保障法制座談會、研討會及專題講座紀錄彙編

下冊

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

主任委員蔡堃煌 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（下冊）

壹、97 年保障法制研討會 1

一、專題演講：公法上請求權 1

論　　文 1

＜研討紀錄＞ 3

二、第一場：公法上之抵銷－以追繳公務人員溢領薪資為例 20

論　　文 20

＜研討紀錄＞ 44

三、第二場：人事行政程序之多階段行為—以程序權之保障為重心 64

論　　文 64

＜研討紀錄＞ 105

四、第三場：審查密度理論之研究－判斷餘地理論於保障事件之適用 122

論　　文 122

＜研討紀錄＞ 160
貳、99 年保障法制研討會 172
一、專題演講：論人事行政之程序基本權保障 172
論　文 172
＜研討紀錄＞ 175
二、第一場：違法授益人事行政處分受益人之信賴保護－以金錢或可分物之授益行政處分為中心 189
論　文 189
＜研討紀錄＞ 224
三、第二場：公務人員保障法上「課予義務復審」之訴權要件－公務人員保障法第 26 條第 1 項「依法申請之案件」概念之探討 251
論　文 251
＜研討紀錄＞ 277
四、第三場：論公務人員保障事件之管轄與移轉 311
論　文 311

＜研討紀錄＞.....367
參、法律意見書.....390
公務人員對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，得否依公務人員保障法提起救濟疑義法律意見書.....390
肆、保障法制專題講座.....417
一、行政程序瑕疵之補正.....417
二、情況決定於保障事件之應用.....434
三、違法行政處分之撤銷.....455
四、附第三人效力之人事行政處分與復審參加程序.....500
五、保障事件不受理事由之判斷.....520
六、行政救濟途徑教示錯誤之法律效果.....531
七、解析政府資訊公開法－資訊公開、個人資料保護、檔案閱覽卷宗相關問題之釐清.....557
八、解析新修正行政訴訟法.....591
九、涉及私德行為所受懲處之正當性.....601

十、「申請遭否准事件」行政爭訟相關問題..... 627

十一、公務員關係中行政處分之認定..... 644

壹、97 年保障法制研討會

一、專題演講：公法上請求權

林錫堯　大法官

論　文

一、概念

公法上請求權，指公法上權利義務主體相互間，基於公法，一方得請求他方為特定給付之權利。此所謂「特定給付」，包括金錢或物之交付、行為（作為、不作為或忍受；亦含作成行政處分在內）。

（一）與公法上支配權、形成權應有所區別。

（二）與機關作成行政處分之權限不同。

（三）與機關實施行政執行之權限不同。

二、實定法上之意義－例如

（一）行政程序法上所稱「依法規之申請」。

（二）行政訴訟法上提起給付訴訟（課予義務訴訟與一般給付訴訟）之要件。

（三）適用行政程序法第 131 條以下消滅時效之要件。

（四）國家賠償法第 2 條第 2 項後段「怠於執行職務」之認定。

三、發生

（一）依據法規明文而發生。

（二）依據解釋法規規定而發生。

（三）依據類推適用私法規定或法理而發生。

（四）依據行政處分或行政契約而發生。

（五）依據憲法而發生。

四、行使

（一）國家對人民行使公法上請求權之方式：

1、行政上強制執行（含為實現公法上請求權而作成命為給付之行政處分時，以該行政處分為執行名義之情形）。

2、一般給付訴訟。

（二）人民基於國家公法責任行使公法上請求權之方式：

1、申請。

2、一般給付訴訟。

五、消滅

（一）實現（履行）。

（二）棄權。

（三）失權。

（四）消滅時效。

（五）其他事由。

六、結語

＜研討紀錄＞

專題演講：公法上請求權

主講人：林錫堯　大法官

主講人（林錫堯大法官）：

各位考試委員、各位保訓會委員、各位教授，及各位女士先生大家好，很榮幸跟大家在這裡見面，主辦單位要我來談公法上請求權，我兼任東吳大學行政法的講座已 20 幾年了，在這裡的感情一路維持，實際上我所知道的在座各位行政法上教授對於這部分的題目都有深入的研究，我趁這個機會擬了一個大綱出來，到昨天為止都還在想該要如何來介紹這個觀念給大家做參考，我的大綱寫的蠻多的，我的基本想法是，利用這個機會把我的觀念用簡明的方式表達出來，因為我知道在座大部分都是實務操作的人士，如果提到比較複雜的理論我就盡量略過不談，希望對大家有所幫忙。那我現在就直接進入大綱內容。

其實在我們行政法學界對於公法上請求權概念本身，可能也會有不少不同的意見，所以在我的大綱就開宗名義的先把定義給界定出來－「公法上權利義務主體」，公法上權利義務主體我們大多舉「國家」或「其他公法人」－我們叫做「行政主體」，其相互之間，或行政主體跟人民（公

法上權利義務主體）之間，基於公法一方得請求他方為特定給付的權利。這個跟民法有點不一樣的在於，這裡的特定給付除了金錢的給付跟物的交付跟行為不行為（行為包括作為不作為）之外，還有「請求作成行政處分的請求權」也包括在內。這樣界定的公法上請求權理論，是建立在行政法的法律關係這個理論基礎上。在我們日常生活，國家跟人民之間在如此的法秩序下運作，這都是一般性的、抽象的關係。我們在談行政法的法律關係，國家跟人民有一個有意義的具體的生活事實，有密切的接觸，這種情況下會產生具體的權利義務內容，從而公法上請求權建立在這個基礎上而產生。我利用這個機會先跟大家說明一下這個觀念－即公法上請求權是建立在具體的生活事實上面，也因此這樣，一定要跟其他觀念要有所區隔。

第一個是「公法上的支配權和形成權」須與「公法上請求權」作區隔。公法上的支配權例如：行政主體（國家、縣市鄉鎮這些公法人都包括在內－概括的稱為「行政主體」），行政主體跟公物之間有支配權的關係，而顯然跟公法上請求權不一樣；另一個是公法上形成權的問題，形成權是一種公權力的運作，而會直接使行政法上法律關係發生變更或消滅者，即為形成權，例如：對違規的處罰，在行政罰法叫作「裁處」，這個就是一種形成權的作用，大概是這樣的一個觀念。因為這個地方跟民法有點相類似，所以我就不再深入去談。

第二個要區別的是，行政機關為行政處分的權限跟請求權不同。剛剛有說過，公法上請求權可能有「國家的公

法上請求權」，而它的對象是人民或其他的行政主體；也可能是「人民對行政主體的公法上請求權」。一個行政機關為行政處分的權限，跟一個行政主體對人民的公法上請求權，這兩個觀念有時容易混淆在一起，這是因為法規結構的問題。在觀念上，行政機關作成行政處分的權限，是來自於國家的公權力，而這個國家的公權力本來就固有存在，即為了國家的存在本就享有如此的公權力，這個公權力就透過憲法、法律或其他法規作了權限分配，包括考試權跟其他的權限，而分配各個機關來行使其權限。這個權限包括可以依法作成行政處分的權限，這個權限跟請求權不一樣，因為他們的來源不一樣，換句話說，我們以「一種關係」來說，當行政機關行使公權力、對人民行使權限而作成行政處分，也因此會產生公法上請求權的法律關係，譬如：違規而課處罰鍰，這是一種權限的行使，同時也會產生公法上金錢給付義務此種權利義務關係。又例如核發獎學金給相關人員，作了這樣的行政處分後，人民（受處分的人）就得到利益－公法上請求權而得請求行政機關按期按月核發獎學金。以上大概是這樣的區隔。所以顯然的，公法上請求權跟行政機關作成行政處分的權限是不一樣的。如果再深入去談，有一種情況可能是，公法上請求權已經發生了，而行政機關為了貫徹、實現這個公法上請求權，在依法容許的範圍內，也可作成一個行政處分來貫徹這個公法上請求權。所以可以看的出來，行政機關作成行政處分的權限跟公法上請求權有交錯的關係，一個行政處分可能產生一個法律關係而產生一個公法上請求權；反過來，可能發生了公法上請求權，為了貫徹這個公法上請

求權，又可以作成一個行政處分。這些在行政法上都有一些相關的法理在支配，例如：法律保留原則、行政處分的容許性或行政處分的權限等法理。這個是第二個要有所區隔的觀念。

第三個要區別的觀念是，行政機關實施行政執行的權限，這裡談的行政執行主要是「行政上的強制執行」。現在行政執行是依照行政執行法來強制執行，必須有執行名義始得依照行政執行法來強制執行，包括，依行政執行法規定，有依照法律規定而產生的義務，及依照行政處分所產生的義務，這些是大宗；另一種情形是，依法律規定法院為一裁定，而此裁定得作為行政執行的執行名義。行政執行究其本質，係為實現國家公法上請求權的一種強制手段，也就是發生公法上請求權後，在一定執行名義之下，依行政執行法而為強制執行，目的是為了實現國家的公法上請求權，尤其是公法上的金錢給付義務－人民欠稅不繳、欠罰鍰不繳，是由現在法務部行政執行署之下的行政執行處來作強制執行的工作。這種實施行政上強制執行的權限，是來自於國家的公權力，所以跟國家的公法上請求權的觀念是不一樣的，須有所區隔。在我的講義上有附行政法上關於「行政執行期間」的規定（行政執行法第 7 條），其規定須在一定時間起算 5 年內為強制執行，如 5 年內有執行，可再延長 5 年執行期間，也就是最長為 10 年，超過 10 年則無法再為強制執行，所以人民欠的債因而無法為強制執行，以上為關於法規面的行政執行期間。另一套期間規定在行政程序法第 131 條關於公法上請求權消滅時效的規定，這兩個是完全不同的觀念。行政執行的期間就是在

限制行政上強制執行權限的法定不變期間，但這個部分有學者有不同意見，我剛剛也有說到，遇到複雜學說的部分我盡量避開我個人的意見，這樣才不會變的太複雜。

所以公法上請求權的消滅時效是實體法上的問題，至於行政執行的執行期間是程序法上的問題，這兩個概念也有所不同，關於這個問題後續相關的部分我再來報告。所以以上是公法上請求權跟「公法上的支配權和形成權」、「行政機關為行政處分的權限」及「行政執行的權限」有所不同。

現在來談第二個部分，就是公法上請求權在實體法上（民法）的意義。各位在實務上的操作比我還清楚，反而在這塊領域我比較陌生，我還是列了幾個簡單的例子來說明。

第一個，行政程序法上有所謂「依法規的申請」這樣的觀念。何謂「申請」？「申請」並非「呈請」,「申請」是因為人民有公法上請求權而要求實現這個公法上請求權，進而向國家為意思表示，這個才叫申請。所以申請是人民請求權的表現，是行使方式的一種。在這樣的意義之下，所以行政程序法對「依法規的申請」有一些特殊的規定。譬如行政程序法原則上採取職權進行主義，也就是要在何種情況下發動行政程序係由行政機關來決定，但是當人民有「依法規申請」的權利後，行政機關就有義務去處理，例如人民由海關進口貨物，申請通關後，行政機關就有義務去處理，這個規定在行政程序法第 34 條；行政程序法第 14 條也規定，例如有關機關互相踢皮球，也就是產生

管轄權爭議時，如為「依法規申請」之案件，人民得要求上級機關指定管轄權，因為這是人民公法上的請求權；再來是行政程序法第 49 條也有規定，申請是以郵戳為準，而非以申請書到達行政機關為準，郵戳即為申請的日期，這是為了避免產生過期的問題;又例如同法第 50 條規定有「申請期間的回復原狀」; 第 51 條也規定「申請的處理期間」，這是最重要的，因為這是人民公法上請求權的行使，所以任何一個依法規的申請，都有處理期間，如果沒有特別規定或公告，那就是統一 2 個月的處理期間，如果未在期間內處理，就會產生國家賠償的問題。

第二個是行政訴訟法上給付訴訟的意義。給付訴訟可以分為課與義務訴訟跟一般給付訴訟，不管是哪一種訴訟，都是以人民有公法上請求權為前提，甚至也有可能是行政主體要告人民的這種情形發生，但都是須以公法上請求權作為前提。課與義務訴訟的公法上請求權是在於要求作成行政處分（有利的行政處分），至於一般給付訴訟則是要求為行政處分以外的給付，尤其是事實行為。

第三個意義則是行政程序法上就公法上請求權有的消滅時效的規定，但有一個爭議是，公法上消滅時效是否可以適用於所有的公法上請求權，目前多數學者認為限於財產上請求權始得適用公法上請求權消滅時效，這也是有待未來理論跟實務再去發展的問題，我們現在在修改行政程序法時也面對這個問題，大家討論的結果認為還是留待將來的實務去發展，無法現在就訂出一個標準。

第四個是關於國家賠償法中「怠於執行職務」之規定，

依國家賠償法第 2 條第 2 項後段規定，公務員怠於執行職務而請求國家賠償的前提是，須人民有公法上請求權，只有人民有公法上請求權，才有怠於執行職務的問題，當然學說上也有主張另一種說法，在此我就不多作介紹。

接著是第三個單元是，到底公法上請求權是如何發生？這個部分有比較多複雜的問題，我簡單把它整理成這幾個來源：

依據法律明文規定才有公法上請求權

這個可以清楚的從法條上看到人民有公法上的請求權，例如國家賠償法清楚的就是國家賠償請求權，另外像政府資訊公開法，從法條文義就可看出人民有政府資訊公開請求權。

除法規之外（法律、法規命令），在特殊情況下，尤其是涉及公務員時，行政規則也可能發生公法上請求權，例如司法院釋字第 312 號解釋，也承認福利互助金的請求權；有的是由辦法規定，有的是行政機關內部的規定，也可能產生公法上請求權。人民的此種公法上請求權是從「保護規範理論」出發（司法院釋字第 469 號解釋），就是由法規範的保障目的來解讀，人民根據該法規有一個公法上請求權，而毋庸待法規明白的規定，司法院釋字 469 號解釋也將此觀念詮釋得很清楚。

根據法規整體結構觀察，人民而對行政主體跟國家產生公法上請求權倘從法規的整體結構觀察，清楚的可看出在某一種情況下須負擔某一具體的特定義務，即「權利義務主體的個別化」及「權利義務內容的具體化」下，直接

可由法規看出人民具有公法上請求權，此時即不待作成一個具體的行政處分，因為從法規即可看出人民具體的權利義務內容。就我個人的觀察，像全民健康保險條例，倘仔細觀察它的法律及相關的法規，可清楚得知一個人一個月應繳交多少保費，如此就產生具體的權利義務內容。這樣的情況下，公法上請求權已不待行政處分的作成，而係直接來自於法規。此時國家法制就有相關配套，即容許行政機關為了貫徹公法上請求權，而得作成一行政處分，此行政處分並非為形成公法上請求權（因為該請求權已因法規而存在），而是要實現、確認該公法上請求權，例如確認人民應該要繳多少錢並命為給付（確認與下命處分），這種處分係為貫徹公法上請求權的一種手段，且該處分得為強制執行的執行名義。這須從法規的結構去解讀，但也不能過度解讀，因畢竟有些法規規定得很鬆散，在未透過行政處分的具體化情況下，不可能直接從法規導出個別化、具體化的內涵。

實務上大多是有關這些案例，因為時間的關係，我就做抽象的介紹，如果各位有機會看行政法院的裁判，大概就可以理解。

以上第一種是法規明文規定；第二種是從法規的解釋的公法上請求權，惟二者皆為由法規本身而產生公法上請求權，而第三個可能性為：

類推適用私法規定或法理而發生公法上請求權

這個概念有點奇怪，為何類推適用民法會產生公法上請求權，這裏會牽涉到行政法法律關係的理論，有不少學

者，像在座教授，對這方面都有深入的研究。雖然行政法是固有之法，自己應成立一套體系，但行政法本身還在發展之中，所以經常要類推適用民法的一些規定來充實行政法本身的內容。這種可能性尤其像「行政法上的債權債務關係」。民法上有債之關係，可是行政法學者創造出「行政法上的債權債務關係」這樣的概念出來，是要借用這種觀念來類推適用民法的相關法理。當然類推適用並不是全部用，這中間要把行政法的特性過濾出來，譬如說像「公法上不當得利」、「公法上無因管理」、「行政契約」等等的行政法上債權債務關係的問題，通常行政法規如果有規定，當然沒有問題，或是行政法已經有自己的一套法理，那也沒有問題，至於行政法規沒有明文規定，也可以類推適用行政法規，依司法院釋字第 474 號解釋之意旨，可以類推適用其他行政法規的規定當作一個法理來處理，這也沒有問題。可是畢竟行政法還在發展階段，所以難免要類推到民法的規定，尤其是民法債篇的規定，像債務不履行，還有侵害債權、締約過失的問題，這些問題民法發展的很早，我們行政法的法律關係，如果遇到相關問題的時候，要從那邊借用一些來充實行政法的法理。當然類推適用的過程是一個過濾的過程，並不是全盤把它移植過來，最明顯的是像我們行政程序法規定行政契約，行政程序法第 149 條除了規定行政契約的一些法理之外，又規定了本法沒有規定者，就準用民法的規定，大概是這樣一種概括的規定，學者對於怎麼準用，也有文獻而且是相當複雜的論述。因此我們可以想像得到，也許就是因為類推適用民法的規定，也會產生「公法上請求權」，譬如說不當得利返還請求

權，或是無因管理所產生的請求權，行政契約在行政程序法沒有規定的情況，也有可能會類推適用民法的規定而產生公法上請求權。而且這個請求權可能不僅是人民的請求權，也可能是行政主體的請求權，此點必須有所理解。

另外一個，可能性比較高的，是(四)的原因，行政處分或是行政契約發生的公法上請求權，行政處分作出來以後，譬如說違規、罰鍰多少錢，這個就是行政法上法律關係產生後，人民有義務繳錢，國家就有公法上的請求權，要求他繳納一定的金額。這樣的情形行政契約也有可能發生，契約約定的結果，義務可能存在行政主體這邊，也有可能存在人民這邊，任何一方不履行，都有可能引致行政訴訟。

另外一種公法上請求權發生的可能性就是從憲法來的，這個就是我們所講的基本權的效力這個理論的問題，當然因為每一種基本權內涵的不同，可能會導致不同內涵的請求權。大致說來，我們一般的理論就分成三種：

防禦性請求權

對於公權力的不法侵害，人民有一種排除不法侵害的請求權，導出來最明顯的就是，人民對於公權力有不作為請求權。

分享權

這是從平等原則來的，也就是分享現在有的國家的給付，國家已經有的，別人能享受，則我也應該可以享受，這就是分享權的觀念。分享權比較積極，譬如像司法院釋

字第 624 號解釋，針對冤獄賠償的請求權，我們現行冤獄賠償法規定，只有經過司法審判的當事人，有權利被侵害，一定的情況下可以要求冤獄賠償，司法院釋字第 624 號解釋將其擴張，認為應該不限於司法審判，同時規定應該修法，於未修法之前，應依照本解釋意旨去執行，此便為分享權之意旨，無待法律特別規定，直接從憲法所推導出。

積極給付請求權

此項請求權較有爭議，人民是否得直接根據憲法的基本權，譬如說財產權、生存權，就直接導出某種人民可以直接跟國家要求積極給付之請求權，司法實務目前採取比較保守的態度，學者見解也不盡一致，因而此問題較具有將來性，值得將來繼續觀察。另外，由基本權的客觀層次，導出國家對於基本權有保護義務，然而國家有保護義務，是否意味著人民可不待立法，直接根據保護義務產生保護義務請求權？一般而言，承認國家對於人民基本權有保護義務，大多認為必須立法，透過法律來產生請求權，如今是否可不經立法及產生保護請求權，此也是未來學說上必須再深入說明的。

接者簡單介紹公法上請求權如何行使的問題，國家對人民行使公法上請求權的方式。我在這裡列了兩個：其一為「行政上強制執行」，另一為「一般給付訴訟」。前者之權限來自於公權力，是依據行政執行法還有其特別法律規定，須有一定的執行名義，且此執行名義大多來自於行政處分，而現行行政執行法規定，直接依據法規也有可能作為執行名義，當然這之中可以有一些問題。蓋直接根據法

規人民難以知悉，所以是否應該有一個較好的規定，於現在行政執行法欲修改時，對於直接根據法規欲強制執行，在公法上之金錢給付義務，便採取較保守的看法，除非法律有特別規定，否則不應使之可以作為強制執行的名義，仍須作成行政處分始可，此為未來修法之方向。公法上請求權之發生，仍須有一行政處分，此行政處分並非形成公法上請求權之行政處分，而係作依行政處分來確認人民有此義務，並且根據該行政處分命其給付並且強制執行，此便係我國行政程序法第 131 條第三項所規定的可中斷時效之情形。惟此處仍有一個前提，亦即國家須依法容許作成該行政處分始可，並非國家享有公法上請求權，便可作成一行政處分進而對人民強制執行，有些情形是不容許的。就行政機關發生公法上請求權，究竟於何種情況下行政機關可作成一行政處分進而強制執行，何種情況下不能，此乃涉及「行政處分之容許性」或「行政處分之權限」的問題，此乃判斷行政處分是否合法的第一要件，若無法通過則該行政處分根本就是違法的。譬如於行政契約之情況，契約任何一方不遵守，均可至行政法院提起一般給付訴訟，除法律另有規定，否則不可能作成一行政處分來強制執行，此皆為行政法上理論之問題。因此，我覺得國家對人民之公法上請求權，大體上就是這兩個，一個是透過行政上強制執行來實現，有時候不容許這麼做，那就要到行政法院來提起一般給付訴訟，透過一般給付訴訟來實現國家的公法上請求權。

至於第二個問題是，人民對於國家的公法上給付請求權怎麼實現？這個部分我提兩種，其實有三種，一種是「法

律特別規定者」，這是特殊的，譬如說國家賠償法有特殊的規定必須經過協議程序再提民事訴訟，這是法律特別規定的情形。至於一般來講，人民對於國家的公法上請求權實現的方式，一個是「申請」，另一個仍為提起「一般給付訴訟」。

關於「申請」的問題，比較複雜一點。「申請」是人民公法上請求權之行使；其另一意義為人民提起行政訴訟之要件，蓋在某些情況依據法規規定，人民應經申請，如未經申請即直接提起行政訴訟，此時則會被認為「欠缺權利保護必要」（因為本來可以很簡單的先申請，但卻直接向法院提起一般起付訴訟，這是不可行的）。至於在何種請況下應該申請，有些法規會明文規定，先經申請由行政機關作成行政處分，再根據此行政處分請求給付。例如，老年農民福利津貼暫行條例第 4 條第 1 項規定，應先申請核發福利津貼，經核定後，即可受領固定的給付；倘未經申請而未作成行政處分，則無法為後續的給付。另外例如依政府資訊公開法，人民有向國家請求資訊公開的請求權，但須先經申請，且依同法第 12 條規定，行政機關對於人民之申請應為准駁之決定，並定有期限。諸如此類的明文規定，其立法意旨在於，先讓行政機關作成「該不該給？給多少？」的一個決定。

如申請後被拒絕，或是申請後行政機關逾越期間應作為而不作為，這種情形可依訴願法提起訴願，再依行政訴訟法提起課與義務訴訟，因為人民的目的係在於請求行政機關作成一個行政處分。

但是像這種「依法規的申請」不限於法規明文規定，倘依法規的結構或立法意旨可以解讀應經申請，例如法規規定：「未經許可，不得為……。」，則表示應經申請才得為該行為；又例如法規規定，如具備一定條件，並經主管機關證明者，即可申請某種優惠。所謂「經主管機關證明」，即表示一定要先向主管機關提出申請。蓋立法技術不可能規定得鉅細靡遺，故可從法規的結構跟立法意旨來解讀是否須經申請。甚至還有一種情況是，如人民請求政府為金錢的給付，如從法規意旨來看，有令行政機關先以行政處分決定要給付多少（確定債權之內容），再依該行政處分為給付。例如行政執行法有即時強制實施補償的規定，行政機關倘為公益而必須緊急為一定之處理，而傷害無辜之第三人致其受損失，則法規規定該第三人有一實施補償請求權，且法規規定第三人對於行政機關就其實施補償請求權之決定有不服時，得提起訴願或行政訴訟。則依該法規之意旨可知，第三人應先申請，讓主管機關決定應補償之數額（即行政處分），如有不服，再提訴願或行政訴訟。倘法規明文或由立法意旨推知應經申請，但人民卻未經申請而直接向法院起訴，則屬無權利保護必要，應駁回之。

除了「須經申請」一事，尚有「申請期限」的問題。法規規定須申請時，大多有規定申請之期限，倘無規定，則回歸公法上請求權消滅時效之期間。此期限為法律規定的「法定期間」，必須遵守，如逾越該法定期間，則不得再為申請。另外尚有「指定期間」，例如行政機關因申請方式不合法而限期命補正之期間，如逾越該期間始補正，但在行政機關未駁回前，仍應認其已為補正，蓋此期間為指定

期間而非法定期間。所謂「逾越申請期限而申請不合法」者，係指法定期限而言，與指定期限之概念不同，應有所區別。如人民一直未補正，則因原申請之方式不合法，行政機關自應為不受理或駁回（所駁回者為原申請之不合法，而非後來的未補正一事）。

倘法規未要求人民應先經申請，則得直接向行政法院提起一般給付訴訟。至於「公法上請求權消滅」，與公法上法律關係消滅事由相類似，實現即義務的履行。可能為一部或全部，例如繼續性的給付，這個月已給付則權利因而消滅，下個月係為另一給付。棄權即權利之拋棄，原則上國家之權利不得隨便拋棄，例如國家的公法上請求權除非有法律依據，或法律授權行政機關裁量權，否則不得拋棄。至於人民的公法上請求權得否拋棄，一般而言，法規明文規定不得拋棄，則依其規定；如法規未明文規定不得拋棄，則須依權利之目的認定，倘權利具有公益性（例如權利中含有義務者），則不得拋棄。舉例言之，公務員有服公職之義務，則其不得拋棄公務員之權利，否則有可能造成刑法上廢弛職務釀成災害之罪。失權在何種情況下會失權？失權之效力為何？在目前尚無定論。一般而言，所謂失權即不得再行使此項權利之謂。失權之觀念係來自於誠信原則，並須個案判斷，倘權利已發生並得行使，但該擁有權利之人長期不行使，且依據其特定行為使人相信其不行使，但該人復行使其權利，此時則會違反誠信原則而造成權利濫用之情形，應為失權而不得行使其權利。

再者，失權係在補救消滅時效與除斥期間之不足，故

國家亦可能失權。雖無消滅時效或除斥期間之規定，但國家如有上述情形，亦會導致失權之效果而消滅時效。公法上請求權之消滅時效規定於行政程序法第 131 條以下，司法院釋字第 474 號解釋亦有所補充及詮釋。主要觀念在於，公法上請求權倘罹於消滅時效，則權利將會消滅，但有可能發生時效中斷或時效不完成之情形。

現在實務上有待發展者為，公法上請求權之消滅時效之範圍，是否限於財產上請求權？非財產上請求權是否一律不適用消滅時效之規定？理論基礎為何？均有待研究。當時我們在討論行政程序法修正時，有建議法律應明白規定，但我們發現於現在之階段尚無法充分掌握全貌，尚待實務上逐步地發展，如現在即明文規定，反而將妨礙實務上之發展。其他事由，例如行政處分之失效、行政契約之解除、公法上請求權具有一身專屬性（高度屬人性）而權利人或義務人死亡，或公法上請求權所根據法規已被廢止而不復存在之情形。

整理至此，我有個感想，各位都是實務界人士，都精通業務法規，則在業務法規中，何者為公法上請求權，都還有待深入了解及研究，甚至有些是實務上已發生問題時，始深入探討。相對的，我們要求人民應正確行使其公法上之權利，有時有實際上之困難。我經常有個想法，像如此複雜之法理是必須存在的，但人民知道如何操作嗎？他知道其權利為何嗎？他知道如何行使其權利嗎？此時就要反過來責成行政機關有教導人民其權利為何，及如何正確行使之義務。在未來適當時期，應在法規中規定在某些

條件下，公務員或國家機關有照顧人民之義務（照顧義務）。實際上現在也有一些如此之規定，如依行政程序法第96條，行政處分應有教示之規定；其他例如法院的判決，應詳盡列明法條，使人知悉其依據。德國聯邦法院曾經有個判決：「公務員不僅是國家之服務者，而且是人民之幫助者。公務員只要有機會，應幫助人民得其所當者；於合法可能之範圍內，應幫助人民得其所欲者。故如人民提出申請，應助其達成實質上之決定。公務員如無困難，不得眼睜睜的目擊人民遭受損失。」此時學者即提出一概括之觀念—「照顧義務」，照顧義務有很多面向，如得以一般性說明、宣導、提供資訊、勸告、教示等各種方式實現義務之內容。如將來在法制上如能有適當之規範，對於國家及人民公法上請求權都有所助益。

在此提供意見，供作各位參考，希望對各位有所幫忙。謝謝各位。

二、專題研討一

公法上之抵銷－以追繳公務人員溢領薪資為例

陳淑芳*

壹、前言

抵銷是民法所承認之使債之關係消滅的一種制度。依民法第 334 條第 1 項之規定：「二人互負債務，而其給付種類相同，並均屆清償期者，各得以其債務，與他方之債務，互為抵銷。」（抵銷之要件）第 335 條第 1 項規定：「抵銷，應以意思表示，向他方為之。其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷時，按照抵銷數額而消滅。」（抵銷之法律效果）至於在公法上是否也承認抵銷之制度，因公法法規未有明文之規定，而有待學說與實務的解釋與形成。只是在我國行政實務上，不乏存在行政機關為公法上抵銷之此種行為態樣，此尤其是在社會法、租稅法與公務員法的法律領域。例如：主管機關在發現其按月發給受益人、公務人員之補助津貼、薪資有溢發、溢撥之情況後，去函表示所溢發、溢撥之金額將由往後應撥給之補助津貼、薪資中按月扣抵。因我國行政實務上已出現此類之行政行為態樣，致使在學說理論上已不能再忽視此種行政行為存在的事實，及其所帶來之法律問題。

公法上之抵銷所可能帶來之法律問題，根據德國的實證經驗，包括：（一）行政機關所為抵銷之表示的法律性質

* 德國波昂大學法學博士；世新大學法律學系副教授。

究竟為何？是一行政處分或行政法(公法)上之意思表示[1]？（二）人民若針對行政處分所確立之債務，以其對行政機關之債權主張抵銷時，是否會導致該行政處分變成違法之行政處分？（三）確立人民債務之行政處分若經人民提起訴願及撤銷訴訟，且提起訴願及撤銷訴訟具有延宕效力時，行政機關針對此債務所為抵銷之表示是否會因為不符合抵銷之要件（因欲抵銷之債務尚未屆清償期）而不發生抵銷的效力[2]？（四）若在行政訴訟上當事人主張抵銷的債權，對其之爭議是行政法院以外的法院具有審判權時，此時行政法院對於當事人抵銷之主張應如何裁判[3]？惟對於公法上之抵銷所引發之上述之諸多的問題中，一來限於篇幅，二來因為第一個問題在我國實務上已引起爭議，而亟待釐清，所以本文只針對第一個問題作深入的探討。至於其他的問題，可能因為我國的法制與德國不同（在我國提起訴願及行政訴訟原則上沒有停止執行的效力，在德國提起訴願及行政訴訟原則上有延宕的效力），可能因為我國較不常發生（例如：人民或在行政訴訟中主張公法上之抵

[1] S.Detterbeck,Grundfragen der Aufrechung im Verwaltungsproeß, DÖV 1996, S. 889ff.；D. Ehlers Die Rechtsnatur der Aufrechnung um öffentlichen Recht, nv w z 1983, S. 446FFff.；R. Buhmann, Problem der Aufrechnung im öffentlichen Recht, MDR 1984, S. 983ff.；C. Weidemann Rechtsnatur der Aufrechnung im Verwaltungsrecht-unter besonderer Berücksichtigung des Beamtenrecht, DVB1. 1981,S. 113ff.；I Ebsen, Öffenlich-rechtliche Auffechnung und Forderungsdurchsetzung dyrch Verwaltungsakt, DOV 1982, S,389ff.

[2] 參 D. Felix, Zulässigkeit und Wirksamkeit der behördlichen Aufrechnung bei angefochtenem Forderungsbescheid, NVwZ 1996, S. 734 ff.; W. Schmidt, Die Aufrechnung mit einer in einem angefochtenen Leistungsbescheid konkretisierten Gegenforderung – BverwGE 66, 218, JuS 1984, S. 28 ff.; S. Detterbeck, a.a.O. (Fn. 1), S. 889 ff.; D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff.

[3] 參 M. Gaa, Die Aufrechnung mit einer rechtswegfremden Gegenforderung, NJW 1997, S. 3343 ff.; K. Kröger, Probleme der Aufrechnung im Verwaltungsprozeß, JA 1981, S. 266 ff.; C. Kruse, Aus der Praxis: Anwaltiche Überlegungen zur Aufrechnung mit rechtswegfremden Forderungen im Verwaltungsprozess, JuS 2007, S. 1104 ff.; D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff.

銷），故本文暫不論及。

不僅是行政機關可以為公法上之抵銷，人民也可以為之。只是人民不能行使公權力，所以人民所為之公法上的抵銷為一公法上之意思表示，較無疑義。相反地，行政機關有時居於優越之地位，以行使公權力之方式，對人民作成行政處分，且行政處分是行政機關經常使用的行政行為形式，致使產生行政機關所為公法上抵銷之表示是否為行政處分與得否以行政處分作成之爭議。此外，當有法律明文規定，行政機關（得）以行政處分為公法上之抵銷時，行政機關自得以行政處分為公法上之抵銷，並應將其抵銷之表示定性為一行政處分。只是我國的法律並無行政機關（得）以行政處分為公法上之抵銷的規定，從而此一問題的解決，只能依賴學說與實務的解釋與形成。

行政機關所為公法上抵銷之表示的書函，可能未表明其為行政處分之意旨與記載教示規定，此時即須判斷其是否為行政處分，此為本文參、所欲討論之問題。若行政機關所為公法上抵銷之表示的書函，有表明其為行政處分之意旨與記載教示規定，即行政機關主觀上認為其為行政處分且有意作成一行政處分時，此時尚須判斷行政機關對於公法上之抵銷得否以行政處分作成，其所作成之行政處分是否合法，此為本文肆、所欲討論之問題。此外，行政機關可能在同一個書函中，一方面確立人民所負擔之債務，一方面主張以其債務與人民所負擔之債務互相抵銷。若該書函有表明其為行政處分之意旨與記載教示規定時，有可能確立人民所負擔之債務的部分為行政處分，而主張抵銷

的部分非行政處分，或二個部分皆為行政處分。若為前者，則仍是本文參、所欲處理之問題；若為後者，則為本文肆、之問題。若該書函未表明其為行政處分之意旨與記載教示規定時，則仍是本文參、所欲處理之問題。在行政實務上較常看到的，是行政機關在一個書函中，先就其溢發、溢撥之補助津貼、薪資部分，依公法上不當得利之法理，確立受益人應繳回之金額。再就受益人應返還之不當得利的債務部分，與其將來應給付受益人之債務部分主張抵銷。本文所欲處理的，是後階段行政機關主張抵銷的部分。至於前階段行政機關不當得利返還請求權之行使是否為一行政處分？得否作成行政處分行使之？在我國學說與實務上亦有爭議[4]，只是此部分並非本文所欲處理之問題，且兩者應切割開來加以觀察。有可能二個部分皆非行政處分或皆為行政處分，或一個部分是行政處分，另一個部分非行政處分。

惟在進入討論行政機關抵銷之表示的法律性質與其以行政處分為抵銷之表示的適法性之前，仍須先討論公法上之抵銷是否許可之問題。若公法上之抵銷完全不許可的話，則前兩個問題的討論將沒有任何的意義。故本文貳、將先就公法上之抵銷的許可性與要件問題作一概述。此

[4] 參詹鎮榮，行政機關之公法上不當得利返還請求權，法學講座，23 期，2003 年 11 月，頁 54 以下；陳淑芳，公法上債之關係，月旦法學教室，17 期，2004 年 3 月，頁 28 以下；劉建宏，行政主體向人民請求返還公法上不當得利之法律途徑，台灣本土法學雜誌，64 期，2004 年 11 月，頁 37 以下；蕭文生，公法上不當得利返還請求權之實現－評最高行政法院九十二年判字第六〇二號判決，月旦法學雜誌，119 期，2005 年 4 月，頁 191 以下；林明昕，行政機關如何向人民請求返還公法上不當得利－以因授益處分所造成之給付型不當得利為中心，律師雜誌，313 期，2005 年 10 月，頁 107 以下。

外，因為每一個公法領域之特殊性，公法上之抵銷在每一個公法領域的採用，可能有其特別需注意之事項與遵守之原則。故本文除論述公法上之抵銷在公法領域一般需注意之事項與遵守之原則外，也將特別針對行政機關追繳公務人員溢領薪資的情況，闡述其需特別注意之事項與遵守之原則。

貳、公法上之抵銷的許可性與要件

一、公法上之抵銷的許可性

民法之所以承認抵銷之制度，其目的與意義是為避免同種類之給付不經濟的互換，與使抵銷權人得以毫不麻煩地清償其債務，以及節省費用與保護自己地、在無須提起訴訟與經強制執行程序、請求國家之協助下，實現自己的債權。當抵銷發生效力時，雙方的債務歸於消滅（免責理論），但雙方的債權也獲得滿足（滿足理論），有如雙方已向對方為給付與受到對方的給付。所以抵銷具有簡化債務清償與債權滿足的功能[5]。而基於上述之目的與功能，抵銷制度不僅適於在民法的法律關係上採行，也適於在所有的與公法的法律關係領域採行。不僅是在私人之間，在人民與行政之間，也會存在此種同時為債權人與債務人之利益情勢，而需要此種債務互相沖抵的制度。所以民法有關抵銷之規定，應該可以類推適用或依照一般的法律思想適用

[5] 參 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (446); S. Detterbeck, a.a.O. (Fn. 1), S. 889 ff. (889); G. Lüke/U. Nuppert, Durchblick: Die Aufrechnung, JS 1971, S. 165 ff. (165).另參黃立，民法債編總論，1996 年 10 月，頁 728。

到公法上來，而允許行政機關與人民為公法上之抵銷[6]。

我國公法法規雖未明文規定與承認公法上抵銷之制度，但偶而公法法規也會有公法上之債權不能抵銷之規定，此例如：公務人員保險法第 18 條。而由此種規定可以看出，我國立法者也已承認公法上存在抵銷的制度，並以此為前提作出某些公法上債權不得抵銷的規定。且當公法法規未規定時，尤其是涉及公法上之債權債務關係，我國學說[7]與實務[8]已普遍承認可以直接適用或類推適用民法之規定。在民法抵銷制度未與公法法理扞格的情況下，實沒有反對公法類推適用民法上之抵銷與承認公法上之抵銷的理由。此外，行政機關在行政實務上所為公法上之抵銷至今也未見行政法院有加以置喙者，且一般行政法教科書[9]與法學文獻[10]也皆普遍提及公法上抵銷的概念。所以至此應可認為，公法上之抵銷已普遍為我國的學說與實務所承認，其許可性應無須再加以質疑。

---

[6] 參林明昕，前揭文（註 4），頁 107 以下（120）；陳清秀，國家賠償實務之研討（下），月旦法學雜誌，142 期，2007 年 3 月，頁 231 以下（244）；李建良，論行政法上之意思表示，臺北大學法學論叢，50 期，2002 年 6 月，頁 27 以下（42）；D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (446); ders., a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (777); G. Lüke/U. Huppert, a.a.O. (Fn. 6), S. 165 ff. (171); S. Detterbeck, a.a.O. (Fn. 1), S. 889 ff. (889); I. Ebsen, a.a.O. (Fn. 1), S. 389 ff. (389).

[7] 參李震山，行政法導論，2006 年 5 月，頁 33 以下；吳庚，行政法之理論與實用，2008 年 2 月，頁 34 以下；陳敏，行政法總論，2007 年 10 月，頁 44 以下。

[8] 參行政法院 52 年判字第 345 號判例。

[9] 例如：陳敏，前揭書（註 7），頁 314 以下。

[10] 例如：認為當國家賠償義務機關依國家賠償法第四條第二項向侵害人民權益之公務員行使求償權時，得對於公務員之薪資、俸給及報酬行使抵銷權。參陳清秀，前揭文（註 6），頁 231 以下（244）。另參李建良，前揭文（註 6），頁 27 以下（35, 37）；程明修，課予義務訴訟與一般給付訴訟間選擇之爭議問題分析，台灣本土法學雜誌，88 期，2006 年 11 月，頁 50 以下（62）。

公務員法領域雖然有許多國家對於公務人員及其眷屬、遺族之給付是為特別照顧公務人員及其眷屬、遺族的生活，以換取公務人員對於國家之效忠，具有公益之目的。但此只能導出，在公務員法領域，與其他公法領域相較，國家有較多不能抵銷之公法上的債務。而可能無法據此認為，公務員法領域完全禁止國家對於公務人員為公法上之抵銷。

二、公法上之抵銷的要件

類推適用民法第 334 條第 1 項，公法上之抵銷的要件包括：（一）須二人互負債務；（二）須雙方債務之給付種類相同；（三）須主動債權與被動債權均有效存在、主動債權可強制履行與被動債權得被履行；（四）須雙方債務均屆清償期；（五）須非不得抵銷之債務[11]。在對於上述各種要件的解釋上，雖然與民法相同，惟基於公法法律關係的特殊性，在公法上之抵銷的要件中，尚須進一步加以說明者如下。

（一） 須二人互負債務：公法上之抵銷的雙方債務人可以是行政主體與行政主體或行政主體/行政機關與人民。在行政機關與人民的情況下，不僅行機關可以向人民主張抵銷，人民也可以向行政機關主張抵銷。且不僅公法上與公法上之債務可以互相抵銷，公法上與私法上的債務也可以互相抵銷。因為當雙方之債務同為金錢或可分物之給付時，此時是根據

[11] 關於民法上抵銷之要件，參黃立，前揭書（註 5），頁 730 以下；孫森焱，民法債編總論，下冊，2006 年 1 月修訂版，頁 1115 以下。

公法或私法為給付，並不具重要性，且此種抵銷同樣可以達到避免不經濟之互為給付與透過強制執行程序實現債權的目的。雖然此種抵銷當發生爭議時，在救濟上較為複雜，因其可能同時繫屬在普通法院與行政法院，與涉及不同法院之審判權，但並不能因此即否定此種抵銷存在的價值與可能性[12]。若為公法上與私法上之債務的抵銷，則只有當被動債權是屬於公法上之債權時，方為公法上之抵銷。因對此爭議之救濟，不服抵銷權人之抵銷時，是向行政法院提起行政訴訟，請求抵銷權人為應為之給付。至於主動債權究為公法上或私法上之債權，並非判斷抵銷是公法上或私法上抵銷之關鍵所在[13]。

當行政機關追繳公務人員溢領之薪資，而以將來自己對於公務人員應為之給付與債務為抵銷時，行政機關為追繳之部分為主動債權，屬於公法上之債權。若行政機關所欲抵銷之債務，即被動債權，為公法上之債權債務時（如應給付公務人員之薪資），則此為公法上之抵銷；若為私法上之債權債務時（如公務人員借貸予服務機關之款項），則此為私法上之抵銷。而本文之討論僅限於公法上之抵銷。若為私法上之抵銷，則行政機關不得作成行政處分為抵銷之表示。因行政處分是行政機關針對公法事件所為之行為，私法上之抵銷屬於私法的領域，行政機關不得以行政

[12] 參G. Lüke/U. Huppert, a.a.O. (Fn. 6), S. 165 ff. (171); D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (446 f.); R. Buhmann, a.a.O. (Fn. 1), S. 983 ff. (983); H. Neupert, a.a.O. (Fn. 2), S. 825 ff. (826); K. Redeker/H.-J. v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, 14. Aufl., 2004, § 40 Rdnr. 19.

[13] 參 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (447)；李建良，前揭文（註 6），頁 27 以下（35, 37）。

處分為之，而僅得以私法上之意思表示為之。

（二） 須雙方債務之給付種類相同：雙方債務給付的標的與內容應同時為金錢或可分物之給付（金錢之債或種類之債）。因為行政機關追繳公務人員溢領之薪資是屬於金錢債務，所以行政機關主張抵銷的債務也必須是金錢債務，例如：應給付公務人員之薪資、獎金與津貼等。至於非屬於金錢債務之其他對於公務人員在公法上應為之給付，行政機關不得主張抵銷之。

（三） 須主動債權（主債權）有效存在、屆清償期、可強制履行：債務人主張抵銷之其對於他方之債權（主動債權）須有效存在、屆清償期且可強制履行時，方得為抵銷。若行政機關主張抵銷之其對於人民之債權是透過行政處分所確立者，則須此一行政處分有效存在時，方得抵銷之。該行政處分若無效，則抵銷無效，只是行政處分是否有效，當有爭議時，仍有賴原處分機關（行政程序法第 113 條）與行政法院（人民依行政訴訟法第 6 條提起確認訴訟）的確認。若行政處分有效存在，惟人民對其不服提起訴願及行政訴訟時，因提起訴願及行政訴訟在我國法制上原則上沒有停止執行的效力，所以主動債權已有效存在、屆清償期且可強制履行，此時行政機關所為之抵銷，已生抵銷之效力。只是行政處分將來若被撤銷時，則抵銷溯及失其效力，與自始無效

同[14]。若人民提起訴願及行政訴訟後，原處分已停止執行時，則因主動債權尚未屆清償期與可強制履行，故此時行政機關所為之抵銷尚不發生抵銷之效力[15]。所以若行政機關追繳公務人員溢領之薪資是以行政處分作成時，則行政機關以此債權所主張之抵銷，其是否發生抵銷之效力，將有上述原則的適用。

（四） 須被動債權（相對債權）有效存在、屆清償期、得被履行：因為抵銷具有互相清償之作用，所以必須雙方之債務均屆清償期，方得為抵銷。只是依民法第 316 條之規定，債務人原則上得拋棄期限利益，於期前為清償，所以債務人之債務（被動債權）雖未屆清償期，只要主動債權已屆清償期，債務人即得以其已屆清償期的主動債權與他方未屆清償期的被動債權為抵銷[16]。所以行政機關在追繳公務人員溢領之薪資時，得以其未來應發給公務人員之薪資、津貼等尚未屆清償期的債務（被動債權）與其已屆清償期之對於公務人員的主動債權（不當得利返還請求權）為抵銷。

（五） 須非不得抵銷之債務：依民法第 334 條、第 338 條

---

[14] 關於在民法上對於得撤銷之債權以之為抵銷時的效力問題，參孫森焱，前揭書(註 11)，頁 1117 以下。

[15] 參 I. Ebsen, a.a.O. (Fn. 1), S. 389 ff. (396); D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (779 f.); S. Detterbeck, a.a.O. (Fn. 1), S. 889 ff. (891 f.); D. Felix, a.a.O. (Fn. 3), S. 734 ff. (735 ff.).認為即使提起訴願及行政訴訟具有延宕效力，也不會影響抵銷之效力者，參 H. Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 4. Aufl., 1998, Rdnr. 751.

[16] 參孫森焱，前揭書（註 11），頁 1120。

至第 341 條，不得抵銷之債務得歸納為三種：1. 依債之性質不得抵銷者；2. 依當事人之特約不得抵銷者；3. 依法律之規定不得抵銷者－此又可分成：(1)禁止扣押之債；(2)因故意侵權行為而負擔之債務；(3)債務人於受扣押命令後取得之債權；(4)約定應向第三人為給付之債務。行政機關對於人民或公務人員所為之公法上的給付，有些是為照顧人民或公務人員生活、維持人民最低生活水準與救助人民或公務人員於急難等目的所為者，有其公益之目的（為了社會安全與建立健全的公務員制度），此種給付可能依其債之性質即不得抵銷。此外，對於許多公法上之給付，法律已明文規定不得讓與、扣押或供擔保者，則對於此等禁止扣押之債權，行政機關自不得為抵銷。此例如社會救助法第 44 條、軍人撫卹條例第 29 條、公務人員退休法第 14 條、公務人員撫卹法第 13 條、公務人員保險法第 18 條（特別規定不得抵銷）與政務人員退職撫卹條例第 7 條之規定。從而當行政機關以抵銷方式追繳公務人員溢領之薪資時，不得以上述不得扣押之債權作為其抵銷之債權。行政機關應給付於公務人員之薪資、俸給及報酬雖非不得扣押之債權，而得為抵銷，但在抵銷時仍須遵守強制執行法第 122 條「債務人對於第三人之債權，係維持債務人及其共同生活之親屬生活所必需者，不得為強制執行」之要求（無論是依行政執行法第 26 條或行政訴訟法第 306 條第 1 項、第 2 項準用、適用強制執行法之結

果，皆須適用強制執行法第 122 條之規定）。而此等維持公務人員及其共同生活之親屬生活所必需之債權也是依法律之規定不得扣押與抵銷之債權[17]。行政機關在為抵銷、扣抵時，仍須預留此等維持公務人員及其共同生活之親屬生活所必需之費用。一般認為行政機關每月得抵銷之金額，不宜超過該月薪資總額之 30%[18]。

當上述之抵銷的要件皆具備時，債務人一經為抵銷之意思表示，並到達他方時，即發生抵銷的效力，其相互間債之關係，溯及最初得為抵銷（即所謂抵銷適狀〔Aufrechnungslage〕）時，按照抵銷數額而消滅（民法第 335 條第 1 項）。

行政機關抵銷之表示的法律性質

若行政機關所為公法上抵銷之表示的書函，未表明其為行政處分之意旨與記載教示規定時，此時行政機關所為之表示是否為一行政處分，乃法律解釋之問題。關於行政機關所為抵銷之表示是否為一行政處分，其辨明的實益在於：（一）若其為行政處分，則人民對於行政機關抵銷的表示不服時，應提起訴願及撤銷訴訟請求撤銷之；若其非行政處分而僅是行政法上之意思表示，則人民對於行政機關抵銷的表示不服時，應提起一般給付訴訟，請求行政機關給付本應為之給付。（二）若行政機關抵銷之表示為行政處

[17] 民法上之抵銷，參黃立，前揭書（註 5），頁 735 以下；孫森焱，前揭書（註 11），頁 1122 以下。

[18] 參陳清秀，前揭文（註 6），頁 231 以下（244）。

分時，行政機關應遵守行政程序法對於作成行政處分在程序上的要求，例如：依該法第 102 條應給予處分相對人陳述意見之機會（因抵銷為對於人民不利之行政處分）、書面之表示依該法第 96 條第 1 項第 2 款應附記理由等；若為行政法上之意思表示，行政機關無須踐行這些程序上的要求。（三）若行政機關抵銷之表示為行政處分時，則此時之暫時權利保護是依訴願法第 93 條與行政訴訟法第 116 條申請/聲請停止執行；若為行政法上之意思表示，則此時之暫時權利保護是依行政訴訟法第 298 條聲請為定暫時狀態之處分。總之，在行政程序、救濟程序與強制執行程序上，行政處分與行政法上之意思表示皆有極大的差別[19]。

相對於我國學者大多認為行政機關抵銷之表示為行政法上之意思表示，而非行政處分[20]，實務上對此之見解較不明確與無一致性的見解。行政救濟實務上，於公務員法的領域，有時認為其為行政處分[21]，有時認為其非行政處分[22]，有時公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）與行

---

[19] 在德國，參 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (777); H. Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2000, § 9 Rdnr. 10; S. Detterbeck, a.a.O. (Fn. 1), S. 889 ff. (890); R. Buhmann, a.a.O. (Fn. 1), S. 985 ff. (983); LSG Hessen, L 9 SO 121/07 ER, Beschluss vom 2008/01/16.

[20] 參陳敏，前揭書（註 7），頁 314；林明昕，前揭文（註 4），頁 107 以下（120）；程明修，前揭文（註 10），頁 50 以下（62）；李建良，前揭文（註 6），頁 27 以下（37）。

[21] 參行政法院判決 87 年度判字第 1620 號、臺北高等行政法院判決 92 年度簡字第 864 號、公務人員保障暨培訓委員會復審決定書 92 公審決字第 239 號。

[22] 參公務人員保障暨培訓委員會復審決定書 94 公審決字第 350 號：「惟臺南醫院以員工個人匯款通知單扣抵復審人薪資 48,845 元以抵銷原預借之 93 年度年終獎金及考績獎金，該扣抵核係公法上債權抵銷權之行使，屬公法上意思表示，尚非行政處分。」96 公審決字第 364 號：「本件復審人係主張撤銷該所扣減原應補發薪資之行為，惟查復審人先行停職期間發給年功俸半數之薪資，烏坵鄉公所以 95 年 10 月 16 日函同意補發，但主張扣抵復審人先行停職期間發給年功俸半數之薪資，以抵銷原溢發曠職期間所領薪資及工程獎金，經核該扣抵係公法上債權抵銷權之行使，屬公法上意思表示，尚非行政處分。」

政法院，對於人民同時針對在同一個行政處分內追繳與扣抵行為不服所提起之復審與撤銷訴訟，也都同時加以審議與駁回復審與訴訟[23]。其中對於其是否為行政處分之一點，亦未見有深入的論述，所以也無從知悉其認為或不認為是行政處分的理由。只能說我國行政救濟實務上對於此一問題尚無法律爭議意識與法的判斷。惟在保訓會的復審決定中曾有多位委員針對此一問題提出不同意見書[24]，可見此一問題曾在保訓會內引起討論。此外，唯一看到有較進一步論述者為臺北高等行政法院 93 年度訴字第 627 號判決：「惟查被告 92 年 5 月 19 日函及板橋郵局 92 年 6 月 9 日函，究其等內容均屬抵銷之意思表示，依上開民法規定及最高法院判例意旨，乃消滅債務之單獨行為，一經為之即生消滅債務之效果，原不待原告之表示同意，尚不對外發生准駁之法律上效果，並非被告及板橋郵局就渠等執掌範圍具體事項所為發生公法上法律效果之單方行政行為，即難謂屬行政處分性質，原告本不得提起行政爭訟或行政訴訟，其逕向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，自屬於法有違，復審決定不察亦予以受理，而為實體上之駁回，固有違誤，然結論並無二致，原告復提起行政訴訟，顯非合法，應予駁回。」只是此號判決所以針對行政機關所為之公法上抵銷的法律性質加以論述，也可能是受到本案復審決定有委員針對公法上抵銷之法律性質提出不同意見書的影

[23] 參臺中高等行政法院判決 92 年度簡字第 161、165 號、公務人員保障暨培訓委員會復審決定書 96 公審決字第 768 號、97 公審決字第 263 號。

[24] 參公務人員保障暨培訓委員會復審決定書 92 公審決字第 239 號、96 公審決字第 768 號、97 公審決字第 263 號。

響，而非其自發性所發覺之法律問題。

關於此一問題，在德國的學說與司法實務上也有爭議。相較於過去的學說與司法實務大多認為行政機關抵銷之表示為行政處分，有愈來愈多的學說與司法實務見解認為其為行政法（公法）上之意思表示而非行政處分（至少在行政機關未表明其為行政處分之意旨時）。例如：德國聯邦行政法院在 1982 年 10 月 27 日—3 C 6/82─BVerwGE 66, 218 此號判決之前，係認為行政機關抵銷之表示為行政處分[25]。但此號判決改變其過去之想法，從此之後皆認為其為公法上之意思表示。過去德國聯邦社會法院也認為行政機關抵銷之表示為行政處分[26]，但在 2003 年 7 月 24 日— B 4 RA 60/02 R – SozR 4-1200 § 52 Nr 1 一號判決中，不再普遍地認為行政機關抵銷之表示一定是行政處分。又如：過去德國聯邦財政法院認為行政機關抵銷之表示為行政處分[27]，但在 1987 年 4 月 2 日— VII R 148/83 BStBl. 1987 II, S. 536 一號判決之後，認為其為公法上之意思表示，而非行政處分[28]。[29]因我國實務對於其認定行政機關抵銷之表示為行政處分並未附具任何的理由與說明，所以在此只能藉助德國學說與實務認為其為行政處分之理由來加以說明。

---

[25] 參 BVerwGE 8, 261 (262); 11, 283; 13, 248 (249).

[26] 參 BSGE 52, 98; 53, 208 (209); 64, 17 (22); 66, 63.

[27] 參 BFH BStBl 1968 II, 384.

[28] 參 BFH, NVwZ 1987, 1118 (1119 f.)= BFHE 149, 482 (487) ; BFH, BB 1988, 261.

[29] 其他各級法院與學說之見解，參 C. Weidemann, a.a.O. (Fn. 1), S. 113 ff. (113 f.); I. Ebsen, a.a.O. (Fn. 1), S. 389 ff. (393 f.); D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (447); ders., a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (777); LSG Hessen, L 9 SO 121/07 ER, Beschluss vom 2008/01/16.

抵銷包含有一個抵銷權人的意思表示，因抵銷之表示會使債之關係消滅，使法律關係發生變動，故抵銷為法律行為，且為形成權。又在具備抵銷之要件下，只要抵銷權人為抵銷之意思表示，且到達他方時，即發生抵銷之效力與法律關係變動的效果，而無須他方之同意，故抵銷為單方之法律行為。另抵銷必須針對特定人－被抵銷權人、特定債權債務為之，故抵銷是針對特定事件所為之行為。從而行政機關公法上抵銷之表示也是「行政機關」針對「公法上」之「具體事件」所為之「單方」行政行為。若依行政程序法第 92 條第 1 項對於行政處分的定義，與據此所得出之行政處分的構成要素，則「行政機關」、「公法性」、「具體事件」「單方性」這些要素，行政機關公法上抵銷之表示皆已具備。但較有爭議的，是行政機關在此所為者，是否為「行使公權力」之「對外直接發生法律效果」的「規制行為」。因此行政機關公法上抵銷之表示是否為行政處分，其判斷點與關鍵點應在於其是否為一「行使公權力」、「對外直接發生法律效果」與「規制行為」。

在德國主張行政機關抵銷之表示為行政處分者，是認為在此有一決定是否採行抵銷制度與抵銷額度究竟為何之行使公權力的規制行為[30]。在對公務人員為抵銷之表示時，行政機關在此是依其職權，針對基礎關係作成一對外發生法律效果，決定以抵銷之方式收取其對於公務人員之債權的決定，且為一行使裁量權後的裁量決定[31]。在此包含有一

[30] 參 OVG Koblenz, VerwRspr. 22, 409 (410); OVG Münster, OVGE 30, 46 (49).

[31] 參 OVG RhPf., Beschluß vom 9.11.1970 – 2 B 61/70-, VwRspr. Bd. 22, S. 409 f.

保留部分薪資不予給付之規制性的意思表示[32]。此一決定使得債權債務關係消滅，具有形成的作用[33]。此外抵銷是行政機關自己強制執行自己公法上之債權，其意義與效果等同於採取行政執行的手段，有如具有規制效力的執行行為[34]。

行政處分與其他公法上之意思表示同樣是以發生法律效果為目的，包含有一意思表示的法律行為。惟行政處分與其他公法上之意思表示的區別在於，行政處分意思表示的目的是用以拘束相對人，對表意之相對人產生拘束效力，並以其意思表示的內容直接對外發生法律效果，形成法秩序。而「以設定法律效果為目的」、「具有法律拘束效力」並「直接對外發生法律效果」之意思表示，即為行政處分為規制行為的內涵[35]。且行政處分之此種意思表示即使其違法，除無效之情形者外，在其未被有權撤銷之機關予以撤銷前，仍有效地發生其規制的法律效果。此外，行政處分是行政機關行使公權力的行為，而公權力行為除必須是公法行為外，也必須是行政機關基於國家與人民間之上下隸屬關係所為之行為。若以此行使公權力之規制行為的特徵，去檢視行政機關所為之抵銷的表示的話，可以發現，其並不具有此等特徵。

---

[32] 參 OVG NW, ZBR 1966, S. 307 (308); OVGE 30, 46 (49).

[33] 參 OVG Münster, ZBR 1966, S. 307.

[34] 參 Burmester, Dlie Verrechnung von Steuerforderung, 1977, S. 93.轉引自 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), Fn. 21.

[35] 關於行政處分為規制行為的意涵，參程明修，行政法上之意思表示、法律行為與行政處分，收錄於程明修，行政法之行為與法律關係理論，2005 年 10 月，頁 83 以下（110 以下）。另參陳敏，前揭書（註 7），頁 305 以下。

首先，行政機關抵銷之表示所以發生債權債務關係消滅的效果，並不是行政機關規制的結果，而是依照法律規定的結果。抵銷後債權債務關係消滅的法律效果，並非行政機關抵銷此一規制行為對外直接所發生的法律效果。抵銷權人只有決定是否為抵銷之表示的權利，至於是否發生抵銷的效果，與將發生何種效果，完全依照法律的規定，抵銷權人無權決定之，行政機關當然也無權規制之。行政機關在為抵銷時，所為抵銷額度的決定，只是說明其欲抵銷之債權債務的範圍，而非規制那些債權與債務應該消滅。所以並非有一個決定的行為即為規制的行為。若認為行政機關抵銷之表示為行政處分，將會造成行政機關之抵銷即使不符合抵銷之要件，仍須發生抵銷之效力的荒謬結果。例如：公法上之抵銷若非行政處分，而為公法上之意思表示，則當行政機關表示將三個月按月扣抵公務人員一半薪資時，因此一抵銷不符合抵銷之要件，故不發生抵銷之效力，行政機關不得扣抵。但若認為抵銷之表示為行政處分時，則 3 個月按月扣抵公務人員一半薪資已是此一行政處分之規制內容，並以此一內容對外直接發生法律效果，行政機關緊接著按月扣抵的行為只是執行此一行政處分的執行行為。若人民對於此一行政處分未在法定救濟期間內提起行政救濟而告確定時，人民將完全無翻案的可能性。在德國雖有主張行政機關抵銷之表示為行政處分者認為，在行政機關之抵銷不符合抵銷之要件下，應認為該行政處分無效[36]。惟行政機關之抵銷不符合抵銷之要件所作成

[36] 參 BFH, NVwZ 1987, 1118 (1119 f.)= BFHE 149, 482 (487).

之行政處分，可能尚非具有重大明顯瑕疵之無效的行政處分。若為解決在此所面臨之問題，而特例地認為其為一無效之行政處分，恐怕又會破壞在行政法上對於行政處分所建立起來的體系。所以根本的解決方法，還是不應將行政機關抵銷之表示認定為一行政處分。若行政機關抵銷之表示為一行政處分，且人民對此行政處分不服提起訴願、復審或撤銷訴訟時，受理訴願機關、保訓會與行政法院究竟要審查什麼？也是一個問題。是不得為抵銷之表示或不得產生抵銷的效果？但是在此並沒有行政機關依法行政是否得為抵銷的問題，而只有行政機關所為之抵銷是否符合抵銷之要件並產生抵銷之效果的問題。從而行政機關按月扣抵薪資的表示只是為抵銷的意思表示，而非行政機關規制的內容，在此並不存在一規制之行為[37]。其為公法上之意思表示，而非行政處分。

此外，公法上之抵銷不僅行政機關可以為之，人民亦可為之。不僅行政機關抵銷之表示可以使公法上之債權債務關係歸於消滅，人民亦可以其抵銷之表示使公法上之債權債務關係歸於消滅，行政機關抵銷之效力等同於人民抵銷之效力。所以當行政機關為抵銷之表示時，並非以優於人民之地位，基於上下隸屬關係，為此一行政行為。且行政機關也無須以優於人民之地位，基於上下隸屬關係，為此一行政行為，在此並無一定須以行政處分作成的理由與

[37] 相同見解，參 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (777); R. Buhmann, a.a.O. (Fn. 1), S. 983 ff. (985); S. Detterbeck, a.a.O. (Fn. 1), S. 889 ff. (891); C. Weidemann, a.a.O. (Fn. 1), S. 113 ff. (115).

實益[38]。從而行政機關抵銷之表示並非行使公權力之行為，而是基於其與人民間之平等關係所為之行為。且即使行政機關先前以行政處分確立主動債權的行為是基於上下隸屬關係所為之行為，或公務人員與國家間的關係通常是上下隸屬關係，也無礙於行政機關在此基於平等關係所為之抵銷行為，或使得抵銷之行為變成是行使公權力的行為或非得以行政處分行使不可[39]。因為確立主動債權之行政處分與行使抵銷權是兩個不同的行政行為，其各自獨立地發生其法律效果，並應各自獨立地判斷之。

再則，行政機關在此所為之抵銷的表示是用以拘束自己，而非表意相對人。抵銷一方面使債務人的債權獲得實現與滿足，另一方面也免除自己的債務、為債的清償。且與其說行政機關抵銷之表示是在實現與滿足自己的債權，還不如說其是在免除自己的債務與為債的清償。所以在此行政機關並沒有要規制他人、作出一拘束他人之行政處分之意。此外行政機關抵銷之表示，與其說是執行自己的債權，還不如說是捨棄自己的債權，從而抵銷並不能與行政執行所採取之執行措施等視。抵銷雖然使得債務人取得以自力救濟方式，實現與執行自己債權的機會，但是此一權利所有同時擁有債權之債務人都擁有，包括私法上的債務人，行政機關之擁有此項權利，並不具有特殊性與優越性，也不是其基於高權之地位所取得者，故行政機關抵銷之表

[38] 相同見解，BFH, NVwZ 1987, 1118= BFHE 149, 482; D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (778).

[39] 相同見解，參 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (778); ders., a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (448).

示並非等同於具有規制效力的執行行為[40]。

行政機關所為，會使法律關係發生變動，具有形成作用的行為並不限於行政處分。諸如在行政契約關係中，當事人雙方所為之解除契約或債務免除的意思表示，也具有此種作用。所以抵銷之表示會使債之關係消滅，具有形成作用，並不能作為其係一行政處分的佐證。

基於上述之理由，應認為行政機關抵銷之表示只是一種公法上之意思表示，而非行政處分。

以行政處分為抵銷之表示的適法性

若行政機關所為公法上抵銷之表示的書函，有表明其為行政處分之意旨與記載教示規定，即行政機關主觀上認為其為行政處分且有意作成一行政處分，以規制其與人民間之債權債務關係，且該表示在客觀上已具備行政處分之各種要素時，此時已無法律解釋的空間，而應認為該表示為一行政處分。只是行政機關所為之行政處分並非一定合法，只要行政處分在許可性、形式合法性與實質合法性任何一項有所欠缺時，即使其具有行政處分之外形，仍為有瑕疵而得撤銷的行政處分。其中許可性說明，行政機關必須有權作成行政處分，其以行政處分作成之事項，必須是得以行政處分之形式作成時，該處分方合法。所以行政機關以行政處分為抵銷之表示，雖為一行政處分，但是若行政機關對於公法上之抵銷不得以行政處分作成時，則此一

[40] 相同見解，參 BFH, NVwZ 1987, 1118 (1119 f.)= BFHE 149, 482 (487); D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (448 f.); ders., a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (778).

處分將為一違法之行政處分，人民對之得提起訴願、復審及撤銷訴訟請求撤銷之。當人民對之提起行政救濟時，受理訴願機關、保訓會及行政法院也應撤銷之[41]。此時救濟機關撤銷原處分之理由，並非行政機關不得為抵銷之表示，而是行政機關不得以行政處分為抵銷之表示。

行政處分是行政機關得選擇使用的行政行為形式之一，在具體個案中，行政機關得否採取行政處分之形式可能無須法律之一一授權。但基於下列之理由，仍應認為行政機關不得以行政處分為抵銷之表示：（一）行政機關單方、高權地決定抵銷、不對人民為其應為之給付，此已構成對於人民權益之侵害，對此負擔之處分須有法律之授權依據。在欠缺法律特別授權的情況下，行政機關不得以行政處分為抵銷之表示[42]；（二）得否抵銷、抵銷後產生何種法律效果，悉依法律（民法）之規定，行政機關並無規制此種事項與法律關係的權限；（三）當行政機關為抵銷時，是與人民處於平等對等的關係。在此關係中，行政機關並無以行使公權力之方式，規制其與人民間之債權債務關係的權限；（四）行政機關抵銷的處分將等同於行政執行程序上之執行行為，但依行政執行法第 4 條第 1 項之規定，公法上金錢給付義務之執行係屬於法務部行政執行署所屬行政執行處之權限，而非原處分機關之權限，所以原處分機關亦無權作成此種執行措施。

---

[41] 相同見解，參 BFH, NVwZ 1987, 1118 (1119 f.)= BFHE 149, 482 (487); D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (450 f.).

[42] 相同見解，參 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 1), S. 446 ff. (450); ders., a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (778).

伍、結論

我國在行政與司法實務上已出現頗多公法上之抵銷的個案，惟公法上抵銷制度的法理與其所帶來之法律問題卻未受到我國學說與實務相對的重視，至今仍僅停留在各機關各自為政，依其行政慣例運作的階段。

我國公法法規雖未規定公法上抵銷之制度，但對此可依一般之法律思想適用或類推適用民法有關抵銷之規定。所以公法上之抵銷應該是許可的，此即使是在公務員法之法律領域，也應該加以承認。且不僅行政機關得為公法上之抵銷，人民亦得為之。惟公法上之抵銷仍須具備民法所規定之抵銷的要件－互負債務、給付種類相同、屆清償期、非不得抵銷之債務，方得為抵銷。且在具備抵銷之要件下，只要債務人一為抵銷之表示，即發生法律所規定之抵銷的效果，在此無須得到他方的同意。

當行政機關所為公法上抵銷之表示的書函，未表明其為行政處分之意旨與記載教示規定時，應認為行政機關所為抵銷之表示只是一種公法上的意思表示，而非行政處分，因其欠缺行政機關欲以行政處分規範法律關係的規制性，以其規制內容對外直接發生法律效果的法效性與居於優於人民之地位行使公權力的特徵。若行政機關所為抵銷之表示的書函有載明其為行政處分之意旨與記載教示規定，依行政機關之主觀意思是以行政處分行使其抵銷權，且在客觀上已具備行政處分之各種構成要素時，則此時應認為該抵銷之表示為一行政處分，但因其欠缺行政處分之許可性要件，故為一違法之行政處分，人民及公務人員得

提起訴願、復審及撤銷訴訟請求撤銷之。當人民對之提起行政救濟時，受理訴願機關、保訓會及行政法院也應撤銷之。若行政機關在同一個書函中，同時為確立主動債權（特別是行使公法上不當得利返還請求權的追繳）與抵銷之表示時，此時確立主動債權與抵銷的部分應分別判斷。可能前者為行政處分，後者非行政處分，或兩者皆非行政處分。

過去德國之學說與司法實務因對於公法上之抵銷的本質認識不清，而有認為行政機關公法上之抵銷的表示為行政處分者。但此種認定卻帶來許多實務上無法解決的問題，例如：當行政機關之抵銷權的行使不符合法律所規定之抵銷的要件時，究應如何審理？是行政機關不得為抵銷之表示，或行政機關之抵銷並不發生抵銷之效力？若人民錯過救濟期間，該抵銷之處分已具有確定力時，是否仍發生抵銷之效力？人民對於抵銷之處分提起救濟，而具有延宕之效力時，此時是否仍發生抵銷之效力[43]？為根本地解決這些問題，有愈來愈多的學者與審判實務認為行政機關公法上之抵銷的表示並非行政處分，而是一種公法上的意思表示。人民對於行政機關抵銷之表示，從而不為給付不服，應提起一般給付訴訟，請求行政機關為本應為之給付，而非提起撤銷訴訟，請求撤銷行政機關所為之抵銷的表示。而此德國學說與司法實務見解的轉變或許可以供我國行政救濟實務參考。

[43] 參 D. Ehlers, a.a.O. (Fn. 2), S. 777 ff. (779); BFH, NVwZ 1987, 1118= BFHE 149, 482.

＜研討紀錄＞

第一場：公法上之抵銷-以追繳公務人員溢領薪資為例

主持人：邱聰智 考試委員（考試院）

報告人：陳淑芳 副教授（世新大學法律系）

評論人：陳春生 教授（台北大學法學院院長）

主持人（邱聰智考試委員）：

大家早安大家好，剛剛說給主持人 5 分鐘，但是我看時間相當有限，全部才 1 個小時，因此在會議進行當中，如果有必要的話我就會講幾句話，所以主持的部分我就盡量從簡，包括報告人跟評論人的介紹部份我都盡量從簡。

報告人陳淑芳教授，她是德國波昂大學的法學博士，專攻憲法、行政法跟國會法，目前是世新大學的副教授，她雖然看起來很年輕，但是著作很豐富，是非常有研究的年輕法學者。

評論人陳春生教授，是我們即將上任的大法官，他是德國慕尼黑大學的法學博士，陳教授歷任台北大學的法學院院長，有專書 40 本，論文 40 篇，我想他在法學界的成就跟經歷大家都非常清楚。

我很快就把麥克風交給陳教授主講。

報告人（陳淑芳副教授）：

主持人、評論人、各位考試委員、林大法官、保訓會的各位委員、東吳大學的林主任還有在座的各位先進，大家早。首先我要感謝主辦單位給我這個機會來發表這篇文

章，這篇文章正好介在公法跟私法之間，所以希望邱委員跟陳教授能多給我一些指教。

抵銷是民法上的制度，民法第 334 條規定了抵銷的要件，第 335 條規定了抵銷的法律效果。公法上是不是承認抵銷的制度，因為公法法規沒有明確的規定，所以只能靠學說與實務來形成。問題是我們實務上已經出現了很多公法上抵銷的行政行為。比如說公務員有時會溢領薪資津貼，事後他的服務單位可能會發一個函告訴他，要從往後應發給他的薪資中去扣抵，這樣表示的函或是行為就是公法上抵銷的類型。至於關於公法上抵銷帶來的法律問題，根據德國的實證經驗，目前廣泛被討論的有 4 個問題。

第 1 個問題，行政機關這個公法上抵銷意思表示是一個行政處分或只是一個行政法上的意思表示？第 2 個問題，行政機關可以為抵銷，人民也可以為抵銷，如果說人民針對行政處分所確立的債務，人民主張抵銷之後會不會影響這個行政處分的合法性？第 3 個問題，如果行政機關的債權是由行政處分所確立的話，人民針對這個行政處分提起訴願跟撤銷訴訟，這個訴願跟撤銷訴訟的提起又具有延宕效力的話，那麼抵銷是否還發生抵銷的效力？第 4 個問題，抵銷有可能是公法上跟公法上債權的抵銷，也有可能是公法上債權跟私法上債權的抵銷，或者是對此互相抵銷各別債權的爭議是繫屬在不同法院的時候，行政法院如何審理的問題。這邊所發生的問題很多，但是限於篇幅，我沒有辦法一一去作探討，所以我主要是針對第一個問題來作探討，就是行政機關所為的抵銷是不是行政處分的問

題。

關於這個問題，如果法規有明文規定行政機關為公法上抵銷可以作成行政處分的話，那麼公法上抵銷之表示為行政處分，當然沒有問題。問題是我們的法規並沒有就這一點作規定，所以就只能靠學說與對法律的解釋。

如果行政機關公法上抵銷的表示，未表明其為行政處分的意旨，則此時所要討論的，是行政機關所為的表示是不是行政處分的問題，就是第參節所要談的。如果行政機關已經表明是行政處分，那麼就是第肆節所要談的，即這個行政處分合不合法的問題，也許是不應該用行政處分作成，但是行政機關卻用行政處分作成，以至於違反行政處分的許可性，而為違法的行政處分。還有另外一種可能性是，行政機關要求追繳的部分跟公法上抵銷，就是要求抵扣的部分，在同一個函中作成，那可能會變成追繳部分是行政處分，但是公法上抵銷的部分不是行政處分，或者是函內表明兩個部分都是行政處分的意旨，此時也是第肆節所要討論的問題。所以我們在實務上會遇到三種類型。第一種是針對公法上抵銷，用一個函，但沒有表明是不是一個行政處分；第二種是用一個函，針對公法上抵銷表明是行政處分，客觀上看起來也是一個行政處分；第三種是在一個函裡面同時表示要追繳又要扣抵，這時候有可能兩個部分都是行政處分，或者一個部分是、一個部分不是行政處分。

在開始討論這個主題之前，我想先就公法上抵銷的許可性跟要件作一些說明。民法上的抵銷主要有兩種作用，

一方面是在清償債務，另一方面是在滿足債權，而公法上也需要這種同時清償債務跟滿足債權的的抵銷制度。所以不只是私法上需要抵銷制度，公法上也應該要承認。最後結論就像剛剛林大法官所講的，就是類推適用或者是依照法理，把私法上的抵銷制度類推適用或直接適用到公法上來。而檢視公法法規的規定，也可以得出這樣的結論。其實公法裡面已經有不得抵銷之規定，例如公務人員保險法第 18 條。由這個規定，可以推知我們的立法者已經承認公法上有抵銷的制度，否則不會有這條的規定。第二個理由是，目前實務及學說上已經普遍承認，私法上的某些債權債務關係，是可以類推適用或是依照法理直接適用到公法上來。第三個理由是，實務上有很多公法上抵銷的行為。第四個理由是一般教科書跟法學文獻都有公法上抵銷的概念。可以說我們的學說跟實務都已經承認公法上抵銷的概念，所以它的許可性應該是沒有爭議。

至於公務員法的領域，我是覺得基本上還是承認公法上抵銷的許可性，只是行政機關對公務員的很多給付，可能是要保障公務員的生活或是為照顧公務員而設，所以可能導出公務員法上有很多債務是不能抵銷的，但是並不能導出不承認公法上抵銷的制度。這是我這個部分的結論，公法上的抵銷可以加以承認，而且在公務員法上也可以加以承認。

接下來是公法上抵銷要件的說明，我想特別針對公務員法的部分加以說明。如果類推適用民法第 334 條有關抵銷的規定，公法上抵銷的要件包括：（一）必須二人互負債

務；（二）必須雙方債務之給付種類相同；（三）必須主動債權與被動債權均有效存在、主動債權可強制履行與被動債權得被履行；（四）必須雙方債務均屆清償期；（五）須非不得抵銷之債務。以下是這些要件適用到公務員法必須特別加以說明的。

（一）必須二人互負債務，此二人應該不限於行政主體跟行政主體，也包括行政主體跟人民，所以不只行政主體跟行政主體可以主張抵銷，人民跟行政主體也可以主張抵銷。而且不只公法上跟公法上的債權可以抵銷，公法上跟私法上的債權也可以抵銷。可是這邊會有一個問題，如果一個是公法上的債務債權，一個是私法上的債務債權，那麼什麼樣的情況下才是公法上的抵銷？這邊必須被動債權是公法上的債權，才是公法上抵銷。至於主動債權是公法上或私法上的債權，不具重要性。為什麼會這樣？因為如果是公法上的債務，債務人主張抵銷可是卻不發生抵銷的效力，債權人要請求救濟的話，應該提起行政訴訟，請求債務人為他本應為的給付。以公務員法來說的話，追繳公務人員溢領的薪資，這個是公法上的債權，是主動債權，可是我們現在要看的，是將來要抵銷的債務是公法上還是私法上的債務，來作為判斷的標準。譬如說，是將來要發給公務員的薪資的話，這就是公法上的抵銷。但是要抵銷的債務如果是向公務員借貸的款項的話，那就是私法上的抵銷，這樣行政機關的抵銷行為就是私法行為，他所為的表示就不能認為是行政處分。

第二個要件是給付種類必須相同，在追繳公務人員溢領薪資時，主張抵銷的債務必須是金錢債務才行，如果是金錢以外的債務，就不能主張抵銷。

第三個要件是主動債權必須有效存在、屆清償期、可強制履行。這個部分比較會有問題的，是行政處分所確立的主動債權，在人民提起訴願跟行政訴訟之後，怎麼處理的問題。在我國提起訴願、復審或行政訴訟是沒有延宕的效力，所以原則上還是發生抵銷的效力。只是將來如果訴願、復審或行政訴訟原處分被撤銷的話，則可能原處分自始不發生抵銷的效力。那如果提起訴願、復審、行政訴訟有延宕效力的話，這時候可能因為主動債權還沒有屆清償期，而不發生抵銷的效力。

第四個要件是被動債權有效存在、屆清償期、得被履行。關於被動債權是不是一定要屆清償期這一點，並不認為一定要屆清償期。主要是因為依照民法第 316 條的規定，債務人原則上得拋棄他的期限利益，為期前的清償。假設說行政機關在追繳溢領的薪資時，表示說要預扣將來應發的薪資的話，將來要發的薪資是屬於未來的債權，是屬於未屆清償期的被動債權，但是還是可以為公法上的抵銷。這是債務人拋棄他的期限利益，為期前清償，這時候還是可以為公法上的抵銷。

第五個要件是必須為非不得抵銷的債務。不得抵銷的債務依照民法第 334 條、第 338 條至第 341 條的規定，主要分為三種。一種是依債之性質不能抵銷的，一種是依當事人的約定不能抵銷的，第三種是依照法律的規定不能抵

銷的。這裡跟公務員法比較有關的，是依債的性質不能抵銷跟依照法律的規定不能抵銷的。主要是給公務員的給付有很多是要照顧公務員的生活，或者是在公務員有急難的時候給予急難救助，而使得在公務員法上有很多債務是不能抵銷的。如果給公務員的給付具有這種性質的話，那就是依照它的性質不能抵銷者。還有一個是根據法律的規定不能抵銷的，尤其是法律禁止扣押之債。這種規定是蠻多的，我在文章中有列舉。

如果行政機關要抵銷的，是要發給公務員的薪資跟報酬，我是覺得這種債務原則上是可以抵銷的，但是要注意強制執行法第 122 條的規定。如果是債務人跟他共同生活之親屬生活所必需之債權時，就不能強制執行，所以也不能扣押與抵銷。所以要抵銷的債務，如果是屬於要發給公務員的薪資跟報酬的話，我是覺得是可以抵銷，但是要注意強制執行法第 122 條的規定。一般來講，如果是薪資的話，每個月可扣抵的金額最多是 30%，就是不能超過 30%，這是解釋出來的結果。

抵銷的要件皆已具備時，只要債務人為抵銷的意思表示，且到達對方的時候，就發生抵銷的效力。抵銷的效力是相互間債的關係歸於消滅，而且溯及到可抵銷時，按照抵銷的數額消滅。這就是民法第 335 條第 1 項的規定。

接下來要針對行政機關所為抵銷之意思表示是不是一個行政處分的問題來作探討。我前面有講過，就是這個函裡面並沒有表示是不是行政處分，客觀上也看不出來是行政處分時，就是往下要探討的問題。因為函沒有表示是不

是行政處分，所以就變成是法律解釋的問題。為什麼要討論行政機關所為的意思表示是不是行政處分，所以要辨明的實益有三點。第一點，如果公法上抵銷的表示是行政處分的話，那人民不服是提起訴願跟撤銷訴訟，可是如果公法上抵銷的表示是公法上意思表示的話，那人民不服是提起一般行政訴訟。第二點，如果公法上抵銷的表示是行政處分的話，行政機關必須要符合行政程序法對於作成行政處分之程序上的要求，要給予人民陳述意見的機會，而且要附記理由，這是行政程序法第 102 條、第 96 條的要求。第三個區別的實益在於暫時權利保護，因為如果是行政處分的話，暫時權利保護是申（聲）請停止執行，可是如果是公法上意思表示的話，這時候暫時權利保護應該是依照行政訴訟法第 298 條聲請為定暫時狀態之處分。

關於這個問題，實務上我想針對公務員法來加以說明。我們可以看到保訓會的復審決定書或者是行政法院的裁判見解，有時認為是行政處分，有時認為不是行政處分。或者有時候在一個函裡面同時包括追繳與扣繳，人民同時對追繳與扣繳不服，提出復審或是行政訴訟的時候，保訓會跟行政法院可能會兩個部分同時審理，然後兩個部分同時駁回復審或駁回訴訟，可見保訓會或行政法院已經認為它是行政處分，同時去審查了。所以可以說目前實務上的見解不是很一致，在此特別要提的，是保訓會有幾位委員曾對此寫過不同意見書，可見這個問題在保訓會曾經引起過討論。台北高等行政法院 93 年度訴字第 627 號判決曾經對這個問題表示過看法，它在判決裡面是認為公法上抵銷是公法上意思表示而不是行政處分。但是我認為它在作成

這個判決時所以特別針對這個問題去作討論，是受到保訓會復審決定書的影響。因為這個案子保訓會復審決定書中有委員提出不同意見書，所以引發行政法院法官去思考這個問題。

有關這個問題在德國法上的見解，若去看德國聯邦法院的見解，不論是聯邦行政法院、聯邦財政法院、聯邦社會法院，早先都認為是行政處分，但是後來又改變它之前的見解，大部分都認為是公法上的意思表示。關於這個問題，如果從行政程序法第 92 條的規定去看它是不是一個行政處分，關鍵在於在此是不是一個行使公權力、直接對外發生法律效果的規制行為，它的要點在這裡。因為不難發現，抵銷也是一個法律行為，就像剛剛林大法官所講的，這是一個形成權。所以，它是一個法律行為，是單方行為，因為一方為意思表示就會產生法律效果。所以從行政程序法第 92 條行政處分的六個構成要素去看的話，問題或者是判斷點應該是它是不是行使公權力？會不會發生法律效果的規制行為？關於『規制行為』的解釋，應該是為意思表示拘束相對人，並產生法律拘束力的行為，且依照規制的內容直接發生法律效果的一種意思表示。

若回來看公法上的抵銷，其所產生之抵銷的法律效果，是法律規定的結果，而不是行政機關規制的結果。我這邊有舉一個例子，如果說行政機關決定抵銷的內容是追繳溢領的薪資，且從薪資中扣繳，3 個月內每個月扣抵 50%的薪資。如果我們認為這是公法上意思表示的話，那它應該不符合抵銷的要件，這個抵銷將不發生抵銷的法律效

果。可是如果把它當成行政處分的話，會變成 3 個月內每個月扣抵一半的薪資是行政處分規制的內容，即便行政處分是違法的，它的規制內容還是會發生法律效果。對於這樣的行政處分，提起復審或者是行政訴訟的時候，保訓會或行政法院會無從審起，因為不知道要審查什麼？因為這邊只有行政機關所為抵銷之意思表示是否發生法律效果的問題，而沒有行政機關可否為抵銷的問題。所以會變成保訓會或行政法院要審查的時候不知道要審查什麼客體，還有到底要撤銷什麼？這是它最大的問題。另外抵銷是人民也可以行使的行為，不只是行政機關可以行使；行政機關為抵銷債權債務關係會消滅，人民為抵銷債權債務關係也會消滅，所以行政機關為抵銷並不是居於優於人民的地位。行政機關如果是用行政處分作成的話，則是一個違法的行政處分，人民可以提起復審、撤銷訴訟，我是認為這個時候行政法院還有保訓會應該把它撤銷。

主持人（邱聰智委員）：

謝謝陳教授精彩的報告，現在我們請陳大法官。

評論人（陳春生大法官）：

謝謝主席。有機會比各位早一點接到到陳淑芳教授的這篇大作，基本上非常肯定這篇大作，因為這是行政法上比較少討論的議題，像剛剛林錫堯大法官精彩的演講，有關公法上不當得利，都是公法上比較少討論的。陳教授這篇論文，論點非常明確一致，特別從德國跟我國的實務、學界，還有保訓會對於公法上抵銷見解有一些非常精彩、不同的論述。很顯然陳教授的見解認為公法上的抵銷是公

法上的意思表示。在很多共同的場合裡面跟陳教授也是有接觸，她的推理分析能力非常的強，引經據典，非常細膩，這篇論文也不例外，所以基本上非常肯定這篇論文。待會從公法上抵銷為出發點提出一些個人的淺見，希望也可以提供給陳教授考慮一下這方面的發展。

首先這篇論文介紹很多德國的學說，究竟公法上的抵銷是行政處分還是公法上的意思表示？這邊就讓我想到，在我國行政法跟民法、刑法之間，隨著時代的發展，很多行政法上需要解決的行政法律現象，就援引刑法或是民法。那在這邊民法上抵銷的規定，在我國跟德國雖然肯定公法上的抵銷存在，但到底它的定位是什麼？我分析有四種可能。第一種可能是，把民法第 334 條以下的抵銷原則上適用，在例外的時候，像第 334 條但書這樣的情況，不能抵銷的才排除掉。第二種情況是例如像公法上的繼承，因為它是公法上的性質，像日本跟我國認為，公法私法要區分，特別是說像公務員的俸給請求權，是公法上的權利，因此不得作為放棄、讓與、扣押、繼承以及抵銷的對象。這就是原則上我承認，但是例外的時候不行，問題是哪一種例外？第三種可能是像德國討論它是行政處分還是一般的意思表示，它並沒有回答到我剛剛講的定位的問題，因為有可能它是說，有這樣的事實情況存在，類似民法上的抵銷行為，但是公法上特有的抵銷行為，就是說它可能有類似民法抵銷的性質，但是它可能要獨自走一條路。第四種可能就是否定，就是根本就不應該，從德國跟我國來看應該都不是採第四種。那到底一、二、三哪一種？我想這在概念上公法學界都還可以再討論。

第二個，如果承認公法上抵銷，那麼行政程序法或是行政罰法有關折價的規定，它裡面有實體法的規定，也有法律上原則，法律上原則它怎麼適用？譬如說，公法上抵銷碰到的是信賴保護的問題，行政程序法第 117、119、120 條等等，這邊有信賴保護，可是在民法上討論的可能又不太一樣。所以到底要不要承認這樣的抵銷，而且抵銷會不會有遲延利息的問題？另外一個是平等原則及比例原則，怎麼說呢？譬如說行政機關有很多不同的類型，例如公務員的薪資或是其它的領域，對某甲是抵銷，但是對某乙因為某些原因又沒有抵銷，涉及到平等原則及比例原則。所以說概念的定位還有原則的適用，將來實務界還有公法學界還要繼續的探討。

另外如果承認是不是該類型化，比如說公務員薪資的溢領，這邊所謂的特別權力關係，雖然現在已經揚棄了，但是這邊對它的抵銷，它的條件跟限制等等跟一般人民會有一點不一樣，因為公務員跟一般人民會有不同，例如說他受公務員法的規定會有一些要求，因為對他的一些要求，所以相對的也要給他一點保障，所以公務人員保障法就在這樣的目的下誕生，所以跟一般人民不同，跟民法上抵銷概括的立法規定又不太一樣。我舉一個例子，在日本 1975 年有一個判決，當時是日本某年 10 月至 12 月，有幾個公務員因為反對實行公務員類似評鑑的制度，他們就參加了幾場這樣的活動，因為參加所以就曠職沒有上班，當年 10 月跟 12 月發生的事，但是到了隔年 3 月政府才把曠職的缺薪扣掉，類似抵銷的適用。當時日本的解釋是說公務員薪資所得的保障，薪資全額給付的原則也適用日本勞

基法第 20 條第 1 項，根據日本實務見解，什麼叫做薪資全額給付原則，換句話說雇用人對受僱人的薪資全額給付應該實際履行，雇用人不得基於對自己受僱人相對的債權任意主張就薪資的全部或一部為抵銷。簡單講，判決認為如果要抵銷，原則上不行但是例外只有在說這個抵銷從溢領的時間角度跟實際上為抵銷的時間必須要密切，而且不能危及到勞動者經濟生活的安定，例外才能承認抵銷。當然這是將近 40 年前的判決，日本實務慢慢在改變，至少它在一開始定位比較清楚的是原則不行，例外可以，那怎麼樣是例外呢？必須是抵銷的時間點跟溢領的時間點必須是比較密切，不能過太久，另外就是不能影響到公務員經濟生活的安定。日本一開始在討論的時候，是對公法上抵銷的性質就有一個比較細膩的區分在。另外就是剛剛提到原則的適用，比如說行政契約跟一般契約有什麼不同？當然可以從很多角度去切入，但是至少我們可以知道行政法上的一般原則，比如說平等原則，在我們的行政程序法裡面，契約的部分也有規定到，比如說第 138 條行政契約對契約相對人的選定必須要平等，契約內容的訂定必須要合乎比例，契約的變動消滅必須要有類似補償性的保護，大家可以看看行政程序法第 138、145、146 條的規定。所以說像行政契約這種私法規定移植到公法上的狀況，讓它有體系、原則、規則這樣的情形。

最後我對於陳老師這篇文章我予以肯定，但是怎麼讓公法上的抵銷求得它的法理依據，特別是像剛剛所說傳統的從公法私法上契約所引申出來的公務員薪俸的請求權，不能放棄、讓與、扣押、繼承、抵銷，像這樣的例子你要

怎麼去衝破它？那我們的定位是原則上、例外還是第三條路？它的判斷基準在哪裡？這邊都很值得我們討論，否則就會像司法院釋字第 604 號解釋，當然我們在這邊不是批評喔！它說到有關行政罰法上有關一行為不二罰跟刑法上一事不二罰，那個罰是什麼？是刑事上的還是執行罰，都需要大家去認定，如果這邊不界定清楚，在行政罰法裡面採取一行為不二罰評論的文章非常多，也不見得有共識。對於公法上的抵銷，我們如果要去承認它，那從體制的角度、定位、概念、要件，有哪些原則要適用、有哪些規則？整個去構成它的體系，這樣在未來整個學術、實務討論上會有很大的幫助。

主持人（邱聰智委員）：

那現在我們是不是開放現場提問？

提問人（程明修老師）：

我是保訓會委員同時也是東吳大學公法研究中心程明修，首先在感謝陳教授這麼爽朗應允擔任報告人。首先我想把這個議題設定的原始想法作一個說明，在保訓會審查保障案件的時候，遇到一個很大的困擾是在對公務人員薪資扣繳的決定上面，審理時就遇到扣繳行為的法律定性、救濟程序以及實質審理的問題，就如同剛剛陳教授在報告裡面所提到的問題意識。在這裡面我想提出兩個想法跟陳教授做一個討論，第一個是剛剛陳教授在文章裡面有提到 Ehlers 的文章，在這邊會涉及抵銷的法律定性是不是認定為行政處分的判斷？我記得在 Ehlers 的文章裡面對於這個問題有兩種看法，一個是說它是不是行政處分要看實體法上

的規定，它有可能如同剛剛陳老師的結論，它是公法上的意思表示，但也並不排除透過行政處分的包裝去為抵銷的行為，不曉得陳老師是不是認為這樣的主張方式是可行的？換句話講，也並不排除在實體法有規定的情況下用行政處分的方式來主張公法上抵銷，這是第一個問題。第二個問題是剛剛在陳老師的口頭報告裡面有聽到，我們現在面臨到的困擾是，即使承認有公法上的抵銷，那這個公法上的抵銷是不是如同其他公法上的意思表示或者是行政處分，那現在公法上的抵銷跟行政處分最大的區別是在規制效力的有無，即使如此，這種公法上的意思表示對於人民及公務員的影響如此重大，那它需不需要遵守法律保留原則的要求？它需不需要有具體明確法規範的授權？還是說就把它當作是一個任意可為的公法上意思表示？以上兩個問題。

主持人（邱聰智委員）：

那我也提出一個問題，公法上的問題我所知有限，但是如果單單以今天所討論的問題，薪資溢領跟預扣可以適用到民法的抵銷，這樣的論點是可以接受，給予肯定。但是結論是可以限縮一下，以這個例子為範圍，這篇論文是有相當的意義，但是超過這個範圍，在性質不同的情形之下，可能涉及到比較多的問題需要去處理。我要提一個比較大的問題，包括剛剛林大法官在專題演講所提到的，現在公法上的制度大量借用私法上的規定，像本文第 4 頁所提到的類推適用，公法直接適用私法，它的依據在哪裡？如果類推適用是一個法律上的條文，具體事項去做一個相

對等的援用，雖然說抵銷是引用民法第 334 條，但是這不是單一條文的借用，是要跟後面的禁止條文合起來一起去借用的，這樣看起來，在法律的解釋上用類推適用，是不是一個很好的方式，在法學方法上是不是能達到一個強有力的依據？這是這幾年在我一直在思考的問題。

報告人（陳淑芳副教授）：

關於陳教授所提出的問題，抵銷在我們公法上的適用，我想我會帶回去再思考一下，但是我基本上認為在法理上跟民法一樣，是可以類推適用民法的規定，但是要注意的是抵銷的要件，很多公法上的債務是不能抵銷的，這是我這篇文章基本的立場。

另外一個問題是，抵銷是不是適用行政法之一般原理原則？其實這個問題我有想過，但是我當時是考慮到，我要寫在那裡？因為講它的要件之後，我是覺得不符合要件就不會發生抵銷的效果，那要不要去論述抵銷的意思表示是不是符合行政法之一般原理原則？我當時考慮是它在法律上的重要性到底在那裡？這是我要再思考的問題，我沒有辦法立即下結論。如果具體要用這些原則，誠信原則是一定會適用，至於信賴保護原則、比例原則及平等原則，我當時是在考慮怎麼用它，所以我就沒有針對這個部分加以論述。以平等原則來講，其實抵銷是讓債權債務關係消滅，對雙方來講都沒有任何的損失，這時候如果要適用平等原則的話，從公法的觀點去看好像又不太恰當。因為抵銷從某一方面去看是免除自己的債務，為債的清償，但是從另一方面來看又是放棄自己的債權，所以這時候用平等

原則，我是覺得有點扞格，我需要再考慮。

至於對公務員的抵銷和對一般人民的抵銷有什麼不同？有沒有要特別注意的？其實這個問題我也有考慮過，我也會再去思考。

另外關於程委員提出來的兩個問題，因為時間不夠的關係，所以我剛剛漏了講。關於第一個問題，原則上我這篇文章的主軸是，如果這個函本身已經表明行政機關有作成行政處分的意旨，而且從客觀上去看也都符合行政處分成立的要件的話，那我覺得應該可以認為是行政處分，緊接的問題是它可不可以作成一個行政處分的問題。還有在我文章的第 2 頁有提到，如果法律明文規定可以用行政處分去為抵銷表示的話，那行政機關是確實可以用行政處分去作的，就是類似公法上不當得利的請求一樣，我是覺得是可以的，可是這要法律有明文規定，但因為我們的公法法規沒有明文規定，所以我們就要去解釋它。原則上客觀上如果看起來是行政處分，我們還是要認為它是行政處分，只是是不是合法的問題。然後緊接著是您提到的第二個問題，這個我是寫在第 12 頁，原則上如果行政機關是以行政處分作成的話，我認為這個行政處分是違法的，違反行政處分的許可性，因為它是不能用行政處分作成的。我這邊有四點理由。第一個理由是，如果抵銷是行政處分的話，它其實對人民是一個不利的行為，我覺得要有法律授權依據。第二個理由，抵銷發生的法律效果是依照民法規定的結果，行政機關根本無從去規制，所以行政機關沒有規制權。第三個理由，我是覺得抵銷是一個平等對等關係

下的意思表示，所以不能用上下隸屬關係、行使公權力，作成處分的方式去行使。第四個理由，抵銷如果是行政處分的話，它會變成是行政執行上的執行行為，而且是具有規制性的執行行為，但是依照我們的法律，公法上金錢給付義務的強制執行是屬於法務部行政執行署所屬行政執行處的權限，別的機關沒有權限去作成執行行為。基於這四個理由我認為如果它是用行政處分作成的話，那就是一個違法的行政處分，人民可以請求撤銷，救濟機關也應該要把它撤銷。

關於邱委員您所提到的問題，主要是因為題目是主辦單位給我的，所以我還是要緊扣這個題目去寫，我在寫的時候有考慮到社會法上關於抵銷的問題，那邊會更有問題。因為像台北市政府訴願會向來都認為是行政處分，又比如說社會救助法第44條已經有社會救助法上之給付不能扣押、讓與或供擔保的規定，但是台北市政府訴願會從來沒有去執行過這個規定。可能是社會法比較沒有引起大家的注意，也沒有看到把它撤銷的案例。我是覺得這個題目的確是可以再擴大，不用限於公務人員溢領薪資的範圍。

另外一個問題是公法上抵銷可不可以直接適用或是類推適用民法的問題。其實我也怕用直接適用或類推適用會導致法學方法上的瑕疵，所以我才會說，我們公法法規已經有公法上的債權不能抵銷的規定，我試著從我們的現行法去論證它，不單單只是說我自己這樣想而已，所以我還是從法學方法的角度，去確認是不是可行的問題。當然這是一個普遍性的問題，就是行政法可不可以類推適用或者

是依法理直接適用民法的問題，我想是我們行政法學普遍的問題。

主持人（邱聰智委員）：

在座各位有沒有什麼提問的？還有沒有時間？如果有的話那我想表示一些我個人的看法，現在法律慢慢發展，發展出公法是一個體系，私法也是一個體系，但是中間有很多共同的法理在，這個是大家都接受的。但是我們的法學是私法搞私法，公法搞公法，但是現在有一個問題，事實上有一個法理是公私法共同適用的法理，那這個法理因為公權力對人民的作法比較慢，所以反應的比較慢，而民法比較快，所以民法的規定它是法律的一般原理，所以民法總則跟債總它是財產法的一般原理，而不單純是在私法可以用，所以如果公法上涉及到財產的原理、問題的時候，在公法現在還不夠成熟，那這時候民法的原理是體現我們整體法律一般原理的法律原則。所以回歸法律原則回歸法理角度來建構所有我們未來公私法所有膠著評議的問題，也許是我們 20 世紀法學未來要努力的課題。

報告人（陳淑芳副教授）：

我閱讀了德國法之後，給了我一個啟示。其實德國早先學說跟實務大多認為公法上抵銷是一個行政處分，那後來為什麼會改變見解，而且越來越多的學說跟實務認為它不是行政處分，而是公法上的意思表示？主要是如果認定它是行政處分，在行政救濟程序中受理救濟的機關到底要審查什麼？還有到底要撤銷什麼？會產生很大的疑義。是行政機關不能為公法上抵銷的意思表示？還是說不應該產

生抵銷的法律效果？還有如果抵銷不具備抵銷的要件，但是行政處分已經具有確定力時，應如何解決？比如說人民錯過救濟期間沒有去救濟，這個時候行政處分已經具有確定力，則此時到底還發不發生抵銷的法律效果？如果人民針對這個行政處分提起訴願跟撤銷訴訟，那麼對於這個抵銷的處分是否具有延宕的效力？這個時候還發不發生抵銷的法律效果？這些在實務上要去審查非常的困難，所以後來他們就決定不再把它當作是行政處分。我想保訓會在審議這類案子時，也會有相同的困擾，所以我是想提供德國的實務經驗供大家參考。

評論人（陳春生教授）：

剛剛大家討論的是公法上抵銷是行政處分還是意思表示，我非常贊同邱委員舉的例子，就是說從方法論上來看，抵銷若只是類推適用民法第 344 條，那後面還有相應條文那該怎麼辦？至少即使是第 344 條，那它後面還有但書如果把它引用到公法領域的話，債之性質不能抵銷，這邊變成公法上的債務可以衝破第 334 條，如果要把民法上的抵銷用到公法的話，起碼這邊債的性質不能抵銷，起碼你要說明債的性質是一樣的。第二個包括當事人特約不能抵銷，換句話說當事人特約表示當事人之意思有在裡面，但是如果是行政機關單方面的呢？所以說要注意整個條文體系及相關條文的解釋，所以的確方法論上要注意，這是個人淺見，謝謝。

主持人（邱聰智委員）：

因為時間的關係，這場就到這裡結束，謝謝大家。

三、專題研討二

人事行政程序之多階段行為—以程序權之保障為重心

陳正根*

目　　次

壹、前言

貳、人事多階段行政行為之概念

一、人事行政行為

二、人事多階段行政行為

三、小結

參、人事多階段行為事前程序之保障

一、正當法律程序之遵守實踐

二、行政程序法之適用

三、人事各類多階段行為之適用

（一）任用遷調

（二）考績獎懲

（三）待遇福利

（四）退撫資遣

* 德國杜賓根大學法學博士；國立高雄大學法律學系助理教授。

四、小結

肆、人事多階段行為救濟程序之保障

一、概說

二、公務人員保障法

（一）針對人事多階段行為之申訴、再申訴

（二）針對人事多階段行為之復審

三、司法救濟

（一）被告機關之認定

（二）改革方向— 復審標的之擴大

四、小結

伍、結語

英文題目：Multi-stage Acts of Administrative Personnel— A Focus on Security of the Right Procedure

英文關鍵詞：Personnel, Multi-stage Acts, Personnel administration, Basic procedures, Personnel of due process, Relief of personnel administration, Protection of the public service.

中文關鍵詞：人事行為、多階段行為、人事行政、程序基本權、人事正當程序、人事行政救濟、公務人員保障。

中文摘要：

我國人事行政行為的特色，產生許多經由垂直機關與平行機關共同協力完成之多階段行為，依據行政法理論，可稱為人事多階段行政行為，本文依據考試院職權之參與，區分為廣義與狹義的人事多階段行為。無論是廣義或狹義人事多階段行政行為，在施行過程中均應保障公務員之程序基本權，而應從事前之正當法律程序以及事後行政救濟之實踐兩方面著手。在事前程序方面，人事多階段行政行為因涉及多機關之職權，更應注重正當法律程序，並應針對各類型人事行政行為之適用作探討，修訂各個類型的專屬法規，將實體的以及程序的正當法律程序原則等各項規定融入於各項法規，另若能從根本問題探討兩個層面，一為三權分立的國家組織架構，亦即考量行政與考試權之合併，另一為中央或主管機關之充分授權，以減少人事多階段行為的產生，而使得人事行政行為單純化或一體化，如此針對公務員程序權之保障能較為單純以及適切，值得參考。在事後行政救濟方面，針對人事多階段行政行為，若能將調任、陞遷或記大過等影響權益重大之行為爭議事件列為復審範圍，將有助於公務人員事後救濟程序之保障。

壹、前言

人事行政行為乃是服務機關或人事主管機關，就具體事件對公務員所為直接發生法律效果的單方決定，由於我國人事行政行為的特色，基於我國憲法所規定的考試院職權，許多重要的人事行政行為均經由服務機關報經考試院銓敘部審定，又依據機關職權有服務機關與上級主管機關或中央與地方機關針對人事行政的職權區分，如此我國人事行政行為產生很多經由垂直機關與平行機關共同協力完成之多階段行為，可以依據行政法理論，稱為人事多階段行政行為，本文擬針對其概念作一探討。然而僅只探討人事多階段行政行為之概念並不足以提供學術與實務機關之參考，真正有助於公務人員權益的保障與實踐，應是針對在人事多階段行為中，如何實踐對於公務員程序權之保障。或許有人認為現行我國公務員之福利與各項權益相較於其他職場之人員已經太好，而不成比例，例如優惠存款或各項津貼補助，然而職場待遇優劣之比較是相對的，在此不是本文探討之範圍。重要的是，公務員身為國家行政之執行者，我們深信有優秀的公務員才可能有繁榮進步的國家，如果連公務員之權益都無法受到確保，遑論一般人民，所以探討保障公務員權益是有其正當性，當然國家應針對人民與公務員之間在權益上求其平衡，此又為另一探討研究之範疇。

因為人事多階段行為因經由多機關以及多重行為之實施過程，對於公務員而言，現行法制在程序權之保障上仍有需要深入探討以及改進之處，本文擬從事前有關正當法

律程序之實踐以及事後行政救濟兩層面分別探討，由於我國行政程序法第 3 條第 3 款第 7 項規定將「人事行政行為」排除適用，因此本文除了探討該款所稱人事行政行為之意義與範圍，更重要的是針對實務上人事多階段行為 4 個重要類型：任用遷調、考績獎懲、待遇福利以及退休資遣，其在個別專屬法規中，如何補充修正達成實踐正當法律程序之目的，又針對的公務員法規僅為重要且為影響較為整體性的規定，無法一一探討，在此一併敘明。至於事後行政救濟層面，因檢討所涉及為整體層面的問題，所以本文僅就人事多階段行為在公務人員保障法以及司法救濟在整體上的重要問題作探討，希望經由探討的結果提供學術與實務參考，俾有助於公務人員在程序權保障之實踐。

貳、人事多階段行政行為之概念

一、人事行政行為

人事行政也稱為「公務員制度」或「文官制度」，係指政府機關為完成其使命時，對其需要的人員所做的選拔、任用以及管理等制度而言。人事行政著重在人，有稱為「官僚體制」，係指政府機關為達成任務及使用時，對其所需要人員的考試、任用、考績、級俸、陞遷、獎懲、保障、撫卹、退休、訓練等行為與措施[1]。人事行為為機關組織有關「人力資源運用」及「人員行為管理」之措施，行政行為係指行政機關為遂行行政目的所為之一切行為，舉凡作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令及行政規則、裁

[1] 蔡良文，人事行政學：論現行考銓制度，五南圖書出版公司，2001 年 10 月，3-5 頁。

決行政計畫，以及為行政指導等事項，均屬行政行為之範疇。所以，就字義而言，所謂「人事行政行為」乃是服務機關或人事主管機關，就具體事件，對公務員所為直接發生法律效果的單方決定之謂[2]。

上述所針對係學理上在字義層面之解釋，而在法制層面，按各行政主體對其所屬公務人員所為之「人事行政行為」，依歷年司法院大法官釋字解釋，約以對公務人員身分有無重大影響為分類標準[3]，亦即改變公務人員身分關係、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、或於公務人員權益有重大影響之事件，為對公務人員服公職之權利有重大影響人事行政行為之範圍，以及不屬於上述範圍內之其他行政行為二類，行政法實務上循例亦採相同之分類[4]，如保訓會於審理公務人員保障事件，亦以司法院大法官釋字解釋所建立之分類標準為復審、申訴之判斷基準[5]。依前述司法院大法官解釋所建立之分類標準，如果以行政程序法中第 3 條第 3 項第 7 款所稱之「人事行政行為」為例，則亦可依此分類作為討論之基礎，然而所指涉之範圍為何，依據學者與實務見解各有不同之看法，主要有廣義說與狹義說。上述廣義說認為不論從行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之文義解釋或歷史解釋，皆未將人

---

[2] Vgl. Post/Braun, Öffentliches Dienstrecht, Bd I, 1992, S. 375 ff.

[3] 李英毅，公務員關係中行政處分之認定，東吳法律學報，第 19 卷第 4 期，2008 年 4 月，202-205 頁。

[4] 林明鏘，論行政程序中「對公務員所為人事行政行為」之意義，第 29 卷第 4 期，2000 年 7 月，3 頁。

[5] 王碧惠，公務人員爭議事件中人事行為救濟之研究— 以公務人員保障法為例，中正大學法律研究所碩士論文，2001 年 6 月，73-75 頁。

事行政行為為分類或排除某類人事行政行為在外，所以應包括所有人事事項。申言之，依據該規定，所有之人事事項不論是涉及外部之公務人員權益，或是內部之紀律或管理事項，皆排除行政程序法之適用。

而狹義說係依前揭司法院釋字解釋之意旨，將人事行政行為加以分類，並且限縮該「人事行政行為」之範疇，惟此說又區分為二種對立的看法，一為僅限於對公務人員權益並無「重大影響」之行政行為，此一見解認為，對於構成行政處分之人事行政行為，因當事人即可依復審、再復審、行政訴訟程序請求救濟，行政機關於此行政行為時，即應依行政程序法之規定為之。申言之，只在對公務人員於服公職權益無重大影響之人事行政行為，例如不改變身分之懲處處分、調職處分、考績評定、工作指派、陞遷等等，方得排除行政程序法之規定。另一認為該規定只限於對公務人員權益有重大影響之人事行政行為，即構成行政處分之人事行政行為，其理由經由比較法之立法意旨，即日本行政手續法第 3 條第 1 項第 9 款[6]。依此說，我國行政程序法該款規定應僅指構成行政處分（即對公務員權利有重大影響之行為），而其他人事行政行為，如升任、調職、考績評定、記大過乙次以下之懲處處分等等，仍應適用行

[6] 按我國行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之排除規定，係仿日本行政手續法第 3 條第 1 項第 9 款而來，而日本行政手續法所以列有類似我國行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之排除規定，係因此款人事行政行為（針對公務員職務上或身分上之處分）於日本國家公務員法及地方公務員法皆有規定，公務員享有事前與事後之救濟機會，故得予以排除行政程序法之一般適用，因此對於無事後救濟之人事行政行為，則仍應有行政程序法之適用，不得包括於行政程序法排除之條款中。請參閱蔡秀卿，行政程序法制定之意義與課題，月旦法學雜誌第 50 期，1999 年 7 月，24-26 頁。

政程序法中之程序規定。至於採取何項學說以解釋行政程序法此款對於人事行政行為之規定，學者認為最理想之解決方法乃刪除行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之規定，亦即全部人事行政行為皆應適用行政程序法之規定，其次應儘速增補人事法規中之正當法律程序規定，以行政程序法為效法之藍本，逐漸拉近彼此之差距，以解決根本問題[7]。

探討人事行政行為概念，大多以其性質為標的或標準，如上述以字面定義或以公務員之身分、財產以及權益等等，至於人事行政行為在行政程序法上適用之概念，在我國乃源於該法第 3 條第 3 項第 7 款對於人事行政行為之定義範圍之界定，屬於一種特別解釋形態。除依據性質外，其他相關分類對於了解人事行政行為之概念，亦有深入幫助，例如依據行政法上對於行政行為之分類標準，如以行為內容、對關係人之效果、當事人或其他機關之協力、有無法定方式等等。而從分類的觀點，人事行政行為中以是否須當事人或其他機關之協力為準，可區分為單一人事行政行為與多階段人事行政行為，而在我國，基於人事行政機關，有上下層級機關以及考銓機關之職權等因素，多階段人事行政行為深具特色，值得深入探討。

二、人事多階段行政行為

人事多階段行政行為中最重要的型態，是可依據行政法上針對行政處分之法效性或以是否須當事人或其他機關之協力為標準，產生人事多階段處分，至於其他非行政處

[7] 林明鏘，論行政程序中「對公務員所為人事行政行為」之意義，頁 8。

分之多階段行政行為，相較之下被討論與研究則較少。所以探討人事多階段行政行為，從行政法理論觀點，應從多階段行政處分著手[8]。所謂多階段處分指行政處分之作成，須二個以上機關本於各自職權共同參與而言，此際具有行政處分性質者，亦即直接對外生效之部分，至於先前階段之行為則仍為內部意見之交換，例如某一特定營業其執照之核發，雖屬直轄市建設局之職權，但建設局准許與否係根據事先徵詢目的事業主管機關警察局之意見，整個過程中雖有多次之意思表示存在，原則上仍以建設局之准駁為行政處分。在例外情形，如法規明定其他機關之參與行為為獨立之處分，或其參與行為（許可或同意），依法應單獨向相對人為之者，則亦視為行政處分[9]。

多階段處分係處分之作成須其他機關參與並提供協力，而協力之機關主要可以區分為平行機關與垂直機關，就行政機關平行關係而言，此類處分以往多於營業許可、減免稅捐事件存在，近年限制入出境處分常以多階段處分方式出現。而行政機關之垂直關係中，凡下級機關之處分須經上級機關核准始對外生效者或上級機關之決策已定，而指示其下級對於人民為行政處分者[10]，均屬多階段處分之例。惟此類垂直關係之多階段處分，有時亦發生誰是原處分機關判斷上之困難。在人事行政行為中，可以公務人員考績事件為例，年度考績常由 3 個階段之行為構成，及考

[8] Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht, Bd III, 4. Auflage, 1978, S. 178.

[9] 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 11 版，2007 年 10 月，354 頁。

[10] 參閱司法院院字第 2650 號解釋。

績機關（原服務機關）、核定機關（上級主管機關）及審定機關（銓敘部）共同參與，以法官而言乃各級法院、司法院及銓敘部。採取多階段處分之概念，除有助於確定何者係直接對外生效而應視為行政處分，何者尚在內部行為階段並非處分外，尚有兩項實益，第一：當事人提起爭訟實審查範圍之認定，在訴願階段屬共同上級機關，在行政訴訟程序則為行政法院，應審查各個階段行為之適當性或合法性，若只以對外生效之行為作為審查對象，將無法達行政救濟之目的。第二：法規明定須其他機關協力時，如欠缺協力行為，行政處分即有撤銷原因[11]。

人事多階段行政行為是我國人事行政行為的特色，因為我國憲法規定乃以五權分立為架構，依據憲法第 83 條規定，考試院為國家最高考試機關，掌理考試、任用、銓敘、考績、俸級、陞遷、保障、褒獎、撫卹、退休、養老等事項，而在實務上，依據現行法令，上列有關人事行政事項，均先經由行政院以及其所屬機關執行管理，然而在法制上之程序均將轉送考試院審定。一個基本的問題，考試院對於人事行政行為之審定行為，其法律性質為何，此種審定是否可視為最終機關之處分，在實務法規上，除了動態登記外，有關審定行為針對重大權益的行為，如免職、考績等較符合最終機關之理念。而從上述廣泛範圍之觀點，經由行政院或其他院之人事行政事項，轉送考試院審定之行政行為，亦可視為廣義人事多階段行政行為，至於其餘人

[11] 參照行政法院 75 年判字第 1518 號判決，收錄於裁判要旨彙編，第 6 輯，1257 頁；吳庚，行政法之理論與實用，355 頁。

事多階段行為，包括垂直機關或平行機關之協力完成行為，可視為狹義的人事多階段行政行為。

三、小結

採取何項學說以解釋行政程序法此款對於人事行政行為之規定，學者認為最理想之解決方法乃刪除行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之規定，亦即全部人事行政行為皆應適用行政程序法之規定，其次應儘速增補人事法規中之正當法律程序規定，以行政程序法為效法之藍本，逐漸拉近彼此之差距，以解決根本問題。從廣義而言，我國人事行政行為均涉及行政作用機關以及考試機關等多機關，可視為廣義多階段行政行為。然而本文所探討之人事行政程序，除了廣義範圍外，亦包括考試院參與外之其他平行機關或垂直機關之多階段行為，在此亦可稱為狹義人事多階段行政行為，例如任用遷調中，兩個平行行政機關之參與協力等，在獎懲上由他機關建請本機關懲處之行為等，如此才能確實深究人事多階段行政行為。

參、人事多階段行為事前程序之保障

一、正當法律程序之遵守實踐

在我國法制上對於「正當法律程序」之實踐，亦經由司法院大法官會議解釋予以確認，因憲法第 8 條第 1 項明文規定：「人民身體之自由應予保障。除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕，拘禁，審問，處罰，得拒絕之。」從司法院釋字第 384 號解釋對於「依法定程序」之敘述，係指凡限制人

民身體自由之處置，不問是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當，並符合憲法第 23 條所定相關條件。在此解釋中大法官就憲法第 8 條所稱「依法定程序」，提出了「程序須以法律規定」以及「內容更須實質正當」[12]。另外在司法院釋字第 436 號解釋中，大法官首度提出「正當法律程序」的概念，接著司法院釋字第 523 號解釋「實質正當」內涵，而司法院釋字 535 號解釋更是對於長期以來人們所關注之警察勤務措施如臨檢、盤查等解釋，對於其要件、程序等均應有法律之明確規範，亦即再一次強調了「正當法律程序」做為法治國家行政所必備[13]。

司法院釋字第 436 號解釋中，大法官首度提出「正當法律程序」的概念，其稱：「……惟軍事審判機關所行使者，亦屬國家刑罰權之一種，其發動與運作，必須符合正當法律程序之最低要求，包括獨立、公正之審判機關與程序，並不得違背憲法第 77 條、第 80 條等有關司法權建制之憲政原理；規定軍事審判程序之法律涉及軍人權利之限制者，亦應遵守憲法第 23 條之比例原則。」從大法官之解釋吾人約略可以看出，大法官所稱的正當法律程序中所包含的「程序」與「實質」的正當程序，兩者是緊密關聯的，此如許宗力教授所稱的「基本權不僅拘束法律規定的實質內容，也同時拘束實施實體內容之程序，可知是承認直接從實體基本權利（財產權）的保障意旨本身可以推出程序

[12] 湯德宗，具體違憲審查與正當程序保障，憲政時代，第 29 卷第 4 期，457 頁。，

[13] 陳正根，論警察處分行使之法律要件與原則，台北大學法學論叢，第 57 期，27-29 頁。

要求。」因此嚴格劃分程序上與實質上的正當程序，實屬不易 ，所以大法官在提到「實質正當」時，仍會提到程序之正當，實則已包含實質與程序的正當程序在內，因此，其實只要以「正當法律程序」即可一語概括之[14]。

我國行政機關近年來已重視「正當法律程序」概念之遵守與實踐，在此亦包括人事行政之範疇在內，然而行政程序法與相關程序法的適用面向相當廣泛，必須藉由公務人員的在職訓練與行政機關相關周邊條件的配合作因應調整，才能順利達成行政程序法所設定的立法目的，此包含保障人民權益、提高行政效能及增進人民對行政之信賴。因此，當行政機關對公務人員所為人事行政行為時，必須賦予一定的程序保障，始能符合正當法律程序之理念[15]，尤其本文主要探討之人事多階段行政行為，因涉及多機關之職權，更應注重正當法律程序，避免各機關因忽視或相互推諉責任，侵害人民之權益。又為能順利推展行政程序法之實施，應採行相關配套作法以為因應，如何衡量到最適化或發揮最大化功能，應針對各類型人事行政行為之適用作探討。

二、行政程序法之適用

我國自司法院釋字第 187 號解釋後，陸續有關公務人員權益爭議事件之多號解釋，已將「一般法律關係」之規範性措施，逐漸適用於公務人員之人事釋項爭議事件，尤

[14] 蔡震榮，警察職權行使法概論，元照出版公司，2004 年 12 月，102-104 頁。

[15] 詹益龍，我國公務人員人事行政行為程序保障之研究，台大國家發展研究所碩士論文，2004 年 6 月，69-72 頁。

其司法院釋字第 491 號解釋，對於人事管理行為適用正當法律程序原則，更是一項重要的發展。由於公務人員權益保障，和一般人民基本人權的保障，仍存有許多相異之處，從公務人員與國家間之權利義務關係，和一般人民與國家間之權利義務關係而言，在態樣上雖有差異，惟其不同處僅在於，權利義務之得、喪、變更之原理原則有所不同，惟於一般行政法原理原則方面，則應為共同之法理，不應因身分而有所不同。對於公務人員的不利益處分，於公務人員的權益將造成影響，面對這種侵害行政，基於保障人權之省思，近年來我國學術與實務界倡導依據「正當法律程序」原則，對公務人員之權益加以保障。例如自司法院釋字第 491 號解釋後，要求有關免職處分應踐行正當法律程序，已將事前程序觀念帶進人事行政行為[16]。

事前程序與事後救濟程序，為廣義之行政程序。於檢討公務人員之事前程序保障時，必須與事後救濟程序一併綜合檢討，並探討人事行政程序在一般行政程序中，其關係、定位與特殊性。一般認為，公務人員之人事行政程序，除應符合依法行政原則外，並應符合「權利保護程序」、「公正、公開程序」之理念。關於「權利保護程序」，凡對於公務員之不利處分，與一般行政處分應無差異，至少應賦與如同行政程序法上所定之聽證、陳述意見或辯明，詳記及交付處分理由書等程序保障規範，甚至可加上處分前之告知、處分前審理程序之公開化、審理組織之公正化等。而

[16] 王碧惠，公務人員爭議事件中人事行為救濟之研究— 以公務人員保障法為例，中正大學法律研究所碩士論文，91-93 頁。

經過完整的事前程序者，可適度地排除復審及再復審程序，但仍得提起撤銷行政訴訟。關於「一般國民參加程序」，對於公務員之人事計畫，或制定公務員之法規命令或行政規則時，似以至少賦與如同行政程序上之程序保障為妥，例如如同第 152 條一樣，賦與公務員亦有公務員法規命令之提案權，舉行聽證等。關於「公正公開程序」，特別是對於公務員人事計畫，至少應有公聽會之設計。此外，對公務員之受益處分，亦應將審理程序公開，定有明確的裁量基準、審理組織應公正化。至於「公務員」之範圍，仍以廣泛者為宜，整合公務員基準法、公務人員保障法之概念，並包括現行公務員及一定條件下公務員關係成立前及消滅後之情形[17]。

現行公務員法規中欠缺完整的事前程序之保障，所以行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款規定「對公務員所為之人事行政行為」不適用行政程序法之程序規定，仍應儘量予以限縮解釋，以期達到適用最低限度程序保障之行政程序法。因此，所稱「對公務員所為之人事行政行為」，至少不包括足以改變公務員身分關係及於公務員權益有重大影響之處分。蓋司法院釋字第 491 號解釋，已宣示免職處分應踐行正當法律程序，自應遵循而優先適用；至於免職以外之於公務員權益有重大影響者，既屬提起復審之範圍，事前程序之保障，自亦應與免職處分相當，且大法官解釋對處分之組織之公正性所要求的成員比例之宣示，自應優先適用。其結果，舉凡足以改變公務員身分關係及於公務員

[17] 蔡秀卿，論公務員人事行政程序之保障，人事行政，第 132 期，2000 年 6 月，29 頁。

權益有重大影響之處分，皆應踐行正當法律程序。至於對公務員權益無重大影響之處分已無事後救濟（無法提起行政訴訟），或事後救濟不充實（只有申訴、再申訴）者，自不應否定其事前程序保障，仍應適用行政程序法。只不過其程序保障之程度較低即可，例如陳述意見，若為對公務員實施行政指導或確定人事行政計畫或訂定公務員法規命令或行政規則或公務員陳情者，在法解釋上，似難排除在「人事行政行為」之外，因此仍屬行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款「對公務員所為之人事行政行為」，不適用行政程序法之規定範疇[18]。

行政程序法制定之主要意義乃在於確保人民享有正當法律程序保障之基本權利，並嚴格監督行政機關合法適用法律，貫徹行政負責之態度，為免行政機關推卸責任，或排除行政程序法中最低正當程序保障條款之適用，對行政程序法第 3 條排除規定應從目的考量嚴格限縮解釋，此為最基本之出發點。所以，人事行政行為應依司法院大法官歷年解釋所為之分類，分成對公務員服公職權利「有重大影響者」與「無重大影響者」之行為兩類，而該條項內容宜從嚴解釋，故應作目的性限縮認為只含對公務員權利有重大影響者，因其已有事後救濟途徑可循，其程序之保障以臻健全，而對公務員權利無重大影響者，仍應依行政程序法之程序規定以保障其程序權。又部分人事行政行為縱受排除而不適用行政程序法之規定，亦僅排除程序規定，

[18] 湯德宗，論公務員不利人事處分的正當程序— 司法院大法官釋字第 491 號解釋評析，台灣本土法學第 10 期，2005 年，31-33 頁。

然而行政程序上之實體規定，行政機關仍受拘束[19]。

三、人事各類多階段行為之適用

（一）任用遷調

公務人員任用遷調行為應包括任用、陞遷、遷調、降調等人事行政行為之調任，其影響公務人員權益甚鉅，而其中職務陞任、遷調、調任、任務指派等，屬於未限制或剝奪公務員服公職之基本權事項，機關首長對屬員有依法任用遷調權。公務人員之陞遷及調任係屬機關內部職務派令，僅為一機關內部管理措施之範疇。在公務人員之陞遷方面，依據公務人員陞遷法第 2 條即明文揭示，公務人員之陞遷，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，依資績並重、內陞與外補兼顧原則，採公開、公平、公正方式，擇優陞任或遷調歷練，以拔擢及培育人才。又依據同法第 10 條規定首長有逕行陞遷、第 11 條優先陞任及第 13 條實施各種職務遷調等相關規定。而我國公務人員之調動方面，只要依據公務人員任用法第 18 條、同法施行細則第 19 條及現職公務人員調任辦法之規定所為調任，均屬首長合法調任權，不須當事人同意即可調派（降調除外）[20]。我國公務人員調任他機關之情形，係指「指名商調」而言，依據公務人員任用法第 22 條規定：「各機關不得任用其他機關人員。如業務需要時，得指名商調之。但指名商調特種考試及格人員時，仍應受第 13 條第 5 項及第 18 條

[19] 林明鏘，論行政程序中「對公務員所為人事行政行為」之意義，7 頁。

[20] 林明鏘，公務員權利與保障，收錄於「公務員法與地方制度法」，台灣行政法學會學術研討會論文集（2002），台灣行政法學會主編，元照出版有限公司，2003 年 1 月，53-55 頁。

第 3 項規定之限制。」同法施行細則第 21 條更規定，指名商調之程序應函商原服務機關同意，始得調用[21]。指名商調係指不同主管機關之調任行為，新職機關往往透過機關間之函請原服務機關同意商調，在商調擬任人員前，一般均會依據公務人員陞遷法規定，提經該機關之甄選委員會審議。實務上有時會出現，商調函到達後未經當事人同意與否，原服務機關即逕行同意或不同意。由於商調之職缺、職系、俸級等恐將均受到影響，且係由新職機關重新予以任用，並必須視其所佔職缺之官職等級。是以，顯然已對當事人權益受到影響。惟目前並未給與擬商調人員適當之程序保障，仍值得檢討原服務機關同意商調與否之決定程序後，在行書面函復新職機關[22]。

公務人員之人事任用行為，依據公務人員任用法第 20 條第 3 項即已規定，初任人員於試用期滿後，依據考核程序後，應依送審程序，報請銓敘部銓敘審定。此種人事行為即為上述須由多機關執行完成，前述認為係我國人事行為基於考試院職權之特色[23]。而在任用遷調之多階段行政行為，除了須考試院審定之行為外，在實務上，在地方制度法上有人事、主計、會計、警政，因中央機關依據特別法仍有參與之職權，有些任用遷調經由中央行政機關之指示或遴選等參與行為，亦可稱為垂直機關間之多階段行政行

[21] 黃默夫，對公務員人事行政措施之分析，司法新趨勢，第 11 期，2004 年 2 月，84-86 頁。

[22] 詹益龍，公務人員人事行政行為事前程序保障之探討，考銓季刊，第 38 期，2004 年 4 月。

[23] 朱武獻，我國公務人員人事制度回顧與展望，收錄於人事行政法制論文集，三民書局，2007 年 5 月，107-111 頁。

為[24]。依據地方制度法第 55 條第 2 項規定，直轄市政府所屬一級機關首長除主計、人事、警察及政風首長，依專屬人事管理法律任免之。該法第 56 條第 2 項規定，縣政府所屬一級單位主管及所屬一級機關首長，除主計、人事、警察、稅捐及政風之主管或首長，依專屬人事管理法律任免。因此直轄市政府所派任的一級主管，基本上此任免行為主要為該機關之一般人事行政行為，另再送銓敘部審定合格。然而主計、人事、警察及政風首長依據專屬法律，則依法由中央機關參與派任，以警察局長為例，其派任則主要依據警察人員人事條例，依據該條例警察局長為警監職務係由內政部遴派，再交由直轄市政府執行，所以為一種垂直關係機關間之多階段人事行政行為。

此種中央機關依據特別法之職權任用或指名商調類型之人事多階段行為，因涉及多機關行為更應依法行政以及遵守正當法律程序，才能保障當事人權益以及實現公平、公正的人事作為。因此應遵循現行人事法規在任用遷調方面之事前程序保障，各項有關重要規定為，依據公務人員任用法第 4 條規定，應將查核結果通知當事人，而同法施行細則第 3 條規定，將查核結果通知當事人，機關應以書面為之。所稱陳述意見及申辯，當事人得以書面或言詞為之，機關並應列入紀錄。又依公務人員法任用法第 20 條規定，試用成績不及格人員得向考績委員會陳述意見及申

[24] 參閱公務人員保障暨培訓委員會 95 公審決字第 0114 號復審決定書理由略以:「…… 惟依首開規定，有關財政部所屬人員申請復職之審查核定權限，係屬財政部之職權，臺北關稅局僅具擬報權責，尚不得自行作成否准決定。是以，本件臺北關稅局以 95 年 2 月 17 日北普人字第 0951003098 號函否准復審人復職之申請，核欠缺事務權限，自屬違法，應予撤銷。」此復職行為即為向服務機關申請，而由上級機關依權限核准之人事多階段行政行為。

辯。同法施行細則第 20 條第 2 項規定，所稱陳述意見及申辯，機關應以書面通知當事人以書面或言詞為之，並列入考績委員會紀錄。又公務人員陞遷法第 8 條第 1 項規定，各機關辦理公務人員之陞遷，應組織甄審委員會，辦理甄審相關事宜。同法施行細則第 8 條第 1 項規定，各機關依規定組織甄審委員會，應置委員 5 人至 21 人，由機關首長就本機關人員中指定之，並指定 1 人為主席，人事主管人員為當然委員。但委員每滿 3 人應有 1 人由本機關人員票選產生之。另依據公務人員陞遷法第 16 條規定，涉及本身、配偶及三親等以內血親、姻親之甄審案，應行迴避。由上述規定，現行法對於任用遷調之人事行政行為有不利情形應有使當事人「陳述意見及申辯」之事前程序保障，當辦理陞遷時應透過「公正客觀委員會」，如組成甄審委員會評審，涉及利害關係人應有「利益迴避」之相關規定。這些規定針對一般人事行政行為固然重要，而針對人事多階段行政行為在任用遷調方面亦為重要的事前程序保障之規定。

（二）考績獎懲

公務人員考績獎懲型為包括考績、免職、獎勵、懲處及懲戒等人事行政行為，又可大致區分為考績、懲處以及懲戒三部分，考績部分在前述概念時即以行政法院認定以考試院為最終審定機關，若當事人提起事後救濟亦應以考試院為被告機關[25]，所以考績之核定為涉及多機關與多行為之人事多階段行政行為，各機關之人事行為應符合正當法

[25] 參閱最高行政法院 90 年判字第 1733 號判決。

律程序原則[26]。在此特別受到重視的考績人事行為，當然為影響公務員身分與權益甚鉅之一次記二大過及考列丁等之專案考績免職，而其更應遵守事前程序保障之各項規定。在司法院釋字第 491 號解釋後，已有明確的正當法律程序可循，其認為正當法律程序包括立場公正之委員會決議、處分前應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間即受理機關等[27]。然而各機關針對免職處分，由於對於重大影響之當事人服公職之權利有所限制，因此除應踐行陳述意見及申辯之機會、公正客觀委員會之存在、資訊公開及卷宗閱覽外，更應進一步進行較為嚴謹的言詞辯論之聽證程序，以保障當事人應享有之權利。至於考列乙等或丙等，可以較簡單之程序設計。

而針對懲處部分，各機關處理公務人員懲處處分，係依據公務人員考績法第 12 條平時考核之規定及同法施行細則第 13 條、第 15 條、第 16 條等之相關規定，各機關並依上述考績法施行細則第 13 條第 3 項之規定，訂頒「各機關職員獎懲標準表」，辦理嘉獎、記功或申誡、記過等獎懲事宜。並依同條第 1 項第 1、2 款之規定辦理一次記一大功及

[26] 林三欽，考績懲處「免職」合憲性之檢討— 大法官釋字第 491 號解釋之評釋，全國律師，2000 年 1 月，67-68 頁。已有規定者如公務人員考績法第 14 條，考績法施行細則第 19 條第 1、3 項，考績法第 15 條等，而我國現行法中與考績程序有關者，可分為組織與程序二個面向，組織主要規定考績委員會之組成，而程序主要由評擬、初核、覆核、核定及審定等五個層級。未來依據大法官解釋之意旨，考績委員會不能由機關首長完全操控，至少票選委員之比例應與首長指定之委員相當，評定過程中應給予受考人充分的申辯機會。

[27] 林三欽，考績懲處「免職」合憲性之檢討— 大法官釋字第 491 號解釋之評釋，全國律師，2000 年 1 月，48-50 頁。截至司法院釋字第 445 號解釋為止，大法官所提出的正當法律程序原則包含：應使當事人於爭訟程序中有提出申辯之機會（包括辯護制度、證據提出、充分之陳述機會）、有對等的程序地位、獨立公正之審判機關等，然而這些程序內容主要針對訴訟程序而言。

記一大過之情形。而依同法施行細則第 13 條第 2、3 項規定，各主管機關得依業務特殊需要，另訂記一大功、一大過之標準，報送銓敘部核備。嘉獎、記功或申誡、記過之標準，由各機關視業務情形自行訂定，報請上級機關備查[28]。因此針對平時考核中之一次記一大功以及記一大過，考試院銓敘部在行政程序上扮演重要的角色，仍可視為廣義的人事多階段行政行為。其程序保障部分，目前獎勵或懲處案大部分均提經各機關考績委員會審議，惟並無在決定前給予更進一步的事前程序的保障，如對於一次記一大過之懲處處分，由於在年終考績不得列乙等以上，即僅能考列丙等（留原薪俸）或甚至是丁等（免職處分），其影響當事人權益屬重大之事項，應給予事前程序保障，如陳述意見及申辯的機會。目前在公務人員考績法之相關法規並無定訂記一大過程序保障之規定，在實務上則由各機關考績委員決定是否給予程序保障，顯然在事前程序保障上仍有所不足。

有關公務人員之懲戒處分亦關係各項權益重大[29]，包括撤職、休職、降級、減俸、記過及申誡等六種，而薦任第 9 職等或相當於第 9 職等以下公務員之記過或申誡，得逕由主管長官行之。依公務員懲戒法規定，各主管機關認為所屬公務員有違法、失職行為，應備文聲敘事由，連同證據送請監察院審查。但對於所屬第 9 職等以下公務員，得逕

[28] 蔡良文，人事行政學，五南圖書出版公司，2001 年 10 月，98-102 頁。

[29] 許文義，從憲法規範觀點論公務員懲戒制度與實際，憲政時代，第 25 卷第 4 期，2000 年 4 月，91-96 頁。

送公務員懲戒委員會審議，然而在實務上，大部分機關首長送請監察院審查或逕送公務員懲戒委員會審議者居多，卻很少有機關首長逕行予以所屬公務員懲戒處分之情形[30]。而機關首長送請監察院審查或逕送公務員懲戒委員會審議所做成之懲戒處分，亦可以廣義人事多階段行為視之，其處分前之程序保障，目前在各主管機關之情況，只有在考績委員會召開時，請當事人陳述意見及申辯之機會，在公懲會審議前也有命被付懲戒人於一定期間內可提出申辯書，必要時得通知被付懲戒人到場申辯，被付懲戒人得申請閱覽及抄錄卷證等事前程序保障[31]。上述規定並未詳細，未來應因應正當法律程序之實踐，應兼顧審議程序之保障及行政效率，透過法規的再修正，在事前保障程序上達到妥當的規範目的。

（三）待遇福利

公務人員待遇福利行為包括薪俸、加給及其他給與等福利措施之人事行政行為，亦可以分為提敘俸級、降級減俸以及福利津貼等三部分。在提敘俸級方面，公務人員曾任職等相當、性質相近、服務成績優良年資提敘俸級之認定，其辦法由考試院定之。考試院並依據公務人員任用法第 16 條及公務人員俸給法第 17 條第 5 項規定訂定「工務人員曾任公務年資採計提敘俸級認定辦法」，此作為提敘公務人員相當官職等級之依據。公務人員曾任職等相當之年資及其較高之年資，均得予採計，其性質相近係指曾任職

[30] 王廷懋，公務人員懲戒標準擬議，公務人員月刊，第 87 期，2003 年 9 月，25-28 頁。

[31] 徐慶發，我國公務員懲戒法制之沿革，全國律師，2000 年 1 月，64 頁。

務經銓敘部銓敘審定之職系與擬任職務為同一職組或調任相關規定，或曾任無職系規定，其工作內容對照職系或職務說明書認定之職系而言。曾任公務年資，其服務成績優良係指曾任經銓敘審定、學校、公營事業機構等年資，其考績列乙等或 70 分以上，繳有證明文件者[32]。又公務年資，係指曾在政府機關、公立學校及軍事單位編制內專任職務或依聘用人員聘用條例等法規約聘臨時性職務任職之年資[33]。有關提敘俸級之行政程序，一般經由服務機關作業並仍報經銓敘部審定，亦為前述廣義人事多階段行為，在行政程序亦應遵守正當法律程序，惟經由上述各項規定觀察，規定似有過於寬鬆浮濫，仍然有違反實體上的正當法律程序原則，因此未來修正法規應從比例原則以及平等原則著手，以達成法規範客觀公正之目的。

另降級減俸方面，司法院釋字第 483 號解釋指出，對於降調低一官等或職等人員，即高階低用人員，由於考績時不再有晉敘之機會，則調任實際上已生類似降級或減俸之懲戒效果。而公務人員俸給法第 11 條業已配合司法院釋字第 483 號解釋之意旨修正相關規定，即在同官等內調任低職等職務人員以原職等任用人員，仍敘原俸級。調任低官等職務人員，其原敘俸級如在所調任職等內有同列俸級時，敘同列俸級，如高於所調任職務職等最高俸級時，敘至年功俸最高級為止，其原敘較高俸級之俸點仍予照支。而福利津貼方面，公務人員在薪俸及加給（待遇俸給）部

[32] 參閱公務人員曾任公務年資採計提敘俸級認定辦法第 3、4、5、6 條之相關規定。

[33] 參閱公務人員俸給法施行細則第 16 條規定。

分外，尚有非法定加給（福利津貼）部分，包括生活津貼、房租津貼、眷屬生活補助費、各項獎金、加班費、兼職酬勞及其他給與等。上述支給的種類繁多且紛岐，福利津貼亦有越來越膨脹之情形，經由上述各項規定觀察，規定亦似有過於寬鬆浮濫。有關降級減俸之人事行為，對於限制或剝奪當事人權益重大事項部分，應有事前程序保障之設計，且主管機關必須有嚴格審查機制，依據相關提敘辦法辦理，以防止有寬濫之情事。而在福利措施方面，事前程序的保障規範應在相關俸給法及待遇支給要點作進一步規定，以保障公務人員之俸給權[34]。

（四）退撫資遣

公務員因達到法定退休年齡或因無服務能力而退休開始時，有請求國家照顧之權利，此種權利以德國法觀點是一種照顧請求權[35]，此種請求權範圍不僅退休金請求權，也包括撫卹以及資遣等，亦即公務人員退撫資遣行為包括退休、撫恤、資遣等人事行政行為，重要部分可區分服務年資採計、專案資遣裁減以及彈性退離制度，而上述人事行政行為均應由服務機關轉送銓敘部核定[36]。在服務年資採計

[34] 詹益龍，公務人員人事行政行為事前程序保障之探討，64 頁。

[35] Vgl. Fritijof Wangner, Beamtenrecht, 9. Auflage, 2006, S. 220 ff.；Walter Wiese, Beamtenrecht, 3. Auflage, 1988, S. 224 ff.

[36] 參閱公務人員保障暨培訓委員會 97 公審決字第 0074 號復審決定理由書略以：「….又查銓敘部 90 年 9 月 21 日 90 退三字第 2068260 號書函略以，故員之配偶如無法於領受期限內取得其他遺族同意其領受月撫慰金之同意書，仍無法請領月撫慰金，僅得支領一次撫慰金。準此，支領或兼領月退休金人員死亡，原則係給與遺族一次撫慰金，其遺族為父母、配偶或未成年子女者，如不領一次撫慰金時，固得改申領月撫慰金。惟因同一順序之遺族有平均領受撫慰金之權利，如欲改申領月撫慰金者，自應取得同一順序其他遺族之同意並出具同意書後，再由服務機關轉送銓敘部審定。」所以公務人員退撫資遣行為包括退休、撫恤、資遣等人事行政行為均可視為上述廣義人事多階段行政行為。

方面，公務人員退休或撫恤等級，重要的是曾任相當年資併計退休年資。在公務人員退休法修正施行前之任職年資，是依原法最高採計 30 年，而修正後現行任職年資，可連同累計，最高採計 35 年。有關前後年資之取捨，應採取較有利於當事人之方式行之，且仍應考量給與事前程序的保障。在專案資遣裁減方面，有關公務人員之資遣，係依公務人員任用法第29條及公務人員資遣給與辦法之規定辦理，資遣制度在實質上已成為退休制度的一環。而資遣之行政程序，係由服務機關長官之考核，報經上級主管機關核准，最終再報銓敘部審定的一種多階段人事行政行為。然而現行程序往往並未經過甄審或考績委員會之審議，所以對當事人在程序保障上是有所不足。資遣與退休係同屬對服務一定期間給予退休金或資遣給與之規定，目前資遣給與係比照支領一次退休金與標準計算其資遣費，較為接近退休制度，所以應考量移列退休法之規定[37]。

在彈性退離制度方面，因配合政府改造時程，積極推動各項政府改造運動之革新措施，為提昇行政效率及國家競爭力，訂定彈性退休及資遣制度，提供公務人員多樣化的退休及資遣選擇的機會，促進人才陳代謝。在組織改造的進程中，給與較優厚的退離制度，提出鼓勵優惠權益（退休及資遣）保障方案，一次發給 7 個月之俸給總額之慰助金。另因應政府改造之推動，適度放寬退休或資遣之條件，以配合彈性優惠退離措施。而退休或資遣之相關規定均涉

[37] 陳愛娥，強制資遣公務人員之法適用問題— 最高行政法院九十年度判字第 1221 號判決評釋，台灣本土法學，第 33 期，17-20 頁。

及公務人員權利或法律上利益重大影響之人事行政行為，除應予提昇至法律位階外，並應依行政程序法之規定為之[38]。

目前在公務人員退休法施行細則第 24 條規定，若退休公務人員對於退休案審定之結果有異議，得於接到退休審定函之次日起 3 個月內，由服務機關轉送銓敘部重新審定，以 1 次為限。而對重行審定之結果不服，則可依公務人員保障法之救濟程序提起復審。然而對於退休與資遣案件，應考量案件類型，進而有事前的程序保障之設計，即踐行正當法律程序，如組成立場公正委員會審議，或給予陳述意見及申辯的機會，以保障當事人權益[39]。而執行退休、撫恤、資遣或專案精簡人員之機關，為使所實施的人事行政行為更具合法性及正當性，應踐行正當法律程序，可組成一立場公正的委員會來審理，並在退撫、資遣前應給與當事人之陳述意見或申辯之機會，以符合事前程序保障的精神。

四、小結

在事前程序方面，人事多階段行政行為因涉及多機關之職權，更應注重正當法律程序，應避免各機關因忽視或相互推諉責任，侵害人民之權益。而為能順利推展行政程序法之實施，應採行相關配套作法以為因應，如何衡量到

[38] 參閱「行政院組織調整員工權益保障方案」及「行政院組織調整及權益保障暫行條例草案」之相關規定；法務部「行政程序法諮詢小組」第五次會議紀錄（2000 年 3 月 31 日），載於法務部印，行政程序法解釋及諮詢小組會議紀錄彙編，2001 年 12 月，239-241 頁。

[39] 王儷玲，我國公務員退休制度未來改革方向，公務人員月刊，第 147 期，2008 年 9 月，16-18 頁。

最適化或發揮最大化功能，除了遵守正當法律程序原則以及依據我國行政程序法之規定，應針對各類型人事行政行為之適用作探討，並因應時代的變化與需要修訂各個類型的專屬法規，例如公務人員任用法、公務人員考績法以及公務人員退休法等相關規定，將實體的以及程序的正當法律程序原則等各項規定融入於各項法規。由於人事多階段行為之行政程序複雜，或許吾人可以從另一根本問題為觀點探討兩個層面，一為三權分立的國家組織架構，亦即考量行政與考試權之合併，另一為中央或主管機關之充分授權，亦即檢討各機關組織職權法規以及地方制度法之有關主計、政風、警政主管等人事權，以減少人事多階段行為的產生，而使得人事行政行為單純化或一體化，如此亦是一個改革的方向希望，仍值得參考。

肆、人事多階段行為救濟程序之保障

一、概說

我國公務人員權利之維護應受到一定保障，而且也應有完備的救濟程序，以保障其權利。當強調公務人員四大類型的人事行政行為（任用遷調、考績獎懲、待遇福利及退撫資遣）事前程序保障，如有權利受到侵害也應得到一定爭訟之事後程序保障。基於「有權利，必有救濟」（ubi ius ibi remedium）之法理，凡權利受侵害時應有法律救濟之方法，此為權利之本質。我國憲法第 16 條即有明文規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」並應給予有效合法的權利救濟途徑，始能符合保障法制。所謂人事行政爭訟，係指公務人員保障法所定之復審程序（相當於訴願程序）及行

政訴訟法所定之司法訴訟程序之總稱。換言之，凡公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之關於身分、官職等級、俸給、退休資遣或公法上財產請求權上之給付遭受侵害之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依法提起復審及行政訴訟，請求變更或撤銷原處分，謂之人事行政爭訟。現行我國人事行政爭訟程序為二，一為公務人員權益救濟之復審程序，一為司法審查之行政訴訟程序。另探討我國完整事後救濟程序應亦包括針對非行政處分之人事行政為，此規定於公務人員保障法有關申訴、再申訴之範圍。我國人事多階段行政行為具有一定之特色，有關其事後救濟程序之保障，同樣適用人事行政行為之救濟程序，亦即包括公務人員保障法以及司法救濟兩部分，在此分別探討。而人事多階段行為在事後行政救濟層面，因檢討所涉及為整體層面的問題，所以僅就整體上的重要問題作探討。

二、公務人員保障法

（一）針對多階段行為之申訴、再申訴

針對人事多階段行政行為之事後救濟程序，首先適用之法律仍為公務人員保障法，在此先探討針對人事多階段行政行為中有關非行政處分部分，亦即在公務人員保障法之規定中，非行政處分之救濟程序則為申訴、再申訴之程序。依據公務人員保障法第 77 條第 1 項規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴」。此項規定相對於人事多階段行政行為則具有相當討論的空

間，蓋多階段行為之作成，主要可從垂直機關與平行機關觀察，針對非行政處分之行為措施，發生在垂直機關的多階段行為，將有很多行為歸屬於行政內部行為，例如上級機關對下級機關所為之監督指示，而平行機關所發生之多階段行為，亦多屬行政內部行為，例如機關與機關間交換意見之行文。而依據公務人員保障法第 78 條規定，提起申訴應先向服務機關為之，從人事多階段行政行為之特色，除去身分改變、財產重大權益受損之行為外，申訴所針對之行為較多集中於任用遷調以及考績獎懲兩大類，亦即具體措施如升任、調職、考績評定、記大過乙次以下之懲處處分等等[40]。這些人事管理措施有些是上級機關指示或提供意見予下級機關，而依據下級機關之名義作成，此類行為可視為人事多階段行為，當印證認定這些人事多階段行政行為時，可以開會會議資料或簽辦公文為依據，判斷上並不困難。

至於平行機關之間所產生人事多階段行政行為，在實務上判斷上亦不少，例如行政執行機關會同相關單位之執法，若有行政上之疏失，經由他機關之建議，經查屬實，本機關對於其職員施於一定懲處，同樣屬於非行政處分之管理措施，屬於申訴範圍，同樣適用人事多階段行政行為之申訴規定。在行政一體化原則下，各平行機關聯合行政，相互支援等情況，大多依據相關辦法等行政命令，產生各式各樣的多階段行政行為，此亦不同於各平行機關的職務

[40] 李昀，公務人員保障法之施行與檢討，人事月刊，第 202 期，2002 年 6 月，23-25 頁。

協助[41]。各平行機關之多階段行為亦有依據法律而產生，典型者為調度司法警察條例第第 13 條（該管長官對轉請獎懲事件之處理）規定：「本條例第 2 條規定之司法警察官，辦理本條例規定事項，著有成績或有廢弛職務之情形者，由該管首席檢察官陳請上級檢察長官或法務部，或由該管法院院長陳請上級法院或司法院，轉請其該管長官予以獎懲，該管長官應即切實辦理函復。」此種由檢察官函請警察機關之主管長官予以懲處，即是以警察機關為名義所為之人事多階段行政行為，而通常在實務上均以記大過以下之行為，歸屬於申訴範圍。

針對人事多階段行政行為向服務機關提出申訴，依據行政法法理，服務機關本應審查各個階段行為之適當性或合法性，但目前依據我國相關人事法規，服務機關受理申訴之程序規定並不明確，僅在公務人員保障法第 80 條有關申訴書應載明事項以及申訴處理時限有規定，至於受理申訴之服務機關是否召開會議審查，均無規定[42]。此種申訴案件針對一般人事行政行為等措施，將申訴視為行政自我審查的一環，由服務主管機關依據書面或公文審理案件並無太大問題，若針對人事多階段行政行為，如何審查各機關各個階段行為，在此仍然必須透過審查會議，邀集相關機

[41] 職務協助之概念，目前均可依據行政程序法之規定認定，其具有一定之程序與作用，但並非行政法上多階段行政行為之概念。

[42] 林明鏘，我國公務人員保障法之研究，收錄於公務員法（一），台大法學叢書，2000 年 3 月，167-169 頁。林明鏘教授進一步指出，除再申訴案件之查詢與回復義務條款，其他如提起期限、書面格式、審理期限即送達、不受理之情形等等，似可於保障程序之共通規定中加以明定外，並無其他重要程序條款之規定，尤其是向原服務機關提出 申訴案件，幾無法律程序條款。

關審查，才符合程序保障之精神，所以公務人員保障法是否應增列當管理措施行為涉及多機關行為時，應召開會議審查，或者應明定各機關設公務人員申訴委員會受理申訴案件，以確保行政自我審查之功能。所以針對上述情況，目前申訴案件幾乎依賴公務人員保障暨培訓委員會之決定，而該會受理再申訴案件，亦為此類案件之最終行政救濟程序，針對人事多階段行政行為依規定將邀集各機關說明或積極調查各機關之人事行為，以確實審查案件之適當性與合法性。

針對人事多階段行政行為之再申訴案件，因涉及各機關之非行政處分之管理措施與行為，甚至多為內部行為，部分案件比起復審之審理更為複雜，且有些行為雖非行政處分，但卻影響公務人員整體生涯之生活與前途，如懲處中之記大過或考績丙等之評定以及調地服務[43]，所以申訴案件亦應為公務人員保障暨培訓委員會審查之重點，發揮文官法庭最具功能性的表現。倘若基於現行保訓會在組織與職權上之限制，難以徹底發揮審查之功能，針對此類多階段行為之再申訴決定，是否宜開放其司法救濟，有學者認為此具有時代意義之探討，若可以修改公務人員保障法第23條第1項規定，增訂對違法之工作條件及管理措施亦得提起申訴與再申訴。同時具體開放部分具體之違法管理措施，亦得請求司法救濟。此類違法之多階段行為之管理措施如違法之調職處分、考績丙等之評定以及記大過乙次以上之懲處（不含一次記二大過）。開放部分再申訴案件之司

[43] 沈昆興，公務人員保障法之新里程，公務人員月刊，第86期，2003年8月，3頁。

法救濟管道的主要理由在於彌補「人事行政處分」限縮「行政處分」之概念，致部分本質上應為行政處分之機關措施無司法救濟途徑之缺憾[44]。另外一種方式即為復審範圍的擴大，例如賦予被記一大過之公務員經由復審及行政訴訟之途徑尋求救濟[45]，此部分本文將於下一段行政訴訟範圍內論述。

（二）針對人事多階段行為之復審

針對人事多階段行政行為中有關行政處分部分提起行政救濟，依據公務人員保障法第 25 條規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。非現職公務人員基於其原公務人員身分之請求權遭受侵害時，亦同」，應向公務人員保障暨培訓委員會提起復審[46]，而所針對之人事多階段行政行為，即為行政法上多階段行政處分之概念。此種情況適用訴願法上審理多階段行政處分之法理，前述多階段行政處分之概念時，已提及當事人提起爭訟時審查範圍之認定問題，亦即在復審階段（訴願階段），公務人員保障暨培訓委員會（訴願機關），應審查各個階段行為之適當性或合法性，若只以對外生效之行為作為審查對象，將無法達成行政救濟之目的。另外當一個

[44] 林明鏘，我國公務人員保障法之研究，170 頁。

[45] 林三欽，考績懲處之合憲性及其救濟程序，憲政時代，第 25 卷第 4 期，2000 年 4 月，60 頁。公務員被記一大過之後，不但當年度的考績評等將受影響，連帶著也將使其薪俸晉級之權利受影響，更長遠來看其未來陞遷、發展皆有可能因此受阻。

[46] 朱武獻，公務人員保障法之實施與檢討，收錄於人事行政法制論文集，三民書局，2007 年 5 月，300 頁。

人事行政處分在法規上明定須其他機關協力時，欠缺協力行為，原處分即有撤銷原因。

針對公務人員身分以及地位改變之人事多階段行政行為，可以考績委員會對於公務人員考績列丁等或一次記二大過為重點，對於公務人員之考績，首先由服務機關之考績委員會進行初核，接著經由機關長官覆核，覆核後再送主管機關（權責機關）核定，最後送銓敘部審定。因此從多階段處分機關之認定，即有考績機關（服務機關）、核定機關（上級主管機關）及審定機關（銓敘部）共同參與。如果此公務人員對於其考績不服，究以何機關為被告機關，實務上曾有不同見解，最近之案例，最高行政法院判決則以銓敘部雖不能自行改變已核定之考績內容，但依公務人員考績法第 16 條規定，該部若發現考績有違法情形，可退還原考績機關，故應以該部為被告機關[47]。

在人事多階段行政行為中有關 4 種類型任用遷調、考績獎懲、待遇福利以及退撫資遣，上述考績類型屬於復審範圍，在任用遷調、一般考績獎懲（記大過乙次以下之措施）等，大多案件屬於上述申訴範圍。在實務上許多退休案件，因涉及公務人員財產權益，形成多階段行政處分，屬於復審範圍。因為有關退休案件之核定機關為銓敘部，因此當事人向服務機關申請退休案件，服務機關並非退休案之核定機關，該服務機關僅得為形式審查，並必須彙轉銓敘部，服務機關尚無准駁之權[48]。所以針對人事多階段行

[47] 吳庚，行政法之理論與實用，355 頁。

[48] 參閱公務人員保障暨培訓委員會復審 94 公審決字第 0117 決定書理由略以：「……。」以榮

政行為之復審，其審查重點在於該處分之被告機關為何，且審查時應從實體內容，參酌行政法院審查多階段行政處分之精神，應一併審查整體多階段行政行為，若有欠缺法律要件或參與機關有違反法律原則等情事，該處分即有撤銷原因。

三、司法救濟

（一）被告機關之認定

針對人事多階段行政行為向行政法院提起行政訴訟，即為公務人員爭議事件唯一的司法救濟途徑，首要的法律要件，必須經過復審程序。依據公務人員保障法第 72 條規定：「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。」，此項規定標示著復審程序作為一種訴願取代程序，亦即其性質與法律效果等同於訴願[49]，所以當復審案件進入行政訴訟程序後，所可提起的訴訟類型，在理論上應為撤銷訴訟以及課予義務之訴訟。亦即當事人不服復審之決定向高等行政法院提起行政訴訟之目的在於請求法院撤銷原處分以及復審之決定，使其因該處分而被侵害之權利得以回復。

而行政法院審查人事多階段行政處分時，所面臨的實

工公司並非退休案之核定機關，該公司僅得為形式審查，並彙轉銓敘部，尚無准駁之權。是該公司上開 90 年 10 月 12 日書函，僅係就復審人陳情事項所為之事實及理由說明，揆諸首揭規定，並非本於行政權而對人民所為發生法律效果之單方行政行為，尚非屬行政處分，復審人據以提起復審，於法即有未合，應不予受理。」

[49] 林明鏘，公務人員復審與訴願程序之比較研究，收錄於公務員法研究（一），台大法學叢書，2000 年 3 月，215-218 頁。

體審查問題仍在於被告機關或權責機關之認定，上述所提從垂直機關以及平行機關所產生之多階段行政處分，在形式上仍以作為最後階段之處分，如有不服得依法提起行政訴訟。尤其平行機關協力所作成之處分，在理論上如先前階段之行為，針對作成處分之機關（及最後階段行為之機關），若依法必須完全尊重，且不可能有所變更者，又當事人權益受損害，在實質上係因先前階段行為所致，而先前階段之行為確實具備行政處分之其他要素，另此先前行為已直接送達或以他法使當事人知悉者，則許當事人直接對先前之行為提起行政救濟，進而行政訴訟[50]。

行政法院之審查人事多階段行政處分，畢竟主要是以復審決定為基礎，且終究多機關行為亦以行政處分為要，並非如申訴案件，其以管理措施或其他行為均可能為審查標的，又多階段行政行為之申訴案件，所涉及之為多機關，因此又加上多行為，自然保訓會在審查上有其困難性，要達成公正、公平的救濟目的，並非易事。我國學者亦曾提出，探討現行我國公務人員之人事行政爭訟程序，可以說已是相當完備，經由保訓會之復審程序、高等行政法院以及最高行政法院之行政訴訟程序之事實審及法律審程序，在事後程序保障上，可以視為三級三審，程序保障完整周延[51]。我國制度相對比較德國公務員保障制度，因為德國並無專法，亦無專責機關管轄公務員爭議事件，而係散見於

[50] 吳庚，行政法之理論與實用，354-355 頁。

[51] 詹益龍，我國公務人員人事行政行為程序保障之研究，台大國發所碩士論文，2004 年，166 頁；黃錦堂，由德國法之發展論我國行政法院之審查密度，行政訴訟論文彙編第二集，司法院印行，46 頁。

各種公務員法中[52]，然而執行迄今，似無大礙，然德國公務員之廉潔與效能仍為世界各國所肯定。因此依此理念，針對人事多階段行政行為之行政救濟，未來並非加強公務員爭議事件的專責制度，而是應注重於申訴案件之審理。

（二）改革方向—復審標的之擴大

其中未來改革方向，最重要的是復審標的應擴大，按公務人員保障法第 18 條規定，復審係以行政處分為標的，保訓會就行政處分之判斷基準，係參照訴願法之規定，並以司法院大法官對公務人員解釋得提起爭訟部分為提起復審之範圍。目前實務上有關涉及公法上財產請求權、改變公務員部分認為係屬復審之標的，尚無疑義外，有關涉及對公務員服公職權利具有重大影響事件，則較具爭議。蓋因「重大影響」概念屬不確定法律概念，因此仍有發展之空間。查公務人員之任用、陞遷在民主先進國家為其公務人員保障法制之重要實體項目，作為公務人員之重要權利加以保障，惟於我國有關公務人員之任命、陞遷仍視為機關首長不可被侵犯的領導統御權。然而公務人員之陞遷對於其服公職難謂無重大影響，所以有關公務人原因調任、陞遷爭議事件，應列為復審範圍。另有關記大過處分，依據公務人員考績法第 13 條規定考績評定不得考列乙等以上，影響其俸級及考績獎金，其法效果已可認定為行政處分[53]，所以亦應列為復審範圍。

---

[52] Vgl. Jürgen Monhemius, Beamtenrecht, 1995, S. 181 ff.

[53] 蔡震榮，公務人員懲戒權與考績權之研究，憲政時代，第 18 卷第 1 期，1992 年 7 月，18-20 頁。

經由復審才能進入司法救濟，可見行政訴訟相對於公務人員而言，公務人員保障法才是司法救濟的關鍵，亦是我國推翻特別權力關係後的法治里程碑，然而因為其架構仍停留在「基本關係」與「經營關係」二分法，致開放途徑亦相對區分成「復審」與「申訴」二程序。復審程序相當於「基本關係」所生糾紛，申訴程序相當於「管理關係」所生爭議之處理程序，故不准其提起司法救濟。此種基本架構業已違反「有權利，即有救濟」之基本原則。從宏觀而論，現行法只是公務員權益保障之第一階段立法而已，後續階段應再大量開放申訴與再申訴程序決定之司法救濟途徑，並且只區分「人事行政處分」與「非人事行政處分」，二大不同處理程序，其程序僅異其處理過程之繁簡而已。未來應儘量減少不准提起司法救濟之保障案件，使得公務員之人格尊嚴與權利保障，能夠有效落實憲法保障程序基本權之基本要求[54]。

所以針對人事多階段行政行為，若能將調任、陞遷或記大過等影響權益重大之行為爭議事件列為復審範圍，使得申訴案件明確界定於一般管理措施，其案件行為之性質趨於單純的內部非行政處分之行政行為，而保訓會審議此類爭議案件，亦不致陷於多重機關以及多重行為與處分複雜之審查事項，而能有更高的決定品質，如此將有助於公務人員事後救濟程序之保障。

四、小結

[54] 林明鏘，我國公務人員保障法之研究，收錄於公務員法研究（一），台大法學叢書，2000 年 3 月，176-177 頁。

在事後行政救濟方面，針對人事多階段行政行為之再申訴案件，如懲處中之記大過或考績丙等之評定以及調地服務等，其影響公務員權益仍鉅，在現行法制仍無法提起司法救濟，所以申訴案件亦應為公務人員保障暨培訓委員會審查之重點，如此以發揮文官法庭最具功能性的表現。另未來針對人事多階段行政行為，若能將上述調任、陞遷或記大過等影響權益重大之行為爭議事件列為復審範圍，將來被視為行政處分，經由復審後仍可提起司法救濟，如此將有助於公務人員事後救濟程序之保障。

伍、結語

人事行政行為乃是服務機關或人事主管機關，就具體事件對公務員所為直接發生法律效果的單方決定，由於我國人事行政行為的特色，基於我國憲法所規定的考試院職權，許多重要的人事行政行為均經由服務機關報經考試院銓敘部審定，典型的如考績審定行為，又依據機關職權有服務機關與上級主管機關或中央與地方機關針對人事行政的職權區分，如此我國人事行政行為產生很多經由垂直機關與平行機關共同協力完成之多階段行為，本文稱為人事多階段行為。然而考試院對於人事行政行為之審定行為，其法律性質為何，此種審定是否可視為最終機關之處分，在實務法規上，有關審定行為針對重大權益的行為，如免職、考績等較符合最終機關處分之理念，其餘動態登記或報備等行為，則顯得模糊。所以本文認為從廣泛範圍之觀點，經由行政院或其他院之人事行政事項，轉送考試院審定之行政行為，可視為廣義人事多階段行政行為，至於其

於人事多階段行為，包括垂直機關或平行機關之協力完成行為，可視為狹義的人事多階段行政行為。

無論是廣義或狹義人事多階段行政行為，在施行過程中均應保障公務員之程序基本權，而應從事前之正當法律程序以及事後行政救濟之實踐兩方面著手。在事前程序方面，人事多階段行政行為因涉及多機關之職權，更應注重正當法律程序，應避免各機關因忽視或相互推諉責任，侵害人民之權益。而為能順利推展行政程序法之實施，應採行相關配套作法以為因應，如何衡量到最適化或發揮最大化功能，除了遵守正當法律程序原則以及依據我國行政程序法之規定，應針對各類型人事行政行為之適用作探討，並因應時代的變化與需要修訂各個類型的專屬法規，例如公務人員任用法、公務人員考績法以及公務人員退休法等相關規定，將實體的以及程序的正當法律程序原則等各項規定融入於各項法規。

人事多階段行政行為在行政程序上因涉及多機關以及多重行為，因此在實施過程中較為複雜且影響公務員權益甚鉅，若能從根本問題探討兩個層面，一為三權分立的國家組織架構，亦即考量行政與考試權之合併，另一為中央或主管機關之充分授權，亦即檢討各機關組織之職權法規以及地方制度法之有關主計、政風、警政主管等人事權，以減少人事多階段行為的產生，而使得人事行政行為單純化或一體化，如此針對公務員程序權之保障能較為單純以及適切，雖然上述的根本問題之改革，因事涉憲法以及重要法制之改革，所以執行上較為困難，然而對於未來亦是

一個改革的方向希望，仍值得參考。

在事後行政救濟方面，針對人事多階段行政行為之再申訴案件，因涉及各機關之非行政處分之管理措施與行為，甚至多為內部行為，部分案件比起復審之審理更為複雜，且有些行為雖非行政處分，但卻影響公務人員整體生涯之生活與前途，如懲處中之記大過或考績丙等之評定以及調地服務，所以申訴案件亦應為公務人員保障暨培訓委員會審查之重點，如此發揮文官法庭最具功能性的表現。另針對人事多階段行政行為，若能將調任、陞遷或記大過等影響權益重大之行為爭議事件列為復審範圍，使得申訴案件明確界定於一般管理措施，其案件行為之性質趨於單純的內部非行政處分之行政行為，而保訓會審議此類爭議案件，亦不致陷於多重機關以及多重行為與處分複雜之審查事項，而能有更高的決定品質，如此將有助於公務人員事後救濟程序之保障。

＜研討紀錄＞

第二場：人事行政程序之多階段行為-以程序權之保障為重心

主持人：吳泰成 考試委員（考試院）

報告人：陳正根 助理教授（高雄大學法律系）

評論人：林三欽 教授（東吳大學法律系）

主持人（吳泰成 考試委員）：

報告人，陳教授，評論人，林主任，各位學者專家、各位女士、各位先生大家午安。

所有的研討會通常下午第一場是比較辛苦的，因為這個時間大家的生理時鐘都沒有調整的很好，不過很感謝大家的參與。我們這個場次的議題是有關：人事行政程序之多階段行為—以程序權之保障為中心，我們請到的報告人是，陳正根教授，他是高雄大學法律系教授，德國慕尼黑大學法學博士，專攻行政法、行政救濟法以及警察法，在這方面他有很多的著作，我們請到的評論人是林三欽教授，是東吳大學的法律系教授，也是我們這次的主辦單位，公法研究中心的主任，他是專攻憲法、行政法、國家賠償法以及行政訴訟法，他是德國哥廷根大學的法學博士，兩位都是知名的學者，我們很榮幸能邀請到他們來報告和評論。

接下來我們先請陳教授為我們作報告，報告完後再進行後面的評論等等的程序。

報告人（陳正根 助理教授）：

今天很榮幸來參加這個研討會，我所要報告的題目是：人事行政程序之多階段行為—以程序權之保障為中心。

因為有些重點想說用 Powerpoint 顯示比較清楚，但在投影機準備好之前，我先作一簡單的摘要介紹：

基本上我國人事行政之特色，因為由垂直機關和平行機關來共同協力完成之多階段行政行為，如果依據行政法的理論來講，我們可以稱作人事多階段行政行為，但是這部分，就目前國內而言，對於人事部分之多階段行為的研究，其實並不多，所以今天的文章基本上還是有很多自己的想法和概念加在裡面，在場有很多貴賓都是專家、學者，甚至在行政實務上都有很好的經驗，希望都能夠提供給我更好的意見。畢竟我這一篇文章是未完成稿，當然一篇文章必須成熟之後發表會比較好，但是一個新的題目是需要各位專家、學者惠賜意見，讓我會後可以再作修改。

在整個架構來講，基本上是從人事行政行為開始，然後再論多階段行為，但是這個部分如果我們一直在談多階段行為，純作概念上的敘述，其實益究竟有多大，仍是值得研究，所以我還是以程序權的保障為重心。那接下來我就把重點的部分用 Powerpoint 的方式來介紹。

基本上我的文章架構是從概念開始談，概念上先談到人事行政行為，再談到多階段行政行為，這是屬於比較傳統的論述方法；再者，程序權的部分，以事前的程序和事後的程序為主，這個部分，剛才大致上講到，基本上是有關基本程序、正當法律程序還有行政程序的部分。比較細

節的部分，是我們在談到適用的部分，各個類型的適用，在這個方面可能會比較有實益，另外，就程序權的部分，在事後救濟的程序，我直接就針對多階段行為的一些重要的問題談一談，因為如果還要論述一些比較廣泛的範圍，事實上是我們這個報告所不及的，且另外一方面也不是我們報告的主要議題。

基本上，從行政法的領域來看，事實上可以套用到我們的人事行政當中，當然這個部分最後是希望從程序權保障的方面，對於公務員的部分，可能他這個權利的保障談得比較有實益一點，且切入中心一點。當然我在我的文章也有提到，有些人或許會認為一直在談公務人員的福利，但是現在公務人員的福利已比一般人民還要好，我的文章所談關於公務人員的保障，這個部分是很多人在寫關於公務人員保障的文章都會提到的部分，我這邊也稍微提到，基本上這不是我要討論的部分，但是我這個文章之所以要討論到公務人員的保障，還是一個基礎的方向，因為大方向總是要有，如果沒有實益，公務人員的福利已經保障的很好了，那我們再一直強調就沒有實益了。我這邊也有一兩段提到，有優秀的公務人員才可能有傳統進步的國家，如果公務人員的權利都沒有辦法受到確保，更遑論其他，所以探討這個權利的部分具有其正當性，這是稍微附帶提到的部分。

另外，在這邊我也提到多階段行政行為實施的過程當中，對於公務人員來講，現行的法制在程序權的保障，仍有需要深入以及改進的地方，所以我們就從正當法律程序

的實踐以及事後救濟的這兩個層面，來作一探討。

首先，因為從架構上我們是先談到人事行政行為之概念，而依照司法院大法官解釋所建構的分類標準來說，依行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款，是以人事行政行為來作一例子，他依照這樣的一個分類，是基本上來講會有一些分類，但是最重要的問題在於，人事行政行為出現在法制上，在正式的法規，在行政程序法上是正式的出現，在這個部分，有些都有討論到，所以我在這邊也提到說學者和實務有不同的看法，有廣義說和狹義說，因為人事行政行為適用在行政程序上，基本上要符合正當法律程序，但在行政程序法的第 3 條第 3 項第 7 款又規定，人事行政行是排除適用的，而這部分是我們在談到人事行政行為時的重心。

何謂程序法第 3 條第 3 項第 7 款所稱的「人事行政行為』？基本上有廣義說和狹義說。廣義說是指，包括所有的人事事項都是，那如果說所有的人事事項都是行政程序法所稱的人事行政行為，那等於是所有的人事行政行為都排除適用，是以，如果要符合正當法律程序的話，則可能只有靠個別的法規；反之，狹義說則是利用『重大影響』亦即利用大法官的解釋來作一分類，此部分可參照林明鏘教授所寫的文章。基本上他是認為說，如果我們要解決此一問題，對於人事行政行為之概念，希望行政程序法這個部分就不要再談到人事行政行為。讓所有的人事行政行為都能適用行政程序法，將人事行政行為視為正常的行政行為，另外再儘速增補人事法規、正當法律程序的規定，那

才能解決人事行政行為所引涉的相關法律問題。

基本上我們探討人事行政行為的概念，大部分都是以其性質為標的或標準，像上述以字面定義或以公務員的身分、財產以及權益等等，至於人事行政行為在行政程序法上適用的概念，在我國的部分是一種特別的解釋型態，因為除了依據性質以外，相關的部分也可以深入的瞭解。一般而言，人事行政行為要瞭解它，要依據行為內容、對關係人的效果、當事人或其他機關的協力、有無法定方式等等來作分類。如果是以是否有當事人或者其他機關的協力來作為分類的標準，則可區分為單一的人事行政行為和多階段的人事行政行為，那在我國基於人事行政機關，有上下層級機關以及考銓機關的職權等因素，所以多階段人事行政行為深具有特色，值得深入探討。

那接下來我們就進入人事多階段行政行為的重心。

基本上，人事多階段行政行為在這邊，可能我們用行政法的理論來講，比較有談到的是多階段行政處分的概念，我在文章中也敘述了一些，基本上，多階段行政處分是指，行政處分的作成需要兩個以上之機關，本於各自的職權，共同參與而言，此際具有行政處分性質者，亦即直接對外生效之部分，至於先前階段的行為則仍為內部意見的交換，這是針對多階段行政處分的一個定義。人事多階段行政行為基本上是我國人事行政行為的特色，因為我國憲法規定是以五權分立為架構，依據憲法第 83 條，考試院有權責，在實務上依據現行的法規，有關人事行政事項，經由行政院及其所屬機關執行管理，但是在法制上的程序

須轉送考試院來審定。那這邊有一個基本的問題：『考試院的審定行為的法律性質為何？』比如說，你對考績為審定，為動態的登記，那我們這邊提到，實務的法規上，除動態的登記以外，有關審定行為針對重大權益的行為，例如：免職、考績等比較符合最終機關的理念。如果我們要探討什麼是人事多階段的行政行為，那這個部分會有一點困擾，所以，基本上在我的文章當中，如果我們要探討的話，我們用廣義的多階段人事行政行為才能夠作解釋，因為考試院的審定或核定行為，在垂直機關也好、平行機關也好，基本上，都要有多階段的參與，但這個部分如果我們還要遵守行政法的理論，考試院的核備或者有些動態登記，動態登記只是一個備查，如果不符合行政法上之多階段行政行為的概念時，那這個部分我們用狹義的人事多階段行政行為來解釋可能會比較適當。今天這個文章有它的實際的效益，因為基本上如果人事多階段行政行為是一個特色，那我們希望有學者去做研究，因為我發現直接對人事多階段行政行為作研究的文章幾乎沒有，今天在這邊作個報告，也希望各位學者專家也能對這個部分做研究。那這個部分，這邊提到更是比較複雜一點，因為人事多階段行政行為經過多機關或多重的行為，這個部分在事前的程序，我們可能要更注重，那這是個方向，剛開始的一個方向。

那這個部分我們應該要先探討一些基本理論和正當法律程序理論，不過這部分因為已經有很多的文章討論過，所以在此我們先不論。

另外，行政程序法的適用，我們先前在人事行政行為

的部分也已經談到,基本上多是集中在程序法第 3 條第 7 款之討論，因為它規定公務人員的人事行政行為不適用行政程序法的規定，所以引起了很多的討論，那如果依照多階段人事行政行為的概念，要符合正當法律程序，我們希望能夠盡量限縮解釋，達到適用最低程度，也就是說不適用行政程序法的人事行政行為愈少愈好，那這樣在事前程序，對於行政機關作成人事處分，比較能夠遵守正當法律程序原則，而受到制約，這樣比較好。這個部分我先報告到此一階段。

另外，這個部分如果我們是比較籠統的再來談，事實上是比較空洞。由於我們希望可以適用在各個類型，因此在我的收集資料中包含：任用遷調、考績獎懲、待遇福利、退撫資遣這四個層面，那這四個層面我們會針對事前程序，就細的法規來談。

任用遷調的特色，我這邊有提到，因為我們目前來講，任用遷調，尤其在地方制度法上，也跟中央和地方有區別，因為這個部分，地方制度法有人事、主計、會計、警政，依照中央機關的特別法可以參與。那這個來講，我們中央和地方機關可以稱為垂直機關的多階段行為，那基本上，大部分都是垂直機關，所以我們提到說，依照地方制度法第 55 條第 2 項之規定：『直轄市政府所屬一級機關首長除主計、人事、警察及政風首長依專屬人事管理法律任用之。』這個部分是我個人認為說是我們看到任用遷調之部分時的適例。那另外，以警察局長為例，其派任主要依據警察人員人事條例，依據該條例，警察局長為警監職務，係由內

政部遴派，再交由直轄市政府執行，那這種垂直關係間之多階段行為就會產生。

關於依據特別法遴選任用或指名商調，在我的文章也有特別提到其程序，尤其它要他機關的同意，而在這個程序的部分，應依法行政並應遵守正當法律程序，這部分 Powerpoint 寫的較為簡略，文章較仔細。我們希望在個別法規裡面，比較細的法規能夠規定的比較清楚，像『指名商調』就應由法律規定要如何商調比較適當；另外依據特別法之職權任用、依據地方制度法中央機關可以參與作成的，那多階段行政行為到底是好還是不好？基本上為了單純化，我覺得多階段行為不應該那麼多的話，事實上是應該檢討中央跟地方的授權，但是這是另外一個問題。不過後面我會再談到，因為基本上這也是一個方向。

另外，因為時間的關係，我大概講一下，因為最高行政法院，這邊可以參考吳庚老師的那本書，特別在多階段行為之章節部分有舉人事行政行為為例，將考績的機關分成服務機關、上級核定機關還有考試院，應該是銓敘部，把它當成最終的決定機關。那基本上，這個部分可能比較符合這樣的概念，但是我文章有提到，基本上考績獎懲的部分，尤其是一次記兩大過或考列丙等這種專業考績，當然更應遵守事前程序保障的各項規定，剛才有提到司法院釋字第 491 號解釋已有明確的說明，在處分前應給受處分人陳述意見及申辯的機會、處分書應附記理由或表明救濟的方法、期間、受理訴願的機關等等。

那這邊我再強調，針對一次記一大功或一大過之部

分，事實上考試院是扮演非常重要之角色，所以我們談到的類型應該是在這邊，這邊談到說，在個別法規程序上的規定，可能有所不足，實務機關各項法規的演變，應該也可以和各位討論一下，基本上這部分是已經有作一些修正。

另外，有關懲戒的部分，我想跟考績有些類似，所以就先不論。再來是『待遇福利』，這個部分一樣，當然這部分有提到說，我們現在很多評比的方法，因為這個部分，我在文章也有提到，待遇福利有各項的規定，那這部分是否屬於多階段行為，我倒是沒有特別去討論，但是針對此一部分，有人是認為過於寬鬆浮濫，那這個其實也是違反了實質上的正當法律程序，未來修法時應從比例原則及平等原則來著手，那麼在福利措施方面，事前程序的保障規範應該在相關俸給法及待遇支給要點做進一步規定，以保障公務人員之俸給權。

退撫資遣的部分，因為這都是同樣的一個類型，因此我想參考一下前面即可，那我這邊要特別強調說，應針對各類型的人事行政行為的適用作探討，因應時代朝流的變遷，訂定各類型人事行政行為的專屬法規的程序規定，例如公務人員任用法、考績法，應將實體的正當法律程序的原則融入各項法規，那剛才我們都已經在作，那這個方向當然沒有錯，只是說我們做的夠不夠，這可能需要就細節法規來講。

那麼我這邊也提到一個根本問題，要探討兩個層面，也就是說基本上人事行政程序的事前程序其實相當複雜，我們可不可以單純化，單純化當然的考量就是一個基本的

問題的討論，也就是考試權和行政權需要作一個調整分配，另外，地方制度法由中央繼續的授權，中央主管機關對於地方自治機關的一個授權，那這必定會減少多階段人事行政行為，因為至少垂直機關間會比較少，那這樣基於人事行政行為的單純化、一體化，這是一個改革的方向。這邊我的文章就作一提出。

最後看到這個『救濟程序的保障』，這個部分我的著墨並不特別多，但是都是針對重要的基本問題，這部分大致上是談到說申訴、再申訴的問題，申訴、再申訴的範圍，我這邊提到說：最主要是有些行為雖然不是行政處分，但是影響到公務人員的身分改變或重要的財產法益，這個部分很多文章都有提到，但是這個部分放在我這邊來講非常重要，也就是像記大過、考績評等的評定或者調職、升任……等等，我這個部分和後面都是一體的，也就是這些部分都要納入復審的範圍，是不是將這個部分很多文章也討論到，因為這邊在事後的程序的保障非常重要，司法救濟的情況。結論大部分是擷取相關的部分，因此我的報告就到這邊，謝謝各位！！

評論人（林三欽教授）：

歡迎大家有機會來東吳參加這場盛會，今天很榮幸有機會跟大家分享我拜讀陳教授大作之後的心得，首先我想他這篇文章的重點跟特點，提出了「人事多階段行政處分」的概念，另外他在第三單元提到有關「正當法律程序」的概念在第四單元提到「救濟程序的保障問題」，整體來看，這篇文章處理的問題很多但因為篇幅分散在很多主題之

上，我想是真的耗費很多心力，但因為篇幅分散，所以可能比較不能針對某一點好好處理，所以我會建議他將來在寫作上，稍微割捨一下，比較有集中效力，對作者跟讀者也比較輕鬆一點。

在格式上可以供陳教授參考的是，在引用參考文獻引用同等著作的時候，我建議陳教授可以用「前揭文」或是「前揭書」的方式，陳教授是引出篇名而省略了出處，我想這樣的方式在我們一般慣例看來是比較罕見的。

我在這裡簡單說明一下，首先是第 4 頁相關概念的第方，首先，他開始在這邊切入到行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款所謂「人事行政行為」這個概念的部分，事實上陳教授主張這個部分應該適當的限縮解釋，因為我們的第 3 條第 3 項主要是在「排除適用」，所以他認為排除適用的情況應該要限縮，尤其是「對於公務員有重大影響者」不應該排除，甚至他也主張這個條款應該要考慮刪除。

他也提到多階段行政處分的概念可以分成垂直或是水平來處理，也提到考績的部分，考績分成「服務機關的評定」、「主管機關的核定」還有「銓敘部的審定」最能彰顯本次多階段行政處分的範圍。但如果我們談的不是「多階段行政行為」而是「多階段行政處分」，這裡必須要留意的是，考績的核定是不是一個行政處分， 因為它本身涉及的內容不一定都是行政處分。

至於有關「爭訟的對象」，到底爭訟對象是誰，是以服務機關為對象呢？或是以核定機關為對象呢？或是以審定機關為對象？本文在第 25 頁的第 1 段有提到一個最高行政

法院的例子，這個案子是認定銓敘部是被告機關，但我覺得這個案子應該無法作為所有考績案件的一般化模式，應該還是要去看各個案件中具體爭點是在什麼機關、在什麼行為引發而作決定。在有關概念的部分，陳教授曾經在文章裡提到，有關多階段行政處分的概念可以分成兩大類，第一大類是兩個上級機關共同加工於一個行政處分，像是限制出境是由稅捐機關與入出境移民署共同成就。另一類是提前終結申請程序，他特別提到退休事件，行政機關面對人民申請退休事件，在形式審查的第一階段就打回票。再來就是有關提前終結申請程序事件，據我了解，我們保訓會對這個主題很有興趣，在最初公佈的議程裡面，它的題目叫作「人事行政行為之多階段行為」，然後副標題是「服務機關審查作為」，從這個名稱我們看得出來當一個服務機關在審查稅收案的時候，他自己的作為如何評價。

這個單元有關正當法律程序的部分，這邊關於專業行政法規的介紹我並不是很了解，所以這個地方就省略。接著是有關第 4 單元，陳教授談到人事多階段行政行為救濟程序的保障部分，這個地方他主要還是關懷申訴、再申訴程序的相關部分，我想我可以支持陳教授的見解的部分是，我們是不是該適度放寬我們所處理的標的，他有提到兩種選項，第一個是我們是不是考慮讓某些再申訴的類型，延伸到司法程序，第二個是擴大復審程序處理的範圍，我個人比較支持後者，因為如果支持前者，讓某些再申訴類型可提起行政訴訟，將造成程序的複雜化，那如果只是將復審事件範圍擴大，我想影響不會這個大，而且公務員不服服務機關所為的抵銷決定，與其讓公務員在這邊提起

一般給付訴訟，還不如讓他提起復審，可以得到更加迅速有效的救濟保障。

我剛剛有提到大會最早公布的議程，想要談服務機關的作為如何評價，我想以公務員退休來作為例子，這裡是不是可以容許我個人超出本文的範圍，對這個例子說明一下，在文章裡面提到正反兩說，服務機關在作第一階段形式審查的地方予以駁回到底是不是行政處分，否定說認為法律所給予服務機關的是一個形式的權限，並沒有給予行政處分權，所以不是行政處分，肯定說認為即使認為這是一個事實行為，但相關機關面對人民申請時所表示的法律屬性跟他將來的動作是不是事實行為，這可以切割的。針對這樣的爭執，我提出 4 個角度的反省，第 1 個角度是說，行政處分的存在與否跟處分機關的處分權限沒有必然的關係，因為即使沒有處分權限也可能在缺乏權限下作成，這時候就是無效或是違法的行政處分，而不是沒有行政處分。再來，判斷該行為是不是行政處分，重點應在於它是不是決定了且對外發生效力，而不是它可否決定什麼。第 3 個角度是說，與其問行政機關有沒有處分權限，不如問說行政機關有沒有決定權。因為使用前者等於是必須法律同意可以作成行政處分，才可以作成行政處分，很難去辨認文字的背後是否有讓我們作成行政處分形式的這個權限，所以用這個問題是不是交給我決定，這樣比較簡單，我可以對這個問題作出某種表示，我自然就會作出有拘束力的決定，也就會散發出外部效力，所以我主張用「決定權」來取代行政處分的權限。再來，關於服務機關是否真的只可以確認相關文件、及所記載者是否有誤，我想這也是可

以思考的，我想這裡涉及各個機關的財政負擔，所以還包含了某種實質的部分，如果我們肯定這個步驟，行政機關在這邊就不只是文件形式審查權限，應該還有某種實質決定空間。

主持人（吳泰成委員）：

非常謝謝剛剛報告人陳教授，還有評論人林教授的報告，身為主持人照說不能講太多話，我是從事行政工作，聽了兩位的高見後，我有些話想報告一下，第一個是有關人事行政的作為，都牽涉到平行機關跟水平機關的問題。近年來我們大法官的解釋，對於人事行政的引導，有相當具體的貢獻。中央到地方來講，都是用同一套人事制度，所以所有有關人事行政相關事項都影響到全面性。我個人認為民國 85 年是文官制度法律上關鍵性的影響，因為徹底揚棄了傳統的「特別權利關係」，改以「公法上職務關係」的概念。現在重新檢視過去的法制都不合標準，這裡也涉及如何去健全正當法律程序以及救濟程序，隨著大法官解釋不斷擴大它，這些看法我當相當支持，而我個人的意見是，文章中沒有提到憲法增修條文第 6 條，本條分成 3 款，我認為第 2 款跟第 3 款會影響到這裡的多階段行政行為，這是憲法層次的設計。我要談的是，我們法律用語延續出一個銓敘審定，事實上任免、升遷、考績、褒獎等等，執行機關在行政院體系各機關，所以我覺得名詞使用考績法上的審定機關，與銓敘部來核定退修撫卹案是不一樣的情形的。銓敘部的職責是作最後的審定，且只做合法性的審定，所以我個人在這裡說明一下，在這個部分，被告機關

應該不是銓敘部，因此我不太認為是多階段行政行為的最終機關，這是我個人的意見，補充給大家參考。

主持人（吳泰成委員）：

那現在我們是不是開放現場提問？

問：多階段行政處分在考績法中，銓敘部依據考績法施行細則，關於記大功、記大過的部分，銓敘部根本沒有參與作成。

有關退休案件之事前審定，可以在細分成兩種，一個就是地方經費的問題，實務上都有課與當事人是先申請的義務，若當事人無申請或被駁回實際上應屬服務機關的行政處分。至於關於條件不合的部分，這邊應該屬於行政程序法第 111 條，屬於一個權限外的行為，而且是重大明顯瑕疵，由憲法增修條文第 6 條來看。再來是行政程序法第 3 條排除人事行政，當初立法者是認為人事行政有自己一套它的程序，所以不適用行政程序法。

報告人（陳正根教授）：

感謝評論人的建議，我想這個部分在我的文章還可以再增加，本來是要寫，但是因為時間的關係所以沒有寫，這個部分其實是涉及到多階段行為當中最終機關還有行為的效果。在服務機關審查行為的效果，在文章中都很重要，都是應該要寫的。我針對程序權的部分去寫，是因為我覺得這個部分還是值得討論的，只是這樣寫下去範圍真的是過大，因為牽涉到事前的程序跟事後的保障，我把重要的部分拿出來討論，對於範圍過大的問題，這個問題我會帶

回去再思考。

另外有關記大功大過，我說銓敘部扮演的「重要角色」，我為什麼說銓敘部是扮演重要角色，因為我根本沒有把握說銓敘部是最終機關，所以我用這種言辭，這是比較保守的說法，我想可以再討論。

最高行政法院做出判決說考試院是考績的最終機關，所以學者在研究的時候就會受到這個約束力，如果實務機關考試院對這個部分有意見的話，可能考試院就要做出說明，要不然法院在這邊就會有心證，如果有問題的時候就會把矛頭指向考試院或者是銓敘部。所以想要透過論文發表，讓法官在這個部分多瞭解，在實務上不會這麼徬徨。當然在操作考試院也會具裡由在法院也會做申辯，基本上銓敘部希望在考績的部分由各主管機關去做核定。

主持人（吳泰成委員）：

這邊機會難得，我們請林教授也回應一下。

評論人（林三欽教授）：

我想我還是繼續針對剛剛所提到的，被告機關的責任認定，基本上這是一個很有學問的問題，我初步的判斷跟印象是之所以銓敘部會被牽扯進去或者是說考績的決定為什麼會變成具有行政處分的情形，這兩個可以一併觀察的，這其中有一個原因是考績的決定被合併到職等的認定或者是升等、晉升的問題，而並不是單純的考績而已，他所表現出來的效果影響也更加深遠。所以我們在做歸類的時候，可以從這個方向來做思考。再來就是說有關擴大復

審的救濟範圍，這個部分對當事人的影響也是很深刻。

主持人（吳泰成委員）：

那我們這場就進行到這裡，謝謝大家的參與。

四、專題研討三

審查密度理論之研究－判斷餘地理論於保障事件之適用

黃錦堂*

前言

憲法面之討論

一、事涉權力分立之最適拿捏，應由專業法律規定或由行政爭訟法區分不同類型或建立不同指標

二、德國聯邦憲法法院裁判之比較觀察

三、我國法之檢討

四、小結

行政法面之檢討

一、我國實務見解

二、關於行政程序

三、關於行政組織

四、關於相關法條的解釋

五、關於一般評價標準有無違反、有無納入不相干考量：真正困難所在

肆、政經面之宏觀考察

伍、展望

* 德國杜賓根大學法學博士；國立台灣大學政治學系教授。

壹、前言

公務員之調任、停職、陞任、升官等訓練、考績、懲處及不予續聘、工作指派之個別案件之決定，主管長官之相關事實認定與法律適用有無違誤，於個案經提起復審或行政訴訟時，不免引發復審決定機關或高等行政法院的審查密度高低問題。

我國保訓會復審決定與高等行政法院，均肯認「判斷餘地」，至於理由，不外為高度屬人性之判斷、相關法規具有抽象性或判斷之考量因素具有多元性、現行行政法院低強度審查已經足以保障；此外相關判決也多指出調任職務只要在同官等、同職等範圍內，即使由主管職改調非主管職，並未嚴重侵害當事人權益到必須強化司法控制的地步（詳見參、一）[1]。

判斷餘地理論之合憲與否，為首要問題，本文將比較德國聯邦憲法法院的裁判及我國司法院大法官的解釋（貳）。於行政法之層次，本文將檢討我國行政爭訟所建立之判斷餘地下之有限度的審查項目，而且也將比較德國法；兩者外形上儘管審查項目相近，但實質上仍有相當差距（參）。第肆部分將進行宏觀分析，指出我國現階段政經構造，公務員考評/調任/陞遷等之行政決定仍不免存有威權餘毒，行政爭訟機關應正視之。第伍將以兩項展望作為

[1] 我國最高行政法院並無「判斷餘地」判例（「司法院法學資料檢索系統」，點選「最高行政法院判例」，輸入關鍵字「判斷餘地」；查閱日期：2008 年 10 月 8 日）。至於最高行政法院的裁判，經輸入「判斷餘地」，於 2008 年 10 月 8 日之查詢，共計 236 筆，但該網站只顯示前 100 筆，其中與公務員法有關者為俸給、考試、調任、教師升等、免職、獎懲。若查詢最高行政法院裁判，而且輸入「判斷餘地」與「調任」，則可找到 3 則，分別為 97 年裁字第 704 號、97 年裁字第 785 號、94 年判字第 1961 號。

結論性之觀察。

就我國既有文獻之檢視而言，主流見解區分法律要件與法律效果，並認為前者才有判斷餘地問題，後者則為行政裁量的範疇。承認判斷餘地的理由則不外為權力分立、功能法觀點、事涉專業性及高度屬人性的判斷[2]；學者們也嘗試進行類型化之觀察：陳敏指出我國司法院釋字第 319 號、第 243 號、第 462 號等解釋，並進一步納入預估、風險決定、計畫決定等類型[3]。李震山提出行政判斷、行政預測行為，並討論有關的判斷餘地[4]。吳庚則引述司法院釋字第 553 號解釋，並區分基於組織法及程序法而產生之判斷餘地、政策性之行政上裁決、考試/檢定/服務或學習成績之評量、有關環保/衛生/核能/工程/發明專利等科技法律之適用[5]。

整體而言，通說並未深入到行政法各論之領域為探索，於此程度內，本論文得有發揮的餘地。其次，通說對於憲法層次的討論不足；通說並未完全強調不確定法律概念解釋適用之區分為法條解釋及事實認定/涵攝，從而也未完全清楚指出：不確定法律概念的解釋屬於法律問題，從而行政法院應有完整的審查權[6]。

---

[2] 奠基性文獻見：翁岳生，「論『不確定法律概念』與行政裁量之關係」，收錄於氏著，《行政法與現代法治國家》，頁 37，63（1979 年 10 月三版）。

[3] 陳敏著，《行政法總論》，頁 165-185（1999）。

[4] 李震山著，《行政法導論》，三民書局，第 6 版，頁 442-451（2005）。未詳細討論審查密度者，約如彭鳳至、劉宗德，〈行政訴訟制度〉，收錄於翁岳生編，行政法，下冊，頁 351，355-356(2006)。

[5] 吳庚著，《行政法之理論與實用》增訂 10 版，頁 738(2007)。

[6] 例外者約為李惠宗，其將不確定法律概念區分為經驗性與規範性兩種；規範性不確定法律概念的判斷錯誤如公務員服務法第 5 條「放蕩」行為的界定與詮釋，再如「安全、公益」概

貳、憲法面之討論

判斷餘地的問題固然為行政爭訟法的一環，但有關的規定或實務作法也可能引發違憲與否的爭論，從而根本之計仍應討論憲法議題，亦即其涉及具重要性之實質基本權及一般性之訴訟權，而另一面則是出於如何的公共利益考量而得限制凡此基本權，以及相關限制是否合乎比例原則與平等原則等。

一、事涉權力分立之最適拿捏，應由專業法律規定或由行政爭訟法區分不同類型或建立不同指標

有關如上類型案件之判斷餘地之復審決定見解，於各該公務員專業法律及作為公務員保障一般法律之「公務人員保障法」，並未明文規定。其次，此等判斷餘地見解，也非我國訴願法、行政訴訟法所明文，蓋我國行政訴訟法有關審查密度的規定，係針對行政裁量，例如行政訴訟法第 4 條第 2 項「逾越權限或濫用權力之行政處分，以違法論」、第 201 條「行政機關依裁量權所為之行政處分，以其作為或不作為逾越權限或濫用權力者為限，行政法院得予撤銷」。

念的界定；經驗性的不確定法律概念例如建築法中有關公共安全設備的維持，如果缺乏這種設備則不安全，此處所稱的安全或危險性便屬之，見李惠宗著，《行政法要義》，增訂 2 版，頁 174-177（2002）。就高科技專業案型之司法審查之審查密度，因涉及重大問題而有待專文討論。一般而言，吾人仍然得自法律解釋與涵攝兩大部分之區分著手，但本處的問題在於，若此等不確定法律概念得聽任完全審查，則一方面行政法院法官有能力與負荷上的問題，其次則是此等領域的科技性行政規則多半係由產官學所組成的團體為充分的討論與協商而具有相當的公信力--學界特別以「替代規範的行政規則」（Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften）或「專家所作成的先行鑑定意見」（Sachverstaenndiges Gutachten）加以稱呼，企圖否定行政法院之高強度之解釋權。

此類案件之判斷餘地之有無乃至高低的問題，本質上為行政權與司法權之權力分立問題。為避免過於偏惠一方而造成權力分立失衡，應由由立法者於各該專業法律妥為規定行政爭訟審查密度，亦即德國所稱「授權規範理論」(normative Ermaechtigungslehre)[7]，或是說，立法者得捨棄專業法律而在一般性之行政爭訟法律中區分不同的案型或建立不同的指標，而區別不同的司法權審查密度。過於一般性之判斷餘地/審查密度之標準，有害於權力分立的精義，而且也不符合各該系爭領域當事人基本權利保障的「客觀」需要性高低。

二、德國聯邦憲法法院裁判之比較觀察

關於判斷餘地/行政法院審查密度之高低，聯邦憲法法院針對不同案型有一系列的裁判，而且結論上非無一定差別（從而也可謂不同案型須有不同審查密度），以下擬介紹三個重要裁判，其一為有關公務員保障的案型，另外則為律師司法官考試之評分。

（一）德國聯邦憲法法院第二庭 2002 年 5 月 29 日裁定

本件係針對憲法訴願而為的不予受理的裁定。憲法訴

[7] 依之，立法者必須決定行政機關是否以及如何程度享有判斷餘地。就此，立法者無須於法條直接規定，但得透過立法目的、相關法條構造以及決定主體的組織、程序、標準或所應納入的考量等，而為展現。行政法院的審查密度於如下情形將愈是受到限制：1、若立法者所為的規範密度越低，從而系爭的規範依據具有較高的開放性；2、當案件領域愈廣泛、愈需有專業知識為基礎，而且相關之決定已經由行政程序的妥為規定而完成治理的需要，這尤其展現於科技法與環境法；3、若行政法院組織的結構對於系爭行政決定的全面審查難以勝任時。Vgl. *Schulze-Fielitz*, *Helmuth Schulze-Fielitz*, Neue Kriterien für die verwaltungsgerichtliche Kontrolldichte bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, JZ 1993, S. 772(774), 內附進一步文獻, 尤其 *Schmidt-Assmann*, in：*Maunz/Duerig*, Art.19 AbS. 4, Rd..185. 本說的困難，在於立法者鮮少針對不同領域詳細規範司法審查密度。

願人於 1993 年 2 月 1 日時便已經陞任為該邦高等行政專員（Oberregierungsrat）。於 1993 年 9 月 10 日所完成之考績評定中，憲法訴願人得到的總評為「合乎有關之要求」（entsprechen den Anforderungen）。過程中，憲法訴願人曾提出若干不同意見，但其所屬機關之主管長官拒絕將前述考績改為「突出」（hervortretten），甚且在該決定中一併指出，在該員陞任至該職位後之 8 個月內，相較於其他公務員，該員並沒有達到得以往下一個更高職位陞任的合格性；該機關長官甚且寫出：「該員在本評斷期間內所為的職務合作要求上，在若干點上，並非毫無指責可能」。該員提起異議（約如我國之訴願），要求具體化前述之最後評語及修改總評，但遭到駁回，乃向行政法院提起課以義務之訴。地方級之行政法院於裁判中固然肯認前述最後一句評語有相當瑕疵，儘管如此，其卻拒絕課以該管長官重新為有關之考績評定，理由為考績評定（Die dienstliche Beurteilung）係一個評價性的行為，就此評價者應享有判斷餘地（Beurteilungsspielraun）；此外並沒有任何法律或事實論點得以支撐本件中該判斷餘地已經例外的限縮至零。憲法訴願人於敗訴後聲請上訴至行政法院時，遭到駁回，乃聲請上訴許可但並未獲准，乃提起本件憲法訴願。聯邦憲法法院以不合於聯邦憲法法院法第 93a 條第 2 項之要件，而不予受理[8]。憲法訴願人主張，本件相關行政法院應該以聯邦憲法法院於考試評分案件所建構的高審查密度為依據，並

[8] 此處及以下，BVerfG，Beschluss des Zweiten Senats vom 29.5.2002-2 BevR723/99-, DVBl. 2002, S. 203ff.

認為系爭之判決違反基本法第 49 條第 2 項之有效之權利保障以及基本法第 33 條第 2 項之人民有依考選而服公職之權利。其並主張，系爭裁判違反基本法第 103 條第 1 項之公平審判程序之請求權，也違反基本法第 13 條第 1 項之禁止恣意原則及第 20 條第 3 項之法治國家原則。

聯邦憲法法院指出，以下翻譯自裁定書，公務員之考績之判斷，依向來之各級行政法院的裁判，只得為有限度的司法審查。行政法院所為之合法性的控制，只能及於：1、系爭行政決定是否違反程序規定；2、其決定是否誤解其所應適用的法律概念或逾越法律的框架；3、其決定是否係從不正確的案例事實出發；4、其決定是否違反一般性的評價標準，或是說，是否納入與事務不相干的考量[9]。儘管聯邦憲法法院在職業考試有關的評分案件的行政訴訟案件的審查上，有較高審查密度的裁判見解（BVerfGE84，34；詳後續討論），但於該裁判作成之後，聯邦行政法院仍然維持其向來的見解，指出公務員之考績評定與職業考試評分之類型有別，從而不應為相同之對待。

針對以上之向來行政法院之考績評定之審查密度作法，而這也是本件憲法訴願人爭執所在，聯邦憲法法院認為並沒有違憲可言：即使在向來之有限審查之框架內，行政法院也必須針對諸多個別的事件所構成的事實而為判斷；於此，若系爭考績判斷若植基於一般所被公認的事實主張（auf allgemeien gehaltene Tatsachenbehauptungen），或

[9] 聯邦憲法法院於此並進一步引述代表性的行政法院裁判，亦即 BVerwGE 60, 245, mit weiteren Nachweisen，相關裁判並刊載於 DVBl.1981, S. 497ff.

植基於一般的或整體而言係以概略的文字方式所形成的價值評判（auf allgemeine oder pauschal formulierte Werturteile），則該主管長官於當事人提出要求之情形下，須將上述事實在考績判斷的過程中加以具體化表明，或至少必須以可資理解追蹤的方式而為載明。從而，在後續的行政訴訟的過程中，行政法院於此程度內，得完全審查主管長官是否基於妥當的案件事實[10]。反面言之，若系爭考績判斷係植基於純粹之價值評斷（auf reine Werturteile gestuetzt），則行政法院不得要求就該價值評價之不可分離且相互交織並且成為基礎的事實，為有關的陳述與提供證明。於此範圍內，基本法第 23 條第 2 項本身所規定公務員之「特長、能力與專業表現」，本身係開啟主管長官之判斷餘地，行政法院只能為有限的審查。此外，就具有預測性質（Prognosecharakter）之考績評斷，從憲法權力分立的觀點，行政法院也只能進行有限度的私法審查[11]。

基本法第 49 條第 4 項肯認人民的訴訟權，由此乃原則性得推論出，行政法院就系爭行政處分之法律解釋與事實認定涵攝，得為完全之審查。但吾人也應承認如下之例外情形：若系爭領域具有高度複雜性或特別之動態發展性，以致於立法者必須採用高度不確定的法律概念以致於其事後之具體化有賴於行政機關，而且有關的具體化係有相當之困難，以致於行政法院的審查密度不免遇到司法權之功能法上的界限。於此等情形，系爭主管機關應被容許有一

[10] 聯邦憲法法院就此指引諸多向來的行政法院裁判。

[11] 以上，聯邦行政法院均附有一定的行政法院裁判文號。

定的決斷上的自由空間，而且凡此並不會牴觸法治國家之相關原則[12]。現行之考績評定之一般性的行政實務，亦即公布有關的考績，提供當事人意見陳述，當事人的要求或具體化相關之整體的事實描述以及整體的評價結果，此外，也得有異議程序（約如我國之訴願程序或保訓會之復審程序），整體而言已經充分擔保當事人之訴訟基本權保障[13]。

至於考績評定之如上之判斷餘地見解是否與聯邦憲法院就職業考試評分之審查所建立的較高強度的審查密度相符，聯邦憲法法院認為，本件之憲法訴願之理由並沒有清楚指出本問題的回答究竟與本憲法訴願的裁判有如何密切的關連，此外也沒有系爭之駁回上訴申請之裁判對基本權保障上有如何重大之瑕疵，從而於本案並未產生具有原則性意義的憲法問題；姑且不論考試評分案件中有考生與主考官（閱卷者）之意見出入的可能性以及就此行政法院的審查權不能被一般性的排除，但凡此是否得根本性的被擴大適用到公務員考績評定上，於此得存而不論[14]。--本研究認為，簡言之，聯邦憲法法院於此並未回答職業考試評分案件之高強度司法審查（詳後述）得否適用於公務員考績評定。

綜上，聯邦憲法法院係以系爭法條之高度抽象性（從而行政法院之事後高強度審查將不免遇到司法權之功能法

---

[12] DVBl.2002, 1204.

[13] 聯邦憲法法院於此並進一步引述德國有關的學術著作，包括 Schnallenbach, Die dienstliche Buerteilung der Beamten und der Richter, 3. Aufl., Rd. 319ff., 325ff., 330ff. ; Schroeder/Lenhoefer/Kraft, Das Laufbahnrecht der Bundesbeamten, BLV, 2001, §41, Rd34f.

[14] DVBl.2002, 1204.

上之界限)、考績評定不免具有未來預測性、現今之考績評定之一般行政實務與行政爭訟機制一般而言已經足以充分保障，而不認為行政法院有限審查構成違憲。

聯邦憲法法院並未以如下理由正當化行政法院之低度審查：1、長官的威信，亦即領導統御之需要；2、系爭考績評定判斷之專業性或複雜性或情景難以重製性（但其認為考績評定具有未來預測性質)；3、系爭考績評分係經由如何之合議制或諮詢機制而作成。

聯邦憲法法院於 1990 年代作出 4 個重要的裁判，從系爭基本人權的重要性與系爭干預的嚴重性出發，而要求提高行政法院的控制密度[15]，以下介紹其中兩個代表性者。

（二）聯邦憲法法院 1991 年 4 月 17 日法律職業國家考試評分案：以事涉重要之工作權之嚴厲干預而提高審查密度

聯邦憲法法院於 1991 年 4 月 17 日完成法律職業國家考試的申論題評分[16]。本件係由兩位憲法訴願人分別提起而併案審查者。兩位所獲得的評分都很低，乃於異議程序(Widerspruchsverfahren)與各級行政訴訟敗訴確定後提起。

憲法訴願人所持理由，主要為前述相關救濟程序對於原考試評分決定只為極有限度的審查，而違反憲法工作權

[15] 相關裁判，也見拙著「由德國法之發展論我國行政法院之審查密度」，收錄於司法院編，《行政訴訟論文彙編》第二輯(1999)；拙著，「行政判斷與司法審查—最高行政法院高速公路電子收費系統」(ETC）案判決評論」，收錄於湯德宗、李建良主編，《行政管制與行政爭訟》，中央研究院法律學研究所籌備處出版，頁 311-373，2007。

[16] BVerfGE 84, 37.

等的保障。精確言之，第一個憲法訴願人係針對第二階段的法律職業有關的國家考試的評分結果；該考試係由一個家庭作業、三個現場考試以及一個口試作為評分基礎，每一個考試的答題都將被評分，而且最後係依一定的配分比例而完成總成績計算。其中，就四個書面考試的答題而言，每一個都將由邦法律職業考試局的兩個成員加以評分，而且此等評分內容對於考生的個人資料以及考生的學習過程並不認識；若兩位評分人的成績差距只在 2 分之內，則將以平均值當作成績；若兩位評分人的成績有重大差異，則由邦法律職業考試局的局長或由其所指定的考官為成績的評定[17]。

聯邦憲法法院首先從訴訟權保障出發。德國基本法第 19 條第 4 項的訴訟權保障不只提供訴訟管道而已，而且也在於提供有效的權利保障。由此乃導出，行政法院對於系爭的行政處分在法律面與事實面之完全審查義務；行政法院的審查密度必須能夠有效保障當事人之實體權利，亦即，相對於此等實體權利保護的目的而言，審查密度必須適合而且適當。若系爭行政處分係植基於不確定法律概念的解釋適用，則就此等概念的具體化的審查，原則上屬於法院的職責，法院應就行政機關的法律解釋適用為無限制的審查；有關行政裁量之有限度審查（的命題或規定），原則上不適用於不確定法律概念的解釋適用上。

儘管個別領域得因為有高度複雜性或特別動態性以致

[17] 見下薩克森邦公務員法第 21 條第 2 項以及據之所制頒的法律教育辦法以及第 19 條等有關的規定；各法規的出處與用詞等，詳見系爭裁判理由欄ＡＩ.

於立法者必須採用高度不確定的法律概念，而使得司法審查從功能法的觀點而言應該受到一定的節制，但這種情形，聯邦憲法法院認為，於本件並不適用，蓋本處有關考試評分的案件具有如下的特殊性：考試評分涉及基本法第12條第1項人民職業選擇的自由。由於此等考試的評分最終成績評定上並不是單純只有及格或不及格兩種，而是依據應考人的成績水平而為不同等級的評定，而此種等級評定將對應考人的工作機會造成嚴重影響。

儘管基本權的干預性如此嚴重，但相關考試評分標準(Bewertungskriterien)在系爭法律與法規命令中，卻毫不精密。考試成績的評等區分為精采、很好、好、充足、尚稱充足、不充足等，但就個別等級的意義與相互關連性等並未有精確界定，此外有關參考數據(Bezugsgroesen)的規定也不精密；聯邦行政法院向來採行低審查密度：其得審查考試主管機關有無程序的違誤，對所應適用的法律的解釋有無錯誤，其是否出於一個錯誤的案件事實的認識出發而完成有關的決定，其有無違反一般有效的評分標準，以及有無納入與案件事實不相關的考量等。

問題在於，就如何要件下得認為系爭的評分已經違反一般的評分標準，以及如何情形下得確認主管機關的決定出於不相關的考量，--本文認為，這也是公務員保障案件的關鍵--，聯邦行政法院向來採低密度審查：一般有效的評分係禁止將錯誤評為正確以及將一項「說得過去的見解」評判為完全沒有可接受性。換言之，其以相關評定已經達到恣意之程度，始構成違法。

此項傳統見解遭到聯邦憲法法院駁斥，理由為：本件涉及人民之工作自由之重要權利之重大影響，低審查密度並不符合基本法第 19 條第 4 項之司法權之有效保障的要求。若相關考試評分不能符合基本要求，則相關考生無異被阻絕進入相關職場，尤其，此等考試不只評定及格與否，而且也評定每一個考生的得分等級，而對工作就業造成深遠影響，相關評分從而應受到嚴格司法審查。

聯邦憲法法院乃進一步提出如下要求：考生所為的適當答題(Zutreffende Antworten)，以及所為之尚可被接受的解答(brauchbare Loesungen)，原則上不得被評價為錯誤並導致不被錄取。只要系爭考題在特色上並沒有辦法明確界定如何之答案始具有正確性或適當性，亦即若有關的評定判斷事實上容有一定不同見解空間，則儘管主考官享有一定的評分餘地(Bewertungsspielraun)，但考生也應享有回答餘地(Antwortspielraun)；一個尚稱說得過去而且以相當論述而前後一貫形成整體說理的解答，從而不得被評價為錯誤（Eine vertretbare und mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begruendet Loesung darf nicht als falch bewertet werden)。當相關評分對於一般專家而言係難以接受時，系爭決定便應被認為構成恣意（Eine willkuerliche Fehleinschaetzung ist verlmehr schon dann anzunehmen, wenn sie Fachkundigen als unhaltbar erscheinen muss)。就此，行政法院一般固然只能經由委請專業鑑定人的幫助而完成有關的判斷，但此等實際操作上的困難尚不足以構成限制有效

訴訟保障的理由[18]。

（三）約瑟芬・敏茲巴哈案

聯邦憲法法院於 1990 年 11 月 27 日作成裁判。本件涉及色情小說《約瑟芬.敏茲巴哈—一位維也納農村姑娘的口述生活史》之列管。此作品於 1968 年與 1970 之兩次出版時，均遭主管機關依聯邦危害青少年書刊散播防制法（Gesetz ueber die Verbreitung Jugendgefaehrdender Schriften in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. Juli 1985，BGBl. I S. 1502 - GjS）加以列管[19]。

該法的執行機關為聯邦檢查所（Die Bundespruefstelle）；其係由聯邦主管部長任命主席，由各邦政府推派部分成員，而且經由如下團體推薦而由聯邦主管部長任命進一步的成員，所共同組成：1、來自藝術領域；2、來自文藝界；3、來自書商領域；4、來自出版者領域；5、來自青年團體領域；6、來自青年福利事務有關的領域；7、來自教師領域；8、來自宗教團體(該法第 9 條)。

本件之憲法訴願人有意將該書以口袋書版本重新出版，而要求主管機關刪除前先的列管，理由為，依現今社會通念，本部小說為藝術作品而非色情書刊。聯邦檢查所

---

[18] BVerfGE 84, 34, Gruende B Ⅱ.

[19] 該法第 1 條第 1 項第 1 句規定，對兒童與青少年在道德上構成危害的書刊，應予以納入名單而實施列管。此等書刊具有反風俗性、具有野蠻性，或促使產生暴力犯罪或種族歧視，或旨頌揚戰爭者(見該法第 1 條第 1 項第 2 句)。但若一件作品旨在表達藝術，則不能被納入列管名冊 (見該法第 1 條第 2 項第 2 款)。一件作品若被納入名單而實施列管，則出版商與作者將蒙受相當之不利益，蓋除了直接之名位與價值之外，此等書刊的傳播管道將受到高度限制：其只能在限定的場所為展示，而且只能出售予成年人；此外相關的作品也將不准刊登廣告(見該法第 3 條至第 5 條)。

拒絕該項申請，並依該法第 9 條第 3 項之 12 人之合議程序而將該新版列管，理由為，該部作品除些了一些人際互動的章節外，以女主角的性愛過程為中心，而且係以粗糙與纏綿不休方式為展現，並且對兒童賣淫與雜交大加頌揚，從而該當危害青少年的要件。於經三級行政訴訟均遭駁回後，乃有本件憲法訴願之提起。

聯邦憲法法院判決原告勝訴：儘管基本法第 2 條第 1 項與第 5 條第 2 項並沒有明白指出藝術自由得受到的限制，但此等限制仍得經由其他法律主體(Rechtstraeger)之基本權以及其他於憲法層面具有相同位階的法益。凡此憲法位階法益的衝突，從法治國原則與民主要求出發，立法者應妥為規定，而不得將決定權留諸行政部門。至於究竟立法者應為何種程度之規範，取決於系爭領域的基本權之關聯性。立法者不得對某一類危害青少年的書刊一概毫無保留地界定為青少年保護的法益具有優先性；毋寧，若藝術自由於與其他憲法位階的法益發生衝突時，則應考量相關利益的最適化調和。

就本件的司法控制密度而言，聯邦憲法法院指出，其所得為的審查包括聯邦檢查所的決定與行政法院的裁判是否對於藝術自由的意義與射程範圍有正確的解釋，而且也得審查此等機關與法院所為的法律適用的各個細膩部分(bis in die Einzelheiten der behoerdlichen und fachgerichtlichen Rechtsanwendung)。換言之，聯邦憲法法院所得審查的範圍取決於行政決定的基本權干預的嚴厲性(Intensitaet)。

聯邦憲法法院進一步指出，就實質面而言，一件作品之藝術性與猥褻性的界定與衡量的標準：憲法所要求的實踐和諧原則並不能單獨植基於對一個作品之事先的取向作品內容的詮釋而已，毋寧也必須關注其有關的實際面所產生的影響。在立法面而言，聯邦檢查所與各級行政法院必須在法律所規定的程序範圍內為如下具體的決定，亦即系爭的作品到底如何產生有害性的影響。於此不僅應包含色情小說得隨時代變遷而有較高的可接受度的觀察—而且這種結果之有無有時也仰賴專家提供鑑定意見。法律適用者也應關注系爭作品之所謂危險性的對青少年身心構成有害性的描述，究竟在如何程度上係緊密關聯其作為藝術性作品的整體構想；若一件作品愈是以藝術性的方式加以形成，而且相關描述整體足以觀察出其作為藝術作品的構想，則其藝術性愈高，從而猥褻性成分也就愈弱。相關審查須以合於該作品整體意涵的方式為詮釋(eine werkgerechte Interpretation)為之。該作品在公眾所享有的視聽地位，也應具有一定的重要性；該作品所引起的迴響與價值評斷等，亦得為主管機關與聯邦行政法院為相關評斷支撐所在[20]。

上述植基於基本法第 5 條第 3 項第 1 句之藝術自由所導引而出的審查要求(Pruefungsanforderungen)，不僅拘束聯邦檢查所，而且也及於行政法院。各級行政法院對於就此有關的重要評價的事後審查，不僅可能，而且必要(Eine Nachpruefung der dafuer massgebenden Wertungen ist

[20] BVerfGE 83,130,B I 4b.

moeglich und geboten)，行政法院對不得以判斷餘地而縮減控制密度，蓋否則將與由前述基本法之藝術自由所導出之針對憲法位階的衝突價值為實踐性和諧的要求不合，但凡此也非謂聯邦檢查所不再享有任何判斷餘地，惟此問題並非本案所必須決定者[21]。

根據以上，聯邦憲法法院撤銷聯邦行政法院的裁判，蓋其就危害青少年身心書刊法第六條的構成要件的審查並未進行如上之整體衡量。除此之外，聯邦憲法法院也指出，有關聯邦檢查所之作為合議制機關之有關的成員的選任，尤其有關由各代表性團體所選派人選的推薦過程並沒有在系爭法律為充分規定[22]。

本件判決在行政訴訟與行政法學所引起的廣泛討論為：只要涉及基本權衝突的案型(亦即憲法所包含的基本權以及同屬於具有憲法位階的利益產生衝突)，則主管機關所為的判斷應受到嚴格的司法審查；至於傳統以來所稱相關行政判斷具有不可替代性、高度屬人性、由多元複數成員組成的委員會所為或具有預測－評價屬性等，已難再單獨成立—最多只能當一項價值而已，而必須與基本權干預之嚴重性妥為衡量。此類案件即使涉及屬人性或高度專業性的判斷，行政法院也得援引專業鑑定認識之協助提供鑑定意見，但也得視案情由法院自行完成有關的評價；若有必要，聯邦檢查所之判斷非不可被取代[23]。

---

[21] BVerfGE 83,100,B Ⅰ 4b.

[22] BVerfGE 83,130,B Ⅱ.

[23] Max-Emanuel Geis, Josefine Mutzenbacher und die Kontrolle der Verwaltung, NVwZ 1992, S. 25

（四）關於基本人權保障與權力分立的之孰優孰劣？--判斷餘地的新綜合標準

以上三個裁判，結論並不完全相同。考試評分案強調法律國家考試之評分不僅決定及格與否，所評定之分數高低也會影響到當事人之工作權，這是因為德國執業律師數目頗多，新人即使獲得國家考試及格，若分數過低，其進入職場也將有相當的障礙。換言之，考試評分對當事人之工作權，具有根本的、嚴厲的影響性；而工作權的確保對當事人的人格形成、個人經濟的穩定、日後生涯規劃的開展乃至社會國與法治國的順利發展均具有重要性。出於此等特色（亦即事涉重要的基本人權，而且又事涉嚴重的干預），相關的規制措施須出於迫切的公共利益，手段上須合乎最小侵害原則；立法者得直接或除此之外並廣泛針對各有關的機制妥為規定，以便整體而言降低系爭干預所可能造成的嚴厲衝擊性[24]。

與此相反，於前述考試評分之憲法訴願案之不予受理的裁定上，聯邦憲法法院並沒有論證人民之服公職權利、工作權、基本法第 33 條永業文官體制之在當今具有如何之重要性，以及考績評定的規定作法對當事人的基本權具有如何程度的干預性。惟無論如何，若吾人從結論往回推敲，也可發現，德國聯邦憲法法院考績評分案所涉及的基本權與干預的嚴重性，係採有別於國家職業考試之評分。

---

(28).

[24] 凡此合乎美國憲法基本人權保障之三重審查基準、雙軌的理論。我國司法院釋字第 603 號解釋有關按指紋案，或甚至更早已於司法院釋字第 443 號解釋有關集會遊行之解釋中，已經區分不同種基本權及不同強度的干預，而建立不同的違憲審查標準。

關於基本人權保障與權力分立之功能法觀點之孰優孰劣，學界約有三種說法。第一說認為基本權之干預之嚴重性之理論為全新的見解，未來應該以基本權干預之嚴重性作為行政法院審查密度標準--正如同行政權與立法權間之權限劃分有相當部份係以事涉基本權之干預作為標準，基本權也得進一步作為行政權與司法權間之劃分標準[25]。

另一說為「基本權之最適化要求」，主張參考各種類型之各種有關機制，而為綜合衡量。例如青少年身心有害書刊查禁之判斷係由法律明定之相關代表性社會團體選任產生之代表以合議制完成決定等實質完成決定之有關因素，從而非不可降低行政法審查密度。於有關衡量中，單以行政之自主性、行政之功能性、行政之自主責任或行政可行性等「空洞用詞」，仍不能作為限制行政法院審查密度的依據；但傳統功能法以行政機關與行政法院之組織/人員/資源/操作典範等差異所形成的差別性而主張各得有最適發揮功能領域的見解，仍然不失為憲法上的一項價值或制度，而得為利益衡量，並得由立法者於各專業法律妥為規定最適審查密度。傳統以來有關專業屬人性、事涉合議制機關所為之決定、事涉預測性或評價性之決定等支持行政機關判斷餘地的見解，如今難再被視為絕對價值或不可挑戰；系爭基本權之干預的嚴重性為另一項價值，兩者間應進行衡量；行政法院得援引專家提供鑑定意見，而協助有

[25] Max-Emanuel Geis, Josefine Mutzenbacher und die Kontrolle der Verwaltung, NVwZ 1992, S. 29；氏也批評此項有關基本人權與權力分立間之緊張關係與調和問題在學界仍未受到充分討論。

關的事實認定與涵攝[26]。

（五）公務員績效考評之審查密度問題的再檢討

如前所述，聯邦憲法法院在前述不予受理的裁定中，並沒有回答考試評分案之高審查密度之可適用性。凡此乃成為德國憲法裁判懸而未決的問題。

實質解答應從績效考評案的諸多因素，為綜合衡量，其中尤其當事人基本權之干預的嚴重性（似乎不是很嚴重？）、系爭領域有無足夠具有實力的參與或制衡之主體、系爭行政程序之周延性、系爭決定標準之明確性（未必直接表現於法律條文，而得涵蓋下位之行政命令）。

另方面而言，德國聯邦行政法院在前述裁定案並未明白肯定主管長官的領導統御得作為限縮審查密度之依據。於此涉及德國特別權力關係的發展與理解。其有的突破，首先見諸聯邦憲法法院 1972 年 3 月 14 日監獄受刑人書信案裁判。聯邦憲法法院指出德國基本法的人權基本法保障條文以及此等條款的拘束性，此等條款的限制必須以法律為之。受刑人對於監獄實際作為得失的批評，屬於受刑人的言論自由，立法者應於受刑人的言論自由與合於秩序而且有意義的刑法執行不可或缺要求（unabdingbare Erfordernisse）之間，為適當衡量。該裁判引發進一步的裁判及學界討論。通說認為，特別權力關係領域特色，為「行政的現實，其功能之發揮對於共同體與行政而言乃無可或缺」，可稱為「行政法上的特別身份關係」

[26] Schuze-Fielitz, aaO., S. 778; Geis, aaO., S. 29f.

（Verwaltungsrechtliche Sonderstatusverhaeltnisse）、「行政法上的特別關係」（Verwaltungsrechtliche Sonderverhaeltnisse）、「特別法律關係」（Sonderrechtsverhaeltnisse）[27]。既言「特別」，顯示立法者得基於領域特別需要而為特別規制，而且應依據「實踐合諧之原則」（Das Prinzip der Praktischen Konkordanz）為有關決定。Frank Rottmann 分析基本法第 33 條第 5 項「公務員法應考量傳統永業文官諸原則，而為制定」，指出其性質上為「國家轉型期的規範」（Der Normtypus der Transformationsnorm），旨在課予立法者於制定公務人員諸法律之時，應考量於漫長歷史實務中所已經發展而且可得證明的諸多永業文官原則，但前提為此等畢竟不得牴觸基本法的相關規定。換言之，傳統公務員體制之諸多原則，並非為基本法所「照單全收」，而是取向新憲法秩序而為必要調整[28]。從文字而言，該條「公務員法應考量傳統永業文官諸原則，而為制定」既言「考量」（Beruecksichtigung），則顯然並非無條件接受。基本法第 33 條第 5 項之條文於 2006 年經由修憲而改為公務員法應考量傳統永業文官諸原則而為制定及「繼續發展」（fortentwickeln），賦予立法者考量當前時空而對公務員法有更為寬廣的形成空間。

三、我國法之檢討

於比較前述德國裁判見解與理論之後，得檢討我國法。

---

[27] Wolff/Bachof/Stober/Kluth, Verwaltungsrecht, Bd.1, §32, Rd. 26（2007）；Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., §8, Rd. 30（2006）.

[28] Frank Rottmann, Der Beamte als Staatsbuerger-Zugleich eine Untersuchung, zum Normtypus von Art. 33 AbS.5 GG, S. 254, Duncker & Humblot/Berlin（1981）.

(一)憲法條文

我國憲法本文第 16 條固然規定人民有訴訟權，但條文簡單。我國憲法也有各種基本自由的規定，例如人身自由、居住及遷徙自由、表現自由、秘密通訊自由、宗教自由、集會結社自由、生存權、工作權與財產權，但二者間的關聯並不明確，而有待司法解釋(詳後述)。

關於審查密度的另一重要參考依據，為憲法本文第 80 條「法官依據法律獨立審判」。依之，就不確定法律概念的解釋或甚至相關事實的認定與涵攝，原則上均為行政法院的審查範圍[29]。

(二)司法院釋字第 553 號解釋理由之標準

大法官於司法院釋字第 553 號解釋理由書指出，不確定法律概念之審查密度，「揆諸學理有下列各點可資參酌：（一）事件之性質影響審查之密度，單純不確定法律概念之解釋與同時涉及科技、環保、醫藥、能力或學識測驗者，對原判斷之尊重即有差異。又其判斷若涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度。（二）原判斷之決策過程，係由該機關首長單獨為之，抑由專業及獨立行使職權之成員合議機構作成，均應予以考量。（三）有無應遵守之法律程序？決策過程是否踐行？（四）法律概念涉及事實關係時，其涵攝有無錯誤？（五）對法律概念之解釋有無明

[29] 司法院釋字第 448 號、第 466 號與第 574 號解釋等，承認立法者對於訴訟制度享有廣泛的形成權，只要不涉及人民訴訟權之根本剝奪即可。此等見解對基本人權的保障不周，尤其就基本權遭到嚴重干預的案型。

顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範。（六）是否尚有其他重要事項漏未斟酌[30]。

（三）司法院釋字第 462 號解釋之標準

本號解釋係針對教師升等評審之爭執，大法官首先指出事涉大學教師素質與大學教學、研究水準，而且也涉及當事人之工作權與執業資格之取得，言下之意，似乎肯定此等領域之基本權之重要性；此外，大法官也肯認升等係對於教師之資格等身份上之權益「有重大影響」，從而一方面界定為系爭決定為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，二方面要求強化行政審查有關的組織與程序或甚至標準；三方面則就行政爭訟的實質審查而言，其指出「受理此類事件的行政救濟機關及行政法院自得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷或衡量有無違法或顯然不當之情事」。由上可知，本號解釋並沒有觸及相關法律之解釋的拿捏的審查密度，但提及相關的行政程序要求，至於事實認定/涵攝的部分則又顯然降低密度而以「違法或顯然不當」為標準。從而，嚴格言之，本號解釋與前述德國職業考試評分案的裁判見解，仍有不同。

（四）比較與整理

---

[30] 本理由書見解頗為完整，涵蓋不確定法律概念之解釋與事實之認定/涵攝，但仍值得商榷：1、其認為法律概念之解釋只限於明顯違背解釋法則或牴觸既存之上位規範，始構成違法。本文認為，此項見解不無擴大行政權的自由空間，與我國憲法第 80 條法官依據法律獨立審判以及法治國之要求（約言之法律保留與依法行政）不符。2、其所稱，若系爭判斷「涉及人民基本權之限制，自應採較高之審查密度」，似有筆誤，精確言之，應係針對所涉及之人民基本權之高低輕重，亦即，此處得銜接到美國法所稱基本性權利（fundamental right）與三種審查基準理論。3、其固然指出事涉高度科技專業性或能力、學識測驗者，並認為就此應適度降低規範密度，但本項命題與其接下來所稱相關判斷若涉及人民基本權之限制時之採行較高審查密度之見解，似有矛盾。

司法院釋字第 462 號解釋建立以基本人權干預的嚴重性作為審查密度的標準，並從憲法面提出有關的行政組織與程序要求，頗有 1990 年以來德國法的色彩，就事實認定/涵攝部分則轉而低度行政法院控制，在此程度內固然近乎司法院釋字第 553 號解釋的見解，但對人權保障未必周延。

四、小結

德國行政法院的審查密度高低，取決於系爭案型中之當事人基本權之重要性以及干預的嚴厲性，此外也取決於系爭領域在行政組織、行政程序或其他面向有無足以確保當事人權益的安排，以及相關機制在法律中有無足夠明確規定（從而得免去主管機關上下其手空間）等。其次，在公務員績效考評案件（得銜接到初任合格與否、升遷、調任與委派職務），聯邦行政法院認為現行機制（詳前述）已足以保障當事人之基本權之所受干預。

為建立合於憲法的行政法院審查密度寬嚴，我國也應建立不同類型，並就各自之相關因素為綜合衡量。

就公務員考績、陞遷、調任、初任官等考評等之行政爭訟審查密度問題，我國大法官解釋、學界與實定法將公務員關係界定為「公法上職務關係」，反對傳統特別權力關係理論之無法律保留原則、無行政爭訟保障之見解，但也非完全否定相關領域特別規制必要；至於相關規制之合於比例原則與平等原則與否之標準，則未見詳細說明。

參、行政法面之檢討

就公務員保障爭訟案件，德國與我國均採低度審查，

但本文認為，若經進一步分析，將可發現，德國法背後有一定的良善結構作為支撐，我國則未必，從而儘管形式標準相同但實質保障實際上有別。以下詳為討論。

一、我國實務見解

我國保訓會復審決定與高等行政法院，均肯認「判斷餘地」(詳見壹)，採取低度審查。向來實務見解為[31]：機關首長在合理及必要之範圍內，基於內部管理、領導統御及運作需要，就公務人員之職務調動，本係機關長官固有之權限。至於是否適任某項特定職務，主管長官除應本專才、專業、適才、適所之旨外，並應就公務人員個人之工作表現、品行操守、學識能力等各方面考核評量。類此考評工作，附高度屬人性。除是類考評違反相關人事法令規定具有如下情事外，主管長官有對部屬所為職務調整之判斷餘地，法院應予尊重：1、法定程序上之瑕疵；2、對事實認定有違誤；3、未遵守一般公認價值判斷之標準；4、有與事件無關之考慮牽涉在內；5、違反平等原則。

二、關於行政程序

有關公務員之調任並沒有專門之行政程序規定（公務人員任用法第 18 條)。從最高行政法院 94 年判字第 1961 號判決內容以觀，此外從保訓會復審決定書也得窺見，我

[31] 約見最高行政法院 94 年判字第 1961 號判決。保訓會的案例，程明修委員提供如下：調任事件(97)公審決字第 0268 號、停職事件(97)公審決字第 0204 號、陞任事件(97)公審決字第 0112 號、升官等訓練事件(97)公審決字第 0015 號、考績事件(97)公申決字第 0170 號、考績事件(97)公申決字第 0136 號、懲處及不予續聘事件(97)公申決字第 0098 號、工作指派事件(97)公申決字第 0070 號、調任事件(97)公申決字第 0041 號、調任事件(96)公審決字第 0726 號、調任事件(96)公審決字第 0637 號。

國調任處置在現行實務上係到最後階段才告知當事人，欠缺過程中的正當法律程序。

公務人員之試用期滿之成績考核，只有當不及格時，於首長核定前才有送考績委員會審查以及考績委員會於有疑義時得主動調閱有關卷證資料或查詢有關人員以及該成績不及格人員得向考績委員會陳訴意見及申辯（公務人員任用法第 20 條第 3、4 項）。

就考績部分，公務人員考績法規定相關考績應由主管人員就考績表項目逐一評擬，遞送考績委員會初核。考績委員會對考績案件認為有疑義時，得調閱有關考核紀錄及案卷並得向有關人員查詢；對於擬予考績列丁等及一次記兩大過之人員，於處分前應給予當事人陳述及申辯之機會（公務人員考績法第 14 條第 2、3 項）[32]。

由此顯示，我國專業法律並非一般性、原則賦予當事人陳述及申辯之機會。行政程序法作一般性之行政程序法律，其第 102 條固然規定侵益處分作成前之相對人意見聽取，但同法第 103 條有諸多例外條款，而更嚴重者為該法第 3 條第 3 項第 7 款將「對公務人員所為之人事行政行為」之程序排除該法之適用。學界對本排除條款屢有批評[33]。

---

[32] 司法院釋字第 491 號解釋針對當時之公務人員考績法之專案考績一次記兩大過免職之案型，提出高標準的要求，亦即相關構成要件應由法律為之，有關授權應符合明確性要求，作成免職處分應踐行正當法律程序，「諸如做成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之意見，處分書應附記理由，並表明救濟方法、其間及受理機關等，設立相關制度予以保障」。

[33] 學者吳庚便指出：有關懲處事件在該管機關做成處分之前，理應予受處分人陳述意見之機會，又假設事實上再查明，則捨本法調查事證之程序規定（第 36 條至第 42 條）外，便無合宜之手續可供遵守；且基於後續爭訟行政程序之需要，該管機關應依據本法所定程序處

降調對公務員而言，尤其若由主管調任非主管職，對當事人構成聲望、生涯規劃與財產權或甚至工作權的一定打擊，尤其愈高職等者愈然。對於主管職調非主管職或同一官等內之降調或「明升暗降」型之調任，相關處置之欠缺必要程序保障，從而非無考量失衡之嫌。

德國作法則有不同。德國聯邦與各邦公務員法均有「績效考評」(Die dienstliche Beurteilung）規定，但其非作為年終考績獎金核發之用，也沒有考績丁等或一次記兩大過免職之機制，而是考評公務員的績效，並區分當事人之專長、能力與專業表現等項目，以作為日後升遷、調任、派任特別職務（Abordnen）之主要參考。

有關「績效考評」，德國法建立相當之程序保障：

1、績效考評之主管長官，必須提供當事人意見陳述機會。若主管長官擬從某一事實出發而得出不利於當事人的結果，則其須提供當事人意見陳述機會。於此，該管長官無須親自聽取，而得委任適當人選。反之，就不利益於當事人之價值判斷(而非事實有關者)，則無須提供。為避免可能的爭論，主管長官得於邊界案型主動提供意見陳述機會。

2、績效考評的初步結果，應以完整用詞（in ihrem vollen Wortlaut），見聯邦公務人員職務列等表--Bundeslaufbahnverordnung--第 40 條第 1 項第 2 句，告知當事人。解釋上，於此非謂須全文提供，但至少必

理，方能增強懲處處分之合法性；見《行政法之理論與實用》，增訂 10 版，頁 585（2007）。

須提出重要的部分。在告知與後續案件討論之間，至少需有兩天的時間。

3、該被評定的公務員得與評斷者為有關討論(Besprechung der Beurteilung)。

4、相關的評定程序，得由最高職務長官（一般而言為聯邦與邦的各該部長）制頒行政規則，而為具體化。此等行政規則也得將考評程序分為二階段或更多階段。

5、列入該公務人員之人事資料簿：績效考評結果將納入各該公務員之人事資料簿[34]。

德國各邦有不同的規定。以北萊因－西發利亞邦（Nordrhein-Westfahlen）公務員法第 104 條為例，其係規定相關之績效考評於載入各該公務員之人事資料簿前，應予當事人知悉及與主管長官討論的機會；該員之相反的意見陳述也應一併載入人事資料簿中。

三、關於行政組織

就個案之績效考評，依德國法，該當事人得主張考評結果須送交機關內部之「職工代表委員會」知悉，見「聯邦公務人力人事代表法」(Bundespersonalvertretungsgesetz)第 68 條第 2 項第 2 句[35]。德國職工代表委員會成員則是由員工選舉產生。各機關的職工代表委員會的任務有多項，其中之一為監督該管機關確實依法執行有關的法律、法規

[34] 以上的說明，請參看 Helmut Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 4. Aufl., Rd441ff.（1998）.

[35] Vgl. Scheerbarth/Hoeffken/Bauschke/Schmidt, Beamtenrecht, 6.Aufl. S. 470 (1992).

命令、契約或協議以及有關的行政規則等，約見聯邦公務體系人事代表法第 68 條第 1 項。聯邦與各邦之公務人力職工代表委員會享有兩種參與權，一是單純之參與（Mitwirken），另一是須取得其同意（Mitbestimmen）；就個別公務員之職務考評之資料之合法性之監督，聯邦與各邦的相關法律並沒有明白規定歸屬於上述兩大類型之何者，但就初任人員之試用期滿之考評不合格之解職，則該管職工委員會享有參與權，見前述聯邦公務人力人事代表法第 78 條第 1 項第 4 款。

就我國而言，我國之考績評定或調任決定，考績委員會得參與審查；初不論就此有關的行政程序之規定與實際執行情形，各機關之考績委員並非全部票選產生[36]。我國公務人員協會法所建立之各機關乃至未來全國級之公務人員協會，係採自由入會方式從而性質上類似俱樂部；該法第 7 條之協會有權協商事項與第 8 條之協會有權辦理事項並未明文規定調任、考績、陞遷之類如德國法之權限。

總之，我國考績委員會的獨立性不足，至少相較於德國而言。為去除（考績）主管長官之威權或濫權，非不得於行政程序強化當事人基本權之規定。

四、關於相關法條的解釋

行政法院法官為法律的行家，對行政機關的法律條文解釋有完全的審查能力，而與涵攝有別。公務人員的調任，

[36] 依我國「考績委員會組織規程」（民國 94 年 7 月 7 日修正）第 2 條第 2 項，考績委員會置委員 5 人至 21 人，除本機關人事主管人員為當然委員及第三項所規定之票選人員外，餘由機關首長就本機關人員中指定之，並指定 1 人為主席。

事涉專才、專業、適才適所之判斷涉及品德、忠誠、學識、才能、經驗及體格之與擬任職務之種類職責之相當性，而且如係主管職並應注意其領導能力等，凡此為有關的調任的標準（約見公務人員任用法第 18 條第 2 項）。

凡此涉及諸多衡量因素的整體評量，而且各部會或各不同類型公務職類評量重點也未必完全相同（例如國安體系、外交體系不免高度重視忠誠或外文），進一步的問題乃為，各部會有無必要進一步制頒有關的行政規則？台北高等行政法院 96 年度訴字第 00824 號判決曾指出，機關首長在合理及必要範圍內，基於內部管理、領導統御及運作需要，就公務人員之職務調動本係機關長官固有之權限，「復以外交業務事涉國家行政高權，外交人員接受職務調動義務當較一般公務人員為高」。言下之意，本領域有其陞遷調任特殊性。

德國各主管長官（約可比擬為我國之部會首長以及各級地方政府之行政首長）固然得制頒績效考評的方針條款（Richtlinine），但凡此必須取得各該機關之職工委員會（Personrat）之同意，見聯邦公務人力人事代表法第 76 條第 2 項第 3 款。

果爾，則我國有無必要，以及經如何之程序，針對不同類型行政或直接由各部會，制頒各該考績/調任/陞遷的專門標準？本研究採肯定說，蓋其得明確化有關標準從而有助於系爭領域的安定性；此等規則應經一定參與程序始能定稿；其於爭訟時應受到全面審查。此等行政規則具有基本人權之重大干預性，應與時俱進檢討，司法院釋字第

407 號解釋參照。此外，此等行政規則也應公布並應為必要之體系性整理與說明，以方便相關人民理解。在此程度內，警察體系所制頒的諸多令函，例如「警察機關候用偵察佐甄試作業規定」（見公務人員保訓會調任事件「97 公審決字第 0268 號復審決定書之內容」）等，均不無討論餘地。

五、關於行政調查的周延性、一般評價標準有無違反、有無納入不相干考量：真正困難所在

一般評價基準，不外為對當事人於該具體人物事時地下所為行為之事實片段之整體組合過程（含事實、事實不完全明瞭時之推論）與所得出之整體結果之評價。

於此應特別強調，這是公務員保障復審決定審查時之最困難部分，也是前揭德國聯邦憲法法院於考試評分案件特別指責向來行政法院審查密度不足所在。

我國這方面的問題一直諱莫如深，包括考績委員會/主管長官於決定時的調查密度、對相關行為的評價、所為不利處置書的內容密度[37]等。

我國迄今欠缺人民或曾為爭訟當事人之滿意度調查。

本文質疑，現行復審決定與高等行政法院裁判，儘管有如上所稱五項審查項目，似乎對於系爭行政決定的事實調查寬嚴與評價的合理性，畢竟採低密度審查。

---

[37] 前揭 2002 年聯邦憲法法院裁定指出：若系爭考績判斷若植基於一般所被公認的事實主張，或植基於一般的或整體而言係以概略的文字方式所形成的價值評判，則於當事人要求時，主管長官須將上述事實於考績判斷過程中具體表明，或至少須以可資理解追蹤的程度而為載明；在後續的行政訴訟的過程中，行政法院於此程度內，得完全審查主管長官是否基於妥當的案件事實。

最高行政法院 94 年判字第 1961 號判決的案件事實，得作為觀察的案例：

本件涉及記過兩次、調至偏遠之地政事務所、由課長降為測量員之處置。

（1）本件上訴人起訴主張如下事實（以底線標出本文所強調者）：本件事實係 92 年 4 月 1 日因恆春地政事務所公務需要，商請枋寮地政事務所人員來所支援指導，恆春地政事務所主任陳陽焜乃於是日中午與枋寮地政事務所同仁一同外出喝酒餐敘，至下午 2 時 20 分眾人始滿臉通紅回所，嗣又於該所第三課課長室（課長柯恆壽）內泡茶飲酒，並大聲喧嘩。陳主任不知何故，將上訴人之考勤表取走並在其上蓋記曠職，上訴人獲悉後，便欲向陳主任詢問。當上訴人至三課課長室找陳主任時，發現陳主任與數名同仁及枋寮地政事務所人員仍一起喝酒聊天，上訴人乃取出相機，欲將上述陳主任之失職行為拍照存證。惟當上訴人拍照時即遭陳主任推打辱罵，並搶奪相機，當上訴人脫身後，陳主任及其妻子（亦在恆春地政事務所服務）竟從第三課之辦公室跑至上訴人辦公之一課，大罵及撲打上訴人並欲搶走相機，後與其妻子將上訴人壓制於地上。上訴人非但無任何違法，陳主任竟任意核定上訴人曠職，且遭陳主任之毆打，被上訴人不察，以上訴人言行失檢，將上訴人記過 2 次並降調他機關擔任非主管職務，影響上訴人為公務員之權益。前揭事實除有多位民眾目睹外，亦有現場監視器之錄影畫面

可憑，且有在場之柯文雄、林正雄出具之證明書可證。然被上訴人於召開考績委員會審查會議時，並未播放監視器之錄影記錄以明事實，亦未傳訊現場目睹之證人陳述意見，就證人柯文雄、林正雄等之證明書更視若無睹。被上訴人就上述有利於上訴人之事實、證據未予調查，且未於申訴函覆中說明其理由，更未主動依職權調查證據，即認證人之證言不足採信，並認監視器之錄影記錄內上訴人與陳主任有猛烈毆鬥動作云云，而維持原處分。

（2）高等行政法院的判決的事實認定或甚至上訴人行為之違法失職與否之評價，與被上訴人如上主張有很大出入，以下標出原文，並以畫線標出本文所強調者：查恆春地政事務所主任陳陽焜於 92 年 4 月 1 日 2 時及下午 2 時 30 分不定時查勤時，發現上訴人 2 次均不在座位上，乃以不在勤為由，命該所兼人事管理員張貴友逕行核蓋曠職論處乙節，業據證人陳陽焜、張貴友證述明確，復有 92 年 4 月 3 日張貴友報告書在卷為憑，足見上訴人當日辦公時間確有不在辦公室之事實，主任陳陽焜命人事管理員張貴友在其打卡片上蓋曠職，尚非無據。又當日上訴人與陳陽焜第 2 次發生衝突時，確有出手毆打陳陽焜之事實[38]，亦據證人陳陽焜到庭陳述甚詳，復有驗傷診斷書影本附卷可稽；且上訴人與陳陽焜第 2 次發生衝突之情況，已被架設在現場之監視器全程錄影，經勘驗上開錄影後轉錄成

[38] 本文的質疑為：那麼第 1 次發生衝突時，上訴人有無出手？--上訴人主張沒有。

之光碟片內容後，上訴人對其確有毆打陳陽焜，而陳陽焜僅抱住其腰部，並未毆打伊乙節，亦不爭執，足見上訴人在案發當時確有毆打陳陽焜無誤。又上訴人主張案發當日下午其於打卡後，在走廊與洽公民眾閒談，並無曠職，且陳陽焜身為主管，卻於辦公時間在辦公室內喝酒聊天，其乃至車上取相機欲拍照存證，於拍照時遭陳陽焜搶相機及毆打云云；而證人即柯恆壽之友人柯文雄亦到庭證稱案發當日他去找柯恆壽泡茶聊天，有見到其辦公室桌上放有啤酒瓶二罐，其中一罐有打開，因當時尚有其他人在場，其隨即離去云云。然查，恆春地政事務所因地用資訊業務操作需要，商請枋寮地政事務所課員方建勝、邱秀寶於 92 年 4 月 1 日前往該所協助支援指導，中午用餐後即接待上開二人回第三課辦公室泡茶討論業務，並未喝酒，業據證人陳陽焜、張貴友到庭證述明確，復有 92 年 4 月 28 日陳陽焜報告書、同年月 3 日張貴友、柯恆壽報告書、同年月 2 日方建勝、邱秀寶報告書等影本附於原處分卷為憑；且由上訴人當時所拍攝之現場照片觀之，第三課之桌上並未見有啤酒瓶[39]，至於上訴人所拍攝冰箱內之飲料其中雖有易開罐之台灣啤酒一瓶，然該啤酒並未打開，而照片中第三課課長柯恆壽滿臉通紅，手持茶葉罐，據陳陽焜陳稱柯恆壽係因中午聚餐時喝酒，所以滿臉通紅，綜上證人所述及現場照片內容觀之，案發當時第三課桌上並未放置啤

[39] 於此能否單以上訴人所拍到的照片為據？

酒，且冰箱內僅有一瓶啤酒並未打開，足堪認定陳陽焜等人當時在辦公室並無飲酒情形，證人柯文雄所述有看見第三課桌上放有啤酒，既與現場情況不符，尚難採信。退而言之，縱如上訴人所述，陳陽焜確有誤認其曠職之情形，及案發當時陳陽焜確有在第三課與同事飲酒作樂，然上訴人被誤認為曠職並非無申訴之管道可資救濟，又機關首長於辦公時間在辦公室與同事飲酒作樂，亦非無舉發之管道，而上訴人在恆春地政事務所擔任第一課課長，負責地政登記之業務，有關公務人員風紀問題，乃屬該機關人事或政風人員掌管之業務，上訴人並非人事或政風人員，上開問題非其業務範圍，若確有發生上情，其自應向人事或政風單位報告，若其所屬機關之權責單位礙於情面，不願處理，亦可向上級機關之權責單位舉發，縱使其為機關形象著想，有心舉發主管不法事蹟，亦可不動聲色悄悄蒐集其不法事證[40]，然上訴人不此之圖，在眾目睽睽之下，公然以照相機對著自己直屬長官拍照[41]，如此行徑，衡之一般社會通念，極易引起當事人不滿而引發衝突[42]，上訴人明知如此，仍以公然拍照之方式為之，難認其非係因被蓋曠職，而藉機挑釁；又縱使如證人即案發當日在第一課洽公之民眾林正雄所述，二人於第 1 次衝突後，陳陽焜再至上訴人辦公室

[40] 上訴人拍照正是偷偷蒐集，只不過被發現而已？

[41] 於當時若不趕快拍照，是否稍縱即逝？

[42] 那麼，該管長官隨意就核蓋上訴人曠職，是否也是挑釁？而在既有主管長官與考績委員會決定考績結果的體制下，上訴人若事後緩慢的爭執，是否真能勝訴？

與其理論，並辱罵上訴人，然上訴人亦非不能以其他方式化解現場氣氛[43]，惟上訴人卻以暴力相向，毆打其直屬長官，其身為主管，不知以身作則，在辦公時間公然毆打長官，實已難辭其咎，亦不因陳陽焜有上訴人所述之不法情事，即認定上訴人之行為合法。

最高行政法院判決指出，有關上訴人與主任陳陽焜間爭執之認定，係涉及原審判決事實認定與證據取捨，與違背法令無涉，依行政訴訟法第 242 條規定意旨，自不得作為上訴本院之理由。從而，復審決定與高等行政法院的判決的事實調查程度與有關評價，為爭訟勝敗關鍵。

（3）進一步的問題約如，某一縣之甲地政事務所因辦理某一業務而以戶政事務所派員其前來協助，甲地政事務所乃豪爽的邀請中午聚餐並略有小酌（但絕沒有酒醉可言），雙方相談甚歡而甚且進一步於下午辦公時間繼續泡茶或略飲啤酒聯誼。此等事件是否有違公務人員服務法的規定？以及，即使違反，應為如何之輕重懲處[44]？再如，同一機關內之下屬官員與機關長官間之肢體衝突是否與如何要件下得被界定為該員之違法失職？

肆、政經面之宏觀考察

以上有關行政調查密度、所掌握之事實之評價、涵攝

[43] 是否公務員必須忍受主管長官的一打再打或再次挑釁？

[44] 類似的案件，為晚近我國國有財產局長「喝花酒」之懲處輕重的爭論。

及相關法規的依法詮釋，為公務員保障案件當事人勝訴與否的關鍵。

我國歷經威權體制、威權轉型而進入民主鞏固的階段，行政體系仍存有諸多威權以來的餘毒，並表現於公務人員陞遷、調任與考績決定上：主管級人物非僥倖勝出者；考績委員會主要為長官派人士所出任；我國復有文化/領導統御風格上之一定權威性；公務員陞遷案主管長官更是享有無上威權。

我國保訓會之復審決定及高等行政法院之裁判，是否也是處於「民主鞏固」階段，也存有諸多軟硬體上的脆弱性限制？

於此，若吾人不只停留於零星個案的偶有斬獲，而擬積極建立制度，則得於相關行政組織（應引入廣義的對話性或制衡性組織）、行政決定之標準、行政調查、當事人程序保障、行政決定的理由說明、公務人員保障暨培訓委員會之復審決定的功能定位與審查密度等，為必要之興革。

伍、展望

公務人員之考績、調任、升遷、試用期滿之考評…之案件，無不牽涉公務人員的基本權利，而且也與國家官箴及功績制永業文官的憲法要求密切相關。

展望之一為，於資源有限的情形下，保訓會非不可針對長官身心不正類型或重要案型（例如陞遷案），強化審查密度。約言之，行政爭訟之「最終裁判者」角色，在民主深化與（再）轉型的當今毋寧「任重道遠」，必須以積極的

績效表現回應各方的期待，並取得正當化的基礎。台灣各個次體系走過從威權體制與威權轉型的階段，不免仍然帶有舊時代所留下的不圓滿性或限制性，行政爭訟體制亦然；但另方面言，台灣司法憑著法律的理性與專業性基礎以及長年來的軟硬體建設，也已經有一定的累積，從而也非毫無回應力。所以，我們固然可以看到裁判或大法官解釋之「佳作」，但也不免會碰到欠缺「憲法高度」、「法治高度」的作品[45]。

展望之二為，此等領域之行政考評決定，以及保訓會的復審決定及行政法院判決，構成一個完整的權利保障序列。為有效疏減訟源、避免不必要的資源浪費與儘早實現當事人之基本權保障，宜在行政程序階段便引進各種必要機制。保訓會或其他主管機關得在相關主體參與下，經由行政規則的制頒，致力於行政組織/程序/判斷標準之完備化[46]。

[45] 對於重大政治或選舉爭議，檢調與司法部門應以事涉民主、法治、人權的重要性，而且涉及台灣民主鞏固的根本性，而「驚懼注視」「審慎辦理」，為有關的法律解釋與事實調查/評價。

[46] 凡此涉及職掌與權限之劃分，非本文所能詳論。

＜研討紀錄＞

第三場：審查密度理論之研究-判斷餘地理論於保障事件之適用

主持人：洪家殷 教授（東吳大學法律系）

報告人：黃錦堂 教授（台灣大學政治系）

評論人：陳愛娥 副教授（台北大學法律系）

主持人(洪家殷教授)：

大家好，很榮幸邀請到黃錦堂教授擔任報告人，題目是「審查密度理論之研究－判斷餘地理論於保障事件之適用」，並邀請到陳愛娥老師擔任評論人，兩位都是公法知名的老師不需要我來多做介紹。今天的這個題目在公法學上是個困難的議題，尤其是談到判斷餘地的時候，經常是將人事行政當成例外來做討論。從黃老師的這篇文章看的出來，這段時間已經有慢慢的演變，也請陳老師能夠針對此篇好好深入來討論。黃教授在行政法、憲法、環保法、公平法和行政組織法都有相當成就。今天請黃教授來做這個報告是在恰當不過，陳愛娥教授專精行政法、憲法，在行政組織法上也相當卓立。請陳老師擔任本次評論人想必也會有豐碩的火花出現，接下來歡迎黃教授報告。

報告人(黃錦堂教授)：

很榮幸來作這個報告。我要報告的題目涉及行政權及司法權的權力分立。行政機關所作的決定，當涉及高度不確定法律概念時，於行政爭訟中，保訓會的復審決定與行

政法院的判決可以審查到什麼程度。這種問題在很多場合都會出現，例如國家考試評分、公務員考績評定等。案型特色在於，因為法律條文抽象所以有非常多需加以衡量的因素，從而有多元性或甚至複雜性，而且於公務員考績評定類型又涉及長官的領導統御威信。這種決定的行政爭訟審查密度高低，乃成為問題。

這個問題得區分為憲法面與行政法面。

就憲法面來說，比較好的方法是區分不同案型，來判斷究竟給行政權或司法權有較大的決定權。換句話說，這問題應由各專業法律妥為規定；在訴願法與行政訴訟法等一般法律為規定，也無不可，但應區分不同案型。問題就在於，我國專業法律，甚至德國的專業法律亦然，一般沒有明定司法控制密度，而訴願法與行政訴訟法也未區分不同類型。

就憲法面之探討，我舉三個德國聯邦憲法法院的裁判，加以說明。首先為 2006 年 5 月的一個裁定，涉及公務員之考績評定爭議。當事人於行政爭訟敗訴確定後，提出憲法訴願，主張本件行政法院所採低度審查，違反當事人之憲法上之相關人權。於此得附帶說明：德國憲法訴願類似於我國司法院大法官審理案件法所稱人民於訴訟敗訴確定後所提起者，但德國聯邦憲法法院得審查事實與法律，而我國大法官只能審查系爭判決所適用的規範依據有無違憲，而不基於事實認定。

聯邦憲法法院的審理結果，為「不予受理」，理由為，依向來各級行政法院的裁判，此案型只受到有限度的司法

控制；行政決定及行政爭訟的整體機制，已足以保障當事人的基本人權，從而無須強化司法控制密度。本件為德國公務員法之爭訟之司法控制密度之重要裁判。本案型德國向來係採低度司法審查，而本件聯邦憲法法院仍然予以維持。

第二個有關控制密度的聯邦憲法法院重要裁判，為 1991 年 4 月 17 日法律職業國家考試評分案。本件與前述考試評分案不同，聯邦憲法法院以事涉重要之工作權之嚴厲干預而提高審查密度考試評分案。理由中尤其指出，本件涉及人民的工作權；在當今失業嚴重而且因法律職業國家考試錄取人數長年偏高（不低）的德國社會，考試評分十分重要，蓋一考生儘管通過考試，但如果分數太低，還是會有就業上的困難；也就是說，考試評分制度對於當事人的工作權，具有無比重要的關連性。聯邦憲法法院從而係以重要基本權的重大干預為理由，而要求行政法院提高控制密度。

聯邦憲法法院指出，考試評分的司法審查關鍵在於，於如何情況下得認為系爭的評分已經「違反一般的評分標準」，以及如何情形下得確認「主管機關的決定出於不相關的考量」，凡此向來行政法院均採低密度審查，亦即只有當系爭考試成績評定達到「恣意」時才構成違法，這也是向來都採司法低度審查的核心關鍵所在。這種由主考官評定成績而且司法審查均尊重主考官的判斷認定之向來作法，應予修正；主考官不得因為考生於申論題的答題內容與主考官見解不同，就任意給予零分，亦即主考官有「判斷餘

地」，但考生也有「回答餘地」；一個尚稱說得過去而且以相當論述而前後一貫形成整體說理的解答，從而不得因與主考官見解不同就被打零分。在以上程度內，行政法要確實審查考試評分的評定結果。

同樣採嚴格化行政法院審查密度的見解，也見諸聯邦憲法法院於 1990 年 11 月 27 日裁判。本件源於色情小說《約瑟芬.敏茲巴哈—一位維也納農村姑娘的口述生活史》之列管所產生之爭議。這本小說描述一位維也納農村姑娘到大都市生活所遭遇的感情情慾生活，而且有諸多情愛細膩描述，結果以有害青少年身心健康為由而遭到列管；當事人不服相關決定乃提起各級行政爭訟，都因為「判斷餘地」理論而遭敗訴，乃最後提起本件憲法訴願。聯邦憲法法院以藝術自由為重要之基本人權為理由，針對列管有關的行政審查主體、程序與標準與拿捏，作出諸多要求。其接著並指出，上述植基於基本法的藝術自由所導引而出的審查要求，各級行政法院對於就此有關的重要評價的事後審查，「不僅可能，而且必要」，行政法院對不得以任意以判斷餘地為理由，而限縮控制密度，否則無法保障相關基本權。

總結而言，以上三個裁判，聯邦憲法法院的見解不同，考績評定主張低密度的司法審查，於考試評分與情色書刊列管則擁護高密度司法審查。

同樣均屬於複雜或甚且有高度屬人性的判斷，何以有不同的標準；學界乃嘗試整理與歸納。於此約得區分為三說。保守說主張維持低密度行政法院審查，立論依據為三

權機關之最適功能分派，亦即所謂「功能法」；係爭法律條文抽象性已經顯示立法者有意對行政機關為有關的授權，以及行政法院的能力界限等。另一說可謂採極端人權保障立場，主張基本人權至上論，三權分立及其中之行政法院的配備能力等，均屬次要性或工具性，旨在滿足基本人權保障。第三說為折衷說，主張衡量人權與司法權之功能法意義上之界限，後者可謂為廣義的公共利益，兩者應進行利益衡量，從而應由立法者區分不同領域或案例類型；立法者也得通案地衡量有關的結構性因素，而為最適化的司法控制密度高低的決定。比方說，就情色書刊列管案的行政法院審查而言，應注意制度上是否由一個合議制機關作成該列管決定，以及該合議制機關的成員是否來自各代表性社團之經由內部民主程序所推薦，相關決定的過程是否經過必要的調查，相關制度是否已由法律為相當密度的規定（從而得減少行政部門之上下其手空間）。總之，行政法院控制密度高低，取決於各有關的結構性因素的整體衡量。

我個人也認同折衷說。

我國有兩個大法官解釋。其中，司法院釋字第 553 號解釋採傳統之功能法的見解。司法院釋字第 462 號解釋的前後段不盡相同，但畢竟最後結論上仍然採有限度的行政爭訟審查。詳言之，大法官指出教師升等評分案涉及大學教師素質與大學教學、研究水準，而且也涉及當事人之工作權與執業資格之取得，從而為重要基本權之重要干預，所以相關的行政組織與程序或甚至標準要合理且必須明定，行政法院對此類案件也應審查；在以上程度內，頗有

前述德國聯邦憲法法院考試評分案與情色書刊列管案的精神。但司法院釋字第 462 號解釋後段卻採低度審查，指出行政法院得審查「其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量有無違法或顯然不當之情事」。換言之，必須達到「顯然不當」之程度，約如「恣意」之水平。

公務員之調任、停職、陞任、升官等訓練、考績、懲處及不予續聘、工作指派之個別案件之決定等案件，我國行政法院及保訓會向來均採低度審查，亦即只審查下列 5 件事情：1. 法定程序上之有無瑕疵；2. 對事實認定有無違誤；3. 有無違反一般公認價值判斷之標準；4. 有無納入不相關考量；5. 有無違反平等原則。

我個人認為，這 5 個標準看似完善，但其中最關鍵的第 2 與第 3 點，甚至第 4 點，實際上必須達到類如司法院釋字 462 號解釋之「顯然不當」或「恣意」之程度，才構成違法，所以實際上是採低度控制密度。

其次，就調任、考績、試用期滿之評定、升遷等之行政程序，我國並未明文規定一般性之意見陳述。我國調任處置是到了最後階段才告知當事人，初任公務員之訓練之評定只有於不及格時，才會通知當事人並給予申訴機會。與此不同，德國法就事實部分均提供當事人陳述意見機會，但該管長官得不親自聽取有關陳述，而得指定他人主持。簡而言之，德國法之行政程序保障，比我國完整。

再來，就公務員之調任、停職、陞任、升官等訓練、考績、懲處及不予續聘、工作指派之決定之行政組織，一般來說，我們是由考績委員會初步完成並由主管長官最後

決定，但我國考績委員會並非完全由票選產生，而與德國不同：德國係實施產業民主制的國家，在各個工廠裏均設有職工委員會，在各行政機關亦然。每個行政機關，例如部會，會根據機關的特色來訂出考績評定的標準或甚至具體作法；此等行政規則須經職工委員會同意，於此得有協商。職工委員會的職責在於監督其所屬的行政機關之依法行政，其中當然包括前述的人事案型的個案決定。

我國的考績委員會，在實際上是「長官派」人員所佔領與掌控，其所為行政調查之周延性、客觀性與程序保障性，非無討論餘地。

總之，德國行政程序提供當事人意見陳述，有票選產生之職工委員會加以監督，相關抽象法條於具體化為執法的標準乃至作業程序的過程中有職工委員會的參與，凡此得保障相關決定的合理性。向來行政訴訟已經建立一定的司法審查密度，包括行政機關對相關法規的解釋有無違誤，以及該管長官必須妥為說明事實認定的基礎，而這部分為行政法院的審查項目。德國法所未正面、積極以高標準處理者，為相關行政決定有無違反一般評價標準（含有無納入不相干考量）。

我最後舉出一個代表性的案例，亦即最高行政法院 94 年的判決。其得顯示我國考績委員會之調查採證過程之簡約性或甚至不無偏頗性；其也顯示一定之護衛長官之價值觀：屬官絕對不能與長官的有肢體上的衝撞；長官對於屬官有查處或懲處行為，屬官僅能向有關機構反應；長官即使於上班時間有喝酒或濫權行為，屬官也不能直接拍照存

證。凡此，行政法院係採低度審查。

總之，雖然我國與德國都採低度行政爭訟審查，但仍有不同的細膩制度，不可不察。

最後，就保訓會的政策裁量而言，我向來主張，各部會在法律規定下仍然應該積極施政，亦即應該宏觀台灣的政經社文等次體系的變遷，理解系爭政策領域的特色並謀求積極發展（公共行政學門有所謂 SWOT 分析方法或架構）。台灣歷經威權體制（1949-1986）、威權轉型（1987-1995），進到民主鞏固階段（1996-），我們的行政部門仍然存有諸多威權餘毒，亦即，存有很多亂象。公務體系之人事升遷、調動、考績、調任，亦然。除非採取比較嚴格的行政爭訟審查密度，否則遭到委屈的公務員還是打不贏官司，亦即「朝有倖進之徒，野有抑鬱之士」。保訓會作為第一階段、最接近案件的審查機關，而且訴願機關的審查範圍包含系爭行政決定之合法性與合目的性，從而非不得採取較高的審查密度。

接下來邀請陳愛娥教授擔任評論人。

評論人（陳愛娥老師）：

關於此篇文章，我個人是比較支持黃老師在第 3 頁所提到的「授權規範理論」，我認為關於權力劃分理論，享有判斷餘地與否，或更廣泛的享有多大的決定空間，依照法律所規定的來操縱它，某種程度可以避免司法審查。條文中的規定應由立法者做第一審的規範，可以透過相關法律解釋的方法來加以確定的。這問題某種程度也是一種功能法的觀點。是由立法者來初步決定司法評鑑的分工。

黃老師介紹的這 3 個德國憲法法院的裁判，分別指涉國家考試的評分、考績評定、最後是工作權的問題。色情小說隱藏基本權的規定，藝術自由的問題。3 個案例來比較，第 1 個顯然是比較從寬的審查，第 2 第 3 從嚴的審查，黃老師認為應從基本權的結構角度跟傳統強調功能化的角度來做謀合。

我想指出一點的是，只要是德國憲法法院來審查最高法院的判決的時候，他都需圍繞基本權的概念，根據德國憲法法院的判決訓練一貫的見解，基本上只能夠審查相關最高行政法院的判決，有無違背認知基本權的內容，有無考量基本權的重要意涵，著重的一定是關乎基本權的部份，是否基本權的觀點與權力劃分有舉足輕重的影響，這部份是從比較大的制度面角度來看事情。

後面兩個案例是從嚴審查，不過，跟公務員法制比較沒有密切的關係。建議是從聯邦憲法法院的案子在進入比較深度的檢討，此案的時間也比較接近現在。簡而言之我自己認為在憲法方面，這個案子是非常有價值的，但就關於這 3 個案例的比較的結論，尤其是針對公務員考績評定的部份，就德國憲法法院的裁判，可以給我們關於公務員保障法制，可以再更細膩的說明。

關於我國法的部份，司法院釋字第 553 號或第 462 號解釋都不是牽涉公務員法制。基本上，司法院釋字第 553 號解釋是關乎地方自治的內容，第 462 號解釋是關於教師升等，但是否有其他案例跟公務員保障比較相關，可以充實在公務人員法制裡面，更直接引述我們大法官裡面的解

釋關於公務員法制部分，可能會讓人更接近這個範疇。

關於行政法院的檢討，個人很敬佩黃老師，除了法律層面以外的一些其他思考點，但關於探討公務員保障部份，應該從行政程序層面、行政組織層面跟相關法條的解釋以及行政調查周延性等等角度切入。

但我也想指出不是每一個都從嚴，是否應有策略的作法，在程序上面相當嚴謹，在組織上面相當可靠的情況下，然後對實體的審查比較放鬆。

最後黃老師提到關於政經面的部份，我自己相當支持考量本國的現況，考量保訓會以復審代替書面審查，我們行政法院的改判相關行政決定要緊密到什麼程度。如果要得到一個對於我們目前現象的，可能還有威權的遺毒，是需要事實面的資料當作佐證，在科學上面會比較嚴謹一點。但整個的思考方向我是支持的。德國方面是否與我國相當，所以我們是否可以採取這樣的審查密度，的確是需要做一番思考的。

主持人（洪家殷老師）：

請黃老師先做回應。

報告人(黃錦堂老師)：

結論上來說，我們都同意，良善的「行政-司法之權力分立」，應該區分不同領域、不同案型，由立法者為精確決定，這也就是德國法所稱「授權規範理論」。不過到目前為止，立法者在各領域立法並未作到如此精確地步。

德國 2002 年之考績評定的憲法法院裁定，係以現行德

國行政程序及行政爭訟之規定與實務作法已經足以保障當事人之基本權。考試成績評定對當事人的工作權具有嚴重衝擊性，而工作權在當今又具有無比重要性，所以德國聯邦憲法法院才要求採行嚴格化之行政爭訟控制密度。公務員考績評定相對上就沒有這麼嚴重的人權干預性，而且基本上也不會涉及當事人工作權的剝奪；當然，也可能有其他的衡量因素，例如德國有職工委員會的事前參與與事後監督之制度，此外也有行政爭訟上之一定的審查項目或強度。

我在文章中有指出，聯邦憲法法院係以系爭法條之高度抽象性（從而行政法院之事後高強度審查將不免遇到司法權之功能法上之界限）、考績評定不免具有未來預測性、現今之考績評定之一般行政實務與行政爭訟機制一般而言已經足以充分保障，而不認為行政法院有限審查構成違憲。反面言之，聯邦憲法法院並未以如下理由正當化行政法院之低度審查：1、長官的威信，亦即領導統御之需要；2、系爭考績評分係經由如何之合議制或諮詢機制所作成。

另外，有關台灣政經社文面之宏觀省思，我國處於民主鞏固階段，而且歷經威權體制與威權轉型，凡此為我國政治學與社會學的通論，背後植基於許多國際與國內的研究，這方面非我專長而且文獻很多，所以沒有詳細引述與引註。

主持人（洪家殷教授）：

那現在我們是不是開放現場提問？

發問人(程明修老師)：

就對照德國聯邦法院的裁判，裡面有很重要基本權的考慮，對照公務員的保障救濟的型態來看，有再申訴和一審判刑，在我本身的經驗，有關再申訴部分是需要處理判斷餘地的爭議案件反而是比較大宗的，反而要處理案件裡，不是基本權的保障，在這邊制度的設計裡面，是在比較不嚴重的基本權受傷害的，才劃分為本種案型，如一般考績評等，如果將德國聯邦法院判斷的模式，如果想要在我們再申訴的案型裡面去處理，著重點會不會不同？第 2 點，黃老師有提到兩國之間政經的背景跟差異，歷經威權到民主鞏固，聽起來好像是保訓會像是威權的幫兇，在這裡有遇到一些難以處理的案件，跟現行法制都有密切的關連。比方說德國升遷案件，我國陞遷法的規定具有很特殊的處理方式，長官的裁量權很大，不需任何理由。和德國的功績考量，會影響基本權的保障部份，在我國陞遷法中有關部份，在 3 擇 1 或 6 擇 2 的裁量權部份會弱化掉。這可能就是兩國在制度設計方面，兩國法制環境的差別。譬如說考績案件，我國有很大部分的考績比例，雖不在法規規定，但目前都在機關中實行，年終考績的評定點實質內容是什麼？這問題在德國法上有理解上的差異?

報告人（黃錦堂老師）：

我國在升遷部份，長官實際上享有很大權力，這是我們要去正視的，有待透過法解釋論或甚至法政策論加以克服。我國之考績評定會影響年終獎金，當事人有申訴、再申訴之管道，德國績效考評係作為未來調任、升遷、轉職方面的判斷基礎，所以仍有相當差別。

貳、99 年保障法制研討會

一、專題演講：論人事行政之程序基本權保障

陳春生*

論　文

壹　前言

個別基本權利皆含有程序保障的需求與功能，吾人既得將性質相同之「程序保障」一般化為「程序基本權」，就如同平等權、人性尊嚴、一般人格權，其既內含於各項具體基本權利中，亦可外顯為憲法原則，作為個別基本權利保護範圍無法涵蓋時之補充依據，並支配所有公權力，包括行政立法司法等。(李震山，多元、寬容與人權保障，第六章，程序基本權)

學者認為美國憲法上所謂正當法律程序乃在確保國家權力(含立法、司法與行政之行為)之公平、合理(非為恣意)行使。其內涵包括程序上正當程序與實質上正當程序。程序上之正當程序旨在確保國家權力行使之程序公平，我國憲法僅於第 8 條規定關於人身自由之保障著有明文。且程序上正當程序除來自憲法之要求者外，並有由法律規定者，前者稱憲法上之正當程序；後者稱法律上的正當程序。

至於實質上之正當程序則旨在確保國家權力作用之實質平等，其功能殆與我國憲法第 23 條相當(湯德宗，行政

* 司法院大法官。

程序法論，頁 173)。

在我國程序基本權之意涵探討與正當法律程序之界定有關:

司法院釋字第 610 號解釋指出，憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序基本權，其具體內容，應由立法機關制定相關法律，始得實現。惟立法機關所制定有關訴訟救濟程序之法律，應合乎正當法律程序及憲法第 7 條平等保障之意旨，人民之程序基本權方得以充分實現。

貳、程序基本權、正當法律程序與訴訟權之意涵

一、程序基本權

二、程序上正當法律程序與實質上之正當法律程序

三、訴訟權

參、司法院大法官與行政法院於人事行政領域就程序基本權之適用

一、憲法層面

（一）法律保留、授權明確性原則

（二）訴訟權保障

（三）財產權保障

（四）平等權、平等原則之適用

（五）比例原則之適用

（六）信賴保護原則之適用

二、法律層面

（一）公務人員考績法

（二）公務人員保障法

（三）公務人員懲戒法

肆、結語

＜研討紀錄＞

專題演講：論人事行政之程序基本權保障

主講人：陳春生　大法官

壹、前言

張主委、各位考試院同仁、各位女士、各位先生大家好！本人很高興也很榮幸，有機會在今天慶祝考試院 80 週年慶以及公務人員保障暨培訓委員會 99 年度法制研討會上，向各位作關於人事行政之程序基本權保障的報告。

論及人事行政之程序基本權保障之意涵前，須先簡單說明何謂人事行政與何謂程序基本權。人事行政之意涵也許多義，有認為係指政府機關為完成其職責，對其所需要之人員所為之選拔、任用以及管理等制度而言[47]。而人事行政包含範圍很廣，其著重在人，係指政府機關為達成任務及使命時，對其所需要人員的考試、任用、考績、級俸、陞遷、獎懲、保障、撫恤、退休、訓練等行為與措施[48]。對於本報告中人事行政之意涵，上述學者之見解可供參考。至於程序基本權，則指每一個別基本權皆含有程序保障的要求與功能(下述)，而大法官於司法院釋字第 610 號及 663 號解釋同時指出，憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序基本權，其具

[47] 陳正根，人事行政程序之多階段行為－以程序權之保障為重心，東吳公法學論叢，民國 99 年 7 月第 3 卷，頁 117。

[48] 蔡良文，人事行政學，五南出版社，2001 年頁 3-5。

體內容，應由立法機關制定相關法律，始得實現，換言之，程序基本權包含訴訟權保障。

而人事行政人員如公務員，其與國家間之關係，與人民與國家間之關係雖不盡相同，而屬於所謂特別法律關係，但對公務員而言，就程序基本權之保障，如同其他基本權保障，除對於公務員身分改變之公權力行為，當然適用外，對於雖未改變公務員身分，但對其權益卻有重大影響時，從重要性理論角度，仍須受保障。因此，對於公務員就其人事行政之程序基本權保障，於其受公權力行為而身分改變或其權益有重大影響時，亦應適用。

本報告之內容，將探討程序基本權之意涵、其與訴訟權、正當法律程序及行政程序法之關係，並以實務上尤其大法官解釋為對象說明人事行政之程序基本權保障。

貳、程序基本權、訴訟權與正當法律程序之意涵

論及程序基本權前，須說明何謂基本權利。從歷史發展過程觀察，基本權利乃人民對抗國家之主觀公權利，其任務在於劃定國家與人民間之關係，特別是保障人民之自由。而基本權利不只賦予人民主觀公權利，以對抗國家，同時客觀上課與國家義務，必要時且得經由法院為其實現權利[49]。而基本權利保障，常須透過組織及程序，加以實現。為落實程序基本權，一般多先有廣泛的組織規定與程序規定，例如結社自由保障即為一例。組織與程序如何規定，係屬基本權利之內容形成問題。內容之形成不只實體規

[49] Vgl. H. Maurer, Staatsrecht I, 2.Aufl., 2001, S.176.

範，同時及於組織法與程序法。因而組織法與程序法規定，有助於基本權之實現及保護[50]，自不待言。

一、程序基本權

（一）意義

所謂程序基本權，依李震山大法官之見解，即每個個別基本權利皆含有程序保障的需求與功能，吾人得將性質相同之「程序保障」一般化為「程序基本權」，就如同平等權、人性尊嚴、一般人格權，其既內含於各項具體基本權利中，亦可外顯為憲法原則，作為個別基本權利保護範圍無法涵蓋時之補充依據，並支配所有公權力，包括行政、立法、司法等[51]。而程序之保障得有不同之位階，有行政決定層面、法律層面與憲法層面，有時困難者為在有些系爭案件，如何認定屬於哪一層面之程序保障，例如違反行政程序法之規定，究屬於法律或憲法位階之違反，則不能一概而論。

（二）程序基本權之定性

程序基本權之具體內容，本應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現，但若欠缺相關法律規定，則可作為個別基本權利保護範圍無法涵蓋時之補充依據，因此其於法秩序上，又屬補充或防漏之基本權利性質

（三）我國實務見解

[50] 以德國為例，基本法第 19 條第 4 項(權利救濟途徑保障)、第 103 條第 1 項(人民有請求法院裁判之權利)所謂程序基本權規定即為明證。組織規定與程序規定影響實體基本權利之實現，乃屬當然。

[51] 參考李震山，多元、寬容與人權保障，第六章，程序基本權，2007 年，頁 263、264。

大法官於司法院釋字第 610 號及 663 號解釋已使用程序基本權之用語，其概念意涵則指憲法第 16 條所定人民之訴訟權，即人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序基本權。詳言之:

大法官於司法院釋字第 610 號解釋論及，關於公務員懲戒法第 34 條第 2 款規定，依同法第 33 條第 1 項第 4 款為原因，移請或聲請再審議者，應自相關之刑事裁判確定之日起 30 日內為之。上開期間起算日之規定，未區分受懲戒處分人於相關刑事確定裁判之不同訴訟地位，及其於該裁判確定時是否知悉此事實，一律以該裁判確定日為再審議聲請期間之起算日，與憲法第 7 條及第 16 條人民訴訟權之平等保障意旨不符。

理由書指出，憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序性基本權，其具體內容，應由立法機關制定相關法律，始得實現。惟立法機關所制定有關訴訟救濟程序之法律，應合乎正當法律程序及憲法第 7 條平等保障之意旨，人民之程序基本權方得以充分實現。

而司法院釋字 663 號解釋則於理由書指出:「核定稅捐通知書之送達，不僅涉及人民財產權之限制，亦攸關人民得否知悉其內容，並對其不服而提起行政爭訟之權利。人民之權利遭受公權力侵害時，根據憲法第 16 條規定，有權循國家依法所設之程序，提起訴願或行政訴訟，俾其權利獲得適當之救濟。此程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。而相

關程序規範是否正當，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定（本院釋字第 459 號、第 610 號、第 639 號解釋參照）。」

從上述兩號解釋可知：1. 程序基本權之概念已為大法官釋憲時務上所接受與引用。2. 兩號解釋對於程序基本權雖只就憲法第 16 條所定人民之訴訟權論之，即人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之權利，但解釋上應不僅止於此，且大法官也並未明示其所謂程序基本權係專指，或只限於訴訟權。3. 程序(性)基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。4. 至於相關程序規範是否正當，除須考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。值得注意。

二、程序基本權與訴訟權

大法官認為，憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序基本權(司法院釋字第 610 號及 663 號解釋)，換言之，訴訟權屬程序基本權範疇，其具體內容，須由立法機關制定相關法律，始得以落實。而立法機關所制定有關訴訟救濟程序之法律，應合乎正當法律程序及憲法第 7 條平等保障之意旨，人民之程序基本權方得以充分實現。因此無論訴訟權或程序基

本權之保障，均須仰賴立法機關依正當法律程序制定相關法律，方能實現。因而在我國關於程序基本權其意涵之探討，便與正當法律程序之界定有關。如下述大法官於司法院釋字第 491 號、462 號與 396 號解釋中，對於正當程序之內涵有相當詳細與具體之論述。

三、程序基本權與正當法律程序

值得探討者為，程序基本權與正當法律程序之關聯。大法官透過憲法第 8 條關於人身自由保障之法定程序規定，引進英美正當法律程序之原理(參考司法院釋字第 384、392、525、585、588 號解釋)，並進而運用於訴訟權上(如司法院釋字第 396、418、591、653、667 號解釋)。而學者認為美國憲法上所謂正當法律程序乃在確保國家權力(含立法、司法與行政之行為)之公平、合理(非為恣意)行使。其內涵包括程序上正當程序與實質上正當程序。程序上之正當程序旨在確保國家權力行使之程序公平，我國憲法僅於第 8 條規定關於人身自由之保障著有明文。且程序上正當程序除來自憲法之要求者外，並有由法律規定者，前者稱憲法上的正當程序；後者稱法律上的正當程序。至於實質上之正當程序則旨在確保國家權力作用之實質平等，其功能殆與我國憲法第 23 條相當[52]。

前述司法院釋字第 610、663 兩號解釋指出，程序(性)基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。至於相關程序規範是否正當，釋

[52] 參考湯德宗，行政程序法論，頁 173。

字第 663 號解釋認為，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定。

四、程序基本權對行政程序法之適用

關於程序基本權對行政程序法是否適用問題，牽涉行政程序法之規定。依行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款規定，對公務員所為之人事行政行為，可以排除行政程序法之適用。則人事行政行為之概念，其界定牽涉公務員之權利保護範圍。

關於此所謂對公務員所為之「人事行政行為」之範圍，有採廣義說與採狹義說者。廣義說認為，從行政程序法本條之文義及立法理由中，皆未明文將人事行政行為分類或排除其某部份，因此應包含所有不論是否對公務員服公職權利有無重大影響之行政行為，換言之，無論對公務員所為之人事行政行為係涉及公務員外部身分改變，或公務員內部之管理或紀律事項均包括在內，排除行政程序法規定(關於程序規定)之適用。狹義說則又區分為兩說，此兩說之主張係正相反對，一說主張，行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款規定，所排除對公務員所為之「人事行政行為」，僅限於對公務員服公職無「重大影響」之人事行政行為(甲說)；相對地，另一說則主張，所排除對公務員所為之「人事行政行為」，僅限於對公務員服公職「有重大影響」之人事行政行為(乙說)。

而司法院釋字第 491 號解釋則指出:「對於公務人員之

免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障」，其內容正與行政程序法所規定之行政程序主要內涵之告知、聽證(陳述意見)、附記理由、行政指導(教示)等相一致，似採狹義說中之甲說。

參、司法院大法官於人事行政領域就程序基本權之適用

一、司法院釋字第 491 號解釋

本案當事人主張公務人員考績法施行細則第 14 條第 1 項第 2 款第 7 目規定一次記二大過免職之構成要件，足以改變公務員身分關係，並且直接影響人民受憲法保障服公職之權利，違反法律保留原則，牴觸憲法第 18 條、第 23 條規定及比例原則等。

大法官認為，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之權利，其範圍不惟涉及人民之工作權及平等權，國家應建立相關制度，用以規範執行公權力及履行國家職責之行為，亦應兼顧對公務人員之權益之保護。又「對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障」。

本號解釋顯示：1. 其所揭示踐行正當法律程序，其內

容正與行政程序法所規定之行政程序主要內涵之告知、聽證(陳述意見)、附記理由、行政指導(教示)等相一致，可推導出，行政程序規定、與其是否踐行，若影響人民受憲法上保障之基本權利時，則該行政程序之位階即等同於憲法位階之正當法律程序保障。2. 又如前述，程序基本權之保障，須由立法者依循正當法律程序制定相關法律，方能實現，正如同本號解釋所謂「設立相關制度予以保障」，其牽涉實質上正當程序之踐行，與程序基本權之保障，密切相關。3. 由本號解釋可推導出行政程序之違反，在一定條件下亦可能構成違反程序基本權保障之精神。

二、司法院釋字第 462 號解釋

本號解釋乃關於各大學校、院、系（所）教師評審委員會關於教師升等所為通過與否之決定，與教育部學術審議委員會對教師升等資格所為之最後審定，於教師之資格等身分上之權益有重大影響，均應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分。受評審之教師於依教師法或訴願法用盡行政救濟途徑後，仍有不服者，自得依法提起行政訴訟，以符憲法保障人民訴訟權之意旨。

本號解釋顯示:

1. 大學教師升等資格之審查，涉及人民工作權與職業資格之取得，除應有法律規定之依據外，教師對於主管機關所訂定之實施程序及審查結果若有不服，於一定條件下仍得依法提起行政訴訟，受憲法訴訟權之保障。
2. 如前所述，程序性基本權之具體內容，應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現；且相關程

序規範是否正當，除考量憲法有無特別規定及所涉基本權之種類外，尚須視案件涉及之事物領域等各種因素，綜合判斷而為認定。本號解釋與此相類似，關於立法機關應如何制定合乎正當法律程序之相關法律，有非常具體及詳細之說明，即其指出:「各大學校、院、系（所）教師評審委員會，本於專業評量之原則，應選任各該專業領域具有充分專業能力之學者專家先行審查，將其結果報請教師評審委員會評議。教師評審委員會除能提出具有專業學術依據之具體理由，動搖該專業審查之可信度與正確性，否則即應尊重其判斷。受理此類事件之行政救濟機關及行政法院自得據以審查其是否遵守相關之程序，或其判斷、評量有無違法或顯然不當之情事。現行有關各大學、獨立學院及專科學校教師資格及升等評審程序之規定，應本此解釋意旨通盤檢討修正」

3. 本號解釋所隱含對教師其程序基本權保障之論述，與後來之釋字第 610 號與第 663 號解釋所強調者之精神相一致。

三、司法院釋字第 396 號解釋

大法官於司法院釋字第 396 號解釋指出:「憲法第 16 條規定人民有訴訟之權，惟保障訴訟權之審級制度，得由立法機關視各種訴訟案件之性質定之。公務員因公法上職務關係而有違法失職之行為，應受懲戒處分者，憲法明定為司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定為終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第 16 條有所違背。懲戒處分

影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第 82 條及本院釋字第 162 號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正。」

由本號解釋可知:

1. 對公務員之懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，方能貫徹憲法第 16 條保障人民訴訟權，亦即程序基本權保障之本旨。

2. 至於應採行如何之正當法律程序之原則，方屬對被付懲戒人予以充分之程序保障? 本號解釋則宣示，須對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，正是對實現訴訟權，亦即程序基本權所應履行之正當法律程序。

3. 就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，須透過實質正當程序與程序正當程序，制定相關法律予以落實。換言之，對於公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決之救濟，屬憲法第 16 條所保障之當事人之訴訟權，即當事人之程序基本權，必須透過立法權之正當行使制定法律(實質上正當法律程序)以為依循；同時透過司法權之正當行

使(程序上正當法律程序)，方能實現。

4. 從本號解釋亦可看出，從程序基本權觀點，對於立法不作為，亦即欠缺經由實質上正當法律程序制定法律，以保障程序基本權時，可以推導出其已因立法權之不行使，致人民之程序基本權保障無法實現而違憲。

肆、結語

關於程序基本權，其概念特徵與內涵，尚待學界與實務界進一步之形塑。而依目前學界與大法官解釋之實務，至少可理解為係指每一個別基本權利皆含有程序保障的要求與功能，而憲法第 16 條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時得請求司法救濟之程序基本權。而程序性基本權之具體內容，本應由立法機關制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現，但若欠缺相關法律規定，則可作為個別基本權利保護範圍無法涵蓋時之補充依據，因此其於法秩序上，又屬補充或防漏之基本權利性質。而行政程序之違反，在一定條件下亦可能構成違反程序基本權保障之精神。

公務員對於形成整個國家社會之安定，扮演著重要之角色，但是，另一方面也容易流於因循與保守。因此，隨著外在環境改變，公務員除基於依法行政行使職權外，於態度上亦須為相應之調整。又公務員除盡忠職守，保持品位，以遂行其任務之同時，國家亦須對其權益，給予適當合理之保障。以上報告，謝謝各位!

後記

本報告之後，民國 99 年 2 月 12 日大法官作成之司法院釋字 672 號解釋，認為:「管理外匯條例第十一條、第二十四條第三項及財政部中華民國九十二年三月二十一日台財融(五)字第０九二五０００００七五號令，關於攜帶外幣出入國境須報明登記，違反者應予沒入之規定，與憲法第十五條保障人民財產權、第二十三條之比例原則及法律明確性原則，尚無牴觸。」

本人於該號解釋之不同意見書中，就正當程序保障指出: 管理外匯條例第 11 條既規定「其有關辦法，由財政部會同中央銀行定之」，其立法意旨，當係在授權財政部與中央銀行共同就申報之程序、方式及其他有關事項訂定法規命令，其訂定並應依中央法規標準法第 3 條所定命令之名稱「辦法」、法條形式與程序，且依行政程序法第 157 條第 2 項、第 154 條應會銜發布，乃財政部上開令，既未以「辦法」之名稱與法條形式出之，亦未會銜中央銀行發布，且其內容僅規定超過等值壹萬美元者應報明海關登記之意旨，對於申報之程序、方式等事項則未規定，復未履行法規命令應遵循之預告程序規定，凡此均與管理外匯條例第 11 條之授權意旨、行政程序法及有關規定，不盡相符。

從正當法律程序角度，本系爭案件應遵循之正當程序可分三個層面觀察，即立法行為之正當程序(包含委任立法行為)(實質上正當程序)(一)、為行政行為之正當程序(包含行政立法之正當程序)(二)與作成行政行處分之正當程序(三) 。

就立法行為之正當程序方面，關於系爭沒入規定，既然管理外匯條例第 11 條已規定「其有關辦法，由財政部會同中央銀行定之。」但主管機關，實質上卻未訂定相關內容之辦法，已違反實質上正當程序(一)，復未履行行政程序法第 157 條第 2 項、第 154 條規定，顯然違反行政程序法所規定之行政立法程序須履行預告程序與會銜發布程序之要求(二)，與違反作成行政處分(沒入)時應遵循之類似警告、教示或予當事人陳述意見機會之程序(程序正當程序)(行政程序法第 102 條參照)(三)而違反憲法第 23 條及憲法上正當法律程序要求，換言之，系爭規定顯然已違反憲法上正當法律程序或程序基本權保障原則，及憲法第 15 條人民財產權之保障云。可供參考。

二、第一場

論文：違法授益人事行政處分受益人之信賴保護
—以金錢或可分物之授益行政處分為中心

林三欽*

綱　　要

壹、序說

一、「依法行政」與「信賴保護」角力下的「違法授益行政處分撤銷」制度

二、思考導引案例

三、問題提出

貳、我國「違法授益行政處分撤銷」制度之分析

一、由人民「主張信賴保護之要件」談起

（一）信賴基礎（Vertrauensgrundlage）

（二）信賴表現（Vertrauensbetätigung）

（三）信賴值得保護（Schutzwürdigkeit des Vertrauens）

二、受益人主張信賴保護而排拒「行政處分撤銷」之要件

（一）「違法行政處分撤銷」制度概說

（二）受益人應已有信賴表現

* 東吳大學法律學系教授。

（三）受益人之信賴值得保護

（四）以「信賴是否值得保護」與「法益衡量」所調控之可能選項

1.幾個結果選項：得撤銷/不得撤銷、溯及失效/不溯及失效、補償/不補償、返還給付/免返還給付

2.「信賴利益」與「撤銷所欲維護之公益」之衡量

（1）信賴利益

（2）撤銷所欲維護之公益

（3）其他應納入考量之因素

3.調控因素與各項結果間之聯結關係

（1）信賴值得保護且信賴利益顯然大於撤銷所維護之公益：不得撤銷

（2）信賴值得保護但信賴利益未顯然大於撤銷所維護之公益：得（溯及或不溯及）撤銷但應補償信賴利益之損失

（3）信賴不值得保護：得溯及既往撤銷、無須給予補償、甚至應請求返還給付

三、「金錢或可分物之授益行政處分」因撤銷而溯及失效時之給付返還問題（行程 127）

（一）金錢或可分物之給付

（二）一次或連續之給付

（三）返還範圍準用民法不當得利之規定

1. 二階段或三階段調控模式

2. 所受利益已不存在時之返還義務

四、德國聯邦行政程序法「違法授益行政處分撤銷」制度之比較

（一）德國聯邦行政程序法第 48 條所稱「信賴值得保護」包含「公私法益衡量之結論」

（二）單獨規定「金錢或可分物授益行政處分」之撤銷（§ 48 II VwVfG）

（三）簡評

參、保訓會與行政法院實務見解之觀察與評析

一、實務案例觀察

二、評析—代結語

二、第一場

論文：違法授益人事行政處分受益人之信賴保護
—以金錢或可分物之授益行政處分為中心

林三欽

壹、序說

一、「依法行政」與「信賴保護」角力下的「違法授益行政處分撤銷」制度

究竟吾人應如何對待一項「違法授益行政處分」？由行政法學的角度來思考，至少有二個著力點：「依法行政」與「信賴保護」[1]。就前者而言，將「違法行政處分」之效力排除本即為「依法行政原則」所要求。依法行政不僅是「行政前置程序」的誡命；當行政機關未遵守此一誡命作出違法行政處分時，便衍生出「撤銷違法行政處分」之義務[2]。

不過由於此處探討的對象是「授益行政處分」，行政機關於撤銷「違法授益行政處分」時，不得僅著眼於由「依法行政原則」所衍生而出的「撤銷違法行政處分」之義務；亦應兼顧受益人對於該「授益行政處分」所已生信賴之保護。因此「信賴保護」便是行政法思考「違法授益行政處分」對待方式的第二個著力點。

若吾人將「行政法學」定位為「解決行政事件之方法論」，

---

[1] Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 16. Aufl., 2006, Rn. 22; 陳敏，行政法總論，6版，2009 年，頁 459 以下。

[2] 請參見林三欽，論授益行政處分之撤銷—思考層次與考量因素的探討，台灣本土法學雜誌，第 28 期，2001 年 11 月，頁 15 以下。其後本文亦收錄於拙著，「行政爭訟制度」與「信賴保護原則」之課題，2008 年，頁 357 以下。

或者認為「行政法」的核心任務在於找出各類行政事件解決方案背後的「合理思考模式」，則此一特色在「違法授益行政處分撤銷」制度中展現得最為淋漓盡致。由於「違法授益行政處分撤銷」制度必須兼顧「依法行政」與「信賴保護」，而如後所述，「信賴保護原則」離不開「信賴利益與公益之衡量」，為了充分而精確的顧及這些要素，行政法學將「違法授益行政處分撤銷制度」架構成一套精密而複雜的思考邏輯。本文主要的任務，便是將這套思考邏輯應用於「授益人事行政處分」之上。為使本文探討之標的更為清晰，以下先提出一則思考導引案例。

二、思考導引案例

甲任職於行政院海岸巡防署（下稱「海巡署」）之海洋巡防總局（以下簡稱「海巡總局」），擔任第 6 職等至第 7 職等刑事鑑識職系技士。甲係應 85 年特種考試警察人員考試三等考試刑事警察人員考試及格，原任臺北市政府警察局警正警員，於 88 年 10 月 8 日調任內政部警政署水上警察局（下稱水上警察局）刑事警察隊刑事鑑識職系技佐。嗣該局於 89 年 1 月 31 日改隸「海巡署」並成立「海巡總局」，甲於是日納編為「海巡總局」技佐，90 年 6 月 11 日起擔任第 6 職等至第 7 職等刑事鑑識職系技士。甲自 88 年 10 月 22 日至 91 年 4 月 30 日期間，均支領刑事鑑識人員危險職務加給。嗣「海巡總局」以其非支領該項加給對象，自 91 年 5 月起停發該項加給，並於 93 年 2 月 24 日以洋局人字第 0930004417 號函復上訴人，以其不符「刑事鑑識、爆炸物處理人員暨火災原因調查鑑識鑑定人員危險職務加給

表」之特定資格條件，且非屬該表備註規定之適用人員，無法據以支領該項加給。甲不服，循序提起復審與行政訴訟。（請參見最高行政法院 96 年度判字第 1223 號判決）

三、問題提出

本文欲經由比較法之觀察，來思索「違法授益行政處分撤銷」制度之相關課題。本文第貳單元將對於我國「違法授益行政處分撤銷」制度加以分析：首先在第一單元，本文將簡述人民主張信賴保護原則之要件；第二單元將分析在何種情況下，受益人得主張信賴利益之保護而排拒撤銷授益行政處分；第三單元則討論授益內容為金錢或可分物之授益行政處分被撤銷後的不當得利返還問題；第四單元本文將以比較法之觀點探討德國聯邦行政程序法之「違法授益行政處分撤銷」制度，並特別著眼以下二點：1. 德國法所使用「信賴值得保護」（Schutzwürdigkeit des Vertrauens）用語含意與我國法不同，2. 德國法針對「撤銷金錢或可分物授益行政處分」規定之考察。希望能藉由德國與我國有關「違法授益行政處分撤銷制度」之比較，找出理想的問題處理模式。第參單元將觀察保訓會與行政法院於「因撤銷授益人事行政處分所引起之爭訟事件」中所表達之見解，並略加評析。

貳、我國「違法授益行政處分撤銷」制度之分析

一、由人民「主張信賴保護之要件」談起

如前文所述，「違法授益行政處分撤銷」制度之核心內涵，係由「依法行政原則」與「信賴保護原則」相互激盪而成。因而欲瞭解「授益行政處分撤銷」制度，需先瞭解

「信賴保護原則」。依據學界的通說[3]，人民主張信賴保護的要件有三點，即 1. 信賴基礎；2. 信賴表現；3. 信賴值得保護[4]。本文以下先就此三要件，簡要提出說明[5]：

（一）信賴基礎（Vertrauensgrundlage）

所謂信賴基礎，必須是公權力決定或行為，且依據一般的經驗，此等公權力決定或行為將導出某個特定的法律狀態，而足以引起人民產生特定的期望。簡言之，信賴基礎是足以引起人民期望的公權力行為[6]。在個案中「人民的期望」必須能回溯到信賴基礎，因為在後續考量人民值得保護的信賴應有哪些法律效果時，必須以「信賴基礎」所給予人民的期望為上限[7]。

（二）信賴表現（Vertrauensbetätigung）

所謂信賴表現，係指人民因信賴國家之「公權力作為」將繼續有效存續，所為有關自身權益之處分。「信賴表現」可以含括所有具法律意義的舉措，不論是「事實行為」或

---

[3] 請參見陳清秀，行政法的法源，翁岳生編《行政法》，3 版，2006 年，頁 131；陳敏，行政法總論，5 版，2007 年，頁 90；吳庚，行政法之理論與實用，10 版，2007 年，頁 67；林錫堯，行政法要義，3 版，2006 年，頁 74 以下。

[4] 如後文所述，學說於探討信賴保護之要件時仍有歧見。例如學者洪家殷即認為，主張信賴保護僅需具備「信賴之存在」與「信賴值得保護」等二項要件，氏著，信賴保護原則及誠信原則，收於：行政法爭議問題研究（上），臺灣行政法學會主編，2000 年 12 月，頁 117 以下；德國文獻上亦有主張以「信賴基礎」、「信賴」以及「信賴表現」作為主張信賴保護之三要件者，例如 Weber-Dürler, Vertrauensschutz im öffentlichen Recht, Basel 1983, S. 79 ff.; Muckel, Kriterien des verfassungsrechtlichen Vertrauensschutzes bei Gesetzesänderungen, Berlin 1989, S. 80 ff.

[5] 請參見拙著，法令變遷、信賴保護與法令溯及適用，頁 10 以下。

[6] Muckel, aaO (Fn. 4), S. 80 f.。

[7] Muckel, aaO (Fn. 4), S. 81。

「法律行為」皆可作為「信賴表現」[8]。既然是「信賴表現」，必然是先有「發生於內心層次的信賴」，並進而從事「顯現於外的舉措」。以此而言，當事人「知悉」「信賴基礎」的存在，並「信賴」其將持續存在這點，縱然學說未將之列為要件之一，也係主張信賴保護當然應該存在要件，且已經被「信賴表現」這一要件所含括[9]。

（三）信賴值得保護（Schutzwürdigkeit des Vertrauens）

在行政法學上，信賴是否值得保護主要係著重於當事人主觀狀態的判斷。簡言之，善意的信賴值得保護；反之，惡意之信賴則不值得保護。由於「值得保護」之概念極為抽象，欲確定當事人之信賴係「值得保護」頗為困難；因而在判斷時通常先列舉或例示信賴不值得保護的情形，若於具體個案中當事人無「信賴不值得保護的情形」（可稱之為「信賴瑕疵」），則可以間接推斷當事人的信賴為「值得保護」。

關於信賴不值得保護的案例類型，行政程序法第 119 條有所列舉。雖然該條規定係針對授益行政處分撤銷的情況而設，不過吾人得由該條規定之意旨，並參酌司法院釋字第 525 號解釋，推衍出適用於各種行政行為的共通法則，亦即一項行政行為之作成若有下列情形之一，則當事人不得以之為信賴基礎主張信賴保護：

1. 因當事人使用不法手段，方導致行政機關作成該行政行

[8] Weber-Dürler, aaO(Fn. 4), S. 100 ff.

[9] Weber-Dürler, aaO(Fn. 4), S. 100 ff.

為，例如詐欺、脅迫或賄賂；

2. 對於重要事項當事人提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關陷於認知錯誤，並因而作出該行政行為；

3. 對於行政行為之違法性明知或因重大過失而不知；

4. 經廢止或變更之法規有明顯牴觸上位階法規之情形；

5. 法令訂有施行期間，於該期間經過後。

二、受益人主張信賴保護而排拒「行政處分撤銷」之要件

（一）「違法行政處分撤銷」制度概說

我國「違法行政處分撤銷」制度主要規範於行政程序法第 117 條至 121 條以及第 127 條。其中行政程序法第 117 條支撐了整個思考脈絡，該條規定主要內容包括：

1. 原處分機關或其上級機關原則上得將違法行政處分撤銷（行程 117 本文）；

2. 在行程 117 但書所列二種例外情形下，不得將違法行政處分撤銷：

（1）撤銷對公益有重大危害者。

（2）受益人無第 119 條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。

依據上述規定，當行政機關有意撤銷違法授益行政處分，受益人於符合下列第（二）、（三）以及（四）單元所列要件時，得主張信賴保護，排拒行政機關將該行政處分撤銷。

（二）受益人應已有信賴表現

雖然行政程序法第 117 條並未明文規範，但基於上述「信賴保護原則」的一般性論述，以及行政程序法第 117 條以下規定之體系解釋，應認為授益行政處分之受益人必須已知悉該違法行政處分之存在、對之發生主觀信賴並繼而有信賴之表現。

（三）受益人之信賴值得保護

授益行政處分之受益人的信賴應值得保護。有關信賴是否值得保護的問題，行政程序法另以第 119 條列舉「信賴不值得保護之情形」:「一、以詐欺、脅迫或賄賂方法，使行政機關作成行政處分者。二、對重要事項提供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者。三、明知行政處分違法或因重大過失而不知者。」

引行政程序法第 117 條第 2 款，將「信賴值得保護」(或者直接援用法條用詞「受益人無第 119 條所列信賴不值得保護之情形」) 與「受益人之信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益」並列為「不得撤銷違法授益行政處分之要件」。因此在行政程序法之規範邏輯下，信賴是否值得保護主要係著重於當事人主觀狀態的判斷，善意的信賴值得保護，惡意之信賴則不值得保護，而未包含「公私法益衡量」之成分。

但由於信賴是否「值得保護」之概念極為抽象，欲確定當事人之信賴係「值得保護」頗為困難；因而在判斷時通常先列舉或例示信賴不值得保護的情形，若於具體個案

中當事人無「信賴不值得保護的情形」(「信賴瑕疵」),則可以間接推斷當事人的信賴為「值得保護」。基於此一考量,行政程序法第 119 條舉出三點「信賴不值得保護之事由」。

依據行政程序法第 119 條之規定,信賴不值得保護的情形有以下三種:

—受益人以不正當的手段促使該授益行政處分的作成:例如以詐欺、脅迫或賄賂等方式使行政機關作成行政處分;

—受益人提供不實的資訊,誤導行政機關:例如當事人對於重要事項提供不正確資料或為不完全陳述,使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分;

—受益人明知該行政處分違法或因重大過失而不知:既然已知或可得而知,則當然不得再主張信賴保護。

由前引條文之連結可知,立法者認為,只要違法授益行政處分的受益人不具有行政程序法第 119 條所列舉的三種情形之一,其信賴就應被評價為「值得保護」。受益人的信賴是否值得保護,本來是一個極為抽象而複雜的問題,是否能簡化成行政程序法第 119 條所採的「列舉排除法」,頗有疑義[10]。本文認為信賴是否值得保護應更廣泛地考慮,不只這三種事由才構成信賴保護的排除。

(四)以「信賴是否值得保護」與「法益衡量」所調控之

[10] 在這個問題上,德國立法例是採「例示」的立法方式,也就是立法者僅舉出數項典型信賴不值得保護之實例(§ 48 II 3 VwVfG),於法律所未規定的其他情形中,行政機關仍得依職權認定受益人的信賴是否值得保護。參見 Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., 2008, § 48, Rn. 93.

可能選項

1. 幾個結果選項：得撤銷/不得撤銷、溯及失效/不溯及失效、補償/不補償、返還給付/免返還給付

前引行政程序法第 117 條針對違法行政處分訂定了「原則上得撤銷、例外不得撤銷」之處理模式。後文將進一步敘述該條規定如何調控「得撤銷」與「不得撤銷」之選項。

依據行政程序法第 118 條之規定，若行政機關將違法行政處分撤銷，則該行政處分原則上溯及既往失其效力；但得例外的基於維護公益或信賴利益之原因，另訂失效日期。這點便是行政程序法針對「溯及失效」與「不溯及失效」二個選項的調控。

依據行政程序法第 120 條之規定，若一項違法授益行政處分被撤銷，而其受益人之信賴值得保護，則作成撤銷決定之行政機關應給予其信賴利益之損失補償。於此所處理的是「補償（含補償額度之決定）」與「不補償」間的調控。

依據行政程序法第 127 條之規定，授益內容為金錢或可分物之授益行政處分被撤銷[11]而溯及失效時，受益人應返還所受領之給付；同條第 2 項並明訂，有關返還範圍準用民法有關不當得利之規定[12]。

---

[11] 該條規定將「廢止」、「解除條件成就」以及「確認無效」等情形與「撤銷」並列，使之共同構成受領物（不當得利）返還之原因。

[12] 有關公法上不當得利相關問題之探討，請參見林錫堯，公法上不當得利法理試探，收於：當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年，頁 267 以下；林明昕，公法上不當得利之研究——以行政程序法第一百二十七條規定為中心，輔仁法學第 35 期，2008 年 6 月，頁 1 以下。

歸納以上所述可知，行政程序法針對授益行政處分撤銷，設下了前述的多重調控機制。而且，在實務上經常引發疑義的「撤銷金錢或可分物授益行政處分」之案例類型，又另增加一項「返還給付/免返還給付」調控方案。針對「撤銷金錢或可分物授益行政處分」案例類型，究竟吾人應如何運用「得撤銷/不得撤銷」、「溯及失效/不溯及失效」以及「返還給付/免返還給付」三項調控模式，值得關注。例如，行政機關認為受益人善意受領給付、且已經消費該物，則以下三種處理方式均可使受益人繼續保有其已受領之給付：

（1）不撤銷該授益行政處分；

（2）撤銷但不使之溯及既往失效；

（3）雖然將授益行政處分撤銷並使之溯及失效；但準用民法不當得利返還之規定，認為當事人無須返還給付物。

由此可知，「違法授益行政處分撤銷」制度在運作上十分的複雜，而且不同的調控模型可能殊途同歸。

2.「信賴利益」與「撤銷所欲維護之公益」之衡量

若當事人之信賴值得保護，有必要經由「信賴利益」與「撤銷所欲維護之公益」之衡量來決定如何作出後續處置時，應考量之因素包含以下各項：

（1）信賴利益

此處所謂「信賴利益」，係指受益人基於對系爭授益行政處分存續之信賴，已作出相關處分決定，而一旦該行政

處分被撤銷，受益人因為信賴落空所將蒙受之損失，即為此處所稱之「信賴利益[13]」。至於若該授益行政處分未遭撤銷，授益人預期可取得之利益，則係「履行利益」。

（2）撤銷所欲維護之公益

又所謂「撤銷所欲維護之公益」，係指藉由「撤銷系爭違法行政處分」所能夠維護之公共利益，包括以下各種可能：

—合法狀態的建立，以落實依法行政原則；

—避免行政機關為不必要之支出（由財政利益的觀點）[14]。

此外，就具體個案而言，例如建管機關錯誤地在軍事禁建區核發建造執照，則將該違法建照撤銷能夠維護的公益係「國防安全利益」。至於若建管機關因誤算容積率，以致於使某一建案多蓋了三層樓，則撤銷該違法建造所能維護之公益係「經由容積管制所帶來的維護景觀、控制人口密度等利益」。

（3）其他應納入考量之因素

除了前述的「信賴利益」與「撤銷所欲維護之公益」外，以下各項因素亦應一併納入考量[15]：

---

[13] 針對「信賴利益」的概念，請比較最高行政法院 95 年度 1210 號判決之見解：「所謂信賴利益係指信賴原行政處分或行政法規有效而另有表現之行為以獲取預期之利益而言」。

[14] Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., 2010, § 48, Rn. 93.

[15] 參見許宗力，行政處分，翁岳生編，行政法（上），3 版，2006 年，頁 544 以下；陳敏，行政法總論，5 版，2007 年，頁 463 以下；洪家殷，行政處分撤銷之研究，政大博士論文，1992 年，頁 350 以下；Wolfgang Schäfer, in: Klaus Obermayer(Begr.), Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 3. Aufl., Neuwied ua., 1999, § 48, Rn. 45. Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., 2010, § 48, Rn. 95 ff.

—撤銷該授益行政處分對於受益人之影響：若撤銷將對受益人造成極為重大的影響，例如將使受益人的生計陷入困境，須予以特別評估；

—不撤銷行政處分對於公眾或第三人之影響；

—行政處分的違法原因是否可歸責於受益人：若違法原因可歸責於受益人，則其信賴比較不值得保護[16]；

—行政處分違法性的明顯程度：雖然行政程序法第 119 條第 3 款已將受益人「明知」或「因重大過失而不知」行政處分違法的情形評價為信賴不值得保護，但其係著眼於受益人之主觀情狀；此處所謂「違法性明顯程度」則係指行政處分之違法瑕疵，是否在客觀上顯而易見，未直接指涉受益人主觀情狀；

—作成行政處分的行政機關的層級：原處分機關的層級越高，當事人的信賴越值得保護；

—行政處分作成時所經的程序：其程序越嚴謹、正式，當事人的信賴越值得保護；

—行政處分發布後所經過的時間：經過的時間越久，當事人的信賴越值得保護；

—所受利益額度之大小：利益額度較小之給付，由於對政府財政負擔衝擊較小，可以給予信賴利益較大的保護；反之，利益額度較大之給付，由於對政府財政負擔之衝擊較大，在公私法益衡量時，天秤將偏向公益這一方；

[16] 行政程序法第 119 條第 1 款與第 2 款所指之情形，即屬「違法之原因可歸責於受益人」。但在上述二款的情形中，受益人的惡意重大，因此立法者直接將之評定為「信賴不值得保護」。

—當事人有無作成財產處置；

—受領人之個人情狀：例如受領人之經濟狀況、學歷、社會閱歷、對於本案相關法令熟悉之程度等。

3. 調控因素與各項結果間之聯結關係

「授益行政處分撤銷」制度的各種調控模式[17]已如上述，至於其調控因素主要是「信賴是否值得保護」與「信賴利益與撤銷所欲維護之公益間的衡量」。本文以下嘗試將各個調控因素之變化組合與各種可能處理結果進行聯結。

（1）信賴值得保護且信賴利益顯然大於撤銷所維護之公益：不得撤銷

依據行政程序法第 117 條但書第 2 款規定之解釋，若受益人已有信賴表現，其信賴值得保護（無第 119 條所列信賴不值得保護之情形），且其對於該授益行政處分之信賴利益大於撤銷所欲維護之公益，則該授益行政處分不得被撤銷。

比較困難的問題是，究竟溯及既往地撤銷一項違法的「金錢或可分物授益行政處分」能夠維護的公益為何？而其與當事人之信賴利益之間如何衡量？我國實務上就此通常認為，如當事人獲取不法之給付（例如超額之加給），為了維護公平正義，應予以溯及既往的撤銷；即使當事人已經消費了所領取的給付，亦同。

就此問題德國法有較為不同之思維。如後文所述針對

[17] 即指得撤銷/不得撤銷、溯及失效/不溯及失效、補償/不補償、返還給付/免返還給付等。

「金錢或可分物授益行政處分」，聯邦行政程序法第 48 條第 2 項第 2 句（§ 48 II S. 2 VwVfG）於「已消費」及「作成難以回復之財產處置」二種情況下，推定受益人之信賴利益較公益更值得保護。

（2）信賴值得保護但信賴利益未顯然大於撤銷所維護之公益：得（溯及或不溯及）撤銷但應補償信賴利益之損失

若受益人雖然具備行政程序法第 117 條但書第 2 款三要件中的（1）、（2）兩項兩要件（換言之，已有信賴表現、且其信賴值得保護）；但於信賴利益與公益衡量時，不符合「信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益」之要件，行政機關得將之撤銷。若該授益行政處分因而被撤銷，此時依據行政程序法第 120 條之規定，為撤銷之機關應給予受益人信賴利益之損失補償。

既然個案中經過法益衡量，行政機關認為本案受益人之信賴利益並未顯然大於撤銷所欲維護之公益，則其得撤銷該違法行政處分，更精確的說，行政機關擁有撤銷該行政處分之裁量權。

依據行政程序法第 118 條之規定，行政機關撤銷違法行政處分後，該行政處分原則上溯及既往失其效力。但得基於下列因素，例外的不使該行政處分溯及既往失效，而由行政機關另定失效日：

A.維護公益。例如主管機關撤銷校長任命案，為了不使該校長先前所為之諸多校務決定失效而影響學校之運作。

B. 避免受益人之財產上損失：先前提及，行政機關之所以得撤銷違法行政處分，係因為經過法益衡量，認為信賴利益並未顯然大於撤銷所欲維護之公益。而即使行政機關行使裁量權之結果決定將違法行政處分撤銷，仍得基於避免受益人蒙受損失的考量，另定失效日。由此可知，處理違法行政處分撤銷事件時，不僅是否撤銷這點仰賴法益衡量，是否溯及失效亦須以法益權衡為基礎。例如前引思考導引案例中，海巡署海洋巡防總局於發現甲有誤領加給的情事後，為顧及當事人信賴利益之保護，僅向未來停發加給（向未來撤銷加給之核定），而未溯及既往撤銷違法之加給核定，使當事人免予返還已受領之加給。

前文所謂另訂失效日，係針對連續或繼續之給付法律關係下，撤銷授益行政處分而言。簡言之，在行政程序法第 118 條的規範下撤銷違法行政處分可能的失效模式如下：

A. 自撤銷時起向未來失效；

B. 自未來某個時點起失效；

C. 完全溯及既往失效；

D. 不完全溯及既往失效（僅回溯至過去某個時點起失效）。

若係撤銷「連續之金錢或可分物授益行政處分」（具有持續效力之行政處分，Dauerverwaltungsakt），在進行公私法益衡量時，德國學說認為，可分為「回溯過去」與「向未來」二部分來討論。「回溯過去」的部分，由於當事人已經受領、甚至消費該利益，因而傾向於給予當事人信賴利

益之保護；至於「向未來」的部分則傾向於維護公益[18]。簡言之，若係撤銷「連續之金錢或可分物授益行政處分」傾向於「不溯及既往撤銷」的選項。

（3）信賴不值得保護：得溯及既往撤銷、無須給予補償、甚至應請求返還給付

承前文所述，若當事人因有行政程序法第 119 條所列 3 種情形之一，即應認為其信賴不值得保護，此時依據行政程序法第 117、118、120 以及 127 條之規定，行政機關得將系爭行政處分撤銷，無須給予其信賴利益損失補償（因為請求損失補償的前提是當事人之信賴值得保護）。也由於當事人之信賴不值得保護，依據行政程序法第 118 條規定之解釋，於此情形被撤銷之行政處分，因為不具有例外事由（維護公益或維護當事人值得保護之信賴），應溯及既往失其效力。又既然該行政處分已經溯及既往失其效力，依據該行政處分所為之給付，已然喪失正當性，成為不當得利，受益人負有返還受領物之義務（行程 127、130）。

當被撤銷者為「金錢或可分物之授益行政處分」時，受益人應否返還受領物、以及應如何返還受領物之問題，在實務上衍生不少爭議。以下便以此種案例類型為對象，探討受益人返還義務之課題。

三、「金錢或可分物之授益行政處分」因撤銷而溯及失效時之給付返還問題（行程 127）

若授益行政處分之授益內容係「一次或連續之金錢或可分

[18] Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., 2010, § 48, Rn. 93.

物之給付」，經撤銷而溯及既往失效，受益人應返還基於系爭授益行政處分所受領之給付（行程 127 I）；至於返還範圍則準用民法有關不當得利之規定（行程 127 II）。相關問題以下分述之。

（一）金錢或可分物之給付

行政程序法第 127 條單獨針對「金錢或可分物給付」之返還義務加以規範；第 130 條則規範其他類型給付之返還義務。所謂「可分物給付」係由德文 teilbare Sachleistung 直譯而來，其意涵主要係指「可替代物之給付」（Leistung vertretbarer Sachen）。但少數情況也包含不可替代物，但就「使用該標的物之時間」的角度來看，係「可分的」，例如職務宿舍[19]。換言之，此處所規範之給付類型皆具有財產價值；而與行政程序法第 130 條所規範之證書等特定物截然不同。

當給付內容為具有財產價值的「金錢或可分物給付」時，行政機關處理「違法授益行政處分」之方式與其他類型之授益行政處分有所區隔。當行政機關認為受益人之信賴在某種程度上值得保護，其調控的選項應該是「（溯及或不溯及）撤銷」或「不撤銷」；而不存在「撤銷但給予損失補償」的選項。

（二）一次或連續之給付

雖然行政程序法第 127 條將一次與連續之「金錢或可

[19] Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., 2010, § 48, Rn. 90. Müller, in: Bader/Ronellenfitsch, VwVfG, 2010, § 48, Rn. 50 f.

分物給付」並列，並未區分撤銷後返還義務之內容；但「一次給付」與「連續給付」之授益行政處分在撤銷後之給付返還問題略有不同。就連續給付之授益行政處分而言，可能的撤銷失效模式包含撤銷「溯及失效」與「向未來失效」等模式，已如前述。

行政程序法第 127 條係針對「完全溯及既往失效」以及「不完全溯及既往失效」二種案例類型加以規範。此二種案例類型下行政處分失效之範圍不同，受益人返還義務當也不同。

至於一次給付之授益行政處分，情況較為單純，僅有「撤銷」與「不撤銷」二種選項：前者有返還義務的問題，後者則無。換言之，對於一次性給付的授益行政處分而言，無庸特別強調「撤銷且溯及既往失效」，但其仍有行政程序法第 127 條之適用。

（三）返還範圍準用民法不當得利之規定

1. 二階段或三階段調控模式

在經過「撤銷/不撤銷」以及「溯及失效/不溯及失效」二個調控階段，若行政機關決定將違法授益行政處分溯及既往撤銷，行政程序法在處理給付物返還義務的範圍時，援用民法有關不當得利之規定。

民法有關「不當得利返還範圍」之規範，主要是民法第 181 條至第 183 條之規定，其中又以民法第 182 條之規定最值得注意。因為依據該條規定，在受領人不知該項利益之受領係「無法律上原因」的情況下，所受領之利益已

經不存在時，免負返還義務（民法 182 I）。反過來說，不當得利返還義務之存在，以受領人自始知道該項利益之受領欠缺法律上原因，或者雖然係嗣後知悉，但知悉時尚存有利益，為前提。在自始知悉的案例類型，就以受領之利益為返還之範圍，並附加利息；在嗣後知悉之案例類型，即以知悉時尚存餘之利益為返還範圍，同樣應附加利息。

於此應該思考的問題是，行政程序法第 127 條第 2 項聯結民法第 182 條所建立的「不當得利返還範圍思考模式」，是否繼「撤銷/不撤銷」以及「溯及失效/不溯及失效」二個調控階段之後，擔任第三階段的調控（三階段調控模式）？或者可以認為，應以行政程序法本身所建立的「撤銷/不撤銷」以及「溯及失效/不溯及失效」二個調控階段為主（二階段調控模式）？

為了回答上述問題，本文以下先比較行政程序法與民法相關制度的考量因素。行政程序法所建立的「撤銷/不撤銷」以及「溯及失效/不溯及失效」二個調控階段，所考量之因素如下：

（1）受益人之信賴是否值得保護；

（2）受益人信賴利益與撤銷所欲維護之公益間的衡量。

至於民法第 182 條在界定不當得利返還範圍時主要考量的因素則是：

（1）受領人是否知悉利益之受領「無法律上之原因」；

（2）所受領之利益是否仍存在。

針對第 1 點的比較吾人可以發現，雖然民法未將「受

益人有詐欺、脅迫行為」這點列為考量因素，但可由「知無法律上原因」加以含括。此外，民法也未將「受益人提供不實資料或為不完全陳述」這點納入考量。最後，民法未將「因重大過失而不知無法律上原因」列為不利於受領人之事由；但行政程序法第 119 條第 3 款後段將之納入。

針對第 2 點，行政程序法引領執法者進行「信賴利益與公益」（宏觀）之衡量；民法則微觀地以所受領之利益是否存在為依歸。

經由上述比較可知，在受益人之信賴是否值得保護的考量方面，整體而言，行政程序法較民法深入而細微；不過，我國行政程序法並未明文將「所受領之利益是否仍存在（是否已經消費）」作出有利於受益人之評價，對於受益人較為嚴苛。而如後文所述，德國聯邦行政程序法第 48 條第 2 項第 2 句則明文將「受領之給付已經消費殆盡」或「已作出難以回復之財產上處置」推定為值得保護之信賴。德國立法例似給予受益人較為優厚的信賴保護。

綜合以上所述，我國行政程序法第 127 條第 2 項準用民法不當得利返還範圍之規定，可以在具體個案中彌補我國行政程序法，針對受益人已消費「金錢或可分物給付」或對之作成難以回復之重大處分時，保障不足之缺憾。但本文認為，應建立二階段的調控模式，而非採取三階段的調控模式。換言之，若受益人已經將所受領之利益消費殆盡，應將這點納入「撤銷/不撤銷」以及「溯及失效/不溯及失效」二個調控階段來考量；而非於其後另外進行第三階段、以行政程序法聯結民法不當得利返還範圍相關規定

為內容的調控模式。因為行政程序法有關授益行政處分撤銷制度的調控模式，比民法更能反映出行政法事件的需求與特質，應直接以行政程序法相關規定取代民法第 182 條之規定[20]。

2.所受利益已不存在時之返還義務

所謂「所受利益已不存在」，依據我國實務見解，若受領物為金錢或可分物時，並非單純指該項受領物已經消費而言，因為單純的消費並不影響當事人財產利益增加之事實。請參見最高法院 41 年台上字第 637 號判例：「民法第 182 條所謂其所受之利益已不存在者，非指所受利益之原形不存在者而言，原形雖不存在，而實際上受領人所獲財產總額之增加現尚存在時，不得謂利益已不存在。」並請參見最高行政法院 95 年度判字第 984 號判決：「查被上訴人受領溢領部分之補償費為金錢，具有高度可替代性及普遍使用性，一旦領取歸入被上訴人之財產內，難以判斷其不存在。且被上訴人領取後總財產增加，縱因日常生活支用一空，對應免除其他金錢支用，受領溢領部分之給付，實際上獲致財產總額之增加現尚存在。是被上訴人雖抗辯日常生活支用溢領補償費一空，法律上論斷其所受溢領部分之利益仍然存在，自不得以利益不存在而免返還。」此一見解對受益人極為不利。

有學說認為，以「受領利益已不存在」為由，免除返還義務，係民法著眼於私人間法益權衡之規定，若以行政

[20] 並請參見林明昕，公法上不當得利之研究——以行政程序法第一百二十七條規定為中心，輔仁法學第 35 期，2008 年 6 月，頁 40 以下。

法事件涉及公法法律關係而言，並不當然合宜。又，國家或行政主體基於依法行政原則，不得主張所受領之利益已不存在而免返還義務；更清楚的說，行政機關相互間不得主張信賴保護[21]。

至於若受益人為人民時，「所受領之利益已經消費殆盡」的考量一方面被行政程序法第 127 條第 2 項所準用；再者，純就事理而言，「消費所受領之利益」亦屬一種信賴表現，如果當事人別無其他顯然的惡意事由，不應當然排除評價為值得保護之可能。但若如德國立法例一般，明文將之推定為值得保護，似又有保障過度之虞。折衷的作法是，當行政機關在斟酌是否撤銷該授益行政處分、是否應使其溯及既往失效時，應適度的維護受益人針對「金錢或可分物給付」所為之消費或處分，納入整體評價。

四、德國聯邦行政程序法「違法授益行政處分撤銷」制度之比較

我國行政程序法針對「違法授益行政處分撤銷制度」中有關「信賴是否值得保護」之規定，並未依據「授益之內容」區分為「金錢或可分物之給付」或「其他給付」而為不同之規定；且僅有負面列舉信賴不值得保護之情形，而未有正面列舉信賴值得保護之情形。就此部分，德國聯邦行政程序法第 48 條均有所規範。為了借鏡德國行政程序法處理違法授益行政處分事件之經驗，本文以下引介德國聯邦行政程序法之相關規定，期能於我國實務在處理違法

[21] 林錫堯，公法上不當得利法理試探，收於：當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002 年，頁 277 以下；Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., 2010, § 48, Rn. 94.

授益行政處分撤銷事件時提供解釋上的助益。

（一）德國聯邦行政程序法第 48 條所稱「信賴值得保護」包含「公私法益衡量之結論」

德國聯邦行政程序法（以下簡稱「德行程」）第 48 條規範違法行政處分撤銷之問題，我國行政程序法第 117 條與 119 條之規定，即參酌了「德行程」第 48 條之規定。我國行政程序法在規範受益人之信賴是否應受保障的問題時，繼受了德國行政程序法所使用 schutzwüridig（值得保護）的概念，而於第 117、119、120 等條文中納入「信賴不值得保護」的用語。但我國行政程序法「信賴不值得保護」（或者其反面概念「信賴值得保護」）之意涵，與德國聯邦行政程序法不同。因為德國法上所謂「信賴值得保護」，不僅指受益人之信賴在主觀上係善意、且無可歸責之事由，並且含括了「經過信賴利益與公益衡量後認為信賴利益較值得保護」的意義[22]，這點與我國法的思維明顯的不同，詳見以下所述。

（二）單獨規定「金錢或可分物授益行政處分」之撤銷（§ 48 II VwVfG）

「德行程」第 48 條第 2 項規定：「以一次或連續的金錢給付或可分物之給付為內容或作為此種給付之要件的違法授益行政處分不得予以撤銷，若受益人已信賴該處分之存續，且其信賴與撤銷所欲維護之公益相權衡之下係值得保護的（第 1 句）。以下情形受益人之信賴原則上值得保護：

[22] Meyer, in: Knack/Henneke, VwVfG, 9. Aufl., 2010, § 48, Rn. 93.

1. 受益人已經消費所受領之給付；或

2. 受益人已作出財產上的處分，且該處分無法撤銷或必須付出難以期待其忍受的代價才能撤銷時（第 2 句）。受益人有以下各款情形之一時，不得主張信賴保護：

1. 以詐欺、脅迫或賄賂促使行政處分之作成；

2. 因所提供之資料或所為之陳述有相當大之部分不實或不完整，致使行政機關依據該資料或陳述作成行政處分；

3. 明知行政處分違法或因重大過失而不知（第 3 句）。於第 3 句之情形，行政處分被撤銷後原則上溯及既往失其效力（第 4 句）。」

「德行程」第 48 條第 3 項規定：「第 2 項以外之其他違法行政處分被撤銷時，若當事人之信賴與公益權衡之後係值得保護，行政機關應依申請給予當事人因信賴該行政處分之存續而蒙受財產損失（第 1 句）。第 2 項第 3 句之規定準用之（第 2 句）。前述財產損失之金額不得逾越行政處分存續時當事人所可獲得之利益（第 3 句）。應給予補償之財產損失金額由行政機關核定（第 4 句）。損失補償請求權自行政機關告知其事由時起，因 1 年間不行使而消滅（第 5 句）。」

在「德行程」第 48 條規定中，「以一次或連續之金錢或可分物之給付為授益內容之行政處分」（第 2 項）以及「其他行政處分」（第 3 項）被分別規範。特別是有關當事人之信賴是否值得保護之問題，此二類行政處分有不同之規範

（詳後述）。於此應先說明的是，「德行程」第 48 條中所稱之「信賴值得保護」（Vertrauen is schutzwürdig）之概念，與我國行政程序法略有不同。

如前文所提及，我國行政程序法第 117 條與第 119 條所稱「信賴不值得保護」，僅係指當事人主觀上有惡意之情事；相反的，「德行程」第 48 條第 2 項與第 3 項所使用「信賴值得保護」之概念，不僅指當事人之善意，尚且包含信賴利益與公益衡量後，認為「當事人的信賴利益」較「調整信賴基礎所欲追求的公益」更值得保護之評價。

「德行程」第 48 條之所以將「金錢或可分物給付之授益行政處分」與「其他行政處分」分別規定，係因為不論是金錢或可分物（亦即「可替代物」），均具有財產價值，因而在考量是否撤銷時，並不存在「撤銷但給予財產補償」之選項（因此德行程第 48 條第 2 項並無有關撤銷但給予補償之規定；但同條第 3 項則有所規定）；而係在「撤銷」或「不撤銷」之間斟酌[23]。此外，針對「金錢或可分物給付之授益行政處分」受益人之信賴是否值得保護的判斷，也因為此類授益行政處分之給付內容具有消費性，可能因消費而不復存在，必須給予特別之信賴保護。且此類行政處分若不撤銷，其所可能影響之公益主要在於政府的財政利益，與其他種類的行政處分可能衝擊重大公共利益，有所

[23] 有學者認為，此時仍有補償的問題，只不過「補償請求權」可能與「返還義務」相互抵銷。程明修，行政程序法下蒙塵的信賴保護與加持的公法上不當得利返還請求，發表於「教師權益之多元救濟途徑學術研究暨實務研討會」，教育部主辦，2007 年 11 月 5 日，於台大社會科學院。

不同[24]。因而在信賴利益與撤銷所欲維護之公益進行衡量時，「金錢或可分物給付之授益行政處分」有必要單獨規定，當受益人已經消費或作出難以回復的處分時，給予受益人之信賴利益較高的保障。

基於此一想法，「德行程」第 48 條第 2 項第 2 句將「受益人已經消費所受領之（金錢或可分物）給付」之情形，推定受益人之信賴值得保護。於此吾人察覺德國立法例有我國行政程序法所無之三點特徵：

1. 將「金錢或可分物給付之授益行政處分」與「其他行政處分」之撤銷制度分別規定；
2. 將「受益人已經消費所受領之（金錢或可分物）給付」或「已作出難以回復之財產上處分」之情形，推定受益人之信賴值得保護。
3. 如前所述，所謂「信賴值得保護」之概念不僅指涉受益人之「善意」，也包含「信賴利益與公益衡量後之評價」。

究竟德國立法例此一立法模式之利弊得失為何？值得吾人密切關注。特別是由於本文思考導引案例即係起因於撤銷「金錢或可分物給付之授益行政處分」，所引起之「給付（不當得利）返還問題」。

（三）簡評

綜合以上所述，我國行政程序法第 117 條第 2 款規定

[24] Kopp/Ramsauer, VwVfG, 10. Aufl., 2008, § 48 Rn. 84, 133；孫迺翊，社會福利行政中受益人之信賴利益保護—以德國社會行政程序法為借鏡，發表於第八屆「行政法實務與理論學術研討會」，最高行政法院等主辦，2008 年 12 月 6 日，於台大法律學院。

所建構的思考模式，「信賴是否善意（值得保護）的判斷」與「公私法益衡量」是二個分開的審查步驟；「德行程」第48條第2項所稱「信賴值得保護」則包含「信賴是否善意的判斷」與「公私法益衡量」二部分。本文認為我國行政程序法所建構的思考模式層次井然、合乎事理邏輯，較值得贊同。尤其我國行政程序法第117條以下之規定將「信賴是否值得保護」的判斷與「公益與私益衡量」分開，使人民主張信賴保護請求權的要件單純化。「信賴是否值得保護」作為主張信賴保護的要件只需考量受益人是否為善意以及有無可歸責之事由；至於「公益與私益衡量」的結果則是作為選擇「信賴保護方式」的依據，不應與「信賴是否值得保護」的問題混為一談。

至於「德行程」第48條將「金錢或可分物給付之授益行政處分」與「其他行政處分」之撤銷制度分別規定這點，則頗值得吾人參考。因為如前文所述，「金錢或可分物給付」本身即具有財產價值，並不存在「撤銷但給予補償」之選項；而係在「撤銷與否」以及「如何撤銷」之間作抉擇。且此類行政處分若不撤銷，可能影響之公益主要是政府的財政利益，與其他種類的行政處分有別，所依據的規範邏輯與「其他類型行政處分」之撤銷不同，有分別規範之必要。但德國立法例將「金錢或可分物給付已經消費」或「已作出難以回復之財產上處分」二種情形，一律推定為信賴值得保護，對於受益人之信賴利益似有保護過度之嫌。

參、保訓會與行政法院實務見解之觀察與評析

一、實務案例觀察

在我國人事行政實務上，當授益人事行政處分被認為有違法事由時，往往被溯及既往撤銷[25]，並同時向受益人索還因授益行政處分撤銷而成為不當得利之給付。整體而言，現行實務對於受益人相當嚴格[26]，其所憑據之論述主要有以下幾點：

1. 受益人若欲主張信賴保護以排拒行政機關撤銷違法行政處分，必須有信賴表現；而當事人面對違法之（加給、俸級等）核定處分，並未有具體之信賴表現。請參見最高行政法院 95 年度台上字第 1210 號判決：「惟其既無於領取第一級警勤加給後，另有安排規劃或信賴之行為，而產生預期之利益，其僅單純的予以消費，尚難認其已有信賴表現之行為，尚與信賴利益保護之要件不符。」另亦請參見最高行政法院 91 年度判字第 1632 號判決：「查台南市政府於 74 年間對於被上訴人提敘一級核定薪

[25] 僅有少數案件原處分機關為顧及信賴保護，援引行政程序法第 118 條之規定，作成撤銷但不溯及既往之決定，使受益人得保有其所已經領受之給付，請參見最高行政法院 96 年度判字第 1223 號判決。

[26] 請參見程明修，行政程序法下蒙塵的信賴保護與加持的公法上不當得利返還請求，發表於「教師權益之多元救濟途徑學術研究暨實務研討會」，教育部主辦，2007 年 11 月 5 日，於台大社會科學院。但依據該文之檢索資料顯示，改制前的行政法院曾於 89 年度判字第 1103 號判決中表示，為顧及受益人之信賴利益，違法加給核定即使應予撤銷，亦不得溯及既往失效，而責令受益人返還：「基於前揭行為時公務人員俸給法第 15 條之規定，暨全國軍公教員工待遇支給要點與函釋等行政命令之意旨，並符法令適用之平等原則，被告將未符法令之主任兼職之主管職務加給之行政處分予以撤銷，本無可議，但原告所兼主任職務之主管職務加給，係按月連續給付之金錢，又係原告信賴被告之決定存在，已就其生活關係作適當之安排，揆諸首開說明，被告於撤銷違法之授予利益之行政處分之效力，不宜溯及既往，即不應責令原告將前已支領之 85 年度主管職務加給返還，以保障原告既定之生活安排不致遭受無從預測之損害。」但其後此類見解幾乎未再出現。

額 190 元之敘薪處分，固足為信賴之基礎事實，然此敘薪處分，僅供敘薪機關日後作為繼續敘薪之基礎，被上訴人並無從因信賴此敘薪處分而作何處置或安排，難認有客觀上具體表現其信賴之行為，並無信賴保護原則之適用。」

2. 受益人服公職多年，對於各項加給給付標準知之甚詳，因而即便非明知該加給核定違法，亦屬於因重大過失而不知。請參見最高行政法院 95 年度台上字第 1210 號判決：「查上訴人等服務警界多年，對於上開有關警勤加給之規定，應在其可得知悉之範圍，是本件雖尚難認上訴人明知調派支援勤務指揮中心、外事科不得支領第一級警勤加給，惟衡情其不知悉仍有重大過失。」

3. 將違法授益人事行政處分撤銷，雖然將衝擊當事人之信賴利益，但卻可以維護公務人員任用及俸給制度之公平性與一致性，相較之下，後者之公益更值得保護，因而仍應將之撤銷。請參見保訓會(98)公審決字第 350 號復審決定書：「又依卷雖未見復審人對上開錯誤銓敘審定之作成，有行政程序法第 119 條所列信賴不值得保護之情形，惟以銓敘部所為銓敘審定，具維護公務人員任用及俸給制度公平性及一致性之公益，其公益應大於私益。爰銓敘部以 98 年 6 月 30 日部特二字第 0983079781 號函，撤銷該部 97 年 4 月 9 日函誤將復審人銓敘審定為薦任第八職等年功俸四級 590 俸點之處分，核與信賴保護原則無違。」另請參見保訓會(98)公審決字第 305 號復審決定書：「復審人之信賴利益必須顯然大於撤銷所欲維護

之公益，始不得撤銷，以復審人溢領之主管職務加給，經與公務人員加給制度之公平性、貫徹依法行政原則及政府財政等公益衡酌，復審人主張之信賴利益並非顯然大於撤銷所欲維護之公益，是本件應無行政程序法第117條第2款不得撤銷規定之適用。」

4. 受益人超額受領之各項費用，即使已經消費、支出，依我國通說認為，其所受利益並非已不存在，受益人仍有返還義務。請參見最高行政法院98年度台上字第564號判決：「上訴人受領溢領部分之補償費為金錢，具有高度可代替性並及普遍使用性，一旦領取歸入上訴人之財產內，難以判斷其不存在。且上訴人領取後總財產增加，縱因日常生活支用，對應免除其他金錢支用，受領溢領部分之給付，實際上獲致財產總額之增加現尚存在。」

二、評析—代結語

「信賴保護原則」的理念並不難理解，但欲妥適的落實此一原則卻不簡單，不論人民信賴的對象是「抽象的法規範」或「具體個案的行政行為」，皆係如此。以本文所關懷的課題—授益人事行政處分（給付性行政處分）撤銷—而言，不僅牽涉到受益人之信賴利益，也須同時顧及公行政體制的一致性、穩定性、平等原則、公部門財政負擔、社會觀感、杜絕人為刻意操弄圖利等觀點，欲求其面面俱到，並不容易。

本文嘗試釐清授益行政處分撤銷的思考路徑與模式，期使此類案件的處理較為周延。比對相關實務見解與本文整理所得之思考架構可知，目前相關案件的處理，有些許

不足之處。就此問題本文的總結性觀點整理如後：

1. 本文主張，金錢或可分物授益行政處分撤銷案件採二階段處理模式，即分為「撤銷/不撤銷」以及「溯及失效/不溯及失效」二個調控階段（至於所受領利益是否仍存在，則融入此二階段考量）。但現行實務多數案件並未明白針對後者（是否溯及失效）加以審酌、裁量。實務文書的字裡行間似乎潛藏著「撤銷就必然溯及失效」的認知；而忽略了行政程序法課予行政機關針對是否溯及既往失效問題的裁量權與裁量義務。

2. 本文在註 15 的段落中曾指出，在衡量信賴利益與撤銷所欲維護之公益時，應考量的諸多因素，例如撤銷該授益行政處分對於受益人之影響、不撤銷行政處分對於公眾或第三人之影響、行政處分的違法原因是否可歸責於受益人、所受利益額度之大小、行政處分違法性的明顯程度、行政處分作成時所經的程序、行政處分發布後所經過的時間、受領人之個人情狀等。總之如前文所述，信賴保護原則的操作仰賴細密而周延的思慮；但相關實務案件的論證過程，卻略顯簡單。如此一來，恐影響其結論之說服力與準確性。

3. 最為棘手的問題是，在金錢或可分物授益行政處分撤銷事件中，受益人若已消費其所受領之給付，或者對此作成難以回復之處分，是否應即優先保障受益人之信賴利益？對此本文認為，首先應承認消費所受領之金錢或可分物給付亦為一種信賴表現；其次，應在德國立法例（原則上保障信賴利益）與我國現行實務（通常不保障信賴

利益）之間，採折衷方案。換言之，應依具體個案中的種種情事，進行綜合判斷與通盤衡量，來決定究竟是「撤銷且溯及失效」、「撤銷但不溯及失效」或者「不撤銷」。

4. 更進一步的說，雖然金錢給付的消費使用，難以簡單的視為「利益的耗盡」，在此一觀點下，本文贊同最高行政法院的一貫見解（「溢領部分之補償費為金錢，具有高度可代替性並及普遍使用性，一旦領取歸入上訴人之財產內，難以判斷其不存在……」，詳見前引實務見解）。但難以判斷並不表示無法判斷，若此類給付之額度不大，給付後已經過相當長的時間，而行政處分的違法性並不明顯，且其違法事由不可歸責於受益人，再加上受益人經濟條件並不理想等條件匯聚之下，應傾向於給予當事人信賴保護、而不撤銷該違法行政處分，或者撤銷但不溯及既往失效。

＜研討紀錄＞

主持人:邱考試委員聰智

報告人:林三欽(東吳大學法律系教授) 詹鎮榮(政治大學院教授)代為宣讀

與談人:劉宗德(政治大學院教授)

主持人（邱聰智考試委員）:

主任委員、報告人林三欽林教授、與談人劉宗德劉教授，在座各位與會先進，大家早安！大家好！我想在座各位都是人事政法制方面的專家，我想我個人今天有機會來參與這個研討會學習，所以很多話就不多說。不過，從今天主辦的相關單位關院長、張主委，還有專題演講的陳春生大法官都特別提出，人事行政的法治化是治理的治，不是制度的制，還有公務人員保障的權利化，救濟程序的權利化，我想這是最近行政法學界的新興課題。今天的三個專題可以說是都非常具體，而且非常的重要的尖端題目。我們今天報告的林教授跟與談人劉教授，都是很難得一見的大師，照理講是不需要再介紹的，不過這是程序基本權，所以我還是很簡單作一個介紹。報告人林教授是德國哥廷根大學的法學博士，目前是東吳大學的教授，他專攻憲法、行政法與國家賠償法，特別是跟今天主題有關的授益處分的撤銷跟信賴保護的相關問題，而且不只相關，兩者交替的課題都發表一系列的論文，今天更進一步從人事行政的角度來著力。我想他從德國的制度對我國目前的實務與學理的通說有深入的見解。不過，由於林教授今天感冒無法

發聲，故請詹教授來代為論文的宣讀。與談人劉教授我想在座各位都很清楚，我也與他相交多年，可說是國內公法學的一級大師的尖端者之一。兩位行家出手絕對是精采可期，我就不浪費大家時間，現在就可以開始請報告人（代為宣讀）詹教授發表論文。

報告人林三欽教授（詹鎮榮教授代為宣讀）：

主持人、與談人，還有在座的各位先進、貴賓，大家好！由於林教授因重感冒，在發聲上有困難，故由本人代為宣讀林教授之大作。

本論文旨在論述信賴保護原則於公務人員事件上之適用問題。論文鋪陳之脈絡，首為介紹信賴保護原則於我國現行憲法與行政法之學理及實務發展情況，進而開展出有關於信賴保護和依法行政兩個法益衡量之間的準據，最後一個單元則是嘗試從比較法的角度探討德國的聯邦行政程序法關於金錢與可分物返還的相關問題。由於本研討會的屬性，以下環繞的議題大概都是以人事的違法授益行政處分為主要的例子，問題的思考大概誠如各位在報告當中所提到的涉及職務加給的違法溢領經撤銷後要不要返還的爭議。這個部分在後面由林教授所附的保訓會的復審決定裡面也有涉及到類似的問題，這就是本篇論文最主要的問題意識以及我們要解決的部分。首先就違法授益行政處分所涉及的法律問題不外乎最核心的就是信賴保護原則的適用。

有關於信賴保護原則的操作，目前學界的通說大概有三個主要的構成要件，依序是信賴基礎、信賴表現 信賴是

否值得保護，當這三個要件該當時，我們就可斷定信賴是值得保護的。進而開始做後續跟公益之間的衡量，通常在有關於信賴保護原則的操作不外乎是涉及到授益的行政處分，在本篇論文裡是環繞在違法授益行政處分的撤銷。這部分尤其是在行政程序法第 117 條闡釋一個很重要的思考脈絡，除了第 1 款有關於因公益而撤銷有重大危害而不得撤銷之外，與本議題有重大關聯性的是第 2 款的部分，授益行政處分的受益人沒有信賴不值得保護的時候而信賴利益又顯然大於公益時，法定明文授益行政處分是不是得予以撤銷。因此，我們若依循此構成要件的脈絡來操作的話，違法的授益行政處分是一個信賴基礎，信賴的表現在金錢或可分物上通常是有消費行為或利用的行為，這部分稍後會有更進一步的探討。有關於金錢的消費到底是不是一種信賴表現，這部分在實務和學理略有爭執。

最主要的環繞爭議點在於信賴是否值得保護的部分，我們在行政程序法第 119 條負面表列了 3 款關於信賴是不值得保護的情況，例如，以詐欺脅迫導致行政機關作成授益行政處分，或者是受益人提供不正確的資訊乃至於因故意或重大過失而知道授益行政處分乃違法情事。在這樣的一個基礎認知後，當信賴利益存在時，是不是就意味著違法授益行政處分當然的不能撤銷，或者基於公益的考量就必然的是可以撤銷。

緊接下來就是在論文第 7 頁以下關於信賴是否值得保護跟跟法益兩者間衡量的可能選項。本文提出幾個思考模式，第一個不外乎排列組合的結果是得撤銷或不得撤銷，

第二個基準是萬一撤銷了以後，他撤銷的失效時點是溯及地失效還是不溯及地失效，第三個判準是當信賴是值得保護而被撤銷時，到底行政機關要不要予以受益人損失補償，也就是是否補償的思考點。最後，由於行政程序法法規範的操作跟結構的規範他會準用到民法不當得利的相關規定，所以就會涉及到民法第 182 條裡面有關於所受利益不存在的時候，到底有沒有返還利益的問題。

誠如各位在論文中所看到的，報告人提出幾個選項作為調控的基準，在這樣的基準下，當受益人值得信賴時，若要讓受益人保有已受領的給付，行政機關大概有下列三種操作模式。第一種是單純的不去撤銷授益的行政處分。第二種是撤銷但不讓授益的行政處分溯及既往的失效。第三種是雖然將授益行政處分撤銷而使其溯及既往的失效，可是準用民法不當得利規定的結果認為當事人是無須返還所受的物品或金錢，這是在邏輯思考上大概會有的排列組合方式。

因此，以下的關鍵是兩者之間，也就是撤銷不撤銷或溯及既往和不溯及既往之間衡量的基準究竟何在?在這裡，衡量基準除了在行政程序法所揭示的為了維護公益而撤銷外。事實上，這裡所謂的公益，從實務上來看，不外乎有兩個面向的思考。第一個面向是合法狀態的維繫，也就是依法行政原則的捍衛，另外一個所謂的公益就是避免行政機關為不必要的支出，這就是所謂的財政利益的考量。所以，環顧目前實務上的操作，即便人民有信賴保護的利益，但是行政機關依舊把違法的授益行政處分撤銷，

所謂的公益最主要環繞依法行政和國家的財政利益面向上。

事實上，除了以上的考量之外，下列的因素應該在具體個案中一併的考量，例如，撤銷該授益行政處分對受益人有何影響，或者是說違法授益行政處分違法明顯的程度，或者是做成時所依循程序的嚴謹度，例如，有沒有經過聽證程序，有無給予人民陳述意見的機會，還有這個違法授益行政處分他做成的期間，經過的時間，譬如 3 年前的違法授益行政處分和 10 年前的違法授益行政處分，他的撤銷考量會不會列入一個很重要的基準點，或者是受益人所受利益的大小狀態乃至於個人的情境，譬如說受益人的學歷、社會背景或地位等等，報告人認為在案例當中應更細膩的加以審酌。所以在這樣的調控模式以後，我們就會提出一些調控因素，以下就分不同的情況來做思考。

第一個情況不外乎是受益人的信賴是值得保護的，而且他的信賴利益顯然大於公益，在這樣事況的前提之下，我們得出的結論當然是一個不得撤銷的情況，維持信賴利益受益人的程序保障。第二種情況是信賴雖然值得保護，但信賴利益並未明顯的大於想要撤銷他維護的公益，這個時候是得溯及或不溯及既往的撤銷，但因人民有信賴利益的存在，所以行政機關應該要給予損失的補償，尤其是在連續性或繼續性的給付關係。從比較法的觀點來看，這裡就會區分兩個比較細膩的觀點。第一個從撤銷時點往回看，對於過去所得的部分，基本上德國法傾向保護受益人，也就是不讓已受領的利益加以返還。第二個是向未來思

考，從撤銷時點以後並不溯及既往的往前，而是從那時點開始，不再為相關金錢與可分物的給付。第三種情況不外乎就是信賴是不值得保護的狀況，此情況下，法律操作的結果是既可以溯及既往地將違法的授益行政處分撤銷，而且也無須給予補償，甚至進一步可以請求所受利益的返還。大概有以上三種不同情況。

接下來就聚焦在有關於金錢或可分分物的授益行政處分的案例類型上，也就是本文一開始提及關於加給或津貼的給付，因為這是一個違法授益，譬如本來不得請領主管津貼，發放以後才將之撤銷，這就是屬於金錢性質的授益行政處分。這個性質的授益行政處分跟其他類型的授益行政處分其實在法學的評價上面是可以分別操作，最主要的原因是卡在可分物或可替代物，還有涉及到抵銷費或已花用是不是一種信賴的表現，會有這樣一個特殊的法律上思考。

接下來，這議題的核心問題是究竟要採取兩階段式操控模式還是三階段的思考。所謂的兩階段的思考就是說在人民有信賴利益的情況下，到底是要撤銷還是不撤銷，如果要撤銷的話是溯及還是不溯及地失效。三階段的思考則是進一步把準用民法第 182 條有關於所受利益不存在，受益人抗辯說所領的主管津貼因生活所需都花掉，這到底算不算是一個獨立的判準，能不能在本論文所要探討的問題上居一關鍵地位。報告人最主要的立場是認為用二階段的調控模式即為已足，也就是撤銷不撤銷與溯及不溯及失效的思考方式。

在這樣的脈絡下，緊接著當然就會衍伸一個問題，受益人所受利益萬一已不存在的時候，他到底還要不要負返還的義務，還是要如同民法第 182 條關於不當得利規定的模型是無需負返還義務。這當然會涉及到行政程序法關於信賴保護的立法意旨跟民法第 182 條不當得利的保護意旨有一個落差的規定，行政程序法最主要關注信賴有無保護以及公益跟私益衡量的面向；而民法第 182 條則是較注重所受利益是否存在的考慮現象。

環顧歷年來司法實務的見解，最高行政法院 95 年度判字 第 984 號曾經有這樣的見解，因為金錢具有高度的可替代性與普遍的使用性，一旦領取而劃歸為受益人的財產範圍內，即難以判斷其不存在。換句話說，因受領而使受益人總財產增加，就不能認定其所受利益不存在，這也是保訓會目前多數的看法。各位可以參考附件的決議文，有部分委員提出不同意見，在所受利益不存在的部分有不同的看法，以上是針對我國的基礎理論跟實務見解所做的闡釋。

接下來，在比較法的觀點，在「德行程」第 48 條類同於我國行政程序法第 117 條與第 119 條規定的設計裡面，不同於我國的有以下兩個關鍵之處。第一個是我國的行政程序法是把信賴是否值得保護以及後續信賴利益與公益兩者的衡量做切割的思考。也就是說當確認信賴是值得保護後，再另外操作一個程序來將信賴利益與公益做綜合考量。報告人認為在「德行程」第 48 條的規範脈絡裡，立法者已將公益與私益衡量的結果把它納入信賴是否值得保護的概念裡，把我國法後階段的利益衡量納入判斷信賴是否

值得保護的要件之一，在操作上就會有關鍵性的影響。第二個，德行程第 48 條第 2 項明文針對金錢或可分物的授益行政處分撤銷部分有不同於我國的規定。有關受益人的信賴是值得保護，第一個尤其是受益人已消費所受領的給付，也就是說當受益人將受領的給付花費就可認定其信賴值得保護。第二個狀況是受益人已做出財產上的處分，而該處分無法撤銷或必須付代價才可將其撤銷時，在此明文前提下，顯然德國法有關金錢給付類型信賴保護的情況下是傾向於做有利於受益人的設計。針對比較法的觀點，報告人提出自己的看法跟評析，他認為在我國行政程序法第 117 條跟第 119 條的規範脈絡是比較清晰的，他分為兩個不同的層次思考。第一個層次先判斷信賴是否值得保護，第二個層次再從信賴利益跟公益做一個獨立的衡量，這個部分比德國法將公益與私益的衡量放在判斷信賴是否值得保護的要件更為明確。不過在有關於金錢給付的授益行政處分撤銷之後，到底要不要返還的議題，報告人則是比較主張應該採我國法及德國法的折衷方案。德國法理念雖然比較強調對於受益人的保障，但忽略具體個案須衡的差異性。報告人較支持德行程第 48 條第 2 項，該法律明定有很大的參考價值，尤其有關於溢領加給到底要不要返還的議題上面是可以有一個很重要得參考。但並非像第 48 條第 2 項只要所受利益已花費完盡的話，就當然的是值得保護，應該要盱衡個案整體的因素來做思考的面向。報告人不贊成實務上形式化的操作，認為只要公益大於私益，即便所受領的金錢或可分物，當然可以要求返還，這是最主要的核心觀點。

最後，本文從以上的理論基礎回歸到實務案例得回饋跟分析，向來法院與行政實務的作業，只要是認為授益行政處分有信賴保護但公益大於私益應該予以撤銷，或者認為無信賴保護的適用大都是基於以下論述的觀點。第一個不外乎是認為當事人面對違法的加給或是俸給的核定處分，他並沒有具體的信賴表現。這也就是之前向各位報告的，目前實務認為金錢的單純花費並非信賴表現，因為他有總財產而且是可替代的。第二個理由是認為受益人公職多年，所以對於甚麼東西可以加給或不可加給應該很清楚，所以即便行政機關違法核定加給，雖無故意，應可認定為受益人之重大過失，據此排除信賴是值得保護。第三個理由是從公務人員任用制度及俸給制度的公平性及一致性來盱衡的結果，認為維持公務人員俸給制度的一致性與合法性是很重要的公益。因此在衡量的結果，通常會以公益大於私益而將授益行政處分予以撤銷，綜上所述是目前實務上所面臨的難題。

在這樣的事件中，我們應可參考德國法的精神有關於金錢給付的部分，採撤銷不撤銷以及溯及既往不溯及既往的思考模式做更細膩的思考，以上謝謝各位。

與談人（劉宗德教授）：

主席還有報告人、張主委、各位先進大家午安。今天這個議題我有幾個感想，第一個感想是我以為可以脫離詹鎮榮魔咒，因為我在這種場合都要評析詹教授的大作，雖然這並非詹教授的大作，但今天詹教授還是代為宣讀，不知道要打擊哪一位。有關考銓的部分有以下兩個非常好玩

的案例跟今天的議題有關，第一個我把他稱為范進中舉。有一天考選部的某一位跟我說他的榜單貼錯了，不應該上榜的貼錯了，是不是要撤銷，有無信賴保護呢？我說他行政法念得太走火入魔了，很簡單得就可以用行政程序法第 101 條用誤寫誤算處理掉就可以了，沒有信賴保護的問題。第二個是俗稱 72 烈士的早期案子，在台灣省政府的時代，警政廳報了職務列等過來，銓敘部誤核將其提高一級，其中有 72 個警察同仁不服銓敘部的重新予以修正核定，並展開了 72 烈士的行動，在座如果有人是先進大概都知道有這樣的案例。議題設計的做法是必然，因為公法中心邀請這幾位學界大老來做報告，但這個題目是李處長給的而不是公法中心，在這裡先做說明。以下提出幾個問題，然後再針對林教授的大作再做深入的請教。

首先關注在違法授益人事行政處分，但我們都知道信賴保護不限於行政處分，從一開始的司法院釋字第 525 號解釋，甚至更早，林教授在大作裡也說到，只要是公權力的行為都可做為信賴基礎，所以在這裡可能要先探討到底是針對行政處分還是針對其他公權力的行為，甚至連行政指導是否納入考慮，這是第一點來請教。第二點，礙於題目題型設計的簡單化，大作裡沒有提到單效處分跟雙效處分的問題，特別是人事的陞遷，目前是不是行政處分，中間的過程有無走行政處分的正當程序都有問題。但是今天的報告題目，很簡單的聚焦在加給的核定以及要不要命繳回，所以沒有處理到單效處分跟二重效果或是第三人效力處分的問題，這是否可以追加說明。第三點是我們就一廂情願的認為行政程序法第 117 條絕對是一個職權撤銷，但

有沒有提到他可能也是一個撤銷的義務，一定要撤銷而沒有任何判斷的餘地，在什麼樣地條件之下會發生無判斷餘地的撤銷義務，所以恐怕也不可以一廂情願的認為行政程序法第 117 條絕對就是職權撤銷的問題。第四，大作裡有提到我們到底是著重在信賴保護還是依法行政抑或是利益的衡量，這幾個都被糾雜在一起，所以我想以上的四個問題請詹教授代為回答。行政處分與其他公權力是否都可以做為信賴基礎，第二是單效、雙效或多重效以及第三人效力得問題，第三是到底是職權撤銷還是撤銷的義務，第四，要考慮的點是只有單獨所謂的公益的利益衡量或者是更大的依法行政原理還是著重在信賴保護，他的天秤以及現代意義上的應該是以何者為妥。看起來保訓會的復審決定有相當部分的委員著重在信賴保護。這個部分有關違法授益行政處分的職權撤銷也不是今天的事，大概在 50 年代，戰後的德國已經有長期草案過來了，然後才會有 76 年的行政程序法，我國的繼受已經是很後面的。在現代上的意義上，是不是這個天秤已經逐漸從依法行政或公益的衡量走向信賴的保護，單憑一分保訓會復審決定不同意見的少數意見，大概沒有辦法決定保訓會復審決定方向的改變。

林教授的大作有幾點請指教，首先，在第 5 頁括弧一的第一行提到信賴基礎公權力的決定，我個人甚至認為像行政命令包括法規命令、行政規則及行政指導大概都可做為信賴的基礎，不必要單純限制在第 117 條的行政處分。第二，在括弧二信賴表現的倒數第 3 行的知悉可能還要更積極的配合行動，像杜邦、拜爾都被認為因為環保首長當選後，杜邦跟拜爾就出局了，要有配合行動才可認其有信

賴表現。第三，信賴值得保護的主觀狀態，如果有瑕疵，有沒有到故意過失的責任，這裡也可以稍微做一點處理。最重要的是第 6 頁有關違法性的欠缺或是錯誤，我個人認為這要件過於嚴苛，他有所謂的詐欺、脅迫、賄賂、提供不正確的資料或不完全的陳述都是出自受益人個人積極主觀的行動，但他對於違法性，尤其是行政行為行政處分法規命令有無牴觸，施行期間有無經過，這些違法性的欠缺或錯誤，要求過於嚴苛，當然台灣的法律有如此規定，這裡能不能有所謂的修正式的說明。接著是二的括弧一第 2 行，第 117 條還是著重在職權撤銷，撤銷有分爭訟撤銷跟職權撤銷，這裡可能不是職權的，他有無產生撤銷的義務，如果沒有撤銷的話，第三人效力的處分能否提起爭訟撤銷；相反的，原來處分的受益人是否有信賴保護。如果站在二重效果，多重效果或第三人效力處分就會造成不同的局面，這個部分也請報告人特別注意。第 7 頁第 1 行沒有提到包括公私法益的衡量，這裡我想到行政程序法第 7 條第 3 款，在比例原則，受害的利益一定要大於保護利益的公益，比例原則有利益的衡量，但信賴保護卻沒有，尤其是如果公共利益更大的話，這部分是不是請再思議，其理由何在，也請詹教授代為說明。

接著是第 8 頁第 2 段提到如果是金錢或可分物且涉及失效，我個人認為行政程序法第 127 條可能跟信賴保護無關，這是當時仿造「德行程」第 48 條把金錢與可分物的授益行政處分，這裡勉強掛上去，我們只有說第 127 條授予利益的行政處分被撤銷後或條件成就，這裡不限於有信賴保護的情形。而第 127 條是否都在信賴保護之下，我認為

是有一些問題。接著是第 9 頁有關公益的認定，報告人沒有特別強調一般的公益就是法律安定的特別維護，畢竟公益在第 9 頁的括弧二有提到特別行政類型上有關公益的認定，這個部分在將來認定上會更困難。報告人在這裡像國防安全的公益與容積移轉的計算錯誤，都有各個行政領域上的認定，但公益一般我們可以用法律安定狀態的維護來加以確定。括弧三是林教授最大的責點，第 9 頁括弧三到第 10 頁第 5 行為止，讓人不禁想起司法院釋字第 553 號解釋有關判斷餘地的成立要素是不是能夠互相沿用，這裡沒有註，註 15 是參照德國見解、台灣洪家殷的博士論文以及陳敏教授的教科書，是否跟第 553 號解釋有關判斷餘地的成立要素也有若干相關的地方，這部分也請林教授參考。

另外在第 10 頁括弧二的前面 3 行，有關難以回復財產的處置及信賴更值得保護不禁讓我想到訴願法第 83 條跟行政訴訟法第 198 條所謂情況決定跟情況判決。我們知道德國私立學校的董事會被教育部解散，這樣的處分被行政爭訟撤銷，舊的董事會成員就不能再進來，他可適用情況決定、情況判決的條文，認為只要給他損失補償就夠了，這個部分有無情況決定、情況判決的可能性也請林教授參考。在 11 頁括弧三的前面那一段也讓我想起在座的陳委員曾經替台北市訴願會做一個鑑定意見，關於社會福利給付目前台北市訴願會採取反面理論，如果你的社會福利給付是用行政處分出去的，將來所謂的追繳要以行政處分命他返還。陳委員認為這個部分應該是對等的法律關係，要提起行政訴訟法第 8 條的一般給付之訴，所以在這裡如果從社會福利給付他的對等的法律關係，我們再回到公務員的

人事法律關係。目前在日本也有主張勞動契約關係，既然是勞動契約關係，有無以行政處分命其返還之可能，還是要用行政訴訟來起訴請求返還。在這個部分，已經溢領的部分當時的反面理論是用行政處分給他的，這個部分是不是一定要用行政處分回來，陳委員的意見既然是行政訴訟法第 8 條的對等關係還是要提起一般給付之訴，這個部分也是可以再討論的。第 12 頁的括弧二上面幾行會不會跟第 10 頁的括弧二矛盾？有關第 12 頁的括弧二上面的倒數第 2 行說信賴在某種程度上值得保護一定要加上信賴的利益大於公益才會有後面雙層調控的問題。有關第 15 頁，林教授特別提到雙層調控即可，不需進入第三層，他擔心如果照民法第 182 條判斷下來，值不值得照德國已經消費過或已經剩下還有剩餘的，那就是值得保護的，林教授擔心這是保護過度，我個人當然完全贊成。在 20 頁最後的第四是林教授最後的總結，縱然有信賴保護，這個部分將來的返還不一定完全都認為要照民法第 182 條所謂已經消費完或處置完。我在此也想到司法院釋字第 515 號解釋是國內第一個出現公法上不當得利，聽說當時王澤鑑大法官非常的不滿意，因為只有用民法上不當得利的法理，但他返還的範圍與返還的要件卻沒有按照民法第 182 條的要件，經濟部的工業局，他不能把台塑所交的基金都用完畢，也沒有民法第 182 條的適用，在這也一併報告我對第 515 號解釋有關公法上不當得利的一些感想。以上不成敬意的評論，謝謝。

※問題與回應※

主持人（邱聰智考試委員）：

謝謝與談人如此用心與充滿深度的補充，非常難得，接下來是討論與回應的時間。

問題 1：

保訓會專員徐新隆第一次發言，本案在 22 頁，追繳俸給事件與其他事件有些不同，他已經做兩個人的工作超過半年的時間，這部分已經有對價的行為，他已經做了一些工作，他所得到的相對處分只有專業加給的差額跟主管加給而已，這部分是不是需要特別考量他已經有做工作，在撤銷不撤銷與兩階段的衡量。還有論文中似乎沒有提到他應該要不要補償的部分，以他已經有工作部分，在現行法去考量，其他的要件好像都不能考量到他已經有做這些工作，在補償不補償的部分才能做特別的考量說他已經有相對的行為，這個部分想要請教報告人，謝謝。

以下為徐專員發言條之詳細提問：

公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）徐專員新隆第一次發言提問如下：

首先，林教授本篇報告貳、二、(四) 1. 及 3.（第 7 頁及第 10 頁）提及「授益行政處分撤銷」之 4 個調控模式/因素（報告中或稱結果選項）為「得撤銷/不得撤銷」、「溯及失效/不溯及失效」、「補償/不補償」、「返還給付/免返還給付」。本篇報告參、一、3. 後段（第 19 頁）援引保訓會 98 年 10 月 27 日 98 年公審決字第 0305 號復審決定書（參

見附錄三，第 22 頁)，該復審決定之不同意見書主要論點即指出，復審人因違法授益行政處分遭溯及撤銷後致生財產上之損失部分，該案對此卻隻字未提，似乎忽略行政程序法第 120 條第 1 項規定，「授予利益之違法行政處分經撤銷後，如受益人無前條所列信賴不值得保護之情形，其因信賴該處分致遭受財產上之損失者，為撤銷之機關應給予合理之補償。」惟口頭報告時就該復審決定僅論及「得撤銷/不得撤銷」及「溯及失效/不溯及失效」2 個階段，並未論及信賴利益「補償/不補償」之階段，不知理由為何？

其次，查保訓會 98 年公審決字第 0305 號復審決定之基礎事實，復審人代理課長職務逾 1 年，違反各機關職務代理應行注意事項規定，爰追繳其超過 1 年之代理期間每月俸給、考績獎金及年終工作獎金內溢領之主管職務加給及專業加給差額。縱不論復審人續行代理經服務機關報請內政部警政署同意延長代理，及各機關職務代理應行注意事項僅為行政規則等 2 個因素，該案仍與一般違法行政處分之撤銷仍有特別不同之情形--復審人於該段期間已履行代理課長之勞務，相對而言政府即應支付勞務之對價。政府財政僅負擔復審人主管職務加給及專業加給差額即能完成同樣之工作，支出金額遠低於原本應負擔課長全薪之負擔。現僅以復審人主張之信賴利益並非顯然大於撤銷所欲維護之公益為由，即撤銷原核予復審人超過 1 年之代理期間內溢領之主管職務加給及專業加給差額，有欠公平。蓋復審人履行代理課長之勞務係額外工作，卻沒有獲得勞務之對價，而政府未支出對價即獲得復審人履行代理課長之勞務－縱然受益者係政府，然而凡事皆須付出代價，天下

豈有白吃的午餐？此時應如何適用公益/信賴利益衡量之要件？申言之，違法行政處分之受益人已經履行相對之勞務或給付，而其勞務或給付與該行政處分有對價關係之特別情形，應於違法授益行政處分撤銷與信賴保護原則適用何階段之要件特別考量？究應於 4 個調控模式「得撤銷/不得撤銷」、「溯及失效/不溯及失效」、「補償/不補償」、「返還給付/免返還給付」中何者予以考量？及應如何予以考量？

詹鎮榮教授回應：

首先謝謝與談人劉教授的指教，裡面有問題、有建議、有鼓勵、有批評，在此我只能用很短的時間探知報告人林教授的真意，我嘗試的再次把他複述。與談人劉教授提出了四個問題，第一個問題是有關於違法授益行政處分的信賴保護問題，信賴保護的標的是不是限於行政處分，這個部分當然不是，除了行政處分之外還包括法律、法規命令以及其他公權力措施。不過報告人在本文之所以沒有提及，是因為本文研究的客體在標題上已經把他限縮在人事行政處分的部分，所以並不代表他否定了其他的公權力行為是否可以作為信賴的標的，這是針對的一個問題的簡單回應。第二個關於單效與雙效行政處分的部分，當然在雙效行政處分的部分可以做不同的思考，當然在這裡會涉及到雙效或多效的行政處分時如何決定受益人的判準點，例如:附第三人效力的行政處分，在人事的行政處分裡面倘若在有競爭關係的時候，對於某甲的拒絕是不是意味這對競爭者某乙是附第三人效力負擔的授益行政處分，第三人能

不能主張信賴保護，可能還是要看個案而定，因為第三人不見得當然遞補那個職位。好像跟 ETC 的案子有點類似，第二優的申請人不見得在第一優的申請人不見後，一定是由他取得資格，假若法律的設計是如此，應該是可以肯定他有信賴的利益。第三個部分是有關於行政程序法第 117 條，雖然文義上是說可以本於職權撤銷，但有無可能在具體個案內收縮或限縮成有撤銷之義務，報告人林教授表示贊同，尤其是從依法行政原理的角度來看，依法行政的踐行不限於在司法權的強命下，行政機關才有遵守的義務，而是當行政機關主動的發覺有違法之情事，而且無以下兩款所揭示的公益和信賴保護以下之情事時，這裡的本於職權撤銷應該是本於職權去踐行依法行政而有撤銷之義務，在此報告人完全表示贊同與談人劉教授的高見。再來第四個議題是有關依法行政信賴保護這兩者之間還有利益衡量的變革，報告人的見解倒也沒有著重在依法行政的面向，或者是好像在發展趨勢上往信賴保護的方向位移，無疑這是在法制設計上兩個端點都要兼顧的法益，所以不管是從抽象的制度面來看或是從具體個案的衡量看，應該還是要在這兩個法益間做不同情境的衡量，這是公益與私益的均衡。

至於與談人提出關於論文未盡之處以及文義上疏漏的部分，報告人會於事後定稿與以斟酌與強化。另外一個補充是有關提問人所提出為何沒有補償的部分，事實上這裡是無須提到補償，因為在這是有關撤銷不撤銷或者是撤銷後才有補償的問題。依照報告人的思考脈絡，如果有信賴值得保護的情況下，再來要思考的是維持他信賴的持續狀

態，就不會去談到撤銷的問題，既然還沒有撤銷的問題，當然沒有後面補償的問題。報告人在論文內有一個附註提到有學者主張說撤銷後所得的補償可否與所得的利益抵銷，那是比較細膩的操作。在簡單回答問題的上面，應該是兩個不同的層次。

有關受益人已經付出一些代價要不要成為考量的因素之一，例如剛剛所舉的例子，做兩個人的事，但萬一被撤銷後只有一分薪資，他已經付出代價。報告人也是持肯定的見解，本於報告人一貫的立場，關於公益的衡量與私益的考量應該不是僵化式的操作，而是做更細膩要素的評估，有關受益人已經因為違法的核定而有相對勞務的付出，這當然可以作為是否撤銷以及是否溯及既往的決定的審酌基礎，簡單的初步回應先到此告一段落，謝謝。

問題 2：

主持人、與談人、報告人還有各位先進，大家早安。與談人劉教授特別有提到警察送審的 72 烈士案例，我是警察大學法律系的蔡震榮，在聆聽精彩的報告後，對照於那個案例特別想到可以思考的點，所以在此就教。第一個部分是說這個案例就我所了解是原來警政署移去中興新村警政廳成立時，當時編制表的科員職稱裡面有 1/3 得列警正，那 1/3 在警政廳人事處就把他拿掉，然後就報到銓敘部，銓敘部核了後，就 1/3 也同意，把 1/3 拿掉後變成全部的 3/3 都可以升警正。第二次接下來都可以升後，他就派遣了 72 位，直接派遣警正科員，派完後 1 年通通拿到了，接下來是送審，送審至銓敘部，最後也都合格實授。合格實授有

兩個利益，第一個是身分上的利益，第二個利益是他升官以後所附帶的薪水增加。在這個部分，我們當時還戲稱他的信賴表現是請客，當然那不是信賴表現。裡面我要談的是，這是違法的授益行政處分，裡面要不要談兩塊，一塊是違法性的部分，警政廳是核報上來的，最後警政廳報到警政署，警政署也審核，審核後又報到銓敘部，在整個過程裡去考量。另一塊是說到底是從依法行政制度、公平一致性或是所謂的行政持續性的考量，還是也需要考量這個部分，這是從程序上來談。第二個部分是能不能也去考量到只有警察的編列表才有所謂的 3/1 限制，其他所有公務員沒有 3/1 的限制時，編列表 3/1 的限制合不合理。我不瞭解的是當時駁回，駁回的利基點跟本論文所談的是否符合剛所說的三種原因。與談人講到此經典案例特別提出疑問，謝謝大家。

問題 3：

我聽到蔡教授所說的案例，覺得我們有一個很根本的問題，就是在信賴保護我們到底要保護什麼，因為這個案例正好凸顯這點，我們保護的是人民也罷，在我們公務人員的保障是人事關於公務員也罷，究竟是保障取得違法的利益還是保護因信賴行政作為而招受的不利益，我認為這個部分是要明確區分的。所以如果是蔡教授提到的那個案例，如果依相關的法治，因為我們作為都已經結束，他可以主張信賴保護來保護取得可能會構成違法，當然構成違法就還要再討論，就這部分整個的討論好像把他略過了，事實上有點可惜，以上報告，謝謝。

問題 4：

保訓會專員徐新隆第二次發言，因為法務部正在進行行政程序法的修法，我們是不是應該在行政程序法明定像「德行程」第 49 條 a 項，明文規範說行政程序法被溯及既往撤銷時對於應返還的給付應以書面行政處分確定之，簡單的說，就是把反面理論明文化。這是不是應該在修法的時候做建議。第二個部分，反面理論其實不太夠用，所以有時授益行政處分轉換為私法契約，比如優惠存款的情形。若在任有給公職時對優惠存款應該是要被追繳，公務員是依據與台銀簽訂的優惠存款契約，而不是依據退休公務人員的行政處分受領給付，所以就算採取反面理論，基於契約必須要嚴守的原則，如果銓敘部依行政處分的方式來實現公法上不當得利的返還請求權，這也是在反面理論沒辦法涵攝到的。是否將替代行政處分所定的私法契約在學理上也將之納入，因為他的基礎也是授益行政處分的變形，這個部分是想要就教各位先進。

以下為徐專員發言條之詳細提問：

保訓會徐專員新隆第二次發言：

首先，違法授益人事行政處分之撤銷與信賴保護原則之適用關係，實務上經常發生追繳金錢給付的案例。追繳函包含「撤銷原給付」及「請求於限期內返還給付」之 2 個處分在內。受益人受領給付所據之行政處分經一部或全部撤銷而失效，行政機關是否得以行政處分之方式命其返還該項不當得利？抑或應依行政訴訟法提起第 8 條之一般給付之訴？迭有爭議。法務部目前正在進行行政程序法修

法草案之研議，林教授是否贊同我國行政程序法應如「德行程」第 49 條 a 第 1 項，明文規範：「違法行政處分被溯及撤銷時，對於已受領之給付應返還之。『對於應返還之給付，應以書面行政處分確定之。』」即將「反面理論」（或稱隸屬關係理論－受益人原係基於行政處分而受領給付，原受領給付依據之行政處分一部或全部經撤銷而失效，行政機關自亦得以行政處分之方式命受益人返還該項不當得利）予以明文化？

其次，就算採取反面理論，惟原本得以授益行政處分方式辦理之給付行政措施，有時發生轉化成為私法契約方式辦理而有溢領之情形，亦無法包括在內。例如優惠存款契約相對人如有溢領優存利息之情形，行政機關得否以行政處分追繳溢領之優惠存款利息，抑或應依行政訴訟法提起第 8 條之一般給付之訴？此種私法契約本質係授益性行政處分之變形，基於相同之理由，是否應擴大反面理論適用範圍至此類替代授益性行政處分之私法契約？換言之，是否應於行政程序法增訂「違法行政處分被溯及撤銷時，對於已受領之給付應返還之。『對於應返還之給付，應以書面行政處分確定之；對於替代授益性行政處分之私法契約，準用之。』」？（條文用語可再斟酌之）詳言之，依公務人員退休法（以下簡稱退休法）施行細則第 32 條第 2 項規定：「再任由公庫支給薪俸、待遇或公費之職務者，應停止原儲存之優惠存款，俟再任原因消滅後回復。但再任之工作報酬每月未達委任第一職等本俸最高俸額及專業加給合計數額者，不在此限。」銓敘部追繳退休後公務人員再任公職達上開工作報酬者之優惠存款時，銓敘部、退休公

務人員與臺灣銀行股份有限公司（以下簡稱臺銀）間存在3邊關係（優存利息之支給係由臺銀依優惠存款契約支付給退休公務人員後，於中央機關退休人員之部分，始由銓敘部將優惠存款利息差額補貼給臺銀。不論是行政委託或多階段行政處分，銓敘部是否仍有追繳優存利息之權限？係另1個問題）。縱然採取反面理論，退休公務人員亦非基於行政處分而受領給付，而係基於退休公務人員與臺銀簽訂之優惠存款契約，且基於契約需嚴守之原則，是否仍容許銓敘部以行政處分的行政行為方式實現其公法上不當得利返還請求權？實有爭議，有擴大反面理論適用範圍之必要（保訓會98年12月29日98公審決字0399號及98公審決字0398號復審決定書參照）。

詹鎮榮教授回應：

簡單的回應提問人的問題。第一個部分是在行政程序法的研修是否建議將德國行政程序法關於反面理論的實定法化，把他在我國法制裡明文。報告人的基本立場也是可以贊同的，既然我們目前在實務上跟學理上這麼多的爭議，如果能夠透過實定法化的工程將之明定，應該可以某程度上杜絕目前的爭議。另一個問題是說關於您所指的替代行政處分私法契約，倒不是很清楚您所指的是甚麼，如果是替代行政處分的行政契約，應該是沒問題，因為目前已經有這樣制度的操作。

這個部分我們是不是請你再進一步說明。我們現在優惠存款的情形，一般而言，本來是可以用授益性行政處分來給他，但我們現在是採取由銓敘部，應該是行政委託台

灣銀行去跟退休的公務人員簽訂私法上的優惠存款契約，然後兩年一期，這個部分，其實本質上是替代他原本應該作授益行政處分的行為，只是相對於有一個契約比較好處理。這時候，如果退休公務人員再任有給公職，依退休法第 32 條第 2 項，他的工作報酬已經達到委任第一職等總共最高俸加給的和積數的話，他的優惠存款就應該要停止，那停止的時候，有時候他是故意不說明他已經有再任的事實，然後銓敘部在經過了相當時間後才發現，這時候銓敘部就要去追繳這 18%的利息，因為他的基礎是一個契約，相對而言他以行政處分直接去追繳的話，就算採取反面理論，他也不是基於一個原本退休的核定函，其實是基於優惠存款契約。這時候，還是可以用行政處分的方式來請求返還的話，在解釋上好像是不太能夠說的過去。那這個好像就是沒有辦法涵攝在反面理論的範圍，因為反面理論是，如果說他是基於行政處分來授予給付的話，那他相對而言就可以基於行政處分來要求返還給付。如果說有原來行政處分被撤銷、溯及既往失效的情形，那我是覺得，可能還更須要再擴大一點。因為這種情形是須要以行政處分來直接處理。那這部分是不是說更加容許性可能會比較擴大一點。

在這邊報告人的立場是，如果針對優存的優惠存款案例，似乎有沒有可能用雙階理論的角度去作思考，也就是說我們可以把這個前階段給予優存的這個行政處分把它撤銷掉，那撤銷掉以後他就會導致優存契約的基礎原因的喪失，導致這個契約的無效。這個時候就可以行使這個契約無效後有關於追索優惠存款利息的這樣的一個返還法源依

據。這個是報告人的一個基本的探討。至於回應剛剛陳愛娥教授陳委員的問題就是，到底信賴保護究竟要保護什麼，報告人是認為這個應該是保護他的信賴利益，那對於信賴利益的保護之後，當然進一步就是做公益和私益的一個衡酌。

結論－主持人（邱聰智委員）

因為時間大概也就剩下幾分鐘，主持人也嘗試做一個結論，如果結論講完還有時間，我有兩點個人的期待再做一個跟大家報告。第一個，今天真的覺得很精彩，報告人就這個題目很具體限縮的深入研究，而與談人是從宏觀的立場，就像日本所講的，我國是對民法的立場以宏觀的公法的立場來處理一樣。所以無論對話或回應都相當精采，這個是一個很特殊的而且積極因應的研討，這是我的第一點所表明。第二個，我想從與談人到各位先進，這樣看出來大家對這個論文是有期許、有鼓勵、有評述但也需要有補充，但是他人對他的評鑑本身應該是不容置疑的。所以我很大膽的嘗試去做一個這樣的一個結論，本論文以德國法與我國法制的比較延續為主軸，就違法授益處分的信賴保護相關課題進行深入的體系研究，內容精彩，見解客觀，個人創見亦屬中肯，成果值得肯定。

而且以下兩者，就未來我們制度的改進特別有意義，第一個，我國法跟德國法在信賴保護利益的判斷成立要件不同，而且指明德國法在可分給付的設計上及受益人，這是第一個。第二個就是說自有撤銷獲利的返還主張著重在德國與我國法制之間，那參考德國法之全面繼受，就調節

利益涉返還，德國法只要消費就無庸返還，特別提出來配合我剛剛宏觀的角度，這個是第二點。那第三點，我們與談人非常愷切跟鼓勵，而且積極論報告人，所以無論就這個問題、這個建議評述內容非常豐富，對於我們這個報告的補充以及提升特別多，指導的作用。第四個，我們與會的專家學者也提出了相當多積極的建議，譬如說信賴保護到底要保護什麼，那麼另外，就反面的問題應該將來修法上如何規定，我想報告人對於這個也有同意的看法。我想這個對未來無論是報告的補充或者是為了我們自個的見解具有相當的意義。這是四點我嘗試作的結論是不是可行。謝謝大家！

不過我有兩點的感觸提出來，跟大家做一個簡單的報告，希望不超過一分鐘。第一個就是利益衡量，我想不只是私法行政，公法也非常盛行，不過當然我在日本的時候有這麼一句話：螺的利益衡量，沒有剎車裝的利益衡量，就像一輛很不錯的車，引擎真的很好，但是不知道什麼時候可以停止的法律概念。我想他的比較精確的判準在哪裡，民法學所碰到的跟公法學差不多。民法學找不出具體的標準，公法學是因為在可能的未來我們還在努力。即使在德制的民法學跟公法學好像也不這麼精確與具體，如果我們台灣的法學就這一點能不能特別來著力的話，我想應該是可以行使，可以領先德制也說不定，這個是第一點。第二個，跟公共行政界的接觸，我發現現在是人事法治的公務員權利的保障是要靠法律人。那麼公共行政的這個部分，大概在法制面比較缺乏。所以未來有沒有可能兩個不同領域的可以作交流。如果這樣的話，對我們人事法制的

權利功能保障的法律原理的深化應該滿有意義。希望我們報告人及與談人以後可以起帶頭的作用。

三、第二場

論文：公務人員保障法上「課予義務復審」之訴權要件－公務人員保障法第 26 條第 1 項「依法申請之案件」概念之探討

劉建宏*

壹、前言

公務人員保障法第 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」。本條之所謂「依法申請之案件」，其意義為何？所謂依「法」申請之案件，係專指實體法規，抑或包括程序法規？當事人依本條之規定提起「課予義務復審」時，是否需依法規有權請求行政機關為行政處分？抑或僅需當事人依法定程序提出申請，即符合本條之所謂「依法申請」之要件？

此外，就爭訟之程序而言，如認為當事人依法定程序提出申請，即符合本條之所謂「依法申請」之要件。至其是否依法規有權請求行政機關為行政處分，係屬有無理由之問題，則公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）固應為實體審查決定。反之，如認為公務人員依本條之規定提起「課予義務復審」時，需依法規有權請求行政機關為行政處分，始合乎本條之要件。則復審人未具此項要件時，保訓會應為如何之決定？是否得不為實體審查，逕為

* 國立中正大學法律系副教授，德國佛萊堡（Freiburg）大學法學博士。

程序上不受理之決定？

關於上述問題，我國實務上有不同之見解，學說上對此則鮮有提及。惟行政爭訟制度中，與公務人員保障法第26條第1項「課予義務復審」制度內容相近者，尚有訴願法上之「課予義務訴願」及行政訴訟法上之「課予義務訴訟」二者。按訴願法第2條第1項規定：「人民因中央或地方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，亦得提起訴願」。行政訴訟法第5條規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。上述規定中，均有「依法申請之案件」之文字，其法條結構與公務人員保障法第26條第1項規定近似。條文中之所謂「依法申請之案件」，其概念內涵如何？所謂依「法」申請之案件，係專指實體法規，抑或包括程序法規？是否限於訴願人或原告依法規有權請求行政機關為行政處分，且行政機關有義務作成該處分之情形而言？

本文擬研究上述訴願法第2條第1項「課予義務訴願」及行政訴訟法第5條「課予義務訴訟」規定中，所謂「依法申請之案件」之意涵，並以其結果為參考依據，探討復審人依公務人員保障法第26條第1項規定提起「課予義務

復審」時，是否限於公務人員依法規有權請求行政機關為行政處分之情形之問題。

貳、我國實務見解

有關公務人員保障法第 26 條第 1 項規定中所謂「依法申請之案件」之意義，即是否限於公務人員依法規有權請求行政機關為行政處分，始得提起「課予義務復審」之問題，我國實務上有不同見解，詳述如下：

一、保訓會之見解

保訓會 97 公審決字第 0344 號復審決定[1]謂：「…按保障法第 26 條規定：『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。前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。』**上開所稱『依法申請之案件』，係指公務人員依法規有權請求行政機關為行政處分，而行政機關有義務作成行政處分者而言**。是依上開規定，若非屬公務人員依法規申請之案件，行政機關無作成行政處分之義務，即不得據以提起復審。準此，公務人員如對非行政處分或其他依法不屬復審救濟範圍內之事項而

[1] 本件案例事實略謂：復審人為國立○○高級工業職業學校委任第四職等至第五職等化學工程職系技佐，前經銓敘部審定合格實授，歷至 96 年考績晉敘委任第五職等年功俸七級 475 俸點有案。復審人於 97 年 5 月 26 日向銓敘部提出申請書，該申請書載記略以，依據公務人員任用法第 33 條提出公務人員薦任任用資格確認案，其依法取得臺灣地區省（市）營事業機構人員第 7 職等晉升第 8 職等訓練，應可比照取得薦任任用資格，請求銓敘部依法審定其取得薦任任用資格。案經銓敘部函復，以其上開訓練，並非依委任公務人員晉升薦任官等訓練辦法所取得之薦任升官等訓練合格資格，尚無法取得薦任公務人員任用資格在案，本件仍請參考上開函復意見。復審人不服，提起訴願，嗣依保障法第 26 條第 1 項規定以銓敘部於法定期間內應作為而不作為，補正復審書改提復審，主張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。

提起行政救濟者，依保障法第 61 條第 1 項：『復審事件有下列各款情形之一者，應為不受理決定：一、……**七、對不屬復審救濟範圍內之事項，提起復審者**。』規定，**應不予受理**。…」。

二、行政法院之見解

前述事件，當事人不服保訓會所為不受理之復審決定，提起行政訴訟，臺北高等行政法院作成 97 年度訴字第 2824 號判決。該判決對於原告之主張為實體論駁[2]，並進而指出：「…原告雖主張被告就其申請，怠為處分，並依行政訴訟法第 5 條第 1 項提起本件行政訴訟，惟按，行政訴

[2] 臺北高等行政法院作成 97 年度訴字第 2824 號判決謂：「…本件原告主張其業經取得臺灣地區省（市）營事業機構人員第 7 職等晉升第 8 職等訓練及格證明書，故已符合公務人員任用法第 9 條第 1 項第 3 款依法升等合格之要件，而取得薦任資格云云，經查：（一）政府為因應不同職能及業務用人之需用，於公務人員任用法第 33 條規定，就教育人員、醫事人員、交通事業人員、及公營事業人員之任用，均另以法律定之，因上開各類人員之任用制度，具有其獨立性與特殊性，而無法援引比照或論其彼此間之平等，故始有各類人員另定任用制度之必要，因此，配合上開法律另訂之轉任或改任辦法亦各有不同。而原告前由台灣菸酒股份有限公司第 8 至第 9 職等技佐職務轉任國立屏東高級工業職業學校，亦係依台灣菸酒股份有限公司條例施行前台灣省菸酒公賣局現職人員轉任行政機關年資及職等採計辦法及公務人員任用法，重新辦理銓敘審定，故原告主張公務人員任用法第 33 條之規定，得作為上開不同任用體系人員，於轉任公務人員體系時比照辦理之依據，應係誤解，尚不足採。…另依『省（市）營事業機構人員第七職等晉升第八職等訓練實施計畫』貳、訓練：十三、訓練成績（一）……（二）受訓人員期滿並經核定成績及格者，由人事行政局發給及格證書，並函知各省（市）營事業機構及副知公務人員保障暨培訓委員會。訓練合格人員，取得『台灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法』所列事業機構第八職等遴用資格，是以原告經前開訓練及格，僅係取得『台灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法』所列事業機構第 8 職等之遴用資格，而不及其他機關，且前開『台灣菸酒股份有限公司條例施行前台灣省菸酒公賣局現職人員轉任行政機關年資及職等採計辦法』亦無就前開訓練及格得視為公務人員任用法之晉升官等訓練及格之規定，則原告主張應予比照採認，於法無據。…且按公務人員任用法第 17 條第 9 項規定『第二項及第六項晉升官等訓練期間、實施方式、受訓資格、名額分配與遴選、成績考核、延訓、停訓、免訓、廢止受訓資格、保留受訓資格、訓練費用及有關事項之辦法，由考試院定之。』，且依此授權規定，考試院亦訂定發布『委任公務人員晉升薦任官等訓練辦法』，故原告既未依此訓練辦法經遴選受訓及格，自未符合公務人員任用法第 9 條第 1 項第 3 款依法升等合格之規定，故被告對原告…之申請，…函復原告，…認原告尚無法取得公務人員薦任任用資格，於法尚無不合。…」。

訟法第 5 條課予義務訴訟，乃關於人民請求中央或地方機關作成行政處分，經怠為處分（行政訴訟法第 5 條第 1 項）或否准（同條第 2 項）時，所應提起行政訴訟之訴訟類型規定。**而對於作為訴訟標的之行政處分，人民是否有作成之請求權法律根據，應屬於訴訟有無理由之問題，故所謂依法申請，係指已向行政機關經由行政程序提出作成行政處分之申請而言**。本件原告提出有關認定任用資格審定之申請，原告應為相關公務人員任用法法規範所保護權利或法律上利益之歸屬主體，故被告前開電子郵件及函文意旨，否認原告於本案中有實體法上申請權或請求權之回覆，應屬否准處分，原告自得主張其權利或法律上利益受有損害，經法定前置程序（復審）後，依法提起課予義務訴訟救濟，**故本件原告認其所提者為怠為處分之課予義務訴訟，雖有誤解，然不影響其實係依同條否准處分之課予義務訴訟類型請求法院救濟**，附此敘明。…綜上所述，原告主張其因具臺灣地區省（市）營事業機構第七職等晉升第八職等訓練及格資格，被告應作成公務人員薦任官等資格之審定，核不足採，被告…函復，請原告參見被告同年…電子郵件函復意旨而為否准，於法並無違誤，**復審機關未為實體認定而為不受理之決定，雖有未洽，然結果並無二致，仍應予以維持**。從而原告訴請撤銷原處分及復審決定，並命被告作成原告具有公務人員薦任任用資格之審定，為無理由。…」。

原告不服上述判決，提起上訴。最高行政法院以其「未具體表明原判決究竟有如何合於不適用法規或適用不當、或有行政訴訟法第 243 條第 2 項所列各款之情形，尚難認

為已對原判決之如何違背法令有具體之指摘」，認上訴不合法，裁定駁回之[3]。

三、小結

有關公務人員保障法第 26 條第 1 項規定中所謂「依法申請之案件」意涵之問題，保訓會之見解認為：公務人員需依法規有權請求行政機關為行政處分，始得提起「課予義務復審」。如其不具備此一要件，即依公務人員保障法第 61 條第 1 項第 7 款「對不屬復審救濟範圍內之事項，提起復審者」之規定，為不受理決定。惟臺北高等行政法院則持不同見解，認為復審人是否依法規有權請求行政機關為行政處分，應為復審有無理由之問題，復審機關未為實體認定而為不受理之決定，容有未洽。最高行政法院對於本案之判決雖未明言至此，惟其以裁定駁回上訴人之上訴，似乎間接肯定臺北高等行政法院之前述見解。

[3] 98 年度裁字第 1488 號裁定略謂：「…查原判決以上訴人前由臺灣菸酒股份有限公司第 8 至第 9 職等技佐職務轉任國立○○高級工業職業學校，係依臺灣菸酒股份有限公司條例施行前臺灣省菸酒公賣局現職人員轉任行政機關年資及職等採計辦法及公務人員任用法，重新辦理銓敘審定，上訴人經臺灣地區省（市）營事業機構人員第 7 職等晉升第 8 職等訓練及格，僅係取得臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法所列事業機構第 8 職等之遴用資格，而不及其他機關，且前開臺灣菸酒股份有限公司條例施行前臺灣省菸酒公賣局現職人員轉任行政機關年資及職等採計辦法亦無就前開訓練及格得視為公務人員任用法之晉升官等訓練及格之規定，上訴人既未依公務人員任用法第 17 條第 9 項規定授權考試院訂定發布之委任公務人員晉升薦任官等訓練辦法，經遴選受訓及格，自未符合公務人員任用法第 9 條第 1 項第 3 款依法升等合格之規定，故被上訴人對上訴人…之申請，…函復上訴人，仍維持被上訴人前…電子郵件之函復內容，即認上訴人尚無法取得公務人員薦任任用資格，於法尚無不合等情，業於理由中論述綦詳，其認事用法悉無違誤。核上訴狀所載內容，無非關於原審取捨證據、認定事實之職權行使事項，以其一己主觀之見指摘其為不當，泛言原判決不備理由、理由矛盾及判決不適用法規或適用不當，而未具體表明原判決究竟有如何合於不適用法規或適用不當、或有行政訴訟法第 243 條第 2 項所列各款之情形，尚難認為已對原判決之如何違背法令有具體之指摘。依首揭規定及說明，應認其上訴為不合法，應予駁回。…」。

參、訴願法及行政訴訟法上類似問題之探討

行政爭訟制度中，與公務人員保障法第 26 條第 1 項「課予義務復審」制度內容相近者，尚有訴願法上之「課予義務訴願」及行政訴訟法上之「課予義務訴訟」二者。當事人提起課予義務訴願或課予義務訴訟時，其是否需依法規有權請求行政機關為行政處分？如其不備此一要件，究係訴願或行政訴訟不合法抑或無理由？此一問題，對於本文所欲探討之課題，具有參考價值。以下分別論述之：

一、課予義務訴訟中「依法申請之案件」之意涵

行政訴訟法第 5 條規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。上述規定中，亦有「依法申請之案件」之文字，其概念內涵如何？提起課予義務訴訟者是否依法規有權請求行政機關為行政處分，究係行政訴訟不合法抑或無理由之問題？分述如下：

（一）我國實務見解

關於此一問題，我國實務上之見解一向認為：提起課予義務訴訟者必需依法規有權請求行政機關為行政處分。

例如：最高行政法院 90 年度判字第 1637 號判決[4]謂：「…人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序，得向高等行政法院提起請求該機關為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，…因此，上訴人…聲明…**請求為行政處分訴訟，則以上訴人起訴請求之事項，係其得依法向行政機關申請為行政處分或得為特定內容行政處分之事項為要件**。經查政府拆除違章建築，旨在謀求公共利益，非為保護土地所有權人個人之私權，土地所有權人要求拆除他人在其單獨所有或共有之土地所興建之違章建築，其目的如僅在於收回土地，純屬私權爭執，應循民事訴訟程序解決，不得因主管官署不為拆除處分，提起訴願或行政訴訟。上訴人所稱之被上訴人 86 年 8 月 30 日以 86 彰府工程字第 158472 號函，係屬告知性質之復函，而 88 年 12 月 17 日 88 彰府工管字第 235823 號函，則係被上訴人與彰化市公所間之業務聯繫公文，均非行政

[4] 本件案例事實略謂：本件上訴人主張：系爭彰化縣彰化市○○段 297 之 3 地號土地之區分所有權人廖○○未經向主管建築機關申請核准建造執照，在合法房屋外增建違章建物，顯已違反公寓大廈管理條例第 5 條、第 6 條第 1 項、第 7 條、第 8 條第 1 項、第 9 條及建物使用執照等超出專有部分之違法使用行為。上訴人乃立於區分所有權人之地位，依公寓大廈管理條例第 6 條第 3 項，請求主管機關即被上訴人應依建築法第 86 條強制拆除及依公寓大廈管理條例第 39 條對之處以罰鍰。然幾經公文往返，迄至上訴人起訴時已過 18 個月，早逾訴願法第 2 條所定 2 個月之法定期間，均未見被上訴人有為任何依法應為之作為。本件訴訟之標的，係被上訴人未依上訴人之請求，依上開規定拆除廖○○之違章建物，有應作為而不作為之違法，而非請求撤銷被上訴人 86 年 8 月 30 日 86 彰府工程字第 158472 號及 88 年 12 月 17 日彰府工管字第 235823 號函。惟原審卻以上開函之內容均非行政機關對外直接發生法律效果之行政處分，駁回上訴人之訴，顯係誤認上訴人請求之標的，實有判決適用法規不當、判決不備理由及理由矛盾之違法。又上訴人係立於區分所有權人之地位，依上開規定請求被上訴人依法處置，並非立於系爭土地共有人之身分請求廖○○返還土地，而公寓大廈管理條例係特別法，應優先於民法而適用，原審認上訴人之請求係屬民法第 821 條共有物回復請求權之範疇，其判決所適用之法規顯有錯誤等情，爰請將原判決廢棄另為適法之判決或發回原審法院。

機關對外直接發生法律效果之單方行政行為，自皆難認係行政處分。上訴人就該前後二件公函提起本件行政訴訟，亦無理由。系爭彰化市○○段 297 之 3 地號土地為原告、訴外人廖○○及其餘共有人所分別共有，廖○○縱確未申請建築執照即在共有土地之法定空地上建築建物，惟依上訴人所提出之現場照片及其繪製之現場圖所示，上訴人所稱之違章建築係在合法建物間之內凹處，非屬防火巷等可能引致公共危險之處所，上訴人請求拆除回復原狀，應純屬民法第 821 條共有物回復請求權之範疇。**上訴人起訴請求撤銷上開函及命被上訴人拆除違章建物，於法自有未合，因將訴願決定維持，駁回上訴人之訴，經核並無違誤**。按行政訴訟法第 5 條第 1 項規定，人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。**所稱『依法申請』，係指人民依據法律有向行政機關申請對其作成一定行政處分之權利而言。法律未規定人民有申請權，或法律並非規定人民得申請行政機關對其作成一定之行政處分者，均非上開法條規定之依法申請案件**。次按公寓大廈管理條例第六條第一項規定：『住戶應遵守下列事項：一、於維護、修繕．．．或行使其權利時，不得妨害其他住戶之安寧、安全及衛生。二、他住戶因維護、修繕．．．或設置管線，必須進入其專有部分或約定專用部分時，不得拒絕。三、管理負責人或管理委員會因維護、修繕共用部分或設置管線，必須進入或使用其專有部分或約定專用部分時，不得拒絕。四、

其他法令或規約規定事項。』同條第三項規定：『住戶違反第一項規定，經協調仍不履行時，住戶、管理負責人或管理委員會得按其性質請求各該主管機關或訴請法院為必要之處置。』同條例第 39 條係規定，違反規定者，由主管機關處新台幣 4 萬元以上 20 萬元以下罰鍰。依上開法條規定，住戶於法定事由發生時，固得請求主管機關為必要之處置，但非規定住戶得申請主管機關對其作成一定之行政處分或對第三人作成處以罰鍰之行政處分。而依建築法第 86 條規定，違反第 25 條未經申請主管建築機關之審查許可並發給執照，擅自建造或使用之規定者，應分別予以處罰及必要時得強制拆除其建築物，亦非規定第三人（住戶）依法有申請權，得申請主管機關應作成拆除他人違章建物之行政處分。是以，上訴人主張廖○○違反公寓大廈管理條例及建築法之規定，依法得申請被上訴人作成應拆除廖○○之違章建物及對廖○○作成處以罰鍰之行政處分，自屬於法無據。原審未適用上開法條之規定，自不發生不適用法規或適用法規不當之問題，亦無判決理由不備或理由矛盾之違法。上訴論旨執前述各點指摘原判決違法，求為廢棄，非有理由，應予駁回。…」。

晚近，高雄高等行政法院 98 年度訴字第 524 號判決[5]亦

[5] 本件案例事實略謂：緣訴外人連○○原所有坐落臺南縣柳營鄉○○段 197-3 地號之土地，經臺灣臺南地方法院 82 年度執字第 299 號強制執行拍賣，於同年拍定，嗣該法院民事執行處於民國 82 年 4 月 2 日發函通知被告核算應納之土地增值稅。被告按一般稅率核算土地增值稅計新臺幣（下同）639,419 元，並函請臺南地院民事執行處代為扣繳在案。原告為訴外人連○○之債權人，於 95 年 8 月 9 日檢附申請書及土地登記簿謄本，向被告申請依適用行為時土地稅法第 39 條之 2 規定准予免徵土地增值稅，並向法院更正其差額，由法院重新分配。被告審查以原告申請之日距土地增值稅收入日期 82 年 5 月 14 日，已逾稅捐稽徵法第 28 條所定之退稅請求權時效期間，乃以 95 年 8 月 14 日南縣稅土字第 0950042945 號函復否准所請。原告不服，提出訴願，經臺南縣政府以 96 年 1 月 22 日府行法字第 0960018615 號訴願

持相同見解，謂：「…本件原告主張其係依行政程序法第 34 條及第 35 條規定，因有利於己事由，而為許可之申請，非逕依稅捐稽徵法第 28 條規定對稅有所請求，原告非無申請被告履行其公法義務權利云云。然查，**行政程序法第 34 條及第 35 條為行政程序之規定，非實體法規，而原告提起行政訴訟，無論為課予義務訴訟抑或給付訴訟，在實體法上應有申請權或請求權為依據，始得提出申請或請求，尚非得逕援引行政程序法第 34 條及第 35 條之規定**，此參行政程序法第 34 條及第 35 條分別明定『‧‧當事人已依法規之規定提出申請者‧‧。』『當事人依法向行政機關提出申請者‧‧。』即明。故原告主張其依行政程序法第 34 條及第 35 條規定，得為有利於己之申請或請求云云，即無可採。…本件訴外人連○○所有系爭土地因拍賣而被課徵土地增值稅，系爭土地增值稅課稅處分之受處分人即為連○○，繳納土地增值稅者亦為連○○，故系爭土地增值稅處分雖致使原告之債權因執行系爭土地結果所得分配之價金相對減少，而受影響，然此係因受處分人履行該納稅義務之事實行為所造成，為該課稅處分之間接效果，直接受損害者係土地所有權人，對於居於債權人地位之原告而言，系爭土地增值稅之課徵，使債務人可供清償之金額減少，因此受償金額減少，致影響原告債權受分配之金額者，

決定不予受理。原告提起行政訴訟，經本院 96 年度訴字第 135 號判決及最高行政法院 97 年度裁字第 263 號裁定駁回確定。其後，原告於 98 年 3 月 11 日再次提出免稅申請，主張被告應依 98 年 1 月 21 日公布修正之稅捐稽徵法第 28 條第 2 項規定依職權辦理退稅。然被告審查後仍認，系爭土地於 82 年拍賣移轉時，當事人並未依法檢附相關文件供核，致其無從審酌系爭土地是否符合農地免徵之要件，核無修正後稅捐稽徵法第 28 條第 2 項規定之適用，以 98 年 3 月 17 日南縣稅土字第 0980011662 號函否准所請。原告猶未甘服，提起訴願，亦經決定駁回，遂提起本件行政訴訟。

乃間接發生之損害，並非其權利或法律上之利益直接受損，僅能認其具有經濟上之利害關係，最高行政法院 94 年度判字第 904 號判決及 98 年度判字第 318 號判決同採相同見解，足資參照。準此，**原告就該課稅處分僅具事實上之利害關係，難認其權利或法律上利益因而受侵害，原告對該課稅處分結果，並無權利或法律上之利益直接受損，自無提起本件訴訟之實體上申請權或請求權依據**。另按最高行政法院 80 年 6 月 12 日庭長評事聯席會議，就抵押權人可否代位債務人申請免徵土地增值稅一節決議略謂：『依農業發展條例第 27 條（89 年 1 月 26 日修正前）規定，合於該條例所定免稅要件者，當然發生免稅效果，本無待人民之申請。同條例施行細則第 15 條規定並非關於發生免稅效果之規定。抵押權人（債權人）代位債務人（原土地所有權人）申請，僅在促使稅捐稽徵機關注意，不得對土地課徵土地增值稅而已，並非代位債務人行使免稅之權利，不生可否行使代位權之問題。』等語，依其意旨，債權人依農業發展條例第 27 條(行為時土地稅法第 39 條之 2 第 1 項規定相同）規定向稅捐稽徵機關申請免稅，僅生促使稽徵機關注意有無免稅規定之適用，且依該規定合於免徵要件者，當然發生減徵效果，尚無待人民之申請，**足認債權人之申請，僅在促使稅捐稽徵機關注意減徵土地增值稅而已，並非其有請求稅捐稽徵機關減徵土地增值稅之公法上權利，而是否減徵乃稅捐稽徵機關之職權，本件原告實無促請被告依職權退稅之權利**。又原告提起本件訴訟，係並依 98 年 1 月 21 日修正後稅捐稽徵法第 28 條第 2 項、第 4 項及第 5 項規定，核該條項明文『（第 2 項）納稅義務人

因稅捐稽徵機關適用法令錯誤、計算錯誤或其他可歸責於政府機關之錯誤，致溢繳稅款者，稅捐稽徵機關應自知有錯誤原因之日起 2 年內查明退還，其退還之稅款不以 5 年內溢繳者為限。（第 4 項）本條修正施行前，因第 2 項事由致溢繳稅款者，適用修正後之規定。（第 5 項）前項情形，稅捐稽徵機關於本條修正施行前已知有錯誤之原因者，2 年之退還期間，自本條修正施行之日起算。』亦屬稅捐稽徵機關依職權退還稅款之規定，尚非賦予原告申請被告依職權作成行政行為之權利，原告即無應受保護之權利或法律上利益存在，即無提起本件訴訟之餘地。本件原告既無實體法上申請及請求依據，則其關於申請期間或請求時效之爭議，即無庸贅述。…又行政訴訟法第 5 條規定，人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，或予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。此所謂「依法申請之案件」，係指人民依法有權請求行政機關為准駁之行政處分之謂，至單純陳情、檢舉、建議或請求等，則不包括在內，是若非人民依法申請之案件，即不得據以提起訴願及課予義務之訴訟。觀諸原告聲明『求為判決撤銷訴願決定及原處分；被告應就系爭土地依行為時農業發展條例第27條規定作成免徵土地增值稅之行政處分，並作成自臺灣臺南地方法院代為扣繳稅款之日起算，至填發收入退還書或國庫支票之日止，依郵政儲金匯業局之 1 年期定期存款利率，按日加計利息，一併退還法院重新分配之決定。』足認原告提起之訴訟類型為課予

義務訴訟類型，而行為時農業發展條例第 27 條及行為時土地稅法第 39 條第 2 項明定合於該條免徵要件者，當然發生減徵效果，尚無待人民之申請，是債權人之申請既僅在促使稅捐稽徵機關注意，並非其有請求稅捐稽徵機關減徵土地增值稅之公法上權利，業如前述。本件原告當初向被告申請依土地稅法第 39 條之 2 第 1 項規定免徵土地增值稅，應僅為促使被告注意而已，並非『依法申請之案件』，而與行政訴訟法第 5 條規定不符，原告提起本件課予義務之訴訟，亦難認有據。…綜上所述，原告既非權利或法律上利益受侵害，又無存在『依法申請之案件』，其提起本件課予義務訴訟，依其所訴之事實，在法律上為顯無理由，爰不經言詞辯論，逕以判決駁回之。…六、據上論結，本件原告之訴為顯無理由，依行政訴訟法第 107 條第 3 項、第 98 條第 1 項前段，判決如主文。…」。

當事人不服該判決，提起上訴。最高行政法院以 99 年度裁字第 15 號裁定駁回上訴人上訴，支持原審判決之見解[6]。

[6] 最高行政法院 99 年度裁字第 15 號裁定略謂：本件上訴人對於高雄高等行政法院判決上訴，主張：行政訴訟法第 5 條第 1 項所謂依法申請之「法」，依中央法規標準法第 2 條及第 3 條規定，行政程序法第 34 條、第 35 條規定均包含在內，…惟查原判決已論明上訴人提起之訴訟類型為課予義務訴訟類型，而行為時農業發展條例第 27 條及行為時土地稅法第 39 條第 2 項明定合於該條免徵要件者，**當然發生減徵效果，尚無待人民之申請，是債權人之申請既僅在促使稅捐稽徵機關注意，並非其有請求稅捐稽徵機關減徵土地增值稅之公法上權利**，故上訴人當初向被上訴人申請依土地稅法第 39 條之 2 第 1 項規定免徵土地增值稅，應僅為促使被上訴人注意而已，而與行政訴訟法第 5 條規定不符等語，詳述其得心證之理由，經核並無違誤。上訴狀所載內容，或係重述其在原審業經主張而為原判決摒棄不採之陳詞，或係執其一己之法律見解，就原審所為論斷或駁斥其主張之理由，泛言原判決適用法規不當，而未具體表明原判決究竟有如何合於不適用法規或適用不當、或有行政訴訟法第 243 條第 2 項所列各款之情形，尚難認為已對原判決之如何違背法令有具體之指摘。依首揭規定及說明，應認其上訴為不合法，應予駁回。

（二）我國學說見解

當事人提起課予義務訴訟時，其是否依法規有權請求行政機關為行政處分，究係行政訴訟不合法抑或無理由之問題，我國學說上亦有不同見解。有認為：本條之所謂「依法申請」，「係指有依法請求行政機關作為的權利之謂，具體而言，即有請求行政機關作成授益處分之法律上依據。故與該申請人權利無關之陳情、建議等不包括在內」[7]，以是否依法規有權請求行政機關為行政處分為課予義務訴訟之合法要件。亦有認為：當事人是否有依法請求行政機關作為的權利，「屬本案有無理由之問題，與訴之合法性問題無關，並非課予義務訴訟之特別訴訟要件。亦即，原告在實體法上對行政機關有無申請權，於此並不重要，所謂『依法申請』應指原告就其請求行政機關作成之處分，曾經由行政程序向行政機關提出」[8]，否認是否依法規有權請求行政機關為行政處分為課予義務訴訟之合法要件。

此外，學說上亦有進一步指出：「在審究課予義務訴訟本案判決要件時，似無須對『依法』二字賦予特別意義。蓋對於作為訴訟標的之行政處分，人民是否有作成之請求權法律根據，應屬於訴訟有無理由之問題，而非訴訟是否合法之問題。惟原告對行政處分之作成，顯無法律上請求權時，即無權利受侵害之可能性，而欠缺訴訟權能，其訴

[7] 吳庚，行政爭訟法論，頁 163，自版，2008 年 3 月 4 版；相同見解，參閱：林騰鷂，行政訴訟法，頁 112-113，三民書局股份有限公司，2008 年 1 月 3 版；陳計男，行政訴訟法釋論，頁 175，自版，2000 年 1 月。

[8] 劉宗德、彭鳳至，行政訴訟制度，載：翁岳生編，行政法（下），頁 437，元照出版公司，2006 年 10 月 3 版。

不合法」[9]。「『是否依法申請之案件』涉及法律是否賦予人民有申請之權利，因而與『是否有法律上請求權』以及『是否有權利受損害』基本上是三合一之問題」[10]。

（三）德國學說見解

德國行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung; VwGO）有關課予義務訴訟之規定[11]，並無如我國行政訴訟法第 5 條有「依法申請之案件」之明文。學說上之見解認為：原告「主張」（geltend machen）其權利因拒絕核發行政處分或怠為行政處分而受侵害時，始具備訴權（Klagebefugnis），其訴始為合法[12]。至於原告是否已「主張」其權利因拒絕核發行政處分或怠為行政處分而受侵害，依「可能說」（Möglichkeitstheorie）之見解[13]，須「拒絕或怠為所請求行政處分為違法並侵害原告權利之可能性不能完全被排除」（Es darf nicht ausgeschlossen erscheinen, daß die Ablehnung bzw. Unterlassung des beantragten Verwaltungsaktes

---

[9] 陳敏，行政法總論，頁 1395，自版，2009 年 9 月 6 版。

[10] 許宗力，課予義務之訴，載：翁岳生編，行政訴訟法逐條釋義，頁 100，註 203，五南圖書出版公司，2003 年 5 月。

[11] 德國行政法院法第 42 條規定：「（第 1 項）人民得起訴請求撤銷行政處分，並得起訴請求判決核發被拒絕或怠為之行政處分。（第 2 項）除法律另有規定外，原告主張其權利因行政處分、拒絕核發行政處分或怠為行政處分而受侵害時，其訴始為合法」（Durch Klage kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes sowie die Uerurteilung zum Erlaß eines abgelehnten oder unterlassenen Verwaltungsaktes begehrt werden. Soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht, durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein.）。

[12] Kopp/Schenke, VwGO, 13. Aufl., 2003, § 42 Rn. 59.

[13] 撤銷訴訟中，有關原告訴權之判斷，通常均適用「相對人理論」（Adressatentheorie），即以原告是否侵益處分之相對人為斷。在課予義務訴訟，依德國學說見解，則無相對人理論之適用；vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 5. Aufl., 2003, § 15 Rn. 17; Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl., 2006, Rn. 331.

rechtswidrig ist und den Kläger möglicherweise in seinen Rechten verletzt.）[14]。具體判斷時，常需參考「保護規範理論」（Schutznormtheorie）[15]之內涵，探討所適用之法條中，立法者是否亦兼有保護人民生命、身體及財產等法益之目的而斷定原告是否有訴權存在[16]。

當事人未依法提出申請[17]、當事人不具訴權，均為課予義務訴訟之合法要件（Zulässigkeitsvoraussetzung）[18]。至於其所主張受損害之權利是否真正存在（Ob die behauptete Verletzung eigener Rechte tatsächlich vorliegt），即當事人是否依法規有權請求行政機關為行政處分，則為有無理由之問題[19]。

（四）小結

提起課予義務訴訟者是否需依法規有權請求行政機關為行政處分？如欠缺此一要件，究係行政訴訟不合法抑或無理由之問題？就此，我國實務上見解認為：提起課予義務訴訟者必需依法規有權請求行政機關為行政處分。如其不備此一要件，則以無理由判決駁回，即認為其係無理由之問題。所不同者，之前見解（臺中高等行政法院 89 年度

---

[14] Würtenberger, aaO. (Fn. 13), Rn. 331.

[15] 有關保護規範理論之內涵，國內資料可參考司法院釋字第 469 號解釋及其相關討論。

[16] Würtenberger, aaO. (Fn. 13), Rn. 331.

[17] 廣義之當事人未依法提出申請，包括當事人完全未提出申請、未依限提出申請、未向權責機關提出申請以及因欠缺其他必備要件而其申請不合法等情形。

[18] 亦有稱為「實體判決要件」（Sachurteilsvoraussetzung）者，vgl. Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 12) § 42 Rn. 59.

[19] Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 12), § 42 Rn. 59.

訴字第 165 號判決[20]），係經言詞辯論後，依行政訴訟法第 195 條第 1 項後段以原告之訴無理由判決駁回之。晚近見解（高雄高等行政法院 98 年度訴字第 524 號判決），則不經言詞辯論，以原告之訴顯無理由，依行政訴訟法第 107 條第 3 項以程序判決駁回之。

就此問題，學說上則有不同見解。有認為原告是否依法規有權請求行政機關為行政處分，為課予義務訴訟之合法要件者。亦有認為：當事人是否有依法請求行政機關作為的權利，屬課予義務訴訟中，本案有無理由之問題，與訴之合法性問題無關。即否認是否依法規有權請求行政機

[20] 臺中高等行政法院 89 年度訴字第 165 號判決即前述當事人上訴最高行政法院，最高行政法院所為 90 年度判字第 1637 號判決之原審判決，略謂：「…人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序，得向高等行政法院提起請求該機關為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，…原告…**請求為行政處分訴訟，則以原告起訴請求之事項，係其得依法向行政機關申請為行政處分或得為特定內容行政處分之事項為要件**，…經查：(一)**政府拆除違章建築，旨在謀求公共利益，非為保護土地所有權人個人之私權，故違章建築之所有人或使用人認為拆除違章建築之處分為違法、逾越權限或濫用權利者，固得請求行政救濟，然土地所有權人要求拆除他人在其單獨所有或共有之土地所興建之違章建築**，其目的如僅在於收回土地，該土地縱為多數人所共有，亦僅係為特定人之私人權益，純屬私權爭執，應循民事訴訟程序解決，**不得因主管官署不為拆除處分，提起訴願或行政訴訟**。現行行政訴訟法之訴訟類型固較修正前之行政訴訟法有所增加，惟此基本原則並不因該新舊法之規定不同而有所差別。(二)原告所稱之被告彰化縣政府於 86 年 8 月 30 日以 86 彰府工程字第 158472 號函，係屬告知性質之復函，被告 88 年 12 月 17 日 88 彰府工管字第 235823 號函，則係被告彰化縣政府與彰化市公所間之業務聯繫公文，均非行政機關對外直接發生法律效果之單方行政行為，自皆難認係行政處分，原告對於後者提起訴願，自無理由，訴願機關以不合法為由，予以駁回，即無不當。原告就該前後二件公函提起本件行政訴訟，亦無理由。(三)本件坐落彰化縣彰化市○○段 297 之 3 地號土地為原告、訴外人丙○○及其餘共有人所分別共有，丙○○縱確未申請建築執照即在共有土地之法定空地上建築建物，惟依原告所提出之現場照片（本院卷第 24 頁）及原告繪製之現場圖（26 頁背面）所示，原告所稱之違章建築係在合法建物間之內凹處，非屬防火巷等可能引致公共危險之處所，原告請求拆除回復原狀，應純屬民法第 821 條共有物回復請求權之範疇，原告竟以行政訴訟請求行政機關拆除違建之方式，冀達維護私權之目的，於法自有未合，原告此部分請求，亦無理由，應予駁回。肆、據上論結，**本件原告之訴為無理由，依行政訴訟法第 195 條第 1 項後段**、第 98 條第 3 項，判決如主文。…」。

關為行政處分為課予義務訴訟之合法要件。

德國行政法院法有關課予義務訴訟之規定，並無如我國行政訴訟法第 5 條有「依法申請之案件」之明文，是以學說上並未特別就此問題加以探討。如當事人依法規並無請求行政機關為行政處分之權利，且達於「拒絕或怠為所請求行政處分為違法並侵害原告權利之可能性可完全被排除」之程度，則應認為原告無訴權，為訴不合法之問題。至當事人依法規是否真正有權請求行政機關為行政處分，則為有無理由之問題。

二、課予義務訴願中「依法申請之案件」之意涵

訴願法第 2 條第 1 項規定：「人民因中央或地方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，亦得提起訴願」。上述規定中，亦有「依法申請之案件」之文字，其概念內涵如何？提起課予義務訴願者是否依法規有權請求行政機關為行政處分，究係訴願不合法抑或無理由之問題？

關於此一問題，我國實務上見解一向認為：提起課予義務訴願者需依法規有權請求行政機關為行政處分，如不具此要件者，應以訴願不合法為不受理之決定。例如：行政院訴願會院臺訴字第 0980091844 號訴願決定謂：「…按訴願法第 77 條第 8 款規定，對於非行政處分或其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者，應為不受理之決定。…又人民因中央或地方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，亦得提起訴願，固為訴願法第 2 條第 1 項所規定，惟所謂

依法申請之案件，指人民依法有權請求行政機關作為之謂，至單純請願、陳情或建議等，則不包括在內，是若無行政處分或非人民依法申請之案件，即不得提起訴願（參照最高行政法院 92 年度裁字第 1690 號、第 1752 號等裁定）。訴願人於 97 年 12 月 9 日具申請書，以依水利法、水土保持法及山坡地保育利用條例規定，分別請求經濟部、交通部及本院農業委員會…督促所屬機關設置竹東大小圳路及其附屬設施等公設之更新改造歲修，及北二高用地、用地 3 米路及受害農地防治沖蝕、崩塌、地滑、土石流失、風害等天然災害發生之水土保持處理之公設設置。嗣訴願人以經濟部、交通部及農委會逾期未依所請督促所屬機關完成前開設置，依訴願法第 2 條規定，向本院提起訴願。查訴願人所請經濟部、交通部及農委會督促所屬機關完成前開各項施設行為一事，核屬陳情事項，非屬人民依法申請之案件。…均難謂有應作為而不作為之情事。訴願人所提訴願，於法不合，應不受理。據上論結，本件訴願為不合法，爰依訴願法第 77 條第 8 款決定如主文。…」[21]。

肆、本文見解：代結論

綜上所述，有關公務人員保障法第 26 條第 1 項規定中所謂「依法申請之案件」之意涵，以及復審人依該條規定提起課予義務復審時，其是否需「依法規有權請求行政機關為行政處分」之問題，本文見解及結論如下：

[21] 類似案例，參照：行政院訴願會院臺訴字第 0970092429 號訴願決定、行政院訴願會院臺訴字第 0980096399 號訴願決定。

一、 是否「依法規有權請求行政機關為行政處分」之問題可歸併於訴權要件中探究

有關復審人依公務人員保障法第 26 條第 1 項規定提起課予義務復審時，其是否「依法規有權請求行政機關為行政處分」究係復審之合法要件抑或有無理由之問題，保訓會之見解認係前者，故對於欠缺依法規請求行政機關為行政處分之權限者，依公務人員保障法第 61 條第 1 項第 7 款以「對不屬復審救濟範圍內之事項，提起復審者」之規定，為不受理之決定。

前述見解，晚近卻遭到行政法院之質疑。其認為：復審人是否依法規有權請求行政機關為行政處分，應為復審有無理由之問題，復審機關未為實體認定而為不受理之決定，容有未洽。行政法院之所以持此見解，或係基於其對於行政訴訟法第 5 條課予義務訴訟規定中「依法申請之案件」要件之理解所致。蓋依行政法院之實務見解，提起課予義務訴訟者如不具「依法規有權請求行政機關為行政處分」之要件時，應以無理由判決駁回，即認為其係無理由之問題。

當事人依行政爭訟程序（無論係課予義務訴訟、課予義務訴願或課予義務復審）請求行政機關作成行政處分，審理機關（無論係行政法院、訴願會或保訓會）判斷其是否符合「依法申請之案件」之要件，即其是否「依法規有權請求行政機關為行政處分」時，需就其所主張之法律關係加以審酌。行政法院之裁判中，就此問題加以探究時，

往往引用「保護規範理論」加以論斷。例如：最高行政法院 98 年度判字第 1479 號判決[22]謂：「…行政訴訟法第 5 條第 1 項所謂『依法申請』」，係指人民依據法令，得向中央或地方機關請求就具體事件，為一定之決定，且中央或地方機關對於該申請負有法定作為義務者而言。人民向主管機關檢舉他人有違法行為，應加以處罰，主管機關函覆被檢舉人並無違法行為，是否為行政處分，檢舉人得否提起課予義務訴訟，請求行政法院判令主管機關對被檢舉人作成處罰，**應視被檢舉違反之法律，是否賦與檢舉人向國家請求處罰被檢舉人之權利，或該法律所保護之法益是否及於檢舉人之私益即檢舉人因該法律規定有法律上利益而定**。是以檢舉人檢舉他人違反之法律，雖未明定賦與檢舉人向國家請求處罰被檢舉人之權利，而係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，**惟就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則檢舉人之檢舉亦屬依法申請之案件，主管機關所為被檢舉人並無違法行為之函覆，即為(否准)行政處分，檢舉人得對之經訴願程序後提起課予義務訴訟**。…」。

---

[22] 本件案例事實略謂：被上訴人以民國 94 年 12 月 30 日檢舉函，向上訴人檢舉第三人華鼎電子工業股份有限公司於 92 年始發表上市之「ConferStation」系列「雷達尋向錄音會議電話」產品外觀設計，乃抄襲自被上訴人「SoundStation」系列商品之三角形特殊設計，且此抄襲之產品與被上訴人產品並列於國內銷售網站行銷，足使消費者對產品來源產生誤認，更稀釋被上訴人產品外觀之識別力，華鼎公司不正競爭之行為，涉嫌違反公平交易法第 20 條第 1 項及第 24 條規定等情。經上訴人函覆被上訴人，謂本案尚非公平法規範範疇等語。被上訴人不服，提起訴願經遭決定駁回後，提起行政訴訟，經原審以 96 年度訴字第 1588 號判決訴願決定及原處分均撤銷；上訴人應依原判決之法律見解，就被上訴人 94 年 12 月 30 日之檢舉案件，另為適法之處分。上訴人不服，遂提起本件上訴。

就此觀之，審理機關判斷其是否符合「依法申請之案件」之要件，即其是否「依法規有權請求行政機關為行政處分」時，其標準實與判斷其是否已「主張其權利因拒絕核發行政處分或怠為行政處分而受侵害」之「訴權要件」並無二致。蓋如「拒絕或怠為所請求行政處分為違法並侵害其權利之可能性不能完全被排除」，殆可斷定其「依法規（可能）有權請求行政機關為行政處分」。德國學說上見解亦認為：判斷課予義務訴訟之原告是否有訴權時，常需參考「保護規範理論」之內涵，探討所適用之法條中，立法者是否亦兼有保護人民生命、身體及財產等法益之目的而斷定原告是否有訴權存在[23]，即此意旨。前述最高行政法院 98 年度判字第 1479 號判決謂：「…公平法第 26 條：『公平交易委員會對於違反本法規定，危害公共利益之情事，得依檢舉或職權調查處理。』人民依此條規定檢舉第三人違反公平法，上訴人函覆未違反公平法，此項函覆是否為行政處分，應依上開說明判斷之。查公平法立法目的係『為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，促進經濟之安定與繁榮』而制定（公平法第 1 條）。又同法第 5 章規定『損害賠償』，凡 5 條，依序於第 30 條、第 31 條、第 32 條規定『事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，被害人得請求除去之；有侵害之虞者，並得請求防止之。』『事業違反本法之規定，致侵害他人權益者，應負損害賠償責任。』由此可見，**對於事業違反本法規定致侵害他人權益者，該權益被侵害之被害人並得依本法第 5 章之規定**

[23] Würtenberger, aaO. (Fn. 13), Rn. 331.

維護其權利、請求損害賠償及公開法院判決書內容，且就違反本法第 22 條規定者刑事責任之處罰，賦以須該條被害人之告訴為追訴條件等規定觀之，**公平法雖係為維護公共秩序與消費者利益，確保公平競爭而設之規定，但就該法之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果等綜合判斷，可得知該法亦有保障因違反該法規定致權益被侵害特定人（事業）之意旨，即該特定人（事業)就公平法防止不公平競爭(限制競爭及不正競爭)之規定，有法律上利益**。…」。既判斷原告是否「依法規（可能）有權請求行政機關為行政處分」，亦論斷「拒絕或怠為所請求行政處分是否可能侵害原告之權益」。學者有謂：「在審究課予義務訴訟本案判決要件時，似無須對『依法』二字賦予特別意義。…原告對行政處分之作成，顯無法律上請求權時，即無權利受侵害之可能性，而欠缺訴訟權能，其訴不合法」[24]，「『是否依法申請之案件』涉及法律是否賦予人民有申請之權利，因而與『是否有法律上請求權』以及『是否有權利受損害』基本上是三合一之問題」[25]，應屬的論。

綜上所述，本文以為：有關復審人依公務人員保障法第 26 條第 1 項規定提起課予義務復審時，其是否「依法規有權請求行政機關為行政處分」之問題，應無庸單獨論斷，可將其歸併於同條項「認為損害其權利或利益者」之訴權要件中，逕行探究「拒絕或怠為所請求行政處分是否可能侵害復審人之權益」之問題。

---

[24] 陳敏，同註 9，頁 1395。

[25] 許宗力，同註 10，頁 100，註 203。

二、 所謂「依法申請之案件」係指已向行政機關經由行政程序提出作成行政處分之申請而言

如前所述，復審人依公務人員保障法第 26 條第 1 項規定提起課予義務復審時，其是否「依法規有權請求行政機關為行政處分」之問題，既無特別之重要性，可將其歸併於訴權要件合併探討。公務人員保障法第 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」。本條之所謂「依法申請之案件」，係指已向行政機關經由行政程序提出作成行政處分之申請而言[26]。

將公務人員保障法第 26 條第 1 項規定之「依法申請之案件」，解釋為已向行政機關經由行政程序提出作成行政處分之申請，是否將導致課予義務復審客觀化，使人民僅需向行政機關經由行政程序提出作成行政處分之申請，即可進行爭訟程序，造成人民濫行提起行政爭訟之問題？論者以為：上述現象，仍可透過訴訟權能之要件加以控制，應不致造成行政爭訟資源之嚴重浪費[27]。

三、 欠缺訴權要件之駁回方式

復審人提起復審不具訴權要件（即並無依法規請求行政機關為行政處分之權利）時，保訓會應如何駁回？行政爭訟程序中，訴權有無之問題常被包含於當事人（原告）是否適格之課題中。蓋如其（原告）能主張「拒絕或怠為

[26] 臺北高等行政法院作成 97 年度訴字第 2824 號判決參照；行政訴訟法上類似見解，參閱：劉宗德、彭鳳至，同註 8，頁 437。

[27] 劉宗德、彭鳳至，同註 8，頁 437。

所請求行政處分可能侵害其權益」，則其為正當之當事人，並有實施訴訟行為之權能[28]。我國訴願實務上，訴願人不能主張其權利或利益可能受損時，受理訴願機關均依訴願法第 77 條第 3 款「訴願人不符合第 18 條之規定者」以訴願不合法為不受理決定[29]。蓋訴願法第 18 條「自然人、法人、非法人之團體或其他受行政處分之相對人及利害關係人得提起訴願」之規定，包括訴願當事人能力及當事人適格二項，即包括訴願人是否有實施訴願權能適格之問題[30]。

保訓會現行作法，係依公務人員保障法第 61 條第 1 項第 7 款「對不屬復審救濟範圍內之事項，提起復審者」之規定，以復審不合法為不受理之決定，與訴願實務上之作法相當[31]。較為妥適之作法，似應改依公務人員保障法第 61 條第 1 項第 4 款「復審人不適格者」之規定，以復審不合法為不受理之決定。

---

[28] Kopp/Schenke, aaO. (Fn. 12), § 42 Rn. 60.

[29] 參照：行政院訴願會院臺訴字第 0980099446 號訴願決定、行政院訴願會院臺訴字第 0980098435 號訴願決定。

[30] 參閱：張自強、郭介恆，訴願法釋義與實務，頁 316-317，自版，2008 年 7 月 2 版；劉建宏，訴願程序之主體，月旦法學教室，第 77 期，頁 42，2009 年 3 月。

[31] 訴願實務上，訴願人依訴願法第 2 條第 1 項規定提起課予義務訴願，惟其並無請求行政機關為行政處分之權利時，受理訴願機關均依訴願法第 77 條第 8 款「對於依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者」之規定，以訴願不合法為不受理決定。參照：行政院訴願會院臺訴字第 0980091844 號訴願決定。

＜研討紀錄＞

主持人：林考試委員雅鋒

報告人：劉建宏（中正大學法律系副教授）

與談人：林昱梅（中興財法系副教授）

主持人（林考試委員雅鋒）

在場我看到有我們考試院的同仁，還有很多有關這方面的先進，各位女士各位先生，今天保訓會辦理的考試院80周年慶的系列活動裡面，今天是一個研討會，今天這一場是第二場，我們這一場的題目是「依法申請事件之權利救濟—以人事事件為中心」，我非常高興能夠請到中正大學法律學系兼研究所副教授劉建宏劉教授，他等一下要來發表論文，然後由林昱梅教授來為我們做評論。在這裡先跟各位介紹劉建宏劉教授，他目前的現職是剛剛跟各位報告過，中正大學法律學系及研究所的副教授，學歷在各位手上的會議手冊裡頭也有，但是我為各位特別介紹一下，他的學歷是德國佛萊堡大學的法學博士，經歷很長很多，之前比較近一點的是交通部法規委員會的委員，然後是交通部訴願審議委員會的委員，我們劉教授的專長是在憲法領域、行政法領域、訴願法以及行政訴訟法領域。

今天擔任與談人的林昱梅林教授則是德國杜賓根大學法學博士，在研究專長領域方面是行政法、憲法還有智慧財產權法。她在這之前是經由學界，借調到公務人員保障暨培訓委員會擔任專任的委員。我們今天第二場要討論的題目就是公務人員保障法上課予義務復審之訴權要件，從

公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 26 條第 1 項之依法申請案件談起。我想在資料上各位都看到了，這裡面的內容除了是保訓會實務上的見解之外，劉教授非常認真的去搜尋了相關的行政法院的判決、行政法院的見解還有訴願法的相關資料。從各種實務的經驗以及見解去加以比對分析出來，今天的這一篇報告，我相信各位在聽過劉教授的一篇報告之後，會有很棒的收穫。林昱梅教授也是這方面的專家，我們希望經過今天的報告跟與談之後，能夠就這個問題，各位能夠獲得非常精進的見解。

在今天的會議的程序上，我到目前為止應該是要用 5 分鐘，之後就要請劉教授論文宣讀時間是 25 分鐘，然後林昱梅教授的評論時間是 15 分鐘，往後就是我們的自由發言跟對答時間。現在我們就請劉教授開始為我們報告。

報告人（劉建宏教授）：

主持人及考試委員，林教授及各位在場的先進各位午安。今天我要為各位報告的題目是有關保障法第 26 條第 1 項「依法申請案件」概念的探討，我把題目訂成它的訴權要件，其實這兩個事情它在外觀上是不太一樣，但是我在最後我的結論會談到這兩個應該是二為一的問題，所以我在題目上是把它定成有關保障法課予義務復審的訴權要件。去探討第 26 條第 1 項的依法申請案件它的概念內涵。首先我先和各位介紹一下我要探討的問題到底重點是在什麼地方，保障法第 26 條第 1 項的規定：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。我們一般

復審講的是撤銷復審，這種課予義務的復審講的是說行政機關怠為行政處分，這個時候公務人員可依保障法第 26 條第 1 項規定來請求救濟。不過這裡一直有一個問題存在，亦即這個條文裡所謂的依法申請之案件，它的意義到底指的是什麼？具體的來講，這個依法申請案件所謂的法指的是，你要在程序法上的規定就能夠滿足，還是必須要依照實體法的規定它有請求權而言。換句話來講，當事人依本條規定提起課予義務復審時，是不是要審查他依照實體法的規定，有權利可以請求行政機關為行政處分，他才合乎這一條的要件。或者，只要當事人依照法定程序上的規定提出申請，就符合這裡所謂依法申請的要件。如果你不作為的話，就是怠為，他就有權利依第 26 條第 1 項的規定來提起課予義務復審。這個問題，當然在我們實務上，他的見解跟後面行政法院的見解有所不同。進一步談，假如我們認為所謂提起課予義務復審的時候，必須要依實體法法規的規定，有一個請求權存在，行政機關有一個作為義務，才合乎本條要件的話，接下來的問題即是在程序上，如果不符合這個要件的時候，保訓會應做成什麼樣的決定？應作成實體審查、用實體駁回，還是它可以在程序上進行為不受理的決定，這是程序上衍生下來的另外一個問題。關於這個問題，待會我會在報告裡面談到實務上和學術上它的見解。因為保障法規定本身的研究在密度上不像訴願法和行政訴訟法上來的多。所以在研究方法上，我可能要借重有關訴願法跟行政訴訟法。因為我們在訴願法的規定裡面有課予義務訴願，在行政訴訟法裡面有課予義務訴訟，這兩個條文裡面，都有相關的文字，和我們今天要談的問

題是很類似的，也就是說都有一個依法申請案件的文字。我在方法論上去討論這兩個法本身依法申請案件的意涵是什麼。因為我們行政訴訟程序本身應該有它的技術性。所以我們借用這兩個法條，它的依法申請案件概念內涵，來探討在保障法裡規定的課予義務復審的依法申請案件的意涵到底是什麼，這是方法論上，先跟各位做一個聲明跟介紹。

接下來開始來談我們本題的問題，有關在保障法的規定裡面，它的依法申請案件的內涵為何，公務員提起課予義務復審時，到底是不是依照實體法規而必須要有一個請求權存在才合乎本條的要件，我們先針對這個問題來談。這個問題，我國實務上的見解可以分成兩個階段來跟各位說明，第一個是保訓會的見解，保訓會的見解在 97 公審決字第 0344 號復審決定裡面，它的案例是說有一個學校裡面的職員請求銓敘部審定他的薦任資格，而銓敘部以他不合規定為由回復他，他就依照規定提起課予義務復審。保訓會在這個決定的見解裡面談到，上開第 26 條所稱依法申請案件，係指公務人員依法規有權請求行政機關為行政處分，而行政機關有義務做成行政處分者而言。因此如果非屬公務人員依法申請的案件，如果他沒有照這行程的話，行政機關就沒有做成行政處分的義務，也就不得提起本條所謂的復審。這個案子最後的結果，是他依照保障法第 26 條第 1 項第 7 款的規定，以他對不屬復審救濟範圍內之事項，提起復審，做成程序上不受理的決定，這是保訓會的見解。保訓會的見解大概也是行之有年，但是這個案子因當事人不服，他就打到行政法院，在台北高等行政法院時，

在 97 年度訴字第 2824 號判決做了不太一樣的說明，結果最後是一樣的，但是他在理由裡面作了不太一樣的說明。他的見解：對於作為訴訟標的之行政處分，人民是否有做成之請求權法律根據，應屬於訴訟有無理由的問題，故所謂依法申請，係指已向行政機關經由行政程序提出做成行政處分之申請而言，所以很明顯的，法院的見解在這點的認定上與保訓會的見解是不一樣的。法院認為這個應該是屬有無理由的問題，只要依程序提出申請就應該要有實體的審理。所以被告銓敘部前開有關電子郵件跟函文的議題，本身就是一個否准處分，因為在提起課予義務復審的時候，他認為他提起的是一個怠為處分的課予義務訴訟，因為他認為本來被告機關並沒有作一個處分。但保訓會的見解認為被告機關已作處分，它就是否准處分，所以他把他變更成還是否准的課予義務訴訟。最後他說，復審機關未為實體認定而為不受理之決定，雖有未洽，然結果並無二致。他認為復審機關沒有為實體的認定，行政法院認為這個見解是錯誤的，但是最後的結果因為他是無理由，所以並沒有把原來的復審決定撤銷，但他的理由結構上是不同的。這個案子後來打到最高行政法院，最高行政法院以他並沒有對原判決如何違背法令有具體指摘，認為上訴不合法，所以維持高等行政法院的見解。我做一個簡單的結論，在這個案子的問題裡面，保訓會的見解是，公務人員依法規有權請求行政機關為行政處分時，才合乎本條所謂課予義務復審的要件，如果不具這個要件則可以為不受理的決定。但是台北高等行政法院政法院的見解則是不一樣的，他認為這是有無理由的問題，復審機關如果沒有實體

認定而為不受理的決定，在法律上這是不正確的。

接著來談剛剛所講，因為這個案子在學術上所討論的並不是很多，所以可能參照在訴願法和行政訴訟法上有關類似問題的探討，來回顧一下我們這個問題到底應該採哪一個學說，在學理上來講是比較正確的。首先，跟各位談一下有關課予義務訴訟，行政訴訟裡面依法申請案件它的意涵。在行政訴訟法第 5 條的規定裡面本身也有依法申請案件的文字，在此所謂依法申請案件指的是實體法還是程序法?首先有關我國實務的見解，我國實務見解對過去的行政法院判決一向認為：提起課予義務訴訟者必須依法規有權請求行政機關為行政處分，例如最高行政法院 90 年度判字第 1637 號判決，這個判決內容大概是說，有一個原告請求行政機關去拆除另外一個人民的違建。在這個案例，法院的見解認為，請求為行政處分訴訟，以上訴人起訴請求之事項，係其得依法向行政機關申請為行政處分或得為特定內容行政處分之事項為要件，在案例裡面，有謂經查證政府拆除違章建築，旨在謀求公共利益，非為保護土地所有權人個人之私權，所以他認為，針對拆除違建的部分，當事人亦即一般的人民，並沒有一個請求權存在。在下 1 頁的地方他也表示，上訴人起訴請求撤銷上開函及命被上訴人拆除違章建物，於法自未有合，因將訴願決定維持，駁回上訴人之訴，經核並無違誤，在這邊進一步的說明，所稱依法申請，係指人民依據法律有向行政機關申請對其作成一定行政處分之權利而言。法律未規定人民有申請權，或法律並非規定人民得申請行政機關對其做成一定之行政處分者，均非上開法條規定之依法申請案件。因此在

這個案例裡面，行政法院的見解是認為，不符合所謂課予義務訴訟的要件。另外有一個時間比較近一點的見解，高雄高等行政法院 98 年度訴字第 524 號判決也持相同見解，這個案子大概是在說，有一債權人訴請法院判定稅捐稽徵機關要給他的債務人免土地增值稅，法院的見解認為，行政程序法第 34 條及第 35 條為行政程序之規定，非實體法規，而原告提起行政訴訟，無論為課予義務訴訟亦或給付訴訟，在實體法上應有申請權或請求權為依據，使得提出申請或請求，尚非得逕援引行政程序法第 34 條及第 35 條之規定，因此法院的見解認為，程序法是不夠滿足這裡所謂的依法申請的法的內涵。法院亦聲明，原告就該課稅處分僅具事實上之利害關係，難認其權利或法律上利益因而受侵害，原告對該課稅處分結果，並無權利或法律上之利益直接受損，自無提起本件訴訟之實體上申請權或請求權依據。在這個案例裡面，法院否定原告本身有訴權存在，在下 1 頁也說，足認債權人之申請，僅在促使稅捐稽徵機關注意減徵土地增值稅而已，並非在其有請求稅捐稽徵機關減徵土地增值稅之公法上權利，因為你並非當事人，而是債權人，所以法院認為，本件原告實無促請被告依職權退稅之權利，最後他是以行政訴訟法第 107 條第 3 項的提起訴訟的顯無理由跟程序判決來駁回原告的所請。

第二個部分我來跟各位介紹一下我國學說的見解，我國學說上的見解針對課予義務訴訟這個所謂依法申請的內涵，有一些討論，大概分成兩種不同學說，第一種學說他是比較支持實體法說，也就是我們在這個第 9 頁講到的，比方說像吳庚教授他談到，他說所謂的依法申請係指有依

法請求行政機關作為的權利，具體而言，也就是有請求行政機關作成授益處分法律上的依據，所以與該申請人權利無關的陳情、建議等，都不包括在內，不可以依照這條文的規定來提起課予義務訴訟，那麼所以很顯然他是以有沒有請求權、實體法上的請求權作為他的合法要件，不過，相對來講，也有學者他認為說，當事人是否有依法請求行政機關作為的權利，本身他是有無理由的問題，與訴之合法性無關，並非課予義務訴訟的特別要件，也就是說，原告在實體法上對於行政機關有沒有申請權，並不重要，所謂依法申請這個法字，是指原告就其請求行政機關作成處分，曾經有行政程序向行政機關提出而言，所以很顯然他是採取程序法說，也就是說他否認這個所謂的有沒有請求權的問題是課予義務義務訴訟的合法要件。

另外我在底下這一段也特別指出來，另外有學者他不但採這說，他進一步提出來，他認為說，在審究課予義務訴訟本案判決要件時，並不需要對『依法』兩字賦予特別意義。因為對於作為訴訟標的之行政處分，人民是否有作成請求權法律依據，應屬訴有無理由之問題，但是他後面又有講，如果原告對行政處分的作成，顯無法律上請求權時，也就是說沒有權利受侵害的可能性，也就是欠缺訴訟權能，其訴不合法。所以像陳敏大法官他的見解，他是認為說這個問題其實看起來好像他就是一個有沒有訴權的問題，如果他並沒有權利受侵害的可能性，他就是沒有訴權，所以並不需要對「依法」兩個字特別探討。另外在許宗力大法官他的見解他是認為說：「是否依法申請的案件」本身他在探討的時候他跟「有沒有法律上的請求權」以及「是

否有權利受損害本身」，也就是訴權的要件是三合一的問題，所以在探討的時候不需要分別來探討，所以他的主張也是比較傾向程序法說。

接下來有關我國學說上的見解我們剛剛介紹完之後，當然我們也會想到大部分這一類的法規也是承襲德國來，所以我也特別回去看了一下德國法上他的見解，也沒有值得參考的地方，在德國的行政法院法本身，他的條文的結構，跟我們的本身就是不太一樣，他在德國行政法院法的規定裡面，並沒有像我們的行政訴訟法有把依法申請之案件明文在法條裡面，所以在德國探討這問題的時後，他主要的爭點還是在訴權要件的問題，也就是說，如果原告能主張其權利因拒絕核發行政處分或怠為行政處分時，他具備這個訴權，他的訴訟才是合法的，至於說，到底他能不能夠主張，或說是不是能夠主張他的權利，因為怠為處分或拒絕為處分而受侵害，根據(德文)也就是「可能說」的見解，必須是「拒絕或怠為所請求行政處分為違法並侵害原告權利之可能性不能夠完全被排除」，才合乎他的訴權要件。德國上學說的見解也進一步的指稱，他說具體判斷時，常需要參考「保護規範理論」的內涵，探討所適用的法條當中，立法者是不是兼具有保護人民生命、身體及財產等法益之目的而斷定原告有無訴權存在。德國學說上的見解進一步指出，如果當事人未依規定提出申請，或是他不具訴權，都是他的合法要件，至於說請求的權利是否真正的存在，其所主張受損害的權利是否真正存在，他應該是當事人有無理由的問題，並不是合法性的問題。

最後針對這個部分我來做一個簡單的小結，在我們的實務上的見解認為說，提起課予義務訴訟者，必須依法規有權請求行政機關來作行政處分，否則就以無理由駁回，我剛剛所引的兩個行政法判決有點不太一樣，在早期 90 年這個判決裡面，他是真正經過言詞辯論後，用實體上無理由來駁回。到了晚期，在 98 年高雄高等行政法院的見解，他是用原告之訴在法律上顯無理由未經言詞辯論，以程序判決用行政訴訟法第 107 條第 3 項的規定來駁回，他的駁回結果有一點點不太一樣。那麼學說上的見解，剛剛跟各位介紹過，他有兩個不同的見解。一個是認為他是所謂的合法要件，一個認為並不是。德國法的見解我們綜觀他的結論，因為他的條文並沒有像我們的行政訴訟法有依法申請的明文，所以學說上並沒有特別針對有沒有依法申請的請求權這個問題來探討。他最後的結論是說，如當事人依法規並無請求行政機關為行政處分之權利，而且他已經達到了「拒絕或怠為所請求行政處分為違法並侵害原告權利之可能性可以完全被排除」這樣的程度時，應該轉換成有沒有訴權的問題，依照德國的見解，有沒有訴權還是合不合法的問題。至於當事人依法規是否真正有權請求行政機關作行政處分，他把它歸納成有無理由的問題。這是有關課予義務訴訟給各位所做的介紹。

那麼第二個是課予義務訴願，我們講這個保障法的規定裡面，他在作成的程序裡面，跟訴願很相近。所以我們也來探討一下課予義務訴願裡面他裡面依法申請案件的意涵是什麼？這個問題在訴願實務上的見解很一致，他一向認為的是說：提起課予義務訴願者需依法規有權請求行政

機關作成行政處分，如果本身不具備這個要件的話，實務上的見解是，訴願不合法，為不受理的決定。譬如說我找了幾個行政院的訴願決定，在行政院 98 年院臺字第 0980091844 號訴願決定是說：有一個人他提起訴願，他是要督促行政院所屬機關要設置一些排水、水土保持的設備。那麼行政院這個訴願決定提到所謂依法申請的案件，係指人民依法有權請求行政機關作為之謂，那麼在這個案子裡面，他是要督促所屬機關設置相關的圳路，排水更新改造的歲修等等，所以認為這個部分他沒有請求權，所以最後的結果是以訴願不合法，訴願法第 77 條第 8 款的規定為不受理，這是我們在訴願實務上的操作方式。

那麼最後針對以上提出來的一些分析，所提出一些本文的見解用這個來代結論。首先第一個，是不是「依法規有權請求行政機關為行政處分」？在我們提起課予義務復審的時候，我個人認為這個問題也參酌學說上有學者的意見，他應該可以把它歸併在訴權要件中探討，不需要特別賦予他法律上的重要性。為什麼這樣講，我具體進一步跟大家說明，當人民提起不管他是課予義務訴訟也好，課予義務復審也好，或是課予的義務訴願也好。審理的機關判斷他是否符合依法申請的要件的時候。也就是他要論斷「他是否依法規有權請求行政機關為行政處分」的時候，必須就其所主張的法律關係加以審酌。他沒有辦法只就所謂的程序上的意象來審酌，他必須要就法律關係本身加以審酌跟探討。行政法院裁判對這樣的問題，往往引用保護規範加以論斷，比方說我引的另外一個最高行政法院 98 年地判字第 1479 號判決，這個判決是依照公平交易法的規定來檢

舉仿冒的問題。所以在這個判決裡面，行政法院認為說，在下 1 頁第 14 頁他談到說，主管機關函覆被檢舉人並無違法行為是否為行政處分，是不是一個拒絕處分，還是他只是一個觀念通知呢？檢舉人得否提起課予義務訴訟這個問題，應視被檢舉違反之法律，是否賦予檢舉人向國家請求處罰被檢舉人之權利。或該法律所保護之法益，是否及於檢舉人之私益也就是檢舉人因該法律規定有法律上的利益而定。

如果就法律上雖未明文賦予檢舉人向國家請求處罰被檢舉人之權利。但是就整體的法律結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，則檢舉人之檢舉亦屬依法申請之案件，這個時候函復本身就是一個行政處分，他當然就可以提起課予義務訴訟。

所以從行政法院這樣子的見解我們可以看出來，審理機關在判斷他是否符合「依法申請案件」，雖然他並沒有很明白的講，但是可以看得出來，當他在判斷，原告是不是「依法規有權請求行政機關為行政處分」時，他的標準，實際上，與判斷他是否已「主張其權利因拒絕核發行政處分或怠為行政處分而受侵害」之「訴權要件」並沒有什麼區別。因為如果拒絕或怠為所請求行政處分為違法並侵害其權利之可能性不能夠完全被排除的話，也就是他有訴權要件的話，我們大概可以斷定，他依法規是有可能可以請求行政機關作成行政處分。德國在這個學說上的見解他也認為說，判斷課予義務訴訟之原告是否有訴權時，常須參

考「保護規範理論」的內涵，來判斷法條中，立法者是否兼有保護人民生命、身體、跟財產法益的目的而斷定原告有沒有訴權存在。那我們再回過頭來看看，上面所引的最高行政法院 98 年度判第 1479 號判決裡面，他又進一步談到：對於事業違反本法規定致侵害他人權益者，該權益被侵害之被害人並得依本法第 5 章之規定維護其權利、請求損害賠償。所以看得出來，公平交易法雖係維護公共秩序與消費者利益，確保公平競爭而設之規定，但就該法之整體結構等等來判斷，可得知該法亦有保障因違反該法規定致權益被侵害特定人之意旨。所以，在最高行政法院實際上判斷的標準，他既判斷原告是否「依法規（可能）有權請求行政機關為行政處分」這樣一個事項，同時他也論斷「拒絕或怠為請求行政處分是否可能侵害原告權益」。所以學者認為在審究課予義務訴訟本案判決時，無須在依法賦予特別的意義。另外一個學者則認為這些根本是三合一的問題，這個看起來的確是有他的道理存在。所以依照以上所述。第一個結論我認為說，在審理保障法課予義務復審的時候，並不需要對依法申請案件這個要件作太多的論述，可以在訴權要件中探討。第二就是，所謂依法申請的案件，既然在實體法上它並不重要，可以一併在訴權要件裡面來審理的話，這裡所謂依法申請案件的依法，應該就是程序法上，也就是說有沒有依照程序的規定提出，若已經提出，就合乎保障法第 19 條第 1 項依法申請案件。這樣子的見解，這是參酌我們前面第 1 項結論所得到當然的結果。

最後一個問題，如果欠缺訴權要件的時候，因為我們

剛剛講，這樣的案例類型應該歸在訴權要件來談，那我們談一個具體的問題，如果他欠缺訴權要件的時候，當然他就是欠缺依法申請案件這一個要件，這時候，這個要怎麼處理？保訓會過去的見解跟我們對照行政爭訟中訴權有無的問題，常常被包含在當事人就是原告是否適格的課題當中？因為如果原告能夠主張他有權利或法律上的利益因為拒絕或怠為處分而受侵害時，他是正當當事人，他有訴權，這個時候，他可以實施訴訟權能，所以他本身常常被包含在是否適格的問題裡面。因此我國在訴願的實務上，訴願人不能主張其權利或利益可能受損害的時候，受理訴願機關往往依訴願法第 77 第 3 款以他不符合第 18 條的規定，來為不受理之決定。這個第 18 條本身我們訴願的實務見解認為他包含當事人能力以及當事人適格兩個。所以最好分的見解，就是把它保含在訴訟權能，也就是當事人適格的問題來探討。所以參酌這些見解，提出一個想法保訓會現行的作法是以，保障法第 61 條第 1 項第 7 款「對不屬復審救濟範圍內之事項，提起復審」，這個作法跟訴願實務的作法是相當的，但是這個復審的決定被行政法院阻塞，說他有違常理，所以另外一種可能性，我們是不是改依保障法第 61 條第 1 項第 4 款「復審人不適格」，我剛剛已經講過這個問題，他也是廣義復審人不適格的問題，以這個條款的規定作為復審不合法、不受理的決定是不是在法律上會更為周延。

以上針對以這個問題作以上的報告謝謝各位。

主持人（林雅峰考試委員）：

我們謝謝劉教授精采的報告，接下來我們請林教授作15分鐘的評論。

與談人（林昱梅教授）：

主持人、林考試委員，報告人劉教授，以及在坐的李副主委，各位老師，各位先進大家午安，今天很榮幸來參與這個考試院80週年保障法制研討會，當然也很榮幸的可以聽劉教授的報告，因為劉教授在行政救濟法上面的研究非常深入，那今天的主題最主要是針對保障法第26條第1項這個課予義務復審依法申請案件這個部分去進行探討，在進入整個主題之前，其實我必須說明，在我在考試院擔任專任委員的那段期間裡面，其實針對這個問題也有一點點思考跟疑問，但是也就是說當時的想法是認為，包括最高行政法院，台北高等行政法院，以及訴願的實務上面，針對依法申請案件概念的詮釋，或是要件上面的標準，似乎是還滿一致的。所以說，即便在理論上還滿支持劉教授的見解，但是在實務上面，個案上面並沒有去強調他或是去針對這方面的實務見解，提出一些不同的看法。針對保障法第26條這個部分，修法理由就很明白的提到參照訴願法第2條來的，也因此就是他在法律條文這個部分會有依法申請案件這個要件，是不令人意外的。就是說，如果整個從德國行政法院法那邊開始談起，或是來跟我國的法制做比較的話，在德國行政法院法第42條也就是報告第9頁註11的這個部分，他的第42條這個部分分成2項，第1項是在談撤銷訴訟以及課予義務訴訟，包括核發被拒絕或怠為的行政處分，人民可以起訴請求的這個規定裡面，是

沒有依法申請的文字。比較值得注關注的是在第 2 項裡面，緊接著就提到了訴訟權能的要件，也就是原告主張其權利因為行政處分、拒絕行政處分或怠為處分而受侵害的這個要件。這個要件其實在我們國家的不管是行政訴訟法也好，或是跟復審有關的保障法，或者是訴願法也好，都有這樣子的要件。

因此今天的主題會特別有意義的地方是在於說，依法申請的案件這個要件裡面是否要探究原告、或者是當事人、復審人是否有請求權這個部分，還是像剛剛劉教授所提到的在訴願權能或是復審權能、訴訟權能這個部分來談，這個當事人權利的這個部分就可以。如果我們觀察德國行政法院法，我們還可以再去觀察他們的第 68 條的這個規定，因為第 68 條在規定提起行政訴訟的先行程序裡面，除了撤銷訴訟之外，他這個課予義務訴訟這邊特別明文規定，針對申請加以駁回的這個部分是，是必須要經過這個先行程序，跟我們國家不一樣的地方，他們針對不作為的這個部分反而沒有去提到先行程序的問題，也因此針對不作為的這個部分是可以直接提起課予義務訴訟的。我們國家如果去觀察訴願法或行政訴訟法都好，我們針對所謂不作為的這個部分，是明文規定要提起訴願的。

在復審的這個部分也是一樣，所以我們的法制跟德國的法制基本上是有點不太一樣的，其實我個人也認為不一定要跟著德國這個制度走，因為，報告人在今天的參考文獻裡面，有一位德國教授 Hufen，Hufen 在他的書裡面也有提到，其實在針對不作為的部份，在立法政策上面也可以

考量透過異議，也就是類似我們國家的訴願的方式提起救濟，不要一開始去提起課予義務訴訟，所以在這個前提之下，我們又來思考我們國家的問題，其實倒是在實務上，我個人還認為，針對不作為的部份可以提起訴願或是復審是他比較具有效力的。根據我的觀察，包括訴願決定也好，復審決定也好，其實還蠻多案件他的決定主文是要命機關在 2 個月內，或是更短的有 1 個月的，趕快去作成適法的行政處分的情況。表示在我們國家裡面，在這種課予義務型的，特別是機關不作為的這個情況，如果透過訴願或是復審的程序來進行的話，在救濟方面其實是更具實效的。那當然就因為具有實效，所以說在這個依法申請上面如果相對於駁回這個部分來講，因為駁回的這個部分有一個否准或許在認定行政處分上面，在訴的合法要件，或是在程序是否受理的要件上面，在審查上面就比較不會出問題。所以在機關不作為的這個部分，到底當事人是不是有這樣的權利，或是說他提起的救濟是否合法這個問題上面當然就會連結，剛剛劉教授提到的保護規範理論等等，也跟我們一般理解跟訴訟權能、跟訴願權能比較有關，或是所謂的經驗方法的主題，依法申請的要件有關的要件判斷。

所以今天的報告主題把我們實務上的各種判決，以及各種決定出現的問題精確的把它提出來。但是如果我們去看針對不作為的這個訴願這個部分，當初的立法理由，其實是把機關不作為部分，舊訴願法是把它視為行政處分來處理，叫做擬制的行政處分。修法理由其實是因為配合這個行政訴訟法的課予義務訴訟，所以在訴願法裡面也針對機關不作為的部份，把這個視為行政處分這個部分，把它

改為課予義務類型的訴願。也因此在機關不作為的這個部分，所謂要套到當事人是否有請求權的這個問題上面，如果我們去看它的修法理由，倒是比較會去重視的是權利有無損害這個部分。在訴願法的修法理由上面是談到申請人權利或利益是否確受損害，以其主觀上自認有損害的事實即可，不以客觀上確有該項事實存在為要件。因此在訴願法的修正理由方面，據我觀察他重視的是，人民認為權利或利益受損的，所謂這個一般理解的訴權要件上面，至於針對依法申請案件這個要件，在修法理由上面，並沒有特別去談他。

也因此根據我的觀察，事實上，似乎不見得去強調依法申請的案件的人民或是請求救濟的人必須有所謂的申請權，不過在我們國家實務上面，就如同報告人所提到的，包括最高行政法院、行政院訴願會，其實針對依法申請的這個部分，還是維持據我看來比較嚴格的標準上面，包括比較新的最高行政法院的判決裡面也都維持他們的標準，我個人一直認為在依法申請的這個案件裡面，如果我們太去強調這個所謂的申請權，或者是請求權，或是是否有權利的這個判斷，會導致於原本應該在實體上面審究的問題，過早或是提早到程序的這個要件去審究他，至於結果會變成是所謂的訴不合法或是救濟不予受理的這種狀況，這種狀況我們從憲法的角度來看，對於人民或是對公務人員也好，對公務人員的話我們可以說服公職的權利加上第16條的這個訴訟權的部份，其實在權利保護的這個部分我們太早去不受理，針對實體這個問題先去審究，在程序上不予受理，其實在權利保護這邊，我個人是認為有點不周。

另外從憲法權力分立角度來看，司法對於行政這方面的制衡，案件實體審理如果沒有辦法進到法院實體審理部分，我們給予人民程序上的答案，而不是實體上的答案，其實是比較可惜一點的。在很多的不受理案件裡面，對人民來講其實沒有得到一個實體上的答案，人民是不是幸福上面，也是可以考量的一個點。針對於保障案件的這一個部分，其實在台北高等行政法院的判決之後。我查到了最新的 98 年 12 月 29 日的這個保障案件決定裡面，還是用舊的，也就是維持依法申請案件就是有權請求行政機關為行政處分，而行政機關有義務作成行政處分的這個標準，其實似乎是沒有因為台北高等行政法院而有所改變，至少依照我的觀察是這樣。如果就報告提出來的台北高等行政法院這個案例來看的話，事實上，台北高等行政法院是認為銓敘部的答復是一個否准，所以整體案情來講，台北高等行政法院並不認為他是一個針對不作為提起的怠為處分類型的救濟，而是一種駁回申請的一種救濟，所以說在這個部分當然台北高等行政法院針對依法申請的案件，這個解釋倒是我傾向於贊同，只是到最後他的認定上面，似乎也不是針對於機關不作為的部分提起救濟，所以說，在這個案件裡面其實台北高等行政法院的見解可以作為日後保障案件是不是一定要朝著這個方向去改，當然也是可以觀察就是說，在理論上面倒是真的比較傾向報告人提到的陳敏大法官或是許宗力大法官見解，就是依法申請的案件，針對依法兩個字其實不需要刻意去強調，而是說他的重點是在於你去發動這樣的一個程序，也就是希望行政機關去作成這樣的一個行政處分，當行政機關拒絕或是行政機關不

作為的時候才會有救濟的問題，如果沒有這個申請的話，事實上不應該先跑到救濟的這一個部分來。

也就是課予義務類型必須要用申請作為他的源頭是沒有錯的。只是說，是不是一定要去探究在訴訟要件，或是在受理要件上面要去探究他是不是有權提出申請，這其實是就我看來是比較傾向實體的問題。那當然他如果是真的依照剛剛劉教授提到的「可能性理論」也沒有辦法達到這個訴權的要件， 當然是可以用不受理的方式來處理。但是就是說我個人向來是比較傾向於，有疑問的時候還是要受理，不要把希望求得救濟的當事人關在門外，不給你答案，不給你一個實體的理由。那如果我們觀察保障案件的話，其實查到的結果，依照保障法第 26 條不作為的部份提起保障案件，特別是復審的情況，在決定裡面其實是有要求行政機關一定期間內要作出適法的行政處分的情況，在案件類型方面的話包含涉訟補助，或者是停職期間的這個俸給的問題。比方說交通補助費或加給的等等問題。我去看他都有相關的公務員法規作為他的依據，所以在提起復審案件等於說他的救濟是有理由的。

如果說沒有辦法獲得救濟的決定，就我觀察有一個有趣的現象，大部分的決定他的主文是不受理，那案情方面包括請求陞任、任用、參加甄試等等案情，也因此我們在這邊可以發現，如果是當事人有理由的情況，特別是在保障法第 26 條這個救濟上面，那當然會有一些要求機關作適法處分的情況，但是如果當事人的主張，在保障案件的決定上面似乎是傾向不受理去做決定，也因此可以觀察出

來，似乎在保障法第 26 條的救濟程序當中，比較少有實體駁回的情況，是不是就表示說，我剛剛提到的情況，我們太早把實體問題拿到程序問題上面去審究，以至於在第 26 條這樣的救濟類型決定主文上面比較少找到實體駁回的這樣子的情況。這個的確是比較需要反省的部份。所以說在這裡其實當然會有一個實務上面跟理論上面的矛盾，也就是說理論上面我個人認為應該是如題，但是在不受理這個部分，其實在這種案件類型，在決定書也會去談當事人沒有請求權，或是沒有依法請求權的部份。我剛剛提到不給當事人理由把當事人關在門外的不給他任何理由的疑慮是比較小，如果在理論上面，當最高行政法院或是其他的訴願機關都還是依照這個標準的時候，我們是不是要在保訓會的這個部分直接改對依法申請案件的理解可以再討論。

最後針對於如果是回到訴權要件，要用哪一款，是不是當事人不適格，在當事人不適格跟訴權的部份，我個人認為還是有一點點不同，在行政救濟上面，甚至是在行政訴訟或是民事訴訟都會碰到的共同的問題，也期待劉教授能夠提出更深入更精闢的見解，以上是我的與談，謝謝。

※問題與回應※

主持人（林雅鋒考試委員）：

我們來謝謝林教授非常精采的評論，以他非常多年的實務工作經驗，用很俐落的語言在做分析，以我這個法官

來聽都會有點跟不上，非常快的速度，來討論裡面的法律問題，非常不容易。我們現在的時間進行到就是有 5 個人可以自由發言。每個人的時間是 3 分鐘。所以請各位把握時間，針對剛才報告人以及與談人兩個人發言的內容，請最多是 5 個在座的先進表示意見。

東吳大學法律系程明修：

首先我要謝謝劉教授提供這麼精闢的一篇報告，讓我們可以對於行政訴訟上面有關課予義務型的救濟類型當中的實體還有合法要件的審查，可以有一個更清楚的了解，在這篇報告裡面，我想劉老師也是跟台北高等行政法院的見解應該是還蠻貼近的，我上個禮拜才離開，原先在保訓會的工作，在這段時間裡面，也大概在一直處理類似的問題，也困擾著我們實際的操作案例上面的一些判斷，剛剛林委員說查到 98 年 10 月的，我可能晚一點點離開，跟會裡面離開之前的確認是，好像已經把審查的標準做了統一的判斷，是比較趨近台北高等行政法院的判斷的方式，希望朝這個方向去處理。台北高等行政法院這個見解，他當然有他歷史的緣由，目前能夠解決的問題大概也只不過是其中一部分而已。那這個困難是在於說我們的保障法跟訴願法的規定，跟行政訴訟法第 5 條的規定沒辦法契合，使得我們在拒為處分型的課予義務訴訟救濟上面，跟復審的類型上面必須要去依附撤銷型的訴願，或是撤銷型的復審，以至於在這種依法申請遭行政機關拒絕的案例上面，還需要去判斷被行政機關拒絕的行為是否是行政處分有這個困境。實務上面把依法申請的案件依附在實體上是否有

請求權。他其實同時解決了幾個問題，他同時解決了合法要件，同時他也解決了遭行政機關拒絕的行為是否為行政處分的判斷。是在劉老師所引用公平法上的幾個案例是很典型的案例。檢舉之後行政機關的拒絕到底可不可以當做行政處分。照理講在課予義務義務型的行政處分，根本不需要去判斷被拒絕的行為是什麼？而是要去回問到底當事人有沒有實體請求權這才是重點。在他的形式合法要件上面，根本不需要去判斷他有沒有一個拒絕的行政處分存在。可是我們因為法制的關係，保障法第 26 條的缺陷或是訴願法的缺陷，使得我們必須在這種拒絕型的救濟還要去判斷有沒有行政處分，所以目前台北高等行政法院的這個見解大概也解決了其中的一個問題就是，在合法要件上面，我們不再去判斷他實體要不要有一個請求權，直接可以進入到實體裡面去審查，但是如果他是屬於非怠為處分型的而是屬於拒為處分型的時候這個問題還是會重新出現，我要去判斷這個拒絕行為是不是一個行政處分時，還會起死回生說當事人有沒有實體請求權運用到保護規範理論去判斷，到底這個時候那個行政處分是不是確實存在。所以在這邊我們看到台北高等行政法院的作法，當然是依附在所謂的怠為處分的救濟上面。我希望這樣的見解能夠擴大課予義務型的兩種類型上面，這當然還待實務上面的努力或者是實務上跟學說上的對話能夠達到一點和諧。不過在此我非常贊成劉老師在這邊提出的這個見解，我也相信這樣的見解我們在救濟案件上面，合法性的判斷跟實體的判斷上面會有比較清楚的釐清，同時也可以避免剛剛林委員提出來的，在案件的審理上面在合法要件的審查上面

比較過早的用到實體，在審查案件的操作模式上比較趨近學說上面的操作，這以上我提出一點點算是贊成的意見。

主持人（林雅鋒考試委員）：

謝謝程委員的發問，他的問題事實上自己有了答案，跟我們今天論文的內容是相當接近，算是一個支持的說法，接下來我們哪一位願意再表示意見的。

保訓會專員徐新隆：

是否依法規有權請求行政機關為行政處分，行政機關有沒有義務作成行政處分，是不要受理的審查經常跟審查作成行政處分的實體要件難以切割，尤其是如果我們在保障法第 26 條的情形是要請撤銷之後，要請機關另為適法的處分，請機關再作一個行政處分，學說是不是有比較明確的標準可以判斷。這篇文章建議說以訴權的有無還有當事人適格、保護規範理論等等的方式來解決這個問題，就是把這個要件去用訴權作一個處理。本人舉一個明確的例子，就是比如說機關開啟內外部的甄審程序之前，當事人因為多年沒有辦法升遷他就申請升遷，這這時候依照訴權理論或是保護規範理論，要如何排出他不是一個，因為升遷不是他的權利，因為機關沒有做一個開缺要補的行為，他沒有說要人的話，也不能自己說我想要升科長這樣子的情形，如果說是用到這個案例，訴權理論要怎樣定實體審或是不受理的情形的判斷？他開啟了升遷程序後，他是以利害關係人身分提起復審，他可能只是參與升遷程序，他被認定要件不符合，比如說他專員幾年他沒有符合，或是更進去一點，他已經到達前幾名，但是不到前 3 名，但是

他主張他的分數算錯，他應該是前 3 名，或是最後他更小的一個集團，他是前 3 名。

以下為徐專員發言條之詳細提問：

按保障法第 26 條第 1 項規範之「課予義務復審」所稱「依法申請之案件」，係指公務人員依法規有權請求行政機關為行政處分，而行政機關有義務作成行政處分者而言。若非依法規申請之案件，行政機關本無作成行政處分之義務，應不予受理。惟是否「依法規」有權請求行政機關為行政處分部分，經常與審查作成行政處分之實體要件難以切割。學說上有無明確標準可茲判斷？劉教授本篇報告提出以訴權有無（保護規範理論）及是否具當事人適格作為判斷是否得提起課予義務復審之標準，惟具體案件究應如何依上開理論判斷何種案件應實體審查，仍有模糊不清之感？例如公務人員於服務機關開啟內陞或外補之甄審程序前，即申請陞遷；或者於服務機關開啟內陞或外補之甄審程序後，因資格不符未獲進入甄審名單；或者已進入甄審名單，資績計分未獲前 3 名而未能列入首長圈選名單，爭執資績計分計算錯誤；或者已為資績計分前 3 名而列入首長圈選名單，爭執首長圈選不公；或者第三人不服他人派令，以利害關係人身分而提起復審等情形，應如何以訴權理論來判斷得提起復審之範圍？

主持人（林雅鋒考試委員）：

謝謝保訓會徐專員的提問，為了議程進行的流暢，我們把這個問題等到全部問題問完後，再請報告人或評論人予以一併回答，這樣比較能夠節省時間。再請第 3 位發言

人，歡迎提問。如果各位還沒有想到問題，就這個問題我們請劉教授予以先回應。

報告人（劉建宏教授）：

謝謝主持人及在場來賓的提問。首先也感謝林教授針對這篇報告的評論。我想林教授與剛剛提問的程明修教授本身在實務上的經驗、公務人員保障法上的經驗都相當豐富，其實這個問題由我來回答就有點僭越了，不過因為今天我是報告人，因此有主要義務就這個問題提出我的想法，待會若有不足之處，再請兩位來做補充。針對這個問題，我先回應剛才教授所提出的想法，我個人也認為在訴願法與保障法裡面的一些規定，盡量不要在程序上不受理，訴願法與保障法裡的不合法要件其實有點寬鬆與氾濫，至少在當事人不適格這一點上，不過我在報告裡面沒有提到，因為這是另一個問題，是立法是否妥當的問題。就當事人不適格一點，不太適合用不受理或不合法的情形處理，因為已經涉及當事人實體上法律關係，已經是實體上的問題。這可能要回到我們在行政訴訟上一向承襲民事訴訟三分法，也就是判決有兩種，最主要的是不合法裁定駁回，判決則有兩種，一種是實體判決，另一種是程序判決。像是從民事訴訟法第 249 條第 2 項那裏濫觴而來的顯無理由這樣的見解，但在刑事訴訟上是用判決駁回，但在訴願法與保障法的規定裡，如果當事人不適格都是用特別的方式來處理，我個人認為在立法政策上是不太妥當。就像剛才林教授或是程教授所談到的，就是過早把實體問題用程序上問題來解決，對我們人民廣義訴訟權的保障不

周。相反來說，有人會質疑如果完全不審酌當事人是否有依法申請之實體上的權利，是否會造成訴訟資源過於浪費，此問題在學說上也有提到，我們可以用訴權要件來檢測，不需要做太多限縮，因此我也贊成剛剛兩位教授意見，不應該把不合法情形過度擴張，當然實務上如何運作，是實際上的問題，並非一定能夠跟隨理論上的腳步。簡單回應剛剛林教授與程教授提出來的見解。

針對剛才保訓會徐專員的見解，我報告過幾次，大概都會被問到訴權要件的問題，這個問題與保護規範理論無直接關係，當我們探討是否有依法申請或是有無訴權，保護規範理論只是其中之一個要素，並非全部的問題都是保護規範理論的範圍，像剛才徐專員提到的，究竟在何種情況下才就申請做實體審查，是任何人提出來的升遷，即使今天沒有開缺，這顯然是不行的，這可從保護規範理論來判斷，這法律規範本身要不要從內部開缺，內升的權限，應該跟它目的本身，保障當事人權益是無關的，純粹是一個公益上，機關功能上考量，這部分應該是沒有訴權的，因此針對此事項是不能夠提起救濟。進一步來說，到底要到什麼內涵，才會認為其可能有權利或法律上利益被侵害，我個人認為，可能如果今天我們決定要內升，他已經符合要件，而且他也已經提出申請，此時人的範圍比較特定，從這階段以下，應該是要給予當事人救濟的權利，在這階段之前，是否要有內升，與當事人權利較無相關。再來是關於他是否進到前 3 名，或是已經進到前 3 名但未獲得圈選，這個部分應該有涉及其權利被侵害，至少他在訴權要件是有具備，至於有沒有理由當然是另外一個問題。

針對這個問題，我覺得其判斷標準，可能不是在傳統上保護規範理論內，而可能是將其聚焦在其權利有無被侵害之可能性上，此處可能涉及人是否特定，當然在實務上也會考量到人的範圍問題。以上是我針對剛剛提問所做的簡短回應。是否有必要再請兩位更有研究的教授做補充，謝謝。

主持人（林雅鋒考試委員）：

請更有研究的林教授做補充。

與談人（林昱梅教授）：

針對這個問題，剛我有說明針對保障法第 26 條提起之救濟裡面，在決定裡面大部分是不受理的，它的案件類型就包括陞任與任用兩部分，即便公務人員有服公職權，其服公職權並不包含公務人員有請求陞任特定職位之權利，因此如果一個公務員去提告他要升科長，但並無科長職位之缺或者並未辦理陞遷，很難去承認公務員有請求升任特定職位之權利。不過根據我的看法，雖然公務人員沒有請求陞任特定職位之權利，但他也有在首長之判斷、裁量或評分上，有所謂無瑕疵的請求權。因此在此部分，如果承認公務員有此無瑕疵請求權，在訴權的部分，在有缺辦理陞遷的情況上，比較容易去肯認，特別是他已經進到首長可以圈選的範圍內。分數算錯也是有可能發生，因為分數算錯使他無法進到前幾名之情況，要容許救濟之機會，因為畢竟就我看來，就陞遷這部分，對公務人員之服公職權來看，影響也算是重大，因此我們無法說公務人員沒有請求陞遷特定職位之權利，因此全部之陞遷都無所謂之訴權，還是要像剛剛徐專員所提到的，區分有沒有開缺的情

況，包括任用，有任用資格之公務人員可以請求特定機關任用其作什麼職位，這恐怕在救濟上比較難去肯認其訴權。剛剛我會贊同劉教授之看法，是認為那個所謂依法申請之依法，如果太強調其權利或是申請權，會太快把實體上之判斷放到程序上來做判斷，以致於在實體上審究必須要比較注意的事項就會因此忽略。因為在訴權要件上，就我的觀察，它像是一個篩子，也就是它是為了排除民眾訴訟。那也因此說如果連結所謂的可能性理論，其標準會比較低，其門檻相對會比較低。但如果把依法申請的案件解釋成當事人必須有請求權才可通過的話，這個門檻相對來說就比較高一點。所以就我個人之想法，也是認為就依法申請的要件上，我們只要去看他有沒有申請與發動程序，接下來整個程序要件判斷，就看他有無訴權，就訴權部分，不一定要跟保護規範理論相連結，保護規範理論只是一個協助去判斷當事人或是利害關係人有無訴權之理論，倒不是說所有訴權之判斷都要跟保護規範理論相連結，這是回應剛剛徐專員的問題。

另外，針對剛剛與訴權有關的問題上，或是與實體上權利有關的問題上，在實體上與程序上都必須要判斷的部分上。我多年前曾經整理過行政法院的判決，在欠缺訴權的部分，其裁判模式有很多種，一種是用裁定駁回，一種是訴顯無理由，另一種則是訴無理由。所以包括行政法院針對對於當事人權利或法律上利益有無損害的部分，就這要件也有不同裁判之方式，因此是否要用不受理或是其他方式來處理當然是可以探討，但如果我們把訴權要件當成是一個很低門檻的排除民眾訴訟的要件，當然是在程序上

解決，因為它對實體問題，如果依照可能性理論，其究竟有無侵害，在實體上都無審究，就這情況來看，就比較不適合用實體決定或實體判決去處理欠缺訴權的問題，謝謝。

主持人（林雅鋒考試委員）：

剛才我們劉教授還有點名更有研究的程明修教授，就剛才徐專員的問題有無意見。（程明修教授揮手表示沒有）表示程明修教授就剛剛兩位教授之意見並無意見要補充。剛剛兩位教授就各方面都作了詳盡的解釋，希望兩位教授之回應能讓徐專員覺得滿意。請問還有其他問題或意見要提出的嗎？好，我們請蔡教授發言。

蔡志方教授：

如果說依法申請純粹從保障法第 26 條與第 66 條來看，當然希望他是實體上有請求權，在程序上是依法所提出的為其重點，而不是針對程序上問題。一般很多法規無論是行政程序法、訴願法、行政訴訟法等都出現所謂依法規提出申請此種字眼。若是從最狹義的看法來看，當然是跟他權利有重大關係的人來提出申請，這是一種，所謂依法申請，是他實體法上有權利來請求，程序上還需要依據相關法規，例如以書面或申請書提起，或是行政程序法第 34 條規定，當事人用口頭申請，行政機關為其作成紀錄，有些規定還有請求權時效問題，例如當事人是否在時效內提出請求，可能會出現不太一樣的地方，在保障法規定裡，如果就保障法第 66 條來看，就是分成有理由與無理由，有理由就是說這個事情是你可以申請的，但是就申請上有一些要件沒有具備，公務人員是有權要求陞遷機會，但是現

在有沒有這個職位開缺則有疑問。到底這是要用當事人不適格或是不合法或不受理等，適不適格最主要是說提出救濟之人與相關程序標的間之主觀關聯性，很可能這個事件甲不能夠來申請但是乙卻可以申請，也可能此事件根本都不是行政處分，因為從保障法第 66 條來看，是必須做一個行政處分，當然處分主觀上要求是要作成對他有利的，除非今天這個事件是為了維護公益的情形，也就是法律放寬讓任何人都可以來維護公益來向有關機關主張，像是很多環保法領域與一些文化資產保護領域等相關法規，因為這涉及到每一個人，但是很多人大家卻都不太去管，怕公務機關懈怠不去做，才會擴大讓任何人都可以主張，任何人都可以主張的話，這部分不需要去強調他有利害關係，當然這部分是傳統訴權理論主觀關聯性。依法申請之案件在保障法第 26 條與第 66 條規定上，的確如同像台北高等行政法院的判決，就判決上來看是這個樣子，但如果拿到一般所有行政案件上來看，恐怕就不一定，你可以申請沒有錯，你有申請書也沒有錯，不過你太晚來了，你已經罹於請求權時效，這也是不無可能，所以產生所謂訴權效果。所以基本上這是欠缺訴權還是你已經罹於可以主張的期限，這好像是完全一樣。有些是期限已經過了，因此可能將其駁回，有些是申請的程序不對，要其補正也不補正，因此不受理。對程序不受理來主張救濟，當然不會去說其有無理由，除非你認為他本來是不需要補正，但你卻要求他要補正，因此會有這樣一個情形。以上表示一下個人意見，謝謝。

結論－主持人（林雅鋒考試委員）：

謝謝蔡教授，因為蔡教授也是詳盡分析，內容上應該無庸兩位教授來作回答或是補正，因為現在剩下將近 3 分鐘時間，在會議進行上，這是主持人作總結的時間，我想我們就不再徵求發言，我想在這裡作一個總結。

今天劉教授是從保障事件的觀點來切入，但是因為我本身長久以來比較是一位資深法官，我想要從文章第 11 頁兩種不同結果來看，在民事訴訟上我們是如何去判斷與適用。在第 11 頁有談到，90 年台北高等行政法院的案件，其看法與後來 98 年高雄高等行政法院之案件，兩個的看法是一樣的，但是一個是用原告之訴無理由駁回，另外一個是用顯無理由駁回，適用之法條也不同，台北高等行政法院是用第 195 條第 1 項後段，高高行是用第 107 條第 3 項。顯無理由在民事訴訟的適用上，我們現在也是因為大家的民智高漲，還有像剛剛包括林昱梅教授的理論是認為，我們如果太早去就訴權作判斷，會讓很多民眾想對法庭所說的話，無法進入實體程序去被法庭作審查，這對訴訟權保障應該是有影響的，所以要用顯無理由作駁回，在我們法院裡，尤其是民事訴訟中，我們非常地謹慎，大概能夠舉的例子不多，例如分割共有物訴訟，沒有以全部共有人為被告，在此情況下，法官會很明快地一查到所有戶籍資料上少了一個繼承人，我們就會用顯無理由將其駁回，像這個是在高院與最高院都會被維持的。另外例如由生父所提起的否認子女之訴，在法條上第 1063 條規定上，生父是不能夠提起的，只有婚姻訴訟間的父與母以及子女可以提起否認子女之訴，所以一個婚姻關係以外的第三人提起否認子女之訴，我們會用顯無理由將其駁回，像這種狀況，在

顯無理由其實就同於當事人不適格的情況下，我們才敢很明快地用顯無理由將其駁回。其實要說「顯」字，在很多場合，我們認為顯無理由與無理由其差異太大了，像各位應該知道如果民眾資力有限，可以請求法院為訴訟救助，就是先不用繳裁判費用，但其前提是，像是會被駁回的只有顯無勝訴之望，所以我們會看到訴訟救助大部分都是被允許的，因為顯無勝訴之望之「顯」字的判斷，會讓人家覺得你憑什麼覺得他沒有勝訴之望，所以要進入實體審查或是要讓民眾有更多在法庭被審查的機會的話，我們不太常敢去用顯無勝訴之望或顯無理由。在台北高等行政法院的作法是用原告之訴有無理由來作論斷，此作法在以前的舊訴訟標的理論，說實在的比較能夠說某一個訴之聲明與某一個訴訟請求權，如果原告所請之律師不太知道要怎麼打民事訴訟，他主張之請求權是錯誤的話，很快我們就會用舊訴訟標的理論將其駁回，理由就是誰叫你用錯了訴之聲明與訴訟請求權，但是晚近在新訴訟標的理論開始推展以後，我們主張法官要無所不用其極地去闡明當事人說，你現在主張一個請求權，此請求權除了不當得利請求權之外，可能還有契約或是侵權行為請求權，你確定每一個請求權都要主張嗎？如果當事人說「要」，新訴訟標的理論就包山包海，都讓其在判決裡去作審查，我們理由很簡單，希望民眾的問題可以在法院得到一次性的解決，不要一個訴訟標的理論打一個官司輸掉了，再試另外一個理論再打一個官司又輸掉了。自從有新訴訟標的理論後，民庭的法官很不好當，也很適合有熱忱有使命感的人來擔任，比較大的理由就是我們要給民眾有訴訟上之救濟，當事人委任

何種律師都無所謂，法官在此都會依職權闡明以及給予補正，這是一個愈來愈走向親民的法院。今天法院是為民眾而開設，而保訓會是為公務員而開設，如果我們要這樣照顧民眾，沒有道理不這樣照顧公務人員，我個人是從這樣理論來切入。因此今天所有見解，其實很多是在參考台北高等行政法院或最高行之理論，然後如同今天兩位教授的說法，其也認為這樣一個方向其實是保訓會，就像剛剛程教授說比較晚了以後，保訓會的審查規則也作了修正，我相信這樣一個理論在發展上絕對是一種趨勢，其困難應該是在技術上還有很多法院的理論上可以來援用以及參考的。鈴響了，今天雖然比較遺憾的是各位沒有很踴躍發言，但這本來就是一個蠻紮實的、蠻硬的議題，今天各位如果能夠在聽完在場四位教授的說法，相信對於各位今天參與研討會是很有收穫，今天會議就進行到此，各位如果沒有其他問題，我們就此散會，謝謝大家！

四、第三場：

論文：論公務人員保障事件之管轄與移轉

蔡志方*

綱　要

壹、前言

貳、管轄之意義、種類與機能

一、管轄之意義

二、管轄之種類

（一）事務（物）管轄

1.專業管轄

2.統包管轄

（二）地域管轄

（三）層級管轄

（四）專屬管轄

（五）競合管轄

（六）共同管轄

（七）代行管轄

（八）功能管轄

（九）便宜管轄

* 國立成功大學法律學系教授。

（十）承接管轄
三、管轄之機能
（一）品管之機能
（二）分工之機能
（三）合作之機能
（四）責任歸屬之機能
（五）經濟之機能
（六）便民之機能
參、行政管轄之基本原則
一、管轄法定原則
二、管轄相對恆定原則
三、單獨管轄原則與共同管轄之例外
四、管轄有無職權認定原則
五、管轄有無優先認定原則
六、管轄便民原則
肆、公務人員保障事件之管轄
一、公務人員保障事件之範圍與種類
（一）公務人員保障法意義上之公務人員保障事件
（二）公務人員考績法意義上之公務人員保障事件
（三）公務員懲戒法意義上之公務人員保障事件
（四）刑事法意義上之公務人員保障事件

（五）國家賠償法意義上之公務人員保障事件
（六）民法意義上之公務人員保障事件
二、公務人員保障事件之管轄
（一）公務人員保障法意義上公務人員保障事件之管轄
1.復審與再審議之管轄
(1)復審之管轄
(2)再審議之管轄
2.申訴與再申訴之管轄
(1)申訴之管轄
(2)再申訴之管轄
（二）公務人員考績法意義上公務人員保障事件之管轄
（三）公務員懲戒法意義上公務人員保障事件之管轄
（四）刑事法意義上公務人員保障事件之管轄
（五）國家賠償法意義上公務人員保障事件之管轄
（六）民法意義上公務人員保障事件之管轄
三、定狹義公務人員保障事件管轄之基礎
（一）保障事件之程序標的
1.行政處分
2.應為處分而不為處分
3.管理措施或有關工作條件之處置

4.申訴決定

5.復審決定

（二）保障事件之權利主體

1.現職公務人員

2.非現職公務人員

3.公務人員遺屬

（三）保障事件之相對機關

1.人事主管機關

2.服務機關

(1)任用服務機關

(2)借調服務機關

伍、公務人員保障事件之移轉管轄

一、公務人員保障事件移轉管轄之原因

（一）自始欠缺管轄權

（二）嗣後喪失管轄權

1.法規變更管轄權

2.原管轄機關經裁併

3.因事實變更致喪失管轄權？

4.原管轄機關因協議或未被指定管轄致喪失管轄權？

5.因無因管理致個案喪失管轄權？

二、公務人員保障事件移轉管轄之原則

（一）依職權移轉原則
（二）依職權通知當事人原則
（三）基於公益應保全相關證據之原則
三、公務人員保障事件移轉管轄之例外：基於公益經同意得繼續管轄？
四、依據訴願決定所為之公務人員保障事件移轉管轄
五、公務人員保障事件移轉管轄之法律效果
（一）救濟期間之保全效果
（二）程序更新效果
（三）相關費用如何清算？
六、公務人員保障事件欠缺管轄權而未依法移轉管轄之效果
（一）尚未決定
（二）已經決定
陸、結論

壹、前言

我國行政程序法第 11 條第 1 項規定：「行政機關之管轄權，依其組織法規或其他行政法規定之。」同條第 5 項規定：「管轄權非依法規不得設定或變更。」同法第 17 條第 1 項規定：「行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人。」究竟公務人員保障事件之內容與範圍為何？其管轄，依法誰屬？決定狹義公務人員保障事件之管轄的基礎為何？公務人員保障事件之管轄，於何等情況下，應移轉管轄？如何移轉？應遵循何等移轉管轄之原則？於何種情況下得不為移轉管轄？移轉管轄後之效果為何？又如應為移轉，卻未為移轉，則其法律效果又為何？凡此，乃為本文擬探討之範圍。

又本文既以「公務人員保障事件之管轄與移轉」為探討主題，則除對於上述各問題，必須逐一加以研究、分析外，對於與此等問題有關之前提概念(Begriffe als Vorverständnis)，包括：管轄之意義、種類與機能及行政管轄之基本原則等，自應一併加以闡明，庶能對於主題有根本與正確之掌握。因此，本文在論述之順序上，將先就管轄之意義、種類與機能、行政管轄之基本原則、公務人員保障事件之管轄、公務人員保障事件之移轉管轄，進行探討，最後並作一結論。

貳、管轄之意義、種類與機能

一、管轄之意義

作為公法重要制度之一的「管轄」，具有機關內部與外

部之雙重意義。在機關內部意義上，「管轄」不僅係指某一機關（管轄機關）依據法規（權限法規），就一定之事務（管轄事務），具有管理之權力（管轄權），並且僅於法規規定之範圍內具有管理之權力，亦即權限。此外，管轄之於管轄機關，同時亦屬於其依法應負擔之義務[1]。無法規依據，機關不能獲得權力；在法規之規範範圍內，機關既不能逾越權限，亦不能隨意拋棄或不行使其權限（卸責）。在機關外部意義上，「管轄」不僅係指某一機關依據法規，就一定之事務，必須尊重其他管轄機關之權力，非有法規依據，不得隨意介入（權力分立(隸)或權力之界限）。此外，管轄對於人民而言，一方面就一定之事項（管轄事務），其必須接受管轄機關之管轄；同時，就一定之事項，亦得以依法請求該管機關提供服務或為一定之處理。

二、管轄之種類

管轄，為便於理解與運用，在公法學上，學者有各種的學術分類[2]。以下本文特別就我國實證法上存在之各種管轄，為下列之分類：

（一）事務（物）管轄

凡法規就一定之事務（物），賦予一定之機關管理或管

---

[1] 類似見解，可參見吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），頁 200 以下，自刊(2007.9)。

[2] 我國學者吳庚，將行政機關之管轄大分成：(1)事物（務）管轄(sachliche Zuständigkeit)；(2)土地管轄(örtliche Zuständigkeit)與(3)層級管轄(instanzielle Zuständigkeit)，而事物（務）管轄又細分為：(1)個別管轄(Einzelzuständigkeit)；(2)一般管轄(Allgemeinzuständigkeit)與(3)總體管轄(Allzuständigkeit)。參見吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），頁 200-202，自刊(2007.9)。國內學者，大部分學者亦採取類似分法。詳可參見黃錦堂，行政組織法之基本問題，載於翁岳生主編，行政法（上），3 版 1 刷，頁 287，元照(2006.10)。

轄者，學說素以「事務（物）管轄」稱之。不過，事務（物）管轄就相關事務（物）範圍之廣狹，則尚可分成「專業管轄」與「統包管轄」（亦可稱為「綜合管轄」）。當然，此種分類僅屬於相對性與一定程度性下的分門別類。

1. 專業管轄

所謂的「專業管轄」，係指就一定領域中較為專門，通常其範圍亦較為狹隘的事務（物），賦與配有足以處理該等專門事務之專業人員與物質配備的機關（構）處理之管轄種類[3]。例如：關於原子能事務之管轄[4]或智慧財產權事務之管轄[5]，相對於管轄所有屬於廣義行政事務之管轄，即屬於所謂的「專業管轄」。在行政法制上，通常專業管轄亦常常歸屬於「專屬管轄」。

2. 統包管轄

所謂的「統包管轄」，亦可稱為「綜合管轄」、「普通管轄」或「一般管轄」[6]，為「專業管轄」之相對概念，意指

---

[3] 似乎相當於吳庚教授所稱之「個別管轄」。參見吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），頁 201，自刊(2007.9)。

[4] 原子能法第 3 條規定：「原子能主管機關為原子能委員會，隸屬行政院，其組織以法律定之。」

[5] 經濟部智慧財產局組織條例第 2 條規定：「經濟部智慧財產局 (以下簡稱本局) 掌理下列事項：一、專利權、商標專用權、著作權、積體電路電路布局、營業秘密及其他智慧財產權政策、法規、制度之研究、擬訂及執行事項。二、專利案件之審查、再審查、異議、舉發、撤銷、消滅及專利權之管理事項。三、商標申請註冊、異議、評定、撤銷、延展案件之審查及商標專用權之管理事項。 四、製版權登記、撤銷、使用報酬率之訂定、強制授權之許可、著作權仲介團體之設立許可、輔導與監督、出口視聽著作及代工雷射唱片著作權文件之核驗事項。五、積體電路電路布局之登記及管理事項。六、智慧財產權觀念之宣導、侵害智慧財產權案件之調解、鑑定及協助取締事項。 七、智慧財產權與相關資料之蒐集、公報發行、公共閱覽、諮詢服務、資訊推廣、國際合作、資訊交流及聯繫事項。 八、其他與智慧財產權有關之事項。」

[6] 與吳庚教授之說法不同。參見吳庚，行政法之理論與實用（增訂 10 版），頁 201，自刊(2007.9)。

一個機關就廣義之（行政）事務具有概括的管轄權限者。例如：一個國家或地方自治團體之最高機關所擁有之權限。在行政法制上，通常由地方自治團體之最高機關所擁有之統包管轄，亦常常歸屬於「土地管轄」。

（二）地域管轄

所謂的「地域管轄」（又稱土地管轄），係指管轄之事務因轄區過於廣袤，將使其處理效率相對降低，乃依據人力與物力等的期待可能性，將管轄之區域根據土地面積加以分區，而由各該土地區域內針對該等事務所設立之機關管轄。地域管轄之概念，通常僅就同一公共事務，具有數個同等級機關均享有相同之「事務管轄」時，始具有實益。地域管轄，通常存在於具有相同事務管轄之各地方自治機關之間。

（三）層級管轄

所謂的「層級管轄」，係指同一行政事務，由組織上具有中央與地方關係或者上下隸屬關係（層級關係）之數機關，同時或者先後管轄之關係。在立法例上，通常係以「本法之主管機關，在中央為……，在地方為……」之方式加以規定[7]。

（四）專屬管轄

所謂的「專屬管轄」，係指就特定之事務，根據法規之規定，僅有特定之機關（專屬管轄機關）始享有管轄權。

[7] 例如廢棄物清理法第 4 條規定：「本法所稱主管機關：在中央為行政院環境保護署；在直轄市為直轄市政府；在縣（市）為縣（市）政府。」

由於違背專屬管轄之行為效果，屬於無效，故通常僅有與不動產有關、具高度屬人性，或者極度專門事務有關之事務，始會採取專屬管轄之制度。

（五）競合管轄

所謂的「競合管轄」，係指特定的事務，根據法規之規定，同時具有數機關享有管轄權，但最終僅能由各該機關之一管轄者。法制上之所以採取「競合管轄」，其目的無非在於謀求便利人民，使其可以選擇其認為最為適當之機關提供服務，或者使更多之機關有機會可以快速，而有效地處理相關之事務。

（六）共同管轄

所謂的「共同管轄」，係指一件公共事務之處理，必須由數個機關同時或者先後「共同」為之[8]。共同管轄制度之採取，無非在於謀求於最短的時間內，能夠彙集有關機關之人力與物力，作成最正確之決定，而無傷於各關係機關所具有的「相同管轄權」。共同管轄不同於「競合管轄」者，在於前者之行使，必須由數機關共同為之，而後者之行使，則僅能由單一機關為之。

（七）代行管轄

所謂的「代行管轄」，或稱「代理管轄」，係指原具有

[8] 由於必須各該有關之機關「共同為之」，故其與多階段行政處分之作成，僅係由處分機關管轄，而其他機關僅係協助者，仍有所不同。關於多階段行政處分概念之辨正，詳可參見拙文，論多階段行政處分，收於拙著，行政救濟與行政法學（三），修訂 1 版，頁 555 以下，正典(2004.6)。關於共同管轄概念之探討，詳可參見拙文，論共同管轄—一個行政法上特有的制度，載於萬國法律，第 132 期，頁 84～98(2003.12)。

管轄權之機關，因故不能行使、不願行使或疏於行使該管之事務，將有礙於公務之運作或影響公益，乃委請他機關行使或由其他機關取而代之行使[9]。在固有意義或狹義上，代行管轄專指後者，例如：地方制度法第 76 條與廢棄物清理法第 63 條所規定之「代行處理」權限[10]。至於傳來意義或廣義上的代行管轄，則可以包括：我國行政程序法第 15 條規定之行政權委任與委託，及同法第 16 條所規定之公權力委託私人行使。

（八）功能管轄

所謂的「功能管轄」，係指同一機關基於不同的角色或功能地位，而行使不同機能的管轄權。此特別是在行政救濟機能上，最能彰顯其特色。例如：作成稅務處分之原處分機關，復充當復查功能之機關；原處分機關充當行政程序重開之機關；五院作為原處分機關，復作為該處分之訴願管轄機關。

（九）便宜管轄

所謂的「便宜管轄」，意指基於行政事務處理的便利性或經濟性，而由數有管轄權機關之一或者無管轄權之機

[9] 相關問題之探討，詳可參見拙文，論代行處分在行政救濟程序上之地位，萬國法律，第 119 期，頁 79～92(2001.10)。

[10] 地方制度法第 76 條第 1 項與第 3 項規定：「直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）依法應作為而不作為，致嚴重危害公益或妨礙地方政務正常運作，其適宜代行處理者，得分別由行政院、中央各該主管機關、縣政府命其於一定期限內為之；逾時仍不作為者，得代行處理。但情況急迫時，得逕予代行處理（第 1 項）。行政院、中央各該主管機關、縣政府決定代行處理前，應函知被代行處理之機關及該自治團體相關機關，經權責機關代行處理後，該事項即轉移至代行處理機關，直至代行處理完竣。」廢棄物清理法第 63 條規定：「本法所定行政罰，由執行機關處罰之；執行機關應作為而不作為時，得由上級主管機關為之。」

關，行使管轄權或承認其無權管轄所為之結果者。我國行政法制上，屬於「便宜管轄」之制度或措施，計有：行政程序法第 13 條所規定之「競合管轄」時的管轄機關、第 14 條第 3 項所規定之「臨時處置性管轄」、第 18 條後段但書規定之「繼續處理管轄」與第 115 條所規定之無土地管轄機關所為之處分，於有土地管轄權機關就該事件仍將為相同之處分時的承認其處分結果[11]。

（十）承接管轄

所謂的「承接管轄」或者「承繼管轄」，意指管轄權發生變動時，後一機關承接前一管轄機關之管轄權與管轄事務之結果者。屬於「承接管轄」之類型，包括：(1)前一機關經裁撤，而由後一機關承接其管轄業務或管轄機關地位。我國訴願法第 11 條規定之情形，屬之。(2)前一機關經裁併，而由裁併後存續之機關承接裁併後消滅之機關的原管轄業務。我國訴願法第 11 條、公務人員保障法第 29 條規定之情形，屬之。(3)有管轄權之機關承接無管轄權之機關所已為之處置，而使相關之人民取得「擬制繫屬」的程序效果。我國行政程序法第 17 條第 2 項之規定，即屬之。

三、管轄之機能

（一）品管之機能

管轄之制度與管轄權之歸屬的決定，其首要機能之考

[11] 關於此條規定所存在及衍生之問題，詳可參見拙文，論違反土地管轄行政處分所衍生之法律問題——以德國法及學說為借鏡，成大法學，第 5 期(2003.6)，頁 1-24；同，論越界行政處分所衍生之法律問題－以行政程序法第一百十五條為核心，萬國法律，第 129 期(2003.6)，頁 72～82。

量因素，即為政府機關服務與職能品質之控管。此一機能，雖然特別表現於事務管轄中之「專業管轄」，但並不以此為限，而屬於所有管轄所應普遍考慮之因素。因此，管轄權歸屬問題之考量，其首要，即應以有關機關能否達成一定之品質為準。

（二）分工之機能

管轄之制度與管轄權之歸屬的決定，其次應考量者，乃在於各機關間之分工。基於分官設職之考量，就一定之事務賦與一定之機關掌理，使之各有所司，各有職掌，即係基於使之發揮分工機能所使然。管轄制度之分工機能，不僅表現於事務管轄之上，於土地管轄、層級管轄與功能管轄等，亦常寓有之。

（三）合作之機能

管轄之制度，除具有分工之機能外，復寓有機關間相互合作之機能。此一機能除表現於共同管轄以外，復表現於我國行政程序法第 19 條所規定之「行政協助」之制度上。

（四）責任歸屬之機能

管轄之制度與管轄權之歸屬的決定，除具有上述各項機能外，尤其蘊含有「責任歸屬」之機能，以避免危害發生時，產生各機關爭相諉過或者人民無從尋求救濟之結果。此一機能之體現，不僅能從行政爭訟中「適格之訴願相對人（機關）」或「適格之被告」的決定見之以外，尚不難從規範實體責任之相關規定中體會。

（五）經濟之機能

管轄之制度與管轄權之歸屬的決定，尚具有經濟之考量。除了前述之「便宜管轄」外，於地域管轄、競合管轄，甚至是專業管轄中，仍相對地具有「經濟之機能」存在。

（六）便民之機能

決定管轄之歸屬，最後一個，但絕非最不重要之機能，就在於「便民之機能」。在一個民主國家，基於國民主權原理，所有國家機關職能之賦與及管轄權之歸屬的決定，當然不能置人民之方便於不顧。不僅前述之便宜管轄，即使是地域管轄、競合管轄與承接管轄，均可說無一不在於遂行便民機能之實現。

參、行政管轄之基本原則

作為決定行政管轄權之歸屬與運作之基準，我國行政法制之制訂，係以下列各項原則為其基礎。以下逐項分析、說明之：

一、管轄法定原則

在一個民主國家體制下，由於國家或類似國家團體之事務的處理及其處理權限之歸屬（管轄權），屬於國民主權原則支配之範圍。因此，機關之管轄權自必須由代表民意之機關，以法律或自治條例，或其授權之法規規定，抑且非有法規依據，不得創設或變更之[12]。此即所謂之「管轄法定原則」。因此，一個機關於判斷其就一定之事務是否具有管轄權時，自必須從其有效之組織法規或其他法規（含作

[12] 我國行政程序法第 11 條第 1 項與第 5 項規定參看。

用法規、程序法規與救濟法規）中尋繹。

二、管轄相對恆定原則

學說上通常所謂的「管轄恆定原則」，意指一個特定之法律事件，如根據該當之準據法規所規定的定管轄基準，而由該管機關受理或處理後，即不再因該等定管轄基準因素事實（如當事人之住居所、事務所等）之變更，而改由其他根據同基準具有管轄權之機關管轄[13]。其實，如果係就個案受理管轄後之效果言之，應改稱為「繫屬恆定原則」較為貼切。

在行政事務之管轄上，是否亦有「管轄恆定原則」或「繫屬恆定原則」之適用？我國行政法規似乎沒有明確的規定。至於我國行政程序法第 18 條規定：「行政機關因法規或事實之變更而喪失管轄權時，應將案件移送有管轄權之機關，並通知當事人。但經當事人及有管轄權機關之同意，亦得由原管轄機關繼續處理該案件。」本條規定，乍從其文義視之，似乎否定行政事務之管轄亦採取所謂之「管轄恆定原則」。其實，本條規定之情形，與其他法規所規定之「管轄恆定原則」尚屬有間，甚至迥不相侔。蓋後者規定之情況，即使屬於事實之變更，原管轄機關根據原管轄之準據法規，通常基於「競合管轄權」仍屬於有管轄權之機關，而前者規定之情形，則屬於依法將喪失管轄權之狀況。

[13] 類似之規定，如行政訴訟法第 17 條規定：「定行政法院之管轄，以起訴時為準。」；民事訴訟法第 27 條規定：「定法院之管轄，以起訴時為準。」

三、單獨管轄原則與共同管轄之例外

在我國法制上，特別是行政法制上[14]，雖然少數法規基於行政事務涉及多數行政主體，而規定了「共同管轄」的制度[15]，但是就廣袤的行政事務而言，其管轄原則上毋寧仍係採取「單獨管轄」之制度，以求迅赴事機，並符合絕大多數之行政事務的常態需要。

四、管轄有無職權認定原則

我國行政程序法第 17 條第 1 項前段規定：「行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人。」即係此一原則之表現。

五、管轄有無優先認定原則

除了無因管理以外，任何人或機關於處理特定之事務前，當然必須先確認自己有無權力(利)，甚至有義務處(受)理該等事務。此一方面，在於尊重他人或其他機關之權力(利)，或者消極地不要干預別人或其他機關權限之行使，他方面，則是勇於承擔自身責任之表現，或者積極地做好分內之事務。為了避免因欠缺權限，導致行為結果之瑕疵，以及因之所發生之爭訟或徒勞無功與不經濟，機關於受理

[14] 除行政法制上，在我國立法法制上，特別是實質意義之立法，亦即法規命令之制頒上，存在所謂之「共同管轄」，但由於其屬於廣義之行政權範圍。因此，本文仍將其歸類為行政法制之規範範疇。至於形式意義之立法，亦即由各級民意機關所為之立法，雖然我國憲法第 109 條第 2 項及第 110 條第 2 項規定，賦與共同立法權限，但在立法實務上，似乎因中央政府播遷來台，而少有實踐之機會。

[15] 關於行政法制上之「共同管轄」的學理探討，詳可參見拙文，論共同管轄—一個行政法上特有的制度，萬國法律，第 132 期，頁 84～98(2003.12)。

或主動行使職權以前，當然要先確認自己對於該等事務是否有管轄之權。我國行政程序法第 17 條第 1 項前段規定之文義，雖然沒有提到行政機關對事件管轄權之有無，應優先認定的字樣，但從立法目的、程序經濟、權限尊重或避免越權之要求，自應為當然之（擴張）解釋。

六、管轄便民原則

不管是立法者於決定管轄權之歸屬或分配，或者在管轄有爭議時之決定管轄權，或者是於管轄權誰屬不明時決定管轄機關，是否便民均應被列為重要考量因素。換言之，「管轄便民原則」始終應該屬於決定管轄權歸屬之重要因素。

肆、公務人員保障事件之管轄

本文既在於探討公務人員保障事件之管轄與移轉，則何謂「公務人員保障事件」？其種類為何？自應先予以界定及釐清，然後始能進一步探討其管轄權之歸屬。因此，以下依序就「公務人員保障事件之範圍與種類」、「公務人員保障事件之管轄」及「定狹義公務人員保障事件管轄之基礎」，加以探討：

一、公務人員保障事件之範圍與種類

所謂「公務人員保障事件」，如擱置我國公務人員保障法第 2 條與第 4 條第 2 項前段之規定不論，或者嚴肅考慮同法第 1 條後段之規定意旨，則凡是一切用以積極保障公務人員身分、官職等級、俸給、工作條件、管理措施或消極避免公務人員受到非法之民事、刑事或行政責任之追訴

與課予的事件，均應屬於「公務人員保障事件」之範圍。準此以解，我國之公務人員保障事件的種類，似乎可以包括:(一)公務人員保障法意義上之公務人員保障事件、(二)公務員懲戒法意義上之公務人員保障事件、(三)刑事法意義上之公務人員保障事件、(四)國家賠償法意義上之公務人員保障事件，及(五)民法意義上之公務人員保障事件。以下分別簡述之：

(一)公務人員保障法意義上之公務人員保障事件

我國公務人員保障法第 1 條前段規定：「為保障公務人員之權益，特制定本法。」第 2 條規定：「公務人員身分、官職等級、俸給、工作條件、管理措施等有關權益之保障，適用本法之規定。」第 4 條規定第 1 項與第 2 項規定：「公務人員權益之救濟，依本法所定復審、申訴、再申訴之程序行之(第 1 項)。公務人員提起之復審、再申訴事件(以下簡稱保障事件)，由公務人員保障暨培訓委員會(以下簡稱保訓會)審議決定(第 2 項)。」第 97 條第 1 項規定：「復審事件經保訓會審議決定，除復審人已依法向司法機關請求救濟者外，於復審決定確定後，有下列情形之一者，原處分機關或復審人得向保訓會申請再審議(下略)。」綜上觀之，我國公務人員保障法意義上之公務人員保障事件，限於為保障公務人員之權益，就與公務人員身分、官職等級、俸給、工作條件、管理措施等有關，而依本法所定復審、再審議、申訴與再申訴，以下本文以「狹義公務人員保障事件」稱之，至於復審、申訴、

再申訴之程序所提起之復審、再申訴事件，則以「最狹義公務人員保障事件」稱之[16]。

（二）公務人員考績法意義上之公務人員保障事件

公務人員考績法第 1 條規定：「公務人員之考績，依本法行之。」第 2 條規定：「公務人員之考績，應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核。」第 7 條規定：「年終考績獎懲依左列規定：一、甲等：晉本俸一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金；已達所敘職等本俸最高俸級或已敘年功俸級者，晉年功俸一級，並給與一個月俸給總額之一次獎金；已敘年功俸最高俸級者，給與二個月俸給總額之一次獎金。二、乙等：晉本俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金；已達所敘職等本俸最高俸級或已敘年功俸級者，晉年功俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金；已敘年功俸最高俸級者，給與一個半月俸給總額之一次獎金。三、丙等：留原俸級。四、丁等：免職。前項所稱俸給總額，指公務人員俸給法所定之本俸、年功俸及其他法定加給。」第 8 條規定：「另予考績人員之獎懲，列甲等者，給與一個月俸給總額之一次獎金；列乙等者，給與半個月俸給總額之一次獎金；列丙等者，不予獎勵；列丁等者，免職。」綜上觀之，考績之於公務人員，與其權益影響甚大，依據公務人員考績法所定之程序與基準為之，自亦寓有保障之意義。因此，根據同法規定而受考績之事件，似亦可歸類為廣義之公務人員保障事件。

[16] 關於公務人員保障法規定之保障程序，詳請另參拙著，行政救濟法新論，修正 3 版 2 刷，旁碼 5003 以下，元照(2008.3)。

（三）公務員懲戒法意義上之公務人員保障事件

公務員懲戒法第 1 條規定：「公務員非依本法不受懲戒。但法律另有規定者，從其規定。」雖然公務員之懲戒，對於受懲戒之公務員而言，似乎應屬於不利益之處置，而不能稱為保障，但就被移送懲戒之公務員而言，其是否應被懲戒，則公務員懲戒法所規定之原因與程序（法定程序）對其而言，雖存有若干瑕疵[17]，仍具有相當程度之權益保障作用，根據同法規定而受懲戒之事件，似亦非不可被歸類為廣義之公務人員保障事件[18]。

---

[17] 例如司法院釋字第 610 號解釋謂：「公務員懲戒法第三十四條第二款規定，依同法第三十三條第一項第四款為原因，移請或聲請再審議者，應自相關之刑事裁判確定之日起三十日內為之。該期間起算日之規定，於受懲戒處分人為該刑事裁判之被告，而其對該裁判不得聲明不服，僅他造當事人得聲明不服；以及受懲戒處分人非該刑事裁判之被告，僅其與該裁判相關等情形；因現行刑事訴訟法制就檢察官或自訴人何時收受裁判之送達、其得聲明不服而未聲明不服以及該等裁判於何時確定等事項，並無法院、檢察官 (署) 或自訴人應通知被告及關係人等之規定，致該等受懲戒處分人未能知悉該類裁判確定之日，據以依首開規定聲請再審議。是上開期間起算日之規定，未區分受懲戒處分人於相關刑事確定裁判之不同訴訟地位，及其於該裁判確定時是否知悉此事實，一律以該裁判確定日為再審議聲請期間之起算日，與憲法第七條及第十六條人民訴訟權之平等保障意旨不符。上開受懲戒處分人以相關之刑事確定裁判聲請再審議之法定期間，應自其知悉該裁判確定之日起算，方符上開憲法規定之本旨。首開規定與此解釋意旨不符部分，應不再適用。本院釋字第四四六號解釋，應予補充。」又例如司法院釋字第 583 號解釋謂：「憲法第十八條規定人民有服公職之權，旨在保障人民得依法擔任一定職務從事公務，國家自應建立相關制度予以規範。國家對公務員違法失職行為應予懲罰，惟為避免對涉有違失之公務員應否予以懲戒，長期處於不確定狀態，懲戒權於經過相當期間不行使者，即不應再予追究，以維護公務員權益及法秩序之安定。公務員懲戒法第二十五條第三款規定，懲戒案件自違法失職行為終了之日起，至移送公務員懲戒委員會之日止，已逾十年者，公務員懲戒委員會應為免議之議決，即本此意旨而制定。公務人員經其服務機關依中華民國七十九年十二月二十八日修正公布之公務人員考績法第十二條第一項第二款規定所為免職之懲處處分，實質上屬於懲戒處分，為限制人民服公職之權利，未設懲處權行使期間，有違前開意旨。為貫徹憲法上對公務員權益之保障，有關公務員懲處權之行使期間，應類推適用公務員懲戒法相關規定。又查公務員懲戒法概以十年為懲戒權行使期間，未分別對公務員違法失職行為及其懲戒處分種類之不同，而設合理之規定，與比例原則未盡相符，有關機關應就公務員懲戒構成要件、懲戒權行使期間之限制通盤檢討修正。公務人員考績法有關懲處之規定亦應一併及之，附此指明。」

[18] 關於公務人員懲戒法規定之相關保障程序，詳請另參拙著，行政救濟法新論，修正 3 版 2

（四）刑事法意義上之公務人員保障事件

我國刑法與特別刑法，有針對公務員之犯罪行為設其處罰之規定者[19]，而此等公務人員犯罪案件之調查及追訴，甚至其審判，基於公務員屬於「穿著制服之人民」[20]，其人身自由等亦屬於憲法第 8 條規定之保障範圍。準此，公務員是否確實貪贓枉法，而應受國家刑事責任之追訴與處罰，根據刑事訴訟法規定之正當法律程序處理，由另一角度觀之，似乎亦可以「刑事法意義上之公務人員保障事件」稱之（或稱為「公務人員刑事責任保障事件」）。

（五）國家賠償法意義上之公務人員保障事件

我國國家賠償法第 2 條第 3 項規定：「前項情形，公務員有故意或重大過失時，賠償義務機關對之有求償權。」有關之公務員是否有本條項規定得被求償之情形，亦應依據相關法定程序認定與處置，而從依法處理之角度觀之，相關事件之性質，亦非不得謂為「國家賠償法意義上之公務人員保障事件」。

（六）民法意義上之公務人員保障事件

我國民法第 186 條第 1 項規定：「公務員因故意違背對於第三人應執行之職務，致第三人受損害者，負賠償責任。其因過失者，以被害人不能依他項方法受賠償時為限，負其責任。」本條規定因國家賠償法之制定後與國家賠償法

刷，旁碼 5068 以下，元照(2008.3)。

[19] 例如：刑法第 120 條～第 134 條關於瀆職罪、貪污治罪條例第 4 條～第 6 條有關貪污罪、第 13 條關於長官包庇罪、第 14 條關於監察會計人員不為舉發罪等。

[20] 所謂「穿著制服之人民」，亦非不得改稱其係「依據制度提供服務之人民」。

施行細則第 38 條之規定結果，如公務員違背之職務性質，係屬於民事責任者，因受害人並無法依據國家賠償程序求償，則民法本條即仍有適用，而有關之公務員是否應依據本條負賠償責任，如有爭議，自仍需依據民事訴訟法規定之程序處理，而亦屬於廣義之公務人員保障事件，質言之，乃屬於「民法意義上之公務人員保障事件」。

二、公務人員保障事件之管轄

（一）公務人員保障法意義上公務人員保障事件之管轄

1. 復審與再審議之管轄

(1)復審之管轄

根據公務人員保障法第 4 條第 2 項規定，公務人員提起之復審事件，由公務人員保障暨培訓委員會審議決定之。復依據同法第 44 條第 1 項規定，復審人應繕具復審書經由原處分機關向保訓會提起復審。甚至由公務人員保障暨培訓委員會組織法第 2 條第 3 款規定之內容，均可肯定公務人員復審案件之審議等，核屬於公務人員保障暨培訓委員會之管轄權範圍。

(2)再審議之管轄

根據公務人員保障法第 94 條第 1 項規定：「復審事件經保訓會審議決定，除復審人已依法向司法機關請求救濟者外，於復審決定確定後，有下列情形之一者，原處分機關或復審人得向保訓會申請再審議：一、適用法規顯有錯誤者。二、決定理由與主文顯有矛盾者。三、決定機關之組織不合法者。四、依本法應迴避之委員參與決定者。五、

參與決定之委員關於該復審事件違背職務，犯刑事上之罪者。六、復審之代理人或代表人，關於該復審有刑事上應罰之行為，影響於決定者。七、證人、鑑定人或通譯就為決定基礎之證言、鑑定或通譯為虛偽陳述者。八、為決定基礎之證物，係偽造或變造者。九、為決定基礎之民事、刑事或行政訴訟判決或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者。十一、發見未經斟酌之證物或得使用該證物者。但以如經斟酌可受較有利益之決定者為限。十一、原決定就足以影響於決定之重要證物漏未斟酌者。」由該項規定可知，公務人員再審議事件，核屬公務人員保障暨培訓委員會之管轄權範圍。

2.申訴與再申訴之管轄

(1)申訴之管轄

根據公務人員保障法第 78 條規定：「提起申訴，應向服務機關為之。不服服務機關函復者，得於復函送達之次日起三十日內，向保訓會提起再申訴。 前項之服務機關，以管理措施或有關工作條件之處置之權責處理機關為準。」是根據本條第 1 項前段規定，公務人員申訴事件之處理，核屬其服務機關之管轄範圍。

(2)再申訴之管轄

根據公務人員保障法第 78 條第 1 項後段及同法第 4 條第 2 項、公務人員保障暨培訓委員會組織法第 2 條第 3 款規定，可知公務人員再申訴之審議，亦屬於公務人員保障暨培訓委員會管轄之範圍。

（二）公務人員考績法意義上之公務人員保障事件之管轄

公務人員之考績，根據公務人員考績法第 14 條規定：「各機關對於公務人員之考績，應由主管人員就考績表項目評擬，遞送考績委員會初核，機關長官覆核，經由主管機關或授權之所屬機關核定，送銓敘部銓敘審定。但非於年終辦理之另予考績或長官僅有一級，或因特殊情形報經上級機關核准不設置考績委員會時，除考績免職人員應送經上級機關考績委員會考核外，得逕由其長官考核（第 1 項）。第一項所稱主管機關為總統府、國家安全會議、五院、各部（會、處、局、署與同層級之機關）、省政府、省諮議會、直轄市政府、直轄市議會、縣（市）政府及縣（市）議會（第 4 項）。」

由上規定可知，公務人員考績事件之管轄機關，包括考績之評擬、初核與核定，由總統府、國家安全會議、五院、各部（會、處、局、署與同層級之機關）、省政府、省諮議會、直轄市政府、直轄市議會、縣（市）政府及縣（市）議會等機關管轄，而其審定，則專屬於銓敘部。

（三）公務員懲戒法意義上公務人員保障事件之管轄

根據公務員懲戒法第 18 條規定，公務人員懲戒事件之審查與移送懲戒，由監察院為之，而其審議，則由司法院公務員懲戒委員會為之。但依據同法第 19 條第 1 項後段但書規定，各院、部、會長官，地方最高行政長官或其他相當之主管長官，對於所屬九職等或相當於九職等以下之公務員，得逕送公務員懲戒委員會審議。又根據同法第 33 條第 1 項規定：「懲戒案件之議決，有左列各款情形之一者，

原移送機關或受懲戒處分人，得移請或聲請再審議：一、適用法規顯有錯誤者。二、原議決所憑之證言、鑑定、通譯或證物經確定判決，證明其為虛偽或偽造、變造者。三、原議決所憑之刑事裁判，已經確定裁判變更者。四、原議決後，其相關之刑事確定裁判所認定之事實，與原議決相異者。五、發現確實之新證據，足認應變更原議決者。六、就足以影響原議決之重要證據，漏未斟酌者。」

由上可知，公務人員懲戒事件之審查與移送懲戒，原則上由監察院管轄，但九職等或相當於九職等以下之公務員，其服務之主管機關主管長官，亦享有懲戒事件之審查與移送懲戒權。至於公務人員懲戒事件之審議與再審議機關，則專屬於司法院公務員懲戒委員會。

（四）刑事法意義上公務人員保障事件之管轄

就刑事法意義上公務人員保障事件，由於屬於刑事審判之範圍。因此，其管轄法院為普通法院之刑事庭，而其管轄權之決定，則依據刑事訴訟法第 4 條～第 10 條之規定，於茲不贅。

（五）國家賠償法意義上公務人員保障事件之管轄

就國家賠償法意義上公務人員保障事件之管轄，由於國家賠償法本身並無直接之規定，而根據同法第 12 條規定，將轉致於民事訴訟法。因此，國家賠償法意義上公務人員保障事件之具體管轄法院，將根據民事訴訟法管轄權有關之規定。

（六）民法意義上公務人員保障事件之管轄

就民法意義上公務人員保障事件之管轄，依據其本質，自應適用民事訴訟法管轄權有關之規定。

三、定狹義公務人員保障事件管轄之基礎

就公務人員保障法規定之公務人員保障事件，亦即本文所稱之「狹義公務人員保障事件」，其管轄權歸屬之決定基礎，同時包括：保障事件之程序標的、保障事件之權利主體與保障事件之相對機關，而其核心因素，則結合於保障事件之程序標的。以下分述之：

（一）保障事件之程序標的

公務人員保障法第 4 條第 2 項前段規定：「公務人員提起之復審、再申訴事件（以下簡稱保障事件）」，而同法第 25 條規定:「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。非現職公務人員基於其原公務人員身分之請求權遭受侵害時，亦同。公務人員已亡故者，其遺族基於該公務人員身分所生之公法上財產請求權遭受侵害時，亦得依本法規定提起復審。」、第 26 條規定：「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。前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。」同法第 77 條規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。公務人員提起申訴，應於前項之管理措施或處置達到之次日起三十日內為之。公務人員離職後，接獲原服

務機關之管理措施或處置者，亦得依前二項規定提起申訴、再申訴。」

由上可知，狹義之公務人員保障事件的「程序標的」[21]，分別為：(1)屬於復審程序標的之服務機關或人事主管機關所為之行政處分與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； (2)屬於再審議程序標的之復審決定；(3)屬於申訴程序標的之服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置；(4)屬於再申訴程序標的之對申訴的決定[22]。以下再分述之：

1. 行政處分

我國公務人員保障法雖於多數條文提到行政處分[23]，但對於何謂行政處分並無特別明文。因此，關於行政處分之定義，似乎可以或者應該轉致至行政程序法第 92 條或訴願法第 3 條之規定[24]。至於行政處分之概念，我國學界之間已有相當一致之見解，本文於此不贅。至於我國公務人員保障法第 25 條第 1 項規定之行政處分，雖屬於「人事處分」，

[21] 關於「程序標的」之概念，詳可參見拙文，論行政訴訟之程序標的，發表於第 4 屆東亞行政法學術研討會，收於拙著，行政救濟與行政法學（四），1 版，頁 197 以下，正典(2004.6)。

[22] 公務人員保障法所規定之不同保障程序標的，不僅影響公務人員尋求救濟之正確程序，亦同時可能影響正確救濟程序之管轄權歸屬。關於後者，詳可參見拙文，論保障案件誤用救濟程序之法律效果與處理方法，發表於公務人員保障暨培訓委員會業務研討會，載於月旦法學雜誌，第 90 期，頁 141-155（2002.11）。

[23] 計有：第 6 條、第 7 條、第 11 條、第 25 條、第 28 條、第 30 條、第 35 條、第 43 條、第 44 條、第 46 條、第 48 條、第 61 條、第 63 條～第 68 條、第 89 條、第 94 條。

[24] 雖然我國行政程序法第 92 條與訴願法第 3 條，對於行政處分之定義用字不盡一致，但其意義應屬應同，或許既然已有行政程序法第 92 條之規定，且訴願法上關於行政處分之概念，並無特別單獨規定之必要，復基於統一所有行政法制上關於行政處分之概念，訴願法第 3 條之規定，應該可以刪除。

但是人事處分除因其涉及公務人員身分與衍生之諸項權利義務關係，而具有與其他種類處分不同之內涵以外，其他屬於行政處分所具有之共通特質，則無不同。故本文於此，自亦不必再就人事處分多加辭費。簡單言之，人事行政處分乃我國公務人員保障法上復審之第一種程序標的。換言之，人事行政處分乃公務人員或其遺屬據以根據公務人員保障法提起復審之第一種程序標的。

我國行政程序法第 92 條規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為（第 1 項）。前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同（第 2 項）。」訴願法第 3 條規定：「本法所稱行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為（第 1 項）。前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，亦為行政處分。有關公物之設定、變更、廢止或一般使用者，亦同（第 2 項）。」由此觀之，除若干用字稍有差異以外，其實質意義則無不同[25]。

2. 應為處分而不為處分

在我國行政法制上，對於該管機關就人民依法申請之案件，應作成一定之處分，而逾越法定期限仍未作成處分

[25] 為便於比較條文用字不同之處，本文作者特別將不同之用字作成下標。

者，或將其擬制已為核准（擬制核可之處分）[26]，或者賦與提出申請之人民取得據以提起訴願（課予作成處分之訴願）與行政訴訟（課予作成處分之訴訟）之權能[27]。至於公務人員保障法第 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。」即屬於第二種類型之法效果。雖然本條法文使用「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」，但參照同法第 66 條之規定「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（第 1 項）。保訓會未為前項決定前，應作為之機關已為行政處分者，保訓會應認為復審無理由，以決定駁回之（第 2 項）。」，其實其真義，應係「公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作成處分，而不（未）作成處分，認為損害其權利或利益者，亦得提起復審。」[28]簡單言之，受理公務人員依法申請之案件的機關，於法定期間內應作為而不作為，致損害其權利

---

[26] 關於擬制行政處分之法理與衍生之諸問題，詳可參見拙文，擬制行政處分制度之研究，東吳法律學報，第 6 卷第 2 期，頁 145～192，收於拙著，行政救濟與行政法學（二），初版，頁 179-244，三民(1993.3)；同，論擬制行政處分與訴之利益，植根雜誌，第 7 卷第 6 期，頁 1～10，收於拙著，行政救濟與行政法學（二），初版，頁 2445-258，三民(1993.3)；同，怠為決定之訴願與擬制行政處分制度之存廢，法學叢刊，第 38 卷第 4 期，頁 67～77，收於拙著，行政救濟與行政法學（三），修正 1 版，頁 375-392，正典(2004.6)。

[27] 我國訴願法第 2 條規定：「人民因中央或地方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，亦得提起訴願。前項期間，法令未規定者，自機關受理申請之日起為二個月。」行政訴訟法第 5 條第 1 項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」

[28] 類似情形，亦見於我國訴願法第 2 條第 1 項與同法第 82 條之規定上。詳可參見拙著，訴願法與訴願程序解說，1 版 2 刷，旁碼 045，正典(2003.3)。

或利益者，乃我國公務人員保障法上復審之第二種程序標的。換言之，受理公務人員依法申請之案件的機關，於法定期間內應作為而不作為，致損害其權利或利益之「違法不作為狀態」，乃公務人員或其遺屬據以根據公務人員保障法提起復審之第二種程序標的。

3. 管理措施或有關工作條件之處置

雖然公務人員保障法第 4 條第 2 項規定：「公務人員提起之復審、再申訴事件（以下簡稱保障事件），由公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）審議決定。」未將同法第 77 條第 1 項規定之公務人員服務機關有關管理措施或有關工作條件之處置，當作「最狹義公務人員保障事件」之程序標的。然本文認為，基於其乃申訴之程序標的，仍將其當作狹義公務人員保障事件之程序標的處理。

公務人員保障法第 77 條規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴（第 1 項）。公務人員提起申訴，應於前項之管理措施或處置達到之次日起三十日內為之（第 2 項）。公務人員離職後，接獲原服務機關之管理措施或處置者，亦得依前二項規定提起申訴、再申訴（第 3 項）。」由本條之規定，可以知悉「服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置」，乃有關之公務人員得以根據公務人員保障法規定提起申訴與再申訴之程序標的。

關於「管理措施」之範圍，及於公務人員服務機關就服勤公務員之服務品質、態度與時間等有關事項，是否符

合之控管措施，屬於「公務人員內部關係」(Innenverhältnis)或「經營關係」(Betriebsverhältnis)，所為之管制措施，其具體事項繁多，可謂不勝枚舉。

就是否屬於管理措施，公務人員保障暨培訓委員會（98）公申決字第 0038 號謂：「依公務人員考績法第 12 條第 1 項：『各機關辦理公務人員平時考核及專案考績，分別依左列規定：一、平時考核：獎勵分嘉獎、記功、記大功；懲處分申誡、記過、記大過。……。』之規定，對所屬公務人員為平時考核之獎懲，係各機關長官之權限，核應由各機關本於權責依法規辦理，再申訴人並無請求權。本件再申訴人除未具體指明所不服之管理措施外，縱服務機關未依所請懲處相關人員，對再申訴人之現實權益亦無影響。其遽提起申訴、再申訴，於法自有未合，應不予受理。」臺中高等行政法院 96 年度訴字第 00101 號判決亦謂：「機關長官所為之工作指派、不改變公務人員身分關係之記過、申誡懲處、考績評定、請假之否准等命令，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」、「參照司法院釋字第 243 號解釋意旨，依公務人員考績法所為之記大過處分，非影響公務員身分關係之不利益處分，公務員不得以訴訟請求救濟。則公務人員對於記過懲處如有不服，應認係屬機關之管理措施範圍」。最高行政法院 92 年度裁字第 341 號裁定則謂：「相對人未調升抗告人擔任船舶交通管制中心航訊課課長乙職及八十八年年終非主管職務升遷未將之升任技正職務等項，係屬機關內部所為之管理措施事

項，並未改變抗告人擔任公務員之身分關係，對其公務員之權利亦無重大影響，並非行政處分」。改制前行政法院88年度裁字第1014號裁定謂：「按法院組織法規定，庭長由法官兼任，法官為本職，非有一定原因不可免職，但庭長為兼職並無不可免兼之規定。惟本件原告兼任之庭長職務，雖經免除，其本職法官無論官等、級俸皆未改變，自屬職務調動之內部管理措施，尚不生改變其身分或對於其權益有重大影響之情事。」

至於「工作條件之處置」，則涉及公務人員服務機關就確保服勤公務員之服務品質與安全等所需之相對配備或條件，亦即公務人員保障法第18條～第23條所規定之事項所為之處置[29]，其亦屬於「公務人員內部關係」或「經營關係」之範圍，其具體事項繁多，可謂不勝枚舉，惜尚少見公務人員保障暨培訓委員會與各級行政法院對此作成相關案例。

4. 申訴決定

[29] 第18條規定：「各機關應提供公務人員執行職務必要之機具設備及良好工作環境。」第19條規定：「公務人員執行職務之安全應予保障。各機關對於公務人員之執行職務，應提供安全及衛生之防護措施；其有關辦法，由考試院會同行政院定之。」第20條規定：「公務人員執行職務時，現場長官認已發生危害或明顯有發生危害之虞者，得視情況暫時停止執行。」第21條規定：「公務人員因機關提供之安全及衛生防護措施有瑕疵，致其生命、身體或健康受損時，得依國家賠償法請求賠償。公務人員因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金。但該公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。前項因公之範圍及慰問金發給辦法，由考試院會同行政院定之。」第22條規定：「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。前項情形，其涉訟係因公務人員之故意或重大過失所致者，其服務機關應向該公務人員求償。公務人員因公涉訟輔助辦法，由考試院會同行政院定之。」第23條規定：「公務人員經指派於上班時間以外執行職務者，服務機關應給予加班費、補休假、獎勵或其他相當之補償。」

公務人員保障法第 4 條第 2 項規定：「公務人員提起之復審、再申訴事件（以下簡稱保障事件），由公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）審議決定。」如純從此項定義之保障事件觀之,則顯然同法第77條規定之「管理措施或有關工作條件之處置」，尚不屬於「保障事件」之程序標的，而公務人員服務機關之申訴決定，始為公務人員保障暨培訓委員會管轄之「再申訴」保障事件之程序標的。

5. 復審決定

公務人員保障法第 4 條所規定之狹義「保障事件」，雖不及於復審決定之再審議。但是既然同法第 100 條規定：「保訓會認為再審議有理由者，應撤銷或變更原復審決定。」則復審決定之再審議，亦應屬於實質「公務人員保障事件」之範疇。因此，成為復審決定之再審議的程序標的之「復審決定」，亦應屬於保障事件之程序標的之一。

公務人員保障法第 94 條規定：「復審事件經保訓會審議決定，除復審人已依法向司法機關請求救濟者外，於復審決定確定後，有下列情形之一者，原處分機關或復審人得向保訓會申請再審議：一、適用法規顯有錯誤者。二、決定理由與主文顯有矛盾者。三、決定機關之組織不合法者。四、依本法應迴避之委員參與決定者。五、參與決定之委員關於該復審事件違背職務，犯刑事上之罪者。六、復審之代理人或代表人，關於該復審有刑事上應罰之行為，影響於決定者。七、證人、鑑定人或通譯就為決定基礎之證言、鑑定或通譯為虛偽陳述者。八、為決定基礎之

證物，係偽造或變造者。九、為決定基礎之民事、刑事或行政訴訟判決或行政處分，依其後之確定裁判或行政處分已變更者。十一、發見未經斟酌之證物或得使用該證物者。但以如經斟酌可受較有利益之決定者為限。十一、原決定就足以影響於決定之重要證物漏未斟酌者（第 1 項）。前項申請於原行政處分、原決定執行完畢後，亦得為之（第 2 項）。第一項第五款至第八款情形，以宣告有罪之判決已確定，或其刑事訴訟不能開始或續行非因證據不足者為限（第 3 項）。」

（二）保障事件之權利主體

其次，決定一個事件是否屬於公務人員保障法所規定之「保障事件」，除就其屬性是否屬於該當之程序標的為論斷以外，尚應就尋求救濟者(Rechtsschutz-suchende)，是否屬於同法規定之有關保障事件的適格「權利主體」而定。

我國公務人員保障法第 1 條既規定：「為保障公務人員之權益，特制定本法。本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」第 25 條第 1 項前段規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。」、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 77 條第 1 項規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。」同條第 3 項亦規定：「公

務人員離職後，接獲原服務機關之管理措施或處置者，亦得依前二項規定提起申訴、再申訴。」由上諸規定可之，該等公務人員必須是受到人事處分、管理措施或工作條件之處置時，屬於上稱之「公務人員」，始能根據上揭規定提起復審、申訴與再申訴等救濟程序。此乃保障事件權利主體之「判斷基準時」。

首先，有疑問者，乃何人屬於公務人員保障法第 1 條所稱之「公務人員」，仍有進一步澄清之作用。根據同法第 3 條規定：「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。」另同法第 102 條規定：「下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例公布施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。三、公營事業依法任用之人員。四、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。五、應各種公務人員考試錄取占法定機關、公立學校編制職缺參加學習訓練之人員。」

其次，公務人員保障法固以「公務人員」為保障事件之權利主體，但何謂「公務人員」，若就保障事件權利主體判斷基準時觀察，在概念上，尚包括：(1)「現職公務人員」、(2)「非現職公務人員」與(3)「已亡故公務人員」。

1. 現職公務人員

公務人員保障法第 25 條第 1 項規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為

之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。非現職公務人員基於其原公務人員身分之請求權遭受侵害時，亦同。」由本條第 1 項前後段規定可以推知，前段所稱之「公務人員」，乃指「現職公務人員」，抑且不僅指該公務人員受到相關人事處分、管理措施或工作條件之處置時，屬於現職公務人員，同時，於其依據公務人員保障法提起復審、申訴或再申訴時，仍為公務人員保障法所規定之公務人員。所謂「現職公務人員」，乃指其現行之職務，屬於公務人員，甚至是受到相關處分或處置時相同性質之公務人員。

2. 非現職公務人員

公務人員保障法第 25 條第 1 項，除前段規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審」外，其後段復規定：「非現職公務人員基於其原公務人員身分之請求權遭受侵害時，亦同。」所謂「非現職公務人員」，包括：(1)「停職公務人員」、(2)「離職公務人員」、(3)「退休公務人員」與(4)「占缺參加學習訓練中公務人員」。唯無論如何，根據保障事件權利主體之「判斷基準時」，該等公務人員必須是受到人事處分、管理措施或工作條件之處置時，屬於上稱之公務人員，始能根據同法上揭規定提起復審、申訴與再申訴等救濟程序。

3. 公務人員遺屬

我國公務人員保障法為強化公務人員權益之保障，除根據保障事件權利主體之「判斷基準時」，凡公務人員受到人事處分、管理措施或工作條件之處置時，即屬於得根據同法規定提起復審、申訴與再申訴等救濟程序之主體外，復顧及有關之公務人員可能已亡故，無法再自行進行相關之救濟，甚至影響其遺屬之生計，乃於同法第 25 條第 2 項規定：「公務人員已亡故者，其遺族基於該公務人員身分所生之公法上財產請求權遭受侵害時，亦得依本法規定提起復審。」準此，基於公務人員身分所生之公法上財產請求權[30]遭受侵害時，其特定遺屬（依據民法第 1138 條定其順序之繼承人），根據本條項規定，在救濟程序上，即取得獨立之保障事件的「訴權」，而非承繼已經亡故公務人員之「訴權」。但其實體權利之請求權，有係繼承已亡故公務人員所已經應享有之權利，有則係以已亡故公務人員之死亡為其請求權之發生法定原因者（死因請求權）。

（三）保障事件之相對機關

公務人員保障法第 25 條規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。非現職公務人員基於其原公務人員身分之請求權遭受侵害時，亦同。公務人員已亡故者，其遺族基於該公務人員身分所生之公法上財產請求權遭受侵害時，亦得依本法規定提起復審。」第 26 條規定：「公務人

[30] 其範圍如：(1)薪俸；(2)年終獎金；(3)考績獎金；(4)休假補助；(5)婚喪補助；(6)代墊款之返還請求；(7)國家賠償；(8)死亡給付等。

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。前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。」第 77 條規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。公務人員提起申訴，應於前項之管理措施或處置達到之次日起三十日內為之。公務人員離職後，接獲原服務機關之管理措施或處置者，亦得依前二項規定提起申訴、再申訴。」第 78 條規定：「提起申訴，應向服務機關為之。不服服務機關函復者，得於復函送達之次日起三十日內，向保訓會提起再申訴。前項之服務機關，以管理措施或有關工作條件之處置之權責處理機關為準。」可知保障事件之相對機關，計有：人事主管機關與服務機關。分述之如下：

1. 人事主管機關

根據公務人員保障法第 25 條第 1 項前段規定，可知對於公務人員作成人事行政處分之人事主管機關，即屬於復審程序之相對機關。至於孰為人事行政處分之原處分機關，同法第 28 條規定：「原處分機關之認定，以實施行政處分時之名義為準。但上級機關本於法定職權所為行政處分，交由下級機關執行者，以該上級機關為原處分機關。」[31]

2. 服務機關

[31] 類似之規定，復見諸訴願法第 13 條。

同樣地根據公務人員保障法第 25 條第 1 項前段規定，可知公務人員之服務機關，亦屬於復審程序之相對機關。至於孰為人事行政處分之原處分機關，則依據同法第 28 條規定之標準認定之。此外，根據同法第 77 條第 1 項與第 3 項規定，則服務機關同時亦屬於公務人員所提起之申訴與再申訴程序之相對機關。不過，所謂之「服務機關」，因公務員受到之處置原因（程序標的），究係由何服務機關所為，尚可分成：(1)任用服務機關，與(2)借調服務機關。

(1)任用服務機關

茲所謂之「任用服務機關」，係指依據公務人員保障法規定提起復審或申訴、再申訴之公務人員所被任用，並服務之機關。該服務機關，除原被任用並服務之目前服務中機關，尚包括已離職公務人員於離職前服務之機關[32]。

(2)借調服務機關

公務人員經借調者，其因公務人員身分所可能受到之處分，可能為借調前之服務機關，但亦可能為借調後之服務機關。至於其因公務人員身分所可能受到之管理措施或工作條件之處置，亦可能因該等管理措施或工作條件之處置時間點，而有所不同。詳言之，借調前，因公務人員身分所可能受到之管理措施或工作條件之處置，自屬於借調前之服務機關，而借調後因公務人員身分所可能受到之管理措施或工作條件之處置，顯然即屬於借調後之服務機關。根據公務人員考績法施行細則第 2 條第 2 項規定，公

[32] 參見行政法院 87 年度判字第 2049 號判決。

務人員調任現職，經銓敘審定合格實授，除 12 月 2 日以後由其他機關調任現職者，由原任職機關以原職務辦理考績外，於年終最後任職機關參加考績時，應由考績機關向受考人原任職機關，調取平時考核紀錄及其他相關資料，評定成績。準此，基於反面解釋，如公務人員於 12 月 2 日以前由其他機關調任現職者，則有關考績之保障事件，則以借調後之服務機關為相對機關。又，如公務人員於調離現職後，始接到原任職機關有關之管理措施或處置者，根據公務人員保障法第 77 條第 3 項規定，似乎亦應以原服務機關為保障程序之相對機關。

伍、公務人員保障事件之移轉管轄

關於（狹義）公務人員保障事件之移轉管轄，我國公務人員保障法除於第 79 條規定：「應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員（第 1 項）。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員（第 2 項）。[33]」以外，既無其他規定，亦復無類似本法修正前之舊法第 22 條之規定：「復審、再復審之程序，除本法另有規定外，準用訴願法之規定」，而得準用諸如訴願法第 61 條之規定：「訴願人誤向訴願管轄機關或原行政處分機關以外之機關作不服原行政處分之表示者，視為自始向訴願

[33] 本條修正增訂前之相關問題與法制問題探討，可參見拙文，論保障案件誤用救濟程序之法律效果與處理方法，發表於公務人員保障暨培訓委員會業務研討會，載於月旦法學雜誌，第 90 期，頁 141-155（2002.11）。

管轄機關提起訴願（第 1 項）。前項收受之機關應於十日內將該事件移送於原行政處分機關，並通知訴願人（第 2 項）。」再者，如實質上屬於狹義之公務人員保障事件，而誤以為屬於訴願案件，致向訴願法規定之管轄機關提起時，其管轄應如何處理，公務人員保障法與訴願法對此亦無任何之規定。因此，如果（狹義）公務人員保障事件實質上發生收受保障案件欠缺管轄權時，應如何處理，顯然即存在「法律漏洞」，而有待於運用法學方法中之「漏洞填補」方法加以填補。

由於（狹義）公務人員保障事件之移轉管轄所涉問題與層面，既多且廣，本文以下即依序就(1)公務人員保障事件移轉管轄之原因、(2)公務人員保障事件移轉管轄之原則、(3)公務人員保障事件移轉管轄之例外：基於公益經同意得繼續管轄、(4)依據訴願決定所為之公務人員保障事件移轉管轄、(5)公務人員保障事件移轉管轄之法律效果、(6)公務人員保障事件欠缺管轄權而未依法移轉管轄之效果等問題加以探討。

一、公務人員保障事件移轉管轄之原因

（一）自始欠缺管轄權

所謂「自始欠缺管轄權」，其可能類型，包括：(1)不得依據公務人員保障法提起復審、申訴或再申訴之人，誤用公務人員保障法規定之救濟方法，而向公務人員保障暨培訓委員會提起復審或再申訴，或者向非管轄機關提起申訴案件者。例如：應依法提起訴願或訴訟之人，誤用公務人員保障法所規定之復審、申訴或再申訴制度，而分別向

公務人員保障暨培訓委員會提起復審或再申訴，或者向非管轄機關提起申訴案件[34]。(2)得依據公務人員保障法提起復審之人，向公務人員保障暨培訓委員會以外之非管轄機關提起復審者。(3)得依據公務人員保障法提起申訴之人，誤向公務人員保障暨培訓委員會提起申訴者。(4)得依據公務人員保障法提起再申訴之人，誤向公務人員保障暨培訓委員會以外之非管轄機關提起再申訴案件者。(5)得依據公務人員保障法提起申訴之人，誤向公務人員保障暨培訓委員會提起復審者[35]。(6)得依據公務人員保障法提起復審、申訴或再申訴之人，誤向公務人員保障暨培訓委員會及該管轄機關以外之非管轄機關提起復審、申訴或再申訴案件者。(7)得依據公務人員保障法提起復審者，誤提起申訴；得依據公務人員保障法提起申訴或再申訴之人，誤向公務人員保障暨培訓委員會提起復審者[36]。

---

[34] 如其原因可歸咎於處分機關告知之救濟程序錯誤、未告知管轄機關或告知知管轄機關錯誤，致向無訴願管轄權之公務人員保障暨培訓委員會或其他無管轄權機關提起復審或申訴者，自有行政程序法第 99 條之適用。

行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」同法第 99 條規定：「對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於十日內移送有管轄權之機關，並通知當事人。前項情形，視為自始向有管轄權之機關聲明不服。」

[35] 此種案例，除了應為不受理之決定以外，似乎應將相關案件移轉申訴之該管機關辦理。相關案例，請參考公務人員保障暨培訓委員會（98）公審決字第 0007 號決定。公務人員保障法第 61 條第 3 項規定：「第一項第七款情形，如屬應提起申訴、再申訴事項，公務人員誤提復審者，保訓會應移轉申訴受理機關依申訴程序處理，並通知該公務人員，不得逕為不受理決定。」

[36] 對此，公務人員保障法第 79 條已規定：「應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。」

（二）嗣後喪失管轄權

1. 法規變更管轄權

我國行政程序法第 18 條前段規定：「行政機關因法規或事實之變更而喪失管轄權時，應將案件移送有管轄權之機關，並通知當事人。」就公務人員保障事件言，理論上亦可能因法規之變更，而使原管轄機關嗣後喪失管轄權。例如：因公務人員保障法之修正，而使原復審管轄機關（如五院）之管轄權，變更為公務人員保障暨培訓委員會專屬管轄。

又我國公務人員保障法第 103 條第 2 項規定：「本法修正施行後，對於原依相關法律審理中之訴願事件，其以後之程序，應依修正之本法有關復審程序規定終結之。」實質上，亦可能使原訴願管轄機關因公務人員保障法之修正，而變更其訴願管轄權為復審管轄權，而實質上發生移轉管轄之結果（表面上則似乎並無移轉管轄，而只是適用之程序變更）。

2. 原管轄機關經裁併

我國公務人員保障法第 29 條規定：「原處分機關裁撤或改組，應以承受其業務之機關視為原處分機關。」迤邐而下，有關之申訴程序管轄權，即可能發生變更，而實質上發生移轉管轄之結果。例如：原由被裁撤前之處分機關管轄之申訴事件，嗣因被裁撤或改組，而改由承接業務之機關或合併後存續之機關管轄申訴事件的處理。

3. 因事實變更致喪失管轄權？

我國行政程序法第 18 條雖規定：「行政機關因法規或事實之變更而喪失管轄權時，應將案件移送有管轄權之機關，並通知當事人。但經當事人及有管轄權機關之同意，亦得由原管轄機關繼續處理該案件。」但在公務人員保障事件中，即使因原行政處分、管理措施或工作條件之處置的嗣後變更，亦僅能使原保障程序發生不受理之效果[37]，而不生管轄機關變更，致必須移轉管轄之結果。

4. 原管轄機關因協議或未被指定管轄致喪失管轄權？

我國行政程序法第 13 條第 1 項雖然規定:「同一事件，數行政機關依前二條之規定均有管轄權者，由受理在先之機關管轄，不能分別受理之先後者，由各該機關協議定之，不能協議或有統一管轄之必要時，由其共同上級機關指定管轄。無共同上級機關時，由各該上級機關協議定之。」而可能發生因協議結果喪失管轄權或因未被指定管轄致喪失管轄權，而必須移轉管轄之結果。但在公務人員保障事件因屬事務管轄中之專屬管轄，而無本條適用之餘地。

至於我國行政程序法第 14 條第 1 項與第 2 項規定:「數行政機關於管轄權有爭議時，由其共同上級機關決定之，無共同上級機關時，由各該上級機關協議定之。　前項情形，人民就其依法規申請之事件，得向共同上級機關申請指定管轄，無共同上級機關者，得向各該上級機關之一為之。受理申請之機關應自請求到達之日起十日內決定之。」於公務人員借調之情形，即可能發生因保障事件管轄權歸

[37] 參見公務人員保障法第 61 條第 1 項第 5 款、第 84 條準用第 61 條第 1 項第 5 款之規定。

屬有爭議，而因協議結果喪失管轄權或因未被指定管轄致喪失管轄權，而必須移轉管轄之結果。例如：借調公務人員之考績，根據公務人員考績法施行細則第 2 條第 2 項規定，公務人員調任現職，經銓敘審定合格實授，除 12 月 2 日以後由其他機關調任現職者，由原任職機關以原職務辦理考績外，於年終最後任職機關參加考績時，應由考績機關向受考人原任職機關，調取平時考核紀錄及其他相關資料，評定成績。但是如對於借調公務人員考績權歸屬之基準時，究採調任申請日、核定日或者報到日為基準，即可能發生因保障事件管轄權歸屬有爭議，而因協議結果喪失管轄權或因未被指定管轄致喪失管轄權，而必須移轉管轄之結果。

5. 因無因管理致個案喪失管轄權？

我國行政程序法第 115 條雖規定：「行政處分違反土地管轄之規定者，除依第一百十一條第六款規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷。」似乎創設了「公法上之無因管理」[38]，但由於公務人員保障事件之管轄，屬於事務管轄中之專屬管轄，應不致發生因無因管理致個案喪失管轄權之情況。

至於根據行政程序法第 15 條所為之機關委任與根據同法第 16 條所為之公權力委託私人辦理，即使是依據訴願法

[38] 有關之探討，請參見拙文，論違反土地管轄行政處分所衍生之法律問題—以德國法及學說為借鏡，成大法學，第 5 期(2003.6)，頁 13；同，論越界行政處分所衍生之法律問題－以行政程序法第一百十五條為核心，萬國法律，第 129 期(2003.6)，頁 76。

第 8 條與第 10 條規定，亦不生相關之公務人員保障事件管轄權的變更，而須為移轉管轄之結果，附此說明。

二、公務人員保障事件移轉管轄之原則

（一）依職權移轉原則

我國公務人員保障法第 61 條第 3 項規定：「第一項第七款情形，如屬應提起申訴、再申訴事項，公務人員誤提復審者，保訓會應移轉申訴受理機關依申訴程序處理，並通知該公務人員，不得逕為不受理決定。」同法第 79 條亦規定：「應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。」此之移轉管轄，當然亦有行政程序法第 17 條第 1 項「行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人」規定之「職權原則」之適用，而屬於依職權移轉原則。

（二）依職權通知當事人原則

我國公務人員保障法第 61 條第 3 項規定：「第一項第七款情形，如屬應提起申訴、再申訴事項，公務人員誤提復審者，保訓會應移轉申訴受理機關依申訴程序處理，並通知該公務人員，不得逕為不受理決定。」同法第 79 條亦規定：「應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再

申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。」此之移轉管轄，當然亦有行政程序法第17條第1項「行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人。」規定之職權原則的適用。

（三）基於公益應保全相關證據之原則

我國行政程序法第14條第3項規定：「在前二項情形未經決定前，如有導致國家或人民難以回復之重大損害之虞時，該管轄權爭議之一方，應依當事人申請或依職權為緊急之臨時處置，並應層報共同上級機關及通知他方。」如前所述，於公務人員借調之情形，即可能發生因保障事件管轄權歸屬有爭議，而因協議結果喪失管轄權或因未被指定管轄致喪失管轄權，而必須移轉管轄之結果，但根據行政程序法第14條第3項規定，可以基於公益應保全相關證據。

三、公務人員保障事件移轉管轄之例外：基於公益經同意得繼續管轄？

我國行政程序法第18條規定：「行政機關因法規或事實之變更而喪失管轄權時，應將案件移送有管轄權之機關，並通知當事人。但經當事人及有管轄權機關之同意，亦得由原管轄機關繼續處理該案件。」根據前述，公務人員保障事件可能因法規之變更，而生必須移轉管轄之結果，但基於保障事件之事務管轄與專屬管轄的特性，行政程序法第18條規定後段但書有無適用，則不無疑義。

四、依據訴願決定所為之公務人員保障事件移轉管轄

我國訴願法第 95 條規定：「訴願之決定確定後，就其事件，有拘束各關係機關之效力；就其依第十條提起訴願之事件，對於受委託行使公權力之團體或個人，亦有拘束力。」同法第 12 條第 2 項規定：「無管轄權之機關就訴願所為決定，其上級機關應依職權或依申請撤銷之，並命移送於有管轄權之機關。」復依公務人員保障法第 103 條第 3 項規定：「本法修正施行後，依本法所定程序提起復審者，不得復依其他法律提起訴願或其他類此程序。」同理，本法修正施行後，依其他法律提起訴願或其他類此程序者，不得復依公務人員保障法所定程序提起復審。

綜合上述各法條之規定，則依法屬於訴願之案件，訴願人前誤向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，並經決定確定後，復向考試院提起訴願者[39]，考試院基於公務人員保障法第 103 條第 3 項與訴願法第 12 條第 2 項規定之法理，從有關案件之實質屬性，撤銷公務人員保障暨培訓委員會原決定[40]，並命其將相關案件移轉考試院依法審理，亦將發生依據訴願決定所為之公務人員保障事件移轉管轄的結果。在考試院之訴願實務上，對於不占缺之接受職前訓練中的「公務人員」（實為公務人員考試考取人員）向公

[39] 例如：尚未取得實任公務人員資格者，或者參加公務人員考試及格，但未占缺而參加職前訓練之人員，或者非以公務人員身分受處分之已退職公務人員，就相關處分依法應向考試院提起訴願，卻誤向公務人員保障暨培訓委員會提起復審，經被駁回（確定）後，始改向考試院提起訴願。

[40] 其實，基於訴願管轄屬於專屬管轄之特性，根據行政程序法第 111 條第 6 款規定，該決定乃屬無效，且依據同法第 110 條第 4 項規定，乃自始不生效力。因此，考試院類此之「撤銷決定」，毋寧僅具有確認之性質。

務人員保障暨培訓委員會提起之復審案件，即常以訴願決定命其將「復審案件」移由考試院以訴願程序處理[41]。

五、公務人員保障事件移轉管轄之法律效果

（一）救濟期間之保全效果

公務人員保障法第 30 條第 3 項規定：「復審人誤向原處分機關以外機關提起復審者，以該機關收受之日，視為提起復審之日。」準此，於原處分機關以外機關將該復審案件移轉該管機關後，復審人業於原提起復審之日，取得救濟期間之保全效果。又行政程序法第 99 條規定：「對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於十日內移送有管轄權之機關，並通知當事人。　前項情形，視為自始向有管轄權之機關聲明不服。」其救濟期間之保全效果，亦屬殊途同歸。

（二）程序更新效果

保障案件無管轄權機關即使已經採取相關之動作，當其將案件移轉該管之機關後，後者仍須更新其程序，重新進行應行之法定程序與措施，而非接續或承續無管轄權機關已經進行之程序與行為。

（三）相關費用如何清算？

[41] 特別是不服不准保留受訓資格或延緩受訓、命退訓、為訓練不合格之處分、不准撤回自願退訓，而重新參加訓練、不准改由其他訓練機構訓練之申請（如非警校畢業生經警察特考及格者，申請由警察專科學校改至中央警察大學受訓）等。

我國公務人員保障法第 42 條規定：「復審人或其代理人得向保訓會請求閱覽、抄錄、影印或攝錄卷內文書，或預納費用請求付與繕本、影本或節本。但以維護其法律上利益有必要者為限。保訓會對前項之請求，除有下列情形之一者外，不得拒絕：一、復審事件決定擬辦之文稿。二、復審事件決定之準備或審議文件。三、為第三人之正當權益有保密之必要者。四、其他依法律或基於公益，有保密之必要者。第一項之收費標準，由保訓會定之。」同法第 57 條規定：「保訓會必要時，得依職權或囑託有關機關、學校、團體或具專門知識經驗者，就必要之物件、證據，實施檢驗、勘驗或鑑定（第 1 項）。前項所需費用由保訓會負擔（第 2 項）。保訓會依第一項檢驗、勘驗或鑑定之結果，非經賦予復審人表示意見之機會，不得採為對之不利之復審決定之基礎（第 3 項）。復審人願自行負擔費用而請求依第一項規定實施檢驗、勘驗或鑑定時，保訓會非有正當理由不得拒絕（第 4 項）。依前項規定檢驗、勘驗或鑑定所得結果，據為復審人有利之決定或裁判時，復審人得於事件確定後三十日內，請求保訓會償還必要之費用（第 5 項）。」

我國訴願法第 49 條規定：「訴願人、參加人或訴願代理人得向受理訴願機關請求閱覽、抄錄、影印或攝影卷內文書，或預納費用請求付與繕本、影本或節本。前項之收費標準，由主管院定之。」第 69 條規定：「受理訴願機關得依職權或依訴願人、參加人之申請，囑託有關機關、學校、團體或有專門知識經驗者為鑑定。受理訴願機關認無鑑定之必要，而訴願人或參加人願自行負擔鑑定費用時，

得向受理訴願機關請求准予交付鑑定。受理訴願機關非有正當理由不得拒絕。鑑定人由受理訴願機關指定之。鑑定人有數人者，得共同陳述意見。但意見不同者，受理訴願機關應使其分別陳述意見。」第 72 條規定：「鑑定所需費用由受理訴願機關負擔，並得依鑑定人之請求預行酌給之。依第六十九條第二項規定交付鑑定所得結果，據為有利於訴願人或參加人之決定或裁判時，訴願人或參加人得於訴願或行政訴訟確定後三十日內，請求受理訴願機關償還必要之鑑定費用。」

我國行政程序法第 52 條規定：「行政程序所生之費用，由行政機關負擔。但專為當事人或利害關係人利益所支出之費用，不在此限。因可歸責於當事人或利害關係人之事由，致程序有顯著之延滯者，其因延滯所生之費用，由其負擔。」

上述各該規定，原屬於不同程序有關費用之規定，本迥不相侔。然而，如因依法移轉管轄，而依法必須變更適用不同之程序，則有關之費用如何攤銷？能否轉用？對此，上述有關法規均乏明文。本文以為，基於程序當事人之經濟負擔，如果已遂行之程序，在後續之新程序中得以援用，則有關之費用如已經徵收，應不得重新徵收。

六、公務人員保障事件欠缺管轄權而未依法移轉管轄之效果

公務人員保障事件如欠缺管轄權，而原收受或受理之機關未依法移轉管轄，則其效果為何？以下分成該機關尚未作成決定與已經作成決定二者，說明之：

（一）尚未決定

我國行政程序法第 17 條固然規定：「行政機關對事件管轄權之有無，應依職權調查；其認無管轄權者，應即移送有管轄權之機關，並通知當事人。人民於法定期間內提出申請，依前項規定移送有管轄權之機關者，視同已在法定期間內向有管轄權之機關提出申請。」我國公務人員保障法第 61 條第 3 項復規定：「第一項第七款情形，如屬應提起申訴、再申訴事項，公務人員誤提復審者，保訓會應移轉申訴受理機關依申訴程序處理，並通知該公務人員，不得逕為不受理決定。」同法第 79 條亦規定：「應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員。」唯如各該機關雖尚未就收受或受理之保障事件做成決定，但保障事件依據公務人員保障法第 69 條規定：「復審決定應於保訓會收受原處分機關檢卷答辯之次日起三個月內為之；其尚待補正者，自補正之次日起算，未為補正者，自補正期間屆滿之次日起算；復審人係於表示不服後三十日內補送復審書者，自補送之次日起算，未為補送者，自補送期間屆滿之次日起算；復審人於復審事件決定期間內續補具理由者，自最後補具理由之次日起算。 復審事件不能於前項期間內決定者，得予延長，並通知復審人。延長以一次為限，最長不得逾二個月。」第 81 條規定：「服務機關對申訴事件，應於收受申訴書之次日起三十日內，就請求事項詳備理由函復，必要時得延長二十日，並通知申訴

人。逾期未函復，申訴人得逕提再申訴。申訴復函應附記如不服函復者，得於三十日內向保訓會提起再申訴之意旨。再申訴決定應於收受再申訴書之次日起三個月內為之。必要時得延長一個月，並通知再申訴人。」

由於所有之保障事件，其處理均有法定期間。申訴逾越法定處理期間，仍未處理者，申訴人依公務人員保障法第 81 條第 1 項後段規定，得逕提再申訴。但復審案件如逾越法定處理期間，仍未處理者，復審人能否逕向該管之高等行政法院提起行政訴訟，雖公務人員保障法本身並無明文，惟如依據行政訴訟法第 4 條第 1 項後段、第 5 條第 1 項後段類推適用同法第 4 條第 1 項後段規定，亦應為肯定之見解。於茲有問題者，乃如保障事件無管轄權之機關（包括錯誤將保障事件誤為訴願案件受理之情形在內），逾期仍不依法移轉管轄，則如復審人逕向該管高等行政法院提起行政訴訟，則其判決應如何為之，即成問題。[42]

（二）已經決定

雖然我國行政程序法第 115 條規定：「行政處分違反土地管轄之規定者，除依第 111 條第 6 款規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷。」[43]但由於公務人員保障事件之管轄，類似訴願

[42] 類此問題之探討，詳請參見拙文，論無管轄權機關受理申請案逾期未處分之訴願實體決定與行政訴訟判決，萬國法律，第 124 期，頁 68～79(2002.8)；同，論無管轄權機關受理申請案逾期未處分之訴願實體決定與行政訴訟判決，成大法學，第三期，頁 1～23(2002.6)。

[43] 本條規定所衍生之法律問題，詳請參見拙文，論越界行政處分所衍生之法律問題－以行政程序法第一百十五條為核心，萬國法律，第 129 期,頁 72～82(2003.6)；同，論違反土地管轄行政處分所衍生之法律問題－以德國法及學說為借鏡，成大法學，第 5 期，頁 1～26(2003.6)。

管轄，應屬於「事務管轄」中之「專屬管轄」。因此，如果屬於公務人員保障事件，而欠缺管轄權之機關，不僅未依法移轉管轄，甚至已自為決定，則其效果應屬無效。

陸、結論

綜上之探討，機關之管轄種類，可以大分成：(1)事務（物）管轄；(2)地域管轄；(3)層級管轄；(4)專屬管轄；(5)競合管轄；(6)共同管轄；(7)代行管轄；(8)功能管轄；(9)便宜管轄，與(10)承接管轄，而事務管轄可再細分為：(1)專業管轄，與(2)統包管轄。就公務人員保障事件之管轄，可分別歸屬於(1)事務（物）管轄；(2)層級管轄；(3)專屬管轄； (4)功能管轄。至於管轄之機能，包括：(1)品管之機能；(2)分工之機能；(3)合作之機能；(4)責任歸屬之機能；(5)經濟之機能；(6)便民之機能。我國法制上行政管轄之基本原則，計有：(1)管轄法定原則；(2)管轄相對恆定原則；(3)單獨管轄原則與共同管轄之例外；(4)管轄有無職權認定原則；(5)管轄有無優先認定原則，與(6)管轄便民原則。

就我國廣義之公務人員保障事件的管轄，可及於：(1)公務人員保障法意義上之公務人員保障事件；(2)公務人員考績法意義上之公務人員保障事件；(3)公務員懲戒法意義上之公務人員保障事件；(4)刑事法意義上之公務人員保障事件；(5)國家賠償法意義上之公務人員保障事件，與(6)民法意義上之公務人員保障事件。本文所探討者，主要為公務人員保障法意義上之公務人員保障事件（以狹義之公務人員保障事件稱之）。

公務人員保障法意義上公務員保障事件之管轄，復審與再審議之管轄，專屬於公務人員保障暨培訓委員會，而申訴之管轄，專屬於服務機關，至於再申訴之管轄則專屬於公務人員保障暨培訓委員會。公務人員考績法意義上公務人員保障事件之管轄，除於 12 月 2 日以後調任者，屬於調任前之服務機關以外，其他一律專屬於其服務機關。公務員懲戒法意義上公務人員保障事件之管轄，專屬於司法院公務員懲戒委員會。刑事法意義上公務人員保障事件之管轄，則根據刑事訴訟法之相關規定。國家賠償法意義上公務人員保障事件之管轄與民法意義上公務人員保障事件之管轄，均依照民事訴訟法有關之規定。

就狹義公務人員保障事件管轄之基礎，包括：(1)保障事件之程序標的（含行政處分、應為處分而不為處分、管理措施或有關工作條件之處置、申訴決定與復審決定）;(2)保障事件之權利主體（含現職公務人員、非現職公務人員、公務人員遺屬）;(3)保障事件之相對機關（含人事主管機關、服務機關，而後者又可分為任用服務機關與借調服務機關）。

公務人員保障事件移轉管轄之原因，包括：(1)自始欠缺管轄權；(2)嗣後喪失管轄權（含因法規變更管轄權、原管轄機關經裁併、原管轄機關因協議或未被指定管轄致喪失管轄權）。在公務人員保障事件移轉管轄之原則方面，計有：(1)依職權移轉原則；(2)依職權通知當事人原則；(3)基於公益應保全相關證據之原則。公務人員保障事件因屬專屬管轄，因此，並無移轉管轄之例外，亦即得基於公益

經同意得繼續管轄。公務人員保障事件移轉管轄之原因，尚包括依據訴願決定所為之公務人員保障事件移轉管轄。

在公務人員保障事件移轉管轄之法律效果方面，包括：(1)救濟期間之保全效果；(2)程序更新效果，與(3)相關費用在程序可援用範圍內，發生不得重複徵收之效果。

就公務人員保障事件欠缺管轄權而未依法移轉管轄之效果方面，如無管轄機關尚未決定，且已經逾越決定期限，尋求救濟者應可逕行尋求下一階段之救濟程序。如無管轄權之機關已經作成決定，由於其專屬管轄屬性，其決定應屬自始無效，應移轉該管機關依法重新進行相關程序。

＜研討紀錄＞

主持人：蔡良文考試委員

報告人：蔡志方（成功大學法律系教授）

與談人：黃錦堂（台大政治系教授）

主持人（蔡良文考試委員）：

李副主委、林考試委員以及在場各位學術上先進，還有今天最重要的報告人及與談人，大家午安、大家好。大家都在整天學術討論裡面，算是一個知識的饗宴，在這個場次裡面，就我們想到前一陣子最夯的電影「不能沒有你」，裡面談到一些政府業務的依法行政問題或是在保安的部分，如何給民眾更多的關懷。今天所談的部分，我們常常遇到的案子，民眾來申請一個案子，我們會說這非本院或本部所主管，請向某某部申請辦理，一旦移轉又是一兩個禮拜，那個部會的承辦人如果又弄得不清楚，又說非本部辦理，請移轉某某局辦理，差不多一個月就過去了。基本上，民眾認為不應花這麼多時間，他們會認為政府是一體的。因此今天探討之主題是公務人員保障事件之管轄與移轉。我想各位都很清楚兩位學術上大老的背景。報告人蔡志方教授是台大法學博士，也作過留德訪問學者，整體上長期不管在理論學術上都有卓越成就，在其參與的政府機關部分，在南部或北部都相當地多，其專長領域報括公法、科技法及基礎哲學部分，我想在公法界裡不認識的他的，大概就是還沒有發展出來的學術晚輩，我想大家都很

清楚與了解他。在我右手邊的是黃錦堂教授，他是德國杜賓根大學法學博士，其專長除了公法以外，還有環境法、地方自治法與組織法，還有很多其他的部分。本來我想要好好地把它唸一下，但不能耽誤大家太多時間，因為我只有 5 分鐘。今天主要在論述公務員保障事件的管轄與移轉問題，我想等等聆聽兩位的報告，就可以讓大家增長實務上與理論上很多的智慧，不耽誤時間，先以熱烈掌聲歡迎兩位。請蔡志方教授開講，謝謝大家。

報告人（蔡志方教授）：

非常感謝主持人蔡委員，還有黃錦堂教授擔任與談，共襄盛舉，也非常榮幸有這個機會到這個地方來跟各位分享自己的看法。

我的報告題目是論公務人員保障事件之管轄與移轉，其重點在一個接受到相關事件申請的機關，在接受以後認為其沒有管轄權，要如何移轉出去。這與其依法原本有管轄權，後來因為法定原因，將其移轉出去有所不同。因此是其原本就無管轄權，將其移轉出去的問題。這裡涉及到幾個基本觀念，一個是管轄的問題，一個是管轄權問題，一個是移轉的問題，還有環繞在移轉所引申出來的問題，例如該移轉而沒有移轉，或一般移轉原因為何，或移轉前與移轉後之相關效果，例如沒有管轄權而應該移轉，但是沒有在期限內移轉，或是自己就做決定了。在此篇文章裡，大概我要論述的問題，包括公務人員保障事件，其定義是要非常狹義的，或是採廣泛的定義。對管轄之基本意義，我在第 4 頁這邊有特別提出來，管轄有雙重之意義，有內

部的意義與外部的意義，外部的意義就是對人民或申請人來講，同時也對其他機關，因為其他機關可能是一個外部關係；內部的意義就是相關的管轄機關，其必須依法去處理與受理，同時要遵守規定，不要超過其職權範圍。至於管轄之種類，國內很多教科書都有介紹，一般的說法都比較少一點，在此我將其分得比較細一點，並不是說有太多的創見，只是提出來跟各位討教。第一種分類是關於事務管轄，其下又分專業管轄，專業管轄大概是事務管轄裡面比較狹窄的那部分，專業管轄有時候跟專屬管轄差不多，不是說只有涉及到土地的部分才是專屬管轄，那是純粹基於方便性。專業管轄則跟專業非常有關係，涉及到管轄權其要追求作成決定的迅速性與正確性。另外一個是普通管轄，可以講是綜合性管轄，普通管轄也可以稱為一般管轄，不過不同性質用不同名稱是難免的，如果沒有事先說明會有誤解。像是地方政府，其沒有特別分出專門機關處理以外，幾乎只要是地方自治事項大概都歸其管理。地域管轄有人稱土地管轄，程序管轄大家應該都可以了解，通常法規會說在中央為何，在地方為何。專屬管轄除了剛剛有提到之外，就是說這個事情只有某個機關可以管，其他機關不能管，專屬管轄的部分，就是通常沒有管轄權之機關所作成的決定會無效，行政程序法第 111 條就有提到。另外有所謂競合管轄，意指讓人民可以方便就其選擇之機關要求服務，另一方面就是受理機關多一點，隨時都有機關可以受理申請事件，這是基於效能考量。另外一個比較特別的是共同管轄，這是在行政法裡面特別有這樣的制度，在其他領域裡面非常少見，雖然憲法也曾經有規定，例如一

條河川經過好幾個省境，不同省就那條河川是可以共同管轄，除了這個以外，比較少見。在訴訟上面幾乎沒有共同管轄，行政爭訟也幾乎沒有。另外一個是代行管轄，大概是在地方制度法第 76 條或廢棄物清理法第 63 條有規定。所謂公務管轄，同一行政機關基於不同角色來出現。便宜管轄，我將其這樣稱呼，一般教科書裡面很少談到，也就是原本其沒有管轄權，基於法律上便宜的考量，例外地賦予其管轄權，像是行政程序法第 13 條所謂競合管轄之後的管轄機關，或是第 14 條第 3 項臨時處置性管轄，或是第 18 條但書之繼續處理，或是第 115 條所謂沒有土地管轄的處分有沒有被授權的情形，如果有土地管轄權之機關也應當要作相同處分，那其處分雖然沒有土地管轄權還是無庸撤銷，這會變成例外說你沒有管轄權，還是讓你有管轄權好了。另外是承接管轄，原來的管轄機關不存在，後面某一個機關會來承接。當然這些分類在公務人員保障事件中，不一定每一種都會有。到底這個事件由誰管轄，裡面有一些要考量的，例如說品管的機能、分工的考量與合作，甚至是確認責任歸屬，此外，經濟機能或是便民機能也是考量因素，特別是在立法決策上面，事務要交給誰來管轄，立法上必須斟酌，最後才可以確定在組織法或是作用法上，要將該事務交給誰處理。

行政管轄也有一些基本原則，一般國內學者關於行政程序法第 11 條第 1 項等，所謂管轄法定，不過有一些是寫管轄恆定，我不太清楚到底是要稱法定還是恆定，因為這兩者的意義不太一樣，管轄法定管轄權的創設與變更消滅等，要本於法規；至於管轄恆定，如果是在訴訟法上的管

轄權恆定，其意義跟法院的管轄權法定是稍微不太一樣，假如依照原本定管轄權的那個，一旦其受理之後，不因原來獲得管轄權或繫屬權的權力事項有所變更而有所影響。因此在行政程序法上，倒沒有這方面的直接規定，但是有例外規定假如法規變更或事實變更，但法規變更就是說原來有管轄權後來變成沒有，事實變更是原來管轄的機關說它也要把它移轉到別的機關，從這裡來看似乎可以把它稱為是管轄權是相對恆定，除非有行政程序法中第 18 條所規定之事實變更喪失管轄權才移轉。像這種的話，是因為嗣後沒有管轄權，因此要移轉出去，這是相對管轄權恆定。另外一個是行政管轄上面都是單獨管轄為原則，共同管轄則為少見，這部分是比較特別要提出來的部分。至於有沒有管轄權則依職權認定，無待於請求，行政程序法第 17 條第 1 項有所規定。管轄權有無要優先認定，因為若無管轄權，基本上就不要無因管理，不然有時候若是專屬管轄，則會有所影響。管轄基本上也要符合便民原則。對於公務人員保障事件管轄，我們從公務人員保障法中非常狹義規定來看，指的都是再申訴與復審，這才是保障事件，如果比較廣義的來看公務人員保障法中規定的，則包括申訴、再申訴、復審與再審議，這都是所謂的公務人員保障事件，這是公務人員保障法中規定的，這可以把它稱為狹義的，剛才的再申訴與復審則是專屬於保訓會的，可以稱作最狹義的。這些管轄基本上，再申訴與復審是由保訓會專屬管轄，至於申訴，所謂服務機關，所指的到底是什麼，是原本任命服務的那個機關，還是包括借調，其時間點為何則有疑問，會涉及該事件究竟由誰管轄的問題。關於公務人

員保障事件範圍，我是從比較廣泛的意義來看，當然指的還是公務人員保障法所規範的保障事件，最狹義的是復審與再申訴的管轄事件，比較廣泛的就剛剛提到的。另外也可能涉及到考績法，考績算是服務機關對於公務人員之表現，給予其適當之考績，考績當然影響很大，有考績獎金的問題，將來他要升遷要以考績為基礎，甚至是淘汰或是降級都有影響。至於依法為考績，其所受之考績，應該有依法與公平的程序，某程度的角度上來看，它也是一種保障。另外懲戒法也是，其實不只是考績或懲戒等，保障法上也有規定，非依法規不可以隨便，這些權利都應該受保障，這在懲戒法的規定是，公務員非依本法不受懲戒，因此依法懲戒有受到依法定程序法定機關依照法定程序方式來懲戒，這對公務人員來說也是受到相當程度之保障。甚至涉及刑事責任，其應當受到法定法官法院依照法定程序來審問與處罰等，不受非法追訴，這應該也可以算是受到保障，這是刑事法意義上的。

國家賠償方面，公務員他被要求賠償，依照第 2 條第 3 項相關規定被求償，求償的話也要有法定的原因條件，這些國家賠償法有規定，原則上應該依第 9 條向服務的所屬賠償義務機關求償，而不能直接向公務員求償，他頂多只有之後被確認有重大故意過失成立的話，機關才能向他求償。關於這些，他不能直接成為國家賠償義務請求賠償的相對人。另外還有所謂民法意義的公務人員保障，過去國家賠償都用民法第 184 條第 1 項，現在好像變成因為國家賠償法的產生或其他特別法的規定，所以這條好像變成化石條款而不用了。但是，現在就是說，有時候，公務人員

的服務不見得一定是跟行使公權力有關係，他可能說，機關是選擇私法上面的型態，這一部分並不排除，他可能還是有民事上的責任，所以這部分，我就姑且將他稱之為「民法意義上的公務人員保障事件」。

那麼關於管轄的部分，涉及這個保障法最狹義的，就是說這個復審、再申訴，我先看一下關於上面提到的這些部分，是由保訓會來負責管轄，這部分我在第 15 頁這邊都有相關的規定，各位可以參看。還有這個關於再申訴的部分，復審是專屬於保訓會，這部分非常的清楚，就是這個 78 條第 1 項的後段，和同法的 15 條 2 項，還有保訓會組織法的第 2 條第 3 款等等的，都能看出來。那麼這個關於申訴的部分，依照第 78 條的規定，是向服務機關。但這邊服務機關是說，針對這個爭訟的程序標的，所作的管理措施還有有關於他工作條件的處置，到底是什麼時間點，因為這個保障法也有規定，有時候他不一定在這邊服務的時候，甚至有時候他退休離職後才收到，這些都不無可能，那我們就規定他還有一個後續力的救濟。所以就這個特別規定，就必須要知道到底是哪個時間點所作的決定，那麼是要由誰來管轄？大概是這樣啦。

那麼再來是第 16 頁這邊的，講到考績的部分，這個考績意義上的，由誰來打考績，公務人員考績法第 14 條有一些相關規定，這裡面的第 4 項，他就有提到，這些有管轄權的主管機關，是包含了哪一些。這大概是一網打盡，全部列進去，大家可以參看。那麼懲戒法的部分的話，移送懲戒跟懲戒是不一樣的，那當然，考績、懲處是行政上的

處置，懲戒是司法行為，這些就是憲法第 77 條所規定的，是公務員懲戒委員會所作的司法上的一個決議。假使說 9 職等或相當於 9 職等以下的，是服務的主管機關的長官來行使這一個職權，那就等於是這個機關就等於管轄機關，那麼他這還只是移送而已，那麼其他的還要移送監察院，調查以後才能決定要不要訴訟。

那麼刑事意義的這部分，那麼當然不用講了，應該是法院。至於要不要起訴，當然是由該管的檢察機關根據刑事訴訟法的相關規定來看。那麼關於國家賠償法的這個部分管轄，因為國家賠償法第 12 條的規定，由民事訴訟法定它的管轄範圍。民法意義上的也是一樣。

接著這個跟大家報告的是，狹義的公務人員保障事件的管轄基礎。第一個是保障事件的程序標的，就是說，作為一個相關的保障事件，要由哪一種的程序標的。像是說，關於行政處分的，或是依法提出了一個申請，受理的機關要依照這個法定的期間，為一定的處分，應作為而不作為。這部分就是公務人員保障法第 26 條的規定。

這個程序標的，依照申訴、再申訴，以及復審、再審議，他的程序標的基本上都會不一樣。所以關於這個復審的部分，是涉及到行政處分。當然，復審的再審議是涉及到復審的決定。至於行政處分，保障法是沒有特別規定，所以要回歸到行政程序法第 92 條或訴願法第 3 條的規定，不過既然有涉及到行政處分，訴願法第 3 條應該不用重複。

那麼應為處分而不為處分，雖然法條第 26 條是說，公務人員因原處分機關，這邊原處分機關是說，是因為保障

事件而定的。是依這個規定，簡稱原處分機關。要不然的話，是說接受了申請之後，沒有作出處分，那就沒有什麼處分機關，是因為這樣的原因，法規才規定說原處分機關，大概是這個樣子。在法定期間應作為而不作為，所謂應作為而不作為，其實是應作處分而沒有作出處分，那個處分對申請人來說當然是指對他有利的處分。所以我們在這個前一場劉建宏教授所說的，這個報告也有涉及到的這一點。

那麼對管理措施所涉及到的有關於工作條件的那個處置。因為我們保障法的規定的話，服務的機關，他除了要提供公務人員合理的工作條件之外，他當然也可以做一個請求，這就像是勞工安全衛生管理法規定的一樣，他可以請求一個安全的、適度的、符合人性尊嚴的工作環境。那麼，不管是管理措施，或是有關於工作條件的處置，原則上是一個內部的關係，所謂經營的關係。那麼申訴的決定是作為再申訴的程序標的，那我簡單就這樣講，都在 21 頁；復審的決定是作為再審議的程序標的，相關的法定原因，在 22 頁，有公務人員保障法第 94 條的規定。

接著要談到的是，保障事件的權利主體，誰是適格的，可以提出來，提出來尋求法律的救濟。那麼在 23 頁這邊有提到的，就是說，我們公務人員保障法第 1 條這邊所稱的公務人員，第 3 條有規定，所謂的公務人員是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，而排除了政務官以及民選公職人員，大概是這樣。所以說第 102 條是規定準用本法救濟規定的對象。除此之外，還可以更詳細的去講、去分類，一個是現職的公務人員，

你受處分時以及提起救濟時，都還在現職這邊。那麼通常大部分是這樣，那麼有一些是非現職人員，非現職人員可能包括停職，當然他的身分是還沒有消滅，而因為有法定原因而被停職；有一些則是已經離職了的，或是辭職掉的。還有一種是退休，當然好像退休也是屬於離職裡面的一部分，但是他的情形還是不太一樣的，不管是自願退休還是強迫退休。還有一種是有佔缺參加學習訓練的，我們現在在考試院裡面，有很多是原來跑去復審而被迫而來的。很多情形是這樣的，有佔缺跟沒佔缺，就會差很多，不一定說，你考上公務人員考試你就是公務人員。就像有一些法官，有沒有股職跟沒有股職，就會差很多，就差那個正職職務上。

另外就是說這個遺族的問題。我們公務人員保障法第25條第2項有說，其遺族基於該公務人員身分所生之公法上財產請求權遭受侵害時，亦得依本法規定提起復審。這邊有可能說，這公務員原本享有某種權利，這權利遭受到了侵害；那麼也有可能他死亡之後，遺族才取得了公法上請求權，那麼這些就會是所謂的訴訟標的。那麼相對機關，一個會是原服務機關，一個會是人事主管機關，服務機關會是復審的相對機關，同時也是申訴的相對機關。那麼比較有問題的會是25頁這邊提到的，任用於服務機關的或是被借調服務的，有時候是被借調以後，他在那邊服務，可能受到了一些管理措施或是工作條件的處置，這些就是所謂的申訴的部分。

關於移轉管轄，這邊來介紹一下，就是這個原因的部分，可能是事實欠缺管轄權，在 26 頁，他的類型，我把他列了 7 個，這大家可以參看一下，有些複雜；那麼另外一種是事後喪失。根據行政程序法第 18 條的規定，因法規或事實之變更，不過這個因法規的變更，可能原來用訴願，後來改為復審的程序來處理，那是過渡時期，現在當然不會發生了。不過那個機關或是那個機關，可能只是功能轉變了，變成以復審機關的地位來這個。那以前是在有復審跟再復審的時候，有這個情形，目前當然不會了。還有一個是原管轄機關被裁定以後。那會不會因事實變更而喪失呢？這部分就是說勒，在保障法事件，事後變更，有可能是這個工作條件的處置或是行政處分，事後改變掉了，那可能會產生不受理，或要你重新主張請求救濟。所以應該不會發生所謂管轄權變更的問題啦。還有一個就是說，原管轄權機關因為沒有被指定，也有可能喪失管轄權。至於有沒有可能因為第 114 條，產生無因管理而產生管轄權的變更，這應該也是不會發生的，因為這是一個專屬管轄的。

還有管轄變更基本上要依職權移轉管轄，要通知當事人，必要的時候，可以因為公益的原因，而保全證據，這行政程序法第 14 條第 3 項，有相關的規定。

那可不可以基於同意而移轉管轄？現在實務上也有訴願決定，是請求移轉管轄的，那是在考試院的相關決定。那麼移轉管轄的法律效果是什麼呢？在 31 頁這邊有提到，救濟期間有保全的效果，所以在管轄權移轉前提起的話，

對後面再移轉管轄過來的，也等於自始就向他提起。當然審理期間，是否也等同於移轉過來，這還值得研究。

還有一個是，程序可能更新，原來前面沒有管轄權的機關所作的，後面承接下來的機關，不見得就要繼續處理。至於說相關費用能不能夠抵用？比如說，前面那個沒有管轄權的機關所作的，因為他可能背後也有些費用要處理。我基本上是認為，假如他前面那個程序所花費的，假如具有同質性、還可以用的，那就不需要重新申請。最後是說，欠缺管轄權而沒有移轉，假如還沒有決定的，那基本上面，應該要移轉的，而你一直放在手中的話，反而當然不可以的。該移轉而沒有移轉的話呢，會變成後邊的機關可能會根本不知道有這麼的一個案件。如果說已經作了決定的話呢？因為我們這裡邊很多都是專屬管轄的話，那應當會無效，因為第 115 條。那麼結論的部分，在 34 頁一直到 356 頁，書面就請大家參考。大概就是這樣，謝謝！

主持人（蔡良文考試委員）：

我們謝謝蔡老師，在這能夠講出許多，脈絡相通的道理，也是非常的不容易。我們接著請黃錦堂黃老師。我剛剛忘記介紹黃錦堂老師，黃老師他除了在台大任教外，還做過人事行政局的副局長，也擔任過我們保訓會的兼任委員。整個來講，不管是在理論上還是實務上，他都有深刻的經驗。我想我們就請黃老師來講話。

與談人（黃錦堂教授）：

主持人、報告人、副主委還有我們在座的各位先進，大家午安。很榮幸能夠來到這跟大家討論。我們蔡志方老

師，是行政救濟法的名師，有許多的著作。本篇文章又是屬於一個關於爭訟的基本問題，寫的非常的深刻。我以下的評論呢，有一部分是比較釋義學的，有一部分是比較政策面來談的。

基本上我們應該對管轄做一個基本的理解。他是行政組織的一個重要的要素，有別於作用法。我們國內行政法教科書也會說，有組織法不等於代表有作用法上的授權，那這種我們對行政組織的釋義學上的跟法政策上的定性應該是說，行政組織就代表是一個資源上的配置。就是說，如果你覺得這個地方很重要，那也許就設一個組織。你認為為了方便、快速，對於相關的事務有其他的照顧可能；或是說，你就跳過一個這樣的機關設計。所以說他是一個資源調控的概念，組織執掌、管轄是一個資源調控的角度。那麼如果從人權保障的角度就是說，如果反觀來講，假如這個領域牽涉了極重要的人權、國家非常重要的公共利益的保障，那麼我們在資源配置上，也應該要認為說，要設立有關的機關，負責有關的執掌、管轄，才能夠符合功能的要求。

接著，我現在就進入保障法來討論，我認為說在第一個可以談的是說，作為保訓會的組織法，明白的說，保訓會的功能，有法案的、政策的、有個案審議的，那這些都叫做保障。那麼其實我們公務人員保障法也未必說，就那麼地強調個案的審議。所以我現在第一個就是說，從我們保障法加上保訓會組織法整體觀察來看，我們是不是應該把這個公務人員的保障，從太過強調個案、花費太多心思

在個案，拉回到政策面的關懷。我現在舉幾個例子，比如說行政法人法草案就會影響到許多公務員的權益，因為他有可能要改成所有有關於公法人機關的運作，所有職務上的都是非公務人員，關於這個，我們保訓會作為公務人員保障的機關，他有什麼機會能夠來發言？

對於考績，我們關院長現在說要改革，以後大家都要戰戰兢兢，如臨深淵如履薄冰，就這個有關於績效的設定。那麼，我們要問說，關於這個考績的興革，我們的保訓會從這個公務員保障機關的角度，來加以立論。比如說 18 趴、我們這個作進行政院組織的四法的修訂，我是說我們固然重視個案，但是可能更有效益，在這前階段的、通案性的法令、政策的參與。第二個我要講的就是說呢，我們現行保障法的管轄的這個規定，說我們區分這個行政處分的案件，是復審，然後高等行政法院、最高行政法院；另外一種就是，屬於工作條件、管理有關的，就是關於申訴。保訓會只管到再申訴，那這種案件是不能提行政訴訟的，對不對，是這樣？那我就想要問說，德國現在還遵行嗎？現在保訓會能夠管個案的審查，是因為美國。美國的公務機關保障委員會，他對什麼案件能夠到保訓會，什麼案件是不行的。我是要說，我們現在所採的這個區分，他的合理性是不是還存在？是不是應該與時俱進來調整？

我現在舉個例子比如說，在這個公務人員的調動上，比如說即便是平調，但是他從核心地帶被調到邊陲地帶；那我們比如說公務人員這個職務的開放，例如說課長或是簡任的缺出缺，在這個關於競爭者的訴訟上，還有關於年

度考績的問題上。基本上我剛剛講的這三個，我們都界定成是一個機關內部的管理，大概是這樣，所以是一種申訴再申訴，沒有行政訴訟的可能，那我是想問說這是不是應該改呢？我有去查過，以德國來講，基本上這些都是有行政訴訟的可能，所以說這些是可以再討論的。那我們這邊還要討論的是，我們即使說，有一個這種基礎關係經營關係，或是說維持這個領導統馭的需要，但是我們知道保訓會的功能定位是應該在保障公務人員，是一個為了公務人員的權利保障的特別設計，賦予他高度獨立性、合議制的機關，他是不是更應該與時俱進？來檢討說，哪些案件他是不是屬於復審的案件。那麼這邊還可以進一步再談說，他的整個審查的程序，是不是應該要與時俱進，針對不同的案型來提升、甚至調整整個對於案件的審查標準，所謂的控制密度。那麼這些是我舉的第二個問題。

第三個也是屬於管轄的問題，但是有點政策性，就是說關於暫時性的權利保護。假設說，有一個警察，他違法亂紀，他被臨任機關或是主管機關，把他停職。那他提這個有關的爭訟，復審的過程中，是不是要讓他暫時回任？或例如說我聽到的例子，在職專班的學生，他本來當科長，後來他因為讀專班的緣故，他就自動請調非科長的職位，也是9職等。那後來他有個專門委員的缺出缺，他去報名，結果他馬上被打回票說，我們只開放給現任科長，他就 OUT 啦。我是要說，關於這種機關的處置，他可以提起有關的復審、再申訴。但我們有沒有可能說，讓他定一個暫時性的處置說，就是讓他可以暫時的去參加那個考試？我是要

說，關於這個暫時性權利保護的問題，也是有管轄權的問題。就是說，誰來定暫時性權利保護。

如果保障法沒有特別規定，那就回去適用訴願法。我們訴願法在這邊剛好是很龐雜的，沒有經過一個深刻的討論、釐清。我們訴願法是說，如果提起訴願的話，原處分機關還有訴願決定機關，甚至依當事人申請的話，行政法院也可以，三個都可以來定這個暫時性的權利保護的措施。我們要問的就是說，我們應該要如何來決定？這個地方當然有管轄權的爭議，另一方面就是說，即使我們保訓會也有管轄權，因為無論比照剛剛訴願法的條文，那我們保訓會是不是太客氣了？

那我在這邊特別要強調說。如果我們說一個案件已經結束了，比如說陞遷，陞遷的決定，甄審委員會也開完會了、首長也都批了，那當事人是不是還有權利保護的可能？那我們是不是要慎重地回來討論，在這種案件中，是不是這麼地來，保障這個暫時性的權利保護？

好，那麼我最後再來講，還有一個案子，就是在我擔任人事行政局副局長的時候，我們的訴願會有個案子，我才理解到說，我們保障法所保障的對象是指專職的、常任的公務人員。我們曾經有個案子，是新竹縣瓦斯公司的一個員工。他是參加地方三等特考一般行政科的考試，結果他一分發就分發到新竹縣瓦斯公司。我今天有查過，他這個網頁都還有的。那麼他可能是一個沒有法源的，他名稱就叫做新竹縣瓦斯公司。那麼他後來提起了復審、經過了

高等行政法院、最高行政法院，都說他並不是保障法所保障的對象，這是真的有這個事情。

如果我們從這個平等原則來看，這個保障怎麼可以差別對待呢？從這個保障平等權的角度，從這個照顧各式各樣的公務人員，應該受到保護，我們可以知道，我們是不是應該要來檢討，我們保障法還漏掉了哪些公務人員？那麼這些公務人員在被漏掉之後，是不是還有其他的管道、爭訟的保障也是相等值的？我最後再提一個，不但是移轉管轄，可是是選擇管轄、選定管轄。這問題就是說呢，保訓會的復審案件結束後，就會到高等行政法院，對不對？那麼比如說高等行政法院他也是事實審，他也開調查庭、言詞辯論，那我們保訓會也是這樣，那這樣是不是功能重疊？那如果從資源配置的有限性來講，是不是應該比如說，保訓會審完的案件，就不要進入高等行政法院而直接進入最高行政法院？那或是說，是不是可以讓人民來選？我是說，當兩個機關都觸及到事實審的權限的時候，那麼是不是說，有沒有可能在立法上直接做一個取捨，或是說就開放人民來選，這一個雙軌制。

這邊還要再特別來講的是說，在比較法上，這個德國聯邦的，和這 16 個邦的，聯邦和邦的保訓會，他們叫做國家文官保障委員會，是這樣稱呼的。基本上他們是不審個案的，因為個案已經有訴願的管道，或非正式的申訴、陳情。那他們的國家文官保障委員會要幹什麼呢？他們當然有很多事要做，他們比較針對政策性的，比如說國家跟公務人員有關的制度，甚至說整個跟公務人員發展有關的趨

勢等等各式各樣跟公務人員權益有關的重大問題的研究、相關法案的參與研擬，跟公務人員有關的公平問題，比如說有公務人員要轉換職系、或非公務員想要進入公務人員體系，他是經過一個比較特別的管道，德文叫做Anderegefeherd，要進入中高階文官來服務的一種個案的一個審查。我們當然說保訓會的功能要有比較個案的審查，來逐漸擴張到通案的法令政策的時候，那這也會顯現在一些問題。就是說我們的這個保訓會怎麼跟我們的公務人員的考選部、公務員的銓敘部、甚至還有人事管理的人事行政局，這些機關之間的權限劃分就開始複雜了起來，更何況說，我們整個保訓會、考選部銓敘部，還有一個共同的上級，是做這個比較實質審查的考試院的院會制。所以說我還是蠻強調這個通案的，對公務人員保障有關的制度的興革，可能也是個重點，尤其我們這個公務人員協會是一個 Clubs、是個自己願意才加入的，不是強制入會強制收費的那種工會性質。我簡單說到這邊，謝謝！

※問題與回應※

主持人　蔡良文委員：

好，我們謝謝黃老師！這時間就開放給在座的學術先進跟實務界的先進。哪一位先來表示一下意見？不用客氣！李主任是不是給我們先開始？

李主任：

主持人、報告人，還有各位先進，我是經建會的主任李泰穎(?)，目前在台灣師範大學政治學研究所博士班研究生。我是有關於公務人員懲處跟懲戒的問題要就教我們主持人或報告人或與談人。因為在我們的報告裡面，第 16 頁的括弧三有談到說，關於公務員懲戒事件的公務員意義的管轄，大致上倒數第 3 行、第 4 行這裡有提到說，大致上有三種，一個是公務員事件的審查移送，原則上由監察院管轄；那 9 職等或相當 9 職等以下的公務員，其服務機關的主管機關的長官亦享有懲戒事件的移送懲戒權；還有另外一個是公務員懲戒案件的審議及再審議是專屬於司法院公務員懲戒委員會。所以照這個看的話，公務員懲戒案件是屬於司法性質。但我們現在公務員考績法他的懲處就包括申誡、記過、記大過還有一次記兩大過，那這是服務機關行政管理的權限。其中一次記兩大過，這屬於免職。另外還有考績丙等，也是要免職，這些都可以說是直接影響到公務人員的身分，那這些雖然是屬於懲處的處分，但是按照司法院釋字第 491 號的解釋，他已經將專案考績的免職處分定位在實質上懲戒處分。所以目前專案考績的免職處分的救濟程序，是循復審還有行政訴訟來處理，並不是移送司法院公務人員懲戒委員會來處理、審議。那因為蔡考試委員對懲戒還有懲處很有研究，我看也發表了很多文章，我想請教蔡考試委員以及報告人還有與談人，未來懲戒跟懲處要怎麼區分？是不是像一次記兩大過免職或著是專案考績免職，未來要屬於司法性質還是像現在各自有各自的功能來發揮。如果現在再把保訓會給法院化的話，那

未來他跟行政法院要怎麼作分工，請教我們主持人報告人還有與談人。

主持人（蔡良文考試委員）：

好！來，繼續好嗎？如果沒有的話，那我要來點名認識的了！我認識的頭都低下來了。來來來，主動發言一下、主動發言一下！

考試院訴願會　黎淑芳：

我是考試院訴願會黎淑芳。我想實務上，這個問題其實報告人蔡老師應該非常清楚了，我想關於這個問題，雖然這個決定書是我寫的，所以我想說就這個管轄問題還是想再請教報告人或者是保訓會的先進。實務上這個警察特考錄取的警察人員在教育訓練階段，向受委託訓練機關申請到警察大學受訓，經否准後經過訴願，那因為該等人員非屬於保障法規定的準用保障法的人員，所以就由訴願機關依訴願程序加以審理，那該案經過原訴願決定撤銷原機關處分另為適法處分，之後警察人員因為訓練期滿而分發任職之後，他又對於原處分機關所另為適法處分，仍表示不服，再提起訴願，此時訴願人的身分已經是現職的公務人員，對於不服新處分所提起的訴願呢，我們是否可以以事實已經變更，將案件移由保訓會加以審議，關於這個我是覺得說，當然我們考試院訴願審議委員會對於這個案件沒有受理，對於這個案件已經提起訴願，所以我們覺得還是應該要給予保障，他是有訴願實益的。

報告人（蔡志方教授）：

當然假如說他的確有犯罪的行為，就應該要受到處罰沒有錯，不過這都要經過嚴格的司法程序，在另一個角度來看，其實也是對他的一個保障，不能隨隨便便就給他定罪，判決書都寫好再來羅織罪名。當然國家賠償法是保障人民受損害，這個我們憲法第 24 條都已經有明文規定，這也沒有錯。那我這裡面講的是說，因為如果是要被求償，要先請求負擔的話，也是要經過訴訟。就這部份，他勢必要被求償，你說是不是他的行為有故意或重大過失，或是像我們國家賠償法第 13 條有審判的追訴權的這些人他所做的行為是不是也要有被求償？那在這種情形，他是不是要具備被求償的這樣一個責任？這部份也要經過適當的法定程序，才能安他的責任。從這角度上面來看，如果要被求償也要經過法定程序由法定機關來看，對他來講也是一個保障。民法上的話，根據民法第 186 條第 1 項，這方面涉及到相關法制的變遷而主旨內容不一樣，以前只是國家賠償法的根據，現在就變成假如他涉及到的服務機關裡面是一個民事商業相關的行為，是民法上的行為，結果有實質類似侵權行為的時候，但他不是以個人身分，他是以他服務單位的一個人去從事這種私權的行為，這不無可能會構成。但是如果假如被害人要跟他追究，要他自己賠，當然如果他本人認為沒問題就沒問題，那如果有問題還是要進行民事訴訟，所以這一部份從這角度上看似乎也有這樣。

這樣講起來，民國初年有一個文官懲戒委員會，還有一個懲厲院，相當於我們現在公懲會前身，對於文官做一個懲戒上的處置。大概民國 3、4 年的時候，懲戒委員會並不被認為是一個狹義的司法機關，後來慢慢衍伸成為國民

政府機關的懲戒委員會，當然這個立法上面是可以去做調整。當然剛剛主席提到懲戒法第 9 條那部份改掉，我想這應當也是一種進步，不然，同樣一個懲戒處分少部份為什麼你認為那個情節比較輕微，其實這對公務人員還是有影響，為什麼他不是司法人員卻可以實行司法人員的權力？除非說那個法律非常例外賦予給他司法權。那剛才黃教授有提出一個重要的問題是說，暫時權利保護的問題。因為我們現行的法律裡面，暫時權利保護不一定已經提請相關救濟程序細旨之後才來申請，他還沒有提出那個，前面就可以提出了，所以他當初提出是將來準備訴願？還是復審？還是其他訴訟？這的確有可能讓人搞不清楚，這是有可能的，當他還沒有一個本案的相關救濟程序細旨的時候，他到底是要主張哪一種呢？那的確會涉及到由誰來管轄？甚至他管轄之後他的角色、功能是立於訴願管轄機關？還是原處分機關？還是復審機關？還是將來的訴訟管轄機關？那這當然會有問題。提到新竹縣管之公司，我不是很了解這是不是由新竹縣政府所設立的？還是民間的？因為如果是縣政府自己設的一個公營事業以私法組織型態來組成的話，他可能被派去的是經濟公務人員身分的，或是他選擇以公務人員身分進去任職的話，他復審是有可能的。這個案子我不是很清楚，假如是那樣的話，才可能有公務人員的身分，如果不是的話，純粹勞基法的問題，應該是不適用於復審的。這是我的回答，謝謝！

結論－主持人　蔡良文考試委員

我想就簡要的做個結論，特別謝謝報告人蔡老師！不

管對於管轄的意義、種類跟機能的部份，也對行政管轄的基本原則，尤其對我們公務人員保障事件的管轄還有它發生法律效果，還有移轉管轄所孳生的原則問題，還有法律效果問題都提出了很精闢的見解。我們與談的黃老師不管在治學上、還有政策上，提醒我們要重視個案的審查以外，更要注重政策方面關懷，跟制度運作面的問題，我想這方面給我們很大的啟發。在實務的部份，早上張主任委員有提到公務人員保障事件管轄移轉的部份確實也常常有類似的案件發現，我們可以預期這次的研討會透過蔡老師、黃老師，還有與會先進的智慧的激盪，應該對於未來找出兩者動態的平衡點有所助益，也對公務人員權益的保障達到最適化有所助益。最後，還是要謝謝報告的蔡老師，以及與談的黃老師，更要謝謝台下的各位學術界與實務界的先進能參與到底。

參、法律意見書

公務人員對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，得否依公務人員保障法提起救濟疑義法律意見書

一、問題的釐清

公務人員對於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，得否依公務人員保障法提起救濟？此一問題的解決，繫於幾個前提事項的釐清：所謂「機關內部性騷擾申訴處理委員會」之成立依據、法律地位、權限與運作方式為何？其所為之「性騷擾事件是否成立之決議」，法律依據、法律性質與效力為何？而對此等問題之思考，又不能不注意到我國行政法領域中與性騷擾事件相關之法律有「性別工作平等法」[1]、「性別平等教育法」以及「性騷擾防治法」三種，則行政機關內部性騷擾申訴處理委員會就性騷擾事件所為之處理，究竟應以何種法律為準據？或者說，與何種法律相關？又成為一前提問題。唯有釐清了以上兩大層次的問題，始得據以判斷，機關內部性騷擾申訴處理委員會就性騷擾事件所為之決議是否涉及公務人員保障法第 2 條所稱「公務人員身分、官職等級、俸給、工作條件、管理措施等有關權益之保障」事項，因而相關當事人得依該法所定之權益救濟程序尋求救濟。

[1] 原名「兩性工作平等法」，2008 年 1 月 16 日修改名稱。

二、性騷擾相關法律規定之關係與適用問題

1. 問題概觀

我國現行法中涉及性騷擾事件之處理者，依立法先後順序，分別是性別工作平等法、性別平等教育法以及性騷擾防治法。暫且不論各該法律的規範對象與範圍，僅以「性騷擾」一詞之定義與性騷擾事件之處理機制、程序與救濟方式等規定之形式以觀，各法間即已存有不小的差異。因此，涉及性騷擾事件，而屬於行政法範疇之問題時，究竟應如何選定準據法，即須先予以釐清。

同位階法規範間應適用之準據法的選定，首先必須判定就系爭問題是否存有法規範競合關係。若無法規範競合性存在，則各相關法律間並無規範內涵之重疊性，自應以尋找系爭問題所應適用之「唯一正確」的準據法以為解決，此將涉及各該法律規範範圍之認定與解釋，甚至漏洞之補充等法學方法。至若就系爭問題，確存有規範競合關係時，即須視是否具有特別法與普通法、原則法與例外法，或新法與舊法之關係，選定所應適用之準據法。

性騷擾防治法第 1 條第 2 項規定：「有關性騷擾之定義及性騷擾事件之處理及防治，依本法之規定，本法未規定者，適用其他法律。但適用性別工作平等法及性別平等教育法者，除第 12 條、第 24 條及第 25 條外，不適用本法之規定。」

依此，立法者明文限縮性騷擾防治法對「適用性別工作平等法及性別平等教育法者」之適用範圍。由於性騷擾防治法第 12 條、第 24 條及第 25 條之規定乃性別工作平等

法及性別平等教育法所無之獨有規定，因此不難推知，立法者有意排除性騷擾防治法分別與性別工作平等法、性別平等教育法間之規範競合關係。因此，凡屬性別工作平等法及性別平等教育法之明文規範範圍內之事項，而得適用此兩部法律者，即應無性騷擾防治法之適用。

問題是，所謂「適用性別工作平等法及性別平等教育法者」究竟應如何理解？或有認為，凡屬職場關係中之性別平等議題，即應適用性別工作平等法，因此，所謂「適用性別工作平等法者」，即應包括所有牽涉到職場要素之性別議題，包括性騷擾事件之處理；而凡屬校園內之性別平等問題，即應依據性別平等教育法以處理，因而所謂「適用性別平等教育法者」，即應包括所有牽涉到校園領域內之性別議題，包括所有校園性騷擾事件。若持此等最寬鬆的見解，則性騷擾防治法對於職場與校園兩大範疇所生之性騷擾事件，將會幾乎全面排除適用，其結果，一來，性騷擾防治法的適用範圍將大幅受到限縮；再者，就性騷擾事件而言，將會形成一個排除了性騷擾防治法之適用，卻也因為性別工作平等法或性別平等教育法並未有相關規定可資適用的法外空間，形同將職場與校園內之人際關係視為不受性騷擾防治法此一國會立法所規範的「特別內部關係」之範疇，於此等領域內蒙受性騷擾之被害人，比起一般情形下之性騷擾被害人，似乎被認為其受害程度較輕微，或較「特殊」，因此不應賦予其享有法律所提供之一般性保護，只能尋求職場或校園內部的內規處置。然何以如此？實無理可據！是故此等看法顯不足採。

基此，所謂「適用性別工作平等法及性別平等教育法者」，不應解釋為凡此兩種法律規範所涉及之事項，例如此處所關心的「性騷擾」議題，不問其規範對象與具體規範內涵與範圍，均一律排除性騷擾防治法之適用，而是應具體論斷性別工作平等法及性別平等教育法之規範內涵，僅應於此兩部法律已明文規範的部分，尤其是已課予法定義務的事項，排除性騷擾防治法之適用。雖然性別工作平等法、性別平等教育法以及性騷擾防治法中均有性騷擾行為之定義、處理程序與損害賠償之相近規定，然細究各該內涵，由規範事項、對象等所構成的規範範疇實大不相同，究應如何為法律之適用，實應分別推敲其彼此間之關係。以下即扣緊「性騷擾問題」，分就性別工作平等法與性騷擾防治法、性別教育平等法與性騷擾防治法、性別工作平等法與性別平等教育法等三方面進行討論。

2.性別工作平等法與性騷擾防治法之適用關係

（1）性別工作平等法中有關性騷擾之規範

最早制定的性別工作平等法，其立法目的乃在職場性別歧視之防治，因此立法者課予公法上義務的主要對象乃「雇主」，著眼於雇主對於職場性別平等環境之維護義務，其中包括防範職場性騷擾行為。對此，此法除以職場關係為背景（「受僱者於執行職務…」、「雇主對受僱者或求職者…」），明定性騷擾的定義外（第 12 條），亦明定雇主應防治性騷擾行為之發生；僱用受僱者 30 人以上時有訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法並公開揭示之義務，以及知悉性騷擾之情形時應即採取有效地糾正與補救的義

務（第 13 條）。受僱者或求職者發現雇主違反此等義務時，首應向地方主管機關申訴，對於地方主管機關所為之處分有異議時，受僱者、求職者或雇主得於法定期限內向中央主管機關性別平等委員會申請審議或逕提訴願。受僱者、求職者或雇主對於中央主管機關性別平等委員會所為之處分有異議時，得提起訴願及行政訴訟（第 34 條）。此外，雇主違反第 13 條第 1 項後段、第 2 項者，尚可處以罰鍰（第 38 條）。得為此等裁罰權之有權機關為何，此法並未明文規定，但考諸第 4 條有關主管機關之規定，理應由地方主管機關行使。無論如何，裁罰機關不會是各級主管機關所設的性別工作平等委員會，裁罰對象亦僅限於「雇主」，不及於其他行為人（如職場性騷擾行為之加害人）。除以上對雇主所課予之公法上義務外，第 27 至 30 條另規定了雇主民事上的（連帶）損害賠償責任。

（2）與性騷擾防治法規範內涵之比較

由以上性別工作平等法有關性騷擾事件之規範內涵來看，在公法領域，受規範對象基本上僅及於職場中的雇主；得依該法為性騷擾事件中相關權利或利益之主張者，亦僅為職場關係中的受僱者或求職者。至於職場中受僱者與受僱者間、受僱者與第三人間、受僱者與求職者間，或是雇主與受僱者非於從事工作與執行職務時所生性騷擾爭議，除可能間接地受到雇主依性別工作平等法第 13 條所訂定之性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法之影響外，並不在該法之規範範圍內，無從適用該法以為處理。

特別是值得一提的是，性別工作平等法中並未直接對性騷擾行為人課予公法上義務，亦未直接就性騷擾行為人為裁罰規定。即便雇主依法應訂定適用於各該職場範圍之性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，但此等職場內部自律規定並不因此成為外部法，亦無授權命令之地位，職場中性騷擾事件之被害人並無義務遵循該等內部規定而主張權利，其法律救濟權利更不會因此等內規而反遭限制。

與性騷擾防治法相較，兩部法律皆有規範的部分，除了性騷擾定義外（性別工作平等法第 12 條、性騷擾防治法第 2 條），僅有牽涉到職場雇主之性騷擾防治補救等義務的部分（性別工作平等法第 13 條、性騷擾防治法第 7 條），從而，性騷擾防治法第 1 條第 2 項但書所謂「適用性別工作平等法者」，充其量僅指性騷擾防治法第 7 條所定事項，而此等事項即應適用性別工作平等法第 13 條，並配合適用性別工作平等法第 12 條之定義。凡無涉雇主對職場性騷擾防治義務者，例如同一職場受僱人之間所生的性騷擾事件，原則上即無性別工作平等法之適用，自然亦無性騷擾防治法第 1 條第 2 項但書排除規定之適用餘地。

另須強調的是，性別工作平等法第 13 條是課予雇主作為職場性別平等環境之維護者的義務，而不是對雇主本身作為性騷擾行為人之規定。因此，性別工作平等法第 34 條所稱「受僱者或求職者發現雇主違反……第 13 條規定」，實不應包括雇主本人對其受僱者或求職者為性騷擾行為之情形。此種情形亦如同受僱人與受僱人間之性騷擾行為

般，性別工作平等法就此並未有所規範，受僱者或求職者仍須依性騷擾防治法第 13 條規定提起申訴等處理程序。

實際上，職場中性騷擾事件之被害人對加害人（行為人）之性騷擾行為的申訴等救濟程序等，除適用性騷擾防治法外，恐亦無他法可循。特別是就性騷擾行為之裁罰而言，正因為性別工作平等法的重點不在職場參與人的個別行為，而是職場性別平等環境的維護，因此並無處罰性騷擾行為人之法律規定，充其量僅有內規或依各種職場特別法令所為之懲處。若認為性騷擾防治法第 20 條並不適用於同一職場內關係所生性騷擾行為，則不啻是使得職場中具有受僱者身分之性騷擾行為人對其他受僱者之性騷擾行為獲得免受行政罰制裁之特權，唯有其係對非同一職場受僱者之第三人為性騷擾，始有可能依性騷擾防治法第 20 條受裁罰。職場關係不應淪為法律保護範圍外的特殊場域，其理自明，實毋待多言。

（3）公務人員、教育人員與軍職人員的相關法律適用問題

另應進一步探討的是公務人員、教育人員與軍職人員的相關法律適用問題。不同於一般私法領域之職場人員，此三類人員於工作上所涉及的權利保護事項，原已有公務人員保障法、教師法等特別法規範，對於職場上之性別工作平等權益之權利保護程序並無另行切割規範的必要。因此，性別工作平等法第 2 條第 2、3 項明文規定：「本法於公務人員、教育人員及軍職人員，亦適用之。但第 33 條、第 34 條及第 38 條之規定，不在此限。」、「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。」第 3 項規定很清楚地係基於第 2 項但書之排除規定而來，亦即公務人員、教育人員及軍職人員不適用第 33 條、第 34 條有關受僱者發現雇主違反該法第 14 至 20 條規定，或受僱者、求職者發現雇主違反第 7 至 11、13、21 或 36 條規定時之申訴程序與有權機關之規定，而是逕行適用各該人事法令既有之申訴、救濟與有權處理機關等相關規定。

具體針對性騷擾事件來看，性別工作平等法第 12、13 條有關職場性騷擾之規定，並不在同法第 2 條但書排除適用之列，對於公務人員、教育人員及軍職人員自有其適用。唯性別工作平等法以「雇主」為規範對象之基調未變，因此，於公務人員、教育人員及軍職人員所服務職場中所生之性騷擾事件，除性騷擾定義應依性別平等工作法第 12 條之規定外，依同法第 13 條，雇主（即公私立之機關或機構）負有防治性騷擾行為發生之義務；僱用受僱者 30 人以上者，即應依據中央主管機關訂定之性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法之相關準則，訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並應於工作場所公開揭示；雇主知有職場性騷擾情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施等。而性別工作平等法第 12、第 13 條所規定之事項範圍，乃屬性騷擾防治法第 1 條第 2 項但書所定之排除適用範圍，已如前述，因此這部分無性騷擾防治法之適用。但由於性別工作平等法第 34、38 條之規定不適用於公務人員、教育人員及軍職人員，因此機關、學校、部隊等雇主違反第 13 條所定義務，欲主張權益之公務人員、教育人員及軍職人員僅能依各該

人事法令尋求申訴、救濟及處理程序之可能性。主管機關亦不得對之處以罰鍰。

較有疑問的是，依性別工作平等法第 2 項但書之規定，應排除該法之適用而依各該人事法令之規定處理的事項，其中涉及職場性騷擾的部分，是否仍在性騷擾防治法第 1 條第 2 項但書所定之排除適用範圍？對此本人持肯定見解。性別工作平等法第 2 條是「原則適用，例外（事項）不適用」的立法例，且第 2 項但書的除外範圍，另以第 3 項明定應適用之準據法，此部分（第 3 項）自仍為性別工作平等法立法者之規定。反之，性騷擾防治法第 1 條第 2 項但書則是「原則不適用，例外（事項）適用」的立法例，凡「適用性別工作平等法」者，原則上即不再適用性騷擾防治法之規定，因此，公務人員、教育人員及軍職人員認為雇主違反第 13 條規定時，其申訴、救濟及處理程序，正是依據性別工作平等法第 2 條第 3 項之規定而適用各該人事法令之規定，此部分自應仍屬性騷擾防治法第 1 條第 2 項但書所稱之「適用性別工作平等法者」，因此除性騷擾防治法第 12、24、25 條外，無該法適用。但應再次強調的是，除了公務人員、教育人員及軍職人員認為雇主違反第 13 條規定所生之申訴、救濟及處理程序外，其他本即非性別工作平等法規範所及的事項，如該等人員彼此間之性騷擾爭議，自無排除性騷擾防治法規定之適用的理由。[2]

[2] 有論者忽略性別工作平等法第 2 條第 2 項與第 3 項規定間之關連性，而獨立看待第 3 項，因而認為該法所涉及的公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟及處理事項，均應依各該人事法令之規定，甚至認為第 13 條亦在排除之列。若持此等見解，則不啻是使該條文第 2 項但書的列舉式規定大部分形同具文、失其規範性意義：第 2 項規定是「原則適用、例外不適用」，若獨立看待第 3 項，而不與第 2 項併同為體系性理解，其結果，第 2 項但書規

3.性別平等教育法與性騷擾防治法之適用關係

性別平等教育法係著眼於與教育有關的校園性別平等環境之建立與維護，法律所欲保護之主要對象為學生，課予相關公法上義務的對象則為公私立各級學校，所課予之義務主要則在於性別平等教育環境之維護與促進，其中也包括了校園性騷擾事件之防治與處理。而「校園性騷擾事件」一詞，於本法有明文的定義規定：「指...性騷擾事件之一方為學校校長、教師、職員、工友或學生，他方為學生者」（第 2 條第 5 款），很明顯是以身分關係劃定本法有關性騷擾事件相關規定之適用範圍。基此，即使是發生於校園人際關係中的性騷擾事件，然若雙方當事人均非學生時（如教師或職工彼此間，或教職工與無學生身分之第三人間），則本法有關性騷擾事件之相關程序規定即無適用餘地。此種情形下，由於性別工作平等法中亦未就性騷擾行為人與被害人間之爭議處理加以規定，已如前述，因此，被害人自得依據性騷擾防治法尋求權利保護，後續處理亦應適用性騷擾防治法之相關規定。

至於應適用本法的校園性騷擾事件部分，本法所定的校園性騷擾事件之規定，主要是課予學校依中央主管機關所定之性騷擾防治準則，訂定防治規定並公告周知之義務（第 20 條）、調查程序之進行規定以及程序中之保障等（第

定除外適用的 3 條文，僅餘第 38 條尚有規範實益。立法者若果有此意，則根本不必也不應以列舉方式列出除外適用的條文。基此，性別工作平等法第 2 條第 2 項與第 3 項規定務須為體系性解釋，第 3 項係進一步就第 2 項但書所列排除適用性別工作平等法的規定中，屬於申訴、救濟及處理程序部分，指示其所應適用的法律。至於排除適用的第 38 條，由於係裁罰規定，因此非第 3 項所涵蓋之範圍，因此在公務人員、教育人員或軍職人員之情形，遂無雇主依該條規定受罰之情形。

21 條以下）。與性別工作平等法不同的是，本法就校園性騷擾事件之處理程序規定，著墨甚多，例如明定學校或主管機關處理校園性騷擾事件之有權調查單位為學校或主管機關所設之「性別平等教育委員會」（第 21 條），並有於調查屬實後，應自行或移送懲處的規定（第 25 條）；學校或主管機關接獲調查申請或檢舉時，亦有是否應受理、決定受理期限、提交調查與完成調查期限；甚至對於調查處理結果不服時，有關申復、對申復結果不服之救濟程序的適用等，均有明文規定（第 28 條以下）。以上規定自應認係性騷擾防治法第 1 條第 2 項但書所稱「應適用性別教育平等法者」之範圍，因此排除了性騷擾防治法相關規定之適用。

有疑問的是，除了上述程序性質的規定不適用外，性騷擾防治法的責任規定、裁罰規定與刑罰規定，如第 9 至 11、20 至 26 條，於校園性騷擾事件，是否有其適用？對此應持肯定見解，校園內的性騷擾行為人並無理由享有優於無涉校園關係之性騷擾行為人之法律待遇。具體地看，性別平等教育法中，對於性騷擾行為人，僅就其無正當理由而不配合調查時，定有得由學校報請主管機關予以裁罰的規定（第 36 條），至於校園性騷擾行為經調查屬實者，則規定「應依相關法律或法規規定自行或將加害人移送其他權責機關懲處」（第 25 條第 1 項）[3]，依此，學校或主管機關除依校規或相關人事法規予以懲處外，亦應將該事件加

[3] 性別平等教育法第 31 條第 3 項另有一相近之規定：「學校或主管機關應於接獲前項調查報告後 2 個月內，自行或移送相關權責機關依本法或相關法律或法規規定議處，並將處理之結果，以書面載明事實及理由通知申請人、檢舉人及行為人。」

害人移送性騷擾防治法主管機關依法裁處。至於損害賠償責任與刑事責任的部分，性別平等教育法本即無此類直接針對性騷擾行為所為之規定，自應回歸適用針對性騷擾行為所為之特別立法，即性騷擾防治法。

4. 小結

總結以言，基於法體系的統一性，相關法律之間應尋求彼此得以調和、無規範積極性與消極性衝突存在的法律解釋方法。雖然性別工作平等法、性別教育平等法與性騷擾防治法均涉及性騷擾議題，但三種法律間實得劃定其各自相容並蓄的規範範圍與效力。性別工作平等法的規範主軸在於職場性別平等環境的建立，規範對象主要是雇主；而性別平等教育法的規範主軸在於校園內性別平等的教育環境的建立，其中有關性騷擾事件所欲規範的人際關係，一方是學校校長、教師、職員、工友或學生，另一方則為學生；此兩者皆具有特定的、抽象性的空間規範因素，一為職場，一為校園。不同於此二者，性騷擾防治法則是直接針對「性騷擾行為」之事前防範與事後處理為規範主軸，其規範的對象乃直接涉及性騷擾行為之加害人與被害人，並不限定任何特定的、抽象性的空間規範因素。除了學生與學生之間所生的性騷擾爭議，應依性別教育平等法之規定處理外，其餘直接涉及性騷擾行為爭議之人際關係—被害人與加害人—，就該等性騷擾行為之法律上處理程序與規範要求，原則上均屬性騷擾防治法之規範範疇。此一法律層面適用範圍之論斷，並不排除公、私職場或校園內之

內規適用可能性，但此二者分屬不同的法層次，無從相互牽制或取代。

三、性騷擾事件之各種權利保護程序及其相互關係

1. 性別工作平等法

性別工作平等法中雖然針對職場中受僱者於執行職務時，以及雇主對於受僱者或求職者，明文定義了該法所稱之性騷擾意涵，但一旦發生職場中的性騷擾事件時，該法並未就申訴、救濟與處理程序以及有權機制直接加以規定，而是依照各該負有防範與排除性騷擾事件之義務者，即雇主，依法所訂定之內部處理程序解決。受此法所規範之雇主，針對性騷擾事件之防範與處理，是否應另行組成性騷擾事件處理的委員會，亦未有明文規定。性騷擾事件被害人若為受僱者或求職者，充其量僅能就雇主違反法律所明定義務的部分，向有權機關尋求權利保護。至於受僱者或求職者若依據雇主訂定之性騷擾申訴及懲戒辦法，就性騷擾事件提出「申訴」，則屬雇主與受僱者或求職者間之內部關係，基本上亦與外部法令規範無關。若利害關係人對申訴處理結果不服，應依各種身分關係之基礎法律關係屬性而尋求各該救濟的可能性與方式。例如在公務人員之情形，所屬機關若依據性騷擾事件之申訴處理結果作出特定之處置，則應視該等處置是否屬於行政處分之性質，抑或屬行政機關所為之管理措施或有關工作條件之處置，而依據公務人員保障法第 25 條或第 77 條之規定，分別提起復審或是申訴、再申訴之權利救濟。

特須指出的是，性騷擾事件處理程序中的「申訴」，與法定行政救濟程序中所存在的「申訴」，名詞雖同，然其意涵大相逕庭，切不可混淆。由於性騷擾防治法中亦有此一亟待區分之問題，因此擬於以下性騷擾防治法的部分一併探討。

2.性別平等教育法

性別平等教育法中有關性騷擾事件之處理機制、程序及救濟方法等，遠較性別工作平等法詳盡。其處理與救濟流程可整理如下：

（被害人或其法定代理人、任何知悉性騷擾情事者）就校園性騷擾事件向學校或主管機關提出調查申請或檢舉→學校或主管機關應於20日內以書面通知申請人或檢舉人是否受理→不服不受理通知者，得於法定期限內，向學校或主管機關提出申復→學校或主管機關受理後，應交由其所設之性別平等教育委員會調查處理；性別平等教育委員會得依法成立調查小組。性別平等教育委員會應於法定期限內完成調查→性別平等教育委員會應以書面向學校或主管機關提出調查報告與處理建議→學校或主管機關應於 2 個月內，自行或移送相關權責機關依本法或相關法律或法規規定議處，並將處理結果，以書面載明事實及理由通知申請人、檢舉人及行為→申請人及行為人對於處理結果不服者，得依法於期限內向學校或主管機關提出申復→申請人或行為人對於申復結果不服，則視其身分屬性，分別依教師法、公務人員保障法、性別工作平等法與所屬學校校規提起救濟。

在以上處理與救濟流程中，受理校園性騷擾事件之調查申請或檢舉，並應作出處理結果者，乃學校或主管機關，法律雖然直接規定校園性騷擾事件應由學校或主管機關所設的性別平等教育委員會進行調查，然性別平等教育委員會僅是其所屬學校或主管機關之內部單位，其所為調查結果並無直接對外效力，須提交學校或主管機關依法進行具有對外效力（即針對申請人、檢舉人及行為人）的後續處理。因此，本所定「申復」程序之標的為學校或主管機關之處理結果（第 29 條第 2 項所定的不受理通知，或是第 31 條第 3 項之處理結果），嚴格來說，已非僅性騷擾事件是否成立的問題，而是以之為前提條件所作的處置，例如以性騷擾不成立，因此不予任何處理、對為性騷擾行為之教師予以解聘或不續聘、對為性騷擾之學生為記過、退學或命接受心理輔導等。正因如此，如對學校或主管機關所為之申復結果不服，欲進一步提起救濟時，第 34 條才會依據尋求救濟者身分之不同，分別規定後續救濟程序之準據法：教師不服解聘或不續聘之處理結果者，應依教師法提起申訴、再申訴、行政救濟，或逕提民事訴訟；具公務人員身分之職員，則依公務人員保障法，視學校或主管機關之處理內容，提起申訴、再申訴或是復審；公私立學校學生則依據校內救濟程序，提起申訴。

較難理解的是，私立學校職員與公私立學校工友，若不服申復結果，如何依性別工作平等法之規定提起救濟。如前所言，性別工作平等法實未自行規定性騷擾事件本身之處理與後續救濟程序，受僱者或求職者亦僅能就雇主違反該法第 13 條規定時，向地方主管機關申訴，而對主管機

關之處分有異議者，得向中央主管機關性別工作平等會申請審議或逕提訴願，對中央主管機關性別工作平等會所為處分有異議者，亦得再依訴願與行政訴訟方式提起行政救濟（性別工作平等法第 34 條）。若學校或主管機關針對經認定確有性騷擾行為之私立學校職員或公私立學校工友，作成免職或解雇的處置，申復決果亦維持原處置時，恐無法依據性別工作平等法第 34 條向地方主管機關提起申訴。可以想像的可能性最多是，學校或主管機關之性別平等教育委員會認定私立學校職員或公私立學校工友以被害人身分申請調查的性騷擾事件不成立，學校遂不為任何處置，並書面通知申請人，申請人提起申復亦遭駁回，此時申請人似有依性別工作平等法第 34 條之規定，以雇主（學校）違反性別工作平等法第 13 條為由，向地方主管機關提出申訴[4]。惟即便如此，申訴的標的實為「雇主違反第 13 條規定」，與系爭性騷擾爭議本身並無直接關係，亦非對學校申復處理結果不服的救濟程序。基此，性別平等教育法第 34 條第 3、4 款恐難有適用之可能。若涉及私立學校職員或公私立學校工友因校園性騷擾事件而遭學校懲處時，若屬尚未涉及其身分或契約關係之重大改變者，似仍得循校內救濟程序請求救濟，至於若已達身分關係之根本改變，例如免職者，則似僅能依勞動基準法之相關規定處理，難有進一步的公法救濟途徑可循。

[4] 此例僅在說明「依性別平等工作法」的可能情形，並不表示當事人於此等情形下主張雇主違反第 13 條主張可獲支持。

3. 性騷擾防治法

直接針對性騷擾行為之防治與被害人權益之保護而為規範的性騷擾防治法，就性騷擾事件之處理，建立了一種極其特殊的公私協力機制，直接將私法主體（「機構」[5]、「僱用人」[6]）納入行政法性質之性騷擾事件之處理的義務人範圍。[7]性別工作平等法第 13、14 條所定的處理與救濟程序如下：

(1) 申訴之提出：性騷擾事件發生後 1 年內，被害人得向加害人所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人或地方主管機關提出申訴；

(2) 調查之進行：由加害人所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人進行調查，若被害人係向地方主管機關提出申訴，則地方主管機關亦應將案件移送加害人所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人進行調查，

---

[5] 性騷擾防治法所定義的「機構」，指的是「法人、合夥、設有代表人或管理人非法人團體及其他組織」（第 3 條第 5 項），因此自然包含私法主體在內。

[6] 性騷擾防治法第 3 條並未就「僱用人」一詞予以定義，解釋上應為民法僱傭關係下之僱用人（民法第 482 條以下）。

[7] 此等特殊的公私協力機制，似為性騷擾防治法所首創，其他法律似未見有此等機制。其最主要的特色是法律直接課予私人參與行政任務之義務（性騷擾事件之調查），但法律卻未賦予其任何公權力性質之調查權力，即便如性別教育平等法第 36 條第 2 項的規定均付之闕如。因此，此等從事性騷擾事件之調查的私法主體，其法律上之地位絕非受委託行使公權力者。可考慮的尚有行政助手的性質，然若屬行政助手，則不但其所為一切行為均視為其所屬行政機關之行為，乃行政機關手足之延長，行政機關亦須概括承受其所為行為之法律效果，更重要的是，行政助手所屬機關有權指揮干預行政助手之行為，甚至逕行改變其決定。然於性騷擾防治法之情形，包括私法主體在內的加害人所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人所為之調查，並不直接歸屬於地方主管機關，地方主管機關亦可因當事人提起再申訴而組成性騷擾防治委員會進行調查，調查結果當然可能推翻原調查結果。另一方面，主管機關無權指揮或介入有權調查單位或機關之調查程序，亦無權擅自改變有權調查單位或機關之調查結果，此二點均與行政助手的概念相去甚遠，欲將之歸類為行政助手顯有困難。由於此一問題與本文脈絡較無關係，因此於此不再深究。

並錄案列管；加害人不明或無所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人時，則移請事件發生地警察機關調查；

(3) 調查結果之通知：機關、部隊、學校、機構、僱用人或警察機關應於 2 個月內完成調查，必要時得延長 1 個月。調查結果應以書面通知當事人及地方主管機關；

(4) 再申訴之提出：機關、部隊、學校、機構、僱用人逾期未完成調查，或當事人不服其調查結果者，當事人得於期限屆滿或調查結果通知到達次日起 30 日內，向地方主管機關提出再申訴；

(5) 地方主管機關之調查：地方主管機關所屬性騷擾防治委員會組成調查小組，於法定期限內進行調查。調查結果並應以書面通知當事人。

由上述流程可看出，性騷擾防治法課予不分公私領域之職場單位（機關、部隊、學校、機構、僱用人）有就其所屬人員涉及性騷擾時之事件處理義務，主要是受理申訴，並進行申訴事件之調查。加害人不明或不知有無所屬職場單位者，才由事件發生地警察機關調查。

於此一性騷擾申訴與調查階段，有幾點特須強調：

第一，性騷擾防治法所稱「申訴」，乃性騷擾事件之法定處理程序之啟動行為，得為申訴者，乃「性騷擾事件被害人」，不及於其他例如知有性騷擾情事之人[8]，被害人

[8] 此點與性別平等教育法的規定不同：任何人知悉校園性騷擾事件時，得向學校或主管機關檢

依法定程序、於法定期限內提出申訴後，始得進入性騷擾防治法之相關處理程序，其法律性質類於告訴乃論之罪，有告訴權人之「告訴」，絕非行政救濟程序間或使用的「申訴」，例如公務人員保障法第 77 條所稱之申訴。[9]

第二，受理申訴者，乃加害人所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人或地方主管機關，而應為調查者，乃加害人所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人或性騷擾行為地警察機關，就此本法並未如再申訴階段般，明文規定要求政府受理性騷擾再申訴案件後，應交由其所屬「性騷擾防治委員會」成立調查小組調查，亦即並未限定調查單位應如何進行調查。因此，即便調查單位成立「性騷擾防治委員會」或「性騷擾事件調查小組」，此等組成並非法定組織；由非持此等名義之委員會進行調查，亦於法無礙，重要的是，申訴調查結果應由負有義務之調查單位以書面通知當事人及地方主管機關。此點的重要性在於，若調查義務單位是行政機關或學校，不論其是否為此另組性騷擾事件之調查小組或委員會，負有法律上義務者，仍為該行政機關或學校，申訴調查結果之書面報告應視為該行政機關或學校所為。

第三，不服申訴調查結果所提出的再申訴，得進一步啟動公權力機制之調查程序，充其量自此時起，才可能認為進入（廣義的）行政程序。在此之前，由於本法並未有

舉之（第 28 條第 3 項）。本項條文雖然立法文字不佳，字面意涵混淆不清，但仍應如是解。

[9] 至於雇主依性別工作平等法第 13 條所定之「性騷擾申訴及懲戒辦法」所稱之「申訴」，純屬職場自治下內規所建立的程序，與性騷擾防治法之「申訴」乃法律所建立之程序，亦大不相同。

相關授權規定，因此即使由行政機關進行申訴調查，該等調查程序不應認定為行政程序，調查單位無權限也無義務適用行政程序法規定而進行調查。也因此，調查單位之申訴調查結果，自無行政處分之性質。

第四，不論申訴或再申訴，其所啟動的程序，均為「調查程序」，嚴格來說，此等調查程序本身均係就系爭性騷擾是否成立為判斷，應認係主管機關依據性騷擾防治法第 20 至第 24 條規定對違反法律規定者予以裁罰之前提要件，因此，申訴調查結果與再申訴調查結果對性騷擾成立與否的判斷，仍須經主管機關決定相應之法律效果（不予裁罰或依法裁罰等），否則實難認已具有產生對外法效性。

第五，申訴與再申訴調查程序既為法律所明定，則其調查結果（性騷擾成立與否），自應拘束有權決定相應法律效果的地方主管機關。[10]

第六，有再申訴調查管轄權之地方主管機關如何認定，本法並無明文規定，解釋上只能以系爭機關、部隊、學校、機構、僱用人或警察機關所在之地方主管機關取得再申訴調查之管轄權。

至於縣（市）政府或直轄市政府所屬之性騷擾防治委員會就性騷擾之再申訴事件所為調查結果，其法律上效力與後續救濟程序為何，性騷擾防治法並未明文規定，理應回歸法理與一般公法救濟程序以論斷之。由於性騷擾之再

[10] 內政部台內防字第 0960130388 號函甚至認為：「為力求客觀公允，性騷擾事件經調查成立後，主管機關依性騷擾防治法第 20 條對加害人處以之罰鍰，仍須經性騷擾防治委員會確認及決議處罰金額」，更強化了性騷擾防治委員會的功能與實權。

申訴受理機關應為縣（市）政府或直轄市政府，因此，再申訴之有權決定機關亦應為縣（市）政府或直轄市政府，至於縣（市）政府或直轄市政府性騷擾防治委員會下所組成之調查小組以及其所為之調查報告，理論上僅屬有權機關作成再申訴決定之事實證據之憑藉而已。況且，不論是性騷擾防治委員會抑或其下所組成之調查小組，均非行政機關，無以自己名義作成行政處分對外產生法律效力之地位與權限。目前實務上的作法，若再申訴調查結果認定性騷擾成立，則該地方主管機關通常於通知再申訴結果之同時，依據性騷擾防治法第 20 條作成裁罰處分，受罰者自得就此依法提起訴願與行政訴訟；若再申訴調查認定性騷擾不成立者，亦以地方主管機關名義通知當事人。此等情形下，如不服此等再申訴調查處理結果通知函者，似仍應視為行政處分，循訴願與行政訴訟方式提起行政救濟。

四、機關內部性騷擾申訴處理委員會就公務員間性騷擾事件是否成立所為之決議的法律屬性及其救濟途徑

公務人員牽涉其中的性騷擾事件，其加害人與被害人間之身分關係，可有以下幾種可能性：

(1) 具雇主身分之公務員 vs 同一機關之公務員；

(2) 同一機關內之公務員 vs 具雇主身分之公務員；

(3) 同一機關內之公務員 vs 另一公務員；

(4) 分屬不同機關之公務員 vs 另一公務員；

(5) 機關所屬公務員 vs 非公務員；

(6) 非公務員 vs 機關所屬公務員；

依據前文之分析，這 6 種情形均與性別工作平等法之規定無涉，即使第(1)種情形，被害人亦無法依據性別工作平等法尋求性騷擾行為之處理與救濟。被害人欲就其蒙受之性騷擾請求救濟者，均只能依據性騷擾防治法相關規定而主張。

其中，(1)(2)(3)(4)(5)之情形，被害人均應向加害人所屬機關提出申訴。該機關為法定之性騷擾申訴調查機關(性騷擾防治法第 13 條)。當事人對申訴結果不服時，則得依法向地方主管機關提出再申訴，由地方主管機關所設之性騷擾防治委員會及其下所成立之調查小組進行調查。此等再申訴制度乃法律為性騷擾事件所特設之法定救濟程序，當事人不服申訴調查結果時，得—並僅得—循此向地方主管機關提出再申訴，並由地方主管機關依法處理，絕非當事人所得自行改變，亦非其他機關（例如保訓會）所得介入或置喙。

由此回到本文所欲思考的問題：公務人員對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，得否依公務人員保障法提起救濟？對此，首可釐清的是，所謂「機關內部性騷擾申訴處理委員會」，不論其所持名稱為何，應均無法律或法規命令上的組織依據。即使受理申訴之加害人所屬機關特設此類組織以處理性騷擾申訴事件，該機關亦應以自己的名義作成調查結果之書面，若該等內部組織經以自己名義作成調查結果，在法律上亦應認定係所屬機關所為。因此，公務人員若不服該等受理申訴機關所為之決議，即性騷擾成立與否之調查結果者，

自應向該機關所在地之直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴。直轄市、縣（市）主管機關依據再申訴調查結果所為之決定（不予裁罰或依法予以裁罰）[11]，應為行政處分。不服此等行政處分之當事人或利害關係人，自得依法提起訴願與行政訴訟，請求救濟。由於性騷擾防治法的中央主管機關為內政部，因此訴願管轄機關應為內政部。

由此可知，不論所謂「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」為何，均無依公務人員保障法提起申訴、再申訴或復審之理與可能性。之所以如此，重點絕非在於性騷擾事件是否為公務人員「身分、官職等級、俸給、工作條件、管理措施等有關權益」事項—性騷擾事件可能是產生公務人員在身分、官職等級、俸給、工作條件、管理措施等方面之權益爭議的導火線或背景原因，但當然不是該等公務人員身分關係等權益事項的一環；亦非在於性騷擾事件不是基於公務人員身分所衍生爭議。重點其實在於以下三點。

第一，公務人員若欲依公務人員保障法提起救濟，必須存有其服務機關或人事主管機關所為之損害其權利或利益的「行政處分」（針對復審程序，公務人員保障法第 25 條第 1 項），或是其服務機關所為之影響其權益的「管理措施或有關工作條件之處置」（針對申訴、再申訴程序，公務人員保障法第 77 條第 1 項）。機關內部處理性騷擾申

[11] 目前實務上的作法，地方主管機關通常會於同一書函中為再申訴調查結果之通知，以及明示（即性騷擾事件成立時，裁處罰鍰）或默示的法律效果（即性騷擾不成立時，未予裁罰）的表示，此一書函原則上即具有行政處分之性質。

訴案之相關委員會組織，就性騷擾事件成立與否之處理，不論其所使用之用語是「決議」、「決定」、「報告」或其他文字，其性質與內涵如前所分析的，是特定性騷擾事件的調查結果，其本身並未直接彰顯任何法律效果，尚難以定性為行政處分、管理措施或處置。何況，若此等「決議」未進一步引動有權機關對相關公務人員為不利之處分或處置的話，亦難有損害其權利、利益、或影響其權益可言。因此，當事人除了依據性騷擾防治法之規定，向該管機關提出再申訴外，實難有依公務人員保障法提起救濟之可能性。

第二，地方主管機關依據再申訴調查結果所作的裁罰或不裁罰之處分，性質上固然可得定性為行政處分，然此非公務人員之服務機關或人事主管機關所作成，因此，不服此等處分時，亦無法依公務人員保障法提起復審（第 77 條第 1 項 ）。

第三，行政機關內部運作方式與規則，絕無凌駕法律規定之空間。凡法律已有明文規定之事項，絕無得由行政機關以內規迴避適用的餘地。即便行政機關內部依據性別工作平等法第 13 條之規定，訂有性騷擾申訴及懲戒辦法，並設立內部性騷擾申訴處理委員會處理性騷擾申訴相關事宜。然而，此等內規規定，在行政機關之情形，充其量僅是行政規則之性質，無從依此排除或限制性騷擾防治法有關申訴調查程序相關規定之適用。基此，公務人員間發生性騷擾爭議，被害人因而向加害人所屬機關就該性騷擾行為提出申訴者，即應優先定性為性騷擾防治法第 13 條第 1

項之申訴，後續應依該法規定之程序處理，尤其是申訴調查結果，依法應以書面通知當事人及直轄市、縣（市）主管機關（第 13 條第 4 項）。除非當事人明確表明非依性騷擾防治法之規定提出申訴，否則申訴受理機關不得自行將之界定為依其內規所提之內部申訴，無涉性騷擾防治法之救濟程序。而無論如何，兩種性騷擾申訴程序的後續救濟，均與公務人員保障法規定無關：前者之情形，自應循性騷擾防治法之規定尋求救濟；後者之情形，前文已一再說明，單只是機關內部的性騷擾申訴決議，原則上對當事人尚未引動人事身分上的變動或影響，無法逕據以依公務人員保障法請求救濟；更何況，公務人員保障法所定之救濟機關（當事人服務機關或保訓會），根本無權得直接以性騷擾事件之存否為救濟程序之標的[12]。

五、結論與省思

據上論結，公務人員對於機關內部性騷擾申訴處理委員會（或其他名稱之內部組織），就性騷擾事件是否成立所為之決議，應不得依公務人員保障法提起申訴、再申訴或復審等救濟程序。保訓會 98 公申決字第 0047 號、96 公申決字第 0325 號、95 公申決字第 0053 號決定書，對此類

[12] 另一個饒富趣味的相關問題是，若公務員所屬機關作為性騷擾防治法所定申訴調查單位，認定性騷擾成立，且再申訴調查機關所作之調查結果相同，遂本於職權對該公務員加害人予以考績法上之懲處（非免職）者，該公務員循序提起公務人員保障法上之申訴、再申訴，則保訓會於再申訴程序，得否就懲處原因事實所在之性騷擾事件成立與否自為調查，不受法定調查單位或機關之見解所拘束？更有甚者，若主管機關依據性騷擾事件申訴、再申訴調查結果，對公務員加害人依法予以裁罰，且此等裁罰處分於訴願程序、行政訴訟程序均獲維持時，保訓會是否仍有權另為成立與否之認定？由於此問題與本文主題較無關連性，因此暫不深論。

事件均為不受理之決定，其所持理由與本文見解雖未盡一致，然處理結論深值贊同。

文末附帶一提的是，本文立論基礎是「現行法制」，所處理者，乃典型的法釋義學問題，亦即準據法之選定與適用問題，並不及於立法論問題。然此非謂立法論層次即無商榷餘地。相反的，我國現行法制對於性騷擾事件之立法可說相當混亂與不周延。姑且不談立法文義表達是否清楚明確的問題，僅就目前涉及性騷擾三法之規範目的、手段與體例，即有非常多極須通盤檢討之處，尤其以立法時間先後順序來看，最早立法的性別工作平等法，性騷擾議題顯然並非主要關懷所在，整部法律僅有兩條文涉及性騷擾議題，且嚴格來說，並未直接涉入性騷擾行為之規制；接著的性別教育平等法，性騷擾事項的規範分量顯然大為增加，然立法者明確限定其所欲規範的範圍，在於至少一方為學生的性騷擾事件。也許也正因為此法蘊含教育本質，因此亦未運用行政罰手段於性騷擾行為之規制上。到了性騷擾防治法，直接以人與人間的性騷擾行為作為規制標的，建立了涵蓋民事損害賠償、行政罰與刑罰規定在內的性騷擾法制，甚至以職場身分為主要憑藉，建立了本文提到的、極其特殊的公私協力機制作為性騷擾事件的調查處理機制。之所以有此類罕見（或根本是絕無僅有）的法制設計，理由不難推知，蓋人與人間可能存在的性騷擾行為往往涉及一定程度的私密性與主觀感受，社會生活中所生的摩擦與性騷擾兩者間的分野也常常曖昧不明，此類爭議之處理自不宜完全、直接交給公權力機制，因此只好選擇社會生活中的一大範疇—職場範疇—來擔任第一線的性

騷擾事件調查處理工作。然而，如此一來，只要一個被指稱有性騷擾行為之嫌者有所屬職場或僱用人，其所屬職場或僱用人即可、也不得不介入其可能是於半夜或休假時間所產生的私人生活關係之爭議，而後再由法律所選定的行政主管機關—直轄市、縣（市）主管機關—進行第二次的調查工作。此等立法例是否妥適，絕非無反省檢討餘地。

本文所處理的問題，其實是此等整體法制架構下所衍生的一個牽涉到公職場域的具體法律適用問題，此一具體問題的思考，也不能忽視整體法制所植基的設計理念與手段。若由此來看，公務人員間的性騷擾事件，與—比如說—私人公司職員間的性騷擾事件，其爭議之處理與救濟的相關要素與需求，在現行性騷擾防治法的法制架構下，其實並無本質差異，實無必要亦無理由特以不同的處理方式與救濟程序（如公務人員保障法之規定）因應之。

肆、保障法制專題講座

一、公務人員保障暨培訓委員會 98 年度法制專題講座

壹、 時間：民國 98 年 2 月 26 日（星期四）

貳、 地點：考試院 1 樓多媒體會議室

參、 講座：政治大學法律學系詹教授鎮榮

肆、 題目：行政程序瑕疵之補正

大家好，今天我所要講演的題目是「行政程序瑕疵之補正」，我國行政程序法第114條規定：「違反程序或方式規定之行政處分，除依第111條規定而無效者外，因下列情形而補正：一、須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者。二、必須記明之理由已於事後記明者。三、應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者。四、應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議者。五、應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者。前項第2款至第5款之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之。當事人因補正行為致未能於法定期間內聲明不服者，其期間之遲誤視為不應歸責於該當事人之事由，其回復原狀期間自該瑕疵補正時起算。」

本條之立法說明為規定瑕疵行政處分之補正，行政處分違反程序或方式之規定者，固為有瑕疵之行政處分，惟程序及方式之規定旨在促使行政機關能作成內容正確之決定，其本身尚非目的，故如其違反之情節未達於無效之程

度，且事後補正仍無害其規定之目的者，自非不許行政機關為事後補正，以維持行政處分之存續，並促進行政效率，爰設第1項，規定得事後補正程序或方式之瑕疵，以為遵循。為確保該等程序規定在程序法上之目的不致落空，並就行政任務與法院審判權作一妥適劃分，防止行政機關漫無時限之事後補正，爰設第2項規定補正之時間上限制。違反程序或方式規定之行政處分，雖得依第1項規定補正，在未補正前，仍屬違法而得撤銷，當事人自得聲明不服。惟當事人容因行政機關之補正行為，始獲得聲明不服之充分依據，例如：因行政機關記明理由而得據以聲明不服，此際，如已逾法定期間而不予受理，對當事人顯有欠公平，爰為本條第3項之規定。參考德國行政程序法第45條規定，另行政處分違反程序或方式規定，除依第44條規定而無效者外，因下列情形而補正：須經申請之行政處分，已於事後提出申請者；行政處分之理由，已於事後賦予者；應給予當事人陳述意見之機會，已於事後給予者；作成行政處分所應具備之委員會決議，已於事後為之者；應參與行政處分作成之其他機關，已於事後參與者。第1項所稱之行為，得於行政訴訟程序最後事實審終結前補正之。行政處分因不備理由，或作成前未給予當事人陳述意見機會，致使無法於法定期間內撤銷者，該權利救濟期間之遲誤，視為不可歸責於當事人之事由。對於第32條第2項所規定回復原狀期間具決定性之事由，於程序行為補正時起算。

行政程序法第114條之適用情形為何？是否限於適用在僅存有單純之程序瑕疵，但實質正確之行政處分情形？從而，目的在於為防止僅因程序瑕疵而遭廢棄，導致行政

成本過大，遂藉由「補正」機制，治癒程序瑕疵，維持行政處分之存續？抑或只要存有特定類型之程序瑕疵，且非屬無效者，即有適用之餘地，而無須論究行政處分是否實質正確？亦即透過程序行為之補正，排除行政處分違反程序規定之法律效果，而不再因存有程序瑕疵而遭撤銷。至於行政處分之實質正確性是否於補正後仍舊維繫，則在所不問。正當行政程序之憲法要求，就有關正當行政程序之憲法要求，我們來看下列幾號司法院大法官所做出之解釋內容。

司法院釋字第462號解釋略以，大學教師升等資格之審查，關係大學教師素質與大學教學、研究水準，並涉及人民工作權與職業資格之取得，除應有法律規定之依據外，主管機關所訂定之實施程序，尚須保證能對升等申請人專業學術能力及成就作成客觀可信、公平正確之評量，始符合憲法第23條之比例原則。且教師升等資格評審程序既為維持學術研究與教學品質所設，其決定之作成應基於客觀專業知識與學術成就之考量，此亦為憲法保障學術自由真諦之所在。評審過程中必要時應予申請人以書面或口頭辯明之機會；由非相關專業人員所組成之委員會除就名額、年資、教學成果等因素予以斟酌外，不應對申請人專業學術能力以多數決作成決定 。

大法官解釋第491號略以，對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書

應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。其中，吳庚大法官協同意見書略以，人事行政行為之無行政程序法之適用者，充其量僅能限於未限制或剝奪公務員服公職之基本權事項，例如職位陞遷、調動、任務指派等而已。有關機關未來研擬修改公務人員考績法規之際允宜以前瞻之思維，對記過以上之懲處均踐行正當法律程序，不必僅限於免職處分，蓋本解釋未及於免職以外之懲處處分者係針對聲請標的而為之故。

司法院釋字第653號解釋略以，羈押法第6條及同法施行細則第14條第1項之規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第16條保障人民訴訟權之意旨有違，相關機關至遲應於本解釋公布之日起2年內，依本解釋意旨，檢討修正羈押法及相關法規，就受羈押被告即時有效救濟之訴訟制度，訂定適當之規範。其中，李震山大法官部分協同意見書略以，特別權力關係在行政法領域上，現已隱身於揭櫫公正、公開、民主為立法目的之行政程序法中，在該法第3條第3項中即明定8款「不適用本法之程序規定」之行政行為，繼續負嵎頑抗地挑戰「正當法律程序」之憲法原則，觀其內容，稱之為特別權力關係的新棲息地，實不為過。如果本號解釋對特別權力關係所釋放的訊息不夠嚴正且清晰，依該法同條項第3款、第4款規定，自可將「刑事案件犯罪偵查程序」及「犯罪矯正機關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為」完全排除適用行政程序法之程序規定，從而本號解釋就程序所諭知之「申訴制度之健全化」，恐生變數。針對類似情形，本院早在行政程序法公布但未施行時經由釋字第491號解釋已敲出第

一記警鐘。如今，本院再針對其第3款、第4款揮棒出擊，後效如何，包括經本院明示為「屬廣義之公務員』、「亦為人民」之現役軍人（釋字第430號、第436號解釋參照）與軍隊間關係是否會受正面影響，恐需賴主管機關對特別權力關係的詮釋意向與格局寬窄而定。

司法院釋字第636號解釋意旨，本條例（檢肅流氓條例）第2條關於流氓之認定，依據正當法律程序原則，於審查程序中，被提報人應享有到場陳述意見之權利。審查委員會組成之多元化，固然有助於提升其審查之客觀性，惟欲保障被提報人之防禦權，必須賦予被提報人辯護之機會，除應保障其於受不利益之決定時，得以獲得事後之救濟外，更須於程序進行中使其享有陳述意見之權利。是故於審查委員會之流氓審查程序中，法律自應賦予被提報人陳述意見之機會，始符合正當法律程序原則。

程序瑕疵補正作為瑕疵結果制裁（得撤銷）之相對化機制，排除或減少當事人要求對程序瑕疵行政處分予以制裁之請求可能性。避免重複不必要之程序與決定，加速行政決定之作成，提昇行政之程序效率（Verfahrenseffizienz）。→經濟原則：「手段—目的」之最佳化關連性盡可能以最少資源之投入，以達預期目標（「效率」）；或是藉由固定資源投入，創造出最大使用效益或目的（「效能」）。程序瑕疵補正之可能負面影響，當事人層級利益之減損，行政程序→訴願程序→行政訴訟原處分機關偏頗性之提高（尤其陳述意見補正部分）原處分機關對於程序瑕疵之無風險性（Risikolosigkeit）正當行政程序自我價值之貶低（程序僅

具「服務功能」)，程序瑕疵補正之合憲性疑義：「行政效率」與「程序保障」之拉距。

有關補正之前提要件：限於得撤銷之行政處分、限於特定類型之程序上輕微瑕疵、瑕疵之真實可治癒性（Reale Heilbarkeit des Fehlers）補正行為應使當事人完全立於如同無程序瑕疵一般之同等程序地位，而非僅是一種事後補充之「單純形式」(bloße Formalität)。析言之，補正之程序行為必須尚得以發揮在法治國家中所被要求之功能（無違原規範之目的)，尤其是補正之行為必須對於實體決定之正確性，尚具有影響之可能性。下列法務部函釋及法院判決可參考之。

法務部92年6月3日法律字第0920020318號函略以，查行政程序法第111條關於行政處分無效判斷標準之規定，其中第7款所稱「其他具有重大明顯之瑕疵」，係指行政處分之瑕疵達於重大，且依一般人合理之判斷甚為明顯而一目了然者而言，例如行政機關對於因變更登記而已喪失法人人格之公司，作為行政處分之客體，顯然欠缺處分之客體要件，在外觀上具有嚴重而顯著之瑕疵，應屬無效。至於行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分，未具備行政程序法第102條及第103條例外得不給予陳述意見之情形，而未給予當事人陳述意見之機會，亦未依同法第114條第3款規定予以補正者，該行政處分即有瑕疵，惟該瑕疵應僅可能構成撤銷之原因，尚非屬行政處分無效之原因，故原行政處分尚未撤銷前，相對人不得以上開事由，申請退還已繳之罰鍰。

臺北高等行政法院96年度訴字第2259號判決略以，基於維護法律安定性，學說及各國立法例皆認為行政處分是否無效，除法律定有明文之情形外，宜從嚴認定，故乃兼採「明顯瑕疵說」與「重大瑕疵說」作為認定標準之理論基礎。是以，依據行政程序法第111條之規定，行政處分無效之原因，除該條第1款至第6款之例示規定外，尚有第7款「其他具有重大明顯之瑕疵者」之概括規定，用以補充前6款所未及涵蓋之無效情形性、補充性規定，惟無論何者，均需行政處分內容有一望而知即具有「重大明顯之瑕疵」始得謂之；反之，若瑕疵倘未重大、明顯，則行政處分依然有效，僅係得撤銷。

法務部90年4月9日90法律字第008363號函略以，按違反程序或方式規定之行政處分，除依行政程序法第111條規定而無效者外，限於同法第114條第1項規定所列情形，始得補正；如係違反實體規定而為行政處分者，該行政處分因具有實體上之瑕疵，並不得予補正之列。

得補正之程序瑕疵類型：

一、須經申請始得作成之行政處分，當事人已於事後提出者（§114 I 一）：

須經相對人同意之行政處分（例如：公務員之任用）申請人欠缺行政程序能力，法定代理人事後同意，或申請人事後取得行政程序能力者。

二、必須記明之理由已於事後記明者（§114 I 二）：

行政程序法第 96 條第 1 項規定：「行政處分以書面為

之者，應記載下列事項：二、主旨、事實、理由及其法令依據。……。」第 97 條規定：「書面之行政處分有下列各款情形之一者，得不記明理由：一、未限制人民之權益者。二、處分相對人或利害關係人無待處分機關之說明已知悉或可知悉作成處分之理由者。三、大量作成之同種類行政處分或以自動機器作成之行政處分依其狀況無須說明理由者。四、一般處分經公告或刊登政府公報或新聞紙者。五、有關專業知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等程序。六、依法律規定無須記明理由者。」及參照臺北高等行政法院 96 年度訴字第 1224 號判決略以，本件原處分關於註銷原告之外僑居留證部分，雖未就其違法事實具體詳為記載，惟無行政程序法第 111 條規定無效之情形，且原處分機關臺北縣政府已於訴願程序中提出答辯狀，敘明係以原告為取得我國國籍，持用偽造之放棄奈及利亞公民資格文件，向奈及利亞代表處申請驗證，違反入出國移民法第 30 條第 2 款事由為說明，依行政程序法第 114 條第 1 項第 2 款、第 2 項規定，應認業已補正而不影響原處分之效力。

三、應給予當事人陳述意見機會已於事後給予者（§114I 三）：

行政程序法第 102 條規定：「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，除已依第 39 條規定，通知處分相對人陳述意見，或決定舉行聽證者外，應給予該處分相對人陳述意見之機會。但法規令有規定

者，從其規定。」第 103 條規定：「有下列各款情形之一者行政機關得不給予陳述意見之機會：一、大量作成同種類之處分。二、情況急迫，如予陳述意見之機會，顯然違背公益者。三、受法定期間之限制，如予陳述意見之機會，顯然不能遵行者。四、行政強制執行時所採取之各種處置。五、行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者。六、限制自由或權利之內容及程度，顯屬輕微，而無事先聽取相對人意見之必要者。七、相對人於提起訴願前依法律應向行政機關聲請再審查、異議、復查、重審或其他先行程序者。八、為避免處分相對人隱匿、移轉財產或潛逃出境，依法律所為保全或限制出境之處分。」參照法務部行政程序法諮詢小組第 15 次會議：依行政程序法第 103 條第 5 款規定，行政處分所根據之事實，客觀上明白足以確認者，行政機關得不給予陳述意見之機會。行政處分是否符合上開規定，而得不給予陳述意見之機會，不以行為人之違規事實經裁罰機關當場查獲者即屬之，仍須視具體事實個別判斷之。及法務部 90 年 5 月 1 日法 90 律字第 13618 號函略以，對於違反區域計畫法管制土地使用規定者，由主管機關依該法規定予以處罰時，如於該個案查獲現場，承辦人員針對該違法構成要件之重要事項已予調查，並於調查證據時，依行政程序法第 39 條規定給予相對人陳述意見之機會，載明調查筆錄中者，似符合行政程序法第 102 條除外規定，無庸於作成行政處分前再給予相對人陳述意見之機會。有關行政法院見解，參照臺北高等行政法院 97 年

度訴字第 1039 號判決略以：「原告現係高雄縣政府消防局副局長，參加被告（國家文官培訓所）辦理之民國 96 年度薦任公務人員晉升簡任官等第 3 梯次訓練，經被告以其於 96 年 8 月 23 日，在私立致遠管理學院蓮潭國際會館試區第 1 試場案例書面寫作評量測驗時，夾帶文件資料，為監場人員當場查獲為由，依被告辦理升任官等（資位）訓練測驗試務規定二、(四)、1 之規定，先以 96 年 9 月 12 日函知原告，核定予以扣除案例書面寫作評量測驗成績 20 分。原告不服，向公務人員保障暨培訓委員會提起復審。嗣原告案例書面寫作成績原始分數為 73.50 分，經上開核定扣除 20 分後，實得分數為 53.50 分，致訓練總成績 66.69 分不及格（按：總成績 70 分為及格），經被告以 96 年度薦任公務人員晉升簡任官等訓練成績單評定訓練成績不及格。原告不服，提起復審，亦經復審決定駁回，原告仍表不服，遂向本院提起行政訴訟。原告主張被告未依行政程序法第 102 條規定給予陳述意見之機會，且未依同法第 36 條規定依職權調查證據云云。惟查，原告已於被告晉升官等（資位）訓練案例書面寫作暨課程測驗人員違犯試務規定處理表陳述意見，有上開處理表、查獲文件在卷可按，且本件相關事實明確，已如前述，並無相關證據調查不完備之情形。是原告此部分之主張，尚非可採。

四、應參與行政處分作成之委員會已於事後給予者（§114 I 四）：

土地徵收條例第 15 條規定：「中央主管機關應設土地徵收審議委員會，審議土地徵收案件；…」；營造業法第 67 條規定：「中央、直轄市或縣（市）主管機關為處理營造業之撤銷或廢止登記、獎懲事項、專任工程人員及工地主任處分案件，應設營造業審議委員會；其設置要點，由中央主管機關定之。」；文化資產保存法第 6 條第 1 項規定：「主管機關為審議各類文化資產之指定、登錄及其他本法規定之重大事項，應設相關審議委員會，進行審議。」

本款適用情形：

（1）委員會未召開

（2）委員會組織不適法（成員資格不符、無決議能力）

（3）委員會雖召開，但未為決議

（4）委員會決議無效或違法（未達法定決議多數決）

五、應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者（§114 I 五）：

最高行政法院 96 年度判字第 1369 號判決略以：「按『營利事業與國內外其他營利事業具有從屬關係，或直接間接為另一事業所有或控制，其相互間有關收益、成本、費用與損益之攤計，如有以不合營業常規之安排，規避或減少納稅義務者，稽徵機關為正確計算該事業之所得額，得報經財政部核准按營業常規予以調整。』所得稅法第 43 條之 1 定有明文。查本條乃經由法律明文賦予稅捐稽徵機關調整之方式，以防杜藉由不合營

業常規之安排為租稅之規避者；故其中關於『報經財政部核准』之程序規定，目的乃在透過上級機關之程序介入，促使行政機關能作成內容正確之決定；亦即『報經財政部核准』本身因非本條規定之目的，且因復查程序仍屬稅捐稽徵機關自我省查之程序，並參諸行政程序法第 114 條第 1 項第 5 款及第 2 項關於應參與行政處分作成之其他機關程序未參與欠缺之補正，得於訴願程序終結前為之之規定，足認本條關於『報經財政部核准』程序之欠缺，若於復查程序中已獲得補正，因於本條規定之目的無礙，且可避免程序之浪費，其補正應屬適法。」法務部 93 年 8 月 3 日法律字第 9030027353 號函略以：「……依同法第 114 條第 1 項規定：『違反程序或方式規定之行政處分，除依第 111 條規定而無效者外，因下列情形而補正：五、應參與行政處分作成之其他機關已於事後參與者。』」瑕疵處分之治療，僅限於可補正之程序瑕疵，實體上之瑕疵原則上不在補正之列，尤其不能使無效之處分補正成為有效。本件依來函資料所述，桃園縣政府核准佛光山和平萬壽寶塔納骨塔設置案，因開發納骨塔基地位於山坡地面積未及 10 公頃，桃園縣政府漏未依 88 年 11 月 10 日修正發布之山坡地開發建築管理辦法第 3 條第 3 款規定，報請中央目的事業主管機關（內政部）參與之核准程序，逕予於 89 年 8 月 7 日及 90 年 12 月 13 日核發設置許可及山坡地開發許可，該山坡地之設置及開發許可即有瑕疵。惟該瑕疵行政處分，似尚未達重大明顯程度，應非屬無效之行政處分。又該中央

目的事業主管機關之核准，似非不得事後補正。」臺北高等行政法院 97 年度訴字第 01241 號判決略以:「被告於處分（96 年 10 月 15 日）前，雖未依商業團體法第 67 條第 3 項規定，報經上級主管機關核准，然被告嗣後已另以 96 年 10 月 29 日府社行字第 0960112882 號函報請內政部核備，經內政部以 96 年 11 月 21 日內授中社字第 0960018017 號函同意核備在案，則依行政程序法第 114 條第 1 項第 5 款，原處分二未報經被告上級主管機關內政部而違反程序一節，已因『應參與行政處分作成之機關已於事後參與者』而補正，故被告主張原處分二因補正而合法有效，於法有據，訴願機關予以維持，亦無不合，……」。商業團體法第 67 條第 1 項規定:「商業團體如有違背法令或章程、逾越權限，妨礙公益情事或廢弛會務者，主管機關應為左列處分：一、警告。二、撤銷其決議。三、停止其業務之一部或全部。四、撤免其理事、監事。五、整理。六、解散。」第 3 項規定:「下級主管機關為第 1 項第 3 款至第 6 款之處分時，應報經上級主管機關核准。」

補正時之要件，於我國法之規定，行政程序法第 114 條第 2 項規定:「前項第 2 款至第 5 款之補正行為，僅得於訴願程序終結前為之；得不經訴願程序者，僅得於向行政法院起訴前為之。」補正為行政權作用，經由補正使行政處分具有形式上之合法性，亦僅有行政權在其作用範圍內才可為之。一旦進入司法權作用之程序中，抑或脫離行政權作用外，自當非是行政權自我可支配之領域範圍，故亦無行政權欲為補正就可

補正之理由，故行政程序法第 114 條第 2 項乃為如是之規定。（參見陳慈陽，行政法總論，二版，2005，頁 501）「申請」之補正，主體為行政處分之相對人，無涉於行政與司法之權力分立問題，故未設補正之時限。

另德國法之比較，該國 1976 行政程序法：「訴願程序終結，抑或向行政法院起訴前」，1996 行政程序法（許可程序加速法 GenBeschlG）：「行政訴訟程序終結前（Abschluss des gerichtlichen Verfahrens）」，2002 年行政程序法：「行政訴訟程序最後事實審終結前（bis zur letzteen Tatsacheninstanz）」。擴張時之界限動機：提昇行政程序之程序瑕疵抵抗力。

特殊問題，給予陳述意見機會於訴願程序中之補正，行政機關應如何於訴願程序中踐行事後之補正行為，行政程序法並未作進一步規定。根據德國聯邦行政法院之見解，行政機關是否為一聽證義務之形式上「特別補正」，須取決於原行政處分之理由中是否揭示出行政機關作成該處分所參酌之「重要事實與法律上事由」。倘若處分理由書中明示此等影響決定之重大事證者，則處分相對人即已被充分告知影響決定之重大事實，其因不服該決定基礎而提起訴願者，則訴願人即已被給予符合德國行政程序法第 28 條第 1 項意義下所保障之「陳述意見之機會」。準此，行政機關即無庸再另行為一「特別」之聽證補正行為。反之，倘若原處分相對人無法從原行政處分之理由書中知悉作成決定所根據之重大事實與法律上事由者，則除訴願程序

之進行外，原行政處分機關或訴願受理機關尚須另行給予訴願人一符合德國行政程序法第 28 條第 1 項意義之聽證機會。

正當程序價值終因得於「決定後」予以補正而有所減損，蓋行政處分既已作成，要期待行政機關在事後聽取意見而推翻前令，恐非易事。姑不論此一補正規定有否妥適，吾人至少應對此項規定作「合乎正當法律程序之解釋」。按行政程序法第 114 條第 2 項規定，此種補正行為僅得於訴願程序終結前為之，其應僅是將訴願程序視為一種「行政程序」，而無以「訴願程序」取代「作成行政處分之行政程序」之用意。換言之，所謂「補正」者，係指原處分機關事後給予當事人陳述意見之機會，而非謂只要踐行訴願程序，原行政處分之程序瑕疵即行補正，此為解釋此一補正條款應加注意者。

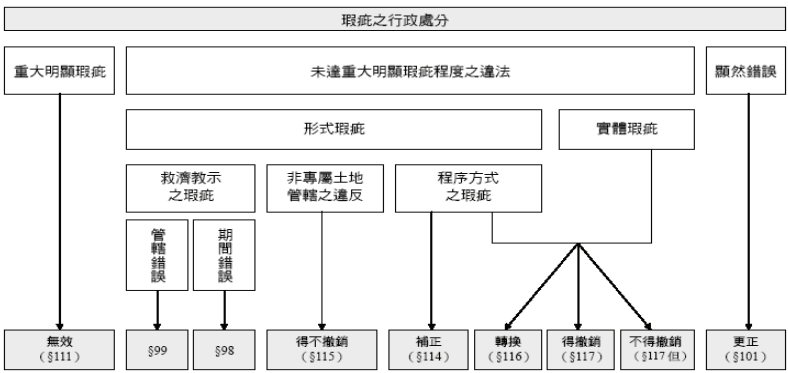
在我國之訴願程序中，我國訴願法規定以「訴願書」之遞交為訴願繫屬效力之開始（訴願法第 56 條第 1 項），訴願人根據原行政處分所記明之作為決定基礎之重大事證，於訴願書中陳明訴願之事實上與法律上理由，吾人即可認為訴願人已事後獲得等同行政程序法第 102 條與第 105 條價值之「陳述意見機會」，且亦利用此機會，程序瑕疵據此而可獲得補正。訴願人藉由訴願書補行陳述訴願事實與理由後，原處分機關或訴願管轄機關應如同行政處分作成前已踐行相關行政程序一般，根據訴願人之訴願事實與理由，為事實上

與法律上之「全盤重新省察」，以決定訴願是否有理由，進而由原處分機關自行，抑或由訴願決定機關撤銷原行政處分，以符程序瑕疵補正之本旨。

補正之效果

（一）行政處分瑕疵體系概述

行政處分瑕疵之法律效果



（二）程序瑕疵之治癒

→行政處分不因程序曾有瑕疵而遭撤銷

→溯及行政處分作成時即無程序之瑕疵

（三）實質決定之開放性

→補正之程序行為對實質決定之影響可能性

→因補正而可能導致行政處分之實質不正確

行政程序瑕疵之補正乃根植於「程序規定具服務功能」之基本思維，旨在藉由補正以促進行政效率。惟本於基本權之程序保障功能，程序規定之自我價值不應過度遭到貶損。在追求行政效率之際，仍不得忽略程序行為之規範目的。尤其不得因程序瑕疵之補正，致使處分相對人處於較無程序瑕疵時更為不利之程序地位。準此，「瑕疵之真實可治癒性」乃為程序補正時應嚴遵之誡命；程序行為之補正不得被誤導性地成為一種單純之形式操作。行政程序法第114條之程序補正規定，應被理解為僅在緩和行政處分因程序瑕疵而遭到撤銷之嚴格制裁效果而已。程序瑕疵之治癒，不必然維持或創設行政處分之實質正確性，毋寧程序之補正應使行政處分在實質上再度具決定開放性。事後獲補正之程序行為，應對行政機關發揮其應有之功能，並對行政處分實質之正確性產生影響。

二、公務人員保障暨培訓委員會 98 年度法制專題講座

壹、 時間：民國 98 年 4 月 24 日（星期五）

貳、 地點：本會 7 樓會議室

參、 講座：世新大學法律系吳教授秦雯

肆、 題目：情況決定於保障事件之應用

大家好，今天我所要講演的題目是「情況決定於保障事件之應用」。首先，我先就背景來做介紹，情況決定於我國實定法相關規定，訴願法與行政訴訟法自87年10月大幅修正主要參考德國法、少部份參考日本法、美國法、法國法情況決定，與情況判決乃少數源自日本法之制度。相關法源則規定在訴願法第83條與84條之情況決定與後續之損害賠償規定、行政訴訟法第198條與第199條之情況判決規定及公務人員保障法（以下簡稱保障法）第67條與第68條。

再來說明我國情況決定制度之立論基礎、適用現狀與其賠償制度之關聯與分析。情況決定之立論基礎在訴願法第83條：「受理訴願機關發現原行政處分雖屬違法或不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其訴願。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或不當。」及訴願法第88條：「受理訴願機關為前條決定時，得斟酌訴願人因違法或不當處分所受損害，於決定理由中載明由原行政處分機關與訴願人進行協議。」另在行政院版訴願法與行政訴訟法之說明理由為「貫徹法治，糾正行政機關之違法

或不當處分，為訴願制度功能之一，惟當其撤銷或變更違法、不當之行政處分，將對公益發生重大損害時，宜衡量公共利益與私權之保護孰重孰輕，例如行政機關誤徵收非道路用地內之土地興建道路，如將原徵收處分撤銷，必影響已興建之道路，使公共利益造成重大損害，故參考日本立法例，增設情況決定制度，亦即經斟酌訴願人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事後，得駁回其訴願；惟應同時宣告原行政處分之違法或不當，並指示原行政處分機關與訴願人進行協議賠償，必加強行政機關人員之警覺，促進行政權之合法行使，並使訴願人所受損失獲得賠償，以兼顧公益與私益之保護。」

情況決定在日本法規定之源由，是源於1932年的「庄川事件」。當時某電力公司為建設發電用之大壩，向當地主管機關申請河川占用許可，獲得主關機關之許可處分並已竣工。但該河川占用許可處分之作成，具有侵害既存之漁業權、木業權與灌溉用水壩等瑕疵，權益受侵害者因而提起撤銷之訴。法院審查結果認為：發電用之大壩業已竣工，應予維持，因而認定許可處分並未違法，駁回原告之訴。此事件後經多次修正，成為日本法上「事情裁決」與「情事判決」制度。

情況決定有下列5大特色：

1. 一方面宣告行政處分違法，另方面駁回請求，即於主文中為互相矛盾之諭知。
2. 直接適用公益條款。
3. 審理機關比較衡量私益與公益，擁有裁量權限。

4. 以個案追求公益。

5. 賠償請求權之承認。

情況決定制度存在之正當性為：1. 對於附隨於違法行政處分所形成之新的法律關係、事實關係等既成事實之尊重2. 違法行政處分之效力所形成之公益與因此被侵害之私益間，應加以衡量，避免對公益發生重大損害，以違法處分為前提的公益性既成事實的造成，乃是制度內涵的必然性。我國行政爭訟制度與情況決定制度之關聯性有：

1.行政爭訟制度之功能設定與情況決定制度之關聯

行政爭訟制度之功能取向對於行政爭訟制度之各項設計有一定之支配性。我國關於行政爭訟制度之功能：

（1）客觀法律價值之維護---法規維持說

（2）人民主觀法律權利之保障---權利保護說

我國行政訴訟法第1條之規定明文揭示「保障人民權益，確保國家行政權之合法行使」，顯採併存說，但多數學者以為兩說並不具備互斥性，且偏向以權利保護說為主，但訴願法本身並未如行政訴訟法一般，於法條中針對制度設計之目的提供說明。違法行政處分引發情況決定之內在結構涉及3個法益：

A.違法處分本身之違法性

違法處分所影響或損及之抽象法秩序

受影響≠受違法處分所侵害之人民權益受損

B.伴隨該違法處分而形成之公益

C.受到該違法處分而侵害之人民權益

法益衡量與制度重心：若採法規維持說，考量的重點應當是該行政處分違法性與對公益所造成之損害，即A與B法益此二者之間的衡量問題，至於該違法處分之維持或撤銷，對人民之權益造成如何影響，即C法益，應非考量之重心，所以情況決定在B＞A的條件下成立。若採權利保護說，考量之重點：違法行政處分之維持所形成之公益與人民因此違法行政處分而被侵害之私益間之衡量，即B與C法益，且若決定維持違法行政處分之效力，應該對於人民因此所受之損害予以賠償，至於A法益無須考量，所以，情況決定在B＞C的條件下成立。採併存制，三種法益都要考量。B法益＞A法益＋C法益時，方得為情況決定或判決，甚至得將原處分之重大瑕疵認定為情況判決之禁止要素。行政訴訟法第198條、第199條考量的狀況與設計為B法益＞A法益＋C法益。訴願法第83條與第84條與行政訴訟法之情況判決設計相同，所以訴願法之制度設計亦採「併存制」。

2.行政處分執行不停止原則之連結

首先，基於行政處分本身之效力，行政處分一經作成並宣示，其內容即對相對人、關係人及原處分機關發生效力，行政機關並得即依此行政處分進行一連串之後續行為。其次，我國自舊行政爭訟制度以來，即仿自日本，採行「執行不停止」原則。因此，行政機關如已作成處分，即便人民對此處分有所爭議而提起爭訟，該處分並不會當然地中斷其效力。訴願法第93條第2項的例外停止規定效果有限。

3.行政處分撤銷效力溯及性之影響

行政處分作成並經宣示後，若事後遭到撤銷，為維持法秩序的合法狀態，於制度設計上，該行政處分將溯及失效。當一個違法行政處分被撤銷，就如同此行政處分從未存在過，不僅行政處分本身自作成當時開始就不存在，受到此行政處分影響之事實與法律狀態，也應回復到沒有此行政處分存在前之狀態。這樣的溯及效力，相當於課予作成處分之行政機關回復原狀之義務。但隨著時間累積種種事實與法律之既成事實，原處分已難完全回復原狀，情況決定賦予行政機關免於回復原狀的機會，當回復原狀具備顯著困難或不可能時。

情況決定制度替代救濟措施之制度現狀，有權利必有救濟，包含於憲法16條之制度精神內。情況決定制度，允許行政爭訟審議機關容認行政機關以公益為由維持違法狀態。對於受此違法狀態影響其權益之人民，既然排除此違法狀態已不可能，也不可能強制人民單方忍受此權益損害，制度上自應設計人民損害賠償之填補機制。

（一）以損害填補替代違法行政處分之撤銷

行政機關先以行政處分侵害人民之權利，而此行政處分被行政爭訟審議機關認定違法，但此違法行政處分所造成之事實上與法律上的不利益狀態，被衡量為具有重大之公益性，因而被爭訟審議機關認定應適用情況決定，而不撤銷該違法行政處分或撤銷反而將違背公益。受此違法狀態所影響之人民，即被認定在法律上無法請求除去行政機關對其所造成之權利的限制、剝奪或課予義務之侵害行

為。但要求人民單方面忍受違法之行政行為所加諸之不利益，不僅違反法治國原則保障人民權益之意旨，亦有違平等原則之適用。因此，在合於法治國原則之制度設計上，既然此時人民權益被侵害之狀態依舊存在，但是權益侵害的排除已不具備可能性，人民自得對因此產生之財產上或非財產上之損害，透過適當損害賠償途徑要求加以填補，以茲救濟。此等狀態即為人民第一次權利救濟已經無法再作用，故只能運用第二次權利救濟。

情況決定與情況判決之不同：於行政訴訟法第199條情況判決之規範中，行政法院，得具體認定事實而適用情況判決，不但得依據原告之聲明，自行估計人民所受到之損害，並得直接判命被告機關予以賠償。訴願法第84條之情況決定規定則不然，不僅不能直接命被告機關賠償，而僅表示應於決定理由中載明由原行政處分機關與訴願人進行協議。亦即，諸如：協議之期限、賠償之金額、賠償之方式等等，都由原行政機關與訴願人自行協議，訴願審議機關並不與焉。且訴願法當中，亦未明確規範情況決定之賠償協議不成立，或原行政處分機關拒不進行協議時，應經由何種程序進行後續審理。理由為：(1)行政訴訟法當中設有給付之訴，從而行政法院有權斟酌賠償金額多寡及賠償範圍，訴願法並未增設給付訴願 (2)訴願程序之作用僅在審查系爭行政處分合法性與合目的性，而賠償方式之決定，在行政訴訟中，係採國家賠償與行政訴訟附帶請求賠償之方式，既然訴願法內並未授權訴願審議機關為金錢賠償之決定，若承認由訴願審議機關決定，有逾越上級機關監督權限範圍之虞。

訴願制度之功能於情況決定進行限縮解釋之當否：依據憲法第16條規定，訴願與訴訟皆同為人民之基本權利，均為人民權利救濟之一環。在制度設計上，訴願除了得以協助減輕行政法院之負擔外，也同時被認為係行政權之一環，故可認定為行政之自我審查檢視、內部的行政控制手段，也因此訴願審議機關不僅得審查行政處分之違法性，更可監督行政處分之合目的性。既然訴願程序所審查之範圍較行政訴訟為廣，人民期待在訴願程序中得獲得更廣泛之權益保障與救濟應屬可期。但目前訴願法第84條之規定，顯然並未使訴願審議機關發揮應有的制度性功能。

以訴願決定宣告原行政處分違法，但仍維持該違法行政處分之法律效力，已然強制人民接受違反依法行政原則之非法情況，忍受被違法行政處分所造成之權利侵害，倘今日並不存在情況決定制度，訴願審議機關自得依據訴願法第81條，撤銷原行政處分之全部或一部，並得逕為變更之決定，使人民權益受侵害獲得救濟。而今以重大公益遭受影響為名，設置情況決定制度，人民除需被迫忍受違法行政處分之侵害，尚須再等待與作成違法行政處分之行政機關進行賠償數額、方式、期間均不確定之協議，甚至若協議不成立又需再次興訟，不但顯違訴訟經濟，對人民權益之保障亦有闕漏。

（二）後續損害賠償制度之合理設置

受違法行政處分侵害之人民，之所以在情況決定制度下，被承認擁有損害填補之權利，乃因為此等人民，是為了被評價為更重大之公益之維持，而犧牲自己之侵害排除

請求權與該違法行政處分不存在而得享有之權益；為彌補人民之犧牲，因而在法律上特設此種填補機制。因此，在性質上，實與我國制度下之國家賠償法，以公務員之違法有責行為為前提(國家賠償法第2條)，或是公共設施之設置管理有欠缺之國家自己的無過失責任(國家賠償法第3條），不盡相同。

1. 情況決定賠償之審議機制

（1）採擴張解釋，認為既然協議結果的效力部分被法律認定為與國家賠償之效力同一，則程序部分亦可依循國家賠償之協議程序，即由普通法院進行審理。審議過程:當受理訴願機關依據訴願法第83條為決定時，訴願人得將受理訴願機關所為之載明由原行政處分機關與訴願人進行協議之決定理由書，作為依據國家賠償法第10條第1項提起書面請求協議之附件，而賠償義務機關應自收受該書面請求後，即與請求權人協議；若賠償義務機關自提出請求後不開始協議，或協議不成立，程序上繼續適用單一法律，亦即適用國家賠償法第11條之規定，向普通法院提起損害賠償之訴，避免人民權利救濟適用法規之多重，應屬可能之解決方式。可能的適用疑問是，是否有國家賠償法第11條但書情形之適用？行政訴訟法第7條規定，得附帶請求損害賠償者，必須針對一個合法性仍具爭議之行政處分提出主訴，方得合併請求損害賠償或其他財產上給付。故依據情況決定已否確定，有相異之處理。不再爭執系爭行政處分的違法性，則不可能再依

據行政訴訟法第7條提起附帶損害賠償請求，則無須受國家賠償法第11條第1項但書附帶性規定之限，而得適用國家賠償法第11條第1項，此時即由普通法院審理。續行爭執系爭行政處分的違法性，則依據行政訴訟法第4條與第7條，提起撤銷之訴，並合併請求損害賠償之訴，由行政法院審理。

（2）協議之法律性質應為行政契約，故與協議相關之爭議應僅循行政訴訟程序

依據訴願法第84條由原行政處分機關與訴願人進行之協議，乃針對公法上法律關係進行認定協商。蓋原處分機關之所以需與訴願人進行協議，係為了一個違法行政處分效力之繼續維持，即基於公法上之原因，構成協議必要性；且原處分機關以給付賠償金，人民以承受違法行政處分存在與其所造成之既成事實，互為給付義務；倘協議成立，即以協議書設定賠償金額、賠償方式與賠償期間，依據行政程序法第148條規定，行政契約亦得具有執行名義之效力。故訴願法第84條由原行政處分機關與訴願人進行之協議，得認定係行政契約之締結過程，倘協議不成，應依據行政訴訟法第8條規定，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上之給付(行政契約性質之協議)，提起給付訴訟以為救濟。

2. 過失或故意之主觀責任要件的具備？

（1）損害內容：

行政機關違法行使公權力造成人民權利損害＝＞A損

害，適用國家賠償法第2條第2項前段，以公務員執行職務行使公權力，因故意過失不法侵害人民自由或權利，請求賠償。

（2）情況決定使違法狀態繼續，人民犧牲違法行政處分的排除權+承受既成事實之損害＝＞B損害，特別犧牲、無過失責任。

（3）情況決定之賠償範圍=A損害+B損害

再來說明情況決定與公務員保障事務之聯結：

一、現行法依據

(一)獨立的法條依據

92年5月28日修正公布的保障法第67條，仿自訴願法第83條之規定，只是將訴願法第83條第1項的 「受理訴願機關」更改為「保訓會」、「訴願人」改為「復審人」、「不當」強化為「顯然不當」；第2項亦延續第1項「不當」強化為「顯然不當」。保障法第68條亦同此理，修改審理機關與當事人，只是在協議之前，增加「賠償」兩字。保障法擁有獨立的「類」情況決定依據，毋須透過準用的方式，即得在遭逢情況決定之事實法律狀態下，直接運用保障法第67條與第68條進行處理。

（二）我國公務員保障制度與情況決定制度之關聯性

1. 公務人員保障制度之功能設定與情況決定制度之關聯

以保障法第1條條文內容觀察，保障法是很偏向公務人員權益保障的。公務人員保障制度設計的架構下，前述所說的A（違法處分本身之違法性）、B（伴隨該違法處分而

形成之公益）、C（受到該違法處分而侵害之人民權益）三種法益，會比較強調討論B及C法益二種法益。

2. 執行不停止原則之連結

會有情況決定的情形，就是因為行政處分具有執行力及存續力，保障法第89條中亦有執行不停止原則之規定。因此，當一個與公務人員相關的行政處分、管理措施或工作條件的處置，即使該公務人員已依保障法提起救濟，該行政處分、管理措施或工作條件的處置，並不會因此而停止執行。

3. 行政處分撤銷效力溯及性

二、實務案例分析:92年修法前的公務人員調任案例

對保訓會再復審決定91公審決字第0128 號，臺北高等行政法院所為之91年度訴字第5284號判決。本案於再復審決定程序中，依當時之保障法第22條準用訴願法第83條情況決定之規定而為決定。

（一）案件事實概要

原任臺北市社會局視察一職之某甲，該局於85年8月31日以北市社人字第49560號令，將某甲由薦任第8職等至第9職等視察調任為薦任第6職等至第7職等科員，並自同年9月1日生效，某甲不服，循序訴經行政法院（現改制為最高行政法院，下同）86年度判字第2877號判決：「再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷。」。嗣臺北市所屬社會局以87年3月10日北市社人字第8721209900號令，重行發布某甲調任為薦任第6職等至第7職等科員，並溯自85年9月1日生效。

某甲仍不服，於89年11月2日再向臺北市政府提起復審，台北市政府以90年5月9日府復字第9004845400號復審決定：「原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起30日內另為處分。」。其後，臺北市政府以90年7月6日府人二字第9008056500號令，將某甲由薦任第6職等至第7職等科員調任薦任第8職等至第9職等視察，並自同年7月5日生效。某甲以臺北市政府所屬社會局87年3月10日北市社人字第8721209900號令既經撤銷，其重為調任應溯自85年9月1日生效，並非自90年7月5日生效，臺北市政府以新任視察而非恢復視察方式處理，已使其經銓敘審定之官職等及支薪（俸級）受嚴重侵害等情，提起復審，經行政院人事行政局91年3月14日局企字第0910001425號復審決定：「復審駁回。原處分有關復審人調任視察部分不當。」。某甲不服，提起再復審，經公務人員保障暨培訓委員會91年10月1日91公審決字第0128號再復審決定：「再復審駁回。原處分違法。」某甲猶未甘服，遂向台北高等行政法院提起行政訴訟。

（二）保訓會與行政法院之不同主張

保訓會91年10月1日91公審決字第0128號再復審決定乃依據保障法第22條規定準用訴願法第83條情況決定之規定，認為某甲85年調任科員後，所遺視察職缺業已由第三人遞補，如遽予回復原狀所生影響並非僅及於再復審人權益，尚滋生同一職務同時有二人任用與銓敘等情事， 而與公務人員任用法規不符。故再復審決定中明確表示：「臺北市政府90年7月6日府人二字第9008056500號令與法固有未

合，惟如將其撤銷顯與公益相違背，應仍予以維持。」並於決定中明示：「惟考量再復審人因上開調任處分所受損害不應全由渠承擔，宜由原行政處分機關就該部分與再復審人進行協議。」

（三）臺北高等行政法院見解

臺北高等行政法院以91年度訴字第5284號判決表示：「按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，其保障亦同，行為時保障法第7條第2項定有明文，且公務人員對於服務機關或人事主管機關所為足以改變公務人員身分關係，或於公務人員權利有重大影響之行政處分，或基於公務人員身分所產生之公法上財產上請求權，係依保障法所定復審、再復審之程序（保障法於92年5月28日修正公布後，已無再復審程序），保障其權益，因此，原告所受調任處分經撤銷結果所滋生第三人任用與銓敘之問題，乃行政救濟必然之結果，否則，有關公務人員人事保障案件，尤其直接或間接牽涉第三人權益之人事保障案件，縱經行政救濟結果亦無任何實益，當非保障法之立法旨趣所在。從而，系爭處分經撤銷之結果，第三人應僅生其受調任處分之信賴保護而毋須撤銷或廢止該第三人之調任處分及其銓敘審定之問題而已，一再復審決定倒果為因，徒以系爭處分之撤銷將與公益相違背為由而作成情況決定，於法尤難謂合，應由本院將之一併撤銷。」

（四）分析

1. 涉及三個發生於不同時點之行政處分：

A.85年8月31日，將某甲由薦任第8職等至第9職等視察，

調任為薦任第6職等至第7職等科員之調任行政處分。

B.87年3月10日，重行發布某甲調任為薦任第6職等至第7職等科員，並溯自85年9月1日生效之具有溯及效力之行政處分。

C.90年7月6日，將某甲由薦任第6職等至第7職等科員，調任薦任第8職等至第9職等視察，並自同年7月5日生效之調任行政處分。

甲一再爭訟所欲達成之目的，係消滅第一個行政處分。甲之目的:自85年9月1日起，持續擔任薦任第8職等至第9職等視察之職。

2. 保訓會與行政法院之認事用法差異

保訓會所衡量之利益為：(a)某甲自85年8月31日以來被調離視察一職所受之公務人員職務降等之損害，其中包括：薪俸之減少(包含月薪與年終獎金)、年功俸計算之差異、退休金積分之計算、晉升機會之損失等等。(b)所遺視察職缺業已由第三人遞補，如回復原狀，將滋生同一職務同時有二人任用與銓敘等情事，此有違公務人員任用法規所維護之秩序。(c)某甲溯及85年8月31日重任視察一職，於85年8月31日到90年7月6日之間，因甲85年8月31日調任而職務進行調整之公務人員，都需要溯及85年8月31日而為調整，故受影響之公務人員都可能遭受職務調整之損害。保訓會之見解為(b)+(c)＞(a)，因此適用情況決定，維持違法行政處分之效力，並命臺北市政府與某甲就賠償進行協議。臺北高等行政法院顯然認為(a)＞(b)，且(b)即第三人之任用與銓敘問題，乃行政救濟必然之結果，與公共利

益並不相涉，至於(c)，由於判決理由中並未論及，只能推測臺北高等行政法院可能不以為此係重要相關之法益，故無加以衡量之必要。

再來是有關法國法類似處理方式之介紹，法國法與我國在行政程序或行政訴訟上，存在極大邏輯上的落差，其差異如下：

一、制度的差異

（一）行政爭訟制度的差異

1.行政法院之二元功能

法國法院和我國相同，分為普通法院及行政法院，但法國行政法院分為地方行政法院、高等行政法院及最高行政法院3級。法國行政法院是兼具司法性與行政性，除職司行政審判功能外，各級行政法院仍擔任各級政府行政諮詢與建議之功能。而地方行政法院通常是擔任地方行政機關行政諮詢的功能，例如：馬賽市政府要訂定一個行政命令，但對該行政命令是否合法存有疑義時，就可將該行政命令送到當地的地方行政法院，由地方行政法院告知馬賽市政府所送之行政命令是否遵守依法行政原則。這種情形，在法國的各級行政法院都可以做，在我國是無法想像的情形。

中央行政法院（Conseil d'Etat）在法國大革命時代就已經創設了，距今已有超過200年的歷史，擔任中央行政機關行政諮詢的功能，常事先提供各級行政法院頒布行政命令前的法律諮詢及意見，如認為行政機關的行政命令有違法問題，行政機關通常會接受並修改，故中央行政法院的功

能非常重要，具備有前導行政實務發展之功能。另法國在行政法院法官來源與養成部分，和我國也有很大的差異，其中一個管道是國家行政學院，是法國最重要的高階文官培訓機構。法國的行政法院法官通常都先在行政機關服務過，有行政機關的實務經驗後，再到行政法院。因此，所做出的判決，比較能兼顧人民與行政機關的立場，比較能讓雙方接受。

2.訴願程序原則任意性與例外強制訴願之效力

（1）非具備強制性的訴願制度

一般而言，訴願並非法律強制的法定程序。其性質上近似人民與行政機關的調解程序（conciliation），使人民與行政機關在對簿公堂之前，建立一個友善機會，說服行政機關重新考慮以改變原行政行為。依據人民請求之對象不同，訴願又可分為：向原作成行為之行政機關提起訴願，稱為「恩典訴願」(recours gracieux)和向原作成行為之行政機關的上級行政機關提起訴願，稱為「階層訴願」(recours hiérarchique)，不論人民提起恩典訴願或是階層訴願，都具有推遲（proroger）爭訟期間的效力。

（2）例外：強制訴願

在法國提起訴願是要付費的，又為因應訴願案件之日益增加，因此有強制訴願程序制度之設計，主要希望協助人民在較短且花費較少之程序中獲得權益之滿足。未來強制訴願制度可能的一般性規定：

A.法國訴願決定機關所做出的決定是一個新的決定，

會取代原行政處分，訴願人若提起行政訴訟，將不能再爭執原行政行為，而只能針對新的訴願決定進行爭執。

B.訴願審議機關不斟酌原行政決定發生時之情狀，而是以作訴願決定當時之情況為判斷時點。

C.訴願審議機關擁有重為原行政決定之權。

D.訴願程序之提起擁有推遲行政訴訟期限之效力。

E.當事人未於訴願程序中提出之攻擊防禦方法，行政訴訟中仍得提出。

對我國之啟示：直接賦予訴願審議機關逕為新行政處分之權力，既可避免違法行政處分效力繼續存在的反合法性原則之狀況存在，又仍得對於已發生之損害部份另為處置，似乎較逕採情況判決更為妥適。

3. 訴訟種類之歧異

法國訴訟種類分為4種：1.制裁之訴2.解釋之訴3.撤銷之訴4.完全之訴。前二種訴訟種類在今天的講題中適用的情形較低，故今天主要介紹後面二種訴訟種類。

（1）撤銷之訴（逾越權力之訴）：乃請求法官確保單方行政行為遵守規範階層之合法性原則，倘法官認為該行政行為違反合法性，只能撤銷該違法的行政行為。

（2）完全之訴：法官被認為擁有完全的權力，不僅可以審查受審查之行政行為是否遵守合法性原則，決定是否加以撤銷，或宣告行政契約無效，亦可以判決直接變更系爭行政行為之內容，甚至決定對人民之損害賠

償。此等訴訟在性質上是為了請求人主觀上權利受損而提起，且法院之判斷時間基準點為作判決之當下。由法國行政訴訟種類之態樣即可知，法國的行政訴訟相當強調法規維持說，即使在個人的主觀權利尚無明顯被侵害的狀況下，人民仍得單純對於違法的單方行政行為提起撤銷之訴。

事實上，當人民以提起撤銷之訴而進行訴訟時，行政法官只被賦予違法撤銷或合法不撤銷的權力，沒有其他的選擇可能性，自無所謂宣告單方行政行為違法，卻不加以撤銷，繼續維持該違法單方行政行為效力之情形。與人民主觀權利相關的完全訴訟，儘管與我國的訴訟種類較為相近，但完全訴訟乃以單方行政行為之合法性為其審查之前提，自不可能一方面宣告單方行政行為違法卻予以維持，另一方面繼續審查人民權利受侵害之情狀。

（二）公務人員保障制度的差異

1. 爭執之客體不同

公務人員得爭執之對象不限於行政處分，即便是一個「偽裝的不當處置」，亦得為行政爭訟。例如：某行政機關長官不喜歡第1科的甲科長，希望甲科長能離開該機關，其明知甲科長與第2科的同仁處不好，就將甲科長調到第2科當科長，表面上職等是相當的，甲科長公務員身分或權益並未遭到侵害，但因甲與第2科的同仁處不好之故，導致甲最後不得不申請調職，該機關長官遂達到使甲科長離開機關之目的，這種情形亦得為行政爭訟。

2.制裁作成程序不同

當公務人員受到其所屬或其上級行政機關所為之確定紀律措施前（除了申誡與警告此二最輕微的懲處之外），首先得請求傳遞所有與其相關的行政文件;其次得請求紀律委員會的介入審查。紀律委員會為一個行政機關內部的行政性同數委員會，由機關以及被指摘之公務員同職等或高職等之公務員代表各半數組成。由機關內的行政同數委員會主席擔任紀律委員會主席。被指摘之公務員不得要求事前被告知紀律委員會之組成名單，但其得參與紀律委員會之調查過程。必須獲得委員會至少3/4之多數方得做出決議。該決議轉知處罰權力機關參酌，倘處罰權力機關為與委員會相反之決定，必須附加理由並通知紀律委員會。

3. 受懲戒或處置後之救濟程序

以行政訴訟為主，其他爭訟程序為輔（1）向作成處分之行政機關提起「恩典訴願」或向上級行政機關提起「階層訴願」(2）依據公務員身分之不同，向中央、地方或醫事最高公務員制度審議委員會提起訴願。國家最高公務員制度審議委員會：總理為本會之主席，共包含40名成員，其中20名為行政部門代表，另220名則為代表性公務員工會代表，主要審理國家公務員之一般、全體性問題。地方最高公務員制度審議委員會：由三級地方自治團體：大區、省、市鎮之地方議員與代表性公務員工會代表共同組成。若地方或醫事公務員向審議委員會提起訴願，具制裁權機關不得為較訴願決定更不利之處分。以上兩種爭訟程序皆非強制。

二、類似狀態的解決

(一)執行不停止原則之衡平措施

法國的執行不停止原則在2005年有重大變更，執行不停止的態樣變成多種，比較容易達到暫時停止行政處分效力的結果，使得會適用情況決定的情形下降。

(二)撤銷行政處分效力的調整

1. 回溯性效力的調整

法國以往和我國一樣，撤銷行政處分，其效力是回復原狀，如同行政處分從來沒存在過一樣。在本世紀初，一位法國相當有名的行政法學者曾說過，經過相當的時間之後，行政法院會發現僅能選擇撤銷或不撤銷行政處分的權利是不夠的，無法真正去處理許多複雜的行政法律關係。法國在2004年有一項重大變更，就是行政法院在受理某案件後，假設該判決結果是要撤銷行政處分，但若行政法院撤銷該行政處分回復原狀，卻會造成公益更重大之損害時，行政法院可指定撤銷的時間。例如，我們在前述所提及公務人員調任的案例，85年的調任處分，到90年時才回溯說85年的處分要撤銷，但這5年間的時間該如何處理呢？在法國作法，還是會撤銷85年的行政處分，可是撤銷的效力是從90年開始算起，就是用時間來調整。

2.行政法院的指令與協助

如同前述，法國行政法院的組織與法官的養成與我國不同。在某些狀態下，行政法院可在判決當中具體指示行政機關要怎麼做，這點和我國行政法院的判決不一樣。在法國就是透過行政法院的指令與協助，具體化的指示行政

機關接下來應該怎麼做，行政機關知道接下來該如何作為，就可降低其違法的可能性。

(三)國家責任

在與公務員權利相關之案例中，倘事後於行政爭訟階段發現先前之調任、降級等懲戒處分違法不當，因為法國法認為此狀況並不構成無法回復原狀之情狀，因此均以恢復原職、補發薪資等等措施進行回復原狀之補救。

因為情況決定是一個違反依法行政原則的例外狀態，而允許一個違法的行政處分存在，對於號稱為法治國的我們來講，是一種奇怪的狀態。因為有公益性的存在，所以讓這個違法的行政處分繼續存在，但在維護依法行政原則以保障人民權益之前提下，仍須審慎使用情況決定。如對公務人員的行政處分會有對公益有重大影響的狀態，可能是保訓會在適用保障法第 67 條及 68 條時，必須要特別留意的部分。

三、公務人員保障暨培訓委員會 98 年度法制專題講座

壹、 時間：民國 98 年 6 月 12 日（星期五）

貳、 地點：本會 7 樓會議室

參、 講座：臺灣大學法律系蔡宗珍副教授

肆、 題目：違法行政處分之撤銷

大家好，我今天要講的主題是行政法總論的基本問題－違法行政處分的撤銷。各位手上都有一份有關這個主題的完整大綱，但由於時間有限，無法就大綱內容逐一詳細說明，只能選擇一些比較重要的部分來討論。以下我們先就行政處分撤銷的基本概念內涵作整體性了解，之後再挑幾個重點討論。第一個重點是行政處分的解消以及後續救濟程序的問題，尤其是確認行政處分違法訴訟；第二個重點是競爭者訴訟的問題；第三個重點則是行政程序法第 117 條和第 128 條的關連性與適用問題，這個問題可說是行政程序法施行以來還不太為人所知的問題之一。

一、行政處分之撤銷與廢止之區辨

在進入我們的主題，亦即行政處分之撤銷問題前，有必要先就用語問題作個檢討。

行政處分及其撤銷、廢止的概念源自德國：合法行政處分可加以「廢止」，而使其向未來失效；違法行政處分則在「撤銷」後，溯及既往失效。到現在仍有學者認為這樣的「廢止」、「撤銷」的用語是不對的，甚至認為是錯誤的翻譯。也有人認為「撤銷」一詞，未必跟「廢止」一詞有

實質性的差異。但須強調的是，此類用語問題在行政程序法制定施行前，也許還有討論的空間，但現在行政程序法已經作了明確的規定：違法行政處分得予以「撤銷」(行政程序法第 117 條第 1 項)；合法行政處分則得予以「廢止」(行政程序法第 122 條、第 123 條)，因此已無爭論相關用語之意涵或妥當性之必要性與意義。

「撤銷」係針對違法行政處分，而「廢止」只能針對合法行政處分。「撤銷」是法律行為，行政處分經撤銷而失效與行政處分之解消或因其它事由而失效不同之處在於：撤銷是有權機關或法院本於其職權，對先前一個已生效，但具有違法瑕疵的行政機關之行政處分加以推翻，是以一個新作成的有權行為，對抗並取代先前違法有瑕疵但有效之行政處分的國家權力作用，先前的行政處分效力因而完全被排除，因此行政處分之撤銷原則上是溯及既往失其效力。這樣的作用是行政處分之廢止所沒有的。

行政處分之「廢止」的效力僅在於阻止合法有效且無瑕疵的行政處分繼續生效，故合法行政處分廢止後，原則上只能向未來失效。法定唯一的例外情形，係在授益行政處分附負擔，而受益者不履行該負擔，致該授益處分受廢止者，得溯及既往失其效力(行政程序法第 125 條)。除此之外，一定是自廢止時起或自廢止機關所指定較後之日起，向未來失效。其理由在於，廢止係針對先前一個合法有效的行政處分所為，該行政處分既屬合法有效，自無從以另一個行政處分溯及既往地加以否定或推翻其曾有過的合法效力，而只能終止其繼續生效。

「撤銷」與「廢止」用語意涵的混亂，也出現在行政專法中，常見的是針對合法行政處分不欲使之繼續生效的情形，法律用語使用了「撤銷」一詞，如土地徵收條例明文規定的「撤銷徵收」；或是原應屬於違法行為之撤銷的情形，法律用語卻使用「廢止」一詞。土地徵收條例所規定的「撤銷徵收」，指的並不是違法徵收處分之撤銷，而是在法定事由發生後，需用土地人終止被徵收土地之利用，返還該土地於原所有權人，回復未徵收時之狀況，究其內涵，其實比較接近針對合法處分所為之廢止的情形。土地徵收條例將這種廢棄已完成之合法徵收的情形，稱為「撤銷徵收」的結果，實務上往往與人民訴請「撤銷」違法徵收處分之情形相混淆。如果土地徵收程序、徵收處分具有違法瑕疵，那麼就可能涉及違法行政處分之撤銷問題，而不是土地徵收條例中所稱的「撤銷徵收」問題。這兩種程序的審議機關、法定程序以及後續救濟程序之規定，皆有不同：若不服徵收處分，法律定有一套救濟程序，須在公告一定期限之內聲明異議，再提起訴願、行政訴訟；且相關爭議是土地徵收審議委員會審議。若是「撤銷徵收」的話，程序則幾乎完全不同且更為複雜。撤銷徵收必須由需用土地人向中央主管機關申請，土地所有權人雖亦得向該管地方政府請求，但若該管地方政府認為請求有理由時，仍須由需用土地人向中央主管機關申請，處理程序上完全不同。由於法律明文規定中所使用的用語不同於一般用語意涵，在實務運作上即不能拘泥於一般理解的文義，而必須探求法律真意所在，以免誤導。

此外，實務上與法律規定偶而也會使用「註銷」一詞。

嚴格來說，「註銷」並不是一種法律行為的態樣，其法律性質要根據其內涵分別以觀，可能是撤銷處分、廢止處分或只是一種事實行為。譬如：行政程序法第 130 條第 2 項，在行政處分經撤銷或廢止之後，如有證書或物品不想要繳還，可請求有權機關為「註銷」之標示，這並非再次撤銷或前經撤銷或廢止之處分，而只是一種事實行為。由此可知，立法者所使用的註銷一詞，須分別探究其法律性質，而不應一概而論。

「失效」或「失其效力」也是同樣的情形。行政處分經撤銷後、合法行政處分經廢止皆會使得行政處分失其效力，所以我們也可以說撤銷處分、廢止處分皆是失效性處分。是此，失效、失其效力就不應該認為是一個獨立的法律概念，失效的原因、行為要獨立的加以定性，失效的原因可能是撤銷、廢止，也可能是行政處分效力解消、消滅，因而失去它所有效力。

二、違法行政處分的通常撤銷與非常撤銷

接下來談到行政處分撤銷的態樣與要件。在此我將違法行政處分之撤銷分為通常撤銷與非常撤銷兩種情形，與一般行政法教科書的體系不太一樣。行政處分的通常撤銷，指的是依行政程序法第 117 條所為之撤銷；行政處分的非常撤銷，則是依行政程序法第 128 條所為之特殊態樣，意即程序再開之後的撤銷。為何稱為非常撤銷？因為行政程序法第 128 條程序再開有點類似訴訟法中之再審，亦即合於法定要件時，允許處分相對人或利害關係人請求重新開啟已終結的程序，這是很例外的情況，而且在程序再開

之後，對於原處分的處置方式不只是撤銷，亦可以是變更、廢止原處分。

三、行政處分之撤銷的要件與有權撤銷者

談到行政處分撤銷之要件，首先要注意是否符合形式合法要件之要求。形式合法要件不外於是管轄權、形式與程序等方面的要求。特別一提的是，得為違法行政處分之撤銷的有權機關為何？在給各位的違法行政處分之撤銷的一覽表那張圖表中，已把所有的有權機關列出來。依照法律規定，違法行政處分撤銷的主體（撤銷權的主體）有 4 大類，如下述：

（一）原處分機關：原處分機關在合於法定要件時，得撤銷違法行政處分。原處分機關對違法行政處分之撤銷，與其餘 3 個亦得撤銷違法行政處分之機關最大不同之處在於行政程序法第 117 條規定而本於職權撤銷外，尚可能因處分相對人或利害關係人依行政程序法第 128 條請求程序再開後撤銷。為什麼要特別強調這一點呢？因為程序再開後，若要撤銷原行政處分，只有原處分機關可以為之，這是行政程序的重新開始，所以上級機關不能為程序再開後之撤銷，因此行政程序法第 128 條沒有如同第 117 條般納入上級機關亦得撤銷違法行政處分規定。這也涉及到第 128 條之請求程序再開的性質。對照第 117 條來看，第 117 條依通說所支持的見解是有權機關本於職權而為違法行政處分之撤銷，而本於職權的違法行政處分的撤銷，當事人是沒有所謂主觀公權利

的。當事人的主觀公權利是要表現在法定救濟程序中，他可以提起訴願，亦得向行政法院依法提起行政訴訟請求撤銷原處分，但不能直接向原處分機關要求自行撤銷違法行政處分。在此所謂「不能」的意思，係指若原處分機關拒絕為撤銷，不應視為是一個新的行政處分，因為人民並沒有依據第 117 條來請求撤銷行政處分的權利。但第 128 條的規定則有不同，我認為要作不一樣的解釋。我認為第 128 條應該要解釋為人民的主觀公權利。關於這一點我們待會再討論，我自己在想法上也有變化，一開始我也是認為不應該讓當事人有這樣一個權利，但現在行政法院的態度也是往這個方向走，認為人民依 128 條來提起程序再開，原處分機關有處理的義務，這是人民的主觀公權利，有沒有程序再開之事由，或程序再開後是否改變原處分等是另外一件事，但是請求程序再開是人民的權利。以上是由原處分機關撤銷違法行政處分的兩種情形。

（二）原處分機關之上級機關：行政程序法第 117 條賦予原處分機關上級機關得為撤銷，上級機關得為撤銷者，主要是針對法定救濟期間經過後的違法行政處分。這裡有一個不是很重要的爭議：亦即若法定救濟期間尚未經過，如書面行政處分送達後尚未滿 30 日，上級機關便發現該處分有問題，可不可以即時為撤銷？抑或一定須等到法定救濟期間經過？於此，第 117 條的救濟不應該用形式文義解釋。其實這個條文在德國行政程序法上有一個很重要的字

「也」，而我國第 117 條的規定少了這個字，德國的規定是「法定救濟期間經過之後，原處分機關及其上級機關亦得撤銷違法行政處分」，我們的條文漏了「也」字。但從法理來看，我認為應作同一解釋，這只是一個小問題，並未形成一個大的爭議。如果會形成爭議，想必是在授益處分之撤銷的情形，因為這將涉及到當事人是否得以主張信賴保護的問題。如果法定救濟期間還未經過，原處分機關或其上級機關就發現這個授益處分作錯了，趕快在法定救濟期間內予以撤銷，則受益人可否主張信賴保護？如果要講一字之差會產生爭議的話，問題應該會是出在這裡。因為按照第 117 條之文義解釋，法律救濟期間未經過前，對原處分本來就可以隨時撤銷，既然可以隨時撤銷，即便是授益處分也沒有所謂的信賴保護的問題，意即人民主張的信賴保護起點還沒有開始起算，這就是一字之差在個案上可能產生這樣的差異。

（三）訴願機關、復審機關：訴願決定或者正當的程序，譬如：保訓會的復審程序或者包含一些性質上法律未明文規定將它界定為是訴願的先行程序，有權機關也可以為撤銷。爭議審議機關不管是單軌制或是雙軌制（如農保、勞保都是採雙軌制），在爭議審議之後，仍可提起訴願，或是不經爭議審議提起訴願，可是像國民年金的相關問題，有些事項即明定要先經爭議審議審理之後才可提起訴願，在此種情況下當然爭議審議機關亦屬廣義救濟程序的一環，得撤

銷違法行政處分。

（四）行政法院：行政法院以判決撤銷違法行政處分，係依據行政訴訟法第 4 條或第 5 條規定。行政訴訟法第 4 條是撤銷訴訟、第 5 條是課予義務訴訟，兩條適用範圍很不一樣。早先有人主張提課予義務之訴前，一定要先提撤銷之訴，而變成第 4 條與第 5 條的訴訟要一起提，我個人認為如此是多此一舉。第 4 條與第 5 條應該代表兩種不同的訴訟類型，彼此間應具有排他性。無論如何，如果是向行政法院請求撤銷違法行政處分，只能提起第 4 條撤銷之訴或第 5 條課予義務之訴，其他行政訴訟類型是無法要求法院撤銷行政處分的。

須強調的是，不管是廣義救濟程序中的哪一種，訴願程序、相當於訴願程序或行政法院判決，若要撤銷違法行政處分都有一個非常重要的要件--行政處分必須效力還未解消，意即行政處分還未消滅，才能夠請求為該行政處分之撤銷。這是因為所要撤銷的是一個公權力「有效」的意思表示，仍有效力才能撤銷。如果一個欲請求撤銷的公法上意思表示已經沒有效力、失所附麗了，縱使它曾經一度存在，也無從請求以另外一個行政權或法院判決的介入來終結其效力，因為這個行政處分的效力已經喪失且不存在了。因此在行政救濟程序中，當事人訴請撤銷行政處分有一個當然要求的前提，即該行政處分還處於得為撤銷的狀態，也就是還有效力可被撤銷的狀態，否則該行政處分已無法再為撤銷。什麼情況之下行政處分已經不得再為撤

銷？簡單地說，該行政處分的效力已經完全不存在，或是效力內涵已完全實現，該行政處分已經沒有任何存在的價值，該處分因而徹底歸於消滅的時候。違法行政處分效力解消而歸於消滅後，已無法再訴請撤銷，但是仍有其他的救濟管道存在。

另外想補充的一點說明是，關於有權撤銷機關，行政程序法第 117 條第 1 項授予原處分機關的上級機關得為撤銷，法律用語是「上級機關」，並沒有限定是「直接上級機關」，所以在解釋上應該可以越級撤銷，尤其是在涉及第三、第四級機關的時侯，越級撤銷是有可能的，只要是屬於在同一個指揮監督體系下，彼此具有上下隸屬關係之上級機關，就可以撤銷下級機關之行政處分。但如果談到獨立機關，我認為第 117 條規定即須作限縮解釋，獨立機關之上級機關理應不得援引第 117 條的規定而撤銷獨立機關所為的處分，因為獨立機關的獨立性不是表現在人事，也不是表現在不受合法性監督，而是表現在實質內容的職權行使上，於此範圍內獨立機關之決定不受上級機關之干預，因此第 117 條所稱之原處分機關的上級機關得為原處分機關之違法處分的撤銷這一點，我認為要作限縮解釋，不應包含獨立機關之上級機關。但獨立機關所為之行政處分是不是當然可以排除訴願法的適用，我認為這又是另外一個問題。獨立機關所為的處分如果沒有經過聽證程序，是不是應該要由行政院來受理訴願？還是像國家通訊傳播委員會（以下簡稱 NCC）現在的作法，自己設立一個訴願會，自己審議不服其所為處分之訴願案？對照另一個獨立機關行政院公平交易委員會觀之，該會的行政處分現在還

是由行政院（訴願審議委員會）審議。關於這個問題，如果想要以第 117 條的限縮解釋結果改變訴願管轄範圍的話，我覺得是一種謬誤。如果認為獨立機關行政處分的後續救濟程序不應該等同一般行政機關行政處分的救濟程序者，必須立法明文規定，否則在我國實難合於現行訴願法的規定。今天通訊傳播委員會所主張的，「獨立機關的決定應該不受行政院訴願會的監督」，其實是很難在法理上站得住腳的。如果說所謂不受行政院訴願會監督指的是「妥當性監督」的話，基本上是正確的，但是無法排除行政院（以訴願程序進行）的「合法性監督」，因為訴願會的合法性監督，在憲法上甚至是訴願權的一環，是我國憲法的一種特殊規定，讓訴願權的保障跟訴訟權的保障並列，並以訴願強制主義（訴願前置主義）的訴願制度造成人民行使訴訟權的門檻限制。正因為我們採取的是訴願強制主義--這當然是一個我國特有的制度，且很值得商榷，但在修憲修法之前，我認為縱使以後對第 117 條作限縮解釋，排除獨立機關之上級機關對於行政處分之合法性判斷和干預實質決定，也不能用同理來排除訴願法的適用，這是附帶的說明。

再次說明的是，行政處分的撤銷，是一種法律行為，不同於行政處分的解消，可能因為某一特定事實的出現而生，行政處分的撤銷不可能由事實行為來完成，一定是一個法律行為。廣義的法律行為包含行政機關的公法上的意思表示以及法院的判決，故只能夠是行政權或司法權的意思表示，這是撤銷原屬有效之行政處分的一個很重要的前提概念。

行政處分被撤銷的另一個前提要件是行政處分成立且生效，未生效前的行政處分無法成為撤銷的標的，而無效的行政處分自始不生效力，當然毋須撤銷，亦無從撤銷。行政處分的無效和違法行政處分的撤銷，是兩條平行線，不可能同時併存。問題是，行政處分無效的原因事由，雖然在行政程序法第 111 條設有明文規定，但該條所定各款事由解釋上並不是都沒有爭議，尤其是第 7 款的概括條款「其他具有重大明顯之瑕疵者」，實務認定上常滋生爭議。又，除了是否該當第 111 條的規定而使行政處分無效會有疑義外，現行相關制度設計也會使得行政處分究竟是無效，還是有效但得撤銷？因有多頭馬車般的判斷機制存在，因而易生歧異。這是因為我們另有一道獨立的行政執行程序，這個行政執行程序若涉及的是公法上金錢給付義務的執行，是由法務部行政執行署的行政執行處來執行，而現在實務上遇到一個很大的問題，是行政處分到底是不成立？無效？還是僅是違法有瑕疵而已，未經撤銷前其效力繼續存在，因此仍得為執行之名義？行政執行處對此究竟有無獨立的判斷權限？還是應尊重訴願機關的判斷？如果訴願決定作成前即已發動執行程序，此時又應如何處理？這裡對行政處分就有幾組人馬可能加以判斷：原處分機關是一組人馬，緊接著是訴願機關或是相當於訴願程序的有權機關，後面有行政法院（有時還有國家賠償程序的普通法院）作司法救濟時的判斷，而這中間另外還加了一個執行程序。我國的制度是採取行政救濟程序原則上一律不停止執行為原則，最常見的情況是在訴願程序中或是在法院的救濟程序中，行政執行機關已經為相關處分的執

行，且因為行政執行的救濟程序跟本案的救濟程序係採嚴格區分的制度，所以現在實務上和大部分的學者也認為進入行政執行程序中，就只能依照行政執行法第 9 條先行聲明異議，縱使是屬於執行程序中的執行處分，也必須先聲明異議，之後才視各該執行行為之性質，另循適當的救濟方式，但即便涉及執行處分而得認為對此於聲明異議後，還可以提訴願、撤銷訴訟的救濟方式，這道救濟程序也不是本案行政處分的救濟程序，只能夠聲明異議。而行政執行程序中當事人聲明異議時，若執行機關認為無理由時，只要往上呈報，然後還是可以繼續執行。

由於我們對於執行程序及其救濟採取這樣獨立運作的模式，只要執行程序一開，執行機關對於原處分機關原處分的認定和操作就是另外一件事了。實務上，原處分機關、訴願救濟機關、行政執行官、法院角色與功能各有不同的結果，常發生原處分機關或訴願機關認為這根本不是行政處分，認為是無效的行政處分，或認為這不符合行政處分的要件，是一個事實行為而不受理，但不受理的同時，行政執行處已經以之為行政處分而開始執行。此時的救濟程序往往會變得很複雜。也因為這樣的事實運作，很多訴願機關現在都有一個不得已的作法，也就是對於那些照道理應該是無效的行政處分，將之視為違法有瑕疵得撤銷的行政處分，以撤銷的方式來處理。如果訴願機關撤銷原處分，而不認定為無效而不受理的話，至少執行處是受訴願機關此等決定之拘束的。如果行政執行在先，之後原處分才被訴願機關撤銷，仍是要以有權機關（訴願機關）的撤銷為準，除非訴願決定又被法院撤銷，例如依行政訴訟法第 4

條第 3 項起訴的情形。因此訴願機關撤銷原處分的決定即可事實性的杯葛執行處另為判斷的空間，讓當事人不用去面對多頭馬車無所適從的狀況。但此等作法的代價是，可能使得許多法理觀念受到挑戰或破壞。

行政處分無效的情形本來就是極例外的狀況，之所以必須承認此種例外的狀況，就是因為如果行政機關公權力行為表現在外所顯示的瑕疵，已經重大明顯到甚至無庸調查證據便一望可知時，像這樣的瑕疵就應該認為公權力根本就沒有行使過，是無效的行為，這樣的無效是自始當然確定無效，任何人皆得主張其無效。因此，若形式上存在的行政處分已經是這樣的狀態，而還以另外一個行政處分來加以「撤銷」的話，該行政處分嚴格來說，其實已經是一個處分標的不存在的違法行政處分或甚至是無效行政處分。又，主張行政處分無效應循另外一套救濟方式，當事人只能夠請求原處分機關確認無效，接著再向法院提起確認行政處分無效之訴，不是撤銷之訴。

總的來說，限縮行政處分無效的範圍，實務操作上法律關係相對比較明朗（非經撤銷的違法行政處分均有效），但多少影響法理上的一貫性與合理性，但也降低對行政機關合法性要求的門檻。因為行政機關所為行政處分如果是違法有瑕疵，但撤銷前仍為有效的話，至少要是非無效的行政處分，因此若本質上根本是無效的處分，卻又將之視為違法得撤銷的處分，基本上便降低合法性的要求。然而，這種法理上的考量，現在就很難被徹底照顧到了。舉例來說，書面處分既然是表彰原處分機關公法上的意思表示，

行政程序法規定得很清楚，必須要有原處分機關和首長的印章，就是俗稱的大印、小印，這是依印信條例列管的印信，不能隨便刻用。後來常常發生地方政府或內部單位用條戳來代替大印、小印，行政處分書上如果未顯示正式的印信，如違章建築的拆除處分，或是兵役體位的認定通知書，人民如何能知悉那是有效的公法上意思表示？因此，嚴格來看，應蓋正式的印信卻只蓋路上隨便刻的條戳的話，該處分應該是無效的。可是如果嚴格地將之視為無效處分，而行政執行機關卻將之視為有效行政處分時，反倒是人民得承受不利益了。因此，訴願機關兩相權衡，便有可能將之視為違法行政處分而加以撤銷，以免人民蒙受雙重不利益。例如，內政部訴願會過去多將僅蓋條戳的不利益處分通通予以撤銷。值得一提的是，這些案例中有幾個爭議陰錯陽差地進到行政法院，有行政法院法官卻認為行政處分書蓋條戳的瑕疵沒有大到必須予以撤銷的程度，認為他的瑕疵程度尚未及於無效的程度，由此也可以看出行政處分效力的判斷在實務上存在很多爭議，認真說起來，這和法學層面比較無關，而是實務運作的問題。

四、行政處分的解消（消滅、解決）

行政處分解消，指的是行政處分的效力完全喪失，這個行政處分本身就應該已經消滅，縱使有個形體存在，譬如書面行政處分在解消之後，書面的公函還在，但該行政處分在法律上所界定的行政處分效力已經完全失所附麗了、失效了。所以行政處分解消後，無從為撤銷，這是行政程序法制定之後，配合行政救濟法的修正，一個非常非

常重要，且在行政法學中早就是一個應該要有的觀念。但因為我們以前沒有行政程序法，也沒有一個完善的行政救濟制度，所以大家就將就比較不計較理論層面的要求。行政訴訟法修正以及行政程序法施行前，實務上根本也沒有行政處分解消的概念，因為如果將它當作行政處分解消的情形來處理的話，在 89 年 7 月以前根本無從救濟。有 1 個案例現在還在打再審，在新制之前，公費留考的時候，有 3 位候選人通過筆試成為口試候選人，大家競爭 1 個名額，其中有 1 位口試委員是應試者之一的碩士論文指導教授，結果這個名額就是被該生取得，事後落榜 2 人中之其中 1 人發現上情而提告。這訴訟進行了很多年，獲錄取者跟教育部簽訂契約，人也前往德國念書，博士也差不多拿到了，當初落榜者還在爭執公費留考口試程序的爭議。當年落榜學生發現口試委員跟錄取者有師生關係時，開始打行政爭訟，當年還是訴願、再訴願，只有撤銷訴訟的年代，像本件這種情形是典型的競爭者訴訟，大家競爭的名額落入其中 1 人之手後，其他人落榜，如果沒有設法撤銷獲錄取者的資格者，其他落榜者根本無從取得該名額。因此，落榜者的未獲錄取通知本身已無從直接成為行政救濟的標的，該處分已因獲錄取資格之決定而解消了。該落榜的學生只能以利害關係人的身分爭執他人獲得錄取的決定，請求撤銷此一錄取決定，那他才有機會奪回該資格，這就是典型的競爭者關係與競爭者訴訟。後來的問題在於，對於獲錄取者的錄取處分會不會因為公費契約的締結，雙方也行使相關的契約權利，甚至都已經讀完書回國服務而解消？這個問題有討論的空間的。可惜的是，現在行政處分的解消、

行政處分的消滅的概念還不是很清楚，我們待會還會再回來談一下這個問題。

五、行政處分撤銷的時點

接著要跟大家討論的是撤銷的時點，這個問題也存有爭議。得為違法行政處分的撤銷，要有行政處分的存在並生效，且還沒有喪失效力，在中間這一段期間中，行政處分才能夠被撤銷。所以，首先行政處分必須要成立、生效。

緊接著的問題，是行政程序法第 117 條規定法定救濟期間經過後，違法行政處分亦得由原處分機關加以撤銷，那法定救濟期間尚未經過的話，是怎麼樣呢？當然不能解釋成原處分機關不得撤銷，一般的看法是，法定救濟期間若未經過，原處分機關可以隨時撤銷。現在的問題在於，授益處分信賴保護的主張在法定救濟期間尚未經過時，能不能主張？這是一個附帶性的問題。除了這個問題之外，得為撤銷的時點必須是行政處分得撤銷且撤銷的除斥期間還沒有經過，第 117 條的這個權利是被第 121 條的除斥期間直接限定的，但是第 121 條的規定是有點玄機的。如果我們將它跟第 128 條來比對的話，第 121 條的規定給了原處分機關或是上級機關一個非常非常大、有利的運作空間，因為第 121 條第 1 項規定，自原處分機關或其上級機關「知有撤銷原因時起 2 年內」得為違法行政處分之撤銷，很明顯地漏了一個我們民法到行政法通常在規定撤銷形成權行使之除斥期間時，會有的自事發時起若干時間便絕對不能再予以行使的限制性規定。如第 128 條第 2 項就有類似規定:「但自法定救濟期間經過後已逾5年者,不得申請。」

第 121 條第 1 項的規定模式，現在基本上都被理解成是立法者有意的省略，而不是法律漏洞。因為除斥期間是強行規定，有法律保留的適用。很明顯可以看到第 128 條涉及的是人民的權利，第 117 條加第 121 條則不是人民的權利，而是行政機關的職權。因此，立法者對行政機關的職權行使沒有設限，但對人民權利的行使則加以限制。立法規定方式不同，所帶來的差別是很大的。舉個簡單的例子，前陣子周◯蓁案很多涉案的警官，現在都已經無罪定讞，期間已經歷經 10 年左右。當時很多警察被停職，甚至有些依公務人員考績法被免職，這些都是行政處分。當時會停職、免職，都是根據他們涉入這個案件，甚至有好幾審都是判決有罪，現在無罪定讞，已經超過 10 年了，第 128 條第 2 項規定的影響在這裡就可以很明顯看出來。當事人基本上已無法申請第 128 條的程序再開了，因為自原處分法定救濟期間經過後，早已逾 5 年了。相對於此，第 121 條的規定是原處分機關於知悉時起 2 年內，均得本於職權撤銷違法行政處分，不論知悉再晚、原先行政機關不知情是否有可歸責事由等等，皆在所不問。但何謂知悉？實務上一般都承認刑事判決確定可作為知悉時起算時點。所以這些周◯蓁案被停職的警察無法主張程序再開，但原處分機關或其上級機關卻還有可能本於職權撤銷原處分。這樣的制度設計並不是沒道理的，因為第 117 條是本於職權，公益維護乃最優先的考量，第 128 條既然是給人民一種體制內挑戰公權力決定的機會，這種權利存續的期間當然不宜太長，以免阻礙公益與法安定性。

原處分機關或其上級機關本於職權撤銷違法行政處分

之情形，實務上爭議的焦點往往集中在行政程序法第 121 條得為撤銷的期間。在農保的資格審議案件中，爭議就很大，但現在實務上還沒有對這個問題有太大的關懷。農保這種社會保險要求要有特定身分資格始得加保，常見的是投保單位將投保案送到勞保局，勞保局往往不會再多加審核就准予加保。什麼狀況才真正審核投保資格？通常是當事人提出大筆的保險給付申請的時候，譬如殘廢給付或是被保險人死亡，他的家屬要提出喪葬津貼請求的時候，此時主管機關才回過頭去審查，這才發現被保險人在很多年前，就已經被醫師診斷是癱瘓在床了，所以早在 10 多年前即不可能再從事農作，當然也就不具加保農保為被保險人的資格。因此，主管機關撤銷該農保資格，使之溯及失效，當然當事人所請領的保險給付也拒絕給付。這裡的大問題，便是行政程序法第 121 條的撤銷除斥期間屆滿了沒？涉及「知悉時起 2 年」的概念與界定。主管機關認為以前核保時沒有實質審查，所以尚未知悉，等到當事人請領保險給付而作實質審查時，這才知悉有得撤銷之情事存在，這是不是可以持的見解？如果持這見解，那就表示行政機關「主觀上」知悉與否才是最重要的，不論客觀上是不是屬於應知悉而未知悉之過失情形，這對人民其實是非常不利的。第 121 條第 1 項除斥期間的計算，也常會涉及到違法行政處分之判斷，須以其他民、刑事判決結果為依據者，往往該訴訟程序（例如偽造文書之刑事訴訟）一打好幾年，人民依第 128 條第 1 項的程序再開請求權已經沒有了，只剩下行政機關依第 117 條的撤銷權有可能行使，而原處分機關究竟能不能在多年後再依據某一個相關民刑事判決而

撤銷多年前的違法行政處分，這個問題往往都牽涉到其「知悉」得撤銷原因之時點爭議。

從原行政處分生效到行政處分解消之前，原處分機關或其上級機關隨時都可為違法行政處分之撤銷，現在又有兩個問題要討論。第一個問題是，若當事人已經提起救濟程序，並經訴願決定維持原處分，甚至行政法院亦維持原處分時，原處分機關是否仍得撤銷該行政處分？因為第 117 條僅提及法定救濟期間經過，而在法定救濟期間經過有幾種情況，一是當事人都沒有去尋求救濟，所以客觀的計算法定救濟期間就是法定期間屆至，便可以行使第 117 條的撤銷；另一種情況是，法定救濟期間未屆至之前，當事人就依法提起救濟程序，分別提起訴願和行政訴訟，都沒有逾期；第三個是法定救濟期間經過，當事人也完整個行政救濟程序，判決確定。以上假設的 3 個時點，形式上都該當行政程序法第 117 條所稱法定救濟期間經過，行政機關，尤其是原處分機關是否都還可以對原違法行政處分為撤銷？我們逐一檢討。第一個是如果當事人都沒有提起任何救濟程序，那自然沒問題。但如果當事人依法提起救濟程序繫屬中，在訴願程序中原處分機關可不可以撤銷原處分?答案是肯定的，此時訴願就變成是訴願不合法，應不受理，所以這個也比較沒有問題。又如果當事人進一步提起撤銷訴訟或課予義務之訴繫屬中，原處分機關此時才撤銷原處分的話，可不可以呢？這答案也是肯定的。學理上德國早發展出這樣一個概念，撤銷之訴或者是課予義務訴訟，主張原處分為違法，請求法院撤銷原行政處分，或原處分機關應作成行政處分或作成特定內容的處分在訴訟進

行中，原處分機關就直接撤銷原處分的時候，此時本案訴訟程序(撤銷之訴和課予義務之訴)就是不合起訴要件，可以直接裁定駁回。但是基於保障人民的訴訟權和基於一次性的解決紛爭，德國學理上發展出「續行違法確認之訴」，續行違法行政處分的確認之訴。何謂「續行」？因為訴訟一開始是提撤銷之訴或課予義務之訴，打到一半原處分機關自己就撤銷，所以撤銷訴訟已經失其訴訟標的;假如當事人仍然有確認未撤銷前或未受撤銷效力所及的期間內之行政處分違法利益時，當事人有權直接請求變更訴訟標的，變更訴訟類型為確認行政處分違法之訴，這當然要符合確認訴訟相關的要件，法官也應該曉諭當事人，這樣的訴訟類型叫做「續行確認行政處分違法訴訟」，希望能夠以一次性的程序解決所有相關的爭議。這裡我要聲明，其中問題很多，因為包含若原處分被撤銷之後，再來進行確認處分違法的話，要討論的是有沒有確認利益，必須按照個案來討論，這是第一種情況。在救濟程序中，原處分機關都可以撤銷。

比較麻煩的是，假如法定救濟程序都已經完結，當事人的請求均以無理由被駁回。亦即提起訴願，請求撤銷原處分，訴願機關決定無理由駁回；對當事人所提起的撤銷之訴與課予義務之訴，法院也認為原告之訴無理由判決駁回，駁回的意思是原告的主張無理由，意即原行政處分並不違法，也就是系爭處分的合法性已經訴願機關，尤其經法院以確定判決肯認者，之後原處分機關還可不可以自行認定其經法院認定為合法的行政處分為違法？意即自己再認定行政處分違法，以第 117 條加以撤銷？我認為若已經

過法院判決並已生既判力，則原處分的合法性是經法院以判決確定的，原處分機關無權再自行主張該行政處分違法而為撤銷，縱使沒有逾越第 121 條的除斥期間也不可以。但是有一些特殊的情況是牽涉到第 128 條的情形，譬如前面提及的警官在纏訟 10 餘年後才確定無罪，假如他的服務單位願意主動來思考這個問題的時候，就會涉及到若中間停職免職處分均曾經過法院判斷合法時，能否在經過 10 年後，基於一個新的法律事實的狀態（確定無罪判決），再去撤銷當年的免職和撤職的處分？原則上答案雖是否定的，但是我們必須思考，行政處分合法性的判斷基準是何時？以及第 117 條的撤銷原處分的權限，可不可以實質擴張成第 128 條的程序再開的事由？可不可以除了違法之外再納入第 128 條程序再開的事由？我們一個一個來看。第一個問題，行政處分合法性判斷的基準有幾個可以考慮的時點。第一個時點是行政處分作成生效時，第二個是訴願決定時，第三個是訴訟繫屬於法院的時候以及法院為判決時。在這些時點中，不會取行政處分作成生效時，因為訴願程序蘊含有行政權自我糾正功能，所以故直到訴願決定作成時，都還在行政權的範圍內，原處分機關還有可能去變更原處分，尤其是在訴願決定可以作妥當性的審查，所以較合理的基準是在訴願決定作成時。另外考慮到行政處分的違法瑕疵得「補正」時點之規定，依行政程序法第 114 條，原則上在訴訟程序終結前皆可補正，可得到間接的論理支持。由此點觀之，訴願程序終結時不失為一個合理的行政處分合法性的判斷基準，故判定行政處分是否合法的時點，是在訴願決定作成時。則在言詞辯論終結時，合法

與否的事實面判斷就不應該變化了。

惟倘若系爭處分行政法院判定屬合法，亦選定合法基準在之前的時點，試問：得否在多年後回過頭將合法性時點拉回有新事實發生的那一個時點？於此便涉及第 128 條所定的得為程序再開事由，尤其第 1 款和第 2 款皆涉及新事實、新證據的問題，能不能把他拉進來用適用？答案若為肯定，則必須改變判斷合法性的時點，但答案應是否定的，正如前提及的警官的案子，若依第 117 條使行政機關本於職權要來撤銷，必須是違法的行政處分，但違法的時點如處於變動不拘的狀態，乃至 10、20 年後都還可再重新判斷該行政處分的合法性，對於法安定性有相當大的傷害。故第 117 條和第 128 條不同在於: 第 128 條是程序再開，對原處分的處置不僅可以撤銷，亦得廢止，所以重點不完全在違法的行政處分上；第 117 條的撤銷權則是針對違法的行政處分，故第 128 條得支持程序再開的事由，不應拉進第 117 條一併視之。若僅談撤銷的部分，即涉及兩個步驟的思考：(1) 程序再開的允許和程序再開之後進入一個新的程序之後，如何判斷行政處分的合法與違法？將變成兩個層次的問題。前端因新事由的發現而請求程序再開，終結的程序即遭推翻，重新回到原來的程序，此時，原行政處分若要被撤銷，該行政處分即屬違法，因此落入弔詭的循環，必須重新判斷原處分的違法性，而判斷的時點何在？依法律邏輯觀之，法律上允許以新事實的發現重開程序，在事實部分，合法性判斷的時點即應向後移，否則結果不會二致。(2) 第 129 條明示，若程序再開申請有理由，應撤銷、廢止或變更原處分；如申請無理由或雖有

重新開始程序之原因，但認為原處分為正當者，應駁回之。問題在於原處分是否正當，涉及係以何時點觀之?實務上程序再開而另為決定的案例很少，所以有關於合法性時點的判斷，以及第 128 條的合法性判斷始點的問題，法院態度仍不甚明朗，但在法理上是值得討論的，既然有程序再開的規定，且考量到程序再開的事由，至少在能成功再開程序的事由部分，合法性的始點一定要變動。

六、行政處分違法判斷基準時與行政處分所據法規之新舊法變動

再補充說明一點：行政處分合法性時點的判定和行政處分合法性的判斷所引據的法規變動不同。行政處分的作成須有法律依據，尤其是屬於受法律保留拘束的不利處分的作成，所依據的法律就會成為行政處分是合法或違法的準據。故當救濟機關判斷行政處分合法與否時，有 2 個問題要區分：(1) 判斷準據法的選定是否正確?此時會涉及到法規變動時候準據法的選定問題；(2)個案事實是否該當於法律規定？合法性的基準始點為何？

法規範變動的效力會涉及行政處分合法性的基準，舉例說明：違規行為是發生在舊法有效的階段，然而在違法之後，行政處分裁罰前法律發生變動，假設舊法處罰重於新法，則原處分機關如何來選定法律？原處分機關須就個案事實來選定該準據的法律，惟在違規行為後法規發生變動，行政機關裁罰時要依照新法抑或是舊法？行政罰法中有作規定，係依裁處時為主。所以該行政處分的違規行為作成之後法律有變更，原處分機關僅得選定新法作為裁罰

的依據。假設選定舊法作裁罰依據，此時救濟機關須審酌違法性係出於法律選錯，跟行政處分的事實沒有產生關聯，故在尚未到達行政處分合法性判斷始點的問題，行政處分就已違法。這兩個始點，因為常常沒有切割乾淨，在談新舊法規變動時，準據法的選定與涉及到個案事實的法規適用合法性始點認定混為一談，常導致不利的結果。

七、行政處分附款違法所生問題

實質撤銷要件如屬於實質合法性的瑕疵，只要經過補正或依法轉換，違法瑕疵即被排除，不再是撤銷的標的。具備實質合法性瑕疵的話，基本上就是違反個別行政專法的規定，這是法律優越原則。如果屬於法律保留事項的行政處分，要另外判斷是否合於法律保留原則;如果有授權，要視法律的授權是否牴觸授權明確性的要求，但部分行政機關是無權判斷的。實務上常發生附款的問題，在撤銷行政處分或有權機關（尤其是法院）為撤銷時，附款的添加，無論添加的形式合法性和內容部分，皆屬於實質撤銷要件，所構成的是行政處分實質的違法，足以構成違法行政處分受到撤銷。前陣子 NCC 的案例，發言人或受訪人皆未說明為何他們可以添加附款？其引據的是行政程序法第 93 條，解釋行政機關本可以作成行政處分之附款，惟行政程序法第 93 條第 1 項規定在有此要件之下，行政機關得作成附款，是行政處分作成附款的容許性問題。所以有裁量權時，原則上都得為附款的添加；無裁量權時，必須是確保法定要件之履行、或是法律另有規定時，始可添加附款。所以若行政處分附款的添加是正當、法所容許的，則必須

引用實體規定。由此可見，NCC 的爭議從頭到尾，原處分機關並未提及其所依據的規定而為附款，因為該案件是申請變更董監事，NCC 無法提出理由，在相關的法律規定中，當公司申請變更董監事或負責人有積極資格和消極資格的限定，但此資格限定跟所添加的附款有無關聯？附款的容許性，爭點在於行政機關就人民申請變更的事項有裁量權。但若主張有裁量權，這邊恐怕解釋不通，好似公司登記事項有變更，人民申請變更僅能依法定事由否准變更申請，但能否在法律所定的變更申請要件皆符合的情形下，仍然不准予變更？即須主張有裁量權的存在。倘若無裁量權的存在，羈束處分亦得添加附款，以確保法定要件之履行。NCC 案例中，原處分機關並未針對問題回答，又如何能在人民申請變更，亦准予變更的時候，加進許多條件負擔，添加的權力源自何處？因此，非屬裁量處分而添加附款，或是羈束處分而添加法定要件或法律明文允許情形之外的附款，都將使得附款的添加變成違法，使得該行政處分是違法的行政處分。

法定附款有 5 種：期限、條件、負擔、附廢止權的保留和附負擔事後的變更或追加，基本上只有針對負擔的附款添加，且可以獨立爭訟，其餘的都認為跟行政處分具有不可分性，不能單獨訴請撤銷。在 NCC 案例中，作成有附款准予變更的處分，縱使違法有瑕疵，自送達於相對人時起仍為有效。而今中國時報不服，該如何訴請撤銷該處分中的附款?此時要兵分兩路，一係針對負擔的部分，獨立訴請負擔撤銷的部分，實務上亦肯認之。行政訴訟法第 4 條撤銷訴訟，得撤銷可分部分的負擔性的附款，而當具有不

可分的附款存在時，在條件的部分，則不能只提該第 4 條的撤銷之訴，還必須要提起同法第 5 條的課予義務訴訟，因為該附款係屬於不可分、成為行政處分效力一環的時候，只能請求法院判處原處分機關應作成沒有附款的行政處分或直接請求判決作成合適的行政處分。

八、授益行政處分撤銷所生信賴保護問題

信賴保護該如何使用？當事人得以主張信賴保護，一般須具備 3 大要件：(1)在授益處分的範疇要有信賴基礎，要有授益行政處分存在；(2)要有信賴表現；(3)要有值得保護的信賴。(行政程序法第 119 條)

除此之外，即使當事人得主張信賴保護，原則上只能獲得授益處分被撤銷或者經廢止之後的信賴利益的補償，僅在特殊的情況下，該當於行政程序法第 117 條第 1 項但書，以及但書所示的第 2 款，信賴利益大於撤銷所欲維護的公益的時候，此時信賴保護的主張才能對抗違法行政處分的撤銷，信賴利益優越的事由的情況之下，才能阻止違法行政處分的撤銷，所以無信賴利益優越的事由就應該是行政處分的實質撤銷要件之一。如果無法到達信賴利益優越的情形，意即當事人雖然可以主張信賴保護，但是信賴利益無法認為顯然大於撤銷所欲維護公益時，則當事人主張的信賴利益只能依照第 120 條的規定來請求補償，不會影響到行政處分的效力。

問題是，何種情形是撤銷的信賴利益顯然大於所欲維護的公益？如果撤銷行政處分所欲維護的公益著重在個案事件的合法性維護，不應認為合法性利益大於撤銷所欲維

護的信賴利益，否則根本無從適用，因為所有的行政處分當然都是追求公益為優先。實務上有個纏訟經年的個案，921 地震之後，有很多對於災區民眾的優惠措施，其中若是災區民眾在合於一定的條件之下，男生就可以服當時的國民兵役，而後因房屋全倒的判斷上有爭議，結果後來已經判定為房屋全倒的受災戶，亦經公告，役男就服國民兵役，多年後，民眾檢舉當年倒掉的是海砂屋，即使沒有地震，經一定的年限就會倒，結果竟開啟這骨牌般的撤銷。若假設當時的確作成給予服國民兵役的處分係屬違法，當事人的信賴利益是否不敵撤銷所欲維護的公益?行政機關解釋係為了公益的公平性，惟個案如何能影響到兵役的公平性?實在此情形下，就已經該當行政程序法第 117 條第 1 項但書，縱使認定核定國民兵役的處分在當事人有信賴保護且大於其撤銷所欲維護的公益，原處分機關仍不應為撤銷。在個案中，尤其是信賴利益顯然大於撤銷所欲維護公益的時候，如未涉及相關人，如違法發出建造執照或使用執照，即認為撤銷一個違法發給的建造執照或使用執照，不僅在合法性的維持，還有建築安全、建築整體規劃的考量，像是這種部分就很難以信賴利益，顯然個人的信賴利益過大，牽涉到公共利益或安全的合法性利益，得以撤銷之。除了此種情況，不應該過度的窄化信賴利益的位階，否則信賴利益的優越事由幾乎沒有適用的餘地。

信賴保護的主張一定要是信賴值得保護，法律以負面表列信賴不值得保護的事由。此涉及常年爭議的問題：行政程序法第 119 條所定的 3 款信賴不值得保護的事由，第 1 款和第 3 款有主觀可歸責要素，而第 2 款「對重要事項提

供不正確資料或為不完全陳述，致使行政機關依該資料或陳述而作成行政處分者」，如在實務上認為有構成第 119 條第 2 款情況時，即無法主張信賴保護，更毋論第 117 條違法行政處分的撤銷還是第 120 條主張信賴利益的補償，所以前提是沒有該事由存在。問題在於第 2 款是否要有可歸責於受益人的事由?而在資料客觀不正確的情況下，但這並非受益人所操作，亦無從判斷或者是沒有故意甚至無法稱之有過失的情況之下取得的資料，能否將不正確資料的不利益要歸之於當事人?按照法定要件要提供的文件中，有些要是特定資格的人才能做成，甚至可能是他人的聲明，後來被證明不是由該案的系爭受益人自行操作而形成的不正確資料，或當事人不知其所為為不正確陳述。蓋信賴保護是保護當事人對行政處分的信賴，主觀的事項和主觀的利益只能被主觀上可歸責事由來排除，而第 1 款和第 3 款都有可歸責事項，第 2 款也應做同一解釋，否則就變成信賴利益保護的是個別人對於該行政處分信其為有拘束力有效，且要求要有信賴表現。對於不可歸責的事由要求主觀上不該信賴，在論理上是矛盾的，但現今實務一般皆採取中性的看法，行政處分因此很容易被撤銷，證照處分尤其明顯，檢附的資料中若有他人偽造的資料，而受益人所不知的情況之下，因此行政處分即遭撤銷。

在行政處分通常撤銷的部分，一開始已明述，係有權機關本於職權針對違法行政處分而使其失其效力，既然行政權的行使已經被另一個有權的作用所推翻，原行政處分當然溯及既往失效，故同法第 118 條對於「另訂期日使其失效」是有要件的，必須是維護公益所必須或是為避免受

益人受到財產上的損失，此時為撤銷的機關得另訂失效的日期。

然而「另定失其效力之日期」是否完全無所限制？舉社會保險為例，被保險人常有擔憂，因為常常取消被保險人資格係取消到死亡的那一天，或者是喪失足以構成資格上之事由的當天或前一天，使其無法取得保險給付，是不是這個都可以支持?就要看是否因此保全受益人財產上利益，還是反而帶來更大的不利益？因為保險資格被取消，就不存在保險契約，當保險契約有無效事由而無效時，須返還保險費，故若訂定一個較晚失效的日期，使其直到當事人死亡的當天或前一天才自始不具被保險人資格，保險契約失效，當事人的遺囑也無法要回行政機關收取保險費所構成的不當得利，因為之前會有醫療保險的問題，從醫療部分被健保吸收之後，勞保局已不單獨負擔醫療部分的給付，將使得訂定較晚的失效日期會使人民蒙受更大財產上不利益或有明顯財產不利益，故不能用第 118 條。又第 118 條的「另訂失效日期」是否完全由撤銷機關自行指定日期？或是「另訂失效日期」不應該那麼浮動，應採回溯失效，作成處分時失效。現實務上是採取無所限制說，保險機關基本上是隨意挑一天，挑對當事人剛好可以不用給付其保險給付的那一天，做為失效的時點，這點在合法性上值得討論。

九、程序再開之法定事由

法定救濟期間經過之後，有法定事由時，當事人可以依行政程序法第 128 條主張程序再開後撤銷、廢止或變更，

法定 3 款事由中，第 1 款「具有持續效力之行政處分」，似乎是譯自德國法規定時產生的謬誤，其所指應是「仍未解消的行政處分」，意即還有效力的行政處分，而不是行政處分類型中所謂的「繼續性的」、不是「一次性的」行政處分。有人解釋成因為行政處分可分為一次性效力及繼續性的效力，如具有領取國民年金的資格，在認定資格後即有權每一期領取，此即法學上狹義稱之具有繼續性效力的行政處分。第 128 條第 1 款不應僅限於此種行政處分，而係指行政處分的效力仍在存續中，應是行政程序法第 110 條第 3 項所示「行政處分的效力非因撤銷、廢止或因其他事由消滅前，其效力繼續存在」的繼續性效力；惟若將其狹義解釋成係屬於行政處分非一次性處分中的繼續性效力，適用範圍就會大幅度縮小，因此所指應為行政處分的效力仍未解消。仍未解消的行政處分仍屬得為撤銷的行政處分，得為廢止，才有可能請求程序再開，這種情況之下是其所依據的事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更；反而是狹義的、繼續性的、非一次性的行政處分，一期一期的給付，其合法性要個別判斷。譬如：在敬老福利津貼暫行條例中之合法性要件中，年滿 65 歲且在臺灣居留滿 183 天以上，此天數是浮動計算，當月未到 183 天，但下個月可能就達到，因此下個月即可領取，這個月發生符合 183 天要求的事實，可去推翻上個月拒絕給付。第 128 條第 1 款，最常見的情況不會出現在第 1 種行政處分所謂的非一次性行政處分的情況，「仍具有效力」，意思是還未解消的行政處分。

惟「具有持續效力的行政處分所依據的事實，事後發

生於有利於相對人或利害關係人之變更者」，其明指為「事實」，問題是倘若修法呢？事實未改變，但是行政處分所依據的法律規定事後發生有利於相對人的變化，能否適用？在許多行政法的個案，事實發生有利於當事人的情況不多，反而法律的修正常常可以讓當事人希望能翻案的事由，現有兩個方法：(1)程序再開、法律保留的適用，靠修法解決；(2)使用目的性擴張，以法律漏洞補充的方式來目的性擴張程序再開的宗旨，擴張及於不限於事實上發生有利於當事人的變化，也包含法律變更而發生有利於當事人的變化。例如：假設集遊法，行政罰的部分修正之後，處罰輕很多，甚至排除了特定情形集會遊行處罰的規定，此時能否主張程序再開？對於之前事發迄今未逾 5 年的個案尋求程序再開推翻，此時會涉及能否將第 1 款目的性擴張成包含法律的變更？於此有法律上的漏洞，若立法者的意思乃在事實上變更，將與第 2 款有高度重疊，因為第 2 款是「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」，若第 1 款意指行政處分尚未解消之前發生事實的變更，便和第 2 款的「發生新事實」相同，因此認為當時立法可能有疏失，第 1 款針對的其實是法規的變更，第 2 款才是事實證據的部分，因為事實要由證據來認定。由立法習慣性可以反面推論第 1 款是有問題的，因為第 1 款「事實發生有利於當事人的變化」，其原意要強調的是「事實或法律上」。

行政程序法第 128 條第 3 款相當於行政訴訟法所定再審事由，而且足以影響行政處分。行政訴訟法所定的再審事由相當多，有些在行政訴訟法第 273 條和第 274 條，有

一些相當於的事由也要轉換。

十、行政處分之解消事由及其救濟問題

行政處分的解消還有後續的救濟問題，在行政處分解消，之前講了一些基本的概念，行政處分作成並生效之後即具有拘束力，非經撤銷廢止或因其他事由消滅前，其效力繼續存在，行政處分繼續性的效力可能發生特定的事實，而使得行政處分的效力內涵終局實現，該行政處分的存在沒有任何意義，或是使行政處分的內容確定不實現或客觀不能的情況之下，該行政處分的效力當然不存在。上述事由會使行政處分的一般拘束力在此時發生解消，行政處分解消後，行政處分即消滅。法律用語在行政程序法第 110 條第 3 項是行政處分「消滅」，在行政訴訟法的第 6 條也是「消滅」，兩條所使用皆是「其他事由失效」，也因為這樣的理由，行政處分的「解消」，其實取其意是指行政處分效力的解消。在學者間有人稱為行政處分的「解決」，是翻譯德文而來，解決、解消、消滅，所指的都是一樣，皆是行政處分的內涵非因撤銷或廢止的事由而使得行政處分的效力歸於消滅，特色是原則上非以法律行為作成，通常是因一定事實的出現或發生而導致行政處分效力的解消。行政處分效力解消後，該行政處分已不存在，意即行政處分的效力已經沒有任何作用的標的或是可能性，亦無從再被撤銷。

行政處分一旦解消後，效力完全不存在，無從被撤銷，縱使在救濟程序中，訴願機關、法院也無從撤銷，故當行政處分已解消，就非訴願、撤銷訴訟或是課予義務訴訟所

保護的標的。但現在的問題是，行政處分後來經某些事實或某些特殊情況發生使得行政處分的效力解消，行政處分一度生效且產生違法的有效性，常對當事人造成實質上的利害關係或是實質上的影響。救濟途徑在德國早已發展出確認該行政處分違法，意即已解消的行政處分無法撤銷，但之前的違法狀態仍可請求確認，但是在法律上沒有明文規定，因為基本上確認訴訟不能夠確認事實，行政處分是合法或違法，是事實的概念，要有法律的明文規定，這也就是行政訴訟法修正之後在第 6 條加進行政處分無效的確認訴訟。確認訴訟分為 3 種：(1)通常確認，確認公法上法律關係成立與否、存在與否的訴訟；(2)本質上是事實的確認，但依法律規定允許重啟的，係行政處分無效的確認；(3)當行政處分已經撤銷或經其他事由消滅的時候，對曾經有效的狀態予以確認。重點在於，如一旦確認為無效，因效力已不存在，所以不得被撤銷，在後續可以提起行政訴訟法第 7 條的合併提起給付之訴或是國家賠償，確認行政處分違法之後，往往後續會有第 2 次權利保護的可能，這是配合行政處分的解消從實體法上的事由到救濟法上有不同於違法行政處分的撤銷提起救濟的管道。

行政處分何時會被解消？行政訴訟法第 6 條第 1 項後段提及「行政處分因執行完畢或其他事由而消滅」，然而行政處分並非執行完畢就會消滅，還須視行政處分執行完畢之後，該種行政處分是不是屬於會解消的行政處分，在實務上係以能否回復原狀做判斷，如果行政處分還有回復原狀可能的話，就認為這個行政處分縱使執行完畢以後也無法解消。由此觀念觀之，違章建築拆除之後不可能回復原

狀，所以違章建築的拆除處分是一個會隨著執行完畢而解消的處分，但若是罰鍰處分、稅務的核課處分是不會解消的，因為金錢給付的義務內容可以回復原狀，所以罰鍰處分即使執行完畢，當原處分被撤銷，因效力未解消，而構成不當得利返還。又何種行政處分因執行完畢即解消？實務上判斷標準是能否回復原狀，可是該標準仍是粗略，有個案例涉及發給拆除執照，利害關係人主張發給拆除執照是違法的，拆除執照跟建造執照一樣，是給予有權利做某件事情，拆除執照所允許拆除的行為已經完成，意即標的物已被拆除，同時該建築物面臨兩個危機，一個是原處分機關發給拆除執照拆除系爭房屋，而另外一個機關也對系爭房屋發出違章建築的拆除處分，拆除處分隨著房子拆除完畢之後，拆除處分解消。惟拆除執照是否會隨著欲拆除的標的物的消失而解消？我認為不應該解消，因為發給一個拆除執照就跟建造執照一樣，建造執照不會隨著房屋建好後當然解消，否則光是使用執照無法支撐一個合法房子，拆除執照係給予法律上的資格，法律上的資格不會隨著資格的行使而解消。此處涉及拆除執照所允許做的行為就是「拆除」的這個行為，也只允許做拆除特定的房子（標的物），當標的物已經消失後（被拆除完畢），該證照不可能再被用在任何其他地方，在這種情況之下，是否應認為已經解消？從這邊可以看出判斷行政處分是否解消，有判斷上的困難。

解消的概念是，行政處分的效力內涵已經完全沒有了，無法再產生行政處分藉由公權力的意思表示的規制作用。惟在一身專屬性的行政處分，不管是授予權利或義務，

一旦當事人死亡，該行政處分當然是歸於解消。醫師法中規定醫師（證照處分）要領得開業執照才能夠開業，當醫師死亡的時候，原處分機關應廢止該處分（該證照），這是一個多餘而且錯誤的規定。因為一身專屬性的行政處分，證照、資格當然不能繼承或第三人代為行使，故在持照人死亡時，行政處分就解消了，根本無從再廢止，所以原處分機關僅得註銷其證，這是一個比較典型的例子。行政執行法亦有規定，義務人死亡者，得就遺產續為執行。有個很重要的概念，如果義務人的義務性質是屬於一身專屬性的義務，義務人死亡時，原執行名義的行政處分也就解消，不可能就其遺產續為執行，否則就要認為一身專屬性的義務仍有轉換成另外一個義務的表現形態，才能夠續為執行。繼承法至今仍採取當然繼承，財產在被繼承人生前是被繼承人的財產，自其死亡時起，概括包含義務移轉為法定繼承人所有，中間沒有過渡階段是以物為權利主體存在的階段（遺產的階段）。大法官就這個爭議作成了決議，首先確認罰鍰處分是一身專屬性的行政處分，接著指出行政執行法該條規定只能就被繼承人生前所獲有一身專屬性的義務，將其限縮到一身專屬性的義務仍然可以續為執行，但只能就遺產執行。這裡涉及到行政處分解消的問題，如果是一身專屬性的義務，義務解消了，如何能繼續成為執行名義？除了繼承法有遺產為主體的過渡階段，法制上有可能這樣設計，可是我們沒有明文規定，如何能夠對一身專屬性義務在義務人死亡後還就他留下來的遺產（在法律上的意義已是繼承人的財產）執行？故我認為這號司法院解釋高度忽略行政處分解消的事由，尤其是一身專屬性的

權利和義務的解消事由。

無爭議的解消係在行政處分的標的確定客觀不能（不存在）的情況之下，已經沒有任何情況有可能去實現，以及附期限、附條件的行政處分，在期限屆至、屆滿或是在條件成就之時，行政處分所發生的效力變化，是典型的行政處分解消的事由，故附解除條件之行政處分在條件成就時，行政處分當然失其效力。因此，除非特殊的情形，行政處分本質上不因行政處分失效而解消，否則若依照此性質，行政處分的性質是會使行政處分效力失所附麗，行政處分也就會因為條件成就而解消，期限亦同。故一個附有終期的行政處分，最常見的是證照處分，證照屆滿時，不需任何法律行為，該行政處分即終局歸解消，例如建造執照取得後在 6 個月內必須要開工，可以申請展延 3 個月，但若 6 個月期滿未展延，或是不獲展延、展延 3 個月仍未開工，期限屆至時，該建造執照即歸於消滅，不需為其他行為，該執照的內涵即消失。

行政處分是否會因就同一事件作成相牴觸、相矛盾或完全對立的行政處分而被解消？意即行政處分是否會因新的行政處分的作成，該新處分的內容代替或涵蓋了原處分，或讓原處分的意義空洞掉後，因而解消？臺北高等行政法院在面對實例討論（一）的案例時，當事人向該院提起撤銷停職處分，後為訴之請求變更和追加，請求確認行政處分為違法，該院法官認為當事人當時已辭職，辭職後亦被准辭，是故准辭的處分就已經讓停職處分完全失去效力，該法官並未採取行政處分解消，而係採取准辭處分空

洞停職處分，因而停職處分不存在，最後該案被最高行政法院撤銷，回到臺北高等行政法院第 2 次繼續審理中。需強調的是，最高行政法院的撤銷是正確的，行政處分因准辭後而解消，但不會因為一個新的法律行為作成，而讓原行政處分失所附麗，除非作成一個新的撤銷處分撤銷原違法處分，如此一來新的處分即可排除原處分的效力，若非撤銷亦非解消，不會有新處分的作成當然排除原處分的效力。或者再加上一個但書，法律上稱「行政處分的變更」，在臺北高等行政法院的判決中，引用了徵收補償費複估的程序，在金額估訂後，訂有一個對金額的爭議程序，爭議程序中，有權機關即可複估之後再作新金額的認定。例如：第 1 次多少錢，複估之後作成一個複估處分改為多少錢。像這種情形，行政處分之變更本就含有撤銷原處分、重為處分的意思，行政處分的變更是讓兩種行為合而為一。惟行政處分的變更，得否由外界客觀的看待事情將其結合？例如，以一實質處分當作停職處分的變更處分，恐怕無法這樣解釋。故無論如何，行政處分的撤銷、變更、解消，很難想像有一新行政處分的作成而使另一行政處分當然解消。但行政處分作成產生的效力，有可能使原行政處分解消，但不會以一行政處分去替代另外一行政處分，故我認為臺北高等行政法院的理由是有點荒誕，他沒有去引用行政處分解消的理論，即認定實質處分作成之後，已經當然讓原停職處分無職可停，所以停職處分之效力不存在。

如何判斷行政處分已經解消？其中有許多爭議，再舉一有趣案例，中央研究院的助研究員在 80 幾年時申請升等，經法定程序，最後當事人升等被否准，當事人遂提起

相關行政救濟。訴訟期間，在中研院待了 2、3 年，到行政程序法施行，確認行政處分違法之訴還在繼續中，期間他轉到臺灣大學任職，也在臺灣大學從助理教授升等為副教授，今年行政法院撤銷原處分，且當事人係提起行政訴訟法第 5 條課予義務訴訟，臺北高等行政法院因此直接作成被告（中央研究院）應自申請時起將原告升等為副研究員的判決。這邊談及當事人後來辭職離開中央研究院，行政處分有無解消？行政處分的解消是指整個效力完全沒有作用，不會產生任何影響，也沒有可能有任何效力，這種情況是無從撤銷，最多僅能確認違法。後來行政法院不採當事人的辭職，就讓先前升等訴訟所爭執的否准處分解消的原因，是財產利益為現實存在的利益，在辭職之前這段時間，所有薪資的計算差別相當大，有些人會認為只要可以找到一點財產上的利益，就可以阻止行政處分的解消。所以假設當時他被停職後一段時間辭職，如果是從辭職時起生辭職的效力（假設時間不同一），此時要去請求撤銷停職處分，給予補償，應是可以成立。行政處分當然不應該認為解消，因為停職處分被撤銷，他可以請求這段時間內實際上的財產損失，阻止該停職處分失效。

最後談一下講綱中提到的 NCC 委員被行政院停職，後來自行辭職而回任中央研究院研究員一案。本案的情況有趣的是，當事人在停職一段時間後才提出辭職函，行政院也准辭，准予辭職處分是在處分中自為回溯效力（當事人自行申請回溯），在停職處分的那天開始准辭，後來中央研究院也准予自辭職當日起歸建，所以他現在前面這 3 段都是回溯性的處分，惟現在中央研究院准予歸建但是不給

錢，所以才會產生後續問題。法律關係已經明定，一個是停職處分作成後，辭職處分竟然回溯，而且准予歸建的處分也回溯，在這種情況之下，當事人請求撤銷停職處分，（建議應是提請求撤銷違法回溯生效的辭職處分）涉及該處分有無解消？本案中的情況，回溯之後就在同一天停職和辭職，尤其是辭職之後終局失效，停職並不會完全喪失法律上地位，因為停職處分的基礎法律關係是存在的，依法可以請求復職；若是停職卻又在同一天辭職的時候，停職處分的規制力就完全消失了，不可能還有可以凍結的部分，而使得停職處分的內容完全失所附麗。假如考量到行政處分的回溯生效，使得停職處分跟准辭處分和接續職務的終局喪失發生在同一天的話，該停職處分是否還有任何殘餘效力？今天假設停職處分被撤銷，也無法獲得任何停職期間的薪資，因為在那天開始他已經辭職了，所以關鍵點是在准辭處分，若直接爭執停職處分，就會發覺同一件辭職的結果會使得財產上的利益受損，以及年資計算將因辭職回溯喪失。假如今天中央研究院不允許其回溯歸建，當事人中間就會空下一段年資，用年資來爭停職處分的效力，認為停職處分沒有解消，還有一點可能。但現在是在同一天就辭職，而且中央研究院也讓他歸建，所以停職處分會因為這樣後續的發展，而使得停職處分的內容被空洞掉，效力沒有任何附著的標的，規制力也就沒有可能發生，在這種情況之下，臺北高等行政法院的結論是對的，但可能必須要進一步去整理確認違法之訴。

現在實務上有個要求，行政訴訟法第 6 條的確認訴訟是要確認利益，要有權利保護的必要，而行政處分的確認

訴訟又有高度的補充性，簡單的說，行政法院要排除本來是可以提撤銷之訴，但是撤銷之訴有除斥期間的問題，逾期後，就要轉進到確認之訴，當然是不允許的，後來他們自己加了一個法律判斷的要件，透過確認利益和權利保護必要來處理，假如已經解消的違法行政處分無從撤銷，是因為之前還得尋求訴願爭執而未為之，這種情況是可歸責於當事人，致他的權利無法在撤銷訴訟的階段保全的話，是不允許提確認行政處分違法之訴。本案以後也會發生類似的問題，因為當事人當時並未提起訴願，而逕向法院請求停止執行，若在 30 天後想要直接去提確認違法之訴，以現在實務上的作法係直接裁定駁回，起訴不合法。因為既然可以在訴願程序爭執，卻未在法定期間內為爭執，此時就不再提供該第 6 條確認訴訟的保障，這是現在實務上很僵化的作法。除非是在提訴願時已是無實益的，最常見的情況如停業處分或歇業處分，停止 1 個禮拜的營業，等訴願期間 30 日屆滿時，原處分早已執行完畢、失效，在這種情況下例外的認為不可歸責於當事人，可以直接提確認行政處分違法。本案若認為不能提撤銷的行政處分已經解消，只能確認其違法的話，還會涉及到有無確認利益保護必要的問題。

行政處分的回溯性，具有回溯效力的行政處分合法性問題，本案可以假定幾種情況，第一種是當事人沒有提回溯只請求辭職，有權機關竟作成回溯生效的辭職處分；第二種情況就如本案的當事人也請求回溯生效，原處分機關也給予回溯生效的准予辭職，此時就要來判斷該回溯生效的行政處分效力究竟如何？有一類似案例，醫院診所被要

求必須要在員工就職當日時起，如藥劑師等專業人員在開業時就必須申報任職。診所在 1 月 1 日開業，但今年 1 月 1 日、1 月 2 日都是假期，即待到 1 月 3 日才提出申請，但要求要回溯 1 月 1 日開始生效，因為若未回溯生效的話，健保給付還有日後的勞保資格都會出現問題。其所持的理由是，不能要求在 12 月 29 日就提出（在最後一天上班），1 月 1 日是申報但非上班日，是不能歸責於我的事由。我認為可以如此主張。

行政機關有權作成回溯生效，但本案就要問，有沒有准予回溯辭職的權限？是否為合法的處分？准予辭職的處分可否撤銷？因為准予辭職的處分不會解消，辭職所支持的包含中央研究院的歸建許可，以及後續的法律行為，因為如果沒有辭職，同在兩個機關任職的話，是違法的。所以辭職處分應不會解消，因此可為撤銷。但為撤銷就會涉及行政處分的回溯效力，又如何來判斷效力？若是授益處分的回溯，基本上當事人如果不爭執，也沒有對當事人權利產生損失的時候，原則上應可允許，但是若帶有不利的內容，且會影響到其他的權利，如果當事人事後發現他當時根本不該回溯，應該要讓停職到辭職之間有一個時間的中斷，才能夠為相關的主張，現在也不用跟中央研究院請求的那麼辛苦，他可不可以繼續主張行政機關回溯行政處分？行政處分形式上的生效是從行政處分送達於當事人開始，但生效的內容卻是回溯生效。我認為這個回溯生效的處分是違法的，因為不利處分的作成要有法律保留的適用，法律並沒有授予行政機關有准予作成回溯准予辭職的行政處分，於此應該去爭執准予回溯辭職處分的合法性。

但在本案中，當事人自己提出申請，行政機關准其所請，就會遇到類推適用行政程序法誠信原則的問題。行政程序法的誠信原則是拘束行政機關，當用在人民身上的話就必須要類推適用誠信原則，這即可否主張申請的有權機關核定，而後再主張該核定所請係屬違法？這邊就會涉及到因為類推適用誠信原則而導出當事人已經有失權的效果。

另一個想討論的案例，涉及競爭者訴訟問題。競爭者訴訟跟行政處分的解消密切相關，競爭者訴訟或競爭關係，係行政處分作成的標的是有競爭性的，滿足其中一個，其他人就終局失去。如多家廠商競逐一個電台執照，或者公費留考的名額，或是校長職務，是有限而且排他性的關係，一旦滿足其中一個競爭者，其他競爭者就失去所有主張權利的標的。這種競爭者關係在救濟上有幾個特色會影響到救濟管道尋求，譬如甲乙兩家競爭一張執照，結果甲廠商落敗，即對乙作成准許處分，對甲作成否准處分。在競爭者關係之下，因為證照給了乙後，甲就無從再來請求撤銷否准處分，因為否准處分的內涵及效力會隨著另一個獲勝者拿走競爭標的後而解消，引此競爭者關係，最典型的是對於競爭失利者所獲得的行政處分是解消的，因競爭者關係而解消，其救濟途徑有兩種，第一是因為行政處分已解消，無從訴請撤銷，只能請求確認行政處分違法，在這裡有權利保護的必要，不會要求要提起訴願，因為行政處分在對乙作成許可處分時就以解消，所以根本沒有進行訴願的實益，因此可直接提起確認該否准處分為違法之訴。但問題是就算確認違法，也拿不回該資格，該如何針

對該資格爭執？必須以利害關係人的身分爭執許可處分的合法性，提起訴願訴請撤銷，進而提起撤銷之訴撤銷對乙的許可處分，可是甲要的是資格，所以在競爭者訴訟一定要提行政訴訟法第 5 條的課予義務訴訟，提起要求行政機關判定，或者提起行政機關回復原程序的主張，才能再重新競逐。例如考試落榜，若是屬於競爭關係，如之前臺灣大學有教授升等未過，因為行政法院一再撤銷，打官司迄今，當時是 5 個候選人爭 3 個升等的資格，當事人一直在訴請撤銷自己的那個處分，而非以利害關係人的身分去否定推翻升等的那個人。這是因為舊法延續到新法，所以長期未去檢視，其實他針對自己的落榜沒有獲得升等的決定來提訴願，已是不合法的程序，因為行政處分都已經解消了，這是較特殊的地方。第二個案例其實就是像這樣子的情形，競爭者關係有一種變形，當競爭者之一以自己的行為終局失去競爭資格的時候，會使得該處分解消，當時這位校長被教育部解職，解職後變成是回任老師，回任老師後，校長另有人上台，待了一段時間，便離開該校。在這種情況之下，當他辭職的時候，就已經完全脫離爭取回任這個學校的教師身分，校長的部分本就也已經因為有新的校長上台，他自己的處分已經解消，他自己的部分也因為辭職，不具這個學校的教師身分，亦無法就教師階段的權益做任何爭執，像這個也是變相的競爭者訴訟，校長的職位一旦被補足就回不去了。但我認為文官不應該用這個觀念，公務人員常有被撤職、免職或停職去請求撤銷原處分，或向原機關請求復職時，原機關會表示無職可復拒絕所請，這是不對的，因為文官跟政務官不同，文官本質上不

應該認為是一種競爭者關係，雖然無法回復原職，但只要身分在的話，當然可以依相關法律規定，享有回到這個體系的權利。

附錄：

一、【實例討論】

（一）甲原係中央研究院研究員，以借調方式擔任 NCC 委員，後因若干爭議，遭行政院於 2007 年 4 月 10 日以 A 函自 2007 年 4 月 12 日起予以停職，行政院另以 B 函通知 NCC 自 2007 年 4 月 12 日起停止支給原告俸給。甲於 2007 年 8 月 16 日向 NCC 轉行政院提出辭呈，文中載明「…96 年 4 月 10 日停職，於 96 年 4 月 12 日生效…准予自停職生效之日起辭卸委員職務，以歸建中央研究院原職。」行政院於 2007 年 8 月 23 日 C 函函覆甲「准予辭職，自停職之次日起生效」。甲辭職後向中央研究院申請回任原職，並請求 2007 年 4 月 12 日至回任原職前之薪資。中央研究院於 2007 年 12 月 11 日 D 函函覆同意甲自 2007 年 4 月 12 日回任原職，但否准停職期間之薪資。問：甲可否、以及如何對 A、B、C、D 函尋求救濟？

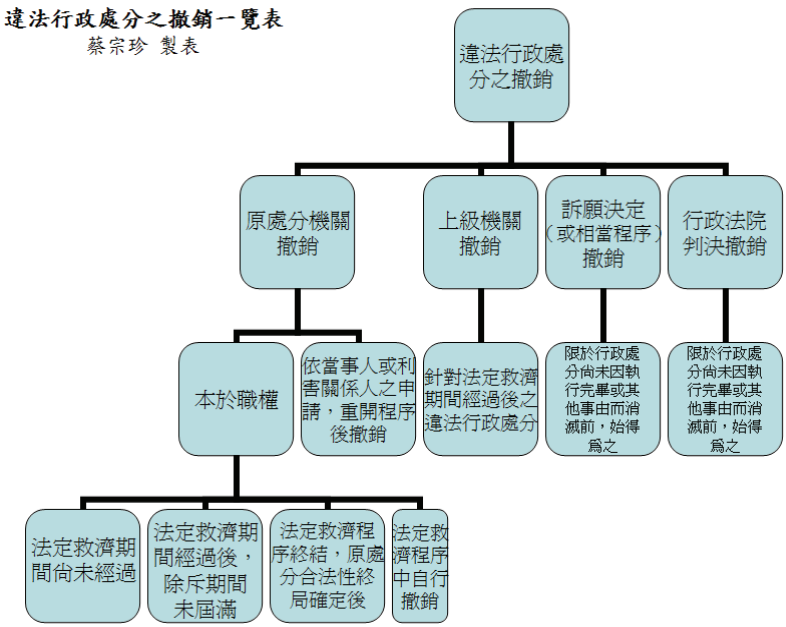
- 主要爭點：准予辭職函對於停職處分效力之影響、行政處分之解消事由與判定、准予回溯辭職之性質與效力、訴訟救濟途徑、停止執行之標的與程序

（二）乙為丙私立高中校長，由於丙辦理招生考試時出現重大違法弊端，教育部遂依私立學校法第 54 條第 2 項規定，於 2008 年 3 月 31 日以 A 函解除乙之校長

職務，乙改任該校教師，並於法定救濟期間內提起訴願，其間丙所屬學校法人則完成遴聘校長作業程序，於 2008 年 5 月 30 日聘任丁為新任校長。甲於訴願程序中辭去該校教師身分。問甲之訴願是否合法？甲應如何爭執教育部解除校長職務之處分違法？

- 主要爭點：行政處分之解消與競爭者訴訟之救濟程序問題

二、【違法行政處分之撤銷一覽表】



四、公務人員保障暨培訓委員會 98 年度法制專題講座

壹、 時間：民國 98 年 8 月 5 日（星期三）

貳、 地點：本會 7 樓會議室

參、 講座：中正大學法律系劉建宏副教授

肆、 題目：附第三人效力之人事行政處分與復審參加程序

各位早安！今天很高興有這個機會來談這個題目--附第三人效力之人事行政處分程序參加的問題。首先，在談附第三人效力之人事行政處分前，有一個前提問題，既然是談復審程序上之問題，在保障法中除了復審外，還有另一種類型係申訴、再申訴，這是以是否構成人事行政處分為標準而區分，參照司法院釋字第 187 號等解釋，標準在於有無構成身分上之變動，公法上財產給付的問題（如：退休金），有一些可能涉及陞遷但並不被歸類在人事行政處分中。比方對於陞遷的內容、功獎，直接對陞遷處分中某一個構成要件不服，當事人往往提起申訴、再申訴。今天既然講復審程序，重點即放在人事行政處分，故陞遷派令之行政處分為今天的重點。

一、公務人員陞遷競爭爭訟之類型：

行政爭訟（廣義的爭訟）包括個人提起復審，從行政爭訟角度出發，公務人員有關陞遷的競爭爭訟，類型上一般來說有兩種：

（一）積極競爭爭訟－提起課予義務復審

積極競爭爭訟在公務人員保障法（以下簡稱保障

法）中，立法依據並不清楚。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」。這個規定可以類比的相關條文有兩個，一是行政訴訟法中的課予義務訴訟，另外一個則是訴願法中之課予義務訴願。依保障法法 26 條第 1 項條文內容觀之，應較接近訴願法課予義務訴願之規定。因為在行政訴訟中有較複雜的結構，課予義務訴訟除了一般怠為處分課予義務訴訟，還有排除否准的類型。在保障法的規定中可看出，立法者不想將爭訟類型複雜化，所以在保障法的爭訟類型中，只有怠為處分的課予義務復審，這部分跟大家作簡要的說明。

依照保障法第 26 條第 1 項規定，公務人員向保訓會提起復審，請求命機關應對其作成陞遷處分。若機關怠為或不作為，可以請求提起課予義務的復審。提起課予義務復審又稱積極的競爭爭訟。我去年 11 月曾經在中研院發表 1 篇論文，談課予義務訴訟之訴訟標的，發現實務（包括行政法院）對於課予義務訴訟操作相當陌生，行政訴訟法施行迄今，對於訴訟類型的掌握仍是相當困惑，尤其是行政法院通常談撤銷訴訟較多，課予訴訟相對來說較為保守，理由在於在課予義務訴訟的訴訟類型中，有道難題司法機關很難跨出去，即權力分立的問題。因為撤銷較簡單，但要做成一個特定內容的行政處分，往往模糊了司法機關和行政機關間權力分立的界線，在將原處分撤銷後，要令行政機關做成一個特定內容的行政處分，有時候並不容易。

在提起課予義務復審，若從請求內容上來講，提起課予義務復審應該是保障請求陞遷的公務人員最好的救濟管道，但從實際上來講，功能並不如想像中重要，跟在課予義務訴訟相關問題相同，因為機關對於人事行政處分通常有一定的裁量權或者有不確定法律概念的判斷餘地。裁量與不確定法律概念的異同，一個是有關法律效果的部分，如果構成要件符合時，在法律效果上的衡量，叫做裁量權，裁量權是立法者賦予行政機關（人事機關）的權限，所以裁量是自由的，只有一個限制就是裁量不可違法，如果在裁量違法，怠惰、濫用、逾越情形時，司法機關即可審查，但是在符合裁量合法性的前提之下，司法機關（包括準司法機關）必須尊重原處分機關的職權。在裁量權的問題，如果人事機關有一定的裁量權存在，司法機關的審查密度就會降低；反之，撤銷比較容易，因為不用替其作成裁量決定。而課予義務訴訟係要求保訓會、司法機關命令原行政機關作成特定升遷內容的行政處分，所以會有一定的困難，除非特殊原因造成裁量權限縮至零。

另一個是涉及到不確定法律概念的判斷餘地問題，不確定法律概念的判斷餘地基本上是構成要件上的判斷，比方說機關給定評語是抗壓性較高，服從性較高，這類概念沒有量化的標準，具有不確定性，而有不確定法律概念的適用，傳統上司法機關（包括準司法機關）審查時會承認判斷餘地存在。晚期的見解，認為當行政機關適用不確定法律概念時，仍有司法審查空間的存在，並非不受司法審查；惟司法機關原則上仍會尊重

行政機關在特殊情況所涉及的專業判斷，若要審查則會透過司法程序中鑑定的方式，取代行政機關不確定法律概念的認定。

實務上作法，因為傳統理論「不確定法律概念的判斷餘地」，人事機關在有關陞遷的相關意見中如涉及不確定法律概念，此時難以審查，因本身具有一定的不確定性，除非嚴格的量化否則仍是會有模糊空間，所以司法機關適用法律時，其實不容易去推翻，像這樣的理由看起來獲得有理由決定的機會有限，提起課予義務訴訟的類型實際上對公務人員的權利保障不如想像中來的大。該問題在有關行政訴訟的類型中亦同，提起課予義務訴訟請求作成特定內容的行政處分，若請求愈具體，勝訴機率相對降低，可能請求作成行政處分還較好點，以司法判決取代行政機關給予行政處分，不太容易，尤其司法機關受到司法自制、權力分立的影響，心態保守，故在課予義務訴訟或是課予義務復審這樣的問題中有結構上的障礙。

（二）消極競爭爭訟—提起撤銷復審

消極競爭者訴訟可分為兩種互補的訴訟類型，係屬於提起撤銷復審。法條依據為保障法 25 條 1 項前段：「公務人員對於服務機關或人事主管（以下簡稱原處分機關）所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。」在爭訟的類型中，提起撤銷復審所提之請求和提起課予義務復審不同，後者為怠於處分之課予義務復審，係請

求代為處分，前者乃有一行政處分侵害權利，請求將原處分撤銷。如公務人員向保訓會提起復審，請求撤銷機關對於第三人陞遷處分。

二、消極競爭爭訟之合法性

延續前所提到，公務人員向保訓會請求機關撤銷對於第三人之陞遷處分，該種爭訟類型相對於民事訴訟，結構上有較特殊的現象。因為當多個競爭者在競爭一個職務、升遷派令，競爭結果有人落空，在公法上的結構跟私法上的不同在於：公法上尤以撤銷訴訟、課予義務訴訟為主要類型來討論，從結構上看來，撤銷訴訟或課予義務訴訟的被告是行政機關，復審的對象亦同；惟從實體關係觀之，真正權利衝突存在於競爭的公務人員之間。可是訴訟的結構，落選的公務員不會直接去告獲選的公務人員，這與民事訴訟不同。在民事訴訟中，如果你侵害他人權利，被害人會去告你，法院在審理時相對人很單純。但在行政爭訟中的問題是，明明我和你有權利義務衝突，但我不告你。例如行政訴訟常講的鄰人訴訟，蓋房子行政機關核發建照，鄰人認為侵害其權利，是告核發建照的機關。重點在於公法中因為有結構上限制，亦即告的時候一定要告行政機關，因為撤銷訴訟、課予義務訴訟，被告當事人適格的要求，必須是作成原處分的機關或是應作成處分的行政機關，所以結構上行政機關就變成是形式上的被告，因此就有個問題要解決。因為實體法上，公法上權利相衝突的這兩個人，我們要設計一個制度讓他在所有程序中得以攻防，要以怎樣的機制去讓第三人(參加人)防衛自己的權

利，是很重要的問題。所以在這種廣義的行政爭訟中，訴訟參加制度是相當重要的。

公務人員向保訓會提起復審，請求機關撤銷對於第三人之陞遷處分，此一撤銷復審是否合法？如果是合法的，若請求撤銷，比方說人事機關作成對某乙的職務升遷派令，某甲因不服跑去主張撤銷，後面即牽涉到該如何保護某乙權利？法院不可能不讓某乙主張攻防，因為這是一個授益處分，將來法院判決作成決定，直接對前一個法律關係發生創設、變更或消滅的效果，當然要有一個訴訟上或程序上的權利讓某乙可以主張。

從邏輯上談起，原告提起訴訟到底是不是合法，我在講義大綱上談的撤銷訴訟之合法性，為什麼會有合法性上的問題呢？因為在行政爭訟中，無論行政訴訟、訴願或是復審，都有一個訴權的限制，係為避免濫訴，即一般在各種行政爭訟所採的「被害者訴權理論」，如果沒有權利或法律上利益受損，不能主張行政爭訟。在撤銷訴訟必須要有權利或法律上的利益受到侵害，合法性是一個問題。在談訴權要件，譬如甲提起復審，復審機關需視其是否具備一般合法性要件外，亦需視其是否有權利或利益受有侵害，一般的標準是沿用行政訴訟法的「相對人理論」，相對人理論係指如果是一侵害處分，受處分人即具有訴權無需討論。所謂的侵害處分可能是裁罰處分或否准處分。舉例如行政機關對某甲罰緩，某甲提起訴願或行政訴訟，既然是侵害處分之受處分人，一定有訴權。於此，問題在於：第一、可能不全然是一個侵害處分，第二、受處分人有什麼

權利或者法律上的利益受侵害？必須要進一步地去討論。對於在復審爭訟案件中或訴願案件這類的案子，承辦人如看到受處分人來提訴願或提行政訴訟即沒問題。但若非受處分人，譬如說是受處分人之妻，她有沒有訴權呢？就會有疑問。在相關的訴願實務上，會以欠缺訴權、欠缺當事人適格駁回，在訴願、復審的法理結構是一樣，所以這個部分的問題是，若提訴願或行政訴訟者並非侵害處分相對人，需視其權利有無可能被侵害。如果這種可能性完全被排除，例如受罰鍰處分，所罰的是妻，夫提起訴願或行政訴訟，往往會有問題。可能事實上有利害關係，但不是法律上利害關係。或是父子之間，兒子違規受罰，爸爸提起訴願，往往是不行。所以涉及到的問題就是前所提到的訴權有無的問題。除了「相對人理論」之外，另外一個標準是「可能性理論」(可能說)，意指不能完全排除有權利受侵害之可能性，否則就是欠缺訴權。

消極的競爭爭訟的合法性，最主要的問題是行政處分的對象是提起復審以外的第三人，當某甲要求撤銷對於第三人（某乙）陞遷的派令，其中問題在於關某甲什麼事？某甲為什麼有權利或法律上利益受損？當然有事實上的關係，因為陞遷的不是某甲。要討論的就是這是否能被歸類為這邊所講的權利或法律上的利益受損。也就是這邊談到的題目，本身是否能解釋成附第三人效力的行政處分，這就是在訴訟類型中碰到的重要問題，就像鄰人提起訴訟時，也要面對這個問題，你有什麼權利被侵害？你並不是相對人或原處分人。

（一）德國法上之比較觀察－德國聯邦行政法院相關實務見解

當談到該撤銷復審是否合法時，首先要看比較法上的觀察，我們要研究德國法上相關制度的問題。從德國比較法上的觀察，有一個很有趣的現象，在 1988 年的判決中可看出，公務人員陞遷競爭爭訟的問題在此時達到高峰，聯邦行政法院在 8 月 25 日曾經作了一個判決，讓當時學界驚訝的是聯邦行政法院是否認「公務人員陞遷消極競爭訴訟」的合法性；換句話說，在當時判決中原告對一個第三人的陞遷派令提起爭訟時，在 1988 年的判決否認其合法性，根本沒有做實質審查，為什麼呢？實務上提出兩個理由：

1.「職務安定原則」(Ämterstabilität)之考量：

陞遷處分作成後，除非有重大瑕疵，否則該處分即告確定，不得再行變更。一般行政處分作成後，司法機關要去審查或是行政機關自我審查時，空間較為廣泛，例如在警察行政、環保行政中的行政處分，審查空間較大。但在人事行政處分中，包括陞遷處分在內，基於職務安定原則之要求，特別注重安定性。陞遷派令已經發了，除非有非常重大的瑕疵，否則即使程序上有不合法之處，或實質上有不公平之處，基本上都是承認的。

因為要考量的是爭訟的提起，對原告或提起復審人而言是權利保障的要求，但往往另一方面碰到的問題是法安定性的維持，要去變更原來的法秩序。尤在公法上行政處分作成後，提起爭訟又不停止其執行的

效力，所以當提起爭訟改變結果，往往對法秩序、法安定性構成一定的破壞，可能在警察行政或環保行政都還可以接受，發生衝突，可以選擇保障當事人的權利。但是在人事處分中，派令已經發了，職務也做了好一陣子，過了一段時間，爭訟結果是原來派令違法，不應該是某甲而是某乙陞遷，將某甲拿掉換某乙陞遷，某甲又不服而提起爭訟，造成行政機關頻頻更換首長，這是很大的影響，在這段期間內機關可能是處於某種不安定狀態，不會認真積極的推動政務。人事行政處分特重安定性，若當人事異動頻繁或是很容易被挑戰時，行政機關效能就會發生問題，因此在公務人員有關人事行政中具有職務安定原則的考量，除非有重大瑕疵，否則不得再行變更。我在從前寫過一篇「公務員保障競爭訴訟和訴訟參加」的文章中，有關職務安定原則的涵意，以及在德國法上對其定義為何，有較多的敘述。在德國聯邦公務員法第 11 條列舉出何種行政處分係屬無效，如係由無任命權限的機關所為，或是第 12 條任命是基於詐欺、脅迫或賄賂而撤回，可以不受職務安定原則的拘束。除了以上情況外，原則上要尊重原行政處分內容。

回到講義大綱，德國聯邦行政法院認為該爭訟無實益，主張只要不是職務安定原則的例外（重大瑕疵），這種情況之下，作實質審查內容並無實際上的功效，就算審查結果是認為原處分不當、違法，都可能被職務安定原則拘束。所以聯邦行政法院在結論第一段提到，此時原事件已經了結(erledigt)，意即侵權狀

態已經結束，爭訟已無實益。

關於爭訟「已了結」的概念，現在觀點已經改變，如警察酒測要求吹氣、走直線，民眾都做到了，在隔天跑來告警察機關，以前實務見解認為該案已經了結，也無繼續拘束人身自由，有何權利受損？當時觀念認為事實狀態已經了結，因此也無須爭訟，所以第一點理由就是基於職務安定原則，生米煮成熟飯，該事實已被認定，爭訟無實益，從權利上有無受損去談這個問題，是當時否認的第一個重點。

2. 欠缺第三人效力：

第二個原因係認為欠缺第三人效力，意即第三人陞遷派令並非以原告為對象，並未損害其權益。舉例：某甲請求陞遷派令受否准，競爭者某乙得到該職位，某甲不服係針對人事機關做成的某乙陞遷派令而提起撤銷訴訟，行政法院見解為該處分欠缺第三人效力，因為行政處分的對象不是某甲而是他人，所以不能爭訟。至於應如何主張權利救濟？原告應以拒絕其陞遷請求之處分為爭訟之對象。要爭訟的不是別人升官的派令，而是人事機關拒絕請求的處分，理論基礎在於侵害權利並非任命別人職務的行政處分，而是拒絕任命的決定，所以原告應以拒絕陞遷請求之處分為爭訟的對象，加以爭訟。

（二）德國學說上之批判：

上述見解引發德國學說批評聲浪，認為行政法院罔顧公務人員基本權利保障，對公務人員基本權利保障有

很大的損害，應該要肯定公務員陞遷消極競爭訴訟，對於第三人陞遷派令不服時，應該要承認其合法性，才能有效保障公務人員基本權利。理由如下：

1. 侵害處分事實上已了結(tatsächlich erledigt)，是指侵害處分所包含之權利侵害嗣後已除去。前所提到警察行政的例子和侵害處分事實上已了結有點類似，酒測未逾標準，即無法拘束人身自由，因此事實侵權狀態已了結；現今見解逐漸改變，有些行政處分內容係以暫時拘束人身自由為內容，例如警察機關為時短暫的行政處分，並不認為侵害狀態已了結，雖然已執行完畢，仍可依行政訴訟法第 6 條主張違法確認訴訟。

學說上見解認為，聯邦行政法院用了「侵害處分事實上已了結」是完全錯誤的，因為侵害處分所包含的權利侵害並不能被除去，機關對第三人的陞遷派令已經作成，權利侵害並不會了結，意即權利侵害始終存在，在爭訟上仍有實益。因此德國學說批評該見解罔顧公務員權利，認為權利侵害狀態並未了結，事實上是剛開始，應給予救濟機會。

2. 機關作成對第三人之陞遷派令，實際上即已排除原告獲得陞遷派令之機會。若競爭係某個特定職務，基於國家組織的穩定性以及預算的考量，實際上具有排擠的效應。行政訴訟法中之競爭訴訟，行政法院早期的見解是這並無侵害權利，應該針對否准的部分救濟，至於職位已核發給另一人，實際上已不可能再爭訟。學說認為行政法院之法官昧於現實，這應是典型的

「附第三人效力之行政處分」（Verwaltungsakte mit Drittwirkung）。行政機關作成授益處分時，同時也侵害了他人權益，兩者是結合的、一體兩面。在行政訴訟法中之所以有「附第三人效力之行政處分」，是為了解決「訴權」之問題。當提起爭訟並非行政處分相對人之情形，有無訴權的關鍵在於有無附第三人效力，如果有的話，行政機關核准時，同時也是拒絕其他人的申請，故從實際上角度觀察，該處分係最典型附第三人效力之行政處分。通知其未獲任命僅是一個觀念通知，因為法效果已經發生（侵害效果在任命第三人時就已產生）。定性為附第三人效力之行政處分，最主要理由就在於擴大可爭訟人的範圍。

3. 德國學說見解認為「職務安定原則」應該檢討，當過度強調「職務安定原則」時，將導致人民「無瑕疵裁量請求權」（Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung）落空。因為無瑕疵裁量請求權在職務安定原則的壓抑之下就變成是無重大瑕疵的裁量請求權，除非有重大瑕疵，才得訴請撤銷。若對人民的無瑕疵裁量請求權導致侵害時，即和依法行政原則有相互違背之處。又從憲法位階角度談起，公務人員服公職乃憲法上之權利，當過度強調職務安定原則，人民服公職之憲法上權利即可能遭受侵害。

4. 從程序法的觀點觀之，行政訴訟法第 4 條規定，提起撤銷訴訟，訴權有無的標準係以有無權利侵害為標準，惟今天若以職務安定原則或其他理由在人事行政

處分中作不同解釋，就會變成適用領域不同時，在公務員法規中無條件的貫徹職務安定原則的結果，將導致行政法院審查訴訟是否合法時有不同的標準。換句話說，若原告（未獲得任命之人）主張人事機關任命其競爭者為系爭職務之行政處分有重大瑕疵時，訴訟是合法的；但若原告主張人事機關任命其競爭者為系爭職務之行政處分具有一般裁量瑕疵，或是其他職務安定原則範圍內的瑕疵，則訴不合法。職務安定性原則將影響其訴權有無之判斷。但因為原告主張而有不同的訴權，這結果是不合理的。

綜合以上理由認為，應給當事人合理的救濟機會，不能認為消極競爭者訴訟係屬不合法，而不進行實質審查。

三、第三人於復審程序中之權利救濟制度--復審參加

當附第三人效力行政處分作成後，不可避免的是有人要獲益，有人權益受有損害而提起救濟，從前德國實務上不承認其訴訟合法性，事情就較為單純，惟今日既開放救濟，當原告（競爭落敗者）針對第三人的陞遷處分提起爭訟、復審時，原獲得陞遷處分者該如何維護己身權益？例如：公務人員向保訓會提起復審，請求命機關應對其作成陞遷處分，或者請求撤銷機關對於第三人之陞遷處分，第三人得否循復審參加制度保障其權益？

從邏輯上來說，第三人的權利會受到影響的兩種情況，第一個較顯而易見，若公務人員請求撤銷機關對於第三人之陞遷處分；另一則是請求機關對其作成陞遷處分，

可能涉及到同樣為競爭者權利該如何保障的問題，造成復審、訴訟類型不同認定的結果。

（一）法律依據：

在保障法立法上有幾個困難的抉擇，保障法的規定（訴願法也有相同問題）到底該規定的多詳盡？程序相關規定是否應鉅細靡遺？最好是盡量有完整的程序規定，盡量不去準用訴願法、行政訴訟法的規定。保障法在參加的部分未多作規定，可能是疏於規定或是立法者有意的遺漏，類推適用其他法律即可。問題在於，在此案中，究竟該類推適用訴願法第 28 條或是行政訴訟法第 41 條及第 42 條？

訴願法第 28 條和行政訴訟法第 41 條及第 42 條的規定在法條結構上迥然不同，訴願法第 28 條的結構分為普通參加(前段：與訴願人利害關係相同之人，經受理訴願機關允許，得為訴願人之利益參加訴願。受理訴願機關認為有必要時，亦得通知其參加訴願。)及必要參加（後段：訴願決定因撤銷或變更原處分，足以影響第三人權益者，受理訴願機關應於作成訴願決定之前，通知其參加訴願程序，表示意見。）沿用訴願法 28 條後段規定，若訴願決定之撤銷變更足以影響第三人之權利，就是第三人和訴願人利害關係相當的情形，如鄰人訴願，後段用字為「應」，即可看出法規之規定係屬必要參加的類型。

反觀行政訴訟法的文字設計態樣完全不同，行政訴訟法第 41 條較類似於民事訴訟法之立法技術，內容為

「訴訟標的對於第三人及當事人一造必須合一確定者，行政法院應以裁定命令該第三人參加訴訟」，為必要參加類型；行政訴訟法 42 條第 1 項規定：「行政法院認為撤銷訴訟之結果，第三人之權利或法律上利益將受損害者，得依職權命其獨立參加訴訟，並得因該第三人之聲請，裁定允許參加。」其所指為普通參加或是獨立參加。

比較三個法條後，既然保障法並無此類規定，在類推適用時究竟該採何者？若就法體系近似度類推，應較類似於訴願法，因為訴願為行政訴訟之前置程序，結構上來講，與復審相近。不同點在於復審係針對公務人員之行政處分，惟訴願法不限。但是訴願法第 28 條將其假定為利害關係相同者係普通參加，利害關係相反者為必要參加，學說上認為，訴願法之分類大致上合理，惟未必百分之百正確，是否適合以訴願法第 28 條之規定為依據，可能有些範圍無法涵蓋，因此認為可能類推適用行政訴訟法之結果較好，因其含蓋範圍較廣。

行政法院在適用必要參加及普通參加時，法條依據都為行政訴訟法第 42 條，從法條結構上觀之，因為採用「得」字，似為普通參加。行政法院認為有必要參加存在的必要，但基於某個理由不想使用該法第 41 條，因此以迂迴的法理使用該法 42 條，以「裁量權限縮」為法理，若為必要參加，則說因為某個原因裁量權限縮至零，所以命其參加或許其參加，如果沒有前述情形，則以具有裁量權，決定是否許其參加。不使用該法第

41 條原因在於其係屬於民事上固有必要共同訴訟主體欠缺時代替的制度，換句話說，如果固有必要共同訴訟原告有三人，當主體部分有瑕疵遭駁回，另外二人也不得訴訟，當時實務上解決方法為，命另參加訴訟以治癒主體之瑕疵。但事實上參加人不得受判決，有結構上之問題，因此行政法院晚期即改變其見解，若是固有必要共同訴訟，則不再援用該法第 41 條，因為其在身分上應為參加人。學說上則認為理想上，必要參加係適用該法第 41 條，普通參加係適用該法第 42 條第 1 項。

（二）提起課予義務復審(積極競爭爭訟)之參加：

第三人權利救濟之訴會因原告提起訴訟的類型而有所不同。第一個是原告落選，提起課予義務復審積極競爭爭訟，其他人要以何種程序參加？例如：某甲提起課予義務復審，請求命機關應對其作成陞遷處分。其競爭者（已列入陞遷名單中）某乙得類推適用行政訴訟法第 42 條第 1 項規定參加復審（普通參加)。換句話說，如果甲提起積極競爭爭訟，要求保訓會命行政機關為陞遷處分，其它的競爭者(乙)是參加人，此時參加者並非必要參加人，因為不符合行政訴訟法第 41 條「訴訟標的對於第三人及當事人一造必須合一確定」之要件，解釋上意思為復審標的的法律關係之人事處分，其相對人為某甲，並非第三人某乙，所以某乙之權利不因復審決定（命機關應對某甲作成陞遷處分）而直接且必然地形成、變更或消滅。

如果某甲是請求撤銷某乙取得之陞遷處分，某乙是

必要參加人，又有何不同？兩者不同在於裁判效力的問題，因為撤銷訴訟和撤銷復審，撤銷時，保訓會的決定在撤銷後即發生法律關係的變動，而課予義務訴訟和課予義務復審現實上為給付訴訟，法院或保訓會命原處分機關作成處分時，其法律關係並非在法院下判決時就變動，而是要等到行政機關依照法院命令作成處分方發生變動。二者的差異性將影響第三人參與訴訟的類型。

（三）提起撤銷復審（消極競爭爭訟）之參加：

某甲提起撤銷復審，請求撤銷機關對於第三人某乙之陞遷處分。某乙應類推適用行政訴訟法第 41 條參加復審（必要參加）。某乙雖非復審之當事人，然為何其參加權限如此大？係因其為復審標的法律關係人事行政處分之相對人。撤銷原處分之結果，將直接使某乙獲得之陞遷處分溯及既往失其效力，直接且必然地形成、變更或消滅其法律地位；換句話說，當陞遷處分被撤銷，某乙之權利會因此變更，此一人事處分相對人之地位，即當然轉換為撤銷復審決定之相對人（復審當事人）之地位。因此在本案中，應命某乙參加訴訟。其餘競爭者（已列入陞遷名單中者）某丙，得類推適用行政訴訟法第 42 條第 1 項規定參加復審（普通參加）。

四、人事行政處分復審程序之暫時權利保護制度

本節所要談的問題在我國還不太重要，但是卻可落實憲法上「有效權利保護」（effektiver Rechtsschutz）原則，就如民事訴訟法假扣押、假處分的制度，這樣的制

度在針對訟訴上時間的不可避免延遲性，因此要保全爭訟結果被執行的可行性，憲法上要求貫徹有效權利保護，在行政訴訟法上亦然。現在討論較前瞻性的問題是，當原告對行政處分提起爭訟時要如何結合暫時權利保護制度，避免影響其權利救濟，分作幾個部分介紹(以時間先後作區分)：

（一）機關作成第三人之陞遷處分前之暫時權利保護制度

1. 公務人員向保訓會提起課予義務復審，請求命機關應對其作成陞遷處分。再類推適用行政訴訟法第 298 條規定，聲請假處分，請求禁止機關作成第三人陞遷處分。

行政訴訟法第 298 條第 1 項及第 2 項規定：「公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分。於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分」。因此會有提起課予義務復審，再去申請假處分的狀況，但對當事人來說可能比較不利。

2. 公務人員向保訓會提起「預先禁止復審」(預先禁止程序)，再類推適用行政訴訟法第 298 條規定，聲請假處分，請求禁止機關作成第三人陞遷處分？因為在保障法中並無此種復審類型存在，恐有問題產生，雖然也許會有如此需求，但在無法可適用的情況下會構成適用上的問號，將來應討論在修法時解決此問題。

（二）機關作成第三人之陞遷處分後之暫時權利保護制度

1. 公務人員向保訓會提起復審，請求撤銷機關對於第三人之陞遷處分。再依保障法第 89 條規定，聲請停止執行該第三人之陞遷處分。

2. 保障法第 89 條有近似暫時權利保護的意味，該條規定：「原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行。原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請，就原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置全部或一部，停止執行。」保障法第 89 條和行政訴訟法第 116 條結構上是近似的，建構在原處分生效後雖有爭訟仍得強制執行，但也開放了例外，包括原處分顯有疑義、有難以回復之損害或是有維護公益之必要，可以例外停止執行，該法第 89 條是在提起消極競爭復審爭訟時，一個權利救濟的管道，換句話說，現在任命某甲，提起消極競爭復審，此時即可依該法第 89 條規定停止執行。

最後一個問題是，如果原處分機關已作成，此時當事人權利受損，若提起撤銷復審，而且申請暫停執行，暫時停止執行之效力是否會跟職務安定原則牴觸？因為基於職務安定原則，不得任意更動，現停止原處分執行有沒有可能阻止職務安定原則發生？行政訴訟法上之「聲請暫時停止執行」，德國學理上稱作「延緩效力」（aufschiebende Wirkung），其內容為延緩原處

分之效力，或是未延緩效力，僅是延緩實際的執行，在德國有兩種不同的學說。

1. 執行障礙說（Vollziehbarkeitstheorie）

延緩效力僅構成行政處分之執行障礙，對於系爭處分本身效力並無影響。換句話說，陞遷派令已作成且生效，只是暫時不能執行。

若採此說即有疑問，因既已生效，應有職務安定原則之適用，當主程序碰到該問題時，如果沒有重大瑕疵即不能挑戰，雖然暫時停止執行只是暫時無法執行職務，但是仍有職務安定原則之適用。而後因對權利保障還是有不足的問題，德國學說因此有所改變。

2. 效力障礙說（Wirksamkeitstheorie）：多數說。

延緩效力不僅構成行政處分之執行障礙，亦影響行政處分之效力。在延緩效力未除去之前，該處分尚未發生效力。

假如依照職務安定原則之法理，依此說則可能排除職務安定原則之適用，請求司法機關嚴格高密度審查行政處分之合法性。簡單來說，若採效力障礙說，可能排除職務安定原則的制度，保障公務人員陞遷之權利，德國實務上見解也漸傾向此說。保障公務人員之權利為重要考量，透過機制在未確定前，先提起消極競爭訴訟，透過暫時權利保護方式停止效力之發生，請求相關司法機關對該行政處分作實質上的審查，為現行德國法上之見解。

五、公務人員保障暨培訓委員會 98 年度法制專題講座

壹、 時間：民國 98 年 10 月 15 日（星期四）

貳、 地點：本會 7 樓會議室

參、 講座：文化大學法律學系郭副教授介恒

肆、 題目：保障事件不受理事由之判斷

大家好，這個議題主要是針對訴願法第 77 條，公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 61 條有類似規定，惟第 61 條第 2 項就撤銷有實益時仍可受理的部分另有明文。最早討論此議題的大概是台北市政府，之後行政院也曾辦過研討會；就學理角度觀察，或許這不是重要議題，但就受理訴願機關、受理復審機關的審議角度來看訴願法第 77 條之適用，有時卻相當困擾，譬如適用先後次序、兩款以上適用問題。行政院目前正在研擬訴願法修正草案，但尚未論及訴願法第 77 條，未來也不確定是否會將本條納入討論，本次演講內容只是提供大家在判斷款次時的參考。

訴願法在 87 年修正前，本身為較寬鬆之法規範，僅有 20 餘條條文。早期不論實體上無理由、程序上不受理，一概都以訴願駁回作為主文，而所謂「不受理」的概念，則至修法後才予以增訂。然修法前此觀念即已存在，於程序上不受理之訴願駁回時，僅記載理由，而不記載事實，嗣修法後方有以「訴願不受理」為主文之決定。訴願法的修正，基本上由行政院暨所屬各級行政機關訴願審議規則（下稱「審議規則」）移植過來，由於形式不可爭所為之程序不受理決定，直接影響人民的救濟權，而訴願究應以之為行

政一般程序之一環，或應將程序司法化曾引起討論。以外國立法例而言，如德國「異議」制度、日本「行政不服審查」制度，皆採較寬鬆的立法模式，不似我國訴願制度規定的條文那麼多。個人曾至日本東京都訪問，並與行政不服審查部交換意見，他們認為訴願乃人民發洩怨氣的管道，毋須過度認真。法國制度則相當浪漫，異議制度沒有期限，認為時間久了，氣也消了。國內有專書批判我國訴願制度過度司法化，其實訴願法司法化有其背景，其一是行政訴訟法修正在先且幅度很大，其二則是早期訴願制度常被批評「官官相護」，故立法院對訴願法之修正有相當的期待。

相較於司法程序，行政訴訟上的「不受理」都是法律明文，訴願制度在修法前，以法規命令（審議規則）即可否定人民的訴願權；其次，訴願定位上和外國立法例不同，國外都是由本機關來審議，我國則由上級機關為之。早期在訴願、再訴願、行政訴訟的年代，行政訴訟僅為一審，故常將訴願當作一個審級，加上訴願、再訴願，並稱之為「三級三審」。而若將訴願視為司法救濟之前置，認其具準司法性質，並置其於法律位階，則因行政機關須依法行政，訴願法修正後，即衍生擇定條、項、款次的問題。例如原規定於審議規則第 13 條第 1 項中「無實益」的部分，於修法後可否找到依據？又如於訴願法第 77 條之外，應否有其他事由作為駁回之依據？修法時將訴願法第 77 條法制化，主要便是為了將這些款次規定為列舉規定，避免行政機關巧立名目，不受理人民的訴願。至於「無實益」未納入訴願法第 77 條，主要是因為訴願乃以撤銷行政處分為目的，

有些無實益的案件（如選舉案件、報考案件），並非不可爭訟，但在選舉、考試結束後，將不准參選、不准準報考的決定撤銷，無法達到權利救濟的目的，司法院釋字第 290 號解釋的劉俠案，據以申請解釋之個案係申請國家賠償遭拒而非拒絕參選所提起之訴願。訴願法修正時，行政訴訟法草案第 6 條針對「確認已執行完畢之行政處分違法之訴訟」已有明文，可依該條提起確認訴訟以茲救濟，為避免訴願法第 77 條第 8 款非屬訴願管轄事件競合適用，可能引起爭議乃未予納入，也因此有些行政機關遇到無實益的案件會適用訴願法第 77 條第 8 款。近年來，亦有論者主張恢復「無實益」條款之規定。

就適用順序上有無先後問題，個人以為保障法第 61 條也有類似問題。訴願法第 77 條第 1 款為行政機關最常用的 1 款，而第 2 款「逾越法定期間不受理」是否仍須審究其違法性之問題亦相當具有爭議性，過去有機關請行政院解釋，「倘於主文部分記載『訴願不受理』，理由處卻記載『撤銷原處分』而肯認其訴願有理由，主文和理由是否有矛盾之處」，行政院當時答覆認為主文部分依訴願法第 77 條或早期的審議規則處理，理由部分則屬行政監督權之行使。訴願目的係撤銷行政處分之撤銷，故若欲確認行政處分違法，或欲確認因行政處分所產生之法律關係存在與否，並不採訴願前置，須逕向法院提起行政訴訟。另外，行政處分之無效亦非訴願審議的範圍。

個人今天主要報告的問題意識如下：

一、訴願法第 77 條各款規定立法之目的意旨為何？

二、訴願法第 77 條各款規定於適用上發生競合時，得否引用 2 以上條款？

三、逾越法定不變期間為不受理之決定，宜否審認原處分有無違法或不當？

四、修正前，審議規則設有訴願無實益之規定，宜否再予修正納入？

五、訴願法第 77 條宜否明定其他不應受理之事由？或得予簽結之事由？

關於「得予簽結之事由」，有時在訴願案件中會遇到處分相對人死亡之情形，若其權利義務無繼受人或繼受人不願承受，此時行政機關只好以簽結方式將案件作最終處理，當然此為例外情形。理論上，一個訴願案件或一個復審事件一旦受理，即應予以決定，不應以內簽方式簽結事件。對此，行政訴訟法中即定有以「裁定」處理之明文。

接下來就訴願法第 77 條的立法來討論，審議規則係依訴願法授權制定之法規命令。其中第 13 條第 1 項第 5 款「訴願已無實益」、第 7 款「其他不應受理之事由」於現行之訴願法第 77 條、保障法第 61 條並未納入。第 3 款「訴願人不適格」於保障法第 61 條，作有相似規定；於訴願法，則回歸同法第 18 條。而就第 5 款之「訴願標的已不存在」，早期審議規則認為「訴願標的」係指「行政處分」，訴願法修法後則改為「行政處分不存在」，其實也衍生不少爭議。行政法院庭長法官聯席會議有時也會將此 2 概念混用，行政訴訟法的法條內容亦同。目前通說均認為，訴願或訴訟的標的多指當事人的權利主張，而非形式的行政處分。

訴願法第 77 條第 8 款以「不屬訴願救濟範圍」的概念，取代審議規則第 13 條 1 項第 5 款「無實益」的概念，提起確認訴訟仍有救濟實益，但不應透過訴願處理。又訴願法第 77 條是否須增訂「欠缺權利保護必要」的問題，參酌司法院釋字第 546 號解釋，「欠缺權利保護必要」與「無實益」實有相似，部分機關適用訴願法第 1 條作為不受理之理由，而非適用訴願法第 77 條。我覺得行政法院在這幾年「欠缺權利保護必要」在使用上，範圍比「無實益」來得廣。今天臺北市有一個研討會，其中一個主題就是在討論「欠缺權利保護必要」，會討論這個問題主要是因為一個畫紅線的案件。我們一般唸教科書時，把道路標線當作是一般處分，但實務上卻很少提及此概念，台北市政府也把它當作是實質的法規命令，認為僅具一般性抽象規範效力、非針對個人，不具個別性，過去均不受理此類案件。今年初，這個案件遭到最高行政法院撤銷，認為道路標線為一般處分，並要求台北高等行政法院調查此案件是否欠缺權利保護必要，與過去此類案件均認為性質上屬法規命令，以不受理駁回不同。惟認定為一般處分後，則須視當事人有無權利保護必要，始得為實體裁判。

審議規則第 13 條第 2 項「前項第一款之逾期不補正，訴願人在駁回決定書正本發送前，已向受理訴願機關補正者，應註銷決定書仍予受理」，就「通知補正期間」的法律性質，在審議規則是將它定位為「行政機關的酌定期間」，而非「法定不變期間」。訴願法第 77 條第 1 款針對「逾期」的「期間」，除了法定不變期間的規定外，也增加了「未於第 57 條但書所定期間內補送訴願書」。故訴願法第 77 條第

1 款的「經通知逾期不補正」有兩種情況，一是單純的「經通知逾期不補正」，二是「逾期未補送訴願書」，「通知補正期間」是否為法定不變期間，逾越期間後到底能不能補正，行政法院的多數見解認為既然規定在一起，就表示它們一樣都是「逾越法定不變期間」，皆須於 30 日提起訴願。若逾越法定期間，即生失權效。惟亦有行院法院法官持相反見解，未來或許可考慮召開庭長法官聯席會議，以統一本條解釋。其實，較有經驗的承辦人辦理復審事件、訴願案件時，在當事人未補正前，通常不會馬上作決定書，否則補正後之前所作之決定書即須註銷。而訴願法第 77 條第 1 款的「不能補正」，像是訴願之提起是由本人提起抑或以代理人之意思提起，這都會影響到當事人適格，我們常常會將它解釋為「不能補正」，但仍有機關會請訴願人說明，究為代理訴願人或為本人訴願之旨。

訴願書究應符合哪些法定程式，訴願法第 56 條對訴願書應記載事項雖設有明文規定，惟訴願管轄機關通常不會嚴格去要求。實務上常碰到委任書欠缺的問題，以前關於大陸配偶來台的案件，通常台灣的配偶都會直接提起訴願；有些商標代理人為免逾越提起訴願的期間，會先替當事人提起訴願，但當事人未必想爭訟等案件，逾期補正也很常見。接下來看第 3 款「訴願人不符合第 18 條之規定者」，實則訴願法第 18 條處理兩個問題，一是當事人能力，二是當事人適格。保障法第 61 條針對當事人適格予以明文，而訴願法則無。當事人能力和當事人適格為二事，當事人適格主要針對個案中當事人有無主張的資格，大陸法系對於當事人適格認定較嚴，須法律上權利義務受有損

害，而英美法國家對行政事件的當事人適格不會作嚴格限制。我國法對於公益訴訟案件，像是環保案件，多半擬制使環保團體得為適格當事人。有些地區無人居住，甚至是國有地，究由何人主張，早期美國聯邦最高法院也曾駁回過此類案件，後來認為可以景觀權、日照權等來擴張解釋。至於合夥，像司法院釋字第 486 號解釋認為，只要能作為權利義務主體，即可主張。而訴願法第 18 條較無處理到機關的問題，在行政訴訟法中，機關則可作為行政訴訟的當事人，但其權利義務仍應回歸所屬法人。以前有些機關，如行政院農業委員會申請的專利應登記何名下，機關的電腦、軟體應登記為誰所有，理論上都應登記為中華民國，但這些發明專利機關大都是主管機關所申請。訴願法第 18 條並未特別提及這個問題，當初原有意使行政機關得為訴願主體，但是立法院並未接受，認為將造成對己訴願。自立法過程、學理角度觀察，同一公法人的兩個機關確實可能造成對己訴願而欠缺權利保護必要，譬如行政院環境保護署對新竹科學園區裁罰。自法律面而言，確實有這些顧慮，而實務上，機關提起訴願均為訴願管轄機關及行政法院所接受，行政院亦擬將機關訴願，於訴願法中予以明定，以杜爭議。

訴願法第 18 條提及「行政處分相對人」可以提起訴願，修法中司法院曾認為是創設新的人格持反對意見。後來立法院接受「行政處分相對人」可作為訴願主體，而拒絕了「機關訴願」。我們前面曾提到當事人死亡的問題，因欠缺訴願權能，有些機關會適用訴願法第 18 條為不受理決定（嚴格來說是欠缺當事人能力），適格的問題有時候會和「利害

關係人」的概念相結合，像是先前提及的大陸配偶來台案件，行政法院、行政院後來都改變見解，參酌大法官會議，認為本國配偶具有家庭婚姻權為「利害關係人」。在公平交易法的領域，如檢舉人是否為適格當事人，則須視其是否與被檢舉人具有競業關係而定。另外，環保案件在當事人適格上認定較寬，即使僅居於掩埋場附近地區，惟因影響其生活品質亦可認為具有利害關係。

訴願人無訴願行為能力時，以前對於訴願人是否須法定代理人的問題鮮少處理，在其他各部會有很多這種案件，如違反大眾捷運亂按鈕，此時法定代理人要代未成年人為訴願行為，若未通知補正，將無法續行。另外，公法人、行政機關的部會首長如有所變動，此時便需要變更代理人。私法人、非法人團體則較棘手，尤其是非法人團體，若合夥未設有代表人或管理人時，只能由合夥人一起提起訴願。個人看過一個古物資產保存的案件，任何資料都查不出它為社團法人，此時便不得以非法人團體來處理。若主張有代表人或管理人的話，須有相關證據資料來補正。

訴願法第 77 條第 6 款「行政處分不存在」，把「訴願標的」改為「行政處分」，依當時的立法理由來看，「行政處分不存在」是指「行政處分之撤銷」，多半是指形式上的不存在，惟有些學者主張應擴張解釋，認為實質上無拘束力亦為「行政處分不存在」，像是行政處分之解消，但依立法背景及理由觀察，應無此意。不使用「訴願標的」此用語，或許是因訴願標的和行政處分可分開來觀察，例如附負擔行政處分本身仍存在，但負擔不存在，不得以此款核

駁。廣播電視執照換照時，同意換照屬授益行政處分，此部分當事人當然不會去爭執，通常會爭執的則是後面的負擔。若從訴願標的來看，當事人主張的是會造成影響的負擔。學理上多承認負擔可以成為單獨的行政處分，但究與處分具高度關聯性，實務上有時個案也很難加以區別處理。

接下來是訴願法第 77 條第 7 款規定的一事不再理，此為爭訟的基本原則，有些是請求訴願再審，有些則是請求重開程序，針對訴願再審，行政法院認為不能再提起行政訴訟；而當事人若主張行政程序法第 128 條的重開程序，由於重開程序本身就是一個行政處分，所以不得以本款為不受理決定。另外，第 8 款的「非行政處分」的範圍也很廣，包括觀念通知、行政指導，行政程序法設有教示規定，行政機關也習於在公文最後放上教示規定，但有時先告知人民得依法提起訴願，後來卻告知他非行政處分不予受理，傷害人民的法感情，也因此有人提出「形式行政處分」的概念，只要外觀上已構成行政處分，行政機關即須受理。今年 7 月份最高行政法院庭長法官聯席會議處理了一件有關人事的案件，認為公立學校通知教師不續聘為一行政處分。涉及於行政契約之法律關係中可否作出行政處分，又界線為何等問題。又行政處分、一般處分和法規命令之間，應如何區別，亦值得探討。

另外訴願法第 77 條第 8 款「其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項」，和保障法第 61 條的移送機制不同，如道路交通管理處罰條例的案件必須先到裁決所、法院，非訴願救濟的範圍，行政機關不會將案件移至裁決所。有些個案

涉及 2 款以上的競合，行政院院臺訴字第 0950084619 號訴願決定書，涉及到訴願法第 77 條第 2 款及第 8 款之競合(假釋)，早期有所爭議，而行政法院庭長法官聯席會議決議不受理，認為此屬司法處分，而非行政處分。

關於訴願法第 77 條可能之修正，像是把適用順序的釐清等等，通常事物管轄權會優先處理，接下來是單純的程序問題，不涉及實體的判斷，然後才是實體判斷。首先我們先來看管轄權的部分，原則上只要不涉及司法權，機關應有移送的義務。就訴願法第 77 條第 8 款之適用而言，包括了：一、普通法院管轄之私法事件，公私法如何界分向來為傳統爭議，大法官會議曾作出司法院釋字第 348 號、第 540 號解釋可茲參考。二、法律特別規定由法院管轄之事件，像是道路交通管理處罰事件、社會秩序維護法事件和國家賠償案件。三、確認或給付訴訟事件，像是行政契約訴訟。惟若認其有第 8 款適用，訴願機關仍應考慮人民是否有其他的救濟管道。

又關於不涉及訴願實體判斷款次，大致上可歸納為：一、逾期未補正，此部分應優先判斷。二、一事不再理，若為同一事件，已經訴願或行政訴訟，此時候便可直接作成不受理決定。三、非行政處分，在實務上對於是否為行政處分有很多的解釋空間，往往也必須要作一些實質上認定，惟此部分亦非實體判斷。最後，是涉及個案處分判斷的問題：一、訴願逾期，因只有行政處分才有逾越法定不變期間的問題，故此時已間接承認行政處分的存在。二、當事人不適格，尤其是利害關係的有無，皆須個案判斷。

三、行政處分不存在，先有行政處分存在才能為實體判斷，但有時行政機關會作行政處分之轉換，認為舊的行政處分雖不存在，但有新的行政處分，遂生原先作成行政處分存在與否的爭議。

另外，針對訴願法第 77 條之可能增刪事由，除了訴願法第 80 條第 1 項「訴願逾期原行政處分顯然違法不當」應否廢止之爭議外，是否應增列「訴願無實益」亦值探討。司法院釋字第 546 號解釋曾以「欠缺權利保護必要」替代「訴願無實益」之概念，未來或許可將「欠缺權利保護必要」列為不受理事由，取代「行政處分不存在」。此外，未來亦可考慮增設「欠缺當事人能力」，比照行政訴訟法第 107 條第 1 項第 3 款為明文規定，行政機關不似行政法院得為法之續造而須依法行政，若行政處分之相對人提起訴願後已死亡，由於訴願決定即為一行政處分，則此時之行政處分為一無效處分，為杜絕爭議，宜予增訂，使訴願機關得為訴願決定，並合法送達至繼承人處。而行政程序法第 109 條「免除」訴願之用語，尚難解為訴願管轄機關得為不受理之事由，為免滋生疑義及因應行政罰法之施行，訴願法第 77 條宜增列「依法經聽證作成之行政處分」。

六、公務人員保障暨培訓委員會 99 年度法制專題講座

壹、時間：99 年 2 月 26 日（星期五）

貳、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室

參、講座：國立成功大學法律學系暨科技法律研究所

蔡志方教授

肆、題目：行政救濟途徑教示錯誤之法律效果

綱　要

壹、從我國行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款規定談起

一、書面行政處分之權利救濟教示，屬於強制性或任意性義務？

二、書面行政處分之權利救濟教示範圍

（一）救濟方法之教示

（二）救濟期間之教示

（三）管轄機關之教示

三　非書面行政處分之權利救濟教示

貳、權利救濟途徑教示之目的

一、彌補人民權利意識之不足

二、彌補人民法律知識之不足

三、強化行政行為適法性之自我控管

四、強化行政行為適法性之監督

五、強化人民對於行政行為之認同

六、貫徹行政為人民而存在之理念

參、權利救濟途徑教示錯誤之類型

一、誤認非處分為處分，而為一定救濟方法之教示

二、誤認處分為非處分，而為不得救濟之教示

三、對於處分為錯誤救濟方法之教示

（一）對於不得提起訴願之處分，為得提起訴願之教示

（二）對於應先踐行訴願先行程序之處分，為得逕行提起訴願之教示

（三）對於依法得逕行提起行政訴訟之處分，為得提起訴願或民事訴訟之教示

（四）其他

肆、權利救濟途徑教示錯誤之影響

一、是否使相對人取得信賴保護之基礎？

（一）救濟期間之部分

（二）救濟方法之部分

（三）管轄機關之部分

二、是否使相對人取得錯誤教示之權利？

三、是否使相對人因錯誤教示，而喪失原應享有之權利？

（一）法律面

（二）事實面

四、是否影響相關機關之人力與物力等之浪費？

五、是否影響第三人之權益？

伍、權利救濟途徑教示錯誤之法律效果

一、救濟期間教示錯誤後更正，相對人或利害關係人未信賴原錯誤教示之救濟期間

二、救濟期間教示錯誤後更正，但相對人或利害關係人信賴原錯誤教示之救濟期間

三、救濟期間教示錯誤未更正，致相對人或利害關係人遲誤法定救濟期間

四、救濟之管轄機關教示錯誤，致向該無管轄權機關提起救濟者

陸、結論

大家好，今天我所演講的題目是行政救濟途徑教示錯誤之法律效果，我將分為六個部分一一說明。第一部分從我國行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款規定談起，這是一般性的規定。從第二部分的說明，則可瞭解權利救濟途徑教示之目的為何？第三部分為權利救濟途徑教示錯誤之類型，希望能藉此提醒大家避免犯類似之錯誤。第四部分為權利救濟途徑教示錯誤之影響，有一些影響是法律有規範的；有些則可能是事實上的影響。第五部分為權利救濟途徑教示錯誤之法律效果，再來則是結論。最後提供一個教示錯誤的實際案例與各位探討及分享。

壹、從我國行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款規定談起

一、書面行政處分之權利救濟教示，屬於強制性或任意性義務？

首先，就我國行政程序法第 96 條第 1 項規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：……六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」若純從「應記載」之字樣觀之，似尚難以判斷我國書面行政處分之權利救濟教示，究屬於強制性或任意性義務之規定。

其次，再就我國行政程序法第 98 條第 1 項、第 3 項之規定：「處分機關告知之救濟期間有錯誤時，應由該機關以通知更正之，並自通知送達之翌日起算法定期間（第 1 項）。處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後 1 年內聲明不服時，視為於法定期間內所為（第 3 項）。」第 99 條規

定：「對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於 10 日內移送有管轄權之機關，並通知當事人（第 1 項）。前項情形，視為自始向有管轄權之機關聲明不服（第 2 項）。」以及我國公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 27 條亦規定：「原處分機關告知之復審期間有錯誤時，應由該機關以通知更正之，並自通知送達之次日起算法定期間（第 1 項）。如未告知復審期間，或告知錯誤未通知更正，致受處分人遲誤者，如於處分書送達之次日起 1 年內提起復審，視為復審期間內所為（第 2 項）。」綜合觀之，似乎傾向於書面行政處分之權利救濟教示義務，屬於強制性之義務。蓋如非屬於強制性之義務，則似乎仍不宜賦與足以改變諸如訴願法第 14 條與保障法第 30 條等規定之效果。

不過，所謂「書面行政處分之權利救濟教示，屬於強制性義務」，並非謂其違反，將使該處分罹於無效。此從我國行政程序法第 111 條規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：一、不能由書面處分中得知處分機關者。二、應以證書方式作成而未給予證書者。三、內容對於任何人均屬不能生效者。四、所要求或許可之行為構成犯罪者。五、內容違背公共秩序、善良風俗者。六、未經授權而違背法規有關專屬管轄之規定或缺乏事務權限者。七、其他重大明顯之瑕疵者。」觀之，殆可肯定。

類似上述處分程序之規定，我國訴願法第 90 條規定：「訴願決定書應附記，如不服決定，得於決定書送達之次日起 2 個月內向高等行政法院提起行政訴訟。」第 91 條規

定：「對於得提起行政訴訟之訴願決定，因訴願決定機關附記錯誤，向非管轄機關提起行政訴訟，該機關應於 10 日內將行政訴訟書狀連同有關資料移送管轄行政法院，並即通知原提起行政訴訟之人（第 1 項）。有前項規定之情形，行政訴訟書狀提出於非管轄機關者，視為自始向有管轄權之行政法院提起行政訴訟（第 2 項）。」第 92 條規定：「訴願決定機關附記提起行政訴訟期間錯誤時，應由訴願決定機關以通知更正之，並自更正通知送達之日起，計算法定期間（第 1 項）。訴願決定機關未依第 90 條規定為附記，或附記錯誤而未依前項規定通知更正，致原提起行政訴訟之人遲誤行政訴訟期間者，如自訴願決定書送達之日起 1 年內提起行政訴訟，視為於法定期間內提起（第 2 項）。」保障法第 72 條規定：「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（第 1 項）。前項附記錯誤時，應通知更正，並自更正通知送達之次日起，計算法定期間（第 2 項）。如未附記救濟期間，或附記錯誤未通知更正，致復審人遲誤者，如於復審決定書送達之次日起 1 年內請求救濟，視為於第 1 項之期間內所為（第 3 項）。」

二、書面行政處分之權利救濟教示範圍

其次，就書面行政處分之權利救濟教示範圍言，根據我國相關行政法規之規定，及於：（一）救濟方法之教示；（二）救濟期間之教示；（三）管轄機關之教示。以下分述之：

（一）救濟方法之教示

首先，就救濟方法之教示言，前述我國行政程序法第96條第1項規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：……六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」至於「表明其為行政處分之意旨」，雖間接亦具有提醒或暗示對之可據以提起各項行政救濟之作用，但仍不屬於嚴格意義之「救濟方法之教示」。類此之規定，尚有我國訴願法第90條規定：「訴願決定書應附記，如不服決定，得於決定書送達之次日起2個月內向高等行政法院提起行政訴訟。」保障法第72條規定：「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（第1項）。前項附記錯誤時，應通知更正，並自更正通知送達之次日起，計算法定期間（第2項）。如未附記救濟期間，或附記錯誤未通知更正，致復審人遲誤者，如於復審決定書送達之次日起1年內請求救濟，視為於第1項之期間內所為（第3項）。」

（二）救濟期間之教示

其次，就救濟期間之教示，我國行政程序法第96條第1項規定:「行政處分以書面為之者,應記載下列事項：……六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」由於行政處分之救濟期間，屬於法定不變期間（如訴願法第14條），非有法律規定，不得延長或縮短（如訴願法第15條、第16條）。類似之規定，尚可見諸我國訴願法第90條規定：「訴願決定書應附記，

如不服決定，得於決定書送達之次日起 2 個月內向高等行政法院提起行政訴訟。」保障法第 72 條規定：「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（第 1 項）。前項附記錯誤時，應通知更正，並自更正通知送達之次日起，計算法定期間（第 2 項）。如未附記救濟期間，或附記錯誤未通知更正，致復審人遲誤者，如於復審決定書送達之次日起 1 年內請求救濟，視為於第 1 項之期間內所為（第 3 項）。」

（三）管轄機關之教示

最後，就管轄機關之教示言，我國行政程序法第 96 條第 1 項規定：「行政處分以書面為之者，應記載下列事項：……六、表明其為行政處分之意旨及不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」本條款使用「受理機關」，而不使用「管轄機關」，不僅顯然用字錯誤，且在概念上，亦有混淆「管轄機關」與「受理機關」之嫌。

同樣屬於管轄機關之教示者，我國訴願法第 90 條規定：「訴願決定書應附記，如不服決定，得於決定書送達之次日起 2 個月內向高等行政法院提起行政訴訟。」保障法第 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。」可資參考。

三、非書面行政處分之權利救濟教示

至於行政處分機關就「非書面行政處分」，是否亦負有權利救濟教示之義務？對此，我國之行政法規並無明文，

學者間似尚無人提及。如僅就我國行政程序法第 96 條之規定觀之，基於「明示其一，排除其他」之法理，似乎應認為行政處分機關就「非書面行政處分」，並不負有權利救濟教示之義務。再者，同法第 95 條規定：「行政處分除法規另有要式之規定者外，得以書面、言詞或其他方式為之（第 1 項）。以書面以外方式所為之行政處分，其相對人或利害關係人有正當理由要求作成書面時，處分機關不得拒絕（第 2 項）。」觀之，通常法規之所以規定行政處分應以書面或證書為之者，料必該等行政處分對人民與機關均屬關係重大，而以言詞或其他方式所為之行政處分，亦唯有對於相對人或利害關係人有重大影響者，渠等始會要求處分機關作成書面，而有同法第 96 條關於「權利救濟教示」規定之適用。當然，也僅有該行政處分對於相對人或利害關係人有重大影響者，其請求處分機關作成書面，始有正當理由，而處分機關亦不得拒絕。再者，如從我國訴願法第 56 條第 2 項之規定「訴願應附原行政處分書影本」、保障法第 43 條第 2 項之規定「提起復審應附原行政處分書影本」，亦不難推知如行政處分相對人或利害關係人擬對於該行政處分依法提起救濟者，勢必應依據諸如行政程序法第 95 條第 2 項規定，請求行政處分機關作成書面，而再從諸如訴願法第 1 條第 1 項規定，也不難推知該行政處分必須對於相對人或利害關係人之權利或利益有所影響者，使得據以請求作成書面，並據以提起行政救濟。

貳、權利救濟途徑教示之目的

誠如 19 世紀德國大法學家耶林(Rudolf von Jhering)於

其名著「法目的論」(Der Zweck des Rechts)一書之扉頁所載：「目的，乃一切法律之創造者」(Der Zweck ist der Schöpfer des ganzen Rechts)。我們要正確認識法律、解釋法律，絕對不可以捨法律之規範目的而不論。否則，僅望文生義，難免發生失之毫釐，差以千里。究竟前述我國各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，其目的為何？個人認為不外乎下列六項目的，以下逐一簡述之：

一、彌補人民權利意識之不足

我國各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，其目的之一，即在於彌補人民權利意識之不足。在傳統上，官尊民卑，民不與官爭之遺風影響下，人民之權利意識普遍不足，加上以往「打虎、告官，辭別祖先」之觀念與訴願及行政訴訟駁回率太高之影響下，導致人民之權利意識更是低落。相較之下，行政法規規定「權利救濟途徑之教示」，在某程度上，確實具有彌補人民權利意識不足之積極作用。因此，將各項行政法規規定「權利救濟途徑之教示」作為彌補人民權利意識不足之主要目的，似亦無不可。

二、彌補人民法律知識之不足

我國各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，其目的之二，即在於彌補人民法律知識之不足。綜觀我國人民權利意識不足之原因，最根本者，乃在於人民法律知識不足。法律知識不足之結果，不僅是「在權利上睡覺」的問題，而是「根本不知道自己有權利」。因此，行政法規規定「權利救濟途徑之教示」，在某程度上，確實具有

彌補人民法律知識之不足，而強化人民權利意識之作用。

三、強化行政行為適法性之自我控管

我國各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，其目的之三，即在於強化行政行為適法性之自我控管。此點似乎為向來之學說與立法政策所忽略。個人以為，各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，也蘊含著行政處分機關於作成該項教示之時，即必須同時意識到，如果其不做好該行政處分合法性與妥當性的控管，必然或者更高程度會引起行政爭訟，而會受到上級機關處分合法性與妥當性的控管，甚至是行政法院的合法性審查。因此，各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，也蘊含了行政行為適法性自我控管之強化。

四、強化行政行為適法性之監督

我國各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，其目的之四，即在於強化行政行為適法性之監督。由於各項行政法規規定「權利救濟途徑之教示」間亦提高了該行政處分受到上級機關控管其合法性與妥當性的，甚至是行政法院審查處分合法性之機率。因此，各項行政法規規定「權利救濟途徑之教示」，當然也具有強化行政行為適法性監督之機能與目的。

五、強化人民對於行政行為之認同

我國各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，其目的之五，即在於強化人民對於行政行為之認同。由於行政處分附記「權利救濟途徑之教示」，而具有前述四

項功能，當然該行政處分之妥當性與合法性會相對被提升，其結果，人民當然會感受到其意見與心聲受到尊重，而行政處分機關也相當盡力於依法行政，因而，各項行政法規規定「權利救濟途徑之教示」，當然具有強化人民對於行政行為認同之功效，而以「權利救濟途徑之教示」來強化人民對於行政行為之認同，自然具有相當高之正當性。

六、貫徹行政為人民而存在之理念

最後，但絕非最不重要，反而可能應該是最為根本與重要者，乃是我國各項行政法規之所以規定「權利救濟途徑之教示」，其目的即在於貫徹行政為人民而存在之理念。在一個民主法治國家，國家既然為人民而存在，則行政機關於作成每一個行政處分時，均必須將人民合法權益之保障放在第一順位。即使已經費盡心力於追求行政處分合法性與妥當性之完美，幾近苛求，但唯恐仍難盡善盡美，而於行政處分附記「權利救濟途徑之教示」，自然更能彰顯與貫徹行政為人民而存在之理念。

參、權利救濟途徑教示錯誤之類型

僅管我國各項行政法規已經規定各機關就書面行政處分負有「權利救濟途徑教示」之義務，而有關之公務人員於行政程序法公布後、施行前，已經參與相關之講習，而之後新任之公務人員養成過程，也必然受到相關之訓練與考核。但無可諱言者，恐怕仍難免發生差池，而有待於進一步加強改進。以下本人即針對行政實務上可能發生之「權利救濟途徑教示錯誤類型」，加以解說，希能協助各級行政機關減少錯誤，致增加總體上之勞費與不經濟。

一、誤認非處分為處分，而為一定救濟方法之教示

首先，「權利救濟途徑教示錯誤類型」之第一種，乃誤認非處分為處分，而為一定救濟方法之教示。此一類型與後述二大類型相較，對於行政處分相對人雖較為不嚴重，但是對於信賴該教示，而進行相關救濟程序之當事人、利害關係人、相對機關與受理機關，則難免浪費人力與物力，甚至影響其他尋求救濟者應及早獲得救濟之機會。

二、誤認處分為非處分，而為不得救濟之教示

其次，「權利救濟途徑教示錯誤類型」之第二種，乃誤認處分為非處分，而為不得救濟之教示。在實務上，最著名者，當屬司法院釋字第 423 號解釋之原因案件(Anlaßfall)所屬處分（臺北市環境保護局告發單統一編號 D. No. 603759，北市環稽三中字第 831017 號）。本號解釋理由特別提及，所謂行政處分係指行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行為，不因其用語、形式以及是否有後續行為或記載不得聲明不服之文字而有異。若行政機關以通知書名義製作，直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力者，諸如載明應繳違規罰款數額、繳納方式、逾期倍數增加之字樣，倘以仍有後續處分行為或載有不得提起訴願，而視其為非行政處分，自與憲法保障人民訴願及訴訟權利之意旨不符。遇有行政機關依據法律製發此類通知書，相對人亦無異議而接受處罰時，猶不認其為行政處分性質，於法理尤屬有悖。

行政處分機關如誤認處分為非處分，而為不得救濟之教示，則不僅將違背有關行政法規之規定，而且將會使各項行政法規原先所以規定「權利救濟途徑教示」之六大目的或機能全然喪失，也將增加有關人民與機關的人力、物力與時間上之勞費。

三、對於處分為錯誤救濟方法之教示

最後，「權利救濟途徑教示錯誤類型」之第三種，乃對於處分為錯誤救濟方法之教示。此可再分成三種類型，亦即（一）對於不得提起訴願之處分，為得提起訴願之教示；（二）對於應先踐行訴願先行程序之處分，為得逕行提起訴願之教示；（三）對於依法得逕行提起行政訴訟之處分，為得提起訴願或民事訴訟之教示。以下依序簡述之：

（一）對於不得提起訴願之處分，為得提起訴願之教示

對於處分為錯誤救濟方法之教示，其第一種子類型，乃對於不得提起訴願之處分，為得提起訴願之教示。由於在我國現行法制上，並非對於所有行政處分不服者，均得據以提起訴願。例如：對於社會秩序維護法上之罰鍰處分，根據同法第 57 條規定應向簡易庭提起聲明異議；對於違反道路交通管理處罰條例之罰鍰處分，根據同條例第 65 條規定，應向交通法庭聲明異議；公務人員對於受到服務機關或人事機關之處分，根據保障法第 25 條以下規定，應經由原處分機關向公務人員保障暨培訓委員會提起復審。此等錯誤之教示，將使有關之公務人員與機關浪費必要之人力、物力與時間上之往返。

（二）對於應先踐行訴願先行程序之處分，為得逕行提起訴願之教示

對於處分為錯誤救濟方法之教示，其第二種子類型，乃對於應先踐行訴願先行程序之處分，為得逕行提起訴願之教示。此種錯誤之教示，雖然不一定會使訴願人受到不受理之決定（過去則常常會受到不受理之決定），但顯然將使有關之受理訴願機關浪費必要之人力、物力與時間於將「訴願案件」送交原處分機關進行先行程序，並延緩訴願人之訴願救濟時間。

（三）對於依法得逕行提起行政訴訟之處分，為得提起訴願或民事訴訟之教示

對於處分為錯誤救濟方法之教示，其第三種子類型，乃對於依法得逕行提起行政訴訟之處分，為得提起訴願或民事訴訟之教示。在實務上，曾經因原處分機關認知錯誤，而將原本依法得據以逕行向該管行政法院提起行政訴訟之行政處分（如經聽證後作成之行政處分），為得提起訴願之教示，甚至將原屬於得據以逕行向該管行政法院提起行政訴訟之行政處分，誤認為僅屬於民事法上之行為，而教示相對人如有不服，應向該管之民事法院提起民事訴訟。凡此，當然會浪費當事人與訴願管轄機關或民事法院之人力與物力，並遲誤當事人之法定正確救濟途徑。

（四）其他

對於處分為錯誤救濟方法之教示，除前述三種以外，當然仍可能存在其他類型。本人前述三種情形，應僅屬於例示而已。

肆、權利救濟途徑教示錯誤之影響

究竟行政機關就書面行政處分所為權利救濟途徑之錯誤教示，在法律上有無及有何影響？以下將分別就一、是否使相對人取得信賴保護之基礎？二、是否使相對人取得錯誤教示之權利？三、是否使相對人因錯誤教示，而喪失原應享有之權利？四、是否影響相關機關之人力與物力等之浪費？五、是否影響第三人之權益？

一、是否使相對人取得信賴保護之基礎？

書面行政處分之權利救濟教示如果錯誤，是否使相對人取得信賴保護之基礎？以下分別就：（一）救濟期間之部分；（二）救濟方法之部分；（三）管轄機關之部分等，分別加以說明：

（一）救濟期間之部分

首先，我國行政程序法第 98 條第 2 項與第 3 項規定：「處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，處分機關雖以通知更正，如相對人或利害關係人信賴原告知之救濟期間，致無法於法定期間內提起救濟，而於原告知之期間內為之者，視為於法定期間內所為（第 2 項）。處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後一年內聲明不服時，視為於法定期間內所為（第 3 項）。」根據本條第 2 項規定，顯然處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，可以成為相對人或利害關係人信賴之基礎。

其次，由於我國訴願法第 92 條第 2 項規定：「訴願決

定機關未依第 90 條規定為附記，或附記錯誤而未依前項規定通知更正，致原提起行政訴訟之人遲誤行政訴訟期間者，如自訴願決定書送達之日起 1 年內提起行政訴訟，視為於法定期間內提起。」因此，訴願決定機關附記錯誤而未依前項規定通知更正，亦得構成訴願人、參加人信賴之基礎。

再其次，保障法第 72 條第 3 項規定：「如未附記救濟期間，或附記錯誤未通知更正，致復審人遲誤者，如於復審決定書送達之次日起一年內請求救濟，視為於第一項之期間內所為。」顯然公務人員保障暨培訓委員會如附記錯誤未通知更正，亦會構成復審人信賴之基礎。

（二）救濟方法之部分

保障法第 79 條規定：「應提起復審之事件，公務人員誤提申訴者，申訴受理機關應移由原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員（第 1 項）。應提起復審之事件，公務人員誤向保訓會逕提再申訴者，保訓會應函請原處分機關依復審程序處理，並通知該公務人員（第 2 項）。」由於公務人員此種誤提救濟程序，亦可能係因相對機關教示錯誤之結果。本條雖無類似同法第 72 條第 3 項之規定，在實質上，個人亦認為非不得構成相關公務人員信賴之基礎。

（三）管轄機關之部分

我國行政程序法第 99 條規定：「對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於 10 日內移送有管轄權之機關，並通知

當事人（第 1 項）。前項情形，視為自始向有管轄權之機關聲明不服（第 2 項）。」類此，訴願法第 91 條規定：「對於得提起行政訴訟之訴願決定，因訴願決定機關附記錯誤，向非管轄機關提起行政訴訟，該機關應於 10 日內將行政訴訟書狀連同有關資料移送管轄行政法院，並即通知原提起行政訴訟之人（第 1 項）。有前項規定之情形，行政訴訟書狀提出於非管轄機關者，視為自始向有管轄權之行政法院提起行政訴訟（第 2 項）。」保障法第 61 條第 3 項亦規定：「第 1 項第 7 款情形，如屬應提起申訴、再申訴事項，公務人員誤提復審者，保訓會應移轉申訴受理機關依申訴程序處理，並通知該公務人員，不得逕為不受理決定。」在實質上，似亦承認為得構成相關公務人員信賴之基礎。

二、是否使相對人取得錯誤教示之權利？

其次，書面行政處分之權利救濟教示如果錯誤，是否使相對人取得錯誤教示之權利？換言之，是否允許發生將錯就錯之效果？我國行政程序法第 98 條第 2 項、第 3 項規定：「處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，處分機關雖以通知更正，如相對人或利害關係人信賴原告知之救濟期間，致無法於法定期間內提起救濟，而於原告知之期間內為之者，視為於法定期間內所為（第 2 項）。處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後一年內聲明不服時，視為於法定期間內所為（第 3 項）。」似乎肯認如果書面行政處分之權利救濟教示錯誤，仍能使相對人取得錯誤教示

之權利。

三、是否使相對人因錯誤教示，而喪失原應享有之權利？

反之，如果書面行政處分之權利救濟教示錯誤，是否使相對人因錯誤教示，而喪失原應享有之權利？此點，可以從法律面與事實面，分別觀之：

（一）法律面

在法律面向上，我國行政法規並未錯誤地規定如果書面行政處分之權利救濟教示錯誤，將使相對人因該錯誤教示，而喪失原應享有之權利。換言之，即使錯誤之教示未經原處分或決定機關通知更正，該錯誤並無拘束行政處分相對人之效力。相反地，因行政程序法第 98 條第 3 項、訴願法第 92 條第 2 項規定之結果，處分相對人將受到更為寬厚之保障。

（二）事實面

反觀，在事實面向上，雖然我國行政法規並未錯誤地規定如果書面行政處分之權利救濟教示錯誤，將使相對人因該錯誤教示，而喪失原應享有之權利。但是，在事實上，則甚有可能使行政處分之相對人誤信該教示，而「將錯就錯」地進行錯誤之救濟途徑、於錯誤之期間內，向錯誤之機關遂行相關救濟，甚至放棄依法可以進行之救濟。不過，如果僅是「將錯就錯」地進行錯誤之救濟途徑、於錯誤之期間內，向錯誤之機關遂行相關救濟，則其仍有可能因法律之保障措施，而回復其原有之救濟權利。

四、是否影響相關機關之人力與物力等之浪費？

甚為明顯者，任何類型之錯誤的權利救濟教示，均將影響相關機關之人力與物力等之浪費。不過，真正之問題，乃是因該等錯誤之權利救濟教示引發之人力與物力之浪費，是否應該由作成錯誤教示之機關有關人員負擔賠償責任？對此，我國國家賠償法有關規定，似乎非不得援用。

五、是否影響第三人之權益？

最後，就任何類型之錯誤的權利救濟教示，是否影響第三人之權益言，其答案應屬肯定。因為任何類型之錯誤的權利救濟教示，除了其相對人與有關機關以外，有關之第三人亦可能受波及，而受到損害。當然，也有可能因而受益者。

伍、權利救濟途徑教示錯誤之法律效果

一、救濟期間教示錯誤後更正，相對人或利害關係人未信賴原錯誤教示之救濟期間

我國行政程序法第 98 條第 1 項規定：「處分機關告知之救濟期間有錯誤時，應由該機關以通知更正之，並自通知送達之翌日起算法定期間。」訴願法第 92 條第 1 項規定：「訴願決定機關附記提起行政訴訟期間錯誤時，應由訴願決定機關以通知更正之，並自更正通知送達之日起，計算法定期間。」保障法第 72 條第 2 項規定：「前項附記錯誤時，應通知更正，並自更正通知送達之次日起，計算法定期間。」綜合此 3 條項之規定，可知救濟期間教示錯誤後更正，相對人或利害關係人未信賴原錯誤教示之救濟期間者，則其救濟期間將依據有關機關更正後之期間，並自通

知送達之翌日起算法定期間。當然，如有關之當事人業已根據正確之救濟期間提起救濟者，則其繫屬效力並不受影響。

二、救濟期間教示錯誤後更正，但相對人或利害關係人信賴原錯誤教示之救濟期間

我國行政程序法第 98 條第 2 項規定：「處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，處分機關雖以通知更正，如相對人或利害關係人信賴原告知之救濟期間，致無法於法定期間內提起救濟，而於原告知之期間內為之者，視為於法定期間內所為。」可知，救濟期間教示錯誤後更正，但相對人或利害關係人信賴原錯誤教示之救濟期間者，則於處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，如相對人或利害關係人信賴原告知之救濟期間，致無法於法定期間內提起救濟，而於原告知之期間內為之者，視為於法定期間內所為。

反之，我國訴願法第 92 條第 1 項規定：「訴願決定機關附記提起行政訴訟期間錯誤時，應由訴願決定機關以通知更正之，並自更正通知送達之日起，計算法定期間。」可知，救濟期間教示錯誤後經更正，並為通知者，相對人或利害關係人即不得再信賴原錯誤教示之救濟期間。類似之規定，尚見諸我國保障法第 72 條第 2 項規定：「前項附記錯誤時，應通知更正，並自更正通知送達之次日起，計算法定期間。」

三、救濟期間教示錯誤未更正，致相對人或利害關係人遲誤法定救濟期間

我國行政程序法第 98 條第 3 項規定：「處分機關未告知救濟期間或告知錯誤未為更正，致相對人或利害關係人遲誤者，如自處分書送達後 1 年內聲明不服時，視為於法定期間內所為。」訴願法第 92 條第 2 項規定：「訴願決定機關未依第 90 條規定為附記，或附記錯誤而未依前項規定通知更正，致原提起行政訴訟之人遲誤行政訴訟期間者，如自訴願決定書送達之日起 1 年內提起行政訴訟，視為於法定期間內提起。」類似之規定，復見諸我國保障法第 72 條第 3 項規定：「如未附記救濟期間，或附記錯誤未通知更正，致復審人遲誤者，如於復審決定書送達之次日起 1 年內請求救濟，視為於第 1 項之期間內所為。」綜上規定，可知救濟期間教示錯誤未更正，致相對人或利害關係人遲誤法定救濟期間者，如自處分書、訴願決定書或復審決定書送達後 1 年內進行相關之救濟時，均視為於法定期間內所為。

四、救濟之管轄機關教示錯誤，致向該無管轄權機關提起救濟者

我國行政程序法第 99 條規定：「對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於 10 日內移送有管轄權之機關，並通知當事人（第 1 項）。前項情形，視為自始向有管轄權之機關聲明不服（第 2 項）。」訴願法第 91 條規定：「對於得提起行政訴訟之訴願決定，因訴願決定機關附記錯誤，向非管轄機關提起行政訴訟，該機關應於 10 日內將行政訴訟書狀連同有關資料移送管轄行政法院，並即通知原提起行

政訴訟之人（第 1 項）。有前項規定之情形，行政訴訟書狀提出於非管轄機關者，視為自始向有管轄權之行政法院提起行政訴訟（第 2 項）。」綜上規定，可知各種救濟之管轄機關教示錯誤，致向該無管轄權機關提起救濟者，並無另行通知更正之規定，而僅採取有關之收受機關應於 10 日內移送有管轄權之機關，並通知當事人，且該等向無管轄權機關進行之救濟行為，視為自始向有管轄權之機關進行救濟。換言之，該等救濟具有保全救濟期間之效果。

陸、結論

綜合前面所述，可得結論如下：

一、書面行政處分之權利救濟教示，雖屬於強制性義務，但其違反，並不使有關之行政處分罹於無效。

二、書面行政處分之權利救濟教示範圍，包括：(一）救濟方法之教示、(二）救濟期間之教示、(三）管轄機關之教示。

三、權利救濟途徑教示之目的有六，包括：(一）彌補人民權利意識之不足、(二)彌補人民法律知識之不足、(三）強化行政行為適法性之自我控管、(四）強化行政行為適法性之監督、(五）強化人民對於行政行為之認同、(六）貫徹行政為人民而存在之理念。

四、權利救濟途徑教示錯誤之類型，計有：(一）誤認非處分為處分，而為一定救濟方法之教示；(二）誤認處分為非處分，而為不得救濟之教示；(三）對於處分為錯誤救濟方法之教示（包括：1.對於不得提起訴願之處分，為得提起訴願之教示；2.對於應先踐行訴

願先行程序之處分，為得逕行提起訴願之教示；3.對於依法得逕行提起行政訴訟之處分，為得提起訴願或民事訴訟之教示；4.其他）。

五、 就權利救濟途徑教示錯誤之影響言，法律之明文，似乎只有救濟期間教示錯誤之部分，使相對人取得信賴保護之基礎。但個人認為在實質上，救濟方法與管轄機關之錯誤教示，均將使相對人取得信賴保護之基礎。

六、 就權利救濟途徑教示錯誤之影響言，在法律面向上，我國行政法規並未錯誤地規定如果書面行政處分之權利救濟教示錯誤，將使相對人因該錯誤教示，而喪失原應享有之權利。在事實面向上，雖然我國行政法規並未錯誤地規定如果書面行政處分之權利救濟教示錯誤，將使相對人因該錯誤教示，而喪失原應享有之權利。在事實面向上，雖然我國行政法規並未錯誤地規定如果書面行政處分之權利救濟教示錯誤，將使相對人因該錯誤教示，而喪失原應享有之權利。但是，在事實上，則甚有可能使行政處分之相對人誤信該教示，而「將錯就錯」地進行錯誤之救濟途徑、於錯誤之期間內，向錯誤之機關遂行相關救濟，甚至放棄依法可以進行之救濟。不過，如果僅是「將錯就錯」地進行錯誤之救濟途徑、於錯誤之期間內，向錯誤之機關遂行相關救濟，則其仍有可能因法律之保障措施，而回復其原有之救濟權利。

七、 任何類型之錯誤的權利救濟教示，均將影響相關機關

之人力與物力等之浪費。因該等錯誤之權利救濟教示引發之人力與物力之浪費，是否應該由作成錯誤教示之機關有關人員負擔賠償責任？對此，我國國家賠償法有關規定，似乎非不得援用。

八、 就任何類型之錯誤的權利救濟教示，是否影響第三人之權益言，其答案應屬肯定。

九、 在權利救濟途徑教示錯誤之法律效果方面，救濟期間教示錯誤後更正，相對人或利害關係人未信賴原錯誤教示之救濟期間者，其救濟期間將依據有關機關更正後之期間，並自通知送達之翌日起算法定期間。當然，如有關之當事人業已根據正確之救濟期間提起救濟者，則其繫屬效力並不受影響。救濟期間教示錯誤後更正，但相對人或利害關係人信賴原錯誤教示之救濟期間者，依據行政程序法規定，則於處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，如相對人或利害關係人信賴原告知之救濟期間，致無法於法定期間內提起救濟，而於原告知之期間內為之者，視為於法定期間內所為。反之，依據訴願法規定，救濟期間教示錯誤後經更正，並為通知者，相對人或利害關係人即不得再信賴原錯誤教示之救濟期間。類似之規定，尚見諸我國保障法第 72 條第 2 項規定。救濟期間教示錯誤未更正，致相對人或利害關係人遲誤法定救濟期間者，如自處分書、訴願決定書或復審決定書送達後 1 年內進行相關之救濟時，均視為於法定期間內所為。就救濟之管轄機關教示錯誤，致向該無管轄權機關提起救濟者，並無另行通知更正之規定，而僅採取有關

之收受機關應於 10 日內移送有管轄權之機關，並通知當事人，且該等向無管轄權機關進行之救濟行為，視為自始向有管轄權之機關進行救濟。換言之，該等救濟具有保全救濟期間之效果。

七、公務人員保障暨培訓委員會 99 年度法制專題講座

壹、時間：99 年 4 月 30 日（星期五）

貳、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室

參、講座：文化大學法律系陳美伶副教授

肆、題目：解析政府資訊公開法－資訊公開、個人資料保護、檔案閱覽卷宗相關問題之釐清

綱　　要

一、前言

二、立法歷程

三、政府資訊公開法解析

（一）立法目的

（二）法律定位

（三）立法原則

（四）適用範圍—「政府資訊」之定義

（五）適用時點

（六）主動公開—應主動公開之項目

（七）主動公開方式

（八）被動公開(申請提供)

1. 申請權人

2. 得申請提供之資訊—主動公開項目 /非主動公開項

目

3. 申請提供為要式行為—書面或電子傳遞

4. 政府機關處理之程序

5. 諮詢第三人義務

6. 提供政府資訊之方式－裁量權

7. 政府資訊之更正或補充-個人資訊自主權

（九）政府資訊之豁免公開

（十）限制公開原因消滅—情事變更

（十一）不服之救濟及公務人員違法之處理

（十二）行政法院審理時，得就全部或一部進行秘密審理

（十三）費用（使用規費）之收取

四、政府資訊公開法與其他法律之關係

（一）政府資訊公開 vs. 檔案之運用

（二）政府資訊公開 vs. 行政程序之閱覽卷宗—【排斥非競合關係】

（三）政府資訊公開 vs. 個人資料保護

五、結語與建議

一、前言

大家好，今天我所要講演的題目是「解析政府資訊公開法－資訊公開、個人資料保護、檔案閱覽卷宗相關問題之釐清」。政府資訊公開法這部法律是民國 82 年由黃爾璇立委等 23 人率先提出草案，歷經 10 餘年的討論，終於在 94 年 12 月 6 日三讀通過，同年月 28 日公布、31 日施行，施行迄今已逾 4 年。但以我最近的觀察發現，政府資訊公開法落實情形並不理想，相關情形我會在後續的演講中報告。今天我將藉此報告的題目，分享我對政府資訊公開法這部法律的認識及所發現的問題，同時也表達對各位現在仍於公務體系中服務的一些期待，畢竟國家的進步與該制度的建立及落實，是息息相關的。

二、立法歷程

臺灣自從解嚴之後，開始比較注重民主化或民主參與或政治之清明，所以開始有許多的法案，例如：公職人員財產申報法、利益衝突迴避法及遊說法等陽光法案的制定。其實在整個行政機關裡面，最重要的就是行政程序法及政府資訊公開法，這也是在國家民主化過程中，很重要的一些法案。所以，我認為政府資訊公開法可說是在建立民主法治國家的核心價值，個人也將此一法案歸類為陽光法案之一，可視為政府施政透明度的指標。臺灣在過去的國際評比上，有很多成績很好的地方，比如說我們的電子化政府部分，成果非常豐碩，常常在國際性的評比上列居第一。可是一談到施政的透明度，在整個國家的競爭力上，我們的成績往往是落後的，最主要的原因就是政府施政透

明度，仍有待改進，政府資訊公開法就是要落實並改善此一問題。因為政府是最大的資訊擁有者，它所掌握的資訊應該是公共財，不應該將這些資訊都當成國家機密來保管。政府資訊公開的價值，就是在保障人民憲法上知的權利。這部法律立法過程其實是艱辛的。一開始是由黃爾璇立委等 23 人於 82 年 10 月先提出政府資訊公開法的草案，83 年 3 月再由程建人立委等 44 人提出相同名稱之草案。行政院嗣於 88 年評估後，認為我國應有制定此一法律之必要，爰於 88 年 5 月、91 年 9 月、94 年 2 月行政院三度提出「政府資訊公開法」草案，歷經立法院第 4 屆、5 屆及第 6 屆，前二屆均因屆期不續審而重新再提案，終於在 94 年 12 月 6 日三讀通過，同年月 28 日公布，31 日施行。

三、政府資訊公開法解析

（一）立法目的

我國開始有政府資訊公開的概念或法制並不是在 94 年，而是在 88 年 2 月 3 日公布的行政程序法第 44 條及第 45 條中已有此一的概念。這 2 條條文當初是以夾帶的方式放在行政程序法中，其實是不應該放在這部法裏的。行政程序法所要的是在個別的行政程序裏面的公開、透明及民主參與，它並不是要滿足人民知的權利。可是，這 2 個條文當初為何會放入行政程序法中呢？當時提案的委員的意思是，要等政府制定並通過政府資訊公開法，不知要等到何時，所以先放入行政程序法中，要求行政機關先做，而且在條文中授權訂定行政資訊公開辦法，先行實施資訊公開，藉此方式希望政府儘快制定政府資訊公開法。因為行

政資訊公開辦法是在 90 年 2 月 21 日發布施行，而政府資訊公開法則是在 94 年 12 月 28 日公布施行，因此產生適用上之疑義，亦即政府資訊公開要從政府資訊公開法施行日去起算哪一些資訊須公開，或是回到行政程序法施行日起算？不論在主動公開或被動公開上，都產生類此疑義。行政程序法適用對象是行政機關，行政院及考試院當然包括在內，但其他三院並不認為他們是行政機關，因此，他們要以政府資訊公開法施行後才開始適用。上開情形，確實會在實務上或法院審理時，產生適用上的疑義或落差。政府資訊公開法共 24 條，這部法律創下了法律如果真的沒有需要時，不要制式化的加上一個授權訂定施行細則之規定。因為依據司法院大法官的解釋，施行細則的概括授權，是不應該去涉及人民之權利義務事項，而認為施行細則只能去規範細節性及技術性的事項，如果是這樣，是不必有施行細則的，只要透過第二類的行政規則，就可達到目的。因為我們有很多施行細則，都是在作解釋名詞或程序規定。當初資訊公開法制定時，就是要做一個範例，不一定要有施行細則。

政府資訊公開法的條文不多，但其內容及意涵卻是重要的。以下將以逐條釋義的方式向各位報告。依據政府資訊公開法第 1 條，該法之立法目的有 4：即共享及公平利用政府資訊、保障人民知的權利、對公共事務之瞭解、信賴及監督及促進民主參與。

（二）法律定位

政府資訊公開法第 2 條規定：「政府資訊之公開，依本

法之規定。但其他法律另有規定者，依其規定。」關於本法的定位，學者間之見解仍存有歧異。政府資訊公開法在草擬之初，考慮到其他法律已有資訊公開之規定，為避免產生競合或扞格，爰將其定位為普通法的性質。這樣的立法目的，以及考量對於當時現實法制可能造成的衝擊，遂將政府資訊公開法定位為普通法的性質，現在受到很大的批評，有甲乙二說的意見：

甲說：本法立法理由說明「現行法律中並不乏有關政府資訊公開之規定，……。為明定本法與其他法律之適用關係將本法定位普通法，其他法律對於政府資訊之公開另有規定者，自應優先適用。」法務部 98.4.1 法律字 0980007237 號、95.1.17 法律決字 0950001869 號函等、李惠宗、林三欽教授採此見解。

乙說：考量資訊公開乃新興制度，前此制定之法律因未普遍有「政府資訊公開」之概念，其規定乃多不符合「政府資訊以公開為原則」之基本要求，倘採文義解釋，勢將嚴重妨礙資訊公開之目的，架空政府資訊公開法之適用，故應定位為「基本法」，其定位應在憲法與一般法律之間。採此見解者，有湯德宗、林素鳳、范姜真媺等教授。湯德宗教授另提出修正意見為：「政府資訊之公開，依本法之規定。但其他法律有關資訊公開之規定較本法更有利於資訊公開者，或制定在後之其他法律明文排除本法特定條文之適用者，從其規定。」林素鳳教授則建議刪除本條。

我個人也主張刪除本條。因為一部法律和另一部法律是不可以直接做比較的，而是應該看個別規定之不同，來決定誰要優先來適用，不應該直接就定位該部法律是普通法或是特別法。此外，我也反對「基本法」的說法，目前我國制定了科學技術基本法（88.1.20 公布）、教育基本法（88.6.23 公布）、環境基本法（91.12.11 公布）、通訊傳播基本法（93.1.7 公布）、原住民族基本法（94.2.5 公布），及客家基本法（99.1.27 公布）等 6 個基本法。基本法也是法律，但法律的名稱，依據中央法規標準法第 2 條之規定，只得定名為法、律、條例或通則。所以基本法究竟是什麼概念或定位，其位階如何？均有疑義。

（三）立法原則

一部法律實施的良窳，取決於人民對它的認識及態度。以往民眾要求機關提供資訊，機關會先以不提供為原則，不得已時才予提供。政府資訊公開法則以公開為原則，拒絕提供為例外，限制公開應負舉證責任。公開的方式是主動公開與被動公開併存。資訊之公開採可分原則，如某部分的資訊涉及國家機密，可予以隱藏，不涉及國家機密的部分，則應予公開。另政府資訊的公開係採使用者付費原則。此外，本法特別確認人民知的權利是一種實體的權利，所以政府拒絕提供資訊時，該拒絕提供係為行政處分，當事人可提起行政救濟。上開立法原則，於政府資訊公開法中皆已明文規定。

（四）適用範圍—「政府資訊」之定義

政府資訊公開法第 3 條規定：「本法所稱政府資訊，指

政府機關於職權範圍內作成或取得而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息。」本條所定政府機關「於職權範圍內作成或取得」,與行政程序法第 44 條(已刪除)第 2 項所稱「行政機關持有或保管」有何不同?有學者批評為何範圍縮小了。承前所述,行政程序法第 44 條是立法委員提案的,法務部後來要制定行政資訊公開辦法時就發現問題了。因為政府機關持有或保管的東西太多了,有很多是和本機關的業務職掌無關的,例如研考會所做的委託研究報告,送了一本該報告資料予法務部,法務部就持有並保管該份報告。若人民直接向法務部請求提供該份報告之內容,此時法務部應否提供?類此情形,可能會與機關的職掌或事務管轄產生衝突,行政程序法第 44 條的規範並不容易去落實,也不切實際。因此政府資訊公開法第 3 條才規定為「於職權範圍內作成或取得」。職權範圍則可透過機關之組織法或作用法來界定。另政府機關擁有「私人資訊」(包括基於私法行為取得),是否屬於「於職權範圍內作成或取得」?例如機關有一委外業務,因此取得該委外公司的資訊,人民是否可請求提供該委外公司之資訊?如與該機關職權範圍無關的資訊,就會有問題。另有學者提出應以「事實上」取得且有「處分權」,代替於職權範圍內作成,作為判斷之基準,我認為這個基準可以作為參考。又資訊必須儲存於媒介物上,因此儲存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等之訊息均屬之。

政府資訊公開法第 4 條規定:「本法所稱政府機關,指

中央、地方各級機關及其設立之實（試）驗、研究、文教、醫療及特種基金管理等機構。受政府機關委託行使公權力之個人、法人或團體，於本法適用範圍內，就其受託事務視同政府機關。」中央及地方各級機關，包括：1. 總統府、中央研究院、國史館、國安會、國安局。2. 中央各級機關（五院及其所屬）。3. 臺灣省政府、福建省政府（行政院之派出機關）。4. 地方自治行政及民意機關。5. 未制定組織法律之「機關」仍有本法之適用 。機構包括：1. 公法組織之公營事業機構，例如：勞保局。2. 各級公立學校、社教機構、研究機構。3. 公立醫療院所，例如：榮總、臺大醫院 4. 預算法第 4 條第 1 項第 2 款訂定之特種基金，指歲入之供特殊用途者，計有 6 種。政府資訊公開法在立法院第 5 屆的任期內無法通過的原因，就是有一位立法委員主張要把「政府捐助之財團法人」納入。基於行政機關人力有限，對於財團法人無法發揮監督之效，故應透過資訊之全面透明，達到防弊與興利的功能。行政院 99 年 3 月 25 日院會通過「財團法人法」草案第 24 條第 2、3 項規定主動公開資訊之範圍。又國營事業是否適用政府資訊公開法？國營事業管理法第 3 條規定—國營事業指：1. 政府獨資經營者。2. 依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營者。3. 依公司法之規定，由政府與人民合資經營，政府資本超過 50％者。其與外人合資經營，訂有契約者，依其規定。國營事業具有公共性，其保有之資訊應適度對外揭露誠屬必要，惟國營事業之預算應受立法院監督，形式上已為全民之監督(間接監督)，又國營事業非全部均係公股，如有民股時，涉及經營競爭，不得與政府機關(公部門) 同

視。國營事業之組織如為公司，並受公司法之規範，有關資訊之揭露，公司法已有規範，應遵循之。又股票上市復受證券交易法重大資訊揭露之規範。國營事業既有專屬之管理法律，如有必要，得在該法中明定資訊公開之相關規定。

另行政法人是否適用本法？行政法人為組織改造中「四化」之一，為公法人，其所執行者為公共行政任務。中央行政機關組織基準法第 37 條，已確立行政法人為機關組織之一種型態。(目前已有兩廳院中正文化中心為行政法人，另行政院 99 年 3 月 31 日院會通過國家中山科學研究院亦採行政法人組織型態）。國立中正文化中心設置條例第 37 條明定，該中心之相關資訊，應依政府資訊公開法規公開之；其年度財務報表及年度營運（業務）資訊，應主動公開。可解為本法之特別規定，除適用本法外，並特別規定，其「年度財務報表」及「年度營運(業務)資訊」為主動公開項目。立法院審議中之「行政法人法草案」亦有相同之規定。受委託行使公權力之個人、法人及團體，視同政府機關，故應適用。惟受委託行使公權力之任務編組有無本法之適用？從過去法院的幾個案例來看，似乎有誤解合議制機關的概念，這部分留待後續說明。

（五）適用時點

行政程序法於 88 年 2 月 3 日公布，並自 90 年 1 月 1 日施行，行政資訊公開辦法於 90 年 2 月 21 日發布施行，二者制定有時間上的落差，但當時並未對此作過渡規定之設計，所以造成了應從何時開始適用政府資訊公開，以及

所能公開的資訊是何時作成等的 2 個問題產生之混淆。因為公開的方式有 2 種，即主動公開及被動公開，因此應該是做如下的解讀才是正確的。

主動公開的部分是從行政程序法施行之後，只要在職權範圍內所作成或取得的，就有主動公開的義務。被動公開的部分就不同了，在行政程序法施行前或施行後作成或取得者，除有豁免公開外，均應可以提供。其理由是，人民有請求權，確實是 90 年 1 月 1 日開始才有請求權，可是人民要請求資訊的內容，應該包含 30 年、40 年或 50 年時政府機關作成的資訊，都可以請求公開。也就是說，資訊本身並沒有適用時點的問題，而是人民的請求權，確實是 90 年 1 月 1 日行政程序法施行後才有的。有人會說，行政程序法只授權訂定子法，也沒說要被動公開，事實上當時所授權的內容是包含被動公開的，所以應該還是要回到母法加以解釋及適用。這樣的見解，行政法院是接受的，學者亦認為這樣的解釋是允當的。

（六）主動公開—應主動公開之項目

大約在幾個月前，我曾檢視各機關目前主動公開的情況。因為行政院曾經在 94 年時要求各部會儘量將資訊公開上網，並要求行政院所屬各機關在機關網頁的首頁設「政府資訊公開專區」。可是我們現在在網站看到的情況大都是形式重於實質。例如各機關通常都會建立主動公開行政資訊專區，可是你點進去後卻看不到任何資訊，或可能要往下查閱好幾層後，才會找到想要的資訊。另一情況可能是，當你點進去之後所看到的都是一些超連結的網站，點進那

些網站查閱後，才發現和你想要取得的資訊一點關係都沒有，所以還是無法順利取得想要的資訊，造成實際和期待上的落差。主動公開，其立法原則是以「應」主動公開為原則，例外始不公開。換言之，在沒有限制公開或不予提供情形以外者，才要主動公開。針對主動公開之項目，究屬「例示」規定，抑為「列舉」規定，學者間有不同之意見。本法的第 6 條有一個一般性的規定，其揭示了一個原則是，與人民權益攸關之施政、措施及其他有關之政府資訊，以主動公開為原則，並應適時為之。上開規定如屬主動公開之概括規定，本法第 7 條所列 10 項主動公開項目應解釋為「例示規定」抑「列舉規定」？甲說認為是列舉規定，理由是鑑於第 7 條列舉之範圍已較美國寬廣許多，為便於適用，應刪除第 6 條之規定，未修法前應解釋第 6 條為「訓示規定」，不具法拘束力，法務部及湯德宗教授採此說。乙說則認為是例示規定，其理由是綜觀第 6 條及第 7 條規定，可知舉凡「攸關人民權益之措施或施政」均應主動公開，而第 7 條是主動公開的最小範圍，其他資訊符合第 6 條規定者，均應主動公開，林素鳳教授及范姜真媺教授採此說。我個人的看法是，短期內把它解釋為列舉之規定，執行上較為可行，畢竟如果可以做到就很不錯了；而如果把它解釋為是例示規定，則還要包含其他很多資訊內容，執行上也會有些困擾。實務上目前為止，應是採列舉說。

至於本法第 7 條所列 10 款公開之項目，我將就比較有爭議或過去曾發生的問題的部分，提出與各位做意見的交換：

1. 首先第 1 款的規定包含對外文書及法規部分。對外文書之範圍，基本上就是依據條約及協定處理準則之規定，相關資訊是要主動公開的。這部分的主動公開目前並未上網，外交部是以書面印刷的方式提供。前段時間發生美國牛肉事件案時，我曾試圖上網找尋議定書的資料，但就是找不到，該份議定書原本即是主動公開的項目，很可惜上網就是查不到。至於法規的部分，搭配公報的出版，我想大家應該比較熟悉，就不再重複了。

2. 第 2 款的規定是第 2 類行政規則，即政府機關為協助下級機關或屬官統一解釋法令、認定事實、及行使裁量權，而訂頒之解釋性規定及裁量基準，這部分的資訊也是要主動公開。依行政程序法第 160 條第 2 項規定，第 2 類行政規則，應由首長簽署並登載於政府公報，以「令」發布之，自屬主動公開之項目。惟其格式未必是法規形式。

3. 第 3 款規定是機關基本資料，這部分應該是最沒有疑問的。有人曾經問過承辦人之姓名、電話、傳真及電子信箱帳號應否主動公開？我個人認為這並不在公開的範圍之內。

4. 第 4 款規定是行政指導有關文書。行政指導其定義，依行政程序法第 165 條規定，指政府機關在其職權或所掌事務範圍內，為實現一定之行政目的，以輔導、協助、勸告、建議或其他不具法律上強制力之方法，促請特定人為一定作為或不作為之行為。機關執行政策之「方針」、「方案」是否為行政指導？我個人並不認為，因為

行政指導應該是針對個案所做的道德勸說，後續也有可能涉及國家賠償的問題等，所以我認為方針或方案，只是行政規則，並非行政指導。

5. 第 5 款規定是施政計畫、業務統計及研究報告。施政計畫，指各主管機關遵照施政方針及行政院核定之預算籌編原則及預算編製辦法所擬定者。在施政計畫部分，各機關作法似乎不完全一致，有些機關認為只要與研究發展考核委員會連結即可，有些機關則主動公布在其機關網站上，其實應該是各自公布自己機關的資訊才對，而不是用連結的。業務統計，目前並無立法定義，各機關均依職權裁量決定。這部分的資訊其實非常重要，因為這些統計數據與政策之擬定是息息相關的。就如同本法實施後，也應該有各機關政府資訊公開的業務統計，但很可惜的是都沒有。研究報告，指由政府機關編列預算委託專家、學者進行之報告；或派赴國外從事考察、進修、研究或實習人員所提出之報告。因為研究報告的種類太多，所以本款乃將其限縮為上述 2 類，才需要主動公開。

6. 第 6 款是預算及決算書，這裡有我做這次的研究所發現的問題就是，看起來各機關所主動公開之預算書及決算書就是立法院通過的，立法院通過的應該是法定預算，依預算法之規定，業經立法程序並由總統公布，應該已經主動公開了，為什麼第 6 款還規定必須要主動公開呢？所以，我認為本款所規定要公開的，並不是立法院所通過的，而是送給立法院的預算案，這樣人民才能去監督

行政部門所提出的預算案內容，立法院如何審查，以及最後通過的法定預算為何。這部分是我的看法，尚未詢問法務部之見解。

7. 第 7 款規定是請願之處理結果及訴願之決定。依請願法之規定，人民對國家政策、公共利害或其權益之維護，得向職權所屬之民意機關或主管行政機關請願。請願應備具請願書，受理機關並得通知請願人前往答詢，處理結果並應通知請願人。所以，請願乃人民願望的表達，請願處理結果告知請願人即可，無主動公告週知之必要。至於訴願決定書的公開，其實有許多功能，除了可提昇學術研究品質外，另一功能則是訴願決定會有類型化的情形，例如：某種情形提起訴願大多是訴願遭駁回之情況，透過此一功能，民眾可以參考是否提起訴願。訴願決定書之內容如涉及個人之人別資料之處理、性侵害、性騷擾等涉及隱私部分，則可另行處理或不予公開。

8. 第 8 款規定是書面之公共工程及採購契約。原先行政院公共工程委員會曾提出一些質疑認為，採購契約裡面可能會涉及營業秘密等，主動公開可能產生問題，這時就要看如何處理以及公開的方法了，不一定要全部公開。本款之立法理由為，公共工程及採購契約較重大者，均以書面為之，為利於民眾知曉及監督契約之履行，原則上應主動公開之。至於非書面之契約，如均主動公開，恐將影響效率及浪費公帑，爰不規定需要主動公開。有人會認為政府採購法不是已經規定要公開了嗎？為什麼這裡還要規定公開呢？其實政府資訊公開法與政府採購

法所規定之公開，是有階段性不同的。政府採購法規定的公開是決標之前的公開；而政府資訊公開法所規定的公開，是決標後已經簽訂契約的公開，且是因為要履約的關係。例如有些工程契約簽完約後又要追加預算，是不是原來契約訂定的問題，這是必須受到全民監督的，所以才需要主動公開，這才是立法之目的。可是採購契約太多了，如果全部都要公開，執行上十分困難，所以才規定如訂定書面契約者，始須公開。大部分的機關並未將採購契約放在網站上，而是放在機關的閱覽室供民眾查閱。另參考法務部 95 年 4 月 24 日法律 0950013917 號函所示，依促參法簽訂之書面投資契約，既與公共工程有關，而屬政府資訊公開法第 3 條所定資訊之範疇，應主動公開。至契約並不以本文為限，如經締約雙方約定為契約附件者，亦為書面契約之一部。

9. 第 9 款是支付或接受之補助，從 921 地震開始，主要是對政府補助民間預算的勾稽與監督。其範圍為何？各機關似乎都有困擾，所以法務部乃以 98 年 8 月 26 日法律字 0980024475 號函釋認，慰問金、獎（勵）金、輔導（補助）金或檢舉獎金都是補助，係採取廣義的見解。

10. 第 10 款是合議制機關之會議紀錄。合議制機關必須是「機關」的性質，如果是「單位」，即便它如何獨立行使職權並以合議的方式行使職權，都不能稱為合議制機關。合議制機關之會議紀錄要主動公開，其目的是要擺脫政治，它必須要專業，所以必須接受監督。會議紀錄要公開到什麼範圍？內容為其所審議議案之案由、議

程、決議內容及出席會議成員名單。依行政院組織法第 9 條規定，合議制機關係相當於二級機關之獨立機關，目前有中央選舉委員會、行政院公平交易委員會及國家通訊傳播委員會。另考試院公務人員保障暨培訓委員會亦應屬合議制機關。

（七）主動公開方式

主動公開的方式，除法律另有規定外，應斟酌公開技術之可行性，選擇適當方式行之為原則。著重可親近性與可重複檢閱性。主動公開之例示規定有：1. 刊載於政府機關公報或其他出版品（法規及對外文書應採此方式）。2. 利用電信網路傳送或其他方式供公眾線上查詢（電子化政府）。3. 提供公開閱覽、抄錄、影印、錄音、錄影或攝影。4. 舉行記者會、說明會。5. 其他足以使公眾得知之方式。其他主動公開之補充性作法則有：1. 行政院依據立法院之決議已要求所屬機關在 95 年 10 月底前須在各機關網站首頁開設「政府資訊主動公開」專區。2. 研究報告及預決算書之主動公開方式採網際網路方式（無電子檔者，應提供目錄，並告知取得方式）。3. 行政院主計處訂有注意事項要求各機關支付及接受補助金應定期上網公告。4. 行政院統合型公報、全國法規資料庫與本法落實之關係。

（八）被動公開（申請提供）

接下來要說明被動公開的部分，主動公開不管是例示或列舉的規定，它還是非常有限的。民眾所需的資訊係依據他的需求，所以被動公開才是本法最主要的部分。

1. 申請權人

被動公開是實體法上的請求權，採取要式主義。申請權人必須具備下列資格：1. 具有中華民國國籍且在中華民國設籍之國民。2. 具有中華民國國籍且在中華民國設籍之國民所設立之本國法人、團體。3. 持有中華民國護照僑居國外之國民。4. 本於互惠主義之外國人。湯德宗教授認讓「合法入境之外國人」請求公開政府資訊乃國際趨勢，故上開「本於互惠主義之外國人」應從嚴解釋，僅該外國亦定有資訊公開法律，卻仍限制我國國民申請公開時始有適用。機關間相互資訊之提供，非屬本法規定之情形，應依行政程序法第 19 條之行政協助。有關行政協助之規定，其適用對象為行政機關，不論請求協助之機關或被請求協助之機關，係屬同一行政主體（國家、地方自治團體等）或非屬同一行政主體，均有其適用。

2. 得申請提供之資訊－主動公開項目 / 非主動公開項目

得申請提供之資訊包含主動公開項目及非主動公開項目。

3. 申請提供為要式行為—書面或電子傳遞

申請提供為要式行為，應填具申請書，載明本法第 10 條第 1 項所列事項，包括：1. 申請人基本資料。2. 代理人基本資料。3. 申請之內容要旨及件數。4. 申請之用途。5. 申請日期。

4. 政府機關處理之程序

書面申請如方式或要件不備，不能補正或屆期不補正者，逕行駁回。若能補正，通知其 7 日內補正後進入實體

審理。機關受理後 15 日內為准駁之決定，必要時，延長一次，但不得超過 15 日。補正期間不算入處理期間。核准提供後，除當場繳費取件外，應以書面通知申請人提供方式、時間、繳納方法。全部或部分駁回提供時，應以書面記明理由通知申請人，此為行政處分，應為教示規定。

5. 諮詢第三人義務

政府資訊涉及特定個人、法人或團體之權益者，應先以書面通知其於 10 日內表示意見。但已表示同意者，不必通知。以書面通知之個人、法人或團體未於 10 日內表示意見，受理機關得逕為准駁之決定。如該特定個人、法人或團體之所在不明者，政府機關應將通知內容公告之。通知之目的何在？目前看來應該只有諮詢或通知的性質，並非徵得其同意。第三人意見之效力，例如：同意或不同意，機關是否受拘束?我想這部分機關必須斟酌，特別是涉及個人資訊的部分。決定公開後，本法並未規定應再通知第三人，但如果能副知會較妥適，但並非法定義務。無法通知時可以公告代替書面通知，但未規定期間。第三人不同意時，政府機關仍予提供，第三人有無救濟機會? 現行法並無明文。建議本條修法時應增訂「反公開訴訟」，提供第三人救濟機會。顯無必要，可否免除通知之義務？現行法亦無明文。

6. 提供政府資訊之方式－裁量權

提供政府資訊的方式，原則上按政府資訊所在媒介物之型態，如：1. 重製。2. 複製品。3. 提供閱覽、抄錄或攝影。例外情形，如：1. 涉及他人智慧財產權或難於執行，

只提供閱覽。2. 已屬主動公開之資訊，告知其查詢方式以代提供。此「告知」之性質是否為行政處分？行政法院認係單純事實敘述或理由說明，未生法律效果，非行政處分，不得提起訴願。個人認為告知應是准許的行政處分，只是未提供實體資訊，而是告知查詢方式。另如遇到管轄錯誤時，受理機關非該資訊之作成或取得機關時，應向申請人說明。如確知有其他政府機關於職權範圍內作成或取得該資訊，應函轉該機關並通知申請人。

7. 政府資訊之更正或補充-個人資訊自主權

政府資訊之更正或補充，與個人資訊自主權有關，這部分會與電腦處理個人資料保護法產生競合之問題，因為電腦處理個人資料保護法也可以請求更正、補充、甚至刪除個人的資料，有自主權在內。因此，個人認為有關個人資料的蒐集、處理及提供，電腦處理個人資料保護法應該是本法的特別法。政府資訊之更正或補充，採取要式主義，須以書面通訊或電子傳遞方式申請。處理期限是受理後 30 日為准駁決定，必要時得予延長，期間不得逾 30 日。處理結果應以書面通知更正、補充結果。更正之內容不得或不宜刪除時，得以附記應更正內容之方式為之。

（九）政府資訊之豁免公開

接下來要說明的是本法第 18 條政府資訊的豁免公開，這是這部法律被批評最多的條文。這個條文所有的內容都是不確定的法律文字，適用上常會產生一些判斷基準上的問題，不同的判斷基準會有不同的概念或目的可以去做考量。個人一向認為陽光法案，其陽光的照射不宜過於強烈，

以免曬傷。遮陽傘的防曬係數必須恰到好處，依紫外線強度選擇適當的遮避功能。換言之，就是國家安全與人民知的權利應如何調和，以及公益與隱私的權衡，才是重點所在。法務部解釋可以「公開資料所欲增進之公共利益」與「不公開資訊所保護之隱私權益」比較權衡，但仍很抽象，很難有統一的基準。個人認為應以類型化的方式，而非訂一個基準。政府資訊豁免公開之立法理由為，憲法層次之基本權利保護，人民知的權利，與行政法層次之國家機密保護、個人資料保護、營業、職業秘密維護互為消長，此一交錯關係，應予調和與釐清。豁免公開應為例外，否則將削弱人民參與公共決策之機會與滿足人民知的權利之目標。第 18 條規定，政府資訊有下列各款情形之一者，「應」限制或不予提供，解釋上應認採「裁量豁免」，依該規定，符合構成要件者，除有但書規定之事由外，機關並無裁量權。第 18 條所定 9 款豁免公開規定為「列舉」，可分為 4 大類，10 種事由：

1. 國安資訊之豁免公開(絕對事由)（第 1 款）
2. 執法資訊之豁免公開(絕對事由)(第 2、4 款)
3. 其他公務目的之豁免公開
   (1)內部意見溝通之豁免公開(相對事由)(第 3 款)
   (2)考試資料之豁免公開(絕對事由)(第 5 款)
   (3)文化資產保存之豁免公開(絕對事由)(第 8 款)
   (4)公營事業經營資料之豁免公開(相對事由)(第 9 款)

4.私密資訊之豁免公開

(1)職業秘密之豁免公開(相對事由)(第 6 款)

(2)商業秘密之豁免公開(相對事由)(第 7 款)

(3)個人隱私之豁免公開(相對事由)(第 6 款)

第 1 類是經依法核定為國家機密或其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者。依國家機密保護法核定為國家機密，或其他法律、法規命令規定應秘密事項，符合法律保留原則，為本法之特別規定，應優先適用。是否過寬？是否應限於國防與外交關係，始豁免公開？以「法規命令」排除是否妥適？會有這些問題值得探討。依國家機密保護法之規定，國家機密分為三級，第一級為絕對機密，指適用於洩漏後足以使國家安全或利益遭受非常重大損害之事項。第二級為極機密，指適用於洩漏後足以使國家安全或利益遭受重大損害之事項。第三級為機密，指適用於洩漏後足以使國家安全或利益遭受損害之事項。國家機密的定義非常籠統，其實國家機密保護法最重要的是核定程序及解密程序。

第 2 類是執法相關資訊，有下列數種情形。第 1 種是公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴或各種訴訟程序之執行。為避免犯罪嫌疑人或其他違法嫌疑人假借資訊公開蒐集資訊，阻擾程序的進行，以規避法律制裁，司法程序進行中，對被告受公正裁判或個人相關權利有所妨害時，為符公益原則，爰列為不公開之項目。本款之「執行」應包括民事法律、刑事法律及行政程序之執行事項。適用範圍以「執法程序」正在進行(或即將開始)者為限。第 2 種是

公開或提供，足以妨害刑事被告受公正之裁判者，主要針對刑事部分。基於無罪推定原則，使被告享有公平審判權。但公平審判權非僅被告享之，其屬廣義的訴訟權之一應受保障，不應以刑事被告為限。例如舉證：如公開系爭資訊將干擾訴訟程序的進行。第 3 種是公開或提供，有危害他人生命、身體、自由、財產之虞者，該規定也是籠統的。係基於保護個人權益，列為限制提供項目。以外國立法例而言，本類限制應在保障「執法人員」及相關執法過程中可能行使公權力人員之人身安全而設，非一般人之全部權益。既然我國政府資訊公開法之立法是以資訊公開為原則，在適用上應縮限解釋其適用範圍。第 4 種是政府機關為實施監督、管理、檢（調）查、取締等業務，而取得或製作監督、管理、檢（調）查、取締對象之相關資料，其公開或提供將對實施目的造成困難或妨害者。本項為廣義之執法概念。例如造成取締困難，故列為限制公開之項目。

第 3 類是其他公務目的。第 1 種是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。但對公益有必要者，得公開或提供之。為使決策周詳，公務人員得以暢所欲言，無所瞻顧，政府機關內部意見或與其他機關間之意見交換，如予公開或提供，因有礙該機關最後決定之作成且易滋困擾，應限制提供，但對公益有必要時，則不限制。本款為目前實務上被援引作為拒絕理由最多者。有學者認此一規定目的，在於防止事件仍處於個案程序中，因行政文書尚處於草擬或準備階段中，如因申請資訊公開而導致決策形成與延宕，故應為單純程序中閱覽卷宗的除外規定，而非資訊公開的限制，本款規定違背「保障人民知

的權利」或「政府善盡說明責任之義務」之目的精神，但也有學者有不同的意見。外國法例如日本情報公開法第 5 條第 5 款「行政機關之內部或相互間之審議、檢討或協議之資訊，因公開致有妨害意見之坦誠交換或意思決定之中立性之虞者，或致使民間產生混亂或使特定人獲得不當利益或遭不當損害之虞者。」可資參考。此種情形有但書之規定，即對公益有必要者，得公開或提供之。原先在行政資訊公開辦法第 5 條之規定是，行政機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或準備作業或與其他機關間之意見交換。但關於意思決定作成之基礎事實，不在此限。到了政府資訊公開法第 18 條規定為，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。但對公益有必要者，得公開或提供之。因為「關於意思決定作成之基礎事實」很難判定，所以修改為「對公益有必要者」，資訊不提供的範圍變廣。第 2 種是考試資料，指有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等有關資料，其公開或提供將影響其公正效率之執行者。此係基於專業能力所為之判斷，屬價值判斷之一環，公開會影響公正效率之執行，故列為限制公開之項目。本款因典試法第 23 條規定：「應考人得於榜示後申請複查成績。應考人不得為下列行為：一、申請閱覽試卷。二、申請為任何複製行為。三、要求提供申論式試題參考答案。四、要求告知典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員之姓名及有關資料。其他法律與前項規定不同時，適用本條文。第 1 項申請複查成績之辦法，由考試院定之。」故應適用典試法之規定。第 3 種是文化資產保存必要資訊，指為保存文

化資產必須特別管理，而公開或提供有滅失或減損其價值之虞者。本款之設係為故宮文物之保存理由。故宮典藏有65萬件，其中60萬件屬於圖書文件，包括宮中奏摺或古籍繕本，是否公開或提供的判斷，應交給典藏單位來決定。主要是基於保存、管理上的必要，非機密不予提供亦非文化資產保存中的其他文化財。文化資產保存法第 10 條規定：「接受政府補助之文化資產，其調查研究、發掘、維護、修復、再利用、傳習、記錄等工作所繪製之圖說、攝影照片、蒐集之標本或印製之報告等相關資料，均應予以列冊，並送主管機關妥為收藏。前項資料，除涉及文化資產之安全或其他法規另有規定外，主管機關應主動公開。」本款規定，學者均認係立法疏失，應容許其有別於一般政府資訊公開的接近方式，而非限制其公開。湯德宗教授認「文化資產因資訊公開，其價值即滅失或減損者，實際上殆難想見，如必執著於文義，反而彰顯政府的無能或國民的無知。」其餘學者亦多有相同主張。第 4 種是公營事業經營資料，指公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。公營事業組織型態或為公司或為事業機構(仍屬機關)，而為公司型態者，性質上為私法人，如有民股，監督機關本於職權保有之資訊之提供，應在不妨害其經營之正當利益前提下始可為之。

第 4 類是隱私、秘密資訊。第 1 種是職業秘密。公開或提供有侵害當事人職業上秘密時，得限制公開。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。職業秘密是指執行專門職業之人員，

例如律師、醫師、會計師等，基於當事人之信賴所取得之資訊，屬職業倫理之一環。第 2 種是商業秘密。個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。本款所謂「權利」，應指依法所保護之各種權利。「競爭地位」係指公平競爭關係下之地位。「其他正當利益」指個人、法人或團體經營事業所產生之重要知識、信用等正當利益。所稱「法人」不以營利法人為限(法務部 99 年 1 月 8 日法律字 0980035212 號函)。實務上以此款作為資訊拒絕公開之依據也很多。例如行政院衛生署依職權作成或取得醫療社團法人所經營事業之年度財務報表，得否主動公開？營業秘密法第 2 條規定：「本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：一、非一般涉及該類資訊之人所知者。二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。三、所有人已採取合理之保密措施者。」故營業秘密，應指具有秘密性及經濟價值之資訊。但目前法院實務上，如衛生署以本款為由，拒絕提供醫療社團法人所經營事業之年度財務報表等資訊，法院是接受的。第 3 種是個人隱私，其公開或提供有侵害個人隱私者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。「個人資訊」包括「隱私資訊型」與「個人識別資訊型」，本法應指前者，後者則依「電腦處理個人資料保護法」之規定。故凡有侵害個人私生活領域或權利、利益之虞，均依本法

限制公開（個人資料保護法於 99 年 5 月 26 日修正公布，施行日期由行政院另定之）。

（十）限制公開原因消滅—情事變更

另政府資訊公開法第 19 條規定，因情事變更，已無應限制公開或不予提供之必要，政府機關仍應受理申請提供。

（十一）不服之救濟及公務人員違法之處理

第 20 條規定，申請人對於政府機關就其申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定不服者，得依法提起行政救濟，即訴願、行政訴訟程序為之。政府機關全部或部分駁回提供、更正或補充政府資訊之申請時，應以書面記明理由通知申請人，並應依行政程序法之規定，予以教示規定。

（十二）行政法院審理時，得就全部或一部進行秘密審理

第 21 條規定，行政法院審理時，得就全部或一部進行秘密審理，但比較困擾的是，在行政訴訟法並無配套規定。資訊提供機關已盡舉證責任時，則無庸秘密審理，反之，故意拒絕公開，或舉證與證據有矛盾時，始為秘密審理。日本「情報公開、個人情報保護審查會」及歐盟國家設立「資訊官」（Information Commissioner）受理資訊公開之申訴，值得參考。第 23 條規定，公務員執行職務違反本法規定者，應按其情節輕重，依法予以懲戒或懲處。

（十三）費用（使用規費）之收取

收費的部分，授權各政府機關自行訂定標準，故無統一標準，依規費法相關程序為之。例外得減免費用之要件—提供學術研究或公益用途使用。應由申請人舉證。

四、政府資訊公開法與其他法律之關係

（一）政府資訊公開 vs. 檔案之運用

有關政府資訊公開法與其他法律之關係，大致可以下列三個面向比較觀察，第一個面向是從政府資訊公開與檔案運用之比較觀察。檔案法區分「國家檔案」與「機關檔案」，前者與政府資訊並無衝突。機關檔案之定義較廣，自「點收」即稱之為檔案，從而政府資訊之運用範圍即被壓縮。政府資訊公開法立法說明定位為普通法，從而檔案法即為特別法，應優先適用。檔案法第 18 條規定之拒絕提供事由較為抽象，如優先適用，政府資訊在滿足人民知的權利之目標，即大打折扣。法務部 95 年 3 月 16 日法律決字第 0950009957 號函釋略以，政府資訊公開法所定義之「政府資訊」，其涵蓋範圍較檔案法所定義之「檔案」為廣，亦即檔案仍屬政府資訊之一部分，又依政府資訊公開法第 2 條規定：「政府資訊之公開，依本法之規定。但其他法律另有規定者，依其規定。」另有若干解釋函均重申此見解，故人民申請閱覽或複製之政府資訊，如屬業經歸檔管理之檔案，應優先適用檔案法之規定處理。惟上開見解，為多數學者所批評。本人認為檔案法應僅規範「國家檔案」，而「機關檔案」應適用政府資訊公開法，並建議刪除檔案法第 17 條至第 19 條條文。具體建議政府資訊公開法施行後，檔案法有關機關檔案之應用部分應予刪除，回歸政府資訊公開法之適用，始符本法之立法宗旨。機關檔案之管理及國家檔案之開放運用，仍得由檔案局繼續掌理。研究發展考核委員會於 98 年 6 月 30 日將「檔案法修正草案」併同

「檔案管理局組織條例修正草案」陳報行政院審議，惟行政院已於日前退回該等草案。

（二）政府資訊公開 vs. 行政程序之閱覽卷宗—【排斥非競合關係】

第二個面向是從政府資訊公開與行政程序之閱覽卷宗之比較觀察。因為行政程序法條文比較多，大約 100 多條，故有分章、節。其中有一章是「資訊公開」，當該法第 44 條及第 45 條被刪除時，章名仍保留未被刪除，所以第 46 條閱覽卷宗就一直被認為是閱覽卷宗的一環。在條文運用上，行政機關及人民也非十分清楚。其實政府資訊公開與行政程序之閱覽卷宗，二者應該是排斥的，而非競合關係。其理由如下：

1. 主體不同：

申請提供政府資訊之主體是任何人。即具有中華民國國籍且在中華民國設籍之國民、具有中華民國國籍且在中華民國設籍之國民所設立之本國法人或團體、持有中華民國護照僑居國外之國民及本於互惠主義之外國人皆可。行政程序中申請閱覽卷宗之主體，限於該程序中之當事人或法律上之利害關係之人。

2. 請求目的、用途不同：

申請提供政府資訊不應有任何目的或用途限制行政程序法第 46 條規定，應以「主張或維護權利或利益必要為限」，法務部並解釋，法律以外之政治上、宗教上、文

化上、感情上利益或反射利益，不在值得保護之範圍(89年11月27日法律字041632號函)。

3.請求客體不同

政府資訊公開，以政府機關職權範圍內作成或取得之資訊為範圍。行政程序法中的閱覽卷宗，僅以系爭個案有關資訊為限。

4.期間限制不同

申請提供政府資訊，無期間之限制。政府資訊公開法不溯及既往，除行政資訊之提供在行政資訊公開辦法發布後即可請求，其餘在政府資訊公開法施行後均得為之。惟所請求之資訊不以本法施行後始作成或取得者，自不待言。行政程序法第46條係規範行政機關為行政行為之程序進行中當事人或利害關係人得申請閱覽卷宗之程序規定。其得申請之期間係指行政程序進行中或行政程序終結後法定救濟（包括依該法第128條規定申請程序重新進行者）期間經過前而言（法務部行政程序法諮詢小組第18次會議紀錄參照）。

5.權利性質不同、准駁性質不同

請求政府資訊之提供係獨立實體權利，具有行政救濟之權利行使，准駁為行政處分。行政程序之閱覽卷宗，為行政程序之一環，非獨立之權利，故不得單獨表示不服(行政程序法第174條參照），准駁非行政處分。

（三）政府資訊公開vs.個人資料保護

第三個面向是從政府資訊公開與個人資料保護之比較

觀察。二者是競合關係。個人資料部分，依個人資料保護法（以下簡稱個資法）主張對其個人資料之自主控制權；政府資訊中之「個人資料」為主體資訊接近權。第三人資料部分，申請第三人個人資料之提供，在個資法屬「利用」行為，包括「特定目的內」及「特定目的外」；申請政府資訊中涉及第三人之資料，除有諮詢意見之必要外，還有豁免公開規定之適用。通常在立法例上有下列 2 種：第 1 種是資訊公開極大化，凡依個資法得主張之權利， 全部納入政府資訊中加以適用，美國採之。另 1 種是資訊公開極小化，申請個人(自己)資料僅得依個資法為之。如依政府資訊公開申請他人個人資訊，仍不得違反個資法之豁免公開規定，英國採之。

另有關實務見解部分，本人於今年 1 月以「政府資訊」為關鍵字，搜尋行政院訴願決定書所得 35 件，簡單統計如下：

原處分機關	件數	訴願決定	理由
教育部	6	全部駁回	1.3件依檔案法及資公法營業秘密 2.2件認非屬政府資訊 3.1件為意思形成
衛生署	5	全部駁回	1.2件認非政府資訊 2.3件為意思形成
經濟部	5	全部駁回	1.3件為意思形成 2.1件為公營事業競爭利益 3.1件為更正請求
內政部	4	全部駁回	2件涉營業秘密；2件為意思形成
金管會	3	全部駁回	2件非屬政府資訊；1件意思形成
公平會	3	全部駁回	2件涉執法資訊與營業秘密；1件意思形成

其餘法務部 2 件；環保署、財政部、國防部、農委會、退輔會、新聞局及行政院秘書處各 1 件。其中 2 件不受理，1 件撤銷(適用法規錯誤，非屬行政程序中之閱覽卷宗)，餘皆駁回，理由雷同。從上開訴願決定書中，發現下列問題可供檢討：

1. 申請人未明確其主張，檔案法與本法混用。
2. 多以有個案爭訟需要請求提供卷宗內之相關資訊(特別是針對第三人部分)。
3. 合議制機關概念不清，與任務編組之區分。
4. 援引拒絕理由過於籠統，舉證未落實。
5. 「機關保有」但非屬「依職權作成」之認定。

行政訴訟部分因為檢索過程較為困難，故未做統計。從判決內容，仍可發現下列值得檢討之處：

1. 原處分機關不予提供之資訊(主張符合豁免公開之要件)，於救濟時可否依訴願法或行政訴訟法之規定請求閱

覽卷宗？法院對此部分是採取否定的見解。

2. 非屬主動公開項目之資訊，其相關卷宗資料是否不得請求提供（被動公開）？有法院認為不可以，這是錯誤的見解。

3. 屬相對事由之豁免公開項目，例外仍應提供之舉證責任在於誰？法院對此並無明確說理，僅參考原處分機關之意見云云，但舉證的內容依然不明。

4. 檢舉內容固涉及第三人（證人、檢舉人）之保護，沒有考慮到可分原則之適用。

5. 當事人於行政程序進行中已申請閱覽卷宗遭否准，依行政程序法第 174 條規定於救濟時併為主張，並被駁回確定，可否再依政府資訊公開法請求提供該等資訊？大部分學者認為可以。法院實務上因為皆為判決駁回，看不出具體見解為何。

6. 受法院委託鑑定之政府內部任務編組所作成之資訊，是否為「政府資訊」？例如衛生署醫事鑑定委員會醫療糾紛之鑑定內容或會議紀錄，民眾因為訴訟之需，向衛生署請求提供醫事鑑定委員會之會議紀錄，衛生署以該醫事鑑定委員會並非合議制機關、以政府機關作成意思決定前之準備作業，或以該鑑定係受法院之委託等原因拒絕提供，這些原因其實並不是絕對正確的，惟實務上尚未形成一致性之見解。

五、結語與建議

承前述，政府機關及公務員對資訊公開的基本態度，

攸關政府資訊公開法是否確實被落實之關鍵。故本人建議：1. 應將被動公開的行政流程應標準化，公開與否之判斷基準應釐訂，由法制單位參與之。2. 政府資訊公開法無主管機關所造成之執行效果不足部分，應立即補足。3. 公報法制應儘速建立。4.建議應辦理政務官的講習，重要基礎法制，要由上而下。5.配合電子化政府政策，在數位落差情況改善後，統一資訊公開之方式，並強化資訊安全的維護。以上是我今天的講演內容，謝謝大家的聆聽。

八、公務人員保障暨培訓委員會 99 年度法制專題講座

壹、時間：99 年 6 月 11 日（星期五）

貳、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室

參、講座：臺北高等行政法院徐庭長瑞晃

肆、題目：解析新修正行政訴訟法

綱　要

一、配合公文直式橫書而為文字修正

二、將原條文用語不妥當及有疑義者加以修正

三、增訂起訴期間規定

四、增訂訴訟費用及訴訟救助相關規定

五、修正管轄規定

（一）修正行政訴訟法第 15 條有關因不動產而涉訟之專屬管轄規定

（二）增訂行政訴訟法第 15 條之 1 關於公務員職務關係訴訟之規定

（三）增訂行政訴訟法第 15 條之 2 規定

六、修正送達規定

（一）修正行政訴訟法第 64 條第 1 項規定

（二）刪除行政訴訟法原第 67 條第 2 項、第 3 項規定

（三）增訂行政訴訟法第 73 條第 3 項規定

七、撤銷訴訟與確認行政處分違法訴訟之區分

八、提高適用簡易程序訴訟標的之金額或價額

九、修正再審規定

十、增訂概括性準用民事訴訟法之規定

十一、其他修正

（一）修正行政訴訟法第 19 條第 5 款法官迴避事由之規定

（二）修正行政訴訟法第 96 條閱覽卷宗之規定

（三）修正行政訴訟法第 100 條命當事人繳納裁判費之規定

（四）修正行政訴訟法第 108 條第 2 項送交卷證義務之規定

（五）刪除行政訴訟法第 141 條第 2 項關於令庭員朗讀調查證據筆錄之規定。

（六）修正行政訴訟法第 154 條當事人對於證人發問之規定。

（七）增訂行政訴訟法第 189 條第 2 項法院依心證定損害賠償數額之規定

大家好，行政訴訟法自 87 年大幅修正為二級二審，增加訴訟種類以後，除了有一次當事人須繳交象徵性費用的修正外，此次立法院於 98 年 12 月 22 日三讀通過的條文算是比較大的修正，各位對修正管轄之規定可能較感興趣，所以本人就此部分也會較為詳盡地講述，此次修正主要包括以下各部分：

一、 配合公文直式橫書而為文字修正：將修正前條文用語為「左列」者，全部修正為「下列」。

二、 將原條文用語不妥當及有疑義者加以修正。

三、 增訂起訴期間規定：

因民事訴訟法之規定，除行政訴訟法已明文規定準用者外，與行政訴訟性質不相牴觸者，亦依行政訴訟法第 307 條之 1 規定於行政訴訟中準用之。惟民事訴訟中可引用實體法為時效抗辯，故不必規定起訴期間，但行政訴訟法並無上開機制，且修正前條文於課予義務訴訟及不經訴願即可提起撤銷訴訟之情形，漏未規定起訴期間，爰於修正條文第 106 條第 1 項及第 2 項增訂之。

又因有法律特別規定不經訴願程序即得提起行政訴訟法第 4 條及第 5 條第 1 項、第 2 項訴訟之情形，故於修正條文第 106 條第 3 項及第 4 項明定起訴期間。

四、 增訂訴訟費用及訴訟救助相關規定

在 87 年民事訴訟法、刑事訴訟法及行政訴訟法同步修正後，民事、刑事及行政法院認其無受理訴訟權限者，已可以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。惟行

政訴訟法於為上開修正時卻未規定其他法院將訴訟移送至行政法院者，移送前所生之訴訟費用等相關事宜應如何處理，故此次增訂行政訴訟法第 12 條之 5 規定規範之。

修正前條文對溢收訴訟費用應如何處理、准予訴訟救助之訴訟，於裁判確定後，有關訴訟費用之徵收及訴訟救助之裁定得否抗告，皆無明文規定，故此次修正，於行政訴訟法第 104 條增列準用民事訴訟法第 77 條之 26、第 114 條第 1 項及第 115 條等規定，以憑辦理相關事宜。

五、修正管轄規定

（一）修正行政訴訟法第 15 條有關因不動產而涉訟之專屬管轄規定

修正前條文是從德國民事訴訟法繼受而來，此因德國係採聯邦制，考量若不專屬不動產所在地之邦行政法院管轄，恐怕會造成邦內土地之民事訴訟因由他邦行政法院管轄，而造成對邦內行政機關及人民不利。不過，我國非聯邦制，實無須繼受，故此次修正，將因不動產之公法上權利或法律關係涉訟者之專屬管轄範圍，縮小為因不動產徵收、徵用或撥用之訴訟。

除行政訴訟法第15條第1項規定情形外，其他有關不動產之公法上權利或法律關係涉訟者，也可由不動產所在地之行政法院管轄，此可稱為特別審判籍。

（二）增訂行政訴訟法第 15 條之 1 關於公務員職務關係訴訟之規定

被告機關所在地固有管轄權，此次修正增訂公務員職

務所在地之行政法院亦有管轄權。當然公務員職務所在地，亦如民事訴訟之侵權行為地一般，可能不限於一地，而跨越數管轄法院，此時數法院應皆有管轄權。又修正前條文參照民事訴訟法「以原就被」之法理，於行政訴訟法第13條規定以機關為被告時，由該機關所在地之行政法院管轄。不過，上開「以原就被」之法理，是保護常處於弱勢之被告，而在行政訴訟中，行政機關不應當是弱者，所以此增訂條文即對本法第12條規定實際上加以放寬。

（三）增訂行政訴訟法第 15 條之 2 規定

關於由公法上之保險事件涉訟者，被告機關所在地固有管轄權，此次修正增訂被保險人、受益人之住居所地或被保險人從事職業活動所在地之行政法院亦有管轄權。投保單位為原告時，其主事務所或主營業所所在地之行政法院亦有管轄權。此增訂條文亦係對行政訴訟法第13條規定實際上加以放寬。

六、 修正送達規定

（一）修正行政訴訟法第 64 條第 1 項規定

將以前對於無訴訟能力人送達，只要送達法定代理人其中 1 人即可，改為須送達全體法定代理人。此條文之設計，是避免法定代理人內部之爭議。惟法定代理人有 2 人以上，如其中有應為送達之處所不明者，送達得僅向其餘法定代理人為之。

（二）刪除行政訴訟法原第 67 條第 2 項、第 3 項規定

此是以前交通不便，如當事人於法院所在地無住居

所，送達有時需時甚久，且甚為不便。故法院為便利訴訟之進行，得命當事人於一定期間內，指定送達代收人，如不指定，即可將應送達之文書以掛號寄送，以付郵時視為送達。

惟現時我國郵政發達，郵務送達已相當快速且確實，行政訴訟法原第 67 條第 2 項、第 3 項規定已無實際作用，且以付郵時視為實際送達時，因當事人實際上於是時並未知曉送達文書之內容，將有使其遭受程序上重大不利益之可能，故予刪除。

（三）增訂行政訴訟法第 73 條第 3 項規定

如不能依行政訴訟法第 71 條及第 72 條規定送達者，行政法院本可依行政訴訟法第 73 條規定為寄存送達，此次增訂第 73 條第 3 項規定，應是考量當事人不可能於寄存之日起即知曉送達文書之內容，故增訂與民事訴訟法第 138 條規定內容一致之行政訴訟法第 73 條第 3 項規定，即自寄存之日起，經 10 日始發生寄存送達之效力。

七、 撤銷訴訟與確認行政處分違法訴訟之區分

此次修正，原希望能解決撤銷訴訟與確認行政處分違法訴訟如何區分的課題。惟本人認為，修正條文並未達到此目的。譬如行政訴訟法第 4 條係規定提起違法行政處分撤銷訴訟之要件，惟行政訴訟法第 6 條第 1 項後段亦規定，對已執行之行政處分或已消滅之行政處分可確認其是否違法，那對於已執行的行政處分，究竟是要提起撤銷之訴還是確認違法之訴呢？這又牽涉到行政訴訟法第 196 條所謂恢復原狀判決之規定，該條規定行政法院為撤銷已執行行

政處分判決時，經原告聲請，得於判決中命行政機關為回復原狀。

本次修正將第 6 條第 1 項「其確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟」修改為「其確認已執行而無回復原狀可能之行政處分或已消滅之行政處分為違法之訴訟」。以有無回復原狀可能，決定提起撤銷訴訟或確認訴訟。惟何種情形為有回復原狀可能，仍有疑義。本人認為該修正條文，將無回復原狀之可能，作為提起確認違法行政處分訴訟之要件，實無必要，且製造新的問題。

八、 提高適用簡易程序訴訟標的之金額或價額

因為我國行政訴訟制度是二級二審制，沒有地方法院的編制，所以行政訴訟簡易案件仍由高等行政法院審理，不過該等案件是由獨任法官審判，而不像通常案件是由合議庭審判。又依據司法院所提出之最新行政訴訟法修正草案，在民國 100 年將設地方法院行政訴訟庭，簡易案件將歸其管轄。

本次修正，因為符合當今之國民生活水準，將本法適用簡易程序之金額或價額，自新臺幣（以下同）3 萬元修正為 40 萬元，及司法院得因情勢需要，以命令將此數額減為 2 萬元或增至 20 萬元之規定，修正為得減為 20 萬元或增至 60 萬元。

不過，以上提高適用簡易程序訴訟標的之金額或價額會造成一個問題，就是在修正條文施行前起訴之行政訴訟案件，如其訴訟金額標的依修正後條文係簡易案件，依修正前條文係通常案件者，究應依簡易案件或通常案件進行

行政訴訟程序？

本次修正關於上開問題，應依程序從新原則，參照最高行政法院90年11月份庭長法官聯席會議決議：「行政訟訴法簡易程序之金額(價額)於91年1月1日提高為10萬元後，訴訟標的金額(價額)逾3萬元至10萬元間之事件，於提高後始提起行政訴訟者，依簡易程序審理。提高前已繫屬各高等行政法院而於提高後尚未終結者，改分為簡字案件，並通知當事人，仍由原股依簡易程序繼續審理；於提高前已終結者以及於提高前已提起上訴或抗告者，均仍依通常程序辦理。」內容處理。

九、 修正再審規定

我國法學研究可能有兩部分會比國外詳盡：一是再審之訴；二是強制執行。在外國再審之訴鮮少提起，而我國再審之訴比例則明顯偏高，而外國強制執行之糾紛較少，我國強制執行時，則抗爭頻頻，以上可能是我國人民普遍有不服輸性格，或者是對司法不信任的緣故。所以，當事人或有一再以同一事由提起再審之訴，致浪費行政法院資源。故增訂行政訴訟法第 274 條之 1 規定：「再審之訴，行政法院認無再審理由，判決駁回後，不得以同一事由對於原確定判決或駁回再審之訴之確定判決，更行提起再審之訴。」

十、 增訂概括性準用民事訴訟法之規定

此為增訂行政訴訟法第 307 條之 1 規定：「民事訴訟法之規定，除本法已規定準用者外，與行政訴訟性質不相牴觸者，亦準用之。」

本次修正前，在本法各編、章、節末已訂有各條準用民事訴訟法相關條文之規定，顯見原來立法者是不要讓行政訴訟法於無規定時，即準用民事訴訟法，此可讓行政訴訟法對民事訴訟法的獨立性較強，故行政訴訟法第 307 條之 1 的增訂，讓原立法者的苦心喪失殆盡，也會讓行政訴訟法制受到民事訴訟法制相當大的牽制。

又所謂準用，係民事訴訟法之規定與行政訴訟性質不相牴觸者即可準用，惟實際上那些條文與行政訴訟之性質不相牴觸，仍有研究之餘地。譬如在民事訴訟法上有關受命法官或集中審理之規定，可否為行政訴訟法所準用，即有疑義。

十一、其他修正

（一）修正行政訴訟法第 19 條第 5 款法官迴避事由之規定

將原條文「曾參與該訴訟事件之前審裁判者」修改為「曾參與該訴訟事件之前審裁判或更審前之原裁判者」，增加「曾參與更審前之原裁判者」之情況。

（二）修正行政訴訟法第 96 條閱覽卷宗之規定

將許可第三人聲請閱覽卷宗之權責，由行政法院院長修改為行政法院裁定即可，並授權司法院訂定閱卷規則。

（三）修正行政訴訟法第 100 條命當事人繳納裁判費之規定

將原規定由行政法院命當事人繳納，改為由審判長命當事人繳納。

（四）修正行政訴訟法第 108 條第 2 項送交卷證義務之規

定

將行政機關送交卷證之義務，由撤銷訴訟擴及所有訴訟種類。

（五）刪除行政訴訟法第 141 條第 2 項關於令庭員朗讀調查證據筆錄之規定。

（六）修正行政訴訟法第 154 條當事人對於證人發問之規定

行政訴訟法第 154 條第 1 項原規定當事人須得審判長之許可，始得自行對於證人發問，此次修正為向審判長陳明後即可自行發問。

又同條第 2 項原規定對何種情形之發問屬於「不當」並未例舉，修正條文則例舉與應證事實無關、重複發問、侮辱證人等不當情形。

（七）增訂行政訴訟法第 189 條第 2 項法院依心證定損害賠償數額之規定

此因在損害賠償訴訟中，有時原告已證明受有損害，卻不能證明其數額或證明顯有重大困難，如強令原告舉證證明損害數額實為強人所難，此時法院應審酌一切情況，依所得心證定其數額。

九、公務人員保障暨培訓委員會 99 年度法制專題講座

壹、時間：99 年 6 月 25 日（星期五）

貳、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室

參、講座：國立中央大學張教授桐銳

肆、題目：涉及私德行為所受懲處之正當性

綱　　要

一 、公務員懲處制度概觀

（一）相關規定

1. 公務人員考績法第 12 條

2. 其他法規

（二）懲處之性質

（三）懲處之要件

1. 客觀要件

2. 主觀要件

二 、公務員涉及私德行為之懲處：法制現況之觀察

（一）公務員服務法第 5 條（保持品位義務）

（二）其他規定如警察人員獎懲標準第 7 條

1. 第 3 款：違反品操紀律，言行失檢，影響警譽，情節嚴重

2. 第 7 款：參與賭博財物或住宅供人賭博

3. 第 8 款：非因公涉足不妥當之場所

4. 第 13 款：違反交通法令規定，情節嚴重

三、公務員基本權之保障與限制

（一）公務員基本權之保障

1. 公務員作為基本權主體

2. 可能涉及之基本權

3. 涉及私德行為亦受基本權保障

（二）懲處作為基本權侵害

1. 基本權侵害之概念

2. 懲處構成對於公務員服公職權之侵害？

3. 懲處構成對於公務員其他基本權之侵害

（三）基本權干預之正當化

1. 限制公務員基本權之憲法基礎

2. 法律保留問題

3. 比例原則

（四）比較法上參考

（五）我國案例之檢討

四、懲處之救濟問題

（一）目前實務上作法

（二）針對職務外行為之懲處

大家好，這個題目是保訓會提供的，範圍我稍微說明一下，參考德國法上規定，公務員之義務區分為職務上行為及職務外行為所應遵守之義務。職務外行為，例如政治上活動，涉及職務外的公共參與、政治參與等，這裡所說的涉及私德行為，應指職務外活動涉及私人品德、操行等相關行為。一般而言，私德涵蓋範圍比較廣，例如職務上收受賄賂，我們會質疑他的操行，但今天的討論範圍還是侷限在職務外行為。綜觀職務外行為可以區分為公共參與、政治參與或其他純粹私人性活動。另有 1 個概念性問題，亦稍微說明一下，亦即在執行職務時，也有可能從事職務外行為，德國曾經發生過的案例是，公立學校教師上課時手上掛著反核標章，此即為職務外行為。以下開始今天的演講：

一、公務員懲處制度概觀

（一）相關規定

1. 公務人員考績法第 12 條

與懲處有關者，區分為平時考核與專案考績，平時考核分為申誡、記過及記大過；一次記二大過則屬專案考績，可以免職。個人認為平時考核與專案考績均屬考核所作決定，性質上是一樣的，因為平時考核會列入年終考績的計算項目，而專案考績一次記二大過可以免職，無須等到年終考績再行處理。民國 37 年行憲之後，開始制定公務人員考績法（以下簡稱考績法），當時第 8 條就有平時成績考核的規定，裡面亦有懲處規定，所以懲處制度其實很早就有，51 年修法時，才引進平時考核功過可以相抵，在功過

相抵後仍有二次大過者，可以免職之規定。但在當時尚未引進專案考績的用語。公務人員任用有 2 套制度，其一為簡薦委制，其一為職位分類制，75 年以後合併成一種，廢止舊公務人員考績法，制定新考績法，開始分為平時考核與專案考績，至目前為止無太大改變，只有專案考績一次記二大過免職的部分，因司法院釋字第 491 號解釋，宣告免職事由規定於考績法施行細則而非於公務人員考績法，違憲。後來才修法將免職事由規定於考績法第 12 條，此為較大變動。補充一點，平時考核與專案考績的區分，在舊考績法就有規定，於 69 年修法時引進，75 年新考績法繼續沿用至今。

2. 其他法規

公務員或公務人員之概念及範圍不大一樣，公務員的用語例如公務員服務法、公務員懲戒法；公務人員的用語例如公務人員任用法、公務人員考績法等，其範圍以公務員服務法（以下簡稱服務法）比較大，若依公務人員任用法任用之公務人員，當然適用服務法，依其他法律任用之公務人員，或其他法律形式晉用之公務人員，也都包括在內。受有俸給之公務員為服務法規範對象，實務上對受有俸給之解釋，不侷限於公務人員俸給法，如侷限於公務人員俸給法，則與公務人員任用法範圍大概一致，但因為實務上對受有俸給之解釋，涵蓋範圍較廣，在法定編制內編有預算，都算受有俸給，即使非公務人員俸給法之規定亦包括在內，例如聘用人員及派用人員，聘僱人員等均適用服務法，在考績法懲處規定顯然需要涵蓋其他人員。換言

之，懲處規定之適用範圍，事實上非僅有考績法所定具官職等人員始有適用，其他如關務人員、司法人員、教育人員均已另訂人事條例。以修正前關務人員人事條例第 18 條為例，規定關務人員獎懲辦法，由行政院會同考試院定之，該獎懲辦法並未有區分平時考核與專案考績，直接規定獎懲事由。

司法院釋字第 491 號解釋宣告當時之公務人員考績法施行細則違憲，即免職事由未於法律中明文規定。就前述之關務人員人事條例及關務人員獎懲辦法亦有同樣問題，亦即關於一次記二大過免職部分規定於獎懲辦法，而非規定於人事條例中，所以會有同樣疑慮。

警察人員人事條例第 28 條規定平時考核，第 31 條規定免職事由，其中有 1 款規定符合公務人員考績法一次記二大過事由者，亦涵蓋於警察人員人事條例免職事由中，另警察機關更針對申誡、記過、記一大過等特別訂定獎懲標準，甚至是更具體的獎懲標準。

其他如高雄市政府及所屬各機關公務人員平時獎懲標準表，大概各級政府機關都有類似規定，這些都是依據考績法施行細則第 13 條第 3 項授權所訂定，亦即授權各機關針對申誡、記過可訂定較具體標準，這是有關獎懲規定大概情形。

（二）懲處之性質

與懲處相提並論的是公務員懲戒委員會所作的懲戒，懲處與懲戒有何不同，司法院曾表達立場，認為二種性質是一樣的，懲處性質上其實是一種懲戒處分，意見表達可

說是在特別權力關係理論被突破的過程當中，附帶產生的問題，在座各位不全然是辦理相關業務或具法律背景，但我還是在此作個說明。關於特別權力關係理論的突破，始於司法院釋字第 243 號解釋。以前公務人員受到人事處分，因特別權力關係不能提起訴願、行政訴訟，後來自司法院釋字第 187 號、第 201 號解釋開始有小規模突破，至第 243 號解釋才有大規模突破，例如免職為改變公務人員身分之處分，可以提起行政訴訟，一次記一大過懲處因尚未改變公務人員身分，對其服公職權利無直接影響，不能提起行政訴訟。不過此項突破產生一個問題，因憲法第 77 條規定司法院掌理民事、刑事及行政訴訟審判及公務員懲戒，故設有公務員懲戒委員會，惟其性質為法院，懲戒委員即是法官，所以懲戒屬司法權。對公務人員之處罰既屬司法權，行政機關憑何據以對公務人員懲處，而有懲處、懲戒併存情形。司法院釋字第 298 號解釋略謂：懲戒雖屬司法權，但立法機關在一定範圍內授權機關長官行使者，不違憲，懲處制度之合憲性即被確定下來。由行政機關行使，最後仍由法院審查，所以還是由司法機關決定。司法院另提到，在相關制度未調整前，行政機關所為之懲處，可提起行政訴訟，惟至目前為止尚未作大幅調整，個人認為應予調整。就德國來說，有一些處分是由機關長官作的，正式的程序則由職務法庭辦理。其實併行制有其問題，例如公務人員被懲處又懲戒時該如何處置？司法院會同考試院頒布規定專門處理這種問題，例如懲處後送公務員懲戒委員會則懲處失效，這 1 年來上新聞版面的郭○英案，就是 1 個例子。

（三）懲處之要件

1. 客觀要件：

目前看來各個法規都有規定懲處事由，如剛剛所說懲戒與懲處性質是一樣的，在法理上言，懲戒或懲處要件要如何解讀其相互關係？

（1）懲戒（懲處）事由

係依公務員懲戒法第 2 條規定，懲戒事由大致分為違法以及廢弛職務或其他失職行為。從文義來看，懲戒事由有 2 種，即違法與失職。進一步觀察，從公務員懲戒委員會決定之案由來看，有違法及失職 2 大類，其中失職部分大多為職務上違反相關義務規定，即構成失職。違法通常是指公務員職務外行為違反相關規範，例如觸犯刑法或其他規定。事實上公務員懲戒委員會在處理因違法而受懲戒之案件時，幾乎都會引用到服務法第 5 條之保持品位義務，亦即公務員應謹慎、勤勉，不得有驕恣、貪惰等。整體來看，不管違法或失職，以共同概念來觀之，是違反公務員職務義務。

（2）職務義務

所謂職務義務並非單指職務上關於職務執行之義務，這裡所涉及的義務，是公務員對於其勤務所負之義務。就刑法而言，它規範的是國家與人民之間的關係，制裁者與被制裁者的關係，國家基於統治權對於人民實施刑罰權。行政法及行政罰也是規範國家與人民間之關係。然公務員法涉及各種公務員義務之規定，所涉及者並非國家與人民的關係，而是類似於勞動關係中雇主與勞工的關係，但仍與一般勞動關係不同，就如以前稱特別權力關係，現在稱

特別法律關係，司法院則稱公法上職務關係，不管用語如何，其表達的是這種關係與一般勞動關係不同，但類似勞動關係中雇主與勞工的關係。公務員在此關係內所負義務，與勞雇關係不同，並非以勞動契約加以規範，而是以與公務員相關之法規加以規範。以公務員服務法言，並非只有職務執行上義務，亦有很多關於私人行為也必須遵守的義務，例如剛剛所說保持品位的義務。簡單說，懲戒罰乃是在公務員與其勤務主（國家）間類似勞動關係之公法上職務關係中，因公務員違反其勤務主之義務所施之處罰。司法院釋字第 433 號解釋理由書中亦表達出，懲戒權之行使係基於國家與公務員之公法上職務關係，而對於公務員違反職務義務之行為加以制裁。關於公務員懲戒法第 2 條是否太過籠統而有違憲疑慮之問題，司法院釋字第 433 號解釋雖指出公務員懲戒法第 2 條及第 9 條為概括規定，但並不因此而認為違憲。實則職務義務規定於個別法規，最主要是服務法，制裁部分則規定於公務員懲戒法第 2 條及第 9 條，因此，公務員是否會被懲戒，並非只看公務員懲戒法第 2 條規定而已，關於怎樣的行為會被懲戒，事實上是規定在個別公務員義務規定裡面，因此，並無不明確之疑慮。

考績法施行細則對於一次記二大過免職有明確規定事由，對於記大過亦有明確規定處罰事由，至於申誡及記過則授權各機關訂定更具體規定，怎樣的行為就給予怎樣的處罰，仔細分析，這些規定其實已包含怎樣的義務，如果違反這些義務的話，給予怎樣的處罰，已將義務及處罰併在一起，所以，處罰規定事由本身同時亦表達負有之義務，

在規範結構上雖然與公務員懲戒法不一樣，但在解釋上是一致的。

2. 主觀要件

（1）現行法無明文規定

我查過一般法律教科書發現幾乎沒說明，而是在行政法教科書中提到公務員法相關理論，在幾本比較重要教科書都未發現有關於懲戒或懲處的主觀要件說明，現行法也未有規定。對於公務員懲戒或懲處長期以來並無試圖建立一個有體系的法制，公務員懲戒法從 20 幾年制定，迄今幾乎沒有大修。如前所言，懲戒與懲處應作調整，亦都未調整。對於主觀要件的忽略，早期在行政罰也是如此，早期人民違反行政義務的處罰亦未有相關規定，有些見解認為人民違反行政法上義務，不管有無故意或過失均要處罰，後來司法院釋字第 275 號解釋宣示過失責任，行為犯則推定有過失。之後行政罰法對於人民違反行政法上義務始有明確規範，其中於行政罰法第 7 條規定主觀要件上以故意或過失為要件，甚至比司法院釋字第 275 號解釋之推定過失更進一步。

（2）德國聯邦公務員法第 77 條第 1 項第 1 句：「公務員有責地違反其職務義務者，構成失職。」這裡所稱有責地係指有責任條件，亦即須有故意或過失，所以德國的規定，主觀要件上要有故意或過失，才構成失職。亦即所謂失職，係指故意或過失違反職務上義務。

（3）以我國而言，我建議相關案件可類推適用行政罰法第 7 條規定，在目前法制處理上比較合適。

二、公務員涉及私德行為之懲處：法制現況之觀察

（一）公務員服務法第 5 條（保持品位義務）

涉及私德行為之懲處大多引用此條規定。

（二）其他規定如警察人員獎懲標準第 7 條

第 3 款：違反品操紀律，言行失檢，影響警譽，情節嚴重；第 7 款：參與賭博財物或住宅供人賭博；第 8 款：非因公涉足不妥當之場所；第 13 款：違反交通法令規定，情節嚴重。這些都屬於私人行為，實務上這些案件很多，例如違反交通法令最常見，與人不正當往來，包括接受與職務上相關業者招待，婚外情，都有因此受懲戒或懲處的案例。我曾見過 1 件誇張案子，1 個公務員單純因交通違規撞傷人，當時有作審慎處理（送醫、和解），卻仍受到公務員懲戒委員會懲戒，其原因在於交通違規可能涉及過失傷害，屬刑事不法行為，所以私人行為若涉及刑事不法行為，幾乎都會給予懲戒或懲處。

三、公務員基本權之保障與限制

此部分要說明者，包括公務員基本權之保障、懲處作為基本權干預（侵害）及基本權干預之正當化。基本權侵害及基本權干預之概念是相同的，干預為學說較常使用，干預所表達者是比較中性，國家對於人民基本權之行使予以阻礙或妨礙，即為基本權干預。干預是合憲或違憲，則為後續審查問題。侵害的用語比較有違法的意涵，所以我沒有使用侵害這個用語，不過，現行法與基本權有關的規定，例如大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款關於人民

申請釋憲部分，人民或政黨如認基本權受不法侵害，以及其他要件符合即可提起釋憲，即使用不法侵害的用語。假如侵害的用語帶有違法性意涵的話，那前面不法用語就變得不必要，所以從不法侵害用語來看，可以理解那裡所說的侵害事實上是中性的，和干預一樣。在德文，基本權侵害是 Grundrechtseingriff，不法侵害是 Grundrechts-verletzung，完全不一樣，一看就很清楚。在中文侵害就沒有不同字眼表達。有些法律人會受語言習慣影響，而會有習慣性之表達方式，例如人民公法上權利（簡稱公權利），留德學者常會加上主觀兩個字，這是受到德文影響，因為德文中，權利和法是同一個字，所以會在前面加上主觀或客觀以利區別。

（一）公務員基本權之保障

1. 公務員作為基本權主體

所謂基本權主體亦稱基本權資格，所謂主體例如民法之權利主體就具權利能力，所謂權利能力是一種地位或資格，公法上基本權主體就是享有基本權的資格。一般國民都享有基本人權，為何將公務員分離出來，是因為特別權力關係理論之影響。古典的特別權力關係理論認為，在特別權力關係中，行政主體擁有特殊權力，行政內部未有法的存在，從而也無任何權利存在，所以在此公務員不可能主張基本人權。這種理論現在已經過時被揚棄，所以目前公務員享有基本人權，毫無疑問。

2. 懲處可能涉及之基本權

（1）服公職權

憲法第 18 條保障人民有服公職權利，服公職權利的保障，首先是人民取得公職的權利。這部分的保障，主要是指人民可依照業務性質及平等條件下取得公職，在這一層意義下，憲法第 18 條保障人民有服公職權利，與同條所保障之應考試權結合在一起。對於服公職基本權利保障，亦包括在取得公職以後，與取得職位相關之權利保障。這是比較特別，特別在於一般基本權大部分為自由權，而服公職權利保障，依司法院解釋之見解，乃具有制度性保障之性質。按公務員制度中例如官職等、俸給等之保障，都是由法規所建制起來的。這些各式各樣關於公務員權利之保障，以及公務員身分本身若未經過法定事由、程序，不得加以剝奪，透過司法院解釋之制度性保障概念，而成為憲法的保障內容。一般說來，其他基本權相關法律規定，往往為對於基本權的限制，人民基本權的行使是不需要法律規定，例如工作權保障，法律對於工作相關規範不是有法律才可以工作，反而是法律相關規範係對於工作權的限制，例如必須通過國家考試才能當律師，這是對於選擇當律師行業之憲法上基本權之限制，或是當律師之後不可以廣告的規定，則是對於執業活動之限制。在公務員這區塊不一樣，公務員法有很多義務性規定及權利性規定，權利性規定在一般情形多屬法律層次權利，不會提升到憲法層次，憲法會拘束立法機關是最大差別，法律層次的權利是由立法機關透過立法程序賦予的，立法機關當然可透過修法拿掉。但司法院透過制度性保障用語，讓公務員很多法律層次的權利成為服公職權利保障內容，結果立法機關要改變的話，就會變成對服公職的限制，必須合乎憲法第 23

條之要件才屬合憲，立法者對於公務員權利的改變因此受到某程度的約束，和一般單純法律上權利立法者可以自由拿掉，有所差別。例如官職等保障，官職等是由公務人員任用法所建立，憲法上並未明定要有官職等，官職等是單純由法律所建立，可是在司法院釋字第 483 號解釋對於高資低用調任案，會對於公務員官職等及陞遷造成影響，對公務員官職等及陞遷造成影響為法律所建立的，但司法院認為官職等與陞遷是對於公務員服公職權利之制度性保障，是其服公職權利之保障內容，故高資低用調任阻礙陞遷，構成侵害公務員服公職之權利，所以違憲。一次記二大過免職會構成公務員服公職權利之侵害，因導致公務員喪失身分，司法院釋字第 243 號解釋說的很清楚。記一大過、記過或申誡，是否侵害到服公職權，實務上比較保留，司法院釋字第 243 號解釋認為記一大過對於公務員服公職權利無直接影響，不得提起行政訴訟，該號解釋理由書提到，有權利就有救濟，既然司法院否定記大過救濟可能性，顯然認為記一大過，不構成對於服公職權利之侵害。一般人民基本權受到侵害，司法院不會區分程度，但針對公務員部分，司法院雖突破特別權力關係，基本上還是區分程度，司法院釋字第 243 號解釋侷限於對服公職有直接影響，而司法院釋字第 298 號解釋有放寬到對公務員權利有重大影響者，仍屬對公務員服公職權利之侵害，例如涉及官職等認定、級俸審定等。

（2）言論自由

剛剛提到的觀念，懲處規定怎樣的行為會受到怎樣的

處罰，這樣規定其實已包含有怎樣的義務，而這樣義務可能會構成對言論自由的侵害，有些很明顯就可以看出來，例如服務法第 4 條規定，公務員未得長官許可，不得以私人或代表機關名義，任意發表有關職務之談話。分析之，公務員以代表機關身分發表言論，非屬個人言論自由，係代表國家公權力行使。只有以私人身分發表言論，才是個人言論自由。要獲得許可才可以發表言論，此為對於言論自由之限制。發表言論本身受憲法保障，但不表示在具體個案是可以的，仍須視法律之規定為何而定，如此區分的意義在於法律規定本身可能違憲，因憲法第 23 條對於基本人權限制的規定，必須是該條所列舉之公益目的，而方式上係以法律限制，限制基本人權程度須是實現公益所必要，即符合比例原則。如私人活動一開始就說不受憲法保障，對於這些活動之限制就不適用憲法第 23 條，立法機關就能很恣意對此加以規範，此會產生問題。在基本人權保障上會解釋較廣，最終有無從事該活動自由，須視法律有無限制，而法律須受憲法第 23 條之限制。例如郭○英的案例，其在網路上發表言論，涉及否定中華民國、臺灣、族群，此種言論受不受言論自由保障？在公務員懲戒委員會決定認不受言論自由保障，我個人認為是受言論自由保障。他最終可否無限發表這樣的言論嗎？對他發表言論所作的限制，發表言論後所作處罰是違憲嗎？未必，要看對他處罰是否符合法治國家要求，如果符合，仍屬對其發表言論之合憲限制。

（3）一般行為自由

關於一般行為自由，憲法未作規定。憲法第 22 條之概括條款，在德國通稱為一般行為自由，即與人格實現有關之一般性行為自由，均受憲法保障。

3. 涉及私德行為亦受基本權保障

（1）憲法第 22 條之解釋問題

涉及私德行為，例如開車肇事、不正當私人交往、外遇等涉及私德行為受到質疑，仍受基本權保障嗎？此將涉及憲法第 22 條解釋問題，即人民其他權利如未違反公序良俗範圍者，均受憲法保障，用公共秩序善良風俗，好像說基本權本身有一內在限制，如基本權之行使違反公共秩序善良風俗即不受憲法保障。如此解釋將產生立法機關認為基本權違反公共秩序善良風俗，而設一些規定加以規範時，這些規範不受憲法第 23 條之約束，亦即當然不適用憲法第 23 條之比例原則，則立法機關如何規定均可，只要是違反公序良俗，這樣會有問題。

（2）「外部理論」與「內部理論」

這部分太過理論性就略過不談，簡單地說，基本權保障之外部理論，就是把基本權保護範圍解釋較廣，基本權保護與基本權限制是 2 回事，所以保障範圍定的很廣，基本權限制受到憲法第 23 條約束。內部理論只是把保障範圍和基本權限制放在一起看而已。

（3）寬廣之基本權構成要件

目前之基本權理論，大多採取外部理論，亦即採取寬廣之基本權構成要件，基本權保障範圍很廣，即使有一些

基本權行使行為看起來好像是違法，仍然受到基本權保障，從而使立法機關的立法仍受憲法第 23 條規定的約束。

（二）懲處作為基本權侵害

1. 基本權侵害之概念

基本權侵害，簡言之，係對人民基本權活動加以阻礙或妨礙，這種阻礙或妨礙有可能是法律限制，例如課予人民法律上之作為或不作為義務，或是基本權行使須先獲得允許，例如集會遊行採許可制，人民須許可後才可上街頭遊行。另外，基本權侵害也有可能為對於人民基本權行使之事實上不利影響。

2. 懲處構成對於公務員服公職權之侵害？

懲處主要涉及對於服公職權利之法律上限制。目前實務上對於懲處，只承認免職對於服公職權利造成侵害，至於其他記過、記大過懲處，則尚不認為構成對服公職權利之侵害。

3. 懲處構成對於公務員其他基本權之侵害

對於公務員職務外行為之義務規定，會構成對於公務員其他基本權之限制，而基於違反職務義務所施加之懲處，構成對於公務員在具體個案上基本權行使之限制。例如服務法第 4 條規定，未得長官許可不得發表職務上之言論，一旦公務員因違反此一規定而受懲處，則此一對於言論自由之一般性、抽象性限制，即透過懲處而於個案具體化。對言論自由限制未必是處罰，例如 1984 年德國發生的案例，有 35 個法官、檢察官刊登廣告，反對在德國境內佈

署潘興 2 號飛彈（北約組織設置於德國境內），法院院長對於主其事的庭長予以告誡，指出這樣的行為已違反法官法第 39 條所要求，法官於從事政治活動時應注意，不能損及人民對其獨立性信賴之義務，並要求其於未來從事政治活動時應注意。類似規定亦見於公務員法，亦即德國公務員法上，對於公務員政治活動或職務外活動之規範，基本上是要求公務員應謹慎、節制，維持人民對渠等之信賴。本案中，德國院長告誡該法官未來從事政治活動時應注意法官法第 39 條規定，不得再犯，這是一種職務監督措施。在職務上包括長官在內，有職務上應盡義務，如職務執行上或職務外活動應盡義務，職務監督就是監督公務員有無違反上述規定，督促其遵守相關規定，未來不可再犯。這種職務監督措施不是處罰，但庭長提起行政訴訟，該案一直進行至憲法訴訟，庭長主張職務監督措施侵害其言論自由，職務監督措施等於說渠等不應該發表這樣的言論，應予禁止，所以是對渠等言論自由之法律上限制。總而言之，因為發表言論而受處罰，職務義務規定本身對於基本權之限制，會透過懲處行為而被具體化。

（三）基本權侵害之正當化

1. 限制公務員基本權之憲法基礎

對於公務員基本權之限制，仍然必須符合憲法第 23 條之規定。對於公務員基本權限制之基礎，主要是考慮公務員關係相對於一般勞動關係之特殊性。公務員受到國家特殊照顧，因此負有特殊義務，在德國用語上稱為公法上勤務與忠誠關係，忠誠是指相互間忠誠，勤務主照顧公務員，

而公務員則負有特殊義務。此一特殊法律關係需要憲法上之正當化基礎。個人的看法是，我國憲法有預設公務員制度，德國基本法第 33 條第 5 項規定，公務員之立法必須斟酌傳統公務員制度之基本原則，這個規定本身已承認傳統公務員制度存在，傳統公務員制度受憲法保障，立法機關在制定法律時，要斟酌傳統公務員制度。但不表示完全不可改變，立法機關可依照時事發展作調整，惟基本上應斟酌上述規定。我國未有如此規定，我認為可從憲法規定歸納出，制憲者制憲當時已將對當時公務員制度之理解放進憲法中。例如法官獨立性，法官依據法律獨立審判不受干涉，以及法官終身職身分保障，這些都屬公務員制度一環，而由憲法明文規定。另外由考試院職權亦可看出，例如公務人員之任用須經考試，由憲法直接要求。考試院應就公務人員之任用、撫卹、退休、保障事項等規定，依執掌規定之。有關公務人員懲戒，憲法第 77 條規定由司法院掌管，故憲法已明白要求對公務人員有特別懲戒制度。一般人民有何理由有特別處罰制度？由此觀之，憲法規定已預設了公務員受政府特別保障以及公務員負有特殊義務。故關於公務員基本權限制可以理解為憲法上公務員制度大致輪廓之具體化，此可為公務員基本權特殊限制提供憲法基礎。在限制之理由上，固應考量公務員之特殊性而作特殊限制，但仍應遵守比例原則、法律保留原則等法治國家之基本原則。為何要對公務員作特殊考慮呢？基本上是考量到公務員行使公權力，如德國基本法第 34 條第 4 項規定，國家高權性任務原則上應保留由公務員執行，故對公務員有特殊要求。此特殊要求為何？最主要為公正性之要求，稱

為距離原則，亦即掌握公權力的人，要作決定時應與利益保持距離，此為法治國家基本原則。

2. 法律保留問題

有無可能直接經由憲法而正當化對於基本權之侵害？有無對於基本權之憲法上直接限制規定？例如憲法規定監察委員不可以執行業務，執行業務是私人活動，憲法上明確禁止，即屬對於監察委員基本權之憲法上直接限制。其次要考慮的是，是否可能基於憲法法益之保障，透過憲法解釋，而推導出對於人民基本權之憲法上直接限制？例如，法官依據憲法第 80 條規定，依法律獨立審判為獨立性保障，於此獨立性保障外，亦包含對法官義務性要求，亦即法官應獨立、公正依據法律、良心審判。這種內在獨立性會轉而要求行為舉止必須要適當，不能引起人民對其公正性懷疑。如此可以 2 方向處理，無法相信法官會公正審判，以法官有偏頗之虞為理由要求迴避，此為個案當事人之保障；通案上，於服務法此行為僅以一般公眾無法信賴法官公正性，違反此義務，即可處罰。由憲法第 80 條規定似乎可解釋出如此義務，例如法官參加遊行，認違反憲法第 80 條規定，可否予以懲戒？我個人認為不行，憲法第 80 條規定並不明確，對於法官的獨立性為憲法要求，基於這種憲法要求所推導出之職務外行為義務，仍須透過法律具體化，如果以憲法解釋出有某種義務，然後以憲法為依據直接限制基本權的話，則法律保留原則將被掏空。基本權與其他憲法法益相衝突時，此衝突須經立法機關具體調節，而定出具體之義務，除非憲法有明白直接限制基本權，

否則不可透過憲法解釋，而導出對於公務員之憲法上義務。對此，以往成為問題的是行政中立問題。長久以來並無行政中立的規定，而憲法只規定軍人應中立，透過憲法解釋，固可認為該規定應指所有公務員均應中立或有中立義務，但如依此推論出，例如公務員於辦公桌擺某候選人競選旗幟，即認為違反中立義務，而依據憲法予以懲戒，則法律保留原則之要求就沒了。所以早期對於行政中立透過函釋，在法律保留原則上是有疑慮的，目前已制定行政中立法，所以問題算是解決了。

目前我認為還有 2 大難題有待解決，首先是公務員忠誠義務之規範基礎（郭○英案例）。公務員須對於憲法忠誠，忠於國家、憲法，但對於人民則無此要求，例如人民集會遊行可以主張共產主義、分裂國土。故法律規定禁止人民集會遊行主張共產主義、分裂國土，已被司法院宣告違憲。所以臺獨言論或主張修改憲法、制定新憲法，只要為合法表達、手段合理，仍然受憲法保障。德國公務員法明文規定，公務員應擁護自由民主憲政秩序，我國則無此規定。我國服務法第 1 條雖規定公務員之忠實義務，但此與忠誠義務不同。在郭○英案例，公務員懲戒委員會即以其違反忠誠義務予以撤職，此依據為何？其實公務員懲戒委員會並未回答此問題，未說明忠誠義務從何而來。但因為憲法、法律未規定忠誠義務，其行為就不必懲戒嗎？公務員發表對憲政秩序相當敵對之言論，不予處理亦說不過去，要處理又無依據，透過憲法解釋說所有國家公權力來自憲法，法律制度產生公務員，故公務員權利來自憲法，故應對憲法效忠，不可反對自己存在之基礎，如此解釋並

不難推出。但問題在於，假如允許單純依據憲法解釋推論出義務，公務員違反此義務即應予處罰，則無法貫徹法律保留原則，所以我認為此階段尚無法處理。與此類似者為法官守則、檢察官守則之合憲性問題。此守則並非授權命令，違反法官守則、檢察官守則予以處罰有無合憲？例如李○春檢察官於立法院前之集會，公開呼籲對檢察總長人選投反對票，其因參加該集會被記過 2 次，其並未提起救濟。從報載得知懲處依據引用檢察官守則，由於此守則非法律，亦非法律授權命令，有無違反法律保留原則？我的看法，解釋上這記過 2 次懲處之法律依據應該是服務法第 5 條，檢察官守則可解釋為服務法第 5 條具體化規定，因服務法第 5 條規定很抽象，各機關為執行法律可以訂定解釋性行政規則加以具體化，是以，懲戒權源來自服務法第 5 條。

3. 比例原則

為實現公益，不得過度限制基本權，要求手段與目的應有適當性，如有好幾種手段可選擇時，應選擇限制人民基本權最小的手段，且手段所要追求的目的及對於基本權所造成之限制間要利益權衡，要相當而不可顯失權衡。首要探究的是懲處目的為何？懲戒罰係對於公務員義務違反所給予之制裁，非規範人民與國家關係，而是類似雇主與勞工關係，故懲戒罰之目的，我認為是為確保公務員職務順遂執行及公務員制度正常發揮功能，換言之，公務員的設置與職務執行有關，或與公務員制度維護有關，不能單純因為刑事不法就給予懲戒罰。如果公務員職務外行為違反刑法，基本上會被

懲戒或懲處，乃涉及一行為二罰問題，惟一般均認為沒有二罰問題。因刑罰與懲戒罰性質不同，刑罰與懲戒罰有各自保護法益，所以有併罰正當性。然而，如果因單純刑事不法，而其行為對公務員職務執行無影響，亦即無行政法益，如此即無併罰正當性。例如職務外之單純交通事故，對公務員職務執行及形象均無影響，如遭受二種處罰，其正當性即有疑慮。亦即併罰正當性必須於刑法保護法益下，另有行政法益存在，而行政法益須視義務設定、處罰本身與公務員職務執行及公務員制度正常發揮功能，有直接或間接關係，始能正當化處罰。

（四）比較法上參考

德國聯邦公務員法第 54 條第 3 句：「公務員不分職務內、外之行為，皆應切合其職業所要求之尊重與信賴。」第 77 條第 1 項第 2 句：「公務員之職務外行為，如依個案狀況在特別之限度內，足以對於其職務以及公務員制度之威信，有重大影響地損及尊重與信賴，則構成失職。」於職務執行上有義務之違反即構成失職，從第 77 條第 1 項第 2 句觀之，則職務外行為違反職務義務，並不當然構成失職，必須義務之違反對於職務或公務員制度威信所受尊重或信賴有重大影響，始構成失職。例如剛剛所說的車禍案例，雖有職務外刑事不法行為，但其行為對職務及公務員威信，未損及尊重及信賴，故不構成失職。

德國聯邦行政法院之「酒駕」判決：違反職務義務之職務外行為必須關聯至公務員具體職務或整體公務員制度之威信，而嚴重地損及尊重與信賴，始構成失職。此由條

文即觀察出來。德國聯邦行政法院對於職務外行為義務之新解釋觀點：以第 77 條規定反過來解釋第 54 條，對於尊重與信賴之損害必須關聯至公務員之職務或公務員制度之威信，始為違反職務義務。此解釋讓公務員職務與威信連結起來，導出酒後駕車肇事雖有刑事不法行為，但對公務員職務執行及公務員制度威信並無關聯性，不僅不構成失職，甚且不構成職務義務之違反。因為他把職務與公務員制度威信解釋為第 54 條之職業，故如未對公務員職務執行及公務員制度威信造成影響，不構成義務之違反。

依照德國聯邦行政法院比較新的判決，如公務員於短時間（38 個月）內連續 2 次酒後駕車肇事，此將使人民認為該公務員常常酒後誤事，對其行為應謹慎負責，或是否能擔任公務員產生懷疑。惟對於酒後駕車肇事是否構成失職或義務之違反，仍須就具體個案狀況判斷，例如該公務員的工作內容為何？是否為累犯？來加以判斷。

（五）我國案例之檢討

1. 不正當之私人關係

（1）接受業務上有關廠商或相關人員招待，因損及對公務員公正性之信賴，構成懲處或懲戒事由應無問題。

（2）單純與同學出入不正當場所，例如警察人員獎懲標準所定非因公出入不正當場所，依照德國見解不構成失職，但在臺灣會構成失職。

2. 交通事故

除非為經常性違犯，讓人民對其是否能擔任公務員產

生懷疑，否則並不影響其職務執行。

3.滋擾民眾經營之商店

例如某警察欲追求夜店小姐，經常滋擾該夜店，因其以警察身分前往，或非正式以警察權威滋擾，因已對於警察形象有影響，予以處罰亦無問題。

4.私人債務糾紛

警察透過職務關係找到債務人資料，配合討債公司討債，此為利用警察職務便利或警察非正式權威，對於警察形象亦有影響。

5.服裝不整

某公務員服裝不整，長官予以糾正，公務員不服發生爭吵，該長官予以懲處，處罰事由除違反服裝應整齊之規定外，亦違反服從義務。對於違反服從義務予以處罰部分，我個人認為還算恰當。對於糾正部分，因屬職務監督措施，基本上公務員還是要服從。對於糾正如有不服，而主張侵害其基本權，則可以討論，或應另案提起救濟。因就服裝而言，係人民自我表現自由之一部，屬人格權保障內容，受憲法保障。惟基於整個公務體系運轉，對於某些職務是有特殊服裝要求，然此是否對於基本權之限制，仍須要考慮此規定是否有法律的泉源，是否符合比例原則。

四、懲處之救濟問題

（一）目前實務上作法：

免職依復審程序，其他懲處依申訴、再申訴程序；復審程序之後為行政訴訟，申訴、再申訴程序則不可提起行

政訴訟。癥結點大多在於懲處是否為行政處分，此部分在保訓會及行政法院見解，均依司法院釋字第 243 號、第 266 號、第 298 號等解釋操作，結果差異不大。

（二）針對職務外行為之懲處：

我個人認為應屬行政處分，因此部分的懲處行為，如果只考慮服公職權利的話，依照司法院解釋必須對服公職有重大影響，才是對公務員權利侵害，此有一定範圍限制，針對職務外行為之懲處，由以上分析得知，涉及基本權不是只有服公職權利而已，還有其他基本權，例如因發表言論（李〇春檢察官案例）遭懲處（如記小過），懲處本身性質就如同認為其不應該於該場合發表言論，此即對他集會活動或言論自由發表所作限制，此限制為法律上限制，此意思表示內容雖為處罰，但不僅為記過，尚包括不能為此發表言論，因此所發布的法律效果，會涉及基本權，直接發生對外法律效果，此為最大爭議所在。

司法院釋字第 653 號解釋，宣告看守所被羈押人對於該所的決定、管理措施不能提起救濟違憲，而且沒有加任何限制條件。一般而言，看守所或監獄受刑人在特別權力關係中，係營造物利用關係，學生與學校之關係亦係營造物利用關係。公務員欲提起行政訴訟，必須行政處分對其權利有重大影響，學生欲提起行政訴訟，於司法院釋字第 382 號解釋認須對其受教育權有重大影響，但於司法院釋字第 653 號解釋並未加上「重大」限制，故許宗力大法官解讀為，此為一重大突破，未來只須基本權受侵害，不論侵害是否重大，均可提起救濟。另有公法學者解讀看守所被

羈押人本即不適用特別權力關係，所以其救濟本不應受限制。若採許宗力大法官見解，未來對保訓會之影響不大，因申訴、再申訴事件本就屬於保訓會之權責事項，受影響較大者為行政法院。換言之，懲處即使對於受處分人權利侵害輕微，亦構成基本權侵害，認定直接對外發生法律效果而為行政處分，可能將有大量案件進入行政法院，此於實務上將有待觀察。

十、公務人員保障暨培訓委員會 99 年度法制專題講座

壹、時間：99 年 8 月 27 日（星期五）

貳、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室

參、講座：東吳大學法律系林教授三欽

肆、題目：「申請遭否准事件」行政爭訟相關問題

綱　　要

壹、序說

貳、「申請遭否准爭訟事件」應適用之訴求之類型

一、「課予義務訴求」或「一般給付訴求」？

（一）區別標準

（二）公務員法上一般給付請求事件之爭訟途徑

二、「課予義務訴求」與「撤銷訴求」合併提起之可能性

參、「申請遭否准爭訟事件」中當事人是否適格、有無公法上請求權之判斷

一、「當事人適格」作為爭訟之「程序合法要件」

（一）「當事人適格」概述

（二）「當事人適格」以「權利受侵害之訴求」為主要內容

（三）「課予義務事件」當事人適格之判斷標準

1. 概說

2. 依據「否准原因」審酌當事人權利受侵害之可能性

（四）「一般給付事件」當事人適格之判斷標準
二、保護規範理論之應用
（一）保護規範理論內涵概述
（二）系爭案件應符合該規範「人的保護對象」與「事的保護對象」
（三）是否擴及於「利益」或「法律上之利益」？
三、「公法上權利是否存在」與「行政處分是否存在」二項問題之連動關係
（一）概說
（二）個案觀察
1. 最高行政法院 99 年 3 月庭長法官聯席會議決議
2. 最高行政法院 97 年度裁字第 3778 號裁定
肆、當事人就申請事項欠缺請求權之案件應如何處理？
一、課予義務事件
（一）程序不合法駁回說
1. 以「不屬復審救濟範圍內之事項」而不受理
2. 以「復審人不適格」而不受理
（二）實體無理由駁回說
二、一般給付事件
三、小結

伍、個案觀察

一、大陸大陸配偶申請來台案

二、請求徵收「既成道路」案

三、當事人申請程序重新進行

四、競爭廠商間之檢舉案

（一）最高行政法院 96 年度判字第 400 號判決

（二)最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議決議(二）

陸、結語

壹、序說

葉副主委、各位同仁，大家早安。雖然年初便決定演講題目，但我在暑假始有機會深刻思考。今天主題其實相當困難，直到昨天我才將演講稿交給承辦人，可能內容仍有不成熟之處，希望各位今天能給我一些指正及實務上的觀點。今（99）年 2 月公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）曾與國立政治大學合辦一場研討會，當時劉建宏教授曾針對申請遭否准事件之當事人適格議題提出報告，現已發表於「法學新論」中，大家可檢索參考。人民提出申請遭否准，或行政機關對於人民之申請不作為，當事人不服而提出爭訟時，作為爭訟機關究應如何處理？首先須確定「訴求類型」，即「訴願類型」或「訴訟類型」，究為「課予義務事件」還是「一般給付事件」。此兩種事件在法律上的處理思維不同，爭訟程序亦不相同，像公務員權利保障事件，如係已確定之金錢給付，無須再經機關核定之事件，應歸為「一般給付事件」，即不得依復審程序救濟。接下來我們須思考的是，當人民提起爭訟時是否該受理？受理前提是人民有無請求權，若完全不可能有請求權，就很有可能程序上不受理。又學理上有何標準可供判斷有無請求權？而沒有請求權時，是否即一概不受理？大致上，今天要和大家分享的建議，包括上述幾點。

貳、「申請遭否准爭訟事件」應適用之訴求類型

一、「課予義務訴求」或「一般給付訴求」？

（一）區別標準

首先，當事人針對「申請遭否准事件」提起行政爭訟

時，應如何判斷其為「課予義務訴求」或「一般給付訴求」。若請求內容係「行政機關應為某一特定的行政處分」，行政機關予以拒絕或未為回應，此種事件我們稱為「課予義務訴求」；若人民請求內容係「行政處分以外的其他作為或不作為」，如單純的金錢給付、更正聲明或其他的事實行為，我們便將它歸為「一般給付訴求」。看似容易區隔，實則操作起來仍有一定難度。又課予義務事件依法須先提起訴願，一般給付事件則無須先提起訴願，可直接提起行政訴訟；至於公務人員保障法（以下簡稱保障法）中，課予義務事件須先依復審程序提起救濟，一般給付事件則無法依保障法提起復審。行政機關給予人民財產給付之事件，如退稅、退休金，乍看像是一般給付訴求，然而行政機關仍須對此給付作合法性及正當性審查核定，故行政機關表達拒絕或未予回應，應歸為課予義務事件。由此可知，「申請給付遭否准事件」歸為一般給付事件的可能性較小，多為課予義務事件，除非該給付已明確而無須經行政機關確認或核定。我們可以參考講稿上所引述之最高行政法院 92 年度判字第 1429 號判決，即表達我上述所提思維，「依行政訴訟法第 8 條所規定因公法上原因發生財產上之給付，而提起一般給付訴訟，其請求金錢給付者，必須以該訴訟可直接行使給付請求權時為限。如依實體法之規定，尚須先由行政機關核定或確定其給付請求權者，則於提起一般給付訴訟之前，應先提起課予義務訴訟，請求作成核定之行政處分。準此，得直接提起一般給付訴訟者，應限於請求金額已獲准許可或已保證確定之金錢支付或返還。」

（二）公務員法上一般給付請求事件之爭訟途徑

再來看公務員法上，保障事件分為復審程序及申訴、再申訴程序。在復審程序中，依保障法第 25 條及第 26 條規定，分成「撤銷行政處分事件」與「請求作成行政處分事件」，並不包括一般給付事件及確認事件，則此二類事件應如何救濟呢？可透過申訴、再申訴程序救濟，若仍有不服，則向行政法院提起一般給付訴訟或確認訴訟。例如不予續聘事件，確認其不予續聘決定是否合法、聘任關係是否存在等。其實一般給付事件及確認事件均對公務員權益造成極大影響，本文建議未來應修改保障法，將此二類事件納入復審程序之審理範圍。

二、「課予義務訴求」與「撤銷訴求」合併提起之可能性

在談「課予義務訴求」與「撤銷訴求」合併提起之可能性前，先談「課予義務訴求」合併提起「一般給付訴求」部分。公保給付、勞保給付事件按先前所提係屬「課予義務事件」，當訴願機關或法院認為當事人有理由，判命機關應准許人民之請求，是否應進一步命為金錢給付？實務上認為，「課予義務訴求」不須合併提起「一般給付訴求」，當爭訟機關認定行政機關有准許義務時，該機關不至於不為給付。「課予義務訴訟」本即包含「撤銷駁回決定」或「對機關不作為違法之確認」在內，惟對於爭訟程序較不瞭解的人民可能先提起「撤銷訴求」，主張撤銷機關之否准處分。在特定情形下，「課予義務訴求」與「撤銷訴求」仍有合併提起之需求，如機關駁回人民申請的同時，作成違法的負擔處分，原告申請營業執照除被駁回外，主管機關更於行政處分中記載：「房舍係違建不得作為營業場所，並希

於文到 10 日內自行拆除。」此時行政機關駁回人民的申請，還衍生了一個新的不利益，若僅提出課予義務訴求，並不足以達到完全的救濟。另外，若當事人請求將行政機關給予他人的優惠轉移給其本人，例如行政機關給予甲某項獎勵，因僧多粥少，名額有限，現有 9 人落選，9 人之中的乙針對行政機關之駁回處分提起救濟，而未請求同時撤銷給予甲的授益處分。由於名額只有一個，無法再多一個，一定要同時請求撤銷對甲的授益處分，乙才能請求為准許其申請之決定。但有時縱使撤銷對他人之授益，此利益未必得移轉到自己身上，仍須踐行相關的甄選程序，像是 ETC 案中，宇通集團雖然成功地將高公局以遠通公司為最優申請人的決定撤銷，使遠通喪失了最優申請人的身分，卻不能請求高公局遞補其為最優申請人。

參、「申請遭否准爭訟事件」中當事人是否適格、有無公法上請求權之判斷

一、「當事人適格」作為爭訟之「程序合法要件」

（一）「當事人適格」概述

接下來進入主題，討論「申請遭否准事件」中當事人是否適格、有無公法上請求權之判斷。「當事人適格」這個概念不論是訴願、行政訴訟也好，或者是保訓會所職掌之復審、再申訴程序，均係指在某一具體個案中，須與本案存有某種利害關係，而具有一定爭訟資格或地位，此概念亦可稱為「訴訟權能」或「訴願權能」。且「當事人適格」不僅適用於「原告」，亦適用「被告」。大家都知道，案件

進入爭訟程序時，須先過濾案件是否可以受理，蓋「爭訟案件處理機制」的處理能量有限，勢必得設下資格門檻，以避免「爭訟機制」負荷過重、甚至被濫用，或使權利受侵害者無法儘速獲得救濟。至於為公益議題爭訟情形，即「民眾訴訟」，或稱「公益訴訟」，依行政訴訟法第 9 條規定，以法律有特別規定者為限，而目前我國法律有規定者相當少，大家較熟悉的有廢棄物清理法、空氣污染防治法等環保法中，有規定以公益團體得對環保事件提起爭訟，若為個人發動，則不脫傳統思維，仍須為各該事件的被害人。又「當事人適格」這個概念，我們剛才提到此為程序要件，而在這個要件背後，牽涉到行政爭訟制度設置目的為何。對此，有人提出行政爭訟係為保護人民權利，亦有人提出除了保護人民權利之外，也具有貫徹依法行政之目的。早年德國法曾分為兩派見解，現前者為通說。不過近來又有所改變，已稍微放寬，尤其是各類環境公害事件。我國訴願機關以及行政法院，於認定「訴願（訟）權能」要件時相當嚴格，本文主張，當「訴願（訟）權能」要件是否具備有疑義時，應「推定」當事人擁有訴願（訟）權能，讓人民得以救濟。例如中油公司有設置儲氣槽，被認定有氣體外洩的情況，此時行政院勞工委員會經危險設備檢查後，發函予中油公司要求改善，中油公司轉告當初承包廠商，向其求償。承包廠商若對行政院勞工委員會的決定不服，此時依實務作法會認定廠商「當事人不適格」，然若不能讓廠商針對該會決定提起爭訟，將造成「真正有委屈的人進不了法院，得以進入法院的人卻無意提起救濟」的情況。

（二）「當事人適格」以「權利受侵害之訴求」為主要內容

先前提到「當事人適格」係以「權利受侵害之可能性」作為訴求，訴願法與行政訴訟法大多將之載明於相關規定之中。惟行政訴訟法第 8 條卻未明定此要件，但通說認為仍須具備。在主張權利受侵害時，須當事人於具體個案中主張其「自身」權利受損害，其所提出之權利受侵害主張並應具備最低限度的可能性。又即使是第三人，亦可能成為適格之當事人，因為對他人之申請事項，第三人在一定條件下仍有取得公法上權利，並進而建立充足利害關係之可能。如大陸配偶來台遭否准，其配偶臺灣人民以自身名義提起訴願之案例。

（三）「課予義務事件」當事人適格之判斷標準

1. 概說

接下來討論當事人適格之判斷標準。就「課予義務事件」當事人適格之判斷標準，學說上本來有 3 種主張，包括「主張說」、「可能性說」及「可支持性說」，「主張說」過於寬鬆，「可支持性說」又過於嚴格，通說採取「可能性說」，認為若當事人所主張之權利並非顯然不存在，即認其具當事人適格。德國文獻即將「訴訟權能」界定如下：「當原告經由被訴請撤銷之行政處分，或因為被告機關拒絕或怠於作成所申請之行政處分，使得其權利受損這點並非顯然在各種情況下皆毫無可能。換言之，原告所主張之權利並非顯然在任何情況下皆不存在或不可能存在。單純的言詞上主張其權利在法律上受侵害並不足以構成訴訟權能。」

2. 依據「否准原因」審酌當事人權利受侵害之可能性

在「申請遭否准事件」中，當事人是否適格，可藉由「否准原因」加以判斷。若當事人顯然不可能擁有公法上請求權時，即不可能因為系爭否准決定而受侵害，如保訓會 98 公審決字第 0177 號復審案中，家屬替失蹤之公務員提起退休金申請，因退休金係一身專屬權，家屬不可能有此類請求權。又倘依當事人之地位、身分等因素整體觀察，不排除其擁有此類請求權時，即應認定當事人具當事人適格。另有一當事人因曾受訓而向銓敘部申請核定已具薦任任用資格，遭銓敘部否准，其經保訓會以無請求權而予以不受理，行政法院以實體無理由予以駁回，後者應較正確。因為以本案之情節而言，申請人具備公務員身分，其對於任用資格核定之申請，並非完全不可能擁有。

（四）「一般給付事件」當事人適格之判斷標準

至於「一般給付事件」，我認為應以「主張說」來判斷當事人是否適格，因無涉於行政處分之作成與否，在審查上較為單純，故與「課予義務事件」之判斷標準不同。

二、保護規範理論之應用

（一）保護規範理論內涵概述

當事人是否擁有公法上權利，法條未必明文規定，故須從法條規範種種跡象來分析。訴願法第 2 條第 1 項及行政訴訟法第 5 條第 1 項、第 2 項所分別使用之「依法申請之案件」，所謂「法」並非泛指任何客觀存在之法規範，係透過「保護規範理論」審查而評價為「保護規範」者。若一法規範之目的不僅在於保護公益，亦兼具有保護可得特定人權利之意旨時，即為「保護規範」。反之，若該法規範

之訂定僅在追求公益，即使該法規之執行可使人民獲得某種附隨利益，此種利益亦僅為「反射利益」，並非公法上權利。司法院釋字第 469 號解釋曾針對「保護規範理論」於個案中如何操作作成解釋，惟實際操作時仍有一定困難。我認為除了依上開解釋操作外，亦應注意「法益之重要性」及「若行政機關未履行公法上義務人民權利受損害之可能性」等觀點。如防火巷相關規定，防火巷留或不留，對於鄰人生命財產安全影響甚大，故鄰人對此有公法上權利。最近行政法院開始承認日照權，像是某一建案使鄰居房屋受太陽照射時間縮短，鄰人得提起爭訟。又倘法規範已明白賦予可得特定範圍之人民請求權，則無須藉由「保護規範理論」來解釋，如姓名條例第 6 條即明白賦予人民請求更名之權利。

（二）系爭案件應符合該規範「人的保護對象」與「事的保護對象」

接下來要討論的是，若確定該法規範為「保護規範理論」，即須進一步探討，該規範所欲保護之對象及法益的範圍為何？過去我曾在 NCC 訴願會擔任委員，有個案例相當特別，當事人住家對面設置一基地台，其認為違反「行動通信業務管理規則」第 24 條第 1 項規定，該項規範意旨係為保護鄰近住戶之健康免於受到過量電磁波影響，保護事項為健康法益。NCC 訴願會幕僚單位因當事人住宅離基地台 15.3 公尺，而初擬意見為訴願不受理，我認為應以實體無理由駁回。又若有人民基於景觀維護、日照權等其他原因，請求撤銷基地台設置許可，則無該項請求權。

（三）是否擴及於「利益」或「法律上之利益」？

剛才我提到的只有「權利」部分，並未論及「法律上利益」。訴願法第 1 條、第 2 條及保障法第 25、26 條規定給予「利益受損害者」提起訴願或復審之權能；行政訴訟法第 4 條及第 5 條亦將保障範圍擴及於「法律上利益」。我認為這些規定係因當時立法背景對於權利之認定較嚴格所致；在保護規範理論被採納後，已經從寬認定權利的存在，將「利益」或「法律上利益」並列為受保護標的已無必要。由德國法之發展觀之，其很早便從寬認定權利之概念，故人民僅能主張權利受侵害，始可提起救濟。

三、「公法上權利是否存在」與「行政處分是否存在」二項問題之連動關係

（一）概說

「公法上權利是否存在」與「行政處分是否存在」二項問題之連動關係，這個議題可能對在座各位有點艱深。一個「申請遭否准」事件，若人民對於所申請事項欠缺公法上權利，則機關此否准答復之性質是否必然為行政處分？對此，大部分見解均認為，若申請人無公法上請求權，則回復函文非行政處分；反之，若申請人有公法上請求權，則回復函文係行政處分。我認為，「公法上權利存在與否」與「行政處分存在與否」此 2 項問題應予以脫鉤、分別處理。蓋究竟是否為行政處分，關鍵在於該決定是否為有拘束力之表示；至於該行政行為之相對人是否於個案中擁有公法上請求權，則是另一個問題。

（二）個案觀察

1. 最高行政法院 99 年 3 月庭長法官聯席會議決議

接著我們進行個案觀察。最高行政法院 99 年 3 月庭長法官聯席會議決議主要意旨略以，地政事務所在某人之土地登記簿其他登記事項欄註記：「本土地涉及違法地目變更，土地使用管制仍應受原『田』地目之限制」，土地所有人申請註銷系爭註記，地政事務所則拒絕土地所有權人註銷系爭註記之要求。本案最高行政法院認為，僅係拒絕作成事實行為之要求，該拒絕行為亦非行政處分。蓋系爭註記之存在，雖可能使得第三人望之卻步，影響土地之交易情形，事實上影響土地所有權之圓滿狀態；但此乃事實作用，卻非法律作用。這個決議隱含了我們前面提到的推論，但這頗有疑義，我個人傾向認為地政事務所的決定本身即有一定拘束力，人民若請求塗銷而未獲結果，應得提起課予義務訴訟。

2. 最高行政法院 97 年度裁字第 3778 號裁定

另最高行政法院 97 年度裁字第 3778 號裁定的背景案例，主要是當事人對徵收決定不服，也對徵收補償費不服，多次提起申請。其中一次的答復指出：「台端查詢異議 92 年徵收補償地價一案……經該會於 92 年 11 月 26 日召開會議決議：維持以 92 年公告土地現值加四成為標準予以補償。」當事人不服該答復，於是提起爭訟。結果訴願決定與前審判決認為該答復並非行政處分。但本判決認為「行政處分」僅為功能性、技術性概念，「應該儘量朝合目的性方向來掌握此一概念，讓對人民實體權利造成衝擊、而有必要接受合法性檢證之行政作為，能儘早獲得司法審查。」

而主張從寬認定。

肆、當事人就申請事項欠缺請求權之案件應如何處理？

一、課予義務事件

接下來看「當事人就申請事項欠缺請求權之案件應如何處理」。首先，先談課予義務事件，目前有二種看法，一為程序不合法駁回說，一為實體無理由駁回說。

（一）程序不合法駁回說

保訓會有以「不屬復審救濟範圍內之事項」而不受理，亦有以「復審人不適格」而不受理者。

1. 以「不屬復審救濟範圍內之事項」而不受理

如保訓會 97 公審決字第 0344 號復審決定書，但我個人認為這個案件之當事人並非顯然無可能擁有請求權，應以實體無理由駁回。以「復審人不適格」而不受理

如保訓會 98 公審決字第 0177 號復審決定書，即我先前所提公務員家屬提出退休金申請之案例，係以「復審人不適格」為不受理決定。至保訓會 97 公審決字第 0355 號復審決定書，認為眷舍處理要點之規範目的，並未賦予眷舍居住人有請求行政機關辦理騰空標售之公法上權利，須由機關依權責辦理。

（二）實體無理由駁回說

亦有以實體無理由駁回說者，如前所提主張自己有薦任資格之案例，臺北高等行政法院作成 97 年度訴字第 2824 號判決，即以實體無理由駁回。惟該判決似乎先肯定行政

機關之回復公文的屬性為行政處分，並據此認定原告得主張其權利受侵害。此種推論方式是否合宜，頗值得探究。90 年 6 月最高行政法院決議提到，就欠缺當事人適格、權益保護必要之要件，屬於狹義的「訴的利益」之欠缺，此等要件是否欠缺，常須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，自以判決方式為之，較能對當事人之訴訟程序權為周全保障。最高行政法院法官多半由民事庭轉任，受到民事法影響較深，與保訓會及部分行政法院見解似有落差。講到這裡，我們先來回顧一下以上所述：若當事人顯然沒有請求權時，當事人不適格，程序不受理；若非顯然沒有請求權，即應以實體無理由駁回。

二、一般給付事件

至於一般給付事件，係以較寬鬆的「主張說」來判斷當事人是否適格之問題。若具體個案中當事人就申請事項欠缺請求權，則無須如同課予義務訴訟般區分為「顯然欠缺」（程序不合法駁回）與「非顯然欠缺」（實體無理由），皆以實體無理由駁回。

三、小結

一般給付事件與課予義務事件在處理上的差異，乃因為課予義務事件涉及行政處分是否作成之問題，牽動行政機關核心職權之行使。

伍、個案觀察

一、大陸大陸配偶申請來台案

被駁回入境申請之申請人為大陸配偶乙，乙之臺灣配

偶甲為訴願人，究竟甲在本案中有無法律上的利害關係？96 年度高等行政法院法律座談會多數見解認為應受理本案件，少數說則認為：「夫與妻各自為法律上之獨立人格，其各自受不利行政處分者，原則上僅受處分之夫或妻得提起撤銷訴訟，非為行政處分相對人之妻或夫則非因該處分有權利或法律上利益受侵害，不得主張其有權利或法律上利益受侵害而提起撤銷訴訟。」很難理解少數說為何會如此推論，難道未提出入境申請的臺灣配偶不能以配偶之地位主張夫妻團聚的權利？雖然此案例多數見解肯定甲有訴願權能，但最高行政法院仍意見分歧。

二、請求徵收「既成道路」案

此處提到的第一個案例（最高行政法院 97 年度裁字第 3778 號裁定），因我倉促準備，後才發現和徵收「既成道路」無關。關於第二個案例（最高行政法院 99 年度判字第 742 號判決），我主要想表達的是，既成道路所有人請求徵收土地，在訴願實務上有兩種可能的處理方式，程序不受理或實體無理由駁回。我想，司法院已作成釋字第 400 號解釋，認為既成道路所在土地所有人之權能已受影響，國家應編列預算逐年徵收既成道路，若有開闢道路計畫時，剛好經過該土地，不得跳過既成道路，須一併納入徵收。因此，既成道路土地所有人並非絕對不能請求徵收其土地，只是其請求是否能被准許的問題。

三、當事人申請程序重新進行

在保訓會 99 公審決字第 0142 號復審決定書中，當事人於多次提出行政訟救濟未果後申請程序重開，本案程序

不受理是對的。若當事人認為有新事實、新證據請求行政機關程序重開時，而行政機關表示本案已處理過，請當事人參見先前之行政處分。針對此種案例類型，過去見解多半認為行政機關此決定非行政處分，但近來有學者和實務見解認為，行政機關已表示拒絕人民申請，影響人民行使行政程序法第 128 條之權利，仍為行政處分。

四、競爭廠商間之檢舉案

（一）最高行政法院 96 年度判字第 400 號判決

有具商業競爭關係之當事人向行政院公平交易委員會檢舉某廠商，請求主管機關對該廠商作成制裁行動。最高行政法院 96 年度判字第 400 號判決即認為，公平交易法第 24 條對於具有商業競爭關係之檢舉人而言係保護規範，而予以實體審理。

（二）最高行政法院 99 年 6 月庭長法官聯席會議決議（二）

惟類似案情，最高行政法院卻又認為行政院公平交易委員會所為「檢舉不成立」之函文非屬行政處分，檢舉人如對之向行政法院提起撤銷訴訟者，行政法院得以不合法裁定駁回其訴。

陸、結語

今天跟大家分享一些心得，倉促整理資料，可能不夠完整，大家會後如有意見，歡迎寫信和我交流。謝謝！

十一、公務人員保障暨培訓委員會 99 年度法制專題講座

壹、時間：99 年 10 月 29 日（星期五）

貳、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室

參、講座：本會陳愛娥委員

肆、題目：公務員關係中行政處分之認定

綱　　要

壹、行政處分作為一種行政行為形式的緣起與重要性

（一）原本廣泛指稱各種行政行為（法國法制上的原始意涵）

Otto Mayer 之繼受此一概念與其重新界定（顯現於其 1895 / 96 年的德意志行政法；其界定方式：「行政官署在具體個案中決定其臣民之權利義務的措施」）

（二）其重要性：在具體個案中明確規定行政機關與人民之權利義務關係；在以往可決定是否開放行政救濟管道，如今則決定其訴訟類型；運用行政執行手段的可能性

貳、行政處分的構成要素：行政程序法第 92 條的掌握

（一）須係行政機關所為

行政機關的定義：參照行政程序法第 2 條第 2 項、第 3 項

（二）須具有法律行為的性質

「法效意思」的重要性：與事實行為、單純通知的差別；行政處分之法律效果的內涵亦須解釋

（三）須係公法行為：重點是依公法所為行為；藉由行政處分所發生之法律效果是否為公法法律效果反非重點

（四）必須是單方的行政行為：主要牽涉的是行政處分與公法契約的區分

公務人員之任用與公立大學教授的聘用是否有別？

（五）必須產生直接的對外法律效果

關於直接之法律效果的疑義

關於對外之法律效果的疑義

（六）必須就特定具體事件所為：係用以鑒別行政處分與行政法規的判準

參、公務員關係中之行政處分的認定標準：內部與外部法律效果的劃分

（一）從 Otto Mayer 所發展的特別權力關係說起

（二）從特別權力關係到特別身分關係的演變

司法院大法官的解釋模型：以 C. H. Ule 之「基礎關係與管理關係的劃分」作為出發點（基礎關係意指：就足以創設、廢止或重大影響身分關係之措施，應開放權利救濟管道）

公務人員保障法的法制安排：「公務人員身分、官職等級、俸給」與「工作條件、管理措施」的劃分（公務人員保障法第 2 條參照；由公務人員保障法第二章「實體保障」的規定出發來觀察）

肆、是否屬公務員關係中之行政處分的其他影響

行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款所定，「對公務員所為之人事行政行為」排除行政程序法之「程序規定」的意義

壹、序說

主委、副主委、主辦處李處長、各位會內、會外同仁，大家午安。我非常榮幸來和大家報告這個題目。會前曾與李處長討論到，其他幾場講座均為會外學者專家，安排會內委員來演講是否妥適？李處長說，這場演講為去年就安排好的，當時我還不是會內的委員。其次我與李處長提到，把一個對保障案件最關鍵的問題留給我，就是關於公務員關係中行政處分之認定，我覺得很榮幸。為什麼這樣說？尤其是辦理保障案件審查之同仁都充分瞭解，公務人員保障法（以下簡稱保障法）規定公務人員與服務機關或人事主管機關間之關係，係以服務機關或人事主管機關對公務人員採取的各項措施，是否為行政處分來劃分保障程序，也決定保障事件決定後得否由行政法院加以審查，所以這是一個關鍵性概念。關於服務機關或人事主管機關對公務人員的決定，是否應認定為行政處分，俾開放司法權利救濟管道，始終是一個關鍵的難點。如果考量到近年來公務人員考績法修正變革之議題，考績評定丙等是否應認定為行政處分，何時該被認定為行政處分，即可看清此一關鍵性之意涵。

首先，關於公務員關係中行政處分之認定，可以區分為兩個大的區塊：1、一般而言，行政處分之意涵？就此可區分為 2 個部分說明：(1) 行政處分概念或法律制度從何而來？有何重要性？(2) 行政機關行政行為根據何種標準判斷其為行政處分？2、關於公務員關係中行政處分是否有特殊意涵？公務員關係中行政處分之認定，主要困難出現

在一般性行政處分認定的一個要件--即對內或對外。一般性行政處分主要針對外部人民，本會業務所接觸到的則為：機關對內部之公務人員所採取之相關措施，何種可以認定為行政處分，使公務人員得居於與人民相同之地位，對機關之行政處分提起行政爭訟？以下依序來說明：

所謂行政處分名詞原本來自法國，法國法制上的原始意涵廣泛指稱各種行政行為，如果直接翻譯應為「行政行為」。德國學者 Otto Mayer 於其所著 1895 至 1896 年的「德意志行政法」一書中，沿用法國行政行為的概念，直接用德文翻譯法國的行政行為此一名詞，但賦予其新的意涵。這在繼受外國法時經常發生，即在繼受外國法時沿用部分概念，但在重要處做轉折。如是，行政處分概念並非泛指所有的行政行為，而是指一種特殊的行政行為，且 Otto Mayer 在其著作中賦予這種行政行為一種特殊之地位，此與其對國家、對行政權的理解有關。他認為在 19 世紀末業，有兩項重要的目標需要協調，一是國家行政高權之維護，一是自由主義下市民階級要求自由財產之維護，他嘗試利用此種制度來達到調和的目標。簡言之，他突顯一種能夠貫徹行政單方高權的行政行為型態，可以單方高權決定行政機關或國家與人民間之權利義務；同時為維護市民階級之自由財產，如果行政機關採取此種強有力之手段，因此而影響人民之自由權利，針對此種手段就要賦予給人民權利救濟之管道。我國有很長時間一聽到行政處分就決定有無救濟管道之源頭在此。

Otto Mayer 界定行政處分之方式為：「行政官署在具體

個案中決定其臣民之權利義務的措施。」光是看這個簡單的界定，即突顯行政處分相對於其他行政行為的特殊特徵，其一是針對具體個案，其二官署單方高權決定。這種單方高權決定的屬性，讓行政處分作為支配型的行為樣態有很多的討論。在 85 年或 90 年之前，行政處分可說一枝獨秀，85 年或 90 年之後，在行政法上之表現，雖然行政處分一樣重要，但並非唯一重要，契約變成很重要之手段，行政契約或是行政機關訂的契約變成大家充分討論的對象，這也突顯行政法或行政手段經常須因應行政與人民互動之情形而變革。

如果更詳細來看，行政處分之特徵之一為在具體個案中明確規定行政機關與人民之權利義務關係。何以要強調此點，行政機關作出決定，通常須依據法規範，解釋法規範、認定事實後作出決定。雖然行政處分係單方高權之手段，但同時也幫助人民釐清人民在具體個案中之權利義務為何。舉例來說，過去陳清秀教授擔任臺北市政府法規會主任委員時，曾打電話問過我，有關臺北市公墓依照臺北市自治條例有規定公墓使用期限，幾年以後就廢止（按：臺北市殯葬管理自治條例第 12 條第 1 項規定：「公立公墓之墓基使用年限為七年，因特殊事故得申請延長。但其使用年限累計不得超過十年。」第 2 項規定：「前項使用年限屆滿者，由管理機關以書面通知墓主於三個月內自行洗骨或火化，安置於適當之處所。逾期未處理者，管理機關得代為處理，其所需費用由墓主負擔。」第 3 項規定：「凡墓基使用申請書內未註明使用年限或其他類似文字者，不適用第一項之規定。」），但行政機關核准人民利用公墓時並

未敘明核准期限。可否因自治條例有規定，人民不得不知法律而廢止該行政處分？我就說不可以，因為人民針對該案看到行政機關依據法規範，解釋法規範、認定事實後作出決定，這個決定就是沒有期限。如果要引用自治條例之相關規定，須在行政處分之內容引述權利義務有未盡明確之處，某某自治條例可補充之不足，這樣該自治條例之內容就會被當作該行政處分之內容。若完全未提到自治條例規定，因為行政處分有確定人民在具體個案中權利義務內容之功能，在此部分應儘量明朗化。

其次，以往行政處分的存否同時決定人民有無權利救濟管道。這個時間十分長，直到 89 年 7 月 1 日訴願及行政訴訟新制正式上路之前，人民須不服行政處分，始得提起訴願、再訴願及行政訴訟，當然如有其他事實行為侵害人民權益，仍有提起國家賠償之問題。89 年 7 月 1 日以後，已經不是如此。現在情況是，如果你不服行政處分要先提訴願，如果不是行政處分而為事實行為、行政契約或是其他的行政作為，反而可以逕行提起行政訴訟。人民所不服者是否為行政處分，已非是否開放救濟管道之問題，而為如何進行及選擇何種訴訟程序來進行之問題。人民所不服者是否為行政處分，須先經訴願程序，也呈現透過行政處分要賦予行政機關強有力手段之行政目的，藉由訴願程序，讓原處分機關之上級機關有審查及監督之機會，可能的話就自行修正。今天，人民所不服者是否為行政處分，包括行政機關應作成行政處分而不作成（德國法制就應為行政處分而不作成，並未要求先行訴願程序，與我國不同），不再決定是否開放行政救濟管道，而是決定其行政訴

訟之類型。

再者，關於行政強制執行之問題。基本上，透過行政處分所課予人民之義務，行政機關始得依行政執行法規定之手段進行行政強制執行。行政執行法亦為提供行政機關貫徹行政執行內容之法律。從本會業務來說，如果溢發獎金，雖可透過行政處分撤銷原違法處分，惟對於已經給付之溢領金額，得否透過行政處分的方式來追繳，抑或僅能通知其返還？其最重大之實質意義在於，若不能透過行政處分的方式來追繳，即不能移送行政執行處行政執行，而須提起行政訴訟。例如我過去在行政院勞工委員會訴願委員會當委員時，曾被詢問，有勞工溢領之勞工保險費給付，金額小（每個人都幾百元）人數卻非常多之情形，要對每個人都提起行政訴訟，那就十分耗費行政成本。由此可看出，能否使用行政執行之手段，對於行政機關之行政效率影響重大。通常我們關注者為金錢給付之強制執行，然而行政執行署就金錢給付之強制執行並非最難的，較難的如違規營業命令其停工，撤銷其相關證照，如何貫徹其不能再營業，即可能使用行政執行所賦予之手段，例如斷水斷電，在此可能討論到違反比例原則之問題。

貳、行政處分的構成要素：行政程序法第 92 條的掌握

關於法律概念須精確掌握之原因，即在於歸類於某一法律概念，即會聯接相關的法律效果。以下進一步討論，行政機關之特定作為，基於何種標準尚可歸類為行政處分。行政程序法第 92 條第 1 項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力

措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」第 2 項規定：「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同。」其中包含 6 個要件，每個要件均須精確的掌握。以下分別說明：

（一）須係行政機關所為

行政處分須係行政機關所為。關於行政機關的定義，參照行政程序法第 2 條第 2 項規定：「本法所稱行政機關，係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。」其中，具有單獨法定地位之組織始為重點。以往依照中央法規標準法之規定即為須具有組織條例，透過修憲後不是所有機關組織均須有法律規定，中央行政機關組織基準法施行後特定層級以上之行政機關始須有組織條例，相關著名之案例即為為中正紀念堂。具有單獨法定地位之組織，其重點即在：透過法律賦予法定之職掌。正因為特定組織已透過法律賦予法定之職掌，該組織必定要有一定之人員，一定之財務及配備，須有印信。換言之，要求特定組織遂行法定之職掌，不可能沒有人，不可能沒有錢，不可能不給與其對外表示的名字。我們經常以是否有單獨之人事、預算及印信來決定該組織是否為機關，其實正好相反；該組織為機關以後，一定應給與這些配備，以便遂行其法定職掌。現在有新的現象，即有許多公私部門合作現象，將部分之公權力委託給私人或私法人行使，因應這樣的發展，行政程序

法第 2 條第 2 項明文規定：「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」例如捷運公司依照大眾捷運法之規定，對於違反大眾捷運法之情況，可以行使裁罰權，於行使裁罰權範圍內，該公司即為行政機關。

其次，我們須特別強調的是，內部單位與行政機關不同。內部單位是不能對外作表示的。蓋法律係將執掌賦予機關，而非機關的內部單位；單位其實是機關內的分工，對外表示仍須以機關名義為之。如果應用機關名義而用單位名義為之，其實是一種錯誤的做法。我過去擔任國防部訴願委員會委員時，參謀次長室等等也作成行政處分，國防部訴願委員會是一定會據此撤銷的，但最高行政法院則認為，可以直接認為國防部的處分。我個人比較支持法院的看法，蓋內部分工不會影響外部之效力。

（二）須具有法律行為的性質

第 2 個要件是行政處分須具有法律行為的性質。實務上發生的，究為單純通知或行政處分的爭議，即牽涉此一要件。所謂「具有法律行為的性質」實際上是從民法來的。基本的想法為，部分人的行為自始有規定法律效果之意思，即規定權利義務之法效意思。正因為有此一要件，使法律行為與事實行為、單純通知有所區別。我曾聽國立臺灣大學講授民法老師論及，法學教育教很多的民法內容，卻未教育學生如何解釋及確定契約之內容；事實上，民事法律關係多數時候以契約規範權利義務關係。同樣地，行政法老師教何為行政處分，卻未教學生如何解釋行政處分之內容，行政處分也是為規範權利義務關係。申言之，是

否具規範法律效果之意思，不能單憑隻字片語。行政機關與人民的互動，是一個你來我往的歷程，須依過程判斷，不能僅以文字為準。大法官相關解釋曾提及，是否為行政處分而有規範法律效果之意思，不能拘泥於文字，須掌握整體脈絡。舉例而言，人民受到行政處分，並未提出救濟，反而向監察院陳情，向民意代表請求協助，直到救濟期間經過後未提起訴願。人民如果重新再提出申請，行政機關函復已逾救濟期限，即為單純通知；若行政機關重新調查事實、適用相關條文，重新為准駁，即為重開程序所為之行政處分。

最後，行政處分之法律效果的內容亦須解釋，尤其是長期性或大型之規劃，為減少風險，各個階段分別下行政處分之情形所在多有，其目的在避免所有資源到位以後，一次性否准造成所有努力都付諸流水之情形。例如：為申請設立公共設施，第一階段通常是工法之許可，國外常提及的是核能設施，包括設施安全性有無疑慮之評估。第二階段通常為選址之許可，包括環境因子之評估。之後照原來工法一步步實現。每一階段可能均有新的許可，但均不能顛覆過去已確定的許可。此種情形，行政處分雖然是個別作成，但解釋各個階段之行政處分均要顧及各個行政處分之聯結性。

（三）須係公法行為

第 3 個要件是行政處分須係公法行為。舊訴願法關於行政處分之定義為「應發生公法上法律效果」，後來這個要件就被修正，是否為公法法律效果並不重要，只要是依據

公法規定來作即可。行政機關本於單方高權所作決定，發生私法上法律效果之例子所在多有。例如以往關於農地買賣，雖然係私法契約，為達成農地管理之公共政策，規定農地買賣契約登記須經核准以後始發生效力；這個核准雖為行政機關所為單方高權行為，惟發生私法之法律效果，即讓農地所有權可以移轉，其仍為行政處分。

（四）必須是單方的行政行為

第 4 個要件是行政處分須為單方的行政行為。主要牽涉的是行政處分與公法契約的區分。所欲發生之法律效果，由行政機關單方決定，為行政處分；須經行政機關與人民雙方同意，則為雙方法律行為。雖然看起來區隔界限十分清楚，但實務上並非如此。例如過去我曾接過法務部委託研究案，研究各行政機關要人民所簽切結書之法律性質。最常見者為身分證遺失。又如交代條例關於移交之規定，公務機關主管離職，要副主管簽切結書，證明移交沒有問題。廠商入駐工業區需符合之條件，工業局調查的方法是要求廠商簽切結書保證均符合。也有雙方你來我往合意之情形，例如強制取得土地做公共設施使用；據此，不是使用土地重劃後換地，否則即應採取徵收之方式（當然價購也可以，但通常不能合意還是要徵收），臺中曾發生土地重劃時，預算不足，最後地主簽切結書同意地方政府使用土地來開闢道路，重劃完成後將土地換給地主，看起來是單方行為，其實係契約，蓋其為雙方討論磋商之結果。

司法院大法官曾做過 2 號解釋認為 2 種情形均為契約，但我認為這兩個例子均有問題。其中一個案例為，依

照航業法規定，經營貨櫃集散站須經交通部許可，並於海關登記。財政部為執行上開法定職權，訂定職權命令規定，如需登記應填切結書，同意如果有遺失相關貨櫃時，同意受財政部處罰。何以如此？因為財政部職權命令並無法律之授權可以處罰，換句話說，藉由切結書使人民同意受處罰。現在人民雖可以機關就其申請登記於法定期間應作為而不作為，而提起訴願，據此質疑何以要求簽定切結書；但一般人民不會這樣做，後來果然受處罰補稅，還處罰一段期間不能營業。大法官解釋說職權命令固然不能處罰，但人民簽定之切結書為契約，依照契約人民同意受處罰，所以未違反法律保留原則。這當然不合理。首先，即使依照現在行政程序法之行政契約的相關規定，也不是得人民同意即可以，給付與對待給付仍須相當。我個人認為，在此並不存在人民與行政機關間真正之合意，人民僅單純要求核准登記之行政處分，行政機關不願單純核准登記而要負義務，這個部分比較像行政處分附附款。我那時寫這個研究計畫時，有學者審查研究計畫時認為，附款須先有行政處分存在，惟在此還沒有作成行政處分前，已經簽切結書了。我就說，那不是更應該受保護嗎？如果行政機關已經同意作成授益行政處分，授予人民一些利益，附帶一些條件，行政機關都要受到行政程序法第 93 條以下之限制；更何況行政機關扣著授益處分不發，先課予人民義務，豈不更應該準用相關之規定。

大法官解釋另一個對本會有影響之出名案例，是關於考取醫學院之公費生須填寫切結書，同意畢業後同意受指派到偏遠地區，否則須追回相關款項，畢業證書也不發給。

就此，教育部與衛生署相關規定，恐怕也只是職權命令。雖然我認為這種情形是否有真正之合意尚有可議，但是大法官已經認為這種情形係行政契約，後來有關警校、軍校等部分，都當作行政契約來操作。在行政法的領域，行政處分係提供行政機關主導作單方高權作決定，行政契約係提供行政機關與人民協商之方式。在民法的領域，會有附合契約，即為定型化契約條款，例如一方為經濟上、企業上居主導地位之廠商，相對人僅有同意簽訂契約與否之權利，不能更改契約條款。我認為在行政法上，如果是這樣的情形，應定性為行政處分，而非什麼附合契約。蓋民法之領域私人間並無行政處分之手段，相對於此，在行政法的領域，行政機關本可選擇高權之手段或採取協商之手段。行政機關不可一方面採取高權的手段，而又要戴上協商的帽子，造成行政機關利用法律行為形式的選擇，來規避相關法律之拘束，這是沒有意義的。

（五）必須產生直接的對外法律效果

第 5 個要件是行政處分須產生「直接」「對外」的法律效果，它包括 2 個部分：1. 行政處分須發生「直接」的法律效果；2. 行政處分須發生「對外」的法律效果。在公務人員關係中行政處分發生之疑義，最重大的認定上困難，即為是否發生對外的法律效果。所謂「直接」的法律效果，係指行政機關所欲達成之法律效果，透過該行政行為即發生，不需要經過其他媒介。例如，有時行政機關所欲發生的法律效果，該行政機關無法自行完成，需要其他機關合作之情形所在多有。經常提到的案例是，自然人或法人欠

繳稅捐達到一定之金額者，稅捐稽徵機關可以限制其出境；惟關於入出境之管理，並非稅捐稽徵機關之職權，實際實現關於限制出境之權限，為內政部入出國及移民署（以下簡稱移民署）。稅捐稽徵機關發出通知給移民署，移民署作出限制人民出境之行為。在此，究竟哪個行政機關作出限制出境之行政處分？目前法院大部分均認為係稅捐稽徵機關，學理上不無疑問。稅捐稽徵機關需要移民署之行為，始發生限制人民出境之效果。如果一定要採取法院之見解，必須要實際賦予稅捐稽徵機關限制人民入出境之權限，稅捐稽徵機關下處分以後交由移民署執行。法院現在作法其實是為方便考量，因為移民署無法確知欠繳稅捐之情形，相關措施的合法性取決於稅捐稽徵機關的判斷。惟此與法理以及訴願法之規定有違。訴願法明定原處分機關以顯名主義為原則，即以發生法律效果之文件所記載之行政處分機關為準，至於實質影響力，並不在考量之列。法院作法係考量實質影響力機關所為。

其次，關於「對外」的法律效果部分，理論建立在將國家或其他行政主體擬制為一個人格，其人民則為其他人格。行政機關代表國家或其他行政主體，與人民產生權利義務關係，即為「對外」；在國家內部，為同一個人格，其實是由諸多機關所組成，其據此所生之權利義務關係則為「對內」。德文之機關為 Organ，有時翻譯為機關，有時翻譯為器官，可以精準的表現出來。我們很難想像器官與器官會互相爭執，過去長時間以來，本於這樣的擬制，認定機關與機關間不能互相爭訟。然而，實際生活中，同一法人所屬機關及機關間之爭執，甚至同一機關各個單位間之

爭執，所在多有。法制上也有很多這樣的例子，例如司法院大法官審理案件法，憲政機關對其他憲政機關侵害其憲法上之權限，即機關間之權限爭議，仍得聲請大法官解釋。司法院釋字第 585 號解釋關於真調會條例，認為立法院制定之法律侵害行政院之職權。司法院釋字第 613 號解釋關於國家通訊傳播委員會人事由政黨比例代表之安排，侵害行政院之職權。

再者，行政機關與在行政機關內部工作的人間發生權利義務之爭執應如何處理，其實就牽涉到公務員與其服務機關間之關係。最早 Otto Mayer 認為，行政機關為一個大機器，內部公務員則為小齒輪，齒輪若與機器對抗，機器無法運轉，此為特別權力關係之濫觴。德國人表達之方式為，公務員為螺絲釘，必須要旋緊。換言之，公務員並非人民，而為機關組成之一部分，公務員與行政機關間之爭執，僅能透過內部申訴或異議之管道解決。特別權力關係相對於一般權力關係，人民須服從國家高權之行使，為一般權力關係；進入特別權力關係之人，須受到特別權力關係之支配。特別權力關係之特殊處有 2：限制權利不一定要有法律依據，即法律保留之例外；權利義務受到影響，只有內部申訴管道，沒有外部權利救濟管道。特別權力關係在德國之發展，到 1970 年代以後則有改變，我國也漸進改變，即使傳統之特別權力關係，在某些情況之下，仍須視同外部之人民處理。承認內部人員權利保障之程度，會否影響組織行政任務之達成，為兩難之權衡，此為公務員關係內之相關措施是否應承認為行政處分的難題。我為行政程序法學者中少數主張，不能只談人權保障而不顧行政效

率，否則多數人之權益將受影響者；反之，如果內部人權益受到保障實體（包括程序之保障），或有助於行政組織內部溝通，亦能增進多數人之權益。

（六）必須就特定具體事件所為

第 6 個要件是行政處分須對特定具體事件作出決定。承前述，Otto Mayer 在 1895 年、1896 年定義行政處分即認為行政官署在「具體個案」中對臣民之權利義務作出決定，係針對「具體案件」，此可突顯此要件係用來判斷行政處分與「法規」之區別。雖然多數情形區隔明確，例如開交通違規之罰單、撤銷營業執照、命令停工及命令停業等情形，均可看出係針對特定人之具體事件。有些時候卻是十分模糊的，例如依全民健康保險（以下簡稱健保）法規定，健保費率雖明訂於健保法中，惟如有必要調整健保費用，需經過行政院衛生署設立之相關委員會通過。過去曾發生健保保費雙漲之爭議，行政院執政團隊與立法院占多數席次之政黨不同，行政院不願將健保保費雙漲案提報立法院備查，因為把健保雙漲案當作法規命令提報立法院，立法院就可以審查，審查不見得會同意。如果立法院審查法規命令結果為不同意，立法院固然不能直接改或否准，但可以要求行政院更改；如果行政院不改，依照立法院職權行使法之規定，該法規命令就會失效。立法院遂向監察院檢舉，監察院找許多行政法學者研商，大多數行政法學者均認為更改健保費率為法規命令。一方面是因為，以行政處分代替法規命令十分奇異；另一方面，更改健保費率無論多簡單，均係針對一般人、反覆發生，所有去看醫生的人只要

符合要件，每 1 次掛號都要適用該規定，就算只有 1 條，也是法規。正如法律上規定罰鍰之「元」，應乘以 3 倍來換算中華民國法定貨幣，也是法律規定。

承前述，行政處分幫助人民明確化其於具體個案中之權利義務為何，行政處分除須儘可能具體明確外，無論如何均需要附理由，須讓人民知道依據何種法律規定、何種事實認定作出這樣的決斷。例如教育部曾依私立學校法解散私立學校董事會之行政處分，並組成一個管理委員會去接管，受處分人質疑其中一點，竟是該處分沒有附理由。教育部認為行政處分先附理由，會讓受處分人在訴願階段拿來攻擊；其實正好相反，行政處分附具理由，如能讓受處分人知道應考量的部分均已考量，將使其知難而退。

參、公務員關係中之行政處分的認定標準：內部與外部法律效果的劃分

關於公務員關係中之行政處分，仍須具備行政處分之一般要件，只是在公務人員關係中行政處分存否之疑義，最重大的認定上困難即為其內部與外部法律效果的劃分。其他一般行政處分之要件，也不是均無認定上的困難，只是公務員關係中外部法律效果性有特別認定的困難。

關於公務員關係中內部、外部法律效果之劃分，其實來自 Otto Mayer 的特別權力關係理論而來。德國於 1970 年代，特別權力關係即發生演變，首先是就公營造物的強制利用關係，其實就是監獄（監獄意為營造物，只是受刑人與監獄之關係為強制利用而已），關於受刑人書信之檢閱，德國當時並無法律之依據，經受刑人提出救濟，直到德國

聯邦憲法法院階段明確宣示，秘密通訊為人民之基本權利，即使是監獄受刑人也一樣，亦應有法律依據始得加以限制，且既已受理其憲法裁判之聲請，等於也開放其權利救濟管道。自此，學者紛紛探討，所謂特別權力關係，不外乎限制其權利應有法律依據，且可以不開放其權利救濟管道，此二特殊限制經憲法法院宣示不採後，好像就沒有特別權力關係存在？多數學者認為，傳統的特別權力關係不能與一般人民權利義務關係等視同觀，因為進入特別權力關係者，與國家均有特別緊密的身分連結，例如公務員、軍人、學生（大學以上學生除外，大學享有特別之自由，自中世紀來即有此傳統，大學生、大學教授享有的自由，甚至超過一般人民）等等，為兼顧其權益及該當的公務功能能發揮，德國學者 C. H. Ule 提出「基礎關係」與「管理關係」的劃分。如果牽涉到「基礎關係」權利之侵害，應開放權利救濟管道；至於基礎關係以外之「管理關係」的部分，至多開放內部申訴管道。

我國大法官相關解釋，以及延續大法官相關解釋而來的保障法，整個的邏輯基本上延續這樣的想法，嘗試區分出「基礎關係」與「管理關係」,「基礎關係」所生之爭議，最後要提供法院救濟管道。就「基礎關係」而言，如果涉及到創設或廢止身分關係，例如公務人員受一次記二大過免職，學生受退學，志願役軍人受認定不適服現役處分，均不會有認定上的爭議。其次，就此身分關係重大權利義務發生影響，亦認為係「基礎關係」。然而，何謂身分關係重大權利義務發生影響？我國大法官解釋的邏輯重視財產權的保障，造成實務上追隨大法官解釋產生很奇怪之情

況，例如關於考績考列丙等本身的爭議，認為應依申訴、再申訴之程序，關於考績審定的爭議，卻認為是復審案件，可以提起行政爭訟。

民國 73 年司法院釋字第 187 號解釋提到，公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。另外民國 78 年司法院釋字第 243 號解釋提到，中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第 16 條訴願及訴訟之權。該公務員已依法向該管機關申請復審及向銓敘機關申請再復審或以類此之程序謀求救濟者，相當於業經訴願、再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符有權利即有救濟之法理。至公務人員考績法之記大過處分，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，上開各判例不許其以訴訟請求救濟，與憲法尚無牴觸。此即今天我們習於「只是」記一大過懲處，不得提起行政訴訟之緣由。

73 年開放救濟管道，85 年強調公法上之職務關係，也就是保障法制定之時期，該法也主要參考司法院大法官解釋之模式。觀諸保障法第 2 條規定：「公務人員身分、官職等級、俸給、工作條件、管理措施等有關權益之保障，適用本法之規定。」其中身分、官職等級、俸給為基礎關係，相關爭議依循復審程序，可受司法審查；其他部分被理解

為管理措施。如果對照保障法之實體權利，也可看出這樣的區分。例如保障法第 9 條：「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。」第 13 條：「公務人員經銓敘審定之官等職等應予保障，非依法律不得變更。」第 14 條：「公務人員經銓敘審定之俸級應予保障，非依法律不得降級或減俸。」及第 15 條：「公務人員依其職務種類、性質與服務地區，所應得之法定加給，非依法令不得變更。」等規定。保障法第 16 條以下規定，即屬工作指派等管理措施部分。此種依循大法官解釋的模型，依通常經驗不一定可以理解。例如我在德國看過一個例子，一個心理輔導老師被單純調職沒有影響俸給去當體育老師，真的比俸給減少影響較小嗎？

公務人員人事法令雖為行政法之一部分，真正去瞭解公務人員人事法制之行政法學者十分稀少，就算有，大多也是為引介外國法制。現在談組織改造，很多組織法及作用法都有很大調整，人事法制更應深入之理解。然而一般抽象理論層次部分，引進外國法制隔閡不大，但在各論領域，就沒這麼簡單。例如再於憲法中人權理論引進外國制度，問題不大，但在權力分配的領域，引進外國制度，就有很大的問題。例如最近我們會裡審查有關評鑑中心法之委託研究案，依照德國文獻，德國個別機關公務員之進用，主要就是利用評鑑中心法，而我國公務員進用則採考試分發制度，情況截然不同。

順帶一提，關於行政科層體制中的公務員制度，德國向來被認為強烈且古典的國家，惟近年來公務員制度發展

十分琳瑯滿目且有創意。例如為提高生育之意願，我國通常採取金錢補貼，此種方法不一定會讓沒有生育意願者願意生育；相對於此，德國就會尋求不願生育之真正原因。如果認為不生小孩係因為會影響工作發展的公務員很多，德國公務員制度就會朝向承認，如果為維護家庭生活而有在家上班必要並提出申請，則應提供其適當之配套，讓其在家工作。又如傳統公務員係全職之型態，德國現在也可以接受為了養育小孩，可以採上半天班之模式。這就是確實考量造成問題的原因及解決之道，但這不是隻字片語可以處理的，恐怕法律學者應與行政工作者長期互動，始能在每一個不同法領域建立符合現代行政工作期待及需求的制度。

在公務人員關係中行政處分存否的認定困難有二：其一，就相關申請案之答覆，究竟係規範權利義務關係，還是單純之通知；於此不能拘泥於文字，需掌握雙方溝通之整體脈絡。其二，在確定規範權利義務關係之前提下，其權利義務關係之規定基於兼顧權益保障及公務效率考量下，認定究竟為單純之工作條件或管理措施，抑或因為影響重大而認定為行政處分。承前述，依保障法之邏輯，只要影響公務人員身分、官職等級、俸給相關之事項，就認定為人事行政處分；其他工作條件或管理措施部分仍有影響公務員之權益，只是這樣的權益影響並未重大到需要外部化到等同人民。如何認定內部或外部呢？有時候也十分令人困擾。例如新聞局曾發生某位同仁在網路上留言，後來被查出他就是新聞局某某人。他開始在網路上表達意見，並未說他是新聞局之同仁。這是一個可以思考的點，

關於公務員下班以後，原來他還是隱性的公務員，是否還是要維持其忠誠？

德國在東西德分治時代，曾發生這樣的例子，某公務員大學時曾參加共產黨，其申請一個職位，被查出其曾在某次抗議活動參與。德國操作方式較為穩當，並不草率的往哪一邊倒，認為公務員之忠誠確實有其需求，也可以去檢驗他。可是仍需合理考量，其雖有加入該團體，其參與程度如何？從參與該活動以後，還有再參與嗎？還是一時興起？另外更敏感的情況，在東西德統一時，在原來東德擔任公職之人員，能不能轉換為統一後德國之公務員，也採取同樣的邏輯，不可一概而論，不能以其曾參與東德共產黨，即認為其有危害自由民主憲政體制之虞，而需考量其係因何種原因而加入，及有無長期積極參與，檢驗的結果大部分都通過，被排除在外的其實只有當其擔任敏感的職位，或是曾長期積極參與者。

肆、是否屬公務員關係中之行政處分的其他影響

依行政程序法第 3 條第 3 項規定：「下列事項，不適用本法之程序規定：……七、對公務員所為之人事行政行為。」對公務員所為之人事行政行為僅排除行政程序法之「程序規定」的適用。行政程序法最重要的程序規定其實是 2 個程序參與權，其一是閱覽卷宗，其二是陳述意見。尤其是陳述意見，從保訓會處理案件之經驗來看，陳述意見之拒絕最常被提起。有時雖然法律上並無強制需給予陳述意見之機會，還是應儘可能給與陳述意見之機會，因為也許行政機關會遺漏部分應該考量的觀點，也不一定。如

果考量到有些行政作為，很難做實質審查，更應該加強程序維護。給予較高之程序保障，程序之正當及維護，某種程度也是減低衝突之方法，尤其在人事作為上，更應該強調圓融這一點。我一向強調，實體上可以要求嚴格遵守法律規定，但程序保障應儘量從寬。蓋事無不可對人言，沒甚麼不能溝通的。

其次是閱覽卷宗部分，行政機關經常引用行政程序法第 46 條第 2 項規定：「行政機關對前項之申請，除有下列情形之一者外，不得拒絕：一、行政決定前之擬稿或其他準備作業文件。……。」我一向主張，如果在行政程序上不開放程序上的準備作業文件供閱覽，等於是沒有開放閱覽卷宗，因為本來就是在「程序」當中來閱覽卷宗，所以此種規定方式是大有問題的。所以，就算不是法律所必要的，程序上的強化保障，除加強程序上的正當性，本身也具有和緩之作用。我們有一些「得」拒絕閱覽卷宗之情形，於斟酌裁量時仍應考量時代之發展，強調公開透明。尤其是公務機關的文件，依政府資訊公開法規定，以公開為原則，限制公開為例外。雖然於政府資訊公開法第 18 條，有一個廣泛限制公開的條文，但其仍有解釋之空間，希望不是把這些限制條文從寬解釋，而應從嚴才對。

即使依行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款所定，對公務員所為之人事行政行為排除行政程序法之程序規定。所稱人事行政行為，依照行政院人事行政局之解釋，限於「人事行政處分」以外之人事行政行為。換言之，只要構成「人事行政處分」，即將公務員之地位視同人民，公務員收到一

個人事行政處分，還是可以援引行政程序法第 46 條規定申請閱覽卷宗及同法第 102 條規定要求給予陳述意見之機會。

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(下冊)

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）