

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(一)

湯 德 宗

中央研究院法律學研究所籌備處主任

目次

壹、問題背景

貳、大法官審理違憲疑義解釋案有無保全處分權？

參、本案應否逕命「暫時停止適用」系爭法律？

肆、結論

茲據 貴院秘台大一字第○九三○○二四四五六號函(二〇〇四年十月一日)之請求，謹就一、各國釋憲制度關於保全處分之規定，以及二、我國現制下大法官行使憲法解釋權是否具有保全處分權，提出鑑定意見如次，敬請 卓參。

壹、問題背景

立法委員柯建銘等九十三人以立法院於二〇〇四年八月二十四日通過之「三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例」(下稱

「真調會條例」)，有牴觸憲法之疑義，聲請司法院大法官解釋憲法。並「為避免憲法秩序及人權保障受到立即而嚴重之傷害」，請求「類推適用行政訴訟法第一一六及一一七條行政處分停止執行之規定，宣告真調會條例暫時停止適用」。¹

查司法院大法官審理案件法(下稱「審理法」)第三一條規定：「憲法法庭審理政黨違憲解散案件，如認該政黨之行為已足以危害國家安全或社會秩序，而有必要時，於判決前得依聲請機關之請求，以裁定命被聲請政黨停止全部或一部之活動」，明定大法官組成憲法法庭審理「政黨違憲解散案件」時，有「命被聲請政黨停止(全部或一部)活動」之權。一般以為，此種允許法院在就訴訟實體問題作成判決以前，先以裁定所為之應急措施，乃屬「保全」之性質；其作用殆與民事訴訟中之「假扣押」、「假處分」²，及行政訴訟中之「裁定停止執行原處分」³相當，皆屬「暫時性權利保護」(vorläufige

¹ 參見本件所附「憲法解釋聲請書」及「釋憲聲請暨補充理由書」。

² 參見民法第522條第1項(「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」)，以及第532條第1項(「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」)。

³ 參見行政訴訟法(1998/10/28)第116條第2項(「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，

Rechtsschutz)，以下統稱為「保全處分」。

惟前揭「審理法」第三一條僅規定「憲法法庭」於「政黨違憲解散」之案件有為「暫停政黨活動」之權，至於大法官「解釋憲法」時可否為「保全處分」，則未見規定。按該條規定乃一九九三年二月為配合憲法增修條文引進「政黨違憲」概念，⁴修正「審理法」時所增訂。其立法理由明揭係參考韓國「憲法法院法」第五七條而來，⁵惟因我國釋憲制度多受德國影響，⁶一般乃逕以之與德國「聯邦憲法法院法」第三二條第一項規定之「暫時命令」(einstweilige Anordnung)⁷

相比擬。

然而，如是比擬似非精確。蓋前述德國「暫時命令」係規定在該國聯邦憲法法院法(Bundesverfassungsverordnung)的「第二章總則程序」(II. Teil. Allgemeiner Verfahrensvorschriften)，適用於聯邦憲法法院的各種違憲審查。而前述我國「命(被聲請政黨)暫停活動」僅載於第三章(「政黨違憲解散案件之審理」)，僅適用於「政黨違憲解散案件」，而不及於「憲法解釋案件」(其程序規定在同法第二章「解釋案件之審理」)。按我國大法官現有「違憲審查權限」，

將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之」)，以及同條第2項(「於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限」)。

⁴ 參見憲法增修條文(1992/05/28)第13條第2項(「司法院大法官，除依憲法第78條之規定外，並組成憲法法庭審理政黨違憲之解散事項」)，以及同條第3項(「政黨之目的或其行為，危害中華民國之存在或自由民主之憲政秩序者為違憲」)；今改置於憲法增修條文(2000/04/25)第5條第4、5項。

⁵ 參見立法院公報，82卷3期，1993年1月13日，112頁。韓國憲法法院法第57條規定：「憲法法院受政黨解散審判之請求時，依請求人之聲請或職權，於宣告終局決定以前，得為停止被請求人之活動之決定」。參見陳秀峰(譯)，韓國憲法法院法，憲政時代，18卷1期，1992年7月，58頁以下。

該條立法理由載：「政黨違憲解散案件，涉及人民結社自由與社會公益之考量，必須審慎處理，在極短時間內未必可以審結，為避免涉案之政黨於審理期間繼續活動，可能產生或擴大其負面影響，本條規定憲法法庭如認該政黨之行為已足以危害國家安全或社會秩序而有必要時，於判決前得依聲請機關之請求，以裁定被聲請政黨停止全部或一部之活動」。參見立法院公報，前揭文，111-112頁。

⁶ 此由我國大法官違憲審查類型與德國聯邦憲法法院違憲審查類型對照觀之即明。參見湯德宗、吳信華、陳淳文，論違憲審查制度的改進——由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案，第四屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會論文，21-29頁(中央研究院中山人文社會科學研究所，2004年9月27日)，預定收於湯德宗(主編)，憲法解釋之理論與實務(第四輯)(排版中)。但「仿效」並不保證結果；仿效過程中恐有許多「失察」或「失真」之處。同前揭文。

⁷ 查“einstweilige Anordnung”一辭，學界譯法分歧。有從字義譯為「暫時命令」者，參見吳庚，憲法的解釋與適用，修訂版，2003年，345頁；林明昕，論大法官釋憲程序之改革——兼評司法院大法官審理案件法修正草案，註6研討會論文，27頁。亦有譯為「緊急處分」者，參見施啟揚，西德聯邦憲法法院論，商務，1971年，124頁；卡爾·蓋克(Wilhelm Karl Geck)，彭鳳至(譯)，西德聯邦憲法法院及其管轄權，收錄於德意志聯邦共和國法院組織法官法，司法院，1982年，225頁以下，241、249-250頁；劉兆興，德國聯邦憲法法院總論，法律出版社，1998年，153頁。

至於本案聲請書則稱「急速處分(或稱暫時命令)」。未免與前「動員戡亂時期臨時條款」所稱「緊急處分」混淆，本文亦從字義，稱「暫時命令」。

係由「審理法」所列舉，計有六大類型：「憲法（本身）疑義解釋」、「法令違憲疑義解釋」、「憲法機關職權爭議解釋」、「法令侵害基本人權爭議解釋」、「地方自治疑義解釋」、及「政黨違憲解散」（詳如表一）。前五種在「審理法」稱為「解釋案件」，最後一種稱為「政黨違憲解散案件」。

此一差異亦顯示於兩者之用語。德國聯邦憲法法院法第三二條第一項規定：「於訴訟案件，為避免重大損害、防止立即暴力、或基於其他公益事由之急迫需要，聯邦憲法法院得以暫時命令暫為規制」⁸。本件聲請人請求宣告「命（真調會條例）暫時停止適用」，與前述「審理法」第三一條所定「命（政黨）停止活動」，皆屬「暫時命令」得

以「暫為規制」之範圍。然而，「命停止政黨活動」與「命（系爭法律）暫時停止適用」顯然不同，「命停止政黨活動」不能解為包含「命（系爭法律）暫時停止適用」在內！

貳、大法官審理違憲疑義解釋案有無保全處分權？

大法官在「憲法解釋案件」有無「保全處分」權，現制既乏明文，余意以為應審酌以下幾項因素以為判斷。

一、「命暫停適用」之本質——英美法院「禁制令」借鏡

本件大法官能否命暫停適用系爭法律，在法無明文的情形下，首應究明「命暫

表一 大法官現行違憲審查職權分析

內容		類型	集權	分權	抽象	具體	事前	事後	拘束	諮詢
憲法疑義解釋			✓		✓		NA		✓	
法令違憲疑義解釋	中央地方機關聲請		✓		✓			✓	✓	
	三分之一立委聲請		✓		✓			✓	✓	
	法官聲請		✓			✓		✓	✓	
憲法機關職權爭議解釋			✓			✓		✓	✓	
法令侵害基本人權爭議解釋			✓			✓		✓	✓	
地方自治疑義解釋	地方自治法規疑義解釋		✓		✓			✓	✓	
	地方議會議決自治事項疑義解釋		✓		✓			✓	✓	
	地方政府辦理自治事項疑義解釋		✓		✓			✓	✓	
違憲政黨解散			NA		✓			✓	✓	

資料來源：湯德宗、吳信華、陳淳文，註6文，48頁。

⁸ Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG) §32(1): “Das Bundesverfassungsgericht kann im Streitfall einen Zustand durch einstweilige Anordnung vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist.”

停適用」之本質。該命令核其目的與作用，實與英美法院所為「禁制令」(injunctions)，尤其「暫時禁制令」(preliminary injunctions)⁹相當。

禁制令者，法院命「非聲請人」(non movant)為一定作為，或不為一定作為之命令也。¹⁰依其存續效力及核准程序，又可分為三種：

(一)臨時性限制命令(temporary restraining orders)；

(二)暫時禁制令；

(三)永久禁制令(permanent injunctions)。¹¹

「臨時性限制命令」有效期間一般不得逾十日，受訴法院得經一造(ex parte)辯論而核准。¹²「暫時禁制令」僅得於被告受到通知，並經初步聽證與辯論後核准；一經核准，在訴訟審結前皆屬有效(pendente lite)，並無固定效期。¹³至於「永久禁制令」

則須經完全之實體審理，確立原告應獲救濟後，始得核准。¹⁴其目的非為保持現狀，而在提供勝訴的原告適當的救濟。¹⁵雖名「永久禁制令」，但其效力未必永久持續。違反以上任何一種禁制令者，概以「藐視法院」(contempt)論處。¹⁶

(一)目的

一般以為，核發「暫時禁制令」的目的不外：¹⁷

1. 保持現狀(maintaining the status quo)；¹⁸

2. 保存法院作成有意義的判決的能力，避免判決結果難以實現；

3. 使法院誤判的風險降到最低；¹⁹

4. 保護原告免於遭受「不可回復的損害」(irreparable injury)。

(二)由來

「暫時禁制令」起源於英格蘭的衡平法

⁹ 亦稱“temporary injunction”, “provisional injunction”。另，與「臨時性限制命令」合稱為「審理期間禁制令」(interlocutory injunction), see BLACK'S LAW DICTIONARY 784-785.

¹⁰ See BLACK'S LAW DICTIONARY 784 (6th. 1990). 前者稱「命為的禁制令」(mandatory injunction)，後者稱「禁為的禁制令」(prohibitory injunction)。惟法院實際上於衡酌是否核准時，兩者考慮的因素並無不同，故有謂應放棄如上用語者。See Susan H. Black, *A New Look at Preliminary Injunctions: Can Principles from the Past Offer Any Guidelines to Decisionmakers in the Future?*, 36 ALA. L. REV. 1 (1984).

¹¹ See, e.g., *United States v. Playboy Entm't Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000). 亦稱“perpetual injunctions”, see BLACK'S LAW DICTIONARY 784.

¹² FED. R. CIV. P. 65(b).

¹³ See *Wooley v. Maynard*, 430 U.S. 705, 718 (1977).

¹⁴ See *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States*, 379 U.S. 241, 243 (1964) (聯邦最高法院維持永久禁制令，命上訴人不得繼續違反1964年民權法(Civil Rights Act of 1964))。

¹⁵ See, e.g., *United States v. Playboy Entm't Group, Inc.*, 529 U.S. 803 (2000).

¹⁶ See *Int'l Union, United Mine Workers of Am. v. Bagwell*, 512 U.S. 821, 823-34 (1994).

¹⁷ See *Morton Denlow, The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 22 REV. LITIG. 495, 507 (2003).

¹⁸ See *Thomas R. Lee, Preliminary Injunctions and the Status Quo*, 58 WASH. & LEE L. REV. 109 (2001).

¹⁹ See, e.g., *Douglas Lichtman, Uncertainty and the Standard for Preliminary Relief*, 70 U. CHI. L. REV. 197 (2003); *Joshua P. Davis, Taking Uncertainty Seriously: Revising Injunction Doctrine*, 34 RUTGERS L.J. 363 (2002).

院 (Court of Chancery), 旨在對原告提供普通法院 (common law courts) 所無法提供的救濟, 乃衡平救濟 (equitable remedies) 之一種。按英格蘭於十三世紀後半葉或十四世紀已逐漸形成普通法體系。但由王座法院 (King's Courts) 所掌理的普通法只能提供損害賠償作為救濟, 有時未必能滿足原告的訴求 (例如防止侵害的發生)。於是乃有國王以裁量介入救濟, 逐漸形成衡平法院; 詹姆士國王 (King James) 並在一六一六年七月二十六日確立由衡平法院核准「禁制令」的原則。²⁰ 故「禁制令」原有其限制——乃在例外地填補普通法救濟之不足。²¹

禁制令制度隨著英國移民傳入美洲大陸, 並因一七八九年法院法 (Judiciary Act of 1789) 的制定, 而成為美國聯邦法的一部分。自一九三七年「聯邦民事訴訟規則」 (Federal Rules of Civil Procedures) 制定後, 普通法法院與衡平法院宣告合併。現行「聯邦民事訴訟規則」第六五條就「暫時禁制令」的附隨要件 (例如通知、效期、形式與擔保等) 設有詳細規定, 唯獨對於關鍵性的前提問題——何時應核准暫時禁制令, 全然未置一詞。故是否核准「暫時禁制令」全屬法院的裁量權 (discretion of the court), 惟美國法院基本上乃依循著英國衡平法院所建立的實質標準, 行使核准「暫時禁制令」

的裁量權。

(三) 標準

關於暫時禁制令的核發標準, 美國實務上相當混亂, 久為學者所詬病。²² 大多數法院考量的因素包括:

1. 原告在法律上能否獲得適當的救濟 (an adequate remedy at law);
 2. 原告是否確有實體勝訴的可能 (a reasonable likelihood of success on the merits);
 3. 拒絕核發禁制令是否會對原告造成不可回復的損害 (irreparable harm);
 4. 拒絕核發禁制令對原告所造成的損害, 是否大於因核發禁制令而對被告所造成的損害。亦即, 就原告與被告的損害之間進行衡量 (balance of harms between the plaintiff and defendant if the injunctions is allowed);
 5. 核准禁制令是否會對公共利益產生衝擊 (an impact on the public interest)。²³
- 問題在於如何操作 (運用) 前述五項因素中的後四項——所謂「傳統四部檢驗標準」 (traditional four-part test), 作成核發 (禁制令) 與否的決定。按法官 Black 氏之分析²⁴, 各聯邦巡迴上訴法院審酌核發禁制令時, 實際約依循著三種模式:

1. 順序法 (sequential approach): 原告

²⁰ See 1 W. HOLDSWORTH, HISTORY OF ENGLISH LAW 459-65 (1956); cited from Black, *supra* note 10, at 4.

²¹ See 1 THOMAS CARL SPELLING, A TREATISE ON INJUNCTIONS AND OTHER EXTRAORDINARY REMEDIES § 4, at 4 (2d ed., 1901); cited from Denlow, *supra* note 17, at 501 n.38.

²² See, e.g., John Leubsdorf, *The Standard for Preliminary Injunctions*, 91 HARV. L. REV. 525 (1978); Lea B. Vaughn, *A Need for Clarity: Toward a New Standard for Preliminary Injunctions*, 68 OR. L. REV. 839 (1989).

²³ See, e.g., Orin H. Lewis, *Wild Card That Is the Public Interest: Putting a New Face on the Fourth Preliminary Injunction Factor*, 72 TEX. L. REV. 849 (1993); Laura W. Stein, *The Court and the Community: Why Non-Party Interests should Count in Preliminary Injunction Actions*, 16 REV. LITIG. 27 (1997).

非依序滿足傳統「四項要件」，法院不核發禁制令；

2. 因素權衡法：法院就原告所為關於「四項要件」之釋明，進行綜合考量；

3. 兩項替代標準法（two-alternatives-tests formula）：法院僅考量前述「傳統四要件」中的兩項——「實體勝訴」與「無可回復之損害」的機率，決定核發禁制令與否。

鑑於實務操作混亂（致結果難以預測），且禁制令之聲請日益浮濫（致審判負擔加重），識者²⁵以為：法院關於「暫時禁制令」之核發應力求慎重，並應要求原告釋明：

1. 本件何以急迫（immediacy），故而（在就實體問題進行辯論前）「必要」先就暫時禁制令進行辯論；

2. 在法院「得核准暫時禁制令時」與法院「得作成實體判決時」之間，原告何以將受到「不可回復的損害」，除予「暫時禁制令」外，別無適當救濟。

本此理解，「命暫停適用」性質上屬「保全處分」，憲法法庭行使裁量之際應力求慎重，以符合其為「非常」（extraordinary）救濟之本旨。除聲請人能釋明其「急迫性」與「必要性」者外，原則上不應「命暫停適用」。²⁶

二、關於「現行法未有規定」的解讀

現行法關於大法官審理「憲法解釋案件」時能否為「保全處分」一節，全然未有規定。此一事實如何解讀，影響大法官能否逕自「命暫停適用」的結論。

（一）「命暫停適用」為憲法保留事項？

首先，大法官違憲疑義解釋案件之保全處分權，是否為「憲法保留」事項？如其為憲法保留之事項（故僅能由憲法加以規定），則「憲法未有規定」之事實，即應認為係「憲法有意之省略」。余意以為，在我國情形，「違憲審查制度」本身或可認為係「憲法保留」事項。亦即，如憲法未有明文，恐難當然認為存在「違憲審查制度」。²⁷惟大法官在「違法解釋案件」中有無「保全處分」權，乃「違憲審查」的程序內涵（細節問題），當憲法明示有「違憲審查制度」後，²⁸似無理由堅持其為「憲法保留」事項。

（二）「命暫停適用」為法律保留事項？

其次，如以為「違憲審查程序」（含「命（hvit）爭法律」暫停適用）權）非屬「憲法保留」事項，則其是否為「法律保留」事項？

目前國內通說似以為肯定。例如，許宗力大法官嘗謂：「當憲法承認釋憲制度，同

²⁴ Black, *supra* note 10, at 43-49（為消除混淆、遏止投機〔選擇法院進行訴訟〕，建議統一採取「因素權衡法」（balancing-of-the-factors approach））。

²⁵ Denlow, *supra* note 17, at 537-8; Black, *supra* note 10, at 49.

²⁶ 學者從德國法制亦獲類似結論，參見林明昕，註7文，29頁（「暫時權利保護，無論在一般民事訴訟、行政訴訟，乃至憲法訴訟上，輒有濫用之虞；當事人早已習慣利用這套制度，技巧性地達到實際勝訴的目的。換言之，當將來大法官憲法訴訟也引進暫時權利保護制度時，如何避免此一制度不當地變成政治角力的工具，勢必考驗立法者，乃至實際操作問題的大法官的智慧」）。

²⁷ 鑑於我國法院向來解釋法律的態度，較諸英美法系拘謹——謹守「依『法』審判」的形式意義，實難想像能如美國一般，以法院判決（*Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)）確立違憲審查制度。

²⁸ 參見憲法第78、173條。

時對該制度具體內涵又語焉不詳或保持沈默時，形塑釋憲制度具體內容的工作，基本上是落到立法者身上，而不是任由釋憲者自己在程序自治（Verfahrensautonomie）的旗號下，以內規方式一肩扛下來。我國憲法是對釋憲制度具體內涵保持沈默的典型」²⁹。氏對「自訂違憲審查程序」一說，並明確批判：³⁰

程序自治說……從釋憲者作為憲法機關的角色出發，釋憲機關與國會、內閣應同樣擁有所謂程序自治權。然釋憲程序與一般訴訟程序一樣，都有服務與支援相關實體法的功能，對釋憲決定的合理性與可接受性居關鍵影響地位，難謂與人民基本權及客觀憲法秩序之維護不具重要性，本文因此認為釋憲制度的具體形成，自始就有法律保留原則的適用，而任何有關釋憲程序可交由大法官自己以議事規則定之的主張，應不足採。且憲法第八二條規定「司法院（及各級法院）之組織，以法律定之」，也有釋憲制度的具體

形成應由立法者負責的意涵，因釋憲工作既交由司法院大法官負責，則「釋憲制度」解釋上自應包含在「司法院之組織」的概念內。

吳庚大法官亦採法律保留說。氏謂：「當程序規定不完備時，憲法法院並不能自創規則，而應受一般訴訟法尤其是民事訴訟法的拘束，因此之故，論者遂謂憲法法院不是其程序的主宰者（Herr des Verfahrens）」。³¹

余意以為，違憲審查制度的具體化工作，原則上係屬「法律保留」事項，惟其核心權力部分則不盡然需有法律規定。例如，大法官早年釋憲所依據的程序即為自訂的「司法院大法官會議規則」，迄於一九五八年始有「大法官會議法」之制定。³²如必採嚴格的法律保留說，則當立法院不制定相關立法時，大法官將無法行使憲法所賦予的違憲審查權；又，立法院所為相關立法，如其不當³³限制大法官違憲審查權之行使，亦有違憲之虞。有關釋憲程序的立法亦屬「法律」，仍應接受大法官之違憲審查也。³⁴

²⁹ 參見許宗力，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，收錄於氏著，憲法與法治國行政，元照，1999年，87頁以下、89頁。

³⁰ 許宗力，註29文，89頁，註1（字體變化為本文作者所強調）。

³¹ 吳庚，註7書，337頁（字體變化為本文作者所強調）。

³² 美國迄今國會僅對聯邦最高法院之運作為最低限度之規範，例如：大法官之總額（九名）與最低出席人數（六名）及其管轄權（jurisdiction）等，至於案件審理程序概由該院依慣例或自訂之規則行之，參見參見湯德宗，大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析，收錄於氏著，權力分立新論，元照，增訂二版，2000年，183頁以下、197-198頁。又民事訴訟所依循的法則皆最高法院所訂定之「民事訴訟規則」，而非立法部門所制定的「民事訴訟法」！

³³ 例如司法院組織法（1957/12/13）第6條第1項，以及司法院大法官會議法（1958/07/21）第13條第1項均規定：「大法官解釋憲法，應有大法官總名額四分之三之出席，及出席人數四分之三之同意，方得通過」，顯已逾越「必要」限度，違反「權力間相互尊重」之原則，嚴重扭曲憲法設立司法審查制度之本旨，應認為違憲而無效。參見湯德宗，註32文，196-199頁。

³⁴ 典型實例，如釋字第371號解釋，司法院大法官解釋續編（九），司法院，1996年，1頁（「憲法為國家最高規範，法律抵觸憲法者無效，法律與憲法有無抵觸發生疑義而須予以解釋時，由司法院大法官掌理，此觀憲法第171、173、78條及第79條第2項規定甚明。又法官依據法律獨立審判，憲法第80條定有明文，故依法公布施行之法律，法官應以其為審判之依據，不得認定法律為違憲而逕行拒絕適用。惟憲法之效力

實則，「司法審查制度」與「權力分立原則」兩者具有一種互為約束、相生相剋的關係。一方面，設立司法審查制度原在維護「權力分立原則」於不墜。某權力部門之活動是否逾越其權限，而侵犯其他部門之權限，須由違憲審查機關裁判；³⁵「權力分立原則」之具體內涵，尤其我國「五權分立、平等相維」之精義，亦有賴司法審查機關透過憲法解釋（裁判）不斷闡發、更新。另一方面，「權力分立原則」對於「司法審查制度」之建構（設計）亦產生一定之約制。亦即，司法審查之範圍及方式，仍須符合權力分立原理，非可漫無限制。³⁶

總之，關於大法官審理「憲法解釋案件」時，得否為「保全處分」（含「命暫時停止適用」），現行法未有規定。應認為：在合乎「權力分立原則」的前提下，立法者有「優先」形成之空間。如上初步結論將於考慮以下兩項因素後，進一步微調（精緻化）。

三、「命暫停適用」與釋憲制度

（一）「抽象憲法解釋或具體憲法訴訟」與「命暫停適用」的關聯

法律未有規定時，釋憲的司法機關得否逕自「命系爭法律暫時停止適用」，尚需考慮系爭之案件究為「抽象的憲法解釋」案，抑或「具體的憲法訴訟」案。

按比較憲法將各國違憲審查制度（constitutional review, judicial review of constitutionality）分為「抽象審查」或「具體審查」（abstract versus concrete review）。凡釋憲機關（法院）僅得於審理具體「案件或爭議」（cases or controversies）³⁷時，一併（附帶）審查其間所適用之法令有無違憲者，稱「具體審查」；反之，釋憲機關（法院）得專（僅）就國家機關之行爲（例如立法者制定之法律）有無違憲進行審查，而無須附隨於具體訴訟案件為審查者，稱「抽象審查」。³⁸前述我國大法官現有六大類型的違憲審查中，只有「違憲政黨解散案件」屬於「具體審查」，其他所謂「憲法解釋案件」皆為「抽象審查」。

上述分類至為重要。蓋通說以為：「抽

既高於法律，法官有優先遵守之義務，法官於審理案件時，對於應適用之法律，依其合理之確信，認為有抵觸憲法之疑義者，自應許其先行聲請解釋憲法，以求解決。是遇有前述情形，各級法院得以之為先法問題裁定停止訴訟程序，並提出客觀上形成確信法律為違憲之具體理由，聲請本院大法官解釋。司法院大法官審理案件法第5條第2、3項之規定，與上開意旨不符部分，應停止適用」。

³⁵ 當然，司法審查亦在確保法律、命令乃至法院裁判，不至侵害人民之基本人權。就此而言，第一屆大法官時期適用之司法院大法官會議規則，規定僅機關得聲請解釋，人民不得提出聲請，即有重大瑕疵。所幸1958年公布之司法院大法官會議法第4條第1項第2款已開闢人民聲請解釋之管道。

³⁶ 湯德宗，註32文，202頁。

³⁷ U.S. CONST. art. III, § 2, cl. 1. 因其決定法院所能審理的範圍，故「案件或爭議」要件亦稱「可裁判性原則」（justiciability doctrine）。See, e.g., Lea Brilmayer, *The Jurisprudence of Article III: Perspectives on the "Case or Controversy" Requirement*, 93 HARV. L. REV. 297 (1979). 有關司法權本質之闡釋，參見湯德宗，權力分立與違憲審查——大法官抽象釋憲權之商榷，收錄於氏著，註32書，133頁以下，140-154頁。

³⁸ See Alec Stone, *Abstract Constitutional Review and Policy Making in Western Europe*, in DONALD W. JACKSON & C. NEAL TATE (ed.), *COMPARATIVE JUDICIAL REVIEW AND PUBLIC POLICY* 41, at 42 (1992).

象審查」性質上具有「立法的作用」，迥異於典型的司法活動——個案裁判。蓋原已完結的立法程序，因聲請抽象違憲審查（抽象釋憲）而重開，並由（憲法）法院對系爭法案進行最後的一讀！³⁹又，「（憲法法院）法官從事抽象審查的決策過程，相較其在具體訴訟中適用法律（甚或憲法）裁判爭議，更近乎立法的決策。亦即，抽象審查過程中，（憲法）法院的立法功能遠比其解決爭議的功能重要得多。尤其，所謂之『爭議』主要為政黨的或政治的，而非司法的」⁴⁰！（試觀想本案）無怪乎，德國鴻儒卡爾·史密特（Carl Schmitt）反對設立違憲審查制度，

以為此舉將導致「政治司法化」或「司法政治化」；⁴¹學者 Landfried 亦主張廢除「抽象違憲審查」制度。⁴²

尤有甚者，自釋字第一八五號解釋起，明白宣示其所為憲法解釋概具有「一般拘束力」。⁴³嗣在釋字第四〇五號解釋⁴⁴（解釋理由書）更謂：「立法院行使立法權時，雖有相當廣泛之自由形成空間，但不得逾越憲法規定及司法院所為之憲法解釋」⁴⁵，進一步將「憲法解釋」之效力等同於「憲法」。是拙作⁴⁶前此乃歸結：「抽象違憲審查實際已近乎立法活動，遠非單純的司法活動可以比擬」。

³⁹ *Id.*, at 45 (“Abstract review therefore functions to extend what would otherwise be a concluded legislative process—referrals in effect require the court to undertake a final ‘reading’ of a disputed bill or law”) (斜體字為原文所載)。

⁴⁰ *Id.*, at 54-5 (“[I]t is crucial to note that when constitutional judges are engaged in abstract review, their decision-making processes are closer to legislative decision-making processes than when they are applying a code, or even the constitution, to decide disputes arising from concrete litigation. That is, in abstract review processes, the lawmaking function of these courts is far more important than is dispute-resolution. Moreover, the ‘dispute’ at hand is primary partisan-political, rather than judicial.”).

⁴¹ See Carl Schmitt, *Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung*, in *Verfassungsrechtliche Aufsätze* 63 (1958). 史密特認為：「抽象的規範審查」將使違憲審查機關變得如同制憲機關一般，蓋「任何機關有權解決法律內容的疑義，就是負擔立法者的功能；任何機關有權解決憲法內容的疑義，就是負擔憲法制定的功能。」引自吳庚，純粹法學與違憲審查制度，收錄於當代法學名家論文集，法學叢刊雜誌社，1996年，107、108頁；但凱爾生則以為：憲法法院宛如國會的第三院，行使消極立法權，參見吳庚，註7書，346頁。

⁴² See C. Landfried, *The Impact of the German Constitutional Court on Politics and Policy-Outputs*, in GOVERNMENT AND OPPOSITION 20 (4): 522-541 (1985); C. Landfried, *Legislation and Judicial Review in the Federal Republic of Germany*, in CONSTITUTIONAL REVIEW AND LEGISLATION: AN INTERNATIONAL COMPARISON (C. Landfried ed.) (Nomos Verlag, 1988).

⁴³ 司法院大法官會議解釋續編（二），司法院，再版，1991年，111頁（「司法院解釋憲法……為憲法第78條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力」）。

⁴⁴ 關於本件解釋之評論，參見湯德宗，立法裁量之司法審查的憲法依據——違憲審查正當性理論初探，收錄於註32書，1頁以下，31-35、42頁。

上述「規範再定之禁止原則」若成定則，則我國釋憲機關之「強勢」，將令美、德諸國望塵莫及。參見吳庚，註7書，430-31頁。有關德國法上「規範再定之禁止原則」之討論，參見陳愛娥，德國聯邦憲法法院裁判的拘束力，憲政時代，28卷3期，2003年1月，98頁以下。

⁴⁵ 司法院大法官解釋續編（十），司法院，1997年，35頁。

⁴⁶ 湯德宗，註37文，171、179頁（表二）。

抽象違憲審查(含本件「法律違憲疑義解釋」)因性質上近似「立法行為」,復因具有「一般效力」,是否牴觸「權力分立原則」原可商榷。我國憲法第一七三條規定:「憲法之解釋,由司法院為之」,固足為「具體憲法訴訟」之依據,然能否據以建立「抽象違憲審查」制度,要非無疑。⁴⁷如此背景下,如更許釋憲機關逕自於(抽象)「憲法解釋案件」創設「保全處分」權,無異將使「抽象違憲審查」更偏向「立法行為」。在大法官釋字第五三〇號解釋⁴⁸確立司法改革方向,貴院並已提出「全國司法改革會議結論具體措施暨時間表」⁴⁹後,此豈明智之舉?

準此理解,現行「審理法」僅規定大法官於「政黨違憲解散案件」(此乃大法官目前僅有的「具體違憲審查」)有「保全處分」之權,而不及於「憲法解釋案件」(性質上皆屬「抽象違憲審查」),毋寧應認係立法者有意的省略。

(二)「事前違憲審查或事後違憲審查」與「命暫停適用」的關聯

就權力的本質而言,「個案裁判」(司法權)乃就已發生的「案件或爭議」(case or controversy)進行事後審理,與「立法權」率就未來將發生的事務,預為一般性規範者有別。憲法既明定由司法權(司法院大法官)掌理憲法解釋,「違憲審查」理應為「事後審查」。⁵⁰非有憲法明文規定,應不得為「事前」違憲審查。此由憲法第一一四條規定:「省自治法制定後,須即送司法院。司法院如認為有違憲之處,應將違憲條文宣布無效」,觀之即明。

制憲者對於法律違憲,既不採「事前」(預防性質)審查制度,而僅容許「事後」(矯正性質)審查制度。在法律違憲疑義的「事後審查」中,如許大法官(在欠缺憲法或法律依據的情形下),逕自本其「程序自主(治)」權,創設「保全處分」(含「命暫停適用」),因「保全處分」具有暫時維持現狀(阻止法律生效施行)的效果,恐難免予人以「變相改採事前審查」制的疑慮,恐非憲法之本意。

⁴⁷ 湯德宗,註37文,172頁(「憲法解釋應以『具體違憲審查』(限於『案件或爭議』始得聲請解釋)為原則,只在嚴格限定的條件下,例外地允許『抽象違憲審查』」);湯德宗、吳信華、陳淳文,註6文,31-33頁(為避免抽象審查嚙奪立法權,建議廢除「單純憲法疑義解釋」權)。

⁴⁸ 司法院大法官解釋續編(十四),司法院,2001年,725頁(「憲法第77條規定:『司法院為最高司法機關,掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。』惟依現行司法院組織法規定,司法院設置大法官17人,審理解釋憲法及統一解釋法令案件,並組成憲法法庭,審理政黨違憲之解散事項;於司法院之下,設各級法院、行政法院及公務員懲戒委員會。是司法院除審理上開事項之大法官外,其本身僅具最高司法行政機關之地位,致使最高司法審判機關與最高司法行政機關分離。為期符合司法院為最高審判機關之制憲本旨,司法院組織法、法院組織法、行政法院組織法及公務員懲戒委員會組織法,應自本解釋公布之日起二年內檢討修正,以副憲政體制」)。

⁴⁹ 參見司法院(編印),全國司法改革會議結論具體措施暨時間表,1997年7月26日。

⁵⁰ 凡法院(或釋憲機關)得於法律(或其他國家機關行為)公布(或生效)前,審查其有無違憲者,即為「事前審查」(a priori);反之,法院(或釋憲機關)僅得於法律(或其他國家機關行為)公布(或生效)後,審查其有無違憲者,屬「事後審查」(a posteriori)。See C. Neal Tate, *Comparative Judicial Review and Public Policy: Concepts and Overview*, supra note 38, at 6.

(三)「抽象違憲審查類型」與「命暫停適用」的關聯

大法官於「抽象違憲審查案件」，得否逕自創設「保全處分」（含「命暫停適用」），更因其間所涉案件類型而有異。按大法官之「抽象違憲審查」，依其內容又可分為三類：「人權保障案件」、「垂直分權案件」與「水平分權案件」。三者「保全處分」之必要性有別。

1. 基本人權保障案件

當人民憲法上所保障的基本人權，因公權力之作用（最常見者固為「立法行為」（法律），但亦可為「行政行為」（行政處分）或「司法行為」（法院判決）受到侵害，而尋求司法救濟時，相對於以下兩種抽象違憲審查類型而言，最有必要承認大法官得逕自「命暫停適用」，以避免聲請人之人權遭受「無可回復之侵害」。鑑定人檢索所及，美國法院憲法案例核准「暫時禁制令」（命暫時停止適用法律）者⁵¹，多屬此類。

2. 中央地方分權案件

其次，當地方自治團體與國家發生權

限爭議時（垂直分權案件），鑑於憲法規定對於地方自治權限的保護未必周延，⁵² 容或亦有必要承認大法官得逕自「命暫停適用」。⁵³ 美國法院憲法案例涉及「暫時禁制令」（命暫時停止適用法律）者，間亦涉及聯邦、各州權限劃分（federalism）⁵⁴。

3. 憲法機關分權案件

至於憲法機關相互間發生權限爭議時（水平分權案件），司法部門（以違憲審查）介入解決的必要性相對最低，⁵⁵ 遑論容許大法官得逕為「保全處分」。美國制憲先賢麥迪生（James Madison, 1751~1836）膾炙人口的名言，殊值重溫：⁵⁶

防止各權力逐漸集中於同一部門的最大保障，乃在給予各（權力）部門的掌權者，以必要的憲法手段與個人動機，來抵抗其他（權力）部門的侵犯。……野心必須用野心來對抗。

在政治部門彼此武器對等（一方有矛、他方有盾，尤其行政（執法）本身即寓有裁量空間），且動機相當（各有自利盤算）的情形下，殊難想像可容大法官逕以「保全處

⁵¹ See, e.g., *Miller v. French*, 530 U.S. 327, 350 (2000).

⁵² 參見憲法第 111 條（「除第 107 條、第 108 條、第 109 條及第 110 條列舉事項外，如有未列舉事項發生時，其事務有全國一致之性質者屬於中央，有全省一致之性質者屬於省，有一縣之性質者屬於縣。遇有爭議時，由立法院解決之」）。

⁵³ 類似見解，參見林子儀等合著，*憲法——權力分立*，學林，2003 年，51 頁（「像本案（按指釋字第 553 號解釋）涉及（按指台北市里長）定期改選爭議，而選舉一旦延期，就可能會造成無法回復的損害，因此即使大法官可以受理本案，似乎也應該對於究竟可否先延選或應該先改選，有一暫時性的決定，然後再處理本案爭議」）。

⁵⁴ See, e.g., *Doran v. Salem Inn, Inc.*, 422 U.S. 922 (1975); *Ex parte Young*, 209 U.S. 123 (1908).

⁵⁵ 有學者甚至主張法院無須介入憲法機關權限爭議者。See generally, JESSE H. CHOPER, *JUDICIAL REVIEW AND THE NATIONAL POLITICAL PROCESS: A FUNCTIONAL RECONSIDERATION OF THE ROLE OF THE SUPREME COURT* (1980).

⁵⁶ THE FEDERALIST PAPERS No. 51, at 160 (J. Madison) (R. Fairfield ed., 1981) (“But the great security against a gradual concentration of the several powers in the same department, consists in giving to those who administer each department the necessary constitutional means and personal motives to resist encroachments of the others. [A]mbition must be made to counteract ambition”).

分」，介入紛爭，甚至改變憲法預設的權力制衡構造。⁵⁷畢竟，法院的「保全處分」是「暫時『權利』保護」，而非「暫時『權力』保護」！

四、「命暫停適用」與憲法結構（憲政體制）

最後，大法官於「抽象違憲審查案件」，得否逕自創設「保全處分」（含「命暫停適用」），猶需考量該國的「憲法結構」（constitutional structure）（國人所謂「憲政體制」）問題。

質言之，「內閣制」（parliamentary system, parliamentarism）國家，因為「單一權力來源」（僅有「國會議員普選」），且「行政、立法合一」（由同一個權力部門——國會，進行行政、立法兩種分工）的設計，使得行政、立法兩權「利害共同」。內閣制下，行政、立法兩權關係堪以「你中有我、我中有你，本是命運共同；如情非得已，一齊打破，重新再塑，本質依舊」來形容。由於彼此握有相互毀滅的權力——「倒閣」與「解散國會」，兩者間的爭議最終可訴諸民意解決，殆無勞駕司法的必要。

反之，總統制（presidential system, presidentialism）國家，因為「雙元權力來源」（總統與國會各由人民在不同選舉選

出，各具任期），且「行政、立法分立」（各為獨立部門、人員不得兼任）的設計，使得行政、立法兩權「利害分殊」。總統制下，行政、立法兩權關係堪以「你是你、我是我；若是不合，你奈我何」來形容。由於彼此並無同歸於盡的手段（不能「倒閣」或主動「解散國會」），兩者間的爭議輒難化解，甚至形成僵局，司法介入（違憲審查）或有必要。惟，認為違憲審查較有發揮空間，並不當然以為大法官得逕自創設「保全處分」，介入政治部門間的紛爭。尤以「保全處分」之行使，可能改變憲法預設的權力制衡構造時，其正當性更值懷疑。

另，總統制下為行政、立法兩權的制衡互動而有「覆議」（reconsideration）制度——容許「一戰」失利的行政部門（總統），可以進行「二戰」（覆議）翻案，並提高覆議的可議門檻，以增加行政部門獲勝的機會。⁵⁸是對於覆議（二戰）失敗的法案，如許大法官得逕「命暫時停止適用」，實際無異允許「司法」（暫時）推翻立法院覆議的決議，殊值戒慎！

參、本案應否逕命「暫時停止適用」系爭法律？

就體制言，在法無明文的情形下，似難認為大法官於不涉及人權保障的（抽象）

⁵⁷ 當然，憲法結構（constitutional structure）確有缺陷，權力部門間分權制衡失當時，司法部門容或有微乎其微的介入必要。

⁵⁸ 美國憲法規定（U.S. CONST. art. I, § 7, cl. 2.）國會通過之法案經總統否決而退回國會覆議時，須有參、眾兩院各三分之二的多數議員決議維持原案時，總統否決始被推翻，原案便成為法律。我國憲法增修條文第2條第2項第2款僅將覆議門檻由原「出席立委二分之一以上之決議」，提高為「全體立委二分之一以上之決議」，故我國現制實為「弱勢總統制」，參見湯德宗，憲法結構與違憲審查——司法院大法官釋字第五二〇號解釋評釋，收錄於劉孔中、陳新民（主編），憲法解釋之理論與實務（第三輯·下冊），307頁以下，355-365頁。

「憲法解釋案件」，得逕自「命暫停適用」（系爭法律）。然既非全然禁止，則於個案仍應審酌有無非例外容許大法官逕「命暫停適用」，難以實現正義的情形。

一、本案定性

檢視個案有無容許大法官逕「命停止適用」之例外情形存在，首先應就本案進行「定性」（characterization）。本件乃由現有總額三分之一以上之立委聲請解釋法律有無牴觸憲法之「抽象違憲審查」案件（參見表一）。就系爭內容與背景情境而言，本件乃行政、立法兩個憲法機關間之分權爭執案件。

本件大法官逕自創設「保全處分」的必要性，與「基本人權保障案件」顯然不同。後者如昔時馬曉濱案（釋二六三）與近日徐自強案（釋五八二）。

釋字第二六三號解釋明揭：「懲治盜匪條例為特別刑法，其第二條第一項第九款對意圖勒贖而擄人者，不分犯罪情況及結果如何，概以死刑為法定刑，立法甚嚴，惟依同條例第八條之規定，若有情輕法重之情形者，裁判時本有刑法第五九條酌量減輕其刑規定之適用，其有未經取贖而釋放被害人者，復得依刑法第三四七條第五項規定減輕其刑，足以避免過嚴之刑罰，與憲法尚無牴觸」。奈何解釋公布後，聲請人旋遭槍斃，原審法院尚不及依據前開解釋意旨，重新量刑。該件情形，大法官非「命暫停執行死刑」，不足以避免原告（聲請人）遭受「無可回復之損害」。

釋字第五八二號解釋揭示：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，

且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。

故共同被告對其他共同被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。最高法院三十一年上字第二四二三號及四十六年台上字第四一九號判例……，核與首開憲法意旨不符。該二判例及其他相同意旨判例，與上開解釋意旨不符部分，應不再援用」。雖聲請人（徐自強）於〈補充釋憲聲請書〉中曾請求大法官補充解釋：

一、現行司法院大法官審理案件法未針對人民聲請解釋憲法制度，配套設置暫時性權利保護措施，導致該法對人民基本權之保護不足，有違正當法律程序原則之要求，致侵害聲請人之訴訟權。

二、法務部所訂「審核死刑案件執行實施要點」，漏未將死刑犯或其辯護人業就該死刑案件聲請釋憲或赦免，而程序仍在進行之情形，列為不得執行死刑之事由，除已牴觸正當法律程序原則而侵害聲請人之訴訟權外，並已侵害死刑犯請求赦免之權利，因而違反法律保留原則及比例原則。

惟大法官終未運用「關聯且必要範圍」⁵⁹說，將前述請求納入解釋範圍。僅於「解釋理由書」說明：「法務部審核死刑案

件執行實施要點，並非本案確定終局判決所適用之法令，聲請人就該要點聲請解釋部分，核與司法院大法官審理案件法第五條第一項第二款規定不符，依同條第三項之規定，應不受理。⁶⁰ 本件解釋既未「命暫時停止執行死刑」，解釋意旨能否嘉惠聲請人，猶在未定之天。所幸者，法務部迄未執行死刑。

相較前述兩案，本件聲請人所稱「維護憲法秩序」、「真調會條例可能侵害人權」，不免顯得抽象（迂闊）而遙遠（臆測）。

二、本案聲請人應釋明「命暫停適用」之非常事由

按前述說明，本件聲請人應釋明：

(一)本件何以急迫，故而（在就實體問題進行辯論前）「必要」先就暫時禁制令進行辯論；

(二)在法院「得核准暫時禁制令之時」與法院「得作成實體判決之時」之間，原告何以將受到「不可回復的損害」，除予「暫

時禁制令」外，別無適當救濟。

綜觀所附「釋憲聲請書」及「釋憲聲請暨理由補充書」，聲請人與釋明所需似有相當距離。尤其，本件如大法官逕「命暫停適用」，將首開先例。是為慎重、信服計，允宜權衡並說明：何以不「命暫停適用」可能造成之損害，大於因「命暫停適用」所可能造成之損害（例如因稽延調查致真相永久不明）。

肆、結論

今日憲法法庭辯論的問題，總結來說只有兩個：一、在現行法沒有規定的情況下，大法官於審理「憲法解釋案件」時，可否逕自「命暫時停止適用」系爭法律？二、如果體制上並非全然不許，那麼本案是否符合逕「命暫時停止適用」的要件？

關於第一個問題，我認為大法官釋憲的程序（包括採取「保全處分」，含「命暫時停止適用」系爭法律等），在合乎「權力分立原則」的前提下，立法者應有「優先」形

⁵⁹ 釋字第 445 號解釋「解釋理由書」謂：「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第 78 條所明定。其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力。此與普通法院受理民、刑事訴訟事件；行政法院審理行政訴訟案件；公務員懲戒委員會審議公務員之懲戒案件，其所為裁判或議決，僅於該具體事件有拘束力者迥然有異。人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者，得依司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款規定聲請解釋。大法官依此規定所為解釋，固以該確定終局裁判所適用之法律或命令為標的，就人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利有無遭受不法侵害為審理對象。惟人民聲請憲法解釋之制度，除為保障當事人之基本權利外，亦有闡明憲法真義以維護憲政秩序之目的，故其解釋範圍自得及於該具體事件相關聯且必要之法條內容有無牴觸憲法情事而為審理」，司法院大法官解釋續編（十一），司法院，1999 年，244 頁。

⁶⁰ 參見司法院網站 (<http://nwjirs.judicial.gov.tw/Index.htm>)，最後造訪日期：2004/10/10。

參見林子儀，司法護憲功能之檢討與改進——如何健全違憲查制度，收錄於氏著，權力分立與憲政發展，月旦，1993 年，3 頁以下、33 頁（「對於人民因認為原裁判所適用之法令有牴觸憲法之疑義而聲請解釋憲法，如該裁判仍予執行，實與違憲審查制度之本意有違，且未免有輕視憲法尊嚴之疑。何況某些裁判〔如死刑判決〕一旦執行後，無從再予補救。因此，現行大法官會議法對原裁判得否因聲請釋憲而停止執行之問題，未作適當之規定，實有不足」）。

成之空間。但是，關於釋憲權行使所不可或缺的核心部分，則不一定要有法律的規定。早年大法官行使釋憲權就是根據自訂的「司法院大法官會議規則」。雖然如此，「法律違憲疑義解釋」案乃「抽象的違憲審查」，作成的解釋又有「拘束全國各機關及人民」的一般效力，故性質上已接近「立法的行為」。司法院大法官屬於司法部門，行使抽象違憲審查權時，原應十分審慎。如許大法官逕自創設「保全處分」（含「命暫停適用」），恐有改變憲法所定權力分立制衡結構的可能，理應更加審慎。想像中，似乎只有涉及人權保障的解釋案件，且為避免聲請人遭受「不可回復的損害」時，大法官才應例外地自創保全處分。

至於第二個問題，按英美通例，除非聲請人能夠釋明：

一、本件何以急迫，因此在就實體問題進行辯論前，有「必要」先就「命暫停適用」進行辯論；

二、在憲法法庭得核准「暫時停止適用」時，與其得「作成實體判決時」之間，聲請人何以將受到「不可回復的損害」，除了「命暫停適用」外，別無適當救濟。

否則，大法官應不准予「命暫停適用」系爭法律。

本案憲法法庭已宣示將於二〇〇四年十月二十七日與二十九日舉行實體辯論。按審理法第二四條第二項之規定，大法官應於辯論終結後一個月內指定期日宣判。因此，憲法法庭果真作成「命暫停適用」之裁定，與該庭作成「實體判決」時，兩者相距大約只有一個月。

如果「真調會條例」之施行將造成「不可回復的損害」，則因該條例已於二〇〇四

年十月四日生效施行，所謂「不可回復的損害」業已造成。聲請人並未釋明在這一個月的期間裡，究竟將造成那些「不可回復的損害」。♣