10.陞遷救濟時之暫時權利保護

10.1.復審階段及行政訴訟中之暫時性權利保護

根據本研究的初步瞭解，陞遷救濟具有相當的特殊性。亦即受限於職缺的有限性以及陞遷任命的連鎖效應（„Beförderungskette“），以及公務員法體系的嚴格形式要求（Formstrenge），一經陞遷程序完成，已任命之公務員又無其他得以認定陞遷任命無效之事由，往往會造成救濟的實效落空¹。因此與其事後救濟無望，不如事前防堵會造成事後救濟無望的原因。此時暫時性的權利救濟設計，應該是重要的考量。

假如公務員的任命存在有撤銷的危險時，受任命公務員自己的個人利益將與先前未受任命競爭者的權利保護利益處於無法解決的衝突。因此它保障已經完成的陞遷任命在一定的條件下可以比較穩定地維持其存續效力。德國聯邦憲法法院因此演繹出「身分法上職務²不可剝奪原則（Grundsatz der Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes）³。」若是於陞遷任命之後數年仍容許藉由訴訟使得公務員的職位發生變動，或者讓已經發生陞遷連鎖效應的公務員法律關係再一次受到質疑，恐怕會嚴重影響到行政的運作能力以及公務員地位的穩定保障（Stabilitätsgarantie）。所以基於職務安定原則與有效權利保障之

1 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 169.

2 身分法上職務或地位法上的公務員職務原則是透過官、職等的分類（die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe）、俸級的基本俸給（das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe）以及賦與公務員的官銜（Amtsbezeichnung）加以認定。地位法上的公務員職務首先透過「任命（Ernennung）」賦予，其後之變動僅得透過「陞遷（Beförderung）」或透過懲戒程序的降級（Degradierung）為之。因此若是官等、職等或俸級的變動便屬「地位法上的公務員職務」之變動。

3 BVerfGE 7, 155, 163; 70, 251, 267 ff.

折衷，我們所承認的陞遷任命救濟，應該將重心放在陞遷任命前的階段。換言之，應該考量的是行政救濟中的暫時性權利保護制度。

針對公權力措施之權利救濟原則上是一種事後的權利救濟制度（*repressiver Rechtsschutz*）」。因為若是容許同步進行的法院救濟審查程序，恐怕會過度阻礙了其他國家功能（如行政或立法）的活動。但是實效性權利保障之要求卻並不排除於嚴格條件限制下（例如必須要有異於一般的權利保護必要性（„qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis“）），基於避免個案中嚴重且無法逆轉的權利侵害目的，於必要時開放預防性的權利救濟空間，而非必然僅針對「現時」的權利侵害⁴。這種預防性權利保護的要求，其實也不過是廣泛地「及時權利救濟（*rechtszeitiges Rechtsschutz*）」的一種反應而已⁵。其次，實效性之權利保障制度亦要求提供人民暫時性的權利保障。特別是在若不提供暫時性的權利保護措施時，將會發生嚴重或無可避免的損害，以致於本案的裁判即使作成，亦無法於事後將之除去的情況下，暫時性的權利保障即屬必要⁶。大法官在釋字第 585 號解釋中亦指出，確保裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而有異⁷。

4 Vgl. P.- M. Huber, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg.), GG, Bd.1., 4. Aufl., 1999, Art. 19 Rn. 469.

5 參考，李惠宗，「從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障」，同作者，權利分立與基本權保障，1999，頁 253；Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Theoder Maunz/ Günter Dürig/ Roman Herzog/ Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand: 1997, Art. 19 IV Rn. 278.

6 Vgl. Hartmut Krüger, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl., 1999, Art. 19 Rn. 148.

7 大法官另於釋字第 599 號解釋中，針對大法官解釋的暫時性權利保障制度指出，「如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利益，並於利益顯然大於不利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態」。

暫時權利保護作為訴訟法上傳統的制度，依傳統的見解，其主要只是具有「保全功能（*Sicherungsfunktion*）」，以保障訴訟原告之權利在勝訴後不因無從執行而終局落空⁸。但是隨著訴訟程序在實務上往往曠日廢時，目前在訴訟實務上，當事人多習於在本案訴訟外，另行聲請暫時權利保護，以避免權利不因過長的訴訟程序而致嗣後無法實際獲得所需救濟。一般的本案訴訟程序，為了追求終局正義，往往適用各種傳統的程序原則以及複雜的訴訟制度。但是相對地在程序上會造成延宕。而暫時權利保護程序，適用所謂略式審查（*summarische Prüfung*），可以謀求訴訟上之本案爭議，至少在終局裁判前迅速暫時獲得解決。所以暫時權利保護程序，亦常被稱為「快速程序（*Eilverfahren*）」，其更具有所謂「暫時滿足之功能（*interimistische Befriedungsfunktion*）」⁹。

在德國，如果原告提起的本案訴訟是撤銷訴訟時，此時可以考慮的暫時性權利保護制度乃是請求「暫時停止執行」（德國行政法院法第 80 條與第 80a 條，我國行政訴訟法第 116 與 117 條）。但是如前所述，德國實務的見解一貫地認為此時撤銷訴訟並不合法（欠缺權利保護必要），因此暫時停止執行的要求亦不可能。我們可以考慮的應該是行政法院法第 123 條以下規定的假處分制度。在我國則為第 298 條第 1 項，要求法院發保全命令（*Sicherungsordnung*）以保全日後實施強制執行，以及第 298 條第 2 項要求法院發定暫時狀態命令（*Regelungsordnung*）以採取必要措施，維護暫時狀態之制度。

8 Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Vorb. § 80 Rn. 34 f. (Stand: Jan. 2003).

9 參考，林明昕，「論大法官釋憲程序之改革 — 兼評司法院大法官審理案件法修正草案」，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦，第四屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會論文，2003.9.26/27。

未獲陞遷任命者提起訴訟的目的無非是希望原本空缺出來的職位能夠保持，甚至於由自己來獲得。由於原告可以主張基本法第 33 條第 2 項保障他於陞遷時有應被尊重的（主觀）公法權利（至少有應徵的程序請求權！），所以他有請求受暫時性權利保護的資格。假如原告對於暫時命令的請求以及請求暫時命令的原因顯而可信（*glaubhaft*），其請求發保全命令或定暫時狀態即屬有理由。原告對於暫時命令的請求權顯而可信，是指原告所提供的事實足堪證明其所主張「極具可能性（*überwiegend wahrscheinlich*）」¹⁰。而並不需要真的確定原告是根據基本法第 33 條第 2 項事實上最適於被陞遷任命者¹¹。

原告請求暫時命令的原因顯而可信則是指，若是既有狀態已經改變，存有權利的實現會被嚴重削弱或阻礙的危險。例如原本空缺之職位已經有其他人被任命後，原告的權利之實現即有嚴重弱化的危險。基本法第 19 條第 4 項所保障的有效權利救濟體系無論如何都應該包括暫時性的權利救濟。而自基本法第 19 條第 4 項可以導出，未獲陞遷任命之原告至少擁有程序上的請求權。因此機關首長在陞遷任命決定前，應該有通知其他競爭者進行選拔程序的義務，這些競爭者也才有透過行政法院法第 123 條暫時權利保護的途徑保護自己權利的機會。

我國保障法中僅第 89 條規定，原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行。原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請，就原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置全部或一

¹⁰ Vgl. BVerfG (Kammer) vom 29.7.2003 – 2 BvR 311/03 – Rn. 16.

¹¹ Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 280.

部，停止執行。

另外根據行政訴訟法第 116 條規定，「I.原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。II.行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。III.於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。IV.行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定。V.停止執行之裁定，得停止原處分或決定之效力、處分或決定之執行或程序之續行之全部或部份。」其中第三項規定亦容許於訴訟提起前，向高等行政法院聲請。

在陞遷救濟案件中，職缺往往不能空懸過久，陞遷的程序也往往會在短期內完成。此時若不能及時聲請停止陞遷任命之執行，往往也可能發生難以再重行辦理陞遷的窘態。所以停止執行要件中「原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者」，在個案中成立的機會應不難想像。

在陞遷保障案件中所需要的暫時性權利保障，除停止執行的制度外，尚應考量聲請假處分的制度。這種暫時性權利救濟主要是適用於課予義務訴訟中¹²。行政訴訟法第 298 條即規定，「I.公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分。II.於爭執之公法上法律關係，為

¹² 行政訴訟法第 299 條規定：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」應限縮適用於撤銷訴訟而已。

防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。III.前項處分，得命先為一定之給付。」但是在保障法中雖有課予義務型的復審類型，但卻無相應的聲請假處分制度。而保障法第 89 條之停止執行制度又無法滿足是類復審之需求，法政策上容有檢討之必要。

10.2 競爭關係中特殊之暫時性權利保護要求

競爭關係的行政爭訟相較於一般的爭訟，具有特殊性。特別涉及到國家有限資源的分配案例，例如有限的補助預算、有限的陞遷名額等等。其中公務人員的競爭訴訟又牽涉到公務人員陞遷調動的連鎖效應。只要辦理陞遷程序完成，其救濟往往不能僅就原告一人利益考量。再加上公務員體系的穩定性要求，已經完成的陞遷任命要再事後變動，誠屬不易。因此在此類的救濟程序中相較於其他的爭訟類型，其暫時性權利保障的需求性是比較高的。在制度的設計上，應該寧可在職務尚未調動之前，盡可能實現救濟的請求。否則即使程序上不禁止，但是往往會因為職缺已無法回復，使得勝訴的救濟也是一個空洞的救濟。因此即使在目前有限的復審救濟類型下，應該思考給予公務人員相應的暫時性權利保障。同時也不論是撤銷型或者課予義務型的救濟（請求撤銷對他人之陞遷決定或者請求對自己為陞遷決定），透過暫時停止執行陞遷任命的決定或者定暫時狀態的決定，均可以有效地確保最終的救濟目的得以實現。

10.3.陞遷救濟時暫時權利保護的可行性

憲法上有效權利救濟之要求，應該是要求國家提供一個完善而無缺漏的保障體系。在德國陞遷制度上，由於「最佳選擇原則」具有相當的法拘束力，所

以以透過課予義務訴訟實現權利救濟最為直接有效。當然此刻還有聲請假處分或定暫時狀態的暫時性權利保障輔助。但是我國法上，公務人員直接請求法院命行政機關給予自己陞遷的實體請求權，在現行法解釋下，相對保守。所以針對他人陞遷決定提起撤銷訴訟，可能性還是比較高。而目前不論在保障法或者行政訴訟法上配合撤銷型救濟的暫時停止執行制度，至少在規範上，應屬適當的設計。有待改善的可能是實務上對於此一制度的活用。如果可以善用此一制度，將來發生已經辦理陞遷完畢，造成無權利保護必要的案例應該可以相對減少。進一步言之，活用暫時性權利保護的機制，可以降低職務安定原則適用造成的困擾¹³。

但是在暫時性的權利保障制度未被活用之前，仍有為數不少的爭訟案件在提起救濟時（或提起救濟中），因為陞遷任命程序的完成，導致救濟的實益喪失。同時已完成的陞遷任命又未必有無效的事由。職務安定原則在信賴保護原則或者公務體系穩定之公益原則支撐下，應該予以尊重。保訓會在「**劉慶蜀案**」中，適用保障法第 67 條規定，於保訓會發現原行政處分雖屬違法或顯然不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，**經斟酌復審人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事**，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其復審。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或顯然不當。據此作成一般行政爭訟中罕見的情況決定，誠屬目前制度下尊重職務安定原則不得不然的處理方式，應給予肯定。日本學者阿部泰隆與今村和成等學者在評價彼邦「情況判決」時也已指出，「既成事實之尊重在法律上具有不容忽視重要價值，正因為情況判決尊重違法既成事實，就此部分不應逕予以否定其價值。

13 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 172.

研究如何防止既成事實發生固為重要對於既已發生之既成事實，只能尋求善後之策。」「情況判決除合乎尊重既成事實之一般法律原則之外，亦具有防止因無訴訟利益而遭駁回之情形產生，避免判決後發生混亂，和平解決紛爭之功能。」「在依法行政的原則下，當然不允許違法行政處分之存在，但是撤銷記已存在的違法行政處分，可能將已然形成的法律狀態徹底顛覆，如此情形若非吾人所樂見，從各種角度與層面比較衡量，自有其必要性。¹⁴」

即使在德國，經過職務安定原則與基本權保障的權衡，若為了避免造成行政功能運作的危險，經考量可能因素，在無其他更加選擇時，自服公職基本權，並基於憲法保障的最佳選擇義務違反而進一步導出損害賠償之訴（Schadenersatzklage）¹⁵，或者僅容許公務人員請求損害賠償或訴請確認陞遷任命行為具違法性也是一種適當的考量¹⁶。

這種將原有的撤銷陞遷決定的請求轉換成為違法確認或者損害賠償請求，並不會抵觸憲法上有效權利救濟（Gebot des effektiven Rechtsschutzes）的要求。此一憲法要求並不保障人民提起特定的訴訟類型、獲得特定判決形式或者權利保障的形式。這毋寧屬於立法者的形成空間。憲法訴訟權保障的其實在於，所有影響人民基本權利的高權行為或措施都可以透過某一種有效權利保護的司法途徑加以審查¹⁷。所以並非所有的公務人員爭訟案件都必須透過撤銷訴訟才算是滿足訴訟權保障的要求。在爭訟案件的特殊性考量下，容許公務人員提起損害

14 引自，汪渡村/陳世民/林素鳳，行政訴訟法修正後諸原則之探討，台灣省訴願會委託研究，1999.5.31，頁24以下。

15 Vgl. Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 69.

16 Vgl. Uwe Kernbach, *a.a.O.*(Anm. 46), S. 171, 174.

17 Vgl. Schoch, *VerwArch.* 82 (1991), 148.

賠償之訴也可滿足有效權利救濟的憲法要求¹⁸。

相反地，倘若貿然撤銷原處分，致勝訴之公務人員確實已無職缺可供回復（他人已任命完成），這種勝訴判決不僅可能毫無實益，同時也可能進一步波及其他公務人員已完成的任命。倘他人亦因信賴保護之故，其任命不應予以撤銷或廢止，同一職缺如何安置兩人，恐怕是裁判時，未予以深究之處¹⁹。

18 Vgl. BVerfG, B. v. 19.9.89, DVBl. 1989.

19 參考臺北高等行政法院 91 年訴字第 5284 號判決調：「系爭處分經撤銷之結果，第三人應僅生其受調任處分之信賴保護而毋須撤銷或廢止該第三人之調任處分及其銓敘審定之問題而已。」