

11. 結論

綜合本研究之研究，資綜理提出如下結論：

1. 因不滿機關陞遷序列表所定之陞遷序列而提起之爭議案件。保訓會之立場認為陞遷序列表僅為抽象性規範，並非「具體」管理措施，故不得提起再申訴救濟。限縮解釋其再申訴程序標的僅限於「『具體』管理措施」，而不包括其他抽象管理行為。
2. 機關職務出缺時，應由人事單位簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補，其採內陞者，即應依陞遷序列表所定序列逐級辦理甄審，並按甄審結果報請機關首長圈定陞補、發布派令。機關首長對於內陞或外補之決定應屬機關首長之合義務決定空間。
3. 針對有關內陞或外補的作業標準不服，目前保訓會的立場係認定此類作業僅係一般抽象規範，倘公務人員未對主管機關為一定之陞遷請求同時也未見服務機關對特定公務人員有任何具體之管理措施，尚不得依據保障法所定再申訴程序請求救濟。
4. 機關若直接拒絕公務人員參加甄選，保訓會認為此時機關已作成一內部管理措施，得經再申訴程序尋求救濟。相對地，對於公務人員消極未被列入陞遷名冊之案件，保訓會認為未獲列入陞任或遷調名冊，乃係機關內部所為之管理措施，對公務人員之權利尚無重大影響，且未改變其公務人員之身分關係，不得依據保障法所定復審程序請求救濟。
5. 各機關辦理公務人員之陞遷時，除應由人事單位就具有擬陞遷職

務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊外，並應檢同有關資料，報請本機關首長交付甄審委員會進行評審。對於甄審委員會評審決定，保訓會並不認為係一具體管理措施。

6. 對於本人雖參與甄審，惟最終未獲陞遷之案件，保訓會認為人事甄審會對符合資格條件者之服務情形、專長才能、發展潛力、領導統御等因素作綜合考評時，類此考評工作，富高度屬人性，除辦理考評業務有法定程序上之瑕疵、對事實認定有違誤、審議未遵守一般公認價值判斷之標準、有「與事件無關之考慮」牽涉在內及有違反平等原則等情事外，機關學校首長或甄審會或審議會對符合資格者考評之「判斷餘地」理應尊重。
7. 辦理陞遷時，應就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊，並檢同有關資料，交甄審委員會評審後，報請機關首長就前三名中圈定陞補之。因此不只機關首長在合理及必要之範圍內，基於內部管理、領導統御及業務運作需要，就公務人員之職務陞遷，應本專才、專業、適才、適所之旨外，並應就公務人員個人之工作表現、品行操守、學識能力等各方面考核評量。類此考評工作，富高度屬人性，所以除考評違反相關人事法令規定、具有法定程序上之瑕疵、對事實認定有違誤、未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事件無關之考慮牽涉在內及有違反平等原則等情事外，主管長官對部屬所為之考評及職務陞遷之判斷餘地，應予尊重。甚至於

即使資績分數排序為第一，機關首長亦非不得就前三名中圈定其他人陞補。除非有其他足資證明首長對其有不當考量，致影響陞遷之具體事證。

8. 對於請求陞遷之公務人員是否具有所謂「陞遷請求權」的認定，保訓會至少承認當事人具有所謂形式之（主觀）公法上權利。
9. 公務人員不服陞遷決定，但於其提起救濟時陞遷已辦理完成的案件，保訓會認為公務人員提出再申訴，倘對於當事人被侵害之權利或法律上利益，縱經審議之結果，亦無從補救，或無法回復其法律上之地位或其他利益者，其再申訴已無實益，即屬欠缺權利保護之必要。
10. 公務人員之陞遷救濟中，單獨對於他人之陞任不服時，保訓會的見解似認為，此類案件因非屬涉及自己權益事項，提起救濟時往往不具請求救濟的權能（訴訟權能），而非適格之主體。若考量行政處分中有附第三人效力的成分，即使該行政處分對關係人權益無直接關連，但仍有權益間接影響的可能性，是否全然在救濟時當事人不適格，仍未可率而言之。
11. 公務人員之陞遷往往是一個存在多數競爭者的爭議案件。對於自己未獲得陞遷之決定不服，請求救濟時，往往會牽涉到其他已經任命第三人之權益。倘當事人之救濟有理由，但第三人之任命亦已確定，基於職務安定的要求，保訓會採納了情況決定（判決）方式。將雖有理由之再復審予以駁回，而於決定主文中諭知原處分違法。

12. 公務人員於參與他機關之陞遷甄選，倘他機關決定不予率取，如同本機關未予陞遷決定般，原則上應視決定機關之裁量或判斷是否違法而定，否則原則上也應尊重機關之決定。
13. 他機關辦理陞遷時，若未被納入甄審名冊或者未被通知參與甄審，保訓會立場並認為復審人此時並無要求舉辦甄審機關為行政處分之（主觀）公法上權利，似乎將甄審機關所為參與甄審之通知視為一行政處分。
14. 他機關函請原服務機關同意商調時，原服務機關不予同意，保訓會認為機關首長考量其屬官之工作情形及機關業務之需要等理由，於合理性及必要性範圍內，對同意權之行使係屬其人事固有權限，如未違反相關人事法令，應予尊重。
15. 因他機關於辦理指明商調時，嗣後發現商調人員任用資格不符，因此中止商調程序，當事人隨後請求核發派令遭拒絕而生之爭議。保訓會認為此類拒絕函件具有行政處分性質，而受理復審救濟程序。
16. 保訓會對於欲陞遷之公務人員未獲列入陞任或遷調名冊，認屬機關內部之管理措施。行政法院應該也支持是項見解。
17. 資績計分部分，保訓會認係機關具體管理措施，而最高行政法院亦有相同的認知。
18. 最高行政法院認為公務人員請調職務被拒絕，並不影響現行職務與公務員身分，應屬內部管理措施。

19. 最高行政法院一貫地立場均認為公務人員經考試取得服公職之權利，並非指公務人員可以隨心所欲請求所欲任公職。
20. 對於保訓會在若干案件中，對於陞遷程序完成，第三人已獲陞遷任命因未獲陞遷而請求救濟之公務人員，在事實上回復陞遷任命有困難時不得已所採用的情況決定，相較而言，行政法院的態度採否定說。
21. 保障法上作為申訴程序標的之管理措施，保訓會是將之限縮在「有『具體』事實存在之管理措施」，一般抽象之管理行為並不屬之。
22. 根據保障法第 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。這種撤銷類型的復審程序標的，依保訓會歷來的解釋此所稱行政處分，除參照行政程序法第 92 條第 1 項規定，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外，依司法院歷次相關解釋意旨，尚以足以改變公務人員身分關係，或於公務人員權利有重大影響，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，為得提起復審之範圍。
23. 根據訴願法第 3 條第 1 項或行政程序法第 92 條第 1 項的定義，在公務員法上，行政處分的判斷的確如李教授前文所稱，以是否發生「對外直接法律效果」的認定最具爭議。但是不論大法官的解釋或者如前揭學者之主張，似乎都傾向認同以「是否對於公務員權益重大影響」取代此一要素的判斷。所以在公務員法上，行政處分的定義，其實會被

理解成「行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力之措施而『對公務員造成重大權益影響』之單方法律行為」。這一個意義上的轉折，使得原本行政處分定義中「外部性」與「直接法效性」的判斷可能被忽略。

24. 行政處分定義的判斷其實並無意識到權益影響的重大與否，因此，以高度不確定的「重大影響」與否判斷是否為行政處分，並進一步論斷是否給予權利救濟的作法，其實仍有疑問。
25. 行政程序法第 92 條第 1 項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而**對外直接發生法律效果**之單方行政行為。」由反面解釋推知，行政處分一如法規範乃是一種直接作用在外部法領域（*Wirkung nach draußen*）的行政措施。同時行政處分的法律效果必須是直接對外部領域發生，如果行政行為僅是「間接」發生外部效果，或者只是在行政外部領域發生事實上效果（*tatsächliche Wirkung*）時，則仍非一行政處分。但是對於行政處分的「外部性」要件判斷，其實還是停留在另一個要件「直接法效性」的操作認定之上。換言之，行政程序法第 92 條中所要求的「對外法律效果」是處分涉及到其權利與義務之人的「權利相關性所需要的「連結關係詞」。亦即透過「對外法律效果」指涉該行政行為之相對人（或利害關係人）與其「權利」得、喪、變更之間的關連性。因此，行政處分所應具備的「對外性」，似乎可以透過權利或法律上地位之相關性的判斷加以取代。

26. 針對公務人員而言，應視其身分係屬於職務執行者（*Amtswalter*）、公行政之機關或一般人民個人之法律地位（*in seiner persönlichen Rechtsstellung*）（且不論在職務關係內或職務關係外）分別而定其所受行政行為之屬性。如果公務人員是居於職務執行者的身分，並無主張基本權的可能性，因為基本權保障的一般人民而非國家機關。
27. 但是須注意的是，權利相關性具備，並不足以直接推論行政處分存在因為是否具備前揭之「直接性」要素，仍須進一步判斷。
28. 行政機關對於特定之申請陞遷之公務人員所為之拒絕決定，形式上屬「機關內」之決定，若該公務人員本無法律上之陞遷請求權存在，而此一拒絕決定實質上又未對於公務人員之權利產生直接規制的法效性存在（現有權利狀態未受直接影響），同時依公務人員身分而論，此刻他係以職務執行者而非一般人民個人權利地位身分受此拒絕決定，故此決定之性質可能即非行政處分。
29. 對於特定公務人員給予同意陞遷之決定，此一決定應屬一授益行政處分（已經造成身分上的變動，故具有直接對外之法效性），但對於競爭關係下的其他未獲陞遷之公務人員而言，卻可能相反地是一項侵益的決定，因此有可能被理解成一個「附第三人效力之行政處分」。
30. 行政程序法第 174 條之規定，在陞遷過程中行政機關所為之處置亦有適用。公務人員欲對其中單獨一項程序中的決定不服，是否應容許其單獨救濟，應同樣採考量對公務人員而言是否會造成過遲救濟的危險而定。換言之，假如不讓公務人員即時針對程序行為救濟，會發生無

可回復的危害或者過遲救濟的危險時，應該排除本法的限制。亦即得適用行政程序法之程序規定，以及得針對程序決定獨立進行救濟。

31. 一般行政程序上的程序行為，在法律性質的認定上並非毫無爭議。這必須個案中判斷行政機關的決定是否具有對外直接規制的效力而定。但是也有一些程序行為可能只是一些準備行為而不具備課予義務的特徵，當事人受到的影響也可能只是增加程序上的負擔，尚未必可以被認定為行政處分。
32. 行政處分認定的核心要素在於其是否具備對外直接法效性之上。在陞遷流程中，行政機關訂定陞遷序列表、內陞或外補之決定、列入甄審名冊、甄審會評分、參加他機關甄審之通知、商調時原服務機關不同意均因其不具有此一對外直接法效性的特徵而非行政處分。保訓會一貫的立場亦採之。
33. 在組織高權之下，機關首長在人事高權中還具有形成、變更公務員關係、陞遷任命公務人員、具體職務的分配與下達指令的權限。
34. 憲法第 18 條雖保障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。此規定「乃是著眼於政府代表國家統治人民，因此一方面其統治權限之取得應符合民主正當性之要求。另一方面則因政府從事之活動具有獨占性格，必須向被統治之人民開放，容許人民有進入政府部門服務之公平機會，並在其進入政府部門之服務期間給予照顧，並保障其『在該部門服務』之身份，其原始之規範功能意義應僅止於此。

35. 德國實務見解至少承認公務人員具有要求主管機關對於他的陞遷申請以「無裁量瑕疵的方式」予以決定之請求權。相較於實體上之請求權在此公務人員擁有的僅是一種型式的公法上權利而已。
36. 德國晚近的文獻中，越來越多的主張贊同公務人員直接擁有陞遷請求權。特別是如果有公務人員職缺空出（這也是預算法與組織法上，陞遷的前提要件），有資格參與甄選，並於甄選程序中被評定為「最佳」的競爭者，應該有要求接受此項職缺的請求權。
37. 相較德國與我國規範度，我國陞遷法上的規定，授權主管長官在甄審會所列陞遷名單中，再擇一圈選（可能未必是形式上評分最高者）。其並非嚴格遵守功績原則所導出的最佳選擇要求。根據裁量或者判斷餘地的規範授權理論，立法目的應該並無賦予特定公務人員於辦理陞遷程序中，要求必予陞遷的主觀權利。
38. 陞遷程序仍有適用行政程序法之實體或程序規定可能。行政程序法第3條第3項第7款規定，對公務員所為之人事行政行為不適用本法之程序規定，係僅排除程序規定，如屬本法實體規定者，仍有其適用。而有關改變公務員之身分或對公務員權利或法律上利益有重大影響之人事行政行為，或基於公務員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害者，仍應依本法規定給予相對人程序的保障，賦予其程序請求權。
39. 陞遷競爭關係中，因法律上利益受到侵害之人，始能以利害關係第三人資格就他人之行政處分提起撤銷之訴，若僅有事實上利害關係，而不具備「法律上利害關係」，自不得任意主張他人行政處分違法侵害

其權益而提起行政爭訟。茲所謂「法律上利害關係」之判斷，係以上述「新保護規範理論」為界定利害關係第三人範圍之基準。

40. 針對陞遷決定不服提起的訴訟類型，首先可以想到提起撤銷訴訟。但是要注意的是，撤銷訴訟的目的是透過法院的形成判決將行政機關所作的不利益違法行政處分溯及地使其失其效力，回到為作成行政處分前的原初狀態。
41. 在陞遷救濟案件中，未獲陞遷之公務人員與獲得陞遷之公務人員處於一種競爭關係，他的救濟目的往往不是單純地撤銷一個對他不利益的拒絕陞遷決定而已。對於最終的陞遷決定不服提起撤銷訴訟往往不是最適當的訴訟類型選擇。
42. 若是原告以利害關係人第三人之地位，亦可以訴請撤銷對競爭者予以陞遷之決定。而此一決定理論上可以被評價為「附第三人效力之行政處分」。倘若訴訟權能的要件亦可進一步確定，則在這種競爭關係下提起撤銷訴訟應屬於合法的訴訟類型選擇。
43. 已經獲得圈選的公務人員則可以在訴訟程序或者暫時性權利保障程序中，以必要參加人的地位，參加訴訟。倘若此一附第三人行政處分所涉及利害關係人範圍相當廣泛，同時在訴訟上又屬於必要參加訴訟之人，對此德國行政法院法第 65 條第 3 項，針對超過五十人以上之訴訟必要參加人，授權法院可以透過裁定命令僅於一定期間內聲請登記之利害關係人得以參加訴訟。此項裁定並需於聯邦電子公報、新聞紙或其他特定的資訊系統上公告。其中之公告期限並不得少於三個月。

本法甚至規定，對於未於期限內聲請登記，但是那些「已知」會受到判決某種程度影響之利害關係人，也可以由法院決定令其參加訴訟。

44. 對同一陞遷機會而有多數申請人競爭，其未獲陞遷任用者，如認為主管長官或行政機關之決定違法，實則應該給予自己陞遷者，亦會產生所謂「競爭者訴訟」之問題。如果只是單純針對自己陞遷請求被拒絕（亦無其他人獲得陞遷），而提起的救濟類型，當然是純粹屬於提起課予義務訴訟的問題，其目的在於請求法院為應任用原告之判決。
45. 倘若主管長官或行政機關已經給予他人陞遷，而同時拒絕自己的陞遷要求，在滿足訴訟權能的要件時（特別在行政機關逾越裁量或者判斷界限時），適當的救濟應該是同時提起撤銷訴訟與課予義務訴訟。
46. 提起課予義務訴訟時，公務人員具有要求行政機關作成無瑕疵判斷或裁量的請求權。例外情形下，當主管長官的判斷餘地或裁量空間縮減至零時，原告方具有請求特定陞遷決定的公權利。
47. 有學者主張，凡是行政處分以外的其他公法上的行政行為，均得為一般給付之訴之訴訟對象。其為行政外部行為或內部行為則非所問。請求將一個非行政處分之陞遷決定加以廢棄，以一般給付訴訟加以實現似乎亦無不可。但若考慮給付訴訟判決之強制執行制度欠缺實效性，提起給付訴訟恐怕非正確的訴訟類型選擇。
48. 行政訴訟類型當中，除了撤銷訴訟這種形成之訴外，應可承認一種可以透過形成的判決除去非屬行政處分之行政行為的一般性的形成之訴

學說上將這種「非典型的撤銷訴訟」稱之為「一般形成訴訟」。

49. 對於已經辦理陞遷完畢的救濟案件（已完成的陞遷任命又無實體法上的違法事由），實務上多以無權利保護必要性為由，駁回當事人之聲請。即使在德國學說也認為陞遷程序已臻「終結（erledigt）」。同時因為陞遷決定的不可撤廢性，將導致聲請法院在撤銷程序中的排除行為變成不應予以許可。其理由即在於缺乏必備的權利保護必要性。
50. 假如陞遷任命程序是在已經提起撤銷訴訟中才終結，在德國的作法是根據聯邦行政法院法第 113 條第 1 項，應該要將撤銷訴訟轉換成「續行確認（行政處分違法）訴訟」。而在台灣可能必須為訴之變更成行政訴訟法第 6 條之確認處分違法之訴（但須注意特殊訴之利益的要求，亦即變更提起卻認為法訴訟的目的何在）。
51. 職務安定原則乃是（德國）公務員法上的基本原則。在公務員陞遷（Beförderung）或者任命（Ernennung）的爭議中，發生作用。根據職務安定原則，並不會因為競爭關係下的爭訟者提起的法律救濟而事後撤銷已經完成的公務員任命。除因為公務員法上具體指陳的原因而可以確認公務員勤務關係無效或者撤銷任命者外，先前已經完成的任命及具有存續效果。
52. 學說一般將職務安定原則理解成為公務員制度的傳統基本原則之一。另外一些承認職務安定原則的原因則是基於憲法上確保行政功能運作穩定的要求或者自法治國原則導出的法律安定性原則、公眾對於公務員特質的信賴以及受任命公務員值得保障的信賴。

53. 我國實務上，在前揭保訓會「**劉慶蜀案**」中，台北高等行政法院在撤銷保訓會之復審決定時，似乎否定（或至少弱化）了職務安定原則在我國的適用。不過這種作法是否已經可以成為我國法上的裁判先例，又機關首長如何重新騰出職缺安置，均仍屬相當曖昧的問題。對於職務安定原則的適度尊重（亦即與權利保障之間理性調和），應有其必要性與正當性。
54. 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，以及公務員法體系的嚴格形式要求，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。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。
55. 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。
56. 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。但是目前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。

57. 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。
58. 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。
59. 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，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，同時也不會抵觸憲法上有效權利救濟的要求。