

保障法制座談會、研討會及  
專題講座紀錄彙編

上冊

公務人員保障暨培訓委員會  
中華民國 100 年 7 月 編印



# 例 言

一、本會歷來對於公務人員保障法制重大疑義及實務運作所衍生之問題，均不定期舉辦保障法制研討會、座談會及專題講座，並將相關紀錄彙整成冊，以供各界參考。經彙整95年至99年間共計辦理法制座談會、研討會及專題講座如次：

(一) 關於保障法制座談會部分

為釐清公務人員保障法（以下簡稱保障法）與相關法規適用疑義及實務運作問題，辦理1場次保障法修法芻議及8場次保障法制座談會。

(二) 關於保障法制研討會部分

為利專家學者與各機關承辦保障業務同仁，就辦理保障業務所衍生之相關疑義加強交流，俾使保障制度之實務運作與學術研究成果相輔相成，舉辦4場次保障法制研討會。

(三) 關於保障法制專題講座部分

為精進本會及各機關承辦保障業務同仁，辦理保障事件之法律素養及品質，共舉辦11場次保障法制專題講座。

#### (四) 關於法律意見書部分

為釐清公務人員對於機關內部性遭擾申訴處理委員會就性遭擾事件是否成立所為之決議，得否依保障法提起救濟之疑義，委請學者撰寫法律意見書。

二、本彙編在編排方式上，考量蒐錄之資料內容較多，爰分成上、下兩冊。並依其性質上冊分為保障法制座談會、95年保障事件案例研討會、95年保障法制研討會；下冊則分為97年及99年保障法制研討會、法律意見書及保障法制專題講座等。至其排序方式，除研討會係以其原進行之次序為準外，其餘皆以舉行之時間為先後順序排列。另在編排內容上，就保障法制研討會之部分，除教授所撰寫之研究論文外，並於其後附上會後研討紀錄，俾供讀者瞭解與會人員之不同看法。

三、冀望本書之編印，能有助於保障法與相關法規適用疑義及實務運作所衍生問題之釐清，同時提供相關同仁辦理保障業務及各機關學校學術研究之參考，並期待各界瞭解本會在公務人員保障法

制所做之努力。惟以上開座談會、研討會與專題講座紀錄部分，僅係摘述與會人員之口述意見及講座之演講內容，請勿逕行引用。又本書之校勘雖力求精確，然疏漏在所難免，尚祈讀者不吝指正。

公務人員保障暨培訓委員會

主任委員 **蔡壁煌** 謹識

中華民國100年7月



# 保障法制座談會、研討會及專題講座紀錄彙編 目 錄（上冊）

壹、保障法制座談會 .....	1
一、公務人員申請自願退休經服務機關否准所衍生之相關法律 問題座談會 .....	1
二、公保養老給付優惠存款相關法律問題座談會 .....	64
三、有關保障事件決定書及其執行情形之公開，於保障人民知 的權利與個人隱私權間，所衍生之相關問題座談會 .....	109
四、人事主管人員保障業務座談會 .....	134
五、公務人員對第三人陞遷派令不服，提起救濟所衍生之相關 問題座談會 .....	209
六、公務人員因性騷擾事件提起救濟所衍生之相關問題座談會 .....	247
七、98年公務人員保障法修法芻議座談會 .....	273
八、研商程序重開於保障事件所衍生之相關問題座談會 .....	371
九、因應公務人員考績制度變革有關考績丙等事件救濟程序相 關問題 .....	416

貳、95 年保障事件案例研討會.....	441
參、95 年保障法制研討會.....	467
一、專題演講：法律保留與公務員關係—從德國最近兩個案例談起.....	467
二、第一場：信賴保護原則的具體化—兼評司法院大法官相關解釋.....	480
論文.....	480
〈研討紀錄〉.....	545
三、第二場：公務員與基本權.....	574
論文.....	574
〈研討紀錄〉.....	607
四、第三場：行政處分停止執行作為公務人員法上暫時權利保護制度—以停職處分為例.....	633
論文.....	633
〈研討紀錄〉.....	671

# 壹、保障法制座談會

## 一、公務人員申請自願退休經服務機關否准所衍生之相關法律問題座談會

壹、時間：民國 95 年 6 月 27 日（星期二）

貳、地點：本會 7 樓第 1 會議室

參、主席：劉主任委員守成

肆、出席人員：(略)

伍、列席人員：(略)

陸、討論事項：

**議題：研商公務人員申請自願退休，經服務機關否准所衍生之相關法律問題。**

**說明：**

一、按公務人員退休法（以下簡稱退休法）第 4 條第 1 項及同法施行細則第 22 條、第 27 條、第 28 條規定，公務人員如符合任職 5 年以上年滿 60 歲或任職滿 25 年之要件者，應准其自願退休；各機關人事主管人員應就公務人員退休申請所提出之退休事實表、任職證件及相關證明文件切實審核，如有不符者，應分別駁回或通知補正，其符合者，則彙轉銓敘部審定；經審定給與退休金者，其於 84 年 7 月 1 日公務人員退撫新制施行前任職年資之退休金，依其最後服務機關屬中央或地方機關，分由銓敘部或各級地方政府之預算支給，至新制施行後任職年資之退休金，則由基金管理

機關支給。依上述，以公務人員任職年資含括新、舊制年資者，因最後服務機關為地方機關者，其舊制年資退休金支給機關為各地方政府，故各地方政府為調配其預算，常於編列下一年度預算前，即先行調查欲退休之公務人員，作為編列預算之參據，並排定其優先順序。因而於公務人員提出自願退休之申請時，或有以退休預算經費編列不足，或人力調節因素等為由，而駁回公務人員自願退休申請之情形。衍生下列爭議亟須討論：

- (一) 依上開退休法及其施行細則之規定，對於公務人員退休之申請，服務機關是否僅能作形式審查？抑或可作實質審查？可否以預算、人力調節等事實上之因素否准其申請，亦即各服務機關有無否准自願退休之權限？又如其已為否准行為，則該行為之性質為何(事實行為或行政處分)？
- (二) 公務人員對各服務機關所為否准自願退休之行為，如有不服，應循何種程序(例如：公務人員保障法〈以下簡稱保障法〉之復審程序或行政訴訟法之給付之訴)提起救濟？
- (三) 公務人員如未能事先告知服務機關擬申請自願退休，以利服務機關預先將退休金編列於預算中，俾供未來退休金之支出，而臨時始提出退休申請，有無違反誠信原則？

二、檢附最高行政法院 91 年 10 月份庭長法官聯席會議決議、臺北高等行政法院 92 年 5 月 15 日 91 年度訴字第

3366 號判決及高雄高等行政法院 93 年 2 月 18 日 91 年度訴字第 779 號判決、93 年 6 月 16 日 92 年度訴字第 1365 號判決、93 年 12 月 16 日 93 年度訴字第 764 號判決影本，併請 參考。

### **發言紀要：**

#### **主持人：**

今天我們召開這個座談會也是各個地方政府一個重大的問題，這些問題處理不好就變成本會的問題。所以今天非常感謝各位專家、學者、法官大家來協助把這些問題釐清，我們希望能夠有更多見解作為未來解決問題的參考。先請施主秘、保障處做個簡要的說明。

#### **施主任秘書（兼代處長）：**

先就今天要討論的議題做個簡要的說明，等一下再請副處長做補充。很抱歉，會議資料所附的退休案件作業流程是我們從網路上抓到舊的，所以今天會場上有分送一張新的作業流程圖表，請各位參閱新的資料。

就今天的問題點，我先提出一個簡要的說明。這個部分因為牽涉到整個公務人員自願退休案件的申請，經過否准之後衍生的相關法律問題，由這個作業流程表可以看得出來，地方政府在審核的時候，先作初步相關資料的審核，報請銓敘部核定，所以會牽涉到一個問題，就是處分機關到底是誰的問題，以及行政處分到底在那裡的問題。這兩個問題綜合下來會引起一些救濟案件，此外，到底這個救濟程序要怎麼處理，也是我們今天會場上要討論的一個問

題點。

各位在會議資料中，會看到我們所附有關土地法第 219 條買回相關的庭長會議，或者是法律問題座談會，或者判決的內容，主要是因為第 219 條的問題跟我們今天申請退休案件的情形有點類似，所以相關的判決和研討的資料我們提供參考。

本案議題就誠如剛剛主席所說，這是一個實務上的困境，法律上規定應准退休，可是實際上處理的時候，可能會牽涉到一些業務和經費的考量，和相關退休人員在申請時的一些申請行為，所以我們可以看到相關高等行政法院的判決，曾經有一件判決就認為退休人員違反誠信原則，可能有權利濫用之虞的見解。

對於解決這些實務上困境，到底除了這些見解之外，還有沒有其他可以處理的可能，這都是我們今天想要處理的幾個重要問題點，先提出來做一個簡要的說明，詳細的說明我們請李副處長做一個補充。謝謝。

#### **李副處長俊生說明：**

今天會有這樣的一個問題主要就是從退休法第 4 條及同法施行細則第 22 條的規定衍生而來的。因為從退休法第 4 條第 1 項的規定來看，只要公務人員符合退休條件，就是任職 5 年以上，滿 60 歲；或者是任職滿 25 年，就應准退休，但於同法施行細則第 22 條規定，則有一些程序的規範，這些程序規範規定要經過服務機關對於相關書表的審核，審核以後再陳報給銓敘部核定。因而衍生服務機關不想讓同仁退休，或者說因為經費的問題或人員調配的問題，可

能會做一些處理。又退休會有退休金的支給，退休金如果是在 84 年 7 月 1 日以後的退休金，大概都是由退撫基金來支應，比較不會有問題；但是在舊制的年資，就是 84 年 7 月 1 日以前舊制年資的退休金部分，就是要由最後的服務機關，如果是地方政府的話，就是由各縣市政府支應。因此在各縣市政府在辦理編列預算的時候，都會先預先調查下一個年度有多少人要退休，然後再來當做編列預算的一個參考依據。在下一個年度預算編列完之後，就會依照他的排定順序依序來排定退休。

在服務機關處理過程當中，當公務人員提出退休申請時，機關就會做審核，但機關有沒有權去作否准，有沒有權限去拒絕公務人員的退休申請，就會有一些爭議存在。服務機關尤其是在縣市政府這個部分，他可不可以當作拒絕公務人員退休申請的一個處分機關，他所作的處理到底可不可以認為是一個行政處分，這都是一個爭議點。又如果有作成一個拒絕的行為後，公務人員要依照什麼程序來提起救濟，如果是走保障法的復審程序，到行政訴訟的時候可能就是提撤銷訴訟，或者是說可能會提給付訴訟，甚至於也有一些課予義務訴訟的問題，也有可能是會併提，也就是可能不是一個單一訴訟類型的疑問。在參考資料裡面，我們也找了臺北高等行政法院 91 年度訴字第 3366 號判決；另外在高雄高等行政法院也有兩件判決，一為 92 年度訴字第 1365 號判決，另一個是 93 年度訴字第 764 號判決，這兩件判決我們也一併提出來給大家參考。另外為了探討到底何者為處分機關，以及行政處分跟訴訟類型到底應該怎麼來處理，我們也搜尋到行政法院在 91 年的時候，

曾經作一個聯席會議的決議。再衍生下來就是在 94 年的時候，高雄高等行政法院曾經提了一個法律問題到最高行政法院討論，就是在今天會上發送資料第 3 頁以下，主要是對於到底應該要用什麼樣的程序來提起救濟的一個探討。

我先就臺北高等行政法院和高雄高等行政法院這兩院判決作簡要的報告。在臺北高等行政法院 91 年度訴字第 3366 號判決裡面，主要是認為當機關對於公務人員退休的申請，原則上不能作拒絕的處分。但是如果有其他考量的時候，也有可能作成處分，在這個判決裡面，它的考量主要是因為機關有預算的編列，且前一年度已經先作一些調查，當事人沒有先填報下一個年度他想要退休，讓機關列入預算編列，而臨時提出退休申請，判決裡面是採用誠信原則的概念駁回當事人的訴訟，這是臺北高等行政法院主要的看法。在高雄高等行政法院兩件看法雷同，但有些差異，雷同的地方是公務人員提出退休申請時，服務機關只有形式審查的權限，並沒有實質審查權限，到底准不准公務人員退休的權責機關在銓敘部，服務機關根本無權拒絕公務人員退休的申請。如果就形式審查這個部分來看的話，審查認為形式要件不符合作了拒絕的行為，這個行為在高雄高等行政法院的看法認為它是一個事實行為，並不是行政處分。所以在兩件判決裡面，一件認為提課予義務訴訟是不合法，另外一件認為也不能提撤銷訴訟，這兩件的共通的看法都認為應該要提給付訴訟。這兩個高等行政法院有不同的看法。另外再補充一點，就是臺北高等行政法院基本上是針對教職員退休條例的一個裁判，在教職員退休條例跟退休法的規定有點差別，主要在於教職員退休

條例對於教職員退休的申請是「得」申請退休，而退休法是「應」准退休，所以在規定上不太一樣，雖然有這樣的一個差異，但臺北高等行政法院認為得申請退休是賦予公務人員一個退休的權利，並不是機關作為裁量的依據，等於要不要准許退休，不能拿這個來說他有裁量的權限。

此外，從最高行政法院庭長法官聯席會議決議來看，基本上是有關土地法第 219 條規定，因為他的類型和我們今天要討論的類型有一些問題雷同的地方，都是當事人提出申請後經過機關的審核再轉報權責機關作最後的核定，程序上有些雷同，程序上也有共通性，也提供出來給大家作參考。91 年聯席會議決議，我們從它的決議內容來看，雖然是形式的審查，但也是可以作為行政處分的依據，如果是初步審查的結果來提起救濟的話，也可以當作處分機關的認定，這個是有關土地法第 219 條在 91 年最高行政法院庭長法官聯席會議決議的看法。

在 94 年時，高雄高等行法院提了一個行政訴訟法座談會的問題，這個問題基本上大概也是從 91 年聯席會的決議，還有高雄高等法院曾經根據這個決議所作的 91 年度訴字第 779 號判決，這個判決後來是被最高行政法院 94 年度判字第 01679 號判決撤銷，最高行政法院的看法是認為高雄高等行政法院引用原來聯席會議的決議可能有些誤解。也因此 94 年 6 月時高雄高等行政法院有提了這樣一個問題來討論，所提討論的問題他們擬了 3 說，甲說認為應提課予義務訴訟，併提給付訴訟，也就是說把課予義務訴訟跟給付訴訟一併來提出，主要的理由是認為既然有初步的

審查，當然會有審查的權限，權限的範圍當然可以作成處分，當事人如果不服的話應提課予義務訴訟，一併提給付訴訟，由當事人請求該管機關核准後報給權責機關內政部核定。乙說看法是認為應提撤銷訴訟併提給付訴訟，主要是分成兩個部分，一個是形式審查的部分，另外一個是實體審查的部分。形式審查的部分認為是該管機關的權限，當然可以審查，但縣市政府不可以作實體要件的審查，原來核准的機關才有實體審查的權限，如果已經作了審查拒絕後，應提撤銷訴訟，一併請求一般給付訴訟。丙說認為應提一般給付訴訟，這個看法就跟前面我們跟大家報告的高雄高等行政法院兩件判決看法有類似的部分，它主要也是認為權責機關並不在於縣市政府，權責機關在於原來核准徵收的機關，既然不是原來核准徵收的機關，就沒有實質審查的權限，雖然審查之後作了拒絕，但認為這個拒絕非行政處分，所以不能提撤銷或課予義務訴訟，只能提一般給付訴訟。但最高行政法院對於這個法律問題，應該用什麼訴訟程序提起救濟，也提出甲、乙、丙 3 說的看法，我們也一併提出來供大家參考。

至於各機關實務上的困境，可能就是牽涉到經費，也就是預算編列的部分，以及人員調配的問題，雖然規定應准退休有一個審核程序，但在實務上的困境要怎麼處理，又臺北高等行政法院 91 年度裁判裡面提到用誠信原則處理，但除了誠信原則之外，有沒有其他處理的可能，來作為我們處理上的參考，一併就教，以上補充報告。

**主持人：**

我們這裡面有幾個問題，第一個是處分機關的問題，第二個是行政處分或事實行為的問題，還有救濟程序、誠信原則這些問題。我們程序上徵求各位同意，第一輪請各位自由發言，想發言的先舉手，我們也不限定誰先發言，第二輪再進行第一輪沒有講到的，或要補充的。又因為本案議題有一些環環相扣的問題，總合討論比較好。

### **陳教授愛娥：**

我尊重幕僚單位提供的整理，看起來分成三個大問題。首先對於幕僚作業表示敬佩，有很體貼的作法，附了很多判決，下面都還劃了重點，先表示謝謝。首先第一個實質上面的問題，對於公務人員提出退休申請時，服務機關可以作什麼。我們手上有一個退休案件的作業流程，看起來服務機關的人事單位要審查確定退休應適用的相關法規，人事人員確實審核退休事實表、任職證件及有關證明文件。像這樣的審查叫做形式審查，我覺得蠻可疑的，這明明就是在審查公務人員退休的要件，因依照退休法第 4 條退休的要件本來就是任職 5 年以上、年滿 60 歲、任職滿 25 年，並非涉及價值判斷的問題，這是純粹事實認定的問題，所以我並不認為這是形式和實質的區分，而是誰有終局作成最後決定權限的問題。提問說服務機關是否僅能作形式審查？我想如果在安排上面依照退休法施行細則第 22 條提到的退休事實表、任職證件及有關證明文件應先由服務機關人事主管人員確實審核，如跟事實不合或程序不符或證件不足，要分別駁回或通知補正，都已經講到要分別駁回，還說只能形式審查嗎？我是不太能夠理解幾件高雄

高等行政法院的寫法，如果說最後終局的階段不能補正，根本就不符規定，它在那個時候其實就是駁回了。基本上第 1 個問題問說是否僅能作形式審查，抑或可作實質審查，基本上我覺得是被高雄高等行政法院的裁判的說法帶著走，我個人認為這個地方不須如此區分，只是說能夠實質核定他可以退休的最後權限歸屬在銓敘部而已，並不表示前面的審查就叫做形式審查，進而推論形式審查作的決定就不是行政處分，我覺得不是這個樣子。簡單的說，我贊成資料第 31 頁最高行政法院 91 年庭長法官聯席會議裡面提到說法定受理申請機關非無審查的餘地這個結論，後面附的高雄高等行政法院因為有這個最高行政法院的決議，他也就跟著走，雖然是領域不同，但其實在法律的形式上，就如剛才副處長所說的形式上是類似的，卻作了不同的處理，我覺得是沒有道理的。

第二個問題涉及到，服務機關可否以預算或人力調節等事實因素否准公務人員的申請，也就是說有沒有否准自願退休的權限？這個提問我覺得也是不夠精準，應該是說可不可以除了退休法第 4 條乃至於一些施行細則的規定要件以外的理由來否准，如果說他不符退休法第 4 條的規定為理由來否准他的話，他可以啊，但是如果是以預算、人力調節這些不是法定申請自願退休的要件來否准的話，他沒有權力啊，所以講明白就是，我覺得應准退休或得申請退休，這個用語沒有那麼大的差別，法律上都是賦予他申請退休的權利。所以結論是：如果他作了否准的行為，該行為的性質我認為就是行政處分，他就是針對這個事件已經作了單方的決定。既然第一個議題是這樣說，我認為

第二個議題對服務機關所為否准自願退休的行為提起救濟，那個部分是行政處分，這個部分就應該要提撤銷訴訟，但是不能對他提課予義務訴訟，因為服務機關沒有終局核准的權力，仍有義務要轉陳，但是對於前面否准的決定當然還是要撤銷，所以單純提給付訴訟，我覺得也不是辦法，就這個部分只是說他事實上之前作的否准的決定，就這個地方應該要撤銷否准的決定，在撤銷否准的決定以後，服務機關自然就應該依照撤銷決定的意旨而為決定，那個部分其實又進入行政內部的申請流程裡面去，我也不認為這個地方要提給付訴訟。

第三個部分，公務人員假使不能事先告知服務機關擬申請自願退休，俾供未來退休金的安排，臨時提出有無違反誠信原則。老實說，我個人認為顯然提這個問題，是依臺北高等行政法院 91 年度這個判決的說法，這個跟誠實信用原則有什麼關係？就是不符合申請程序，不符合相關規定為理由，而且認為這種情形沒有辦法補正，因為我這個流程，今年退休金的安排，因為照這個流程跑，預算的情形已經是如此，所以這種要件的欠缺是不能補正的，那就駁回了，但是不妨礙他下個年度再來申請，假使他能夠及時的話。我認為這個部分根本沒有必要去提到什麼誠實信用原則。

**林教授明昕：**

基本上我跟陳老師看法有些一樣。在實體法的部分跟陳老師比較一致，在程序法的部分看法有點出入。我覺得我們這個問題其實如果說很多有關單位都在這裡的話，其

實就是我們退休法等法律可能都要修正，可能以前的看法跟現在的看法不一樣，如果我們從退休法第 4 條來看，其實很明顯的就是說希望你趕快退休，所以還會有第 2 項，甚至說他還可以減低，現在有些情況可能不一樣，其實各國也有這個情況，現在歐洲也是希望人家晚一點退休，因為錢不夠發。所以我覺得整個來講，政策面的考慮上是說我們的退休法第 4 條寫得太僵硬，能夠自願退休的條件太簡單，所以產生一些問題，是不是可以說就這些在立法論上改進的話，才為釜底抽薪之道。

基本上我也認為以形式審查、實質審查這樣來區分，非常奇怪，只是說各個機關在他的範圍內作他的審查，此部分我也跟剛剛陳老師的意見完全一樣。那當然我們要注意的是說退休的要件，最主要是退休法第 4 條，那也有可能其他法律，在不同的人或不同情況下有法律的適用，結果就是這個要件以外還會有其他要件，還要再審查法律上的其他要件等等。我這裡要特別強調法律上的要件，一些法律規定的要件。這裡講的法律是國會通過，中央法規標準法所講的法律。我個人一直持的看法是，公務人員跟一般人民不同，雖然我們說那是特別權力關係的看法，但是我覺得你說特別法律關係也可以，不同的領域不同的人，適用對象總是有不同的規範方式，法律保留原則是不是一體適用，我都覺得懷疑。我會講到這點就是說，假定我們退休法以外其他的法律沒有其他要件，是不是就不可以再加以限制公務人員申請自願退休的其他要件，我覺得未必一定要那麼嚴苛，譬如說地方自治條例不可能再另外加某些特定的要件，可能從所謂法律保留原則會覺得說

這樣不行等等，但是我個人的看法是，因為我對公務人員跟國家的關係，並不像一般人民跟國家的關係看法要拉成一致，所以這對於法律保留的要求度，我會比較降低一點點。這也包括除了地方自治條例以外，我還在懷疑可否以既有的行政慣例，或是甚至某些特定的行政規則，對公務人員申請自願退休的要件，再多作一些要求。當然這些可能都值得討論，我是提出這樣的看法，儘量減低因為我們對法律保留原則的嚴格要求，而造成很多東西根本就是做不到，尤其在立法，立法把他修好是最好的，但是在此之前，是不是還有另外解釋的方法，突破種種嚴苛的要求。

再來，否准行為或准許行為，我的看法也是行政處分，可能不會有太大的爭議。所以這是純粹的行政處分，走復審的程序等等。問題是誰是處分機關，這裡又卡到臺灣的法律設計上跟不上時代，明明我們已經有地方制度了，但我想我們臺灣的地方自治，大概都是選舉的那一剎那才出現，等到選完後突然間地方又各歸本位，譬如說各個鄉鎮市或縣市的民政單位，他的上級機關就想到內政部，從來沒有想到其實你的上級機關就是你的縣市首長，上面就沒有上級機關了，上面是監督機關等等，可是我們的法律不管在地方制度法實施後或實施前，我們還是作這種一條鞭的設計，人事等等也是，所以很明顯可以看得出來，土地部分你要送內政部審核，我不知道為什麼，那地方權限在哪裡？而退休銓敘也是要送銓敘部審核，那地方權限要做什麼？其實地方自治就是地方有你的高權，像土地部分，你有所謂的計畫的高權；在人事部分，則有人事高權等等。所謂的勤務主，也就是真正的雇主，那就是地方自治團體，

也就是地方的人事單位、人事機關，他是主要的，其他都是監督作用的，也就是銓敘部這些也都只有監督作用，要懂得這種分權的原則。如果是從這樣的觀點出發的話，我會覺得處分機關就是地方自治團體中作審核的，他就是處分機關。至於銓敘機關，我們可以說是因為中央對地方監督的法律上設計一些措施，譬如說事前審查的機制等等，以這個方式來解套。所以原處分機關就是地方，而中央不是原處分機關，縱使可能他審核的權限很大，他其實是在後面指揮的權限很大，所以整體來講地方才是真正的主角，這是第一個問題點。

第二個問題我跟陳老師看法比較不一樣的，當然這裡可能會有許多爭議，我覺得這裡要提起的訴訟，純粹就是課予義務訴訟，行政訴訟法第 5 條，至於說課予義務訴訟完了後法院要作什麼樣的判決，依照行政訴訟法第 200 條第 3 款，就是當原告申請、起訴有理由的時候，到底要依第 3 款或第 4 款，也就是作成一個確定的行政處分，你就要准許他，或者要作一個所謂的裁決處分，第 4 款的，這個就看個案，看事實認定如何，是否已經成熟等等。或許有人以為銓敘部權限被剝奪了，這個就是多階段行政處分一個特色，在訴訟法上另外有一個設計的方法，就是訴訟參加，而這裡的參加，如果依照德國法的用法就是所謂的必要參加，但我們臺灣所謂的必要參加，跟德國人講的必要參加，臺灣實務講得不一樣，我這裡講的必要參加是行政訴訟法第 42 條的必要參加，不是行政訴訟法第 41 條的那種，我們實務上常在用的行政訴訟法第 42 條，我們可能有些就把他稱為獨立參加的那一種。或許大家想說參加的

話，行政機關明明是行政訴訟法第44條，那我提出的看法是，因為我們參加的設計本來就很混亂，有臺灣民事訴訟法的觀念，加上日本制度，再加上德國制度，才會弄成那麼複雜。行政訴訟法第44條會把行政機關寫在那邊，那是日本法條，但是日本的法條寫那個，德國沒有寫那個，因為德國有所謂公益代理人的制度可以來做這個事情，那日本就沒有這個制度，我們沒有的話，可能也可以用行政訴訟法第44條，就是說那種情況，一般性的機關參加，他機關本身的權利沒有完全受到什麼特別侵害，但是有必要請他來。行政訴訟法第42條的那種參加，看起來沒有寫行政機關，但是所謂的參加人，我們如果講這個機關是代表這個行政主體的話，那今天銓敘部如果要來參加，其實他就是代表中華民國法人的參加，因為今天這裡中華民國法人的權利也受到判決的效力直接所及，所以這裡是屬於必要參加的範疇，銓敘部可以來做必要參加。那必要參加有什麼好處？有，聽審權的保障，就是說銓敘部在這裡權利不會被剝奪掉，他整個可以參加，而且參加效力很高，跟這個必要共同訴訟已經差不多了。然後完了以後這個參加的效力，所謂既判力的問題等等，就一次解決完畢了。這個時候變成訴訟判決的效力，拘束了原處分機關中央，有既判力的效力，這個時候作了一個所謂單純提出課予義務訴訟的話，對人民來講，他一次革命就解決，而我們是因為把這些案子翻出來，才知道原來一個案子要經過這麼多機關審查，但是如果以一般人民來講，其實他根本不知道我一個案子遞了一個單一窗口以後，他後面還有一大串的單位要審查，那要我針對他內部的這些單位一一提出，譬如

說我要先提出撤銷訴訟，把這個駁回我的處分先撤銷掉，然後我還要針對你們裡面是哪一個人嘴巴大，哪一個人不同意，哪一個人死鴨子嘴硬之類的，我要一一提出一般給付訴訟，你要呈給他，然後他要做這些等等，我覺得這個完全違背多階段行政處分這個概念的設計，這個概念的設計是說我看到的是最後作成的結果，至於裡面是你們的事，你們自己去想辦法解決，譬如說地方如果說明明想要讓他退休，或不想讓他退休，他的人事高權就在這裡，那中央銓敘部不同意見等等，這時候怎麼解決？很簡單嘛，就是中央跟地方之間因為監督法律關係產生爭議，這個就是中央跟地方他們自己再去打爭訟就好了，這個跟人民沒有關係，不需要把人民的事情一起牽扯進來，所以我的看法很單純化，就是說提起課予義務訴訟，針對的被告是地方，哪一個機關的人要退休，那個機關就是被告機關，而銓敘部或是後面的各種同意或審核機關，這些都是所謂的我們臺灣行政訴訟法第 42 條的參加，相當於德國必要參加制度，把這個問題一次加以解決，在這一點上我跟陳老師的看法比較不大一樣的。

至於說有違反誠信原則的第三個問題，剛剛陳老師有提到拿一個抽象的原則可能比較不妥等等，那當然這裡如果直接引用我們行政程序法第 8 條，可能也不是很妥當，為什麼呢？因為行政程序法第 8 條的誠信原則講得是行政行為等等，也就是說他拘束的對象主要是行政機關，而不是拘束人民，至於說人民的權利有無濫用這點的話，這裡我的看法是我們不直接用行政程序法第 8 條，但是不是有權利濫用，如果我們行政上已經形成一種慣例，譬如說今

年度準備要退休的人，現在一張調查表發給大家簽，然後你故意不填，之後在形式上看起來還是合法的申請範圍，你突然就說我要退休，我要領退休金，那這個的話，我覺得如果說已經是一種慣例，或者甚至是行政規則，已經有一種內部的一些行政規則，你雖然要申請退休，但是在法律以外有一個這樣的作法，你要配合等等的話，那我覺得公務人員這邊的作法，他本身違反內部的行政規則或者是一些慣例，那這個的話，我也覺得他的申請是有問題的。那當然他要說是違反哪一個原則，這個我一時之間沒想到，只是提出我的個人看法。總而言之，基本上我跟陳老師的見解有些同，有些不同，不同的地方最主要是在第二點訴訟類型的爭議上。

#### **程教授明修：**

其實我剛聽林老師的看法，應該不是只有第二點跟陳老師不同，前面基礎法律關係的認定似乎也有差異。我的初步理解，好像林老師的看法是把它理解為整個自願退休，是一個多階段的法律關係，不過這個多階段的法律關係可能對於原處分機關的認定上也許有一些不同的看法在這裡面。首先我們看到整個退休法的規定，如將退休法第4條及同法施行細則第21條，做一個綜合觀察，當然這個法律規定本身對於自願退休的條件沒有留有餘地，文字上規定得過於僵硬，會使得有些特殊的狀況，像現在因為財政關係而產生的一些退休特殊的考慮因素沒辦法納進去，這當然是立法論上的問題。那如果從解釋論來看，我認為這時候服務機關及銓敘部，他們各自有其權限，從這個法規

的授權來看，服務機關對於要件不符合退休法第 4 條內容的申請案件，他是有否准權限的。就這個否准權限來講，以整個申請程序來說，這個否准決定應該有終結行政程序的功能，所以這個否准決定本身從服務機關的角度來看，是作成一個拒絕的行政處分，但是就整個法規範的解釋來看，就審定的權限，也就是核准的權限，從這個條文來看好像看不出來是給服務機關，而是賦予後階段的銓敘部。就銓敘部在最後作自願申請退休，甚至到命令退休，最後的審定權限是在銓敘部，而服務機關在初審退休法第 4 條要件符合之後，他所作彙轉的動作，我認為那只是程序上內部的行為，一直到彙轉到銓敘部，銓敘部才作最後審定的決定，所以在這邊看到法規範的解釋上，我比較傾向認定最終的處分機關，就審定的那個部分還是銓敘部，當然銓敘部在最後還是有否准的權限，這個否准的權限還是賦予他的，銓敘部所作的決定也可能有行政處分的出現。假如我們是針對服務機關受理申請案件，他對於要件不符合的案件作成不受理或者拒絕彙轉的決定，這個否准的決定本身可以當成行政處分來看，他是可以提起撤銷訴訟，或者是我們這邊作為復審的標的，這個應該是沒有問題。

至於接下來他要提的訴訟類型，有可能還得要結合給付訴訟，因為他要求的是服務機關將他的申請案彙轉到銓敘部，我認為這是一個內部的行政措施，並非行政處分，所以他要求是一個事實行為，除了撤銷訴訟之外，我認為應該要再結合一個一般給付訴訟。那假如是銓敘部最後的審定上他拒絕的話，這個地方才提起課予義務訴訟，要求作成一個核定我退休的行政處分，這個將是單純的課予義

務訴訟。兩個決定上面如果是服務機關所作的決定，跟銓敘部所作的決定，在訴訟類型的選定上也許會有一點差別。在幕僚單位所提出的題綱上面，這個地方只是說服務機關所為的第二點否准自願退休的行為如果不符，那就如我剛才所報告的，我認為這個地方比較傾向撤銷訴訟，然後結合給付訴訟來提起。

至於第三點有關於違反誠信原則，或者是在服務機關審查，銓敘部審定時，可不可以退休法第 4 條以外其他的因素來作為否准，不管是誠信原則也好，或者是其他的法定要件以外的衡量因素加進來，我認為這個作法就違反了法律保留。甚至於如果在施行細則當中作額外的限定，雖然我們在退休法當中有規定，施行細則可以由考試院定之，但是除非我們採取比較寬鬆的明確性原則審查基準，說明從整個法規範的意旨可以推知，有授權考試院制定除了第 4 條以外其他相關限制的這種非常空泛的解釋，否則我認為這裡採取其他額外因素的考量，都是違反這些法律原則。

### **陳教授英鈐：**

以下先簡單說明一下基本問題，再講你們提問的這三個問題。第一個我覺得這個問題基本上是一個法律政策的問題，剛剛林教授講過，不過短期上我覺得這個問題是沒救，但是我記得好像人家學環保法，他是講說以前如果火燒山的時候大家很緊張，那裡失火就趕快拿一桶水要把他澆息，越澆到最後就發現他是自然狀態，到一定程度的時候，你怎麼救也救不了，後來現在他們救火的觀念好像不

一樣，他覺得有的地方要燒，就全部讓他燒掉，他自然再長出來就沒事了。其實我覺得這個問題基本上就是這樣，就是剛剛林教授所講，我們現在退休法就是以前的政策，他鼓勵你早退休，或者是至少任職滿 25 年就退休，可是我們都知道，像現在很嚴重的問題，例如小學老師，像一些以前師專畢業，然後 21、22 歲，他就開始教書，40 幾歲就退休，我還聽說有人不到 50 歲或 50 歲，夫婦兩個小學老師就退休，退休之後沒事做，那做什麼呢？每 3 個月固定長途旅行，因為他說他現在還年輕力壯，他要去很遠、很困難的地方去旅行，每 3 個月就旅行一次，說等他老了之後才要在附近的日本、韓國旅行。就知道這是這個政策造成的，可是在我們現在的體制之下，如果退休法不修改的話，我們現在解釋這些法律，當然有一些法律上的爭執，不過基本上都不會改變那些大盤的方向，不過我覺得長期來看，燒一燒自然這個問題會有救，因為我覺得要修改法律，現在權責在立法院，因為我們都知道現在執政黨在立法院沒有多數，所以立法院都會擋。但現在的情況是，反對黨在各縣市議會也都有壓倒性多數，所以如果通通准的話，這個問題會在反對黨，譬如說臺北縣，他可能就有幾萬人要退休了，他不改不行，我覺得這一定是一個政治問題，他到最後就是一定要這樣解決，不然的話你在這裡怎麼講法律就是這樣規定，你要說什麼裁量權，什麼誠信原則，其實那都擋得了一時，擋不了一世，甚至最後大法官會議解釋也沒輒，大法官不可能把這個作很不同的解釋，至少我看起來他說只要這樣子他就有一個請求權，那你除非還能生出什麼樣其他的原因，當然剛剛林教授有提到說

地方自治條例可不可以作特別規定，但是林教授剛提到，這個問題很難，因為本來我們也不是聯邦國家，我們也沒有地方公務員法，這個問題本來就是說也有一點中央請客、地方買單的味道，因為他沒有作區別，當然過去就是這樣子，過去財政上不會有問題，所以不會有困難，可是現在地方上財政上有困難，如果到最後地方上公務人員要退休的話，你就說地方要編列退休金，他當然編不出來啊，可是從另外一個角度來看，以現在的情況來看，除非我們各地方整個財政收支劃分辦法，像德國那樣有一個平衡機制，即說富有的補助窮的，要不然如果說各地方各訂辦法，我覺得也很可怕，為什麼？因為富有的縣市，譬如說臺北市，他都沒有問題呀；可是很窮的縣市，如果讓他自己訂辦法，他一定訂得讓你很難退休。所以你說以後澎湖、馬祖、臺東，那個地方去哪裡找公務員？所以我覺得這是一個基本的法律政策上的問題。但是再回過頭來，我還是要回答一下主辦單位所提的這幾個問題，其實剛剛他們都有把基本問題講得很清楚，我只是簡單再說明一下。

第一個所謂的各縣市機關如果說申請退休的時候，他可不可以作形式審查還實質審查？那剛剛大家都有提到，我們現在的實務上其實我覺得很奇怪，這也都是不足為訓，因為像你們舉的徵收的情況也是這樣，因為我自己也在內政部當訴願會委員，我就覺得很奇怪，因為我以前也一直看不懂，結果人家去申請徵收，他如果說不准，他就說這是地方的行政處分，他說准了，就說這是內政部的行政處分，那就很奇怪啊，我們遇到這樣的案子很多都要先搞清楚，這個到底是什麼情況，到底要不要轉行政院訴願

會，還是我們自己要受理，這個情況確實跟那個類似，所以我們看到退休法施行細則有這種情況，就是說服務機關要先審查，但事實上我們看他的審查也是這樣子嘛，如果你什麼程序不合、證件不足、事實不符，就把你駁回，說這個是他的行政處分，如果說我有彙轉銓敘部，銓敘部弄一弄說准了，說這個是銓敘部的行政處分，這本來就很奇怪。當然我們知道實務也有法律依據，但我覺得其實立法政策也不應該是如此，當然應該要思考一下是要統一歸銓敘部中央集權，還是說要讓地方自己審定所謂地方的退休條件，那這個要一致。在不一致的情況下，當然退一步從救濟的角度來看，我也是傾向認為說，如果他程序駁回，當然他還是一個行政處分，那你說要怎麼救濟，那應該就是一個所謂的課予義務訴訟，但在這裡我們看實務上這個分工就變成是這樣子，服務機關是先審程序問題，實質問題是銓敘部在審，所以從退休法施行細則第 22 條，如果你要作體例性解釋，服務機關照道理來講他也有一個層轉義務，不然這個體系運轉不起來嘛，對不對？一定是如此，服務機關接到人家申請，他一定要有一個層轉義務，只要他符合這個程序要件，他一定要層轉嘛，所以從這個角度來看，在訴訟法上應該就是要提課予義務訴訟。而課予義務訴訟法院就先審查這個程序上退回，如果用類似的比擬概念，他就是一個程序上的行政處分，就是他對程序要件是否符合作一個行政處分，像我們訴訟上對訴訟要件是否具備，德國說是程序判決，而我們臺灣喜歡說是個裁定，但其實他就是一個程序上的決定，一樣的道理，在這裡應該就是這樣子。那如果說他可以救濟，當然法院也一樣可

以審查，審查之後如果認為程序具備，當然就判決要層轉銓敘部啊，讓銓敘部作實質審理，而銓敘部如認為不符合退休實質要件，按照現在實務上的看法，這個是銓敘部的行政處分，這個時候你要再去告原處分機關就不對了，我剛講過這就是我們現在奧妙的地方，跟我們徵收一樣，很奇怪，我也不曉得怎麼去形容。

最後第三個問題就是，可不可以說以地方退休金不足，不准他退休，如果按照現在法律解釋上，這應該不是理由，我想那個判決也講得很清楚。就好像雖然我們這是公法上法律關係，但至少他有沒有退休請求權都是法律規定的，你有沒有錢是你國家自己要處理的，那我剛講過這應該是立法政策上自己要考量要不要延緩他退休年齡，要不要從所謂的 75 制轉成 85 制的問題，但是如果法律沒有修改，那當然就是應該要准，但是像剛剛我們看到臺北高等行政法院那個判決，那種情況倒是可以，因為行政程序上跟訴訟上都一樣，就是有所謂失權效的問題，也就是說他有規定一些程序上的時間，那你這個時間當然要提出來，你不在這個時間提出來，你事後才說我也要退休，我看人家遊山玩水我也很高興啊，我不曉得退休這麼好，那當然不行啊。我覺得這是不是誠信原則呢？從大帽子上來看是啦，是誠信原則在程序上的表現，只是說那個判決上面把這個講清楚，因為我看我們臺灣在訴訟法上，至少在行政程序法上對這種程序上失權這種概念不是那麼發達，但事實上是有這樣的問題存在，行政機關當然有作業，他就是每年說你要退休要在什麼時間之內提起，你沒有的話，表示今年你在程序上失權，在實體上不表示你就喪失

這個權利，你明年再來啊，就只有這個樣子，但我覺得是可以說你沒有在這個時限上提出來，就不准你今年申請退休，我覺得這個應該是可以的。謝謝。

### 林法官樹埔：

今天這個問題，我剛聆聽各位教授的意見，其實大概沒有什麼歧見，就是這些實務的問題，歧見不大，就是在理論上應不應該適用到其他的法規，是不是還有比較上位的概念來指導這些問題，剛剛程教授已經講了，這是立法政策的問題，在法律沒有更改以前，我們就在這個框框裡面解釋，尤其是我們當法官的，只能就現行法來解釋，受到這個框框的限制，那既然這個問題已經提出來了，在這個地方有三個問題，我們還是要逐項的來把他回應一下。

第一個問題是說形式審查或實質審查，我也贊同陳教授說的，不要分形式或實質，因為這是一般我們傳統上會作這樣的區分，但這樣的區分可能會有語病。像本件討論的問題，就是退休法第4條第1項及其施行細則第22條，其實他的條件就是這兩個，就是審查兩個要件，一個就是年齡，一個是年資，就只有這兩個要件。而這兩個要件，當然也可以作比較深入的審查，不是只有看文件，譬如說照規定是說文件拿出來，任職的文件，退休事實表，照他填的文件拿出來，好像是形式審查，但是法條並沒有限制說你不能再調查下去，也許這個服務機關的人事單位可以就他的年齡，這個年齡也許是譬如說以前在大陸從軍到臺灣來的，有些年齡是有問題，他可以再深入去調查。那年資也是一樣，你這個年資算不算，有沒有中斷的問題，這

是可以作深入的審查的，那這個算是形式審查還是實體審查，應該也很難區分，他就是有這個要件的審查。那剛剛各位教授也都認為服務機關的審查，有退休法施行細則第 22 條的規定，而認為他是行政處分，認為他可以駁回，這個理論上應該是通的，我也贊同這個見解。至於彙轉部分例如高雄高等行政法院那個判決他是針對彙轉，彙轉不是行政處分，是一個事實行為，我想這個大家也沒有爭議。現在就是說這個服務機關能不能就預算或人力調節等事實上因素來否准退休的申請，這個就目前法律解釋的方法來看應該是不行的，因為你就地方自治法或相關法規來看，是沒有這個依據說你還可以用預算這個理由來駁回。那既然其他的法律不能當駁回審查的一個要件，那麼他的性質也是行政處分，所以無論駁回或准許都是行政處分，大家應沒有意見。

至於救濟的程序，剛剛各位教授已經講得很清楚了，看你是對服務機關的，就提起撤銷跟給付訴訟；如果是銓敘部的，就提起課予義務訴訟，這個理論上應該是沒有問題。

第三個問題我現在回應一下，本庭那個見解，其實我是贊同這個結論，因為我們在評議的時候是 3 個法官，我只是當審判長，我不是當承辦人，我們評議的結果，結論是說要駁回，那我也贊同這個結論，以當時的情況依法論法是應該准許，但是考量到地方的財政，那時候我覺得最高的指導原則就是公平原則，因為很多的退休教師，不是只有這個救濟的人，像臺北縣可能就有幾百個，全省加起

來可能幾千個人，一個年度也許有上千個人，那這些人如果沒有來打官司，他就得不到救濟，那來打官司的人就准了，那我覺得這樣不是很公平的現象，而且考量到地方政府的財政，像我們本案的原告，他是考上律師的，他當時也是在外面兼差，又依照被告的答辯來看，他本身也不是很盡責的一個老師，我們後來的結論就是說應該駁回，但是至於這個理由並沒有詳細地去評議，我們那個承辦法官他就寫出了這個理由，他當時為什麼寫這個理由他是兩難，為什麼兩難？因為他不能用剛剛陳教授說的，就用程序不合，你沒有在前 1 年調查的時候提出申請，當時他有想到用這個理由，但是這個理由變的很矛盾，為什麼？因為既然我們在前面已經認為說這是退休人員應有的權益，那時候學校教職人員退休條例第 3 條，跟退休法是類似的規定，他只是說得申請退休跟應准他退休，我們解釋起來是一樣的，那既然應該是准他退休，你就不能考量這個地方財政的狀況，這個不是考量範圍，那既然不是考量範圍，你有沒有在前一年申請這個也不能考量啊，對不對？既然地方財政不能考量的話，你到底有沒有前一年申請，這個也應該不能考量，既然不能考量，你用這個理由把他駁回有點矛盾，所以這個承辦法官就想出了違反誠信原則，權利濫用啦，當然我不是很贊同這個理由，但是想不出其他更好的理由，就是說駁回結論贊同，但是理由要怎麼寫，我是有想到像國外的衡平法院，如果用衡平法院的衡平概念來看，雙方都應該有一個衡平的權利，不是只有行政機關才有誠信原則的適用，如果用衡平法院的觀念來看，這個老師他自己也是有過失，也許他不是故意，但是他有過

失，他前一年沒有提出申請，他自己本身就有過失，但是這個要用什麼理論來把他合理化，說你自己有過失，還可以得到退休的權利，要怎麼樣把他說理說得很完全。這個判決是有缺失，我個人覺得也是有點勉強，因為這個用起來不是那麼的周全，且因為時間有限，我想請各位指教。

### 王法官碧芳：

看到退休法及其施行細則才發現，我們關於退休法令訂得很不完整，包括說到底這個權限是屬於誰的，是放在施行細則裡面來規定，而且將權限分成兩段，前面有一個形式審查或是說書面審查，然後還有一個銓敘部的審定權限。呼應陳英鈴教授剛講的，本來保訓會是說他山之石可以攻錯，把徵收的問題拿出來參考，其實這個徵收所謂形式審查跟實質審查的這個理論，在徵收實務上，其實自己就造成像陳教授剛才所說的一個非常困擾的問題。事實上到底什麼是程序問題，什麼是實體上的問題，最高行政法院的座談會是解決了一些問題，但有時候這個問題怎麼樣去定性，今天行政機關自己做了這樣一個分工，司法機關也同意他們做這樣的分工，但是人民關心的是他的訴求能不能滿足。話講回來，我剛發現各位教授都把問題侷限在說，今天行政機關給的是什麼，給的是一個駁回的行政處分，所以人民必須要打撤銷訴訟，或是充其量打一個課予義務訴訟，然後這個課予義務訴訟，被告是誰呢？被告也不過就是縣市政府，是這個程式上駁回申請的縣市政府。但是我們要看，人民要的是什麼？就是這個公務員要的是什麼？我不是要你把我的程序審一審，也不是要給我彙轉，

我要的不僅是這樣，我要的是什麼？我要的是我的退休得到准許。所以我個人覺得這個問題，是不是應把他看得大一點，今天這個問題應該被訴求的機關是誰，應該是銓敘部，因為銓敘部有審定的權利，至於縣市機關在前面替銓敘部做一些程式上要件審查，例如證件上的審查，這個怎麼樣去定位，這是另外一個問題，只是幫銓敘部做一部分事情，重點是說呢，今天是縣市機關把公務員的退休申請案件自己把他壓下來了，或是自己用一些理由不准，根本不拿給銓敘部審定，是這樣一個問題，在此情形下，我們從行政訴訟法第 5 條來看，人民已經依法提出申請之後，按照權限規定，是行政機關權限的部分自可以審查，剩下沒有權限的部分，就應該層轉，為什麼給人民一個否准的行政處分，還要人民去打撤銷訴訟或課予義務訴訟，你不替我層轉，還要人民再打一個給付訴訟去請縣市政府層轉，層轉之後還要再看銓敘部怎麼做，銓敘部如果又不准的話，人民還要再打一個課予義務訴訟，人民有沒有辦法承受那麼多的程序，是不是給他一個比較簡便的、簡單的，看人民要什麼，我就從實體上最終要的訴求，給人民一個比較適合的審理。所以基本上來講，如果在沒有層轉的情況下，是不是說直接就是一個復審的問題出來，就是相當於訴願的問題出來，因為銓敘部就是沒有作成一個核准的行政處分，當然這可能是縣市政府就擋在前面，銓敘部連看都沒有看到這個申請案件，但事實上這個依法申請案件是銓敘部才有權限作成的決定，是不是可以認為銓敘部怠於為行政處分，這個時候看復審機關怎麼去處理這樣一件事情，然後復審機關是不是命銓敘部必須要來處理這件事

情，而不是說讓人民還要再打一個給付訴訟，請縣市機關把案件轉到銓敘部，再讓銓敘部來處理一次，這是程序上我的一些想法。至於實體上的理由我也是很贊成陳教授剛剛的講法，這就是一個問題，就是如果我們用法律以外的理由去講的話，那真的很難自圓其說，去替行政機關想了一堆理由，其實只是去傷害司法上的威信，我覺得說基本上如果行政機關之行政處分作法律以外的考量的話，就把他撤銷，以後判命准許，那這個問題，燒到一個程度以後就不會再燒了，那如果只是替行政機關找理由的話，我想說這是會把司法威信賠進去。謝謝。

### **劉法官鑫楨：**

剛才聆聽了各位的高見，這個問題類似日本學者在探討行政處分定義這個概念到底要放大還是縮小，其牽涉到行政處分的要件，行政處分的無效情形，是不是有一種欠缺事務權限的問題，如果欠缺的時候，這個無效是不是對外直接發生法律效果，如果不發生法律效果，在行政處分的要件上就不構成，就欠缺，就不該當，那不該當的話，是不是還是行政處分，無效行政處分是不是還是行政處分，這個問題就在這裡。在最高行政法院從行政法院開始，延續下來，就是在於行政處分跟非行政處分之間的分界，如何釐清的問題。行政機關欠缺事務權限而作出來的一個處置，不直接把他認為是無效的行政處分，而用一個觀念通知來處理，那就是以非行政處分來處理，就是說在實務上有以一個無效的行政處分，其因欠缺事務權限，遁入了非行政處分，以觀念通知來處理。所以這部分也就是說一

個無效的行政處分遁入觀念通知。

我們再回過頭來，如果沒有經過授權而違背法規的專屬管轄規定，或者欠缺事務管轄的問題，到底如何處置，認為行政處分無效，或者是觀念通知而非行政處分，承辦單位提供的相關法規裡面，退休法施行細則第 22 條，應該是一個授權的規定，行政程序法第 15 條規定在這裡是委任或委託，根據兩個性質不一樣會有兩個不同的結果出來。王法官提到人民要什麼，就給什麼，事實上，有時候過度的闡釋會越過界限，就例如民事訴訟，當事人只要提起確認債權 100 萬元存在就好，他不要直接請求給付，那你說他這個訴訟就欠缺訴之利益，欠缺權利保護的必要，把他堵住嗎？還是可以確認，只要確認了就好了，確認他欠 100 萬元就好了，為什麼一定要訴請他給付 100 萬元？下級審行政法院審查範圍，到底界限在哪裡？有人說不要分程序或是實體？我想不管如何，實證法上面都存在的，高等行政法院也好，最高行政法院也好，上訴不合法總是程序問題，不會說將上訴逾期之上訴不合法，說是實體問題，實體跟程序之間，不管如何，只要實證法存在都有這個程序跟實體的問題，一定要去處理他。只不過是劃分的困難，僅以既然劃分困難就不要劃分，這部分也是值得大家探討的。

審查這個圖表裡面有一個問題要提出來，就是說下級機關也就是服務機關，被授權的範圍，他能夠審查的範圍是多大？那麼他能審查的，審查過以後，還有什麼地方留給銓敘部審定？若兩個範圍完全一致的時候，那就可能真

的程序跟實體很難劃分了，剛才林明昕教授提到一個課予義務訴訟的被告，以服務機關作為被告，但是授權給服務機關的法規裡面沒有審核權，也就是最後的核定權力，那麼你要列他作被告，我不敢說他 100% 一定敗訴，至少 90% 敗訴，因為當事人就不適格，他沒有那個權限，如何命他課予義務訴訟？除非施行細則第 22 條再把他擴大權限，說他有權限可以審定，否則的話，下放的權力有沒有那麼大？有沒有最後的審定權？那沒有的話，我想要將他列為被告，然後由銓敘部作為參加人，那麼是不是就等於當事人的定位，到底是要命參加人作成行政處分？還是要命被告機關作成行政處分？那麼最後決定權方面的決定就是要有權限的。至於多階段行政處分，我想如果是多階段行政處分，那他否准了還有下個階段嗎？就是說服務機關他有沒有最後階段？他只有檢送上去，只是一個內部的流程，是不是預備性質的行政措施？或者如果他作出否准的話，他也算是最後的決定？它否准的話，銓敘部須不須要再一個否准？所以如果說是多階段行政處分，是不是各階段都存在一個行政處分？我想前提是不是這樣？多階段行政處分是不是有兩個以上的行政處分存在，才有發揮這個多階段行政處分的理論？類似預備性的審查，根本沒有對外發生法律效果，他如果說這個文件夠，他把他轉上去了，發不發生一個法律效果？那麼我想自然法跟實證法還有一個社會法學，我想不須要去定位貴會是否從實證法出發，貴會裡面要的是法律見解，而不是要修法的草案，可能是這個方向。

在社會法學的實踐中去解決具體的問題，剛才提到很

多理論，對當事人來講最有利的是什麼？是不是行政處分的顯名主義？你說到底下級是徵收處分機關？還是內政部是徵收處分機關？我想對老百姓、當事人來講，最容易的識別方法，就是他收到哪個機關的公文，他就以那個機關作為當事人（訴訟的對象），是最簡易的。如果探討說下級機關是不是經內政部授權的，或是內政部才是最後決定機關，那我想他必須具備可能比你我的法律素養都要高，現在最困擾的是我們把各行政機關作為被告，所以在列誰為被告並非一件很容易的事，到底是委任關係？還是委託關係？那被告會不一樣，對不對？那因為現實的實證法是這樣設計，所以我想不管在過程中是怎麼達到剛才王法官所說司法是怎麼樣能夠達到保護人民的訴訟權部分，而不要在程序就把他阻隔在法院的門外。

此外，就失權的程序，失權的部分，剛陳教授提到失權的問題，我想這部分我也提供一些資料給陳教授參考。在稅捐的部分，有關失權效果的規定很多，例如關稅法規定在幾個月內要申請退稅或免稅等等，這些都會發生失權的效果，我們國內公法還有很多規定失權的部分，學者可能對這部分探討不是很多，所以陳教授說我們這部分是缺乏的。關於訴訟類型的問題，就目前的現況來講的話，如果是由縣政府已經對外作成決定否准的部分，個人還是贊成說一個撤銷的處分跟著一個給付的訴訟，兩個是合併在一起，那如果是銓敘部作一個審定否准的時候，是不是要一個撤銷訴訟在前面，跟一個課予義務訴訟在後面？這部分有人主張，我也曾經在座談會主張過說，要的是課予義務訴訟的目的，否准的行政處分即使不撤銷也無關緊要，

後面的處分就會變更前面否准的部分，所以個人也曾經為了這個問題，提出選擇訴訟類型錯誤的風險理論，選擇錯誤會造成當事人（原告）敗訴，這個風險要由誰來負擔？所以個人主張以預備之訴方式，來分擔當事人選擇訴訟類型錯誤時候的風險，下級審法院如果闡明錯誤的時候，這也是他闡明錯誤訴訟類型風險的存在，所以這部分儘可能不要風險，這部分是高技術性的，風險由當事人承擔，個人不贊成。另外一個問題就比較政治性的問題，就是公務員退休的問題，公務人員、人民有任公職的權利，有沒有不任公職的自主權？有沒有任公職的義務？因為機關需要，或者人力不足，有繼續要他任公職的義務，那麼是不是除非有這個行政契約，他放棄了不任公職的自主權，我想這還是存在的，就像我們剛入訓練所就必須寫一個，或陽明醫學院公費生也寫了一個，就是必須要任公職多少年才能夠准離職。以上就這幾個問題發表我個人的看法。

### **劉副主委宗德：**

今天的這幾個問題，事實上如劉法官所講的，他不是一個新的議題，是都會碰到的議題。教育部的訴願會在多年前，第一次碰到教師退休的問題，是臺北縣的案例，教育部的訴願會非常的果敢，就把臺北縣政府否准的部分給撤掉了，也就是希望能如願的讓教師退休，這樣的一個訴願決定對訴願人、即受處分人有利，所以這個案子最後總算突破了，從此之後就像一道洪水一樣，有關直轄市、縣市政府的退休案件，包括公務員跟教師，大概就一發不可止。這裡雖然提到公務員的退休，其實教師也有退休條例，

它是用特別法訂出來的，同樣的也會有行政處分的問題。這幾個問題可能基本上跟劉法官的高見會比較接近，我也是從考績的這部分切入，多階段的處分到底在這個案子能不能用，我們都知道考績有考績委員會，作出來之後以首長的名義再送銓敘部，銓敘部審定之後要再回到所謂的服務機關，這幾道程序在哪裡會發生外部的效果，能夠讓受考人去救濟，我認為在這麼短的程序當中不須要借用多階段行政處分，所以我對於多階段行政處分，雖然不到深惡痛絕的狀況，但是覺得在國內有點濫用，從開始的出入境管理，即因欠稅而被限制出入境，到後來彭大法官在最高行政法院的時候，在考績用了多階段行政處分，但是我立刻在法官受訓班上提出一些反論，後來也收在彙編裡面，所以今天這個案子，到底能不能用多階段處分，我們先從括弧一來看，就是服務機關不管是年數，或是形式要件，服務的證明文件，既然他要審核，如同剛才劉法官所講的，我們先從法律的條文來瞭解立法者，到底他制度形成的意旨到哪裡？我個人單單從「審核」這兩個字，我就推定他不是行政處分。換言之，也只能夠作形式的審查，還沒有到實質審查的授權，所以也絕對不能用預算、人力等等來作否准，初步看來，如果從審核這兩個字來看，應該要得到這樣的結論。事實上在這4個月來，我在現在這個借調機關，大概批過上萬件公文，可以看得出來，組織的法規也好，或者其他的作用法也好，都有一大堆的審核，或者是核准等，不過只要看到「核」的話，我都會認為他是內部的行為。在日本的最高法院也有這樣的一個案例，就是新幹線要興建的時候，興建計畫就由興建的公團，這個公

團被解為公法人，然後報給運輸大臣，要建設新幹線這樣的一個行為，由運輸大臣作一個決定，被認為是內部行為。另外，我們可以知道在國內的案例，像大學的招生簡章或考試簡章，都要報主管機關或是監督機關的各級教育行政機關核定，報教育部核定，我也在多次見解中認為還是內部行為，現在這種簡章、計畫要報核定，大概幾乎沒有外部效果，也就是產生憲法第 16 條救濟的處分效果。我在 1985 年，民國 74 年回臺，那 10 年基本上是舊制，所以大概作這樣的處理，也就是說，舊制的退休金是由公務預算填充，不管是中央或地方的公務員。所以我覺得不公平，因為地方政府事實上有編列預算，那為什麼在法律上只給他證件的審核權，我想如果追根究底的話，應該要修正法律，也就是讓他們共享這樣的決定權，如果這樣的話，剛才我個人的那個淺見或許可以變更，也就是他不再是形式的「審核」，所以我是從目前立法者制度形成的空間，大概沒有想到要讓地方政府，或是服務機關有所謂實質決定權，所以這裡是用「審核」。但是從條文來看，這是不對的，或許將來立法者應該變更制度的形成，也讓服務機關或地方政府有所謂雙向的決定權，來跟銓敘部共享審定權，我想這個是可行的，以上是針對解釋論與立法論。

我在日本的指導教授，他在我們留學的時候，或者在跟他的學生上課的時候，一再叮嚀我們，在碰到這種實務的案件，一定要先闡明自己的立論，到底是解釋論還是立法論，解釋論和立法論會有不同的結果，所以，我在解釋論上認為，審核大概不是行政處分，但是在立法論上，希望改為跟銓敘部有共享行政處分的可能。如果是這樣一個

立論，那後面就不用講了，就是對於服務機關如果是初步審核就把申請退休案弄掉的話，這個部分怎麼樣來救濟？坦白說是非常頭痛的，這個部分就要回歸到保障法第 25 條，所謂保障法上的行政處分，有沒有必要跟訴願法上的行政處分長的一模一樣？因為保障法的處分是添加的，我們都知道從司法院釋字第 187 號解釋作到第 338 號解釋時候，保障法差不多就告底定了，之後保障法大概就出來了，所以我初步的看法，保障法第 25 條的行政處分，或許可以比訴願法第 3 條，或行政程序法第 92 條的行政處分還要來得廣一點，這完全是政策的問題。所以我不認為審核是訴願法上的行政處分、行政訴訟法上的行政處分，但或許可以是保障法第 25 條的行政處分，這個案子就可以進來了，也就是對於當事人來講，他已經是一個公權力的措施，雖然是一個預備性的措施，但事實上他的效果在這裡就結束了，所以劉法官才會批判說，根本不須要用到多階段處分，因為後半段的銓敘部根本無從表示意見，所以在形式審核的時候，就讓他發生外部效果來保訓會救濟。我個人認為只要保訓會作出決議，說這就是保障法第 25 條的行政處分，我想這事實上是可行的，因為它跟制度形成的空間沒有關係，只要讓實質上的效果能夠有所救濟，所以我想第二個問題，如果是服務機關把他否准掉了，雖然我在第一個前提上認為這個審核只能作形式的審核，所以無從來作這樣的處理，但我還是願意擴大所謂的保障法復審標的的行政處分，認為他或許還是保障法第 25 條的行政處分。那如果這一關又做了的話，那下去就麻煩了，上次在跟劉法官為首的幾位法官座談的時候，我特別提到入口跟出口的

問題，就是縱然保訓會願意受理這樣的一個復審事件，把他當作行政處分，但是保訓會作成復審駁回之後，他的出口要重新再進入到法院，那行政法院不一定會受理，在入口審理訴訟起訴要件的時候，他說不定還是認為不是行政處分，所以有時貴會雖然善意的認為是復審標的，是行政處分，除非作出所謂撤銷原來的處分，那還有可能；如果還是復審駁回的話，那麼行政法院對於起訴要件，行政訴訟法第 4 條撤銷訴訟的標的，或者第 5 條課予義務之訴的標的，大概沒有什麼可以疑問的。所以如同剛才法官所講的，如果復審駁回，很顯見的恐怕各級法院包括最高行政法院跟 3 個高等行政法院，除非他們的見解已經得到了法律問題探討的一致，認為這樣是行政處分，否則那個入口還是不可測的。

所以我想我們今天不只是純粹就解釋論，恐怕還要做立法論，當然批判判決也不是壞事，我們也希望能夠在裁判實務上，針對這樣的一個 issue，我不太能夠接受說各庭有各庭不同的見解，或是各個行政法院有不同的見解，事實上應該是要放在法律問題會上去作確認，只要那邊能夠統一，說好既然保訓會能夠針對形式審查這部分的審核認為是行政處分，行政法院就願意當作撤銷訴訟的標的，我想這個問題就解決了，也就是讓行政法院去審查這一個審核，到底程序有沒有周延，有沒有誤認事實，這個部分還是要審的，不是說服務機關說的就算，所以我想我初步的看法，雖然不一定是所謂的訴願法、行政訴訟法上的實質意義的行政處分，但是他在公權力的內容上，應該可以被保訓會接受為復審標的的行政處分，然後如果再能夠透過

行政法院庭長法官的問題研習，確認他就是所謂的復審標的，就有可能變成撤銷訴訟標的的話，那麼如同司法院釋字第 384 號解釋所講，他有沒有所謂的不經過正當的程序，他有沒有誤認事實、動機不正，如果這些都是可以造成撤銷原來的審核，我想當事人是有救濟的，所以我也不認為馬上就可以進入到所謂的課予義務之訴等。

那現在最後的一個問題，就是到底銓敘部的審定是怎麼樣？因為這裡的審定完了以後還要退回給服務機關，服務機關再把結果轉發退休核定函，這個部分跟考績不太一樣，也就是退休核定函基本上是在銓敘部就作了，所以如果根據剛才劉法官的道理，就是用顯名主義的話，公務員他拿到了這個肯定他的行政處分，他當然不會有爭議，但是麻煩就在於退休審定函裡面還有金額，如果涉及到這個金額不正確，那麼既然這個審定函是用所謂的銓敘部的名義作出來，那服務機關的轉發只是過水而已，他根本是公法上的事實行為，沒有任何的意涵，公務人員收受之後如果發現這個金額錯了，要不要再經由所謂的審定機關銓敘部再去打訴願，還是說銓敘部的審定函也是所謂的復審的標的，這個我沒有意見，因為坦白說銓敘部跟保訓會，如果說他們是擇一的話，那這個審定下來之後，要不要再重打所謂的復審，跟重打撤銷訴訟，我是比較保留的，我認為就把他當作給付訴訟的標的，再把不夠的那個部分，用行政訴訟法第 8 條就可以了，不必要勉強，因為他已經是對等當事人了，不需要再把這個審定當作是行政處分來看待，那麼這樣也可以解決剛才王法官說再三再四的讓退休公務人員無所適從的話，那麼這個審定函的內容，如果認

為是金額不夠而已，我個人比較淺顯的立場，認為不須要再經過不管是復審還是訴願，也不必再經過撤銷訴訟，也不必再有課予義務之訴了，可以直接依行政訴訟法第 8 條提起救濟，把不夠的部分要回來，那這樣一個公法上法律關係的給付訴訟，似乎可以被行政院所接受，這樣的一個訴訟類型選擇錯誤的風險，我想如果法官願意積極行使闡明權的話，原告的律師也能夠腦筋精到可以有預備聲明，我想大概是不會有這些缺失才對。

最後還有就是誠信原則，坦白說雖然是林法官這邊做出來的，包括關法官、包括曹法官，大家都非常熟悉，我不敢置喙批判說這樣的一個見解當時怎麼樣生出來的，我也不敢說他對或不對，但是話說回來，國家要人民誠信，我想這似乎是比較顛倒過來的，一般來講都會是人民要國家誠信，人民要對國家來主張信賴保護，那國家能不能卸下他公法人的面貌，說我站在衡平法的立場，我也要相對人的人民你要早點告知我，我想這個說法會比較特殊。剛才林法官也提出來，當時是被逼迫之下，可能作出來的這樣的一個結論。那麼日本法怎麼解決呢？很簡單，就是如果真的是預算的問題，他就會用類似統治行為的概念，說他是一個高權的行為，是不可來作審查的，所以這個部分原告應該還是會敗訴，就是到了法院去的話，原告可能還是會敗訴，也就是他的自由裁量空間在日本是非常大的，日本政府應該是非常保守的，所以縱然沒有用到誠信原則，去斤斤計較他有沒有在前一年提出申請的手續上的問題，日本的法院大概也會保守到用裁量的空間，認為這個部分服務機關也好，或者人事機關也好，應該有這樣的一

個裁量的範圍。今年他的預算能夠讓幾位來退休，然後他會有退休順序的訂定，所以這個部分可能原告還會敗訴，但是可能在日本的判決上，應該不會用到所謂的誠信原則才對，應該還是會用裁量空間形成這樣的理論才對。

### **陳教授愛娥：**

基本上我曾經說學者的意見是僅供參考，因為本來就是各機關的權責，通常我都不會太固執，說我的意見一定要被採取。但是我覺得有一些意見我還是要再補充說明，只是更清楚表達想法而已。第一輪的發言向來我都不喜歡講太長，有些可能不夠精準的部分，我說一下。

第一個，針對林明昕老師說的，是不是一定要法律保留，我想公務人員退休的要件應該要法律保留，而且大法官也明白的承認，關於這部分是人民任公職裡面的重要權利。

其次，我認為這個地方甚至牽涉的不是法律保留原則，而是法律優越原則的問題。如果退休法已經這樣規定，你可以透過地方自治條例去作跟他的意旨不符合的規定嗎？如果是這樣的情形，基本上就不是法律保留原則的問題，而是地方自治條例再進一步去侷限、去限縮；其實在中央的法律裡面已經這樣規定，所以這不是說法律保留原則應該從嚴還是從寬適用的問題，是我們中央法律本身的意旨是不是就是這樣？如果是這樣子的話，就不容許地方自治條例去突破中央的法律規定，除非他被認定是違憲侵害了地方自治權，那個部分也要經過大法官解釋認定了以後，才可以這樣操作。我經常被批評是嚴格的法釋義學者，

但是我想在行政機關也好，在司法機關也好，尤其在我國，我認為嚴格的法釋義學是有很重大的必要性，相較於其他國家，就這點其實我也是要對林法官表示抱歉，我這個人很魯莽，我也不管這是誰作的裁判，就這樣子講了，但我還是要說誠實信用原則這樣子用法是不好的。這不只是剛才劉老師說的，國家去跟人民說你這樣申請違反誠信，並不妥當的問題。但是申請的時間可不可以當作理由，我認為是可以的，這個部分跟誠信原則無關，他主張、行使他的權利，也還是要依照相關的規範，讓這個部分永續可行，雖然涉及的是教師的部分，但是我們退休法施行細則裡面，其實就有提到程序不合或證件不足，可以分別駁回或通知補正，相關程序的進一步細緻化的要求，我認為這個部分施行細則如果不那麼細緻，像林明昕老師所說的，不那麼嚴格的法律保留原則的話，我認為這個部分是可以進一步作規定的。因為這個地方只是作程序的安排，而不是涉及到實質上面限制他的權利有無的問題，所以就這個地方以程序不合，而且又不能補正，因為時間過了為理由來駁回他，我覺得無論如何都比誠信原則好，因為至少比較明確，讓人家可以知道說這個標準是在這個地方，但你用誠信原則以後，就不知道在什麼時候拿出誠信原則來用。上次臺北高等行政法院認為ETC甄審決定違反公益原則來廢棄其決定，我後來寫了一篇文章批評這個判決，林明鏘老師好像也寫了，我跟林明鏘老師在很多意見上都不一樣，但是在這一點意見上我們一樣，就是說那麼魯莽地去用一個原則，然後否定法的整個制度的設計，這是不對的，所以我對這部分會特別強調，是基於這樣的原因。

另外關於是不是行政處分這一點，很抱歉，我不會看到審核這兩個字，就認為不是行政處分，他是有終局的決定，這回到行政程序法第 92 條的規定，單方高權的決定而且直接對外發生法律效果，是直接對人民就發生法律效果，不待進一步的作為。我也不贊成劉老師說的雖然不是行政處分，但是在保障法把他當作是行政處分，至於到了法院他要不要當作行政處分那就再看情況。這樣不是辦法，行政處分的概念還是要一貫，在開放復審程序後，復審決定就該被當作是訴願決定，讓人民可以理解，這是整套的思考方式。至於說要不要提撤銷訴訟連帶給付訴訟，我沒有那麼堅持，但是我的想法是說，要讓他那麼快進行政法院嗎？因為如果我們講說撤銷他否准的行政處分，然後告訴他說你不可以用這個理由，你就是審查這樣的部分，假使他一切要件都符合的話，那他也就自然的彙轉，那這內部的行為就作過去了，因為撤銷的部分是在處理復審程序的機關作，但是要命他有義務這樣子做，變成給付訴訟在行政法院，這個程序到底要怎樣搞法？我很疑慮。所以我覺得撤銷就好了，尤其是保訓會作的決定，撤銷以後告訴他你應該照程序這樣做，然後他就轉過去就好了；弄成兩邊進程序，我覺得會變得非常複雜又困難，而且兩邊的決定如果不一樣，那不是很糟糕嗎？所以也是回應剛才王法官的說法，基本上不要讓人民覺得太複雜又太困難，而且也不要太懷疑行政機關，就是我把他撤銷了，他會不會還是不做？會不會這麼惡劣？如果要這樣子懷疑的話，這個事情要流暢就會很困難，而且最重要的就是說如果這樣子弄，因為有兩個不同的機關，如果是在同一個法

院就算了，但是在不同的，一個是在保訓會來審查要不要撤銷，但是該不該命他核轉那個部分又是行政法院給付訴訟，這樣作法又徒增實務上面的困擾，這個部分可能要考量進去，但是我不是堅持我的意見，我只是說我把我的意見再講清楚，決定機關在保訓會這邊，所以其實王法官也不用困擾說我們學者意見那麼多，沒有關係，僅供參考。

### **林教授明昕：**

我想剛剛我的意見，我只再講我的課予義務訴訟這一點，至於剛剛陳老師這邊的指教我也覺得對，但是我剛可能沒有講清楚，我剛講的也是說，強調法律保留原則是程序上，因為我們的法條實體上就規定兩個要件，而且剛剛陳老師也提到這兩個要件都沒有什麼評價，大概都是客觀事實認定的問題，那我也不會想說這個地方自治條例再去多訂一個實體要件等等，但是在程序上我們訂一個法律上沒有的，這個施行細則也沒有說我們多久以前要先提出來，你不要突然間明天要截止了，拿出來說後天就要跟我拿錢，我一直要強調的是，尤其是針對公務人員，有沒有一定要嚴格到每個法律，交兩張照片也要法律保留，像這種的話有什麼意義呢，這些東西大概就是讓一些已經有的行政規則去處理，我覺得是可以的。

我要講的是第二點的問題，他是不是行政處分，我這點可能跟陳老師也是一模一樣就是行政處分。至於多階段行政處分有沒有連否准都要每個機關都說 No，那這樣從來沒有一個行政處分可以作成，是也要全部都講是，不對也要全部都講不對，這個不是這樣的。所謂多階段行政處分

大部分的情況是在講說，你要經過最後作成說 Yes 的時候，至少要經過有權的機關都是同意的，或者都是許可的等等。至於說否准的情況之下，就要看情況，因為各個機關都有權限，所以這個否准的可能是來自於第一，你的一開始的入口單位就已經說不對了，都已經不給你了。至於另外一種情況是說，入口單位說 OK，但是可能到這裡銓敘部說不 OK，或者還有什麼其他單位說不行。所以，所謂多階段行政處分講的是說，最後同意的時候至少要經過這些單位的同意，這是我的理解，這點的話可能跟剛剛劉法官的看法不一樣。

那我特別這裡為什麼要提出課予義務訴訟？這個正好是呼應我學姊，學姊特別提到說要讓人民他打訴訟打得容易，所以我才會反對說先撤銷，再提起一般給付訴訟或怎麼樣，然後讓人民去看那些各行各業的法規範，不知道誰是真正的權力單位、管轄單位等等，很複雜，所以才會創造多階段行政處分，也其實正好跟剛劉法官的看法一樣，就顯名主義，最後你看書面是誰做的，這對人民來講是判別最容易的。那你裡邊有一堆的單位在處理，是你們自己去處理，我就是針對這個提起救濟，我認為這裡不管是否准也好，或者真正准也好，全部原處分機關就是地方，這就是我的看法，所以這裡也不會有劉法官講的當事人不適格的情況，雖然說法條上看起來權限什麼，這是法條解釋問題，何況什麼叫程序？什麼叫實質的審查？這剛剛大家也有不同的意見，這些條文的設計轉來轉去，那到底權是在誰那裡呢？連當事機關也不知道，是銓敘部的權比較大一點，還是各地方的權比較大一點，這個從法條上我個人

認為都不是很清楚。所以我會比較主張的就是說，像這種情況切開觀察，行政的那邊，所謂的 *Verwaltungsinterne*，全部他們行政內部的事情，你們自己有幾個機關幾個主體你們自己去解決，你們自己再想辦法打官司，或用監督協調的機制，從我人民這邊看出來，原處分機關就是地方。當然這裡或許會跟實務不一樣，原處分機關後來可能是銓敘部也不一定，就是說認定的有所不同，那我個人為什麼會比較堅持原處分機關是地方，因為第一我從條文當中看不出來這個權絕對是銓敘部的，地方完全沒有自治的權力，我地方用人、我的財政、我的人事高權，我地方自治在作假的？那這樣就不要地方自治啦，就全部都歸零就好了，歸為以前中央地方全部一體的。從這個觀點來看，除非法律上很明白的說明了，這個權是中央的，地方在這裡真的只是一個收發處，你文到我審完以後，照片有了，我幫你送，除非看得出來是這點，否則的話，我認定他就是也有權限的機關，然後裡面他們怎麼分工，那是另外一回事。在這種情況下，因為又是有地方自治保障，所以這些高權我都是推定給地方的，所以我才會認定原處分機關是地方。

那如果是這樣認定的話，我就很清楚的跟剛剛王法官提的一樣，我人民就是你給我撤銷、駁回什麼，我都不管，我就是要我退休這件事情，所以我提起課予義務訴訟，然後我對準我的顯名單位就是地方，你就是被告。那行政訴訟法上的必要參加，尤其參加這個觀念，絕對不能用民事訴訟的參加，因為這個權利義務的關係完全不同，在民事訴訟法上他們講當事人，參加的通常都是當事人之一，

但是在德國的設計上，參加的當事人分主當事人及其他的，參加人也是。我要強調的是在行政訴訟法上，參加人的地位和所做得的事情、地位高很多，他取代了民事訴訟上的類似必要共同訴訟這類東西，這類東西因在行政訴訟法上原本就少見，所以全部都用所謂必要參加，也就是我們現在臺灣常用的訴願法第42條把他包括進來，所以讓銓敘部，或其他徵收問題內政部全部來做參加的話，這邊有點三方當事人的觀念。其實日本民事訴訟主參加訴訟廢除了，多了獨立參加制度，我們臺灣雖然沒有，但像駱永家老師等人也常常介紹，所謂獨立參加也就是說在某種特殊情況事件要變成三方訴訟，不再是二造的，而是三造以上。以我個人觀察，在德國的必要參加，多少已有到類似的情況，這樣就可以克服到底誰是權利人，內部不清楚，但會不會因我不知道管轄變成我在訴訟上無法攻擊防禦，最後被做了一個沒有聽審權的裁判，這就是參加制度的要義。這是我特別要提出來，第一：用課予義務訴訟，一次解決，全部你們裡面要怎麼處理不管，參加大家都來，一起討論，這是法院這邊，保訓會這邊，課予義務訴訟是要提訴願，所以保訓會這邊是要提復審，那復審有無參加？訴願有沒有參加？有，臺灣訴願法是有規定，雖有被批評，但被批評的是別的問題，而不是設計要不要參加，德國沒有獨立的訴願法，但他們有沒有參加？有，因準用行政程序法的結果，普通參加、必要參加都有進來，所以在訴願程序及保訓會復審程序都有參加可以用，剛剛程老師說到了重點，實務上怎麼做的問題，因訴願會一般很少會做成課予義務的訴願決定或復審決定，有時行政機關被撤銷後，以

前不知道，至少現在知道問題出在哪，在被撤銷後，完全歸零的狀態下，就好像案子沒有遞進來沒被駁回下，他會再去重行做一個適當的處理，我的意思是縱使在訴訟上我提倡課予義務訴訟，但在訴願的決定上，當事人為了要提起課予義務訴訟而提起訴願或提起復審，在決定書上有沒有必要要做成課予義務的決定，一定要某機關如何，表示很多法律見解，我覺得其實我們訴願法在訴願決定的內容和保障法在復審決定的內容，其實內容上做得比較有彈性，只是單純撤銷，大家不要做這麼難看，你們自己看我的理由書裡面的撤銷理由，自己再去做個決定，表面看是對人民有保障，不過因人民要的就是對我有利的決定，但形式的圓滑上，不要馬上把問題尖銳化的情形下，這樣可以緩和，也還是可以達到同一效果，這是我對復審這邊提出的補充說明，謝謝。

### **李委員英毅：**

這個部分我提出以下我們會裡一些處理上的作法和考量部分，提供各位老師和先進作為討論內容的參考資料：

第一，這問題主要在人事作業程序，退休法規定還好，因為他有施行細則第 22 條，在其他關於提敘俸給的事項，同樣有送審問題時，他沒有退休法施行細則第 22 條的規定，實務運作基本上要求服務機關先作初步審核，如初步審核不合格，不要往上送，銓敘部可能是基於本身業務的考量，所以做如此處理。我們在其他案件類型上，對服務機關直接給與否准時，我們基本上都認有問題，認服務機關沒有否准權限，但在退休的案件類型，則因有退休法

施行細則第 22 條規定，所以處理起來，與其他類型，如俸給、提敘或其他任用審查並不太一樣，所以我們特別將此一問題提出。另外，我們在實務運作的審查上有很大的壓力，我不知道我們可不可以像陳英鈐老師說的，讓這把火將他燒光，但如要這樣做，在目前地方財政困難的情況下，可能造成的結果是有很多人依規定是可以退休，但實際上他是領不到錢，累積的話，地方政府財政就垮了，這也是有可能，因為欠錢就有利息，又一直加計，所以這個問題衡酌後基本上採取保守的態度，明知有問題，但能駁回就儘量駁回，這部分包含臺北高等行政法院會用誠信原則，也許也有這一點考量在，也就是這個問題能不能透過法律上解決的問題，這是前提問題。

第二要報告的是，這部分很多是立法論上可以解決的問題，例如將退休法改成機關具有裁量權，類似德國公務員法的規定，就是你一定要讓他退，但不是一申請就馬上可以讓他退，如機關只有 10 個人、9 個人，如申請退休，那機關如何運作，可能有點彈性，衡酌退休與否我也認為需要有點彈性，這部分如果改為具有裁量權規定，問題會比較緩和，這部分我們也嘗試過請銓敘部朝這個方向修改，但銓敘部基本上認為這部分因涉及修法，在立法院會被認為限制公務人員權利，可能不會過，而且又會被痛批一頓，因為有這些考量，所以基本上不去動退休法本身母法的規定，才衍生目前實務上運作很多的困擾。

本案會議題綱所提幾點，雖題目擬列不是很周延，不過我想我針對幾點，就我們處理的方式，來跟大家報告：

第一、是否為行政處分，我們不會由有無管轄權來看，而是會從處分內容來看，也就是內容上如具有對外直接發生法律效果，也就是產生規制作用時，就算是沒有管轄權，我們也認為他是行政處分，現在可能只是因欠缺管轄權導致處分有瑕疵，我們基本的理解是這樣，也就是由處分內容來看，而不是由有沒有管轄權來看，這是保訓會處理的基本方向，如處分應由銓敘部來做，但機關直接給他否准了，我們基本上會撤銷這個處分。

第二、認為是處分後，我們會看機關有無否准權限，在退休案件類型，我們目前有二種考量，一是要不要把退休同意和銓審通通認為是銓敘部的權限，還是認退休同意與否是機關的權限，銓敘部處理的是銓審的部分，以我個人來講，我傾向認為是否同意退休為機關的權限，不是銓敘部的權限，當機關不同意退休時，我比較傾向認為機關做的否准處分，是具有否准權限的，如機關同意他退休了，勢必就往銓敘部送，銓敘部這時做銓敘審定的結果，退休年資多少，退休金應發多少，再往下送，所以當機關同意退休時，目前狀況上是機關事實上並沒有對公務員做一個處分出來，不過這部分我覺得從實務作業上是可以解決這個問題的，其實不做也沒關係，因公務員也不會有爭議，因為他知道目前實際上作法，同不同意退休，好像實際處理也屬於銓敘部。我們很多案件，就是銓敘部認為不符合退休要件，所以不同意，這一個公文給服務機關，服務機關轉給公務人員，所以這個基本看來，在實際人事作業處理上，看起來這個權限屬於銓敘部，但我個人比較認為這部分是應該要分開，因為如果權限都屬於銓敘部的話，像

林明昕老師說的，這到底適不適當，而且像我剛剛說的例子，一個機關十個、九個公務員，通通要退休，銓敘部會不會幫機關考量你的業務運作有沒有這個需要，這是不可能的，所以我認為同意退休與否，依退休法施行細則應屬服務機關的權限，這個權限，就可以包括事實不符，事實不符就不符合退休法的要件，這部分就不可能只是形式審查，這部分一定是實質決定，你到底符不符年齡、年資的部分，同不同意退休，銓敘部或許有個考量，就是我們公務人員什麼年資可以採計的規範太複雜，原來法令規範是清楚的，但透過解釋，放寬了很多年資可以採計，什麼年資可以採計，通常不是地方服務機關的人事人員可以理解的，一個臨時人員的年資就好，就分好多段，有些可以採，有些不能採，這種情形非常多，有時連我們都搞不清楚，如果說服務滿 25 年時，這時機關怎麼可能知道到底有沒有滿 25 年，他可能正式公務人員履歷年資只有 10 年，但他符合 25 年年資，這都有可能，這部分雖是一個問題，但我覺得這部分在機關同意後，送到銓敘部時，銓敘部可以透過這部分去做一個監督，去看他這樣做是否符合規定，如未達退休規定，就退回機關，由機關做一個否准，這樣就好了。

第三、有關否准之後的合法性，這部分應考量法定要件，如法定要件只有這些時，考量其他事實上理由就不應該，但我們基本上比較保守，會朝向解釋機關有裁量權，雖我們知道這個不對，也想改變，但沒這麼大勇氣，那否准如果違法，要提何種訴訟類型？理論上我覺得是撤銷訴訟加給付訴訟，但我們實際上處理，如陳愛娥老師說的，

我們的做法是怠為處分的命處分，如有做處分就撤銷，因我們決定的類型是有限的，所以基本上是撤銷，但在理由中會講，申請仍存在原處分機關，應依規定層轉權責機關依規定辦理，這部分機關都會照做，會往上送，所以理論上雖有可能提給付訴訟，但事實上以我們機關的作法，撤銷後就解決了，後面不會衍生是否提給付訴訟的問題。這大概是目前我們四個主要處理的點，實際的考量觀點，和我個人的觀點，這部分跟各位先進報告跟說明。

### 王法官碧芳：

就這個訴訟類型，還是有些問題要來請教一下，我記得彭大法官在最高行政法院 91 年度裁字第 117 號裁定中提到，反對單獨提起一個孤立的撤銷訴訟，尤其是申請案件時，原告應明白表示來行政法院要訴求的是什麼。這個裁定影響我們下級法院蠻大的，因為案件進來，我們面臨的問題，就是當事人的聲明，我們要如何闡明，剛剛劉法官也說了，對下級審最大的夢靨就是要闡明，當事人常常會說我不知道，法官你幫我闡明，我們都不是很敢闡明，我們常常擔心上級審不這麼想，講太多有時反而好像對當事人訴訟權無法完全保障。面對比較具體的訴訟，我們高等行政法院法官可能想的問題，沒有法學界和上級審想的那麼專業，我們想到的是一個具體案件進來時，當事人怎麼聲明，當然他可能說復審決定和原處分均撤銷，下面一句可能說，被告應作成一個准許退休申請的行政處分，但如果今天地方機關也沒做，銓敘部及保訓會也沒做，只是法定時間經過當事人就來提，也就是從頭到尾案子都沒有審

理過，那這樣根本不用聲明第一項，而直接聲明被告應作成准許退休申請的行政處分，那要請問，這時被告機關究應為誰？我傾向是有審定權限的銓敘部。那再往回推，如果有作成復審決定，則訴之聲明第一項是復審決定撤銷加上被告應作成准許退休申請的行政處分。現在問題出來了，今天否准的行政處分不是銓敘部作的，是地方機關作的時候，被告機關會不會變成地方機關，還是有可能是二個機關的問題，但如從課予義務訴訟的觀點來講，因是人民依法申請的案件，須得到准許的行政處分來看，我個人比較傾向這時的被告機關應為銓敘部才是正辦，剛剛劉法官說顯名機關，但在這時，當然要一個撤銷訴訟去處理，但如果從頭到尾都沒有人去處理，而提一個課予義務復審，一個課予義務訴訟的情形下，被告機關到底有沒有不一樣？當事人適格是一個非常困難的問題。

### 陳教授愛娥：

我自己認為，空洞的講課予義務訴訟，是沒辦法解決，沒辦法操作的，現在訴願法、行政訴訟法都規定，如果要提課予義務訴願、課予義務訴訟，之前都要「曾經請求」，「在法定期間內應作為而不作為」，今天我們看到的案例，是他的服務機關把他駁回，他也從未向銓敘部提出申請過，那我們如何列銓敘部為課予義務訴訟的被告機關，這就是問題所在，他不會符合現在我們在訴願法上、行政訴訟法上提起課予義務訴訟的要件，這是第一。

第二，今天如果依林明昕老師認為要依地方自治原理，認為要保障地方自治，這我也很贊成，但現在目前在

法律這樣規定的情形下，有沒有解釋成那樣的空間，這是其一，另一問題是李委員剛剛說到的，地方真的行嗎？權限交給他，他可以做嗎？大家跟地方機關多多接觸，就可以瞭解，這部分要存很大疑問，但可否像李委員說得，將准否退休和退休的具體權益割裂，就是關於核定、審定要多少錢這類部分分割，要這樣一個單純我讓你退休的權利，另外再來請求這部分內容，這樣的實益到底有多大？這樣的切割，單純把退休權利交給地方，計算年資到底符不符合要件，就如李委員所說的，人事法規驚人的複雜，我曾經說過，如果選行政法各論，我絕對不會選人事法規或教育法規，教育法規充滿倫理性；而人事法規很複雜、整個體系也很難掌握。基本上如果考量這樣情形，像其他很多，如人事高權我都覺得可以放，但關於這種很細膩的關於人事的決定，不影響地方自治的決策的部分，這部分是不是要超越地方的能力來做這種事，我覺得如以現行法制來說，我會傾向關於核定退休的權限，依法的解釋，還是在銓敘部，如果這樣，就在服務機關駁回時，就讓他提課予義務訴願或課予義務訴訟，在現行訴願法和行政訴訟法的規定下，要件不會符合。

### **陳教授英鈞：**

第一，申請退休准或不准，我想他是個行政處分，因為只有透過這個行政處分，才能確定公法上服勤務關係是否繼續或結束，當然有形式上的行政處分，或實質內容的行政處分，我剛剛說過，這個實質上問題，在退休法和退休法施行細則第 22 條這些關係不是很清楚，但如看退休法

第 4 條第 2 項，前項第 1 款所規定之年齡，銓敘部得酌予減低，其他條文我不清楚，人事法規我也不熟，但看到這邊，我覺得似乎預設退休與否的權限在銓敘部，否則第 2 項不會這樣規定。但施行細則這邊很討厭，他又規定人事主管機關得審核事實不符，程序不合、證件不足，在這邊劃分不是很清楚，但如果勉強劃分，好像人事主管機關可以審查程序部分，但如果要審查事實部分，那就很麻煩了，他就會跟銓敘部的權限劃分很不清楚。至於到底是撤銷訴訟還是課予義務訴訟，那也要看整個案件進行的程度，那才知道要提什麼才正確，如臺北高等行政法院林法官他們這個判決來看，當然我要聲明是學術界見解只是學術界見解，因法學不是自然科學，他是人文科學，人文科學本來就是歧異的，沒有唯一標準的答案，有權的見解還是各位法官。臺北高等行政法院的這個判決，這個案子是教師申請退休，學校把他拒絕，有二個理由，一個是說我沒有預算，一個是說你沒有在規定時間提起，當然所涉及的是二個不一樣問題，我們看他的聲明，請求訴願決定和原處分均撤銷，這是第一個聲明，第二聲明是命被告作成准予原告自願申請退休之處分。第一個聲明沒有錯，因為他已經作成拒絕的行政處分，形式上他這樣聲明是對的，只是實質上有沒有理由，這是個問題，那如依我剛剛的區分，如果是過了申請時間，那學校可以做形式審查，那這個處分是合法，那假如他是說他預算不足，那他的處分不合法，因為他根本沒這個權限，當然問題又出來了，劉法官也提示，這到底是事務管轄還是層級管轄，我個人比較傾向像層級管轄，因為這是中央和地方的關係，只是我們不是很

清楚，這可以再討論，但如果傾向認定是事務管轄，則會被認定為無效，假如是層級管轄就會被認定是得撤銷的問題。那之後又出現另一問題。他第二聲明，請求學校給他退休，那依我們剛剛的理解，准許退休與否的實質決定在銓敘部，那他這樣聲請形式上還是符合要件，不能說他錯，只是無理由，因權限不是他的，實質上就不能這樣聲請，他還是駁回，這樣就出現王法官的問題。而本件當事人也考上律師，聲明都還錯誤，更何況是一般人，所以如果依我們剛剛的區分，原來任職機關作形式審查，甚至作實質調查，銓敘部作最後准駁，就會出現這個問題。所以我覺得，如果可以統一的話，只能聲明要求法院判決學校一定要把他層轉，如果我們認為權限在銓敘部，那他就不能做過多要求，因為做更多要求也是無理由，一定把他駁回，像這個案，訴願已經駁回，可否馬上告銓敘部，站在便民應該可以考慮，但會與我們剛剛的體系有些困難，因為我們剛剛說要做形式審查和事實審查，如果這部分沒有完成就不會到銓敘部，除非我們在解釋認為避免延遲當事人權利救濟，除非解釋到只要原處分機關已將事實、理由端出來時，就可直接以銓敘部為被告，這樣體系上是非常紊亂，比較屬於一種目的性解釋，這歸根究底起來就因為我們體系不是這麼清楚，所以常常這樣解釋，那樣解釋都怪怪的。

### **林法官樹埔：**

就臺北高等行政法院這個案子，我做個說明，這個原告是個老師，老師沒有銓敘，所以根本不會到銓敘部，這是確定的，被告臺北縣政府就是審定教師退休的權責機

關，就等於銓敘部，學校教職人員退休條例，其實與退休法類似，程序也都差不多，也有和退休法施行細則相關的規定，退休法施行細則是規定在第 21、第 22 條，學校教職員退休條例施行細則是規定在第 27、第 28 條，程序一樣，但機關不同，向學校申請然後層轉，如果是縣市立學校，縣市政府就是他的權責機關，如果是國立學校，教育部就是他的權責機關。那本件的聲明是對的，他程序已經走完了，權責機關說不能退休，那只是考量公平原則，個案沒有拘束力，也許別庭會有不同見解，這本來就是這樣，我認為這一案不再評論，因不是標準個案。

我們來這邊要有個初步結論比較好，從剛剛各位見解來講，基本上有一個比較多數的意見，就是一個指導原則，讓人民一次來解決，便民原則，另一個就是顯名主義，讓人民可以有所適從，當然要從衡平觀點來看不容易，先由一次解決來看，各位教授是提出很多寶貴意見，像剛剛林教授提的，提課予義務訴訟，不要再有撤銷或給付訴訟，請銓敘部來參加，但實務上是有些困難的，一、程序上還沒有走完，在服務機關就被擋下來了，被駁回了，程序還沒走完就叫銓敘部來參加，這樣有點奇怪，因為銓敘部還沒審定，根本沒有提到多少錢，有點預行救濟的意味。現在實務上為什麼會割裂，我想就如同徵收一樣，現在實務上將徵收處分和補償處分割裂為二個處分，這樣對人民一次解決或便民的立場是不好的現象，但實務上為什麼會這樣，就是人民只對徵收爭執，對補償費沒有爭執，或只對補償費爭執，對徵收沒有爭執，實務上經常會這樣，所以運作起來就會變成這樣。退休不一樣，不應該將它切割為

二個處分，我是覺得不應該，縱使是准否或是退休金多少，因為切割是對人民不好的，在儘量不切割的情形下，我們認為他是一個處分，但是你要看他走到哪個階段，如果走到服務機關而已，也是一個處分，我當然不能說我說的一定對，但我綜合大家的看法，這已經對外發生效力，就權責機關的理論，有點缺陷，因為權責機關就是銓敘部，那服務機關怎麼會有權限來決定。不過就整個退休法來看，因施行細則第 22 條已經有明文規定服務機關可以駁回，比在徵收那邊，收回徵收土地的權限，在土地徵收條例第 9 條和土地法第 219 條並沒有明文規定地方機關就可以決定要不要送，他是規定如果准要層送，沒有規定如果不准要送內政部，這邊退休案件，比在徵收土地那邊更明確，因他有施行細則，雖不是在母法，但是它是經過授權的，所以比收回徵收土地更有權源准駁，收回徵收土地在以前最高行政法院 91 年 5 月決議，就已經認為這個駁回就是個行政處分，但後來有不同見解，後來的 94 年判決，根據內政部函示和行政院開會決議，認為准或不准都要層送上級機關，但這個開會決議是不是有法律依據，這就有個案的不同意見，我們附的最高行政法院 94 年判字第 1679 號這個判決，認為決議和內政部函示不違反法律規定的精神，所以不管准還是不准，還是應該層送內政部核准，這樣當然可以不割裂，就一次救濟，有他的好處。

### 林教授明昕：

我要提出的是我在訴訟救濟上算是少數說，剛剛程明修老師說我是標準的德國式思考方式，我剛提出課予義務

訴訟，確實是從德國方式來提，可能沒法跟我們臺灣實情配合，這前提我要先講清楚。剛剛林法官有提到，好像案子還沒到銓敘部，銓敘部都不知道的情形下，就突然被叫去參加等等的，行政訴訟法第 200 條第 3 款、第 4 款是二個對課予義務訴訟非常重要的條文，他在說明的是課予義務訴訟有時候是機關對情況還沒完全做出決定來，所以有事件成熟或不成熟，有一般正常的，作成特定的行政處分的判決，還有一種裁決判決，就是要行政機關作行政處分，但內容上由你發揮。我對臺灣地方自治團體也是有戒心，我特別要說的，在多階段行政處分當中，出名的原處分機關與後面實質真正的決定機關，最好當然有實質權的人做最後決定，但設計上常常會不一樣，所以在這種情形下，我認為銓敘部也許是實權機關，但不妨害由地方自治團體去當原處分機關，我是覺得有這可能性，我不否定這還可以改，但我是從這些觀點出發，所以才說要提出課予義務訴訟。

### 劉法官鑫楨：

回應一下王法官，浮動被告的理論，個人認為不存在，服務機關否准退休以銓敘部為被告提起課予義務訴訟，這個是不是剝奪了行政機關第一次決定權，司法是不是過早介入行政，合法性審查是不是過度擴張？行政機關的第一次決定權，要不要事先把他剝奪掉？因為銓敘部都沒有作任何表示，就直接列他為課予義務訴訟的被告，直接剝奪他第一次的決定權，因為原則上司法機關是作合法性的事後審查，而不是代替行政機關作第一次決定，也不代替行

政機關作裁量，這個原則，我想司法功能不是主動性，而是被動性。

### 銓敘部代表：

實際上退休法在 32 年制定時，自願退休當時叫申請退休，那時的條件是任職 15 年以上年滿 60 歲，或是任職滿 30 年以上就可以申請退休，後來這個規定，我們在 48 年修改為退休法，那時就把申請退休改為自願退休，任職的年資及年齡都有放寬，就是調降，改為任職 5 年以上年滿 60 歲，或任職滿 25 年，應准其自願退休。實際上，我們在實務作業上，當公務人員符合這二款條件時，他可以向服務機關提出申請，依規定機關應該要准他自願退休，准了以後，機關就會將相關表件送到我們核定，因核定後涉及公法上退休的給與，由我們來做最後審定，我們會依據他填報的任職年資、附具戶籍資料，來認定他是否符合自願退休的條件，那如果說年資與他個人、服務機關認定的不同時，就說服務機關認為他以往任職年資的總和是符合條件，但經我們審議，發現有些年資不能採計，不合退休條件，那的確我們沒辦法核定他退休，那他可以依照規定來跟我們申請救濟，就我們否准他年資採計的部分，或所核定給與退休核定的部分，都可以提救濟。那另外有老師提到，退休法裡面有關退休條件的規定太過僵硬，實際上，我們退休法修正草案已經在 2 月 16 日送到立法院，也經過決議交付委員會審查，這次的退休法修正草案，我們有增訂 3 款的彈性退休條件，彈性退休條件，主要是配合政府組織再造、組織精簡，讓公務人員有選擇的機會，就是說

原來是任職滿 25 年，現在如任職滿 20 年，可申請彈性退休，如任職滿 10 年年滿 50 歲，也可以申請彈性退休，另外他任本職務最高職等年功俸最高級滿 3 年，換句話，他可能就是久任現職沒有晉升機會，也可以提出彈性退休。那「應准」或「得准」，我們在 91 年 3、4 月研修退休法草案時，就曾找相關機關來開過會，很多機關都表示目前各地方政府主要是配合預算編列，財政負擔上的考慮，實際上是用事先調查或登記的方式來控制他年度裡辦理自願退休的人數。那除非真的像剛剛提到的案例，如果公務人員沒有事先登記，而因經費問題沒法辦理外，其實他們機關也沒有任意否准他們自願退休的情形。換言之，就是機關希望公務人員要事先登記，便於編列預算，實際上與「應准」自願退休的規定，他們也認為不至於相違背，如果修正為「得准」，那可能讓機關有太大的空間，讓機關有其他理由來否准公務人員的退休請求，那可能會造成公務人員權益保障的不足，所以最後還是維持「應准」的退休條件。在銓敘部審議過程，其實只要機關報送公務人員退休案到部裡，實際上，我們都認為機關已經同意他退休的申請，只是審議他的要件事項時，因為有關退休的法制事項是屬於部裡主管權責，所以我們會訂定許多有關退休的條件，必須符合年資與年齡的要件，符合退休條件，核定退休後，才會由政府給予一定的退休給予。這是目前我們退休法的修正狀況，跟我們承辦退休案件的實務上作業情形，僅供大會參考。

**程教授明修：**

剛剛聽了李委員所提的會裡遇到的困境，有關訴訟程序問題，我就不再補充我個人意見，但針對第三點，在駁回申請案件裡用誠信原則，為了解決這個問題，李委員剛提到在退休法第 4 條條件，改為裁量權行使的規定，但聽到銓敘部副司長這邊提出的修法內容，好像也沒有將應准改成得准，這樣對我們現在遇到的困難問題，還是沒法解決。那延續剛剛陳愛娥老師的看法，在施行細則第 22 條，有關程序不合部分，雖看起來有個程序審核的權限，但什麼樣程序，在施行細則沒有講，事實上這邊遇到的問題是，你提出退休申請的時間點的問題，這個時間點在施行細則沒有寫出來，只透過各單位用調查方式作事前管控，那如果在問題解決上不動退休法，而在施行細則中將申請時間作一個加註，變成一個申請的程序，就這個申請程序來講，也不會很嚴重的違反授權明確。司法院釋字第 606 號解釋也提到過，在該號釋字裡面有關轉投資申請免稅的時間點，透過子法得規定，限制在已經核定增資、轉投資 6 個月之內，檢附相關文件向稽徵機關申請，這個 6 個月規定沒有在母法中有很明確的授權，就有關時間得由主管機關規定，但大法官認為這是執行促進產業升級條例第 16 條必要的執行內容。就這個解釋的方向來看，假如我們在施行細則內，在申請的時間點上，加記必須於年度預算編列之前多久申請之類的規定，如果做這樣的加記，符合第 22 條程序的內容，那對於現在沒有事前申請，突發性的申請，就不必再動用到很奇怪的誠信原則、權利濫用原則，那我想這個問題可以適度化解，不知道銓敘部這邊不曉得有沒有這個可能性。

### **銓敘部代表：**

實際上在我們退休法施行細則第 21 條有規定，如我們申請自願退休或命令退休的人員，要在 3 個月前填具退休事實表，就是相關表件要在 3 個月前填表到部裡來，那老師剛剛提到當事人填表到送到部裡有一段時間落差，我們現在是只規定到申請自願退休或命令退休是要 3 個月前將相關表件送到部裡面來，讓我們有查證、審定的時間，那當然跟老師提到的申請時間點要不要做規定不太相同，這部分可能還要再經各機關大家一起討論再來處理。

### **程教授明修：**

我們現在遇到的是預算編列的時間問題，跟退休 3 個月前檢送相關文件之規定，並不必然有關聯性。

### **劉法官鑫楨：**

這個問題，在地價稅裡面有類似的構想，在開徵 40 日前沒有提出申請特別稅率，那就往後下年期才適用。本件就是說既然沒有在規定時間內提出申請，下年度沒有編列預算，則往後再延一個年度辦理。

### **結 論：**

今天討論了 3 個鐘頭，主要的問題都討論了一下，依我個人經驗，公務人員的問題比較不大，教師的問題比較大，在地方政府都道德勸說，不讓他進入程序，真正進入程序就很好解決，就看哪個機關認定有出入，就由哪個機關來做行政處分。但有一個問題我提出一下，教員部分有涉及預算法，財政收支劃分法裡面有規定，經費的支出要

有預算程序，剛剛劉法官提到，假如今年程序沒有先報名，那只能慢 1 年，那否准後，假如撤銷原處分要他們重為處分，第 2 年大概都會編進去，這個問題比較不大。但教員部分如果碰到三級縣，財務分 3 級，那還有公債法，公債法如果編不出來也沒辦法，除非亂編，違反公債法，財政部會依公債法停止他的補助，那要編也沒法編，所以這邊是有這個困難，公務人員比較少。公務人員只有月退和一次退的問題，有些公務員希望月退，但月退利息累積會累積很多，所以你要求他一次退，中間就有談判餘地，否則他提出申請，依照申請程序，很少會有問題的。今天各位提出的意見都很寶貴，讓我們委員在這上面有更清楚的瞭解，讓我們同仁在未來處理相關案件上有所依循，特別感謝大家，會議到此結束。

## 二、公保養老給付優惠存款相關法律問題座談會

壹、時間：民國 95 年 11 月 7 日

貳、地點：本會 7 樓第 1 會議室

參、主持人：

肆、出席人員：(略)

伍、列席人員：(略)

陸、討論事項：

### 說明：

本次座談會係針對因銓敘部推動退休所得合理化的改革(增訂退休公務人員公保養老給付金額優惠存款要點「下稱公保優存要點」第 3 點之 1，)所造成的衝擊，在通案的適用上應該要如何因應。有下列疑義亟待探究：

- 一、公保優存是否為公務人員退休法(以下簡稱退休法)或公務人員保險法(以下簡稱公保法)的法定給付項目?如果不是法定給付的項目，其是否為養老的範圍?如果是養老的範圍，則考試院和銓敘部是否有權限訂定要點據為執行?
- 二、公保養老給付可以辦理優惠存款，是否為公務人員權利事項?是否屬法律保留的範圍?且目前以此要點來作執行依據是否違反法律保留?
- 三、公保優存要點第 3 點之 1 對所有公務人員一體適用，並無訂定過渡條款，是否違反法律不溯及既往原則、信賴保護原則?公保優存要點可否作為退休人員主張

信賴的基礎？是否可主張因情事變更不生信賴保護？  
這樣實施的結果有無違反比例原則？

四、有關退休所得上限百分比之計算公式，在分母部分包括專業加給及主管職務加給，如此是否違反平等原則？

**發言紀要：**

**主持人：**

各位教授、銓敘部呂司長、鄭副主委、各位委員、各位同仁，大家午安。非常歡迎大家來參加今天的座談會，於百忙之中撥冗出席，非常感謝，劉主委今天下午因有要公，要我代理主持，同時要我向各位教授表示歉意，請大家諒解。今天的會議最主要是討論公保優存要點第3點之1增訂後所引發的法律爭議。立法院在95年10月26日法制與預算聯席審查會，96年的預算會議裡是初步決定廢止這個改革方案，但是未來會不會廢止都還不能確定。而公保優存要點從95年2月16日開始實施後到10月底，本會已受理相關復審案件有188件，總共有228個人提起，依公務人員保障法（以下簡稱保障法）之規定，復審事件審理期間是3個月再延長2個月，最多就是5個月。因為這些案件牽涉到公保優存要點的修正，是不是有違反法律保留原則、信賴保護原則或法律不溯及既往原則等多項行政法上重大的爭議、疑義，為了審慎處理，本會召開這次座談會，跟各位學者專家就相關爭點來交換意見。各位都是我們所敬重的法學專家，請大家不吝指教，各位的寶貴意見，都將作為本會辦理相關案件重要的參考。今天的程序還是

先請保障處的李處長作大致說明，再看銓敘部退撫司呂司長是否補充，然後再來進行座談。保障處列了 4 個討論問題，各位要發表高見的，可以不必按議題順序。現在請李處長說明。

### 李處長俊生：

主席、各位教授、本會鄭副主委、各位委員及各位同仁大家午安。今日召開公保養老給付優惠存款相關法律問題座談會，主要背景是有關公務員退休給付，早期有一次退休金優惠存款及公保養老給付優惠存款（以下簡稱公保優存）兩種制度，其所依據的一個退休法施行細則，另外一個是公保法，在公保法中所講的養老給付並未包括優存，至退休法施行細則中則定有優存的機制。實施幾 10 年來，隨著社會環境改變，銓敘部為了推動退休所得合理化的改革，在 95 年 1 月 17 日訂定公保優存要點第 3 點之 1 來改革支領月退休金人員的公保養老給付的優存，造成社會及政治面很大的衝擊，公務人員因為這樣的改革，銓敘部亦個別通知其公保優存額度的調整，公務人員因此提起救濟，目前本會已收到 188 件，提起的公務人員亦有 228 人。今天要討論的是通案性的問題，不是在探討個案，因為銓敘部推動退休所得合理化的改革所造成的衝擊，在這些通案的適用上我們要怎麼因應，而召開這個座談會。本會擬定 4 項問題，其中第 1 項問題，要探討的是公保優存是否為退休法或公保法的法定給付項目？如果不是法定給付的項目，公保優存是否為養老的範圍？如果是養老的範圍，在憲法增修條文第 6 條中對考試院的職掌看不出有公

務人員養老的職掌，那考試院和銓敘部是否有權限訂定要點據為執行？

第 2 個所要討論的是，公保養老給付可以辦理優惠存款，是否為公務人員權利事項？是否屬於法律保留的範圍？目前該要點無法律的依據，那以此要點來作執行的依據，是否違反法律保留？

第 3 部分所要討論的是，公保優存要點第 3 點之 1 對所有公務人員一體適用，並沒有訂過渡條款，雖然銓敘部說明係重新續約時才依照新規定來處理，但在該要點修正前已經退休者，其優惠存款期滿後辦理續存時，可以辦理優存的金額都受到這個要點的限制，是否亦違反法律不溯及既往原則、信賴保護原則？公保優存要點可否作為退休人員主張信賴的基礎？是否可主張因情事變更不生信賴保護的問題？這樣實施的結果有無違反比例原則？這些都是行政法上原則的探討。

第 4 個是有關退休所得上限百分比之計算公式，從該公式上來看，在分母的部分包括專業加給及主管職務加給，是退休公務人員所抗爭的部分，他們認為把這個部分加進來是否有肥高官瘦小吏的爭議，違反平等原則？也是我們所要探討的。以上大概擬了這 4 大項問題來供與會各位先進提供意見，讓我們在處理案件時能有較明確之參考依據，先作以上報告。

**主持人：**

謝謝李處長的說明。銓敘部退撫司呂司長是不是有所補充？

呂司長：

主席、各位老師、各位委員、各位先進，大家午安。感謝貴會舉辦座談會，讓學者專家針對我們這次推動的改革表示一些法律上見解。不過在各位老師、學者專家討論之前，我想把這次推動退休所得合理化改革的整個思維，及辦理過程中所考慮的種種作一個扼要的說明。

基本上，在現行法制上而言，公務人員法定退休給與的依據應是退休法，勉強而言，一次退休金的優惠存款，是從退休法施行細則授權，由財政部和銓敘部來訂定，這一部分，說是法定退休給與，我們都肯定。唯獨公保優存這部分，是考量早期公教人員待遇偏低，退休所領到的退休給與亦偏低，所以比照當時職業軍人的模式，訂了公保優存要點，當時純粹是政策性的福利給與，並無法律授權，亦無法律基礎，完全本於職權。今天回頭來看當時所訂的東西，會認為這是重要事項應由法律訂定，但幾十年下來無人質疑其存在係違法。近來因公教人員退撫新制實施後，由於新制年資的給與相較於過去的退休給與是加了一倍，因此現在退休所得加起來，就比在職人員的所得更高，本部才會基於監察院在業務督導上的主張進行綜合性全面的檢討。當初在討論時，認為這種現象，不論在退休給與的本意或人力資源的運用上都不應該存在，應予改革。改革的過程中我們優先考量適法性問題，從法治國家的概念來說，政府的作為是否適法應優先考量其一、合憲性：信賴保護原則、比例原則、平等原則；二、合法性：法律保留原則、程序正義；三、妥當性：裁量是否適法。這次座

談會提出這幾個重要原則的問題，當時本部均已充分考量並徵詢行政法、憲法學者的看法。有關溯及既往的問題，我們要從平等原則的角度思考，對已退休人員是否納入這次改革的對象，當時我們認為相同事物相同處理，不論現職人員或已退休人員，都是依同一部退休法退休，都依同樣的公保優存要點辦理優存，同樣享受 18% 的利息，同樣在台灣銀行辦理，同樣 2 年續約。在種種相同的情況下，我們很難認為他們有實質上的差別，所以基於平等原則，我們認為已經退休的人仍應納入。如不把已退休的人納入，那在政策規劃的空檔時間就可能會有搶退現象，以一個公務機關來說，不僅預算無法負荷，且機關人力銜接上會有問題，所以才將已退休的公務人員納入。納入後，在處理的過程中，我們考慮是否應有一定的保障，例如在我們實施公保優存改革方案前，他們已經與台灣銀行定過約了，就讓他們把這個約走完，續約時再適用新方案。所以在那個過程裡，我們考量到比例原則及信賴保護原則的問題。另外一個考量點是，公保優存要點並非法律，亦無法律授權，純粹只是本於職權所推動的政策性福利措施。在無法律基礎的前提之下，探究信賴保護原則的話，目前各方意見眾多，在我們的認知中，信賴保護原則一定要建構在高度的合法性之下，也就是國家作為應有法律依據，若無，最起碼要有法律授權所定下的法規命令。可是公保優存要點，純粹是本於職權必須配合年度預算來執行的工作，在這個前提下要探究有無信賴基礎，有非常大的討論空間。本部認為，從信賴基礎角度來講，這個要點應該沒有信賴基礎的問題。沒有信賴基礎就不用再討論以下的問

題，所以從這個角度來看，我們認為不會抵觸信賴保護原則。

改革方案推動過程考量的一個很重要的出發點，是希望退休人員所領的錢不要比在職人員所領的薪資所得高，所以才以所得替代率的概念來設計改革方案。那應如何設計所得替代率的公式呢？以公務人員或是老師現有的待遇來說，分子沒有爭議，它包含月退休金、公保優存的利息及 1/12 的年終慰問金；但分母的部分，當初所以會有那麼多計較的空間，因為大家有不同的見解，裡面所定的本俸、主管加給、專業加給或 1/12 的年終工作獎金，在當時討論的時候是大家妥協下所形成的共識，沒有絕對的對或錯，關鍵在於我們認為應該符合比例原則；那個時候考慮說到底要怎樣才符合比例原則，把傷害減到最低，所以我們定了一個按照服務年資的設限原則—25 年到 35 年退休的人，他的退休所得比例可以從 85%到 95%，十二職等以上主管人員就定為 75%到 80%。這樣定下來，我們覺得是一個相當符合比例原則的裁量。其時我們就這個公式算下來，以公務人員來說，25 年年資的人退休後，他所得到的退休所得可達到他在職所得的 92%左右，30 年年資的人退休可達到 97%、98%，35 年的可以達到 100%至 102%，所以這樣改革下來，並不會嚴重造成公務員退休生活的傷害。從這個角度來講，以所得替代率的概念來設計，基本上是相當吻合當初考量「不要因為改革而對公務人員傷害太大」的設計意旨，這從比例原則上來看，是相當符合的。以上是當初幾個重要的思維，請各位教授指教。

**主持人：**

謝謝呂司長詳盡的說明。今天非常難得邀請到各位專家學者，就是要聽聽諸位的高見。除了議程所提的問題之外，還有將來如何面對、處理這些問題，也請專家學者給我們指教，作為將來審理案件的參考。

**陳教授愛娥：**

首先我想先釐清，目前從法制面而言，退休法施行細則第32條這個部分只處理一次退休金優存嗎？至於說月退也好、一次退休金也好，其中關於公保養老給付的，都是依照所謂優存要點來處理？是不是這樣？

**呂司長：**

一次退休金優存依據是一次退休金優存辦法，養老給付則是公保優存要點，這兩個不同。

**陳教授愛娥：**

所以，一次退休金及公保優存，是各自有法規命令的基礎，但是就領月退的部分來說，事實上就只有公保優存要點，是不是這樣的意思？（按：一次退休金之優存，其依據為一次退休金優存要點，該要點係由退休法施行細則第32條授權訂定；另外，不論支領一次退或月退，其公保養老給付辦理優存之依據均為公保優存要點。）

**主持人：**

請學者指教。

**陳教授愛娥：**

基本上我想不只有保訓會有那樣多的復審事件，在教育部也同樣有將近 200 件訴願案，就教員這部分的情況來說，因為我是教育部訴願會的訴願委員。我也報告一下在教育部的做法，在教育部沒有辦法像保訓會一樣的慎重，工作性質雖然類似，但組織編制不能相提並論，不過我們的做法，有指定讓我來改一下幕僚單位的決定，然後和法規會的執行秘書相互討論，之後再調整，在某程度上，教育部對這事情也很慎重，希望有個一般性的定見，這是先跟大家報告的。為了會議有順序的進行，我還是尊重業務單位初步所擬的問題來說。

首先，關於憲法第 6 條增修條文沒有提到公務人員養老的職掌這個部分，這不會衝擊到考試院的職權，因為憲法不需要講得那樣細，不必特別講養老，如將公保養老給付當作廣義的退職後給付的一部分，法律層次再去區分不同的名稱，那一部分基本上是人事法令上處理的問題，但是在憲法層次上，我想會被理解成是退休給付的一部分，至於是不是法定給付，談法律保留時再去提。所以我不認為在憲法的層次上會有考試院有無訂定優存要點的事權的爭議。

但是關於這個事項就算是考試院的職掌，但是不是不需要立法院通過法律，則是另外一個層次的問題，如同行政機關很多事權是落在法律保留的範圍裡面，其實基本上還是要經過立法的程序，所以往下才談說到底是不是法律保留事項。其次我也能贊成剛剛司長所說的法律判斷。從今天的現實來說，以優惠存款的規模、預算的金額來講，

雖然資料上數字沒有顯示，但是就我的了解，可能影響的有幾十萬人，現在定存一般銀行利率大概 2% 左右，每年國家大概要補貼 16% 左右，20 萬或 30 萬人再加上這樣高的利息給付，基本上每年都在國家的財政預算上占了很大部分，所以就這個部分，以它的重要而言，給付這個部分是不是不須法律保留，我想大家不會有這樣的見解，如果是重大給付事項，然後考量到它又會影響到公務人員退休後的重要權益，就應該是法律保留事項（其實這也是小發牢騷，我一直都覺得，教育部的法令和考試院的法令都是我們研究公法的人所不敢恭維的，根本就欠缺透明性，為什麼同一件事情，搞得非常多複雜的情況，同樣都是公保養老給付的優存，有的就有法律授權的法規範當基礎，有些就因為歷史上面的發展，這我也可以理解，這也證明我們行政上，大概就是發生什麼狀況然後處理什麼樣的問題，所以同一類的事情，結果分成好幾個法規範來處理，這樣的法規範結構，是很容易出問題的。我也要提一下，考試院有關人事法規的那部分，從我們這些研究行政法規領域的人來說也是非常難掌握的，更何況是一般人民，就此部分我個人覺得，將來就法制上的透明度、透明性也會提高法規上的預測性，這一部分就法治國家來講，是非常重要的。並非有法條照著法條就是法治國家，如果那些法條複雜到讓人難以透視，連專業人士都很難理解時，即使有法，也未必能符合法治國家真正的精神。）總之，就公保養老優存的重要性來講，如從今天的角度而言，它應該是法律保留事項，而且我認為這應該納到退休法制作整體考量。我的立場認為，以前沒有做是一回事，但以今天角度來看，我

沒有辦法再贊成說這麼重要的事項，還是維持認為是考試院內部事權的看法，其實應該說，以這個改革來講，實質內容我是支持的，大體上合理，但是我真的認為說，政治上縱有困難，但是法制上的討論應該要合理。以它影響的面之廣，以它影響的國家財政之深，然後說這個部分由考試院本於行政職權，希望怎樣改就怎樣改這一部分，我不會認為是合理的主張。

所以基本上我認為是法律保留事項，至於銓敘部沒有授權就去作有無違反法律保留原則，這部分是非常難說的，因為要推到 63 年的情境，其實這就是我說的，有無違反要看時代背景及整個大環境。從今天的角度來說，應該要法制化，提昇到法律的層次，我想應該是可以支持的。但是能不能從今天的角度來說 63 年時那樣作是違憲、違法，我覺得那是一個非常難的問題，因為那時候的環境和時代背景都不太一樣。然後我不知道這個案子最後會不會提釋憲，到時大法官又有得痛苦。大法官向來的做法，只要是各院提出的聲請案，基於尊重，幾乎不會不受理。但是就這部分我只能講說，以今天的角度來看，它應該是法律保留原則的適用範圍。但是不是這樣反推以前，就認為違反法律保留原則，說整個作法都不對，我想不會這樣說，基本上這是給付性。然而是不是即可推說為公務人員的權利？似乎可以說本於要點規定所發生的，符合規定就可以請求，算不算法定權利？在實務上確實有爭議，但一個本應用法律制定的，如果單純以行政規則訂定，一般來說行政規則被認為只具有內部效力，不能當作外部性的權利來主張。但這個案子牽涉到的是，它是歸屬在退休權利上，

它本應用法律來規定，本係法律賦與之權利，結果以行政規則規範，這種情況下要去質疑它沒有權利，我覺得似乎有些不妥。經過這幾 10 年來穩定的適用，基於平等原則的要求，其實還是會得到權利上的主張。

然後第 3 點提到有無違反法律不溯既往原則、信賴保護原則、可否作為信賴基礎，如果是我提問，我會倒過來提，因為如果質疑公保優存要點可否作為信賴基礎，就應先處理這個問題，如果它都不能作為信賴基礎，就不用談信賴保護。其實我反過來說，我認為公保優存要點可以做信賴基礎，我覺得司法解釋中有些行政規則是不該直接作為信賴基礎，但大法官都承認它。比如說，像解釋性的行政規則，根本都解釋錯誤，大法官居然承認這樣的解釋性行政規則是信賴基礎，還不能馬上用合法的解釋去取代它，然後那部分就會有法律優越和法律保留衝突的情況，但是大法官好像完全沒有去考量這個情形，我認為這個是不當的。但公保優存要點沒這個問題，因為他不是解釋法律，某種程度他是代替法律的行政命令，獨立存在那個地方，獨立作為處理的依據，在這種情況下，作為給付上的基礎，說不能作為信賴基礎，我想不是的。我傾向行政規則要分類來看，如是解釋性的行政規則，考慮到法律優越，如果解釋錯，又主張信賴保護的話，那合法的法律解釋可能無法貫徹。但這種獨立的、某種程度取代法律作用的行政規則，我會認為它理應可以作為信賴基礎，不過仍不妨礙可以適當地調整。就這部分，我完全支持已退休的仍可以適用，除了司長講的問題之外，最重要的是說，根本就沒有溯及既往啊！並沒有要追回以前已領的優存利

息，只是從這個規定作成後開始退休，依照這個規則優存的人，從這個時間點開始用這個新的規定。基本上就這個地方而言，沒有對以前發生的事情產生衝擊。這個地方，學理上會去區分真正溯及、不真正溯及，但就大法官解釋文、不同意見書來講，用語雖不同，但講到溯及效力都是溯及到以前的事情去改變他，但是修改公保優存要點不會發生這樣的問題，只有往後適用的情況。所以，我並不懷疑公保優存要點本身有違反信賴保護原則的問題，而且我會說一些考量是對的。在這個地方提到是否得主張係因情事變更而不生信賴保護的問題，是可以討論的。所有的法規範都是配合情事變更修訂的，不能說情事變更就不生信賴保護，我認為大法官那部分的說法是不適當的。林明鏘老師也提過，不一定所有情事變更都不生信賴保護的問題。這一部分沒有列在題目裡，但我個人發表一下淺見。

把主管加給放進去我認為是錯的。我覺得折衷也要有一定的邏輯。專業加給加進去是合理的，因為退休不是社會救助，不是要維繫最低人性尊嚴的生活，事實上是要讓他即使退了以後，跟他以前在職的生活比例某種程度相當，這是社會保險的制度，不是社會救助。可是主管加給那部分，跟以前他的職務的社會地位的關聯性有限，而且你們是以36個月為準嗎？好像是36個月算，然後是10天到36個月以下主管加給比例來算，就這部分我會認為說，如果10天到36個月都可以算一半，我如果沒有看錯資料的話是算說，如果當36個月是一個算法，10天以上到36個月以下是另一個算法，就變成當主管不用很久就可以把主管加給算進去，這部分就我的理解，實務上有很多情況，

尤其是地方政府層級有很多機關的主管職位就輪著做，這個地方是不合理的。所以基本上最被詬病的部分就是主管加給的部分，而且我認為那個批評是合理的。至於有無違反平等原則，我認為這個制度之設計，有無違反平等原則，應該取決於退休金的給付目的是什麼？主管加給加在退休金給付的分母，是否符合退休金給付制度規範之目的，如果不是，加進來那個部分，司長剛剛也沒有主張是違反平等原則，他主張的是折衷的結果，其他部分我都可以支持，但是就主管加給我覺得有商榷的餘地。

**呂司長：**

我解釋一下主管加給的部分，以便大家討論。設計分母的時候加入主管加給，第一個基本的大前提是我們一開始所談的，這次的改革是借用所得替代率的概念，亦即在職所得與退休所得中間的比例，比方說這個人在職一個月10萬，退休後一個月9萬，我們說他所得替代率90%，而這個人10萬是包含主管加給在內才是10萬，所以退休後讓他領9萬，這是90%。這個制度設計，讓我們每一個人在退休時所領的所得都相當於在職薪資所得的90%以上，所以我們的基本想法是非常單純的。換句話說，改革的一個概念是，不希望公務人員因為這個改革，導致退休以後的所得一下子減少很多，以致往後生活失去經濟保障。這是我們一開始設計時基本的理念。

**陳教授愛娥：**

這樣的說法不能說服我。因為主管加給，那不是當然在你的職務就有的，一定要擔任主管才加，退休後既然已

不擔任主管，就沒有道理加上去。我了解你的說法。雖然這叫所得替代率，但不能把這個也叫普通所得，這就是基本的出發點。

**呂司長：**

因為設計有這個東西，所以大家才會想非主管怎麼辦，也才會考慮到在退休前 3 年如果非主管的話，我們該不該給他有主管加給，並且導出，若在過去 3 年之前有做過主管，那就用定額的方式給你一個額度，從 2,500 到 6,000 元這樣的額度。另外，有的人過去只代理過 10 天，或代理過一段時間的主管職務，我們也從寬採計，所以才會說在 2,500 到 6,000 中間再減半，這完全是從寬處理。但基本上以我們當初設計的制度是認為：應該以退休前 3 年為基準，至於目前的設計，其實是從寬處理。

**陳教授愛娥：**

基本上我認為應該從原來退休金的制度所考量的是什麼，而不只是單純講所得替代率這個簡單的概念，這才是關鍵點。退休金的制度要達到什麼目的，應該以這個為出發點來考量，專業加給是因為我所具的專業，所以退休後也應該繼續維持。但主管加給不同，應該當作是例外，不應該把他當做退休後也可以繼續領的部分。邏輯上我認為公平或不公平，要回到制度本來設計的考量。因為剛剛主席也提到這個制度還要再思考，所以我也把我的想法充分表達，讓銓敘部的長官充分了解，我這樣想法應該不是少數，不然為什麼大家針對這點反彈這麼大，我也是藉這個機會跟司長討教。

**主持人：**

請林明昕教授發言。

**林教授明昕：**

各位剛剛討論到這個問題，我怕一下子忘記，所以截走陳老師的話。基本上我也覺得為什麼把主管加給放進去，正常的情況，就是作什麼工作得到什麼所得，稱加給的那些，當然專業加給也叫加給，但是對我來說那其實也不叫真正的加給，那是因為你工作的特殊性，跟一般工作是屬於正常的狀態是不一樣的，那主管加給應該是屬於例外的，好像你做好就給你獎金有點類似，我個人是覺得這樣。所以從應然面來看，我也覺得以後我們的設計所謂退休和以前所得的比例的問題，在正常的情況之下，應該是正常的所得，而不是把你以前拿到的任何錢，不管是獎金或其他通通算進來，應該是要以你工作的來算，這是正常的情況之下，所以所謂的主管加給我也會有點懷疑。

在這裡我有點和陳老師不同的地方，要補充說明的是，目前因為我們算所得，好像是將主管加給當成正常所得一起算進去，所以才會讓人覺得我現在薪水就是這樣，然後將來拿的比例不能差到讓人覺得差異太大，所以我覺得說以後我們設計整個退休制度一定要朝這個方向去做，只是我不排除在過渡期間也要把這個東西納入考慮，但是我不是說完全列入或完全不列入，要慢慢過渡過去。就是現在我們依照實際上正常所得的計算，一天、兩天不算，長期的把它加進去的話，如果主管加給也是那一種的話，那可能目前還是得要算進去。但是只當過一、兩天的，

我覺得常態性好像有點不夠，那就有問題了。

呂司長：

10 天以上才算。

林教授明昕：

10 天以上也是很短啦。其實這種所得加東加西，已經悖離了以工作績效來決定薪資的原則，其實不只臺灣有這種現象，德國也是這樣，德國從前年開始，就不管我們所講的狹義的公務員還是較廣義的約聘僱人員，他們改革的目標就是要把薪俸的問題跟工作績效對齊，至於以前因為種種便宜措施得來的，均一律不看。所以我想這是一個方向，以後公務員的薪俸或因為公務員的退休而要計算薪俸，我覺得都要朝這個方向。但可能目前稍微有一點點要考慮主管加給是不是已經變成很常態性的，可以跟專業加給畫上等號的，如果是這樣，要慢慢的過渡過去，變成不是。如果不是，從現在的眼光來看，主管加給沒有辦法跟本俸、專業加給畫上等號，是一個很例外的東西的話，那我還是覺得馬上要拿掉。那這是我就剛剛陳老師提的稍微作一點點補充。基本上與陳老師結論一致，但理由略有不同。

首先就第一個問題點，我不會斤斤計較於養老、退休的區別。朱部長當時研究憲法修正草案時，就已看到第 83 條那邊的條文完全沒有定義概念，所以我看退休與養老並沒有什麼不同，否則非真正退休概念的不就不能包括在這裡了，是否真的如此我也覺得懷疑。所以我會覺得就是人事行政，不必斤斤計較每個概念要怎樣，不然如果說銓敘

部不管養老，把這個制度廢掉，那沒有人管，全部都不用給不是更好。所以我會覺得養老在憲法本文或增修條文有無提到都完全不影響，而且我覺得增修條文沒有提到，可能是後來發現養老和退休根本沒有什麼兩樣，所以就不必寫了。

**呂司長：**

退休和養老有差別。

**林教授明昕：**

有差別是嗎？那可能是法律概念有差別，人事行政學上有無差別？

**呂司長：**

養老的概念，後來在增修條文把它拿掉，是因為養老這一部分應該是社會福利的那一塊，不屬於人事行政的部分，這是人事行政學中所做的區分。

**林教授明昕：**

縱使如此，如同陳老師所講，憲法上這樣講，不妨礙法律作不同的調整，更何況公保優存要點的公保養老給付這些等等，我也可以把它包括成退休人員當中的一個思考，然後是屬於一般養老情況的特別的一個制度，然後把它歸在銓敘的範圍內，我不會計較這一點。

第二個問題點，不論從法律層面或政治層面，這個東西要過關，後面這些實質問題都可以討論。但今天問題就在要過得了立法院那一關，所以為什麼提重要性理論，這也是要考慮到一點，如果牽涉到國家問題層面太廣太大，

那最後就是大家要用會議的方式討論。如果這個關沒有過，你後面的做法都會被扭曲成違法，這一點是我們要深刻體驗的。

所以從重要性理論的觀點來講，不論以前制度是合法、違法，是否為公務人員的權利，我認為在這裡已經不是很重要。因為所謂的法律保留不是權利保留，並非權利才有法律保留，應要從影響的層面，例如整個制度的變化、國家之財政及社會對這個事件的意見等等，最後還是要透過法律保留的方式，至少要有一個形式的立法。那至於是否再授權下去做一些較具體的、較細部設計的法規命令，其實可以用廣義的法律保留來包含，但一定要有法律才可以。至於以前的制度，那個時代，那麼早以前誰去講法律保留，所以不要今是昨非，不能說以前沒有法律保留，所以現在也不必法律保留，一律可以用要點之規定修訂，我覺得這是沒有辦法說服大家的，這一點應是我們要考慮的，因為我們的人事、審計制度長久以來的累積，可能從軍中的制度變成文人的制度，規定如果要改，應該遵照法律保留，具體的可以授權，而且透明化很重要，不要層層累積加了很多條，變成無法適用，致明確性也有問題。

再來到第三點，法律不溯及既往和信賴保護我也會顛倒看，因為為什麼會有法律不溯及的問題的研究，有什麼原則、例外，其實就是因為信賴保護而來，所以信賴保護應是上位的問題。至於這個問題有無信賴保護，我覺得，因為有時連事實行為都會造成信賴保護，何況是法律行為，所以我覺得這一定是構成信賴基礎的，不能說違法的

行為就不構成信賴基礎，不然行政程序法第 117 條規定以下在說什麼，行政程序法第 117 條規定違法行政處分撤銷的時候，要注意到已造成的信賴保護，那它的前提就是行政處分是違法要撤銷，縱使如此，還是要注意到信賴保護，所以我覺得還是有信賴保護。既然有信賴保護就要逐一判斷有無信賴基礎、信賴表現等等。不過，有了信賴利益以後並不表示說所有的東西都要退後一步，因為它還是要跟很多因素作衡量，也就是說信賴利益是讓他已拿到或預期可以拿到的東西繼續下去，這裡來講，也就是說他的 18% 可以繼續下去，或是說準備要拿到的一定可以拿到這種利益。那跟其他國家財政的考慮還有平等原則種種，一般稱為公益的要做衡量。作衡量的結果某種程度是全有或全無保障，還有很多中間類型，我就會比較認為說，一般我們認為法律不溯及既往原則會稱真正或不真正溯及，理論有很多種，但這裡我是要援用林三欽教授前天在台大研討會中提出的理論。他不是二分法，然後原則例外，而是光譜式的，有些是全部保障可以繼續領下去，有些是還有 10 幾 20 年才要退休諸如此類的，如果我真的可以領這個也不能再領了，然後中間還有很多情況。所以我會用這種方式來做不同的保護的情況，產生很多不同的過渡條款。當然這樣會很複雜化，但是第一、說明了我們對這個問題有思考，然後理由書寫出為什麼不同的類型做不同的處理，這樣大家可以做不同的探討，切割後針對各個不同類型作處理，從不合法過渡成合法，然後成為正常的狀況。外國的過渡條款，日本或德國都好，而且類型化亦非常仔細，有時候比原本要規範的事情的條文更長、更多。剛剛我說提到的

德國聘用公務人員的改革為例，過渡的團體協約制度就非常細分，因為已經考慮到整個制度要轉換，要考慮很多點，所以要細分成很多點。

至於情事變更就不生信賴，我實在也很難想像，先不管大法官怎麼說，我也會把情事變更當成考慮的因素之一。我認為有信賴保護問題，但這個信賴保護不是絕對的，還有很多其他因素要考慮，到底哪些要考慮呢？

第一個、國家財政因素一定要納入考慮。我們要說服人家如果一直用 18%的制度，到什麼時候會用完，影響有多大，會去擠壓到哪些預算科目，然後你說犧牲他們，或合理化，回到正常以後，他們會有多少影響，作實證的圖表比例，甚至用畫圖的方式，以這樣子來說服百姓，多少對立法院會有影響。如果畫出來後，發現還過得去，那就先停下來，免得強渡關山還是過不了；如果發現差距很大，公開給大家知道，至少能說服一些人，要適度的調整回去。另外退休潮也是要納入考慮的。所以我說有信賴保護，但非絕對，而是要看跟別的利益衡量的結果，用實證來說明給大家看。

剛剛提到的退休所得上限的公式，不知外國有無類似的制度，他們分母分子的設計怎樣，能否拿來比較？那當然要注意他們的主管加給和我們的主管加給不一樣的時候，不能因為名稱一樣就放進來。只是我一看到主管加給就覺得和前面兩個不同，所以我不會把它放進來。我的結論大概如此。

**主持人：**

謝謝林教授的指教。是不是請李教授發表一下意見？

**李教授惠宗：**

沈副座、鄭副座，還有各位委員各位教授，大家午安。今天有機會來這邊受教，我覺得很高興，我覺得這個問題很重要，確實是公法學上所需要面對的，我也基本上遵照會裡的討論事項做簡要的個人意見的表示。

第 1 題與前 2 位教授的看法並無不同，因為憲法條文不會太細，所以這個地方沒有什麼問題。

第 2 個問題點比較重要的是，不是給付事務就一定沒有法律保留，要看重不重要。司法院大法官最近做一號有關人事的解釋也這樣提到，有關公務人員轉任時，公務機關的年資可否併入計算退休和退休金的年資，這個解釋雖是給付的事項，沒有這麼嚴格，但這是有關人事法制重要的事項，就應該用法律來定，至少要用法律授權的方式，所以司法院釋字第 614 號解釋明白提到，重要事項就應是法律保留事項，就應由法律規定，優存是很重要的，不應排除法律保留。

第 3 個問題，剛剛陳教授有提到退休金的性質，基本上現在退休金的性質有五種學說，薪資遞延說、生活維持說、社會救助說等等，比較不重要的不管它，大法官解釋曾提到退休金的性質是比較屬於生活維持說的角度，但事實上我們現制不光是用生活維持說或社會救助說來解決，以前用恩惠的制度，現在用儲金的制度，就不是單純用生活維持說或社會救助說來解決。早期可以說社會救助，現在已經不是了，現在自己要提撥一部分出來，所以現在叫

薪資遞延說，我晚點再累積一筆給你，所以現在退休金的性質大概是兩種學說結合起來的，主要是生活維持說與薪資遞延說 2 種說法的結合，比較容易找到後續解決問題的法理基礎。

再來的問題是處理到國家和公務員之間的關係，我們一般在說公務員有職務，這是兩個觀念，有職和有務的關係，「職」是基本的組織法上的身分關係，公務人員的官等、職等、法定薪俸是屬於職，因為你有這個職，就要給你這麼多的權利，官等職等的保障、基本薪俸的保障，這是基於職的關係而來；「務」的關係是工作、執行任務的關係，職的關係和務的關係是兩種不一樣的關係，一個是組織法的關係，一個是作用法的關係。那在處理要不要把主管加給放進去，就要去看公務人員退休後所領取的退休金，是屬於職的關係的解消還是務的關係的解消。講到基本薪俸，是基於職的身分來還是務的身分來，你做很多工作不會加薪，你不做工作也不會減薪，所以清楚的知道，基本薪俸是來自於職的關係，不是因為務，務再少再多，都領一樣的基本薪俸，但是會有什麼情況會加減薪，有專業加給，有主管加給，它的薪水會增加，是務的問題，所以我們要區別要不要把主管加給列入，就要到這個地方來找，退休之後公務人員是跟國家解消公務員的身分關係，解消後連同務的關係當然解消，基本上是解消職的關係，所以基本上這是職的問題而不是務的問題，所以其實要跟職有關係的才會列入分母。我個人的看法是，主管加給無論如何一毛錢都不能列進來，我贊同陳教授的看法，因此就不用考慮到底做幾年做幾天，一點都不用考慮，因為那個職

務是一種權宜性的職務，誰當主管誰沒當主管和退休無關。專業加給我認為也不適合列入，理由是專業加給要有那個工作才需要列入考慮，因為那是務的關係不是職的關係。假設這個說法成立，後面的問題也許可找到較合乎邏輯的解決方法。也就是說在計算所謂所得替代率的問題的時候，你就知道哪些東西可列入，哪些不可，如果和職有關係才需要列入考慮，和務有關係就不需要列入考慮，這樣似乎就可找到事務本質的要素，這是一個基本理論的問題，要分清楚。

一般而言，所得替代率在美國是用在保險制度裡，在做保險規劃時，要保到你退休沒有工作後的所得替代率，不知道我們為何會把這個制度變成退休金的制度，有沒有什麼過渡的實益？其實他們真正所謂的所得替代率是用在保險金的給付上在做考慮，70%或 80%，如果要列進來，那就是分子分母的設計考慮，如同我剛所講的，要用職的關係做出發點，似乎比較能得到制度應該有的考慮。

其中第三點有無信賴保護的問題，其中優存要點至少是一個行政規則，而且還是替代法律的行政規則，法律沒有規定，行政機關就訂定了一個規則出來，其實相當於法律的位階，這樣的一個規則很難說不構成信賴基礎，儘管它有可能是對的，有可能本身是不公平的，因為時代不斷在變遷，你只對公務人員給與這麼好的一個優惠，其實從平等原則來看有無什麼道理？如果從福利性的角度來看，這其實是一種恩惠，作為信賴基礎其實是沒有什麼問題的，第一個要件是符合的。第二個要件是信賴表現的概

念，因為這樣子而辦理退休而多領了 16% 的差額，這不是它的信賴表現。我們說信賴表現，並非他之前決定要不要領多大一筆的養老給付，這本來就是你該給的，而是你決定要存多少錢在裡頭，所以他後來得到的這一筆利息的差額，爭議在這一部分，我認為很難構成信賴表現，雖然有信賴的基礎，但單純他多領錢，很難構成信賴表現。因此第三個問題，我覺得不是情事變更的問題，本來信賴保護就是在解決情事變更的問題，所以已經有換約了，因為跟契約有關，就讓它約換完，也不至於導致說現在去改革這個方案對以前退休的人員會完全不適用，這裡的意見跟前面兩個教授一致。

至於最後一個問題，就是退休金計算的公式，剛剛已提過，我覺得計算公式的變數，哪些可以納進來，應回到職的或務的關係來討論，這一部分和本案關聯性沒這麼高，我想就不予贅述。

**主持人：**

謝謝李教授的指教。現在是不是請陳教授給我們意見。

**陳教授英鈺：**

聆聽各位高見後，我簡單表示一下我的看法，照這個提綱來。

第一個問題，當然我們要先去定性，從提供的資料知道當初一次領完的人，可能生活艱困，所以給它優惠的利息。所以看起來目的確實是為了養老，屬於考試院的職掌應該沒有問題，但是不是有法律保留，剛剛李惠宗教授有

提到，不管是司法院釋字第 443 號解釋或最新的第 614 號解釋，都強調這種給付事項涉及重要事項應該還是有法律保留的適用。不過剛剛陳愛娥教授也提到，司法院釋字第 614 號解釋為德不卒，如果法律沒規定的話還是可以以主管機關職權發布的命令為依據，因為大法官的專業加給好像也是這樣領出來的。所以確實是理論和實務上的矛盾，不過還是要堅持，理論上才是正確的，怎麼可能是一個行政機關說了就算。因為以前根本不是法治國家，談過去根本沒有意義，現在是以法治國家、民主國家的角度來看這個問題，所以我認為應該還是要有一個法律或至少是法律的授權。

第二個關於所謂優存是否為公務員的權利，這點我倒蠻贊成最高法院一系列的判決，都認為並不是公務員的權利，尤其 18%和公務員提撥可以領的錢是不同的。司法院釋字第 472 號解釋提到說，財產權保障，自己有付錢的，健保是這種情況，變成有所謂社會保險性質的才有，18%純粹是政策產物，不管從財產權保障或公務員服公職的基本權利來看，很難得出說是基本權利所保障的事項。勉強可以講，但可能會有爭議，是否可以從信賴利益保護得出一個請求權基礎，我較傾向保留的看法。

第三點我覺得是蠻重要的，從司法院釋字第 525 號解釋就開始談信賴利益保護，尤其談到法規變動的信賴利益保護，連結到行政處分撤銷的信賴利益保護，我覺得怪怪的，因為這兩個都是信賴利益的保護，但其實邏輯是不同的。從法規變動來看，不該問這個問題，否則有花錢的人

有信賴保護，沒花錢的人就沒有信賴利益保護，那以後不就在鼓勵大家花錢，花掉就說我花光了，受信賴利益保護，沒花的人就說沒有信賴表現而不受信賴利益保護，其實是不對的。因為法規的變動是抽象一般的，不可能從個案調查你有無花錢、花多少？根本邏輯就不對，法規變動受信賴利益保護的問題沒有錯，但不該循司法院釋字第 525 號、第 605 號解釋的邏輯，當然林教授也談到從法規變動不溯及既往在區別上有一些困擾，其實德國學說上已談論到這個問題，當然我們在適用上會有這些盲點，但不管怎樣，其實法規的變動應該考慮到受信賴者的利益和公共利益，還必須考量依法行政的這些利益的平衡，基本上考慮的問題點就是這些。從這個觀點來看，其實我覺得 18% 的變動，縱使領的人應受信賴保護，但訂契約的人不能期待契約永遠存續，而且對國家似乎也沒有請求權可以主張。所以我談到可否從信賴利益保護得出請求權來跟國家請求，這其實是我懷疑的，因為一般法規變動，難道人民就可以因為法律一變動而直接向國家請求嗎？縱使有，但其實也有比例原則的問題。受比例原則拘束的話，考試院目前修改的都還太優渥，也許都還是違憲。回到比例原則的問題，18% 是否符合平等原則？目的為何須先探究，因為要差別待遇要先有目的，目的如不正當，有什麼差別待遇可言，從過去背景而言係照顧一次將錢領出的人，讓它維持基本生活，這個背景我可以接受，可是現在領 18% 的人，對很多人而言，遠遠超過其生活所需。當初 18% 的目的不是要讓領的人遊山玩水，如果國家財政豐裕那可能較沒問題，但是我們的國家不是這樣。司法院釋字第 485 號解釋中所提，

有關眷村改建，差別待遇要符合比例原則，要以它的生活所需範圍為限，如果生活不下去當然要照顧他，但是現在的 18%哪裡是照顧生活所需，根本已超出原本 18%的目的，以比例原則來看我也不能接受，所以 18%要減少的話，應該是職位越高的人要減的越多，因為早就超過它生活所需的範圍，因為他本來就有退休金，為什麼要照顧到那種程度呢，根本完全沒有法律基礎。從這個觀點來看，考試院提出的公式，我非常贊同李教授的看法，專業加給及主管加給都不應該納入，尤其這根本不是退休金，這只是一個權宜措施，後來根本都已經變相的時候，你還以這個為基礎去計算讓它領的更多，其實毫無基礎。

接下來提到平等原則，平等原則有多種比法。當初訂 18%的時候說因為這些公務員對國家很有貢獻，但沒領到的人一樣會說對國家很有貢獻，為什麼只因為單位的不同或出生的早晚而有差別，在說理上很難自圓其說。從另外一個角度來看，如果以公務員和非公務員來做區別的話也同樣有這種情況，各行各業誰對國家沒有貢獻，大家都有納稅，不然國家無法運轉，所以單純就納稅而言，誰對國家沒有貢獻，所以還是要談到性質是什麼。它根本不是退休金，只是國家的一個政策，這樣的政策既沒有法律基礎，也沒有符合比例原則、平等原則，所以應是大幅改弦易轍的時候。

**主持人：**

謝謝陳教授的指教。現在劉教授也來了，是不是也勞駕您給我們指教。

劉教授宗德：

主席、沈副座、鄭副座、各位委員、學界朋友、會裡的長官大家午安。

在銓敘部與考試院院會開過多次會，包括剛才發言的陳英鈐教授，大家的立論都差不多。但其實今天是保訓會的會，應該有不同的觀點，不然就不足以稱為保障培訓的專責機關。我一直非常困擾及煎熬，因為這個議題輪到保訓會主辦座談會，是否預告將來需要走保障事件復審的階段，我必須先看看是否這樣，才敢做後續發言，這是第一個我很困擾要不要配合貴會的權責來做發言，否則我們一路攻擊下去，坦白說，到底現在仍在發展中的狀態還是已經到保障事件要做復審救濟的時刻。以往的發言和現在的發言理應不能矛盾。第二點，貴會每年都有彙編，我們的發言會做成一個紀錄，坦白說我是非常珍惜的。我參加過幾次都有行政法院的法官過來，今天很特別沒有請到高等行政法院或最高行政法院的法官，以往我要聽聽他們的發言、表情才知道將來實務上要如何處理，但今天顯然無法“揣摩上意”，所以基於這兩點，將來可能要進到保障事件來，也可能會有一個彙編，是不是會和銓敘部或考試院的意見相左，這樣都不好。剛剛因為沒有辦法好好聆教前面幾位先進的高見，所以我只好針對今天討論的議題提出拙見來供各位參考。

首先優存如果不是法定給與的話，究竟性質如何。剛剛聽到陳英鈐教授確實有這樣的指摘，那問題就在於，幾十年下來，優存隨著物價指數，是否已符合國民期待及社

會通念，是否已變成公務員退休後收入的一部分，我想國民的感情必須要予以考量。我們都知道台灣在法制化之前有一些比較特別的，雖然以下我要說的案子和貴會要討論的無關，就是全民健保保費的地方政府分攤金，也曾到了釋憲的階段。我要說的就是，這些沒有法制化的項目可能要有國民感情或社會通念的考量，換言之，不能單純用法律保留、國會保留或是層級化保留這種法律制度、憲法的學理來說明。

以下的題目設計的很細，第一個問題設計的不好，純粹是法匠的設計，因為現在已經在做了，你只能說要不要提升到法律保留，要不要提升到授權命令的位階，而不應該說是不是已經不再是考銓機關的權責，應該給人事行政局，我想這個說法不好，因為這是兄弟鬩牆，你說不是銓敘部的權責，更是否定銓敘部修訂這個要點的適法性和合憲性。

第一個問題不必設計為已經不再是考銓機關的權責，因為考銓就是廣義的行政，所以絕對還是行政的一環，不管是考試院或行政院來做，都無涉於系爭法律問題所需要解決的。所以目前由考銓機關來處理，不管將來如何法制化，我個人都認為由考銓機關來處理就可以。

第二個還是回到剛剛的問題，優存是不是退休公務員的權利，是不是法律保留，只用要點規定就是違法？我剛剛已經說過了，第二個問題需要有國民感情和社會通念，目前這個狀況絕對是不足的，我想大家都很清楚，但是我也看了很多銓敘部在立法院的資料，我不太清楚那句話是

不是我說的，他說，給付行政依照司法院釋字第 542 號解釋的精神，是一種授益性的作用，所以法律保留的要求不需要太高，這種說法只能苟延殘喘而已，因為司法院釋字第 443 號解釋也說過，以及行政院法規會也曾在「中央法規標準法」草案中都已經規定將來都要改過來了，「給付行政涉及公共利益重大者，應以法律定之」。所以給付行政不再是所謂國會保留以外的事項，給付行政如涉及公共利益重大，當然要用法律來規定，將來的草案就會這樣做，所以我想第二點的問題，還要分為應然面和實然面，在應然面上，即在法律制度上應該要法制化，這是大家都知道的。在實然面上，我個人認為要達到嚴格意義的法律保留，就是國會保留，大概是緣木求魚。用這個要點突破我不敢說是我們建議的，但至少在外表上它也沒有減少你的金額，只不過你存進去的額度被稀釋化掉了，這樣一個要點是否要批判違反法律保留，我個人認為是可以再討論的。結論很簡單，縱然它尚未法制化，未具備公法上權利這樣一個表徵，這種政策性措施的優存，我個人認為可以用要點規範，但將來一定要法制化。所以二的問題，也不減損我對這個問題結論的中間分析。

第三個問題，大法官針對所謂「信賴保護」也好、針對法規命令、行政規則的變遷，做過很多解釋，比如司法院釋字第 525 號、第 605 號解釋，都有說過信賴保護原則的信賴基礎，如果是因為法規的變遷，一定要有一個過渡條款，要有補償的措施，我相信銓敘部確實有相當誠意去處理這件事。而我們再用司法院釋字第 287 號解釋，行政規則，尤其是解釋性的行政規則，如果有一些變化是可以

以新的釋示來處理。但我們要回到一個問題，「優存的法律關係為何」，也就是說這幾個題目到第三為止，都還是以抽象的原理原則去處理，包括優存在內的公務員退休，法律關係如何都沒有處理到，這樣很危險，公務員核下來的退休金跑到台銀優存，基本上是民事契約關係，誰都不承認是公法關係。跟大家報告，我在考試院訴願會還受理到，一位國中校長存錯了地方，跑到第一銀行去存，超過了所謂規定幾個月內要表示存哪個銀行，結果就拒絕讓他去存，我個人認為這是不對的，假設優存是一個公法上的權利的話，公法上的請求權是5年，你給它1個月、2個月、3個月是標準處理期間，不能擋住它公法上優存權利的行使，但是偏偏優存現在被認定成是民事上契約關係，你自己放棄這個優存。所以在這裡，我希望到了第三為止，不能再討論抽象的原理原則，要把所謂的法律關係釐清楚楚，有關所謂金額的核定，是不是用行政處分、有沒有用到行政契約、有沒有用到民事契約等，甚至有無用到行政指導，公務員要怎麼領退休金，是月退還是一次退，這些法律關係、行政行為形式都是需要討論的，可能我在這裡“愛之深責之切”，保訓會到第三點都還是以原理原則處理，這樣對事物的本質而言，沒有辦法釐清它們的爭點，所以我只能說，根據司法院釋字第287號解釋，解釋性的行政規則如果變化的時候應該從新，但是前面所做過的仍然是有效的，就是我給你優存金額是多少，但一年或二年就結束了，再用新的要點規定新的優存金額，應該是可以的。在這裡原理原則和法律關係要結合，以及與行政行為形式要結合。哪個地方用了行政處分，哪個地方用了行政

契約都要逐一的來檢視。所以這個部分，情事變更也好，比例原則也好，所謂信賴保護原則也好，我個人認為可能都要和法律關係及行為形式相結合才能處理。

至於第四，我個人沒有問題。

### **陳教授愛娥：**

回應剛剛劉老師的談話，有關法律行為形式的問題。教育部事實上經過大家的討論，傾向認為關於什麼條件在多少的金額範圍內可優存是一個公法決定，那個部分我們也認為是一個行政處分。所以後來在教育部訴願會事實上是受理的，基本上認為這是一個公法性的決定，他跟台灣銀行之間是私法上存款的合約是兩碼子事，就這個部分贊成劉老師的意見，而且我自己個人也認為這本來就是一個公法關係，台銀又不直接給你 18%，它還是依照民事上存款的合約然後來付利息，照我的解讀這是典型的多階段行政行為，要有公法上的決定，但是實踐上還是透過一個私法上的契約。這個部分基本上我是支持劉老師的想法。

### **李處長俊生：**

順著剛剛陳教授的說明，我也回應劉教授的質疑，到底優存的法律關係是什麼樣的性質。目前我們在處理的這些案件，銓敘部的做法是先依退休所得合理化改革方案重新核算可以辦理優存的額度多少，可能原來是 100 萬，但重新核算後可能就給他 80 萬，就這 80 萬在它期滿後要辦理續存時，就只能存到 80 萬，那銓敘部也因為這樣有個別發函給當事人，要他們在 2 年契約期滿後辦理續存時，才拿這個函和台灣銀行去辦理續約，所以我們處理的，基本

上不是公務人員和台灣銀行之間的關係，而是處理銓敘部發的這個函的性質，如果從它的內涵來看，我們基本上會認定他已經符合行政處分的要件，所以我們是以處分的觀點來作為基礎，做以上的補充。

### **劉教授宗德：**

我剛剛以上的報告，還是希望照處長很透徹的切割式處理，哪裡到哪裡的一段是什麼東西，因為前面的這些東西銓敘部都整理過了，大概不會有太多新的見解，但是後面保訓會要處理的時候，它是不是保障法第25條的行政處分？行政處分有無違法或顯然不當，這部分確實是我們要處理的。所以主席是不是容許，因為今天不一定能變更討論的議程，是不是能夠再有針對具體的個案，譬如復審事件進來了，那我們在哪個環節再來設計一下，哪一個部分是什麼樣的法律關係，哪一個部分是可以來復審的？有無違法或明顯不當？再把高等行政法院或最高行政法院的法官請過來，這樣子討論議題就不會這麼抽象了。前提我剛剛已經跟大家報告了，我們今天的座談不是在附和銓敘部或考試院的見解，我們要針對真正爭訟的案子，因為復審本身是一種爭訟的程序，我們要針對真正爭訟的案子來做處理和解決，因為中間還有不同的類型。關於這部分我衷心祈願能夠再有新的討論。

### **主持人：**

李處長，劉教授的第一個問題請你說明一下。今天為什麼不請行政法院的法官來參與。第二個，就是將來能不能再一次的座談，拿出個案來討論。

### 李處長俊生：

針對剛剛劉老師的提問，我們在歷來的研討會會找行政法院的法官來共襄盛舉，希望學界和實務界有共同交流的機會，但是我們今天不敢找行政法院的法官，是因為我們這個案子的背景太多銓敘部所做的處分，我們要處理的是通案性的問題，我們是考慮如果找行政法院的法官來，在討論之後，當事人如果還不服提起行政訴訟，則來開會之法官是不是被我們陷害了，他們應該要迴避等等之類，因為今天討論的性質和之前討論的幾個法律問題的研討不太一樣，所以我們今天就沒有找行政法院的法官，未來如果有機會的話，我們在比較純粹理論性或單純法條適用上的問題，不牽涉到實質的個案時，仍然會邀請法官出席。雖然我們今天也是通案性的討論，原則上應該不會牽涉到個案，但可能影響到個案的處理，所以我們比較有所顧慮，做以上的補充。

### 劉教授宗德：

謝謝。事實上現在的個案和法官經手的訴訟無涉，坦白說沒有嚴重到要迴避，法官來公部門表示意見，也不會是針對個案，因為我們都會設計成通案的甲乙丙。以往幾位行政法院的法官都很通達情理，都是知無不言，事實上這對將來的處理是很有幫助的。因為我曾經提過「出口理論」和「入口理論」，我們這邊出去的代表說我們受理了，縱使是駁回，也代表是行政處分，但是行政法院有時候不認為是行政處分，那他的入口就會很窄了，將來如果大家都能溝通，我們這邊認為是行政處分，他們也認為是行政

處分，這樣我們就立於不敗之地了，所以這個部分恐怕是可以溝通的。至於，為什麼我剛剛再三這樣說，我希望政策性的東西要和實務性的東西，通案的和個案的要切割。因為那些原理原則只是違法性判斷的標準，我們還有很多東西要去討論，例如哪一個環節是行政處分？那些法律關係是什麼性質？這些都要討論才可以。今天题目的設計還是圍繞在違法性的部分，違反平等原則、比例原則或信賴保護原則，通通都在談違法性，但是前面入口的那些要件，起訴要件，或是復審要件都還沒處理，所以我衷心期望是不是先不要進入違法性和明顯不當的判斷，因為那些原理原則的違反都是後面的問題，前面還有很多問題要解決的。

**主持人：**

各位學者專家給我們的指教很多，我非常的敬佩，尤其幾個地方是我們沒有想到的，真是金玉良言。劉教授提到希望行政法院的法官能夠參與，就是剛剛保障處講的有那些顧慮，將來再提行政救濟時會否難以處理，所以沒有邀請，不過劉教授的意見本會會再斟酌。接下來是不是請會裡的委員同仁提出有無意見要交換的。林委員是不是要先提供一下。

**林委員昱梅：**

謝謝主席。剛剛聆聽各位學者專家的高見，個人有相當多的收穫，因為目前的案件已累積到 188 件，誠如劉教授所提到這是個案審查的問題，那我先解釋一下為什麼會提出這些討論問題，感覺好像是立法論上的問題或是較抽象的問題，我們整理這些問題時主要是看復審人提出的理

由和主張，以及銓敘部的答辯而整理出來的爭點，它們最主要的爭議在這個地方，那程序方面的要件，目前 188 件我們處理的情況是說除非有逾期不受理，不然大部分復審事件就是針對銓敘部函所提起的復審，所以我們最大的困難處是在實體審查的部分，就會碰到銓敘部所做出來的處分我們認為是行政處分，公法性質，最主要是它把可以存優存的部分另外核算過，為什麼會提起復審，主要是它的專業加給部分或是依公保優存要點第 3 點之 1，它的所得替代率降低了，因為降低了，公務人員不服所以提起復審。因復審人所主張的從法律保留一直到信賴保護、平等原則，比較多的主張在這裡，至情事變更這部分，我們是看到銓敘部有提出相關的答辯，所以我們把情事變更這部分一起放進去，比例原則也是有蠻多復審人提到，所以我們今天會有這些比較抽象性的問題，第四個問題比較具體，真的有很多復審人提到主管加給這個部分，認為不公平。還有就是專業加給用加權平均數去計算，他們也認為不公平，所以在這部分我們就特別提出來看是否有違反平等原則。當然今天各位學者專家所提出的高見，我們會整理後，在個案適用上去處理。其實我比較擔心的是法律保留的這部分，現在這些個案馬上要處理，銓敘部個別的處分是否合法或違法，在決定時就必須做一個立場的宣示，然後是不是信賴保護要有過渡，或是要有很細的處理，在個案上我們也沒有立場，因為我們不是政策的決定者，沒有立場要求銓敘部應該如何做，只能針對個別的處分，去做合法性的認定，我們就會去看他所依據的規範是否有符合法律保留等等的一般行政法原則，所以我們會設計這些比較抽

象的問題，其實都是從復審人的主張及銓敘部的答辯所整理出來的爭點。今天學者專家有一些共通的意見，我們會做過整理再進行討論，但針對銓敘部的答辯或許還要再稍微斟酌一下，包括法律保留、主管加給、信賴基礎等等部分，銓敘部的答辯，所提到的要點其實並非是信賴基礎，或許可以再思考一下。以上謝謝。

### **林教授明昕：**

建議以後聚焦到保訓會要處理的問題，例如第 2 題，如果遇到個案時我們要如何主張，一律說沒有法律保留的話，那 188 件很容易處理，都是有理由撤銷。現在有一個問題，第 3 點之 1 規定有沒有被立法院廢止，立法院真的可以廢止它嗎？送立法院備查，立法院有無任何監督權可以廢止，如果沒有，只說這裡有問題，在沒有廢止前，它還是一個違法的存在。我們依照行政機關可以處理的方法就是說，本來辦理優存就是依那個要點規定，照復審人的思考，那也是違法也是違反法律保留，也是從頭到尾都不可以存在的話，那更好，錢全部還回來，我想他一定也會嚇一跳，前後矛盾。從政策面的觀點來講，銓敘部或哪個單位要對這個制度去改革的時候，我想要用法律。可是目前做出來的，如同行政處分，違法的行政處分並非等同無效，假如第 3 點之 1 規定是違法的話也沒有等同於絕對無效，現在是看誰有權把它廢止，立法院真的有權嗎？如果沒有廢止，那第 3 點之 1 規定還是存在，那今天以一個復審委員會是否有權就個案或通案說第 3 點之 1 規定不適用，以法理來判斷，要點規定本來就是不合理的，如全部

廢止，那以後要用什麼判斷。如果我是貴會委員，我會很技巧地說本來就是要點，用要點來修要點，除非要點已經被廢止，以這個方式來過這一關。那法院可能會不收，如撤銷復審決定的話，就看他們用什麼理由來撤銷，那我們再來決定。不然只要涉及第 3 點之 1 規定的案件，一律用違反法律保律原則撤銷原處分，所以我認為應該要這樣處理。

剛剛陳教授提到二階段理論的問題，這裡就會考慮到很多問題，雙階理論的時候，如果我們管的是上游的部分，就是說行政處分本身要不要撤銷，後面銀行存款部分會受到連帶的影響嗎？如果說銀行契約已經在執行的話，前面會被治癒嗎？這是二階理論常常會遇到第一階段第二階段互相影響來影響去的問題，要怎麼解決也是貴會後來會遇到的。我想後來可能還要再思考個案的問題才比較符合貴會所要處理的問題。

**主持人：**

謝謝林教授。呂司長請發言。

**呂司長：**

幾個問題我們還要再說明一下，第 1 個部分是談到公式的問題，其實當初設計這樣的公式有不得不然的考量；因為：假設說不談優存這一塊，純粹以目前 1 個委任 5 等功 10、7 等功 9、9 等功 7 這些人來看，因為我們現在薪資待遇結構的問題，會造成這些人目前就算只算月退休金而不算其他的給與，他退休後每月所領的退休金就等於現在在職所得的 80%到 88%左右，已經這麼高了，再加上 18%

的利息，就已經 110%左右，所以設計分母的時候就考量到應該以那些比較共通性的加給為內涵，這樣的內涵設計，其實不是我們自己創出來的，如果各位看一看所附的資料的第 34 頁，世界幾個國家裡面，美國、英國、德國、法國這幾個國家看看，英國這個國家在算所得替代率的時候，其分母裡面也已經包含主管加給，所以不是只有我們國家有這樣的設計。另外，當初設計這個公式是有多方面的思考，沒有絕對的對錯，只是我們礙於現行情況下，為了設計個合理公式，使算出來的退休所得不會比在職所得高，這是要先做一個說明的。其次是改革有無違反法律保留的問題，有 1 個問題是，我們今天增加第 3 點之 1 規定有無違反法律保留？假設沒有的話，那麼現在的公保優存要點在沒有第 3 點之 1 規定之前，是否也違反法律保留原則？我們辦理 18%優存是否都是違法的？依司法院第釋字第 443 號解釋、第 614 號解釋，在法律沒有規定之下，屬於給付行政部分，他還是允許行政機關用行政命令來規範，所以增訂公保優存要點第 3 點之 1 是不是違反法律保留，應該是有空間可以討論的。第三個要說的是，這個案子目前還在立法院，其實依立法院職權行使法，不應該叫我們把這個案子送去給他審查，也沒有立場要求我們送給他查照，因為畢竟這是一個行政規則。但立法院是用 95 年審預算的時候凍結我們的預算，要我們送給他審查，我們為了讓預算解套而送給立法院查照，沒想到就變成審查案，並作出決議。當然這個決議只是在審查會裡做，院會沒有決定以前，公保優存要點增訂第 3 點之 1 規定都還是有效，還是繼續做；至於後來會怎樣，我們也不敢預料。假定將

來立法院硬要廢止，那就涉及行政權和立法權間的對抗，哪一天立法院真的要自今年2月16日廢止優存要點第3點之1，改革方案就會自始無效，那麼過去做的處分通通不算，那所有188件案件要重新回來，也就不需要審了，但這個問題我們未來再處理。現在因立法院還未決定，考試院的態度也還不得而知，所以目前依過去一貫的發展過來，我們覺得這個要點既然過去都認為不違法，為什麼增加第3點之1就違法，為什麼過去可以繼續存18%，這是要請大家思考的。以上說明，謝謝。

**主持人：**

謝謝呂司長。

**李教授惠宗：**

所有的法律問題可以分成4個層次，一個是法本質論的問題，一個是立法論的問題，一個是法解釋論的問題，一個是法適用的問題。我們來看今天很顯然用立法論去檢討法適用論的問題，這樣會錯誤，其實今天要處理法適用論，可是我們用立法論的提綱。那我就想一個問題，其實這些規定固然要以法律來定之，這個沒問題，但是這是立法論的問題，法律還沒制定出來，訂定第3點之1規定可不可以，這就是替代法律的行政規則，因為他沒有侵害性，所以政策上應該要立法，沒問題，但是現在可不可以用，當然是可以用，當然可作為依據，在適用上沒問題，以前可以給這個恩惠，現在可不可以限縮？我認為可以，不要人家已經領了還把它要回來，大概也要不回來，但是可不可以將在來續約的時候，不讓你繼續領那麼高額利息而

已，那我個人的看法認為是沒問題，但畢竟簽了約，哪管台灣銀行可能是沒有拿到銓敘部編列的預算，你還是得給，因為你和他簽的是民事契約，你可以把它切斷，那不是行政處分，我認為也是，因為是一種第三人利益給付的行使而已，我認為要把問題的層次分開，所以或許沒有銓敘部擔心的那麼糟糕。第 2 個問題是哪些要素應列入所得替代率去計算？剛剛林委員也提到了一個觀念，很多當事人主張不公平，但我認為他不只是違反平等原則的問題，而是考慮到不相關的因素。這個平等原則與不當聯結禁止原則很容易被誤用，可能兩個同時存在，如果大家都一樣的狀況，就沒有什麼平等原則，沒有什麼不同，因為平等原則來自於比較，如果大家都一樣的時候，都是不應該考慮的要素所形成的不合理，那是違反不當聯結禁止原則，剛剛我們提到主管加給要不要加進去，如果要加進去，現在把它加進去，結果大家都一樣，你以前當主管是你的事情，跟制度無關，那是違反不當聯結禁止原則的問題，不是違反平等原則。如果這個因素加進去作為差別對待的基準，那就違反平等原則了，同時會違反這兩個原則。那這個要看當事人主張的內容。那這裡我想是公式計算的問題，不在今天討論的範圍，就不再繼續。

**主持人：**

各位教授還有補充的指教嗎？

**劉教授宗德：**

我回應一下我尊敬的李惠宗教授在憲法上的高論，就是千不該萬不該不要把「法律保留」與「法律優越」混在

一起，沒有學者說這個事情是不可以做的，只是說將來要做的更好，剛剛李惠宗教授的立論是法律保留的問題。本案並不因為到目前為止不符合法律保留原則，所以幾 10 年的措施都是違法的，所以這 188 個案件都要等適法後再去處理，沒有人這樣講過。我剛剛也講過國民感情和社會通念，到目前為止，都認為這個措施只是要變通加上一個新的東西，叫做「退休所得替代率」的因素，讓它回復到正常的程度而已，所以並不是說它需要完整的法律保留，但是這個案子是可以討論到法律優越，讓我想到鄧小平的 4 句話，他說的前兩句是「有法可依，有法必依」，也就是一定要依法，如果沒有法就不能做了，那是「法律保留」，但是後面的兩句話「執法必嚴，違法必究」，我們今天的重點就在有無違法，今天這樣做，用第 3 點之 1 要點的修正，讓「退休所得替代率」達到一定的比率，這樣的一個措施的修正，有沒有違反法律優越原則裡面的哪些原則，恐怕不需要再去討論法律保留原則了，這也是李惠宗教授剛剛所講的，它是一個所謂立法論的問題，我們今天個別的案子進來復審，將來就是行政訴訟，是法律適用論的問題，這個法律包括程序法、抽象的原理原則，這就是剛剛講的法律優越原則有無違反的問題。第二件事情就是李惠宗教授剛剛也很清楚的宣示，就是有無考量不應考量的要素，比如說在第 4 個問題上，如果有的話，就是這裡所講的「不當聯結禁止原則」導致裁量的逾越濫用，所以已到了裁量的部分，它不再是一般抽象平等的問題，所以雖然剛剛林委員有說為什麼設計這樣的問題，是因為復審人的理由和答辯提出來的，但我們依職權調查，不能拘泥於當事人的

主張，這部分是非常重要的，所以不管在訴願或復審，一定是職權調查主義，所有的爭點都要由本會做一個釐清。剛才李惠宗教授最後還講了一句話，就是這樣的一個核定函，拿這個函去台灣銀行做 18% 的優存，結果因為函的金額被減少了，優存當然進去就少了，這有沒有連帶關係，有沒有行政處分，要不要借用「雙階理論」，有沒有「多階段行政處分」的問題，坦白說，復審人不會有這些爭點，而銓敘部也不願意答辯這些問題，就要看我們保訓會怎樣把這些爭點釐清，所以我常常這樣講，復審決定書就像訴願決定書一樣，不能拘泥於當事人的主張，一定要依職權調查事實、證據及法理。這部分敬請參考，謝謝。

**主持人：**

謝謝劉教授的指教。本會委員不曉得有無其他意見，如果沒有，今天我們非常難得也非常感謝各位專家教授，給我們很寶貴的指教。李處長，剛剛劉教授提到座談會紀錄是非常珍貴的資料，這個座談資料整理出來之後，是不是可以先給與會人員校正後再列為紀錄，這樣比較慎重一點。

**李處長俊生：**

目前對於座談會的紀錄，我們都會先傳給與會者過目後才會列進來。

**主持人：**

今天這個座談會，與會的專家學者給我們的指教很多，這些寶貴的意見我們將來一定會作為審理案件的參

考，再度表示感謝，也感謝呂司長、各位委員、各位同仁。

### 三、有關保障事件決定書及其執行情形之公開，於保障人民知的權利與個人隱私權間，所衍生之相關問題座談會

壹、時間：民國96年10月5日（星期五）上午9時30分

貳、地點：本會7樓第1會議室

參、主席：劉主任委員守成

肆、出列人員：（略）

伍、列席人員：（略）

陸、討論事項：

議題：（略）

說明：（略）

發言紀要：

陳主任秘書明堂：

- （一）電腦個人處理資料保護法（以下簡稱個資法）第3條所定個人資料，係指姓名及其他足資識別之資料。為什麼保障事件決定書要公布，可能就是因人民有知的權利，所以公務人員保障法（以下簡稱保障法）及法院組織法都規定，決定書、判決書必須公開，以保障人民知的權利，這也符合政府資訊公開法的立法意旨。
- （二）故在個人資料的保護以及人民知的權利之間，必須要有所衡平，如果完全站在個人資料保護的立場，

而讓人民知的權利喪失，這可能也不是個資法之立法目的。所以個人資料保護也不能無限上綱到什麼都不能公開。依個資法第6條：「個人資料之蒐集或利用，應尊重當事人之權益，依誠實及信用方法為之，不得逾越特定目的之必要範圍。」規定觀之，該法第2條所謂「其他法律另有規定」應該係指個資法所定之個人資料蒐集或利用有特別規定者。事實上保障法只規定決定書及其執行情形要公布，但並未規定如何蒐集。所以，我個人認為保障法第93條應該不是個資法第2條但書所定之情形。

- (三) 又保障法第93條只規定要公布，但要公布到何種程度，就必須考慮個人資料的保護與人民知的權利間要如何衡平。過去法院的判決書姓名有寫出來，年籍、資料予以刪除，是正確的作法，因為這是屬於個資法第3條第1項第1款所定的個人資料。依本次會議資料第37頁最高法院之判決書觀之，上訴人甲○○，被上訴人為內政部警政署，代表人如為署長侯友宜，因機關的代表人應無需保護，卻被隱匿變更為乙○○。判決書之所以要刊登公報，是為了可受公評，如果什麼都被隱匿的話，要如何接受公評？另以個案來看，有警察人員因一次記二大過免職，保訓會如果撤銷原處分還他清白的話，他有可能希望能刊登全名並可從網路搜尋；又如個人係因其違失行為被懲處或免職，在此種情形下是否仍需將其全名隱匿，我個人認為恐怕不須要作到這種地步。另外如決定書的事實與理由也要隱匿變更的話

，恐怕會對保障法第93條的原貌有所影響，也對人民知的權利有所妨礙。

### 范姜教授真嫩：

- (一) 在有關個人資料保護的部分，若以公務人員身分從事社會活動，其個人隱私權的保護應與一般人民有所不同，尤其是在執行公務的時候，該公務人員係代表行政機關，人民當然對行政機關的行政行為有「知」的權利。
- (二) 以日本為例，有關執行職務的資訊都要公開的，日本在制定資訊公開法時雖有爭議，但就公務員的資訊如何公開，有特別規定。個人資訊與個人隱私權兩概念間雖有競合之處，但其實範圍是不同的。日本資訊公開法之立法並不限於保障個人的隱私，只要是能識別特定個人的資訊，原則上就不公開，例外於因為涉及公共利益、或為公務員執行職務或慣例上一向是被公開的資訊等，始得公開。這樣的立法方式叫做個人識別型的立法方式。像美國跟我國則是屬於保障個人隱私型的立法方式。
- (三) 我國立法認為資訊只要是沒有涉及到個人隱私，原則上就公開。我國立法方式跟日本是不同的，日本後來雖也有認為公務員也是一般人民，所以公務員也應跟一般人民一樣，只要能識別特定個人的資訊，原則上就不公開之主張。但是最後他們立法及實務上還是認為公務員的所作所為，本來就應該攤在陽光下，才能夠防止一些弊端。所以日本特別規定

公務員執行職務，有關於執行職務的資訊，應該要公開的。所以，公務員與一般人民的資訊公開是有區分的，亦即完全屬於公務員私生活的部分當然是可以不公開，如果是執行公務的資訊，就必須要公開。

### 劉法官鑫楨：

- (一) 資訊公開的背景一開始是為了訴訟，因為需要提供政府文件資為證據，惟政府常以保密為由拒絕提供；第二個是行政改革，因為行政改革需要行政公開，以符合當代的公共利益；第三個是新聞界，新聞界必須取得具有新聞價值的資訊，政府卻以保密為由拒絕提供，這三股力量結合起來才形成了資訊公開的動力。
- (二) 資訊公開的作用第一個是監督政府的活動，第二個是協助學術研討，第三個是商業目的，第四個是訴訟目的。資訊公開的基本原則是政府文件以公開為原則，不公開為例外。例外不能大於原則，例外也不能擴張解釋或類推解釋，否則例外變為原則。而資訊免除公開的理由，因為有可能危及國家安全或國防及外交機關內部人員之安全，或其他法律規定要保密，例如商業秘密或貿易秘密。故資訊之公開，如可能危及國家安全、外交、或侵害個人的隱私、或危害個人的權利及干擾到執法活動的時候，對行政效率的影響重大。
- (三) 接下來是如何執行資訊公開，如要公開的部分與不

得公開的部分夾雜在一起時，就要去區分二者是否可分或不可分。可分的話僅刪除或遮蔽不得公開的部分，應予公開的部分還是要公開，但刪除或遮蔽的部分要說明理由；如果是不可分的話，原得予公開的部分就免除公開，也必須要說明免除公開的整個理由。

(四) 行政程序法與行政資訊公開的辦法當然有過度與實際操作的問題。如果說陽光是最後的消毒劑，那麼資訊公開是最好的政治防腐劑，在公共領域以曝曬為原則，但是關於隱私的部分不得公開曝曬。如果把身體比喻為國家安全及個人權益，過度的曝曬有致癌的風險，就會危害到國家安全及個人權益。當公開或應秘密有爭議時，由法院做司法審查，重新認定事實，在法令限制內進行資訊公開造成的利益與損害間，作適當的權衡。

(五) 接下來，我就資訊公開的結果作幾個基準的陳述：資訊公開的結果如造成第三人的困擾或不便，則可能涉及隱私權的保護，那麼應該隱匿的時候就應該隱匿它。除當事人的記載外，我要強調的是，在事實與理由欄的記載部分，事件和特定的個人之間的連結，也是一樣。另外，如涉及到公共利益的新聞價值，隱匿的方式要以更為細緻之方式處理，此不是單純的個人資訊問題，還牽涉到公共利益的新聞價值及報導的問題。事件與特定人間的連結才能構成一個事件的全貌，我想只要特定人予以抽象化或

符號化，阻斷事件與特定人間的連結即可，如此就不會涉及到個人資訊保護的侵害或妨礙。

- (六) 又如果要公開，則要考慮公開的對象為誰？公開的內容為何？公開的目的是什麼？決定書的公開，要把事件跟特定人公開，讓人民來監督這個事件？還是要讓人民或國會來監督這個決定書的公正性？還是讓人民知道事件的真實性？如果目的是落在決定書的公正性，那麼需不需要把特定人曝曬在陽光底下？我想此問題可以分為兩部分討論：首先，這個「其他法律規定」指的應該是特別規定，所以沒有特別規定時，就不應該排除政府資訊公開法的規定；其次，我們可以思考不採取二分法的方式，而有採取第三種方式之可能，亦即公開之標準，是否應考量被公布之個人所處社會對其人格尊嚴的影響；公開的對象除了當事人之外，常常涉及到第三人，國安局的書面意見建議要把特定人及事件均遮蓋，那麼到底還剩下些什麼呢？另外還可以討論的，是不是要把公務員也歸類到公眾人物這個區塊內？在美國可能是如此，但在英國卻不是如此，各國的法制對此還是有相異性的。至於公開的對象，是僅公開事件，或是事件加上特定人物，我想這還有不同意見的爭執。請各位看到會議資料第37頁最高法院判決書內之上訴人是甲○○，被上訴人的代表人乙○○，可以說是過度遮蔽隱匿。我想只要讓特定事件不影響當事人的社會尊嚴，就不需要遮蔽隱匿。另外在會議資料的第38頁，反而將相關的地址

及相關的第三人未予適當的遮蔽隱匿，稍嫌不足。另具有新聞利益及公共價值的，是不是也能適時的不要去阻撓言論自由、出版自由或學術自由。至於是不是對當事人有利的判決，就要完全公開，甚至包括當事人的資訊。但是否對當事人有利，是法律上的判斷，當事人的判斷卻未必與法律上的判斷同一，所以對當事人有利的決定書未必就要完全公開。

### 國家安全局代表：

基於本局情報工作的特性，為了維護情報工作人員的人身安全以及國家的安全利益，所以在情報工作法第8條第1項規定，涉及情報工作來源管道或組織，以及有關情報人員或情報協助人員身分行動通訊等事項，不得洩漏。第2項規定，人民申請前項資訊之閱覽、複製、抄錄或錄音、錄影或攝影者，情報機關得拒絕之。所以，基於機關的立場，建議有關本局的申訴、復審及其他相關爭訟案件的申請書、答辯書、復審決定書等資料，均以機密公文書來處理，勿對外公開或上網公告。

### 林法官樹埔：

- (一) 剛剛各位都有提到，我國的立法例是採資訊原則上要公開，例外才不公開。依照法律的解釋原則，有關原則性的規定是一般的解釋，例外的規定則必須從嚴。那麼不公開這一部分，就現行的成文法而言係例外規定，當然要從嚴。以目前的思潮來看，政府資訊公開法是在民國94年制定，可能是由於這幾

年詐騙案件增多，對個人隱私權的保護是必要的。不過，公務人員執行公務，與個人隱私無關的話，這一部分就不需要不公開。

(二) 當然還有許多爭議的部分，不管是在判決書或決定書，如可分割就比較好處理，如係不可分割，此部分在事實或理由欄較多；在當事人部分，把名字、地址與其他足資辨別個人身分的部分都要予以遮蓋隱匿，但是代表人如果是公務人員的話當然就不用。但是在事實及理由欄，要遮蓋隱匿到什麼程度？這也很難有定論及具體的標準，但標準可以如劉法官剛剛講的，要了解判決書、決定書公開的目的是什麼？如果對個人隱私權較不影響者，就可以公開；但是，如果像停職、貪污的案件，涉及個人隱私權的程度會大一些，如此一來，遮蔽隱匿的程度就要大一些。所以，每個案子需要遮蔽隱匿的情況都不一樣。剛剛國安局所提到的情況，如情報工作法第8條有特殊規定，自然是法律上的依據，如果是這樣的話，那就不能上網，也不能刊登政府公報。

(三) 如果從立法例來看的話，保障法是在85年就訂定，現行第93條的規定，在那個時候就已訂定，如果我們對照政府資訊公開法第7條來看，他的第1項第7款規定，有規範到訴願的決定，而第7條第1項規定，除依第18條規定限制公開或不予提供者外，以主動公開為原則；所以政府資訊公開法是個完整的規定，而且他的制定是在民國94年，為較後的立法，

所以我認為，決定書是否公開，應適用政府資訊公開法的相關規定，不能認保障法第93條規定，是政府資訊公開法第2條但書所定的其他法律另有規定，而不受政府資訊公開法第18條第1項第6款的限制。據我所知，司法院就民事判決的作法，當事人的姓名住址，還刊登公報；刑事判決，則很早就沒有列了，可能是認為民事判決影響個人隱私權的程度較淺。德國有一個名詞叫作資訊自決權，就像在美國其隱私權要不要公開，個人有決定權，所以在沒有得到個人的同意而任意公開的話，此行為如係公務員執行職務，則可能牽涉到國家賠償的問題。

#### 法務部代表：

- (一) 就我個人的觀察，司法院將其最近幾年的判決，既刊登公報，也可上網檢索。在紙本公報部分，當事人仍刊登全名，在網路上，當事人則以匿名方式處理；所以說司法院在網路公布及紙本公報之公開，係採兩種不同的作法。這可能是司法院認為依法院組織法的規定，裁判書應全文刊登公報而不得刪減。這提供了我們一個觀點，那就是刊登公報與網路公布不一定要採取同樣的作法。依保障法第93條的規定，如果基於保障隱私權而將把決定書作某些刪減而刊登公報，是否就抵觸了這條規定呢？至於政府資訊公開法之規定，應該是一個普通法，依據其第2條規定，如果其他法律就資訊公開，已經另有規定，像公司法就公司登記就有很詳細規定，有那一

些事項是一般人可以來閱覽的，有一些事項則是要提出利害關係證明才可以閱覽；所以像這一些法律，就資訊公開已經有特別規定的話，全部都不因為政府資訊公開法的規定而受到影響。我們也注意到，政府資訊公開法第7條，並沒有提到保障事件的決定書；所以保障事件決定書的公開，並不是依照政府資訊公開法第7條的規定，而是依據保障法第93條的規定。

- (二) 政府資訊公開法既屬普通法，保障法第93條應該算是特別規定，因為政府資訊公開法第2條就將其本身界定為一個普通法，它的目的就是不要影響到其他原有關於資訊公開的規定；其次，政府資訊公開法第7條也沒有把保障法第93條中的決定書包括進去；第三、目前的潮流是要保障隱私權，所以，保障事件決定書的公開方式，是不是有需要把所有的個人資料都公布，才能達到保障法第93條的立法目的？如果一方面能把決定書公開，一方面又能兼顧保護個人隱私，當然是兩全其美，也是我們所希望看到的。另外附帶提到，會議資料內容有提到，決定書中機關團體的姓名、名稱要不要限制公開？因為個資法之立法理由有特別載明是保護人格權，法務部也有作過函釋，個資法保護的範圍是生存的自然入，如果是法人的話，就不在個資法保護範圍內。

**范姜教授真嫩：**

- (一) 今天有兩個議題，第一個是決定書要公開到什麼程

度？這裡面牽涉到一個問題，那就是決定書如果牽涉到第三人的時候，是否要有特別的考慮？另外就是如果決定書裡面的資訊與坊間已公開的資訊組合起來，如果可以識別出特定個人的時候，那麼這個「可以識別」的標準要如何去界定？第二個要討論到的就是，到底政府資訊公開法與個資法甚至是公務人員考績法、保障法，這些法律彼此之間的位階、關係到底是如何？一般的看法是，政府資訊公開法是一個普通法，其他法律是特別法。然而，個人不喜歡用普通法與特別法這種型態來解釋它們彼此之間的關係，尤其政府資訊公開法與個資法之間；通常我會認為，政府資訊公開法是一個總則法，而不是一個普通法。又如個資法、公務人員考績法等法律，它們原先在立法目的上與資訊公開法就已經有所不同了，所以在它們各自的規範範圍內，資訊要如何公開，都已經有了明確的規定。又由於政府資訊公開法是較後才立法的，所以跟先前的立法，尤其在不公開的部分，確有互相齟齬之處。我個人是比較贊成像個資法、公務人員考績法等法律，其本身對於資訊公開已有一套完整的程序及公開的要件，而且救濟之程序也是很完整的狀態之下，始可不適用政府資訊公開法的規定。

- (二) 再來，法人的確是沒有隱私權的問題；但是其資訊是否公開，可能會對其競爭地位有所影響。在政府資訊公開法第18條第1項第7款就有規範到有關個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，

應限制公開或不予提供這一部分。

- (三) 接著，我舉幾個日本曾發生的案例，或許可以提供各位作一個參考。有一個國立大學教授性騷擾女大學生，那麼被害人的姓名、就讀的科系要不要公開？因為學校是一個特定人數有限的小團體，如果公布了一些較為詳細的細節，譬如姓、科系或具體的發生時間地點的話，校園關係人如果對照一些已知的資訊，可能就可以猜出來被害人是誰，所以這些資訊就不能公開。又如日本採珍珠的「海女」，常會得到特定職業病，那麼這些職業病的調查資訊到底要不要公開？上例日本政府係採取不公開的作法，原因是這些「海女」是一個特定的職業團體，而且人數非常少，一公開就等於告知了那些人得了這種職業病。又如醫師及律師的懲戒要不要公開姓名？因為上述人員的工作與公共利益是有很大關係的，所以應該要公布姓名。

### **陳主任秘書明堂：**

- (一) 關於范姜教授所提到的「特別法與普通法」的關係，近年來，法務部參與制定的行政程序法、行政罰法還有個資法等等，我們有時候並不是以普通法或特別法來相互比對的，也就是說並不是採傳統的「特別法優於普通法」的觀念。所以如果個別的法律有規定的話，那麼就優先適用，沒有規定或規定不完全，再回到普通法來適用。以保障法為例，該法規定決定書要公開，那麼在公開這一個概念上，就

要適用這個規定；但是要如何公開，保障法沒有提到，那麼就應該回到政府資訊公開法、個資法這兩個「普通法」的規定：政府資訊公開法強調的是政府資訊要公開出去，所以第18條規定在什麼特別情形才應該限制公開；個資法則是強調對個人資料的保護，維護個人權益，這兩個法本身是有一些灰色地帶，但是並不完全衝突。

- (二) 除了以上的思考觀點外，還需考慮到有無其他的特別規定，例如性騷擾防治法第12條規定：「廣告物、出版品、廣播、電視、電子訊號、電腦網路或其他媒體，不得報導或記載被害人姓名或其他足資識別被害人身分之資訊。但經有行為能力之被害人同意或犯罪偵查機關依法認為有必要者，不在此限。」其中出版品因我國現在沒有出版法，其範圍不太清楚，但公報算不算上述條文中的出版品，仍然是有疑問的？又如在公務機關內，公務人員性騷擾其他同事，被記一大過提起再申訴，被性騷擾同事的姓名或資訊，依上開條文規定應該要加以遮蔽隱匿，故上述條文在保障事件的公布仍然要加以適用，所以應該要先整理一下個別法律的規定，而在現階段，完全的遮蔽隱匿和完全的公開都是不對的作法。

### 國家安全局代表：

情報工作法第8條規定的重點在於人員身分的問題，如予公開，會造成國家或人員安全上的顧慮。

## 行政院人事行政局代表：

- (一) 假設保障法第93條是屬於政府資訊公開法第2條所定「其他法律另有規定者」，因該法並未對公開的資訊應予限制的規定，如法務部陳主秘所言，應回到其他相關法律的規定。
- (二) 又假設保障法第93條不是屬於政府資訊公開法第2條的「其他法律另有規定者」的話，那當然就要受政府資訊公開法之規範，該法第18條第6款有規定到「公開或提供有侵害個人隱私」的部份，故重點要回到上開條文去探究決定書內有關住址或個人隱私的部分，是否應限制公開。

## 程委員明修：

- (一) 保障法第93條雖然有規定決定書應該刊登公報，是否可以適用政府資訊公開法第2條之但書規定而完全排除該法其他部分的適用？我認為不能作這樣的解釋，政府資訊公開法第2條的「其他法律另有規定者」，個人在理解上認為是檔案法、個資法等特別法是可以優先適用。假如政府資訊公開法並沒有因為保障法第93條之規定而排除適用的話，刊登決定書公報之公開方式，在會議資料上是適用政府資訊公開法第7條的規定。不過該條文僅在第7款提到訴願之決定，並未提到保障事件決定書，在文字上的適用上可能會有些問題。不過即使如此，第7條的規定是「應主動公開」，並不代表保訓會不可以將決定書主動公開，但是如果公開，那麼就要適用政

府資訊公開法相關的第18條的限制規定。

- (二) 政府資訊公開法第18條規定，以本次議題而言，其焦點應該是在第6款上面，如果公開或提供有侵害個人隱私之疑者，則人民知的權利及資訊公開的公眾利益之間要如何權衡？我個人的思考點是比較從個人的資訊自我決定權去著眼。公務人員進入到一個具有獨立性、合議制的機關，去進行他個人權益救濟的審議程序，在個人的資訊自我決定方面，他已經不能將其個人的資訊完全鎖在私密的範疇裡，也就是說，他個人的資訊在某種程度上，已經進入到可能與公眾利益重疊的領域，所以我們不應該作絕對地全面保護的理解。
- (三) 剛剛其他與會代表也有提到，像裁判書及決定書要公開的主要目的，當然是希望審判或合議機關所作的決定能夠達到它所要求的客觀、獨立、中立的角度，同時可以受到第三者的公評；如果從這個角度思考的話，那麼公開就有它的必要性，同時結合個人資訊的自我決定角度來看的話，可以從政府資訊公開法第18條第1項第6款的但書規定看出有這樣的精神，其規定對公益有必要或者是經當事人同意者，不在此限。表示當事人的自我決定是相當重要的影響因素。然而，個人的資訊自我決定權應該是包括請求「要」或「不要」公開，所以司法院或者其他機關目前將個人資訊全面遮蓋隱匿之作法，恐怕也屬過當。所以在執行技巧上面，保障事件有沒有

可能在受理或決定的時候，詢問當事人願不願意將他個人的資料揭露？如果說，答案是肯定的話，其個人資訊就不需要遮蓋隱匿；又如我們可以採取另外一種立法方式，因為這是一種可受公評的審理結果，所以應該是被揭露的，但是如果當事人特別講出來他個人的資訊不要被揭露的話，我們再採取相關的遮蓋隱匿方式。至於機關的話，原則上我認為沒有特別保護的必要。

- (四) 在個人資訊保護的執行上，決定書的內容方面是不是也要作部分的隱匿？譬如說，一個染上 AIDS 的公務人員，可能他自認為已因患 AIDS 而遭受不利益的對待，若在決定書的內容予以一定的揭露，就如范姜教授剛剛提到的，因為人數非常少，而且具有強烈的人別特徵，譬如我只要講保訓會的程姓委員，很快的就能指出所稱為何人，但是如果不作這樣的表示，導致無法將事件的全貌表現出來而無法受公評的話，就必須不遮蔽隱匿的表現出來；至於姓名方面，如果當事人認為以其個人資訊有被連結的可能性的話，可以在一開始提起保障事件時就要求不要把全名刊出來。在這種情形，不只是將名字遮蔽隱匿，而是應該將包括姓氏的全名都予以遮蔽隱匿。

#### 范姜教授真嫩：

在這裡補充一下有關「第三人」的規定，政府資訊公開法第12條第2項有規定「前項政府資訊涉及特定個人、法

人或團體之權益者，應先以書面通知該特定個人、法人或團體於十日內表示意見。」而所謂個人的資訊自我決定權的內涵，是該個人可以決定在什麼時候、對什麼人、將什麼樣的資訊公開到什麼樣的程度，這是個資法裡面一個非常重要的精神，所以公開的政府資訊如果牽涉到第三人，那麼就應該取得第三人的同意。

### **陳主任秘書明堂：**

關於范姜教授所提到政府資訊公開法第12條，該條文是針對政府機關受理申請提供政府資訊的部份。因為資訊公開有兩類：第一類是政府資訊之主動公開；第二類是申請提供政府資訊之公開，政府不需主動公開。在第一類中，譬如保障法、法院組織法等已有相關公開的規定且其立法在政府資訊公開法之前，所以政府資訊公開法沒有將保障事件之決定書及法院的裁判書列進去，此時應尊重個別法律的規定。

### **法務部代表：**

- (一) 如果保障法第93條的立法意旨是如同法院組織法第83條，要把全文公開，那該條文就會被認為是政府資訊公開法的特別規定。但是對照法院組織法第83條，保障法第93條顯然少了「全文」兩字，所以該規定究否為政府資訊公開法的特別規定，不無疑義。
- (二) 政府資訊在何種情形下，應限制公開或不予提供，這在政府資訊公開法第18條第1項有所規定，而且無論在主動公開或者是申請提供被動公開，都是有適

用的。而就這個除外或限制的情形，保障法本身並沒有規定，而且保障法的制定是在政府資訊公開法之前，所以在解釋上，保障法第93條應該沒有排除政府資訊公開法第18條的適用。所以，保障事件決定書及其執行情形之公布，如果有侵害到人民的隱私權疑慮的話，無論把政府資訊公開法第18條類推適用或當作補充適用，都應該予以適用，而且不侷限於該條第1項第6款，而是該條項9款情形及第2項全部都要適用。

- (三) 另外，我們可以參考司法院的作法，將保障事件決定書提供方式，亦即網站及紙本公報分開處理，主要是由於網路資料易於下載利用並查詢，對於個人隱私之影響較大。

#### **程委員明修：**

我個人是贊同法務部代表所言，就保障事件決定書及其執行情形之公開，依不同的情形予以分級管理，或者可以調和各種不同情形的相異：譬如保訓會可以出版決定要旨，也可以出版決定書的精簡選輯版，但是一定要有一份符合保障法規定的紙本，不過這個全文紙本不是說沒有限制，因為它仍然是不得洩露國家機密及違反相關限制規定，所以可能還是要作一些遮蓋隱匿；又如在保訓會內部網路，就可以全文流通；而在公開的網站，就可以作部分的遮蓋隱匿。這樣紙本的部分就可以符合保障法第93條的立法意旨，在網路部分也可以限制個人隱私被利用的危機。另外如作學術使用的話，其遮蓋隱匿的程度或者可以予以

放寬。

**李處長俊生：**

剛才法務部的代表提到可以將決定書的網路公開採分級管理的方式，但是以現行的實務而言，保障事件決定書會定期刊登公報，而公報的全文內容卻會在出版公報的機關網站上揭露，所以如果只是在個別的網站譬如保訓會網站作將保障事件決定書作遮蓋隱匿，恐怕仍然不能達到保障個人隱私權的效果。

**劉法官鑫楨：**

- (一) 我想公開的目的及界限在哪裡？假如事件是具有社會價值的，是要將事件公開呢？還是對特定人物的公審、公判？也就是除了決定書外，還要在社會上再被公判一次。還是政府機關的任何決定，都應予以公開而接受人民的監督？
- (二) 手段不能超過目的所需，假如目的係因為事件具有社會價值而公布，而手段卻是要將特定人提到社會上公審，是對的嗎？又目的到底是要將判決或決定的合理性、公正性，接受全民的檢驗與監督，還是讓當事人接受全民的公審？我想答案大家都很清楚。
- (三) 至於先前所提到特別法與普通法的關係，因為立法者在立法時並沒有指明何者是特別法？何者是普通法？那就把規定的事項提出來看，如果該事項在個別法律有規定者，就依其規定，沒有規定的事項再

依照其他法律處理，而不是以法律的位階來處理，因為各個法律之間，常常沒有規定何者是特別法。所以應該是在不違反保障法第93條規定目的下，適用其他相關法律的規定。

- (四) 至於先前所討論的操作方式是否有執行的可能性？假如不具有可能性的話，那麼將操作方式分的相當精細也是沒有什麼用處的。假設第三人有數10人，一一徵詢其同意的結果，接受公評的時效性沒有了，新聞價值消失了，這樣的公布對社會毫無意義。再來，先前所說刊登公報與網路公布要區別作不一樣的處理，那麼到底有何具體的正當理由來作如此的區別？還有前面所提到的將資訊公開的方式予以等級或分類的作法，我想，這個觀點是將資訊處理業者或徵信業者的能力低估了，假如是具有市場價值或商業價值的資料，要將紙本轉為電腦檔是很容易的，所以先前所說刊登公報與網路公布，用不同的遮蔽隱匿方式實在是沒有實益，而沒有必要採行。

**林委員昱梅：**

- (一) 就特別法與普通法的關係這一方面，我個人較傾向把政府資訊公開法解釋為總則法，事實上也不應該將保障法解釋為政府資訊公開法的特別法；如此一來，就會面臨保障事件決定書及其執行情形，應如何適用政府資訊公開法第18條的一些技術問題。公務人員所處理的事情，很多是與公共利益有關，並

且可受公評，務實的作法是將保障事件類型化，譬如俸給案件、考績案件、懲處案件等等，來推知到底那些類型是真正與公務人員的隱私有關的；其次是來區分這是一個可受公評之事還是只跟當事人有關的。以上會牽涉到如何遮蔽隱匿等技術上的問題。

(二) 至於如何遮蔽隱匿？我認為就人的部分應該與事件分開，事件部分應該完整的呈現，而人的部分則可以遮蔽隱匿；因為既有的制度應該已經給予足夠的懲罰，無須再受到所謂的「公審」。當然因為機關屬於事件的部分，通常不予遮蔽隱匿以表現事件的全貌，如果再加上姓氏的部分保留下來就很容易可以連結到特定人，所以姓氏要不要留下來就是一個技術上的問題。至於關係人或證人的部分，既然當事人都已經予以遮蔽隱匿，是不是應該也予以遮蔽隱匿？

(三) 另外我有一個疑問就是，如果依照法務部代表的意見，刊登公報與網路公布要區別以作不一樣的處理，那麼上述二者在適用政府資訊公開法第18條的限制規定時，是不是還有程度上的差別？

### 劉法官鑫楨：

網路資料與文書紙本之間的轉換實在是太容易了，只要有市場價值就有人會去作，所以在資訊公開方面再就兩者作區分有這個實益嗎？另外在學術研究方面，個人對學術研究是很敬佩的，但是如果以學術研究目的所取得而應

限制使用的資料也進入市場競爭的機制，那就發生問題。

### 國防部代表：

本部所屬軍職人員並不受保障法的規範，不過所屬公務人員當然還是受該法的保障，也都透過座談會等方式宣導相關規定。

### 程委員明修：

- (一) 我們今天討論隱私權的保障，除了屬於隱私的部分是應該要保障外，其實更重要的是到底要給予什麼程度的保障？譬如認為姓名是屬於隱私，就像司法院目前的作法將其全部隱蔽起來是完全正確的話，那就不必有今天的討論了。其實我們今天就是認為即使某事項是屬於隱私的範疇，如果它跟其他利益有所衝突或重疊，我們才要考量是否在手段方面給予不同程度的保障，這個「不同程度的保障」是要看「不同程度的侵害」來決定。也就是可以增加資訊取得門檻上的限制，也就是予以分級。
- (二) 當然，剛剛劉法官已經提到過，目前資訊的轉換非常容易，不過，我們現在要防止的不是有相當能力的廠商，因為只要有足夠大的利益，相關資訊就一定會被取得；但是在我們必須保護個人的隱私，但又必須與公共利益予以權衡時，那麼就必須考量到，假如是全文刊登網路的話，那麼就是所有的不特定目的使用人，都可以蒐集到，範圍顯屬過廣。所以我才會提及保障事件決定書及其執行情形之公開，依不同的情形予以分級管理。譬如對於網路閒逛

者而言，決定書對他來說，沒有什麼公益需求，所以雖然可以看到，但是不能看到可以指涉人別的資訊。又如是學術研究雖然有所需要，那這種需要對於個人的隱私，當然也是一種侵害，不過，基於研究上的需要及個人隱私權的保護，姓名可以不必出現，但是重要事件的資訊就必須要出現。如此，基於各種使用目的而給予資訊取得門檻上的限制，由於有特定商業需求的廠商，畢竟仍屬少數，所以對於絕大多數人而言，仍然可說是一種有效的作法。

#### **法務部代表：**

- (一) 依現行政府資訊公開法的規定而言，我們認為民眾沒有權利出一個題目，要求我們幫他檢索；我們會反過來要他具體的指明到底他要的是那幾件，再依相關規定看看能不能受理。
- (二) 如果我們確定要參照司法院的作法，也就是保障事件決定書刊登公報用的是當事人的全名，而網路上的當事人姓名則是予以遮蔽；其考慮點係在於網路上所公布資料，對於個人隱私的影響比較大，所以才作如此不同的處理。

#### **林委員昱梅：**

- (一) 我再將我的問題說明。首先，如果我想知道最近這兩年來因一次記二大過免職的公務人員，大多係服務於那一類公務機關，若網路上面看得到機關及文號，即無問題，但若基於學術研究的目的，我需要知道當事人的姓名，可不可以請保訓會提供？另外

，在提供資料以供學術研究時，就應該限制該資料的用途，如果不限制的話，確實有可能會流為他用而對相關人員造成侵害。

- (二) 其次，保障事件決定書在刊登公報與網路公布要區別以作不一樣的處理，譬如說前者公開姓名，後者不公開姓名，那麼前者的作法是否符合政府資訊公開法第18條的限制規定？

**劉法官鑫楨：**

既然是要公開了，那麼有沒有必要因為不同的公開工具而有不同的限制標準？如果有的話，其理由何在？而這些不同的限制標準到底符不符合現有的限制規定？我想公開到什麼程度是一個問題；難道由於不同的公開工具就可以作不同程度的遮蓋？

**程委員明修：**

不同的公開工具當然會影響到隱私權的侵害程度，由於網路的氾濫，當然會造成隱私權受侵害的程度較高，所以在符合政府資訊公開法第7條的規定時，就可以與紙本有不同的處理方式。另外，保障事件決定書在刊登公報時如果公開姓名，這姓名部分應該還是屬於政府資訊公開法第18條第1項第6款所規定的隱私，只是我們可以用同法第8條的規定，在公開的程度上面，給予不同的方法及手段以作適當處理。

**林委員昱梅：**

依照媒介的不同而作不同處理的例子，其實也蠻常見

的。譬如菸害防制法規定菸品是可以作平面廣告卻不能在電視上作廣告。所以，在資訊公開上面，可以針對比例原則及使用媒介的不同去進行不同的處理。不過個人是認為在政府公報上刊登與在網路上刊登，以現代科技的角度而言，因為易於轉換，其實是沒有什麼兩樣的。

### **劉法官鑫楨：**

假如姓名是可以全面公開的話，那麼在刊登紙本公報可合法全面予以公開就是個大前提；如果接下來是否要周延的保護予以全部遮蓋就是個程度問題。不過在討論程度問題前必須先確認是否合法才行。

### **范姜教授真嫩：**

今天的討論幾乎都集中在手段或技術上的問題，其實這都是在已經決定要公開了以後才應討論的；我們應該回頭來看資訊公開的主要目的，也就是讓人民瞭解政府在作什麼，來決定該資訊是否公開，然後再來討論公開的範圍等技術上的課題。

### **結論：**

今天非常感謝各位貴賓的指教，在決定書及其執行情形之公開及保護當事人隱私權間，要如何達到衡平，請保障處參酌與會貴賓之意見，研擬實務操作之原則。

#### 四、人事主管人員保障業務座談會

壹、時間：民國96年11月28日

貳、地點：考試院1樓多媒體會議室

參、主席：沈副主任委員昆興、邱委員華君

肆、出席人員：(略)

伍、列席單位及人員：(略)

陸、討論事項：

#### 劉主任委員守成致詞：

沈副主委、各位人事主管機關代表、各位同仁，大家好。我代表保訓會竭誠的歡迎各位來參加今天舉辦的這項座談會。大家在百忙之中從各縣市抽空參加，非常的感謝和歡迎。保訓會是公務人員保障法（以下簡稱保障法）的主管機關，對公務人員所有的權利義務及各項保障，都需要做深入的了解，所以今天這個座談會對保訓會來講是很重要的會，因為各位都是在各機關處理保障業務的第一線，所以法規有哪些缺陷或不足，有哪些需要修正，都是第一手資料，對保訓會未來在相關法規的修正及爭取預算，有最確實的資料可以呈現；對各位來講也是非常重要的會議，因為時代已經不一樣，不是由上到下的管理，而是服務的時代，各位要對機關內同仁做最好的服務，我想必須具備的就是對法規有最權威的了解及說明，才能建立同仁間服務的熱忱及職務上的尊嚴，所以我對這個座談會是非常重視，希望藉由這次經驗，為我們以後再舉辦類似

的會議打下最好的基礎。本次座談會之討論分為2項議題，第1個是各機關辦理保障業務與保障法制間，有無缺陷或需要補充之處；第2個是各機關辦理保障業務與公務人員考績法制或其他人事法制間，有無扞格或缺漏之處需要修改。這2項以及其他各項人事的法規都可以在會議中提出，我們有邀請銓敘部及行政院人事行政局（以下簡稱人事局）的業務主管人員一起參與，希望大家盡量提出所碰到的困難及質疑，讓大家可以從中發現問題、解決問題。

以下介紹座談會的主持人和列席的機關代表，第1項議題的主持人是保訓會的副主任委員沈昆興（沈副主委）；銓敘部的代表是退撫司副司長，王幸蕙（王副司長）；人事局的代表是給與處的副處長，盧坤城（盧副處長）；議題2的主持人是保訓會的邱委員華君主持，銓敘部的代表是法規司黃專門委員（黃新雛）及銓審司的王專門委員（王招惠）；人事局的代表是考訓處的吳副處長（吳瑞蘭），還有楊智傑（楊科長），在座還有1位保訓會的委員，林昱梅委員。最後敬祝這一次的會議能圓滿成功，謝謝各位。

## 議題一研討

**主持人（沈副主委昆興）：**

主辦單位李處長、銓敘部王副司長、人事局盧副處長，在座的林委員、邱委員、廖主秘、各位人事主管同仁，大家早安。保障業務可說是人事行政非常重要的一環，為避免各機關在辦理保障業務的作業疏失，我們規劃這次的座談，也將有關法制、各機關實務疑義、建議的議題拋出，各機關可說都非常用心，提出很多看法和建議。今天這個

會，最重要的在實務和法制方面，跟大家辦理業務方面一些疑義及建議，本會保障處已經就這些議題及建議做一些彙整。今天大家開誠佈公看看在實務的執行方面有何困難，需要本會解決的有哪些，或是說可以積極處理的，保障處就直接來答復，如果有疑義我們研究後再做一個解釋，另外在遠程方面，各位的建議在將來修法的時候再一併作為參考。

個人從臺北市政府人事處長退休後，轉任到這邊已經7年多了，這7年來主持保障事件的審查，撤銷率從7年前的百分之十幾，到現在已經縮減到百分之十左右，可見人事主管對保障業務也比較熟悉了，當時有很多是程序上與法未合而撤銷，因此我覺得人事主管對保障業務開始重視，也逐漸在熟練、減少錯誤，非常難得。

#### 李處長俊生發言：

主席、銓敘部和人事局的代表，各位機關的主管同仁，大家早安。今天很高興有機會邀請各位來共襄盛舉，共同討論在保障法制和人事業務處理上面臨的相關問題。今天分為上下午2場，上午主要在保障法制這個部分來做處理，下午比較偏重在其他的人事法制部分。在保障法制這邊，先設定了4個部分，但並不是以書面上所提出的為限，如果各位覺得在實務上所面臨到或碰到的相關問題亦可一併提出，可以共同研商，尋求比較妥適的解決方式。我們原先所提出的問題，先請各機關提出相關的意見，有提出意見的我們都已經表列進來，那在進行時，希望每個議題分開做處理，請提出相關議案的機關簡單提出你們的意見，不

需要照文字表面來唸，大家再共同討論。

**主持人：**

現在進行議題一之座談，請宣讀第1個子題。

**議題一、各機關辦理保障業務與公務人員保障法制間，有無扞格或缺漏之處？**

**(一) 公務人員保障法部分：**

1. 當事人於復審書中載明請求閱覽原處分相關卷宗時，以該復審卷宗尚未送於保訓會，原處分機關依保障法第44條第2項規定自我審查時，此時原處分機關究應依行政程序法第46條或保障法第42條規定辦理？

**李處長俊生說明：**

依保障法第59條規定，各機關對於公務人員提起救濟案件，需要將相關卷證送至本會，當事人可以要求閱覽卷宗，只是程序上提起復審依保障法第44條規定，須經過處分機關向本會提起，再由處分機關檢送相關卷證資料至本會，然相關卷證資料在機關尚未檢送至本會時，當事人向本會申請閱覽卷證資料，就會面臨到行政程序法或政府資訊公開法適用上的落差，在執行面應如何處理，先拋出這樣的議題就教各位。

**監察院郭主任世良說明：**

業務承辦單位提出書面意見，主要是如果卷宗還在服務機關，當事人向服務機關申請閱覽卷宗時，服務機關應可依行政程序法第46條辦理。

### **僑委會陳科長姿蓉說明：**

本會提出的意見係以當事人於復審書中載明請求閱覽原處分相關卷宗時，以該復審卷宗尚未送於保訓會，尚在機關自我審查中，機關認為復審為有理由者，得自行變更或撤銷原行政處分，保障法第 42 條係當事人得向保訓會請求閱覽卷宗之規定，既然復審案尚在原處分機關審查中，如當事人向機關請求閱覽，自不適用保障法第 42 條，似應依行政程序法第 46 條規定辦理。

### **主持人：**

對於上開議題，相關機關意見大致相同，各機關所提意見尚不涉及修法，由保訓會依個案解釋。

### **李處長俊生補充說明：**

再做一個補充，實務上各機關所提供相關卷證資料送至本會後，當事人至本會申請閱覽卷宗，本會會先作處理，決定何項卷證資料可以給當事人閱覽，這部分本會在相關函均請機關於檢送相關卷證資料時作特別處理，把不得提供閱覽之卷證資料，事先彌封或註記，避免因為各機關沒有彌封或註記，本會就會開放給當事人閱覽。所以建議各機關在檢送本會卷證資料時能妥適處理，避免當事人至本會閱覽卷證資料時，增加不必要困擾。此外，各機關對於不得閱覽卷證資料請註明法律依據，本會才能做審查。

### **主持人：**

如果各機關沒有其他意見，進行下一個子題。請宣讀第 2 個子題。

2. 受懲處人不服服務機關核予記過2次懲處，向服務機關提起申訴，經服務機關重行提考績委員會審議，以申訴有理由，撤銷原記過2次，改核予記過1次，若受懲處人如不服改核予記過1次之申訴函復，就該記過1次可否視為已完成申訴程序，逕提再申訴。因該懲處事由業經服務機關重行審酌，如再進行申訴程序之處理，似有曠時費事之疑，惟似與保障法第77條及第78條規定有所不合？

#### 李處長俊生說明：

就現行處理復審事件中比較少有上開問題，然對於申訴、再申訴部分，機關經常於當事人提起申訴後，在處理申訴案件時，認為原來管理措施有問題，而將原來管理措施做了改變，並於申訴函復中函復當事人，但當事人仍不服，向保訓會提起再申訴，此即會產生問題，例如涉及相關人事獎懲令部分，各機關均會撤銷或註銷原獎懲令，重新發布新的獎懲令，在本會立場因為標的已經改變，非原來標的，所以本會處理上開情形就變成程序不受理，其理由是，對於新的標的還沒有經過申訴程序，而舊的標的在保訓會已經不存在，所以本會會為不受理決定，將會產生本子題所述情形。倘僅是單純內容錯誤，屬於更正問題時，是否須再發布新的獎懲令或辦理一個更正函即可，讓原來程序繼續進行，是否較為妥適。本子題有部分機關提出意見，現在請提出意見機關補充說明。第1個機關是交通部，該部所提資料在會議資料第9頁，認為當事人可以直接就新的獎懲令提起再申訴。

### **臺北市政府陳股長靖綉說明：**

本案係本府警察局所提出，沒有特別補充，但是對於經保訓會撤銷另為適法處理部分，應許當事人可逕提再申訴，如此較能節省時間。

### **高雄市政府周股長阿鑾說明：**

服務機關既然已針對當事人因管理措施或工作條件所提起之申訴，有所審酌，並函復當事人，本府爰建議允許當事人逕提再申訴。

### **臺南市政府吳課長惠珠說明：**

關於這子題我們意見與臺北市政府、高雄市政府相同，亦即就同一事由在申訴函復中已經審酌，於函復中充分說明，不用重新提起申訴，倘因為考量與保障法第 77 條及第 78 條規定未合，本府建議於保障法第 77 條增列第 3 項規定：「公務人員經申訴後，服務機關認為申訴有理由，變更管理措施或有關工作條件之處置後，仍不服者，可逕提再申訴。原第 3 項遞移」。

### **僑委會陳科長姿蓉說明：**

本會所提建議是因保訓會於議題中說明原記過 2 次懲處經服務機關重新審議後改為記過 1 次懲處，如再進行申訴程序，曠時費事，惟逕提再申訴是否與保障法第 77 條及第 78 條規定未合，就此點本會建議，因現行第 81 條要求申訴復函要有教示條款，規定 30 日內向保訓會提起再申訴，如仍須申訴後再提再申訴，過於曠日廢時，是以不管機關要不要有一個復函或直接用懲處令當作復函，建議懲

處令上應記載懲處之變更係因當事人提起申訴，另外在教示條款上明列請當事人直接向保訓會提起再申訴，在實務作業上可能就不會和保障法第 77 條及第 78 條規定有不合情形，所以在法規上不需修正，但建議保訓會做成通案解釋。

**主持人：**

關於本子題，大家看法頗為一致，不知其他機關在實務上有無遭遇其他困難或有其他意見。

**李處長俊生說明：**

本議題因涉及人事獎懲令如果有所改變，應如何處理的問題，在目前保障法救濟實務係以標的認定，如果標的不一樣或已經改變致原來標的已經不存在，當事人如果就原標的提起救濟，即會以程序不合法而為不受理決定。不知人事行政相關法規之主管機關銓敘部在考績及獎懲作業之規定應如何處理。

**銓敘部王副司長說明：**

有關這節本部主辦單位法規司及銓審司代表於下午會做詳細說明，是否於下午再行報告。

**主持人詢問：**

獎懲令撤銷後，其權責機關是否仍為銓敘部？

**李處長俊生說明：**

由權責機關發布獎懲令，實務上就會碰到所提出來的問題，大部分機關是希望能向保訓會逕提再申訴，可減少

程序上繁瑣，但本會立場係以救濟時所不服之標的作認定，這是本會所堅持之原則，如果涉及相關實務作業，就留待下午有關考績法制作業實務再做討論較為妥適。

### **黃副處長秀琴發言：**

想藉此機會和各位人事主管同仁溝通一下，像本議題所提，在申訴程序中把當事人原來的管理措施或懲處令撤銷的話，各位人事主管同仁如有做新的管理措施，如記一大過改為記過 2 次懲處，因記過 2 次懲處為新的管理措施，依照保障法規定，當事人程序上還是要經過申訴、再申訴，否則恐有違反保障法第 77 條及第 78 條問題，希望各位人事主管同仁能提醒受懲處同仁依時限重新提起申訴、再申訴。否則在目前法制下，保訓會接獲案件時，因處理再申訴案件有一段時間，機關已重新做新的懲處，導致原來當事人記一大過懲處之標的已不存在而不受理，可是當事人對記一大過提起再申訴後，忘記對記過 2 次懲處提起申訴，導致罹於時效而不受理。事實上保訓會在受理同仁提起之再申訴案件，做不受理決定並非本會目的，因為不受理決定沒有辦法停止紛爭，所以還是希望各位人事主管同仁能提醒受懲處人就新的管理措施提起救濟。另外有更正部分，本會於處理時亦發現，曾有警察局同仁懲處令僅是獎懲事由內英文字之錯誤，機關即將懲處令撤銷，法律上效果為自始不存在，機關又重新做新的管理措施，受懲處人認為僅是一個文字錯誤，並未對新的管理措施提起救濟，而直接以舊的管理措施提起再申訴，案子進入保訓會，因為舊的管理措施已不存在，當然為不受理之決定，當事人

當然會非常不平，所以對只是誤寫或誤繕，請人事主管同仁能以更正方式行之，而非撤銷管理措施，讓當事人以為標的還存在。希望各位能配合，謝謝。

#### **高雄縣政府消防局丁主任百宏發言：**

本局贊同保訓會意見，實務上運作並無困難，因為記過 2 次懲處變更為記過 1 次，本來就是不同標的，保訓會依據保障法規定予以不受理與法制相符。實務上服務機關應告知受懲處人記過 1 次是新的管理措施，應重新提起申訴。建議保訓會通函各機關對於記過 2 次懲處，申訴後改為記過 1 次時，提醒同仁如有不同意見仍要對新的管理措施提起申訴，所以建議維持現行規定。

#### **高雄市海洋科技大學黃主任珊瑜發言：**

本人贊同會議資料第 11 頁臺南市政府的建議。其實今天就是來討論現行保障法與實務是否有扞格地方，而需不需要修法，剛剛討論是針對就變更後標的逕提再申訴是否與現行法制有不合的地方，既然是討論法制，要讓法制面更完善，如果能在第 77 條第 3 項增加對於已經提起申訴後經服務機關審議變更更可逕提再申訴法源依據，並無所謂違反法規問題，其實是在補強程序處理上有法規依據，如此在實務上讓當事人和服務機關在處理上有效率、時間縮短，所以只要法源依據實務上都很好處理。

#### **法務部高專門委員秀蘭發言：**

我贊成僑委會意見，剛才保訓會李處長提到標的，如果以一個懲處事實當作標的，而記過 1 次或 2 次只不過是

額度問題，依保障法第 78 條規定，不服服務機關所為之申訴函復，即可逕提再申訴，因為提起申訴後服務機關已經重新審酌，將記過 2 次懲處改為記過 1 次懲處，且答復當事人，已經完成申訴程序。因此個人認為實務上應該將懲處事實當作標的，而非將記過 2 次或 1 次當成標的，如機關已對懲處重作考量後，應可直接提起再申訴。是如果當事人對於新標的懲處再提起申訴，服務機關已對於懲處額度作適當處理，如此將重複處理，對行政機關工作效率是屬多餘，因為懲處服務機關已經審酌過了。

#### **李處長俊生補充說明：**

再作一點補充，剛剛我們所講標的應如何認定，應該是指獎懲令，而非額度增減問題，記過 2 次與記過 1 次，獎懲令已經重行發令，新的令與舊的令並不相同，所以實務處理上才會有標的改變而不存在問題，無法繼續審理，而額度增減只是次要考量，主要是在標的問題，有些機關認為可直接提起再申訴較為便捷，建議在法上明定，如此亦會產生一個問題，倘僅係額度增減問題還小一點，如果是關於記一大過改為記過 2 次；記過改為申誡，他的懲處依據及事由均不相同，將牽涉整個獎懲事實及法令依據之改變，如果可直接提起再申訴，是否會影響當事人審級利益，亦需再討論，所以在實務上仍是以標的認定。

#### **臺東縣政府朱課長永照發言：**

個人支持臺南市政府意見，逕提再申訴，按民、刑法上的流程均係以同一犯罪事實認定，如某刑事案件經地方法院判刑 5 年，當事人不服就直接向高等法院上訴。是以

再申訴人只要檢附相關佐證資料可以判斷，應該沒有問題，所以不應於當事人提起申訴後，經服務機關變更標的後，還要重新提起申訴，產生繁複動作。

### **喻專門委員明明發言：**

剛剛的意見有許多機關認為申訴經變更標的後，應逕提再申訴較為便捷，但目前法制下，恐違反依法行政原則，因為各機關之建議會產生擬制法律效力，因此在法律上就需予以明定。所以在修法前倘採上述機關之意見，恐有違法情形。

### **主持人：**

各機關提出許多建議，尤其對於當事人提起申訴經撤銷並變更標的，是否應逕提再申訴乙節，本會將列為未來修法的參考。

### **< 中場休息 >**

### **主持人：**

現在進行第 2 階段的討論。有關因公涉訟輔助費用的問題，例如如何認定依法執行職務？又如涉訟長達數年，怎樣來核發輔助費呢？其輔助費用的標準為何？申請是事前或者是事後？或者是分階段申請？如果是故意或重大過失要如何追繳？這個問題我們可以比較深入的討論。請大家翻開會議手冊第 12 頁，請宣讀。

## **(二) 公務人員因公涉訟輔助辦法部分：**

### **1. 「依法執行職務」之認定，機關因須參酌司法機關**

之相關調查或裁判理由，實務上可否於公務人員提出涉訟輔助申請時，一律先行輔助，嗣後如有故意或重大過失時，再依規定追繳。抑或為免追繳困難，一律先不核予輔助，嗣後由涉訟同仁再依規定提出涉訟輔助申請？

**李處長俊生補充說明：**

這大概是實務上經常會碰到的問題，第 1 個子題主要討論的是，到底什麼時候要給予輔助。保障法第 22 條規定，公務員如果依法執行職務涉訟時，機關應該給予相關的涉訟輔助，這是機關的義務。機關要先去判斷當事人是否依法執行職務，如果是依法執行職務，機關就有義務協助、解決涉訟輔助的相關問題，所以我們提出了第 1 個問題。故意或重大過失只是事後求償的問題，在保障法第 22 條設計上，是這樣的一個處理。這個問題，同樣也先請各機關表示意見。

**交通部林主任烈進說明：**

這個意見是高速公路局拓建工程處提出來的。為了鼓勵公務人員勇於任事，建議公務人員提出申請時，就一律先予以補助，但交通部的看法是建議不核予補助，我在這建議各位先進同仁集思廣益，看怎樣做比較理想，我們還是尊重保訓會的意見。

**臺中市中山地政事務所蔡人事管理員明克說明：**

本所的意見係認為基於保障公務人員之意旨，應以無罪推定之精神來論，公務人員執行職務涉訟，在還沒經法

院判決確定之前，都應該是無罪的，只要有提出涉訟輔助，機關就應該給予輔助，而不應考慮未來追繳困難，就不給予輔助，這樣會有失時效性及不符保障公務人員之精神。

### **僑委會陳科長姿蓉說明：**

依據因公涉訟輔助辦法第 7 條規定，機關有義務要為公務人員聘律師。另外依據保障法第 22 條規定，只要公務人員依法執行職務，機關就要提供法律上的協助。至於公務人員是不是依法執行職務，其實服務機關知道的最清楚，而且保訓會在 92 年有一個函釋，也認為服務機關應該去認定公務人員是不是依法執行職務，如果是依法執行職務，就應該給予相當輔助，如果不是依法執行職務，就不得給予輔助，所以機關要不要給予輔助，跟法院的判決沒有必然的關係。這次保訓會特別提到是不是一定要先輔助或不予輔助，我們認為這兩種作法都不是適切的方式。建議應該還是回歸法制面，由機關就整體的實際情況，去認定當事人是不是符合依法執行職務，由各機關依權責判斷再輔助。至於事後是故意或是重大過失，是以後追繳的問題。基於保障當事人的權益，還是認為應該由機關本於職權認定是否依法執行職務。

### **主持人：**

各位同仁有無其他意見？請提出。

### **高雄縣政府消防局丁主任百宏發言：**

建議維持目前原案，以高雄縣政府消防局而論，大概每年會有 1 件或 2 件訴訟輔助案件，實際執行並沒有產生

困難。至於要不要先輔助或不予輔助，還是給機關有一個彈性的權責來認定，如果把他規定死了，反而就比較沒有彈性，我們這樣子運作了好幾年，沒有什麼特別困難之處。另外核定的原則可以修改辦法，如果還沒有核定之前，可以照目前規定以最近核定之金額來輔助，將來如果金額有變更比較多的話，機關可以簽請給予比較多的輔助。

### **李處長俊生補充說明：**

再做一點補充。實務上，機關來函詢問，當事人是不是依法執行職務，這一部分，我們沒有辦法先幫機關做判斷，還是要由機關在其職務權限範圍內做認定。因為當事人是執行機關的業務，有沒有依法執行，機關最清楚。所以在實務上，都是請各機關先認定當事人是不是依法執行職務，如果認定的結果是依法執行職務，機關就有義務依保障法第 22 條規定及因公涉訟輔助辦法的規定，給予相關的涉訟輔助。在書面意見中，交通部有提出建議，因公涉訟輔助辦法第 17 條可以修正，把不起訴或緩起訴部分刪除，但是在實務處理上，依同辦法第 17 條，機關原來已經給當事人涉訟輔助了，等於先前已經認定當事人是依法執行職務，只是後來因為裁判的結果，再重新去檢視到底是不是依法執行職務。因為有一些案件，機關可能不是很清楚檢調單位的調查，等後來看到檢察官的處分書或是法院的裁判書之後，才發現當事人可能執行職務上有某些問題，這時候就有必要重新檢視，原來擬給涉訟輔助是不是對的，這個就是因公涉訟輔助辦法第 17 條的意旨。因公涉訟輔助辦法第 15 條就是當事人可以重行提出申請，同辦法

第 17 條則是機關主動重新檢討，如果認為確實不是依法執行，就應該撤銷原本給予涉訟輔助的處分，向當事人追繳，這是涉訟輔助辦法的立法意旨。另外臺中市政府在書面意見提到，是不是可以請當事人簽具切結書作為求償的依據。這會牽涉到切結書的性質是什麼，在認定上會有一些困擾。在涉訟輔助辦法發布實施前，法務部所訂定之公務員工因公涉訟輔助辦法，就是以簽具切結書之方式來做處理，在實務上確實產生一些爭議，我們對切結書也曾做過討論，但還沒有達成較一致性的共識。所以如果想要放進來，還要留待因公涉訟輔助辦法修正時，再做進一步的思考。以上補充。

**主持人：**

如果沒有其他的意見，剛剛李處長已經說明的很清楚。各機關、各單位所提的意見都列入將來因公涉訟輔助辦法修法時之參考。現在進行第 2 個子題。

2. 公務人員於訴訟案件經司法機關之調查而為不起訴處分、緩起訴處分、裁判或經公務員懲戒委員會為懲戒議決確定後，服務機關如何認定該公務人員有故意或重大過失，請求其繳還涉訟輔助費用？於公務人員因公涉訟輔助辦法第 17 條規定，實務之操作有無困難？

**李處長俊生說明：**

這個子題主要是討論實務操作上要如何認定故意和重大過失。故意或重大過失，在實務上很難直接明訂其判斷標準。目前只有民法和刑法對故意或重大過失判斷標準有

做一些規範。因為涉訟輔助辦法是行政法規，所以會建議各機關參照國家賠償法，或民法、刑法等相關規定。

**經濟部賴科長崇全說明：**

因公涉訟輔助辦法所定輔助有 2 個方式，在第 15 條是事後輔助，在第 17 條是先行輔助。如果服務機關經過涉訟案件獲得不起訴或緩起訴，認定有故意或重大過失者，那就要追繳，這是有關先行輔助的情形。第 15 條，服務機關是不輔助，經過訴訟，不起訴處分或緩起訴處分確定，可以申請。這 2 個規定，事實上是有所出入。第 17 條在事後有一個故意或重大過失的認定，第 15 條沒有故意或重大過失的認定，所以在執行上會有矛盾的情形。更何況，檢察官在偵查後，作成不起訴處分，大部分是以沒有充分的證據足以證明公務人員犯罪，所以給予不起訴處分。至於緩起訴處分，有部分的檢察官也會認定公務員沒有故意或過失，情節輕微，給予自新的機會。這樣的話，服務機關怎麼能在案件經過檢察官確定不起訴處分、緩起訴處分後，然後再來認定他是有故意或重大過失，這在實務上是有困難的。所以建議是否將第 17 條的不起訴、緩起訴處分，予以刪除。

**僑委會陳科長姿蓉發言：**

這次討論議題針對因公涉訟輔助辦法第 17 條規定，已經先予輔助後，因為當事人故意或重大過失，機關要怎麼認定的問題。問題是什麼叫做故意或重大過失，因為是限縮在因公涉訟的部分，所以範圍可能就不像刑法那麼大，基本上，我們的建議是，請保訓會訂定一個處理原則作參

考，像目前行政院針對公務人員涉及假消費領取休假補助費，相關的行政責任，他們有訂定一個處理原則，根據司法判決的結果，分成判決前、判決後，訂定不同態樣的處理方式，所以建議保訓會可以邀請各有關機關，就故意或重大過失的認定，也可以分司法判決前、司法判決後，依司法判決的結果，訂定不同態樣的處理方式，讓各機關有所遵循。

**主持人：**

各位同仁還有沒有其他意見。假如沒有，請李處長就這個子題，作一個說明及初步的結論。

**李處長俊生說明：**

通常檢察官的起訴書或法院的裁判書，審究的是當事人有沒有刑事責任的問題。但在處理涉訟輔助案件的時候，公務人員有沒有依法執行職務，還要考慮有沒有違反行政法令的規定。沒有刑事責任，不代表已經依照相關法令的規定執行職務，還包括有沒有依照行政法令的規定執行職務。如果不依照行政法令規定執行職務，還是屬於非依法執行職務的範圍，既然是非依法執行職務，當然不應該給他涉訟輔助。所以檢察官用不起訴處分或緩起訴處分，僅是探究刑事責任的部分。那我們要探究的是有沒有違反行政法令的規定。我記得在高雄市某個醫院的醫師，他在身體健檢之檢驗結果未出來前，就先開立合格證明書，後來涉訟到法院，法院最後雖判決無罪，但是他違反應該在檢驗結果出來後，才能發給合格證明書的行政規定。所以從這樣一個案例來看，就會發現當事人可能不是

依法執行職務，縱然表面上是依法執行職務，但可能也會有故意或重大過失的狀況，所以在實務上的處理，很難去認定什麼態樣是故意，什麼態樣是重大過失，包括刑法或民法，對於故意或重大過失認定的要件，都是一個很抽象的概念，所以很難訂定較具體明確的建議。

剛剛提到是不是可以參考行政院對公務員真刷卡假消費的處理原則，那只是一個建議的處理原則，它所設定的兩種狀況，實際上沒辦法涵蓋相關的事實。本會救濟實務處理的案件，碰到交通部養護工程處的同仁有同樣的問題，最後發現不在行政院所訂的兩種狀況裡，到底要如何處理，這個部分就會產生一些爭議。所以要不要訂定建議的處理原則，我們會再作思考。假定我們有訂一些處理原則，應該只是抽象的規範，不可能太過具體。因為隨著個案的發展，可能會有認定上的差異。所以還是要麻煩各機關，各人事主管，儘量參照相關的法令規定去認定當事人有沒有故意或重大過失。

**主持人：**

李處長所提的處理原則，僑委會的建議，我們將來會參考。進行第3個子題之討論。

3. 因訴訟程序曠日費時，短則數月長則須達數年之久，才終結一個審級訴訟，故公務人員於訴訟終結後始申請輔助費用，惟其延聘律師係為前一年度或甚或數年之前，則應以何年度之標準核發輔助費用？

**李處長俊生補充說明：**

就這個子題要提醒各位，有關涉訟輔助消滅時效的問題，本會有做一個函釋。依行政程序法第 131 條規定，公法上請求權有消滅時效。實務的處理方式，是依照各個審級只要有延聘律師的事實發生，就開始起算時效，所以各個審級是分開計算的，而不是到整個訴訟終結才來算。如果是訴訟終結之後才來申請的話，本會會分別去看各個審級有沒有超過 5 年的時效，所以各位在處理的時候，要注意行政程序法第 131 條公法上請求權時效的問題。如果是在 5 年的時效期間來申請涉訟輔助，就是以他延聘律師的事實發生的年度來作一個認定。這個部分是參照稅捐稽徵機關對於執行業務人員通常都會訂一個課稅的標準，去核算前一個年度到底要用什麼標準去課稅。所以如果以涉訟事實發生的年度來認定，是比較正確。只是說如果事後再來申請，那標準要如何拿捏而已。

#### **經濟部賴科長崇全說明：**

有關涉訟輔助延聘律師的費用，在因公涉訟輔助辦法第 14 條規定，就是輔助總金額不得超過前一年度稅捐稽徵機關核算執行業務者收入標準的 1.5 倍。可是據了解，財政部每一年大概是在 3、4 月公布前一年度的律師收入標準，如果這個案子是發生在 1 月，又是事後申請，最多服務機關只能延長 2 個月，可能當年度的律師收費標準還沒出來，那服務機關究竟是要等當年度的律師收費標準公佈後，才決定輔助費用，還是要援用前一年度的標準來計算？所以建議是否可以明定輔助金額上限以公務人員開始延聘律師之年度為認定標準，來避免爭議。

### 僑委會陳科長姿蓉發言：

因公涉訟輔助辦法第14條規定每一審級輔助費用的總金額，所以不管是先申請，還是整個終結後申請，其實是一個總金額，不是一筆一筆。基本上，本會有受理過1個案子，其實在申請涉訟輔助時都是要檢據核銷。如果在5年內申請，可能稽徵機關公布的金額，每年的1.5倍都會有變動，所以我們的建議也跟經濟部差不多，就是建立一個統一的標準，是不是可以請保訓會考慮一下，按這5年的最高、最低或平均數，訂定統一的標準。

### 李處長俊生說明：

因公涉訟輔助辦法原來規定按照律師公會收酬金的標準，各地到底要怎樣來做處理，產生很大的爭議。所以涉訟輔助辦法修正的時候，就採取總額管制，不以律師公會訂定的標準，而以前一年度稅捐稽徵機關所核課的標準的1.5倍範圍內來認定。因為延聘律師的時候，就會跟他洽訂涉訟輔助的費用，不可能等到整個結束之後，再來計算多少錢。所以現在的規範就是以前一個年度，縱然稅捐稽徵機關在3、4月才公布核課的標準，指的還是前一個年度的標準。剛剛賴科長所提，如果涉訟是在1月，這時候前一年度還沒有公布，要怎麼辦？以目前狀況，據我所了解，稅捐稽徵機關對於課徵職業律師的標準，好像好幾年來標準都一致，沒有什麼調整。像臺北市，一個審級是4萬。有一些縣市是3萬5。所以如果前一個年度的課稅標準還沒公布的話，參照最近一個年度所公布的標準來處理，應該是沒有什麼問題的。如果後來公布的標準有所調整，再去

做增補，應該可以解決各機關的問題，至於要不要在法條作更細緻的擬定，修法的時候，會做進一步思考。

**主持人：**

李處長已經做說明，我就不再做補充，如果大家沒有意見，我們進行下一個子題。

- 4. 實務上，財政部每年約於3、4月間以令公布稽徵機關核算前一年度執行業務者收入標準，如申請涉訟輔助案件處理期限屆滿前，財政部尚未公布該令者，服務機關應如何處理該申請案？**

**經濟部賴科長崇全說明：**

這個子題和上個子題事實上是有關連性的。剛剛已經向各位報告，就是財政部公布律師的標準大概是在3、4月，往往會產生服務機關依據標準的產生，到底要用當年度或前一年度財政部公布的標準的問題，所以我們有提出2個方案，如果是在第8條事後來申請的部分，服務機關最多只能在2個月內就要做決定，是否能有延長時限的規定，也就是等到財政部公布前一年度的標準時再作為依據；另一個方案就是說，不用修正，一律都以最近一個年度的標準來核定輔助金額。

**僑委會陳科長姿蓉說明：**

本會和經濟部的建議一致。涉訟輔助辦法第8條有規定服務機關受理之期限，最多1個月，可以延長1個月。因為財政部3、4月才會公布稽徵機關前一年度執行業務者收入標準，所以建議由保訓會來做一個函釋，針對稽徵機關執

行業務者收入標準未公布之前，機關可以延遲1個月之規定。

**李處長俊生說明：**

誠如剛剛我說明的，現行規定是以所公布的前一年度的標準來做處理，如果稅捐稽徵機關還沒有公布時，建議先以最近的一個年度做處理，公布後標準如有變動，再做後續的增補。這樣對於當事人的保障來講比較妥當一點。如果是延緩相關時間去做認定的話，有些當事人急著要支付律師相關費用就無法支付，對當事人權益的保障就比較不周到。各機關所提的意見，涉訟輔助辦法未來修正時，會再進一步思考。

**主持人：**

謝謝李處長和各位的寶貴意見。大概每一年年終，對於比如說考績作業、保障作業有一些程序及大家比較容易疏失的地方，本會都會提出來，希望各位主管一定要傳閱到整個人事室同仁，不要陳閱後存查。如此才能上下貫通，然後應該怎麼樣改進，希望大家重視。其他涉及因公涉訟輔助辦法的修正，我們都會列為參考，修法時再來審酌。繼續進行第5個子題。

**5. 因公涉訟輔助辦法第15條第3項所規定之「經服務機關移付懲戒者」是否包括由監察院移送公務員懲戒委員會審議之案件？**

**李處長俊生補充說明：**

目前公務人員被移送懲戒有2種狀況，1種是主管機關

移送，另1種是由監察院提案彈劾移送。涉訟輔助辦法第15條第3項的規定，只有講到服務機關移付懲戒，不能先認定給予涉訟輔助，應等到懲戒的結果出來後，再做一個處理。在涉訟輔助辦法訂定當時有做過一些思考，因為依保障法第22條規定，公務人員是否依法執行職務的認定權責機關在服務機關，監察院的認定有一些是不被服務機關接受的，所以未將監察院納入。或許監察院認定公務人員有一些違法失職的行為，依監察法還有懲戒法之規定必須移送至公懲會做處理，所以有一些機關就反應，到底監察院移送的可不可以做認定，因為是同樣一個標準，都是公務人員有違法失職才會移送，基於同樣的標準能不能做同樣的認定。就是我剛剛說明的，涉訟輔助辦法第15條第3項訂定時，曾經有討論過，最後討論的結果是，因為認定的權責在服務機關，監察院移送懲戒後，向服務機關申請涉訟輔助時，服務機關還是要再認定一次，所以才會在第15條第3項做一個處理。由機關移送的部分，因為會移送當事人去懲戒，一定是認定他有違法失職的狀況才會移送，所以就不能認定他是合法執行職務，如果是監察院移送的，先留一個空間，如果機關要給他涉訟輔助的話，就要先回到保障法和涉訟輔助辦法的規定，來認定他是不是依法執行職務，再做後續的處理。那要不要把這個部分在涉訟輔助辦法明定進來，未來會再進一步思考。

**主持人：**

機關的意見大部分都是建議將來修法時把監察院移送的案件也納入，這個留供將來修正輔助辦法時一個重要的

參考。繼續進行以下子題。

**(三) 公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法部分：**

保障法第21條第2項所稱因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金，並未明定係因意外所致，則公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法（以下簡稱慰問金發給辦法）第3條第1項第1款及第3款係以發生意外者始該當，似有增加法律所無之限制？基於保障公務人員意旨，有無檢討修正之處？

**監察院郭主任世良說明：**

本院承辦懲戒業務單位提出之意見為，在貴會尚未作成決議之前，基於保障公務人員之相同理由，公務人員保障業務及人事主管業務機關，如可比照公務人員因公涉訟輔助辦法第15條第3項規定辦理，建議給予尊重。惟本案為假設性議題，法律未明文規定，仍尊重主管機關的決定。

**臺北市政府陳股長靖綉說明：**

如書面所提之說明和建議，建議檢討修正相關法令，統一訂定「因公」之標準，以避免造成作業困擾，無特別補充的。

**高雄市政府周股長阿鑾說明：**

考量保障法第21條係規範公務人員因公受傷、殘廢或死亡，應發給慰問金，其立法目的係為加強公務人員執行職務安全之保障，以激勵公務人員勇於任事。但慰問金發給辦法係規定發生意外始該當發給慰問金之要件，似增加授權母法所無之限制，亦有違保障法第21條之立法目的。

本府建議修正慰問金發給辦法，使其要件與保障法第21條規定一致。

**臺南市政府吳課長惠珠說明：**

依現行慰問金發給辦法第3條規定，須因意外事故或危險事故才能發給慰問金，如為猝發疾病，無論是否係因執行職務、公差或在辦公場所，甚至奉派執行特定任務期間內，依現行規定都不符合發給慰問金，確有商榷之處。猝發疾病固可能緣於宿疾，但臨時的工作指派，或階段性特殊工作，均是誘發其加速發病的直接或間接因素。在保障同仁的立場上，建議修正慰問金發給辦法第3條第1項、第2項規定及刪除第3項規定，如書面資料。

**僑委會陳科長姿蓉說明：**

慰問金發給辦法之法源依據為保障法第21條，該條規定因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金，並未明定係因意外所致。另外現行公務人員請假規則第4條第1項第4款規定，「因執行職務或上下班途中發生危險以致傷病」已構成申請公傷假之條件，為加強對公務人員保障之意旨，建議將該法第3條第1項規定，有關須因「意外」所致，始發給慰問金之規定刪除；第1款修正為「執行職務或上下班途中發生危險以致傷病、殘廢或死亡」及第3款修正為「在辦公場所發生危險以致傷病、殘廢或死亡」。

**銓敘部王副司長幸蕙說明：**

感謝各機關就慰問金發給辦法提供實務上各種見解，也對人事單位照顧員工及員工遺眷，維護其權益之努力表

達感佩之意。另外本部在處理相關案件，以及各機關陸陸續續反應之意見，其實慰問金發給辦法的主要爭議關鍵點就在於，發給辦法中因公受傷、殘廢或死亡認定標準，與保障法中因公受傷、殘廢或死亡的認定標準不同，以致產生許多爭議，特別是撫卹法中已將辦公場所猝發疾病，及上下班途中發生意外以致死亡列為因公撫卹之情事，但在慰問金發給辦法中是排除的。到底撫卹法和慰問金發給辦法中「因公」的規定是否須一致，就實際上慰問金發給辦法立法的沿革和性質向各位提出報告。

慰問金發給辦法 83 年 7 月 1 日開始施行後，原本法令名稱為公教員工因執行職務遭受危險事故致殘廢死亡發給慰問金實施要點，因此可以從名稱了解其範圍，即因冒險犯難以及因執行危險勤務以致殘廢或死亡者發給慰問金。後來在 86 年 9 月 25 日修訂，名稱修正為公教員工因執行職務冒險犯難或執行危險職務致殘廢死亡發給慰問金要點，其發給慰問金的範圍為因執行職務冒險犯難以及因執行危險職務致殘廢死亡者發給慰問金，因此從其名稱可了解其範圍。最後在 90 年 7 月 2 日發布的公教員工因公傷殘死亡慰問金發給辦法第 3 條，就把因公受傷殘廢死亡之情事規定為 3 款：執行職務發生意外、公差遇險及在辦公場所發生意外，另外在第 4 條有關殘廢死亡慰問金的標準中增列冒險犯難之情事，之後幾次修正，標準沒有再變動，因此可以了解，從開始施行到其間幾次修訂，都把慰問金發給之情事限定在執行職務發生危險事故致殘廢或死亡，基本上，執行職務發生危險事故文字上之解釋，應是排除罹病或猝發疾病的範圍。實務上在 90 年 11 月 8 日及 91 年

4月25日，上開要點還是由人事局主政時，曾邀請本部及有關機關開會研商，獲致共識以慰問金之發給係撫卹金之外加發之給與，為符合該辦法規定之意旨及考量發給機關財政負擔問題，還是把範圍限定在發生受傷、殘廢、死亡之事故與因公事由具有直接因果關係為限，如係猝發疾病，則非屬該辦法之適用範圍。嗣92年6月18日本部召集會商時，也重新再討論過有關猝發疾病的項目，當時亦認為如果把猝發疾病列為因公之情事，除與本辦法立法沿革與精神不符外，另外亦會讓本辦法的因公情事和撫卹法的因公情事標準漸趨一致，將易引起該辦法是否與公務人員的撫卹有重複？是否過度？是否有存在必要之聯想。因此，當時會商之結論認為，慰問金發給範圍仍應該以發生意外為當。所以從幾次的會商，整個立法的精神及修正沿革、名稱來看，就可了解慰問金發給的範圍，應限定在與執行職務有直接關聯且基本上以發生意外為主。

另外就慰問金之性質來看，如果是傷病，機關及時給予慰問金，係表達對受傷員工關懷的美意，但是撫卹金係強調對公務人員遺族的照顧，因此慰問金與撫卹金二者立法意旨本有差異，且慰問金係於退撫給與之外另加之給付項目，其給與自以因公事證明確者為限。撫卹法增加辦公場所猝發疾病，或上下班途中發生意外事故作為因公認定的標準，係規範於細則中，但仔細解讀本法，其文字中是否有此範圍意旨，還有討論空間。實務上有非常多辦公場所猝發疾病的審查案例，都是宿疾、癌症末期，在辦公場所發病，直接送至醫院途中死亡或住進醫院後死亡，這種情形本部認定為因公。但是想想看，如果你的同仁一樣是

癌症、宿疾久病不癒，卻在自己家中而非辦公地點亡故，只是以一般的病故來辦撫卹，所以宿疾或是猝發疾病，和因公的因果關係到底如何認定，不只各位先進在處理同仁的撫卹案件感到困擾，本部在審查時亦同樣的困擾，都是有很多的爭議和討論。所以要強調的是，辦公場所猝發疾病或上下班途中生意外雖然納入撫卹法中因公的範圍，係本於撫卹從寬的意旨來作處理。因公傷病的慰問金是否也要放寬到這種程度，幾次會商還是界定在和執行職務有直接因果關係，特別是發生意外的情形。剛剛有機關提到，如果是被指派執行特定勤務，有公差罹病，例如 SARS 期間，那是非常明確也好認定的，於撫卹法本法中亦有規範，但沒有納入慰問金這一塊來考慮。實際上有關因公的標準，不只撫卹法，保險法、退休法甚至其他人事管理規章中亦有不同的認定標準，怎樣求其一致？是否一定要求其一致才是對公務人員最大的保障？如果採最寬的方式是否又有保障過度的疑慮？造成外界對本部的誤解，都是值得審慎考量的。因此本部對此議案很感謝機關代表的意見，但本部基於上述的說明，目前對慰問金發給辦法中因公的範圍還沒有從寬認定的打算。因為慰問金立法目的和撫卹金、其他公保或其他給與不同，所以適用對象和範圍本就有不同的考量，實務上也很難強求要其一致。

#### **人事局盧副處長坤城說明：**

保障法第 21 條第 3 項規定，公務人員因公受傷、殘廢或死亡，應發給慰問金。因公之範圍及慰問金發給辦法由考試院會同行政院定之。訂定慰問金發給辦法時，係考量

慰問金和撫卹金是有所區隔的，另外為了符合慰問金訂定的意旨，所以訂定因公的範圍係第 3 條第 1 項各款。這部分是否增加法律所無之限制，就實務作業而言，因公死亡慰問金提起行政訴訟的案件非常多，在高等行政法院或最高行政法院的判決中，並未認該辦法違反法律保留原則，所以在本局之看法，應難認該辦法增加法律所無之限制。另對於直接因果關係如何認定，常是行政訴訟案件之爭議點所在，如可明確界定，將來應可紓解訟源。

#### **主持人：**

慰問金發給辦法如移由本會處理，於研修該辦法時，本會自當詳加參考與會各機關代表發言意見。如該辦法仍由銓敘部主政，則各位寶貴意見將提供銓敘部及人事局作為修法參考。

#### **高雄縣政府消防局丁主任百宏發言：**

有關慰問金發給辦法第 4 條第 1 項第 1 款第 6 目規定，連續住院未滿 14 日或未住院而須治療 7 次以上者，發給慰問金新臺幣一萬元，建議刪除需治療 7 次以上之文字，改為未住院需治療者，即發給上開慰問金。

#### **臺北市政府工務局李主任顯宗發言：**

本局曾發生同仁未加班，第 2 天被人發現死在工務所 2 樓，他沒有加班，早上又沒有看到他來上班，到底是如何進入該場所，又是何時死亡都不清楚。這種猝發疾病死亡案例讓該單位人事主管發生很大的困擾，雖然銓敘部亦同意因公撫卹，但慰問金是沒辦法給。過去在捷運局服務也

遇過類似案例，有 1 位同仁好幾天沒有上班，發現死在他所居住的停車場，說準備要來上班，停車場管理員發現他的時間是 10 點鐘。

### **法務部高專門委員秀蘭發言：**

依保障法第 21 條第 3 項規定，因公之範圍及慰問金發給辦法由考試院會同行政院定之。是以，慰問金發給辦法所規定之因公條件，並未逾越保障法之規定，應無本議題所質疑之「增加法律所無之限制」。以上為個人意見，請大會參考。

### **銓敘部王副司長幸蕙說明：**

感謝各機關代表的發言。剛才李主任提到的個案，上午 10 點被同仁發現在 2 樓的辦公室，本部調查很久，因為有人說中午看到他上樓，有人說他好像有表達身體不舒服，2 樓好像是放文具、圖表的休憩場所，不是正式的辦公室或會議室，問題是他沒有刷退，第 2 天也沒有簽到，10 點被人發現在 2 樓。本部所面對的問題其實就是家屬的壓力，家屬透過各方民意代表施壓，不只是人事單位的承辦人員，到部裡面來又何嘗不是。但仍必須秉持公平的原則，必須查證清楚，因為最後只能認定在辦公場所發生意外，起碼形式上符合這個要件，所以核給他「因公」。另外提到死在自己住家的停車場然後說他要來上班，但是車子都還沒發動，還沒離開家的範圍，到底是不是上班途中發生意外以致於死亡？本部在處理撫卹案件，各式各樣狀況都遇過，最煎熬的像是疾病部分，所以在細則裡設計幾個要件來作處理，必須在辦公場所發病、必須由辦公場所直接送

至醫院途中或一直住在醫院至死亡，為因應民俗需求，臨終要回家這一點也有特別的考量。但細則中的規範也受到質疑，所以我們還是必須就教相關醫療機構，不然我們身為行政單位很難去界定疾病和因公之間的直接關聯，這點補充報告。另外上下班途中發生意外，不在因公傷病慰問金發給的範圍中，在此作一個澄清。

#### **李處長俊生說明：**

在各個人事法規中，對因公要件的设计都不太一樣。公務人員撫卹法與慰問金發給辦法對於「因公」範圍要件目的不太相同，從慰問2個字來看，應該只是慰助的性質，但現在爭議這麼大，在於慰問金發給額度最高達300萬，至於慰問金發給辦法如何修正，於該辦法未來修正時，將再行審慎斟酌。

#### **(四) 保障法條文之修正建議**

##### **主持人：**

財政部人事處希望增加舉辦對行政訴訟案件實務的訓練講習，增加人事人員相關的知識。這部分希望各主管機關在全員訓練時增加此訓練或講習。

##### **中央警察大學賴主任富源發問：**

目前重要性理論在保障法的表現上，針對重要性權益事項可以列入復審標的，就記一大過這部分，因為會影響當事人年終考績，不得考列乙等就會影響其晉級，且至年終如累積達二大過，亦可能造成免職的法律效果，但目前保障法是列為申訴的標的，個人認為在法律正當程序及重

要性理論，記一大過應列為復審標的，對公務人員權益將較有保障。

### **李處長俊生說明：**

記一大過處分到底要不要放到復審的範圍來處理，目前實務上參照司法院釋字第 243 號、第 266 號解釋意旨作處理。復審是針對行政處分，行政處分有其要件，實務上是依行政程序法第 92 條規定，基本原則為直接發生法律效果，但記一大過處分是否會直接對公務人員權益有重大影響，有討論空間，因為被記一大過之公務人員，須至年終無獎勵可資抵銷，考績始不能考列乙等以上，及無獎金與晉級，所以從此觀點，似難認記一大過對公務人員已產生直接重大影響，而僅為間接影響，故目前實務上，記一大過仍以申訴程序處理，惟保障法未來修法時，本會將作進一步思考。

### **主持人：**

各位主管先進，上午的會議感謝大家的捧場並提供寶貴意見，將留供修法的參考。謝謝大家。

## **議題二研討**

### **主持人（邱委員華君）：**

銓敘部黃專門委員新維、王專門委員招惠、行政院人事行政局吳副處長瑞蘭、楊科長智傑、李處長、大家午安。早上有幾個議題討論進行，非常感謝各機關提出書面建議資料。直接進入會議手冊第30頁議題二之子題一討論。

議題二、各機關辦理保障業務與公務人員考績法制或其他人事法制間，有無扞格或缺漏之處？

(一) 公務人員考績法(以下簡稱考績法)第20條係規範辦理考績人員，對考績過程應嚴守秘密，並不及於考績發布後，當事人申請閱覽個人之考績資料。爰各機關對於所屬公務人員申請閱覽其考績相關資料，應如何執行，即有討論之餘地？

財政部人事處戴科長振枝說明：

這個意見是臺灣省南區國稅局所提的，是針對個人如果要申請閱覽考績相關資料，建議能夠依政府資訊公開法第18條之規定予以否准，避免造成很多藉題發揮，或者是誣控濫告之情形。另外沒有再補充的意見。

僑委會陳科長姿蓉說明：

本會所提書面意見，依照考績法第14條第1項規定，考績的整個評定程序是包括主管的評擬，到考績委員會初核，到機關長官覆核，這樣一系列的內部程序，應該是符合行政程序法第46條第2項第1款所稱的行政決定前的擬稿或其他準備作業事項。這部分依行政程序法的規定，是可以拒絕當事人或利害關係人的閱覽、抄寫、複印或相關的攝影等的申請。所以本會認為基於公益及第三人的正當權益，有關考績後對於上開整個考績核定程序中的內部考績評定作業，應該還是可以依職權，依行政程序法第46條的相關規定，拒絕當事人相關閱覽的要求。

李處長俊生說明：

這個問題牽涉到當事人向機關請求閱覽個人資料，尤其是有關考績，或者是個人平時考核資料，應不應該准許的問題，應該用哪一種規定來處理？依照行政程序法第 46 條規定，基本上在行政程序的處理過程當中，如果當事人有閱覽資料必要的時候，可以依照該條規定來作處理。如果是行政程序完結之後，大概就會牽涉到政府資訊公開法的問題，但是不管行政程序法第 46 條，或者是政府資訊公開法的相關規定，對於在行政機關作決定之前的內部準備文件資料，則不須要公布給當事人閱覽。

但在實務的執行上確實有些問題，譬如說：平時考核的資料，是不是讓當事人知道？對於他業務執行上的改進，會不會是一個比較好的方式？現在機關平時考核的資料都不會給當事人知道，可能使其無法知悉他到底有哪一些缺失可以調整，可以作改進的地方，連帶的當然就是直接影響他考績的考評。那考績的相關考評資料，依照現行制度的設計，在考績法第 20 條係規定辦理考績的過程都應該要嚴守秘密，其應該是在作決定之前，包括在召開考績會的過程都應該是要保密的。不是說考績會議結束後，除了結果公布之外，就可以把其他資料給當事人知道，不是這樣。實務上當事人看到就只有考績的結果，這個是牽涉到實務執行面的問題。因為考績法的主管機關是銓敘部，我們今天邀請銓敘部的主管司派員與會，是不是可以請銓敘部的代表把考績為何會有這樣的一個設計，再進一步的說明。

**銓敘部黃專門委員新雜說明：**

就這個議題，針對財政部和僑委會的說明，個人的平時考核成績紀錄、還有關於辦理考績的相關表件，是不是可以容許當事人申請閱覽？依照銓敘部目前的函釋，因為考績法第 20 條已經明定考績的過程應該要嚴守秘密。有關辦理考績過程的相關表冊，我們認為應該是法律明定應該保密的事項，因此依行政程序法、政府資訊公開法，都不可以提供閱覽。所以這個部分本部跟財政部與僑委會的意見一樣。

另外交通部書面意見說要釐清考績行為是不是屬於行政程序法上程序的規定。就這一部分，因為涉及到行政程序法的主管機關是法務部，法務部對這一部分在 89 年 4 月已經有作一個函釋；如果構成行政處分之人事行政行為，因於事後當事人仍可依訴願、行政訴訟程序或其他相當之程序請求救濟，所以行政機關在作這一類型的行政處分的時候，就要依照行政程序法之規定為之。那如果不是屬於行政處分之其他人事行政行為，就看個案情形，由主管機關自行斟酌。這是主管機關法務部對考績這部分的解釋，在這邊提供給各位參考。

第 2 部分，處長剛剛有說明，如果可以給當事人申請閱覽的話，當事人才可以瞭解工作上有什麼需要改進的地方，可以作為以後他業務處理的參考。我們在考績法修正草案，已經把這一部分納進去了。只是說考績法的修正草案在 94 年 7 月送立法院到現在都還沒有完成審議，所以就現行考績法、考績法施行細則，還有考績委員會組織規程的規定，當事人不能申請閱覽有關考績表冊的相關資料。

簡單補充說明。

**主持人：**

謝謝銓敘部代表。那麼在執行面，人事局代表有無補充？

**人事局吳副處長瑞蘭說明：**

關於這個問題，銓敘部的代表已經說明的非常清楚，這邊只就一小點補充，剛才有提到政府資訊公開法，那我也提供一個函釋給大家參考，法務部93年5月14日有一個函釋，特別針對公務人員年終考績的評定，也提到類似的看法。它認為公務人員年終考績的評定屬於機關管理措施的人事行政行為，所以有關其平時考核紀錄、年終考核表以及考績委員會的紀錄等相關資料，當事人或相關人不得依行政程序法第46條的規定申請閱覽，應該要依照行政資訊公開辦法，但是這個辦法已經在95年的時候廢止（按：為95年3月20日）。目前依照規定就是剛才財政部代表所提的政府資訊公開法，在該法第18條第3款部分可以提供給大家參考，第18條係規定限制公開與不予提供的情形，其中第3款提到「政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業」，這個部分它是屬於限制公開與不予提供的部分。這2個規定提供給與會代表作參考。

**李處長俊生補充說明：**

這邊再補充一點。行政程序法第46條規定，在法務部的解釋認為是屬於程序性的權利，那這種程序性的權利，如果拒絕當事人閱覽，當事人在提起相關救濟的時候，依

照行政程序法第 174 條規定可以一併主張。

但是如果是屬於行政程序法第 44 條刪掉之後制定的政府資訊公開法的規定，這個不是針對當事人公開，它是針對一般人的公開，那這一種公開的救濟，在法務部的看法認為這是屬於實體性的權利，那實體性的權利的救濟方式，就不是站在公務人員的立場來作這樣一個公開的請求，所以如果是針對依照政府資訊公開法的規定，請求政府公開相關資訊被拒絕，當事人不服的話，就不是走保障法的救濟程序處理，是走訴願法的程序，程序上要作一些區隔。如果是行政程序法第 46 條的問題，依照保障法提起救濟的時候，才能夠一併主張。提供給各位作一些參考。

主持人：

謝謝處長的說明，繼續進行第 2 個子題。

- (二) 依修正後之考績法施行細則第 16 條第 1 項規定：「公務人員平時考核獎懲，應併入年終考績增減分數。嘉獎或申誡一次者，考績時增減其分數一分；記功或記過一次，增減其分數三分；記一大功或一大過者，增減其分數九分。」第 2 項規定：「前項增分或減分，應於主管人員就考績表項目評擬時為之。獎懲之增減分數應包含於評分之內。」實務上常有公務人員考績表平時考核及專案考績獎懲欄位記載增分 99 分甚或 100 分以上，惟其年終考績考列 79 分，二者分數之落差，無法讓公務人員心服，各機關於辦理年終考績（成）作業似有窒礙難行之處，實務操作有無檢討修正之處？

**主持人：**

請臺南市政府代表作補充說明？

**臺南市政府吳課長惠珠說明：**

臺南市政府代表報告，這個部分在我們當初擬的時候是在考績法施行細則修正之前，目前在 10 月 30 日（按：96 年 10 月 30 日）考試院又有最新的一個修正，規定不用把獎懲增減分數明列出來，已經併到總評分裡面了。所以本項建議的部分取消。

**主持人：**

謝謝臺南市政府代表，接著請僑委會代表說明。

**僑委會陳科長姿蓉說明：**

針對考績法施行細則第 16 條明定平時考核像嘉獎或申誡是 1 分，記功 3 分，記大功 9 分，這樣的一個規定在第 16 條其實是很詳細的，包括現在修正之後的條文只是針對第 2 項，獎懲的增減分應包含於總評分之內。所以基本上平時考核的記功、嘉獎或申誡這樣的分數還是沒有解決，所以我跟剛剛臺南市政府的意見有點不太一樣。另外因為這個討論的議題可能是發生在警察或消防、海巡單位，他們可能因為獎懲案件很多，所以當事人嘉獎的總分可能算起來 99 分、100 分以上，可是後來考績還是被打 79 分乙等的這種情形。那當然在本機關沒有這麼極端的這個情形，可是因為每年本會在辦理年終考績的時候，還是有遇到類似的，有些當事人按照施行細則第 16 條計算，增減總分可以加分到 2、30 分，但是年終考績還是被打乙等的

情形。所以基本上各機關都可能遇到的。

實務作業上我們都還是以目前第 16 條的規定，主管在考績評擬的時候綜合評定，各機關目前還是可以作業。如果就法言法，因為考績法施行細則已經明定的很清楚，每一個加減分的分數，所以這樣子個別來說明的方式，並不能夠說服廣大的公務人員。雖然考績法施行細則已經修正了，但針對這部分的修正，好像還沒有到很妥適的一個程度，所以本會建議以後修法時，針對這一部分可以再作斟酌。

**主持人：**

謝謝僑委會代表，因為牽涉到法制問題，是不是先請銓敘部代表說明。

**銓敘部黃專門委員新維說明：**

關於這一部分，本部是打算朝向修正考績法來處理，因為考績法的修正案已經送到立法院，只是什麼時候完成立法程序，不是短期內可以掌握的。因此我們先修考績法施行細則，在 10 月底已經發布施行。依照修正後考績法施行細則的規定，平時考核增減分數要併入考績分數裡面，就是說現在是綜合 4 項評分，工作、學識、操行、才能 4 項綜合考評，然後加計他平時考核獎懲的分數之後，只評一個分數，跟以前的作法是不一樣的，不用分項去評，不用依照工作 50%，然後有 10 個細目分別去評。現在是綜合考慮這 4 個考核的項目，然後加計平時考核的分數之後，評一個單一整數的分數。這是依照現行考績法施行細則修正之後，對考績分數的評擬已經有一個跟以往比較不

一樣的作法。這是第一點說明。

至於第二點說明，僑委會剛剛也有講到，之所以有這個案子大部分是因為警察機關的考績、獎懲較具特殊性。考績法是規範一般行政機關，大部分的行政機關可以適用。在一般行政機關這種情形應該是比較少，不過本部認為考績法施行細則修正之後，如果平時考核獎懲增減分數已經達到增分 80% 的話，是不宜考列乙等以下。在這次細則修正之後，我們的看法是這樣。至於警察機關產生這個問題，我們也是有 2 部分來提，第 1 部分就是認為因為警察機關的特性，因此在適用考績法來評定考績分數的時候，跟考績法相關規定有扞格、窒礙難行的地方，那這一部分本部認為既然是警察人員有特別性的話，警察人員管理條例（已於 96 年 7 月 11 日修正為警察人員人事條例）修正的時候，可以就這部分另作考慮。

第 2 點就是在考績法修正草案裡，有作排外的規定，因為依照現行考績法第 13 條規定，平時考核獎懲曾記二大功以上，考績不得列乙等以下；一大功以上，也不可以考列丙等以下；一大過，也不可以考列乙等以上。這一部分，如果考慮到警察機關的特殊性，在新的考績法修正的時候，將警察人員排除。不過臺南市政府的意見也很好，就是說不要加 1 分、3 分、9 分，要不要把分數再減一點，譬如說嘉獎加 0.3 分、或是 0.2 分這一部分，這一部分也會在修法的時候考慮，真的很謝謝 2 個機關的意見。

**主持人：**

謝謝銓敘部代表的說明，在執行面請人事局代表說明。

## 人事局吳副處長瑞蘭說明：

針對這一部分人事局沒有特別補充的意見，本局也瞭解有關獎懲增減分數在考績這部分，實務上確實困擾各機關很多年。銓敘部在修正考績法的時候，原本的第 12 條裡面有規定說應該在年終考績的時候要併計成績、增減總分的這個部分，在修正草案已將上開文字刪除。我們也很感謝銓敘部，有察覺到行政機關實務作業的困擾。人事局這邊也有一個建議，因為考績它還是以平時考核作為一個具體客觀的標準，如果說在考績法修正草案已經修法完成立法程序之後，那有關於年終考績跟平時考核的關連性的部分，以後怎麼去作一個有效的連結？希望未來修法之後，銓敘部也能考量相關的配套措施，以便利各機關實務上的運作。

## 主持人：

謝謝人事局代表的說明，請保障處說明。

## 李處長俊生說明：

就這個問題，原來在修正前的考績法施行細則第 16 條，是併計成績增減總分，那如果從單純的文字意義來看的話，好像是外加，不是內含，但是在實務的操作上則用內含的方式處理，或許是因為考慮到有一些比較特殊的機關來作衡量。為了解決實務問題，建議銓敘部要妥適處理。

考績法施行細則這一次作了一些修正，把原來規定在考績（成）作業要點中變成內含的這個部分，把它明白表現出來。其結果是設定在主管人員評擬的時候，就把它放

進去，但是還是會有增減分數的問題，譬如說有些機關同仁可能獎懲相當地多，當然除警察機關的獎懲較多外，在行政機關可能也有一些獎懲的分數相當的高的，那只是把增減分數的問題提前到主管人員評擬的這個階段而已。如果從這方面而言，法條的修正能不能完全化解當事人的爭執，個人是有一點存疑。我們希望銓敘部未來就這部分能更進一步地去思考。因為我相信各機關主管人員在評擬的時候，應該都會把平時考核的獎懲表現放進來。縱然是如臺南市政府所提的這樣一個建議，就是改成降低它的增減的一個比例，用零點幾的方式來處理，那如果獎懲次數比較多的，同樣的問題，它只是減低而已。所以還是沒辦法根本解決這個問題，這個似乎可以讓銓敘部在未來修法的時候能夠更進一步思考。

主持人：

謝謝李處長的答復。進行子題3。

(三) 保障法第 81 條並未明訂各機關處理申訴函復之方式，各機關為處理考績申訴事件而召開考績委員會議審議時，其執行有無疑義或困境？例如未過出席委員半數同意時，可否以業經考績委員會議審議決議維持原考績之評定為由，而予以申訴函復？

主持人：

先請僑委會代表說明。

僑委會陳科長姿蓉說明：

有關這一部分，因為保障法第 81 條沒有明訂申訴函復

之方式，所以基本上有關於申訴函復，本會一般就會內同仁，係以函復的方式；如果不是現職人員就以掛號的方式辦理。

另外就是針對有關提出申訴之後，申訴處理程序要不要提到考績委員會作決議，因為平時考核之獎懲及考績之評定，需要提到考績委員會審議，所以本會認為這部分還是要重新再提到考績委員會去審議，再決定申訴是不是有理由，決定撤銷或是作出更改原懲處。至於說其他因為辦公環境的措施這部分，因為是整個機關裡面內部的一個工作環境，基本上整個的行政作為就是不需要提起到考績委員會，這一部分就不需要提起。

另外提到，如果提到考績委員會審議，程序上未達到出席委員過半數，這樣的申訴函復是不是適當。有關考績委員會的組成，在考績委員會組織規程第 4 條已經明定，考績委員會委員的出席要達到三分之二，才可以開會，而且出席委員過半數的同意，才可以達到決議。這個是考績委員會組織規程已經明確訂定的。所以我們機關在受理申訴，還有復審的案件，多次與保訓會溝通的過程中，其實保訓會在審理過程，就是看整個考績核定的程序中，委員的出席情形是不是有符合考績委員會組織規程的規定，如果沒有符合這個規定，就以考績程序上的瑕疵構成得撤銷的理由。

本會建議有關復函這部分，為了讓各機關有所遵循，如果有相關共識的話，保訓會或銓敘部也可以通函各機關來辦理。

主持人：

謝謝僑委會代表。請主管機關代表說明。

李處長俊生說明：

現行保障法第81條沒有規定機關對於申訴案件的處理要組成申訴委員會，就是讓各機關依照權責來作處理。但是不管怎麼處理，最後的結果都是要以正式的公文來答復給當事人，這個就是保障法所講的申訴復函。要把這個申訴復函發送給當事人，如果是機關內的同仁，就是直接當面交給他、給他簽收、押個日期，當然沒有問題；如果不是機關內的同仁，他可能是派駐在外面，或者是已經離職的人員，這個時候要怎樣通知他？如果通知他到單位來領取，大概不太可能，此種情形下，各機關的作法大概都是用郵寄的方式。郵寄就是要怎樣取得送達證明的問題，其實用單掛號、雙掛號，都只是要證明確實送達到。所以實務上，比較大的問題就是在作申訴函復的這個過程當中，如果自己機關內部有組成合議制的機制來處理的話，要怎麼處理？若沒有組成合議制的機制，只要依照公程式相關規定，內部公文處理完畢後給予正式答覆，大概就可以了，不會有開會比例的問題。但是如果自己機關內部有組成合議制的機制，譬如透過考績委員會來重新檢視當事人所提出的申訴案件時，這時候依照考績法、考績委員會組織規程規定，不管是長官交辦或其他考績案件的處理，只要有經過考績委員會組成合議制的機制認定的時候，就應該依照考績委員會組織規程所訂的標準，要有一定額度以上人數的出席，出席人數過半數的決議，才能做成決議。

實務上比較常碰到的問題在於通常主席不參與表決，不管是考績委員會組織規程或內政部掌管的會議規範的規定，通常主席不參與表決，但是在可否同數時作一個決定要不要讓該案通過；若在可否不同數時，實務上曾經碰到過，主席是否可以加入表決？實務上確實有這個爭論。我們最近有徵詢過銓敘部及內政部的意見，最近的看法認為：如果是只差一票就可以讓該案通過的狀態，主席不管是否可否同數都應該可以加入表決，我們目前的看法大概是這樣。這樣過半數的可決就可以讓這個案子順利通過，這是目前實務上處理的狀況。有關考績委員會組織規程相關的問題為銓敘部主管，是否請銓敘部代表說明，較為妥當。

#### **銓敘部黃專門委員新離說明：**

正如處長所說，如果這個考績申訴案件有交到機關考績委員會去，因為考績委員會組織規程對考績委員會的召開、作業程序、出席委員及委員要如何才能做成決議，都有很明確的規定。雖然部裡函釋並未有明確規定考績申訴函復須交機關考績委員會審議，不過若機關首長交由考績委員會審議時，就要依照考績委員會審議的程序，一定要有全體委員三分之二的出席，出席委員過半數的同意才可以。處長後來講到有關過半數如何計算的問題，保訓會給我們實務上的個案：機關考績委員會的委員才 7 人，討論該案時其中 1 人要迴避，剩下 6 人，原則上主席先不參與表決，剩下 5 人，投票結果為 3 比 2，是否過半數？第 6 票為主席，主席可以參與表決，如選擇 3 的部分，表決結果成為 4 比 2，就有過半數；如果主席參與表決選擇 2 這

邊，表決結果成為 3 比 3，就有沒有過半數。這過程也和保訓會有一番溝通，不過目前有關過半數的問題，部會看法是一致的，以上補充。

**主持人：**

在座各位有無其他相關問題？

**僑委會陳科長姿蓉提問：**

請問計算出席人數時，有無先扣除迴避人數？

**銓敘部黃專門委員新籬說明：**

有。考績委員會的委員 7 人，要先扣除迴避人數 1 人，剩下 6 人出席，需要 4 人才過半數。

**李處長俊生補充說明：**

這裡再作些補充。實務上曾經遇到，考績委員會評議時誤解過半數為「參與表決人數的過半數」，實際上過半數應指「出席人數的過半數，但迴避人數不算在出席人數內。」合法出席人數應該如此計算。

**主持人：**

在座各位有無其他補充？繼續進入第 35 頁議題二、子題 4。

(四) 依臺北高等行政法院 96 年度訴字第 00587 號判決意旨以免職處分乃卸免其職務之行政處分，自以有職務存在為前提（有職可免），倘已無職務可免，自不得再為免職之處分。則公務人員辭職生效後已無職務，機關可否嗣後再予以免職，於現行實務上有何檢討改

## 進之處？

### 李處長俊生說明：

這牽涉到實務的問題。通常免職是有職可免，如果人已經不在職，就不會有免職的問題，這是比較直接的解釋。在所舉的案例裡，也就是臺北高等行政法院的案例，是因為當事人原來有一次記二大過免職之狀況，在這個過程中，他有提辭呈，這個辭呈時間是回溯到免職生效日以前，內部效力就已經變成回溯，變成他已經辭職了，後面所作免職就已是無職可免之狀況，如何會有免職之問題，在實務上會有一些爭論。但在個案上受到行政法院見解的拘束，這個案例也提供各位參考，在實務作業上如果遇到類似案件要再斟酌一下。因為實務作業有關免職、辭職的部分也牽涉到考績法規及相關人事法規主管機關的權限，請銓敘部代表做說明。

### 銓敘部黃專門委員新維說明：

首先要更正會議資料第 35 頁有關交通部的書面意見，其提案單說明欄一倒數第 3 行「一、查銓敘部 95 年 6 月 9 日部法二字第 0952643846 號令規定，退離人員辦理平時考核或專案考績一次記二大功（過）之處理程序與方式，『並無規定退離人員一次記二大過併發免職令之程序』，……。」後面這部分的說明可能有誤解。依照敘部 95 年 6 月 9 日令釋規定，退離人員經一次記二大過只是發給一次記二大過的獎懲令，不用發免職令，是「不用發」不是「沒有規定要併發」。

第 2 點有關公務人員因死亡、退休、資遣、辭職或其

他原因而離職，其在職期間依考績法第 12 條規定應該給與平時考核、獎懲或有需要辦理專案考績的事由的時候，部裡經過詳細考慮之後，已經有做一個通令的規定，即這些人雖然已經沒有現職公務員的身分，但其平時獎懲及專案考績的事由均是存在的，故其平時獎懲及專案考績還是要辦理。之所以做這樣的解釋，主要是基於 3 點考慮，第 1 點就是參照公務員懲戒法修正草案的精神，如有懲戒法該當懲戒事由，並不因為辦理退休、資遣、辭職沒有現職公務人員身分而免予懲戒處分，希望避免公務人員有逃避的行為發生。第 2 點就是他雖然離職，將來仍有再任之可能。前任職期間平時考核的獎懲或重大功過事由，在其再任後會接續發生法律關係，所以我們認為這部分還是要處理。因此還是要依照他平時考核獎懲的事由來發布獎懲令，人事單位就將其登記在人事資料，再任時就可以作為參考。第 3 點就是如果是對他不利的處分或懲處，當事人可以依據機關給予的獎懲令或處分，提起救濟，以保障當事人有救濟的權利。基於這 3 點的考慮，雖然他沒有現職人員的身分，但只要他有這些該當的情事，我們認為都還是要處理。因此我們在 95 年有通令給各機關。到目前為止 1 年多來，實務上各機關反應都還好，並無窒礙難行的部分，以上再補充。

**主持人：**

謝謝銓敘部代表之說明。對子題 4 如果沒有其他建議，就進入第 36 頁議題二、子題 5。

**(五) 依 95 年軍公教人員年終工作獎金（慰問金）發給注**

意事項(以下簡稱年終獎金發給注意事項)六、(三)規定：「……因案停職人員……應許復職，及受停職處分之公務人員，經依法提起救濟而撤銷原行政處分而復職者，其年終工作獎金之薪俸部分，全額發給。……。」惟受停職處分之人員，依法提起救濟經撤銷原停職處分而復職者，於復職後補辦年終考績，因銓敘部95年2月3日部法二字第0952594780號函釋，考績不宜考列乙等等次之規定，致該等人員年終考績考列丙等之結果，依上開年終獎金發給注意事項七、(三)規定，無法領取該年度之年終工作獎金，其權益反較其他提起行政訴訟未獲勝訴判決或未提起救濟者較為不利？似有違公務人員保障法第6條第1項：各機關不得因公務人員依法提起救濟而予不利之行政處分之規定。就此，銓敘部相關函釋或年終獎金發給注意事項之相關規定，有無檢討改正之處？

主持人：

有關年終工作獎金牽涉到人事局的業務，我們先請主管機關人事局代表說明。

人事局吳副處長瑞蘭說明：

案子裡面所提到有關於95年軍公教年終工作獎金的部分。當時的規定確實如說明的事項，在實務上好像有一點點疑義。其實這個部分有關96年年終工作獎金，現在人事局給與處正在研議當中。那考量的重點在於，年終工作獎金主要是以12月在職，以慰勞他年度工作的辛勞。如果全

年均無工作的事實，是否適合再核給他年終工作獎金？這部分是站在機關立場之考量。但是站在當事人的立場，事實上當事人的停職確實也是被撤銷了，他沒有工作之事實，並非可歸責於當事人。所以現在人事局給與處正在針對從機關立場及當事人權益部分研議當中，目前正彙整各機關的意見，可能在近期會召開會議，所提的意見均會在研商會議時作為參考。

#### **銓敘部王專門委員招惠說明：**

公務人員俸給法第 21 條第 2 項有規定，復職人員補發停職期間之本俸（年功俸），這涉及到俸給法依法停職復職時本俸（年功俸）的補發。至於有關復職人員領取年終工作獎金的部分，還是要回歸到人事局主管的年終獎金發給注意事項之相關規範。

#### **高雄市政府周股長阿鑾說明：**

依照銓敘部 95 年 2 月 3 日函釋，公務人員因公請公傷假、因病請延長病假或因案受免職、停職處分，全年無工作事實者，各機關不宜考列乙等等次，以落實工作導向之考績制度。雖然考績的本質是為了考評公務人員任職期間的成績，應以工作事實作為具體特定的評分標準，不過考量受停職處分人員，依法提起救濟經撤銷原停職處分而復職者，其無工作事實並非出於其意願，在這種狀況下，與因公請公傷假、因病請延長病假等等沒有工作事實者，是不一樣的。因沒有工作事實，所以在考績表的工作項目亦無從考核，造成實務作業的困擾。所以有 2 個建議：第 1 個建議，受停職處分人員，依法提起救濟經撤銷原停職處

分而復職者，於復職後補辦年終考績時如何評擬？應與因公請公傷假、因病請延長病假者有所不同，建議銓敘部進行相關法制作業時，針對受停職處分經撤銷而復職的這類人員，於復職後補辦年終考績作業另為規範，以落實這類人員權益之保障。第 2 個建議，依 95 年軍公教人員年終工作獎金（慰問金）發給注意事項三有關年終工作獎金發給的原則，當年 12 月 1 日仍在職者，按實際在職月數比例計支，須有工作事實才能按實際在職月數比例計支；如果全年沒有工作事實，當年不發給年終工作獎金，以上說明。

#### **僑委會陳科長姿蓉說明：**

因銓敘部 95 年 2 月 3 日函釋，公務人員因公請公傷假、因病請延長病假或因案受免職、停職處分，全年無工作事實者，考績不得列乙等以上，是否與考績法施行細則第 3 條第 1 項及考績法第 6 條第 1 項規定，有不一致的地方，這是本會所提出來第 1 個疑問。第 2 個疑問是現行考績法第 3 條及考績法施行細則第 24 條規定，針對因案停職或先行停職等被停職人員，經依法提起救濟而撤銷原行政處分並准予復職者，其停職期間應併計為任職年資，依規定應補辦停職當年度之考績。惟依相關法制設計，這部分的考績又不能列乙等以上，只能列丙等甚至於丁等，在在導致當事人權益受損，考績列丙等不能晉級，年終工作獎金也不能領取，其權益反較其他提起行政訴訟未獲勝訴判決或未提起救濟者較為不利，似有違保障法第 6 條第 1 項規定。所以基本上本會認為此類因停職而全年無工作事實，經依法提起救濟而撤銷原行政處分並准予復職之人

員，因其全年並無工作之事實，是否要辦理考績？在以後考績法及施行細則之修正，是否可朝向不補辦年終考績的方向進行？同樣針對公務人員因公請公傷假、因病請延長病假而復職全年無工作事實之人員，目前不是補辦而是當年可以辦考績，但是既然全年無工作事實卻要辦考績，是否可以一併作討論。

### **銓敘部王專門委員招惠說明：**

關於銓敘部 95 年 2 月 3 日函釋，係基於考績法施行細則及本法之規定，考列甲等和丁等均有特別條件規定，亦即須有考績法施行細則第 4 條第 1 項規定特殊條件各目之一或一般條件 2 目以上之具體事蹟，始得評列甲等；須有考績法第 6 條第 3 項所列情形之一，機關才能將公務人員考績列丁等。如果無考甲或考丁之事由，依照考績法施行細則第 6 條第 1 項規定，由機關長官衡量其平時成績紀錄及獎懲，或就其具體事蹟，評定適當考績等次。年終考績以平時考核為依據，平時考核就其工作、操行、學識、才能表現分別評分。依銓敘部 95 年 2 月 3 日函釋，如果考量到受考人全年並無工作之事實，亦無工作績效可以評擬，所以建議不宜考評乙等等次。至於剛剛有先進提到考績法施行細則第 24 條規定，因為考績法施行細則在 10 月底才修正發布（按：考績法施行細則於 96 年 10 月 30 日考試院考臺組貳一字第 09600074671 號令修正發布全文 27 條），亦即在銓敘部 95 年 2 月 3 日函釋發布後考績法施行細則才修正。這個函釋因法令修正及實務落差的意見，我們會帶回去，將來不論考績法規或類似函釋修正時，均會給予參

採考慮納入。

之所以會有這個問題的產生，是因為涉及到年終工作獎金能否發給，產生權益不平衡之問題，因此我們看會議資料第 100 頁所附人事局 95 年軍公教人員年終工作獎金（慰問金）發給注意事項六、（三）中：「……因案停職人員未受徒刑之執行或撤職、休職之懲戒處分，許其復職，及受停職處分之公務人員，經依法提起救濟而撤銷原行政處分而復職者，其年終工作獎金之薪俸部分，全額發給。……。」在第 101 頁七、（三）中規定：「……年終考績（含另予考績）列丙等……者，當年不發給年終工作獎金，……。」關於這部分人事局也正式請本部表示意見，因案停職的這些人，如果補辦考績的話反而比較不利。本部給人事局的意見：依照 95 年軍公教人員年終工作獎金（慰問金）發給注意事項六、（三）及七、（三）規定，是否在適用法條時，因為這些因案停職人員也同時符合六、（三）規定的條件，也可以全額發給。尤其在部裡對因案停職人員考列乙等函釋做出來以後，這個軍公教人員年終工作獎金（慰問金）發給注意事項的規定，要不要一併作檢討，有將以上意見函給人事局作參考。剛剛吳副處長也提到，今年的年終工作獎金規定他們有在做檢討。不過開會前有和人事局給與處連絡，目前還沒有作最後的定案。至於是否於考績相關法令修正時明定這些人不補辦考績，在 94 年考績法修正草案第 3 條第 2 項已經增列。因為他們年中確實並無工作事實，並無工作具體績效可以考核。考績法修正時，這一部份的人員，在考績年度內任職未滿半年或未達 1 年，就是不符合考績法第 3 條辦理年終考績或另予考

績的條件，修正草案中就不辦考績了。以上是部裡就考績法令還有相關函釋的說明。

**主持人：**

謝謝銓敘部代表的說明。尤其高雄市政府代表提到有關年終工作獎金發給的原則，這一部分是否請人事局代表說明。

**人事局吳副處長瑞蘭說明：**

剛剛銓敘部代表所提，因案停職人員全年並無工作之事實，年終考績等次的部分，原則上尊重部裡的意見。至於95年軍公教人員年終工作獎金（慰問金）發給注意事項六、（三）及七、（三）在內涵上是否有所矛盾的部分，因為六、（三）規定，因案停職人員復職後，其年終工作獎金之薪俸部分全額發給。在七、（三）規定是因為依照銓敘部的函釋他不能列乙等以上，雖然文字部分似乎沒有矛盾，但是概念上對當事人之部分，確實是有不一致的部分。關於這個部分，人事局給與處在開會研商時，都會將各位的意見列入參考。

**主持人：**

謝謝人事局代表的說明。請保障處說明。

**李處長俊生說明：**

這個問題是發生在財政部所屬關稅局的案子，有數人共同涉案均被停職，部分人有提起救濟，部分人沒有提起救濟。沒有提起救濟的就確定了，有提起救濟的後來是撤銷停職處分，就變成復職。這些停職被撤銷而復職的人可

以補辦考績，但沒有被撤銷的實務上好像變成不辦了。補辦之後，結果有的可以領獎金、有的不能領獎金，產生實務執行的落差，有必要進一步思考。剛剛銓敘部代表有提到考績法修正草案增列停職人員不辦考績，單純就有無工作事實來思考或許是適當的。但是在違法停職被撤銷，如果不給他補辦考績，好像也說不太過去，這牽涉到實務面兩難的一個狀況。如果停職好幾年再來復職，這個當中要如何來處理，我們最近有遇到一個最高行政法院的裁判：是環保署的一個案子，當事人因案停職，不服提起救濟，而停職處分被撤銷，這段期間已經經過好幾年的時間，復職及補辦考績，其結果就變成依照銓敘部 95 年 2 月 3 日函釋，因為沒有工作事實不能列乙等以上，那大概都是列丙等。既然復職之後補辦考績一次打好幾年的考績都打丙等，行政法院的看法認為這樣子的話可能對當事人的權益有重大影響，這是最高行政法院最近的一個裁判，當然它並不是撤銷原處分，而是廢棄臺北高等行政法院的一個裁判，希望臺北高等行政法院再去斟酌，到底對當事人的權益是不是有重大的影響，如果就這樣子來看的話，那就變成說在現行法令沒有明定到底對這類的人要怎麼去處理他的考績案的時候，當然就會有些爭議。在考績法或相關規定裡面把它定得更清楚一點，相信可以減少一些不必要的爭議，對獎金的支給比較會有所憑據。以上補充。

**苗栗縣政府謝課長乾祥提問：**

有些公傷假的人員可能是戮力從公或發生了不可抗力的事實，必須要 2 年內可以請 1 年的公傷假，他當初是很

認真去執行勤務因公受傷的，結果他可能反而因為這個緣故，接受懲罰變成丙等，對公務人員來講是比較不公平的。是不是可以考量不是因為個人違法或做的不是很好的狀況下，考績的部分是否可以有乙等。

### **銓敘部王專門委員招惠說明：**

謝謝苗栗縣政府代表以及李處長剛剛說的那個法院見解，都很感謝。這也是為什麼修考績法第3條針對第2項，就是說如果沒有第3條第1項連續任職至年終滿12個月，或是滿半年6個月以上是不能參加年終或另予考績，為什麼要做這樣的修正，主要也是考慮這樣子，有的補辦考績連著好幾年都是丙等，即使想給他乙等就現行法令規定沒辦法給他乙等，就現職公務人員如果考列乙等，也會產生不公平情形。所以我們做這樣的修正，這是第1點說明。

第2點說明，因為考績法修正草案現在在立法院，修正的一些重點可能各界看法不一致，就是說影響層面比較廣。譬如說連續2年列丙等，新修正的考績法通過的話，連續2年列丙等就要資遣。所以如果繼續給他辦考績的話，因為考量他沒有做事又給他考列丙等，將來連續2年列丙等要資遣。至於苗栗縣政府代表所說是因為戮力從公、因公受傷這一些，到時候考列丙等人員也依照新的考績法修正草案規定，在考績法施行細則裡面臚列什麼樣的情況下考列丙等，在修法過程中很感謝各機關不吝惜的提供寶貴的經驗，我們也希望考績法令的修正，因有愈周全的資訊，會愈修越符合實務。

**主持人：**

謝謝銓敘部代表的說明。在場各位有無其他意見？

**新竹縣政府曾課長錠焜提問：**

有一個問題想請教，如果說因公受傷，請公傷假1年，考列丙等，請領服務獎章年資要不要中斷掉或者是不是要考慮進去，變成一種懲罰性。

**主持人：**

等一下請銓敘部代表說明。因案停職補辦考績，我們受理的案件有好幾個機關，是不是經驗交換，先請環保署代表說明有關補辦考績的經驗。

**環保署鄭科長瓊華發言：**

剛剛李處長提到我們那個經過最高行政法院判決的案子，連續打了好幾年的考績考丙，有涉及到重大權益，這個案子我們在高等行政法院重新做實體方面的答辯，我們有一個疑問，因為考績是機關的管理事項，當事人都是以申訴或再申訴程序，那他今天提起行政訴訟，最高行政法院可不可以請臺北高等行政法院做實體審查，因為如果涉及到重大權益應該回歸到復審程序重新來處理，這部分是不是可以請李處長幫我們解答。

**李處長俊生說明：**

就環保署這個案子，之前曾和主審法官提過這個問題，這個案子是連續4年考丙，如果是連續3年要怎麼打，他說個案處理。所以行政法院會以個案來做認定，等到有關聯的案子出來再說，他們大概有這樣的想法。但是就以這個案子來看的話，基本上，復職之後才辦考績，在停職

當中不可能辦考績，這是人事作業必然的一個狀況，我想那個法官不太瞭解人事作業執行的實際情形，所以貴署在答辯的時候可以再加強人事作業上必然的狀況，一次打好幾年的考績並沒有去改變考績的性質。如果依照現行考績法規定是要依照工作、操行、學識、才能這一些來做考量，實際上沒有工作的事實，現行工作的百分比占 50%，如果是要依照這樣來處理的話，是不是要打丁等，因為沒有工作的事實，最多只有 50 分，而 50 分只有考列丁等，即會有免職之法律效果，可以讓高等行政法院瞭解，考績的本質及實務面的結果，讓他們去做一個思考。這樣子可能會比較好一點，但是癥結還是在考績法相關規定要怎麼樣去修正的問題。

**主持人：**

各位對於這些問題還有沒有其他疑問？

**高雄縣政府消防局丁主任百宏發言：**

因為年底要打考績了，目前考績法並沒有考績比例的限制，每年銓敘部及人事局都會以書函來限制說 75%，但是在教師部分沒有那個限制，教師有教師會非常強勢，所以教育部不敢定 75% 比例，這樣是一國多制，是不是要回歸母法，如果說考績法討論修正過後有比例限制，再依修正過後母法實施，目前考績法並沒有限制比例，所以建議回歸母法，依法行政。

**主持人：**

這個問題蠻大的，針對考績問題我們請銓敘部代表先

做答復。

### **銓敘部黃專門委員新離說明：**

請依往例辦理，因為部長跟局長的箋函應該已經到各機關首長那邊。當然在法制不備之前，希望各位人事同仁或是各機關代表共同為人事業務努力。因為考績法的本旨是綜覈名實，信賞必罰，作準確客觀的考核，當然主管機關在法制上也在努力中，還來不及完成修法的程序，請各人事同仁盡量支持及配合一下，謝謝。

### **人事局吳副處長瑞蘭說明：**

這邊只能懇求大家繼續支持銓敘部部長還有本局周局長貫徹考績應該以工作事實的精神，我們經常在辦考績的時候，可能在部裡面比較有的經驗，就是可能有機關考績（甲等）比例高達 90% 幾，我們探究他考績的精神不是很周妥，所以，才會由首長在法制還沒完備之前先以行政作業的一個部分，請大家支持協助辦理，以落實考績的精神。這邊只能懇請大家收到這個箋函的時候，能夠配合辦理，謝謝大家。

### **主持人：**

謝謝銓敘部及人事局代表的說明。接下來請保障處說明。

### **李處長俊生說明：**

這邊補充一點，就是考績比例的一個問題，基本上在考績法不管是母法或者是細則的規定，並沒有多少的比例要甲等或乙等，那銓敘部跟人事局會有這樣的箋函，請各

機關來配合辦理，主要的原因是在於各機關在辦理考績，可能都沒有確實去遵守考績法所規定的覈實考評這樣的意旨辦理，所以曾經發現有一個機關裡面的人員百分之百甲等。考績應該是屬於單位裡面同仁相對考核的一個評量，此種評量不可能全部都是甲等。再來各機關評定考績的時候，要能確實遵循考績法施行細則所訂的條件，就是要有特殊條件 1 目或一般條件 2 目以上，才有考列甲等的機會。有很多機關，也許人數比較少的機關，每碰到評定考績的時候都很傷腦筋，要怎麼評定是一門學問，所以很多機關作法流於鄉愿，以輪流的方式處理，這個都是不應該的，因為評定考績就是以這一年度表現好壞，它本身有一個相對的評量，這個評量應該是由機關的主管人員或機關的長官做一個覈實的考評，給予適當的等第，如果這樣的一個處理，基本上不必特別注意銓敘部跟人事局所作的箋函限制，大概就不會有這一個問題。

**主持人：**

謝謝處長。在座各位對於這 5 個子題還有沒有其他建議？

**苗栗縣政府謝課長乾祥提問：**

因為本府發生一個案例，這件是申訴被保訓會撤銷。本縣興華高中有一個幹事本來考績考列乙等，然後申訴、再申訴，結果我們被撤銷，現在考績會重新考列甲等，送到縣政府來，但是我們又考量全縣的考績百分比比例，他的學校已經 75%，又要把他改成甲，那我們回覆他的時候，當然依規定也不能寫說他超過 75% 不准再打甲。那我們就

想把他退回去，因為考績法規定核定機關是縣政府，但是申訴是向服務機關申訴，這種狀況下，就算我們再退幾次，是不是也不能自行改乙？因為考績法規定要由服務機關來改甲。這樣就變成說作業上有脫節，因為我們為了保住原來全縣的百分比的問題，這個可能是不是就第 21 條跟第 25 條，申訴跟這個核定作為適法處理這一部分，我們一直希望說，因為我們既然是主管機關，申訴好幾次還是不能給他改過來，那等於是我們就要接受機關改為甲等，銓敘部這邊會不會有意見？

**主持人：**

各機關有無其他意見？

**銓敘部黃專門委員新離說明：**

依照目前函釋的規定，考列甲等比例最高 75% 是以主管機關，由主管機關就所屬機關去分配，若表現很好的所屬機關，也許他分配考列甲等的比例不止 75%，可能 80%、83% 都可能。績效表現比較不好的，也許只核給他大概 70%，也不到 75%，所以考列甲等比例的權限是主管機關。

苗栗縣政府就是考績法上所稱的主管機關，關於主管機關在核定所屬機關的考績案件的時候，依照考績法第 19 條，如果有不公或徇私舞弊的情事，主管機關查明責任予以懲處，通知原考機關對受考人重加考核。施行細則第 22 條規定，通知原考績機關對受考人重新考績時，考績機關應於文到 15 日內處理，逾限不處理或未依相關規定處理的，核定機關可以調卷或派員查核，對他的考績等次、分數或獎懲，可以逕予變更。也許這個先進講的這個情形，

跟考績法第 19 條還有施行細則第 22 條這個情形並不完全符合。只是說考績的執行是一種技術，也是一種藝術，看主管機關運用的時候，巧妙存乎一心，有上開 2 個條文供參考。因為今天主要討論保障業務，如果說主管機關逕予變更這個考績等第，是否符合今天討論的主題？

### 李處長俊生說明：

今天雖然是保障業務的座談，但是相關法制主管機關的意見，尤其是考績法的規定，如果能夠明確釐清一些問題的話，對後續提起救濟的處理也可以更順暢一點。就苗栗縣政府代表所提的這個案子，如果我沒記錯的話，應該是申訴函復撤銷，沒有撤銷到原來的考績評定，應該是申訴函復重新去做處理的一個問題。所以如果是撤銷原來的評定的時候，就應該是依照考績法的程序去做處理，這部分我們目前沒辦法提供相關的意見。

本會有一個基本的看法是，如果經過我們撤銷的案件，機關在重行考評的時候，還是要覈實去考評，該給他甲就給他甲，不該給他甲或該乙或者是該丙，那就是給他乙、給他丙。就是覈實考評的一個結果，但是一般來講如果當事人是因為乙等來提起救濟，我們審理之後如果是撤銷的話，在重新打考績的時候不要給他考列丙等。這樣是給當事人更不利的一個決定，可能就不太妥適。如果要給他考列甲等，當然這是屬於機關的權限。但是如果主管機關要給他乙等的話，希望能夠確實遵循考績法所規定的意涵做處理。誠如剛剛銓敘部代表所提，因為考績法對於在重行處理的時候，核定機關的權限到底在哪裡，可能會有

一些爭執。實務上也曾經碰過相關的案例，可能我們會認為如果沒有考績法所定的那些情況的話，核定機關不太適宜直接去因為甲等比例限制的問題，就給他做不適當的核定，這個可能會有一些爭議。謹供參考。

**主持人：**

各位還有其他的意見嗎？請僑委會代表。

**僑務委員會陳科長姿蓉提問：**

依照考績委員會組織規程第 7 條規定，就是考績委員會的委員，與會人員要嚴守秘密不得洩漏，還有對涉及本身的考績事項應行迴避。但是針對考績委員會裡面委員票選委員部分，因為年終考績的考評一定跟他本身的考績事項有關，像這類票選委員這一部分要怎麼處理？基本上年終考績的部分都是總體討論的一個方式，是不是說沒有涉及到他個人的考績分數的時候，就可以不需要迴避？還有在考績的資料上面，是不是只要是票選委員他的考績的分數部分，就是要用空白的方式處理？以上請教。

**主持人：**

這牽涉到考績委員會的運作，請銓敘部代表說明。

**銓敘部王專門委員招惠說明：**

各位先進處理實務的經驗應該比我多很多，是不是有哪個機關人事機構的同仁，願意分享寶貴經驗？銓敘部在處理這一部分的時候，就是票選委員如果討論自己事項的時候，都有迴避，分數是列空白。

**李處長俊生說明：**

這邊牽涉到考績委員會組成的規定。實務上也是有碰到過幾個案例，是因為考績委員，尤其是票選委員的部分產生的問題。票選委員依照考績委員會組織規程第 7 條規定，他的迴避是牽涉到本身的事項，他才需要迴避。如果不是他本身的事項的部分的考績評定，他不應該迴避，如果全部都要票選委員迴避，那幾乎每一個人的考績案件，提出來的時候可能都會影響，跟他會有間接的關聯，如果以這樣的關聯來看的話，票選委員全部都要迴避，如從頭到尾均迴避，就失去迴避制度本意。所以在實務上，應僅是涉及到本身考績案的時候才需要迴避，其他人的考績案不須要迴避。除非有其他像公務員服務法，或是行政程序法相關規定，牽涉他的家族的因素，可能還是迴避會比較妥適外，原則上如果不涉及本身，是不需要且不應該要求他迴避。

本會在實務處理上，會碰到各機關在辦理票選考績委員的時候，設了一些參加票選考績委員的條件，這部分依照銓敘部的看法認為，既然考績委員的票選是普通、直接、平等、無記名投票的普選方式，所以不適宜做一些限制條件。例如不能規定要連續幾年的考績乙等或甲等以上，或者是在幾年內沒有受到申誡、記過，這些條件都不太適宜。所以這個也要請各位主管人員在今年打考績的時候避免有這樣的一個狀況產生，不要隨意去設定票選考績委員的條件，因為如果可以隨意去設計，可能會落入一個迷思，就是有那些人你覺得他好像比較是屬於問題份子，想要把他排除，就設定相關的條件，這樣的話可能就比較不太好，一併提供給各位做參考。

### **主持人綜合說明：**

剛剛李處長有補充，在限制票選委員的條件要特別的說明一下。在警察機關警政署可能要多宣導，因為有好幾個縣市的警察局都是這樣做，所以被本會撤銷的案件件數不少，要儘快請他們改正。

### **李處長俊生說明：**

早上還有 2 個問題沒有解決。一個是慰問金發給辦法規定，連續住院 14 日，然後要看診 7 次，這個 7 次到底是怎麼樣設計的問題。早上因為退撫司王副司長來不及回答，她會後有提供一個意見給各位做一些參考。有關幾次是可以商討的。當時會定 7 次，是因為要尋求一個比較客觀的標準，去認定他的傷害程度，要不然的話如果只有 1 次或者是 2 次，認定上可能會流於寬鬆，所以他們最後討論的結果是用 7 次，當然這個 7 次是不是非常的恰當，可以做一些檢討。

另外，早上還提到平時考核的獎懲，在提起申訴的時候，機關就改變了獎懲相關的一些記載，重新發令，然後註銷原來的獎懲令，這個時候可不可以針對後來發布的這個獎懲令，繼續直接提起再申訴這個問題。這個牽涉到獎懲令記載實務作業的一個方式，相關的規定到底應該怎麼來做處理會比較恰當？是不是請主管司代表做釐清。

### **銓敘部黃專門委員新維說明：**

現行公務人員考績相關法令，對獎懲令的格式沒有明定。所以獎懲令的權限不在我們部裡。本來是考慮如果由

各機關自己定的話比較方便，但是如果各機關自己做自己的，就會產生獎懲令的格式，或是記載的內容都不一致，也可能會有這種情形。目前實務上的作業都是各機關自己去發布，就如同任用法，有關公務人員的派令的格式，我們在任用法還有任用法施行細則，也沒有做相關的規定。但是行政院所屬機關有一個獎懲作業要點，會不會有更詳細的規定？請教吳副處長。

#### **人事局吳副處長瑞蘭說明：**

剛剛部裡面提到那個獎懲作業要點，有關於獎懲令的格式部分，事實上在規定的部分也沒有做明定。但是局裡面，公文直式改成橫式的時候，有併同一些格式送給各機關做參考，然後有一個範例的格式提供給大家參考，以上補充。

#### **主持人：**

各位對這個部分有無其他建議？

#### **苗栗縣政府謝課長乾祥提問：**

關於獎懲令這一部分，因為苗栗縣政府最近發生一件一次記兩大功的案子。銓敘部去年發一個公文書，說不管現職人員、退離人員，一次記兩大功的格式一定要照部定的格式，不能有不同意見。因為我們本府有一個局長一次記兩大功，結果核定下來的時候，因為地方制度法變動，當事人必須改為政務職，結果本來要一次記兩大功的沒辦法記了。因為事實是發生在7月份之前，地制法是7月13日，長官核准已到7月20幾號。結果批下來了說一次記兩

大功，我們想要追溯發布，銓敘部法規司說不行，本府只好發布，等以後有機會的話再給他補晉級。因為這牽涉到當事人的退休金，如果晉了一級可以更多，但是沒有辦法。

之前還有發生本府一位參議，他在退休之前，有一次記兩大功之事由，結果我們發布的時候沒有照銓敘部的格式來發布，後來我們再補發布的時候，照規定不能追溯了，要往後延。還好當事人已經到年功頂了，沒有晉級的問題，所以跟他退休沒有關係，但是他可以領一次兩大功的獎金。對於不能追溯這部分，因為他的事實發生在他擔任公務人員的部分是沒有問題的，但是因為他職務的變動，臨時因地方制度法修正，一下說沒有資格不能擔任公務人員，只能擔任政務職，那政務職又沒有記大功的問題，所以變成說他退休金就會有影響。是不是以後考慮可以追溯，但是這種追溯不是像銓敘部所說是為了給當事人一點福利才追溯，他事實上已經發生了，只是來不及發布，然後又因法令變動，當事人的權益就真的有損。那這些案子銓敘部已核定下來。

**主持人：**

銓敘部代表有無補充的？

**銓敘部王專門委員招惠說明：**

剛剛苗栗縣政府代表講的第 1 個案子，事實上是涉及到一次記兩大功專案考績的執行日期。執行日期是從令發布之日生效，所以有關一次記兩大功考績的獎懲結果，包括晉年功俸一級或是說晉本俸一級，還有 2 個月獎金的部分。就 2 個月獎金的部分可能沒有問題，但就晉級的部分，

因為晉級涉及到執行日期，執行日期又是從令發布之日生效。剛剛講的第 1 個案例，因為當事人已經轉為政務職，獎懲令又發布在他已經離開事務官之後，所以涉及到晉級那個部分，要等以後再任的時候才可以執行。

**苗栗縣政府謝課長乾祥提問：**

我說的那個政務職，因為地方制度法不是一發布當事人就改成政務人員，是事後好像到 7、8 月份的時候，地方制度法突然修正，銓敘部來一份公文，說這類人員沒有資格，要辦理退休結算。那他就現在變政務人員，就追溯到 7 月 13 日變成政務人員，那等於是資格條件一直往前追，結果你發布一次二大功本來還可以晉一級的退休的現在反而就不行。所以因為法律的變動有追溯期，一追溯的時候原來發布的期間就等於是不行，這個案子純討論，事實已經做下去了，如果又要再改變，以後是不是有特殊情形，同意他們去追溯這樣子。

**李處長俊生說明：**

這邊有一個案子牽涉到一位警察人員，他是被免職，然後先行停職，行政法院最近的判決是免職撤銷，停職駁回。這個就牽涉到法制的規定跟執行，到底怎麼去做的一個問題，請警政署先說明。

**警政署莊科長進星說明：**

警察人員管理條例，現在修正為警察人員人事條例的特別法有規定，如果警察人員有一次記兩大過的情事，可以依照警察人員管理條例逕予免職。依該法第 29 條第 2 項

規定逕予免職的人員在免職還沒有確定之前，可以先行停職。之前該位同仁也是因案被羈押，而先辦理停職。那我們在為免職處分，於免職未確定前先行停職，同時把因羈押停職處分給廢止。該免職案經提起復審，保訓會也支持。剛接行政法院判決，一部分駁回，一部分撤銷。撤銷的部分就是前面的免職案，但是後面的免職未確定前先行停職的部分，法院是維持。造成我們在法制面及案務執行的困擾，到現在為止我們還在跟會裡面，甚至拜託會裡面跟法官再做探討、再研究。

因為這停職案是依附在免職上。免職未確定前先行停職，結果這個免職被撤銷，停職反而繼續留著，我們第 1 個案例碰到這種情形。他這個案子法院還在繫屬中，未來也可能是判決確定，被免職也不一定，甚至會判決無罪，都有可能。但是就管理上面而言，如免職已經被撤銷，但是依附其免職的停職反而繼續存在，造成法制面上和實際上有困擾的地方。

**李處長俊生說明：**

這個案子就有一點類似我們在現行考績法第 18 條的規定，考績免職未確定前，先行停職。銓敘部是解釋為當然停職，就變成依附的一個效果。因為這個案子牽涉到警察人員，如果沒有警察人員管理條例的相關規定，在公務人員這個部分，碰到類似的問題的時候應該要怎麼去處理？也會有同樣的一個問題。不曉得這部分在法制面，銓敘部有無比較好的看法？

**主持人：**

銓敘部代表有無說明？沒有。我想我們就第一部分有關考績法制；第二部分進行其他人事法制相關問題做一個探討。這部分是以交換意見的方式來進行，是不是先請保障處簡單說明。

**李處長俊生發言：**

不曉得各位除了今天討論的資料、議題之外，各位在其他實務執行上，或者是相關法制上，有沒有相關的建議可以提出來？可以作為我們在業務改進或者是法制修正的一個參考。我們今天所提供的資料，後面有附有相關法院的判決、案例，還有相關的函釋，一併提供給各位做一些參考。尤其我們附了行政法院的一些裁判，是讓各位參考，不一定說法院的裁判就是一定正確的，但是就個案是有拘束力，那就個案所表示的見解，可以提供給各位在業務執行上，如果碰到類似的問題的時候，也可以做一些思考。能夠考慮到行政法院曾經有相關的一個見解提出來，業務執行上能夠避免相關的一些缺失，讓業務執行更周全。所以後面所附案例是提供給各位一併參考。

**主持人：**

相關部會提出相當多意見，還有其他相關人事法制問題之建議嗎？

**銓敘部王專門委員招惠說明：**

對不起，再補充一下。剛剛苗栗縣政府代表提到的問題，就是地方制度法修正之後，不管是內政部或者是銓敘部的函釋都是嗣後才發布，希望配合實務執行，能夠給他

追溯生效這一部分。利用這個機會跟各位做說明及澄清。因為地方制度法今年總共修正兩次，5月修正一次，然後7月修正一次，都是單獨就特定的條文提出來修正。因為沒有經過主管機關，譬如內政部；或是知會相關的部會，譬如銓敘部。事先都沒有充分的溝通，然後也沒有考慮很清楚，針對個人特定想要達到的目的，就單獨提案來修正。因此修正的很倉促就發布了。主管機關都來不及，甚至都不知道，立法院要開會的時候，主管機關才被通知去與會，所以相關的配套措施就來不及很周延的處理，之所以後來會有這種情形。7月修正公布施行後，內政部於8月有一個函釋，就是說依照地方制度法修正的規定，修正公布生效日一級單位主管，還有一級機關首長總數的1/2可以改為政務職，就是從那天改為政務職。所以原來1/2以機要人員方式進用的人，因為法已經改了，主管機關就只能配合法修正的相關情形，就是說從那一天就是要改為政務職。尤其是原職改派的話，有的人可能是以機要人員任用，如調到其他職務，改成事務官；有的人可能就是原職，譬如環保局的局長就直接以原職改派，法規定從7月13日已經不能以機要人員方式進用了，所以他就只好從那一天來生效。內政部主管機關的解釋，也是有實際不得不然的考量。所以有這種情形，就是因為人事法制並不是經過整體通盤很周延詳細的考慮，然後提出來的修正所致，那這樣的話就會陷於就說法令跟實務上就有落差，還有涉及到當事人相關權益的情形。就是這次地方制度法給我們有這個經驗，就是說因為不是通盤考慮，所以相關配套，不管在內政部還是在銓敘部相關的配套不是事先就是很有全盤周延

的計畫，那也請苗栗縣政府這位先進能夠諒解。

**主持人：**

謝謝銓敘部代表的答覆。各位有無其他的人事法制上的意見。

**高雄市政府周股長阿鑾提問：**

高雄市政府因為這次考績法施行細則第 13 條第 6 項 (89 頁)，有規範到各機關平時考核獎懲的記功過以下的案件，考績會就相同的案件核議有案，或者是有明確獎懲標準的，可以先行發布獎懲令，並且在獎懲令發布後 30 天內提交考績會確認。如果今天機關某人記過 2 次，該位同仁隔天就提起申訴，機關函復後，再申訴到保訓會來，如果同時在這段時間，機關在 30 天內還沒有提交考績會做一個確認，這時候保訓會對於程序上，會不會認為不符合法定程序，要撤銷記過 2 次的懲處令？

**主持人：**

保障處能不能立即答覆？

**李處長俊生說明：**

這個部分是屬於程序補正的問題，考績法施行細則會做這樣的規範也是考慮到，有些機關在實務的做法上面，可能必須要立即的做一些獎懲，所以才會有後面再去補考績會程序。如果以正常的程序來看的話，這種應該視為例外的狀況，原則上應該還是先經過考績會的核議之後，再發布相關的獎懲令，這個才是正辦，例外狀況應該盡量減少，在警察機關這種狀況是相當的多。希望各機關盡量在

開完考績會之後再去發布相關的獎懲令，可以避免後續程序上一些補正的問題。

如果從程序的補正，考績會這種核議機制，姑且不論行政程序法規定能否適用，如果參照行政程序法相關規定，程序這個部分是可以補正的，實務上也是可以補正。但是補正必須要在當事人提起再申訴到我們這邊之前，如果是提起申訴的時候，以機關在做處理的時候，因為他提起申訴是 1 個月的時間，他收到獎懲令 1 個月內可以提起申訴，那這個提起申訴的時候，希望各機關就趕快在這個時間之內補正相關的考績委員會程序，避免等到提再申訴，因為如果提再申訴已經 2 個月之後，這樣的話時效上可能有一點問題。

希望各機關在做申訴處理的時候，能夠在申訴復函之前，補正相關的程序。如果是復審案件，也希望檢卷答辯的時候，已經把程序都補正好，較可以避免一些不必要的爭執。

**主持人：**

各位還有沒有其他建議。在一般獎懲案件之處理，經驗最多的警政署請做經驗分享。

**警政署莊科長進星說明：**

在警政署及所有的警察機關，因警察機關的特性及升遷管道受限，在激勵因素不足之下，為了鼓勵士氣完成任務，所以我們採取是重獎重懲。因為我們是屬於一條鞭的管理，不可能對其他機關產生的影響，只限在我們內部。

以往我們對於獎懲案件是即時發布，但是沒辦法每一個嘉獎、記功，都要提到考績會上去討論，所以我們很早就實施這個核議制度。有相同的獎勵標準，或是有獎勵規定的話都先行發布，然後再來提考績會核議。那這一次考績法施行細則之修正，也配合我們實際的狀況，執行上更能夠有依據。但是實務上也發現，在核議的時候考績委員對於已經發布的獎勵案件或懲處案件有不同的意見，此時當然是依照第 13 條相關的規定再提出來重新審辦、重新變更。實務上我們都這樣操作，提供參考。

#### **主持人結語：**

謝謝警政署代表。其他各機關有沒有想經驗分享的？人事局對獎懲方面實務處理上有沒有給他們建議的？我想如果沒有，非常感謝業務主管機關代表的說明，更感謝在座同仁來參與，使這次的座談會能夠圓滿完成。祝各位身體健康、萬事如意。

## 五、公務人員對第三人陞遷派令不服，提起救濟所衍生之 相關問題座談會

壹、時間：民國97年11月11日（星期二）下午2時0分

貳、地點：本會7樓第1會議室

參、主席：張主任委員明珠

肆、出列人員：（略）

伍、列席人員：（略）

陸、討論事項：

**議題：公務人員對第三人陞遷派令不服，提起救濟所衍生  
之相關問題。**

**說明：**

一、按各機關職務出缺，應由人事單位簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補後再行辦理陞遷，且辦理陞遷時，應就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊，並檢同有關資料，交甄審委員會評審後，報請機關首長就前3名中圈定陞補之。又公務人員對本機關辦理之陞遷，如認有違法致損害其權益者，得依公務人員保障法（以下簡稱保障法）提起救濟，於公務人員陞遷法第5條第1項、第8條第1項、第9條第1項、第15條及同法施行細則第3條定有明文。

二、茲依上開說明，公務人員對第三人陞遷派令如有不服，

提起救濟時，即衍生下列議題有待討論：

- (一) 公務人員於陞遷程序各階段，公務人員是否具有下列權利：
  1. 請求開啟陞遷程序？
  2. 請求列入陞遷名冊？
  3. 請求排序為陞遷名冊前 3 名？
  4. 請求作出陞遷之決定？
- (二) 承上，如各階段之請求遭否准，擬循保障法提起救濟，應選擇之程序為何？
- (三) 如經機關首長核可辦理內陞之陞遷作業，機關已作成陞遷決定，並依公務人員任用法第 24 條規定核發派令，此一派令之效力範圍，僅及於派令上之當事人？亦或含有確認參加該次陞遷未獲陞任之公務人員不予陞遷之效力？茲以保障法所定撤銷復審及課予義務復審程序，必係因原處分機關所為之行政處分或不作為，致使其權益受有損害時，始得提起；公務人員陞遷法第 15 條亦明定，公務人員對本機關辦理之陞遷，如認有違法致損害其權益者，始得依保障法提起救濟，則未獲陞任之公務人員，得否以他人之派令致其權益受損為由，而提起復審，請求撤銷該派令？
- (四) 如認該派令屬第三人效力之處分，則第三人之權益於何時及如何受該處分之影響而受有損害？未獲陞任之公務人員若得就他人派令提起救濟，請

求撤銷該派令時，派令之當事人及其他之第三人是否應參加復審程序？如應參加，則此參加係屬必要參加或獨立參加？參加範圍究如何界定？係視該處分具體內容之規制範圍？或依公務人員陞遷法規定，參加該次陞遷之人員？或僅列入圈選之人員？

**發言紀要：**

**詹教授鎮榮（書面意見）：**

- （一）欲探求公務人員於陞遷程序各階段是否享有相對應之公法上請求權，似應先釐清公務人員陞遷制度本身之屬性。析言之，陞遷是否為公務人員本於公法上職務關係所生之權利？抑或僅屬傳統職業文官制度之客觀內涵或基本原則而已？

憲法第 18 條規定：「人民有應考試服公職之權。」由此可衍生出公務人員享有身分保障之權利（司法院釋字第 575 號、第 605 號解釋），已無疑義。所謂身分保障權，係指公務人員與國家間之公法上職務關係，非依法律不得由國家予以片面終止之（保障法第 9 條參照）。有疑問者，身分保障除公法上職務關係之「存續保障」外，是否尚包含有「陞遷保障」？對此，司法院釋字第 611 號解釋予以肯定，略以：「憲法第 18 條保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法令晉敘陞遷之權。」準此，公務人員陞遷不僅只是職業文官制度性保障之客觀內涵而已，更是公務人員本於憲法服公職權所衍生出之公權利。

惟陞遷之要件為何，有待立法形塑。析言之，公務人員在何等要件之下，始享有陞遷請求權，須取決於法律規定。在此，公務人員陞遷法乃為最主要之準據法。

### 1. 請求開啟陞遷程序？

依公務人員陞遷法第 5 條第 1 項規定，職務有出缺之各機關原則上享有「內陞」或「外補」之裁量權。本機關行使此等裁量權時，除非有裁量收縮至零之情形，例如唯有本機關始具有該職務任用資格或是符合該業務需要之人員，而機關卻偏採外補方案時，則具有擬陞遷職務任用資格之本機關公務人員始享有「內陞程序開啟請求權」。此外，吾人既無法從公務人員陞遷法（第 2 條參照），亦無法從職業文官之制度性保障中，導出有「內陞先於外補」之職務出缺填補原則。

### 2. 請求列入陞遷名冊？

依公務人員陞遷法第 9 條規定，具有擬陞遷職務任用資格之本機關人員，應由人事單位依積分高低或資格條件造列名冊。準此，具有擬陞遷職務任用資格之本機關人員應有向機關請求列入陞遷名冊之權。

### 3. 請求排序為陞遷名冊前 3 名？

陞遷名冊中之符合資格人員，依陞遷法規定，須經甄審委員會評審後，始得決定圈定之前三名名單。

甄審委員會在此應享有判斷與評價餘地，其判斷基準為資格條件、功績，以及業務性質等綜合因素。是以，已被列入陞遷名冊中之人員，原則上並無請求排序為陞遷名冊前 3 名之請求權。

#### 4. 請求作出陞遷之決定？

依陞遷法第 9 條第 1 項規定，機關首長享有就前 3 名中圈定陞遷人員，此乃為機關首長所享有之人事上判斷餘地。其不僅不受排序之限制，本於同條第 2 項規定，更不受甄審委員會所報請圈定人選之拘束。基此，排序前 3 名之圈定人選並無請求機關作出陞遷決定之權利。

(二) 保障法上之救濟途徑有申訴以及復審，其區分標準應以「重要性理論」為斷，凡對於公務人員權益影響重要之人事決定或機關措施，應循復審途徑，以為權利救濟。公務員之陞遷，因涉及其是否得以陞任較高之職務、主管職等，對於擬陞遷之公務人員影響重要，甚且公務人員之陞遷又為憲法服公職權之衍生，有其憲法位階，應以復審救濟為宜。至於陞遷程序中之各階段措施，彼此間具有階段性之因果關係；其中一關未過，即排除其繼續參與後續程序之可能性。個人認為從權利保障角度以觀，應影響權益重大，宜以復審為之。

(三) 根據公務人員任用法第 24 條所為之陞遷派令，法律性質上為一行政處分無誤，且為一人事競爭上之高權決定。個人認為可援引「單一行政處分」概念，

使同列圈定人選，利益相衝突之競爭者皆為單一派令處分之相對人。其規制內容對於陞遷之人而言，係屬核准；而對於其他未被圈選之競爭者而言，則為否准。藉此，或可解決現行實務對於保障法相關條文解釋上之疑慮。此際，該派令並非單純之「他人派令」，毋寧更包含有對復審提起人否准陞遷之規制內容，且係直接以其為處分之相對人。競爭者提起撤銷復審，並非以利害關係人身分，請求撤銷「他人之派令」；而係以處分相對人身分，請求撤銷其認為違法，進而致其權益受損之不利處分。

- (四) 公務人員陞遷爭議，屬於典型之「競爭者復審」，名冊中之所有人員彼此間乃立於排擠性之競爭關係。從而，當機關之決定（未必待終局之核發派令）足以產生競爭者排擠效力，致其無法再參與後續程序者，即可認定權益受有損害。在第三人效力之處分前提下，未獲陞遷之人提起復審，派令授益人及其他第三人對此之復審參加，應屬應合一確定之必要參加。其參加人範圍，個人認為應限於進入圈定建議名單中之人員（3名或出缺額之倍數）。

#### **銓敘部代表：**

- (一) 各機關職務出缺進行陞遷作業時，須先由人事單位簽奉首長核可辦理內陞或外補。如果是內陞，有甄審機制；如果是外補，有甄選流程。因此，各機關職務出缺時，公務人員並沒有權利要求機關辦理陞遷，因為陞遷是機關首長的用人權責，即便職務出

缺，而你覺得是可以擔任該職務的候選人之一。陞遷的發動機制應是在於機關，基於整個機關的業務考量及用人需求，公務人員沒有請求機關開啟陞遷程序的權利。

- (二) 當機關首長決定內陞時，則依據陞遷序列表辦理。各機關的職務都按職務列等高低，排有陞遷序列表，職務出缺時，候選人是它的次一序列，比如說一個薦任第 9 職等的科長出缺，次一個序列在一般機關，大概都是 7 到 9 的專員，或者是 8 到 9 的秘書、8 到 9 的視察，這個序列的人，是陞任科長的候選人，啟動內陞機制時，人事單位必須就次一序列有資格陞遷的所有候選人，去進行資格、資績的評分，資績評分標準表係由主管院訂定，其所屬機關一體適用該資績評分標準表，當然各機關會有小部分的不同，但是大原則是一致的。內陞時，凡是符合資格條件的候選人，人事室會根據資績條件排定順序，其作業程序並不一致，有的會有徵詢的動作，公務人員對於職務出缺如果沒有陞遷的意願，有權利簽署放棄，當篩選掉放棄的人之後，所有有意願陞遷的人，人事單位都必須造列資績評分的名冊，送給當事人一一核對，沒有錯誤時，當事人在資績評分標準表上面要簽名，當公務人員發現，在沒有放棄的情況之下，沒有被列入資績評分的名冊中，此時，當然有資格要求人事單位應該把他列入名冊，本提問討論列入陞遷名冊的前 3 名，如果指的是資績評分的名次，則不限於前 3 名，即便是第 10

名、第 12 名，被漏掉的人都有權利要求機關補列。於資績評分之後，會依績分高低排列名次，送給該出缺單位主管為綜合考評，有些機關在甄審委員會召開時考評，有些會事前作業，各機關的作業方式不太一樣，但是提到甄審委員會時，經過甄審委員會的機制後，將前 3 名送給機關首長圈定，整個陞遷的流程大致如此。因此，公務人員無權要求開啟陞遷程序，如果是候選人又未放棄而被遺漏時，可以請求列入陞遷名冊，但不能要求要列入前 3 名。資績評分的結果，經過甄審委員會的決定後，前 3 名送給機關首長圈選，此時，公務人員沒有權利請求首長圈選本人。

### 劉審判長鑫楨：

- (一) 本問題就是競爭者訴訟的概念，涉及到職場競爭者存在的強烈排他性。如果採甄選方式，必然會涉及到機關之間同意協商的問題，現任職服務機關不同意商調時，應該以現任職服務機關，或者是辦理陞遷的機關，為爭訟的機關？若是以現任職的服務機關為爭訟的機關，須就不同意商調加以定性，是屬於機關內部事務的管理措施，或者是行政處分。其次牽涉到裁量跟判斷交叉，首長決定採甄審或甄選，是裁量，至於派任誰，屬於判斷，所以有裁量與判斷之間的交叉。當進入職場競爭的資格認定有爭執的時候，是否得基於公務人員基本的權利，准許提起行政訴訟？有共通性的問題以及差異性的問題

，共通性的問題是甄審跟甄選，差異性就是因商調的程序介入而產生差異性。有沒有請求開啟陞遷的權利，舉個例子，具有報考資格者，其資格是不是就是保障的權利，不得任意的剝奪？具有報考資格者，是不是有權請求考試院考選部舉辦某類型考試的權利？我個人認為，考試院考選部依法舉辦某類考試，公告以後才開始具有報考資格，而這資格是不是法律上的權利？請求開啟陞遷的程序，我個人採否定；請求列入陞遷名冊，這是職場加入競爭的資格，是個權益，具有法定資格的時候，應該是有法定的權益存在。

(二) 至於排序的要求牽涉到救濟的時點，如果過早救濟，且如果什麼時點都可以救濟時，辦理陞遷機關整個程序的流程可能會受阻礙，參加資格固須優先處理，至於排序是不是要延後到最後作出決定，就是核發派令的時候，才准救濟，會不會比較符合整個行政程序的經濟原則。

(三) 關於參加，是訴願法第 28 條第 2 項參加？或是行政訴訟法第 42 條第 1 項的獨立參加？行政爭訟裡有個對比，對比存在於受派令者跟原告之間，亦即已經核發派令的，跟沒有受派令的人間也存在對比的關係。有如最高行政法院 96 年度判字第 329 號判決，考試情境是有對比的，尤其是在改考卷的時候，是一起改的不是抽離改的。所以參與甄審的人是在一種對比的情境之下，在陞遷裡面，對比的情境要重

現重構比較容易，因為人數並非眾多。程序因為對比，只能對提起的原告，為勝訴的判決，不能對第三人參加者，為勝訴的判決。張三起訴，如果是對比的第 1 名，他能夠受任命，而參加人是第 2 名、第 3 名，反過來，非受派令之參加人是第 1 名，參加人應該受派任，但他不是原告，不可能勝訴，此時參加的實益何在？是不是達到必要參加，或者只是獨立參加而已。對於實體判斷原則上，存在判斷餘地，在行政法院審查的密度，會給予相當的尊重。

- (四) 另外積極的競爭訴訟，必須提起一個撤銷訴訟，先聲明把派令撤銷，恢復原來狀態，才有辦法進行課予訴訟，聲明以原告填補。暫時權利保護部分，聲請停止派任處分有其必要性，如果不停止，已經核發派令並到任，該競爭者訴訟就欠缺權利保護必要。所以必須先把原來要補的缺挪出來之後，然後再把原告填補，就是課予訴訟。

### 林教授三欽：

- (一) 公務人員陞遷法第 5 條規定，職務出缺時原則上應經過甄審程序，除非是在法定可以免去甄審程序的情形。本應依法經過甄審程序而未經的話，候選人提出違法的控訴，回復其期待權的地位，我覺得這是一點思考的方向。詹老師書面意見的大前題，人民不但享有服公職的權利，甚至包括進入公職之後享有依法陞遷的權利。長官沒有依法操作，不管出現在哪個環節，是出現在未經陞遷程序，或者是沒有列入陞遷名冊，

或者是名次刻意列在後面，我覺得既然都妨礙到服公職的權利，均可提告，甚至請求具體做出一個陞遷決定。固然現行規定是長官就呈報的3個名額當中擇一任命，長官有其裁量決定空間；不過，人民有權利與長官有裁量權不相矛盾。如果請求做出具體的陞遷決定，想必這個當事人非常有自信，如果將他排除就是違法。德國文獻上有所謂「擇優錄取原則」（Prinzip der Bestenauslese），找出最好的加以任用，基於這個想法似乎也不無可能針對最終的陞遷決定提出一個意見。

（二）劉審判長有提到救濟時間點是不是應該要考量，公務員一旦發現沒有被列入陞遷名冊，或者是沒有在前3名，但是整個程序還在進行當中，還沒有公布最終的結果，是不是容許當事人救濟。我想如果結果是違法的，應該要儘早阻止，否則程序一直進行，最後定案就引發職務安定原則的適用。既然在前階段就已經獲得不利對待，當然可以容許當事人提早救濟。銓敘部同仁提到，事實上有很多名單只是初步的排序，譬如說目前陞遷名冊雖然排第4名，但是經過後續成績加總，可能會列入第3名，所以容許當事人提出救濟的時點，恐怕要考量結果是不是已經相對明確。若已經可以看出當事人顯然無望，就應容許提起救濟；反之，如果還有可能的改變，似應該等到比較明確的結果再提救濟。

（三）如果前提是肯定公務員有基於服公職權利主張依法

陞遷的法律地位，則機關在辦理陞遷程序時沒有依法處理，不管在哪個環節為不法對待，即便我們認定機關享有某程度的判斷餘地，或者是裁量權，都是一個權利的侵害行為。既然是權利侵害的行為，應該是屬於復審案件，這部分詹老師看法與我類似。

- (四) 陞遷的派令，效力是否僅發生在機關與被任命的人員之間？或者其同時也宣告其餘參加競爭者已經出局（被駁回）？我認為答案是後者。既然是有限名額的爭取程序，則少數人獲得名額，等同於其他參與競爭者被淘汰，因此派令除了是授益處分之外，也是一個負擔的處分，當然應有某種「參加爭訟程序」的制度。先思考一個問題，公務員提起爭訟，是僅請求撤銷派令，或者同時也包括進一步主張要對其做出有利的決定？基本上我認為，如果未獲陞遷的人提起復審要撤銷派令，應類推適用訴願法第28條第2項，認為利害關係相反之第三人應參加復審程序。雖然復審程序沒有類似規定，但復審程序是從早先的準用訴願法，到後來自行規範，應維持與訴願制度相比擬的質量，須能提供與訴願一樣的功能，就是說至少照顧到第三人的權利，讓派令的受益者參加這個程序（必要參加）；至於其他同樣參加競爭的人則是任意參加的狀態。

**盛教授子龍：**

- (一) 公務人員基於服公職權利的保障，就陞遷在法律上

固然有一定的權利，但原則上應是形式的公權利，而不是實質的公權利，也就是說充其量只有請求辦理陞遷無程序瑕疵及無裁量瑕疵決定的請求權而已。若機關職務出缺，基於組織裁量、組織的高權，遇缺不補都行。因此這種情況下，要不要開啟陞遷程序，組織的高權，高到即使承認在這裡承認公務人員無瑕疵裁量請求權，實質上意義不大。至於決定進行陞遷程序後，原則上公務員也只有無程序瑕疵及無裁量瑕疵的形式意義公權利而已。

(二) 後續的問題可以再延伸到一個前題問題，剛才林教授也有提到，就是我國要不要承認職務安定的原則，如果像德國一樣，基於職務安定的考量，一旦人事令發派之後，事後不可以再加以撤銷，因此，如果到最後最終的派令出來之後，才進行救濟，會產生救濟沒有實益，而可能只剩下損害賠償的問題，這是在德國法上很重要的一個前提問題。我們的公務員法並沒有清楚界定對於派令生效後要不要採取職務安定的原則加以適用，但是在我國行政程序法、訴願法、行政訴訟法的制度裡，如果對公益有重大影響，仍可以限制撤銷的權限，因此，在法理上不是當然絕對排除職務安定原則適用的可能，至於要不要適用，是另一層次的問題，不在今天的主題當中。但這是必須先釐清的問題，會影響到今天討論的主軸。

(三) 我個人試著從兩個方向談，如果說我們採德國的職

務安定原則，一旦人事發派之後，基於職務安定性的考量，否定事後還有撤銷的可能，前置問題是，公務員的權利，儘管是形式意義的公權利，仍然必須獲得有實效的保障，如此一來要把救濟的有效程序前置到哪一個階段才是課題。我個人認為要思考兩個重點，第一個就是首先任何法律的思維，不能完全背離實體法行政行為性質的思考，也就是說這些行為是不是當然可以做為復審的客體，首先應該考量的不是只有各公務員權利有沒有受侵害的問題，還是必須回歸到行為性質的定性，有沒有符合行政處分的概念要素，可能要詳細的去談這些行為是不是有對當事人做通知，還是說其實是內部作業行為而已，如果沒有對當事人通知，而是內部作業行為，根本沒有對外通知，怎可能是行政處分，這裡應該要回歸到實體法行為性質的思考；第二個，即使形式上有一個通知的行為，適不適當將該通知當成行政處分，做為復審的客體，做為行政救濟的對象呢？除了這又會涉及剛才劉審判長所提到的，究竟應採取程序經濟的考量、程序集中審理，把任命處分前階段行為解為只是程序中行為，或應強調人民權利的即時有效保障，把任命處分前階段行為解為行政處分，兩個原則之間會產生衝突跟碰撞的問題，在此需考量爭訟的經濟性和成熟性，哪一個階段的行為，適當做為救濟的對象。我參考德國的做法，至少在聯邦行政法院的判決是以事前通知落選人說「對不起，你這一次沒有選上」，因為有一個

通知，加上其實質的結果，已經對外產生規制的效果，因此把它當成行政處分，以參加甄選程序的人知道自己沒有被選上的前階段行為，當作行政處分，讓他可以提起行政救濟，至於行政救濟的類型，比較適當的應該是提起課予義務的復審跟課予義務的訴訟，但是因為涉及到剛才林教授所提，有判斷餘地跟組織裁量權的問題，所以比較適當的應該是請求命為重新決定，當然包括撤銷原來拒絕他可能成為後續陞任對象的拒絕性行政處分。如果以這角度思考，訴訟權能這部份，應不是問題。

- (四) 程序參加的問題，我個人認為，如果已經確定被選上的人，德國作法，我選的不是乙，是某甲，某甲由於行政訴訟的結果，也就是說命為重新決定，是必然直接剝奪他已經得到的陞遷權利，如不讓他參加，於程序上不足以充份保障，所以，就已經確定被選上的人，不管有沒有派令，基本上可以享有在復審程序或者是訴訟程序參加的權利，至於其他參加陞遷甄選的對象，我個人持保守的態度，因為有可能每個人的情況不相同，也就是說可能對甲而言，讓乙出任，甲是權利受害者，可是對其他丙丁戊呢？他們的權利未必因此受到侵害，因為每個人的條件，其實有各自的不同點，何況其也不見得有那麼強烈的意願想參加。所以當用必要參加，去讓他非參加不可的時候，又讓判決效力及於他的時候，我覺得對他的訴訟權保障是有所不足的，應該由他自己考慮，可以選擇參加，但是他如果不願意，不

需要硬性的被強迫來參加這個程序，所以，我個人認為其他的參選人可以自己決定是否參加；反過來講，如果採取職務安定原則，可能還要再列一個子題，就是一旦提起課予義務訴訟，如果沒有搭配有效的暫時權利保護，就沒有辦法有效的阻止任命，基於職務安定性原則，最後一旦甄選上的人獲得任命，前階段通知落選的拒絕處分就會因此歸於消滅，提起訴訟會變得沒有實益。如果以此為前提，我不曉得委員的構想，保障法要不要承認定暫時狀態的假處分，或是直接就向行政法院提起，這似乎有列為另一主題的空間。最後我強調如果基於程序經濟的考量，同時也不採取職務安定性的原則，此時救濟以針對最後派令提起課予義務復審或課予義務訴訟。反之，若承認職務安定性的原則，則德國作法可以參考。

### 劉教授建宏：

- (一) 從公務人員陞遷法第15條的規定意旨來看，應該是承認在公務人員的陞遷程序中，有公務員的主觀公權利成分在內。要不要開啟陞遷程序，是客觀法秩序的問題，是一個客觀的規範，當事人不能主張有公權利去請求開啟程序，這應是主管機關針對客觀事項的裁決。至於請求列入陞遷名冊，和列入陞遷的前3名，還有請求作成陞遷的決定，這三個部分，都具有主觀公權利的性質，這是第一個子題，此為我個人的見解。第二個子題，有關在各階段請求遭

到駁准時，請求程序的問題，我個人在2002年時曾經為司法院寫過一篇人事訴訟的論文，是有關公務人員競爭訴訟的課題。有兩種訴訟類型，一種是消極的競爭者訴訟，就是請求撤銷任命他人的處分；另一種是積極的競爭者訴訟，是課予義務訴訟的訴訟類型，直接請求法院判令行政機關作成任命自己為某職務公務員的處分。實務上，主張積極的競爭者訴訟，風險在於勝訴的機會可能相對較低，因為長官本身有一定的裁量權，或是不確定法律概念的判斷空間，這部分法院介入的時候，剛才劉審判長也提到，基本上會尊重用人機關長官的人事權，不見得會介入。因此，在積極的競爭者訴訟部分，勝訴的機率較低。

- (二) 機關辦理陞遷的時候，如果把派令發給某人，此時，對另一人（競爭者）而言，為何種法律性質？個人見解認為是「附第三人效力的行政處分」。過去在德國實務上也有爭議，針對這個問題，德國聯邦行政法院1988年8月25日的判決，曾討論到底對未獲陞遷的第三人而言，哪一個才是行政處分？依照德國聯邦行政法院的見解，要等到通知沒有獲得任命，才是行政處分。這在學說上有人支持，反對的人也不少。反對的主要理由，其實剛剛劉審判長也有點到，第一個問題是競爭者訴訟具有排擠效應的特性。任命別人為公務員，實際上它的法律效果就已經發生，競爭者的請求就落空了。這時不需要等到後面的通知，這通知反而是沒有法律效果的觀念通

知，前面任命他人為公務員的行政行為才是具有法效果的行政處分。第二個問題，是基於所謂的「職務安定性原則」的概念，一旦作成任命他人之處分，後面的救濟已是徒勞。基於以上所述，我認為應把任命某人為公務員的行政處分，解釋成附第三人效力的行政處分，讓未獲陞遷的第三人，或是未進入圈選名單的人，能夠直接對該任命的處分主張救濟。

- (三) 保障法並沒有「參加程序」的規定，前面幾位學者先進的見解傾向類推訴願法第28條解決此一問題。不過訴願法第28條的規定，第1項「得參加」是要利害關係相同的，第2項「應參加」是利害關係相反，就是撤銷原處分會損害到另一個人權利的情形，是所謂「必要參加」的結構。所以有一個問題，譬如說某人沒有進入前3名的名單，或是最後派令所任命的不是他，主張撤銷時，實體法律關係的相對人是他的競爭者，就是名單中的人，或是已經被任命的人。剛才也有先進提到，如果全部納進來，都變成必要參加，範圍可能會太廣泛。可是如果認為是「得參加」，這時候類推適用訴願法第28條會有問題。因為第28條第1項是利害關係相同的人得參加，這裡的情形顯然二者的利害關係相反，是否能夠類推訴願法第28條的規定，就有疑問。所以，我提供另一個想法，應該類推行政訴訟法的規定。因為行政訴訟法第41條或42條規定不像訴願法第28條文字規定得那樣明確。另外，參加的性質可從行政訴訟法

理判斷，譬如說某人沒有進入到前3名的名單，主張要撤銷該名單，這時候該名單上的人，參照行政訴訟的法理，是所謂的必要參加人。行政機關已經作成任命圈選某人的決定後，競爭者要撤銷這個圈選決定，這時候這個被圈選的人，他是必要參加人。假如是提起課予義務復審，並不是要排除他人，只是請求將自己納入名單當中，這時候其他的人，相對來講，可能也會產生一種排擠效應，不過這在行政訴訟實務上，一向認為訴訟的直接性較弱，不是必要參加程序。這樣區分或許可以解決剛剛有先進提到的，不希望範圍太過廣泛，都是必要參加。必要參加如果漏未實施，是程序上的瑕疵，將來的復審決定效力也可能受影響。所以適度的限制必要參加人的範圍有其必要。

### 劉審判長鑫楨：

- (一) 澄清幾個問題，第一個必要參加跟獨立參加有所區隔，行政訴訟法第41條跟第42條是有區別的，行政訴訟法第41條是必要共同訴訟的參加，必須合一確定；第42條是利害關係人的獨立參加，我剛才提的是訴願法第28條第2項跟行政訴訟法第42條第1項之參加。行政法院認為撤銷訴訟之結果，對於第三人的權利或法律上的利益將受損害者，得依職權命其獨立參加，並得因該第三人之聲請，裁定允許其參加，這個參加，就是我今天所提的參加，因為如果把派令撤銷了，那一個受任命的人，因為撤銷而影

響他的權益，至於其餘的參賽者是另一回事，並非這裡所指，其餘的參賽者，撤銷以後，有什麼權益受損害？我想這必須要區分、釐清的。

- (二) 另外，既然大家都認為是一個行政處分，怎可以定暫時狀態假處分？如果是用停止執行，是用行政訴訟法第116條，若是用定暫時狀態，因行政訴訟法第299條明定，對於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分，所以這也必須區隔，假處分跟停止執行不一樣，標的不同。
- (三) 第三個問題必須釐清的，提起課予義務訴訟，不完全滿足的時候，行政訴訟法第200條規定，行政法院對人民依第5條規定請求應為行政處分，或應為特定內容之行政處分之訴訟，其第4款規定，原告之訴雖然有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及到行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。所以沒有完全滿足的時候，必須做適當的判決，就只是命依法院判決的見解重作行政處分，尤其這一部分，應該牽涉判斷的問題，而不是裁量，除非裁量與判斷只有量的區別，沒有質的區別，若採裁量跟判斷，是有質的區別的時候，我想這一部分應該大部分落在判斷，還有判斷餘地的時候，只能命行政機關，遵照判決之法律見解作成一個決定，所以，提起撤銷訴訟把派令撤銷，併提起課予義務訴訟，把自己安排到那個位子裡面。這並非我所創，是參考德國實務上（

積極競爭者訴訟)作法。然後是暫時權利的保護，要停止派令生效，應該以停止執行方式，而不應該是暫定一個法律關係存在之假處分方式，行政訴訟法第299條明定，假如是行政處分，不得聲請假處分。

### 盛教授子龍：

德國實務，陞遷派令生效後不能撤銷，因此基本上不是針對派令提起課予義務訴訟，再用停止執行來處理，所以必須將救濟提前，當通知參加甄選人，我選到的不是你，是別人的時候，行政法院把甄選機關在該任命之前的通知當成行政處分，因此如果當事人對這個拒絕處分不滿，可以提起課予義務訴願跟課予義務訴訟，但是由於法院審理過程當中，程序還是照樣進行，如果又發派令，而陞遷派令生效後不能撤銷，則上開訴訟就會沒有實益，因此為了得到有效的救濟，就容許他可以用一個聲請定暫時狀態的假處分，也就是向法院申請，禁止主管機關繼續把流程走完，這樣子才有辦法有效的阻止後來的派令發生，至於我國行政訴訟法第 299 條規定，是當涉及到撤銷訴訟時，原則上應該優先適用停止執行的制度，如果是請求命為一定的行政處分，或不得為一定的行政處分的時候，反而應該藉由假處分的制度來加以貫徹，這一點林明昕教授在他的暫時權利的保護論文當中，有相當清楚的釐清，補充說明。

### 林審判長樹埔：

- (一) 依照公務人員陞遷法第5條的規定，看不出公務人員有依法請求開啟陞遷程序或者是列入陞遷名冊，或

者排序為陞遷的前3名的權利。剛剛銓敘部的代表還有幾位先進有提到，請求列入陞遷名冊，應該有這個權利。我個人認為，以目前實務上的陞遷來看，縱有職缺，有時公務人員根本毫無所悉，外補有公告程序，內陞沒有，當由機關首長決定發動，請人事室排序名冊，就符合資格圈選，可能公務員都不知道，怎麼發動呢？如果說承認有這個請求權，對於不知道的人是不公平的，因為資訊不對等，列入陞遷名冊不是請求權，而是請求一個程序無瑕疵，請求主管機關、服務單位來更正有錯誤的名單名冊，請求更正權而已，不是法律上的請求權，這應該是任何人，甚至於一般人都可以請求，請求政府機關做一個正確的行政處分，或者一個決定，這是一般人就有的權限，就整個公務人員法制來看，沒有辦法說公務人員有開啟陞遷程序或者是列入陞遷名冊的主動請求權。可能有些學者從保護規範理論，或者是從憲法或司法院釋字第611號解釋，導出有這個請求權，不過我覺得以憲法本身，作為人民的請求權是還有一點遙遠，我們從事實務工作者認為這個權利還沒有成熟，所以我認為第一大題的四個小題，答案都是否定的，就是沒有救濟程序，因為他沒有請求權，只是請求更正瑕疵，這不算是請求權，所以應該沒有救濟途徑，進一步從公務人員陞遷法第4條有3項，就是陞任高等的職務、非主管陞主管、遷調相當的職務，只有第3項職務的調整僅涉及內部作業，其它應都涉及行政處分，有救濟管道，

除了內部職務調整，不牽涉到職位的調動，沒有救濟途徑外，有關陞遷的決定，在公務人員陞遷法還沒有公布或是保障法還沒有修正以前，保訓會是用申訴程序，隨著法制面變遷，現在大部分是用復審程序，除了內部的職務調整外，甚至於只有平調、商調或者是調動，可能都會認為是行政處分，因為職位調動，雖然職位相同，但是調到一個不同的機關，地點不同、主管不同，可能薪水相同，但是還是影響到他的權益，我個人認為可以解釋成行政處分，所以應該有救濟的管道，只是在前面這一段，還沒有成熟，應該不能救濟。

- (二) 第三題，我贊同教授還有審判長的意見，認為這是一個有第三人效力的行政處分，否則，未獲陞遷的人沒有辦法救濟，因為沒有主動請求列入名冊的請求權，陞遷的人依常理又不可能救濟，如果不承認未獲陞遷的人的救濟權，公務人員陞遷就完全沒有辦法救濟，所以第三人效力處分也是從合目的性的觀察及解釋，甚至於從利害關係人觀點來看，應該都要承認他的救濟權，他應該也是法律上的利害關係人，因為如果陞遷到某甲，某乙可能就沒有辦法陞遷，這是關係到他法律上的權益，所以也應該承認他的救濟權，從第三人效力的觀點來看，應該要給他救濟。至於如何救濟，以目前的法制來看，要提起一個有效的救濟似有困難，剛剛盛教授也說德國的法制是已經發布命令就不容許撤銷，我們的法制好像也有這種傾向，不過我個人認為，既然派令

已經發了且也任命，甚至已經到任一段時間，如何救濟呢？所以依目前行政訴訟法的規定來看，應該可以提起一個確認違法的訴訟，再加一個課予義務訴訟，但是課予義務訴訟可能沒有辦法完全達到目的，因為剛剛劉審判長也講到，行政訴訟法第200條可能牽涉到機關首長的裁量權，或者所謂的判斷餘地，我個人認為，要看個案，如果基本上這個違法情況已經很嚴重，我們撤銷當然就可以直接判准，甚至於看起來已經可以任命他補這個缺，不論內陞、外補，直接判准可以占該缺。提起課予義務訴訟不見得是完全的救濟，但是以目前的情況，好像只有停止執行，剛剛審判長講的，停止執行然後提起課予義務訴訟及確認訴訟。至於判了以後，行政機關如何去執行，主管機關如何去把缺挪出來，甚至於不用撤銷原來的派令，可以再發一個命令，調任也好，不一定要撤銷，這是行政機關執行的問題。

- (三) 第三人效力處分，在什麼時候受有影響，因未獲陞遷的公務員，不會收受處分，依照行政訴訟法規定，知悉的時候權利就受到侵犯，如果他要提起救濟，也是從知悉開始算。至於如何參加，在行政訴訟法上所謂的必要參加範圍很窄，目前實務上幾乎很少承認必要參加，如果有是獨立參加，必要參加必須合一確定，行政訴訟法所謂的必須合一確定，以本案陞遷來論，陞遷、不陞遷是對立，怎會必須合一確定，如果要參加，只有獨立參加，因為行政訴訟法上，沒有其他的參加了，大概就只有這兩項。

我認為會影響到權益，可以參加，是行政訴訟法第42條第1項的獨立參加，不是第41條的參加，參加範圍包括符合陞遷資格的人，不限於被圈選的三個人，應該是所有陞遷資料的人，被列入名冊的人應該都可以參加。

### 林法官惠瑜：

- (一) 關於請求開啟陞遷程序，我有疑問是何謂開啟陞遷程序，如果就公務人員陞遷法第5條規定，前提要件是職務出缺時，則未出缺的情況，當然沒有請求開啟陞遷程序的權利，就算出缺的時候，銓敘部代表認為是首長的權利，經搜尋本院相關判決，譬如97年度訴更一字第13號判決認為，各級職員並沒有依法申請被告作為的法令規定，所以關於這個問題，比較傾向採否定說，但是我比較有疑問的是，如果在機關職務出缺的時候，遲遲沒有簽請辦理，或是首長遲遲沒有做出決定，這個時候是不是有可能會發生，這些有期待陞遷可能的公務人員，有什麼方法可以救濟，可再討論。
- (二) 第二題請求列入陞遷名冊，剛才銓敘部同仁說是漏掉的情況，當然可以請求列入，但是我在實務上所處理到的問題，不是不小心漏掉，而且是直接認為他資格不符，譬如本院96年度訴字第1044號，在這個案件當中，一個警察認為他有符合資格，但沒有列入候用名冊，所以如果認為資格不符而沒有列入，這種情況之下，還是傾向於准許他有這樣的請求

權，可能對他的權益比較有保障，因為公務人員陞遷法第9條規定，應由人事單位就具有擬陞遷職務資格條件人員，在這種情況之下，他認為符合資格，但是你沒有把他列入的時候，他應該有請求列入陞遷名冊的權利。

(三) 關於排序為陞遷名冊前3名的問題，如果我認為前面第二題是肯定的話，則第三題因為這種人事案件在法院非常多，人事規定又非常的複雜，所以我們常常會重視銓敘部代表或是人事行政局相關單位的意見，如果銓敘部認為這是一個客觀事實分數的評定的話，這樣我認為可以肯定它，因為照公務人員陞遷法第9條的規定，前3名才有可能再繼續參加，如果連前3名的機會都沒有，後面的程序就不用再去論斷了，所以是不是列入前3名可能對他會有非常大的影響，如果沒有列入都可以列入了，那前3名的這個部分，我比較傾向於肯定有請求救濟的權利。

(四) 請求做出陞遷決定的問題可能會跟後面的問題相牽連，譬如我任用甲，沒有任用乙，在這種情況之下，是不是能夠提起行政訴訟，在我搜尋法院相關判決之後，對於他人派令的這部分，在過去，行政法院認為，對於他人所發布的派令，不是行政處分，連提起訴訟都不行，譬如本院95年度訴字第1826號，最高行政法院95年度判字第1689號，認為不是行政處分，但我個人認為任用他人的派令，應該是屬於第三人效力的處分，所以公務人員在這種情況之

下，應該可以提起救濟，譬如我承辦的95年度訴更一字第172號是持肯定的見解。

- (五) 至於參加訴訟部分，我認為應該是獨立參加，但是參加範圍不宜過大，我曾經搜尋本院的判決，就是在前3名之內的，才有權利保護的必要，如果是前3名之外，就欠缺權利保護的必要。

### 林委員昱梅：

- (一) 實務上一些案件延伸出關於陞遷的問題，機關職務出缺的時候，公務員有「請升我」的期待，陞遷是被動式的，機關出缺的時候，要不要辦理陞遷？採內陞或外補的方式？對公務員來講是被動的。當公務員化被動為主動的時候，實務上曾有機關尚未辦理陞遷，公務員要求辦理的情形。當機關決定外補，公務員是不是可以請求採內陞方式辦理？當長官仍認為應採取外補時，公務員可不可以提起救濟？我們是站在救濟的角度來看，有沒有列入候選名冊的問題，包括公務員認為有資格，機關認為他沒有資格，可不可救濟？在整個甄審或是甄選的過程，最後是不是長官圈選的名單？過程中，譬如說積分的分數是不是有可能計算錯誤，或者是說一些判斷上面有裁量或者是判斷濫用的情況，即便我們是尊重機關或者是長官的判斷餘地，或者是裁量權的這個部分，也可能在一些特殊的案件，產生一些權力濫用的情況，或者是程序的瑕疵，我們是不是允許當事人或者是競爭者，或者是想要陞遷的候選人請求

救濟？救濟要不要受理？延伸到我們第一個問題，就是各階段有無權利，這些權利主要提供第二個問題的解答。可能不是偏重在實體方面，而是偏重在程序方面，會影響到我們這些案件是否要受理，然後進行實體的審理，所以公務員是否有陞遷權的部分，我個人的看法比較偏向於，在憲法第 18 條的部分，剛剛林審判長提到，憲法的部分，似乎是不夠具體，但是憲法第 18 條提到的服公職權，似乎不只是談身分保障，譬如免職，我們才知道涉及服公職權，在司法院釋字第 611 號解釋其實已經明白呈現公務人員有依法令陞遷之權，這個依法令陞遷之權，當然或許我們不應該把它理解成依法令陞遷特定職務之權，或許沒那個權利，但是就在整個過程當中，包括程序的合法、公平，包括判斷或是裁量無瑕疵的部分，我個人的淺見認為，即便沒有實體上面的請求特定職位的權利，候選人或許也有請求無瑕疵的判斷跟裁量請求權，再加上憲法對於權利救濟，訴訟權、訴願權等等的這些權利的保障，是應該要給予這個權利救濟的機會，只是說無瑕疵判斷跟裁量請求權，是什麼時候具體化，在什麼樣的階段具體化，是在程序開啟的時候，或是在請求內陞、外補的時候，還是在於沒有被列入候用名冊，或者是甚至沒有到達前 3 名，或者是派令階段等等，權利在何時具體化，以致於可以提起救濟。當然如果有救濟管道，譬如說我們承認是用復審程序救濟，一定是認為救濟的標的，或者是所請求的標的

有行政處分在，既然是行政處分，就會直接涉及到當事人的權利，所以會延伸到我們是不是承認它是一個行政處分，然後延伸到我們是否用復審程序受理的問題。

- (二) 在相關的救濟爭議點部分，據我的理解，德國的法院救濟實務，常用到暫時性權利保護，比較多的是有關於暫時命令的部分，不是停止執行的部分，應該是整個救濟的標的不一樣。我們現在談的是第三人派令的問題，在德國實務，剛剛有幾位學者提到，在陞遷決定之後，會先通知落選人，甚至給落選人一定期間的救濟，通常當事人會提暫時性的權利保護，依照德國基本法推導出來的職務安定原則，只要職缺被占了，整個救濟比較沒有實益，接下來後階段的問題，用損害賠償的配套，賠償他本來應該晉陞與現在職位的差額。第一個問題我們是不是譬如說從憲法，或者是哪裡導出職務安定原則？第二個，如果要職務安定原則，是不是也要有相同的配套？我們的實務跟德國的實務不一樣，因為我們的陞遷實務並沒有先行通知落選人，所以在整個救濟管道，或者是救濟的標的，其實不太一樣，也因此實務上碰到一個案例，當事人主張的救濟標的就是陞任第三人的派令，派令的當事人不是提起救濟的復審人，派令的當事人是第三人，是競爭者，譬如三選一，被圈選的那一位，這時如果我們不解決這個具第三人效力的部分，在是否要受理，或是否要通知派令當事人參加程序，會產生問題，如

果承認派令是有第三人效力，所謂第三人的範圍，是沒有被圈選的 2 位，還是沒有被列為名冊的那些人，如果是沒有被圈選的另外 2 位提救濟，這時是什麼樣的請求，譬如說是一個撤銷型的請求，搭配暫時性權利保護，當然是停止執行的這個部分，假設提的是撤銷派令之外，另外還請求重新辦理陞遷，當然還有一種可能的主張就是請求陞任我個人，這些請求都會有所謂的課予義務的部分出現，保障法只有停止執行的制度，沒有所謂的暫時命令或者是假處分等等的類似制度，這個時候我們要用什麼樣的暫時性的權利保護機制？總之派令已經停止執行，就不會有這些暫時性的權利保護，是否可以滿足，這當然也是一個問題。

(三) 參加的部分，我們提必要參加，其實問題在於是否有必要通知參加嗎？雖然不一定是必要共同訴訟的參加，但其實在實務上想要去解決的問題是，假設沒有通知我們認為應該參加的人來參加，是否有程序瑕疵以至於導致我們的決定會違法的狀況。在我們承認落選者可以針對第三人的派令提起救濟時，我們承認它是一個具第三人效力之處分，這時候在參加的部分，怎麼處理？非常感謝各位先進，也提出暫時性權利保護，這樣一個非常重要的制度，特別是在陞遷的問題上，因為一旦占缺，不管是不是採職務安定原則，實務上不太好解決，我個人認為用無實益的方式駁回是不太恰當的，等於說整個陞遷決定的合法性完全沒有審查。

## 銓敘部代表：

由於剛剛幾位學者專家都提到，我國要不要採行德國所謂職務安定性的原則來運作，針對這個部分，提供我國的人事法制及實務作法供各位先進參考。公務人員陞遷法第15條明文規範，公務人員如果認為陞遷有違法，致損害權利，可以依照保障法提起救濟，當公務人員陞遷法在89年7月16日公布施行時，之所以在第15條加入這個條文，主要就是希望賦予公務人員有救濟管道，可以依照保障法的規定提起救濟，不管早期我們認為是內部管理措施，提申訴、再申訴，或者是隨著時代演進，也有很多提復審，不管是申訴或者是復審，基本上我們尊重公務人員有提起救濟的權利，但是認為別人的派令影響到自己的權益而提起救濟，那是屬於救濟程序的進行，除此之外，陞遷案還有行政的程序要走。機關發派之後必須送審，依照公務人員任用法第24條規定，各機關必須於依職權發派代理之後，從他實際代理日起，3個月之內送審，銓敘部在審查資格條件的時候，發現整個派令的核發，或整個陞遷的過程，有違反陞遷法的規定時，銓敘部就會不予審定，也就是審定不合格，不予審定的結果就是案子退回去，並加註教示文字，告知公務人員如何提起救濟，機關接到銓敘部不予審定的回函後，基本上對於已核發的派令就必須要銷派，就是要撤銷這個派令，因為銓敘部認為這個派令是違法的，因此我們現在人事法制上的規定，以及實務上的作法，可能跟剛剛很多先進提到德國的職務安定性原則，有蠻大的出入，在我國機關銷派是屢見不鮮，與德國派令發了之後即不准撤銷有別，無法相提並論。

## 程委員明修：

- (一) 保障法實行12年來，面臨到必須要轉折或者是要改變的關口，也就是我們過去處理類似的案件，都有變通的處理方式，但因現在我們遇到競爭訴訟或是競爭救濟，已經到了在法理上很難自圓其說的困境，加上保障法規定，跟訴願法、行政訴訟法之間，不一定完全契合的情況之下，加上依我們的了解，當時保障法的修法，跟訴願法有意區隔的前題下，使得保障法沒有規定，如何借用或類推或其他方式，操作相關制度時面臨到瓶頸，所以召開這次會議。剛剛有幾位先進都有同時提到，我們在公務人員法制上面，很多受到德國法的影響，特別是德國法上面基於憲法導出來所謂的職務安定原則，在這個原則之下，才會延伸出附第三人效力的行政處分，但是在德國法補足了一個事前的暫時性權利保護機制，使得即使沒有辦法針對最後的甄審決定行使救濟權利，卻可在更早之前，針對陞遷的決定，可能將來會侵害權利的時候，採取比較早的救濟，救濟方案剛剛幾位先進也都提出來，可能就是採取不是所謂停止執行的方式，是假處分的處理，德國因為有憲法的原則使然，可是在我們制度還沒有比較大的更新之前，我們卻採取了所有制度裡面的缺點，也就是說我們不承認有附第三人效力行政處分，暫時性的權利保護機制也形同虛設，在這種情況之下，對於一個陞遷程序裡面權利侵害將受影響，或者是已受影響的公務員來講，權利基本上不獲得救濟

，遇到這種狀況時，要不要採職務安定原則，可能會影響到後面制度的操作，即使採也要賦予同樣有效的權利救濟才可以，否則前面採，後面又縮起來，公務人員的權利就受到踐踏，我比較採取不再去對應德國法操作方式，剛剛銓敘部同仁有提到，我國法制的運作方式以及法制的背景，我們整個運作比較不受到職務安定原則的影響，當然有所謂的行政處分做成之後，信賴保護原則的影響，對於已獲陞遷者的信賴保護，當然無庸置疑，但是強度恐怕沒有辦法達到像德國在憲法位階裡面，基於法安定性考量，不會被事後撤銷的強度。我們之所以擬定這些問題，蓋因每個階段都會遇到不容易處理的判斷，或者是不容易處理的操作，譬如說第一個問題，公務人員是否具有各階段的權利，我們在實務上遇到各種不同階段提起救濟的公務員，可能整個陞遷程序都還沒有，就要求開啟陞遷程序，或者是陞遷程序已經啟動，可能在程序裡面沒有被列入陞遷名冊，或者是在程序當中自認為權利上受影響。剛剛林委員也提到，在司法院釋字第611號解釋裡面，憲法所保障的服公職權利包括了依法令陞遷之權，回到傳統保護規範理論的操作，從公務人員陞遷法的相關條文來看，我認為除了第一點開啟陞遷程序的部份，屬於剛剛劉老師所提到的，是個制度面的客觀秩序之外，其他的我認為都隱含有主觀公權利，只這主觀公權利還是可以分強弱，有一些是屬於形式的主觀公權利，有一些是屬於實質的主觀公權

利，區別要看各該法規範的解釋，我認為在二、三、四這幾點，如果遇到了權利的侵害事由，都可以主張有法律上保護的權利，都可以循復審程序提起救濟。

- (二) 我們在設定第三個議題的時候，其實有一些矛盾，因涉及要提起撤銷型的復審還是課予義務型的復審，而我們只有怠為處分的課予義務復審，所以設定這個議題本身有先天上的不足，我們討論出來的結論是，應該是課予義務型的救濟，回到現實的制度，不管是訴願法或者是保障法，都沒有這種設計，還是要回歸到撤銷行為救濟裡面，所以沒有得到結論。我覺得這是將來修改訴願法或是保障法時，就這部分應補強，與行政訴訟法做一些配合。剛剛幾位先進也提到，我們要處理的課予義務型的救濟，或者是說把它當成是一個附第三人效力的行政處分，提起撤銷型的救濟，怎麼認定這個行政處分的決定是哪一個，因為我們在實際的陞遷案件，不是都有通知，可能只是對獲陞遷者發派而已，我們現在遇到困難就是，對於未獲陞遷者，沒有給他任何的表示，他要自己救濟，到底行政處分是哪一個，我們因為沒有承認所謂的附第三人效力行政處分的情況，所以必須要去針對他人陞遷的決定隱含出來拒絕你的駁准的意思，我們把它當成是一個標的，把它當成一個隱形的標的，即使我們名義上不承認所謂的附第三人效力行政處分，但是我們是採取類似的方式，這個時候，標的是虛的，將來即使我們決

定要把它撤銷，我們過去遇到很多的案例都是這樣，那我們有很有創意的委員，想出一個名字就是，有一種是沒有表示出來的意思表示，行政機關沒有講出來，但是他心裡面這麼想，我沒有告訴你說我不陞遷你，但是我做這個動作，你應該知道我是不陞遷你的，將來我們要撤銷的時候，也不是去撤銷別人的派令，而是撤銷那個心中沒有講出來的那句話，這個操作起來有點弔詭，但因為制度設計如此，因此我們提出這樣的問題，是不是在保障法，或者是特別在公務人員的陞遷救濟裡面，若承認附第三人效力行政處分的類型，也就是把它當成是一個附第三人效力行政處分，基本上爭議好像不會很大，這樣也許可以鼓勵保訓會踏出這小小的一步。

- (三) 承認在陞遷的程序裡面，有所謂的附第三人效力行政處分之後，延伸出來的問題就是後續的參加，當事人的範圍應該如何認定，會遇到剛剛幾位先進提出來，訴願法或者是行政訴訟法的轉介，訴願法第28條跟行政訴訟法第41條、第42條之間的關係，訴願法第28條1項、2項的規定，是兩個不同的制度，用訴願法第28條第2項的時候，就算我們承認保障法沒有規定，但是可以類推適用訴願法第28條第2項的情況之下，是一個必要的參加訴願，但是回到行政訴訟法第42條第1項的情況時，幾位法學先進都認為，是屬於普通參加而已，這個地方出現弔詭，就是訴願程序裡面，認為這是一個必要參加，在行政訴訟程序裡面，卻是一個普通參加，認知上面會有問

題，當然法條上面的操作還可以再討論，我初步的想法，在當事人範圍的認定有困難的情況下，如果因為復審的決定直接衝擊到第三人，也就是已獲陞遷的人，我認為他應該是必要參加，在程序裡面是必要參與程序的當事人，那個部分不會有爭議，但是陞遷程序可能影響的層面很多，在程序裡面參與的人，特別是我們處理警察的陞遷案件，可能會多到上百人，在這種案件，沒有獲得陞遷的其他第4人、第1千人，我認為是依他的申請，德國法的處理甚至用公告的方式，公告讓當事人知道，有一個案件繫屬了，在相當的期間之內，如果你認為陞遷程序同時對你也造成程序上的影響，你可以在相當程序裡面登記，願意參加復審或者是訴願，或者是行政訴訟，用這樣的方式，使得這種當事人範圍不易確定的競爭案件，可以在相當時間得以確定，不過，即使這樣處理，也不是必要的參加訴願或者參加訴訟，這樣整個制度的運作，至少我個人理解，不會出現很難運作的情況，或是造成整個體系上面的崩潰，我們公務員的整個陞遷制度會垮，我不會有那麼大的疑慮，提出我自己在保訓會裡工作一些心得，希望各位先進的鼓勵，可以鼓勵保訓會跨出這一步，承認有附第三人效力的行政處分，在整個參加的制度上得到合理的解決。

### **劉審判長鑫楨：**

行政訴訟法第41條跟42條之間的關係，行政訴訟法第

41條必要共同訴訟之獨立參加，但是第42條只是利害關係人之獨立參加。行政訴訟法第284條規定，如果因撤銷或變更原處分之決定判決，其因受影響之第三人，如非可歸責於己之事由，未參加訴訟，致不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法，這對於確定的終局判決，聲請重新審理。剛才銓敘部同仁提到撤銷派令，撤銷派令之前，效力可能還沒發生，派令不用執行，派令係效力問題，雖然是聲請停止執行，但是它可以停止行政處分的效力。另外訴訟標的決定暫時權利保護的途徑，如果把救濟時間點往後移到決定作出來時，中間過程都可以審理，並非不審理，只是在審理的過程中，如果有裁量或者有判斷的餘地存在的時候，法院原則是尊重，除非有權力濫用，或者逾越權限，這種情況之下，作為審查基準，審查它的合法性，並不是說完全不能進行審查。

**劉教授建宏：**

實務上的見解認為行政訴訟法第41條是規範有關必要共同訴訟，尤其是固有必要共同訴訟主體有欠缺時，以必要參加的方式來補正。至於必要參加的法條依據，實務上認為是行政訴訟法第42條。再用「裁量限縮至零」的理論，變成必要參加。我一向不贊成這樣的見解。事實上，行政法院晚期的見解，也傾向用追加當事人的方式來補正固有必要共同訴訟的主體欠缺。不過無論是用第41條還是第42條，如果未實施必要參加的程序，都可以類推行政訴訟法第284條「重新審理」的制度，結論上並無不同。

**主席：**

非常感謝各位先進，針對現在面臨的第三人陞遷派令不服的相關問題，提供很多指教，這些寶貴意見將作為我們決定類似案件的參考及研究，感謝大家今天的蒞會，謝謝。

## 六、公務人員因性騷擾事件提起救濟所衍生之相關問題座談會

壹、時間：民國 98 年 3 月 24 日（星期二）

貳、地點：本會 7 樓會議室

參、主席：李副主任委員嵩賢

肆、出席人員：(略)

伍、列席單位及人員：(略)

陸、討論事項：

### 教育部代表：

有關性別平等教育法立法當時有作區分，須受性騷擾的一方為學生時才適用該法；關於加害人的區分，如果加害人是學校首長的話，是向學校所屬的主管機關申請調查及申覆，今如果不是的話，就向加害人的學校申請調查及申覆。

### 行政院勞工委員會代表：

(一) 性別工作平等法第 2 條第 3 項規定：「公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟及處理程序，依各該人事法令之規定。」所以勞委會在 92 年 4 月 29 日曾經發布一個令釋，就是性別工作平等法第 2 條第 3 項所稱的公務人員定義範圍，主要是以公務人員保障法（以下簡稱保障法）適用或準用的範圍為依據。如果是一般勞工在職場上遭受性騷擾，而認為勞工對性騷擾的處理違反性別工作平等法第 13 條規定，例如雇主沒有

馬上處理或彌補性騷擾事件或沒有訂定處理性騷擾準則，他就可以向地方主管機關申訴，如果勞雇雙方任何一方對地方主管機關之處理有異議時，可以向勞委會的性別工作平等會申請審議或逕行提起訴願，如果不服性別工作平等會的決議，就可以提起訴願或逕行提起行政訴訟。所以我們是採雙軌制的。如果地方主管機關認為雇主違反性別工作平等法第13條規定時，可以依照該法第38條之1規定處以罰鍰。

- (二) 我們在今年1月13日也邀集保訓會、教育部、國防部及相關學者專家對各類人員，尤其是軍公教人員職場性騷擾各項疑義進行研討，因為在實務上我們也碰過公務人員及教育人員在職場上遇到性騷擾不滿機關學校的處理結果，最後也只有循民事訴訟程序，而沒有辦法依保障法提起救濟，所以在今年1月13日開會的決議，有幾點跟今天的會議有所關連：1. 軍公教人員申訴救濟處理程序包括單位內部處理管道及不服單位處理之外部申訴及救濟管道2部分。對外申訴管道的主管機關，應為對軍公教人事有指揮監督權之主管機關，以達發揮監督，促成實質改變的效果。2. 性別工作平等法第2條所規定之軍公教人員申訴及救濟管道，係以受害人為申訴程序之適用對象，其立法原意在於規定軍公教人員主管機關應據以於其人事法令中建立一套外部申訴機制。為使軍公教人員的對外申訴救濟管道更為明確，考量朝修正性別工作平等法第2條規定，訂定授權依據。3. 在未修法之前，請保訓會、教育部及國防部以現有

的軍公教人事法令解釋，將性騷擾案被害人納入申訴、救濟管道的適用對象，以維權益。

**陳教授美伶：**

- (一) 性別工作平等法於91年時，是由民間提出而不是由政府部門提出，至於性別平等教育法及性騷擾防治法也是同樣的情形，如果我沒有記錯的話，性騷擾防治法在立法時，行政院法規委員會是採一個保留的態度，認為從現有的法規去作檢討、修正及補充即可，而不需要另立一個專法。性別平等教育法是教育部用委託研究方式，很快就送到立法院完成立法程序。所以，像性別平等教育法第34條的規定並沒有經過很完整的討論，它只是將各類人員依其性質作一個歸類指明要用那一個法律而已，不像性別工作平等法第2條所作的抽象規定，它只是為了明確而已，至於為什麼要如此歸類，或者更進一步的說，保障法能不能 cover 這樣的規定，就沒有一個很深入的討論了。
- (二) 至於就今天議題的看法，我的結論是要讓公務人員有一個申訴管道，過去在保訓會的決定書裡，並不是說公務人員是不適格的，而是說未指明係對何具體的管理措施有所不服。如果這樣，就會有一個解釋的空間，因為如果只讓加害人可以救濟，而被害人對性騷擾的行為或整個工作環境對他的危害，反而沒有一個救濟管道，這不應是當時立法的目的。我覺得因為保障法是採復審及申訴、再申訴雙軌制的作法，由於申訴、再申訴是特別將它界定為工作條件或管理措施，

而侷限了我們的思維。如果我們用2分法，也就是人事單位的行政處分用復審程序處理，其他非行政處分採申訴、再申訴程序處理不知是否可行？我認為保障法的立法目的應是讓公務人員能將他在職場上所受到權益的傷害都能透過該法而得到救濟。

- (三) 此外，如果有可能的話，相關的法律是應該作一個整合。但是在還沒有整合之前，在保訓會似應將工作條件或管理措施的範圍擴大，針對今天討論議題作實體審理，讓當事人有一個申訴管道。

#### 郭教授玲惠：

- (一) 性別工作平等法當時我是整合版的召集人，由立法院委託，當時有9個版本整合成1個，現在大家看到性別工作平等法第2條內容，或許會覺得非常突兀，當時也有一個看法，既然是性別工作平等法，那是不是將所有申訴，全部放在中央（也就是勞委會）或地方主管機關這些管道就可以。不過發現了一個很大問題，也就是真正的處罰及救濟是沒有辦法達到的，最簡單例子為罰款就變成國家左手罰右手；又如果不是他真正的上級主管機關的話，是沒有辦法作一個有效的補救措施。舉一個例子，以現在私部門如果違反性別工作平等法，地方主管機關用該法規定罰款，是沒有辦法達到目的，反而要用勞動檢查或勞動條件輔導來真正達到救濟目的，所以該法當時的救濟不在於單純罰錢，譬如在性別工作平等法之前的就業服務法，就是單純的只用罰錢為手

段，罰錢的結果就是永遠都罰不到，因為當要去罰公司時，公司的名字就變更，而成為查無此人。所以性別工作平等法就會把刑事處罰放在一起。而當時覺得如果也將公務人員放在性別工作平等法的一般架構上去救濟，就會牴觸當時公務人員法令，所以當時的處理方式就是不加以處理，當時公聽會的與會代表也說要在各自主管的法令加以修改而處理，不過已經6年了，顯然大家都沒有處理。我個人認為當時的原則應該還是存在的，也就是軍公教各類人員還是回到各自的人事法令去作規範，而不應由性別工作平等法作一個統一規範。

- (二) 不過既然要回到各自的人事法令去作規範，我認為有幾點是需要注意的：1. 救濟的方式跟得到的賠償要平衡。譬如在現在的保障法制下，性騷擾的加害者是可以提起救濟，而受害者反而不能救濟，這是失衡的，所以我們要考慮，如何讓公部門的被害人可以得到跟公部門的加害人一樣的保障。2. 在私部門的救濟於勞委會有一些專責人員來處理，在教育部門也略有出現，而在公務人員也就是保障法卻是沒有的。在舉證責任方面，因為性騷擾事件往往只是兩個人之間的事，要用一般的舉證責任法則來證明性騷擾事件成立，往往是非常困難的。應考慮性騷擾申訴委員會性別比例的代表性，受害者或加害者對哪一性別的接受度較高，能夠在比較沒有障礙的環境下接受審議、調查等等。3. 現行性別工作平等法已有的一些問題，譬如說迅速，現在的處理方

式會不會比民事訴訟還慢等等，看看能不能將現行性別工作平等法的缺點予以一併補齊。這3個原則，希望是回到各自的人事法令去作規範時要注意的。

- (三) 如果在不修法時，最大的問題在被害人的救濟，被害人的救濟如果僅止於性別工作平等法的申訴及申覆，顯然是不夠的；由於對加害者還有救濟的管道，有沒有辦法擴大把被害人也給拉進來，這樣就可以解決一大半的問題。第二個就是如果沒有行政處分的時候，救濟可以作到什麼樣的程度，如果是只有機關內部申訴的管道時，對外是比較沒有效力的。第三個就是在解決行政訴訟同時，我建議同時要解決民事訴訟，是要納進來這邊或者是作怎麼樣的一個處理。

#### 李處長俊生：

- (一) 陳教授所提的就是如何讓被害人得到一個救濟，是不是可以從保障法這邊得到一個救濟。因為保障法的申訴與性別工作平等法的申訴含義是不一樣的，保障法已經明確規定，對於機關的管理措施及工作條件的處置不服才有申訴的問題，保障法申訴的管道是不允許提起行政訴訟，而民眾有關性騷擾的救濟，如果對主管機關的處理不服，則是可以提起訴願或行政訴訟，這感覺上已經是失衡的。故用保障法的程序來作公務人員性騷擾的救濟管道，在救濟層級及最後司法救濟的可能性反而有落差，所以這一部分還需要進一步思考。
- (二) 至於郭教授所提的，主要有三個要求。也就是說未

來修法的時候，要不要把它考慮納進來的問題，又保障法可不可以針對這一個角度來修法，也需要再作進一步的研討。

**劉委員榮輝：**

- (一) 性騷擾防治法、性別工作平等法及性別平等教育法若以條文看來相當複雜，尤其是性別工作平等法第2條第3項所謂「依各該人事法令之規定」，實在讓人難以理解。
- (二) 性騷擾防治法裡面有民事賠償，也有行政處分，而非軍公教人員走一套，而從保障法的立場來看，能界定行政處分、工作條件或管理措施已經是很不容易了。例如復審得依靠行政程序法對行政處分的定義及司法院歷來對公務人員重大權益或公法上財產的解釋。例如現在性騷擾事件的處理，政出多門的情況，能不能作一個整合。或許勞委會認為主要是管勞工，而教育部可能會認為除了學校或社教機構外是沒有著力點的。所以訂定上開法律時，橫向連繫是有所不足的，保訓會本來就是公務人員權益受損時，分由復審及申訴、再申訴的程序予以救濟。又由於各該作用法本就有其特別的立法目的，直接以之處理性騷擾，是否合適，還須研究。又如性騷擾防治法等法律大都設有類似調查委員會等組織，而保訓會並沒有具備專門知識或特別性質的人來參與時，處理起來實在有所困難。而就目前的案件而言，如果本來是要由學者專家等特殊身分的人來參與而作成主管機關決定的時候

，在保訓會現有的體制下，能不能達到原有的目的，這可能是大家必須考慮的。所以以後在橫向的連繫時，希望能多多注意。

### **陳教授美伶：**

性騷擾被害人所關心者，除機關對加害人有無處分或怎樣處分外，恐怕更關心未來在職場的環境是否因而改善，因為他還得繼續工作，這樣的環境是否足以保障其權益？如果不服，應給與救濟機會，否則將是另外一個傷害。所以建議申訴要件中的工作條件及管理措施的範圍應該要擴大，固然這是兩個人間所發生的問題，可是最後作成處置的還是機關，被害人最後面對的還是因為機關對他的處置所造成的傷害。所以，我認為在相關法律還未釐清前，至少要让被害人有申訴、再申訴的管道，至於能不能針對那個行政處分提起復審，那就是另外一個問題了。

### **李處長俊生：**

本會歷來處理的案件就是公務人員對機關的行政處分或管理措施不服才能提起救濟，保障法本身確實是作這樣規定，但是有關性騷擾被害人部分，依照性別工作平等法的規定，大概各機關都會組成申訴委員會的組織來處理，但是這個委員會處理的結果大概也只是建議或要求機關作進一步的處理，很難從該會處理的結果直接進入保障程序。再從保障法復審的角度來看，大概很難從利害關係人的角度來提起復審，因為保障法本身並沒有如此的規範。至於能不能放寬到認為是機關對公務人員工作條件的處置不良來提起救濟，本來保障法在92年修正前，對機關的工作

條件都可以提起申訴、再申訴救濟，不過在修正後，就把它界定為工作條件的處置才能夠提起救濟。基本上，這樣的處置以及管理措施還是必須為具體的才可以提起救濟，至於各機關申訴委員會的決議可不可以認為是工作條件的處置，仍有疑義，因為機關如果有進一步的處理才有可能進到保障法的程序。當然未來能不能修法改變目前的情形，就是爾後如何修法的問題了。

### 林委員昱梅：

- (一) 被害人因為被記過、被調職，反而可以名正言順來保訓會提起救濟，而被害人如果對性騷擾調查小組所作成的性騷擾不成立不服的話，反而沒有具體的管理措施，連申訴的機會都沒有，這其實是很嚴重的失衡，因為這樣我們反而保護了加害人，而被害人因為法律制度的設計導致其權利被漠視。又有時機關雖然啟動了性騷擾程序，也將加害人予以記過，不過最後記過的理由不是由於性騷擾，而是由於領導無方等其他理由，但是被害人明明就是被騷擾，為什麼要換一個理由，而加害人所最在意的往往也不是記過，而是其是否被認定為性騷擾者，而這樣的處理在被害人的心理也是一種傷害，因為被害人啟動了這個機制，雖然達到了一半的目的，也就是加害人被懲處，但是性騷擾是不成立的。在這樣的情況之下，我們如果不承認利害關係者救濟的話，這樣實在不能滿足被害人救濟的目的。所以我們應該在法律上找尋一個空間，讓被害人救濟機會。

(二) 由於系爭法律對於性騷擾的認定還相當模糊，有沒有可能關於性騷擾本身的認定乾脆直接走民事程序，等到性騷擾確定之後，再回到人事管理的部分來作處理。如無可能，由於性別工作平等法第2條將軍公教人員通通納進來，可是在救濟程序方面又通通將其排除，而依各該人事法令辦理，但要適用保障法來處理時，就會面臨如何認定是否有具體的行政處分或管理措施，或者剛剛所提到的承認利害關係人可以提起救濟。當然，因為我們比較習慣撤銷型救濟，但是我個人是認為在此應著重課予義務型的救濟，就是當事人想要機關作一個管理的措施或處置，但是機關沒有作，這時其實有怠於處分及當事人所要求的是對他人須作一定處置等等技術上的問題。又即便承認受害者可循申訴、再申訴管道提起救濟，反而不能像一般人民可提起行政訴訟而較欠缺保障。

### 郭教授玲惠：

目前可以解決的方式大約有二：第一個就是承認利害關係人可提起復審，或者是把機關內部的性騷擾申訴委員會所作的處理認為是行政處分，這樣對當事人是最有利的；第二個是如果必須放入管理措施概念的話，性別工作平等法第13條是規定雇主應為性騷擾防治措施、申訴及懲戒等行為義務，換言之，如果機關對上述行為義務的作為或不作為並不適當，當事人即可提出機關的管理措施不當，來作保障法的擴大解釋，我覺得是有空間。畢竟性別工作平等法排除的只是救濟管道，並沒有排除該法的實質內容

。但如果讓保訓會單獨來處理的話，確實是蠻危險的，因為大概只能用書面審理方式，如果能不論以個案或通案方式另外組成一個任務編組的委員會，去調查而提出報告，再到委員會決定機關的管理措施是否不當，確有未妥；第三個是回應林委員所說的，賠償放在民事法院是否可行的議題。現在性騷擾到法院可分為兩類，第一類是當事人已經被解僱，而有混合動機。第二類是單純性騷擾遭受心理健康的受損。問題會發生在前者，法院能處理的大概就是解僱部分，反而無法調查性騷擾的相關事實。

### 李教授惠宗：

看了資料以後有個疑惑，這個問題到底是法適用論還是法解釋論問題，還是立法論必須透過修法才可以解決的問題，甚至要不要討論到法本質論，到底該不該給受到侵害的人權利救濟管道，我想問題或許沒有那麼高層次，沒有到達法本質論，初看好像是法適用論，細看下去，我覺得做為一個法律人來看性騷擾的規定有點繁雜，繁雜到看文字有點不容易掌握，就像劉委員所說繁雜到連法律人都看不懂，其他人怎麼處理。當初立法時，體制沒有把它一致化，是個難題，不過回到法理上來處理問題，我的意見有3個：

- (一) 對任何一個措施，在法治國家都應該讓他有表示不服的機會。至於如何表示不服，基本上司法院解釋是立法裁量範圍，那些要經過二審？那些要經過申訴？那些要幾級幾審？用民事或用何方式來進行。問題就在不服的人可以提起怎樣救濟的法理？簡單

一句話就是任何權利都應獲得保障，救濟必須窮盡，程序上必須如此設計。

(二) 就性騷擾事件對加害人作一決定，實務上認為它是一種管理措施或行政處分；相反的不作成任何決定，當然也是一種管理措施或行政處分，這是「反面理論」的運用。資料提到如果對加害人處罰，可以提起申訴，因為它是一種管理措施；反面而言，它也是一種管理措施。受害者當然可以對於這管理措施表示不服，這是對於第三人具有效力的管理措施。主管機關認為不採取任何管理措施的決定，其本身就是一個管理措施，否則救濟程序會出現大漏洞。有違反救濟基本法理之虞。

(三) 至於請求改善符合人性空間，不致造成性騷擾環境，它應該也是一種管理措施，機關不做也是可以申訴的事項。

這是個人簡單的看法，基本上這從對人的尊重出發，發生這種事從程序上應該如此處理，至於實質內容、審查密度為何，這有點困難，只能就個案而定。調查程序應如何避免二度傷害，是另外一個要討論的機制。

#### 林法官惠瑜：

在資料第 4 大點提到，公務人員因為性騷擾事件所生爭議，如機關對被騷擾者尚無行政處分或管理措施存在，而僅有機關內部性騷擾申訴處理委員會就性騷擾事件是否成立所為之決議，得否視為機關所為之行政處分或管理措施？關於這個問題個人支持保訓會，個人不認為這是機關

所為之行政處分或管理措施，就像劉委員剛剛提到的，根據歷年來司法院大法官解釋及行政法院判決，管理措施是沒有改變公務員身分，例如記大過、記過、考績評定、職務命令、遷調及其他工作條件或管理必要的處置。在此前提下，我是贊成保訓會目前的處理方式，認為這些不在保訓會救濟範圍之內，所以在這樣先決條件下，如何對決議不服？如何提起救濟？只好以現行方式在後面的行政處分，看性騷擾是否成立，我有看保訓會這些決定書，都沒有直接針對那些決議的妥當性、違法性審理，即就性騷擾是否成立來做決定。學者專家意見我都贊成，決議一旦成立或不成立都好，都應該讓它有救濟管道，就被害人而言，他當然認為不成立對他是一種傷害，對加害人來說，成立也是一種傷害，所以決議同時對於加害人、被害人而言，其權利都會受到影響，亦即加害人不必等到後面管理措施作成，才能對這個決議表示不服，但現行法律規定之下，似乎對於公務人員性騷擾事件是否成立之決議，以及是否有救濟管道不是很明確。除非像陳教授所言，從寬圓融解釋這是管理措施，要不然就修法，如果從寬圓融解釋管理措施，只針對性騷擾這樣的議題，會不會還有其他範圍議題也會因為這樣跑進管理措施，這樣管理措施會無限制擴大。

至於事件審查範圍及密度如何？就法院立場而言，可能依職權會比較深入一點，和考試或環保這些高度專業性比較起來，我認為性騷擾事件在事實認定和法律適用範圍，法院介入範圍會比較深入，至保訓會如何處理，剛剛委員也提到這是兩性部分，委員會組成應予尊重。

## 吳委員登銓：

依性別工作平等法第 5 條規定，各級主管機關應設性別工作平等會，它審議事項與本會職掌，有無想到分工問題，例如性別工作平等會審議出來事實已釐清，本會還可以做事實調查嗎？還可以依保障法第 8 條規定查證嗎？性別工作平等會是由具備勞工事務、性別問題等相關學術經驗、法律專業人士擔任，保訓會可以作成撤銷認無性騷擾嗎？它說確實具有敵意性、脅迫性、冒犯性，我們說脅迫、冒犯和敵意很難釐清，而作變更，這該如何處理？而性別工作平等法第 4 條定義有中央和地方各有主管機關及各級機關，但像公務人員考績法我們問銓敘部，他們說了算，而勞委會並非性別工作平等法單一主管機關，到底是勞委會還是各級機關說了算？

另性別工作平等法第 23 條規定 250 人以上一定要設置托兒所，不知道這 250 人是如何算出來的？我很擔心公部門自己做不到，私部門如何去達成，做不到時你們如何處置？藉這個機會來就教主管機關。

## 行政院勞工委員會代表：

250 人以上一定要設置托兒所那是努力的規範，並無罰責。有立法委員想將這一條設有罰則規定才有拘束力，但是我們認為 250 人以上事業單位要設置托兒設施其實是困難的。性別工作平等法第 4 條規定該法主管機關中央是勞委會，在直轄市為直轄市政府，縣市為縣市政府，第 5 條規定審議、諮詢或促進性別工作平等，各級主管機關應設性別工作平等會，所以像我們就設有勞委會性別工作平等

會，臺北市政府也設有性別工作平等會，以前在就業服務法時也設置就業歧視評議委員會，可以作審議、諮詢或促進性別工作平等事項。

**郭教授玲惠：**

我嘗試解釋一下，性別工作平等法第 23 條規定是有數據統計的，主要針對私部門，大概印象中有 48% 的事業是 250 人以上，勞委會均常年補助，且只要有簽約就可以補助。第 4 條規定主管機關是比較特別，第 5 條規定的機關是真正要去審議，換句話說，地方主管機關作成的決議之後須送到這裡來，它是實質審議的機關，乍看之下會與保訓會衝突，但如果依第 2 條規定根本申訴不在這裡，已經排除了，軍公教人員真正要去審議是不會到勞委會的，所以不會有衝突的問題，其實它是切割的，以後公務人員各級要不要設置其實是沒有規範的，這就是我剛剛向各位解釋的，第 2 條規定當時有不得已的作法，沒有辦法將公部門到底要如何做寫出來，要二級或三級？勞工部分是特地寫清楚，在訴願中間加入勞委會這一級。

**陳教授美伶：**

性別工作平等法第 4 條的立法體例很不好。早期所有法律大概都是制式化加以規定，甚至在過去都直接定明中央部會外，還將省政府的廳處、縣市的局處寫明，完全沒有思考這業務到底是中央或地方的事務。如果是地方，請問是委辦給它，還是屬地方自治事項，所以在精省之後碰到很多這樣的問題。行政院法規委員會曾嘗試拿掉這條條文，因為惟有釐清它的性質，究竟是委辦還是地方事項，

也就是中央和地方分權弄清楚之後，才不會有中央和地方的衝突，權責亦會比較明確。所以性騷擾防治法、性別教育平等法都是這樣的寫法，主管機關就不夠明確，此其一。

性別工作平等法就我的理解，勞委會應該只管民間不應該管公部門、軍事、教育等，可是從勞基法開始就賦予勞委會可以用公告方式納入勞工適用範圍，現在同在一個公部門裡面，臨時人員已經納入勞基法了，約聘僱人員亦即將納入，所以在整個人事管理出現大問題，同一屋簷下人員適用不同法規，過去我在公職時，明明沒有預算發不出加班費，但如果不發給技工、工友加班費，他們可依勞基法向勞工局檢舉，其他職員卻可以不給，所以在整個人事法制上應該做檢討。我一直以為勞委會管太多，它只要將民間雇主部分管好就好。

有關性別工作平等法第 5 條雇主救濟程序中不可能重新再去調查，我相信保訓會一樣不可能，我的經驗中行政院訴願審議委員會，了不起是自己主動開言詞辯論、用隔離方式，指定一個委員聽取被害人說明，透過各種方式讓事實更加釐清，但絕對不可能重新再去調查，且訴願是以書面審查為主，幾乎更不可能。保訓會常有言詞辯論，可能更有助事實釐清，法律與現實法制是有落差的。

**教育部代表：**

據了解當初送行政院時有行文給保訓會，不過要再確認一下。針對這個問題在教師部分，同樣在性別工作平等法第 2 條教育人員是被排除在外，其實部裡與保訓會一樣面臨同樣問題，我們是依照教師法規定，老師對於學校給

予他的措施違法或不當，致損害他的權益提起申訴，這部分部裡一直在研議這算不算對他個人措施違法或不當，現在勉強以這樣處理，把它認定成他跟學校依照性別工作平等法提出申訴，有作出不成立、不受理處分時，就據以認定它是一個處分，可以向申評會提起申訴、再申訴，不過申評會委員有不同看法，像劉委員所說組成專業性問題，上次會議我們也向勞委會表達過，教育人員部分排除適用該法，其實還有些問題需釐清。

### **林委員昱梅：**

依我個人觀察，對於身體的侵害很直接認為是其權益受侵害，但是心理方面的傷害影響會更大，很可能跟著一輩子，所以對於性騷擾問題的確要正視它，應該當作權益保護來看，在救濟方面，李老師剛剛提出反面思考，救濟都會有請求事項，類似訴之聲明，當事人性騷擾不成立，他的請求事項會是什麼？有可能是我希望該當事人降調，那他可以復審；有可能是希望加害人被記大過，那會變成再申訴，會不會有這樣不一致的處理方式，如果當事人請求是不服性騷擾不成立之決議，那它到底是什麼？如同剛剛林法官所說行政處分和管理措施的認定部分，我們雖然強調要有救濟管道，但在實務操作上會碰到技術面問題。接下來問題點就是剛才吳委員提到，保訓會目前組織上有關比例、功能等是否屬性騷擾認定機關，還好我們是救濟機關，以救濟觀點來看，像剛才陳教授提到總有一些調查更了解事實之程序去進行，所以剩下來的只是審查密度的問題。例如調查性騷擾組成小組不符相關規定而認為組織

不合法，還是甚至可以干涉性騷擾成立或不成立這部分的實質上認定，這在實務上還是個問題。

**李教授惠宗：**

法理上「技術不妨實質，程序不害實體」。對於性騷擾所造成的傷害是對於人格自主性的冒犯，比一般傷害還嚴重，應予正視，民事上侵權行為也會成立。至於被害人不服作成不成立決議，希望重新調查或重新處置，希望記大過、降調、免職，這種技術性的問題如何解決？我個人認為行政處分概念，我對保訓會操作上有一點不一樣看法。保訓會認為記大過「非行政處分」，這是一個很奇怪的事，記大過明明是一個行政處分。實務上認為是管理措施，有商榷餘地，立法政策上雖可以將這種性質之行政處分不納入復審體制，可以贊同，亦即哪些事項儘管是行政處分，亦不納入復審範圍，這是立法可以決定的，但本質上不是因為記過不是行政處分。我不認為記大過就是單純的管理措施，而不稱為行政處分，只是它沒有影響到身分。所以從「基礎關係與經營關係」理論，經營關係不要進入行政訴訟，影響身分上才進入行政訴訟，政策上我贊成，只是說理上，記大過不是一個行政處分，這我有些疑惑。

如當事人請求相對人降調或是記過才能以洩心頭之恨，應透過善用調查機制探求當事人真意，不滿意是不滿意到何種程度，如果按照現行操作，讓相對人記過、調職，侵害的密度會不一樣，透過探求當事人真意，決定可以進入復審或申訴的程序，這是調查程序可以做的。因為我們是行政機關，在這個領域，應該有相當大的自由度。當然

會增加很多技術成本，惟技術不應妨礙實質，主要是保障當事人權益。花這樣的成本，這樣的環境，讓當事人覺得具有自主性，是能夠被尊重的。

**郭教授玲惠：**

補充一下，剛剛林委員還有陳委員也特別提到，到底我們在處置時應該怎麼做？剛剛看性別工作平等法第 5 條，會覺得很突兀。剛剛也提到性別工作平等會其實是一個實質的調查機關。地方有，中央有，其實是有當時的緣由。本來只是要設中央，可是這裡到底是地方權限或者是中央權限，其實也有點爭議。經過某一程度妥協之後，地方先處理，不服之後還可以送到中央。接下來送行政院訴願審議委員會，在訴願審議委員會處理實質調查比較少，就像陳委員剛剛所說的，可能會去看程序上有沒有問題，必要時會找當事人過來開一個公聽會，可是不會做實質的調查。甚至撤銷給勞委會另為決定時，也是告訴該會哪些調查不夠，必須再去做，還是不去做任何認定，還是回到勞委會去認定。

這裡就點出我為何要做一個提醒，如果我們以後要認定是管理措施，可以依保障法提起救濟時，則須看是否與性別工作平等法有落差。換句話說它等於是在機關做申訴處理，中間沒有任何人作任何實質調查，就直接到達保訓會。這會有一個很大的危險，因為是球員兼裁判。所以如果真的要受理這樣的案子，可以組成一個委員會，這在性別工作平等法、性別教育平等法施行之前，就有類似性別工作平等法在調查處理的一個機制，保訓會可以對該委員

會所做的東西是否要承認。這套機制勞委會已經實行很多年，有一整套的流程，包含：如何紀錄、如何跟當事人隔離、舉證怎麼做。我很擔心的是，如果我們沒有，直接跳躍中間這一段的話，縱使你認定了：有或沒有、該不該、處理當或不當。對當事人的傷害其實都沒有辦法撫平，她（他）會覺得你程序上沒有給我正義，你還是僅看 paper，而且是球員兼裁判，在這裡做一個小小提醒。

### **吳委員登銓：**

今天的主題本來是本會執掌與性別工作平等法第 5 條性別工作平等會的優位性，到底是誰可以推翻誰，是不是要重啟調查的問題。不過聽起來好像是無解，好像設計上一下子切割還是要歸我們。我們真的做了推翻性別工作平等會的決議時，實務上還是會產生一些問題。性別工作平等法第 5 條已規定性別工作平等會委員由具備勞工事務、性別問題之相關學識經驗或法律專業人士擔任之，其中女性委員比例已經提高了。我們並沒有這樣強化的設計，這樣去推翻性別工作平等會的決定是不是有問題，聽起來好像是沒有解釋。

個人一些想法請教。性別工作平等法第 14 條生理假的問題，當時為何會設定生理假是病假，一直無法釋懷。不是病把它設病假，感覺上是對女性的一種侮辱。所以我也仔細研究所有公部門之法律，公務人員請假規則是將它併入病假，考績處理時特別明定，你不可以將生理假計入病假之計算。我也不曉得當時為何將生理假當做病假。雖然性別工作平等法第 14 條第 2 項就生理假薪資之計算，依各

該病假規定辦理，仍讓人十分質疑。

回應一下李教授惠宗剛剛說的，復審和行政處分的界定問題，記大過是不是一個行政處分。我個人是保訓會裡的極少數派，本會區分的是行政處分與管理措施、工作條件一刀兩切，我個人一直認為不是這樣。我一直認為行政處分有兩種，一種是大法官允許提起行政訴訟的行政處分，那就復審；大法官不允許提起行政訴訟的行政處分，那就申訴。

**郭教授玲惠：**

因為自己設計的要稍微提一下，這裡當然有很多妥協和實務狀況。生理假在擬的時候十分痛苦，在亞洲只有我們，歐美國家沒有任何國家有生理假。還好我們擬的同時日本也在擬。日本當時擬了又廢棄，現在又放進來。其實他就是一個性別平等與婦女保護的拉鋸戰，生理假女士有需要，但不是每個人都需要，但如果基於性別平等好像不用，基於婦女保護好像應該。拉鋸了半天我們就看數據了，從行政院衛生署那裡我們得到到底臺灣女性需不需要生理假，發現亞洲女性最需要生理假的真的是臺灣，就是會有生理痛，甚至包含坐月子，亞洲女性也是臺灣女性坐月子坐的最頻繁。最後還是放進來，認為有需要的人就會請，沒有需要的人就不會請。

當時的報紙說性別工作平等法是企業界所認為的十大惡法之一，第一個就舉生理假每年企業成本要增加 100 億的經費。可是當時抉擇之後，也做過問卷調查，後來還是放，事實上沒有增加。會請的人就會請，不會請的人就不

會請。當時設計就是這樣思考，它不是病。雇主常會問說，生理假那證明在哪裡？全民健保裡沒有一項病名叫做生理痛，醫生都開神經痛，那就偽造文書啦。所以我們只好這樣，可是一般人也不會去看醫生，大多是到藥房買個藥，後來也覺得證明也不要了。勞委會在執行上，事實上有常常請生理假的人，她確實不是需要生理假的，真正有需要的不一定會去請。

為什麼放在病假，是因為企業界的反彈，不希望企業成本增加任何一毛錢，所以放到病假。這裡實質是一個名為病假，實質上不是病假的病假。所以後面又出現，列入病假不能算入缺勤的考績。這個真的有事實上不能，要保護真正有需要請的人，不會因為這樣打到考績；又必須考慮僱主成本不能增加一分一毫，所以就有生理病假出現。至少6年來，企業成本沒有增加100億，企業也沒有繼續罵這件事。但是它放著還是有一些指標意義，在我們修法之後，日本去年又把生理假放進來，大概覺得，這個施行沒有這樣可怕。

**吳委員登銓：**

下次有機會時會請教銓敘部，如果把生理假放在病假，主管是否可以不准？

**郭教授玲惠：**

順便提醒，今年立法委員也是針對性別工作平等法做了修法，到底僱主可不可以不准。這個以後可以再討論，當時爭議也十分大。

## 陳委員淞山：

從法令設計來看，保訓會似乎沒有拒絕審理這個案子的理由，我們當然不喜歡審理這樣的案件。類似這樣的性騷擾案子，保訓會的能力、組成、人力、設備、組織、調查機制等等都是不足的。所以如果要審理這類案件，剛好保訓會的組織正在改造，正在擴大我們的組織編制，以後大概還需要一個性騷擾保障處，來處理這樣的案件，來配備這樣的專才，委員的設計也要這種固定屬性的專家背景，來融入處理這類的案件，才有辦法來健全處理，如果真的要實質審理，大概要做到這樣才有機會。

我們現在的情況，類似的性騷擾案子已經來了，一個性騷擾不成立的案子就到保訓會來審理。這是我們第一個真正性騷擾不成立的案子到我們這邊。勞委會也不想處理這個案件，依照法令好像也是我們要審理，案件也到我們這邊。事實上把他認定或解釋為具體管理措施或行政處分不難，也不用修任何法。只是它進來後，我們真的沒有能力審，我們只能像考績一樣，或者是中央學術單位的情況，例如研究員的續聘、不續聘案件一樣，我們審查其程序有無瑕疵、組成委員有無違法、具高度屬人性、裁量權限等等。這種性騷擾案件到保訓會來就死掉了，更對不起被性騷擾的受害者。現在我們沒有人力、沒有設備，法令上解釋公務人員性騷擾人事案就到我們這邊來。那個當事人已經快瘋狂了，保訓會你就要給我審，已經拖 1 年了。看這個法令解釋情形，我們不得不審，可是審出來的情況及結果會很慘。從法律專業或事實困境上，我們也面臨這樣的

困境，所以就教於各位。

以前我們也這樣教學生及所有公務人員。我幫上萬個公務人員上過課，每個人一定講到性騷擾，及講到多少人以上須有托兒設備，如果機關沒有設置，請求後經機關否准，這個部分有沒有構成管理措施？我都說沒有，這是人事行政上的問題，這都是人民、勞工和民營機關產生的見解。現在我看到這具體的條文，我要改變見解，改變見解的結果是我們沒能力審理。大家都很害怕這樣的事情。

**吳委員登銓：**

因為機會難得，有關舉證困難及二度傷害問題，勞委會先走一步，是否有心得可以分享？

**郭教授玲惠：**

第一個你如果專業性不足，常會陷於當事人狀況。因為性騷擾案件和一般案件不一樣，真的很難有證人。我用負面表列來說，我絕對不會做的一件事就是雙方對質。我曾處理過一個案件，當事人兩個都學法律的，還是律師。進來第一件事就是要看對方的紀錄，我要一點一點的反駁。這就是法律程序應該做的，但做這種案件一定禁止。但我會做一個讓尤其是加害者感覺是公平的，不會藏什麼東西在裡面，所以我會轉述對方說的內容，但是也不能傷害到對方。另一個重點—從校園到任何的職場—絕對要諜對諜的隔離。

第二個絕對不在他們不可相信的場地。很奇怪他們不大相信公部門的機關，所以我們在咖啡廳的密室討論，場

地也不會限制。如果有申訴人說明狀況以後，我第一個會去找的證人，不會直接去找加害人，而是找外面的證人，也不會直接問你有沒有看到誰對誰性騷擾，而會問他某年某月某天下午你在做什麼？聽說什麼什麼？但是不會先去切入那個重點，應該是把所有外面的證據找齊以後再深入。

舉證之後我們詳實報告也會把名字拿掉，證人也變成甲乙丙丁，避免當事人受傷害，通常是讓當事人去講，不要去相信他或不相信他。因為他們都會認為你是法官，一定要遊說你相信他。還有我們會從客觀的法則去思考，例如半夜還在某個地方，時間地點以及行為模式。有一些和我們舉證的模式完全不一樣的，例如在刑案常會有他是你的主管，所以我會表明你是利用權勢，其實是主管不需表明，你受到的壓力不用說你也知道。委員如果有興趣，有很多新的理論，例如斯德哥爾摩症候群。還有二度傷害是家庭糾紛，例如你太太知不知道你們的關係怎麼樣。所以私部門常會找與案件無關的委員，初步審議後提報告，而那個報告是保密的。

### **吳委員登銓：**

因為機會難得，最後請教法官性騷擾案到底應該納入申訴、再申訴或復審？

### **林法官惠瑜：**

應該說從私部門衡平來看，當然是私部門如果有，公部門至少要一樣，如果從這方面來看應該就是行政訴訟。有關審查密度的問題，臺北高等行政法院 95 年度訴字第 4232 號判決略以，專家學者本其專業知識及對事實真相之

瞭解所為之決定，原則上應受法院之尊重，但是法院不是全然不能加以審查，只是審查密度的問題。如經判斷違法或顯然不當，法院仍可撤銷或變更。委員表示只對組織為審查，其範圍似應包括實質審查。

**主席：**

感謝與會者的精闢見解提供保訓會參考。有關救濟的目的主要還是權益的保障，相信委員也會本於妥適解決角度來看待此類案件。今天有兩個主管機關，在將來修法或訂法程序，如果涉及本會權責部分，希望兩個機關開會時一定請本會參與。因開會參與討論，是一個必要的程序。各位所提意見，本會保障處會充分紀錄，將提供本會處理類似案件之參考。

## 七、98年公務人員保障法修法芻議座談會

壹、時間：民國98年5月26日（星期二）

貳、地點：考試院1樓多媒體會議室及本會7樓會議室

參、主席：張主任委員明珠

肆、出席人員：(略)

伍、列席單位及人員：(略)

陸、議題：

一、公務人員保障法（以下簡稱保障法）第3條規定之保障對象及第102條規定之準用對象，其區分方式，是否構成法律漏洞，應予修正？服務機關對公務人員間性騷擾事件之處理，是否宜列為保障事項？

說明：

- (一) 與國家處於公法上職務關係之人員是否皆應納入保障法之保障對象？並就保障法規範保障對象及準用對象之區分方式為必要之檢討修正，以使保障制度更形周全。
- (二) 保障法第102條第3款規定，有關準用保障法之對象，公營事業係以依法任用之人員為限，是否過於侷限其準用保障法對象之範圍？
- (三) 具有公務人員任用資格人員申請再任事件，是否宜列為保障對象？
- (四) 服務機關對公務人員間性騷擾事件之處理，是否宜列為保障事項？

二、行政處分或管理措施常有及於第三人效力，有利害關係人存在之情形，是否應建立參加制度，以使權益救濟更形周全？

說明：

- (一) 以公務人員對於陞遷事件不服為例，如不能以有關自身陞遷之第三人派令為標的，提起救濟，常無法得到實質救濟之利益。
- (二) 惟陞遷事件請求撤銷該派令時，是否應引進程序參加制度，以解決派令之當事人及其他之第三人參加之程序、必要參加或獨立參加、參加範圍等疑義。如日後引進程序參加制度時，各主管機關於辦理陞遷案件時，對於相關程序或關涉當事人之意見為何？

三、因公涉訟輔助固提供依法執行職務而涉訟之公務人員合理之經濟上援助，惟對於司法救濟之再議、再審、非常上訴等程序得否給予涉訟輔助，則未有明文致滋生疑義；另就濫用司法救濟者，亦尚乏明文禁止之規定，是否宜增訂對於濫用權利者不予涉訟輔助之限制？

說明：

- (一) 保障法第 22 條第 1 項規定：「公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師為其辯護及提供法律上之協助。」惟對於偵查程序中之再議程序是否一律視為同一偵查程序？

(二) 又對於確定判決之司法救濟如再審、非常上訴等程序，是否亦視同為一審級，而得給予涉訟輔助？未有明文，易滋生疑義。另對於濫用權利者，亦未明文授權服務機關得否審究，而拒絕給予涉訟輔助，是否宜增訂規範，以杜爭議。

四、復審程序是否亦應有調處制度之適用？再申訴決定後是否亦應增加可申請再審議之例外救濟途徑？

說明：

(一) 調處制度設計目的，係為調和化解公務人員與機關間之爭執。惟現行保障法僅規定再申訴事件得適用該制度，致其功能有所限縮。於復審程序如發現該系爭標的，服務機關或人事主管機關皆有意願加以改善之調處空間，且經由補辦原漏未辦理之事項，所為更正行政處分，比將原行政處分撤銷更利於復審人時，是否應於復審程序亦增列適用調處制度。

(二) 再申訴制度目前以本會為終審決定，惟如確有適用法規顯有錯誤或重要事證上疏漏時，將致無可請求更正缺失之遺憾，對於保障公務人員權益，即有不足之處。

柒、開幕致詞

**張主任委員明珠：**

李副主委、陳委員、邱委員、劉委員、林委員以及張教授、陳教授、各位在場的人事主管先進同仁大家早，首先代表本會歡迎各位在百忙中撥冗來參加本會舉辦的98年

保障法修法芻議研討會，在此表示敬佩與感謝。有關公務人員的保障事項，是保訓會主要職掌之一，其執行法據是保障法。該法在 85 年 10 月 16 日制定公布實行，也開啟了公務人員行政救濟的新猶。本會受理公務人員提出的保障事件，從成立之初的每年三百餘件到近 3 年的每年平均 1000 件，可見公務人員對該法所建構的救濟制度，已經有相當的認識和一定的信任。在此要特別感謝各位人事主管，因為各位的協助及配合，使公務人員保障制度的機制能夠圓滿成功地運作，利用這個機會特別向各位表示謝意。我們知道，保障法雖然在 85 年立法，但事實上在 92 年 5 月 28 日，有一次大幅度全面修正，全文共 104 條。它所建構的公務人員權益救濟程序，固然多所強化，但該法所建立的保障制度，除了程序的規定以外，還有實體的保障項目及保障對象，對於法律所定的實體保障項目以及救濟類型或保障對象等等，是否有加以檢討、擴充的必要？這是我們時時在檢討的。修法以後的程序是否就真的沒有疏漏而有完整的規範？這也是我們平常在運作的時候，希望能針對有疏漏的部分予以完整的補充。保障法修正到現在又經過 6 年，在這 6 年內大家對於相關的問題都常常有所討論，也常常提出寶貴的建議、意見。本會已持續在彙整相關議題，然後將問題提出，並委請學者專家進行專案研究，陸續地已累積一些研究成果及相關建議，我們正在等待適當的時機，再規劃進行一次保障法的修法。今天研討會的主要目的，就是把委託學者專家所研究出來一些對於保障對象、保障項目相關修法建議提出來，與各位具有實務經驗的人事主管來共同探討。希望藉著這一次研討

會，把公務人員保障法制的學術研究和實務的運作結合起來，讓它能夠相輔相成發揮效果，也可以提供本會未來在審查保障事件以及研修保障法的重要參考。研討會首先由本會保障處李處長俊生針對保障業務的推動情形做專題報告，讓大家有全面的瞭解。接下來我們會就保障對象與救濟類型以及實體保障項目的檢討兩大主題，分兩個小組來進行研討。由本會專任委員邱華君委員以及劉榮輝委員分別擔任這兩個分組的主持人；另外也邀請臺北大學的陳耀祥教授及中央大學的張桐銳教授，分別就本會先前委託專案研究保障法修法研議的保障對象和救濟類型的研究，以及保障法實體保障項目的檢討與發展的成果，當作研討會的引言。這樣一個引言可以讓大家了解議題及進行討論，並獲得一些共識。本會也針對這 2 個研討報告相關的議題進行整理，做為分組討論的項目。待分組討論做成建議之後，下午我們也特別邀請我們的李副主委主持綜合座談會，進行各分組討論結果的建議和結論的研討，希望今天各位不辭辛勞到會能有豐碩的成果。最後我要再次感謝各位的出席與會，也特別感謝張教授、陳教授、邱委員、劉委員的蒞臨指導，還有李副主委後續主持綜合座談會。在此預祝研討會順利成功，也希望各位佳賓平安、健康、事事如意。謝謝。

捌、專題報告

**李處長俊生：**

大家早安。今天很高興有這個機會邀請各位蒞臨本次研討會，這個研討會的主要目的，基本上就是剛剛本會張

主委跟大家說明的，就是為了保障法的修法做準備工作。以往本會大概是每隔 1 年或 2 年時間，會辦理一個大型學術性座談會或研討會。今年比較不一樣的地方是本會要做修法的準備工作，所以召開了這樣的研討會。主要的目的是要借重各位在實務的運作過程當中，所碰到的問題，希望能在保障法的修正上面，能夠提供一些建議，讓本會未來保障法的修正能夠更順利，也能夠更契合機關的需求，更能夠保障公務人員權益。我今天要報告的內容分為 4 個部分：第 1 個部份是前言，第 2 部分是有關保障業務的分工，第 3 個部分是業務概況，第 4 個部分是為了規劃保障法的再次修正所擬定的相關問題說明。

## 一、前言

公務人員保障業務的處理，其主要依據就是保障法，由保訓會依照保訓會組織法第 3 條規定處理相關保障業務。本會處理保障業務的狀況，從名稱上大概就是標榜保障公務人員的權益；但是它的目的不僅是單純保障公務人員的權益，更重要的就是要激勵公務人員勇於任事，進而促進機關業務的效率提昇和內部的和諧發展。本會在一般的處理狀況，係採事前的預防與事後的救濟雙管齊下之作為，而事後救濟並不是本會所期待的，本會主要目的還是事前的預防。對於公務人員的權益保障來講，如果沒辦法達到事前預防的保障，等到事後救濟，相關的傷害都已經造成了，那只能亡羊補牢。所以事前的預防非常的重要，也因此我們想要透過法制的建構，讓事前預防的這個部分能夠更周全、更完整。我們也希望在保障業務的處理上，

能夠促進機關內部的和諧關係，也希望各機關能依法行政，進而提升相關行政的效能，這大概是我們一個基本的目的所在。

## 二、業務分工

目前在保障業務的區分上面，實際上有 2 個業務處在處理，一個是保障處；另一個是地方公務人員保障處。地方公務人員保障處是在臺灣省政府組織精簡的時候，吸納了部分臺灣省政府的公務人員，成立了地方公務人員保障處，但是在 93 年之後因為其業務和本會所屬機關國家文官培訓所業務的調整，地方公務人員保障處從 93 年 5 月開始就沒有運作了，但在今年的 4 月 16 日又恢復運作，所以本會現在有 2 個業務處來處理保障業務。這 2 個業務處的分工，保障處負責法制、政策及中央機關公務人員提起救濟的保障事件，還有相關中央機關公務人員宣導事項，這些都是由保障處來處理。地方公務人員保障處負責有關地方機關公務人員提起救濟的保障事件的處理以及業務宣導事項等。

## 三、業務概況

在業務的主要概況，我會從 7 個部分來報告：1、是有關保障事件的受理及決定的狀況。2、是提起行政訴訟的情形。3、是程序的參與。4、是有關追蹤保障事件執行的成效。5、是有關公務人員保障制度宣導的狀況。6、是減低各機關人事作業瑕疵的作為。7、是有關研究改進保障業務實際執行的情形。

### （一）保障事件受理及決定情形

保訓會從 85 年 6 月 1 日成立，當時因是草創，還沒有相關的法令執行的依據，一直到 85 年 10 月 16 日保障法制定公布之後，有關公務人員保障業務的推動執行，才有統合性的規範及依據。而實際上對於保障事件的處理，是從 86 年才開始真正在處理。從 86 年到現在本會所受理的保障事件，已經超過 9 千件，在這 9 千多件中，如果從機關屬性上面來看的話，中央機關公務人員提起救濟的事件，所占的比例超過 59%。地方機關公務人員提起救濟的事件，所占比例超過 40%，這是從 86 年到現在大約數值。如果從中再去做區分的話，目前本會所處理的保障事件分為 2 個類型，一個是復審，一個是再申訴，申訴是在各機關做處理。復審的部分，從機關屬性上面來做區隔的話，中央機關公務人員提起復審的案件大概超過 79%，比例相當的高；地方機關公務人員提起救濟的復審事件，大概是 21%；如果是再申訴事件的話，情況剛好就有點相反，中央機關公務人員提起之再申訴事件比較少，所占的比例是 43%，地方機關公務人員提起救濟的再申訴事件，所占的比例就達到 57%。以上的數據，也可以讓我們做一個省思，為什麼中央機關公務人員提起救濟的復審事件比較多？而地方機關公務人員提起救濟的再申訴事件之比例會比較高？當然在案件的處理上，本會也會去檢視到底為什麼會有一個這樣的差異？最近立法院剛三讀通過公務人員行政中立法，該法的制定公布，對於公務人員權益的保障，將更進一步。但是在執行面上，則需要大家一起來努力，因為行政中立的執行是會比較困難一點，有時候可能會牽涉到政治的層面，當然公務人員所標榜的還是依法行政。

## （二）提起行政訴訟的情形

保障事件的處理雖然已經達到 9 千多件的件數，實際上本會的案件分為復審及再申訴，針對復審的決定結果不服是可以提行政訴訟的，而再申訴是不能提行政訴訟。復審事件提起行政訴訟的比例方面，復審事件的決定會有 3 種狀況：撤銷、駁回，或是對於機關的不作為，要求機關在一定的時間之內，大概 2 個月內要做一定的處理。一般來講，如果對於撤銷或要求機關做一定處理的狀況，大概都會要求機關在 2 個月之內做執行的回復。當事人比較不會去提行政訴訟。如果是駁回的話，當事人會去提行政訴訟的可能性就會比較高一點。本會累計所作撤銷的決定，從 93 年到 97 年這 5 年當中，作成撤銷決定的案件，累計有 900 多件，撤銷的比例、大概是占有所有決定案件的 10.9%，這是平均值。每一年撤銷案件的件數是有增加趨勢，但這不是本會所希望的。本會的目的是要督促機關依法行政，雖然撤銷件數有增加，但是本會受理的件數，如果增加的話，撤銷率還是會有降低的狀況，平均下來，這五年的撤銷率大概是百分之 10.9%，這是在撤銷的狀況。

另外，案件處理的狀況從曲線圖上面可以看出，本會受理的案件處理從 86 年開始，86 年受理的案件是 300 多件，一直到 92 年突然增加到超過 900 件，到 95 年、96 年的時候又暴增到超過 1200 件，到 97 年稍微降下來，大概回到 900 件的水準，這是到 97 年的一個狀況，98 年前 4 個月收件數是 260 件。最近這幾年收件的平均值大概是 1 千件左右。大家可能會想，為什麼 92 年的件數突然增加？

這是因為保障法修正的緣故。保障法 85 年制定公布，到 92 年的時候作修正。92 年修正之後，取消了再復審的制度，復審事件就全部由保訓會統一受理，未結案的復審事件全部都移到保訓會來處理，所以案件數就突然增加，增加到 900 件。在 95 年、96 年的時候，在座有些人事主管可能就很清楚，為什麼 95 年及 96 年會一下子就增加到 1200 件呢？這是因為 18% 優惠存款案件所造成的，增加到 1200 件。那大家也知道為什麼只有這 2 年增加，因為有關 18% 優惠存款案件，退休公務人員和銀行簽約的期限就是 2 年換約。銓敘部在程序上的處理上從 95 年 2 月開始一直到 97 年的 2 月，這樣的一個循環剛好是一輪，剛好是 2 年處理的一個狀況，所以 97 年開始 18% 優惠存款的案子就少了，因此，97 年案件量才又稍微降下來。我們預期保障事件的件數只會一直往上提升，以後案件不可能減少，尤其現在公務人員的權益意識高漲，有人事主管可能會想說是不是保訓會宣導的一個成果？當然宣導有一些作用，但是基本上這個作用只是提醒公務人員他有哪些權益可受到保障，更重要的目的是督促機關處理業務要依法行政，如果能依法行政的話，大概就不用怕公務員提起救濟，當然現在公務人員的權益意識高漲，如果他認為他的權益受損，也一定會來提及救濟，這個是未來的一個走向。公務人員提起救濟是他的權利，在保障法的第 6 條增列了一個規定，就是要特別告知機關，公務人員提起救濟是保障他的權益。我們希望各機關不要因為公務人員提起救濟，就給他做一個不當或不利的處分或管理措施，阻礙公務人員提起救濟，這就是我們在保障法第 6 條特別增列的一個宣示，也請各位人

事主管稍微注意這個規定。

在復審駁回的狀況，有提行政訴訟的，從 93 年到 97 年，最近這 5 年中提起行政訴訟的件數，累計大概 800 多件，平均不服率 32.6%。再申訴事件在保障法的規定裡面，其審理程序是到本會就終結了，不能夠再救濟。但是也有少數的案件會提行政訴訟，這個部分就不列入統計報告的範圍。而近 5 年就復審事件提起行政訴訟的案件，到 97 年為止收到高等行政法院裁判計有 914 件，其中被撤銷的有 53 件，撤銷率約 6%。撤銷的原因有很多種，有些是屬於法律見解的爭議，當然法律見解的爭議有時候是見仁見智。但因行政院所做的裁判對各機關是有拘束力的，所以各機關還是要遵循。如果單就各年的撤銷率來看的話，本會在 97 年被行政法院撤銷案件的比例相當的低，總共只有 7 件，所占的比例為 2.7%。

行政院所撤銷的案件，如果是屬於事實認定差異的話，提示本會在處理業務時，要再進一步去探究事實。在案件的處理當中，雖然本會已經很慎重、很詳細的去探究整個案件相關的過程，就機關認定的相關事實、依據，會去做一個認定，但有時候可能機關所提出來的一些證據資料，並沒有完全提供給本會，所以在審理上面難免就會有一些沒辦法兼顧到的地方，所以事實認定的部分，如果有類似的狀況，也是本會未來要再加強的部分。事實認定未來應加強的方向，就是會儘量讓當事人和機關做程序的參與。

### （三）程序參與

未來本會在審理時，將讓當事人跟機關擴大參與，這有助於釐清相關事實的爭議及法律適用上的困擾，這是本會所做加強的部分。在程序參與，大概可以從 4 個部分跟大家做一個報告：

## 1、陳述意見

本會在處理業務當中，經常會邀請當事人或相關機關派員到會陳述意見，陳述意見本會所採用的比例會比較高一點，因為本會所處理的是公務人員和機關的爭議，這種爭議，有些時候在處理程序上不能太過於僵硬，如果太過僵硬的話，對於案件的處理，可能不是一個好的現象，對於當事人權益，可能也會沒辦法真正達到保障的目的。而從 86 年到 97 年，累計共有 868 件，有邀請當事人跟機關到會陳述意見，平均一年是 72 件。今年 98 年 1 月到 4 月，邀請當事人和機關到會陳述意見件數為 24 件，5 月份的資料還沒統計進來。如果各位有機會到本會陳述意見的話，大家應該看的出來，陳述意見的進行，大部分是在保障事件審查會來處理，保障事件審查會就是由本會的副主任委員主持，所有的專任委員參與，對案件做一個初步的審查，案件審查之後，才會提到委員會去做最後的審議決定。

## 2、言詞辯論

件數比較少，因為言詞辯論程序的要求比較嚴謹，需要當事人和機關代表，雙方在場互相論辯，既然是處理公務人員和機關的事務，有一些狀況是不太適合公務人員和機關代表雙方論辯，因為雙方論辯難免會有一些情緒上的反應，所以在言詞辯論的採用上比較少。大部分會先判斷

是不是屬於法律層面的爭議，如果是法律層面的爭議的話，就會比較有言詞辯論的價值。從 86 年到 97 年，本會累計進行言詞辯論的件數是 9 件，今年 5 月份就有 1 個案件進行言詞辯論，但還沒作成決定。

### 3、查證

這是保障法第 8 條行政調查權的運用。查證是由保訓會派員到相關的機關訪談相關人員或調閱相關文件，程序上因為要比較慎重，所以都會經過本會委員會決議同意之後，才會派員去查證。進行查證時，會請本會專任委員率同保障業務相關同仁，到機關去調查。從 86 年到現在，總共才 46 件。

### 4、調處

調處機制，它是在再申訴程序裡面所運用的。調處的案件是保障法 92 年 5 月修正之後才增加的。保障法當時加進這個調處制度的目的，基本上是為了要讓公務人員跟機關的爭議，雙方能夠坐下來靜心的談，看看是否能夠達到雙方最大和諧的可能性，這是制度的目的，有一點類似民事調解制度，避免雙方衝突擴大，所以調處的用意非常好。但是從 92 年到現在，經過調處的案件總共才 5 件，為什麼件數會這麼少？在這 5 件裡面，有 4 件調處是成立的，其中 1 件調處是不成立的。各位如果在本會的網站查看統計數字時，可能會發現調處案件數只有 4 件，怎麼這裡的數字有 5 件，那就是因為其中有 1 件調處是不成立的。調處不成立的話，本會還是繼續再申訴審理程序及作成決定；調處成立的案件，就會終結其審理程序。調處到現在才進

行了 5 件，原因在於調處只限於再申訴事件；復審案件占總案件數的比例比較高，但是，復審事件在現行的保障法規定是不能進行調處，所以調處的件數自然就不多。此外，也要考慮有一些狀況是不適合調處的，像考績事件就很難去調處，這是高度屬人性判斷的問題。而像是工作指派、調任這一類的情況，就比較有可能進行調處，所以它的件數就會比較低一點。

#### （四）追蹤保障事件執行成效

依據保障法第 91 條及第 92 條規定，本會撤銷的案件或是要求機關做一定處理的案件，相關機關都應做執行情形的回復。從 86 年到今年 4 月，本會所做撤銷決定的案件件數，累計為 1,167 件，這裡面需要做執行情形回復的案件有 946 件，其中已經回復的有 943 件，只有 3 件還沒有回復；這 3 件都還沒有超越回復執行的期限。非常感謝各機關都能夠依照本會決定的意旨去執行。

#### （五）宣導保障制度

為了強化保障制度的基本認知，也就是要讓公務員知道什麼是保障制度，本會陸續辦理了相關的研習活動。另外亦編印相關書籍及資料，公開相關保障事件資訊，這是我們業務推動主要重點之一。從 85 年到現在，本會每年都會派員到各機關去講解公務人員保障制度或舉辦巡迴研習活動，累計宣導場次超過 500 場，參與保障制度宣導研習人數已經超過 10 萬人，這是本會業務宣導的成果。在編印宣導書籍資料的部分，去年年底本會編印了保障法規釋例彙編以及行政法院裁判撤銷分析等書籍，這個都是為了促

進保障業務的處理，所提供給各機關的參考資料。另外提供給公務人員參考的像公務人員保障法規，還有就是公務人員保障法百問等等，本會會隨時去更新資料，並適時提供給公務同仁來參考。在資訊提供的部分，所有本會所作成的決定，或者是本會的法規、釋例、解釋等，都會公布在本會網站，決定書也會刊登在考試院公報上。以上資料，除了會公布在本會的網站，也會隨時做更新，以達到資訊公開的目的，使全國公務人員都能迅速獲得保障業務相關重要訊息。

#### （六）減低各機關人事作業瑕疵

本項最主要目的就是要促進各機關人事業務依法行政的合理發展，大概分 3 個部分向大家說明：

##### 1、作成附帶決議，促請檢討相關規範，改正缺失

在案件的處理過程，如果發現機關相關作為所依據的規定或是內部的規則有缺失或不合時宜的情形，本會就會作成附帶決議，促請相關機關檢討，這個附帶決議不會給當事人，只會發送相關的機關。從 86 年到現在，本會作成附帶決議的件數有 52 件，這 52 件本會都有進一步追蹤，大部分的機關都有根據我們附帶決議的內容，去改進相關作業的規範。

##### 2、彙整常見撤銷原因並作類型化分析，督促依法行政，疏減訟源

本會每一年都會做的，大概是在每年 1 月或 2 月的時候，針對前一個年度本會所作撤銷決定的案件為類型的分

析，編印後發送給全國各機關參考，其目的就是要督促各機關能夠依法行政。各機關都能夠依法行政，公務人員的權益當然就能夠獲得保障，也就可以疏減訟源，這是我們第 2 個作為。

### 3、重視個案之不同意見書

在案件的處理決定上面，本會的委員，尤其是專任委員在審理案件時都非常的仔細，有些案件可能會提出不同的意見，本會委員會是採取多數決，由多數來做一個決定，有時候多數的意見可能會遷就於現實，但是有一些狀況是必須相關機關都要去重視的，委員就會在不同意見書裡面特別提出來。不同意見書是附在決定書後面，當事人如果去提行政訴訟，有些案件行政法院可能會採納不同意見書的見解，故要提醒各人事主管同仁在處理業務的時候，對於本會所做的不同意見書，可能也要稍微重視、關注一下。從 86 年到現在，我們有作成不同意見書的件數有 147 件，本會委員所提列的不同意見書，都會有學理的依據及邏輯的論證，這個部分是有相當大的參考價值，請各位人事主管多予重視。

#### （七）研究改進保障業務

重點項目就是召開保障法制研討會及座談會，另外就是辦理專案委託研究及辦理專題講座。接下來就這 3 個部分跟大家做說明。

#### 1、編譯各國保障法規及資料

早期本會是有編譯各國的公務人員保障法規，這個編譯

工作是在 87 年到 89 年間進行的，這個期間總共完成了 7 本，包括日本、大陸、法國、美國、德國、加拿大及英國等 7 國公務人員保障法規及制度，89 年之後就沒有繼續編譯。因為已經經過了將近 10 年的時間，未來可能會再進一步看看現在一些先進國家的公務人員保障法規制度的進展程度，可能會再進一步的蒐集編譯。

## 2、召開保障法制研討會及座談會

從 86 年到現在，本會總共辦理了 32 場，這 32 場大部分都是座談會，研討會比較少，因為研討會他的場面會比較大一點，像今天就是屬於研討會。而座談會，可能會找專家學者，可能就是 10 多人至 20 人來一起座談。座談會主要就是擬定相關的議題，針對實務執行上所碰到的狀況隨時去處理。研討會規劃時間會比較長，像最近這幾年本會所辦的研討會，例如 95 年及 97 年就與東吳大學共同辦理大型的法制研討會。在此跟各位預告，本會明年 2 月初將辦理一場大型的法制研討會，也會跟大學來合作辦理，請各位密切注意相關訊息。

## 3、專案委託研究

從保障法公布制定之後，每一年本會都有委託專家學者做專案研究，從 86 年到 97 年，每一年都有一本專案委託研究，已經有 12 本委託研究。其中 96 年是有關保障法，保障項目的檢討與發展，97 年是保障法修法研議，保障對象跟救濟類型的研究。這 2 個就是今天提出來跟大家一起探討，未來保障法修法方向的研究。這是本會準備修法的工作，歡迎大家在分組討論的時候能夠知無不言、言無不

盡，儘量提供相關意見。

#### 4、辦理保障法制專題講座

這個專題講座是屬於本會同仁組織學習的講座，會邀請學者專家到會裡做專題的演講，演講的範圍大概都是有關在人事行政這個領域裡面法制或法律的爭議。從 93 年 12 月開始辦理累計到 97 年，總共辦理了 24 場，98 年預定辦理 5 場，目前已經辦理了 2 場，分別是在 2 月及 4 月各辦理了一場。先跟大家預告 6 月 12 日，本會預定邀請臺灣大學蔡宗珍教授做專題演講，專題演講題目是撤銷違法行政處分的限制，各位有興趣的話可以共同來參與。以往本會的專題演講只限於考試院院、部、會的同仁，但是從今年 4 月份開始，本會所辦理的專題演講，已經把它擴大到北部地區中央機關的同仁，希望也能共同參與。

#### 四、規劃保障法再次修正

因為時間關係，我簡單跟大家做個報告，我們今天的討論方向可以歸納成三個部分，一個是保障對象；一個是保障事項；另一個是救濟程序。

- (一) 在保障對象部分，現行法採取的是列舉式，列舉的方式會不會比較狹隘？會不會在有一些狀況的適用上會有一些困難？此外，區分適用對象和準用對象，這樣的區分到底是不是一個周妥的方式？又對於再任的人員，因為再任的人員他已經不是公務人員，他來申請再任所生爭議，要不要再納進來保障對象的範圍？

- (二) 在保障事項部分，像因公涉訟輔助，對於檢察機關認為不起訴的再議，或者是案件確定之後的再審、非常上訴，這一類的涉訟輔助要不要放進來？應否給他涉訟輔助？另外一個比較新的議題「性騷擾事件」，對於性騷擾事件的成立與否，本會現行的處理方式，如果性騷擾事件的成立時，機關對公務人員做出一個處分或管理措施之後，受處分的當事人不服時，可以依保障法程序提起救濟。但是對於公務人員間性騷擾事件成立與否的爭議，要不要放進來保障事項的處理範圍？這也是可以做一些探討。還有慰問金發給的條件，要不要再進一步的放寬？
- (三) 在救濟程序部分，現行調處只有適用在再申訴事件，要不要擴大到復審事件也能適用？調處像民事調解或是訴訟上的和解，制度的目的是很好的。我們在處理業務的時候發現，有些復審事件反而適合做調處。而復審事件在行政法院可以進行和解，但為什麼本會不能夠先去進行調處？這部分是不是有可以檢討的空間？還有再審議目前只限於復審事件，再申訴事件不包括，沒有準用。再審議要不要把再申訴放進來？也是可以做探討的。另外是涉及第三人效力的事項，比如說陞遷的案件，可能會涉及到第三人效力的，現行保障法並沒有參加制度，要不要把參加制度也考慮進來？又保障法現行的規範，大概偏重於撤銷型的救濟，要不要考慮將課予義務、確認、或者是給付的這些救濟類型也放進來？均有值得做一些探討的地方。

因為時間的關係，僅簡單跟大家做這樣的報告，謝謝大家，祝大家一切順心。

### **黃副處長秀琴：**

在此提醒各位同仁，提供公務人員執行職務良好的機具設備跟工作環境也是各機關的責任。接著我們要進行分組的研討。第一組的場地就在這裡，第二組的場地是在本會 7 樓會議室。第二組的同仁請跟著指引到保訓會 7 樓會議室。

### **玖、第一組分組討論**

#### **邱委員華君：**

首先非常歡迎大家能夠撥冗參加本次保訓會舉辦的 98 年保障法修法芻議研討會的分組討論，我想先向各位致上最高的敬意和謝意。本場次分成 2 個階段進行，第 1 個階段是屬於引言報告，將由陳耀祥教授進行報告。第 2 階段是議題的討論，議題討論有 2 項，就是保障對象及保障事項，保障事件第三人參加制度，至於第 2 階段待會再進一步說明。首先引言報告是由臺北大學的陳教授，就接受本會 97 年委託研究案的保障法修法研議，保障對象以及救濟類型制度研究的研究結案報告，作為引言及指導。陳教授是德國海德堡大學的法學博士，專攻憲法、行政法、資訊科技法、媒體法、經濟法及國家學，目前是國立臺北大學公共及政策學系的專任助理教授，發表學術論文及專書著作外，也參與了行政機關多項的研究計畫，具有卓越的貢獻，我相信陳教授所作的引言報告可以帶給各位與會人員

就保障對象及保障事項、保障事件第三人參加制度方面的啟發與分享，因時間關係我們先請陳教授做引言報告。

### **陳教授耀祥：**

很高興也很榮幸接受保訓會的邀請來跟各位報告97年度我們所做的保障法修法研議，也就是保障對象與救濟類型的研究成果。主辦單位大概給我20分鐘的時間，因為這個研究成果也有一定的內容，所以我簡要的跟各位講一下我們去年研究的成果。基本上，我們研究成果大概就是朝幾個方向去進行，就保障對象來講，我們研究結果是認為應該要擴大保障的對象。大家都知道，公務人員保障制度是對於公務人員，為國家執行公權力重要的保障機制，當然，目前來講的話，不可諱言的，我們公務人員制度跟其他國家比較起來，在定義上本來就是有點複雜，各位在考國家考試的時候也都知道，公務員的定義有多廣！每個法律規定定義的範圍是不一樣的，也因此來講，在保障法的適用對象跟準用對象的規範，到底要不要進一步做調整？還是說要用一種列舉的方式？還是用一種立法概括的方式？當然這個是見人見智。基本上，經過這個研究結果，我們認為保障法的公務人員是有擴大適用的必要。目前保障法適用對象是以公務人員任用法（以下簡稱任用法）的概念去界定公務人員的概念，我們研究的結果認為應該要採用公務員服務法（以下簡稱服務法）的概念可能會比較妥當點。為什麼呢？因為各位知道服務法裡面，給予公務員非常多義務上的規範，就適用義務的規範來講，保障的範圍卻比較侷限於任用法的公務人員概念，這樣可能有權

利跟義務不太對稱的地方，所以我們認為有擴大適用的問題。各位都知道，服務法裡面包括像第 5 條，有所謂保持品位的義務，規範對象除了受有俸給文武職人員以外，還包括公營事業機關的人員在內；可是在保障法的部份，似乎又有些東西沒有被納進來處理，所以我們認為在這部份來講，似乎有需要稍微調整一下，至少在我們的研究計畫裡面，我們把這範圍建議是擴大到行政院還有所屬機關的約僱人員，這些進用的約僱人員，還包括各級學校的校長，還有公營事業當中，所謂依行政內部規章任用的這些人員等等。但除交通人員以外來講，基本上是從保障目的的角度切入，希望就是除了身分上是適用任用法進來的以外，依照其他法律或規定所進用的其他人員，他所執行的權力很多也是公權力行為，行使這些公權力行為，你課予他像公務人員一樣的比較嚴格的義務，相對來講，保障的部分基本上應該也要給與適用，這樣才會有權利和義務相稱。

另外一個比較重要的部分就是救濟程序部分。大家都知道，保障法的救濟程序，基本上來講，我們整個研修的方向是配合行政訴訟法的修正來提供給公務人員更完整的救濟途徑。也就是基本上來講，保障法能夠朝所謂訴訟化這個角度來思考這個問題。當然保訓會是考試院的機關，它不是法院，但基本上來講，行政救濟不是到保訓會這一塊而已，很多案件除了在保訓會這裡處理以外，很多的情況是到法院去。到法院去的話，既然行政訴訟法有很多相關的修正，尤其在訴訟類型有很多的增加，目前來講，保障法反而在這個部份並沒有隨著訴訟類型的增加而增加救濟的類型。雖然公務員提起的保障事件裡面，許多都是所

謂行政處分案件，一般在行政訴訟是提撤銷訴訟。不過在保障事項裡面，有很多涉及到財產權的部份，例如，公務員在各種公法上的給付的爭議，既然我們行政訴訟法有增加除了撤銷訴訟以外的課予義務訴訟、一般給付訴訟及確認訴訟等類型，我們的研究結果是認為，保障法可以跟行政訴訟法配合進行相關的修正。在訴願法方面，基本上來講只有以行政處分為所謂的救濟對象，在這點我們覺得保障法不見得要跟訴願法一樣。

第二個來講，是所謂強化保訓會的專業判斷機制。就我們研究內容，綜合包含我們國內的資料，還有日本跟德國兩個國家的比較研究，我們保訓會基本上是一個非常專業的人事保障機關。它有具各方面專長的專任委員來所進行專業的判斷，我必須說，在整個人事行政方面，尤其在公務人員權利義務保障事項上，我敢說保訓會這些專任委員絕對比行政法院的法官來的強。因為行政法院的法官基本上來講，是受所謂一般法官的訓練上來的。像行政法院，他並沒有專門針對人事行政或公務員這個部分，有所謂的專業的法庭，公務員所有的人事訴訟，基本上到法院去也是一般的分案。行政法院的法官當然有些是非常專精，不過大部份這些法官的出身大概都是民、刑事訴訟出身的法官比較多，不見得那麼地熟悉行政法，尤其是公務員法。各位知道公務員法是在行政法各論裡面相當重要而且專業的一塊。所以我們基於這個思考認為，就是除了保障法應該配合行政訴訟法的修正來銜接以外，另外就是強化保訓會的功能，也就是把關的功能。保訓會這裡可以做的重要部分，就是強化行政機關自我審查的機制。因為保訓會還

是屬於考試行政的一環，要避免所謂公務人員動輒跟機關對簿公堂的情況，因為畢竟我們公務人員跟機關之間、國家之間，尤其跟國家之間，是有所謂公法上的勤務關係、忠勤關係存在。這是就行政倫理上來講，不是純粹從法律的角度來思考，是包括其他方面相關的行政倫理的考量。所以我是覺得在保訓會的強化功能方面，這點是非常重要的，就是強化自我審查的機制。第二個就是我們剛剛所講的，基於人事行政專業性的考量，專業機關由保訓會來處理，強化保訓會的功能，其實可以更有效的來解決人事方面的爭議。

第三個是減輕法院的負擔。各位知道法院的司法資源是有限的，雖然憲法第 16 條裡面規定人民享有訴訟權，但因為司法資源有限，不可能無限制擴張法院的規模。可是行政訴訟越來越發達，行政訴訟的量也越來越多，行政訴訟案件類型增加，相對來講現在行政法院的案件量非常大，尤其是稅務案件、專利案件等有關的行政訴訟。如果我們行政機關裡面，針對國家跟公務員之間所謂公法上的勤務關係，可以藉由自我審查的機制來有效的解決，降低所謂的案件數量的話，其實一方面可以減輕司法資源的負擔，另一方面也可以達到行政機關自我審查和糾正，對於案件的釐清是有幫助的。透過強化保訓會的功能，可以建構更完整的救濟體系。畢竟在整個行政機關來講，不管在審議或判斷功能上，他可以從專業、從行政這個角度來思考，這個跟法院單純僅就所謂法律爭議思考來講，可能會更周延，這是我個人的看法。在救濟類型方面來講，有一個很重要的部分就是關於復審類型增加的問題。各位都知

道，我們現在復審，還有申訴、再申訴這 2 個救濟程序類型，我們所謂的行政訴訟的審判權的範圍是擴及到所有公法上的爭議，也就是說法律有特別規定以外，所有公法上的爭議都是屬於行政訴訟。什麼法律上特別規定以外呢？譬如說像國家賠償，這是屬於普通法院去審理，譬如交通異議案件，這也是普通法院來受理，或者是說選舉訴訟裡面的當選無效、選舉無效的訴訟，這個依照公職人員選舉罷免法，也是由普通法院受理，除了這些法律特別規定以外，所謂公法上的爭議，都是由行政法院來處理。因為訴訟類型的增加，行政訴訟裡面除了所謂的撤銷訴訟外，課予義務訴訟、一般給付訴訟、確認訴訟、合併請求損害賠償訴訟、還有維護公益訴訟等。行政訴訟裡面，除所謂選舉罷免訴訟之外，也有其他選舉訴訟，也可以看的出，在行政訴訟裡面，我們行政訴訟法提供給人民救濟的途徑相當的廣泛，這幾乎可以說是從德國的行政法院法直接抄過來的。你可以開始想像到人民跟國家之間，只要有公法上的爭議，幾乎各種類型的都可以請求救濟。就是在具體化憲法第 16 條訴訟權的保障，目前行政訴訟法是做的相當的不錯。相對來講，在所謂國家跟公務員的關係這部分來講，目前復審原則上只限於撤銷原來的行政處分而已，也就是撤銷復審的部分，還有課予義務復審的二部份而已。其他包括所謂一般給付的復審、或確認復審，或其他合併請求財產給付的部份，相對來講法律上並沒有規範。當然各位知道，為什麼人民與國家間，還有公務員與國家間的整個制度設計上會有一點落差呢？各位都瞭解，傳統上因為國家跟公務員之間長期受特別權力關係這種觀念的影響，甚

至在司法院釋字第 243 號解釋以前，公務人員連被免職處分都不能請求救濟。但這種觀念，透過司法院釋字第 243 號、第 298 號、第 323 號及第 491 號等等相關解釋之後，只要是對於人民服公職權利有重大影響的，都可以請求救濟。為實踐法治國的思想，在公務員救濟這一塊，似乎有強化的必要，所以我們認為復審的類型必須要去思考到這一點。對於復審跟申訴、再申訴這種類型的區分要不要維持？其實我們的研究也有一些討論。目前來講，屬於人事上的行政處分才可以提復審，其他所謂內部的管理，或是工作條件上的處置，則去提所謂申訴、再申訴，而不是以有沒有違法性的問題去思考，這種分類方法也會產生一些模糊或灰色的地帶，而產生實質上的爭議問題。當然要改革並不是一步到位的，必須要衡酌整個行政機關，還有整個公務人員救濟制度去逐步調整和思考，所以後來討論的結果，還是維持現行的復審及申訴、再申訴的雙軌制度。當然在整個制度上來講，尤其是申訴、再申訴這部分，我們目前來講不管是違法或不當，只要是管理措施就是屬於申訴、再申訴，必須是行政處分才可以提復審。我們研究裡面是認為除此以外，其實不乏有可能會涉及到人民基本權利的問題，像這個部分就會涉及到說是不是要保留在申訴、再申訴這一塊，還是應該要把它調整到復審這一塊，可能會有不同的想法。譬如以工作地點來講，我們目前還是工作條件上的處置而已，可是工作地點有時候對一個公務人員的服公職還是會產生重大的影響。不可否認的，比如說你本來是在臺北工作，你的家庭都在臺北，突然給你調到什麼東沙、南沙去，其實對你的家庭生活會產生非常

重大的衝擊，那當然不是每個機關都會這樣，我舉的例子是行政院海岸巡防署（以下簡稱海巡署）。據我所知該署人員調到東沙、南沙，好像是增加福利，加給會增多，所以他們有很多人很樂意去。可是有些行政機關人員，你給他調到離島去，他會覺得影響到家庭生活，那家庭生活是不是憲法上基本權保障的價值？當然是。各位知道，家庭與婚姻制度在司法院釋字第 552 號、第 554 號解釋裡面都有提到，這是憲法制度性保障，如果你給他調職，搞到他家破人亡或者離婚收場的話，這會不會影響到他的基本權利？就會出現這個問題。包括剛剛李處長在前面報告所提到今天有個討論題綱是性騷擾的問題。性騷擾可能也涉及到個人的人格尊嚴、身體完整性，或者是人格權的保障，這也是憲法上的基本保障，可是似乎如果它不是行政處分的話，你只能用申訴、再申訴，不能復審，到保訓會這一關可能就沒有了，這個樣子就整個公務人員保障來講是否周延呢？這個當然是見人見智，也請在實務界的各位，很多人在第一線從事人事行政工作，提出你們的高見，讓我們可以來共同討論。

另外一個在救濟程序裡面來講很重要的，就是暫時性的權利保護。暫時性的權利保護其實在我們其他訴訟法裡面都有，包括行政訴訟、民事訴訟及刑事訴訟都有相關的規範。甚至大法官在解釋案件的時候，在司法院釋字第 599 號解釋裡面也肯認大法官有作成暫時性權利保護制度的權利。基本上，我們認為保障法在暫時性權利保護這部分有進行改革的必要。暫時性的權利保護制度，是否要改為假處分？這個假處分有時候會有一些，比如說會涉及到一些

陞遷或是競爭訴訟的問題，可不可以提假處分？另外一個是不論是復審或申訴制度，都要增設假處分的程序。而假扣押部分，目前的制度有，但是假處分不是財產的，就涉及到一些陞遷，或其他非財產上爭議的時候，一般有提供假處分的必要。

第三個是在實務運作裡面關於停止執行部分，所謂的審查基準，似乎也可以再做更細緻的討論。我們都知道，行政處分在行政訴訟法、訴願法裡面都有規範。原則上不管提起訴願或者提起行政訴訟，都不停止行政處分的執行，可是為什麼有停止執行的這個設計呢？基本上是因為可能會有一些緊急的或有一些如果沒有進行暫時性的權利保護，將來可能在權利上有難以回復的情況，所以才需要在要件上進行審查。我們在研究報告裡面，都有提出一些修法建議。基本上，我們是希望透過保訓會的努力，我們在學校這些學者再共同的參與，能夠讓我們公務人員的保障制度，除了實體事項，還有保障對象以及救濟程序，能更臻周延完備。對於為國家行使公權力，來提供各種公共服務的公務員，能夠提供一個更完整的職場上及工作上的一個保護。由於時間的關係，我用簡短的 20 分鐘跟各位報告我們去年整個研究的重要內容。謝謝各位。

**邱委員華君：**

謝謝陳教授。剛剛陳教授就擴大適用的必要、救濟程序類型增加、機關強化自我審查和減輕法院負擔；以及健全整個保障的體系和復審類型的增加，和所謂再申訴和復審的雙軌制度並行，以及暫時權利的保護等等的報告，我

想各位聽了他的說法之後，對於我們公務人員保障制度會有更完整的架構。待會議題討論的時候，我相信各位會有更深切的瞭解和討論的方向，我們非常感謝陳教授。

我們下半場是議題的討論和回應，討論議題是保障對象及保障事項，就保障法第 3 條規定，就是保障對象，以及 102 條，就是準用對象，這樣的區分方式是不是有法律的漏洞？尤其在第 102 條有 5 款的準用對象，是否有構成法律漏洞情形？是否要作修正？比如說公營事業是依照任用法，依法任用之人員為限，是否太過侷限準用保障法的人員的範圍？具有任用資格人員申請再任之事件，是不是可以列入保障法的保障的對象？至於在服務機關對於公務人員間的性騷擾事件處理，是否列入保障事項？我們在性騷擾事件，一般來講是從成立後轉化作成人事行政以後，對於相關行政管理措施可以提起保障，那現在性騷擾事件成立與否，是不是可以列入保障？這部分也可以請大家發表意見。第二個就是保障事件中第三人參加制度，行政處分或管理的措施，常有及於第三人效力；尤其是公務人員的陞遷、派令的標的，所謂一種競爭性的職務，提起救濟常有無法得到實際救濟的情形，是不是可以引進程序參加制度，以解決派令之當事人及其他第三人之參加程序課題？是必要參加還是獨立參加？就是說大家在同樣陞遷序列的，有資格的要同樣參加？還是圈選在 3 名內的可以參加？參加的範圍怎麼去釐定？日後在引進程序參加制度後，各主管機關在辦理陞遷案件時，對於相關的成績和涉及當事人的意見應如何處理？以上，都希望能夠透過各位的討論，對於保障法所衍生的法制和實務上的疑義，能藉

此溝通以及提出建言，得以凝聚共識，提出具體的修法建議，以利於未來保障法修法更加妥適和完善。

**邱委員華君：**

財政部的邱文紅科長，我發現公營事業機構人員案例較多，而你有提出建議，可不可以先拋磚引玉說明一下好不好？

**財政部邱科長文紅：**

當初我們是有請所屬機關來表示意見，那我們蒐集來的意見是針對公營事業機構人員的部分，我們是有一點點疑慮。現行保障法就是以依法任用的人員，就像這樣我們財政部所屬的公營事業人員的管理規定，是用財政部所屬公營金融保險事業人員管理準則進用的，而且從進用到撫卹的管理法規都不是依照法律，那這樣子列入保障法的話，未來在執行上面會不會有問題？另外就是行政院擴大大人事法規鬆綁，目前公營事業機構，都已經可以用公開甄選的方式來進用不具考試資格人員，所以說人員的態樣，就是說在公營事業機構裡面，已經有各式具有考試資格或不具有考試資格的人員；再加上我們所屬的臺灣菸酒股份有限公司，他們裡面的人員，又有從91年開始5年內可以選擇不適用公務人員法規的人員，所以他裡面就已經蠻大部份的人員，都已經選擇不適用公務人員法令的身分，所以針對這些人員未來的保障等等，我們當初就是有一點疑慮。還有現在國營事業管理法草案的規定，對國營事業是採比較放寬，就是法規鬆綁。法制上就是以後的人事管理規定，是由主管機關來制定，再報行政院核定就可以，所

以未來如果說把它納入保障法，這樣子他們權益上的保障跟我們在保障案件處理上，不知道會不會產生問題？

**邱委員華君：**

謝謝財政部的邱科長。接下來是不是請銓敘部為公務人員行政中立法通過後，將來違反行政中立情形可能會比較多，有沒有代表性案例可以作說明的？

**銓敘部林科長文益：**

陳教授剛才提到我們保障法的適用對象要回歸到服務法，我想先回應這一點意見。憲法增修條文第 6 條提到公務人員的保障事項，是憲定的職掌，那它裡面所講的銓敘、退休、撫卹與保障，我們適用對象是不是還要擴充到狹義的公務人員以外的相關人員？這個是值得去思考的。因為憲法已經明定是公務人員保障事項，那我們保障法的適用對象，要不要擴充到公務人員以外？那再來提到我們這個議題說明第 1 點，以公法職務關係來論斷的話，我想考試院裡送出去的公務人員基準法，上次是 95 年的版，會跟國家發生公法上職務關係，是五類人員而已。基準法來講這五類人員裡面，我們是用保障法第 3 條第 2 項排除政務人員跟民選公職人員。政務人員的法制越來越完整，像政務人員法、政務人員俸給條例，還有現行政務人員退職撫卹條例，他們的相關權益都要擬案規劃。我們再看比較現實的案例，過去行政院某部會的主任委員，你要免職他或停職他，他就是不願意自請辭職，不願意這樣做。那將來我們的保障法要不要去保障他？那再來民選公職人員，像民選的地方首長，他的薪級、退職、撫卹，現在地方制

度法授權他要另以法律來定之，行政院去年已經送一個版本到立法院待審，也就是說民選地方首長他的權益是在法律規範的層次，會越來越周延，那將來要不要讓他們也來用保障法來行使權益的救濟？這個我們可以去思考。現行的保障法有適用對象也有準用對象，這是第 3 條及第 102 條，再要擴充的話，是不是未來以比照的方式？我們現行公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法裡面就是有適用、準用還有比照適用的，我們是不是可以去規劃一個比照適用的？這個當然保訓會可以去參考這樣的作法。

**邱委員華君：**

先請教文益兄，你說的比照適用，在政務官才有比照，那它的比照適用範圍呢？民選的公職，就是沒有銓敘的人都叫比照就是啦。如此，範圍會不會較廣些，有探討空間。接下來我們是不是請教育部的蘇義泰主任好嗎？因為在性別平等教育法特別有這部分規定。

**臺北藝術大學蘇主任義泰：**

個人就第三和第四個問題部份提供淺見。第三個問題就是具任用資格人員申請再任事件，那其實目前非現職人員申請再任，其實涉及到考試院未落實考用合一的政策，所以說行政院人事行政局有規定，機關或是學校未填報一定數額以上的職缺及每年高普考分發一定期間之前的職缺是用列管的，各機關學校不能進用非現職公務人員，其實是依法行政的結果，所以造成非現職人員申請再任的權利受限制，如果你給予救濟的話，應該似乎是從檢討職缺列管的政策及法規是否鬆綁來著手。個人是不贊成列為保障

事項。就是說非現職人員進不來，其實是因為法規的限制，未落實考用合一政策的結果，那至於說職缺的列管要怎麼列管，這個部分我覺得是從政策上要先去思考的。

另一個問題就是對於公務人員間的性騷擾事件的處理，是不是列為保障事件的部分。目前保障事項大概分為行政處分、工作條件和管理措施，那有關公務人員間的性騷擾事件的處理，機關學校已經設置性騷擾的申訴調查委員會，調查小組在調查認定的時候，他們的事實認定應該是尊重這個委員會的調查結果，那在教育部所屬學校，譬如教師他們涉及性騷擾事件的話，我們其實為了避免受害人經重覆調查、被詢問的這種二度傷害，所以個人也不贊成列為保障的事項。其他的議題一併提出，再來有關行政處分或管理措施及第三人效力的這部分，個人認為公務人員的陞遷筆試、口試等評分是高度技術性或屬人性的事項，那行政法學界通說是認為應該是尊重行政機關的判斷，是屬於判斷餘地的概念。而且機關學校的選才用人是攸關它業務推展成果。另外一個就是我們派令發布之後人員的資格如果符合規定，在沒有撤銷原處分原來派令之前，實際上已經沒有職缺可以供進用，所以個人也不贊成以有關自身陞遷的第三人派令為標的提起救濟，僅請參考，謝謝。

**邱委員華君：**

剛剛有提到就是再任要從職缺列管來著手，因為他直接列管，當然這個例要先開的話，如果他來救濟，卻沒有列入保障的話，直接列管他永遠不會去檢討。也就是說，

你一定要有給他救濟的程序，救濟程序開了以後，讓他知道我們這部分請各機關要列管，要相關的法令做檢討，他才有機會。如果他沒有列入保障對象，那也沒有機會。我們是從提供救濟程序及機會給他的角度，你是從列管的法律重新檢討的角度，當然這是很好的方法；問題是各機關可能會很難執行，會有困難。因為救濟可以針對個案處理，如果你是直接列管就變成通案，整個法律是通過的。

### **臺北藝術大學蘇主任義泰：**

因為上級機關行政院人事行政局的函釋或規定，其實各機關的人事單位都必須遵守，那職缺列管根本就不能進用，所以在各機關全都變成依法行政，那如果去審議這樣的救濟案件的話，機關的處分都沒有違法或有瑕疵的問題。所以我個人覺得說，如果要保障再任人員的權益，是要先檢討上位階的政策規定，要落實考用合一，要落實到什麼程度？限制機關進用非現職人員，是什麼時候可以開放？機關才有空間說我要來進用非現職人員，請參考，謝謝。

### **邱委員華君：**

方式沒有錯，就是說，因為他現在要申請機關進用。因列管而碰壁，他就沒有機會了。那各機關要怎麼給他有機會說會注意列管職缺能開放，一定有人提起救濟的時候。我們希望這個列管的機關能夠檢討一下是不是能開放的意思。第二個就是性騷擾，的確各機關都有設置性騷擾申訴調查委員會，都是比較專業的，我們最早都是認為尊重各調查委員會，因為是牽涉到非常專業性的考量，他的

行政調查比我們保訓會更專業。如果我們現在再介入，就會變成剛剛講的二度傷害也有可能。那問題就是我們現在有案例發生了，就是機關調查認定性騷擾不成立的時候，機關也不理被騷擾人，不理他的時候，他就到處去告，告到監察院、總統府，最後案件又回到我們保訓會，而且他要求我們一定要做出決定，如果沒有做結論的話，他就要開記者招待會，我們也變成受害者，最近有一案例就是這種情形。我們以前也都是如同你所認為的，轉換成人事行政處置，就是說性騷擾案件成立，有當事人被懲處，你再提起救濟，那沒有問題。但是現在這個案例是性騷擾案件沒有成立，服務機關又不理被騷擾者，仍認定性騷擾不成立，但被騷擾者認為他實際上有受到傷害，他要救濟，於是就向總統府提出救濟。另外你剛才提到有關第三人效力處分救濟的問題，就是競爭性的職務，我想等一下請我們的陳教授來補充說明。

### **勞委會郭主任素英：**

今天非常高興有這個機會來參加我們保訓會對保障法修法的研討會，其實剛剛從李處長的報告之中可以瞭解，85年訂定保障法之後，92年有做過修法的動作，到現在其實也有相當的時間了。保訓會能夠彙整各機關的意見，作為日後大幅度修正保障法的準備，我相信各機關所提的意見，應該是保訓會非常樂意來參採的。剛才邱委員特別提到服務機關對於公務人員間性騷擾的事件的處理，是否宜列為保障的事項？這個部份在98年1月23日修正的性騷擾防治法第13條其實有規定，性騷擾事件相關的被害人是

可以有申訴的一些管道。但是剛才也特別提到，雖然說是當事人如果在有這個保障機制的時候，對當事人可能會有重覆再敘述這些不愉悅的這種情況。但是剛剛邱委員也特別提到，如果沒有這樣子的一個保障機制在，對於受性騷擾事件的被害人，可能在保障的這一個功能上也會有一點疏漏。其實我們依法行政主要的目的是希望保障法，對於相關保障事項考慮的更加周延、更加妥適。所以這個部分我是建議可以把它列為我們未來修正保障法的部份，性騷擾事件的部分是不是可以列為我們保障的對象？我覺得值得深入的去探討。

#### **海巡署人事處李科長進財：**

剛剛陳教授有提到，首先說明一下本署調到東沙、南沙的，大部分都是軍職人員，軍職人員他是沒有選擇的餘地的，叫他到哪邊，他就要到哪邊。前一陣子公務人員行政中立法已經通過了，裡面的適用對象包含了行政機關的軍職人員，還有包含了教育部的軍訓教官在內，但是我們看一下保障法裡面，反而沒有包含到行政機關的軍職人員，那我們到了海巡署之後呢，國防部又把我們剔除在外，因為我們是行政機關人員，那行政機關又說我們是軍職人員，所以我們卡在這邊就很難去提起救濟。對於行政機關的軍職人員來講，他身分上保障也好或是各種保障都沒有，所以我今天來特別選這一組的主要目的就是，希望可以考慮將行政機關的軍職人員納入適用保障對象。因為剛剛陳教授的報告裡面有提到，現在主要是強調公法上的職務關係，事實上我們現在海巡署軍職人員所處理之事務，

也都針對海巡的工作在做，也不是國防的工作事務，所以我建議是不是在修法的時候，也能將這塊列入考量，報告完畢。

**邱委員華君：**

好！謝謝海巡署李科長的建議。我們先請陳教授回應一下。

**陳教授耀祥：**

主持人以及各位人事主管同仁。剛剛各位提出非常多的寶貴意見，在這裡簡單的回應一下，也請各位指教。剛才海巡署的李科長也提到這個問題。海巡署在我們研究人事行政以及公務員法上，是一個非常有趣的對象。這個機關裡面有四種體系，所謂這個不同身分的保障，不同身分的人，他所適用的法規，還有保障程序上不一樣。文職、軍職是個問題，這個問題來講的話，當然不只是組織文化的問題，也不是組織磨合的問題，還包含法規適用的問題。其實，這是一個保障法修法的研討。保障法是我們公務人員法制的一塊而已。不過基本上來講，我們當時修法的過程就是就所有公務員的法制做一個體系性的觀察，來思考現行的公務人員任用、公務人員陞遷、公務人員服務、然後公務人員福利制度等，包括所謂其他的保障，比如說考績，還有其他各方面，進行體系性的觀察。其實保障法也有一個重點，就是身分的問題。為什麼剛在報告的時候有提到說，為什麼我們修法的對象是希望朝著擴大保障對象去思考，當然有一個很大的問題就出在服務法。該法有草案，亦計畫進行修法。有一個很重要的問題是，公務員服

務法課以公務員在履行職務的時候，必須遵守相關的權利義務，尤其是很多的義務，可是這義務不履行的時候，可能會構成一個行政責任，也就是違法或失職，就構成懲處或懲戒的事由。可是公務員服務法裡面要求的對象，跟保障法的對象來講，比較起來服務法的範圍很多是比較寬的。比如說以服務法第 24 條來講，公營事業的服務人員，在保障法準用對象第 102 條第 3 款裡面，它是依法任用的人員，這範圍就不一樣了。這些人要遵守相關公務員的義務，可是當他發生事情、被懲戒或是被懲處的時候，或是受其他各國營事業有關紀律處罰的時候，他沒有保障的機會，他有很多工作上的形式來講跟公權力有相關，可是依法任用的人可以保障，渠等必須要遵守相同的義務，卻不能獲得相同的保障，恐怕在權利義務失衡。當然隨著我們公務人員法制的彈性化，公務員法規的鬆綁，將來這種身分關係的情形、種類、進用的管道說不定會更多元化，在我們的研究計畫也思考到這個問題。在日本他們有官民人才交流的制度，比如我們現在來講的新公共管理理論裡面，你可以從企業界引進一些人才，然後把公務員派到企業界去服務，做人才的交流；尤其是在經濟部或是各種產業政策的擬定，有很大的需求。在公營事業裡面來講，這些人的身分保障你要怎麼去處理？權利義務你要怎麼去處理？年資、考績、退休這方面你要怎麼去處理？這是一個思考點。日本他們透過人事院可以去處理這個問題，將來我們公務員制度進一步的彈性化或法規鬆綁，這個部分就出現問題。萬一公務員派到私人企業有不當行為，可能會被送去紀律制裁，這又要怎麼處理？誰來處理？可不可保

障？這些從企業派來公務機關或行政機關服務的人，如果有一些紀律上的問題，又怎麼處理？誰來負責？所以，我不認為彈性化就一定把保障的適用範圍縮小或怎麼樣。反而彈性化以後，很多的類型的確必須思考，也就是說保障法思考，對於除傳統上狹義的事務官或最狹義的事務官，所謂依法任用這些人，還有所謂準用的這些人員，他雖然沒有依公務人員任用法任用，是依其他的管道進用，可是他所從事的行為是跟國家公權力的行為有關的時候，這個時候如果課予他義務，要不要賦予保障的權利？這是剛剛我們所講的權利義務相稱的均衡設計的思考點。在這個部分來講，當然我們公務員的類型很多，比如說政務人員跟民意代表這方面來講，原則上是不適用這個部分。當然保障法也不可能無限制擴大適用，但是身分的決定是很重要，到底我們要決定具有何種身分的人來受我們保障的範圍？這個就是剛剛有提到所謂非現職人員再任的問題，就是他有沒有身分的問題？他如果有公務人員身分的話，比如說我們保障的原則是具有公務員身分，這公務員當然可能有廣義有狹義。有公務員身分，他因為職務上的行為，有受到不利益或受到懲戒、懲處不利益或者是處罰，這時候才有給他保障的需求。如果他現在雖然有公務人員任用的資格，但他是非現職的公務員，這時候他的身分，回到身分的問題，這個時候他的身分是人民，人民他如果請求就職被拒絕，這是什麼？這是我們憲法第18條所謂服公職權利的問題，這服公職權利的問題就是一個行政處分，依照我們訴願或行政訴訟的制度，其實他一樣可以提起救濟的，只是剛才我們思考的問題在於要不要把他納入保障對

象？還是依照一般人民的身分去處理？這裡恐怕就要思考到，保障法跟一般訴願、行政訴訟這種行政爭訟的區別點在哪裡？這區別點我覺得很重要的一個地方就是在身分關係。如果有公務員任用法或其他的關係存在，跟一個所謂的單純的人民，同樣受到來自國家的行政處分，他的救濟途徑，其實這個不會有漏洞，這是要循保障制度，還是循所謂訴願制度，我覺得基本上來講的話不會有太大的問題。而且如果就我們公務員法制的基本的目的設計來想，如果他沒有限制公務員身分，應該是用人民的身分去處理，這是在法律上會比較清楚。當然這個有不同的看法。

另外一個問題就是關於性騷擾的部份。性騷擾防治法的主管機關是內政部，那性騷擾防治法、性別工作平等法這些相關規定裡面，也有區別所謂在公部門或有些是在私部門，軍公教人員一塊，勞工一塊。勞工這一塊可能就由勞委會去處理，軍公教這一塊要怎麼去處理？比如說教育人員可能由教育部去處理，那公務員這一塊到底要怎麼去處理？恐怕在法制上因為目前在立法上有一些爭議出現，像剛剛邱委員所提的這些問題，也就是說這公務員他是一個加害人，他被懲處是屬於管理措施的情形，可是申訴再申訴的問題，如果是被免職的話，可能是復審的問題。現在問題是說，如果是被害人呢？從性騷擾防治來講，當然不希望這個被害人被二度傷害或三度傷害，可是現在問題點是出在被害人要求救濟，要怎麼去處理這個問題？個人認為是要從整個角度來思考，從身分的角度，他有沒有具有公務員的身分？再來就是有沒有跟服公職權利有關係？當然這個性騷擾是有關係，因為憲法第 18 條裡面所謂

服公職權利，除了應考試服公職，所謂服公職除了考上、被任用以外，國家也有義務提供一個安全的職場環境，讓公務員去履行他的公職，然後去遵守他的義務，國家是有這個保護義務存在的。國家在制度設計上或是在環境維護上，你必須遵守什麼？比如說維護人格尊嚴、人性尊嚴，或維護兩性平等或兩性關係的一種良性互動。如果是加害人他被處罰，那可以。那被害人呢？這可能有不同的見解，我是認為服公職，除了剛我們講的任用以外，還包括一個所謂安全的環境，一個合理的環境來履行他的公職。我覺得從這個角度來講，似乎在整個救濟制度上，應該也要考慮給這些被害人，萬一這調查不成立的時候，有一個所謂的申訴的機會或申訴的管道，我認為是這樣子的，基本上這才符合我們保障的精神。保障的精神是什麼？我們保障法本來就是公務員在職場生活裡面，比如說有受到國家公權力機關或同事或第三人所謂不當或是不法的的干擾或是侵害的時候，國家有提供保護義務，或者保障制度的義務存在，所以保障法的角度應該是從這個角度去思考。當然這個部分包括服公職權利，還包括什麼？還包括陞遷。各位知道陞遷本來就是服公職裡面一個非常重要的權利，因為每個人在職場生涯裡面來講，晉升基本上是追求自我人生規劃一個非常重要的部分，也是我們服公職權利裡的核心事項。當然陞遷因為在我們東方人來講，基本上是比較講求人和，西方人則會較具競爭性，會覺得說他理所當然。比如說這個位子我們三個人同樣都具有相同的資格，為什麼你升他不升我？從德國法的角度來看，這是純粹權利的問題。當然陞遷的決定，本身是具有高度屬人性的判斷，

這有點類似考績一樣。但是判斷並不是說其他的機關、法院不能進入去審查，不是這個意思。司法院釋字第 462 號解釋裡講的很清楚，比如教師的升等也是一樣，教師升等是屬於高度專業性判斷的問題，又比如說像古蹟的指定，都是有高度專業性的判斷。但是高度專業性判斷不是說法院或其他機關不能去監督；而是說這個部分，原則上法院是做一個程序上的一個控制、程序上的一個監督而已，也就是說這個判斷到底有沒有違反法定程序？尤其是違反正當法律程序的要求？這個司法院釋字第 491 號解釋有關一次記二大過免職，有解釋的非常清楚，除了公務人員考績法第 12 條所謂免職構成要件要有法律上依據，這後來考績法有修改。除需符合法律的要求之外，使用不確定法律概念時，要符合法律明確性的要求；作成這個考績懲處的時候，必須遵守正當法律程序的要求，作成考績的委員會立場要客觀、公正；組織上要求要有立場客觀公正的考績委員會，然後要給當事人陳述意見的機會、調查證據的機會，或者是說作成決定要附據理由，要有教示制度等等，這是一個正當法律程序的要求。性騷擾也好或是其他競爭訴訟也好，一樣都會有正當法律程序的要求。我們剛剛講過的競爭者事件裡面，我覺得陞遷權本來就是公務員服公職的權利。基本上如果我都符合，比如說我們今天被遴選有三個人，要晉升一個，如果說客觀條件上都一樣，為什麼升甲沒有升乙？我覺得在整個保障事件裡面設所謂的競爭事件，這並沒有不法也沒有不當的問題，這本來就是在具體化憲法第 18 條所謂服公職權利一個非常重要的制度，公務員用不用那是另外一回事，但是我覺得這個制度是應該要

有的。當然這會連結到一個問題，就是我們剛才所講暫時性權利保護的問題。我們可不可以停止執行？就是派令發下去可不可以停止執行？保訓會到目前為止從來沒有停止執行的案件，為什麼？因為基本上來講，保訓會還是尊重原決定機關的專業判斷，這是具有高度屬人性的判斷；甚至於你到法院去，可能會涉及到所謂行政保留的問題。因為人事本來就是在行政權裡面一個非常重要核心事項，只要程序上沒有違法，原則上來講，法院還是一樣會尊重行政機關的決定，這個判斷餘地，這是所稱的行政保留，不是法律保留，是行政保留的權限範圍，行政機關有相當大的判斷空間存在。至於我們剛才所講的理論上的這些脈絡，我們在整個研究計畫裡面做出這樣的研究建議。當然這個研究建議，比如說在財政部所屬國營事業或是像其他經濟部所屬國營事業，對於保障的這個部分，或是跟各個機關的保障實務其實有所落差。我不曉得今天有沒有行政法人的代表？行政法人將來人員的進用，比如說它是用契約進用，這個將來要怎麼樣去處理？既然是行政法人，雖然他是低密度行使公權利力，可是它的事項很多還是跟公權力有些關係，雖然管理上是另一套法律措施，可是如果當行政法人的人員受到侵害的時候，或者他覺得權利受到侵害的時候，到底他是要用勞工的身分去處理，還是用所謂公務人員去處理，這是比較有趣的問題。因為行政法人它不是純粹的行政機關也不是純粹一般的私人企業，它是一個中間類型的組織，基本上我們希望它是仿效企業去經營，講求績效以及財政、人事的鬆綁跟自主，可是行政法人有履行公法上或是公共的任務存在，我們法律上還是課

予它很多的義務存在，那人員要怎麼去處理？所以我是覺得在保障法裡面，像這個部分，當然因為行政法人對我們來講目前還是實驗階段，但是在日本，獨立行政法人適用範圍非常廣，他們有一套制度存在，那我們將來在保障的對象裡面，到底要不要把它納入準用的對象，這個其實也是個思考點。

就剛剛海巡署這個案例，其實是全世界很少有的案例。因為一個機關裡面有各路不同人馬，有軍職跟文職，又包括所謂身分保障，又有可能有其他問題，因為軍職人員還有所謂國家考試的問題，很多人沒有國家考試，將來他的退伍，他不是退休，退伍制度來講，他的身分保障，可能做的事情幾乎差不多，可是在權利義務上不太一樣，義務可能一樣，權利不太一樣，這如何去調整？其實在我們法制上也是一個值得去思考的問題。我簡單回應到這裡。

**邱委員華君：**

謝謝陳教授。一般第三人參加效力可能在陞遷上比較容易發生的，可能是在內政部警政署，因為他發表人事派令，少則數十人，多則百人，是不是請警政署發表一點意見。

**內政部吳科長延君：**

有關於主持人所提示及教授所提示，所謂的競爭型的這個問題，當然就整個程序來講，因為任用的部分是屬於高度的屬人性，只要在陞遷法的範疇裡，只要符合相關的規定，那基本上就第三人的效力去提起救濟的部分，可能

對於行政首長的人事權會造成一個傷害。這個部分就會講到一個題外話，剛剛教授有講一些問題，因為目前任免的部分，基本上會屬保障部分，比較會傾向於身分上面的保障，包括他的官職等的問題。可是就我們人事的觀點來看，目前社會對於公務人員的觀感就是覺得好像保障比較過度了，對於淘汰的機制會比較缺乏。當然，他們可能不是很了解我們公務體系，保障的用意最主要還是為了要使行政中立或是其他的原因。不過就任免的部份，比如說他在那個位置，可能用權宜的方式，比如說簡任第 12 職等的職務，可以經過免經甄審取得簡任第 12 職等任用，當然這個是機關首長的權限，可是等他任用完以後，可能政黨輪替了或怎樣，那個職務就由他占到簡任第 10 職等到第 12 職等的職缺，那如果要去調整職務，又沒有簡任第 12 職等的職務。我不大清楚是說他可不可以調整到簡任第 10 職等職務，可是調整為簡任第 10 職等的職務又感覺是降兩個官等，事實上他只是權理簡任第 12 職等的職務。所以這個部分是不是要去保障他？基本上應該是，就我個人觀點是說，應該要合格實授具備有那個職務那個資格才去保障，可是可能會透過這種合法的程序，去取得一個讓他可以保障的一個身分，反而會造成我們行政機關對於人事案件或是對於整個人事的一個公平性也好或是怎麼樣處理也好，會產生很大的困擾。這個是屬於高度的人事部份，在實務上面處理狀況以及如果就第三個人可以去處理的話，可能這種衍生的範圍會很多，那當然可能就要限定到可以去提出一個最嚴謹最縮小的那個態樣當中，那個人才可以，不然動不動就提起，可能這個部分就比較困擾，報告完畢。

**邱委員華君：**

在財政部曾發生過有關於競爭性職務的陞遷，我們是不是財政部代表可以說明一下？

**財政部邱科長文紅：**

對財政部這個副司長案，我不是很清楚。不過因為它是陞遷部份，就我所知道就是那個同仁是很資深，但是一直都沒有獲得陞遷。因為是專門委員，希望由專門委員陞任副司長，然後有好幾次副司長出缺，因為他是滿資深的專門委員，但是都沒有陞遷，那後來這一次的陞遷又沒有他，因為他快退休了，快退休之前還是沒有，他是很不服氣，認為說他各方面表現都很好，如果比積分的話，他各方面也都很好。最後輸掉可能就是主管還有一個綜合考評部份，他有提出來。但是因為這個案子細節的部份，我不是非常清楚，所以就不方便表示意見。但是對於我們剛才講到涉及第三人效力的部份，我也是贊成說如果要把它納進去的話，可能就是要把它限縮，比較嚴謹去執行它的範圍。

**邱委員華君：**

謝謝！接下來我們是不是請交通部的廖專門委員，因為在交通事業人員，尤其是郵政人員經員級升高員級訓練完成以後，他們的陞遷卻因民營化時程延滯無法如願陞遷，就郵政公司轉為民營化之際，現在解決方案推動的情形怎麼樣？能不能說明一下？

**交通部廖專門委員俊元：**

現在我們的公營事業使用保障法是準用第 102 條。那第 102 條在交通部的所屬的公營事業來講有，四個港務局、鐵路局及中華郵政。四個港務局、鐵路局他是施以任用的人員，所以是我們保障法第 102 條的準用對象。現在有一個情況就是，中華郵政公司它改為國營公司以後，它的新進人員是用從業人員進用管理要點，是他們定的。這些從業人員如果在以前的話，好比說他經營財務有發生侵占公款時，他是適用公務人員貪污治罪條例，現在已經不適用公務人員貪污治罪條例，是適用一般的刑法來處理。剛剛陳教授有提公營事業人員部份是不是要給他放寬？當然這涉及到義務跟權利的問題，兩者之間就必須要有均衡。剛剛邱委員講說經員級升高員級這個部分，我沒聽清楚問題。

**邱委員華君：**

郵局人員經員級升高員訓練部份，受訓完畢五百多位，但現在就只升了兩位，個位數而已；其他公路、鐵路事業人員的都可陞遷。

**交通部廖專門委員俊元：**

他是這樣！一般是有升資考試，現在就是用升資訓練，用這兩種方式。升資考試是三年辦一次，升資訓練的話大概是每年都有辦，但是它的名額有平均，這個名額在郵局來講，它是有比較平衡性的。好比說升資考錄取 30 個，那升資訓練的話，名額也都是 33%或是多少。但是現在就是因為僧多粥少，所以有的時候就是沒有辦法，名額有設限，你就沒有辦法一下子就他升資考或是及格以後馬上就給他，所以每一次在升資訓練的時候，在座談會時就會提

建議，希望派補要快一點，但是一方面是名額的限制，一方面又有升資考，三年就考一次，然後升資訓練就是每年辦，所以這樣累積下來，就是一下子沒有辦法消化，所以這個是問題。剛剛邱委員提的問題是實際上的問題，當然我們也是一直在協助說中華郵政公司，一直協助他們看看能不能，因為如果沒有新陳代謝也沒有辦法，除非像我們公務員，好比說你科員就是委任第五職等或薦任第六到第七職等，你只要升官等考試及格，你就可以直接派補，所以不像在公營事業機關有這個限制，因為有預算員額的限制，所以問題就是在這裡，這是比較困難的地方，不過我們部裡跟郵政公司都是一直在努力，希望能夠把這個突破。

#### **臺北市政府人事處郭股長惠娥：**

我們的意見是在第 43 頁，就剛剛主持人講到的性騷擾事件，我們之前的一個案例的確就是說，他對機關作成的申訴決議並不滿意，可是他要再申訴，並沒有這樣的管道，所以他就自己再去尋找其他管道，然後再做各樣的陳情這樣子。的確就是說，我們案例的困擾，就是像我們寫的，因為他是職場的性騷擾事件，可是在性騷擾防治法裡面，這部分因為他有適用到性別工作平等法，性別工作平等法又把軍公教這些人員的申訴程序，就是依各該人事法令來適用的，而且我們在公務人員保障法，就剛主持人有提到的，還有我們保訓會的決定書之前的案例，是說這部分他是並不適用。就是說類似機關的內部規範，要由各機關本於權責來自行訂定，不適用到保障法申訴的規定，所以我們的這個案例最後還是回歸到性騷擾防治委員會去做最後

一個再申訴的裁奪，只是在過程當中覺得說有很多的爭議。所以，我們建議在性騷擾事件，就是軍公教這部份，就是在職場方面的，還是建議回歸到性騷擾防治法，就是回歸到本法的規範，這樣可能對於有這樣事件的對象，他們的保障或是說他的救濟程序是比較周延的，然後一體適用，不要區分他的對象。

### **彰化縣政府高科長上富：**

對於性騷擾是不是納入保障法的對象？我們跟臺北市政府的意見一樣。因為各縣市政府它自己也有成立一個性騷防治委員會，這個防治委員會也把聘請了大學的教授或者專家學者都納進來，這一部份其實在整個性騷擾的事件，當然都會有做一個調查處理。基本上應該是說這一部份是不是已經有一個決定了。我們在思考是說，如果是一個加害人的部份，機關要不要再追他一個懲處？如果說他已經有一個性騷擾，有一個部份，他已經有一個懲罰，機關要不要再做懲處？因為我們剛剛都是從被害人的角度來看，如果懲處的部分，那會不會有一事二罰的部份？所以說，如果懲處的話，他覺得我這一邊已經被處分過了，那我能不能有一個救濟的部份？至於被害人部分，如果機關對於性騷擾事件，機關不處理的部分，我是認為還是循原來性騷擾防治法去處分這個機關的罰則，這樣會產生一個問題就是，縣市政府的主管機關是縣長，去處罰的是縣政府的勞工局或勞工處。

### **邱委員華君：**

謝謝彰化縣政府高科長！不過被害人他不服他可以提

起救濟，加害人他本身，如果他被懲處，當然也可以提起救濟，照道理是可以，我們案例上還是有的。如果他被免職了，當然是復審，如果他是管理措施被記過以上，可能就是申訴、再申訴。

### **總統府蕭參議仁廷：**

對於性騷事件我們曾經有發生過一個例子，就是從前年打到今年，這個案子最近才經過最高行政法院判定駁回。這個情形就是屬於剛才講到那個部份，但是剛剛講到最不好處理部份的就是受害人的部份，能不能申訴？通常我了解到當機關內有性騷擾事件發生的時候，被騷擾單位的主管，他一定會跟他的主管做一個不是很明確的反應，但是主管有時為了息事寧人，並沒有提到單位裡面的性騷擾防治委員會來做一個討論，雖然我們是有性騷擾防治電話，我們有設置專案電話，而且是請女性科長做為窗口。但是，似乎在這一個之前，完全沒有接受到這樣的訊息。曾經可能也有發生，也寫過悔過書之類，我們人事單位事實上是有點失職，因為完全不知道。當然是因為受害人他為了保護自己，怕受到二度傷害，他也沒有跟我們人事單位反應，但是後來因為這個案例，在這個過程裡面，發生的時間大概有四年的時間，但是他不止騷擾一位，是騷擾到很多同仁了以後，到最後有一位同仁比較勇敢，他就把這個事情爆出來。經過我們的考績委員會，也請當事人到會做意見的陳述之後，最後考績委員會做一次記兩大過免職，所以在這一個性騷擾裡面，受到免職的，應該他算是少數人之中的其中的一個，所以這是在我們單位裡面發生

過的事件，我們單位當然也覺得滿遺憾的。但是我們也通知他，經過復審的程序，還有打到行政法院，再打到最高行政法院，到最後都支持我們機關的決定，這是我們機關的例子，報告完畢！

**邱委員華君：**

謝謝！這是最高機關給我們的案例說明。的確，性騷擾它牽涉到人性尊嚴、身體自主權、人格權以及工作權，範圍較廣泛。那陳教授還有沒有其他需回應的？

**陳教授耀祥：**

我來做個簡短的回應。當時做這個研究計畫裡面，當然在實務焦點訪談裡面，我們也做了一些。性騷擾這一塊，當時並沒有在委託的範圍裡面，所以沒有做到這一塊，不過我覺得這是非常重要的一塊。基本上，當然現在有性騷擾防治法相關的一套程序，公務員保障法裡面要不要再設另外一套程序？這個在立法上恐怕是可以再思考的部份，也就是說，在整個公務員的修法裡面，最重要的是一個體系性的思考，就是說在保障法，那另外一個就是服務法，我們也希望在服務法這一塊，這個部份，能夠盡快去處理。當然性別工作平等法裡面這些相關規定，有疑義的部分，其實也可以考慮去修改，到底我們公部門跟私部門之間，政府機關跟所謂的企業之間，在處理性騷擾的部分，要不要去分開處理？我個人比較傾向是分開處理。那有沒有一行為不二罰的問題？我回應彰化縣政府代表的問題就是，基本上如果是依照性騷擾防治法的處罰，跟我依照公務人員考績法的處罰，這兩個是不一樣。後者是一個紀律，這

個是考績，尤其是免職處分來講，這跟紀律有關係；如果說依照性騷擾這個部份，應該是一個行為罰。就是說不管是發生在政府機構或是一般企業裡面，還是有處罰的規定，這是行為罰，這兩個處罰的性質不太一樣，我們司法院釋字第 604 號解釋裡面其實也有提到這個問題。那簡單的回應到這裡，謝謝！

**邱委員華君：**

非常感謝陳教授的回應。因為時間的關係，我想主持人最主要的職責工作，第一是要把時間控制好，第二就是讓各位充分的發言，第三就是準時下課結束。所以，現在很抱歉，我們沒有準時下課，拖了 5 分鐘。再一次感謝各位參與保障法修法芻議研討會和分組討論，提供許多寶貴意見供我們修法參考，我們下午再見，謝謝各位！

拾、第二組分組討論

**劉委員榮輝：**

大家早！很高興大家能夠有這個難得的機會共聚一席，我們 98 年保障法修法芻議研討會，因為人數眾多，所以在大會以後，我們分成兩組討論。我們這一組最主要就是就這兩個項目來進行：一個項目是請張教授來跟我們做專案報告，第二就是從 11 點開始，我們有一個分組的研討會議。分組研討會議有兩個議題：第一個議題是有關訴訟輔助能不能夠用於再議等程序？第二個議題是復審程序是不是應該有調處的制度？再申訴決定以後是不是可以聲明再審議？這是我們 11 點要開始的兩個議題。現在第一個場次的部份，是要請張教授做一個專題報告。我先跟各位與會

同仁報告，張教授是德國海德堡大學的法學博士，他專攻憲法、行政法還有社會法等方面，有很深的研究，張教授除了理論基礎非常的深厚以外，他也深入對於各種實務的方面都有所了解，所以本會曾經請張教授幫我們做一個委託研究案，另外在其他座談會裡面，張教授也都不吝給我們指導，在此先向張教授表示謝意。今天張教授專題報告的題目是「公務人員保障法實體保障項目的檢討與發展」，我們希望在大概半個小時以內，希望能夠給與會同仁有所啟發。假如各位同仁對於張教授的專題報告有什麼疑問，希望也可以向他請教。請張教授做專題報告，謝謝。

### 張教授桐銳：

主持人、劉委員、在座的各位女士先生，大家好！很高興也很惶恐今天來這裡做這一個報告，事實上保障法實體保障項目的檢討與發展，這是前年的研究計畫了，計畫主持人是中正大學盛子龍老師，我是協同主持人，本來應該是他要來做報告的，因為盛老師任教的學校比較遠，聯絡上比較不方便，所以今天算是由我來代打，所以如果說內容上有不夠周詳的地方，還請各位來見諒。今天因為時間有限，不可能就我們整個研究計畫的內容做很詳細的報告，我建議就是各位手頭上應該都有資料，在最後一章有個修正條文試擬的部份，我想就把我們所建議的條文，以這個為中心，然後做一個介紹。資料是在 113 頁。我們這個計畫，主要是針對四個主題：一個是關於公務人員停職的制度，第二是關於公務人員的資遣，第三是關於公務人員的因公涉訟，還有第四是關於慰問金的發給。停職的部

份，我們的建議在第 113 頁可以看到，就是建議增訂 2 個條文，第 10 條之 1 及第 11 條之 1，然後建議修訂保障法第 10 條及第 11 條。我先就增訂的部份來加以說明。增訂的第 10 條之 1，最主要是希望引進一個概括性的公務員停職的規定。我們可以看到條文規定是：主管長官對所屬的公務員得基於重大職務上的理由暫時限制公務員從事職務行為。基本上是參考德國法上暫時停止職務的制度。如果跟現行的制度相比較的話，我國的停職規定當然在很多法規都有，不過一般說來，最主要的還是公務員懲戒法第 3 條、第 4 條裡面的當然停職，還有停職處分的這 2 個條文。保障法第 10 條及第 11 條，大致上這一個復職的規定，也是因應公務員懲戒法第 3 條、第 4 條規定而來。如果從公務員懲戒法第 3 條、第 4 條的規定來看，停職基本上都是因應懲戒程序而來。不過，在實務在整個公務執行上，有需要去停職的，實際上不見得只限於這種情形。在德國法上，他們有一些比較概括性的規定，我們在這個修正理由裡面有提到一些例子。譬如說這個公務員有精神上的障礙，或是嚴重的酗酒，或在服務機關與其他公務員之間有發生嚴重的不合、不和諧，而妨礙公務執行，亦即基於這種危險防範的考慮，就是說已有這個危險存在，那必須加以防範避免他繼續發展成為實害，所以可以把他停職。我們建議擬一個概括條款，一般性的有重大事由可以停職，因此建議增訂第 10 條之 1。在程序上，因為停職是對公務員權利重大的侵害，我們也建議在程序上當然應該要給他陳述意見的機會，這是一種程序保障。因為暫時停止職務，現實上並不是一個懲戒或是懲處，並不是處罰，而是一個危險

防範措施，所以停職期間，他的公務員權利義務關係應該是不受影響，這是第 10 條之 1 的部份。

第 11 條之 1 所涉及的，是在停職期間薪俸的發給，對這一部份現行法是在公務人員俸給法裡面有規定，規定得發給半薪，因為它的規定是「得」，換句話說發不發給或發多少，基本上是可以裁量。不過，因為國家對公務員是有照顧義務，如果說因為停職實際上沒辦法維持生計的話，那麼對於照顧義務的履行可能有所缺漏，所以我們這個條文是「應」，應該發給半薪，所以我們在第 11 條之 1 的增訂，規定是用「應」發給到他復職、撤職、休職、免職或停職時為止。不過我們有增加考慮到實際上的一些狀況，有加一些裁量規定，譬如說，發給本俸半數還不足以提供他相當照顧的時候，可以酌予增加。另外一個情形是違法失職情節重大，而且事證明確足以確認者，可以調降。亦即雖然是「應」，但是我們另外增加有可以增減的裁量條款，這是就薪給發給的部份。另外關於復職的部份，就是我們保障法第 10 條、第 11 條。以第 10 條來講，我們修訂是建議增加，因為本來第 10 條是規定，經依法停職公務人員於停職事由消滅後 3 個月內，得申請復職，我們建議這個但書是，「但因公務人員懲戒法第 3 條第 1 款而受停職處分者，於停職事由消滅後，服務機關及上級機關唯有在符合公務人員懲戒法第 4 條第 2 項情形，可以駁回申請」，這個主要是針對復職這一部份的實務操作。目前實務上關於復職，能不能復職呢？就是在有停止事由消滅，譬如說你因為受羈押，受羈押依照公務員懲戒法第 3 條當然停止，那停止事由消滅之後，我們目前實務上是看在停

職事由消滅之前，是不是有移送公務員懲戒委員會，如果有移送的話，就予以復職；如果沒有移送的話，才給他復職。我們計畫是認為有沒有進行懲戒程序跟復職，應該是兩件事情，我們認為應該分開處理。實務的處理規則，只要在對公務員之羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放以前，將公務員移付懲戒者，就可以當然地繼續延續停職狀態，繼續限制公務員服職務及其相關聯之權利。那等於是停職事由已經消滅了，而沒有任何國家行為也沒有法律依據，就讓他繼續停職，那麼等於沒有法律依據情形之下，而限制人民的基本人權，所以我們認為這個是有問題。所以解釋上應該認為，如果他有合乎第 4 條可以作成停職處分的要件，才可以讓他不予復職。但是如果沒有合乎第 4 條要件，那麼原則上還是應該讓他復職，所以我們就增加一個但書，就是如果只有在這一個可以認為說他有合乎第 4 條第 2 項要件，換句話說，即使給他復職，主管機關還是會再依據第 4 條第 2 項，又再給他停職，這時候給他復職就沒有意義了。所以認為如果有合乎第 4 條第 2 項要件的情形，就予以復職，其他情形應該給他復職，這是第 10 條第 2 項的部份。

第 11 條涉及到的是停職處分被撤銷，原條文是規定受停職處分的公務員經依法提起救濟而撤銷原處分者，應予復職。惟實際上對於行政處分的撤銷，並不限於依法提起救濟而撤銷的情形，有可能是主管機關依照行政程序法（以下簡稱程序法）第 117 條依職權撤銷，在這種情形原來的條文就不能涵蓋，所以我們就這一部份建議修法，把這一部分修改為受停職處分的公務人員，其停止處分經撤銷

者。換句話說，不管你是依法提起救濟而撤銷，或者是主管機關依職權撤銷，都做相同處理。第二個是，我們原條文的第 2 項規定，前項之公務人員於復職報到前仍視為停職，這個是基於實際上作業的需要。因為本來行政處分撤銷，它原則上是有溯及既往的效力的，但如果停職撤銷溯及既往，那就馬上視為復職的話，這個法律關係不明確，所以還是需要說以報到來做一個時間點，這一點是沒有問題的。不過我們覺得條文對行政處分撤銷溯及既往這一部份的考慮還有不夠，所以我們建議在第 2 項再加一個，其辦理復職報到後除法律另有規定，應溯及既往恢復前其因停止而受影響的一切權利，就說雖然這一個還是以報到來做一個時間點，來看看是不是復職，但是一旦報到復職之後，他原先的權利義務關係應該溯及既往，原先的權利不受影響，這才比較合乎行政處分撤銷的相關法理，以上是關於停職的部份。關於資遣的部份，事實上是比較單純，我們計畫裡面，對於這一個，特別是關於民營化的部份，相關公務人員地位作了一些檢討分析，至於就條文修改的部份，主要是針對任用法第 29 條。實務上，有認為這一部份的規範應該把它納入到退休法，而且有一個退休法草案，所以我們是以這一個退休法草案的條文來做為討論的對象，最主要是針對因為機關裁撤組織變更或業務緊縮需要裁減人員的資遣要件。此一要件並沒有以沒有員額移撥或人員調任的可能為要件。在公務人員任用法第 29 條第 1 項第 2 款，關於不適任的公務人員的部份有一個要件，亦即公務人員目前職務上沒有合適的工作的話，他可以資遣，但是要件上是以他沒有調任的可能性為前提，這比較

合乎比例原則的要求。第 29 條第 1 項第 1 款並沒有這個規定，所以我們建議要把這一個要件放進來，所以我們建議沒有員額移撥或人員調任的可能來做為資遣的要件。另一方面，為了這一個法律的明確性的要求，所以我們在文句上也做了一個建議就是說，因為組織變更或緊縮，以至於其職位相當之預算員額應予裁減，原條文只是說應裁減人員，那麼這只是一個用語上面的比較明確的一個表達而已。那關於因公涉訟的這一部份呢，我們目前的條文主要是規定在第 22 條，在底下有幾個條文，大概只有 3 個條文，那其他細節的規定呢，都是授權主管機關來發布法規命令來規範，那我們就是有一個公務人員因公涉訟輔助辦法。我們的基本立場是認為，基於法律保留原則，應該把相關的規定在法律裡面明白規定，因此建議把行政命令裡面的規定，直接以增訂移到保障法裡面來。那我們先看這個第 22 條這基本條文的這一部份。首先，第 1 項只是一個明確性的表達而已，我們這一部份把它更明確規定說代理訴訟、法律諮詢、和解等等的必要協助，這只是在文句上做比較清楚的一個描述。這個條文比較重要的一個建議修正是在第 2 項。在這裡我們是參酌法律扶助法第 17 條，輔助機關可以按照案件的種類跟案件的性質、複雜程度，來決定輔助的種類跟內容，這給主管機關一個裁量的權限。另外關於組織這一部份，我們也在第 22 條第 4 項建議了關於組織的一個授權規定。這一部分我們建議，應該盡量像各機關的訴願委員會，盡量讓行政體系以外的學者專家參與進來。在第 22 條以下，我們建議增訂第 22 條之 1、第 22 條之 2、第 22 條之 3 等 3 個條文。第 22 條之 1 基本上其實

是法規命令的內容，我們把它移到法律裡面來。主要是依法律保留的考慮而來，這一個條文主要重點是關於因公涉訟的輔助範圍，除了民事刑事訴訟案件之外，還要不要包括行政訴訟與懲戒。我們本來認為這一部份也應該納進來，不過，後來考慮到好像實務上有點滯礙難行，所以我們後來還是維持原來行政命令裡面的規定，所以還是維持在民事跟刑事訴訟的這一部份。第 22 條之 2 是針對輔助的對象，關於輔助對象，我們保障法的規定與公務人員因公涉訟輔助辦法（以下簡稱涉訟輔助辦法）的規定不一致。涉訟輔助辦法裡面的規定對象大致上跟保障法第 3 條與第 102 條的規範對象一致，但是在涉訟輔助辦法裡面有一個比照條款，譬如說像公職人員、政務人員等等都納進來，而這一些並不是保障對象，所以就產生問題，亦即這些人如果因公涉訟申請輔助有爭議，不能夠到保訓會來，而要循訴願程序。這一個部份我們基本想法是應該盡量讓保障法的適用範圍，跟實際上因公涉訟的輔助範圍盡量一致，所以我們在這個地方，把輔助對象直接規定為本法第 3 條與第 102 條所定的人員，這裡可能有一個錯誤啦，它這裡是寫第 33 條，這應該是舊法，現行規定應該是第 102 條。第 2 項還是有個準用的規定，把政務人員、民選公職人員這一部分也把它準用進來，這個其實是遷就現實。第 22 條之 3 是我們這計畫裡面整個新增的，是參考法律扶助法的第 16 條規定而來的，主要是針對濫用或濫訴的情形。譬如說他的主張顯無理由、或者是無勝訴之望，或者是利益小於訴訟費或律師報酬等等，或者是說像第 3 款，同一事件於偵查或各審級程序業已給予補助者，那麼我們就不給予

補助，這一部分是新的考慮，是鑒於濫用防止而來的一個新的規定。此外，在涉訟輔助辦法有些相應的修改建議，不過這些大部分都是因應我們前面法律的建議修改而來，因為有些規定已經要移到法律裡面，那在這個辦法裡面就沒有必要啦！這一部分因為不是針對法律本身，我們這一部分就跳過去好了！最後是有關公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法，這個細節我們是規定在行政命令裡面，建議就這個辦法來修改。主要應修改的是第 3 條與第 4 條。第 3 條涉及到的問題很多，但是其實主要都是在法律的解釋層次，亦即因為規定有些不清楚，所以有很大的解釋空間，至於在立法論上，需要修改的範圍並不是太大，因此我們第 3 條第 1 項的修改主要是讓它在法理說明上來更清楚一點啦！整個因公傷殘死亡慰問金發給制度，對於公務員執行職務發生意外予以慰問，乃是原則，換句話說，公差遇險、或者在辦公場所發生意外，我們都可以當作是執行職務發生意外的特殊類型，所以我們把因執行職務發生意外放在第 3 款，原條文是放第 1 款，我們把它移到第 3 款，改為其他因執行職務而發生意外的情形，作為一個概括條款，然後前面就有兩個列舉的規定，就是公差遇險，跟在辦公場所發生意外，我們認為這樣子在體例上會比較清楚一點。另外原條文的第 3 款，原來的規定是說，依本辦法發給慰問金者，以其受傷殘廢或死亡，與第 1 項各款因公情事之一，具有直接因果關係者，我們建議這裡的直接因果關係應該改為要有相當因果關係。這一部份涉及因果關係的討論。基本上相當因果關係的判斷已經有相當的評價在裡面，基本上如果說因為執行職務發生意外而受到

死亡、受傷、殘廢等等，只要有相當的因果關係，我們就認為國家就應該給與慰問，而不是限於有直接的因果關係。所以我們建議在因果關係上，應該要放寬到相當的因果關係。第 4 條的部分，最主要是慰問金的發給標準。我們建議的主要是在最後一項，原條文是規定說公務人員如果有故意情事，就不發給，這個沒有問題。至於有重大過失的情形，它是規定說減發 30%，我們認為這裡直接規定 30%，太過僵硬沒有彈性，基本上應該就個案的狀況來做一個合義務性的裁量，所以我們就把這個 30%，改為說應該依重大過失的情節輕重酌訂減發慰問金的比例，依照個案不同來做一個適當的處理，我們認為說這樣還比較合適一點。以上是一個簡單的報告！請各位指教，謝謝。

#### **劉委員榮輝：**

我們今天討論的有兩個議題，第一個就是因公涉訟輔助對於司法救濟之再議、再審、非常上訴的程序得否給予這個訴訟輔助？另外還有一個濫用司法救濟者是否不予訴訟輔助的限制？之所以會有這個議題，最主要就是說實務上發現在現行的輔助辦法，是以每一個審級為發給的標準，那我們就發現每一個審級是講一個通常程序而言，再議就是對於偵查階段的不起訴處分以後，利害關係人可以聲明再議，通常再議的聲請，要經過原來的檢察機關，然後到上級的檢察機關，換句話說，就是不起訴處分，是否可以再議成立，到上級會做一個處分書，就有當事人主張應屬另一審級，事實上，它會到上級的檢察機關去做一個處理，這一部分律師輔助另外還要收取費用。像再審，再

審是對於已經確定的這一個裁判，來聲明再審，還有非常上訴也是一樣，對於違法裁判，聲請最高檢察署來非常上訴，這個都不是一個所謂通常的程序，在實務上應用的時候，這樣算不算是在每一個審級裡面？在保訓會，以往實務，認為是不是一個審級，會有不同意見？所以才會把它提出來，徵詢各位同仁的意見，因為各位都是各機關的主管，實務上是不是有沒有發現的，或是認為說現行的涉訟輔助辦法這樣規定是不合理的，是不是有需要修正？張教授在剛剛已經報告過了，在96年的時候，他跟盛教授接受本會委託，在這個方面他應該是用力很深，各位同仁如果有疑問或是其他問題的時候也可以來跟張教授請教，喻副處長有沒有要補充的？

**喻副處長明明：**

在第51頁理由一，我們可以看的，有關於再議的部分本會曾做過一個函釋，因為再議屬於偵查階段，所以它不得另外申請因公涉訟輔助，就是說偵查跟再議我們把它等於是同一個審級一樣，所以你申請了訴訟輔助範圍裡面若還有餘額，你還可以在再議程序裡面去請求補助，那個剩下餘額，所以這個案件裡面當事人原先他已經申請了涉訟輔助，我們可以看到第52頁，他已經申請了涉訟輔助，那麼他的審級裡面他最高只能申請5萬2,500元，那他第一次申請了已經領了5萬元，然後所以他變成再議程序只能再補助他2,500元，因為這個個案的因素，我們就發現說，那相對於別的審級曾經我們針對再審的部分我們也認為它是一個審級，曾經再審打贏了以後，也有涉訟輔助的情況，所以

針對再議的部分是不是要把它視為同一個偵查程序給予輔助，就法制上就發生了一個疑義，然後針對這個個案部份我們列在後面給大家參考，然後並請大家看有什麼樣的意見來提供給我們未來修法的參考。

### **劉委員榮輝：**

這個再補充說明一下，剛剛喻副處長舉的這個是在第51頁的案例，因為我們現行的輔助標準適用於每一個審級，以稽徵機關前一年度的執行業務費用標準乘以1.5倍，所以為什麼說在第52頁的案例裡面，用稽徵機關的執行業務收入標準3萬5,000元乘以1.5，才会有5萬2,500元的這個零頭，那他因為它已經先准了他5萬塊，後來再准的話，只能夠剩下這個餘額，所以會有一些零頭的情形！

### **喻副處長明明：**

歡迎大家盡量踴躍提意見，隨時都可以舉手來發表意見，大家還沒有發表意見以前，我針對這個議題補充說明，這個議題實務上所發生的疑義，個案產生的疑義以外，還有在制度上對於濫用權利者，是不是要給予涉訟輔助，如果要拒絕給予涉訟輔助的時候，是不是應於保障法第22條增加授權的規定，或直接明文規定在保障法，這樣才不會有違反法律保留原則，或授權明確性原則的問題。基本上濫用權利者要不要涉訟輔助，有關93年1月7日制定的法律扶助法裡面，它就已經訂了6款不准申請法律輔助的情形，就是說一般老百姓需要法律輔助的時候，跟政府申請都還有限制不予輔助的情況，那對於公務人員的涉訟輔助，是不是相對的也要思考是不是要給予限制。至於這個限制，

92年的時候已有修保障法，那時候沒有給予限制，目的在於說要鼓勵公務人員勇於任事，但是這幾年沒有限制的情況下，對公務人員的保障非常的好，結果引起外界針對公務人員的保障是不是有過度保障，且針對公務人員既然國家有補助，便主動去針對老百姓來興訟，這樣子予以補助是不是會遭到外界的質疑，所以這個部分，是不是應該限制給予補助，有必要請大家提供意見。在國外的立法例上面，在本會上一次的委託研究案裡面，有看到英國的制度裡面，針對補助，有給予機關一個裁量權限，如果是補助，是要考量是不是符合公益，如果不符合公益的話，也不予補助，所以在國外的立法例，跟國內的法律扶助法裡面，都有限制的情況，所以未來修法的時候，針對這部分也要研究，是不是對於不是基於你的職務的情況下，主動去興訟的，像尤其有時候在年底選舉的時候，有些告來告去的這種情況，是不是屬於職務的必要性，然後是不是有興訟的必要，這部分都要研究，看怎麼樣的限制，大家都是人事機關的主管，在執行這涉訟補助的時候，有發現各種情況的案例，可以提供這次議題的參考，麻煩大家踴躍提建議，謝謝。

#### **高雄市政府財政局蘇主任琚惠：**

有關於這個司法救濟，這個再議的程序，我只針對再議的部分，因為本機關有一個非常讓我們覺得很棘手的一個人物，那我相信貴會，對於我們機關那位人物，一定耳熟能詳，他時常就是動不動就提保障事件，向保訓會提再申訴、復審，他在機關既然是一個問題人物，所以，他是

一個對於法令很容易曲解而且刁鑽的一個人，也因此時常我們首當其衝，受害最深的也就是我們人事單位的承辦人跟人事主管。從96年到現在，去年就告我們人事，我們機關財政局有24個人次，今年預備已經到法院去遞案按鈴申告，也告了30個人，我們真的是不勝其擾、受害很深，我們既然被他告了，總共有55個人，包括人事主管、機關首長、主任秘書，以及承辦人，每個人都被他告了3次之多，去年3次，今年1次，那其中有一個案子，就是他告我們，結果就不起訴處分，地方法院已不起訴處分，但是他就申請再議，那申請再議到高分檢，竟然受理了，那受理的結果，當然我們就覺得很驚訝，但是因為在法律的程序上，我們時常會覺得疲於奔命，因為耗日費時，然後法律上的一個用語，怎麼去為我們自己去做申辯，去做法律上的一個論述，我們有時候會比較沒有那一方面專業上的一個論述能力，也因此我們會去延聘律師。基於保障公務人員的權利來講，都認為這樣子的一個狀況，應該給予，不能說有用1.5倍去審理，或用同一個案件去審理，同一個審級去審理，而應該要給他足額的一個律師費用補助，這樣才能夠周延的保障。我額外要講出的一點，就是我要來開這個會，我們局長要我特別來跟貴會做一個反應，他說他深深感受到，我們這個公務人員保障法，好像就保障那一些刁鑽的人，給刁鑽的人製造這些折磨我們承辦單位的一個利器，真的不勝其擾，如果貴會承辦單位瞭解我們機關那一個人，就可以感受到後，不勝其擾。然後這邊罵機關罵政府的一個人，然後這樣子的一個人我們能夠保障到他然後製造我們額外的一個工作的負擔跟壓力，那我們對這樣子

的一個人，他的一個卷宗，從他任公職68年到現在有一個專櫃，都是堆放他的一個資料。希望保訓會是保障我們依法行政的公務人員給予激勵，而不是給那一些刁鑽、曲解法令的人一個訴訟救濟的管道。以上報告。

**劉委員榮輝：**

蘇主任你剛剛講的那個是蘇○○是吧？他已經退休嗎？

**高雄市政府財政局蘇主任淑惠：**

他自認為對法律見解很完備且深入瞭解保障法相關規定。

**高雄市政府財政局蘇主任淑惠：**

因為他告我們那麼多人次，每一次都是不起訴把他駁回，然後保訓會也時常都給他維持原決定駁回或不受理決定。但是，他這樣子造成我們人事單位工作上負荷是不勝其擾的。我們時常為了他，還有引經據典，舞文弄墨的去寫論述，都是無謂的公文壓力，我們如果能夠把這些壓力作為業務上的研究發展有多好。但是，我們是在為一個無效人力做無謂的精神折磨及工作壓力負荷。他時常會發明一些很奇怪的既然已經再申訴決定的案件，本來就已經結束的救濟的程式，但是他又發明了一些什麼再復審或再審議，我們就覺得還要去為了他的一個陳述的案件合法化，然後還要再轉送貴會來處理，我相信貴會的承辦人也對這個人相信也是耳熟能詳。那我們局長要我來跟貴會報告，請貴會真的是要保障依法行政的好公務人員，而不是以保

障的名義來保障這些刁鑽的人，使我們的人事單位深受其害。

**劉委員榮輝：**

我知道雷局長好像被他告訴的蠻多件。但是我們還是有這樣的一個制度的，剛剛本會委請張教授跟盛教授所作的研究報告，就認為應有部分排除條款，我們會把你的意見紀錄下來，列為將來修法的參考，謝謝。

**劉委員榮輝：**

喻副處長有沒有補充報告？

**喻副處長明明：**

如果沒有別的意見，那我來補充回應一些意見，基本上我們當然是保障好人了，不是保障惡人，我們是合理保障，不是過度保障，我要特別強調這一點。剛剛財政局所提的該局同仁被某位同仁告了55人次這蠻嚴重的，但是這一個股長他告別人的時候，他有沒有涉訟輔助？沒有！機關要嚴格把關，他不是依法執行職務，所以不給他涉訟輔助，對不對，但被告的人有沒有得到保障？有啊！被告的人有得到保障，因為機關給他涉訟輔助。而保障不足的部分，不起訴部分有給他一審的保障，偵查中的一個審級給予5萬的補助，接著再議的時候，但是再議的情況非常少，最近發現有一些案子會發回再議，那在以前幾乎沒有什麼再議的情況，所以因為有一個案子的情況下，我們已經開始在研究再議要不要把它當另外一個審級，要不要予以保障，就是要充分保障被告的公務人員，讓他能夠勇於

任事。第二個要說明的，基本上這個保障，剛剛主席已經說明保障有設定一個標準，當初立法的時候是針對執行業務的律師其執行業務收入的1.5倍來設算，所以不是足額的保障，因為律師每個人收費標準不一樣，有的一個案子他要收30萬元，政府財政有限，不可能給你補助30萬元，所以沒有所謂的足額補助的問題，剛剛財政局的人事主管說要給予足額補助，這部分因為財政的問題，我們上次修法的時候就有研討了很久，最後設定現在的補助標準。現在可以研究，再議要不要當作另外一審級，財政局的意見我們會把它錄案研究。剛剛有人提出審級的保障問題。看看還有沒有同仁願意提意見，就是對於亂訟的部分要不要給予限制？實務上大家有什麼樣的案例，歡迎大家提出意見給我們參考。

除再議外，還有非常上訴、再審這一部分好像當時沒有考慮到，所以是有點疏漏，又因公涉訟並不一定是只有當被告，也有可能是原告，不要因為你可能自己職務受侵害，有可能會提起訴訟，整個刑事程序它事實上並不是一個權利保障的程序。因為剛剛所提之個案，他濫訴，但是它在這一個刑事程序裡面他所有提出的是沒有這一個訴訟輔助的，而且他不是依法執行職務，但是我要講的是說，即使是依法行使職務，在這一個偵查程序的刑事程序的部分要不要給他涉訟輔助？其實我也是有一點比較不一樣的想法，有時候因為整個刑事程序其實是實現國家刑法權的程序，它不是一個權利保護的程序，所以如果今天因為執行職務被侵害，提起民事訴訟損害賠償，這個是一個權利保障程序，給他訴訟補助我是認為是理所當然，或是說因

為執行職務被告，成為當事人有風險，當然是要給他補助，但是如果是說，他因為執行職務被侵害，而向檢察官提起告訴，告訴不起訴之後他還可以再議，就這一部分，只是關係到國家能不能實施刑罰權，不是關聯到個人權益的保護，所以我會比較傾向認為偵查的這一部分提起告訴，不是那麼必要給它訴訟補助。現行法上是有對這個再議的部分要不要處理，我會把這一點考慮進來。就是對再議的部分，再議整個刑事程序不是權利保護程序，這個跟再審、非常上訴的考慮我認為是不一樣的，因為如果你自己是被告，確實是需要非得去請律師不可，為了要保護自己，當然有需要，但是如果說是告訴人，去提起再議的情形，我就認為其實沒有必要。事實上剛剛蘇主任講的是被告，對方又聲明再議。被告的人可能不是學法律的人，他可能還是有接受這個補助的需要。剛剛教授已經針對這個議題有提到就是說針對告訴，等於說你是不是無端興訟？那站在國家的立場，我們補助你去告老百姓，畢竟老百姓也是他要照顧的一個人民，所以針對我們公務人員不能過度保障的這個情況下，這是我們考試院的施政目標，所以在無端興訟，或是不合理的擴大訴訟這些情況下，所以要考慮是否給他限制，不予補助。這個部分大家有沒有實務上面的意見再提供。

**行政院國家科學委員會人事室謝主任慶春：**

我想今天討論的第一個議題，我不曉得能不能夠稍微在因公涉訟補助、再議、再審及非常上訴之以外，我能不能提一個淺見，你們看看參考。因為我們有實際發生過這

種情形，像公務人員因公涉訟輔助辦法第5條第2項的規定是說，在刑事訴訟偵查程序或審判程序為告訴人、訴訟人、被告或者是犯罪嫌疑人才能夠給訴訟補助。我們是有發生過這種情形，比如說像在他在刑事訴訟法，因為有機關的同仁被列犯罪嫌疑人，他說在偵查，叫做被搜索，辦公室被搜索，等於是那時候在被偵查中，當然也沒有什麼正式搜索，但是他就要求申請訴訟補助。這種問題因為在法律條文上規定不明確，但是實際上發生這種情形，那當事人他是認為，第一個就是要有對他要有保障，他需要請律師來維護他的權益，所以他要求補助，但是我們當時就是依規定不予補助，後來當事人一再要求，我們也有去請示。後來我們開考績會的時候也討論這問題，那後來再經過保訓會，因為折騰了一段時間以後，然後那當事人就很抱怨，覺得我們在刁難他。這是第一個建議，是不是能夠在個修法的時候，能夠給予多一層思考，再准許。第二點就是，剛剛針對高雄市財政局所提出這一個個案及他們遭受的困難，我也感同身受。公務人員保障法本來就是要保障守法的人，因為本來就是要依法行政。我們也發現有些公務員確實有一些不合理，包括有任用、也有聘用的，因為我們有遭遇到這種困難。我現在要提出來的問題就是，因為在張教授的報告裡面有提到，公務員因為犯罪嫌疑被羈押以後，然後放出來，馬上就可以復職，除非有特殊的人，你這個機關才可以去考慮任用你。我們有一個案例還在處理中，經過我們把行為人給撥回來，當然我們都是按照程序來處理，因為他被別人檢舉的案件蠻多的，我們的長官就交給我們政風單位查，結果一查，發現他違反公務員服務

法第13條第1項，投資還有經營商業，我想超過10%就是違反第1項第1款、第2款、第3款的話應以撤職，所以應以撤職或是停職，還要予這個公務員彈劾，就是說他是行政管理就應用彈劾，後來他一直在要求我們。現在這個案子，長官又要求我們不要移送監察院，後來我們再請示銓敘部，銓敘部根本擋不下來，而訴諸新聞說這個不是我們管的。這個當事人現在就是經過復審然後再提起刑事訴訟，被地院及高院駁回以後，他現在再上訴最高法院。監察院那一部分他也活動，弄到本來是6：6不通過的，現在才在懲戒中。像這種情形，應該不應該給他保障？還要要嚴格來處理？我是有同感，所以提出這一個問題。剛才張教授講違反刑事的問題，他羈押出來以後馬上就復職。那因為剛好我們會裡就發生「藍色檢查案」有人被人羈押以後，回來馬上就復職，像他這種，我想公務人員服務法，這個很輕，我投資才只有多少錢，朋友找我去投資，那我不曉得，我不懂，而且他沒有拿任何酬勞，還好我們把行為證據都補強，所以我們現在可以說屹立不搖，我們一直都站的很穩。借這個機會提供經驗分享，謝謝。

### 喻副處長明明：

謝主任的那個個案我們錄案了，但是事實上本會在執行的時候，我們是依法來保障公務員的。我回應行政院國家科學委員會人事主管提到這個問題，他講到搜索的問題，本會沒有放寬的問題，本會依法行政，該訴訟輔助就訴訟輔助，而訴訟輔助是事實認定問題，機關要自己去認定，在法律原則上，法律的解釋本會會給予解釋。當初行

政院國家科學委員會報來解釋的時候，搜索的部分不是條文上所稱的關係人、原告、被告，當然不能給予訴訟輔助，後來再來請示的時候為什麼會放寬？沒有放寬的問題，而是搜索票上面註明他是犯罪嫌疑人，犯罪嫌疑人條文裡面已經明白規定是可以給予訴訟輔助，所以我們完全是依法執行、依法解釋，沒有放水或放寬的部分，這部分要先澄清。第二部分涉及到違反服務法第13條投資超過限額，因為公務人員不能去兼營商業，有忠誠執行職務，對國家有忠誠執行職務的義務，這部分他違反服務法，這個案子涉及2個部分，一個是違反服務法，一個是涉及違反公務員懲戒法的問題，這兩個法都不是本會主管的法。本會沒有權限解釋，所以會移到銓敘部去解釋服務法的部分。當事人提起復審，主張羈押以後放出來就復職，但是這個案子涉及到他是檢察官，檢察官是要移送監察院，監察院當時沒有監察委員，所以案子就停在那裡，停了好幾年的，認為情節重大移送監察院的時候，條文已經有明文規定依照司法院的解釋，是先予撤職，就是先予停職，所以只能等到監察院審定，你可能說沒有事情的時候可不可以來申請復職，所以整個案子裡面，本會從頭到尾都依法執行職務，不是嚴格處理的問題，而是依照法律走，人事人員要保障自己重點就是依法行政，剛剛行政院國家科學委員會就要依法行政，服務法怎麼規定，公務員懲戒法怎麼規定，它完全依照服務法跟公務員懲戒法來處理，所以他的案子在我們保訓會，對先予撤職、停職，得到維持，跟大家簡單說明。

還有沒有發言？如果等一下有的話再以書面給我們。

因為我們現在還有第二個議題。第二個議題是復審程序是否應有調處制度之適用？還有再申訴決定後是否應增加可以申請再審議例外的救濟途徑？依照保障法第5章有調處，調處規定只能夠用在再申訴的案子，而復審程序，沒有所謂調處的規定。再申訴決定是否可再審議，這個是在保障法第94條到第101條，限復審決定才能向本會申請再審議。為什麼調處不能用在復審的這個程序？也有不同的意見，不知道各位人事主管同仁，認為目前制度到底妥不妥善？對於公務人員的保障，算不算周延？可能大家也會有不同的看法，希望各位踴躍把意見表達出來，謝謝！

### **劉委員榮輝：**

現行的保障制度是用雙軌的，復審及申訴、再申訴。復審是要有行政處分或者是司法院大法官會議解釋，對於公務人員的權利有重大影響的部分。申訴、再申訴現在是定位以管理措施或者是工作條件。管理措施、工作條件跟所謂的行政處分這個界限，事實上並不是很明顯。所以本會在有一些案子對於界限不是很明顯的案子，照目前的實務，申訴、再申訴，保訓會是一個終審的決定機關，就不得去提起行政訴訟。如果是復審，上面還有高等行政法院，還可以上訴到最高行政法院，如果界限不是很清楚的時候，本會有時候多數委員認為讓它走復審程序。復審的時候，大家也可以來檢視本會所做的判斷，還有決定的正確性。我個人還是蠻同意張教授的意見，我們舉考績為例，考乙等、考丙等的循申訴、再申訴程序，而考丁等的就循復審程序，為什麼？就是因為考丁等，這個會跟他的公務

員的身分會有變更關係！不過從這一點來看就可以知道，一樣屬於考績事件，但是會因為你考列等級不同，而有不同，分別循復審或申訴、再申訴程序，其實在本質上是有些矛盾的。個人認為所有行政機關的現在作為都應該接受司法檢驗，目前實務上申訴、再申訴的決定，本會是終審的決定機關，因為保訓會事實上，依據我們組織法的規定，並沒有真正帶有司法色彩。行政、立法、司法間一定要有所謂的制衡，實際上，至少在目前的司法實務上，對於保障法還沒有司法院的解釋，保障法的實務上還沒有做成解釋，最高法院還沒有做成，行政法院還沒有做成這個判定的。其實保訓會這個從85年成立以來到現在98年，13年以來我們一直是根據現有的法律，也是在嘗試這樣作為，是不是最符合所謂的保障，但是事實上法學是一個社會科學，可能每一個人的見解會有所不同，所以怎麼樣來做更妥善的一個修正，會達到我們真正的保障目的，這就是今天邀請張教授還有各位主管同仁來，希望看能不能有一些比較好的構想，讓我們保障法的修正能夠更為妥善。

### **臺灣高等檢查署人事室張明華：**

有關第二個議題，復審程序是不是要有調處制度的適用，就像張教授所說的，這樣感覺上是比較周延，可是實際上在實務上有沒有這個必要？因為復審是對服務機關或主管機關的行政處分是違法或者是不當。它有不同見解，所以它才提出復審，那機關所作成之行政處分是經過考績委員會審查過，尤其像我們高檢署，我們考績委員會有好幾個檢察官，如果公務人員他提起復審的時候，還要

再經過服務機關，就是原處分機關，還要再做一次的審查，如果覺得這個行政處分是不當的或者有點違法的，他們機關可以再審查嗎？我服務機關可以有再一次審查的功能，哪有需要再做到調處？因為這個機關已經本身可以再審查。我如向保訓會提起復審答辯的話，表示我機關的行政處分是沒有違法的、沒有不當的，我本身已經有再審查的功能，那還有需要動用到保訓會來做互相的調處嗎？實務上我覺得那個申訴、再申訴部分其實是有一點是不一樣的，它對的是行政處分，我的機關有機關公權力、機關信譽，我做的有沒有違法，我當然第二次審查機制，如果有不當或違法，馬上做修正了，所以不會說等到保訓會還需要來做這個調處的動作。而且即使說復審當事人不服復審決定，他還有司法的救濟，他可以提起行政訴訟。所以根本不需要，我認為實務上，在這個調處不需要用到復審這個部分，我覺得實務上根本不會有應用到。

#### **喻副處長明明：**

先前李處長已經報告過，本會13年來大概調處案件有5件，調處也要看性質。譬如考績，考績有什麼好調處？好像看起來沒有什麼好調處。像工作指派，最近3年大概有調處2、3件。當事人認為指派這個工作，對他來講不太適合，本會認為當事人講的有道理。經過本會實地去訪查後認為有調處的空間。所以會順利調處，大致上還是有性質上的考慮，有一些事情可能就不適合調處。保障法的調處，目前只能用在申訴、再申訴的程序中，調處成立，就不做決議，就做成調處書，因為來調處時大家都有代表性且簽名

蓋章，就順著這調處結論而作成調處書，如果在申訴、再申訴裡面既然可以這樣做，復審有沒有這樣的可能？剛剛張科長大概認為說，可能在行政處分或者是方法上的這個請求權或者是重大前提的這個部分，可能是不是有這樣的問題，其實本會現在也是在摸索中，也是要借助各位主管同仁的意見。剛才已經報告過，目前調處成立的部分，我們一共才4件、5件，但是如果有利於公務人員權益的部分，本會是希望能夠儘量來做。我補充說明一下，調處我們有5件，但是只有4件成立，我要特別說明是，89年9月我們曾經做過一個委託研究，委託研究的學者有設計一個問卷，問機關跟當事人，當時機關跟當事人大部分都認為調處的制度應該及於復審和再申訴制度。但是為什麼後來修法的時候沒有把它納入？因為調處制度它涉及到行政處分，而行政處分很多涉及到公益，銓敘部的立場認為，像俸給要如何調處？後來這部分沒有納入，但實務運作中很多，我們認為其實行政處分部分還是可以調處，像在法院的案件就有和解，程序法針對行政處分，也可以成立行政契約，所以是有調處成立行政契約的可能性，實務上，機關會不會碰到問題。那如果調處可以用到復審的話，那就要考慮讓哪些案件、哪些範圍可以調處？基本上我們從程序法來思考的話，必須當事人有處分權，還有機關有處分權，機關有裁量許可權的這種情況下才有可能進行調處，這就是我們要徵詢各機關在運作上有沒有什麼樣的窒礙難行的地方，可不可以進行調處？如果可以使用在復審上，應該會有一些限制，會參考程序法哪些行政行為是可以行政契約來替代的，有它允許性的這個情況下才可以來做調

處。之前我記得有一個案子，當事人說上級高雄市政府成立一個團到美國訪問，需要公務員支援，就問下級機關，下級機關就有人志願去，但機關沒有預算給他，所以給他公假但是不給他預算，那個案子如果機關年底有預算可以挪出來的時候是不是就可以給，是不是可以做一個和解契約。事實上是可考量的，我個人這樣子在思考這個問題。所以事實上有些案件在機關有裁量許可權的情況下是可考量的，但是合不合適，請大家提供意見。因為時間好像已經將近尾聲，要請主席做個結論，然後大家有意見是不是以後可以書面提供。

#### **劉委員榮輝：**

剛剛講的是高美館的案例，就是自願自費出國，回國後就要申請因公出差給予補助，你認為這個有可能？我認為說他們不敢。其實我們這個人事案件，它一樣有很多。不一定就是說，我們光講如果是只談到一樣，那可能就是說這個事情不太適合，但是如果是到另外一個案子，另外一種情形的時候可能覺得這個蠻適合的，其實我們今天這個研討會就是希望集思廣益，因為各位先進都是各機關的人事主管，平常在人事的業務裡面可能會遇到很多樣的情形，本會受理的都是已經發生的個案，所以對有事情發生的人事行政行為部分，並不是說完全這個熟悉，所以希望在各位先進的指導或提供意見之下，能把我們保障法的修法更加周延，更切合公務人員的適用。因為今天時間已經到了，如果有意見也可以書面提送本會。

#### **拾壹、綜合討論**

### **李副主任委員嵩賢：**

謝謝大家。我們今天的司儀是黃副處長，真的非常感謝！我們早上邀請大家來參加這個研討會，下午大部分的人都留下來我更感謝！我也碰到我很多的朋友，這些朋友告訴我說我以前在文官培訓所怎麼樣怎麼樣。我在去年之前 6 年的時間在文官培訓所，大家對我的幫忙，讓我可以做一些成績出來，因為有這個成績所以調到保訓會來，非常感謝大家。我們今天的研討會因為分組的關係，所以我們採取交叉的方式來進行，早上已經分兩組進行研討，下午我們把大家集合起來，希望大家就一、二組也有交叉提出分別意見的機會。現在就先請第一組黃副處長提出報告給大家做一個引言的參考，其次我再請喻副處長，喻副處長他是我們地方保障處的副處長，現在先請黃副處長。

### **黃副處長秀琴：**

各位同仁大家好。我今天負責的是第一組的議題討論，第一組議題討論它主要是在保障法所定的這個保障對象。以及我們最近碰到的一些問題，叫做性騷擾事件的處理，我們大家知道性騷擾防治法，性騷擾事件在職場上發生的，有性別工作平等法規範，在校園裡面的，則有性別平等教育法，其處理有一個申訴程序，如果在機關內部這個處理程序做了之後，那可不可以對於機關這個性騷擾成立或不成立的決定提起救濟？當然如果是加害人的話，機關因為可以用我們一般的懲處規定來懲處，那當事人就可以依保障法提起救濟，這是沒有問題的，但是如果是被害人？當你的服務機關做了一個性騷擾不成立的決定之後，

那被害當事人可不可以就這個決定來提起救濟？因為最近有幾個案子在本會造成困擾，所以我們希望把它列出來請大家一起討論。那另外就是有關陞遷的問題，所謂第三人效力，也就是說我們陞遷了之後，我參加競爭，派令派給第三人，這個當時有參加的同仁，可不可以提起救濟？那萬一程序真的錯了，怎麼辦？這個是本會實務上發生的問題，本組早上討論的時候，大概並沒有很明白的區分每個子題來討論，是一個綜合的討論。

對於第一個子題，我們大概可以分別一下，第一個有關公務人員保障對象的部分，我們專案研究主持人陳耀祥陳教授，他主要是認為依照現在保障法第 3 條與第 102 條整體來觀察，保障法保障對象的訂定，是以任用法的那個概念，是不是經過任用？這個概念來做判斷，但是陳教授是認為說，公務員保障法制，它也是公務人員制度的一環，我們整個公務人員制度是從考試、任用、俸給以及退撫等等這一環的制度裡面，所以說他認為應該從權利跟義務是不是平衡這個觀點，來觀察保障法的這個對象應該來怎麼訂定。他的觀點是認為說權利義務要不要對等？要先找出公務人員的義務訂定在那裡？大家知道我們有服務法，它所規範的就是我們公務員的服務義務，在服務法甚至有規定到說違反本法者，依第 23 條要懲處，所以他說基本上我們整個服務義務是規範在公務員服務法，所以他認為有關保障法的保障對象，就該以服務法第 24 條受有俸給的文武職人員以及公營事業服務人員為範圍，尤其是公營事業服務人員，陳教授的建議是認為應該把他納入，那是基於權利跟義務衡平的原則。但是從這一點，我們到場與會的同

仁中，有公營事業的主管機關，與會的有財政部跟交通部兩個公營事業的主管機關，當然因為我們與會的時候，沒有點到經濟部，等會也許經濟部的同仁也可以發表一下意見。在本組討論的時候，這兩個公營事業主管機關提出說，目前公營事業人事是鬆綁的，新進人員的進用已經不再以公務人員考試及格為必要，甚至他們在進用的時候，就已經明訂不適用公務員法令了，在現在法令鬆綁的情況之下，是不是適宜再把這些人納為保障法的保障對象？他們認為不無疑義。銓敘部代表林科長有講到，因為我們公務人員，在座都是人事主管同仁，那我們人事人員對公務人員的概念跟公務員的概念是有區分的。林科長有表示說在憲法增修條文第 6 條裡面，它是明訂考試院是掌理公務人員的保障，既然是公務人員的保障而不是公務員的保障，所以認為不適合以公務員服務法的範圍做為我們的保障對象，當然他也提出來，如果真的要擴大的話，是不是所有公法上職務關係的，譬如說政務人員跟民選公職人員，未來他們是不是有權益爭議的問題也可以用保障法提起救濟，當然如果要擴大的話。事實上我自己個人也有一個經歷，因為曾經有一個政務人員，他對於他不能依照保障法提起救濟，他非常不滿，為什麼？因為他說他直接去打其他的救濟，其他人沒有我們保訓會這麼了解公務人員法令。沒有辦法，當然這是另外一個問題。有關公務人員保障對象的部分，本組比較好玩的是海巡署同仁有提出一個問題，他們有軍職同仁，那軍職人員他是認為說他們現在很尷尬，就是因為他們不是處理國防事務，所以在軍職的國防部官兵權益救濟的他們也不能參與，那是不是我們保

障對象應該擴及到行政機關裡面的軍職人員，這是我們海巡署同仁的意見。至於說有關第二個問題，我們有討論到具有公務員任用資格申請再任公職遭否准可不可以依保障法來提起救濟，臺北藝術大學的蘇主任，我沒有記錯吧？是認為離職的公務員申請再任遭到否准，事實上是因為我們是考用合一政策的問題。人事局對於進用非現職人員目前有職缺的控管，才是導致說今天那個人申請再任沒有辦法同意，那這個是政策問題。可是我們邱委員跟陳教授都有提出來說任何的只要有機關行政權都應該給當事人救濟，那也許給他救濟程序，經過我們這樣的檢視，才能去變更改進我們政府機關的政策的方向。其實大家對於這樣子人要提救濟是沒有爭議的，問題是他要用什麼程序來提起救濟？可不可以用保障法？至於說要不要用保障法這個部分呢？那要以身分來認定，也就是說保障法它的受理範圍是以公務人員身分，受行政處分或管理措施為提起的方向，所以陳教授也在這一個子題裡面有表示說，那就應該用他的身分來認定，就是說當事人請求再任，他是一般人民身分來請求再任，還是以公務人員，公務員權利救濟主張自己有任公職的權利，須以公務員身分來請求救濟，那如果從這樣討論，就有關這個子題，我們也是清楚的，因為他是以人民身分請求再任，因為他已經離職了，他已經不具公務員身分，以人民身分來請求再任，有關機關准或不准？當然就准，當事人是不會來救濟的啦，若不准，也不會有適用於保障法的問題。

第一個議題中還有性騷擾事件的處理，陳教授有表示說要求機關提供良好、安全、合理符合人性尊嚴的工作環

境，也是他服公職權利的一個行使。我們應該分為加害人跟被害人的程序來想像。第一個加害人的部分，當然我們剛剛已經講過了，機關如果有介入處理，然後對那個加害人有所懲處，那這個時候，前提要件是我們公務機關內部對那個性騷擾事件已處理。那加害人的部分因為他有公務員身分，他被懲處了，當然他可以用保障法提起救濟，我們實務上最近也有 2 個案例。有一個當事人因為性騷擾被一次記二大過免職，然後現在已經打到行政訴訟，已經確定了。那問題就在被害人怎麼辦？被害人他如果依照性騷擾防治法的相關規定，他提起申訴，機關要成立性騷擾申訴評議委員會對不對？那它要處理有可能是性騷擾成立，那性騷擾成立的話，當然是那個加害人被處罰或被懲處，那被害人可能因為加害人被懲處或者說可以求償那得到救贖，可是萬一性騷擾申訴評議委員會做的是性騷擾不成立，那這個時候那個被害人怎麼來提起救濟？現在在法制上有一個尷尬的問題就是說，因為大家知道保障法處理的是機關對公務人員的行政行為，這個行政行為可能是行政處分，可能是管理措施。可是性騷擾事處理的是什麼？如果是指機關內的性騷擾，是處理甲跟乙的性騷擾，並沒有機關的行政行為在裡面。這邊就是我們實務上到底怎麼處理？事實上有引發爭議。在這個議題裡面，陳教授他是認為應該把它列入保障事項，要增列為保障事項，只是說程序是怎麼規劃。勞委員會也是支持這個應該要回到保障法，基於保障的精神，我們既然保障法是規範公務人員保障嘛，基於保障的精神，對於公務機關內的這樣子的事情也應該處理。但是相反的也有臺北市府、彰化縣政府等

機關認為說，整個性騷擾因為是 A 跟 B 之間兩個人之間的事，還是應該回歸到性騷擾防治法的規範去處理，該裁罰的該有罰則的就是去罰責，而不是我們機關的那個管理措施來這樣處理，這邊也就是告訴大家，對於這個議題我們是沒有共識的。有關議題二是行政處分有第三人效力，那事實上要不要建立參加制度的這個問題。這個議題討論的就是陞遷案。參與陞遷的同仁，如果有不服陞任到他人，那是不是限定有列入前三名的人才可以來參加訴訟？還是說只要那次有列表有去簽名的，有資績積分有簽名的同仁都可以參加，那事實上在這個議題裡面，本組因為囿於時間的關係，大家發言的不多，可是從發言裡面我們大概可以知道，沒有人反對他可以救濟，只是說到什麼範圍好像大家發言的時候並不是有特定同仁舉出來說應該限制在那個範圍。我們這個議題是因時間的關係，發言的同仁並不多。實務上我們保訓會，大家看到後面的案例也可以發現我們並沒有拒絕，我們裡面有幾個案例大家可以看到我們是有受理的，那當然也有不受理，就是有的沒有請求權的問題喔。我們本組在討論的時候，因為大家發言滿踴躍的，對於第二個議題事實上我中午整理的時候發覺大家好像發言的不多，但是對於參加的那個範圍應該到什麼程度？並沒有很具體的結論，這個部分等我們待會進行綜合座談的時候，如果有意見的同仁再來補充，謝謝！本組說明到此。

**李副主任委員嵩賢：**

接著下來是第二組的報告，請喻副處長明明報告。

**喻副處長明明：**

大家好。第二組的議題是在保訓會 7 樓會議室舉行。第二組的專案報告是保障法實體保障項目的檢討與發展。專題報告跟討論的議題涉及到實體的保障是否不足的問題，還有就是救濟程序制度的擴充。在議題上我們有兩個議題，第一個議題是針對因公涉訟補助，對於這個再議，再審及非常上訴這些程序要不要給予涉訟補助，另外對於濫用司法救濟者，是否宜增訂對於濫用權利者，不予涉訟補助的限制。這個議題我們先要了解的就是涉訟補助的目的是在使公務人員勇於任事。但是因為近幾年來外界有針對公務人員保障過度的情況。提出質疑，對於公務人員如果無端涉訟或者不合理擴大紛爭範圍的時候，這個時候要不要限制就有研究的必要，那在外國的立法例上，機關是有裁量權限，要考量是不是符合公益要不要給予補助。法律扶助法針對人民的涉訟補助也有 6 款的限制。本會針對這個議題實務上之個案所引起的爭議，提供這個議題給與會的人事主管來研提意見。因為會場上提意見的人並不多，針對機關的書面意見先來說明。有機關認為因為近年司法濫訟的情況滿多的，所以應該要設定限制，不應該對濫訟者給予涉訟補助。但是針對怎麼樣的限制，他建議本會應該要規定避免授權服務機關。針對這個議題，出席的人事主管是有提出一些意見認為針對個案裡面，感受到公務人員針對機關不停的提告，告了機關 55 個人次，所以造成機關很大的困擾，所以非常的贊成不要保障這個惡人，所以認為基本上應該對濫訟者有限制，是機關贊同對於濫訟者要有限制。另外還有機關提書面意見針對再議、再審及非常上訴這個程序，認為是屬於另外一個審級，站在保

障公務人員的立場上，應該視為另外一個審級予以涉訟補助，因為實務上律師也是照另外一個審級來收費。議場上出席的人事主管也有提一個個案來說明，就是說當事人濫訟向檢察官告了以後，然後針對不起訴還提起再議，認為是應該當做另外一個審級給予公務人員保障。針對這個部分，還有認為應該給予十足的保障。在這一議題部分，與會的張教授提出意見認為，刑事程序並不是權利保障程序，所以在偵查程序中公務人員為原告、自訴人、告訴人是不應該補助，因刑訴程序目的在實現國家的刑罰權，所以公務人員如果在刑訴程序中被告的話，他有風險所以他可以申請涉訟補助，是他有區別原被告的情況，然後主張要不要給予涉訟補助。但是他在專題演講的時候，針對我們的保障法提出修法建議的部分，有說明就涉及行政訴訟，懲戒的這些程序有沒有必要給予涉訟補助？那是不是變成我們補助當事人讓他來告機關的這種情況，他認為這是政策問題是有一點認為不是很適宜。在這個議題的部分濫用權利涉訟者要不要設限，我們用反面解釋沒有一個與會者認為說不要設限。但是如果設限的話，等於限制他的權利，就要用法律明文規定。再議的部分為另一個審級，與會機關提出意見以後，沒有其他機關提出反對的意見。這一部分是不是可以把它當做另外一個審級，本會再針對與會者的意見來研議。早上針對這個議題如果沒有提意見的，等一下如果還有意見的話，都還可以再繼續提。

針對第二個議題的部分，就是說復審程序是否亦應有調處制度的適用，再申訴決定後是否亦應增加可以申請再審議的例外救濟途徑。這個也是本會實務上所產生的困

擾，所以本會把它當做另外一個議題來討論。在這個部分，我要先說明的就是說調處的制度是為了維持機關跟公務人員之間的和諧，促進行政效能，調處制度的問題在於，我們原先立法的時候，89年9月的時候，曾經有個委託研究，也設計過問卷，問過機關跟當事人，多數認為調處的制度應該及於再申訴、復審，但是剛剛與會的機關代表裡面針對這一部分，有機關認為實務上復審部分沒有必要設調處，他的理由是認為機關可以再審查，就是經由提起救濟的時候，機關做處分的時候已經經過考績委員會審查，然後提起救濟的時候又經過機關自我審查的情況下，機關認為合法，應該沒有必要進行調處的程序，所以認為復審程序裡面沒有必要進行調處。但是在實務上因為有很多案例覺得復審雖然是針對行政處分在審理，但是有些行政處分覺得說可以進行調處，所以本會才有這個議題的提出。在調處上到底那些案件可以調處、那些範圍可以調處，可能是涉及到調處它如果是在復審程序裡面增設的話，它涉及到行政處分，涉及到行政處分當事人有沒有處分權能？還有就是服務機關有沒有處分權能的問題。然後又要考量到程序法行政行為的容許性，可不可以轉化為用行政契約來替代的一個問題。在整個議題上，因為與會機關針對這部分只有一個機關提這個意見，就針對書面意見再說明，書面意見上交通部是建議復審程序要增加調處制度。另外財政部書面意見認為復審也應該增加調處制度，所以看起來跟我們上次的委託研究，機關是認為可以進行調處，是有一些機關是認為是可以的。所以在這個議題上，有認為適合調處，有認為不適合調處的這種情況下，所以這個部

分，復審制度適不適合進行調處？是沒有共識的情況。

張教授針對這一個部分他有提出他的意見，認為調處是為了訴訟經濟的考量。沒有理由認為調處只能在再申訴程序中進行。至於再申訴是否增加再審議，這個議題上面，沒有與會的機關提出意見，但書面上是有機關認為再申訴決定後，不應增加例外的救濟途徑。我想這可能涉及他是屬於管理措施，希望到保訓會定案以後就不要再爭執了，不要再給他額外的救濟途徑的這種情況的考量。但是張教授針對這一部分有說明，再申訴是不是增加再審議，那是因為我們復審制度有一個漏洞，就是行政處分依照例年來大法官會議的解釋，所以有些不認為可以向本會提起救濟的行政處分，他轉到去提申訴、再申訴，在這種情況下，針對當事人權益有受損的情況下，實在應該增加再審議的程序。但是如果未來我們整個制度，復審、再申訴的制度如果合併在一起成為只有一個程序的時候，這時候申訴再申訴程序中，就沒有必要增加再審議的程序，這是張教授的意見。在第二個議題上面，也是沒有共識的情況下。針對這個部分，因為第二個議題涉及到救濟制度擴大與否的一個問題，我們會再審慎的研究，因為這部分還沒有針對公務人員的意見來徵詢，以上簡單報告。

**李副主任委員嵩賢：**

喻副處長針對第二組的議題，早上我們與會人員所提的意見所做的一個歸納。我想現在是不是就請我們在座的朋友，針對第一組的議題還有第二組的議題，我們也不要依照這個順序來，我們看哪一位朋友，對於哪一個題目有

他的意見，我們就可以提出來。現在我們就開始，是不是哪一位朋友給我們指教？其實我們今天講的第一組的議題性騷擾的事件，剛才我們黃副處長已經跟大家報告過，其實就法律關係來講，它涉及到教育部。它也在主管，那麼勞委會也在主管，很多人就認為說，公務人員有涉及到這個性騷擾的事件，應該是向你們保訓會來申訴。所以很多人強烈的意見就是說就是你保訓會！可是因為法律的這個分工不是很明確，所以我們到現在為止，我們還在尋求一個共識。像第三人的制度也是一樣，別人升官，我是參加徵選的其中一個，我是候選人的一個，可是我可不可以去提出來說你這個過程怎麼樣怎麼樣？說主張那個升官無效，所以這樣要是再講下去事情就鬧很大了，所以很多的人事主任就是說這樣怎麼可以？這樣怎麼可以？可是很多的法律的那個法理，就是有一些隱含的意義我們要遵守。不過我覺得就是我們的法律修正也好或者新訂也好，一定要廣徵大家的意見，特別是人事法規。這個保障法就是人事法規，人事法規呢，各位你們最熟，各位都比我還熟，因為我在人事行政局也辦人事法規，銓敘部也辦人事法規，然後考選部我就辦了總務法規，在保訓會我當主秘，那當然我也參與到這個保障法規；可是在文官培訓所，我參與的是訓練方面。所以要來請教大家看看我們對每一個組的議題，一共有四個小題目，大家有什麼意見沒有？多多給我們指教。

**臺北藝術大學蘇主任義泰：**

謝謝黃副處長很完整的把早上我們討論情形幫大家做

解說，那我再補充一下，有關那個性騷擾事件，其實早上我有報告就是說，因為各個機關學校已經組成調查小組調查認定，那事實認定上其實應該尊重那個專業的委員會，機關學校已經成立委員會的調查結果，為避免受害人經重複調查，被詢問敘述的二度傷害，個人是不贊成列為保障事項，但是現在保訓會保障事件裡面，面臨的困境是說，如果事件不成立的時候，被害人遭受性騷擾不成立，但是有需要保障他安全的工作環境，這時候怎麼去幫他救濟？我覺得如果是實務上有產生的問題，可不可以就這個部份去做限縮的處理，就是說如果今天他已經案件調查已經成立了，他提起申訴，為了站在保障被害人的情形之下，就不要再重啟那個調查避免二度傷害，但是如果這個案件是不成立的，機關學校調查是不成立，他是被害人他要提起救濟的時候，這時候我覺得基於維護安全的工作環境是可以協助他的，我覺得這一部份可以做限縮的考量。第二個是第一組議題裡面第二項行政處分或管理措施有及第三人效力，就是參加陞遷的利害第三人，因為早上很抱歉我沒提書面的意見，所以我還是口頭再敘述一次，就是公務人員陞遷的筆試、口試等評分是屬於高度技術性或屬人性事項，那行政法學界是認為應該尊重行政機關判斷，叫做判斷餘地，那機關學校的選才用人，關係到他們業務推展的成果，而且派令發布之後，人員資格符合規定，在沒有撤銷原處分前，已經沒有職缺可以供進用，所以個人也不贊成以有關自身陞遷的第三人派令為標的來提起救濟，那早上陳教授他是有提到是說因為陞遷的權利也是服公職的權利，是憲法第 18 條的具體化，那現在的問題是說

以前好像沒有對於說已經發布的派令不服，但是陳教授他也認為說在程序上其實是可以做一個檢視，讓它程序更合法。至於復審程序中是否增列調處部分，個人並不贊同。依法行政個人不贊成由調處更正原行政處分，主要是因為避免民意機關的代表如立法委員等，他們受到選民選票的壓力，要求機關學校讓步接受調處的結果，僅供參考，謝謝。

### **李副主任委員嵩賢：**

謝謝主任的建議。今天各位的意見我們都會記錄下來，等一下如果有時間，我們請兩位副處長再跟大家做一個回應，那接下來哪一位朋友要提建議的。剛才主任的意見我覺得有非常重要。我們現在人力資源管理就是要提供的一個平等健康的環境，那這個健康的環境就是看你要怎麼樣的定義，比如說健康的環境就是沒有性騷擾的環境，平等的環境就是性別，大家在職涯的發展裡面沒有玻璃天花板的限制。這些都是我們做人事的人力資源管理法，他是一個潮流，所以我們要瞭解健康平等環境的一個塑造是非常重要的，那一位朋友再提供意見？謝主任，謝主任國科會的謝主任。

### **行政院國家科學委員會謝主任慶春：**

我想提出來就教各位保訓會的長官，剛剛第一組的議題中有關於保障對象適用的問題，那這個保障法第 3 條有規定，所稱公務人員是法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。第 102 條第 4 款各機關依法派用聘用僱用或留用人員，準用本法的規定。我有

疑問，比如說我們依法聘用、僱用，那聘用、僱用他是一年一聘，假如說這個業務或者是計畫結束，那他到年底時沒有續聘，他能不能提出這個保障申訴或復審，等於是說他的工作都結束了，那這是一種情形。那另一種情形，我不曉得有的機關有沒有針對聘用僱用另外訂立一個考核的辦法，比如說現在銓敘部在研擬訂定這個聘用人員人事條例，有考核的辦法，分甲等、乙等、丙等，那我們比如說像有的機關，以我們國科會來講，我們有訂定考核的辦法，假如我們跟他考核丙等就是要解聘，他被解聘的話能不能提出申訴？或是復審？我想提出就教，以上簡單報告，謝謝。

**李副主任委員嵩賢：**

我想先請黃副處長說明，然後再繼續請大家發言。

**黃副處長秀琴：**

首先就行政院國家科學委員會謝主任提出來的說明，大家知道保障法第 102 條，有關聘用、僱用、派用，在我們目前人事法制上面各有不同法律，聘用有聘用人員聘用條例，派用跟聘用比較不一樣，因為派用是臨時機關跟臨時專任職務，這邊我們先就法律關係來做討論，就聘用的話因為屬契約關係，大家知道我們保障法有兩個程序，一個是復審，一個是申訴、再申訴，復審的話是針對行政處分，行政處分是單方行政行為，有關行政處分的定義就在程序法第 92 條，契約關係因為契約成立是雙方合意，所以他裡面沒有單方行政行為，那目前有關聘用人員不予續聘，在我們的實務上，就是說雖然是雙方合意，契約關係，

他沒有單方行政行為，所以他原則上沒有行政處分，但是就這個續不續聘，我們還是認為這個機關做的續聘或不續聘這個決定可以把它當做管理措施，也就是說我們實務上這種不予續聘，是循申訴、再申訴的程序來處理。另外臺藝大蘇主任就有關性騷擾事件給我們的建議，因為我們目前確實，我們之前的就是這樣，就是機關已經介入處理了，但機關的處理就是性騷擾不成立，那性騷擾不成立的時候，結果我們這個被害人，他對這個不成立現在求救無門，不知道用那個程序來救濟，我們正在想說，有沒有可能用這個已經介入處理的程序來做處理，我們原來也有這樣的想法，可是如果照蘇主任的想法，就是說我們這樣的想法，我們只是審議機關所作性騷擾成立與不成立決定是否違誤，程序的作成有沒有違法不當，那變成就是說我還是要就像我們考績案尊重他的性騷擾申訴評議委員會，他是照這個成立的特別委員會專業的所做的判斷，那這樣子當事人那個性騷擾成立不成立，我們完全沒有辦法介入再討論，如果我只是尊重性騷擾申訴評議委員會的決定，因為機關不是有成立那個性騷擾申訴評議審議委員會嗎？那他的這個性騷擾申訴評議委員會，他依照兩性平權相關規定，好，他一定要有什麼有一定的組成比例，如他的女性比例一定要二分之一以上。因為該會可能比較專業，如果我們照考績法，我們尊重他的判斷，那是不是真的沒有辦法，就會變的只是表面程序的處理，沒有辦法實質去處理說他們兩個人之間的那個性騷擾，到底有沒有，變得沒有辦法實質處理啊，這也是我們有另外一層的那個困擾在。第三人效力的部分，的確就是說我們還是會尊重，大家可

以上網查也可以看到保訓會的案子，事實上都會尊重機關陞不陞遷，會尊重機關的判斷，那事實上我們在處理的程序裡面，都是會尊重長官的判斷，如果你的程序沒有違法的話。現在就是怕程序違法怎麼辦？如果程序沒有違法當然是尊重那個機關，那目前執行，我們今天要討論就是說，那個暫時性權利保護，就是說當我提起救濟的時候，我可以主張第三人派令先停止執行，可是這邊因為我是說早上這一組對這個部分，大家沒有反應。我們本來以為，我們的人事同仁，應該會對這個反應比較大，因為人事同仁的習慣都會以機關行政推展，如果一個職缺我已經辦了陞遷，因為，讓那個暫時性不能去到任，我們行政的那個延續執行是不是有困擾，因為我們早上因為真的是時間的關係，最後大家已經時間到了，沒有辦法繼續討論，那這邊就是保留給在座的同仁，其他沒有參加我們第一組的，趕快反應一下。因為我們保障法第 89 條有這樣的規定，但是因為它要有合法性顯有疑義、難以回復，有這樣要件。只是實務上，我們都認為沒有停止執行的必要，不知道大家對這個法條的制定跟他的執行有沒有什麼意見，提供我們作為下次修法的參考。

**李副主任委員嵩賢：**

請在大家儘量發言，因為我們今天是廣徵大家的意見，之後我們還會到各地辦這個座談會，還會與機關開會研商，最後我們保障法的修正草案才會出來，所以我們每一個角度，360 度我們要廣徵大家的意見。各位在第二組的議題裡面看到調處，我們復審的程序是否應該應用這個調

處的制度，其實我們現在再申訴我們有調處，我們早上跟大家報告是 5 件，但是其中有一件是最近發生的，各位也許有興趣，那我想請我們的這個喻副處長來跟大家說明，我們調處成功。

### **喻副處長明明：**

我先針對剛剛人事主管提出來的調處制度，他認為不適宜在復審制度裡面，增設調處制度，他的理由是很好的反面意見，就是基於依法行政而且避免民意代表施壓，這是很好的反面理由。但是他前面有講到，事實上陞遷案是屬於行政保留，行政保留長官他最主要的用人權，是他核心的權力。那目前有很多陞遷案、降調案，有時候主管認為他不適任把他降調，事實這部分也是屬於復審程序，復審程序是不是可以調處，並不是沒有討論的空間，因為畢竟還是回歸到這個行政保留的問題，也沒有違反依法行政的目的，機關長官有他的判斷及裁量的權限，調處制度基本上是為了機關的和諧，而且避免對公務人員報復，最主要的是還可以促進程序上的經濟，所以在救濟程序上本會會考量這個制度適不適宜擴大，但是本會會把反面意見記起來。第二個針對主席請我說明的。再申訴的調處制度，本會最近有成立一個案件，總共這麼多年，我們也不過 5 個案件，因為調處，要看他合不合適調處，所以復審制度如果要增設調處制度，我們會研議到底有哪些種類及哪些範圍可以調處。針對法定的權限，機關沒有裁量權限的部分像俸給，基於依法行政，應該不會開放的一部分，其餘部分則要研究。最近有一件敘獎案，當事人在警察機關服

務，他破了一個大案，他的績效達到可以一次記兩次大功情況下，符合一次記兩大功的構成要件，警政署也核定可以一次兩大功。請機關提報人員，但是機關人事因兩個機關會辦的，作業很慢，內政部曾經定了一個規定須核定下來 30 天之內就要提報上來，這是基於即獎即懲的目的。所以逾 30 天的話，就不予敘獎。在這情況下，因為人事人員的耽誤，過了 30 天始提報到警政署，警政署認為逾期了，就不予敘獎了。但本會在審議的時候認為，這個當事人沒有可歸責性，警政署什麼時候核定下來，他也不知道人事人員作業慢，本會在審酌內政部考績委員會做的決議 30 天逾期，還要考量當事人有沒有可歸責性的這種情況下。警政署審酌認為當事人可歸責，但是本會審這個案件的時候，發現機關發文簽來簽去的時候，沒有會給當事人，當事人不曉得何時要發報動提報敘獎，他沒有主動請求敘獎的權利，所以認為當事人沒有可歸責性，機關人事室是有可歸責性，認定機關有錯，當事人部分，應該保障他的權利，所以本會就職權上進行調處。為什麼要進行調處，因為這涉及到整個通案，這個個案救濟，會涉及到很多人，因為這個原因沒有敘獎，那基於通案，請機關來進行調處，對於調處的書面上有作一個附帶決議，就是說，所有這個案件，很多當事人他們沒有提起救濟，站在保障當事人的立場上，附帶決議請機關針對沒有救濟的當事人要比照這個案子來給救濟，所以一個案件的調處，造福了蠻多的公務人員，簡單說這個案件的情況給大家瞭解，所以機關人事人員在作業上要特別考量保障當事人的權益。

**李副主任委員嵩賢：**

各位還有什麼建議。在美國有一個美國功績制保護委員會，這個功績制保護委員會，它在保障什麼，他在保障 16 個字，第一個就是考試用人，就是所有的文官，一定要考試用人，像我們高考，他可能像一個面試，那也是考試。第二個就是資績陞遷，你所有的陞遷，一定是能力及年資一起來考慮。第三個就是這個地位保障，那地位保障就是他們的公務人員也是受到身分的保障。那最後一個就是政治中立，或者是行政中立，所有違反這 16 個字的美國聯邦政府都可能會為被告，所以功績制保護委員會它是在保障美國的功績制度可以順利推動。他在全美國一共有 11 個分會，他的總會是在華盛頓。所以美國功績制度的特色在哪裡？我覺得他有兩個特色，第一個就是正當法律程序，所以他保障的過程都完全符合程序，所以，我們的人事業務，比如說考績、記過等，你的過程一定要非常的清楚，正當的程序你一定要有。第二就是他的保障項目，他的保障項目就是由這 16 個字把來衍生出來，所以衍生出來的，我記得也是 16 個還是 13 個，他的實務項目就是聯邦政府也不能違背，他們的保障項目內容非常的具體。那我們保障法在 85 年的時候訂定，我擔任主任秘書一度兼任保障處處長，一切草創，條文只不過幾條。那麼第 1 年的保障案件 300 多件，328 件的樣子，那麼之後到 92 年修正 1 次，條文增加到 104 條，密密麻麻，我最近回到會裡，看那個保障條文非常辛苦，到目前為止我還有一些問題，所以我很敬佩兩位副處長，他們都可以說明的清清楚楚，我就沒有辦法說的那麼清楚了，我們的委員也非常厲害，因為我擔任政務副主委，主持保障案件審查會並擔任召集人，7 位委

員，每當銓敘部有機會到我們這邊到會說明，那他們就會問的非常有系統，有時候問到銓敘部的人都不知道怎麼回答。我們的委員，他們從法律的觀點探討一些事情，我覺得最吻合我剛才所提的美國功績制保護委員會的精神。所以，我們將來到底是怎麼把公務人員的保障做好，我們有104條的條文，可是今天我們談論結果還是有很多的疑義的地方，特別有一些人極力主張，這個一定要做，那個一定要做，這個也要做，可是我們一旦做起來，才發現原來條文是矛盾的，有的是和別的機關是重疊的，所以沒有辦法做。法律條文他是成長的東西，儘管在實務上面臨很多的問題，早上的兩位教授一位是國立臺北大學的陳耀祥教授，另外一位是中央大學的張桐銳教授，就針對我們的過程到底要怎麼樣來保障，還有實體要怎麼來保障，分別提出學術性的看法，但是實務的這個層面，有待各位給我們提供意見。任何一個法律都是成長的，92年修訂的保障法，現在發現有很多疑問，是否需要研修。今天年底我們希望能夠提出保障法的第2度修正，我們會在今年的下半年7月到9月可能到各地辦巡迴座談會後，再邀請各主管機關來開會研商，最後我們希望提出來完整的一個保障法的草案，希望在對公務人員的權利的保障能夠像美國的功績制保護委員會，我們公務人員法定的權利都能確保，不是任何權利都確保。現在是一個法律的社會，每一個個體都要尊重他，尊重他的過程，我們一定要做到法律的平等，這一點非常的重要，所以即使說有時候我們撤銷某案件，我們也知道當事人並不是那麼好，但是一定要撤銷，因為法律站不住腳。你要對人家處分，法律站不住腳，人家怎麼

會服？所以說希望本會真的能夠做到完全的公正，完全的公平來審查我們保障案件。今天非常的感謝大家，從早上到現在很辛苦，尤其今天非常的熱。即使今天沒有提出意見，也可以透過各種方式如 e-mail 把各位的意見再提供出來。非常感謝大家，今天的研討會到此結束，我跟大家行個禮，謝謝大家。

**黃副處長秀琴：**

謝謝各位同仁來參加保訓會的研討會，今天早上我們處長已經有預告了，我們明年 2 月會有 1 個法制研討會，歡迎大家再來與會，謝謝。

## 八、研商程序重開於保障事件所衍生之相關問題座談會

壹、時間：民國 98 年 6 月 24 日（星期三）

貳、地點：本會 7 樓會議室

參、主席：李副主任委員嵩賢

肆、出席人員：(略)

伍、列席單位及人員：(略)

陸、議題：

- 一、公務人員對於已確定之管理措施或有關工作條件之處置，可否主張依行政程序法（以下簡稱程序法）第 128 條規定申請程序重開？
- 二、公務人員對於已確定之行政處分，逕以復審書提起救濟主張程序重開，或僅向原處分機關提出異議或主張依程序法第 117 條撤銷原處分，而未主張依程序法第 128 條規定申請程序重開，經原處分機關函復後，逕向本會提起復審，本會是否均應行使闡明權，以確認其真意為何？
- 三、本會受理保障事件，審查有無程序法第 128 條程序重開之程序上要件及實體上之要件各為何？又審查上開要件有無先後順序？
- 四、公務人員受行政處分經依法提起行政救濟，經本會復審決定確定，或經提行政法院判決確定後，可否再依程序法第 128 條規定申請程序重開？或僅能依公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 94 條規定申請再審議？

或依行政訴訟法第 273 條規定申請再審？亦均非無疑，併提請討論。

柒、討論事項：

**陳教授愛娥：**

- (一) 我想一次說明完我初步的想法，首先感謝承辦單位提供很詳實的資料，關於行政法院裁判及貴會保障案例的資料都很寶貴。第一個議題關於管理措施或有關工作條件之處置部分，它不被認為或理解為行政處分，程序法第 128 條規定是行政處分在法定救濟期間經過以後，有所謂的程序再開事由而重開程序。從文字上講，當然不會直接適用，可以討論的只是有無類推適用的可能性，那所謂類推適用就是有本質上相類似的情況，在行政處分有規定，但在管理措施沒有規定情形下，卻有本質上的相似性，而所謂本質上的相似性，從方法上來講，要回到該條為何要規定程序重開，然後這樣的考量在管理措施上已經確定的情形是否也存在，這是我覺得要談的出發點，如果從這個角度出發的話，其實被當作有權請求程序重開與程序法第 117 條有不一樣的地方，第 117 條是由機關依職權決定，是否要再重新考量，然後主動撤銷等等。但是程序法第 128 條規定情形是，如果這些事由是有權請求重開程序，是因已經確定的事情，然後要重開它，當然是個例外，所以把這個要件定性為，雖然是例外，但有這些要件還是要求機關要重新審視、重新考量，這一種考

量在管理措施或者工作條件有無類似情形，此部分我個人認為是一樣的，不應該隨便重新啟動，但如有的確有應該重新考量的情況，也應該開放重新考量，其實我個人認為關於工作條件或管理措施，程序重開沒有太大意義，原因是因為工作條件或管理措施本來就被認為不是那麼嚴重的影響到公務員權利。但從行政實務上面來講，鼓勵當事人運用正式的重開程序比讓當事人無邊際去找其他非正式管道要好，而且假使真有這些例外情況加進來考量，應該要做有利當事人決定的話，我認為無妨重開這個程序。固然賦與當事人此權利，可以想像對於機關比較不方便，但是說的務實一點，總比找民意代表施壓好得多，所以在第一個議題上我傾向於不是直接適用，但考量這些情況，應該可以類推適用。

- (二) 第二個議題基本上提到關於程序法第 117 條跟第 128 條的關係，這個部分是不是應該逕向保訓會提起復審，是不是應該行使闡明權來確認真義為何？說真的這個問題我覺得很難回答，因為我認為，到底有沒有必要行使闡明權，要看個案情況。如果根本沒有程序法第 128 條的情況，為什麼要行使闡明權，我就不了解，如果當真有這樣的情況，就告訴他一下也無妨。這個部分本來就是已經確定了，所以沒有機會再審，但是就上面的情況來講，看起來有程序法第 128 條程序重開的情況時，其實我覺得是併予敘明的問題，並不是每個案子都當然要去想有沒有程序重開的問題，如果這樣操作反而是不正常

的，因為程序重開的事由，基本上是一個例外對已經確定的事情，賦予當事人可以請求程序重開的請求權，如果有上開相關情事的話，我認為機關在具體個案裡面去判斷，去闡明我認為是可行的，但是否為機關的義務，我是有所保留。在訴訟法有一些規定為了使關係更明確，可以行使闡明權，但是規定實在很簡略，所以我個人認為如果有個案的情況顯示可能有這樣情形的話，無妨行使闡明權，但是我不傾向於把它定在法條變成義務。

- (三) 第三個議題關於程序要件及實體要件的情形，我比較傾向於傳統作法，也都是先程序後實體。事實上因為已有期間要件的規定，要在法定救濟期間經過後 3 個月內為之，再去探究有沒有請求程序重開的實體上要件，如果逾越這個期間，理論上從程序法第 128 條規定，就沒有請求的權利，所以我還是傾向應該遵循一般先程序後實體的審查方式。
- (四) 最後關於經過法院判決確定或者經過復審決定確定，跟程序法第 128 條程序重開的關係如何，這是一個好的問題，我比較傾向如果已經進入訴願、行政訴訟或復審決定確定的話，應該就依照該法制的特殊救濟程序規定。可能這幾種法律特殊啟動重新審查或救濟程序制度彼此之間比較不會有複雜的、交錯的情況，這是我初步的想法，所以針對復審部分的回答，我會傾向於應該依照保障法第 94 條規定申請再審議，否則一個確定的訴願決定，理論上已

有拘束力，如果相關機關可以透過程序法第 128 條規定再來審視是不是要推翻它，我覺得這是很奇怪的事。

**楊審判長惠欽：**

- (一) 議題一部分，我贊成陳教授所提到的。這個問題應回到類推適用而不是適用，但到底要不要類推適用，我有另外一個思考方向，也就是說，程序法第 128 條的立法目的是什麼？它的立法理由除了加強對人民權利的保護之外，還要確保行政的合法性，它是從這個角度出發，所以有程序法第 128 條這樣一個程序再開的制度。申訴或再申訴事件是關於工作條件或管理措施，所以這部分的問題應該是一個妥當性的問題，比較沒有行政行為本身違法性的考量。如果在這一方面，我們又回到程序法第 128 條程序重開的要件，就是除了程序要件外，就該條 3 款的要件去審查，也是很嚴格的限制，它是類似訴願再審或是行政訴訟再審的一些要件，所以在這種要件下，是否在申訴或再申訴這類型的事件也會發生需要程序重開，不是很確定。從這個觀點而言，我認為程序重開是否應該回到行政處分，而不要把範圍涵蓋到屬於要申訴、再申訴的管理措施或工作條件。不過如果保訓會的立場認為，其實需要給公務員這樣的權利的話，我覺得不妨在修法的時候把它加進去，當然就更明確。
- (二) 關於第二個議題，應該還可以分成 3 個子題。1 個是

設定在復審提起救濟主張程序重開，另1個是向原處分機關提出異議，第3個是主張程序法第117條。我們知道復審本身應該就是要救濟的意思，至於原處分機關把它送到保訓會來的時候，要不要再去闡明，我覺得應該從復審書本身怎麼寫，如陳教授講的個案可能變化多端的，如果它單純表示的就是復審，那它就是對一個確定的處分不服，我覺得他就是要復審。但如果復審書的理由看得出來涵攝到程序法第128條那幾款要件，比如說發生新事實或發現新證據，或原處分的違法性可以去扣到整個要件的時候，因會牽涉到復審決定要怎麼做的問題，那麼這個時候就不妨去問問當事人的真意，亦即探求復審人的意思到底要提復審或對原來確定處分重開新的程序，如果他表明那一種，就照那一種來處理。如果他表明的那些理由是不服原處分提復審，那就當復審來處理；如果他要重開程序，可能就要把這個案子移回到原處分機關去做程序法第128條的程序重開。如果他是跟原處分機關提出異議的話，還是回到剛剛一樣如果寫得不明不白，我覺得原處分機關一定要闡明；如果他已表明程序法第117條這個法律依據的話，就沒有再闡明的必要，除非他的理由中可以看得出來其實他就是在講程序法第128條的那幾款要件，如果是這種情況的話，我覺得就應該要闡明，因為這個時候他只是沒把法律依據講出來而已，但他的事實或理由已經陳述到。

(三) 關於議題三，程序法第128條的程序重開，如果在處

理的方式上可以把它分成兩個階段，第一個階段就是他的申請，在程序上要不要准他重開，就是先審准不准它重開，如果審的結果不准重開，當然就是一個否准重開的處分，如果審查結果符合該條要件，就是准程序重開，之後要進到原來的程序裡面，再去審原來的處分到底合不合法，當然結論就有兩種，一種是認為原處分合法，這樣答復仍是否准，只是否准的理由會有不同。另一種是不准重開的否准，我個人認為不管要用什麼理由審，結論都只有一個，就是否准重開的行政處分，只是在審這個要件的時候，好審和不好審的差別而已，如果程序上的要件超過請求時間，就不會碰觸到程序法第128條那3款情況，比較好審；如果其他程序要件都具備的時候，要再去審該條那3款要件，當然就比較不好審，因為會牽涉到實體的問題，我想差別只是在這個樣子，但行政機關的答復都是否准的行政處分，而保訓會要審的其實結論也是一樣復審駁回，因為本質上不是提起復審要件的不符合，而是原來處分駁回理由的差別，我想這個跟法院審再審之訴的時候分3個階段有點不同。再審第一階段先審再審程序要件，如果程序不符合，譬如說超過時間提起，就裁定駁回，如果其他程序要件符合後再進入那14款要件審查時，可能就會牽涉到顯無再審理由的問題，所以法院則會有裁定駁回與判決駁回的差別。

(四) 議題四的問題真的很難，學者有很多見解，實務上目前也沒有確定統一的見解，我想問題就出在條文

的用語是法定救濟期間經過後，且這個用語跟外國立法例也不完全一樣，所以學者的見解也不一樣，因此我只能說從我看到的案例裡面目前比較多數的見解。資料裡面附了一個法務部的見解，就是認為已到行政訴訟的案件，就不能夠再走程序法第 128 條的程序重開，也就是如果沒有達到行政訴訟，而是在行政訴訟前的救濟階段，縱然有提起行政救濟，還是容許依照程序法第 128 條主張程序重開。

### 張教授文郁：

- (一) 第一個議題是關於管理措施或工作條件的處置，而程序法第 128 條是針對行政處分，如果照字義解釋，目前保障法未將管理措施或工作條件的處置當作行政處分，所以第一個可能性就被排除了。但關於這部分，從法律操作面或者從立法論，剛才主席提到保障法要修法，我趁這個機會提出個人淺見，行政處分與管理措施和工作條件的區分在保障法上是否必要的，或者簡單的講，在特別權力關係理論下，縱使在修正的特別權力關係理論下，還有無存在的必要？如果從此理論的根源德國法來看，該理論已經被排除將近半個世紀，我們是否到 21 世紀還要接受德國在 20 世紀中期就開始有人說這個不合人權保障的理論呢？最典型的就是司法院釋字第 243 號解釋認為被記大過不能救濟，這種理論還可以被接受嗎？我想這是要質疑的，當然這個跟議題沒有直接關聯性，如果單純的把管理措施和工作條件的處置

當做非行政處分，那答案是很明確的，就不會有程序法第 128 條的適用，另外程序法第 3 條有排除人事處分的規定，其立法目的及立法說明是說公務員法有專法規定，問題是關於這部分要不要程序重開，公務員法並無規定，如果沒有規定是否就形成一個法律漏洞，需要去補充，如果需要去補充的話，這時候我們再來討論就好，這個管理措施和工作條件的處置有沒有侵害到公務員的權利，然後影響到公務員，准許他具有這種所謂程序利益，讓他再來請求重開，如果承認有，這個時候當然再來討論是否要類推適用程序法第 128 條，我個人傾向應該要類推適用。我個人在這邊呼籲，不要再繼續沿用這種特別權力關係的概念，當然保訓會提出的修正草案或許將記大過規定為可以提起復審，而記過不行，但記大過和記過到底差異有多大，記幾個過又相當於一個大過，我倒是覺得凡是侵害到公務員權利的，如果不是非常輕微，都應該准許救濟。我想在這邊提出一個粗淺的見解，考績評定難道依司法院解釋就沒有直接對公務員發生法律上的效果嗎？考績評定甲等、乙等、丙等、丁等，馬上發生公務員法上的法律效果，例如考績獎金、升等或升級全部都是依考績評定結果，馬上發生法律效果，所以在這邊是不是可以把考績評定當做管理措施，我個人相當質疑，根本解決之道應思考是否還要再沿用修正的特別權力關係理論，在保障法規定不同的復審與申訴制度？

- (二) 議題二對於已確定的行政處分以復審程序提起救濟主張程序重開，基本上要不要闡明，要看個案情形，如果說已經逾越救濟期間，發生所謂失權效果，他的救濟權已經消滅了，然後他提起本意是想要依照一般途徑的救濟，在這種情形之下，就不需要闡明了；又依照他主張的理由也沒有程序法第 128 條事由存在的話，根本也不必再去考慮該條的適用。但是如果對救濟期間已經經過而確定的行政處分仍然提起救濟的話，如果是用語錯誤，當然是可以闡明；或者他主張程序法第 128 條所列舉的事由，應該也是可以闡明的，如果不是這些情形的話，我個人認為似乎不需要再進一步闡明。
- (三) 關於議題三，受理保障事件審查有無程序法第128條的這個順序，當然在實務操作特別在訴訟上有不同的見解，有人認為不管是實體還是程序，只要可以找出一個理由，認為顯無理由，直接就先把他駁回，反正結論一樣，所以在民事訴訟起訴顯無理由，縱使程序要件欠缺，有人也主張用第249條第2項實體無理由，而且還不必言詞辯論，直接就駁回，也可以省掉補正的程序，可是我個人還是比較保守一點，所以我贊同陳教授的見解，遵守所謂「先程序後實體」的審查順序。
- (四) 議題四的問題當然有一點棘手，可是我想其實還蠻容易解決的，因為如果已經復審決定或行政法院判決確定以後，能不能再依照程序法第 128 條申請程序重

開，我個人認為這主要涉及復審決定及確定判決的拘束效力。換句話說，如果在確定力拘束作用範圍內，行政機關基本上不能牴觸所謂復審決定或確定判決的拘束力。在這種情形下還是有例外，如果不違背確定判決拘束力，是可以依照程序法第 128 條重開行政程序，當然在這種情形之下，就取決於訴訟標的理論的爭議，看到底是採什麼樣的訴訟標的理論來決定拘束效力是達到什麼樣的範圍。可是，如果撇開這一點不去講的話，在訴訟標的以外的事項，行政機關在理論上是毫無疑義可以依照程序法第 128 條重開行政程序，所以我個人認為議題四的重心在於訴訟標的到底如何認定，然後法院、保訓會或者是受理訴願機關作成的決定，到底拘束力的範圍多大，拘束原處分機關的作用是否會隨著訴訟標的的不一樣而被排除。我個人認為受到拘束以後，行政機關基本上不能再做出違背訴願決定、復審決定或確定判決的處分。在這裡有一個問題是行政機關常碰到的，有一些機關認為訴願決定錯了，但仍須做一個適法的處分，顯然就要違背訴願機關訴願決定的見解，在適法處分和拘束力的要求之下，到底應該怎麼做，我個人認為，行政倫理的拘束性顯然是比較強的，下級機關是否可以隨時認為上級機關的見解錯誤而不受拘束，個人認為除非法律特別規定，否則就應受拘束。所以對於復審決定、訴願決定不服的話，除非認為違背法令提起訴訟救濟，如果這個決定確定了還要救濟的話，只能依照保障法或訴願法所規定的再審議或其他類似這種再審

救濟途徑尋求救濟，不能再主張程序法第128條。

**陳教授英鈞：**

- (一) 感謝保訓會給我這個機會來釐清這個問題，因為我在其他機關常常遇到這種案件，但比較少體系性的去思考，你們蒐集的資料也很豐富，對這個問題的釐清也很有幫助。第一個議題，程序法第128條所謂要不要類推適用的問題，要看可不可以類推適用。從憲法的觀點看，程序法第128條是立法者就法安定性和個案正義之間做成的平衡法益規定，在憲法位階上，固然不能過份強調個案正義，而忽視法安定性，尤其不能以法解釋論完全取代現行立法論上的政策抉擇。不過從基本權拘束所有國家機關的觀點來看，程序法第128條仍然可以作有限度的目的性擴張或類推適用。程序法第128條的適用，首先要解決行政處分概念的寬窄問題。張教授有提到，實務上過去從特別權力關係慢慢演化過來，雖然大法官已經做了很大的突破，但是仍有很大的問題，我們對行政處分這個概念範圍的界定其實時寬時窄，所謂時寬時窄是指對公務員處分必須一次記二大過才是行政處分，記一大過就不是行政處分（司法院釋字243號解釋），可能概念外延太窄。可是在公務員法以外的其他行政法參考領域（Referenzgebiet），大法官為了給人民權利救濟機會，則相當慷慨地擴大行政處分的概念。從基本權保護的觀點來看，上述的差異性未必站得住腳，而有待調整。差異的源頭

固然有些是法律規定不當，有些則是實務操作上沒有積極去思考，如果從基本權利保護的觀點來看，權利侵害不一定是行政處分所造成，事實行為也一樣會侵害基本權，如果因為對行政處分的概念界定太狹隘，以致於因為行政處分的侵害可以提起程序再開，事實行為就不能夠提起程序再開，事實上有違平等原則。所以在解釋論上，應該有限度的容許類推適用，當然要看保訓會如何解釋，我覺得可以適度擴大，因為人事行政這一部分對行政處分的概念界定太窄，透過行政處分概念的擴大，可以緩和這種不平等。

惟無論如何擴大行政處分的概念，仍不能排除事實行為可能對基本權造成侵害，因此便產生類推適用程序法第128條的問題。不過類推適用還是要考慮到法律保留原則，依照司法院釋字433號解釋所依據的重要性理論，行政法上的類推適用若涉及重要事項，便須有所節制，這可能與基本權的保護產生某種衝突（也就是所謂憲法主義與法律主義之間的理論爭辯）。個人認為在對於基本權主體有利的範圍內，若涉及基本權利的事實侵害，應可類推適用程序法第128條，提起程序再開，此亦與重要性理論下的法律保留原則不相牴觸。依現行規定而言，如果基本權受到侵害，但不構成行政處分，一樣可以到保訓會申訴，甚至請求行政法院救濟（給付之訴）。縱使申訴或再申訴期間經過，應可類推適用程序法第128條規定，以保障公務員服公職的權利。但

從立法論的觀點來看，保訓會既然有心要做，由立法上來處理這個問題比較好。

- (二) 第二個議題就是到底要不要行使闡明權，我也覺得有點困擾，當然這涉及到程序法第117條及第128條的關係是什麼，剛剛好像楊審判長有提到，當初程序法制定委員會似乎有點要另闢途徑，很多我國規定在文義上和德國聯邦程序法有點不太一樣。確實他們想要走自己的路，但是一些基本上的原則，尤其是憲法上的原則、體系上的考慮還是要兼顧。一般認為，程序法第128條是所謂狹隘的程序再開，應該還有所謂廣義的程序再開，這就是程序法第117條所涉及到的問題。程序法第128條現在實務上或學說上大概比較沒有爭議，如果符合該條要件的話，就應該有一個要求程序再開的權利，到程序再開之後就進入實體審查。如果是程序法第117條的話，現在實務和學說爭議很大。實務上認為，相對人或利害關係人根本沒有請求權，但個人認為應該有賦予相對人或利害關係人無瑕疵裁量請求權，不然就沒有意義。

依照保訓會提出來的案例，當事人主張程序法第117條，有些時候隱含著程序法第128條的問題。假使個人見解可採，相對人或利害關係人依程序法第128條有請求權；依程序法第117條則行政機關有裁量權，相對人或利害關係人只有一個所謂無瑕疵裁量請求權，這時候如果行政機關不行使闡明的話

，變成很奇怪。亦即先處理一個應該是屬於比較備位性質的，屬於程序法第117條的問題。對相對人或利害關係人最有利的應該是程序法第128條，卻放著不處理。此外，從所謂的紛爭解決一次性來看，不闡明也會有問題。保訓會必須行使闡明權才能盡到保護義務。程序法第36條也有規定，行政機關對於人民有利、不利的事項都要一併注意。不過闡明不能夠逾越處分權主義，因為程序法第128條規定一定要人民申請，如果闡明後相對人或利害關係人都不申請，或他自己要放棄權利，當然也沒有辦法，可是我覺得應該還是闡明比較好。

- (三) 第三個議題，程序法第128條所謂程序再開，一般人都會比擬成行政訴訟的再審，所以有所謂的3個階段，假如我沒有理解錯誤的話，應該是指原處分機關依程序法第128條審查要不要程序再開時有3個階段：也就是應先審查是否符合程序再開的程序要件（Zulässigkeit des Antrags），然後程序再開有沒有理由（Begründetheit des Antrags），這兩個階段如果都沒有問題，再對原來的案件重新審理做成一個實體決定，這是一般所謂的3個程序。可是到保訓會之後，應該要變成4個程序，因為一般來講保訓會和訴願會沒什麼差別，或者跟法院基本上也是大同小異，就是先程序後實體，所謂先程序是指應先審查是否具備提起復審的程序要件，例如當事人能力、有沒有符合經過合法代理、有沒有符合其他程序要件等等，然後再做實體審查，實體審查時則應審查系

爭處分是否違法或顯然不當，致損害復審人權利或利益。依據目前實務見解，原處分機關不管是駁回程序再開或程序再開之後變更原處分，本身都是行政處分，不管程序上行政處分或實體上行政處分是否符合前述3階段的要件，對保訓會而言，都是實體有無理由的問題。我仔細看最高行政法院判決，應該是原處分機關審查的3階段，不管審查的結果如何，一旦到行政法院或保訓會，都是行政處分的做成是否抵觸程序要件或實質要件而違法的實質審查問題，對保訓會或行政法院已經不是程序要件的問題，所以我看資料所附保訓會的決定我都非常贊成，因為你們審查的結果都是實體上駁回，而非程序上駁回。

- (四) 對於第四個議題，確實有很大爭議。首先，所謂的法定期間經過之後如何解釋，也許實務上見解並不一致，可是大體上指處分相對人或利害關係人不提救濟行政處分就確定了。在很多情況，包括保訓會提供的案例顯示，原本讓權利睡著的人，後來發現相同或類似的案例，別人提起救濟贏了，睡著的人被驚醒了，於是要求程序再開，這樣可能符合實務解釋下的文意。相對之下，某些人一開始就覺得行政處分違法而提起行政救濟，並且奮戰到底打到行政法院仍敗訴，因而產生判決既判力。前面的情況可以程序再開，後面的情況因已窮盡救濟途徑，卻不能程序再開。從平等原則而言，也沒這個道理，雖然文義上也許可以做那樣的解釋，可是我認為從

目的上、功能上來看卻有疑慮，這是第一點理由；第二點理由，剛剛張教授也提到既判力範圍的問題，從既判力客觀效力的範圍而言，程序法第 128 條規定之程序再開，與原來的行政處分，訴訟標的應非同一。儘管最高行政法院最近對課予義務訴訟的訴訟標的已作成決議（最高行政法院 97 年 12 月份第 3 次庭長法官聯席會議），但我們只看到結果，而決議並未清楚交代訴訟標的如何認定，究採學說上程序法說的二分支說、三支說，還是舊實體法說或新實體法說。個人認為，無論採何訴訟標的理論，程序再開應不為原判決既判力的範圍所及。就像最高行政法院判決所言，申請程序再開，基本上有兩個階段：請求原處分機關先打破原行政處分的確定力，然後再作成一個實體上的決定。這個跟原來的訴訟標的，不論用何種理論而言，程序再開應不為原判決既判力的範圍所及。如果我的看法可以成立的話，我覺得實務上的見解應該要修正。

### 周教授志宏：

- (一) 就議題一部分，我們可以從立法論來看，也可以從解釋論來看。如果從立法論來看，當然就涉及到復審跟申訴程序有沒有區分必要，也就是說到底行政處分跟管理措施有沒有實質上區分的必要。從現在一般的討論來看，恐怕在行政機關內部對公務員所為的管理措施，要完全納入行政處分概念下是不太可能的。除非廢除申訴、再申訴制度，其他的只要

行政處分通通去打復審，只留下一條管道，也就是不再做區分，但是不再做區分可能反而影響到公務員的權益。最近教師法的申訴、再申訴程序，他們也嘗試新的提案，嘗試把整個申訴制度廢掉，只要行政處分都走訴願，只要勞資爭議者將來可能會有團體協約的爭議都走勞資爭議。但是事實上有一些在學校裡面可能是很輕微的處置，不是直接影響到教師身分或權利，但就是有爭議，就是要去處理。如果整個申訴制度拿掉，那個部分就是沒有特殊救濟途徑。所以現在這個部分主要涉及到，究竟這個行政處分的概念在人事行政上要放寬到多大的程度。我贊成保訓會目前實質上已經慢慢放寬，而且儘可能放寬的作法。但還不至於說所有的部分都應變成行政處分，因為那恐怕是有點問題的。如果是在這種情況之下，在過渡時期，至少現階段整個制度沒有修正之前，主要還是要靠解釋論操作。則管理措施在現行之判斷上並無適用程序法第128條之問題。但是我認為至少在現階段，介於我們要不要去擴大承認的那一塊，因為現在還沒有擴大到那個部分，譬如說記一大過要不要算行政處分，那些可能對權益會有比較相對不是那麼輕微的影響，縱使我們還是把那一塊看成是管理措施的話，我認為不排除那部分以類推適用方式讓行政機關來做一個處理。我認為可以嘗試從保障功能的觀點來看，那一部分還是儘可能的讓行政機關去處理。其實，行政機關有沒有照程序法第128條來處理，其實也沒有關係

，反正只要原機關願意再把原來的管理措施，如果還有可以調整的狀況，原機關再去做重新思考再去調整，那就可以。其實跟現在提起申訴，由原機關再去考量原措施是否妥當，其實是一樣的。所以類推不類推其實已經不是那麼重要，實質上差異並不是那麼大。

- (二) 就議題二部分，是否行使闡明權，應該分兩部分。首先，原處分機關要先行使闡明權。當公務員對原來做成的行政處分，已經確定了還表示不服，不管用異議、復審或其他程序，當然就是提起復審，仍須由保訓會審理，但至少原處分機關仍須重新審查。基上，如係以一般異議或陳情方式為之，而原處分機關發覺似有主張程序法第128條的情形，原處分機關就應先行使闡明權。也就是程序法第128條第一階段的審查是原處分機關自己就要先行使闡明權。其次，於保訓會復審階段，過去闡明權通常用在到底當事人要提申訴、再申訴或復審。現在如發覺原處分機關錯了，沒有依照程序法第128條處理，當事人也把他當作是行政處分提起復審，此時即須確認當事人是否要提程序重開。如果當事人要提程序法第128條，行政機關沒有依照該條程序處理，就是違法，還是要撤銷。原處分機關是否應作行政處分而未作，可能要移回原處分機關程序法第128條處理，我覺得這個階段也有可能要行使闡明權。但行使闡明權不是幫當事人決定，而是確定當事人的意思。當事人主張程序法第128條基本上因為要件比較嚴

格，我認為應視當事人本身有明示的意思，或已經有透露具體的意思，才須進一步闡明並確定他是否要提程序法第128條。如果是泛泛主張不服，有可能是主張程序法第117條。但是程序法第117條及第128條還是有很大差別，程序法第117條是針對違法的行政處分，不當的還不一定包含在內。其次違法行政處分包括有利、不利，授益處分撤銷還會涉及信賴保護的問題。但程序法第117條是由原處分機關或上級機關依職權為之，好像沒有課予行政機關對當事人主張程序法第117條應作出決定的義務。若認為當事人有請求權的話，行政機關即須作出決定，此似乎不符合程序法第117條之規定，可能有問題。但程序法第128條很清楚，當事人如提出申請，行政機關即須作出決定給當事人。所以在闡明權部分，我覺得應分原處分機關應該行使的闡明權或保訓會應該行使的闡明權。保訓會基本上應宣導，就行政機關而言，應該要考量到這種情況，第一階段就要先行使闡明權，以避免行政機關誤把程序法第128條的申請當做其他不服或陳情，否則行政機關本身就會有違法情形。

- (三) 議題三部分，基本上我覺得，至少在後續救濟階段應該都是實體問題，也就是審查程序法第128條規定的處理是否違法，最後作出的行政處分。所以程序法第128條的程序要件部分，應該原處分機關自己審查，就這個部分我覺得至少就後續保訓會的處理，目前看起來應該沒有太大的問題。

(四) 議題四部分，因為程序法第 128 條規定也蠻複雜的，因為它不分違法的、不當的行政處分，甚至也不分授益的、非授益的處分，甚至不只是受處分人的相對人，利害關係人也可以提，所以情況非常複雜。短短一個條文要處理那麼複雜的程序，確實是很難。但原則上只要有提起救濟，如訴願、復審或行政訴訟，他就是訴訟上的當事人，他本身有受到裁判效力的拘束，再讓他用程序法第 128 條程序重開，然後讓行政機關又可以重新處理，有可能讓行政機關以程序法第 128 條的方式避開上級機關或法院判決的拘束，重新作處分。所以我覺得應該是例外的。例外的情況就看原來訴願的決定或法院的判決，是不是曾經做為救濟程序的當事人，有沒有機會在救濟程序上去主張、去救濟，也是這個要件裡面要考量的，所以這個部分應該不是絕對的。

#### 林審判長樹埔：

(一) 關於議題一應該比較沒有爭論。因為目前公務人員救濟採二分法，在這個制度沒有改變以前，我個人比較贊同管理措施或工作條件不能類推適用，因為程序法第 128 條是針對行政處分作程序重開。程序法第 128 條應該先把它定性，到底是程序上的請求權，或是實體上的請求權，或者說它是例外規定或原則規定，可能要先定性一下。我個人比較傾向於程序上的請求權，它是程序上的一個例外規定。從立法理由來講，因為它是為顧及行政處分的合法性，例

外的犧牲行政處分的安定性，應該是很例外的做一個程序重開。否則對於有限的訴訟資源、社會人力來講，這是一個浪費，所以程序重開應該有一定的限制範圍。所以議題一，我認為目前管理措施或工作條件還是不能主張程序重開。

- (二) 議題二有3個子題，原則上我贊成剛剛各位先進講的，如復審書已主張程序重開，即應行使闡明權。第二個子題是向原處分機關提出異議，到底異議內容為何，如果已提及程序重開，還是要行使闡明權。如果提出異議只有對原處分不服，但是對已經確定的行政處分，他不服但都未提出程序重開或發現新事實或新證據，只是單純的不服，單純的不服有時候可能也不明確，所以此時仍須儘量行使闡明權。因為很多法院實務上的見解，包括法院以原處分機關沒有行使闡明權而撤銷原處分，或者高等行政法院判決被最高行政法院廢棄，也是以沒有行使闡明權，所以儘量還是行使闡明權。實務上認為程序法第117條與第128條固然有關，但本質上不一樣，一個是人民申請的，一個是行政機關主動的。所以在程序法第117條，當事人既然沒有提到程序法第128條，也沒有申請，那就不須闡明。剛剛陳教授好像提到為人民權益，爭訟一次解決的原則，但是這個原則有時候如果太寬的話，在實務上會造成困擾。因為很多請求權譬如說程序法第117條也牽涉到程序法第120條合法行政處分的廢止，程序法第123條也有行政處分的廢止，還有其他各別實體保障的請

求權，可能這麼多的請求權牽涉到訴訟理由，這麼多的請求權是否均須詢問當事人是否主張這個權利，有時候太寬的話會造成困擾。所以如果已經明確表示依程序法第117條主張撤銷原處分，我覺得就不須闡明是否依程序法第128條程序重開。

- (三) 關於議題三部分，我個人比較有不同意見，我認為程序法第128條類似再審，但是跟再審又不一樣，再審為法院的職權，程序重開基本上為行政機關的職權；程序重開的要件也比較多一點，包括所有再審的理由及持續性的行政處分，是比較寬廣一點。但基本上我覺得程序重開與再審的性質是類似的，再審跟原來的行政訴訟，或者所謂的原來行政處分跟重開程序以後所作的行政處分，剛剛教授也有提到是不同的訴訟標的，可能是因為有新事實、新證據或有其他的原因，所以變成訴訟標的不一樣，但是我覺得基本上所爭執的實體上權利都一樣。這是行政程序的一環，所以基本上我把他認為是一個程序上的請求權。當然這個會牽涉到訴訟標的不同的理論，既然他是一個程序上的請求權，所以我認為議題三部分還是要先審查他有沒有合法，他是不是行政處分的相對人、利害關係人，有沒有遵守在法定救濟期間經過後這些1到3的要件，至於第4和第5就比較是實體上的要件。程序要件如果不合的話，當然實體要件就可以不用審查。在我們法院實務上，有很多請求程序重開，就主張很多新事實、新證據，但是事實上法院准的機會很少，為什麼？因為所

謂的新事實、新證據並不是新的事實、新的證據，而是原來就存在的事實與證據，至於後來才發現的，不是新事實；如果是後來發現的新事實，則須屬持續性的行政處分才可以。所以常常發生當事人主張的權利跟原來的都一樣，只是拿到法院新的判決，或行政法規解釋的變更，或行政法規的修正。不論法院或保訓會，當時並無此法令，也無此判決，但這些都不是新事實，也不是新證據，所以等於又把原來的權利重新主張一次，實益上有限。所以到現在為止，法院發現程序重開有理由的非常少。甚至有很多像一次記二大過免職，刑事判決後來無罪確定，都無法救濟。如以公務員考績法一次記二大過免職而言，除非是以刑事判決為免職的事由才有可能救濟，大部分結果都是沒有辦法救濟，也就是程序重開的門是很小的，當然有些人把它解釋成很大，但在實務上會有一些困難存在。

- (四) 關於議題四部分，是一個比較大的問題。我翻了一下保訓會的資料，大概在4、5年前曾經討論過這個問題，當時好像周教授也有參加。當時的通說就是因為有學者引用一些德國的立法理由—德國的程序法第51條—大概承認這是兩種制度，程序重開不限於未經過救濟，就是經過救濟例如訴願、行政訴訟確定的案件，甚至於再審，都還可以主張程序重開。當時學者認為德國程序法第51條用語沒有講到所謂的法定救濟期間經過後，只有用不能爭執（救濟）的行政處分。所謂的不能爭執或者不能救濟的行政

處分如何解釋，學者間可能也有不同看法。我個人認為，如果已經經過行政救濟，應該還是走行政救濟的路，這是比較限縮的解釋。一方面行政處分有存續力，法院判決有既判力，這兩個是各別存在的，好像可以不相衝突，跟所謂訴訟標的理論有關。但是事實上還是會衝突，因為原來實體上的權利是一樣的，除非是更正，跟訴訟標的無關的行政機關可以做一些更正，而更正應該也不必程序重開，大概行政機關依職權或人民申請都可以做。基於存續力與既判力避免衝突，我認為已經經過行政救濟或行政訴訟的行政處分，不能再申請程序重開。

### 鄭審判長小康：

- (一) 首先就第一個議題來討論，保訓會認為保障法有2個程序，一個是復審程序，一個是申訴、再申訴程序。申訴、再申訴確定了，就不得再申請程序重開。剛才幾位專家學者提到申訴、再申訴程序是否應類推適用程序重開之規定，但我想保障法這樣立法的用意，可能是有關申訴的範疇屬於工作條件或管理措施，有時候都是雞毛蒜皮的事。所以我想立法用意應該是礙於這種現狀來做一個分隔處理。在保訓會當初做這個決定的時候，有提到一點，按程序法第3條規定，有關公務人員的人事案件，應該排除適用程序法。我的看法是比較傾向於法院判決之見解，其實程序法中有程序規定，亦有實體規定，關於程序重開這一部分，你說它是一個程序的請求權

，還是實體的請求權，有時候講不清楚。不過至少他在行政處分這一章節裡頭，我比較傾向於應該是實體規定。我們看保障法第25條就講到公務員對於服務機關所為之行政處分，把它放在可依行政處分概念作救濟；至同法第77條就不寫行政處分。我們對於行政處分的概念應該說，中央或地方行政機關對於人民做一個公權力的處置，然後對人民產生法效性。我們看到保障法第77條，只是沒用行政處分的用語，但服務機關之措施仍然會影響到他的權益，對於管理措施或工作條件，我覺得也算是一種高權力的行使，所以我覺得應該也是一種行政處分，但是好像把他列為行政處分，就變成可以適用程序法第128條。我覺得既然保障法基於實際上運作，覺得雞毛蒜皮的事不要再煩了，經過申訴、再申訴程序就處理完，不要以後還有行政救濟。我想申訴、再申訴是一種特別的程序，既然是一種特別的程序，就不要把它再放到行政訴訟，再由司法來審查。所以，我的淺見是不要再類推適用，反正我們規定就是考慮到實務運作，就不要再類推適用給他程序重開的救濟。當然考績打乙等，難道沒有影響到他以後的升遷嗎？難道沒有影響到公法關係上的公法財產請求權嗎？考績打乙可能他的年終獎金就少了一半。我覺得是否應該再適度的開放，基本上我一直覺得，不管我們前面所講屬於復審的一些行政處分，還是屬於申訴的工作條件或管理措施，我都認為是一個行政處分，只是我們在立法上好像以用語

的技巧把它規避掉。我覺得假如真的要走特別程序的話，我們應該再把特別程序適用範圍再限縮一點，至於真正會影響到公務人員權益的部分，我們是應該再把他放寬，當然我想這是牽涉到保訓會見解的問題。我記得好像這是第2次來保訓會參加座談，我印象中好像上一次也提到要把它放寬，但是後來好像還沒有看到真正修法，我想是否我們見解還沒有做成一個統一的想法。

- (二) 對於第二個議題，就是在保訓會對於公務人員救濟案件，是否要再行使闡明權。我覺得因為程序法第128條規定有一點點錯綜複雜，基本上我們先有一個行政處分，行政處分確定以後，又向原處分機關請求程序重開，程序重開又被駁回，變成好像有兩個處分。所以照保訓會所提的這幾個案例，假如不行使闡明權會產生一種狀況：原來確定的處分去復審，復審當然是確定都過期了，我看第一個例子就駁掉了。後面好幾個例子，第2個、第4個、第5個例子，他說我對你的申請程序重開駁回，駁回就是把以前理由跟你講一講，僅是一個觀念通知，不是行政處分，不能救濟了。假如照這個邏輯去推的話，他到底要怎麼救濟？他幾乎沒得救濟了。所以回過頭來說，他今天要求程序重開，然後要求行政機關再做成一個對他比較有利的行政處分，就好像剛剛林審判長說的，他是對行政機關請求課予義務。我覺得假如我們去推敲當事人的意思，應該他就是請求程序重開，是一種課予義務。不要說他就是對一個確定處分請求復審而將他駁掉；或者

將我們駁回他的程序重開，看成是一個觀念通知，那他到底要怎麼救濟？他當然沒得救濟。所以我覺得應該要探求當事人的真意，因為他可能不懂。再下來一個問題是，剛剛有學者提到程序法第117條和第128條，好像認為第117條賦予當事人對行政機關有無瑕疵裁量請求權，我覺得從法條文義上來看，好像導不出有這樣的權利。我覺得既然法律已經有第128條的門讓他走，而關於第117條，好像實務界的看法，認為當事人沒有這個權利請求處分機關發動，人民請求權僅在第128條，程序法第128條既然可以達到就不要再用到第117條。我想公務員可能也是不懂而主張第117條，我覺得以公務員並無對行政機關有「無瑕疵裁量請求權」而駁回似乎有點殘忍。我覺得這個公務員輸了，心裡也不會很服氣。假如保訓會不會太浪費人力，是否問清楚一下。當然他要執意，主張就是復審或依第117條請求，那就沒話講，不然他不懂，你又不給他救濟管道，可能他心裡會產生很多怨懟。所以假如我們在前置階段能夠多花一點時間予以闡明，讓當事人能直接進入實體，這樣會好一點。

- (三) 對於第三個議題，程序法第128條其實我剛才也提到它有程序規定。其實我覺得我們有很多法律條文的程序跟實體混在一起。到底我們要怎麼審查，這就回到我們剛才楊審判長所提的，其實從法院來講他要從哪邊去審查？其實從一個方便性去看待就好了。我看了很多案件，保訓會也花了很多時間用實體去審究，其實如果申請已經逾3個月了，還是逾5年的除斥期間，

可能就不必再談其他的後續。因為程序都進不來，還要談後面的實體嗎？所謂程序不合，實體不究，也是節省行政資源及司法資源。

- (四) 對於第四個議題，從程序法第 128 條觀之，行政處分在法定救濟期間經過後，好像看起來沒有經過我們復審程序也沒有經過行政法院判決，看起來好像應該這樣子解讀。另外我個人覺得說，其實我們的法律制度已經有一個救濟的管道，需不需要再去開另外一個門？那我們再開另一個管道給他走的話，就同一事件而言，既然經過司法審查後，需不需要再由我們行政機關再去做一個自我審查，需不需要裁量權？他會不會大過於司法審查？因為本來行政機關的自我審查以後，他還會經過法院的司法審查。司法審查都已經確定了，他回過頭又要走這條路。按照我們的訴訟標的既判力的效力，假如它是既判力效力所及的，需要這麼繁複嗎？這個門一開反治絲益棼，適用法律應該馭繁化簡，而不是簡單的事情搞的相當複雜，反不堪其擾。我剛剛提到一則，最高行政法院在 95 年 2 月份有一個庭長法官聯席會議，提到稅捐稽徵法案件繳稅以後，又按照稅捐稽徵法第 28 條，認為是誤算或適用法令不對，請求退還這筆錢。但該案已經過法院一再駁回確定。該決議認為應適用行政訴訟法第 213 條既判力之規定，就是這個訴訟標的假如是確定終局判決裁判所及，即有確定力。當然就是說假如既判力效力所及的，那你不能再讓他再走程序重開這條路。現在我們實務所採的見解，多少跟法務部那個見解應

該是比較吻合的、比較接近的。

### 王審判長碧芳：

- (一) 關於第一個議題，目前不會進到行政法院接受司法審查。關於管理措施與工作條件的處置，其實攸關一個行政機關能不能夠順暢運作，別的機關不宜過度的介入，尤其是行政法院不宜介入，事實上也沒有辦法著力的地方，所以這個部分沒有必要送到行政法院審查，但問題在於行政機關或保訓會要不要給當事人一個申請程序重開的途徑。我個人認為，如果設一個比較明確的遊戲規則，就是說如果合於某些法定要件，可以准許申請程序重開，讓相關案件可以得到特別救濟的話，就像剛才陳教授愛娥所講可以避免一些其他不公平管道之介入，基於這個考量，我想類推適用值得贊成。
- (二) 關於第二個議題，基本上這個問題會產生，是因為行政訴訟法規定當事人必須為訴訟類型之選擇，關於經過保訓會復審進而向行政法院起訴的事件，其訴訟類型有二，一是撤銷訴訟，一是課予義務訴訟。行政法院審理案件，法官首先要問原告訴之聲明是甚麼，要告甚麼，如果這個案件是原告遭受一個免職處分，原告當然應以原處分及復審決定撤銷作為聲明，如果是申請未獲准許的案件，法院就會請原告作課予義務訴訟的聲明，所以法院一定會問他要適用行政訴訟法第4條或第5條第1項或第2項。行政法院實務上肯認程序法第128條本身是一個依法申請的依據，所以要先

向權責機關提出申請，申請之後未獲核准重開程序或未獲核准變更原處分之後，經過保訓會復審決定亦未獲救濟，才會到法院來訴訟，此際法院也會如一般課予義務訴訟之審理，先問原告訴之聲明，當然其聲明不外原處分及復審決定均撤銷，被告機關即原處分機關應依照原告某年某月某日的申請，做成一個變更原處分的行政處分，這時候法院還會問原告，你申請程序重開想要變更的原處分，本身是申請被否准案件還是行政機關依職權作成的權益處分。但是在實際上遇到的情形，很多就像剛才講到的本院97年度訴字第2341號事件的狀況，當事人希望請求更正，他根本不提異議、復審或程序法第128條申請程序重開，反正就是要達到更正的目的，其實大部分當事人法律程度僅止於此，就是希望權益能夠得到保障。但對法院而言，法院要考量原告有無正確選擇訴訟類型，還是要審查原告之請求有無依據，是基於程序法第128條，還是基於其他法律規定。大部分當事人就可能會主張基於程序法第117條，因為很多當事人把該條當作一個非常好用的條款，就如同剛才陳教授所持該條賦予當事人一個無瑕疵裁量請求權之見解。基本上，我們實務界大概沒辦法接受這樣觀念，也就是說，行政處分的瑕疵設有行政爭訟制度來救濟，如果肯認程序法第117條是當事人可以隨時對於行政機關行使無瑕疵裁量請求權的話，當事人從此可以不必遵守法定救濟期間，整個行政救濟制度就崩潰了。所以在實務上，當事人主張依據程序法第117條，僅會被當作陳情案

件來處理，陳情案件的處理函復是事實行為，不是行政處分，無論提起復審或訴願，都會被不受理。但此陳情事項如依法得提起訴願、訴訟或請求國家賠償，依程序法第172條第2項之精神，受理機關應該要告知陳情人。此外，依程序法第17條規定，行政機關如認其無管轄權，不是直接函復當事人該機關沒有權限就可以了，而是要依法移送到有管轄權的機關。因此，如果當事人的陳情除了主張程序法第117條以外，還寓有程序法第128條的請求在內，例如具體記載一些該條規定之事由時，此際原處分機關可否以替當事人的最大利益著想，認為當事人不只是在陳情而已，是否可能意在提起程序法第128條之申請；又復審機關是否也能夠替當事人多著想，盡量朝向當事人是否提出程序法第128條之申請，這個方向來處理，因為對當事人而言，如果是陳情案件的話，就會被復審不受理，到行政法院一樣會被認為起訴不合法，但是如果能夠讓它成為一個申請案件的話，就算被原處分機關拒絕，至少可以提起課予義務復審，再被復審駁回的話，還可以向法院提起課予義務訴訟，在救濟管道上比較有利。事實上，我們可以比較程序法第128條與行政訴訟法第277條的再審程序，可以看出二者有很大不同，像行政訴訟法第277條再審之訴，有非常嚴格程序上的要求，可是在程序法第128條就沒有這麼嚴格程序上的要求。基本上，我個人比較傾向就實質內容觀察，不要因為當事人沒有引用程序法第128條，就認為當事人沒有提起程序再開的申請。所以站在

法院之立場，當然希望原處分機關或保訓會在受理之初，就本諸上開想法，對當事人行使闡明權，對當事人做最有利的處置。

(三) 關於第三個議題，我想這個問題本諸先程序後實體的原則處理即可，我就不再多說。

(四) 關於第四個議題，個人認為如果經過復審決定的案件，只許提起復審決定的再審的話，根據現在行政訴訟法，我們對於復審決定的再審並沒有提供一個救濟的途徑，反而是如能讓當事人申請程序重開，可以提起課予義務訴訟來救濟，這樣對當事人多提供一個進入司法審查的途徑，至於經過行政法院判決確定後，是否可以依照程序法第 128 條申請程序重開，我個人採取一個比較否定的態度，不過這個問題可能還要進一步深思，經過判決確定的案件，如果是說因一個侵害的處分而提起撤銷訴訟的話，依法法院應依職權調查事實及證據，這個案子可謂已經過法院全面審查，此際縱有程序法第 128 條之事由，當事人要尋求救濟可能還是要依照行政訴訟法再審的途徑，這樣的保障可能已經足夠了；至於如果判決確定之案件是課予義務訴訟，牽涉到依申請開始行政程序的案件是否要跟依職權開始的案件一樣處理，個人還在思考當中。不過最近在實務上遇到一個新的問題，以申請月退休金案件為例，程序上是由服務機關的人事單位幫退休人員提出退休事實表；又以公務人員的初任提敘為例，程序上由

服務機關的人事單位幫他提出一個擬任的送審表出來，在越來越多案件，原告主張服務機關人事單位直接告訴公務人員不能照他的意思提出或送審，所以在幫公務人員送出去的事實表或送審書裡面，就未照原告的意思申請，也就是說該公務員從來沒有將請領月退休金或提敘的意思向權責機關表示過，我們感到困難的是，程序重開可以到何程度，比如說在會議資料第75頁的案件，因為這個退休案件原來只有提出一次退休金申請，而現在他希望程序重開能改申請月退休金，可是在他的退休事實表裡面，根本就沒有月退休金的請求，即使程序重開要重開哪一時點？如果這樣的案件能夠重開的情形下，他可回到程序重開程序，重新行使月退休金請求權嗎？還是因為他從來沒有提出月退休金的申請，所以即使程序重開也回不到重新行使月退休金請求權的部分。

### 吳委員登銓：

- (一) 保障法第25條界定不服行政處分得提起復審，保障法第72條也教示當事人不服復審決定得提起行政訴訟。倒過來講，記大功記大過因為不是行政處分，就不能提起行政訴訟，實務上感覺滿奇怪的，像警察記大過之後5年不能陞遷，結果這麼重大的事情是管理措施；而出差費僅200塊，卻可以提起行政訴訟。另外一個例子是假設一個法官從臺北調臺東，明明都是調任令，如果是平調的話就是管理措施，而

如果陞遷序列稍微改變，就變成行政處分，同樣是調任令，怎麼會有行政處分或非行政處分的調任令，因為當初保障法設計第25條的時候，沒有區分可以行政訴訟的行政處分與不能行政訴訟的行政處分，假如未來修法有空間，可以嘗試將保障法第25條違法行政處分界定為可以提起行政訴訟的行政處分，而把不能提起行政訴訟的行政處分放進保障法第77條的對象。

- (二) 另外剛剛有一個學者提到，對於管理措施或者工作條件可以類推程序法第128條申請程序重開，那麼如果在不是很確定當事人有這個程序請求權時予以類推適用，而行政機關把它否准，這個否准是不是行政處分？如果否准後卻可提起復審的話，可能會有一些弔詭的現象。
- (三) 關於剛剛王審判長提到的問題，因為真正能夠核定的是銓敘部，所以我們曾經詢問過該部，地方機關可否先行審查，如果不合規定就不幫公務人員送審？還是地方機關沒有這個權限？因為銓敘部怕麻煩，所以他們賦予地方機關初審權限，這樣的話就可能影響到剛剛提出來的這個問題。

**林委員昱梅：**

- (一) 關於復審與申訴、再申訴雙軌部分，當然也希望可以一併檢討。如果保留雙軌制的话，什麼樣行為可以放到復審救濟的程序裡面，比如記大過與考績丙等這兩個部分，其實很難說對當事人權益影響不重

大，所以我們審查的時候也相當慎重，甚至是嚴格管控構成要件是否該當，特別是在懲處這個部分，所以基本上即便是管理措施、工作條件，我們也會針對合法性的部分特別審酌，所以說正因為合法性的部分，在程序法上面也是一個很基本的要求，所以至少在現階段來講，管理措施、工作條件這個部分是否可以適用到程序法第128條，的確是有討論或檢討的空間。

(二) 我倒是有一個問題要就教各位，再申訴目前依照保障法規定沒有設再審議制度，也就是說對於復審決定可以再審議，但是對於再申訴決定無法再審議。如果說我們針對管理措施、工作條件這個部分可以類推程序法第128條的話，會不會變成如果當初沒有提起救濟的話，可以類推程序法第128條提出新證據重開程序；但如果說當初有提起救濟而得到再申訴決定，因為再申訴沒有再審議制度，又不能夠依照程序法第128條去重開程序，是否會有失衡的地方。當然這裡要請教各位的是，如果管理措施或工作條件經過再申訴決定之後，如有新事證是否還有特殊管道可以救濟？

(三) 針對議題二部分，其實各位也可以參考會議資料第19頁，其實最主要就是說在幾個行政法院的判決裡面，指明本會沒有查明原告復審的真意等等之類的，所以我想請教各位，甚麼樣的情況需要或不需要行使闡明權，當然就是說我們如果去探求當事人的

真意會不會引起一些當事人的誤會，或者是說他依照程序法第128條申請到最後沒有結果的時候，會不會反過來說保訓會當初告訴我如何做等等，當然多多少少會有一點顧慮。當然在探求當事人真意方面，或許我們也是可以如同剛剛先進提到的，是否在原處分機關階段就行使闡明權，而非到保訓會這個階段，還必須要探求當事人真意而行使闡明權。

(四) 關於第三個議題，其實也是一樣，就是說我們接到行政法院的判決之後，自我檢討的結果會有些疑惑。比如說在會議資料第8頁，臺北高等行政法院判決中，保訓會認定自法定救濟期間經過後已逾3個月而不符程序重開條件，但臺北高等行政法院提到不符合發生新事實或發現新證據的程序重開事由；又比如說會議資料第8頁下面，保訓會以逾5年期限否准程序重開，但是行政法院則以逾3個月否准程序重開，以至於保訓會有點疑惑審查程序法第128條之要件到底有沒有先後順序。

(五) 關於第四個議題，當然因為復審決定或法院判決的拘束力所及，所以在針對這些已經提起救濟的案件，是否可以容許程序法第128條的程序重開，也有一些疑問，但是我個人的疑問在於如果是復審逾期不受理的這種情況，也就是說在實體方面是未經審酌的，那這種狀況是否也不容許程序法第128條的程序重開，還是說一定要再審議呢？

王審判長碧芳：

有關人事單位幫公務人員所提申請案件的問題，大概兩三年前我曾經在保訓會討論過，那個時候討論到包括被告機關是誰，到底此類案件是否須經過兩階段的審查，到底以地方機關或銓敘部為被告。我如果沒有記錯的話，當時在場的學者多數認為只要用給付訴訟方式告地方機關，請法院判決命地方機關將申請案件送到銓敘部處理就好。

### **林審判長樹埔：**

剛剛王審判長講的這個問題，當然實務上碰到請求服務機關移送銓敘部做決定，而這個移送本身是沒有法律規定的。但是在徵收或其他處分類型裡面，是有一個初審的機制。不過我個人覺得對服務機關應該也有一個請求權，如果沒有移送的話就等於被拒絕了，但此一拒絕結果不能救濟也不合審判救濟的原理，所以我個人認為應該也可以救濟。只是剛剛王審判長提到，因為人事行政有他的特殊性，像免職效力從哪裡開始，或者原本不能領月退休金而請求可以領，這個時點要在哪裡，到底是不是持續性的，因為持續性的話，主張程序重開才比較有實益，基本上我覺得退休核定應該不是持續性的行政處分，因為核定的時候就應該以當時為準，雖然退休金繼續領，但並非效力是繼續的；而免職核定也是一個非持續性的行政處分，所以請求程序重開，不能用程序法第128條第1款的規定。

### **楊審判長惠欽：**

- (一) 我初步想法為，因為這個申請本來應該送到銓敘部，結果服務機關初步審查就否決掉，這個部分在最高行政法院依土地法第219條收回的案件裡面有類

似問題，在土地徵收請求收回的案件有法律明文規定，要去跟縣市政府先申請收回，縣市政府審查之後再送主管機關內政部。我現在不太了解現在所討論的案件，到底有沒有明文規定要跟服務機關申請，如果沒有的話，我認為處分機關是銓敘部。此時有兩種思考方向，一種為服務機關沒有送而應該送，這應該不是一個課予義務訴訟，頂多只能打一個應移送的一般給付訴訟，如此則應思考，是否賦予公務人員這樣一個主觀請求權存在；另外一種認為雖然服務機關沒有送，可是已經否決掉了，就把否決當作行政處分，但是這個時候可能不能認為這是服務機關所為處分，好像剛剛提到銓敘部授權，就由服務機關兼做答覆。這個就是類似我剛講的土地徵收的那種案子，在早期最高行政法院決議沒有出來之前，實際上也是原來的縣市政府把他答覆掉，但在人民不服的時候，還是要以內政部作為被告去打行政救濟，這個時候打的才是一個課予義務訴訟，所以如果認為不需要給公務人員移送的一般給付請求權，我們可能須認為此為銓敘部處分，告的對象應為銓敘部。

- (二) 我本質上並不贊成管理措施可以依程序法第128條提起程序重開，因為申訴、再申訴原不得行政訴訟，現在如果准程序重開，那程序重開之後，如果不變更原來的管理措施，這個算不算一個行政處分，如果是的話，那為什麼不能打行政訴訟，其實就會發生這樣一個很衝突的現象，所以我認為不適合，除非明文在保

障法裡面規定其相關程序，不然會發生上述扞格的現象。

- (三) 另外關於第四個議題，我查到最高行政法院多數見解就是採法務部的見解，至於再審議跟程序重開應是併行的，其實我個人見解傾向於甚至行政訴訟打完了，還是可以准程序法第128條程序重開。剛剛鄭審判長講的那個關於稅捐稽徵法第28條的決議裡面，引了一個最高行政法院70幾年的判例，那個判例其實不是在講既判力，那個判例引用的結果應該是爭點效，就是說因為其實就在剛剛幾位學者講的，他的訴訟標的不同，可是因為之前提起行政救濟時都已經主張過的爭點或攻擊防禦，在行政救濟程序都完竣了，你又再來主張一次，整個判例的精神應該是在這個地方，所以行政法院見解也是如此，我想法務部的見解也是因為那個判例的影響，他認為你已有行政法院裁判的案件，就不應該再准程序重開，這是我講到實務的部分。而我個人看法為，其實從處分的部分來看，處分重開是行政機關重開，是重開行政處分，再審議是重開復審決定，行政訴訟再審是再審行政法院的判決，這個沒有衝突，所以我覺得沒有理由不允許重開，這是德國立法令他們如此解釋。復審要再審議也可以，要程序重開也可以，其實要件是有一點不同，因為再審議的要件比較少，類似再審的要件，所以就等於程序法第128條第1項第3款那一塊而已，但是程序法第128條還有第1款與第2款，尤其第2款的部分，把發生新事實都放進去，雖然這部分學者有很多批評認為不應

該把所謂的發生新事實放進去，可是事實上條文就是放在那個地方，我們能不用嗎？能把它限縮於有持續效力才能用嗎？如果不是這樣的話，程序法第128條程序重開的範圍就比較寬了；至於申訴跟再申訴這塊，我不贊成可以重開，所以就不會發生林委員所提之扞格現象。

**鄭審判長小康：**

- (一) 我覺得公務人員申請職等核定，如果服務機關不為他送資料給銓敘部，基本上我覺得服務機關應該有這個義務及權限送公務員人事資料，服務機關不送，當事人當然可以救濟，不過其實我覺得可能當事人太急了，因為最後核定是銓敘部，就銓敘部所作的行政處分事實上是可以救濟的。
- (二) 剛才吳委員跟林委員有提到一點，我覺得今天我們產生很多糾紛，就是來自於復審及申訴制度，其實作為申訴、再申訴標的工作條件跟管理措施，基本上我覺得也是一種行政處分，當然申訴、再申訴是一種特別程序，就是說雞毛蒜皮的事如果也可以救濟的話，那大家真的會疲於奔命，所以我的態度也比較傾向於楊審判長所說，其實這個區塊就不要再救濟了，但是我覺得到底以後修法要怎麼修，或者不是一定要修，假如法律講得不夠明確，能不能用解釋函令，這是在思考的，當然解釋函令可否拘束到公務人員很明顯的這個權利，就可能要再考慮有沒有法律保留的問題。剛才吳委員有提到出差

費200元，我就跟你打個訴訟，今天警察同仁記個大過5年不能陞遷，影響權利很大，但按照條文看，就是要直接對公務人員權益產生影響，才認為是行政處分，但你能說記大過沒有對公務人員權利有重大影響嗎？以此為例，我覺得假如影響到公務人員的權益，譬如你考績被打個乙，你想你還要升甚麼職等，可能嗎？就公務員而言，權利應已有影響，我覺得說如不修法，能不能從行政先例或函釋的這個角度去思考，再把復審範圍放寬。

#### **楊審判長惠欽：**

- (一) 再補充一下，其實我覺得今天真正的整個爭點，在於要把復審的行政處分範圍放到多大，那都是解釋的問題，所以我覺得保訓會本身可以發揮一個很強的功能，絕大多數我們從高等行政法院的裁判看得出來，如果保訓會用復審，大概法院就不太會去動它，我們就會從復審去實體審。至於保訓會這邊程序駁回的案件，高等行政法院還是去審議程序法第128條的要件，其實不是真的否定不能程序駁回，有時候也是為了保險起見，亦即仍然審查程序法第128條其他要件而判決駁回，而不是去配合保訓會認為不是行政處分。因為程序駁回裁定很容易被終審廢棄，我實體給你審了而判決駁回，終審意見相同也好，不同也好，結論仍會上訴駁回，在審判心理上應該有這種思考。
- (二) 其實我想要表示的是，保訓會如果認為有需要用解

釋函令、行政規則，甚至說透過很多復審決定去擴大行政處分的範圍，其實會形成一個效應出來，放大結果就會變成真正的雞毛蒜皮的事就回到申訴，那這樣子也根本不需要再去討論申訴事件可否程序重開，因為對權益真的有影響者已經放到行政處分這一塊了。

### 周教授志宏：

- (一) 保障法的復審及申訴、再申訴制度其來有自，因為現在人事行政的行政處分認定，就是卡在大法官會議對行政處分的解釋以及程序法對行政處分要件的規定，除非大法官先擴大解釋行政處分的範圍，但是大法官沒講到的可以盡力去擴大。所以之前我們也嘗試弄出一些標準設法來擴大，聽起來法院這邊也支持這樣一個操作方式，所以在現有制度沒有改變之前，就大法官沒講的部分，我們可以盡量擴大。
- (二) 我也要抱怨一下行政法院，因為你們依照大法官對公務員所作行政處分的標準，可是你們也把上開標準用在教師身上，譬如說成績考核一定要跟公務人員一樣的標準，你都認為對公務員所為行政處分的範圍都已經太小了，那你還把他比照過來完全用同樣的標準去審查公立學校老師所受到的行政處分，似乎就是認為公立學校教師跟公務人員是一樣，唯一的理由好像只有這樣子。所以這個部分我覺得說如果光是仰賴行政機關在復審救濟程序上去放寬，

而法院自己不就行政處分的認定去放寬的話，我覺得責任都推給別人好像也不太好。

(三) 另外一個就是有關於退休申請案件的部分，因為公務人員退休法施行細則規定要報請服務機關轉銓敘部審定，所以程序上是有這樣的規定，基本上他還是公務人員申請案件，至少自願退休部分一定是申請案件，那這樣的申請如果行政機關不依公務人員所請求，比如說我要月退你只給我一次退或認為我不能月退；或是我選擇部分月退部分一次退，你不照我的意思去送，那結果會是甚麼。實務上應該是在正式送資料出去前，如果公務人員對申請方式有意見的話，機關會請你確認；如果機關不送的話，我覺得可能有兩種方式，一個是打給付訴訟，另外一個可不可以說公務人員已經申請了，然後超過一定時間沒有做成處分，公務人員就去提起復審請求銓敘部做一個處分給我，也就是不管機關送不送，我已經申請了，銓敘部就要給一個決定，而且我申請就照我原來填送的申請表要求。又如果公務人員原來申請一次退，後來反悔改成月退，這有沒有構成程序法第128條的要件？但公務人員如已行使選擇權而且機關已給他確認過，這恐怕是不能程序重開的。

(四) 公務人員的退休審定是不是具有持續效力的行政處分是要看情況的，因為這些核定有些是月退的核定，你說它只有一次效力嗎？是不是可以中間選擇

改變，譬如原本 1/2 一次退改成 1/4 一次退，選擇以後關於退休核定一次退的部分，當然領走後效力就結束了，然而月退的部分有沒有持續性的效力，我是有點存疑，這個還可以再研究，但是我覺得有程序重開的事由，如果說公務人員的請求，行政機關事後給他更改了，沒有經過他同意那當然要回到最初的申請，以公務人員最初申請的狀態就等於還沒有決定，請求程序重開就是先決定原處分要不要撤銷，撤銷以後要不要做一個新的行政處分，而最後審議的結果可能要去變更原來的處分，那就要把原來的處分撤銷。

**主席：**

各位審判長還有周教授以及先前已經離開的教授所提的意見，我們將作為未來研修保障法的參考，我今天代表本會感謝各位給我們這麼多寶貴意見，現在宣布散會，謝謝大家。

## 九、因應公務人員考績制度變革有關考績丙等事件救濟程序相關問題

壹、時間：中華民國99年4月20日（星期二）

貳、地點：本會7樓第1會議室

參、主席：李副主任委員嵩賢

肆、出席單位及人員：（略）

伍、主席致詞：（略）

陸、保障處李處長俊生：

- （一）主席、各位學者、各位專家及本會委員，大家午安。非常感謝大家蒞臨參與本次有關考績丙等事件救濟程序相關問題座談會，本次座談會主要係因應考績制度改革，尤其關於考績丙等事件之議題，特別是考試院去年已先行試辦考績丙等新制，亦均將影響本會保障事件之處理，故提前準備因應。
- （二）議題一部分，就未改變公務人員身分關係之考績評定事件，本會係依申訴、再申訴程序處理，惟若依考試院報送立法院審議之公務人員考績法（以下簡稱考績法）修正案第6條之2及第7條規定，尤其第6條之2第11款不涉及紀律性條款，認因該非紀律性因素考列丙等，第2次及第3次考列丙等時，於救濟程序上，應依復審程序處理；且第3次考列丙等時，因涉及身分關係改變，復審決定更須進行言詞辯論。惟對於依同法條第1款至第10款規定被考列丙等者之救濟程序則未予明定。茲以無論依該法條何款規

定考列丙等之法律效果均相同，則依同法條第1款至第10款規定考列丙等者，是否亦應適用相同之救濟程序？又因修正草案第7條第1項第4款規定第1次考列丙等者，應留原俸級並輔導改善；對照現行考績法考列丙等者，亦應留原俸級。是二者之法律效果類似，則第1次考列丙等者，是否仍維持本會現行依再申訴程序處理之方式？抑或考量凡考列丙等者，為強化當事人之程序保障而均應改列為復審標的？

- (三) 議題二部分，歷來針對考績等高度屬人性之案件，本會於保障事件審理實務上，對於機關長官對部屬考評之判斷，多予尊重。為因應公務人員考績制度之變革，未來本會是否應提高此類事件之審查範圍及密度？以及究應如何提高此類事件之審查範圍及密度？均值深究。謹做簡要報告如上。

柒、討論事項：

**林教授昱梅：**

- (一) 首先針對議題一，就之前個人對考績制度之觀察，考績丙等已相當於負面評價，相當於全年績效等於零之情形，不僅沒有考績獎金，也沒有年終工作獎金，在陞遷及訓練進修上亦受相當限制，依考績法第13條規定：「……平時考核之功過，除依前條規定抵銷或免職者外，……；曾記一大過人員，考績不得列乙等以上。」故考績丙等應與記一大過合併觀察。如針對考績法修正草案第6條之2觀之，第1款至第10款為懲罰性規定，第11款則為績效性規定。

針對第1款至第10款懲罰性規定，例如第4款：「對他人為性騷擾，情節重大，經查證屬實者」及第5款：「挑撥離間或誣控濫告，有具體事證，經疏導無效者」等部分，修正草案係規定「應」考列丙等，也可能有記一大過之情形。過去實務上曾發生之問題，例如性騷擾或挑撥離間行為發生當年，因為修正草案規定應考列丙等而遭考列丙等，嗣同一事由第2年再被記一大過，依修正草案第2款規定：「平時考核獎懲相互抵銷後或無獎懲抵銷而累計達記小過一次以上未達二大過者。」應考列丙等而導致再次考列丙等，畢竟現在丙等是有累積性的。過去實務上發生的問題，似乎未來實務上也會繼續發生，不知考績法修正草案就此有無特別考量？

- (二) 針對考績法修正草案第1次、第2次及第3次考績丙等，應否列為復審標的之問題，我個人認為，假設修正草案維持第3次丙等即有資遣或退休之效果，即便是修正草案第1次考績丙等，仍具有累積之第1次丙等之效果，較現行考績法考績丙等，對公務人員權益影響更加嚴重。從現在司法院大法官會議解釋觀察，不僅針對身分方面之問題，對公務人員權益亦有重大影響，應可提起復審及行政訴訟救濟。因此，我個人看法，不論是考績法修正草案第1次、第2次及第3次考績丙等，均應可提起復審救濟，並給予提起行政訴訟之機會，不過此涉及行政法院看法。
- (三) 針對言詞辯論部分，考績法修正草案第7條第3項規

定，依第6條之2第11款而受第7條第1項第4款降級、減俸、資遣或退休者（亦即第2次及第3次考列丙等者），得依公務人員保障法（以下簡稱保障法）復審程序提起救濟；應辦理資遣或退休者（亦即第3次考列丙等者），其復審決定應經言詞辯論。保訓會過去實務上進行言詞辯論之情形不多，如於考績法直接明定應行言詞辯論，於實務運作上是否妥適，仍值斟酌。是否進行言詞辯論係考量公務人員與機關間互相爭辯，對公務人員本身未必有利，除非將要退休或資遣淘汰者，畢竟將來仍須在機關服務。個人認為，送立法院之草案，就言詞辯論部分，仍可再思考。

- (一) 其次針對議題二，保訓會對於考績丙等事件之審查範圍及密度界定之問題。過去實務上對考績會認為是高度屬人性之判斷，但針對考績法修正草案第6條之2第1款至第10款觀之，有相當明確之構成要件，雖然仍有情節重大等不確定法律概念，但亦有搭配經查證屬實或有具體事證等要件，與過去考績案件具高度屬人性部分，似有不同。個人認為至少在考績法修正草案第6條之2第1款至第10款有明確構成要件部分，在審查密度上，可用類似過去審查記一大過方式處理，就事實上或法律上之要件都可以審查。針對考績法修正草案第6條之2第11款規定：「工作績效經機關各單位主管評擬考績後，提經考績委員會考核，為機關全體受考人排序最末百分之三；或為主管機關依機關團體績效表現彈性調整之

丙等人數比率範圍者。」觀察其內容，應該也要有客觀之評比，當然公務人員比較擔心的是實務運作時因特殊因素考列丙等。如果條文已明定如此清楚要件，不像過去以工作、操性、學識、才能評比。因此，個人認為，甚至連第11款在審查密度也可以提高，至少要有客觀之評比。工作績效評量現在都已經量化，是否在工作績效與工作態度上考績評量應更具體化—雖然有部分人認為，機關團體績效部分比較難呈現，各個業務部門或比較突出之單位績效不易判斷—但既然已經量化，救濟機關於實務上審查，也應審查客觀上數據及如何進行評比，審查密度可以提高，不必沿襲過去高度屬人性之判斷。

#### 林庭長樹埔：

- (一) 議題一部分，分成2個小題，第1個小題是考績法修正草案第7條第3項規定，因第6條之2第11款而受降級、減俸、資遣或退休者，得依保障法提起復審，如此規定，個人認為不是很周全。因為這是第2次或第3次考列丙等，為何只限於第11款才可提復審，前10款規定「應」，第11款規定「得」，雖然有裁量權，構成要件亦有不同，但法律效果卻一樣。對於前10款規定，仍須依裁量認定，但何以不將第1款至第10款包含在內？依條文觀之，為故意省略，但如此適用結果，會造成輕重失衡。因為第1次、第2次及第3次考列丙等事由，有可能都是第11款；或先第11款之後其餘10款；或先第1款至第10款之後第11

款，顯然均對公務人員權益造成重大影響，為何不得提起復審？且3%考丙的規定並未將第1款至第10款排除在外，所以我認為草案仍有修正的餘地。另理論上還有1個問題，丙等之後所產生的降級、減俸、資遣或退休，是否要割裂成2個行政處分，實務上會發生問題。因為考績等第及獎金為2個不同處分，則丙等不可以提起復審，只能提起申訴、再申訴，等到降級、減俸、資遣或退休才可以提起復審，是矛盾的，所以我認為草案第7條第3項應包括前10款規定，比較一貫，實務上也比較不會發生問題。第2個小題是規定第1次考列丙等不可提起復審，目前規定是考列丙等只能提起申訴、再申訴，考績確定後才能對考績獎金提起復審，這是依照大法官解釋及行政法院見解，認這2個有先後順序，即考績先予確定後才可以提起復審，是可以分開的，所以第1次考列丙等只能提起申訴、再申訴，這是目前見解。但許多學者（如林教授明鏘）認為記大過、考績丙等或職務調動等，對於公務人員權益影響較大者，都應該可以提起復審，有放寬的趨勢。我個人認為這樣的放寬會產生後遺症，例如第1次丙等可以提起復審，為何乙等不可以？開放界限到底到那裡，會產生很大困擾。像德國規定可以提起給付訴訟，沒有分割問題。就長遠目標觀之，再申訴及復審制度應該合在一起比較不會有這麼多問題，這牽涉到法院負擔，以及法院審查範圍是否及於合目的性、妥當性之問題。所以我認為再申訴及復審制度不應該分

開。至於言詞辯論程序，我認為如果人力可以負擔的話，應該是可以在辦理的。

- (二) 關於議題二，提高審查密度部分，既然修正草案對於考列丙等設一最低比例限度，我認為審查密度當然可以提高，但是判斷餘地還是有。草案有許多程序規定，例如第13條之1有面談機制，平時考核結果應進行面談2次，第9條之3有團體績效評比，第15條第3項考績委員對於擬考列丙等、丁等或記一大過人員應給予陳述意見或申辯機會，我認為保訓會對這些新規定的程序應予審查，以提高審查密度。

#### 程教授明修：

- (一) 我姑且把考績法修正案第7條第3項稱為主管機關的「心虛條款」。若從立法者的心態觀察，顯然將因第6條之2第1款至第10款考列丙等者視為理所當然，而第6條之2第11款所涉及的則為數量權衡，已預見會有無辜案件，故特別規定依復審程序救濟，甚至更突兀地增列強制言詞辯論規定。顯然已預見以第11款情事作為考績丙等之風險。但若單純自法律效果觀察，此兩種考績丙等類型，均對公務人員權益影響重大，並無程度上差異，是於救濟管道及救濟程序上實無必要有所區別。
- (二) 至於考量保障法制度上之設計，在未最後改變公務人員身分或終局法律關係得喪變更影響時，是否應給予其較為前期之救濟？若從這個角度切入的話，今天討論這個議題是有必要性的。至於給予其復審

或再申訴救濟管道，在保障法設計上，基本上已脫離行政程序法對於行政處分定義之理解，反而是自功能面去做區分。因考績丙等嗣後可能影響俸級，甚至資遣或退休，若根據保訓會92年決議之精神，應可認為其身分上受重大影響，給予第2次及第3次考績丙等者復審救濟管道。但如林庭長所言，乙等考績、記大過皆亦有累進影響，則若為因應考績制度變革，放寬第1次考績丙等者亦得依復審程序救濟，可能引發後續骨牌效應。個人當然樂見未來保障法統合救濟管道，但既然目前保障法針對救濟管道區分為復審及再申訴程序，個人目前傾向第1次考績丙等事件處理方式仍循再申訴管道救濟。

- (三) 又修正草案中所提言詞辯論，同樣改變身分的事件類型，如一次記二大過、考績丁等免職等，實務上均未言詞辯論，若單列第3次考績丙等「應」經言詞辯論，恐有失衡現象。或許未來會裡為衡平此情形，讓同等影響的考績決定、懲處決定皆進行言詞辯論，那麼也許它是個契機，若能將言詞辯論這個制度更廣泛地運用在人事行政救濟事件上，個人亦樂見其成。
- (四) 至於議題二判斷餘地部分，只要我們在救濟管道上將其納入復審程序，對於類似考績決定，如一次記二大過處分，如有類同考績法第6條之2第1款至第10款重大違失事由時，審查密度亦相對深入。倒無必要因考績法第6條之2第1款至第10款修正，調整審查

密度，因過去保訓會針對考績事件已有一定審查標準。

### 林教授明鏘：

- (一) 考績法修正草案第7條第3項規定，依第6條之2第11款而受第7條第1項第4款降級、減俸、資遣或退休者（亦即第2次及第3次考列丙等者），得依保障法復審程序提起救濟；應辦理資遣或退休者（亦即第3次考列丙等者），其復審決定應經言詞辯論。還沒到第一輪，在座學者首先達成之共識，恐怕是考績法修正草案第7條第3項規定言詞辯論，顯然是有問題之條文。依中央政府機關總員額法第4條第1項：「機關員額總數最高限為17萬3千人。」依據3%計算，考列丙等人員至少約為5,190件（此部分尚不包括交通事業機構依法任用人員及地方政府機關員額），目前保訓會每年約收件1千多件，業務量增加為6倍，這是一個很大數字，而且是每年5,190件，如果積案的話，每年累計的結果，保訓會績效可能被拖垮，是否擬議提起復審應該收費。國立臺灣大學約有800多個職員，依據3%計算，每年有20人要考列丙等，這20人會和校長翻臉，可能會告校長，告很多行政機關。個人看法3%考列丙等顯然違憲，從比例原則觀之就知道違憲。孔子在2,500年以前就曾說過，任何決定都不應該用同一個標準去做。不過考績法修正草案送到立法院，會不會被照章接受，也許要等到確定條文再行討論。如果立法院找我去

，本人應該會說明，考績法修正草案第7條第3項規定都應該重新檢討。考績法修正草案第7條第3項規定，剛剛程教授說是心虛條款，考試院則稱為配套條款。又程教授說明，第1次考列丙等提起申訴、再申訴；第2次及第3次考列丙等提起復審，太複雜了。個人看法與歷次司法院大法官會議解釋一樣，不過與司法院釋字第243號解釋不太一樣。各位所知道的問題是司法院釋字第243號解釋所造成的禍因（除非有功獎相抵，記一大過考績不能列乙等以上，當然是考列丙等），該號解釋是在過去對公務人員訴訟權保障尚不完備之情形下所作的。個人認為第1次、第2次及第3次考列丙等，不論是前10款或第11款，應該都可以提起救濟，只是救濟管道是要哪一個，申訴、再申訴他們認為力量不大，因為沒辦法到行政法院去，這是最大的差別。第1次、第2次及第3次考列丙等，應該通通一起處理，不要將第1次考列丙等，與第2次及第3次考列丙等分開處理，會更複雜。（因為當第2、第3次救濟時，第1次丙等業已確定），而且會讓人搞不清楚。又考績法修正草案第7條第3項規定，應該全部加以修改，例如復審決定「應」經言詞辯論，應該改為「得」經言詞辯論。否則保訓會每年至少會有5,190件「應」經言詞辯論，言詞辯論係在委員會舉行，保訓會會受不了，公務人員為保障權益一定會提起復審。故我們今天討論應該建立在考績法修正草案第7條第3項規定的修改。

- (二) 萬一考績法修正草案第7條第3項規定通過，保障法應該如何因應？因應方式有2個，一個是修法，另一個是解釋。考績法修正草案第7條第3項之配套規定，應該放在保障法因應，因為在考績法中規定保障法之救濟程序，這是一個很少見之立法例。10年前劉教授宗德就講過，保障法所稱的行政處分概念應明定於保障法。但保訓會不願面對現實，不願把保障法所稱之行政處分，是否等同於行政程序法第92條之行政處分定義清楚。首先，修法部分，應將保障法上行政處分定義清楚，甚至可以將保訓會92年12月25日保訓會3項決議列入，例如主管調非主管是否為身分重大影響。
- (三) 其次，如果修法過於麻煩，可以透過解釋因應，就目前保障法規定，復審、申訴、再申訴之標的，其實已十分不明確。不過保訓會見解經常變來變去，這倒讓我很訝異，保訓會認為主管調非主管是重大影響。大法官說公法上金錢請求都是重大影響，影響一毛錢都是，所以有學者說大法官重金錢、輕身分。考績丙等是身分關係，現在與金錢掛勾，考績丙等與降級、減俸、資遣、退休變成5個獨立行政處分，如何救濟？透過解釋是否可以達到如此目的？如果延續保訓會92年決議，萬一考績法修正草案第7條第3項規定被刪除，透過解釋還是可以充分因應。但立法政策上還是需要考量到法規衝擊影響評估，如果增加5千多件，我想保訓會根本受不了。

(四) 第三，案件應該如何審理？首先要考量到案件量，如果一一都要言詞辯論，5,190件有一半2,500多件為第11款「應」經言詞辯論，保訓會人力負擔的了嗎？我覺得負擔不了。法院要開一個言詞辯論，都要非常細心看卷，好好整理爭點，當事人才能依據爭點進行言詞辯論，都是很花時間的。一個即將要淘汰的公務人員，花費那這麼多行政資源和訴訟人力進行言詞辯論，有無必要？至於判斷餘地受到傳統理論影響，因為行政機關之主管與其朝夕相處，具高度屬人性，知道如何打丙，保訓會最好是尊重主管長官之判斷。判斷餘地在國內應該是做適當的本土化，判斷餘地不是絕對不能審查，不過限於案件量、時間及人力的因素，有關判斷餘地法院通常僅能做程序上之審查，是否因此行政機關此後對考績丙等都做2次面談，程序上已做很完備之規定。不過判斷餘地在行政法院受到困擾很多，要不要審查判斷餘地？尤其是高度屬人性、經驗性、專業性的範疇，是否該介入？假如不介入的，就很難平反復審案件。不過，至少將「應」經言詞辯論，改為「得」經言詞辯論。有很多長輩告訴我，公務員申訴、再申訴、復審，最好不要言詞辯論，因為相見尷尬，辯到最後很多機關不好的事情都說出來，無補於公務員之間團結合作，也對行政一體沒有幫助。

#### **黃審判長本仁：**

(一) 保障法有關公務人員權利事項及管理事項之區分，

係從法律效果輕重來判斷，重者為復審，輕者為申訴、再申訴，其救濟程序不同。由於行政法之進步及對於公務員之救濟程序逐漸周延，所以大法官歷次解釋對於有關權利事項範圍有個案不斷放寬趨勢，所以個人建議可朝此趨勢思考。現行考績法不論幾次考列丙等都不用資遣或退休，但修正草案第6條之2第11款及第7條規定，10年內累計3次考列丙等者必須資遣或退休，依此規定，第1次考列丙等者比現行考列丙等者，勢必更難受，法律效果較嚴重，因此如果保訓會人力可以負荷的話，個人建議應准其用復審程序提起救濟。至於修正草案第6條之2第1款至第10款所列事由較第11款嚴重，何以前10款用申訴、再申訴程序，第11款用復審程序，草案修正理由看不出其區別原因所在，個人以為其效果既然均相同，所以應一律依復審程序救濟較為理想。

- (二) 至於判斷餘地部分，將來既要行言詞辯論，所以應採較高之審查密度，考績法修正最主要理由是怕將來輪流分配，輪流分配對績效好的人不公平，且與公平原則有違，所以是否輪流分配自可以加以審查，又有無挾怨報復之具體事證，亦都可以審查。因為如果只因考績評定屬判斷餘地，而僅在考績程序審查是否合法，則復審及行政訴訟之救濟均將落空，還是會被各界批評。

#### **銓敘部陳專門委員美江：**

有關前面幾位教授提及考績法修正草案第7條第3項，

僅針對第6條之2第11款考列丙等之救濟程序特別加以規定，對於因該款以外之各款條件考列丙等者，可否提起復審救濟，並未規定，是否有意排除部分，大家可參考會議資料第67頁修正草案第7條條文說明四之文字，其中除已說明為何對第6條之2第11款考列丙等之救濟程序特別明定之理由外，該說明四後段也載明：「因第6條之2第11款以外之各款條件考列丙等者，是否亦可提起復審救濟，則回歸保障救濟規定，由救濟機關依公務人員保障法相關規定核實認定之。」是以，依該條條文說明已預留彈性，尚非有意排除因6條之2第11款以外之其他事由而考列丙等者，得以復審方式提起救濟之可能。

**徐庭長瑞晃：**

- (一) 第一個議題考績丙等是否為復審標的，就行政法院立場來看，當然希望不是，如同林教授剛剛計算，1年復審有5,000件，如果都提行政訴訟，我們就多了5,000案，以目前只有3個高等行政法院的編制，臺北高等行政法院1年約有5,000件案子，臺中及高雄高等行政法院1年加起來也約有5,000件案子，1年總共約有1萬件，再加上5,000件，恐怕得再加設1個高等行政法院，專辦因復審提起之行政訴訟。但就理論上而言，以後3次考列丙等必須資遣或退休，這3次考列丙等法律性質都一樣，均為資遣或退休之前提要件，就像記二大過免職，必先記二大過再予免職。如果記二大過不能提行政訴訟，那將來對於免職行政處分提行政訴訟時，因前提事實已存在，提

起行政訴訟亦無用。因此前3次考列丙等都不能提起復審，或其中幾次可以提復審，將來資遣或退休之行政處分可以提行政訴訟，因其前提事實已確定，對於資遣或退休之事實基礎已無可審查。至於是否進行言詞辯論，當初訴願法修正後有言詞辯論之規定，行政法院並無因機關未進行言詞辯論程序，即將訴願決定撤銷，因為只規定應進行言詞辯論，但未規定直接審理，仍非真正進行言詞辯論，所以言詞辯論如果沒有配合直接審理是沒有作用的。所以規定得或應進行言詞辯論，其法律效果最後都一樣，因此只須規定得進行言詞辯論即可，審查委員如果覺得有進行言詞辯論必要時，再行言詞辯論即可。

- (二) 對於第二個議題審查密度，因復審相當於訴願，訴願時得審查行政處分之妥當性及違法性，至行政法院時只可審查違法性。因此，復審對於妥當性及違法性均可加以審查，所以不須先對自己設限。因此行政處分作成時，對於一些程序問題應加以判斷，例如要不要作行政處分，其結果如何，中間須經過行政機關裁量判斷，其中有一程序出了差錯，就會造成不當或違法，所以在審查時，須將行政行為整個過程作詳細審查，不應在審查之前劃一界限。其他如修正草案第6條之2第11款規定績效問題，審查時須審核各機關績效相當困難，應該由審查時依當時具體情況作決定，而不須事先作限制。

**陳教授美伶：**

- (一) 我基本上支持改革，但對於考績制度目前改革方向不甚贊同。我深知它的問題點，問題其實不在制度面，而是來自於執行面。執行面上的問題尚未解決前，即大幅度地從法制度面進行改革，不僅影響公務員士氣，未來也可能造成其他副作用，我想這個草案恐怕未曾作過衝擊評估。關於議題一部分，一丙、二丙及三丙不只是累犯加重，而且是累進裁罰，我無法理解何以排除第1次考績丙等進入復審程序，若作此切割，則第2次考績丙等復審時，可否再針對第1次考績丙等作妥當性、適法性之考量呢？故若欲使其得以救濟，第1次考績丙等亦應依復審程序救濟。至於言詞辯論，我只能說實務上根本不可行。考績制度沒有絕對公平的情況，且如何要求主管說明考績評比之原因？又主管如何當成對造，究以主管自己名義，抑或以機關名義作為對造？又行政工作差異性太大，若有1位同仁能力略差，主管交辦其工作量較少，如何令1位主管於言詞辯論時說明因交辦工作量較少，使其績效較差？
- (二) 關於判斷餘地，我覺得考績評比相當主觀，完全無法由別人置喙，幾乎無法做到客觀化。

**陳教授英鈺：**

- (一) 1. 違憲疑慮：

首先，就績效排序末3%應受考丙等部分，考績權係行政權，立法權固然可以就考績權的行使設定

條件，行政機關也必須依法行政。然而硬性設定3%考績丙等，使得某些機關縱使全體公務員表現良好，長官也必須忍痛「依法行政」推出3%考績丙等，此恐有侵害行政權之核心領域而有違憲之虞。實際上依照現行考績法，若各機關首長負起應有的行政責任，要達到3%考績丙等的目標並不困難，其根本問題在實踐，而不在立法。若不能對症下藥，從立法上強行規定3%考績丙等，不僅未能淘汰真正需要被淘汰的公務員，反而製造出新的行政管理問題，嚴重打擊行政士氣，對於原本設立的崇高目標—提升行政效率，恐怕適得其反。

## 2. 議題一：

若遵照實務見解，則爭執考績究屬權利事項或管理事項即有實益，而若憲法第16條訴訟權保障，以及行政訴訟法「有權利侵害即有救濟」之精神，只要對公務員權利構成侵害，自然應使其得救濟。最高行政法院96年度裁字第2089號裁定，藉使行政處分概念相對化，而放寬當事人救濟管道，實在是用心良苦，值得欽佩。但仍有所不足，若依照無漏洞權利救濟的憲法意旨，行政處分只是侵害公務員權利的一種形式，縱未視考績丙等為行政處分，其應仍屬權利侵害，可以仿效德國行政訴訟實務的作法，依我國行政訴訟法第8條提起一般給付訴訟以資救濟。若行政法院放寬權利

救濟範圍，那麼爭執復審標的即無太大實益，縱使考績丙等不是行政處分，依法提起申訴、再申訴之後，仍可提起一般給付訴訟，達到有效權利保護。反之，行政法院若仍維持向來見解，將人事行政處分的概念與行政訴訟大門的開啟緊密結合，亦即非人事行政處分事項，皆被視為單純的管理措施，不生侵害公務員權利問題，那麼無可避免地，便須擴張復審標的概念。至於是否應給予言詞辯論機會，首先還是要回到憲法所保障的正當法律程序，透過程序保障基本權架構，所有行政機關的個案行為，不論是法律行為、行政處分或事實行為，皆應受到正當法律程序規範。然而正當法律程序的要求，需要從行政機關所欲達成的公共目的、基本權利可能侵害強度，以及程序要求對行政效能的可能影響做綜合判斷，不可一概而論，立法者固然對正當法律程序的要求也有具體化權限，但同時必須注意體系正義的要求，硬性規定考績丙等必須進行言詞辯論，但對於其他基本權侵害的型態卻未有相同規定，即有可能違反體系爭議，也未必符合正當法律程序的要求。

- (二) 至於審查密度，個人贊成徐庭長的意見，理論和實務上固然有所差距，但理論上貴會仍屬一行政機關，於審查人事行政處分時，長官對屬官何來審查密度問題。除非是地方公務員之考績評定，方有審查密度問題。當然我們依然清楚，實際運作上，貴會

對於各級行政機關的考績評定仍會有相當程度的尊重，若無具體事證與堅強理由，不會輕易推翻各級機關的考績評定。這不僅是出於對個機關專業的尊重，也是貴會人力、物力、資源的有限性，為求機關效能最佳化運作所不得不然的結果。

### 詹教授鎮榮：

- (一) 考績法修正草案如經立法院通過施行，貴會及行政院將扮演更積極的角色。而該草案中各次考列丙等效果均與現行法之考列丙等之效果有落差，第1個是累計性，現制丙等次數可以無限制累積而不影響公務人員身分，然該草案中之丙等效果依其次數卻有不斷強化之結果；第2個是會議資料第11頁所謂之直接影響或間接影響，應該是以是否為考績法規定的效果去區分，不過從單純法律效果的層面去看，所謂直接影響或間接影響的分別似乎沒有意義，這也是剛剛林庭長所說的割裂成2個行政處分或多個行政處分的問題所在；第3個是若將各次考列丙等為同等處置而許其皆可提起復審，在公務員的救濟管道上雖是比較單純也較易瞭解，但第1次考列丙等與第2次及第3次考列丙等相較對公務人員權益之侵害程度是有落差的，如果我們並沒有認定權益的救濟一定要以司法權救濟，也沒有誤會司法院釋字第443號解釋的精神，也就是要隨著權益侵害程度的嚴重性，而循序為更嚴格程序保障之意旨的話，第1次考列丙等若將其規列為依申訴、再申訴程序提起

救濟，且在周邊制度的功能均可發揮之情形下，應不至於對公務人員提起救濟之權有所侵害。

- (二) 關於正當行政程序的保障，是否言詞辯論應該屬於訴願或相當訴願機關之審酌權，而不是由立法者硬性規定。雖然後者或為良法美意，但因案件量太大，恐會流於形式，會形成人力及時間的虛耗，而無助於個案審理。
- (三) 關於判斷餘地與審查密度方面，如果認為各次考列丙等對公務人員權益影響不同的話，恐怕在判斷餘地與審查密度也應給予不同的空間。

#### 陳委員愛娥：

- (一) 考績法修正草案第7條第3項的寫法專對第6條之2第11款而為規定，依法解釋論即排除了其他各款及第1次考列丙等可提起復審，所以我認為銓敘部剛剛的回應是沒有意義的。
- (二) 又草案第7條第3項規定該類復審決定應經言詞辯論，如同剛剛程教授所言，有許多更嚴重的情形都沒有規定須經言詞辯論，這樣不就有體系的不衡平嗎？而且從法體系來看也沒有必要。
- (三) 至於各次考列丙等如規定可提起復審，對行政法院的衝擊會較大，而到底應列為復審或再申訴，則應回到源頭，檢驗公務人員與機關間所謂的公法上職務關係，到底是不是如同人民與國家間的關係一樣。既然復審及行政訴訟還是應以公務人員權利是

否受到侵害為前提，所以要以公務人員與機關間所謂的公法上職務關係的觀點來考量各次考列丙等到底屬於對權利的侵害，還是內部的管理措施而定。我想在實務上應該會如同本會以往就各類保障事件標的是否屬行政處分或管理措施的判準一樣，會慢慢類型化，而且沒有必要以大法官的解釋為唯一標準。當然，大法官說是行政處分的，當然是行政處分，但尚未提及的，則本會未必一定要排除於復審程序之外。

- (四) 至於審查密度方面，剛剛有人提到行政機關對於行政機關的審查沒有判斷餘地的問題，我則認為要看判斷餘地的基礎在哪裡，而關於屬人性事項的判斷餘地是不可避免的，因為也沒有辦法取代。然而重要的是在論及尊重判斷餘地前，仍須確實審查服務機關辦理考績業務是否有對事實認定違誤、未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事件無關之考慮牽涉在內及違反平等原則等情事。

#### **陳教授英鈴：**

回應陳委員愛娥之意見，關於第1個問題，我和陳委員的想法應無歧見，是否給予行政救濟機會，仍須視有無權利受到侵害，且行政處分僅為權利侵害形式之一。至於保障法領域，貴會似乎仍受早期大法官解釋影響，未來若欲有所突破，亦無不可。關於第2個問題，則和陳委員之見解有所差異。理論上，考績權屬於行政指揮監督權的一環，長官或上級機關對於屬官或下級機關若不能依法指揮監督

，則民主原則或政黨輪替將失去其意義。大法官於司法院釋字第613號解釋亦強調行政一體，惟有獨立行政管制機關才能放鬆監督，以保障其獨立性之問題產生。但也僅止於放鬆，而非全面棄守。因此，行政院長對獨立管制機關的委員還是擁有依法任免權。至於貴會對於各級行政機關所為之人事行政行為進行審查，並無判斷餘地的問題。若承認有判斷餘地，便意味著各級機關有最後決定權（即「自我負責權限」），這跟憲法所規定的考試院為最高考試機關之精神恐有抵觸。至於臺北市促參甄審委員會經監察院糾正一案，臺北市乃依照促參法辦理其自治事項，本即有判斷餘地。行政院公共工程委員會若不尊重其自治權，被監察院糾正也不足為奇。

#### 行政院人事行政局廖專門委員美娥：

- （一）針對本次座談會討論議題，本局簽奉核可意見略以  
，除非主席徵詢問本局意見，否則本局不主動發言  
。現主席既詢問本局意見，乃表示意見如下。惟無論以下所述意見為何，均僅供參考，最終意見仍尊重考試院。
- （二）依考試院99年4月6日函送立法院之考績法修正草案第7條第3項規定，因第6條之2第11款而第2次或第3次考列丙等者，得提起復審一節，以上開草案之規劃，係將考列丙等作為公務人員退場機制之措施，影響公務員身分權及工作權之保障，故本局贊同相關救濟規定由原提起「申訴」改為「復審」；至因第6條之2第1款至第10款規定而第2次或第3次考列

丙等者，是否亦應准其提起復審一節，考量第2次或第3次考列丙等者，對其身分或俸級均有重大影響，爰建議受考人不論因何種情事而第2次或第3次考列丙等者，均得提起復審。另第1次考列丙等者，是否亦應准予提起復審一節，經查考試院前於審查考績法修正草案時，審酌第1次考列丙等者因未涉及公務人員身分及俸級之變動，對於公務人員權益尚無重大影響，爰經決議仍維持現行依「申訴、再申訴」之程序處理，本局贊同並尊重考試院審查決議。

- (三) 至復審決定是否應踐行言詞辯論一節，宜視復審人考列丙等事由是否具體明確而定，如渠係因考績法修正草案第6條之2第1款至第3款所定事由（因故意犯罪受刑事確定判決或受懲戒處分者、平時考核獎懲互相抵銷後或無獎懲抵銷而累計達記小過1次以上未達2大過者、曠職繼續達2日以上未達4日，或1年內累計達5日以上未達10日者）而考列丙等，因情節具體明確，依規定已無不考列丙等之空間，為避免浪費國家資源，似無須再進行言詞辯論；惟復審人如係因考績法修正草案第6條之2第4款至第11款所定事由而考列丙等，考量該等條文所稱「情節重大」、「挑撥離間」、「處置失當」……等文字，係屬不確定法律概念，容有討論之空間，宜進行言詞辯論以維護復審人之權益。

**陳教授美伶：**

依過去法制經驗，我認為政策衝擊影響評估是非常重

要的。首先，試問本法案通過後，國家總預算將會增加多少呢？第二，行政效能是否真的提高呢？對於整個國家是否真的有所助益呢？建議考試院針對本法案作一成本效益評估。

**程教授明修：**

- (一) 剛才陳委員提到復審、再申訴權利影響的問題，以我過去經驗，條文雖規定工作條件、管理措施影響其權益，但於受理再申訴事件時，未必真的與其權益有關，有時包含與其權益無關之苦情申訴，再因申訴程序所承載的功能較為多樣化，和復審程序仍有不同。
- (二) 另外，想請教在座的行政法院先進，假如對於一丙的問題仍依再申訴程序處理，過去有些案件雖不能提起行政法院的撤銷訴訟，如行政契約基礎關係的問題，保訓會仍受理為再申訴案件。若一丙的案件被保訓會依再申訴程序處理，而當事人於一方面提起再申訴救濟，一方面提起確認訴訟或一般給付之訴，不曉得各位先進對於此類非強制型之再申訴事件，又同時提起非撤銷訴訟之案例，如何看待？

**林庭長樹埔：**

我們也碰到過在保訓會提申訴、再申訴後，向行政法院提起訴訟案子，在實務上都是駁回。但有一可能就是，考績確定後之考績獎金事件，其實在案例上是很少見的，因為主管機關不會在考績確定後不發給考績獎金的，但理論上是有的，在我看來這是給付訴訟，因為考績已經確定了，例如考績乙等獎金半個月是確定的，所以是給付訴訟

。再來考績法修正後有第1次、第2次及第3次考列丙等，如果1丙是1個行政處分，之後的考績獎金為給付訴訟問題，並無第2個處分。至於剛剛我提到的降級、減俸、資遣或退休，現在想想其實它是隨著二丙或三丙而來的法律效果，在實務上如果硬要切割，我認為沒有道理，應該是1個行政處分，要不然實務上會非常困擾。如果硬要分成2個的話，那第2個也是給付訴訟非撤銷訴訟，我在書上看過德國有這種給付訴訟，我們這裡幾乎沒看到，一方面這是因為體制運作，人民也不知有此管道；另一方面我們的法制運作也不認為這是可以提起給付訴訟。因此，保訓會對於再申訴及復審一定要劃分的非常清楚，這一點在實務上我們還是覺得有疑問，很難劃分清楚，所以一丙到底是否採復審程序是值得考量，在實務上我是贊同陳委員所言，一丙維持申訴、再申訴程序，一方面可以維持案件量不會太多，另一方面是因目前實務上對於一丙維持申訴、再申訴程序，還可以界定。

**主席：**

今天各位所提的寶貴意見，將留作保訓會檢討業務、修改法規及列席立法院說明的參考，非常感謝大家，現在宣布散會，謝謝大家。

## 貳、95 年保障事件案例研討會

### 95年9月8日公務人員保障事件案例研討會紀錄

#### 一、分組研討

##### (一)、第1組：復審事件

議題 1: 服務機關或人事主管機關對於公務人員依法申請之案件，其處理方式之探討？

說明：

- 1、按公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 26 條第 1 項規定：「公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起復審。」第 2 項規定：「前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。」及第 66 條第 1 項規定：「對於依第二十六條第一項提起之復審，保訓會認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」是公務人員就其依法申請之案件，於該管機關怠於處分時，得提起課予義務之復審，本會認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。
- 2、本會實務上迭見，原處分機關對於公務人員依法申請之案件在處理方式上就是否屬依法申請案件之認定或有無事物管轄權，或應否依行政程序法第 17 條規定移送管轄權限機關處理，有所疑義。爰有就下列問題加以研討之必要：

- (1) 原處分機關處理公務人員依法申請案件，如何認定係屬依法申請案件？應否以書面申請？所申請之案件應否有法律依據？
- (2) 機關得否以當事人之申請意思不明、非該管權責或所申請之給付行政行為並無人事法令規範，即拒絕作成行政處分？究應於何種情形下作成行政處分或移轉管轄？

**監察院人事室郭主任世良提問：**

- 1、各機關如何處理所屬同仁之依法申請案件，處理期間如何？如申請涉訟輔助事件、因公傷請假等。
- 2、相關申請案件如並無法律依據，是否只須合理、或依法規申請者即可？例如：向服務機關申請服務證明書。

**李處長俊生說明：**

各機關對公務人員依法申請之案件均應適時予以妥適處理，如公務人員因公涉訟輔助辦法規定1個月處理期間，則依該規定，若無期間規定，依保障法第26條第2項規定，係自機關受理申請之日起2個月。

**臺中市中山地政事務所蔡人事管理員明克提問：**

公務人員向服務機關申請曾任臨時人員年資併計辦理退休，是否包括按件、按時計酬之臨時工？如因年代久遠或查無資料可資證明時，要如何認定？

**銓敘部呂副司長秋慧說明：**

依公務人員退休法第 2 條規定，須有給專任之公務人員始准辦理退休，而臨時人員，依本部相關函釋，係指具考試及格資格占臨時編制職缺之人員，惟配合 62 年發布行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法，本部於 66 年 11 月 25 日（66）臺楷特三字第 1199 號函釋放寬規定，以符合（1）經核定之臨時編制人員；（2）其薪資係在政府預算項下按月列支相當雇員以上薪資；（3）並經原服務機關出具證明者，亦得從寬予以採計為公務人員退休年資。

因本部不會有機關臨時人員之資料，故須要求各機關證明並提供資料。縱機關內無該公務員曾任臨時人員之資料，仍可自當時相類其他人員支薪資證明中得知其相關支薪紀錄佐證。但按件、按時計酬之臨時工，應係屬「工」職，與上開規定不合，故本部向不予採計。

### **新竹縣政府曾課長錠焜提問：**

- 1、實務上曾有臺北縣板橋市公所公務員因工作條件及管理措施不當，誤向其他機關提起申訴、再申訴救濟，機關是否仍須備文，以無事務管轄權移送板橋市公所處理？
- 2、又考績被評核為乙等，有同仁認為屬懲處，提起申訴、再申訴救濟，造成困擾。

### **李處長俊生說明：**

- 1、依行政程序法第 171 條規定，受理機關對於人民陳情之案件，應採取適當之措施。不論是否為貴府所屬同仁，對於陳情之案件，均應予以處理。針對這個問題，

本會於舉辦各種講習及保障法制座談會時，均曾一再宣導。惟囿於人力有限，宣導仍未能普及，目前曾參加本會講習者約有 10 萬人次，仍有一半公務員未曾參與過。特於此再次說明，不論該提出申請或陳情之同仁係屬何機關，其可能為現職同仁向原機關提出申請，亦可能基於其原來服公職之權利提出申請，人事人員基於服務立場，仍應告知其應向何一正確之機關提起申請或救濟，若為誤提，亦應依法處理。

- 2、就考績甲等、乙等之等第而言，乙等仍屬良好，但因公務人員之反應及觀念差異，都認為只有甲等始為優良。人事人員應委婉和緩予以解說，以免造成年終考績考列乙等之同仁耿耿於懷，及成為機關困擾。實務上即有機關因未為妥善處理，致造成機關之問題持續 4、5 年之久。

#### **邱委員華君綜合說明：**

實務上若有機關同仁誤向其他機關提起救濟，該受理機關應有告知其正確之救濟程序之義務。

**議題 2：有關公務人員申請重新審理已確定之行政處分，原處分機關究應如何依行政程序法第 128 條規定處理疑義？**

#### **說明：**

- 1、按行政程序法第 128 條第 1 項規定：「行政處分於法定救濟期間經過後，具有下列各款情形之一者，相對人或利害關係人得向行政機關申請撤銷、廢止或變更

之。但相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限。一、具有持續效力之行政處分所依據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更者。二、發生新事實或發現新證據者，但以如經斟酌可受較有利益之處分者為限。三、其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者。」同條第 2 項規定：「前項申請，應自法定救濟期間經過後三個月內為之；其事由發生在後或知悉在後者，自發生或知悉時起算，但自法定救濟期間經過後已逾五年者，不得申請。」對已確定之行政處分行政程序重新進行之要件及期間定有明文。

2、次按法務部 95 年 1 月 17 日法律字第 0940048235 號函釋略以，公務人員對已不可爭訟之行政處分，請求行政機關予以撤銷或廢止時，其實包含兩項請求；其一，請求行政機關重新進行行政程序；其二，請求行政機關經由重新進行之行政程序，廢棄該原已不可爭訟之行政處分。是以，程序之重新進行可分為 2 個階段：第 1 階段為依行政程序法第 128 條規定審視是否准予重開程序，第 2 階段為程序重開之後實體審查該已確定之處分是否適法，有無將原處分撤銷、廢止或仍應維持原處分之情形。如第 1 階段即認為不符法定要件而拒絕重開程序，就無進行第 2 階段之可能。上述各階段之不同決定，性質上皆屬新的處分，受處分不利影響的公務人員如有不服，即可提起救濟。

3、惟查實務上因各機關作法不一，有不知應如何依行政程序法第 128 條規定處理者；有依該條處理者，惟就該條規定認知有誤，致該條究應如何適用，始為適法，即有探究釐清之必要：

- (1) 當事人對已確定之行政處分請求予以撤銷或廢止時，原處分機關應如何處理？當事人意思不明時，應否闡明？
- (2) 何種情形下應認其申請不合法？
- (3) 何種情形下應為實體審理？

**彰化縣政府林人事管理員美妘、新竹縣政府曾課長錠焜 提問：**

實務上有縣市政府所屬機關認同仁應受懲處，但授權權責機關依法發布，如所屬人員於懲處令發布前，已由甲機關調至乙機關，機關應如何處理？

**李處長俊生說明：**

- 1、上述問題雖係以申訴、再申訴事件為例，惟保障法對於復審與再申訴事件處分（服務）機關之認定，均係採顯名主義，以實施行政處分或作成管理措施時之名義機關為準。但上級機關本於法定職權所為處分或管理措施，交由下級機關執行者，以該上級機關為原處分（服務）機關。
- 2、依公務人員考績法之規定，甲機關無權發布非該機關所屬同仁之懲處令，甲機關應檢具相關事證資料，備文請該同仁之現職機關（即乙機關）依權責發布。

### **臺中市中山地政事務所蔡人事管理員明克提問：**

當事人對已確定之行政處分請求予以撤銷或廢止，如未特別指明依行政程序法第 128 條規定提出時，機關應如何闡明？若其又提出陳情，機關認為無作成第 2 次裁決時，當時人不服，提起復審，貴會如何處理？

### **李處長俊生說明：**

- 1、當事人對已確定之行政處分請求予以撤銷或廢止時，除其已明確以行政程序法第 128 條規定申請者外，一般均以之前已有行政處分，且距離現今已有相當時日為之。機關在辦理時，應與當事人溝通，確認其意思，或行文給當事人確認是否依行政程序法第 128 條申請程序再開。
- 2、機關若以之前行政處分無違誤作為答復，依法務部 95 年 1 月 17 日法律字第 0940048235 號函釋，該答復仍屬行政處分，當事人對之仍可提起救濟。

### **新竹縣政府曾課長錠焜提問：**

若當事人申請依某年某月某日號函辦理，機關是否仍應答復當事人？

### **李處長俊生說明：**

若機關拒絕當事人程序再開之申請，只須答復當事人即可，並無須就實體理由論斷，因行政程序法第 128 條申請程序再開須係當事人提出申請，若機關認定處分有誤，亦可依同法第 117 條規定，自行撤銷或變更原行政處分。

### 議題 3:公務人員受一次記二大過與考績免職及停職相關問題之探討？

說明：

- 1、按公務人員考績法第 12 條第 3 項規定：「非有左列情形之一者，不得為一次記二大過處分：一、圖謀背叛國家，有確實證據者。二、執行國家政策不力，或怠忽職責，或洩漏職務上之機密，致政府遭受重大損害，有確實證據者。三、違抗政府重大政令，或嚴重傷害政府信譽，有確實證據者。四、涉及貪污案件，其行政責任重大，有確實證據者。五、圖謀不法利益或言行不檢，致嚴重損害政府或公務人員聲譽，有確實證據者。六、脅迫、公然侮辱或誣告長官，情節重大，有確實證據者。七、挑撥離間或破壞紀律，情節重大，有確實證據者。八、曠職繼續達四日，或一年累積達十日者。」第 14 條第 3 項規定：「考績委員會對於擬予考績列丁等及一次記二大過人員，處分前應給予當事人陳述及申辯之機會。」及第 18 條規定：「年終辦理之考績結果，應自次年一月起執行；一次記二大功專案考績及非於年終辦理之另予考績，自主管機關核定之日起執行。但考績應予免職人員，自確定之日起執行；未確定前，應先行停職。」就一次記二大過之構成要件及考績應予免職之程序定有明文。
- 2、惟查目前實務上所見各機關處理一次記二大過免職、專案考績免職及停職之正當法律程序及該當相關構成要件上，仍有下列疑問，有待釐清：

- (1) 各機關對於應予免職人員依法究應予到會陳述意見或書面陳述意見之機會即可？
- (2) 免職令應如何記載，始為適法？又所違法令依據之記載，機關可否同時臚列多款目？
- (3) 公務人員可否同時受數免職、停職之處分？（銓敘部 92 年 9 月 15 日部銓一字第 0922280262 號及同年 11 月 4 日部銓一字第 0922294261 號函釋參照）。若公務人員已無職務可免，則嗣後經機關再次予以專案考績免職者，應如何辦理停職手續？年終考績考列丁等人員究應發考績通知書或核發免職令？其停職以何為準？如分別發布時，其時點如何起算？

**內政部警政署劉專員玉琳提問：**

本署所屬警察人員適用警察人員管理條例之特別法，本於重紀律之要求，對於同仁重大違失行為均給予嚴厲懲處，且於召開考績委員會時，除因羈押中無法列席外，皆通知其列席考績委員會陳述意見。惟通知當事人列席是否有就審期間之要求？如明日召開考績委員會，今天通知，是否有程序上瑕疵？

**李處長俊生說明：**

有關考績委員會通知陳述意見之就審期間，相關法規尚無規定，本會原則上給予 5 日就審期間，可供參考。如翌日即召開考績委員會，在事證明確的情況下，參酌行政程序法第 103 條規定，亦可不給予陳述意見的機會。

### **臺中市中山地政事務所蔡人事管理員明克提問：**

公務人員犯多個刑事案件先後經有罪判決確定，同時具有數個免職事由，如違反公務人員考績法、公務人員任用法，並經公務員懲戒委員會懲戒決議撤職、休職，服務機關究應如何處理？

### **銓敘部呂副司長秋慧說明：**

同時具備 2 種以上免職事由之事件甚少，於同時遭受懲戒之情況，依公務員懲戒委員會函釋，除得停職或免職外，仍得懲戒。免職或懲戒期滿後，如有機關再行任用，究為復職或再任，前經本部認定應為再任，仍應依相關法律審查其任用資格及任用限制。

### **雲林縣政府唐課長順德提問：**

公務人員任用法第 28 條第 1 項第 9 款規定，經合格醫生證明有精神疾病，不得任用，如何認定精神疾病之範圍？免職程序又需如何辦理？且其核定權責機關究為服務機關或上級機關？

### **銓敘部呂副司長秋慧說明：**

公務人員任用法第 28 條第 1 項第 9 款規定，本部曾通函限縮為「精神病」，其範圍與精神疾病不同。該法修正草案已配合上開函釋修正。

## **(二) 第 2 組：再申訴事件**

**議題 1：有關服務機關可否僅以業務需要為由，對所屬人員為與其職系、職務所明列工作項目以外事項之工作**

## 指派?其判定標準為何?

### 說明：

- 1.按公務人員任用，應本專才、專業、適才、適所之旨，初任與升調並重，為人與事之適切配合；各機關對組織法規所定之職務，應賦予一定範圍之工作項目，適當之工作量及明確之工作權責，並訂定職務說明書，以為該職務公務人員工作指派及考核之依據，為公務人員任用法第2條及第7條所明定。
- 2.惟查機關職務說明書所載之工作項目，例於最末加列「臨時交辦事項」，實務多見各機關以業務需要為由，指派同仁擔任與本職職務不相關之工作內容，並致生爭議，爰有就下列問題加以研討之必要：
  - (1)工作指派所交辦事項，其工作內容性質、職責程度，須否合於公務人員所具職系專長及職等資格？
  - (2)若係以「臨時交辦事項」，認無需考量公務人員職系專長及職等資格，而以長期指派方式指定工作內容，是否屬規避公務人員任用法有關調任之規定？又所稱「臨時」，究以多長時間為適當？

### 故宮博物院陳主任開煊意見：

- 1、基於政府設官分職之精神，應考量公務人員職系專長及其資格，而不應任意指派不相關工作。
- 2、臨時交辦事項宜以職務說明書所列之相關工作為限。

### 國防部羅編纂春秀意見：

應區分為以下部分探討：

- 1、就保障公務人員立場言，應先向受工作調派者說明或進行專長訓練，減少個人不滿。
- 2、就機關運作而言，因公務人力的調整，可能牽涉到整體國家公務體制問題，或職務說明書的變更。公務單位功能轉換或機關功能轉換問題，範圍相當廣。
- 3、工作指派是否導致權益受損？權益如何界定？有賴銓敘部及保訓會努力及改善制度。

#### **外交部劉秘書回部辦事聿綺意見：**

- 1、外交部進用人員主要來源係外交領事人員特考，至內部其他非外交領事業務，如人事行政、法制、會計業務則多由同仁兼辦。實務上本部皆係以分發填送志願訪談方式來決定分發單位。
- 2、公務人員任用雖以專才專業為理想，但實務上確有其困難。

#### **內政部李專員振豐意見：**

- 1、工作指派係機關首長之用人權限，在業務需要且無牴觸相關人事法規的情況下，原則上應予尊重。
- 2、個人有幾點考量基準提供參考：
  - (1) 是否將原為行政職系者指派為技術職系。
  - (2) 如機關遇缺不補或因人力負荷困難，所為工作指派應認為合理。
  - (3) 以工作指派時間的長短作為判定標準。**高雄市教育**

### **局林科員雪黛提問：**

本局 A 君教育行政普考及格分發實務訓練至人事室擔任人事行政工作已逾 1 年，如此是否可視為工作指派？

### **臺北縣政府廖課員儀如提問：**

如果公務人員考試分發至學校主計室，但第 2 天就被指派至臺北縣政府主計室，如此工作指派雖不涉及違法，但新進人員不敢提起申訴，應如何保障？

### **銓敘部黃專門委員新離說明：**

有關服務機關以臨時交辦事項，所為之工作指派，亦應為公務人員職務事項，並與其職系或職務說明書相符才合於法制。

### **人事行政局李專門委員漢盈說明：**

工作指派係機關首長職權，據行政院限制所屬公務人員借調及兼職要點規定，並無違法情事，惟當事人有異議時，可以用申訴方式為之。

### **議題 2: 各機關對於所屬公務人員為行政懲處相關問題之探討。**

#### **說明：**

- 1.按公務人員考績法第 12 條規定，各機關辦理公務人員平時考核，獎勵分嘉獎、記功、記大功；懲處分申誡、記過、記大過。其中，記大功、記大過之標準，除於公務人員考績法施行細則第 13 條明定外，各主管機關若有業務特殊需要，亦得另訂記一大功、一大過之標準，

惟需報銓敘部核備。至於嘉獎、記功或申誡、記過之標準，則由各機關視業務情形自行訂定，報請上級機關備查。

2. 茲有以下問題，請討論。

- (1) 各機關對公務人員為平時考核之懲處，須就其違失情狀詳予查察，並依所適用之獎懲標準，給予適當懲處，其懲處令應載明事實、理由及法據，以利公務人員就之提起救濟。惟公務人員違失情狀如涉多款懲處標準，可否均列為懲處法據？其利弊及實務作法如何？
- (2) 各機關對公務人員為平時考核之懲處，是否須以其違反職務義務為前提？私權關係糾紛所生爭執，得否依考績法規予以懲處？

#### **內政部警政署江科員伯晟意見：**

由於警察人員職務具有特殊性，例如配槍並取締非法，其行為要求標準應較一般公務人員高，故員警如積欠債務遭法院強制扣薪等私權糾紛，仍應予懲處，以資警惕。

#### **臺北市政府陳股長靖綉意見：**

公務人員違失情狀如涉有多款懲處標準，如法條明定適用其他法律構成要件者，如警察人員管理條例第 31 條第 1 項第 1 款之規定，引據兩種以上法規乃屬必然。

#### **行政院海岸巡防署李科長進財意見：**

- 1、公務人員違失情狀如同一事件同一行為者涉有多款懲處標準，應從一重處分。

- 2、有關私權行為得否予以懲處，應就其行為事實及其身分所產生影響認定，並依相關法令處理。

#### **臺北市政府警察局洪科長清火意見：**

- 1、各機關對公務人員平時考核之懲處，應以違反職務義務為前提，私權關係所生爭執，不宜予以懲處。
- 2、警察人員因採重獎重懲，所以年終考績評定嘉獎超過 80 次以上者相當多，類此警察機關之特殊情況，宜作適度規範。

#### **陳委員崧山綜合說明：**

以上議題尚無共識，仍待綜合座談時再進一步討論。

#### **議題 3:各機關辦理公務人員年終考績常見之撤銷原因之探析？**

##### **說明：**

- 1.按公務人員考績法第 13 條、第 14 條第 1 項前段及同法施行細則第 3 條第 1 項，對於公務人員年終考績之辦理程序及考核項目已有明定。類此考評工作，因富高度屬人性，除辦理考績業務有法定程序上瑕疵、對事實認定有違誤、未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事件無關之考慮牽涉在內及有違反平等原則等情事外，本會於審議考績事件所提再申訴時，例均尊重機關長官對公務人員之判斷。
- 2.茲就下列問題就教：
  - (1)本會自 90 年以來，每年年初均檢送前一年度經本會

決定撤銷之保障事件，較為常見撤銷原因並予以類型化分析，以為各機關辦理之參考。本會就考績辦理程序上之認知，有否須改進討論之處？

- (2) 依公務人員考績法規，考績列甲等、丁等者須符一定條件，其不屬甲等、丁等者，由機關長官於乙等、丙等間評定適當等第。以考列丙等之考績獎懲結果為留原俸級，且無年終工作獎金，對公務人員權益影響難謂不大，故除有公務人員考績法第 13 條規定，曾記一大過之情形外，有否必要於法規上明定考列丙等之要件？其方式如何？

**黃副處長秀琴說明：**

- 1、依本會所列常見撤銷原因及類型，本會就考績辦理程序上之認知，有無改進討論之處。
- 2、有無必要於公務人員考績法規明定考列丙等之要件？

**臺灣高等法院檢察署張科長明華提問：**

同一懲處事由，在原懲處年度由服務機關核予「申誡 2 次」，嗣經上級機關基於行政監督，撤銷原處分，於次年度重為處置，核予記過 2 次。如依銓敘部 93 年函釋意旨，新的「記過 2 次」懲處可溯自原懲處年度生效，不會影響受懲處人年度之考績，無一事二罰之情，但實務上，受懲處人原懲處年度之考績，應否重行檢討，不無疑義？（按申誡 2 次，減 2 分，記過 2 次，平時考核減 6 分，並不相當）

**國防部羅編纂春秀提問：**

考績委員會之組成，依考績委員會組織規程規定，僅就票選委員與指定委員訂有比例限制，且開會人數達 2/3 以上，倘票選委員因緊急業務或事情皆請假，而開會人員已達開會人數，則考績委員會之程序是否違法？

#### **臺北縣政府廖課員儀如意見：**

建議公務人員考績法對平時考核之懲處，增加對記一大過之人員應請當事人到場陳述意見之程序保障。

#### **銓敘部黃專門委員新離說明：**

有關考績丙等之要件，本部已於公務人員考績法第 6 條規定，授權於考績法施行細則予以明定，並已徵詢各機關表示意見。

#### **陳委員淞山綜合說明：**

- 1、有關考績委員會是否應有指定委員、當然委員、票選委員三方代表均出席始為合法部分，雖然銓敘部及國防部代表均以相關法規並未明定三方代表均須出席始為合法，而認為只須三方人數合計達法定人數即可開會，但仍有多數機關並未表示具體意見。是以，本議題仍待綜合座談時做進一步研討。
- 2、有關考列丙等事由是否應於公務人員考績法中明文規定部分，銓敘部代表已說明該部於公務人員考績法修正草案第 6 條已明文規定應於該法施行細則中明定，且該部已函請各機關表示意見，歡迎會後各機關提供具體意見，供該部修法參考。

## 二、分組報告

### (一) 第 1 組報告：

#### 1. 議題 1 (依法申請案件) 部分：

原則上各機關對公務人員依法申請之案件，應先判斷有無權限。有法令依據之申請，機關當然有作為義務；如無法令依據，例如申請在職證明，機關亦應儘可能妥善處理。若非屬機關權限範圍，則應研究權責機關為何，並移該權責機關處理。

#### 2. 議題 2 (重開行政程序) 部分：

當事人對行政處分請求予以撤銷或廢止，如處分未確定，或未指明係依行政程序法申請程序再開時，應如何處理？要否闡明？按學者並不認為依行政程序法第 128 條規定所提程序再開之申請，須處分確定才可申請，惟法務部之函釋則認為確定之行政處分才可依行政程序法第 128 條規定申請。目前實務多採對確定的行政處分才能申請程序再開的看法。當事人如未指明申請依據時，機關仍應函請當事人闡明請求之依據為何，確認係依行政程序法第 128 條規定申請程序再開後，再審酌其是否符合行政程序法第 128 條規定之要件，如依法勿庸再開，則機關僅須答復其申請於法不合即可，不必實體處理。亦即機關處理時，應分 2 階段，第 1 階段審查其申請是否合法；第 2 階段為第 2 次裁決，此時程序已經再開，救濟時本會將實體審理。2 階段之處分均屬行政處分，均可提救濟。

### 3. 議題 3（免職處理程序）部分：

- (1) 機關依公務人員考績法第 12 條第 3 項所為免職，建議僅引其中 1 款為免職之依據，例如同時構成第 4 款「涉及貪污案件，其行政責任重大，有確實證據者。」及第 5 款「圖謀不法利益，……致嚴重損害政府或公務人員聲譽，有確實證據者。」者，應僅引其中 1 款為宜。
- (2) 又於免職處分前，依公務人員考績法第 14 條第 3 項規定，應給予陳述及申辯之機會，惟究應予以書面或到場陳述？本會建議儘量給予當事人到場陳述意見之機會，俾使考績委員就相關問題進行詢問，對當事人保障較為充分。
- (3) 如有多個免職處分，要如何處理？目前實務不會探究在後之免職處分當否，因後免職處分僅為執行之問題，為免前免職處分被撤銷，後免職處分有逾期處理之困擾，故後免職處分仍應為之。

### （二）第 2 組報告：

#### 1. 議題 1（工作指派）部分：

- (1) 工作指派所交辦事項，其工作內容性質、職責程度，須否合於公務人員所具職系專長及職等資格？就此部分，有同仁提出雖職務說明書向來列有「臨時交辦事項」，惟此交辦事項，亦應為公務人員職務事項，並與其職系或職務說明書相符才合於法制。若臨時交辦之工作事項，係屬公務人員職系、職務

說明範圍，即無時間長短如何適當之問題。惟亦有部分同仁表示，工作指派屬機關長官派免職權之行使，為業務推行之順遂，原則應予尊重，惟如擬長期指派，應對公務人員施以專長轉換之訓練或修正其職務說明書內容，始屬妥適。

- (2) 若以職務說明書列有「臨時交辦事項」，即認無須考量公務人員職系專長及職等資格者，則所稱「臨時」究以多長時間為適當？與會同仁多認應視實況判斷，並無定見。惟外交部代表表示，該部駐外人員或兼辦人事、主計、總務工作，依規定係3年輪調，故以3年為期，尚可忍受。

## 2. 議題2（懲處）部分：

- (1) 公務人員違失情狀，若涉及多款懲處標準，可否均列為懲處法據？就此部分，有代表提出，應視事實發生情況，同一過犯行為，應就各款從一重懲處；有二過犯行為，則可分別懲處。亦有表示，法條明定適用其他法律構成要件者，如警察人員管理條例第31條第1項第1款之規定，引據兩種以上法規乃屬必然。另雖有與會同仁舉行政程序法及教師法之規定，表示對公務人員為懲處，不論懲度，均應賦予陳述意見的機會，而非如現制，認非免職之一般懲處，是否給予陳述意見機會屬機關認定權責，使公務人員與人民、教師享有同樣的權利；並建議於公務人員考績法明定懲處事件辦理程序。惟亦有同仁表示，若所有懲處均給予陳述意見機會，將使

機關忙於過多消極行政事項，並不適宜。在保障事件之救濟程序中，只要當事人要求，本會均給予到會陳述意見之機會。至於要否規範獎懲辦理程序、明定給予當事人於考績委員會陳述意見之機會，則請銓敘部參考辦理。

- (2) 平時考核之懲處，是否須以違反職務義務為前提？警政署代表表示，警察人員因私權糾紛，致遭扣款的事件多有發生，以警察人員是帶有槍械之公務人員，應以較高標準審視，因私權糾紛予以懲處，係為警惕當事人。惟依公務人員考績法有關平時考核之獎懲規定，應與職務相關始得懲處，因此，各機關應以私權糾紛引致職務違失而為懲處，不宜單以有私權糾紛而為懲處。

### 3. 議題 3 (考績) 部分：

有無必要於公務人員考績法規明定考列丙等之要件？本專題因涉公務人員考績法之規定，經銓敘部列席之黃專門委員表示，有關考績丙等之要件，該部計劃於考績法施行細則予以明定，現正徵詢各機關表示意見中，與會同仁如有具體意見，亦請提供，俾作為該部研修法規之參考。另就常見撤銷原因及類型部分，銓敘部黃專門委員亦就本議程手冊第 182 頁(四)有關考績委員會是否須當然委員、指定委員及票選委員三方均有出席部分，提出質疑，認有關考績委員會之組成只要達法定出席人數、依法為決議，其審議即屬合法，希變更本會該決定內容，其不同意見，尚待與會同仁共同討論表達。

### 三、綜合座談

#### 審計部林專員珈安提問：

- 1、如公務人員以 e-mail 向原處分機關提起復審，不符保障法第 43 條規定，函請其補正又不補正時，原處分機關應如何處理？是否仍應檢卷答辯？
- 2、機關處理申訴案件機會較高，類此之研討會，以後可否不分申訴及復審組討論，合併討論相關意見，俾供機關參考。

#### 李處長俊生說明：

- 1、不分組之意見將列入往後辦理研討會之參考。
- 2、如公務人員以 e-mail 提起復審，不符保障法第 43 條應以復審書提起之規定，機關函請其補正不補正時，可移本會以程序不合法不受理之。
- 3、復審之撤回及補正均屬本會之權限，均應移本會處理。

#### 臺中市中山地政事務所蔡人事管理員明克提問：

機關首長如欲將副首長或幕僚長之年終考績考列乙等，當提考績委員會初核時，主席（副首長或幕僚長）拒絕出席，機關人事單位應如何處理？又可否以修法方式明定考績委員之考績等第逕由機關首長核定，免提考績委員會初核？

#### 銓敘部呂副司長秋慧說明：

依公務人員考績法第 14 條規定，原則上所有公務人員之考績均須經單位主管評擬，考績委員會初核，機關首長

覆核。如未經考績委員會初核，則有程序上瑕疵，均會被保訓會撤銷。因此，實務作法上，有部分機關之一級主管未經考績會初核，或係由首長先行覆核，再形式上經考績委員會確認。

本案所詢問題，機關首長可以業務需要，指定另1人為考績委員會主席，以避免考績委員會主席的考績被初核為乙等之尷尬情形。但此僅為個人意見，不代表銓敘部意見，如仍有疑義，可正式來函詢問。

至於建議各機關一級主管可否逕由首長覆核，不須經考績委員會初核乙節，將留供修正公務人員考績法相關規定之參考。

#### **新竹縣政府曾課長錠焜提問：**

依公務人員考績委員會組織規程規定，主席於會議中如不能出席，不得由其他委員代理。是以，常常要配合主席之時間來排定審議時間，如增設副主席一職，將可解決主席因事不能出席之困擾。建議可否於考績委員會增設副主席一職？

#### **銓敘部呂副司長秋慧說明：**

本項建議將錄案留供本部研修相關法規之參考。

#### **考選部蔡科員恆翹提問：**

- 1、如果主管指派同仁參加研討會或演講會等，可否拒絕參加？如果拒絕參加，遭上級以「曠職」論處，當事人可否提起申訴？

2、如果機關不按照規定的上班時間開冷氣而影響到同仁身心健康，是否可提起申訴？

**施主任秘書惠芬說明：**

公務人員保障法（以下簡稱保障法）第18條規定，機關應提供公務人員執行職務必要之機具、設備及良好之工作環境，惟所謂「必要」、「良好」為不確定之法律概念，仍須考量機關預算、業務需要及維護公務人員身心健康等因素決定。於現階段各機關預算緊縮情形下，仍請同仁共體時艱。又公務人員對於上班時間未提供冷氣，如有不服，仍得依保障法規定，提起申訴、再申訴，以為救濟。

**李處長俊生說明：**

依公務人員職務說明書工作事項欄位，均載有其他臨時交辦事項約10%。因此，基本上，上級長官指派同仁參加研討會或演講會等，同仁仍須參加。又公務人員如因拒絕參加遭受懲處，得依保障法第77條及第78條規定，提起申訴、再申訴，以為救濟。

**行政院退除役官兵輔導委員會臺中榮民總醫院劉組長榮林提問：**

公務人員考績法規定，考績甲等給予1個月獎金、乙等給予0.5個月獎金、丙等及丁等不給予獎金。惟考績等第及獎金二者無關，且常因而導致長官及部屬困擾，建議考績僅作為升等、晉級之依據，以及陞遷之參考，廢止考績獎金制度？

**銓敘部呂副司長秋慧說明：**

本項建議將錄案供本部研修相關法規之參考。

**臺灣高等法院檢察署張科長明華提問：**

受懲處人不服服務機關核予記過2次懲處，向服務機關提起申訴，經服務機關重行提考績委員會審議，以申訴有理由，撤銷原記過2次，改核予記過1次。受懲處人仍不服申訴決定，向保訓會提起再申訴，經保訓會以服務機關已另為新的懲處一記過1次，而退回服務機關認應重行進行申訴程序，導致服務機關就同一懲處事由須重行審查，曠時費事。類此情形可否視為已完成申訴程序，不服申訴決定，逕提再申訴？

**黃副處長秀琴說明：**

依保障法第77條、第78條規定，公務人員不服服務機關之管理措施，應先向服務機關提起申訴，嗣不服服務機關申訴函復，再向保訓會提起再申訴。是以，公務人員遭服務機關記過2次懲處，提起申訴，經服務機關撤銷原記過2次懲處，而另行發布記過1次懲處，因記過2次懲處之原管理措施已不復存在，自應重新就記過1次之新管理措施提起申訴，嗣經服務機關申訴函復後，如有不服，再向保訓會提起再申訴，始符合上開保障法規定。惟本案所提建議，列入本會爾後研修保障法之參考。

**高雄市政府教育局林科員雪黛提問：**

公務人員考績法第6條規定，年終考績以100分為滿分，甲等：80分以上。惟在實務面，因所屬機關多達100多個，而各所屬機關報送所屬人員考列甲等分數高低不一，

影響升等考試的積分，站在主管機關的立場，如何取得衡平與公平，並合乎法規？

**銓敘部黃專門委員新雜說明：**

依公務人員考績法施行細則第3條規定：「公務人員年終考績，按其工作、操行、學識、才能四項分別評分。其中工作分數占考績總分數50%；操行分數占考績總分數20%；學識及才能分數各占考績總分數15%。考績表格式由銓敘部定之。但各機關得視業務特殊需要，另行訂定，報銓敘部備查。」對於年終考績之評分方式已有明定，各機關自應依上開標準辦理。

## 參、95 年保障法制研討會

### 一、專題演講：法律保留與公務員關係-從德國最近兩個案例談起

吳 庚\*

希望院長跟各位大官都走掉我講比較自由。現在院長走掉了，朱部長也走掉了，剩下劉主委還坐在這裡。

我今天這個還是要正式來喔。劉主委，各位考試院的長官，東吳大學的洪主任，各位老師，各位女士各位先生。我今天的講題，是「法律保留與公務員關係」。這個講題啊，大家一定會覺得這個人又在炒冷飯，把你教科書上的東西又拿來講一遍，不會！我還有一個副標題，從德國最近的兩個案例講起。講這個可能就跟教科書有一點不一樣。所以我先講，第一個案子。

第一個案子是 2003 年 9 月 24 日聯邦憲法法院的判決。這個案子一般寫文章的叫做「Eignung」頭巾案，就是頭巾，你看阿拉伯人回教徒戴那個頭巾。

這個頭巾案的憲法訴訟的是一個阿富汗的女孩子，但是從小在德國成長，也取得德國的國籍。她在德國受完教育以後參加德國的國家考試及格，她就申請要當一個職業學校的老師。她這個資格條件都已經夠了。不過她是這個

---

\* 前司法院大法官。

穆斯林裡面很保守的一派。對可蘭經的解釋回教有很多派別，就是對可蘭經的解釋不同所產生的。她所屬於的這一派啊，不曉得是不是跟賓拉登同一派我們不知道，很刻板的解釋可蘭經。可蘭經 24 節裡面有一段，它說：「有信仰的婦女除了對丈夫跟父親，他父親是用多數啊，除了在丈夫，丈夫是單數喔，除了在丈夫跟父執輩之前，你不可以把你的臉給別人看，以免引起別人的慾望。」這就是阿拉伯婦女為什麼戴頭巾連著面紗的一個最高的依據。那麼他申請老師的時候，是屬於德國中部的一個大城 Baden-Württemberg 邦的 Stuttgart 的教育局的人就問他，妳的條件都合格了，那妳將來教書的時候啊，要不要戴頭巾？她說，我一定要戴。她一再堅持她將來一定要戴頭巾在教室裡面上課，那這就引起很多的問題。最後教育局就決定她不適任。她考試也及格了其他都適任，就這個戴頭巾不適任。

她就開始打官司，一直打到憲法法院。憲法法院的判決簡單的講就說，沒有法律的依據，用行政措施來限制教師戴頭巾，侵害了她憲法上的權利。所以聯邦行政法院的判決，就是終審的判決要被憲法法院廢棄。換句話，這個女孩子勝訴了。

這邊所謂要有法律的依據是因為德國的教育是屬於各邦，不是指聯邦，只各邦議會所通過。如果沒有法律依據，是不可以限制一個老師的服飾的。那判決寫了很多啊，說這個服飾啊，跟掛在教室裡面的十字架又不一樣，這個十字架的案子也是很有名的案子，所以這個不能用行政措施

來限制。

這個案子引起第 2 個問題，就是德國基本法第 35 條規定，任何人不能因為宗教信仰、意識型態、世界觀的不同而受不平等的待遇，也不能因為這樣子影響他取得公職的權利。所以不管你信仰什麼宗教、信仰什麼世界觀，你都可以有平等的機會來取得公職。所以這個案子又牽涉到第 2 個問題，第 2 個問題不在我們今天討論的範圍，因為這牽涉到憲法上的宗教自由、信仰自由的問題，我們今天不加以討論。

那這個案子建立了一個原則，就是公務員或者教師的服飾，因為在德國公立學校的老師一定是有公務員身分，他的服裝你要有所規定的話，你要用法律來規定。當然本案不是單純服裝的問題，還牽涉到信仰的問題，所以憲法法院規定一定要由法律來規定。這個判決出來以後已經有許多邦用法律來規定，這是第一個。

第二個案子是 2004 年 3 月 17 日聯邦行政法院的判決。這個事實是，原告為高級文官，大概是相當於我們縣政府主任秘書的階層，我們縣政府的主任秘書已經是簡任了，已經是高級文官了。所以他的太太他的配偶，可以跟他一樣參加保險，但是因為他的配偶也在別的機關作兼差的工作，所以他的配偶沒有跟他一起參加保險，自己買了商業保險。那這個保險呢是一種疾病保險。後來啊，德國的法律規定，說疾病保險要附帶有一個保險叫做「照護保險」，照護就是這個老了或是殘廢不方便要人照顧的時候，要有保險的給付。疾病的保險還要加一個這個的保險。

如果你這個被保險人有政府的津貼補助的話，你眷屬的身分可以領到津貼的補助的話呢，你這個保費啊就會減低。所以她的先生啊，這個原告就向他的服務機關請求發一個證明，證明他的太太可以有權利請求這津貼補助。他的機關就拒絕，拒絕他就開始訴訟，被拒絕以後開始訴訟，這個大家各位同學都知道要打課予義務訴訟。

在行政法院打課予義務訴訟，輸了。輸了以後上面還有高等行政法院，高等行政法院上面才有聯邦行政法院。可是德國有一種制度叫做跳躍的上訴，越級的上訴，所以這個案子沒有經過邦的高等行政法院就直接到聯邦的行政法院。

越級的法律審訴訟它有幾個條件。第一個條件當事人都要同意，同意我不要給高等法院判，我直接到終審法院去判；第二，法院要許可，原審法院要許可；第三，這個案子有原則的重要性。原則的重要性這句話我們行政訴訟法現在也引用了，我們訴訟法現在原則的重要性這個話也引進來了。

所以他跳躍的訴訟成功了。那麼聯邦行政法院判決有3點。因為這薪水薪俸的支付啊，是有法律依據的，但是這種津貼的補助啊，都是用依職權發布的行政規則來規範，所以聯邦行政法院就講，以行政規則規範公務員的津貼補助，違反法律保留的原則。各邦及聯邦都應該用法律來規定。在法律還沒規定之前，在現行的行政規則，有關津貼的規則在過渡期間繼續有效。大家看我們大法官解釋常常有過渡的時間兩年有效，就是避免在這個過渡的時間沒有

法律可用，所以他給了一個過渡期間。這個，第 2 點參加商業保險並不妨害同時可以請求津貼。

最後的一點是說津貼補助，它不要求有全國一致性，所以各邦可以依不同的情形來制訂法律。這個判決之後很多的邦已經制定了法律。從這個判決我們可以來想一想，我們只有大法官會做這樣的解釋，就是有一個猶疑期間，然後要求它修法。從這判決我們可以看到，德國的行政法院也來這一套，也可以來一個警告性的判決，也可以定一個時間來使你失效，也可以在判決這理由裡面告訴你怎樣去修法，跟我們的大法官的解釋有一樣的作用。但是它是法院的判決，所以呢，他的主文不會寫這樣，它的判決要旨 3 點啊，我是根據它公布出來，它公布判決會把判決要旨寫在前面，它的判決還是很簡單的，原告之訴駁回，原告之訴什麼，原判決撤銷…還是這樣。不會寫得很長，不會跟大法官這樣子解釋文很長，我離開之後越寫越長，各位同學你可以看到，那個解釋文啊，長到你根本看不懂。

為什麼公務員的俸給待遇跟津貼要適用法律保留原則？在這個判決裡面，它說津貼是對你這個殘廢啊年老啊這個補助津貼來照顧你，所以呢，跟你的健康有關，跟一個人的健康有關，跟維持一個人符合人性尊嚴的生活有關。人性尊嚴是德國憲法裡面最高的原則。基本權利裡面第 1 條就是人性尊嚴。所以它把津貼這個事情提高到憲法的層次，為什麼要提高到憲法的層次？就是提高到基本權的形式，因為影響到人性尊嚴，影響到一個人的健康跟生命，所以他是基本權的重要性，還是重要性理論。基本權

的重要性理論，它還是用好多年以來所謂的基本權的重要性來做這個判決。那為什麼公務員的待遇薪俸要法律來規定呢，還有幾個理由。

第一個理由，公務員不是勞工。所以沒有勞動三權，所以公務員不能為自己的薪水跟政府來談判說我調整待遇，然後還有一個殺手鐮一同謀罷工，大罷工，罷工到你答應我的條件不可。公務員沒有這權利。那沒有這個權利，誰來保障他的報酬是合理的，可以維持跟他身份相當的生活呢？只有法律加以規定。所以要用法律來規定。

第二個理由是相反的，如果你不用法律來規定由行政機關來規定的話，那發布的人是誰？是公務員，是一大堆公務員。所以他可能以本位主義的立場一直調整他的待遇，調整待遇的時候國會議員也有份。調整多一點國會議員就不會刁難，尤其國會議員的部分調整多一點國會議員就不會刁難。那國家的資源就亂分配了，所以要用法律來規定，或者如果你不用法律來規定的話，也要用法律具體明確授權來規定，就可以避免這兩種情形。

公務員，不只公務員，任何人都可能有本位主義。我們來看台灣的例子，台灣沒有全民保險之前，沒有農民保險之前，沒有漁民保險之前，只有一個保險，比較早，勞工保險，再來就是公務員保險。就是優先把資源分配到公務員的身上。這個公務員保險誰定的？公務員定的，是公務員自己設計的，所以就發生這種本位的事情。

下面啊，因為講到這兩個判決，我們要介紹一下，德國的公務員法的原則，是傳統德國的公務員法的一些原

則。這個判決就是挑戰這個原則。德國對公務員規定的很簡單只有一句話，不像我們的憲法，我們的憲法因為有考試院這章啊，所以對公務員規定很多。它只有 1 條，只有 35 條的一個項，只講短短的一個句子—「公務員法應兼顧常業文官體制傳承而來的基本原則」，就只有這句話，傳承而來的基本原則。什麼叫做傳承而來的基本原則？就是依照傳統，公務員職業文官應該有的權利義務關係。所謂根據傳統、傳承指什麼？他們的教科書講啊，這個指威碼共和到 1933 年為止。希特勒上台以後搞的那一套不承認是他們的傳統。如果希特勒那套承認是傳統還得了？每一個公務員看到長官都這樣（舉手敬禮），那不變成了笑話。所以這個只到 1933 年為止。那麼這個公務員法允許法律、法規命令、行政規則都允許，那麼用法律規定的呢，是包括公務員關係的設定、消滅，公務員懲戒的程序這個要用法律規定。職位跟地點的重大變更，包括降調，還有退休人員的條件跟退休以後的權利義務關係，這些德國都是用法律來規定。

那關於俸給跟待遇的規定，法律只規定一個框架，允許命令來補充，跟我們的情形差不多。我們的公務員俸給法也是規定 1 個框架，然後用命令來補充。那麼津貼的補助，不是用法規命令，他是用行政規則來補充。那現在聯邦行政法院的判決，就衝擊了上面所講的這些傳統原則，不只是公務員的俸給要有法律的規定，連這種津貼也不能用行政規則來規定。

那麼行政規則，現在講到行政規則，在德國法制上的

地位是怎樣？我們用簡單的幾句話來講，行政規則我們教科書上講有 4 種：組織性的、作業性的、裁量性的幾個行政規則。

這裡我們對行政規則做幾個重新分類：組織性的、作業指導性的、解釋性的，這個還是傳統分類，最後有一個分類叫做「規範具體化的行政規則」。規範具體化（normkonkretisern），規範具體化的行政規則。他不是法規命令，因為法規命令要有明確的授權，可是他的性質跟法規命令很相像，他是把法律的比較概括的規定把他具體化來實施，所以他給他一個名稱叫做規範具體化的行政規則。

德國的通說是行政規則是行政機關可以依職權發布的。但是他的效力呢限於對內的效力，對行政體系內部的效力。而不是對人民對外的效力。不過有例外，就是在環保法、社會法、公務員法的領域呢，行政規則跟法規命令呢幾乎難以區別。也不能不承認他有對外的效力。但是這種現象一直受到學理上的批判。

批判的理由大概有兩點：行政規則缺少作為規範的正當性。第一他沒有國會的明確授權，因為國會有民主正當性；第二他制訂的過程不公開，法律制訂的過程是一種公開的過程，是一種辯證的過程，他沒有，他沒有經過公告，它是由行政機關對下面公布，所以他認為欠缺作為一種規範的正當性。

另外一點，認為行政規則是行政機關自行發布制訂的，所以行政機關有裁量充分的裁量權，也可以說他有完全的形成自由。大家在大法官解釋常常看到。它有完全的

形成自由，它有完全的解釋自由，它發布他自己解釋，沒有辦法受到議會的監督，所以批評這個行政規則的正當性。聯邦行政法院判決可以說是支持了上面的學理上對行政規則的質疑。

那麼講到這裡呢，我們大概已經把兩個案子介紹完畢。還有點時間啊，我們來從這些案例來對我國法制的一種反省，一種思考。如果講我國法制的反省這個題目太大了，再講 1 個鐘頭也講不完。我們簡單的講幾點。

第 1 點，在行政程序法施行之前，法規命令跟行政規則的效力幾乎沒有區別，中央法規標準法也不給他區別，中央法規標準法說職權命令、授權命令，你從條文裡面看不出來，第 6 條還把職權命令擺在授權命令之前。那現在行政程序法施行了，這種現象並沒有完全消除。職權命令、行政規則規範到人民的權利義務的還是不少。

第 2 點，我們公務員的俸給啊，法律作了一種框架的規定，只做了框架的規定。公務員的俸給法 18 條授權把這個俸給啊改變為薪點，這是一種框架的規定。那我們現在大家領薪水，全國軍公教人員領薪水不是依據這個俸給法在領薪水，我們是根據一個全國軍公教人員待遇支給辦法，現在是根據每一個年度的全國軍公教人員待遇支給要點。現在我們領的薪水叫做 95 年待遇支給要點，如果 96 年調整待遇的話，96 年就會有一個 96 年待遇支給要點。如果沒有調整待遇，就繼續用這個 95 年的待遇支給要點在那邊發給薪水。

那麼退休人員呢？公務人員的退休法也不一定啊，說

要優惠存款，但是也沒有依據這個法律啊，發布這個一種法規命令，也是用這種行政規則在運作，這是很有名的大家都知道，18%的規定。這個這種行政規則，就是我們前面所講的，規範形成性的行政規則。

這種行政規則呢，養老金給付金額優惠存款要點，這就是 18%的法源。它的全國軍公教人員支給要點的合法性在哪裡？他這個退休金支付的要點在哪裡？只有一個合法性的基礎，就是預算是立法院通過的。立法院通過預算的時候，預算也算是法律的一種。大法官在司法院釋字第 392 號與第 540 號解釋說這是措施性法律。這是措施性的法律，也是法律的一種。所以預算案通過呢，也算是有法律依據了。用這樣來解釋，但是這會出現兩個問題，而且這個問題已經出現了。

18%不是引起軒然大波嗎？就是沒有一個法律或法律明確授權的命令作為依據。他是編在預算裡面，用預算去編，然後用職權命令發布要點來實施。然後根據我們行政上的習慣，要點是不受立法院查照的。凡是中央法規標準法第 3 條那 7 種名稱—規程、規則、綱要以外的名稱，是不必送立法院。所以行政機關喜歡用要點，喜歡用注意事項這樣的名稱，然後可以不用受立法院查照。那幾十年來啊，大概從有中央法規標準法以來就是這樣做。但是所有的教科書都不認同這點。

一個規範的內容啊，要看一個規範的內容是不是關係到人民的權利義務，而不是用規範的名稱，如果用規範的名稱決定要不要送立法院，那我改個名稱就可不用送立法

院。所以大概每一本教科書都反對這個事實，認為說要點還是要送。所以中央法規標準法第 7 條的名稱它不是列舉，是舉例示的，是例示的規定。你不能說那個名稱才要送，不是那個名稱就不要送。我想差不多教科書都這樣寫，不是我一個人的意見。

這次有例外，所以下次改教科書要把這個例外寫進去——立法院使用殺手鐮不讓考試院動支預算。所以這個要點，18%這個要點送到立法院的時候，朱部長不在這裡所以我講大聲一點，這是個很大的例外。

最後一點我們講，到底大法官對法律保留在公務員關係的適用問題採取什麼樣的態度。這個大法官的態度大概我們可以這樣講。他先舉 1 個原則說，你們公務員關係的這些事項，都要用法律規定或是法律授權命令的規定。目前你沒有規定還是可以接受有效不宣告違憲，大概是這樣子。但是結果跟德國不一樣。德國的行政法院也好，憲法法院也好，如果做出這種警告性的判決，國會或是邦的議會就會乖乖修法。我們呢？大法官做出這個解釋不會修法，立法院不會修法，有時候行政機關也不肯配合修。立法院有時候不但不修法而且作相反的決議。

司法院釋字第 530 號解釋說法院要改隸，法院通通要改到司法院，3 個最高審判機關通通要歸到司法院，還限期兩年，立法院當作沒有看到，現在已經 3 年多過去了。所以現在的法院啊，各位同學你們對面那些法院啊，都有問題，合法性都有問題。叫他改到司法院他不改，立法院根本就當作沒有這個解釋。大法官自己做了 1 個解釋，說大

法官從民國 40 年開始就領了司法補助俸，他是法官他為什麼不能領，他是憲法上的法官，他是憲法法庭的法官，他是憲法 80 條的法官啊，為什麼不能領司法補助俸？立法院當作沒看到，本來要全部刪掉，司法院當然全部編進去，編了 8 萬塊錢，立法委員要全部刪掉，他不管你這個解釋，他要全部刪掉。所以你沒有法律依據，不是大法官沒有法律依據，大家都沒有法律依據啊！全國公務員領的那些基本上都沒有法律的明確規定啊！普通法院的法官也沒有法律依據啊！都沒有法律依據啊。

最後立法院王院長出來協調，說好啦好啦今年刪 2 萬塊，所以現在大法官的薪水比各級法院法官的薪水少 2 萬塊。大法官其實做了很多解釋，這個司法院釋字第 246 號解釋認為全國軍公教待遇支給辦法是合法的，但是他還是認為你要制訂法律，不要用辦法來規定。這個很早了，已經做了 10 幾年了，現狀並沒有改變。

司法院釋字第 270 號解釋，經濟部所屬事業機構人員的退休是用暫行辦法，一直到今天大法官說繼續有效，但是你要用法律規定，到今天也是 10 幾 20 年了，動都沒有動。司法院釋字第 491 號解釋說，記大過的標準不可以用公務人員考績法的細則來規定，因為這太嚴重了，記兩個大過要免職了，所以你要用法律來規定。這個銓敘部做了，考試院也做了，所以這個記大過的標準已經擺在公務人員考績法裡面。

最近司法院釋字第 614 號解釋，剛剛做的一個解釋，是針對公務人員退休法施行細則的一個解釋。這個以前在

事業機構的年資，在退休的時候怎麼折算成公務員的年資，這個公務人員退休法施行細則有些規範，那麼大法官說，這個規定並不違憲，但是這個影響到公務員的權利所以要用法律或是法律明確授權的法規命令來規定。這個規定會不會有人改？我想大概不一定會有人改。

要使立法機關配合來修法，只有一個辦法就是自本解釋通過日起，多久失其效力，不過也不一定，也有例外啦！司法院釋字第 530 號解釋，法院要改隸司法院，終審法院通通取消，通通變成司法院，他也說 2 年，他也定了落日條款，可是立法院沒有理。

所以今天我們講德國的 2 個案例，主要就是要說明這在特別權力關係理論取消之後，公務員一般都承認他有一種特殊地位，畢竟跟老百姓有點不同，但是這個不同，還是在法律法律保留的原則之下，你才可以發布行政規則來規範公務員的行為。那怕是戴一頂帽子你要禁止，戴個面紗，你要禁止他的話，你要用法律來規定。你津貼的發給也要用法律來規定，如果沒有用法律來規定，不管是憲法法院、行政法院，他做出的判決，他都有一些警告性的，說希望你怎麼樣來改法律，我看德國的文獻，結果很多邦都照改，謝謝各位。

## 二、第一場

### 論文：信賴保護原則的具體化

#### —兼評司法院大法官相關解釋

陳愛娥\*

#### 壹、前言：議題的界定與探討的步驟

#### 貳、司法院大法官與信賴保護原則相關解釋的評析

一、司法院釋字第 525 號解釋

二、司法院釋字第 529 號解釋與釋字第 538 號解釋

三、司法院釋字第 574 號解釋

四、司法院釋字第 575 號解釋

五、司法院釋字第 577 號解釋

六、司法院釋字第 589 號解釋

七、司法院釋字第 605 號解釋

#### 參、藉由檢視司法院大法官相關解釋顯示的探討進路

#### 肆、我國公法學理對信賴保護原則應如何運用於法規範變動的論述

一、我國公法學理對信賴保護原則的界定與對其憲法基礎的說明

---

\* 德國哥廷根大學法學博士；國立台北大學法律學系副教授。

二、依循法律不溯既往原則的論述模型

三、根據信賴保護原則之適用要件的論述模型

四、小結

**伍、德國憲法裁判、公法學理就法規範變動的情形對信賴  
保護原則的具體化：代結論**

一、信賴保護原則的法理基礎

二、以行政規則作為信賴基礎的情形

三、以立法行為作為信賴基礎的情形

## 信賴保護原則的具體化 —兼評司法院大法官相關解釋

### 壹、前言：議題的界定與探討的步驟

按自司法院釋字第 525 號解釋作成以來，「公權力行使涉及人民信賴利益而有保護必要者，不限於授益行政處分之撤銷或廢止……即行政法規之廢止或變更亦有其適用」；「因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之實體法上利益受損害」，國家「應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害，方符憲法保障人民權利之意旨」，惟「純屬願望、期待而未有表現其已生信賴之事實者，則欠缺信賴要件，不在保護範圍」；其似已儼然成為判斷法規修改、廢止之際，人民可得主張信賴保護的判準（大法官嗣後屢次援引本號解釋：司法院釋字第 529 號、第 538 號解釋）。

然而，司法院大法官在釋字第 574 號解釋理由書、釋字第 577 號解釋理由書所採取的論述方式與前者未盡相同——「法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，固有其自由形成空間。惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信

賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者應即制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則」；「新訂生效之法規，對於法規生效前『已發生事件』，原則上不得適用，是謂法律適用上之不溯既往原則。所謂『事件』，指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂『發生』，指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言。……菸害防制法……規定之菸品標示義務及責任，僅適用於該法公布施行後之菸品標示事件，並未規定菸品業者於該法施行前亦有標示義務，無法律溯及適用情形，自難謂因法律溯及適用而侵害人民之財產權」。據此，就因法規廢止、修改衍生之信賴保護原則相關問題應如何處理，司法院大法官的立場尚未盡明瞭。

考量到當代國家必須迅速應對政治、經濟與社會環境的變遷，在法治國家，又必須藉調整、修正相關法規的方式來回應變動的要求，如是，就不可能認定，一旦制訂的法規範即因信賴保護的主張而不容變動。然而，就人民因信賴法秩序所為的處置如不予適當的保護，則人民固然無從根據法秩序規劃其生活，其對法秩序的信賴亦將喪失，質言之，即不可能建構法治社會。解決此一矛盾的關鍵顯然在於：在立法者變動法秩序時應被賦予的彈性以及，人民對既有法秩序的信賴之間，是否存在清楚的界限。就此而言，司法院大法官能否發展出一明確且符合前述兩方面需求的判準，實屬意義重大。

基於前述考量，下文擬先評析司法院大法官與信賴保

護原則相關的解釋（貳），再根據檢視各該解釋的結果，指出應用信賴保護原則於法規變動時應探討的議題（參），並檢討我國公法學界對此等議題是否提供明確、合理的解決建議（肆），最後，則擬參考德國公法學理，就司法院大法官相關解釋、我國公法學界尚未完全釐清的疑義，嘗試提供個人的淺見（伍）。

## 貳、司法院大法官與信賴保護原則相關解釋的評析

### 一、司法院釋字第 525 號解釋

#### （一）解釋要旨

司法院大法官關於信賴保護原則的解釋，作較深入論述的近年解釋首推司法院釋字第 525 號解釋。本號解釋理由書先是指出信賴保護原則的法理基礎在於：「法治國為憲法基本原則之一，法治國原則首重人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則之遵守。人民對公權力行使結果所生之合理信賴，法律自應予以適當保障」。本號解釋的第二項論述重點則係，行政法規廢止或變更原則上均有信賴保護原則之適用：「行政法規（包括法規命令、解釋性或裁量性行政規則）之廢止或變更，於人民權利之影響，並不亞於前述行政程序法所規範行政處分之撤銷或廢止，故行政法規除預先定有施行期間或經有權機關認定係因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，制定或發布法規之機關固得依法定程序予以修改或廢止，惟應兼顧規範對象值得保護之信賴利益，而給予適當保障」；解釋理由書第二段更明確表達此意旨：「制定或發布法規之機關基於

公益之考量，即社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益時，自得依法定程序停止法規適用或修改其內容，若因此使人民出於信賴先前法規繼續施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者，倘現有法規中無相關補救規定可資援用時……，基於信賴之保護，制定或發布法規之機關應採取合理之補救措施或訂定過渡期間之條款，俾減輕損害」。本號解釋的第三項重點是指出，人民不得主張信賴保護的情形：「一、經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形者；二、相關法規（如各種解釋性、裁量性之函釋）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布，其信賴顯有瑕疵不值得保護者；三、純屬法規適用對象主觀之願望或期待而未有表現已生信賴之事實者，蓋任何法規皆非永久不能改變，法規未來可能修改或廢止，受規範之對象並非毫無預見，故必須有客觀上具體表現信賴之行為，始足當之」。本件作為信賴基礎的公權力行為是一件嗣後被認定違反法律意旨的函釋，就此，本號解釋認其仍得為信賴基礎，惟以人民欠缺表現信賴行為作為論據駁回其主張：「銓敘部七十六年六月四日發布之上開函件，雖得為信賴之基礎，惟……與法律之規定既不一致，自不能預期其永久實施，除已有客觀上具體表現信賴之行為者外，尚不能因比敘措施廢止即主張其有信賴利益之損失。就本件而言，參與轉任公職考試或取得申請比敘資格，乃表現其服役之初即對應考試服公職可獲優待具有信賴之客觀具體行為。是以於停止適用時，尚未應考試及格亦未取得公務人員任用資格者……，難謂法規廢止

時已有客觀上信賴事實之具體表現，即無主張信賴保護之餘地」。

## （二）疑義分析

檢視本號解釋前揭要旨，除說理不無曖昧外，結論亦不無可疑。其說理曖昧之處首先表現在，對信賴保護原則之法理基礎的交代方式。看來大法官以法治國原則作為信賴保護原則的憲法基礎，但又以「人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則」作為支撐信賴保護原則的，法治國原則之子原則。然而，此三者作為信賴保護原則的法理基礎，對信賴保護原則的運用有無差異？例如，對信賴基礎、不能主張信賴保護之情形、有無信賴行為的認定是否因其法理基礎不同而有異？大法官均未進一步說明。

其結論可疑之處首先是：本件解釋認定，凡行政法規有變更、廢止之情形，即使「社會整體利益優先於法規適用對象之個別利益」，「人民出於信賴先前法規繼續施行，而有因信賴所生之實體法上利益受損害者」，「基於信賴保護，制定或發布法規之機關應採取合理之補救措施」。其是否過度限制立法機關立法調整之空間？在情事變遷劇烈的當代，假定當下法秩序原則上應繼續施行的出發點是否妥適？德國前聯邦憲法法院院長 Ernst Benda 就強調，以積極形塑社會為己任的國家，其不僅要維繫內部與外部安全，更有權也有義務，在經濟、社會秩序的場域裡積極活動；如是，就不可能讓其一旦介入規定者就此不容變動。在感受到有問題的範圍裡，立法必須介入規整。在如斯的社會法治國裡，信賴保護的理解與自由的法治國不同。假

使一旦被賦予的法律地位因此就享有憲法層次的，不容克服的存續保障的話，國家將因此陷於僵固<sup>1</sup>。

其結論可疑之處尤其在於：其並未區分信賴基礎的不同，相應決定信賴保護的方式<sup>2</sup>。具體而言，大法官忽略，法規範的拘束力應作一般抽象性的決定<sup>3</sup>，而不能取決於其是否「係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布」，或當事人是否有「客觀上具體表現信賴之行為」。劉鐵錚大法官針對本號解釋所提不同意見書進一步凸顯，信賴基礎是行政法規（按認「行政法規」的概念包含「行政規則」，本身已不無可議）時，論斷「信賴行為」存否的困難—多數大法官認定，「就本件而言，參與轉任公職考試或取得申請比敘資格，乃表現其服役之初即對應考試服公職可獲優待具有信賴之客觀具體行為」；相對於此，劉大法官則認為，「大專畢業生應召入伍，因信賴該函令，從而志願轉服四年制預備軍官役，並依法退伍者，即為信賴事實之具體表現」。依筆者之見，所以產生歧異，原因無他，蓋其並非取決於個案當事人是否確已利用作為信賴基礎之具體公權力行為，毋寧只能作抽象因果關係的

---

<sup>1</sup> Ernst Benda, § 17 Der soziale Rechtsstaat, in: E. Benda/Werner Maihofer/Hans-Jochen Vogel (Hg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, Rn. 50.

<sup>2</sup> 林明鏞教授也明白指出，就信賴保護原則應如何應用於行政法規變動的情形，司法院釋字第 525 號解釋仍沿襲廢棄授益性行政處分的相關規定，其是否「過度遷就附會有關行政處分撤銷廢止之要件」，應加以審視；林明鏞，〈行政規則變動與信賴保護原則—兼評最高行政法院八十九年判字第一八四二號判決與司法院大法官釋字第五二五號解釋〉，葛克昌、林明鏞編《行政法實務與理論》，2003/3，頁 584-585。

<sup>3</sup> 即使是行政規則，依行政程序法第 159 條第 1 項，其仍屬「一般、抽象之規定」，僅其法規範效力「非直接對外發生」而已。而依行政程序法第 150 條第 1 項，法規命令則係「對多數不特定人民就一般事項所作抽象之對外發生法律效果之規定」。

推理，而就相當因果關係有無的判斷，意見自然有別<sup>4</sup>。德國學者 Hartmut Maurer 就明確指出，在撤銷授益性行政處分的情形，因為是賦予特定人具體利益，自然能逐案審查，具體個案中的受益人是否確有信賴事實，其信賴是否值得保護。而因為法律具有一般抽象的性質，在審查信賴是否值得保護時，自然不能取向於個別國民，毋寧應一般化、類型化地取決於受法律影響之團體中的平均人。因此，在探討法律溯及的問題時，只能作「人民得否信賴先前法律之繼續存立」的提問<sup>5</sup>，而非如大法官所論的，取決於當事人是否有「客觀上具體表現信賴之行為」。

## 二、司法院釋字第 529 號解釋與釋字第 538 號解釋

### (一) 解釋要旨

司法院釋字第 529 號解釋理由書一開始就引述司法院釋字第 525 號解釋的意旨，認定行政法規依法定程序修改或廢止時，原則上應兼顧規範對象信賴利益之保護。大法官將前揭意旨適用於本件，認「金馬地區役齡男子如已符合廢止前該辦法〔按係：金馬地區役齡男子檢定為已訓乙種國民兵實施辦法<sup>6</sup>〕第 2 條第 1 項第款及同條第 2 項之要

---

<sup>4</sup> 瑞士學者 Hans Huber 更明白指出，在對抗法規變遷的溯及效果，防衛其由迄今的法規範導出之法律地位或其他利益時，多數主張者先前根本不知其利益所植基的規定；質言之，其對法律繼續適用的信賴實際上是直到失望的時點才產生，之前根本只是擬制的信賴；Hans Huber, Vertrauensschutz – Ein Vergleich zwischen Recht und Rechtsprechung in der Bundesrepublik und in der Schweiz, in: Otto Bachof(Hg.), Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung – Festgabe aus Anlaß 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, S. 326

<sup>5</sup> Hartmut Maurer, § 60 Kontinuität und Vertrauensschutz, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof(Hg.), Bd. III, 2. Aufl., 1996, Rn. 22.

<sup>6</sup> [ ] 內容為作者所加記，下同。

件者〔按係：實際接受各該地區軍事訓練或民防基本訓練（自衛隊訓練）並服勤務〕，原得於其他要件具備時依法請求檢定為已訓乙種國民兵，惟上開辦法經主管機關予以廢止時，對於尚未及申請檢定之人，其法律地位因而喪失，故基於此項法律地位之信賴即應予以保護，並據此宣告國防部、內政部與行政院相關函釋，「不問是否符合檢定為已訓乙種國民兵要件，而概以 64 年次男子為金馬地區開始徵兵之對象部分，基於信賴保護原則，應不予適用」。

司法院釋字第 538 號解釋同樣引述司法院釋字第 525 號解釋的意旨，一般性地認定，「行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護」。惟因營造業管理規則相關規定「不僅設有適用營造業管理規則之過渡期間，以為緩衝，並准予依該管理規則規定換領登記證書之方式辦理，所定過渡期間復無恣意裁量或顯非合理之情形，已兼顧此等營造業信賴利益之保護」，故並未違反憲法有關人民權利保障之規定。

## （二）疑義分析

按前揭兩號解釋均引述司法院釋字第 525 號解釋，一般性地承認，凡行政法規有修改、廢止之情形人民原則上均得主張信賴保護，其衍生之疑義已如前述，無庸贅述。兩號解釋衍生的進一步疑義分別是：在法規變遷之際，必須居於何等地位始得主張信賴保護（何以係以符合廢止前金馬地區役齡男子檢定為已訓乙種國民兵實施辦法第 2 條第 1 項第 2 款及同條第 2 項之要件，「其他要件」的具

備與否則非重點？）以及，如何認定採取之補救措施尚屬合理（是否只須「無恣意裁量或顯非合理之情形」，即為已足？）。

### 三、司法院釋字第 574 號解釋

#### （一）解釋要旨

現任大法官首次在司法院釋字第 574 號解釋對信賴保護原則作深入的探討，其與前揭 3 號解釋之間的關係，誠宜留意。在本號解釋，大法官直接將信賴保護的法理基礎訴諸法治國原則：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守」。此外，其轉向援用法律不溯既往原則來處理法規範修改與人民信賴保護之關係：「法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力。惟人類生活有其連續性，因此新法雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響。此時立法者於不違反法律平等適用之原則下，固有其自由形成空間。惟如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，以適度排除新法於生效後之適用，或採取其他合理之補救措施，俾符法治國之法安定性原則及信賴保護原則」。就本件，大法官認定，「雖同屬訴訟事件之訴訟規畫自新法生效後向將來受到影響之情形，如第二審判決係在新法公布之前所為，當事人依修正前民事訴訟法第 466 條第 1 項規定，原得提起第三審上

訴而尚未提起，於上訴期間進行中，法律修正生效後始提起第三審上訴者，若第二審法院或第三審法院依裁定時之新法，以上訴所得受之利益未逾新法所定數額而駁回其上訴時，勢必侵害當事人依修正前民事訴訟法第 466 條第 1 項規定原已取得之上訴第三審權益，及因此所生之合理信賴。此時，立法者若未制定過渡條款，以排除該修正規定於生效後對上開情況之適用，即有因違反信賴保護原則而違憲之虞。民事訴訟法施行法第 8 條規定：『修正民事訴訟法施行前所為之判決，依第 466 條所定不得上訴之額數，於修正民事訴訟法施行後有增加時，而依增加前之法令許之者，仍得上訴。』係立法者審酌民事訴訟之性質，以及第三審為法律審之功能，並為特別保護依修正前民事訴訟法第 466 條第 1 項規定曾經取得上訴第三審權利當事人之既得利益，所制定之過渡條款，既未逾越其制定法律過渡條款之自由形成範圍，與法治國之信賴保護原則自亦無違背」。針對本號解釋，許玉秀、許宗力大法官分別提出「部分協同意見書」、「協同意見書」。

許玉秀大法官首先嘗試釐清本號解釋援引為論述基礎之「法律不溯既往、信賴保護與法安定性三項原則之間的關係」。其正確但理據曖昧地指出，法安定性屬客觀法秩序，而信賴保護則偏向主觀權利保障的面向。尤其重要得是，許大法官正確指出，信賴保護原則一方面有維繫法秩序的功能，惟其亦可能導致法秩序的僵化：「如果不能信賴法秩序的持續有效，就不會產生對法的信賴，也就不會有遵守法律的意願，那麼法秩序就會崩解。但是法律的更新是法秩序中的常態，對於法秩序持續有效的信賴，在個

案中必須是特別有保護必要的利益，方才能成為個案阻止法律溯及既往的依據」。然而，其就前揭三項原則之關係的下述結論令人難解：「不溯既往是法安定原則的當然結論，必定是基於信賴保護的目的考量，方才得有例外，亦即法安定原則決定法律不溯及既往，而信賴保護原則調節法律不溯及既往的適用範圍。例如在藉由過渡條款或例外條款限縮不溯既往原則的適用範圍時，可以區分對實質法秩序或實證法秩序的信賴，對實質法秩序的信賴，可以只設定落日條款，給予緩衝調整期間，而不必對於過去的事實例外不溯及」。此外，許大法官並引介德國學理對不溯既往原則的說明方式：「德國學理上將不溯既往原則分成三個等級，第一個等級是刑法上罪刑法定原則所衍生的絕對不溯既往原則，第二和第三個等級是適用於刑法以外其他法律領域的真正與不真正溯及既往原則。第一個等級的不溯及既往沒有例外<sup>7</sup>；第二個等級的真正溯及既往所針對的是新法生效前已取得的權益，原則上違憲，例外合憲……；第三個等級的不真正溯及既往所針對的是自新法生效前持續存在至新法生效時的既得權益事實，如逕行適用新法，原則上合憲，例外違憲」。

許宗力大法官看來比較不傾向，依法律不溯既往原則來檢討法律修正與人民信賴保護之關係的進路，他似乎偏向「既得權」與「期待權」的理論。他首先—立場上更接

---

<sup>7</sup> 其明定於基本法第 103 條第 2 項；就是否容許制定溯及既往的法律，基本法僅於此針對刑事法律明白作出規定：Ingo von Münch, Staatsrecht, Bd. 1, 5. Aufl., 1993, Rn. 438. Philip Kunig 則強調，法治國之信賴保護在刑法領域的特殊重要性：Philip Kunig, Der Rechtsstaat, in: Peter Badura/Horst Dreier (Hg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2. Bd., 2001, S. 441.

近前揭 3 號解釋地—認定，「凡法律修改，即便向將來發生效力，只要對發生於舊法時代，於新法公布生效時仍未完結的連續性事實關係，產生不利影響，就會有信賴保護問題」。繼而發展其「既得權」與「期待權」的論述：「本席同意，人民『依舊法已取得之權益』（既得權）因法律修正受到不利影響時，有信賴保護原則之適用。惟信賴保護原則的適用範圍絕非僅止於此，因『依舊法已取得之權益』受新法影響的情形，與法律的真正溯及既往幾無二致，實務出現的情形極少，較常見者反是『依舊法預期可以取得之權益』受新法影響的情形。如果信賴保護原則只保護『依舊法已取得之權益』，而不及『依舊法預期可以取得之權益』，勢必大幅失去其存在意義。然是否只要是『依舊法預期可以取得之權益』，就一律有信賴保護原則之適用？則又不盡然。究應如何認定有信賴保護原則適用之『依舊法預期可以取得之權益』之存在，固須綜合考量各種相關因素，難以一概而論，惟該預期可以取得之權益，依舊法規定所必須具備之要件之實現程度如何，應是一個共通的、基本的檢驗判準。準此，則重要的要件是否已經具備？尚未具備之要件是否在客觀上可以合理期待其實現？或是經過當事人繼續施以主觀努力後，該要件有實現可能性？等等，都是吾人個案判斷上所不能忽視之考量因素」。

## （二）疑義分析

筆者認為，司法院釋字第 574 號解釋最重要的意義在於：相較於先前 3 號解釋，本號解釋就法規範變更與信賴保護原則的關係，正確地不再片面強調後者，毋寧同時指

出立法者應享有之自由形成空間。具體而言，僅於「人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者」，立法者始有制定過渡條款或採取其他合理之補救措施的義務。然而，應如何劃定「人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴」的範圍？就此，本號解釋並未提供進一步的認定標準。本號解釋另一值得留意之點在於，信賴保護原則之法理基礎的悄然變遷。相較於司法院釋字第 525 號解釋地將信賴保護原則概括地訴諸—作為法治國原則之子原則的—「人民權利之維護、法秩序之安定及誠實信用原則」，本號解釋逕以信賴保護原則為法治國原則的子原則，且將之與「人民權利之維護、法秩序之安定」的要求並列。此種轉變之意義為何？大法官並未加以說明。許玉秀大法官於其部分協同意見書中指出，「釋字第 525 號解釋提及的誠實信用原則，則導源於契約論，是締結契約的前提要件，國民賦予國家權力的前提是國家會誠實守信，因此在德國基本法第 20 條的架構下，誠實信用原則應該屬於民主原則而不是法治國原則的範疇」；然而，多數大法官是否確實因此考量而捨棄以誠實信用原則為論述基礎，仍不明瞭。

許玉秀大法官的部分協同意見書雖然嘗試釐清「法律不溯既往、信賴保護與法安定性三項原則之間的關係」，惟其結論令人難解，已如前述；就此，似應與信賴保護原則之法理基礎究竟何在的問題一併檢討。蓋許大法官原本就是有鑑於大法官先前之解釋以此等原則為信賴保護之論述基礎，期待強化此等論述方式而為前揭嘗試。此外，有鑑於本號解釋多數大法官僅曖昧地區分真正溯及既往、不

真正溯及既往（「溯及適用之特別規定」、「雖無溯及效力，而係適用於新法生效後始完全實現之構成要件事實，然對人民依舊法所建立之生活秩序，仍難免發生影響」），許大法官粗略地引介了德國學理上關於法律不溯及既往的論述；其意圖提供多數意見較為堅實之理論基礎的用心，誠可肯定，惟囿於「部分協同意見書」的形式，其說理自難期詳盡，為更清晰掌握相關劃分與劃分之意義，自尚須作進一步的申論。許宗力大法官之基本出發點—行政法規修正原則上均有信賴保護原則之適用，其不無可疑已如前述外，其以「既得權」與「期待權」之存否作為信賴是否值得保護之認定標準的作法，亦不無可疑。蓋其一方面並未論述，以源自民事法之「既得權」、「期待權」等制度作為判定立法者有規定過渡條款、採取補救措施之義務的判準，其憲法基礎何在？此外，此一論述方式，似片面強調人民對既存法秩序的信賴，而未慮及立法者配合時代發展的自由形成空間。

#### 四、司法院釋字第 575 號解釋

##### （一）解釋要旨

本號解釋的重要意義在於：其並未訴諸抽象的信賴保護原則，毋寧係以基本權保障作為論述基礎：「憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。機關因改組、解散或改隸致對公務人員之憲法所保障服公職之權利產生重大不利影響，應設適度過渡條款或其他緩和措施，以資兼顧」。因以基本權的保障為論據，限

制此基本權之公權力措施的合憲性即取決於比例原則：「中華民國 62 年 7 月 17 日修正公布之戶籍法第 7 條第 2 項規定：『動員戡亂時期，戶政事務所得經行政院核准，隸屬直轄市、縣警察機關；其辦法由行政院定之。』為因應動員戡亂時期之終止，……修正公布之戶籍法第 7 條將上開規定刪除，並修正同條第 1 項及該法施行細則第 3 條，回復戶警分立制度，乃配合國家憲政秩序回歸正常體制所為機關組織之調整。戶政單位回歸民政系統後，戶政人員之任用，自應依公務人員任用法、各戶政單位員額編制表及相關人事法令規定為之。原辦理戶政業務之警察人員，其不具一般公務人員資格者，即不得留任，顯已對該等人員服公職權利產生重大不利影響。為謀緩和，內政部……實施之『戶警分立實施方案』，使原辦理戶政業務之警政人員或可於 5 年內留任原職或回任警職；或可不受考試資格限制而換敘轉任為一般公務人員，已充分考量當事人之意願、權益及重新調整其工作環境所必要之期限，應認國家已選擇對相關公務員之權利限制最少、亦不至於耗費過度行政成本之方式以實現戶警分立。當事人就職缺之期待，縱不能盡如其意，相對於回復戶警分立制度之重要性與必要性，其所受之不利影響，或屬輕微，或為尊重當事人個人意願之結果，並未逾越期待可能性之範圍，與法治國家比例原則之要求，尚屬相符」。

## （二）疑義分析

司法院釋字第 575 號解釋的重要意義既然一如前所述地——在於，不訴諸信賴保護原則，而逕以基本權的維護作

為立論基礎，因此衍生的問題即係：因法規變更影響人民權益時，究應以抽象的信賴保護原則，抑或以事件牽涉之相關基本權作為審查基準？二者之間的關係如何？

## 五、司法院釋字第 577 號解釋

### （一）解釋要旨

本號解釋大體依循法律不溯既往原則的論述架構，檢討立法課予菸品標示義務時，立法者應如何兼顧受規範者之權益：「新訂生效之法規，對於法規生效前『已發生事件』，原則上不得適用，是謂法律適用上之不溯既往原則。所謂『事件』，指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂『發生』，指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言。菸害防制法第 8 條第 1 項及第 21 條規定之菸品標示義務及責任，僅適用於該法公布施行後之菸品標示事件，並未規定菸品業者於該法施行前亦有標示義務，無法律溯及適用情形，自難謂因法律溯及適用而侵害人民之財產權。至立法者對於新訂法規構成要件各項特徵相關之過去單一事實，譬如作為菸品標示規範標的物之菸品，於何時製造、何時進口、何時進入銷售通路，認為有特別保護之必要者，則應於兼顧公益之前提下，以過渡條款明文規定排除或延緩新法對之適用。惟對該法施行前，已進入銷售通路，尚未售出之菸品，如亦要求須於該法施行時已履行完畢法定標示義務，勢必對菸品業者造成不可預期之財產權損害，故為保障人民之信賴利益，立法者對於此種菸品，則有制定過渡條款之義務。86 年 3 月 19 日公布之菸害防制法第 30 條規定『本法自公布後 6 個月施行』，使菸品

業者對於該法制定生效前已進入銷售通路之菸品，得及時就其法定標示義務預作準備，不致因法律變更而立即遭受不利益，而 6 個月期限，亦尚不致使維護國民健康之立法目的難以現，此項過渡期間之規定，符合法治國家信賴保護原則之要求」。此外，大法官在本號解釋似係以法律不溯既往原則作為審查立法行為是否侵害財產權的獨立依據。蓋其已先認定，「於菸品容器上應為前開一定之標示，縱屬對菸品業者財產權有所限制，但該項標示因攸關國民健康，並可提供商品內容之必要訊息，符合從事商業之誠實信用原則與透明性原則，乃菸品財產權所具有之社會義務，且所受限制尚屬輕微，未逾越社會義務所應忍受之範圍，與憲法保障人民財產權之規定，並無違背」；嗣又別依前述法律不溯既往原則之理據審查並認定，「菸品標示義務及責任，僅適用於該法公布施行後之菸品標示事件，並未規定菸品業者於該法施行前亦有標示義務，無法律溯及適用情形，自難謂因法律溯及適用而侵害人民之財產權」。

許玉秀大法官對本號解釋提出之的協同意見書對法律溯及既往的概念提出「不同的論述方式」。其指出，「多數意見解釋理由書認為法律的新定或變更，原則上不溯及既往，菸害防制法……並未規定菸品業者於該法施行前亦有標示義務，故無法律溯及既往之情形」；惟其認「法律雖未溯及既往，立法者仍可斟酌制定過渡條款以保護信賴，實屬互相矛盾的論述……過渡或例外條款存在的前提，其實是法律溯及既往而非法律不溯既往」。最後並主張，「新法規之新訂或修正，旨在改變既有之法律秩序，

為貫徹新法之目的，原則上不禁止回溯適用。惟立法者認為有特別保障人民於既有法律秩序所享有較有利法律地位之必要者，則得以法律明文規定排除或延緩新法之適用」。

## （二）疑義分析

大法官嘗試在本號解釋進一步釐清——作為審查基準之一法律不溯既往原則本身的意涵；於此，大法官似係以法律效果是否在法規公布施行後始行發生，作為認定是否構成法律溯及適用的標準。然而，縱使非屬如斯理解之法律溯及適用的情形，如新法立即施行將「造成不可預期之……損害」時，「為保障人民之信賴利益」，立法者仍有制定過渡條款之義務。就本件而言，大法官認定，「對該法施行前，已進入銷售通路，尚未售出之菸品，如亦要求須於該法施行時已履行完畢法定標示義務，勢必對菸品業者造成不可預期之財產權損害」。然而，何以應以「造成不可預期之損害」作為認定有無制定過渡條款之義務的判準？大法官並未說明其論斷之依據。最後，大法官偏離司法院釋字第 575 號解釋的作法，以法律不溯既往原則作為一相關基本權之外的一獨立審查公權力行為的基準，其考量為何，亦未見說明。

許玉秀大法官對法律溯及既往的概念理解與多數意見顯然有別。其提出之溯及適用之許可性的認定方式，自亦不同。然則，究以何者為是？

## 六、司法院釋字第 589 號解釋

### （一）解釋要旨

對法規修改、廢止與人民信賴保護的關係，本號解釋大體回歸前屆大法官在司法院釋字第 525 號解釋表達的立場：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守。行政法規公布施行後，制定或發布法規之機關依法定程序予以修改或廢止時，應兼顧規範對象信賴利益之保護。除法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外，其因公益之必要廢止法規或修改內容致人民客觀上具體表現其因信賴而生之法律上利益受損害，應採取合理之補救措施，或訂定過渡期間之條款，以減輕其損害或避免影響其依法所取得之法律上地位，方符憲法公益與私益平衡之意旨。受規範對象如已在因法規施行而產生信賴基礎之存續期間內，對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為，且有值得保護之利益者，即應受信賴保護原則之保障（本院釋字第 525 號解釋參照）」。但本號解釋則提示，考量保障信賴利益的方式時，應斟酌權衡之因素：「至於如何保障其信賴利益，究係採取減輕或避免其損害，或避免影響其依法所取得法律上地位等方法，則須衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益因素及信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值等為合理之規定」。適用到本件，大法官認定，「如信賴利益所依據之基礎法規，其作用不僅在保障私人利益之法律地位而已，更具有藉該法律地位之保障以實現公益之目的者，則因該基礎法規之變動所涉及信賴利益之保護，即應強化以避免其受損害，俾使該基礎法規所欲實現之公益目的，亦得確保」。

## （二）疑義分析

在處理法規範變更與信賴利益的關係上，本號解釋既然回歸司法院釋字第 525 號解釋的立場，對後者的疑慮，自亦適用於本號解釋。具體地說，其認定凡行政法規有變更、廢止之情形，原則上均將衍生信賴保護的問題以及，其並未區分信賴基礎的不同相應決定信賴保護的方式，前者可能導致過度限制立法機關的立法調整空間，後者則忽略法規範的拘束力應作一般抽象性的決定而不能取決於當事人是否有「客觀上具體表現其因信賴而生之法律上利益受損害」<sup>8</sup>。然而，與司法院釋字第 525 號解釋不同，本號解釋維持司法院釋字第 574 號解釋以來的見解，直接將信賴保護的法理基礎訴諸法治國原則：「法治國原則為憲法之基本原則，首重人民權利之維護、法秩序之安定及信賴保護原則之遵守」。本件解釋別出心裁的部分主要在於，對保障信賴利益之方式的論述——其似傾向應權衡相關的公私利益（衡酌法秩序變動所追求之政策目的、國家財政負擔能力等公益以及，信賴利益之輕重、信賴利益所依據之基礎法規所表現之意義與價值）；此一顯然受比例原則影響的權衡方式與信賴保護之法理基礎之間的關係如何？未見說明。考量到本號解釋特別突顯「信賴利益所依據之基

---

<sup>8</sup> 在本件解釋，大法官認定當事人有信賴行為的論述方式，非常引人注目：「第三屆監察委員就任時，係信賴其受任期之保障，並信賴於其任期屆滿後如任軍、公、教人員年資滿 15 年者，有依舊給與條例第 4 條擇領月退職酬勞金之公法上財產權利。本此信賴而就任，即是其對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為，而須受信賴之保護」。明確地說，何以「就任」行為即屬，對本件所牽涉（舊）政務官退職酬勞金給與條例第 4 條，於其「存續期間內，對構成信賴要件之事實，有客觀上具體表現之行為」？令人費解。本號解釋如此從寬認定信賴行為存在的作法，與劉鐵錚大法官針對司法院釋字第 525 號解釋所提不同意見書的立場相近。

礎法規所表現之意義與價值」一點<sup>9</sup>，尤有必要釐清此種權衡方式與信賴保護基礎之間的關係，否則將據何以劃定，應列入權衡的因素？

## 七、司法院釋字第 605 號解釋

### (一) 解釋要旨

針對民國 88 年公務人員俸給法施行細則第 15 條第 3 項修正規定，「使公務人員原任聘用人員年資，依 84 年及 87 年施行細則第 15 條第 2 項、第 3 項規定，得按年提敘俸級至年功俸最高級者，僅得提敘至本俸最高級為止」，是否有違信賴保護，本號解釋首先明白指出，即使無關憲法基本權的保障，人民依法規取得之利益仍應有信賴保護原則之適用：「憲法第 18 條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。公務人員依法銓敘取得之官等俸級，基於憲法上服公職之權利，受制度性保障……，惟其俸給銓敘權利之取得，係以取得公務人員任用法上之公務人員資格為前提。……聘用無須資格，無官等職等、無

---

<sup>9</sup> 在本件解釋中，「信賴利益所依據之基礎法規」係第三屆監察委員開始任職時，74 年 12 月 11 日修正公布之政務官退職酬勞金給與條例，其尚無落日條款之規定。本號解釋認定，第三屆監察委員就任時，係信賴其受任期之保障，並信賴於其任期屆滿後如任軍、公、教人員年資滿 15 年者，有依前揭政務官退職酬勞金給與條例第 4 條擇領月退職酬勞金之公法上財產權利。大法官並認為，前揭給與條例之規定有確保監察委員獨立行使職權之「意義與價值」，此一論斷亦令人費解——「為貫徹任期保障之功能，對於因任期保障所取得之法律上地位及所生之信賴利益，即須充分加以保護，避免其受損害，俾該等人員得無所瞻顧，獨立行使職權，始不違背憲法對該職位特設任期保障之意旨，並與憲法上信賴保護原則相符」。前大法官吳庚也表示，本號解釋「對於客觀上之信賴表現，採寬鬆之判定標準，似已悖離釋字第五二五號解釋之嚴格要求，且將領取月退職酬勞金與一次酬勞金之差別，擴大至影響監察委員身分保障及獨立行使職權之效應，不無商榷之處」；吳庚，《行政法之理論與實用》，增訂九版，2005/8，頁 66-67。

法定之官稱或職稱，亦不敘俸。因其無公務人員任用資格，依聘用條例第 6 條，特別明定其不適用公務人員俸給法、退休法、撫卹法，無由主張公務人員俸給銓敘之權利」。

至於對信賴保護原則的操作，本號解釋亦大體依循司法院釋字第 525 號解釋的作法：「任何行政法規皆不能預期其永久實施，然行政法規發布施行後，訂定或發布法規之機關依法定程序予以修改，應兼顧規範對象信賴利益之保護。其因公益之必要修正法規之內容，如人民因信賴舊法規而有客觀上具體表現信賴之行為，並因法規修正，使其依舊法規已取得之權益，與依舊法規預期可以取得之利益受損害者，應針對人民該利益所受之損害，採取合理之補救措施，或訂定合理之過渡條款，俾減輕損害，以符憲法保障人民權利意旨。……至經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護（本院釋字第 525 號解釋意旨參照）」。

特別值得注意的是，許宗力大法官在司法院釋字第 574 號解釋之協同意見書中提出的，取向「期待權」理論來判斷信賴是否值得保護的判準，在本件解釋中得以貫徹：「惟人民依舊法規預期可以取得之利益並非一律可以主張信賴保護，仍須視該預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能等因素決定之。……人民如信賴

84年及87年施行細則第15條第2項、第3項規定，而於88年施行細則修正前應公務人員高等考試，並筆試及格，開始接受實務訓練，預期於取得公務人員任用資格而實任公務人員職務時，依88年修正前之施行細則申請並取得提敘年資之權益，因屬客觀上可以合理期待其實現，故非不得主張信賴保護」。然而，大法官將前述標準運用到本件基礎案例時，似又基於比例原則的考量<sup>10</sup>對已得主張信賴保護之「期待權」加以限制：「88年施行細則為特別保護依修正前法規已可合理期待其提敘權益者之既得利益，……乃以指定施行日期方式，訂定過渡條款，俾使新施行細則生效前，已依法取得公務人員任用資格，但尚未辦理提敘者，得及時辦理俸級提敘，同時使部分已應公務人員考試筆試及格，於過渡期間受訓期滿，而取得公務人員任用資格之人員，亦得依舊施行細則之規定辦理俸級提敘，以保障其權益，雖仍有部分已考試及格、尚未受訓期滿人員，因未能及時於過渡期間取得公務人員任用資格，而未能同享俸級提敘之利益，對其權益之保護未臻周詳，惟為避免修法所追求公益目的遲未能實現，過渡期間本不宜過長，而新法規之修正本質上為正常文官制度外優惠措施之縮減，衡諸人民依舊法規本可預期得提敘俸級至年功俸最高級，而依新施行細則只得提敘至本俸最高級所損失之利

---

<sup>10</sup> 許玉秀大法官對本號解釋所提協同意見書亦指出，「多數意見解釋理由書所謂『……新法規之修正本質上為正常文官制度外優惠措施之縮減，衡諸人民依舊法規本可預期得提敘俸級至年功俸最高級，而依新施行細則只得提敘至本俸最高級所損失之利益，與主管機關為建立公平合理之公務人員年功俸制度所欲維護之公益，新施行細則以八89年1月15日之特定日期為施行日期之過渡條款規定，尚屬合理……』，其實正是在檢驗系爭過渡條款不適用於本件聲請人這種曾任聘用人員，是否合乎比例原則」。

益，與主管機關為建立公平合理之公務人員年功俸制度所欲維護之公益，新施行細則以 89 年 1 月 15 日之特定日期為施行日期之過渡條款規定，尚屬合理，與憲法上之信賴保護原則及平等原則均尚無違背」。

對本號解釋，曾有田大法官「就所涉法律不溯及既往原則問題」提出協同意見書。其強調，「『法律溯及既往』之概念應僅限於法律回溯對施行日期前已完結之事實生效，至學術上所謂『不真正溯及既往』或『法律事實之回溯連結』』類型，應依『信賴保護原則』予以審查」：「法律不溯及既往原則……乃指人民按行為時法律所創設之秩序規範決定其舉措，因為在法治國家，不能期待人民於現在行為時遵守未來制訂之法令，此為法治國家基本原則之一。依此原則，法律僅能於制訂後向未來生效，不得溯及既往對已完結之事實發生規範效力，原則上亦不容許國家經由立法對於既已完結之事實，重新給予法律評價……，否則即與『信賴保護原則』……相牴觸。故法律不溯及既往原則乃法治國原則底下，基於法律安定性及信賴保護之要求，而為憲法上拘束立法、行政及司法機關之基本原則，毋待憲法明文」；「所謂『真正溯及既往』或『法律效果之溯及生效』，即上述法律不溯及既往原則所擬處理之類型，……指法令公布施行後，回溯對前已完結之事實回溯生效」，「倘法令之適用範圍回溯至其生效日期前已完結之事實，則人民對於先前法秩序之信賴勢必遭受破壞，甚至原屬合法之行為，因嗣後法令之制訂或修正，而使之在法律上重新被評價為違法行為，進而可能遭受不可預期之法律制裁，故此種情形有違前述法律不溯及既往原則。至

於僅向將來生效之法律，因對於先前已確定之法律關係或已完結之事實並無影響，故無違反法律不溯及既往原則之疑慮」；「倘若人民在新法令公布、施行前，基於對舊法令所創設秩序之信賴，已開始表現具體之行為，期待在將來法律關係確定或事實完結後能獲得一定之利益，則新公布之法令若減損人民未來具體利益之實現可能性，亦可能導致人民因信賴舊法秩序而遭受權益損害之態樣。此與前述法律溯及生效可能對人民產生相類似之侵害結果，故學者引介德國聯邦憲法法院所創設之『不真正溯及既往』或『法律事實之回溯連結』概念，以適應此種法律爭議狀態」。最後並認為，「人民因法令變動致其信賴先前法秩序及由此衍生之期待利益受有影響者，大法官釋憲概以『信賴保護原則』予以審查……，均足貫徹憲法保障人民基本權利之意旨，故於既有之『法律不溯及既往原則』與『信賴保護原則』外，另行援用『不真正溯及既往』或『法律事實之回溯連結』等概念，似屬多餘」。

許玉秀大法官對本號解釋提出之協同意見書先是特別強調，信賴保護原則與平等原則及比例原則的關係：「就系爭修正條文而言，究竟是否必須設置過渡條款，以保護某些已經存在的法律上有利地位，的確只要比較公益與私益的保護必要性，以及彼此損益消長是否妥當，但是既然系爭過渡條款已經規定修正條文施行的過渡準備期間，是否需要設置過渡條款的問題即不存在，由於該過渡期間規定限制了保護範圍，所以對於沒有受到保護的對象，既是與信賴保護原則有所抵觸的問題，也是抵觸平等原則的問題。……表面上看起來，信賴保護原則有自己獨立的審查

內涵，與平等原則及比例原則無涉，其實審查信賴保護是否必要，以及信賴保護程度或範圍是否合理時，正是在依比例原則及平等原則審查信賴保護原則。在每個信賴保護原則的審查中，只要涉及公私法益的權衡，就會涉及比例原則的審查，但未必涉及平等原則的審查，本件聲請因為以系爭修正條文施行準備時間作為認定舊法的過渡適用範圍，使得相同的事實，遭受不同的待遇，因此也有審查平等原則的必要」。其次，許大法官於此嘗試再次澄清法律溯及概念，並重申其溯及分類無益的立場：「學說上將『法律效果回溯』（Rechtsfolgenruckbewirkung）類比真正溯及既往，將『構成要件回溯結合』（tatbestandliche Ruckanknufung）類比不真正溯及既往……，並不正確。一般所稱的法律效果回溯就是『法律生效時間的回溯』（Ruckwirkung der zeitlichen Rechtsfolgeanordnung）……。既然真正與不真正溯及既往的概念分類，是以法律所涵攝的事實是否已經完全完成或者尚在繼續發生中，作為區分標準，依照兩種不同區分標準所得出的結論，或者在某些個案果然可以互相對應，但不可能完全等同」；「所謂法律效果的回溯與事實的回溯連結，看起來好像是兩種不同的評價方式，其實所謂法律效果的回溯，是一句空話，問題在於回溯什麼？在於法律效果回溯至哪一種事實？必須確定的不是法律效果的回溯，而是事實的過去與現在。……而所謂事實的回溯連結，同樣是在確定應該被回溯的事實是哪一些事實，哪一些事實不是屬於完全過去的事實，法律效果如果及於這些事實，就不是回溯，或者就是可以被容許的『事實的回溯連結』。這種分類和真正與不真正溯

及的分類一樣，都是企圖建立憲法所容許的回溯概念，為法律不溯既往原則尋求例外。雖然根據立法方式，區分依時間或依事實分界新舊法的適用範圍，並非毫無意義，但是，審查時間的分界方式時，終究還是必須說明時間所分界出來的事實為什麼不是應該被保護的具體信賴事實，因此德國聯邦憲法法院第二庭的分類，依舊是空洞的分類」。

在本號解釋的部分不同意見書中，楊仁壽、王和雄大法官對法律溯及既往之分類的態度，顯然不同於許玉秀大法官的前述立場，其接受德國聯邦憲法法院第二庭「法律效果之溯及效果」與「要件事實之回溯連結」的分類：「按法規變更……，對於施行前之『事實關係』，如何地予以適用，論者不一其說，大別之有二：其以德國聯邦憲法法院第一法庭之見解為據者，將法規溯及既往，區別為『真正的溯及』(echte Ruckwirkung)與『不真正的溯及』(unechte Ruckwirkung)。而以同院第二法庭之見解為據者，則以法律的生效時點作區別，而分為『法律效果之溯及效』(Ruckwirkung von Rechtsfolgen)與『要件事實之回溯結合』(tatbestandliche Ruckanknupfung)……。實則，第二法庭之意圖，無非在強調，作為『不真正的溯及』對象之事例，並非屬於『溯及效果』之問題而已……。二種見解之差異性不大，在此意義之下，將『法律效果之溯及性』理解為『真正的溯及』；將『要件事實之回溯結合』理解為『不真正的溯及』，一點也不為過……。事實上，將法規的『溯及效力』，區分為『真正的溯及』及『不真正的溯及』，確實易使行政機關於訂定法規時，或立法機關在立法時有誤認為當然可以任意地訂定或制定『不真正的溯及』之規

定，而無須採取『合理的補救措施』或訂定過渡條款之危險，故與其說不真正的溯及係溯及效力的問題，毋寧將其認為係關於新法規如何適用於既存之法律關係為愈……。為便於說明，以下將沿用德國聯邦憲法法院第二法庭之見解，以法律的生效時間作為二者之區分方法，將法律規定其開始適用，早於該法律公布之前者，稱之為『法律效果之溯及效』；將法律未溯及的生效，僅使法律效果之發生，與施行前之要件事實回溯結合者，稱之為『要件事實之回溯結合』」。

## （二）疑義分析

本號解釋既然重回司法院釋字第 525 號解釋操作信賴保護原則的模式，質言之，認定凡行政法規有變更、廢止之情形，原則上均將衍生信賴保護的問題<sup>11</sup>以及，並未區分信賴基礎的不同相應決定信賴保護的方式，自然同樣會發生，可能導致過度限制立法機關立法調整空間以及，忽略法規範的拘束力應作一般抽象性的決定等疑義。針對後者來說，以「法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者」，作為判斷該當權益受害者之「信賴即不值得保護」的標準，恐將導致法規適用的歧異（假使權益受損受害者中部分並未參與「以不正當方法或提供不正確資料」之情事

---

<sup>11</sup> 但林三欽教授則認為，本號解釋未落入「真正溯及既往」或「不真正溯及既往」等「概念迷霧中」，而係「直接就新制度施行時人民法律地位的發展程度…以及所可能受到的衝擊，詳予分析」，而認其係大法官歷來所作解釋中處理「法令溯及既往適用問題」最為精詳者；林三欽，〈簡評大法官釋字第 050 號解釋—法令溯及適用之疑義—〉，《台灣本土法學第 77 期》，2005/12，頁 288。

的話)。此外，本號解釋在判斷信賴是否值得保護時，以「期待權」理論為判準，則前文所述，以「期待權」理論作為決定立法者有規定過渡條款、採取補救措施之義務的判準，其憲法基礎何在的疑義，自亦適用於此。至於前文所述，以「期待權」為判準，可能片面強調人民對既存法秩序的信賴而未慮及立法者配合時代發展之自由形成空間的疑慮，如前所述，本號解釋係以權衡公益與信賴利益，肯認規範制訂者進一步限制信賴利益的方式來避免。然而，如認當事人之信賴利益已屬「期待權」，何以又得基於公益考量加以限制？就此，大法官亦未進一步加以闡述<sup>12</sup>。

曾有田大法官、許玉秀大法官各自提出之協同意見書以及，楊仁壽、王和雄大法官共同提出之部分不同意見書，

---

<sup>12</sup> 許玉秀大法官對本號解釋所提協同意見書亦質疑，「對於同樣在系爭修正條文發布時已通過公務人員考試、正在受訓中的曾任聘用人員，只因為在指定的施行日之前是否受訓期滿而取得實任公務人員資格，即產生依照舊施行細則第15條第3項規定，提敘至年功俸最高級，或依照系爭修正條文規定，只能提敘至本俸最高級的差別待遇，本席認為與憲法上的平等原則並不相符」；「系爭修正條文所要實現的公益很重要這個理由，應該用於決定針對修正公布日前所有通過考試且正在受訓的曾任聘用人員，有無設置過渡條款予以保護的必要，至於在所有修正公布日前通過考試且正在受訓的曾任聘用人員當中，究竟多少人可以受到保護，多少人沒有保護必要，必須另尋理由」。

楊仁壽、王和雄大法官對本號解釋所提部分不同意見書也表示，「本件聲請人主張其於88年間高考筆試及格，於同年10月22日分發在職位上受訓，正在受訓之4個月期間內，前述施行細則修正，至89年2月22日始受訓完畢，取得實任公務人員資格時，已逾過渡期間36日，自不能適用舊法得提敘至『年功俸最高級』之規定。反而另一批同日受訓，期間為2個月者，則得於88年12月22日取得任用資格，享受舊法得提敘至年功俸最高級之保障等情，果屬非虛……。僅因考試類別不同，致受訓期間有4個月或2個月之分，其一能及時於過渡期間受訓完畢，送請銓敘部審定得提敘至年功俸最高級，另一則不能，衡諸『要件事實之回溯結合』於憲法上所應審查基準『比例適合性』（重點放在與過去相結合），前述施行細則完全以『過渡期間』為考量，是否合憲，殊有疑問」。

最後，對本號解釋頗表認同的林三欽教授也承認，大法官的論證瑕疵在於「信賴保護界線的游移不定」，「忽而在考試及格開始接受訓練，忽而又改在完成訓練」；林三欽，前揭文（見註11），頁289。

其共通之處在於：與本號解釋多數意見不同地，強調在審查法規範變更之合憲性時法律溯及概念的重要性。然而，關於法律溯及分類的合理性與必要性，許玉秀大法官與楊仁壽、王和雄大法官之態度的壁壘分明，誠足注目。採取比較和緩立場的是曾有田大法官，他認定，「不真正溯及既往」或「法律事實之回溯連結」等概念是多餘的；質言之，所謂『真正溯及既往』或『法律效果之溯及生效』，即其所理解的「法律不溯及既往原則」仍有其意義。然則，究以何者為是？此外，特應留意得是：許玉秀大法官在本號解釋的協同意見書裡重拾司法院釋字第 575 號解釋的論述脈絡，質言之，以基本權的保障為論據，因此，影響權利之公權力措施的合憲性原則上取決於比例原則，依其案件情境同時亦可能取決於平等原則的遵守與否。

### 參、藉由檢視司法院大法官相關解釋顯示的探討進路

在分別檢視、分析司法院大法官相關各號解釋之後，可初步確定，就因法規範變更衍生之信賴保護的相關問題，自司法院釋字第 525 號解釋至第 605 號解釋，大法官尚未能發展出確定的審理理路。惟為更清楚呈現各號解釋之間的歧異，也為了確定必須進一步釐清的問題為何，擬以信賴保護的相關問題為主軸，說明前揭各號解釋的不同立場：

首先應該指出：大法官對信賴保護原則之憲法基礎的說明始終曖昧。司法院釋字第 525 號解釋似以法治國原則為信賴保護原則的憲法基礎，但又以「人民權利之維護、

法秩序之安定及誠實信用原則」三項法治國原則之子原則，來支撐信賴保護原則。相對於此，司法院釋字第 574 號解釋則逕以信賴保護原則為法治國原則的子原則，並使其與「人民權利之維護、法秩序之安定」的要求並列<sup>13</sup>。然則，究以何者為是？大法官何以採取此一轉變？不同的憲法基礎對是否違反信賴保護原則的審查，是否會造成何等的影響？就此等問題，大法官均未進一步說明。

其次，大法官審查法規變更是否違反信賴保護的論述模型並不穩定。（一）司法院釋字第 525 號解釋直接訴諸信賴保護的要求，並且一般性地認定，凡行政法規有變更、廢止之情形，「除預先定有施行期間或經有權機關認定係因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題外」，人民均得主張信賴保護。除司法院釋字第 529 號、第 538 號解釋採取此一論述方式外，現任大法官在司法院釋字第 589 號、第 605 號解釋亦採同一立場。（二）然而，現任大法官在司法院釋字第 574 號解釋原本轉向援用法律不溯既往原則，以探討法規變更與人民信賴保護的關係。司法院釋字第 577 號解釋亦採取此一論述模型。（三）最後，雖然同樣涉及法規變更導致的權益影響，現任大法官在司法院釋字第 575 號解釋並未援引信賴保護原則或法律不溯既往原則，毋寧係逕以基本權的保障為論據，審查限制基本權之公權力措施（= 法規變更）的合憲性。

尤其值得注意的是：對判斷法規變更是否應，以及應採取如何之適當補救措施以實現信賴保護的要求，大法

---

<sup>13</sup> 司法院釋字第 589 號解釋重申此一立場。

官亦尚未提供穩定判準。(一)司法院釋字第 525 號解釋要求受規範之對象，積極面向上「必須有客觀上具體表現信賴之行為」，消極面向上亦不得有「經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形」、「相關法規(如各種解釋性、裁量性之函釋)係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布」等信賴不值得保護的情形。如前所述，何謂「客觀上具體表現信賴之行為」，認定上始終有爭議。此外，與司法院釋字第 525 號解釋同樣認定，一旦法規變更，人民原則上均得主張信賴保護的司法院釋字第 529 號、第 538 號解釋，在判斷相關措施的合憲性時，其根本未論及有無「客觀上具體表現信賴之行為」，或有無「信賴不值得保護之情形」。最後，就法規變更與人民信賴保護之關係亦採取與司法院釋字第 525 號解釋相同論述模型的司法院釋字第 605 號解釋，其一方面引述司法院釋字第 525 號解釋的前揭積極、消極判準，另一方面又接納許宗力大法官在司法院釋字第 574 號解釋之協同意見書提出的(原本用以進一步界定，在雖無溯及效力，但對人民依舊法建立之生活秩序有影響之法規範變更的情形，人民之信賴是否值得保護的)「期待權」判準——「人民依舊法規預期可以取得之利益並非一律可以主張信賴保護，仍須視該預期可以取得之利益，依舊法規所必須具備之重要要件是否已經具備，尚未具備之要件是否客觀上可以合理期待其實現，或經過當事人繼續施以主觀之努力，該要件有實現之可能等因素決定之」；於此，前揭積極、消極判準與「期待權」判準之間的關係如何，並不明朗。

(二)援用法律不溯既往原則的司法院釋字第 574 號解釋

則認定，「法律一旦發生變動，除法律有溯及適用之特別規定者外，原則上係自法律公布生效日起，向將來發生效力」；在新法雖無溯及效力但對人民依舊法建立之生活秩序發生影響之情形，「如人民依該修正前法律已取得之權益及因此所生之合理信賴，因該法律修正而向將來受不利影響者，立法者即應制定過渡條款，……或採取其他合理之補救措施」<sup>14</sup>。（三）最後，如前所述，司法院釋字第 575 號解釋既未援引信賴保護原則、法律不溯既往原則，毋寧係直接訴諸基本權的保障，則其審查法規範變更致影響人民權益的合憲性時，自然是以比例原則為判準。然則，前述三項判準究應以何者為是？或者，前述三項判準並不能截然劃分，而有一定的互動關係<sup>15</sup>？

最後，在論述法律不溯既往原則的脈絡裡，司法院大法官的解釋本身<sup>16</sup>以及，個別大法官所提出之協同意見書、不同意見書<sup>17</sup>，其對法律溯及既往的概念與分類，顯然有別。然則，究以何者為是？

---

<sup>14</sup> 同樣援引法律不溯既往原則的司法院釋字第 577 號解釋，就「無法律溯及適用」，惟仍可能影響人民權益之法規範變更的情形，則要求，在可能造成受規範者「不可預期之財產權損害」時，應採取必要的補救措施。其論述方式與司法院釋字第 574 號解釋並無不同。

<sup>15</sup> 例如，如前所述地，司法院釋字第 577 號解釋就以法律不溯既往原則作為審查立法行為是否侵害財產權的獨立依據；許玉秀大法官對司法院釋字第 605 號解釋所提協同意見書則主張，「審查信賴保護是否必要，以及信賴保護程度或範圍是否合理時，正是在依比例原則及平等原則審查信賴保護原則」。

<sup>16</sup> 司法院釋字第 574 號、第 577 號解釋。

<sup>17</sup> 許玉秀大法官對司法院釋字第 574 號解釋所提部分協同意見書，對釋字第 577 號、第 605 號解釋所提協同意見書；曾有田大法官對司法院釋字第 605 號解釋所提協同意見書以及，楊仁壽、王和雄大法官對司法院釋字第 605 號解釋所提部分不同意見書。

## 肆、我國公法學理對信賴保護原則應如何運用於法規範變動的論述

前文已指出，司法院大法官對於信賴保護原則之憲法基礎的說明並不清楚，此外，大法官審查法規範變更是否違反信賴保護原則的論述模型亦不穩定，因此，對判斷法規範變更是否應採取，以及應採取如何之適當補救措施以實現信賴保護原則的要求，大法官尚未提供穩定的判準。然則，我國公法學界對此是否已提供比較可靠的建議？下文擬依前述司法院大法官解釋提供的探討進路，分別觀察並評析我國公法學界對信賴保護原則本身的界定、對該原則之憲法基礎的說明以及，將信賴保護原則運用以解決法規範變動時的不同論述模型。

### 一、我國公法學理對信賴保護原則的界定與對其憲法基礎的說明

我國公法學界對信賴保護原則的界定本身就顯示，其混淆不同信賴基礎的情況。李建良教授對此一原則的界定著重在以法規範為信賴基礎的情形。據此，信賴保護原則係指，受國家權力支配的人民如信賴法律的存續而有所規劃或舉措，其信賴利益應受保障，亦即，國家不得以事後的法律變更損及人民的信賴。特別是在法治國家中，人民通常會以法律規定作為生計規劃的依歸；是以立法者在修改法律時，自須顧及人民對法律存在的合理信賴，準此，人民因信賴現行法律狀態而有所舉措時，不得因該法律基礎事後被取消而受到貶損<sup>18</sup>。林三欽教授對信賴保護原則的

<sup>18</sup> 李建良，〈法律的溯及既往與信賴保護原則〉，《台灣本土法學第 24 期》，2001/7，頁 84；同

界定，則適相反對地凸顯以行政行為為信賴基礎的情況。其認定，行政法上所謂信賴保護原則係指，對於行政機關在執行公權力職務時的作為或不作為，人民若予以信賴，並在此一信賴基礎之上進一步從事具體行為（信賴表現），只要人民的信賴是善意的、且在正當合理的範圍內（值得保護的信賴），則公權力主體即有義務保障人民的信賴利益<sup>19</sup>。最後，洪家殷教授則引述德國學理作比較一般性的界定。其指出，此一原則具有憲法位階，可拘束行政、立法與司法等所有國家行為；根據信賴保護原則，如國家行為罔顧人民值得保護的信賴，使人民遭受不可預期的負擔或不利益，且非基於維護或增進公共利益所必要者，即不得為之<sup>20</sup>。最後，前大法官吳庚教授則逕自認定，司法院釋字第 525 號解釋已提供信賴保護原則的一般性規範，並依該號解釋意旨歸納信賴保護原則之內涵<sup>21</sup>。

至於國內文獻對信賴保護原則的憲法基礎作比較詳細說明的，就筆者所見，大概只有洪家殷教授。其指出，德國學者對信賴保護原則的憲法基礎，有認其來自形式法治國的法安定性要求，亦有以基本權利的保障為此一原則之憲法基礎者。就前者而言，法安定性要求，個人得依其計畫形成自己的生活，惟此須以個人有可信賴之基礎為前

---

著者，〈從憲法觀點論軍公教優惠存款的存廢問題〉，《政大法學評論第 78 期》，2004/4，頁 25-26。

<sup>19</sup> 林三欽，〈行政法令變遷與信賴保護—論行政機關處理新舊法秩序交替問題之原則〉，《東吳法律學報第 16 卷第 1 期》，2004/8，頁 157。

<sup>20</sup> 洪家殷，〈論信賴保護原則之適用—司法院大法官釋字第五二五號解釋評析〉，《台灣本土法學第 27 期》，2001/10，頁 41。

<sup>21</sup> 吳庚，前揭書（見註 9），頁 64-65。

提，尤其是值得信賴之法律狀態，故國家須維持法規範之存續與安定<sup>22</sup>。後者則主張，若國家違反人民之信賴，將對其在憲法上所保障之基本權利造成侵害，因此得以基本權利的維護作為信賴保護原則的憲法基礎。洪教授則認，信賴保護原則的憲法基礎來自法治國原則中之法安定性原則與基本權利之保障<sup>23</sup>。然而，此二種憲法基礎之間的關係如何，仍嫌曖昧。例如，以法安定性或以基本權利保障為基礎，其對信賴保護原則在個案中的運用有何意義？是否將導致主張信賴保護的要件有別？凡此，洪教授並未進一步加以說明。

## 二、依循法律不溯既往原則的論述模型

對影響人民信賴利益之法規範變動的合憲性，依循法律不溯既往原則來論述者，出人意料地，在國內竟屬少數：

筆者前曾為文介紹德國聯邦憲法法院關於「真正溯及既往」與「不真正溯及既往」的分類；前者意指對於已屬過往的事實，事後變更對其之法律評價，後者則指法律對當下、尚未完全了結的案件事實、法律關係，針對未來予以影響。惟該文亦指出，作為二者之區分標準的「已終結之事實」，其認定並非始終明確。惟因該文涉及之案例事實顯屬「不真正溯及既往」的類型，就確實的區分標準為何，筆者並未深究。毋寧僅指出，即使在「不真正溯及既

---

<sup>22</sup> 類此：李建良，前揭文（見註18—溯及既往），頁84；陳敏，《行政法總論》，4版，2004，頁90。

<sup>23</sup> 洪家殷，前揭文（見註20），頁41-42。

往」的情形，人民信賴舊法律狀態之信賴利益仍應受到保障，其應與立法者變更舊法律狀態的公益相互權衡<sup>24</sup>。

彭鳳至大法官在檢視司法院大法官相關解釋後，亦僅肯定，人民依舊法取得的權利或法律地位，到新法施行之日止均不改變，至新法施行後接續發生的法律關係始適用新法的違憲爭議，在我國釋憲實務上已形成一種類型。於此，人民依舊法取得的權利或法律地位，因新法施行可能受到的不利影響，其應否加以保護，屬於憲法上信賴保護原則的應用；至於歸納此一案件類型的概念，認其「其實不是溯及既往」，或稱之為「不真正溯及既往」，均無不可。筆者認為，彭大法官此一宏文的更重要意義在於：其明確指出，立法上的法律不溯既往原則屬於法治國原則中，法秩序安定之要求下，信賴保護原則的一種類型。同樣重要得是：其明白區分立法上與律適用上的法律不溯既往原則。立法上的法律不溯既往原則，在於依憲法的整體價值來監督立法者對法律應否具溯及效力的決定；相對於此，法律適用上之法律不溯既往原則的作用，在於監督法律的適用者，在個案適用法律時應正確遵守法律效力與法律適用間的正确關係，質言之，「法律是否溯及適用」的問題應由立法者依憲法整體價值判斷決定，法律適用者則應恪遵立法者的決定<sup>25</sup>。

---

<sup>24</sup> 陳愛娥，〈國小校長的「遴用」或「遴選」——法律溯及既往原則的相關問題——〉，《台灣本土法學第 21 期》，2001/4，頁 142-143。

<sup>25</sup> 彭鳳至，〈法律不溯既往原則之憲法地位〉，《台灣本土法學第 48 期》，2003/7，頁 16。

相對於此，林三欽教授並不支持，前揭立法者獨佔「法律是否溯及適用」之決定權的主張。為此，其提出「法令溯及適用」的概念。而所謂法令溯及適用係指，「新法秩序」得適用於「既已存在之事實關係」，而所謂「既已存在之事實關係」，依各該事實開展的程度，可分為「已終結」與「未終結」的事實。其認定，行政機關執行法律時，基於解釋與適用法律的權限，得在一定程度內參與「法律是否溯及適用」的決定，蓋條文中「不確定法律概念的銓釋」或「法律效果的裁量」都可能涉及「法令溯及適用」的決定，則行政機關於執行法令時，即「實質擁有」「法令溯及適用決定權」<sup>26</sup>。對於林教授前揭見解，筆者未能支持。蓋林教授所訴諸之行政決定空間，其與所謂的「法令溯及適用決定權」之關係的論述，仍嫌曖昧。此外，林教授主張，行政機關本於其權限決定「行政法令得否溯及適用」時，應綜合考量各種因素以作成評價性決定。依其見解，於此應加入考量的因素包括：「新法秩序」是否對個人產生不利之變化、信賴基礎的態樣、人民之信賴表現、當事人之信賴是否值得保護、當事人已取得之法律地位、「法令溯及適用」對當事人權利影響之程度、溯及適用能獲致之公益效應以及，新法秩序之施行有無過渡期間<sup>27</sup>。然而，由「綜合考量」一詞尚不足以推斷，前揭各項因素之間的關係如何；如是，此一見解顯然不能對「行政法令得否適用」的問題提供明確的解答。

---

<sup>26</sup> 林三欽，前揭文（見註19），頁143、149。

<sup>27</sup> 林三欽，前揭文（見註19），頁175。

最後，亦有學者雖然在形式上採取「法律不溯既往原則」的論證模型，但在探討「真正溯及既往」與「不真正溯及既往」之法律的合憲性時，卻又回歸更一般的，信賴保護原則的審查標準。例如李建良教授就認定，除刑法外，「溯及性法律」（真正溯及既往），並非絕對不許，但一般而言，此種法律必須具備重大的正當理由始得為之，其考量重點仍在於信賴保護的問題。於此，信賴保護原則考量的重點不外乎人民有無信賴事實的存在？人民的信賴是否值得保護？以及，溯及既往所追求的公益是否高於人民的信賴利益？在「影響性法律」（不真正溯及既往），如法律的修改確已影響過去的事實或法律關係，立法者不能無視於人民對舊法的信賴而任意更動，於此亦涉及信賴保護原則如何適用的問題。於此，可資審究者者，乃人民是否對舊法的繼續存在有所信賴，及其程度如何？以及人民是否因信賴而有所舉措，其程度又如何<sup>28</sup>？筆者認為，如此的論述方式忽略了，「法律不溯既往原則」本來就是針對，人民的信賴基礎是一般抽象之法規範的情形，而發展出來之信賴保護原則的下位類型；假使在判斷其合憲性時又回歸一般的信賴保護原則，則信賴基礎為一般抽象法規範的特殊性即隨之失落。

### 三、根據信賴保護原則之適用要件的論述模型

---

<sup>28</sup> 李建良，前揭文（見註18—溯及既往），頁85、87；同著者，前揭文（見註18—軍公教優惠存款），頁26-27。李教授對於「人民有無信賴事實的存在」、「人民的信賴是否值得保護」以及，「溯及既往所追求的公益是否高於人民的信賴利益」三項標準的操作，可參見：同著者，前揭文（見註一軍公教優惠存款），頁28-30。依筆者之見，其說明難謂清晰。例如，其不無混淆「信賴利益」與「信賴事實」之嫌。

國內多數公法學者是根據信賴保護原則的一般性適用要件，來檢視影響人民權益之行政法規變動的合憲性。於此所稱信賴保護原則的適用要件，一般認為包含信賴基礎、信賴表現與信賴值得保護三者<sup>29</sup>。惟學者間對各該要件應如何應用於行政法規變動的情形，見解未盡一致。以下分別說明學者對各該要件的不同見解：

### （一）信賴基礎

就行政法規變動的情形，就信賴基礎（質言之，令人民產生信賴的國家行為）之存否發生疑義的主要是：人民得否以行政規則為信賴基礎？就此，黃俊杰教授針對稅法領域明白主張，行政機關對稅捐事項作成的解釋函令也形成納稅者信賴的重要依據，因而「不能限於形式意義法律變更，方有信賴保護之問題」。雖然黃教授也承認，大量運用解釋函令之結果，將侵蝕租稅法律主義的內涵，甚且使解釋函令凌駕於稅法法律、施行細則之上；但其仍然得出，「本案所涉及乃稅捐解釋函令之變更，自然屬於當事人信賴之重要內容，事實上更勝於租稅法律」的結論<sup>30</sup>，質言之，其全然忽視法律優越原則，實令人意外。林三欽教授雖然認定，解釋函令既為公權力主體所為職權上意思表示

---

<sup>29</sup> 洪家殷，前揭文（見註20），頁44；黃俊杰，〈稅捐優惠之憲法基礎與信賴保護〉，《臺大法學論叢》第31卷第6期，2002/11，頁223；林明鏞，前揭文（見註3），頁584；吳庚，前揭書（見註9），頁66。

<sup>30</sup> 黃俊杰，〈解釋函令變更與信賴保護——行政法院八十八年度判字第三九〇七號判決評釋——〉，《台灣本土法學》第20期，2001/3，頁8-9；同著者，前揭文（見註29），頁215-216。類此立場：洪家殷，前揭文（見註20），頁43。

示，原則上得作為「信賴基礎」。惟一方面因解釋函令的位階較低，其「作為信賴基礎的正當性較為薄弱」；另一方面，被修正、廢止的行政命令若違反母法的原意，其將有牴觸上位階法規範之瑕疵，嚴重者將依據法律優越原則而無效，即使不然，其作為信賴基礎的正當性亦將大受影響<sup>31</sup>。依筆者之見，林教授前揭論述頗為曖昧，蓋「作為信賴基礎之正當性」是否因法規範位階高低而有別，不無疑義；此外，「作為信賴基礎之正當性」薄弱之後果如何，亦難以懸忖。

相對於此，林明鏞教授則引述德國學者見解而指出，行政規則得否作為人民的信賴基礎，不無疑義。蓋行政規則因缺乏直接對外之效力，其不同於當然可以構成信賴基礎之國家機關的對外行為。惟其復認，在下屬公務員的情形，因其為行政規則的效力所及，於此應承認，行政規則得為其信賴基礎。此外，林教授似認定，一般人民固不能逕以行政規則為信賴基礎，但仍得訴諸「行政慣例」以主張信賴保護<sup>32</sup>。然而，因人民或公務員的身分來區分行政規則作為信賴基礎的可能性，尤其在以行政規則為授益基礎時，其正當性極為可疑。此外，使人民得以「行政慣例」（而非行政規則）為信賴基礎，仍不能解決前述違反法律優越原則的疑慮。就此，司法院釋字第 287 號解釋則認定，「行政主管機關就行政法規所為之釋示，係闡明法規之原意，固應自法規生效之日起有其適用。惟在後之釋示如與

---

<sup>31</sup> 林三欽，前揭文（見註 19），頁 162-163。

<sup>32</sup> 林明鏞，前揭文（見註 2），頁 586-587。

在前之釋示不一致時，在前之釋示並非當然錯誤，於後釋示發布前，依前釋示所為之行政處分已確定者，除前釋示確有違法之情形外，為維持法律秩序之安定，應不受後釋示之影響。財政部中華民國 75 年 3 月 21 日台財稅字第 7530447 號函說明 4：『本函發布前之案件，已繳納營利事業所得稅確定者，不再變更；尚未確定或已確定而未繳納或未開徵之案件，應依本函規定予以補稅免罰』，符合上述意旨，與憲法並無抵觸<sup>33</sup>；質言之，其並未認定，函令解釋（而非法律）的變更，將衍生違反信賴保護原則的問題。此一解釋意旨並經司法院釋字第 536 號解釋理由書加以重申。然而，應無待進一步說明即可發現，其與前述司法院大法官多號關於信賴保護原則的解釋意旨不盡相符；於此又再次證實，司法院大法官未能確保其解釋立場的一貫性。

## （二）信賴表現

就此一要件，特別值得注意的是洪家殷教授的下述主張：「信賴的存在」才是主張信賴保護時應具備的要件，而非「信賴的表現」。依洪教授的見解，所謂「信賴的存在」意指，人民須已明確考量到行政行為的存續，其在形成個人之生活關係上已依此而建立並賦予信賴；所謂「信賴的表現」則係指，相對人僅存有信賴之意思尚不夠充分，仍須基於其信賴而有具體的對外表現行為，即須有一定的處分行為。其主張，無論是依信賴保護原則的基本理念、其憲法基礎，或是依現行法相關規定，均未要求主張信賴

---

<sup>33</sup> 就此的進一步說明：吳庚，前揭書（見註 9），頁 301-303。

保護者須有對外的表現行為<sup>34</sup>。林明鏘教授則先是清楚指出，「信賴表現」的要件一方面包含，人民須認識國家機關的對外行為，另一方面亦須人民有一定的處置行為。對洪教授的前揭主張，其指出，此一見解在行政規則變動的情形極具參考價值，「尤其是當公務員之權益事項，因為行政解釋之改變，致其（公務員）權益受損之情形，絕大部分公務員皆無客觀上之具體信賴表現」。惟其仍主張，在行政規則變動時，對「信賴表現」應從寬認定，包含所有一切消極或積極之處置行為均可認有「信賴表現」，但仍應維持此一要件，以便「維持信賴保護原則之過濾功能」<sup>35</sup>。

然而，在以行政處分為信賴基礎時，洪教授前揭主張是否仍然可採？林教授未予置評，筆者則認為不無可疑。蓋如人民僅單純認識到授益性行政處分的存在，而尚未有任何表現於外的處置行為，於此，其究竟有何可能因信賴此一處分而受影響的權益，實費疑猜。此外，林教授所稱，「所有一切消極或積極之處置行為」究何所指，仍嫌曖昧。最後，在因行政法規變動致影響人民權益的情形，人民在法規變動前，恐怕不僅是未有「客觀上之具體信賴表現」，而是根本未認識相關法規，如是，是否即應認其不得主張信賴保護？

### （三）信賴值得保護

---

<sup>34</sup> 洪家殷，前揭文（見註20），頁44-48。

<sup>35</sup> 林明鏘，前揭文（見註2），頁587-590。

在探討信賴是否值得保護的要件時，誠如洪家殷教授所論，重點集中在不值得保護的排除。就撤銷授益性行政處分的情形，行政程序法第 119 條明定信賴不值得保護的三種情形。洪教授認為，司法院釋字第 525 號解釋提出的兩種在行政規則之變動中信賴不值得保護的情形——「經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布者，其信賴即不值得保護」，與行政程序法前揭規定，「在基本之理念上，應無不同」<sup>36</sup>：其似並據此肯定司法院釋字第 525 號解釋的論述。如是，則其顯然（與該號解釋相同）忽略了，法規效力應作一般性界定，而不應取決於受規範者個人因素的要求。

林明鏘教授則認定<sup>37</sup>，就行政規則變動的情況，司法院釋字第 525 號解釋（及承續前揭解釋意旨的司法院釋字第 529 號解釋）提出的，人民之信賴不值得保護的情形有四，即除「經廢止或變更之法規有重大明顯違反上位規範情形，或法規（如解釋性、裁量性之行政規則）係因主張權益受害者以不正當方法或提供不正確資料而發布」的情況外，也包含「法規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用，不生信賴保護問題」兩種情形。其並認定，「前二款事由乃仿行政程序法……加以文字增刪修正而得……其妥當性因為已依行政法規之本質特徵而已有所調整，並無不妥」。此一見解未見妥適，已如前述，茲不贅述。至於「法

---

<sup>36</sup> 洪家殷，前揭文（見註 20），頁 50-51。

<sup>37</sup> 林明鏘，前揭文（見註 2），頁 590-593。

規預先定有施行期間或因情事變遷而停止適用」是否為恰當的，「信賴不值得保障」的事由，林教授認為，行政命令既已訂有施行期間，人民不得要求「持續性的保障」；相對於此，在行政命令發布後，國家固得因重大情事變更而變動該當行政命令，但據此認人民之信賴不值得保護，則未見其當。

#### 四、小結

總結來看，我國公法學界在信賴保護原則的界定本身就顯示，其混淆不同的信賴基礎；此外，其對信賴保護原則之憲法基礎的探討似尚嫌簡略，亦尚未能指出，憲法基礎的說明對信賴保護原則的運用有何意義。從實務運用的角度來看，意義更重大的可能是：公法學理對於信賴保護原則應如何運用於法規變動，在論述的基本模型上就相當分歧。此外，各該論述模型本身的探討，似亦尚未盡精微。以法律不溯既往原則的論述模型為例，「真正溯及」與「不真正溯及」的明確劃分、其劃分的意義，甚至「立法的」與「法律適用的」不溯既往之區分，似乎都尚未能獲致清楚的處理。而根據信賴保護原則之適用要件的論述模型，其對於「信賴基礎」、「信賴表現」與「信賴值得保護」三項要件的運用疑義，亦仍多須進一步著力之處。下文擬參考德國憲法裁判與其公法學理，嘗試就信賴保護原則運用於法規變動衍生的相關問題，提供解決的建議。

### 伍、德國憲法裁判、公法學理就法規變動的情形對信賴保護原則的具體化：代結論

#### 一、信賴保護原則的法理基礎

「信賴」是諸多學門研究的現象<sup>38</sup>，Fritz Ossenbühl 則精確地指出，法律上關注的，「信賴保護」是國民在其與國家之關係上的信賴保護，是國民針對國家防衛其法律地位的一種主張，其意指，對國家機關，無論是立法、行政或司法之行為期待的實現<sup>39</sup>。在國家廣泛形塑國民的社會生活關係，卻同時應儘可能維護人民自主決定的權利時，國家與國民就由從屬、服從的關係，轉向夥伴、合作的關係；如是，夥伴關係中的支配性思想—信賴與信賴保護，自應適用於此。1950 年代初期起，信賴保護思想開始在德國公法領域出現，並非偶然，蓋社會法治國正是自此時起開始實現<sup>40</sup>。

依 Fr. Ossenbühl 之見，信賴保護原則的法理基礎首先是，作為法治國原則之子原則的法安定性要求。法安定性不僅要求法秩序的穩定，同時也要求其具有可預測性、可預計性。如是，則其已隱含信賴保護原則的要求。除了法安定性，信賴保護原則另一法理上的支柱是：在公法領域亦被承認的誠實信用原則。然而，必須留意，信賴保護原則的前述兩項支柱各自有其強調重點。誠實信用原則以某種人格性的連結關係為前提；相對於此，法安定性強調的是法秩序，乃至所有高權命令的可預測性與持續性，人格

---

<sup>38</sup> 當 H. Maurer 主張，「信賴」是自由民主體制的基本條件時，其比較是由政治學的角度著眼：H. Maurer, a.a.O.(Fn. 5), Rn. 6.

<sup>39</sup> Fritz Ossenbühl, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, DöV 1972, S. 25.

<sup>40</sup> Fr. Ossenbühl, a.a.O.(Fn. 39), DöV 1972, S. 26.

性連結關係並非考量重點<sup>41</sup>。對此等推導論述，德國學理上存有歧見。

Ernst Benda 雖然支持 Fr. Ossenbühl 以誠實信用原則為信賴保護原則之法理基礎的見解，但對此推導關係的下述說明殊嫌曖昧：「國民應得以信賴，對服從其法秩序的國民，國家不應以不正的方式相待」<sup>42</sup>。Eberhard Grabitz 則有說服力地指出，誠實信用原則不宜作為信賴保護的論述基礎。蓋誠實信用原則一方面包含正直、忠誠之行為（redliches und loyales Verhalten）的要求，另一方面則具有衡平的功能（Billigkeitsfunktion）。然而，在行政法的領域，信賴保護涉及的不是對人的失望，毋寧是因公權力行為所導致之，對公權力機關之行動的預期以及，國民基於此一行動預期而採取的經濟性安排，其將因公權力行為的事後變更而被破壞或減損其價值；因此，信賴保護與前述忠誠行為要求的問題無涉。就衡平的功能而論，假使信賴保護的主張植基於此，則僅在法秩序變更將導致嚴苛的情況，人民方得主張信賴保護；如是，多數企業性安排均將被認定，其信賴不值得保護<sup>43</sup>。此外，即使瑞士的憲法、行政法的文獻與司法裁判根本不出現「信賴保護」的字眼，毋寧都代之以「誠實信用」，H. Huber 仍主張，誠實信用原則不足以說明信賴保護的相關案件事實，獨立的信賴保護思想在公法領域仍有必要：「民法採納的誠實信用原則是一種在人際

---

<sup>41</sup> Fr. Ossenbühl, a.a.O.(Fn. 39), DöV 1972, S. 27.

<sup>42</sup> E. Benda, a.a.O.(Fn. 1), Rn. 49.

<sup>43</sup> Eberhard Grabitz, Vertrauensschutz als Freiheitsschutz, DVBl. 1973, S. 680.

關係裡，對人的行為之倫理性命令（ein sittliches Gebot），相對於此，信賴保護是行政機關處理各個個案、各種案件類型時應遵守的決定準則。在援用誠實信用原則到公法領域時，或許對此一差別不無忽略。此外，當信賴未受保障而發生不守誠信的質疑時，被質疑的比較是在行政機關裡活動的人，而不是行政機關本身。最後，很多信賴未受保護的案件類型根本不觸及誠實信用的問題」<sup>44</sup>。Günther Püttner 甚至認為，此種推導的嘗試不過是一種文字遊戲<sup>45</sup>。

G. Püttner 也質疑，法治國原則或法安定性能否作為信賴保護原則的法理基礎<sup>46</sup>。他認為，法治國原則根本就是一個魔術箱，由此可以召喚出所有可能的法律原則與請求權。以撤銷授益性行政處分為例，法治國原則一方面可以透過依法律行政原則要求撤銷此違法行政處分，另一方面又可依法安定性原則要求維持已經作成的決定<sup>47</sup>。其因此認定，無法從法治國原則推導出信賴保護原則，最多只能說，法治國原則也要求應考量信賴保護思想。此外，維持已作成之決定固然有助於維護法安定性；然而，只有當其獲得無條件的維持時，才有助於法安定性。假使藉助信賴保護的論據只能要求權衡公益與私人的信賴利益，則信賴保護的論據無助於法安定性，反而將導致高度的，法秩序的不

---

<sup>44</sup> H. Huber, a.a.O.(Fn. 4), S. 317, 319.

<sup>45</sup> Günther Püttner, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, VVDStRL 32/1974, S. 202.

<sup>46</sup> G. Püttner, a.a.O.(Fn. 45), VVDStRL 32/1974, S. 203.

<sup>47</sup> 類此的質疑：Ferdinand O. Kopp, Um eine neue Begründung des Grundsatzes des Vertrauensschutzes im öffentlichen Recht, BayVBl. 1980, S. 38; H. Maurer, a.a.O.(Fn. 5), Rn. 19.

安定<sup>48</sup>。然而，G. Püttner 前述的質疑並不可採。Volkmar Götz 正確地指出，對正當之信賴的考量是原則（Grundsatz），而非規範（Norm）<sup>49</sup>。如何衡量人民對於立法、行政決定與司法裁判的信賴是否值得保護，應以何種方式考量此等信賴，必須兼顧信賴保護的思想與法律規定的相關觀點<sup>50</sup>。因此，只須法治國原則確實要求應考量信賴保護思想，法安定性原則確實要求應維持已作成的決定，即使其不免與其他法律原則發生衝突，必須相互權衡，以決定具體情境裡信賴保護原則實現的程度或方式，均不妨礙，法治國原則、法安定性原則之作為信賴保護原則的憲法基礎。

由此而論，聯邦憲法法院 1961 年 12 月 19 日的裁判僅由（作為法治國原則之子原則的）法安定性推導出信賴保護的要求，其作法不僅簡潔，論述上亦更為穩妥：「法安定性屬於法治國原則的根本要素。……國民應能預見國家可能對他採取的侵害，能據此作相應的安排；他應能信賴，其符合現行法的行為以及，原本與之相連結的法律效果，可以繼續被承認。……對於國民而言，法安定性首先意味著信賴保護」<sup>51</sup>。Philip Kunig 顯然亦將信賴保護原則植基

---

<sup>48</sup> 類此的質疑：F. O. Kopp, a.a.O.(Fn. 47), BayVBl. 1980, S. 39.

<sup>49</sup> 比較正確的說法應該是，信賴保護原則並非「法律規則」(Rechtsregeln)。與「法律原則」(Rechtsgrundsatz, Rechtsprinzip) 不同，法律規則意指，法定構成要件與法律效果均相對確定，法律效果是否發生是可有全無的判斷。反之，法律原則則是考量相關事實、規範情境，儘可能求其實現的「最佳化命令」。就此參見：陳愛娥，〈「法律原則」作為行政法的法源〉，《憲法體制與法治行政——城仲模教授六秩華誕祝壽論文集（二）》，1998，頁 48-49。

<sup>50</sup> Volkmar Götz, Bundesverfassungsgericht und Vertrauensschutz, in: Christian Starck(Hg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz – Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, 2. Bd., 1976, S. 422.

<sup>51</sup> BVerfGE 13, 261/271.

於法安定性之上。其認定，法安定性要求各該時點的法律狀態應該清楚明白；這就顯示出一種時間的角度：唯有可信賴此一法律狀態的續存，法秩序才算「安定」<sup>52</sup>。

釐清信賴保護原則的憲法基礎之後，應進一步探討，此一般抽象的原則如何在不同的法律領域裡被具體化，而取得比較清楚的輪廓。Hartmut Maurer 指出，德國在二次大戰之後，主要是行政法院，尤其是聯邦行政法院為了限制違法授益性行政處分的撤銷，開始在 1950 年代建構信賴保護原則，並由此發展出新的撤銷理論。接著是聯邦憲法法院為了限制法律的溯及效果，乃至在更大的範圍上限制立法權，而開始運用信賴保護原則。此外，信賴保護的討論也出現在授益性行政處分的廢止、機關的陳述與其提供之訊息的拘束性違法行政契約的效力與行政規則的外部效力等議題裡<sup>53</sup>。惟誠如 Fr. Ossenbühl 所指出的，作為法律制度的信賴保護會以不同的樣貌出現，其法律後果亦不一致。明確地說，因其係對立法權制定的法規範，或係對行政權所為之行政處分、行政規則、行政計畫，乃至是對司法裁判主張信賴保護，其表現方式與論述形式，亦截然不同<sup>54</sup>。這基本上是德國公法學界的普遍見解與作法<sup>55</sup>。E. Grabitz 即使認定，無論人民所信賴的是法律或行政處分的存續，其核心問題都在於，基此信賴所作的安排應否受到保護。

---

<sup>52</sup> Ph. Kunig, a.a.O.(Fn. 7), S. 440.

<sup>53</sup> H. Maurer, a.a.O.(Fn. 5), Rn. 3.

<sup>54</sup> Fr. Ossenbühl, a.a.O.(Fn. 39), DöV 1972, S. 27-28. 類此：V. Götz, a.a.O.(Fn. 50), S. 423.

<sup>55</sup> 其大抵均分別探討對立法、行政與司法的信賴保護；例如：H. Maurer, a.a.O.(Fn. 5), Rn. 10ff.

但其亦明白指出，考量到法律必須一般化，在探求因法律溯及而發生的信賴損害時，並不取決於哪個個人或多少人基於對法律狀態的信賴作了安排，毋寧應取向於，法律規定通常會導致的後果<sup>56</sup>。下文擬僅針對信賴基礎是法規範的情形，論述人民主張信賴保護應具備之要件與其相關法律效果。

## 二、以行政規則作為信賴基礎的情形

在以法規範為信賴基礎的探討脈絡裡，必須一開始就指出的是：我國司法院大法官的解釋視行政規則的變更為法規範變更的案例類型來處理<sup>57</sup>，德國法學界的作法與此截然不同有別。在後者，行政規則屬於行政行為的一種類型。行政規則向來被認定，其效力範圍僅及於行政內部，僅拘束下級機關與所屬公務員，對人民並不發生直接的效果<sup>58</sup>。因此，依 Fr. Ossenbühl 之見，如對於行政規則，甚至是本身違法的行政規則亦得主張信賴保護的話，其將導致過度偏重法治國原則中的信賴保護面向，而輕忽同樣屬於法治國原則重要面向的依法律行政原則。行政機關甚至得以發布違法的行政規則，並援用信賴保護論據的方式，來突破立法者的規範意向。Hans Huber 甚至稱其為法治國的特洛伊

---

<sup>56</sup> E. Grabitz, a.a.O.(Fn. 43), DVBl. 1973, S. 682, 683.

<sup>57</sup> 參見司法院釋字第 525 號解釋。

<sup>58</sup> 參照我國行政程序法第 159 條第 1 項。

木馬<sup>59</sup>。Walter Schmidt 則直接了當地認定，違法的行政規則本身即屬無效，就此不生「信賴保護」的問題<sup>60</sup>。

### 三、以立法行為作為信賴基礎的情形

在以具有外部法規範效力的立法行為為信賴基礎的情況，德國憲法裁判與學理也有不同的論述方式。以下分別介紹並分析不同論述模型的優劣：

#### （一）法律溯及既往的論述模型

聯邦憲法法院首先在 1960 年 5 月 31 日的裁判中區分法律的真正溯及與不真正溯及：「當法律事後介入、變更已了結、已屬於過去的構成要件事實，即屬法律的真正溯及（echte/retroactive Rückwirkung），假使如本件的情形，其只是向未來影響現存的、尚未終結的事實與法律關係，即不發生溯及的問題（所謂的不真正溯及：unechte/retrospective Rückwirkung）」<sup>61</sup>。此種區分的法律效果清楚顯示在聯邦憲法法院 1961 年 12 月 19 日的裁判：「基於法治國原則可以推導出下述憲法規定：課予負擔的租稅法律，其效力原則上不得及於已終結的構成要件事實」；「然而，其並非絕無例外。假使所信賴的特定法律情境，在事理上不能被正當化的話，就不發生信賴保護的問題。這包括下述情況：a. 在法律溯及發生法律效果的時點，國民已可預見此等規定，則其信賴不值得保護……。

---

<sup>59</sup> Fr. Ossenbühl, a.a.O.(Fn. 39), DöV 1972, S. 29.

<sup>60</sup> Walter Schmidt, “Vertrauensschutz” im öffentlichen Recht – Randpositionen des Eigentums im spätbürgerlichen Rechtsstaat, JuS 1973, S. 530.

<sup>61</sup> BVerfGE 11, 139/145f.

b. 在現行法不清楚、混淆的情況，應容許立法者事後加以釐清，於此，國民不能植基於現行法而為規劃……。c. 國民不能始終信賴由無效規範創設的法律表象。因此，在一定情況下，立法者有權溯及地以無疑義的規範取代無效的規定……。d. 最後，高於法安定性命令的，絕對必要的公益理由亦得正當化溯及的命令」<sup>62</sup>。簡言之，真正溯及原則上是不容許的，而不真正溯及原則上不生禁止溯及的問題。

然而，構成要件事實是否已了結，或仍屬「尚未終結的事實」，因此，所牽涉的究竟是「真正溯及」或「不真正溯及」，歸類上非無疑義。Klaus Stern 指出，典型的困難案例發生在稅法領域：在該當稅捐核課期間公布，其效力溯及於此一核課期間的開端，因此將舊法時已開始但尚未完全滿足法定要件的事實，包含在新法的適用範圍之內的情況。於此，聯邦憲法法院認其屬原則上容許的「不真正溯及」，因其以整個核課期間（Veranlaungszeitraum）為準；然而，如以可課稅之構成要件事實「開始進行」的（“Inswerksetzung” des steuerbaren Tatbestandes）時點為準，亦有其正當理由<sup>63</sup>。就此，E. Grabitz 說明，所謂「已了結的構成要件事實」是指，已實現被變更之法律的構成要件並已引發相連結之法律效果的行為；反之，「尚未終結之事實」則指，新法律公布時，尚未完全實現被變更之法律的

---

<sup>62</sup> BVerfGE 13, 261/271-272. 聯邦憲法法院嗣後又追加第五種例外許可溯及的情形—假使法律的溯及變更未曾導致損害，或所導致的損害「絕難認為嚴重」（ganz unerheblicher Schaden）的話：BVerfGE 30, 367/389.

<sup>63</sup> Klaus Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., 1984, S. 835-836. 類此的質疑：Klaus Vogel, Rechtssicherheit und Rückwirkung zwischen Vernunftrecht und Verfassungsrecht, JZ 1988, S. 837.

法定構成要件，因此，與實現構成要件相連結的法律效果亦尚未（完全）出現者<sup>64</sup>。據此，究應以整個核課期間抑或以可課稅之構成要件事實「開始進行」為準，來決定法規範變更時構成要件事實已否終結，自應取決於舊法所規定之連結法律效果的「構成要件事實」為何；因此，理論上應無重大的認定困難。

德國學界傾向支持法律「真正溯及」與「不真正溯及」之分類的見解，可以 Fr. Ossenbühl 為代表。Fr. Ossenbühl 細膩地區分信賴立法行為的態樣—信賴法律的合憲性、信賴法律的持續性與一貫性以及，法律溯及既往之容許性的問題。信賴法律的合憲性通常不會賦予人民具體的保護請求權，其主要要求，行政權應假定相關法律的合憲性而加以執行。與人民對法規範之信賴保護相關的是後兩種態樣。關於信賴法律的持續性與一貫性，其處理法律「不真正溯及」的問題，Fr. Ossenbühl 以聯邦憲法法院 1971 年 3 月 23 日的裁判為基礎<sup>65</sup>，發展出下列於此情形主張信賴保護的要件：相關立法行為導致被免稅者的投資、基於投資的扣抵或減輕風險而明定免除稅捐負擔的期間、提前修廢稅捐優惠將影響業者的生存基礎或至少不相當地影響其計算基礎。雖然如此，Fr. Ossenbühl 也恰當地強調，因經濟、工業乃至國際因素的影響，今天的立法者常被迫在短期之

---

<sup>64</sup> E. Grabitz, a.a.O.(Fn. 44), DVBl. 1973, S. 677.

<sup>65</sup> 其基礎事實：1959 年的柏林協助法 (Berlinhilfegesetz) 第 15 條第 2 項規定免除五年的營業稅，但在到期前兩年，修法將免除稅額限於營業額的三分之一。關於柏林協助法的案例事實，張文郁教授有詳細的說明請參見：張文郁，〈限時法和法律之溯及既往〉，《台灣本土法學第 46 期》，2003/5，頁 157-159。

內改變其原本的立法構想；因此，在承認此類信賴保護時，必須留意同時保留立法的調整空間。最後，關於法律溯及既往之容許性，Fr. Ossenbühl 認為這部分的問題較小。他所指的「法律溯及既往」是所謂的「真正溯及」的情形。其顯然支持聯邦憲法法院1961年12月19日原則性判決<sup>66</sup>提出的下述判斷標準——依內含於法治國原則的信賴保護原則，對於已終結的構成要件事實，立法者不得事後溯及制定負擔性的法律；只有在下述不得主張信賴或信賴不值得保護的情況，立法者例外可以制定溯及既往的法律：在法律追溯發生法律效果的時點，人民已得預期新的規定；現行法本身不清晰或混淆；因信賴所生的損害輕微，且相較於立法擬追求的公益而言，不成比例<sup>67</sup>。

聯邦憲法法院長期維持其法律「真正溯及」與「不真正溯及」的區分。惟該院第二庭在1986年5月14日針對境外稅法（Außensteuergesetz）所為的裁判，依 Klaus Vogel 的說法，作了「戲劇性的轉向」，「為溯及既往的複雜問題發展出新的體系」<sup>68</sup>。然而，是否確實有如此巨大的轉變？按相對於「真正溯及」與「不真正溯及」的區分，第二庭作了下述新定義：「當法規範之時間上適用範圍的開始，依其規定早於該法規範法律上開始存在，質言之，開始生效的時點，該法規範就具有溯及效果（Rückwirkung）」，「只有當法律效果及於法規範公布之前的期間（法律效果

---

<sup>66</sup> BVerfGE 13, 261/270.

<sup>67</sup> Fr. Ossenbühl, a.a.O.(Fn. 39), D6V 1972, S. 31-32.

<sup>68</sup> K. Vogel, a.a.O.(Fn. 63), JZ 1988, S. 837-838.

的回溯發生，Rückbewirkung von Rechtsfolgen）」，才發生法律溯及既往的問題。「所有其他在規範中包含的要素則係……其構成要件要素」，「假使規範之法律效果的發生取決於其公布之前的相關事實，則其屬構成要件的回溯連結（tatbestandliche Rückanknüpfung）」。第二庭並且認定，據以審查前述二者的憲法標準亦截然不同：「法律效果的回溯發生一般將引發，對原本有效之法律效果情境……之繼續存在的信賴保護問題。因此，在法律效果之回溯發生的情況，首先應依據法治國的各項原則，尤其是信賴保護與法安定性來審查……然而，在根據此等原則審查時亦應考量，因法律效果事後變更而受不利影響的基本權」；「相反地，在構成要件回溯連結的情況，首先受影響的是（在規範公布前，藉由實現該當構成要件要素，已開始運用的）基本權。……在因此必要的基本權評價裡，信賴保護、法安定性，乃至……比例原則均應一併考量」<sup>69</sup>。

關於聯邦憲法法院第二庭的前述轉變，誠如 Bodo Piroth 所述，第二庭前揭裁判凸顯了法律效果回溯到過去發生的標準，對於法律「真正溯及」與「不真正溯及」的區分，有釐清的效果。然而，假使詳細審視，所謂的新取向（Neuorientierung）其實只是換標籤（Umetikettierung）而已<sup>70</sup>。B. Piroth 的前述論斷應予支持。蓋假使正確理解「真

---

<sup>69</sup> BVerfGE 72, 200/241-242.

<sup>70</sup> Bodo Piroth, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsrechts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, JZ 1990, S. 280-281. 對於第二庭將「溯及效果」的概念限制在「法律效果的回溯發生」上，I. v. Münch, H. Maurer 則表示肯定：I. v. Münch, a.a.O.(Fn. 7), Rn. 451; H. Maurer, a.a.O.(Fn. 5), Rn. 14-15.

正溯及」的涵義，則聯邦憲法法院向來的見解與第二庭前揭裁判並無差異。依前述 E. Grabitz 的說明，「真正溯及」本來就意指，對於「已實現被變更之法律的構成要件並已引發相連結之法律效果的行為」——「已了結的構成要件事實」，事後課予新的負擔<sup>71</sup>。此外，第二庭對「法律效果的回溯發生」與「構成要件的回溯連結」分別採取的不同憲法審查標準，立場上與聯邦憲法法院的向來見解，其實亦無大異。蓋聯邦憲法法院本來就是基於信賴保護原則的考量而認定「真正溯及」原則上不能容許；至於「不真正溯及」，就信賴保護原則的角度而言，固然原則上容許，但如該當立法措施影響基本權，自應依各該憲法規定（包括比例原則）加以審查。

## （二）以受影響之基本權為據的論述方式

因公權力機關變更其行為方向而影響人民權益的處理，Walter Schmidt 採取截然不同的論述方式。其主張，在立法或行政改變方向以致影響人民權益時，人民防衛其法律地位的適當憲法依據為基本法第 14 條的財產權保障條款，而非信賴保護原則。其認定，訴諸「信賴保護」的案件類型向來都涉及，藉基本法第 14 條保障的個人法律地位。因為財產權這種基本權的重點在保護，「與權利客體相關聯」（objektbezogen），已歸屬權利主體的法律地位。而司法裁判發展出來之「信賴保護思想」，其功能也在於

---

<sup>71</sup> Johannes Möller/Alfred Rührmair 指出，第二庭的新近裁判顯示其再度趨近傳統的用語方式。實言之，其於「法律效果的回溯發生」、「構成要件的回溯連結」之後附加括號地提及「真正溯及」、「不真正溯及」：J. Möller/A. Rührmair, Die Bedeutung der Grundrechte für die verfassungsrechtlichen Anforderungen an rückwirkende Gesetze, NJW 1999, S. 909.

維護已取得之法律地位。W. Schmidt 其並認為，以財產權的論證方式取代「信賴保護思想」，更能說明防衛請求權或損害填補請求權的前提與後果。就保護範圍的前提要件而言，基本法第 14 條有助於區隔「不值得保護」的機會或期待，「值得保護」者僅限於憲法所保障的財產權。此外，在行政法的領域，以基本法第 14 條為基礎也容易區分，不受限制地可容許的以及，只有補償其「信賴損失」（Vertrauensschaden）始能容許的，對既已取得之法律地位的干涉。假使運用此一結論到法律變更之合憲性的審查上，因事後介入已終結的事實（聯邦憲法法院將之歸類為「真正溯及」）毋寧是例外，大部分的案例是就尚未終結的事實、法律關係所作的，配合經濟、社會關係的調整，質言之，其大抵將歸屬財產權的社會拘束（Sozialbindung, 基本法第 14 條第 1 項第 2 句），因此為財產權人所應承擔的風險範圍<sup>72</sup>。就此，Gunter Kisker 正確地批評，W. Schmidt 前述以財產權保障全然吸收信賴保護原則的見解。人民信賴法秩序所為之安排的保障，不能只片面地由財產保障的角度來觀察。外部調控日益強化的社會環境並非都能由金錢換得，此外，被破壞的安排通常也不能透過金錢獲得全然的填補<sup>73</sup>。

E. Grabitz 也反對，原則上不容許真正溯及與不真正溯及原則上容許的分類方式。其認定，此分類以被變更之法規範的法定要件是否已實現以及，與之相連結之法律效果

---

<sup>72</sup> W. Schmidt, a.a.O.(Fn. 60), JuS 1973, S. 532, 536.

<sup>73</sup> Gunter Kisker, Vertrauensschutz im Verwaltungsrecht, in: VVDStRL 32/1974, S. 181.

是否已出現等客觀標準為據；然而，法律溯及之所以導致憲法上的疑義則是因為，國民對法律的主觀期待，其對法規範繼續存在的信賴因法規範的變更而失望。這種信賴在兩種溯及狀況並無不同，其均牽涉，相對於嗣後法律評價的變更，基於信賴向來法秩序所作的安排（Dispositionen）應否受到保障的問題。他主張，假使把自由的憲法原則理解為儘可能確保人格自由實現的機會的話，其不僅應藉由避免限制人的行為自由來實現，法定行為框架的穩定持續也是確保人格自由之實現機會的方法。因此不僅不受干涉的消極自由，依現存法律狀態賦予的行為可能性，質言之，基於信賴向來法秩序所作的安排，亦應歸屬於一般行動自由的保護範圍。結論是：不論真正溯及或不真正溯及都將影響一般行動自由，必須基於合憲公益考量並符合比例原則的要求方才合憲<sup>74</sup>。

可以歸屬到這一論述理路的還有 Ferdinand O. Kopp 的見解。他主張，以法益保障與可期待性的判準代替信賴保護原則，並且認為，如此能提供實務問題比較清晰、有說服力的解答。其指出，分析與信賴保護相關的司法裁判可以發現，法院首先其實是取向被影響的法益，並審查，在考量相關措施的目的與其重要性之下，對於法益受影響者而言，此等法益的影響可否期待其接受以及，是否違反越量禁止（Übermaßverbot）的要求。關於立法者應否為其法益受到新規定影響之人制訂過渡條款，或者已規定之過渡條

---

<sup>74</sup> E. Grabitz, a.a.O.(Fn. 43), DVBl. 1973, S. 678, 682-683. 類似見解：G. Kisker, a.a.O.(Fn. 73), VVDSiRL 32/1974, S. 166, 178-179.

款是否已足夠保障受影響者之權益，聯邦憲法法院的裁判也日益趨向，首先考量受影響之基本權與一般的比例原則<sup>75</sup>。

### （三）調和的嘗試

按無論是由源自治國原則的，人民對既存法秩序的信賴保護，抑或由人民因法律變更而受影響之基本權出發來檢討法律變更的合憲性，均有其憲法上的依據。因此，對前揭兩種論述模型，不應認其彼此處於排他的競爭關係，毋寧應進一步檢討二者合理的互動方式。德國學界亦不乏此等嘗試：

V. Götz 嘗試一方面強化聯邦憲法法院向來區分「真正溯及」與「不真正溯及」的正當性，另一方面則提供確定「不真正溯及」之容許性的更明確判準。他強調，「不真正溯及」的用語不應掩蓋下述狀況：「不真正溯及」與「溯及效果」（Rückwirkung）截然不同。只有當法律對過去提出有效性主張，法律才具有「溯及效果」；而正因其適用於過去，才發生法治國原則上的疑義。相反地，「不真正溯及」不過在統稱，因法律要求立即生效而發生的問題<sup>76</sup>。V. Götz 指出，對於真正溯及的、課予負擔之法律的原則違憲性，看來並無爭議；問題在於，應如何認定真正溯及既往之法律的存否。如法律生效日期早於其公布日期，其屬真正溯及既往之法律，應無疑義；或者，當新的法定構成要件自公布日前開始適用，亦應歸屬此類。關於此一問題，

---

<sup>75</sup> F. O. Kopp, a.a.O.(Fn. 47), BayVBl. 1980, S. 39-40.

<sup>76</sup> V. Götz, a.a.O.(Fn. 50), S. 424-425.

前文已加以說明，茲不贅述。V. Götz 認為，真正溯及既往之法律的問題首先不在於對基本權侵害的範圍與嚴重程度，毋寧在於因其挑戰了法治國的立法程序要求。法律的公布是法治國立法程序的本質要求；而真正溯及既往的法律在其生效之時尚未公布，質言之，在其主張生效的時點，其尚為秘密的，或根本就尚未存在的法<sup>77</sup>。至於「不真正溯及」，聯邦憲法法院第一庭在一系列職業許可法制（Berufszulassungsrecht）的裁判裡發展出下述解決方式：立法原則上得影響或變更既存的法律地位、執業範圍或法律關係；基本權將對此等立法權限制；相關限制取決於各該受影響之基本權；核心問題是過渡條款的必要性與安排，作成此類決定時應兼顧公益與比例原則的要求；於此，不再運用「不真正溯及」的論據<sup>78</sup>。簡言之，對「不真正溯及」的立法措施將依限制基本權之合比例性審查其合憲性。K. Stern 也指出，在「不真正溯及」的情形，聯邦憲法法院採取得是：權衡公益與個人信賴既有規定存續之利益的輕重的決定方式。只有當信賴利益應優先於立法者的公益考量時，溯及方被禁止<sup>79</sup>。此一論述方式固然正確地凸顯了法律「真正溯及」在法治國中的特殊疑慮，但其針對此種案例類型逕自排除可能的，相關基本權的考量，則不無粗率之嫌。

---

<sup>77</sup> V. Götz, a.a.O.(Fn. 50), S. 430, 426-427, 432-433. 類此見解：K. Stern, a.a.O.(Fn. 64), S. 831.

<sup>78</sup> V. Götz, a.a.O.(Fn. 50), S. 435-437.

<sup>79</sup> K. Stern, a.a.O.(Fn. 63), S. 835.

在介紹聯邦憲法法院第 66 卷到第 79 卷(1983 年至 1989 年間)關於信賴保護原則之裁判的脈絡裡，B. Pieroth 特別凸顯，相關裁判對於（以法治國原則為基礎之）信賴保護原則的審查與基本權的審查（尤其是基本法第 14 條的財產權與基本法第 33 條第 5 項的職業公務員制度保障）之間的關係如何，態度並不穩定<sup>80</sup>。以信賴保護原則與基本法第 14 條之財產權保障的關係為例，聯邦憲法法院 1987 年 7 月 15 日的裁判固然指出，「財產權保障的根本功能正在於確保，國民依基本法第 14 條第 1 項第 2 句受保障之法益的法定性，並保護依合憲法律所形塑之財產權的信賴。在此範圍內，就具有財產價值的法益而言，法治國的信賴保護原則在財產權的規定已取得特殊的形塑與憲法秩序。因此，就其所保障之法律地位而言，財產權保障已滿足信賴保護原則對抗干涉行為的功能」<sup>81</sup>。質言之，如法律變更影響的法益受財產權規定的保障的話，信賴保護原則與財產權規定就處於普通、特別關係，於此，應僅審查財產權是否受到違憲的侵害，信賴保護的角度則應整合到此一審查步驟之內。然而，聯邦憲法法院在 1985 年 6 月 4 日的裁判，卻不僅審查相關措施應否被視為基本法第 14 條第 1 項第 2 句所規定的，憲法容許「對財產權的內容與界限之規定」，毋寧就立法者有無制定過渡條款之義務別為審查<sup>82</sup>。B. Pieroth 本身的立場是明確的<sup>83</sup>：（一）信賴保護原則首先應

---

<sup>80</sup> B. Pieroth, a.a.O.(Fn. 70), JZ 1990, S. 281-283.

<sup>81</sup> BVerfGE 76, 220/244f.

<sup>82</sup> BVerfGE 70, 101/114.

<sup>83</sup> B. Pieroth, a.a.O.(Fn. 70), JZ 1990, S.283-285.

藉由基本權的規定來實現；只有在不涉及個別基本權的保護範圍時，才能訴諸一般性的、法治國的信賴保護原則<sup>84</sup>。

（二）在法律變更影響的權益不涉及基本權保護範圍的情況，可以獨立地依法治國之信賴保護原則而認定，真正溯及既往之法律原則上違憲。（三）在「不真正溯及」的情況，則應權衡個人因信賴所致損害的範圍與法秩序變更擬追求之公益的輕重以決。

筆者認為，B. Pieroth 前述見解可以兼顧（植基於法治國之）信賴保護原則與基本權規定各自對國民應發揮的權益保障功能。蓋於影響基本權的情形，自應受憲法基本權規定的檢驗；在法律變更影響之法益未必能歸屬基本權保護範圍時，信賴保護原則本身亦能保障人民基於對法秩序的信賴所為的生活安排。B. Pieroth 的論述模型須要進一步補充的是：在因法律變更致影響人民基本權時，此「法律變更」的因素如何整合入基本權的審查步驟之內？筆者認為，Johannes Möller/Alfred Rührmair 的下述見解應可採取，蓋其一方面維持了向來審查是否違憲侵害基本權的模型，另一方面也適當地考量了信賴保護的要求：認定「法律變更」本身為判斷侵害基本權之嚴重程度的因素，而法律「真正溯及」相較於「不真正溯及」，其影響程度被假定為更加嚴重<sup>85</sup>。

---

<sup>84</sup> 類此立場：H. Maurer, a.a.O.(Fn. 5), Rn. 44, 46.

<sup>85</sup> J. Möller/A. Rührmair, a.a.O.(Fn. 71), NJW 1999, S. 910-911.

## <研討紀錄>

### 信賴保護原則的具體化—兼評司法院大法官相關解釋

主持人：邱聰智 考試委員（考試院）

報告人：陳愛娥 副教授（台北大學法學系）

評論人：林錫堯 主任檢察官（最高法院檢察總署，東吳大學法律系兼任教授）

邱聰智：

報告人陳教授，評論人林教授，各位先進，各位貴賓，各位考試委員以及保訓會的各位同仁大家早。現在開始我們「信賴保護原則的具體化」本題目的研討會。那我想主持人的任務是介紹報告人跟評論人，我們今天的報告人跟評論人，報告人陳教授是我們國內年輕一輩的公法很有傑出表現的法學俊彥，她是德國哥廷根大學的法學博士，台北大學的法學系的副教授，她雖然很年輕，但是著作非常的豐富，表現很出色，尤其是在很短的時間有很多的著作。

我們的評論人林錫堯林教授，他是台大的法學博士，且是理論跟實務兼容，有非常不錯的表現的中生代代表。那麼他歷任一二審的檢察官、檢察長以及法務部的常務次長，現在是最高法院檢察署的主任檢察官。他在其所專攻的行政法領域非常有表現。

主持人雖然有 5 分鐘但是我還是盡量把時間給報告人跟評論人，不過呢我還是講幾句話。

回歸適用法律原則，這是現代，更是新世紀權利保護

法學上一個很重要但是嚴肅的課題。法律原則的適用要符合法學上科學性、客觀性的要求，我想它的具體化是非常重要的基礎的課題。那麼陳教授她有非常深厚的功力，她除了是憲法學者外，她的特色是法學方法論的造詣非常深厚。那她今天以非常深厚的法學方法論的基礎，來透視解析國內學理跟實務，特別是大法官解釋，在適用信賴保護原則所碰到的瓶頸，以及未來新的的方向。她有一個非常深入的介紹。我想這勢必是非常精彩，我就把麥克風交給陳教授，謝謝。

**陳愛娥：**

主持人盛讚很多，很不敢當。主持人跟在座各位先進大家好。因為我時間有限，就直接切入主題作這個報告。我應該直接指出做這個報告最根本的原因，其實是有感於說，從司法院釋字 525 號解釋以來，不管是學界還是考生，基本上幾乎就把司法院釋字第 525 號解釋當作是判斷在行政法規廢止變更影響人民權益的時候主要的判準，我個人認為說這有非常大的問題。所以我想把這個議題拿出來談。這個地方說信賴保護的具體化，然後副標題提到說是兼評大法官的解釋，那我想一開始就指出說，司法院大法官的相關的解釋主要是指向，當人民信賴相關的法令的情況，或是當人民信賴相關的具體的行政行為的情況，這是不太一樣的情形，這是一開始會思考這個議題的主要原因。

然後另外一方面我想要先指出，司法院釋字第 525 號解釋被認為主要的判斷行政法規變更影響人民權益，而人民可不可以主張信賴保護原則主要的解釋依據，好像說大

法官的解釋非常穩定的樣子。可是事實上你如果仔細去觀察，那麼本屆大法官在第一次就這個議題表達立場，其實是在司法院釋字第 574 號解釋。而 574 號解釋基本上所採取的解釋方式跟司法院釋字第 525 號解釋中間其實是有很大的落差，那個部分看起來沒有受到適當的重視，我覺得是不大妥適的。

總結來講，我會認為說關於行政法規的變更，包含對法律的變更，它對於當代國家是有非常重大的意義的。原因是因為說我們是法治國家，而且當代國家是個迅速變遷的國家，然後在迅速變遷的法治國家裡面，如果要回應這些迅速的變遷，必須要透過法律的變動，然後說如果動不動人民因為法律的變動，就有權益受到影響，然後全部都可以主張信賴保護、適用信賴保護的話，那就這個部分國家可能會趨向僵化的情況。但是完全不顧人民的信賴法秩序的情形，那個部分也是有違法治國家維護人民權益的意旨。就這個部分我認為說基本上應該要得到一個適當的斟酌，我們大法官相關的解釋看起來沒有給予穩定的方向，所以有必要做比較深刻的檢討。

基本上我找了從司法院釋字第 525 號解釋以來，其實是有 8 號大法官解釋，我是每一號解釋各自介紹了它的意旨，然後也作了初步的評析。那些詳細的內容當然我沒辦法在這麼短的時間裡面說它，然後我想今天就指出說，如果觀察完這 8 號解釋後我們可以發現大法官在這 8 號解釋裡面呈現的幾個根本性的問題，然後我想把這些根本性的問題就直接指出來，做為進一步去論述跟澄清的基礎。

大法官相關的解釋顯示的第 1 個疑義，是大法官對於信賴保護原則這個在憲法上並沒有明白規定的所謂的法律原則，如果拿它來審查法律的，則必須要尋找到一個憲法上的根據才可以。而關於這個，大法官對於信賴保護原則憲法基礎的說明本身其實就不穩定，在司法院釋字第 525 號解釋它是以法治國原則作為憲法基礎，但是又把人民權利維護、法秩序的安定及誠實信用原則當作是法治國原則的子原則，就等於說法治國原則有這 3 項子原則，然後之後才是信賴保護原則的意思。但是在司法院釋字第 274 號解釋的時候，大法官的說法又不太一樣，它是直接以信賴保護原則本身就是法治國原則，然後跟「人民權利的維護」、「法秩序的安定要求」並列，然後誠實信用原則就被忘掉。

就這個部分的論述顯示說大法官對於信賴保護原則在憲法上的定位本身不夠明確，就這個地方也顯示出我們國內對一般法律原則掌握上，和關於這些原則本身的憲法基礎何在的輕忽。這個探討有什麼意義。簡單的說，憲法的基礎何在決定這個原則應該被如何理解，但是這個部分顯然都沒有延續。那不管是大法官的解釋還是後面我們會提到的這個學理上面的情況。這是第 1 個大的部分。

第 2 個備受關注的部分也應該特別指出要留意的是，大法官審查法規變更有沒有違反信賴保護原則的論述的基本模型本身就並不穩定。我一開始就指出來的司法院釋字第 525 號解釋本身就是直接訴諸信賴保護原則的要求，而且一般性的認定只要行政法規有變更廢止的情況，人民

原則上都可以主張信賴保護。就是沒有去談法律不溯及既往原則此種基本上專門針對法規變更的信賴保護的論述模型。採取這樣的論述的模型是在司法院釋字第 574 號解釋跟 577 號解釋，然後完全被忽略的是司法院釋字第 575 號解釋，它完全沒有去談信賴保護原則，雖然也牽涉到行政法規的變更喔。它既沒有去談信賴保護原則也沒有去談法律不溯及既往原則，毋寧是直接以因為法規變更影響到基本權有沒有違反比例原則當作論述的模型。

換言之就基本論述的方法來講，大法官對於法規變更影響人民權益到底該如何討論本身就有很根本不一樣的作法。那就這幾個到底那一個比較對，大法官也沒有適當的去說明它這個轉折之間到底考量的是什麼。這是第 2 個大的問題脈絡。

第 3 個大的問題脈絡在實務上更為重要，然後在關於在判斷法規變更的時候，是不是應該要，或者是如果要的話應該要採取怎樣的適當補救措施喔，大法官也沒有提供 1 個具體的穩定的判準，基本上大家可以觀察在司法院釋字第 525 號解釋這一組論述模型裡面，都提到說如果主張信賴保護，積極來說要客觀上要有具體表現信賴的行為，消極面上要有一些不可以有所謂「信賴不值得保護」的情況，這些不值得保護的情況要不存在。但是關於客觀上具體表現信賴的行為這個積極主張信賴保護原則的要件，基本上並不是所有這一類的論述模型都出現。那我在這個地方有提到說譬如司法院釋字第 529 號解釋跟 538 號解釋跟 525 號解釋的論述模型是類似的，但是它完全沒有

去提到客觀上具體表現信賴行為的這一個議題。

然後另外一方面，同樣採取司法院釋字第 525 號解釋這種原則，即法規變更就可以主張信賴原則，而不去談法律不溯及既往原則的司法院釋字第 605 號解釋，它一方面去引了司法院釋字第 525 號解釋剛才我們說的積極跟消極的判準，但是另外一方面它又去接受許宗力大法官在司法院釋字第 574 號解釋的協同意見書提出來的比較像期待權的判準。基本上相關具體的權利的實現喔，是不是欠缺了要件，照正常的發展已經可以得到。然後這基本上是比较民法式的觀念。這是第一大類，以司法院釋字第 525 號解釋為主軸，即一旦有法規變更就可以主張信賴保護原則的論述模型。但是就司法院釋字第 574 號解釋來說，關於援用法律不溯及既往原則，去區分真正溯及跟不真正溯及的情況，然後真正溯及原則上是不可以的，然後不真正溯及必須要去權衡人民修正前的法律權益跟因此所發生的合理信賴，然後跟公益的要求之間做權衡的作法，基本上其實就是區分真正溯及既往跟不真正溯及既往的作法。這是第 2 大類。

然後第 3 大類就是我剛才跟大家提到的司法院釋字第 575 號解釋所採取的，根本不談信賴保護跟法律不溯及既往原則，是直接去檢驗人民的權利因為法規變更而受到影響、然後有沒有符合比例原則的問題。

就這部分簡單且總體來講，我們大法官在根本的面向上面乃至於到細節的面向上面，對於規範變更的時候人民的信賴保護並沒有提供明確的判準。如果是這樣的話，我

們應該要進一步去看的是說，那我們行政法學界對這部分是不是提供了足夠的判準，那就這部分我想承繼了剛才從大法官的解釋已經得到的這些探討的重點，去直接指出來說，我們公法學界對這個議題所提供的貢獻狀況的大概情況。

簡單的說，我們觀察我們公法學界對於信賴保護的界定，光是關於信賴保護原則是什麼的界定，本身就不穩定。像李建良老師的界定，主要是以法規範做信賴基礎；而林三欽老師主要是以行政行為本身作為信賴基礎的情況，然後洪家殷老師我認為比較正確的，做比較一般性的涵括全部的一般性的界定。因為信賴保護原則本來就包含這所有的情況，然後可能吳庚大法官他好像是直接就把司法院釋字第 525 號解釋當作信賴保護原則本身的界定的樣子。那個部分跟我的理解有一段落差。這是第一個部分。

至於我們信賴保護原則的憲法基礎的議題就我看到的，大概是洪家殷老師比較有深入的探討。這主要也是援引德國法，然後他認為主要是法安定性原則跟基本權的保障這兩者，基本上是信賴保護原則的憲法基礎。這是一個後來去觀察德國法上面覺得非常聰明的決斷。但是以法安定性跟以基本權利做為信賴保護原則的憲法法理，這中間有什麼差異，就這方面也其實還沒有進一步的去說明。這是第一個我們公法學界提供的說明的狀況。

然後第二個我們公法學界提供的說明，基本上我想指出說我們公法學界對於法規範變更，然後人民信賴保護的論述模型，相較於司法院大法官可能更差。論述的狀況可

能還更不穩定更不深入，有依照著法律不溯及既往原則的論述模型來進行的，也有依照比較類似司法院釋字第 525 號解釋的論述模型來進行的情況。我們分別來觀察它。

我自己曾經在做一個簡單案例的評釋的時候提到，應該要區分真正溯及既往跟不真正溯及既往的狀況然後來做區分。因為案例的關係，其實我就直接處理了不真正溯及既往的狀況，然後對這個劃分並沒有詳細去說它。

彭大法官在一篇探討溯及既往的文章裡面其實主要是在探討立法上的法律不溯及既往原則，然後跟法律適用上的不溯及既往原則之間的差異。跟我們這個議題沒有那麼密切的關係，主要是在區分這兩個之間的概念的情況。

林三欽老師提出一個法律溯及適用的概念，然後它相對於彭大法官比較主張說關於決定可不可以溯及既往適用法律也應該給行政機關決定權，老實說我是不支持他的見解而比較支持彭大法官的見解。就是因為我認為說是不是應該溯及既往這個部分是個重大決定，還是應該要由立法機關來做決定，至於由立法機關來做決定都被認為還有很大的疑義。然後那個部分我想由行政機關來做決定可能不盡合宜。這是這個部分。

至於信賴保護原則的適用要件來做論述，基本上就是如果要主張信賴保護原則，就必須具備大家熟悉的 3 要件，就是信賴基礎、信賴表現跟信賴值得保護。然後在簡短時間裡面我只能夠指出，關於信賴基礎這方面的討論最重要的部分，就是可不可以以行政規則作為信賴基礎？這個部分我是覺得這是學界超越司法院大法官之處。司法院大法

官是無疑慮的接受行政規則作為信賴基礎，然後這部分跟之前司法院大法官自己在司法院釋字第 287 號解釋對於解釋性的行政規則可以溯及到它所解釋的法規範之「已經開始適用的時候」發生效力的基本立場，我認為是有很大的衝突。然後大法官在司法院釋字第 525 號解釋以後，好像都沒有顧慮到司法院釋字第 287 號解釋的立場。但是關於行政規則可不可以作為信賴基礎這個部分，論述基礎其實也不是很穩定。

第 2 個信賴保護原則的要件就是信賴表現這個部分。不過信賴表現這個部分其實是有很大的爭議。就是當是以行政法規作為信賴基礎的時候，還要求已有信賴基礎的人要有信賴表現，這是很不妥當的。我必須這樣明白的講，因為法規範必須有一般普遍的適用性，它不能取決於主張信賴保護的人有沒有信賴表現。

然後大法官在很多解釋裡面都呈現出來說，諸多大法官對於哪時候，以及哪一種行為有信賴表現。譬如說監察委員就任本身是不是信賴表現，那個部分我認為真的是個可疑的論斷，但是不管怎樣，學理上對於信賴表現這個部分應該如何認定，其實也有很大的歧見。

然後最後對於信賴值得保護這個要件，洪家殷老師跟林明鏘老師都談到了司法院釋字第 525 號解釋提出來的判準，但是解讀上面不盡一致。總結來講我認為我們公法學界沒有提供非常明確且穩固的適用方式，然後我認為說德國學理上提供的方式是明朗的。第 1 個，不管在學理或是在憲法裁判實務上都明確的主張「法安定性」才是重點。

我認為是對的。基本上就這個地方去推信賴保護原則之後其實你就比較可以明白的理解為什麼它們會去強調真正溯及既往跟不真正溯及既往的原因，因為就是維持法秩序的安定，已經確定的終結的案例事實不應該再去顛覆它。然後這是第 1 個。

第 2 個應該講說，德國法理上面明確的主張行政規則原則上不得作為信賴基礎，尤其是當行政規則是作為解釋性的行政規則，它有可能會違反法律的意旨。司法院釋字第 525 號解釋其實本身就是這樣的情況。然後就這個部分如果讓行政機關去發佈違反法律意旨的行政規則，然後之後它卻可以去主張說那人民因為信賴我的行政規則，所以我不要回復到比較合乎法律意旨的解釋方式。對於此，我認為是很不妥當的。這是第 2 個大的部分。

第 3 個大的部分，就結論上面來講，基本上當如果是立法行為作為信賴基礎的情況的話，那應該說很長的時間，不管是聯邦憲法法院的第一庭或是聯邦憲法法院的第二庭，它基本上的結構大致上面都是以法律溯及既往與否來做為論述的模型，雖然名稱有異，但是基本上還是這樣的連結的情況。然後應該提出的是它在這個地方區分真正溯及既往跟不真正溯及既往就是很關鍵的點。因為真正溯及既往原則上不容許只例外容許。然後不真正溯及既往是原則上容許，但是如果違反比例原則的話，即為了追求公益使得法秩序立即變更會影響人民的權益，而這樣的公益跟信賴利益之間的表現值得權衡而且失衡的情況，原則上這個才需要來做過渡條款等等。

大致上面憲法法院的裁判傾向比較是這樣的論述模型。我自己是認為這是相對於我國大法官的解釋是相對穩定的裁判的實務。不管它好或不好，穩定本身就是一個好的事情。因為讓人民及行政機關有高度的可預測性說我做這樣的決斷大法官在憲法上的意旨上會採取怎樣的立場。但是學理上慢慢浮現更大的傾向，就是我剛才提到說，洪家殷老師去講這個信賴保護原則的法安定性跟基本權維護，作為它的憲法基礎的這個聰明之處。德國比較近期的學理上面大致上都考量到這個問題，當如果法秩序變更是影響到基本權的時候，是不是應該以「基本權本身受到影響是否符合比例原則」這樣的憲法上的步驟來檢驗它。然後不管影響基本權是財產權還是一般行動自由權都沒有兩樣。然後如果要問我自己的意見我認為說，其實這兩個方向都是對的方向。然後就這個地方其實也回應了洪家殷老師的意見就是兩個都是適當的憲法基礎。

然後兩者之間的關係如何，應該進一步說明。為什麼這兩個都是適當的憲法基礎呢？因為這個法秩序的安定本身其實也就是法治國原則的基礎之一。然後另一方面應該考量的是，假使我們法秩序變更就是影響到人民的基本權的話，你不能說你不顧這個基本權受到影響而不去檢查；「依照憲法如果基本權受到影響的情況之下，它到底能不能通過比例原則的要求」，這個步驟還是要檢驗。然後就會發生說那這兩個之間的關係到底如何。

最後我採取了德國憲法學者 B.Pieroth 他的主張。大致上的情況是這樣，只要法規範變更影響到基本權就應該以

基本權受到影響應該要進行的合憲性審查作為審查的步驟。但是如果有溯及的問題的話，涉及到說這個部分是不是侵害更為嚴重，然後來考量它。但是整個論述模型應該要在基本權的合憲性審查論述模型裡面來進行。這是第 1 個步驟。

第 2 個步驟是如果法律變更不影響到基本權的保護範圍的話，在這種情況下你就不能進行基本權的審查步驟，譬如說關於一般的給付行政的部分然後不涉及到基本權的保障的話，就這個部分可以獨立的依照法安定性的考量跟信賴保護原則來審查它。

然後第 3 個是如果涉及的是不真正溯及既往的狀況的話，那個部分基本上可以去權衡個人因為侵害所產生的損害跟法秩序變更所要追求的公益，彼此之間的輕重做決定。

我希望透過這樣的說明跟努力能夠提供實務界討論這樣的問題時，有比較明確的建議方向，是不是可靠，等到等林主任檢察官跟各位的指教後就可以體現出來。

我通常不喜歡聽到第 2 聲鈴響，我的報告就到這裡，謝謝。

**邱聰智：**

謝謝陳教授的報告，從這份報告可以使我們非常驚訝，這個信賴保護原則在我國的實務，在大法官的檢視以及學理的探討似乎都非常的成熟，在心裡上，各位尤其是外行的感到有點震撼的感覺。事實上我想大法官的解釋在信賴保護原則方面它也有相當的論述，這個論述，跟我

們陳教授德國比較先進的方法來看還不夠成熟，但我想不至於說都沒有具體化的內容。

事實上呢，這個問題幾乎是所有法律原則的適用，在國內都面臨相類似的問題。基本上信賴保護原則還算是最成熟最具體化的內容的問題。不只大法官會談到具體化，還有這個學者會談到具體化，我們陳教授談到一個更具體化的模型來給我們一個新的方向。但是其它法律原則可能還更不成熟，特別是誠實信用原則，幾乎都直接適用誠實信用原則，一句話就適用上去了。為什麼用，幾乎都沒有去說明。這是適用法律原則最難解的問題。那這是國內我想目前的一般法律原則的適用都面臨的共通的問題，這個需要大家去努力。不過誠實信用跟信賴保護原則，在學理跟實務上跟其它法律原則來講，應該是比較進步的一個法律原則。我想這個做一點這個積極性的、正面性的回應，那不講太多時間，就交給評論人，謝謝。

**林錫堯：**

主持人，邱副委員，報告人陳教授，還有我們在座的各位考試委員，還有各位先進，各位女士先生，很榮幸能夠參加這個評論，我也很少說為了評論那麼用功。這個陳教授是以雄厚的公法基礎，和這個法學方法論提出這個相當具有學術價值的文章。我經常講一句話，順著剛剛主持人講的話，現在是公法，甚至說是行政法的春秋戰國時代，各方理論蓬勃發展，即使有不同意見也是見怪不怪，而且是個好現象。

那麼我讀了這篇文章以後只能說我來做心得報告。我

所瞭解的信賴保護原則，從這裡開始談起。我想我們一般在討論信賴保護原則，大概有幾個角度要去思考，就是它的問題性在哪裡。

第 1 個就是它理論基礎的問題，就是我們要建構在整個法體系的理論基礎的哪一點或是哪幾點上面。那這個理論基礎多多少少會影響後面的觀察。

第 2 個就是信賴保護的要件的問題。剛剛這個報告人也提到了，一般說法就是所謂的信賴基礎、信賴表現、信賴值得保護幾個要件，這幾個要件，可能因為你信賴基礎不同，你的要件效果就不一樣。譬如說你把這個信賴基礎建構在授益行政處分的基礎上，你的要件效果可能就不一樣。那建構在法規啊，甚至剛才提到的行政規則啊，乃至於行政計畫、行政指導、事實行為等等，都可能產生一些信賴的基礎。然後它所要求的要件具備了以後，會產生什麼樣的效果出來，譬如說應該要給它怎麼樣的保護才對，才符合法治國家的要求，這些都是有待具體化的東西。那我們都不斷摸索這個問題。我們大法官也在做這個具體化的工作。

那麼要件具備了，信賴保護的效果，就是怎麼樣去保護這也是一個問題。像我們剛才講的這些問題最具體的展現就是在我們行政程序法第 117 條以下有關授益處分的撤銷、廢止，等於是把要件效果具體化的展現出來了，而且變成一個法條。

那麼本文的重點就在信賴基礎是建立在法規上面，而且作者的重點著重在說，因為法規的變動造成怎麼樣來適

用信賴保護的問題。而且它的重點是著重在信賴保護剛才講的那個理論基礎這一點上面，換句話說，法規變動所造成的問題還是很多，其中又著眼在這個信賴保護的基礎這一點上面。這就是我所瞭解的這篇文章的問題性著重在這一點。這樣就可以瞭解整個問題不是只有一端。

當然作者資料非常豐富，把國內的大法官解釋分析，然後又對學者見解有所指教，最後在引用德國憲法法院的裁判，還有公法學者的理論，然後就提出了觀點出來，大概剛剛有說到，就是行政規則原則沒有信賴保護原則的適用的問題。那麼如果把信賴保護原則建構在立法行為的話，就是法規變動這種情形之下，有兩種論證的模式，這是在德國喔，一種是法律溯及既往的論述模式，一種是受影響的基本權的論述模式。最後又參酌了判例、憲法法院的判決，還有德國的學者的見解提出了所謂調和的觀點。那麼詳細的論述最主要的觀點，就是在我們資料的第49頁的地方。我再三的拜讀，對陳教授的精闢觀點表示佩服之意，但是也同時產生了一些疑問出來。這些疑問我試著提出來參考一下。

當然我們陳教授提到說信賴保護原是出自法治國家法安定性原則推論出來的，而這個觀點大都是一致的，我個人也是認同這個觀點。可是我們在這個基礎上面，從49頁的立論基礎，大概是在強調信賴保護，可能會把它吸納在基本權的保障的論述，換句話說，如果基本權的保障已經可以實踐出來的話，就不需要信賴保護原則。那基本權的保障跟信賴保護兩個就變成特別跟普通的關連性。

這個觀點我們是不是稍微思考一下，到底信賴保護跟基本權的保障之間的關係如何？那麼剛才說過，信賴保護是一種國家法安定性推論出來的原則。它作為一個法原則，一個憲法層次的也好，或者是一般法律原則也好，它是一個法原則。這個法原則是一個客觀存在的法，有些已經被具體化。就剛剛我們講的這個行政程序法的相關規定，有些要透過解釋來運作。

這樣的情況下，它的實踐，是不是就是基本權的保障的終極目的？如果是這樣子的話，我們用什麼理論來說明基本權的保障可以實現、取代及涵蓋信賴保護原則的適用，是不是以一種不同範疇的可能性。

如果是可以取代的，即基本權的保護可以涵蓋信賴保護的適用的話，是不是說平等原則比例原則也是同樣的，要被吸收在基本權的保障的概念範疇？那到底我們基本權保障的推論用來審查現行相關的法律夠嗎？這就是我自己在疑慮的地方。

當然 49 頁有用到聯邦憲法法院 1987 年 7 月 15 日的裁判，它主要還是著重在財產權保障功能的角度。但是我們知道還有其它的基本權，怎麼辦？譬如說拿我們事實生活的例子。我們用假設好了，不用現行的法律。假設我們說有一個法律通過一個條文，譬如說選舉的條文好了。這個條文說犯某某罪的不能當候選人，這樣一個規定馬上公布馬上施行。一段時間也許幾天，馬上就候選人去登記，怎麼辦？這個信賴保護原則這裡要發揮功能到底是不是用被選舉權作為一個理論基礎被推演出來，那怎麼樣去運作，

這個實務操作怎麼去 handle 怎麼去操作，這是我覺得還有待深入去瞭解的地方。那麼如果是這樣觀點的話，是不是可以把這樣觀點用到其它信賴基礎上面，譬如行政處分的信賴基礎，行政指導的信賴基礎，這方面的是不是可以比照的來利用？這是我感到的第 1 個問題的所在。

第 2 個剛剛陳教授也提到，法律不溯及既往原則。那我們可能也要來澄清一下信賴保護原則跟法律不溯及既往原則之間的關連性。我們為什麼要法律不溯及既往？是不是因為信賴保護原則的關係？那麼如果是信賴保護原則的關係，是不是法律不溯及既往就是源自於信賴保護原則的推論而來？這也是我們要繼續澄清的問題。同時為了要解決這個問題，德國聯邦憲法法院提出的真正跟不真正溯及既往的概念，其實在我們行政訴訟的實務界也曾經有類似的判決出來，也許就是不謀而合，可能就是人同此心心同此理啦！

我們是不是這樣區分真正溯及跟不真正溯及的意義，就是要把信賴保護原則作不同的應用所致，譬如說真正溯及是因為可不可以溯及的問題，信賴保護原則在討論。那麼不真正溯及呢，不僅僅在討論可不可以做不真正溯及的規定的問題，而且也可能縱然可以做不真正溯及的規定，是不是還要有一些調和作用，譬如說應該像大法官會議所講的，必須有一個過渡條款啦，還有補助措施來調和、降低人民的損失，那是不是剛好就是司法院釋字第 525 號解釋要去解決的問題，它只是要去解決不真正溯及的問題。這也是值得我們再去解決再去思考。至於說這樣一個

司法院釋字第 525 號解釋的內涵，包括信賴保護，它在用信賴保護的要件效果方面，是不是妥當是不是周延那又是另外一個問題。

那最後因為時間有限，我就提一下，行政規則是不是完全不適用信賴保護？我們擺在眼前的我們國內的行政規則有多少？我們的除了解釋性規定還有裁量基準，甚至有一些給付的基準，法律沒有規定，而內部訂一些要點就來執行了。還有一些像公務員雖然不是直接權利義務限制的問題，但是跟它的內涵有關連性的那些，譬如說加班費這些種種規定，這種行政規則也有一些。那這裡頭增修廢止的過程當中，會不會也有信賴保護的問題？換句話說行政規則是不是完全沒有信賴保護原則的適用，是不是應該還要有所區別，因為行政規則的種類太多了，這也是我們值得考慮的問題。

總而言之，這篇文章寫得相當好，相當有學術價值。但是我的看法是陳教授的這些論點喔，是一個開始，是一個有待繼續論證跟實務具體驗證的開始，而不是結束。以上個人心得報告，謝謝指教，謝謝。

**邱聰智：**

謝謝林教授這麼精密的評論，我想確實相當用功好好念了這篇論文。其實我當主持人也很緊張，這個論文我至少從頭到尾看一遍以上。那我想會這樣子呢，今天我看大家也非常用心，確實是我們權利保護法上的一個重要課題。而且也不單純是行政法上的課題。剛剛呢，我想從報告人跟評論人的這個闡述呢，可以看出來，基本上法律原

則的適用是一個比較抽象曖昧的，又要具體化，那它可能適用的對象是相當多的不同情形，講這個大法官面向不確定，那這個不確定是不是真的是個事實上的不確定或者是它面臨到不同的適用的對象，那不同的情形要做不同的考量，是這樣的情形。

我想剛剛評論人所講的，今天的論文只是一個開端，未來要就這信賴保護原則的探討，可能更精密的實作這個也是需要的。那麼所不同的面向不確定的面向，或者是因為不同的適用對象所引起的，因此呢，法律原則的適用的類型化的思考，是一個非常必要的一個另外一種法學上的課題。也就是說根據不同類型剛剛所提到的法規範，法規範有不同類型；那麼行政規則也有不同類型；行政處分有不同類型，這之間它的基礎它的要件它的效果有不同的程度上的差別。

未來我們希望由信賴保護原則開始作用下去，也帶動其它法律原則的適用也可以來發展，這樣我們相信 21 世紀台灣的法學一定會大放異彩。

## — 討論與回應時間 —

邱聰智：

各位先進各位貴賓，看大家有什麼要指教報告人跟評論人，我想報告人跟評論人是公法的權威，我個人對公法是一竅不通，所以就請教它們兩位。

程明修：

東吳大學法律系程明修。這邊有幾個問題要請教陳老師。剛剛在陳老師的報告裡面口頭上的說明當中提出了好像將信賴保護原則的批判，然後接下來呢好像提出了兩種不同的審查模型，然後這兩種不同的審查模型聽起來好像在概念上會讓我也有一個初步的印象，好像信賴保護原則的操作，將這個責任轉過來轉嫁給溯及既往還有所謂的法安定性原則這兩個另外法律原則的概念。那如果這樣的理解沒有錯的話，特別是在第 2 種類型尤其是在給付行政的類型當中，剛剛陳老師的報告裡面是說，這個時候可能應該轉而用法安定性的審查模型來處理類似的法規變動，那特別是在公務員保障的範疇當中有相當多的給付性的行政規則或是行政命令或是法規，它在變動的時候往往會造成原來有的授益內容事後遭到剝奪。如果屬於這種類型可能不屬於溯及既往的適用的型態，如果說信賴保護原則主要在操作的時候，我們捨棄了司法院釋字第 525 號解釋以下的審查方式的話，那麼要選取所謂的法安定性的審查模型，那不曉得老師在這邊對這個法安定性的操作模型有沒有更具體化的內容？

**陳愛娥：**

這個我想我先回應與談人的寶貴的問題。首先先談到這個基本權的論述模型這個部分，如果有影響到，其實我的整個思考方式而且這樣的回答可能會可以同時回答程明修老師剛剛提到的問題。就是關於法治國原則的這樣推導出來的法安定性的要求，然後推導出來的信賴保護原則的要求然後再推導出來說如果說信賴的基礎是法規範的話，

那個部分我就認為說法律不溯及既往原則其實是信賴保護原則的一種具體化的階段。這是我其實不贊成大法官的論述方式的原因。因為既然已經是以行政法規來作為信賴的基礎的話，它就不應該停留在那個比較上面的比較抽象的一般的信賴保護的論述的方式。然後這是我的根本的出發點。

當信賴的是法規，當信賴的是行政處分當信賴的是契約的話，對信賴保護的具體化，而法律不溯及既往原則正是一種當信賴基礎是法規的時候應該如何實踐信賴保護原則的論述的方式。所以這一個理論的脈絡，基本上從法治國原則推演而來。然後那個部分也呈現出法律原則之間的具體化的關係。這是一個部分。

然後基本權的論述模型這個部分，主要是考量到說，法規變更產生的結果，假使它影響到基本權的話，從憲法的角度如果已經影響到基本權而沒有做基本權的論述的話，那個部分是不能符合憲法上的要求。其實整個考量是這樣的出發點。所以才會說如果法規變更影響到基本權的話，那個部分就應該是以基本權的是不是違憲被侵害的考量為主軸，而比例原則當然就是在這個地方發揮最大的功能，只是說在考量追求公益跟基本權的限制是不是符合比例的時候因為有法規變更這樣時間上的因素，會不會造成人民更大的損害，比說新訂一個法然後之前它沒有信賴基礎而言，造成更大的侵害，那個部分我們可以在比例原則的論述模型裡面就可以兼顧。到不是說法治國原則我們就不去顧它。

但是如果發生的是說，基本上如剛才程老師提到說，假使說是給付行政不涉及到基本權的話，那個部分就不能用基本權的論述模型，因為沒有基本權被影響到，但是這個地方你還是可以回到法治國原則的要求，人民對法秩序的安定的信賴，然後以這個模型單獨回到法律不溯及既往的原則，然後來論述它。整個我的思考架構是如此。

這就回到剛才與談人提到說這個中間法治國原則跟基本權論述模型中間，為什麼是普通特別關係而不是不同範疇？這是因為我對法治國原則的理解是法治國原則本身的第一要義就是基本權保障。所以基本權保障本身就是法治國原則的具體化，所以一旦涉及到基本權的保障的話，那其實應該就透過基本權的保障來實現法治國原則的最根本的目標，其實就是基本權的保障而不只是單純的法秩序的安定而已。為什麼說如果涉及到基本權影響的話，那個部分首先應該用基本權的論述模型，那它當然可以涵括法秩序因為時間變動的關係造成損害加重的話，可以納進來在比例原則考量。

平等原則那部分向來都有個大的困難說，平等原則是不是有另外一個跟基本權的維護之間的互動關係如何，如果這邊取決於對平等原則的理解，基本上我會傾向說把它當作是平等權來理解，那它其實就是基本權保障的一種。

這是第 1 個議題，同時回應與談人跟程明修老師的想法。

那關於信賴保護原則跟法律不溯及既往原則之間的關係其實有部分的，就我剛才的說明有部分做了回應。但是

我想提一下說，關於真正溯及既往跟不正溯及既往的部分，就這個地方應該強調的是，為什麼法律不溯及既往我認為它是個好的論述模型，假使不涉及到基本權的影響。原因是因為說所謂的真正跟不真正溯及既往的關鍵概念如果能夠釐清的話，它所指稱的就是在依照過去的法規範已經充分完成的法規範的構成要件，已經得到它的法律效果，然後之後再溯及既往的去變更你已經評價的法律效果的話，那個部分的確是對人民、對法秩序的信賴很深刻的挑戰。但是如果不是這樣的情況，這個事件在過去還沒有符合過去的法律規定的完全的構成要件的話，其實還是有待評價，只是說這中間有變更，那是所謂不真正的溯及既往的情況，我認為這是一個可靠的而且合理的劃分。因為它真的很可以凸顯說已終結而且被法律評價過的法律事件我們又去顛覆它，那個部分確實對法律的安定性，相較所謂的不真正溯及既往，的確是很大的影響。

至於行政規則，我贊成剛才林錫堯老師所說的可能要做進一步的分類。但是我的出發點是，假使它衝擊到依法行政原則的法律優位原則的時候就要別做考量。所以就這個地方可能可以區分成說裁量準則及解釋性的行政規則，因為裁量準則其實也有是非之別啦。因為裁量準則本身我認為是一個裁量，然後就是它有沒有符合授權母法的意旨，然後解釋性規則更是如此，它在解釋原來的法律有沒有違法，然後那個部分如果說因為信賴保護原則的關係而不讓它可以變動的話，我覺得會依法行政原則有很大的衝擊。但是如果是獨立性的行政規則，譬如說給付性的然後沒有之前存在的作用母法的規定的話，那它單獨本身就做

為人民信賴的法秩序的基礎，那個部分我認為可以比照著一般外部法規範的操作沒有問題。

這是我初步對與談人和程明修老師的問題所做出來的回應。

**張桐銳：**

中央大學法政所張桐銳。我是有一個小問題想要請教陳老師。就是說，關於這一個信賴保護原則的憲法基礎的部分，陳老師有提到是從法治國的法安定性這一邊過來。它是一個客觀法的原則我想大家不會有爭論啦！我想問的就是說呢，它有沒有可能也是一個主觀法的原則？因為在49頁陳老師有提到3個情形，其中在第2個情形說呢，法律變更影響的權益呢，不涉及基本權的保護範圍的情形，剛剛陳老師有提到說可以獨立的以法治國的信賴保護原則來認定，但是在這個情形之下呢，那麼主張還是違憲的，可是人民能不能主張？特別是能不能透過憲法訴訟來主張，如果它跟基本權是無關的話。我只有這1個問題，謝謝。

**陳愛娥：**

一個好的問題，但是基本上我在想說實務上面衝擊可能不會那樣大。我必須坦率的說，如果不涉及基本權的話要直接符合我們司法院大法官審理案件法第5條第1項第2款的要件，基本上就不會符合。但是即使如此，假使它的權益受影響然後符合提起訴願符合提起行政訴訟的要件的情況下，然後行政法院的法官、訴願審議的決定機關仍然有遵守客觀法秩序的義務，所以這個衝擊我們認為應該不

會很大，謝謝。

**張錕盛：**

東吳大學法律系張錕盛。要請教陳愛娥老師兩個問題。第 1 個其實是跟程明修老師剛剛提的問題，我反而有顛倒的想法，就是當國家做了 1 個給付的行為就真的不涉及基本權嗎？它有可能是基本權的具體化，就是我們透過法律或是其它的手段來具體化基本權，所以我們就把國家做了 1 個給付行為，變更了給付行為之後就認定它不涉及基本權，那我覺得這個問題是應該要做另外一個思考。

那當然第 2 個這裡面可能會面臨到什麼叫做基本權侵犯的問題，因為什麼樣的問題叫「基本權侵害、侵犯」會決定這個模組。

那第 3 個問題是關於陳愛娥老師所提的模組裡面，好像彷彿要顛倒過來是，要先把它做第 1 層的思考是區分真正跟不真正溯及既往。只有在不真正溯及既往的時候才會用陳愛娥老師所提出的那個模組來談，否則就會變成如果把涉及到基本權的部分就用基本權的審查模組來思考，那就會變成真正溯及既往它就不是一種保護而是一種危險。為什麼，因為它一樣放進衡量裡面去討論，所以恐怕是要把真正溯及既往的部分直接一開始就排除在這個基本權的審查模組裡面，在法制上就應該要先這樣。這是我的認為。

那至於行政規則有沒有信賴保護的問題，其實我們的思考點剛好是因為這一個研討會的性格，我可以思考的是說公務員同時具有兩種身分，或是說嚴格算 3 種身分。第 1 種是公務員做為人民的身份，那就作為所謂基本權主體的

身份，那第 2 種是公務員作為組織法下面，也就是功能法下面功能主體的那 1 個部分。那涉及到功能主體的部分，可能對公務員影響比較大的反而可能是在如果依據之前的法規所做出來的決定事後遭到懲罰的時候怎麼辦的問題。那在這種情形下可能就有信賴保護思考的模組出現。就是說今天如果我針對上級機關的指令或是一個函釋，結果之後因為可能我那個信賴而導致我違反了依法行政原則，那我可能因此會受到懲處或是懲戒，那這個時候應該怎麼辦？所以我想同時在行政規則裡面如何區別？只純粹去看行政外部法律關係可能很清楚說這部分的適用是行政規則本身會不會違反依法行政的問題，但是如果在內部法律關係可能未必單純在談依法行政原則而是整個內部法律關係，因為我們過去行政法從來不太去談行政的內部法律關係，但是如果在公務員法的部分反而它變成有重要性。這是我提出來的幾個問題。

**陳愛娥：**

張老師本來說兩個問題但是它後來提了 4 個問題。

我很快的回應喔，第 1 個是關於給付行為是不是就不涉及基本權，當然不是，要看情況。譬如說為公務員的權利的概念的解釋會涵括到什麼程度，這是一個。第 2 個是關於基本權會被理解到什麼程度，我認為倒不是什麼叫做基本權的侵害，首先反而是基本權的保護範圍的界定才是關鍵的重點。但是我是假定說不涉及基本權的侵害的這個國家不見得是為了要實現基本權所提供的必要的額外的那些給付的情形的話，那個部分獨立探討它我認為就有它的

意義。

第 2 個基本上，關於真正溯及既往是不是該獨立說，以它本身是真正溯及既往這樣的情況就認定它違憲，而不是去討論基本權的部分，這地方是很有趣的想法。張老師非常強烈的凸顯說對過去已經被終結已經被評價過的法律效果不要再顛覆它這件事情喔，然後認為它極度重要甚至說可能會比基本權的保障那樣的審查這樣的論述模型，可能更可以保障它。其實我自己認為說可能要來試一下啦。因為我們國內也還沒有真的這樣的想法這樣的操作，然後但是可以說把它納入到基本權的論述模型裡面，但是如果你是真正溯及既往然後那個部分你的侵害的這個程度可能會嚴重的拉高的情況，然後那個部分是不是就不能這個回應張老師所提出來的真正溯及既往的凸顯的這樣的要求，這是一個。

就第 2 個我可以提出來討論的是說，假使它都可以通過過比例原則的要求的情況，不是那麼有必要去更強調說不可以變動，因為真正溯及既往還有例外容許的情形嘛。這是第 2 個。

然後關於公務員懲戒的部分，其實我認為說區分內部法跟外部法的部分，我們就是說有點執著在所謂特別權力關係這些想法。但是如果以剛才張老師所提的案例來講，到底公務員該不該付懲戒，我自己當過律師的人，我都說那就回到法條的解釋上面啊！我要總結來說，法律原則是在當法條沒辦法解決的時候，我們就回到法律原則。但是如果依法條公務員在什麼時候應該要受懲戒喔，公務員懲

戒法如果已經有相關要件的規定，我們當然要去操作這些要件，當然在解釋這些要件如果本身不明確的時候，這些一般法律原則當然可以當作相關解釋的客觀目的論的考量的基礎。但是我還是傾向說，只要有法條，只要它沒有被宣告違憲，就應該操作法條。即使它不確定，你也應該在法條的解釋過程裡面去容納我們憲法上面所承認的那些法律原則，當作法解釋的時候客觀應該要追求的，這樣來操作可能比較圓滿。

**林三欽：**

謝謝主持人的特別包容。因為剛剛陳教授的論文裡面有提到我的一個想法，我特別在這邊想要提出一點我的補充說明。因為她是提到有關於說我曾經提到說，行政機關享有決定權，決定說當我們新舊法發生等於說要去做切割的時候，到底它的適用範圍怎麼判斷？這個判斷權行政機關它時常是享有的。那陳教授它不贊成，它覺得說這是個重要的決定，應該由立法者親自為之喔。那事實上我想應該把這個說法再調整一下。也許說它是一個解釋權。其實我相信，即使立法者他再仔細，他企圖在修法的時候要說清楚說我這個新的法律是要適用哪些案例，而舊法可以適用哪些案例，即使它有這個企圖要說明也可能會留下一個尾巴沒有講清楚。而這個尾巴所須要去做判斷跟詮釋的空間呢，就由執法者，不管它是行政或司法部門，它透過它的解釋權來做處理。這種解釋權的行使，或許你要把它說成決定權是不太恰當的，但是我想把它說成解釋權應該是個可行的方向。

不曉得做了這樣的解釋之後，不曉得陳教授您對這樣的說明是不是還可以再作一點您的看法。

**陳愛娥：**

這個我本來是想說我就敬謹受教就好，不過這個林老師都這樣說了我還是表達一下我的想法。然後，我的想法站在說，假使立法者沒有明白表態它到底可不可以真正溯及既往的話，那就是不可以，這就是我的立場。

至於說要怎麼樣設想法規範的當為或是事實上的有或沒有這點上面我完全贊成林老師的想法，就是應該要表態或者說有些立法上面沒有明白表態，以致於說行政操作有這樣的實際操作的結果，其實這個見解不是只有林老師的想法，像是黃俊傑老師也是一直強調這個解釋性的行政規則或是財政部的函釋它在實際上的影響力，但是我覺得正好應該要嚴格區分，當為然後跟實際上面的狀況，假使我們認為說這是一個很重大的決定是不是還是應該，雖然實際上面是這樣的作法，但是我們是不是應該還是回到學理然後認為說這是個一個重大的決定然後不宜，使立法者應該盡它的努力就這個部分做明白的表態。

**邱聰智：**

謝謝報告人，謝謝評論人，也謝謝大家的參與，時間的關係，我們這場就到這裡為止，謝謝。

### 三、第二場

#### 論文：公務員與基本權

張桐銳\*

#### 壹、問題之提出與研究路徑

#### 貳、保障領域

- 一. 服公職權利
- 二. 私人領域
- 三. 職務關係

#### 參、基本權之侵害

- 一、基本權侵害之概念
- 二、懲處與基本權侵害
- 三、調任與基本權侵害

#### 肆、基本權侵害之正當化

---

\* 德國海德堡大學法學博士；國立中央大學法律與政治研究所助理教授

一. 公務員制度內容之形成與法律保留原則

二. 公務員制度作為基本權限制之憲法依據

伍、 結語

## 公務員與基本權

### 壹、問題之提出與研究路徑

關於公務員之權利保障程序，現行公務人員保障法區分為針對「服務機關之管理措施或有關工作條件之處置」所提起之申訴與再申訴程序（第 77 條以下），以及針對「服務機關或人事主管機關所為之行政處分」所提起之復審程序（第 25 條以下），而對於本法第 25 條所規定之「行政處分」之詮釋，則謹守司法院大法官解釋所提出之基準，「以司法院歷次相關解釋之意旨為得提起復審之範圍。亦即以足以改變公務人員身分關係，或對於公務人員權利有重大影響之處分，或基於公務人員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害，為得提起復審之標的」<sup>1</sup>。

雖然公務人員保障法上並無非常清楚之明文規定，不過，申訴程序與復審程序之區分，事實上取向於司法救濟之可能性。首先，公務人員保障法之規定就已透露出此一取向。該法第 72 條第 1 項規定：「保訓會復審決定依法得聲明不服者，復審決定書應附記如不服決定，得於決定書送達之次日起 2 個月內，依法向該管司法機關請求救濟」；同法第 60 條規定：「復審人對保訓會於復審程序進行中所為之程序上處置不服者，應併同復審決定提起行政訴訟」。

---

<sup>1</sup> 公務人員保障暨培訓委員會，(94)公審決字第 0350 號決定。相關之決定甚多，在此僅舉最近之決定做為代表。相關決定之整理與分析，參：林明鏞，2000，頁 157 以下；李建良，2002，頁 123 以下。對於公務人員保障暨培訓委員會謹守大法官解釋之批判，參：林明鏞，同上文，頁 159 以下。

這兩個條文預設了，對復審決定不服得提起司法救濟。在第 77 條以下所規定之申訴及再申訴程序，並無類此之規定，而且在第 84 條列舉之準用條文中，也不包含這兩個條文。在此已顯示出立法者對於申訴與復審程序的安排，乃是取向於司法救濟之可能性。

其次，這一取向也影響了對條文之解釋。如學說上已指出者，「管理措施」之概念透過保訓會之解釋，幾乎已包含所有工作條件，使得「有關工作條件之處置」此一概念在實務上近似形同具文<sup>2</sup>。此二概念之區分既與得否提起司法救濟無關，在聚焦於司法救濟可能性的情況下，不嚴格區分這兩者，並不令人意外。再者，對於「管理措施」之界定，並不從行為型態是否具管理之性質來界定，而是指「機關為達行政目的所為之作為與不作為，即屬得提起復審事項以外，包括機關內部生效之表意行為或事實行為等，其有具體事實者，均屬管理措施範圍」<sup>3</sup>。亦即機關內部對於具體事件所做成行政處分以外之行政行為，均屬管理措施。「例如機關長官所為之工作指派、不改變公務人員身分關係之記一大過、記過、申誡懲處、考績評定、請假之否准或機關長官所發之職務命令均屬之。因其並未改變公務人員之身分關係，對公務人員權利亦尚無重大影響，亦非基於公務人員身分所產生公法上財產請求權遭受侵害，核屬機關所為之管理措施」<sup>4</sup>。在此雖列舉了一些行

---

<sup>2</sup> 參：林明鏞，2000，頁 166。

<sup>3</sup> 公務人員保障暨培訓委員會，(94)公審決字第 0350 號決定。

<sup>4</sup> 同上註。

為態樣，但行為態樣本身其實不是重點，重點在於行為之效果，即是否改變公務人員之身分關係、是否對公務人員權利有重大影響、或者是否侵害公務人員基於其身分所產生公法上財產請求權。

行政訴訟之審理上，行政法院似乎大致上遵循此一區分。最高行政法院 93 年度裁字第 1530 號裁定即明白指出：「公務人員特別權力關係事項，須足以改變公務員身分關係，或於公務員權利有重大影響之處分，或基於公務員身分所產生之公法上財產上請求權，始可依公務人員保障法所定復審、再復審程序請求救濟，並提起行政爭訟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為 92 年 5 月 28 日修正前之公務人員保障法第 23 條第 1 項所指之工作條件或管理措施，僅得依同法所定申訴、再申訴程序尋求救濟，不得提起行政爭訟」，顯然也將申訴與復審程序之區分連結到司法救濟之可能性上，而其判準則同樣是司法院於釋字第 243、266 及 298 號等解釋所建立起來之基準。

司法院大法官解釋雖是突破特別權力關係之發動機，但經由其解釋，卻也對於特別權力關係作為我國法上之法律制度加以確認。在相關解釋中，司法院釋字第 243 與 298 號解釋最具意義，蓋其對於公務員之權利保護問題，提出一般性之基準。司法院釋字第 243 號解釋很明顯地受到德國學者 Ule 所提出之「基礎關係」與「經營關係」區分理論<sup>5</sup>之影響<sup>6</sup>；至於釋字 298 所提出之「重大影響」基準，可

---

<sup>5</sup> 關於 Ule 之「基本關係」與「經營關係」區分理論，請參：翁岳生，1985，頁 143 以下。

以看得出有德國聯邦憲法法院於「受刑人判決」<sup>7</sup>中所提出之「重要性理論」的影子。不過，值得注意的是，德國「受刑人判決」後，一度蔚為通說之「基礎關係」與「經營關係」區分理論受到強烈的批評，被認為只是對於「特別權力關係」之修正理論，仍以「特別權力關係」存在為前提；<sup>8</sup>相對地，司法院釋字第 298 號解釋所提出之「重大影響」基準，在實務運作上似限定在對服公職權利之重大影響<sup>9</sup>，結果只是對於司法院釋字第 243 號解釋所提出基準之修正，並未根本地改變其結構，基本上仍然維持「基礎關係」與「經營關係」之區分框架，與德國因「受刑人判決」而使得「基礎關係」與「經營關係」區分理論趨於沒落<sup>10</sup>之情形不同。誠如前述德國學說上對 Ule「基礎關係」與「經營關係」區分理論之批判所顯示出的，「基礎關係」與「經營關係」區分之理論只是對「特別權力關係」的修正，事實上維持了「特別權力關係」之存在<sup>11</sup>。國內學者亦已正確地指出，「將『特別權力關係』區分為『基礎關係』與『經營關係』，並將原先對於權利與救濟的限制歸屬於後者，然後宣稱並主張前者已有所突破，在實質上這當然意味著權利

---

<sup>6</sup> 當時參與作成解釋之大法官吳庚明白表示，司法院釋字第 243 號解釋「不採德國學者所提倡之『基礎關係與管理關係』的區分標準」，見：吳庚，2004，頁 232。不過，由於司法院釋字第 243 號解釋之內容與 Ule 理論之高度近似，其影響當不容否認。

<sup>7</sup> BVerfGE 33, 1 ff.

<sup>8</sup> 關於 Ule「基本關係」與「經營關係」區分理論所受批判之整理，vgl. Püttner, 1987, S. 190 ff.

<sup>9</sup> 參照：司法院釋字第 323 與 338 號解釋。

<sup>10</sup> 認為「基本關係」與「經營關係」區分理論仍有其存在價值之見解，vgl. Püttner, a. a. O, S. 192 ff.

<sup>11</sup> 參照：吳庚，2004，頁 228。

保護的進步，但是所遭遇的問題早就被預定了，還是邊界定問題，只是現在『特別權力關係』的邊界往後退了」<sup>12</sup>。

在「基礎關係」與「經營關係」之區分架構下，「特別權力關係」仍然存在，這特別於最高行政法院之判決清楚地表現出來。在其近年之裁判中，除遵循大法官相關解釋所提出之基準外，並不避諱使用「管理（即經營）關係」與「特別權力關係」之用語，於「管理關係」範圍內所生之爭議，直接援引「特別權力關係」作為不受理訴訟之依據<sup>13</sup>。在多起關於眷舍之爭議案件中，最高行政法院亦直接以當事人是否處於「特別權力關係」中作為是否受理的理由<sup>14</sup>。特別是於 94 裁 1123 號裁定中，最高行政法院明白表示「我國就特別權力關係事項是否可經由行政訴訟救濟，原未有法律明文規定，僅經由司法院大法官歷年解釋，就基礎關係逐步放寬」，對於「亦」未有法律明文規定之特別權力關係並無任何質疑，而率然接受其為既存之法律制度，而大法官解釋則被認為對於行政訴訟救濟既存限制之「逐步放寬」。正如前述學者所指出，只是「邊界往後退」罷了。

特別權力關係以及以其為基礎之公務員基本權保障問題，仍然是公法學上所必須面對之挑戰。首先，特別權力關係從其開始在審判實務上出現<sup>15</sup>以來，對於其存在基礎，

---

<sup>12</sup> 張嘉尹，2003，頁 7。

<sup>13</sup> 參照：最高行政法院 94 裁 1123、93 裁 1261 號裁定。

<sup>14</sup> 參照：最高行政法院 92 裁 904 號裁定、91 判 854、90 判 94 號判決。

<sup>15</sup> 早期行政法院之裁判即已完全未說明理由地否定公務員提起行政訴訟之權利，參照：行政法院 43 裁 7、45 裁 2、45 裁 5、47 裁 65 等裁定。相關實務見解之介紹，參：翁岳生，1985，

一直未見說理，乃是被視為既存的法律教條<sup>16</sup>。即使在傳統之特別權力關係經大法官解釋「突破」之後，仍然依舊。縱然是具里程碑意義之司法院釋字第 243 與 298 號解釋，也是預設了特別權力關係之存在，而未說明其存在依據。法釋義學之主要任務在於對實證法之解釋與適用尋求正確之說理，對於作為既存法律教條之特別權力關係，無論是說明其存在或予以解構，都需要更多的說理。其次，單以財產權以及對於服公職權利之直接或重大影響作為是否予以保障之準則，難保不會有基本權保障之漏洞，而有從基本權保障之角度加以觀察之必要。最後，公務員關係中所涉及之權利義務關係相當複雜，關於基本權侵害或影響的態樣也相當多樣，實在有必要做細膩之進一步分析。

當然，對於公務員之基本權保障問題不可能在一篇文章中處理殆盡。本文的基本想法是，關於公務員之基本權保障問題，還是應該回歸到一般之基本權釋義理論，如果特別權力關係確實有其特殊性，那麼這個特殊性也應該在一般之基本權釋義理論中尋求答案，透過分析找出在哪一個環節造成其特殊性。本文以下首先將循基本權釋義學之典型思考路徑，即基本權之保障領域、基本權之侵害以及基本權侵害之正當化等層次<sup>17</sup>，說明公務員基本權保障問題。

---

頁 153 以下。行政法院於 48 年判字第 11 號判例開始使用「特別權力關係」一詞作為人民不得提起訴願之理由，並為行政法院 51 判 527、52 判 101、52 判 209、53 判 3、53 判 145 等判例所依循。自此特別權力關係正式成為具有規範拘束力之法律教條。

<sup>16</sup> 關於特別權力關係之法律教條性格，參照：張桐銳，2006。

<sup>17</sup> 關於基本權釋義學之典型思考路徑，參照：李建良，1999 a，頁 77 以下。

## 貳、保障領域

### 一、服公職權利

憲法第 18 條保障人民有服公職之權，其保障對象包括公務人員之身分以及基於身分所生之權利。公務人員保障法第 9 條規定「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。基於身分之請求權，其保障亦同」，可說是服公職權利保障領域具體化之規定。

#### (一) 公務員身分做為保障對象

「身分」概念在法學討論中雖常被使用，但往往未加定義或說明地使用。在公法學上使用「身分」概念最為有名者，大概非 Georg Jellinek 莫屬。雖然 Jellinek 於其「身分理論」(Statuslehre)<sup>18</sup>中並未清楚地界定「身分」概念，但從其論述，仍然可以獲得對「身分」概念之進一步理解。

Jellinek 於說明其所提出之人民相對於國家所處之「消極身分 - 自由」時強調，在概念分析上，「自由」只能是單數；「複數的自由」這個說法在法律上來說是有意義的。我們固然常會提到著作、講學、集會或結社等等自由，但在所有的案例中，個人所處的狀況是一致的，就只是「自由」<sup>19</sup>。由這個說明我們可以得知，「身分(自由)」乃是一種由多數具體之法律關係所構成之法律狀況，「個別的權利會連結在身分上，但身分本身並非權利」<sup>20</sup>。惟「身分」雖

---

<sup>18</sup> 關於 Jellinek 身分理論之深入探討，請參：李建良，2003。

<sup>19</sup> Jellinek, 1963, S. 103.

<sup>20</sup> A. a. O., S. 83 f.

由多數具體之法律關係所構成，但並非這些法律關係之聚合，而是經由對其之抽象化描述而得，Robert Alexy 因此將之稱為「抽象化之整體法律地位」<sup>21</sup>。人民之個別的活動可能會受到限制，但其所擁有之「消極身分（自由）」此一「抽象化之整體法律地位」本身不會因此一限制而改變。

此一身分概念可以運用到公務員與國家間之關係，亦即將公務員身分理解為由公務員關係中各種具體之權利義務所構成之「抽象化之整體法律地位」，其特徵在於公務員身分不會因個別公務員權利之受到限制而改變。服公職權利所保障者，首先即在於公務員身分之取得與保有。當然，所謂公務員身分取得之保障不表示人民有要求擔任公職之請求權，而是保障人民有平等之擔任公職機會。至於公務員身分之保有，司法院釋字第 243 號解釋已確認其受服公職權利所保障，從而將公務員身分之剝奪理解為對服公職權利之直接影響。

## （二）基於公務員身分之權利

服公職權利保障範圍之進一步闡釋，乃是以司法院釋字第 298 號解釋為開端。該解釋所謂「對於公務員有重大影響」，由於是針對懲戒處分，又是補充司法院釋字第 243 號解釋，很容易被理解為對於公務員身分有重大影響。然而，公務員身分乃是「由公務員關係中各種具體之權利義務所構成之抽象化之整體法律地位」，公務員身分本身並不會因具體之公務員權利義務關係改變而改變，因此，所謂

---

<sup>21</sup> Alexy, 1994, S. 231 f.

「對於公務員有重大影響」，如果指的是公務員身分本身之重大影響，在概念上便有些費解。因此，只能將之理解為對於公務員關係中各種具體之權利義務關係之影響。這樣之理解乃是將服公職權利與公務員身分脫離，公務員身分理解為服公職權利之保障內容之一，而非透過公務員身分去理解服公職權利。換言之，所謂「對於公務員有重大影響」應是指對於服公職權利而言，而非指對公務員身分之重大影響。

司法院釋字第 323 與第 338 號解釋，乃是對於司法院釋字第 298 號解釋所提出之「重大影響」基準之具體化，在這兩號解釋中將官等之認定以及級俸之審定理解為對服公職權利之重大影響，事實上肯認了官等與俸給乃是服公職權利之保障內容。不過，如果肯認官等與俸給乃是服公職權利之保障內容，那麼，在公務人員任用資格審查上認定為不合格或降低原擬任之官等（司法院釋字第 323 號解釋），以及級俸之審定，都可以直接認定為對服公職權利之侵害，而無需藉助於「重大影響」之基準。由此可以看出，大法官隱約之間乃受到司法院釋字第 243 與 298 號解釋之影響，而將服公職權利與公務員之身分等同。之後之解釋則脫離此一影響，而直接去界定服公職權利：

- 保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利（司法院釋字第 575、605 號解釋）；
- 公務人員依法銓敘取得之官等俸給，「憲法上服公職權利所受之制度性保障」（司法院釋字第 483、605 號解

釋)；

- 包括「公務人員任職後依法令晉敘陞遷之權」(司法院釋字第 611 號解釋)。

## 二、私人領域

公務員於其私人領域內如一般國民一樣享有基本權，這在今日已無爭議。關於公務員於服公職權利外其他基本權之保障，最值得注意的是財產權。從司法院釋字第 187 號解釋開始突破特別權力關係以來，公務員關係中之公法上財產請求權，一直是實務上爭議之重點。關於公務員請領退休金之權利，在司法院釋字第 187 與 201 號解釋中還只泛稱為「法律基於憲法規定所賦予之權利」，至於受到哪一個憲法規定所保障，則並未指明。司法院釋字第 246 號解釋對於公務人員之退休與養老制度之建立，乃以憲法第 83 條為其憲法基礎，從這號解釋來看，公務員依法請領退休金及保險養老給付，只是法律上之權利，並不受到基本權之保障。不過，司法院釋字第 266 號解釋認為，公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，乃是影響人民之財產權。大法官解釋之方向似乎從此轉向基本權保障，不過到底受何基本權保障，則有所分歧。依其解釋，公務人員之公法上之財產請求權受財產權保障者，包括「請領福利互助金」(司法院釋字第 312 號解釋)及「公保養老給付」(司法院釋字第 434 號解釋)。至於支領俸給與退休金，則受到服公職權利之保障(司法院釋字第 575、605 號解釋)。由這幾號解釋來看，似乎以是否與公務員關係具有直接之法律關聯性為判準，福利互

助金與公保養老給付因另有其法律上基礎，從而並非受服公職權利所保障。不過，公務員關係乃是由法律形成其內容，在相關法令所規定之各種財產上請求權，是否與公務員關係具有直接之法律關聯性，認定上並不容易。值得注意的是，學說上有認為公法上財產請求權，限於權利人對該權利之取得有所付出，才屬於受憲法保障之財產權<sup>22</sup>。如依此一見解，公務員依法令所取得之各種財產上請求權，未必都能受到財產權之保障。在此情形，服公職權利保障範圍之廣、狹，將影響公務員依法令所取得之各種財產上請求權受憲法保障之可能性。

公務員於私人領域之基本權保障問題，另外值得注意者，乃是公務員政治基本權之行使與限制之問題，就此本文以下將在案型分析部份作進一步之探討。單就保障領域部分，在此只擬提出一項觀點，即所謂「私人領域」內之活動，不一定在下班後，在上班時間也有可能，例如於執行職務中配戴反核標章。至於此等行為是否允許，則屬於基本權限制之問題。<sup>23</sup>

### 三、職務關係

公務員執行職務時乃以職務執行人之身分從事活動，從而為國家組織之一環，為受基本權拘束之義務人，而非得行使基本權之權利主體。公務員執行職務之行為既非屬以基本權主體身分行使其基本權之行為，對該行為所發之

---

<sup>22</sup> 詳參：蔡維音，2001，頁 106。

<sup>23</sup> Vgl. BVerwGE 84, 292 ff.

命令或指示並非對基本權之干預<sup>24</sup>。不過，職務執行上之指令如觸及人性尊嚴，學說上有認為例外地可主張基本權之保障<sup>25</sup>。

關於公務員執行職務之領域，大法官之立場似與上述見解相符。於司法院釋字第 483 號解釋中，大法官雖認為調任構成對公務員服公職權利之侵害，但理由則在於「調任雖無降級或減俸之名，但實際上則生類似降級或減俸之懲戒效果」，顯然調任係因其所生之事實上效果，而非其本身構成對公務員服公職權利之侵害。司法院釋字第 539 號解釋更明白指出，司法院於庭長任期屆滿後，令免兼庭長之人事行政行為，「性質上僅屬機關行政業務之調整」，「與…法官身分保障之意旨尚無牴觸」。

## 參、基本權之侵害

### 一、基本權侵害之概念

基本權之「侵害」乃是對於人民自由活動之阻止或妨礙，其態樣可能為國家之法律上規制行為，也可能是事實行為。法律上之規制乃透過命令、禁止或允許而規制人民之行為，可說是典型之基本權侵害行為<sup>26</sup>。事實行為則是以不具規制性格之行為，阻止人民基本權之行使或造成妨礙<sup>27</sup>。從事實行為來看，已經顯示出，人民基本權之行使實際

---

<sup>24</sup> Vgl. Isensee, 1995, § 32 Rn. 81 ff.; Schnapp, 1977, S. 275 ff.; Leuze, 1998, S. 188 ff.

<sup>25</sup> Vgl. Leuze, 1998, S. 189.

<sup>26</sup> 學說上將之稱為傳統之侵害概念，並歸納出其特徵為：目的性、直接性、法效性或規制性、以及下命性或強制性。參：李建良，1999，頁 85。

<sup>27</sup> 關於侵害基本權之事實行為，詳參：李建良，同上註，頁 86 以下。

上受到阻止或妨礙才是重點所在，至於行為態樣如何，則並不重要。換言之，觀察角度乃從行為之態樣轉移到行為之事實上效果。此一轉移擴大了觀察視野，蓋一個事實之影響效果可能來自事實行為，也可能來自法律行為<sup>28</sup>。法律行為之基本權侵害性格固然通常可予肯認，並無問題，然而，如爭議之重點在於其所生之事實上影響效果，那麼對其基本權侵害性格之認定，便應就其所生之事實上影響效果來認定。在此情形，其所面臨之情況與事實行為之基本權侵害性格之判定，並無不同。問題都在於：國家行為對於人民基本權之事實上影響，是否得認定為基本權之侵害。

事實上影響當然必定要連結到國家行為，才能被認為構成對基本權之侵害。由於行為所造成之事實效果，在想像上其因果鍊可以是無限遠，因此產生一項難題，即在何等範圍內之事實效果可以歸結到國家行為上，而構成對基本權之侵害。對於此一問題，本文認為判斷之基準在於：

- 此一事實影響是否是行為之直接目的，若為肯定，則構成基本權之侵害；
- 如果並非直接目的，而只是附隨產生之事實效果，則考量影響之嚴重程度以及是否可預見或有所預見，亦即限於可預見或有所預見之對於基本權之重大影響，才構成基本權之侵害。<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> 關於對基本權之事實上影響的具體型態，請參：同上註，頁 87 以下。

<sup>29</sup> 詳參：張桐銳，2001，頁 159 以下。

以上為關於基本權侵害概念之一般說明，此一基本原理有助於對各種侵害公務員基本權之態樣做進一步之分析。對此，本文以下將就懲處與調任為例，進一步探討其基本權侵害性格。

## 二、懲處與基本權侵害

懲處處分，「實質上屬於懲戒處分」(司法院釋字第 491 號解釋)。不過，懲戒處分不論輕重，除公務員懲戒法第 9 條第 3 項所定之例外情形外，皆由具法院性質之公務員懲戒委員會作成；懲處處分則限於對公務人員之服公職權利有直接或重大影響者，始得對之提起行政訴訟，顯然尚有所差別。無論如何，從基本權侵害的角度來看，顯然大法官認為必須是對於公務人員之服公職權利有直接或重大影響之懲處處分始構成基本權之侵害，從而應予司法救濟之機會。

此一觀點顯然是從懲處之法律效果出發。懲處處分為以意思表示為要素，得直接發生法律效果之法律行為，亦即為法律上之規制行為，應無爭議。如前所述，法律上之規制乃是基本權侵害之典型型態，不過，懲處處分有輕重之分，依據處分所直接發生的法律效果是否屬對服公職權利之直接或重大影響，而認定是否構成基本權之侵害，尚無可厚非。然而，此一觀點不夠全面，對於懲處處分之規制內容有所忽略。

如果我們將懲處與刑罰做對照之觀察，可以發現對於懲處處分規制內容之忽略之處。就刑罰規定來看，處罰本身固然就構成對基本權之侵害，但處罰規定在處罰外另有

其規制內容，而足以構成對人民基本權之侵害。以誹謗罪為例，其規制內容乃是對言論自由之限制<sup>30</sup>。由於處罰部分已足以構成基本權之侵害，所以在司法救濟可能性上，通常無需進一步深究由構成要件部分所表現出之規制內容，而如司法院釋字第 509 號解釋所顯示地，在實體審查部分才會將之考慮進來。但在懲處部分，去認知到處罰構成要件所表現出之規制內容，對於基本權侵害性格之判定已深具意義。

關於懲處之要件，並不像刑法有個別處罰之構成要件，除公務人員考績法第 12 條第 3 項，對一次記二大過處分明確定其處罰要件外，原則上與懲戒相同<sup>31</sup>，以職務義務之違反為處罰之要件，因此對基本權之法律規制內容，乃表現於職務義務之相關規定，而不在處罰規定本身。但在職務義務規定不明確的情形下，對基本權之規制內容則必須由具體之處分行為來看。例如，德國法官法第 39 條規定，「法官於職務內、外之行為及從事政治活動時，應維持人民對其獨立性之信賴」，如果法官因發表政治性言論被認為違反此一規定而受申誡處分，此一申誡處分之規制內容除了申誡處罰之附加之外，還包括對該個案宣示，該法官不得發表該言論。由於此申誡處分所具有之對該法官言論自由之法律上規制性格，應肯認其基本權侵害性格，而得對之提起司法救濟。

公務員之職務義務，包括針對職務執行上之職務義

---

<sup>30</sup> 參照：司法院釋字第 509 號解釋。

<sup>31</sup> 參照：吳庚，2004，頁 271。

務，以及針對職務外活動之職務義務。懲處處分在處罰效果外另具規制內容者，多是違反針對職務外活動之職務義務，所作之懲處處分。對於此類懲處處分，如肯定其基本權侵害性格，尚須進一步考慮者，為訴訟類型問題。由於此類處分乃是對於公務人員於具體個案，對其基本權所作之法律上規制，乃是具有直接對外效力之單方法律行為，為行政處分，可對之提起撤銷訴訟以求救濟。

### 三、調任與基本權侵害

#### (一) 調任之概念

關於調任，學說上之概念使用與現行法中用語之使用似乎並不一致。學說上將德國聯邦公務員法第 26 條所規定之 *Versetzung* 稱為「調任」，另將德國公務員法上未明文規定之 *Umsetzung* 稱為「調職」。此二者之區別在於，原則上「調任」是轉換到其他官署之調動，而「調職」則是同官署內之調動<sup>32</sup>。另也有將之譯為「職位調動」(*Versetzung*)與「職務調整」(*Umsetzung*)<sup>33</sup>。至於現行法中之概念使用，依現職公務人員調任辦法第 3 條之規定，所謂調任指「具有擬任職務法定任用資格人員，於不同職務間之調動」，似乎並未區分是否於同官署內之調動。在實務上，例如將公務人員從殯葬處第二課課長調為同處第四課課員，仍稱之為調任<sup>34</sup>。從這些概念使用情形來看，現行法上之「調任」概念似乎可理解為學說上所提出類型之上位概念。本文依

---

<sup>32</sup> 參照：陳敏，2003，頁 321；程明修，2002，頁 444 以下。

<sup>33</sup> 盛子龍，2002，頁 4。

<sup>34</sup> 參照：保訓會，95 公審決字第 0287 號決定。

循現行法上之用語，至於官署間之調動以及同官署內之調動，為避免用語混淆，乃採後者之譯法，即分別稱為「職位調動」與「職務調整」。

## （二）調任作為對基本權之法律上之規制？

調任乃是以意思表示為要素而直接發生法律效果之行為，亦即其乃法律行為，法律上之規制行為。然而，其意思表示之內容乃是職務之變動，而職務領域如前所述，並非基本權之保障領域，因此，調任雖屬法律上之規制，但並非對基本權之法律上規制，從而並不因被界定為法律上之規制，而認定為基本權侵害。不過，此對於職位調動，亦即將公務人員轉換到其他官署之調動，則有所爭議。

關於職位調動，國內學說上多接受德國法上之見解，認為已直接改變公務員之法律上地位，因此是行政處分<sup>35</sup>。至於認定已直接改變公務員之法律上地位之理由，有認為「至少因為上司改變而已經直接改變公務員之法律上地位」<sup>36</sup>，亦有認為「因其已經逸出『機關內部』範疇，所以屬於具有外部效力的行政處分」<sup>37</sup>。無論如何，如依循此一見解，可基於同一理由肯定其基本權侵害性格。惟實務上之立場則有所不同。例如，最高行政法院認為，將公務員由台北市殯葬管理處副處長之職位調任為台北市社會局專員，並非行政處分<sup>38</sup>；同樣地，將公務員由台北縣住宅及城

---

<sup>35</sup> 參照：陳敏，2003，頁 321；程明修，2002，頁 444；盛子龍，2002，頁 4。

<sup>36</sup> 程明修，同上註。

<sup>37</sup> 李建良，2002，頁 138。

<sup>38</sup> 參照：最高行政法院 93 年度裁字第 1024 號裁定。

鄉發展局國宅管理課課長職位調任為台北縣地政局課員，亦被認定並非行政處分<sup>39</sup>。

對於此一問題，癥結點在於，跨官署之調動是否已脫離職務領域而進入服公職權利之保障領域？如果是跨行政主體之調動，由於法律關係之相對人已改變，肯定其已涉及服公職權利之保障領域，似可接受；至於同行政主體之跨機關調動，雖然直屬上司改變或「逸出『機關內部』範疇」，法律關係之主體並未改變，似仍應認為純屬職務領域。因此仍屬對於職務領域內事項之法律上規制，並不因此而得以定性為基本權侵害。基於同樣之理由，其亦非行政處分。

### （三）調任作為對基本權之事實上影響

調任是職務領域內之法律上規制，然而卻可能對公務人員之服公職權利具有事實上影響。這些事實上影響是否能構成對基本權之侵害，並不是容易回答之問題。關於調任之事實上影響，可就底下幾種情形分別檢討：

- 「高資低用」：將高職等之公務人員調任為較低官等或職等之職務；
- 將公務人員由主管調任為非主管，致使公務人員喪失主管加給；
- 將公務人員由主管調任為非主管，致損及公務人員之聲望名譽；

---

<sup>39</sup> 參照：最高行政法院 94 年度裁字第 1894 號裁定。

- 將公務人員變動任職所在地而予以調任，致影響公務人員之家庭生活或對家人之照料。

對於以上所舉案例，首須注意者在於，在所有案例中調任行為對當事人所生之事實上影響，都不是調任行為所意欲之效果，而是調任行為之附隨效果。因此，其是否構成對基本權之侵害，端視其是否為對於基本權之重大影響，以及對此一重大影響是否可預見或已有所預見。

關於「高資低用」，司法院釋字第 483 號解釋指出，「致使高資低用人員於調任後如何戮力從公，成績卓著，又不論其原敘職是否已達年功俸最高級，亦無晉敘之機會，實際上生類似降級或減俸之懲戒效果」。其事實效果既與法律上之規制（降級或減俸）相當，自屬對於服公職權利之重大影響，且此一重大影響乃屬可預見，可肯定其構成對服公職權利之侵害。

關於主管職調非主管職，以致喪失主管加給，最高行政法院，94 年度裁字第 1894 號裁定認為，主管加給「係因主管人員所擔任主管『職務』之性質，依法給予之加給，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給」，因於認定此情形之調任並未損及公務人員之身分、官等級俸給等權益，並非行政處分。此一見解有導致誤解之可能性。依公務人員俸給法第 3 條之規定，俸給分為本俸（年功俸）與加給，另依公務人員保障法第 14 條及第 15 條之規定，法定加給與俸級同樣受到保障—雖然在法律保留之要求上有程度之差，前者「非依法令不得變更」，後者「非依法律不得降級減俸」。換言之，加給構成俸給之一部分，如有「非依法令

之變更」，使加給減少或喪失，應仍可認定為違法之減俸。因此，如只強調主管加給「係因主管人員所擔任主管『職務』之性質，依法給予之加給，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給」，只是說明了主管加給並非本俸（年功俸），尚未能說明何以因調任喪失主管加給，不構成減俸，反可能使人誤以為「非依法律之減俸」不包括法定加給之「非依法令變更」。當然，在此只是指出導致誤解的可能性，並非認為本判決確實採此一見解。相反地，本文以為，本判決適切地指出了，主管加給與主管職務之擔任可說是一體之兩面，因此，因從主管職調非主管職而喪失主管加給，並未產生一個在法律上需另加以評價之事實上效果。

與上不同，因由主管職調非主管職，而可能導致之對公務人員聲望名譽之傷害，乃是需另外考慮其評價問題之事實上影響。對於此一事實上影響之評價，實務上看法並不完全一致。最高行政法院 90 年度判字第 1174 號判決認為，「遴任兼庭長法官者，俱為司法精英，得獲任兼庭長法官者，莫不引為其司法生涯之重大成就與榮譽。如驟予改調不兼任庭長之法官又不予調陞，能否謂對其聲望名譽與工作士氣不發生重大影響，亦有推敲餘地」，並從而將原兼任庭長之法官，改調派為不兼任庭長之法官，乃是行政處分。最高行政法院 93 年度裁字第 1024 號裁定則認為，抗告人雖謂本件調任（按：由台北市殯葬管理處副處長調任台北市政府專員）「依一般公認之價值判斷，顯有降級之效果；對抗告人之公務員身分之聲望名譽發生重大之影響」，「惟抗告人所述，並未舉證以證實之，況前開情事

縱已發生，亦係抗告人一己之見解及心理反應，尚非其於法律所保障之權利、利益有所減損」。

對於此一問題，首須確定者，名譽為法律所保障之權利或利益，應無疑問。而基於名譽對於個人人格發展之重要性，肯認其為人格權之一環，而受憲法保障<sup>40</sup>，並不為過。其次，名譽是否確實受到毀損，舉證困難，對名譽權之保障因此未必限於名譽確實受到毀損之情形。例如，刑法第310條毀謗罪之規定，以毀謗行為「足以毀損他人名譽」為已足。是以，在此所應考慮的是，依調任之具體情況，依一般社會通念，是否可認為足以對個人造成負面之評價，若為肯定，且此一事實上影響為可預見或已有所預見，則應肯定其構成基本權之侵害。

關於將公務人員變動任職所在地而予以調任，致影響公務人員之家庭生活或對家人之照料，學說上參考德國法制而認為，「機關首長在行使對公務員職務調整之裁量時，基於對公務員之照顧義務，即必須斟酌職務調整對公務員個人家庭生活之影響，如果未予斟酌即屬裁量有瑕疵。公務員及可基於結果除去請求權或照顧請求權請求服務機關應為回復原狀之必要處置」<sup>41</sup>。此一見解乃是在法律保障層次尋找可主張之權利依據。然而，在現行法上並無照顧義務之明文規定的情形下，要論證我國公務員法制上不僅有照顧義務，甚至公務員有照顧請求權，恐怕會過於牽強。

---

<sup>40</sup> 關於人格權之憲法保障，參照：司法院釋字第603號、587號、486號等解釋。

<sup>41</sup> 盛子龍，2002，頁7。

如從憲法之角度，婚姻與家庭既受憲法之制度性保障<sup>42</sup>，而於司法院釋字第 362 號解釋中，聲請人主張憲法第 22 條保障之婚姻自由權，大法官亦予受理，可以推論婚姻與家庭不僅受憲法上之制度性保障，也是人民得以在憲法上主張防禦權之主觀法律地位。對於家庭生活之可預見或已預見之重大影響，應得界定為基本權之侵害。

#### （四）小結

綜上所述，調任雖為法律上之規制行為，但屬於職務領域內之法律上規制，因此，就此一法律行為本身而言，其並不構成基本權之侵害。惟調任所引起之事實上效果，如屬對公務人員基本權有重大影響，且此一影響為可預見或已預見，則可因此一事實效果而認定為基本權之侵害。值得注意的是，調任雖可因其事實上效果而被認定為基本權之侵害，但仍不得因此認定為行政處分，蓋行政處分要件中之「直接對外發生法律效果」此一要件，應純就意思表示之內容來認定，而非依據其事實上效果<sup>43</sup>。

### 肆、基本權侵害之正當化

#### 一、公務員制度內容之形成與法律保留原則

服公職權利之保障內容，包括公務員身分本身以及由公務員身分衍生之權利，均是由法規範所建立，服公職權利因此可說是由法規範形成其內容之基本權。同時，服公職權利之保障內容也構成由法規範所建立之公務員制度之

---

<sup>42</sup> 參照：司法院釋字第 554 號解釋。

<sup>43</sup> 相同見解：程明修，2002，頁 446 以下；盛子龍，2002，頁 4。

一環。形成公務員制度內容之法規範未必是形式意義之法律，或有形式意義法律之授權，例如，內政部為緩和回復戶警分立制度所帶來之衝擊，所發布之「戶警分立實施方案」<sup>44</sup>，即非法律，也非授權命令。然而問題即在於，是否公務員制度內容之所有事項都屬於法律保留事項？可否以行政規則或職權命令來加以規範？

如果相關事項純屬職務領域，既與公務員之基本權無關，如非組織上之法律保留事項，自得以行政規則來加以規範。如果涉及公務員之權利，大致上可以依循干預與給付之區分來解決。例如，關於公務人員曾任公營事業人員，其服務於公營事業期間，得否併入公務人員年資，以為退休金計算之基礎，大法官即以其屬給付行政措施而未嚴格要求法律保留。對於此一事項固然得立法加以規範，但在此類法律施行前，主管機關以授權命令或職權命令加以規範，都未違反憲法第 23 條所定之法律保留原則（司法院釋字第 614 號解釋）。相對地，如屬對公務員服公職權利之限制，則須適用法律保留原則，例如：

- 晉敘陞遷之重要內容應以法律定之（司法院釋字第 611 號解釋）；
- 對公務人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之（司法院釋字第 491 號解釋）。

## 二、公務員制度作為基本權限制之憲法依據

---

<sup>44</sup> 詳參：司法院釋字第 575 號解釋。

「特別權力關係」中仍有基本權之適用，此於今日已毫無異議。然而，是否可能以「特別權力關係」作為限制人民基本權之基礎？具體來說，可否以公務員制度作為限制公務員基本權之基礎？

關於基本權之限制，基本的出發點是：受憲法保障者，必須依據憲法才得加以限制。因此，對於受憲法保障之基本權，也只能由憲法加以限制。因此，可否以公務員制度作為限制基本權之基礎，首先要回答的是，公務員制度是否具有憲法位階？是否屬受憲法保障之法益？對此應予肯定，蓋憲法對於人民服公職權利之保障，以及憲法第 83 條、第 85 條及第 86 條第 1 款之規定，乃以公務員制度為其預設。所以憲法上雖無明文規定，仍應肯定公務員制度為不成文之憲法上制度。

然而，肯定公務員制度為憲法上之保護法益，還不足以推論出可以公務員制度直接作為限制公務員基本權之依據。從憲法上之規定來看，關於基本權之限制，可以區分為「憲法上之直接限制」與「憲法上之間接限制」。所謂之「憲法上之直接限制」係指限制基本權的規範本身具有憲法位階。憲法中毫無疑問可認為是憲法對基本權之直接限制者，如憲法第 28 條第 2 項對現任官吏被選舉權之限制、第 75 條對立法委員服公職權利之限制或第 103 條對監察委員兼任其他公職或執行業務之限制等等。與直接相對者自屬間接。所謂「憲法上之間接限制」係指，限制基本權之法規範本身雖不具憲法位階，但此一限制規範之制定是基

於憲法之授權<sup>45</sup>。憲法第 23 條所規定之「侵害保留原則」，即可理解為憲法上限制人民基本權之一般性地授權條款。之所以作一般性之授權，顯然是基於民主原則，人民的代表擁有一般之決定權限，包括限制人民基本權之權限。從反方面來說，一般性之限制人民基本權之權限乃賦予人民的代表來行使，除非在憲法上能另尋得依據，或基於法律之授權，其他國家機關不能限制人民之基本權。

公務員制度內容中，包含對人民基本權之憲法上直接限制者，大概只有憲法第 86 條第 1 款，依其規定，人民一定要通過考試院之考選銓定，始得取得公務人員任用資格，可說是對於人民服公職權利之憲法上直接限制。至於憲法第 80 條雖規定法官應超出黨派，但尚不足以認定為對法官政治活動之憲法上直接限制<sup>46</sup>。除此之外，要直接以公務員制度作為對人民基本權之限制依據，所能考慮者，為是否有可能存在所謂之「憲法上不成文之直接限制」，亦即以具憲法位階的價值，作為限制人民基本權之依據。與此一概念相類似者，為基本權內在界限之理論。在學說上有以此理論論證「特別權力關係」之存在價值者，例如 Detlef Merten，就主張「特別權力關係」構成人民基本權之內在界限<sup>47</sup>。

不論是「憲法上不成文之直接限制」或「基本權之內在界限」，所涉及者都屬受憲法保障之基本權與其他憲法法

---

<sup>45</sup> 關於對基本權之憲法上的直接限制與間接限制，vgl. Alexy, 1994, S. 258 f.。

<sup>46</sup> 詳參：張桐銳，1992，頁 124 以下。

<sup>47</sup> Merten, 1984, S. 73 f.

益之衝突<sup>48</sup>。此一衝突必須經由利益衡量來加以解決。然而，關於人民基本權相互間之衝突，或基本權與公益間之衝突，從憲法第 23 條來看，其調節應屬於立法者之權限。換言之，憲法法益雖可以作為限制人民基本權之理由，但由憲法第 23 條所規定限制人民基本權之要件來看，其只相當於該條所要求之公益目的，並無法因此脫免法律保留之要求。因此，不論是「憲法上不成文之直接限制」或「基本權之內在界限」，都有賴於法律之具體化。因此，不論是基於維護審判獨立、維護行政中立或其他維護公務員制度之理由，而限制公務人員之基本權利，都必須有法律依據。這在我國，特別是關於公務人員政治活動之限制，是一個特別需要反省之問題。

## 伍、結語

以上依循一般限制人民基本權之典型審查順序，對於公務員之基本權保障問題，依序檢索。本文相信，要告別特別權力關係，這是必須作的基本功夫。由於公務員關係內容之複雜、多樣，顯然不是本文所能完全處理。關於公務員基本權保障問題，還需要更多的討論與分析，除了憲法層次，行政法層次之分析恐怕更為重要，雖然這兩個層次之分析有其緊密之關連性。最後，本文想回到最初所提到的，公務人員保障法所規定之復審與申訴程序之區分問

---

<sup>48</sup> 由於在此涉及之第三者的基本權或具憲法位階之價值具「原則」性格，因此 Alexy 稱之為「具原則性格之憲法上的直接限制」，vgl. Alexy, 1994, S. 262。比較前述所引之我國憲法上對基本權之直接限制條款，可以看出這些條款確實都具「規則」性格，從而突顯出「具原則性格之憲法上的直接限制」與「不成文之憲法上的直接限制」此二概念間之關聯性。

題。如果依照本文前面之敘述，顯然這個區分有調整之必要。不過，本文在此所要強調的是，此一區分甚至無維持之必要。蓋可否提起行政訴訟，完全由行政法院依照行政訴訟法之規定來認定即可，無須管在保訓會踐行何等程序，因此，無論何種案件，在保訓會中以同一種程序處理即可。內部法與外部法之區分，對於行政法院是必要的，但對於保訓會作為行政內部之救濟機關，則否。

## 文獻

吳庚，

- 2004：行政法之理論與實用，增訂 8 版（新刷），2004 年。

李建良，

- 1999 a：基本權利理論體系之構成及其思考層次，見：氏著，憲法理論與實踐（一），1999，頁 55 以下。
- 2002：公務人員保障法復審及申訴標的之探討，月旦法學雜誌，第 90 期，2002，頁 112 以下。
- 2003 a：基本權利的理念變遷與功能體系 - 從耶林內克「身分理論」談起（上）（下），憲政時代，第 29 卷第 1 期，2003，頁 1 以下；第 29 卷第 2 期，頁 175 以下。

林明鏘，

- 2000：我國公務人員保障法之研究，見：氏著，公務員法研究（一），2000，頁 131 以下。

林明鏘 / 蔡茂寅，

- 2000：公務員法，見：翁岳生（編），行政法（上），2000 年，頁 360 以下。

法治斌 / 董保城，

- 2005：憲法新論，3 版，2005 年。

翁岳生，

- 1985：論特別權力關係之新趨勢，見：氏著，行政法與

現代國家，1985 年版，頁 131 以下。

盛子龍，

- 2002：行政訴訟法新制下公務員職務調整之權利救濟，法令月刊，第 53 卷第 10 期，2002，頁 3 以下。

陳敏，

- 2003：行政法總論，3 版，2003 年。

張桐銳，

- 1992：法官之政治活動 - 從德國法制經驗檢討我國法制化之取向 - ，國立台灣大學法律學研究所碩士論文，1992。
- 2001：論行政機關對公眾提供資訊之行為，成大法學，第 2 期，2001，頁 121 以下。
- 2006：告別「特別權力關係」？ - 從最高行政法院 94 年裁字第 1123 號裁定談起，見：台大公法中心（編），行政法實務與理論（二），頁

張嘉尹，

- 2003：大學「在學關係」的法律定位與其憲法基礎的反省，台灣本土法學，第 50 期，2003，頁 3 以下。

程明修，

- 2002：對公務人員職務調動處分的行政訴訟，見：司法院，行政訴訟論文彙編（三） - 人事訴訟，頁 433 以下。

湯德宗，

- 2005：憲法解釋與訴訟權保障 - 以公務員與懲戒為中心，憲政時代，第 30 卷第 3 期，2005，頁 353 以下。

蔡維音，

- 2001：社會國之法理基礎，2001。

## 外文文献：

Alexy, Robert,

- 1994: Theorie der Grundrechte, stw 582, 2. Aufl. 1994.

Battis, Ulrich,

- 1997: Bundesbeamtengesetz, 2. Aufl. 1997.

Isensee, Josef,

- 1995: Öffentlicher Dienst, in: Benda, Ernst / Maihofer, Werner / Vogel, Hans-Jochen (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, 2., neubearb. und erw. Aufl. 1995, § 32.

Jellinek, Georg,

- 1963: System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2., unveränderter Nachdruck, 1963.

Leuze, Dieter,

- 1998: Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beamten, ZBR 1998, S. 187 ff.

Merten, Detlef,

- 1984: Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis, in: Ders. (Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1984, S. 53 ff.

Püttner, Günter,

- 1987: Grund- und Betriebsverhältnis, DVBl. 1987, S. 190 ff.

Schnapp, Friedrich E.,

- 1977: Amtsrecht und Beamtenrecht. Eine Untersuchung über normative Strukturen des staatlichen Innenbereichs, 1977.

## <研討紀錄>

### 公務員與基本權

主持人：吳泰成 考試委員（考試院）

報告人：張桐銳 助理教授（中央大學法律與政府研究所）

評論人：程明修 副教授（東吳大學法律系）

#### 吳泰成：

報告人張老師、評論人程老師，以及在座的各位學者專家各位女士、先生，大家午安。通常這種學術討論，主持人最怕下午的第 1 場，因為這個時候，有休息的人覺得休息還不夠，沒有休息的人才正要開始休息。

我覺得很榮幸來參與這個討論。首先我第 1 個任務要來介紹報告人跟評論人。張桐銳老師是德國海德堡大學法學博士，現在在國內中央大學法律政府研究所任教。他的專長是憲法、行政法、社會法。評論人程明修教授他是德國敏斯特大學法律博士，現在是東吳大學法律系副教授。他的專長是憲法、行政法、經濟行政法、行政訴訟法還有生命科技法律等等。兩位都是我們當前最精壯的行政法方面的學者。今天的報告跟評論我想精彩可期。

今天第 2 場次要談的是「公務員與基本權」。剛剛上一個場次的最後十幾分鐘的互動時，我想大家都有注意到，其中有很多的部分是牽涉到基本權，也就是說第 1 場次跟

第 2 場次有相當合理的銜接。

我們都瞭解公務員跟國家之間的關係，也牽涉到公務員的定位。以前帝制時期，官吏只不過是皇帝的鷹犬，這怎麼說呢？各位有興趣看明清兩朝古裝連續劇，稍微注意一下，明清兩朝官服有很多種，其中穿的最普遍的是補服或稱品服。因為他那個服裝在胸口跟背後都有兩個補字的東西。這兩塊東西是有圖案的，但是這個圖案明、清兩朝是有變化的，我們講清朝好了。清朝是九品官，圖案是不同的。文武官不同，文官一品官是仙鶴、二品官是錦雞、三品官是孔雀、四品官是雲雁、五品官是白鷗、六品官是鷺鷥、七品官是雞鷩、八品官是鶴鶉、九品官是練鵲，一隻比一隻小等等。武將，武官九品的區隔是用獸類，走獸，從麒麟、獅子、豹、虎、熊、彪、犀牛等一路排開，文官用飛禽，武官用走獸，簡稱禽獸。因為在皇帝眼中他不過就是鷹犬、爪牙，皇帝充其量也不過是一隻龍，也沒什麼。不過我們可以很明確的瞭解帝制時期，官吏不過就是帝王的奴隸，即便他有法律來規範官吏的一些行為規範，但那不過只是帝王來統馭官吏的工具而已。跟今天民主法治的社會，所談的公務員跟國家間的關係或者是定位是兩碼子事。以今天在公務員跟國家之間的法律關係，也就是權利義務關係。那其中的權利裡面，牽涉到最基本的，還是我們現在要談的無論憲法上面，或者是憲法進一步所延伸出來法律方面的基本權。民國 85 年，10 年前保訓會成立，10 年前的 10 月，差不多這個時候保障法定出來，談到很多公務員的基本權限及進一步的保障事項，運作 10 年來，我們今天在面對這樣的問題來討論，我覺得很有意義，接下來

我們照運作的方式，我們就請張老師來報告。

**張桐銳：**

吳委員、評論人程老師、以及在座的各位女士、各位先生。很高興有機會來跟各位作報告，我自己在幾年前曾經參與一個由陳英鈺老師主持的，由保訓會委託的，關於行政中立的研究計畫；再往前幾年，我自己的碩士論文是寫有關法官的政治活動，因此當初寫這個題目的時候，下意識以為駕輕就熟，不過實際上真的去碰的時候才發現，實際上公務員法是蠻複雜的，不只是一些理論上有值得深思的一些理論問題，實務上的各式各種法規，也是非常非常複雜，對我一個門外漢來講，今天來這裡作這個報告呢，實在是汗顏。雖然今天是由我來作報告，但其實是希望更能今天由評論人及在座各位先進給我一些指教。

我今天這個題目是有關於「公務員與基本權」。我們從保障法的規定出發來看。保障法對於公務員權利救濟，大體上可以分申訴、再申訴程序與復審程序。這個區分雖然在保障法裡面沒有很明白的講，但是他其實是取向於公務員之後能不能提起行政訴訟。簡單講，如果是復審程序的話，之後可以提起行政訴訟，申訴、再申訴程序就不行。保障法裡面雖然沒有很明白規定，但是從保障法裡面的規定可以看出這樣的意涵。保障法第 72 條規定，復審決定書送達之次日起 2 個月內，依法向該管司法機關請求救濟；依第 60 條，復審人對保訓會於復審程序進行中所為之程序上處置不服者，應併同復審決定提起行政訴訟。這裡預設了之後可以提起行政訴訟。類似這兩個條文，申訴再申訴

程序就沒有這樣的規定了。而申訴再申訴程序有準用條文，準用第 84 條，準用復審程序一些相關規定，在可以準用的條文當中，刻意地漏掉了這兩個條文，第 72 條跟第 60 條不在準用之列。很明顯可以看出來立法者在制訂當時，確實有依此區隔申訴、再申訴跟復審程序，一個是可以提起行政救濟、一個是不能提起行政訴訟。行政法院大致上也是遵循這樣的區隔。在行政法院的判決裡面，有很明白的這樣講，在這裡面有舉 1 個判決，內容就不再重複，復審程序之後可以提起行政訴訟，因為他是針對行政處分，之後可以提起行政訴訟來救濟。如果是申訴、再申訴程序那就不行。

其實保障法的規定與保訓會運作以及行政法院運作大致上都遵循司法院釋字第 243 號、266 號、298 號這幾號解釋所建立的基準。在這些基準裡面，我認為最有決定性的是司法院釋字第 243、298 號解釋，因為這裡面對於公務員的權利保障，定了一般性的基準。第 243 號所提出之基準是有沒有影響公務員身分，對服公職權利有沒有直接影響。第 298 號把他放寬到對公務員權利有重大影響，就可以提起行政訴訟。第 243 號這號解釋，我想很明顯受到德國學者 Ule 所提出來「基礎關係跟經營關係」區分理論之影響，雖然吳庚大法官在他的著作裡面，很明白否認，說第 243 號基準跟 Ule 所提出來的基準是不一樣的，但是我們看他的基準實在雷同性非常非常的高，這影響是非常明顯的。第 298 號很明顯的就是受到德國「受刑人判決」以來所提出重要性理論的影響。不過我們要特別注意是第 298 號的用語，對公務員權利有重大影響，他沒有限定哪一個

權利。不過實務上操作的結果，都把他侷限在服公職權利，比如說後來釋字第 332、338 號，都是對服公職權利的重大影響，在後來實務操作，也很少考慮其他基本人權的重大影響，基本上都只考慮服公職權利的重大影響。在實務運作的結果，對比德國，德國自從有了受刑人判決以來，在重大性理論的影響之下，基礎關係跟經營關係的區分就被打掉了。因為即使在經營關係裡面，還是有可能會有基本權侵害的情形。基礎關係跟經營關係的區分就不適合作一個基準。但是這個區分打掉的情形，在我國實際上並未發生。在我國可以這樣講，特別權力關係，基礎關係跟經營關係的區分，也許用語不一樣，但是我認為他實質上都還在，只是我們的範圍放寬了，有些東西可以救濟了，但是這個基本區分還在。這個在行政法院判決特別明顯，在這幾年判決裡面毫無忌諱的使用特別權力關係的用語，作為不受理訴訟的理由。他很直接的說，特別權力關係是不可以提起行政訴訟的，大法官解釋只是把他範圍放寬，如果是屬於管理關係的這個部分，或者是說我們所講的經營關係的這個部分，仍然是不可以提起訴訟的。大致上仍然維持基礎關係跟經營關係的區分。簡單講還是維持特別權力關係。學說上常常很多人在說我們告別特別權力關係，實際上是沒有的。面臨這個狀況，我認為第一個，從法學角度上來說，特別權力關係的存在是必須要說理的，但是從其開始出現以來，從來沒有說理。最高行政法院在民國 48 年左右，第 1 次使用這個用語，以駁回人民訴訟以來，他就認為這是特別權力關係，就駁回了。這個狀況即使在經過大法官突破以來，也沒有改善。在司法院釋字第 243、298

號這麼具有里程碑的解釋裡面，為什麼限於免職、為什麼限於直接影響才可以救濟，為什麼限於重大影響可以救濟，對一般人民沒有加上限制，但是對公務員有，這背後的理由很明顯的是特別權力關係。但於這個理由，大法官也沒有說明理由。特別權力關係在學說上有必要再來檢驗，也就是說公務員關係是否確實有所特別，我們應該要檢驗。以下的步驟就是從基本權限制，亦即從一般國民基本權限制的典型的思考路徑來檢驗公務人員保障的問題，透過這種方式，首先，如果公務員有特別的話，特別在什麼地方；其次，如果有基本權保障的漏洞，透過這樣的檢索也可以發現出來。這是本報告最主要的一個出發點。所以我整個敘述路徑，就循著對一般國民限制基本權的一個典型，檢討基本權的保障領域，基本權侵害、侵害正當化，這三個路徑來檢討。

關於保障領域的部分，公務員他可能所涉及基本人權的保障分成兩個部分，服公職權利，以及作一個國民身分所得主張的其他的 기본人權，可以把他列為私人領域的部分，最主要檢討的是在職務值勤上，他到底受不受基本權保障，這是我第3個要討論的。

就服公職權利來講，保障領域主要包括公務員身分以及基於公務員身分所生之權利。這裡首先要說明的是「身分」，這個在學說上很常用，但很少人去作界定之概念。在此擬借用了 Jellinek 著名之「身分」理論來說明。他的最主要特徵是，他是一個「抽象化的整體法律地位」，他是 by 很多的法律關係所構成之法律狀態，但並非這些法律關係之

聚集，而是一個抽象化的描述。其最大的特徵在於個別的權利受到侵害，受到限制時，整體法律地位不會受到影響。比如說，個別之發表言論之自由受到限制，但是仍然保有作為一個國民的自由、消極之自由地位。將此一概念運用到公務員關係這邊來，則個別公務員權利雖然受到侵害或受到限制，公務員身分不會受到影響，但是如果直接把他公務員身分剝奪，除非是有這種情形，才會侵害到身分，這是在概念上可以區別開來的。對於早期之大法官解釋，我覺得，他把服公職權利跟公務員身分之保障等同，最明顯的應該是司法院釋字第 243 號解釋，亦即如果是改變公務員身分，就侵害到服公職權利，就可以提起行政訴訟。司法院釋字第 298 號解釋多多少少還是有，不過不是那麼明顯。在此他只提到，對公務員之重大影響，並未指明侵害何基本權。不過，從司法院釋字第 323、338 號解釋來看，其涉及到一個公務員由 A 機關到 B 機關，重新審定他的官等或俸給，大法官的解釋這兩號都屬於服公職權利有重大影響，當這樣講，他實際也是肯定說官等或俸給，也屬於服公職權利保障領域。問題是，如果官等或俸給屬於服公職權利保障對象，則加以限制，就已經構成基本權侵害，根本不需要「重大影響」之基準。可是他還是把重大影響這個基準拉近來，顯然其實際上想的是對公務員身分的重大影響。從這裡面我們可以看得出來，對服公職權利的理解，大法官一開始都是把他扣在公務員身分的整體法律地位上面，但後來的解釋顯然改變了，後來的解釋，關於俸給、退休，在司法院釋字第 575 號、605 號解釋；關於官等、俸給，在司法院釋字第 483 號、605 號解釋；以及關於依法

令晉敘升遷，在司法院釋字第 611 號解釋，大法官都直接指明，這些屬於服公職權利的保障範圍，而不再透過公務員身分去解釋服公職權利。服公職權利保障範圍是包括身分跟因身分所生的權利。

在私人領域的部分，除了公務員可以依國民身分享有基本權保障，並無異議外，最主要的問題在於關於財產權，亦即公務員在公法上具有財產價值的請求權，他的保障依據是什麼呢？大法官在關於互助金或關於基於考績之財產上請求權之解釋，都認為屬於財產權的保障領域。但是像俸給、退休金則認為受到服公職權利的保障。這裡的基準，我覺得在於是否與服公職有直接關連性，或是另有一個法律基礎。值得注意的是，在財產權保障的部分，學說上加一個要件，即公法上具財產價值之請求權，必須權利人對於權利之獲得有所付出，才能受財產權保障。因此，服公職權利範圍的廣狹，就會影響到這些權利是否受憲法保障。如果解釋比較窄，那麼就可能出現單純由法律所賦予，而不受憲法保障的權利。

在保障領域，還要再說明的是職務領域。在公務員執行職務的時候，他並非以基本權主體的身分去行使基本人權，而是做為職務擔當者的身分去執行一個職務，所以其行為歸屬於國家。因此在這個部分，不涉及基本人權，所以對如何執行職務之指示，並不構成對基本人權之侵害。此由司法院釋字第 483、539 號解釋都可以看得出來。在司法院釋字第 483 號解釋，關於高資低用之調任，大法官以其具有類似降級、減俸的效果，而認為構成對服公職權利

之侵害，亦即以調任的事實上效果，評價為有憲法上的重要性，反面來說，調任行為本身並不構成對對服公職權利之侵害；至於司法院釋字第 539 號解釋則更明顯。

接著談基本權的侵害。基本權侵害有兩大型態：一個是法律上的規制，法律行為的特徵是其目的性。侵害的效果就是意思表示的內容，因此具有目的性。另一種是事實上的影響，我們可以先從事實行為開始講，事實行為有可能造成基本權的侵害，在事實行為可以發現，重要的不是那個行為，而是事實上影響的那個效果。從行為到效果，這是很重要的。事實上效果不一定來自事實行為，一個法律行為也可能產生事實上效果。一個法律行為有可能因為其事實上效果，而非行為本身而構成對基本權之侵害。

以下用一些例子來說明基本權侵害概念。首先我們談談懲處。懲處依照目前實務上之作法，就看對服公職權利有沒有直接或重大影響，如果有，例如免職，就認定為行政處分，自亦認定為基本權侵害。如果是記過或申誡，對服公職權利沒有重大影響，因此不能提起行政救濟，亦即認定不構成基本權侵害。我認為不應只考慮處罰之嚴重程度，也要考慮處罰規定本身之規制內容。特別是針對職務外行為之懲處，懲處本身就包含了不得為該職務外行為之意思表示，因此為對人民基本權行使之法律上規制，所以可認定為基本權之侵害，甚至可認定為行政處分。例如，公務員發表政治言論，因此以違反行政中立為理由而給予申誡之處分。從處罰的嚴重程度來看，固然不構成對服公職權利之侵害，但其包含禁止發表該言論之意思表示，因

此為對言論自由之法律上規制，從而可認定構成對言論自由之侵害，也構成行政處分。

其次，可談談調任。調任本身是一個法律行為，以直接發生法律效果之意思表示為要素，只是調任本身所發生者，只是內部法上的效果，亦即職務上的調整。學說上認為跨機關的調任是行政處分，這是引用德國法的論點。對這點我持保留立場。如果是跨行政主體之調任，既然法律關係的相對人變了，應可肯定為行政處分。至於跨機關之調任，仍停留在同依行政主體內部之職務領域，我傾向認為並非行政處分，也不構成基本權利的侵害。值得注意的是，調任可能具有事實上效果，例如高職等公務員調到低官等職務，或者主管調非主管職，而損及聲望名譽，或因地區性之調動而影響家庭生活，這些事實上影響如果重大，而且是可預見的，應可認為構成基本權的侵害，但並不構成行政處分，因為其規制並無對外效力。行政處分概念中對外效力的認定，並非依照其事實上影響來認定，而是依其規制內容來認定。

關於基本權侵害正當化的這部分，因為時間關係只強調一點，亦即在我國可能基於行政中立的理由，來限制公務員的政治活動，這個限制，我認為還是要符合法律保留。不能直接基於憲法，即使行政中立、公務員制度是受到憲法保障的一個價值，基於這個理由限制公務員政治活動，仍然必須透過法律。不管是基於內在界限理論，或憲法上不成文之直接限制，都必須要透過法律來具體化此一限制。

在結論的部分，我再回到前面保障法的規定，以調任

來講，基於其事實上效果，可能構成基本權侵害，但是並非行政處分。換句話說，既然不是行政處分，就必須依循申訴、再申訴程序；另一方面，他構成基本權侵害，就應該給他行政救濟的可能性，允許提起行政訴訟。所以保障法中，以復審跟申訴程序來區分可否提起行政訴訟，此一結構應予打破。最後，值得考慮的是，保障法區分復審跟申訴程序，是否有其必要？從法院的立場來看，固然有必要區分內部法與外部法，但是保訓會本身就是行政內部的救濟程序，不管是內部法或外部法他都可以救濟，在這個層次似乎不需要區分，而以統一程序來處理，處理完後到行政法院提起行政訴訟時，再由行政法院依行政訴訟要件審查就可以了。報告到此為止謝謝各位。

**吳泰成：**

謝謝張老師精彩的報告，接下來我們程老師作評論，有 15 分鐘。

**程明修：**

主持人、報告人，還有各位來賓，今天很開心能夠擔任張老師有關於公務員法上特別權力義務結構與基本權報告的評論人，從張老師的這篇報告裡，大體上我們可以得到一個很深刻的印象在裡面。張老師對於特別權力義務關係相當嚴重的批判，這個是從基本權的角度來看。以這個論文的架構來說，張老師大體上處理是成功的。在憲法這個層次，在基本權保障的這個層次，基本上我們是不承認有特別權力義務關係這樣關係存在的事實。在基本權保護領域的設定上，這應該是沒有的。如果我們不用特別權力的

概念，進一步像憲法第 23 條法律保留這個層次上，特別權力義務關係的影子或他實質影響他應該還是存在的。我們承認他是穿著制服的公民，他也與一般人民有相等、相同的權利的保護，可是我們可能會因為第 23 條限制的需要或公益的需要，在法律的層次上面給予異於人民較嚴苛的限制。這是我們去處理第 23 條是不是屬於正當化事由，而這個正當化事由是不是充足的，來認定說對一般人民不採取這樣的限制，但對公務員要採取這樣的限制是比較合理或具有正當性。張老師在這樣脈絡的處理上是成功的。或許是我們在對特別權力義務關係的反省，在憲法基本權保障的面向上，應該要否認有特別權力關係存在，但我認為在行政法或法律層次上，特別權力義務關係的實質影響他應該還是有。

我想在循著張老師整個文章的脈絡，提出我對他報告上面的說理上的可能有一些不同的看法，或想跟張老師討教的地方。張老師他主要的整個出發點，一開始保障法第 25 條與第 77 條這兩個規定出發。大家很清楚如同張老師剛剛所說受到特別權力關係的影響，司法院釋字第 243 號解釋的影響，造成保障制度的二分、或公務員勤務關係的二分，也就是基礎關係跟經營關係的二分。那第 25 條跟第 77 條的規定上，往往我們會比較是在於注意對什麼樣的行為，我們去認定這兩個保障的管道，到復審程序，到底公務員所受到的不利益決定是不是一個行政處分，這個行政處分的範圍會比起行政程序法第 92 條要比較廣，特別受到司法院釋字第 298 號解釋的影響，他有所謂重大影響的概念之後，他可能不在單純侷限於行政程序法第 92 條所嚴格

限縮的行政處分。到第 77 條這邊我們去討論他所受的不利益決定是一個工作條件或是內部的管理措施，大概是從這個行為面向去區分兩個不同的救濟管道。

張老師的這個報告提醒大家，不要忘了第 25 條或第 77 條，同樣指涉到如果我們要提起復審或再申訴程序都必須要有公務員的權利、利益或權益受侵害這件事情，重點應該要擺在後面，他有權益受侵害，至於那個行為屬性，他是事實行為或行政處分，照理來說應該不影響公務員權利救濟的有無。可是我們從第 77 條或第 25 條就會產生這樣的問題，因為即使他因為權利的侵害或基本權的侵害，可是因為公務員所受到的這個決定，可能會被歸類為內部的管理措施或事實行為。會因為這樣的關係，那就會進到再申訴的程序上，進入到再申訴的程序裡面，那我們就會那如同剛剛張老師在法條援引上立法者可能有意限縮再申訴再進一步的救濟可能性，也就是說，進到再申訴程序，即使你有基本權受侵害，但是你不能提起行政訴訟，會產生這樣不利益的結果。我想張老師在這邊，對這樣的立法設計規定，他提出了相當不同的看法，他認為這樣的設計規定，忽略了他真正要著重的是他基本權是否受到侵害的這個事實，而不應該只是斤斤計較行為的屬性到底為何。所以張老師在最後所提出的整個結論，基本上我是贊成他的看法。我認為我們現有的第 25 條、第 77 條的規定，如果要作調整的話，可能有兩個調整的方案：一個是在第 77 條的解釋上，即使沒有這樣的準用規定，但是我們在解釋上面應該可以容許他即使進入到再申訴程序，仍然可以提起行政訴訟。這裡的差別是在於說，如果你進入的是復審程

序的話，在行政訴訟的類型選擇上面，你可能必須選擇的是行政處分訴訟，也就是說他的行政行為類型是以行政處分前提的撤銷訴訟或課予義務訴訟。但是假如你是進入到再申訴程序，進入到再申訴程序之後，假如你認為說基本權受到侵害的現狀還沒獲得保障，我有可能進一步想尋求行政訴訟的可能性，這時候不應該禁止。只是說他選擇的行政訴訟類型，也許是一般給付訴訟，確認訴訟等等其他非以行政處分為前提的行政訴訟。這樣整個對於基本權保障的範圍，就不會產生缺漏，這個缺漏，如果說我們容許現行法作這樣的解釋的話，那就等於是承認那個基本權受侵害的事實，而不容他有權利救濟的可能性，那這就是在法制上承認有所謂特別權力關係存在的相同結果。

另外一種可能的結論就是如同張老師剛剛所說明的，也許我們在保障制度上，把第 25 條跟第 77 條作整理，這裡我們就不去探究到底是哪一種行政行為對他產生不利益的影響，只要確定他有基本權利受影響，那這個基本權受影響，就回到剛剛張老師的報告裡面，他提到所謂從基本權保護領域的認定上，有沒有服公職權利受影響，或者是私人領域權利受影響，從這些認定如果去確定有的話，我們就容許他進到這個保障的程序當中，保障程序如果仍然未獲救濟，進一步進到行政爭訟的可能性還是存在。我想在法制上面，我們有兩個可以調整的方式，這當然取決於我們將來的立法政策如何調整。如果沒有作這樣類似的調整的話，以目前的限制來說，我個人也贊成張老師的看法，在這邊會存留一個基本權受侵害而無法獲得救濟的一個缺漏。

那這個就是整個我理解張老師他整個文章的脈絡。剩下的是張老師在文章的內容上，有幾點我想就教於張老師，比如說張老師整個思維是把以基本權作一個討論的核心，不過延續早上的第一場報告裡面，其實也出現一個類似的問題，到底公務員權利受到影響的權利內容，是不是只限於基本權而已。特別是在早上的這個報告裡面，陳愛娥老師也提到給付行政領域當中的，這裡面也有可能受到權利的影響，假如他不是屬於基本權的內涵，那就這個部分，如何認定，或透過檢驗的方式，去判斷這個時候法律有無，或者法律的規範採取的一個限制內容，這樣的限制或者是沒有法律的規範，是屬於一個合憲的要求。這個部分就沒法進入到張老師整個行文脈絡裡面，去鋪陳基本權檢驗要有保護領域、基本權受侵害要有正當化事由的檢驗脈絡裡面去。就這點來說，我就有一點疑惑，特別是張老師在保護領域內的說明，像私人領域當中，有可能涉及到服公職權利，也有可能涉及到服公職權利透過立法者政策形成之後，或者把他當作一個制度性的保障，形成具體內容之後的這種法律保障的權利。如果屬於這種法律保障的權利受侵害，他可能不見得會回溯到基本權，那麼這個時候必須要有法律的規定嘛？是不是這個法律規定要如同第23條正當化的檢驗，就會產生一點點的質疑。

在保護領域的這部分，張老師的報告裡面又提到說，如果他是屬於職務關係內的處置，基本上就不能主張基本權。除非有特別例外，比方說人性尊嚴受到侵害，就可以例外的容許他。這裡可能也會產生對我來說是一種疑惑，如果在職務關係上面，我們不承認他有基本權的話，在概

念上感覺也是一種二分，會有內外的這種二分。如果採取這樣的說法，也就是說在公務員的勤務關係，有外部關係，也有內部關係，如果是屬於內部關係，基本上，沒有基本權受侵害的事實，當然也不可能有權利救濟的需要，那這不就回到了特別權力關係的理解。那這就是屬於內部關係，在內部關係下，不容許有公務員的救濟，是不是會出現這樣的一個弔詭。如果說我們在保護領域上作這樣的一個設定，我自己會有這樣的疑惑。

那麼張老師在有關正當化事由的討論上，很精準的提到這個特別權力關係他不能夠當成一個不加以正當化說理而直接作為限制人民基本權利的一個制度。這是一個相當重要的觀念。這裡很可惜的是沒有看到張老師進一步推演說，如果說我們要對於公務員在第 23 條上給予他必要的限制，那麼正當化事由在什麼地方，同時我們也不承認公務員制度本身他也是屬於基本權保障的內在限制。這個內在限制的概念在這邊，德國的通說也是這樣說，必須進一步要透過立法者或法律形成，才有辦法作為限制的事由。那在這邊我想可以請張老師進一步幫我們多作說明，看看到底公務員限制正當化事由到底何在？在正當化事由這邊，我們同樣的要回到給付行政的這個領域內，張老師在文章中也提到司法院釋字第 614 號這號解釋，他也提到說，在這個領域，公務員可能受到的不利益影響呢，基本上他的法律保留要求的程度比較低一點。同時他也認可司法院釋字第 614 號解釋，沒有法律授權，沒有法律規定，只以職權命令來作限制，來作規範，基本上不符合法律保留的要求。早上如果我沒聽錯，吳庚大法官在他的報告裡也特別

提到司法院釋字第 614 號解釋，我這邊也想要提出來一個就是，大法官解釋當中所提到的層級化法律保留原則，也特別交代了在給付行政的領域當中，假如涉及到人民權利重大影響時，仍然也有法律保留的適用。如果這樣的話，不知道張老師在這邊態度是不是接受了司法院釋字第 614 號解釋這樣的看法，在層級化法律保留，也要有重大影響這樣的概念進來作進一步的討論。

那我想我簡單的回應就到這，謝謝各位。

**吳泰成：**

我們接下來的時間，有 15 分鐘，是互動的時間，我們照規定的程序，發言盡量掌握在 3 分鐘，同時報告你的大名跟單位。程序上為了便利運作，最後留幾分鐘給我們報告人作一個回應，不要一個一個回應，這樣時間掌控上會比較好一點。我們現在就開始，請各位把握這個機會。

— 討論與回應時間 —

**張錕盛：**

我想針對剛剛的報告有幾個點：第一個是我認為保障法第 25 條、第 77 條除了有特別權力關係的陰影外，他的整個思考模式是順著行為形式理論架構所產生的思考。其實剛剛程明修老師所提的一個東西，我自己個人在談法律關係理論會出現的就是說，如果我們去關心權利義務產生變動的那一個時點，從那一個點來觀察，可能前面的行為形式去區別行政處分或非行政處分變得不重要。但是如果

我們依循行政行為形式理論來思考，那就會變成張桐銳老師說的，以目前救濟制度會是顛倒的。如果是第 25 條，那我們過去一直以來針對行政處分的救濟，過去行政法制度的思考一直去區分行政處分跟非行政處分整個制度的設計。針對行政處分的救濟，第 25 條銜接有點像救濟的行政訴訟的先行政程序的性格，跟訴願是一樣的，但是訴願是針對行政處分而言。從第 77 條的思考來說，即使用今天的觀察來說，甚至我們只是要檢討是不是一定要經過第 77 條，還是可以透過行政訴訟法來提起救濟，因為他是非行政處分，所以非行政處分的一部分，公務員可以選擇兩個途徑來作：一個是再經過保訓會的申訴，或是根本就不經過，而直接進入行政訴訟程序。如果這樣的思考來說的話，現在制度反而是公務員就有兩個可以救濟的途徑，他可以選擇哪一個途徑來救濟，這樣的情形下現在不改反而好像對公務員也沒什麼差別，甚至搞不好因為沒有準用的規定，反而讓他不需要經過先行政程序而提起救濟。這是我思考的第一個問題。

第二個針對基本權的問題，我提一個思考是，過去在談服公職權利受到損害或是財產權受到損害，我們通常都是單一公務員法規來作判斷，而不是在一個比如說因為考績法被懲處之後附帶著晉升法受到影響，在俸級法受到影響，那個部分的權利也應該要一併考慮。那這樣的一併考慮，在基本權架構的思考，就不是單一思考，而是憲法跟憲法以下的個別法規範的整體關連性來判斷說，究竟哪幾個基本權受到影響。這樣的思考反而會擴大公務員因基本權受到侵害而救濟的時候他所思考的方向不會只侷限在單

一，而是他有多少權利受到影響。從那個地方來提起救濟。這個是我在思考的第二個問題。

至於，程明修老師，不好意思，因為你是評論人，但是我還是有一個問題是，程明修老師在提的後面那個問題，是我們是不是應該審慎思考針對一個公務員作為行政機關裡面的功能主體的那個角色所產生有沒有機關爭訟的容許性的問題，包括自己訴訟、對己訴訟的問題的存在，來維持依法行政原則，依法行政的完全落實，過去我們在談論依法行政，其實講實話是附帶主觀權利的保護，但是如果妳從公務員本身依法行政的要求，所謂對己訴訟、機關爭訟就有他的價值了。

這是附帶把自己的意見講出來順便提意見。

**吳泰成：**

剛剛報告人、評論人對於保障法第 25 條跟第 77 條的處理，跟未來發展是蠻一致的。保訓會保障處或實務有接觸的人員。好，請保訓會林昱梅委員發言。

**林昱梅：**

剛剛聽了幾位先進的發言，我個人的看法是這樣的，針對特別權力關係的這個部分，個人是相當贊同報告人的看法。就是，我認為應該要徹底革除特別權力關係對我們的影響，誠如剛剛如主持人吳委員提到的，我們在怎麼樣都不能把公務員當成禽獸來看待。所以說既然一般人民享有的基本權利的話，公務員也要享有。只是說我們若要特別限制他的基本權利的時候，就應該要有正當理由。這個

正當理由或許是因為他的身分所引起的正當理由。但是我們或許不能把他跟一般人民劃分開來，把他特別看待，然後認為他的基本權利我們可以忽略。但是假設在這個前提下面，他的基本權利受到保障，在救濟這部分我們就要去看看憲法上面對於這個訴訟權這個保障，有強調一點是無漏洞的權利保障或權利救濟。所謂無漏洞的這個意思就是說，國家特別是在行政救濟的部分上，國家在任何行為，不管他是什麼樣的形式我們都要提供他救濟的機會，這個救濟的機會，很重要的一點就是司法救濟的部分。也因此在這裡我們在去解釋保障法，的確他有特別權力關係的陰影在。如果我們去對照一般人民在行政法上救濟的管道的話，其實就誠如剛剛幾位先進提到的，我們區分為行政處分及非行政處分，亦即救濟管道，也就是說我們行政處分有一個特殊的訴願管道，其他的行政行為，可以依照修正後的行政訴訟，可以直接提起行政訴訟，不管是什麼類型的行政訴訟。但是現在我們的保障法這樣看過來，是只有針對行政處分的部分，才能上到司法救濟，在實務上的運作上，再申訴案件的話，被認定為非行政處分的那些所謂的管理措施，他不能上到司法救濟，這是剛剛報告人所提出來的。

如果我們這樣兩相對照的結果，變成是說公務人員他的基本權利、司法救濟的途徑是受到限制的，因此就是說，假設要告特別權力關係的話，或許我們要去想到一點就是在保障法的部分，在保訓會的這個層次裡面，我們可以把他的設想成是一個相當於訴願的程序，另外的這些行為就跟一般人民一樣，可以讓他直接提起行政訴訟，比方說給付

訴訟、確認訴訟，或者是說我們把保障法的範圍更擴張一點，對於非行政處分我們也給予救濟機會。但是假設我們要真正告別特別權力關係的話，照道理講應該要讓各種行政行為都有司法救濟的可能性。這是我個人的初步看法，只是說在訴訟要件上面可以加以限縮，比方說限於權利或法律上利益等類似這種訴訟權能要件的限制。如果是訴訟權能要件的限制的話，權利的要件可能就不限於基本權的概念，就可以部分回應程明修老師的一些問題。以上意見請各位多指教。

**吳委員：**

好，謝謝保訓會林委員，好時間有限，我們接下來可能就不能請各位來表達意見了。接下來我們留 6 分鐘的時間給張老師，留兩分鐘給程老師。

**張桐銳：**

我想作個補充說明，實際上對於保障法第 25 條、77 條規定，我意見沒有那麼多。實際上雖然保障法的規定，立法者好像有意思作區分，但是無論如何他沒有明白講。這表示呢其實有解釋空間。既然保障法上面沒有明白限制說申訴、再申訴之後不能提起行政救濟，而且行政訴訟法也沒有限制，依照現行法規定來看，只要基本權受到侵害，甚至一個法律上權利受到侵害，提起行政訴訟，我認為應沒有問題。只是訴訟類型有影響而已。真正的重點不在保訓會，而在行政法院。因為能不能提起行政訴訟的審查權是在行政法院，行政法院在審查的時候，如果用申訴程序、復審程序來作為能不能提起行政訴訟的區分標準的話，那

就有問題。要解構這點的話，我認為在現行法裡面，其實並不困難，只要行政法院願意，其實並不是那麼困難。至於我認為復審與申訴程序的區分，對於保訓會是不必要的，並不是著眼於權利救濟的可能性。在行政訴訟層次，我們要區分內部法與外部法，基本上只有外部法，不管是基本權也好或是外部法上的權利也好，有權利侵害，就可以提起行政訴訟。如果是內部法規上所賦予之法律上地位受侵害，除非有法律明文規定，原則上不能提起行政訴訟。在行政訴訟上有必要區分這點。但就保訓會來講，保訓會本身就是行政內部救濟體系，不只外部法他可以管，內部法他也可以管，既然內部法外部法他都可以管的話，何必在保障程序裡區分申訴跟復審程序呢？根本沒有必要，而在實務上也造成困擾。當事人提起復審，保訓會認為應循申訴、再申訴程序，就要曉諭要他改，不改，就只好不受理。而不受理之後，他又申訴、再申訴，又重來一遍。這其實不那麼必要。保訓會既然本來就是行政內部救濟機關，不管什麼樣的案件進來都可以受理，至於之後可否提起行政訴訟，其實跟保訓會無關，那是行政法院要去管的事情。行政法院依行政訴訟法的規定去認定就可以了。在行政訴訟要件的審查上，必須主張權利受到侵害，在這個地方，基本權之理論觀點就會進來了。這是我對於保障法第 25 條、其實第 77 條一個大致上的回應。

關於基本權受到侵害的這個部分，張老師提到限制正當化的問題，我想是同意的。公務員跟一般國民一樣的是，要限制其基本權，就要符合法律保留，但是仍然不排除特殊的考慮，畢竟公務員身分，基於公務員制度，基於行政

中立，而對其基本權利作與一般國民不一樣的限制，只要不踰越限制之界限，我想是沒有問題的。即使針對一般之國民，針對不同的國民，基於不一樣的考慮，也有可能作不一樣的限制，這是沒有問題。

另外張錕盛老師有提到，要對保障法作一個整體觀察，一個部分的影響可能影響在其他地方，那部分其實我認為，我這邊所說的可能是事實影響的部分。你可能作一個考績決定，這個考績可能影響到他的俸級或他的升遷，那部分是他事實上的影響，換句話說你要不要評價進來，對事實上影響的部分，我們要在什麼樣的要件之下，去認定說他有構成基本權的侵害，在基本權的考慮上，那個程度上的事實上的影響你沒有把他考慮進來，所以這邊我們可以稍微作一點切割，我想在處理上還是可以的。

程明修老師有提到職務領域的這部分，不受基本權保障也還會有這種特別權力關係的影子。我想公務員跟一般公民有一些不同的地方，這個實際上確實會有些不一樣。我覺得問題是在於說理。如果你今天很簡單的說了這是特別權力關係，公務人員跟人民是不一樣的，你只講了不一樣，所以你這部分不能救濟，當你這樣講，我們就看不出合理性，當你講的就這部分根本無關於基本人權，比方說你由 A 職位調到 B 職位，或是你在職務領域內對你的一個指示，這跟你的基本人權無關，對這部分你不能救濟，就這部分你跟一般人民基本權保障是一樣的，這裡提供的是一個有實質理由的說明，實質的說理能不能成立，還可以再檢討，最起碼有一個實質的理由，比較有一個進一步的

對話的可能性，而不是很籠統的說不一樣。不一樣就解決了，實際上不一樣他沒有提出任何一個基準。如果說有差別，在這個地方至少有差別。

我想補充一下剛剛有提到職務領域的部分，學說上有提到涉及人性尊嚴就可以救濟。那部分雖然我沒有講，但那是我後面基本權事實上影響要提到的，如果我對於職務上的指令，指令本身是一個內部行為，不涉及到基本人權，但是他可能有事實上的效果，造成侵害人性尊嚴的事實上效果，這就是我後面在提到基本人權事實上影響的部分處理的。學說上我看到的並沒有說明為什麼涉及人性尊嚴就可以救濟，我對這點特別不滿。為什麼涉及人性尊嚴就可以救濟，我認為是因為涉及到人性尊嚴，此一事實上效果在基本權保障是被評價，而被認為構成基本權的侵害。

**吳泰成：**

謝謝，我們接著給程老師。

**程明修：**

張老師附帶提一個問題，我想再回應一下張桐銳老師剛的說明。我剛的疑惑，因為張老師的報告張老師從保護領域，基本權侵害沿著基本權的論述架構去說明，因為在職務關係的討論上是放在保護領域當中去討論，是在這方面認定他是不是屬於保護領域的範圍，可是如同剛剛張老師的補充裡面，他可能會影響的是事實上的侵害，換句話講，事實上的侵害跟那種規制行為上來講所造成的基本權的侵害，在論證的順序上或論證的邏輯架構上可能也許是不太一樣。是不是要延續這種保護領域侵害的架構，或者

是在侵害的類型上，連同保護領域一併的討論，而不是區分兩者。在邏輯上你是放在前面討論，所以我會提出這樣的問題。

剛剛張錕盛老師提出：機關之間，就公務員本身，公務員是不是等同於機關本身進行爭訟，這也是問題的核心，公務員本身他具有雙重身分，一方面他是個公民，一方面機關成員，屬於國家機器的一部份。他的身分特殊，國家對他的處置往往很難區分一個行為下去到底是對他的哪一個身分在作不利益的對待。對他公民的身分或對他公務員的身分，就因為這樣的關係，我們要判斷他是屬於內部的關係或外部的關係，會產生這種認知上的困難，我剛剛贊同張桐銳老師的說法，我們不去區分他是不是有基本權受到侵害這個事實，如果有，作為一個公民的基本權的權利救濟就應該給他，如果就如同剛剛張錕盛老師提的，如果他是屬於機關權限本身受到上級機關影響的話，我想在訴訟制度的設計上，不應該排除機關訴訟的可能性。那麼這種機關訴訟的特性，就不是屬於主觀訴訟，而是客觀訴訟的一種類型。我個人認為是可以在立法政策的考量上可以作這樣的判斷。

### **張桐銳：**

在剛剛職務關係的這部分，第一個就是說，我沒有特別去區分要不要這傳統的討論順序，因為不想在這裡花太多時間。在職務關係的這部分，我原先寫的時候我是想打一個問號，這個問號不曉得是忘了打還是刪掉了，沒有問號就會覺得很奇怪。原先是要有個問號才對。

吳泰成：

我們民主法治逐步走來，有關公務員的定位，實際上有 7、80 年是在特別權力關係之下，現階段仍舊沒有脫離。其中有一個關鍵年代是民國 85 年。民國 85 年發生了幾件事情。民國 85 年 1 月的時候，考試院提出公務人員基準法草案，裡面明白說，不像特別權力關係從沒寫在條文過，裡面說這個草案多次送立法院還沒完成立法，裡面說，公務員和國家的關係，是公法上職務關係。當年 2 月司法院釋字第 395、396 兩號的解釋，一個在解釋文、一個在理由書上說明，也用了公法上的職務關係。從此之後，多次公法上的職務關係一直被大法官解釋一直援用，也就是說應該已經定位了。

考試院送的這個公務人員基準法草案裡面，這個觀點行政院沒有提出不同意見，一直到現在都沒有不同意見，只是沒有完成立法。當年 6 月 1 日保訓會成立，裡面重要的業務之一就是保障業務。當年 11 月保障法公佈施行。民國 85 年是一個跨時代的時間。事實上 10 年走來，我們把公務人員權利跟保障救濟，一步一步走來，最近保障法也做過修正，事實上我們可以很瞭解，從基本權的這個觀點，或者從剛剛幾位學者也都提到，他起碼的公民的權利義務的這個保障，再加上因為職務所加上的限縮限制等等，他中間核心的問題是基本權。如何去界定。我覺得今天的這個討論是很有意義，值得我們保訓會進一步作一些修法立法，或實務上的參考。

謝謝，謝謝報告人，謝謝評論人。

#### 四、第三場

論文：行政處分停止執行作為公務人員法上暫時權利保護  
制度－以停職處分為例

盛子龍\*

壹、問題之提出

貳、正確的暫時權利保護類型

參、權利保護必要性

一、行政自我審查優先原則？

(一)德國法制

(二)我國法制上的爭議與釐清

二、是否必須以聲請人已經提起復審或訴願為必要？

肆、行政處分停止執行之實體審查標準

一、德國法制上之實體審查標準

(一)概述

(二)被訴請撤銷之行政處分之合法性有重大疑義

(三)執行將對涉及者產生非基於重大公益所必要之不  
當嚴苛

---

\* 國立台灣大學法學博士；國立中正大學財經法律學系副教授。

## 二、我國行政法院實務的實體審查標準

### 三、我國法制實體審查標準之重新建構

(一)「以不停止執行為原則，以停止執行為例外」之規範意義

(二)「原行政處分合法性顯有疑義」作為停止執行之要件

1. 學理上爭議之釐清

2. 「原行政處分合法性顯有疑義」之意涵

(三) 三階段式審查模式

(四) 審查密度

1. 事實之調查與認定

2. 客觀舉證責任之分配

3. 法律問題之審查

## 伍、結論

## 行政處分停止執行作為公務人員法上暫時權利保護制度

### — 以停職處分為例 —

#### 壹、問題之提出

在法治國家，任何人之權利受公權力侵害時，均得請求國家給予權利救濟。我國憲法第 16 條規定人民享有訴願權、訴訟權，即旨在透過訴願或訴訟等正式的權利救濟程序，提供人民一個完整、無漏洞而且具有實效性(effektive)的權利救濟的保障。其具有以下二層基本的意涵：首先，憲法第 16 條要求建立一個完整的、無漏洞的權利救濟制度，以徹底地消除法治國的黑洞或死角。蓋在一個實質的法治國家中，人民不可以只因為在國家的訴訟制度上欠缺一個法定的權利救濟的形式，就被拒絕在司法救濟的大門之外<sup>1</sup>。其次，如果國家只是在權利救濟的途徑上廣開大門，但卻不能提供一個具有實效性的權利保障，則權利救濟無疑將淪為畫餅充饑，甚至只是徒增人民訟異。故實效性要求乃進一步成為權利救濟程序形成的指導原則。

惟上述憲法第 16 條蘊含的基本要求並不只是針對本案救濟程序而發，實務上由於本案救濟程序往往過於冗長，以致於個人即使獲得勝訴，亦可能因為訴訟延滯造成覆水難收之事實，使個人因此蒙受難以回復之損害，故基於權利救濟完整性及實效性的基本要求，自必須著眼於國家公權力行為之態樣及公法爭議事件之性質，另行在本案救濟程序之外，建立完整且具有實效之暫時權利保護的類型。

---

<sup>1</sup> Schenke, JZ 1988, 322.

我國行政救濟法亦即著眼於此，建構起暫時權利保護制度，並將其劃分為行政處分停止執行以及假處分二大類型。其應如何運用，以充分發揮暫時權利保護之規範功能，近來已經成為行政救濟法學探討之熱門議題。近來議題更由基礎理論的角度出發，進而向行政法各論延伸。

本文即在嘗試以暫時權利保護基礎理論為出發點，以下列案例中公務人員停職之暫時權利保護為中心，分別探討其在適用上之重要課題。

案例一：公務員甲被所屬主管長官依據公務員懲戒法第4條第2項規定，以依第19條之規定移送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議而認為情節重大者，依職權先行停止其職務。甲認為主管長官就事實認定有誤，且其縱使有違法、失職，亦尚未達情節重大之程度。甲乃於提起復審前，即以「原行政處分合法性顯有疑義」為理由逕向保訓會申請停止前開停職處分效力之執行。

案例二：乙當選為○○縣第15屆縣長，於當選同月20日宣誓就職。內政部旋以94年12月20日台內民字第09400671581號函乙，以其因涉貪污治罪條例案，經地方法院判處有期徒刑以上之刑，依地方制度法第78條第1項第1款，自94年12月20日宣誓就職即刻停止縣長職務。乙認為內政部在其宣誓就職日即停止其縣長職務，造成其「難以回復之損害」且並非為維護公益所必要，不服該停職處分，乃於提起訴願前，即逕向行政法院聲請自即日起停止前開停職處分效力之執行。

針對上述案例，本文將分別探討下列問題：

- 一、上例中，公務人員擬對停職處分聲請暫時權利保護，其應遵循之暫時權利保護類型為何？
- 二、上例中，公務人員在未向復審審理機關（案例一）或訴願審理機關（案例二）申請停職處分之停止執行無結果以前，即逕向行政法院聲請停職處分之停止執行，其聲請是否具有權利保護必要性？又公務人員在提起復審（案例一）或訴願（案例二）以前，即向復審審理機關、訴願審理機關或行政法院申請停職處分之停止執行，其聲請是否具有權利保護必要性？
- 三、在公務人員聲請停職處分停止執行之程序，實體之審查標準為何？尤其是行政法院得否以停職處分之合法性顯有疑義為理由裁定停止執行？
- 四、公務人員聲請停職處分停止執行之程序，其審查密度為何？
- 五、在公務人員聲請停職處分停止執行之程序，若涉及要件事實認定爭議，應由何者負擔客觀舉證責任？

## 貳、正確的暫時權利保護類型

我國行政救濟法上之暫時權利保護制度基本上劃分為行政處分停止執行以及假處分二大制度。聲請人必須提出正確類型之聲請。至於聲請人究竟應提出行政處分停止執行之聲請或是假處分之聲請，則係取決於本案救濟之訴訟類型。基本上，唯有在本案救濟之訴訟類型為撤銷訴訟以及確認行政處分無效之訴訟時，提出行政處分停止執行之聲請，方屬正確。惟聲請人未能提出正確類型之聲請者，

法官應善盡闡明之義務，不得以聲請暫時權利保護類型錯誤逕行駁回。

在公務人員對停職不服之事件，本案救濟之訴訟類型，則取決於停職之行為性質。早在行政法院改制以前，行政法院 85 年判字第 1036 號判決即宣示：「若公務員受停職處分，既停止其職務，使不得連續服勤，不受考績、不能晉級，較諸受降低官等或審定之級俸處分對公務員所生之損害並無差異，不能謂非於其憲法所保障服公職之權利有重大影響；且其停止其薪給，使不能按時領受俸給，亦難謂非其公法上之財產請求權遭受損害，參照上開司法院解釋意旨（係指司法院釋字第 312、323 及 338 號解釋），應許其提起訴願及行政訴訟以資救濟，始符憲法所保障服公職之權利。」此一見解可資贊同。

準此以解，除了依據公務人員考績法所為之停職係屬於行政處分<sup>2</sup>，案例一中主管長官依據公務員懲戒法第 4 條第 2 項規定所為之停職亦屬於行政處分。而案例二中，內政部依地方制度法第 78 條第 1 項第 1 款規定，停止有任期之民選縣長職務的行為亦係屬行政處分。故上述兩個案例，當事人不服停職處分之本案救濟之訴訟類型應為撤銷訴訟，故其聲請停職處分停止執行，自屬正確。

---

<sup>2</sup> 公務人員考績法第 18 條規定，年終辦理之考績結果，應自次年 1 月起執行；一次記二大功專案考績及非於年終辦理之另予考績，自主管機關核定之日起執行。但考績應予免職人員，自確定之日起執行；未確定前，應先行停職。另公務人員考績法施行細則第 24 條規定，依本法第 18 條規定應先行停職人員，由權責機關長官為之；被先行停職人員，如其後准予復職，應補發其停職期間俸給，其任職年資並予繼續計算。前項復職人員，在考績年度內停職期間逾 6 個月者，不予辦理該年考績。依公務員懲戒法先行停職後，准予復職者之任職年資及考績，比照前 2 項規定辦理。

至於在本案救濟之訴訟類型為課予義務之訴或是一般給付之訴時，則應提出假處分之聲請。例如公務人員因停職事由消滅而申請復職，若被拒絕或逾法定期間怠為決定者，本案救濟之訴訟類型應為課予義務之訴，則公務人員自得提出假處分之聲請，請求法院為定暫時狀態之假處分，併此敘明。

### 參、權利保護必要性

#### 一、行政自我審查優先原則？

公務人員在未向原處分機關或復審審理機關（或訴願審理機關）申請停職處分之停止執行無結果以前，即逕向行政法院聲請停職處分之停止執行，其聲請是否具有權利保護必要性，解釋上不無疑義。蓋依據訴願法第 93 條第 2 項規定，申請行政處分停止執行，除得向原處分機關或訴願審理機關提起外，同條第 3 項規定，前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。另行政訴訟法第 116 條第 3 項亦規定，於行政訴訟起訴前，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。有疑義者，是否在程序上必須先向原處分機關或復審審理機關（或訴願審理機關）申請行政處分停止執行未獲救濟之後，方得向行政法院提出聲請。

#### （一）德國法制

按在一般的行政救濟案件，德國行政法院法並未明文規定向原處分機關或訴願審理機關申請停止執行構成向行政法院聲請停止執行之法定前置程序。相對於此，就稅務案件，德國租稅法制則另設有特別規定。德國財務法院法

第 69 條第 4 項規定：「依第 3 項規定所為之聲請，僅得於行政機關已對停止執行之申請，拒絕全部或一部時，始得為之。但有下列情形之一者，不在此限：1. 行政機關就相關之申請，未通知足夠之理由，而於相當期間內仍不對申請內容本身作決定時。2. 有受行政上強制執行之威脅時。」另外在針對涉及公課及費用債權徵收之案件，德國行政法院法第 80 條第 7 項亦有相同規定。

按德國立法所以設有此一特別的合法性要件，依據其立法理由的說明，主要係基於以下二個考量。首先，就涉及租稅或其他公課之行政處分之停止執行，樹立行政自我審查優先於司法審查。再者，由於涉及租稅、公課等之爭議案件的大量與繁重，藉著行政自我審查優先的設計亦可以減輕法院審理此類案件之負荷<sup>3</sup>。

依據德國實務之解釋，此一規定係屬於聲請停止執行之特別的合法性要件，因此必須在提出聲請時，即已經符合此一要件，否則即應予駁回。惟在此一原則下設有兩個例外，一者為行政機關經相當期間對生申請怠於作成決定者，為免因行政機關無故拖延而延誤暫時權利保護之時機，故容許直接向法院提出聲請。另一個例外是在有受行政執行之威脅時，亦得不受上述限制而得以直接向法院提出聲請。所謂有受行政執行之威脅者，並非指有受行政執行之可能，而是必須負責行政執行之機關已經開始採取具體的行政執行行為，始足當之<sup>4</sup>。

---

<sup>3</sup> Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 1998, § 80 Rn. 340.

<sup>4</sup> Vgl. von Groll / Koch, in: Gräber, FGO, 2002, § 69, Rn. 70 ff.

至於在一般的行政救濟案件，德國行政法院法並未明文規定向原處分機關或訴願審理機關申請停止執行構成向行政法院聲請停止執行之法定前置程序。惟亦有少數德國學者主張，基於「權利保護必要性」，若有比向行政法院尋求救濟更簡便，更直接、更有效率之其他方法可以達到保護個人權利之目的時，仍應優先選擇其他方法，以免徒增法院負擔，浪費訴訟資源。既然個人可以先向原處分機關或訴願審理機關申請停止執行，則在有這種可以更為直接達成暫時權利保護目的之途徑可供利用時，若逕向行政法院聲請停止執行，即屬欠缺權利保護必要性<sup>5</sup>。不過此一解釋並不為德國主流見解所採，蓋由立法理由可以看出得立法者上述考量並不具有通盤性，故不得比附援引，將此一規定一般化的類推適用在其他聲請停止執行之案型，亦不得藉由權利保護必要性導出類似之結論<sup>6</sup>。

## (二)我國法制上的爭議與釐清

相對於德國的發展，在我國不論是稅務案件或是其他行政爭訟案件，依據我國實務見解，原則上，聲請人均必須先向訴願審理機關申請停止執行，若其逕行向行政法院提出聲請者，法院將以其聲請欠缺權利保護之必要性而予以駁回。其理由如下：

(1) 訴願法第 93 條第 2 項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要。

---

<sup>5</sup> Vgl. Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 2000, § 32 Rn. 37.

<sup>6</sup> Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 1998, § 80 Rn. 341.

(2) 行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查。

不過參考近來實務發展，實務上亦承認有下列兩項例外：

(1) 必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，否則難以救濟者<sup>7</sup>。

(2) 訴願機關逾時不予處理，致受處分人無從依停止執行制度受到應有之保護者<sup>8</sup>。

上述實務見解是否恰當，我國學者意見不一<sup>9</sup>，有待深思。

關於此一問題之思考，首先當然應自相關法律規定之文義及體系關聯出發。按訴願法第 93 條第 3 項僅規定：「行政法院亦得依聲請，裁定停止執行。」顯然並未要求人民必須先向訴願審理機關申請停止執行無結果方得向行政法院聲請停止執行。而行政訴訟法第 116 條第 3 項規定：「在

---

<sup>7</sup> 最高行政法院 92 年裁字第 162 號裁定。

<sup>8</sup> 最高行政法院 94 年裁字第 327 號裁定：「查抗告人既已向訴願機關以有急迫情形請求停止原處分之執行，訴願機關逾時已久，迄今仍不予處理，致抗告人等無從依停止執行制度向訴願機關聲請而受到應有之保護，自應許抗告人等直接向行政法院聲請對原處分停止執行。原裁定僅以訴願機關尚未對該聲請處理前，抗告人並無逕向原審法院聲請停止系爭行政處分執行之必要，據以駁回抗告人等之聲請，而未審酌抗告人等已依法向相對人聲請，相對人未依法妥適儘速處理，及本件聲請是否符合行政訴訟法第 116 條第 3 項前段停止執行之要件，自嫌遽斷。」

<sup>9</sup> 對實務持批判見解者，請參閱李建良，九十年行政法實務見解回顧，台灣本土法學，第 38 期，頁 48；對實務持肯定見解者，請參閱陳英鈞，論撤銷訴訟之暫時權利保護，行政法實務與理論（一），2003 年 3 月，頁 251 以下。

起訴前，……行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。」在此亦並未要求受處分人或訴願人必須先向訴願審理機關申請停止執行未果，方得向行政法院聲請停止執行。

至於由體系規則的角度來看，在涉及行政處分的本案救濟程序，固然設有行政自我審查優先於司法審查的原則。惟行政處分停止執行制度的規範功能是在本案救濟尚未有結果以前，以快速的程序儘早提供人民有效的暫時權利保護。故與一般的本案救濟程序不同，並無要求人民必須先向訴願審理機關申請停止執行，以確保行政自我審查優先於司法審查之必要。反而是為了符合暫時權利保護之目的，應由人民保有程序上的選擇權，視情況選擇對自己最有利的程序，較為合理。

最後，法律規定訴願審理機關與行政法院均得受理人民之聲（申）請，以決定是否要停止執行。此二者毋寧是並存的、選擇的關係，法律直接給予人民向行政法院聲請停止執行的權利，其並非是向訴願審理機關申請遭到拒絕後之法律救濟途徑。

不過上述建議之處理方式只是就一般案件立論，若考量各類行政法案件之特殊性質，並非沒有進一步類型化的空間。例如就稅務案件而言，不僅其數量多，且其涉及之法律問題及事實問題之專業性及複雜性頗高，是否能夠期待我國行政法院法官在快速的略式審查程序中可以善盡職責，適當地分配本案救濟程序與暫時權利保護程序結果不一致的風險，實在不令人樂觀。因此要求納稅義務人原則

上必須先向原處分機關或訴願審理機關申請停止執行，未必違反暫時權利保護之目的，且可以減輕我國行政法院負荷，結果上毋寧較為可行。至於對公務員不利之行政處分停止執程序，雖並無上述稅務案件之特殊情形，但是著眼於保訓會係我國法制為有效保障公務人員權利在組織結構上特別設置、完全獨立於原處分機關行政系統之外的專業委員會，其獨立性與一般或多或少仍與原處分機關行政系統有一定牽連之訴願審理機關非可同日而語，故為符合公務人員保障法特別設置保訓會之規範意旨，在案例一，非不可要求受處分之公務人員原則上必須先向保訓會申請行政處分停止執行無結果後，方得向行政法院提出聲請。至於在案例二，因不適用公務人員保障法之規定<sup>10</sup>，則應回歸上述所建議一般行政救濟案件之處理方式，而無為如此限制之必要<sup>11</sup>。

---

<sup>10</sup> 參照公務人員保障法第 3 條之規定，本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。前項公務人員不包括政務人員及民選公職人員。

<sup>11</sup> 惟最高行政法院 95 年度裁字第 00701 號裁定則仍依據其一貫的見解處理。其謂：「原裁定以：抗告人係於 94 年 12 月 26 日向原審法院聲請停止系爭處分之執行，嗣於 94 年 12 月 30 日向行政院提起訴願，而於原審法院 95 年 1 月 4 日上午行準備程序後，於同日下午分別向受理訴願機關（行政院，下同）及相對人申請停止系爭處分之執行，經相對人以 95 年 1 月 12 日台內民字第 0950007599 號函請行政院訴願審議委員會（副知抗告人）釋復憑辦，則本件受理訴願機關及相對人於 95 年 1 月 4 日受理抗告人停止執行之申請後，已處理中，未有抗告人所言已拒絕或置之不理等情，抗告人僅以其無法期待受理訴願機關及相對人之自我反省，遂稱應由原審法院介入處理云云，揆之前揭說明，抗告人所指尚非情況緊急，非即時由行政法院予以處理，即難以救濟之情形，殊無逕向原審法院聲請停止執行之必要。況查行政程序法第 51 條已規定：「行政機關對於人民依法規之申請，除法規另有規定外，應按各事項類別，訂定處理期間公告之。未依前項規定訂定處理期間者，其處理期間為 2 個月。行政機關未能於前 2 項所定期間內處理終結者，得於原處理期間之限度內延長之，但以 1 次為限。前項情形，應於原處理期間屆滿前，將延長之事由通知申請人。行政機關因天災或其他不可歸責之事由，致事務之處理遭受阻礙時，於該項事由終止前，停止處理期間之進行。」本件受理訴願機關及相對人處理抗告人申請停止執行案件，未逾上開法條所定處理期間，而抗告人不服系爭處分，既已提起訴願並向受理訴願機關及相對人申請停止執行，自應由受理訴願機關及相對人本於行政自我審查之功能，審查應否停止系爭處分之

## 二、是否必須以聲請人已經提起復審或訴願為必要？

又聲請人聲請行政處分之停止執行，是否以聲請人已經提起訴願為權利保護之要件，解釋上亦不無疑義。蓋依據行政訴訟法第 116 條第 2 項規定，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。因此向行政法院聲請停止執行，並不以聲請人已經提起行政訴訟為必要，法有明文，自無疑義。但是，聲請人在提起訴願以前，若逕向訴願審理機關或行政法院申請停止執行，該申請是否具有權利保護之必要，法無明文，解釋上仍有疑義。

在德國法制上，就此一問題，亦引起高度爭議。持否定觀點者認為，聲請人若是尚未提起訴願請求撤銷行政處分，即逕行向行政法院聲請使該行政處分發生停止執行之效力，聲請即不合法。蓋依據德國行政法院法第 80 條第 1 項規定，行政處分係因個人提起本案行政救濟（訴願及撤銷訴訟）而發生停止執行效力。至於在依據德國行政法院法第 80 條第 2 項規定，行政處分依法具有立即執行效力或是行政機關作成立即執行命令的情形，個人則得透過聲請，促使有權機關及法院作成使本案行政救濟發生停止執行效力或是使本案行政救濟再度回復使行政處分停止執行效力之決定（參照德國行政法院法第 80 條第 4、5 項）。因

---

執行，尚無再由行政法院介入之必要。本件抗告人未待受理訴願機關及相對人作成准駁之決定，復向原審法院聲請停止執行，自屬欠缺權利保護之必要等由，而駁回抗告停止之執行之聲請。原裁定經核於法尚無違。」

此欲使行政處分發生停止執行之效力，自必須以聲請人至少已經提起訴願請求撤銷行政處分為前提。若是聲請人根本尚未提起訴願，則欠缺可以使行政處分發生停止執行效力之存在基礎<sup>12</sup>。

惟持肯定見解者則認為，德國行政法院法第 80 條第 5 項第 2 句明文規定在提起撤銷訴訟以前，即可以向行政法院聲請作成使行政處分發生停止執行效力之裁定，適足以顯示，法院提供之暫時權利保護並不以本案救濟程序繫屬為必要。況且如果要求個人必須在提起訴願以後，方可以向行政法院聲請停止執行，則勢必將因此壓縮到個人充分利用法定救濟期間之可能。蓋在法定救濟期間內，個人原本可以仔細考量決定是否提起訴願。不應該使個人為了聲請停止執行而被迫放棄充分利用法定救濟期間之可能。是故，一方面基於法定救濟期間設置之規範目的，另一方面為避免行政處分立即執行對個人權利之危害，自不宜限制個人必須先行提出訴願方可聲請停止執行<sup>13</sup>。

就此一爭議，本文支持後一觀點。除了同意其提出之理由外，並補充如下理由。首先上述第一種見解並不能適用於我國。蓋依據我國法制設計，行政處分停止執行之效力並不是自始附著於本案行政救濟之提起而當然發生，因此停止執行之決定並非是在回復或賦予本案行政救濟使行政處分停止執行之效力，自不須以個人已經提起訴願作為

---

<sup>12</sup> Vgl. Huba, JuS 1990, 807; Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, 1538.

<sup>13</sup> Vgl. Schenke, Verwaltungsprozeßrecht, 1998, Rn. 993.

停止執行聲請合法性之前提。再者，聲請行政處分停止執行制度與聲請假處分制度均屬於法治國家暫時權利保護之一環。既然假處分之聲請並不以聲請人在提出聲請時已經提起本案行政救濟為其聲請合法性要件，則行政處分停止執行之聲請亦不應以聲請人在聲請時已經提起本案行政救濟為其合法性要件，體系方屬一貫。至於在停止執行審理程序中，若是聲請人在法定救濟期間經過後並未提起訴願，以致於行政處分發生形式存續力者，法院自應以該聲請欠缺權利保護必要而予以駁回，則另當別論。

## 肆、行政處分停止執行之實體審查標準

### 一、德國法制上之實體審查標準

#### （一）德國法制概述

依據德國行政法院法第 80 條第 1 項規定，行政處分係因個人提起本案行政救濟（訴願及撤銷訴訟）而發生停止執行效力。至於在依據德國行政法院法第 80 條第 2 項規定，行政處分依法具有立即執行效力或是行政機關作成立即執行命令的情形，有權機關及法院則得依職權或是依個人聲（申）請，作成使本案行政救濟發生停止執行效力或是使本案行政救濟再度回復使行政處分停止執行效力之決定（參照德國行政法院法第 80 條第 4、5 項）。不過在德國行政法院法並未就一般性的案件，明文針對行政處分之停止執行「直接」建構一套實體審查標準。因此學理針對有關聲請行政處分效力延宕之實體審查標準遂產生相當的爭議，並發展出「略式審查」模式與「純粹利益衡量」模式、「略式審查」為主搭配「利益衡量」模式、「利益衡量」為

主搭配「略式審查」模式等等爭議。通說則發展出一個「略式審查」搭配「利益衡量」之階段審查模式<sup>14</sup>。

相對於此，在德國租稅救濟法制上，則特別針對行政處分停止執行明訂實體審查標準。本來在德國行政救濟法制下，原則上行政救濟之提起即具有使行政處分自動停止執行之效力，不過相對於此一原則，為了確保國家財政收入之穩定，納稅義務人針對租稅裁決提起訴願或撤銷之訴，則例外地不具有使租稅裁決自動停止執行之效力。惟為了能在本案救濟結果出爐以前，提供納稅義務人有效之暫時權利保護並發揮暫時定紛止爭之功能，特別設計出有權機關或法院得依職權或是依個人聲（申）請宣告行政處分停止執行之制度。此一基本設計與我國法制大致相同。由於其規範結構與我國法制有相似之處，其如何解釋適用頗值我國參考借鏡，故以下特別作較為完整之論述。

依據德國租稅通則第 361 條第 2 項規定，作成系爭行政處分之稅捐稽徵機關，得停止執行之全部或一部。而若被訴請撤銷之行政處分之合法性存有重大疑義，或其執行將對涉及者產生非基於重大公益所必要之不當嚴苛結果時，經聲請者宜（sollen）停止執行。德國財務法院法第 69 條第 2 項亦有文字大致相同之規定。另德國行政法院法第 80 條第 4 項第 3 句亦規定，行政處分之執行，於其涉及公課及費用時，如就被訴請撤銷之行政處分之合法性存有重

---

<sup>14</sup> 詳細論述請參閱林明昕，行政爭訟上停止執行之實體審查標準，發表於中央研究院法律學研究所籌備處、最高行政法院、臺北高等行政法院、臺中等高等行政法院及高雄高等行政法院主辦，2005 年行政管制與行政爭訟學術研討會，2005 年 11 月 19 日，頁 23。

大疑義，或其執行將對公課及費用之繳納義務人造成非重大公益所要求之不當嚴苛結果者，宜停止執行。

在上開規定下，就租稅核課行政處分是否要發生停止執行，德國立法者係賦予原處分機關、訴願審理機關及財務法院享有停止執行之裁量權。但上開規定亦具體規定，在行政處分之合法性存有重大疑義，或其執行將對涉及者產生非基於重大公益所必要之不當嚴苛結果時，經提出停止執行之聲（申）請者，有權機關原則上即應為停止執行之決定<sup>15</sup>。有關其具體之解釋適用將於下節說明。

## （二）被訴請撤銷之行政處分之合法性有重大疑義

依據上開規定，納稅義務人針對租稅核課處分，提出停止執行聲（申）請時，只要原處分機關、訴願審理機關及財務法院經略式審查發現其合法性有重大疑義，即「宜」為停止執行之決定，亦即其裁量原則上即萎縮到零。蓋在租稅核課處分之合法性有重大疑義時，原則上就不應該再以維持財政利益優先於個人權利保護為理由，繼續實現該處分之內容。不過若是停止行政處分執行將對國家預算秩序造成重大不利影響者，則仍有可能基於利益衡量，駁回停止執行之聲（申）請<sup>16</sup>。

至於究竟行政處分之合法性之疑義要到什麼程度方構成有重大疑義，解釋上頗具爭議。依據德國實務及學界多數見解，所謂被訴請撤銷之行政處分之合法性有重大疑

---

<sup>15</sup> Vgl. Brockmeyer, in: Klein, Abgabenordnung, Kommentar, 2000, § 361 Rn. 12.

<sup>16</sup> 例如在以稅法規定有違憲疑義聲請停止執行時，德國實務會作進一步的利益衡量。Vgl. Brockmeyer, a. a. O., § 361 Rn. 14.

義，係指經過略式審查後，聲請人本案救濟勝訴的蓋然性與本案救濟敗訴的蓋然性相當即為已足，並不以個人本案救濟勝訴的蓋然性較高為必要<sup>17</sup>。例如在聯邦不同系統的最高法院相互間見解不一或聯邦財務法院各庭見解不一時，行政處分之合法性即有重大疑義<sup>18</sup>。

### (三)執行將對涉及者產生非基於重大公益所必要之不當嚴苛

所謂執行將對涉及者產生非基於重大公益所必要之不當嚴苛，解釋上有二個重點。首先，依據德國實務學界主流見解，這個法定選項的操作並非採取純粹利益衡量的模式。作為暫時權利保護措施，其仍須經過略式審查，並且審查結果必須顯示出，不能排除行政處分仍有合法性疑義存在，聲請人本案救濟並非全然沒有希望，方可適用此一選項。若是經過略式審查，該行政處分顯然無合法性疑義存在，亦即聲請人本案救濟顯無理由者，即應駁回聲請。即使執行將對涉及者產生不當嚴苛亦然。這也是作為暫時權利保護措施之停止執行制度與租稅法上衡平制度最根本的差異所在<sup>19</sup>。其次，在此所謂「不當嚴苛」，就租稅核課處分而言，係指義務人因執行所遭受之不利益，已經是超越了原本金錢給付之外而不能或難以回復，或甚至於當執行已經危害到其經濟上的生存者，方屬該當。另外，在租稅法上要求為一定作為、不作為或容忍之行政處分，因不

---

<sup>17</sup> Vgl. Birkenfeld, in : Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 1995, § 361, Rn. 101

<sup>18</sup> Vgl. Brockmeyer, a. a. O., § 361, Rn. 13.

<sup>19</sup> Vgl. Brockmeyer, a. a. O., § 361, Rn. 18.

能回復原狀，通常亦屬於「不當嚴苛」<sup>20</sup>。

## 二、我國行政法院實務的實體審查標準

依據我國行政法院實務的見解，在行政訴訟法第 116 條第 2 項規定下，行政法院要作成停止執行之裁定，必須具備以下四個要件：

- (1) 執行將發生難於回復之損害。
- (2) 有急迫情事者。
- (3) 停止執行對公益無重大影響者。
- (4) 原告之訴在法律上非顯無理由者。

依據我國實務解釋，所謂「難於回復之損害」，係指其損害不能回復原狀，或不能以金錢賠償，或在一般社會通念上，如為執行可認達到回復困難之程度而言。此所稱回復原狀，非謂應回復原有狀態，在財產權之情形，非指權利形態與內容之完全一致，而著重在經濟上之等價性。財產權之損害，除難以金錢估計者，如古蹟之拆除，原則上能以金錢填補，不得據以聲請停止執行。否則，所有物或權利狀態之變動幾可被視為「難以回復之損害」，而聲請停止執行，即與行政訴訟法上「行政處分之執行，原則上不因行政爭訟之提起而停止，僅例外情況下容許停止」之立法原則相違<sup>21</sup>。

此外，依據訴願法第 93 條第 2 項規定，「行政處分合

---

<sup>20</sup> Vgl. Brockmeyer, a. a. O., § 361, Rn. 17.

<sup>21</sup> 最高行政法院 89 年度裁字第 1575 號裁定；90 年度裁字第 578 號裁定。

法性顯有疑義」亦構成停止執行之實體審查標準，惟在行政訴訟法並無此一規定，因此行政法院得否以「行政處分合法性顯有疑義」為由作成停止執行裁定，解釋上不無疑義。依據我國當今實務主流見解，行政訴訟法第 116 條第 3 項起訴前聲請停止執行之要件，並未有「原行政處分合法性顯有疑義」之規定，故行政法院僅須就原處分或決定之執行，是否將發生難以回復之損害，且有急迫情事者，而於公益無重大影響等要件，予以審查即可，如未符合上述要件，即應予駁回，不得依訴願法第 93 條第 2 項或第 3 項規定，審查行政處分之合法性是否顯有疑義<sup>22</sup>。

整體以觀，行政處分停止執行之制度在我國實務嚴格的解釋下，幾乎係以偏向純粹利益衡量的模式在進行運作。加上對於「難於回復之損害」解釋上又十分嚴格，以致成功案例屈指可數，難以充分發揮暫時權利保護之功能，嚴重違背法治國應提供人民權利有實效保障之原則<sup>23</sup>。

### 三、我國法制實體審查標準之重新建構

#### (一)「以不停止執行為原則，以停止執行為例外」之規範意義

憲法第 16 條雖包含一個請求給予個人權利有效保護之程序基本權，但是由憲法第 16 條所導出來的權利救濟之實效性並未使得給予個人權利救濟成為凌駕一切進而侵蝕其他憲法價值的無限上綱。蓋憲法要求的毋寧只是一個「有

---

<sup>22</sup> 最高行政法院 91 年裁字第 238 號裁定。

<sup>23</sup> 有關對我國實務之深入批評，請參閱林明昕，前揭文，頁 7 以下；陳英鈺，前揭文，頁 256 以下。

效的」(wirksam)，而不是一個給予個人「盡最大可能」(optimale)的權利保護制度<sup>24</sup>。現代民主國家下公法的關係已經不可以再簡單的看成只是國家(君主)與個人對立的關係，公法的功能並不是只是在劃分個人與國家權限之間的範疇，公法的核心功能毋寧是在達成私人利益的均衡並就私人利益之衝突作成裁決以化解衝突。其過程如下：原本，在社會上無數的私人利益彼此間常處於衝突狀態。公法則將社會上處於水平關係的無數的私人利益，建構成一個以聚集狀態存在的集合利益，也就是公共利益。於是原來無數私人利益交錯衝突的狀態乃被簡化成：

—公共利益與私人(行為人)利益的衝突—

—不同種類之公共利益及公共利益的衝突—

至於公共利益的追求與維護則係委由國家或其他公行政主體全權負責。於是透過以上的簡化及濃縮過程，原本是處於水平關係的無數私人利益的衝突乃轉化成公法上國家與個人(即公權力行為之相對人)的垂直二元的對立關係<sup>25</sup>。正由於公行政主體所追求、維護的公益，無疑是代表由無數的私人利益聚集的集合利益，因此即使在所謂的二元關係中，一個以個人(即公權力行為之相對人)權利保障為當然優先的思維，無疑是犯了過度簡化的謬誤。

其次，上述透過公法將原始的私人衝突進行垂直轉化的功能仍有其極限。蓋即使是透過一般化及抽象化的聚集

---

<sup>24</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, NVwZ 1983, 1 f., Schmidt-Aßmann/Gross, NVwZ 1993, 619; BVerfGE 60, 253(267).

<sup>25</sup> Wahl, a.a.O., Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 55 ff.

過程，也並不是所有水平關係下之私人利益均可以完全吸納在公益中。對於那些無法為公益適當吸納之私人（第三人）利益與行為人利益之衝突，現代公法亦另外保留其「私人與私人衝突」之水平關係架構，而公行政主體則負有對上述水平關係下之私人與私人衝突進行兼顧並籌、調和鼎鼐（Ausgleich）之公法任務。申言之，承認該部分私人（第三人）仍具有可以為自己挺身而出，請求公行政主體維護自己利益的公權利。在這種多元的公法關係（例如涉及第三人效力之行政處分），以公權力行為之相對人之權利保障為當然優先，毋寧是以犧牲第三人權利保障為代價，厚此而薄彼，自非現代法治國權利保護制度設計所當為。

因此，暫時權利保護制度的設計，特別是行政處分停止執行的制度，在二元的對立關係，必須充分考量公益以及行政效能維護，而在多元的公法關係中尚必須充分考量第三人權利保護。對於暫時權利保護制度應如何形成才可以達成權利保護的均衡性，自必須就涉及的憲法價值及政策抉擇的各種利弊得失進行宏觀的、複雜的衡量，這當然不是在個案中從事司法審查的法官的任務，而是應該委由立法者加以形成的任務。故立法者在此有一定的政策形成空間。無論是「以不停止執行為原則，以停止執行為例外」之規範模式或是「以停止執行為原則，以不停止執行為例外」之規範模式，均屬於立法合理裁量之範圍。憲法第 16 條所導出來的權利救濟之實效性在此並不要求立法者一定必須採取「以停止執行為原則，以不停止執行為例外」之

規範模式<sup>26</sup>。在我國立法者選定「以不停止執行為原則，以停止執行為例外」作為規範模式的前提下，不宜高估憲法第16條所導出來的權利救濟之實效性之意涵，將其逕視為違憲，進而試圖以合憲性解釋為名去顛覆這個規範模式。此外在法規的解釋適用上亦不宜對這個「原則—例外」的基本規則所具有之規範意義視若無睹。蓋透過上開「原則—例外」的規範設計，立法者設定了一個關於利益衡量及價值判斷之初步規則，亦即行政處分立即執行之利益「初步推定」大於納稅義務人暫時權利保護之利益。這個「原則—例外」的初步規則對於停止執行之要件是否具備之解釋適用以及在舉證責任（針對事實問題）及論述責任（針對法律問題）之分配上，當然有其規範之意義，而必須在後續的具體操作標準的建構上謹慎地對待。當然，在不顛覆上開「原則—例外」的基本規則的前提下，憲法第16條所蘊含之權利救濟實效性亦會對於其具體操作標準發揮放射作用。

（二）「原行政處分合法性顯有疑義」作為停止執行之要件

### 1. 學理上爭議之釐清

若純粹由行政訴訟法第116條第2、3項規定之文義出發，在向行政法院聲請停止執行之案件，並未列有訴願法所規定之「原行政處分合法性顯有疑義」之事由，故實務就此採取否定之解釋，已如上述。我國法學文獻上就此亦未有完全一致之見解。

---

<sup>26</sup> 相同見解，請參閱，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485以下；陳英鈞，前揭文，頁240以下。

學者吳庚對此一要件即提出嚴厲之批評，氏強調，訴願法第 93 條第 2 項所謂合法性顯有疑義一語為立法委員審查時所增加，原草案及行政訴訟法第 116 條均無此句，其實立法者欲表達之意旨或與訴願法第 80 條第 1 項「原行政處分顯屬違法或不當」相同，換言之，無待調查即知其違法或不當之情形，捨此慣用之文字，而以學術文章中涵意不明確之合法性顯有疑義代替，不僅未見高明，且依同條第 3 項對行政法院亦有適用，形成與行政訴訟法第 116 條不一致之規定，徒增困擾，況所謂合法性顯有疑義，與使行政處分無效之重大明顯瑕疵，幾近相同，無效之處分則無執行力可言<sup>27</sup>。

惟據作者了解，立法委員在審查訴願法時所以在上開規定增加「原行政處分合法性顯有疑義」之文字，毋寧係參考德國行政法院法第 80 條第 4 項第 3 句、德國租稅通則第 361 條第 2 項及德國財務法院法第 69 條第 2 項規定之「行政處分合法性有重大疑義」法定要件而來，絕不只是在矇懂無知的情況下憑空飛來一筆<sup>28</sup>。再者，參酌上述德國學界及實務就「行政處分合法性有重大疑義」之解釋，亦可明瞭，此一要件係考量暫時權利保護之目的而設，其意涵與構成行政處分無效事由之重大明顯瑕疵自始即不相同，亦不可不辨。

另論者中亦有主張，若是聲請人係在提起訴願後，訴願決定前，依據訴願法第 93 條第 3 項向行政法院聲請停止

---

<sup>27</sup> 請參閱吳庚，行政爭訟法論，修訂第三版，頁 380，註 78。

<sup>28</sup> 按當時立法委員審查訴願法時，學者陳清秀曾提供不少寶貴意見。

執行者，則原行政處分之合法性顯有疑義可以構成停止執行之實體審查標準，反之，若是在訴願決定後，依據行政訴訟法第 116 條第 3 項向行政法院聲請停止執行者，則原行政處分之合法性顯有疑義即不得構成停止執行之實體審查標準<sup>29</sup>。上述處理方式作者亦無法贊同。蓋在暫時權利保護之法律體系上實在缺乏以如此偶然之因素作重大區別對待之正當理由。法律釋義學應該要作的是克服上開兩個法條評價不一致的體系矛盾，設法使這二個停止執行之程序適用同一之標準，而非治絲愈棼。

作者就上述問題持肯定之見解，理由如下：

(1) 由體系關聯的角度觀察，訴願法第 93 條第 2 項規定，原行政處分之合法性顯有疑義者，受理訴願機關或原行政處分機關得依職權或依聲請，就原行政處分之全部或一部停止執行。而訴願法第 93 條第 3 項則規定，前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行。所謂「前項情形」，自包含同條第 2 項規定「原行政處分之合法性顯有疑義」的情形在內，故行政法院自得依據此一要件決定是否停止執行。

(2) 由上述德國法制之相關設計可以看出，即使是在以提起行政救濟不生停止執行效力之稅務案件，將行政處分之合法性存有重大疑義列為停止執行之要件，亦無所謂「與行政處分之執行，原則上不因行政爭訟之提起而停止，僅例外情況下容許停止」之立法原則相違可言。

---

<sup>29</sup> 請參閱林清祥，行政訴訟法中停止執行制度實務之探討（上），司法週刊，第 1051 期。

(3) 若是訴請撤銷之原行政處分之合法性顯有疑義者，則在本案救濟尚未有確定結果之前，是否仍有使原行政處分內容立即實現之正當性及必要性，自屬行政處分停止執行制度建構所不容忽略之要素。訴願法之立法者正是著眼於此，因此在原行政處分之合法性顯有疑義的情形，不再堅持行政處分立即執行之利益大於納稅義務人暫時權利保護之利益之「初步推定」。這樣的結果當然是更符合法治國原則下人民權利暫時有效保障的規範功能。

(4) 最後，行政處分停止執行制度固然是在是在滿足法治國原則下人民權利暫時有效保障，但是卻不能不考慮其可能產生停止執行裁定與本案判決不一致之風險。因此合理降低與分配停止執行裁定與本案判決不一致之風險亦屬行政處分停止執行制度之規範功能<sup>30</sup>。而若是要達成上開規範功能，一個完全脫離實體法因素的純粹利益衡量模式，亦即只是單單就行政處分立即執行之利益與個人權利暫時保護所獲之利益作比較衡量是不夠充分的。在法治國依法行政原則下，毋寧更應賦予「行政處分合法性顯有疑義」這個著眼於實體法的因素有一定的規範意義。因此訴願法的立法者在此毋寧是作了一個正確的決定。基於法律體系一貫性，應透過法律補充的方式，將這個取向於實體法的要素納入在向行政法院聲請停止執行事件之實體審查標準中。若是反其道而行，以行政訴訟法無上開事由規定，反而否定訴願法上開事由之適用，則體系雖屬一貫，卻反倒是取法乎下，不符合法治國家建構暫時權利保護之規範

---

<sup>30</sup> Vgl. Schoch, , in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 1998, Vorb § 80 Rn. 37 f.

功能。

## 2. 「原行政處分合法性顯有疑義」之意涵

關於「行政處分合法性顯有疑義」此一要件應如何解釋，仍有探究之空間。依據上述德國稅法學說及實務見解，在以略式審查方式作實體審查後，若是可以預估聲請人本案救濟的勝訴蓋然性高於或至少相當於本案救濟的敗訴蓋然性時，即該當「行政處分合法性有重大疑義」，原則上在此裁量即萎縮到零，應為停止執行之決定。此一見解在我國法制下可否全盤繼受，不無深思之空間。

論者或可能認為，我國法制所以承認行政處分具有得立即執行之效力，其目的在確保國家無須等待漫長的訴訟程序即可以立即履行國家任務以維護公益。但是在法治國權利有效保障的原則下，若是聲請人本案救濟勝訴的蓋然性與本案救濟敗訴的蓋然性至少相當時，原則上就不應該再抽象地以確保國家立即履行任務以維護公益優先於個人暫時權利保護為理由，繼續實現該處分之內容。

論者也可能認為，既然承認在法治國權利有效保障的原則下，立法者仍有一定的裁量空間，則立法者針對行政處分立即執行之利益與納稅義務人暫時權利保護之利益應如何協調，自有一定的形成空間。解釋適用此一制度，不宜視立法者之規範計畫如無物，來個「諸法皆空，自由自在」。按我國法制所以承認行政處分具有得立即執行之效力，其目的在確保國家無須等待漫長的訴訟程序即可以立即履行國家任務以維護公益。故我國立法者是以行政處分立即執行之利益大於個人暫時權利保護之利益為其規範設

定的出發點。因此在經過略式審查後，若是聲請人本案救濟勝訴的蓋然性與本案救濟敗訴的蓋然性仍只是相當時，依據上述立法者利益衡量的基本決定，自仍應回歸行政處分立即執行之利益大於納稅義務人暫時權利保護之利益的基本原則。是故只有當個人本案救濟勝訴的蓋然性高於本案救濟敗訴的蓋然性時，方足以動搖上述基本規則，構成行政處分之合法性有重大疑義。

上述兩種解釋可能各有其道理，不過本文認為，在不同的行政法規領域，以及隨著個案情節之不同，行政處分立即執行之利益與個人暫時權利保護之利益的份量均將有所變動，不宜作過於僵化處理。在此自仍應保留在個案中透過利益衡量操作的空間。

以上述德國租稅法制之操作標準為例，通說認為只要聲請人本案救濟勝訴的蓋然性與本案救濟敗訴的蓋然性相當時，行政處分之合法性即有重大疑義。在德國稅法上採取這個標準有其充分理由支持。蓋宣告租稅核課處分停止執行，原則上只是對特定國家租稅債權立即滿足有所妨害，而且在德國租稅通則租稅保全制度的充分運用下，相當程度亦足以確保將來租稅債權之執行。況且法院尚得以聲請人必須提供相當擔保作為法院宣告之停止條件。這些利益狀態及確保租稅債權之配套工具並不是在所有的行政法規領域均可以一體適用。因此這個標準並不具有普遍性，不宜過度推廣。尤其是，當宣告租稅核課處分停止執行不只是對特定國家租稅債權滿足有所妨害，而是將對國家整體財政秩序造成重大不利影響者，則儘管「原行政處

分合法性顯有疑義」，德國財務法院仍有可能基於利益衡量結果，駁回停止執行之聲請。此更足以充分顯示上標準不宜過度僵化。

最後在此必須指出，聲請人本案救濟勝訴的蓋然性與本案救濟敗訴的蓋然性究竟是相當或是略有差距，在一個略式審查程序中根本不可能精準地預估。況且在我國採取「得為規定」的立法方式下，停止執行決定係作為一個裁量決定，所以在本案救濟勝訴的蓋然性與本案救濟敗訴的蓋然性相差不大之案件，最後決定往往仍是必須取決於法官之具體利益衡量。因此上述兩種觀點固然在理論上看似有不同，但是在實際運用上則無絕對性的差距，實不必在此一問題上糾纏不休。

### （三）三階段式審查模式

參考我國停止執行相關規定所組合而成之體系所蘊含之實體審查標準，並參酌德國法制之實體審查標準，可以建構成下列之審查模式：

#### 1. 第一階段：

先以略式審查模式作實體審查，蓋暫時權利保護程序與本案救濟程序不同，屬於一種快速程序，因此就聲請案是否具備停止執行之要件只作一個「概略的審查」：

(a)若是本案救濟顯有理由，聲請人顯然可以獲得勝訴者，則行政法院應准許停止執行之聲請。

(b)若是本案救濟顯無理由，聲請人顯然會敗訴者，則法院應駁回該聲請。

## 2. 第二階段：

以略式審查模式作實體審查後，若是可以預估聲請人本案救濟的勝訴蓋然性高於或至少相當於本案救濟的敗訴蓋然性時，即該當「原行政處分合法性顯有疑義」，原則上在此裁量即萎縮到零，應為停止執行之決定。不過，停止執行決定既係作為一個裁量決定，在此自仍應保留在個案中有考量特殊情況而透過利益衡量調整的空間。

## 3. 第三階段：

經過以略式審查模式作實體審查後，若是可以預估聲請人在本案的勝訴蓋然性小於其敗訴蓋然性，或是本案勝敗訴的蓋然性根本不清楚而無法預估時，則進入純粹利益衡量的階段。此時應衡量聲請人因行政處分繼續執行所受之不利與因處分停止執行使公益（或第三人權利）所受之不利，以裁量是否停止執行。不過這個利益衡量並非是恣意為之，而是必須考量立法者在行政訴訟法第 116 條第 2 項提供的基本衡量規則，亦即必須是執行將發生難於回復之損害且有急迫情事，而停止執行對公益又無重大影響者，方得作成停止執行之決定。

### （四）審查密度

以提供暫時權利保護為目的之停止執行情序，審理機關及法院必須在時間的壓力下，透過一個快速的程序，作成一個暫時性的決定，因此原則上，其所採取之審查密度勢必無法如同本案救濟程序一般。有關在停止執行實體審理程序之審查密度，基本上只採取略式審查模式。至於其細節略述如下：

## 1. 事實之調查與認定

有關作成停止執行決定之要件事實之認定，在強調快速的略式審查模式下，僅要求釋明(Glaubhaftmachung)已足。在行政救濟法上，釋明具有兩層意義。首先釋明係指「法定證明度」(Beweismaß)的降低。在本案救濟程序，基本上要求必須對待證事實加以「完全證明」，亦即必須達到使審理機關或法院確信其為真實之程度，始足當之。惟暫時權利保護程序並不同於本案救濟程序，其只是在本案救濟程序終結以前，暫時作成一個過渡性的決定，故受理機關及法院必須在快速的程序中，儘早作成決定。因此在證明度的要求上，關於停止執行之要件事實是否存在，僅須予以「釋明」已足。申言之，對於事實之存否，受理機關及法院只要形成有「優勢蓋然性(überwiegende Wahrscheinlichkeit)」之心證結果已足，而不需到達確信其為真實之程度<sup>31</sup>。這個基於暫時權利保護程序目的論的解釋，亦可以由體系關聯獲得進一步佐證。蓋在同屬暫時權利保護一環之假處分程序，依據行政訴訟法第 302 條經同法第 297 條輾轉準用民事訴訟法第 526 條第 1 項規定，有關假處分請求及原因之事實亦僅須予以「釋明」已足，法律上自應為同一之解釋。釋明的另一層意義是在證據方法上，蓋依我國行政訴訟法第 176 條，準用民事訴訟法第 284 條之規定，釋明之證據方法基本上僅限於「得及時調查之

---

<sup>31</sup> Vgl. Birkenfeld, in : Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, 1995, § 361, Rn. 318.

證據」，以便法院得儘快作出決定，避免因程序延滯以致於無法發揮暫時權利保護制度之規範功能<sup>32</sup>。

由於行政救濟基本上採取職權探知原則，故受理停止執行聲請之機關及法院均應職權調查事實，不受聲請人及聲請相對人陳述及證據聲明之拘束。因此在停止執行審理程序，就應釋明之事實，聲請人及相對人並無民事訴訟法意義下之證據提出責任，不得不辯。但是聲請人及相對人仍負有協力義務，併此敘明。

## 2. 客觀舉證責任之分配

至於當待釋明之事實無法達到釋明所要求之證明度，亦即無法使法官形成具有「優勢蓋然性」之心證時，則會發生無法釋明之不利風險應由聲請人或是聲請相對人負擔，亦即客觀意義之舉證責任應由何者負擔之問題。解釋上，在此應參考行政訴訟法上客觀舉證責任之分配規則，亦即以規範理論配合管領範疇理論作為客觀釋明責任之分配規則。

如前所述，依據我國立法者的「原則—例外」的基本決定，尚未具有形式存續力之行政處分可以立即執行之利益「初步推定」優先於個人暫時權利保護利益，但是這並不是一個終局性的決定。因此必須謹慎的檢視其對於客觀舉證責任分配規則之影響。首需檢討者，係當聲請人提出原行政處分之合法性顯有疑義作為聲請停止執行之理由時，客觀舉證責任分配應如何分配。

---

<sup>32</sup> 德國在此之證據調查程序亦大致相同。Vgl. Birkenfeld, aaO., § 361, Rn. 315 f.

第一種可能的解釋方式是只考慮訴訟法的規定。蓋依據我國立法者上開「原則一例外」的基本模式，以及依據「規範說」處理客觀舉證責任分配之規則，聲請人要主張停止執行請求權，就支持原行政處分之合法性顯有疑義之待釋明事實若無法使法官形成具有「優勢蓋然性」之心證時，自必須負擔無法釋明之不利。不過，本文以為，立法者「原則一例外」的規則只是使尚未具有形式存續力之行政處分可以立即執行之利益「初步推定」優先於個人暫時權利保護利益而已，上述規則並未包含一個使行政處分受合法性推定之基本決定。因此並不能據此推論出聲請人應就此一要件之釋明完全負擔客觀舉證責任。

就此德國法制可以提供另一個思考方向。如前所述，德國租稅法制上亦採取與我國相似之「原則一例外」的模式，並明文規定「行政處分之合法性有重大疑義」得作為行政處分停止執行之要件。但是在德國，就上述要件之釋明，則係將客觀舉證責任之分配與本案救濟程序作相同之處理。例如就租稅債權之成立要件及使租稅增加之要件有爭議時，在本案救濟程序中，既是由稅捐稽徵機關負擔上述要件事實存否不明之客觀舉證責任，則在停止執行審理程序，若是「行政處分之合法性有重大疑義」係針對上述要件事實而發，則當無法使法官對該有爭議之要件事實之存在形成具有「優勢蓋然性」之心證時，客觀舉證責任亦應由稅捐稽徵機關負擔。反之若是就租稅債權之妨礙、消滅要件及使租稅減少之要件事實有爭議時，在本案救濟程序中，既是由納稅者負擔上述要件事實存否不明之客觀舉

證責任，則其無法釋明之風險，自應歸屬納稅者負擔<sup>33</sup>。此一處理方式，將原行政處分之合法性顯有疑義之要件事實無法釋明之風險，回歸到依據系爭行政處分合法性爭議在實體法上之客觀舉證責任分配處理，比較可以合理地降低與分配停止執行裁定與本案判決不一致之風險，可資贊同。

準此以解，在停止執行程序中，若是對公務員停職處分是否符合停職之法定要件事實存否發生爭議時，客觀舉證責任之分配應與本案救濟程序作相同之處理。是故上開要件事實無法釋明之客觀舉證責任原則上應由原處分機關負擔。

至於若是無法釋明之風險發生在第三階段的利益衡量時，則無法求諸於系爭行政處分合法性爭議在實體法上風險分配規則。在此只能由行政訴訟法上停止執行之規範尋求解答。就「原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事」之要件，乃是聲請人停止執行請求權之權利發生要件，應由聲請人就其要件事實無法釋明負擔客觀的舉證責任。

至於依據訴願法第 93 條之文義結構，執行「非為維護重大公共利益所必要者」之要件似乎是屬於聲請人停止執行請求權之權利成立要件。但是依據行政訴訟法第 116 條「但於公益有重大影響」之文義結構，卻又似乎是停止執行請求權之權利妨礙要件。這個文句結構安排的矛盾加深了如何分配客觀舉證責任的難度。本文以為，由於立法者

---

<sup>33</sup> Vgl. Birkenfeld, aaO., § 361, Rn. 319 ff.

在此不一定對無法釋明之客觀的舉證責任分配有過深思熟慮的決定，自不應將其所為之文句結構安排的意義當作無限上綱。況且規範說並非客觀舉證責任分配的唯一標準。就行政處分立即執行是否為維護重大公共利益所必要，或是停止執行對於公益有何等重大不利影響，本係屬原處分機關管領之範圍，由其負擔無法無法釋明之風險，自較為公平。

### 3. 法律問題之審查

有關作成停止執行決定之要件事實之認定，在強調快速的略式審查程序下，固僅以釋明為已足，但是若所涉及的是法律解釋適用之爭議問題時，是否也只要為略式審查即足，不無疑義。

持否定見解之學者認為，法律之解釋、適用不同於事實認定，不得只形成具有「蓋然性的判斷」，故在停止執行審理程序，基本上仍必須就法律爭議為徹底、完全審查，不得適用略式審查模式，將複雜、困難的法律問題丟給本案救濟程序去處理<sup>34</sup>。相對於此，亦有學者支持法律解釋、適用爭議亦僅適用略式審查模式。依其見解，在聲請停止執行之審理程序，基於必須快速決定的時間壓力下，法律解釋、適用爭議亦僅能適用比本案救濟程序審查密度較低之審查模式。何況有許多法律爭議，非經過言詞辯論程序亦難以釐清其爭議所在，而這在聲請停止執行之審理程序是難以作到的<sup>35</sup>。

---

<sup>34</sup> Vgl. Huba, JuS 1990, 808; Brühl, JuS 1995, 725.

<sup>35</sup> Vgl. Schmidt, in: Eyermann/Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 2000, § 80 Rn. 81.

對於上述爭議，學者 Schoch 則提出一個兼容並蓄的論述，可資贊同。依其見解，在停止執行之審理程序，略式審查模式僅就事實之認定方具有規範上的意義。因此有關作成停止執行決定之要件事實之認定，在強調快速的略式審查程序下，僅以釋明為已足。但是就法律解釋、適用之爭議，所謂略式審查則不具有這種規範上的意義，蓋法律解釋、適用爭議問題本來就不容許以一個蓋然性的判斷來回答。是故法院不得自始就以形成對一個法律爭議問題概略的、表面的、僅具有蓋然性的判斷為目標，法院應該對法律解釋、適用之爭議問題作徹底、完全之釐清，以獲得一個明確的答案。但是這個要求實際上卻受到許多限制。在快速程序所面臨的時間壓力下，面對比較複雜的法律爭議問題，不能如同本案救濟程序一般，程序往往必須在只能作成概略的、具有蓋然性的判斷下，以之為停止執行與否之基礎。若是純粹基於這種現象的觀察，將對於法律解釋、適用爭議問題的審查描述為一種略式審查，則亦無可議之處<sup>36</sup>。

## 伍、結論

參照以上說明，本文結論可以歸納如下：

(1) 上述案例中，公務人員甲及乙擬對停職處分聲（申）請暫時權利保護，其應遵循之暫時權利保護類型均應為聲請行政處分之停止執行。

---

<sup>36</sup> Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 1998, Vorb § 80 Rn. 55; § 80 Rn. 276 f.

(2) 在案例一中，原則上公務人員甲在未向保訓會申請停職處分之停止執行無結果以前，即逕向行政法院聲請停職處分之停止執行，其聲請不具有權利保護必要性。在案例二中，公務人員乙在未向訴願審理機關申請停職處分之停止執行無結果以前，即逕向行政法院聲請停職處分之停止執行，其聲請則仍具有權利保護必要性。

(3) 公務人員乙在提起訴願請求撤銷停職處分以前，即向訴願審理機關或行政法院聲(申)請停職處分之停止執行，其聲(申)請仍具有權利保護必要性。至於公務人員甲在向保訓會提起復審請求撤銷該停職處分以前，向保訓會申請停職處分之停止執行，其申請亦仍具有權利保護必要性。

(4) 在公務人員甲聲請停職處分停止執行之程序，行政法院得以該停職處分之合法性顯有疑義為理由裁定停止執行。

(5) 在公務人員聲請停職處分停止執行之程序，實體審查完整之操作模式應分為三個階段。

(6) 公務人員聲請停職處分停止執行之審理程序，就事實問題及法律問題，有權審理機關及法院應依據略式審查模式進行審查。

(7) 在公務人員聲請停職處分停止執行之審理程序，若是就停職處分之合法性是否顯有疑義之關鍵事實無法釋明時，客觀舉證責任之分配應與本案救濟程序相同。

(8) 在公務人員聲請停職處分停止執行之審理程序，若是無法釋明之風險發生在第3階段的利益衡量時，則聲請人應就「原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急

迫情事」之要件事實無法釋明負擔客觀的舉證責任。至於就停職處分立即執行是否為維護重大公共利益所必要，或是停止執行對於公益有何等重大不利影響，則應由原處分機關就上述要件事實無法釋明負擔客觀的舉證責任。

## <研討紀錄>

### 行政處分停止執行作為公務人員法上暫時權利保護制度

#### —以停職處分為例

主持人：劉興善 考試委員（考試院）  
報告人：盛子龍 副教授（中正大學財法系）  
評論人：林三欽 副教授（東吳大學法律系）

#### 盛子龍：

這是一個暫時的權利保障，這只是到目前為止的一個想法，將來會對一些細節性的問題去持續思考、調整與修正。首先，從這個問題的出發點來講，當然是法治國有效權利保障的角度出發，而我這篇報告中，基本上是以公務員的停職處分為中心，衍生一些國內的制度面操作問題。

首先，第一個要來談的是，當公務員被停職時他應選擇的暫時權利保護類型為何？

我這邊以兩個簡單的案例作為例子，一個為一般公務員，一個為民選之公務員。一個公務員被停職或民選之公務員被停職時，他應選擇的暫時權利保護類型為何？而暫時權利保護之類型取決於本案之訴訟類型，如果本案之訴訟類型為撤銷訴訟或是無效處分之確認訴訟，則基本上應運用行政處分停止執行之制度來作暫時保護，因此本案之救濟類型又取決於停職之行為性質為何，目前此問題應不

成為本論文之中心，因為前面那一場應該花很多時間來討論了。而我這邊問題是比較傾向程序法的角度，對於實體法之部分，我想就沿用目前國內通說的想法，亦即對於公務人員的停職行為認為具有行政處分之性質。

以這個前提來討論，我主要去探討幾個重點：第一個是，現在公務員被停職後，若想聲（申）請停止執行，於順序上是否先向保訓會或訴願審理機關聲請停止執行無果後，方可向行政法院聲請停止執行？就此問題，目前我國行政法院已形成一貫性的處理模式，基本上採取肯定看法。認為若未先向保訓會或訴願審理委員會申請停止執行而向行政法院聲請，原則上認為欠缺權利保護之必要性，除非情況特別急迫，若法院不立即介入將使聲請人受難以回復之損害，或逾相當期間怠於作成者，方例外允許當事人向行政法院聲請停止執行。

此問題在德國法上也有相當多地討論，惟因為時間之關係，所以在此我僅以簡單之方式來說明，提出我個人之看法，就是對這個問題之處理，首先須先以文義來觀，相關法律，不管是從訴願法、行政訴訟法及公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 89 條第 2 項相關條文來看，文義上並無此必須循序漸進之方式。

第二個，從比較法之角度來觀，就我個人瞭解，德國行政訴訟的設計，基本上也僅限於稅務案件須先向稅務機關或訴願審理機關申請停止執行無果後，方向行政法院聲請停止執行。而此制度為何如此設計？基本上是考量到稅務案件之性質極為複雜，基於減輕法院負荷之考量而設計

之特別合法要件。而此限制雖然在德國法上有些討論，不過多數學者是認為不應該藉由權利保護必要性來延伸至其他的案件中。

除此之外，若我們從權利保護的角度出發，基本上建立於一個假設之上，就是當存在有更直接有效、更能使人民獲得救濟的方法，可以作為權利保障之手段時，應該先利用該手段而不可直接先利用法院，但此假設係建立於許多我們認為也許未能經過許多考驗的基礎之上。而要藉由此些不成文之規定去限制人民權利（特別是在法律未規定之情況下）須非常小心與謹慎。

從暫時權利保護之目的來觀，因暫時權利保護制度為一種快速的權利救濟，我覺得應不該適用此些一般性之標準，若真的要去適用，則應先「去類型化」，我個人認為應有特殊的說理，而不能訴諸於泛泛的權利保護必要性。以公務員之案件而言，我個人嘗試作此案件之思考，我覺得，若是適用保障法之案件，原則上應先向保訓會提起復審，而此類之案件，我個人認為若要聲請暫時權利保護，須先向保訓會申請。因為保訓會是我國非常特別之設計，他嘗試把對於公務員保障之救濟從一般之行政救濟（由訴願審理機關先行審理）抽離出來，因此其組成成員，相對於訴願審理機關而言比較不受到原處分機關之控制。特別是當法律作此特別功能設計時，我覺得不應該把他忽略掉。因此對於此類案件，為了貫徹保訓會之功能，使許多專家於此亦能發揮其貢獻（而且我個人認為有時保訓會之委員比行政法院之法官更能考慮到公務員權利保障之必要），所以

在保訓會這個地方，我個人認為申請人應先向保訓會申請停止執行方有理。

但若就案例貳而言（案例貳為民選之首長），因非適用保障法，所以在此我認為就無充分之理由來引用權利保護必要性。因此若要引用權利保護必要性，則須考量案件類型、事務性質及功能結構之設計來作比較細緻的論證，而非泛泛地去引用權利保護必要性。

第二個與權利保護必要性比較有關的是，是否須提起訴願、復審方能聲請停止執行？

我對保訓會的作業比較不瞭解，但於行政法院的部分，答案是肯定的，他會要求你檢附提出訴願之證明。這個問題當然也有很多不同之思維，而我個人的淺見以為，先從文義來出發，行政訴訟法第 116 條第 3 項規定，提起撤銷訴訟前也可聲請停止執行，惟訴願法及保障法無明文規定。

比較法上，從德國行政訴訟法來觀察，我的瞭解是，德國之所以有部分學者認為須先提起訴願，是因為在德國，訴願之提起能產生使行政處分停止的效力。但在我國，制度上顯然與德國不同，因此是否可引用德國學者之觀點，我個人是比較存疑。

另外有部分學者認為，若一定要人民提起訴願後方能聲請停止執行，無形會壓縮想藉由聲請停止執行來獲得暫時權利保護之人。同時相對於我國之制度而言，假處分之聲請，並無限制需於聲請時已提起本案訴訟。所以從以上之觀點觀之，我個人亦認為此處應放寬，不需限縮於已提

起訴願或復審之案件。

緊接著來討論的就是實體審查標準之部分。

首先，須先從條文本本身來出發，即是保障法第 89 條第 2 項、訴願法第 93 條及行政訴訟法第 116 條。出發點均相同，即是不因人民提起行政救濟而使行政處分停止執行。此制度是否有符合法治國原則底下對人民權利有效之保障呢？其實憲法並無一誠命，要求必須採取「原則停止」的制度，重點是怎麼樣給人民有效的權利保障就夠了。若此點是成立的話，那麼立法者的基本決定，我想於後續的解釋與操作上應成為我們解釋適用時不能忽略之點。立法者於此作了個基本決定，依我個人的觀點，立法者初步推定行政處分立即執行的利益大於個人權利保護的利益。那麼現在問題是，這個初步推定須於何種情況下方會動搖呢？

第一個情況是，行政處分之合法性是否顯有疑義，此為實體標準的問題。對此，在保障法第 89 條第 2 項及訴願法第 93 條均有明文規定，行政處分之合法性顯有疑義者亦可申請停止執行，惟於行政訴訟法中並無此明文規定，因此我國行政法院一直持很保守的態度，就是採取否定立場。而此，馬上就產生一個體系上矛盾的問題，因為我們一般認為行政法院是最站在人民權利保護的立場，如今保訓會與訴願審理委員會均須考量到原處分之合法性，而行政法院卻不須要，從法院監督之功能來看，我覺得是相當矛盾的立場。因此我個人認為應從體系一貫性之角度出發，我國有關實體審查標準，雖然文字用語結構未盡相同，仍應視為立法者於表達時文字用語上之誤差。因此應該假

設理性的立法者，若從事制度之設計時，相關條文應以一個有一貫的體系正義的方式來建構一有組織的實體審查標準，所以我認為應將合法性顯有疑義應一併納入行政法院之實體審查標準方為正確。

若把合法性顯有疑義一併納入實體審查標準的話，現在問題是，應如何解釋呢？目前，台灣過去一些法官的看法是認為，所謂合法性顯有疑義是指「無待調查就可以看出該行政處分違法」，但是如果無待調查即可發現行政處分違法的情形，通常該行政處分就是無效的行政處分，而無效之行政處分與行政處分之合法性顯有疑義，在文義上是有段差距的。

因此行政處分之合法性應如何去理解呢？這裡有幾種不同之理解方式，第一，若以我國行政處分之立即執行利益優於暫時權利保護之利益觀之，則須作如下解釋，即除非法院作初步審查時，行政處分違法之機率大於合法之機率，如此方能使前面立法者之初步推定發生動搖。第二種，立法者只是初步推定行政處分立即執行之利益優先於個人暫時權利保護之利益，但這只是利益衡量之推定，而非包含合法性之推定，因此只要合法性之推定到一半之程度時，違法之機率並無比合法之機率高，但合法之機率也無比違法之機率高時，此利益衡量規則就應有所動搖。

其差異就在於，當本案勝訴希望與本案敗訴希望差不多時，那到底算不算是合法性顯有疑義。這問題於學理上討論當然是會很有價值，但我個人認為比較像是文字遊戲上的問題而已。因為於法官實際上之操作而言，是 50%，

還是 51%，完全取決於其一念間，所以斤斤計較是 50% 還是 51%，其實無須如此執著。特別是即使行政處分之合法性顯有疑義，當然有一個說法是說一定要去停止執行，但有利益衡量之空間，也就是說若行政處分之合法性顯有疑義，但停止執行對於公益嚴重到我們承受不起時，是不是可以藉由利益衡量法則，於裁量時決定不停止執行之可能，對於這點我個人認為仍然是有可能的。若是這樣，則去計較這 50% 或是 51% 時，恐怕就不是那麼重要了。

若行政處分之合法性非顯有疑義，但也不是顯然合法，此時即會進入到利益衡量之問題了，而利益衡量於公務員停止執行之案件中，最有問題的是，究竟停止之後，即便將來本案勝訴，把停職處分撤銷，對受到停職處分之公務員到底是不是會有難以回復之損害？

此處以案例貳來講最清楚，吳○○縣長只要被停職就算其本案勝訴也無用，因為其有任期。因此，比較有問題的是，若一般公務員被停職時，什麼情況下會有難以回復之損害？就此保訓會也曾做過解釋，他會與保障法第 11 條第 2 項，於停職處分被溯及既往撤銷或向將來撤銷的問題一樣，因為此地方有解釋了，所以我也不再作說明。我只是提出，即使是被撤銷溯及既往，有些地方亦是難以回復的，第一個是考績的問題，因為依公務員考績法之規定，若停職時間超過 6 個月的話不再辦理考績，因此，這不是本案勝訴就能充分回復的。其他問題，如是否可提前退休……等。

最後我來談審查密度的問題。

簡單來講，可以把事實的問題及法律的問題來類型化。事實問題，一般來講，在快速審查下，停止執行僅作略式審查，即是釋明即可。目前許多行政法院常常要求當事人提出證明，我想這是不對的。釋明有兩個意義，一個是在證明度方面，降低到優勢之蓋然性；且在證據方法上，限縮於立即可調查的證據。

另外須注意的是，在我國職權調查的體系之下，即使釋明也沒有主觀的舉證責任，而只有在無法舉證時的客觀舉證責任分配問題。那客觀舉證責任應如何分配呢？有不同之思考模式，第一個是，我們從保障法、訴願法及行政訴訟法的條文來看，依規範說之理論，主張請求權成立之人，須對請求權的成立要件負客觀舉證責任。但是，我參考德國有關稅務之案件，其有關舉證責任之問題並非採訴訟法上之規範說，而是回歸於實體法，即是實體法上客觀之舉證責任應如何分配，例如：行政機關要對人民作成負擔處分時，須由行政機關對侵害的要件負客觀之舉證責任。因此於暫時權利保護救濟時也應與本案救濟作相同標準，於原處分是否合法之部分，我覺得應由行政機關負客觀之舉證責任。至於在難以回復損害之部分與公益衡量之部分，我認為應由公務員去承擔客觀之舉證責任，而公益衡量之部分應由行政機關去承擔。

至於法律問題之部分，是否要適用略式審查，有一些爭議存在。我想法官在法律問題上，不應僅以略式審查為限，應努力地去釐清所有的問題。再來，若法律問題之釐清耗時費力，甚至比事實問題更複雜時（常常發生於稅法

上)，當然亦可以優勢蓋然性之判斷為已足。這是我個人的淺見，若有不足的地方，也希望由評論人或是在場之專家多多指教。

### 林三欽：

我想要去評論一篇寫的如此精采的文章是有難度的，就我粗淺的瞭解來提出一些我個人的看法，我們就順著盛教授這篇文章的脈絡來看。當事人於訴訟中要來主張暫時權利保護救濟時之類型，盛教授很正確地依據訴訟類型來區分。

而我要提出一個補充，在實務上，這區分對人民不是很高的障礙，因為如課與義務訴訟中，誤為主張停止執行，通常法官不認為有權利保護之必要，則應依職權闡明後，曉諭當事人變更聲明，這在實務上是有例子的。

另外我想補充是，若於三方關係事件中，這樣選擇類型有何變化呢？譬如在對相對人受益，但第三人受負擔的事件中，由第三人提出爭訟救濟的情形，於此種情形下其類型之選擇是否與盛老師一開始的標準相通，也就是第三人是否可提起停止執行？對此，我目前看到一些看法是採肯定見解的。

而行政自我優先審查原則，應先區分為兩部分，一為我們申請停止執行是否須有本案繫屬之狀態；另一為，是否須要求當事人依序於行政救濟程序中向訴願機關、行政法院請求。本案繫屬之部分，大法官已作過解釋，認為即便尚未繫屬也可向法院聲請停止執行。至於說是否須依序審查，我想此部份，目前盛老師之看法與實務上之看法似

乎不太一樣，不應苛求人民向行政機關申請暫時權利保護之救濟。此部份之解釋雖盛老師從許多面向來觀之，但我還是必須去思考實務上關於行政救濟資源浪費的問題，是否會造成許多衝擊？若以目前實務上之運作，以「有限度開放」的面向來觀之，將例外的情況作一些從寬解釋，是不是會比較周延呢？

至於盛老師所提到的兩種例外，如：受行政執行之威脅，盛老師依德國學說，須已開始之執行程序，我個人認為可能會過於嚴苛。我認為即使執行尚未發動，但在隨時可能發動的狀況下，即可滿足此要件。有關盛老師所引用的兩個德國財務法的例外類型，在我國目前實務上已有分別採認，因此我想無需額外立法規定。

再者，關於，實體審查要件之部分，盛老師首先解釋我國為何採取執行不停止原則，我想就如同盛老師所，此為立法政策之選擇。至於在具體操作之時，我們到底須於那些情形下承認可停止執行，首先須面對的是，我國訴願法有規定的，但行政訴訟法卻未規定的要件是否須承認呢？此部份我支持盛老師之觀點。

再來，什麼叫合法性顯有疑義，由盛老師剛剛所說的，只要能讓行政法院相信勝敗機率各半足夠了，不用到人民勝訴機會高過敗訴機會。對此，我個人有些質疑，就是，若雙方險些打成平手，難分軒輊時，我們基於成本之考量，率而停止執行，我想是會有點冒險的，我們是否須考量一下成本效率，其不僅是只有勝敗機率的問題，亦包括法益輕重衡量。

再來，我們一般所說的難以回復的損害，參考其他國家以及司法院釋字第 585 號解釋，似乎將其作一個限縮解釋，也就是說不僅只是看是否有難以回復性，還須看損害之重大性，若損害極輕微，縱使無法回復，亦又如何。

另外，盛老師參考德國之學說及我國之規定，整理出「三階段審查模式」，於第一階段先進入到合法性顯有疑義部份之審查，對此參考德國學說以略式審查為之，若違法性確實是很有可疑時，則裁量收縮。對此，我認為是否須斟酌一下，因為在裁量收縮的時候，我們可能會忽略掉法益的考量，而此盛老師亦認為須考量到法益而非完全地裁量收縮。

第三階段，法益衡量模式。此是不是須考量到是否兼具略式審查的概念，因為他提到應要求原告之訴非顯無理由。另外，難以回復之損害，是否兼採公益之損害，不要說一概排除關於公益損害之可能性。

再來，剛剛所提到的三方關係事件，利害相衝突之兩方如何在一裁量過程中獲得利益均衡之評估，恐怕將來行政法院需要去認定。最後，關於審查密度及舉證責任之部分，我覺得須分為兩個部分觀之，第一階段，於進入合法性顯有疑義時，盛老師剛剛提到應訴諸於本案實體之舉證責任法則，對此，我持不同之觀點，認為有關停止執行之主張，在本案未經詳細查證前，原處分之合法性顯有疑義之訴求，須經詳細考證、舉證之結果，所以要讓法院認為合法性顯有疑義，應該是你的舉證責任，聲請人須對於此過程須負較大之舉證責任。

至於說階段三，法益衡量之階段，有三要件，前面兩個，損害難以回復性及急迫性，須由聲請人負舉證責任，至於說關於公益維護必要性之部分，由行政機關負舉證責任。以上即是我對於本篇之觀點。

### 劉興善：

今天三場的報告人及評論人都是我國專家學者之討論，我覺得比較可惜的是，我們今天雖在東吳大學法學院舉辦，但就我今天所看到的論文及實際上的評論大都偏向大陸法系，對於英美法系，均無法來討論，主要原因是美國沒有我國法律概念下之行政法，所謂的英美行政法，是獨立機構內有關的法律依據，在這樣情形下，當然很難把英美的行政法引述到我國來，若真的要引用的話，就好比我們拿本聖經來解釋可蘭經。

我在當學生時代，對於暫時權利保護制度之概念，深深地感受到它有分兩個階段。舉個例子來說，今天若我要參加選舉，若選舉委員會以我的資格不符，不讓我選，我當然要請求救濟，而因英美法從衡平的概念衍生，所以對於暫時權利保護之救濟，也分為兩個階段，一個為暫時性的，由法院之法官，僅須一位，即可作決定，我命令行政機關須於一星期內不得舉辦，讓當事人可在此 7 天內提出其理由，讓法院組成一組織來決定，此決定之效力即較長，此即為長久性之暫時性權利保護救濟。

而我們今天因屬於大陸法系，當然不能引用剛剛那些方法，不過若反過來想，今天台東縣縣長之問題，若在美國，他一定可由一個法官命你於一星期內停止執行，因為

你沒有道理讓他不獲救濟，因為縱使有多違法，也差不了那 7 天吧。這不是大家兩全其美嗎，因為誰會成為那受害人，是沒有人會知道的，所以我想這樣之制度可以提供給大家作參考的。

## 一 討論與回應時間一

盛子龍：

謝謝林教授這麼仔細地就涉及到價值判斷的部分提出意見，那麼首先先簡短地就幾個問題作回應。第一，暫時權利保護之類型是否重要，學者當然會覺得不重要，因其認為法官有闡明的義務。可是，我要跟林教授報告的是，本案之闡明義務已被確定了，可是在暫時權利保護之部分還沒有，目前我看到許多裁定是這樣的。那我也贊同林教授之觀點，不應逕行駁回，應先行使闡明義務。

第二，是就公務員競爭者訴訟的問題，其實我本來這篇文章就是要寫這個問題，只是後來覺得離我國的法制背景實在是有點遠。在德國，談到一般公務員暫時權利保護救濟時，第一個就先談這個。而剛剛林教授提到應用行政處分停止執行之制度，而此涉及到幾個前提問題，一為實體法上之前提問題，如當公務員競爭關係中，當一個職位已經給乙了以後，是否基於職務安定性原則，可去撤銷給乙之職位。德國公務員法有此明文規定，行政機關不得再

為該職務之撤銷，因此於此情況下，法院之解釋是認為，連法院亦不得撤銷。那當職務安定性原則解釋到這麼大時，撤銷就變成無法達成救濟之效果，因此德國之本案救濟就會跑到預防性不作為訴訟之請求。而預防性不作為訴訟在一般給付訴訟下，因此，其聲請暫時權利保護救濟之方式就會變成聲請假處分。所以此問題要如何處理，則須回歸到其前提問題，就是我國公務員到底有無職務安定性之概念。

第三，是林教授認為原則上須循序漸進，我想這是一價值判斷的問題，我也承認林教授的價值判斷有其可取。可是我這邊須強調的是，此是否真的會符合成本效益嗎？首先，你向法院提起時被程序駁回，程序駁回本身就須耗時間、成本。第二，到行政院時，僅管台灣某些機關有訴願委員會，但其同質性非常高，所以當事人，我聲請停止執行就是行政處分已發生效力而我等不及，若要按部就班來，則暫時權利保護之功能還能發揮嗎？最後，我們再想想看，從整體經濟效益來觀，於訴願機關審理後被駁回，到法院後又被駁回，從整體經濟來觀，是比較高還是低呢？

至於林教授剛剛所提到的合法性顯有疑義的部分，是否須勝訴機會高於敗訴機會呢？對此我認為不重要，因為我認為 50 或 51 取決於法官，沒有機制去舉證。真正重點在於當勝負機率相當時，能否再作利益衡量，我認為可作備位之工具，而林教授認為應進入利益衡量。我認為應是各案件之性質來決定是否進入，因為我認為一切均進入則很危險，因為怕一切均以公益為優先，所以我建議裁量收縮

至零。因此若要突破，則須有更堅強的理由去認為個案的利益衡量上，公益大於私益，而非簡單地回歸立法者基本規則認為執行大於個人權保護利益。

難以回復損害的部分，林教授認為須加上重大損害，對此我完全贊成。最後比較不同的是，於合法性顯有疑義的部分，有關客觀之舉證責任到底應如何分配，我們只須釋明合法性是否顯有疑義，而如今無法釋明時，為何我認為應回歸至本案救濟之部分呢？因為本來對人民侵害之處分，要證明其合法性，其實是行政機關最清楚。所以於暫時權利保護時，若無法去說服法官行政處分之合法性疑義沒有那麼顯然時，我覺得要求立即執行之正當性就開始動搖。但並非如此就須停止執行，即使認為客觀舉證責任不利於行政機關，只不過是說合法性顯有疑義要件成立，但之後還有利益衡量之微調模式可作調整，並非就一定就達到停止執行的效果。

**張桐銳：**

本案救濟的勝訴蓋然性與敗訴蓋然性相當時，就認為是「原處分之合法性顯有疑義」，是否背離法律規定之原義？

**盛子龍：**

這裡面其實我剛剛已在文章中有作稍回應，基本上張教授認為於利益衡量上有初步之推定，只是我個人認為此利益衡量有包括合法性之推定。若合法性之推定不包括於規則中，行政處分合法性顯有疑義是否比較偏向行政機關，我覺得這是文字解釋的問題。所以合法性顯有疑義在德國

稅務案件有相同的條文，而德國的財務法院向來的解釋是認為只須相當即可，無需超過。所以我個人認為其無強烈地偏向行政機關，因為無強烈地偏向行政機關，我反過去想，通常我們會去主張停止執行一般來說都是侵益的案件，而非授益案件，而立即執行之利益又大於暫時權利保護之利益，所以國家已佔了些便宜。因此，合法性顯有疑義是否須到達明顯超過的程度，我個人採否定的觀點。且我個人再強調一遍，重頭到尾，我個人從未在乎這相當或超過，因為這在實際操作上一點也不重要，法官若真的要讓其停止執行，他很容易就可以解釋說是 51%。所以我覺得這問題是學者在象牙塔裡爬得很高，對實務上並無太大之意義。

**程明修：**

保障法第 89 條第 2 項規定中，「難以回復之損害」的判斷是否與職務安定原則採用的廣狹範圍不同，而有可能有衡量輕重不同？

**盛子龍：**

首先我要說明一下，職務安定原則我很外行，我只是剛好提到這問題。不過我有初步地想法，但還不成熟，就是因為在台灣尚未有職務安定原則之明文，因此須從信賴保護原則來出發。而信賴保護原則是說假如我們認為給甲職位之授益處分，就是對乙權益的侵害，這時就須考量到信賴保護如何處理的問題。先撇開公務員法之特色而回歸一般行政程序法之規定，當行政處分具有第三人效力時，在還可被訴請撤銷的這段時間，其信賴利益並無強到去禁止撤銷的地步。相對來講，若回到行政程序法的規定時，

若要導出不得撤銷之結論，恐怕是有困難的。但從公務員法來說是否須有另外的考量？我想我須回去好好研究一番，我現在初步地想法是認為，基於信賴保護原則看不出有如此強的強度，特別是在台灣的環境下，關說盛行，又賦予其那麼強的職務安定原則，我想比較不適合。

## 國家圖書館出版品預行編目資料

保障法制座談會、研討會及專題講座紀錄彙編/公務人員保障暨培訓委員會編. —初版—臺北市：公務員保訓會，民 100.07

冊； 公分

ISBN：978-986-02-8649-6（全套：平裝）

ISBN 978-986-02-8650-2（上冊：平裝）

ISBN 978-986-02-8651-9（下冊：平裝）

1. 公務人員法規 2. 論述分析

588.1207

100014248

## 保障法制座談會、研討會及專題講座紀錄彙編(上冊)

出 版 者：公務人員保障暨培訓委員會

發 行 者：主任委員 蔡璧煌

地 址：臺北市文山區試院路 1-3 號

服 務 專 線：(02) 82367000

網 址：<http://www.csptc.gov.tw>

出 版 日 期：中華民國 100 年 7 月

版 次：初版

印 刷 者：昆毅彩色製版股份有限公司

地 址：新北市三重區中正北路 430 號 8 樓之 6

電 話：(02) 2971-8809

工 本 費：新臺幣 98 元

GPN：1010002426

ISBN：978-986-02-8649-6（全套：平裝）