外，在提起行政訴訟的入口要件方面，其規範亦十分嚴苛，而且訴訟繫屬中，又不允許原告提出暫時救濟之聲請¹²，諸如此類種種不合理之限制規範，往往使原告想藉由提起行政訴訟勝訴之途徑，獲得權利救濟的機會，幾乎微乎其微。如斯情景下，國家賠償訴訟制度的設置，對於基本人權之救濟，確實扮演十分重要的角色與功

¹⁰ 參照吳庚著「行政法之理論與實用」（增訂七版）、三民書局、民國九十年八月出版、頁七十一。吳教授指出法令違憲審查權制度有抑制性規範審查與預防性規範審查之分。法令的事後合憲性審查，即屬前者抑制性規範審查。

¹¹ 除憲法第一一四條規定省自治法係採法令事前合憲性審查外，餘參照司法院大法官審理案件法第五條至第七條之規定。

¹² 參照日本行政事件訴訟第四十四條（仮処分の排除）は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法に規定する仮処分をすることができない」と規定されている。我國行政訴訟法第二九九條（假處分之限制）之規定旨意，亦同。

能。惟國家賠償法制，斟酌而言之，該法只不過是私法的特別法¹³。簡單的說，國家賠償法的賠償要件，僅針對侵害私法上的權利或利益實施賠償，因此，縱使政府機關或公務員侵害憲法保障人民之基本人權，亦未必皆可直接依法請求國家賠償。況且，憲法保障的基本人權係屬公法上的權利，並非私法上的權利，不適合以請求私法上的賠償或救濟之思維模式，來思考問題。然而司法裁判機關，往往將侵害憲法保障的基本人權，視為侵害私法上的權利（諸如：私法上的人格權等）般處置，據此認定上開侵害行為構成國家賠償，實有積非成是之嫌¹⁴。又國家賠償法規定，須公務員執行公權力，有故意、過失或怠忽職責而侵權者，始構成國賠要件。總而言之，公務員之職務行為，縱有違憲侵害人民的基本人權，若非其基於故意、過失或怠忽職守者，人民的權益損失，仍舊無法獲得救濟。

再則，行政事件訴訟法之規範，若未允許設置課予義務之訴訟，而此種欠缺或未盡完善之訴訟規範，其本身就是否定憲法上課予義務的實質權利救濟機制。如斯，不但侵害司法權，更侵害人民依法請求救濟的訴訟權。故司法裁判機關依據憲法上的規定，當然有權命令行政機關禁止執行特定行為或課予其執行特定作為之義務。甚至在美國的憲法訴訟制度上，對於適用法律有違憲之疑慮時，人民得提起預防性訴訟，請求確認法律違憲或禁止執行前項違憲之法律。而諸如此類之訴訟，通常循民事訴訟、刑事訴訟或行政訴訟提出，這也是人民行使司法救濟權的重要保障之一。就人民實質的權利救濟而論，若司法審查缺少前述預防性訴訟制度之設計，顯然在司法裁判制度上，對於人民基本人權之救濟，仍嫌有未盡完善之處。

總而言之，理論上，只要有不法侵害人民基本人權之情事，而前項侵害已構成提起憲法上的司法判斷適合性要件，權利利害關係人理所當然可以據以提出違憲爭議之訴訟。此際，司法裁判機關亦不應拘泥是否符合民事訴訟法、刑事訴訟法或行政訴訟法之訴訟類型、要件等實定法之規範，一切應以救濟人民的實質權利為優先考量，將憲法之規範視為最上位的訴訟法規。同時亦應堅持惟有徹底貫徹憲法保障人民訴訟權的司法審查理念，人民的基本實體權利，方能有效獲得救濟。又如前所云，雖然侵害人民基本人權之救濟，未必盡能符合法定訴訟要件，

¹³ 參照日本國家賠償法第四條（民法の適用）は、「国又は公共団体の損害賠償の責任については、前三条の規定による外、民法の規定による」とされているが、なおさら、同法第五条（他の法律の適用）は、「国又は公共団体の損害賠償の責任については、民法以外の他の法律に別段の定めがあるときは、その定めるところによる」と規定されている。我國國家賠償法第五條、第六條亦為類似之規定。

¹⁴ 參照松井茂記著「日本国憲法（第2版）」、有斐閣、二〇〇二年七月三十日出版、頁一二四以下。

乃至有抵觸訴訟法規之訴訟或救濟事項，而前項實定訴訟法所規定的訴訟要件、訴訟類型等形式上的立法規範，其本身亦應屬於司法審查的範疇之一。因此，司法裁判機關不能基於必須遵守「依法審判」之原則，而受限於實定訴訟法規之羈絆。換言之，即使是法定外之訴訟（含訴外裁判在內），只要訴訟當事人提出防禦或回復實體基本權利之訴訟，均應受憲法的保障，予以公平、公正、公開與迅速的裁判，俾以確保人民的司法救濟權益¹⁵。

參、權利救濟的態樣

訴訟權，又稱為程序基本權，其目的在使實體權利於受到侵害時，有回復可能性，基於「有權利，必有救濟；無救濟，非權利」的法諺，訴訟權利之範圍應大於實體權利，且必須具備有效性、無漏洞、及時性、充分性等。前述探討有關憲法訴訟與實質權利救濟問題，除應包括「憲法訴訟時，法院（含憲法法庭、釋憲機關）判決法令違憲後的具體救濟方法」外，更涉及與憲法訴訟提起程序或訴訟要件相關的「預防救濟」與「暫時救濟」問題¹⁶。其中「預防救濟」係指「司法的事前救濟」與「訴訟利益的成熟性」有關，而「暫時救濟」則是為「確保原告權利（利益）」之一種暫時性「保全」措施。故不論預防救濟或暫時救濟，不論是民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟乃至憲法訴訟，就利害關係人的實質權利救濟而言，均應屬於司法救濟的一環。以下就權利救濟的態樣說明如次：

一、事前救濟問題

一般而言，對於不法之侵害其救濟的方法，通常採①事後損害賠償，或採②事前向法院請求除去或防止其侵害，而提起「禁止執行」（injunction 或差止 SASHITOME）訴訟，防止不法侵害的發生等二種救濟方式。然而現行法制則偏向採前者①的事後請求損害賠償或回復原狀的救濟方式¹⁷（我國民法第二一三條至第二一五條之規定，原則上亦採事後金錢賠償與回復原狀之救濟方式）。但對於特定權利之保障，例如，人格權或隱私權（參照我國民法第十八條、第十九條亦有類似之規定）等侵害，亦承認必要時，得允許採事前與事後（即①與②）二

¹⁵ 參照棟居快行著「人權論の新構成」、信山社、一九九二年出版、頁二九二。

¹⁶ 參照野中俊彥著「憲法訴訟の原理と技術」、有斐閣、一九九五年一月三十一日初版、頁二四四以下。

¹⁷ 參照日本東京高等裁判所、昭和四十五年四月十三日、高民集第二十三卷第二号、頁一七二。

種並行的救濟方式¹⁸。若就環境權的爭議問題而論，雖然日本業已將環境權視為人格權之一環，予以保障。惟有關環境權侵害的預防性（即請求禁止執行）訴訟之權利保護要件，若就現行的觀點（指現在的時間點）而言，的確欠缺具體與明確的預見性（對未來權利侵害之預見），故在訴訟上，比較不利於原告之權利救濟¹⁹。

然而禁止執行（injunction）訴訟（日文譯：差止訴訟 SAHITOME SOSYOU），乃為預防性救濟一種，特指當他人違法的行為，有侵害自己權益之虞時，得於事前向法院請求禁止他人執行是項行為，前項立法例，係源自海洋法系（英、美）衡平法（equity）之救濟方法（即禁止命令）的實體化。該項禁止執行請求權，旨在着重於事前的權利救濟，而非在事後（指損害發生後），始提起請求損害賠償的權益救濟方法。在私法領域上，例如公司法對於不當使用商號（商標）、惡性競爭以及無體財產權之侵害等，得提起禁止執行訴訟，被視為事前救濟方法之一。在公法領域，就行政救濟（訴訟）而言，對於行政機關的特定行政行為、公權力或事實行為之行使（含未來即將行使，或現在持續進行的行為在內），得提起訴訟請求禁止執行該項行政行為（處分）。特別是行政機關在行使公權力之際，當事人提起所謂禁止執行（指禁止行使公權力）之訴訟，此乃具有抗告訴訟之性質，而前項訴訟，應視為請求行政機關於事前禁止執行該當行政行為或事實行為（即禁止行使公權力）的無名抗告訴訟之一種²⁰。

其次若從基本人權保障與權利救濟的觀點而論，有些侵害人權的救濟方式，並非單純提起訴訟，請求損害賠償的問題而已。例如：環境利益之保護與救濟方式，僅是損害賠償的救濟方法，業已不符合權益保障之本質。日本「阪神高速道路公害訴訟事件」，神戶地方裁判所尼崎分院判決：「除了損害賠償之外，對於明確不法之侵害，得於事前拒絕或有防範未然之權利」²¹。同樣的「大阪國際空港公害訴訟（第二審）」，大阪高等裁判所判決：「環境權與人格權相同，其事前之救濟（SASHITOME），均屬無須等待實定法訂定明文之規範，應立即予以承認的基本權利。不僅是損害賠償的問題，同時亦應禁止其執行夜間九時之後的

¹⁸ 參照日本東京地方裁判所、昭和三十九年九月二十八日、下民集第十五卷、第九號、頁二三一七。

¹⁹ 參照日本東京高等裁判所、平成二年六月二十七日、高民集第四十三卷、第二號、頁一〇〇。

²⁰ 參照竹內昭夫、松尾皓也、塩野宏著「新法律学辞典（第三版）」、有斐閣、平成六年十月三十日出版、頁五六一。

²¹ 參照日本神戶地方裁判所尼崎支判、昭和四十八年五月十一日、判例時報第七〇二號、頁十八。

飛機（客、貨機）起降任務」²²。又「女川核能發電廠停止建設與停止運轉訴訟事件」²³，第一審暨第二審日本仙台地方裁判所以及高等裁判所均判決原告（居民）勝訴。「橫田駐日美軍基地噪音公害訴訟」，日本最高裁判所對原告提出基地內的駐日美軍，應停止執行夜間（晚上九時至翌晨七時止）飛行任務之訴訟，認定其具備請求「不作為給付訴訟」²⁴之要件，「名古屋新幹線公害訴訟第二審」有關請求被告執行特定不作為（即聲請禁止執行噪音與震動）之判決，亦屬同旨²⁵。

二、事後救濟問題

雖然現行法律制度對於權利的救濟，不排除訴訟之當事人採事前救濟的方式，但法院對採事前救濟的訴訟要件，却有十分嚴格的限制，諸如：非採事前司法審查手段，無法獲得權利之救濟或蒙受回復困難之損害²⁶。②須為不能回復現狀之損害，且現行法制上無其他適切的救濟方法²⁷。③須有非採事前救濟之特殊情事²⁸。以及④必須有遭遇重大難以回復損害之虞等特殊情事²⁹。除此之外，通常對於權利救濟的方式均採事後救濟為原則。而權利的事後救濟即損害賠償的方法又有①回復現狀與②金錢賠償（適用於不能回復現狀或回復顯有重大困難者）二種。同時在提起給付損害賠償之訴訟，又有1請求給付將來損害之賠償（指未來的損害賠償，以下稱將來損害賠償），與2請求給付過去損害賠償之分。

（一）將來損害賠償

日本民事訴訟法第一三五條規定，訴訟之當事人認為：「有必要於事前提起將來給付之訴訟時，得提出前項之聲請」³⁰。日本立川簡易裁判所判決：「將來

²² 參照日本大阪高等裁判所、昭和五十年十一月二十七日、判例時報第七九七號、頁三十六。

²³ 參照日本仙台地方裁判所、平成六年一月三十一日、判例時報第一四八二號、頁三。

²⁴ 參照日本最高裁判所、平成五年二月二十五日、判例時報第一四五六號、頁五十三。

²⁵ 參照日本名古屋高等裁判所、昭和六十年四月十二日、下民集第三十四卷、第一～四號、頁四六一。

²⁶ 參照日本大阪高等裁判所、昭和五十二年十一月十日、行政事件民事裁判例集第二十六卷、第十、十一號、頁一二六八。

²⁷ 參照日本東京地方裁判所、昭和三十八年七月二十九日、行政事件民事裁判例集第十四卷、第七號、頁一三一六。

²⁸ 參照日本最高裁判所、昭和四十七年十一月三十日、民集第二十六卷、第九號、頁一七四六。

²⁹ 參照日本最高裁判所、平成元年七月四日、判例時報第一三三六號、頁八十六。

³⁰ 日本民事訴訟法第一三五條（將來の給付の訴え）は、「將來の給付を求める訴えは、あらかじめその請求をする必要がある場合に限り、提起することができる」と規定している。

的損害賠償請求權，嚴格來說，並非屬現存之請求權，就不動產持續占有（指被告不法占有）之性質而言，上開請求權的發生原因既已存在，故迨至不動產交付為止，原告具有請求給付相當於支付租金之損害賠償權³¹。但肇始於環境公害的將來損害賠償請求權，在前述「大阪國際空港公害訴訟第三審」，日本最高裁判所判決：「將來損害給付要件限於①須有請求權之發生基礎事實、法律關係之存在，且必須能預見其未來將持續不斷的發生，②請求的內容必須能明確預測其未來的變動係對債務者有利，③且必須證明被告提出阻止強制執行時，所課予債務者之負擔，須為債務者所能承擔之合理範圍，而本件請求給付公害之將來損害賠償，與不動產不法持續占有之情形，不得同一而論，故判決本件前項之將來損害請求權不適格，駁回原告訴訟之聲請」³²。顯見日本最高裁判所對公害的將來損害賠償的構成要件，其認定十分嚴苛。

（二）過去損害賠償

環境訴訟其牽涉的問題十分複雜，往往訴訟當事人對於現在持續進行的自然環境破壞，為防止不法侵害的擴大，提出預防性訴訟（救濟），對於過去已造成之侵害提出損害賠償，對未來仍持續發生的侵害，提出將來損害賠償等訴訟。然而從歷年所提出有關環境救濟的訴訟事例而言，日本最高裁判所對於爭訴多年的「大阪國際空港公害訴訟」事件，判決：「①駁回第二審預防性救濟部分（禁止執行夜間航空機起降任務），②廢棄原告將來損害賠償之請求，③僅判決機場的噪音已逾越居民所能忍受之限度，其侵害行為乃屬違法，被告（國家）應有支付過去損害賠償之義務」³³。日本最高裁判所第一小法庭在平成五年，對「厚木基地公害訴訟（駐日美軍軍用機場噪音公害）」，亦同樣認定：「①維持原審判決，指出原告提出禁止基地內美軍執行軍機飛行任務之預防性救濟乃屬不合法之請求，②廢棄原審認定原告請求過去損害賠償乃屬違法之判決，指出原審法院僅針對公共性與公益性方面，實施比較衡量，並未就環境侵害程度與防止公害的措施等作整體考量，認為本件訴訟國家（被告）所採取的公害防止對策不足，有關原告過去損害賠償部分有進一步審理之必要，應駁回更審」³⁴。

³¹ 參照日本立川簡易裁判所、昭和二十八年二月四日、判例時報第五號、頁十五。

³² 參照日本最高裁判所、昭和五十六年十二月十六日、民集第三十五卷、第十號、頁一三六九。

³³ 同日本最高裁判所、昭和五十六年十二月十六日、民集第三十五卷、第十號、頁一三六九。

³⁴ 參照日本最高裁判所（第一小法庭）、平成五年二月二十五日、民集第四十七卷、第二號、頁六二四。

三、預防救濟

權利侵害的救濟態樣除有事前救濟、事後救濟外，尚有預防性救濟與暫時性救濟等。誠如所知，預防性救濟旨在於事前阻止（防範或避免）侵害人民權利之行為（處分）發生，而提起的「預防不作為訴訟」³⁵。換言之，預防不作為訴訟，除了請求法院判決特定機關（行政機關）應為特定處分（即課予義務）之訴訟外，其訴訟之對象不僅是執行公權力的政府機關（含行政不作為以及立法不作為在內）甚至私人或私法人（諸如環境權之訴訟，乃以電力公司等私法人為訴訟對象），均可向法院提起確認對方之行為或其行為依據的法令係違憲之訴訟。此種預防不作為訴訟又稱之「確認公法義務之訴訟」³⁶。因此，利益關係人於事前向法院（司法機關）請求介入為預防性救濟之訴訟，其內容應包含廣義的「作為」與「不作為」以及「確認公法關係（義務）」之成立與否等在內。

四、暫時救濟

接着要談論權利的「暫時救濟」問題，此處所云：「暫時救濟」其與前項「預防救濟」相異，前項（預防救濟）係指「事前」向法院提起訴訟之救濟方法，而後者乃是訴訟提起之後，迄至訴訟確認的終局判決之前，原告的權利（或利益，以下稱權益）之侵害事實持續進行，按一般司法救濟程序，迄至判決確認之「終局裁判」止，頗為耗時，且即使終局裁判確認原告勝訴，屆時原告欲救濟之權益已喪失或回復有困難時，乃於「訴訟提起之後，迄至終局判決之前」，為保全原告之權益免於侵害之暫時救濟措施³⁷。

所謂：「暫時性救濟」的問題，也就是終局判決確認前的「假處分（以下含假扣押）」保全制度之運用問題，此項制度在民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟制度上，被頻繁的運用來保全原告之訴訟利益。然而在憲法訴訟制度上，誠如所知，並無民事、行政訴訟所謂「假處分」保全制度之設計，若原告提起暫時救濟之憲法訴訟案件，是否能適用現行民事、刑事甚至行政訴訟「假處分」之保全機制，確實值得探討。同時我國違憲審查制度，雖不似日本採分散審查之「憲法訴訟」

³⁵ 參照金子廣宏、新堂幸司、平井宜雄編著「法律学小辞典」、有斐閣、一九九四年十一月十日新版、頁四二五。

³⁶ 參照竹内昭夫、松尾皓也、塩野宏編前揭著作「新法律学辞典（第三版）」、頁四四三。

³⁷ 參照野中俊彦前揭著作「憲法訴訟の原理と技術」、頁二四五。

制度，但從大法官釋字第五八五號以及第五九九號解釋，突然肯定原告（原釋憲聲請人）提出創造性導入「暫時處分」之概念³⁸，不論在學界或實務界，對於這種類推適用民事訴訟、刑事訴訟與行政訴訟保全制度的解釋，或多或少存有不同程度之見解，但就研究現代型憲法訴訟與確保憲法裁判價值而言，前項聲請暫時停止處分之解釋（訴訟），理應視為人民請求憲法救濟（司法救濟）的重要課題之一，不可輕忽之。

五、直接救濟與間接救濟

所謂：「直接救濟」與「間接救濟」的區分，在於請求司法救濟的方式，亦即大多數居住於公共設施（含航空站、鐵路、高速公路沿線、焚化爐、核電廠等）附近之居民，每日飽受噪音、空氣污染等環境侵害之苦，因此向法院提起訴訟，請求給付特定不作為（例如：停建、停工、音量管制、減班、甚至停止夜間施工、或飛行任務）等救濟，旨在直接改善環境品質或阻止環境惡化繼續擴大。有關前項請求司法救濟的方式，亦稱：「直接救濟」，其次則是採前項救濟以外的請求損害賠償之救濟方式，又稱：「間接救濟」³⁹。有關直接救濟與間接救濟的合憲性爭議問題，在日本「大阪國際空港公害訴訟」，最高裁判所判決：「駁回原告循民事訴訟請求航空行政權介入實施航空機起降管制之聲請」⁴⁰，以及「厚木基地（駐日美軍機基地）公害訴訟第一審」，橫濱地方裁判所（第二、三審，東京高等裁判所、最高裁判所判決亦同旨）判決，指出：「日本政府（被告）無法對依美日安保條約提供美軍（第三者）使用之基地，行使管轄（支配）權」。諸如此類型的訴訟，法院逕行以：「請求禁止執行訴訟不適法（大阪空港公害訴訟），或支配（管轄）權不及第三者（厚木基地公害訴訟）」等事由，駁回原告聲請直接救濟之訴訟。理論上法院對於駁回前項直接救濟之聲請，即有侵犯憲法保障人民的訴訟（司法裁判）權利⁴¹之疑慮。關於此項疑慮，「厚木基地公害訴訟」橫濱地方裁判所判決書，直接指出：「本院雖然不允許原告提出禁止飛行及音量管制等救濟方式（直接），但對於其他循求司法訴訟的救濟管道（例如：損害賠償

³⁸ 參照柯建銘等九十三人提出「三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例」釋憲聲請暨補充理由書。

³⁹ 參照浦部法穂、戸波江二編著「憲法（法科大学院ケースブック）」、日本評論社、二〇〇五年七月二十日初版、頁一〇〇。

⁴⁰ 同日本最高裁判所、昭和五十六年十二月十六日、民集第三十五卷、第十號、頁一三六九。

⁴¹ 日本國憲法第三十二條（裁判を受ける權利）は、「何人も、裁判所において裁判を受ける權利を奪はれない」と規定している。

等間接救濟機會)，並未予以剝奪，故難稱有侵犯憲法保障原告司法訴訟之請求權利」⁴²。據此得知，基於公益或國家防衛等因素之考量，雖然駁回原告請求直接救濟之聲請，若法院判決改以同意採間接救濟（賠償或補償）之方式，並無違反憲法保障程序救濟之權利。

肆、實質權利的暫時救濟問題之探討

如同前述預防性的禁止執行與民事訴訟的「假處分」或行政訴訟的「停止執行」等「暫時救濟」，因司法救濟介入的時間點不同，而有所區分。此處所指：「暫時救濟訴訟」乃於民事訴訟事件或行政訴訟事件依法提起後，該項適法提起之訴訟案件，雖由法院正式繫屬，但全案自正式繫屬迄至終局裁判為止，其所經歷法院審理、調查、言詞辯論、判決等一連串相當冗長的訴訟程序，使本案系爭之法律關係處於長期不安定之狀態。尤其此種情形對於訴訟當事人之權益關係產生不利之侵害，甚而有回復困難之情事。故原告為達成本案之訴訟目的，另外以簡易、迅速審理的裁判方式，提起所謂的「暫時救濟」訴訟。例如：民事訴訟的「假處分」、行政訴訟的「停止執行」⁴³制度，諸如此類的暫時救濟制度，均屬判決確定前的「暫定措施」，旨在禁止變更訴訟期間的現狀或形成特定的法律關係，俾使原告提起訴訟請求司法救濟、確保訴訟目的於法院確定判決前，賦予假處分制度，而此種提起假處分聲請之訴訟，即稱之「保全訴訟」⁴⁴。簡言之，實質權利的預防性禁止執行訴訟制度，有別於民事、行政訴訟乃至刑事訴訟的保全制度⁴⁵，在於事前的權利救濟（即請求給付特定作為或不作為，旨在預防、阻止

⁴² 參照日本橫濱地方裁判所、昭和五十七年十月二十日、判例時報第一〇五六號、頁二十六。

⁴³ 原則上行政訴訟對政府機關公權力之行使排除適用民事保全（參照日本行政事件訴訟法第四十四條之規定），故僅能提起行政處分停止執行之聲請（參照日本行政訴訟第二十五條至二十九條之規定）。

⁴⁴ 參照金子廣宏、新堂幸司、平井宜雄前揭編著「法律学小辞典」、頁一〇四二。

⁴⁵ 刑事訴訟法上的保全制度，除有利於被告人之證據保全（參照日本刑事訴訟法第一七四條《証拠保全の請求、手続》は、『①被告人、被疑者又は弁護人は、あらかじめ証拠を保全しなければその証拠を使用することが困難な事情があるときは、第一回の公判期日前に限り、裁判官に押収、搜索、検証、証人の尋問又は鑑定の処分を請求することができる。②前項の請求を受けた裁判官は、その処分に関し、裁判所又は裁判長と同一の権限を有する』と定めている）外，尚包括以簡易裁判程序，俾以依法迅速、回復被害人之權利（參照日本刑事訴訟法第二九一條之二《簡易公判手続の決定》は、『被告人が、前条《冒頭手続》第二項の手続に際し、起訴状に記載された訴因について有罪である旨を陳述したときは、裁判所は、検察官、被告人及び弁護人の意見を聴き、有罪である旨の陳述のあった訴因に限り、簡易公判手続によって審判をする旨の決定をすることができる。但し、死刑又は無期若しくは

不法侵權行為），與訴訟提起後，為確保訴訟目的，免於訴訟期間發生變更現狀或回復困難的暫時救濟措施，而有所區分。

一、暫時救濟訴訟之設置與訴訟程序

有關權利保全之目的，雖然不盡相同，但在訴訟或救濟的程序上，却有共通之處。暫時救濟制度之設置，係基於權利關係人提起本案訴訟，行使當事人實體上的權利救濟之際，常常因訴訟審理的過程，必須經歷相當長的時間，為避免遲滯救濟之危險，以及實現本案訴訟權利救濟之目的，而設置的保全訴訟程序⁴⁶。其中典型的代表有：民事保全法的「假扣押」、「假處分」，行政事件訴訟法的「停止執行」⁴⁷，以及同法規的「暫時課予義務」與「暫時禁止執行」⁴⁸等，均屬暫時救濟制度的一種。依實質的權利救濟之觀點，暫時救濟旨在：「避免權益受到侵害之當事人，於提起本案訴訟請求權利救濟，最後落到徒勞無功而返之處境」，故在確保本案訴訟利害關係人之權利救濟，確實十分重要，同時在訴訟實務上亦具有重大意義⁴⁹。

短期一年以上の懲役若しくは禁錮にあたる事件については、この限りでない』と定めている），我國刑事訴訟法第二一九條之一，以及同法第七編第四四九條至第四五五條之規定，同旨。

⁴⁶ 參照中野貞一郎編著「民事執行・保全法概説（第3版）」、有斐閣、二〇〇六年六月二十日出版、頁三一八。

⁴⁷ 日本行政事件訴訟法第二十五條（執行停止）第二項は、「処分の取消しの訴えの提起があつた場合において、処分、処分の執行又は手続の続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は、裁判所は、申立てにより、決定をもって、処分の效力、処分の執行又は手続の続行の全部又は一部の停止（以下『執行停止』という。）をすることができる。但し、処分の効力の停止は、処分の執行又は手続の続行の停止によつて目的を達することができる場合には、することができない」と規定している。

⁴⁸ 日本行政事件訴訟法第三十七條の五（仮の義務付け及び仮の差止め）は、「①義務付けの訴えの提起があつた場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由かあるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、仮に行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずること（以下この条において『仮の義務付け』という。）ができる。②差止めの訴えの提起があつた場合において、その差止めの訴えに係る処分又は裁決がされることにより生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由かあるとみえるときは、裁判所は、申立てにより、決定をもって、仮に行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずること（以下この条において『仮の差止め』という。）ができる」と定めている。

⁴⁹ 參照初宿正典、大石眞、松井茂記等前掲著作「憲法 Cases and Materials 憲法訴訟」、頁五四

其次所謂：「暫時救濟訴訟」，係指「民事訴訟或行政訴訟之當事人，為確保訴訟之目的，另以簡易迅速的略式審理程序，取代本案訴訟（採與本案訴訟分離），請求暫時救濟之裁判訴訟」稱之⁵⁰。原則上，暫時救濟訴訟乃以民事訴訟以及行政訴訟為主，而刑事訴訟雖有簡易迅速的裁判程序之規範，但依其救濟之性質，終究與暫時救濟訴訟有所分別（詳見後叙暫時救濟之分類），非屬本文着墨之重點。

就民事保全法規上，有關暫時救濟訴訟的適用程序而言，可簡單的分為：①狹義的民事保全，②廣義的民事保全等二種。前者狹義的民事保全即指民事保全法上的假扣押與假處分，又稱通常民事保全。而後者廣義的民事保全則涵蓋特殊民事保全在內，又稱特殊保全處分或特殊假處分⁵¹。有關通常民事保全（通常假處分），其請求暫時救濟訴訟的適用程序，乃採與本案訴訟程序分離，個別獨立的程序進行訴訟，而審理與裁判之法院（狹義的法院）係與本案訴訟繫屬之法院分屬不同的法院為之，同時對於不服法院之判決，亦有獨立、專屬的異議、上訴以及其他不服抗告等救濟程序（即獨立審查型）。相反的，特殊民事保全的暫時救濟程序，大多數不採與本案訴訟分離的審理方式，反而將前項救濟訴訟納入本案訴訟程序內合併裁判，而受理裁判之法院（狹義的法院）即是本案訴訟繫屬之法院，故無獨立的異議、抗告等救濟程序（即合併審查型）⁵²。

鑒於特殊保全（特殊假處分）訴訟的特殊性、急迫性與事件性質多屬公益性相關（諸如行政訴訟等）因素之考量，救濟訴訟係採合併審查型的審理方式，旨在避免暫時救濟訴訟在本案訴訟繫屬法院之外，另有個別、獨立的法院（狹義的法院）進行假處分之裁判，造成日後判決分歧與不一致的困擾。理論上，特殊假處分與通常假處分在審查程序上，特殊假處分比通常假處分有若干程序上的慎重性，同時在審查速度上，自然也比通常假處分來得遲緩一些。易言之，採獨立審查型的通常假處分較合併審查型的特殊假處分，在審查速度上確實具備快速與便捷之優點，其原因無非是基於特殊假處分的公益性質之衡量⁵³。

再則在暫時救濟訴訟上，雖有前述通常民事保全與特殊民事保全之分，原則上，不論是通常保全處分與特殊保全處分，其訴訟程序適用的基本原理，乃具有

四以下。

⁵⁰ 參照戶松秀典著「憲法訴訟」、有斐閣、二〇〇〇年七月三十日初版、頁一六三以下。

⁵¹ 參照松浦馨著「民事保全の基本構造」、收錄於中野貞一郎、原井龍一郎、鈴木正裕編著「民事保全講座（1-基本理論と法比較）」、法律文化社、一九九六年十二月十日出版、頁三〇。

⁵² 同松浦馨前揭著作「民事保全の基本構造」、頁三十五。

⁵³ 參照松浦馨著「略式訴訟の必要性和その性格」、收錄於民事訴訟、第十一號、有斐閣、一九六二年出版、頁一〇、以及頁二十一。

共通性。例如：通常民事保全的訴訟程序，係採高度的「略式訴訟（Summary Procedure）」程序，又稱：「簡易訴訟」程序。此類型的通常保全處分訴訟，即是藉由簡易迅速的略式審理與略式裁判方式，來取代本案訴訟（即通常民事訴訟）的正式與慎重地審理裁判程序。此處暫時救濟採用的「略式審理（Summarische Kognition）」，乃基於「迅速」原則優越於「公平、公正」原則之理念，其主要的特徵有三：①限制被告的防禦方法，②採疏明原則，③形式的迅速化⁵⁴。如斯，對於無法立即提出防禦方法的被告，不但具有牽制作用外，同時採疏明原則，代替通常民事訴訟的證明主義，可減輕訴訟時舉證者的舉證責任，有利於救濟訴訟之審理與裁判，能迅速進行。當然在略式訴訟時，對於已被省略有關被告的防禦方法與證據證明的部分，得於本案訴訟時，正式提出審理，若審查的結果與略式裁判有出入者，被告除可提出撤銷略式裁判之判決與執行外，更可對略式訴訟之原告請求損害賠償。綜言之，通常民事保全的訴訟程序結構，首先允許原告採略式審理的前置性（事前）暫時救濟，接着在事後本案訴訟正式審理時，取得終局裁判的救濟或撤銷暫時救濟及其損害賠償（指撤銷原告的前置性暫時救濟與因執行原告聲請暫時救濟所產生的損害賠償）。有關前述保全處分訴訟程序的基本結構，不論是通常保全處分或特殊保全處分，原則上是共同適用同一原理，亦即在略式訴訟程序與本案訴訟程序上，各自具有優、劣互補的實質關係⁵⁵。

二、暫時救濟的分類

民事、行政、刑事乃至憲法訴訟事件，訴訟當事人基於權利救濟的實質需要，在緊急必要時，得向法院聲請相關暫時保全假處分，以確保訴訟目的之達成。以下分別就民事、行政、刑事以及憲法訴訟領域上，有關暫時救濟的分類與運用情形摘要如次：

（一）民事訴訟與暫時救濟

日本民事保全法第一條規定：「依本法之規定或其他法令之規定，為保全民事訴訟本案權利之實現得聲請假扣押，對於系爭之物得聲請假處分，以及對於民事訴訟本案權利關係得聲請暫定狀態之假處分」⁵⁶。據此得知，民事保全法上的

⁵⁴ 參照中野貞一郎、原井龍一郎、鈴木正裕編著「民事保全講座（1-基本理論と法比較）」、法律文化社、一九九六年十二月十日出版、頁四十七。

⁵⁵ 參照中野貞一郎、原井龍一郎、鈴木正裕前揭著作「民事保全講座（1-基本理論と法比較）」、頁三十七。

⁵⁶ 日本民事保全法第一條（趣旨）は、「民事訴訟の本案の権利の実現を保全するための仮差押え及び係争物に関する仮処分並びに民事訴訟の本案の権利関係につき仮の地位を定めるた

暫時救濟分為：①假扣押與②假處分（含系爭物之假處分與暫定狀態之假處分）等⁵⁷。前項假處分（含假扣押），係附屬於通常民事訴訟案件，旨在防範審判遲滯的危險，而採取的暫時救濟手段，此即是一般通稱的狹義民事保全。相對地，廣義的民事保全（含特殊保全處分或特殊假處分），乃指採通常民事訴訟以外的訴訟程序，為防止訴訟裁判遲滯的危險，而賦予其實施暫時救濟之手段⁵⁸。

1.假扣押：指債權人為保全將來（日後）金錢債務之強制執行，得就債務人之財產聲請假扣押，暫時剝奪債務人的財產處分權。假扣押之要件有二即是：I、必須有特定被保全權利之存在，與II、必須有保全之必要性。假扣押之本意在保全金錢債權之強制執行，因此，被保全權利之請求權，須以請求支付金錢為目的。而且被保全權利必須以法院將來得強制執行者為限，故自然債務（Naturalis Obligation）等乃欠缺被保全資格⁵⁹。但假扣押請求權亦得附帶期限、或附帶條件、或為將來損害賠償、以及對於特定物之給付（交付）等亦可為之。其次所謂：「保全之必要性」，簡單地說，必須有將來不能強制執行或有顯著強制執行困難之虞者，例如：債務人浪費財產、賤賣財產、或逃亡外國等⁶⁰。惟債權人聲請假扣押之執行，若對債務人產生重大損失（害）者，不在此限⁶¹。

2.假處分：乃為確保將來強制執行金錢債權以外之權利，而設置的制度也。依據日本民事保全法之規定，假處分基本上可分為：I、系爭物之假處分，與II、暫定狀態之假處分二種。

①系爭物之假處分：係為保全系爭物給付（非金錢債權）請求權之強制執行，債權人得向法院聲請維持現狀之假處分。例如：占有禁止移轉之假處分、禁止處分之假處分等⁶²。

②暫定狀態之假處分：則指債權人除了為維持系爭物現狀以外之權利事項，得向法院聲請暫定狀態或形成法律關係之假處分。諸如：停止執行

めの仮処分（以下民事保全と総称する。）については、他の法令に定めるもののほか、この法律の定めるところによる」と規定している。

⁵⁷ 参照中野貞一郎前掲著作「民事執行・保全法概説（第3版）」、頁三二四以下。

⁵⁸ 同中野貞一郎前掲著作「民事執行・保全法概説（第3版）」、頁三一七。

⁵⁹ 参照金子広宏、新堂幸司、平井宜雄前掲著作「法律学小辞典」、頁四五七。

⁶⁰ 同中野貞一郎前掲著作「民事執行・保全法概説（第3版）」、頁三三三以下。

⁶¹ 参照日本大阪地方裁判所、平成十二年九月二十九日、判タ第一〇五一號、頁三二四。「仮差押命令を発令することによって債務者に重大な損害が生ずる場合（例えば、強制管理を予定した仮差押の申立てや給料債権、退職金債権、会社や個人企業の預金債権に対する仮差押の申立てなどがなされた場合など）には、なお仮差押の必要性が否定される場合がある」。

⁶² 同中野貞一郎前掲著作「民事執行・保全法概説（第3版）」、頁三七三以下。

職務或選任代理人之假處分、保全從業員地位之假處分等是也⁶³。

我國民事之保全處分規定，雖不似日本有獨立的民事保全法典，乃附屬於民事訴訟法之一部分（同法第七編保全程序）。民事訴訟法第五二二條規定，債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。前項聲請就附條件或期限之請求，亦得為之。此類保全稱之假扣押。同法第五三二條第一項規定，債權人就金錢請求以外之請求，欲保全強制執行者，得聲請假處分。此類保全稱假處分。又同法第五三八條第一項規定，於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。學者稱此種保全為定暫時狀態之假處分。上述乃就法律規定之形式為區分之保全處分。惟若依以上三種保全處分內容觀之，得區分為，以確保金錢債權之將來執行為目的之假扣押（Arrest），與確保將來非金錢債權之執行為目的之假處分（Einstweilige Verfügung）二種。然而假處分又可依功能性質分為三種：①確保性假處分（Sicherungsverfügung）、②制止性假處分（Regelungsverfügung）、與③履行性假處分（Leistungsverfügung）。①確保性假處分係為確保將來執行之假處分，而②制止性假處分與③履行性假處分乃是維持現在秩序之假處分，以暫時滿足債權人之權利，俾以確保現在之權利不受債務人之繼續侵害，又謂之滿足性之假處分⁶⁴。由此得知，我國民事保全之假處分規定與日本民事保全處規定分，雖有些微落差，實質上就假處分之本質與目的而論，實無分軒輊。

（二）行政訴訟與暫時救濟

日本行政事件訴訟法第四十四條規定：「行政機關之處分及其他行使公權力之行為，不適用民事保全法之假處分規定」⁶⁵。此即行政處分排除適用民事保全假處分之暫時救濟規定，惟同法却另於第二十五條設置「停止執行」之規定，作為取代民事保全假處分之暫時救濟措施⁶⁶。誠如所知，為防止行政活動之停滯，俾利迅速、順利實現行政目的，基本上，行政處分之執行採不停止原則⁶⁷。在撤

⁶³ 同中野貞一郎前揭著作「民事執行・保全法概説（第3版）」、頁三七六以下。

⁶⁴ 參照陳榮宗、林慶苗著「民事訴訟法（下）修訂四版」、三民書局、二〇〇五年五月出版、頁八八一。

⁶⁵ 日本行政事件訴訟法第四十四條（仮処分の排除）は、「行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為については、民事保全法に規定する仮処分をすることができない」と規定している。

⁶⁶ 同前掲註 51。

⁶⁷ 參照宇賀克也著「行政法概説Ⅱ、行政救済法」、有斐閣、二〇〇六年十二月三十日初版、頁二四六。「日本行政事件訴訟法第二十五條第一項は、処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げないとされている」。我國行政訴訟法第一一六條、第

銷行政處分訴訟事件，自原告（人民）提起訴訟迄至本案判決確定止，侵害權利之狀態一直持續進行，特別是在傳統理論上，行政處分係採即時生效原則⁶⁸，除非事後有難以回復之損害或救濟困難時，例外允許提起行政處分「停止執行」之暫時救濟⁶⁹。

1. 停止執行：聲請停止執行行政處分之要件，可分為Ⅰ、程序要件，與Ⅱ、實體要件。前者係以本案訴訟提起之後，經法院正式審查符合訴訟要件，判定為適法繫屬中之案件（參照前揭註70）。後者又有A積極要件，即「為避免重大損害之緊急必要」，二〇〇四年行政事件訴訟法修訂為「事後回復困難之損害」，與B消極要件（亦即禁止要件），乃是「有重大影響公共福祉之虞」，或「顯然本案訴訟無理由（勝訴）」時，不得提起停止執行之訴訟⁷⁰。

其次是停止執行的內容與行政機關的停止執行義務問題，日本行政事件訴訟規定停止執行的內容可分為Ⅰ、處分效力之停止，Ⅱ、處分執行之停止，Ⅲ、後續續行程序之停止等三種。Ⅰ項是採將來（往後）暫時停止處分之效力，據此恢復至無處分之狀態。例如：勒令停止營業之處分效力停止時，立即恢復至可營業之狀態，或免職處分效力停止時，即可恢復原有公務員之身分與地位。Ⅱ項係為確保履行行政處分義務而採取的強制手段。Ⅲ項則是請求停止後續之處分。Ⅱ項與Ⅲ項均以有效的行政處分為前提要件，鑒於Ⅰ項的停止執行處分，乃屬效力最強的暫停處分，故一般訴訟之當事人能藉由Ⅱ項與Ⅲ項的停止執行而達成暫時救濟之目的者，法律限制不得提出Ⅰ項停止執行之聲請⁷¹。原則上權利利害之關係人在行政處分（或行為）符合行前述行政事件訴訟規定，第一項的程序要件，以及第二項實體要件的積極要件，且又無構成消極要件之事項時，行政機關或司法機關得依利害關係人之請求，有裁定停止執行之義務⁷²。

2. 暫時課予義務：平成十六年（二〇〇四年）日本行政事件訴訟法修訂後，

一一七條之規定亦同採不停止執行之原則。

⁶⁸ 同宇賀克也前揭著作「行政法概說Ⅱ、行政救濟法」、頁二四七以下。

⁶⁹ 參照藤田宙靖著「行政法Ⅰ（總論）第四版（改訂版）」、青林書院、二〇〇五年、頁四三四。

⁷⁰ 日本行政事件訴訟法第二十五條第三項、第四項は、「③裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。④執行停止は、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるとき、又は本案について理由がないとみえるときは、することができない」と規定されている。

⁷¹ 參照日本大阪地方裁判所、平成二年八月十日、判例時報、第一三九一號、頁一四二。

⁷² 同宇賀克也前揭著作「行政法概說Ⅱ、行政救濟法」、頁二五三。

課予義務訴訟正式列為法定之出訴事項，依法律之規定課予義務訴訟可分為：I、申請型課予義務訴訟與II、非申請型課予義務訴訟二種類型。前者申請型課予義務訴訟，係基於人民有申請行政處分（作為）或裁決之權利為前提。據此向行政機關提出為行政作為之申請，若前項申請遭拒絕，因而衍生不作為之侵害狀態持續進行時，得直接向法院提出課予義務訴訟之聲請。後者非申請型課予義務訴訟，乃指對第三者實施規範之課予行政介入義務之請求訴訟也⁷³。如斯，平成十六年行政事件訴訟法修正後，前項課予義務訴訟亦隨之正式實定法化，此際，象徵着暫時課予義務救濟制度的時代正式來臨。所謂：「暫時課予義務訴訟」，即是在本案訴訟終局裁判確定之前，得暫時課予執行本案訴訟之義務，藉以確保人民權利救濟之實質效益⁷⁴。聲請暫時課予義務訴訟之要件亦可分為I、程序要件與II、實體要件。I、程序要件乃與前述聲請停止執行訴訟相同。而II、實體要件中的A積極要件，採比停止執行訴訟的「難以回復之損害」更為嚴格的「無法彌補之損害」要件⁷⁵。B消極要件，則與停止執行訴訟相同要件。

3. 暫時禁止執行：此處所稱：「禁止執行訴訟」，係指「行政機關為特定之處分或裁決，因而發生重大損害時，得聲請行政機關禁止執行前項特定處分或裁決之訴訟」⁷⁶。禁止執行訴訟與課予義務訴訟二者被稱為：「預防

⁷³ 日本行政事件訴訟法第三條（抗告訴訟）第六項は、「この法律において『義務付けの訴え』とは、次に掲げる場合において、行政庁がその処分又は裁決をすべき旨を命ずることを求める訴訟をいう。一、行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされるとき（次号に掲げる場合を除く）。二行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにかかわらずこれがされるとき」と規定されている。

⁷⁴ 参照前掲註 52。

⁷⁵ 参照阿部泰隆著作「行政訴訟法改革論」、有斐閣、一九九三年出版、頁三五一。「二〇〇四年の行政事件訴訟法改正で『回復の困難な損害』に代えて用いられたものであるが、『償うことのできない損害』は『回復の困難な損害』よりも厳格な概念であると考えられる。民事訴訟法四〇三條一項一號、二號の『償うことのできない損害』の解釈が参考になるが、金銭賠償が不可能な損害に限定すべきではなく、金銭賠償のみによる救済では社会通念に照らして著しく不合理と認められる場合も、『償うことのできない損害』に含まれると解すべきであろう。『償うことのできない損害を避けるため緊急の必要』がある場合の例としては、生活保護の申請許可を求める義務付け訴訟のように、本案判決を待っていたのでは生活が困窮するような場合が考えられる」。

⁷⁶ 日本行政事件訴訟法第三條第七項は、「この法律において『差止めの訴え』とは、行政庁が一定の処分又は裁決をすべきでないにかかわらずこれがされようとしている場合において、行政庁がその処分又は裁決をしてはならない旨を命ずることを求める訴訟をいう」と規定されている。

不作為訴訟」⁷⁷，原本被列為法定外之訴訟，迨至二〇〇四年行政事件訴訟法修訂後，正式成為行政訴訟的法定訴訟類型。因此，暫時禁止執行救濟亦隨此一併完成訴訟法制化。又行政事件訴訟法所云：「暫時禁止執行訴訟」，乃指在本案訴訟確定裁判前，得聲請暫時禁止執行本案訴訟之處分，俾以確保當事人權利救濟之實益⁷⁸。構成聲請暫時禁止執行之程序要件與實體要件，均與聲請暫時課予義務訴訟相同，必須「本案訴訟正式繫屬」，與「為緊急避免無法彌補之損害」、以及無違反「有重大影響公共福祉之虞」，或「顯然本案訴訟無理由」等消極要件。

4. 內閣總理大臣之異議制度：日本行政事件訴訟法規定，內閣總理大臣對於利害關係人聲請停止執行訴訟或法院判決停止執行之裁定後，內閣總理大臣得提出異議，撤銷前項停止執行之裁定，亦即內閣總理大臣保留停止執行最終決定權。此項規定稱之「內閣總理大臣異議制度」⁷⁹。鑒於前項停止執行的暫時救濟訴訟乃屬司法權之一環，被視為司法救濟不可欠缺的制度之一。原則上，內閣總理大臣之裁量（行政）不宜優越於法院之裁量（司法），否則行政侵犯司法獨立不僅違反權力分立原則，更侵害憲法保障人民訴訟之權利，此項行政優越司法的設計制度，確實有違憲之嫌⁸⁰。有鑒於是，日本內閣總理大臣異議制度，在實際上運用於撤銷停止執行訴訟之案件，並不多見⁸¹。

我國行政訴訟法的暫時救濟制度與日本法制相似，亦採行政處分不停止執行原則（參照行政訴訟第一一六條、第一一七條之規定），同法亦倣效日本設有「停止執行」救濟制度，又該法第一一六條第二項、第三項明文規定，在「行政訴訟

⁷⁷ 同宇賀克也前揭著作「行政法概説Ⅱ、行政救濟法」、頁三〇六。

⁷⁸ 同前揭註 52。

⁷⁹ 日本行政事件訴訟法第二十七條（內閣總理大臣の異議）第一項は、「①第二十五條（執行停止）第二項の申立てがあつた場合には、内閣總理大臣は、裁判所に対し、異議を述べることができる。執行停止の決定があつた後においても、同様とする」と規定している。

⁸⁰ 參照松井茂記著「裁判を受ける権利」、日本評論社、一九九三年出版、頁一八八。

⁸¹ 同宇賀克也前揭著作「行政法概説Ⅱ、行政救濟法」、頁二六二以下。「行政事件訴訟特例法時代（1948【昭和 23】年—1962【昭和 37】）年の約 14 年間には合計 18 件、平均すると年に約 1 件の割合で異議が述べられていた。執行停止決定前のものが 14 件と多かつたが、執行停止決定後のものも 4 件あつた。異議が述べられた事件は多様で、収用裁決、議員懲罰、学生の退学処分、公務員の免職処分がその例である。行政事件訴訟法下では、昭和 40 年代、特にその前半に、集団示威進行に関して執行停止決定に対する異議がかなり述べられていた。いずれも執行停止決定後に異議を述べたものである。しかし、その後、内閣總理大臣の異議の制度はまったく利用されていない。」

繫屬中」與「將發生難於回復之損害且有急迫情事」，同時不違反「公益有重大影響」或原告之訴求，在「法律上顯無理由」者，允許聲請停止執行之訴訟。而且聲請停止執行之內容為：①停止原處分（決定）之效力，②停止處分（決定）之執行，③停止程序之續行（同法第一一六條第五項）。據此得知，我國與日本在行政訴訟法上的停止執行暫時救濟部分，不論停止執行之程序要件、實體要件（含積極與消極要件）、甚至停止執行之內容，均十分相似。惟日本行政事件訴訟法除了停止執行救濟制度之外，尚有暫時課予義務與暫時禁止執行之救濟措施，而我國無明文規定後二項救濟措施。另外，日本行政事件訴訟法之假處分，排除適用民事保全法之假處分規定，相反的，我國却允許準用民事訴訟之假扣押、假處分之規定（參照行政訴訟法第二九七條、第三〇三條之規定）。

（三）刑事訴訟與暫時救濟

刑事訴訟法上的押収（Ousyuu）與搜索，乃為確保與實現公正公平的裁判之必要，而設置的制度。因其涉及重大的人權侵害，故必須規範於必要且最小的限度內為之。日本刑事訴訟法上規定的「扣押（Seizure，日譯：差押え；Sashiosae）」，乃屬押収（含扣押、提出命令與領置）的一種⁸²。換言之，此處所云的扣押，亦即法院或檢察機關對於犯罪之證物或認定應沒收之對象物，實施強制取得（占有）該物之裁決或執行取得（占有）之強制處分也。惟扣押物在無留置必要時，或被告事件終結之際，經法院之裁定，必須歸還所有人⁸³。又廣義的扣押（Seizure），即是對特定之有體物或權利，以國家之公權力禁止私人實施事實上或法律上之處分行為也⁸⁴。而狹義的扣押，乃指金錢債權強制執行的第一階段措施，即法院（強制執行機關）首先禁止債務者之財產（物或權利）作事實上或法律上之處分，藉以確保將來之強制執行行為也。故民事訴訟、民事執行法通稱的扣押與假扣押即指狹義的扣押⁸⁵。

⁸² 日本刑事訴訟法第九十九條(差押え、提出命令)は、「①裁判所は、必要があるときは、証拠物又は没収すべき物と思料するものを差し押さえることができる。但し、特別の定のある場合は、この限りでない」と、同法第一〇一條(領置)は「被告人その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物は、これを領置することができる」と規定されている。

⁸³ 日本刑事訴訟法第一二三條(還付、仮還付)は、「①押収物で留置の必要がないものは、被告事件の終結を待たないで、決定でこれを還付しなければならない。②押収物は、所有者、所持者、保管者又は差出人の請求により、決定で仮にこれを還付することができる」と規定している。

⁸⁴ 同金子広宏、新堂幸司、平井宜雄前掲著作「法律学小辞典」、頁四二三。

⁸⁵ 日本民事執行法第一二五條は、「①執行官は、差押物又は仮差押の執行をした動産を更に差し押さえることができない。②差押えを受けた債務者に対しその差押えの場所について更

再則，日本刑事訴訟法明文規定，刑事訴訟事件乃採「證據裁判主義」⁸⁶。因此，對於犯罪事實之認定，除必須有客觀的證據外，並嚴格要求證據必須經過法定適當的證據調查證明其具有證據能力者⁸⁷。據此可知，刑事訴訟法的扣押強制處分乃為取得證據（物）不可或缺的手段。顯然前項刑事訴訟法的扣押制度，係法院或檢察機關取得證物的強制處分，其與民事訴訟的保全處分性質，不盡相同。除此之外，日本刑事訴訟法為利於被告或被嫌疑人保全證據，俾以確保日後裁判之順利進行，雖有證據保全制度之設置，但前項證據保全之聲請，僅限於第一回公開審判日前，始得為之，故此一制度，乃徒具法律形式，實際上鮮少被利用之⁸⁸。同時日本的刑事訴訟亦如民事訴訟般，設有略式裁判（即簡易裁判）程序（參照日本刑事訴訟法第二九一條之二規定，原文載於前揭註 49），惟前項略式裁判，僅適用於輕微犯罪之判決，且因其終究難脫違反人身保護法制精神之疑慮，故亦鮮少發揮其既有功用。

（四）憲法訴訟與暫時救濟

復誠如所知，附隨司法審查制的國家，其所施行的憲法訴訟制度，並不似民事訴訟法、刑事訴訟法以及行政訴訟法般，擁有獨立的訴訟程序法。因此，憲法爭議事件必須附隨於民事訴訟、刑事訴訟或行政訴訟之程序提起，而法院（含憲法法院或法庭）亦須於憲法爭議事件正式繫屬（符合訴訟提起要件）後，始得進入憲法實體判斷。故此處所云：「憲法訴訟」，即指舉凡所有包含憲法上爭點（爭訟）之訴訟而言⁸⁹。更具體言之，舉凡所有包含憲法上爭點之訴訟（含民事訴訟、刑事訴訟以及行政訴訟中涉及憲法爭議在內），按基本人權的實質救濟而論，任何侵害人民基本人權之爭議事件，只要前項爭議事件構成憲法上的司法判斷適合要件，皆可向司法機關提起違憲侵害爭議之訴訟。基於此一原則，故憲法爭議事件，不宜過度拘泥於民事訴訟法、刑事訴訟法或行政訴訟法之規定，因為憲法本身就是最高位階的訴訟法規⁹⁰。據此可知，憲法救濟訴訟才是最終解決所有（含

に動産執行の申立てがあつた場合においては、執行官は、まだ差し押さえていない動産があるときはこれ差し押さえ、差し押さえるべき動産がないときはその旨を明らかにして、その動産執行事件と先の動産執行事件と併合しなければならない。仮差し押えの執行を受けた債務者に対しその執行の場所について更に動産執行の申立てがあつたときも、同様とする」と規定されている。

⁸⁶ 日本刑事訴訟法第三一七條（証拠裁判主義）は、「事実の認定は、証拠による」と規定されている。

⁸⁷ 參照田宮裕著「注釈刑事訴訟法」、有斐閣新書、一九九三年二月二十日初版、頁三五八。

⁸⁸ 同田宮裕前掲著「注釈刑事訴訟法」、頁一九二。

⁸⁹ 同戶松秀典前掲著作「憲法訴訟」、頁九。

⁹⁰ 同松井茂記前掲著作「日本国憲法（第2版）」、頁一二四。

民事、刑事、行政）爭議的歸着點。同時本文所論暫時救濟制度，其並非憲法訴訟既存的救濟制度，乃指人民提起暫時救濟訴訟的運作過程，而衍生的憲法爭議問題⁹¹。

伍、結語

有云：「有權利，必有救濟；無救濟，非權利」，憲法賦予司法機關行使刑事訴訟、民事訴訟以及行政訴訟之審判權限，亦即憲法授權各級法院執行司法裁判之權也。基於前項之憲法授權，司法裁判之概念，當然包括當事人提起訴訟循司法途徑，請求法律救濟之實質內涵。因此，各級法院行使司法裁判之權限，理應包含行使司法救濟權限在內。當人民基本人權受到不法侵害時，利害關係人提起訴訟請求法律救濟，此乃具體實現憲法保障人民之訴訟權。故訴訟權利之範圍應大於實體權利，且必須具備有效性、無漏洞、及時性、充分性等。又基於權利救濟概括主義之理論，我們有必要認真檢討現行法律規定對於不法侵害人民基本權利的救濟方法，是否能符合憲法人權保障之需求。因此，在憲法救濟人民實質權利之基本原理下，司法機關對於人民基本權利之救濟方法，未必是一層不變的適用法律，應承認其有超法規的創造救濟之作用，此乃符合「憲法救濟」之真諦。同時憲法訴訟或救濟的目的，在於具體實現憲法的價值，換言之，訴訟當事人，如何透過司法的裁判（救濟），來確保憲法的意思或形成憲法秩序。憲法對於基本人權之保障，除了實體基本權（諸如：自由權、參政權、人格權等）的保障外，尚有程序基本權（陳情、請願、訴訟權）的保障。然而程序基本權（即請求司法裁判權）之保障，却是落實實體基本權的最重要手段、方法。據此，探討有關憲法訴訟與實質權利救濟問題，除應包括「憲法訴訟時，法院（含憲法法庭、釋憲機關）判決法令違憲後的具體救濟方法」外，更涉及與憲法訴訟提起程序或訴訟要件相關的「暫時救濟」問題。本文所論「暫時救濟」的問題，也就是終局判決確認前的「假處分」保全制度之運用問題，此項制度在民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟制度上，被頻繁的運用來保全利害關係人之訴訟利益。

復因附隨司法審查制的國家，其所施行的憲法訴訟制度，並不似民事訴訟法、刑事訴訟法以及行政訴訟法般，擁有獨立的訴訟程序法。因此，憲法爭議事件必須附隨於民事訴訟、刑事訴訟或行政訴訟之程序提起，而法院亦須於憲法爭議事件正式繫屬（符合訴訟提起要件）後，始得進入憲法實體判斷。故論文中所探討的「憲法訴訟」，即指舉凡所有包含憲法上爭點（爭訟）之訴訟而言。更具體

⁹¹ 同戶松秀典前揭著作「憲法訴訟」、頁一六五。

言之，舉凡所有包含憲法上爭點之訴訟（含民事訴訟、刑事訴訟以及行政訴訟中涉及憲法爭議在內），按基本人權的實質救濟而論，任何侵害人民基本人權之爭議事件，只要前項爭議事件構成憲法上的司法判斷適合要件，皆可向司法機關提起違憲侵害爭議之訴訟。基於此一原則，故憲法爭議事件，不宜過度拘泥於民事訴訟法、刑事訴訟法或行政訴訟法之規定，因為憲法本身就是最高位階的訴訟法規。據此可知，憲法救濟訴訟才是最終解決所有（含民事、刑事、行政）爭議的歸着點。同時憲法爭議上的暫時救濟制度，其並非憲法訴訟既存的救濟制度，乃指人民提起暫時救濟訴訟的運作過程，而衍生的憲法爭議問題。儘管諸如前述問題的探討，皆以日本附隨審查的憲法訴訟理論為中心，在實際上雖與我國的大法官釋憲制度有很大的落差，但有一點卻可以確認的是，至少憲法爭議問題透過司法訴訟、甚至憲法裁判的途徑，請求權利救濟，來具體實現憲法價值或形成憲法秩序，其所適用的憲法保障基本人權之原理與司法救濟的基本理念，絕不會因制度不同而有所差異。特別是憲法訴訟上的暫時救濟問題，此乃相當於我國大法官釋字第五八五號解釋、第五九九號解釋、第六一三號解釋等之後，所形成的暫時性救濟（緊急處分）問題，而前項暫時性救濟的爭議，在我國係屬新形成的憲法救濟問題，此一類型的爭議案例，不僅在司法院大法官會議繫屬的釋憲案件並不多見，而且亦尚處於陌生與摸索的階段。故隣國日本審理暫時救濟之憲法訴訟案件，在適用訴訟原理與裁判基準上，以及各級法院長期累積的司法裁判實務經驗，確實值得我國研究與借鑑。

（投稿日期：97年4月2日；採用日期：97年8月1日）

日本憲法訴訟與實質權利救濟（暫時救濟訴訟）問題之探討