

行政訴訟中定暫時狀態處分之構成要件及其  
運用的分析與檢討  
——從與民事訴訟法比較出發

辛年豐\*

目次

壹、問題之提出

一、楔子：從兩個案例談起

(一) 民事訴訟：解僱勞工案

1. 案例事實

2. 法院論理

(二) 行政訴訟：中科三期案

1. 案例事實

2. 法院論理

二、問題意識及研究架構

貳、行政訴訟法與民事訴訟法於定暫時狀態處分的區別

一、兩種法制實定法上的異同

二、兩種法制本質的差異

(一) 行政訴訟公益功能的承載

(二) 行政訴訟利益糾葛的複雜性

參、定暫時狀態處分的要件檢討

一、假處分與定暫時狀態處分的區別——兼論聲請事由

(一) 從法條文義觀察

投稿日期：九十九年十二月十五日；接受刊登日期：一〇〇年六月十三日。

\* 國立臺灣大學法律學系研究所博士班公法組學生，天主教輔仁大學法律學系博士班學生；天主教輔仁大學法學碩士。

作者感謝兩位專業審稿人的寶貴意見，使本文在論理及文字表達上更為精確詳實。惟一切文責當由作者自負。

- (二) 從立法目的觀察
- 二、日本行政事件訴訟法暫時權利保護的立法例
- 三、實體要件的解釋
  - (一) 被保全的權利
  - (二) 保全必要性的檢討
    - 1. 保全必要性的涵蓋範圍
    - 2. 兩項子要件概念的探討
      - (1) 重大損害或急迫危險
      - (2) 公益概念的探討
    - 3. 區分為兩項子要件的實益
  - (三) 比較法上的思考：「公益優先」要件的必要性？
- 肆、行政法院的審查方法
  - 一、是否為定暫時狀態處分的判斷
  - 二、法院的審查順序與決定
    - (一) 法院的審查順序
    - (二) 法院下定暫時狀態處分之內容的判斷
  - 三、具體個案中法院的判斷流程
- 肆、結語

關鍵字：行政訴訟、定暫時狀態處分、公益、被保全權利、保全必要性、暫時權利保護、利益衡量

## 壹、問題之提出

在我國法制中，無論民事訴訟或行政訴訟都有定暫時狀態處分之規定，且立法模式相當接近，實務運作上也靈活運用此等制度。民事訴訟由於立法較早，有長久的運作經驗，但行政訴訟是否可全然援用此等經驗進行法的解釋及判斷？毋寧是一個饒富趣味的問題。以下，本文從兩個具體案例出發，並具體指出本文所要討論的問題。

### 一、楔子：從兩個案例談起

為觀察法院在民事訴訟及行政訴訟中下定暫時狀態處分的判斷有無不同，以下，本文各舉一個民事訴訟及行政訴訟定暫時狀態處分的案例來加以觀察。觀察的對象包括案例事實、牽涉利害關係人的範圍、法院的論理過程。

#### (一) 民事訴訟：解僱勞工案<sup>1</sup>

##### 1. 案例事實

甲於民國（下同）九十二年十一月四日起受僱於擔任臺南站大車

---

<sup>1</sup> 本案摘錄自 2008 年 7 月 10 日臺灣高等法院臺南分院 97 年度抗字第 27 號民事裁定，僱主對本裁定不服，提起再抗告，2008 年 9 月 18 日最高法院 97 年度抗第 624 號民事裁定認為再抗告為不合法，予以駁回。因高等法院對案例事實及實質論理較為詳細，故本文從高等法院裁定中做摘錄。本案另一請求為甲可否繼續行使工會職務，但由於與勞僱關係無直接關聯，故予以割愛，留待他文再做探討。

司機之工作。保障全體勞方同仁之權益，曾與其他同事共五十四人於九十六年五月二十日檢具聲請書向桃園縣政府申請發起「桃園縣聯倉交通股份有限公司產業工會」，並經審核通過准予籌組。僱主知悉上開情事後，簽署人事異動命令，以業務所需為由將甲自大車司機調動為小車司機，即日生效，並要求甲停止籌組工會以作為撤回上開調職命令條件。甲未同意停止籌組工會，亦不同意調職，僱主遂於九十六年五月二十六日公告上開調職命令，然甲仍繼續駕駛大車。嗣臺南站副理於九十六年六月一日堅決要求其駕駛小車，並減少班次。甲深覺權益受損，於同年六月二日向臺南縣勞工局申請勞資爭議調解。僱主於同年六月十一日以甲拒駕小車為由予以開除，前開勞資調解最後亦不成立。甲遂提起訴訟並聲請定暫時狀態處分，請求依民事訴訟法第五三八條聲請「僱主應繼續維持與甲間之僱傭關係，並按月給付甲新台幣二萬元之薪資至兩造僱傭關係判決確定日止」。

## 2. 法院論理

法院認為民事訴訟法第五三八條所謂有定暫時狀態之必要，是指因避免重大或顯著之損害，或防範急迫之強暴等情事，有就爭執之法律關係定暫時狀態之必要者而言。如債務人就聲請假處分所欲避免之損害遠大於債權人因假處分所受之損害者，即屬因避免重大或顯著之損害。

桃園縣政府於九十七年二月十八日亦行文僱主稱：「關於貴公司將員工調職復解僱乙案，已涉違反工會法第三十五條之規定，請立即改善，並給予復職」，足見本件經主管機關調查後，亦認僱主解僱不合法，若定暫時狀態假處分，甲可繼續工作獲得工資，亦可持續受領抗告人服勞務之對待給付，僱主並無任何損失。甲以工資收入維繫一

家生計，若無工作，每月經濟來源中斷，生活隨即陷於困境，且僱主因違法開除甲同時並將其勞保退保，保險效力亦告停止，未能享有勞保應有之保障，故所受損害顯屬重大，且非金錢所能彌補。反觀僱主因定暫時狀態之假處分，雖受有須暫為給付工資之損害，但顯較勞工就聲請該假處分所欲避免之損害為小，自難謂勞工不得聲請定暫時狀態之假處分（最高法院九十一年度台抗字第二九四號裁判要旨參照）。甲聲請本件定暫時狀態處分之原因，係就其與僱主間勞動關係是否存在乙節有爭執，所提卷證資料足認其已為相當之釋明。甲受僱之底薪二萬元，當事人雙方並無爭執，爰命僱主自聲請狀繕本送達翌日起，按月給付甲二萬元之薪資至本案判決確定時止。

## （二）行政訴訟：中科三期案

### 1. 案例事實<sup>2</sup>

行政院國家科學委員會中部科學工業園區管理局（下稱中科管理局）經由行政院國家科學委員會（下稱國科會）提出「中部科學工業園區第三期發展區（后里基地一七星農場部分）開發計畫」（下稱中科三期七星農場）環境影響說明書送審，經行政院環境保護署（下稱環保署）有條件通過環境影響評估審查，並於九十五年七月三十一日公告「中部科學工業園區第三期發展區（后里基地一七星農場部分）開發計畫環境影響說明書」審查結論（下稱系爭審查結論）。當地居民不服，遂提起行政爭訟，經臺北高等行政法院以九十六年度訴字第一一一七號判決將訴願決定及原處分（即系爭審查結論）均撤銷，環

<sup>2</sup> 本案摘錄自 2010 年 9 月 2 日最高行政法院 99 年度裁字第 2029 號行政裁定。

保署不服提起上訴，經最高行政法院以九十九年度判字第三十號判決駁回在案。當地居民遂依環境影響評估法（下稱環評法）第二十三條第八項規定，向環保署提出公民告知函，主張環保署應依環評法第二十二條之規定，命開發單位停止實施開發行為，繼而依同法第二十三條第九項規定向原審提起本案訴訟，請求判令環保署應命中科管理局於本件重新辦理環境影響評估審查並合法通過前，停止本件之開發行為（下稱本案訴訟），訴訟繫屬中當地居民為免損害擴大，遂依行政訴訟法第二九八條第二項規定聲請定暫時狀態假處分，經臺北高等行政法院以九十九年度全字第四十三號裁定命環保署應於本裁定送達後七日以內，就中科管理局之中科三期七星農場開發行為，逕命中科管理局自即日起，至中科三期七星農場環境影響說明書重新通過環境影響評估審查時止，停止實施開發行為。

## 2. 法院論理

法院認為行政訴訟法第二九八條之定暫時狀態處分，目的並非全然保護當事人日後之強制執行，亦在保護一般之利益、防止發生重大之損害或避免急迫之危險，故行政法院定暫時狀態，如有暫時實現本案請求之必要者，得命先為一定之給付；聲請人獲得定暫時狀態處分裁定後，在本案執行前可依該裁定所定之暫時狀態實現其權利，相對人亦應暫時履行其義務。當地居民結合環評法第二十三條第八項及第九項所形成之主觀公權利，請求內容為要求負有義務之主管機關，按程序設計採取一連串接續之作為，以預防或減輕開發行為對環境之重大損害或避免急迫之危險。因此，在進行利益權衡時，已不能侷限於考量「聲請人之生命權、身體權及財產權」等私人利益，更應考量對「預防或減輕開發行為對環境之不良影響」之環境利益（公共利益）。

法院審酌本件開發案之營運規模龐大，對環境有重大影響之虞之成分不低，中科管理局在未完成環境影響評估下繼續施工行為，自然環境及當地居民因未准定暫時狀態處分，若本案行政爭訟勝訴所生損害與環保署因定暫時狀態處分所受公益損害，綜合衡量比較，認本件有准予定暫時狀態假處分之必要，因而命環保署依環評法第二十二條規定命中科管理局停止開發行為。

當地居民與國科會間停止執行事件，九十九年七月三十日經臺北高等行政法院以九十九年度停字第五十四號裁定命國科會於本案訴訟裁判確定前停止執行。國科會與中科管理局不服提起抗告，經最高行政法院認為開發許可之執行將造成難以回復之損害且有急迫情形，而駁回抗告確定。上開開發許可之效力既經裁定停止，中科管理局原依該開發許可所實施之開發行為，已欠缺法律上依據，自應一併停止，不得再依該經停止效力之許可繼續開發行為。

法院依當地居民聲請及釋明，認本件開發行為對環境有重大影響之虞，且具有保全之急迫性與必要性，為防止發生重大之損害，有必要就上開公法上法律關係定暫時狀態之處分。

## 二、問題意識及研究架構

本文可以贊同以上所提出之兩個案例的裁定結果，但藉此可以發現這兩則裁定的案例事實有明顯的不同，而足以彰顯民事訴訟與行政訴訟所處理案件的歧異。第一則裁定所涉及的是雇主與勞工雙方的關係；第二則裁定則涉及開發單位、當地居民及環境公益的關係。從而，光就裁定文字看來，可以發現法院在條文構成要件的解釋、說理的篇幅，以及個案以利益權衡進行判斷所考量的範圍等，都呈現相當不同

的風格。究竟操作行政訴訟的定暫時狀態處分與民事訴訟的操作有怎樣的的不同？這是本文所關心的；是以，本文以下的討論主要是與中科三期案做呼應。由於我國行政訴訟法的發展是以民事訴訟法為基礎，因此，在討論的過程中，即必須參考民事訴訟法有關定暫時狀態處分的規定及解釋，並體驗到兩種法制根本的不同做出符合行政訴訟要求的法律解釋。

在民事訴訟中，定暫時狀態處分的功能，主要不在於就當事人權利義務關係予以認定，而在於由國家公權力機關簡易迅速地定一暫時狀態，以保護債權人現在或即將發生的重大損害不至發生，避免急迫危險，同時防止當事人逕為自力救濟<sup>3</sup>。由於此等制度可不待本案訴訟判決結果，甚不待訴訟繫屬，即可提前實現本案請求，尤其在為此等處分後不易回復的情形下，人民提起定暫時狀態處分後，甚至可不再提本案訴訟，同樣可以滿足原告的需求。如此，也使定暫時狀態處分不再附隨於本案訴訟，故論者有認為此等制度也由保護現在之利益擴張到暫時權利保護<sup>4</sup>。亦有認為在此等保全程序內為充分的實體審理，並在此等民事保全程序內為決定，則可能會產生提起本案訴訟的量大為縮減，此時，此等程序也可認為具備非定型簡易迅速之訴訟程

<sup>3</sup> 此等功能的敘述，整理自井上治典，仮の地位を定める仮処分の理論化への視点，判例タイムズ，第一一七二號，頁 26（2005）；沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來—以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌，第一〇九期，頁 58（2004）。

<sup>4</sup> 井上治典，前揭註 3，頁 26-27；黃書苑，定暫時狀態假處分之研究，頁 122，國立臺北大學法律學系博士論文（2008）。亦有認為此時已非確保本案訴訟結果的手段，也具有本案訴訟當事人對等的性質於其中，小林秀之，民事保全—仮の地位を定める仮処分（1）—被保全權利，別冊ジュリスト，第一七七號，頁 229（2005）。

序的功能<sup>5</sup>。此外，亦有認為從定暫時狀態處分運作的實際狀況觀之，容許定暫時狀態處分的類型並不多，有許多案子在過程中以和解而撤回訴訟，從這個角度觀之，此等制度亦兼具備調停程序的功能<sup>6</sup>。再者，由於法院在進行決定時要調查是否具保全必要性，而不得不對事實及證據為一定程度的碰觸，如是，亦有認為此等制度具有本案訴訟之證據調查功能<sup>7</sup>。姑且不論此等對定暫時狀態處分的認識是否正確，對於此等制度有多種不同的認識，已可以使我們體認到此等制度所衍生問題的複雜度。

我國於行政訴訟法當中，針對非撤銷訴訟的暫時權利保護措施<sup>8</sup>，也倣效民事訴訟法立法例，訂有定暫時狀態處分的制度設計，兩者在文字上大致上雷同。本文為避免討論上的失焦，將重點集中在非法處分的定暫時狀態處分。然而，儘管民事訴訟法及行政訴訟法在定暫時狀態處分的用語類似，但由於行政訴訟法第三〇二條搭配第二九七條，以及同法第三〇三條之規定，使得行政訴訟實務進行法律解

<sup>5</sup> 詳見瀨木比呂志，民事保全の申立てと審理に関する理論上、実務上の諸問題，收錄於詳論民事保全の理論と実務，頁 91，判例タイムズ社（1998）；小林秀之，前揭註 4，頁 228。黃書苑，前揭註 4，頁 122。

<sup>6</sup> 瀨木比呂志，前揭註 5，頁 91。

<sup>7</sup> 黃書苑，前揭註 4，頁 122-123。

<sup>8</sup> 針對撤銷訴訟的暫時權利保護，是以訴願法第 93 條及行政訴訟法第 116 條的「停止執行」加以運作，林騰鷗，行政訴訟法，頁 516-517，三民書局，三版（2008）。有關停止執行的探討，詳見陳清秀，行政訴訟法，頁 641-656，元照出版公司（2009）；陳計男，行政訴訟法釋論，頁 727-740，自版（2000）。又有關訴願法及行政訴訟法間條文適用的探討，詳見陳淑芳，行政救濟與暫時權利保護程序，月旦法學教室，第五十九期，頁 20-21（2007）。

釋之際，仍不免解釋及適用民事訴訟法相關規定。事實上，本於行政事件本質上的不同，在法解釋上，也容或兩者有不同的結論，因此，在研究方法上，即有必要比較民事訴訟法中定暫時狀態處分之規定及行政及民事事件本質上的不同，以求於個案中做出最適當的判斷。

依當前我國民事訴訟實務及多數學說上的看法，多認為此等制度所要暫定的法律關係，只要可以本案訴訟加以解決即可，包括財產上及身分上的法律關係，同時也可為「滿足性處分」，經由此等程序的運作，先滿足聲請人（即債權人）於本案中的要求<sup>9</sup>。從以上的論述可知，定暫時狀態處分的效力及所具有的功能均相當廣泛，對於訴訟上的另一造而言，定暫時狀態處分是以簡易的程序對之施以相當的損害，因此，在追求此等制度所帶來利益的同時，也應該注意到此等制度所產生的濫用及過大影響的危險<sup>10</sup>。而在制度利弊之間的拿捏，涉及到許多權利主體間利益權衡的問題，而此等問題的控制，即根本地與定暫時狀態處分之要件的解釋及運用有不可分離的關係。同時對於制度成立要件的掌握，也會影響到此等制度的目的可否達成，是以，對於定暫時狀態處分之成立要件的解釋及其審查，也就更成為本文所關注的重點。

以下本文即先從民事訴訟法及行政訴訟法兩者法制的比較出發，探討兩者在假處分及定暫時狀態處分兩者在實定法上的異同，以

<sup>9</sup> 李木貴，民事訴訟法（下），頁 10-38—10-39，元照出版公司，二版（2007）。對此等先滿足聲請人本案請求的定暫時狀態處分，本文稱為「滿足性處分」，採取用語者亦可見姜世明，假處分程序（下），月旦法學教室，第六十二期，頁 28（2007）。為方便下文之溝通，本文在此先予說明。

<sup>10</sup> 井上治典，前揭註 3，頁 27。

及兩種法制本質上的差異，以之為本文探討問題所應認識的先決要件。其後本文也將分析在行政訴訟上，假處分及定暫時狀態處分兩者是否有區分的必要，再進入定暫時狀態處分要件的討論，並探究法院於具體個案中應如何本於利益權衡而為決定，又當法院要下定暫時狀態處分時，又要考量哪些因素來下決定始為妥當。凡此，均為本文所欲解決及釐清者。在行文的過程中，本文所稱「人民」，並非謂此等制度惟可適用於人民聲請的案件中，只要個案中行政機關立於與人民同一之地位而擔任聲請人，也同樣有適用之餘地；此外，本文所稱假處分，是指行政訴訟法第二九八條第一項及民事訴訟法第五三二條第一項之保全強制執行的假處分，並不及於為追求暫時權利保護的定暫時狀態處分。於此先予說明，以避免誤會。

## 貳、行政訴訟法與民事訴訟法於定暫時狀態處分的區別

本文藉由行政訴訟法及民事訴訟法的比較，討論行政訴訟法上定暫時狀態處分的解釋。為此，本文就此兩種法制規範上的不同進行比較，並討論行政訴訟及民事訴訟本質上的不同，以期解釋行政訴訟法上定暫時狀態處分之際可以更為精準。

### 一、兩種法制實定法上的異同

從法條的要件觀之，我們可對兩者的異同做一簡單的比較，同時，本於也將於下文中一併處理假處分與定暫時狀態處分間的區分，故在此也一併納入比較，所比較法條的僅限於與本文論述有關之行政

訴訟法第二九八條、民事訴訟法第五三八條及第五三二條。

從這些條文的相互比較，我們可以知悉在假處分上，民事訴訟法與行政訴訟法於要件上的用語是截然不同的，前者所處理的類型限於「金錢請求以外之請求」，後者則在處理「公法上權利」的問題，本於如此用語上的差異，前者只有在「請求標的之現狀變更」始可請求，後者則使用「公法上權利因現狀變更」的用語；又由於提起民事訴訟與行政訴訟本質上所要追求的目的不同，前者以獲得給付判決為大宗，後者則以形成判決（撤銷訴訟）為案件的主要類型，故前者認為只有在「有日後不能強制執行，或甚難執行之虞」始能聲請為假處分，而後者則以「於本案有不能實現或甚難實現之虞」的用語作為聲請法院為假處分的要件。

而在定暫時狀態處分部分，民事訴訟法與行政訴訟法於聲請原因（即有為防止發生重大之損害或避免急迫之危險）、必要性的審酌，以及得命先為一定之給付這三點上，所採用的用語是相同的。而用語上的同一，是否代表法院於個案處理時所要採取的態度為同一，這本身也應視案件的本質是否有不同而為不同的考量，本文於下文中也將作進一步的討論。而在制度用語的不同上，立法者也認知到公法事件與私法事件的不同，故於行政訴訟法上強調要為「爭執之公法上法律關係」始得依行政訴訟法之規定聲請為定暫時狀態處分。此外，於聲請原因上，在民事訴訟法中，立法者給予法院有較大的決定空間，因此除列舉的聲請原因外，也多了「其他相類似之情形」，這樣的用語是後立法的行政訴訟法所無的。此外，在法院為具體審判之際，民事訴訟法較為重視當事人於程序中的參與地位，故規定「應使兩造當事人有陳述之機會，但法院認為不適當者，不在此限」，是以給予當事

人陳述為原則，例外始得不給予當事人陳述之機會；反之，在行政訴訟中，態度則與民事訴訟法的規定不同，僅規定行政法院於裁定前，「得訊問當事人、關係人或為其他必要之調查」，在解讀上，似可認為法院於裁定前，並不必然要給予當事人陳述意見之機會，甚至可以只憑當事人所呈上的書面資料即為准許定暫時狀態處分與否的裁定。

針對以上所提出民事訴訟及行政訴訟上假處分及定暫時狀態處分制度上用語的異同，本文在此嘗試以下表加以呈現，以期可以清楚地理解。

# 中原財經法學

表一、假處分及定暫時狀態處分在民事訴訟法及行政訴訟法之異同

適用法條		民事訴訟法	行政訴訟法
假處分	相異	金錢請求以外之請求	公法上權利
		因請求標的之現狀變更	公法上權利因現狀變更
		有日後不能強制執行，或甚難執行之虞	於本案有不能實現或甚難實現之虞
定暫時狀態處分	相同	在聲請原因上：均有為防止發生重大之損害或避免急迫之危險	
		均要求法院審酌必要性	
		均得命先為一定之給付	
	相異	爭執之法律關係	爭執之公法上法律關係
		聲請原因上，尚有「其他相類似之情形」	無
	應使兩造當事人有陳述之機會，但法院認為不適當者，不在此限。學理上更有主張於必要時，法院甚可經言詞辯論 <sup>11</sup>	得訊問當事人、關係人或為其他必要之調查	

《資料來源》：作者製表

<sup>11</sup> 李木貴，前揭註 9，頁 10-55。行文中並進一步探討，在有給予陳述機會或言詞辯論的情形，法院究竟要以何等形式為決定的問題；詳見同書頁 10-55—10-56。惟倘若法院於是否准予定暫時狀態處分之際進行言詞辯論程序，甚至如有些學理認為可以判決為決定，則將更顯現出定暫時狀態處分本案替代化的現象；另一方面，如經言詞辯論，勢必要花費不少的時間，如此將與定暫時狀態處分「迅速性」的要求有所齟齬，也是於理論上值得注意者。

## 二、兩種法制本質的差異

民事訴訟與行政訴訟兩者的差異，從法條形式上固有不同，但在探討行政訴訟法是否可準用或類推適用民事訴訟法之際，仍應著眼於兩者本質上是否有所不同。固然，誠如學說上所言，兩者之異質性的決定性因素，主要在於行政實體法及民事實體法間可能的差別<sup>12</sup>。如進一步思考，據本文的觀察，兩者本於其實體法上所處理事件本質上的不同，則同樣的法律問題，延伸到行政訴訟中加以處理，將會衍生出行政訴訟與民事訴訟間，可能有如下不同之處。此等不同，也正足以回應本文最初所提出之兩則裁定的案例事實。

### (一) 行政訴訟公益功能的承載

行政訴訟與民事訴訟的差別，最明顯莫過於行政訴訟相較於民事訴訟，追求更多的公益，此從我國行政法學理及其相關實證法均可見一般。於行政法的教科書中，不乏將「公益原則」列為行政法之一般原理原則者；而在實證法上，諸如行政程序法中行政處分撤銷或廢止要顧及信賴利益保護與公益的權衡、訴願法及行政訴訟法中的情況裁決(或判決)……等法制，在在都顯現出立法者於公法的立法價值中，均要求除人民權利之保障外，更追求要顧及公益的維護。因此，在中科三期案中，法院不得不將環境利益列入加以考量。儘管民事訴訟中的人事訴訟程序，不乏認為其有公益之要求，故在民事訴訟法制上有與通常訴訟程序不同的安排，然此等事件的公益傾向，與單純行政事

<sup>12</sup> 詳見林明昕，論行政訴訟法與其他法律之關係—兼談行政訴訟準用民事訴訟之問題，收錄於義薄雲天·誠貫金石—論權利保護之理論與實踐，頁 605、607，元照出版公司（2006）。

件的公益傾向並不可同日而語，人事訴訟程序在追求公益之餘，因原告起訴的目的應在追求自我目的的實現，其私益的成分仍比公益為高，至少在公益的「量」上，行政訴訟事件仍較民事訴訟事件為高。

然隨著時代的發展，民事訴訟中一些現代型紛爭事件（如公害事件、消費者保護事件），所涉及的利害關係不僅及於程序上的當事人，更包括程序外的利害關係人，而與公共利益相關，並具有較高的公益性<sup>13</sup>。如此看來，或可認為行政訴訟與民事訴訟的區隔已趨於模糊化；然本文以為，此種現代型紛爭訴訟的狀況，雖以公私法區分理論分析的結果屬於私法事件，而隸屬於民事法院管轄，但如此具有「公益性」的訴訟案件，在民事訴訟上毋寧是屬於例外的情形，因此，在判斷上萬不可以此等例外的情形，回過頭來認為民事訴訟與行政訴訟在公益要求的程度是相同的，否則將容易使「公」與「私」的區分更趨於模糊化。

## （二）行政訴訟利益糾葛的複雜性

在行政法律關係中，不同於像解僱勞工案這樣的民事關係，是以雙方當事人的權利義務關係為大宗，有更是涉及三方或多方利益者，尤其在現代複雜的社會中，行政法律關係確實並非單純「行政/人民」兩面的化約關係，往往涉及多方私人的利益及公益，而形成一種多元關係<sup>14</sup>。如中科三期案涉及開發單位、當地居民及環境公益等多方利益，就是最典型的例子。如此多方利益的糾葛，一旦產生糾紛

<sup>13</sup> 沈冠伶，前揭註3，頁55。

<sup>14</sup> 林明昕，論行政訴訟法上之「執行（不）停止原則」，收錄於公法學的開拓線，頁486，元照出版公司（2006）。氏並認為行政法所強調具第三人效力之行政處分，正是此問題的表現。

又無法循其他程序解決，則無可避免地，將有相當大比例會進入到行政爭訟的領域之中，而使我們在考量行政訴訟時也應對此不同於民事訴訟的特性加以考量。如此的情形不僅出現在第三人效力行政處分當中，也會出現在其他的行政行為領域，是以，當我們在處理定暫時狀態處分問題之際，也理所當然地會處理到牽涉其他第三人權利的情形，這也是在行政訴訟中所不得不面對的宿命。

### 參、定暫時狀態處分的要件檢討

本於以上本文對行政訴訟中定暫時狀態處分及假處分的比較，我們可以發現此兩者在區分上並不見得容易，是以，以下本文即對此兩者的不同及區別做探討。又由於討論過程中有諸多參考日本法解釋之處，故對日本行政事件訴訟法的暫時權利保護制度做架構性的介紹。最後，再討論定暫時狀態處分要件的解釋問題。

#### 一、假處分與定暫時狀態處分的區別—兼論聲請事由

無論是日本的民事保全法或我國的民事訴訟法及行政訴訟法，對於假扣押、假處分及定暫時狀態處分，於立法體系上均規定於「保全程序」之中，而令人以為此三者在本質上相同。實則，儘管德國實務長期以來並不認真處理假處分（保全處分）及定暫時狀態處分（規制處分）的問題<sup>15</sup>，但在學理的詮釋上，則認為本來假處分及定暫時狀

<sup>15</sup> 林明昕，假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義，收錄於公法學的開拓線，頁 486，元照出版公司（2006）；有關保全處分及規制處分的區分，亦可見姜世明，假處分程序（上），月旦法學

態處分兩者是本於不同的目的所為的立法，前者是從債務人的角度著眼，用以避免強制執行的困難，為典型的保全強制執程序；而後者則從債權人的角度著眼，用以避免對債權人產生顯著的損害及急迫的危險，為暫時權利保護的制度設計<sup>16</sup>。這樣的觀念，在民事訴訟法上如此，在行政訴訟法上也不會有所不同。但此兩者在具體案件的運作上，欲截然二分確實是相當困難的問題，但卻是在法詮釋上所必須面對的。

### （一）從法條文義觀察

倘若我們觀察行政訴訟法第二九八條第一項及第二項的規定，可知第一項假處分所規範的對象為「權利」因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞的情形；而第二項的定暫時狀態處分則為規範有爭執的「公法上法律關係」，為防止發生重大損害或避免急迫危險而有必要的情形。如果結合行政處分停止執行及假扣押制度，「單純」地從法條文字加以解釋，或許對假處分及定暫時狀態處分兩者所處理的事務，能有如下表的呈現。

---

教室，第六十一期，頁 45（2007）。

<sup>16</sup> 東京地裁保全研究會編，民事保全の実務（上），頁 6，社團法人金融財政事情研究会（須藤典明、鬼澤友直執筆，2005）。在我國實務上，如最高法院 90 年度台抗第 547 號裁定即謂：「……此種定暫時狀態之假處分，非以保全強制執行為目的，其本案請求不以金錢以外的請求為限。……」凡此，也可見此等制度於民事訴訟法中，與假處分的制度在內容及目的上，都有相當程度的不同。此等概念，可見姜世明，前揭註 9，頁 26；姜世明，民事訴訟法基礎論，頁 302，元照出版公司，三版（2009）。

表二、從法條文義看假處分及定暫時狀態處分的差別

事務類型 制度名稱	行政處分	非行政處分		
		非金錢		金錢
		權利	法律關係	
假處分	X	O	X	X
定暫時狀態處分	X	X	O	O

《資料來源》：作者製表

實則，倘若我們將行政訴訟法第二九八條第一、二項文字中的「權利」及「法律關係」這兩個詞對調，則可以發現，閱讀起來也不會有什麼不妥，交給實務來運作，甚至也同樣可以解決問題。然立法者於行政訴訟法第二九八條中對假處分及定暫時狀態處分兩種情形分別兩項進行規定，勢必有其涵義，如要對此等條文進行詮釋，以釐清各自的守備範圍，則令人直覺地以為必定得從「權利」及「法律關係」這兩個法律人最為熟悉的詞彙進行理解不可。

我國有學者以為，行政訴訟法第二九八條第一項所稱之「權利」，係指公法上金錢請求以外之權利，包含請求給付特定物或其他作為不作為請求權，而排除應以假扣押制度加以保全之金錢請求權利；而同條第二項之「公法上法律關係」則指公法上的權利義務關係<sup>17</sup>。然可

<sup>17</sup> 翁岳生編，行政訴訟法逐條釋義，頁 752，五南圖書出版公司（林明鏞執筆，2002）。而所謂爭執之公法上法律關係，是指公法上法律關係於程序上尚未確定，仍在爭訟或爭議中而言。詳見陳清秀，前揭註 8，頁 656-658。

惜的是，其並未對這兩個概念間的關係，做完整的區分與說明。本文以為，所謂權利，當指受法律所保護之利益，而該利益的持有人可積極地本於自己的地位加以主張而言<sup>18</sup>；而所謂的「法律關係」，是指二個或二個以上的法律主體，就具體事件，依法律規定所成立之法律上關係<sup>19</sup>。在行政法上，其價值主要在彰顯出各該行政行為的「間主體性」(Intersubjektivität)，同時具有確立「人民與國家之間對等關係」的意義，使行政行為當事人（尤其是人民）的「權利主體性」(Rechtssubjektivität)獲得肯認<sup>20</sup>。因此，我們可以斷言，法律關係的概念中，本來即將權利的概念涵蓋在內，要以這兩個不同的詞彙來對假處分及定暫時狀態處分做事務領域的分配，可以說是不可能的任務。

長久以來，不論是日本或我國，在廣義的民事訴訟上就保全處分及定暫時狀態處分的區分，多認為假扣押所保全的權利為金錢債權（或得易為金錢債權之請求權）；而假處分則為要求物之給付之請求權（以金錢給付以外之物的給付為目的者）；而定暫時狀態處分則不限於被保全的權利（含假扣押或假處分被保全的權利），只要「為避免顯著的損害或急迫的危險」即屬必要，而可暫時地形成一定的地位

<sup>18</sup> 在行政法上，這可以從何謂「主觀公權利」的解釋得到啟示，法理上也應是共通的，故司法院釋字第 469 號所確認的「保護規範理論」也可以在此予以援用。此外，如果從Hans Kelsen的純粹法學來看「權利」，其基本上認為權利是「就規範創設的參與資格」，此又區分「做為一般規範之法律創設過程」及「做為個別規範之裁判判決的作成過程」，對前者的參與是一種政治的權利，而對於後者的參與是技術意義的權利。詳見神橋一彥，行政訴訟と權利論，頁 206-207，信山社（2003）。

<sup>19</sup> 江嘉琪，行政行為導論，月旦法學教室，第三十七期，頁 54（2005）。

<sup>20</sup> 李建良，行政法律關係序說，月旦法學教室，第三十期，頁 45（2005）。

(狀態)，在實務運作上，並沒有一定的定型內容，如對債務人要求一定的作為或不作為亦屬之。本此本質上的不同，對於債務人影響程度之嚴重，以及秘密進行的要求不高，故日本國會在制度的設計上，即要求法院於決定是否定此暫時地位(狀態)時，除非經一定期日將無法達到申請假處分之目的，否則都要開期日傾聽債務人的意見<sup>21</sup>。然儘管如此，從所處理的事務類型加以觀察，由於所處理的事務有所重疊，故仍無法對概念做完整的區分，也因此在日本即有學者指出，包括假扣押、假處分及定暫時狀態處分，都是以對債務人設定暫時的地位為目的，而非為了應以本案訴訟實現而守護被保全權利的手段，故民事保全及本案訴訟是對等的，兩者均可認為是紛爭解決的制度<sup>22</sup>。簡言之，要從保全處分及定暫時狀態處分兩種制度所處理的事務類型及法條文字區分出兩者各自的守備範圍，無疑是緣木求魚。在我國，如此的情況也同樣出現在大量參考民事訴訟法制的行政訴訟法當中。

## (二) 從立法目的觀察

如果我們跳脫這兩不同條文的文義，而回到制度目的本身來看的話，則可以知道，由於定暫時狀態處分的目的不同於一般假處分在保

<sup>21</sup> 笠井正俊，民事保全一仮の地位を定める仮処分(2)一審尋の要否，別冊ジュリスト，第一七七号，頁231(2005)。此種例外的情形是以聲請人的釋明程度確實為前提，如有急迫危險而沒有聽取債務人主張的時間，或如詢問債務人意見將妨礙對債務人的執行。另參見，小林秀之，前揭註4，頁228；東京地裁保全研究會編，前揭註16，頁6。

<sup>22</sup> 此為井上治典教授的看法，參閱小林秀之，前揭註4，頁229。惟小林教授認為假扣押及定暫時狀態處分並不能等同視之。

全強制執行（即處理未來危險的問題），而是在於維持現狀及迴避危險，亦可認為除了暫時性地保全聲請人之權利外，亦具有維持訴訟中法秩序和平的功能（即處理現在危險的問題）；本此，與保全執行為目的的假處分不同，定暫時狀態處分所附隨的本案訴訟不一定是給付訴訟，而其滿足的對象也不限於使本案訴訟內容全部或量的一部暫時實現的處分，更可以本案判決確定時當然伴隨而生的利益，做為定暫時狀態處分後，要求債務人先行滿足債權人要求的內容<sup>23</sup>。另一方面，如光從條文觀之，依行政訴訟法第二九八條第三項，可知在定暫時狀態處分的情況下，法院可命債務人先為一定的給付；反之，在假處分的情況下，則無類似的條文。本此，我們可知此兩者在法律效果上是有所不同的，儘管從兩者在行政訴訟法中構成要件的立法文字來看，令我們在某些個案中難以明確地區分到底所適用的是假處分或定暫時狀態的處分，但從我們對此兩項立法目的的了解，也已經地讓我們在個案判斷中有一把無形的尺存在，相信不久之後，實務上透過許多具體個案的決定，將會逐步地對假處分及定暫時狀態處分填充出法文中所未顯現出的不成文構成要件，而使我們的決定更為正確。以聲請定暫時狀態處分的事由為例，本文以為，於定暫時狀態處分的情形中，並非與行政處分相關聯者即一概不可提起，蓋因在撤銷訴訟、確認處分無效訴訟以外的訴訟類型，如課予義務訴訟的情形，既無一既已作成的行政處分存在，何來停止執行適用之餘地，對此，有認為應依德國行政法院法第 123 條第 5 項之意旨，對我國行政訴訟法第二九九條為限縮解釋，並在立法論上尋修法途徑解決<sup>24</sup>，本文也認同以限

<sup>23</sup> 李木貴，前揭註 9，頁 10-42。假處分與定暫時狀態處分不同目的的介紹，亦參見沈冠伶，前揭註 3，頁 53-54；陳計男，前揭註 8，頁 762。

<sup>24</sup> 翁岳生編，前揭註 17，頁 755-756（林明鏘執筆）。

縮解釋的方式解決此項暫時權利保護上的漏洞，蓋因從現行行政訴訟法第二九八條第二項的文義中並不當然排除與行政處分相關聯的紛爭尋此途徑以求權利的暫時保護，而同法第一一六條及第一一七條亦未包括如課予義務訴訟的情形在內，因此，在非屬撤銷訴訟及確認處分無效訴訟的情形，仍有定暫時狀態處分適用之餘地。實務上最高行政法院於九十七年度裁字第四二七九號裁定的看法即與本文相當類似，其認為「……考該條規定係因行政訴訟法第一一六條已有行政處分停止執行之規定，而停止執行係假處分之代替制度，是以規定關於行政機關之行政處分，不得假處分（見行政訴訟法第二九九條之立法理由）。是如果行政訴訟上之公法上爭議，無從以停止執行作為暫時權利保護方法者，仍應有行政訴訟法第二九八條假處分規定之適用，以免發生暫時權利保護所要達到憲法第十六條保障人民訴訟權所要追求之『有效權利保護』目的落空。而行政處分之停止執行係以負擔處分為對象，亦即本案訴訟為撤銷訴訟或確認訴訟，係以停止行政處分之執行為暫時權利保護之本案訴訟，至本案訴訟為課予義務訴訟者，例如本件之情形，無從聲請停止執行，自得聲請假處分<sup>25</sup>……」或許即可認為是本於定暫時狀態處分之目的所為的考量，並跳脫單純的文義解釋，對法條從立法目的重新加以詮釋，是相當值得肯定的。準此，定暫時狀態處分的適用對象也包括課予義務訴訟的情形在內。至於課予義務訴訟時的暫時權利保護制度，要如何建立及行使，則仍

---

<sup>25</sup> 本案裁定所要解決的問題實為是否要為定暫時狀態處分的問題，只是我們實務上對於定暫時狀態處分與假處分兩者並未清楚地加以區分，導致法院於裁判中，並未清楚地將定暫時狀態處分的用語與假處分做清楚的區分。在此本文援引此則判決，為避免疑義，特於此加以說明。

有進一步探討的必要。

另一方面，本文以為在保全處分的假處分之情形中，此所謂法所未言明的不成文構成要件，除了假處分本身相對於假扣押在處理金錢請求的問題，其應在處理金錢以外之請求外；如我們對照民事訴訟法第五三二條第二項之規定，可知在假處分的情形，乃是因為請求標的有所變更而有日後不能執行或甚難執行之虞，始可請求為假處分，而在行政事件中，進入假扣押、假處分者，必然與行政處分沒有關聯，是以，解釋上我們即可將另一不成文的要素定義為「行政處分以外請求標的之現狀變更」，以期以清晰的概念對相近的法律制度加以切割，而達適用上明確之效。詳言之，倘若我們於行政訴訟中所採用的訴訟標的理論為新訴訟標的理論，則甚至可更為清楚地認為此所稱的「請求標的」實即為行政訴訟中本案的「訴訟標的」。準此，在撤銷訴訟及課予義務訴訟的情況中，由於所處理案件的本質使然，即無法聲請法院為假處分之裁定。或許如此的定義仍無法解決在某些個案中，有同時符合假處分及定暫時狀態處分的情形，而會認為當前許多個案中法院無法清楚地釐清究竟適用哪一個機制是不妥的，然我們也不能否認會有一些個案，其事實的因素同時符合假處分及定暫時狀態處分的構成要件，而同時該當兩者，如果法院對於制度的理解及本此理解所為的決定為正確的話，這樣競合、併存且同時發揮作用的狀況，對聲請人（債權人）的權益不至於有不利的影響，則兩者併用其實也是無可厚非的。而由於此兩種不同制度的設計本有其不同的目的，故於同時符合兩者之構成要件的個案中，究竟要選擇其中一種程序或兩者同時聲請，是人民所可自我選擇的，只是在兩種制度同時具備的情況下，由於定暫時狀態假處分的效力較強，故假處分的效力可能為定暫時狀態處分所涵蓋。

## 二、日本行政事件訴訟法暫時權利保護的立法例

日本的民事保全法於「保全程序」中規定假扣押、假處分及定暫時狀態處分，在立法體例上，與我國民事訴訟法第七編及行政訴訟法第七編「保全程序」相近。不同於我國法就定暫時狀態處分的要件規定於行政訴訟法，並仿倣民事訴訟法予以規定，日本於行政事件訴訟法第 44 條中明文規定「就行政機關的處分及其他公權力之行使，不得為民事保全法規定之假處分」。於暫時權利保護的具體適用上，除了就行政處分的暫時權利保護適用停止執行外，因應二〇〇四年的修法增加課予義務訴訟及禁止訴訟的訴訟類型，另於同法第 37 條之 5 第 1 項及第 37 條之 5 第 2 項分別增訂暫時課予義務及暫時禁止的暫時權利保護制度。論者並認為此兩者與民事保全法的「定暫時狀態假處分」同為暫時性的措施，事實上也使請求人獲得如同課予義務訴訟被告機關為處分的效果<sup>26</sup>。

倘若仔細觀察此二條項的要件，於暫時課予義務要求符合「為避免未為系爭課予義務訴訟之處分或裁決將生無法回復之損害，而有急迫必要者」、「本案得認為有理由時」、「對公共福祉未有重大影響之虞」等要件<sup>27</sup>。於暫時禁止則要求，「為避免作成系爭禁止訴訟之處分或裁決時生無法回復之損害，而有急迫之必要者」、「本案得認為有理由時」、「對公共福祉未有重大影響之虞」<sup>28</sup>。對此，日本學理上有將上

<sup>26</sup> 日本弁護士連合會行政訴訟センター編，實務解說行政事件訴訟法，頁 151-152，青林書院（2006）。

<sup>27</sup> 前揭註，頁 151。

<sup>28</sup> 前揭註，頁 156。

述的要件整合為「積極要件」及「消極要件」，前者所指為「為避免生無法回復之損害，而有急迫必要」及「本案得認有理由時」兩者；後者則為「對公益無重大影響之虞」<sup>29</sup>。從文字上觀察，也可知此兩制度在要件上甚為相似，所不同者，在於前者系指若行政機關未為處分，將可能釀成難以回復的損害；反之，後者則是指不即時禁止行政機關為處分，將可能釀成難以補償的損害。

本文以為，儘管臺灣及日本在法條用語及結構不同，但行政訴訟中暫時權利保護制度的根本思維則屬一致，因此，仍有予以比較的價值。詳言之，日本法上條文文義與我國同樣是指「防止發生損害」，但日本法限於「難以回復的損害」，在我國則要求必須是「重大的損害」或「急迫的危險」。兩者相較，我國法要求的損害不以不可回復為必要，似較日本為廣泛。又我國法與日本法同樣有要求「必要」，只是我國法僅要求「必要」，日本法則要求「急迫的必要」，則日本法上對此等制度「保全必要性」的解釋可供吾人參考，本文也將於下文加以探討。再者，就「本案得認有理由時」而言，乃是「釋明」程度的規定，由於此為舉證程度的問題，並非本文所關注有關要件層次所要探討者，因此，有待以他文加以探討。最終，日本法與我國法不同之處在於日本法要求為此等暫時權利保護的手段時，不可「對公共福祉有重大影響之虞」；反之，我國則無此等規定。這有待進一步探索我國是否也應有同樣的需求。此外，日本法的運作也要依具體個案的特性，從國民權利救濟實效性的角度出發，運用權衡解釋作成決定

---

<sup>29</sup> 橋本博之，解說改正行政事件訴訟法，頁 133，弘文堂（2005）。林素鳳，日本行政訴訟法制之革新，收錄於行政爭訟與行政法學，頁 86-87，中央警察大學（2005）。

<sup>30</sup>。我國法制同樣有相同的要求，因此，日本學理及實務的解釋也有值得參考之處。

### 三、實體要件的解釋

在日本民事保全學理上，依該國民事保全法第 13 條之規定，就保全程序而言，多認為除應具備必要的形式要件之外，並應具備被保全權利及保全必要性兩實體要件，而此兩實體要件也是法院審理的對象。於形式要件上，首應注意當事人及目標物的特定，並應具有訴訟要件始可<sup>31</sup>；惟此等要件在解釋上與民事事件及行政事件本質上的不同較無直接的關聯性，故本文於此不擬詳為介紹，而僅就實體要件的部分加以檢討。

#### (一) 被保全的權利

從我國的條文觀之，定暫時狀態處分所處理者，乃針對「爭執之法律關係」而言，似與日本法上所認定「被保全的『權利』」有所不同，然如上所述，「權利」與「法律關係」兩者，在概念上本無法切割，故我國條文上所指的「法律關係」，到頭來仍然是與「權利」的意涵相通。倘若如此，則日本法上對「被保全的權利」的解釋也就可

<sup>30</sup> 橋本博之，前揭註 29，頁 135。

<sup>31</sup> 瀨木比呂志，民事保全法，頁 150-152，判例タイムズ社（2005）。此目標物的特定與通常民事訴訟的情形並不相同，更要求於申請階段即應有正確、特定。而在訴訟要件的認定上，原則上與通常民事訴訟的訴訟要件並無不同，但另有一些保全程序所特有者，如保全命令特有的權利保護要件、保全命令的提出適法（適式）且有效、保全標的物歸屬於債務人、管轄等，其中管轄的問題，相較於通常民事訴訟的情形，也更是一嚴肅認真的問題。

以成爲我們參考的對象了。

在理論上，有認爲被保全的權利應與本案訴訟標的物實體上的權利應爲一致，然必須依個案而爲具體的判斷。以往日本於舊法時代，是以訴訟標的物來加以認定，認爲即使保全訴訟是以流動的、動態的審理爲本質，但還是立於訴訟標的物爲固定的、靜態的概念，只是如此做爲訴訟標的物的內容並引進具有保全特定事實、經過概念之保全必要性判斷，將易滋生混亂。然在新法已明文以被保全權利爲要件，以避免前述的混亂狀態<sup>32</sup>。我國學理有認爲於民事訴訟上，此所指的即爲債權人之請求及其原因事實，而與本案訴訟程序中的本案請求權或訴訟標的並不相同，然此係源自於本案請求權，可認爲是債權人依其本案之訴訟標的向法院請求爲一暫時處分的權能<sup>33</sup>。然本文以爲，此種看法或許是因爲其在民事訴訟的訴訟標的理論採取舊訴訟標的理論的見解所致，如所採爲新訴訟標的理論，則債權人的請求及原因事實即與訴訟標的難以截然二分，也因此，在本文的看法下，此所稱「爭執之法律關係」即與本案的訴訟標的並無二致。而對於「爭執之法律關係」的概念，本文亦贊同應採取廣義的解釋，而不限於繼續性法律關係、一次性對待給付之法律關係、一次行爲即完成終了之法律

<sup>32</sup> 瀨木比呂志，前揭註 31，頁 173-175。本文亦贊同被保全的權利應與本案的訴訟標的一致，惟應進一步指出者，乃定暫時狀態處分也有可能是在起訴前即已提出，此時即應要求所保全的權利與將來起訴後的權利應當一致始可。然即便在日本法上，亦不乏有否定的學說，認爲成爲保全訴訟審理對象的實體法上請求權與與本案訴訟的審理對象不一定一致，認爲在本案訴訟中必須明確地判斷終局的權利是否存在，而定暫時狀態處分則是基於「實體經過規定」乃至「暫定的實體權」的權利而成爲保全訴訟審理的對象。詳見同書，頁 179-180。

<sup>33</sup> 黃書苑，前揭註 4，頁 131；類似看法，亦可見沈冠伶，前揭註 3，頁 57。

關係，且不限於金錢請求以外者，亦包括金錢及特定物之給付，以及作為及不作為<sup>34</sup>。從而，無論是解雇勞工案或中科三期案，因為有待爭執的本案訴訟標的，故符合「被保全的權利」之要件。

值得進一步檢討者，在於儘管學理上肯定定暫時狀態處分不限於繼續性法律關係，然行政訴訟實務及部分學說<sup>35</sup>上似乎並不那麼認為，如最高行政法院於九十七年度裁字第四二七九號裁定中即表示「……故抗告人請求本件假處分定暫時狀態，並非就有繼續性之公法上法律關係為爭執，自不得據以聲請假處分，本應予以駁回……」，此外，同院於九十六年度裁字第一七三四號裁定亦有類似意旨的闡述，凡此均顯示在行政訴訟上，所謂定暫時狀態處分仍以具有繼續性法律關係為限。然如果以此見解與民事訴訟相比較，則顯得較為保守，以往民事訴訟實務或許受到日本舊民事訴訟法第 760 條規定定暫時狀態處分有「特殊繼續性法律關係」用語的影響，並為避免制度運作下發生滿足性定暫時狀態處分的情形，也認為定暫時狀態處分要是對繼續性法律關係始可為之<sup>36</sup>，其中更以最高法院六十一年台抗第五〇六號判例為代表，然該判例業已經九十一年八月十六日最高法院第

<sup>34</sup> 沈冠伶，前揭註 3，頁 56-57；類似看法，亦可見李永裕，定暫時狀態之假處分—臺灣高等法院九十二年度抗字第三一五九號裁定評析，律師雜誌，第三〇一期，頁 104（2004）；陳計男，民事訴訟法（下），頁 471，三民書局，修訂四版（2007）；姜世明，前揭註 16，頁 302-303。

<sup>35</sup> 詳見王甲等，民事訴訟法新論，頁 787，三民書局（2009）。在行政訴訟上有，陳計男，前揭註 8，頁 763。

<sup>36</sup> 小林秀之，前揭註 4，頁 228；李永裕，前揭註 34，頁 100。然日本於現行民事保全法已刪除如此的立法文字。

七次民事庭會議決議廢止，而認為「凡於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，即可準用之。」然此等見解上的變更，於行政訴訟上卻未隨之改弦更張，如是觀之，行政訴訟實務的看法似乎是略顯保守了<sup>37</sup>。實則，在制度運作上，問題的重點毋寧在於系爭案件中，聲請人的權利是否有施以暫時權利保護之必要，如有保護必要而法律關係並不具有繼續性，則僅以不具繼續性為由否定定暫時狀態處分，並無助於立法目的的達成。例如人民依社會救助法之規定，向國家請求喪葬補助費，如國家不即時給予補助，則人民根本無法使親人入土為安，是以，當可准予定暫時狀態並於爭訟過程中先為一定給付，此即針對非繼續性法律關係為定暫時狀態處分的適例。

## （二）保全必要性的檢討

### 1. 保全必要性的涵蓋範圍

在進行條文解釋時，通常將「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」的概念等同於「保全必要性」所指涉之情形，這樣的說法，在歷史解釋上其實也是站得住腳的，蓋因我國行政訴訟法定暫時狀態處分的條文文字乃參考現行民事訴訟法第五三八條而來，而修正前民事訴訟法第五三八條原規定「關於假處分之規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態之『必要』者準用之」，該文字中的「必要」，即為保全必要性的明文，而於條文運用過程中，先後有最高法院二十年抗字第三六六號判例及同院二十二年抗字第一〇九九號判例分別表示，所謂必要是指「如避免重大之損失或防急迫之強暴等類」及「因避重大之損害或因其他情事，有就爭執之法律關係，

<sup>37</sup> 與本文同樣採取批判觀點者，可見陳清秀，前揭註 8，頁 658。

定暫時狀態之必要者而言」，故修法時為期明確，將判例對「必要」所指涉情形的解釋加以明文化<sup>38</sup>。是以，民事訴訟法均認為「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」即判斷保全必要性所應考量者，而行政訴訟法定暫時狀態處分的文字既參酌民事訴訟法的用語，則行政訴訟法第二九八條第二項之「為防止發生重大之損害或避免急迫之危險」即可認為是判斷「保全必要性」之際所應具體判斷的。

由於定暫時狀態處分決定所涉及當事人的權利甚鉅，而可使當事人獲得如同本案起訴所希望如同獲得的內容，因此，法院於決定之際即應更為嚴格的審查，以求在個案中當事人間的利益及行政所欲維護的公益均可獲得兼顧。而不可否認的，法院允許為定暫時狀態處分，勢必將對被告的權利有所影響，本質上即可認為是對人民基本權的侵害或限制，是以，法院於決定是否採取此等對人民基本權造成侵害的手段之際，也應恪遵憲法上的要求，而不許逾越必要的手段。亦即，不論在民事訴訟或行政訴訟中，均要求法院要在具備「保全必要性」之下始可為定暫時狀態處分的決定。如此的概念，我國民事訴訟學理上有主張於保全程序中，所謂保全必要性即為「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」，就保全必要性的判斷上要透過利益衡量予以判斷，即法院須就聲請人因假處分之許可所能獲得之利益、因不許可所可能發生之損害、相對人因處分之許可所可能蒙受之不利利益，或法秩序之安定、和平等公益加以比較衡量，以調整聲

<sup>38</sup> 李永裕，前揭註 34，頁 101；姜世明，前揭註 9，頁 28。姜教授並認為此乃是德國民事訴訟法第 940 條所稱之「避免急迫性（脅迫性）暴力」。

請人及相對人雙方的利益，而屬相對並無客觀、絕對標準之概念；如此亦可知，我國定暫時狀態處分的制度目的非僅為聲請人之利益，也同具有維護公益的色彩<sup>39</sup>。亦有認為，要視等待本案判決確定債權人所預想的損害與准予保全裁定所生的損害，兩相比較衡量，若債權人之一方為大，即可認為有保全之必要，而據以判斷的基礎事實，非僅以債權人主觀上危懼感為已足，尚須基於客觀且具體的事由。在定暫時狀態處分的情形下，則是指有客觀且具體的事情，可以判斷假設現在不形成暫定的法律關係，則對債權人會生顯著的損害或急迫的危險<sup>40</sup>。在日本亦有主張一方面為保護債務人的利益，要就保全命令的債務人及債權人間進行利益衡量，於債權人的利益大於債務人的損害時，即可發給保全命令<sup>41</sup>。而該國行政訴訟學理上，即有認為在具體決定是否為暫時課予義務之際，對「選擇其他替代手段的困難性或受領該當給付之必要性」的判斷，比較衡量「暫時課予義務給付的內容及將來課予義務訴訟確定判決認為不應給付之事後回復的困難性」，於不為該當處分或裁決將導致聲請者顯著重大不利益的情形下，始該當不可補償之損害<sup>42</sup>。此等考量因素，大致上多著重在藉此項機制維護私人的權利，儘管如此，也都可以提供吾人於判斷是否具有定暫時狀態處分必要性之際的參考，使我們更為明白究竟於必要性的認定

<sup>39</sup> 沈冠伶，前揭註 3，頁 57-58—71-72。而於衡量時，也應區分不同法益為衡量，原則上生命、身體、名譽等人格權之損害應優先於財產法益受到保護。而此所稱的損害或危險，非僅限於該爭執之法律關係中所可主張之權利受損或遭危害，也包括系爭權利以外的人格權、自由權或財產權所遭受之不利益。

<sup>40</sup> 李木貴，前揭註 9，頁 10-37—10-38。

<sup>41</sup> 瀨木比呂志，前揭註 31，頁 179。

<sup>42</sup> 日本弁護士連合會行政訴訟センター編，前揭註 26，頁 153。

中，究竟要考量那些因素。

值得進一步注意者，本文以為，上述民事訴訟學理的見解以為「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」即為「保全必要性」的看法，在民事訴訟中或許是正確的，但本於行政訴訟具有濃厚公益傾向的本質，或許就不那麼必然了。詳言之，聲請人向法院聲請定暫時狀態處分之際，對於所有的要件負有釋明的責任，然聲請人有能力釋明者，當僅限於其私人所可掌有的資訊，至於一旦法院下或不下定暫時狀態處分會對公益有何等程度的影響，當非聲請人能力之所及，否則將對聲請人造成過大的負擔，而無法達到立法者訂定暫時狀態處分制度之本旨。故本文以為，在行政訴訟的定暫時狀態處分中，所謂「保全必要性」是一較上位的概念，而其下尚包括「防止發生重大之損害或避免急迫之危險」及「對公益之影響」兩子要件，而法院於判斷是否具保全必要性時，須就此兩子要件一同加以衡量判斷，以得出是否具有必要性的結論。整體而言，本文以為在思考保全必要性的問題時，對於相關利害關係所要考量的切入點，除了本案訴訟中原、被告雙方及利害關係人的權利之外，也更應著重行政事件中特別要求要著重的公益傾向，而對此等多方的利益一併加以衡量，而決定暫時狀態的處分是否具有必要性。

本文如此的看法，在比較法上或許也有線索可尋，在日本於行政事件訴訟法修法前，法院所面對者無論民事案件及行政案件，在是否下處分的判斷上，率多以「忍受限度論」作為判斷的基準，於一九九四年法院就避免工廠營業產生噪音及灰塵而聲請假處分的案件中，法院認為在認定是否具有違法的權利或利益之侵害，要綜合衡量侵害行

為的態樣、侵害的程度、被侵害利益之性質與內容、該工廠所在地的地區環境、侵害行為開始及其後持續地經過及狀況、其間災害防止措施之有無及其內容、效果等因素。此外，於一九九八年法院於國家進行公共事業要判斷是否違法害及第三人的權利或法益，應綜合衡量侵害行為的態樣、侵害的程度、被侵害利益之性質與內容、比較檢討侵害行為所具有的公共性乃至公益必要性的內容及程度、災害防止措施之有無及其內容、效果等因素<sup>43</sup>。如仔細剖析以上兩案件的事件歸屬，可發現前者傾向為私法案件，後者則為公法案件；又如仔細剖析其所衡量的因素，可發現後者相較於前者，多了「比較檢討侵害行為所具有的公共性乃至公益必要性的內容及程度」一項，如此，似可顯示日本法院於判斷是否具有保全必要性之際，對私法事件及公法事件因應本質上之不同，而有不同的衡量方式，更可見在處理行政訴訟中定暫時狀態處分之保全必要性之際，有對之更為細膩處理的必要。

## 2. 兩項子要件概念的探討

本於前述對於行政訴訟在本質上也民事訴訟有所不同，故本文對於「保全必要性」的要件，另外細分為以下兩項。

### (1) 重大損害或急迫危險

所謂「重大損害」或「急迫危險」，在概念上均屬不確定法律概

---

<sup>43</sup> 甲良充一郎，場外馬券売場、産業廃棄物処理施設等いわゆる迷惑施設の建設禁止の仮処分，判例タイムズ，第一〇七八号，頁146（2002）。該文為針對假處分的情形進行探討，然無論於假處分或定暫時狀態處分，都不免要對於「保全必要性」的判斷之際進行利益衡量，所衡量的事項也相當接近，故本文於此予以援用。

念，我國法於法條中也未有明確的判準可提供作為適用法律時的根據，是以，於解釋上即有待更進一步加以確定。

就「重大損害」，所指即為若聲請人繼續忍受到本案判決，所受之不利或痛苦將會太過<sup>44</sup>。如從比較法的角度觀之，雖日本法的「暫時課予義務」及「暫時禁止」兩者，在法文上未有如是的用語，惟該國於二〇〇四年修法時，為了增加同為權利保護制度之行政處分「停止執行」的適用機會，於行政事件訴訟法第二十五條第二項將「回復困難之損害」修正為「重大損害」，並於同條第三項規定，所謂「重大損害」，應依事件的損害程度、處分內容及性質為適切考量。於日本學理上，即有認為就停止執行的「重大損害」與暫時課予義務中的「無法補償之損失」並無質的不同，兩者在理解產生「重大損害」之虞的旨趣上是相當的<sup>45</sup>。因此，停止執行中對於重大損害的認定，也可作為吾人解釋之際的參考。然另一方面，於暫時禁止的情形，在考量上即有些許的不同，論者以為暫時禁止與停止執行雖外表上看似相同，實則，前者為事前的暫時權利保護，後者為事後的暫時權利保護，因此，在此等要件的解釋上，即應採取較「停止執行」更為嚴格的解釋，從而，也會比暫時課予義務的情形更為嚴格。惟倘若過份嚴格，將會使此等制度的適用餘地大為縮減，故對於相關事實仍有為彈性解釋的必要<sup>46</sup>。此外，日本法上亦有學者從憲法權力分立的角度加以思

<sup>44</sup> 黃書苑，前揭註 4，頁 134。

<sup>45</sup> 日本弁護士連合會行政訴訟センター編，前揭註 26，頁 152-153。

<sup>46</sup> 日本弁護士連合會行政訴訟センター編，前揭註 26，頁 156-157。此外，日本法上也有學者以為新法第 37 條之 5 暫時禁止及暫時課予義務所稱「不可補償的損害」，相較於舊法第 25 條停止執行所規定的「回復困難的損害」，

考，認為該國法制上無論是暫時禁止訴訟及暫時課予義務，此等暫時權利保護機制都是法院代替行政機關做決定，有司法權侵害行政權之虞，故立法者要求應符合嚴格要件的要求才能運用此項機制<sup>47</sup>；這樣的顧慮，在我國的定暫時狀態處分或許也一樣存在。本此，本文以為我國定暫時狀態處分所處理的案例也兼涵蓋有日本法上「暫時禁止」及「暫時課予義務」的情況，故日本法上就「重大損害」的判斷即可供吾人參考，如將日本法上相關的用語轉換為本文所處理定暫時狀態處分的問題，我們即可認為應考量事件的損害程度、行政機關為行政行為的內容及性質為適切考量；此外，相較於行政處分的停止執行，定暫時狀態的處分多有積極地給予聲請人一定程度的滿足，或許在要件的解釋上即應採取更為嚴格的態度加以審查。

此外，所謂的「急迫危險」，當指對於法律所保護之權利產生迫在眉睫的危險而言，而該危險的發生，具有相當高的蓋然性，而非在尚未可知的情況，否則即不符合「危險」的概念。申言之，在此意義下，所謂定暫時狀態處分，可認為是法院本於基本權防禦權功能（以行政機關為被告的情形）或保護義務功能（案件涉及其他利害關係人的情形）的立場出發，所履踐危險防禦原則的具體作為。此外，國內

是更為嚴格的概念，所謂「不可補償的損害」在解釋上不限於無法以金錢加以補償的情況，也包括了以金錢加以救濟在社會通念上會被認為顯著不合理的情形。詳見宇賀克也，改正行政事件訴訟法—改正法の要点と逐条解説，頁161，青林書院（2005）；橋本博之，前揭註29，頁134。而新法的停止執行既然為緩和舊法的嚴格規定而修改為「重大損害」，則可見在日本的現行法中，暫時禁止及暫時課予義務在要件上的限制一定比停止執行來得嚴格。如此，也可以呼應事前暫時權利保護在要件解釋上要較事後權利保護更為嚴格的想法。

<sup>47</sup> 橋本博之，前揭註29，頁133。

有認為，法條上僅要求「急迫危險」並不足夠，尚應附加要有重大損害的要件，兩者相互影響，若損害重大則可降低急迫性的要求；反之，情況急迫也同樣會降低損害發生重大性的要求。從而，其所稱保全必要性即為「重大損害且有急迫危險」而言<sup>48</sup>。然本文以為，從法條文義觀之，並不容易得到如此結論，另一方面，急迫危險是否會生重大損害，毋寧是應於法院利益衡量之際加以判斷，即便有損害並不重大的急迫危險，但該損害卻不可回復，然他方面，對債務人而言，其權利受到的影響更小，此時即不應斷然否定下定暫時狀態處分的可能性，否則對聲請人而言，不啻對其權利多加了法律所無之限制。是以，本文以為，在行政訴訟中，從當事人角度出發，仍應本諸法條文義，將保全必要性區分為「重大損害」與「急迫危險」兩種情況加以思考<sup>49</sup>。

就此等要件的切入點來看，本文以為不論是「重大損害」或「急迫危險」，都應該從人民私益的角度來思考此等要件，蓋因從行政訴訟法第二九八條第二項的文義觀之，具有「重大損害」或「急迫危險」的情況，只是聲請人可以聲請定暫時狀態處分的事由而已，法院在決定之際仍應具體對各該相互衝突的利益進行衡量。對聲請人而言，於提出定暫時狀態處分時，要釋明如不定暫時狀態會產生何等「重大損

<sup>48</sup> 黃書苑，前揭註 4，頁 135-136。

<sup>49</sup> 在民事訴訟學理上，有學者指出所謂「防止重大之損害或避免急迫之危險」，多利用權衡理論及比例原則加以確認，詳見姜世明，前揭註 9，頁 27；姜世明，前揭註 16，頁 304；陳計男，前揭註 34，頁 472；陳計男，前揭註 8，頁 763-764。類似觀點具體的操作方法，亦可見許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，臺灣本土法學雜誌，第五十八期，頁 56（2004）。

害」或「急迫危險」，是較為容易的，要求聲請人為此等情形以外的情況進行釋明，即已脫離聲請人爲防止發生重大損害或避免急迫危險而聲請定暫時狀態處分的文義範疇了。又本於訴訟制度主要的功能即在保障人民的權利，要求當事人提出與保障自己權利無關甚至相牴觸的主張，顯然對聲請求過分苛求，亦與訴訟制度的本旨不符。是以，本文以爲此所指「重大損害」或「急迫危險」的情形，所指當只限於人民的私益而言。從而，在中科三期案中，由於仍存有未回應人民健康風險評估的問題，故法院仍應將對人民生命權、健康權的影響納入判斷。

## （2）公益概念的探討

在許多法領域中，均有公益考量的要求，如民法第七十二條及第一四八條均可認爲是私法上要求考量公益的明文，當然，民事訴訟的學理中，亦非全然認爲民事案件的定暫時狀態處分不須衡量公益，只是在一方爲行政機關時（即公法事件），對於公益的需求是更爲明顯的<sup>50</sup>。也因此，在探究行政訴訟中定暫時狀態處分之要件時，即應對此要件有進一步的掌握與理解。

一般所稱的「公益」，其與行政本來就有相當緊密的關聯性，論述上也有許多不同看法<sup>51</sup>。本來公益原則作爲行政法上一般原理原

---

<sup>50</sup> 黃書苑，前揭註4，頁140-142。

<sup>51</sup> 如G. Schbert於Is There a Public Interest Theory一書中，即將行政與公益的關係區分爲合理主義（機械主義）、理想主義及現實主義三種。合理主義主要從民主的角度出發，認爲公益是從行政以外的選舉及議會加以決定，從而，行政所採取的公益概念，在觀念上即以機械地執行在行政以外決定被給予的公益爲主軸。而理想主義則認爲以議會等行政以外機關做爲公益的判定者並不

則，行政機關為任何行政行為均不免要符合公益原則的要求，然「公益」的概念，如從個人主義保護「權利」的角度出發，在多數的情況下，所謂抽象意義的公益，均植基於私人的權利，是以，我國即有學者直言所謂的「公益」，是經由相互整合及影響的過程，達到一個理想整合狀態的情況<sup>52</sup>。如是，我們或許即難以斷言公益與私人的權利是沒有任何關係的，以行政訴訟而言，公益的概念當然也包含了原告與多數成員間的關係。誠然，「公益」這樣一個抽象的概念，在行政爭訟中多由以被告身分出現的行政主體所代表、主張，在訴訟的過程中本無偏廢而不加注意的道理<sup>53</sup>。而任何行政權的運作，都應對公益有相當的考量，只是在決定之際，不會表達出其本於公益原則而考量過那些與其所設定之公益相關的個人權利，也不會在每一個決定中都表達其決定與公益原則不牴觸；這樣的情形，正如同行政機關的決定，也不會都於其中明白表達其符合比例原則或信賴保護原則等一般原理原則一樣。然而，考量過公益之後所為的行政行為也可能侵害到具體人民的權利，也因此權利遭受侵害的當事人才會提起行政爭訟，

---

妥適，而考量應由行政自我的裁量判斷公益。而現實主義則肯認行政的意思決定是於私利益糾葛之政治世界運行，其對公益係以不肯定有超越的倫理價值之「懷疑主義」為出發點，認為公益是相爭奪之諸多私利益的均衡狀態及妥協的結果。詳見水口直人，行政と公益，收錄於現代国家の公共性分析，頁 331-332，日本評論社（1990）。

<sup>52</sup> 吳庚，行政法之理論與實用，頁 68，自版，增訂十版（2007）。但如此的概念的理解，是否即是公益的全部，換言之，是否有絕對而與個人權利無關的公益存在，本身是值得討論的。只是從訴訟資源控制的角度觀之，這些絕對而與個人權利無關的「公益」，或許就不適合成為法院所關注的重點。

<sup>53</sup> 林明昕，前揭註 14，頁 486。

而一旦提起訴訟，法院也就理所當然地要對行政機關據以決定背後所持的公益理由進行判斷，以決定行政機關的行為是否違法。這樣的情形，在民事訴訟中或許並不容易顯現出來，然如前所述，行政事件本身易於影響到第三人，甚至也會直接或間接地影響許多潛藏而未感受到自己受到侵害的人們，而這些第三人的權利或利益經由相互整合之後所得出者，即可認為是「公益」。是以，在行政訴訟事件中，行政法院即可對行政行為背後所隱含的公益進行審查，以維護個案當事人的權益。如此對公益概念的判斷與衡量，也同樣存在於法院判斷是否要准予定暫時狀態處分的決定當中。如此，在行政訴訟的定暫時狀態處分決定之際，即當然要納入「公益」的概念一併衡量，以對人民的權利有足夠的保護。法院於必要時，也可透過訊問當事人、關係人或為其他必要之調查以對系爭個案公益的問題有更為充分的掌握。然必須進一步指明者，乃在行政訴訟當中，所謂的「公益」，應限於該公益可還原到個人權利的情況，以避免過多與權利無關的價值湧入訴訟制度當中，而過度浪費司法資源。在中科三期案中，由於破壞環境而使廣大居民受影響，並推導出「環境公益」概念就是一顯著的例子。

在現代社會中，有許多與人民權利具有直接或間接相關的「公益」，該公益如對定暫時狀態處分的聲請人有利，該當事人要對之加以掌握並不容易，更遑論要提出釋明；反之，如對聲請人不利，不能期待也不能要求其提出對自己不利而對公益有害的釋明。是以，本文以為此所稱的公益即應由行政機關的角度掌握，始能於衡量時做出最為正確的決定。同理，本文於此所指者，並不包括行政機關立於與人民同一之地位而擔任原告的情形，一則因此時該為原告之行政機關對於資料的掌握能力同樣不及於對方。再則，當行政機關為原告提起行政訴訟時，代表該機關的利益有受侵害的可能，是以，當其提起訴訟

而獲勝訴判決時，雖公益可能也同時受到維護，然究竟並非為抽象的公益提起訴訟，這樣的道理也同樣可適用於定暫時狀態處分的情形，從而，不能僅從原告在定性上為行政機關即截然地與公益劃上等號；換言之，即使是行政機關提起訴訟，也要以其具體的權利遭受侵害為前提，而定暫時狀態處分所審查之「被保全權利」的要件也就是訴訟標的之一，故要以公益之名提定暫時狀態處分就不見得為現行制度所許可，更可見行政機關為聲請人時，並不需要掌握公益的概念並對之為釋明。故本文以為當聲請人立於與人民同一之地位提出聲請時，也應與一般人民為聲請人的情形相同，而從「重大損害或急迫危險」的要件來思考，不能僅因聲請人為行政機關即認為當然適用此項子要件。

### 3. 區分為兩項子要件的實益

本文將「保全必要性」區分為「重大損害或急迫危險」及「公益」兩項其實是有意義的，固然，在解釋上或許可擴大「重大損害或急迫危險」事由的解讀，而使之包括「公益」，但如結合人民要對定暫時狀態處分成立要件加以釋明來看，這樣的見解可能會加重聲請人的釋明責任，而對人民並不見得有利，是以，有獨立加以觀察之必要。且本文的看法也有助於突顯當事人雙方在程序進行中，於細部要件上的地位及所應負責的責任，而免於法院於適用法律之際因未為充分的斟酌而使聲請人蒙受不利益；同時更可顧及當事人於釋明之際的期待可能性及資訊掌握能力的問題，當會更為妥當。當然，如上所述，本文這樣的顧慮也可能發生在公法人及行政機關為聲請人的情形，更可見這樣要件的區分是可以適用在所有行政訴訟中定暫時狀態處分之案

例中的。

### （三）比較法上的思考：「公益優先」要件的必要性？

我國法於暫時權利保護制度的規定上不同於日本法的規定，日本行政事件訴訟法第37條之5第3項的暫時權利保護制度中，明文規定一旦私益與公益相衝突時，以公益為優先，然如回到我國法觀之，是否亦有跟進的必要，並為相應的立法，也可進一步探討。此等要件的明定，在日本立法當時也曾引發爭議，對此質疑，立於答辯地位之政府一方的代表認為，通常情況下，適用此等要件的機會並不多，然做為最終的擔保，於公共福祉有重大影響而生混亂的情形，即便有暫時不能補償的損害，對此不予肯認的型態也可如同制度擔保的控制閥一般做適度的控制。此應由被聲請之一造負釋明的責任，若未為釋明，法院即不應對此要件為考量。這樣的設計，並非單純抽象的危險，而可解為存在有明顯且具體危險的情況下始可發動的意義<sup>54</sup>。

本文以為，在我國法之下，此項因素的考量並不必要，一來，在本文的認知下，公益因素的考量實已納入前述「保全必要性」的探討之中，而為法院進行利益衡量之際所應考量的因素之一，故在此並不必要如日本法一般另立一項加以規定。又公益及私益因相衝突而進行衡量時，私益的重要性也不見得遜於公益，是以，這樣的論點無論在立法論或解釋論上都是站不住腳的，也就無再以立法加以明文的必要了。

<sup>54</sup> 日本弁護士連合會行政訴訟センター編，前掲註26，頁154。

## 肆、行政法院的審查方法

在了解行政訴訟定暫時狀態處分的實體要件之後，緊接著所要處理的是法院面對具體個案時如何判斷的問題。此等問題是實務中鮮少處理的，如在中科三期案中，從法院論理中可以看出法院在判斷時，對各種不同利益做權衡，卻難以從中看出法院的審查標準及判斷方法。本文為使法院在個案中可以精確做出決定，擬對此加以探討，先討論是否為定暫時狀態處分的判斷方法，再討論法院的審查順序及下載定的內容，最後，再對整體的判斷流程做整理。

### 一、是否為定暫時狀態處分的判斷

從上文所述，既然我們可以確定行政訴訟上定暫時狀態處分在要件上有「被保全權利」及「保全必要性」兩項，後者更有「重大損害或急迫危險」及「公益」兩應予權衡的內涵，則緊接著所要處理的即為當法院面對具體個案時，究竟應如何為決定的問題。以下本文即就上述要件於判斷時，應採取何種審查標準的問題加以探討。

倘若吾人回歸憲法上對基本權限制之審查的體系觀之，可知任何國家行為對基本權造成侵害者，莫不以比例原則加以確認該限制基本權的手段是否合憲。於比例原則已成為憲法中法治國原則之一般原理原則的前提下，此等原則的運用並不以行政行為的審查為限，而同樣及於隸屬司法權之法院的裁判，故在個案中決定是否可以為定暫時狀態處分時，也就應符合比例原則的要求了。確實，這樣的問題具有相

當程度的困難性，誠如我國有學者所言<sup>55</sup>：

權利保護的實效性，其實必須是一種「均衡的（ausgewogen）」的權利保護；原被告間分別所擁護的私益與公益，以及在多元的行政法律關係中訴外第三人之私益等，如何兼容併顧，始終是行政訴訟法在憲法要求下難以完全克服的問題。

這樣的問題，儘管困難，卻也是我們必須面對的。於審查基準的選定上，學理上即有主張，於審查之際，法院在面對具體個案時，若聲請人就處分的取得越不具急迫性者、所造成的損害越大、有不可回復之損害、滿足性處分等情況，則除當事人的釋明程度必須提高外，法院也應提高其決定時的審查標準；反之，除當事人的釋明程度可以降低外，法院於審查時也會降低其標準<sup>56</sup>。而在進行衡量之際，法院所應考量的因素，除法院本身於調查時所可掌握的公益外，本文也認同民事訴訟法上學者所言，要同時就聲請人可能主張的公益，以及其侵及他人的權利及聲請人所可能獲得的利益一併衡量<sup>57</sup>，而所衡量的損害或危險，非僅限於系爭法律關係中所可主張的權利受損或遭受侵

<sup>55</sup> 林明昕，前揭註 12，頁 600。

<sup>56</sup> 沈冠伶，前揭註 3，頁 59。其並認為在具有急迫性的案件中，法院甚至可以不審理「被保全權利」為何的問題，而可留待本案訴訟程序上始予以審查。此外，亦有主張要判斷如未核發處分對債權人是否造成損害、造成損害及損害發生時間為何，且損害必須是不能日後填補；此外，也要探討當事人規模、強度、需要程度、忍受損害程度、憲法及法律上的要求、法院裁量權限。詳見黃書苑，前揭註 4，頁 136、138；姜世明，前揭註 9，頁 29-30；姜世明，前揭註 16，頁 308。

<sup>57</sup> 甲良充一郎，前揭註 43，頁 149。這裡的「他人」，本於行政訴訟及民事訴訟根本的不同，除他造的當事人外，本於前述行政訴訟有諸多侵及訴訟當事人以外的情形，也包括具有利害關係的第三人。

害，也包括系爭權利以外之人格權、自由權及財產權所可能遭受的不利益<sup>58</sup>，如是，始能因應行政訴訟上的特質，作出最為適當的決定。這樣的要求，在日本行政事件訴訟法的暫時禁止及暫時課予義務也同樣存在，由於此種制度所處理的事物性質，強烈要求必須在短時間內決定，並且有必要從多個面向進行複雜且難度頗高的實定法解釋，並對公益為適度的關懷，而法院也要在短時間內確切地循國民權利救濟時效性確保的立法者意思加以運用<sup>59</sup>。

在我國，本於行政訴訟法第二九八條第三項之規定，固已承認法院可為滿足性處分，然定暫時狀態處分在實務的運作上，對聲請人而言，因法院為裁定之際已實質滿足本案請求之內容，而達本案勝訴判決之效，與本案事先裁判（本案先取禁止）原則有違，故學理上即有主張仿倣德國判例及學說見解，認為只侷限在聲請人為生存之必要，或會造成聲請人嚴重且無可期待之損害時，方得命先為一定之給付，且該給付不宜命為全部之給付，只要能維持聲請人最低生活必要即為已足；簡言之，德國行政法院對「處分請求」及「處分原因」原則上只作略式審查，本於「本案事先裁判例外許可」的要求，則會嚴格加以審查<sup>60</sup>。這樣的看法，可認為是要求法院區分是否為滿足性的處分，而有不同的審查標準。然滿足性處分復可依其對原告實現要求之內容可否回復，區分為「暫時性的定暫時狀態處分」及「終局性的定

<sup>58</sup> 黃書苑，前揭註 4，頁 137。

<sup>59</sup> 橋本博之，前揭註 29，頁 136。

<sup>60</sup> 翁岳生編，前揭註 17，頁 754（林明鏘執筆）。略式審查與嚴格審查部分，參見林明昕，前揭註 15，頁 508。

暫時狀態處分」兩者<sup>61</sup>。倘將兩者相互比較，可知後者對被告權利影響的程度遠遠大於前者，是以，法院就聲請人的請求，在審查之際即應對此兩者為不同的處理。

### （一）暫時性的定暫時狀態處分

此種情況，雖為滿足性的處分，由於其對債務人造成暫時性的不利益，尚可於事後予以回復，對債務人權利的影響不若前者嚴重，且符合行政訴訟法第二九八條第二項定暫時狀態的文義解釋，並於同條第三項中也取得實證法上的依據，故法院在適用時，對於要件的審查即可較終局性定暫時狀態處分的情形為寬，相應的審理程序也可傾向於簡易、迅速的方法，以求債權人權利保護之時效性，並可同時兼顧他造之權利。

### （二）終局性的定暫時狀態處分

此種情形下，債務人因定暫時狀態處分所造成的損害，事後並無法回復，故債務人（相對人）僅能以損害賠償的方式填補相對人的損失，且當定暫時狀態處分聲請人無資力時，更有難以補償損失的危險，而將負擔損害的危險移轉給相對人。此時相對人再提本案訴訟並撤銷該處分命令，法律上固有回復原狀的可能，但對相對人所造成的危險及損害，事實上已非暫定，故定暫時狀態處分的暫定性即淪為形

---

<sup>61</sup> 林明昕，前揭註 15，頁 512-513。在終局性定暫時狀態處分的情形，學者有認為其並不符合行政訴訟法第 298 條第 2 項所謂「定『暫時』狀態」之文義，故要將此種制度適用在不可回復的情形，即應透過合目的性擴張的解釋方法，並主方可以透過「效能原則」得到合目的性擴張的依據。詳見同文頁 527-529。

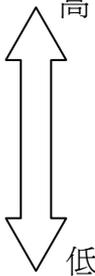
式化與抽象化的意義。是以，此種情形於審理時即應更為慎重，而使審理期間延長，其已與當事人聲請處分程序著眼於費用低廉、程序簡便、具即時執行力等考量有所不同，法院在決定上也應採取類似於本案訴訟程序的處理方式，以保障當事人權益，避免作成不當處分的裁判，如此也有助於保障當事人的聽審權<sup>62</sup>。本於此種情況對債務人造成極大的不利益，是以，法院於審查之際，即應從嚴加以審酌，與暫時性定暫時狀態處分及非滿足性處分的情況不可同日而語。

然事實上，定暫時狀態處分可能的案例類型有許多種，本文於前文也有做相當的介紹，而各種不同的案型本於其事物本質的特色，也將影響到比例原則的審查密度。固然，要一一類型化是一件難度頗高的工作，然可以特別指出的，從對聲請人滿足與否及其滿足的程度出發加以觀察，也不失是一個極為重要的切入方向。以下，本文即從這樣的切入點思考，並以下圖加以說明其不同的審查密度。當然，這只是一個方向，各個不同的切入點綜合加以判斷，才能決定法院於下此處分時的審查密度，並本此做出適當的決定。

---

<sup>62</sup> 沈冠伶，前揭註3，頁63-65。

圖一、定暫時狀態處分法院的審查密度

案例類型	審查密度
暫時狀態處分之給付 <ul style="list-style-type: none"> <li>滿足性處分               <ul style="list-style-type: none"> <li>終局性</li> <li>暫時性</li> </ul> </li> <li>非滿足性處分</li> </ul>	高  低

《資料來源》：作者製圖

當我們於具體判斷之際，一旦綜合衡量的結果，認為應以低審查密度審查系爭個案時，則於「被保全權利」的判斷上，即應寬鬆的認定，在較為極端的情形下，甚至可以採取略式審查的態度；而在進行「保全必要性」的利益衡量時，所適用的比例原則審查基準，也應傾向於以寬鬆的基準加以審查是否定暫時狀態之處分。反之，如綜合衡量的結果，認為應以高審查密度進行審查，則在認定「被保全權利」時，即應以較為嚴格的態度，調整當事人的釋明程度，並以較為嚴密的辯論程序加以認定；而在「保全必要性」的認定上，也應同樣嚴格地加以審查而為最終的決定。

## 二、法院的審查順序與決定

### (一) 法院的審查順序

日本民事訴訟學理上有主張，在理論上被保全權利與保全必要性兩者間於判斷時並不具有先後關係，然實際上，保全必要性與特定被保全之權利間的關係並不成為問題。這兩個要件在概念上雖可分離，然實際審理之際本來即難以截然加以區分；保全程序審理的對象為有設定必要保全狀態的實體權或實體權利關係，此不僅在功能上是正確的看法，縱使在理論上，於保全訴訟中審理的程序及裁判的方法本身應也有無法完整區分被保全權利及保全必要性並為必要說明之處<sup>63</sup>。然而，我國學者有主張應先就保全必要性之存否予以審理，因保全必要性的審理較具非訟性，同時所斟酌的是事實問題，而不必進行法律評價，因此較為容易，法院即可本此斟酌兩造當事人間利益與公益為利益衡量<sup>64</sup>。如此的看法或許是因為個案中因「被保全的權利」本身如同本案裁判，為一實體的爭議，在認定上較為困難，故認為可劣後加以審查以追求定暫時狀態處分審理的時效性。惟本文以為，法院面臨具體個案於審理之際，要據以衡量的對象為雙方當事人的權利或利益，以及其與公益間的問題，是以，要保全的權利為何毋寧是一先決要確定的對象，如未先行確定所欲保全者究何所指，實難以進行利益衡量。易言之，法院於進行利益衡量之際，仍不得不要回過頭來

<sup>63</sup> 瀨木比呂志，前揭註 31，頁 176-177。

<sup>64</sup> 沈冠伶，前揭註 3，頁 58-59。沈教授並認為如先審理被保全權利，法律可能在程序開始之初即審理困難的法律問題，而導致程序的延滯，這樣的狀況在現代型紛爭事件中更容易顯現出來。

確定所要保全的權利為何，才能順利地進程序。固然，如於程序進行之初即面臨複雜的法律爭議，將有延滯程序進行之虞，然學說認為先審查「被保全權利」將會浪費時間，從整個定暫時狀態處分所要審理的事項觀之，最終法院仍要坦然地檢討所有的要件，亦即，無論是程序進行之初要面對這樣的問題，或程序進行後半段要面臨這樣的問題，整個程序進行下來，所花費的時間應該不會相差多少。

而上述學理上所顧慮的時效性問題，如本文於前文中所述，認為應依個案的狀況判斷法院所要採取的審查密度，是以，當判斷的結果認為應採寬鬆的審查基準，是以，在「保全必要性」的判斷上即應為「略式審查」，因此程序所花費的時間也就會節省許多，而不會有前述學說上所擔心的問題。反之，如認為要採去較為嚴格的態度，則對於案件的處理本來即應採取更為謹慎的態度，會花費更多程序及時間的成本毋寧是案件本質上的必然。同時，先審查「被保全權利」一項要件，也可避免法院先審查完「保全必要性」一項要件後，於進行「被保全權利」的審查時發現先前於審查「保全必要性」時，據以權衡的權利有誤，而必須再一次的進行「保全必要性」的判斷，反而造成更多程序上的不利益。且學理上認為「被保全權利」還要審酌法律評價的問題，會較為麻煩，而「保全必要性」所涉及的是事實問題，審理上較為迅速，從而，應先審理較為迅速的「保全必要性」問題。然本文以為，由於法院具有相當的法律專業能力，法律評價對法院而言也應當不是什麼困難的事，不見得會因為先審查「被保全權利」而造成當事人過多的不利益。故本文以為，在審理的順序上，仍應先判斷「被保全的權利」的要件，其後始進行「保全必要性」的衡量，如此的審查順利或許是較為妥當的。

## (二) 法院下定暫時狀態處分之內容的判斷

如前所述，法院所為的利益衡量應顧及對聲請人定暫時狀態處分所可帶來的利益，以及對相對人及其他利害關係人所帶來的私益與公益，綜合考量之後本於比例原則加以判斷是否准予定暫時狀態的處分。然法院衡量之後，認為應下定暫時狀態處分時，所為處分之內容並不受聲請人聲明之拘束，故於處分內容的判斷上，本文以為法院於下決定時，應綜合考量下此裁定對公益的影響程度、對相關利害關係人影響的深度及廣度、債權人應保全權利及保全必要性、紛爭實際狀況、解決方針的推測、如有擔保金額並考量該金額、敗訴時損害賠償責任等情事，並斟酌債權人的意向，綜合地決定適切的具體方法<sup>65</sup>。而法院在下每一個決定時，其實也正是對所要追求的公益、各個訴訟當事人及利害關係人間各自的權利，做了某種程度的調和，而調和的基準正是做為憲法上一般原理原則的比例原則。

## 三、具體個案中法院的判斷流程

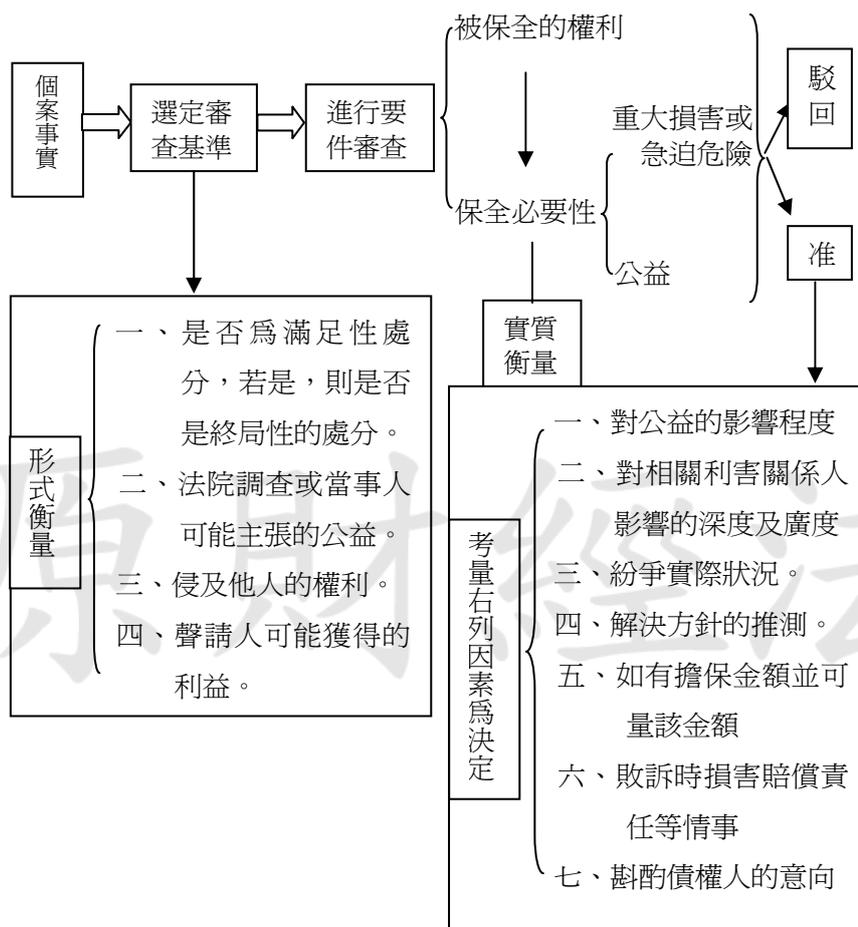
當行政法院於個案面對定暫時狀態處分的案例中，本文於上文中業已從要件分析及審查流程，乃至具體為決定所應考量的因素加以討論。整體而言，在面對當事人間利害衝突的情形，多應進行利益權衡，而在法治國的要求下，這樣的利益權衡，也都不免要求諸於比例原則的操作。本文於文中所提及法院審查基準的選定、保全必要性的具體

<sup>65</sup> 以上的參考標準，大致上可參考李木貴，前揭註 9，頁 10-47。惟本文因應行政訴訟所具有的特殊性格，做了一定程度的修改，故與李教授書中所提出者不盡相同，故於此予以指明。有關行政訴訟上為此等裁量應考量的因素，亦可見陳清秀，前揭註 8，頁 666。

衡量，乃至於法院認為應為定暫時狀態處分後應如何為具體的決定，都應該要依個案情事，本諸比例原則而為具體的操作。本於如此的思考出發，一旦法院認為符合定暫時狀態處分的要件而為具體裁定時，依個案之性質，也不是都是在完全滿足聲請人與否間做極端的選擇，在權衡之後，有時更是會有不完全滿足聲請人的裁定（即部分滿足聲請人的要求），這也是本文於此要特別指出的。在此，本文為求理解上的便利，本文於下圖中對本文的主要論點加以整理如下：

# 中原財經法學

圖二、處理定暫時狀態處分的判斷流程



《資料來源》：作者製圖

## 肆、結語

無論民事訴訟或行政訴訟，法院於下定暫時狀態處分時，都應具備「被保全權利」及「保全必要性」兩項要件，並應循此順序依序於個案決定時進行檢討。其中所保全的權利所指涉的範圍相當廣泛，綜合比較民事訴訟法及行政訴訟法實務的結果，本文以為行政法院當前認為必須是繼續性法律關係始能下定暫時狀態處分的見解未免過於保守，為求人民權利保障之時效性，實有改變之必要。而在保全必要性概念的掌握上，除了法條所明文避免重大損害及急迫危險外，本於行政訴訟所具有的特性及處理事務的本質，更應著重將公益的概念納入其中，前者是從聲請人的角度出發為思考，後者則除被告機關的主張之外，法院也應主動理解行政機關為系爭行政行為背後所具有的公益理由何在。從本文所提出兩則裁定的案例事實加以對照，除可發現行政訴訟會涉及多方利益衝突外，更可印證出行政訴訟對公益應予以特別關懷的必要性。這樣的理解也會根本的影響到當事人所要釋明的範圍，對當事人欲聲請定暫時狀態處分以保障權利有著密切的影響，而法院也應於進行利益衡量之際對這些子要件一併納入衡量，並綜合案件中的諸多因素決定法院本於比例原則進行審查時所應採取的審查密度，當中本於「本案先行判決」發生的情況及對債務人的侵害事後是否可以回復，來決定系爭案件審查密度的高低是值得特別指出的，此乃因這樣的情況會直接對當事人雙方的權利有根本性的衝擊。此外，因法院於裁定之前，依行政訴訟法第二九八條第四項之規定，得訊問當事人、關係人或其他必要之調查，故應有足夠的資料可供參考，並以之為衡量的基礎。相信對於此等制度的要件有充分的掌握，並對許多案例於運作後進一步實證地檢驗及分析該要件所完成的功

能，將可有助於我們未來可精確地處理定暫時狀態處分與本案訴訟間的關係<sup>66</sup>，而讓此等制度的運作更為精緻。

實則，定暫時狀態處分有一個更為根本的問題，在於法院在定暫時狀態處分的決定上，要如何顧及當事人的程序權，使之於程序內能充分表達意見；以及其與本案訴訟的關係如何<sup>67</sup>；此外，又行政法院在決定時，面對一連串的準用民事訴訟法的規定，如何本諸行政事件與民事事件本質上的不同，嚴肅地看待要不要準用的問題。凡此，都是有待將來進一步加以解決的難題，也是讓我國暫時權利保護制度運作更為穩固與成熟的基本功。

<sup>66</sup> 井上治典，前揭註 3，頁 29。除此之外，要處理此制度與本案訴訟的關係，文中也指出要對此種制度審理的實態，要從核心具體地檢驗所要處理的案件，此時經由基於具體案例決定過程的開展，如此將可望有更為現實的理解。

<sup>67</sup> 參見山本和彥，仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化について—手續保障論に対する根本的な問いかけ，判例タイムズ，第一一七二號，頁 23-25（2005）。詳言之，如在定暫時狀態處分中，法院審查密度超越訴訟程序，或至少與訴訟程序同，並滿足聲請人的請求，則本案訴訟毋寧則有「隔靴搔癢」之感。然該文以指出，從正面防止於處分程序中實質地進行最終判斷觀之，制度最終解決的構想或許有二，其一為將此定位為一種特別訴訟；其二為決定程序前置並試圖進行程序的非訟化。此外，亦可見加藤哲夫，民事保全—仮の地位を定める仮処分（3）—滿足的仮処分と本案訴訟，別冊ジュリスト，第 177 號，頁 229（2005）。

## 參考文獻

### 書籍

- 王甲乙等，民事訴訟法新論，三民書局，三版（2009）。
- 李木貴，民事訴訟法（下），元照出版公司，二版（2007）。
- 吳庚，行政法之理論與實用，自版，增訂十版（2007）。
- 林騰鶴，行政訴訟法，三民書局，三版（2008）。
- 翁岳生編，行政訴訟法逐條釋義，五南圖書出版公司（2002）。
- 姜世明，民事訴訟法基礎論，元照出版公司，三版（2009）。
- 陳計男，行政訴訟法釋論，自版，（2000）。
- 陳計男，民事訴訟法（下），三民書局，修訂四版（2007）。
- 陳清秀，行政訴訟法，元照出版公司（2009）。
- 黃書苑，定暫時狀態假處分之研究，國立臺北大學法律學系博士論文（2008）。
- 日本弁護士連合會行政訴訟センター編，実務解説行政事件訴訟法，青林書院，（2006）。
- 宇賀克也，改正行政事件訴訟法—改正法の要点と逐条解説，青林書院（2005）。
- 東京地裁保全研究会編，民事保全の実務(上)，社団法人金融財政事情研究会（2005）。
- 神橋一彦，行政訴訟と権利論，信山社（2003）。
- 橋本博之，解説改正行政事件訴訟法，弘文堂（2005）。
- 瀨木比呂志，民事保全法，判例タイムズ社（2005）。

**期刊論文**

- 江嘉琪，行政行為導論，月旦法學教室，第三十七期，頁 47-55（2005）。
- 李永裕，定暫時狀態之假處分—臺灣高等法院九十二年度抗字第三一五九號裁定評析，律師雜誌，第三〇一期，頁 98-104（2004）。
- 李建良，行政法律關係序說，月旦法學教室，第三十期，頁 44-55（2005）。
- 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來—以定暫時狀態之假處分如何衡平保障兩造當事人之利益為中心，月旦法學雜誌，第一〇九期，頁 52-72（2004）。
- 姜世明，假處分程序(上)，月旦法學教室，第六十一期，頁 45-53（2007）。
- 姜世明，假處分程序(下)，月旦法學教室，第六十二期，頁 26-33（2007）。
- 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，臺灣本土法學雜誌，第五十八期，頁 51-77（2004）。
- 陳淑芳，行政救濟與暫時權利保護程序，月旦法學教室，第五十九期，頁 20-21（2007）。
- 小林秀之，民事保全—仮の地位を定める仮処分（1）—被保全權利，別冊ジュリスト，第一七七号，頁 228-229（2005）。
- 山本和彦，仮の地位を定める仮処分の特別訴訟化について—手續保障論に対する根本的な問いかけ，判例タイムズ，第一一七二号，頁 22-25（2005）。
- 井上治典，仮の地位を定める仮処分の理論化への視点，判例タイムズ，第一一七二号，頁 26-29（2005）。
- 加藤哲夫，民事保全—仮の地位を定める仮処分（3）—滿足的仮処分と本案訴訟，別冊ジュリスト，第一七七号，頁 232-233（2005）。
- 甲良充一郎，場外馬券売場、産業廢棄物処理施設等いわゆる迷惑施設

の建設禁止の仮処分，判例タイムズ，第一〇七八号，頁 146-149（2002）。

笠井正俊，民事保全一仮の地位を定める仮処分（2）—審尋の要否，別冊ジュリスト，第一七七号，頁 230-231（2005）。

### 專書論文

林明昕，假處分之本案事先裁判—兼論行政訴訟法第二百九十八條第三項之規範意義，收錄於公法學的開拓線，頁 495-530，元照出版公司（2006）。

林明昕，論行政訴訟法上之「執行（不）停止原則」，收錄於公法學的開拓線，頁 467-494，元照出版公司（2006）。

林明昕，論行政訴訟法與其他法律之關係—兼談行政訴訟準用民事訴訟之問題，收錄於義薄雲天·誠貫金石—論權利保護之理論與實踐，頁 595-609，元照出版公司（2006）。

林素鳳，日本行政訴訟法制之革新，收錄於行政爭訟與行政法學，頁 57-92，中央警察大學（2005）。

水口直人，行政と公益，收錄於現代国家の公共性分析，頁 330-350，日本評論社（1990）。

瀨木比呂志，民事保全の申立てと審理に関する理論上、実務上の諸問題，收錄於詳論民事保全の理論と実務，頁 91-107，判例タイムズ社（1998）。

## 摘要

在行政訴訟中，提起訴訟的目的在於希望藉由法院的控制保障自己的權利，然由於訴訟的進行曠日費時，可能於訴訟進行完畢時，原告的權利業已遭受到侵害，故立法者在制度設計上設有暫時權利保護制度。定暫時狀態處分也是本於這樣的思考所設計的法制度，不論在民事訴訟或行政訴訟都有這樣的制度設計。然而，我國行政訴訟定暫時狀態假處分的思考乃參考民事訴訟而來，在具體運作上也不免受到民事訴訟實務的影響，但在操作時，我們也應該注意到民事訴訟與行政訴訟本質上的不同才能最為適當的適用法律。對此，本文將從行政訴訟與民事訴訟定暫時狀態假處分的比較出發，探討行政訴訟中定暫時狀態處分的要件，及如何運用於具體案件中的問題，以期對我國暫時權利保護制度的解釋與運作有所助益。

**Analyze and Review the Condition and  
Application of Preliminary Injunctions in  
Administrative Action— Discuss from  
Compare with Civil Action**

**Nian-Feng Shin**

**Abstract**

In administrative action, the purpose of plaintiff is that protect plaintiffs' right by judgments. But the proceeding of lawsuit must cost a lot of time, the plaintiffs' right maybe suffer intrusion from administrative body when the procedure is finished. Therefore, the legislature designs the system of injunction. Preliminary injunction is also one type of injunction in our country; both civil action and administrative action have the same institution. The institution of preliminary injunction in administrative action, however, referred to civil action and designed it. The practice still be influenced by the application of civil action in the court. But when we exercise it, we need to pay attention on the natural of civil lawsuit and administrative lawsuit. We will use law appropriately if we can notice the distinctness between civil event and administrative event. This article will begin with compare the preliminary injunction in administrative action with civil action, and then explore the

condition of preliminary injunction in administrative action. I also want to discuss how to use these conditions in practical cases. I hope this article could benefit courts when they explain and practice the preliminary injunction.

Keywords : administrative action, preliminary injunction, public good, the protected right, the need to protection, injunction, interest-balance

中原財經法學