公務人員保障暨培訓委員會委託研究報告

公務人員保障法面臨課題及解決之研究—以修法為中心

計畫主持人：徐崑明助理教授

協同主持人：張錕盛講師

中華民國 104 年 11 月 30 日

目　次

第一章　緒論 1
壹、研究動機與目的 1
貳、研究重點 2
參、現行公務人員保障法所面臨的課題 2
一、揚棄特別權力關係理論之大勢所趨 2
二、以行政處分為核心之爭訟體制備受批評 5
（一）司法審查受制於復審前置 5
（二）實體保障項目有必要再細緻化 8
三、保障對象的範圍仍有釐清之必要 10
（一）適用人員與準用人員的再釐清 10
（二）納入未占缺訓練人員 11
四、保障程序的設計仍有完善空間 12
肆、公務人員保障法所面臨課題的解決方案 13
伍、研究方法 14

第二章　現代民主法治國家之國家與公務人員間之法律關係 16
第一節　逐漸成形的公務人員法律關係 16
壹、行政爭訟 16
貳、法律保留、明確性與正當法律程序原則 18
一、法律保留原則 19
二、明確性原則 19
三、正當法律程序原則 20
參、本節結論 21
第二節　公務員作為基本權主體與功能主體 24
壹、國民關係與功能主體關係（Staatsbürger- und Funktionsträgerverhältnis） 24
貳、功能主體身分之法律地位的產生 26

第三節　服公職基本權的具體化.....29
壹、概說.....29
貳、憲法第 18 條的權利態樣.....29
一、學說.....29
二、大法官解釋暨相關轉折.....30
（一）釋字第 546 號解釋之前.....30
（二）釋字第 546 號解釋以後.....32
三、本文看法：應考試基本權沒有必要單獨規定.....32
參、憲法服公職基本權的操作現況.....33
一、大法官在公務人員權利保障上的憲法操作.....33
（一）實體保障的憲法基礎.....34
二、服公職基本權的保障內容.....36
（一）服公職基本權的效力（保障功能）.....36
（二）服公職基本權的保障範圍.....39
（三）公務人員保障案件之現況整理（2003~2008）.....42
肆、本節結論.....44

第三章　公務人員保障法之保障對象與檢討.....47
第一節　適用對象的範圍與檢討.....47
壹、現行保障法第 3 條第 1 項之詮釋.....47
一、法定機關.....47
二、依法任用.....48
三、有給專任.....50
貳、機要人員.....50
參、現行保障法第 3 條的修正建議.....51
一、學者建議：參考公務人員基準法草案第 2 條進行修正.....51
二、現行保障法第 3 條與學者建議條文的比較.....53
（一）除外人員的範圍.....53
（二）「法定機關…及公立學校」與「各級行政機關、公立學校、公營事業機構」.....54

（三）「依法任用」與「擔任組織法規所定編制內職務」...57
三、小結：打破既有格局？抑或僅使定義臻於明確？.....58
（一）不宜改為「各級行政機關」.....59
（二）「依法任用」或可明確化為「依公務人員任用法律任用」.....60
第二節　準用對象與其同類性取決標準.....63
壹、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.....63
貳、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員.....64
參、公營事業依法任用之人員.....64
一、公營事業之型態.....64
二、依法任用之意涵.....64
（一）本款立法意旨與實務見解.....65
（二）學說見解.....68
三、本款同類性的取決標準.....69
肆、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員.....69
一、是否仍限於組織編制中？.....69
（一）修法理由與現階段實務見解.....69
（二）組織編制之判斷與規範目的.....70
（三）本文見解：本款準用對象不該限於組織編制中.....71
二、本款各種人員之法制定位與現況.....72
（一）派用人員.....72
（二）聘用人員.....74
（三）聘任人員.....76
（四）僱用人員.....79
（五）各機關依法留用人員.....81
伍、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或訓練之人員.....81
第三節　本章結論.....84
壹、保障法第 3 條的修正建議.....84

一、版本 1.....84
二、版本 2.....84
三、版本 3.....85
貳、保障法第 102 條的修正建議.....86
一、第 102 條第 4 款建議修正為「各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員，但公立學校教師未兼任行政職者除外。」.....86
二、第 102 條第 5 款建議修正為「應各種公務人員考試錄取，參加學習或訓練之人員」.....87

第四章　現行公務人員保障法實體保障事項之檢視.....88
壹、序言.....88
貳、保障法規定實體保障項目的立法用意.....89
一、概說－保障法的定位.....89
（一）從實體保障的特別法到實體與程序保障的特別法.....89
（二）保障法為公務人員權益保障的基本法.....90
二、保障法制定時訂定實體項目之原意.....91
（一）為公務人員實體保障事項制定整體性規範.....91
（二）成文化當時大法官解釋成果.....92
（三）小結.....92
三、民國 92 年修法時對於立法原意之微調.....93
（一）成文化大法官解釋的部分，幾乎停滯.....94
（二）制定整體性規範的部分，出現微調.....95
參、保障法在實體保障規範上的合理安排.....95
一、概說.....95
二、保障法位居總論，須保持其與各論間的合理安排.....97
三、現行保障法關於實體保障項目的規範類型.....98
（一）以保訓會保障處執掌事項為分類標準.....98
（二）以保障法位居公務人員法總論的體系地位為分類標準...98
（三）以保障法第 2 章的法規範結構為分類標準.....100

肆、現行實體項目之實際檢視與增補.....100
一、公務人員享有職務執行之權利，於停職期間仍保有其身分.....101
二、休職與留職停薪的公務人員，其復職應準用停職的規定..102
三、明定公務人員享有辭職的權利.....103
四、現行保障法第 21 條第 2 項的“殘廢”應調整為“失能”...104
五、拉近現行保障法第 22 條第 1 項與實務的落差.....104
六、考慮明定公務人員的公法上財產請求時效.....104
七、不利益人事資料記載之程序保障與閱覽權.....106
（一）*Board of Regents v. Roth, 1972*.....107
（二）*Paul v. Davis, 1976*.....107
（三）*Siegert v. Gilley, 1991*.....108
（四）小結.....109
伍、增訂條文之草擬－代本章結論.....109

第五章　復審與申訴、再申訴之定義，以及適用範圍.....112
壹、前言.....112
貳、複合身分下的公務人員權利救濟.....114
一、公務人員複合身分下的基本權地位與功能主體地位.....114
（一）基本權主體地位與功能主體地位之憲法基礎與關係.....114
（二）公務人員法制之基本原則.....117
（三）公務人員（人事）行政之羈束性與自由性.....122
二、重大影響說走向權利影響說？.....124
參、復審定義及適用範圍的立法調整.....125
一、考慮將“其他公權力措施”與行政處分並列.....125
二、於保障法立法明定所稱行政處分定義為何.....127
三、賦予因具備公務人員用消極資格而遭不予任用者復審資格...129
四、建議增訂拒絕申請之課予義務復審.....130
（一）行政訴訟法第 5 條的課予義務訴訟.....130
（二）保障法應該考慮增訂拒絕申請之課予義務復審.....130

肆、申訴、再申訴面臨重新定位 131
一、申訴、再申訴仍有存在實益？ 131
二、工作條件的實體保障項目是否皆有主觀權利，仍須檢視 .. 132
三、管理措施仍有不涉及公務人員權益者 133
四、離職人員仍有申訴、再申訴的權利？ 134
伍、修正條文草擬－代本章結論 134
一、保障法第 25 條修正草案 134
（一）第 1 項 134
（二）第 3 項 135
（三）第 4 項 135
二、保障法第 26 條第 1 項修正草案 135
三、保障法第 77 條修正草案 135

第六章　調處程序之適用範圍 136
第一節　現行調處制度 136
壹、調處制度之宗旨、規範依據與運作流程 136
一、宗旨 136
二、規範依據與運作流程 136
三、調處制度施行至今案件統計 137
貳、調處成立之合法性要件與法律性質 138
一、調處成立之合法性要件 138
（一）概說 138
（二）於再申訴調處中，再申訴人有無處分權？ 142
（三）行政契約的許容性與行政程序法第 136 條的特別合法性要件 147
二、調處成立之法律性質 148
第二節　調處擴及復審程序的可行性評估 150
壹、民國 92 年保障法修正，調處僅適用於再申訴案件的入法經過 150
一、立法院修法過程 150

二、考試院提案階段.....151
（一）考試院會議.....151
（二）考試院審查報告.....151
（三）銓敘部反對將復審案件納入調處的理由.....152
貳、銓敘部反對理由的重新檢視.....153
一、參考外國立法例，調處僅限於申訴？.....153
二、復審調處有違依法行政？.....154
三、法定要件沒有認定疑慮？.....155
第三節　本章結論.....156

第七章　美國公務員保障制度.....158
第一節　美國法上的公務員.....158
壹、各種人員名稱的法律定義.....158
一、文職人員（Civil service）.....158
二、官員（Officer）.....158
三、公務員（Employee）.....159
四、競爭職人員（The competitive service）.....160
五、除外職人員（The excepted service）.....160
貳、個別定義的立法模式.....160
一、得向功績制度維護委員會提起申訴的公務員.....160
二、考績法的特別規定.....162
（一）適用考績處分的公務員.....162
（二）得因考績處分提起申訴的公務員.....162
三、於 MSPB 裁決後，得向法院提出訴訟的公務員.....162
第二節　美國公務員的實體保障.....164
壹、功績原則（Merit System）：第 2301 條.....165
貳、禁止的人事措施：第 2302 條.....167
第三節　公務員申訴程序−以 MSPB 為中心.....171
壹、公務員申訴之分工管轄.....171
一、功績制度維護委員會（簡稱 MSPB）.....171

二、特別檢察署（簡稱 OSC）.....172
三、人事管理局（簡稱 OPM）.....173
四、勞資關係局（簡稱 FLRA）.....173
五、平等就業機會委員會（簡稱 EEOC）.....174
貳、功績制度維護委員會之管轄權.....174
一、原始管轄.....174
二、申訴管轄.....175
三、特別檢察署管轄之特別案件.....179
四、不得提起申訴之不利益處分與考績處分.....180
參、苦情程序（grievance procedure）.....181
一、條文編譯.....182
（一）5 USC §§7121（苦情處理程序）.....182
（二）5 USC §§7122（仲裁之異議）.....184
（三）5 USC §§7123（司法審查及執行）.....185
二、本文解析.....186
第四節　替代性（非對抗型）爭議解決途徑.....187
壹、替代性爭議解決途徑在公共職場上的概況.....187
貳、功績制度維護委員會的和解程序.....188

第八章　結論－修正草案總說明暨新舊條文對照表－.....189-211

附件 1：期中報告審查意見暨回覆表.....a－b

附件 2：期中報告審查意見暨回覆表.....A-C

參考文獻.....I－X

第一章　緒論

壹、研究動機與目的

一、研究動機：

公務人員保障法（以下簡稱保障法）於民國 92 年 5 月 28 日公布以來，相關人事行政法制的基礎理論，以及實定法規，均有許多變革。有本於此，本研究計畫之研究動機主要有二：

（一）目前保障法在實務面及政策面皆面臨許多課題，亟待深入探究。諸如參加公務人員考試錄取占缺訓練成績及格人員，遭服務機關以其具有公務人員任用法（以下簡稱任用法）第 28 條所定之消極資格而不予任用，得否依保障法所定程序提起救濟？及公務人員考試錄取人員不占缺訓練及格人員，遭服務機關以其具有任用法第 28 條所定消極資格而不予任用，立法政策上宜否修法納為保障對象？

（二）除了政策面與實務面的問題之外，現行保障法本身亦有不少未盡之處，舉其要者諸如：於公務人員實體保障方面，現行法令規定有何不足之處？保障法所定復審與申訴、再申訴二種救濟程序，其救濟標的定義（亦即足以改變其公務人員身分，或於公務人員之權利有重大影響，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等事項之行政處分；服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置），有無檢視修正之空間？調處、停止執行、再審議程序之適用範圍有無擴大之必要？

二、研究目的

承上，因應人事行政法理論的變革，以及實務的需要，公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）歷年針對保障法制相關議題，均專案委託學者專家進行研究，諸如 92 年度保障制度復審範圍、96

年度公務人員保障法實體保障項目之檢討與發展、97 年度公務人員保障法修法研議─保障對象與救濟類型之研究、98 年度公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究─以保訓會之停止執行為中心、99 年度復審參加制度之研究、100 年度強化公務人員保障事件救濟程序等。回顧上開研究成果所研提之保障法修正建議，咸具參考價值。誠有必要予以整合，具體落實到保障法的修正上。因此，本研究計畫的目的，乃是在總成過去研究成果的基礎上，將保障法目前迫切需要調整的制度轉化為具體條文，供修法參考。

貳、研究重點

本研究計畫的研究重點有三：

一、因應人事法制變革，檢視保障法應配合修正之條文。

二、審視歷年專家學者及各界對保障法所提之修法意見及其可行性，並研提修正意見。

三、參考外國及我國相關規定及實務運作情形，具體指出現行保障法規定不足之處，並擬具保障法修正草案。

參、現行公務人員保障法所面臨的課題

一、揚棄特別權力關係理論之大勢所趨

從我國釋憲實務來說，揚棄特別權利關係理論始自大法官於 1984 年 5 月 18 日作成釋字第 187 號解釋，認定公務員請領退休金之權利應受憲法保障，因此承認其具有提起訴願及行政訴訟之資格，並推翻司法院的兩號解釋及行政法院的一號判例。但由於行政法院積重難返，仍有若干判例負隅頑抗，致使大法官再接再厲，於其後甚短期間內，作成一連串之憲法解釋，再三否定行政法院的老舊判例，從而撼動特別權力關係之地位。從中確立者有三：其一、公法上之財產請求權，例如退休金、福利互助金、考績獎金等，均不再受制於特別權力

關係之桎梏[1]；其二、改變公務員身分或地位之行政決定，例如免職，直接涉及憲法所保障人民服公職之權利，故已被大法官劃出特別權力關係之範疇。相形之下，記大過處分之嚴重性顯然仍有所不及，故仍屬特別權力關係之內[2]；其三，大法官隨繼於釋字第 298 號解釋中特別指明除足以改變公務員身分之懲戒處分外，其他對公務員有重大影響者，亦非屬特別權力關係之範圍。至於所謂重大影響之例，於其後釋字第 323 號及第 338 號等解釋中，大法官即具體認定拒絕任命為公務人員或降低其官等時，即屬之。機關審定之級俸亦然[3]，因此皆得提起行政救濟。惟其確切範圍為何，是否尚包括釋字第 243 號解釋所提及之記大過處分，則仍有待界定[4]。相較於容許行政爭訟，另一個被特別權力關係理論視為禁地的法律保留原則，也在釋字第 491 號解釋獲得解放。至此，特別權力關係理論在人事行政領域不再根深蒂固。

不僅公務員如此，大法官從 1980 年代起，還陸續針對學生、軍人以及監所收容人，在各個解釋案中尋求突破；直到近年的釋字第 653 號解釋，更將矛頭直指背後的影武者－特別權力關係，在解釋理由書第五段中明確宣示：「按羈押法第六條……考其立法之初所處時空背景，係認受羈押被告與看守所之關係屬特別權力關係……是上開規定不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨有違。」乃釋憲實務首見，致使本號解釋，乃至於許宗力大法官所提的協同意見書備受矚目。但特別權力關係是否從此壽終正寢？國內法學界卻是看法分歧的。若從應然面與實然面加以歸納。首先，從應然面來說，多數學者主張應該徹底揚棄特

---

1 司法院大法官釋字第187號、201號、266號、312號等解釋，請參照。

2 司法院大法官釋字第243號解釋，請參照。

3 司法院大法官釋字第483號解釋指出，將高職等公務人員調任為較低官等或職等之職務，造成該等人員無晉敘機會，該等調任雖無降級或減俸之名，但實際上則生類似降級或減俸之懲戒效果。從而，依據前述大法官解釋意旨，將高職等人員調任為低職等者亦得請求救濟，即屬有重大影響。

4 最高行政法院104年8月份第2次庭長法官聯席會議則咸認公務員經評定年終考績列丙等，該公務員得提起復審及行政訴訟以為救濟。依公務人員考績法第13條之規定：「曾記一大過人員，考績不得列乙等以上。」，故記一大過處分，應認有重大影響。

別權力關係，誠如許宗力教授[5]、李震山教授[6]、李惠宗教授[7]、張桐銳教授[8]、莊國榮教授[9]以及程明修教授[10]，吳庚教授和陳敏教授更是很早便建議以「特別法律關係」來取代所謂「特別權力關係」了[11]；少數學者主張特別權力關係需要的是理論修正，並非揚棄，誠如蔡震榮教授[12]、陳清秀教授[13]以及陳愛娥教授[14]。其次，從實然面來看，多數學者皆以謹守各號大法官解釋文本為由而持保留態度[15]，認為特別權力關係至今仍未被全面揚棄[16]；反之，少數學者認為特別權力關係已經徹底遭到揚棄了，尤其是在釋字第 653、654 和 684 作成以後，誠如許宗力教授、黃錦堂教授[17]和張桐銳教授[18]。可見，國內目前對於特別權力關係實況為何，乃至於往後應該徹底揚棄，另起爐灶，抑或尋找

---

[5] 許宗力，釋字第653號解釋協同意見書，資料取得http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/宗力_.pdf，最後瀏覽日：2015/1/30。

[6] 李震山，釋字第653號解釋部分協同意見書，資料取得http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/653部分協同意見書_李震山_.pdf，最後瀏覽日：2015/1/30。

[7] 李惠宗，校園將永無寧日？–釋字第六八四號解釋評析–，月旦法學雜誌，第191期，2011年4月，頁127。

[8] 張桐銳，公務員職務外行為之懲戒責任，台灣法學雜誌，第132期，2009年7月15日，頁59-60。

[9] 莊國榮，大學學生行政爭訟權的重要突破–評釋字第684號解釋–，台灣法學雜誌，第171期，2011年3月1日，頁73。

[10] 程明修，法治國中「特別權力關係理論」之殘存價值？，中原財經法學，第31期，2013年12月，頁237。

[11] 吳庚，重建公務員關係的法理基礎，法令月刊，第48卷第8期，1989年8月，頁239-241；陳敏，行政法總論，台北，自版，102年9月增訂8版，頁225-226。

[12] 蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，2版，頁281-282。

[13] 陳清秀，論特別權力關係之行政救濟（上），植根雜誌，第8卷第2期，1992年2月，頁35。

[14] 陳愛娥，從特別權力關係到特別身分關係，月旦法學教室，第103期，2011年5月，頁39。

[15] 周志宏，告別法治國家的原始森林？–大法官釋字第684號解釋初探–，台灣法學雜誌，第171期，2011年3月1日，頁59；莊國榮，前揭註9文，頁64；李惠宗，前揭註7文，頁127。

[16] 值得強調的是李震山大法官在釋字第653號解釋的部分協同意見書中提到：「.....本號解釋未正本清源地指出問題仍在於特別權力關係之陰魂作祟，未正告應儘速切斷與其之臍帶關係，因而可能產生負面影響，實乃本息憂慮之所在」足見，李大法官並不認為因釋字第653號解釋的作成而使得特別權力關係被揚棄成為實然。詳見李震山，前揭註6協同意見書。

[17] 黃錦堂，我國特別權力關係的新定向–釋字第653、654與684號解釋之發展，法令月刊，第62卷第9期，2011年9月，頁22-23。

[18] 張桐銳，前揭註8文，頁59-60。

修正理論，都還有變數。未來，不僅理論層面需要進行辯證，法院、行政部門以及立法部門如何配合落實，皆須投諸更多關注。

二、以行政處分為核心的爭訟體制備受批評

（一）司法審查受制於復審前置

隨著特別權力關係理論遭到揚棄，尤其是釋字第 684 號解釋出爐後，法學界從憲法基本權保障，尤其是從憲法第 16 條所秉持「有權利，斯有救濟」的立場來檢驗公務人員保障法的聲浪越來越大。反觀公布施行於 1996 年，並於 2003 年大幅修正的公務人員保障法，其儘管賦予公務人員提起復審（相當於「訴願」）及申訴、再申訴之權利，但依主管機關──公務人員保障暨培訓委員會之見解，本法第 25 條所指涉之行政處分，須以大法官之解釋為據[19]。苟非大法官承認為重大影響之例，即仍不得提起復審，自更無可能提起行政訴訟，而僅得依本法第 77 條提起申訴及再申訴。如此以有無行政處分而分流救濟途徑的規定，已經備受批評，尤其是申訴、再申訴後不得續行提起行政訴訟的作法屢屢被質疑有違憲法第 16 條對於訴訟權的保障[20]。其主要批評論據有二：其一，人民循司法救濟途徑所要求之權利保護的對象究竟是人民的實體權利，還是行政行為？於 2000 年正式施行的新行政訴法已經增加行政訴訟之種類，不限於撤銷訴訟，並於第 2 條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟」對於行政訴訟之審判權明文採取所謂概括主義，這特別在行政訴訟法增加給付訴訟與確認訴訟等訴訟類型後，行政處分似乎不再是唯一「權利侵害」的行政行為時，似乎亦應隨之調整！就此，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。」與同法第 77 條規定：「公務人員對於服務機關所為

[19] 公務人員保障暨培訓委員會（92）公保字第0920008309號函。

[20] 謝碩駿，行政處分，行政處分，多少「原告之訴駁回」假汝之名以行！／最高行101裁2153裁定、102判514判決，台灣法學雜誌，第235期，2013年11月1日，頁179-185。

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。」兩個條文直接呼應了 Ule 所提之基本關係與經營關係區別理論，並從同法第 72 條第 1 項之規定：「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二個月內，依法向該管司法機關請求救濟。」但在同法第 84 條針對申訴、再申訴準用復審程序之規定，跳過了第 72 條第 1 項規定之準用。這在 2003 年修法時，竟未參酌行政訴訟法之修法而跟著調整。而至今行政法院仍以訴之不合法裁定駁回，實與人民權利有效保護相違，而與憲法第 16 條人民訴訟權之保障相抵觸。

又究竟是對於人民權利產生影響，即發生法律效果，抑或是，須對於人民權利有「重大影響」，才發生法律效果？足見大法官歷來解釋的努力，亦僅在讓一小部分之「特別權力關係」有機會透過司法途徑，獲得救濟，而非，只要人民權利受到「妨礙」就可以透過司法途徑，獲得救濟！也因此，其關心的是國家權力行使之行為的性質，而非其對於人民權利之影響。其搭配行政處分的思維，即僅關注在行政行為的性質，至於其所導致之人民權利義務的變動關係，僅是附隨效果而已[21]。如此之理解，與人民權利有效保護之思潮，有所背離，實有檢討之必要。這特別在行政訴訟類型增加後，行政處分不再是唯一爭訟的客體後，救濟對象應由行政的「行為」轉向人民的「權利」，乃至於「法律關係」之確認。行政法院應重新思考，對於「行政處分」以外之影響公勤務與公營造物利用關係之具體權利義務變動的行

[21] 最高行政法院100年度裁字第1431號裁定仍以：「記大過1次之懲處，顯屬相對人為維持之內部紀律所為之管理措施，核與其軍人身分及在相對人處受教育之權利無影響。縱因此將影響抗告人之考績及升遷，亦屬該記過處分之附帶效果」；又該裁定咸認：「另抗告人縱因此而遭提早退伍處分，亦屬是否對該提早退伍處分請求救濟之問題，尚不得因此而謂本件之記大過懲處因影響抗告人之財產權利益而屬對其有重大影響之懲處處分。」而不給予當事人經由司法救濟途徑，使其權利獲得有效保護之可能。這甚至課予人民要有非常好的行政訴訟法專業知識，必須有辨識「那一個行為才是真的對於其權利有重大影響，那一個行為不是」的專業能力。而其卻在人民認知對其權利有直接產生影響的記過處分，不得救濟。然後，也同時在申訴無門後，發現後一提早退伍處分也要另提救濟，而法定期間已經過，而導致無從經由司法救濟途徑，使其權利獲得有效保護。如此制度，不論是人民基本權利無從獲得保障，行政行為之正當性與合法性亦無從審查，實不應見容於現代民主法治國家。

政行為，皆應納入實體審查之範圍，而不該再以是否為「行政處分」，是否經復審程序，始得救濟之。而司法院釋字第 684 號解釋所示之：「本於憲法第十六條『有權利即有救濟』之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。」在其他公勤務關係與公營造物利用關係亦應一體適用。因此，從整體解釋上很難再自圓其說既然公務人員保障法第 77 條以「致影響其權益者」為提起要件，為何於再申訴後仍有不服者，不能秉持「有權利，即有救濟」而許其提起行政訴訟。其二，我國實務界與學界在認定本法所稱之行政處分時，主要仍秉持前揭釋字第 187、201、243、298、323、338 等號解釋所累積下來的限於：「改變身分」、「公法上財產請求」及「於服公職權利有重大影響」[22]三種情形[23]，顯然還停留在德國學者 C. H. Ule 所提倡之「基礎關係與管理關係」理論[24]，使公務員陷於「有行政處分，始有權利保護」的不合理待遇中[25]。惟此理論為人詬病其有鞏固特別權力關係之嫌，亦須予以揚棄[26]。而以「基礎關係」與「管理關係」之分野，忽略「管理關係」之管理措施對於公務員作為基本權主體之權利所可能產生的影響。且其所嘗試切割之內部法律

---

[22] 許宗力大法官在釋字第653號解釋所提之協同意見書中同樣引用釋字第298、323和338號解釋，並於註13中指出：「張桐銳教授則認為這兩號解釋僅限於『對公務員服公職之權利有重大影響』者，始能訴請救濟，進而批評該等解釋提出的『重大影響』基準，『只是對於釋字第243號解釋所提出基準之修正，並未根本地改變其結構，基本上仍然維持基礎關係與經營關係之區分框架』...這種過於限縮性的解讀恐與大法官解釋的原意有所出入」但證諸最高行政法院94年度裁字第1123號、95年度裁字第153號、95年度裁字第2146等號裁定，以及國內多數學者之見解，皆只鎖定服公職權利，而未考慮其他基本權，與許大法官之見解顯有出入。詳請參閱吳庚，行政法之理論與實用，台北，自版，增訂9版，2005年8月，頁228-229；張桐銳，前揭註8文，頁60；李建良，行政法基本十講，5版，2014年10月，頁218；徐崑明，論公務人員的憲法權利—借鑑美國憲法之理論與實務，政大法研所博士論文，2011年11月，頁34-35。

[23] 李建良，同前註書，頁217-218。

[24] 肯定說，請參閱翁岳生，「近年來司法院大法官會議解釋之研討」，收於氏著，法治國家之行政與司法，頁381-383（1994.8）；張桐銳，公務員與基本權，中原財經法學，第18期，2007年6月，頁162；劉宗德，「台灣地區行政法律關係之適用法」，收於氏著，行政法基本原理，頁101，（1998.8）。否定說，請參閱吳庚，行政法之理論與實用，台北，自版，增訂9版，2005年8月，頁228。

[25] 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，頁202。

[26] 張錕盛，真的從特別權力關係走向法律關係，憲政時代，第37卷2期，2011年10月，頁185-189。

關係與外部法律關係，不僅就如何界定純粹的內部法律關係語焉不詳外，該內部法律關係對於外部法律關係之權利義務變動所生之影響亦被忽視。而逕藉由此等區隔來限制所謂特別權力關係之「從屬地位」法主體之權利救濟可能性的論理，更付之闕如。再更進一步分析，則亦透露出傳統以權力關係與行為形式理論建構之行政法體系，在觀察整體行政法律事實的不足。這除了在對於權利內涵的詮釋，特別是對權利主體之「支配權」受侵害所形成之法律關係的觀察毫無所悉外，在當內部法律關係之權利義務內容影響到外部法律關係之形成、義務內容變動，甚至於消滅時，更形捉襟見肘。也因此，當管理措施與工作條件導致公務員作為基本權主體之基本權之支配狀態產生變動時，何以該基本權主體之「防禦請求權(Abwehrrechte)」不得啟動？有鑑於此，1996 年以當時大法官階段性解釋成果作為立法基礎的公務人員保障法[27]，時至今日，恐怕無法再只透過解釋論的操作，以膨脹行政處分的概念來個案解決公務員權利保障的問題[28]，業有必要配合新行政訴訟法進行與時俱進地全盤性檢討[29]。

（二）實體保障項目有必要再細緻化

行政法學與行政法制對於實體法與程序法之分野[30]與關連性的探討向來不足，這也導致公務員在個案適用法律時，其法律適用順序的紊亂。所謂實體法，係指針對規範對象之行為準則，其以禁止(Verbot)、令行(Gebot)或准許(Erlaubnis)與自由放任(Freistellung)[31]之形

---

[27] 詳見當時立法委員劉光華先生的質詢內容，乃惟恐唯有「改變身分」、「公法上財產請求」及「於服公職權利有重大影響」三種情形構成行政處分，將會有保障不足的問題，於是，才提議另外增設申訴、再申訴程序。請參閱立法院公報，第84卷第36期，頁350。

[28] 歸納保訓會的實務作法，諸如「休假旅遊補助費之追繳」、「工作補助款之追繳」、「退休金差額之追繳」等本質上屬於公法上不當得利返還請求，依法應提起一般給付訴訟之案件，目前皆透過擴大解釋公務人員保障法第25條之行政處分，而容許公務人員提起復審。詳請參閱徐崑明，前揭註22博士論文，頁75-77。

[29] 程明修，前揭註10文，頁234-236

[30] 有關實體行政法、行政程序法與行政訴訟法之關係，vgl. *Heike Jochum*, Verwaltungsverfahrensrecht und Verwaltungsprozessrecht : die normative Konnexität von Verwaltungsverfahrens- und Verwaltungsprozeßrecht und die Steuerungsleistung des materiellen Verwaltungsrechts, Zugl.: Saarbrücken, Univ., Habil.-Schr., 2004, Tübingen : Mohr Siebeck.

[31] Klaus F. Röhl: *Allgemeine Rechtslehre*, 1995, S. 192–196.

式呈現，為法主體之權利義務內容之客觀法規範基礎。而程序法則是實現法主體實體法上權利義務之自律或他律的法制度。如行政程序法為實現實體行政法上行政主體實體權限與義務之自律實現的法制度，其規範實體行政法上權利義務實現與執行之程序。為行政主體實體行政法上法律地位之實現方式（Verwirklichungsmodus）[32]。而實體行政法所形成之人民與國家之法律地位，亦透過法治國制約方式之行政行為於以具體化，進而形成具體權利義務內容之法律關係[33]。對此，行政程序法有憲法與行政實體法之規定與行政現實間的媒介（Vermittler）功能，其立於一個對於行政實體法之社會現實之協調地位（Schaltstelle）[34]。又法適用者對於實體法律地位之自律實現法制度的認識，不該僅侷限於規制行政行為之程序與方式之規定。具體個案之法適用者，應同時探究特別行政法有無特殊程序與方式之規定。又若規範對象所違反行政法上義務之法律效果係屬裁罰性不利處分時，則應適用行政罰法之程序與方式之規定。又若法規範所課予之行為不行為義務，具有強制履行之必要者，則應適用行政強制執行之程序與方式之規定。而後二者的程序，實屬實體行政法之義務強制實現的他律法制度。至於，實體行政法之權利強制實現，則有賴訴願法、公務人員保障法、行政訴訟法與國家賠償法等他律法制度。現行公務人員保障法第二章之實體保障項目規定，應隨著規制公務員與國家間之公務員實體法之規定之具體化，而有所檢討。

現行公務人員保障法第 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。」，同時第 2 章設有 16 個條文，試圖將保障內容規定得更具體

---

[32] Wahl, VVDStRL 41 (1983). S.151 (153).

[33] *Carl Hermann Ule*, in: Verwaltungsverfahrensrecht, hrsg. von Carl Hermann Ule/HansWerner Laubinger, 4. Aufl., Köln u.a, 1995, § 2 Rdnr, 2; *Albert von Mutius*, Das Widerspruchsverfahren der VwGO als Verwaltungsverfahren und Prozeßvoraussetzung, Berlin 1969, zugl. Diss. Kiel 1969. S.25ff.

[34] *Jan Zielww*, Inwieweit veranlaßt das Neue Steuerungsmodell zu Änderungen des Verwaltungsverfahrens und des Verwaltungsverfahrensgesetzes? , in: Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetze, hrsg. von Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann, Baelen-Baelen 2002, S.349 (353).

些。從體系上來講，第 9-13 條是配合第 2 條所稱身分和官職等級的；第 14、15 條是配合俸給的；第 16、18、19、22、23 條（舊法第 10-14 條）是配合工作條件的[35]。以上規定，當前問題主要在於：其一，相較於本法第 9-15 條有關身分以及公法上財產請求的規定，在保訓會的復審實務上，其實體保障態樣毋寧更為多樣。其二，工作條件與管理措施作為申訴、再申訴之標的，由於保訓會向來限縮所謂工作條件的解釋，放寬所謂管理措施的解釋，包括考列丙等、記過、申誡、職務調動、升遷、回任等事件，都是以管理措施為名提起申訴的，相形之下，也使得管理措施的範圍較不確定。可見，保障法關於實體保障項目的規定非無續行精進之必要。尤其第 10 與 11 條有關停職與復職；第 12 條在機關裁撤、組織變更或者業務緊縮下，相關公務人員的權利保障；第 21 條第 2 項關於公務人員因公傷殘死亡而發放慰問金的制度；第 22 條關於公務人員因公涉訟輔助制度，以上四者，業經學者研究，並且提出修法計畫[36]，值得參考。

三、保障對象的範圍仍有釐清必要

（一）適用人員與準用人員的再釐清

現行公務人員保障法第 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。」；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或訓練之人員」乃將本法保障對象分成『適用人員』與『準用人員』。

---

[35] 八六公申決字第００一一號決定，請參照。

[36] 盛子龍主持，公務人員保障法實體保障項目之檢討與發展，保訓會委託研究報告，民國96年12月，頁1-3。

所謂準用，乃法定的類推適用，就此，國內學者已經做過研究計畫，對於適用人員與準用人員間比附援引的基礎重新論述，乃以公法上職務關係為基礎，將公務人員任用法、公務人員俸給法及公務員服務法做更緊密的連結，並且獲致修法的提議[37]，深具參考價值。

（二）納入未占缺訓練人員

但由於上述研究計畫係於民國 97 年 12 月執行完畢，如今所面對的關於占缺訓練與不占缺訓練的問題，當時尚未發生。因此，本項研究計畫有必要在前輩所完成的研究成果上，接續研究是否，以及如何將不占缺訓練之具有「準公務人員」身分者納為保障之對象。以下，簡述不占缺訓練的實施期程：

考試院於 102 年 7 月 11 日所召開的院會中通過 101 年 12 月 6 日及 102 年 6 月 20 日二次召開審查會所審查通過的審查報告，其重點有二：

1、實施未占缺訓練之推動期程：

第 1 階段之特考部分（用人機關與申報考試機關有隸屬關係之特考），預計於 103 年 8 月 31 日前推動；至第 1 階段高普初考（含用人機關與申辦考試機關無隸屬關係之特考）及第 2 階段，牽涉層面較廣，為期周妥，將就其相關推動期程、法制研修及配套措施等，再行深入研議。

2、占缺與未占缺訓練人員之權利義務衡平：

為使占缺與未占缺訓練人員權益趨於一致，銓敘部於 102 年 7 月公告，自 103 年度之考試起，停止適用占缺與未占缺訓練兩者權益不一致之函釋；考選部則配合於各項考試報名應考須知內載明，俾利應考人有充足時間了解；另公務人員保障暨培訓委員會並配合研修公務人員考試錄取人員訓練辦法，刪除第 27 條有關占缺訓練人員得參加公教人員保險之規定。

---

[37] 陳耀祥主持，公務人員保障法修法研議─保障對象與救濟類型之研究，保訓會委託研究報告，民國97年12月，頁6-23。

從所考試院院會所通過的審查會結論可知，銓敘部於 102 年 7 月公告，自 103 年度之考試起，停止適用占缺與未占缺訓練兩者權益不一致之函釋；不但如此，保訓會亦將配合研修公務人員考試錄取人員訓練辦法，刪除第 27 條有關占缺訓練人員得參加公教人員保險之規定（公務人員考試錄取人員訓練辦法第 27 條規定：「占缺訓練人員訓練期間，得比照用人機關（構）學校現職人員支給婚、喪、生育、子女教育補助，及比照用人機關（構）學校現職人員撫卹相關規定之標準支給遺族撫慰金，並參加全民健康保險、一般保險。前項一般保險之給付項目及支給標準，由保訓會會商相關機關定之。所需經費由各用人機關（構）學校編列預算支應。」）。既然占缺與未占缺訓練權益將歸一致，則現行公務人員保障法第 102 條第 5 款即有配合修正的必要。

四、保障程序的設計仍有完善空間

相較於前面二個涉及救濟許容性─「有權利，斯有救濟」，以及保障對象的課題，就保障程序本身的具體設計來說，由於公務人員復審程序相當於訴願（替代訴願）[38]，乃受憲法第 16 條所保障的行政上受益權[39]，其立法形成空間相對較寬，因此，有賴立法者本於憲法對於公務人員身分、官等、俸給等等之保障[40]，權衡人事行政領域，尤其行政效率（職場和諧）的特殊需要，綜合轉化為人事行政爭訟的程序設計。儘管立法形成空間較寬，但仍須與行政程序法、訴願法和行政訴訟法的規定取得協調，否則，恐造成法理混亂。

為求保障程序更臻完善，歸納至今經常被論及者，主要包括五個地方：其一，調處程序是否擴及復審；其二，再審議程序是否擴及再申訴；其三，現行公務人員保障法第 89 條第 2 項所規定的停止執行

[38] 吳庚，憲法的解釋與適用，台北，自版，2004年6月3版，頁287。

[39] 法治斌、董保城，憲法新論，台北，元照，2010年，頁287-290。

[40] 陳耀祥主持，公務人員保障法修法研議─保障對象與救濟類型之研究，保訓會委託研究報告，民國97年12月，頁4-5。

程序不分復審與申訴、再申訴程序，皆得適用，在程序法理上是否與訴願法第 93 條和行政訴訟法第 116 條所規定的停止執行有所扞格？；其四，有無必要擴大復審程序的救濟類型；其五，有無必要新增復審參加程序。

肆、公務人員保障法所面臨課題的解決方案

綜觀上述說明，現行公務人員保障法所面臨的課題約可歸納為下列八項議題：

一、復審及申訴、再申訴之定義，以及其適用範圍（§25、§77、§78）；

二、保障對象之範圍（1）是否納入未占缺訓練者？（2）是否包括發生公務人員任用法第 28 條所定之消極資格而未予任用者？（§3、§102）；

三、調處是否擴及復審程序？（§85-§88）；

四、現行保障法關於實體保障事項條文之檢視（§10、§11、§12、§21、§22）；

五、停止執行之適用範圍（§89-§93）；

六、再審議程序之適用範圍（§94-§101）；

七、復審救濟類型是否擴大？；

八、是否引進復審參加制度？

惟欲解決上述八項議題，非修法不足以根本解決之。因此，有必要在推動修法的基礎上，彙整自民國 92 年 5 月 28 日本法修正通過以來，包括保訓會的重要案例、認事用法的實務經驗與所遭遇的難題，以及學術界所累積的研究成果，尤其保訓會歷年委託研究的研究報告。但由於本研究委託案的執行時間僅有六個月，無法將所有問題畢其功於一役。因此，本研究團隊認為比較務實的作法，乃是與主管機關─保訓會協商依問題的輕重緩急，先解決當務之急者。

本研究團隊認為下列四個議題應該列為優先處理者，包括：其一，復審及申訴、再申訴之定義，以及適用範圍；其二，保障對象之

範圍（其中，又包括二個子題：第一，是否納入未占缺訓練者；第二，是否包括發生公務人員任用法第 28 條所定之消極資格而未予任用者）；其三，調處是否擴及復審程序？；其四，現行保障法關於實體保障事項條文之檢視。

茲表格化本研究計畫所擬處理的議題、條文及既存的研究報告如下：

議題	現行條文	既有專家學者研究報告
1、復審及申訴、再申訴之定義，以及適用範圍	§25、§77、§78	1、李建良主持，保障制度復審範圍之研究（92 年）； 2、陳耀祥主持，公務人員保障法修法研議—保障對象與救濟類型之研究（97 年）。
2、保障對象之範圍 （1）是否納入未占缺訓練者？ （2）是否包括發生公務人員任用法第 28 條所定之消極資格而未予任用者？	§3、§102	1、陳耀祥主持，公務人員保障法修法研議—保障對象與救濟類型之研究（97 年）。
3、現行保障法關於實體保障事項之檢視	§10、§11、§12、§21、§22	1、盛子龍主持，公務人員保障法實體保障項目之檢討與發展（96 年）。
4、調處是否擴及復審程序？	§85-§88	1、林三欽主持，強化公務人員保障事件救濟程序之研究（100 年）。

伍、研究方法

在研究方法上，本研究計畫主要採取如下作法：

一、國內文獻分析：整理國內與上述四項議題相關之文獻，尤其保訓會歷年所委託的研究報告，所提出之檢討與建議，並且加以評估。

二、歸納與上述「復審及申訴、再申訴之定義，以及適用範圍」、「保障對象之範圍是否納入未占缺訓練者？」、「現行保障法關

於實體保障事項之檢視」及「調處是否擴及復審程序？」等四項議題相關之重要法令、行政法院裁判、大法官解釋以及保訓會所作成的指標性案例，並且予以分析整理。

三、比較法補充分析：由於保訓會歷年所委託的研究報告中業多針對外國法，尤其德國法的相關制度進行過比較分析，因此，本研究計畫只擬於必要範圍內進行補充，期能提供我國修法的參考。

第二章　現代民主法治國家之國家與公務人員間之法律關係

第一節　逐漸轉型的公務人員法律關係

隨著法治原則在傳統特別權力關係領域內持續發酵，公務人員關係在我國有其特有的成長軌跡。除了行政爭訟的容許範圍逐漸擴大之外，大法官先在釋字第 396 號解釋文中首度明確使用“公法上職務關係”這個概念來描述公務人員關係；隨後，又在多號解釋中陸續揭示「明確性」、「法律保留」、「正當法律程序」等重要的公法上原理原則亦須適用到公務人員身上，發展至今，已經有許多學者支持以所謂「特別法律關係」來重建公務人員關係的法理基礎[1]。綜觀整個過程，主要是以一系列的大法官解釋為基礎，扼要說明如下：

壹、行政爭訟

在釋字第 187、201 號解釋肯定退休金這種公法上財產請求爭議得提起行政爭訟後，大法官陸續在釋字第 243 號解釋肯定「免職處分」；在釋字第 323 號解釋肯定「任用資格審查不合格」，或者「降低擬任官等」之處分；在釋字 338 號解釋肯定「審定之級俸」，皆得提起行政爭訟。到這裡，國內學者已經歸納實務見解指出，因公務人員身分所受處分若有「公法上財產請求」或者「改變身分」或者「重大影響」這三種情形之一，即屬行政處分，得提起行政爭訟。[2]站在這些基礎上，立法院於民國 85 年制定公務人員保障法。本法規定公務

---

[1] 吳庚，〈重建公務員關係的法理基礎〉，《法令月刊》，第 48 卷第 8 期，民國 78 年 8 月，頁 239-241；陳敏，行政法總論，台北，自版，民國 93 年 11 月 4 版，頁 224-225。

[2] 李建良，〈公務人員保障法復審及申訴標的之探討〉，《月旦法學雜誌》，第 90 期，2002 年 11 月，頁 122-123。至於實務見解，公務人員保障暨培訓委員會 92 公保字第 0920008309 號函。

人員因身分而受行政處分時得提起復審，資為訴願之替代程序；若有不服復審決定者，得續行提起行政訴訟，請求司法審查。相較於普通民眾，於行政爭訟程序上可謂有同有異。

所謂「公法上財產請求」，截至釋字第 611 號解釋為止，計有五種類型：1、退休金（釋字第 187、201、455 號解釋）；2、保險養老給付（釋字第 246、280、434、466 號解釋）；3、考績獎金（釋字第 266 號解釋）；4、福利互助金（釋字第 312 號解釋）；5、俸給（釋字第 338、483、575、605 號解釋）。6、晉敘（釋字第 611 號解釋）。**所謂「改變身分」**，除了免職這個典型行為之外，公務人員保障法第 13 條延續大法官解釋基調，衡量現行所謂「官職併立制度」，於實體保障項目明文規定「官等」與「職等」。不過，於官等、職等保障上如何兼顧機關職務調動之權限，經常引起爭議。在實務上，高資低用與免兼庭長，已經勞駕大法官作成解釋。有關高資低用，依據釋字第 483 號解釋，於不生實質降級、減俸效果時方得為之。至於免兼庭長，釋字第 539 號解釋認為免兼庭長對其既有官等、職等、俸給並無不利之影響[3]。至於**所謂「重大影響」**，自釋字第 298 號解釋提到所謂：「有重大影響之懲戒處分」起，便開始流行。惟於後續大法官解釋中並未再原封出現這個用詞。學者於說明時亦多直接連貫釋字第 323、338 號解釋指出，降低擬任官等與級俸審定構成所謂「重大影響」[4]，並未再連結釋字第 298 號解釋。必須指出，後面二號解釋在客體上根本無關懲戒處分，所以，本文認為這三號解釋根本不該歸為相同類型。何況降低擬任官等，影響身分；級俸審定既可謂為影響身分，亦可謂為影響財產，非不得納入上述兩種類型中。即便有必要承認所謂「重大影響」這種類型，亦不宜引用釋字第 298、323、338 號解釋做為例子；否則，極易導致內容重複，體系不明。

---

[3] 最高行政法院 90 年度判字第 1174 號判決，載於：最高行政法院，最高行政法院裁判書彙編第二冊，民國 91 年 3 月出版，頁 2-1225 至 2-1243。另外，有關釋字第 539 號解釋評析，林明鏘，〈公務員之權利與保障-以法官免兼庭長之職務調整談起〉，《公務員法與地方制度法》，元照，2003 年初版，頁 43-69。

[4] 吳庚，行政法之理論與實用，台北，自版，民國 94 年 8 月，增訂 9 版，頁 229。

附帶指出，國內學者多半認為大法官採取德國學者 C.H.Ule 所創「基礎關係／經營關係」理論。[5]但亦有權威學者強調，在釋字第 243、430 號解釋中，大法官是以「是否改變身分，直接影響服公職之權利」為準；既非採取所謂「基礎／經營關係」二分理論，亦非採取所謂「淘汰／矯正處分」二分理論[6]。[7]言下之意，不管事關身分，或者財產，皆須影響公務人員服公職之權利方能構成行政處分，可謂自創「權利影響理論」。[8]但事實證明，欲以「服公職權利」是否受到直接影響為準，在實際判斷上也不容易。因為該權利內容為何，始終讓人霧裡看花。

貳、法律保留、明確性與正當法律程序原則

特別權力關係是否適用法律保留原則？這個問題在公務人員身上，嚴格來講，是直到釋字第 491 號解釋出爐，才真正明朗化的。相形之下，於學生身上，早在釋字第 380 號解釋中即獲得肯定；不但如此，本號解釋文兩度提到所謂「重要事項」，已經清楚看出大法官有意引進德國所謂「重要性理論」。惟因所謂「重要性理論」標準模糊，哪些事項必須由國會自行規定？又，規範密度為何？這些問題不止牽涉到法律保留原則，也牽涉到明確性原則。尤其法律規定本身還有授權條款夠不夠具體、明確，這些問題在本質上牽涉傳統特別權力

---

[5] 翁岳生，〈近年來司法院大法官會議解釋之研討〉，《法治國家之行政法與司法》，台北，月旦，1994 年，頁 381-383；劉宗德〈台灣地區行政法律關係之適用法〉，《行政法基本原理》，台北，學林，民國 87 年 8 月初版，頁 101；陳愛娥，〈公營造物的概念與公營造物利用的法律關係〉，《行政法爭議問題研究（下）》，台北，五南，民國 89 年，頁 1317；許育典，〈在學關係之法律性質〉，《行政法爭議問題研究（下）》，台北，五南，民國 89 年，頁 1337；張桐銳，〈公務員與基本權〉，《中原財經法學》，第 18 期，2007 年 6 月，頁 4。

[6] 張劍寒，〈特別權力關係與基本權利之保障〉，《憲政時代》第 10 卷第 1 期，民國 73 年 7 月，頁 2。

[7] 吳庚，前揭註 4 書，頁 228、234。

[8] 惟須注意，許宗力大法官在釋字第 653 號解釋提出協同意見書，他同樣引用釋字第 323、338 號解釋，認為大法官所謂重大影響，應該涵蓋任何基本權利，不限於服公職權利。他在該協同意見書第十三個註中明白指正國內學說，認為如果該位學者在解讀該兩號大法官解釋時過於限縮，恐怕跟大法官原意有些出入。但本文認為，目前實務作法恐怕比較站在該位學者這邊，只有於服公職權利有重大影響時，才能請求司法救濟。

關係理論有關不定量義務部分，經常引發討論。

一、法律保留原則

法律保留原則如何適用到公務人員身上？國內學者大多引進德國見解，主張不管所謂基礎關係抑或經營關係，皆須適用所謂「重要性理論」，但在傳統特別權力關係範圍內可以較不嚴格。[9]但可否自行訂定所謂「特別規則」？也像德國學界那樣，存有不同意見。有反對者[10]，亦有贊成者[11]，認為在合理限度內應該容許行政機關即使沒有法律授權，亦得制定之。

至於我國實務，嚴格來講，直到釋字第 491 號解釋才明白指出免職處分要件須依法律保留原則。儘管在釋字第 575、614 號解釋中，大法官明確用“是否限制人民自由權利”來決定是否適用法律保留原則，但因為解釋標的並未超出服公職權利，所以於其他人權上是否比照辦理？值得後續觀察。整體來看，我國公務人員至今仍有許多基本權利尚未普遍適用法律保留原則。不過，猶如國內學者參考德國發展過程，認為我國目前還在第二階段中；未來，終將邁入第三階段，拓展到全部基本人權上。[12]

二、明確性原則

至於法律明確性，大法官已經依照審查對象建立不同審查基準。[13]有關公務員懲處處分，在釋字第 491 號解釋文上看似雷同第 432 號解釋，同樣揭示：立法使用抽象概念，只要意義非難以理解，且為受規範者所得預見，並可經由司法審查加以確認，作為審查基準。惟須強調，在釋字第 491 號解釋理由書中已經指出本號解釋系出釋字第

---

[9] 吳庚，前揭註 4 書，頁 89；陳敏，前揭註 1 書，頁 224-225。

[10] 陳敏，前揭註 1 書，頁 224-225。

[11] 吳庚譯，〈特別權力關係與特別命令〉，《憲政思潮》，第 61 期，民國 72 年 3 月，頁 19-27；吳庚，前揭註 4 書，頁 89。

[12] 蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，台北，五南，1999 年，頁 263-264。

[13] 吳庚，前揭註 4 書，頁 169-173。

433 號解釋[14]。在釋字第 433 號解釋文中，大法官針對公務員懲戒揭示：懲戒構成要件和法律效果，立法機關擁有較廣形成自由；公務員懲戒法只概括規定處分種類，並不違憲。整體來講，大法官在面對懲戒處分時已經隱約區別公務人員和專門職業執業人員，分別採取不同審查基準。前者依據釋字第 433 和 491 號解釋，可謂中度偏低；後者依據釋字第 432 和 545 號解釋，可謂中度審查基準。

三、正當法律程序原則

在釋字第 384 解釋引進正當法律程序原則後，事前程序保障變成國內法制發展重點。除了刑事程序之外，行政程序同樣朝著這個方向。惟在人事行政領域上，正當法律程序如何伸張？至今仍舊不太明朗。因為若按行政程序法第 3 條第 3 項第 4、6、7 款字面，本法看似刻意支開傳統特別權力關係，排除適用，惟於學說上卻存有不同見解。自本法施行起，這個歧見如影隨形。儘管如此，同年稍後釋字第 491 號解釋出爐，照樣宣示：作成免職處分，必須踐行正當法律程序。尤其吳庚大法官在釋字第 491 號解釋協同意見書中公開質疑行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款[15]，更屬影響深遠。如今，觀察重點應該放在正當法律程序原則介入廣度、深度為何，亦即：除了免職之外，還有哪些人事行政行為需要踐行正當法律程序，甚至直接適用行政程序法？另外，程序密度是否需要稍做調整？若不解決這些疑問，問題恐怕層出不窮。光看公務人員考績法，於按照釋字第 491 號解釋修正後，新法第 14 條第 3 項只給受免職處分人陳述、申辯機會；比起行政程序法，尚須自嘆不如。就像依據行政程序法第 108 條，得舉辦聽證；第 109 條，得免除訴願程序；第 96 條第 1 項第 2 款與第 114 條第 1 項第 2 款，必須附記理由；第 96 第 1 項第 6 款與第 98 條，必須給予教示；第 46 條，有權閱覽卷宗等等規定於公務人員考績法中皆未明文。兩相比較，如果有人繼續質疑新公務人員考績法程序保障不

[14] 司法院，司法院大法官解釋續編（十三），民國 89 年 7 月，頁 462。
[15] 司法院，司法院大法官解釋續編（十三），民國 89 年 7 月，頁 466-467。

周，恐怕百口莫辯。何況免職處分具有裁罰性質，嚴格來講，不只行政程序法，恐怕行政罰法也該進行比對[16]。而依行政罰法第 43 條之規定，則受處罰者得申請舉行聽證。其差距更大。從中，亦可清楚意識正當法律程序原則之於公務人員作為基本權主體之適用，應與一般人民不分軒輊。容有差別之處，則應僅限於不涉及基本權之單純功能法律關係。

參、本節結論

綜觀上述發展，我國的公務人員關係已經被定性為所謂「公法上職務關係」。除了得否提起行政爭訟是以“於服公職權利有重大影響”為判準之外，得否引用法律保留、明確性、正當法律程序等公法上原理原則，也都是利用這個判準。可見，所謂特別權力關係至少已經在法治原則督促下被拉回到憲法架構中；改以所謂「特別法律關係」稱之，的確具有澄清作用，值得贊同。惟於上述說明中亦在在顯示：於各該公法上原理原則適用到公務人員身上時，多少有些變異；無法完全比照普通人民，不分軒輊。可惜，歷來那麼多號大法官解釋在引用各該公法上原理原則保障公務人員權利時，皆只答覆結果，並未細究公務人員所處之身分係為基本權主體，抑或是功能主體之差異，更不用說去闡述利益衡量過程，抑或原因何在。這些問題皆有留待學說進一步補強。

本文以為，之所以如此，或許因為大法官解釋大多自權利“保障端”著手，思考能否多給公務人員一點保障，而一直致力於「突破」特別權力關係的藩籬，而鮮少從法律關係“發生端”與基本權利“限制端”切入，致使這種法律關係有什麼“特別”之處，不易浮現出來。若從限制端進行觀察，則前揭之公法上原理原則皆與基本權之限制（法律保留），及其限制所受之限制（明確性、正當法律程序與比例原則）

[16] 行政罰第 2 條第 2 款：「剝奪或消滅資格、權利之處分：命令歇業、命令解散、撤銷或廢止許可或登記、吊銷證照、強制拆除或其他剝奪或消滅一定資格或權利之處分。」。

有關，在理論上即應受合憲控制。有關公務人員與國家之法律關係的規範基礎，在德國主要規定於基本法第 33 條，其第 4 項「公權力之權限為一持續性任務，原則上應委由處於勤務與忠誠關係之公勤務成員（公務人員）為之。」揭示了公務人員公權力行使之功能法律關係；第 5 項則規定「公勤務法之規制應顧及傳統職業官吏制度之基本原則發展之」。相形之下，我國有關公務人員與國家之法律關係的規範基礎，卻僅於憲法第 18 條規定了「人民有服公職之權」。我們應該具體化「服公職權利之內涵」並形塑我國公務人員制度之基本原則，方能在憲法上提供適當之規範依據[17]。但追根究柢，則唯有從法律關係"發生端"探究起，始能清楚分析公務人員作為基本權主體與作為主權者之國家權力行使受託者的功能主體間的差異性，並釐清作為功能主體而產生基本權利受限制之可能性，及其基本權利受限制之法的要求。如此，亦可分析公務人員個別實體權利的性質係來自基本權具體化之結果、基本權妨礙之防禦請求權，抑或是，基於功能主體所生法律關係所附隨的相關權利。

在傳統特別權力關係的陰影下，公務人員與國家間法秩序的形塑顯然無法得心應手。或許回歸法律關係發生的基礎，即個別法規範所形塑之法律地位，及其法律地位之法律性質的分析，解構與不同性質之權利義務相應的自律與他律實現之法制度，進而，重新定位公務人員保障法中實體保障項目、復審與申訴制度，檢討並補充不夠齊備之實體權利、程序保障，乃至於法制度，方屬正辦。尤其調處制度的適用對象，將在自主支配權之有無的判斷上獲得導正。同時，在當前復審作為司法救濟的先行程序之法制度下，將復審與申訴標的由是否為行政處分轉向是否與基本權利有關，容許權利受侵害之基本權主體提

[17] 國內業有學者提出類似看法，主張：「公務員制度作為基本權限制之憲法依據」。但嚴格來講，這跟本文的主張，甚至德國所謂的「傳統職業官吏制度之基本原則」，並不相同。精確來講，真正的限制源頭是那些基本原則，而不是整個文官制度，所以，應將基本權利和基本原則放在文官制度下處理；亦即於權責機關規定、執行、解釋各個制度環節時，必須兼顧各種該當原則，還有基本權利。這樣看待應該比較合理。關於國內學者主張，請張桐銳，〈公務員與基本權〉，《中原財經法學》，第 18 期，2007 年，6 月，頁 26-28。

起行政爭訟之法制設計，始符合大法官解釋依憲法第 16 條所揭示之「有權利即有救濟」之意旨。

第二節　公務人員作為基本權主體與功能主體

壹、國民關係與功能主體關係（Staatsbürger- und Funktionsträgerverhältnis）

儘管與權力關係區分為一般權力關係與特別權力關係之出發點不同，但法律關係理論者仍不自覺地也做了一般法律關係與特別法律關係之分野[18]。其單純僅是從關係之內容以及當事人之具體化程度來區分。所謂特別法律關係，在這個涵義下，泛指所有人民處在一個特定歸屬基礎下（Eingliederungslage）之具體行政法律關係。公務人員立於一個與國家間的緊密關係（Näheverhältnis），亦算是特別法律關係之一個分類。此種相對明確的歸類，仍有待進一步地詳述。

就此，公營造物利用關係，形塑出一個在國家與人民間之一般法律關係之具體下位類型。在一個歸屬於公共設施之個人，相對於其他領域之人民與國家間之法律關係，國家存在著一個任務之履行。其框架條件雖存在著一個組織法上的關連性，但原本國家與人民間的基本關係仍維持不變。其相對於一般國家與人民間之法律關係，雙方只是進入了一個法律關係之角色具體化（Rollenkonkretisierung），而非根本上的角色轉換（Rollenverschiebung）。[19]但反觀國家與公務人員間的法律關係，其相較於一般國家與人民間之法律關係，乃當人民成為公務人員，與國家間進入一個功能主體法律關係（Funktionsträgerverhältnis）時，公務人員不僅是進入一個角色具體化狀態而已，國家與公務人員雙方就此處於一種根本上的角色轉換。不過，功能主體法律關係（Funktionsträgerverhältnis）並不會因此變得特別複雜。蓋於國家與人民間之法律關係中，國家之地位被功能性地定

---

[18] Gröschner, Überwachungsrechtsverhältnis, S.141 f.; ders., Verw 30 (1997), S.301 (325f.); Henke, DÖV 1980, S. 621 (624f.). 有關一般法律關係在法釋義學上之價值的論述，J. Martens, KritV 49 (1986), S.104 (121 f.); Schnapp, Rechtstheorie, Beiheft 5, S.381 (390).

[19] 關於營造物利用關係，吳庚教授明確指出：「其對象甚多，但現時之理論則僅限於學校關係及刑罰執行關係（監獄與犯人），使用博物館、圖書館或保育性之設施等公共場域均排除於特別權力關係事項之外，其理由有二…」。於此，不涉及角色轉換者，乃不包括學校及刑罰執行關係。詳請參閱吳庚，行政法之理論與實用，台北，三民，2015 年 2 月，增訂 13 版，頁 200。

義著，其必須依循共同體之利益被定義，並且履行任務。相較之下，在功能主體法律關係中，人民成為公務人員的角色雖然轉換成一個共同體的構成員，其本身仍保有原本不受目的拘束的身分（zweckfreier Status）。可見，在功能主體法律關係中，公務人員的角色雖然被功能性地確定下來，但此一特別法律關係之內容，充其量僅是公務人員增加了一個履行國家所移轉之任務的角色而已。公務人員作為規範對象，並非將之完全轉換成功能主體，其仍繼續保有作為基本權主體身分的人民。由此可知，公務人員作為功能主體身分與人民身分呈現出兩個不同的事物；對於公務人員個人而言，其同時擁有兩個不同角色。至於在功能主體法律關係之另一端點的國家，則作為共同體之形體，亦即為勤務主（Dienstherr）[20]。

但如果更進一步地釐清的話，功能主體法律關係應該只存在於組織管理行為操控（Steuerung der Organwaltertätigkeit）之內部法範圍內。公務人員作為受雇者地位（Dienstnehmer），則仍屬於外部法範圍[21]。其所依據之法規範仍須以法律或法規授權命令為之。而在此範圍內之權利保護，仍應保有司法救濟的可能。簡言之，公務人員可以司法救濟的對象，不該只侷限於服公職與其他基本權，其附隨於受雇者地位所生之公務人員實體法上的權利，亦應給與司法救濟的機會。此種附隨於受雇者地位所生之公務人員實體法上的權利，得以我國公務人員保障法第 15 條以下之實體保障項目佐證之。又，同法第 77 條所規定之「服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置」的適用範圍也應該在這個理解下，限縮「申訴再申訴」的適用範圍。

由上可知，探討公務人員與國家間的法律關係時，應分別就法規範所形成之公務人員立於基本權主體身分與公務人員作為功能主體身分之法律地位分別分析之，甚而就法規範基於公務人員作為功能主體而對於其基本權主體之權利所做之限制一併觀察。如此，既得就國家

[20] Vgl. Sebastian von Kielmansegg, Grundrechte im Näheverhältnis : eine Untersuchung zur Dogmatik des Sonderstatusverhältnisses, Tübingen : Mohr Siebeck, 2012, S. 253..

[21] Walter, ÖJZ 1965, S. 29 (30); Raschauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Rn. 836 ff.

行為對於公務人員作為基本權主體身分之法律地位產生影響時，提供權利保護之機制，這即使是在行政內部法律關係內，亦應提供司法途徑。但如果僅涉及公勤務之功能主體公法上的職務地位（öffentlich-rechtlichen Amtsstellung），而與公務人員作為基本權主體之主觀權利無關者，則不涉及權利保護問題，國家未必要提供司法途徑。當國家行為對於公務人員作為功能主體之法律地位產生影響時，應該將重心放在尋求功能主體間，民主正當化要求的分工、指揮監督，乃至於合作關係。也因此，針對公務人員作為基本權主體身分之法律地位，應該先探究規範國家與公務人員間法律關係之法律與基本權間的關係，此包括：法律對於服公職權利之具體化，以及法律對公務人員基本權限制等相關規定之分析。進而，分別就公務人員作為基本權主體與功能主體之雙重身分，提出相應自律與他律權利實現的法制度，而做不同之設計。而這樣的分析，更有助於釐清公務人員之復審與申訴制度之爭訟標的。而不至於導致有權利卻無救濟之違憲現象。

貳、 功能主體身分之法律地位的產生

現代國家受法治國馴化且成為一個抽象化法人的之主體，而與作為基本權主體的人民間，形塑出國家與人民之一般情形（Normalbefindlichkeit）的法律關係。相對的兩個法主體，明確與他造區隔，而各自擁有獨立的權利義務或權限與限制。國家對於人民的影響被以對其權利事項從事外部干預（Eingriffe）來處理。當然，這幅景象在一個國家裡總是以國民主權原則簡化之。但也正是在這個點上，國家即使具備了民主正當性，而且也經歷了共同協力，最終還是以單方高權的方式行使權限，而與人民自由的保障在法上保持一段距離。此一常見的操作模式使公共利益與私人利益被嚴格地區隔開來。這不只是在法的結構上，也同時在真實的生活現象裡，國家與人民由此作為各自獨立的法人格，權利事項與公益相對而明確地分離。簡言之，在現代憲政國家，國家與人民的法律關係，本質上是個距離關係

（Distanzverhältnis）[22]。

但是有另一種關係類型，人民與國家間的關係並無法能夠全然地將人民的領域與國家的利益(die Sphären und Belange von Bürger und Staat)分得乾乾淨淨，其間的關係與其說是相對立的(gegenüberstehen)，不如說是相接合的(ineinandergreifen)。這種關係類型基本上可分為兩種：一種是人民實現國家功能，而以國家權力之代理人之身分為行為，如從事公職或軍職；另一種是人民加入了一個公共設施或公營造物，如監獄、教育機構或其他國家生存照顧機構。前者可稱為「功能主體關係(Funktionsträgerverhältnissen)」，後者則是「營造物關係(Anstaltsverhältnissen)」。這兩種案例，各自以不同的方式加深(verdichtet)並且改變(verändert)國家與人民間的法律關係。加深是因為在法律上與事實上接觸點的數量提升了這種關係。改變是因為國家對於功能主體與營造物利用者的關係至少在其初步的性質與內容、本質上就與一般「國家—人民」關係有所不同。在這種法律關係至少揚棄或喪失了國家與人民明顯對立的銳利度。國家與人民就此以緊密關係（Näheverhältnisse）行之[23]。

就距離和緊密關係間的差異性，系統性地找出其彼此的關連性時，可以將之描述：一個是「一般」國家—人民關係，在此關係下，個人作為國民或居民相對於國家發生一個距離關係。反之，另一個則是基於不同的「親近」或「特別」國家—人民關係，在此關係下，國家與人民「額外（zusätzlich）」還以另一個特別的角色「彼此結合(aufeinandertreffen)」，而被定性為緊密關係。

就此緊密關係，應該進一步賦予其規範上與法釋義學上的意義。應探究其基於哪些特別的法律規定而產生了不同的緊密關係。對此，公務員法、兵役法、教育法或監獄行刑法等各自發展出自己獨特的法領域。而另一個問題則是：當一個特別的法律規定被定性為緊密關係

[22] Sebastian von Kielmansegg, Grundrechte im Näheverhältnis : eine Untersuchung zur Dogmatik des Sonderstatusverhältnisses, Tübingen : Mohr Siebeck, 2012, S. 155 ff.

[23] Michaeli Morlok, Grundrechte, Rn. 49; das Sondervotum zu BVerfGE 108,282 (317f.).

時，是否仍受憲法上自由法治國、社會國與民主國等一般原理原則的拘束？這包括在「一般」國家—人民關係所論及的人民之主觀權利、連結保障內容與國家權力限制正當化要求之基本權效力、國家權力限制之法律保留，以及人民對於公權力侵犯之權利保護的司法途徑的提供等，是否也適用於此種緊密關係？還是得以有所修正或完全不受拘束？此一問題也同時可以看出：並非當一個人民進入了緊密關係時，國家就可以截然地脫離基本權拘束。當國家對於成為功能主體之公務人員之基本權產生影響時，法律授權基礎（法律保留）、基本權限制之限制（如基本權本質內容之保障、目的正當性事由、比例原則，乃至於正當法律程序等），以及提供司法途徑有效權利保護等要求，並不因此被排除適用。所有基於功能主體地位之需求所生之基本權限制，仍應符合基本權保障的所有法制與法則的要求。也因為傳統特別權力關係理論在這個點上的忽略，導致公務人員法律關係的紊亂，連帶地影響了公務人員保障制度的建構，也同時增加其適用上的難度。也因此在描述公務人員與國家的緊密關係時，應先釐清公務人員作為基本權主體的基本權的具體內涵；進而思考基於緊密關係的需求所生之基本權限制；最終則是勾勒出緊密關係所生人民「額外（zusätzlich）」的法律地位為何？以及基於這個功能主體的身分又「額外」地增加了那些主觀權利？如此，公務人員保障制度，在復審與申訴間，才得以明確地被劃分出來。以下先論述公務人員作為基本權主體之服公職權利的具體化，進而，從大法官解釋與公務人員保障實務勾勒服公職權利之保護範圍。

第三節　服公職基本權的具體化

壹、概說

憲法第 18 條規定：「人民有應考試、服公職之權。」。本條不但猶如我國公務人員工作保障的大本營般，而且在大法官操作下幾乎成為公務人員保障議題的獨家憲法基礎。整體來說，它有二個地方是比較需要分析的，第一：權利態樣為何；第二：服公職基本權的運作實況。分析如下：

貳、憲法第 18 條的權利態樣

這個問題，確切來說，就是「應考試、服公職」能否切割開來，分為「應考試」和「服公職」兩種基本權利；抑或只能孟不離焦，焦不離孟，串連成「應考試服公職」基本權？就此，早期憲法學者便曾激烈爭辯過；流傳至今，新生代學者也有不同見解[24]。不但學說如此，大法官解釋同樣有過轉變。分別說明如下：

一、學說

（一）、甲說：

謝瀛洲先生還有薩孟武先生認為「應考試」和「服公職」應該看成二種基本權利。他們認為現行憲法第 86 條出自五五憲草第 85 條；五五憲草第 85 條原來規定需要考選銓定的，也包括公職候選人，但現行憲法第 86 條卻未見之。可見，制憲國大是有意排除的。民選公職人員在服公職上受到保障，但卻沒必要保障他們應考試權利，顯示服公職和應考試在保障對象上是有些不同的。既然如此，便該脫鉤處理，看成二種基本權利。除了民選官員之外，政務官也是非經考試而從事公職的，同樣也有類似問題。

[24] 支持第二種見解者，例如李惠宗。李惠宗，憲法要義，台北，元照，2001 年 8 月，頁 290。支持第一種見解者，例如陳新民。陳新民，中華民國憲法釋論，台北，自版，民國 84 年 9 月，頁 308。

（二）、乙說：

林紀東大法官認為「應考試服公職」必須看成一種基本權利。林大法官堅持這個說法，其重要原因在於孫文遺教再三強調以公職候選人考試制度濟選舉制度之窮。所以，擔任任何公職，包括「民意代表」、「民選行政首長」等選舉產生官員，皆須通過考試。以往，於公職人員選舉罷免法設有「公職候選人檢覈」時，林大法官便主張：「公職候選人考試制度，為憲法之所許，檢覈規定，為間接實行該制度辦法之一，自亦不認為違憲也。」[25]。

二、大法官解釋暨相關轉折

在釋字第 546 號解釋中大法官明白採取甲說，也就是認為憲法第 18 條是保障「應考試」和「服公職」兩種基本權利的。惟於本號解釋出爐前，大法官多半是含糊其詞的帶過這個問題；從含糊其詞到見機作成本號解釋，其實是有些轉折的。說明如下：

（一）釋字第 546 號解釋之前

1、大法官解釋

歸納釋字第 546 號解釋作成之前，大法官在動用憲法第 18 條時，除了釋字第 268 號解釋曾經同時提到：「人民有應考試、服公職之權」之外，釋字第 155 號解釋理由書只有提到：「人民應考試之權」，釋字第 243、266、323、338、483 以及 491 號解釋，多只提到「憲法所保障服公職之權利」。整體來講，大法官似乎已經習慣分開使用，傾向甲說。惟因前面兩號解釋皆有關考試，後面整個系列解釋皆無關考試，所以，既可解為切割，也可看成省略，大法官實際意向為何，恐怕見仁見智。

不止有關公務人員的解釋看不出大法官意向，下述兩種情形同樣如此：**首先**，人民參加憲法第 86 條第 2 款之「專門執業及技術人員執業資格」考試，其憲法基礎何在？觀察釋字第 352、360、412、453

[25] 林紀東，中華民國憲法逐條釋義（一），台北，三民，民國 79 年 11 月修訂 6 版，頁 305。

號解釋，皆從憲法第 86 條出發；隻字未提憲法第 18 條。即便解釋文，還有解釋理由書字裡行間，偶爾看見「工作權」字眼，讓人臆測大法官可能立足憲法第 15 條作成解釋[26]。惟此，畢竟只屬揣測；人民應考試權利之憲法基礎究竟花落誰家？在有意無意間，大法官依舊迴避，沒有正面答覆。**另外**，公職候選人須否經檢覈及格？釋字第 290 號解釋針對『各級民意代表候選人學、經歷之限制』揭示：「與憲法尚無牴觸。惟、、、應隨國民之教育普及加以檢討、、、此當由立法機關為合理之裁量。」。至於『檢覈』，或許因為解釋聲請人未予爭執，所以大法官謹守不告不理，包括是否合憲，還有人民「應檢覈考試」權利之憲法基礎為何，皆未有所開釋。

2、公職人員選舉罷免法修正

立法機關秉持釋字第 290 號解釋所闡明的合理裁量，於民國 83 年修正公職人員選舉罷免法第 32 條。其先刪除「『民意代表』候選人學、經歷之限制」，乃至於其「須經過檢覈及格」之規定[27]。隨後，於民國 89 年，不但刪除公職人員選舉罷免法第 32 條，而且取消「『直轄市、縣（市）長及鄉（鎮、市）長候選人』學、經歷之限制」，乃至於其「須經過檢覈及格」之規定。至此，除了年齡之外

[26] 學者李惠宗先生解讀這幾號解釋認為：「職業能力資格取得權(考試權)亦屬於工作權範圍，就此，常與憲法第十八條規定之應考試、服公職權利相互競合。換言之，考試權其實亦為工作權之輻射範圍。」。李惠宗，〈憲法工作權保障之系譜〉，《憲法解釋之理論與實務》第 1 輯，民國 87 年 6 月，頁 360-361。

[27] 實則，附加諸如：財產、納稅等候選人積極資格，莫不限制人民被選舉權；歷史經驗顯示，這種限制遭到揚棄的時間，要比限制人民選舉權來得早。可見，立法院先斬後奏，連帶刪除「須經檢覈及格」，符合歷史潮流，於結果上，值得肯定；惟於法理上，卻不無商榷餘地。蓋檢覈，做為考試方式之一，固有其缺失。惟若憲法堅持任何公職都要通過考試，那立法機關刪除「須經檢覈及格」之際，尚須啟用別種考試方式；否則，形同立法不作為，違反憲法既定意旨。何況，大法官賦予裁量範圍，限於「學、經歷之限制」；立法機關自行刪除「須經檢覈及格」，更有裁量逾越之嫌。之所以如此存也不是，廢也不對，癥結還是在於憲法層次懸而未決，法律層次自行鬆綁，難謂師出有名。釋字第 290 號解釋質疑所謂「學、經歷之限制」，比較沒有問題，因為這個問題較不牽涉孫文遺教，所以，可以要求立法機關，於衡量現今政、經、社會情勢，民眾教育程度，還有媒體發達等等因素後，通盤檢討。反觀所謂「須經檢覈及格」，即非如此；若非立法機關予以刪除，單靠釋憲機關解決，恐怕極為不易。不管如何，如今，釋字第 546 號解釋已經作成；隨著所謂「應考試服公職」權利態樣明朗，相關憲法解釋歧見不再隱隱作痛。

[28]，法律位階所創設的候選人積極資格，已經不復存在。

（二）釋字第 546 號解釋以後

民國 91 年，釋字第 546 號解釋出爐，於理由書首段有謂：「人民依憲法規定有應考試、服公職之權。其中應考試之權，係指具備一定資格之人民有報考國家所舉辦公務人員任用資格暨專門職業及技術人員執業資格考試之權利；服公職之權，則指人民享有擔任依法進用或選舉產生之各種公職、貢獻能力服務公眾之權利。」。從此，「應考試」和「服公職」確定單飛，各自作為人民的基本權利。

三、本文看法：應考試基本權沒有必要單獨規定

隨著釋字第 546 號解釋出爐，憲法第 18 條所稱「應考試」、「服公職」確定分道揚鑣成為二種基本權利。前者保障人民有權參加「公務人員」與「專技人員」二種考試，後者保障人民有權擔任各種公職。也就是說，「應考試」、「服公職」兩種權利唯有在公務人員身上發生交集。可見，如何解讀憲法第 18 條所稱「應考試服公職」是會連帶影響到憲法第 15、86 條甚至第 17、130 等條文的。整體來講，隨著公職人員選舉罷免法第 32 條有關「學、經歷之限制」以及「須經檢覈及格」的規定遭到刪除，大法官在解釋應考試權利時不必再顧忌公職候選人資格的問題，只需考量憲法第 86 條，同時因為國內向來廣義解釋所謂「公職」，除了公務人員之外，還包括民選、政治性任命官員等所謂依法令從事於公務者，所以所謂「應考試服公職」不得不切割開來，各自獨立。惟此也使得應考試基本權和選舉權不再有交集了，必須分頭連結到服公職權利上。

除了前述三種權利的脈絡必須刷新之外，因為憲法第 18 條應考試權利的保障範圍已經涵蓋專技人員考試，所以本文認為李惠宗老師先用第 15 條工作權加以保障，再用所謂“競合”概念加以周全的看法

[28] 比方直轄市長、縣（市）長候選人必須年滿三十歲；鄉（鎮、市）長候選人必須年滿二十六歲。公職人員選舉罷免法第 24 條第 1 項，請參照。

[29]，似乎沒有必要再繼續援用了。但其實將兩種應考權集中放在憲法第 18 條，也是有問題的，因為服公職基本權和工作權在屬性上仍有不同。儘管公務人員考試猶如人民行使服公職基本權的限制，專技人員考試猶如人民主張特定工作權的限制[30]，憲法第 86 條合併予以規定，並無不可，但在檢驗相關考試措施是否符合應考試基本權保障時，卻是很難不回到服公職和工作權上進行討論的。譬如：依據現行公務人員考試法第 5 條第 2 項，部分公務人員特考存在性別設限，包括國家安全局情報局人員、司法人員（監獄官、監所人員和法警）、基層警消和海巡人員等等特種考試部分類科[31]，這種問題只存在於公務人員考試，若不連結到服公職權利上，是很難有效審查的。可見，應考權依舊必須分別連結服公職還有工作權上，有沒有必要再單獨規定為基本權利，在未來修憲時不無商榷餘地。這個質疑，黃越欽大法官已經在釋字第 547 號解釋的不同意見書中提出過了。

參、憲法服公職基本權的操作現況

一、大法官在公務人員權利保障上的憲法操作

關於公務人員權利保障，眾所周知，大法官向來扮演火車頭角色；釋字第 187、201、243、266、298、312、323、338、483、491、575、583、605、611 和 618 等號解釋如何操作人權條款，自屬觀察重點。綜觀這些解釋，於准許公務人員提起訴願（或者相當於訴願）、行政訴訟時，不是依據憲法第 16 條之訴願、訴訟權，便是依據「有權利，即有救濟」之法理；在事後救濟程序上，其憲法基礎算是相對

---

[29] 學者李惠宗先生解讀這幾號解釋認為：「職業能力資格取得權(考試權)亦屬於工作權範圍，就此，常與憲法第十八條規定之應考試、服公職權利相互競合。換言之，考試權其實亦為工作權之輻射範圍。」。李惠宗，前揭註 25 文，頁 360-361。

[30] 考試院委託；林明鏘主持研究計畫，國家考試應考資格之探討，民國 94 年 11 月 30 日，頁 26。資料取得 http://www.exam.gov.tw/reportimg/59.pdf，最後瀏覽日：2008.04.25。

[31] 考選部，《國家考試性別平等白皮書》，民國 94 年 9 月，頁 10、11；楊永年，〈國安特考、調查特考特殊設限與多元考試方式之研究〉，《公務人員特種考試特殊設限與多元考試方式研討會》，94 年度考選制度研討會，考選部主辦，94 年 8 月 29 日，頁 16、18；考選部，考選法規彙編，民國 98 年 2 月，頁 515, 556, 721, 761。

明確的。倒是在實體還有事前程序保障上就有必要歸納了。

（一）實體保障的憲法基礎

早年，除第 298 號外，各個解釋理由書莫不提到所謂「因公務（人）員身分受行政處分」這個概念；更重要者，尚同時提到「應就處分之內容分別論斷」（例如釋字第 266、323 及 338 號解釋），或者「還應視處分之內容而定」（例如釋字第 201、243 和 430 號解釋），來決定得否提起行政爭訟。若按字面，似乎只許特定內容之行政處分提起行政爭訟。言下之意，若非該特定內容者，不是不構成行政處分，而是不能提起行政爭訟。惟若如此解讀，恐怕違反訴願法第 1 條還有釋字第 295 號解釋：只要行政處分，即可提起行政爭訟。因此，本文認為應解讀為：因公務（人）員身分所受者，應視內容決定是否構成行政處分；若屬行政處分，即得提起行政爭訟。據此，問題應該看成：因公務（人）員身分所受者，什麼內容才會構成行政處分？或者，確切來說，哪些權益受到影響才會構成行政處分？對此，始終未有通盤揭示，有待分析、歸納。茲說明如下：

1、早期：模糊帶過

早期，關於退休金的爭議，釋字第 187 及 201 號解釋略謂：「憲法規定所賦予之權利，應受保障」；於權利基礎，或者說人權條款的操作上，並未清楚指出根據所在。惟此模糊態度[32]，非不得解讀為：視後續案情而具體決定人權條款如何動用。

2、中期：短暫分殊

果然，對於案情雷同，都牽涉所謂「公法上財產請求」的釋憲案，大法官在釋字第 266、312 以及 434 號解釋中，都改以「人民之財產權」為基調；以憲法第 15 條為基礎，應屬不爭。反觀免職處分，釋字第 243 號解釋認為其足以改變公務員身分，直接影響其憲法所保障之服公職權利；至於降低擬任的官等以及審定的級俸，釋字第

[32] 相反見解，蘇永欽，〈財產權的保障與大法官解釋〉，《違憲審查》，台北，學林，1999 年 1 月，頁 101。

323 以及 338 號解釋認為其於公務人員憲法所保障服公職之權利有重大影響。可見，釋字第 434 號解釋以前，大法官為保障公務人員而動用的人權條款是曾經分殊過的，儘管只有第 15 條的財產權還有第 18 條的服公職權利。值得強調的是，在實務上慣用「改變身分」、「公法上財產請求權」、「重大影響」三種類型來判斷可否提起訴願、行政訴訟，也是在這個階段歸納出來的。

3、近期：漸趨集中

但大法官在近期幾個伸張法律保留原則的指標性解釋（諸如釋字第 483、491、575、583、605 和 611 號解釋）中，轉而日趨倚重服公職基本權，使得公務人員權利保障的憲法基礎慢慢集中到憲法第 18 條上面，說明如下：

（1）、釋字第 491 號解釋

本號解釋針對免職處分，於解析服公職之權利時有謂：「憲法第十八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。」，顯示，透過解釋操作，憲法第 7 及 15 條之保障意旨都已經被濃縮到憲法第 18 條裡面。不只如此，這段解釋文有謂：「其範圍不惟」，本文認為，究其語意，工作權、平等權可能僅屬例示，並非列舉。換句話說，若有其他基本權利是性質相合的，亦非不得陸續融入。

（2）、釋字第 575 號解釋

釋字第 575 號解釋面對俸給、退休金，既不如釋字第 187、201 號以「憲法規定所賦予之權利」泛稱之；亦不像釋字第 266、312 號以「人民之財產權」定位之，而以「服公職之權利」涵蓋之。除了這個轉變之外，本號解釋文聲稱：「對公務人員之憲法所保障服公職之權利產生重大不利影響」，依舊維持釋字第 323 號解釋以來，所謂重大影響這個判斷標準。

（3）、釋字第 583、605 和 611 號解釋

這三號解釋在有意無意中套用了釋字第 575 號解釋的行文模式，同樣開宗明義揭示：「憲法第十八條、、、」來分別針對懲處權未設行使期間、提敘俸級及晉敘陞遷等三個爭議問題作成解釋。從中，不管事涉公務人員身分抑或財產抑或重大影響，大法官都猶如運用數學公式般，從憲法第 18 條去闡釋相關保障事宜。憲法基礎益趨集中，非常明顯。

4、最近：再度走向分殊 ？

值得注意的是，釋字第 618 號解釋似乎做了改變了。大法官在宣告兩岸人民關係條例規定大陸地區人民來台設籍滿十年才能擔任公務人員，既不違反平等原則，也不違反憲法第 23 條時，已經先提憲法第 7 條，再提第 18 條的服公職權利了；不像釋字第 491 號解釋，把平等保障納入服公職權利之中。但這是否意味大法官將會動用更多人權條款來保障公務人員？仍值得觀察。

二、服公職基本權的保障內容

關於服公職基本權的保障內容，我們除了從其效力（保障功能）還有保障範圍兩個面向切入之外，也歸納保障案件的現況。惟須強調，所謂公職，國內向來取向廣義，於此，則主要針對公務人員（或說常任文官）說明如下：

（一）服公職基本權的效力（保障功能）

歸納國內憲法學說，以及釋字第 483 號解釋，從服公職基本權大致導出：「政治參與」、「分享」、「程序保障」和「制度性保障」四種功能[33]。其中所謂「政治參與功能」，其實就是所謂的廣義參政

[33] 吳庚教授明確指出：「參與功能：憲法所規定的參政權及應考試服公職權，所提供的就是參與功能」（詳請參閱吳庚，憲法的解釋與適用，2004 年 6 月第 3 版，頁 119、303）。至於程序保障，嚴格來說，應該是「基本權的程序與組織保障功能」，就此，林明鏘教授指出：「基本權的程序與組織保障功能 (Grundrechtsschutz durch Organisation und Verfahren)也稱為『基本權的程序保障』，此為『課予國家提供適當組織與程序之義務，以積極營造一個適合基本權實踐的環境，幫助人民基本權之落實。』某些基本權利的實踐，必須有賴於國家的積極作為給付才

權[34]；至於所謂「程序保障功能」，在前述釋字第 488、491 號解釋，以及許多學術文獻中都有提過了，本文不再贅述。相形之下，所謂「分享」與「制度性保障」，則是比較有說明必要的。

1、分享功能

除了工作權之外，釋字第 491 號解釋同時提到平等權。箇中用意，本文認為大法官有意強調服公職權利具有分享功能。其實，早在釋字第 246、280 號解釋，大法官面對公務人員退休、保險養老給付標準，即有機會站在服公職基本權的給付，或者所謂分享功能上作成解釋。惟若查考這二號解釋的理由書便知，大法官選擇站在憲法第 83 條，亦即從退休、養老的權限上，推出所謂照顧義務，然後再依這個作為義務去要求立法、行政機關提供退休、保險、養老的具體給付標準，並以能否維持基本生活做為下限。大法官沒有試圖發揮基本權利該有的功能，讓人遺憾。惟須附帶指出，所謂分享功能，這個概念並不穩定。於使用上，常常伴隨所謂給付功能，甚或社會權等概念，分辨不易。本文認為這裡應該比較侷限於國家（尤其立法機關）已經創設了某種制度，於是，人民依據平等原則，有權請求公平利用這個既有制度，享受某些資源。如果配合制度性保障功能，應該更為清楚些。其實，公職這種稀少公共資源，較不牽涉生產工具私有、自由市場經濟等意識型態。主張服公職權利具有分享功能，甚或具有社會權性質，爭議較少。不像憲法第 15 條的工作權，動輒引人爭辯所謂“向左走，向右走”的問題。[35]

能獲得滿足……我國憲法明定的『應考試權』、『服公職權』更是必須依靠程序與組織的建制，否則根本無以實現。大法官釋字第五七五號解釋理由書直陳：『憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金請求等權利。』復於釋字第五八三號解釋提及：『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。』此二號解釋皆以憲法第十八條作為論述的規範基礎，就此甚可贊同，也顯示出我國釋憲實務最新的趨勢，乃漸漸注重個別基本權條 款的開展與彼此間不同的意涵，有助於整體基本權利理論的建構，更會對其他憲法上機關的國家權力作用產生重大影響」（詳請參閱林明鏘主持，國家考試應考資格之探討，考試院委託研究計畫，民國 94 年 11 月 30 日，頁 13-14）。

[34] 劉慶瑞，中華民國憲法要義，台北，三民，民國 80 年 10 月，頁 115。

[35] 王信仁，再訪社會權，政大法研所碩士論文，民國 92 年 9 月，頁 11-13。

2、制度性保障功能

釋字第 483 號解釋首開先例，揭示：「公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級或減俸，此乃憲法上服公職權利所受之制度性保障」。本文認為，大法官之所以引用所謂制度性保障（Institutionellen Garantien），乃是因為本件釋憲客體為法律，但憲法本身沒有提供具體審查基準，而且公務人員制度是那麼仰賴立法形成的，所以大法官取道制度性保障不但可以用公務員懲戒法來指出傳統公務人員制度，樹立審查基準，同時可以合併審查公務人員任用法、公務人員俸給法，可謂無往不利。但須強調，即便我們把服公職基本權的保障客體解讀成“制度”是可以強化公務人員個人權利保障的，但其內容（或說範圍）並不致擴增。[36]

即便後來釋字第 491 號解釋用工作權來詮釋服公職基本權，但在釋字第 483 號解釋加持下，卻比工作權多出了所謂制度性保障功能[37]。據此，服公職基本權非不得謂為特殊工作權。惟須強調，所謂「制度」，國內學說多半引用德國基本法第 33 條第 5 項，泛指公務（人）員制度；比起釋字第 483 號解釋所謂「公務人員、、、非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級、減俸」，涵蓋範圍大出許多。即便按照學說，認為整個公務人員制度，也就是包括任用、俸給、保障、退休等等環節皆屬制度性保障的範圍，但也不可能大到整個公職制度。所以，於公職制度上尚須分門別類；若非公務人員制度，尚非制度性保障範圍，立法機關尚有自由形成空間。從公務人員任用法第 33 條規定教育、醫事、交通事業、公營事業等人員的任用皆須另以法律定之，即可看出。惟此只限於任用上，而且只有法律位階；反映立法形成自由居多，反映制度性保障較少。反而憲法增修條文第 10 條第 4 項授權另定法律規範公營金融機構的人事，這個

[36] 吳庚，前揭註 32 書，頁 124。

[37] 但應注意大學教師工作權，依據釋字第 462、450 號解釋，於學術自由框架下，似有可能促進制度保障功能推導。李惠宗，〈憲法工作權保障系譜之再探-以司法院大法官解釋為中心〉，《憲政時代》第 29 卷第 1 期，民國 92 年 7 月，頁 134。

條文不但比較全面，而且具有憲法位階。若從憲法增修條文第 10 條第 4 項導出公營金融機構從業人員不得用所謂制度性保障來抗拒人事改革，應該是於法有據的。儘管增修條文第 10 條第 4 項在釋字第 483 號解釋作成前已經入憲，並且位處基本國策章節，但也不會影響解釋走向的。

（二）、服公職基本權的保障範圍：

1、身分[38]

早期，釋字第 243 解釋揭示：「記大過處分，並未改變公務員身分關係，不直接影響人民服公職之權利」，反面推論，即可主張改變身分將會直接影響服公職權利。隨後，釋字第 298 號解釋補充釋字第 243 號解釋，揭示：「但關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服」，也隱約肯定公務人員身分是受到保障的。近來，釋字第 575 號開宗明義揭示：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。」，終於正面肯定公務人員繼續保有身分是受到服公職基本權保障的。以上解釋，都是大法官藉助身分概念作成的。至於在法律層面上，現行公務人員保障法第 9 條規定：「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。基於身分之請求權，其保障亦同。」，即屬具體作為。但所謂身分保障，其具體範圍為何？本文認為，所謂身分保障，乃繼續擔任公務人員的權利，主要的假想敵便是免職。

2、財產

撇開憲法基礎，亦即第 15、18 條競合的問題不談，於服公職基

[38] 於 20 世紀初期，德國公法大師 G. Jellinek 提出所謂「身分理論」（Statustheorie）。如今觀之，或許未盡周延；惟其藉助身分概念鋪陳基本權利，依舊影響深遠，讓人津津樂道；於公務人員權利分析上同樣頗受我國學者愛用。惟須注意，在 K. Hesse、R. Alexy 等後進批評改良後，Jellinek 本來強調身分推導權利，這種說法遭到顛覆；於憲政主義發達後，反而得用基本權利充實身分內涵。誠如 Alexy 氏，即用所謂「抽象整體法律地位」取代「身分」這個概念。李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系－從耶林內克「身分理論」談起（上）－〉，《憲政時代》第 29 卷第 1 期，民國 92 年 7 月，頁 1-29；張桐銳，前揭註 5 文，頁 9。

本權相關解釋中，這類泛稱「公法上財產請求」的數量最多，甚至被拿來做為看板解釋，宣揚所謂「特別權力關係」遭到揚棄[39]。近來，在釋字第 575、605 號解釋中，更將身分、俸給、退休金等權利並列，似乎有意營造“身分”、“財產”成為服公職基本權的兩大主軸。如果細分其內容，所謂公法上財產請求，目前計有五種類型：**（1）、退休金**（釋字第 187、201、455 號解釋）；**（2）、保險養老給付**（釋字第 246、280、434、466 號解釋）；**（3）、考績獎金**（釋字第 266 號解釋）；**（4）、福利互助金**（釋字第 312 號解釋）；**（5）、俸給**（釋字第 338、483、575、605 號解釋）。

但若考察保訓會受理公法上財產請求的復審案件，就不止這些了，還有諸如：涉訟輔助、年終獎金、搬遷補助、優惠存款、超勤加班費、費用返還請求、獎勵金、慰問金、救濟金、資遣費、房租津貼等等，可謂林林總總，讓人眼花撩亂。尤其優惠存款案件，數量最為大宗。

3、於服公職權利有重大影響者

按照國內通說，唯有「於服公職權利有重大影響者」才能構成行政處分。但除了「改變身分」、「公法上財產請求」之外，還有哪些是符合所謂「於服公職權利有重大影響」的呢？本文歸納保訓會實務，目前主要有下列十二種：（1）、升資甄審；（2）、不准參加升官等訓練；（3）、吊銷升官等訓練合格證書；（4）、年終考績審定；（5）、取消受訓資格；（6）、補辦考成；（7）、申請更正人事命令；（8）、請求回復適當職務；（9）、降調處分；（10）、陞遷。其中，有二個地方值得說明。**首先**，所謂「降調處分」，保訓會目前在釋字第 483、539 號解釋的基礎上承認：在機關內部進行職務調動，必須影響到公務人員官等、職等、俸給時，才算於服公職權利

[39] 國內學者向來引用釋字第 187 號解釋為首的連串解釋，說明特別權力關係遭到揚棄；惟須澄清，釋字第 187、201 號解釋，都是針對公務人員退休金所為，皆屬公法上金錢給付問題。這個問題，在德國，縱使君主專制時代，亦允許爭訟，並非特別權力關係核心領域。吳庚，前揭註 4 書，頁 227。

有重大影響，包括：調任公務人員至同官等較低陞遷序列，或者主管調任非主管，皆屬之。[40]不但如此，在不同機關間進行職務調動，也構成行政處分。**另外**，儘管陞遷決定目前並未名列其中，還不能提起復審[41]；但依現行公務人員陞遷法第 15 條還有釋字第 611 號解釋的意旨，公務人員於未獲陞遷時，似非不得以於服公職權利有重大影響而提起復審。保訓會業將晉敘陞遷歸納為於服公職權利有重大影響者，值得注意。

至於官等、職等及職稱（譬如科長、處長、庭長等），以及高資低用，其既非身分，亦非財產，恐怕必須歸到於服公職基本權有重大影響的範疇。

（1）官等、職等

公務人員保障法第13條規定：「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。」。於體系解釋上可以明確得知，所謂「身分」，確切來講，即指所謂「官等」、「職等」。其實，這種身分識別出自現行公務人員任用法。依據本法第5條，須依官等、職等任用公務人員。不止如此，比起公務人員保障法，公務人員任用法保障官等、職等，毋寧更為直接、明確。例如：按本法第18條第1項第2款，除非公務人員自願，否則，不得調任較低官等職務；同條項第3款，長官可以調任屬官擔任較低職等職務，惟應按原職等任用，亦即所謂高資低用。惟於法律保障官等、職等背後，牽涉人事分類制度這個複雜問題，容有說明必要。[42]

我國的人事分類制度以所謂「官職併立制度」為原則，既保留本

---

[40] 例如：(97)公審決字第 0253、0264、0265 、0267、0268 等號復審決定書即對“調至不同陞遷序列”所為；(97)公審決字第 0248 號、(95)公審決字第 0165 、0241 號、(94)公審決字第 0223 等號復審決定書即對“主管調任非主管”所為，請自行參照。

[41] 例如（90）公申決字第 0042 號決定，請自行參照。

[42] 國內法律學者多在探討所謂職務調動問題時，說明職務這個概念。其中，留德學者常常引用德國聯邦行政法院見解，分別說明所謂公務員職務有組織意義下的，有身分法上的，還有功能意義下的。本文這裡所謂官等、職等，是較為接近身分法上的。程明修，〈對公務人員職務調動處分的行政訴訟〉，載於司法院印行，《行政訴訟論文彙編－人事行政爭訟－》，第 3 輯，民國 91 年 11 月，頁 447-449。

國傳統對人分類特色，亦引進美國對事分類思維，使官等與職等的設定盡可能反映工作與責任的內容。所以，藉助官等、職等，可以連結所謂「職務」；藉助職務，又可連結工作以及責任[43]。據此，釋字第491號解釋揭示工作保障，於人事分類制度的轉化下，多少藉助官等、職等展現出來；只要它們沒變，即無虞工作不保，或者大幅異動。甚至優良的人事分類制度，有助於達到同工同酬，亦可具體展現該號解釋所謂平等權保障。可見，人事分類制度，除有利於人事管理外，亦使身分保障標的轉趨確定，或者可得確定；內容不再那麼抽象，於保障人民取得、保有上，更具客觀標準。法律層面如此形成公務人員身分，大法官自須予以尊重；在釋字第323、483、539等號解釋中，已經直接點名官等、職等做為服公職權利保障客體。

（2）高資低用、法官免兼庭長？

於官等、職等保障上，如何平衡機關行政業務調整權限，常常引起爭議。實務發生兩個爭議案例，包括高資低用，還有兼任庭長。首先，有關高資低用，依據釋字第 483 號解釋，必須於不致降級、減俸前提下，方得為之；公務人員俸給法的相關規定，必須相應做出修正。另外，有關法官免兼庭長，不止最高行政法院作成判決，還勞駕大法官作成解釋。釋字第 539 號解釋認為免兼庭長並無不利既有官等、職等、俸給[44]，亦即不屬身分保障範圍。

（三）公務人員保障案件之現況整理（2003-2008 年）

	復審	申訴、再申訴
審查標的	行政處分	處置、措施
判斷標準	於服公職權利有重大影響： 1 公法上財產請求；2 改變身分；3 重大影響。	

[43] 公務人員任用法第 3 條，請參照。

[44] 最高行政法院 90 年度判字第 1174 號判決，載於：最高行政法院，最高行政法院裁判書彙編第二冊，民國 91 年 3 月出版，頁 2-1225 至 2-1243。另外，有關釋字第 539 號解釋評析，林明鏘，〈公務員之權利與保障-以法官免兼庭長之職務調整談起〉，《公務員法與地方制度法》，元照，2003 年初版，頁 43 至 69。

具體案件[45]	**1、公法上財產請求：** （1）國內進修費用補助事件；（2）曠職及扣薪事件；（3）休假（日數計算）及未休假加班費事件；（4）工程獎金；（5）退職金核給；（6）停止扣繳互助費；（7）涉訟輔助；（8）請求年終獎金；（9）追繳年終獎金；（10）請求加給；（11）追繳加給；（12）請求返還薪資；（13）補繳退撫基金；（14）追繳休假旅遊補助費；（15）追繳退休金差額；（16）追繳工作補助款；（17）外勤津貼；（18）特別費；（19）喪葬互助補助費；（20）工作獎金；（21）慰問金；（22）退養金；（23）資遣費；（24）優惠存款；（25）交通費補助[46]；（26）核發久任獎金[47]。 **2、改變身分：** （1）請求撤銷辭職令；（2）資遣；（3）復職；（4）解聘；（5）解僱；（6）專案裁減；（7）撤銷公職；（8）通知離職；（9）註銷派令；（10）試用不及格遭到解職；（11）自願退休；（12）請求核發離職證明書；（13）請求服務年資證明。 **3、重大影響：** （1）升資甄審；（2）不准參加升官等訓練；（3）吊銷升官等訓練合格證書；（4）年終考績審定；（5）取消受訓資格；（6）補辦考成；（7）申請更正人事	1 申請休假；2 曠職；3 考績乙等；4 敘獎；5、申請派任；6 調遷；7 調動；8 調任；9 請求辦理轉任或者派職；10 不予續聘[50]。

[45] 就此，李建良教授在 2002 年 11 月曾經詳加歸納，本文引為基礎，並製作成表格。惟因公務人員保障法在隔年 5 月便大幅修正了，而且保訓會陸續變更某些見解，有必要增補之。李建良，〈公務人員保障法復審及申訴標的之探討〉，《月旦法學雜誌》，第 90 期，2002 年 11 月，頁 132、123-126。

[46] 交通費補助事件原來依據（88）公申決字第 0156 號決定，並不在復審範圍內；惟自（92）公審決字第 0380 號決定起，已經成為復審對象。

[47] 請求核發久任獎金原本依據（88）公申決字第 0156 號決定，並不涉及行政處分；惟自（90）公審決字第 0176 號決定起，已經納入復審範圍。

	命令；（8）請求回復適當職務；（9）降調處分[48]；（10）陞遷[49]。	
保訓會案件統計(92-97)	合計 2646 件：1.任用 376 件,占 14.2%；2.俸給 414 件,占 15.6%；3.考績 91 件,占 3.4%；4.退休 388 件,占 14.7%；5.資遣 15 件,占 0.6%；6.撫卹 43 件,占 1.6%；7.涉訟輔助 62 件,占 2.3%；8.公法上財產 780 件,占 29.5%；9.停（復）職 117 件,占 4.4%；10.辭（離）職 22 件,占 0.8%；11.免職 141 件,占 5.3%；12.其他 197 件,占 7.4%。	合計 3828 件：1.考績 1447 件,占 37.8%；2.懲處 1716 件,占 44.8%；3.敘獎 71 件,占 1.9%；4.調任（職）157 件,占 4.1%；5.差假 93 件,占 2.4%；6.陞遷 42 件,占 1.1%；7.工作指派 65 件,占 1.7%；8.訓練進修 18 件,占 0.5%；9.其他 219 件,占 5.7%。
行政訴訟	於保訓會 2602 個駁回決定中，有 1384 個被提起行政訴訟。其中，有 68 個自行撤回；944 個經法院裁判；875 個被法院駁回。	不得提起行政訴訟

肆、本節結論

綜上所述，因為公務人員權利保障問題是從他們可否提起訴願、

---

[50] 不予續聘在本質上跟解聘（僱）有雷同效果，惟按保訓會（（87）公審決字第 0113 號決定）和行政法院（最高行政法院 90 年判字第 1914 號判決）見解，認為解聘（僱）和公務人員被撤職、免職相當，自得提起復審、行政訴訟；反觀不予續聘，在實務上（（97）公審決字第 0251、（95）公審決字第 0383 號決定）卻只能提起申訴、再申訴，不得提請行政訴訟。是否妥適，不無商榷餘地。

[48] 職務調動原依保訓會見解，例如（88）公申決字第 0229 號、（91）公申決字第 0003 號決定，不可能構成行政處分。惟於該二決定中，已經各有三位保訓會委員提出不同意見書。嗣後，並有多位學者引進德國規定，主張：（1）、在不同機關間進行職務調動，應該構成行政處分；（2）、於機關內進行職務調動而影響到官等、職等、薪俸，例如釋字第 483 號（調任導致減俸效果）、第 539 號（免兼庭長未對官等、職等、俸給造成不利，不構成行政處分）解釋，即應構成行政處分。除了這兩種情形之外，保訓會尚於 92 年 11 月 17 日作成公保字第 0920008309 號函指出，服務機關調任公務人員至同官等較低陞遷序列，或者主管調任非主管，亦即所謂降調處分，業屬於服公職權利有重大影響者，得提起復審。例如：(97)公審決字第 0253、0264、0265 、0267、0268 等號復審決定書，即針對“調至不同陞遷序列”所為；(97)公審決字第 0248 號、(95)公審決字第 0165 、0241 號、(94)公審決字第 0223 號號復審決定書，即針對“主管調任非主管”所為。

[49] 陞遷事件原依保訓會見解，例如（90）公申決字第 0042 號決定，只許提起申訴；惟按現行公務人員陞遷法第 15 條，還有釋字第 611 號解釋意旨，公務人員於未獲陞遷時，非不得以於服公職權利有重大影響而提起復審。相同見解，周世珍，〈公務人員保障復審範圍之商榷〉，載於司法院印行，《行政訴訟論文彙編－人事行政爭訟－》，第 3 輯，民國 91 年 11 月，頁 375-376。

行政訴訟開始的，所以大法官解釋相對侷限在行政處分認定上；加上大法官慣用「改變身分」、「公法上財產請求」、「於服公職權利有重大影響者」來認定，使得憲法基礎逐漸往憲法第 16、18 條靠攏。尤其釋字第 491 號解釋用工作權、平等權來詮釋服公職基本權，甚至從中導出事前程序保障。總的來說，公務人員的工作、財產、平等和事前程序保障，都可以從憲法第 18 條導出，可謂應有盡有。若謂大法官在公務人員權利保障上除了憲法第 16、18 條之外幾乎不用其他人權條款，其實並不誇張。但公務人員保障法將某個時點的大法官解釋成果成文化，卻造成公務人員保障法制在發展上有些劃地自限，甚至不太健全。嚴格來講，如果從憲法人權來看，現行公務人員保障法充其量只是公務人員服公職權利（工作權）保障法，更何況連事前程序保障這個環節至今都沒觸及，還是被放在行政程序法上討論的。說明如下：

首先，在實體保障上，公務人員保障法第 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。」，同時第 2 章設有 16 個條文，試圖將保障內容規定得更具體些。大致來講，第 9-13 條是配合身分和官職等級的；第 14、15 條是配合俸給的；第 16、18、19、22、23 條（舊法第 10-14 條）是配合工作條件的[51]。比起本文前述歸納，儘管本法在身分還有財產請求上規定得不像實務那麼多樣，但卻多了工作條件、管理措施有關權益的保障。不過，因為保訓會向來限縮解釋所謂工作條件，所以也只有所謂管理措施有關權益的保障，在概念上是比較不確定的。但從實務來看，包括考列丙等、記過、申誡、職務調動、升遷、回任等事件，都是以管理措施為名提起申訴的。整體來講，用服公職基本權來支持這些實體訴求，尚且綽綽有餘。可見，儘管公務人員保障法業將實體保障範圍劃定了，但若從憲法人權條款來觀察公務人員保障法制還有實務操作，卻不難發現它整個是劃地自限在服公職基本權上

[51] 八六公申決字第００一一號決定，請參照。

的。

其次，讓其他人權條款在公務人員保障法制上有志難伸，無法獨立發生效果的，還有事後救濟程序的設計。公務人員保障法於民國 85 年通過，儘管本法比照訴願法，也用行政處分作為復審的提起要件，但在認定標準上，立法諸公是有認知到箇中差異的。換句話說，公務人員保障法在設定所謂行政處分時，即總結截至當時的大法官解釋而以所謂「改變身分」、「公法上財產請求」、「於服公職權利有重大影響者」為限。也因為這樣，才另外設置申訴程序，並且獲得立法委員高度支持。[52]儘管多了申訴程序，但是否構成行政處分，在救濟程序上依舊是差很大的。公務人員若非受到行政處分，便只能提起申訴、再申訴，不能請求司法救濟。救濟程序二元化，加上行政處分在認定上這麼緊貼服公職基本權，使得服公職基本權受到輕微影響的人即便他其他的基本人權受到侵害，不管重大抑或輕微，也都只能以工作處置、管理措施為名，提起申訴、再申訴，不得請求司法審查。這樣有沒有違反“有權利，斯有救濟”？答案應該很清楚了。儘管現行行政訴訟法第 2 條已經採取概括主義，同時第 3 條也廣泛地承認「撤銷」、「給付」、「確認」等訴訟類型，但行政法院依舊堅持，不構成行政處分的都只是內部管理措施，只能提起申訴、再申訴，不得提起行政訴訟[53]。換句話說，還是只有前述「改變身分」、「公法上財產請求」、「於服公職權利有重大影響者」三種情形，才能提起各類訴訟。至於服公職以外的基本權利受到影響的，就無福消受了，還是只能申訴、再申訴。可見，行政處分在認定上如此繞著憲法第 18 條打轉，已經使得其他人權條款在公務人員身上瀕臨失效。諷刺的是，申訴程序在某個程度上卻反而被用來合理化這種見解了。

[52] 尤其蘇煥智、劉光華委員的質詢內容最為顯著。立法院公報，第 84 卷，第 36 期，頁 358-360、349-350。

[53] 92 年度判字第 901 號判決；97 年度判字第 1103 號判決，請參照。

第三章　公務人員保障法之保障對象與檢討

第一節　適用對象的範圍與檢討

現行公務人員保障法（以下簡稱保障法）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。」；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或訓練之人員。」乃將本法之保障對象分為「適用對象」與「準用對象」[1]。

所謂適用對象，係指前揭保障法第 3 條所規定者，若配合同法第 102 條第 3 款將公營事業依法任用之人員定為準用對象，則其範圍毋寧小於公務人員任用法施行細則第 2 條[2]，乃不包括公營事業機構與交通事業機構依法任用者。然而，現行保障法第 3 條仍有定義不清的疑慮，茲先說明現階段之詮釋，再分析有無調整必要，以及可能的調整方向。

壹、現行保障法第 3 條第 1 項之詮釋

保障法第 3 條第 1 項所稱「公立學校編制內依法任用之職員」，乃依教育人員任用條例第 21 條任用者，在解釋上相對單純，但除此以外，其於部分即有必要加以詮釋：

一、法定機關

所稱「法定機關」，配合保障法第 102 條第 3 款，以及公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項，乃包括下列五種：一、中央政府及其

[1] 李建良主持，保障制度復審範圍之研究，保訓會委託研究報告，民國 92 年 12 月，頁 93、102。
[2] 本條規定：「本法所稱公務人員，指各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員。前項所稱各機關，指下列之機關、學校及機構：一、中央政府及其所屬各機關。二、地方政府及其所屬各機關。三、各級民意機關。四、各級公立學校。五、公營事業機構。六、交通事業機構。七、其他依法組織之機關。」，請參照。

所屬各機關；二、地方政府及其所屬各機關；三、各級民意機關；四、各級公立學校；五、其他依法組織之機關。其中所謂「其他依法組織之機關」，是否限於隸屬國家或地方自治團體者？值得探討。

因為行政法人法於民國 100 年 4 月 27 日公布，其第 2 條明定行政法人是在國家與地方自治團體以外，由中央目的事業主管機關，為執行特定公共事務，依法設立的公法人，所以若採肯定說，則行政法人並非所謂「其他依法組織之機關」；若採否定說，則在解釋上行政法人仍屬之。就此，觀乎行政法人法第 20 條第 1 項規定：「行政法人進用之人員，依其人事管理規章辦理，不具公務人員身分，其權利義務關係，應於契約中明定」乃有意使行政法人在人事管理規章上自成體系，不受傳統公務人員法束縛；第 21 條第 1 項規定：「行政法人由政府機關或機構（以下簡稱原機關（構））改制成立者，原機關（構）現有編制內依公務人員相關任用法律任用、派用公務人員於機關（構）改制之日隨同移轉行政法人繼續任用者（以下簡稱繼續任用人員），仍具公務人員身分；其任用、服務、懲戒、考績、訓練進修、俸給、保險、保障、結社、退休、資遣、撫卹、福利及其他權益事項，均依原適用之公務人員相關法令辦理。但不能依原適用之公務人員相關法令辦理之事項，由行政院會同考試院另定辦法行之」也僅要求所謂的繼續任用人員依公務人員相關法令辦理。從中，若將行政法人解為公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項第 7 款所稱的「其他依法組織之機關」，則形同令其重回公務人員法體系，恐怕有違立法意旨。

二、依法任用

所稱「依法任用」，公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱：保訓會）指出：「所稱『依法任用』，係指依相關公務人員任用法律規定進用者而言，故凡法定機關內，依公務人員任用法任用之人員，屬本法適用之對象，其依司法人員人事條例、審計人員任用條例、主計機構人員設置管理條例、關務人員人事條例、駐外外交領事人員任用條例、警察人員管理條例、政風機構人員設置條例等進用之公務人員及

依專門職業及技術人員轉任公務人員條例轉任之公務人員等依法任用人員，亦均為本法適用之對象」[3]並不限於依公務人員任用法任用者，其依公務人員任用法第 32 和 34 條授權所制定的法律而進用者，亦屬之。必須強調的是，不但法源不限於公務人員任用法本身，而且在方式上亦不以『任用』為限，已經放大到所謂『進用』了。

必須指出的是，除了公務人員任用法第 32 條所定 6 種人員，以及同法第 34 條所定轉任人員之外，依同法第 35 條所制定的「蒙藏邊區人員任用條例」，以及同法第 33 條規定：「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」尚有 5 種人員得以法律另定其任用者，但卻未名列於前揭實務見解中。綜觀公務人員任用法第 32 至 35 條，主要差異在於第 32 條有但書規定：「但有關任用資格之規定，不得與本法牴觸」，其餘者，其任用資格並不須受制於公務人員任用法。若以此為界，則前揭實務見解為何將第 34 條的轉任人員列入，可能必須有個說法。其實，問題不大，公務人員任用法第 9 條第 1 項規定：「公務人員之任用，應具有左列資格之一：一、依法考試及格。二、依法銓敘合格。三、依法升等合格」，觀乎同法第 34 條，乃以「經高等考試、普通考試或特種考試及格之專門職業及技術人員」為轉任公務人員的前提，仍可謂符合其中所稱「依法考試及格」的要求，與第 33 和 35 條所規定的 5 種人員在任用資格上仍有不同。不過，以目前實務運作來說，由於保障法第 102 條第 3 款和第 4 款將「公營事業依法任用之人員」和「各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員」定為準用對象，同時第 3 條第 1 項將公立學校職員直接定為適用對象，因此，公務人員任用法第 33 條所稱「教育人員」來到保障法後，仍須分流劃歸適用對象與準用對象；另外，「醫事人員」由於並未列名準用對象，所以皆屬適用對象；至於「交通事業人員」及「公營事業人員」，則須依保障法第 102 條第 3

[3] 公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法百問，資料取得 http://www.csptc.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=536&Page=2544&Index=-1 ，最後瀏覽日 2015/9/12。

款，均劃歸準用對象。但以保障法第 102 條第 3 款仍以『依法任用』為法定要件，恐怕以上 11 種特種任用人員當中，唯獨只剩下公立學校職員以外的教育人員不符合所稱「依法任用」的要求，蓋其屬於依法聘任者。

三、有給專任

所稱「有給專任」，其所稱有給，乃領有俸給，相對於報酬；其所稱專任，乃相對於兼任，須以所任職務為主要經濟生存基礎[4]。但須注意，司法院 35 年院解字第 3159 號解釋有謂：「公務員服務法第二十四條所稱之俸給，不僅指現行文官官等官俸表所定級俸而言，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之。又同條所稱之俸給，不以由國家預算內開支者為限，國家公務員之俸給由縣市或鄉鎮自治經費內開支者亦包括在內」乃將俸給解為超出公務人員俸給法[5]，包括其他法令所定國家公務員之俸給。至於何謂『其他法令所定國家公務員之俸給』？按銓敘部 75 年 9 月 8 日（75）臺銓華參字第 43193 號函所示，乃以行政院暨所屬各級機關聘用人員注意事項第 4 點：「各機關聘用人員於年度編制概算時…」為據，認定聘用人員為受有俸給之文職人員。

貳、機要人員

按照上述詮釋，有必要說明的，是機要人員。首先，公務人員任用法第 11 條之 1 第 2 項規定：「各機關機要人員進用時，其員額、所任職務範圍及各職務應具之條件等規範，由考試院定之」在保訓會前揭將保障法第 3 條所稱依法任用放大到進用的詮釋下，本條稱進用仍符合之。其次，但公務人員任用法第 11 條第 2 項規定：「前項人員，機關長官得隨時免職。機關長官離職時應同時離職」解釋上，保障法

[4] 林佳和，學校是否應為兼任教師與兼任助理投保勞工保險與全民健康保險？，資料取得 http://www.theunion.org.tw/sites/www.theunion.org.tw/files/jian_ren_jiao_shi_jia_bao_fa_lu_yi_jian_shu_lin_jia_he_.pdf，最後瀏覽日 2015/9/12。

[5] 解釋文中所謂官等官俸表，後來被公務人員俸給法所取代。詳請參閱游鉦添，公務員概念與體系之檢討，輔大法研所碩士論文，1992 年，頁 113。

第 9 條所規定的身分保障在機要人員身上是無法適用的。既然保障法所規定的實體保障項目並非機要人員所能全數主張者，則按保障法第 3 條的定義，將其解為適用對象，確實有些牽強。

公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）於民國 90 年 12 月 6 日作成公保字第 9006575 號函指出：「……而依公務人員任用法第十一條及其施行細則第九條規定，各機關辦理機要人員除須與機關首長同進退或得隨時免職外，其仍屬依法任用之人員，為公務人員保障法所保障之對象。惟以公務人員保障法主要係規範公務人員權益救濟之程序規定，有關公務人員之實體權益事項，則係由各相關人事法令規範。爰此，本件有關機要人員之基本權益保障，尚不宜於公務人員保障法中訂定」儘管仍肯定機要人員屬於適用對象，但卻有意將其侷限於程序規定，不包括實體權益事項。對此，國內學者抱持否定見解，主張適用對象與準用對象的區別實益，主要是在實體權益保障部分[6]，既然機要人員不受身分保障，列為準用對象較為妥當[7]。

參、現行保障法第 3 條的修正建議

一、學者建議：參考公務人員基準法草案第 2 條進行修正

我國公務（人）員法向來各自定義所稱公務人員，導致定義零亂不清是長期存在的問題，保障法亦不例外。此外，保障法第 3 條將規範重點置於進用方式上，所據以形成區分適用對象與準用對象的規範模式是否有其實益，亦招致不少批評。為此，乃有學者建議參考公務人員基準法草案（以下簡稱基準法草案）第 2 條[8]進行修正，改規定

[6] 林明鏘，公務員法研究（一），台北，學林，2000 年，頁 151。

[7] 陳耀祥主持，公務人員保障法修法研議─保障對象與救濟類型之研究，保訓會委託研究報告，民國 97 年 12 月，頁 13。

[8] 本版公務人員基準法草案總計有 71 個條文，其第 2 條規定：「本法所稱公務人員，指於各級政府機關、公立學校（以下簡稱各機關）擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員。前項規定不包括軍職人員、公立學校教師、派用人員、聘用人員及民選地方行政首長及依地方制度法規定以機要人員方式進用之人員。」。詳請參閱考試院，公務人員基準法草案總說明暨逐條說明，資料取得 http://weblaw.exam.gov.tw/Attachment/Draft/15/%E5%85%AC%E5%8B%99%E4%BA%BA%E5%93%A1%E5%9F%BA%E6%BA%96%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E9%80%90%E6%A2%9D%E8%AA%AA%E6%98%8E.pdf，最後瀏覽日 2015/9/12。

為：「本法所稱公務人員，係指於各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員。前項規定不包括政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員。」[9]。

必須指出，學者建議條文雖然參考基準法草案第 2 條，但仍有不少差異。除了第 1 項將「各級政府機關」改為「各級行政機關」，同時將「公營事業機構」納入之外，在第 2 項除外人員的部分亦有不同。基準法草案第 2 條第 2 項包括：「軍職人員」、「公立學校教師」、「派用人員」、「聘用人員」、「民選地方行政首長」及「依地方制度法規定以機要人員方式進用之人員」。反觀學者建議條文，則包括：「政務人員」、「軍職人員」、「公立學校教師」及「民選公職人員」。相較之下，學者建議條文有四點不同。其一，排除政務人員；其二，不排除「派用人員」和「聘用人員」；其三，不僅排除民選地方首長，是排除所有民選公職人員；其四，不排除「依地方制度法規定以機要人員方式進用之人員」。以上四點，第 2 點、第 3 點和第 4 點值得討論。說明如下：

首先，關於第 2 點，乃學者不斷強調其立足公法上職務關係，不論進用方式的當然結論。**其次**，關於第 3 點，所謂民選公職人員，按公職人員選舉罷免法第 2 條規定：「本法所稱公職人員，指下列人員：一、中央公職人員：立法院立法委員。二、地方公職人員：直轄市議會議員、縣（市）議會議員、鄉（鎮、市）民代表會代表、直轄市山地原住民區（以下簡稱原住民區）民代表會代表、直轄市長、縣（市）長、鄉（鎮、市）長、原住民區長、村（里）長。」包括各級民意代表，以及民選地方行政首長。但民意代表，其所支領的費用並非俸給，故非公務員服務法第 24 條所稱公務員。換句話說，基準法草案雖然定為「民選地方首長」，但其實質意義與學者建議條文的「民選公職人員」相同。**最後**，關於第 4 點，基準法草案第 2 條條文說明的第七

[9] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 23。

點提到：「依地方制度法規定以機要人員方式進用之人員，其進用依據、任用資格、職務歸系、銓敘審定等，與依公務人員任用法規定及其授權訂定之『各機關機要人員進用辦法』進用之機要人員不同，不宜納入本法適用對象」乃針對二者，其一，依地方制度法第 57 條，人口在三十萬人以上之縣轄市，得置副市長一人，襄助市長處理市政，以機要人員方式進用。其二，依同法第 58 條，直轄市之區由鄉（鎮、市）改制者，改制之日之前一日仍在職之鄉（鎮、市）長由直轄市市長以機要人員方式進用為區長。儘管基準法草案以其不同於依各機關機要人員進用辦法進用的機要人員，而將其排除，但從其仍屬公務員服務法所稱公務員來看，便不難理解學者建議條文為何未將其列入除外人員。

二、現行保障法第 3 條與學者建議條文的比較

現行保障法第 3 條第 1 項與學者建議條文的第 1 項相較，在「有給專任」這個判斷要件上，除了將法條用詞調整為「支領俸（薪）給」之外，並無顯著差異。較大差別在於保障法第 3 條第 2 項的除外人員，以及同條第 1 項所謂的「法定機關」及「依法任用」，其與學者建議條文所謂的「各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）」及「擔任組織法規所定編制內職務」。茲分析如下：

（一）除外人員的範圍

現行保障法第 3 條與學者建議條文皆有第 2 項，或可稱為除外人員的規定，前者規定：「前項公務人員不包括政務人員及民選公職人員」，後者規定：「前項規定不包括政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員」。相較之下，後者多了「軍職人員」和「公立學校教師」。但其實即使現行保障法第 3 條第 2 項並未明文排除軍職人員和公立學校教師，然而，在實務上向來都將其排除在外。軍職人員被排除，乃因保障法第 3 條第 1 項所稱的依法任用，如前所述，向來被解為：「依相關公務人員任用法律規定進用者」，形同以文職人員為限。

至於公立學校教師，乃因釋字第 308 號解釋揭示：「公立學校聘任之教師不屬於公務員服務法第二十四條所稱之公務員。惟兼任學校行政職務之教師，就其兼任之行政職務，則有公務員服務法之適用」若非兼任行政，則公立學校教師即非公務員服務法第 24 條所稱公務員。保訓會於保障實務上亦如此論證，例如 101 公審決字第 0355 和 0356 號決定。可見，學者建議條文增訂「軍職人員」和「公立學校教師」，從結果上來看，並不會影響實務操作，其實際意義等於將實務見解成文化。

（二）「法定機關…及公立學校」與「各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）」

銓敘部於民國96年4月25日作成部法一字第0962741639號書函提到：「公務員服務法第24條所稱『受有俸給之文武職公務員及公營事業機關服務人員』，依司法院院解字第3486號、釋字第92號、第101號與第308號解釋，以及本部75年9月8日75台銓華參字第43193號函、86年5月9日86台法二字第1450605號書函與92年6月20日部法一字第0922259031號令解釋意旨，包括服務於行政機關及公立學校之職員（含聘用人員聘用條例及行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法進用之聘僱人員）、公立學校兼任行政職務之教師、警察、現役軍（士）官、依法令從事公務之義務役士兵、公營事業機關服務人員（含受有俸給代表民股之董事或監察人，惟不包括純勞工），以及擔任政府投資民營事業機構且受有俸給之官股董事。」[10]若從機關（構）範圍來

[10] 關於公務員服務法第 24 條所稱「公營事業機關服務人員」，在實務上歷來有二大問題。其一，乃代表民股的董事或監察人是否屬之？其二，乃純勞工身分，以及兼具公務員與勞工身分的公營事業服務人員，其於公務人員法與勞基法之間，該如何適用？關於第一個問題，亦即代表民股的董事或監察人是否屬於公營事業機關服務人員？就此，銓敘部部法一字第 0962741639 號書函將「受有俸給代表民股之董事或監察人」直接納入公務員服務法第 24 條所稱「公營事業機關服務人員」，恐怕有商榷餘地。考其變遷，首先，釋字第 24 號解釋揭示：「公營事業機關之董事、監察人及總經理，與受有俸給之文武職公務員，均適用公務員服務法之規定」；嗣後，釋字第 92 號解釋揭示：「公營事業機關服務人員均適用公務員服務法為該法第二十四條所明定，其代表民股之董事、監察人既係公營事業機關之服務人員，自亦不能除外」；再者，釋字第 101 號解釋揭示：「查公營事業機關代表民股之董事、監察人，既係公營事業機關之服務人員，依公務員服務法第二十四條之規定，自應有公務員服務法之適用。惟該條係以公營事業機關受有俸給之服務人員為限，如代表民股之董事、監察人，未受有俸給者，自無該法之適用。本院釋字第九十二號解

看，則撇開所謂『現役軍（士）官』及『依法令從事公務之義務役士兵』屬於武職人員不談，銓敘部所認定適用於公務員服務法第24條者，乃限於行政機關、公立學校和公營事業機關，與學者建議條文相吻合。但銓敘部本號函令所指，究屬列舉，抑或例示？恐怕仍有待釐清。起碼在公務員懲戒實務上向來認為有公務員服務法適用的法官[11]，其所屬司法機關即不在其中。

其實，「法定機關」與「各級行政機關、公立學校、公營事業機構」相較，主要差異有二：其一，保障法第3條第1項的「法定機關」並不包括公營事業機構；反觀學者建議條文，則明確將其納入。其二，學者建議條文的「各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）」所稱各級行政機關，解釋上包括中央與地方，但從憲法分權體制來看，其所排除者，在地方層級，固然只有議會（民意機關）；在中央層級，卻不止立法院（民意機關），也包括司法機關、監察機關與考試機關，都在排除之列。相較之下，保障法第3條第1項所稱的

釋，應予補充說明。」。其中，釋字第 24 和 92 號解釋都只憑「公營事業」即認定其董事或監察人須適用公務員服務法；釋字第 101 號解釋雖然在解釋文末加上「受有俸給」作為判斷標準，但不僅結論沒變，更糟的是，將使「俸給」和「報酬」更加混淆了。直到釋字第 305 號解釋，大法官見解出現變化，於解釋文末段指出：「依公司法第二十七條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員，與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係」轉而強調以「指派」或「任用關係」為公法關係的判斷標準。釋字第 305 號解釋所指：「其他法律逕由主管機關任用、定有官等、在公司服務之人員」，乃經依法任用並有官等之人事及會計等人員（詳請參閱吳庚，前揭註 23 書，頁 193）。據此，則代表民股的董事或監察人恐難再謂為公務員服務法第 24 條所稱公務員，前揭銓敘部部法一字第 0962741639 號書函有必要變更見解。至於第二個問題，首先，公營事業機關當中屬於純勞工身分者，銓敘部 92.6.20 部法一字第 0922259031 號令函揭示：「公務員服務法第二十四條規定：『本法於受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務人員，均適用之。』，其中所稱『公營事業機關服務人員』不含公營事業機構之純勞工。本部八十年二月二日八十臺華法一字第０五一八二六０號函、八十八年一月二十八日八八臺法二字第一七一八九二三號書函、九十年四月二十六日九十法一字第二０一五八五八號書函、九十一年三月十二日部法一字第０九一二一二０一七四號書函、九十二年二月十一日部法一字第０九二二二一五五五０號書函及本部歷次函釋與上開解釋未合部分，均自即日起停止適用。」乃變更早年見解，認為公營事業機關服務人員不包括純勞工。其次，兼具公務員與勞工身分的公營事業服務人員，其於公務人員法與勞基法之間，該如何適用？勞動基準法第 84 條規定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定。但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定」原本意在使兼具兩種身分者適用公務員法，但在實務運作下，卻演變成了可以同時適用勞基法與公務員法，情況有點混亂（詳請參閱徐筱菁，公營事業人員之法律地位－從公務員法與民營法之觀點，人文及社會科學集刊，第 13 卷第 1 期，2001 年 3 月，頁 40）。

[11] 林國賢，公務員彈劾懲戒懲處之理論與實務，公務員懲戒委員會九十年度研究發展報告，民國 90 年 11 月，頁 329。

「法定機關」、公務人員任用法施行細則第2條第2項第1款所稱的「中央政府及其所屬各機關」，乃至於公務人員基準法草案第2條所稱的「中央政府及其所屬機關」，都要比學者建議條文所稱的「各級行政機關」廣泛[12]。

就此，有二點值得說明，其一，公務人員任用法施行細則第2條第2項，乃以「機關」泛指同項第1款的「中央政府及其所屬各機關」、第2款的「地方政府及其所屬各機關」及第3款的「各級民意機關」；觀乎此三款規定，很明顯是以「民意機關」與「政府及其所屬各機關」相互分立的模式進行規定的。因此，第1款所稱「中央政府及其所屬各機關」乃針對中央層級，其所謂「政府及其所屬各機關」，範圍應該括及行政、司法、考試和監察機關。公務人員基準法草案第2條第1項所稱「各級政府機關」，按該條立法說明第3點，乃包括「中央政府及其所屬機關」、「地方政府及其所屬機關」、「各級民意機關」，以及「前開機關依組織法規所定權限及職掌設置之機構」，前三者在解釋上亦與公務人員任用法施行細則第2條第2項的情況雷同。可見，學者建議條文所採取以憲法權力機關為界的規定方式，與目前慣行依公務人員任用法施行細則第2條第2項第1款至第3款以政府與民意機關為界的規定方式不同，所導出的結論也不同。但關鍵是，目前在解釋保障法第3條所稱的法定機關時，仍是循著公務人員任用法施行細則第2條第2項的脈絡進行的。其二，學者建議條文所稱「各級行政機關」，絕大多數會從組織觀點[13]進行解釋。惟若如此，則各級民意機關、司法機關、考試機關和監察機關皆須被排除在外。相較於現行保障法第

[12] 相較於現行保障法第 3 條，以及上述學者建議條文，公務人員基準法草案第 2 條乃以接近於公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項所稱「各機關」的「各級政府機關」為要件，其範圍相對較大。見諸該草案第 2 條條文說明第 3 點指出：「第一項所稱『各級政府機關』包括中央政府及其所屬機關、地方政府及其所屬機關、各級民意機關，以及前開機關依組織法規所定權限及職掌設置之機構；所稱『公立學校』包括公立各級學校。」按其所指：機關依組織法規所定權限及職掌設置之機構，即不排除公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項所稱的公營事業機構，以及交通事業機構。

[13] 關於從組織、形式，以及實質的不同觀點解釋何謂行政，請參閱翁岳生編，行政法，臺北，翰蘆，2000 年 2 版，頁 4。

3條所稱「法定機關」，由於機關範圍限縮，將導致適用對象大幅變動，尤其法官的部分[14]。除非改從實質觀點來詮釋當中所謂的“行政”。惟若如此，卻又與通念不合，容易引發爭議。

（三）「依法任用」與「擔任組織法規所定編制內職務」

保障法第 3 條的「依法任用」，乃著眼於公務人員關係發生的方式（任用），以及其是否根據公務人員任用法等相關法令所為。至於學者建議條文的「擔任組織法規所定編制內職務」，則是藉由其中所稱“編制內”與“俸（薪）給”相互串連，彰顯應該側重於所發生的關係屬於公法上職務關係，有別於私法上勞動契約[15]。學者作此建議，其核心觀念在於：「……至於任用，與派用、聘用、僱用相同，皆僅為公法上職務關係之發生原因之一，故因各種原因而發生公法上職務關係之人員，皆應為本法適用對象，並不以任用行為為限」[16]有別於以往以進用方式為準的判斷標準。

其實，所謂「編制內」，保障法（舊）第 33 條第 3 款規定：「機關組織編制中依法聘用（任）、僱用人員」曾將與「編制內」概念接近的「編制中」定為準用對象的判斷要件，但於民國 92 年修法時刪除了。因此，就法言法，在保障法的領域裡，只剩第 3 條第 1 項末有「及公立學校編制內」這個概念了。其於實務操作上，其主要是用來判斷員工所領取者究屬俸給抑或薪酬[17]，徵諸銓敘部於 75 年 9 月 8 日（75）臺銓華參字第 43193 號函揭示：「『公務員服務法』第二十四條規定：『本法於受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務人員均適用之。』司法院院解字第三一五九號解釋謂『本條所稱

[14] 此從法官法施行細則第 26 條規定：「本法第四十七條第一項第二款、第三款職務案件，於本法施行前已合法提起申訴、再申訴或復審者，於本法施行後，依下列規定辦理：一、申訴程序尚未終結：視同已依本法第五十三條提出異議，受理申訴機關應將案件改依異議程序進行。二、再申訴或復審程序尚未終結：視同已依本法第五十三條提出異議，公務人員保障暨培訓委員會應將案件移送至司法院或職務監督權人所屬機關，改依異議程序進行。三、程序已終結：法官如對申訴復函或復審決定不服，得逕向職務法庭起訴。」亦可證明法官長期以來都被肯定為保障法的適用對象。

[15] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 94。

[16] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 94。

[17] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 10。

之俸給，不僅指現行文官官等官俸表所定級俸而言，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之，又同條所稱之俸給，不以由國家開支者為限，國家公務員之俸給由縣市或鄉鎮自治經費內開支者，亦包括在內』。又『行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法』第二條第二項訂有『約僱人員之僱用以年度計畫中已列有預算或經專案呈准者為限』，『行政院暨所屬各級機關聘用人員注意事項』中亦有『各機關約聘人員於年度編制概算....』之規定。綜上所述，聘僱人員既為受有俸給之文職人員，自應受『公務員服務法』第十四條規定之約束，不得兼任鄉、鎮、縣轄市民代表。」乃以“各機關聘用人員於年度編制概算時...”為據，認定聘用人員為受有俸給之文職人員，仍為公務員服務法第 24 條所稱公務員。銓敘部整個論述脈絡可以簡化為：編制內→俸給→公務員服務法第 24 條。據此，吾人若謂所謂「公法上職務關係」乃以公務員服務法的適用為指標[18]，則所謂「編制內」，即不失為公法上職務關係的判斷指標。

三、小結：打破既有格局？抑或僅使定義臻於明確？

是否採取學者建議條文，首先要確定的，毋寧是是否打破現行保障法既有區分適用對象與準用對象的格局。對此，自然會有肯定與否定見解。從建議條文將公營事業機構人員納入定義範圍，即可得知其採取肯定說，乃有意大破大立，全盤性地進行調整。至於其論述基礎，乃以彰顯公法上職務關係的公務員服務法為本[19]。因此，公務員服務法第 24 條所稱公務員，便成為其參考座標。若用數學公式表示，保障法的現況是：「公務員服務法第 24 條－軍職人員－政務人員－民選公職人員=保障法第3條的適用對象+第102條第3、4款的準用對象」。相較之下，學者建議條文便是：「公務員服務法第 24 條－軍職人員－政務人員－民選公職人員=保障法的適用對象」。

其具體作法有二：其一，將保障法第 102 條第 3 款的「公營事業機構」明文納入保障法第 3 條；其二，將保障法第 3 條所稱「依法任

[18] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 11。
[19] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 11。

用」改為「擔任組織法規所定編制內職務」，期能將現行保障法第 102 條第 4 款的人員納入射程。惟學者建議條文定為「各級行政機關」，恐怕值得商榷（詳如後述）。不僅如此，由於所謂「公法上職務關係」在內涵上並不十分確定[20]，作為義務面基本規範的公務員服務法，其第 24 條所定義的公務員範圍相當廣泛，不僅自身存在不少問題，例如文武不分，而且套用到以常業文官為主要保障對象的保障法上，也必須斟酌再三，七折八扣，例如政務人員、民選公職人員，即須予以排除。以其為參考座標，恐怕象徵意義居高。

有鑑於此，本文對於學者建議條文，具體看法如下：

（一）不宜改為「各級行政機關」

關於學者建議將現行保障法第 3 條第 1 項改為「各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）」，姑且不論是否將「公營事業機構」納入，若採學者建議條文所定的「各級行政機關」，則相較於現行保障法第 3 條第 1 項的「法定機關」，行政機關以外的各級民意機關，以及司法、考試和監察機關中實際從事行政職務的常務人員都將被排除在外；不僅如此，法官亦復如是。對於現況影響甚深，更迭甚大。儘管學者建議條文是以公務員服務法為藍本所勾勒者，但恐非其全貌。尤其法官的部分，國內向來肯認其有公務員服務法的適用，同時，在保障實務上亦許其提起保障程序。如今，雖然依法官法第 47 條第 1 項第 2 款、第 53 條，其不服司法院所為「撤銷任用資格」、「免職」、「停止職務」、「解職」、「轉任法官以外職務」或「調動」等職務處分，須先向司法院提出異議，仍有不服，再依同法第 54 條第 3 項，向職務法庭起訴，但是法官法第 47 條第 1 項第 2 款所列舉的職務處分以外者，其符合保障法第 25 條（例如公法上財產請求）或

[20] 大法官解釋使用此概念，精確來說，有二種：「公法上職務關係」與「公法上之職務關係」，前者分別有釋字第 396 號解釋文（關於公務員懲戒）、433 號解釋理由書（關於公務員懲戒）、618 號解釋文（關於原大陸地區人民來臺定居後的服公職基本權）和 637 號解釋理由書（關於公務員服務法的旋轉門條款）；後者分別有釋字第 395 號解釋理由書（公務員憲法上保障之權利，雖基於公法上之職務關係，在其職務上服從義務範圍內，受有相當之限制。）、430 號解釋文（關於軍人訴願）、433 號解釋文（關於公務員懲戒）和 596 號解釋理由書（關於公務人員退休）。歸納言之，按釋字第 433 號解釋於解釋文和解釋理由書交錯出現這二個概念，證明大法官並無意區分之，此其一。主要運用在事關公務員懲戒與公務員服務法的案件上，此其二。

第 77 條時，仍得提起復審或申訴、再申訴。[21]

本文認為，學者以公務員服務法，乃至於公法上職務關係為本所草擬的建議條文，為求明確化，將「法定機關」修改為「各級行政機關、公立學校、公營事業機構」，立意良善，但因與保障法制現況（主要有三：其一，保障法第 102 條將公營事業機構人員定為準用對象；其二，目前慣於依公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項的體例來解釋保障法第 3 條第 1 項所稱的法定機關；其三，現階段適用於公務人員服務法的，並不限於「各級行政機關」、「公立學校」、「公營事業機構」的常任人員）落差過大，尤其限縮到“各級行政機關”的部分，最有必要審慎考慮。要改善保障法第 3 條所稱「法定機關」概念抽象、模糊不清的問題，最好還是參考公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項的模式進行修正。但即使維持「法定機關」不變，亦非不得從解釋論著手，循著公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項的路徑進行解釋，獲致相同結論。但若直接限縮到所謂「各級行政機關」，恐怕是矯枉過正了。

（二）「依法任用」或可明確化為「依公務人員任用法律任用」

至於將「依法任用」修改為「擔任組織法規所定編制內職務」，乃刻意將判斷要件的立論基礎從公務人員任用法轉移到公法上職務

[21] 民國 100 年 7 月 6 日公布的法官法第 47 條第 1 項規定：「司法院設職務法庭，審理下列事項：一、法官懲戒之事項。 二、法官不服撤銷任用資格、免職、停止職務、解職、轉任法官以外職務或調動之事項。三、職務監督影響法官審判獨立之事項。四、其他依法律應由職務法庭管轄之事項。」其中第 2 款之事項，按同法第 53 條第 1 項規定：「法官不服司法院所為撤銷任用資格、免職、停止職務、解職、轉任法官以外職務或調動等職務處分，應於收受人事令翌日起三十日內，以書面附具理由向司法院提出異議」乃設有異議程序。但因為有些法官於法官法施行前，已經依法提起申訴、再申訴或復審，故須有個規定，將其過渡到異議程序去，所以法官法施行細則第 26 條規定：「本法第四十七條第一項第二款、第三款職務案件，於本法施行前已合法提起申訴、再申訴或復審者，於本法施行後，依下列規定辦理：一、申訴程序尚未終結：視同已依本法第五十三條提出異議，受理申訴機關應將案件改依異議程序進行。二、再申訴或復審程序尚未終結：視同已依本法第五十三條提出異議，公務人員保障暨培訓委員會應將案件移送至司法院或職務監督權人所屬機關，改依異議程序進行。三、程序已終結：法官如對申訴復函或復審決定不服，得逕向職務法庭起訴。」、第 27 條規定：「本法施行前已繫屬於行政法院之本法第四十七條第一項第二款、第三款職務案件，仍由行政法院依行政訴訟法審理。其上訴、抗告者，亦同」。但須指出，即使在法制上發生以上異動，但在法官法第 47 條第 1 項第 2 款所定不服撤銷任用資格、免職、停止職務、解職、轉任法官以外職務或調動以外的事項，法官仍非不得依保障法提起相關保障程序。

關係，以及公務員服務法。但按理來說，人事制度若設計得當，規範體系足夠嚴謹，本不生此轉移空間。畢竟分官設事（ex.中央政府機關總員額法、公務人員任用法§6）；羅織人才（ex.公務人員任用法）；維護官箴（ex.公務員服務法），各個環節間必須首尾相連、前後呼應。若以現行人事法令來說，也就是作為組織編制（員額控制）、公務人員關係發生依據的公務人員任用法，必須與維護官箴、具體化公法上職務關係的公務員服務法，乃至於公務人員俸給法，環環相扣。[22]觀乎學理上之公務員概念，亦是將「須經任用程序」與「發生公法上職務關係」並列[23]。惟此終究是理想，現行公務員服務法與公務人員任用法在規範對象上存有差距是事實。公務人員任用法施行細則第 2 條第 1 項規定：「本法所稱公務人員，指各機關組織法規中，除政務人員及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員。」趨近於常業文官，乃最狹義的公務人員；相較之下，公務員服務法第 24 條規定：「本法於受有俸給之文武職公務員及其他公營事業機關服務人員，均適用之。」屬於廣義的公務員。[24]在這二部法律未整合前，保障法也只能按自身需要而進行調整。

本文認為，著眼於權益保障，公務員服務法體現公法上職務關係中義務面的具體內容，相較於公務人員任用法規定公務人員關係發生的方式，毋寧更符合保障法的需要。學者建議將「依法任用」修改為「擔任組織法規所定編制內職務」在思維上相當值得肯定。但在技術上必須打破保障法現有適用對象與準用對象的格局，將部分準用對象融入適用對象，在修法幅度上是比較大的。是否有其他腹案？亦值得評估。換句話說，學者建議條文將保障法連結到公務員服務法，擴大適用對象後，再以公法上職務關係為基礎，決定準用對象；相較於此，亦非不得以公務人員任用法為據，立足其所發生的常業文官（常務人員）的公法上職務關係，然後再以其為基礎，決定準用對象。因為如

[22] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 22。
[23] 吳庚，行政法之理論與實用，臺北，三民，2015 年 2 月，增訂 13 版，頁 191-192。
[24] 同前註書，頁 193-194。

前所述,所謂公法上職務關係並不十分確定,乃常業文官(常務人員)、政務人員、民選公職人員,乃至於公營事業人員,所共同堆疊起來的。保障法選擇以常業文官的公法上職務關係為適用對象,然後再按事物本質決定準用對象,並無不可。何況現階段實務見解,如前所述,對於保障法第 3 條第 1 項所稱「依法任用」,乃解為:「係指依相關公務人員任用法律規定進用者而言」並不限於依公務人員任用法任用者,其依公務人員任用法第 32 和 34 條授權所制定的法律而進用者,亦屬之。不但法源不限於公務人員任用法本身,而且在方式上亦不以『任用』為限,已經放大到所謂『進用』了。可見,如果礙於學者建議條文將打破保障法既有適用對象與準用對象的格局,修法幅度過大,那麼也可以考慮在不打破既有格局的前提下,使其定義臻於明確化,將「依法任用」改為「依公務人員任用法律任用」。如此,在適用對象與準用對象的總和上,無論採哪個版本的修正條文都是相同的。

第二節　準用對象與其同類性取決標準

至於所謂準用對象，乃保障法第 102 條所定的五款人員。惟所謂準用，須該所擬適用之法律事實與該引據之規範所擬規制的事實具有同類的情形[25]（同類性），據此，則保障法第 102 條所定的五款人員按理皆須與同法第 3 條所定者具有同類性，即使各款的同類性取決標準未必相同。但是否如此，殊有必要逐款檢視。

壹、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

教育人員任用條例於民國 74 年 5 月 1 日公布時，其第 21 條第 1 項明定：「學校職員之任用資格……應經學校行政人員考試及格或經高普考試相當類科考試及格。」。本項於 79 年 12 月 9 日修正公布，規定：「學校職員之任用資格，除技術人員、主計人員、人事人員及本條例施行前已遴用之各類學校現任職員，分別適用各該原有關法令之規定外，應經學校行政人員考試及格，或經高普考試相當類科考試及格」。本項條文當中『本條例施行前已遴用之各類學校現任職員，分別適用各該原有關法令之規定』曾有是否違反憲法第85條的疑慮，但經釋字第 278 號解釋作成合憲宣告。惟至 83 年 7 月 1 日，教育人員任用條例第 21 條第 2 項修正，規定：「本條例施行前已遴用之學校編制內現任職員，其任用資格適用原有關法令規定，並得在各學校間調任」增加『並得在各學校間調任』的規定，但不久即被釋字第 405 號解釋宣告違反憲法第 85 條了。綜觀釋字第 278 和 405 號解釋，對於教育人員任用條例制定前已進用未具任用資格之職員，乃認定其不具任用資格，無法辦理銓敘審查，並非依法任用者，惟其任職的權益仍有保障之必要，但以留在原進用學校為前提。於此前提下，儘管並非依法任用者，但其法律關係與教育人員任用條例公佈施行後所進用具有任用資格者類似，皆為公法上職務關係，公務員服務法有其適用，故列為準用對象。

[25] 李惠宗，案例式法學方法論，臺北，新學林，2014 年 9 月 2 版，頁 239。

貳、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員

第 102 條第 2 款乃民國 92 年修法時所增訂，其立法理由為：「教育人員任用條例公佈施行後，有私立學校因捐贈而改制為公立學校，為保障其留用人員，爰並依教育部八十八年年十二月十七日台八八人二字第八八一六〇三四二號函之意旨，增訂第二款規定」[26]足見在修法之前，教育部即擴張解釋舊法第 33 條第 1 款，將該等留用人員解為準用對象。惟此畢竟為解釋論的操作，為免爭議，乃於 92 年修法時增訂之。按私立學校職員原非具有任用資格者，惟當私立學校改制為公立學校時，其留用人員若未循學校行政人員考試或高普考試相當類科考試及格者，仍無法取得任用資格。惟其法律關係與教育人員任用條例公佈施行後所進用具有任用資格者類似，情況雷同於前揭第 102 條第 1 款，乃將其列為準用對象。

參、公營事業依法任用之人員

一、公營事業之型態

所謂公營事業，指由各級政府設置或控有過半數股份，以從事私經濟活動為目的之組織體[27]。其經營型態依公營事業移轉民營條例第 3 條，計有三類：(1) 各級政府獨資或合營之事業；(2) 依事業組織特別法之規定，由政府與人民合資經營之事業；(3)依公司法之規定，由政府與人民合資經營而政府資本超過百分之五十以上之事業。公營事業由國家設置或控股者，按國營事業管理法第 3 條，稱國營事業；由地方自治團體設置或控股者，則稱市營、縣（市）營事業。國營事業，尚得依其所屬部會分為三者，包括交通部所屬事業、經濟部所屬事業與財政部所屬事業。

二、依法任用之意涵

[26] 公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法修正條文對照表（民國 92 年），資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日 2015/8/20。
[27] 吳庚，前揭註 23 書，頁 156。

（一）本款立法意旨與實務見解

本款修法理由有謂：「……又行政機關之編制內公務人員，通常均須依相關公務人員任用法律所定程序，送經銓敘機關銓敘審定，始成為依法任用之正式公務人員，則公營事業之從業人員得納入準用對象範圍者，於認定上，自以依相關公務人員任用法律或依該等法律授權之法規命令進用者為限，不宜將『依法任用』之人員，任意擴張其範圍，爰併為說明。」[28]乃將任用所依之法限於二者：其一，相關公務人員任用法律；其二，該等法律授權訂定的法規命令。分別說明如下：

1、依相關公務人員任用法律任用

所謂依法任用，若按前揭修法說明將認定標準放寬到“以依相關公務人員任用法律或依該等法律授權之法規命令進用者為限”，但公營事業人員的任用，除有交通事業人員任用條例提供特別法依據外，其他的公營事業人員便無針對性的專法作為依據。至於有無相關公務人員任用法律所授權訂定的法規命令？以及能否符合保障法第 102 條第 3 款所稱的依法任用？值得分析。

2、依相關公務人員任用法律所授權訂定的法規命令

茲分國營事業與市營、縣（市）營事業說明如下：

（1）國營事業

在國營事業的部分，目前僅有交通部所屬事業有上述交通事業人員任用條例提供其法律位階的依據。至於經濟部與財政部所屬事業機構，其現況如下：

A、經濟部所屬事業機構

原先僅有職權命令位階的「經濟部所屬事業機構人事管理準則」

[28] 公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法修正條文對照表（民國 92 年），資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日 2015/8/20。

[29]，但於 104 年 7 月 17 日已經廢止，取而代之的是「經濟部所屬事業機構人員進用辦法」，乃經濟部另以 100 年 12 月 28 日修正的國營事業管理法第 33 條為授權基礎，於 104 年 5 月 22 日公布的。其屬性毋寧為法規命令。惟此有下列二點值得說明：

其一，國營事業管理法第 33 條規定：「國營事業人員之進用、考核、退休、撫卹、資遣及其他人事管理事項，除法律另有規定外，由國營事業主管機關擬訂辦法，報請行政院核定」所稱『進用』與公務人員任用法第 33 條後段所稱『任用』在字面上有所差異，其含意是否相容？值得探討。如果相容，則國營事業管理法第 33 條即符合所謂「相關公務人員任用法律」。蓋依國內通說，乃以「進用」為上位概念，將「任用」、「遴用」、「派任」、「聘任」、「聘用」以及「雇用」解為進用的方式[30]。據此，則公營事業除了以私法方式執行行政任務，並以私法關係進用的人員，與私人企業的職員並無不同[31]之外，其他人員，無論其以「任用」、「遴用」、「派用」抑或「聘用」的方式進用，仍與公務人員任用法第 33 條將公營事業人員的任用與行政公務人員（常任文官）相提並論的立法意旨不相抵觸。換句話說，在非以私法關係進用的範圍內，國營事業管理法第 33 條所稱進用與公務人員任用法第 33 條所稱任用仍屬相容，乃符合所謂「相關公務人員任用法律」。其就進用事項授權主管機關制定辦法，亦符合所謂「相關公務人員任用法律所授權訂定的法規命令」。

其二，觀乎經濟部所屬事業機構人員進用辦法第 3 條，以及第 5 條第 2、3、4 項，除董事長及總經理外，經濟部所屬事業機構人員分為四種：「派用人員」、「約聘人員」、「僱用人員」與「約僱人員」。其中，「僱用人員」與「約僱人員」依本辦法第 5 條第 5 項後段，乃純勞工身分；「派用人員」與「約聘人員」依本辦法第 5 條第 5 項前段，乃公務員兼具勞工身分。前二者依本辦法第 8、9、15 和 30 條，乃適

[29] 李建良，前揭註 1 研究報告，頁 107-108。
[30] 陳敏，行政法總論，臺北，自版，2013 年 9 月 8 版，頁 1077。
[31] 同前註書，頁 1066-1067。

用勞動基準法（尤其終止勞動契約），屬於私法關係，與私人企業的職員並無不同。後二者，亦即派用人員與約聘人員，乃兼具公務員與勞工二種身分，其具公務員身分的面向，仍屬公法上職務關係，與公務人員任用法第 33 條的立意相合，不失為「依相關公務人員任用法律所授權訂定的法規命令」任用者。

B、財政部所屬事業機構

至於財政部所屬事業，截至目前為止，仍只有職權命令位階的「財政部所屬國營金融保險事業機構人事管理準則」。對此，保訓會 97 公審決字第 0247 號決定指出：「上開保障法第 102 條第 3 款所稱之『依法任用』，自應作相同解釋，即以依法律任用者為限。目前部分公營事業仍未制定任用法律，僅以內部行政規章進用人員，該等公營事業從業人員因非依據法律而任用，即非屬保障法第 102 條第 3 款所稱之依法任用之人員，有關其權益之爭執，無保障法之適用或準用，自不得依保障法所定之程序請求救濟」明確指出以職權命令（內部行政規章）為任用基礎的國營事業機構人員不符合保障法第 102 條第 3 款的依法任用。

（2）市營、縣（市）營事業

在市營、縣（市）營事業的部分，過去尚有省營，皆適用「臺灣地區省（市）營事業機構人員遴用暫行辦法」。但由於精省，省營事業已經改隸屬於中央目的事業主管機關[32]；至於台北、高雄兩市，本仍適用前揭辦法[33]，但高雄市業於 90 年 7 月 30 日廢止之[34]。惟此並不包括交通事業人員，蓋交通事業人員任用條例第 12 條前段規定：「公營交通事業人員之任用，準用本條例之規定」乃使交通事業人員任用條例準用於市營、縣（市）營交通事業。值得注意的是，前揭辦

[32] 依臺灣省政府功能業務與組織調整暫行條例（業於民國 94 年 12 月 31 日屆期失效）第 4 條第 3 項規定：「本省省營事業及投資事業，改由中央目的事業主管機關管理。各該事業移轉民營前，其員工仍用原省營事業之人事法令。」。

[33] 徐有守，考銓制度，臺北，商務，2007 年，頁 341-342。

[34] 詳請參閱 http://www.rootlaw.com.tw/LawHistory.aspx?LawID=B240140020001000-0900730，最後瀏覽日 2015/8/20。

法屬性為職權命令，並無法源依據[35]。而且，釋字第 557 號解釋揭示：「行政院於中華民國四十九年十二月一日以台四十九人字第六七一九號令，准許已退休人員得暫時續住現住宿舍，俟退休人員居住房屋問題處理辦法公布後再行處理。繼於五十六年十月十二日以台五十六人字第八○五三號令，將上開令文所稱退休人員限於依法任用並依公務人員退休法辦理退休之公務人員為其適用範圍。又於七十四年五月十八日以台七十四人政肆字第一四九二七號函稱：對於事務管理規則修正前配住宿舍，而於該規則修正後退休之人員准予續住至宿舍處理時為止等語，並未改變前述函令關於退休人員適用範圍之涵義。台灣省菸酒公賣局為公營事業機構，其職員之任用非依公務人員任用法，其退休亦非依公務人員退休法辦理，自非行政院台四十九人字第六七一九號令及台七十四人政肆字第一四九二七號函適用之對象」認定依本辦法任用的臺灣省菸酒公賣局的職員並非依法任用者。

（二）學說見解

相較於實務上採取相對嚴格的解釋，學者主張：「按依公務人員任用法第 33 條之規定，公營事業人員之任用應以法律定之，目前除交通事業人員外，其他公營事業人員並未依據法律任用，固有法制不備之處，然而，這種法制上之缺失不應由公務人員承受不利之後果，而所謂『依法任用』，就其可能文義而言，並非一定要解釋為依據形式意義之法律任用，而容許不同之解釋。再者，即使所謂『依法任用』解釋為依據法律任用，未依法任用至多應只影響任用之合法性，而不影響其有效性。此等人員既經任用而處於公法上職務關係，須承擔特殊之義務，即應相應地給予特別的保障。因此，似宜將此等人員納入公務人員保障法之保障範圍。」[36]乃立足於公法上職務關係與權益保障，認為即使依內部行政規章而任用者，仍屬依法任用。

---

[35] 考試院，文官制度與專技考試詞彙，資料取得 http://www.exam.gov.tw/cp.asp?xItem=12636&ctNode=684&mp=1，最後瀏覽日 2015/8/20。

[36] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 14-16。相同見解，請參閱李建良，前揭註 1 研究報告，頁 108。

三、本款同類性的取決標準

本款相較於本法第 3 條，其共同點在於二者都強調依法任用；不同點在於組織型態。本法第 3 條將組織型態限於「法定機關」與「公立學校」，本款則是針對「公營事業機構」。我國的公營事業機構儘管是以私法方式執行行政任務，惟於現行法制下，其人事行政事項受行政法規之羈束幾乎與行政機關無異[37]。準此，則其被列為準用人員，其同類性的取決標準從形式上來看，乃是以公務人員任用法第 33 條為依據的依法任用；從實質上來看，乃是公務人員任用法第 33 條、交通事業人員任用條例，以及國營事業管理法第 33 條暨其授權訂定的法規命令所共同型塑的公法上職務關係。至於市營、縣（市）營事業機構從業人員，則亦須在上述脈絡下取決之。

肆、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員

保障法（舊）第 33 條第 3 款原本規定：「機關組織編制中依法聘用（任）、僱用人員」。本款於民國 92 年修正時，改列為保障法第 102 條第 4 款，規定：「各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員」。後者相較於前者，有二個主要轉變，其一，不再以「組織編制中」為要件；其二，準用人員種類從「聘用（任）」與「僱用」二種，增加到「派用」、「聘用」、「聘任」、「僱用」或「留用」五種。茲說明如下：

一、是否仍限於組織編制中？

（一）修法理由與現階段實務見解

關於 92 年修法刪除「組織編制中」，其說明指出：「按現行條文第三款係將聘僱人員限於機關『組織編制中』者，方列為保障之準用對象，惟因各機關之聘僱人員中，有為機關組織編制中所明列者，有為非屬機關組織編中明列者，造成同屬依相關法律或法律授權之命令進用者，如依聘用人員聘用條例聘用之人員，其有者受本法保障，有

[37] 吳庚，前揭註 23 書，頁 157。

者不受保障，實有不平，且造成實務上之困擾，為使經依相關法律或法律授權命令進用之人員均能準用本法之保障規定，爰予刪除『組織編制中』之要件，款次並改為第四款」。

保訓會於修法後也配合作成公保字第 0920007619 號令，揭示：「按公務人員保障法第 102 條第 4 款規定，各機關依法僱用人員，準用本法之規定。基於本法所保障之對象係具公務人員身分或準公務人員身分，並與機關間成立公法上職務關係，故本款所稱依法僱用人員，除須同時具備下列二要件：（一）須為各機關僱用之人員。（二）須依據相關法律或法律授權之法規命令所進用者外，尚須與機關間成立公法上職務關係者」[38]已經排除了「組織編制中」這項要件。但於審理實務上，保訓會卻仍以「組織編制中」為審查要件。例如 97 公審決字第 0190 號決定面對中央研究院約僱技術員，乃於第二點理由中指出：「……茲以中央研究院組織法及該院組織規程並無約僱技術員之編制，復以該院約聘僱人員處理原則並非基於公務人員相關任用法律授權，而係中央研究院本諸職權所訂定之規定，是復審人並非保障法第 3 條所稱依法任用之公務人員，亦非屬同法第 102 條第 4 款所稱各機關依據法律或法律授權之法規命令所僱用之人員，核非保障法之保障對象，有關其權益之爭執，自無法依保障法之規定請求救濟，爰其向本會提起復審，於法未合，應不予受理」仍以「組織編制中」為要件，是否符合修法意旨？不無商榷餘地。

（二）組織編制之判斷與規範目的

其實，是否於組織編制中，須視各機關的組織法規（組織法、組織通則、組織自治條例、組織規程、組織準則），以及組織編制表而定，保訓會於 90 年 9 月 21 日作成公保字第 9005601 號函，亦如此解讀。關於組織編制，所牽涉的法令相當多[39]。舉其要者，包括「中央

[38] 考試院，全國人事法規釋例，資料取得 http://weblaw.exam.gov.tw/SorderContent.aspx?SOID=91381，最後瀏覽日：2015/9/7。

[39] 考試院，建國一百年國家考試暨文官制度，民國 102 年 1 月 16 日，頁 221-222。資料取得 http://www.exam.gov.tw/cp.asp?xItem=17381&ctNode=1131&mp=1，最後瀏覽日 2015/9/9。

政府機關總員額法」、「公務人員任用法」及「各機關職稱及官等職等配置準則」。其中，中央政府機關總員額法第 6 條第 1 項規定：「機關組織除以法律定其職稱、官等、職等及員額者外，應依公務人員任用法第六條規定，就其職責程度、業務性質及機關層級，依職務列等表，妥適配置各官等職等之人員，訂定編制表」、公務人員任用法第 6 條第 3 項規定：「各機關組織除以法律定其職稱、官等、職等及員額者外，應依其業務性質就其適用之職務列等表選置職稱，並妥適配置各官等、職等職務，訂定編制表，函送考試院核備」可謂通則性的規定。公務人員任用法第 6 條第 3 項，乃民國 91 年增訂，並於 97 年稍加修正成為現行條文。所謂各機關，依據公務人員任用法第 6 條第 4 項所授權公布的「各機關職稱及官等職等配置準則」的第 2 條，乃包括各機關（構）及公立學校。其除非有法律已經明定其職稱、官等、職等及員額，否則，即須按該準則訂定組織編制表。

凡此，按中央政府機關總員額法第 1 條，乃以「管理中央政府機關員額」、「增進員額調配彈性」、「提升用人效能」為目的。換句話說，組織編制乃是在提升用人效能的目標下，對於各機關的分官設事、員額進行總量管制。藉此，尚得連結預算監督，使公帑都能花在刀口上。但計畫永遠趕不上變化，行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法第 2 條第 1 項第 2 款即容許各機關因辦理臨時新增業務，在新增員額未核定前，僱用約僱人員，惟須以所任工作係相當分類職位公務人員第五職等以下之臨時性工作，而本機關確無適當人員可資擔任者為限。可見，僱用人員並非不得超出組織編制。主要關鍵在於預算編列，誠如同辦法第 2 條第 2 項規定：「前項約僱人員之僱用以年度計畫中已列有預算或經專案呈准者為限」。

（三）本文見解：本款準用對象不該限於組織編制中

相較之下，所謂依法任用（或者派用、聘用、聘任、僱用），其所依之法，主要係指公務人員任用法及其所授權制定的特別法，以及法規命令。該等法令，誠如公務人員任用法第 2 條末段所定，乃以「人

與事之適切配合」為宗旨，其相較於組織編制以機關員額的總量管制為規範標的，乃以個別公務人員的進用為規範對象。不僅規範宗旨與對象不同，綜觀公務人員任用法令，並未有將「組織編制中」列為積極資格，抑或進用行為的成立或者生效要件者；逾越組織編制進用者，其進用行為亦不因此罹於瑕疵。可見，是否在組織編制中並不會影響法律關係的發生、存續、內容與消滅。據此，其權益保障機制自然也不該以此為要件。保訓會必須忠於修法意旨，調整現階段實務作法。

二、本款各種人員之法制定位與現況

本款增訂為五種人員，92 年修法理由指出：「另為配合修正條文第三條刪除派用人員之適用對象規定，改列為本款之準用對象範圍；又聘用與聘任，其性質尚有差別，爰將本款之聘用（任），拆解為聘用、聘任，以資區分；又有關各機關未具任用資格之人員，於機關組織變革時，於組織法規中常有留用之舉，該等留用之人員亦均有執行公務之職權及負義務，該等人員實亦應列入本法之保障對象，爰亦予增列準用。」除更精確地區分每種人員外，更強調該等人員均有執行公務之職權並且負擔義務。茲分別說明各種人員的法制定位與現況如下：

（一）派用人員

1、派用人員派用條例之廢止

民國 104 年 6 月 17 日，總統公布公務人員任用法第 36 之 1 條，其第 1 項規定：「派用人員派用條例（以下簡稱派用條例）廢止後，原依派用條例銓敘審定有案之現職人員，依下列規定辦理：一、臨時機關派用人員：（一）具所敘官等職等任用資格者，改依本法或原適用之任用法規任用。（二）未具所敘官等職等任用資格者，於派用條例廢止之日起九年內，得適用原派用條例及其施行細則繼續派用，並自派用條例廢止滿九年之翌日起，留任原職稱原官等之職務至離職時為止。二、臨時專任職務派用人員，於派用條例廢止之日起九年內，

得適用原派用條例等相關規定繼續派用至派用期限屆滿時為止，並自派用條例廢止滿九年之翌日起，留任原職稱原官等之職務至派用期限屆滿時為止。派用期限屆滿不予延長時，應辦理退休或資遣。但機關基於業務需要，認有延長之必要，得酌予延長，每次不得逾三年。三、派用條例廢止前已由派用機關改制為任用機關，依各該組織法規留任或繼續派用之派用人員，仍依原有之組織法規辦理。」。為配合第 36 之 1 條的增訂，同法第 36 條亦修正為：「各機關以契約定期聘用之專業或技術人員，其聘用另以法律定之」相較於前，所謂派用人員，已經不復見於本條規定。

2、過渡期間之派用人員保障

（1）過渡措施

觀乎公務人員任用法第 36 之 1 條，其於廢止派用人員派用條例的同時，亦定有過渡條款。整體來說，從今往後，派用人員即將進入盤整階段，其一，其屬於臨時機關中具有任用資格者，將改依公務人員任用法或者以公務人員任用法第 32、33 或 35 條為基礎所制定的特別法任用之。其二，其不具有任用資格者，得於 9 年的過渡期間內適用原來的派用人員派用條例暨其施行細則繼續派用，所謂繼續派用，並不排除陞遷[40]；於此 9 年過渡期間屆滿後，該等派用人員可以留任原職稱原官等之職務，到離職為止。隨著公務人員任用法第 36 之 1 條廢止派用人員派用條例，未來，保障法第 102 條第 4 款所稱之派用人員也將逐漸在法定的 9 年過渡期間經過後，走入歷史。從中，也意味著民國 92 年修法將派用人員從適用對象移到準用對象是否符合法理？將不再有爭論[41]必要。未來，隨著過渡期間經過，保障法第 102

[40] 過渡期間之所以定為 9 年，銓敘部於考試院審查報告中指出：「若以本年 7 月 1 日作為派用條例廢止生效日試算，除中央選舉委員會（以下簡稱中選會）等機關外，9 年後未符自願退休條件之派用人員僅 405 人，該等人員於過渡期間可依原規定陞遷，其後仍可繼續任職，已合理保障其權益；至過渡期間派用與任用人員陞遷比率之衡平性，則由機關首長考量。又其中臨時專任職務派用人員於 9 年過渡期滿時，僅餘 1 人未符退休條件，且其年資僅差 1 年多即符合退休條件」。詳請參閱考試院公布欄，資料取得 http://www.exam.gov.tw/cp.asp?xItem=21829&ctNode=411&mp=3，最後瀏覽日 2015/8/29。

[41] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 8。

條第 4 款當中的派用人員，亦須配合刪除。

（2）派用人員作為準用對象

以上，乃派用人員的未來。至於派用人員的現在，派用人員派用條例（廢）第 2 條規定：「派用人員之設置，以臨時機關或有限期之臨時專任職務為限，其性質、期限、職稱及員額，臨時機關應於法定組織中規定；有期限之臨時專任職務，應列入預算」、第 3 條規定：「派用人員分為簡派、薦派、委派三等；其職務等級表，準用公務人員任用法第二條之規定」整體來看，其與依公務人員任用法所任用的公務人員間其實僅有任職期間屬於臨時性抑或永業性的差別。若同屬在職期間，其身分保障並無差異。就此，保障法第 9 條前段規定：「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。」理應同等適用於派用人員，舊法原將派用人員定為適用對象，並非毫無理由。但民國 92 年修法將其移至第 102 條第 4 款，列為準用對象。

（二）聘用人員

1、機關進用聘用人員之限制

公務人員任用法第 36 條規定：「各機關以契約定期聘用之專業或技術人員，其聘用另以法律定之」據此，乃另定聘用人員聘用條例。本條例第 2 條前段規定：「各機關應業務需要，定期聘用人員」解釋上，各機關只須應業務需要便得辦理聘用，但須依同條例第3條後段，將職稱、員額、期限及報酬，應詳列預算，並列冊送銓敘部登記備查。所謂專門或技術人員，依據聘用人員聘用條例施行細則第 2、3 條，係指所具專門知識堪任發展科學技術、執行專門性之業務或專司技術性研究設計工作，而且非本機關現有人員所能擔任者。

聘用人員除了限於專業及技術人員之外，聘用人員聘用條例第 7 條第 1 項規定：「聘用人員不適用各該機關組織法規所定簡任職或薦任職各項職務之名稱，並不得兼任有職等之職務。」法條只提及簡任職與薦任職，並不包括委任職；但按行政院人事行政總局的解釋，乃

限制聘用人員不得擔任或兼任各機關組織法規（含編制表）定有職稱及官等職等之職務[42]，卻又包括委任職。就此，考試院所提出的聘用人員人事條例草案第 4 條第 1 項即明定為：「聘用人員不得擔任各機關組織法規定有職稱及官等、職等（級別）之職務。」乃將上開行政院人事行政總局的解釋成文化。除了不得擔任或者兼任各機關有職稱及官等職等之職務之外，依聘用人員聘用條例第 7 條第 2 項，聘用人員亦不得充任各機關法定主管職位。

2、聘用行為的法律性質

所謂「聘用」，依公務人員任用法第 36 條，乃明文規定為契約關係。至於該契約之性質為何？在實務界，最高法院 40 年台上字第 1027 號判決，乃認定此種契約屬公法關係。但行政法院 51 年裁字第 49 號判決卻認定其為私法契約。行政法院採取私法關係的見解，將導致以「任用」以外的方式進用的人員全被排除在公法上職務關係之外。但在學界，陳敏教授，即認為所謂「聘任」或「聘用」，性質上應該屬於行政契約[43]。

3、聘用人員屬於公務員服務法之規範對象？

聘用人員聘用條例第 6 條規定：「聘用人員不適用俸給法、退休法及撫卹法之規定；其在約聘期間病故或因公死亡者，得酌給撫慰金」足見聘用人員所領取的並非俸給，乃是報酬[44]。公務員服務法第 24 條規定：「本法於受有俸給之文武職公務員及其他公營事業機關服務人員，均適用之」乃以受有俸給之文武職公務員及其他公營事業機關服務人員為規範對象，按文義解釋，聘用人員所領取者既非俸給，則其非屬公務員服務法所規範者。但司法院 35 年院解字第 3159 號解釋有謂：「公務員服務法第二十四條所稱之俸給，不僅指現行文官官等官俸表所定級俸而言，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之。又同

[42] 行政院人事行政總局，前揭註彙編，頁 66。
[43] 陳敏，前揭註 30 書，頁 1077。
[44] 行政院人事行政總局，常用聘僱法規釋例彙編，民國 101 年 9 月，頁 66。資料取得 http://203.64.161.7/~acc/notice/101_acc116.pdf，最後瀏覽日 2015/8/29。

條所稱之俸給，不以由國家預算內開支者為限，國家公務員之俸給由縣市或鄉鎮自治經費內開支者亦包括在內」乃將俸給解為超出公務人員俸給法[45]，包括其他法令所定國家公務員之俸給。至於何謂『其他法令所定國家公務員之俸給』？按銓敘部 75 年 9 月 8 日（75）臺銓華參字第 43193 號函所示，乃以行政院暨所屬各級機關聘用人員注意事項第 4 點：「各機關聘用人員於年度編制概算時…」為據，認定聘用人員為受有俸給之文職人員，仍為公務員服務法所規範者。

（三）聘任人員

1、聘任人員的定義

所謂聘任人員，有學者以此為聘用人員與雇用人員的上位概念，而謂其係以契約定期或不定期雇用之公務人員[46]。但實務上係指依教育人員任用條例聘任的社會教育機構專業人員及學術研究機構研究人員，以及依其他法令聘任之人員[47]。所謂依其他法令聘任的人員，例如：依國立海洋生物博物館編制表所聘任的研究員、副研究員、助理研究員或研究助理，以及依中央研究院組織法、中央研究院研究所組織規程所聘任的研究員、副研究員、助理研究員或研究助理。至於教育人員任用條例所謂的教育人員，其第 2 條明定：「本條例所稱教育人員為各公立各級學校校長、教師、職員、運動教練，社會教育機構專業人員及各級主管教育行政機關所屬學術研究機構（以下簡稱學術研究機構）研究人員」其中，除職員是以任用方式進用之外，其他皆屬聘任。

2、公立國民中、小學校長亦屬以聘任進用者

必須釐清的，是公立國民小學校長與中等學校校長。國內學者有將其解為以任用方式進用者[48]，但衡諸民國 88 年修訂後的國民教育法，

[45] 解釋文中所謂官等官俸表，後來被公務人員俸給法所取代。詳請參閱游鉦添，公務員概念與體系之檢討，輔大法研所碩士論文，1992 年，頁 113。
[46] 陳敏，前揭註 30 書，頁 1074。
[47] 陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 12。
[48] 游鉦添，前揭註 45 碩士論文，頁 162；陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 12。

乃將國民中小學校長從所謂「甄選派任」改為「遴選聘任」[49]，並於100年底修正教育人員任用條例，將其第23和24條所規定的國小校長和中等學校校長的任用程序加以刪除。現行國民教育法第9條第3項前段規定：「縣（市）立國民中、小學校長，由縣（市）政府組織遴選委員會就公開甄選、儲訓之合格人員、任期屆滿或連任任期已達二分之一以上之現職校長或曾任校長人員中遴選後聘任之」、第4項規定：「直轄市立國民中、小學校長，由直轄市政府教育局組織遴選委員會就公開甄選、儲訓之合格人員、任期屆滿或連任任期已達二分之一以上之現職校長或曾任校長人員中遴選後，報請直轄市政府聘任之」只踐行：「遴選→聘任」二道程序；相較於依民國74年所公布的教育人員任用條例第27條，須踐行：「審查資格→公開甄選→儲訓考核（及格後）→列冊候用→正式分發派任」五道程序，顯有不同。而且往昔所謂正式分發派任，仍凸顯行為的單方性，與任用行為屬性接近，相較於聘任傾向雙方性，亦有所不同。因此，本文傾向認為教育人員任用條例所規範的教育人員中，國民中、小學校長亦屬以聘任進用者。

3、以聘任進用的教育人員是否皆屬準用對象？

公立學校職員，乃保障法第3條所明定的適用對象，固無疑義，但其他以聘任方式進用的教育人員是否皆屬保障法第102條第4款的準用對象？保訓會86年5月23日公保字第01116號函指出：「各級公立學校編制內人員中，僅『職員』始有公務人員保障法之適用或準用」。惟此函示，恐有商榷餘地。說明如下：

（1）公立學校教師並非準用對象

關於公立學校教師，釋字第308號解釋指出：「公立學校聘任之教師不屬於公務員服務法第二十四條所稱之公務員。惟兼任學校行政

[49] 陳宗民，國民中小學校長遴選制度之探討─以苗栗為例，玄奘大學公共事務管理學系在職專班碩士論文，2010年，頁19-40；李敦義，國民中小學校長遴選制度之研究，政治大學教育學系碩士論文，2000年，頁49-74。

職務之教師，就其兼任之行政職務，則有公務員服務法之適用」教師未兼任行政職務者，即無須適用公務員服務法。本於公教分途，將教師排除於公務人員保障程序之外，相當合理。保訓會在實務上亦如此處理，例如 101 公審決字第 0355 和 0356 號決定。值得贊同。

（2）各級公立學校校長？

首先，關於國民中、小學校長，國民教育法第 9 條第 1 項前段規定：「國民小學及國民中學各置校長一人，綜理校務，應為專任」乃賦予校長專任行政職務，按釋字第 308 號解釋，公務員服務法有其適用，許其進入保障程序，毋寧有其必要性。但保訓會在實務上卻非如此處理，例如 101 公審決字第 0337 號決定卻指出：「該條例就各級公立學校校長、教師及職員之任用資格，分別於第 4 條至第 21 條加以規定，顯示各級公立學校校長及教師均非公立學校職員。據上說明，各級公立學校校長及教師非屬保障法第 3 條第 1 項或第 102 條第 1 款所稱之『公立學校職員』，尚無從適用或準用保障法，有關其權益爭執，自不得依保障法所定之程序請求救濟」。101 公審決字第 0336、0272、0227、0226、0225、0224 號決定，皆秉斯旨，不無商榷餘地。**其次**，公立專科以上學校校長，按前揭釋字第 308 號解釋，公務員服務法亦有其適用，許其進入保障程序，同樣有其必要性[50]。但按前揭保訓會實務見解，恐怕無法如願。

或有認為公立學校校長大多具有教師身分，按教師法第九章，已經有提供其救濟途徑，而且教師法第 33 條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」乃採取申訴與訴願並行的優厚設計。但本研究認為，公立學校校長依據釋字第 308 號解釋，乃是有公務員服務法的適用，其義務內容，以及義務違反的後果，與教師顯有不同。按教師法第 17 條所定有關教師的義務，儘管同樣

[50] 相同見解，請參閱陳耀祥主持，前揭註 7 研究報告，頁 48。但須指出，同樣這份研究成果報告，在第 12 頁卻指出：「至於專科以上學校校長，係以聘任方式進用，與一般教師並無不同，故其應與一般教師相同排除於公務人員保障法保障範圍之外。」似有自相矛盾之處。

趨於抽象，但與公務員服務法仍有明顯差別；次按教師法第 14 條，對於解聘與不續聘訂有較為嚴格的處分要件，與公務人員考績法第 12 條第 3 項所定的免職要件，仍有不同；再按教師法第 18 條，對於違反義務者，也僅規定：「各聘任學校應交教師評審委員會評議後，由學校依有關法令規定處理」所謂依有關法令處理，本於公教分途，也必不致於沿用公務人員相關法令。因此，本研究認為，儘管容許公立學校校長得進入保障程序，可能使得救濟程序稍顯複雜，但就法言法，其擔任校長既然被大法官解讀為適用於公務員服務法的公法上職務關係，其相應的配套措施便須同時到位。

（3）社會教育機構專業人員及各級主管教育行政機關所屬學術研究機構研究人員

對於社會教育機構專業人員及各級主管教育行政機關所屬學術研究機構研究人員，銓敘部 84.5.9（84）台中法四字第 1127887 號函指出：「社會教育機構專業人員及學術研究機構研究人員，依同條例施行細則第 4、5 條規定，係比照教師職等支薪，惟非屬公立學校之教師，其工作性質與教師亦有所不同，且有採『聘任』、『任用』雙軌制者，其在社教機構、研究機構之身分與其他人員尚無顯著不同。據此，該等人員仍有公務員服務法之適用。」乃肯定其與教師不同，仍適用公務員服務法。相較於此，保訓會在面對國立海洋生物博物館助理研究員所提起的再申訴案時，於 96 公申決字第 0490 號決定理由中提到：「茲以機關聘任人員係基於聘約內容執行職務，與各機關間成立之聘約關係，性質上屬公法上契約」僅以其聘約關係屬於公法上契約，並未提及是否適用公務員服務法的問題，即肯定其得提起申訴、再申訴。兩相連結，可謂因其有公務員服務法的適用而謂其屬於公法上契約關係，乃保障法第 102 條第 4 款所稱的聘任人員。

（四）、僱用人員

所謂僱用人員，乃依行政院所頒佈的「行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法」進用者；之所以稱『僱用人員』，不稱『約僱人員』，乃

比照上述『派用』、『聘用』及『聘任』，皆以進用方式為界定基礎。本辦法第 2 條第 1 項規定：「約僱人員之僱用以所任工作係相當分類職位公務人員第五職等以下之臨時性工作，而本機關確無適當人員可資擔任者為限，其範圍如左：一、訂有期限之臨時性機關所需人員。二、因辦理臨時新增業務，在新增員額未核定前所需人員。三、因辦理有關機關委託或委辦之定期性事務所需人員。四、因辦理季節性或定期性簡易工作所需人員。」；同條第 2 項尚且規定：「前項約僱人員之僱用以年度計畫中已列有預算或經專案呈准者為限，約僱人員不得擔任或兼任主管職位。」。

除上述僱用人員外，與其屬性相近的尚有所謂雇員。公務人員任用法第 37 條規定：「Ⅰ.雇員管理規則，由考試院定之。Ⅱ.前項規則適用至中華民國八十六年十二月三十一日止。期限屆滿仍在職之雇員，得繼續僱用至離職為止。Ⅲ. 本條文修正施行後，各機關不得新進雇員。」隨著雇員管理規則於民國 86 年 12 月 31 日走入歷史，對於此後仍在職的雇員，銓敘部另行發佈「現職雇員管理要點」，自 87 年 1 月 1 日起適用之。觀乎本要點第 3、4 和 5 點，現職雇員有諸多比照公務人員的地方，尤其第 6 點後段明文規定：「公務員服務法各規定，於雇員適用之」，現職雇員屬於公法上職務關係，可謂於法有據。

至於保障法第 102 條第 4 款所稱依法僱用人員，保訓會於 92 年 11 月 24 日作成公保字第 0920007619 號令，提出具體的判斷基準有三：其一，須為各機關僱用之人員；其二，須依相關法律或法律授權之法規命令所進用者；其三，須與機關間成立公法上職務關係者。惟因前揭「行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法」乃行政院本於職權所訂定者，並非依據法律授權所訂定的法規命令，所以保訓會認為依本辦法所進用的僱用人員並非本款準用對象[51]。相較之下，銓敘部於 75 年 9 月 8 日（75）臺銓華參字第 43193 號函，乃以行政院所屬機關約僱人員僱用辦法第 2 條第 2 項規定：「約僱人員之僱用以年度計畫中

[51] 保訓會 94 公審決字第 0095 號決定，請參照。

已列有預算或經專案呈准者為限」為據，認定僱用人員所領取者仍屬俸給，乃受有俸給之文職人員，仍為公務員服務法第 24 條所稱公務員。兩相對照，僱用人員負擔公法上的義務，卻無緣進入保障程序，顯得頗不平衡。

（五）、各機關依法留用人員

相較於本法第 102 條第 2 款因私立學校改制為公立學校的留用人員，以及第 12 條第 1 項因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而其具有考試及格或銓敘合格資格的留用人員，本款所稱留用人員毋寧限於不具任用資格的派用人員、聘用人員、聘任人員與僱用人員。觀乎民國 92 年修法說明指出：「有關各機關未具任用資格之人員，於機關組織變革時，於組織法規中常有留用之舉，該等留用之人員亦均有執行公務之職權及負義務，該等人員實亦應列入本法之保障對象，爰亦予增列準用。」即可明瞭。又，其須因機關組織變革，並且有組織法規提供依據者，方得予以留任。各機關職稱及官等職等員額配置準則第 11 條規定：「各機關組織法規或編制表修正後，如有需予留用人員，應於編制表中明定其留用職稱」。

伍、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或訓練之人員

本款乃民國 92 年修法時所增訂，其理由為：「經考試錄取占機關編制職缺參加學習或訓練人員，雖仍未依法任用，惟其於該期間仍有執行公務之行為，為保障其權益，爰增列第五款準用本法規定。」也就是說，考試錄取人員在占缺訓練中，其公法上職務關係雖然尚未正式生效，但已經有執行公務的行為。不僅如此，銓敘部 82.7.9.（82）臺華法一字第 0868706 號函指出：「公務人員高普考試錄取人員訓練期間，依『公務人員考試法』第二十一條及『公務人員高等暨普通考試訓練辦法』第十三條規定，尚未完成考試程序，因此，除原依『公務人員任用法』規定已具分配訓練職缺之任用資格，並依該公務人員任用法辦理任用者審查外，自非該法所稱之公務人員。惟受訓人員依

『公務人員高等暨普通考試訓練辦法』第十四條規定，均得發給津貼，似宜視為『公務員服務法』所稱之公務員，以資規範。」[52]其亦負有公務員服務法的相關義務，儼然立於『準』公法上職務關係，則將其定為準用對象，自屬正當。

但時至今日，乃有修法當時所未發生的占缺訓練與未占缺訓練的問題發生。考試院於 102 年 7 月 11 日所召開的院會中通過 101 年 12 月 6 日及 102 年 6 月 20 日二次召開審查會所審查通過的審查報告，其重點有二：其一，**實施未占缺訓練之推動期程**：第 1 階段之特考部分（用人機關與申報考試機關有隸屬關係之特考），預計於 103 年 8 月 31 日前推動；至第 1 階段高普初考（含用人機關與申辦考試機關無隸屬關係之特考）及第 2 階段，牽涉層面較廣，為期周妥，將就其相關推動期程、法制研修及配套措施等，再行深入研議。**其二，占缺與未占缺訓練人員之權利義務衡平**：為使占缺與未占缺訓練人員權益趨於一致，銓敘部於 102 年 7 月公告，自 103 年度之考試起，停止適用占缺與未占缺訓練兩者權益不一致之函釋；考選部則配合於各項考試報名應考須知內載明，俾利應考人有充足時間了解；另公務人員保障暨培訓委員會並配合研修公務人員考試錄取人員訓練辦法，刪除第 27 條有關占缺訓練人員得參加公教人員保險之規定。

從所考試院院會所通過的審查會結論可知，銓敘部於 102 年 7 月公告，自 103 年度之考試起，停止適用占缺與未占缺訓練兩者權益不一致之函釋；不但如此，保訓會亦將配合研修公務人員考試錄取人員訓練辦法，刪除其第 27 條有關占缺訓練人員得參加公教人員保險之規定（公務人員考試錄取人員訓練辦法第 27 條規定：「占缺訓練人員訓練期間，得比照用人機關（構）學校現職人員支給婚、喪、生育、子女教育補助，及比照用人機關（構）學校現職人員撫卹相關規定之標準支給遺族撫慰金，並參加全民健康保險、一般保險。前項一般保險之給付項目及支給標準，由保訓會會商相關機關定之。所需經費由

[52] 考試院，全國人事法規釋例，資料取得 http://weblaw.exam.gov.tw/SorderContent.aspx?SOID=87590，最後瀏覽日：2015/10/3。

各用人機關（構）學校編列預算支應。」)。既然占缺與未占缺訓練權益將歸一致，則現行公務人員保障法第 102 條第 5 款即有配合修正的必要。

第三節　本章結論

壹、保障法第 3 條的修正建議

根據本章第一節的討論，學者建議修改為：「本法所稱公務人員，係指於各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員。前項規定不包括政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員。」除了所稱「各級行政機關」仍有商榷餘地之外，其他部分值得贊同。但在條文的具體設計上可有三種版本：

一、版本 1

本文具體建議將保障法第 3 條修改為：「本法所稱公務人員，係指於各級政府機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員。前項規定不包括政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員。」令適用對象完整體現公務員服務法所設定的公法上職務關係。必須強調，現行保障法第 3 條第 1 項所稱「法定機關」即使不修改為「各級政府機關」也無不可；透過解釋論的操作，仍可獲致相同結論。惟若採此版本，則現行保障法第 102 條第 3 的「公營事業依法任用之人員」和第 4 款的「各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員」即須配合刪除。

二、版本 2

若鑑於版本 1 必須同時調整現行保障法第 102 條第 3、4 款，修法幅度過大，則可以考慮將公營事業人員繼續留在保障法第 102 條第 3 款的準用對象，只將第 102 條第 4 款的人員併入適用對象，將保障法第 3 條修改為：「本法所稱公務人員，係指於各級政府機關及公立學校擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員。前項規定不包括政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員。」這個版本與公務人員基準法草案第 2 條在第 1 項的部分是相同的。

但須指出，基準法草案第 2 條第 2 項規定：「前項規定不包括軍職人員、公立學校教師、派用人員、聘用人員及民選地方行政首長及

依地方制度法規定以機要人員方式進用之人員」除外人員範圍較大。其中，派用人員，乃鑑於其屬於臨時機關或者臨時專任職；聘用人員，乃鑑於其屬於以契約定期聘用的專業或技術人員；依地方制度法規定以機要人員方式進用之人員，乃因其進用依據、任用資格、職務歸系、銓敘審定等，與依公務人員任用法規定及其授權訂定之「各機關機要人員進用辦法」進用之機要人員不同[53]，所以皆被基準法草案排除於常任文官（常務人員）之外。惟此三者目前皆屬公務員服務法的所稱的公務員，立於公法上勤務關係，若保障法以此為準，則無須列為除外人員。

三、版本 3

若堅持完全不改變保障法既有適用對象與準用對象的格局，可以考慮修改為：「本法所稱公務人員，係指各級政府機關（構）及公立學校依公務人員任用法律任用之有給專任人員。」。就此，必須指出二點：其一，所謂「依公務人員任用法律任用」，乃包括依公務人員任用法，以及依其第 32 及 33 條授權制定的法律任用者。其二，所謂「各級政府機關（構）」，如本章第一節所述，其解釋須循公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項的脈絡進行，從結果論，乃與現階段實務對於保障法第 3 條第 1 項所稱「法定機關」接近。因此，即使維持現行保障法第 3 條第 1 項所稱「法定機關」亦無不可。但須注意，在國家與地方自治團體以外尚有其他公法人，例如行政法人。是否一體納入？恐怕須視各該法令規定而定，無法一概而論。如本章第一節所述，例如行政法人，若以公務人員任用法施行細則第 2 條第 2 項第 7 款所稱的「其他依法組織之機關」解之，則形同令其重回公務人員法體系，恐怕有違行政法人法第 20 及 21 條的立法意旨。但從保障法的角度出發，則或許可以考慮原則納入，於各該法令有自外於公務人員法體系

[53] 考試院，公務人員基準法草案第 2 條條文說明第六點、第七點，資料取得 http://weblaw.exam.gov.tw/Attachment/Draft/15/%E5%85%AC%E5%8B%99%E4%BA%BA%E5%93%A1%E5%9F%BA%E6%BA%96%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E9%80%90%E6%A2%9D%E8%AA%AA%E6%98%8E.pdf，最後瀏覽日 2015/9/12。

的特別要求時，以特別法優於普通法的解釋方法例外排除之。因此，修正條文可以定為「各級政府機關（構）」或「法定機關（構）」。

貳、保障法第 102 條的修正

現行保障法第 102 條的五款準用人員中，於本章第二節的耙梳下不難看出較有爭議的，是集中在第 3 至 5 款。其中第 3 款的「公營事業依法任用之人員」，姑且不談是否以公務員服務法為基礎，改弦更張併入保障法第 3 條適用對象的問題，目前較多爭議出現在其所稱「依法任用」的認定上。解決之道，除須由國營事業主管機關依管理法第 33 條就人事管理事項擬訂辦法，報請行政院核定外，尚須保訓會調整實務見解。

有必要透過修法解決的，是第 4 款的「各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員」，以及第 5 款的「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或訓練之人員」。茲分別提出修法版本如下：

一、第 102 條第 4 款建議修正為「各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員，但公立學校教師未兼任行政職者除外。」

根據本章第二節的說明，本款所面臨的問題，除了派用人員即將走入歷史，已經處於過渡時期，討論實益不大之外，主要是聘任人員。問題在於同為教育人員任用條例第 2 條所規定的人員，除了公立學校職員屬於依法任用之外，目前有的可以提起，有的不得提起保障程序。不但如此，其得否之間，判斷標準無從拿捏。其中，公立學校教師基於公教分途，確實不適合留在公務人員體系內，但各級公立學校校長目前仍被拒於保障程序之外，與釋字第 308 號解釋揭示：「惟兼任學校行政職務之教師，就其兼任之行政職務，則有公務員服務法之適用」明顯相左，有必要予以修正。因此，本文建議於現行保障法第 102 條第 4 款末加上但書，明確規定僅有未兼任行政職者，方不屬於準用對象。

二、第 102 條第 5 款建議修正為「應各種公務人員考試錄取，參加學習或訓練之人員」

公務人員考試錄取人員訓練辦法第 4 條規定：「本訓練得以受訓人員經分配各用人機關（構）學校占編制職缺訓練（以下簡稱占缺訓練），或未占編制職缺訓練（以下簡稱未占缺訓練）方式行之」。考試院將逐年擴大實施考試錄取人員，未占缺訓練制度列為既定政策，為保障未占缺人員之權益，有必要配套於保障法第 102 條第 5 款將其增列為準用對象。執此，該款規定建議修正為「應各種公務人員考試錄取，參加學習或訓練之人員。」不再如現行條文，侷限於「占法定機關、公立學校編制職缺」者。

第四章　現行公務人員保障法實體保障事項之檢視

壹、序言

公務人員保障法（以下簡稱保障法）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。」，同時於第 2 章設有 16 個條文（第 9 至 24 條），試圖將保障內容規定得更具體些。從體系上來講，第 9-13 條是配合第 2 條所稱身分和官職等級的；第 14、15 條是配合俸給的；第 16、18、19、22、23 條對稱於舊法第 12、10、11、13、14 條，按保訓會早年見解，乃是配合第 2 條所稱的工作條件的[1]。但以上實體保障項目仍有諸多問題亟待釐清，茲分二大主軸來說：

其一，就保障法的個別規定來說，其抽象性與不穩定性頗高，舉二個例子：第一，相較於本法第 9-15 條有關身分以及公法上財產請求的規定，在保訓會的復審實務上，其實體保障態樣毋寧更為多樣。第二，工作條件與管理措施作為申訴、再申訴之標的，由於保訓會向來限縮所謂工作條件的解釋，放寬所謂管理措施的解釋，包括考列丙等、記過、申誡、職務調動、升遷、回任等事件，都是以管理措施為名提起申訴的，相形之下，也使得管理措施的範圍處於浮動狀態，較不確定。為求精進，第 10 與 11 條有關停職與復職；第 12 條在機關裁撤、組織變更或者業務緊縮下，相關公務人員的權利保障；第 21 條第 2 項關於公務人員因公傷殘死亡而發放慰問金的制度；第 22 條關於公務人員因公涉訟輔助制度，業經學者研究，並且提出修法計畫[2]，值得參考。除此之外，即仍有探討空間。

其二，就保障法的總體規定來說，首先，對於公務人員的實體保障是否已經全部到位，完全周延了？其次，其與諸如公務人員任用法、公務人員俸給法、公務人員訓練進修法等個別公務人員法的實體保障

[1] 八六公申決字第００一一號決定，請參照。

[2] 盛子龍主持，公務人員保障法實體保障項目之檢討與發展，保訓會委託研究報告，民國96年12月，頁1-3。

項目如何搭配，或者分工？另外，其與歷來大法官解釋本於服公職基本權所揭示的權利保障態樣如何銜接？再者，其與保障法區分復審與申訴、再申訴的程序分野之間，有無內定連結？最後，保障法第 9-24 條所規定者，全部皆屬法律上的權利？

凡此，從民國 92 年保障法大幅修正，並且實際操作至今，隨著公務人員權利保障思維的轉變、個別公務人員法令的陸續修正，乃至於保障法本身存在的價值，以及其以行政處分為基礎，劃分復審與申訴、再申訴，並且只許復審決定進入司法審查的建置遭到合憲性的質疑，在檢討保障程序的設計之餘，也將使得實體保障項目一併被拿出來檢視。

貳、保障法規定實體保障項目的立法用意

一、概說－保障法的定位

保障法第 1 條規定：「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」乃將自身定位為特別法[3]，有關公務人員權益保障的事項，首先必須適用保障法；保障法沒有規定時，方得適用其他法律，實體規定如此，程序規定亦復如是。就此，必須強調下列二點：

（一）從實體保障的特別法到實體與程序保障的特別法

考試院原本提交立法院審議的公務人員保障法草案的第 1 條規定：「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、工作條件、官職等級、俸給、福利等有關權益之保障，適用本法之規定。本法未規定者，適用其他有關法律之規定。」[4]足見所謂“本法未規定者，適用其他有關法律之規定”原本是放在草案第 2 條的後段。之所以改放到第 1 條後段，乃是直到三讀程序，黃國鐘委員建議：「第一條條文後段增加『本法未規定者，適用其他有關法

[3] 公務人員保障暨培訓委員會，公務人保障法百問，頁1，資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/542-3056%5CDocuments/%E4%BF%9D%E9%9A%9C%E6%B3%95%E7%99%BE%E5%95%8F-.pdf，最後瀏覽日：2015/1125。

[4] 立法院公報，第84卷，第36期，民國84年6月14日，頁364。

律之規定。』亦即將第二條條文後段移到第一條條文後段。」並經院會無異議通過後[5]，才調整到第 1 條後段的。從此，整部保障法不論實體抑或程序，都位居特別法。也就是說，只要涉及公務人員權益保障，不管程序抑或實體，則只要保障法有規定，其他法令即須退讓，沒有適用餘地。

（二）保障法為公務人員權益保障的基本法？

保障法雖然不像「教育基本法」或者「科學技術基本法」直接以“基本法”為名，但其第 1 條的立法體例與行政執行法第 1 條相同，廖義男老師將此定性為基本法[6]。惟其所謂“基本法”意涵為何，有必要予以釐清。蓋按中央法規標準法第 2 條，法律名稱限於法、律、條例或通則，並無“基本法”這個名稱。總體來說，其意涵的可能選項有三：其一，作為同類事項共通適用規定的“通則”，抑或憲法第 108 條第 1 條第 1 款的“通則”；其二，憲法增修條文第 3 條第 3 項所稱的“準則性之規定”；其三，類似作為勞動條件最低標準的勞動“基準法”。

承上，憲法所謂的“通則”與“準則性之規定”都偏向涉及政府分權的「框架法」[7]，與此所謂的基本法無關，也不可能單純只是作為同類事項共通適用規定的“通則”。至於所謂的“基準法”，以最

---

[5] 立法院公報，第85卷第43期，民國85年9月25日，頁293-294。

[6] 1986年行政院函請立法院審議之「行政執行法修正草案」，其第1條原規定：「行政執行，依本法之規定。但法律另有規定者，從其規定」，將行政執行法之位階規定為普通法，依此設計，則其他行政法規中有關公法上金錢給付之義務，移送法院強制執行之規定，將仍居特別法之地位而優先適用，將使行政執行法經修正後仍無法充分擴大適用，受到立法委員之強烈批評，並因而擱置該修正草案之繼續審議。迫使行政院撤回前送審議之「行政執行法修正草案」，而重行提出「行政執行法重行修正草案」，其第1條改為確立行政執行法為行政執行之基本法之意旨（詳請參閱廖義男，行政執行法簡介，台灣本土法學雜誌，第8期，2000年3月，頁1-2）。除此之外，立法委員黃爾璇在保障法三讀時，亦明確主張：「...保障法之目的即在綜合性、概括性的立法。依此情況來看，憲法條文中有關考試院職權部分，有一條文表面上是在規定考試院之職權，事實上已列舉欲制定之公務員相關法律項目，其中有『保障』之規定，我們以此名詞來訂定一綜合性法律，即保障之基本法。我們必須把一切保障項目予以歸納，即像公務人員保障法第二條條文涵蓋『公務人員身分、工作條件、官職等級、俸給、福利』加以綜合立法，以界定『保障』一詞之內涵，每一內涵下尚可分別訂定特別法，如福利條例等。」（詳請參閱立法院公報，第84卷第62期，民國84年12月24日，頁198）。

[7] 蘇永欽，基本法怎麼個基本法？，收於走入新世紀的憲政主義，台北，元照，2002年10月，頁408。

典型的勞動基準法所彰顯的勞動條件最低標準[8]來說，偏屬所謂的「下限法」[9]。若將其援用到公務人員來，則儘管就雙方得以約定更為優厚的勞動條件來說，與公法上職務關係鮮少被解為契約，當事人無從另行約定的現況固然南轅北轍，但就最低限度的權益保障來說，與大法官所揭示的國家對公務人員有維持其生活義務[10]，以及身分、公法上財產請求等服公職基本權的保障意旨並不相左。換句話說，就最低限度的權益保障來說，公務人員基準法草案即非不得與勞動基準法相提並論[11]。相形之下，若欲彰顯保障法作為公務人員最低限度權益或者基本權保障的下限法，則強調保障法為基本法（或者基準法），即有其意義。

二、保障法制定時訂定實體保障項目之原意

（一）為公務人員實體保障事項制定整體性規範

保障法於民國 84 年 5 月 31 日付諸立法院法制委員會審議時，當時考試院秘書長伍錦霖代表考試院報告立法緣起指出：「…由於我國現行人事制度，對公務人員之考試、任用、俸給、考績、退休、撫卹等事項，均已依憲法規定，制定完備之法律，分別實施；惟對公務人員之保障事項，仍未單獨立法，而分別散見於公務員服務法、公務人員任用法、公務人員俸給法、公務人員考績法等人事法律及公務員懲戒法、刑法、訴願法等法律中。為健全人事法制，加強保障公務人員權益，亟需由考試院研擬單獨之公務人員保障法，以規範公務人員保障相關事宜。」[12]足見當時有意將分散於個別公務人員法的公務人員權益保障事項統整於保障法。

此外，於法案主要內容的說明中，也開宗明義指出：「由於現行人事法制對於公務人員應受保障之實體事項，未見整體性之規範….。

---

[8] 司法院大法官釋字第494號解釋，請參照。
[9] 蘇永欽，前揭註7書，頁408。
[10] 司法院大法官釋字第575、605、658號解釋，請參照。
[11] 不同見解，請參閱蘇永欽，前揭註7書，頁408。
[12] 立法院公報，第84卷第36期，民國84年6月14日，頁339。

本法草案為改善此種情形，乃明確列舉公務人員應受保障之實體項目…」顯示當時在草擬保障法時，是抱持著為公務人員實體保障制定整體性規範的用意[13]。

（二）成文化當時大法官解釋成果

除了制定整體性規範之外，保障法制定時尚有總結釋字第 187、201、243、298、312、323、338 等號指標性大法官解釋成果，並且予以成文化的用意。誠如時任銓敘部次長的吳泰成先生於法制委員會報告時指出：「二、本草案主要內容，係配合最近大法官會議所作之相關解釋，在實體上確定公務人員之保障項目係指『身分』、『官職等級』、『工作條件』、『俸給』與『福利』等…」[14]。

（三）小結

在上述二大用意下，考試院所提出的保障法原始草案便在第 2 條、第 7 至 18 條規定了公務人員『身分保障』、『工作條件』、『官職等級』、『俸給』、『福利』等實體保障項目[15]。但因『福利』事項遭到行政院人事行政局強力反對[16]，最終並未訂入實體保障項目[17]，僅通過了第 7

---

[13] 立法院公報，第84卷第36期，民國84年6月14日，頁340。

[14] 立法院公報，第84卷第36期，民國84年6月14日，頁341。

[15] 為此，伍錦霖秘書長於報告中明確指出：「二、...又考試院與行政院於八十四年一月十日依據貴院併案審查『公務人員保障暨培訓委員會組織法草案』及『公務人力發展中心組織條例草案之決議所進行之協商結論，雖決定『福利』二字，現階段不列入公務人員保障暨培訓委員會組織法草案中，但依據大法官會議釋字第三一二號解釋，福利事項已屬公法上財產請求權之行使，且由於現行福利措施各機關辦理情形不一，未盡公平合理，納入法律規範後，始可朝公平合理之方向改善。因此，考試院於八十四年一月十二日第八屆第二０七次會議，已決定交銓敘部於半年內研訂相關法案，將福利事項加以明確規範，銓敘部現已依據上述決定正積極研辦中，為配合銓敘部上述研擬福利法案工作，並期充分保障公務人員權益，本法所列『福利』事項，建請仍予照案訂列。」極力支持將福利事項訂入保障法。詳請參閱立法院公報，第84卷第36期，民國84年6月14日，頁340。

[16] 當時人事行政局副局長許毓圃指出：「考試院依據憲法增修條文規定，制定公務人員保障法案，來保障公務人員合法權益，促進人事安定，本局原則支持，惟公務人員保障法草案第二條、第二十四條內有關『福利』二字建議刪除，又第十八條有關『福利措施』條文基於下列理由建議刪除。一、福利措施是薪資以外，為了彌補薪資偏低所採取的一種彈性大且可靈活運用之補助性給與而非法定給與，範圍難以界定，除行政院統籌規劃辦理者外，部分機關自行辦理之項目亦多，如將之列入保障範圍，日後不無互相比較要求保障之顧慮，徒增處理上之困擾，且對於目前福利措施，基於社會資源公平分配之原則，在政策上刻正逐步檢討併銷，此時納入保障範圍，實有不宜，如眷屬實物代金將在下個會計年度併銷完畢，又眷屬重病住院補助配合全民健保之實施也研究要併銷。二、考試院毛副院長與行政院徐副院長於本（八十四）年一月十日協商『公務人員保障暨培訓委員會組織法草案』獲致四項結論，其中第三項結論：『第五條有關「福利」兩字，現

至 17 條。就此，再結合保障法第 1 條定性自身為基本法、特別法，則不難推測出當時的立法思維主要是為了彰顯特別權力關係理論已經遭到修正，舉凡涉及改變身分、公法上財產請求與對於公務人員有重大影響的人事處分，從此獲得救濟途徑。制定保障法明顯具有告別特別權力關係，引領公務人員法融入人權保障思維，突破舊有法令桎梏的劃時代意義。惟此畢竟是建立在當時甫突破特別權力關係理論、大法官解釋仍然侷限於階段性成果，以及諸如公務人員考績法、公務人員任用法等個別公務人員法仍然停滯在特別權力關係理論的前提上。隨著大法官解釋不斷累積，以及個別公務人員法令陸續融入權利保障思維進行修正，保障法所賴以建立的基礎逐漸改變，其立論根據與存在意義也必須與時俱進。換句話說，在完成劃時代意義的階段性任務後，其無可避免地必須回到法律體系的常態，回歸公務人員法的總論與各論中進行詮釋。

三、民國 92 年修法時對於立法原意之微調

保障法於民國 92 年大幅修正，實體保障項目除了第 2 條增訂管理措施[18]之外，也新增第 2 章，並從原先的 11 個條文（第 7-17 條）增加到 16 個條文（第 9-24 條）。總的來說，前揭制定整體性規範的

階段尚以不列入為宜』並經考試院於本(八十四)年二月十日將協商結論函送立法院法制委員會。三、貴委員會於本（八十四）年三月二十日審查『公務人員保障暨培訓委員會組織法草案』，參照上述考試院、行政院兩院副院長協商結論，對該草案第五條有關保障處掌理事項，決議刪除『福利』二字。由於『公務人員保障暨培訓委員會組織法草案』已將『福利』二字刪除，不列入保障之範圍，因此，『公務人員保障法』第二條、第二十四條內有關『福利』二字建議刪除，又第十八條『福利措施』之條文亦建議刪除。」（詳請參閱立法院公報，第84卷第36期，民國84年6月14日，頁342。）。

[17] 其實所謂「工作條件」，在保障法進入三讀時，與所謂「福利」事項一併成為行政院人事行政局主張刪除的對象，並且獲得劉光華委員的支持，但最後在考試院代表伍錦霖秘書長的堅持，並對所謂「福利」事項作出讓步的取捨下，獲得無異議通過，最終入法。詳請參閱立法院公報，第84卷第62期，民國84年12月24日，頁193、200、201。

[18] 本文認為將所謂「管理措施」列為實體保障項目，實屬牽強。考其修法說明乃謂：「配合申訴、再申訴之標的，增列『管理措施』為保障項目」但既然是申訴、再申訴的標的，按保障法第77條第1項，乃明確規定是服務機關所為；而且，即使不看保障法第77條，單從第2條的文義上來說，大多數人也會直接將其理解為是公務人員受到服務機關所為的，稱為管理措施。殊難想像管理措施變成公務人員所能享有的，足以與同條所稱的身分、官職等級、俸給、工作條件並列的保障項目。關於修法條文說明，請參閱公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法修正條文對照表（民國92年），資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日：2015/11/24。

用意，仍然延續；反之，成文化大法官解釋的部分，除了在增訂第11條第1項規定：「受停職處分之公務人員，經依法提起救濟而撤銷原行政處分者，除得依法另為處理者外，其服務機關或其上級機關應予復職，並準用前條第二項之規定。」時有引用到釋字第368號解釋指出：「…在不違反司法院釋字第三六八號解釋意旨下，服務機關或其上級機關即應依本法對保障事件之決定所設之處理情形回復期限規定，為復職處理。」[19]之外，便幾乎沒有進展了。但須強調，儘管制定整體性規範的大方向仍然延續，但卻也露出回歸常態法律體系的總論與各論的微幅調整。分別說明如下：

（一）成文化大法官解釋的部分，幾乎停滯

惟此並不令人意外，蓋從本次修法啟動的91年3月回推到保障法所賴以起草的截至釋字第338號解釋為止的83年2月來看，大法官陸續作成有關公務人員權益保障的指標性解釋，依本文歸納，主要有：釋字第395、396、433、434、466、483、491及539號解釋。其中，釋字第395和396號主要是針對懲戒問題，秉持正當法律程序原則所為。釋字第433號解釋亦是針對懲戒問題，秉持明確性原則所為。釋字第483號解釋是針對調任問題，以制度性保障為基礎作成解釋，儘管事涉非依法定程序不得降級減俸，但（舊）保障法第14條本即予以保障。釋字491號事涉免職處分，但主要針對法律保留、明確性與正當法律程序原則所為。釋字第539號事涉法官免兼庭長，主要是援用（舊）保障法已經提供保障的官等、職等、俸給作成解釋，對於公務人員實體保障項目並未再加挹注。

比較值得注意，與公務人員實體保障有關的，是釋字第434和466號解釋。其皆涉及公務人員保險，釋字第466號解釋揭示其爭議須循行政爭訟程序，於實體保障不生影響；唯獨釋字第434號解釋揭示：「公務人員保險係國家為照顧公務人員生老病死及安養，運用保險原理而設之社會福利制度……公務人員保險法於第十六條第一項

[19]公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法修正條文對照表（民國92年），資料取得http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日：2015/11/24。

關於養老給付僅規定依法退休人員有請領之權，對於其他離職人員則未規定，與憲法第十五條保障人民財產權之意旨不符，應即檢討修正。」儘管大法官將請領養老給付的權利明確解為離職人員的財產權，但依前面述及保障法為納入福利事項而招致人事行政局強力反對的過程，也不太可能因此而重起戰端。綜觀以上解釋，亦無怪乎本次保障法修正不再出現將大法官解釋成文化的條文。

（二）制定整體性規範的部分，出現微調

儘管制定整體性規範的用意不變，新法相較於舊法，其保障項目明顯增加，但其實，也不乏有刪除的。雖然只有二處，其一，新法第 10 條為調整舊法第 8 條第 1 項用字重複而將「前經移送懲戒或」等文字予以刪除；其二，新法第 9 條將舊法第 7 條第 1 項：「具有公務人員任（派）用資格，依法任（派）用經銓敘審定合格之現職人員，取得公務人員身分。」予以刪除[20]，但後者深具意義。考其修正說明，乃謂：「現行條文第一項公務人員身分之取得，涉及公務人員之任用銓審事項，屬銓敘機關主管之公務人員任用法等規範範疇，不須於本法另作規定，爰予刪除」[21]足見本次修法已經考慮到保障法與公務人員任用法之間的搭配、分工問題，儘管保障法位居特別法，但亦非事必躬親，非凡事納入其實體保障項目，成就所謂的整體性規範不可。其與個別公務人員法之間，仍有妥善分工的必要。從中，亦可見本次修法對於制定整體性規範的用意已經出現微調的跡象。

參、保障法在實體保障規範上的合理安排

一、概說

如前所述，保障法具有基準法（或者基本法）的屬性，以規定公務人員最低限度保障為取向。就此，國家作為勤務主（employer），面對同時具有公民身分（as a citizen）的公務人員時，其最低限度保

[20]公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法修正條文對照表（民國92年），資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日：2015/11/24。
[21] 同上。

障不免緊扣憲法，以實現憲法所規定的基本權利為度。為此，保障法兼具救濟程序與實體保障的設計，除了落實憲法第 16 條，提供公務人員具體救濟途徑之外，在實體保障上，乃須以公務人員制度的基本原則（價值）[22]為依歸，在憲法第 23 條的架構下，將憲法上的各種實體基本權轉化為法律上的權利。

但由於突破特別權力關係理論是從大法官發動的，因此，包括立法院在內的各個政府部門，都長期被動地跟在大法官後面，亦步亦趨。舉凡保障法的制定、保訓會的實務操作[23]，以及行政法院的裁判[24]，都幾乎言必稱大法官釋字第 187、243、312、323、338 等號指標性解釋。問題是大法官畢竟是不告不理，受限於個案聲請的，只能階段性累積。他無法主動積極、越俎代庖，化身為制度建立者，進行全盤規劃。而且，經驗顯示，當大法官面對公務人員權益保障問題時，習於以憲法第 18 條為解釋基礎[25]，以致於至今仍限於服公職基本權有比較具體的闡釋。因此，當保障法承接大法官解釋所揭示的身分、官等與級俸等內容予以成文化時，其實際效果等於是將憲法服公職基本權的具體內容法律化，其整理與宣示的意義居高。立法者整理、宣示大法官解釋並且予以成文化，固無不可，惟以法律規定憲法上的權利，除

---

[22] 關於公務人員制度的基本原則，國內學者主要有二種作法。其一，自行建立指導原則。例如吳庚老師在早年提出的公務員基準法草案中便明確列出：「民主原則」、「效能原則」、「法治原則」和「生存照顧及人道精神」四大原則（詳請參閱行政院發展考核委員會編印，公務員基準法之研究，台北，民國79年4月，頁15-17）。其二，直接引用德國基本法第33條第5項所稱「傳統職業公務員制度之基本原則」的解釋成果。例如林明鏘老師便列出：「終身事業原則」、「忠誠原則」、「照顧原則」、「情事變更調整原則」、「功績原則」、「禁止罷工原則」及「中立原則」（詳請參閱林明鏘，憲政改革與公務員制度－與德國法之比較研究，收於公務員法研究（一），台北，學林，2000年，頁12-20）。至於美國法所謂「功績原則（merit system）」，請參閱徐崑明，論公務人員的憲法權利－借鑑美國憲法之理論與實務，政大法研所博士論文，2011年11月，頁38-42。

[23] 公務人員保障暨培訓委員會，公務人保障法百問，頁30，資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/542-3056%5CDocuments/%E4%BF%9D%E9%9A%9C%E6%B3%95%E7%99%BE%E5%95%8F-.pdf，最後瀏覽日：2015/1125。

[24] 例如最高行政法院97年度裁字第4195號裁定指出：「再參照司法院釋字第187號、第201號、第243號、第266號、第298號、第312號、第323號、第338號、第430號、第483號解釋意旨，公務人員得依行政訴訟法提起救濟之情形為：(一)對於改變公務員身分關係，直接影響其服公職權利之處置，如免職處分等。(二)公法上財產請求權受到影響者，如退休金、已確定考績之考績獎金、福利互助金之請領等。(三)對於公務人員有重大影響之懲戒處分，如降低官等、降級、減俸等。」，請參照。

[25] 徐崑明，前揭註22論文，頁56-57。

了重申之外，實質意義不大。

必須強調，立法者所肩負的主要任務，以釋字第 483 號解釋所揭示的服公職基本權作為制度性保障為例，乃審議考試院依憲法增修條文第 6 條第 1 項第 2 款、第 87 條，為公務人員保障事項所提出的法案。尤其當法案內容涉及公益與個人權利，以及個人權利相互間的衝突時，其須盱衡公務人員制度的諸多基本原則，並按憲法第 23 條，使基本權的限制在合憲性的控制下，具體化為公務人員法律上的權利。至於具體化的過程有幾種可能：其一，涉及憲法基本權的限制者，必須在比例、法律保留、明確性等合憲性原則的控制下折衝；其二，涉及憲法基本權內容的形成者，立法者享有形成空間之餘，必須克盡合義務性裁量[26]；其三，不涉及憲法基本權者[27]，立法者享有形成空間，為公務人員創設法律上的權利。

二、保障法位居總論，須保持其與各論間的合理安排

儘管保障法在公務人員法中位居特別法、基準法的地位，但其相對於公務人員考績法、公務人員任用法等個別公務人員法，仍是立於總論（則）的地位。立法者固非不得將其所認定為公務人員最低限度保障的權益全部都規定在保障法，加大其高舉揚棄特別權力關係大纛的象徵意義。惟此等宣示邁向新里程，略帶過渡時期色彩的規範必須適可而止，否則，不斷膨脹下去，將使整體公務人員法顯得頭重腳輕，與常態性的法律體系相去太遠。換句話說，有些最低限度保障的權利若與個別公務人員法關係較為密切，即不須刻意地再放到保障法來。

[26] 蘇永欽，立法裁量與司法審查，收於收於走入新世紀的憲政主義，台北，元照，2002年10月，頁56。

[27] 在我國區分「憲法上的權利」與「法律上的權利」是否有其實益，在學說上有不同見解。否定說基於二點理由認為在我國實務上區分實益不大：其一，憲法上權利設有概括保障條款，亦即憲法第22條；其二，人民聲請憲法解釋是審級救濟的「續行」程序，甚少主張自己因確定終局判決而權利受害之當事人，認定其權利非憲法所保障之對象者（詳請參閱吳庚，行政法之理論與實用，臺北，自版，2005年8月，頁155）。反之，肯定說也有二點理由：其一，法律上的權利雖然經常是立法者將憲法上的權利具體化的結果，但也有超出的，超出的部分除了尊重各種憲法原則之外，是隨時可以限制、剝奪的；其二，並非所有立法者創設的權利都是符合憲法第22條的要件，受其保障的（詳請參閱林孟楠，論外國人的國際遷徙自由，政大法研所碩士論文，2004年7月，頁30-31）。本文認為正反兩說的衝突並不嚴重，否定說取向於實務，肯定說偏向於理論。從憲政實務來說，否定說確實說明了現況，爭議不大。

蓋保障法第 1 條後段規定：「本法未規定者，適用其他有關法律之規定」乃意味著即使保障法沒規定，但個別公務人員法有規定者，也將會順理成章地適用的。並不是非訂到保障法不可。有鑑於此，當我們在檢視與完善保障法的實體保障項目時，即須心存總論與各論的體系思維，盡量將有個別性的規定放到各論，有共通性的規定放到總論，保持常態性的法律體系。

三、現行保障法關於實體保障項目的規範類型

（一）以保訓會保障處執掌事項為分類標準

若以保障法第 2 條，以及公務人員保障暨培訓委員會組織法第 2 條第 2 款為準，則現行保障法第 2 章的實體保障項目，約可類型化為五：其一，第 9-13 條是配合所謂「身分」和「官職等級」；其二，第 14、15 條是配合所謂「俸給」；其三，第 16、18、19、20 條是配合所謂「工作條件」；其四，第 21、22、23、24 條是配合所謂「其他公法上財產權」；其五，第 17 條所規定的服從義務很難納入上述四大類型，只好獨自列為其他類型。其中，第一、二和四類可謂是承接大法官解釋之成果者。相較之下，後第三和五類偏屬立法形成。其中，工作條件或可解為具有制度性保障功能的服公職基本權的立法形成，惟第 16、18、19、20 條所規定者是否屬於法律上的權利，則有待商榷餘地。至於服從義務，或可解為以公務員制度作為基本權限制的憲法依據[28]，由立法者折衝個人權利與公益所形成的具體義務。

（二）以保障法位居公務人員法總論的體系地位為分類標準

吾人若不採上述分類標準，則尚得循本文前揭分析，按保障法承接大法官所作成的憲法解釋，以及其位居公務人員法總論的統合地位，約可分為下列三種：

1、宣示意義居高者

如前所述，乃直接將大法官解釋所曾揭示過的服公職基本權的具體內容入法。例如釋字第 243 號解釋所揭示的身分、釋字第 323、338

[28] 張桐銳，公務員與基本權，中原財經法學，第18期，2007年6月，頁26-28。

號解釋所揭示的官等與級俸所欲呈現的官職等級與俸給，以及釋字第483號解釋所揭示的非經法定程序，不得降級或減俸，其訂入現行保障法第2、9、14條的意義，比較是宣示性的效果。就像與俸給同為公法上財產請求的退休金，迭經釋字第187、201與575號解釋提及，但卻始終未訂入保障法，亦未導致公務人員無從主張。

2、期使既有實體保障項目更趨周延者

例如保障法第15條即有周延同法第2條所稱俸給，以及公務人員俸給法當中所稱加給保障的用意，其實，若將保障法第15條移到公務人員俸給法亦無不可。以現階段公務人員俸給法仍無此條規定來說，保障法第15條自有存在價值。又例如保障法第17條的服從義務，公務員服務法第2條規定：「長官就其監督範圍以內所發命令，屬官有服從之義務。但屬官對於長官所發命令，如有意見，得隨時陳述。」對於服從義務原有規定，惟其對於作為部屬的公務人員稍嫌責任過重，因此，乃增訂保障法第17條予以周延。若將本條訂於公務員服務法，亦無不可。

其實，若單純以總論（或者總則）的角色來定位保障法，則其規定實體保障項目的功用，主要是當個別公務人員實體法規的規定有所不足時，由其補充之；反之，當個別公務人員實體法規已經有規定，甚至更為具體時，即應避免重複。例如保障法第14條的「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」與公務人員俸給法第23條近似，有無必要重複規定，值得商榷。未來，在人員任用法、考績法、陞遷法、俸給法、退休法等個別公務人員法更趨完備後，仍有必要進行全面性的檢討。

3、於個別公務人員法中找不到適當規定位置者

保障法位居公務人員法的總論，其規定以人事行政領域中有共通性的事項，或者在個別公務人員法當中找不到適當法令規定的為主。例如現行保障法第10和11條關於復職的規定，乃因應目前分散在諸如公務員懲戒法、公務人員考績法、公務員服務法、警察人員條例等

法律的停職規定所面臨的復職問題統合規定之；保障法第 24 條關於墊付費用返還請求權的規定，同樣也是在個別公務人員法中較難找到落腳之處的。

（三）以保障法第 2 章的法規範結構為分類標準

細究保障法第 2 章，有部分規範模式並非以宣示或者賦予公務人員主觀權利的為之，反而是以課予國家義務的規範結構呈現為對於國家機關的行為準則，或為誡命[29]；或為禁止[30]的規定。反之，其以賦予公務人員主觀權利的規範結構呈現為公務人員“得”或“得請求”的行為準則[31]。較有疑問的是，相應於國家機關誡命或禁止規定的公務人員權利的自律實現法制度為何？目前，除了在相關法規命令中有些許規定[32]之外，在公務人員保障法中，則付之闕如。

肆、現行實體項目之實際檢視與增補

綜合前述說明，本文認為在顧及整體公務人員法制均衡發展的前提下，關於公務人員的實體保障項目的檢視，應該本於保障法被定位為基本（準）法、特別法，並且位居公務人員法總論的屬性，將屬於最低限度保障，並且具有共通性質，或者在個別公務人員法中找不到適當位置規定的事項訂入保障法；反之，其屬於個別性事項者，應該

---

[29] 其以「應」的方式規定的條文，諸如第9條、第13條、第14條的「應予保障」；第10條第2項的「應許其復職」；第11條的「應予復職」；第12條的「應由上級機關或承受其業務之機關辦理轉任或派職」；第18條的「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條的「應提供安全及衛生之防護措施」；第21條的「應發給慰問金」；第22條的「應延聘律師為其辯護及提供法律上之協助」；第23條的「應給予加班費、補休假、獎勵或其他相當之補償」等。

[30] 其以「不得」的方式規定的條文，諸如第9條的「不得剝奪」；第10條的「不得予以停職」；第13條、第15條的「不得變更」；第14條的「不得降級或減俸」；第16條的「不得作違法之工作指派」。

[31] 其以「得」的方式規定的條文，諸如第10條的「得申請復職」；第17條的「得請求其以書面為之」；第21條的「得依國家賠償法請求賠償」；第24條的「得請求服務機關償還之」等。

[32] 公務人員因公涉訟輔助辦法第8條規定：「公務人員認其係依法執行職務涉訟，服務機關未依前條第一項規定辦理涉訟輔助者，公務人員得以書面敘明涉訟輔助之事由，向服務機關申請為其延聘律師或核發其逕行延聘律師之費用」；公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法第8條規定：「慰問金之申請程序」；公務人員安全及衛生防護辦法第27條：「公務人員就執行職務之安全及衛生防護事項，得向服務機關提供建議。」、第28條規定：「各機關未依本辦法規定，提供必要之安全衛生設備及防護措施時，公務人員得請求服務機關提供之。」、第30條規定：「公務人員依第二十八條規定請求服務機關提供安全及衛生防護措施，經服務機關拒絕者，得依本法規定提起救濟；其不提供或提供不足者，亦同。」，請參照。

留給個別公務人員法來規定。循此，本文認為下列實體保障事項仍有必要訂入保障法：

一、公務人員享有職務執行之權利，於停職期間仍保有其身分

公務人員於停職期間是否仍有公務人員身分，其公法上職務關係是否存續？就此，我國目前實務上係採取肯定見解[33]，即如公務人員留職停薪辦法第 10 條規定：「留職停薪人員於留職停薪期間仍具公務人員身分，如有違反公務員服務法或本辦法規定之情事，各機關應依相關法令處理」。惟此向有爭議，無論中外[34]，有必要立法明定之，以免透過解釋論的操作，滋生爭議。就此，本文鑑於停職、休職與留職停薪，並非免職或者撤職，其未來都有復職可能，應該肯認公務人員身分不因停職、休職與留職停薪而消失。但期間不得執行職務，乃屬當然，為求明確，亦須明定之。所稱「職務」包含本職職務及借調職務。又，公務人員於休職、停職或留職停薪期間，其權利義務則回歸各相關人事法規中規範。所謂其他人事法規，即如甫修正通過不久的公務員懲戒法第 6 條規定：「依前二條規定停止職務之公務員，在停職中所為之職務上行為，不生效力。」、第 14 條規定：「Ⅰ.休職，休其現職，停發俸（薪）給，並不得申請退休、退伍或在其他機關任職；其期間為六個月以上、三年以下。Ⅱ.休職期滿，許其回復原職務或相當之其他職務。自復職之日起，二年內不得晉敘、陞任或遷調主管職務。Ⅲ.前項復職，得於休職期滿前三十日內提出申請，並準用公務人員保障法之復職規定辦理。」。

所謂「職務執行之權利」，乃公務人員所得享有之主觀公權利[35]。徵諸大法官釋字第 575 號解釋開宗明義揭示：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生

---

[33] 考試院，公務人員基準法草案總說明，頁 11，資料取得 http://weblaw.exam.gov.tw/Attachment/Draft/15/%E5%85%AC%E5%8B%99%E4%BA%BA%E5%93%A1%E5%9F%BA%E6%BA%96%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B8%BD%E8%AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E9%80%90%E6%A2%9D%E8%AA%AA%E6%98%8E.pdf，頁11，最後瀏覽日2015/11/25。

[34] 行政院研究發展考核委員會編印，公務員基準法之研究，民國79年4月，頁95。

[35] 盛子龍主持，前揭註2研究報告，頁9。

享有之身分保障、俸給與退休金等權利。」其中所謂『旨在保障人民有依法令從事於公務』，即寓有保障公務人員「職務執行之權利」的用意。因此，除非有法定原因，否則即不得恣意剝奪其職務執行之權利。儘管現行保障法第10條第1項已經有非依法律不得停職的規定，但為求體系上的明確，理當與停職期間是否仍具有公務人員身分合併在一個條文中規定，以利適用。有鑑於此，本文建議增訂第9條之1，明確規定公務人員於停職、休職或留職停薪期間，仍具有公務人員身分，並將現行保障法第10條第1項移至本條，以利體系周延性。隨著第10條第1項移到第9條之1，其原本第2至4項，亦須相應調整為第1至3項，特此說明。

二、經依法休職與留職停薪的公務人員，其復職應準用停職的規定

如前所述，甫修正通過的公務員懲戒法第14條第3項規定：「前項復職，得於休職期滿前三十日內提出申請，並準用公務人員保障法之復職規定辦理。」儘管如此，但為求保障法本身的體系完整性，不妨考慮再在保障法明文規定，惟此當然有重複規定之嫌，可否之間恐怕見仁見智。但留職停薪的部分，即無此問題存在，明定其原因消滅或期間屆滿後，有關復職的事項，準用第10條有關停職後復職的規定，確有必要。儘管目前公務人員留職停薪辦法第6條：「Ⅰ.留職停薪人員除其他法律別有規定外，應於留職停薪期間屆滿之次日復職。但其留職停薪屆滿前原因消失後，應即申請復職。Ⅱ.留職停薪人員服務機關應於留職停薪期間屆滿前三十日預為通知留職停薪人員；留職停薪人員，應於留職停薪期間屆滿前二十日內，向服務機關申請復職；逾期未復職者，除有不可歸責於留職停薪人員之事由外，視同辭職。Ⅲ.留職停薪人員於留職停薪期間因留職停薪原因消失，應於原因消失之日起二十日內，向服務機關申請復職，服務機關應於受理之日起三十日內通知其復職；如未申請復職者，服務機關應即查處，並通知於三十日內復職；逾期未復職者，除有不可歸責於留職停薪人員之事由外，視同辭職。」但畢竟仍非法律位階，殊有必要在保障法提

供明文依據，以厚實其法律基礎。

三、明定公務人員享有辭職的權利

憲法第 18 條明定人民有服公職之權利，於解釋上人民不但有積極爭取，並且保有公職職位的權利，同時也有消極不爭取，以及放棄公職職位的權利。為免公務人員受限機關首長領導統御權，無法依其生涯規劃或個人意願行使不服公職的權利，殊有必要明文規定其享有辭職的權利。但公務職位為國家名器，與公共利益息息相關，若任憑公務人員隨時辭職，亦可能導致公務廢弛，不利公益，必須設置必要的限制。在形式要件上，為求慎重起見，必須以書面為之。在實質要件上，必須不妨害國家安全，以及法律所特別規定的事由。以契約進用的人員，鑑於契約自由原則，另須視其有無針對辭職約定特定事由而定。

至於機關長官收到部屬辭職的意思表示後，除非有上述妨害國家安全、法律特別規定或契約特別約定的事由，否則，即不得拒絕。儘管如此，但為求公務的延續，仍須給機關長官或其上級機關有相當的時間，可以考量核定，並且尋覓遞補人選，以免影響公務。倘若機關長官或其上級機關無故拖延，逾期未核准或未敍明理由而拒絕其辭職者，則視為照准，並且以期滿之次日為辭職之生效日期，以確保公務人員的辭職權。但公務人員簽提辭職書的日期，與其擬定辭職生效日期，相隔如果超過一個月的，則以該日期為生效日期。參考德國聯邦公務員法第 30 條第 1 項規定：「公務員任何時間均得呈請辭職。是項請求應對其職務長官以書面陳述之。此項辭呈提出職務長官後二星期內，於免職處分尚未送達公務員前，得撤回辭呈。如經為免職處分之官署同意，即使此期限已經經過，亦得撤回之。」[36]，以及考試院在民國 101 年 3 月 27 日提交立法院審議的公務人員基準法草案第 15 條，亦可見類似條文[37]。

[36] 行政院研究發展考核委員會編印，公務員基準法之研究，民國79年4月，頁461。
[37] 考試院，公務人員基準法草案總說明，頁 13，資料取得 http://weblaw.exam.gov.tw/Attachment/Draft/15/%E5%85%AC%E5%8B%99%E4%BA%BA%E5%93%A1%E5%9F%BA%E6%BA%96%E6%B3%95%E8%8D%89%E6%A1%88%E7%B8%BD%E8%

四、現行保障法第 21 條第 2 項的“殘廢”應調整為“失能”

為了落實人性尊嚴之理念，以及身心障礙者權利公約的意旨，同時公教人員保險法施行細則第 56 條規定：「本法第十二條第二項及第三項所稱其他職域社會保險與本保險養老給付性質相近給付，在勞工保險指老年給付或失能年金給付；在軍人保險指退伍給付」已經將“殘廢”一詞修正為“失能”，為求比照，乃有必要修正保障法第 21 條第 2 項的條文用字。

五、拉近現行保障法第 22 條第 1 項與實務的落差

目前實務上，公務人員依法執行職務涉訟時，除由服務機關為其延聘律師辯護及提供法律上之協助外，大多數情形係由公務人員自行延聘律師辯護及提供法律上之協助後，再向服務機關申請因公涉訟輔助費用。可見，現行保障法第 22 條第 1 項所稱「其服務機關應延聘律師」與實務顯有落差。為將目前實務上所慣用的上述二種延聘律師的方式一併涵攝進來，本文建議於條文所稱「延聘律師」前，增加「輔助其」三字，俾符實際情形。除此之外，公務人員涉訟係因故意或重大過失所致者，即不屬依法執行職務，服務機關應不予輔助。倘若服務機關已經支付涉訟輔助費用者，應予追還。惟現行保障法第 22 條第 2 項末段，係規定服務機關應向公務人員“求償”，容易讓人與國家賠償法的相關規定產生連結，甚至混淆，建議修正為：「如服務機關已支付涉訟輔助費用者，應予追還。」以資明確。

六、考慮明定公務人員的公法上財產請求時效

依照釋字第 474 號及第 723 號解釋，關於時效制度應逕由法律明定，自不得授權行政機關衡情以法規命令訂定或由行政機關依職權以命令定之之解釋意旨。但目前有關公務人員公法上財產請求權消滅時效的規定仍然相當分散與缺漏，例如公教人員保險法第 38 條第 1 項

AA%AA%E6%98%8E%E5%8F%8A%E9%80%90%E6%A2%9D%E8%AA%AA%E6%98%8E.pdf，最後瀏覽日2015/11/25。

規定：「請領本保險給付之權利，自請求權可行使之日起，因十年間不行使而當然消滅」；法官退養金給與辦法第 5 條第 3 項規定：「月退養金之發給，除第一次月退養金外，按月退休金發給日期定期發給。退養金給與請求權，除再（回）任法官、經任命為本法第七十八條第四項及第五項人員或法律有特別規定外，自審定退職、退休或資遣生效之日起，因十年不行使而消滅；定期發給之月退養金，其請求權應自各期發放之日起算。」前者與現行行政程序法第 131 條同樣定為 10 年，有無必要自行規定？反觀後者，其仍非法律位階，與前揭釋字第 474、723 號解釋明顯抵觸。因此，有無必要在保障法通盤性的規定消滅時效？近來頗有爭議。為此，保訓會於 104 年 6 月 17 日曾經召開座談會，召集專家學者與有關部會討論。

其實，公務人員保障法是否另訂公法上財產請求的消滅時效？以及到底訂為 10 年還是 5 年？本文認為，行政程序法第 131 條第 1 項儘管在文義上不限於公法上財產請求，但通說認為本項應該限於公法上之金錢或實物之給付請求權[38]。目前，將公務人員保障法解為行政程序法的特別法，則欲於公務人員保障法訂定消滅時效的規定，在考量上亦唯有公法上財產或者實物請求權，以及短於行政程序法第 131 條第 1 項所規定的 10 年者，方有需要。而且，必須有其必要性。也就是說，必須符合憲法第 23 條的比例原則。其論據並非單純只是因為公務人員立於所謂公法上職務關係，尚有諸如：財政的穩定、預算的可度量性、資訊的不對稱性（行政程序法第 131 條第 1 項的修法理由），以及像稅捐稽徵法第 28 條關於退稅的短期時效，則是以當事人自己適用法律錯誤或者計算錯誤，而導致退稅請求權的消滅時效縮短到 5 年。本文認為，在短期時效的論述上，若只因為公法上的職務關係而認為公務人員時效一律應為 5 年，是一個很籠統的說法，很可能被解讀為仍有「特別權力關係」理論，或者「基礎關係與經營關係」區分理論的遺毒。換句話說，制定短期時效的規定，其論據必須斤斤

[38] 陳敏，行政法總論，台北，自版，民國102年9月8版，頁287。

計較，予以強化。至於規範模式，本文主張可以參考民法。民法第125條規定15年，學者都認為15年已經是最長的時效，如果要用特別規定，一定是短於15年的。另外，就是第126條及第127條的立法模式，第127條規定現在已經被抨擊得非常厲害，因其採取列舉規定，很容易發生不合時宜的問題，例如律師的訴訟代理費用是兩年的短期代理時效，但為何性質接近的代書費用，其請求權可以長達 15年之久？只因為未把代書列舉進去。比較妥當的方式為第126條的形式，先例示幾個，諸如利息、退職金，然後後面有個概括條款；定期的債權，其各期給付，都是短期時效。

具體來說，有鑑於經服務機關核准實施公務人員一般健康檢查之費用、加班補償及公務人員因執行職務墊支之必要費用，本應儘速請求機關支付或履行。且其費用支出之多寡與機關當年度預算編列、執行與核銷相關。為使預算儘速確定，允宜規定為短期之消滅時效，可以參照民法第127條規定，明定其消滅時效為2年。

七、不利益人事資料記載之程序保障與閱覽權

公務人員與普通民眾相同，皆應享有資訊自主權，得主張閱覽其個人人事資料自不在話下。比較有爭議的是，正當法律程序原則在行政機關欲記載對於公務人員不利的事實或意見前，是否必須給予當事人程序保障。就此，德國聯邦公務員法第90條規定：「公務員甚至於公務員關係終止後，亦有對其完全之人事資料（Personalakten）閱覽之權利；在此包括所有與其有關之文件。對於不利於公務員或將有害於公務員之事實性、訴願或主張應於記入其人事證件之前，聽取其意見。公務員該項之陳述（Die Ausserung des Beamten）應於人事證件中記明。」[39]全面性、明確地賦予公務人員陳述意見的機會。

但反觀美國，在公共職場中，公務員聲稱聲譽、誠實和廉潔遭到政府雇主傷害，他可否直接以個人良好名聲或者聲譽遭到損害為由，依據正當程序條款採取法律行動？就此，有三個指標性判決值得說明

[39] 行政院研究發展考核委員會編印，公務員基準法之研究，民國79年4月，頁486。

如下：

（一）*Board of Regents v. Roth, 1972*

在 *Roth* 案中，David Roth 教授不但主張財產利益受到侵害，而且主張校方不更新契約，使他名聲受損。單單名聲受損這點，即須依據增修條文第 14 條，給他程序上正當法律程序。就此，聯邦最高法院在判決中指出在兩種狀況下，確實有必要，包括：當校方所持理由嚴重損害他在社會上良好聲望（standing）或者人際交往（associations）時，或者當校方加諸污名或者其他不適任評語在他身上，讓他不能自由尋求其他工作機會時。[40]可見，這個判決儘管寬泛界定所謂「自由利益」，有可能使得政府在從事任何人事處分時，皆須受到正當程序限制；惟於多數意見中卻只承認在前述兩種狀況下，才讓公務員訴諸程序上正當法律程序，又似乎有意避免這種結果。[41]

（二）*Paul v. Davis, 1976*

本案緣起 Paul 這個肯塔基州警局在轄區各個零售商前發送廣告傳單，傳單名為「扒手猖獗」“active shoplifter”。因為 Davis 在傳單發送前被逮捕了，所以姓名還有照片都被登載在傳單中。惟於傳單發送後不久，該警察局卻撤回告訴了。這個案件讓法院有機會來決定所謂「聲譽」（reputation）可否單獨構成所謂「自由利益」（liberty interest）。最終，大法官們在 5：4 下通過判決，Rehnquist 大法官在多數意見書中提到：「單只有聲譽，而沒有某些更為有形，就像就業（employment）這種利益的話，它既不是自由，也不是財產，無法訴諸正當程序條款的程序保障」[42]。從所謂「財產利益」解釋經驗可以得知，Rehnquist 大法官非常堅持所謂「州法主義」。他認為肯塔基州法並未對個人聲譽，或者誠實提供任何法律保障，所以若只單單中傷個人，不管指摘他人不忠誠抑或其他，尚不得訴諸程序上正當程序；除非伴隨著財產損害時，方得如此訴求。

---

[40] 408 U.S. 573 (1972).
[41] *See Developments in the Law - Public Employment*, 97 HARV. L. REV. 1788 (1984).
[42] 424 U.S. 701 (1976).

（三）*Siegert v. Gilley, 1991*

本案緣起 Siegert 醫師，他為了避免被 St. Elizabeth Hospital 開除，便主動提出辭呈。隨後，他到軍方醫院去服務，需要前述州立醫院出具資歷證明。Gilley 醫師在信函中說 Siegert 醫師待在州立醫院 13 個年頭，是個“不適任，並且沒有職業道德，勉強可以相信”的人（inept and unethical, perhaps the least trustworthy individual）。這不但把 Siegert 軍醫院工作給搞丟了，而且讓他從此沒辦法在醫療專業領域上找到工作。為了這封信，Siegert 去控告 Gilley。他說：「Gilley 明知事實並非如此，卻刻意忽略事實，蓄意、惡意發表言論誹謗他，已經導致他自由利益遭到侵害、、、讓他失去心理醫生職位”。[43]

最後，聯邦最高法院在 6：3 下通過判決，認為如果光只有聲譽受到損害，它本身並不構成正當程序條款所謂「自由利益」。於多數意見書中，Rehnquist 大法官提到：「大部分誹謗受害人都企圖出示某些特別損害，還有因名譽受損而導致財產虧損。但只要這類損害是因誹謗被害人聲譽而生的，它可能必須依據各州侵權行為法（tort law）請求回復。」[44]。必須強調，這個論述似乎不太符合 *Paul v. Davis, 1976*。在 *Paul* 判決中，同樣 Rehnquist 大法官主筆多數意見書，他強調：「單只有聲譽，而沒有某些更為有形，就像就業（employment）這種利益的話，它既不是自由，也不是財產，無法訴諸正當程序條款的程序保障」；但到 *Siegert v. Gilley, 1991* 判決時，儘管 Gilley 那封信確實導致 Siegert 失業，而且未來都不能在聯邦政府裡工作了，但他卻認為 Gilley 那封信，並未導致 Siegert 遭到州立醫院開除，因為他老早主動辭職了。可見，就像馬歇爾大法官（Justice Marshall）在不同意見書中解讀 *Paul* 判決認為：「名譽損害只有同時造成現職喪失（lose of present employment）時，才算剝奪個人自由。」[45]，言下之意，若只造成未來就業困難，還不算。

---

[43] 500 U.S. 229 (1991).
[44] *Id.* at 234.
[45] *Id.* at 241.

（四）、小結

可見，當公務員主張個人聲譽因政府施予免職或者懲戒處分，或者提供資歷證明（credential）而遭受損害，得否單獨據以主張正當程序保障？德國和美國異其處理模式。德國聯邦公務員法已經明文規定公務人員有閱覽權，而且對於不利益記載有事先陳述意見，並且要求將其陳述載入記錄的權利。但美國聯邦最高法院的態度似乎越來越嚴格，從 *Board of Regents v. Roth, 1972* 揭示聲譽遭到嚴重傷害，或者導致後續工作機會減少，兩樣皆可；到 *Paul v. Davis, 1976* 揭示不但名聲遭到損害，而且還須伴隨著有形損害；再到 *Siegert v. Gilley, 1991* 揭示名聲遭到損害，還須導致現職（present employment）不翼而飛。大致來講，可能因為 *Paul v. Davis, 1976* 相對持中，所以學者多引用之，亦即：光只有名聲遭受損害，不能構成增修條文第 14 條所謂自由利益，不得訴諸正當程序保障。必須政府雇主不合理侵害公務員聲譽，同時還伴隨著有形利益（tangible interest）受損時，才可以訴諸程序上正當程序。必須強調，所謂有形利益受損，包括現在還有未來，尤其減少未來工作機會最為典型。[46]未來如何，確有必要繼續觀察。本文認為時值個人資訊自主權利高漲的今日，應該參考德國立法例，賦予公務人員閱覽個人人事資料，並於不利益事實或者意見登載前，享有陳述意見的權利。

伍、增訂條文之草擬－代本章結論

一、第 9 條之 1：「I. 公務人員非依法律，不得予以停職。Ⅱ. 公務人員於停職、休職或留職停薪期間，仍具公務人員身分。但不得執行職務。」。

二、第 10 條：「Ⅰ.經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，得申請復職；服務機關或其上級機關，除法律另有規定者外，應許其復職，並自受理之日起三十日內通知其復職。Ⅱ.依前

[46] *See* YONG S. LEE & DAVID H. ROSENBLOOM, A REASONABLE PUBLIC SERVANT: CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF ADMINISTRATION CONDUCT IN THE UNITED STATES 82 (M.E. Sharpe, Inc. 2005).

項規定復職之公務人員，服務機關或其上級機關應回復原職務或與原職務職等相當或與其原敘職等俸級相當之其他職務；如仍無法回復職務時，應依公務人員任用法及公務人員俸給法有關調任之規定辦理。Ⅲ.經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，未申請復職者，服務機關或其上級機關人事單位應負責查催；如仍未於接到查催通知之日起三十日內申請復職，除有不可歸責於該公務人員之事由外，視為辭職。」。

三、第 11 條之 1：「經依法休職之公務人員，有關復職之事項，除法律另有規定外，準用第十條之規定。留職停薪原因消滅後或期間屆滿，有關復職之事項，除法規另有規定外，準用第十條之規定。」。

四、第 12 條之 1：「Ⅰ.公務人員之辭職，應以書面為之。除有危害國家安全之虞或法律另有規定外，服務機關或其上級機關不得拒絕之。Ⅱ.服務機關或其上級機關應於收受辭職書之次日起三十日內為准駁之決定。逾期未為決定者，視為同意辭職，並以期滿之次日為生效日。但公務人員指定之離職日逾三十日者，以該日為生效日。」。

五、第 21 條第 2 項：「公務人員因公受傷、失能或死亡者，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。」。

六、第 22 條：「公務人員依法執行職務涉訟時，服務機關應輔助其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，應不予輔助；如服務機關已支付涉訟輔助費用者，應予追還。公務人員因公涉訟輔助辦法，由考試院會同行政院定之。」。

七、第 24 條之 1：「公務人員依本法或本法授權法規規定之公法上財產請求權，其消滅時效期間如下：一、因十年間不行使而消滅者：（一）因公受傷、失能或死亡應發給之慰問金。（二）因公

涉訟輔助之費用。二、因二年間不行使而消滅者：（一）經服務機關核准實施公務人員一般健康檢查之費用。（二）經服務機關核准之加班補費。（三）執行職務墊支之必要費用。」。

八、第 24 條之 2：「Ⅰ.人事資料記載不利於公務人員之事實或意見前，應給予公務人員陳述意見之機會，並將其陳述一併記載。Ⅱ.公務人員得閱覽與其本人有關之全部人事資料，或繳付費用要求核發繕本。Ⅲ.有關人事資料之登記規則、書表及閱覽，由銓敘部以命令定之。」[47]。

[47] 行政院研究發展考核委員會編印，公務員基準法之研究，民國79年4月，頁82。

第五章　復審與申訴、再申訴之定義，以及適用範圍

壹、前言

現行公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 25 條與第 77 條將保障程序分為「復審」與「申訴、再申訴」，形成二元化的救濟途徑。惟此設計如今已經招致許多質疑，主要有二：其一，復審以行政處分為限（保障法第 25 條）；行政處分以外者，僅得提起申訴、再申訴（保障法第 77 條），不服再申訴決定者，不得提起行政訴訟，接受司法審查（保障法第 84 條排除第 72 條的準用）。此與行政訴訟法第 2 條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟」所彰顯的概括主義顯不相符；其二，保障法第 25 條所稱行政處分，實務向來僅以「改變身分」、「公法上財產請求」及「於服公職權利有重大影響」[1]三者為限[2]，除了太過拘泥於憲法第 18 條的服公

[1] 許宗力大法官在釋字第 653 號解釋所提之協同意見書中同樣引用釋字第 298、323 和 338 號解釋，並於註 13 中指出：「張桐銳教授則認為這兩號解釋僅限於『對公務員服公職之權利有重大影響』者，始能訴請救濟，進而批評該等解釋提出的『重大影響』基準，『只是對於釋字第 243 號解釋所提出基準之修正，並未根本地改變其結構，基本上仍然維持基礎關係與經營關係之區分框架』...這種過於限縮性的解讀恐與大法官解釋的原意有所出入」但證諸最高行政法院 94 年度裁字第 1123 號、95 年度裁字第 153 號、95 年度裁字第 2146 等號裁定，以及國內多數學者之見解，皆只鎖定服公職權利，而未考慮其他基本權，與許大法官之見解顯有出入。詳請參閱吳庚，行政法之理論與實用，台北，自版，增訂 9 版，2005 年 8 月，頁 228-229；張桐銳，公務員職務外行為之懲戒責任，台灣法學雜誌，第 132 期，2009 年 7 月 15 日，頁 60；李建良，行政法基本十講，5 版，2014 年 10 月，頁 217-218；徐崑明，論公務人員的憲法權利—借鑑美國憲法之理論與實務，政大法研所博士論文，2011 年 11 月，頁 34-35。

[2] 例如最高行政法院 104 年度裁字第 1569 號裁定，即明確指出：「...質言之，公務人員對於服務機關或人事主管機關有關不同區域或職務之調任、工作指派、所發布之職務命令、所提供之福利措施等，倘未影響其公務員身分、官等、職等及俸給等權益，即應認屬公務人員保障法第 77 條第 1 項所指之工作條件或管理措施，非屬行政處分，公務人員僅得依申訴、再申訴程序尋求救濟，不得以復審之程序請求救濟，亦不許提起行政訴訟。另參照司法院釋字第 266 號解釋意旨：「依公務人員考績法所為之免職處分，因改變公務員身分關係，直接影響人民服公職之權利，依本院釋字第 243 號解釋，得許受處分之公務員提起行政訴訟。對於未改變公務員身分之其他考績結果有所不服，仍不許以行政訴訟請求救濟。惟公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第 187 號及第 201 號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟，行政法院 48 年判字第 11 號判例與上述意旨不符部分，應不再援用。」可知因考績之結果，縱影響公務人員之財產請求權（考績獎金等），該考績之評等如未改變公務員身分，亦不許提起行政訴訟，僅就基於「已確定」之考績結果，依法令規定所為之財產上請求遭拒，方得提起，不因考績與因考績所生之財產請求權有關，即認該考績亦得提起行政訴訟。再徵諸司法院大法官釋字第 187 號、第 201 號、第 243 號、第 266 號、第 298 號、第 312 號、第 323 號、第 338 號、第 430 號、第 483 號、第 539 號等解釋意旨，公務人員得依行政訴訟

職基本權，忽略其他憲法權利之外，也因為使用所謂「重大影響」的判斷標準，所以使得本條雖然與行政程序法第 92 條和訴願法第 3 條同樣使用「行政處分」這個概念，但卻異其認定標準，導致「有權利即有救濟」降格為「有行政處分斯有救濟」，其有違憲法第 16 條的訴訟權保障[3]。

上述問題近來因大法官作成釋字第 653 號和 684 號解釋而更受矚目。釋字第 653 號解釋直接將矛頭指向背後的影武者：特別權力關係，在解釋理由書第五段中明確宣示：「按羈押法第六條……考其立法之初所處時空背景，係認受羈押被告與看守所之關係屬特別權力關係……是上開規定不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第十六條規定保障人民訴訟權之意旨有違。」乃釋憲實務首見，致使許宗力大法官在本號解釋所提的協同意見書中所宣稱的「本院解釋首次全面性地，並未設任何條件限制地揚棄特別權力關係」[4]備受矚目。再加上釋字第 684 號解釋將以往在特別權力關係理論修正的過程中所提出，並且流傳至今的所謂「重大影響說」（特別是釋字第 298、323、338、382 號解釋）加以變更[5]，此舉更激勵了國

程序提起救濟之權益為：(一)足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，例如依公務人員考績法規定所為免職處分等。(二)於其憲法所保障服公職之權利有重大影響之處分，例如：具法定資格始得任用，並受身分保障之公務員，因受非懲戒性質之免除現職處分；主管機關對公務人員任用資格審查，認為不合格或降低原擬任之官等，或公務員對其審定之級俸有爭執。(三)公務人員之公法上財產請求權遭受損害者，例如退休金、考績獎金、福利互助金之請領等。至於未改變公務員之身分關係，或對其憲法所保障服公職之權利未有重大影響，亦未損害公務人員之公法上財產請求權之措施，諸如記大過、記過處分、申誡懲處、考績評定、免除行政兼職（司法院釋字第 539 號解釋意旨參照），或機關長官、主管所為不同區域或職務之調任、工作指派、所發布之職務命令、所提供之福利措施等，均非屬行政處分，不得對之提起行政訴訟。易言之，未改變公務員身分關係或對其憲法所保障服公職之權利未有重大影響，亦未損害公務人員之公法上財產請求權之內部工作條件或管理措施，基於訴訟資源合理分配及公務機關內部管理之必要，不論對之以何種形式之行政訴訟種類提起行政訴訟，均非法所許。」。

[3] 謝碩駿，行政處分，行政處分，多少「原告之訴駁回」假汝之名以行！／最高行 101 裁 2153 裁定、102 判 514 判決，台灣法學雜誌，第 235 期，2013 年 11 月 1 日，頁 179-185。

[4] 許宗力，釋字第 653 號解釋協同意見書，頁 2，資料取得 http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/%E5%AE%97%E5%8A%9B_.pdf，最後瀏覽日：2015/11/30。

[5] 大法官於本號解釋理由書第二段指出：「本院釋字第三八二號解釋就人民因學生身分受學校之處分得否提起行政爭訟之問題，認為應就其處分內容分別論斷，凡依有關學籍規則或懲處規定，對學生所為退學或類此之處分行為，足以改變其學生身分及損害其受教育之機會時，因已對人民憲法上受教育之權利有重大影響，即應為訴願法及行政訴訟法上之行政處分，而得提起行政爭訟。至於學生所受處分係為維持學校秩序、實現教育目的所必要，且未侵害其受教育之權利者（例如

內公法學界，紛紛從基本權保障出發，尤其是從憲法第 16 條所秉持的「有權利，斯有救濟」來檢驗現行二元化的公務人員保障程序的合憲性[6]。

其實，復審與申訴、再申訴如今所面臨的困境，可以說是連鎖反應，交叉感染的。包括復審前置；行政處分的認定標準相對狹隘；再申訴決定不得提起行政訴訟的正當化基礎何在等問題。凡此，皆將使復審與申訴、再申訴在定義與適用範圍上面臨轉型的問題。其中，復審前置，乃是比照訴願法，本身問題不大。問題較大的，是後面二個問題，其中，除了行政處分的認定標準過於狹隘的問題還有可能透過解釋論的操作緩解，但正本清源之道毋寧還是修法明定之外，再申訴決定不許行政訴訟，以及申訴、再申訴的定義與適用範圍的問題，都唯有透過修法，方能根本解決。惟其解決方案，恐怕必須從公務人員的複合身分說起。

貳、複合身分下的公務人員權利救濟—從所謂「重大影響說」走向「權利影響說」

一、公務人員複合身分下的基本權主體地位與功能主體地位

（一）基本權主體與功能主體之憲法基礎與關係

釋字第 491 號解釋開宗明義指出：「憲法第十八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。」顯示大法官認為憲法第 18 條的服公職基本權所保障的是人民有取得“功能主體地位(依法令從事於公務;執行公權力及履行國家職責)”

記過、申誡等處分)，則除循學校內部申訴途徑謀求救濟外，尚無許其提起行政爭訟之餘地。惟大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序,對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨,仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟,無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更。」，請參照。

[6] 程明修，保障制度一元化之研析—公務人員保障法之重建呼籲，載於保訓會 104 年度研討會，104 年 9 月 22 日，頁 19-20。

的權利，而且，國家有義務建立相關制度，據以規範其執行公權力及履行國家職責的行為，但須兼顧其權益之保護。亦顯見大法官認為人民擔任公務人員，位居功能主體地位後，仍然保有其“基本權主體地位”；不因位居功能主體地位，與國家立於緊密關係，而喪失其基本權主體地位。實則，公務人員在面對國家作為雇主（employer）時，乃化身員工（employee），立於執行公權力及履行國家職責之功能主體地位，惟此並不改其仍為人民（as a citizen），於面對國家（state）時，仍享有包括服公職基本權在內的所有憲法上的權利。此二地位所共構的複合身分，最終必須承載公務人員與國家間的法律關係，或者本文第二章所稱的緊密關係（Näheverhältnis）。其內涵與相對關係為何？自有必要先予釐清。

首先，此二地位儘管在公務人員身上併存，但並不是無時無刻如影隨形的。蓋猶如國內學者將公務人員身分劃分為職務內與職務外身分[7]，吾人仍得以“上下班時間”、“值勤與否”或者“身穿制服與否”等形式或者實質標準來界分之。所謂功能主體地位，本文認為其與學者所謂職務內身分相當，公務人員亦唯有於上班、值勤時間、穿上制服等職務內的狀態下，才處於執行公權力及履行國家職責的地位。相形之下，基本權主體地位則是從未缺席，始終存在的。於下班、非值勤時間或者脫下制服後，其功能主體地位即暫告結束，回復到只有基本權主體地位的狀態。

其次，此二地位在各有承載之餘，仍有其複雜的交互作用與相生相剋的關連性。蓋若以基本權主體地位為本，則按具有指標意義的釋字第 575 號解釋所揭示：「憲法第 18 條保障人民有依法令從事於公

[7] 蔡震榮教授指出：「特別權力關係下的屬員，除少數強制性的特別權力關係，如監獄受刑人等外，原則上具有兩種身分，其一為職務內的身分，其視同機關組織的一部分，個人之地位融入團體中，個人利益包括在團體利益內，以執行行政目的的公共利益作為優先考量，個人的基本權利在此之下，會因此受到限縮，吾人所探討的基本人權限制，主要係以此為重點。另一為職務外的身分，原則上其職務外的身分應與一般人民無異，享有與一般人民一樣的自由。職務外又區分為公共場合及私人範圍兩種狀況。職務外的限制，通常或係以維持整體形象時，或以審判公正性，或以確保當事人隱私權等為由而限制之，其限制不可恣意為之，應維持在為達公共目的之必要的最小限制的範圍內為之，此涉及吾人所謂的比例原則的運用。」。詳請參閱蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，台北，五南，民國 88 年，2 版，頁 266。

務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利」充分顯示功能主體地位的取得以及保有，乃服公職基本權作為廣義參政權所保障者。從中，乃具體呈現此二地位有其“相生”關係。亦即服公職基本權保障人民有取得、保有功能主體地位，以及以此地位為前提所衍生的身分、俸給、退休金、晉敘陞遷[8]等權利。但亦有“相剋”者。蓋公務人員立於功能主體地位，負責執行公權力及履行國家職責時，須以公共利益為優先考量[9]，為此，其基本權每每受到限縮。其類型約略可以歸納為二：其一，於職務內，針對公務人員執行公權力及履行國家職責的行為所課予的義務，例如不得擅離職守、依法定時間辦公[10]，乃對於行動自由構成限制；其二，於職務外，基於維持功能主體地位的整體形象、政治中立、審判公正性等理由而加諸特殊義務[11]，例如不得為特定候選人站台[12]，乃對於集會結社自由構成限制。此等義務，嚴格來說，並非針對公務人員立於功能主體地位時所課予，非不得謂為某種外溢效果。

再者，功能主體地位所承擔的職責或者義務，與由其所衍生的額外權利間並非對價關係。蓋若與立於所謂距離關係（Distanzverhältnis）的人民相比，則公務人員將因具有功能主體地位，與國家立於緊密關係（Näheverhältnis），而取得由此所衍生的身分、官職等級、俸給、晉敘陞遷等額外的權利；相對的，他也將因此而負擔職務內的義務，以及職務外的特殊義務，對於其基本權都將構成額外的限制。此等額外的權利與義務間看似有對價關係，但學者強調其非絕對，蓋其義務之履行優先於權利之享有[13]。

最後，必須強調，以上關於功能主體地位和基本權主體地位的內

[8] 司法院大法官釋字第 611 號解釋文，請參照。
[9] 蔡震榮，前揭註 7 書，頁 266。
[10] 公務員服務法第 10、11 條，請參照。
[11] 張桐銳，公務員職務外行為之懲戒責任，台灣法學雜誌，第 132 期，2009 年 7 月 15 日，頁 62。
[12] 公務人員行政中立法第 9 條第 1 項第 3 款，請參照。
[13] 公務人員對於國家負有較重之義務，此種義務之履行與權利之享有，並不具絕對的對價關係，義務之履行應該優先於權利之享有。詳請參閱吳庚，行政法之理論與實用，台北，三民，2015 年 2 月，增訂 13 版，頁 222。

涵，以及其間之關係，乃是憲法層級的解釋，具有拘束人事行政法的效力。儘管人事行政具體呈現到目前內外有別的行政法體系中[14]，乃被劃歸為內部行政，但其相關法制仍不得抵觸前揭憲法解釋。特別權力關係理論罔顧公務人員仍為基本權主體，自然無地自容，必須改懸易轍。惟前揭憲法解釋畢竟偏屬框架，尚有很多地方需要補強，仍亟待大法官解釋，以及學說加以充實。這也是為何在應然面上，國內學者還在辯論特別權力關係理論到底是應該修正[15]，抑或是揚棄[16]？同時在實然面上，特別權力關係理論至今是否已經全面遭到揚棄仍屬未定[17]的癥結所在。

（二）公務人員法制之基本原則

承上，前揭憲法解釋必須體現於公務人員法制，乃至於公務人員（人事行政）法律關係，甚至更精確地說，必須體現於公法上勤務關係中，務必使功能主體與基本權主體二種地位都能獲得彰顯。惟此二地位各有其功能、承載，以及建置原則，如何尊俎折衝、共存共榮，確實值得探討。蓋以基本權主體地位為準，則任何對其所承載的基本權的限制，都不能逃脫憲法第 23 條（法律保留、比例原則），以及諸如明確性、正當法律程序[18]等法治國原則的檢驗。不僅如此，依憲法第 16 條，人民有依法定程序，就其權利義務之爭議，請求法院救

[14] 行政程序法第 92 條以「對外直接發生法律效果」為要件，其實也等於宣告了將行政領域做了「內部領域」與「外部領域」的區分。只有作用在外部領域的，才可能構成行政處分。反之，則只有行政內部的法律效果。詳請參閱程明修，針對地方自治「內部法律關係」與「外部法律關係」監督措施的行政訴訟，中正法學集刊，第 11 期，2003 年 4 月，頁 14。

[15] 蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，2 版，頁 281-282；陳清秀，論特別權力關係之行政救濟（上），植根雜誌，第 8 卷第 2 期，1992 年 2 月，頁 35；陳愛娥，從特別權力關係到特別身分關係，月旦法學教室，第 103 期，2011 年 5 月，頁 39。

[16] 黃錦堂，我國特別權力關係的新定向–釋字第 653、654 與 684 號解釋之發展，法令月刊，第 62 卷第 9 期，2011 年 9 月，頁 22-23；張桐銳，公務員職務外行為之懲戒責任，台灣法學雜誌，第 132 期，2009 年 7 月 15 日，頁 59-60。

[17] 誠如李震山大法官在釋字第 653 號解釋的部分協同意見書中提到：「.....本號解釋未正本清源地指出問題仍在於特別權力關係之陰魂作祟，未正告應儘速切斷與其之臍帶關係，因而可能產生負面影響，實乃本息憂慮之所在」足見，他並不認為隨著釋字第 653 號解釋的作成，所謂特別權力關係便會走入歷史，詳請參閱李震山，釋字第 653 號解釋部分協同意見書，頁 2，資料取得 http://www.judicial.gov.tw/constitutionalcourt/uploadfile/C100/653%E9%83%A8%E5%88%86%E5%8D%94%E5%90%8C%E6%84%8F%E8%A6%8B%E6%9B%B8_%E6%9D%8E%E9%9C%87%E5%B1%B1_.pdf，最後瀏覽日：2015/11/30。

[18] 關於法律明確性原則與正當法律程序原則，於釋字第 491 號解釋有明確釋示，請參照。

濟，以獲致終局解決與保障之權利[19]。反之，以功能主體地位為本位，則須視其所肩負的憲法職權來決定其基本原則，或者價值取向。以行政部門為例，即須衡諸行政效率（能）[20]，實行永業（常任文官）制度[21]，並在科層組織的結構下維護領導統御、指揮監督[22]，以及上命下從[23]。二套法則明顯各有訴求，無怪乎傳統上將行政法劃分為行為法與組織法，並將公務員法定位為廣義組織法[24]。公務人員法位居此二套法則會流處，唯有求其調和，斷不可偏廢。至於調和之道，有必要先釐清憲法關於公務人員制度的基本決定為何。

實則，關於公務人員制度的基本決定，我國憲法除了在第 140 條明定了所謂「文武分治」原則[25]之外，只有在第 85 條後段揭示了所謂

---

[19] 司法院大法官釋字第 368 號解釋，請參照。

[20] 所謂行政效率（能），其法律根據何在？在現行法律中，行政程序法第 1 條已經將「行政效能」列為立法目的之一，但在憲法上並未看到任何明文依據。儘管如此，我們大法官在作成解釋時即便尚無解釋文直接提到行政效率抑或效能，但在解釋理由書中業有釋字第 613、593、575、481 和 467 號解釋提及之。除了解釋理由書之外，林子儀大法官曾在釋字第 603 號解釋協同意見書中提到：「治安與效率都是國家應該追求之重大公益」；廖義男大法官曾在釋字第 583 號解釋不同意見書中提到：「公務人員考績法上懲處權之行使、、、由其長官主動行使以維護行政效率及紀律者」。以上，無不說明行政效率，或者行政效能，在大法官眼中確屬潛在價值，即便憲法沒有明文規定，亦不得忽視之。其中，尤以釋字第 575 號解釋已經涉及公務人員的管理最值得重視。本號解釋值得指出有二：其一，大法官基於行政效能認為戶警分立實施方案限定相關人員於五年內表達回任意願，並無不可；其二，解釋文中已經提到"亦不至於耗費過度行政成本"，此一觀念或可彰顯在特定目標下，用輸出（output）／輸入（input）的比例高低來判斷行政效能高低，善用經濟思維，可謂相當進步。

[21] 徐崑明，論公務人員保障制度—以美國法之比較為中心，政大法研所碩士論文，民國 89 年 6 月，頁 42。

[22] 釋字第 613 號解釋理由書接櫫：「二、行政旨在執行法律，處理公共事務，形成社會生活，追求全民福祉，進而實現國家目的，雖因任務繁雜、多元，而須分設不同部門，使依不同專業配置不同任務，分別執行，惟設官分職目的絕不在各自為政，而是著眼於分工合作，蓋行政必須有整體之考量，無論如何分工，最終仍須歸屬最高行政首長統籌指揮監督，方能促進合作，提昇效能，並使具有一體性之國家有效運作，此即所謂行政一體原則。憲法第五十三條明定行政院為國家最高行政機關，其目的在於維護行政一體，使所有國家之行政事務，除憲法別有規定外，均納入以行政院為金字塔頂端之層級式行政體制掌理，經由層級節制，最終並均歸由位階最高之行政院之指揮監督。」，請參照。

[23] 關於服從義務，公務員服務法第 2 條、公務人員保障法第 17 條，請參照。詳請參閱陳敏，行政法總論，台北，自版，民國 102 年 9 月 8 版，頁 1106-1109。

[24] 關於行為法與組織法，請參閱吳庚，前揭註 13 書，頁 143-144。

[25] 因為北洋政府時期，軍閥每每擁兵自重涉足政治，所以憲法不但在第 138、139 條要求軍隊效忠國家，不得成為政爭工具，而且在憲法第 140 條規定所謂文武分治，希望杜絕軍人干政，確立文人統治。（參閱林紀東，中華民國憲法逐條釋義（四），台北，三民，民國 82 年 9 月，頁 256；李惠宗，憲法要義，台北，元照，2001 年 8 月，頁 665。）。惟若實際觀察憲法第 140 條規定：「現役軍人不得兼任文官。」，極易讓人聯想到憲法第 75、103 條等兼任禁止規定，很難讓人體會到本條是在規定文武分治原則的。不但如此，條文所謂「現役軍人」和「文官」，在概念上尚有闡釋空間。茲說明如下：一、兼任禁止抑或文武分治？單看條文表現形式，憲法第 140、75、

「考用」原則。後者，嚴格來講，只在公務人員的甄補上發生規範效力，但依憲法第 83 條，除了考試、任用之外，尚有考績、級俸、陞遷、保障、退休等諸多環節，這些環節應該遵循什麼原理原則呢？有必要深入探討。國內法律學門有人自行建立指導原則，也有人直接引用德國基本法第 33 條第 5 項的解釋成果。[26]概略說明如下：

1、自行建立指導原則

吳庚教授曾在所提出的公務員基準法草案總說明中列出：「民主

---

103 條確實雷同，只為禁止兼任。惟若深究之，起碼二點不同：首先，憲法第 140 條位居基本國策章節，若按傳統憲法委託見解，規範效力可能不比第 75、103 條。其次，即便不管效力問題，憲法第 75、103 條意欲維持權力分立、制衡，絕非第 140 條可能援引者。實則，憲法第 140 條前身，直到中華民國憲法草案初稿審查修正案，才被提出；條列軍事章（第 11 章），亦即第 182 條規定：「現役軍人不得兼任行政官。」。（參閱國民大會秘書處，國民大會實錄，台北，民國 81 年 2 月重印，頁 210）。嗣後，民國 23 年通過的中華民國憲法草案中，本條條次被調整為第 172 條；民國 24 年通過的中華民國憲法草案修正案中，這個條文突然消失；民國 25 年提出的五五憲草中，亦不見這個條文。這個條文，於政治協商會議提出五五憲草修正案草案中，再度出現；條列基本國策章節（第 13 章），亦即第 136 條規定：「現役軍人不得兼任文官。」。嗣後，條次調為第 140 條，並獲制憲國大正式通過。可見，這個條文是否入憲，自起草階段起，已經多所顧慮，不像第 75、103 條那麼篤定。箇中緣故，可能因為制憲前、後期，山頭林立；當權者大多具有軍旅背景，所以不好明文規定文武分治原則，公開防杜軍人干政；只好藉著兼任禁止規定，隱隱約約訴求之。根據這個規範意旨，除禁止兼任外，權責機關，尤其立法機關，尚須刻意分流文職、武職；別出文官制度，建立陸、海、空軍專屬人事管理制度；不可文武不分、雞兔同籠，適用相同制度。惟須注意者，目前總統府、國安局、教育部等非軍事機關內，亦含有軍職人員；這種情形並不牽涉本條所定兼任禁止，或者文武分治的問題；只要符合法定編制，應無違憲疑義。（參閱陳新民，中華民國憲法釋論，台北，自版，民國 84 年 9 月，頁 776-777）另外，現役軍人依據陸海空軍軍官士官服役條例第 14 條第 6 款，容許所謂「外職停役」；為此，早期釋字第 250 號解釋認為，這並不違反憲法。二、分治界線：延續前段分析，既為防杜軍人干政，那麼本條禁止範圍應該侷限高階軍人兼任高階文官。所以，所謂「現役軍人」，若配合現行兵役制度所定役別、軍階，除了不可能包括義務役之外，亦應排除志願役低階軍官、士官和士兵。反之，本條所謂「文官」，應該不包括常務人員。

[26] 近來，國內公共行政學門越來越多學者參考美國著作，從所謂價值（values）觀點來考察文官政策。舉例來說，美國學者 Donald E. Klingner 和 John Nalbandian 歸納該國公共人事管理（Public Personnel Management），或謂公務人力資源管理（Human Resource Management）的整體變遷，認為公共人事管理制度從過去到現在，至少反映出來：「組織效率和效能」（organizational efficiency and effectiveness）、「政治回應性」（political responsiveness）、「社會衡平」（social equity）和「個人權利」（individual rights）等四種傳統價值，還有某些新興價值。它們常常相互衝突、彼此牽制，於持續消長、妥協後，才合成現行制度。這個分析模式甚有參考意義，因為我國文官制度深受美國影響。惟須注意兩點，首先，在產生背景上可謂深具美國特色。因為美國恪遵三權分立，同時除了主要官員之外，憲法幾乎沒有規定官制，全盤委諸憲政機關建構；於是，在行政、立法分立制衡下，他們先從仕紳（gentleman）走到分贓（spoil），再從分贓邁入功績（merit）制度。這種特有背景，在我們參考時不得不慎思明辨。其次，在價值成分上各家說法並非無異，譬如 Robert Elliott 即列出了十四種價值。參閱施能傑，美國政府人事管理，台北，商鼎，1999 年，頁 7-9；熊忠勇，英美文官制度雇用政策變革之研究：政策價值的觀點，政大公共行政研究所博士論文，2005 年，頁 29-36；楊戊龍，〈公務人員考選變革的小議題與大價值〉，《國家菁英季刊》，第 3 卷第 1 期，2007 年 3 月，頁 108-112。*See* D. Klingner & J. Nalbandian, Public Personnel Management: Contexts and Strategies 3-5 (5th ed. 2003); R. Elliott Public Personnel Administration: A Values Perspective 3-6 (Reston Publishing Company, Inc. 1985).

原則」、「效能原則」、「法治主義」及「生存照顧之人道精神」四大指導原則。考其敘述，針對民主原則、法治主義，皆以保障公務人員權利為訴求；針對生存照顧之人道精神，是以退休、撫卹、休假等等事項為例；針對效能原則，則是以內部紀律為題材。[27]

分析上述四大原則，有必要指出三點：**首先**，民主原則、法治主義既屬立憲根本，自不許人事行政豁免，似無必要在公務人員制度中特別強調。而且，如此上綱容易失之抽象，在適用上掌握不易，於事無補。更何況，公務人員制度本來就有彌補民主選舉的作用，刻意強調民主原則，反而有點自曝其短。**其次**，所謂法治主義已經派生：「權力分立」、「基本權利保障」、「法律保留」、「法律優越」、「正當法律程序」等具體原則[28]，即便為彰顯特別權力關係理論遭到揚棄而刻意去強調法治主義，也不應不分位階高低，和效能、生存照顧原則並列。**另外**，若能區分給付屬性，那所謂「生存照顧之人道精神」非不得納入權利保障，進入法治主義支配領域中，再加上所謂「情事變更調整原則」，即可達到相同訴求。

可見，嚴格來講，上述四個原則在層次上不夠分明，並非不能略加調整，改成：「效能」、「基本權利保障」二個原則；其中，關於財產請求，又以「生存照顧」、「情事變更調整原則」為準。這樣或許更為貼切。果然，在公務員基準法草案第 1 條裡，除了「健全人事制度」和「確立公務員關係之基本規範」之外，只有「保障公務員權益」及「增進行政效率」行諸草案明文。

2、直接引用德國基本法第 33 條第 5 項的解釋成果

同樣規定在根本大法裡，德國文官制度確實別具參考價值。德國聯邦憲法法院以及行政法院為了解釋德國基本法第 33 條，尤其第 5 項所謂「傳統職業公務員制度之基本原則」，乃回溯威瑪憲法，陸續承認：「終身事業原則」、「忠誠原則」、「照顧原則」、「情事變更調整原則」、「功績原則」、「禁止罷工原則」及「中立性原則」等七個基本

[27] 行政院研究發展考核委員會編印，公務員基準法之研究，台北，民國 79 年 4 月初版，頁 15-17。
[28] 蘇俊雄，法治政治，台北，正中書局，民國 82 年 9 月臺初版，頁 22-23。

原則，國內學者紛紛引進之。[29]

3、國內實務概況

其實，前揭從德國基本法第 33 條第 5 項所詮釋出來的七個原則，除了情事變更調整原則之外，在我國實務上已經遍地開花。**其一**，關於終身事業原則，雖然法律並未直接規定，司法解釋也沒有明確援用過，但是其隱含著國家採用職業公務人員（常業文官）制度，並且賦予公務人員身分保障。這在我國實務上都已經根深蒂固了。尤其身分保障，不但大法官在釋字第 243、298、575、605、637、658 等號解釋中屢次闡明，而且公務人員保障法第 9 條更將其成文化，已經具體體現所謂終身事業原則。**其二**，關於忠誠原則，不但公務人員任用法第 3 條、公務員服務法第 1 條早有明定[30]，而且大法官在釋字第 618、455 號解釋中也都明確援用，應該具有憲法位階。**其三**，關於照顧原則，在釋字第 658、605、575、455 號解釋中都被大法官引用了，同樣高居憲法位階。**其四**，關於功績原則，公務人員陞遷法第 5 條第 1 項規定：「各機關職務出缺時，除……，應就具有該職務任用資格之人員，本功績原則評定陞遷」乃明定其為評定陞遷的基本原則。**其五**，關於禁止罷工原則，儘管目前尚無明定，但公務人員協會法第 30 條第 2 項禁止締結團體協約，已經形同禁止採取罷工手段了。公務人員基準法草案第 32 條第 1 項第 1 款便是如此規定。**其六**，關於中立性原則，立法院於民國 98 年 5 月 19 日通過公務人員行政中立法，不但課予公務人員政治中立義務，也禁止長官逼迫公務人員從事政治活動，可謂是中立性原則的具體化。

4、小結

可見，我國憲法對於公務人員制度所為的基本決定主要侷限於文武分立、考用原則，以及考試權獨立。外加大法官與立法者引進從德

[29] 林明鏘，〈憲政改革與公務員制度—與德國法之比較研究〉，《公務員法研究（一）》，台北，學林，2000 年，頁 12-20；朱武憲，〈公務人員勤務關係與身分保障〉，《行政法爭議問題研究（下）》，台北，五南，民國 89 年，頁 1252-1258。

[30] 史尚寬，行政法論，台北，自版，民國 67 年 9 月台北重刊，頁 96；陳新民，〈論公務員的忠誠義務〉，《憲法基本權利之基本理論（下）》，台北，自版，民國 81 年 1 月 3 版，頁 187-191。

國基本法第 33 條第 5 項所詮釋出來的各項原則，也確實發揮了填補作用，使公務人員制度更臻明確。但整體來說，對於前揭基本權主體地位與功能主體地位所各自衍生的法則該如何綜合適用？以及其間之落差應該如何調和？上述各個基本原則，嚴格來說，並未觸及。尤其以基本權主體地位為準的各項法則，包括事前的諸如法律保留的密度、明確性原則的標準，以及事後的行政救濟的許容性標準等，都可能須與因功能主體地位而建置的各項法則相互折衝，尋求調和。這反而是公務人員法更迫切需要解答的問題。

（三）公務人員（人事）行政之羈束性與自由性

1、長官指令（Anordnung）

於傳統內外有別，並且側重於行政處分的行政法體系下[31]，通說認為：「上級長官對其下屬公務員之『指令』（Anordnung），其性質依情形而有不同。其以公務員為『職務工作者』，亦即機關所屬之『行政組織成員』而作成之指令，為『內部之勤務指示』，並非行政處分。反之，以公務員為『獨立之法律人格者』，亦即其本身權利或義務之『主體』，而對其人作成之指令，則為行政處分。在第一種情形，公務員處於行政內部，原則上並無組織法或職位之權利；在第二種情形，公務員則處於行政之外。」[32]乃對於長官指令作出整體性界分。

就此，有四點值得分析，其一，誠如本文前述分析，功能主體地位與基本權主體地位並不是無時無刻形影不離的，只有在所謂的“職務內”，才是處於二者兼具的複合身分下。換句話說，上述判準並不會適用到公務人員“職務外”的範疇。其二，所謂獨立之法律人格者，亦即本文所謂基本權主體地位，其猶如載體，可以承載權利，包括憲法上的權利，以及法律（令）上的權利。前者須按憲法人權條款，後者似得以保護規範理論為判斷依據。其三，長官指令究係針對「職

[31] 關於傳統行政法體系的反思，請參閱程明修，德國行政法學上「法律關係論」之發展—以公務員法律關係為例，載於公務人員月刊，第 35 期，1999 年 5 月，頁 27-40。
[32] 陳敏，前揭註 23 書，頁 325-326。

務工作者」抑或「獨立之法律人格者」所為，攸關其最終定性，此更加凸顯行政程序法有關行政處分定義中所謂“意欲”的重要性[33]。亦即唯有長官明知，並且有意使公務人員立於基本權主體地位所承載的權利受到影響時，才會構成行政處分。否則，即僅屬內部之勤務指示。其四，前揭通說指出：「在第一種情形，公務員處於行政內部，原則上並無組織法或職位之權利」，儘管所謂“原則上並無組織法或職位之權利”或有不同見解，但可以確定的是，人事行政仍有區塊是不涉及權利，保有高度自由性的。

2、法律保留密度調降

蓋於不涉及權利，公務人員單純立於功能主體地位時，國家完全化身勤務主，雙方立於內部關係，得以內部法，亦即得以行政機關及行政人員為相對人，規制其組織及行為等行政內部事項的行政規則為法源[34]。就此，憲法增修條文第 2 條規定：「國家機關之職權、設立程序及總員額，得以法律為準則性之規定」乃民國 86 年 7 月 18 日修憲時，有意識地調降法律保留原則在政府組織上的密度，值得參考。除此之外，只要涉及憲法所規定的基本權，或者法律所賦予的權利，即皆須以外部法為規範基礎。具體來說，公務人員立於基本權地位享有哪些衍生性的權利，乃攸關公務人員服公職基本權實現的重要事項，依重要性理論或者所謂層級化保留體系，皆屬法律保留範圍；反之，其立於功能主體地位，在職務內有執行職務的義務，在職務外亦有紀律義務必須遵守，其事涉基本權的限制者，亦須適用法律保留原則。即如吳庚老師所強調的：「構成公務員基本權利限制之重要事項，仍受『法律保留原則』之支配」[35]。只不過，其保留密度非不得權衡調降之，甚至不排除特別規則存在[36]。

可見，公務人員在公法上職務關係中，不論其立於功能主體地位

[33] 程明修，對公務人員職務調動處分的行政訴訟，載於法學講座，第 16 期，2003 年 4 月，頁 24。
[34] 陳敏，前揭註 23 書，頁 542。
[35] 吳庚，前揭註 13 書，頁 222。
[36] 吳庚，前揭註 13 書，頁 222。

所享有的衍生性權利，或者其因功能主體地位而致使基本權受到限制，其皆有法律保留原則的適用，有賴立法者盱衡各種因素決定其規範內容。其須以各個基本權為單位，或將其具體化；或將其與公務人員立於功能主體地位為履行國家職責的需要，相互折衝。事前的法律保留如此，事後的法律救濟亦是如此。憲法第 16 條保障人民訴訟權，秉持「有權利，斯有救濟」，公務人員仍不失為人民，當其權利受侵害時，仍得爭訟，不因公務人員身分而受影響[37]。但其得否提起爭訟的具體標準為何，仍有需要配合其立於功能主體地位的具體狀態而定。

二、重大影響說走向權利影響說？

吳庚老師在改版頻繁的行政法之理論與實用這本經典教科書中有段文字始終未曾動搖。他在詮釋釋字第 243 號解釋時提到：「值得探究者，乃此號解釋，對於公務員受有處分時，是否許其提起行政訴訟，究竟採取何種標準？本書認為應解為以『是否改變公務員身分關係，直接影響其服公職之權利』為判斷尺度。既不採德國學者所提倡的之『基礎關係與管理關係』的區分標準，亦與日本所採之『顯著不利益』標準有別，又與我國學者所主張之『淘汰處分與矯正處分』二分法復不盡相同。」[38]。就此，本文作者於碩士論文中以「權利影響說」稱之[39]，獲得吳老師親口肯定。

其實，釋字第 684 號解釋理由書第二段末提到：「...惟大學為實現研究學術及培育人才之教育目的或維持學校秩序，對學生所為行政處分或其他公權力措施，如侵害學生受教育權或其他基本權利，即使非屬退學或類此之處分，本於憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，仍應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。在此範圍內，本院釋字第三八二號解釋應予變更。」其中最有意義的，應該有三個地方，其一，理由書最後所提到的“釋字第三八二號解釋應予

[37] 吳庚，前揭註 13 書，頁 223。
[38] 吳庚，前揭註 13 書，頁 207。
[39] 徐崑明，前揭註 21 碩士論文，頁 97-98。

變更”，配合整段解釋理由書，其重點在於將以往所慣用的重大影響說予以揚棄了。[40]其二，將基本權的範圍從受教權擴大到所有基本權，只要有侵害到學生基本權，即使非退學或類此處分，亦得提起行政爭訟。其三，理由書與解釋文都將『行政處分』與『其他公權力措施』並列，顯示釋字第 382 號所呈現的「有行政處分，斯有行政訴訟」的作法遭到本號解釋駁斥。蓋所謂『其他公權力措施』，乃行政處分以外之其他公法行為[41]。就中，不但基本權的範圍從受教權擴張到所有基本權，而且行為形式從行政處分擴及到其他公權力措施，更重要的是，只要權利受侵害，即許其提起行政爭訟，從重大影響說走向權利影響說，非常明顯。

若將此趨勢套用在公務人員身上，則不但不該再限於服公職基本權，於其他基本權受侵害時，同樣應該給予救濟，而且也不能再劃地自限於重大影響說，更重要的是，不得再拘泥於行政處分了，必須將其他公權力措施並列。保障法第 1 條前段儘管以保障公務人員權益為宗旨，在解釋上不限於服公職權利，但從實體保障項目與立法沿革來看，還是以實現服公職基本權為主。若將所謂權利影響說貫徹於保障法，則未來的爭執點恐怕會是在權利與非權利的判斷上。就此，保障法所規定的各個實體保障項目是否為權利或者法律上之利益，即顯得關鍵；所謂的保護規範理論，即有其適用餘地。

參、復審定義及適用範圍的立法調整

一、考慮將“其他公權力措施”與行政處分並列

如本章前言所述，現階段學界對於公務人員保障程序同樣拘泥於「有行政處分，斯有救濟」的批評。若為有所回應，則徵諸前揭釋字第 684 號解釋的意旨，以及學者相關評析，則似乎可以考慮在保障法

[40] 吳庚，前揭註 13 書，頁 213。

[41] 李建良，大學生的基本權利與行政爭訟權－釋字第 684 號解釋簡評－，載於臺灣法學，第 171 期，2011 年 3 月 1 日，頁 53-54。但釋字第 684 號解釋，以及李教授的見解或許與行政程序法第 92 條第 1 項關於行政處分的定義有些矛盾。蓋本項規定：「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」乃將所謂『其他公權力措施』與『決定』並列。

第 25 條所稱的「行政處分」後增訂所謂「其他公權力措施」，使其並列，亦即將條文修正為：「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）所為之行政處分或其他公權力措施，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。」藉以彰顯復審標的不在行政處分這個行政行為形式，而是在於“權利或者法律上之利益”。同時，或可藉此導正“行政處分”與“致損害其權利或利益者”二個法律構成要件長期被錯誤連結的問題。

近來，最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議通過二則決議，決議（一）:「甲由主管人員調任為同一機關非主管人員，但仍以原官等官階任用並敘原俸級及同一陞遷序列，雖使其因此喪失主管加給之支給，惟基於對機關首長統御管理及人事調度運用權之尊重，且依公務人員俸給法第 2 條第 5 款規定，主管加給係指本俸、年功俸以外，因所任『職務』性質，而另加之給與，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給，故應認該職務調任，未損及既有之公務員身分、官等、職等及俸給等權益，不得提起行政訴訟請求救濟。」[42]；決議（二）:「憲法第 18 條所保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法律晉敘陞遷之權，為司法院釋字第 611 號解釋所揭示。而公務員年終考績考列丙等之法律效果，除最近 1 年不得辦理陞任外（公務人員陞遷法第 12 條第 1 項第 5 款參照），未來 3 年亦不得參加委任升薦任或薦任升簡任之升官等訓練（公務人員任用法第 17 條參照），於晉敘陞遷等服公職之權利影響重大。基於憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，應無不許對之提起司法救濟之理。」[43]姑且不論結果，其論述脈絡，儘管都沒提到保障法第 25 條所稱行政處分的

[42] 最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（一），資料取得 http://jirs.judicial.gov.tw/FINT/FINTQRY04.asp?hir=all&N0=&sel_jword=&N1=&N2=&N3=&Y1=104&M1=8&D1=25&Y2=104&M2=8&D2=25&kt=&kw=%A1u%C2%BE%B0%C8%A1v&keyword=%A1u%C2%BE%B0%C8%A1v&sdate=20150825&edate=20150825&ktitle=&lc1=&lc2=&lc3=&hi=all&EXEC=%ACd++%B8%DF&datatype=dtype&typeid=C&recordNo=1，最後瀏覽日：2015/11/30。

[43] 最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（二），資料取得 http://jirs.judicial.gov.tw/FINT/FINTQRY04.asp?hir=all&N0=&sel_jword=&N1=&N2=&N3=&Y1=104&M1=8&D1=25&Y2=104&M2=8&D2=25&kt=&kw=%A6%D2%C1Z%A6C%A4%FE%B5%A5&keyword=%A6%D2%C1Z%A6C%A4%FE%B5%A5&sdate=20150825&edate=20150825&ktitle=&lc1=&lc2=&lc3=&hi=all&EXEC=%ACd++%B8%DF&datatype=dtype&typeid=C&recordNo=1，最後瀏覽日：2015/11/30。

認定標準，但其實還是立足重大影響說，在釐清攸關得否提起行政訴訟的行政處分是否存在的問題。

關於以上二個決議，必須強調二點：其一，最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議決議（一）所認定的主管調任非主管不得提起行政訴訟者，乃限於警察人員；至於其他公務人員，其主管調任非主管者，仍依保訓會公保字第 0920008309 號函，業屬於服公職權利有重大影響者，仍得提起復審、行政訴訟[44]。其二，關於陞遷，目前保訓會幾乎都許其提起復審，觀乎 103 年度保訓會的年報，陞遷案件進入申訴、再申訴者，只占 0.2%，只有 10 件[45]。

可見，「權利是否受重大侵害」與「行政處分是否存在」二者相互混淆的錯誤觀念[46]仍然相當嚴重，而且至今仍為最高行政法院所沿用，並且堅持。若能將「行政處分」與「致損害其權利或利益者」予以隔離，某個程度或有糾正效果。但須指出，如此增訂固然可以回應學界目前對於保障程序陷於有「有行政處分，斯有救濟」的質疑，不過也意味著保障法第 25 條與訴願法第 1 條從此有所不同。是否配套引進德國公務員法基準法第 126 條第 3 項，亦即公務員行政訴訟採百分之百的異議前置主義[47]，便須同時考慮了。其實，若按美國聯邦法典 5 USC §7703 的規定，也幾乎是採取百分之百的申訴（appeal）前置主義[48]。

二、於保障法立法明定所稱行政處分定義為何

如上所述，當前的復審程序面臨許多批評，尤其以行政處分為核心所建構的復審前置，再加上不許不服再申訴決定的人提起行政訴

---

[44] 97 公審決字第 0248 號、95 公審決字第 0165 、95 公審決字第 0241 號、94 公審決字第 0223 號決定，請參照。

[45] 保訓會，年報資料（103 年統計資料），公務人員保障提要分析，頁 7-8，資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/1029-9286/Documents/04-103%E5%85%AC%E5%8B%99%E4%BA%BA%E5%93%A1%E4%BF%9D%E9%9A%9C-%E6%8F%90%E8%A6%81%E5%88%86%E6%9E%90(PDF%E6%AA%94).pdf，最後瀏覽日：2015/11/30。

[46] 李建良，同前揭註 41 文，頁 54。

[47] 林明鏘，德國公務員保障制度之研究，收於吳庚主持，公務人員保障法制問題之研究，保訓會委託研究報告，民國 87 年 3 月，頁 102。

[48] 徐崑明，前揭註 21 碩士論文，頁 264-265。

訟。其實，先撇開再申訴不許行政訴訟的問題不談，若從歷史觀點來看，復審程序早於保障法存在，乃對比於訴願法所建立，其以行政處分為基礎，並且採取復審前置，實屬無可厚非。[49]單單針對現行復審程序，其問題癥結在於行政處分在實務上的認定標準緊跟大法官指標性解釋，無端限縮於「改變身分」、「公法上財產請求」與「於服公職權利有重大影響」三者，造成其與行政程序法第 92 條和訴願法第 3 條使用相同概念，卻完全大異其趣。

至於改善之道，或許是可以透過解釋論的操作變更見解來緩解的。畢竟大法官至今並未作成某號解釋，明確宣示人事行政處分僅限於前揭三種類型，進而導致全國各機關及人民必須依釋字第 185 號解釋，受其拘束；反而是保訓會與行政法院向來劃地自限於其所歸納的指標性大法官解釋，將其落實於案件審理中所致。蓋依行政程序法第 92 條與訴願法第 3 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。」其中對於公務人員法律關係來說，最重要的是所稱『對外直接發生法律效果』這個要件的判斷。就此，行政機關所為直接發生法律效果的決定，或者其他公權力措施，亦即所謂規制行為(Regelung)，乃指“以發生權利義務關係之得、喪、變更為目的”者。又，法律行為與事實行為的最大區別在於行政機關有無『意欲』發生一定權利義務內容之意思表示。相形之下，以往大法官解釋所採的重大影響說，即忽略了只要權利義務產生變動，其法律效果便發生的基本觀念[50]。至於所稱『對外』的判斷，即得回歸本文前揭對於公務人員作為基本權主體與功能主體的區隔。蓋基於民主國原則，由組織法與功能法所受賦予之法律地位，得停留在行政機關內部。當然，若為根絕後患，最好考慮在保障法中增訂條文，明確宣示本法所稱行

[49] 於民國 84 年 12 月審議保障法草案時，時任考試院副秘書長的朱武獻先生代表考試院指出：「大法官釋字第二四三號解釋亦提及復審、再復審相當於訴願、再訴願程序，因此本法始沿用公務員法規的概念，用復審、再復審的名稱。因沿用復審、再復審的概念，所以必須準用訴願法的規定。」，詳請參閱立法院公報，第 84 卷第 62 期，民國 84 年 12 月 20 日，頁 216。

[50] 陳耀祥主持，公務人員保障法修法研議─保障對象與救濟類型之研究，保訓會委託研究報告，民國 97 年 12 月，頁 51-52。

政處分定義為何。本文認為，其定義沒有理由不比照行政程序法第92條和訴願法第3條[51]。

三、賦予因具備公務人員用消極資格而遭不予任用者復審資格

公務人員任用法第28條規定：「Ⅰ. 有下列情事之一者，不得任用為公務人員：一、未具或喪失中華民國國籍。二、具中華民國國籍兼具外國國籍。但其他法律另有規定者，不在此限。三、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。四、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。五、犯前二款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。六、依法停止任用。七、褫奪公權尚未復權。八、經原住民族特種考試及格，而未具或喪失原住民身分。九、受監護或輔助宣告，尚未撤銷。Ⅱ. 公務人員於任用後，有前項第一款至第八款情事之一者，應予免職；有第九款情事者，應依規定辦理退休或資遣。任用後發現其於任用時有前項各款情事之一者，應撤銷任用。Ⅲ. 前項撤銷任用人員，其任職期間之職務行為，不失其效力；業已依規定支付之俸給及其他給付，不予追還。但經依第一項第二款情事撤銷任用者，應予追還」。

人民因構成公務人員任用法第28條第1項各款所定消極資格者，本不得任用為公務人員，惟若於任用前疏未察覺，於任用後，按同條第2項，亦須依規定“免職”、“辦理退休”、“資遣”或者“撤銷任用”。凡此法律效果，對於人民服公職基本權影響至大；甚

[51] 其實，早在保障法於民國84年提交立法院審議時，當時的法務部代表張明珠參事（現任考試委員）即擔心保障法關於行政處分的定義付之闕如。就此，當時的考試院副秘書長朱武獻即明確答覆：「關於行政處分的定義。行政處分的內涵在學理上及實務上的發展，都是一相當明確的概念。我們在第二十三條已提到可準用訴願法，且條文中已明確指出這就是行政處分。如果擔心不夠清楚，或許可在說明欄中明確指出這是訴願法第二條中行政處分的概念。」（詳請參閱立法院公報，第84卷第62期，民國84年12月20日，頁215-216）。不過朱武獻老師當時也同時提及：「近幾年來，大法官會議解釋已發展出一個概念：凡公務員變更身分，而有一些不利的處分，這些便是行政處分，事實上，各人事機關及考試院對於行政處分的認定，就是根據訴願法第二條大法官會議的解釋而來。總之，行政處分一詞不是有訴願法的概念，就是有司法院的解釋，其成為全國各界共同遵循的概念應該是沒有問題的。」（詳請參閱立法院公報，第84卷第62期，民國84年12月20日，頁216）。就此，顯然朱老師是誤判局勢了，如今的歧異剛好就是保訓會、行政法院以及學述界累積指標性大法官解釋所得出與訴願法不同的認定標準。

至依據同條第 3 項，其因雙重國籍而導致任用遭到撤銷者，尚須追還薪水。凡此，皆構成保障法第 25 條所稱行政處分，固得提起復審。惟於正式任用前，其公法上職務關係尚未發生，若因被認定有前揭各款消極資格而遭到不予任用，目前尚無法比照前述狀況，依保障法第 25 條提起復審。然而，儘管其仍未正式任用，取得公務人員身分，但以類似締約過程的緊密關係（nebenverhältnis）為基礎，亦有必要提供其救濟途徑，避免有冤難申。本文具體建議於保障法第 25 條增訂條文，明定其因具有本條所定消極資格而遭到不予任用者，亦得提起復審，以資周延。

四、建議增訂拒絕申請之課予義務復審

（一）行政訴訟法第 5 條的課予義務訴訟

觀乎行政訴訟法第 5 條規定：「Ⅰ.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。Ⅱ.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。」其將所謂課予義務復審尚且區分為二種：其一，怠為處分之課予義務復審，乃因行政機關單純不作為，未作成任何行政處分，令人民提起訴訟，直接請求行政法院命行政機關作成行政處分，或者作成一定內容之行政處分；其二，拒絕申請之課予義務復審，乃行政機關明確駁回人民的申請。人民起訴的目的有二，包括撤銷駁回處分，以及命行政機關作成一定內容之行政處分。

（二）保障法應該考慮增訂拒絕申請之課予義務復審

保障法仿照訴願法第 2 條，於第 26 條規定：「Ⅰ.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。Ⅱ. 前項期間，法令未明定者，

自機關受理申請之日起為二個月。」惟若對照前揭行政訴訟法第 5 條，則本條所謂“課予義務復審”，只限於怠為處分之課予義務復審，並不包括拒絕申請之課予義務復審[52]。為求體例完整性，明確公務人員可否提起此類復審，建議立法增訂之。

肆、申訴、再申訴面臨重新定位

一、申訴、再申訴仍有存在實益？

本研究報告百分之百支持憲法第 16 條所表彰的「有權利，斯有救濟」的理念，並且認為公務人員因其身分所受處分，若有侵害其權利者，即須給與救濟，即使是保障法第 77 條所規定的服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置，也應該准予進入司法審查。但仍須指出，民國 92 年修法時，於保障法第 77 條增加「至影響其權益者」的要件，其主要用意在於將申訴、再申訴限於主觀，不擴及客觀[53]，毋寧是強調須“與個人有關”的案件，方得提起之，並非強調以“權益受侵害”為要件。蓋於修法前，在保訓會的實務上便以“與再申訴人個人權利有關”為要件了[54]。既然修法用意在於重申申訴、再申訴必須“與個人有關”，便不排除保障法第 77 條所規定的服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置存在著與公務人員個人有關，但仍非其權益事項的案件。

林明鏘老師在說明德國公務員之異議權限(Befugnis)時指出：「…在公務員法之情形，則稍有不同：蓋此時只要對該公務員有任何一個措施（jegliche Masnahme）即可，而毋須一定是行政處分。例如職務

[52] 陳耀祥主持，前揭註 50 研究報告，頁 53。

[53] 當時修法理由指出：「修正第一項規定申訴之提起，須服務機關所為之管理措施及依有關工作條件所為之處置，影響於該公務人員之權益時，該公務人員始得就該個案提起申訴，至對抽象工作條件，則不得依本法提起救濟，而應依團體協商機制處理，以避免濫行申訴、再申訴。」。關於修法條文說明，請參閱公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法修正條文對照表，資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日：2015/11/24。

[54] 88 公申決字第 0189 號再申訴決定指出：「然再申訴人所述各節，均與再申訴人個人權益無直接關連，且其處理結果亦非服務機關對再申訴人本人所為之管理措施；況再申訴人指陳該院停車場重覆施作與公證處服務櫃檯修畢再拆，有浪費公帑及涉有弊端等節，係屬政風業務，亦與再申訴人個人權益無關。綜上，再申訴人所提申訴、再申訴，核與法未合，本案應不予受理。」，請參照。

上之判斷（dienstliche Beurteilung）（相當於我國法上之考績評定）損及公務員權利時，該公務員即具有異議權限。不過，如果公務員並非以具有獨立權限之法律上人格（尤其是只有基本權利時）；而僅僅係一個機關首長之職務執行者時（Amtswalter），因為隸屬機關組織中之一環，所以遭遇職務上之命令、組織上之措施以及其他相類似之措施時，即無異議權」[55]從本文加註底線的部分來看，其實相當接近本文所構思的在不涉及基本權的狀況下的功能主體地位。

接續前面二段說明，不難看出申訴、再申訴即使不得再涉入有關公務人員權利的紛爭，但就公務人員立於純粹功能主體地位所發生的紛爭來說，卻仍有其存在價值。保訓會仍得成為服務機關與公務人員作為功能法主體之爭議解決機制的終審機關。可見，是否涉及公務人員權利，就非常關鍵了。儘管所謂權利或法律上之利益，在行政訴訟實務上，通常皆從寬處理[56]，但仍須以所謂保護規範理論來認定之[57]。其具體判準有三：其一，須有使公行政負有作成特定行為義務之法規範；其二，該法規範須在於達成個別人民之利益；其三，須授與當事人貫徹其利益之法律之力。若將此理論套用到公務人員權益的認定上來，則所謂工作條件與管理措施是否皆屬公權利或法律上之利益，恐怕仍有不少問題。茲分二點說明如下：

二、對於工作條件的實體保障項目是否皆有主觀權利，仍須檢視

首先，在保障法立法當時，工作條件與至今未能入法的福利事項相同，均被人事行政局指明刪除，儘管後來勉強過關[58]，名列保障法第 2 條的實體保障項目，但從其所對應的保障法第 16、18、19、20 條當中是否能導出公務人員的主觀權利？仍有檢視必要。若以保護規範理論為準，則第 16 條用字為「不得」；第 18 與 19 條用字為「應」，似乎皆可肯定之。但第 20 條用字為「得」，其能否導出主觀權利，

[55] 林明鏘，德國公務員保障制度之研究，收於吳庚主持，公務人員保障法制問題之研究，保訓會委託研究報告，民國 87 年 3 月，頁 104。
[56] 陳敏，行政法總論，台北，自版，民國 100 年 9 月 7 版，頁 1370。
[57] 同上，頁 258-261。
[58] 立法院公報，第 84 卷第 62 期，民國 84 年 12 月 24 日，頁 193、200、201。

即非無疑。就此，本文認為本條涉及公務人員生命、身體、健康等重大法益，即使認定主管長官擁有裁量權，但依釋字第 469 號解釋，也應該縮減至零，承認公務人員享有公權利。[59]因此，保障法關於工作條件具體化的第 16、18、19、20 條，應該都有授與公務人員公權利的目的。未來，若主管機關就此作成符合行政程序法第 92 條的行政行為，應該准予提起復審。即使非以行政處分，而以其他公權力措施造成足以變動公務人員工作條件的結果，亦須容許其提起給付或者確認訴訟。反之，若非以上四個條文所規定的工作條件，即須於適用保障法第 77 條所稱「有關工作條件之處置」時，以保護規範理論為準，具體認定個別公務人員法令有無賦予其公權利或者法律上之利益。若無，則屬申訴、再申訴的範疇。

三、管理措施仍有不涉及公務人員權益者

其次，作為申訴、再申訴案件大宗的管理措施，儘管在保障法第 2 條與工作條件並列為實體保障項目，但卻較難在同法第 2 章找到確切的對應條文。因此，於適用保障法第 77 條所稱「管理措施」時，即須以保護規範理論為準，具體檢視公務人員所據以主張的個別公務人員法令是否賦予其權利或者法律上之利益。若無，則即非屬復審標的，仍得提起申訴、再申訴。以 103 年度年報為例，工作指派（占 1.9%），舉凡懲處（占 48.8%）；考績（占 36.3%）；敘獎（占 2.1%）；調任（占 2.5%）；差假（占 2.6%）；陞遷（占 0.2%）；訓練進修（占 0.2%）；其他（占 5.3%）。其中，差假，儘管目前仍只有公務人員請假規則，但其乃公務員服務法第 12 條所授權制定者，而且國內權威公法學者大多主張休假為公務人員權利[60]，所以其未來應該會往復審移動。陞遷，由於釋字第 611 號解釋將其解為權利，所以大部分的

[59] 但須指出，儘管工作條件在保障法上與所謂管理措施是呈現對稱性的，不過其實在保訓會實務上，早年便將屬於工作條件的工作指派紛爭劃入管理的範疇（86 年公申決字第 0011 號再申訴決定，請參照）。而且，學者也因此質疑所謂工作條件，在保訓會的解釋下，已經被所謂管理措施所涵蓋，形同具文了。（詳請參閱林明鏘、陳華，我國公務人員保障法之研究，收於吳庚主持，公務人員保障法制問題之研究，保訓會委託研究報告，民國 87 年 3 月，頁 25-26）。

[60] 吳庚，前揭註 13 書，頁 241；陳敏，前揭註 23 書，頁 1102-1103。

案件都許其提起復審。至於占大宗的懲處與考績案件，則仍須具體檢視個別公務人員法關於具體措施作成要件，以及其法律效果的規定，綜合判斷其是否影響公務人員權益。

以調任來說，最高行政法院 104 年度 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議（一）決議：「甲由主管人員調任為同一機關非主管人員，但仍以原官等官階任用並敘原俸級及同一陞遷序列，雖使其因此喪失主管加給之支給，惟基於對機關首長統御管理及人事調度運用權之尊重，且依公務人員俸給法第 2 條第 5 款規定，主管加給係指本俸、年功俸以外，因所任『職務』性質，而另加之給與，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給，故應認該職務調任，未損及既有之公務員身分、官等、職等及俸給等權益，不得提起行政訴訟請求救濟。」同樣也以不涉及身分、官等、職等及俸給等權益為前提。

四、離職人員仍有申訴、再申訴的權利？

保障法第 77 條第 3 項規定：「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」倘若未來申訴、再申訴轉型為與公務人員權益無關的內部申訴程序，則此屬機關內部功能法律關係之權限與責任之爭議，因不涉及公務人員作為基本權主體與行政法上主觀權利主體之法律地位，與憲法第 16 條保障人民的訴訟權無涉。而且，功能主體法律關係，在公務人員離職後既告終了。不僅申訴、再申訴之救濟，實無須再提供給離職後的公務人員，就連服務機關亦不該再對其為管理措施或有關工作條件之處置。因此，現行保障法第 77 條第 3 項建議刪除。

伍、修正條文草擬－代本章結論

一、保障法第 25 條修正草案

（一）第 1 項

1、版本 1

「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）所為之行政處分或其他公權力措施，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。」。

2、版本 2

「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。」。

（二）第 3 項

第 3 項：「公務人員或考試錄取參加訓練之人員因有公務人員任用法第二十八條第一項所定情事之一而遭到免職、撤銷任用或不予任用者，亦得依本法規定提起復審。」。

（三）第 4 項

第 4 項：「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。」。

二、保障法第 26 條第 1 項修正草案

第1項：「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，或予以駁回，得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復審。」。

三、保障法第 77 條修正草案

第 1 項：「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，不涉及其權利或法律上之利益者，得依本法提起申訴、再申訴。」

第六章　調處程序之適用範圍

第一節　現行調處制度

壹、調處制度之宗旨、規範依據與運作流程

一、宗旨

現行調處程序，乃公務人員保障法（以下簡稱保障法）於民國92年修法所增訂，惟於條文說明中只提及：「參酌日本、加拿大、澳洲等國之立法例，明定保訓會審理再申訴事件，為妥善解決問題得指派委員進行調處」[1]嚴格來說，並未清楚說明宗旨所在。相較之下，公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱：保訓會）所作的詮釋即清楚許多，其謂：「保障法係為保障公務人員權益而設，以公務人員與政府機關間之爭議，究與人民與政府機關間爭議確屬有別，如公務人員提起救濟時，必以決定方式作處理，恐無助於調和其間之爭執，亦有影響機關內部和諧之虞，於保障公務人員權益之目的，將無法達到。爰此，為調和機關與公務人員的爭執，促進機關內部和諧，爰於再申訴程序增設調處制度。明定保訓會審理再申訴事件，於必要時得依職權或依申請進行調處，以妥適處理問題。且該調處制度係屬任意性程序，如調處成立，即應作成調處書，並據以執行及終結再申訴之審理程序；如調處不成立，則應繼續再申訴事件之審理及決定，不致拖延再申訴事件之審理」[2]按學者歸納[3]，主要有三大功能：其一，維持公務人員與服務機關之和諧與互信；其二，彌補現行行政救濟之不足；其三，促進程序經濟。

二、規範依據與運作流程

現行調處程序的規範依據主要有三：其一，保障法第85至88條，

---

[1] 資料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日2015/10/9。

[2] 公務人員保障法百問，資料取得 http://www.csptc.gov.tw/pages/detail.aspx?Node=546&Page=2594&Index=-1，最後瀏覽日：2015/10/07。

[3] 林三欽主持，強化公務人員保障事件救濟程序之研究，保訓會委託研究報告，民國100年10月，頁34-35。

以及第 91 條第 1、4 項；其二，公務人員保障暨培訓委員會保障事件審議規則第 34 至 36 條[4]；其三，公務人員再申訴事件調處實施要點（計有 14 個條文）。其中，公務人員保障暨培訓委員會保障事件審議規則，乃保障法第 4 條第 3 項授權考試院制定者；公務人員再申訴事件調處實施要點並無授權依據，偏屬職權命令。

至於實際運作流程，綜合上述三項法令，乃於再申訴事件審理中，保訓會得依職權或依申請[5]，指定副主任委員或委員 1 人至 3 人，進行調處。調處成立者，公務人員再申訴事件調處實施要點第 12 點規定：「經調處成立者，承辦單位應依本法第八十七條規定作成調處書，向本會委員會議提出報告後，於十日內，將調處書以正本發送再申訴人及有關機關」即製作調處書，並於向委員會提出報告、發送再申訴人及有關機關後，追蹤列管即可。調處不成立者，同要點第 13 條規定：「調處不成立者，承辦單位應將調處紀錄附於再申訴人原提再申訴事件卷宗，併同再申訴決定書稿提送本會委員會議審議」即再續提審查會審查。相較於經委員會審議後作成再申訴決定者，須將決定書及執行情形刊登於考試院公報，然後再追蹤列管，其經調處成立者，只須製作調處書、向委員會提出報告、發送再申訴人及有關機關與追蹤列管，無須刊登於公報。

三、調處制度施行至今案件統計

調處制度自民國 92 年保障法公布施行至今（104 年 10 月），總計調處成立 12 件。其中事涉懲處的最多，有 7 件；差假次之，有 2 件；調職、工作指派及敘獎各 1 件。而且在年度的分布上，94、95、

[4] 公務人員保障暨培訓委員會保障事件審議規則第 34 條規定：「再申訴人依本法第八十五條規定申請調處者，應以書面為之」；第 35 條規定：「再申訴人申請調處，有下列各款情形之一者，保訓會得拒絕之：一、依調處事由之性質、再申訴人之狀況或其他情事經審慎評估後，可認為不能調處或顯無調處之必要或調處顯無成立之望者。二、曾依其他調處（解）程序經調處（解）不成立者。」；第 36 條規定：「保訓會審理再申訴事件，依本法第八十五條第一項規定進行調處，應經審查會決議，並簽報主任委員指定人員進行之。前項調處之結果，應向委員會議提出報告。」，請參照。

[5] 徵諸公務人員保障暨培訓委員會保障事件審議規則第 34 條，能申請調處者，只限於再申訴人，不包括對於公務人員作成管理措施或有關工作條件處置之服務機關。不僅如此，按同規則第 35 條，並非保訓會亦得拒絕調處，並非再申訴人提出申請，即須啟動調處程序。

96、98、100 及 102 年度都只有 1 件，104 年度大幅成長，至今已經有 6 件。其具體年度、件數、案由及人員屬性統計如下：

年度	件數	案由	人員屬性
94	1	調職	警察
95	1	差假	一般人員
96	1	工作指派	一般人員
98	1	敘獎	警察
100	1	懲處	警察
102	1	懲處	警察
104	6	差假（1 件）；懲處（5 件）。	醫事人員（1 人）；一般人員（2 人）；警察（2 人）。

貳、調處成立之合法性要件與法律性質

一、調處成立之合法性要件

（一）概說

目前，調處程序僅得於再申訴案件中進行，關於其合法性要件，保障法並未明定。如何拿捏，確實有必要釐清。保訓會曾於民國 92 年修法前委託陳愛娥教授（以下簡稱陳教授）為保障法增設調處程序進行評估研究，其研究成果極具參考價值。陳教授所提出的保障法第 5 章修正草案第 2 條規定：「當事人就保障案件之程序標的具有處分權且不違反公益者，始得進行調處。」[6]強調其合法性要件有二：其一，就程序標的有處分權；其二，不違反公益[7]，與行政訴訟法第 219 條第 1 項規定：「當事人就訴訟標的具有處分權且其和解無礙公益之維護者」相同。不僅如此，陳教授建議將調處適用範圍括及復審與申

[6] 陳愛娥主持，公務人員保障案件的調處制度，保訓會委託研究報告，民國 89 年 9 月，頁 51-52、80-81。

[7] 就此，陳愛娥教授指出：「基於維護公益的考量，如就特定程序標的由雙方當事人協議讓步，將危及重大公益的要求，自亦無從容許就此等標的進行調處。原則上，在大多數的保障案件中，並無抽象一般地不適於調處之情形。惟例如對有關公務人員考績之評定，固係針對公務人員個人能力及績效所為之判斷，但其判斷基準建立在對公務人員與服務機關其他同儕之比較評價上，如允許就此為調處，將嚴重危害考績制度之公平性，故應自始否定就此為調處之可能性。無類此情形存在，宜於個案中斟酌情事具體判斷之。」。參閱陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，民國 89 年 9 月，頁 81。亦有學者針對行政訴訟法第 219 條所稱不違反公益，主張：和解不得違反強制或禁止規定，不得恣意裁量或違反行政慣例。和解內容應為法律所允許之給付，不得以法律所禁止之事項，尤其是刑罰或秩序罰所處罰之行為，納入和解內容。參閱陳清秀，行政訴訟法，臺北，元照，2013 年 9 月，6 版，頁 571。

訴、再申訴案件，但同草案第 3 條規定：「申訴、再申訴案件中，管理行為或工作條件涉及公務人員可個別化之利益者，公務人員有締結和解契約之處分權。」卻只針對申訴、再申訴案件定出處分權有無的判斷標準，合理推測，他認為保障法納入調處制度，關於處分權有無的問題，主要是發生在申訴、再申訴案件。雖然以上二個條文後來均未定入保障法，但仍寓意深遠，值得參考。不過，在切入問題核心前，有三點必須先行說明：

1、所稱「就程序標的有處分權」究何所指？

陳教授於前揭研究報告建議條文中所稱「就程序標的有處分權」，在概念上容有澄清的必要。誠如程明修教授在討論撤銷訴訟的訴訟標的時指出：「多數學者認為撤銷訴訟之訴訟標的並非行政處分，而是『主張行政處分違法且侵害其權利』。至於行政處分在此乃是撤銷訴訟之『程序標的（Verfahrensgegenstand）』而已」[8]若將此見解套用在公務人員的申訴、再申訴上，則保障法第 77 條第 1 項所稱「管理措施」或「有關工作條件之處置」乃程序標的；至於與程教授所謂訴訟標的相近者，於此，或可謂為申訴、再申訴標的，應該是指：「管理措施或有關工作條件之處置不當，致影響其權益者」。本文認為，應該將調處類比於行政訴訟法第 219 條的和解，並按學者將本條所稱「訴訟標的」解為「和解標的」，且以當事人對於系爭和解標的之內容或條件，具體而言即當事人應為之行為（作為或不作為）[9]是否有處分權為斷，則所稱「就程序標的有處分權」，即須以調處標的為準，以當事人對於系爭調處標的之內容或條件有處分權（得為行為）[10]為斷。

至於何謂處分權，學者有謂：「應兼指在事實上為處分之可能，及在法律上為處分之容許。法律之強制禁止規定，非當事人所得左右，為當事人之私人或行政機關，皆不得經由協議，承擔違法之行為或不

[8] 程明修，對公務人員職務調動處分的行政訴訟，法學講座，第 16 期，2003 年 4 月，頁 20-21。
[9] 翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，臺北，五南，2002 年，頁 605。
[10] 同前註書，頁 606。

行為義務。在其他情形，則分別以觀：私人為當事人，當事人為訴訟標的所涉及之請求權之權利主體，即對訴訟標的有處分權……行政機關為當事人，訴訟和解，在實體法上即行政程序法第 136 條之和解契約。行政機關對訴訟標的之權利義務，依法律明文規定，或依事件性質，不得締結行政契約時，即不具訴訟標的之處分權。」[11]亦即強制禁止規定同為私人與行政機關均不具處分權的禁地[12]，除此以外，便須分別“私人”與“行政機關”個別觀察。私人的部分，乃強調是否為訴訟標的的權利主體。行政機關的部分，乃強調二點，其一，必須符合行政程序法第 136 條的規定；其二，依法律或事件性質，非不得締結行政契約者。

2、行政訴訟法第 219 條、行政程序法第 136 條於調處有其適用？

針對行政訴訟法第 219 條的訴訟和解，學者指出：「訴訟和解具有實體法及訴訟法之雙重性質，既為當事人依行政程序法第 136 條成立之行政契約（和解契約），又為訴訟行為」[13]換句話說，即使是訴訟和解，行政程序法第 136 條亦有其適用。調處在三面關係上與訴訟和解比較接近，但所附麗的再申訴程序在本質上無疑屬於行政程序，因此，無論如何，都無法迴避行政程序法第 136 條關於和解契約的規定是否有其適用的問題。行政程序法第 136 條規定：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分」對於和解契約尚有其超乎行政訴訟法第 219 條第 1 項的限制要件。

但行政程序法第 136 條在現行調處上是否有其適用？這個問題涉及行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款將「對公務員所為之人事行政行為」定為除外事項的問題。就此，國內通說認為：「至行政程序法第

[11] 陳敏，行政法總論，臺北，自版，民國 102 年 9 月，8 版，頁 1577。
[12] 但有學者指出:「若涉及強行法規之適用,除為除去適用法規所生事實或法律關係之不確定性，而在實體上本得締結行政契約之情形外」似乎認為即使涉及強行法規的適用，仍有締結行政契約的可能。詳請參閱林三欽，前揭註 3 研究報告，頁 42。
[13] 陳敏，前揭註 11 書，頁 1575。

3 條第 3 項第 7 款關於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，係指不構成得提起行政爭訟之行政處分之人事行政行為。對公務員所為之人事行政行為，如屬行政處分，既得對之提起訴願(或相類程序)及行政訴訟以救濟，行政機關作成此行政處分，自應依行政程序法之規定為之」[14]主張限縮本款適用範圍[15]。準此，則復審程序以涉及公務人員權利的行政處分為標的，若引進調處，則行政程序法第 136 條固有其適用[16]；但再申訴決定仍非行政處分[17]，行政程序法第 136 條於再申訴案件中所進行的調處是否有其適用？非無討論空間。

3、處分權有無的問題在再申訴案件中爭議較大

其實，處分權有無的問題在服務機關與公務人員雙方當事人間皆有之，但誠如學者研究指出：「就行政機關方面，針對行政機關內部之工作條件或管理措施，法律往往賦予行政機關有較大的裁量空間或判斷餘地，故行政機關對於協議內容之處分權能，應較無問題；反之，在公務人員方面，由於公務人員對於工作條件或管理措施並不享有個人公權利，因此就服務機關內部管理工作條件或管理措施是否有處分

[14] 最高行政法院 98 年判字第 1350 號判決，請參照。

[15] 吳庚，行政法之理論與實用，臺北，三民，2015 年增訂 13 版，頁 571；陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 53。不同意見，請參閱林明鏘，論行政程序法中「對公務員所為之人事行政行為」，公務員法研究（一），臺北，學林，2000 年，頁 430 以下。林明鏘教授主張：公務人員保障法復審程序中成立之調處，無須受行政程序法，特別是有關行政契約相關規定的直接拘束。

[16] 值得注意的是，陳愛娥教授指出：「茲以行政程序法第一三六條為例說明，由其規範文義及其目的似乎可以導出，必須係行政機關在進行合理之職權調查，仍不能排除行政處分所依據之法律要件或事實狀態之不確定性時，始得依其合義務性裁量，選擇與人民締結和解契約，以終結行政程序。從而，行政機關已作成人事行政行為後，即使在公務人員保障程序中，經由調處與公務人員達成和解，亦已非上述規定意義下之和解契約。有關其合法性要件，充其量亦只得類推適用上述規定」乃採取類推適用的見解。不過，陳教授也同時指出：「唯上述規定（我國行政程序法第 136 條）本係繼受德國行政程序法第五五條之規定而來，依該國學說及實務見解，即使在行政機關已作成行政行為而終結行政程序後，始在相當於我國訴願程序之異議程序中與人民所締結之和解契約，仍必須遵守行政程序法有關行政契約，尤其是其第五五條之規定。此外，依我國行政訴訟法第二一九條規定，當事人就訴訟標的具有處分權，並不違反公益者，得成立訴訟上和解。此一規定亦係仿德國行政法院法第一〇六條而來，依彼邦學說及實務之見解，所謂『當事人就訴訟標的具有處分權』，係指其不得抵觸強行法規及公法上的一般原則而言，尤其是指必須遵守行政程序法有關行政契約之規定。因此，有關訴訟上和解之合法性要件，亦係直接適用德國行政程序法之相關規定。依此推論，則在公務人員保障程序中成立之調處，不論是將公務人員保障程序定位為廣義之行政自我審查程序或是準司法程序，均無不受行政程序法相關規定直接拘束之理。」乃鑑於德國經驗，而認同直接適用的見解。詳請參閱陳愛娥，前揭註 6 研究報告，頁 53-54。

[17] 吳庚，前揭註 13 書，頁 252。

權能，不能無疑」[18]顯然公務人員這邊問題是比較大的。

至於公務人員就調處標的有無處分權？徵諸陳教授所提出的研究報告，在建議將調處全面施行於復審與申訴、再申訴程序之際，但卻僅針對申訴、再申訴程序中所進行的調處提出保障法第 5 章修正草案第 3 條規定：「申訴、再申訴案件中，管理行為或工作條件涉及公務人員可個別化之利益者，公務人員有締結和解契約之處分權。」以“可個別化之利益”來另外評斷再申訴案件中處分權的有無[19]，並未針對復審案件作出類似建議[20]。想當然爾，乃認為處分權有無的問題在復審案件中較無爭議，無須明文，與申訴、再申訴案件所進行的調處有所不同。

（二）於再申訴調處中，再申訴人有無處分權？

就此，可以歸納為肯定說與否定說，茲說明如下：

1、**肯定說**

（1）、保障法第 77 條第 1 項

本項規定：「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」既以「致影響其權益者」為要件，殊難想像其不具有處分權。

（2）、學者見解

陳教授所主持的前揭研究報告指出：「…把『管理關係』下之公務人員視為是位於國家機器內部之小齒輪，進而以此否定在行政內部法領域公務人員與行政機關有締結行政契約之可能，無疑深受『法主體封閉理論』之影響。惟本文以為，即使承認為了維護文官制度之效能，有必要在行政內部法領域針對具體之行政行為限制公務人員提起

[18] 林三欽主持，前揭註 3 研究報告，頁 38。

[19] 就此，陳愛娥教授指出：「於再申訴程序中，其程序對象本即係對公務人員影響較為輕微之工作條件及管理措施，法律之規範密度較低，行政機關相對地則有更大的形成空間，原本正是調處制度可以大顯身手之處。惟因為在管理關係之內部法領域，公務人員原則上不具有公權利而欠缺處分權能，其是否得與行政機關締結和解契約，學理上非無疑義。為徹底發揮調處制度之功能，故明定只要於再申訴程序中，管理行為或工作條件所涉及的是公務人員「可個別化之利益」，即應承認公務人員享有締結和解契約之處分權能。」。詳請參閱陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 82-83。

[20] 陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 51-53、80-83。

行政訴訟之可能，但以此為目的否認公務人員在『管理關係』享有抽象的權利主體性，已違反憲法基於對人性尊嚴之尊重而要求不得將人視為客體之基本決定。在行政內部之『管理關係』領域，公務人員仍為權利主體，自得與行政機關締結行政契約」[21]猶如前述，其所提的保障法第5章修正草案第3條在以“可個別化之利益”來判斷處分權有無之餘，更將調處成立的法律性質明文定為行政契約。

但須指出，嚴格來說，陳教授亦非無條件支持肯定說，他在前揭研究報告中也明白指出：「……由於法秩序並不承認公務人員享有請求國家或其他行政主體維持其『功能上之具體職務』不變之公權利，因此，調整職務之行為被定性只是單純為了維持客觀的勤務需求而生之行政機關之內部措施。公務人員就功能上之具體職務並不享有個人自由處分之權能，自不得以拋棄上述法律上並不承認之請求權作為和解契約中讓步之內容。當然這並不表示於再申訴案件中完全沒有成立調處之可能。例如，公務人員對職務調整不服而提起申訴、再申訴，經調處後成立和解如下：行政機關有作成新的職務調整之義務，公務人員就新的職務調整行為則拋棄提起申訴、再申訴之程序地位。蓋公務人員保障法既已規定公務人員就行政內部的職務調整行為可以提起申訴、再申訴，此一程序法上之地位具有公權利之性質，自非不許其自由處分。另外，職務調整之行為亦可能影響公務人員之家庭生活，故儘管公務人員就在同一機關內之功能上具體職務並不享有主觀公權利，就該職務並無處分之權能，惟在因為職務調動之行為使公務人員家庭生活可能受嚴重之妨害時，國家即可能違反對公務人員之照顧義務，公務人員自得基於結果排除請求權請求國家回復原狀。在此若公務人員處分其結果排除請求權，與行政機關成立調處，自非法所不許。」[22]嘗試從理論上應然的否定聲中另闢蹊徑，創造出本於實然的肯定見解。

2、否定說

[21] 陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 59。
[22] 陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 60。

（1）、保障法第 77 條第 1 項

本項所稱『致影響其權益者』乃民國 92 年修法時所增訂[23]，誠如條文說明指出：「修正第一項規定申訴之提起，須服務機關所為之管理措施及依有關工作條件所為之處置，影響於該公務人員之權益時，該公務人員始得就該個案提起申訴，至對抽象工作條件，則不得依本法提起救濟，而應依團體協商機制處理，以避免濫行申訴、再申訴」[24]其用意在於將申訴、再申訴限於個案，避免浮濫因抽象工作條件而提起之，非為凸顯公務人員在內部關係中仍有權利存在。

（2）、學者見解

吳庚教授認為：「至於再申訴決定，既非對具體權利義務關係所作之裁決，其性質上仍屬於行政內部行為，各關係機關雖亦受其拘束（該法第九十一條第一項），但尚不能與行政處分之存續力（確定力）、執行力及確認效力等量齊觀。」[25]乃否定公務人員於申訴、再申訴中所爭執的服務機關之管理措施與有關工作條件之處置涉及權利義務，據此推論，吳老師應該不至於支持公務人員就再申訴標的甚或調處標的享有處分權。

3、折衷說

（1）、保障法第 91 條第 1 項後段

儘管保障法第 77 條第 1 項在文義解釋與目的解釋下獲致不同結論，但若再考量保障法第 91 條第 1 項規定：「保訓會所為保障事件之決定確定後，有拘束各關係機關之效力；其經保訓會作成調處書者，亦同。」令調處成立發生與保障決定確定相同的效力，亦即行政處分確定的效力。如此，不啻承認公務人員在內部關係中仍有某種處分權。

（2）、學者見解

---

[23] 在此之前，公務人員保障法（舊）第 23 條規定：「公務人員對於服務機關所提供之工作條件及所為之管理認為不當者，得依本法提出申訴、再申訴」。

[24] 關於修法條文說明，請參閱公務人員保障暨培訓委員會，公務人員保障法修正條文對照表，料取得 http://www.csptc.gov.tw/FileUpload/45-2795%5CDocuments/protect04.pdf，最後瀏覽日：2015/11/24。

[25] 吳庚，前揭註 15 書，頁 252。

林三欽教授指出：「針對公務人員對服務機關內部管理的工作條件或管理措施是否具有處分權能之疑義，本文認為，因法秩序並不承認公務人員有權請求國家或其他行政主體維持其『功能上之具體職務』不變的權利，因此，調整職務之行為被定性為單純為維持客觀勤務需求而生之機關內部措施，公務人員就功能上之具體職務並不享有個人自由處分之權能，自不得以拋棄法律上不承認之請求權作為類似和解契約之內容，惟既然保障法規定公務人員就行政內部之職務調整行為可提起申訴、再申訴，自非不許公務人員針對該爭議作成某種協議表示。另外，職務調整之行為 亦可能影響公務人員之家庭生活，故儘管公務人員針對具體職務並不享有公權利，就該工作條件或管理措施並無處分之權能，惟在因職務調動之行為而使公務人員家庭生活可能受有嚴重妨害時，國家即可能違反對公務人員之照顧義務，公務人員亦得尋求救濟與解決，換言之，此時公務人員對於服務機關內部管理的工作條件或管理措施即應擁有排除不當處置之權利」[26]在論述上與陳愛娥教授有不少共同點，於認定公務人員就功能上之具體職務並不享有個人自由處分權能之餘，仍強調基於二點理由，公務人員仍有權針對職務調整爭議與服務機關達成協議，其一，保障法規定公務人員就行政內部之職務調整行為得提起申訴、再申訴；其二，因職務調動之行為而使公務人員家庭生活可能受有嚴重妨害時，國家即可能違反對公務人員之照顧義務，公務人員亦得尋求救濟與解決。惟相較於陳教授具體提出以“可個別化之利益”來判斷處分權有無，仍有些許不同，因此，本文另外將其獨立為折衷說。

4、本文見解

以上三種見解互有見地，但本文認為，除了在理論層次上，須以人民擔任公務人員與國家作為勤務主之間，存有基本權主體與功能主體的複合身分為基礎，重新檢視其法律關係之外，實務見解所造成的現況，恐怕也必須考慮進來。所謂現況，乃因實務見解仍然堅持若非

[26] 林三欽主持，前揭註 3 研究報告，頁 39-40。

涉及改變身分、公法上財產請求與於服公職權利有重大影響者，皆不構成保障法第 25 條所稱行政處分，而只能依同法第 77 條提起申訴、再申訴；即使服公職以外的基本權受到重大影響，亦復如是。這造成不少在實質上已經碰觸到基本權的人事行政行為被界定到管理措施的範疇去。

例如最高行政法院 97 年度裁字第 4195 號裁定面對當事人主張：「…相對人違反兩性工作平等法，將男、女教官依性別分開造冊評比，在『資績分』排序上使高分的男教官（即原告）落選，無法如期晉升，而低分的女教官晉升，已影響男教官之公務員身分及工作權。」事涉男女平等問題，卻仍於裁定理由指出：「按『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。』為公務人員保障法第 77 條第 1 項所明定。應循申訴、再申訴程序救濟之事項，無損公務人員服公職之權利，影響其權益並非重大，經再申訴後猶有不服，公務人員保障法並無如復審程序定有得提起行政訴訟之規定，再申訴即屬救濟程序之終點，自不得對於再申訴決定提起行政訴訟。再參照司法院釋字第……號解釋意旨，公務人員得依行政訴訟法提起救濟之情形為：(一)對於改變公務員身分關係，直接影響其服公職權利之處置，如免職處分等。(二)公法上財產請求權受到影響者，如退休金、已確定考績之考績獎金、福利互助金之請領等。(三)對於公務人員有重大影響之懲戒處分，如降低官等、降級、減俸等。至於其他公務人員考績法之考績評定處分，上級機關就其監督範圍內所發布之職務命令，或其他工作條件及管理之必要處分，則不許提起行政訴訟。本件抗告人參加相對人『軍訓教官候選晉任』遴選作業，未獲相對人遴選列入向國防部推薦候選晉任中校名冊，僅係類似於『考績評定』之前期作業之程序，依高級中等以上學校軍訓教官申訴處理作業要點第 2 點第 1 項規定、可知軍訓教官對於任職學校之行政措施有爭議者，僅得依申訴方式為之，尚

不得對之提起行政訴訟。」[27]若謂其中未涉及基本權限制，恐怕難杜悠悠之口。

因此，於單純涉及公務人員立於功能主體地位時，固然就像前揭否定說與折衷說，甚至主張肯定說的學者在論述中所指出的，從理論上確實很難肯定公務人員享有處分權。但問題在於現階段實務見解，如果仍然堅持以行政處分來判斷公務人員得否提起復審與行政訴訟，而且關於行政處分的判準依舊如此狹隘，那麼也無怪乎讓人覺得在申訴、再申訴案件中仍然動輒觸及公務人員權利，不敢果斷地說當中不存在處分權。肯定說與折衷說從國家照顧義務推導公務人員在再申訴案件中享有處分權，亦屬情非得已。反之，若於涉及公務人員基本權地位時，從理論上輕易即可獲致處分權存在的依據。從中，也意味著調處若擴及復審，關於其處分權有無，可以直接導入現階段對於行政訴訟法第 219 條所為的解釋成果，無須苦心孤詣，無中生有。

（三）行政契約的許容性與行政程序法第 136 條的特別合法性要件

假設我們同意調處雙方皆有處分權，那麼緊接在後的二個問題分別是：其一，行政契約的許容性；其二，行政程序法第 136 條的特別合法性要件。分別說明如下：

1、行政契約的許容性

此處所謂許容性，乃行為形式的許容性。就此，行政程序法第 135 條規定：「公法上法律關係得以契約設定、變更或消滅之。但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限。」乃採取所謂除外說[28]，亦即若非依其性質或法規不得締結行政契約者，例如公務員之任用[29]，則公法上法律關係即得以行政契約為之。但是否選擇行政契約作為行為形式，行政機關仍須具體斟酌公共利益，進行合義務性裁量[30]，即使已經具備行政程序法第 136 條所規定的要件，亦復如是[31]。

---

[27] 資料取得 http://jirs.judicial.gov.tw/Index.htm，最後瀏覽日：2015/10/12。
[28] 吳庚，前揭註 15 書，頁 413-414。
[29] 陳敏，前揭註 11 書，頁 588。
[30] 陳敏，前揭註 11 書，頁 1577。
[31] 陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 56。

2、行政程序法第 136 條的特別合法性要件

行政程序法第 136 條規定：「行政機關對於行政處分所依據之事實或法律關係，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，並解決爭執，得與人民和解，締結行政契約，以代替行政處分」對於和解契約另有其合法性要件。其中除了所稱「以代替行政處分」，國內學者迭有批評，不宜列為特別要件[32]之外，和解契約在本條規定下尚須有三個特別合法性要件：其一，須行政處分所依據之事實或法律關係不確定；其二，須該不確定經依職權調查仍不能確定；其三，須雙方當事人相互讓步。

必須指出，國內學者以德國實務發展為鑑，指出：「在行政機關享有裁量權的範圍內，若就法定要件是否具備並無不確定性的爭議，雙方當事人僅就行政機關在法律效果之裁量上是否為最合目的性、最妥當的選擇有所爭議，亦得就法律效果的面向透過雙方相互讓步締結和解契約。蓋行政機關既有裁量選擇空間，則透過和解契約自我限制本身之裁量選擇，自非法所不許。」[33]主張訴訟上和解契約並不以行政程序法第 136 條所規定的和解契約為限。

二、調處成立之法律性質

以現階段調處僅限於再申訴案件而言，調處成立者，其法律性質隨著處分權有無難以界定，以及行政程序法第 136 條是否有其適用仍有爭議，也混沌不明。陳教授早年所提出的保障法第 5 章修正草案第 3 條規定：「申訴、再申訴案件中，管理行為或工作條件涉及公務人員可個別化之利益者，公務人員有締結和解契約之處分權。」乃直接以和解契約界定之。惟此條文最後並未訂入保障法。非不得反面推論，認為立法機關不同意將調處成立與和解契約相提並論，**此其一**。而且，保障法目前仍不許公務人員對於再申訴決定提起行政訴訟，若認為調處成立構成和解契約，則按行政訴訟法第 8 條第 1 項規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政

[32] 陳敏，前揭註 11 書，頁 580-581。
[33] 陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 57。

處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」反而將使公務人員得提起給付訴訟，其反差與矛盾不言可喻，**此其二**。保障法第 91 條第 1 項規定：「保訓會所為保障事件之決定確定後，有拘束各關係機關之效力；其經保訓會作成調處書者，亦同。」、第 4 項規定：「再申訴事件經調處成立者，服務機關應於收受調處書之次日起二個月內，將處理情形回復保訓會。」乃有意強化調處成立的效力，徵諸本條立法說明有謂：「第一項增列再申訴事件經保訓會作成調處書者，亦有拘束力，並為促使機關依調處結果處理，爰併增列第四項，明定服務機關之處理限期，並應回復保訓會。」亦可得知。從中，亦可見保障法是以保訓會所作成的保障決定為模型，將其拘束各關係機關效力的部分直接套用到調處成立上。惟此恐怕與和解契約以締約雙方為拘束對象，並且將規範重點擺在契約因罹於瑕疵而有無效或得撤銷時的體例[34]，差距甚大[35]，**此其三**。

[34] 行政程序法第 141 至 143 條，請參照。

[35] 陳愛娥教授當年所提出的保障法第 5 章修正草案第 5 條的條文說明第 4 點亦指出：「上述設計固係有意強化調處成立之效力，惟保障決定性質上係行政處分，賦予調處書有等同保障決定確定之效力，法理上反將衍生不少疑義，亦不能提供更直接、更有實效的紛爭解決模式。例如當事人若行使解除權，則調處書是否當然失效，抑或其仍需經保訓會撤銷或廢止使失其效力，不無疑義。在當事人契約有瑕疵時，對其相當於保障決定確定之效力有何影響，如何除去上述效力，亦不無疑義。當事人拒不履行約定義務時，調處書是否得直接作為執行名義，均須另為完整之配套設計。查調處成立之性質既為行政法上和解契約，基於契約之拘束力，當事人自不得任意悔約。有關行政契約之調整、終止或其瑕疵之法律效果，行政程序法已有完整之規定；且為強化行政契約之功能，行政程序法第一四八條規定，當事人得透過約定使契約直接作為執行名義。此外，有關契約之履行或效力發生爭議，行政訴訟法亦有完整之配套機制可供遵循。故法政策上或無須賦予和解契約有等同保障決定確定之效力。」。詳請參閱陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 84-85。

第二節　調處擴及復審程序的可行性評估

從前面的討論不難發現，相較於復審，調處制度實行於再申訴案件所必須克服的問題反而是比較多的，尤其處分權的有無、行政程序法第 136 條關於和解契約的合法性要件有無其適用、調處成立的法律性質，乃至於其效力為何等等問題，主要都是在再申訴案件中遭遇難題。從陳愛娥教授早年提出的研究報告，以及本文前面章節的論述中，即可看出端倪。換句話說，調處擴及復審案件在學理上根本不成問題[36]。但令人意外的是，民國 92 年所進行的保障法修正卻將調處侷限於再申訴案件，問題較少的復審案件反而被拒於門外。立法考量為何，誠有必要釐清。

壹、民國 92 年保障法修正，調處僅適用於再申訴案件的入法經過

一、立法院修法過程

保障法第 5 章增訂調處制度，乃民國 92 年 5 月 14 日修法時通過的。惟其第 85 條第 1 項規定：「再申訴事件審理中，保訓會得依職權或依申請，指定副主任委員或委員一人至三人，進行調處。」乃明確將調處制度侷限於再申訴，不適用於復審案件。就此，考證立法院修法過程，於 92 年 5 月 14 日通過保障法第 5 章時，院會只紀錄：「本章各條文均照案通過」[37]，除此之外，只有法制委員會當年審查保障法修正草案時的紀錄提到：「（六）增設再申訴事件之調處制度……明定保訓會審理再申訴事件，於必要時得依職權或依申請進行調處，以妥適解決問題。」[38]無從得知修法當時立法院基於何等考量，將復審案件排除於調處之外[39]。

---

[36] 國內公法學者程明修、林昱梅、林明昕、盛子龍、林明鏘及林三欽等位教授，都明確表達支持將調處擴及復審案件。詳請參閱林三欽主持，前揭註 3 研究報告，頁 61、73-75。

[37] 立法院公報，第 92 卷 25 期（二），2003 年 5 月 14 日，頁 24。

[38] 立法院公報，第 92 卷第 15 期（四），2003 年 4 月 9 日，頁 279。

[39] 程明修教授曾經提及：「調處的制度未適用於復審事件的制度設計，剛好與再審議是在立法當時一個完全不同的考量，再審議是排除再申訴程序的適用，而調處機制則是排除復審機制的適用。當時的立法考量，主要是認為復審案件涉及合法性、違法性的判斷，較為嚴重，因此不太適合在人事行政上透過調處的機制處理。針對這個問題，我基本上也認為當時立法之初的疑慮，沒有太大必要性，把調處當成一個行政程序當中的紛爭的解決的機制，或是在行政程序中廣泛的適用類似於和解契約締結此等機制，並不一定會影響合法性的問題。簡單的說，我認為如果可能有合法

二、考試院提案階段

（一）考試院會議

若再往法案提出的過程追溯，考試院在 92 年 3 月 21 日，第 9 屆第 273 次會議所通過的保障法修正草案總說明中，只有第 10 點簡單地提到：「增設再申訴事件之調處制度」，而且本次院會也只在討論事項的第 4 點載明：「公務人員保障暨培訓委員會函陳重新檢討研擬之『公務人員保障法』修正草案一案，提請討論案」，隨後便決議：「照會擬通過」[40]了。可見，不僅立法院審議過程未交代為何如此，考試院會議通過保障法修正草案時，亦未論及。

（二）考試院審查報告

惟查考試院於 90 年 2 月 23 日為保障法修正草案召開審查會，其審查報告第三段開宗明義即指出：「因保訓會及銓敘部對若干結構性問題意見並不一致，主要包括：……六、有關調處問題」並於扼要報告審查情形及結果的第三十點明確指出：「本章規定調處程序，保訓會原擬調處範圍，包括復審事件，惟銓敘部認公務人員身分、官職等級、俸給等事項，係屬依法行政事項，對全體公務人員應有一致標準，不宜就個案與個別或少數公務人員進行調處，且『公務人員協會法』（草案）所定之協商、調處，亦以工作條件、行政管理為限，因此建議調處事項，以『工作條件、管理措施』等申訴案件、再申訴案件為限。案經八十九年三月二十九日會部局協調結果，保訓會同意銓敘部意見。嗣後，保訓會認為復審案件仍宜列入調處範圍，銓敘部則認為宜維持先前之協調結果，不宜納入（有關理由參見附件五：銓敘部對公務人員保障法修正草案中調處事項範圍之意見說明，90.2.8）。案經討論，審查會決議調處範圍仍以再申訴為限；是以，第八十六條至八十九條，照保訓會依會部局協商結論修正之條文通過。」[41]以本文標

性的疑慮，它只是會影響在合法性的這個操作上，必須要謹慎的程度高低而已，並不當然的因此排除復審案件適用的必要。」。詳請參閱林三欽主持，前揭註 3 研究報告，頁 73。

[40] 資料取得 http://www.exam.gov.tw/cp.asp?xItem=1616&ctNode=411&mp=2，最後瀏覽日：2015/10/17。

[41] 考試院民國 90 年 2 月 23 日審查報告，頁 2、19-20，請參照。

示底線的地方為本，清楚看出當時保訓會明確主張復審案件也應該納入調處的範圍，但銓敘部堅決反對。

（三）銓敘部反對將復審案件納入調處的理由

除了上述審查報告中所呈現的反對理由之外，銓敘部於 90 年 2 月 8 日回應保訓會於 89 年 3 月 29 日協調會後再次建議將復審案件納入調處範圍，乃明確指出四點理由，其中第二至第四點，本文節錄如下：「二、查保訓會委託研究之『公務人員保障案件的調處制度』第九頁所載（附件二），加拿大的調處機制主要運用在調職的申訴及工作場所騷擾事件的處理；澳大利亞公務人員保障制度只有針對申訴程序設計有調處機制；日本公務人員保障制度中，僅限於『改善勤務條件之要件[42]』案件設計有類似調處的機制。準此，參酌上述國家立法例，調處事項宜限於申訴事項。三、公務人員保障法修正草案增設之調處制度，雖有助於妥善解決問題，惟公務人員『身分、官職等級、俸給』等均係依相關人事法規辦理之事項，對全體公務人員應有一致之標準與作法，實不宜且無法與極少數公務人員（復審人）進行調處。四、如保訓會對本部辦理俸給事項中提敘俸級之『職等相當、性質相近、服務成績優良』等要件之認定有所顧慮，認允得進行調處，以前開要件之認定，於『公務人員曾任年資採計提敘俸級認定要點』中均有明確之規定，例如：『職等相當』之認定依『各類人員與行政機關公務人員職等相當年資採計提敘俸級對照表』及附則規定辦理；『性質相近』依『職組暨職系名稱一覽表』規定認定；『服務成績優良』依考績等次或分數認定等。是以，前開要件之認定均已有一致之標準與作法。保訓會實不宜涉入前開事項之認定，與復審人進行調處。」足見銓敘部反對復審案件納入調處，其理由有三：其一，外國立法例將調處限於申訴；其二，依法行政；其三，不存在要件認定空間的問題。惟此三項理由是否成立，容有必要重新檢視之。

[42] 此處顯有誤植，該研究報告原文為「要求」，並非「要件」。詳請參閱陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 9。

貳、銓敘部反對理由的重新檢視

一、參考外國立法例，調處僅限於申訴？

銓敘部所引用的外國立法例主要是加拿大、澳洲和日本。值得補充的，是美國的立法例。在陳愛娥教授所執筆的研究報告中指出，美國無類似於調處之制度[43]。就此，本文持保留態度。美國 1960 年代的民權立法使得人民權利保護範圍大幅擴張，訴訟案件也隨之增多，所謂「替代性爭議解決途徑（Alternative Dispute Resolution）」也逐漸興盛。聯邦政府於 1990 年代更制定許多法令，鼓勵當事人使用替代性爭議解決途徑，例如 1990 年的「協商式法規制定法（Negotiated Rulemaking Act）」授權行政機關使用協商式法規制定方式，以代替對抗式制定方式；1990 年的「行政爭議解決法（Administrative Dispute Resolution Act）」要求所有聯邦行政機關訂定自願性使用替代性爭議解決途徑的政策，藉以協助行政機關解決內外爭議。

針對人事管理，柯林頓總統於 1993 年發佈第 12871 號行政命令，其第 2 條第（c）項規定：「行政機關應該提供公務員關於雙方合意解決爭議方式的系統性訓練，諸如替代性爭議解決技術，以及利益協商途徑」[44]。隨後，又於 1998 年 5 月 1 日發佈備忘錄，題為：鼓勵行政機關使用替代性的爭議解決方式，以及協商式的法規制定方式[45]。可見，使用替代性爭議解決途徑已經是聯邦政府的政策，各人事爭議管轄機關，包括功績制度維護委員會（簡稱 MSPB）、特別檢察署（簡稱 OSC）、平等就業機會委員會（簡稱 EEOC）及聯邦勞動關係局（簡稱 FLRA）均得研發、採用適當的替代性爭議解決方法或技術。MSPB 作為受理不利益人事處分申訴的主要機關，依聯邦法規彙編第 5 編第 1201.41（b）（12）的規定，行政法官有權於聽證前試行和解（Hold

---

[43] 陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 8-2。

[44] provide systematic training of appropriate agency employees (including line managers, first line supervisors, and union representatives who are Federal employees) in consensual methods of dispute resolution, such as alternative dispute resolution techniques and interest-based bargaining approaches。資料取得 http://www.presidency.ucsb.edu/ws/?pid=61564，最後瀏覽日：2015/10/18。

[45] SUBJECT: Designation of Interagency Committees to Facilitate and Encourage Agency Use of Alternate Means of Dispute Resolution and Negotiated Rulemaking. 資料取得 http://govinfo.library.unt.edu/npr/library/direct/memos/disputre.html，最後瀏覽日：2015/10/18。

prehearing conferences for the settlement and simplification of issues)[46]；第 1201.41（c）規定，行政法官得隨時試行和解（The judge may initiate attempts to settle the appeal informally at any time）[47]，均顯示採取和解這種非對抗式的爭議解決途徑是相當常見的。經統計，所選定的案件約有 25%最終達成和解。[48]

二、復審調處有違依法行政？

銓敘部再三強調：「公務人員身分、官職等級、俸給等事項，係屬依法行政事項，對全體公務人員應有一致標準，不宜就個案與個別或少數公務人員進行調處」。但若按銓敘部對於依法行政的認知，則行政契約恐怕無法見容於行政程序法。蓋行政程序法第 135 條已經採取除外說[49]，亦即除非公法上法律關係依其性質或法規規定屬於不得締結行政契約者，否則，只要經行政機關進行合義務性裁量後，即得採行之。從中，也顯示和解契約與依法行政原則並非全然扞格。或許銓敘部所指出的「身分」基於公務人員考績法第 2 條[50]，必須格外重視準確客觀；「官職等級」基於公務人員任用法第 5、6 條，必須格外秉持員額與職務列等表；「俸給」基於公務人員俸給法第 1 條，必須恪遵俸給法定原則[51]，確實須有特殊考量。惟其於行政程序法第 135 條的但書，亦即「但依其性質或法規規定不得締約者，不在此限」當中，仍有立論空間，可以在個案中排除和解契約的採行。實不須全盤否定調處在復審案件適用的可能性。

---

[46] 5CFR1201.41（b）（12）.

[47] 5CFR1201.41（c）.

[48] 楊戊龍，正當法律程序與文官工作權保障—美國聯邦公務員工作權利救濟理論與實務，台北，翰蘆，頁 63。

[49] 吳庚，前揭註 15 書，頁 413-414。

[50] 關於公務人員的身分，於行政作用上多反射性地相對於免職，乃公務人員考績法第 6 條與第 12 條所規定的考列丁等者。準此，則同法第 2 條所揭示：「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」即有其適用。

[51] 就此，陳愛娥教授於研究報告中指出：「即使原處分係屬羈束行政之領域，行政機關亦可取得與公務人員締結和解契約之處分權能。例如在有關俸給法定之原則下，若關於俸給之審定，雙方就所適用之法律之解釋有所爭議，而雙方所持見解亦各有所本，行政機關自得在斟酌續行爭議與締結和解契約之利弊得失後，與公務人員透過相互讓步締結和解契約。」。詳請參閱，陳愛娥主持，前揭註 6 研究報告，頁 57。

三、法定要件沒有認定疑慮？

銓敘部指出：「如保訓會對本部辦理俸給事項中提敘俸級之『職等相當、性質相近、服務成績優良』等要件之認定有所顧慮，認允得進行調處，以前開要件之認定，於『公務人員曾任年資採計提敘俸級認定要點』中均有明確之規定，例如.....是以，前開要件之認定均已有一致之標準與作法。保訓會實不宜涉入前開事項之認定，與復審人進行調處。」乃澄清提敘俸級的相關要件業於『公務人員曾任年資採計提敘俸級認定要點』中明確規定了，所以保訓會不宜以要件認定存有疑慮而主張將復審案件納入調處。

但觀乎行政程序法第 136 條，欲採行和解契約者，須有三個合法性要件：其一，須行政處分所依據之事實或法律關係不確定；其二，須依職權調查仍不能確定者；其三，須雙方當事人相互讓步。[52]根據前面二個要件，其得否採行和解契約，主要關鍵在於“事實或法律關係”不確定，而且經依職權調查仍不能確定者，並非構成要件明確性不足。實則，事實或法律關係不明確乃職權調查、發現真實、協力義務，以及舉證責任分配的問題；至於要件明確性不足，乃不確定法律概念、法律解釋、判斷餘地，以及審查密度的問題。二者在認事用法的三段論證中，分屬小前提與大前提，不宜混淆。換句話說，行政程序法第 136 條所規定的合法性要件，乃因作為小前提的事實或法律關係有不確定狀態經依職權調查仍無法排除，或者排除需費過鉅者，為節省當事人的時間、勞力、費用，並使相對人信服而容許採行和解契約[53]。此與要件不明確所呈現的法律問題，以及因應之道，無法同日而語。

---

[52] 陳敏，前揭註 11 書，頁 580-581。

[53] 除此之外，和解契約尚有下列特點：（1）保護功能；（2）補充及取代單方高權行為；（3）解決問題功能；（4）提昇人民地位功能；（5）減少行政成本增進行政效率。詳請參閱許宗力，〈行政契約法概要〉，收錄於翁岳生主持《行政程序法之研究》研究計畫，行政院經建會經社法規研究報告，1989 年，頁 296 以下；林三欽，前揭註 3 研究報告，頁 39-41。

第三節　本章結論

綜合前面二節，可以清楚發現 92 年修法未將復審案件納入調處範圍，並非在學理上有何不可之處，而是因為銓敘部堅決反對。但重新檢視其理由，卻不無商榷餘地。事隔 13 年，如今，隨著公務人員權利意識提高，和解契約在行政法上也更為成熟，何況採行這種非對抗式的爭議解決模式對於公共職場有許多正面的效益，不管是保持職場和諧，或者促進行政效率等等，若以美國於公共職場廣泛運用替代性爭議解決途徑為師，則將調處擴及復審案件，毋寧已經是大勢所趨。

因此，本文具體建議修正保障法第 5 章的條文，特別是將以往限於「再申訴」事件的部分改為「保障」事件，具體條文草擬如下：

壹、保障第 85 條

保障事件審理中，保訓會得依職權或依申請，指定副主任委員或委員一人至三人，進行調處。

前項調處，於多數人共同提起之保障事件，其代表人非徵得全體復審人或再申訴人之書面同意，不得為之。

貳、保障法第 86 條

保訓會進行調處時，應以書面通知復審人、再申訴人，或其代表人、代理人及有關機關，於指定期日到達指定處所行之。

前項之代理人，應提出特別委任之授權證明，始得參與調處。

復審人或再申訴人或其代表人、特別委任之代理人及有關機關，無正當理由，於指定期日不到場者，視為調處不成立。但保訓會認為有成立調處之可能者，得另定調處期日。

調處之過程及結果應製作紀錄，由參與調處之人員簽名；其拒絕簽名者，應記明其事由。

參、保障法第 87 條

保障事件經調處成立者，保訓會應作成調處書，記載下列事

項，並函知復審人、再申訴人、代表人、特別委任之代理人及有關機關：

一、復審人或再申訴人姓名、出生年月日、服務機關及職稱、住居所、國民身分證統一編號或身分證明文件字號。

二、有代表人或特別委任之代理人者，其姓名、出生年月日、住居所、國民身分證統一編號或身分證明文件字號。

三、參與調處之副主任委員、委員姓名。

四、調處事由。

五、調處成立之內容。

六、調處成立之場所。

七、調處成立之年月日。

前項經調處成立之保障事件，保訓會應終結其審理程序。

肆、保障法第 88 條

保障事件經調處不成立者，保訓會應逕依本法所定之復審程序或再申訴程序為審議決定。

第七章　美國公務員保障制度

第一節　美國法上的公務員

美國聯邦憲法第2條第2項第2款規定總統任命官員的權力有二種，其一，提名大使、公使、領事、最高法院法官及所有其他聯邦官員，依參議院之建議及同意後任命之，乃所謂「主要官員（principal officer）」的任命；其二，但國會認為適當時，得以法律將次級官員之任命，授予總統、法院或各部首長，乃所謂「次要官員（inferior officer）」的任命。除此二者之外，憲法即未規定。至於法律層次，乃對於「文職人員（civil service）」、「官員（Officer）」及「公務員（Employee）」有定義性規定，不過，在個別法律當中仍有個別規定。與公務員保障制度有關者，諸如得向功績制度維護委員會提起申訴的公務員，以及考評處分的適用對象，即採取個別規定。茲說明如下：

壹、各種人員名稱的法律定義

一、文職人員（civil service）

所謂文職人員，聯邦法典5 USC §2101條（文職人員；軍隊；制服職人員）規定：「本編所稱文職人員，為下列人員（For the purpose of this title—）：（1）文職（civil service），係指聯邦政府行政、司法、立法部門中的所有職位，但不包括制服職者。（2）所謂軍隊，係指陸軍、海軍、空軍、海軍陸戰隊、海岸防衛隊。（3）所謂制服職，係指軍隊和公共衛生特勤隊、國家海洋大氣管理局特勤隊。」[1]。

二、官員（Officer）

至於所謂官員，聯邦法典5 USC §2104規定：「（a）本編所稱官

[1] **5 USC §2101. CIVIL SERVICE; ARMED FORCES; UNIFORMED SERVICES**
For the purpose of this title—
(1) the "civil service" consists of all appointive positions in the executive, judicial, and legislative branches of the Government of the United States, except positions in the uniformed services; **(2)** "armed forces" means the Army, Navy, Air Force, Marine Corps, and Coast Guard; and **(3)** "uniformed services" means the armed forces, the commissioned corps of the Public Health Service, and the commissioned corps of the National Oceanic and Atmospheric Administration.

員，除本條另有規定者或經有權機關改定外，包括聯邦法官，以及具備下列要件的人員：（1）由總統、聯邦法院、行政機關首長、軍事部門首席從文職人員中依法任命執行其官方職權者；（2）依法律或行政命令執行聯邦職能；以及（3）行使職權受本項第（1）款，或聯邦司法委員會監督者。（b）但聯邦郵政局及郵政費率委員會之官員，不在此限。」[2]。

三、公務員（Employee）

所謂公務員，聯邦法典 5 USC §2105 規定：「（a）本編所稱公務員，除本條另有規定或經有權機關改定外，包括官員（officer），以及下列人員：（1）下列人員本於職權從文職人員中任命者：（A）總統；（B）國會議員或國會；（C）制服職委員；（D）依據本款擔任公務員者；（E）政府所控制的企業主管；（F）依聯邦法典 32USC §709（c）規定的首席主管所指派的軍務局長；（2）依法律或行政命令執行聯邦職能；以及（3）行使職權受本項第（1）款監督者。」[3]。

---

[2] **5 USC §2104. Officer**
(a) For the purpose of this title, "officer", except as otherwise provided by this section or when specifically modified, means a justice or judge of the United States and an individual who is—
(1) required by law to be appointed in the civil service by one of the following acting in an official capacity—
(A) the President;
(B) a court of the United States;
(C) the head of an Executive agency; or
(D) the Secretary of a military department;
(2) engaged in the performance of a Federal function under authority of law or an Executive act; and
(3) subject to the supervision of an authority named by paragraph (1) of this section, or the Judicial Conference of the United States, while engaged in the performance of the duties of his office.
(b) Except as otherwise provided by law, an officer of the United States Postal Service or of the Postal Regulatory Commission is deemed not an officer for purposes of this title.

[3] **5 USC §2105(employee)**
(a) For the purpose of this title, "employee", except as otherwise provided by this section or when specifically modified, means an officer and an individual who is—
(1) appointed in the civil service by one of the following acting in an official capacity—
(A) the President;
(B) a Member or Members of Congress, or the Congress;
(C) a member of a uniformed service;
(D) an individual who is an employee under this section;
(E) the head of a Government controlled corporation; or
(F) an adjutant general designated by the Secretary concerned under section 709(c) of title 32;
(2) engaged in the performance of a Federal function under authority of law or an Executive act; and
(3) subject to the supervision of an individual named by paragraph (1) of this subsection while engaged in the performance of the duties of his position.

四、競爭職人員（The competitive service）

所謂競爭職，聯邦法典 5 USC §2012 規定：「(a)競爭職包括：(1)行政部門內所有文官職位，但不包括（A）法律明文排除於競爭職職位之外者；(B）須經參議院同意後任命，但非參議院另有指示者；以及（C）高級行政主管；(2）行政部門以外經法律明文規定為競爭職的職位；以及（3）哥倫比亞特區政府內經法律明文規定為競爭職的職位。」[4]。

五、除外職人員（The excepted service）

所謂除外職，依聯邦法典 5 USC §2103 規定：「(a）本編所稱除外職，係指非競爭職或高級行政主管職之職位。」[5]。

貳、個別定義的立法模式

如上所述，美國公務員法對於「文職人員」、「官員」與「公務員」皆有其法定定義，但在個別法律當中仍有其個別定義。其中，得向功績制度維護委員會（簡稱 MSPB）提起申訴的公務員，以及考績處分的適用對象，即皆另有個別定義。茲編譯美國聯邦法典的規定如下：

一、得向功績制度維護委員會（MSPB）提起申訴的公務員

聯邦法典第 5 編第 75 章第 2 節所規定的「免職」、「十四日以上

---

[4] **5 USC §2102. The competitive service**
(a) The "competitive service" consists of—
(1) all civil service positions in the executive branch, except—
(A) positions which are specifically excepted from the competitive service by or under statute;
(B) positions to which appointments are made by nomination for confirmation by the Senate, unless the Senate otherwise directs; and
(C) positions in the Senior Executive Service;
(2) civil service positions not in the executive branch which are specifically included in the competitive service by statute; and
(3) positions in the government of the District of Columbia which are specifically included in the competitive service by statute.
(b) Notwithstanding subsection (a)(1)(B) of this section, the "competitive service" includes positions to which appointments are made by nomination for confirmation by the Senate when specifically included therein by statute.
(c) As used in other Acts of Congress, "classified civil service" or "classified service" means the "competitive service".

[5] **5 USC §2103. The excepted service**
(a) For the purpose of this title, the "excepted service" consists of those civil service positions which are not in the competitive service or the Senior Executive Service.
(b) As used in other Acts of Congress, "unclassified civil service" or "unclassified service" means the "excepted service".

停職」、「降級」或「減俸」及「三十日以內之留職停薪」等不利益處分，其適用對象，依 5 USC §7511（a）規定：

（1）本節所稱公務員係指下列人員：

（A）公務員在競爭職位上且

（i）非初任試用或初任見習；或

（ii）非一年內或少於一年之臨時任命職位且已服務滿一年者。

（B）除外職位中具優惠資格之公務員，且在下列相同或類似職位服務滿一年者：

（i）行政機關；或

（ii）聯邦郵局或郵資委員會

（C）下列除外職位之公務員（不具有優惠資格者）

（i）尚未轉任競爭職且非初任試用或初任見習者

（ii）非少於兩年或兩年之臨時任命職位者，且於行政機關之相同或類似之職位服務滿兩年者。

但須注意，5 USC §7511（b）另有明文規定本節之規定不適用於下列人員：

（1）經參議院同意任命之人員；

（2）依下列人員決定該職位屬於機要性、政策決定性、政策制定性或政策倡導性而排除於競爭職之外：

(A) 總統。

(B) 人事管理局。

(C) 總統或機關首長執行法律之規定。

（3）總統任命之公務員。

（4）辦理領取公務員退休金及失業年金，或者外交人員退休金及失業金之業務之公務員。

（5）依第 8337 條第(h)項第(1)款所規定之國防專家。

（6）依 1980 年外交人員服務法第 103 條所規定之外交人員。

（7）中央情報局或審計總署之公務員。

（8）聯邦郵局、郵資委員會、巴拿馬運河委員會、田納西谷管理局、中央情報局、國防部情報局（依第 10USC §1614 條之定義），或者依第 10 編第 83 章第 1 節規定之陸軍情報活動處

（9）依本編第 5102 條第(c)項第(11)款所規定之公務員。

（10）除了依 38USC§7401(3)所規定之公務員外，依據 38 編排除於競爭職以外之辦理退伍軍人健康行政之公務員。

二、考績法的特別規定

（一）適用考績處分的公務員

5 USC § 4301 第（2）項對於適用考績處分的公務員定義如下：本節所謂公務員，係指受僱於機關之人員，但不包括下列各款人員—

（A）派駐美國領土以外，按駐地俸給標準支薪人員。

（B）美國駐外人員。

（C）醫生、牙醫、護士或受僱於退伍軍人總署健康行政之人員，其俸給係依第 38 編第 73 章規定支付者。

（D）依本編第 3105 條任命之行政法官。

（E）高級行政主管，或聯邦調查局或藥品管理局之高級行政主管。

（F）總統任命之人員。

（G）人事管理局所定不適用本節規定之非競爭職人員。

（H）下列各目人員：

(i)服務於臨時任用職位未超過一年者。

(ii) 同意無考評而任職者

（iii）不以工作表現之全部或一部作為考慮再任命或加薪者。

（二）得因考績處分提起申訴的公務員

但依 5 USC § 4303 第（e）項，能依 5 USC § 7701 條向功績制度維護委員會（MSPB）提起申訴的，唯有下列三者，且係依本節而受到降級或者免職處分時（reduced in grade or removed under this section）：

(1) 具優惠待遇資格者。

(2) 競爭職之公務員。

(3) 適用本編第 75 章第 2 節之除外公務員。

三、於 MSPB 裁決後，得向法院提出訴訟的公務員

依據 5 USC § 7513 條第(d)項之規定，依本條規定受到處分之公

務員，有權依第 7701 條規定條向功績制度維護委員會提出申訴。另外，依 5 USC § 7703 第(a)項第(1)款，公務員或公職應徵者於遭受功績制度維護委員會命令或決定之不利影響或侵害時，得對該命令（order）或決定提起司法審查。

第二節　美國公務員的實體保障

美國法向來側重程序保障，於公務員保障法制上亦不例外，徵諸聯邦法典第 5 編第 75 章第 1 至 3 節與第 77 章，分別針對不利益處分事前的作成程序與事後的申訴程序，皆提供公務員完整的程序保障，即可得知。

不過，也不排除有實體保障的規定，特別是平等權的部分，美國國會在平等就業保障上通過不少法律，最早在 1964 年通過民權法第七編（Title Ⅶ of the Civil Rights Act of 1964）[6]，禁止私人雇主依據種族、膚色、宗教、性別甚或祖籍作成雇用決定；隨後，於 1972 年加以修正，亦即俗稱所謂「平等就業機會法」（Equal Employment Opportunity Act of 1972），使民權法第七編擴大適用到公部門，並且拘束各州還有地方政府。所有就業措施，包括：任用、訓練、工作指派、調任、升遷、薪俸、懲戒、退休、免職等等皆受該法拘束。除了這部根本性的法律之外，尚有像所謂「就業年齡歧視法」（Age Discrimination in Employment Act of 1967, as amended in 1974）[7]、「殘障美國人法」（Americans with Disabilities Act of 1990）[8]、「平等薪資法」（Equal Pay Act of 1963）、「越戰退伍軍人調適法」（Vietnam Era Veterans' Readjustment Act of 1974）[9]。不但如此，針對公務員，國會在文官改革法（簡稱 CSRA），也就是現行 5 U.S.C. §§ 2302 （b）（1）（A）至（E）規定了五種禁止人事措施（prohibited personnel practices）是有關歧視的。具體來說，其禁止依下列因素而在就業上歧視任何公務員或者求職者 ：（A）、依種族，膚色，宗教，性別，或者祖籍，這些被 1964 年民權法第 717 條禁止者；[10]（B）、依年齡，這個被 1967 年就業年齡歧視法第 12 還有 15 條禁止者；[11]（C）、依性別，這個被

[6] 42 U.S.C. Sec. 2000e.
[7] 29 U.S.C. Sec. 631 & 630B.
[8] 29 U.S.C. Sec. 206d.
[9] 38 U.S.C. Sec. 2012; 2014.
[10] 42 U.S.C. 2000e–16.
[11] 29 U.S.C. 631, 633a.

1938 年公平勞動標準法第 6 條禁止者；[12]（D）、依殘障狀況，這個被 1973 年復職法第 501 條禁止者；[13]或者（E）、依婚姻狀態或者政治背景，這些被任何法律、命令或規章禁止者。以上，都能提供公務員作為依據。

另外，較多實體保障的範疇，大概就是涉及公務員表意自由的政治活動範圍。目前，法律條文集中放在現行美國聯邦法典 5 U.S.C. §§7321-7326；惟因法律規定頗為抽象，所以聯邦行政規章做出許多補充規定，條文集中放在 5 C.F.R. §§734.201-208（permitted activities）；734.301-307（prohibited activities），務必配合適用。譬如：於 5 C.F.R. §734.205 規定中，明文鼓勵政府員工參與集會遊行，並且扮演積極角色（attend and be active at political rallies and meetings）[14]。

除了平等權與表意自由較多實體規定，分布在聯邦法典的其他各編之外，其他的便相對集中於聯邦法典第 5 編，而且主要是透過第 2301 條的功績原則，以及第 2302 條的禁止的人事措施彰顯出來。尤其 5 USC §2302（a）（2）（A）明確將人事處分的範圍列舉出來，其中包括：「任命」、「晉升」、「聯邦法典第 5 編第 75 章所定之處分、其他懲戒處分或改正處分」、「工作指派、調任或改派」、「復職」、「復權」、「再僱用」、「聯邦法典第 5 編第 43 章所定之績效考核」、「關於俸給、福利、獎金或教育訓練之決定」、「命令為精神醫學之檢測的決定」及「其他關於機關中涵蓋職位之任職公務員或求職者，以及主張第(b)項第(8)款被禁止人事措施之案件者，以及依第 31 編第 9101 條規定之國營企業之在職公務員或求職者，其義務、責任或工作條件之重大改變」等。茲將條文內容編譯如下：

壹、功績原則（Merit System）：第 2301 條

(a)、本條適用於下列機關：

(1) 行政機關。

[12] 29 U.S.C. 206 (d).
[13] 29 U.S.C. 791.
[14] 5 C.F.R. § 734.205.

(2) 政府印刷局。

(b)、聯邦人事之管理應符合下列功績制原則：

(1) 公務員應以公平、公開競爭方式從社會各階層延攬之，並以其與工作相關之學識技能，做為選任及晉升之標準。

(2) 不因政治、種族、膚色、宗教、祖籍、性別、婚姻狀況、年齡或殘障等因素，對公務員或公職應徵者予以不平等之待遇，並應尊重其隱私權及憲法規定之權利。

(3) 俸給應依同工同酬之原則並參酌全國或地方企業薪資標準訂定之；對工作績效卓越者，應予獎勵表揚。

(4) 全體公務員應保持高度正直清廉，端正行為，並維護公眾利益。

(5) 聯邦公務人力之運用應具效率及效能。

(6) 稱職之公務員應予留任，不稱職者應予糾正，不能或不願改進者應予免職。

(7) 公務員應施以有效之教育與訓練，以提高組織及個人之工作績效。

(8) 公務員具備下列權利義務—

(A) 享有一定之保障以免於恣意處分、個人好惡或政治迫害。

(B) 禁止以職權妨礙或影響選舉之提名或結果。

（9）公務員有合理可信證據，依法揭發下列政府行為時，應保護其不受報復—

(A) 違反法令，或

(B) 管理失當、浪費公帑、濫用職權或對公眾健康安全造成重大危害。

(c)、本章條款之執行應符合下列原則：

(1) 總統有權針對任何機關（如同本編第 2302 條第(a)項第(2)款第(C)目所定義者）採取適當作為，包括發布符合本法及功績制原則之規則或命令。

(2) 機關首長有權針對行政部門內非機關或非機關一部分之實體採取適當作為，包括發布符合本法及功績制原則之規則或命令。

貳、禁止的人事措施：第 2302 條

(a)、(1)本法所稱「被禁止的人事措施」係指

(A) 本條第(b)項所列之措施。

(B) 任何被第 10 USC §1599(a)規定為被禁止的人事處分之作為或不作為。

(2)本條用詞定義如下—

(A)「人事處分」係指下列各項：

(i) 任命。

(ii) 晉升。

(iii) 本法第 75 章所定之處分、其他懲戒處分或改正處分。

(iv) 工作指派、調任或改派。

(v) 復職。

(vi) 復權。

(vii) 再僱用。

(viii) 本法第 43 章所定之績效考核。

(ix) 關於俸給、福利、獎金或教育訓練之決定。

(x) 命令為精神醫學之檢測的決定。

(xi) 其他關於機關中涵蓋職位之任職公務員或求職者，以及主張第(b)項第(8)款被禁止人事措施之案件者，以及依第 31 編第 9101 條規定之國營企業之在職公務員或求職者，其義務、責任或工作條件之重大改變。

(B)「涵蓋職位」就人事處分而言係指競爭職位、高級行政主管群之常任職位或除外職位。但下列職位排除於人事處分適用之外—

(i) 因具機要性或政策決定性、政策制定性或政策倡導性，

而被排於競爭職位之外者。

(ii) 基於需要及為確保行政品質，經總統決定，而被排除於本條所規定之涵蓋職位之外者。

(C)「機關」係指行政機關、政府印刷局。但下列單位除外—

(i) 公營企業。但在主張第(b)項第(8)款之被禁止人事措施之案件中則不除外。

(ii) 聯邦調查局、中央情報局、國防情報局、中央影象局、國家安全局及經總統認定之行政機關或單位，其主要職掌係從事國外情報或反情報工作者。

(iii)審計總署。

(b)、具人事權限之人員，禁止採取下列措施：

(1) 基於下列事項，歧視或差別待遇公務員或公職應徵者。

(A) 種族、膚色、宗教、性別或祖籍，即 1964 年民權法第 717 條所規定者。

(B) 年齡，即 1967 年僱用年齡歧視法第 12 條及第 15 條所規定者。

(C) 性別，即 1938 年公平勞動基準法第 6 條第(d)項所規定者。

(D) 殘障情況，即 1973 年殘障復健法第 501 條所規定者。

(E) 婚姻狀況或政治關係，即相關法令所規定者。

(2) 對人事措施正在研議中之人員，提供或採納推薦關說。除非提供建議或說明係基於個人之理解或紀錄，而且包含下列內容：

(A) 考評、能力、性向及一般資格。

(B) 品行、忠貞及適應能力。

(3) 強迫他人從事特定政治活動（包括政治捐獻或服務）或對拒不照辦者施予報復。

(4) 欺瞞或蓄意侵害任何人參與競爭與出任公職之權利。

(5) 影響公職應徵者，使其退出競爭，以增減他人之受僱機會。

(6) 給予公務員或公職應徵者不法利益，以增減他人之受僱機會。

(7) 於其管轄或監督之機關內提名任用、晉升或支持提名、任用、晉升其親屬（即本編第 3110 條第(a)項第(3)款所界定者）。擔任機關當中之公共官員（本編第 3110 條第(a)項第(2)款所界定者）或甚至擔任管理或控制公共官員之職務。

(8) 對於任何公務員或求職者採取或不採取，威脅採取或不採取特定人事處分係基於其

(A) 任何依合理可信證據揭發下列弊端—

(i) 違反法令之行為

(ii) 重大管理失當、浪費公帑、濫用職權或對公眾健康安全造成重大危害。

但上述弊端若係法律特別禁止揭發者，或係基於國防外交安全理由而以行政命令特別禁止揭發者，不在此限。

(B) 任何依合理可信證據向特別檢察官、機關督察長或機關首長指派之人員揭發下列弊端—

(i) 違反法令之行為。

(ii) 重大管理失當、浪費公帑、濫用職權或對公眾健康安全造成重大危害。

(9) 對於任何公務員或求職者採取或不採取，威脅採取或不採取特定人事處分係基於其

(A) 依法令從事申訴、投訴或苦情程序。

(B) 為上述(A)之行為，為作證或協助行為。

(C) 依法提供或揭露資訊給機關督察長或特別檢察官。

(D) 拒絕服從將導致違法之命令。

(10) 基於對工作績效無不良影響之行為，歧視或差別待遇公務員或公職應徵者。但不禁止機關將公務員或公職應徵者之犯罪紀錄列入考慮，以決定其適任性。

(11) 因採取或不採取人事措施，致違反法令或本法第 2301 條所列功績制原則。

本項不得解釋為授權各機關免除其向國會提供資訊之義務，或得採取人事措施以對抗向國會提供資訊之公務員。

(c)、機關首長應負責防制「被禁止的人事措施」之發生，並貫徹現行文官法令及人事管理政策之遵守執行，並負責於諮商特別檢察署之後確保公務員已被告知本章以及第 12 章所賦予之權利及救濟途徑。機關首長所授權處理人事行政之人員，於授權範圍內亦負類似責任。

(d)、本條不得解釋為減損任何透過「少數民族暨婦女優惠任用計畫」以達公平就業機會之努力，或侵害公務員或公職應徵者依下列法條規定任公職或申訴之權利：

(1) 1964 年民權法第 717 條規定禁止因種族、膚色、宗教、性別或祖籍而予歧視。

(2) 1967 年僱用年齡歧視法第 12 條及第 15 條規定禁止因年齡而歧視。

(3) 1938 年公平勞動基準法第 6 條第(d)項規定禁止因性別而予歧視。

(4) 1973 年殘障復健法第 501 條規定禁止因殘障而予歧視。

(5) 其他法令規則規定禁止因婚姻狀況或政治關係而予歧視。

第三節　公務員申訴程序－以 MSPB 為中心

壹、公務員申訴之分工管轄

1978 年的文官改革法針對文官委員會進行改制，設立功績制度維護委員會（簡稱 MSPB）專門職司公務員之權益保障事宜，監督人事管理局（簡稱 OPM）的人事行政行為[15]。1989 年國會又將原隸屬於該委員會之特別檢察官辦公室升格為與功績制度維護委員會不相隸屬的特別檢察署（簡稱 OSC），為一獨立機構，期待它以主動積極的方式來保障公務員之權益。除此之外，本於平等就業保障，另設有專責機構：平等就業機會委員會（簡稱 EEOC），以及本於勞動基本權，另設有勞動關係局（簡稱 FLRA）。上述五個機構於公務員申訴上有其分工，扼要說明如下：

一、功績制度維護委員會（簡稱 MSPB）

功績制度維護委員會設專職委員三人，均由總統提名經參議院同意後任命之。其中不得有二人屬同一政黨，任期七年，不得連任。至於功績制度維護委員會之法定職掌有四：

（一）就聯邦法典第 5 編、第 38 編第 43 章或其他法令，得向功績制度維護委員會提起申訴之事項舉行聽證與裁決。

（二）要求任何聯邦政府機關及公務員遵守該會就其職掌所為之決定或命令。

[15] 1978 年文官制度改革對聯邦人事體制的主要改變包括：(1)將功績原則法典化及明定人事禁止規定；(2)設置功績制保護委員會，裁決公務員之申訴，監督人事管理局之人事行政行為及研究保護功績制；(3)在功績制保護委員會下設置特別檢察官辦公室，負責調查聯邦公務員對服務機關或人員違反人事禁止規定、違反赫奇法、違反其他文官法令之指控及起訴違反之行政機關及人員；(4)提供揭發不法公務員新的保護措施；(5)設置人事管理局，負責制定人事政策，提供聯邦行政機關人事業務之指導，執行聯邦政府人事方案，監督聯邦行政機關人事管理業務之推行；(6)建立新的績效評估制度及標準，俾利於開除績效不及格之公務員；(7)簡化對聯邦公務員為紀律及免職處分之程序；(8)設置高級主管職；(9)對第十三職等至第十五職等之管理者，設置一套新的功績俸制度；(10)授權人事管理局訂定方案，以監督聯邦政府勞管關係之執行(U.S. MSPB, 1989:5-6)。另外，師法「全國勞動關係委員會」(National Labor Relations Board)，成立新的「聯邦勞動關係委員會」(Federal Labor Relations Authority)，以取代原「聯邦勞動關係委員會」(Federal Labor Relations Council)。詳請參閱考試院，美國（聯邦）人事行政組織與職權分工，資料取得 http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-S_OwdexnjQJ:www.exam.gov.tw/public/data/01281132671.doc+&cd=1&hl=zh-TW&ct=clnk&gl=tw，最後瀏覽日：2015/10/7。

（三）隨時就與文官制度及其他功績制度進行專案研究，並將結果向總統及國會提報，以了解公務員免於受禁止之人事措施影響之利益是否受到充分保障。

（四）依法定程序審核人事管理局所定之命令、規章[16]。

具體來說，根據上述四項法定職掌，功績制度維護委員會實際上的業務類別主要包括：公務員對於服務機關之人事處分所提出之申訴案件、審理特別檢察官所提出之懲戒案件、審核人事管理局之法令規章、針對文官制度的相關議題進行研究。

二、特別檢察署（簡稱 OSC）

1978 年文官改革法為落實公務員免於受到禁止人事措施之侵害，在功績制度維護委員會內設立特別檢察官辦公室，負責獨立調查與起訴類似之案件。惟實際運作後，其主動積極之功能未能彰顯。因此國會於 1989 年通過揭發弊案法（Whistleblower Protection Act of 1989），決定將特別檢察官辦公室改制為獨立機構（Independence），特別檢察官須由總統提名，經參議院同意後任命，任期 5 年。特別檢察官只有因工作無效率、廢弛職務或有不法行為時，總統方可將其免職。依據聯邦法典第 5 編第 12 章第 2 節之規定，其法定職掌如下：

（一）調查違反禁止人事措施（簡稱 ppp）的指控案，並採取必要的改正與懲戒措施，以保障公務員、卸任公務員及公職應徵者。

（二）依據 Whistleblower Protection Act，受理公務員對機關弊端的揭發案，即指控機關有違反任何法令規章、重大管理不當、重大浪費公帑、濫用權威或對大眾安全或健康構成具體且嚴重危害。

（三）調查公務員違反政治活動規定（Hatch Act）之案例。

（四）審查人事管理局（簡稱 OPM）所訂命令規章，認為有無效之虞時，向功績制度維護委員會（簡稱 MSPB）提起正式審查。

[16] 依 5 USC §1204（f），功績制度維護委員會得本於：(1)自己之動機(on its own motion)；(2)利害關係人之聲請；(3)特別檢察官之書面聲請，而對人事管理局所發布的法令規章進行審查。

（五）調查並起訴機關違反退伍軍人，與後備軍人就任公職，與再任公職權利之案例（1994 年軍職就業與再任權利法新增規定）。

三、人事管理局（簡稱 OPM）

人事管理局是總統的人事幕僚機關，是總統在聯邦政府人力資源管理的代理人(agent)，負責聯邦總體人事管理政策之規劃、制定，並執行總統之人事管理作為。人事管理局的職掌範圍極廣，包括考選、任用、績效評估、俸給福利、訓練、獎勵、政治活動規範、退休撫卹、保險、勞管關係、等各項政策、法制之制定、訂定。惟其於公務員申訴上亦有分工，負責二項申訴：其一，職位分類申訴（Classification Appeals），乃現職公務員對於被指派的職位的等級、歸系、職等或職位的支薪制度所提出的申訴，亦即聯邦公務員得循此途徑，將所屬適用於一般俸給表的職位（General Schedule Position）轉為適用聯邦工資制的職位（Federal Wage System Position）[17]。其二，公務員依公平勞動標準法（Fair Labor Standards Act）所提出的請求（claims）。乃針對公務員未加入工會，或其權益為工會所代表但團體協約未將其納入規定，或權益為工會所代表但卻遭團體協約特別予以排除者，得向人事管理局提出請求（Limitation on which Federal Employees May File an Administrative FLSA Claim with a Federal Agency or OPM）[18]。

四、勞資關係局（簡稱 FLRA）

美國於 1978 年，將原本之「勞資關係委員會」改制為「勞資關係局」。勞資關係局係由三位委員組成之合議制獨立機構，委員由總統提名經參議院同意後任命，其中至多二位委員屬於同一政黨，任期五年，除委員以外另設檢察長一人，職司調查不公平勞工措施（unfair

[17] 楊戊龍，正當法律程序與文官工作權保障，臺北，翰蘆，2004 年 8 月，頁 52。

[18] 資料取得 https://www.opm.gov/policy-data-oversight/pay-leave/claim-decisions/fair-labor-standards-act/limitation-on-which-federal-employees-may-file-an-administrative-flsa-claim-with-a-federal-agency-or-opm/，最後瀏覽日：2015/10/20.

labor practice），並依法提出控訴。勞資關係局之主要執掌依據聯邦法典 5 USC §7105 之規定，包括：監督工會之創設、督導工會之選舉、處理協議、主持聽證、仲裁及審理不公平勞工措施的控訴。

五、平等就業機會委員會（簡稱 EEOC）

針對聯邦法典第 23 章將違反平等原則之人事措施明文規定為禁止之人事措施（ppp），並且將以往政府及民間部門管理雙軌制，合併由平等就業機會委員會單獨掌理。因此聯邦法規彙編（C.F.R）第 29 編第 1614 節之規定，對於公部門之公務員亦有其適用。公務員認為所遭受之人事措施違反平等原則時，亦得選擇向平等就業機會委員會提出申訴。

貳、功績制度維護委員會之管轄權

依據 5 USC § 7513(d)，依本條規定受有處分的公務員，得依 5 USC §7701，向功績制度維護委員會（簡稱 MSPB）提出申訴（appeal）。功績制度維護委員會所進行的申訴程序為二級制，申訴之申請應先向原處分機關所屬之功績制度維護委員會地區辦公室提出。對地區辦公室所為決定，依據聯邦法典第 5 編第 7701（e）（1）（A），申訴人不服功績制度維護委員會地區或地方辦公室之申訴裁決，均可於收到裁決知後 30 日之內，向該功績制度維護委員會提起覆審，逾時提出者不予受理。因此申訴人如未於決定發佈後 30 日內，向功績制度維護委員會聲請覆審者，地區辦公室之決定，即自動成為功績制度維護委員會之最終決定，並視為已「窮盡一切行政救濟」程序。若對於功績制度維護委員會之覆審裁決再有不服，即應進入司法審查階段。

功績制度維護委員會的管轄權主要有二，亦即原始管轄（Original jurisdiction）與申訴管轄（Appellate jurisdiction）。茲編譯聯邦法規彙編的相關規定如下：

一、原始管轄（5 CFR § 1201.2 Original jurisdiction）

（a）特別檢察官依據 5 U.S.C. 1214、1215 和 1216 所起訴之案件；

（b）高級行政主管因績效不及格被免職，而請求非正式聽證之案件；

（c）依據 5 U.S.C. 7521 對於行政法官所作成之處分（包括：免職、停職、降等、減俸或 30 日以下暫時停職停薪之不利益處分）。

二、申訴管轄（5 CFR § 1201.3 Appellate jurisdiction）

（a）法例。本委員會之申訴管轄權以法律（law）、規則（rule）或法規（regulation）所授予之管轄事項為限。本委員會之管轄權不僅取決於所採取或所作成之處分（action）或決定（decision）的名稱或性質，同時也可能取決於個人獲得聯邦任命的方式，例如競爭職或除外職、是否享有優先資格，以及其他因素。因此，以下所列之法律與規章（regulation），乃本委員會管轄權之來源，其除須用以衡量得提起申訴之處分或決定的性質外，亦須用以衡量各類型（types）的公務員、前公務員或者求職者所主張的限制。法律或法規（regulation）授權本委員會受理申訴或抱怨的具體事項如下：

（1）不利益處分。基於促進服務效率之事由所為之免職（於實習或其他培訓階段完成後，遭到解雇）、降級或減俸、十四日以上停職、三十日以下之暫時停職停薪（furloughs）；非自願性的離職或退休視為免職（5 U.S.C. 7511-7514; 5 CFR part 752, subparts C and D）；

（2）退休申訴。依據聯邦退休法所為影響個人權利或利益之決定（5 U.S.C. 8347(d)(1)-(2) and 8461(e)(1); and 5 U.S.C. 8331 note;5 CFR parts 831, 839, 842, 844, and 846）；

（3）實習解雇。可得提起申訴的事由限於該解雇決定係基於黨派政治或婚姻之動機，以及/或者若該解雇係基於任命前之理由，是否機關採疏未採取該有的程序。這類申訴原則上不容許除外職者提起（38 U.S.C. 2014(b)(1)(D); 5 CFR 315.806 & 315.908(b)）。

（4）職災回復後的復職。無法從所受到的可賠償性的傷害回復、回復不完全，或無法回復到請假前。

（5）依據第 43 章所為之考評處分。因表現不佳而招致降級或免職處分者（5 U.S.C. 4303(e); 5 CFR part 432）。

（6）人力裁減。由於人力裁減所導致的離職（Separation）、降級（demotion）或 30 天以上的暫時停職停薪（furlough for more than 30 days）處分（5 CFR 351.901）；人力裁減處分影響外館服務（the Foreign Service）工作或求職者之任命者（22 U.S.C. 4011）。

（7）工作待遇（Employment practices）申訴。人事管理局依其對競爭職求職者進行測驗、評定所得的資格所定的工作條件（5 CFR 300.104）。

（8）俸級內加薪的否准。對於適用一般俸級表的公務員，以其能力不足而作成維持原薪的再評量決定（5 U.S.C. 5335(c); 5 CFR 531.410）。

（9）適任性處分。基於適任性決定所為之處分。所謂適任性決定（suitability determinations），乃有關個人可能影響服務的廉潔與效率的特質或行為。適任性處分包括註銷資格、免職、註銷復職資格，以及取消資格。適任性處分不包括依據 5 CFR 332.406 所為基於反對某個資格或贊成某個優先資格而決定某個特定職位的非遴選資格或註銷資格者（5CFR 731.501, 731.203, 731.101(a)）。

（10）涉及高級主管職的處分。免職或 14 日以上停職（5 U.S.C. 7543(d) and 5 CFR 752.605）；影響職業的人力裁減處分（5 U.S.C. 3595）；停職停薪（5 CFR 359.805）；榮民事務部高級主管的免職或調職（38 U.S.C. 713 and 5 CFR part 1210）；以及

（11）其他復職及回任事由

（i）未依優先回任名單，將因人力裁減而離職者之優先回任權加以實現者（5 CFR 330.214）；

（ii）從可補償之職災中完全回復超過 1 年，但其原職已經另有他人在任者（5 CFR 302.501）；

（iii）依 1961 年的外國援助法任職的前公務員，未獲復職者（5 CFR 352.508）；

（iv）於緊急時期在行政機關間調任的前公務員，未獲再任者（5 CFR 352.209）；

（v）被選派或調任至國際組織之前公務員，未獲再任者（5 CFR 352.313）；

（vi）依印地安自決法任職之前公務員，未獲再任者（5 CFR 352.707）；

（vii）依台灣關係法任職之前公務員，未獲再任者（5 CFR 352.807）

（b）

（1）依據「制服職就業法」及「再就業權利法」及「榮民就業機會法」所提起之申訴。依修正後的「制服職就業法」及「再就業權利法」，以及「榮民就業機會法」所提起的申訴，適用本編第 1208 款（part）之規定。第 1201 款的第 A、B、C 和 F 目之規定適用於第 1208 款之申訴，但 1208 款另有規定者，不在此限。第 1201 款第 H 目關於訴訟代理人費用之規定於第 1208 款之申訴亦有其適用。

（2）申訴涉及申訴人主張系爭處分是因申訴人揭弊或其他被保護的活動而作成的。依據法律、規則或法規得向功績制度維護委員會提起申訴的處分，申訴人主張其作成，係因本編第 1209 款（part）所定，申訴人揭發弊端或因其他被保護的活動所致。第 1201 款第 B、C、E、F 和 G 目適用於申訴與第 1209 款所定的暫緩執行（stay），但 1209 款另有規定者，不在此限。第 1201 款第 H 目關於訴訟代理人費用、可賠償的損害，以及 5 U.S.C. 1221(g)所規定之結果損害，適用於本章第 1209 款所定之申訴。

（c）申訴管轄之限制、團體協約，以及程序的選用：

（1）在 5 U.S.C. 7121 所定的團體協約涵蓋內的公務員，其協約所定之協商式苦情申訴程序在解決任何得向功績制度維護委員會提起申訴之處分上享有優先地位，但有下列例外：

（i）依 5 U.S.C. 2302(b)(1)涉及歧視的處分，依 5 U.S.C. 4303 涉及降級或免職的處分，或依 5 U.S.C. 7512 所為之不利益處分，得選擇依功績制度維護委員會的申訴程序提起申訴，或者循協商式苦情申訴程序，但不得同時提起；

（ii）處分涉及 5 U.S.C. 2302(b)(1)所規定的歧視以外的被禁止的人事措施者，得選擇提起下列程序之一：

（A）功績制度維護委員會之申訴程序；

（B）協商式苦情申訴程序；或

（C）依美國聯邦法典第 5 編第 12 章第 2 和 3 節，向特別檢察官尋求更正處分（corrective action）。

（iii）除了涉及 5 U.S.C. 2302(b)(1) 所定的歧視，或任何其他被禁止的人事措施之外，任何無法提起協商式苦情申訴程序的處分，僅得向功績制度維護委員會提起申訴程序。

（2）程序的選擇。當公務員對於處分的救濟享有依功績制度維護委員會申訴程序或協商式苦情申訴程序之選項時，功績制度維護委員會面對公務員已經在期限內向功績制度維護委員會提起申訴並在期限內提出書面苦情抱怨者，其兩種程序中，以事實發生在先者，認定其選擇。當公務員依據本條第（c）項第（1）款第（ii）目對於所受之涉及歧視以外之被禁止的人事措施之處分，享有救濟之選項時，功績制度維護委員會面對公務員已經在期限內向功績制度維護委員會提起申訴，並在期限內依協商式苦情申訴程序提出書面苦情抱怨，或向特別檢察官依 5 U.S.C. 1214(a)(1)尋求更正處分者，其三種程序中，以事實發生在先者，認定其選擇。

（3）涉及歧視之苦情申訴之審查。若公務員選擇依據本條第（c）項第（2）款之規定，循協商式苦情申訴程序主張受到聯邦法典 5 U.S.C. 2302(b)(1)所定之歧視者，得於程序獲致最終決定後，請求功績制度維護委員會審查該決定。該請求須依§ 1201.154 向功績制度維護委員會的辦事員提起。

三、特別檢察署管轄之特別案件

按前揭條文，為公務員不利益處分所建構的正式申訴程序，除了功績制度維護委員會（MSPB）之外，還經常涉及特別檢察署（OSC）。雖然二者同屬獨立機關，職司公務員權益保障，但其所扮演的角色有所不同。功績制度維護委員會比較消極被動，負責審理申訴案件；特別檢察署比較積極主動，就申訴案件中有涉及特定情事者，有權受理公務員的聲明（allegation），並且偵辦之。觀乎聯邦法典第 5 編第 12 章第 2 節，特別檢察署在人事處分的作成涉及「禁止的人事措施（prohibited personnel practices）」、「弊端的揭發（whistleblower）以及「禁止的政治活動（prohibited political activities）」等事由時，公務員得向特別檢察署提出聲明（allegation），或者在不具公務員的聲明時，由特別檢察署主動介入、調查並進而移送功績制度維護委員會，而作成最終之命令（order）或處分（action）。其中禁止的政治活動係針對公務員之中立義務，比較不涉及公務員之主管對屬員作成不利益人事處分，因此關於公務員針對不利益人事處分的申訴程序，涉及特別檢察官職掌的僅有前二者，亦即禁止的人事措施及弊案的揭發。

必須指出，事涉特別檢察官的人事處分，其救濟程序尚須區分為二種不同的救濟程序，其一，若該懲戒處分係依第 1215 條之規定，由特別檢察官向功績制度維護委員會提起，而由功績制度維護委員會以命令作成懲戒處分者[19]，則依同法條之規定僅能向司法機關請求救

[19] 依據 5 USC §1215（a），得於特別檢察官起訴之後，由功績制度維護委員會作成懲戒處分之事由包括：1、違反禁止的人事措施；2、違反其他法令之規定或從事於 5 USC §1216 所規定之特別檢察官之管轄事件；3、故意拒絕或不遵守功績制度維護委員會之命令者。

濟；其二，人事處分若屬依據第 1214 條[20]所作成者，則其救濟程序與不利益處分相同，都是向功績制度維護委員會提起。

四、不得提起申訴之不利益處分與考績處分

必須強調，按前揭 5 CFR § 1201.3（a）（1），得提起申訴的不利益處分包括：基於促進服務效率之事由所為之「免職（於實習或其他培訓階段完成後，遭到解雇）」、「降級」或「減俸」、「超過十四日的停職」、「三十日以下之暫時停職停薪（furloughs）」；「非自願性的離職或退休視為免職（5 U.S.C. 7511-7514; 5 CFR part 752, subparts C and D）」。得提起申訴的考績處分，按 5 CFR § 1201.3（a）（5），則包括：因表現不佳而招致降級或免職處分者（5 U.S.C. 4303(e); 5 CFR part 432）。其實，5 CFR § 1201.3（a）（1）所規定的 5 種不利益處分，即是 5 USC § 7512 所規定的，這 5 種處分 5 USC § 7513（d）明文規定：「依本條規定受到處分之公務人員，有權依第 7701 條向功績制度維護委員會提出申訴。」相較之下，美國聯邦法典第 5 編第 75 章第 1 節所規定的「十四日以下的停職」，依 5 USC § 7503，則只有在不利益處分的作成程序上享有「事先接獲通知」、「答辯」、「選任辯護人」等事前保障，本條並未如同 5 USC § 7513（d）明定其得向功績制度維護委員會（MSPB）提起申訴的權利。合理推測，乃立法者認為「十四日以下的停職」效果輕微，只須賦予事前程序保障即可。

類似的情形也發生在考績處分。前揭 5 CFR § 1201.3（a）（5）所規定者，乃 5 USC §4303（a）所規定對於「績效不佳（unacceptable performance）」的公務人員的不利益處分。按 5 USC §4302（a）（3），以考績為依據所作成的人事處分，包括「公務人員之訓練」、「獎勵」、「調任」、「晉升」、「降級」、「留任」及「免職」。又綜合 5 USC §4302（b）（6），以及 5 USC §4303（a）、（b）、（c），公務員之考績被評為

[20] 依據 5 USC §1214（f），公務員之主管機關於本條之調查程序中，若欲針對任何被禁止之活動或其他活動發動懲戒處分，必須取得特別檢察官之同意。

「表現不佳」（unacceptable performance）者，機關得予以「調任（reassigning）」、「留任（retaining）」、「降級（reducing in grade）」或「免職（removal）」。而在作成處分之階段，依 5 USC §4303（b）及（c），則僅針對留任、降級或免職有程序上要求之規定。其中，留任處分依 5 USC §4303（c）（1），只要求簡單的於通知公務人員「表現不佳」後三十日期限內作成處分即可。相對於此，針對公務員作成「降級」和「免職」處分，依 5 USC §4302（b），則須受到比較嚴謹的程序限制。加上嗣後的申訴程序，依 5 USC §4303（e），也只允許「降級」及「免職」二種處分方得提起。

參、苦情程序（grievance procedure）[21]：

前揭 5 CFR § 1201.3（c）（1）規定：「在 5 U.S.C. 7121 所定的團體協約涵蓋內的公務員，其協約所定之協商式苦情申訴程序在解決任何得向功績制度維護委員會提起申訴之處分上享有優先地位，但有下列例外：…」；同條（2）規定：「程序的選擇。當公務員對於處分的救濟享有依功績制度維護委員會申訴程序或協商式苦情申訴程序之選項時，功績制度維護委員會面對公務員已經在期限內向功績制度維護委員會提起申訴並在期限內提出書面苦情抱怨者，其兩種程序中，以事實發生在先者，認定其選擇。…」均足見公務員在向功績制度維護委員會提起申訴之餘，亦得選擇進入苦情程序。所謂苦情程序，5 USC §7103（a）（9）規定：「『苦情』係指下列情形之一：（A）員工對僱用條件所為之抱怨；（B）勞工組織對其員工之受僱情形所為之抱怨；（C）員工、勞工組織或機關對於下列事項所為之抱怨：（i）對團體協約之效力、解釋或不履行；（ii）違反、錯誤解釋或不當適用關於僱用條件之法令。」。至於其處理程序，乃規定於 5 USC §§7121-7123。本文編譯，並且說明如下：

[21] 本文稱「苦情程序」，乃沿用湯德宗教授所翻譯者。詳請參閱吳庚主持，公務人員保障法制問題之研究期末報告，公務人員保障暨培訓委員會委託，民國 87 年 3 月，頁 75。

一、條文編譯

（一）5 USC §§7121（苦情處理程序）

(a)

（1）除本項第(2)款另有規定者外，團體協約應包括處理苦情之程序。除本條第(d)項及第(e)項另有規定者外，該程序應為解決該協約規範範圍內之苦情處理程序之優先行政程序。

（2）團體協約得將任何情事排除於其所訂定苦情處理程序適用範圍之外。

(b)（1）本條第(a)項規定之苦情處理程序，應符下列原則：

(A)簡單及公正。

(B)迅速處理。

(C)包括下列程序—

(i)確保法定代表以其本身，或代表其組織區域內之員工提出及處理苦情處理程序之權利。

(ii) 確保員工以本身之名義提起苦情處理程序之權利及確保法定代表出席苦情處理程序處理過程之權利。

(iii)苦情如未能依團體協約之苦情處理程序獲得圓滿解決時，經法定代表或機關之提議，則應以強制仲裁解決之。

(2)(A)苦情處理程序關於規範仲裁之規定，對於前款第(C)目第(iii)點之情形於涉及禁止人事措施時，必須許可仲裁人發佈下列命令：

(i)以類似公績制維護委員會依據第 1221 條第(c)項之規定所作之人事處分之延緩執行；以及

(ii) 命令機關採取依據第 1215 條第(a)項第三款所規定之懲戒處分。

(B)受前目第(ii)點所規定之懲戒處分之當事人，得依如同沒有仲裁時機關採取懲戒處分之相同方式為申訴行為。

(c)有關下列各款之苦情處理程序，不適用於前兩項之規定：

(1) 違反第 73 章第 3 節有關禁止政治活動之要求。

(2) 退休、壽險及健康保險。

(3) 第 7532 條規定之停職或免職。

(4) 考試、證書及任用。

(5) 未導致員工降級或減俸之職位分類。

(d)、受第 2302 條第(b)項第(1)款禁止的人事措施影響，致權利受損之員工，如該措施屬於團體協約苦情處理程序之適用範圍時，得循法定程序或團體協約程序提請解決，但不得兩種程序同時提出。員工於法定期限內，即依法定程序或團體協約程序，提出苦情處理程序者，應視為已行使前述之選擇權。權利受損之員工，如選用團體協約程序時，不損害其依第 7702 條規定向功績制度維護委員會請求覆審之權利，亦不損害其向公平就業機會委員會就歧視申訴事件請求覆審之權利。

(e)(1)適用第 4303 條及第 7512 條規定且適用於團體協約苦情處理程序之事件，得依權利受損員工之選擇，循第 7701 條規定之申訴程序或團體協約苦情處理程序提請解決，但不得兩種程序同時提出。其他人事制度內適用本章規定之員工所提出之苦情處理程序。得依前述規定處理之。員工於法定期限內，即依申訴程序或依團體協約苦情處理程序提出苦情處理程序者，均視為已行使本項之選擇權。

(2)適用第 4303 條及第 7512 條規定之事件，依本條規定循團體協約苦情處理程序提出者，仲裁者應遵守第 7701 條第(c)項第(1)款之規定。

(f)適用第 4303 條及第 7512 條規定之事件，依本條規定 循團體協約苦情處理程序提出，經仲裁裁定者，其仲裁之方法及據以仲裁之條件，比照功績制度維護委員會判決，適用第 7703 條規定，由司法機關審查。與前述事件相同，而發生在適用其他人事制度之事件，受害人依團體協約苦情處理程序提出，經仲裁裁定者，其

仲裁之方法，及據以仲裁之基礎，比照申訴程序所作成之最後判決，由司法機關審查。

(g)(1)除了適用第(d)項之禁止人事措施外，本項之規定適用於其他禁止之人事措施。

(2)受前款禁止人事措施侵害之公務人員，得選擇之救濟方式限於下述第(3)款所規定之救濟方式。該選擇之救濟方式必須依下述第(4)款之規定為之。

(3)本條所謂之救濟方式規定如下：

(A) 依第 7701 條之規定向功績制度維護委員會所為之申訴行為。

(B) 依本條之規定所為之苦情處理程序。

(C) 依第 12 章第 2、3 節所為之尋求改正處分程序。

(4)依本項之規定當事人得被考慮選擇下列救濟方式：

(A) 依前款(A)目所規定之救濟方式，該當事人必須遵守於期限內提出申訴程序。

(B) 依前款第(B)目所規定之救濟方式，該當事人必須於期限內以書面依據團體協約提出苦情處理程序。

(C) 依前款第(C)目所規定之救濟方式，該當事人必須以向特別檢察署依據第 1214 條第(a)項第(1)款聲明尋改正處分。

（二）5 USC §§7122（仲裁之異議）

(a)依本章規定接受仲裁任何一方，除前條第(f)項規定之事件外，均得針對仲裁向勞動關係局提出異議。如該局覆審發現仲裁有下列缺失之一時，勞動關係局得對該仲裁採取合法行動或提出合法建議：

(1) 違反法令規章。

(2) 基於其他理由，類似聯邦法院私人企業勞資關係適用聯邦法院管轄者。

(b)如於仲裁之裁決送達至當事人日起 30 日內，未依前項規定提出異議時，則此裁決即告確定，並對雙方產生拘束力。機關應即依據仲

裁之裁決執行，此項裁決得包括第 5596 條規定之薪資補發。

（三）5 USC §§7123（司法審查及執行）

(a)因勞動關係局發布之最後決定命令，以致權利受損之員工得於命令作成之日起 60 日內，向住所或辦公處所所在地之聯邦上訴法院或哥倫比亞特區之聯邦上訴法院申請司法審查。但下列事項除外：

(1) 依第 7122 條規定仲裁之事項，但涉及第 7118 條有關不公正勞動措施者不在此限。

(2) 依第 7112 條有關組織區域之決定。

(b)勞動關係局得向適當之聯邦上訴法院請求執行該局命令，採取臨時救濟措施或下達臨時限制命令。

(c)勞動關係局依第(a)項申請之司法審查或第(b)項申請之作為，應將有關處理之紀錄提送法院。法院基於申請，應通知有關當事人到庭，進行訴訟並作成裁決，如認為合適，得核准臨時救濟措施（包括臨時限制命令），對於勞動關係局之命令加以確認後執行，或加以修正後執行，或取消命令之全部或一部。除法院有特別命令暫緩執行者外，依第(a)項或第(b)項提出之申請，不具中止勞動關係局命令效力。審查勞動關係局之命令時，應依第 706 條規定作成紀錄。未曾向勞動關係局及其策劃人員提出異議之事項，除因特殊原因以致無法及時提出異議，其情節確可原宥者，不得請求法院加以考慮。勞動關係局對事實調查之結論，如有完整之發現且具體之證據時，應視為最後結論。如任何人提出之附加證據，法院認定係具體且符合需要，並有充分理由說明其未能於勞動關係局或其籌劃人員審問時提出者，法院得命令勞動關係局追認，並作成記錄之一部份。勞動關係局得修正其對事實調查之結論，或依前述追加之證據，對事實調查重下結論。勞動關係局應對事實調查之修正或新結論作成紀錄，如有完整且具體之證據時，該結論應視為最後結論，並作成最後之判定。勞動關係局應對其原頒命令之修正或取消提出建議。向法院提出紀錄時，除聯邦第 28 號公法第 1254 條規定之訴訟案件移

送命令、證據文件之裁判及宣告，應經聯邦最高法院審核者外，上訴法院具有終局裁判及宣告之權限。

(d)勞動關係局得依第 7118 條規定之控訴，向該管地區之聯邦地方法院告發任何採取之不公平勞動措施，並提出適當之臨時救濟命令（包括限制命令），於控訴提出後，法院應即通知當事人，並經審查後，如認其為正確適當時，應有權核准臨時救濟命令（包括臨時限制命令）。本條規定之臨時救濟命令，如足以妨害機關主要職掌之執行時或勞動關係局未能提出相當證據，證明不公平勞動措施之存在時，法院即不得予以發布之。

二、本文解析

可見，大致來說，所謂苦情程序，首先應依團體協約當中之苦情處理程序處理之，一旦無法透過此一程序獲得解決時，則應以對兩造均有拘束力之仲裁程序處理之。所稱仲裁，乃向勞資管理局（FLRA）提起。而若進入仲裁的苦情涉及被禁止的人事措施時，仲裁人將被賦予和功績制度維護委員會相同處理方式之權限。至於在涉及被禁止的人事措施時，公務員得就向功績制度維護委員會提起申訴或循苦情處理程序做出選擇。惟選擇申訴程序之後即不得再選擇苦情處理程序。一旦進入仲裁程序而且獲致仲裁決定時，則該決定對於兩造當事人均有拘束力。兩造必須於仲裁決定作成並送達於當事人起 30 日內向聯邦勞動關係委員會提起不核準之要求以阻其確定。否則即應據以採取措施。對於仲裁決定，依據 5 USC §7123，其救濟應向司法機關提起。

第四節　替代性（非對抗型）爭議解決途徑

壹、替代性爭議解決途徑在公共職場上的概況

相較於第三節所指出偏屬於對抗型的申訴（appeal）與苦情程序（grievance procedure），美國政府自 1990 年代起，積極鼓勵行政機關研發所謂「替代性爭議解決途徑（alternative dispute resolution 簡稱 ADR）」，用以解決職場爭議。包括國會通過了三個法律，包括：「1990 年的行政爭議處理法（the Administrative Dispute Resolution Acts of 1990）」、「1996 年的行政爭議處理法（the Administrative Dispute Resolution Acts of 1996）」以及「1998 年的替代性爭議解決途徑法（the Alternative Dispute Resolution Act of 1998）」。

時至今日，根據人事管理局（OPM）所發佈的「替代性爭議解決途徑指南（alternative dispute resolution Handbook）」，其統計現階段各個行政機關所使用的「替代性爭議解決途徑」計有 21 種，包括：1、「替代性懲戒（Alternative discipline）」；2、「拘束性仲裁（Binding arbitration）」；3、「調解（Conciliation）」；4、「合作解決問題（Cooperative problem-solving）」；5、「爭議解決平台（Dispute panels）」；6、「先期中立評估（Early neutral evaluation）」；7、「輔助（Facilitation）」；8、「鑑定（Fact-finding）」；9、「互利解決問題（Interest-based problem-solving）」；10、「調處式仲裁（Mediated arbitration）」；11、「調處（Mediation）」；12、「迷你型裁決（Minitrials）」；13、「協商式制定法規（Negotiated rulemaking）」；14、「和解會議（Settlement conferences）」；15、「不具拘束力的仲裁（Non-binding arbitration）」；16、「監察人（Ombudsmen）」；17、「伙伴關係（Partnering）」；18、「同儕審查（Peer review）」；19、「衝突引導（Conflict Coaching）」；20「會商（Consultation）」；21、「團隊輔助（Team Building）」。[22]

---

[22] 資料取得 https://www.opm.gov/policy-data-oversight/employee-relations/employee-rights-appeals/alternative-dispute-resolution/handbook.pdf，最後瀏覽日：2015/10/24。

貳、功績制度維護委員會的和解程序

在聯邦的爭議解決程序中，由四個主要機關裁決因職場爭議所提起的申訴案。這四個主要機關包括：聯邦勞動關係局（FLRA）、平等就業機會委員會（EEOC）、功績制度維護委員會（MSPB）和特別檢察署（OSC）。每個機關皆有其法定職掌，有權進行裁決。其中，功績制度維護委員會的申訴管轄權中，尚有依人事管理局（OPM）的授權而額外附加的事項。經驗顯示，以上每個機關長年以來都面臨加速解決爭議的要求，但他們往往在資源有限的窘境下應付這些要求，使得他們試行各式各樣的方法與技術來完成任務。功績制度維護委員會的和解是最早，也是各方最同心協力精簡裁決程序的作法，更是在目前統計上可以解決半數以上申訴案的程序[23]。平等就業委員會在鼓勵行政機關使用替代性爭議解決途徑，解決職場歧視爭議上，無疑居於領導地位。聯邦勞動關係局在審議勞動管理關係時，亦不斷嘗試精簡正式裁決程序。以上每個申訴管轄機關目前都持續使用替代性爭議解決方式來處理其管轄事項，而且也都致力推廣，鼓勵潛在的原告使用替代性爭議解決途徑。至於特別檢察署，則最常運用調處[24]。

至於在功績制度維護委員會的和解，依 5 CFR1201.41（b）（12），行政法官有權為和解召開聽證會前會。同時，依 5 CFR1201.41（c）（1），行政法官得於任何時間試行和解；當事人在和解磋商期間，得同意放棄片面接觸禁止的禁令，而且得同意任何加諸該放棄的限制條件。如果雙方達成和解，則依 5 CFR1201.41（c）（2），該和解協議將成為最終並且有拘束該申訴解決的效力，行政法官將駁回該申訴案。若當事人要求將協議列入記錄，並經行政法官認許，則該協議將構成紀錄的一部分，功績制度維護委員會將保有確保該協議被付諸執行的管轄權。反之，若該協議未被列入記錄，則功績制度維護委員會即不保有該管轄權。

---

[23] 同前註。

[24] 資料取得 https://osc.gov/Pages/ADR.aspx，最後瀏覽日：2015/10/24。

第八章　結論

─修正草案總說明暨新舊條文對照表─

壹、公務人員保障法修正草案總說明

公務人員保障法（以下簡稱保障法）於民國92年5月28日修正公布以來，相關人事行政法制的基礎理論，以及實定法規，均有許多變革，使得保障法在實務面及政策面皆面臨許多挑戰。諸如參加公務人員考試錄取不占缺訓練成績及格的人員遭服務機關以其具有公務人員任用法（以下簡稱任用法）第28條所定之消極資格而不予任用時，其得否依保障法所定程序提起救濟？立法政策上宜否修法，將其納為保障對象？此外，現行保障法本身亦有不少未盡之處，諸如：於公務人員實體保障事項上，現行保障法是否仍有不足之處？此其一；保障法所定復審與申訴、再申訴二種救濟程序，其救濟標的定義（亦即第25條所稱行政處分，以足以改變其公務人員身分，或於公務人員之權利有重大影響，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等事項之行政處分為限；第77條所稱服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置，即不構成前述行政處分者謂之），有無檢視修正之空間？此其二；調處之適用範圍有無擴大至復審案件的必要？此其三。凡此，皆須透過修法解決。

本修正草案係參考主管機關所提建議，並經專家學者審慎研究後擬具而成。全文計修正18條；新增5條；修正後共計109條條文；其修正重點如下：

一、為明確界定本法之適用對象，修正本法第三條。（修正條文第三條）。

二、為保障公務人員「執行職務之權利」，並明確其於停職、休職和留職停薪期間仍保有公務人員身分，乃增訂第九條之一。同時，顧及法條整體性，乃將現行保障法第十條第一項之規定移至本條

第一項。（修正條文第九條之一）

三、配合第九條之一的增訂，將現行保障法第十條第一項移至第九條之一第一項，原第二項至第四項，其項次配合變更為第一項至第三項。（修正條文第十條）

四、配合公務員懲戒法第十四條第三項明定經依法休職之公務人員，其休職期滿後之復職，以及留職停薪者於留職停薪原因消滅或期間屆滿後之復職，準用保障法第十條的規定。（修正條文第十一條之一）

五、明定公務人員有辭職的權利。其行使方式以書面為之，除有危害國家安全之虞或法律另有規定外，服務機關或其上級機關不得拒絕，同時，明定辭職之辦理程序及生效日期。（修正條文第十二條之一）

六、配合公教人員保險法施行細則第五十六條將『殘廢』一詞修正為『失能』，比照修正本法第二十一條第二項。（修正條文第二十一條第二項）

七、公務人員因公涉訟時，現階段實務作法除由服務機關為其延聘律師外，多由公務人員自行延聘律師，再向服務機關申請輔助費用。為使實務與規範相符，爰以「輔助」一詞涵蓋上述二種情形。同時，為免與國家賠償法所稱求償相混淆，爰將第二十二條第二項所稱「求償」修正為「應予追還」，以資明確。（修正條文第二十二條）

八、為符合司法院釋字第四七四號及第七二三號解釋，並配合行政程序法第一百三十一條第一項規定，爰增訂第二十四條之一，明定公務人員公法上財產請求權之消滅時效。（修正條文第二十四條之一）

九、為保障公務人員資訊自主權，爰增訂第二十四條之二，明定公務人員對於個人人事資料享有閱覽權，並保障其於不利益之事實或意見登載前享有陳述意見，且要求將其陳述載入人事資料的權利

。（修正條文第二十四條之二）

十、仿照行政訴訟法條法第二條的概括條款，俾公務人員就其與服務機關或人事主管機關間因公法上職務關係，關於其權利或利益遭受違法侵害之爭議，除法律別有規定外，均得依本法提起復審，以提供完整有效之權益保障。同時，為使公務人員因有公務人員任用法第二十八條第一項所定各款消極資格而導致免職、資遣、撤銷任用等影響公法上職務關係存續的爭議有救濟途徑，並明確本法所稱行政處分定義，爰增訂第三、四項。（修正條文第二十五條）

十一、現行保障法漏未規定「拒絕申請之課予義務復審」，爰修正第二十六條，以資適用。（修正條文第二十六條第一項）

十二、為因應提起保障事件之當事人可能為外籍人士或大陸地區人民，爰修正復審書之應記載事項，增列身分證明文件字號之記載，不限於國民身分證統一編號，以符合實際需要。（修正條文第四十三條）

十三、配合復審標的調整，保障法第七十七條第一項的申訴、再申訴標的亦須相應調整。（修正條文第七十七條第一項）

十四、因應調處制度擴及復審案件，修正本法第五章。（修正條文第八十五條、八十六條、八十七條及八十八條）

十五、各級公立學校校長目前仍無法進入保障程序，與釋字第308號解釋之意旨相左；同時，經考試錄取未占機關編制職缺參加學習或訓練人員，亦不得提起保障程序。爰修正保障法第一〇二條第四和第五款，以資適用。（修正條文第一〇二第四款、第五款）

貳、公務人員保障法修正草案新舊條文對照表

修正條文	現行條文	說明
第三條　本法所稱公務人員，係指法定機關（構）及公立學校依公務人員任用法律任用之有給專任人員。	第三條　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。	一、為明確定義本法之適用對象，係指法定機關或公法人依公務人員任用法及依該法第三十二條及第三十三所定之任用法律，依法任用，且定有官職、等級之常任文官，不包括政務人員、民選公職人員及軍職人員。爰將第一項規定酌作文字修正，並刪除第二項規定，以資明確。 二、教育人員任用條例所稱之教育人員，僅公立各級學校職員係依公務人員任用法任用，故為本法之適用對象；依法聘任之運動教練、社會教育機構專業人員及各級主管教育行政機關所屬學術研究機構研究人員則係與機關（構）訂定公法契約之人員，為本法之準用對象，併予敘明。 三、至臨時機關與因臨時任務派用之人員，其派用係為因應臨時之任務所需，與常任文官有別；各機關以契約定期聘用之專業或技術人員，亦與常任文官係依法任用有別，爰均列為本法之

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
		準用對象。 四、相關規定及立法體例 （一）公務人員任用法 第一條　公務人員之任用，依本法行之。 第三十二條　司法人員、審計人員、主計人員、關務人員、外交領事人員及警察人員之任用，均另以法律定之。但有關任用資格之規定，不得與本法牴觸。 第三十三條　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。 第三十六條　臨時機關與因臨時任務派用之人員，及各機關以契約定期聘用之專業或技術人員；其派用及聘用均另以法律定之 （二）公務人員基準法草案 第二條　本法所稱公務人員，指於各級政府機關、公立學校（以下簡稱各機關）擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員。 前項規定不包括軍職人員、公立學校教師、派用人員、聘用人員、民選地方行政首長及依地方制度法規定以機要人員方式進用之人員。

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
第九條之一　公務人員非依法律，不得予以停職。 公務人員於停職、休職或留職停薪期間，仍具公務人員身分。但不得執行職務。		一、本條新增。 二、為保障公務人員依法執行職務之權利，爰將原第十條第一項規定：「公務人員非依法律，不得予以停職。」移列本條第一項。 三、為重申公務人員之身分，不因其暫時停止執行而喪失，爰於第二項明定，公務人員於停職、休職或留職停薪期間，仍具公務人員身分。但不得執行職務。
第十條　經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，得申請復職；服務機關或其上級機關，除法律另有規定者外，應許其復職，並自受理之日起三十日內通知其復職。 依前項規定復職之公務人員，服務機關或其上級機關應回復原職務或與原職務職等相當或與其原敘職等俸級相當之其他職務；如仍無法回復職務時，應依公務人員任用法及公務人員俸給法有關調任之規定辦理。 經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，未申請復職者，服務機關或其上級機關人事單位應負責查催；如仍未於接到查催通知之日起三十日內申請復職，除有	第十條　公務人員非依法律，不得予以停職。 經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，得申請復職；服務機關或其上級機關，除法律另有規定者外，應許其復職，並自受理之日起三十日內通知其復職。 依前項規定復職之公務人員，服務機關或其上級機關應回復原職務或與原職務職等相當或與其原敘職等俸級相當之其他職務；如仍無法回復職務時，應依公務人員任用法及公務人員俸給法有關調任之規定辦理。 經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，未申請復職者，服務機關或其上級機關人事單位應負責查催；如仍未於接	第一項移列第九條之一第一項，原第二項至第四項，項次變更為第一項至第三項。

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
不可歸責於該公務人員之事由外，視為辭職	到查催通知之日起三十日內申請復職，除有不可歸責於該公務人員之事由外，視為辭職。	

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
第十一條之一　經依法休職之公務人員，有關復職之事項，除法律另有規定外，準用第十條之規定。 留職停薪原因消滅後或期間屆滿，有關復職之事項，除法規另有規定外，準用第十條之規定。		一、本條新增。 二、為保障經依法休職之公務人員，休職期滿後之復職權益，爰於第一項明定，經依法休職之公務人員，有關復職之事項，除法律另有規定外，準用第十條之規定。 三、為保障留職停薪公務人員，於留職停薪原因消滅後或期間屆滿之復職權益，爰於第二項明定，有關復職之事項，除法規另有規定外，準用第十條之規定。 四、相關規定 （一）公務員懲戒法 第十四條　休職，休其現職，停發俸（薪）給，並不得申請退休、退伍或在其他機關任職；其期間為六個月以上、三年以下。 休職期滿，許其回復原職務或相當之其他職務。自復職之日起，二年內不得晉敘、陞任或遷調主管職務。 前項復職，得於休職期滿前三十日內提出申請，並準用公務人員保障法之復職規定辦理。 （二）公務人員留職停薪辦法 第六條　留職停薪人員除其他法律別有規定外，應於留職停薪期間

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
		屆滿之次日復職。但其留職停薪屆滿前原因消失後，應即申請復職。 留職停薪人員服務機關應於留職停薪期間屆滿前三十日預為通知留職停薪人員；留職停薪人員，應於留職停薪期間屆滿前二十日內，向服務機關申請復職；逾期未復職者，除有不可歸責於留職停薪人員之事由外，視同辭職。 留職停薪人員於留職停薪期間因留職停薪原因消失，應於原因消失之日起二十日內，向服務機關申請復職，服務機關應於受理之日起三十日內通知其復職；如未申請復職者，服務機關應即查處，並通知於三十日內復職；逾期未復職者，除有不可歸責於留職停薪人員之事由外，視同辭職。

修正條文	現行條文	說明
第十二條之一　公務人員之辭職，應以書面為之。除有危害國家安全之虞或法律另有規定外，服務機關或其上級機關不得拒絕之。 服務機關或其上級機關應於收受辭職書之次日起三十日內為准駁之決定。逾期未為決定者，視為同意辭職，並以期滿之次日為生效日。但公務人員指定之離職日逾三十日者，以該日為生效日。		一、本條新增。 二、憲法明定人民有服公職之權利，亦應肯定人民有不服公職之權利。為避免公務人員受限機關首長領導統御權，無法依其生涯規劃或個人意願行使不服公職之權利，爰參酌公務人員基準法草案之規定，於第一項明定，辭職為公務人員之權利，除有危害國家安全之虞或法律另有規定外，服務機關或其上級機關不得拒絕；公務人員之辭職應以書面為之。並於第二項明定辭職之辦理程序及生效日期。 三、相關規定 公務人員基準法草案 第十五條　公務人員之辭職，除有危害國家安全之虞或法律、契約另有規定或訂定外，機關長官或其上級機關不得拒絕。 辭職應以書面為之，機關長官或其上級機關並應於收受辭職書之次日起一個月內核准，或認有前項得拒絕辭職之情形者，於一個月內敍明理由拒絕之；逾期未為核准或拒絕者，視為照准，並以期滿之次日為生效日期。但公務人員指定離職生效日期為一個月

修正條文	現行條文	說明
		之後者，以該日期為生效日期。
第二十一條　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、失能或死亡者，應發給慰問金。但該公務人員有故意或重大過失情事，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。	第二十一條　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。	一、為落實人性尊嚴之理念，及身心障礙者權利公約之意旨，且公務人員保險法施行細則第五十六條已將殘廢詞修正為失能，爰比照其規定，修正第二項。 二、相關立法例 公教人員保險法施行細則 第五十六條　本法第十二條第二項及第三項所稱其他職域社會保險與本保險養老給付性質相近給付，在勞工保險指老年給付或失能年金給付；在軍人保險指退伍給付。
第二十二條　公務人員依法執行職務涉訟時，服務機關應輔助其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，應不予輔助；如服務機關已支付涉訟輔助費用者，應予追還。 公務人員因公涉訟輔助辦法，由考試院會同行政院定之。	第二十二條　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。	一、目前實務上，公務人員依法執行職務涉訟時，除由服務機關為其延聘律師辯護及提供法律上之協助外，大多數情形係由公務人員自行延聘律師辯護及提供法律上之協助後，再向服務機關申請因公涉訟輔助費用，爰於第一項將上述二種延聘律師之情形，以「輔助」一詞含括之，俾符實際情形

修　正　條　文	現　行　條　文	說　　明
		。 二、公務人員涉訟係因故意或重大過失所致者，即不屬依法執行職務，服務機關應不予輔助，如服務機關已支付涉訟輔助費用，應予追還，惟現行第二項規定服務機關應向公務人員求償，恐與國家賠償法相關規定產生混淆，爰修正第二項規定，俾資適用。
第二十四條之一　公務人員依本法或本法授權法規規定之公法上財產請求權，其消滅時效期間如下： 一、因十年間不行使而消滅者： （一）因公受傷、失能或死亡應發給之慰問金。 （二）因公涉訟輔助之費用。 二、因二年間不行使而消滅者： （一）經服務機關核准實施公務人員一般健康檢查之費用。 （二）經服務機關核准之加班補償。 （三）執行職務墊支之必要費用。		一、<u>本條新增</u>。 二、為符合司法院釋字第四七四號及第七二三號解釋，關於時效制度應逕由法律明定，自不得授權行政機關衡情以法規命令訂定或由行政機關依職權以命令定之之解釋意旨。爰增訂本條，明定依本法或本法授權法規規定之公法上請求權，其消滅時效期間應依本條規定辦理。 三、參酌行政程序法第一百三十一條第一項規定，人民之公法上請求權消滅時效期間為十年；公務人員保險法第三十八第一項規定，公務人員請領保險給付之請求權消滅時效期間為十年；法官退養金給與辦法第五條第三項規定，退養金給與請

修　正　條　文	現　行　條　文	說　　明
		求權消滅時效期間為十年。爰於第一款明定，公務人員因公受傷、失能或死亡之慰問金，及因公涉訟輔助費用之請求權消滅時效期間為十年。 四、又鑑於經服務機關核准實施公務人員一般健康檢查之費用、加班補償及公務人員因執行職務墊支之必要費用，本應儘速請求機關支付或履行。且其費用支出之多寡與機關當年度預算編列、執行與核銷相關。為使預算儘速確定，允宜規定短期之請求權消滅時效期間。爰參照民法第一百二十七條規定，於第二款明定上開請求權消滅時效期間為二年。 五、相關規定及立法體例 （一）行政程序法 第一百三十一條第一項 公法上之請求權，於請求權人為行政機關時，除法律另有規定外，因五年間不行使而消滅；於請求權人為人民時，除法律另有規定外，因十年間不行使而消滅。 （二）公務人員保險法 第三十八條　第一項請領本保險給付之權利

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
		，自請求權可行使之日起，因十年間不行使而當然消滅。 （三）法官退養金給與辦法 第五條第三項　月退養金之發給，除第一次月退養金外，按月退休金發給日期定期發給。退養金給與請求權，除再（回）任法官、經任命為本法第七十八條第四項及第五項人員或法律有特別規定外，自審定退職、退休或資遣生效之日起，因十年不行使而消滅；定期發給之月退養金，其請求權應自各期發放之日起算。 （四）民法 第一百二十七條　左列各款請求權，因二年間不行使而消滅： 一、旅店、飲食店及娛樂場之住宿費、飲食費、座費、消費物之代價及其墊款。 二、運送費及運送人所墊之款。 三、以租賃動產為營業者之租價。 四、醫生、藥師、看護生之診費、藥費、報酬及其墊款。 五、律師、會計師、公證人之報酬及其墊款。 六、律師、會計師、公證人所收當事人物件之交還。

修正條文	現行條文	說明
		七、技師、承攬人之報酬及其墊款。 八、商人、製造人、手工業人所供給之商品及產物之代價。 （五）公務人員因公涉訟輔助辦法 第十四條第三項　第一項涉訟輔助費用之請求權，自得申請之日起，因五年間不行使而消滅。但因不可抗力之事由，致不能行使者，自該請求權可行使時起算。 第十五條第四項　依第一項規定重行申請輔助延聘律師費用之請求權，自不起訴處分或裁判確定之日起，因五年間不行使而消滅。但因不可抗力之事由，致不能行使者，自該請求權可行使時起算。 （六）國內出差旅費報支要點 四、出差事畢，於十五日內依附表二檢具出差旅費報告表，連同有關書據，一併報請機關審核。
第二十四條之二　人事資料記載不利於公務人員之事實或意見前，應給予公務人員陳述意見之機會，並將其陳述一併記載。 公務人員得閱覽與其本人有關之全部人事資料，或繳付費用要求核發繕本。		本條新增。

修正條文	現行條文	說明
有關人事資料之登記規則、書表及閱覽，由銓敘部以命令定之。		
第二十五條　公務人員與服務機關或人事主管機關所為之行政處分或其他公權力措施，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。 公務人員或考試錄取參加訓練之人員因有公務人員任用法第二十八條第一項所定情事之一而遭到免職、撤銷任用或不予任用者，亦得依本法規定提起復審。 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。	第二十五條　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。	一、現行條文第1項前段改列第25條之1。 二、修正條文第1項前段係新增。本規定係配合行政訴訟法修正，仿照該條法第2條之規定，增加概括條款，俾公務人員就其與服務機關或人事主管機關間因公法上職務關係，關於其權利或利益遭受違法侵害之爭議，除法律別有規定外，均得依本法提起復審，不以行政處分為限，以提供公務人員完整有效之權益保障。 三、修正條文第3項係新增。本項係配合公務人員因有公務人員任用法第28條第1項所規定各款消極資格而導致免職、資遣、撤銷任用等影響公法上職務關係存續的爭議所設。 四、修正條文第4項係新增。為導正、統一所稱「行政處分」的解釋，乃援引將行政程序法第92條關於行政處分的定義。
第二十六條　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，或予以駁回，得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復審。	第二十六條　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	一、公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，予以駁回，原僅得依保障法第二十五條規定提起復審，請求撤銷原處分機關所為拒絕之行政處分，惟

修正條文	現行條文	說明
前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。	明定者，自機關受理申請之日起為二個月。	該處分縱經保訓會撤銷，原處分機關仍可繼續作成駁回處分，致公務人員無法迅速有效獲得救濟，爰於第一項增列拒絕申請之課予義務復審類型，使公務人員得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復審，俾完整保障公務人員權利。 二、另公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，予以駁回，如依保障法第二十五條規定提起復審，經保訓會予以駁回後，應向行政法院提起課予義務之訴，而非撤銷訴訟，為統一立法體例，爰參酌行政訴訟法第五條第二項規定修正第一項條文。 三、相關立法體例 行政訴訟法 第五條　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

修正條文	現行條文	說明
		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。
第四十三條　提起復審應具復審書，載明下列事項，由復審人或其代理人簽名或蓋章： 一、復審人之姓名、出生年月日、性別、住居所、國民身分證統一編號或身分證明文件字號。有代理人者，其姓名、出生年月日、職業、住居所或事務所、國民身分證統一編號或身分證明文件字號。 二、復審人之服務機關、職稱、官職等。 三、原處分機關。 四、復審請求事項。 五、事實及理由。 六、證據。其為文書者，應添具影本或繕本。 七、行政處分達到之年月日。 八、提起之年月日。 提起復審應附原行政處分書影本。 依第二十六條第一項規定提起復審者，第一項第三款、第七款所列事項，載明應為行政處分之機關、申請之年月日，並附原申請書之影本及受理申請機關收受證明。	第四十三條　提起復審應具復審書，載明下列事項，由復審人或其代理人簽名或蓋章： 一、復審人之姓名、出生年月日、性別、住居所、國民身分證統一編號。有代理人者，其姓名、出生年月日、性別、職業、住居所或事務所、國民身分證統一編號。 二、復審人之服務機關、職稱、官職等。 三、原處分機關。 四、復審請求事項。 五、事實及理由。 六、證據。其為文書者，應添具影本或繕本。 七、行政處分達到之年月日。 八、提起之年月日。 提起復審應附原行政處分書影本。 依第二十六條第一項規定提起復審者，第一項第三款、第七款所列事項，載明應為行政處分之機關、申請之年月日，並附原申請書之影本及受理申請機關收受證明。	為因應提起保障事件之當事人可能為外籍人士或大陸地區人民，爰於第一項第一款復審書之應記載事項，增列身分證明文件字號之記載，以符實需。
第七十七條　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，不涉及	第七十七條　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	一、修改原條文之要件，將「致影響其權益者」改為不涉及其權利或利益者，使公務人員保障暨培

修正條文	現行條文	說明
其權利或法律上之利益者，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。	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。	訓委員會在不涉及公務人員作為基本權主體與行政法上主觀權利主體之法律地位之範圍，仍得成為終審機關。以符合憲法第十六條訴訟權保障之意旨。 二、申訴、再申訴僅涉及公務人員作為功能法權限與責任主體之爭議解決機制的提供，公務人員離職後，該功能法主體之法律地位及無以附麗。故刪除原條第三項之規定。
第八十五條　保障事件審理中，保訓會得依職權或依申請，指定副主任委員或委員一人至三人，進行調處。 前項調處，於多數人共同提起之保障事件，其代表人非徵得全體復審人或再申訴人之書面同意，不得為之。	第八十五條　再申訴事件審理中，保訓會得依職權或依申請，指定副主任委員或委員一人至三人，進行調處。 前項調處，於多數人共同提起之再申訴事件，其代表人非徵得全體再申訴人之書面同意，不得為之。	一、鑑於行政機關對於行政處分所依據之事實及適用之法律，經依職權調查仍不能確定者，為有效達成行政目的，解決紛爭，尚得與人民締結和解契約。保訓會為增進行政效率、維持機關內部之和諧，減少行政成本之支出，亦應允許原處分機關與公務人員進行調處。爰將調處規定擴大適用於復審事件。 二、第一項及第二項酌作文字修正。
第八十六條　保訓會進行調處時，應以書面通知復審人、再申訴人，或其代表人、代理人及有關機關，於指定期日到達指定處所行之。 前項之代理人，應提出特別委任之授權證明，始得參與調處。 復審人或再申訴人或其代表人、特別委任之代理人及有關機關，無正當理由，於指	第八十六條　保訓會進行調處時，應以書面通知再申訴人或其代表人、代理人及有關機關，於指定期日到達指定處所行之。 前項之代理人，應提出特別委任之授權證明，始得參與調處。 再申訴人及有關機關無正當理由，於調處期日不到場者，視為調處不成立。但保訓會	一、配合第八十五條規定，將調處程序擴大至復審事件，於第一項增訂復審人。 二、又鑑於經調處成立之保障事件，具終結保障事件審理程序之效力，對復審人及再申訴人權益影響甚鉅，而代表人亦為保障事件之當事人，依保障法

修正條文	現行條文	說明
定期日不到場者，視為調處不成立。但保訓會認為有成立調處之可能者，得另定調處期日。 調處之過程及結果應製作紀錄，由參與調處之人員簽名；其拒絕簽名者，應記明其事由。	認為有成立調處之可能者，得另定調處期日。 調處之過程及結果應製作紀錄，由參與調處之人員簽名；其拒絕簽名者，應記明其事由。	第三十七條及第八十四條再申訴第準用三十七條規定，其係代表全體當事人為復審行為或再申訴行為；至特別委任之代理人，除依第三十九條規定得為一切復審行為及再申訴行為外，亦得參與調處，且為配合第一項為通知對象之規定，爰於第三項增訂復審人、代表人及特別委任之代理人。
第八十七條　保障事件經調處成立者，保訓會應作成調處書，記載下列事項，並函知復審人、再申訴人、代表人、特別委任之代理人及有關機關： 一、復審人或再申訴人姓名、出生年月日、服務機關及職稱、住居所、國民身分證統一編號或身分證明文件字號。 二、有代表人或特別委任之代理人者，其姓名、出生年月日、住居所、國民身分證統一編號或身分證明文件字號。 三、參與調處之副主任委員、委員姓名。 四、調處事由。 五、調處成立之內容。 六、調處成立之場所。 七、調處成立之年月日	第八十七條　再申訴事件經調處成立者，保訓會應作成調處書，記載下列事項，並函知再申訴人及有關機關： 一、再申訴人姓名、出生年月日、服務機關及職稱、住居所、國民身分證統一編號。 二、有代理人者，其姓名、出生年月日、住居所、國民身分證統一編號。 三、參與調處之副主任委員、委員姓名。 四、調處事由。 五、調處成立之內容。 六、調處成立之場所。 七、調處成立之年月日。 前項經調處成立之再申訴事件，保訓會應終結其審理程序。	一、依第八十五條規定，代表人徵得全體復審人或再申訴人之書面同意，得與原處分機關進行調處；第八十六條第二項規定，代理人受復審人或再申訴人之特別委任，亦得參與調處，爰於第一項增訂調處書應函知復審人或再申訴人之代表人或經其特別委任之代理人，俾代表人及經特別委任之代理人知悉調處結果。 二、第一項及第二項配合第四十三條及第八十五條規定，酌作文字修正。

修正條文	現行條文	說明
。 前項經調處成立之保障事件，保訓會應終結其審理程序。		
第八十八條　保障事件經調處不成立者，保訓會應逕依本法所定之復審程序或再申訴程序為審議決定。	第八十八條　再申訴事件經調處不成立者，保訓會應逕依本法所定之再申訴程序為審議決定。	配合第八十五條規定，酌作文字修正。
第一百零二條　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。但公立學校教師未兼任行政職者除外。 五、應各種公務人員考試錄取，參加學習或訓練之人員。	第一百零二條　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或訓練之人員。	一、公立學校教師基於公教分途，確實不適合留在公務人員體系內，但各級公立學校校長目前仍被拒於保障程序之外，與釋字第308號解釋揭示：「惟兼任學校行政職務之教師，就其兼任之行政職務，則有公務員服務法之適用」明顯相左，有必要予以修正。因此，本文建議於現行保障法第102條第4款末加上但書，明確規定僅有未兼任行政職者，方不屬於準用對象。 二、鑑於經考試錄取未占機關編制職缺參加學習或訓練人員，雖未具法定任用資格，惟其學習或訓練期間仍有執行公務行為，且亦負有公務員服務法上之相關義務。 三、復以逐年擴大實施考試錄取人員，未占缺

修正條文	現行條文	說明
		訓練制度係考試院之既定政策，為保障彼等人員之權益，爰於第五款增列未占缺人員準用本法規定，並將該款規定修正為「應各種公務人員考試錄取，參加學習或訓練之人員。」 四、又訓練期滿並經核定成績及格之受訓人員，本應由分發機關或申辦考試機關分發任用，如其因有公務人員任用法第二十八條所定之事由，經拒絕派任為正式公務人員時，亦得依第五款規定，準用保障法規定請求救濟。 四、相關規定 （一）公務人員考試法 第二十一條第一項　公務人員各等級考試正額錄取者，按錄取類科，依序分配訓練，訓練期滿成績及格者，發給證書，依序分發任用。列入候用名冊之增額錄取者，由分發機關或申請舉辦考試機關配合用人機關任用需要依其考試成績定期依序分配訓練；其訓練及分發任用程序，與正額錄取者之規定相同。 （二）公務人員考試錄取人員訓練辦法 第四條　本訓練得以受訓人員經分配各用人機關（構）學校占編制職缺訓練（以下簡稱占

修　正　條　文	現　行　條　文	說　明
		缺訓練），或未占編制職缺訓練（以下簡稱未占缺訓練）方式行之。 第四十三條　受訓人員訓練期滿並經核定成績及格者，始完成考試程序，由各用人機關（構）學校或訓練機關（構）學校函送保訓會轉請考試院發給考試及格證書，並函請分發機關或申辦考試機關分發任用。

附件 1：期中報告審查意見暨回覆表

	建議	回覆
1	報告外文之翻譯及註解格式，前後用語不一，建議統一，另部分內容有缺漏字或錯別字，建議修正。	已修正。
2	以基本權主體與功能主體作為區分復審及申訴、再申訴範圍之前提，將徹底打破現行公務人員保障法（以下簡稱保障法）係以行政處分及管理措施之區分方式，建議併提折衷方案供參。	1. 甲案：將保障法第 25 條之「行政處分」拿掉，只要「權利或利益」受損害，就可以復審。 2. 乙案：在保障法第 25 條定義行政處分之概念。
3	保障法實體項目包括宣示性規定、公務人員權利規定、課予機關義務規定 3 部分，現行法制尚無法將保障法定位為程序法之可能。建議檢視並增列有無漏未規定之公務人員權利。	1. 在實體保障之項目增加公務人員實體權利自律實現之法制度 2. 增加公務人員法律關係發生、變更及消滅之法制度，如停職、留職停薪。 3.增加給付請求權實現之法制度。
4	報告第 1 頁有關研究動機與目的，建議分 2 部分論述。	已修正。（詳請參閱期末報告初稿第 1 至 2 頁）
5	報告第 11 頁有關占缺未占缺訓練人員之權利義務衡平相關論述，因部分內容已實施，建議酌做文字修正。	已修正。
6	報告第 14 頁有關研究方法二，建議增加項目名稱。	已修正。（詳請參閱期末報告第 15 頁）
7	報告第 15 頁有關章名及附錄名稱，建議修正，並增加修正條文總說明。	已修正。（詳請參閱期末報告第 15 頁）
8	報告第 31 頁，建議增補「政治參與」、「程序保障」之論	已增補。（詳請參閱期末報告第 36、37 頁，第二章註 32）

	述。	
9	報告第 34 頁，身分保障係指是否具有公務人員身分之保障，而官等、職等保障，可歸納於服公職權利有重大影響者，本報告相關論述，與實務相左，建議修正。	已修正。
10	報告第 36 頁，有關於服公職權利有重大影響之實務整理，建議參酌本會審理保障事件之分類方式。另晉敘事件應歸納於對服公職權利有重大影響。	已修正（詳請參閱期末報告第 40、41 頁）。
11	報告第 40 頁，休閒旅遊補助應屬復審救濟範疇，請修正。	已修正（詳請參閱期末報告第 45 頁）。
12	現行實務上，人民不服遭裁決所所為罰鍰處分，不須經訴願程序，即得逕向行政法院提起行政訴訟，裁決所只須作重新審查之自我反省程序即可（行政訴訟法第 237 條之 3、第 237 條之 4）；另法官對職務評定未達良好事件之再復核決定，亦得主張其審判獨立權遭受侵害，而向職務法庭提起撤銷訴訟（法官法第 47 條）。以上提供研究團隊參考。	對於是否應經先行程序，立法者有形成餘地。事實上，德國法在行政法院法亦僅提供原處分機關自我反省之異議程序。其認無違法或不當，即直接進入司法救濟程序。

附件 2：期末報告審查意見暨回覆表

審查意見	回覆
1、目次部分 （1）章名部分，建議不劃底線。 （2）目次第一章，建議刪除「陸、章節預定」。 （3）第二章第一節之「參、小結」與第三節之「肆、本節結論」，建議統一用語。 （4）第三章，標題層次過多，建議以三層為宜。	（1）已修正。 （2）已修正。 （3）已修正。 （4）已修正。
2 第一章部分 （1）第 1 頁，章節名不宜使用冒號。 （2）第 2 頁，「貳、研究重點」，宜與研究動機或目的整併。 （3）第 14 頁至第 15 頁，建議以期末報告之角度，調整相關用語或予以刪除。	（1）已修正。 （2）已修正。 （3）已修正。
3 第二章部分 （1）第 16 頁，「第一節逐漸成形的公務人員法律關係」，此節名稱易使人誤解以前公務人員與國家並無法律關係，請再斟酌。 （2）第 27 頁，「學校法」一詞建議修正。 （3）第 41 頁，「官職併立制度」僅為原則，建議斟酌修正。	（1）已修正為逐漸轉型的公務人員法律關係。 （2）已修正為：教育法。 （3）已按委員建議修正為：我國的人事分類制度以所謂「官職併立制度」為原則....
4、第三章部分 （1）關於公務人員於派任前，經發現具有公務人員任用法第 28 條所定之消極資格而經拒絕任用者，宜否納為公務人員保障法之準用對象？又此類人員宜否列入第 25 條規範？請再斟酌。 （2）第 85 頁，關於第 102 條第 4 款之修正建議「公立學校教師未兼任行政職者除外」，宜再考量教師法第 33 條規定，避免造成教師救濟管道過於多元。	（1）已於第五章中說明，詳請參閱期末報告第 122-123 頁。 （2）已於第三章說明，詳請參閱期末報告第 78-79 頁。
5、第四章部分	（1）已修正。

（1）第 91 頁至 93 頁，關於實體保障之分類，提及公務人員保障法第 15 條以前，係提起復審救濟；第 16 條以後係提起申訴或再申訴救濟；因與現行實務不符，建議調整修正。 （2）第二節修法建議之彙整，請補強本會 96 年委託研究「公務人員保障法實體保障項目之檢討與發展」部分，並就該委託研究之建議，提供研究團隊之意見。	（2）已修正。詳請參閱期末報告第 88-111 頁。
6、第五章部分 （1）第 115 頁，修正條文第 25 條第 1 項：「……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」等文字，應係多餘，建議修正。 （2）以基本權主體及功能主體區辨復審及申訴、再申訴之適用範圍，建議就公務員所享有之基本權內容為具體之闡明與補充。 （3）請再補強申訴、再申訴條文之修正建議。	（1）已修正。詳請參閱期末報告第 127-128 頁。 （2）已補強。詳請參閱期末報告第 114-117、124-125。 （3）已補強。詳請參閱期末報告第 124-127、128。
7、第七章部分 建議增列「美國公務人員保障制度之發現與啟發」，及該制度與我國法制度衝突之討論。	時間有限，已補強本章論述。
8、第八章部分 （1）建議增加一節：本研究計畫之總結，即公務人員保障法面臨課題之研究結論及如何解決之建議。 （2）修正草案總說明暨新舊條文對照表，宜列為建議內容，不宜直接將修正草案總說明暨新舊條文對照表，列為章節名稱。 （3）第 170 頁，因公務人員保障法歷經 85 年制定公布及 92 年修正公布，建議將第 1 行文字修正為「修正公布」。 （4）第 170 頁至 173 頁，關於修正草案總說明內容，建議再精簡，增加學理論述。	（1）已修正。詳請參閱期末報告第 182。 （2）已修正。詳請參閱期末報告第 182-184。 （3）已修正。 （4）已精簡。詳請參閱期末報告第 182-184。

9、參考文獻部分 第 IV 頁，參考文獻之司法「週」刊，應為司法「周」刊之誤植。	已修正。

參考文獻（按姓氏筆畫）

壹、中文資料

一、研究報告

1、史美強主持，公務人員考試錄取人員不占缺訓練制度之研究，保訓會培訓發展處研究報告，民國 101 年 11 月。

2、李建良主持，保障制度復審範圍之研究，保訓會委託研究報告，民國 92 年 12 月。

3、吳庚主持，公務人員保障法制問題之研究，保訓會委託研究報告，民國 87 年 3 月。

4、吳庚主持，公務員基準法之研究，台北，行政院研究發展考核委員會，民國 79 年 4 月。

5、林明昕主持，公務人員保障救濟程序中暫時權利保護制度之研究—以保訓會之停止執行為中心—，保訓會委託研究報告，民國 98 年 12 月。

6、林三欽主持，強化公務人員保障事件救濟程序之研究，保訓會委託研究報告，民國 100 年 10 月。

7、盛子龍主持，公務人員保障法實體保障項目之檢討與發展，保訓會委託研究報告，民國 96 年 12 月。

8、陳耀祥主持，公務人員保障法修法研議—保障對象與救濟類型之研究，保訓會委託研究報告，民國 97 年 12 月。

9、陳愛娥主持，公務人員懲處救濟制度之研究—以實務案例分析與德國法制比較為中心，保訓會委託研究報告，民國 103 年 10 月。

10、陳愛娥主持，公務人員保障案件的調處制度，保訓會委託研究報告，民國 89 年 9 月。

11、郭介恆主持，公務人員保障事件審議組織與程序改進之研究，保訓會委託研究報告，民國 100 年 9 月。

12、程明修，公務人員陞遷之救濟，保訓會委託研究報告，民國 94 年 10 月。

13、詹鎮榮，公務人員考績制度變革後救濟程序如何配套因應之研究，

保訓會委託研究報告，民國 99 年 8 月。
14、詹鎮榮，公務員懲戒與行政懲處制度整合之研究，司法院行政訴訟及懲戒廳委託研究報告，民國 102 年 9 月。
15、劉如慧，公務人員溢領給與之追繳及相關法律問題研究，保訓會委託研究報告，民國 102 年 11 月。
16、劉建宏，復審參加制度之研究，保訓會委託研究報告，民國 99 年 11 月。

二、書籍

1、吳　庚，行政法之理論與實用，台北，自版，民國 94 年 8 月增訂 9 版。
2、吳　庚，憲法的解釋與適用，台北，自版，2004 年 6 月 3 版。
3、法治斌、董保城，憲法新論，台北，元照，2005 年。
4、林明鏘，公務員法研究（一），台北，自版，民國 89 年 3 月。
5、林明鏘，公務員法研究（二），台北，新學林，2012 年 12 月。
6、徐有守，考銓制度，台北，商務，民國八十六年七月修訂版。
7、柯慶賢，公務員彈劾懲戒懲處之理論與實務，民國 90 年 11 月。
8、施能傑，美國政府人事管理，台北，商鼎，1999 年 4 月 13 日。
9、陳敏，行政法總論，台北，自版，民國 100 年 9 月七版。
10、許南雄，各國人事制度，台北，商鼎，民國 86 年增訂三版。
11、楊戊龍，正當法律程序與文官工作權保障－美國聯邦公務員工作權利救濟理論與實務，台北，翰蘆，2004 年 8 月。
12、蔡震榮，行政法理論與基本人權之保障，台北，五南，民國 80 年。
13、劉昊洲，公務員法專論，台北，五南，2014 年 3 月。
14、劉昊洲，公務人員人事論叢，台北，商鼎文化，2008 年 7 月 15 日。

三、單篇論文

1、江嘉琪，公務人員聘用法律關係運用行政處分之容許性，發表於

公務人員保障暨培訓委員會「104 年度公務人員保障法制研討會」，2015 年 9 月 21 日。
2、李惠宗，校園將永無寧日？–釋字第六八四號解釋評析–，月旦法學雜誌，第 191 期，2011 年 4 月。
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。
4、周志宏，告別法治國家的原始森林？–大法官釋字第 684 號解釋初探–，台灣法學雜誌，第 171 期，2011 年 3 月 1 日。
5、吳庚，重建公務員關係的法理基礎，法令月刊，第 48 卷第 8 期，1989 年 8 月。
6、林明鏘，德國公務員制度之最新變革：兼論我國文官制度的危機，台大法學論叢，第 40 卷第 4 期，2011 年 12 月。
7、張桐銳，公務員職務外行為之懲戒責任，台灣法學雜誌，第 132 期，2009 年 7 月 15 日。
8、張桐銳，公務員與基本權，中原財經法學，第 18 期，2007 年 6 月。
9、張桐銳，告別「特別權力關係」？─從最高行政法院 94 年裁字第 1123 號裁定談起，收錄於行政法實務與理論（二），2006 年。
10、張錕盛，真的從特別權力關係走向法律關係，憲政時代，第 37 卷 2 期，2011 年 10 月。
11、張嘉尹，大學「在學關係」的法律定位與其憲法基礎的反省，台灣本土法學雜誌，第 50 期，2003 年 9 月。
12、張文郁，人事行政程序中證據法則之運用－以保障事件之事實、證據調查為重心，發表於公務人員保障暨培訓委員會「104 年度公務人員保障法制研討會」，2015 年 9 月 21 日。
13、莊國榮，大學學生行政爭訟權的重要突破–評釋字第 684 號解釋–，台灣法學雜誌，第 171 期，2011 年 3 月 1 日。
14、翁岳生，「近年來司法院大法官會議解釋之研討」，收於氏著，法治國家之行政與司法，1994 年 8 月。
15、翁岳生，論特別權力關係之新趨勢，收於行政法與現代法治國家，1990 年。

16、陳淑芳，大學生對學校處置不服之救濟—在司法院釋字第六八四號解釋之後，世新法學，第 5 卷第 1 期，2011 年 12 月。
17、陳淑芳，保障事件審查密度之研析－以公保及因公撫卹事件為中心，發表於公務人員保障暨培訓委員會「104 年度公務人員保障法制研討會」，2015 年 9 月 21 日。
18、陳清秀，論特別權力關係之行政救濟（上），植根雜誌，第 8 卷第 2 期，1992 年 2 月。
19、陳愛娥，從特別權力關係到特別身分關係，月旦法學教室，第 103 期，2011 年 5 月。
20、黃錦堂，我國特別權力關係的新定向–釋字第 653、654 與 684 號解釋之發展，法令月刊，第 62 卷第 9 期，2011 年 9 月。
21、彭鳳至，消失中的司法懲戒權－淺論公務員懲戒法歷次修正草案中的二個問題（上），司法周刊，第 1695 期，2014 年 5 月 9 日。
22、彭鳳至，消失中的司法懲戒權－淺論公務員懲戒法歷次修正草案中的二個問題（下），司法周刊，第 1696 期，2014 年 5 月 16 日。
23、程明修，保障制度一元化之研析－公務人員保障法之重建呼籲，發表於公務人員保障暨培訓委員會「104 年度公務人員保障法制研討會」，2015 年 9 月 21 日。
24、程明修，法治國中「特別權力關係理論」之殘存價值？，中原財經法學，第 31 期，2013 年 12 月。
25、程明修，同一事件經主管長官已為處分後，復移送公務員懲戒委員會審議者，其原處分失其效力之時點如何認定？，臺灣法學雜誌，第 204 期，2012 年 7 月 15 日。
26、程明修，停職處分之法律性質，月旦法學教室，第 49 期，2006 年 11 月。
27、程明修，論一般撤銷（形成）訴訟－－以對公務員懲戒處分之救濟出發，載於義薄雲天・誠貫金石—論權利保護之理論與實踐－－曾華松大法官古稀祝壽論文集，2006 年 6 月。
28、程明修，對公務人員職務調動處分的行政訴訟，法學講座，第 16 期，2003 年 4 月。
29、楊日然，我國特別權力關係理論之檢討，台大法學論叢，第 13

卷第 2 期，1984 年。
30、劉淑範，論公務員職務調動之概念與法律性質：揮別我國特別權力關係思維之遺緒，台大法學論叢第 42 卷第 1 期，2013 年 3 月。
31、劉宗德，「台灣地區行政法律關係之適用法」，收於氏著，行政法基本原理，1998 年 8 月。
32、劉建宏，公務人員不服原處分機關對其依法申請之案件怠為處分提起復審之訴權要件，華岡法粹，第 52 期，2012 年 3 月。
33、賴恆盈，告別特別權力關係（上）—兼評大法官釋字第六八四號解釋，月旦法學雜誌，第 197 期，2011 年 10 月。
34、賴恆盈，告別特別權力關係（下）—兼評大法官釋字第六八四號解釋，月旦法學雜誌，第 198 期，2011 年 11 月。
35、謝碩駿，行政處分，行政處分，多少「原告之訴駁回」假汝之名以行！／最高行 101 裁 2153 裁定、102 判 514 判決，台灣法學雜誌，第 235 期，2013 年 11 月 1 日。

貳、德文參考文獻

- - Rolf Gröschner, Das Überwachungsrechtsverhältnis, Wirtschaftsüberwachung in gewerbepolizeilicher Tradition und wirtschaftsverwaltungsrechtlichem Wandel
- 1992. XIV, 376 Seiten. Mohr Siebeck GmbH & Co. KG
- - Rolf Gröschner,Vom Nutzen des Verwaltungsrechtsverhältnisses, Verw 30 (1997), S. 301-338
- - Wilhelm Henke, Das subjektive Recht im System des öffentlichen - Rechts, DÖV 1980, S. 621 ff (624f.).
- -Joachim Martens, Der Bürger als Verwaltungsuntertan? , KritV 1986, S.104-130.
- - Friedrich E. Schnapp, Hans Kelsen und die Einheit der Rechtsordnung, Bemerkungen zur Relativität juristischer Qualifikationen, Rechtstheorie Beiheft 5 (1984), S. 381-407
- - Sebastian von Kielmansegg, Grundrechte im Näheverhältnis : eine Untersuchung zur Dogmatik des Sonderstatusverhältnisses, Tübingen : Mohr Siebeck, 2012,
- - Walter, Robert, Die Verwaltungsverordnung, ÖJZ 1965, S. 29-36
- Lothar Michael, Martin Morlok - Grundrechte 5. Auflage 2015. Buch.

528 S. Nomos
- Wolf-Rüdiger Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 14., neu bearbeitete Auflage 2014. Buch. XXIX, 409 S. Kartoniert C.F. Müller
- Mattihas Ruffert, in: Erischen/Ehlers, AllgVerwR. 13 Aufl. § 20 Rn. 46
- Fritz Ossenbühl, Die Weiterentwicklung der Verwaltungswissenschaft, in: ders, Freiheit, Verantwortung Kompetenz, 1999, S. 721 (736).
- Carl-Hermann Ule, Das besondere Gewaltverhältnis, VVDStRL 15 (1957), S. 152.
- Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 1,
- Walter Pauly, Grundlagen einer Handlungsformenlehre im Verwaltungsrecht, in: Becker-Schwarze/Köck/Kupka/v. Schwanenflügel, Wandel der Handlungsformen, S. 25 ff..
- Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsecht als Ordnungsidee – Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 1998.

1Lecheler, BayVBl. 1992, S. 548.

1Friedrich carl von Savigny, System des heutigen Römischen Rechts, Bände 1, 1840,
- Rückert,]oachim, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich earl von Savigny, Ebelsbach 1984, S. 346
- W. Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19.]ahrhundert, 1958,.
- Hans Kelsen, Reine Rechtslehre,
- Achterberg, Die Rechtsordnung als Rechtsverhältnisordnung, 1982,
- Engisch, Einführung in das juristische Denken, 11. Aufl. 2010. Buch. Rund 280 S. Kartoniert Kohlhammer
- Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2014. Springer
- Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 1972, Athenäum Verlag
- Larenz, Zur Struktur „subjektiver Rechte", in: Bauer/Larenz/Wieacker (Hrsg.), Festgabe für Sontis, 1977, S. 129, 134 f.
- Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840.
- Walter Wilhelm, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert, 2. Aufl. 2003.

參、英文資料：

一、書籍

1. CUDDIHY, WILLIAM J. THE FOURTH AMENDMENT: ORIGINS

AND ORIGINAL MEANING 602-1791, Oxford Scholarship (January, 2009).

2. DRESANG, DENNIS L. PUBLIC PERSONNEL MANAGEMENT AND PUBLIC POLICY (New York: Longman 3rd ed. 1999).
3. ELLIOTT, ROBERT H, PUBLIC PERSONNEL ADMINISTRATION: A VALUES PERSPECTIVE (Reston Publishing Company, Inc. 1985).
4. FISH, C. THE CIVIL SERVICE AND THE PATRONAGE (1905).
5. GORE, A. FROM RED TAPE TO RESULTS: CREATING A GOVERNMENT THAT WORKS BETTER AND COSTS LESS: REPORT OF THE NATIONAL PERFORMANCE REVIEW (Washington, D.C.: Government Printing Office, 1993).
6. KLINGER, DONALD E. & NALBANDIAN, JOHN PUBLIC PERSONNEL MANAGEMENT: CONTEXTS AND STRATEGIES (Englewood Cliffs, N. J.: Prentice-Hall 5th ed. 2003).
7. LEE YONG S. & ROSENBLOOM DAVID H. A REASONABLE PUBLIC SERVANT: CONSTITUTIONAL FOUNDATIONS OF ADMINISTRATION CONDUCT IN THE UNITED STATES (M.E. Sharpe, Inc. 2005).
8. LEE YONG S. PUBLIC ADMINISTRATION AND CONSTITUTIONAL VALUES (Westport, CT: Quorum Books 1992).
9. MARANTO, ROBERT AND SCHULTZ, DAVID, A SHORT HISTORY OF THE UNITED STATES CIVIL SERVICE (Lanham, MD: University Press of America 1991).
10. ROSENBLOOM, DAVID H. FEDERAL SERVICE AND THE CONSTITUTION (1971).
11. ROSENBLOOM, DAVID H. & KRAVCHUK, R. PUBLIC ADMINISTRATION: UNDERSTANDING MANAGEMENT, POLITICS, AND LAW IN THE PUBLIC SECTOR (6th ed. 2003).
12. SCHURZ, C. DEMOCRACY OF THE MERIT SYSTEM (1897).
13. SHAFRITZ, JAY M. ET AL. PERSONNEL MANAGEMENT IN GOVERNMENT (New York: Marcel Dekker, 1978).

14. SHAFRITZ, JAY M. & ROSENBLOOM, DAVID H. & RICCUCCI, NORMA M. & NAFF, KATHERINE C. & HYDE, ALBERT C. PERSONNEL MANAGEMENT IN GOVERNMENT: POLITICS AND PROCESSS (New York: Marcel Dekker, Inc., 4th ed., 2001).
15. HAYS, STEVEN W. & KEARNEY RICHARD C. (ed.), PUBLIC PERSONNEL ADMINISTRATION: PROBLEMS AND PROSPECTS (Pearson Education, Upper Saddle River, New Jersey, 4th ed., 2003).
16. VAN RIPER, PAUL P. HISTORY OF THE UNITED STATES CIVIL SERVICE (1958).

二、期刊論文

1. *Developments in the Law－Public Employment,* 97 HARV. L. REV. (1984).
2. Doeringer, Perter B. & Kaboolian Linda & Watkins Michael & Watson Audrey, *Beyond the Merit Model: New Directions at the Federal Workplace?*, in Dale Belman & Morley Gunderson & Douglas Hyatt (ed.), Public Sector Employment in a Time of Transition (INDUSTRIAL RELATIONS RESEARCH ASSOCIATION, University of Wisconsin-Madison 1996).
3. Dotson, Arch. *"The Emerging Doctrine of Privilege in Public Employment"*, Public Administration Review15 (Spring 1955).
4. Friel, Brian. "Homeland Bill Includes Personnel, Benefit Changes for All Agencies," *Gov Exec.com,* (19 November 2003).
5. Fine, Cory R. & T. Zane Reeves & George P. Harney. *Employee Drug Testing: Are Cities Complying with the Courts?*, Public Administration Review, Vol.56, No.1 (January/February 1996).
6. Frug. *Does the Constitution Prevent the Discharge of Civil Service Employees?*, 124 U. PA. L. REV. (1976).
7. Hoofagle, *Matters of Public Concern and Public University Professor,* Journal of Colleges and University Law 27 (3) (2001).

8. Kellough J. Edward. *Equal Employment Opportunity and Affirmative Action in the Public Sector*, in STEVEN W. HAYS & RICHARD C. KEARNEY (ed.), PUBLIC PERSONNEL ADMINISTRATION: problems and prospects (Pearson Education, Upper Saddle River, New Jersey, 4th ed., 2003).
9. Knowles, Eddie Ade & Norma M. Riccucci. *Drug Testing in the Public Sector: An Interpretation Grounded in Rosenbloom's Competing-Perspectives Model,* Public Administration Review, Vol.61, No.4 (July/August 2001).
10. Lindquist, Stefanie A. & Stephen L. Wasby. *Defining Free Speech Protections for Public Employees*, Review of Public Personnel Administration (Spring 2002).
11. Martin, *The Constitutionality of the Hatch Act: Second Class Citizenship for Public Employees,* 6 U. TOL. L. REV. (1974).
12. Naff, Katherine C.. *Why Public Managers Hate Position Classification*, in STEVEN W. HAYS & RICHARD C. KEARNEY (ed.), PUBLIC PERSONNEL ADMINISTRATION: problems and prospects (Pearson Education, Upper Saddle River, New Jersey, 4th ed., 2003).
13. Note. *The Due Process Rights of Public Employees,* 50 N.Y.U.L. REV. (1975).
14. *Public Employee Speech*, 120 HARV. L. REV. (November, 2006).
15. Rosenbloom, David H. Ed. *Public Administration Forum: Civil Service Reform, 1978: Some Issues*, Midwest Review of Public Administration (September 1979).
16. Rosenbloom, David H. & Bailey, Margo. *What Every Public Personnel Manager Should Know About the Constitution*, in PUBLIC PERSONNEL ADMINISTRATION: problems and prospects (Pearson Education, STEVEN W. HAYS & RICHARD C. KEARNEY (ed.), Upper Saddle River, New Jersey, 4th ed., 2003).
17. Rosenbloom, David H.. *Fuzzy Law from the High Court*, PUBLIC

ADMINISTRATION REVIEW, 54 (6) (1994).

18. Robert Roberts. *The Supreme Court and the Deconstitutionalization of the Freedom of Speech Rights of Public Employees,* Review of Public Personnel Administration, Volume 27 Number 2 (June, 2007).
19. Rachel Sweeney Green. *Privacy in the government workplace: Employees' Fourth Amendment and statutory rights to privacy*, 35 Cumb. L. Rev. (2004-2005).
20. Taylor, F. *The Principles of Scientific Management, reprinted in* SCIENTIFIC MANAGEMENT (1916)