# 壹、保障法制座談會

一、研商行政程序法第 121 條第 1 項規定行使撤銷權 2 年除斥期間，於繼續性授益行政處分如何適用之相關疑義座談會

壹、時間：民國 100 年 8 月 2 日（星期二） 貳、地點：本會 7 樓第 1 會議室

## 參、主持人：蔡主任委員璧煌肆、出席人員：（略）

伍、列席人員：（略） 陸、討論事項：

議題：研商行政程序法第 121 條第 1 項規定行使撤銷權 2 年除斥期間，於繼續性授益行政處分如何適用之相關疑義。

## 研討問題一：行政程序法第 121 條第 1 項規定「知有撤銷

原因」時起 2 年之除斥期間，於追繳公務人員加給之情形，其起算點如何認定。實務上有以相關機關查核（證）或請釋法規主管函復後，為知悉違法時點；亦有以原處分機關作成原核發處分之時，為知悉違法時點，即以「知有撤銷原因」係指知有構成撤銷理由之事實，並不包含法規解釋及適用上之瑕疵等疑義。

1

研討議題二：行政法院對於繼續性授益處分有應撤銷原因 並持續存在，行政程序法第 121 條第 1 項定有 2 年除斥期間，行政機關於行使撤銷權時， 縱距初始知有撤銷原因已超過 2 年，亦僅罹於除斥期間之撤銷權部分歸於消滅，行政機關非不得就違法之繼續性授益處分予以撤銷，且其撤銷效力回溯至撤銷處分作成日 2

年前起算之見解。是否兼顧行政程序法第 121

條第 1 項所致力之當事人權益維護，以及繼續性授益處分如何減低對依法行政原則之衝擊？

發言實錄： 主持人：

本會針對該議題欲召開座談會已有一段時間，非常感 謝各位法官、教授能夠撥空前來本會，在此表示由衷感謝。行政程序法（以下簡稱程序法）對本會來說是相當重要的 法律，該法第 121 條規定本會亦在多次研討會中有所討論， 但有不同見解，在此不同見解當中，本會欲參酌學理以及 實務的看法，以取得一個大家都能接受的共識。今天召開 這場研討會的目的，希望透過各位與會來賓與本會委員的 交流，取得一個較能接受的共識，以作為本會將來承辦相 關業務之參考。最後，除了再次感謝與會的法官、教授外， 也非常感謝法務部、銓敘部、行政院人事行政局（以下簡稱人事局）及其他機關同仁的參與。

2

李處長俊生報告：

主席、各位法官、教授、與會來賓及本會同仁大家午安，此研討會主要目的，在探討程序法第 121 條第 1 項規

定行使撤銷權 2 年除斥期間，於繼續性授益行政處分如何

適用之相關疑義。對於違法行政處分撤銷，依程序法第 117

條至第 119 條明文，須考量公益維護以及信賴保護外，依

程序法第 121 條第 1 項規定亦須注意 2 年除斥期間限制。

該除斥期間計算係由知有撤銷原因開始起算 2 年，何謂知有撤銷原因？此時點應如何計算？在學理以及實務面因認 知不同而有所差異。行政法院對該條知有撤銷原因起算之 認定，大致上有兩種見解，其一見解認為係以事實上知悉 為起算起點，至於法規適用疑義仍須報上級機關核定者， 乃法規適用上瑕疵，與行政處分撤銷期間始點起算無涉； 其二則將法規適用疑義釐清時點包括在內。本會以往多贊 同原處分機關見解，即以原處分機關向上級請示後始開始 計算 2 年除斥期間，但行政法院新進見解較不贊同此看法。

第二個議題問題點，如果可能被撤銷者為繼續性行政處分，此 2 年除斥期間應如何計算？亦茲生疑義。行政法院相關判決之見解認為，繼續性行政處分撤銷，從撤銷時點往前算若已超過 2 年部分，則不得撤銷，如此見解對行政機關執行面亦會產生相當困擾。因此希望透過舉辦座談會方式，邀請各位學者及法官，就此議題提供相關建言， 作為本會將來處理類似案件之參考。同時也希望相關行政機關，例如銓敘部、人事局、法務部等，在執行面上亦能取得較一致的見解。

3

林教授明昕：

## 這個問題在德國也有發生，尤其是第一個問題點，不 過德國法規定與我國並不相同。德國相關規定為該國行政 程序法第 48 條第 4 項，僅針對授益行政處分才有撤銷除斥期間明文，我國則非僅限於授益處分才有撤銷除斥期間問 題；德國法與我國第二個不同，德國法並非對所有授益處 分撤銷皆有除斥期間適用，若行政機關作成授益行政處分 係受相對人詐欺、脅迫者，亦無除斥期間之適用，而得隨 時撤銷；第三個不同，我國除斥期間規定為 2 年，德國只

有 1 年。現在回到討論議題一，除斥期間起算始點為事實認知還是法律錯誤？這個爭議與德國法上幾近相同，德國 法上用語為「知其撤銷原因事實」為除斥期間起算始點， 若事實認知沒有錯誤，該除斥期間即由行政處分作成時開 始起算。然我國是否應與德國為相同解釋，容有疑義。第 一，德國實務與學界雖多支持法律規定，但其見解認為該 事實不以法律所適用之事實為限，尚包含事實無錯誤，但 法律適用錯誤或其他等等的錯誤，故其知悉之始點必較原 行政處分作成為遲。德國聯邦行政法院聯席會議則有另一 見解，認為處分撤銷始點除包含知悉違法事實或法律適用 錯誤外，亦含知悉可以撤銷在內（例如行政機關以信賴保 護、公益或其他等等原則考量後欲撤銷原處分，為可以撤 銷始點），故該起算點較前述知悉違法事實或法律錯誤更晚。惟德國實務見解，在學界引起許多批判，蓋如此行政 機關隨時都能主張仍有相關原則未考量，而無法開始計算 撤銷除斥期間，因此有論者引進濫用權力觀念，當行政機 關可以撤銷而開始計算除斥期間前，相對人因處分所生信

4

賴已非常牢固，則行政機關撤銷處分之權因而產生失權效，以緩和實務見解之不妥。上開關於德國法之討論，是 否可以適用於我國，本人持懷疑的態度。就我國程序法第121 條第 1 項規定，我個人基本上還是以法律文義為出發點，認為撤銷除斥期間起算點所稱「知有撤銷原因」，除事實錯誤外，亦包含事實無錯誤，但法律適用錯誤等情形。以上是我對討論議題一的看法。

陳法官金圍：

程序法第 121 條第 1 項所謂「知有撤銷原因」，當然不限於行政處分基礎事實錯誤，亦包含知悉法規適用錯誤在內。惟是否因事實或法規錯誤，而應分別認定其除斥期間起算始點？即有考慮之必要。第一、針對法律錯誤而言， 本於法律體系解釋一致性，行政機關於行政處分作成時即 應知悉法律適用有所錯誤，而不能主張 3、5 年後始知悉， 拖延撤銷權行使除斥期間之起算點。惟法規適用有疑義， 下級機關須請示上級機關釋示，此時，應如何起算撤銷權 行使之除斥期間？實務見解認為以上級機關函復時起算該 除斥期間。再者，對於事實錯誤之情形，以民法第 197 條規定為例，其所稱知有損害或賠償義務人，實務見解認為係指實際知悉而言，故此處程序法第 121 條第 1 項有關事實錯誤之情形，仍以實際上知悉作為除斥期間起算點，較為合理。

林教授三欽：

程序法第 121 條第 1 項有關撤銷權除斥期間的起算點，

5

在我國不論學界或實務皆有相當爭議存在，不過目前看來，似以採德國見解為多數，但採此見解對行政機關似乎比較嚴格。德國見解對於行政機關知悉撤銷原因之認定， 採較嚴格認定，其目的在保護相對人之信賴，試想若行政處分已作成 10 年，行政機關始主張知悉撤銷原因，對相對人情何以堪，另一目的則是法安定性之維護。

惟事實上這個問題相當復雜，我舉兩個例子，第一個， 行政機關發給人民一個建照，但因承辦人疏失未發現建築 地點為軍事禁建區，若於建照核發 2 年後，行政機關始知悉該地點不能建築房屋，針對此案例的事實部分並無錯誤，蓋相對人當初申請建照並無標示錯誤地點，而係屬行 政機關對建照位置得否建築之法律屬性認知不清，理論上 不能將不利益歸給相對人，行政機關即因除斥期間經過而 無法對此處分撤銷。然對於本例在軍事禁建區為建築，有 可能危及公益，此時行政機關對此狀態是否皆束手無策， 這是吾人必須思考之處。再者，若相對人明知該地點為軍 事禁建區，仍為建照之申請，甚至採取不法手段例如詐欺 脅迫等，以取得建照，此時行政機關是否亦因 2 年除斥期間經過而無法行使撤銷權，也同樣有探討必要。由以上兩 例以觀，可知討論議題一的複雜程度，超乎我們的想像。 因此若完全將德國制度適用到我國，則行政機關對撤銷權 行使的調節空間將相當有限。因此，我認為行政機關何時 接觸到該不法事實、公共利益之考量或相對人自身有無可 歸責情事等，皆應納入行政機關撤銷權除斥期間起點計算 之考量，似乎較為周延。

6

若我們採取相當嚴格見解認定撤銷權除斥期間之起算 點，經過 2 年後該行政處分基本上即無法再予以撤銷，較無轉圜餘地。惟若採行我剛剛提出之建議，在起算始點之認定上考量對公益牽涉之程度、相對人可歸責性等情事， 對此始點之判斷則可能較有彈性，該違法行政處分於作成 2

年後則仍有撤銷可能。畢竟依程序法第 118 條規定，對於行政處分撤銷後所生之效果仍有相當調節空間，諸如是否 溯及既往撤銷、另訂失效期間或依程序法第 127 條請求不當得利返還等。故我認為我國在認定除斥期間起算始點 上，並無亦步亦趨追隨德國之必要。

李法官玉卿：

處長希望我們今天來能達到實務與學界對話之目的， 進而達成共識，將來行政機關的運作上亦會比較順利。誠 如林三欽教授所言，此議題的確相當複雜，所涉範圍亦很廣泛而不限於人事行政處分。針對第一個討論議題，在於

「知悉」始點如何起算，我就以程老師就相關議題所為之 研究報告為據，該報告中針對此議題，不僅學說與實務有 所出入，學界亦相當分歧，陳敏大法官認為「知悉撤銷原 因」包含事實認定及法規適用瑕疵的知悉，此見解似與今 天主辦單位所準備之判決見解有所不同，相對來說，此見 解對人民較為不利；另外林錫堯大法官有提到，該知悉主 體應為何人，究為承辦人員或行政機關？我個人認為就行 政體系公文流程以觀，此知悉不應以承辦人為限，其長官 是否知悉亦應一併判斷。在此附帶一提，此處所謂知悉與 否判斷是否需考慮到城鄉差距之問題，蓋位處偏僻之地方

7

三級機關，對於行政處分事實與法律適用的理解，究竟達 到如何之程度？站在實務界看法，我認為今天提出來兩個判決見解，相當先進，但也很危險，就像林三欽教授所舉建築法的例子，前揭兩個判決之見解是否能通體適用，實務界所需就是一個確定標準，不應在不同事務領域採行不同標準。另外詹鎮榮老師對此議題，其認為所謂「知」係指明知作成撤銷決定所必要、完整之重要事實，此見解似乎較接近前揭兩個判決的看法。由此可知學術界對此議題之看法相當分歧。

回到實務界對此議題之看法，似乎更加保守，對於程序法第 121 條的知悉，係借用到民法上所謂明知的概念。實務界如此運作方式，確實對民眾較為不利。我個人就曾認此處所謂「知悉」，是否可放寬到可得而知的程度，至於如何認定可得而知，則需個案觀察及依靠實務運作。不過這只是我個人看法，實務目前尚無類似見解。

張教授文郁：

針對第一個議題，我個人提供以下幾點淺見。首先， 對於程序法第 121 條第 1 項 2 年期間的性質為何？雖有很多學說及實務見解認為其性質為除斥期間，但我個人不把 它作此理解。原因在於依法行政為行政權行使之最高指導 原則，當行政處分違法欲將其撤銷須受 2 年期間限制，在其他法律諸如訴願法第 14 條、行政訴訟法第 106 條，亦有請求撤銷行政處分明文，惟其行使期間為 3 年，且請求者為人民。再者，土地法第 69 條關於變更登記之規定，則未有期間限制。故在此種情況下，以法安定性考量認為程序

8

法第 121 條第 1 項 2 年期間為除斥期間，我認為理由不夠充分，畢竟依法行政所要求的公益性更為強烈。

對於 2 年期間不採除斥期間見解，對人民權利是否造成重大影響？行政處分可分為侵益與授益兩大類。侵益處分人民本應遵守救濟期間限制，且於救濟期間經過後，多數見解認為亦不得依程序法第 117 條請求行政機關撤銷， 此屬另一個問題。至於授益處分而言，剛剛林明昕教授提到德國法關於撤銷權行使期間規定限於此類處分，我國法未作如此區分，則其是否有考量法治國下依法行政之要求，值得吾人探討。另外一個問題，針對授益行政處分， 不論係因違法處分被撤銷或合法處分被廢止，均有信賴保護的考量，相對人民亦可請求補償，甚至國家賠償。且若認行政處分之撤銷與否以其違法狀態對公益影響之程度而定，則可能導致程序法第 121 條第 1 項 2 年期間限制淹沒

在前揭實質要件之中。我個人認為縱使程序法第 121 條第 1

項 2 年期間為除斥期間，則該期間起算點必須為行政機關確信其所作處分違法（包括事實認定錯誤與法規適用錯誤），且已經可以撤銷。基本上我個人並不認為系爭期間性質上為除斥期間，但採取前述見解，似乎可以緩和對於公益性之危害，故必須當行政機關主觀確信處分違法，且已經得撤銷者，始開始計算此 2 年期間，而非從行政處分作

成時起算 2 年期間，如此可延後 2 年期間進行，亦較不至於違背法治國原則下依法行政之要求。即便如此，我認為 以此作為認定程序法第 121 條第 1 項 2 年期間為除斥期間， 理由仍不夠充分。綜上所述，對於程序法第 121 條第 1 項 2 年期間之性質，我並不採其為除斥期間的看法。

9

黃審判長清光：

實務界一般皆認為程序法第 121 條第 1 項 2 年期間為除斥期間，事實上由當初該條立法說明中可知，立法者已 將此期間之性質定性為除斥期間，應無疑義。針對探討議 題一而言，所謂「知有撤銷原因」的原因所指為何，由最 高行政法院 100 年度判字第 504 號及 97 年度判字第 1057 號判決中，均未明確指出此原因是否包括適用法律之瑕 疵，反而是臺北高等行政法院 97 年度訴更一字第 119 號判決明確採否定見解。其認為：「所謂知有撤銷原因，係指知有構成撤銷理由之事實，至於法規解釋及適用上之瑕疵並 非此處所謂之事實。」而最高行政法院 100 年度判字第 504 號判決中，亦有提到適用法規瑕疵之情形，且未指出其非 屬「知有撤銷原因」。事實上就「撤銷原因」而言，我個人亦較贊成陳敏大法官之見解，包含事實錯誤與法規適用錯 誤。事實上由最高行政法院 100 年度判字第 504 號及 97 年

度判字第 1057 號判決，亦看得出來其否定適用法律錯誤為知有撤銷原因之原因。惟我個人認為仍應將適用法律之錯 誤包含在內，而認其屬撤銷原因之一種，畢竟實際上許多 機關承辦人員法律素養並不高，欲苛求其對相關法令為相 當程度之瞭解，有些強人所難。

至於程序法第 121 條第 1 項 2 年期間之起算點，最高

行政法院 100 年度判字第 504 號及 97 年度判字第 1057 號判決均明確指出，從作成行政處分時開始起算，採此見解 就該兩判決所涉及之個案情形，應不為過。然事實上許多 情形行政機關不可能在作成處分當下即知悉有撤銷原因，

10

而多需經他人檢舉始得知，在此情形下不能單以作成處分 時為起算始點，仍應以其實際知悉該撤銷原因為 2 年期間之起算點。貴會前任程委員之研究報告中指出，若為資料 不充分、事證未完善或未充分調查等可歸責於行政機關事由而不知撤銷原因者，亦應視為行政機關已知悉該原因。

楊法官惠欽：

就今天所探討之議題一部分，程序法第 121 條第 1 項係規定「知有撤銷原因」，一個行政處分的撤銷一定是因為事實認定錯誤，或法律涵攝錯誤所致，故程序法第 121 條

## 第 1 項所稱知有撤銷原因的原因，一定包含事實及法律兩部分，因此透過解釋將法律適用錯誤排除在撤銷原因外， 我個人認為並不妥當。德國行政程序法第 48 條係規定知悉

「事實」，在此規範下，其學者及實務界多數仍認為其亦包 括法律適用錯誤，我國程序法並未明確限定知悉「事實」， 則若認為撤銷原因不包括適用法規錯誤，個人並不贊成。 此處應涉及兩個問題，第一為原因之存在，第二為知悉與 否，惟知悉與否為個案事實的問題。再者，關於知悉主體， 法條明文為原處分機關或上級機關，有爭議在於原處分機 關是否限於承辦人，德國法上好像亦不贊成此種見解。

對於最高行政法院 97 年度判字第 1057 號判決之見解，我個人解讀，其見解係為配合個案之情況。該判決認為原處分機關對相關人事法令不得諉為不知，所以該判決 就其個案事實判斷所謂撤銷原因，當然包含事實及法律之 適用，就法律適用而言，原處分機關應該是要知悉，所以 該判決係以事實認定方面排除該個案有嗣後知悉法律適用

11

錯誤，接下來就是是否有其他事實錯誤導致有知悉撤銷原因在後，這是我個人對此判決之解讀。只是後來發回到高等行政法院，其解讀為所謂撤銷原因，僅指事實認定之錯 誤，不含法律適用錯誤。我認為這個問題的困難點，在於個案中知悉之判斷應採如何之標準，當然有採明知的見解，亦有採可得而知的看法，我個人並無看到相關判決針對此疑義表達意見，但個人認為至少不能採可得而知的見解。因為程序法第 121 條第 1 項之用語為「知悉」，則其知悉的範圍當然包括相關法規，且對此知悉的解釋當然不可能為可得而知。尤其在程序法第 117 條以下關於違法行政

處分撤銷，配合第 121 條第 1 項規定一併觀察，則當自知

悉撤銷原因起算超過 2 年者，該行政處分即不得撤銷，至於所謂公益或信賴保護皆無再為考量之必要，若採行如此運作模式，將導致此 2 年除斥期間，架空其他實質要件的考量。

## 關於議題二部分，我個人認為法官在針對相關的個 案，心證上會認為一個適用法律已經違法的行政處分，讓 它繼續有效存在是否合適？我想高等行政法院法官在心證上認為讓其繼續存在，並非合適。但本於該違法處分已給 予相對人之利益，因而將予以追回，法官亦認為並不合適， 因而始有議題二的相關論述產生。我個人認為上述情況可透過程序法第 118 條以下規定去處理，而不應限縮知悉之

標準，而變成幾乎大部分案件皆因知悉超過 2 年而不得撤銷，讓違法處分繼續存在。所以針對「知悉」認定所應採 取之標準，我個人認為不應採行過寬之見解，至少不能採可得而知之看法。

12

林教授明昕：

我剛剛開頭係由德國法角度切入，以下還要補充兩點。第一、針對撤銷原因部分，本人認為包括基礎事實錯 誤與法規適用錯誤，其原因在於個案中到底是事實錯誤或法律適用錯誤，有時甚難區分，往往是混合在一起，若硬是要區分屬基礎事實錯誤，而非法律適用錯誤，則實際上將有操作困難。因此，我認為最簡單的方式，就是當行政機關認識到其當時所為行政處分違法，即開始計算程序法 121 條第 1 項除斥期間，至於違法原因為事實錯誤或法律適用錯誤，在所不論。第二點，剛剛與會來賓皆有提及，行 政處分撤銷除受到程序法第 121 條第 1 項除斥期間限制外，行政機關亦須考量信賴保護等原則。因此，即使處分 因除斥期間經過而無從依第 121 條第 1 項撤銷，行政機關亦有可能另依信賴保護原則為撤銷，故不會因為除斥期間 經過導致違法處分無從撤銷，因為我們還有信賴保護機制。以此觀點來看，程序法第 121 條第 1 項所謂的「知悉」， 到底是明知或可得而知，我認為絕對不會是可得而知，蓋就法條前後用語觀察，不乏有使用可得而知者，若將此處知悉解為可得而知，則其他法條使用可得而知即無區別必要。既然法條用語為知，應該就限於明知，至於可得而知情形，則是信賴保護才須考量。

陳委員愛娥：

關於討論議題一部分，我國程序法第 121 條第 1 項規定為「知有撤銷原因」，而德國法規定為知有撤銷原因事 實，我認為兩者差別不大，蓋行政處分若存有可撤銷之情

13

事者，即應為除斥期間之起算。至於何謂有撤銷情事存在， 當然包含事實認定及法律適用、解釋等錯誤，這些都會影 響到是否有撤銷原因之判斷。臺北高等行政法院 99 年度簡

字第 721 號判決，雖然為簡易判決，但篇幅很大，我認為

該判決針對程序法第 121 條第 1 項判斷，係採較為大膽的見解，不過關於該條所為「知」有撤銷原因那個知，一定 有些許價值判斷空間存在。首先，到底機關能主張其不知的最後時點為何？蓋若允許行政機關無邊無際主張其不知道有撤銷原因，那前揭條文 2 年除斥期間規定將蕩然無存。再者，剛剛林明昕老師提到若除斥期間經過還有信賴保護可資考量，惟我個人認為若行政機關已考量信賴保護後仍決定撤銷原處分，但卻一直不去做，此時該除斥期間規定 才有重要性，我想程序法第 121 條第 1 項的重要意義應該

在此。綜上所述，關於程序法第 121 條第 1 項「知有撤銷原因」，就事實部分而言，不是知就是不知；而法律適用部分，機關常會主張對該法律見解不確定而一直拖延，此時 即應透過程序法第 121 條除斥期間賦予其壓力。故剛剛李法官有提到系爭條文的知是否包含可得而知，我認為此處 可得而知應為更細膩的操作，畢竟知悉與否表面上看似明確，但行政機關諉為不知的最後時點為何，仍存有價值判 斷空間。

人事局代表：

本案討論之焦點，固為程序法第 121 條第 1 項所定，

行政機關「知」有撤銷原因時起 2 年內為之，其「知」究採主觀說或客觀說之探究；惟單就文義解釋言，程序法第

14

121 條第 1 項前段明定：「第一百十七條之撤銷權，應自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起二年內為之。」 其規範之除斥期間係針對同法第 117 條之撤銷權，而該條前段規定：「違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；」則其撤銷權行使之 對象，似限於不利於人民之負擔或侵害處分，並不包括有利於人民之授益處分，該有利於人民之授益處分，似應回 歸適用程序法第 118 條、第 119 條及第 120 條之規定。如

此，實務上行政機關就程序法第 121 條採主觀說見解，似於人民較為有利。

另公法與私法就除斥期間之規範範圍似有不同，依民法第 90 條、第 93 條、第 245 條及第 1020 條之 2 規定之立法技術觀之，其撤銷權多為權利受損之人始得行使，且其 除斥期間多為「知」幾年及「不知」幾年之規範方式，涵括主客觀起算時間，而程序法所稱違法行政處分，實包含 有利於機關及不利於機關之處分，相對於人民即為授益及 負擔處分，而撤銷權卻均由行政機關行使，固然公法強調行政行為正確性及法律關係安定性應同時兼顧，然對於負擔處分要行政機關積極主動，實與人性不符，不如採民法規範方式，賦予權利受損一方均有撤銷權似較公允；如仍要採現行均由行政機關行使撤銷權之作法，建議未來法務 部修法時，似可於程序法第 121 條第 1 項後段增訂「但授益處分自處分經過若干年（5 或 10 年）後不得撤銷。」之文字，以利法律關係之安定，亦符人民之法律感情。

15

法務部代表：

今天討論問題牽涉到程序法，基於主管機關立場對於 該法制定過程作以下補充說明，供各位作思考基礎上之參考。目前程序法第 121 條第 1 項行政處分撤銷期間之規定， 於 81 年 5 月第 1 版草案用語為：「行政機關自知悉得撤銷

違法授益處分之事由起已逾 1 年者，不得撤銷。」此版本送到研修委員會討論時，吳庚大法官提出除對於主觀期間限制外，是否應加上客觀計算方式，也就是自知悉及處分作成後多少年搭配提出。最後與會學者、大法官作成決議朝此方向修正。於 81 年 6 月由當時研究員林錫堯及葉百修兩位大法官，在翁岳生與吳庚大法官指導下，提出該條新修正版本，其用語就相當接近現行法規定，惟條次上有所出入。其文字為：「第 139 條撤銷權自原處分機關或其上級機關知有撤銷原因時起 2 年，或自處分時起 5 年內為之。」所以其變動為不再侷限於授益處分撤銷，且將法條用語由

「知有撤銷事由」改為「知有撤銷原因」，此文字變動之考量點為何，相關文獻中並無記載。該版草案送立法院討論時，在一讀及審查會皆無疑義，後來經過朝野協商，當時 謝啟大委員提出意見，認為系爭條文中「自處分時起 5 年內」之規定不宜，其理由依當時立法院公報記載為「經過 翁岳生大法官提醒我們，往往行政機關知有撤銷原因時， 處分已逾 5 年，而其行為乃明顯應予以撤銷卻無法撤銷， 如此會造成政府困擾及人民的不利。」於是謝委員再提出 一個經朝野協商版本，即成為今日法條。從以上該條制定 經過來看，轉折點在於拿掉自處分時起 5 年內用語。目前法務部對此議題看法，由過去立法過程及相關資料，應認

16

程序法第 121 條第 1 項 2 年期間性質上為除斥期間，且適

用於侵益及授益的行政處分，之所以不訂定自處分時起 5 年內始得撤銷，主要考量行政行為正確性與法律狀態安定 性，因而設計於行政機關自知有撤銷原因 2 年內皆可撤銷。

至於具體個案是否應予撤銷，仍應考量程序法第 117 條所列相關原則，兩者為不同層次之問題。

主持人：

我想第一個討論議題，我們就先討論到這邊，接下來是否請各位專家、法官就第二個討論議題發言。惟若第二個討論議題有牽涉到第一個議題的部分，各位專家、法官仍然可以給我們指教。

林教授三欽：

我認為這個議題還是有點抽象及模糊，個人初步理解，基本上一個繼續性行政處分，應該為一個行政處分， 發生長期且延續效力。若前述認知無誤，那去思考該行政處分在 2 年內者可撤銷，逾越 2 年者不得撤銷，其意義究竟何在？我們的法條並無對撤銷標的的行政處分為除斥期間適用之切割，因此若認為繼續性行政處分在 2 年內者可

撤銷，超過 2 年者不得撤銷，則係把繼續性行政處分當作複數行政處分，這樣的認知本人並不贊成。基本上繼續性行政處分仍然只有一個行政處分，發生延續效力。若行政機關認為繼續性行政處分，其中某部分已離現今多年，不宜更動其效力者，我們應以程序法第 118 條為依據，使其溯及既往或向後失效，故吾人似可透過該條規定對繼續性

17

處分撤銷後之效力予以調整。結論而言，其實討論議題二部分，個人認為並沒有想像中那麼複雜，就開會資料中所引判決見解認為撤銷除斥期間規定可對繼續性處分未逾 2

年部分撤銷，已逾 2 年者不得撤銷，本人認為那恐怕是對行政處分撤銷制度的誤解。

林教授明昕：

我的見解與林三欽教授相同，繼續性行政處分是一個 處分，非複數處分，故對其撤銷除斥期間起算點僅有一個。惟例外之情形，即撤銷原因有所不同者，但此種例外情形 應屬罕見。另外須特別說明者，我認為很可能我國行政機 關為處分撤銷時皆未考量信賴保護，或不敢考量。因此， 只要有違法情形，若除斥期間尚未經過即得予以撤銷。故 基於前述僵化之操作，導致行政機關透過程序法第 121 條

第 1 項除斥期間規定，以調控行政處分撤銷與否之行使， 而未考量信賴保護、公益維護等重要原則，這種作法並不妥當。

陳委員愛娥：

研討議題二所指之情形，正好不是兩位林老師所指者，我認為主辦處之所以提出討論議題二之疑義，出發點應在臺北高等行政法院於 97 年度訴更一字第 119 號判決， 該判決是行政法院中少數不以法條規定為依歸而有考量實際情況加以權衡，值得留意。法院認為程序法第 121 條第 1 項所謂知有撤銷原因，例如當年核定退休之處分，機關現在要撤銷該核定退休處分，若已超過知悉後 2 年，但當初

18

核定退休之處分確實有所違誤，是否因為違法處分機關未及時在知悉後 2 年撤銷，就應該使該處分繼續有效存在？

程序法第 121 條第 1 項立法之初，可能僅設想到一次性的

處分，或已經了結者，但若原本應撤銷但已逾 2 年除斥期間而不得為之者，並以此處分作為往後繼續性給付之法律基礎，是否系爭 2 年除斥期間屆至，即無法對其再為撤銷？ 此時似乎無法以程序法第 118 條另定失效期間之方式處理，蓋其根本問題點在於此時該行政處分是否仍可撤銷。

林教授明昕：

針對陳委員所提出之問題，以所舉核定退休處分為例，我認為對於該繼續性行政處分，已逾越除斥期間部分 之撤銷，是否係以另一套機制處理？而非適用程序法第 121

條第 1 項除斥期間之限制。總而言之，對於繼續性行政處

分，若未逾越 2 年除斥期間，行政機關欲對相對人追討過去所受之違法利益，此係涉及信賴保護；至於該繼續性處分已逾 2 年除斥期間者，行政機關欲避免違法給付於將來繼續發生，一定有另一套機制處理。

銓敘部代表：

剛剛與會貴賓提到關於退休年資最高採計 35 年之問題，本人在此加以說明。問題之所以發生，在於承辦人對於相關法令解讀不同，若對於相關法令研究較為深入，則 認為公務人員退休年資採計超過 35 年，其溢領之退休金依法應予追回，此時機關欲撤銷當初計算年資超過 35 年之退

休處分，行政法院法官之見解，有認為程序法第 121 條第 1

19

項 2 年除斥期間，係由當初作成違法處分時開始起算；亦有認為應由機關確實知悉撤銷原因起算，見解相當分歧。本人認為系爭疑義既然涉及許多態樣，當然銓敘部也非常尊重行政法院針對個案之決定，但個案中因法官所採取之認定標準不一，因此在法律未明確規定之情況下，程序法第 121 條第 1 項除斥期間之計算，仍存有相當值得討論之空間。

張教授文郁：

違法行政處分已逾程序法第 121 條第 1 項 2 年期間， 即無法再為撤銷，在法治國原則下係相當不合理。所以我個人不把系爭 2 年理解為除斥期間，原因在此。再者，程

序法第 121 條第 2 項所指補償請求權，乃第 120 條撤銷處

分後因信賴保護所生之補償請求權，其同樣亦採因 2 年不

行使而消滅之立法方式，此 2 年期間之性質為何，吾人無

法由其文字用語上得知。就程序法第 121 條第 1 項與第 2

項規定之 2 年期間，就文義以觀並無差別，但我個人認為第 2 項所指 2 年性質上為消滅時效。至於第 2 項後段所指 5 年者，性質上應為除斥期間。至於違法繼續性行政處分撤銷，就德國行政程序法第 48 條以觀，機關得本於公益大於相對人信賴利益之考量，而向將來撤銷。故對退休核定處分或年資採計有誤之處分，對於過去已多支付部分不予追究，但對將來仍須支付部分，機關則可予以撤銷。總而言之，研討議題二之癥結點，在於違法繼續性處分因 2 年期間屆滿，行政機關即應繼續支付，如此是否有違公平正義之要求？至於程序法第 121 條第 2 項規定模式，我認為應

20

以國家賠償法第 8 條與民法第 197 條之立法方式理解。最後，行政機關依職權撤銷行政處分，不限於全部或溯及撤銷，亦得為一部及向將來之撤銷，如此理解，研討議題二之問題並無特別困難。

林教授明昕：

陳委員所指者為 2 年期間已經經過，所以無法再為撤銷，當然就沒有撤銷後向將來失效之問題。

陳法官金圍：

我認為研討議題二用語上應作一些澄清，剛剛陳委員 所提退休核定之處分，嚴格上說，應非繼續性之授益行政 處分，因為此種情況就僅有一個行政處分，只是其授益狀 態的持續存在。問題所在，為吾人基於法感情認為對此情 形應予撤銷，但法律上依據為何，蓋其確實已逾程序法第121 條第 1 項 2 年期間而不得撤銷。我個人認為對於違法繼續性授益處分之撤銷，處理上有 3 個選項，第一為嚴格遵

守程序法第 121 條第 1 項除斥期間規定，凡超過 2 年即不得撤銷；第二，若該處分違法狀態仍存在，可比照刑法繼 續犯、連續犯之處理，由現仍存在之違法狀態起算 2 年期間，當然不會超過；第三，就是依照會議資料所引最高行 政法院 100 年度判字第 504 號判決見解，一方面尊重程序法第 121 條第 1 項規定之期間，另一方面亦考量人民利益， 將繼續性授益處分切割為 2 年前者不得撤銷，但未逾 2 年部分則仍可撤銷，但我認為最高行政法院此種處理方式， 似乎大有問題。在此我另提出一個最高行政法院之相關見

21

解，但其非撤銷，而是涉及廢止之情形；案例事實為工廠因興建汙水處理之需要，欲申請將相鄰之農牧用地變更為工業用地，行政機關准許但附有負擔，即要求該工廠限期完成相關防護措施，因工廠負責人並未在期限內作成相關防護措施，後來行政機關發現此情事已超過 2 年，這會涉及行政處分廢止問題，蓋系爭處分作成當時為合法。最高行政法院對此案件之見解，認為系爭授益處分相對人並未遵照行政處分負擔內容為履行，此廢止原因仍然繼續存在，自不發生超過程序法第 124 條 2 年除斥期間問題，仍可廢止。這個法理是否得適用在行政處分撤銷，我認為是有考慮之空間，以上建議提供大家參考。

陳委員愛娥：

基本上本會對於高等行政法院與最高行政法院之相關判決見解，皆會相當留意。對於程序法第 121 條第 1 項所謂知有撤銷原因起，若其起算點過晚，對相對人權益之保障確有不周之處。但針對臺北高等行政法院 97 年度訴更一字第 119 號判決所涉典型案例，系爭繼續性授益行政處分

已逾 2 年除斥期間，機關即不得撤銷而須本於違法狀態持續作為，無論如何皆有欠妥適。我認為行政法院在相關法律仍未完備之情形下，本即有職責就所有情狀予以考量， 而非單純以現有法律為處理之依據，基本上我是贊成前揭判決結論，只是說理部分尚有未妥。

林教授明昕：

本人對於研討議題二有兩個問題點，第一，系爭個案

22

行政機關是否確已知悉撤銷原因，而逾越 2 年除斥期間，

因為針對程序法第 121 條第 1 項知悉起算點為何，即有相當爭議；第二，就通案來說，本人前述有提到廢止概念， 對於系爭繼續性授益處分已逾 2 年之部分，透過廢止方式

處理並無不可能。其依據在程序法第 123 條第 4 款與第 5 款廢止原因之規定，而使行政機關得對違法繼續性授益處分對將來仍應給付之部分，透過廢止規定使其向將來失效。當然亦有認為廢止係針對合法處分，但事實上廢止在 德國法僅係原則針對合法處分，若違法處分有該當廢止原因者，則仍有可能適用廢止之規定。退一步而言，縱使認 為廢止不得適用於違法行政處分，則可能的解釋空間為該處分由於除斥期間經過而不得撤銷，故視為合法處分，而有廢止之適用。

陳法官金圍：

我個人認為若撤銷 2 年除斥期間已超過，那廢止之 2 年期間一樣也會超過，因為既存事實與法規狀態仍屬同一。

張教授文郁：

我認為林教授欲用廢止方式解決該問題，係屬用心良 苦，但程序法第 124 條之期間相較第 121 條第 1 項為更短。個人淺見認為，問題的癥結點在於把程序法第 121 條第 1 項 2 年期間解釋為除斥期間。至於具繼續效力之行政處分， 當然只有一個行政處分，既然該處分已因除斥期間經過而 無法撤銷，其效力就應持續存在，故其無法透過臺北高等 行政法院前揭判決之見解，將其解釋為超過 2 年者無法撤

23

銷，但未超過 2 年者仍可撤銷；且援引刑法上狀態犯或繼續犯之觀念，由於系爭繼續性行政處分於作成時即違法， 故亦無違法狀態繼續或持續存在之問題。關於程序法第 121

條第 1 項 2 年期間，我亦不把它解釋為消滅時效，而應認僅具有訓示期間之性質。但若將此期間解釋為消滅時效， 則可透過中斷或不完成之機制使該期間往後延伸，也會比林教授採取廢止之方式解決為妥適。回到林明昕教授所提德國行政程序法第 48 條規定，若我們依照此規定處理，針對繼續性授益處分之情況，仍然無法解決。

林教授三欽：

基本上瞭解陳委員對於研討議題二背景的敘述，本人認為臺北高等行政法院 97 年度訴更一字第 119 號判決之論理非常特別，但並未就為何繼續性行政處分未逾 2 年部分仍可撤銷，為更進一步的說明。在座有幾位貴賓，可能認為法院見解係將繼續性處分切割為複數處分，但此種操作方法在行政法理上似乎很難被接受，因為繼續性行政處分僅為單一處分，應無疑義。故吾人認為行政法院所採取之方式，似乎有欠妥適。陳金圍法官嗣後提到最高行政法院一個新近案例，該案例提供大家一個思考基礎，認為即使處分作成後已逾程序法第 124 條 2 年期間，仍可引用廢止原因持續存在概念而為廢止權之行使。但廢止與撤銷本質上有所差別，因此最高行政法院所提針對廢止之情形得否適用於撤銷之情形，仍有疑義。綜上所言，本人仍回到最初之主張，若欲針對繼續性處分為撤銷，則對程序法第 121

條第 1 項除斥期間之起算點，應採取從寬認定態度，例如

24

知悉在後或是基於廣大公益考量等原因而將起算點延後。至於在具體個案中行使撤銷權時，行政機關仍應考量信賴保護，而為是否溯及既往失效之決定，如此之解釋方式， 似乎亦可達到與臺北高等行政法院前揭判決相同之結果。

楊法官惠欽：

研討議題二之問題源起，即前述臺北高等行政法院 97

年度訴更一字第 119 號判決，但我認為應將此解讀為個案情形，既然是個案就應個案解決；至於非個案之問題即回 到一般法律之適用。針對剛剛各位學者及法官對於該問題 之探討，本人認為欲對系爭臺北高等行政法院判決找一個 立論基礎，似乎尚有困難，蓋繼續性行政處分仍為單一處 分，並無疑義，因此該見解似與違法處分撤銷之理論不符。至於陳法官所提因關係行為繼續或狀態繼續概念，因涉及 不同法律規定，個人認為於公務人員退休案件上似無從適 用。因此，個人認為系爭臺北高等行政法院之判決，僅具 有個案效力；至於通案處理部分，仍應回歸個人於研討議 題一所表示之方向處理。

李法官玉卿：

本人看法與楊法官相同，因此對系爭臺北高等行政法 院判決見解，應讓它回歸到個案之適用。再者，回到法制面探討，方才林明昕教授認為針對繼續性違法處分之狀態，為何可因撤銷除斥期間經過而當然存在，故欲將其撤銷一定要有法律基礎。本人認為法制面既然賦予行政機關對違法處分有撤銷權，另又設計除斥期間之限制，其原因

25

乃為保護相對人之信賴保護與法安定性，故處分既然已經逾越撤銷除斥期間，行政機關或法院就應該有勇氣讓該處 分繼續存在。

陳委員愛娥：

對於研討議題二所舉臺北高等行政法院97 年度訴更一字第 119 號判決見解，已經最高行政法院 100 年度判字第

504 號判決予以維持，所以可見已非屬個案之問題，故本會始認為有請各位專家、法官一起討論之實益。

主持人：

今天各位與會來賓對討論議題之結論均有不同，所以 稱為座談會，最後也很難有統一結論產生。對於本座談會 所討論之議題，本會未來審查類似之個案時，將參考今天 各位專家、學者所提之見解，以為妥適之處理。最後非常 感謝今天與會的學者、法官，為本會提供許多專業之意見， 同時也非常感謝法務部、人事局及銓敘部同仁對於實務運 作之現況所提供之看法。

26

二、考試錄取人員占缺或不占缺訓練成績及格者，服務機關未予任用，得否依保障法所定程序提起救濟，及調處制度可否擴大適用於復審事件

壹、時間：民國 100 年 12 月 8 日（星期四） 貮、地點：本會 7 樓第 1 會議室

參、主席：蔡主任委員璧煌 肆、出列席單位及人員：如簽到單

伍、主席致詞：略陸、討論議題：

一、公務人員考試錄取人員占缺訓練成績及格，遭服務機 關以其具有任用法第28 條所定公務人員之消極資格而不予任用，得否依保障法所定程序提起救濟一案，提請討論。

二、公務人員考試錄取人員不占缺訓練成績及格，遭用人 機關以其具有任用法第28 條所定公務人員之消極資格而不予任用，立法政策上宜否修法納為保障對象依保 障法所定程序提起救濟一案，提起討論。

三、調處制度可否擴大適用於復審事件一案，提請討論。發言紀要：

林教授三欽：

主席、各位先進大家好。剛剛分析議題背景，現況係

27

以公務人員占缺訓練為主，少數情況及將來有可能擴大為 不占缺訓練。這制度背景對思考問題有點幫助，讓我們知道占缺訓練短期內無法改善，對於訓練期間爭議事件，究竟要歸屬於怎樣的救濟管道？都是因為訓練期間或訓練期滿，關於是否具備消極資格的爭議，有沒有占缺劃分成兩種情形，會造成很大困擾。建議將來趨向對訓練爭議能否一致性解決，是全部納入復審？還是全部排除在復審之外，走向訴願？這是政策性問題，建議做整體性切入。

剛才主委提到問題的關鍵，如果是考試的一環，其實還沒正式展開公務人員的身分，或已經是準公務人員保障法之關係；若是考試的一環，就是依訴願、行政訴訟救濟， 等同於「準用」保障法，雖然還不是正式公務員，但幾乎是法律準用。若是傾向這部分，應該修法擴大，將目前存 在的漏洞，不能依復審程序者納入規範，究竟是復審機制比較嫻熟公務人員法律及訓練制度，對公務人員及訓練學員的培育，能給予比較周全的救濟，還是訴願會，我認為保訓會的配備是非常理想的機關，包括成員任命、資格規定及程序周密性，如果用比較理想的程序機制處理爭議， 對公務人員考用訓整個環節，相關法律義務，是較不錯的 思考方向。建議就未來思考取向，儘量納入復審範圍，由一個有效的機制來處理此問題。

楊法官惠欽：

一、主席、各位先進大家好。占缺訓練的問題，要用復審 或是訴願來救濟？牽涉保障法第 102 條第 5 款的法律解釋。我比較贊同乙說，但理由有點不太一樣，乙說

28

是用類推適用、法律漏洞等。我認為可從法律解釋處理，因為應考人還沒任用前，本來就不是公務人員， 才會有第 102 條「準用」，除第 5 款「準用」外，還有其他各款，整個立法目的就是擴大保障法適用範圍。這牽涉第 5 款解釋，這些占缺訓練人員要準用到什麼程度，是否占缺訓練時可以準用，不占缺訓練時即發生空窗期，不被任用的空窗期究竟可否準用？這是爭點所在，這款是否應解釋為擴大保障法的適用範圍， 使原本應於任用後成為公務人員方可適用者，變成還沒任用前就可以適用保障法。這樣思考，是因為占缺訓練人員，其實是先在公務機關占缺後再受訓，也可能是已支領薪資一段期間再受訓，實質上已是公務人員，這也是為何將其納入準用範圍的理由；但這不只是人的範圍擴大，也應該將適用時點往前推，一旦占缺後，就成為保障法適用的對象；如果是如此解釋， 因為過程中發生一些事情，包括執行公務，中間發生可能涉及保障法的問題，或是最後不被任用，都須一體解釋有保障法的適用，因為如果不一體解釋，會產生疑問，如照甲說解釋，會產生如何定適用時點的問題，以何時界定係第 102 條第 5 款之人員。依甲說，

因為如不被任用，雖經考試訓練完畢，已不是第 102

條第 5 款的公務人員；但如果是考試訓練完畢前發生的事情，需要去救濟，然而救濟時已經不被任用，請問這時應該要用保障法？還是說他已經不是第 102 條

第 5 款的人員，所以要用訴願法，會產生問題。我是傾向這些人本質上為什麼會規定準用，因為實際上已

29

經是實質公務人員，差一個法定程序還沒完成，且不被任用是例外，任用應該是原則，所以，應該是透過保障法第 102 條第 5 款解釋，納入可以適用保障法的範圍。

二、不占缺訓練人員是否適用保障法？依剛才的思考邏 輯，不占缺訓練人員其實是不一樣，因為單純考試及 格去受訓，本質上與已占缺的實質公務人員身分不 同，這不是法律解釋，而是立法政策問題，立法政策 是透過修法處理，如透過修法處理，要思考的不是占 缺或不占缺的差異，而是立法政策上應如何處理這些 人較為妥當。依林教授所言，考試占缺和不占缺訓練， 應考人的認知就是考試錄取，不管占缺或不占缺，除 非以後可能考慮篩選掉較多的人，有點危機意識外， 原則上都是要當公務人員，這樣的認知，差別在於沒 占缺，就像那時我考上法官，我沒占缺，薪水領少一 點，要到哪個機關不太確定，差別大概是這樣，但早 晚都會當公務人員。當立法政策比較屬於妥當性考量 時，要透過修法將這兩個都納入規範，實質面而言， 公務人員保障這部分，保訓會比較專業，就權利保障、執行職務之立場而言，不占缺訓練也應納入保障法適 用範圍。

張教授桐銳：

一、主席、各位先進大家好。這個問題，我想從保障程序 和訴願程序做出發點，剛才林教授和楊法官都提到， 保訓會保障程序功能發揮的相當不錯，這些我都同

30

意。但是當立法機關制定保障法，特別設計由一個機 關處理公務人員保障程序，立法意旨就是要對一般訴 願與公務人員保障分開處理，訴願處理一般國民與國 家的關係，國民受國家的行政處分，要依訴願程序處 理；公務人員與國家的關係比較類似勞工與雇主的關 係，處理這部分，顯然與國家和國民的關係不大一樣， 所以做這樣處理。民國 92 年修正保障法時，將占缺訓練人員納入準用對象，其修法意旨，從整個任用程序 來看，公務人員關係因任用行為而發生，至於任用前 的訓練則是考試程序的一部分；但實質而言，經過考 試、訓練然後任用，每個階段都是任用程序的一部分。換言之，在修法當時，除已發生公務人員關係外，將 公務人員實質任用程序中之爭議，也納入保障程序來 處理。納入的結果，現在碰到的問題是，整個訓練程 序裡所有的事情，占缺訓練程序中之爭議，及任用後 所生之爭議都由保訓會處理，但中間的任用行為卻進 不來，這就很奇怪。整個程序，從實質任用程序到任 用後發生的公務人員關係都可以進來，卻只有任用行 為不能進來，顯然與立法設計矛盾。

二、提案資料所提的法律漏洞問題，依楊法官見解，這爭 議可透過第 102 條的解釋解決，不涉及法律漏洞；如

從第 102 條規定之文義能作如此解釋，我也贊成。但在文義上若覺得有困難，認為逾越文義的範圍，還是 要考慮法律漏洞問題。對於漏洞問題，甲說意見認為 還可以訴願，亦即還有救濟的可能性，所以沒有漏洞。這意見有點誤解保障與救濟有沒有漏洞，與有沒有法

31

律漏洞是兩回事。所謂法律漏洞，係指違反立法計畫 的不圓滿性，是否有法律漏洞存在，應由立法計畫的 整體設計來看，是否應規定而未規定，或應該沒有規定而有規定；至於救濟有沒有漏洞，其實是另外一件事情。第 102 條的修法，既然可以理解為將保障程序準用範圍擴張到訓練程序，亦即擴張到整個實質的任 用程序，從整個立法意旨來看，沒有理由認為立法機關刻意要將中間的任用行為排除在保障程序之外。因此，將任用行為本身排除在保障程序之外，顯然是違反立法計畫，應可認為有漏洞存在。

三、如果將焦點集中在違反任用法第 28 條的任用行為上， 有沒有占缺，事實上意義不大。換言之，違反任用法 第 28 條所作成之任用行為，涉及是否能有效產生公務人員關係，從第 102 條之修法意旨來看，對於任用行為合法性之爭議都應由保障程序處理，不論受訓人員 是否占缺，因此都可以用漏洞補充來解決問題。

四、至於訓練程序中之爭議，是否不分占缺或不占缺都放 到保障程序，其實應該另外考慮。在這裡考慮的是， 不占缺訓練的法律關係與占缺訓練的法律關係差異性 大不大？類似性大不大？民國 92 年修法的立法理由是，占缺就是在執行公務，但我一直不從執行公務的 角度去看，因為執行公務是屬於職務執行的範圍，公務人員保障所涉及的是公務人員的身分，是公務人員與上司及服務機關的法律關係，所以兩者有所不同。保障法第 102 條把占缺訓練人員放進來，我認為真正

32

實質的理由是，整個公務人員法制裡，對占缺訓練人員，在法律關係上，將他與已經是公務人員作類似處理，有相當高的類似性，所以放進來。不占缺的法律關係上，類似性沒有那麼高，從這角度來看，也許不一定要將他放進來。

五、如果從另一角度來看，訓練是考試程序的一部分，將 其切割成兩部分，占缺的到保訓會，不占缺的到訴願。首先，訓練關係與一般國民及國家的關係並不一樣， 其次，訓練程序中有些東西其實是共通的，將一個訓 練的程序硬切割成兩塊，這樣切割會有很多問題。例 如：涉及請假的爭議，有占缺與沒占缺，一個要到保 訓會，另一個要依訴願，似乎沒有必要。無論如何， 訓練程序和國家與國民間的關係，終究不是那麼類似，這涉及到國家進用人員較為有關，沒有必要對訓 練程序有所切割，就立法政策來看，整個訓練占缺或 不占缺都應該納入保障程序處理，較為妥當。

張法官國勳：

一、主席、各位先進大家好。針對第一個及第二個議題， 我要幫甲說說幾句話，並不是因為我是臺北高等行政法院的法官，臺北高等行政法院 98 年度訴字第 01494 號判決作成時，我還沒到該院。這議題，我想從保障法所要保障的對象來說明，從第 1 條、第 2 條或第 3 條來看，其實要保障的都是公務人員，第 25 條第 1 項所保障的也是原來擔任公務人員的權益，只有第 102

條例外的列舉 5 款，非公務人員可準用的規定。從這

33

立法結構來看，可知保障法本來就是以保障公務人員 的權益為原則，非公務人員的保障則屬例外，在解釋 上應採取例外從嚴的解釋方法，尤其議題一的情形， 顯然不在保障法第 102 條第 5 款 規定的文義範圍內， 文義解釋非常清楚，沒有作目的性擴張解釋的空間及 必要。因為條文直接規定「占缺訓練」，所以當然不包括「不占缺訓練」，也不包括訓練完畢後未予任用的情形。所以，從整體法條結構，我認為甲說應該是在現 行法制上比較可採的一個選項。

二、至於乙說提到一些理由，第一個理由提及「確已涉及 公務人員權益所生爭議」，但不管是議題一所設之情 形，或是將來因為符合任用法第 28 條的消極條件，導致無法被任用之情形，都尚未取得公務人員身分，既 然還沒有取得公務人員身分，就沒有所謂「確已涉及 公務人員權益」所生爭議的問題，第一個理由似乎不 能成立。

三、乙說第二個理由是考量救濟程序的一貫性，要提醒的 是，有沒有將事件的爭點與發生的時點弄清楚，因為爭點應在是否具有公務人員身分，或是否符合第 102

條 5 款所列舉得準用範圍，與事件究係發生於訓練期間或訓練完成後，甚至訓練之前，一點關係都沒有。 如果訓練之前就發現有消極事由，這時還有保障法的 適用？又如果於占缺訓練期間發現消極事由，就一定 是依保障法救濟？是否應視其究係發生何種爭議來判斷？如果是因為訓練而生，例如請假、訓練成績等，

34

固應依保障法救濟；但若是因符合任用法第 28 條所定的消極事由，不能擔任公務人員的情形，難道就因為是在訓練期間發現，所以要適用保障法？這部分有進一步釐清的必要。

四、乙說第三個理由是基於公平正義及維護權益之考量， 這是建立在一個前提上，訴願管轄機關依訴願程序受 理人民訴願案件，比較不符合公平正義或權益之維護。不過這前提是否成立？必須視情形而定。我也認同各位先前的意見，經由保訓會復審程序決定的案件，品質都非常良好，具有相當專業性，大家有目共 睹。問題是制定保障法的目的，或設立保訓會的主要目的，是從公務人員人事行政的特殊性和專業性出發，所以特設一個專業委員會處理相關爭議。但不論是議題所設任用法第 28 條第 1 項所列之消極事由，或是議題個案所列警察任用的消極事由，完全不涉及人事行政的專業性及特殊性，由一般訴願機關受理，尚 不至於妨害公平正義及人民權益維護。

五、乙說第四個理由是貫徹考、訓、用合一之目標，這目 標、理想或規劃，我認同。不過這應是立法政策選擇的問題，應透過修法，將這些情形納入保障法的規範範圍；也就是說，究竟要將訓練期間的爭議納入考試階段的救濟程序，還是納入任用階段的救濟程序。倘 若立法者納入考試階段，則不能適用保障法規定；反之，若納入任用階段，不論是否占缺，都應將其列入可適用保障法救濟的範圍。

35

游委員瑞德：

一、主席、各位先進。第一個議題是公務員占缺訓練成績 及格，遭服務機關認定其具有任用法第 28 條消極資格之要件，而不予任用，應如何救濟。實務上採甲案是 正確的，因為依保障法第 1 條、第 2 條及第 3 條之立法精神，首應保障公務人員的身分；其次，公務人員 生涯中，發生保障事件由我們來處理，這是立法目的， 所以第 102 條準用的 5 款其中涉及到占缺或是在訓練中，因為有可能執行公務等，故予以準用，這樣解釋 是正確的。現在行政法院裁判也是依這樣的法解釋處 理這類案件。不過個人認為應採乙案較妥，公務人員 雖占缺訓練，訓練及格後到機關服務，機關不予同意， 這種爭議由保訓會統一處理，第一，可集中事權，因 為訴願制度，例如稅務案件會到財政部，經濟建設案件會到經濟部，主要功能是可以集中管理，並糾正下級機關業務上違法不當行為，保訓會負責全國公務人 員的任用、訓練等相關規範統一處理，如採乙案，依 保障法提起救濟，這樣可以得到事權集中的效果。

二、保障法為人事行政的特別法，當初立法目的，就關於 公務人員所有的保障事項都用保障法來處理，依特別 法優於普通法的原理，由保訓會依保障法處理，會比 較好一點。

三、甲案若是公務人員離職後，已非現職人員，要再任用， 並不具公務人員身分，應依一般人民的方式處理，這 與本案不完全一樣，本案係已占缺受完訓及格，由機

36

關任用，這議題我傾向乙案。處理方式係經由法律解釋，第 102 條第 5 款規定的很清楚，是「占缺訓練的人員」，但訓練已結束，就是修法將已受完訓的人員納入規範；另外，就是以法規命令處理，舉輕以明重， 既然訓練中可以，那訓練完畢也可以用通案解釋處理，長遠還是修法納入規範。

呂首席參事理正：

一、我在考試院訴願會服務，個人看法是公務人員考試錄取人員訓練，是依公務人員考試法，屬考試程序的一 部分，一定要訓練成績合格才取得公務人員任用資格，具有公務人員身分，在此之前是一般人民身分。 原則上應循訴願程序尋求救濟，但是因有保障法第 102

條第 5 款準用規定，所以產生爭議。

二、保障法第 102 條第 5 款之立法，因為占缺訓練，執行職務關係，與國家產生權利義務關係，所以規定準用。實務上，以往在訴願案件，不占缺訓練在訓練期間， 因有其他事件廢止受訓資格，譬如：請假、成績不及格，廢止受訓資格，都是循訴願程序尋求救濟。惟占 缺訓練部分，並無在占缺訓練之後，廢止受訓資格， 提起訴願。

三、關於第 102 條第 5 款，今天這議題所舉例子是有關占

缺訓練成績及格後，因為任用法第 28 條所定消極事由，機關不予任用，這是特例，因已訓練成績及格， 完成訓練程序，取得公務人員任用資格，可是機關不

37

予任用，而行政處分是各機關所作，如依訴願程序救 濟，事實上是有點困難，考試院非其上級機關，所以 這是一個特例；將來考試院政策傾向儘量走向不占缺 訓練，不占缺訓練在訓練時可以打成績，打成績後發現不適任當公務員時予以淘汰。換言之，不論是占缺 或不占缺訓練，打成績的行為事實上是在訓練過程 中，如果把訓練期間切割，不管是占缺或不占缺訓練， 如均由保訓會依保障法尋求救濟，在同一考試程序中，同一應考人，相同的考試成績案件，前面筆試、 口試部分是由考試院訴願會審理，後面訓練部分則向 保訓會提起救濟，這樣切割會很奇怪。

四、今天這案子的情形不是考試程序問題，因為考試程序已完成，至於考試程序歸一個機關受理，對當事人與對訴訟程序齊一及當事人審級利益，比較妥當。因為成績雖由各機關打，但到最後是否及格，是由保訓會作成行政處分，既然由保訓會作行政處分，再由保訓會決定該行政處分是否適法，是有矛盾的，似宜依訴願法規定，回歸訴願會處理。

劉庭長鑫楨：

一、制度性的變革，在理性的論證後，是否要正確、客觀、理性的評估這方案之可行性及必要性，最重要的是實用性在哪，來作出最終的決定，我想樂觀其成。占缺 訓練中因消極資格而無法任用，或占缺訓練成績及格 後，因消極資格而無法任用，其救濟途徑究竟如何選 擇，專業化的好處很多，英美法系及大陸法系對於是

38

否設專業法庭有相當的討論空間，救濟途徑的規劃是否考量實體法上的主管機關，及專業管轄的因素，因為人事畢竟有其特殊性，最簡單的至少上下隸屬關係。這上下隸屬關係達成調處後，是否主管要面對一個新的挑戰？也就是領導地位的挑戰。

二、所以本議題在占缺與不占缺訓練的區別，占缺訓練事 實上已經執行公務，且是在機關內部；不占缺訓練則 是在機關外部，尚未執行公務。解決方式大概有兩種， 首先是類推適用，本件的情況，並不是說這個是不是 漏洞問題，要用立法設計來填補漏洞看待，救濟途徑 並不是說有漏洞，只是在救濟途徑的規劃問題，是不 是說沒有法律救濟途徑才形成法律漏洞，或是有法律 救濟途徑也形成法律漏洞，有即刻補充之必要。

三、準用的規定已是例外，例外，我想讀過法學都知道， 解釋法律要遵守解釋規則，假如例外再做一個擴充， 例外就變成原則。已經是例外規定，解釋的規則要做嚴格的解釋，這個是大家要共同遵守的平臺，如果沒有平臺，變成各說各話，進入球場一定要遵守比賽規則，如果無法取得共識，比賽無法進行，所以法律解釋必須遵守解釋的規則，例外的解釋要不要再擴張， 是否應該作嚴格的解釋？

四、另外，修法的途徑部分，是不是要修法，修法之後是不是納入第 102 條規範，公務人員要不要重新做一界定。剛才各位先進提及，用什麼樣的名詞在任用之前將這些人員，用適當的概括法律名詞來界定他，有提

39

到「準公務員」此一概念，我想暫時引用。那麼「準公務員」這機制重新考量如何界定，不會造成同類法體系同一概念不一致性，及避免同法體系一個概念卻有不同內涵；在考試院，針對「公務人員」4 個字，如果你說你的範疇，我說我的範疇，會變成依相關的個別法律規定去界定，就法體系而言，同一個法律概念做不同內涵界定，我想這不適合。這樣會造成多義性另類的不確定法律概念，公務人員這 4 個字到底擺在哪裡，在什麼地方做什麼樣的解釋，在這邊不及於它， 但在這邊卻又包括它，這是多義性，另類的不確定法律概念。

五、另一個方案，有人提及維持現狀，是例外的例外，把它歸類在法律見解的歧異問題，不需要再對一個例外 來破壞一個法秩序，做一個與解釋規則不符的例外擴充。

六、準公務員如何去界定？考試錄取人員訓練中或是訓練成績及格者，是否可界定為準公務員？我想立法政策規劃的話，是否朝這方向去做，可能把一些事項予以統一，也不用再解釋一大堆，什麼例外的再例外，漏洞的補充之類，保障法是否涵蓋公務人員與準公務員，應有所界定。

高法官愈杰：

一、主席、各位先進，司法院對這問題，沒有簽准什麼意見，以下意見均屬個人意見，不代表司法院看法。司

40

法院的立場向來就是對個案不表示意見，討論有引上 開臺北高等行政法院判決，司法院對這個案也是不表示意見，我待會要講的意見也與這個案無關。

二、從法條構造來看，保障法第 25 條第 1 項前段公務人員對行政處分有違法或不當應提起復審之規定，在法條 構造上，其「公務人員」應該也包括第 102 條第 5 款占缺受訓人員，占缺正在受訓中的應該可以依該條提復審；如果已經受訓完，離開那身分，還沒被派的時候，是不是可考慮也解釋為第 1 項後段的「非現職公務人員」身分？也就是第 25 條第 1 項前段現職公務人員，及後段非現職公務人員，解釋上均包括第 102 條

第 5 款占缺受訓人員。如可作如此解釋，也許可以提起復審。

三、另外可能牽涉到請求權的問題，占缺訓練人員受完訓， 受訓及格，對於公務員身分之取得是否有請求權？對 於第 25 條第 1 項能否這樣解釋，請各位指教。

林教授三欽：

一、關於調處制度可否擴大適用於復審事件這議題，現在 調處侷限於再申訴程序，有無可能於未來修法擴張至復審程序，這部分，其實在學界已有共識，因為在執 行計畫時辦座談會，大家幾乎都抱持肯定的想法。

二、雖然有些疑慮，當初立法也是謹慎的把調處鎖定再申訴類型，比較屬於輕微對合法性的要件沒有直接涉及，只是後來發現即使放寬，就像現在行政程序法和

41

解契約，或行政訴訟法和解契約，有挑戰到合法性要 件的認定，不是說想調解就調解，想和解就和解，基本上有前提要件，不涉及法律見解商議，偏向事實爭執，如有限度的放寬，對於緩和僵局，應有所幫助。

游委員瑞德：

一、目前調處案件數雖然少，但主動向當事人表示以調處 方式處理並無不可。資料也顯示，行政訴訟法上有和 解程序，郭老師說實務上稅法沒規定成立和解，實際 上，我在訴願機關服務時也曾主動試行和解，雖然法 條沒規定，但覺得能把爭議解決就好。我在行政院公 共工程委員會當諮詢委員時，有很多案子都試行和解，我的經驗是，有時行政機關作成處分後，自己無 法變更，因為涉及會計、政風等各方面，由於案件本 身有些問題，沒辦法照程序走，如果有客觀第三者可 以幫忙試行和解，說背書也可以，既然是客觀第三者， 由其提出一個新的結論，大家都接受，問題就解決。調處的功能事實上是存在的，可能目前案子還不太多，將來是一個可行的方案。

二、調處是要看能不能雙方都讓步的標的才行，假如雙方 沒辦法讓步，考績是乙等，要改成甲等，或是丙等改乙等，單位作法沒辦法改變，那就無法以調處解決； 可是有些事項是可以和解，公務人員保障事項並不是不能調處，所以我建議將調處納入復審程序。

張教授桐銳：

42

一、贊成調處範圍可以擴張。反對說認為調處事項侷限於再申訴案件，其主要理由在於「依法行政」，我們可以戲謔的說，是否再申訴程序就可以不「依法行政」。顯然不是，因為不論是管理措施或工作條件等，還是要依法行政。

二、反對說的用語雖然是「依法行政」，其實真正的意思不是依法行政。在「依法行政」之用語下，考慮的其實 是認為在管理或工作條件上，主管長官有寬廣的人事權限，法律拘束較低；若在復審程序，法律拘束較高。換言之，真正對應的，不是依法行政或非依法行政， 而是羈束或裁量。若此，復審與申訴就不適合作為分類基準，因為法律拘束到何種程度，係由個別法規決定，不能說申訴程序涵蓋的範圍，受法律拘束的程度就一定較低，復審程序所涵蓋的範圍，受法律拘束的程度就較高，所以這兩個程序本身就不適合作為基準。

三、不適合性尤其須考慮實務運作，其實沒有完全依條文來做。再申訴程序之要件雖是管理措施或工作條件之處置，但在操作上，其實只要不是行政處分，就到再 申訴程序。例如有一個懲處案件，被認為比較嚴重而予以免職，就要適用復審程序；如情節沒那麼嚴重， 可能只是記一大過，到申訴案件程序去了。在這裡處罰要件是相同的，同一個案件，可能只因為情節是否 嚴重的認定不同，就可能依復審或再申訴程序救濟。如果在復審程序就認為應依法行政，所以不可以調處，於再申訴程序就可以調處，這說法並無說服力。

43

可否調處應該有要件的考慮，申訴及復審程序的分野，不適合作為可調處或不可調處的基準，應該想辦 法另尋別的基準，要做更細膩的考慮，確定案件基準。

四、是否考慮於保障程序特別放寬？因為行政程序法的和解，可能是兩造當事人直接和解，無須依靠第三者， 在保障程序中之調處則是由保訓會以第三者立場主持，濫用和解的疑慮會更低。

劉庭長鑫楨：

一、幾個名詞概念必須分清楚，有關調處、調解、和解， 是否等同？調處由現行再申訴程序中，往另一個救濟途徑推展，是很好的議題，樂觀其成。但須評估其實 用性是否大於指標性，是否單純的指標性？

二、另一問題是，將議題提升至議案成為法律的必要性， 他們的思維說調處制度在同一系統的救濟途徑裡面， 由再申訴往前推到申訴，是否更簡單、更容易？若是更簡單、更容易，有無推展的必要性。若有，就再往前推展到復審程序，在同一系統往下推可行的話，往旁推就容易一點，且更直接。

三、訴訟上的和解成立後，有些配套措施，不是說和解不成立，繼續審判，調處不成立，就請求繼續復審或再申訴。調處若是兩造已經至某些程度，達成核心部分的一致性，可是還有一些沒有辦法達成一致性時，委員是否有權限作調處決定或調處處分，才有實益。

四、行政處分如有瑕疵，很好處理，該撤銷就撤銷，瑕疵

44

沒有達到重大，可以補正。行政處分如明顯有瑕疵， 委員會很好處理。問題是在妥適性，而不是合法性， 在合法性的問題，你能達成多少的和解、調解、調處； 這在妥適性的部分，有調處的空間存在，在合法性的 部分，有多大的調處空間存在？除非存在不確定的法 律概念，需要判斷餘地部分；但是可能在妥適性部分， 才有真正調處的空間存在。因為妥適性有多種選擇可 能性，才有一個雙方之間拉扯或讓步的結果，找出一 個雙方可以平衡的方案，這是很多方案可以選擇的時候。

五、人事制度有一個特殊性，就是上下隸屬關係，當事人對等性比較高，有別於民眾對政府，要調處有沒有對等，不會輕易讓步；但是上下隸屬關係，比較特殊， 雖然特別權力關係已經過時，但事實上還是存在，官等、職等、主任、官長、委員，有人類社會存在，就必有階級制度存在。

六、調處基本上仍有其差異性，事件的個別性，需要考量， 譬如可否作為調處的客體，這制度引進後，要詳加考量。

七、調處成立可能直接挑戰主管，不容易達成的原因在此， 尤其在復審制度中，調處更是直接面對主管機關首長的領導地位，若雙方並非完全同意，有些還是不同意時，如何處置？調處成立時，如發現調處無效事由， 應如何救濟？或調處成立時，發現調處違法，且重大疏失？再申訴制度中並未規定如何處理；但在訴訟

45

法，不論是民事訴訟法或行政訴訟法，因為不是每個人都百分百瞭解法律，當無效調解發生，怎麼處置？ 調處的引進，權限如何，是否可以作調處處分？不服調處處分時，如何處置？

楊法官惠欽：

一、是否立法將調處納入復審程序，可以說這制度設計了， 然後備而不用，但用的可能及機率大不大，應該是更要考慮。

二、當時立法草案將調處從復審程序刪除，是因為合法性 的考量，不是妥當性的考量，但為何在合法性的考量， 就不容許復審有調處的存在。倒過來思考，在復審案 件，什麼情況下可以調處，大概就是事實認定有爭議。當事人講的是一回事，機關講的是另一回事，機率雖 不大，但並不代表不可能發生，如有發生的可能，調 處就有存在的意義，不然從法律適用的角度，人事案 件雖有法律適用的困難，但並非調處在法律上容許之 運作方式，調處運作應是針對事實認定有困難的案件。

三、目前保障法第 5 章調處程序的規範相當簡單，可能是針對再申訴規範設計之故，後續設計是要把調處放入復審程序之重要問題。因為調處的定性與和解相同， 那麼調處書是要代替行政處分？還是代替復審決定？ 代替復審決定後，原先的處分是否要再作一次？相關的規範都要有。至於調處完畢後，可不可以再訴訟？ 又是另一個問題，均應考慮 。

46

張法官國勳：

主席，各位先進，這議題也是涉及立法政策問題，可 從三個層面探討：

一、第一是制度容許性，呼應劉庭長的意見，名稱為何用

「調處」？一般習慣用語，「調解」與「調處」其實是不同概念；調解是促成當事人和解，調處則是提出一 個類似仲裁的方案，二者後續的救濟途徑完全不同。針對調解，如有重大違法無效或得撤銷事由，就是請 求繼續審判或是請求續行審議的問題；如果調處有問 題，因為調處的性質屬於行政處分，則是向行政法院 提起救濟的問題，是完全不一樣的救濟程序。我上網查詢調處的審議規則，這裡所謂的調處比較像是調解，經當事人同意並簽名，案件就終結，比較像訴訟上的調解。所以如果當初立法本意就是如此的話，是 不是名稱、用語要修正，比較符合慣用語，以免誤解或混淆。但如政策上決定變成調處，我的態度會比較保留，因為會讓貴會「公親變成事主」，本來是幫忙人家調處，調處不成續行審議；但如果是調處失敗，到時候貴會會成為行政訴訟的被告當事人，而且造成救濟制度和行政程序的混淆。

二、其次就行政契約是否容許和解契約的論證，從紓解訟源的角度，復審程序本質上沒有不得設置調處制度的道理。否定說或保留見解係源於採依法行政原則，我 想到以前擔任考績委員的經驗，常常面臨個案發生要適用公務人員法規時，這條法律到底要如何解釋的問

47

題。我找了與保障有關係或是與身分有關係的考績法 規定，例如一次記二大過免職或年終考績丁等的事 由，基於法律保留原則而在考績法中已有明定。可是 這些條款有太多抽象的不確定法律概念，譬如說：什麼是「品行不端」？還有諸如「情節重大」、「不良後 果」、「影響聲譽」、「執行國家政策不力」。從這角度來看，行政機關不可能完全沒有解釋的空間，也就是說 除事實不明外，法律可能也有不明確的情形，其實這 樣反而有很大的和解空間，除非有合法行政先例，或 是有統一的標準，否則在無行政先例，或統一標準可以遵循情形下，這些都是調處制度存在的空間，所以 我不認為調處制度於復審程序比再申訴程序存在的空 間要小，更何況具有人事專業的保訓會來進行調處會更適合，因為你們有更高的專業素養，甚至會比法官更瞭解在做訴訟上調解或和解時，調解內容到底有沒有違反哪些法令規定，所以在制度容許性方面，我是採取比較肯定的見解。

三、不過也要呼應剛剛先進提到配套措施的問題，再申訴程序也沒有將此部分規定進去，所以不論再申訴或復審程序，如將調處制度納入，第一個要考慮的就是要件問題，什麼樣的情形下可以進行調處？縱因擔心無法窮盡列舉，或是擔心綁手綁腳，所以故意不去明定， 則可考慮適用行政程序法中和解契約的要件；但為避免下一個討論修法可行性疑慮時，怎樣去說服立法委員或相關機關未出賣公權力，未違反依法行政原則， 則應透過要件去規範，否則依現行再申訴程序的規

48

定，短短幾個條文，其實並沒有規範什麼情形可以調處、什麼情形不可以調處，修法上就可能會有疑慮。其次就調處有瑕疵時，確認調處無效或撤銷調處，並請求續行審議的制度，也有必要明定。例如依公務人員再申訴事件調處實施要點第 9 點規定，在調處過程中，當事人遇到類似情形時，應循何種救濟管道，相 關制度有必要加以建立，除較為明確，亦可減少修法的阻力。

四、第二個就是修法可行性的問題，既然當時立法委員及 相關機關都有疑慮，將調處制度從復審程序中刪除， 如今要將其它規定進來，評估修法時就應思考如何進行遊說，並提出一個漂亮的法案，這是另一個需要考慮的問題。

五、第三個是修法效益評估部分，這涉及到如果立法欠缺 明確性，會影響公務機關接受與否的心態，當它越需 要負更大責任時，就愈不敢進行調處，故於制度設計上如愈明確，公務機關就愈願意接受保訓會的調處。

主 席：

今天與法界、法院先進座談收獲很多，謝謝各位撥冗與會。各位的意見，我們將作為檢討研修公務人員保障法制重要參考。

49

貮、100 年保障法制研討會

一、專題演講

德國的公務員權利保護 作者：Christian Starck 教授

譯者：陳愛娥

〈論文〉本文綱要

壹、公務員的法律特殊地位 貳、法院之外的權利救濟手段參、公務員在法院的權利保護

一、行政審判權

二、行政法院的救濟途徑三、訴訟種類

四、判決內容

五、上訴（Berufung）與複審（Revision） 六、暫時性權利保護

肆、個別的法律情境

一、功績原則與競爭者訴訟二、男女平權

三、公務員的忠誠義務四、公務員的兼職

50

壹、公務員的法律特殊地位

公務員的權利保護取決於其憲法上的地位（基本法第33 條第 4 項、第 5 項），聯邦與各邦公務員法進一步具體化此一地位。依據基本法第 33 條第 4 項，高權性權限的執行，

「作為經常性的任務，通常應託付予處於公法上職務與忠誠關係（亦即公務員關係）的公務員」。公務員與國家處於一種特別的法律關係，其主要特徵為：負責、合憲且合法的職務行為以及，公務員之忠誠義務與國家之照顧責任的 平衡關係。

此外，公職務亦由職員與勞工遂行，聯邦、各邦、地方自治團體與其他公權力主體依民法典第 611 條以下規定與彼等訂定僱傭契約，並以團體協約補充其內容。職員之權利保護由勞工法院管轄。未賦予公務員地位之公職務職員，並非本文的處理對象。

公職務法（Das Recht des öffentlichen Dienstes）是在考量職業公務員制度的傳統原則下（基本法第 33 條第 5 項） 而為規定。此等原則乃是職業公務員制度的建構性原則

（Strukturprinzipien） 。其同時亦為公務員的個人權利，就此，其享有提起憲法訴願之權（基本法第 93 條第 1 項第 4a 款）。聯邦憲法法院承認的傳統原則包括：作為特殊地位的公務員關係 、通常應任命具專業知識要求之終身職主要職

1

2

BVerfGE 8, 332, 343.

1

BVerfGE 43, 154, 167.

2

51

務（Hauptberuf auf Lebenszeit） 、功績原則與職務系統原則（Laufbahnprinzip） 。公務員的義務包括：政治上的忠誠義務 、不偏不倚的執行職務 、職務上的保密義務 、罷工禁止。下述職務首長（Dienstherr）對公務員的照顧義務， 也屬於職業公務員制度的傳統原則：維護其實體上的利益

3

4

8

5 6 7

（與職務相當的薪俸 、遺屬的撫卹 ）與法治國要求的程

9 10

11

序利益 。前述受憲法保障，並經相關公務員法詳予規定的

原則，正是公務員權利保護的相關法律素材。

貳、法院之外的權利救濟手段

提供機關內部的權利保護（此即法院之外的權利保護），亦屬國家的照顧義務。聯邦與各邦的公務員法規定，公務員得循職務途徑提出申請、申訴，並得申訴至最高職

12

務機關（oberste Dienststelle） 。此一保障源自受憲法保護

BVerfGE 9, 268, 286；部分工時的任命應屬例外。

3

BVerfGE 71, 255, 268.

4

BVerfGE 39, 334, 346; 43, 154, 165.

5

BVerfGE 9, 268, 286.

6

BVerfGE 28, 191, 200f.

7

BVerfGE 44, 249, 264.

8

BVerfGE 83, 89, 98.

9

BVerfGE 70, 69, 80f.

10

BVerfGE 8, 332, 356f.

11

公務員框架法(BRRG)第 60 條、聯邦公務員法（BBG）第 171 條、下薩克森邦公訴員法（NBG）第 104 條。

12

52

的請願權（基本法第 17 條），據此，任何人均享有，本於個人或團體的名義，以書面向有管轄權的機關或民意代表提出請求或申訴之權。機關內部的權利救濟手段應由機關 受領，必要時並應轉交有權機關。有管轄權的機關負有審查其申訴的義務，並應附具理由，對申訴作出決定。

公務員亦得向獨立的，質言之，不從屬於部會指示階

（Weisungshierarchie）的人事委員會（Personalausschuss） 提出申訴。作為聯邦人事委員會或邦人事委員會，其負責確保公務員法規執行上的一致性。其得建議排除適用公務員法規之缺失，並提出修改的建議。

13

依聯邦與各邦人事代表法設置的人事代表會

（Personalrat），與人事委員會不同。人事代表會乃是受僱人參與決定（Arbeitnehmermitbestimmung）的機關，其不僅

14

代表公務員，更及於機關的所有從業者 。其任務包含：受

領受僱人的建議與申訴，如認其有理由，則應藉由與機關首長的協商，促其解決 。

15

除在此提及的，循職務途徑、向人事委員會或人事代表會提出申訴的 3 種可能性外，尚存有提起訴願的權利救

濟手段（行政法院法〔VwGO〕第 60 條以下）。因訴願屬法院救濟途徑的訴之前提要件，應於下章處理。

參見 BRRG 第 62 條、BBG 第 97 條、NBG 第 99 條第 1、2 項。

13

聯邦人事代表法（BpersVG）第 1 條、第 12 條、第 46 條、第 66 條以下。

14

BpersVG 第 68 條第 1 項第 3 款。

15

53

參、公務員在法院的權利保護

公務員在法院的權利保護因下述基本法第 19 條第 4 項的規定，受到憲法的保障：「權利受公權力侵害者，均享有權利救濟管道」。權利救濟管道意指法院的權利保護。

一、行政審判權

基本法第 92 條至第 104 條規定了司法權的建制與功能。依基本法第 92 條，司法權託付予法官，由聯邦憲法法院、聯邦法院與各邦法院行使。行政審判權係司法權的專

16

## 業性分支。行政審判權的作用方式規定於行政法院法 。依

行政法院法第 2 條，各邦應設置行政法院、單一的高等行政法院，聯邦應設置聯邦行政法院（設於 Leipzig）。

所有各法院法官的憲法地位，均由基本法第 97 條第 1 項規定如下：「法官應獨立（審判），僅受法律支配」。非依法不得將其免職、調任（基本法第 97 條第 2 項）。行政審判權與執行權性質的行政機關應嚴予劃分。

二、行政法院的救濟途徑

偏離行政法院法第 40 條的規定方式，公務員之訴均由

行政法院管轄（公務員地位法〔BeamtStG〕第 54 條第 1 項）。據此，違反公法義務而生之損害賠償請求權以及，因公益遭受特別犧牲而生之財產請求權，應由普通法院審理的一般性指示（VwGO 第 40 條第 2 項），即不適用於公務

1960 年 1 月 21 日公布，1981 年 3 月 19 日的版本（BGBl. I, S. 686），最後修正：2010年 12 月 22 日（BGBl. I, S. 2248）。

16

54

員之訴。藉此，所有公務員法上的爭議，得集中於一個法院系統處理。此亦適用於退休狀態之公務員、其遺屬之訴以及，職務首長對彼等之訴。

此外，所有公務員之訴均須經訴願程序（作為訴之前提要件）。此既適用於給付與確認訴訟，亦適用於對最高職務機關之決定提起之訴（偏離 VwGO 第 68 條之 BeamtStG 第 54 條第 2 項）。對公務員之訴的前揭特殊規定，其目的在於：在法院處理所有此類訴訟案件事件前，相關請求均須經機關內部審查。這也顯示，公務員與國家處於一種特別地位關係。

行政法院法第 68 條第 1 項第 1 句規定，行政機關於訴願程序中得審查行政處分之合法性與妥當性。反之，法院 僅能審查，被爭議之行政處分是否合法（VwGO 第 113 條第 1 項、第 114 條）。正因訴願程序中得以對行政處分作廣泛的審查，原告亦享有在機關進行前置程序之利益。此外， 公務員亦得循職務途徑提出申訴，於此，同樣得由妥當性 與合法性的雙重觀點作出決定。然而，因為循職務途徑提 出的申訴不能導向法院（途徑），為能起訴，公務員傾向提起訴願。如同循職務途徑提出的申訴，訴願程序中同樣得 審查相關爭議處分的妥當性。

三、訴訟種類

行政法院法規定了如下的訴訟體系：

─訴請撤銷行政處分，即所謂撤銷訴訟，依據行政法院法第 40 條第 1 項。行政處分概念是德國行政法的

55

關鍵概念。聯邦行政程序法（VwVfG）第 35 條第 1 句定義行政處分如下：「行政處分係行政機關為規整公法領域的個案，所為之任何對外直接發生法律效果的處分、決定或其他高權措施」。

─訴請作成行政處分，即所謂的課予義務訴訟，亦規定於行政法院法第 40 條第 1 項。

─此外存在一般給付訴訟（VwGO 第 43 條第 2 項），給付的概念意涵甚廣。據此，無論訴請給付一定金額、實施事實行為，或訴請不作為、為特定表示， 均得為之。

─確認訴訟（VwGO 第 43 條第 1 項）有兩種形式。如其有即受確認之法律上利益存在，原告得請求確認法律關係存在或不存在，或確認行政處分無效。只 有當原告的權利不能藉前述訴訟種類加以維護時， 始得提起確認之訴。

只有當原告主張，因行政處分或不為行政處分，致損害其個人權利時，始得提起撤銷訴訟或課予義務訴訟

（VwGO 第 42 條第 2 項的明文規定）。同樣地，所有其他訴訟之提起，均以原告個人權利受損害為前提。如是，所有公益訴訟均被排除。起訴的公務員必須釋明，其個人權利受到損害。

正是在公務員法（的領域），撤銷之訴中涉及的究竟是行政處分或只是內部職務的法律行為（ innerdienstlicher Rechtsakt），具有重要意義。在此取決於行政處分的決定性

56

要素－「對外直接發生法律效果」。有嘗試藉由基礎關係

17

與管理關係的概念組加以區分者 。管理關係中的措施並未

影響公務員的主體性，反之，在基礎關係中作成的行為則涉及公務員的主觀法律地位。藉此粗略的劃分解決了大部分的問題。據此，行政處分包含：設定、終止公務員關係， 或改變其內容（陞遷、借調、調任）之行為。涉及作為職務人員（Amtsperson）之公務員的措施則非行政處分，例如對特定職務行為的指示、指定職務空間、在同一機關內的調職、指定其他任務。

18

工作證明書雖具有對外效果，但並未作成規整 。假使

欠缺行政處分界定意義上的規整，因此不許提起撤銷之訴的話，仍可藉助給付之訴或確認之訴；在變更任務或機關內的調任具有歧視之情形，也可以求助於給付之訴或確認之訴 。

19

四、判決內容

在公務員法的領域，維護法律的法官面對公行政，仍 然是以宣示判決的方式行使其權力。首先應說明，撤銷訴訟之判決的相關規則。法院如認定被訴請撤銷的行政處分違法並因此侵害原告的權利，則應廢棄行政處分與訴願決定（VwGO 第 113 條第 1 項）。因法官享有撤銷權限，其宣示之判決係一種形成性的法律行為。如行政處分已執行完

Ule, VVDStRL 15 (1957), S. 151f.

17

BVerwGE 28, 191, 192; 49, 351, 353.

18

類似的案例：BVerwGE 60, 144, 148ff.

19

57

畢，法院得依聲請，命行政機關如何就行政處分的執行為 回復原狀之措施。僅於行政機關可得為之，且此事已「適 於裁判」為限，始得為前揭宣示。只有在已能作出終局決 定時，事情才算「適於裁判」。如原告請求變更確定金額（例如公務員薪給）之行政處分，法院得確定其他金額。

行政法院法第 113 條第 4 項規定，結合形成性之廢棄決定與機關應為給付之義務的情形：除廢棄行政處分外， 如得併行請求給付，於同一程序中，亦得就給付為判決。 針對課予義務之訴，行政法院法第 113 條第 5 項規定：如拒絕或駁回行政處分之聲請，並因此侵害原告之權利，且 此事已「適於裁判」時，法院得判命行政機關作成被聲請 之職務作為。如其不然，則法院應判命行政機關，遵照法 院之法律見解對原告為決定。

公務員法上的判斷可以和考試的情形相比擬。二者均

20

存在判斷餘地 ，因此僅受行政法院有限的審查。類此亦適

用於，對於競逐公務員職位或更高職位之陞遷機會的競爭者所為之選擇決定。

針對法院關於裁量決定的審查，行政法院法第 114 條規定：法院僅審查，行政處分是否（1）因裁量逾越法定界限，或（2）因裁量權的行使不符合授權之目的而違法。

五、上訴（Berufung）與複審（Revision）

作為不服行政法院判決的權利救濟手段，得向高等行

BVerfGE 39, 334, 354; BVerwGE 92, 132, 137; 93, 281.

20

58

政法院提起上訴（Berufung），及向聯邦行政法院提起複審

（Revision）。諸多法律包含例外規定：有不許提起上訴或複審者，有僅在特別嚴格的條件下始得容許者，亦有要求須經特別許可者。此外，行政法院法在 1996 年作了如下的修正：所有對高等行政法院所提上訴，均須經該高等行政 法院或行政法院許可。依行政法院法第 124 條第 2 項，只有當判決的正確性顯然可疑，或者該法律事件具有特別的事實上或法律上的困難，或者該法律事件具有原則上的重 要性，或者該判決背離更高層級法院的裁判，或者當事人主張，判決植基於程序性的瑕疵，始得提起上訴。

與此相類，只有當高等行政法院許可，或者當聯邦行 政法院基於異議而為許可，始得向聯邦行政法院提起複審

（VwGO 第 132 條第 1 項）。除行政法院法第 132 條第 2 項所列舉的複審理由外，在公務員法的領域，當判決與其他 高等行政法院見解分歧時，亦得提起複審（VwGO 第 191 條，BRRG 第 127 條第 1 款）。聯邦行政法院通常僅得指摘聯邦法的違反（VwGO 第 137 條第 1 項）。公務員法領域裡的複審，得主張牴觸基本法第 33 條、第 3 條與聯邦法律之規定，亦得主張，對邦法的解釋牴觸上述規範。訴諸基 本法上的基本權規定，亦得作為向聯邦行政法院提起複審 的理由。聯邦行政法院在複審程序中通常不須審查，是否 違反邦法。然而，為確保公務員法在整個聯邦領域的一致 性，公務員法作了例外規定（VwGO 第 191 條，BRRG 第127 條第 2 款）。

59

六、暫時性權利保護

異議與撤銷之訴均有拖延作用，質言之，具有暫時停 止的效果（VwGO 第 80 條第 1 項）。這意謂，被攻擊的行政處分將暫時不發生法律效果。行政不能執行它，第三人 亦不能本此有所主張。在法律列舉的若干情況（VwGO 第80 條第 2 項），將喪失暫時停止的效果。但其並未涉及公務員法的典型案件情境。

暫時性的權利保護也包含，對爭議標的作暫時性規制 的假處分（einstweilige Anordnung）（VwGO 第 123 條第 1

項第 1 句）。如聲請人嘗試，由行政機關取得行政處分或其他給付，並且聲請人之權利因現狀變更，有不能實現或甚 難實現之虞時，法院得於起訴前針對爭議標的作成假處分。為防止重大之危害或避免急迫之危險，假處分亦得就 爭執之法律關係規定其暫時狀態（VwGO 第 123 條第 1 項

第 2 句）。

應該特別強調，諸如假處分或回復暫時停止的效果

（VwGO 第 80 條第 5 項）之類的緊急性措施，在德國行政法院程序中極為重要。有鑑於此類訴訟程序持續經年，藉 緊急性措施對爭議作暫時性規制的可能性，具有重大意 義。因為權利保護的實效性（Effektivität）（基本法第 19 條第 4 項）也要求權利保護的及時性（Rechtzeitigkei） 。

21

必要的緊急性措施之案例尤其顯現在建築法 Baurecht

21

Peter Michael Huber, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. I, Art. 19 Rn. 479ff.

60

與公務員法的領域。例如藉由假處分的聲請，主張其更適 宜該當職位的競爭者就可以阻止終局的、無法廢止的公務 員任命處分。在我隨即將例示性地處理 4 種法律情境的各論部分，將進一步處理此議題。

肆、個別的法律情境

在涉及公務員任命與陞遷的脈絡裡，功績原則與競爭者訴訟（1），以及男女平等處遇（2）扮演重要角色。政治上忠誠義務的傳統原則（3）則不論對任命或任職期間，均有其作用。嚴重違反忠誠義務的情況，甚至可以導致免職 的後果。最後將處理公務員兼職的問題（4）。

一、功績原則與競爭者訴訟

依據基本法第 33 條第 2 項，每個德國人，依其適性、能力及專業能力（ Eignung, Befähigung und fachliche Leistung），享有平等擔任所有公職務之機會。選擇最優者不僅是平等原則的誡命，同時也是公共利益的要求。因此，

22

所有空缺職位均應公開召募 。在德國，政黨、社會團體均

嘗試，基於政治考量而為職位分配。對此之有效的對抗手 段即是競爭者訴訟。任何申請經公開召募之職位而落空者，如認其資格優於被選擇的競爭者，即得提起課予義務 之訴，請求被任命為該當職位的公務員，同時撤銷對競爭 者作成的授益性處分。假使競爭者已被任命為公務員或已

22

Monika Jachmann, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., 2010, Bd. II, Art. 33 Rn. 16.

61

被陞遷至更高職位，則課予義務之訴即欠缺權利保護必

23

要，蓋基於職務穩定性原則，不許撤回公務員法上的任命 。

因此，只有藉由暫時性權利保護，有效權利保護才能 落實。依行政法院法第 123 條，得聲請假處分。行政法院法第 123 條第 1 項規定：「如聲請人之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞，即使在起訴前，亦得聲請法院 就爭議標的為假處分」。其得命行政機關，在法律爭議終結前，不得就相關職位為終局之任命。暫時性權利保護能實 際發生效果的前提是：就將任命被選出之競爭者一事，失敗的競爭者能事先收到通知。基本法第 33 條第 2 項所定之基本權性質的平等對待請求權，程序上係藉由及時告知徵 求程序之結果的請求權尚得以確保。

假使行政機關就選拔決定怠於或遲於通知，違法被拒 絕的競爭者得依基本法第 34 條、民法典第 839 條請求損害

24

賠償 。藉此，國家賠償請求權支持被拒絕的競爭者，並強

制要求，公職務領域應採取透明的人事政策。假使涉及到陞遷的召募，機關首長必須證明，其決定與其先前已確定的選拔標準相符。如其不然，或者失敗的競爭者較勝出者更符合標準的要求，對於提出國家賠償之請求者，即必須賠償現行薪給與更高職位薪給的差額。假使機關首長在調

25

查事實時未盡協力義務，也可能導致此等責任 。選拔程序

中可能發生的瑕疵包括：選出顯然較不適任者、未充分紀

BVerwGE 80, 127, 129f.

23

BGH, JZ 1996, S. 146 ff. mit Anmerkung von Peter M. Huber, S. 149ff.

24

BVerwGE 124, 99, 109.

25

62

錄程序進行，或者被拒絕之申請者在程序中受到不公平對 待的瑕疵。在此類案例，將判命機關：以避免法律瑕疵的 方式重行進行程序。

二、男女平權

在公務員之任命與陞遷時，應遵守基本法第 33 條第 1

項、第 2 項的平等規定。對此等規定的解釋，將受制於基

本法第 3 條第 2 項第 1 句所定，男女平權的要求。男女雖應享有平等的法律地位，但此並不能始終導致公務員任命與陞遷時男女事實上的平等；在此，女性大致仍屬少數。基本法第 3 條第 2 項第 1 句只要求國家，應賦予男女法律上的平等地位。在實際上嚴重不平等的情況，法律上的平等地位通常不能導致事實上的平等。法律上的平等最多只能促成機會平等，長期而言，其亦屬導向事實上平等之路。

假使從基本法第 3 條第 2 項第 1 句推導出男女事實上

的平等之要求的話，將使基本法第 3 條第 2 項第 1 句的個人權利特徵喪失。其將移轉到一種一般並不熟知的集體層次，如是，主觀的個人權利被轉換成一種不明確的團體權， 就此，個人得依法律明確的規定而為參與。此等見解不為 德國法院與歐洲法院所採納。

基本法第 3 條第 2 項被補充了下述語句：「國家應促進男女平權之實際貫徹，並應排除現存的不利益」。基本法第3 條第 2 項的此一補充，規定了一項國家目標，藉此課予相關有管轄權之機關，採取拉近男女生活關係之措施的義務。國家目標應該在遵守藉權限、基本權與其他具拘束力

63

26

之規定而劃定之憲法界限下，加以實現 。聯邦憲法法院適

切地指出，包含於社會國原則之社會性補償（ sozialer

27

Ausgleich）的國家目標，只能在法治國的界限內加以實現 。

類此說明也適用於基本法第 3 條第 2 項第 2 句規定的國家目標。促進女性與男性「平權之實際貫徹」時，仍然必須遵守，基本法第 3 條第 2 項第 1 句與第 3 項第 1 句關於性別之嚴格的歧視禁止，質言之，個人請求平等對待之權。因此，如競爭者功績相等，在達到法律規定的名額比例前，應優先進用婦女之功績相關的保障名額規定，即被 法院認定違憲 。蓋基本法第 33 條第 2 項並未承認性別為可容許的差別待遇標準，而且基本法第 3 條第 2 項第 1 句、第 3 項第 1 句也明白禁止以此為選拔標準。

28

此種解釋結果與歐洲法院的司法實務相符；其認定， 功績相關的保障名額規定與 1976 年 2 月 9 日執委會關於實現在進用管道上、職業訓練、職業陞遷及工作條件的男女

29

平等對待原則之指令（RiL 76/207 EWG） 不符，其亦適用

## 於公務員法。

法院區分，與請求平等對待之個人權利相符的機會平等之促進以及，與前述權利牴觸之結果平等的促成。

Christian Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Kommentar zum Grundgesetz, 6. Aufl., 2010, Bd. I, Art. 3 Rn. 311 ff.

BVerfGE 88, 203, 319.

26

27

OVG Münster, DVBl. 1991, S. 118, 120; OVG Lüneburg, DVBl. 1995, S. 1254, 1256.

28

EuGH v. 17.10.1995 – Kalanke, JZ 1996, S. 196 ff. mit Anm. von Starck; EuGH v. 11.11.1997 – Marschall, JZ 1998, S. 139 ff. mit Anm. von Starck; EuGH v. 28.3.2000 – Badeck, JZ 2000, S. 667 ff. mit Anm. von Starck.

29

64

三、公務員的忠誠義務

公務員對國家及其憲法負有特殊的政治性忠誠義務， 此乃傳統且應遵守之職業公務員原則（基本法第 33 條第 5 項）。因此一原則的適用，前一世紀的 60 與 70 年代，在法院發生了許多爭訟。其一方面涉及公務員任命的拒絕，另一方面涉及藉懲戒程序對公務員所為免職。

在諸多行政法院的裁判之後，聯邦憲法法院在 1975 年

5 月 22 日作成裁判，並由前揭原則推導出下述原則 ：

30

政治性忠誠義務尤其要求公務員，應明確地與抨擊、攻訐與詆毀合憲秩序與依憲法設置之機關的團體、活動保 持距離。公務員被期待，其承認國家與憲法為高度積極性價值，值得加以支持。

在進入公務員關係時，求職者必須擔保，其將隨時維護自由民主的基本秩序。求職者是否提出其被要求的擔保，對此之確信植基於對求職者之人格的預測判斷，並且以諸多因素及其評價為基礎。隸屬某一以敵視憲法為目標的政黨，自屬判斷候補公務員之人格的重要部分，且並不取決於該政黨曾經聯邦憲法法院依基本法第 21 條第 2 項加以禁止。

對試用階段或得廢止職務之公務員，通常得以違反忠誠義務為理由，正當化其免職。對終身職的公務員，則得因相應之職務義務的違反，依正式的懲戒程序決定撤職。

BVerfGE 39, 334, 348, 350, 352. 總括性說明：要旨第 2、3、4、5、8 點。

30

65

對此等決定，無論如何均得向行政法院起訴表示不服。四、公務員的兼職

公務員的兼職，也可能是機關首長課予的義務（BBG 第 64 條、NBG 第 71 條）。例如可以要求一位地方自治團體的公務員，擔任市立事業機構的商業主管。課予義務的 行為乃是行政處分，對此可提起訴願、行政訴訟。至於權 利救濟手段有無成效則取決於，其對公務員時間上的負擔 以及兼職活動是否享有報酬。

然而，兼職通常涉及的是：公務員得從事兼職的權利。相關公務員法律區分須經許可與不須經許可的兼職活動。即使不須經許可的兼職，亦得規定報備義務，報備內容包括報酬及其他利益。不須經許可之兼職的事例包括：公務員自有財產的管理、寫作、學術、藝術與演講活動以及， 維護工會或職業團體之職業利益的活動（BBG 第 66 條第 1 項）。只要此等活動不致影響職務義務，即受基本法第 14 條、第 5 條與第 9 條的保障。

須經許可的兼職則取決於，就其所花費的時間與其內 容而言，兼職是否將與職務義務相衝突（BBG 第 65 條第 2 項）。許可性質上是行政處分。如不為許可，亦得提起訴願、行政訴訟。如已從事兼職，而機關首長加以禁止或限制， 就此亦得提起訴願。訴願具有暫時停止的效果（VwGO 第80 條第 1 項）。公務員得繼續兼職，而毋須擔憂必須承擔懲戒法上的後果。然而，行政機關得宣告立即執行禁止命令

（VwGO 第 80 條第 2 項第 4 款）。公務員得向法院聲請，

66

回復暫時停止的效果（VwGO 第 80 條第 5 項第 1 句）。

關於兼職是否須經許可，行政機關與公務員可能會發 生爭議。假使公務員從事的兼職活動，機關首長認為須經 許可，則其可開始懲戒程序。最終應由懲戒機關於此一程 序中決定，兼職是否須經許可。公務員如希望避免此等程 序，在訴願無效果後，得提起確認之訴，請求確認此等兼 職不須經許可。

\*

藉此，我在訴訟法的相關脈絡裡，就公務員的訴訟可 能性與典型的實體法問題作了概述。接下來的討論可以探 討，尤其是貴國當下的其他問題。

67

〈研討紀錄〉

專題演講；德國公務員之權利保障演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

首先 Starck 教授提到他經常來臺灣，而且作了很多演講，可能超過 30 次，但是他是第一次講公務員法，然後他先前也跟我說過，他特別為了這個部分，做了一些研究， 這是首先要說明的。然後他也表示說，非常榮幸有機會在 這個地方跟很多公務員分享關於這個公務員法上面的法律 關係，開始他針對他這篇演講的整個提綱做了說明，然後他提到說，他主要的目的是要指出公務員在憲法上的特別 地位，之後再來討論，一般性的來講這個賦予給公務員權 利救濟手段有那一些，包括在法院之外，跟在法院裡面的這個權利救濟手段。最後的部分，他主要說明，有些特殊的案例類型，然後這一些特殊的案例類型，包括所謂的競爭者訴訟，男女平等，公務員對國家的忠誠義務，以及公務員的兼職關係，但因考量到時間的關係，我剛剛出去跟 他討論，因為他講德文讓大家太無聊，所以他德文講的短， 叫我中文講的長。這個就是照他所提到的這個中文的內容，跟大家做比較詳細的說明，對大家可能會比較有趣。

然後他剛開始提到的，其實就是公務員法律上的特殊 地位這個部分，在這個部分，其實大家可以看到會議資料 有提到德國公務員的權利保護是在憲法上面已經有明定， 這是規定在他們基本法第 33 條的第 4 項、第 5 項，以及第

68

3 條第 4 條，第 33 條的第 4 項特別規定，關於高權權限的執行，通常應該交付給處於公法上職務關係，與忠誠關係 的公務員。然後在這個公務員關係裡面，公務員的忠誠義 務，這是公務員對國家，然後跟國家對公務員的照顧義務， 兩者要處於平衡的關係。

此外，他也指出，事實上在基本法第 33 條第 5 項，特別規定到，這個傳統的公務員制度是受到憲法的保障的， 所以公務員法，其實根本而言，就是在各邦跟在聯邦的公 務員法，基本上就應該要進一步的具體化。所謂的傳統， 這個受憲法保障的傳統公務員制度，包含哪一些內容，就 這個部分，基本上透過德國的憲法法院，就是德國聯邦憲法法院已經明白承認的這個傳統公務員制度的原則，包括第一個，這個作為特殊地位的公務員關係，然後應該要任命具有專業資格的終身職，終身職主要職務的這個公務員，然後我們大家熟悉的功績原則，以及所謂的職務系統 原則，這個部分有點像我國簡薦委官等的區分。

另外一個面向是公務員的義務，也包括政治上的忠誠 義務，公平公正不偏不倚的執行職務，職務上的保密義務， 以及禁止罷工。但是相對於此，剛才也提到說，這個職務 首長，對於公務員也負有照顧義務，然後職務首長對於公 務員負有的照顧義務，這個也屬於傳統公務員制度的原則，它包括應該要維護公務員實體上的權利，譬如說跟職 務相當的薪俸、對於他的遺族的撫卹，與在法治國家裡面 要求的程序上面的保障，這些要求，所謂傳統的制度性保 障，以及傳統公務員原則，基本上都要透過各該聯邦與各

69

邦的公務員法律加以明定。

演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

往下 Starck 教授，就開始說明他的第二個部分的演講內容，就涉及到對於剛才所提到的公務員的權利，這個提 供的救濟手段，如同提綱所提到的，包括兩大類型，首先 大的類型是在法院之外的救濟手段，另一種是在法院的救 濟手段。首先提到在法院之外的救濟手段，基本上他提到 4 種類型，第一種類型，是依照職務的途徑，對於職務機關， 提出請求，提出申訴，然後可以申訴到最高的職務機關， 這是一種作法。這種作法，事實上是等於在行政內部的申 訴途徑，機關有義務要接受這個申訴，這個部分的基礎， 在基本法裡面有明白的規定，所謂的請願權，類似我們的 請願權，憲法上的基礎在此，這是第一個可能途徑。

第二種類型法院以外的權利救濟手段，是對於相對獨 立的人事委員會提出申訴。事實上這個人事委員會在聯邦，因為這是一個聯邦國家，在聯邦跟各邦都各自有它的 人事委員會，這個委員會是不從屬於部會指示，其實這有點類似保訓會，是一個所謂的獨立機關。然後，它也某種 程度負責確保公務員法規，執行上面的統一，然後也可以建議排除一些適用公務員法規所產生的缺失，然後可以提 出修改的建議，這是第二種類型所謂的這個法院外的救濟 手段。

第三種類型是在聯邦跟各邦，都設有所謂的人事代表

70

會，這個人事代表會，跟剛才所說的人事委員會是不太一樣的，這個人事代表會，基本上是受僱人的代表所組成的， 這個受僱人不僅包括公務人員，也包括一般的受僱人，就是在公部門裡的受僱人。它主要是代表這個受僱人，保障他的權利，這是第三種法院外的救濟管道。

第四種在法院外的救濟管道，比較是屬於曖昧的情況，基本上就是我們一般所謂的訴願途徑，類似我國復審的途徑。為什麼說它不那麼容易把它說成真正的法院外救濟管道，原因是它事實上就如同我們的復審，在德國的訴願事實上是提起行政法院的前提要件，他某一種程度，事實上也是法院救濟途徑的一環，就是在前置的手段。

演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

往下這個就開始說明，關於這個在法院裡面的公務員的權利保護，這個部分應該一開始就提到，關於公務員在法院的權利保護，它在憲法上的依據，在德國也一樣，是在他們的基本法第 19 條第 4 項，其實一般人民也一樣，就是只要當他的權利受到公權力的侵害，都享有權利救濟管道，這是第一個說明。

第二個要說明的是，基本上關於公務員的權利保護， 事實上是透過所謂的行政法院的審判權，然後來執行。事實上一般行政法院的裁判制度，基本上適用於公務員與適用於人民，90%沒有太大的差別。所以它基本上也還是先從所謂的一般的在行政法院的救濟，然後跟訴訟程序是如何

71

進行來說明，只有在公務員法這個部分有特殊的地方，特 別再強調，大致上的情況是如此。關於這個德國的行政法院，事實上是屬於審判權的一個分支，其實就如同我們的情況，只是說他們的分支更為複雜，譬如說還包括其他勞 工法院、財政法院等等。關於這個行政法院的救濟途徑， 基本上如剛才所說明的，必須要先提出訴願，才可以進入到法院的救濟管道裡面，這個部分，其實就是公務員法的 第一個特色，因為事實上在德國並不是所有的人民跟機關 之間的爭訟，都要先經訴願程序，其實也如同我國的制度 一樣，在我國現行行政訴訟法的制度裡面，必須只牽涉到 行政處分，或者是請求作行政處分的時候才要先經訴願， 但是在公務員法裡面是特別明定，無論如何都要先經訴願 程序，其原因何在?是因為在我國法其實也一樣，實務上面運作可能是另外一種情況。在德國法上面，在訴願程序裡 面可以審查行政處分，不是只是可以審查它的違法性，當 然包括審查它的妥當性。但是在法院的階段，事實上就只 能夠審查行政處分的合法性，所以就公務員來講，事實上所有的爭議都有經過行政法院，事實上也有他的實益，就是他可以要求說，包括妥當性也一併得到審查。

至於訴訟的種類，事實上這個我們也不太陌生，跟我們行政訴訟法也很類似，首先是針對違法的行政處分請求 撤銷。另外有所謂課予義務訴訟，是請求要作成行政處分， 另外與行政處分無關的，例如是請求機關作成通知，作成 事實行為等等……，只要不牽涉到行政處分的請求，基本 上都是走所謂的一般給付訴訟，這個一般給付訴訟在德國法上面其實意義非常重大，原因是在我國如果沒有行政處

72

分，那我們大部分都是到再申訴為止，但是在德國，非關 行政處分的部分，事實上是可以提給付訴訟，這是很重大的差別。

最後是確認訴訟，確認法律關係存在不存在，確認行 政處分是不是無效，這個部分在公務員法，基本上沒有發 揮那麼大的影響，所以從剛才的說明可以看得出來，事實 上在我國跟在德國一個很大不同的地方，就是給付訴訟在 德國，事實上某種程度補充無關行政處分的救濟部分，在 我國就牽涉到，究竟是復審或申訴、再申訴。如果是申訴、再申訴，就沒有法院救濟管道，但是在德國不是如此，在 德國是如果牽涉到行政處分的話，如果對於這個處分違法 要走撤銷訴訟，但是如果不牽涉到行政處分的話，不是沒 有開放法院救濟管道，而是走一般給付訴訟，這是一個很重大的差別。但還是有區分的意義，這個部分剛才 Starck 教授有特別強調到，就這個地方的區分是很重要的，所以 可以請大家直接看到會議資料裡第14 頁最後一段有特別提到，在公務員法的領域，撤銷之訴必須要處理的是行政處 分，而不是單純內部職務的法律行為，也就是說如果要進 行撤銷訴訟，就要有行政處分存在。行政處分在這個地方 的關鍵要素，就是要對外直接發生法律效果，然後有一些 相關的這個公務員的內部關係，包括他的一些對特定職務 行為的指示，指定他在哪個地方辦公，在同一個機關裡面 的調職，或指定其他的職務，這個都被當作公務員事實上 是作為職務人員，而不是作為個人的權利受到影響，就這 個部分有爭議的話，不認為這些決定是所謂的對外直接發 生法律效果，這個觀念我覺得其實非常重要，事實上機關

73

內的調職，或者是說指定職務空間，他也有發生法律效果， 但是問題是他沒有對外發生，而是向公務人員在作為公務 機關內部的人員發生影響，這是關於訴訟的種類。至於判決的內容部分，我覺得可能最重要要指出的是撤銷訴訟與 課予義務訴訟兩者之間的差別，撤銷訴訟其實是有形成的效果，其實就是可以廢止，可以撤銷，可以使行政處分喪 失效力。課予義務訴訟比較麻煩的原因，基本上有兩個是在公務員關係裡面，很多都涉及到判斷的空間，因為所謂 課予義務訴訟，其實就是課予行政機關一定的義務去作成 行政處分，就這個地方如果給很明確的內容的話，就有可能影響到機關對於公務員關係的判斷餘地，所以就這個部 分，法院能夠做的其實只是一些比較抽象的指示，比較難 去作成明確的要求特定內容的行政處分，然後另外這個演講裡面其實也提到，在公務員法裡面也會涉及到所謂的裁量問題，然後在裁量的部分，機關其實某種程度有些裁量空間，所以法院只能夠審查裁量裡面有沒有逾越裁量界限，與裁量的行使有沒有違反授權的目的。

演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

在一般性的行政法院制度上，有兩個部分還要提到， 首先對於行政法院的判決不服，可以上訴到高等行政法院，對高等行政法院判決不服，可以上訴到聯邦行政法院。不過他很快的指出說，現在不只是上訴到聯邦行政法院， 要受到很多限制，事實上包括現在對行政法院的判決不服要上訴到高等行政法院，其實也都有非常多的限制，要得

74

到特別的許可，必須牽涉到重大原則性的法律問題，某種程度事實上基於所謂的程序快速之要求使然。

Starck 教授認為其實更重要的是，資料第 17 頁所提到的暫時權利保護。暫時權利保護在德國與我國，制度相差 很大，所以可能要稍微小心，就是在我國提起訴願，原則 上是不停止行政處分執行；在德國相反，提起訴願或提起 行政訴訟，原則上行政處分的效力是停止，當事人與該機 關或其他利害關係人皆不能主張，但是只有在若讓這個狀 況繼續這樣維持，可能會造成重要的這權益上現狀的變更 有不能實現，或甚難實現之虞的緊急狀況，法院可以在起 訴之前，或在起訴以後當然的可以定暫時狀態。

就這個部分，即所謂的假處分，或暫時狀態的情況， 其實他口頭報告裡沒有特別再強調的是，對於定暫時狀態的處分，這是一個方式，事實上除了這個方式外，另外其 實還有所謂的回復到暫時停止的效果，總之這是一個複雜 的暫時權利救濟制度，與我國的情形相比，老實說是複雜 很多。不過他沒有詳細繼續在裡面說明，但是他想指出暫 時權利保護這個部分，其實是至關重要，原因是一般在德 國的情況也一樣，訴訟的時間拖的太長，如果能夠在訴訟 判決還沒有確定之前，就相關的法律關係可以有些安排的 話，事實上就可以對相關權利狀態暫時訂定，這個問題在 後面他要提到的一些特殊的案例類型，尤其是所謂的競爭者訴訟，更可以看出他的實益。

75

演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

Starck 教授特別把競爭者訴訟講的比較詳細，因為我跟他報告，競爭者訴訟在我們實務上有特別的關懷。所以就 這部分，他就說得較詳細，競爭者訴訟的前提，與他們對 公務人員任用的基本原則息息相關，因為在德國基本法第 33 條第 2 項明白規定，所有德國人依照他的適性、能力、專業能力，享有平等擔任公職之權利，為了要保障這個權 利，必須要有競爭者訴訟。

為了要確保這個憲法原則的實現，他們有很多制度的配套，第一個制度的配套是要求所有空缺的行政機關職務，都應該公開召募，然後讓所有認為其具相當能力者， 都有機會可以參與。但是可以想像，如果來參與者未獲錄取，之後就把某一個人任命擔任某職位，其事實上就發生 所謂的職位穩定性原則，一旦任命，事實上就變得這個位置今天滿了，再繼續爭訟也無實益。所以在類似案件中， 暫時權利保護的重要性就特別突顯，因為透過德國行政法院法，類似我國行政訴訟法第 123 條規定，相關當事人對於申請假處分，要求現在暫時不能對於這個空缺的職位作 永久性的任命，即命令行政機關暫時不得完成這個任命行為，用這樣的方式來確保競爭者訴訟的實益。

第二個要確保讓所有的人都可以公平享有服公職的機 會，這個部分也是一個德國法上面很特殊的制度設計，若有多數的競爭者，機關就必須要在決定任命誰之前，須通

76

知所有相關的競爭者，機關可能會任命別人，就是在還沒有正式公布之前就要讓其他的競爭者都知道，以便其有機 會申請假處分，這是兩個基本的制度。

最後，機關還是有權利請求法院立即許可執行該任命 之命令。在德國行政法院法，有非常複雜的制度設計，當 機關請求要立即執行，假使經法院認可，其即可立即執行， 但是必須承擔國家賠償的責任，就是如果最後輸的話，機 關必須承擔國家賠償責任，國家賠償責任包括可能要給那 個本來應該比較好，本來應該要被任命的人，關於他的職 位的薪資差額，或者賦予他可以得到升遷的更好機會等等……，但是這個通常比較困難。

演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

接下來關於在公務員法中，男女平等的意義究竟如何？ 這個地方當然就是牽涉到憲法上男女平等的涵義究竟應如 何理解。我首先必須要說，就我所瞭解的 Starck 教授而言， 他是非常自由主義的平等想法，且非常強調法律上平等跟 事實上平等的差異，他指出憲法所保障的平等權，就男女 平等的平等權而言，保護的是法律上平等，而不是事實上 男女真的在所有社會經濟的地位上面的事實上都一律平等，就這部分他也特別提到，在他擔任大學教職時，大學 裡法學院幾乎沒有女教授，但是在學校裡面都是女老師。 這樣的說法是因為他們學校跟大學是截然劃分的，就是他 們大學，是學校不是大學。但是今天的發展，可能現在德

77

國法學院的教授，可能有 1/3 是女性教授。

第二個他也指出，原來在德國基本法第 3 條第 2 項，

其實應該說第 3 條的規定，提到男女平等講的應該是法律上的平等。至於後來這個在基本法裡面有修改，國家應該 要促進兩性地位，就是男女的實際上平等。然後他做了非 常精確的法律上討論，這樣的規定本身不是基本權規定， 其實是一個國家目標的規定，也就是男女法律上地位的平 等，他認為這是權利的要求。至於國家應該促進男女實際 上在社會經濟上的實際上平等，此為國家的目標，但是國家目標仍然要遵守憲法的基本權要求，這部分他特別提到，不只在德國聯邦憲法法院，包括在歐洲法院的裁判也 採一樣的態度，即如果有一個職位，有男女的競爭者，不 過這個歐洲法裡所提到的，不是專門針對公務員，而是所 有包括其他私部門的任晉用。就是該空缺如果男女在能力 上都一樣，不可單以性別作為標準而選用女性，應要找到 一個跟工作有相關的標準，才能夠決定何者優先。

演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

往下談到公務員的忠誠義務，公務員對國家負有特別的忠誠義務，此為基本法第 33 條第 5 項所要求的傳統公務員制度的原則之一。但是，何謂對國家負有特別忠誠義務？ 在實務上始終都有困難，不過這個在很多法院，在行政法院作裁判以後，聯邦憲法法院終於在 1975 年，作出一個原則性的裁判，其實如果了解沒有錯的話，我自己就這個部

78

分有作一些處理，某種程度與在 60 年代冷戰時期，有某些學生後來在求職時，被質疑以前曾經是共產黨人，這個部 分算不算沒有能夠擔保對國家的忠誠，聯邦憲法法院就在1975 年作出裁判，這個部分大家可以看到資料第 22 頁的最下面，這就是他的原則性決定，即政治性的忠誠義務，尤其要求公務員應明確地與抨擊、攻擊、詆毀合憲秩序與依 憲法設置的機關團體、活動保持距離，而且公務員被期待 要承認國家與憲法為高度積極性價值，應該加以支持，如 此就是該原則根本的要求。不過，這個剛才提到，其實最主要牽涉到以前的共產黨，但是以前除共產黨外，事實上也有所謂極右派的政黨，在現在的歐洲國家中，其實比較大的問題，反而是極右政黨。德國經常都會提到，不過光 只是隸屬於一個疑似憲法的政黨，本身還不能終局的就認為他是違憲，而無法保障他對國家的忠誠，還要看他參與的程度，這恐怕是憲法法院裁判，最重要的部分，就是你不能單看形式的標準，還是要看他在這個相關政黨裡面所扮演的角色。

第三個要留意者，若他曾經參與過這樣的政黨，然後對他服公職權利的影響要看他現在是正在求職，還是已經 被任命為受身分保障的公務員，如果已經被任命為受身分保障的公務員，要以這個違反政治忠誠的義務為理由，將 他解職，當然要慎重的多，但是譬如說還在試用階段就另當別論。

演講人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

79

最後一個類型是公務員的兼職，與在座許多公務員都 切身相關，包括我自己。公務員的兼職，Starck 教授認為可以大分成兩類，一類，是被強迫要兼職，這個是長官或機 關要求本於公務員的身分，要求他除了本職以外，其他的 工作也要去執行，此部分該公務員可以救濟，如果他認為 超過他的職務範圍，但是此救濟究竟有沒有效，要看負擔 有多重，或該兼職的活動有沒有給予報酬來做決定。不過 我們一般在實務上發生爭執的都不是這種類型。

另外一種類型，是自己要兼職，自己想從事兼職的部分，基本上也可以訴諸基本權利的保障，譬如說不只是教授，只要從事研究工作的人，他都本於憲法所保障的研究 自由，可以從事研究活動，例如公務員想要創立或參與團體結社，憲法上亦保障有結社自由。就這部分來說，其實 並不會因為擔任公務員就不能有兼職的活動，除非他因為 兼職而去影響到工作的職務上義務的履行。但是在這種情況下，不讓公務員兼職也並不是因為不可以兼職，而是因 為他影響這個公務員的本職工作。就這部分事實上在法治 上還可以區分，必須要經過機關同意的兼職，有一些是很明顯的不至於影響到公務的活動而無須經機關特別同意， 譬如關於一些文章的寫作等等，這個是理念上面，當然就 知道這個不需要透過兼職同意。但是如果有爭議的話，公 務員如果為了安心，最好還是先問一下這樣的情況是否應 得同意，這是關於公務員特別的法律地位，所衍生之爭議。至於法院裡的救濟管道可分四種，可能有發生爭議的情況， 然後作了一些說明。

80

Starck 教授指出他有控制時間，希望可以留半個鐘頭， 跟大家進行討論，我就在這個地方替大家服務，就是他的 回答我要替大家翻譯，各位如果要用英文講的話，他完全 都沒有問題，如果你們要用中文問，我當然就只好幫大家 翻譯，但是在座看起來有留德同道在這個地方，當然你也 可以自己用德文問，現在開放提問。

司儀：

現在是問題回應時間，桌面上有黃色的按鈕，按下去之後，木頭小隔板中，有麥克風，拿起來就可以直接發言了，請與會來賓踴躍發言，謝謝。

發問人 1：

謝謝教授，我是全民健康保險監理委員會組長吳秀玲，剛好教授最後講到兼職問題，我有個問題想要請教， 尤其是陳教授也是行政法的專家。

因為有關兼職，剛剛老師有提到，例如寫文章，或者說參加學術研討會，我個人認為這個都是非固定的薪資， 如果你在學校從事兼任老師，兼任老師會固定每個月會給 你薪水，其最大區別是在這邊，所以公務員服務法規定公 務員如果要兼職，必須要得到機關首長的允許，這就是我 的疑問所在。例如你就讀博士班，尤其一邊上班一邊就讀， 大概要 5 年到 7 年，甚至有的 8、9 年才能畢業，當然碩士比較快。在兼職的時候，如果經機關許可，1 個禮拜大概可以請 1 天公假去上課。但是我的問題就是在於，如果課程

是分別於 2 年內修完，因為上班的關係，你要忙公務，所

81

以一邊還要在找資料，所以需要花很多時間。很可能因為 曾經擔任學校的講師，希望自我提升，你也自我有期許， 希望自我提升教學品質，你花更多時間去讀一個博士班， 可是只花兩年時間學分修完之後，其餘都是在蒐集資料寫 論文時間，依照我們機關，他們好像就不同意你去兼課， 就是要經過機關首長許可，但並沒有一個特別的規定。只 要機關首長，也許他們考量說機關繁忙，修課完畢之後的時間，例如寫文章或從事投稿的活動，為了要教學相長才 去進修，可是被限制到你有長達 6、7 年都不可以去兼課， 只因為你還沒有畢業，那麼如果法律有需要明文規定，我是很希望藉這個機會提出這個問題，是不是教授可以您的 立場，說明這是不是合理，謝謝。

陳委員愛娥：

我先確定一下您的問題，您是說不准兼課，但不是不 准進修，因為你把進修跟兼課講在一起，但是您的重點是 在於不准兼課，不准兼課的原因是因為你已經在寫博士論 文是這樣的意思？

發問人 1：

公務員在進修階段，因為會請公假去進修，1 個禮拜 8 小時，可是那是前兩年有修課之階段，之後通常到 8 年、9 年才畢業。這個時間，曾經有嘗試去詢問過，就是你在進 修畢業前都不可以兼課，辦公室還有一位同仁也是這樣情 形，本人很幸運的要畢業了，就沒有這個問題，可是我希 望以後的人，不要有這樣的困擾，正好利用這個機會，順

82

便向老師請教，謝謝。

回答人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

這問題是我國非常特別的情況，在德國的情形，您的前提問題看起來不存在，原因是在德國，大概與我國不同， 對於一邊服公職，一邊讀博士，比較沒有這樣的情況。你了解我的意思，他的出發點是，如果一個公務員想進修， 其可以利用休假，這個有點像我國的停職，這個應該是說， 不是不好的停職，但其實就是停職一段時間，譬如說 2 年、3 年，然後可以再回任，所以就這個部分，你就不會發生您說的那樣的情況。

發問人 1：

我的問題大概還沒有得到一個解決，就是因為長遠， 我個人問是跟制度有關，因為如果說第 1 年、第 2 年很忙， 你可以請假，或是怎麼樣留職停薪，但是我問題不是這樣子。

假如你課程已經修畢，而完全是在寫論文，老師你有指導過很多學生，你知道學生很可能需要花掉 3 年、4 年時間，他必須要有工作，男生要養家活口，他不可能靠妻子而 5、6 年都不工作，很可能第 1 年被學校要求要辭掉工作，

或者留職停薪。此為前 2 年修學分的階段，我說這階段已經完畢，這段在機關的要求是合理的，你因為工作一方面就是要去兼課是不可能的，人也不可能有三頭六臂那麼多時間，但是當課已經修完了，在寫論文的階段，所以我覺

83

得問題沒有回答到，謝謝。

回答人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

就這個部分應該這樣說，關鍵終究在於演講最後所提 到的，就是會不會影響到他的職務，就這部分其實就是如 此，就兼課而言，也是一定要經過許可，在德國也是如此。但兼課到底有沒有影響到他的職務遂行，則完全要看情況 而定。這位同仁如果你要問我個人的意見的話，我認為， 老實說，我也會認為其實真的還滿勉強的，又要寫論文， 又要上課，又要當公務員，這個就是整個加起來的情況。 但是還是要看個案的情況，但是他的立場還是一樣，就是 有沒有影響到職務義務才是重點。

發問人 2：

Starck 教授謝謝你，雖然我們聽不懂德文，但是看你豐富的表情，我們就知道這是精采的演講，再透過陳委員 的解說，讓我們更清楚的了解未來的問題，想請教一下。

第一個就是有關 17 頁上面所提到的，暫時性權利保護

的這個部分，這邊講說對於異議跟撤銷之訴，這 2 個救濟的部分，基本上對行政處分都有一個凍結的效果，那我想 知道一下，像這種的訴訟，救濟會不會拖得很久？那在我 國的狀況，有時候一弄就是 2、3 年的那個情況，那這樣會不會讓這種救濟變成一個拖延行政處分的一個藉口？

第二個問題，我想請教的就是，我們這邊第 19 頁，他

84

這裡有談到，德國公務員的部分基本上空缺都要公開招募 的狀況，這裡面特別提到，假使沒有考取的人，自己認為說自己比錄取的人還優秀的話，他都可以提出救濟，而且要求說撤銷對方錄取的狀況，事實上錄取的人應該是比較 少，沒有錄取的人比較多，我不知道像這種糾紛會不會常 常被提起，是不是也可以跟我們談一下，謝謝。

回答人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

首先關於葉副主任委員提到的這暫時權利保護這個部 分，我剛才請教說，這的確會本身會發生爭議，然後這個 爭議，本來既然是暫時性權利保護，其實就是希望快速能 夠有個暫時性的決定，就是如此。

然後，但是他也曾經說，這個曾經有過爭議是針對哥 廷根大學，就是他自己服務的大學，光是法院的判決，這 個假處分所定暫時狀態，此判決的理由就寫在第 30 頁，你相對要去回應，當然也就有些困難，所以基本上這個暫時 性權利保護，本來是要快速做決定，然後可以有所安排， 但是在法律上面，也並沒有特別規定，暫時性權利保護， 要在多短的時間裡面要作出來，這是第一個。

至於說關於競爭者訴訟的情況，他說，剛開始他以為 應該不會很多，但是他曾經擔任過機關的負責人，沒想到 他一上任就處理到。然後後來他發現，事實上這一類的案 子還滿多的，不過他說了，因為德國人很喜歡訴訟，至於 在我國是不是這樣情況，他不知道。

85

回答人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

這他說比較清楚，我再問了一下詳細的情況，這個可 能是一個行政實務上面的經驗，他曾經負責一個類似我們 的研究機構，這個研究機構有很多的分支，裡面有一些是 從事學術工作的一些類似助理這樣的情況，這個本來應該 要公開競爭，的確有很多人來，有一位沒有被任命，他的 確提出競爭者爭訟，後來他們查了這個程序確實有不當之 處，所以他們也沒有多囉嗦，就說我們重來。重來以後， 他就撤回他的訴訟，所以這也是個經驗，就是說只是不服 氣而已，而且機關認錯，願意重來，那未獲錄取者也就無繼續該爭訟之必要。

回答人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

不過他提到，這個是因為他最近負責的這個機構，比 較知道詳細的情況，但是如果是 2 年前你問他，他會跟你講很少，原因是因為這些案子都涉及到很具體的個案，一 般所謂法學期刊雜誌未必會刊登。身為法學教授，他其實主要是看刊登在法學雜誌上面的案例，如果沒有刊登，他可能就認為就很少。

發問人 3：

我是保訓會李昭賢。我有兩個問題，第一個問題是， 我們在會議手冊裡有看到，德國的救濟制度，對公務員部

86

分，有法院外的權利救濟，例如陳情及申訴，這是不可以 到行政法院救濟的。那另外一個部分是法院的權利保護， 這個是訴願，是可以到行政法院救濟的，這跟我國保障法 有點類似，我們也有申訴與復審，申訴是不可以到法院， 復審是可以向法院提起行政訴訟。在我國復審的判準有三 大類型，我想陳委員應該很了解，一個是改變身分，另一 個是公法上財產請求權，第三個是對公務員權利有重大影 響。實務上操作的結果，我們目前對下列三類，還是認為 沒有重大影響，不能提起復審，也不能到法院。第一類就 是不同機關間的調任，第二類是記大過懲處，第三類是考 績丙等。我想要請問的是 Starck 教授對這三類型，我們認為不能夠到法院救濟的看法如何？那對於復審，我國復審 標的的判準，有沒有具體的建議，這是第一個問題，這是 在會議手冊的第 10 頁到第 12 頁。

第二個問題是在會議手冊 12 頁到 13 頁，依照我國保障法第 25 條第 1 項規定，復審程序的審查範圍是只有行政處分的違法跟顯然不當，但是我們剛剛從會議手冊可以看到德國的部分，法制部分似乎是違法性跟妥當性都可以審 查，那我不曉得 Starck 教授對於我國法制的看法如何，也就是對於我們復審程序的審查範圍有沒有具體的建議，以 上兩個問題，謝謝。

陳委員愛娥：

抱歉，你的第二個問題是什麼，可以再重複一下嗎？

87

發問人 3：

第二個問題是復審程序審查的範圍。陳委員愛娥：

我們剛才已經講了，還有一個。發問人 3：

第一個就是復審標的的範圍。回答人：Prof. Dr. Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

首先有關考績等等問題，這個太細的部分，我想沒有辦法直接作德國法上的比較，因為他們考績的制度跟我們完全不一樣，所以我事實上是一般性地提出說明，我們現在的制度是區分基礎關係與管理關係，就基礎關係的部分 有復審，之後可以到行政法院，就管理關係的部分是申訴、再申訴的途徑，大致上面的邏輯是這樣。

關於管理關係的部分，我們沒有開放法院救濟管道， 剛剛才提到，這個在他讀書的時候，在德國也是這樣的。但是後來行政法院慢慢發展出來說除了行政處分，要走撤 銷訴訟以外，非關行政處分的部分，你還是可以走一般給 付訴訟，這個部分，事實上也是慢慢透過法院裁判實務發展。據說 Starck 教授的意見，他就認為說，這個就是最好的做法。比較然後去指出在德國的情況，也是經過這樣演 進的，慢慢承認，這是第一個問題。

88

第二個問題是關於剛才所謂的復審審查違法性與顯然 不當，Starck 教授認為說，這個跟德國沒有差太遠，雖然我們訴願法規定訴願機關可審查行政處分的違法性與妥當 性，而行政法院僅得審查合法性，但老實說，法院或訴願 決定機關也不喜歡介入到其他機關的決定太深，所以基本 上除非其不妥當非常明顯，很顯然可見外，訴願機關也不 會介入，所以條文上面雖然不盡相同，但操作起來其實並 沒有大的差別。

回答人：Prof. Dr .Christian Starck

（翻譯）陳委員愛娥：

Starck 教授提到他有想到一些補充，就是關於基礎關係與管理關係這個部分，然後他提到說，在開始，就如同我 們現在，承認行政處分終局有法院救濟管道的情況之下， 對行政處分就會擴張了。其實案件就會在行政法院，然後 行政法院就會想辦法來說明，何以是一個行政處分，所以 可以進去審查。但是後來已經沒有這樣的問題，為什麼呢？ 因為已經承認非關行政處分也可以走一般給付訴訟，事實 上這樣的緊張關係也就不存在。所以就這問題他還是建議 說，事實上可以去請求行政法院確認，如果在非關行政處 分的情況之下，是不是可以嘗試就一般給付訴訟的要件去 討論它。

Starck 教授特別補充到，以前我國最高行政法院的彭鳳至院長，她應該完全知道這個事情，可以去請教她。

89

二、專題演講一

論文：公務人員保障法復審標的之探析

林昱梅（中興大學法律學系副教授）

壹、前言

貳、公務員關係之演變

一、特別權力關係之束縛

二、基本關係與經營關係之侷限

三、特別權力關係轉變為公務員法律關係

參、我國公務員關係之定位與公務員之權利救濟一、早期行政法院之判例

二、司法院大法官解釋的修正

三、「公法上職務關係」仍未完全擺脫特別權力關係理論

（一）行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之排除條款

（二）公務人員保障法之救濟途徑採雙軌制

肆、公務員權利保護之新趨勢－司法院釋字第 684 號解釋之契機

一、釋字第 684 號解釋之蘊釀－釋字第 653 號解釋

二、釋字第 684 號解釋之內容

三、釋字第 684 號解釋對公務員關係之啟發

90

（一）重大影響說轉變為權利影響說

（二）從行為性質到行為效果之判斷

四、從司法審查與訴訟權保護的觀點檢視人事行政行為的救濟問題

## （一）行政行為受司法審查之重要性

（二）享有訴訟權保障之「權利」五、回歸保障法及行政訴訟法

## （一）回歸行政程序法之行政處分認定

（二）回歸保障法及行政訴訟法之權能要件伍、具有爭議性案件類型之重新檢視

一、考績二、懲處三、調任

四、性騷擾成立與否之決定

陸、保訓會對於釋字第 684 號解釋之因應—代結論 一、現行法之適用

（一）回歸基本面－行政處分作為復審標的正常化

（二）審查密度之加強

二、立法論－克服雙軌制的成本耗費

三、注入文官核心價值的公務員權利救濟機制

91

公務人員保障法復審標的之探析

壹、前言

依公務人員保障法（以下稱保障法）第 25 條之規定， 公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分， 得提起復審。故復審標的原本應直接與行政程序法第 92 條的「行政處分」定義相連結。但由於特別權力關係理論之影響，儘管公務員關係業經司法院大法官認定為「公法上職務關係」，但保障法之復審標的，尚侷限在足以改變公務員身分，或對於公務員有重大影響，或與公務員之公法上 財產請求權有關之行政處分。故保障法第 25 條的行政處分概念，在實務運作上，比行政程序法第 92 條的行政處分概念更為狹隘。

100 年 1 月 17 日公布的司法院釋字第 684 號解釋，將

釋字第 382 號解釋限於「退學或類此處分」之足以改變學生身分或對學生受教育權有重大影響之處分始得提起行政爭訟之限制予以變更，認為只要侵害大學生之基本權利， 即可提起行政爭訟，而「無特別限制之必要」。此舉乃為大學生的權利保護，豎立一個新的里程碑。釋字第 684 號解釋改變了向來的重大影響標準，強調「有權利即有救濟」， 學者有認為此標準應適用於人事行政領域者 。

31

釋字第 684 號解釋是否可應用於人事行政領域，是否

參李惠宗，校園將永無寧日年 4 月，128 頁。

31

－

釋字第六八四號解釋評析，月旦法學雜誌第 191 期，2011

92

得藉此改變復審標的之範圍，本文擬以公務員關係從特別權力關係到公法上職務關係的演變為出發點，探討釋字第684 號解釋對人事行政領域是否有所啟發，進而回顧有關復審標的較具爭議之案件類型，最後提出具體建議。

貳、公務員關係之演變

依目前公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）及 行政法院之實務運作，得提起復審之標的與得否提起行政 訴訟緊密連結。而人事行政行為得否允許司法救濟，又涉及公務員與國家關係之定位理解。故本文不得不老掉牙地 重提特別權力關係及相關司法救濟之容許問題，再論述得 起行政訴訟之人事行政行為，最後復審標的之範圍即呼之 欲出。

一、特別權力關係之束縛

特別權力關係（besonderes Gewaltverhältnis）理論發源於德國，經由日本傳入我國，於我國成為根深蒂固的觀念， 影響我國公務員制度相當深遠。特別權力關係的概念為Paul Laband 所提出。氏以封建時代領主與家臣的關係，作為國家與官吏關係的基礎，認為官吏有特別的服從、忠誠

32

與勤務等義務，而國家有保護及給付俸給之義務 。此種強

調倫理的特別權力關係理論，促使官吏竭盡所能奉獻國家，忠誠盡其義務。將特別權力關係理論發揚光大者為 Otto

關於 Paul Laband 的理論，請參翁岳生，論特別權力關係之新趨勢，收錄於氏著，行政法與現代法治國家，1990 年 9 月 11 版，132-135 頁。

32

93

Mayer。Mayer 認為經由行政權的單方措施，得要求特別權力關係相對人盡特別義務，為達成特定目的，得使相對人

33

處於更加從屬之地位 。由於特別權力關係是特殊的公權力

發動，排除依法行政、法律保留原則，行政主體發動此權

34

力限制相對人自由權利，無須個別法規之依據 。特別權力

關係區分所謂「外部領域」與「內部領域」，內部領域無論是人民自願或經強迫進入，因不存有外部法律關係，故相對人不能尋求法院救濟 。

35

翁岳生教授很早即指出，德國實務上，法院不審查行政機關因特別權力關係所為之處置，並非單純因為特別權 力關係理論，而是戰前有部分的邦之行政訴訟審判權採列舉主義，特別權力關係之行政行為不在列舉範圍，故無法 成為救濟標的。至於採「概括主義」的邦，例如符騰堡邦及薩克森邦等，將行政機關基於特別權力關係之行為，區分為得提起行政訴訟之行政處分，與不得提起行政訴訟之指令。日本之行政訴訟法原本亦採列舉主義，但我國不採 列舉主義，直接沿用列舉主義的作法，否定行政法院得審 查基於特別權力關係之行為，是否妥當，令人懷疑 。

36

第二次世界大戰後，德國基本法第 19 條第 4 項規定人

參吳庚，行政法之理論與實務，第 11 版，2010 年 10 月，202 頁。

33

關於 Otto Mayer 的理論，請參翁岳生，同註 32，135-138 頁。

34

參黃錦堂，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，8 頁；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，33 頁。

35

參翁岳生，行政法院對特別權力關係之審查權，收錄於氏著，法治國家之行政法與司法， 1997 年 4 月，59-60 頁。

36

94

民基本權利受到公權力之侵害，得向法院請求救濟 。故德

37

國學說開始提出基本法第 19 條第 4 項之規定適用於特別權力關係之說法。例如 Krüger 認為，特別權力關係分為內部關係與外部關係並不妥當，法院能否對行政行為加以管轄，應以該行為是否屬於法的行為而定，如何發生及何地 發生並非問題的關鍵 。

38

特別權力關係理論建構於立憲前的年代，以不適用法律保留與基本權利，及排除權利保護為基礎。但這個所謂

「法治國的漏洞」在德國基本法生效後，就漸漸關閉了。德國聯邦憲法法院於 1972 年的受刑人判決 明確指出，特別權力關係不得取代基本權限制的條文。該判決將法律保留原則適用於特別權力關係中。亦即，基本權利的限制無 須法律基礎的傳統特別權力關係核心理論，已被放棄。縱使人民的基本權利可以限制，亦應以法律為之，不得僅因

39

「特別權力關係」，就認為不需法律規定，逕以行政機關內部規則予以限制。

二、基本關係與經營關係之侷限

德國學者 C. H. Ule 提出的折衷說，將公務員關係區分為基本關係與經營關係（Grund-und Betriebsverhältnis）並加以類型化，前者發生（成立）、變更或終了特別權力關係，

Art. 19 Abs. 4 GG: “Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen.“

37

參翁岳生，同註 32，141-142 頁。

38

BVerfGE 33, 11.該判決認為受刑人的基本權利只能透過法律或依據法律限制之。此原則不得放棄。關於該案之詳細內容，請參黃錦堂，同註 35，14 頁。

39

95

後者屬經營管理之關係。基本關係的具體處置，屬行政處 分，得請求法院救濟，例如任命、免職、暫時停職、命令

40

退休、調任、借調、禁止執行職務等 。而為達成特別權力

41

## 關係目的，維持特別權力關係秩序之經營關係事項 ，例如

長官對部屬的職務上命令，公務員只有意見陳述權，不得提起行政訴訟 。Ule 的二分法可解決特別權力關係行政救濟的部分問題，一度受到歡迎，但畢竟是在特別權力關係 的前提下所建立的折衷說，由於經營關係也會涉及基本權的侵害，加上基本關係與經營關係難以區分，故其說法逐

42

43

漸喪失重要性 。許宗力大法官於釋字第 653 號解釋協同意

見書中曾指出：「特別權力關係理論的母國－德國，其聯邦憲法法院早於 1972 年的『受刑人判決』就已指出，受刑人在監獄內部亦享有基本權利，限制其通訊自由，應有法律根據始得為之等語，根本就是『對基礎關係與經營關 係區分理論』直接打了一巴掌，值得我國借鏡。」

誠如德國學者 Schmidt-Aßmann 教授的分析，權利保護並非取決於高權行為的形式，故類型化的觀察，一般化地將特定行為排除於法院救濟途徑之外，並無說服力。即便是類型化的觀察，法院也應進一步審查是否有權利受損之可能。而關於權利救濟的問題，應回歸所涉及的主觀權

參翁岳生，同註 32，143 頁；陳清秀，論特別權力關係之行政救濟，收錄於氏著，行政訴訟之理論與實務，1994 年 8 月，165 頁。

40

41 參許宗力大法官於釋字第 653 號解釋所提協同意見書。

42 參翁岳生，同註 32，145 頁。

43 參許宗力大法官於釋字第 653 號解釋所提協同意見書；張桐銳，公務員與基本權，中原財經法學第 18 期，2007 年 6 月，162-163 頁。

96

44

利 。若行政行為侵害公務員之主觀權利，即應容許提起行

政訴訟。只是在公務員關係中，公務員有雙重地位，同時 是權利主體，也是職務執行者（Amtswalter）。在勤務主體的指揮及服從義務的領域中，並不存有公務員主觀權利受 侵害的可能，故提起訴訟不可能有勝算 。

45

三、特別權力關係轉變為公務員法律關係

依據德國較新的學說，德國基本法第 33 條第 4 項規定：「高權法上職權行使通常應作為常設任務，交由具有公法上職務及忠誠關係之公勤務所屬為之。」該條以「公法 上職務及忠誠關係」定位的公務員關係，已不再以「不滲 透性理論」（Impermeabilitätslehre） 的特別權力關係加以理解，而是作為行政法律關係，以具體的權利與義務去理 解 。

46

47

根據 Battis 之見解，公務員關係作為公法上職務關係及忠誠關係，認定為一行政法律關係，係透過須同意的行政 處分（即任命行為）所建立。除非公務員法有特別規定， 一般行政法原則，特別是聯邦行政法所規定者，應適用於

48

## 公務員關係中 。公務員關係的成立、消滅與公務員關係內

Schmidt-Aßmann, in:Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4, Stand 2011, Rn. 86.

44

Schmidt-Aßmann, ebenda, Rn. 89.

45

關於「不滲透性理論」，指國家是具有一體性之組織，形式上獨立的公法人僅為國家的 一部分，其相互之間不受法律制約，屬內部關係，而非外部關係。參李建良，行政法律 關係序說，月旦法學教室第 30 期，2005 年 4 月，46 頁註 9。

46

Vgl. Battis, Bundesbeamtengesetz, 4. Auflage 2009, § 4, Rn. 24.

47

Vgl. Battis, ebenda, Rn. 31.

48

97

的對外措施，其要件、準備及發布，均以行政程序法來審查，例如程序瑕疵的補正、瑕疵行政處分的轉換、明顯錯誤、勤務活動之禁止、調任、暫調、兼職的禁止、暫令退 休等，也要求要聽取意見或理由說明。而與公務員的和解或拋棄契約，也可能適用行政程序法之行政契約之規定 。

49

我國有若干學者提出以「特別法律關係」取代特別權力關係之見解。吳庚大法官即認為，應以特別法律關係取 代特別權力關係，作為公務員關係之理論基礎。特別法律關係的概念特徵為：（一）與一般法律關係本質上並無不同，當事人之對立及相互間權利義務關係存在，不以單方 面之「權力」為特色；（二）公務員固然對國家負擔較重之義務，但此種義務的履行與權利，也不具有絕對的對價關係，加諸公務員的義務應有法的依據且必須明確；（三）為維持公務有效運作，特別規則的存在不可避免，但此種內規必須目的合理，若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；公務員之違法失職仍得科予懲戒罰，要件應明確，並實施正當法律程序；（四）權益受侵害時，並非不得訴訟，尤其當公務員憲法上所保障之權利受到不法侵害，得依法定程序尋求訴訟救濟，不因公

50

務員身分而受影響 。陳敏大法官亦認為，特別權力關係應

重新定位為特別法律關係。除應肯定人民之基本權利及權 利保護外，不能忽視行政秩序之維持及行政目的之達成。 由於此等行政領域之特殊性，法律之授權及控制，不妨較

Vgl. Battis, ebenda.

49

吳庚，同註 33，225-226 頁。

50

98

一般情形放寬。在特別法律關係下的權利保護，則應立即予以確保 。

51

本文認為，以特別法律關係取代特別權力關係之概念，雖有基本權保障、義務明確化及權利救濟正常化之作用，但仍容許特別規則存在，卻又強調若構成對公務員基本權利限制之重要事項仍應法律保留。實則公務員關係直接回歸憲法、行政程序法及行政訴訟法之規定即可。若欲加諸公務員較重之負擔，本即應明確規定以符合法律明確性原則，依法律保留原則及重要性理論，特別規則之內容， 若對公務員權利影響並非輕微，本即應以法律或法律授權之命令定之，若影響微不足道，則依重要性理論，非不得依職權訂定相關規範。基於行政法的基本原則，例如明確性原則、比例原則等即可解決公務員的權利義務關係的特殊性，似無須另創「特別法律關係」作為上位概念，畢竟公務員、學生、受刑人的特徵不同，所應負擔的義務亦不盡相同，較適合各自以其特性建立法律關係體系 。在我國，公務員本即享有憲法第 17 條保障的服公職權之制度性保障，且有許多公務員法規，早已自成一個公務員法體系， 實不必與其他具有特別身分之人共用一個上位概念。

52

本文的思考邏輯是，在公務員關係中，不妨承認公務 員有基本權利，同時承認維持國家秩序及行政管理之公益 目的，得對其基本權為比一般人民更大之限制。二者相互

參陳敏，行政法總論，第 6 版，2009 年 9 月，228 頁。

51

52 李建良，同註 46，52 頁。

99

折衝調和下，即可形成合目的性之公務員權利義務關係。筆者擔憂的是，若保留「特別」法律關係之概念，恐被理解為應先有「大我」，在不妨礙「大我」的前提下，公務員

53

才有基本權存在 。本文則傾向於認為，基本權與公益目的

地位應相當，欲限制公務員之基本權，應進行比例原則之衡量，若以特別法律關係稱之，似有過早地將公益及管理目的放在優先地位之嫌。

## 將公務員法律關係定位為一種行政法律關係，強調公

54

## 務員關係為「法」的關係，而非「力」的關係 ，其優點在

於使法律關係的兩端，均成為權利義務之主體，會比特別權力關係把相對人當作客體更符合法治國原則。又無論是

55

## 外部關係或內部關係，均可能成立行政法律關係 。一旦所

加諸之義務負擔涉及基本權的限制時，仍應依基本權的種類、限制之目的、程度、法律關係之特質及實體法規定個

56

別斟酌 ，即使基於身分有必要加諸較人民更重的義務，或

限制基本權的程度較一般人民嚴重，亦應符合比例原則 。

57

關於「大我」下的公務員及其權利，請參蔡志方，公務員的法治觀念與公務員的人權， 研習論壇月刊，第 99 期，2009 年 3 月，10-12 頁之分析。

53

54 參李惠宗，公法上職務關係與公務員請領生活津貼之權利，考銓季刊第 55 期，2008 年

7 月，69 頁。

55 參陳敏，同註 51，215 頁。

56 參許志雄，特別法律關係下之人權，月旦法學雜誌第 56 期，2000 年 1 月，3 頁。

57 參陳愛娥，同註 35，43 頁指出因各種特別身分關係的目的，要求對特別身分關係者之基本權作不同之限制，至於得以限制特別身分關係者之基本權範圍則取決於比例原則。 該文 44 頁亦指出：「在不同的身分關係中都可能因各該身分關係的目的不同，而有不同的發展，因此，不應期待對『特別權力關係』提出統一的處理方式，毋寧應就不同的

『特別身分關係』，權衡各該行政目的與相關基本權利的輕重，據此解決法律保留與訴 訟保障等問題。」

100

若果如此，則本文認為，實無以另一個「屋脊概念」

58

（Dachbegriff） 取代特別權力關係的必要。若屬學生則稱

在學關係，若屬公務員關係則稱公法上職務關係或公務員 權利義務關係即可，所適用之原則如法律保留原則、正當 法律程序及其他行政法之一般原則，均與一般人民無異， 只是限制基本權之強弱隨著公益目的之不同，而有所差別。但不能因適用上開原則的結果，公務員的基本權受到 較大限制，即認為公務員關係是特別的，而反推公務員應 忍受特別規則或概括條款，畢竟概括條款的承認，是會讓特別權力關係復活而走回頭路的 。

59

其實，若捨棄特別權力關係理論，而回歸基本權的觀察，解決問題似非困難。若所涉及者為公務員作為職務執行者，也就是公務員身為機關之一份子，國家組織的一部分，與其職務外的個人法律地位有所不同。作為職務執行 者，公務員並非基本權主體。但可能在執行職務時，同時涉及公務員之基本權。故公務員執行職務之行為，若非以基本權主體之身分為之，而是以其作為機關構成員的職務 本身為之，則對其職務行為所發的指令或命令，並非針對公務員的「個人法律地位」，而係針對其位居的職位（Amt），

60

可認為非屬基本權干涉 。而公務員之基本權，於職務以外

之領域，可能比職務內的領域受到更強的保護。例如，教

「屋脊概念」請參吳庚，同註 33，201 頁。

58

59 Vgl. Wichmann\Langer, Öffentliches Dienstrecht, 6. Aufl., Rn. 60.質疑公務員義務之不確定概念。

60 參張桐銳，同註 43，171 頁。

101

師不能在上課時別上具有反核意義之徽章，但於勤務外並 非禁止61。對公務員基本權利所為之限制，可能會涉及人格發展自由（警察對於集會遊行照片基於個人肖像權只有有 限的防禦可能性）、意見表達自由（批評長官）、職業自由

（限制兼職在一定報酬之下）等。甚至是消防人員或警察 於值勤時，其生命及身體不可侵犯權受到限制，或其他公 務員為了勤務執行能力，必須進行保護性預防注射等62。但並不排除在職務外的領域，公務員因其身分而受到比一般 人民更多的基本權限制。只是必須有正當目的，並符合比 例原則。

參、我國公務員關係之定位與公務員之權利救濟一、早期行政法院之判例

我國早期行政法院判例本於特別權力關係，將人事行 政處分均排除在訴願、行政救濟之外63。例如行政法院 48

年判字第 11 號判例基於特別權力關係認為，如因補發薪津事項對被告官署處置有所不服，僅得向該管監督機關請求 救濟，不得援引訴願法提起訴願。甚至是剝奪公務員身分 的免職，行政法院判例也認為不得提起訴願、行政訴訟。 例如行政法院 52 年判字第 101 號判例要旨：「被告官署基於其對原告之特別權力關係所為之人事行政處分，與官署

Vgl. Battis, a.a.O. (Fn.47), § 4, Rn. 29.

61

Vgl. Battis, a.a.O. (Fn.47), § 4, Rn. 30.

62

關於早期判例之見解，請參陳清秀，同註 40，189-191 頁。

63

102

基於一般權力關係對於人民所為之處分，迥然不同，自不 涉行政爭訟之範圍，縱令原告於提起訴願時業經被免職， 已無公務員身分，但其爭執之事件，既屬主管官署對所屬 公務人員本於特別權力關係所為屬於人事行政範圍之處 分，原告對之自仍不得提起訴願。」52 年判字第 209 號判例亦採相同見解（上開判例均不再援用）。

對於早期行政法院判例援引特別權力關係，而不提供相對人權利救濟機會之見解，翁岳生教授於 1967 年於台大法學院社會科學論叢發表的「論特別權力關係之新趨勢」一文中，指出特別權力關係理論「造成法治國家一大漏洞， 使特別權力關係下的個人如公務員、學生等，處於如同舊 社會時代之統治客體的地位 。」

64

二、司法院大法官解釋的修正

上開行政法院判例的實務，直到司法院大法官解釋的 突破，才逐漸在特定案件類型有司法救濟的機會。茲將大法官承認應有司法救濟機會之人事行政行為類型及其所涉及之基本權利列表如下。

參翁岳生，同註 32，152 頁。

64

103

表 1 司法院大法官解釋有關公務員權利救濟分析表

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 釋字 | 日期 | 得提起司法救濟  之人事行政行為 | 相關權利 | 司法救濟之判斷標準 |
| 187  201 | 1984.5.18  1986.1.3 | 請領退休金、請求核發服務年資或未  領退休金之證明 | 行使法律基於憲法規定所賦予之  權利、訴訟權 | 公法上財產請求權 |
| 243 | 1989.7.19 | 免職處分 | 服公職、訴訟權 | 改變身分說（記大過未  改變公務員身分） |
| 266 | 1990.10.5 | 基於已確定之考績結果為財產上之請求 | 財產權 | 公法上財產請求權+公務員身分（對未改變公務員身分之考績結果  不許提起行政訴訟）。 |
| 298 | 1992.6.12 | 懲戒處分 |  | 改變身分說+重大影響  說 |
| 312 | 1993.1.29 | 請領福利互助金 | 財產權 | 公法上財產請求權 |
| 323 | 1993.6.18 | 任用審查不合格或  降低原擬任之官等 | 服公職權 | 重大影響說 |
| 338 | 1994.2.25 | 審定之級俸 | 服公職權 | 重大影響說 |
| 395 | 1996.2.2 | 懲戒案件之議決、  再審議之議決 | 訴訟權 | 法律保留原則 |
| 396 | 1996.2.2 | 懲戒處分 | 訴訟權+服公職權 | 正當法律程序 |
| 430 | 1997.6.6 | 現役軍官聲請續服現役未受允准並核  定其退伍 | 訴訟權、服公職權 | 改變身分說+重大影響說 |
| 466 | 1998.9.25 | 公務人員保險給付  之爭議 | 訴訟權 | 公法上財產請求權 |

104

從上開與公務員行政救濟有關之司法院解釋的脈絡中，可發現司法救濟管道的開放，循著「公法上財產請求權」、「改變公務員身分」及「權利重大影響」的軌跡逐步

65

修正 。釋字第 187 號解釋率先突破特別權力關係的桎梏。

其解釋理由書謂：「憲法第十六條所謂人民有訴願及訴訟之權……。此項權利，因其具有公務員身分而有所差別，如公務員關於其職務之執行，有遵守法律，服從長官發命令之義務，除長官所發命令顯然違背法令或超出其監督範圍外，下屬公務員縱有不服，亦僅得向該長官陳述意見，要無援引訴願法提起訴願之餘地……。從而除有此類特殊情形外，憲法或法律所保障之公務員權利，因主管機關之違 法或不當之行政處分，致受損害時，尚非均不得循行政或 司法程序尋求救濟。」本號解釋指出，公務員於職務範圍內有服從義務，並無爭訟餘地。但除此之外，公務員權利仍得司法救濟，對於公務員訴訟權之保障，已邁開一大步， 而與上開 Schmidt-Aßmann 之見解類似。

而釋字第 243 號、430 號則明顯以是否影響身分關係作為得否司法救濟之標準（本文以「改變身分說」稱之），應係參考 Ule 的基本關係與經營關係區分之見解 。釋字第298 號解釋以後，除了足以改變身分外，並以對公務員權利

66

參蕭文生，送給大學生的禮物 v.s.大學的震撼彈，月旦裁判時報第 8 期，2011 年 4 月， 82 頁亦觀察如此之進程。

65

66 參翁岳生，近年來司法院大法官會議解釋之研討，收錄於氏著，法治國家之行政法與司法，1997 年 4 月，381-382 頁；許宗力大法官於釋字第 653 號解釋協同意見書；張桐銳， 同註 43，162 頁。

105

影響重大與否作為區分標準（本文以「重大影響說」稱之）。重大影響說顯示在未改變身分的經營關係中，也可能有公務員權利受影響的狀況，意謂著大法官解釋已偏離特別權力關係下基本關係與經營關係區分的航道，而駛向「權利」保護的彼岸。然採取重大影響說，仍需解決是否對公務員權益構成「重大影響」的問題，區分上非屬易事。

釋字第 395、396 號解釋，則突破性地將我國的公務員關係定位為「公法上職務關係」，宣告大法官正式拋棄「特別權力關係」的用語。釋字第 433 號解釋理由書指出：「公務員與國家之間係為公法上職務關係，國家對公務員有給 予俸給、退休金等照顧其生活及保障其權益之義務，公務員對國家亦負有忠誠、執行職務等義務。」此僅在說明國家與公務員的權利義務關係，至於國家應盡照顧義務，是 否能正當化公務員的忠誠義務，導致公務員權利受有重大影響者始得請求司法救濟，實大有疑問。釋字第 395、396、433 號解釋肯認國家與公務員的公法上職務關係，並承認對公務員基本權利的限制，仍應遵守法律保留原則與正當法律程序，但對於司法救濟，並無多大突破，大法官解釋仍停留在重大影響說 。

67

除了上開解釋外，釋字第 455 號解釋之內容雖未直接與權利救濟有關，但揭示公務員退休年資採計對公務員權

有些大法官解釋雖然未明文將特定的人事行政行為納入得司法救濟之範圍，但由其意旨 可知此類事項得提起司法救濟。例如釋字第 455 號認為軍職年資採計為公務員年資，對公務員權利有重大影響。

67

106

利有重大影響，故應可提起司法救濟。而釋字第 483 號認為調任若發生類似降級減俸之效果，涉及「憲法保障人民服公職權利」，並未提及重大影響，但可證明在調任的「管理關係」內，也涉及公務員基本權利之處置。

## 基於上開司法院大法官解釋，目前行政法院實務承認 公務員得提起行政爭訟者如下 ：

68

（一）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。

三、「公法上職務關係」仍未完全擺脫特別權力關係理論

雖然特別權力關係經過大法官而有所修正，且將公務員與國家之關係修正為「公法上職務關係」，但我國的法 制，仍留有特別權力關係的遺跡。

（一）行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之排除條款

行政程序法第 3 條規定：「（第 1 項）行政機關為行政

## 行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之。（第 3 項） 下列事項，不適用本法之程序規定︰……四、犯罪矯正機

臺北高等行政法院 99 年度訴字第 1972 號裁定參照。

68

107

關或其他收容處所為達成收容目的所為之行為。……六、 學校或其他教育機構為達成教育目的之內部程序。七、對 公務員所為之人事行政行為。」該條第 3 項排除若干事項適用程序規定，包含受刑人、公務員及學生。依李震山大 法官之見，特別權力關係又在行政程序領域找到新據點， 給人時空錯置的感覺 。

69

人事行政行為不適用行政程序法的程序規定，與上開司法院解釋承認公務員有基本權利之意旨有所扞格。故法務部 89.4.12（89）法律字第 008393 號函釋謂：（一）凡構成行政處分之人事行政行為，因於事後當事人仍可依訴願、行政訴訟程序或其他相當之程序請求救濟，故行政機 關於為此類行政處分時，即應依行政程序法之規定為之。至於非屬行政處分之其他人事行政行為則視個案情形，由主管機關自行斟酌。（二）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，仍應依行政 程序法之規定為之。（三）退休、離職公務員對於行政機關於其具有公務員身分時所為之人事行政行為提出陳情者， 仍依前述（一）之結論處理。又法務部 93.5.14 法律決字第

0930020786 號函釋亦指出：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

李震山，「正當法律程序」被當真嗎？月旦法學教室第 34 期，2005 年 8 月，26 頁。

69

108

利益有重大影響之人事行政行為，仍應依給予相對人程序 的保障，例如陳述意見、閱覽卷宗及教示救濟方法之記載等等，方符現代法治國家程序保障之要求。

上開法務部函釋將行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款之排除範圍加以限縮，認為對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，仍應適用依行政程序法之程序規定，係依司法院解釋之意旨，採重大影響說。惟誠如同李震山大法官於釋字第 653 號解釋協同意見書中所指：「特別權力關係在行政法領域上，現已隱身於揭櫫公正、公開、民主為立法目的之行政程序法中， 在該法第三條第三項中即明定八款『不適用本法之程序規定』之行政行為，繼續負嵎頑抗地挑戰『正當法律程序』之憲法原則，觀其內容，稱之為特別權力關係的新棲息地， 實不為過。」

德國聯邦行政程序法並未將人事行政行為排除於行政程序法之適用，故在特別權力關係的發源地德國，特別權力關係更為快速地被「斬草除根」。

（二）公務人員保障法之救濟途徑採雙軌制

保障法規定第 25 條第 1 項規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為之行 政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者， 得依本法提起復審。非現職公務人員基於其原公務人員身

109

分之請求權遭受侵害時，亦同。」同法第 77 條第 1 項規定：

「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件 之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。」對於公務人員的救濟途徑，係採雙軌制，頗有基本關係與經營關係區分之影子，故此種雙軌模式仍有特別權力關係之成分 。

70

依保障法之規定，提起復審之前提為公務人員對 1.服務機關或人事主管機關之行政處分；2.認為該行政處分違法或顯然不當；3.致損害其權利或利益。而提起申訴、再申訴之前提為公務人員對 1.服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置；2.認為不當；3.致影響其權益。又保障法 72 條第 1 項規定：「保訓會復審決定依法得聲明不服者，復審決定書應附記如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內，依法向該管司法機關請求救濟。」同法第 84 條再申訴並未準用同法第 72 條之規定，依最高行政法院 100 年度

裁字第 333 號裁定之見解，保訓會係再申訴事件之最終審理機關，一經該會為再申訴決定，事件即告確定，不得對

71

之提起行政訴訟，表示不服 。依此見解，只要是利用申訴、

再申訴作為救濟途徑者，即不得針對再申訴決定提起行政訴訟。有關公務人員行政救濟之途徑如下表之分析。

參詹鎮榮，公務人員考績制度變革後救濟程序如何配套因應之研究，保訓會委託研究計 畫，2010 年 8 月，51 頁。

70

71 同見解請參最高行政法院 99 年度裁字第 3159 號裁定、99 年度裁字第 3318 號裁定（考績乙等）。

110

表 2 提起復審及申訴、再申訴救濟比較表

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 救濟途徑 | 復審 | 申訴、再申訴 |
| 標的 | 行政處分 | 管理措施或有關工作條件之  處置 |
| 審查範圍 | 違法或顯然不當 | （違法或）不當 |
| 權能要件 | 認為損害其權利或利益 | 認為影響其權益 |
| 得否提起行政  訴訟 | 得提起行政訴訟 | 不得提起行政訴訟？ |

依保訓會之見解，復審之提起以行政處分為標的。所稱行政處分，除依行政程序法第 92 條第 1 項規定，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損害等事項，為得提起復審之範圍。故 對考績評定不服，應提起申訴、再申訴，當事人提起復審 應不受理72。

而針對何種人事行政行為得提起復審，或僅能提起申訴、再申訴，最高行政法院 99 年度裁字第 3318 號裁定指出：「所受處分足以改變公務員身分，或對於公務員有重大影響，或於公務員之公法上財產請求權遭受損害等，始得

參保訓會（100）公審決字第 0265 號復審決定書（考績）、（100）公審決字第 0174 號

72

（提列為教育輔導對象）。

111

經公務人員保障法所定程序申請復審，提起行政爭訟，以謀求救濟；若未改變公務員身分之記大過、記過、申誡處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施等，僅得依公務人員保障法所定程序提起申訴、再申訴，以尋求救濟。」故得提起復審、行政訴訟者，限於改變公務員身分或對公務員有重大影響之人事行政行為。

惟上開保障法第 25 條規定，對於「權利重大影響」隻字未提，行政法院將該條「致損害其權利或利益者」，解為對公務員權益影響重大者，實對復審標的進行大幅限縮。人事行政行為干涉公務員之基本權利但非重大者，適用保障法第 25 條之規定，本得提起復審，進而提起行政訴訟， 反而因修正特別權力關係的司法院大法官解釋而有所限縮，該判決似與保障法的立法原意有所矛盾。

德國聯邦公務員法（Bundesbeamtengesetz）第 126 條第 1 項規定：「公務人員、退休公務人員、曾任公務人員， 及公務人員之遺族基於公務員關係所提起之訴訟，及勤務主體所提起之訴訟，依行政爭訟之途徑為之。」其第 2 項

規定：「提起訴訟前應依行政法院法第 60 條之規定進行前置程序。」又各邦公務人員身分法（Gesetz zur Regelung des Statusrechts der Beamtinnen und Beamten in den Ländern, Beamtenstatusgesetz）第 54 條第 1 項亦有相同之規定。故在德國，基於公法上職務所生之爭議，公務員得提起行政訴訟。特別權力關係理論限制公務員權利侵害之司法救濟， 已遭完全揚棄 。

73

參詹鎮榮，同註 70，48 頁。

73

112

肆、公務員權利保護之新趨勢－司法院釋字第 684 號解釋之契機

一、釋字第 684 號解釋之蘊釀－釋字第 653 號解釋

在釋字第 684 號解釋前，宣告「羈押法第六條及同法施行細則第十四條第一項之規定，不許受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分，與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨有違」的釋字第 653 號解釋，已對特別權力關係提出較為強烈的看法。其理由書謂：「基於有權利即有救濟之原則，人民權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟， 請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃訴訟權保障之核心內容（本院釋字第三九六號、第五七四號解釋參照），不得因身分之不同而予以剝奪。……羈押法第六條係制定於中華民國三十五年，…… 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，如對看守所之處遇或處分有所不服，僅能經由申訴機制尋求救濟，並無得向法院提起訴訟請求司法審判救濟之權利。司法實務亦基於此種理解，歷來均認羈押被告就不服看守所處分事件，僅得依上開規定提起申訴，不得再向法院提起訴訟請求救濟。惟申訴在性質上屬機關內部自我審查糾正之途徑，與得向法院請求救濟之訴訟審判並不相當，自不得完全取代向法院請求救濟之訴訟制度。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。」

李震山大法官於釋字第 653 號解釋的協同意見書指出：

113

「受羈押之人民，除立即喪失人身自由並嚴重影響其人格與尊嚴外，羈押若超過相當期間，其他諸多由憲法所保障 自由權利之本質部分，當會附隨而持續地受到侵害，例如 居住、遷徙、職業選擇、集會、家庭……等自由。除此之外，羈押期間其生命、身體、平等、表現、秘密通訊、宗教信仰、結社、生存、財產……等自由，以及本號解釋所涉訴願權及訴訟權之本質部分，則未必隨人身自由之喪失而當然應受限制，遑論剝奪。」明白表示羈押被告仍有許多基本權利，未必隨著羈押而不得行使。

許宗力大法官於本號解釋的協同意見書亦指出：「歷經學界多年來的反省、檢討與指摘，以及本院解釋多次努力作成的若干突破，特別權力關係的幽靈，依舊在二十一世紀的臺灣土地徘徊不去，依舊生命力頑強地繼續支配許多事物領域，例如公務員、學生、軍人、受刑人、受羈押人等與國家的關係。在此領域，如一般所知，相對人在某意義上可說是被納入行政內部體系，淪為整個行政機器營運的「齒輪」（Radchen im Anstaltsbetriebe），相對人與國家的關係，因此是講究管理與服從的「力」的關係，不是「法」的關係，也因此規範人民與國家關係的基本權利、法律保留原則與法院訴訟救濟等法治國要素，對相對人都不適用，行政權本身有完全的權力，自訂行政內規以規範此種行政內部關係……。本件解釋……宣告羈押法第六條及同法施行細則第十四條第一項限制受羈押被告向法院提起訴訟請求救濟之部分違憲，可說是對特別權力關係施予致命的一擊，乃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。這是我國人權史上一記重要里程

114

碑，也是公法學，尤其是行政法學發展史上劃時代的重要 事件，相信對未來法治發展可以產生深遠的正面影響。」

程明修教授透過釋字第 653 號解釋，觀察出大法官對

「特別權力關係」之不耐，原因是特別權力關係頑強的生 命力，歷經多號解釋卻僅能點狀回擊，無法全面消毒。氏並語帶期待地指出，以公務人員保障法上再申訴制度為 例，本解釋應會對之產生警示作用。設計一套終究都有司

74

法救濟管道的保障制度，也是樂見的結果 。但依張桐銳教

授的觀察，行政法院是否會將之理解為一般性之原則，而 適用到特別權力關係之所有領域，尤其是目前案件量已為 數不少的公務員法領域，恐怕未必樂觀 。

75

二、釋字第 684 號解釋之內容

釋字第 684 號解釋的原因事實，包含大學生跨院加選他學院 EMBA 學程所開設的「公司治理與企業發展」科目遭否准；碩士生於公職人員競選期間申請在學校公告欄及海報版張貼「挺０海報」，學校以違背國家法令為由否准； 私立技術學院進修部學生，因期末必修科目考試日期，與導遊筆試日期衝突，向授課教師申請提前考試獲准，該必修科目嗣經授課教師評定成績不及格，致該生無法畢業。

釋字第 684 號解釋文謂：「大學為實現研究學術及培育

參程明修，別說羈押法沒被「特別權力關係」的惡靈附身！ 司法院釋字第六五三號

74

—

解釋簡評，臺灣 法學雜誌第 124 期，2009 年 3 月，202、204 頁。

75 參張桐銳，公務員職務外行為之懲戒責任，臺灣 法學雜誌第 132 期，2009 年 7 月，60 頁。

115

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。」其理由書謂：「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。……」

我國學界對於釋字第 684 號解釋擺脫特別權力關係的

76

束縛，回歸「有權利即有救濟」之本旨，多表示贊同 。釋

參黃錦堂，同註 35，23 頁；蕭文生，同註 65，82 頁；李惠宗，同註 31，127 頁；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，臺灣 法學雜誌第 171 期，2011 年 3 月，52 頁；許育典，打開大學生救濟之門，月旦裁判時報第 8 期，2011

76

116

字第 684 號解釋是否因此造成訟累並增加法院負擔，仍待觀察。起初案件量可能大增，但基於尊重大學自治，法院可能傾向於尊重大學之決定，其後可能就會逐漸回歸正常。 司法成本固可作為考量，甚至可考量以簡易程序審理，但

77

似乎無法單以司法成本作為剝奪司法救濟權的主要考量 。

三、釋字第 684 號解釋對公務員關係之啟發

## 在特別權力關係理論的創始國德國，大學具有公法人

78

地位，國家對於大學僅有框架式立法 ，意味著對大學自治

之尊重。故大學生在特別權力關係理論初始，原本就不是 特別權力關係的相對人。如蘇永欽大法官於釋字第 684 號解釋之協同意見書所示：「Mayer 從來沒把沒把大學生

（ Student ） 塞進國家的『內部關係』裡，因為大學

（Universitat） 不是學校（Schule），不僅和國家分離，而且很早就取得公法人的地位，受到自治的保障。」故釋字 第 684 號解釋將「大學生」帶離特別權力關係所謂的「內部關係」，只是回歸德國特別權力關係理論的原始本質。而公務員體系並無所謂「自治」可言，甚至有許多基於公務員「身分」的義務，為一般人民所無，例如服從義務、行 政中立、禁止兼職等。以釋字第 684 號解釋對大學生的權

年 4 月，90 頁；周志宏，告別法治國的原始森林？－ 大法官釋字第 684 號解釋初探， 臺灣 法學雜誌第 171 期，2011 年 3 月，60 頁；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，臺灣 法學雜誌第 171 期，2011 年 3 月，52 頁 64；石世 豪，釋字第 684 號解釋撼動特別權力關係之後－ 正常化的大學校園法制架構「施工

中」，法令月刊第 62 卷第 6 期，2011 年 6 月，8 頁。

同見解石世豪，同註 76，9 頁。

77

在德國，規範大學的「大學綱領法」（Hochschulrahmengesetz）規範大學自治及大學生 的學習自由。參李惠宗，同註 31，119 頁。

78

117

利保護要求，直接平行移植到公務員身上，乍看之下似顯得有點跳躍。但本文認為，課予公務員一般人民所無的義 務，並非意味著其權利救濟機會也應比一般人民少，這樣無異於一頭牛剝兩次皮：義務加重又不准權利救濟。

（一）重大影響說轉變為權利影響說

釋字第 684 號解釋所謂：「侵害學生受教育權或其他基本權利……應許權利受侵害之學生提起行政爭訟，無特別限制之必要。」有下列兩個意涵：

1. 學生的基本權利不限於受教育權。
2. 只要是影響學生的權利，均應容許權利受侵害之學生提起行政爭訟，不得以未改變其身分或對其權利無重大影響而予以限制。

從上開分析可知，釋字第 684 號解釋再度擺脫以特別權力關係為基礎的「重大影響說」。如同許宗力大法官於該號解釋協同意見書中指出：「這是繼釋字第六五三號解釋宣告澈底揚棄特別權力關係之後，再一次明白宣告憲法第十六條有權利即有救濟之意旨，不得僅因人民之身分而率爾剝奪折扣。」而學者李建良亦稱該號解釋「在『特別權力關係』理論藩籬的拆除工程上，又往前推進一步 。」

79

從釋字第 395 號解釋揭示公務員關係為公法上職務關係後，大法官對於公務員關係所產生的人事行政行為，開 始論述法律保留原則（又如釋字第 455、474、491、575、

參李建良，同註 76，52 頁。

79

118

611、614、658 號解釋）、正當法律程序（釋字第 396 號解釋）、明確性原則（釋字第 491、614 號解釋）、比例原則（釋字第 583、618 號解釋）、平等權（釋字第 575、605 號解釋） 或平等原則（釋字第 455 號解釋）。上開解釋無異於承認基本權利及行政法的一般原則均適用於公務員關係。既然如此，則憲法訴訟權之保障提供無漏洞而有效的權利救濟， 也應一併適用於公務員。但司法院解釋卻仍維持重大影響說，例如釋字第 455 號及第 575 號解釋，足見特別權力關

係的包袱仍然存在。釋字第 684 號解釋擺脫重大影響說， 而改採權利影響說，不再限於重大影響始得提起救濟，實為一大突破。

（二）從行為性質到行為效果之判斷

依釋字第 684 號解釋，行政行為是否為行政處分，不再以對學生權益有重大影響為前提。而解釋文的「對學生 所為行政處分或其他公權力措施」，表示除了行政處分以 外，其他侵害學生基本權利的公權力措施亦有提起行政訴訟之可能。任何對學生所為的涉及其權利的公法行為，均 可提起行政訴訟 。

80

故依釋字第 684 號解釋，不再受限於被定位為行政處分者，始得提起行政訴訟。「其他公權力措施」之法律性質雖非行政處分，仍得提起其他種類的行政訴訟。行政法院 不得因行為性質上非屬行政處分而裁定駁回。故釋字第 684

參李建良，同註 76，53 頁。氏於該文註 11 特別指出此之「公權力措施」與行政程序法第 92 條第 1 項之「公權力措施」有所不同。另參莊國榮，同註 76，67 頁。

80

119

號解釋已打破我國實務上「若重大影響則行政處分，若行政處分則行政爭訟」的思維邏輯。則將來行為的法律性質 並不主導行政爭訟的可能性，取而代之者為行為之效果。若人事行政行為的效果干涉公務員之權利，即使非行政處 分，亦得提起行政訴訟，訴訟種類不限於針對行政處分所提起之撤銷訴訟或課予義務訴訟。此亦為一大突破。

四、從司法審查與訴訟權保護的觀點檢視人事行政行為的救濟問題

許宗力大法官於釋字第 684 號解釋協同意見書中期許：

「在本號解釋作成之後，展望將來，我們或許能在現在的基礎上，更進一步反省其他曾受特別權力關係理論箝制的 領域，例如公務人員人事事項的救濟現況，期待同步革新的契機與風貌。」保訓會邱華君委員亦指出：「如依大法官於本號解釋中的見解，公務人員之權利救濟，亦不得僅因 身分之不同而予以剝奪。若然如此，現行復審程序與申訴、再申訴程序以是否『對公務人員之權利有重大影響』作為區分標準，似已有檢討修正空間 。」

81

但實務上可能仍維持向來的作法，只有在大法官「明示」的範圍內，才開放復審乃至行政訴訟之可能性。本文認為，基於行政行為受司法審查之重要性，及憲法訴訟權之保障，釋字第 684 號解釋所建立的權利影響說及司法救濟標的不限於行政處分的標準，應可作為公務員關係的參考。

參邱華君，全球化下我國公務人員之人權保障初探 以「公務人員保障法」規定為例，

－

81

文官制度季刊，第 3 卷第 3 期，2010 年 7 月，13 頁。

120

## （一）行政行為受司法審查之重要性

司法的功能，不只是爭議的裁決者，更具有是保障個

82

人權益，審查人民權益是否被公權力違法侵害的功能 。從

權力分立的角度，司法權可制衡行政權，審判獨立可避免各種因素干擾，避免行政管理目的凌駕於基本權之上，且司法判決具有權威性。故理論上，只要不僭越行政權的核心，行政行為均應接受司法審查。

儘管在公務員關係中，已承認基本權之保障並有法律保留原則之要求，但權利救濟之落實仍有不足。若長官擅 自曲解法律或濫用判斷及裁量權限，而無司法救濟之可能 性，則無異於授權長官可以「濫權」。在公務員體系若長期有長官濫權或忽視公務員權利的情形存在，難以期待全國公務員對人民能克盡職責，視人民為權利主體，尊重人民之基本權利。許宗力大法官於釋字第 684 號解釋協同意見書指出：「允許學生對不能甘服的處分與措施提起爭訟，而不等閒斥為『權利未受侵害』，本身就是重要的公民機會教 育，絕非否定教師及學校在教育上的專業判斷。如果這類 案件竟然只是基於特別權力關係的遺絮，便否認權利之侵 害，全然封閉爭訟管道，我們又將如何向公民社會未來希 望所繫的年輕公民及準公民們，傳達『汝當尊重憲法權利』的訊息？」 此說法也同樣適用於公務員關係。

83

參翁岳生，司法權發展之趨勢，收錄於氏著，法治國家之行政法與司法，332 頁。氏認為法律上爭議的裁判，或保障個人權益、審查人民權益是否被違法侵害，無法完全顯示 司法權的特徵。但本文認為其至少可以用來佐證行政行為受司法審查的重要性。

82

83 許宗力大法官於釋字第 684 號解釋協同意見書指出：「學生在校園情境中值得保護的憲法權利並非只有受教育權一種。學校維護校園秩序、生活規範以及評量學習成果、授予

121

（二）享有訴訟權保障之「權利」

我國憲法第 16 條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權。」故只要是權利受侵害，都可以提起訴訟以求救濟。但訴訟權所保護的權利，不只是憲法所保障的基本權利。只要是人民有主觀權利，均可獲得訴訟權之保障。德國基本法第 19 條第 4 項所使用的文字是受公權力侵害的「權利」（Rechte），而非「基本權利」（Grundrecht），即可得知有權利必有救濟，非限於憲法所保障的基本權利。法律上所賦予的權利，亦得享有訴訟權之保障，而無須主張任何

「基本權利」受侵害。在具體個案上，可參考相對人理論或保護規範理論 判斷之。釋字第 684 號解釋雖僅指出「基

84

85

本權利的侵害」 ，但基本權利即應包含訴訟權在內。故無

論是基本權利或法律賦予的主觀權利受侵害，均可提起行政訴訟。

依上開說明，若公務員主張法律上所賦予之權利受侵害，亦得提起復審及行政訴訟。本文主張人事行政行為之行政爭訟可能性，應回歸憲法第 16 條、保障法及行政訴訟法之規定即可。

學位等措施，可能涉及學生的言論自由（如不准張貼特定內容之海報）、集會自由（如 拒絕出借場地舉辦演講活動）、結社自由（如不准設立某學生社團）、人格權（如予以 記過、申誡處分）、財產權（如逾期歸還圖書之滯納金、課徵研究室冷氣費）等，這些雖然都與學生受教育的機會無關，但本即有其各自獨立的權利內涵，應該予以承認。」

關於提起復審之權能要件，常須參考保護規範理論，請參劉建宏，公務人員保障法上「課予義務復審」之訴權要件，法學新論第 23 期，2010 年 6 月，41 頁。

84

85 參李建良，同註 76，55 頁認為釋字第 684 號限於「基本權利」令人扼腕。但本文採較寬之理解，認為所謂「其他基本權利」的原意在於擴大救濟範圍，而不限於受教權，但 無意限制憲法第 16 條訴訟權之行使僅在基本權利受侵害的範圍。

122

五、回歸保障法及行政訴訟法

經過釋字第 653 號及 684 號解釋，大法官的方向顯然是不再使用特別權力關係的概念。在公務員關係中，特別 權力關係也已改為公法上職務關係，則本文亦認為無須再 強調特別法律關係的用語。公務員、學生、軍人及受刑人

86

的情況各自不同 ，難以用一個「屋脊概念」涵蓋所有相對

人，重點可能還是回到個別類型，論述限制基本權的正當性及其重要性、課予各種義務的種類及強度而發展個別的

87

## 原理原則 。例如，在公務員體系中，為了管理需要，承認

主管長官的領導統御權，也承認長官用人權，在學生與受刑人的領域並不涉基於人事管理所需的長官權。在公務員 關係中，長官人事權必須由法律賦予，且不得恣意濫權， 故仍須維持公務員之權利救濟機制，以避免長官有違反平等原則或比例原則等問題發生。更何況讓公務員有法院救 濟機會，是其訴訟權的無漏洞保障。

無論是完全放棄特別權力關係的論述，或稱為特別法律關係，都不否認公務員得享有基本權，只是其基本權受 到比一般人更多的限制，此點是本文處理復審標的之基調。

## （一）回歸行政程序法之行政處分認定

本文認為，保障法第 25 條之復審標的，在釋字第 684 號解釋的啟發下，無須再判斷對公務員權利是否有重大影響，始承認為行政處分。僅需回歸行政程序法「行政處分」

參李建良，同註 46，52 頁。

86

87 同見解請參黃錦堂，同註 35，23 頁。

123

概念 ，認定是否符合提起復審之要件，即可符合釋字第684 號解釋所建立的「權利影響說」，而無庸特別考量公務員身分之特殊性。至於非行政處分之具體管理措施，則仍依第 77 條申訴、再申訴之程序處理。公務員針對再申訴決定得否提起何種行政訴訟，則屬行政法院應考慮之事項， 毋庸保訓會代勞。

88

司法實務上，撤銷訴訟與課予義務訴訟是否進入實體審理，往往以保訓會是否納為復審標的作為依據。故保訓會大可參酌釋字第 684 號解釋之精神，於公法上職務關係上，建立比司法實務更為貼近公務員權利的標準。如此一來，保障法上的實體保障項目也才能真正落實。

在判斷人事行政行為是否為行政處分時，「對外」的行政處分要素可能是關鍵因素。建議依循上開所建議的原則，若單純屬機關執行職務的命令，由於公務員係屬機關構成員而非權利主體，故此種職務命令不具對外性。但若涉及公務員自身的法律地位，仍具有對外性，其具體而直接發生法律效果者，仍屬行政處分。

（二）回歸保障法及行政訴訟法之權能要件

本文認為，採取釋字第 684 號解釋的「權利影響說」， 於公務員法律關係所發生之爭執，應回歸保障法及行政訴訟法之權能要件。保訓會與行政法院於標的為行政處分的 情形，均應審查當事人之權利是否受損之「權能要件」。保障法第 25 條第 1 項以「損害其權利或利益」為要件；行政

同見解參詹鎮榮，同註 70，55 頁。

88

124

訴訟法第 4 條及第 5 條之撤銷訴訟與課予義務訴訟均以「權利或法律上之利益」為基礎，第 6 條提起確認訴訟是以「即

受確認判決之法律上利益」為要件，第 8 條的一般給付訴訟則是以有財產上或行政處分以外之非財產給付請求權為 前提，均未限制「基本權利」受侵害或權利有重大影響始得提起行政訴訟。

至於是否造成司法負擔過重之問題，許宗力大法官於 釋字第 684 號解釋協同意見書曾有精闢之闡述：「固然不妨承認某些人民因職業與身分，與國家有較為緊密的關係， 因此在所涉事務上得降低法律保留的密度，或在具體行政 爭訟事件中放寬司法審查的標準，但身分絕非一概關閉行政爭訟大門的當然理由。……有論者著眼於行政法院系統 的負荷能力，反對放寬釋字第三八二號解釋設下的標準， 擔憂爭訟管道一旦開啟，學生可能動輒對校方記過申誡、學分採認、加退選等措施興訟，將有排山倒海而來的對校爭訟案件湧入行政法院，不僅耗費司法資源，更使校方疲於應付，徒增教育困擾。此種訟累不斷的擔憂，究是出自想像、抑或本於真實，本席無從預斷，但至少我們沒有理由認為學生較諸一般大眾更好訟成性。又在開放初期或有 訴訟案件顯然增加的狀況，但這何嘗不是說明人民對於救濟需求之殷切，而於行政法院逐漸耙梳出不同案件類型的判決模式後，可以預期在法院較為尊重學校決策的事務領 域中，爭訟的案件會減少。最重要的是，司法成本的隱憂 縱然正當，但建立在特別權力關係上所劃分的爭訟界線， 只是一種欠缺說理的武斷拒絕， 萬不能作為解決的方案。……所謂『最後』並不是最好、也不是最適合：訴訟

125

往往緩不濟急，涉訟諸方多半傷痕累累，教育現場的衝突 進了法院不一定獲得圓滿解決，事實上，大部分教育現場中的爭議，本席均不樂見最後成為法院的卷牘，毋寧更期待藉由學生充分參與的校內管道來定紛止爭，我們也應該鼓勵學校，尤其是大專院校，充實校內的紛爭解決途徑。但是所謂「最後」救濟，卻往往意謂『最起碼』，亦即身為一個憲政國家的學生，最起碼所應享有、國家不能任意剝奪的訴訟權能－而這正是剷除特別權力關係的重點所在。」

人事行政行為能夠司法救濟，目的之一在於使人事行 政行為有客觀違法審查的機會，進而有導正機關及長官依 法行政之作用。若因而導致訟累及司法資源的耗費，也是 必須承受的成本。但可藉由立法將若干案件列為簡易程序。我國行政訴訟法新制將設地方法院行政庭，亦可部分 解決訴訟案件增加的問題。何況以有權利即有救濟的觀點，司法是權利保障的最後防線，豈可輕言放棄。相較於增加訴訟的成本，如果正確適用行政程序法第 92 條的行政處分之概念，而增加訴訟的範圍，使機關行為受到司法審查，藉此而能降低機關濫權的可能性，未嘗不是增進公益 的方式。

伍、具有爭議性案件類型之重新檢視一、考績

考績是長官對屬官在一定期間內對其工作的評價，是

126

89

為了貫徹功績制度所實施的績效管理 。考績在我國是獎勵

及陞遷的依據，舉凡升官等考試 、升官等訓練 、模範公

90 91

92 93 94 95

務人員選拔 、訓練進修 、陞遷 、年資提敘俸級 、因公

撫卹 、休假順序 等，都以考績作為依據。目前實務上對於年終考績部分，礙於釋字第 266 解釋：「對於未改變公務員身份之其他考績結果有所不服，仍不許以行政訴訟請求 救濟。」僅得以申訴、再申訴之程序救濟。例如保訓會（100） 公審決字第 0265 號復審決定：「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損害等事項，為得提起復審之範圍。至於申訴、再申訴，依保障法第 77 條第 1 項規定，則以服務機關對公務人員所為之管理措施或有關工作條件之處置為標的。所稱管理措施，乃指除屬復審範圍之事項外，機關為達行政目的之作為或不作為，而有具體事實存在者。茲參照司法院釋字第 266 號解釋意旨，公務人員對於未改變其公務人

96 97

參湯德宗，論訂定考績丙等比例並命資退之合憲性 公務人員考績法修正草案改進芻

—

89

議，法令月刊第 62 卷第 3 期，2011 年 3 月，10 頁。

90 公務人員升官等考試法第 7、8 條參照。

91 公務人員任用法第 17 條參照。

92 公務人員品德修養及工作潛能激勵辦法第 8 條參照。

93 公務人員訓練進修法施行細則第 13 條參照。

94 公務人員陞遷法第 7 條參照。

95 公務人員曾任公務年資採計提敘俸級認定辦法第 6、7 條參照。

96 公務人員撫卹法施行細則第 9 條之「戮力職務，積勞過度以致死亡」應同時符合「最近三年年終考績一年列甲等、二年列乙等以上」之要件。

97 公務人員請假規則第 9 條參照。

127

員身分之考績結果如有不服，因其屬機關之管理措施，尚不得依保障法規定之復審程序請求救濟，僅得提起申訴、再申訴；……卷查復審人……，因不服……年終考績考列乙等，提起復審。茲以上開評定，並未改變復審人之公務人員身分，揆諸前揭說明，屬服務機關對復審人所為之管理措施，尚不得對之提起復審。」

司法實務上有一特殊案例，即最高行政法院 96 年度裁字第 2089 號裁定：「觀之司法院大法官會議歷次對公務員法律關係所為之多次解釋（釋字第 187 號、201 號、243 號、266 號、298 號、312 號、323 號、338 號、430 號、483 號、

491 號等解釋文），大體上可以獲致以下之印象。大法官是不斷放寬公務員法律關係中之權利事項範圍，但每次解釋文均係針對申請解釋的個案情形作成個案的判準。顯然大法官在各次解釋中，並沒有顯露出打算建立「通用規則」

（bright line rules）之意圖，而傾向於採取『個案裁決』之

『準繩』（standards）方式。而公務人員保障法於 85 年 10

月 16 日制定公布時，以上處理方式之傾向亦被保留下來，

而形成公務人員保障法第 25 條與 77 條之規定現狀。…… 固然從大法官相關之歷次解釋文與已往之司法實務見解觀 察，似乎可以推知，一般年度考績，雖然至少對公務員之薪俸（年終獎金數額）即發生直接影響（其他間接影響可暫時不論），但在價值衡量上，仍不認為影響重大，所以法院一向將之劃歸「管理事項」。……但若進一步觀察，抗告人 5 個年度之考績，乃是相對人在 2 天之內作成的，而且其中有 4 次是丙等。依公務人員考績法第 7 條第 1 項第 3 款之規定，年度考績為丙等者，不得領取考績獎金，且留

128

原俸級，與考績乙等得領半個月考績獎金以及晉本俸一級之待遇相比，相差已屬巨大。若是單一年度之考績決定， 因為只影響一年，且公務員有機會在下年度內自我改進， 因此則對當事人影響尚有限。但連續 4 年之丙等考績評比， 又是一次做成（二天內作成決定，法律評價上就等於一次做成）。當事人連自我調整之機會都沒有。且連續 4 年沒有

晉升俸級，對其影響難謂不重大。此與司法院釋字第 243

號、第 266 號解釋係針對一次之考績結果不服不許提起行政訴訟者有間。……在本案之情形，如果不給予抗告人實體救濟之機會，等於是發出一個錯誤的訊號給行政機關， 以為影響重大之公務員獎懲作為，可藉由『一次打多年度考績』之途徑，來迴避司法之實質審查。也明顯忽略了正常之逐年年度考績與一次多年考績，對公務員身分地位影響之重大差異。從救濟之必要性觀察，應認抗告人本案起訴應得進入實體審理。」

上開裁定認為一次打多年度丙等考績，連續 4 年沒有晉升俸級，對當事人權利影響重大，而應實體審理，亦即得作為復審標的。該裁定透露丙等考績比乙等考績的待遇相比，相差已屬巨大，若不給予行政訴訟機會，無異承認行政機關可規避司法之實質審查，已意識到考績丙等對公務員不利影響之嚴重性，以及司法審查之重要性，但仍依循向來的重大影響說。

由於考績乙等尚得晉級並可獲得考績獎金，亦得累積上開升官等訓練或考試之資格，難謂影響公務員權利有重大「不利」之影響，依現行實務作法，考績乙等無法作為

129

復審標的，尚可勉強理解。但依現行法之規定，考績丙等之效果，包含留原俸級、考績獎金（公務人員考績法第 7 絛第 1 項第 3 款）、最近一年考績列丙等者不得陞遷（公務人員陞遷法第 12 條第 1 項第 5 款）、無年終獎金（98 年軍公教人員年終工作獎金發給注意事項）、中央公教人員購置住宅輔助規定，無點數可計分。（公教人員辦理輔購住宅計點標準表)、申請服務獎章受限（獎章條例施行細則第 4

條）、最近 3 年內考績曾列丙等以下者，不得選拔為模範公

務人員（公務人員品德修養及工作潛能激勵辦法第 8 絛第 2 款）、無法被機關學校選送進修（公務人員訓練進修法施行細則第 13 條第 1 款）、最近 3 年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 7 條、警察人員人事條例第第 14 條）等。故本文認為，考績丙等之效果， 已對公務員之服公職權有重大影響。而若採取權利影響說，則更應承認其得為復審標的，因考績丙等的效果對公 務員之權利而言，本即有嚴重之不利影響。

依考試院於 2010 年 4 月 6 日函送立法院之公務人員考

98

績法修正草案（以下稱考績法修正草案）

4 款之規定，考績丙等之法律效果如下： 第一次：留原俸級，並輔導改善；

第 7 條第 1 項第

第二次：降一級改敍，無級可降時，比照每級俸差減俸，並輔導改善；

資料來源：考試院網站 <http://csinfo.exam.gov.tw/public/Attachment/042916271968.pdf>（造訪日期 2011.9. 17）。

98

130

第三次：應辦理資遣或依規定退休。

而依考績法修正草案第 7 條第 3、4 項之規定，第二次及第三次考列丙等之考績，得提起復審。則第一次考績丙等仍維持申訴、再申訴之救濟程序。就此林明鏘教授認為：

「一丙處分業已確定，除行政機關再開行政程序外，即無從救濟，對於具有累積加重效果的丙等第一次考績處分， 完全不能循復審救濟，有違『有權利即有救濟』之法理而產生權利保護之漏洞，並違反公務人員訴訟權之本旨 。」廖義男教授亦認為：「考列丙等既然有依其次數之增加，而愈增加對受考人更不利之法律效果，則第一次考列丙等時，不能謂對其權益並無重大影響，更何況依現制並已發生無考績獎金、不能晉級及一年內不能辦理陞遷而受限制的法律效果，依司法院釋字第 298 號解釋之意旨即……應容許其提起復審，以求救濟 。」上開二位學者之見解， 本文均贊同之。

99

100

但臺北高等行政法院 99 年度訴字第 2236 號判決謂：

「有關原告主張目前送至立法院審議之考績法修正草案， 亦載明考績丙等得提起復審及行政訴訟云云，然查依原告提出之考績法修正草案第 7 條第 3 項規定，乃指依第 6 條

之 2 第 11 款而受第 1 項第 4 款規定降級改敘、減俸、辦理資遣或退休者，得就其考績丙等處分，依公務人員保障法

林明鏘，公務人員二○一○年考績法修正草案與制度基本問題，月旦法學雜誌第 184 期， 121 頁。

99

100 參廖義男，公務人員考績法之修正，法令月刊第 61 卷第 6 期，2011 年 6 月，135 頁。同見解參詹鎮榮，同註 70，59 頁。

131

之規定提起復審……。而依考績法修正草案第 7 條第 1 項第 5 款規定，考績丙等為留原俸級，並輔導改善；第二次考績丙等始有降級、改敘等，至第三次考績丙等始能辦理 資遣或依規定退休；因此縱依考績法修正草案規定，本件 系爭考績乃第一次丙等，仍不能提起復審及行政訴訟；原 告對考績法修正草案規定容有誤會，是其前開主張更不足 採。又從考績法修正草案與現行考績法及公務人員保障法 相互對比亦可知，現行考績丙等確屬機關內部管理措施， 不得提起復審及行政訴訟；而修正草案中因考績第二次以 上丙等，會有降級甚且資遣等影響公務人員身分及重大權 益事項，乃修正草案乃特別將之列舉使具『行政處分』性 質。因此依上開考績法修正草案，更足反證現行考績丙等 為機關內部之管理措施，不得對之提起復審及行政訴訟。……又原告主張司法院釋字第 684 號解釋認為大學生遭記過處分，雖非退學處分，但屬於重大影響大學生權益， 故可提起行政訴訟，本件考績亦屬重大影響原告任公務員 之權益，故應本上開解釋意旨，准原告提起行政訴訟云云； 然查本件考績丙等救濟程序乃公務人員保障法所明文規範，因此原告以身分不同，適用法律不同之學生記過處分 之大法官解釋，而為前開主張，參照上開法律說明，自亦 無理由，亦應再敘明。」

由上開判決看來，無論是釋字第 684 號解釋，或考績法修正草案，似乎都無法撼動目前實務上將考績丙等排除 在復審標的以外的作法。顯然行政法院不願意擴張釋字第684 號解釋的適用範圍。該見解是否為日後行政法院的統一見解，仍有待觀察。

132

此外，為了符合法律保留原則，並提升規範密度，考績法修正草案第 6 條之 1 增列甲等以上之消極條件，包含

故意洩露公務機密經查證屬實（第 4 款）或違反行政中立

（第 5 款）等事由；第 6 條之 2 增訂故意犯罪受刑事確定

判決或受懲戒處分者（第 1 款）、對他人為性騷擾情節重大

經查證屬實者（第 4 款）等作為應考列丙等考績之事由。但這些事由與工作績效無關，而是行為失檢，不應滲入工作績效考評，而應將之列為懲處事由 。本文認為，若將來該草案立法通過，基於行為失檢的原因所造成的考績丙等，應與懲處之行政救濟途徑一致。

101

二、懲處

懲處與考績的不同處在於，考績是工作表現的優劣問 題，懲處是基於特定行為失檢。工作表現繫於長官之評價， 而懲處則依賴構成要件與客觀事實的認定及法律效果的選 擇 。但因我國懲處與懲戒併行，才會在公務人員考績法上規定懲處事由，當作平時考核之一部分。但工作表現與 行為失檢仍不容混淆。

102

由於懲處係基於公務員之行為失檢，對於愛惜羽毛的公務員而言，即使是申誡，可能已是終其一生的莫大污點 。

103

湯德宗，同註 89，11-12 頁。

101

102 參湯德宗，論公務員不利人事處分的正當程序

－

司法院大法官釋字第四九一號解釋評

析，臺灣 本土法學雜誌第 10 期，2000 年 5 月，42 頁對於懲戒、懲處本質區分的論述。

103 參蔡文斌，從權力分立角度看懲戒與懲處，全國律師第 4 卷第 1 期，2000 年 1 月，19

頁註 15 謂：「吳庚大法官在司法院釋字第四九一號協同意見書指出，記過以上的懲處， 都應踐行正當法律程序，不必限於免職處分。筆者則認為，公務員愛惜羽毛，即使是 申誡，也應踐行正當法律程序。」

133

而懲處之程序及懲處構成要件之認定均可能有所違誤，非

104

## 不得由行政法院行使合法性審查

。故李建良教授曾謂

105

## 

：

「基於『體系正義』的觀點，對於公務員所為之『懲處』處分，不問輕重，均應許其向司法機關提起救濟，始合乎憲法第十五條保障人民訴訟權的意旨。」陳清秀教授亦認為，記過直接發生公法上效果，包含陞遷的服公職權及人格權受影響，對公務員之個人權益難謂無直接侵害 。張桐銳教授則指出，懲處在處罰效果外另具規制內容者，多是違反職務外活動的義務，如肯定有侵害基本權之性格， 由於係對公務員於具體個案對其基本權所為之規制，具有直接對外發生法律效果之單方行為，為行政處分，得對之 提起撤銷訴訟 。湯德宗大法官曾謂：「平時考核的申誡、記過、記大過經銓敘部審定後生效，性質為行政處分，本應循正當法律程序作成，惟因行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款所為人事行政行為而除外 。」則在釋字第 684 號解釋後，特別是干涉公務員基本權利的懲處，應可作為復審標的。

106

107

108

惟依釋字第 243 號解釋：「至公務人員考績法之記大過處分，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公

參邱華君，同註 81，23 頁。

104

105 參李建良，論人民服公職之權利與公務員懲戒制度

－ 司法院大法官釋字第四九一號解

釋及其相關問題之研究，政大法學評論第 64 期，2000 年 12 月，44-45 頁。

106 參陳清秀，同註 40，198 頁。

107 張桐銳，同註 43，175 頁。

108 湯德宗，同註 102，36-37 頁。

134

職之權利，上開各判例不許其以訴訟請求救濟 ，與憲法尚無牴觸。」故目前實務上，除了考績法上之一次兩大過專

109

110

111

案考績免職以外，其餘懲處包含記大過

、記過

及申誡

均不得提起復審、行政訴訟。最高行政法院 95 年度裁字第

02557 號裁定謂：「參照司法院釋字第 243 號解釋意旨，依公務人員考績法所為之記大過處分，非影響公務員身分關 係之不利益處分，公務員不得以訴訟請求救濟。則公務人 員對於記過懲處如有不服，應認係屬機關之管理措施範圍，僅得依公務人員保障法規定提起申訴、再申訴，尚不得以復審之程序請求救濟。」

惟誠如上開廖義男教授之見解，釋字第 298 號採重大影

響說之見解，已突破釋字第 243 號解釋之改變身分說，釋字

第 243 號解釋並無堅守之必要。剩下來的問題，是採重大影響說與權利影響說之不同。若仍採取重大影響說，因曾記一大過人員，考績不得列乙等以上（公務人員考績法第 13 條參照），則記大過的效果至多僅能獲得丙等考績，依本文上開見解，已對公務員權益影響重大，而得提起復審。至於記過以下之懲處，若採釋字第 684 號解釋之權利影響說，

參最高行政法院 97 年度裁字第 02331 號、95 年度裁字第 00230 號、94 年度裁字第 02357 號、94 年度裁字第 00876 號、93 年度裁字第 1261 號、92 年度裁字第 1344 號、91 年度裁字第 1376 號、88 年度裁字第 451 號裁定。

109

110 參 96 年度裁字第 00942 號、95 年度裁字第 00405 號、94 年度裁字第 01623 號、94 年度裁字第 01123 號、93 年度裁字第 1279 號、92 年度裁字第 253 號、87 年度裁字第 1031 號裁定。

111 參最高行政法院 99 年度裁字第 2899 號、97 年度裁字第 5398 號、96 年度裁字第 01462 號、96 年度裁字第 00361 號、95 年度裁字第 01786 號、95 年度裁字第 00153 號、94 年度裁字第 02103 號、93 年度裁字 1407 號裁定、87 年度裁字第 524 號裁定。

135

則亦宜承認其得提起復審以資救濟。三、調任

關於調任，德國聯邦行政法院於 1980 年 5 月 22 日的調職（Umsetzung）判決中，認為調職屬同一行政機關內的組織措施（innerorganisatorische Maßnahmen der Behörde），與調任（Versetzung）不同，因其不具外部效力，並非行政處分，但不排除得提起其他類型的行政訴訟 。根據程明修教授的分類 ，德國有關職務調整的行為態樣、法律性質及救濟如下表。

112

113

表 3 德國職務調整態樣、法律性質及行政救濟比較表

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 行為 | 內容 | 法律性質 | 行政救濟 |
| 調職 | 同機關內不改變地位的職位變動 | 不具外部效力之組織措施，非行政  處分 | 不排除其他種類行政訴訟 |
| 調任 | 不同機關的長期職位變動  同機關涉及地位的職位  變動 | 影響公務員法律地位之行政處分 | 以行政處分為程序標的之行政爭訟 |

保訓會曾就經濟部水資源局農業技術職系薦任第六職等至第七職等助理工程司，調派為同局土木工程職系同官

BVerwGE 60, 144ff. 關於該判決內容請參黃錦堂，同註 35；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，28-29 頁。

112

程明修，同註 112，26-31 頁。

113

136

等、職等助理工程司，認為係「由上級機關就其監督範圍內所發布之同官等職等（資位等級）、同職責程度遷調之職

114

務命令，屬機關之管理措施 。」即屬表 3「調職」之情形。

而改變職等或職系之調任，均因發生外部效力 而得為復審標的。

115

至於不同機關的調動，我國學者有認為得為復審標的者 ，亦有認為不同行政主體的調任，因公務員法律關係相對人已經改變，故涉及服公職權，同行政主體不同機關的調任，公務員法律關係並未改變，儘管直屬上司改變， 但仍屬職務領域者 。在平調的情形，德國認為機關外的調動即屬行政處分。但在我國有認為平調對公務員官職等俸級未有改變者，儘管任職區域或機關變動，將影響公務員之家庭作息、往來交通及額外費用的負擔，例如房租支出，因機關首長有人事權限，得調整人力需求及配置，即使有事實上不利益，也對法律上所保護的權益無影響者 。但陳清秀教授認為，調動至偏遠地區，妨害其婚姻與家庭生活之圓滿，已侵犯個人權利及法律地位 。畢竟婚姻與家庭受憲法制度性保障（釋字第 554 號解釋參照），至少在

116

117

118

119

保訓會（100）公審決字第 0070 號復審決定書。

114

115 參李建良，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，136 頁。

116 參李建良，同註 115，136 頁。

117 張桐銳，同註 43，177 頁。

118 參蕭文生，公務員調職處分之救濟，月旦法學教室第 101 期，2011 年 3 月，11 頁。

119 陳清秀，同註 40，204-05 頁。

137

調離原任職處所時，應斟酌當事人的家庭狀況，否則即可能有裁量瑕疵 。

120

本文認為，不同機關之平調，若係調整任職地區，基於上開理由，儘管行政主體不變，至少基於婚姻與家庭之保障，長官即使有用人權，也應於裁量時斟酌之，故其決定仍影響公務員之地位，而得提起復審。惟於財政部臺北關稅局課員調任財政部基隆關稅局課員平調其他地區案， 保訓會認為仍屬機關內部之管理措施，行政法院亦支持其見解 。

121

至於改變職缺職等之變動，司法院釋字第 483 號解釋謂：「……調任，依公務人員俸給法第十三條第二項及同法 施行細則第七條之規定，此等人員其所敘俸級已達調任職等年功俸最高級者，考績時不再晉敘，致高資低用人員縱於調任後如何戮力奉公，成績卓著，又不論其原敘職等是否已達年功俸最高級，亦無晉敘之機會，則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， 與首開憲法保障人民服公職權利之意旨未盡相符，主管機關應對上開公務人員任用法、公務人員俸給法及附屬法規 從速檢討修正。」依該號解釋意旨，將公務員由高職等職位調任低職等職位，雖仍以原職等任用，但仍涉及服公職權，而得提起復審。

參張桐銳，同註 43，181 頁。

120

121 臺北高等行政法院 95 年度訴字第 838 號裁定：「該調任令固屬相對人所屬地區關稅局間之任調，惟並未改變抗告人公務員身分關係，亦未對相對人權益發生重大影響，性 質仍屬機關內部之管理措施。」（最高行政法院 96 年度裁字第 00557 號裁定維持）。

138

保訓會民國 92 年 11 月 5 日公保字第 0920007861 號函檢附研商「調任、請求派任、工作指派等事件究應適用復審或申訴程序疑義」案會議結論，為調任是否屬復審標的， 界定其範圍：

一、主管調任非主管職務、調任較低官等職務、調任同官等不同陞遷序列職務及改變任用制度之調任，均屬影響公務人員權益重大事項，應適用復審程序。至請求 派任主管或較高官等、職等職務，分別依當事人主張， 比照上開方式辦理。

二、同一任免權責機關所為不同機關或不同區域職務之調 任及工作指派、職務調整均適用申訴程序。

上開保訓會之會議結論採「重大影響說」，將得提起復審之案件類型明列。亦即，上開得提起復審之調任類型， 業經保訓會認定對公務員權益影響重大。此舉算是保訓會的一大突破。因為先前主管調非主管職務或陞遷序列降低，行政法院仍認為係管理措施 。

122

最高行政法院 93 年度裁字第 1024 號裁定：「本件抗告人原任相對人所屬殯葬管理處副處長，經相對人調任為所屬社會局專員，仍敘原職等（薦任第九職等）及原俸級，並 無降級、減俸情事，且未改變其公務員之身分關係，對其權利並無重大影響，抗告人 縱因而無法領取主管職務加給，亦不得認已侵害其公法上之財產請求權，應認本件調 任屬服務機關所為之管理，抗告人對之不服，應依公務人員保障法第二十三條第一項 規定，提起申訴、再申訴，而不得提起復審，尋求救濟。」另參最高行政法院 90 年度

122

裁字第 852 號裁定：「中華電信股份有限公司以八十六年八月二十一日信人字第八六Ａ三○○二三三三號令將原告由被告網路維運處副處長調派為鳳山營運處服務中心主 任，並於備註欄載明『仍支第十五職責層次之職務待遇』，僅係其上級機關就其監督 範圍內所發布之職務命令，並非改變原告公務員身分關係之不利益處分，自不得訴請 救濟。至於公務人員對於服務機關所提供之工作條件及所為管理認為不當者，僅得依 公務人員保障法第二十三條所定申訴、再申訴程序救濟。原告提起申訴、再申訴，既 遭決定駁回，復提起行政訴訟，自不合法。」

139

有關公務員自行請調部分，若申請調職地點尚無相當 職務出缺，公務員尚無請調該特定職位之權，故其否准對公務員權利尚未發生影響 。但若已開缺，雖係請調相當職位，若機關之否准另涉及任職資格之喪失者，似已影響當事人之法律地位。高雄高等行政法院 94 年度訴字第 438 號裁定稱：「原告所申請調任之被告外事科科員，與原告原任之戶口科科員，既同屬警政三階職務，又同列全國警察機關陞遷表列表之第六序列，就該同序列職務間遷調之處理，未改變其公務人員身分上之法律地位，對其權利並無 重大影響，尚不得據以提起復審，核屬申訴、再申訴之範疇，則原告堅持提起復審請求救濟，於法即有未合。」本件當事人主張「高雄市政府警察局警正二階以下外事警察人員遴選作業規定」，限定原告每次調任非外事警察人員職務時，均必須限時於未滿二年內及時請調回任外事警察職務，否則一經調任非外事警察職務滿二年，即喪失調任外事警察職務之資格。機關以當事人應 73 年外事警察特考及格迄今已逾二年，不符被告警政二階以下外事警察人員遴選作業規定得免甄試之要件，不予存記，即確認其無任外事警察職務之資格，似對公務員法律上地位已生影響。

123

就服務機關拒絕商調之案例，保訓會以往之見解認為係擬任機關與原任免權責機關間為辦理商調人員所為之函 文，屬機關間之行文，雖副知擬商調之公務人員，惟相關決定並未改變其公務人員身分，對其權利難謂有重大影

參最高行政法院 99 年度裁字第 3350 號裁定。

123

140

124

響，僅得提起申訴、再申訴，尚不得依復審程序請求救濟 。

但臺北高等行政法院 97 年度訴字第 1388 號判決引用釋字

第 323 號解釋認為：「被告機關以 97 年 3 月 4 日府人力字

第 0970024033 號函復楊梅鎮公所礙難同意原告之商調案， 除函復楊梅鎮公所外並副知原告本人……；原告主張被告否准商調，已影響其工作之地點選擇、通勤時間、交通費用及家庭照顧等情，對於原告權益造成重大影響，伊得提起行政訴訟。」若擬任機關之職缺比於原服務機關之官職等或俸級較高者，服務機關拒絕過調將影響公務員之陞遷權，在擬任機關之職缺與原服務機關相同或更低者，則服務機關不同意過調即使不影響當事人之服公職權，另可能影響其婚姻、家庭等其他基本權利之行使。本文認為得視具體個案判斷是否涉及當事人之服公職權或其他基本權， 而承認其得提起復審、行政訴訟。

四、性騷擾成立與否之決定

除了 2003 年擴大調任案件的復審標的外，保訓會的第二個重大突破，是 2011 年開放性騷擾成立與否之決定得提起復審。依保訓會 100 年 4 月 13 日公保字第 1000005427 號函指出：「機關對於性騷擾成立與否之決定，可能侵害公務員之人性尊嚴、隱私權及工作權等，此涉及憲法保障之基本權利，且所造成之傷害，遠較身體傷害更難以回復， 參照司法院釋字第 298 號解釋意旨，屬對公務人員權益有重大影響之決定，應認定為機關對公務人員所為之行政處

保訓會 99 年 11 月 16 日（99）公審決字第 0362 號、96 年 5 月 8 日（96）公審決字第 0297 號及 97 年 5 月 13 日（97）公審決字第 0173 號復審決定書參照。

124

141

分。公務人員如向服務機關申明遭受性騷擾，經該機關組成性騷擾處理委員會作成性騷擾成立與否之決定，得以該 決定為行政處分提起復審。另依同法第 26 條第 1 項規定：

『公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，於法定期 間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起復審。』如服務機關於法定期限內不予處理時，遭受性 騷擾之公務人員亦得提起復審。各機關所屬性騷擾處理委 員會就公務人員申明遭受性騷擾，作成性騷擾成立與否之 審議決定書時，請依行政程序法第 96 條第 1 項第 6 款規定， 載明公務人員對該決定如有不服之救濟方法、期間及其受理機關。」

上開保訓會函雖仍維持重大影響說之標準，但所列舉 之基本權利，不再限於公務員之公法上財產請求權或服公 職權，而擴至人性尊嚴、隱私權及工作權等基本權利，與 釋字第 684 號解釋對於「其他基本權利」之權利侵害亦得提起行政爭訟之意旨不謀而合，值得贊同。

陸、保訓會對於釋字第 684 號解釋之因應－代結論

保訓會對於釋字第 684 號解釋之意旨，得採取行政法院

之見解，認為釋字第 684 號解釋只適用於在學關係，而不適

用於公務員領域。但保訓會亦得採取 2003 年擴大調任作為復審標的之開創精神，在司法機關未開放前，先一步擴張復審標的，引導司法機關改變。故本文基於釋字第 684 號解釋之啟發，綜合上開論述，對保訓會之實務運作，建議應

142

回歸憲法基本權之保障，及保障法第 25 條及行政程序法、行政訴訟法之適用；並強化審查密度。若有機會修法，建議將復審、申訴、再申訴程序簡化為一，採單軌制，審查案件並注入文官核心價值，以誘導機關及公務員朝向優質文官制度邁進。

一、現行法之適用

（一）回歸基本面－行政處分作為復審標的正常化

由上開實務運作可知，礙於司法院大法官解釋所採的 重大影響說，現行保訓會之見解，將保障法第 25 條之復審標的，理解為依行政程序法第 92 條第 1 項規定，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；再加上一個限制，即

「限於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損害等事項」，始為得提起復審之標的。

惟重大影響說的標準，已經釋字第 653 號及 684 號解釋所不採，而改採權利影響說。本文認為，以往復審標的必須符合行政處分之概念加上重大影響之實務運作，似應回 歸行政處分之本質。而保障法對於行政處分並無特別定

125

義，故行政處分概念，應回歸行政程序法第 92 條之規定 。

## 至於非屬行政處分之人事行政行為，是否可提其他行政訴

同見解林明鏘，公務人員復審與訴願程序之比較研究，輔仁法學第 18 期，1999 年 6 月， 133 頁。

125

143

訟種類，則由行政法院依個案判斷。實務上認為對公務員 有重大影響始得提起復審，而得提起復審者始得提起行政 訴訟，對再申訴決定不得提起行政訴訟之見解，似宜予適 度變更。

故向來實務上的「重大影響→行政處分→復審→行政訴訟」之邏輯，於涉及公務員權利時，宜修正為「行政處分→復審→撤銷訴訟或課予義務訴訟」、「非行政處分之管 理措施→申訴、再申訴→或可提起其他種類行政訴訟」或

「非行政處分→或可提起其他種類行政訴訟」之進程。而是否得提起其他種類之行政訴訟，視個案是否符合各訴訟種類之要件而定。

由於保訓會對於復審案件與再申訴案件均同樣重視， 故擴大承認人事行政行為屬行政處分而得提起復審，對於 保訓會的衝擊面可能較小，對於行政法院的衝擊較大。但 即使行政行為非屬行政處分，亦可能提起其他訴訟種類， 行政法院仍有必須加以審理之問題。

（二）審查密度之加強

除了擴大復審標的外，本文認為，強化保訓會的審查 密度，除可增加保訓會決定的公信力外，亦可疏解訟源。保訓會對於人事行政行為，尤其是考績案件與調任案件， 向來以尊重機關的判斷餘地或機關長官用人權為原則，而 採取低密度審查，除有組織不合法或程序瑕疵之情形，鮮

144

少撤銷者 。但即便尊重機關之判斷餘地或裁量權，保訓會仍有對恣意判斷或裁量濫用之違法審查空間 ，相對地當事人亦有判斷及裁量無瑕疵請求權。故建議保訓會在有限的審查空間下，加強審查密度，或許也有減少訟源之可能性。

126

127

二、立法論－克服雙軌制的成本耗費

保障制度有保障公務員合法權益、疏導公務員怨懟及 發揮行政監督作用之功能 。在立法論上，本文認為於保障法修法時，可考慮將復審與申訴、再申訴制度合而為一， 改為只要是對公務員權利或利益有影響之人事行政行為， 均得向保訓會提起救濟。單軌制可避免耗費保訓會與服務 機關區分復審標的與申訴、再申訴標的之成本，更亦可擺 脫特別權力關係之影響，脫離基本關係與經營關係區分的

128

參詹鎮榮，同註 70，78 頁。

126

127 參陳愛娥委員於保訓會（100）公申決字第 0222 號再申訴決定之不同意見書：「卷查再申訴人各期平時成績考核紀錄表，各考核項目之考核等級多為 A 級或 B 級，「單位主管綜合考評及具體建議事項」欄位載有……正面考評，並無負面評語。……再申訴 人之直屬長官於其公務人員考績表給予『表現尚可』之評語、綜合評分『79 分』，豈

無齲齬矛盾之處？……再申訴人嘉獎 49 次、記功 9 次，無事假、病假、遲到、早退或曠職紀錄；直屬長官就考績表項目評擬時，考量此等獎勵之考績增分，何以仍認再申 訴人之表現僅屬『表現尚可』、綜合評分『79 分』？……本會委員會議未能決議為進

一步之查證，殊堪遺憾。此等作法，實際上等同架空公務人員考績法第 5 條第 1 項前段所定，『年終考績應以平時考核為依據』之制度意義。蓋無論平時考核如何記載， 平時考核獎懲之項目、次數如何，只要受考人未具有公務人員考績法第 13 條所定曾記二大功者，考績不得考列乙等以下之情形，均得以『相關考績增分於就考績表項目評 擬時，已包含於評分之內』一語帶過；縱使平時考核（包含平時考核獎懲）之記載與 年終考績之結果相去甚遠，本會亦以尊重機關長官對部屬考評之判斷為由，未予實質 審查，或至少要求機關說明其考評之理據，恐平時考核之記載流於形式，未能落實公 務人員考績法第 5 條第 1 項前段之規定目的。」即屬應強化審查密度之見解。

128 參邱華君，公務人力資源開發運用與保障機制之探討，考銓季刊第 55 期，2008 年

7 月，37 頁。

145

枷鎖 ，又不妨礙上開保障制度功能的發揮。

129

若採釋字第 684 號解釋之權利影響說，而不採重大影響說，區分復審標的或許較為容易，但仍應判斷當事人不服之標的是否為行政處分，並確認當事人是否誤用程序，仍 需耗費成本，改為單軌制可避免此種困擾。至於得否提起行政訴訟，或得提起何種訴訟種類，由行政法院認定之。如此也可避免行政法院對於保訓會判斷標準之依賴，促使行政法院對人事行政行為的爭訟程序整理出一套無漏洞的有效權利救濟機制，以昭示我國公務員保障制度亦與先進法治國家並駕齊驅。

既然復審、再申訴兩種救濟管道均由保訓會審理，殊途同歸，且保訓會在審查程序與審查密度上並未明顯區分，則由雙軌制改為單軌制，程序上較為單純。在將來大法官針對適合之案件予以解釋前，保障法率先將雙軌的救濟途徑一元化，使之成為更親近公務員之權利救濟機制， 一方面兼顧公務員之苦情申訴，另一方面可節省區分兩種救濟途徑之行政成本，可謂一舉數得。

三、注入文官核心價值的公務員權利救濟機制

2009 年 6 月 18 日考試院第 11 屆第 39 次會議通過擇定當前文官應具備之核心價值為「廉正、忠誠、專業、效能、關懷」。其重要內涵包含「創新」、「以提高行政效率與工作績效」、「對人民之需及所遭遇之困難，以同理心及時提供必要之協助與照護，增進人民信賴感。」

129 同見解參詹鎮榮，同註 70，51、55 頁。

146

本文認為，認同釋字第 684 號解釋破除特別權力關係的方向，以「權利影響說」擴大復審標的，不僅實現憲法對基本權利之保障，並可呼應我國簽訂「公民政治權利國際公約」及「經濟社會文化權利國際公約」兩公約之人權 保障趨勢，符合文官核心價值中之創新。而保訓會強化審 查功能，例如將文官核心價值中的工作績效注入案件審查過程中，更能適切呼應考績法之本旨，促使考績制度更加合理。又以同理心面對公務員之救濟案件，依當事人之主張，判斷是否有權利影響之可能，儘量對公務員尋求權利保護之需求予以正面回應，也是身為公務員權利保障者應盡的職責。

147

〈研討紀錄〉

公務人員保障法復審標的之探析主持人︰蔡璧煌 保訓會主委（保訓會）

報告人︰林昱梅 副教授（中興大學） 評論人︰程明修 副教授（東吳大學） 蔡主任委員璧煌：

謝謝林老師、程老師，還有在座各位貴賓，坐在我右 邊的就是今天的報告人林昱梅教授，坐在左邊的是我們的 與談人程明修教授。兩位在行政法上都是知名的學者，所以其實不用我再多所介紹，林教授目前是在中興大學任教，程教授在東吳大學任教，兩個對行政法、性別平等、 行政救濟，不管是對救濟的處分本身，或者是對救濟程序 都相當有研究。今天林教授寫了一篇這麼好的文章，我從 頭到尾拜讀過，是非常好的一篇報告，等一下她的報告精 彩可期，程明修教授對這方面也非常有研究，我相信今天 這一場一定是相當好的一個研討。

剛剛我在開幕致詞的時候，有特別提到復審標的的問 題，目前在保訓會來講是一個一直在注意的問題，剛剛Starck 教授也約略提到復審的範圍或者是標的，事實上目前正在逐漸擴大當中，所以等一下各位可以看到林昱梅教授 精彩的報告，以及她精彩的口語說明。剛剛司儀小姐已經 幫我們介紹過進行程序，所以等一下林教授有 25 分鐘的報

148

告時間，程教授有 15 分鐘與談時間，接下來就請各位參與討論，一個人可以發問 3 分鐘，我們預計在 12 點半結束今天這場報告，現在請我們用最熱烈的掌聲，歡迎林昱梅教授。

蔡主任委員璧煌：

謝謝林老師精彩的報告，她的結論是權利影響說，從是否違背行政程序法來談，或者是考慮採用單軌制的方向，她的結論是這樣。接下來請程明修程老師與談。

程副教授明修：

謝謝蔡主委、報告人林教授，以及副主任委員、梁委員、邱委員，還有張桐銳老師、陳淑芳老師，還有與會的 各位來賓，大家早安。今天很榮幸有這個機會，參與保訓會年度的盛會，更榮幸是能夠拜讀林老師在權利關係論述上面的一些觀察成果，林老師在這個報告裡面，他很一貫性地維持他過去寫作的理性、清晰的論述，把特別權力關係的發展勾勒的非常清楚，同時在這邊對於特別權力關係所殘留在行政法制上面的兩個很重要的殘餘，特別是行政程序法及保障法上面的這兩個規定突顯出來。

其實特別權力關係在行政法制的層級上面，留下來的這些陰影，或者是我們就說他是一個汙點，我們現在關切到的可能是學生，可能是公務人員，可是生活在更黑暗的特別權力關係底下的軍人，可能都沒有人關心，那一部分是連法制都沒有，更不用講說他有什麼樣的權利保障。當然有關於權利保障，但是那個法制化的程度相較於公務員

149

差的太遠了，林老師還在這裡面挑出了兩個重要的司法院解釋，第 653 號解釋過渡到第 684 號解釋，在這兩號解釋裡面對於特別權力關係的一些挑戰，或者是一些衝擊，接下來針對幾個在我們保障法上面常見的爭議，去突顯現制復審標的認定上面的一些困境，同時最後提出他的整個建議，放棄重大影響說，回歸到司法院解釋第 684 號的精神。從權利保障的必要性出發，同時在立法的建議上面，也呼應了我個人的看法，在復審與申訴、再申訴程序上面的二 元化，恐怕面臨到一些需要調整的地步，這大概是整個林老師論文的脈絡。

我也因為讀了林老師的這個大作之後，我有一些個人的想法，特別是過去我跟林老師有共事的機會，同時在處理保障事件，這裡面我的觀察分幾點。第一點，我想先從林老師在整個行為脈絡上面很重要的一個核心概念，林老師不斷的強調有權利就有救濟，這是一個我們常說是憲法第 16 條保障訴訟權的核心。可是我們也必須注意憲法第 16 條的規定，跟其他國家的規定有特殊的地方，我們把訴願權當成是憲法保障的基本人權，這個特殊性，如果我們把它放大觀察的話，所謂的有權利就有救濟，這個救濟，一般而言，司法救濟、行政爭訟，會不會包含訴願，或者等同訴願層級的救濟，如果是的話，保障法現在做的一點都不夠，也就是說他的配置應該如同訴訟法的保障密度一樣，我們在行政訴訟新制的規定下，基於權利保障的需求， 設了非常多種的訴訟類型，也撤銷了課予義務的一般確認，甚至有附帶損害賠償，都是為了因應訴願權保障的需求。同樣的在憲法第 16 條規定訴願權，或是等同層級的復

150

審制度，就不能夠只有簡略的撤銷，或者是一半的課予義 務，其他的給付型救濟，或者是確認型的救濟，在我們的 保障法當中都沒有。甚至我們還有一個源於過去特別權力 關係下設計的二元制度，這個二元制度會造成一個現象， 就是再申訴與復審命運大不同，復審的結果，可以進入行 政訴訟；再申訴的結果，依行政法院的見解，由於它是終 審救濟，不能再進入行政訴訟，這樣子的一個命題，其實 對於權利保障的衝擊非常大。這也是林老師在報告當中所 提出的一些呼籲，我們必須要在再申訴制度當中去思考， 第一個是否維持，如果要維持，在這個所謂的權利保障， 所謂的需求性下面，是否要讓這個再申訴層級成為一個終 審救濟，這個就必須要考量。同時，行政法院必須在這邊， 調整它的心態，我常常這樣想，我們很討厭特別權力關係， 但是很討厭不代表它是一個上天命令下來的一個制度，大 法官在這邊要除去這些陰影，花了很多功夫，從過去點狀 的用子彈一槍打一個，現在已經氣壞了，最後沒辦法現是 用火箭砲，但火箭砲也沒用，現在是直接埋炸彈，直接全 面引爆，把特別權力關係全部都炸掉，我們行政法院的法 官在處理這一類案件時的心態，都還是固守著我生來就是 要遵守特別權力關係，大法官有點狀突破的，我才願意突 破讓他救濟，大法官沒講話的，我行政法院法官都不敢說， 這個跟憲法保障，司法的獨立性，法院的法官應該依據憲 法獨立審判，憲法的精神就是人民權利保障，這個時候完 全大相逕庭，過於保守。所以今天我們在談相關問題，除 了在保障法這個層級，必須要做一些處理之外，大法官已 經做了突破，中間行政法院恐怕必須要再努力一些，它必

151

須考量，有一些案件假如在保障制度沒有改變的情況下， 即使進入到再申訴的機制裡面，並不代表它沒有權利保障的需求性，它可能只代表一件事情，它不是行政處分所造 成的，但是它可能還是有權利保障的需求，就算進入到申訴、再申訴的層級之後，行政法院的法官還得要再進一步 考量，就算不是進入行政處分為前提的撤銷或者課予義務 訴訟，但是其他的確認訴訟，或者是一般給付訴訟，是不 是也應該要讓它進來，如果是從這個角度去想的話，我們在前一個場次裡面聽到，Starck 教授所提德國法的雛形，在我們這邊就可以適用，也就是說，都可以進入到行政法院， 接下來的案件，也都可以進入到保障程序。我們區分復審與再申訴的意義，也只不過是如同行政訴訟法的各種訴訟 類型，基於行政行為的差異性所做的不同救濟管道，但是 就它的救濟密度及救濟分量而言，應該是沒有差別的。如 果再進一步想，這樣的區分已經沒有必要的話，我們就把分開復審與再申訴的那一條線把它接起來，就如同德國法 的制度一般來處理。所有的公務人員救濟，都可以進入到 保障這個程序，那麼在保障這邊，我們不再區分它到底是 管理措施、工作條件或行政處分？我們只看公務員的憲法 保障權益有沒有被傷到，如果有，保障的大門就要開啟， 進來之後，做出了結果，如果公務人員覺得還是不滿意， 行政法院後面再來接手，行政法院接手的時後，就要再進 一步看，因為行政訴訟法上面是把各種訴訟類型列舉出 來，所以行政法院的法官，就要花腦筋想，那個公務員有 何權利受到侵害，什麼人，什麼東西傷了他呢？是一個人事不利的行政處分呢？還是一個管理措施或工作條件，但

152

損害他的基本人權，我就把它歸到一般給付訴訟去，這樣子的一個所謂的公務人員救濟體系，它才會是一個完善的，無缺漏的，而且上下承接的。

相反的，如果我們認為，憲法第 16 條保障訴願權，與訴訟權的內涵是不一樣的，其實就如同一般民眾提起訴願的那個制度而已的話，保障制度如果要朝向那樣設計，我們只傾向行政處分的救濟的話，那再申訴那一塊，就可能變成任意型的，甚至包含我們保障法立法之初，還包含所謂的苦情申訴，就是他其實沒有什麼權利侵害，他其實就是心裡面不爽，心裡面覺得有些委屈，但他也許沒有受到 權利影響，可是我希望保訓會這邊講一講，保訓會這邊幫我聽一聽，甚至還可以幫我去做一些調處之類的措施。如 果是這樣想法的話，也不會影響到人民最後提起行政訴訟的機會，他要不要進入再申訴來，讓他任意選，他來了， 來了之後真有基本權受侵害，他進入到行政訴訟，天經地義的，他如果沒有，到保訓會這邊來，就苦情申訴一下， 那就 OK。所以，我們將來就再申訴設計上面，可能有好幾個管道可以去思維，這裡面我們必須要面臨到的是大法官在這邊已經生氣了，大法官在司法院釋字第 653 號解釋裡面，為什麼生氣呢？他之前在處理特別權力關係的時候都 是點狀的，一個法規他覺得不對，或者一個措施不對，他就宣告違憲，不斷的去開創，譬如說，公法上的財產請求 權可以救濟，改變身分的決定可以救濟。到了司法院釋字第 653 號解釋，因為涉及受刑人的處遇，在羈押法規定，如果受刑人在監獄的處遇上面，也許譬如說禁見，要檢查信 件之類，這些管理措施，如果受刑人覺得委屈，他覺得有

153

憲法保障基本權受侵害，就算到這個層次，他也必須要先向長官，就是法務部的監所，這個層級先去做一些意見上 面的表達，異議或申訴之類。但是我們的羈押法沒有規定， 如果你向長官法務部這邊作了申訴後，萬一他們也不理會時，你該怎麼辦。可是我們行政法院的法官，自動將特別 權力關係加深，說這個條文規定，一定是說不能讓他進到 行政法院的大門，當然這些受刑人就沒有辦法救濟，可是 就司法院釋字第 653 號解釋，有很多學者質疑，我們大法官是在作抽象法規審查，可是大法官這時候不是針對那個法 規規定，大法官講說，那個羈押法的條文規定，被特別權 力關係妖魔附身，因為他被妖魔附身，他沒有講說可不可以進入到行政訴訟，我們實務上自己理解不能進行政訴訟，所以大法官就把整個規定宣告違憲。同理，如果大法 官這麼氣的話，將來他看到我們如果有個案件，我們再申訴案件，進入到大法官審理的時候，大法官一樣會認為再 申訴的條文，沒有一個條文明確規定，雖然立法理由有這 樣子的闡述，但是我們的條文裡面從來沒有一個規定說， 經再申訴的案件不得進入行政訴訟。如果我們行政訴訟的法官，在再申訴的案件上面，還採取如同羈押法那樣的作為，只要是經過再申訴者，表示沒有權利受影響，沒有基 本權利受影響，法院不受理，同樣的也會進入大法官。所 以我在司法院釋字第 653 號解釋後，我也曾經做過這樣的呼

籲，我們在保障法上面要因為司法院釋字第 653 號解釋作成後，要有一些反省，現行再申訴制度的續存，他的正當性 是不是存在，大法官已經殺了一個羈押法，接下來誰是他 宣告違憲的對象。我推測，保障法第 77 條距離虎頭鍘已不

154

太遠了。

第二個是司法院釋字第 684 號解釋，該號解釋一個很重要的精神，也是林老師在文章當中最核心的價值，大法官已經放棄了行政行為是什麼東西，對我來講不重要。我要看的是學生，特別是大學生，到底這個時候他講出來，他受到怎麼樣憲法保障的權利受影響，這個是核心。如果他有憲法上保障的權利受影響，行政法院的大門就應該要開放，所以這時候我們就不用去問，到底單科成績不及格、退學、不給他選課、不給他張貼海報、禁止他亂停車等， 這些行為的本質是什麼，我們不去看它。我們只看學校對這個學生所做的事情有沒有 touch 到他的基本權，同理，如果放到我們公務人員法的關係上觀察，我們同樣也要去問，在保障制度裡面，或者是我們的行政訴訟制度裡面， 對公務人員或人事行政的法律關係當中，到底行政機關、 服務機關，對我們公務人員做了什麼，指的是說，要怎麼去看，這個時候公務員的基本人權有沒有被碰觸到，如果有的話，司法院釋字第 684 號解釋說了，只要是主張他憲法保障基本權利受侵害者，就應該有司法訴訟的機會，這樣子的一個衝擊，將來我們在保障法制度設計裡面，同樣也會受到影響。也就是說保障法第 77 條裡面規定之再申訴， 各位如果去看一下，事實上我們今天都有附這個資料，該條規定的再申訴條件是什麼呢？是對於管理措施或工作條件，造成他權益受影響，這裡很有玄機，不能夠講說再申訴，絕對不會影響到權益的部分，他也有可能影響到權益。如果在司法院釋字第 684 號解釋的這個脈絡下，恐怕我們限制再申訴案件沒有辦法進入到司法訴訟的這種二元思維，

155

也站不住腳。那在這兩號解釋之後，我認為保障法可能就面臨到一個需要全面調整的一個難關，在林老師的報告當中所引的這些具體的案例，恐怕也都是在現行二元制度下面的一個為難。到底要進哪邊，要進復審或再申訴為難， 但是司法院釋字第 684 號解釋之後，這個為難如果我們制度

設計成司法院釋字第 684 號解釋的想法，這個為難可能就不再存在，我們只要關心到底公務人員有沒有憲法保障的基 本權受到侵害，我們就要給他救濟，以上是我簡單的與談， 謝謝各位。

蔡主任委員璧煌：

謝謝程老師，非常精彩的與談，所以從司法院釋字第653 號針對受刑人到司法院釋字第 684 號針對大學生，接下來就可能影響保障法第 77 條的公務人員，所以這個是程老師更進一步的說明。接下來更精彩的是各位的發言，我們後面有大概將近 30 分鐘的時間，除了留 15 分鐘給兩位報

告人跟與談人說明外，請各位爭取時間，每個人發言 3 分鐘，3 分鐘時間到，會按一次鈴，再按第 2 聲鈴的時候，就已經超過半分鐘了，所以請 3 分鐘內，有哪一位要先請？ 一般經驗前面都很慢，後面都會搶發言，請。

蔡主任委員璧煌： 好，請。

發問人 1：

主席，兩位教授，各位與會貴賓大家好，我昨天上班到凌晨 3 點多，因為對今天的座談很有興趣，一定要過來

156

聽，我一年的申誡都 1、20 支， 蔡主任委員璧煌：

麻煩報一下單位跟姓名，我們好做紀錄，謝謝。發問人 1：

我服務於新北市政府警察局，我一年申誡都有十幾支，我講出來大家可能都不相信，我們警察真的很容易被記申誡，就是抽菸、吃檳榔、沒有帶錄音筆、皮鞋沒有擦 或制服很臭等。如果說有一個警員要被免職，我想應該是一次二大過，就是 1 支大過等於 9 支申誡，可是我並不是

一次被記二大過，我們就是這樣三不五時的被記 1 次申誡， 當然我們的嘉獎可能一年幾十支，這個比例真的很奇怪。就是為什麼，不好意思我現在心情平復下來，剛才講到有一點激動。假設我今年一整年，我都沒有抓任何通緝犯， 亦無破獲任何刑案，我就只是單純做受理報案的動作，假設長官暗示我吃案，我就被記一支小過，沒有調單位之後， 那為什麼，假設我今年一整年沒有所謂任何傳統警察的作為，就是那個申誡的作用，他一次一次不斷的累積，但是， 假設我沒有任何嘉獎抵銷的話，我覺得這個申誡是很不公平，我們員警的申誡完全沒有任何救濟管道，你如果尋求外人，很容易就被貼上標籤，然後就會招致更嚴重的報復， 所以我覺得臺灣治安不好不是沒有原因的。真的 1 年 1、20 支申誡，真的講出來人家會笑死，也沒有人會相信，可是這是真的，但不知道為什麼像這樣一次記申誡的，我覺得如果都沒有任何表達意見的機會的話，假設我都沒有嘉獎

157

去抵銷，我覺得它的效果，其實跟大過是一樣的，我就先 講到這邊，謝謝。

蔡主任委員璧煌：

好，謝謝這位警察同仁。還有沒有哪位？我們一題一 題來好不好，等到蒐集到一些問題以後，再請報告人跟與 談人一起作回答，請繼續發言，有沒有？來，請。

發問人 2：

主持人、報告人、與會人、與談人，各位先進，各位 學者，大家好，我是任職於臺北市政府的公務人員，目前 也是在就讀法律碩士在職專班，從事有關於跟這個議題比 較接近的一個論文研究，我是有一個意見，其實我是滿認 同今天林教授對於非行政處分，可以提起行政訴訟的看法。

我就想要請教一下，因為就目前這個其他訴訟類型的 行政訴訟，應該以目前行政訴訟法的規定，非行政處分應 該比較可行的訴訟，就是一般給付訴訟，那一般給付訴訟， 有一些學者在探討說，它是不是能提供有效的權利保護， 這部分我想要請教與會專家，到底一般給付訴訟，如果說 它不是一個有效的權利保護訴訟類型的話，那是不是有承 認一般形成訴訟，或稱一般撤銷訴訟的這個訴訟類型之需 要，我想請教這個問題，謝謝。

蔡主任委員璧煌：

還有其他類型訴訟，還有沒有第 3 個問題？不要客氣。發問人 3：

158

主委好，兩位老師好，各位參加演講的貴賓好，我是 保訓會的人員。剛才聽了兩位老師精闢的見解，我們心有 同感，在這邊我想問一下，就是說在我們保訓會一般認為， 關於一般依法聘用人員的不予續聘，我們一般是採行所謂 的申訴和再申訴的程序，因為我們通常是認為說，當初簽 訂契約是一種公法上的契約，而不是屬於一種高權行政， 所以不把它視為行政處分，但是聽了兩位老師的見解，我 們是否可以把它想成是一種司法院釋字第 684 號解釋的權利影響說，而把它改成復審的標的，以及倘若我們把它視 為復審的標的的話。因為之前的話，是說關於這種不予續 聘，當事人除了提申訴和再申訴程序，也可以直接向行政 法院提所謂的確認訴訟，假若我們把它視為復審標的的話，則當事人是要等我們復審決定完以後，再向行政法院 提起行政訴訟，還是一樣可以進行所謂的兩個軌道的制 度，就是說可以提復審，也可以一併向行政法院提所謂的 確認訴訟，想就教於各位，謝謝。

蔡主任委員璧煌：

依法聘用人員救濟的問題。請問還有沒有第 4 位？那就這 3 個問題，林老師要不要先回應一下，好，謝謝。

林副教授昱梅：

首先謝謝程教授的補充，另外也謝謝三位同仁的提問。回到我剛剛結論的最後，就是同理心的觀念。我個人認為救濟案件需要有一些同理心。上禮拜剛好在另外一個 座談會上，有在座的老師提出來，對於警察動輒上百支申

159

誡，但因為他又有上百支嘉獎，所以功過相抵，他們每年都習慣這樣子被記很多次申誡，然後又有嘉獎，以至於到後來其實對於這些紀律的規定，也不見得很有感覺。

在這個部分，警察體系比較不一樣，但一般的文官公務員體系的話，我相信有些公務員奉公守法，可能連一支申誡他都會覺得那是他一輩子的遺憾。我們是不是要用我們自己的觀念來看，申誡就是一些雞毛蒜皮的小事，申訴、再申訴就好了，不要動用到法官，然後法官都很忙，司法資源浪費，所以不要去司法救濟。在司法救濟的訴權要件裡面，其實已經設了篩選的機制，對權利沒有任何影響， 這個情況本來就沒有辦法提起行政訴訟，所以我主張回歸到原來的行政訴訟法本身的設計。也有學者認為，只要是懲處的部分，公務員有哪裡不對的，甚至是連警告這個部分他都認為那是行政處分。因為那是對個人的具體行為的一個評價，你就是不對了，做錯事了，或者是違反一些公務員服務法上面的一些相關的義務規定。

在這方面，或許在學界有不同見解，認為這個可能不 是行政處分，但我個人認為，司法資源的耗費，不應成為

「有權利就應有救濟」的限制。也就是說，只要是涉及公 務員權利的部分，應該容許有司法救濟的機會，但是可以 限制上訴，因為在訴訟權的這個部分，也可以不必給予與一般的救濟案件完全相同的保障。可以在立法政策上去選擇什麼樣的案件，或者是說什麼樣的情況以簡易程序審查，但其還是司法的一環，給他一審的機會，然後限制重 大的法律問題才容許他有法律審的上訴。在這個部分，我

160

真的是認為，第一，公務員被記一些懲處，或是說一些屬於公務員自己權益有受影響的地方，其實已經有一些心裡不適的情況，然後再跟他說，你這個不准上法院，你這個 只是小事情，僅能申訴再申訴而已，那其實是二度傷害。

所以我個人是覺得，立法政策的這個部分，在現行情況下，在保訓會的部分，衝擊比較沒有那麼大，在行政處分的認定上，改採權利保護說，不要再依附重大影響說， 申訴再申訴的程序一樣進行。衝擊比較大的會是法院的部分。也就是說，即便是用到申訴再申訴的程序，也有像剛剛提到的可提起一般給付訴訟的情況。我可以理解為什麼現在的行政法院實務會認為申訴再申訴就是終審了，那是因為保障法第 84 條並沒有準用復審，可以提司法救濟的相關規定，包含第 60 條，包含第 72 條，而復審在保障法裡面是有規定。針對復審決定是可以提起行政訴訟。但是申訴再申訴，沒有準用到復審的規定，所以說行政法院常常就用這個理由，認為申訴再申訴，當然就沒有辦法去提起行政訴訟，但這是不是當初的立法者的決定？即便是立法者的決定，沒有明示的情況之下，司法院釋字第 684 號解釋以後是不是還可以做這樣的解釋，個人認為是有問題。當然誠如剛剛程老師提到的，行政法院應該稍微改變思維。

但是我個人是認為，與行政法院相比，保訓會這一塊其實是比較有彈性、有活力的。行政法院的見解比較不容易更動的情況之下，先從保訓會這邊作起，然後去帶動法院的法官針對司法院釋字第 684 號解釋這個部分，有一些新啟發。申誡累積到一定程度，他還是會有記大過的效果，

161

甚至是有一次記兩大過的效果。

所以你如果問我個人看法，我會認為已經有權利影響，當然這還是需要大家肯認的共識。為什麼我會很大膽的提出來，甚至在立法政策上提出雙軌改成單軌，並不是 想要造成大家的負擔，讓案件愈來愈多。事實上如果處理過訟案，或者是自己曾有過訟案的就會了解，當爭議還沒有解決之前，其實心理負擔都很重。在這個部分，我個人是認為，誠如剛剛第一位警界同仁所言，我們在行政程序法上相當重視正當程序保障，特別是決定之前給當事人陳述意見的機會，這個時候是不是就把申誡排除，就把記過排除？有時候考績委員會的決定，在開會前也還不知道結果，等到考績委員會開完才知道，到底是記大過，還是甚至是更嚴重的免職。在這個時候，通常我都會建議開考績委員會的時候，即便認為法律沒有這樣要求，也都可以賦予當事人有陳述意見的機會，讓他有澄清他的不當行為之機會，或許也可以避免將來的救濟案件。所以我個人是認為，行政程序法一些正當程序的要求，其實不見得是我們在認定有重大影響，或認定他可以上法院救濟時才提供。一般來講，在行政程序上是可以多給的，如果多給的話可以讓當事人比較信任，或是讓他有機會可以澄清，在整個說服或說理的過程，或許當事人也比較有機會了解到他的行為是哪一邊有問題，這是一種溝通。所以我們可能不要把這些救濟，或者說這種懲處當作是單方性的，其實也可以是雙方性的溝通，如此我覺得其實都可以有機會避免當事人重蹈覆轍，再去做一些不當的行為。

162

第二個問題是北市府的同仁提到，一般給付訴訟，其 實我們行政訴訟法有一些暫時性權利保護的機制。不見得 是行政處分，或者是撤銷型的訴訟，才有暫時性權利保護 的問題，假處分也是行政訴訟法所建制之暫時性權利保護 機制，只是這個部分要件是不是這麼容易構成，還是要回 到行政法院來認定。所以當然也有人問，保障法裡面要不 要去規範，因為保障法裡面只有停止執行的機制，要不要 有這個暫時的假處分的機制，是有學者在提這個問題，就 是在這個保訓會的機制中，是不是要容許比較多元的暫時 性權利保護。我剛剛是有提到，在德國公務員基準法裡面， 其實就已經規定除了撤銷訴訟外的一般給付訴訟等其他種 類的訴訟類型，也都應該要有前置的程序。所以在這個部 分，其實就可以解決相對應的問題，我個人也是認為有前 置程序，例如像國內都到保訓會這邊來的話，會有疏解訟 源的功能，所以我才會在我的建議裡面談到，就是強化我 們的審查功能，強調我們的審查功能跟雙向協調的功能， 搞不好就可以疏解訟源。我們的決定有公信力，就不會覺 得要上法院，一般人其實不會那麼愛上法院，因為畢竟法 院是個是非之地，但是我相信行政機關比較不會給人有那 樣子的感覺，所以這個是一個比較即時性的權利救濟的問 題。

第三個問題是會裡面的同仁所問，這其實是當初在會裡面就有討論過，就是不予續聘的這一塊。當初程委員的 意見還滿多的，就是在不予續聘的這個地方，是基於公法 契約的爭議。基於公法契約的爭議，又不能說他是行政處 分，只好用申訴再申訴程序。但是那時候的想法，會覺得

163

他其實也不需要打申訴再申訴，直接上法院用公法契約方 式去救濟。只是說保訓會要不要收這種案件，所以那時候就採取申訴再申訴的管道來救濟。或許有人覺得這是一種雙軌，但是基本上我認為如果有機會修法，其實可以討論 一件事情，我們在保訓會中或保障法裡面，我剛提到所謂單軌制，這個單軌制是只收行政處分就好，還是全部的相 關爭議，我們都把它當作是前置程序。這個是在立法上面可以考量的，如果全收的話，在法制面就像德國的規定， 全部通通都先有前置程序，然後再上法院。這是一個需要法制面去配套的問題。現況就是我們沒有去阻止當事人可以再基於公法契約的爭議，去提起行政救濟，先回應到這裡。

蔡主任委員璧煌：

好，謝謝林老師，程老師也有話要說，我們希望再留一點點時間，讓有第二輪提問機會。

程副教授明修：

謝謝主席，剛剛的問題涉及三個問題點，除了第一個問題點，我覺得那個可能必須不只在保障法當中去思考， 可能是在考績制度當中，林老師剛提到的程序面上的規範要更充足一點，就算他在現有的行政程序法當中被排除行政程序法的程序規定，也不排除在公務人員考績法（以下簡稱考績法）這些特別法規當中，針對考績程序加上一些陳述意見，或者是程序性的保障，我覺得在這個地方是沒有問題的，只是立法者在這邊願不願意提供，甚至立法者

164

就算不提供，我們在行政作業上，考試院直接要求各機關在為考績程序後，應該去補強程序上的保障，也不是沒有空間。

第二個北市府的同仁所提到的問題點在時效性的保障上面，你所提到的一般給付訴訟的時效性保障不足，這個地方可能考量的是，我們在救濟的需求上面，最常希望能夠把一個對我們不利益的行政決定，把他自始溯及絕對的排除掉，這樣子的功能可能是在撤銷訴訟的判決效力上面是最直接的，一般給付訴訟的判決效力，可能會有一點點小小的落差，這個也是在德國實務上面，針對像記過這樣 的人事行政處分，容許提起撤銷行政救濟，就您剛所提出來的一般形成訴訟，或是在臺灣那邊有我們行政訴訟法第 3 條，把它用成撤銷兩個字。所以一般撤銷訴訟透過一個形成性的撤銷裁判，去排除一個不是行政處分，但是屬於行政機關所產生的公法上規制效力的意思表示，這種作為是容許的，不過這個不是我們保障法能夠處理的，這個要看行政法院，願不願意在法外造法，去創設所謂的無名行政訴訟，這個在理論上絕對是可行，但是行政法院的態度上願不願意開放，這是一個問題。

那同仁所提到不予續聘的這個爭議，我覺得這是個非常好的問題，同時這是一個在我們今天討論保障法的發展上，一個很大的契機，為什麼我會這麼講。剛林老師有提 到，或者在論文當中一直強調在立法政策上，我們要調整我們的一元化，或者是現在二元化，要把他調成一元化， 在修法來不及，這是一個共識，大家覺得這是一個可行的

165

方向，但立法院不支持，我們修法很困難，怎麼做呢？行 政政策上面也有空間的，行政政策的空間是什麼呢？是試 圖的自我消滅化，就是說我們把再申訴的案型，慢慢的把 它壓縮，因為行政法院也不願意把再申訴的案件承接成為 他的訴訟案件，所以我們就自動的把再申訴的案件壓縮， 這樣壓縮的結果，像剛剛所提到的這種不予續聘的決定， 我們現在用再申訴，那一壓縮就彈回去到復審程序，一進 入復審，復審這邊就會包山包海，案件量就會增加，所謂 保障法第 25 條規定的不利益的人事行政處分，範圍應該就要把它擴大解釋成為，所有可以接下來進入行政訴訟的人 事行為，這個當然就跳脫了行政程序法第 92 條行政處分的概念，這麼做實質的意義等同德國的做法，將有權利侵害 的案件，全部都塞到現在我們的復審案件裡面，然後再申 訴案件就是相對的萎縮。接下來我們經過復審案件以後， 行政法院就沒有拒絕的理由，因為經過復審決定之後，行 政法院要開始傷腦筋，到底在保訓會那邊把他接進來，是 接了一個行政處分的 case，還是一個不予續聘的 case，然後他自己要傷腦筋。他要去決定到底這個機構復審的案件， 接下來他進入到一般給付訴訟，或撤銷訴訟，或其他的救 濟類型，這個麻煩點，把現在袖手旁觀的行政法院拉進來， 行政法院必須去承擔這樣的責任，他自己要去思考，那麼 多侵害公務人員權利的人事行為，哪一些訴訟類型應該給 他，這是在不修法的情況下，我認為是可以做到的。

所以你剛所提到的問題是有一點點弔詭，就是說你現 在容許他在再申訴的案件中跳到復審案件，那在你的想法 裡面，你是把它當成行政處分，如果你當成了行政處分，

166

又是行政訴訟法第 4 條的行政處分的話，行政法院在這邊不會遇到困難，因為你還在復審程序當中，你如果提起確認 訴訟，他會跟你講，這是屬於可提撤銷案件，當然不能夠 提確認訴訟，對不對，那我們在提確認訴訟的時候，必須要考慮到他是針對無效的行政處分，或是針對已消滅行政處分，或是法律的救濟，他有一些前置程序，或是備位補充性的關係，所以這不會有爭議的。

那我的期待是最終一步達到修法，把這個制度做一次 統整，在沒有修法過程當中，我們做這兩個管道，平行的 兩個管道，讓他一條管道，好像車流，本來這邊四線道， 這邊四線道，我們把再申訴的四線道改成一線道，把復審 的四線道改成七線道，但是這個好處是什麼，因為這個七 線道的東西都可以進行政訴訟，以前在右邊四線道是進不 了行政訴訟的，那我們基於司法院釋字第 684 號解釋的想法，做這樣的調整，保訓會可以做，也都不用修法，我們 只要在決策上面，在審查上面做調整，這個權利保障的目 的，也同樣可以達成，那終極的目的，我還是認為要修法。

蔡主任委員璧煌：

謝謝程老師，我想我們最後大概還有 13 分鐘的時間，

林老師等一下還要再補充，我現在再徵求最後 2 個問題，

然後再請兩位老師最後做簡短的補充跟說明。有沒有最後 2 個問題？

發問人 4：

主委，林委員、程委員，非常高興聽到兩位教授精闢

167

的言論，個人對這一塊也很有興趣，保障法目前採二元論， 就是復審與申訴兩種救濟程序，兩位教授比較傾向於修正 保障法，把它改成一元論，當然理論基礎也很現實，比如 憲法第 16 條的內容，訴願、訴訟之前，有權利有救濟的法理是司法院釋字第 684 號解釋等等。但是部分學者亦有另外一種看法，就是維持現狀，還是救濟二元論，他的理由可 能會傾向說，司法院釋字第 684 號是針對大學自治，不是直接針對公務人員的；且目前再申訴案件雖然無法到法院救 濟，但是仍有救濟管道，也就是申訴及再申訴，並非沒有 救濟管道。此外，如果輕微到同一個單位的工作指派，也 要動輒送到法院的話，會不會影響到機關的運作與領導， 以及浪費司法資源等等。當然修法是一種思考方式，但是 修法有一定程序，恐緩不濟急。因此，有沒有可能在修法 前，我們有一個調整現狀的做法，譬如說保訓會就對公務 人員權利有重大影響的部分，以往比較偏向於大法官具體 指明的案件類型，才認為有重大影響，才可以提起復審； 有沒有可能改採實質認定，也就是只要確實對公務員權利 有重大影響，我們就認定他可以改走復審，在修法前我們 可以這樣做，當然修法後，我們也可以考慮，就是把它改 成一元論，以上是另外一種看法，是否妥當，請二位教授 再進一步的指導，謝謝。

蔡主任委員璧煌：

謝謝，最後一個問題，有沒有最後一個問題？ 發問人 5：

168

主委，兩位老師，還有在座各位同仁大家好，那我是銓敘部王忠一，第一次發言，很少看到程老師有這麼血性 的時候，因為跟程老師參加過很多次研討會，第一次聽到他有把那個某某法規要推上虎頭鍘的言論，深表感佩。

想要請教兩位這個問題就是說，我知道從我個人以前在保訓會服務的時候，就知道有關於行政處分對於保訓會 的復審來講，都是一條浮動的線。這個浮動的線，是剛開 始從 Uler 的基礎關係和經營關係，開始做區分之後，到今天老師報告的第 80 頁有提到說，在 2003 年的時候，保訓會有擴大的調任案件的一個復審標的，只是復審標的的一次 變動，然後在 2011 年在開放性騷擾案件成立之後，也做了一個變動。

我想請教的是，保訓會在今年做出性騷擾案件救濟程 序的變動，老師有提到說，關於基本權的部分，已經不限 制在公務員，公法上請求權，而擴及到侵害隱私權的時候， 這時候我們在考績和懲處部分，是否有必要再維持再申訴 決定這一套體制，我就不曉得，目前大概如果說像會裡面 的長官，目前得到這些訊息，或看到這些見解的時候，是 否對於會裡面，日後有關保障法第 77 條再申訴部分的維持，在政策上會有所變動，以上簡單的問題。

蔡主任委員璧煌：

那麼最後還有 8 分鐘，我們請那林老師先回應，謝謝。林副教授昱梅：

謝謝主委，我剛特別請主委恩准，讓我還有機會補充，

169

當然也謝謝李專門委員，還有銓敘部同仁的問題，因為剛好也是我想補充的內容。我們可能不要先入為主說，這個就是對你輕微的，因為如果事情不是發生在自己身上，你如何去判定那是輕微的？我個人的理念是這樣，法律的最後談的是一個「尊重」。我個人認為，我們對公務員尊重他是一個基本權的主體，只要是涉及到他的權利主體部分， 就可以給予權利救濟的機會，公務員在執行公務的時候， 他自然在態度上，也會把人民當作是一個權利主體予以尊重，這是我的理想，但是我不知道實際上會不會這樣，因為我個人與公務員接觸的經驗也有不愉快的，就是自己認為被當作客體對待，一開始他就先罵你，把你罵一頓，完 全不是一個依法行政的形象。

所以我的理念是如此，先給他尊重，然後他自然而然在執行職務的過程當中也會給人民一個尊重。所以我覺得 輕微的部分可以把它放在限制訴訟權的比例原則審查上， 但是沒有辦法說因為輕微，就擋住權利救濟的機會，這都是因為我們把公務員關係，當作特別權力關係所致。所以 才會有學者把公務員關係改成特別法律關係，我甚至認為

「特別」那兩個字可以把他去掉。我們對於公務員所加諸的一般人民沒有的義務，其實可以用很正當的，例如說行政管理的這個正當理由、公共利益等理由，去限制他的基本權利，但是也不要跟公務員說，你就是特別，所以我可以用一些特別規則，可以用概括條款來限制你，這個其實只是結果，結果可能會是一樣的，但是他的出發點不太一樣。所以在這個部分，我認為在現況的部分，如果還沒有辦法一下子接受司法院釋字第 684 號解釋之權利影響說，在

170

重大影響的這個部分，的確可以像李專門委員提到的逐步開放，像剛剛程老師提到的，就是逐步開放，或者是這個重大影響跟權利影響比較接近的這個部分，呼應剛剛銓敘部同仁提到的，也呼應剛剛程老師提到的，我們再把它擴張，壓縮申訴再申訴的管道。我為什麼會認為保訓會這邊比較有可能成功辦得到，是因為在 92 年時調任的這個部分，直接就拉一條線，確立重大影響的標準，在行政法院 還沒有採取立場之前，保訓會先說這些是我認為的重大影響。

第二個保訓會的重大突破就是性騷擾的部分。在 100 年，這個部分要特別感謝保訓會，雖然還是離不開重大影響，但是涉及到的基本權利已經往外擴了，有些懲處，例如在座的張桐銳老師也認為，可能不只涉及到服公職權， 也可能會涉及到公務員的其他權利，例如集會遊行自由或者是言論自由等權利，所以在這個部分，當然我會比較期待，除了之前一些釋字講到的，財產權、訴訟權、服公職 權以外，還可以去關照公務員的其他基本權利，然後納入正規，這就是一個很正常很普通的權利救濟管道，不要再對公務員特殊的看待，坦白講也沒有那麼特殊的必要，謝 謝。

蔡主任委員璧煌：

謝謝林老師，那麼我們再請程老師回應。程副教授明修：

謝謝主委，謝謝昭賢兄跟忠一兄的提問，我覺得政策

171

面，有一些做法是，保訓會這邊，空間還滿大的，其實不 需要等到修法，剛剛昭賢兄有提到的司法院釋字第 684 號的理由，能不能過渡到公務人員這一塊，當然如果是以個 案來看，針對學生，公務員這邊跟他本案不相關，所以不 用也 OK，我們在臺北高等行政法院 99 年訴字 236 號裁判裡面，你跟北高行的法官講那是學生的問題，跟我們公務 員無關，你可以這樣講。但是我的想法是，要看大法官的 臉色，他其實現在已經對特別權力關係，已經氣死了，你 還不知道說趕快去做一些準備動作，等到他說了再做，當 然也可以，我覺得整個人權保障的敘述是往這邊走的，我 們應該要往這邊去思考，那林老師剛所提到那個重大與否 的判斷，早就被大法官拿去說服，所以我看重大影響說， 已經不能再成立了。

還有影響是否輕微這個事情，就好像我在處理訴訟案 件時，時常去想說，有沒有權利保障的必要性，往往是從我們審判者，或者是在決定者的角度看說，你打這個救濟 幹什麼，看起來對你來講無關痛癢，來這邊鬧什麼鬧，從 這個角度去認定。可是我們都會很小心，不能夠太過擅斷， 有沒有影響是要看他，對公務人員來講一樣，今天有一個 平常表現很好的公務人員，他被記了一個，或警告，或申 誡，他其實就可能上吊，像我這種臉皮厚的，比城牆還厚的，你給我記兩個過，我都覺得無關痛癢，照理影響輕微 不輕微怎麼判斷，對我來講兩個過太輕微了，對於謹慎公 務員來講，警告、申誡，那已經跟要他的命差不多了，所 以這種輕微與否可能不能夠作為我們在受案與否的一個門 檻的條件，應該從救濟者的主張來看，他到底有沒有救濟

172

的可能或必要，那忠一兄剛剛所提到，就是我們整個今天 林老師的報告，也是我個人的觀感，這個浮動的線，已經 沒辦法一直這樣子浮了，也就是說他已經到了一個，我認 為是極限，在司法院釋字第 684 號解釋作出來之後，已經是一個極限了，這一條線要靠岸了，靠岸的作法當然是修法， 誠如我剛剛所說的，在政策面上來調整，謝謝。

蔡主任委員璧煌：

謝謝林老師與程老師，真的是非常精采的報告跟評論，所以主持人不必有任何的結論。我想今天這一場報告， 跟今天下午的兩場，當然對於保訓會不但會有實質的影響，而且對將來修法方向，必然會有一定程度的影響。最 近我常常也在關注這些問題，畢竟我們現在保訓會所能夠 真的做到的，就是說如果能夠有效的、即時的，而且更深 入的，把我們的問題的本質抓住，最後作出決定的品質， 恐怕比急著要去修法，還來的急迫，而且是需要。

所以未來當然有修法的途徑，但是保訓會會在這方面繼續努力，各位知道我們目前不服保訓會的比率，亦即不服我們復審決定的不服率，大概是 25%左右，但是提起行政訴訟後被撤銷的比例，只有 3%，所以換句話說，當然我們還有很多進步的空間。行政處分本身到底用行政方面解決，像我們保訓會目前的這樣一個保障，或者用司法的保障之間，誰能夠更有效的，誰能夠更及時的，而且更有品質的保障公務員的權利，我想這個才是我們今天在這關注的問題。在觀念正在改變的時候，在學術不斷的精進的時候，我們自己應該深切考慮及思考，謝謝兩位老師今天的

173

報告跟評論，也謝謝各位今天的參加，我們今天這場就到 這邊結束，謝謝大家。

司儀：

再次謝謝蔡主委、林副教授，以及程副教授，那第一場次在此已經告一段落，請來賓將發言條交給議事人員， 現在開始到一點半為用餐時間，用餐地點在一樓大廳，便 當都已經擺在桌上，請自由入桌，請各位貴賓攜帶名牌， 移駕至一樓大廳用餐，會有場外的工作人員引導，我們下 午場座談會開始時間為一點半，請各位貴賓提前 3 到 5 分鐘入座，感謝您的配合。

174

三、專題演講二

論文：公務人員性騷擾事件救濟途徑及程序之探討

吳志光（輔仁大學法律學系教授） 壹、問題的源起

貳、公務人員為性騷擾事件被害人可提起救濟之範圍

一、公務人員為性騷擾事件被害人可提起救濟之範圍

－以性騷擾事實認定為核心

二、公務人員為性騷擾事件被害人可否就行為人之懲處措施提起救濟？

三、公務人員為性騷擾事件行為人可提起救濟之範圍四、公務人員性騷擾事件救濟之程序及審查範圍

五、提起復審前之先行程序

六、 公務人員性騷擾事件之審查範圍參、結論

175

公務人員性騷擾事件救濟途徑及程序之探討

壹、問題的源起

「本法於公務人員、教育人員及軍職人員，亦適用之。但第 33 條、第 34 條及第 38 條之規定，不在此限。」、「公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟及處理程序， 依各該人事法令之規定。」性別工作平等法第 2 條第 2 項及第 3 項分別定有明文。而所謂「各該人事法令」，依性別工作平等法之中央主管機關行政院勞工委員會（下稱勞委會）民國 92 年 4 月 29 日勞動三字第 0920024233 號函釋， 其指稱「公務人員」、「教育人員」及「軍職人員」依性別工作平等法進行申訴、救濟及處理程序時，其定義範圍， 公務人員、教育人員分別以「公務人員保障法」、「教師法」所訂適用或準用範圍為界定之依據，軍職人員則依「國軍官兵權益保障委員會設置暨審議作業實施要點」第 3 條第 1

款及第 4 款所訂之現役軍官、士官、士兵及國軍聘僱人員為範圍。而上開人員有關性別工作平等之申訴、救濟及處理程序，依各該人事法令之規定辦理。而性別工作平等法第 2 條第 2 項及第 3 項之立法說明亦謂：「因公務人員保障法、教師申訴評議委員會組織及評議準則、國防部官兵權益保障委員會組織章程已有相關規定，故明定公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟程序及罰則排除本法之適用。」故「各該人事法令」即應係指「公務人員保障法」、

「教師法」及「國軍官兵權益保障委員會設置暨審議作業實施要點」等而言。

176

惟公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）曾認為按性別工作平等法旨在保障性別工作權之平等，而工作平等權之內涵，舉凡進用、分發、待遇、考績、獎懲、陞遷、遷調及福利措施等之平等措施，於公務人員各人事法規已有明定，而基於公務人員身分所衍生之權益事項，為保障事項，即得依公務人員保障法救濟。然有關該法所訂性騷擾之防治一節，性騷擾事件係公務人員與公務人員或人民間所發生之爭執，且涉及民事或刑事訴訟等問題，並非基於公務人員身分所衍生爭議，亦與公務人員人事法規無涉，其所衍生之爭議事項原即非屬公務人員保障法之保障事項 ，導致職場性騷擾案件中之公務人員，其若係被害人，不滿服務機關之相關處置時，此等人員無從依「各該 人事法令」予以救濟的困境。然一方面性別平等教育法第34 條第 2 款規定公立學校職員，不服學校對校園性侵害或性騷擾事件所為處理結果提出之申復決定時，無論其為申請人或行為人，明文規範係得依「公務人員保障法」救濟之。故保訓會前揭對於性別工作平等法第 2 條第 3 項「各該人事法令」不包括公務人員保障法的立場，恐難有體系解釋之一貫性 。更重要的是，其因此造成當事人「求訴無門」，亦有違「有權利必有救濟」之法理。為解決此一困境，保訓會經多方研議，於今年（民國 100 年）4 月 13 日改變前揭實務見解，而以公保字第 1000005427 號函釋有關公務人員就性騷擾事件，依公務人員保障法提起救濟相

130

131

參見保訓會 98 公申決字第 0074 號及第 0235 號再申訴決定。

130

131 參見程明修，「公務人員因性騷擾案提起保障事件之研究」期末報告，公務人員保障暨培訓委員會委託，2011 年 10 月，第 29 頁。

177

## 關事宜，其要點如下：

一、 依公務人員保障法第 1 條、第 18 條及公務人員安全及衛生防護辦法第 4 條等規定，機關對所屬公務人員本有提供良好安全工作環境之義務。各機關核應妥善維護公務人員免於遭受性騷擾之良好工作環境，爰應可寬認公務人員遭受性騷擾事件，亦屬保障事項之適用範圍。次按性別工作平等法第 2 條第 3 項規定，公務人員、教育人員及軍職人員之申訴、救濟及處理程序，依各該人事法令之規定。基於「有權利必有救濟」之法理，並保障公務人員權益，公務人員保障法第 3

條及第 102 條所定保障對象，對於服務機關（構）、學校，依有關規定，就性騷擾成立與否作成決定，如有 所爭執，得依公務人員保障法規定請求救濟。

二、 基於機關對於性騷擾成立與否之決定，可能侵害公務員之人性尊嚴、隱私權及工作權等，此涉及憲法保障之基本權利，且所造成之傷害，遠較身體傷害更難以回復，參照司法院釋字第 298 號解釋意旨，屬對公務人員權益有重大影響決定，應認定為機關對公務人員 所為之行政處分。準此，公務人員如向服務機關申明 遭受性騷擾，經該機關組成性騷擾處理委員會作成性騷擾成立與否之決定，得以該決定為行政處分提起復 審。如服務機關於法定期限內不予處理時，遭受性騷 擾之公務人員亦得依公務人員保障法第 26 條規定提起復審。

然而前述函釋之內容雖可點出問題之源起及解決之

178

道，惟現行有關性騷擾防治相關法令主要有性騷擾防治法、性別工作平等法、性別平等教育法（以下合稱為性騷擾防治三法）三者，然性騷擾防治三法就性騷擾（及性侵害）防治而言之立法目的、防治手段、乃至於救濟途徑及 範圍均有所差異。故一且涉及性騷擾防治三法之議題者， 實不易「化繁為簡」。公務人員就性騷擾事件救濟所衍生之議題，其實均尚有進一步討論之空間。

貳、公務人員為性騷擾事件被害人可提起救濟之範圍

一、公務人員為性騷擾事件被害人可提起救濟之範圍－ 以性騷擾事實認定為核心

按性騷擾事件通常有行為人及被害人兩造，前揭保訓會公保字第 1000005427 號函形式上是為公務人員係被害人身分者量身訂做，但公務人員就性騷擾事件提起救濟之主體及救濟標的而言，自應就公務人員係被害人抑或行為人身分一併而論。公務人員如向服務機關申明遭受性騷擾， 經該機關組成性騷擾處理委員會作成性騷擾成立與否之決定，公務人員聲明不服之審查範圍如何認定就此一議題而言，可依性騷擾防治三法之規範分別討論之：

（一）性別工作平等法：

按一般勞工若依性別工作平等法向雇主申訴遭受性騷 擾時，若不服雇主之處置，其外部之救濟機制依性別工作平等法第 34 條規定如下：「受僱者或求職者發現雇主違反第七條至第十一條、第十三條、第二十一條或第三十六條

179

規定時，向地方主管機關申訴後，雇主、受僱者或求職者對於地方主管機關所為之處分有異議時，得於十日內向中央主管機關性別工作平等會申請審議或逕行提起訴願。雇主、受僱者或求職者對於中央主管機關性別工作平等會所為之處分有異議時，得依訴願及行政訴訟程序，提起訴願及進行行政訴訟。」據此規定，其申訴標的就性騷擾事件而言，應係指雇主有無違反性別工作平等法第 13 條所定之義務，即「雇主有無善盡對性騷擾行為防治及發生時採取立即有效之糾正及補救措施」、「僱用受僱者三十人以上者，有無訂定性騷擾防治措施、申訴及懲戒辦法，並在工作場所公開揭示之」等事項，形式上並不及於性騷擾事件本身之事實認定。惟保訓會公保字第 1000005427 號函則有意與性別工作平等法第 34 條之規範為目的性之切割，換言之，即非以性別工作平等法第 34 條作為公務人員因性別工作平等法第12 條所生性騷擾爭議而依「公務人員人事法令」

（即公務人員保障法）尋求救濟時之「媒介條款」。故公務人員係性騷擾事件之受害人時，其不僅限於服務機關未

「防治性騷擾行為之發生」，或於知悉有性騷擾之情事時， 未「採取立即有效之糾正及補救措施」時，始得依公務人員人事法令尋求救濟。反之，保訓會公保字第 1000005427 號函直言「機關對於性騷擾成立與否之決定，可能侵害公務員之人性尊嚴、隱私權及工作權等，此涉及憲法保障之基本權利，且所造成之傷害，遠較身體傷害更難以回復， 參照司法院釋字第 298 號解釋意旨，屬對公務人員權益有重大影響決定，應認定為機關對公務人員所為之行政處 分」，顯然將性騷擾事件之事實認定（即成立與否）作為

180

救濟之主要標的，此一見解，值得支持，惟在此作以下四 點補充論述：

性別工作平等法第 2 條排除第 34 條適用之立法意旨： 性別工作平等法關於職場性騷擾之立法目的主要係課以雇主防治性騷擾行為之責任，即雇主在知悉性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施，且期待藉雇主採取之措施，能使受僱者得處於免受性騷擾之工作環境，以免受僱人之人格尊嚴、自由再受侵害，而影響其工作表現， 甚或工作權。就職場性騷擾案件而言，性別工作平等法第34 條之立法意旨尤其是賦予主管機關在個案中調查雇主是否違反同法第 13 條第 2 項之規定，對性騷擾行為發生時未

「採取立即有效之糾正及補救措施」，俾對於雇主採取必要之行政監督，追究雇主違反公法上義務之行政責任 。反之，故就軍公教人員服務機關違反性別工作平等法第 13

132

條之行政監督及責任追究而言，性別工作平等法第 2 條第 2 項及第 3 項原立法意旨，其排除性別工作平等法第 33 條、第 34 條及第 38 條規定之適用，依各該人事法令之規定處理軍公教人員之申訴、救濟及處理程序，自有所本。按立法說明中提及之公務人員保障法、教師法及國防部官兵權益保障委員會在個別之權利救濟制度中，皆寓有上級機關對原措施機關行政監督之精神，故在立法政策考量下，認為由軍公教人員所屬機關之上級機關為行政監督（例如公務人員保障法第 92 條），自較性別工作平等法第 34 條由

按依性別工作平等法第 38 條之 1 規定，雇主違反第 13 條第 1 項後段、第二項規定者，可處新臺幣十萬元以上五十萬元以下罰鍰。

132

181

該法主管機關對軍公教人員所屬機關為行政監督為妥適。 且當時性別工作平等法唯一規定之罰則（第 38 條）既排除對軍公教人員所屬機關之適用，由該法主管機關對軍公教 人員所屬機關為行政監督自乏實益。但值得注意的是性別工作平等法於民國 97 年增訂第 38 條之 1（部分內容由第

38 條改列）的罰則，性別工作平等法第 2 條第 2 項卻未排除其適用，原係立法疏漏，但對軍公教機關中非軍公教人 員身分之一般勞工（諸如各機關之臨時人員及學校編制外專案教師）或向軍公教機關之求職者而言，此一罰則自有適用之實益 。性別工作平等法第 34 條及第 38 條之 1 其實已在軍公教人員所屬機關依其身分「分裂適用」。

133

公務人員服務機關作成性騷擾成立與否之決定係行政處分而非管理措施之另一觀察：按服務機關對於所屬公務人員遭受性騷擾時，若未採取立即有效之糾正及補救措施，自亦有違公務人員保障法第 1 條、第 18 條及公務人員安全及衛生防護辦法第 4 條等規範意旨，故公務人員遭受性騷擾事件，亦屬保障事項之適用範圍。惟所謂「立即有效之糾正及補救措施」，實務見解向來認為其固非單純以被性騷擾者之主觀感受為據，惟若機關於受理性騷擾申訴案件時，未以審慎態度視之，即時設身處地主動關懷，啟動所設置之處理機制，並採取適當解決之措施，以免被性騷擾者長期處於具敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，

參見臺北高等行政法院 97 年簡字第 457 號判決之案例事實。

133

182

即難認已符合該項規定 。故「立即有效之糾正及補救措施」多屬事實行為或程序行為（參見行政程序法第 174 條），就公務人員保障事項之觀點，自係「管理揩施」，而非行政處分。遭受性騷擾之公務人員以其為救濟標的者，僅能提起公務人員保障法第 77 條以下之申訴再申訴，無法進入司法審查。與一般勞工依性別工作平等法第 34 條提起之救濟相較，在保障層次的價值判斷上顯然失衡。故自以機關之處置定性為行政處分為宜，性騷擾成立與否之決定自然取代了「立即有效之糾正及補救措施」，以作為行政處分的內涵。再者，既然機關對於性騷擾成立與否之決定，屬對公務人員權益有重大影響決定，應認定為機關對公務人 員所為之行政處分，得以該決定為行政處分提起復審。

134

所謂採取立即有效之糾正及補救措施亦得以性騷擾事實認定為前提：惟就審查範圍而言，公務人員與一般勞工相較，尚不至於因其可就性騷擾成立與否不服，而形成保障範圍價值判斷上的失衡。蓋一般職場性騷擾的受害者， 若不服雇主就性騷擾成立與否之決定，形式上雖非性別工作平等法第 34 條向地方主管機關申訴之標的，惟實務藉由性騷擾事實認定是否成立來界定雇主是否採取了「立即有效之糾正及補救措施」亦在所多有。判決中即不乏出現「首

參見臺北高等行政法院 99 年簡字第 165 號、99 年簡字第 590 號判決、臺中高等行政法院

134

98 年簡字第 61 號及 99 年度字第 208 號判決。而臺北高等行政法院 97 年簡字第 247 號判決則進一步指出：「糾正及補救措施之採取，務須「立即有效」，有其時效性及成效性之要求，自不許藉故拖延或敷衍了事，否則即難達立法規範之目的。至於應採取何種立即有效之糾正及補救措施，要屬技術性問題，並非不可克服，縱涉及專業性，雇主亦非不可求助於相關政府機關或專業團體，尚難執此作為解免其承擔此項責任之事由。」

183

要爭點乃O 君對O 君所為是否為性騷擾？若屬性騷擾則雇主是否依據性別工作平等法第 13 條第 2 項之規定「採取立即有效之糾正及補救措施？」的論證 。

135

性侵害自亦屬性別工作平等法第12 條職場性騷擾之防治範圍：依性別工作平等法第 1 條規定：「為保障性別工作權之平等，貫徹憲法消除性別歧視、促進性別地位實質平等之精神，爰制定本法。」可知性別工作平等法之立法目的在維護及促進性別工作權之平等， 而性別工作平等法第 13 條、第 38 條之 1 則係課以雇主防治性騷擾行為發生之責任。次就性別工作平等法第 12 條第 1 款之規定意涵而言，受僱者於執行職務時，任何人所為與性有關之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，即屬該法所稱性騷擾範疇。核其立法體例，係屬一般抽象性之規範，故在解釋適用上，應可將性侵害行為涵攝在內， 無須借用舉輕明重法理之適用。且參酌性別工作平等法第 1 條規定，性別工作平等法之立法目的係維護及促進性別工作權之平等，而同法第 13 條既課予雇主應防治性騷擾行為發生之責任，其防治範圍自當包含性侵害行為，否則即與立法旨意相違悖 。

136

（二）性別平等教育法

依性別平等教育法第 32 條第 1 項規定，申請人（即被害人或其法定代理人）及行為人對於學校或主管機關處理

參見臺北高等行政法院 99 年簡字第 590 號判決之案例事實。

135

136 參見臺北高等行政法院 97 年簡字第 247 號判決。

184

之結果有不服者，得於收到書面通知次日起二十日內，以書面具明理由向學校或主管機關申復 。而申復之標的自包括服務學校所為性侵害或性騷擾成立與否之事實認定， 此觀性別工作平等法第 32 條第 3 項規定自明，即「學校或主管機關發現調查程序有重大瑕疵或有足以影響原調查認定之新事實、新證據時，得要求性別平等教育委員會重新調查」，故對事實認定之不服顯然係性別平等教育法中「申復事項」之主要標的。又性別平等教育法第 34 條第 2 款規定如下：「申請人或行為人對學校或主管機關之申復結果不服，得於接獲書面通知書之次日起三十日內，依下列規

137

申復程序於校園性侵害或性騷擾防治準則第 32 條有詳盡之規範：

137

「學校或主管機關將處理結果，以書面通知申請人及行為人時，應一併提供調查報告，並告知申復之期限及受理之學校或機關。

申請人或行為人對學校或主管機關處理之結果不服者，得於收到書面通知次日起二十日內，以書面具明理由向學校或主管機關申復；其以言詞為之者，受理之學校或 主管機關應作成紀錄，經向申請人或行為人朗讀或使閱覽，確認其內容無誤後，由其簽名或蓋章。

學校或主管機關接獲申復後，依下列程序處理：

一、由學校或主管機關指定之專責單位收件後，應即組成審議小組，並於三十日內作成附理由之決定，以書面通知申復人申復結果。

二、前款審議小組應包括性別平等教育相關專家學者、法律專業人員三人或五人，其小組成員之組成，女性人數應占成員總數二分之一以上，具校園性侵害或性騷擾調查專業素養人員之專家學者人數於學校應占成員總數三分之一以上，於主管機關應占成員總數二分之一以上。

三、原性平會委員及原調查小組成員不得擔任審議小組成員。 四、審議小組召開會議時由小組成員推舉召集人，並主持會議。

五、審議會議進行時，得視需要給予申復人陳述意見之機會，並得邀所設性平會相關委員或調查小組成員列席說明。

六、申復有理由時，將申復決定通知相關權責單位，由其重為決定。」

185

定提起救濟：……二、公立學校依公務人員任用法任用之職員及中華民國 74 年 5 月 3 日教育人員任用條例施行前未納入銓敘之職員：依公務人員保障法之規定」。儘管其適用機會有限 ，但這卻是現行法上，保訓會在公務人員保障法外唯一明定對性騷擾事件救濟管轄權限的法律依據。依保訓會公保字第 1000005427 號函之精神，此時「依公務人員保障法之規定」，應亦係指復審程序而言。

138

（三）性騷擾防治法

依性騷擾防治法第 13 條第 5 項規定：「機關、部隊、學校、機構或僱用人逾期未完成調查或當事人不服其調查結果者，當事人得於期限屆滿或調查結果通知到達之次日起三十日內，向直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴。」故公務人員係執行職務之外，非校園或職場性騷擾事件之被害人，其不服性騷擾事件調查結果之救濟途徑即與公務 人員保障法無涉。畢竟性別工作平等法主要在於保障受僱 者及求職者免於性騷擾之工作或求職環境，以維護其工作 權益，性別平等教育法主要保障學生之受教育權及校園之性別友善環境，性騷擾防治法則旨在保障一般人在職場及 校園領域外免於性騷擾之人身安全維護，各有其不同之立法目的及保護法益。故縱令性騷擾事件之行為人身分亦為

按依性別平等教育法第 2 條第 5 款規定：「校園性侵害或性騷擾事件：指性侵害或性騷擾事件之一方為學校校長、教師、職員、工友或學生，他方為學生者。」由於 校園性侵害或性騷擾事件當事人之一方至少須為學生，教職員工與學生間之校園性 侵害或性騷擾事件，教職員工以行為人者居多，為被害人者較為罕見，故公務人員以被害人身分，不服學校就校園性侵害或性騷擾事件所為處置而提依公務人員保障法提起救濟者，至少在保訓會部分尚乏案例。

138

186

公務人員，性騷擾事件調查結果係公務人員所屬機關所作成，對具公務人員身分之被害人於職場及校園領域外免於性騷擾之人身安全維護事項，應非屬公務人員保障事件， 此時其身分即與一般人民無異，而應適用性騷擾防治法第13 條第 5 項提起救濟。至於其再申訴之標的主要係針對性

騷擾事實之有無，惟性騷擾防治法第 7 條第 1 項及第 2 項明定「機關、部隊、學校、機構或僱用人，應防治性騷擾行為之發生。於知悉有性騷擾之情形時，應採取立即有效之糾正及補救措施。前項組織成員、受僱人或受服務人員 人數達十人以上者，應設立申訴管道協調處理；其人數達 三十人以上者，應訂定性騷擾防治措施，並公開揭示之。」違反第 7 條第 1 項後段、第 2 項規定者，性騷擾防治法第

22 條尚訂有罰則。故性騷擾防治法事件被害人不服機關、部隊、學校、機構或僱用人之「調查結果」，自包括是否採取立即有效之糾正及補救措施，向直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴時，前揭主管機關自得一併審酌機關、部 隊、學校、機構或僱用人有無違反性騷擾防治法第 7 條第 1 項後段、第 2 項規定，以作為是否另行裁罰之依據。

（四）小結

綜上所述，公務人員若係職場或校園性騷擾事件之被害人，依性別工作平等法及性別平等教育法，不服服務機關所為性騷擾成立與否之決定，均得循公務人員保障法之復審程序救濟之。至於對具公務人員身分之被害人於職場及校園領域外免於性騷擾之人身安全維護事項，應非屬公務人員保障事件，此時其身分即與一般人民無異，不服性

187

騷擾事件調查結果者，應適用性騷擾防治法第 13 條第 5 項提起救濟。至於無論適用何法，其救濟標的均以性騷擾之事實認定為核心，但就性別工作平等法而言，保訓會公保字第 1000005427 號函有意與性別工作平等法第 34 條之規範為目的性之切割，即非以性別工作平等法第 34 條作為公務人員因性別工作平等法第 12 條所生性騷擾爭議而依「公務人員人事法令」（即公務人員保障法）尋求救濟時之「媒介條款」。故公務人員係性騷擾事件之受害人時，其不僅限於服務機關未「防治性騷擾行為之發生」，或於知悉有性騷擾之情事時，未「採取立即有效之糾正及補救措施」時始得為之，而係將機關對於性騷擾成立與否之決定，直接認定為機關對公務人員所為之行政處分，將性騷擾事件成立 與否之事實認定作為救濟標的。

二、公務人員為性騷擾事件被害人可否就行為人之懲處措施提起救濟？

於此一議題，亦可依性騷擾防治三法之規範而分別討論之：

（一）性別工作平等法

按一般勞工依性別工作平等法向雇主申訴遭受性騷擾 時，若不服雇主之處置，其外部之救濟機制係依性別工作平等法第 34 條規定為之，其申訴標的主要係雇主有無違反

性別工作平等法第 13 條所定之義務，尤其是雇主有無於性騷擾行為發生時，採取「立即有效之糾正及補救措施」。而實務上亦認為雇主若認定有性騷擾行為發生，卻未對行

188

為人採取適當之懲處措施，自不符「立即有效之糾正及補救措施」之要求 。換言之，職場性騷擾事件之被害人不服雇主對性騷擾行為人之懲處措施者，亦為向地方主管機關申訴之範圍。此在被害人與行為人屬同一雇主者，自有其意義。若非屬同一雇主，自另當別論。蓋性別工作平等法第 12 條第 1 款明定受僱者於執行職務時，任何人以性要求、具有性意味或性別歧視之言詞或行為，對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，致侵犯或干擾其人格尊嚴、人身自由或影響其工作表現，即本法所稱之性騷擾。由於負有防治及處理職場性騷擾責任之雇主，往往欠缺對其受僱者以外之人（例如客戶或其他公司之員工）之管領能力。故不乏學者主張雇主法律責任應視其控制能力及所採取的措施而定，換言之，應視性騷擾行為人是否為被害人之同事而有區隔，以避免對雇主責任形成不合比例的負擔。其進一步指出回顧美國工作場所性騷擾相關判例時， 雖然美國就業機會平等委員會已明確指出雇主在非受僱者對受僱者為性騷擾時這方面仍有法律責任，但會根據實際情況加以考量。平等就業機會委員會早在 1980 年頒布職場性騷擾防治指導原則時，即已明確表示若雇主（或其代理人或管理監督受僱者）實際或推定知悉非受僱者性騷擾其受僱者之事件， 而未能採取立即而合宜之糾正措施

139

（corrective action），則雇主應就此負擔法律責任，但為區分它與其他類型性騷擾事件時之雇主法律責任歸屬問題， 其特別強調：「在審查這類案件時，本委員會將會考慮雇主

參見臺北高等行政法院 99 年簡字第 590 號判決。

139

189

對這類事件所能控制之程度，以及對這類非受僱者之行 為，雇主所可能要負擔之任何其他法律責任」 。

140

惟就公務人員部分，前已論及， 保訓會公保字第1000005427 號函有意與性別工作平等法第 34 條之規範為目的性之切割，即非以性別工作平等法第 34 條作為公務人員因性別工作平等法第 12 條所生性騷擾爭議而依「公務人員人事法令」（即公務人員保障法）尋求救濟時之「媒介條款」。且如論者所言，以目前保訓會之實務見解而言，不論在陞遷或獎懲等領域，基本上並不承認得針對所謂附有第三人效力之措施提起再申訴或復審救濟。因此在性騷擾事件中，若要容許具公務人員身分之受害者針對行為人之懲處決定不服而提起保障救濟，無異必須全面檢討整個保障 救濟體系中，針對附第三人效力之措施提起申訴或復審救濟之空間 。這自然尚有進一步討論之空間，按服務於軍公教機關中非軍公教人員身分之一般勞工或向軍公教機關之求職者，就職場性騷擾事件，本得依性別工作平等法第34 條救濟之，並主張其服務之軍公教機關對具有公務人員身分之性騷擾事件行為人，未採取適當之懲處措施，有違

141

「立即有效之糾正及補救措施」之要求。相形之下，職場性騷擾事件具公務人員身分之受害者不得對行為人之懲處決定聲明不服，在價值判斷上自有失衡之處。畢竟，公務人員為性騷擾事件被害人之救濟雖排除性別工作平等法第

參見焦興鎧， 美國最高法院對工作場所性騷擾事件雇主法律責任範圍之最新判決

140

-Pennsylvania State Police V. Suders 一案 之評 析，國政 研 究報 告 。 援引 自<http://www.npf.org.tw/post/2/5216>，最後造訪日期：2010 年 6 月 11 日。

參見程明修，前揭文（見註 2），第 78 頁。

141

190

34 條之適用，但公務人員之服務機關就職場性騷擾事件卻仍有性別工作平等法第 13 條所定之義務，尤其是於性騷擾行為發生時，是否採取「立即有效之糾正及補救措施」， 對行為人採取適當之懲處措施，自係檢驗是否符合「立即有效之糾正及補救措施」之標準。只是一旦開放此種救濟之可能性，其應循何種救濟途徑則又是一棘手之議題。

（二）性別平等教育法

依性別平等教育法第 32 條第 1 項規定，申請人（即被害人或其法定代理人）及行為人對於學校或主管機關處理 之結果有不服者，得以書面具明理由向學校或主管機關申復。而實務解釋及運作上，性別平等教育法第 32 條第 1 項規定所稱之「處理結果」即包括對行為人之懲處措施，故校園性侵害或性騷擾事件之申請人不服學校或主管機關對行為人之懲處措施者，亦係申復之範圍。又依性別平等教育法第 34 條第 2 款規定，申請人為公立學校依公務人員任用法任用之職員及中華民國 74 年 5 月 3 日教育人員任用條例施行前未納入銓敘之職員，對學校或主管機關之申復結果不服者，得依公務人員保障法之規定提起救濟。其衍生之問題如下：校園性侵害或性騷擾事件申請人為性別平等教育法第 34 條第 2 款規定之公務人員者，若未對學校或主管機關就校園性侵害或性騷擾事件之事實認定聲明不服， 僅單獨對行為人懲處措施之適當與否提出申復，不服申復之決定，其得否依公務人員保障法之規定提起救濟？依保 訓會之實務見解，其並不承認此為公務人員之保障事項， 故性別平等教育法第 34 條第 2 款規定在此只能為限縮解

191

釋，其校園性侵害或性騷擾事件之被害人為此一規定所稱之公務人員者，其救濟範圍自以不服性騷擾事件之事實認定為限。

（三）性騷擾防治法

依性騷擾防治法第 13 條第 5 項規定，機關、部隊、學校、機構或僱用人逾期未完成調查或當事人不服其調查結果者，當事人得向直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴。其再申訴之標的主要係針對性騷擾事實之有無，惟性騷擾防治法第 7 條第 1 項及第 2 項既已明定機關、部隊、學校、機構或僱用人，於知悉有性騷擾之情形時，應採取「立即有效之糾正及補救措施」，性騷擾防治法第 22 條尚訂有違反時之罰則。依前揭性別工作平等法同一法理解釋，此時是否對行為人採取適當之懲處措施，亦係機關、部隊、學校、機構或僱用人是否採取「立即有效之糾正及補救措施」之檢驗標準，自亦為被害人向地方主管機關再申訴之審查範圍。此在性騷擾事件之被害人與行為人同為公務人員， 且發生的是非屬校園或職場之性騷擾事件，即格外具有意 義。而無論被害人與行為人是否服務於同一機關，或行為人是否亦為公務人員，被害人均得以機關、部隊、學校、機構或僱用人對行為人是否採取適當之懲處措施，作為向直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴的標的。

（四）小結

公務人員為性騷擾事件被害人可否就行為人之懲處措施提起救濟，只要是依公務人員保障法之程序者，目前尚

192

無此種可能性。惟依性騷擾防治法第 13 條第 5 項規定，或服務於軍公教機關中非軍公教人員身分之一般勞工，就職場性騷擾事件，依性別工作平等法第 34 條救濟者，均可主張對具有公務人員身分之性騷擾事件行為人之懲處措施， 以檢驗是否採取「立即有效之糾正及補救措施」之標準。故是否開放此種救濟之可能性，這有進一步討論之空間。

## 

參、公務人員為性騷擾事件行為人可提起救濟之範圍

首先，公務人員係性騷擾事件行為人之身分者，因性騷擾事件而受服務機關懲處或受其他不利措施時，無論服務機關就性騷擾事件係依性騷擾防治三法中之何種法律處理，前揭公務人員均得依公務人員保障法，視其救濟之標的，而提起復審或申訴（再申訴），此在實務上並無爭議。而公務人員不服因性騷擾事件而受服務機關懲處或受其他不利措施時，常一併不服服務機關所為性騷擾成立與否之決定者，兩者自得於同一救濟程序中審查之。惟在此得討論的是，性騷擾成立與否之決定作成後，服務機關尚未對公務人員身分之行為人為懲處或受其他不利措施時，行為人其可否單獨針對服務機關所為性騷擾成立與否之決定聲明不服，或可否對懲處或受其他不利措施，以及服務機關所為性騷擾成立與否之決定「分別」聲明不服，皆不無疑問。申言之，保訓會公保字第 1000005427 號函中所稱「公務人員如向服務機關申明遭受性騷擾，經該機關組成性騷擾處理委員會作成性騷擾成立與否之決定，得以該決定為行政處分提起復審」，形式上是為公務人員係被害人身分

193

者量身訂做，惟對公務人員係性騷擾事件行為人身分者， 性騷擾成立與否之決定是否對其亦構成行政處分，即有進一步探討之必要。就此一問題，則又可依性騷擾防治三法之規範分別討論：

一、性別工作平等法

按依性別工作平等法第 34 條之規定：「受僱者或求職者發現雇主違反第七條至第十一條、第十三條、第二十一條或第三十六條規定時，向地方主管機關申訴後，雇主、受僱者或求職者對於地方主管機關所為之處分有異議時， 得於十日內向中央主管機關性別工作平等會申請審議或逕行提起訴願。雇主、受僱者或求職者對於中央主管機關性別工作平等會所為之處分有異議時，得依訴願及行政訴訟程序，提起訴願及進行行政訴訟。」據此規定，就申訴標的之事項觀之，其主要係保障職場性騷擾被害人之權益所設，故要求雇主「應防治性騷擾行為之發生」，同時若於知悉有性騷擾之情形時，「應採取立即有效之糾正及補救措 施」，因此性別工作平等法在立法政策上並未特別考量性騷擾事件中行為人的外部救濟制度 ，故性別工作平等法第

142

34 條之申訴人範圍自僅指「受僱者或求職者」。惟前已提及，保訓會公保字第 1000005427 號函係有意與性別工作平等法第 34 條之救濟範圍為目的性之切割。且公務人員如向服務機關申明遭受性騷擾，經該機關組成性騷擾處理委員

至於在行為人的內部救濟制度方面，中央主管機關依性別工作平等法第 13 條第 3

142

項所訂定之「工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則」，其第 11 條規定， 申訴人及申訴之相對人對申訴案之決議有異議者，得於十日內提出申復。

194

會作成性騷擾成立與否之決定，得以該決定為行政處分提起復審，其之所以構成行政處分，係因「機關對於性騷擾成立與否之決定，可能侵害公務員之人性尊嚴、隱私權及工作權等，此涉及憲法保障之基本權利，且所造成之傷害， 遠較身體傷害更難以回復，參照司法院釋字第 298 號解釋意旨，屬對公務人員權益有重大影響決定，應認定為機關 對公務人員所為之行政處分」。同一理由亦可針對行為人 而言，一個性騷擾成立之決定對其亦屬涉及「人性尊嚴、隱私權及工作權等對公務人員權益有重大影響決定」，亦應認定為機關對行為人所為之行政處分。惟保訓會昔日之 實務見解係認為：有關公務人員間或與人民間所發生之性 騷擾事件，經各機關依性別工作平等法第 13 條規定設置申訴（再申訴）處理委員會，就該性騷擾事件是否成立所為之評議決定及建議，尚非服務機關或人事主管機關就上開 保障事項所為之行政處分、管理措施或有關工作條件之處 置，須待權責機關依該申訴（再申訴）處理委員會之評議決定，參酌具體事證，依相關人事法令規定為適當之處理， 公務人員對之如有不服，始得依保障法所定之救濟程序提

143

起救濟 。只是在保訓會作成公保字第 1000005427 號函之

後，昔日之見解應有重新檢視之必要。其相關論述如下：

或可認為既屬性騷擾成立，行為人應待懲處措施確定，再一併聲明不服。換言之，性騷擾成立之認定此時即相當於程序行為之概念（參見行政程序法第 174 條），不得單獨聲明不服。惟性騷擾成立與否之決定既係行政處

參見保訓會 94 公審決 0249 號復審決定。

143

195

分，性騷擾事件其雖非由行為人申訴為之，但相關決定其亦為當事人。按最高行政法院 98 年 7 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議曾指出解聘、停聘或不續聘之行政處分影響教師身分、地位及名譽甚鉅，如俟主管教育行政機關核准解聘、停聘或不續聘之行政處分後始得救濟，恐失救濟實益，而可能影響學術自由之發展與學生受教育之基本權利，故教師法另定其特別救濟程序，於主管教育行政機關 對公立學校依法作成解聘、停聘或不續聘行政處分之核准前，當事人已可提出教師申訴，亦屬有據。基於同一法理 及保訓會公保字第1000005427 號函中認定性騷擾成立之決定對行為人亦屬涉及「人性尊嚴、隱私權及工作權等對公 務人員權益有重大影響決定」，亦應認定為機關對公務人 員所為之行政處分，而非程序行為之概念。

再者，行為人若只能待懲處措施確定，再一併對性騷擾之事實認定聲明不服，其救濟途徑係申訴抑或復審程序，須視懲處措施之性質而定。相較於被害人對性騷擾之事實認定不服係復審程序，在價值判斷上亦有失衡之處。惟一旦確定行為人得單獨對服務機關所為性騷擾成立

與否之決定聲明不服，其與後續懲處措施救濟途徑間之關聯，亦為一有待探討之議題。

二、性別平等教育法

依性別平等教育法第 32 條第 1 項規定，申請人及行為人對於學校或主管機關處理之結果有不服者，得以書面具明理由向學校或主管機關申復。而申復之標的自包括服務學校所為性騷擾成立與否之事實認定，而非僅指對公務人

196

員所為人事上之不利措施，此觀性別平等教育法第 32 條第3 項規定自明，即「學校或主管機關發現調查程序有重大瑕疵或有足以影響原調查認定之新事實、新證據時，得要求性別平等教育委員會重新調查」，故對事實認定之不服顯然係性別平等教育法中「申復事項」之主要標的。又依性別平等教育法第 34 條第 2 款規定，申請人為公立學校依公務人員任用法任用之職員及中華民國 74 年 5 月 3 日教育人員任用條例施行前未納入銓敘之職員，對學校或主管機關之申復結果不服者，得依公務人員保障法之規定提起救濟。而實務上，性別平等教育法第 32 條第 1 項規定所稱之「處理結果」即包括對行為人之懲處，故不易產生性騷擾成立與否之決定作成後，服務機關尚未對公務人員身分之行為 人為懲處或受其他不利措施時，其可否單獨針對服務機關所為性騷擾成立與否之決定聲明不服之問題。而行為人不服處理結果而提起申復者，若係不服懲處結果者，多一併對服務學校所為性騷擾成立與否之決定聲明不服。但其未對懲處或受其他不利措施聲明不服，僅單獨針對服務學校所為性騷擾成立與否之決定聲明不服者，依據性別平等教育法第 32 條第 1 項及第 34 條第 2 款相關規定的體系解釋， 似亦無不可。只是其所衍生之問題，即與職場性騷擾相同。

三、性騷擾防治法

依性騷擾防治法第 13 條第 5 項規定：「機關、部隊、學校、機構或僱用人逾期未完成調查或當事人不服其調查結果者，當事人得於期限屆滿或調查結果通知到達之次日起三十日內，向直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴。」

197

根據文義解釋，本規定為若其他條文（例如性騷擾防治法第 13 條第 1 項規定：「性騷擾事件被害人除可依相關法律請求協助外，並得於事件發生後一年內，向加害人所屬機關、部隊、學校、機構、僱用人或直轄市、縣（市）主管機關提出申訴。」）明確規定為「被害人」，似為有意之區隔，即當事人兼指行為人及被害人雙方。惟依據該法之立法理由卻又稱：「……三、加害人任職場所逾期不處理或當事人不服其處理時，被害人得向直轄市、縣（市）主管機關提出再申訴。」則又將提起再申訴者之資格解釋為僅得由被害人為之。但是否亦排除行為人提起再申訴，在這種 典型附有第三人效力的調查處理上，似宜採否定見解，承認行為人之再申訴機會 。故公務人員若係性騷擾防治法事件之行為人，不服服務機關之調查結果者，其救濟之程序應係依性騷擾防治法，而非依公務人員保障法為之。按性騷擾防治法既係處理公務人員「執行職務」以外所生之性騷擾行為，若非涉及懲處措施，而是事實認定有關之救濟程序，即應適用性騷擾防治法，而與公務人員之保障事項無涉。

144

四、小結

綜上所述，公務人員係性騷擾行為人身分者，對服務機關所為性騷擾成立與否之決定，依性別平等教育法或性騷擾防治法均得聲明不服，惟前者係分別依性別平等教育法的申復機制及公務人員保障法，後者則依性騷擾防治法

參見程明修，前揭文（見註 2），第 79 頁註 61。

144

198

為之。至於性別工作平等法部分，依保訓會公保字第1000005427 號函之精神，性騷擾成立之決定對其亦屬涉及

「人性尊嚴、隱私權及工作權等對公務人員權益有重大影 響決定」，亦應認定為機關對行為人所為之行政處分。惟 行為人得單獨對服務機關所為性騷擾成立與否之決定聲明不服時，其與後續懲處措施救濟途徑間之關聯，則為一有 待深入探討之議題。初步可以思考的方向是，若依教師申訴制度運作之經驗，若繫屬於同一救濟程序，可考慮併案處理，若繫屬於不同之救濟程序，則可考慮以一案停止評議之方式（例如不服懲處措施之救濟程序），以避免救濟決定之歧異。

肆、公務人員性騷擾事件救濟之程序及審查範圍

公務人員為性騷擾事件當事人可提起救濟之範圍已如上述，惟依公務人員保障法提起救濟時，其相關之程序及 審查範圍，可大致說明如下：

提起復審前之先行程序：在性別平等教育法部分，主管機關教育部認為申復係性別平等教育法特別規定之救濟程序，考量落實性別平等教育法之立法意旨，此一「申復」救濟程序係性別平等教育法第34 條所稱各種救濟程序之先行程序。另為保障當事人之程序上救濟之權利，避免此一見解致當事人有遲誤法定提起救濟期間之虞，若當事人應提申復卻誤提起性別平等教育法第34 條所稱各種救濟程序時，學校或主管機關應依行政程序法第 17 條之規定移轉管

199

轄，以確保當事人之程序利益 。至於在性別工作平等法部分，中央主管機關依性別工作平等法第 13 條第 3 項所訂定之「工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則」，其第 11 條規定，申訴人及申訴之相對人對申訴案之

145

決議有異議者，得於 20 日內提出申復。按提起訴願（或相當於訴願程序，例如公務人員保障法之復審）前之先行程序，若係由法律所明定（例如性別平等教育法第 32 條所定之申復），自可解釋為強制之先行程序（即非經申復不得提起復審）；惟非以法律規定之先行程序，而係由主管機關以

命令設定者，須視法律是否有具體明確之授權依據而定，

146

以免阻撓人民行使憲法第 16 條之訴願權及訴訟權 。就此

觀之，工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則第 11 條規定之申復，係提起復審的強制抑或任意先行程序，應視工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則是否為性別工作平等法第 13 條第 3 項所具體明確之授權而定。按大法官對於涉及人民非屬裁罰等不利益事項之其 他自由權利者，對授權明確性之審查則較寬，亦即以「意義關聯解釋」之方式，加以從寬認定，諸如「此項授權條 款雖未就授權之內容與範圍為規定，惟依法律整體解釋， 應可推知立法者有意授權主管機關，就某特定事項，依其 行政專業之考量，訂定法規命令，以資規範」，形式上頗有將概括授權解釋為具體授權之意（參見司法院釋字第 394

參見教育部 96 年 1 月 24 日台訓（三）字第 0960009237 號函。

145

146 參見吳庚，行政法之理論與實用，2010 年增訂 11 版，第 635 頁。實際案例參見臺

北高等行政法院 92 年簡字第 567 號判決（勞工保險爭議事項之審議制度違反法律保留原則）。

200

號、第 538 號解釋）。若以此標準觀之，酙酌性別工作平等法第 13 條第 1 項及第 2 項之意旨，第 3 項「工作場所性騷擾防治措施申訴及懲戒辦法訂定準則」之授權應尚屬具體明確。

公務人員性騷擾事件之審查範圍：按性騷擾為一不確定法律概念，故一旦性騷擾事實係由具有一定專業背景之調查人員為認定，並由多元組成之合議制委員會決議者。其調查結果，自有拘束有權決定相應法律效果之主管機關。在判斷餘地範圍內，行政爭訟機關僅能就行政機關判斷時，有無遵守法律程序、決策過程是否踐行、有無基於錯誤之事實、有無遵守一般有效之價值判斷原則、有無夾雜與事件無關之考慮因素等事項審查，其餘有關行政機關 之專業認定，行政爭訟機關應予尊重。就此而言，性別平等教育法所定之校園性侵害或性騷擾處理程序（參見性別平等教育法第 30 條規定）即頗能符合判斷餘地尊重之前提， 故性別平等教育法第 35 條方進一步規範「學校及主管機關對於與本法事件有關之事實認定，應依據其所設性別平等 教育委員會之調查報告。法院對於前項事實之認定，應審 酌各級性別平等教育委員會之調查報告。」至於性別工作平等法部分，各機關之防治法規及實踐層面差異甚大，行政爭訟機關之審查範圍自應就個案而定。而就行政爭訟機關之審查範圍而言，性別平等教育法第 32 條第 3 項規定可供參酌，即「學校或主管機關發現調查程序有重大瑕疵或 有足以影響原調查認定之新事實、新證據時，得要求性別平等教育委員會重新調查」。其實「調查程序有重大瑕疵」

「有足以影響原調查認定之新事實、新證據」均難免涉及

201

事實認定 ，乃至於證據之評價與證據法則之適用 ，惟除非保訓會本身就公務人員因性騷擾案所提起之保障事件，成立調查委員會自行認定事實，否則也只能要求原處分機關重新調查了。

147 148

伍、結論

本文係以保訓會公保字第1000005427 號函釋有關公務人員就性騷擾事件依公務人員保障法提起救濟相關事宜為 楔子，以性騷擾防治三法的精神與架構，論述了公務人員為性騷擾事件當事人可提起救濟之範圍、救濟之程序及保 訓會審查範圍等議題。其中就公務人員為性騷擾事件被害 人可否就行為人之懲處措施提起救濟，以及身分係行為人 之公務人員可否單獨針對服務機關所為性騷擾成立與否之 決定聲明不服等高度爭議性問題，亦特別提出個人看法。

例如實務上一旦涉及性騷擾之事實認定，均會提出若干判定標準，以檢驗性騷擾之事實認定有無遵守一般有效之價值判斷原則。諸如「是否構成性騷擾，在法律層面而言，固應採取一般合理個人之客觀認定標準，惟就被害人方面，容有與客觀標準不同之主觀感受」（參見臺灣高等法院 96 年上字第 878 號民事判決）；「依據性別

147

工作平等法第 12 條及同法施行細則第 4 條規定，性騷擾之行為，應以被騷擾者認知之觀點來加以認定，是否對其造成敵意性、脅迫性或冒犯性之工作環境，而不是根據行為人本身之主觀看法」（參見臺北高等行政法院 99 年簡字第 208 號判決）。

148 例如臺北高等行政法院 99 年簡字第 590 號判決即特別指出按刑事程序採取之證據法則乃

「無合理懷疑」，即如無合理懷疑被告非犯罪行為人，即應判決被告無罪；而判斷是否性騷擾之證據法則則不應如刑事程序適用無合理懷疑之標準，而雖不應完全適用民事之「優勢證據法則」，即綜合所有證據可以證明性騷擾之可能性大於無性騷擾之可能時即足；亦應適用「明確合理之法則」，即一般理性之人，在相同之證據上，均會認為有性騷擾之可能時，始能認定之。」

202

按「有權利必有救濟」，惟有時一旦打開了救濟之門，也 就打開了「潘朵拉的盒子」。本文係個人對性騷擾防治三 法實務經驗的一點心得，尚請在座方家不吝指正。

203

〈研討紀錄〉

公務人員性騷擾案救濟途徑及程序之探討主持人︰張明珠 考試委員（考試院）

報告人︰吳志光 教授（輔仁大學）

評論人︰焦興鎧 研究員（中央研究院） 張考試委員明珠：

報告人吳志光教授，與談人焦興鎧教授，李副主委， 還有我們尊敬的曾華松曾大法官，各位先進大家好，很榮幸在保訓會 100 年保障法法制研討會第二個場次「公務人員性騷擾案救濟途徑及程序之探討」擔任主持人，正值炎炎夏日，而且經過上午精彩的專題演講，和第一個場次的熱烈討論，特別感謝各位還能留在會場，進行這一場議題的 交流，兩性平權，與職場的公平、平等及安全，都是我們民主社會追求的一個目標，這個場次我們探討的是公務人員性騷擾案救濟途徑及程序，我相信更能促進公務員工作平等權的保障。因為它影響公務員的權利非常深遠，所以我們非常重視這個議題。感謝主辦機關非常用心，幫我們邀請到在職場性騷擾相關的爭議以及救濟途徑，非常有研究的吳教授志光來報告，焦教授興鎧來與談，我相信一定可以釐清大家心中的疑義，指引出我們更多合理、可行的救濟途徑。

我先介紹報告人，報告人吳志光教授是輔大法律系教

204

授，是德國漢堡大學法學博士，他曾任輔大和平研究中心主任，民間司改會、司改基金會的常務執行委員，目前兼任教育部性別平等委員會的委員，前兩天陳皎眉委員還談起她和吳志光教授都是教育部性平會的委員，常常在各種討論中得到相關法律專業知識，雖然她今天因有事無法與 會，但特別要我代她向吳教授致意。

吳教授的專長在憲法、行政法、國際人權法以及歐洲聯盟法，他的重要論述裡面有內政部委託研究的性騷擾防治三法整合研究建議計畫、職場性騷擾案件軍公教人員申訴以及處理救濟途徑程序探討等，在這領域吳教授是有相當深入研究。

與談人焦興鎧教授是中央研究院歐美研究所的研究員，美國哈佛大學法學碩士，美國史丹佛法律科學博士候選人，同時他也曾在英國的牛津大學、德國的海德堡大學深造，他是中研院歐美研究所的研究員，同時也是政大勞工研究所的教授，臺灣勞動法學會的理事長，行政院勞委會的性別工作平等委員會的委員，臺北市就業歧視評議委員會，以及性騷擾防治委員會的委員。

相關的專長是在勞工法、比較勞動法，還有就業歧視法，相關的論作也可以看出來他的對這個職場的關心，如

「美國工作場所性騷擾爭議新興課題之研究」，「性騷擾爭議新論」等等，都表現出他對於這個職場的安全性與公平 性的重視。我剛剛也跟他提到，我記得上一次在台上介紹他，是在民國 88 年我在臺北市訴願會主委任內，當時的兩性工作平等法草案剛剛出爐，我們就特別邀請他到臺北市

205

政府演講，時間一晃也就 10 幾年了，他還是我們大家心目中非常尊敬的性騷擾專家，這個尊稱倒是沒變。

兩位教授都在理論和學術上都有豐富的經驗，也非常嫻熟這次的主題，大師出手，各位馬上就可以看到他們的這個美麗的火花的呈現，本場次精彩可期，下面的時間先交給報告人吳教授。

張考試委員明珠：

吳教授非常精闢的報告，他幫我們釐清了一些實務上疑義，也加強我們有一些新觀，他同時也提出了新的研究方向，包括提起復審的先行程序是否須強制，公務人員救濟事件的審查範圍，將來到底要實質審查到什麼程度，我想這是值得我們再省思的。我們接下來請與談人焦教授， 謝謝。

焦研究員興鎧：

主持人考試院張委員、論文發表人吳教授、各位學術界及實務界先進、各位女士、各位先生，大家午安！很榮幸保訓會讓我有這個機會來擔任吳教授這篇宏文的與談人，事實上也就是評論人，心裏真是非常高興，因為我雖然對吳老師在論文中所提到的我國「性騷擾三法」－ 性別工作平等法、性別平等教育法及性騷擾防治法所建構的防治各種場域性騷擾事件頗有研究，而且也實際參與諸多個案的調查訪談，甚至還贏得「性騷擾專家」的雅號，但一般都是以勞工法或社會法的角度切入，或是對校園性騷擾事件略有涉獵，對公務人員這一領域可說是幾乎完全陌

206

生，所以在再三拜讀吳老師的宏文後，實在是受益良多， 也給了自己許多新的視野和啟發，在這裡要特別感謝主辦單位保訓會給我這麼一個機會。

吳老師這篇文章，內容共可分成四大部分，他的目的主要是以保訓會在今年 4 月 13 日所做的公保字第1000005427 號函釋為引子（參見論文第壹部分，p. 90-91） 根據前述性騷擾三法在私部門或教育部門所累積之經驗， 來闡敘在保訓會做成允許具公務人員身分這類事件被害人，可以根據公務人員保障法相關規定，就性騷擾成立與否請求救濟，以及將這類認定視為是行政處分而提起復審，並在服務機關於法定期限內不予處理時，亦得提起復審之此一重要函釋後，具公務人員身分之當事人，包括被害人及行為人在內，他（她）們可提起救濟的範圍如何（參見論文第貳部分，p. 90-107 及第參部分，p. 107-114），以及在確定他（她）們請求救濟之範圍後，試著提出保訓會所要注意之相關程序及審查範圍（參見論文第肆部分，p. 114-118）。最後吳教授在結論中語重心長的指出，雖然此一函釋確實對被害人開闢救濟途徑，就「有權利必有救濟」之法理而言，確屬進步之做法，但也必然會衍生更多的爭議。

個人在拜讀吳老師這篇宏文後，發現他對性騷擾三法之立法目的及相關規定，實在有極深入的瞭解，這當然是因為他曾接受內政部的委託，設法將這三法加以進一步整合的緣故，雖然這樣一個工程實在是一種「無法完成之任務」（mission impossible），但根據他對這三個法律的澈底瞭

207

解，卻能很巧妙的「另闢戰場」，將過去幾年來實際執行這三個法律所累積的經驗，用來解決公務人員在遭遇此類爭議時所面臨之困境，實在是「塞翁失馬，焉知非福」，而且在公部門勞動關係益趨重要而受重視之際，無論在學理及實務上，都有一定程度之貢獻，尤其吳老師文筆流暢，說理分明，論述也都能符合研討會論文的要求，在引註部分也很詳實，堪稱是一份很有份量的文章。更難能可貴的是， 吳老師在本論文中還能更進一步探討這類事件行為人所得以提出的救濟之道，在目前此一法域也逐漸開始關注行為人之權益，尤其是希望能在程序公正（procedural fairness） 方面更為著力之際，實在值得讚佩，尤其他還設法為保訓 會本身，提出日後處理此類事件在程序及實體上所應注意之事項，更讓此文之「附加價值」提昇甚多。

當然，身為與談人絕對不應只做「溢美之詞」，而應提出一些建設性的意見來供吳老師參考，俾便讓他得以進一步修改這篇會議論文，而「轉化」成更具價值的學術論文， 以下是我在細讀完這篇宏文的幾點淺見：

首先，個人覺得這篇論文的題目，從文義上來看，不論是「途徑」或「程序」兩個用詞，都太偏重程序部分， 而事實上吳老師的內文，尤其是在第貳部分，可說所涉及之實體部分更為可觀，所以不知可否建議略作修改，而以

「公務人員性騷擾事件救濟之探討－ 以性騷擾三法之經驗為重心」為篇名，似乎較為呼應吳教授在論文內實體與程序並重之情形。

## 其次，是論文的目次問題，第壹部分「問題的緣起」

208

所做的交待四平八穩，並無任何可議之處，但第貳部分的一部分，將主題「公務人員為性騷擾事件被害人可提起救濟之範圍」又再作一次重複之標示，與論文之一般體例似有不符，故建議直接用「以性騷擾事實認定為核心」即可。至於二部分是以問話之方式呈現，亦稍嫌突兀，可否修改 為「以對行為人之懲戒措施為核心」？第參部分事實上與第貳部分一樣，也共討論「性騷擾事實認定」及「懲戒措施」兩個部分，所以建議在嗣後修改時也分成兩個部分來加以討論。第肆部分是「公務人員性騷擾事件之救濟程序及審查範圍」，就標題而言，實易讓讀者覺得與整個論文的總標題幾無法分辨，很容易產生誤解，就內容而言，應是 指保訓會本身嗣後以外部申訴機制來處理這類爭議所應注意之程序及實體事項，故建議不妨以「保訓會處理公務人員此類事件之程序及審查範圍」為題，由於吳教授在此一部分之論述稍嫌不足，因此，如能再冠上「芻議」兩字， 可能會更貼題。

再者，個人覺得吳教授在處理第貳及參部分時，應特 別注意結構問題，尤其是三度將實施性騷擾三法之經驗帶 入（參見 p. 92-101; pp. 102-107; 及 pp. 108-114）時，均是直接將該三法之相關條文加以討論，雖最後均以「小結」

（參見 p. 101；p. 107 及 p. 114）再作詮釋，但對並不太瞭解此三法相關內容之一般讀者而言，很容易造成混亂之情 形，故這兩個重要部分之舖陳安排上，還有待吳老師進一步費心處理。

又者，由於吳老師在完成這篇會議論文時面臨極大之

209

交稿壓力，因此，在內文中偶有誤植之處，其中較明顯者是 p. 8 第一行之「性別工作平等法」應是「性別平等教育法」，p. 9 倒數第八行「其並僅限於……」，應是「其並不僅限於……」，否則整個文義即有問題。至於，p. 6-7 所討論有關「性侵害自亦屬性別工作平等法第 12 條職場性騷擾之防治範圍」部分，就全文而言較無意義，建議加以刪除。而在 p. 10 及註 11 引用拙著部分，現已有更新且完整之資料，將在會後提供吳老師參考。

最後，個人覺得此文較美中不足的部分，是吳老師僅注意到本土的問題，而並沒有汲取國外之經驗。事實上， 林明鏘老師很早就對德國處理公務人員此類爭議之現象加以探討，吳老師在日後修改此文時，似乎也可利用留學德國之優勢，再做更進一步之引申，而美國聯邦政府處理聯邦公務人員此類爭議之相關論述也很多，亦可供吳老師參考。至於在公部門此類爭議所引發之被害人「被迫自動離職」（constructive discharge）、行為人或服務機關所採取

「報復作為」（retaliation）所衍生之爭議、行為人利用其他法律途徑來保障其權利，致使此類爭議更難解決，以及如何藉由調解或所謂「修復式正義」之手段，而不是擴大爭端來解決此類爭議，都是未來值得正視之課題。

以上是個人一些心得與淺見，謹供吳老師參考，而且也像他在宏文中結論所說：「尚祈在座專家，不吝指正」， 謝謝！

張考試委員明珠：

210

焦教授非常深入的針對這篇文章提出他的看法和一些 建議，有肯定的，也有希望能夠補充的，我想基本上今天 這個議題是相當複雜的，主要是因為性騷擾三法係在不同 時間，由不同的主管機關研擬，立法目的和立法重點各有不同，所以相關救濟程序真的是錯縱複雜，如何整合？我 想就如焦教授所提到，我們非常很期盼吳教授將來能夠將 這三個法做進一步整合，期待合理配合運用的目標，雖然 它是一個 mission impossible，不可能的任務，但是我們也期待吳教授將來可以完成這項不可能的任務。接下來是討 論時間，我們先請吳教授回應一下與談人的意見，然後我 們再開放時間給大家提問，吳教授請。

吳教授志光：

簡單回應一下，我來世新已經很多次了，這是第二次、第三次，這裡場地非常好，我只是剛才講說，幫忙解釋一 下，這是一個教學大樓，旁邊會有其他聲音。

我在這邊簡短回應一點，就是焦老師剛剛在這邊對我 論文標題的指教我完全接受，其實我心目中的題目，只是 我後來本來想改，因為其實我後面講到那個之處裡根本沒 寫完，但是光是前面講實體的問題就一堆，寫的很多，而 且還有很多未盡之言，但是因為題目是主辦單位直接給我 的，我等到後面要寫稿，海報都印好了，然後後來想想算了，有點偷懶。

剛好，其實因為實在是很忙，又要照顧小孩，我真的 覺得老師也應該有家庭，照顧家，可是我們因為有寒暑假，

211

也不好意思講，但實際上是，每天都忙著接送小孩，然後 在加上在此之前，另外有一個臺北市訴願會的鑑定案。實 在是不好意思，所以有很多結構性的問題，我回去後再慢 慢改、思考，而且剛才張委員有提到，是不是將來還有重任，經過那一次整合的計畫，我覺得沒有什麼，不敢再有 什麼信心，或者再接這個了。因為我印象很清楚的是，投 標截止前一天下午前，家防會打電話給我說，沒有人要接 怎麼辦，我後來想一想，有時候初生之犢不畏虎，因為在 校園搞那麼久，看到很多，大概其實沒有困難，後來若要 再拒絕的時候就很困難，但是接的時候也真的能夠體會三法之精神，誠如剛才焦老師所說的，就是塞翁失馬，焉知 非福，以前見山不是山，見水不是水，真的是生在此山中 的時候，雲深不知處。OK，好，現在就請各位有什麼問題的話，可以發問。

張考試委員明珠：

各位，待會兒吳教授另有會議須準時赴會，所以請大家把握時間，儘快發問，我相信大家一定實務上都有很多疑問，是不是就實務上爭議多發問。

發問人 1：

你好，中華郵政公司王耀軍發言，請問一下兩位教授 就是說，因為我自己是相關業務稽查承辦人員，所以就是對於一些法令可能還有一些問題，想請問您。

譬如像我們之前郵局曾經發生過一個案件，我們郵局 有很多窗口，窗口人員有些具有公務人員身分，有些不是，

212

那個諮詢附近的公司的小姐去寄信，代表公司去寄信，算是執行職務，結果就是可能被我們行員，可能有言語上的一些調侃，他可能就覺得不舒服而提出性騷擾，這時候到底是，應該來講他本人是在執行職務的時候，照理來講， 應該是提出職場性騷擾這個部分，但是其實就有一個問 題，就是他提出的，但其實加害人是我們公司的人，其實 它本身雇主在這上面來講，他並沒有很大的一個處理的效 力的存在。那你說他怎麼去防範，他們雇主可能也會有些問題存在，所以他們問說，這個問題可不可以由我們加害 人這邊來處理？那當然我們對他的懲處，是另外一回事， 但是又衍生一個問題，因為加害人是具有公務人員身分， 所以他就可能就說，假設說這個案子到底成立不成立，他變成說好像可以請求保訓會來做一個救濟的部分，這樣會不會有一個問題，今天，剛好情況，就是一個當事人雙方， 一個是公務員身分，一個不是公務員身分，公務員身分他 反而還多了一個救濟程序，就是給他到保訓會這邊來。那被害人這個部分，他可能最多就是走到民事這個部分，會 不會有造成可能對被害人不是很公平的地方，或者說當今 天民事與保訓會這邊作出的決議不一樣的時候，那是怎麼樣的處理？會不會有這樣的問題，謝謝。

張考試委員明珠：

我們可否 1 至 3 個問題後，再請吳教授一起來答覆， 請大家把握一下時間，不知道哪位還有問題。

保訓會本身應該很多問題，請保訓會同仁提問，大概 集中 2、3 個問題再一起答覆。

213

發問人 2：

保訓會陳科長發問，我們會裡面現在有做函釋，遇到各個機關的請求解釋也一直在陸續的增加當中。其中教授有提到，就是對於夫妻間性騷擾成立與否的決定，如果他 聲明不服，跟他後續譬如說懲處，實際上依照的，因為性 騷擾成立之後被免職，或者是性騷擾成立後，受到懲處， 教授剛有提到，如果是免職，是依復審程序救濟，跟性騷 擾成立是用復審程序，既然屬於同一個救濟程序，教授認為可能可以作併案的處理，就同一的救濟程序，教授所考慮到的併案處理，是不是請教授再幫我們做進一步的解釋，是如何來併案處理。

如果就不同處理的救濟程序，比如說懲處的案子，可以考慮用一樣停止評議的方式來處理，如果本會受理懲處部分，我們已經做了撤銷的決定後，對於性騷擾權利這個部分，是不是應該要溯及也是無效，這個部分也請教授幫我們釐清，謝謝。

張考試委員明珠：

各位還有沒有問題，如果暫時大家需要思考一下的話，我們就先就這 2 個問題請吳教授來給我們回應，謝謝。

吳教授志光：

這兩個問題，其實都不是很單純的問題，尤其第一個問題，也許待會兒可以請焦老師補充一下，因為這正是性 別工作平等法第 12 條所說，任何人的範圍，包山包海，然後實務上面跟性騷擾防治法交錯適用所引發的一些問題。

214

我先不談說立法政策要怎麼去調整，但最起碼在現行法之 下，一個受僱人所保障的一個職場的這個執行職務，所謂 職場性騷擾，是所謂超越一般大家對職場性騷擾的理解， 也就是一般你問 10 個路人，他大概都以為就是同事之間， 然只要是執行職務，任何人都可能是職場性騷擾之被害 人。所以剛才那個郵局洽公的情形，郵局的員工是不是公 務人員另當別論，但他就是那個任何人，對這位女子，有 些性騷擾的言行，那基本上按現行法制是性別工作平等法去處理，但對這位被騷擾者的雇主而言，由於對這個騷擾 者沒有直接的管理能力，我沒辦法直接處罰你，是不是乾 脆變成把性騷擾防治法的範圍好了，由行為人的雇主去處理，不是很好嗎？

首先我講說這是挑戰立法政策，所以這個姑且不論， 就限制來講，應該是由這位被騷擾者的雇主就任何人他都 要防治。性別平等教育法授權訂定的校園性侵害或性騷擾防治準則，為避免這種情形發生，在第 10 條以下有好幾個條文處理類似問題，舉例說明，他是在講，比如一個大學 的專任老師在校外兼課，兼任老師如果在兼任學校有性騷擾的言行，由兼任學校負責調查，但是得要邀請專任學校 派人來參加調查小組，專任學校不得拒絕，你要來背書， 我來看這個人到底是不是色狼，你的老闆要派人來，就是 要派來，一起來看我怎麼辦，然後事實認定之後，我們建 議要把他解僱，要把他記過怎麼的話，你要帶回去執行。 如果在這個精神上，郵局員工所騷擾之女性員工的雇主， 應通知郵局，郵局不得拒絕，郵局一定要派人去參與這個調查，參與他們性騷擾防治法，這個到底當初是怎麼回事，

215

然後有了舉例，覺得說他言行不檢，但是不是給他適當懲 處，懲處的話尊重郵局，是不是至少記個過諸如之類。好， 我想在這個精神上，多少可以緩和所謂調查者卻沒有辦法同時去執法的這種矛盾，這在校園裡面是這麼處理，這個 精神可供職場上面，和性騷擾防治法參考。

第二個問題是，這個真的是很多機關函釋的時候最擔心的問題，其實也跟第二個議題有關，一案兩判，歧異的 認定，這麼講回到剛才我們所說的，我不見得說這個被害 者是求助無門，被害者如果不滿他雇主的處理，按照性別工作平等法第 34 條，可以向地方主管機關再請求救濟，他是求助有門，認為他未善盡補救措施，明明有性騷擾，他 說沒有性騷擾，根本就是胡亂搞等等這些。

至於加害人的部分，他不服的話，我們先不談比較複 雜的問題，剛才所提的問題是說，他被記過了，他可以去 申訴，再申訴所為的事實認定，若與原來他去救濟也好， 或是沒救濟也好，跟事實認定是歧異的時候怎麼辦，很難 避免這種歧異，尤其是不同的救濟機關，很難避免，但性 別平等教育法的立法精神是用這種方式來處理，就是說我 整個救濟機關，我不管是誰，至少在行政救濟，你說主管 機關跟學校，要依據性平會認定事實，如果進入了司法救 濟的話，要審酌報告，多少讓各機關不要說動輒或輕易為 不同的認定推翻，所以基本上，這樣的精神，我想說法理 上面也應該在職場性騷擾事件防制法的相關事件，也應該 說予以尊重為宜。但是並不表示說，我應該完全審查，還 有一點滿重要，既然機關，比如說我們剛所說記過，一定

216

是內部申訴，內部先申訴的，您機關也派人去內部參與調 查，然後你也不背書，說這個調查是亂搞，我想這些透過 程序上的共同參與來減少可能事後事實認定的歧異，我想也只能這樣設計，在性騷擾防治三法未充分整合下，我們 能做的其實是減少歧異的發生，這些其實目前已經多少做 了一些，難免不盡如人意。

第二個部分是談到說，行為人的救濟，今天假設我們 覺得說，應該是合理解釋，我現在性騷擾事實認定之有無， 就把它當成行政處分，對他來講，明明有很大的損害，他 就來提起復審，事後，如果被免職的話，比如說可以併案， 那個最好，那我先講一下，我是來自教師申訴評議的經驗 是這樣子，我們基本上是把他併案，併案之後的話，除非 時間差很久，否則的話當時間差不多，一起進來且併案， 同一個審查小組，中央教師申評會，同一組審查小組，3 人小組，所以在事實認定上面避免歧異。也就是說，你認 定性騷擾事實，那麼要推翻，要重新的話，我們這個就先 撤銷了？免職處分可能就先撤銷，怎麼記過處分，但教師 申訴就是教師申訴，沒有區分成說行政處分、非行政處分 這樣子，所以，比較沒有說不同程序併案問題，現在比較 麻煩的是說，不同程序，一個在申訴程序，一個在復審程 序，會有時間上的落差，然後會造成是不是要先停止評議， 那我的解讀是，其實應該任何懲處措施的先決問題，應該 是行政處分是否會被維持的依據，所以如果援引行政訴訟 法第 12 條之精神，若民刑事案件，以行政處分是否合法為依據，應依行政爭訟程序結果認定，如果行政爭訟程序還 沒有跑完，就應先裁定停止程序，等他們確定再說的精神，

217

我個人的看法是，他的懲處措施是否合法適當，繫於性騷 擾的這個處分有無被維持，我初淺的看法大概是這樣子。

不過，當然我們只要開放了這些可能性之後，若要把 明確性，怎麼拖著不處理，你那邊復審還沒跑完，我這邊 保留要怎麼樣去把他明文規定，以教師來講沒有明文規定，教師申訴其實委諸於實務上的操作跟慣例，前面都有 併案但沒有明文規定，其實是技術性的安排，也不是併案， 是接續討論審查。但是不是完全併成一個案子，還是兩個 案子，兩個評議決定，為避免歧異，但是我們比較沒有說 停止評議的問題，因為我們沒有不同程序的問題，跟在保 訓會有不同程序的問題，我們已經在復審了，內部申訴就 已經先把他平反了，別人先替我復審標的之行政處分做判 斷，有沒有單一的問題，這個問題如果要明文的話，也許 從長計議，是不是有這種事情，才會沒有其他事件，還是 等等，但是我看更重要的前提，為先去確認行為人是可以 這樣打官司，我是這麼主張。但是我只是跟各位講這是一 個潘朵拉，把他打開來，行為人也可以單獨對行政處分聲 明不服，如果他只能對懲處，聲明不服的話，問題比較多， 前面那個性騷擾事實認定，實際上是一種程序行為，這個 也很難定位，更何況這裡已經價值判斷，應該是個復審的 程序了，那後續有可能不是復審程序，所以我只能講說我 在這裡也沒有定論，只是丟出問題，我們要按部就班，一 步一步來解決。可是我剛剛所說如何避免歧異，這也是很 多，我看新北市政府、高雄市政府，還是非常擔心，如何 避免歧異，其實在程序上面，透過共同參與的調查開始， 共同參與的可能性，及後面說併案或是盡量或說所謂尊

218

重，比如說我們剛講一些行政處分的一個先決問題，尊重 他的判斷優先性，類似像行政訴訟法第 12 條第 1 項之精神，這些都是可以去思考的方向，好，那我就先衍生到這裡。

基本上這些都是，可能我們實務上以後會碰到的問題，那我不覺得我剛才所講的是一個很完整，或很完美的答案，但只是一旦開放這種救濟可能性的話，我們可能目 前，以我自己除了是教育部性別平等教育委員會委員以外，我已擔任 8 年之久，從黃榮村部長時代，中央教育申訴評議委員會委員，教師申訴評議的案件的性質，其實會 跟公務人員保障法比較接近，所以說有些經驗可以在這就 順便套用一下，那我先回應到這邊。

張考試委員明珠：

吳教授以非常豐富的實務經驗，為大家先就相關疑問 做一個整理並回應，我們也請焦教授回應大家的發問。

焦研究員興鎧：

謝謝，我大概只能回應第一位，第一位提出問題的就 是郵局裡，你們的員工對來洽公的民眾，有不禮貌的舉動， 他的處理方式，我認為完全贊成吳教授剛剛所講，如果能夠用性別平等教育法裡頭的一些精神，在你們的郵局裡頭的處理規範裡來做這樣的一個規定的話，我覺得是很好。

我這裡就藉由這樣的一個問題，來補充一下我剛剛在 做這個評論的時候提到的修復式的正義，我是希望有這樣 三個法律的，我們如果採用這樣的一個方式，可以使很多 的紛爭，不至於鬧到像吳老師所提到的，像將來一個潘朵

219

拉的盒子，為什麼？因為個人處理的案件的經驗，其實滿 豐富的，我個人覺得大概在 10 年前，這些法律都還沒有出來的時候，臺北市開風氣之先，就有一個對內部的員工一個性騷擾的一個處理流程，這個法律非常先進，我們曉得 性別工作平等法，是人家跑到你的職場來騷擾你，可是臺 北市那個時候的內部申訴機制，就非常的前衛，他也包括 對洽公民眾，就像這位朋友所講到的，對洽公民眾的性騷 擾在內。

這個案子是一個衛生局高級官員，有人來跟他投訴， 投訴人身分很特殊，他是一個精神比較不正常的人，因為 我們曉得在公務機關裡，常常會碰到一些秀逗的人，打電 話來投訴，這是一位有精神狀況的一位女士，他打電話來， 他來投訴什麼，他說我到你們的市立醫院去求診時，從門口的警衛到醫生到護士，都對我性騷擾，然後投訴這個的時候，沒想到這一位非常高級的官員，他居然怎麼跟他講， 就用揶揄式的方式，因為他是衛生局裡來投訴的常客，他就怎麼跟他講說，這位小姐妳在我們衛生局可是赫赫有名，我們上上下下都知道你，沒想到我這次很有榮幸能夠接到你的電話，你的聲音實在是很好聽，至於你的投訴， 我給你一個小小的忠告，我看你這個聲音，你一定長的很 漂亮，也很年輕，你趕快去找人嫁了，或是趕快找個男朋 友，有了男朋友，或找人嫁了以後，你就不會那麼寂寞， 你不會那麼寂寞，你就不會來騷擾我們。他就這樣揶揄式的這樣回他，結果沒想到，這段話讓這位民眾錄下來了， 拿了這捲錄音帶到臺北市政府控訴他對洽公的民眾言語性騷擾，言語性騷擾要不要處理，當然要處理，我們處理的

220

原則，就是修復式的正義，我們非常有耐心的處理了這位 當事人，而且雖然她是一個精神狀況不好，可是她來跟我們調查、訪談的時候，完全沒有任何的異狀，言詞非常清楚，完全看不出來她有任何的問題。當然我們訪談這位的 時候，所謂加害人，非常重要的一位公務員，剛開始他想 否認，可是我們把這個錄音帶的聲音放給他聽了以後，他就曉得說，他躲也躲不掉，那我們就說，我們看過這位公務員的整體服務記錄，perfect，非常非常好的一個公務員， 可是他這件事做錯了。我們的處理方式是什麼，我們也沒辦法，你做錯了，被人家錄音下來，你沒辦法了，可是你 是個很好的公務員，我們所做出來的是什麼，第一個給你 一個口頭申誡，可是如果你 2 年之內沒有再觸犯類似的行為，或者說你沒有對這位投訴的人做任何的報復的舉動的 話，這個資料就沒有了，然後我們要求你到副市長的辦公室，跟這位女士鄭重的說一聲對不起，然後還有一個附帶 的要求，你要訓練你的員工對任何不合理的投訴要用專業 的態度來面對，絕對不能用一種輕忽的態度。這位公務員， 非常高級的官員，他也答應了，整件事情我必須要跟大家講，船過水無痕，這位被害人也覺得我們處理的很好，他覺得他得到了一定的平復，這位公務員後來直升到一個非 常高的一個職位上去，一點都沒有問題。

我們再想想看，如果說我們把他當做一件性騷擾事件把他送上去怎麼處理的話，這麼好的一個公務員做了這樣 的一個事情，可能會受到影響，如果我們認為說，這一個 投訴的人是一個精神不正常的人，不理他，或是不好好處 理的話，那他把這捲錄音帶到蘋果日報去的話，大家可以

221

想見後果又是如何。所以我們在處理那麼多的案子，大家 總覺得好像性騷擾，其實性騷擾案子絕大部分都是小案子，很少是大案子，而且不管是公務系統、教育系統，甚 至職場，彼此都有互動的關係，彼此可能以前都是同事、 朋友，他常常爭的就是這樣的一個，內部的申訴機制是非常重要的，在內部申訴機制處理的時候，除了注意程序上 的公正性以外，對當事人用一種比較安撫，比較讓他覺得 所提出來的訴求，人家很重視他，然後給他的一些鼓勵， 或者怎麼樣的，不是金錢上的補償。然後對加害人給予某 種程度的訓誡，所能產生的效果，反而比要去處分他人， 不斷的打到上頭去，可能要好的多，所以我覺得羅老師所 提倡的修復性正義的一個訴求，只要我們處理的委員，自 己本身的專業程度夠的話，幫當事人就相關問題為處理時， 其實可以讓很多的紛爭不必走到機關外之救濟途徑，這是 我一點點就回應剛剛那位朋友所提的問題。也把我剛剛所提到的所謂修復式的正義，用一個非正式的方式，當然我們不敢講說什麼喬，可是在某種幫助，尤其協助被害人， 走過這樣的一個困難，我想可能達到的效果，要遠比你一直想要送到保訓會，或送到其他什麼地方救濟來得好，因 為每一件案子經過這樣處理的話，我想對當事人來講是一 個很大的折磨，這是我個人的意見，謝謝。

張考試委員明珠：

謝謝焦教授把他過去的經驗也讓大家分享，還有一點時間，不知道各位還有沒有問題，請踴躍發言。

發問人 3：

222

考試院張委員，還有兩位老師，非常感謝你們來參加保訓會這場保障法制研討會，保訓會這裡有兩個問題，在 實務上需要委員及兩位老師來幫我們指導。第一個問題 是，我們會裡面在 100 年 4 月 13 日所作的函釋，我想兩位老師應該都很了解，就是公務人員對於機關性騷擾成立委員會就性騷擾事件成立與否的決定，可以依復審程序提起救濟。但是我們在實務上也面臨兩個問題，也就是說適用 的對象部分，如果加害人與被害人都是公務人員的部分， 那當然沒有問題，可以用保障法復審程序來救濟。若兩個 都不是，加害人跟被害人都不是公務人員，那當然不可能， 因為他不是保障對象。這是四種排列組合，還有另外兩種， 也就是加害人是公務人員，但是被害人不是，以及被害人 是公務人員，但加害人不是公務人員。有問題的當然不是 前兩者，而是後兩者所產生的性騷擾案件，能不能依保障法復審程序來救濟。我們都知道保障法在第 19 條有規定， 公務人員執行職務應該給予保障，公務人員安全及衛生防 護辦法第 3 條有明定，機關應該提供安全衛生的環境，那這個是法制面的部分，但我們可能也要考慮到實務面，就是說，剛才老師在報告有提到說，我們怎麼樣考慮處理的實益，還有避免救濟的不一致，這些因素都要考慮，但是最 後還是必須要考慮到，有權利必有救濟這個問題，如果各 主管機關認為不能夠依性別工作平等法救濟，也不能依性 騷擾防治法救濟，而最後保訓會也認為不能依保障法救濟，怎麼辦，因為總是要有一個可以處理的出口，也就是 有權益就有救濟的管道，這是第一個適用主體面的問題。

第二個問題是實務面的問題，如果在上班的時間、上

223

班地點產生性騷擾案件，如果他本身是保障對象的話，可以用保障法來救濟。那如果是在下班時間，不是在辦公地 點產生的這種性騷擾的問題，是否能依保障法來救濟，我 舉三個例子，第一個比如說在上下班的途中產生性騷擾， 例如在公車、在捷運上產生性騷擾，能不能用保障法救濟。第二個就是說，雖然不是在上班途中，但是他是被奉派去執行公務，例如加班或出差執行職務發生性騷擾，能不能 用保障法救濟。第三個就是說，機關辦理的自強活動或晚 會活動，雖然不在上班時間及地點，但是事實上也是機關 辦理的活動，是不是也是辦公室的延長，以上問題請兩位 老師及委員，幫我們指導，謝謝。

張考試委員明珠：

好，李副主任委員是不是要提問，請李副主任委員發言。

發問人 4：

謝謝，我只有一個問題，我本來有兩個問題，一個問 題已經被昭賢問走了，我的另一個問題就是我們公務人員 救濟法規，應該隨著公務員和國家之間的關係的發展，來 做發展，所以早上的第一場，我們曾經提到過，因為司法 院釋字第 684 號解釋，所以使得我們一些救濟的規定，很多人提出一個檢討，比如我們在保障法規裡面，我們分成兩 個類型，一個是再申訴，一個是復審。復審就是要有三個 要件，一個是行政處分才可以提復審，一個是公法上財產 請求權，另外一個就是所謂的重大權利的影響，因為司法

224

院釋字第 684 號解釋的關係，所以很多人想說，這個重大權利影響應該解釋為權利有受到任何影響，都可以提復審， 因為提復審才可以到行政法院，所以他們認為說，將來保障法的修法走向，應該是復審的案件多，再申訴的要少， 最終的目的應該是現在的兩條途徑要變成一元途徑，我想就這個問題，看看兩位教授有什麼看法。

張考試委員明珠：

謝謝李副主任委員的提問，請吳教授及焦教授回應。 吳教授志光：

今天不問則已，一問問題就很多；不問則已，問的問 題都很大。第一問個題我簡單回一下，簡單的講，如果公 務人員是行為人，非公務人員為被害人，那基本上，恐怕 是看說因為我們每個法的目的不太一樣，光就防治法、人 身安全、職場的是工作權保障，職場上面緊扣在執行職務， 所以從被害人要先去看，被害人是不是在執行職務，兩個 同屬一個機關，一個有公務員身分，一個沒公務員身分， 那當然就被害人而言，他在執行職務的話，那當然還是屬 於性別平等工作法的範圍。

如果非執行職務，依照性騷擾防治法的範圍，如果今 天被害人本身，他不是公務人員，他也不是這個公務機關的受僱者或臨時人員等其他人員，就是一個路人甲，路人乙的話，今天這個公務員，我想應該也是防治法的範圍， 當然防治法的範圍會比較廣，就算今天針對洽公民眾有性 騷擾之行為，他自己在執行職務，他莫忘這個工作法是在

225

保障被害者的工作權，所以說防治法是在是在保障被害人 的人身安全，所以就這個保障的目的來看的話，我們從被害人去思考的話，那應該就回到防治法，一樣是這個機關 該處理，但是不是用工作法，而是用防治法，我可以跟各 位講，要把三法真的完全搞清楚，不是像繞口令而已，真 的是要花一點時間。所以剛才焦老師有指教，要用什麼表 格，這個我回去要弄表格。

接下來的問題就是，今天如果公務人員是被害人，而行為人非公務人員，一樣恐怕也是我剛才所問的問題，公務人員是被害人的話，他是執行職務的話，不管那個行為人是不是公務人員，還是說同一個機關的非公務人員的其他人的話，都是工作法，如果他非執行職務的話，這個時 候回到了防治法，在防治法裡面的話，就是要去找行為人 的雇主，那是同屬同一個機關，同一個機關處理，非同一機關的話，那就要找他的機關，大致是這樣，所以如果弄清三法的，三個法的適用範圍，這個問題不難。

難的是第二個問題，第二個問題是真的有挑戰性，勞 委會的立場在昔日，防治法還沒出現前，就工作法裡面執 行職務的範圍，盡量從寬解釋，但防治法出現之後，我個 人的解讀，這個可以請焦老師來補充，是不是要這麼從寬 解釋，或是因為畢竟有防治法，而且有時候處理者是同一 個人，但是這個恐怕保訓會如果認為有疑義的話，我個人 認為保訓會既然已經有了這個函釋，保訓會亦為公務人員保障的主管機關，你也可以作函釋。因為勞委會針對一般 勞工，保訓會針對公務人員，其實並不衝突，因為如果認

226

為那個不是執行職務，不是公務人員保障範圍的話，起碼 還有防治法，因為現在有防治法，不用擔心，只是說後續 的救濟途徑，處理過程不太一樣，所以這個部分，我只能 講說其實可能可以參酌勞委會的作法，但不以勞委會為唯 一準則，因為莫忘，我是覺得說，他其實是一個消長的關 係，你這裡解釋愈寬鬆，防治法適用當然會減少，這裡解 釋愈嚴，防治法適用愈完善，這是一個消長關係，但是我 覺得其實上下班途中，大概現在認為是執行職務，可能是 比較通說，出差大概也沒有問題。至於文康娛樂活動等等……這些是不是的話，這個可能問題就會比較大，這是 我粗淺的建言。

第二個問題是行政處分範圍過大，我個人的看法是未 來廣開救濟之路之後，終究有一天恐怕不再有所謂救濟標 的的區分，看能不能進入司法審查，我們會花更多的時間 跟精力去討論，大法官有講，但是大家都知道，就原則應 盡量要尊重，事實認定判斷不確定法律概念，就程序上。 也就是說，其實有相當多的，尤其針對所謂的考績、人事 決定、考評，各式各樣的所謂判斷餘地，將來恐怕會是顯 學，究竟在就他程序上如何細膩的把關，以及事實判斷， 是不是有可能有，只是看分數有沒有加錯而已，這樣子的， 還是在考試院有一個非常苦惱的案子，最後就是中醫師特考，曾經三度訴願成功，其實就是看，我雖然尊重你有判決餘地，但是你跟參考答案差太多了，如果沒有理解錯誤的話，顯然這個參考答案應該評分給 15 分，怎麼只有 5 分， 好像亂給一樣，也就是說將來恐怕我們整個的重點就廣開 救濟之門之後，所謂的判斷餘地，還有如何所謂尊重判斷

227

餘地的發展，更細緻的理論，因為畢竟到了人事決定程序 有太多可能所謂的判斷餘地的空間，所以不做一些細緻的 區分，或者是進一步的探討的話，廣開救濟之門，當事人 之間都是駁回，在法院都是 90%敗訴，他就覺得這個廣開救濟之門，其實好像意義不大，其實我們是要去在程序上面， 或是為事後的這些審查，包括司法審查，包括準司法的審 查，救濟程序裡面可能要發展更多更細緻的一些標準，這 是我個人的一個預測，或是大概覺得將來的發展的方向， 那是不是剩下的，請焦老師補充第一個問題的部分。

焦研究員興鎧：

針對副主委所提到的問題，已超越我的專業，可是我 個人只能這樣講，就是說，我們都曉得很清楚在全球化的 趨勢裡頭，對任何一個受僱者，你、我都是受僱者，我們 不要講我們是勞工，你、我都是受僱者，對受僱者，拿薪 水的人來講，他的發展都是不利的，也就是說，我們現在 可以看到，公部門的勞動關係，其實跟私部門的僱傭關係， 愈來愈趨向一致，全球化的發展中，我們看到一個非常明 顯的一個發展，就是公部門的集體勞動關係的蓬勃發展， 而且不但能夠抵銷到私部門的工會運動的衰微，而且在某 種程度上，還能夠讓人家對這個所謂的工會運動，或者什 麼還是會有一點點信心，也就是說，到底要不要讓公務員 重組工會，或者行使勞動三權，是一個非常值得大家考量 的一個問題，我今天曉得，我今天跑來保訓會來提倡這個 東西的話，大概會引起一些比較國內的，就是基本上來講 全球的趨勢都是往這各方向去的，也就是說，公部門的勞

228

動關係，跟私部門的僱傭關係，逐漸趨向一致，這是全世界的一個發展趨勢，謝謝。

張考試委員明珠：

今天非常感謝各位的耐心及積極參與。這一場次會議感謝吳教授和焦教授非常精彩的報告以及與談，同時也感謝大家的熱烈參與。我想經過充分討論後，很多問題呈現了，就誠如本報告結論所說的，一旦開了救濟大門，它的潘朵拉的盒子，是不是每天都有驚喜，我想我們就拭目以待，大家要再加倍努力，謝謝。

司儀：

再次感謝張委員、吳教授，以及焦教授，第二場已告 一段落，請來賓將發言條交給議事人員。

229

四、專題演講三

論文：公務員法上損失補償之研究

\*

吳秦雯

（政治大學法律系助理教授）

壹、前言

貳、國家責任制度下之損失補償體系

一、我國目前國家責任制度下之損失補償體系二、法國國家責任制度下之損失補償體系

三、我國與法國制度之比較參、公務員法相關案例與分析

一、相關案件二、案例分析

肆、結論

法國 Aix-Marseille III 大學博士，政治大學法律系助理教授。

230

\*

公務員法上損失補償之研究

壹、前言

法律制度區分為公私二元制的國家，將公權力機關與人民之間的法律關係，區別於人民與人民間之法律關係； 為了解決一方造成他方權益變動而予以填補的問題，在民事責任體系外，另外設置國家責任制度。儘管兩種責任制 度對於如何進行填補的理論與內涵不盡相同，但既然是因為權益變動而產生的填補，其中必定包含：使權益產生變動的行為、權益變動的結果、因果關係與應對此權益變動負責者。在民事責任制度之下，不論使權益產生變動的行為性質如何，只要造成權益變動的結果，均一體稱為「損害」；但在國家責任制度下，向來依據使權益產生變動的行為係合法或違法，區分為「損失」或「損害」 ，其得請求填補之理論基礎亦不相同。受公權力制約之相對人，又會因為與公權力機關之所以產生法律關係之原因不同，其 所得進行之權益填補相關作為而有不同的規範與適用；尤其是構成行政機關一環的公務員，儘管與行政機關間之法 律關係，與一般人民相同地係行政機關位於優越的不平等 地位，但行政機關之行為造成公務員權益變動，往往與公

149

吳庚（2010），行政法之理論與實用，11 版，頁 741；劉宗德（2009），國家賠償及損失補償，收於氏著，制度設計型行政法學，頁 240。李建良（2006），損失補償，收於翁岳生，行政法（下），3 版，頁 647。不過亦有學者認為以合法或非法作為補償與賠償之劃分依據，已非絕對。參李震山（2007），行政法導論，7 版，頁 597。另有學者認為國家賠償與損失補償已逐漸呈現相對化，李惠宗（2010），行政法要義， 5 版，頁 610。

149

231

務員身分關係有關。因此，公務員法上的損失補償問題， 與國家責任已然建立的一般架構與體系，並不見得全然相 同；換言之，國家責任的法體系，將因應公務員與行政機 關間所存在的公法上職務關係而進行調整。

本文之研究不直接切入公務員法之個別領域，而選擇從行政法總論國家責任的大架構之下，先探尋一般損失補償的體系，接著進一步聚焦於行政法各論公務員法的領域，比對其中異同。因此必須考量到以下兩個面向：首先， 國家責任下之損失補償理論建構有相當的特殊性；其次， 公務員請求國家負擔損失補償責任，因為涉及公務員身分地位之保障，因此研究角度必須同時注意國家責任的架構與公務員的保障。基此，以下將先初步建構我國之損失補償理論，接著試圖以類似案例探討的方式，整理我國相關的實務案例，再從案例當中理解我國現實面所遭遇的問題，最後再透過理論建構進行檢討。

貳、國家責任制度下之損失補償體系

我國國家責任之法制度架構下，目前僅有國家賠償法 此一專門並一體適用之法律，關於損失補償部分，不但並 未像國家賠償制度一樣有著憲法的明文規定，亦尚未制定相關專門法規，而由各種個別法令綜合而成。因此在理論 建構上，主要由學者進行補充與建置。由於我國學者多受 德國法之洗禮，於國家責任法的體系架構上，亦明顯受德 國法之影響，故我國目前的國家責任體系，係以德國國家

232

責任制度為參考而加以建置，儘管運作上並未有重大爭 議，不過相同採取公私二元制之法國，在國家責任建構上 與我國向來熟悉的德國制度略有相異之處，為提供更多元的比較法研究，以下亦將略述法國國家責任法相關制度， 或可提供我國法制若干參考。

一、我國目前國家責任制度下之損失補償體系

一般而言，我國學者概依據造成人民損害或損失之行為係合法或違法，區分為補償或賠償責任。其中有學者進一步主張，廣義損失補償應區別為積極責任與消極責任， 前者係由國家主動針對非因行政行為所造成之損失或損害 進行填補，後者則指造成人民損害或損失之原因直接源自行政行為，經人民請求後，國家方被動進行填補 。由於後者係國家經請求後方進行填補，產生之爭議較多，相關的討論也因此較多，亦為本文研究重心。在損失補償部分， 主要以公平負擔或衡平思想為理論依據，不過學者間又各自依據德國法院運作實務或學理，進行不同的分類。從分 類類別少至多，分別有，僅分為三類者：即在損失補償下僅分為：公益徵收之補償、信賴保護之補償與特別犧牲之補償三種 。有些則區別為四類：徵收補償、徵收性質侵害之補償、因公益犧牲之補償、信賴利益之補償 。更有分為五類：因公益而特別犧牲之補償、基於信賴關係的損

150

151

152

李震山（2005），行政損失補償法定原則---無法律即無補償嗎？台灣本土法學，71期，頁 143-144。

150

151 李震山，前揭書，頁 623-625。

152 吳庚，前揭書，頁 740。

233

失補償、社會衡平之補償、基於特別行政目的之補償、公法上危險責任 。更細緻並以德國分類法為參酌對象者， 則將損失補償先區分為特別犧牲之補償與衡平補償（社會補償），再於前者之下分為財產權與財產權以外之權利，財產權部分分為：公用徵收之補償、因財產權之限制所生特別犧牲之補償、因公權力行為之附隨效果所生特別犧牲之補償；財產權以外之權利分為：合法干預行為或因公權力行為之附隨效果所生兩種特別犧牲之補償 。

153

154

由上述損失補償之類型區分之多元，可知目前我國損失補償體系仍屬於百花爭鳴之階段，依據不同的分類方法、相異的參考法規，得出不同的體系歸納。不過，人民 若欲進行損失補償之請求，學者幾乎一致認為，由於損失補償之前提係合法行為，則有權機關之行為造成當事人權 益變動，必須是依據某法令之規定進行；故人民亦當依據有權機關行為所據之法令請求補償。此一推論因此導致「補償義務須有法規之依據始得請求」之結論 ，換言之，無補償法規依據即不予補償，縱然有學者提出異見，但實務 判決似採如此見解 。另外，補償範圍部分，除法令特別規定「實質補償」，應以回復到未受侵害前之財產狀況加以認定者外 ，學說多數似依據目前與損失補償相關的數號

155

156

157

李惠宗，前揭書，頁 608-609。

153

154 李建良（1999），行政法上損失補償之基本體系，東吳大學法律學報，11 卷 2 期，頁 94。

155 吳庚，前揭書，頁 747。

156 李震山，前揭文，頁 146-148。

157 法律用語多為「市價補償」、「相等補償」、「時價補償」等。

234

大法官解釋，如釋字 400 號「相當之補償」、釋字第 425 號、釋字第 579 號與釋字第 652 號「合理之補償」、釋字第 440

「合理補償」，認為採取與民事「完全補償主義」不同的「合理補償主義」；且多數學者均認為僅補償「所受損害」，但對於未來之「所失利益」並不補償。只是如何判斷補償係該當「合理」，可能尚須就當事人實際受損害的程度、當事人避免損失擴大可能的防止能力、相關補償案件規模之大 小、政府已採行的相關補救措施、行政機關的財政負荷、社會發展程度與人民觀感進行全盤性的判斷 。檢視了國內國家責任制度下的損失補償體系，接著來了解法國法的制度與體系。

158

二、法國國家責任制度下之損失補償體系

儘管法國可謂第一個在法院體制中，將行政法院從獨立自普通法院之國家，但因為係於民法法典建立近 70 年後， 才以 1873 年權限衝突法院（le Tribunal des conflits) 所為之 Blanco 判決，歸結中央行政法院先前所為之數則判決意見 ，明確肯認國家責任之存在，並認定國家責任與民事責任區別之必要性，正式承認國家責任制度，因此在法院

159

160

黃錦堂(2000)，國家補償法體系建構初探，收於翁岳生主編，行政法爭議問題研究

158

（下），頁 1200-1201。

亦有學者翻譯為「弭爭法院」，進一步的介紹可參王必芳（2007），法國行政審判權之研究，司法院，行政訴訟制度相關論文彙編，第 5 輯，頁 235-237。

159

像是中央行政法院於 1855 年作成之 Rothschild 判決(CE 6 décembre 1855, Rothschild) 已經指出：公共服務、公務員與人民間的關係，「不得單以民法以及其所建立於人民 與人民間的之原則與規定加以規範……此責任非具一般性，亦非具絕對性；擁有依 據服務需求，得依據每一個服務之本質與必要性加以變化」。 DEGUERGUE(M), Le contentieux de la responsabilité : politique jurisprudentielle et jurisprudence politique, AJDA 1995 p. 211, note 1.

160

235

判決實務與學說理論上，仍帶有不少民事損害賠償的影子。首先，在法國法的概念下，國家責任之形成，與民事 責任相同，都是為了解決一行為構成損失（dommage）如何進行填補（réparation）之問題。但因為目前法國迄今尚未有一部統一性、原則性的國家責任法，因此，國家責任 的法體系，大量地以中央行政法院（Conseil de l’Etat）判決為其建構基礎，學者再依據判決各自進行整理歸納。當事人欲請求國家負擔責任進行填補，依據學者 Chapus 的意見， 應同時該當以下條件：損害（le préjudice）、因果關係（la relation de cause à effet）、取決於被害人情況的需求（les exigences tenant à la situation de la victime），再另外依據過失的有無，區分為過失國家責任或無過失國家責任 。

161

換言之，雖然法國學者對於國家責任的構成要件，彼 此間有著不同的觀察角度，但都未如德國或我國一般，客 觀上先區分行為係違法或合法，再認定國家所負擔者係賠 償或補償責任。因此，在判斷上，只要有造成損失之行為 存在即可，至於該行為是否係一違法行為，並不影響後續國家 責 任之論證。 儘 管在討論國家的過 失責 任

（responsabilité pour faute）時，一個違法行為的結果往往被認為構成過失 ，但基本上造成損失結果的行為，究係合法與否，對於國家責任的判斷並非重要。在法國國家責 任制度下，判斷的流程傾向於：首先判斷是否存在構成損

162

CHAPUS(R), Droit administratif général, Tome 1, 15e édit., 2001, Montchrestien, p. 1235 ets.

FRIER(P-L), PETIT(J), Précis de droit administratif, 2006, Montchrestien, p. 479.

161

162

236

失的行為，接著判斷該行為是否有主觀上的故意或過失、次而評估確認損失之存在、最後確認行為與損失間確實存在因果關係。過失國家責任與無過失國家責任，因此成為法國國家責任類型化最重要的兩大分類。

## 因公務員行為所引發之國家過失責任，構成最早被承認的國家責任類型。由於公法人必須透過公務員以履行任務、形成決定，當公務員之行為構成一個「預定存在義務

163

之欠缺」（un manquement à une obligation préexistante） ，

即形成過失，倘因此造成人民損害，則須負擔責任。在過失責任中，又可再進一步區分出推定過失（présomptions de fautes）與重大過失（fautelourde）兩種子類型。推定過失 是為了減輕被害人之舉證負擔而由判例承認的制度；主要 適用於人民使用公共設施（travaux publics）、或接受公共醫療院所（services publics hospittaliers）醫治，而遭受損害的情形，此時仍然適用過失國家責任，但因為採取推定過失， 故被認為應負擔填補責任之機關，必須舉證其所提供之公 共服務並無過失，方能免除填補義務 。相反於減輕受害人舉證責任之推定過失，重大過失則是為了減輕公務活動所需承擔之執行責任風險；主要是因為法院認為某些公務活動之履行具有較高的困難度，若適用一般過失，將使該項公務活動陷入執行困難，因此要求被害人必須證明重大 過失之存在。不過由於重大過失造成被害人求償之負擔與

164

163 e

PLANIOL(M), Droit civil, Tome II, 3 édit., 1949, LGDJ, n° 913, cité par FRIER(P-L),

PETIT(J), Précis de droit administratif, 2006, Montchrestien,n° 820, p. 479.

Ibid., p. 1297 ets.

164

237

不利益，目前除了財稅、司法等少數領域仍採重大過失， 其他的領域都已逐漸限縮 。

165

不存在任何過失，只要發生損害，即應負擔責任的無過失責任（responsabilité sans faute），不但有助於被害人請求賠償，同時也表示無需探究公法人行為該當過失而應受責難，乃是一個中立性、客觀性的責任。和過失責任相同， 其下也區分為兩種類型：風險責任（responsabilité pour risque）與違反公任務前平等對待之責任（responsabilité pour rupture de l’égalité devant les charges publiques） 。風險責任的概念帶有將填補損失社會化、由納稅人共同負擔的意涵，依據判例發展，主要有四種類型：1.為公共服務合作者利益（la responsabilité au profit des collaborateurs des services publics），概指協助公共服務履行者，因其協助或合作行為而遭致損失時，無需證明造成損失的行為具有過失，即得獲得補償，像是公務員因公撫卹的情形即為適例。2.為公共工程意外之受害第三者之利益（la responsabilité au profit detiers victimes d’accidents de travaux publics），係指非公共工程之使用者，而為外於公共工程使用關係外的第三者， 因公共工程之運作發生意外而蒙受損害，請求填補之情形。3.群眾與聚集事實而構成之國家責任（la responsabilité de l’Etat du fait des attroupements et rassemblements），此類填補責任原本歸普通法院管轄，亦即為民事責任之一種，

166

像是醫療行為、監所管理、警察服務。FRIER(P-L), PETIT(J), ouvrage précité, p. 480 ets.

165

LACHAUME(J-F), PAULIAT(H), Droit administratif, 14e édit., 2007, Puf, p. 806.

166

238

但考慮到群眾與集會當中，維持公共秩序之性質，於 1986

年 1 月 9 日修法後改由行政法院管轄；只要是群眾或聚集事實當中所產生的損害，都適用無過失責任進行賠償。4. 特別風險損失之責任（la responsabilité pour risque spécial de dommage ），係指 損害之發生是因為一個危險事務

（choses）、方式（méthodes）或情況（situations）所導致之損害，像是因為爆炸、軍事武器、傳輸電源瓦斯之公共設 備、災難 引發之行為，無須證明存在任何過失，只要發生損害，即成立國家責任。違反公任務前平等對待之責任

167

168

在 1961 年受到中央行政法院正式肯認 ，其意義如 Chapus

所言：「公任務前平等對待原則，提供公法人無過失責任一個基礎，當公法人以普遍利益之名，要求團體中某些成員，

169

忍受特別的負擔……需給予補償以重建被破壞之平等。」 。

法國的此種責任主要基於兩面向：首先，其並不具任何意 外的性質（un caractère accidental），反而是一種自然的結果，甚至是採取某些措施必然造成的結果，因此與先前所提的風險責任明顯區別；其次，請求填補的權利並非單純以造成損失為條件，必須該損失同時具備「特別」（相較於群體中其他人承受了不公平）與「異常」（侵害的程度具備相當重要性，並非只是輕微的受損） 。而其類型則有：

170

167

，

像是戰爭引起的災難。突如其來的北韓士兵入侵，造成法國駐韓軍隊財產損失

CE 19 octobre 1962 Perruche, AJDA 1962, p. 668.

168 er

CE, 1 décembre 1961, Lacombe, Rec. 674.

CHAPUS(R), ouvrage précité, p. 1363.

169

CHAPUS(R), ouvrage précité, p. 1364.

170

239

1.合法行政措施形成之責任（la responsabilité du fait des décisions administratives régulières），像是行政機關以維持公共秩序為理由，拒絕執行法院判決，受該法院判決既判力 所及之當事人，對於法院判決未被執行而承受之損害，得 請求行政機關予以填補。2.法律、條約與政府行為之事實形成之責任（la responsabilité du fait des lois, des traités et des actes de gouvernement），最典型的案例係 1934 年 7 月 9 日一則禁止生產某種乳製品的法律，其公布施行造成生產該種乳製品的唯一一家廠商停止營運，中央行政法院認為該法律的實施確實造成該廠商停止營業之損害，必須負擔國家責任 。3. 公共設施所造成的長久性損害責任（ la responsabilité du fait des dommages permanents de travaux publics），公共設施因其存在或運作，不可避免對鄰人或第三者造成一定期間的特別與異常損害時，判決承認應成立 國家責任 。法國國家責任制度之架構，儘管在細節概念上與我國有若合符節之處，但仍存不少相異點，以下進行 歸納比較。

171

172

三、我國與法國制度之比較

由上述兩國制度的介紹，可歸納出兩國在國家責任體系上之異同點：

（一）行為合法與否判斷之必要：我國在論斷國家責任時， 首先必先辨別該行為之法律性質究係合法或違法，

S.A. des produits laitiers La Fleurette, CE 14 janv. 1938, R. 25, D. 1938, concl. Roujou.

171

CE 13 juin 2001, M/Verdure, RFDA 2002, 595.

172

240

但在法國並無此一必要。我國的分類方法造成所有違法行為均一體適用國家賠償法，而國家賠償在人之責任部分，又要求公務員必須具有故意或過失， 倘公務員欠缺故意或過失，即無法依據目前國家賠償法進行求償。

（二）特別犧牲之理論定位：在我國的損失補償體系中， 特別犧牲理論儘管因為大法官多號解釋將其與徵收制度進行密切結合，而難免得到特別犧牲理論既長期與公用徵收連結，若從公用徵收擴張其概念適用範圍，並非全然適切之結論 。況且，在概念上， 特別犧牲乍見之下似與法國「違反公任務前平等對待之責任」有類似之處，但從我國大法官適用特別犧牲理論所作出之數號解釋進行觀察，僅有釋字第400 號與第 670 號明確指出系爭法令與平等原則相關，其他釋字解釋則多著重於財產權之「權利之剝奪」與「補償之必要性」 ，對於國家行為構成人民特別犧牲，必須進行補償，主要是因為人民財產權受到侵害，而非牴觸平等原則；而法國此一無過失責任強調受損害者相對於其他人民，忍受特別的負擔，破壞平等原則，可謂係以平等原則為請求權基礎。是以，特別犧牲理論儘管在我國損失補償理論內佔據相當關鍵地位，但其內涵與理論基礎究竟如何，似仍有待更進一步的推敲。

173

174

參見許宗力大法官於大法官釋字第 670 號之協同意見書。

173

174 李建良，前揭書，頁 663。

241

（三）風險責任的適用：此一概念在我國多稱為「危險責任」，係源自於民法與保險法之概念，儘管學說已有若干討論 ，但目前我國無論實務或理論，似尚未於國家責任領域正式承認此類概念。

175

（四）公有公共設施過失舉證的放鬆：我國在國家賠償法第 3 條明定公有公共設施導致之損害行為採無過失主義，損失補償部分因為先認定為合法行為，即無所謂主觀責任認定之問題。法國公有公共設施相關的國家責任分別受到過失行為與無過失行為之規制，但在過失行為部分採取推定過失。可見兩國對於公有公共設施造成的損害，都無需像公務員所造成之損害一般，必須由受害人負擔過失的舉證責任。

以上之討論，呈現出行政法之下損失補償架構，接著再舉公務員法上相關的損失補償案件，試圖將實例與架構進行比對，了解公務員法上發生的具體案件情況，是否能套用行政法之行政損失補償架構進行問題解決。

參、公務員法相關案例與分析

本文從最高行政法院裁判、公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）決定書、公務員懲戒委員會（以下簡稱公懲會）會議決搜尋相關案例 ，發現目前我國行政

176

林三欽（2000），公法上危險責任，收錄於行政法爭議問題研究（下），頁 1223 以下。

175

176 本研究以「損失補償」與「公務員」兩字共同作為關鍵字進行搜尋。

242

爭訟相關公務員實務發生之損失補償案件，相較於一般討論損失補償最常見的徵收補償案件類型，有著相當不同的案件內容與法規規範適用原則，為避免案件類型差異過大而影響研究聚焦 ，本文暫先以「當事人被停職，事後復職請求補償」之案型做為研析對象。

177

一、相關案例

此類型案件為數不少，其事實概為公務員某甲，因案件被判徒刑或遭羈押，致遭依據公務員懲戒法處以停職， 經過一段時間的訴訟，最終判決無罪確定並予以復職。但遭受停職期間內之應有之待遇、俸給、加給、考績、晉級、休假，俱因停職而受損，故請求予以補償 。此類案件由於涉及刑事判決之確定，案件時間較長，其中又涉及公務員相關法令變更，本文依據案件複雜度與被停職期間進行 案例挑選，以下列三案件進行說明：

178

（一）最高行政法院 89 年度判字第 3039 號判決（案例 A） 1.案件事實摘要

沈君係高雄市立大同醫院顧問醫師，於該院院長任內，因涉嫌貪污經臺灣高雄地方法院判決有罪，高雄市政府遂於 79 年 8 月 14 日以高市府人 3 字第 26909 號令（以

與損失補償相關之案例尚有「當事人受審定之退休金納入優惠存款金額變更」之案件數較多，例如：保訓會 96 公審決字第 0528 號復審決定、保訓會 96 公審決字第

177

0611 號復審決定、保訓會 96 公審決字第 0508 號復審決定等，但此一類案例因為涉及退休給付等複雜的公務員法制度上爭議，故暫不置入本文討論範圍。

178 此類型案例另可參考：最高行政法院 94 年度判字第 213 號、最高行政法院 94 年度

判字第 760 號、最高行政法院 96 年度判字第 1319 號。

243

下稱「79 年 8 月 14 令」）核布停職，並陳請監察院審查；

嗣經最高法院 86 年度台上字第 68 號判決無罪確定，監察院亦以無移送事實所載違失情節，未移送懲戒，原處分機關爰於 86 年 5 月 13 日以 86 高市府人 3 字第 9306 號令核准復職，並發還停職時段之本俸。再復審人復職後，請求撤銷停職令並給予停職期間應有之待遇、俸給、加給、考績、晉級、休假與醫師獎勵金，以及補償停職期間之身心名譽損失按每月新台幣 10 萬元計算。經高雄市政府 87 年 3 月 10 日高市府人 3 字第 46860 號函該府衛生局並副知沈君拒絕。迭遭保訓會復審、再復審決定駁回，遂提起行政訴訟。

1. 受處分當事人聲明 其主張整理如下：
2. 處分機關（高雄市政府）79 年 8 月 14 令核佈原告停職並移送監察院審查懲戒，其所依據公務員懲戒法第 2 條第 1 款公務員有關「違法情事，應受懲戒」乙節

之理由，顯屬虛構。79 年 8 月 14 令之停職命令早於臺灣高雄地方法院判決當事人有罪日期之 79 年 10 月26 日，不符合「行政院暨所屬各級行政機關公務人員獎懲案件處理辦法」第 6 條第 1 項第 2 款之規定，故

79 年 8 月 14 令，顯屬非法，應為無效，並應為自始當然無效。

1. 高雄市政府命令停止當事人擔任高雄市立大同醫院院長（即負責醫師）之職務，改調同醫院之「服務醫師」，

244

並未停止或剝奪擔任醫師之職務。自 79 年 12 月 19 日經命令變更為高雄市立大同醫院之服務醫師時起 迄 86 年 5 月 13 日復職為止，當事人均為公務員身分， 應享有公務員相關之權利與福利。

1. 當事人自 79 年 8 月 14 日被違法停止職務，其身心及名譽等所受非財產上之損害，依國家賠償法規定 意旨，違法為行政處分之高雄市政府自負賠償責任 。
2. 再復審決定書認為 79 年 8 月 14 日令「合法、確定」， 不必再主張撤銷原停職命令，且當事人既經復職，則原處分（79 年 8 月 14 日令）已失其附麗，程序上應

予駁回。惟若不撤銷 79 年 8 月 14 日令，該違法之停

職命令豈非永遠存在，且若不先予撤銷 79 年 8 月 14 日令，卻逕於 86 年 5 月 13 日發布命令准許復職，二個性質完全相反之命令如何併存？

1. 再復審決定書引用司法院釋字第 246 號解釋、全國軍公教員工待遇支給要點第 6 點、行政院暨所屬各級行政機關公務人員獎懲案件處理辦法第 7 條、行政院人事行政局 77 年 12 月 16 日 77 局參字第 44480 號函釋， 主張復職後，僅發給本俸，不包括其他加給，於法尚無不合。惟查再復審所引之解釋及令函，均針對合法命令停職之公務人員，且該公務員於停職期間未正式服勤者而言，然查本件係「違法」命令，且當事人於停職期間仍任服務醫師一職。

245

1. 再復審決定書引用公務人員考績法第 3 條、同法施行細則第 24 條、銓部會頒各機關辦理公務人員考績（成） 作業要點第 4 點及銓鈙部 79 年 3 月 9 日 79 台華法 1

字第 383986 號、86 年 1 月 6 日 86 台華法 2 字第

1309528 號函，認為當事人於 80 年至 85 年停職期間無法辦理考績，無晉級可言，無休假權益，惟前開相關法令，均指「合法停職」且被停職人未改調他職者， 與本案不符。

1. 再復審決定書指稱「目前尚無因案停職獲判無罪復 職後，可補發獎助金之規定」，但當事人被停職期間，仍應適用「省市政府衛生處局所屬醫療機關人員獎勵金發給要點」規定。
2. 當事人係不服高雄市政府 87 年 3 月 10 日拒絕當事人申請補償之函，提起復審。當事人雖已復職但事實上並未完全回復未違法停職之應有狀態，惟有撤銷原停職處分，回復未停職前應有之狀態，始得回復停職期間應得之加給、考績、晉級、休假及醫師獎勵金，依大法官釋字第 213 號解釋意旨，當事人雖已復職，仍得請求高雄市政府依職權撤銷該違法停職處分。
3. 公務員懲戒法第 6 條第 1 項規定：「依第 3 條第 1 款

或第 4 款規定停止職務之公務員，未受撤銷或休職處分或徒刑之執行者，應許復職，並補給其停職期間之俸給。」其立法意旨，當在回復未為停職時應有之狀態，以保障公務員憲法上之權利。

246

## 法院見解

1. 法院首先確認當事人係不服 87 年 3 月 10 日 87 高市

府人 3 字第 46860 號函，並無復審、再復審機關所指停職處分已確定，不得逾期再行主張撤銷情事之問 題。

1. 按司法院釋字第 213 號解釋意旨：「行政處分因期間之經過或其他事由而失效者，如當事人因該處分之撤銷而有可回復之法律上利益時，仍應許其提起或續行訴訟。」惟行政處分之撤銷，以該行政處分違法為要件，如該行政處分並不違法，即無撤銷之餘地。79 年 8 月 14 令，雖係援引當時之行政院暨所屬各級行

政機關公務人員獎懲案件處理辦法（行政命令）第 6

條第 2 款、第 8 條第 2 項規定為依據，固有未合。惟

個案事實狀態，與公務員懲戒法第 4 條第 2 項之規定，尚無不合。上開停職令，既符合公務員懲戒法之規定，則原停職處分自屬合法有效，自不得輕言撤銷。原告主張撤銷停職令，給予停職期間原來應有之待遇，自不足採。

1. 請求給予停職期間原任應有之待遇、俸給、加給等節， 查依司法院釋字第 246 號解釋、「全國軍公教員工待

遇支給要點」第 6 點、「行政院暨所屬各級行政機關公務人員獎懲案件處理辦法」第 7 條以及行政院人事行政局 77 年 12 月 16 日 77 局 3 字第 44480 號函釋， 依據上開規定核給停職期間之本俸或年功俸，應無不合。

247

1. 請求給予停職期間原任應有之考績、晉級、休假等權益部分，依據「公務人員考績法施行細則」第 24 條、

銓敘部 86 年 12 月 2 日 86 台甄 4 字第 549549 號函，

及銓敘部 79 年 3 月 9 日 79 台華法 1 字第 038986 號函及該部 86 年 1 月 6 日 86 台華法 1 字第 1309582 號函。按休假之給予，係公務人員服務一定年限後，為酬庸其服務辛勞所給之假期，其因停職期間並無工作成績可言，故復職後之休假係按復職當年在職月數比例核給休假。準此，原告係於 79 年 8 月 14 日因案停

職，86 年 5 月 13 日復職，揆諸上開規定，除其於 79 及 86 年應准予辦理另予考績外，80 年至 85 年之停職期間則無法辦理考績，自無晉級可言，且於上開停職期間既無實際工作，故無請求休假資格，亦無請求該期間之休假年資予以併計之權益。

1. 請求發給停職期間醫師勵金部分，依「省市政府衛生處局所屬醫療機關人員勵金發給要點」第 9 條第 2 項

第 3 款規定，因案（病）停職者，勵金應予停發。是以，因案停職人員停職期間不合支領基本勵金及服務勵金。當事人所請與上述規定不符；又該勵金係按月發給實際擔任工作之人員，目前尚無因案停職獲判無罪復職後可補發該獎助金之規定。

（二）最高行政法院 98 年度判字第 672 號判決（案例 B） 1.案件事實摘要

臺北縣政府警察局課員、警員三人，因涉嫌違反貪污

248

治罪條例案件，於民國 85 年 1 月 17 日由改制前臺灣省政

府警務處核定停職，嗣經臺灣高等法院以 89 年度上更（一）

字第 411 號判決被上訴人等無罪，內政部警政署（下稱警

政署）爰以 90 年 4 月 17 日警署人乙字第 657 號令核定警

員三人等復職，惟該案嗣經最高法院 91 年度臺上字第 238 號判決撤銷原判決，發回臺灣高等法院審理。警政署爰以 91 年 10 月 2 日 91 警署人乙字第 1906 號令核定警員三人等應予停職。警員三人不服，循序提起復審、再復審，經保 訓會再復審決定書決定撤銷原復審決定及原處分。嗣警政 署以 92 年 11 月 26 日警署人乙字第 2121 號令核定復職，

自 92 年 11 月 26 日生效。警員三人於 94 年 10 月 25 日向臺北縣政府警察局申請補發渠等自 91 年 10 月 4 日至 92 年

11 月 25 日止停職期間之專業工作補助費及警勤加給被拒。警員三人等不服，提起復審遭駁回後，遂提起行政訴 訟。

1. 當事人聲明

依保訓會 93 年 10 月 28 日公保字第 0930009193 號令意旨，渠等既係遭違法停職致無法到職上班，該停職處分 既經撤銷後，即應溯及原違法處分生效日起回復渠等基於 公務員身分應享有之權益，原停職期間應視為連續任職， 且上訴人已補辦停職期間之考績，並經銓敘審定在案，依 公務人員保障法第 14 條及第 15 條規定，則渠等於前揭期間而未獲發給之專業加給及警勤加給，係基於身分及專業 之法定加給，同理亦應補發。

249

1. 最高行政法院見解

行政院臺 59 人政肆字第 17897 號函釋：「……因案停職人員在停職期間，暨未正式服勤，關於停職半薪及復職補薪，均不包括工作補助費計支。……」，又依司法院釋字第 246 號解釋意旨，所謂因案停職係指因刑案而遭停職， 並未明示限於因案遭合法停職者為限，且因專業工作補助 費及警勤加給之給與，旨在對專門事業服務人員，為體念其致力於事業之辛勞而設，係以激勵現職人員為核發意旨，倘因故而未參與服務，自不能享受補助之權利。專業工作補助費及警勤加給必須實際從事警察工作，始合領取要件，本件上訴人等於停職期間既未實際從事公務，依上開說明，仍無從主張領取專業工作補助費或警勤加給；亦即停職後復職，均無法補發停職期間之專業工作補助費及警勤加給，不因停職處分是否違法而有不同。

（三）保訓會 95 公審決字第 199 號復審決定（案例 C） 1.案件事實摘要

當事人於 79 年 2 月 19 日因涉嫌貪污案件遭羈押，經

臺灣省政府 79 年 3 月 1 日 79 府人三字第 20630 號令及花

蓮縣政府 79 年 3 月 6 日 79 府人二字第 17468 號令核予停

職。85 年 11 月 28 日所涉案件經最高法院 85 年度台上字第

5603 號判決有期徒刑 2 年 4 月，褫奪公權 2 年。花蓮縣政

府以 85 年 12 月 16 日（85）府人二字第 145616 號令核予

免職（以下稱「免職令」），並經銓敘部 86 年 1 月 7 日 86

台甄五字第 1404153 號函免職動態登記（以下稱「銓敘部

250

免職登記函」）有案。當事人於 85 年 12 月 20 日復經公務

員懲戒委員會（以下簡稱公懲會）85 年 12 月 20 日 85 年度鑑字第 8212 號議決撤職並停止任用 2 年。嗣前述貪污刑事案件，經最高法院 94 年 8 月 25 日判決撤銷原有罪判決。

復審人於 94 年 9 月 12 日申請廢止花蓮縣政府免職令，經

花蓮縣政府廢止該令，並以 94 年 10 月 12 日府人任字第

09401315980 號令派為該府薦任第八職等專員。送經銓敘部

以 94 年 11 月 28 日部銓五字第 0942561733 號函，廢止銓敘部免職登記函，並核敘復審人為薦任第八職等年功俸二級 535 俸點。公懲會 94 年 12 月 2 日 94 年度再審字第 1462

號議決，復審人降貳級改敘。經銓敘部依該議決，以 95 年

3 月 15 日部銓五字第 0952613037 號函，審定當事人自 94

年 10 月 12 日起降級，改敘薦任第八職等本俸五級 505 俸點。

1. 當事人主張

於 79 年 2 月 19 日因案羈押停職及 85 年 11 月 28 日經有罪判決確定免職，二處分所據最高法院 85 年度台上字第

5603 號刑事判決及公懲會 85 年 12 月 20 日 85 年度鑑字第

8212 號議決業經撤銷，該停、免職處分亦應撤銷而失其效力，故其係依公務人員保障法第 10 條第 3 項復職，花蓮縣政府 94 年 10 月 12 日令載為「重行任用」核有違誤，並有規避依行政程序法第 118 條另定失效日期之虞。且應依公務員懲戒法第 6 條第 1 項及第 38 條第 2 項規定補發停、免職期間俸給。

251

1. 保訓會見解
2. 依據公務人員保障法第 30 條、第 61 條第 1 項，參照最高行政法院 46 年判字第 16 號判例與最高行政法院61 年裁字第 24 號判例，公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認損害其權利或利益 者，固得提起行政救濟，惟提起復審逾法定期間或對已確定之事件重行提起復審者，均為法所不許。復審人爭執之臺灣省政府、花蓮縣政府、銓敘部所為令 函，復審人並無依當時訴願法或公務人員保障法規定於法定期限內提起救濟，上開各令函自均已確定，復審人遲至本件復審始表示不服，所提復審顯已逾法定救濟期間，於法未合，應不予受理。
3. 本件所執停、免職處分，均非具有持續效力之行政處分，亦即一經下達，即生法律效力，其合法性判斷， 自以作成時之事實及法律狀況為準。復審人於 79 年、85 年所受停、免職處分，係依當時公務員懲戒法第 3

條第 1 項及公務人員任用法第 28 條第 1 項第 4 款規

定辦理，屬合法行政處分，故並無行政程序法第 118 條之適用問題。復審人於 94 年 9 月 12 日以申請書向花蓮縣政府請求「廢止」該府 85 年 12 月 16 日令予免職之處分，花蓮縣政府依其申請，將原免職處分廢止，核已如復審人所請。

1. 按公務人員保障法第 10 條與行政程序法第 125 條規定，合法行政處分之廢止係向後失其效力，復審人於94 年 10 月 12 日原免職處分廢止前，仍係業經免職而

252

不具公務人員身分之人員，故並無依公務人員保障法第 10 條申請復職並回復相當職務問題。

1. 依據公務人員俸給法第 14 條與同法施行細則第 2 條第 3 項、同細則第 6 條規定，再任人員如所再任職務列等之俸級低於原敘俸級，敘所再任職務列等之相當俸級。復審人於免職前雖已敘薦任第九職等本俸四級535 俸點，惟自 85 年 11 月 28 日免職，即已離卸公職，

其經花蓮縣政府 94 年 10 月 12 日令派為薦任第八職等專員之新職，係屬重行任用，且依花蓮縣政府所附復審人之派令及擬任人員送審書所載，自 94 年 10 月

12 日生效，核與前開規定，並無不合。復審人違法失

職案件，經 94 年 12 月 2 日 94 年度再審字第 1462 號

議決，復審人降貳級改敘。惟其於 85 年 11 月 28 日業經免職確定而離職，故原所受之撤職懲戒處分於當時已屬無職可撤，亦即該撤職懲戒處分並無執行，銓敘部乃依公務員懲戒法第 17 條規定，自其 94 年 10

月 12 日重行任用之日起，依前揭原審定薦任第八職等年功俸二級535 俸點予以降二級改敘為薦任第八職等本俸五級 505 俸點，亦無違誤。

1. 復審人係重行任用，並非上開停職或復職人員，與公務員懲戒法第 6 條第 1 項及第 38 條第 2 項規定即有未合，自無補發本俸（年功俸）之問題。

二、案件分析

以上所舉之三則案例，其共同特徵如下：

253

論證均未採取國家責任架構下的損失補償體系，而以公務員法相關命令為主要判斷標準︰欲依據行政損失補償體系請求填補所受損失，必須先主張一開始導致其受損之行政行為係一合法行為。類型一的三則案件均為當事人因 刑事案件被追訴審判，而主管機關依據公務員懲戒法之規定予以停職，歷經訴訟程序若干時日後（分別為 6 年餘、2 年餘、13 年餘），最後復職，當事人請求補償停職期間損失之相關薪資權利，甚至因停職而遭受的身心損害。3 則案例之當事人均主張初始的停職令違法無效，若然，當事人應 依據公法上之損害賠償，亦即國家賠償法請求損害之填補。但此等論證有兩點疑義：

首先，該停職處分是否係「違法」？必須先探尋此處停職的法律意義為何。依據上開案件適用之公務員懲戒法規定，案件 A 與B 適用該法第 4 條第 2 項之職權停職，案件 C 適用該法第 3 條第 2 款之當然停職，但不論基於何種原因進行之停職，性質均為一種保全性質、懲戒前階段之暫時性措施 ，行為當時確實係依據公務員懲戒法之明文規定，且三案皆有刑事訴訟案件之一審判決或案件繫屬， 故作成停職處分之當下，該停職令應屬合法。然而，受理損失補償案件當下，該停職令已因刑案之確定無效失其附麗，此一停職令究竟係本質上、自動地自合法轉變為違法， 而需由行政機關確認其違法性並加以撤銷？或是得認為既 然作為行政處分基礎之刑事判決已確定或變更，則應該當

179

李惠宗（2008），公法上職務關係與公務員請領生活津貼之權利，考銓季刊，55 期， 頁 72。

179

254

於行政程序法第 110 條第 3 項「行政處分因其他事由失效」，從確定無罪判決宣告日起或復職之日起，該停職令即失其效力？

依據上述類型一之案例，案例中之停職令行政機關似均未被撤銷，而是直接適用公務員懲戒法第 6 條第 1 項規

定之「依第 3 條第 1 款或第 4 條規定停止職務之公務員， 未受撤職或休職處分或徒刑之執行者，應許復職，並補給其停職期間之俸給。」，使當事人復職，並認為當事人既經復職，則原停職處分已失其附麗，當事人對停職令之爭執程序上應予駁回。案件 A 法院判決更明白指出「依職權先行停止其職務，核與公務員懲戒法第 4 條第 2 項之規定， 尚無不合。上開停職令，既符合公務員懲戒法之規定，則原停職處分自屬合法有效，自不得輕言撤銷。」不過案件 B 當中，由於當事人主張相關不發給專業加給之規定應以合 法停職為前提，而當事人既遭違法停職，即有權獲得專業加給，而最高行政法院以「停職後復職，均無法補發停職期間之專業工作補助費及警勤加給，不因停職處分是否違法而有不同」似間接認定停職係屬違法。此或許受到保訓會 93 年 11 月 8 日公保字第 0930009517 號函之影響。該函令明示：「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，除撤銷之決定另定失效之日期外，該停職 處分即應溯及既往失其效力，為法理所當然。……故該受 停職處分之公務人員辦理復職報到後，其原受違法停職處分既經撤銷，仍應依行政程序法第 118 條規定，溯及既往失其效力，受處分人應視為自始未受停職之處分，始符救濟之本旨及保障法保障公務人員權益之立法意旨。……前揭

255

受停職處分之公務人員於復職報到後，其任職年資、休假年資、退休年資、補辦考績等權益均不受該違法停職處分影響……」。

因此，目前行政法院與保訓會改變了以往，停職處分不因嗣後所依據之刑案決定，溯及地從合法變成違法的立場。認為該停職令已因刑案之確定無效失其附麗時，此一 停職令並非本質上、自動地自合法轉變為違法，而需由當 事人依法提起救濟，請求行政機關確認其違法性並加以撤銷。此時當事人應適用行政程序法第 128 條進行請求，並受同條第 2 項期間之規範。同時，對於恢復原狀有困難之情況， 保訓會也依據行政程序法第 118 條但書，允許行政機關得探求公益維護與保護受益人財產之必要，另訂失其效力之日期。不過，由於公務人員保障法第 10 條第 2 項規定「經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後 3 個月內，得申請復職」，故受停職處分之當事人，未必需要依法提起救濟即得復職，如此一來，倘當事人並未依法提起救濟，該停職處分在法律上之效力如何，即生疑義。初步以為，倘若維持保訓會與行政法院以往之見解，認定原停職處分於做成當時係合法，嗣後刑案確定無罪，則適用行政程序法第 110 條第 3 項「行政處分因其他事由失效」，從確定無罪判決宣告日起，該停職令即失其效力，或許亦可解決該停職處分法律性質之問題 。此時並依據行政損失補償之體系，對於當事人停職期間所遭受的各類損失，予以補償，而非以停職處分溯及既往被撤銷，採取重構過去的方式填補當事

180

但此時可能會遭遇行政訴訟法上判斷基準時之問題，容待進一步思索。

180

256

## 人。

其次，當事人因停職所致之身心損害或因而受損之財產權（包括加給、獎金等）是否得請求國家賠償？三案件中，唯有 A 案請求國家賠償，但保訓會以「尚無現行法令可資引據，再復審人請求按每月新臺幣 10 萬元計算，補償該期間之身心、名譽損失，核無實據」加以拒絕，行政法院並未變更保訓會之決定。很可惜並未看出保訓會「無現行法令可資引據」之推論如何得出，可能當時認為停職處分既屬合法，依據我國損失補償體制，因合法行為受損之補償權利必須依據法令，既然並無特別法針對此等情況進行規定，只得拒絕其請求，亦即遵循「補償義務須有法規之依據始得請求」之推論。但由於目前保訓會之立場已然 變更，類似案件之停職處分未來都將被認定為違法，除恢復未停職前之職位薪資等公務員身分上之權利外，對於公務員因停職而遭受之身心損害是否能如以往一般拒絕，不無探討價值。

若適用國家賠償法，則必須探究，該停職處分是否該當有故意過失之違法行為？做成停職處分之行政機關，作 為當時確實存在停止公務員執行職務之故意，而嗣後此項故意行為被認定為係違法行為，似該當國家賠償法之要 件。然而，類似於大法官釋字第 670 號對於冤獄賠償法所進行之詮釋邏輯，該停職處分做成時係合法，但事後因刑事案件宣判無罪而被轉變為違法，並非自始故意地侵害系爭公務員行使職務權利，亦非故意剝奪公務員因其身分所擁有的俸給權利。蓋倘受停職者事後受有罪判決，則停職期

257

間對於公務員職務與俸給權利之限制即不該當結果的違法性，自然也不具備侵害的性質。就此而言，行為時合法， 但事後發展證實成為，停職對公務員身分權利與財產權造成侵害，乃是偶然發生、存否不確定。以國家賠償之邏輯進行對當事人損害之填補，甚至對做成該停職處分之公務員行使求償權，似有未當之處。但在我國目前國家責任體 系下，違法行為僅有國家賠償或其他個別特別法之賠償填補可能，則當事人受停職處分，事後停職處分被認定為違法，應依據國家賠償法第 7 條以「金錢賠償」為原則，但顯然此時係以「回復原狀」為適當，而此回復原狀似乎也同 時表示不再對相關的身心、名譽損失給予金錢賠償，但此應以回復到當事人從未受停職處分之狀態，故停職時所因而未領取之各項薪資、加給、獎金等，未累積之休假等均應完全重建。若然，案例 B 當事人所請求之補助費與加給即應以停職處分之被認定為違法而發給，可見得我國國家 賠償體系並未能適當解釋公務員法制下之損害填補問題。

但若承接上述本文之初步見解，認定停職令以其發佈當時認定係合法，之後並非因為刑事判決之確定而轉變為 違法，僅為失效，則應得適用合法行為之損失補償制度， 故而，於補償範圍之認定上，即得適用大法官主張之「合 理補償」進行填補。此時，行政法院或保訓會縱然未以「合理補償」理論進行說明，而是以司法院釋字第 246 號解釋認定「因案停職人員在停職期間，既未正式服勤，關於停職半薪及復職補薪，均不包括工作補助費計支」，拒絕工作補助費之事後核發；以「全國軍公教員工待遇支給要點」第 6 點，認定不服勤人員不予支給專業加給；甚至依據行政院

258

臺 59 人政肆字第 17897 號函釋，認定「……因案停職人員在停職期間，暨未正式服勤，關於停職半薪及復職補薪， 均不包括工作補助費計支。……」，以及行政院人事行政局77 年 12 月 16 日 77 局 3 字第 44480 號函釋「……公務人員因案停職復職補薪均以本俸（薪）一項，並不包括其他加給在內。……」作為拒絕完全「回復原狀」，減發若干公務員相關薪給，即非不可。

提起爭訟之人民並未真正得以「重構過去」，回復原狀似不可能，填補損失（害）之請求均未獲得實現：上述三案件，雖然初始的停職處分都被認定為違法，但顯然事後的回復原狀措施，並未真正地使該停職處分，如同從未存在一般。職務上職位，儘管可能遭遇原職位已經由其他公務員遞補，或是若未遭停職，將不只處於原任職職務之職位，但尚得依據公務人員保障法第 10 條第 2 項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，或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，並依據保訓會 93 年 11 月 8 日公保字第 0930009517 號函之意旨，進行任職年資、休假年資、退休年資等年資 部分之補記，並補辦考績；但當事人因停職而減損的加給、獎金、補助、休假等，卻因現行相關法令函釋之規定，未在撤銷停職並復職後全部恢復發放或加計。若再置於國家責任法架構下觀察，又將發現停職處分認定為違法行為， 因我國制度設計之故，當事人所獲得之填補事實上並不符合國家賠償制度之設計。

最後，若以法國損失補償制度對法國公務員法類似案

259

例進行檢討，事實上會得出與我國目前實務相當不同的結 論。關於停職處分之法律性質，法國和我國雖然都相同採 取僅為暫時性保全措施之見解，不過其更強調該措施具緊 急的性質，但不具紀律管制之性質，亦即並非為處罰公務 員而進行 。依據 1983 年 7 月 13 日公務員權利與義務法

181

（Loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portantdroits et obligations des fonctionnaires）第 30 條第 2 項之規定，停職期間公務員仍保留所有依公務員職務身分所取得之薪資、住房津貼、家庭補助等財產上之權益。倘嗣後受停職處分之公務員確 實遭受刑事訴追，則該公務員必須繳還從停職期間開始， 已經領取的部分薪資（半數以上）。若最終刑事判決確定無罪，則該公務員得恢復其職位，且獲得所有應領取之薪資、津貼與補助。不過，縱然於此等情況，法國法並不認為該停職處分係一構成過失之行為，亦即，並非違法行為。此 際公務員得依據無過失行為當中的風險責任，請求損失之填補。

肆、結論

本文以國家責任架構為研究視角切入公務員法上之損 失補償問題，或可謂為一種新的嘗試，又以嗣後被認定為 違法之停職處分，此一究竟產生賠償與補償責任，究為合法或違法處分，在實務立場曾歷經轉變之處分性質作為分 析案例，特別能夠突顯出國家責任體系架構完整建立的重要性，以及公務員法制性質上之特殊性。由前述分析可暫

CHAPUS(R), Droit administratif général, Tome 2, 15e édit., 2001, Montchrestien, p. 348.

181

260

得以下結論：首先，我國國家責任架構下，以合法行為與違法行為進行賠償與補償之區別，似有再討論的空間。蓋此一分類方式陷入二分法之泥沼，造成行為合法性可能轉變之行為定性上之困難。法國法上不特意區別行為合法與否之法制因而具有參考價值。其次，以損失補償制度下之

「合理補償」原則進行對公務員法上之損失補償法制之建構似具可能性與可行性。儘管目前看來，保訓會與行政法院均以相關大法官解釋、法律與函釋作為判斷補償範圍之基礎，不過實際運作起來，並無法真正達到「回復原狀」之結果，反而近似於「合理補償」。既然如此，適當地以損失補償的法概念建構未來實際案例之理論基礎，或也不失為增加論述說服力之可能方向。第三，目前將嗣後因刑事判決確定無罪而將停職處分認定為違法之論述，理論上並非謬誤且具相當說服力，只是在進行此項認定的同時，必須期待各行政機關勇於並正確適用行政程序法第 118 條但書之規定，方得避免無法回復原狀，又未進行全額金錢填補之現實與理論困境。

261

〈研討紀錄〉

公務員法上損失補償之研究

主持人︰廖義男 教授（世新大學）

報告人︰吳秦雯 助理教授（政治大學） 評論人︰詹鎮榮 副教授（政治大學）

司儀：

第三場研究主題為公務員法上損失補償之研究，本場 主持人為世新大學法律學系教授，廖義男教授；報告人為 政治大學法律系助理教授，吳秦雯教授；與談人為政治大學法律系副教授，詹鎮榮副教授。

廖教授義男：

曾大法官，各位貴賓，各位女士，各位先生，今天非 常榮幸來為這場次的研討會做主持人替各位服務，我們知 道如果大法官是憲法所守護者，保訓會應該是公務員權利 的維護者，不僅是在培訓，也是在保障公務員的權益，既 然保障公務員的權益，與世新大學來合辦與公務員的權益 保障，作為研討會的主題，我覺得是深具意義。

今天這場次的報告的主題，是談公務員損失補償之研 究，公務人員的權益，公務員的救濟途徑，大家討論了很 多，但是公務員的損失補償這個部分，在學界來講的話， 是討論的比較少的。今天吳秦雯教授，他以這個為主題， 來跟大家來做研究心得，提出報告，我覺得深具意義，與

262

談人是詹鎮榮教授。

可以說一個是留法背景的，他在他的報告裡面，也引述了很多法國的制度以供參考。而詹鎮榮教授，他是德國 科隆大學的法學博士，是留德背景，我們知道，臺灣的行政法的發展，它的理論，以及實務的發展，深受德國法理 論的影響，對於法國法我們認識的比較陌生，所以今天由 吳教授來做這個報告，我覺得我們會收穫很多，我現在就把時間，交給吳教授。

廖教授義男：

時間保握的相當好，剛剛好 25 分鐘，吳教授的一些論報告的論點，可以說是具啟發性，但是可能也有很多的爭 議性，我現在請詹鎮榮教授來做與談，時間是 15 分鐘。

詹副教授鎮榮：

主持人廖大法官，報告人吳教授，還有曾大法官，在 座保訓會長官，還有各位法學先進，女士、先生，大家午安。報告人吳教授是誠如剛剛主持人所說，留學背景是法國，他是從法國法的角度，來分析本篇有關於公務員法上 的停職處分的相關法律問題，我個人這個是比較趨向於德 國法的一個訓練，來與談這篇論文，就法國法的觀點來說， 我奉獻度是零。不過，如果我們轉換成古典的大陸法系， 尤其是以德國法為主的釋義學的角度來思考，那我倒覺得這篇論文，或許還可以從其他不同的面向，來激發一些問題意識。

首先，我相當肯定報告人吳教授，對於公務員法上往

263

昔比較少去涉獵的一個議題，來做問題意識的引發，我相信對於受停職處分的公務員而言，基本上都是一個相當苦 不堪言的現行制度，因為根據所摘入的這 3 個個案而言， 有損失，或損害，但是事實上沒有辦法獲得填補。

但這問題到底出在哪裡？從我個人的角度來看，報告 人這篇論文，結構大概可以分為 3 個層次，如果我們是要從國家責任法的角度切入，以我國目前既有體系，誠如剛剛報告人所說的，可以把他分為損失補償法制，跟損害賠償法制，一個是以合法的公權力行為為前提，一個是以違 法的公權力的行為為前提。

然後第 2 個層次，就是涵攝到主管機關，根據公務員懲戒法所為的停職處置，它的合法性判斷的問題，但是這兩個上位的層次，其實他都指涉到一個非常關鍵的，也就 是第 3 個層次，在我看來他會影響到賠償範圍而言，也就是在本案當中，這 3 個案子裡面，對於本俸跟年功俸是毫無疑問的，這個目前在實務上爭議也不大，但是對於額外的， 譬如說專業加給、考績評定等等，就是原則上在傳統的公 務員法制上，認為你有工作才有可能獲得相當的這一些財 產上授益，或者是年資上的認定，對於這個部分是沒有辦 法加以解套的，如果我們看看這三個案子，其實原告之所 以會提起訴訟，大概所要爭執的，其實不外乎是獎勵金， 或者是職務加給，究為工作鼓勵，或者是對待給付？從國家責任法的角度來看，更有意義，為什麼？因為如果是一 個合法的停職處置，在停職期間，他是一個因合法的行為 所遭受到的暫不工作的狀態，既然沒有工作，當然就沒有

264

對待的相關財產跟非財產上的授益，這樣的邏輯是可以接受的，但是如果當事人是被違法施以停職處分即有疑問； 也就是假設維持在合法狀態之下，應該可以持續在原有工 作中，所以這些加給，他是可以獲得的，數量為何另當別 論，考績為何另當別論，但至少他有權利受到考績的評定， 所以我才會覺得這個其實是我們今天提出這個問題最關鍵 的地方。

在這篇吳教授的大作裡面，是引我國目前既有通說的結構作出發，基本上我也肯定，不過這樣的一個共識，是 否可以永續存在，這當然是可以再加以討論的，譬如說， 如果我們從德國法上的準徵收之心態，去突破合法跟不合法的一個狀況，或者是說從司法院釋字第 670 號解釋以後， 早前的冤獄賠償法，變成現在的刑事補償法，我們如果看看現在刑事補償法的若干條文及其立法說明，是不是依舊架構在這麼明確的二分法結構之下，這個其實是會令人有 一點不太能夠去清楚釐清的。

不過縱然如此，在公務員法上，我是肯定這樣的一個 出發點，就是以合法跟違法作為判斷的出發點，因為就誠 如我剛所說的，他會影響到後面關於填補金額的範圍，我認為這個具有本質的重要性。好，那回到這三個案例，以 及本篇論文，我覺得最關鍵的一個問題，就在於停職令的 合法性判斷。

如果我們回到行政法總論的原始釋義學的角度來看， 一個行政處分的合法性的判斷，應該是在作成時，這是一個比較通案式的狀況。

265

會不會因為事後的改變而影響行政處分違法性的本質呢？理論上是不會，除了一些很罕見的例外狀況之下。在這邊我們從這 3 個案例裡面，並沒有辦法很清楚去探知到底法院的出發點為何，他如何去就這個停職令的合法跟違法 抓出一個判斷基準點。當然在本案當中，其實是整個環繞 在事後刑事判決作無罪確定。會不會因為之前涉案，事後無罪確定，導致之前的停職處分，從合法變違法，我個人認為是不會。停職處分，停職令的合法性判斷，應該是還是回歸到，譬如說，公務員懲戒法第 4 條，他的構成要件上面去看，剛剛報告人也很清楚的提到，停職令的本身是一個暫時性的處置，雖然它的合法性的構成要件，不在於單單只是那個刑事判決確定與否，如果我們仔細看公務員 懲戒法第 4 條的條文，之所以會被停職，是因為他移送懲戒，然後有情節重大，認為有停職之必要的時候，主管機關才可以本於裁量權之行使，予以停職，所以刑事涉案不等同於非得停職不可，但是另外一項，就是當然停職的事由，如果我們可以接受這樣的一個構成要件、規範架構， 跟命題的話，其實後面的答案是呼之欲出。

也就是說關鍵並不在於那個刑事判決最後的一個見解的改變，關鍵是在於主管機關施以停職處分的時候，在那個情境之下，涉案的公務人員有沒有達到法條所說的情節重大，所以就有可能有幾種狀況。

第一，他刑事涉案，但是情節不重大，他也繼續維持他的職務工作，如果在這個情況之下，主管機關違法認定去解釋這個不確定的法律概念，非情節重大而解釋成情節

266

重大，從這個意義來講，這個就是一個違法停職令。法院 如果針對這個不確定法律概念操作的錯誤而予以認可的話，這個會是一個被撤銷的停職處分，那後續的法律效果， 如果按照報告人的邏輯，就是國賠的問題；如果按照我的邏輯，那就不會遁入這三個判決所說的沒有工作就沒有加給，因為他沒有工作不是合法的沒有工作，是一個違法狀 態之下他被迫的一個沒有工作的狀態，所以我們在後續的財產上補償或賠償的認定上面，就不能按照現在諸多的法規跟函釋的邏輯去操作。我認為應該是看前端，但是保訓 會 93 年的這個復審決議，我倒覺得是比較能夠支持的，就是說如果他是自始違法，而不是因為刑事判決變更的違 法，而是它本身構成要件不該當的違法的話，後續其實應 該就沒有剝奪的問題。

所以，我覺得這篇論文，帶出來我們幾個觀點，第一 個是有關於刑事判決無罪，會不會產生原處分的一個質變；第二個是停職處分本身有沒有跟刑事判決無關，但是 他會涉及到合法、違法的問題，如果這個前提架構可以接 受，接下來在報告當中有提到的，行政程序法第 111 條跟第118 條，其實也能夠迎刃而解的去使用。在第 118 條它的前提，它是一個違法的行政處分，只是效力要不要溯及既往 而已，但是第 111 條的前提，他是一個行政處分，如果用一個德國法的說法，是一個了結，是一個解消、消滅。就說行政處分因為特定事由之發生，他原先規制內容目的已 達，因其他之事由，所以在這邊，本來是因為刑事涉案， 可能因為公益的關係，或者是人民觀感的關係，暫時不再 讓他行使公權力，但是這個事由已經消滅了。不過，用第

267

111 條我倒會覺得他也有一點點釋義學上的疑問，為什麼？

因為第 111 條操作的結果，它是因其他事由而效力消滅，這是不待於為任何行為的介入，可是根據我們目前保 障法的規定，是要申請復職，3 個月內沒有申請復職，我們立法者還課予主管機關要去積催，要去促尋，促使公務人員趕快來辦，不辦，才會視為失職。所以如果從這樣的一 個規範架構，恐怕不是因為刑事判決無罪確定，就當然的 原先的停職令，而因無所附麗而自動的了結事情上面，他還有一段時間的延續，他必須要有被停職的公務人員的協 力義務的參與，那這個是如果我們回歸到比較細膩的釋義 學上的思考，可能會有一個這樣的一個後續的問題出來。

再來，就是回到這篇論文的部分，原則上我覺得從吳 老師的這篇報告裡面，我是獲益良多。不過，也有一點點 小小的期待，事實上在這篇報告人有提到說，在法國法的 國家責任制度下，他是不去分違法跟合法的這樣的前提要 件，而是轉而從主觀上的過失，跟無過失的這個角度去切入，事實上我是滿期待報告人能夠對於這個部分，在他所 舉的這個 3 個案子裡面，做一個從法國法觀點的涵攝，雖然在大作的後端是有提到一些法國公務員法上，對於停職 的一個性質，還有他後續權益的請求保障。但是如果從國 家責任法的角度來看我們這 3 個例子，會有怎麼樣的不一樣的結果，我覺得如果是這樣的把這個橋樑給建構起來的話，這篇論文其實是更富意義，而且能夠提供給我們除了 傳統大陸法系，尤其是德國法的觀點之外，從法國法的觀 點來看看，如何去突破，尤其是法官，法院在這裡也沒有

268

這個問題意識，就是損失補償，跟損害賠償問題意識的前提意識之下，這個更能夠突顯出法國法的比較性學術性的 貢獻度，以上與談敬請各位指教，謝謝。

廖教授義男：

非常感謝詹教授那麼在保握相當的時間，時間內做了 個非常精闢的對談，我相信對聽眾，還有對報告人，都有 相當的建設性的這個啟發。好，現在時間我們還有 45 分鐘， 提供給各位發言，因為這個問題，剛才也報告過，國內對 於這議題討論的比較少，我們利用這個機會，相信在座可 能也有公務員，對這個問題也很關心，在提供給各位提出 問題之前，也許我也稍微做一個拋磚。

剛才吳教授所提的那 3 個案例，是先從有罪的嫌疑， 犯罪的嫌疑被判決有罪，然後後來被判決無罪，那麼這個 案子，吳教授也從司法院釋字第 670 號解釋，稍微有談到， 該號解釋從這個冤獄賠償是屬於特別的國家的賠償法制， 轉變為一個損失補償的問題，就是說早期大法官認為冤獄 賠償法是一個國家賠償的特別，它是從結果的不法切入。 也就是說你後來如果你的結果被判決無罪的話，以前身體 自由的喪失，這個拘束人的身體自由就變成了違法性，本 來他都是合法的，但是這個見解到了司法院釋字第 670 號解釋完全推翻。

不是在追究他是不是不法性，而是它是為了保全刑法的執行，而所受的特別的犧牲。因此，前提是當時的拘束 處分，拘束人身的自由都是合法的，只不過是為了後來被

269

判決無罪之等等，不起訴之等等，這些身體自由的喪失， 應該給他一個相當的駁審，應該從這個角度可以再去發揮，碰到停職，也是因為你是有犯罪嫌疑，所以先給他一個停職處分，這也是個保全，但是事後根本是無罪的，那這個部分是不是也應該給他一個補償的目的。

第二個，我認為重點可能是要從行政程序法第 128 條， 不是第 118 條，或者第 111 條，去講有效、無效的問題，走行政程序法第 128 條，程序之重開，既然我提到行政程序法第 128 條，具有持續力的行政處分，所依據的事實，事後發生有利於相對人或利害關係人的變更者，那麼相對人或利 害關係人得向行政機關聲請撤銷、廢止，或變更者，那事 實上，這裡已經比方說，他作成處分所依據的事實已經有 變更，當事人就可以透過該條程序請求。剛才兩位有提到， 就是說在本案尚未復職的情形，都是講本俸與俸給以外的 工作相關獎金，比如說工作獎金、考績獎金、加給、年資 的承認等等。但是這些的支領是在有工作的對等勞務之下，但停職時是支薪本俸半數，卻沒有工作，這樣的一個 薪水，他沒有工作，不需要工作，仍然拿到這個半薪的薪 水，這樣的補償的觀念，是不是實質補償，等到他復職以 後，還要恢復全職、全薪，那這樣的話，是不是已經補償 夠了，如果從補償的角度來看，是不是已經補償他的損失， 這一點也許吳教授可以在這方面再去作申論一下，就是損 害如果是以填補的角度來看，這個範圍是不是填補完畢了。

本篇與談人與談了以後，我深深覺得，從我們現行的制度司法院釋字第 670 號解釋跟行政程序法第 128 條的規

270

定，也是可以針對這個問題來探討，提供給各位做參考。 現在就開放給各位來提問題，哪一位？請大家不要客氣， 這個議題應該是很有爭論性，都沒有問題嗎？或是說有沒 有保訓會的人員，對這個報告人跟與談人的在談這個 93 年度的那個解釋函要不要作說明一下，哪一位？

時間寶貴，雖然大家今天整天的研討會很辛苦，但是 最後這個問題應該是很有爭議性，而且有討論的價值。好， 請。

發問人 1：

其實針對廖老師的這種說法，剛好我感覺廖老師真是滿心慈手軟的，因為有關報告人吳老師，他針對這個部分， 他並沒有提出來源，反而是詹老師他有稍微幫他講了一部分，補充一點，到底你損失補償的範圍，是在哪裡，因為 像剛才詹老師有提到，公務員的薪俸，它高過你本俸、專 業加給，跟其他一些職務加給，今天你在停職中，實際上 你的本俸是領半薪，等到你復職了之後，他是要把另外一 半再補給你，這個沒有問題。可是，問題的重點在於，剛 剛廖老師所講到的，如果說是違法的行政處分，你不是因 為我公務員個人的關係而造成的停職，所以你把那個工作 補助費跟職務加給，事後才補給我，這是不可以的，我想 這個在學界應該是沒有什麼爭議。

但是，我認為剛才廖老師他點了一個非常好的東西， 就是說，廖老師點出來用行政程序法第 128 條，實際上有

關這個部分的話，從行政程序法第 128 條來出發的話，我

271

們要看兩個方向，第一個方向就是說，按照保訓會的歷次解釋，或者是他所作成的一些復審決定。他們的看法是認 為說，今天除非是你都沒有走過救濟的路線，好，那你今 天引用行政程序法第 128 條，你進來我保訓會裡，我願意受理。可是如果保訓會也滿奸詐的，因為等到你說案子進來以後，他一定會行文給行政法院請你告訴我，這個人到 底有沒有提起，有沒有提起過行政訴訟，如果有提過，有 提起行政訴訟的話，哇!他好高興，馬上把這個案子一推就沒事了，因為這太好，因為復審決定書作的太容易了，因 為他只要說，因為你有提過行政訴訟，所以這個時候，你 不是向保訓會來提，你走，你搞錯人了，所以請你趕快到行政法院去去提再審，可是你提再審又牽涉到一個問題， 就是所謂不變期間，這個時候，高等行政法院收到這種案 件的時候，也非常有趣，他一定是先作形式審查，他如果 發現到你並沒有把再審期間，如果把他好好做說明的話， 馬上就給你出去駁回，因為他也不願意實質去碰這個問 題，所以實際上吳老師他提的這個問題，我是覺的真的是 具有拋磚引玉的效果，針對這個問題，其實我在大概 2 年前的時候，我就有請教吳庚老師，吳老師當時講說，這個 東西好像都沒有人敢碰，所以是滿有趣的，以後有學者敢 寫的話，他會加以佩服，所以我是覺得說應該吳老師，是 一個令人佩服的一個人，那這是我個人的意見，那僅供參 考，謝謝。

廖教授義男：

都是吳姓老師，吳庚老師也是姓吳，所以吳姓的人是

272

值得敬佩的人。我剛才提的行政程序法第 128 條，這裡會避開剛才復審這個保訓會的那個，那些你有沒有提起訴訟 的問題，這裡第 128 條的第 2 項，有前項是申請程序之重開，規定法定救濟期間經過三個月內為之，但有一個，或 者是其事由發生在後或知悉在後者，自發生後知悉時起算。也就是說無罪判決確定以後的 3 個月，你可以提起， 不需要說等到停職處分在一個月內，就要提起復審，這個 是從這程序的重開時間上，不過這裡有個風險就是說，如 果無罪判決是在停職處分以後的 5 年以後才作成決定的話，那依照行政程序法第 128 條的文字，自法定救濟其間經過後，最後逾 5 年者，那不得申請，這個又一個 5 年期間的問題。不過，我覺得說這個程序的重開這個部分，事實 上是可以避開那個復審會，復審一直在強調說，你到底有 在救濟期間內有沒有起訴，提起這個復審的問題，可以避 開這個問題，提供給各位做參考。我等一下會留點時間給 吳教授做整合，來回應詹教授的與談，現在還是有時間， 好，請。

發問人 2：

老師好，我服務機關是人事行政局，目前我就實務上 來看，我們目前在公務員法這邊的相關法規，若是類似這 種情形的話，是我們的復職令，要溯及既往撤銷的話，是 第一個，我們那些年的考績，依據銓敘部的規定，因為考 績係講求全年度的工作表現，既然全年沒有工作事實，50 分先扣掉，所以最多滿分只有 50 分，那這樣子的話，考績最多是打丙。

273

這邊會造成有點弔詭，就是說沒有工作事實，何來的考績，所以此地方也不能解決。但是沒有考績的話，又涉及他年資不能銜接，所以這也是一個實務上的一個困難的 地方。第二個年資，年終部分的獎金，我們在公務人員年 終獎金的發給注意事項裡面已經有規定，就是說這種類似的案件，年終部分的獎金、考績類評，但全年無工作事實， 是可以給的，所以在錢的部分給他。然後休假的部分那是不可，因為也是一樣的道理，時光不可倒流，他沒有辦法再去休假，在我們的請假規則上面，沒有辦法給他修改， 但休假補助，好像是可以給的，錢的方面可以給他。另外這個加給的部分，也是不能給，所以這樣子的話，是不是 跟他的所失利益，所失利益就是說他本來是可以獲得的， 但是因為沒有這些事實，所以沒有這些工作的事實，不可 以補助，那這樣可是有個難點就是說，公務員依法行政， 公務員法上規定都是不行，那我們就算要給他，就算程序 重開以後，我們沒有那個公務員的相關法的相關規定，就 是應如何給他，所以這個難題實在是很困難。

廖教授義男：

那也是從一個人事行政局實務的看法，提供給大家做 參考，那麼不知道還有沒有，請各位把握這個時間，好， 請最後面的。

發問人 3：

主持人、吳老師、詹老師，各位與會同仁大家好，我 的服務機關是銓敘部，目前是在政大法學院碩士在職專班

274

進修，我只有兩個問題想要請教老師。就是說老師的資料 裡面第 142 頁，說停職處分是非具有持續效力的行政處分， 那剛剛廖老師他提到說，可以走行政程序法第 128 條，其係針對有持續效力的行政處分，然後走程序再開，那到底 停職處分是屬於非有持續效力，還是有持續效力的行政處 分。

我的第二個問題就是說，吳老師他有提到說，法國法上面有一個無過失的責任填補，跟有過失責任的填補，無 過失跟有過失這方面，對於損失填補上面會有什麼差異性 嗎？不好意思，以上兩個問題，謝謝。

廖教授義男：

我們是等一下綜合各問題，再請吳老師綜合回答，好， 請。

發問人 4：

保訓會李昭賢提問，我們都知道行政程序法第 120 條有規定，授益違法行政處分撤銷之後，如受益人沒有同法 第 119 條不值得保護的情形，撤銷處分的機關應該給予合理補償。法制上似乎很完備有這一條，但是在包括原處分 機關，以及訴願機關，在實務上其實很少運用到這個條文， 導致什麼時機可以適合這個條文，以及其合理補償的範圍 為何，我想其實在實務上都還是有爭議，那另外有一個附 帶的問題，就是說，如果是管理措施，有沒有可以被適用 到這一條的餘地，以上，請兩位老師能夠指導，謝謝。

275

廖教授義男：

好，已經有 2 個問題了，是不是再多一、兩個問題。發問人 5：

保訓會陳科長第二次發問，請教吳老師，吳老師在報告裡面有提到有關公務人員停職之後，所致身心損害，因 而受損的財產權，比如說加給、獎金等等損失，得否請求 國家賠償？那老師在推論上，是以國家在作成這個停職處 分的時候是以有故意，或者是作成停職處分，為認定國家 責任的基礎，就是國家在綜合裁量停職處分，他到底是怎 麼樣認定故意或者過失，他認定的依據基準是在哪裡？

那用這種分類方式，比如說我們在做緊急暫時權利保護措施的時候，因為這個是認為他有保護的必要的時候， 這個方式來認定，是不是可以視為它是國家的一個故意的 行為，以上，就教兩位教授。

廖教授義男：

那就 3 個問題了，有沒有，沒有的話，我們是不是先就把時間交給吳老師，先回應一下詹老師的與談，然後再 針對 3 個聽眾所提出的問題回應，然後回應的部分就是聽眾所提的問題，那麼請詹老師也做補充一下。

吳助理教授秦雯：

謝謝廖老師，還有詹老師，對我的文章提出的意見， 很高興文章能夠有回應，就是能夠得到這麼多的回應，因 為這篇文章事實上當初寫的時候，一開始是希望從信賴保

276

護的原則切入，後來覺得在選擇案例的時候，發現說好像 用信賴保護原則的角度，通常會涉及到法令與變更的問題，那我在看案例的時候，覺得這個被停職之後的損失補 償問題比較有趣，所以後來才改變方向，變成從這個角度來切入。那剛才詹老師提到了，如果能夠從關於國家責任從合法跟違法這個角度切入，現在是事實上是有爭議，那 如果他在有爭議的狀況下，是不是還可以繼續我的這個立 論，這個可能是還要再進行討論。我想這是一個我在寫這 篇文章的時候一直碰到的問題，因為我也覺得國內目前用 合法與違法行為來類分國家責任，事實上已經在動搖了， 在這個動搖狀態下，要怎麼樣去尋求下一個，我們要怎麼樣去建構國家責任的體系。

所以我才會想說用法國的方式，你不要討論這個違法、合法，然後用有沒有過失來切入，探討是不是一個好 的方法。

不過這篇文章，因為時間的關係，所以我後來沒有處 理說，在法國法上，如果這種停職的狀況，能不能用國家 責任的方式來處理？

其實沒有處理的原因，是因為他們沒有這樣的問題， 其實我是有找到資料，沒有這樣的問題是因為直接用公務 員法來解決這個問題，而不用國家責任法的體系來解決這 個問題，所以這變成是我這個文章上，可能要自己再去推 論的部分。好，那這個是在推論上再進行一個補充。

然後，這個文章的一個重要問題也在於其實剛還有提

277

問人提到，就是到底這個停職處分，他是合法還是違法， 然後這地方都會影響到後續的，到底是請求賠償，還是補償的問題，其實我是蠻希望能夠聽到，不過，剛好都沒有 人回應，就是保訓會為什麼在 93 年會作這個函釋，然後我也很想，在我寫這個文章的時候，一直很想知道在這個函 釋之後，有沒有任何當事人引用了這個函釋，然後要求任 職的機關要給他恢復原狀，就是他的年資、休假、退休這 些，都要回復原狀。可是因為我找不到實際的案例，所以 就不知道實務是怎麼樣進行，當然感謝剛才人事行政局的 洪專員有提到，就是所有的考績列丙的評等，還有工作獎 金的問題等等，但是這個會有一個問題就是說，現行的狀 況下，事實上是沒有回復原狀的。如果我們認定，當初這 個停職處分是違法，按照行政程序法的意旨，他就應該要 被溯及既往的撤銷，那所謂溯及既往，失其效力，就應該 像是他從來沒有被停職過，所以你是在建構那個，已經沒 有辦法重來的那個過去，我覺得這是一個很麻煩的問題， 而且好像也做不太到。所以我其實蠻支持保訓會 93 年這個

函釋，他有提到說，他授予行政機關依照行政程序法第 118 條訂定失效的日期，我想這應該可以解決，就是已經沒有 辦法回復原狀的問題。另外剛才感謝廖老師，特別提到行 政程序法第 128 條的問題，我在文章裡面有稍稍提到這一

點，就是當事人應該要適用行政程序法第 128 條規定為請求，可是他就是會受到期間限制的問題，就是他會有時間 效力的問題，但如果罹於時間，到底還能不能再適用行政 程序法再重新進行程序，這個可能是要在探討的一個問題，這也會接續到剛才銓敘部的這位女士提出來的問題：

278

我在 142 頁提到說，這個停職處分非具有持續效力，是非具有持續效力的行政處分，這事實上是保訓會的見解，保 訓會認為，停職處分不是具有持續效力的行政處分，那這 個事實上，這樣的見解會有兩個結果。第一，他如果是一 個非具持續效力的行政處分的話，那他的判斷的基準時， 就會像剛才詹老師所說的，應該以它作成的時點來判斷， 也就是說，以當事人被停職的那個始點來計算，來判斷他 是不是該當公務員懲戒法第 4 條的構成要件，如果是按照這樣子的推論，很可能這個停職令就會變成是本來是合法 的，因為他沒有具有持續力。可是如果他是有持續力的行 政處分，那個判斷基準時，就會被調整，就是按照現在通說的說法，如果是一個有持續力的行政處分，因為他在持續，所以你就會以他最後發生這件事情，在法院判決的時 候，那個時點來判斷是合法還是違法，那這個時候這個刑 事判決，最後是不是被判決無罪，就會影響到原本這個停 職令的合法與否。

所以我覺得可能這個問題，就是這篇文章的一個重要 關鍵要去討論的應該是那個停職令，到底是不是一個有持 續效力的行政處分，會影響到很多後續的問題，這個是目 前我沒有處理到的問題，那我之後還會再補充，來研究一下到底這個停職應該怎麼樣被認定。在我國的目前多數見解認為，它是一個保全的措施，可是比較奇怪的是這個保 全措施，怎麼能那麼久，就我所提那三個案件可以看到， 好幾年只有一個案件他有被免職，其他兩個案件，當事人只是被停職而已，沒有懲戒，所以這是一個很詭異的現象， 就是如果可以解決這個停職令的時效問題。那我可以提供

279

一下在我報告裡沒有寫到那是法國的解決方式，法國要求這種停職，最長只能 4 個月，如果你 4 個月找不出任何原因再讓他繼續停職的話，你就要復職，他就一定要回來原來的工作，而且他在這 4 個月的停職期間，所有的薪資都是維持原狀，這是另外一種解決方法，我是不曉得德國怎麼做，但是，這是目前這個文章經過大家討論之後，我發現的一個重要的問題。回到剛才提到關於這個信賴保護， 行政程序法第 119 條的問題，管理措施能不能類推適用行

政程序法第 119 條，這可能還有進一步討論的空間，因為目前一個重大的問題，就是管理問題不被認為是一個行政處分，不被認為是一個行政處分的意思就是，他對當事人的權利沒有重大的影響，沒有產生法效性，如果沒有產生法效性，還能夠主張有公法上權利的損害嗎？那如果不行的話，怎麼能夠類推行政程序法第 119 條，我想應該比較是偏向這個問題。

然後最後關於停職後財產權受損，有沒有故意、過失， 怎麼認定，其實我有一點點不了解這個問題，就是這個問 題的意思是說，要怎麼樣認定行政機關在作成停職處分的 時候有沒有故意、過失？

如果我的理解沒有錯的話，我事實上這邊用的是，我有講到我是用司法院釋字第 670 號解釋，其實是許宗力大法官的推論方式，他的意思就是說，當主管機關在作成停職處分的時候，絕對不是要故意侵害公務員，他一定是依照公務員懲戒法第 4 條的規定，就像詹老師所說的，他是事情節重大而且有刑事案件，所以是在該當構成要件的狀況

280

下，來停止這個公務員的職務，所以他不是基於故意侵害 這個公務員的法律上的權益而進行這個停職處分。既然這 樣的話，他就不具備故意、過失，既然不具故意、過失， 在我們目前的國家賠償法架構下，是沒有辦法請求賠償， 因為我們的國家賠償法，要求一定要有公務員故意、過失， 所以如果按照這樣的推論，就變成不能求償，所以這是現 在法制上一些問題。

好，那我很拉拉雜雜的回答大家的一些想法，我想這 篇文章，應該還有一些後續的發展，我希望我們能夠多接 續詹老師跟廖老師，還有各位在場的先進給我的意見，可 能在不同的角度下再進行推論，尤其是法國法到底怎樣處 理這個問題，究竟回復原狀有沒有可能，我想這應該是實務上遭遇到的最大的難題，謝謝。

廖教授義男：

那詹教授是不是補充一下。詹副教授鎮榮：

好，謝謝主持人廖大法官給我這個機會，我認為關鍵還是在公務員懲戒法第 4 條，高度的不確定的法律概念， 什麼時後主管機關可以下停職令，我覺得這個要跟因為事 後刑事判決無罪，反過來去咬那個停職令違法，這是兩個不同的情況。也就是說，如果當初停職令是合法的有情節 重大的，事後因為刑事判決無罪，我覺得目前的操作是可 以接受的，就是說他回復的只是本俸，那或許這個其實就像主持人所講的，或許他就夠了。我也不認為加給等等之

281

類的一定要回復到原狀，因為這個時候的，他是有一個容 忍的義務，所以其實關鍵應該是在於說，行政機關到底什 麼時後可以下那個停職令。因為今天的與談，我也略為搜 尋一下網路上現有的資料，但是很遺憾，找不到有任何的 規範去規定什麼說情況之下，主管長官可以下停職令，我 想這個大概都是內規。我的一個小小的看法是，追根究底 要把公務員懲戒法第 4 條不確定的法律概念操作更細膩化， 我有找到一個警察人員人事條例，如果各位看到這個條例 裡面第 29 條，他當然是一個當然停職的事由，可是他相對公務員懲戒法第 4 條跟第 3 條細膩太多了，他臚列了 6 款， 包括什麼情況之下，什麼樣類型的刑事犯罪，然後最重本 刑多少，或者是假職務之便犯特定的類型等等之類，是分 的很細膩的。這個我們才有辦法在合法性控制的時候，讓 法院去審查主管機關，你在這裡所謂的情節重大，是不是 有可以去審查的操作模式，否則的話，我相信目前來講應 該找不到任何判決，法院去質疑這個根本上就不應該是停 職，那實務上的操作好像說是有刑事犯罪的嫌疑就停掉 了，其實如果我們從保全制度的這個制度旨趣來看，恐怕 不是如此，因為感情的糾紛而有一些刑事上的傷害罪，如 果他跟職務執行無關的話，這也叫情節重大，非得停職不 可嗎？所以我才會認為其實關鍵應該是在這裡，我相信從 這邊才會去衍生出後面要求，我本來就不應該被停職了， 然後你要硬咬著說沒有工作，就沒有加給，這其實是不合 邏輯的，因為他沒有工作不是可歸責於他，如果是那種事 後刑事判決無罪的沒有工作，而那個保全措施做的又是合 法，我覺得這個時候不給加給是可以支撐的，我還是我維

282

持我根本的觀念，我覺得兩個問題要分開，而那個恐怕是 現在還沒有辦法浮出檯面，或者是說至少我們還沒有細膩 去規範什麼叫情節重大，它的判準究係何在，以上謝謝。

廖教授義男：

依照大會的時間，我們這一場可以是到 5 點結束，所以還有 12 分鐘，可以請在座，還可以提出大概 2 個問題， 還是 3 個問題，然後再留一點時間，再作回應，不知道還有沒有問題，請。

發問人 5：

教授好，我是全民健康保險監理委員會組長，敝姓吳， 第二次發言，我想要請問的就是，因為有多給我們時間， 我剛才有思考這個問題，就是說我們從寬來處理，我們知 道，就是說，當你是因為有案件，然後被機關來停職的時 候，一般機關應該就是剛詹教授所說的，是你怎麼來認定 他是應該要被停職，我現在考慮的立場是說，我們也了解 一般行政機關，有些偶爾會有一些，譬如說工作能力，或者工作態度，或者政黨因素，而事實上有上班沒有工作， 我們知道雖然不多，但是我們知道有些機關是有這樣情 形。如果這樣的人，他今天來上班也都是沒有什麼工作， 被停職之後，不管是幾年，他能夠得到平反無罪的時候， 我們在這個角度上能夠從寬來處理，我覺得這應該是可以 得到支持的，但是我的疑問點是，如果他的訴訟期間是非 常的長期，如果說 3 年到 5 年這種情況之下，那我想如果是個男人為了維持家計，必須想辦法到外面去找工作來維

283

持，這種情況之下，老師會不會認為說他正常幾年在外面 的工作，如果說他得到平反，而且得到全額，包括工作的 一個補助，都拿到這樣的薪俸了，公務人員是不可以兼職， 那因為這樣停職的關係，他在外面做任何工作，也得到一 些收入的時候，他是不是應該有要怎麼樣扣抵，還是怎麼 樣。因為沒有準備六法全書，我記得民法上好像有相關的 規定：你如果要求補償，可是你另外有一筆額外收入的時 候，是要做一個抵銷的，我知道好像有類似的一個規定， 我現在想請問說，那如果在有關公務人員相關的法制上， 是不是這一個可以來從寬處理，例如就我們講江國慶，他 是冤死，後來得到平反，如果他早平反，也許他得到補償 是沒有那麼高的，現在因為人權保障意識的高漲，所以他 拖了愈久之後，他得到的平反，他得到的一個家屬的賠償 是非常高的，如果我們要認為說，他如果是在我們目前這 個人權保障的潮流之下，可以得到一個平反，得到一個復 職，那麼我們也應該要從寬處理，這些人的一個復職，應 該給他全部，不管他有沒有工作，就是這個工作就如同於 你有來上班，人家不付你工作，這是一樣的道理，我覺得 在斤斤計較這一塊是不合理的。

我想要請教重點說，需不需要來將他復職之前的工作的一些收入，3、5 年的收入需不需要來做一些扣抵還是怎樣，扣抵是最基本的，所以我想是問題中的問題，我想也提出來請教，謝謝。

廖教授義男：

好問題，公務員停職期間他還是公務員的身分，只是

284

他沒有職位，沒有職務可以工作，但是他還是具有公務員 身分，那麼能不能在外兼差，填補家用？因為半薪，還是 不能過一個正常的生活，不是說個人沒有辦法依靠這個半 薪的薪水過活，因一家生活所需，所以被迫要到外面去兼 差，但是問題是他還是具有公務員身分，這個可不可以？ 這個當然所提到說，如果可以的話，將來要請求這個損失 或者損害賠償的話，能不能主張損益相抵的問題，賠償義務機關或是原服務機關可不可以主張你在這個停止期間也 曾經到外面去工作，所以你的損失並沒有那麼擴大，而且 你的時間也是為你自己的利益而工作，這個是很好的一個 問題。好，還有時間再請各位再提出問題，現在大家把這個問題，應該開始慢慢聚焦，還有沒有，好，請。

發問人 6：

對前面這位先進、女士、小姐提的問題，我想做一點回應，因為這東西牽涉太實務的東西，所以我相信詹老師跟吳老師可能都不是很清楚，因為按照銓敘部歷次解釋， 他是說公務員停職，他是可以領半薪的，這是沒有錯。

但是他也牽涉到有一個問題，如果今天你職等很高的 話，那你本俸的半薪，你還是可以拿很多錢，你擔家活口應該沒有問題。可是，如果今天你職等很低，低於 3 職等

以下，你領半薪的話，可能甚至於說低到 1 個月可能只拿

9,000 元。所以，以臺北市的生活最低生活水準來講的話，

1 個月 9,000 元，是絕對沒有辦法過活的，所以在銓敘部以前就有解釋過，有關公務員兼職問題，原則上不可以，但例外准許，這個例外的部分，就包含了有關停職的部分，

285

所以銓敘部針對這一塊，就是說雖然你是具有公務員身分，但是因為你被停職了以後，你的薪水拿很少，我可以 准許你去找工作，可是銓敘部的解釋裡，他並沒有在講到 說後面你賺到錢應如何處理，也許背景是公務員，他很厲 害，搞不好他被停職後賺的錢，加上他領的半俸的錢，搞 不好比他以前多的更多，也不一定。但是也有可能是剛好 收支相抵有可能，但是有關這個部分，銓敘部就沒有說有 關追查的問題，或者說有沒有任何一個審查的機制，縱然 說你以後真的去外面兼職，然後你拿到這個錢以後，是不 是還要扣你將來補償金，因為這個問題，我相信到目前為 止，銓敘部即使有官員在的話，他們可能也答不出來有任 何的函釋來解釋這一塊。所以至於說前面的這位小姐、先 進，他講的東西大概是很讓你覺得說很驚為天人，可是如 果你回歸到制度面跟法律面，跟銓敘部的函釋，實際上可能他的認知會有一點落差，因為這跟他的本俸高不高有關 係，跟他的職等高不高絕對有關係，好，謝謝。

廖教授義男：

剩下 5 分鐘，我們院長已經來了，那等一下 5 點鐘， 我們就正式在這裡做結束，是不是最後還有一個機會，給 各位再提出問題。有沒有，沒有的話，那我是不是請報告 人回應一下剛剛的問題，可以嗎？

吳助理教授秦雯：

謝謝最後提出的問題以及回應，我想他的回應其實還 蠻清楚的，就是目前銓敘部是有這樣子的作法，事實上如

286

果我們從國家責任的體系下來看這個問題，如果他是一個損失補償的話，如果按照我國的架構下來看，只是一個合理的補償，所以原本就不太可能是全額補償，如果在不是全額補償的狀況下，還要不要再去進行損益相抵，我想這就是去折算的問題。

另外，如果從我剛才講這個法國法的概念下來看，他們是不分有沒有故意、過失，不分有沒有違法或合法，但他們的認為都是說，你在考慮國家要負擔多大的責任，一個很必要的問題，就是你要考慮到受害人的狀況，所以如果受害人他其實他受的損失沒有這麼大的話，他也不會給他填補這麼多。當然這個問題還會在於說，他被停職，事實上如果真的是一個違法的停職，是不是還要考慮說，他因為被停職之後去外面工作，然後，即使他賺的薪資比原來多，但他還是受到損害，是不是要有損益相抵，我覺得這可能比較需要個案性的衡量。一般性的原則應該就是「按照當事人的狀況進行衡量」，所以這還是要回歸到個案，大概只能很粗淺的回答到這裡，謝謝。

廖教授義男：

好，我想時間也差不多了，如果各位沒有甚麼特別的問題，我們這場場次就到此結束，我們是不是在以熱烈掌聲來謝謝報告人跟與談人。

司儀：

再次感謝廖教授，吳教授，以及詹教授，100 年度公務人員保障法制研討會在此告一段落，先請各位來賓填妥手

287

冊會議內容內的最後一頁問卷，以及發言條，我們閉幕式 即將開始，請世新大學法學院朱柏松朱院長為我們致詞。

288

# 參、保障法制專題講座紀錄

一、美國功績制保護委員會之組織與運作－與我國之比較

時間：100 年 3 月 23 日（星期二）

地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室講座：靜宜大學王迺宇教授

本文大綱

壹、文官改革法中所涉相關機關簡介－兼論我國之對比 機關

貳、救濟之基礎

一、美國：特權到財產權（受憲法正當法律程序之保護） 二、我國：特別權力關係到公法上職務關係

參、救濟機關之組成與隸屬一、美國功績制保障委員會

二、我國公務人員保障暨培訓委員會肆、機關權限定位、屬性

一、機關權限定位二、機關權限屬性

伍、案件分類

289

一、美國法之分類基準二、我國法之分類基準

陸、受理單位與行政自我審查柒、審理主體

捌、程序屬性及進行一、程序屬性

二、程序進行

玖、聽證權與審理依據 拾、調處、和解與仲裁 拾壹、審查基準

拾貳、提出救濟時原決定之效力拾參、再救濟程序

拾肆、人事主管機關之地位

拾伍、司法審查要件、範圍與標準一、要件

二、範圍與標準

（一）程序審查

（二）實體審查拾陸、美國制度特色

290

一、動態衡平雇主與國家角色之衝突二、準司法、具獨立性之行政機關三、具法令執行整體性之矯正功能

四、依對當事人影響之輕重，決定當事人之申訴權有 無

五、審理組織依其職掌重心組成六、明確舉證責任

七、調處、和解之廣泛運用八、法院審查之界限

秘書長、邱委員、副主委、主任秘書、處長、各位會 內、會外同仁，大家早安。我雖然在私立大學任教，但卻認為是半個公務人員，因為本身兼辦人事工作，而人事工作所涉及之相關法規，尤其在學校裡面，是與公務人員沒有甚麼太大的不同。雖然跟在座不能比，但至少也有摸一 點邊。會來這邊跟大家報告美國功績制保護委員會（以下簡稱 MSPB）之組織與運作－與我國之比較這個議題，是緣於去年從事保障法制翻譯工作中，所獲得的啟發，不過 今天要跟大家報告的仍屬比較基礎的部分，所以接下來探討的內容只是個人一點意見，也順便可以就教於各位。今天所探討的 MSPB 之組織與運作－與我國之比較，其重點可能會放在該委員會之組織及運作方面，至於與我國之比

291

較部分多少還是會提到，但制度比較本身即具有其困難性，因其成長原因及所反映之社會現實、所欲處理之社會 問題，最後會如何發展，每個國家都不一樣，且我國的公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）是負責公務 人員之保障及訓練的工作，而 MSPB 則僅負責保障事務， 無涉訓練部分。

壹、文官改革法中所涉相關機關簡介－兼論我國之對比 機關

MSPB 現在所依據之法律為文官改革法，而該法事實上也針對其所欲處理之不同事務而設立其他單位。第一個 當然是 MSPB，相對我國來講則是保訓會、公務人員懲戒委員會。在美國法上對公務員所為之懲戒或懲處，皆由MSPB 管轄，而我國原則上由保訓會管轄懲處部分，而懲戒部分為公務員懲戒委員會處理。文官改革法裡面還有一 個人事管理局，某種程度相當於我國的人事行政局，主要 負責人事管理政策及人事法規的執行等人事管理工作；而 在 MSPB 之下，依據文官改革法亦有所謂特別檢察官辦公室，其係職司對行政法法官違法行為、高階文官職務調動、甚至包含機關所做之相關措施可能有所歧視，加以調查並 就相關違法之事證向 MSPB 起訴，而由其做最後的決定。事實上特別檢察官辦公室在工作職掌上，有點類似我國的 監察院。然特別檢察官辦公室在後來的發展上，組織上已 非隸屬於 MSPB 之下，而是已經與其平行。在文官改革法裡面亦有一個聯邦勞動關係委員會，其主要是處理勞資關

292

係，在政府領域中則為政府與公務員之關係，比較是團體 間爭議之問題，除此之外對於勞工關係間所涉及之不公平 待遇，其亦有部分之管轄權。該委員會或許可比擬為我國 之銓敘部，係處理公務員法制的問題。此處需先說明者， 乃美國法在政府機關建置上，種類繁多，且機關彼此相互 管轄亦有重疊之可能，例如後述所謂平等僱用機會委員會，若將其比擬為行政院勞工委員會（以下簡稱勞委會） 或許不太恰當，因為勞委會主要是處理勞工的問題，多屬 私領域之問題而與公領域無涉，但美國平等僱用機會委員 會則主要在處理平等僱用，例如國籍、種族等等一些因此 產生之歧視問題，皆由該委員會管轄。惟平等僱用機會委 員會所作決定若與 MSPB 有所衝突，則會另設一個特別小組來決定。由此可知，美國法上政府機關間管轄之分配， 實屬錯綜複雜，例如雖然 MSPB 可以處理所有申訴問題， 但事關平等僱用者則須由聯邦勞動關係委員會處理，也有 可能涉及平等僱用機會委員會之權限。

貳、救濟之基礎

一、美國：特權到財產權（受憲法正當法律程序之保護） 我國法基本上係由特殊法演進到一般法的關係，而美

國在公務員領域，一開始亦認為其與國家之關係與一般僱 傭關係有所不同，因此公務員受國家僱用所享有之利益， 只是一個特權而非權利，同時法院亦有相當見解顯示其拒 絕對公務員與國家間之爭議提供保障，因為美國早期公務

293

員之任用係採行類似分贓之方式。美國後來所訂定之潘德頓法案，可認係美國功績制之濫觴，然該法亦僅確立人民進入公務體系需經考試，至於進入後之相關保障或離職、免職之議題則無特別著墨。故潘德頓法案僅對進入公務體系部分有所保障，然離開部分則非其著重之處。因此其對 於公務員與國家機關間之爭議問題，僅提供內部救濟之程 序，例如申訴、訴願，而並不准許透過外部程序加以救濟。一直到西元 1970 年代，聯邦最高法院採取耶魯大學一位學者之見解，認為國家對於公務員所給予之利益或彼此所生 之關係，具有憲法上財產權地位而應受保障。由此公務員 之僱用由特權演變為財產權，須受美國憲法正當法律程序保障（包含程序及實體正當法律程序），惟該等財產權在美國仍只具有法定財產權之地位，換言之，由法律予以創造， 法律要將它收掉亦可，至於其改變的原因，係因政府已僱 用大量公務員，因而對其保障不可隨便為之，故將公務員 保障提升為財產權。其實美國法對於公務員的僱用有如上 之發展，亦涉及到行政及立法間權力之爭奪，蓋行政機關 希望對公務員之任免享有完整的權利，但立法對此部分卻 亦想有所介入，不過不論如何對公務員保障更加完善。

二、我國：特別權力關係到公法上職務關係

我國的部分則是由特別權力關係演進為特別職務關係，所謂特別權力關係，其所具備的特別內涵有二：第一、公務員的權利義務關係由國家訂定，並可隨時更改，而不 需透過法律予以規範；第二、在特別權力關係之下，公務 員與國家（行政機關）間之爭議，無法藉由外部方式加以

294

救濟，而僅有內部管道得以主張。後來，我國此等特別權 力關係亦藉由大法官透過解釋，以及社會氛圍的改變，而 慢慢加以突破，第一步是事後司法救濟程序的突破，大法 官有幾號指標解釋，大概是針對公務員的公法上金錢給付 請求權（諸如退休金、考績獎金、福利互助金等等）；除此之外，大法官亦認為公務員之免職處分，亦可尋求司法加 以救濟；最後，只要是對公務員有重大影響之處分（例如 任用審查不合格、降低官等職等、俸給、年資等事件），皆可尋求外部的司法救濟。第二步則是針對涉及公務員權利 義務之規範，需有法律保留之適用，而且該等法律須符合 明確性要求，同時對於公務員之免職須給予正當法律程序 之保障，至於正當法律程序之內涵為何，則尚未明確建立。第三點突破，則係國家或行政機關欲對公務員作任何決定 時，原則上須遵守行政法之原理原則，例如司法院釋字第 501 號解釋所言，公務員之轉任須合併年資、提敘官等，然過去之規定與當時有所不同，此時行政機關須注重信賴保 護之要求；司法院釋字第 575 號解釋有談到比例原則及平

等權；司法院釋字第 583 號解釋認為考績懲處實屬懲戒， 應有行使年限之限制，且須依照懲戒之種類為區分。綜上所述，不論是我國或美國之發展，基本上其趨勢並沒甚麼不同，而係向同一方向為之。

參、救濟機關之組成與隸屬

美國 MSPB 是對公務員權益爭議之救濟機關，功能就像保訓會對於公務人員保障事件之審議，但 MSPB 相較於

295

我國保訓會，其只有保障的部分，而不含訓練的部分。MSPB 為總統行政權下之「獨立機關」，設主委 1 人、副主委 1 人、委員 1 人，任期 7 年不得連任，皆由總統提名參議院同意後任命，以確保相關人員職權行使的獨立性。但其下仍有行政組織，諸如行政法官處、資訊處等等單位，但較特殊之處在於其沒有人事單位，而是交給其他單位辦理人事業 務。我國的保訓會則隸屬於考試院，由主委 1 人、副主委 2

人、委員 10 到 14 人，因此我國保訓會會本部的編制比美國 MSPB 龐大。委員中 5 到 7 人為專任，經考試院長提請總統任命；其餘 5 到 7 人兼任，其身分部分為各相關行政機關之副首長，例如銓敘部次長及人事行政局副局長，由考試院長聘兼，任期 3 年得連任。上開兼任委員會隨其原本身分之變動而有所改變，自屬當然。

肆、機關權限定位、屬性一、機關權限定位

就公務人員保障事件（以我國的術語，包括權益受損及管理措施部分）權限之行使，均屬行政救濟。美國 MSPB 係獨立委員會；我國保訓會組織上亦為獨立於行政權之外，但考試權一般學理上仍定位屬行政權之範疇，只是獨 立出來行使，所以從此角度來看，兩者皆屬獨立行使權限之機關。然從該等機關審理之程序而言，顯示其具有類似司法的審理方式，因而亦具有準司法性。綜上可知，該等機關以委員會合議制所作之決定，應具有相當的獨立性，

296

而不會受其他行政長官之干預。前揭所陳乃是所謂不受外 部干預之外部獨立性，至於渠等行使職權時，亦能不受其 機關本身長官之核定，則屬內部獨立性。

二、機關權限屬性

在受理原始管轄案件時，美國 MSPB 為懲處機關，但其決定仍須受司法審查。基本上美國 MSPB 有兩種管轄， 一種是申訴管轄；另一種則是原始管轄。所謂原始管轄部 分，則係指 MSPB 所作出決定原始發生效力，例如由特別檢察官辦公室所提出控訴的案件，即屬 MSPB 原始管轄。美國 MSPB 針對原始管轄案件所作決定，應為懲處決定， 惟就形式上觀之，卻類似我國的懲戒，惟我國的懲戒係由 公務員懲戒委員會作成，其具有公務人員特別法庭之性質，故對此決定不得再另提司法救濟，但美國 MSPB 此等決定則仍須受到司法審查，故對其決定不服可向聯邦巡迴法院提出救濟。

伍、案件分類

一、美國法之分類基準

美國原則上只允許對公務員影響重大之人事處分提出 申復（appeal），而不去區分管理措施或對權利有影響，其僅關注在該處分對於公務員是否影響重大，諸如對 14 天以上的停職處分、減俸處分、免職處分，皆可對之提起申復。至於 14 天以下的停職處分，則無法向 MSPB 提出申復加以救濟，只能藉由其他管道主張。再者，申訴是由隸屬於MSPB

297

的行政法官審理並作出初審決定，所謂行政法官（與行政 法法官有所區別）就是一個主持聽證的官員，僅屬一般公 務員而非司法上的法官，必須本於中立的立場指揮程序之 進行，而無涉雙方的實質爭議。若申復人不服初審之決定， 可提起復審，此時係由 MSPB 的三個委員直接審理，若對此復審決定仍不服者，得向法院提出訴訟。美國法上申復 案件之大宗，其一為公務人員退休案件，另一則為以提升 行政效能（類似我國專案考績之概念）為由而對公務人員 所作之不利處分。MSPB 另有所謂原始管轄（ original jurisdiction）案件，係由特別檢察官辦公室提出控訴，再由MSPB 作出決定始發生懲處之法律效力，例如將高階行政主管之降級、對於行政法法官（非前述之行政法官）的懲 處等，皆係使用這套程序。對此決定不服則仍可向法院提 出訴訟。

二、我國法之分類基準

至於我國則依行政機關不同行為態樣，對於違法或顯然不當之行政處分不服，提起復審救濟；對不當之管理措 施或工作條件之處置不服，得提起申訴、再申訴。故保訓 會在處理復審決定時，主要必須斟酌該處分是否違法，而為合法性審查。顯然不當之處分，其不當之程度必須達到 顯然，始可能透過復審程序救濟。針對不當之管理措施或 工作條件之處置，則可向原服務機關提出申訴，若對服務 機關函復仍不服，始向保訓會提出再申訴。綜上，復審或 再申訴雖皆由保訓會直接審理，惟僅有對復審決定不服者

（符合公務人員保障法第 94 條規定者，亦得向保訓會申請

298

再審議），得向行政法院提出行政訴訟。

陸、受理單位與行政機關自我審查

美國之申復案件由 MSPB 所屬之地區或地方辦公室受理，原則上欲申復之公務員應向其本身（或服務機關）所在地之 MSPB 所屬單位提起；原始管轄案件由 MSPB 直接受理。我國的申訴由服務機關受理，再申訴及復審則由保 訓會受理。由於再申訴已經由原處分機關自我審查，復審 則應由原處分機關層轉保訓會，故其可先行自我審查原處 分之合法性與妥當性，如認為復審人之主張有理由，亦應本於職權逕行撤銷。就兩國之制度以觀，形式上而言，美 國法已不要求原處分機關須對系爭重大侵害公務員權益之處分先行審查，但實質上 MSPB 於接到相關救濟案件時， 其仍會先行詢問原處分機關，因此原處分機關仍有機會對系爭處分為先行審查。

柒、審理主體

美國 MSPB 設委員 3 人，案件先由所屬之行政法官（需具備律師資格之公務員）負責審理，以作成初審決定。對 於初審決定不服的公務員，得申請復審，由 MSPB 進行審查並作成終審決定，惟對於該終審決定不服，仍可向法院 提起救濟。

我國保訓會審理保障事件採行合議制，先由承辦單位

299

（例如保障處或地方公務人員保障處）擬具意見，送專任 委員初審，經專任委員核提初審意見，送交審查會（由副 主任委員 1 人及專任委員組成）審查，再將審查會之決議提請委員會議（由主委、副主委、專任委員及兼任委員組成）審議決定。通常於審查會所作決議為保障事件之主要見解，而於委員會議中通常不會作過多的變更。

捌、程序屬性及進行一、程序屬性

美國主要係以民事訴訟程序為基礎，採當事人進行主 義，因此 MSPB 原則上不介入雙方攻擊防禦方法之提出； 並以聽證審理為原則，惟並非每一案件皆須踐行如法院般 要求之嚴格聽證。承前所述，美國法雖以民事訴訟程序為 基礎，但行政法官在審理時，得基於正當理由決定不予適 用某部分之程序。探其原因，乃為此等程序之本質仍定性 為行政救濟，故無嚴格要求法定要件之必要。至於我國乃 依公務人員保障暨培訓委員會保障事件審理規則第26 條規定，採行職權進行主義，以書面審理為原則。且此等規定 多為強制規定，無法個案排除相關規定之適用。惟是否須 請雙方當事人到場陳述意見以代替書面，保訓會有權決定。

二、程序進行

MSPB 由當事人負責調查證據，採詰證詞，並可透過MSPB 相關命令之核發以利後續程序進行。行政法官則以中立姿態主持，並以電話進行預備聽證，以聚焦釐清爭點，

300

確認議題。最後舉行聽證，由行政法官綜合考量所有紀錄 後作成決定。此處需特別說明者，乃預備聽證經雙方確認 之議題，於正式聽證程序開始後即不得再加以變更。我國保訓會之程序進行，當事人僅具調閱文書權，並無要求相 關人員口頭陳述之權利。審理程序由具初審及聽證權限之審查會主導，並得實施檢驗、勘驗及鑑定。

玖、聽證權與審理依據

美國公務員得提出聽證之申請，惟只要合法提出，行政法官即須進行聽證，未提出者視同放棄而由行政法官決 定聽證與否。至於聽證進行之順序，美國法上亦有相關規 定，一般案件多由機關代表先行陳述，僅於退休案件中始由當事人先行陳述。我國保訓會則得本於職權，裁量決定是否舉行言詞辯論，惟言詞辯論之結論並非作成決定之唯 一基礎。

拾、調處、和解與仲裁

此處乃是我國與美國制度上最大的差異所在。MSPB 可由當事人提議和解或其他方式解決爭議，亦得依法進入苦情處理程序（grievance procedure）並進而仲裁，且其政策基本上鼓勵和解或仲裁程序之進行。若經仲裁或和解確 定者，即對當事人產生如 MSPB 作成決定般之效力。我國保訓會之調處限再申訴案，雖得由當事人申請，但保訓會如認為調處無望者，得加以拒絕，蓋再申訴案件較無涉於

301

法律之爭議。至於復審事件，屬依法行政事項，應具一致 性，故不適宜進行調處。我國法制未承認針對復審案件之調處，探其原因在於開放調處，恐對於法律之規定造成衝 擊，惟此情形之發生亦非不可避免，其似可採取調處結果不公布或僅具個案效力以降低對法秩序之衝擊。

拾壹、審查標準

美國有明文規定審查標準，凡涉及當事人表現不符要 求之案件（諸如年度考績部分），涉及其整體工作表現評價，屬判斷餘地問題，審查標準為實質證據（substantial evidence）標準。只需機關提出實質證據，證明理智者亦可能作出相同決定即可。換言之，機關對於為何對公務人員 作出相關不利處置，僅需證明具合理之關聯性，並提出實 質證據即可。由此可知，原處分機關在此享有相當大的自 主權。再者，涉及為提升服務效率（諸如專案考績部分） 而懲處或裁員等爭議，審查標準為優勢證據（preponderant evidence）標準，以機關是否提出優勢證據，以證明所作決定為有理由。至於實質證據與優勢證據之差別，在於優勢 證據標準對於所提證據之證明度要求較高，蓋就前者所涉 公務人員整體工作表現之案件，原處分機關已對受處分人 為較長時間的觀察，故其所要求提出之證據量少但質精即 可；反之後者對於提出證據之要求則較高，蓋 MSPB 應對原處分採取較嚴格之審查。

我國並無對審查標準有所明文，實務上將其區分為適

302

當性及合法性審查，而針對不同案件之性質而採取不同之 審查基準。基本上合法性審查對於保訓會而言，其可介入原處分之範圍較小，故其審查標準應較為寬鬆；反之，適當性審查所採標準則較為嚴格。

拾貳、提出救濟時原決定之效力

MSPB 區分申訴管轄案件及原始管轄案件，而異其效力。前者係針對已生效之案件加以審理，故當事人提出救 濟時原決定仍為有效；後者則是針對尚未生效之案件加以 審理，經 MSPB 決定後始發生其效力。我國原則上行政機關決定之效力，於保訓會審理決定確定前均不受影響。

拾參、再救濟程序

美國不服初決（行政法官所為）之當事人，得向 MSPB 提出復審，或待提起復審期限屆滿，直接向法院提出救濟。MSPB 亦得主動重新審查行政法官之初決。不服 MSPB 復審決定者得向法院請求司法審查。此處需特別說明者， MSPB 由於仍具有行政機關之特質，故針對較具爭議性之案件，MSPB 雖不會直接干預行政法官之決定，但會要求其提供辦案之相關進度，並提供程序事項之處理意見，以 求對此等特殊案件之進行有所掌控。我國只限於復審案件，得由當事人向保訓會申請再審議；至於再申訴案件， 保訓會之決定即為終局決定，無再審議之適用，亦無司法審查。

303

拾肆、人事主管機關之地位

美國人事管理局局長若認為 MSPB 對其所主管之法令解釋或適用造成實質影響，局長有權代表政府於初決前參 加申復程序，並得對不服之初決提起復審，不服復審終決 時亦可請求司法審查。故其地位等同於當事人，而非決定之主體。

我國與案件有關之人事機關雖僅得列席陳述意見，地位不如當事人，但人事行政局副局長為保訓會兼任委員， 係屬決定之主體，雖無決定表決權，但亦無須迴避，地位 顯高於當事人。就我國保訓會委員之組成以觀，其所作成 之決定似有較偏頗於行政機關之可能。

拾伍、司法審查要件、範圍與標準

在美國不論對於 MSPB 的初決或終決不滿，皆可向聯邦巡迴法院提起司法救濟。

一、要件

提起司法審查之兩個要件，為終局與確定。所謂終局， 係指公務人員所爭執之事件為行政機關的終局決定；所謂 窮盡，則是指必須窮盡行政內部之救濟程序，由此可知司 法審查具有最後手段性。至於原告、被告方面，就前者而 言，在美國若人事管理局局長欲提出司法訴訟，需曾為申 訴之參加人，或請求、或曾經申請再審遭拒。後者在美國 涉及實體或律師費請求之爭議，即使經過 MSPB 之審查，

304

仍應以被申復機關為被告；若係涉及管轄權或程序爭議 者，則以 MSPB 為被告；原始管轄之案件，其係由 MSPB 中之特別檢察官辦公室提出控訴，再由 MSPB 作出決定， 故於後續司法訴訟應以 MSPB 為被告。我國部分，就吾人所知皆以原處分機關為被告。

二、範圍與標準

（一）程序審查

美國法上可區分為程序審查及實體審查加以探討。就 程序審查而言，由於 MSPB 對於原處分作成所依據之程序是否違背憲法之爭議不予審酌，惟法院仍有審查之必要， 故其審查之範圍包括憲法上正當程序及法定程序之問題。 所謂憲法上之正當程序，具有獨立之價值，不以對當事人 造成實質傷害為必要，亦得主張有所違反而撤銷原決定， 其內涵係採衡平原則予以認定，故法院必須權衡國家公益 及個人私益，視具體個案不同決定不同之程序要求。現今 實務的操作，原則上決定前僅須告知當事人決定依據與效 果並給予回應之機會，決定後給予聽證機會之救濟，即符 合憲法正當程序之要求。因此此處之正當程序保障係較為 低度的保障。然美國有學者認為此處所賦予公務人員之程 序保障，過於低度，而有使國家與公務人員之關係回到特 權階段之疑慮。

法定程序方面，審查之前提要件為當事人需提出行政 機關未遵守法定程序，因而造成其權益受到實質之影響

（harmful procedural error），始得主張司法機關將該等決定

305

撤銷。

（二）實體審查

美國法上並未特別對 MSPB 或原機關所作之決定，司法機關應如何為審查加以規範，故需回去適用其行政程序 法之相關明文處理。依行政程序法之規定，法院審查之範 圍，包含原機關或 MSPB 之處置是否未有實質證據支持、恣意妄為或裁量權濫用、與法律規定不合等三種情形，如是，即有予以撤銷之可能。基本上對於公務人員爭議之司 法救濟，其關鍵若在於事實之認定，美國聯邦最高法院係 採實質證據原則（同 MSPB 對年度考績爭議作成決定之標準，參十一）為判斷標準，換言之若行政機關對於爭議事實之認定欠缺實質證據作為基礎，法院即可將其撤銷。再 者，若爭議之關鍵在於根據事實適用法律所作出的決定， 則於有恣意妄為或裁量權濫用之情形時，法院亦得將原決定加以撤銷。最後，爭議之關鍵如在於法律解釋之正確性， 則法院需判斷雙方孰為之認定較為正確，始得就相關爭議作出判斷。綜上所述，美國司法對於實體審查之標準，某 聯邦最高法院法官即認為亦不過是合理與否之判斷，法律 僅係依切入之不同面向使用不同之用語，且爭議也未必能 清楚切割為純係某個面向之問題，故其共通之概念皆為合理與否。由此可知，法院對於 MSPB 或原機關之處置，基於其權力行使之侷限性，採取較為尊重之態度。

拾陸、美國制度的特色

一、動態衡平雇主與國家角色之衝突

306

政府機關任用公務人員即具有雇主之地位，而有本於成本及利潤考量之必要；惟政府機關亦具有國家代表之地 位，需肩負保障公務人員權益之責。故美國 MSPB 甚至其後之司法審查在作成決定時，必須衡平行政機關本於國家 代表人地位與雇主地位間之關係，基本上其大多採取尊重原處分機關之決定，而對其相關不利公務人員之處置為背 書之看法。蓋若太強調公務人員之保障，則會使公務人員 怠惰而缺乏效率，進而影響全民福祉。然此種看法亦非一 成不變，而應順應時代潮流作動態衡平之考量。就我國而 言，則較著重於公務人員之保障，至於提升效率之議題， 近來亦有逐漸受到重視之趨勢。

二、準司法、具獨立性之行政機關

美國之 MSPB 相較於我國的保訓會，更具備此特色。就準司法性而言，美國 MSPB 決定之作成，無論是主持審理者或程序之進行，均較接近於法院訴訟之要求。再者， 就獨立性而言，我國保訓會雖係採合議制，但其兼任委員 部分為相關機關（如銓敘部及人事行政局）的副首長，故 其決定之獨立性自可能較低於 MSPB 為低。

三、具法令執行整體性之矯正功能

美國 MSPB 針對其由特別檢察官辦公室所提出控訴之原始管轄案件，可要求原處分機關就相關之缺失加以改進。再者，對於人事管理局所發布涉及人事之命令，究竟 有無不妥或缺失，亦具有審查之權限。

307

四、依對當事人影響之輕重，決定當事人之申復有無

美國得向 MSPB 提出申復之案件，須對公務人員影響重大者始得為之。雖其法令以此抽象之標準為依據，但具體明訂何種情形始為影響重大而得申復，諸如 14 天以上之停職、免職、減俸等事由，使當事人較能分辨其所涉及之 爭議態樣有無提起申復之可能。我國向保訓會提出救濟， 可能是對行政處分提起之復審，或對工作條件、管理措施不服提起之再申訴，如此區分迫使當事人需自行瞭解其具體案件究係符合何種抽象規定而定其程序，且有些事件可能涉及行政處分及工作條件之掛勾，此時究應以復審或申 訴方式救濟，亦有使救濟程序複雜化之疑慮產生。

五、審理組織依其職掌重心組成

MSPB 本部之組成僅有主委、副主委及委員 3 人，故其組織之重心在行政法官處，該處之編制亦屬 MSPB 中最大。至於我國保訓會會本部，其專任委員之編制為 10 到 14 人，較美國而言係屬較大。

六、明確舉證責任

參前述有關美國 MSPB 或司法審查之標準，其實並未相當明確，唯一可確定之基準為合理性之判斷。然美國法 依事件之性質為區分，而要求需採行不同程度之合理性標準，且由於美國係以民事程序為基礎，故對於當事人就相關待證事實何者需負舉證責任，皆有明確之規範。至於我國則係以依職權進行，按一般行政法案件審查之法理，基本上係採行尊重行政機關決定之法理，除非其有重大明顯

308

之瑕疵始有撤銷之可能。七、調處、和解之廣泛應用

前文已就美國法制上對此等制度之廣泛應用，有所探討。探其原因，主要乃係政策上之鼓勵。我國之制度對於 調處及和解制度之採行，不若美國廣泛，蓋我國為大陸法系國家，較著重於追求依法決定、不計代價之正義。管見以為未來我國公務人員特別救濟之程序，應可善加利用調處或和解之制度，畢竟雙方皆同意之處理方案，在其後續之執行上較為容易。

八、法院審理的界限

在美國法上，法院對於 MSPB 或原機關的決定，大多採取尊重的看法。本於司法自制之表現，以及權力行使的 侷限性，法院對於行政機關之決定，並無能力作完全之審 查，故多採信任之態度，避免對人事行政權產生過多干預， 以提升其人事自主權。

309

二、人事行政程序之重新進行

壹、時間：100 年 4 月 29 日（星期五）、5 月 27 日（星期五）

貮、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室、高雄市政府四維行政中心

參、講座：國立政治大學詹鎮榮教授

本文大綱

壹、實務案例

貳、行政程序重新進行之概念

一、行政程序法第 117 條與第 128 條規定之區別二、實務見解

參、行政程序法第 128 條規定之立法說明及制度目的肆、德國行政程序法第 51 條第 1 項規定之中譯

伍、人事法規行政程序重新進行之特別規定

陸、行政程序重新進行之審查模式（形式與實體要件） 柒、行政程序重新進行之重要形式與實體要件探討

一、申請人適格二、程序標的

310

捌、行政程序重新進行與其他法律救濟途徑間之關係玖、申請程序重新進行之准駁的法律性質

拾、駁回申請之法律救濟

拾壹、申請行政程序重新進行不變期間之計算拾貳、重新進行之實體決定

拾參、授益行政處分之行政程序重新進行結語

李副主委與在座各位長官、各位先進、各位女士、先生大家早安。今天很榮幸來到貴院與各位研討人事行政程 序重新進行，主要是關於行政程序法（以下簡稱程序法） 第 128 條部分。程序法公布實行以來，早期該條在行政實務領域裡，並沒有受到重視，然不知緣由，慢慢於實務運作上產生一定重要性，且因相關案件量增加，發現程序法 第 128 條在適用上仍存有相當大之困擾與爭議。首先，該條適用時機是否限於法定救濟期間經過後，抑或得作擴張 性解釋。再者，該條須具備何要件，始可進入實質重新審 理程序，讓行政機關有撤銷或變更原處分之機會，或行政 機關拒絕時，訴願機關能否將原處分撤銷、變更或為其他 處置。接下來就利用這個機會，跟各位分享個人一些看法。在此之前，本人須先澄清一點，今日所提出之見解，主要 係自學說角度出發，與實務作法有些許歧異，但並非指實 務作法不妥當，而係提供一個反思的機會。實務與學說針

311

對程序法第 128 條適用上之差距，未來應何去何從，就職司審判之行政法院而言，本人不敢預測，但對於行政程序 重新進行之原發動機關，也就是原受理機關，只要願意踏 出改變的第一步，想必作為事後合法性審查之行政法院， 亦會為相應之見解變更。

壹、實務案例

此案例涉及警察人員考績被評定為丁等，效果為當然 免職，由此可知系爭考績評定為丁等之行政行為，係屬人 事上不利行政處分，且會影響公務人員身分關係，依公務 人員保障法（以下簡稱保障法）規定，得以復審程序救濟。嗣後該受不利益處分當事人，循既有行政爭訟途徑救濟， 先向公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）提起 復審，未獲救濟，續向行政法院提起行政訴訟，敗訴判決 確定。由於原告主張本案有程序法第 128 條之適用，因此

被告銓敘部對此亦有所回應，主張其於 85 年 3 月 25 日對

原告為免職核定之處分，於同年 6 月 8 日確定且已執行完畢，故原告又申請更正 84 年考績核定處分，顯然無程序法第 128 條規定之適用。為支持該見解，銓敘部又引用行政法院相關判決，認為一個因經過爭訟而已確定之行政處分，無程序法第 128 條規定之適用，蓋其非屬該條申請標的之範圍。臺北高等行政法院針對此部分，基本上亦持上述 立場，認為程序法第 128 條請求被告（本案為銓敘部）重新開啟行政程序，並撤銷核定免職之訴訟，業經判決駁回確 定在案，產生實質存續力，被告否准原告程序重開之申請，

312

係屬合法。惟法院一方面引用程序法第 128 條規定來作論述理由，卻未見其遵循該條脈絡予以適用，因此留予眾人解釋空間，而認為系爭個案仍有程序法第 128 條規定之適用，僅審查結果為無理由，易言之，仍得申請程序重開， 惟不構成該條第 1 項 3 個實質法定事由之一，故最終判斷結果為原處分並無違法與廢棄之問題。

該個案涉及警察集體舞弊及收賄，引發全國警察人員非常大的震撼，同時亦造成各地不同調之情形，因為同樣 是收受賄賂，臺北市政府相關處分作成之速度較快，使免職處分較早確定，嗣後法院無罪判決始作成，但相對人已 不能適用程序法第 128 條規定申請程序再開，而使該免職處分確定。惟中南部縣市機關進行之行政程序較慢，警察免職處分尚未確定，此時法院針對貪污罪若諭知無罪判決，因而得以申請程序再開，可能把因貪污或收賄而遭免職之處分予以變更。如此實務運作引發學界批評，蓋同樣一個基礎事實，因為程序法第 128 條規定構成要件不同的操作方式，導致行政程序進行較快者，對警察人員帶來較大的不利益；反之程序進行較慢者，對當事人權利侵害卻較 輕微，追求行政效率之目的，其中一個重要目的即在「人 權保障」，但在系爭個案中吾人卻發現：行政效率過快，反而對人權保障較不周全之不合理現象。

貳、行政程序重新進行之概念

一、行政程序法第 117 條與第 128 條規定之區別：

313

行政程序重新進行，學說上可區分為廣義與狹義的行政程序重新進行。狹義行政程序重新進行就是程序法第 128 條規定之情形；廣義行政程序重新進行，學說上亦將程序 法第 117 條規定納入。兩者最大的差異，在於程序法第 128 條規定必須由「原處分相對人或利害關係人」「提出申請」； 第 117 條規定則是「行政機關」本於「職權」為撤銷或變更決定。兩者有一個共通構成要件，即均針對行政處分已經過法定救濟期間，若該處分違法，機關本於職權作為者， 係屬程序法第 117 條規定之狹義程序重新進行；若係依人民申請而作為者，則為程序法第 128 條規定之廣義程序重新進行。然而就程序法第 128 條明文規定以觀，其處理結果亦得廢止原處分，因此合法行政處分已經過法定救濟期間，行政機關得否本於職權廢止之問題，與程序法第 117 條規定及第 128 條規定無涉，而係規範於程序法第 122 條規定。至於德國法上所談論的廣義行政程序再開，包括依職權進行與 依申請進行，而依職權進行又包含合法處分的申請廢止與違法處分的依職權撤銷。

## 二、實務見解：

承前所述，程序法第 117 條規定與第 128 條規定之區別，前者係依職權，後者則係依申請。表面上觀察，二者區分似乎非常明顯，惟於系爭個案，是否能為如此明確之劃分，似乎亦存有爭議，爰於此須提供一則法院實務見解， 以瞭解其對於二者區分操作上之基本立場。

臺北高等行政法院 94 年訴字第 2131 號判決所持之見

解，原則上肯定學界的分類，亦即將程序法第 117 條規定

314

與第 128 條規定均置於行政程序重新進行此一廣義概念下， 至於二者間如何區分，實務上認為行政處分發生形式確定 力後，除依程序法第 117 條規定由原處分機關或其上級機關依職權予以撤銷外，若符合程序法第 128 條規定之要件， 相對人或利害關係人亦得申請程序重開，此時自不得再任 意爭執原處分之效力。於此判決，亦可發現行政法院對程序法第 128 條規定之適用，限於行政處分發生形式確定力， 而非按照程序法第 128 條規定之明文用語「行政處分已經法定救濟期間後」，如此解釋在個案適用上可能有所爭議。

參、行政程序法第 128 條規定之立法說明及制度目的

當初程序法在制定時，官方版立法說明揭示，制定程 序法第 128 條規定之目的，在於行政處分於法定救濟期間經過後，原則上已經發生形式確定力，本於法治國的法安定 性原則要求，相對人與利害關係人皆應尊重此效力，不得 再針對已經確定之處分復加爭執。惟立法理由亦表示，為 保護相對人或利害關係人之權利，以及確保行政行為之合 法性，故符合一定條件下應准許處分相對人或利害關係人 得向行政機關申請撤銷、廢止或變更原處分。簡言之，程 序法第 128 條規定之制定目的，乃法安定性原則、依法行政原則，及人權保障等不同權利間衝突之調和機制。畢竟目前我國憲法與行政法制之設計，沒有任何一個法益恆優於另外一個法益、公益未必恆優於私益、國家利益也未必恆優於個人利益。

315

就司法院解釋以觀，自第 5 屆及第 6 屆大法官所作成之解釋文，比例原則操作模式已逐漸成熟，一部法規範縱使存有公益，若其正當性沒有優越到能限制人民基本權利之程度時，就不是公益恆優於私益的命題所得解釋，反而系爭法規範可能遭宣告違憲。行政機關以依法行政為依歸，必須捍衛政府威信，但不代表政府威信不該被影響或動搖，而此動搖有時正好是塑造另一個政府威信的契機， 亦即著眼於人權保障更為優越的信念。程序法第 128 條規定之制定，其實亦源於此，一方面立基於法安定性，另一方面絕不棄守人權保障。至於司法實務方面，亦支持此立法理由，認為行政處分雖然已生形式存續力，惟其存續力並非不可動搖，在特定條件之下仍有重新進行之可能，如此理解亦是程序法第 128 條及第 129 條規定制定之目的（臺北高等行政法院 95 年訴字第 02872 號判決參照）。

肆、德國行政程序法第 51 條第 1 項規定之中譯

程序法制定時，程序法第 128 條規定之立法理由，明白揭示繼受、參考德國聯邦行政程序法第 51 條規定。德國聯邦行政程序法第 51 條規定：「在下列情形之一者，行政機關應依當事人申請，撤銷、廢止或變更已具不可爭力之行政處分：1.行政處分所根據之事實或法律狀況事後為有利於當事人之變更者；2.有足使當事人受較為有利處分之新證據者；3.有民事訴訟法第 580 條規定之再審事由者。」明文採當事人申請原則，且申請之內容包含撤銷、廢止或變更， 此與我國規定有所不同。再者我國程序法第 128 條規定，係

316

經過法定救濟期間後之行政處分，而德國則為變更已具有不可爭力之行政處分，此乃該規範中最重要的關鍵。至於 德國法所明定之 3 款重新進行事由，與我國規定係有所對應，但也未必全然相同。

伍、人事法規行政程序重新進行之特別規定

人事行政法規中，亦有類似於程序法第 128 條規定行政程序重新進行之特別規定，即公務人員俸給法（以下簡 稱俸給法）第 24 條第 1 項規定與同法施行細則第 12 條第 1 項等規定。俸給法第 24 條規定：「公務人員俸級經銓敘部銓敘審定後，如有不服，得依公務人員保障法提起救濟， 如有顯然錯誤，或有發生新事實、發現新證據等行政程序再開事由，得依行政程序法相關規定辦理。」故人事行政 法規中，亦有行政程序重新進行的指引規定；即使人事行 政法規領域無如俸給法第 24 條規定之特別規定，亦無礙於各種人事行政措施皆可回溯適用程序法第 128 條規定。俸給法第 24 條規定僅作一個立法上連結，亦即連結至程序法相關規定。

陸、行政程序重新進行之審查模式（形式與實體要件） 程序法第 128 條規定之規範架構相當繁瑣且複雜，既為

程序性規定，同時也蘊含實質事由。關於該條規定的規範架構，學說上有所謂「二階段審查說」與「三階段審查說」之區分，我國目前通說係採「三階段審查說」，所謂三階段

317

審查結構，係指第一階段為合法性要件審查，亦即形式要件是否具備，首先必須具備一般程序要件，例如：申請人須具備行政程序當事人能力、程序能力，若有欠缺須有程 序代理人。故業經免職之公務人員，嗣後對此免職程序申請重新進行時，如已死亡，將因不具備行政程序當事人能力，以程序不合法予以駁回；第二個形式要件，為原處分 已逾法定救濟期間；第三個要件，須相對人或利害關係人提出申請，若無提出申請則屬程序法第 117 條規定的適用問題；第四個要件，須未逾越申請之法定救濟期間，此即程序法第 128 條第 2 項規定之規範意旨，其立法目的在於限制程序重新進行之申請期限，以確保法之安定性。

第二階段則為法定事由之審查。程序法第 128 第 1 項

規定有 3 款事由：第 1 款為具有持續效力行政處分，所依

據之事實事後發生有利於相對人或利害關係人之變更；第 2 款為發現新事實或新證據，但以如經斟酌可受較有利處分者為限；第 3 款為相當於再審事由且足以影響原行政處分者。惟有疑義者，於文義中尚有一個要件，即相對人或利 害關係人非因重大過失而未能於行政程序或救濟程序中主 張上述 3 款法定事由。然部分學者將此要件，置於第一階段審查，個人則認為有無重大過失應屬實質問題，故仍將其 置於第二階段審查為妥。

若前述程序再開之形式要件與實質要件皆具備，行政機關即得重新開啟行政程序，並進入第三階段審查，稱為

「實體決定之審查」，亦即程序法第 128 條第 1 項後段規定所稱原行政處分之撤銷、廢止或變更。惟在此階段，並不

318

表示行政機關一定須撤銷、變更或廢止原處分，蓋行政機關於此階段享有裁量權，而有再依行政程序重新進行，並 依相關法規範適用之結果，判斷原處分有無撤銷、變更或廢止之必要。由此可知，縱然程序法第 128 條規定賦予人民重新開啟行政程序之機會，惟重新開啟後並不保證原處分必遭撤銷、變更或廢止。原處分雖未必會因程序再開而獲得救濟，但程序法第 128 條規定建制之可貴，即在於賦予人民再次請求之機會，有機會就有重新翻案的可能。

以上為行政程序重新進行的三階段審查，層次顯明地 呈現。申請人一旦主張程序重新進行，第一個步驟乃由原 處分機關為形式要件審查，若形式要件不符合，為機關所 否准，根本拒絕人民申請程序再開，此否准申請之性質為 何？傳統見解認為乃原事件的再次接審，性質上屬重覆處 置，而不具有規制力。目前有部分行政機關仍採此見解， 然此見解似已過時，蓋行政法院已肯認程序上拒絕再開， 為一行政程序上之具體決定，與先前之實體決定係屬二事，仍有規制力，性質上為程序法第 92 條第 1 項規定之行政處分。故人民申請程序再開遭機關否准者，即可針對此 否准處分提起行政救濟。再者，程序要件具備後，進入第 二階段審查，判斷是否具有 3 個法定事由之一。此處為一關鍵，亦為行政法院向來不願將程序法第 128 條規定適用範圍予以擴張之最主要疑慮，原因在於對司法決定既判力之 尊重。然此見解是否妥適，仍有商榷空間，蓋程序再開之 情境與原處分時之情境應有所不同，雖基於同一基礎事實， 仍有發現新事實、新證據之可能，而該等新事實、新證據， 於最初作決定時或為裁判時，根本沒有被斟酌、考量而不

319

在訴訟標的範圍內，應不受既判力效力所及，始為允當。滿足第一階段與第二階段要件後，始進入第三階段審查。

部分行政機關決定與行政法院裁判，將程序法第 128 條規定之規範結構採取較單純的理解思維，惟實際上每一個階段所呈現之問題均有所差異，蓋其於行政法上所代表的意涵各有不同，尤其於往後權利救濟階段亦有所不同。

柒、行政程序重新進行之重要形式與實體要件探討一、申請人適格

實務上已有相關案例，認為程序法第 128 條規定所指

申請人，係指處分相對人或利害關係人。首先，相對人部 分不難認定，例如遭免職處分之公務人員，即屬行政處分 之相對人（於行政人事處分的領域，大部分都是以相對人 為主軸）。至於利害關係人部分，屢有認定上的難度，因為法律上所指利害關係人，非一般情感上或經濟上、事實上 之利害關係人，而係指法律上之利害關係人，亦即原行政 處分須具有第三人效力，被處分效力所及之第三人方屬此 處之利害關係人。例如某公務人員考績被評定為丁等而遭免職，其女友自然不得以利害關係人身分申請程序重開， 蓋女友至多僅有情感上利害關係。

至於利害關係人認定之操作標準，目前通說見解採「保護規範理論」，即賴以作成行政處分之基礎規範，除保護公益外，是否蘊含兼有保護特定個人利益目的在內，且該第 三人是否在該法規範所欲保護個人利益的範圍內。其詳細

320

操作，可參酌司法院釋字第 469 號解釋理由書。於人事行政領域，學界所肯認且較無爭議者，乃關於公務人員任用 甄審決定，亦稱為「公務員法上競爭者決定」，關於公務人員之陞遷，除內陞外，亦可透過對外甄選方式進行，例如有 3 位公務人員進入第二階段甄審，最後選定 A，B 與 C 未獲陞遷，此時 B 與C 立於競爭者地位，於行政爭訟上稱

「公務員法上競爭者訴訟」，惟須留意職務安定性之考量。適用公務人員考績法（以下簡稱考績法）之場合，不論將 來或現在，會否產生利害關係人之問題，恐怕在現行制度上較難被承認。雖然考績評定時，檯面下有所謂的配額比例限制，例如某甲被分配到今年考績評定為丙等，其得否以利害關係人身分申請程序再開的例子，然而，這畢竟不是法制上的運作結果，故此部分欲以利害關係人身分申請程序再開，恐怕有相當之難度。

最高行政法院 96 年判字第 1407 號判決所指涉之事實， 為非處分相對人之第三人，於判決確定後，因土地所有權 移轉而成為所有權人，行政法院對此所採的立場，認為是 否為處分相對人或利害關係人，應以原處分作成時為斷， 而非原處分訟爭過程中所產生之形式變更為準。因此系爭案件之該第三人於原處分作成時，尚未取得系爭建築基地所有權，並非原處分之相對人或利害關係人，其得否因嗣 後取得該基地所有權，以利害關係人身分申請程序再開， 即有疑義。

二、程序標的

（一）立法沿革

321

依程序法第 128 條規定提出申請之標的為何？依據法條文義，非僅有行政處分存在為已足，必須該處分於法定救濟期間經過後，所謂「於法定救濟期限間經過」之意涵， 初步文義解釋，係指原行政處分送達之日開始起算 30 天， 若處分相對人未提起訴願或復審，即為法定救濟期限間經過。於此，該處分將被評價為具有形式上存續力，所謂形式上存續力，係指無法依通常救濟程序再行主張權利救濟。

若處分相對人有提起復審，待復審決定後未於 2 個月內提起行政訴訟，亦屬救濟期間已經過，該復審決定與原處分亦告確定。於此，是否屬於「法定救濟期間經過」即 有爭議。簡單而言，法定救濟期間經過僅指未曾利用救濟程序致期間經過，抑或包含已窮盡行政爭訟途徑後的救濟期間經過？

自立法沿革以觀，經建會版本的用語為：「已不得請求撤銷之行政處分」，按其文義沒有提起復審當然不能請求撤銷，或是提起復審後遭駁回而維持原處分；再者，未提起行政訴訟而確定者，不能撤銷，或提起行政訴訟但無理由駁回而判決確定者，原處分也不能撤銷。故不得請求撤銷 之行政處分，事實上是比現行法所謂法定救濟期間經過後 之範圍更加廣泛，而延續到後續人民曾利用行政爭訟途徑而無獲勝訴判決之情況。至於行政院版本之用語，與經建會版本一致，惟立法院審議時，有委員提出文字上修正， 將其改成：「於法定救濟期間經過後」，探其修改理由，乃為契合法規範彼此間用語之一致性，而未考量到如此修正，將使申請程序再開之標的限縮於未曾利用權利救濟之

322

情形，排除已利用行政爭訟途徑卻未獲救濟者。法務部草案用語初為：「不得訴請撤銷後」，與經建會版本相同，嗣後經吳庚大法官作文字調整為「於法定救濟期間經過後」， 而與行政院版本相同。

## （二）法務部函釋

除立法沿革外，法務部作為程序法之主管機關，其函釋亦可作為法規適用上之參考依據，此處舉該部兩個具代 表性之函釋為例，其一為 97 年 6 月 16 日法律字第

0970016884 號函，其二為 98 年 4 月 15 日法律字第

0980003338 號函。吾人發現法務部函釋的立場，比行政法院還要廣泛，但仍較學界狹隘，可說係採中間說。

首先，法務部前揭 97 年 6 月 16 日函認為：「關於行政處分經行政法院實體判決確定且經再審裁定駁回，既已踐行通常之救濟途徑，即與行政程序法第 128 條規定不符」， 故不得申請程序再開。至法務部 98 年 4 月 15 日函則認為：

「非經實體裁判確定之行政處分，符合行政程序法第 128

條第 1 項規定者，當然得申請重新進行行政程序。」何謂非經實體判決確定，包含人民提起訴訟但不合法，言下之意，程序法第 128 條規定於人民曾經提起復審，且對該復審決定不服提起行政訴訟，因不合法遭駁回，仍有程序法第 128 條規定之適用。由此可知，法務部認為當事人曾經

利用權利救濟途徑，亦不失有程序法第 128 條適用之餘地， 其範圍較目前行政法院及行政實務為寬。依照目前行政機 關見解，當事人只要有提起復審或訴願，只能循司法救濟途徑，而無法依程序法第 128 條規定申請程序再開。

323

（三）行政法院裁判

行政法院的見解，大部分係採嚴格的狹義說，將程序法第 128 條規定適用情形，限於行政處分未經行政法院判決，而於法定期間經過後。換言之，當事人自始不能提起訴願及行政訴訟等權利救濟途徑，始有程序法第 128 條規定之適用。行政法院為何持如此狹隘之見解，自最高行政法 院 99 年裁字第 3303 號裁定意旨以觀，理由為經行政法院判決確定，既具有既判力，若容許當事人申請程序再開， 將對既判力構成挑戰而違反法安定性。

（四）學說見解

學界大致可略分為兩派不同見解，即留德派與非留德 派之差異。採取不以未提起行政救濟程序為必要者，包含 陳敏大法官、林錫堯大法官及李建良教授。主張即使當事 人曾經提起訴願或復審經確定，甚至行政訴訟確定，只要 符合程序法第 128 條規定之要件，仍可請求程序重新進行。

反對見解則認為必須以未提起行政救濟為必要，採此說者包括林素鳳教授、蔡志方教授還有林樹埔審判長，渠等認為程序重新進行必須以未曾提起訴願而逾法定救濟期 間的行政處分為限，此亦與目前行政法院及行政機關的見解相同。林樹埔審判長採取較為折衷的看法，視是否屬同 一事件而區分以觀，惟其基本上仍從既判力角度出發，針對程序法第 128 條第 1 項第 1 款規定情形，若發現之新事實、新證據，與原行政處分作成時的事實及證據不具同一性，而非屬同一事件，即不在原確定判決既判力的射程範

324

圍內，仍可申請程序重新進行。反之，若是同條項第 2 款

或第 3 款規定的事由，此部分事實上係立基於與原處分作成時同一事實狀態，而否定申請程序重開之可能。

（五）德國法上之比較

程序法第 128 條規定既然係仿效德國聯邦行政程序法第51 條規定的立法例，當然要追本溯源去瞭解德國法對該程序標的有何不同看法。德國聯邦行政法院的見解上相當一致，認為申請行政程序再開，並不以未提起行政訴訟為限， 採此項見解乃因德國法條規定與我國文義上描述本有所不同；至於學說見解，大致也是秉持著同一基本立場。

（六）評析

第一，程序法第 128 條規定之文義，應不限於條文上所規定之「逾法定救濟期間之行政處分」而已，應擴張至基於任何原因而產生形式存續力之行政處分，尤其係已提起行政救濟，並經行政法院判決確定之行政處分。

第二，程序法第 128 條第 1 項但書規定：「相對人或利害關係人因重大過失而未能在行政程序或救濟程序中主張其事由者，不在此限。」文義明白揭示有「救濟程序中」， 顯然意味立法者並不排除相對人或利害關係人得提起訴願 或行政訴訟，針對不利益處分尋求救濟之可能。是以，程序法第 128 條第 1 項規定「行政處分於法定救濟期間經過」及「未能在救濟程序中主張其事由」兩部分，呈現出規範 文字形式上相互矛盾之現象。上述我國行政法院向來所採 經判決確定之行政處分，不得作為申請程序再開標的的見

325

解，即不必然是文義解釋當然之理，亦非唯一正確的論， 程序法第 128 條第 1 項規定文義本身即容有解釋空間。回

顧學界立場，較著重制度目的及規範本質，由程序法第 128 條規定建置目的觀察，乃法安定性、依法行政及人權保障 的折衝機制，既然帶有人權保障目的，當然不限於行政程 序，司法程序階段亦有此條人權保障適用的問題。依法行 政亦復如此，行政機關須依法行政，行政法院亦須依法審 判，所以行政處分如客觀上存在違法情事，不宜區分成行 政處分違法始有重新開啟程序之機會，而司法違法則排除重新開啟程序之可能。故從申請程序再開制度目的來思考，目前實務上所採取之限縮解釋，恐有反思的空間。

第三，行政法院認為程序再開之申請，應排除當事人已提起行政爭訟的情形，以避免對既判力產生衝突。吾人 認為應不至於如此，因為行政程序重新進行，並非毫無要 件得開放，倘以原系爭事實為標的提起行政訴訟，當然為 既判力效力所及，基於權力分立原則而有尊重司法權之必 要，爰有前述理論的產生。程序法第 128 條規定行政程序再開有 3 款法定事由，其中若有所規範的新事實、新證據， 則其與原訴訟標的及初始事件，業產生質變效果而有所不 同，自然不受既判力效力範圍所及。所以法院提出既判力 的說法，將行政程序重新進行限縮於未提起行政救濟前， 恐難以獲得支持。

綜上，吾人綜觀學說、法務部函釋及立法沿革等見解， 認為程序法第 128 條規定程序重新進行之標的，得擴張及於人民曾提起復審或行政訴訟，經判決確定後，而有新事實、

326

新證據之發現者，亦允許其申請程序再開。

捌、行政程序重新進行與其他法律救濟途徑間之關係

假使吾人對上述命題可接受，則現行爭訟制度中還有 其他特殊的救濟途徑，亦與法安定性及避免牴觸既判力有 關，程序重新進行與這些機制間關係為何？例如訴訟法上 再審程序，其再審標的正好是確定判決，與此類似之救濟程序尚有訴願法中訴願的再審，以及保障法中復審的再審 議，彼此間是擇一、併行還是其他關係。吾人將此類相關 制度作進一步的體系化分析，大概歸納出以下數觀點：

第一，當行政處分尚未發生形式確定力，未逾越法定 救濟期間，當事人即使依程序法第 128 條規定申請程序重新進行，行政部門亦得不予處理，蓋此時尚非使用程序重 新進行的時機，當事人應循通常救濟途徑主張權利，即於 原處分送達後 30 日內提起訴願或復審，若訴願或復審決定未獲救濟，應於法定期間內提起行政訴訟。當事人若另外 逕行提出程序重新進行之申請，行政機關亦可以程序不合 法予以駁回。

第二，行政處分一旦產生形式確定力，上開論述既然 肯認提起行政救濟後，仍得主張程序重新進行，則其與訴 願、保障法上再審（議）或行政訴訟法上再審之間，立於 何等關係？此部分學說容有不同的見解，吾人嘗試整理後 提供各位參考：

有學者認為該等救濟程序擇一供人民選擇，惟一旦選

327

定後，即不得再依其他機制主張。易言之，當事人可以選用程序法第 128 條權利主張救濟，亦得選擇再審程序。不過吾人認為，倘由人民自由選擇，恐怕會忽略既有救濟途徑中關於再審制度的設計意旨，因此宜認為程序重新進行事 由與爭訟法上再審程序，有重疊之處，亦有未重疊之處， 前者例如程序法第 128 條第 1 項第 3 款規定，當事人既然已利用權利救濟管道，即應依循爭訟法上之特殊救濟途 徑，亦即優先提起再審，除非當事人未曾開啟權利救濟， 則可依循行政程序之程序重新進行救濟，否則一旦進入訴 願、復審或行政訴訟等程序，即應以各該權利救濟之特殊 途徑主張，而不得再主張程序重新進行。至於程序法第 128 條規定之開啟事由，亦有與爭訟法上之再審事由不一致者，該條第 1 項第 1 款規定，據以作成持續效力處分所依

據之事實事後有所變動，同條項第 2 款規定，發生新事實或發現新證據而可受較有利之處分，既然程序法第 128 條規定就此等非再審事由有獨立之開啟事由，則不妨讓當事人 主張程序重新再開。於此，吾人係採取較細膩的區分方式， 依照不同事由作劃分，提供給各位參考。

玖、申請程序重新進行之准駁的法律性質

若當事人申請程序重新進行，原處分機關或其上級機關認為不符程序法第 128 條規定要件而否准，人民對此否准決定，得否提起行政爭訟？此問題關鍵在於申請程序重新進行的否准，其法律性質為何？早期學界與實務均認為此 否准決定不具有法律上規制力，僅屬學理上所稱「重複處

328

置」，性質上為事實行為，故人民不能針對此否准處置主張權利救濟。惟現今見解，該否准處置恐非單純之事實行為， 保訓會 96 年公審決字第 0769 號復審決定認為：「銓敘部對於復審人上開依法提出程序再開之申請，自有繼續進行其 後續事宜，亦即作成行政處分之義務。」故其性質上應屬 行政處分，申請之相對人得開啟後續救濟途徑。此見解不僅保訓會採取，最高行政法院 99 年判字第 477 號判決亦表示支持，其認為：「既係拒絕上訴人申請重新進行行政程序之程序上決定，影響上訴人權益，自屬一行政處分，而容許上訴人提起行政救濟。」綜言之，該否准決定，性質上為行政處分，在現今法制上應無疑義。

拾、駁回申請之法律救濟

吾人區分為兩種情形討論，第一種情形為作為第一次 決定的行政處分尚未窮盡通常救濟途徑，若申請人提出程序重新進行申請，由於行政處分尚未逾越提起訴願之法定不變期間，本於通常救濟途徑優先於特殊救濟途徑之權利行使架構，行政機關似可將相對人或利害關係人之申請程 序重新進行，轉換為訴願之提起，逕將案件移送訴願受理機關審議，蓋同為行政權行使之機關，並不違反權力分立 原則。綜言之，行政機關須探求當事人或利害關係人所提 起之申請，是否具有對原處分不服之意思，若有則行政機 關應盡闡明義務，促使申請人將原程序轉換為訴願程序進行即可，不應以不符程序重新進行形式要件而逕予駁回。

329

若申請人業已提起行政訴訟，僅尚未經法院確定終局判決，則行政機關應以程序標的不合法為由（尚不具備不可爭訟性），否准其申請。申請人若不服該否准決定，自應依訴願及行政訴訟途徑提起救濟。惟此時單純以撤銷訴願 或撤銷復審類型為主張，恐無法達到申請人提起之目的， 蓋其目的在於要求行政機關作成一個核准程序重新進行的決定。故人民應有程序重新進行之法律上請求權，較妥適的救濟途徑應為課予義務訴願（復審）及課予義務訴訟。 另外，就否准處分所提起之課予義務訴願法律上依據為何？學說見解認為應以訴願法第 1 條規定之撤銷訴願為基

礎；惟實務見解則認為應類推適用訴願法第 2 條規定。至於保障法之操作如何，則仍有討論空間。

拾壹、申請行政程序重新進行不變期間之計算

雖然行政程序重新進行是鬆動法安定性的機制，但其不安定狀態不可永遠懸而未決，因此立法者對於申請程序 重新進行的期限有所限制，若申請人未於法定期間內提出申請，行政機關應以程序不合法予以駁回。最高行政法院 99 年判字第 477 號判決意旨，係涉及新舊法制銜接時，期間應如何計算的問題。換言之，程序法公布前，因為沒有第 128 條第 2 項但書規定之 5 年期間限制，則系爭處分應如何計算程序重新進行期限之問題。該判決認為：「若謂行政程序法施行前已確定之行政處分，關於該法第 128 條第 2 項後段但書 5 年請求期間之起算，均應自 90 年 1 月 1 日行政程序法施行時起算，則將使於行政程序法施行前之長久

330

期間業已確定之行政處分，均得依該規定請求重新行政程 序，嚴重破壞法安定性，自有違該條立法含有尋求法安定性及行政合法性衡平之意旨，是自法定救濟期間經過後已逾 5 年者，應仍不得申請重開行政程序。」

拾貳、重新進行之實體決定

關於程序重新進行的實體決定，就程序法第 128 條規定之文義觀察，凡符合 3 個法定事由之一者，行政機關即可能作出程序重新進行之決定，進而將原處分撤銷、變更或 廢止；反之，若未具備該等事由之一，則行政機關不可能作出准許程序重新進行之決定。以下吾人摘錄些許重要觀念供參考，其同時亦屬目前行政法院實務基本立場。

第一，申請人在法定期間內申請程序重新進行，符合程序法第 128 條第 1 項規定要件時，行政機關應為「撤銷」、

「變更」或「廢止」行政處分，仍應視行政程序重新進行之事由而定。換言之，依照程序法一般法理，原處分應否 撤銷係針對違法行政處分為標的，且違法與否應以原處分 作成時為判斷基準點。至於具持續效力行政處分，其違法 與否之判斷基準點與不具持續效力之處分有所差別，若原 處分作成時係合法，但因後續事實或法律狀態發生有利於 人民之變更時，原處分機關亦可透過程序重新進行方式， 將原處分加以廢止。由此可知，程序法第 128 條規定作為鬆動法安定性原則的機制，其規範目的有二，其一乃維持行 政處分之合法性；其二係人權之保障，即使原處分合法，

331

但因嗣後情事變更對人民較為有利者，透過程序重新進行，亦可將原處分予以廢止。至於行政程序重新進行後對原處分應為撤銷或廢止，端視原處分機關的態度而定，若其能採取較為開放且彈性的立場，作出廢止原處分並使人民享有更有利法律狀態，亦不失為一良善的行政。畢竟現代行政革新之理念，非常強調所謂良善的行政，歐盟基本 法草案中亦有相關明文。誠如各位所知，現在行政革新、政府再造之方向，並不是要求合法性的提高，而是要求提高行政效能。是以，行政處分之事實或法律狀態發生有利於人民變更，行政機關不應畏懼將其廢止，且廢止合法處 分，不代表承辦人員有過失，反而更應鼓勵承辦人員。

第二，程序法第 128 條第 1 項第 2 款規定發現新證據， 依通說見解，所謂新證據係指原處分作成時即已存在，但 行政機關或相對人不知悉而未予主張及斟酌者。故行政法 院認為既然作成處分時即存在該證據，理論上應屬同一性 問題，因此行政機關未斟酌該新證據而作成原處分，乃涉 及合法與否之疑義。再者，程序法第 128 條第 1 項第 3 款規定之再審事由，行政法院認為亦涉及合法性問題，所以 如果認為原處分不妥當者，應屬撤銷的問題。反之，程序 法第 128 條第 1 項第 1 款所指具持續性行政處分所依據之事實或法律，事後發生有利於相對人或利害關係人之變更，由於原處分作成時屬合法，僅事後發生有利於人民之變更，因此屬廢止的問題。

接下來有一點須特別說明，就同條項第 1 款所謂具有持續效力之行政處分，係指行政處分規制內容並非作成時

332

執行完畢即告結束，而是規制效力具有持續性效果。於一 般行政法領域，例如停止營業、拒絕核發營業執照或建造 執照的核發等皆具有持續效力。至於人事行政領域，例如公務人員任用、免職，同為具有持續效力之行政處分。故 原處分作成後，所依據之事實或法律狀態發生有利於人民的變更，此時為程序法第 128 條第 1 項第 1 款之情形而得予以廢止。回顧前述警察同仁集體收賄與舞弊之案件，某些 警員被解職時，法院判決尚未作成，所以非屬程序法第 128

條第 1 項第 2 款規定之情形，應適用該條項第 1 款規定。故若法院嗣後判決該等警員無罪確定，係屬具持續效力處 分所依據之事實或法律狀態發生有利於人民之變更，遭解 職警員得據此申請程序重新進行，由原處分機關將合法之解職處分廢止，而有回復原職務之可能。

綜上可知，行政機關認為申請符合程序法第 128 條第 1

項 3 款規定事由之一，即進入第三階段實體要件之審查， 此時各該行政機關對原處分之處理即有裁量權。至於裁量基準何在，必須回溯原處分所適用之相關實體法規範為斷。例如回溯俸給法，根據新事實或新證據，本於依法行政判斷原處分是否違法或應否撤銷；又如回溯考績法，或公務人員任用法，其後根據新事實或新證據，依各該專業法律再作成是否撤銷、變更或廢止原處分之決定。故程序法第 128 條規定非重新撤銷、廢止或變更原處分的實體上依據，僅屬程序性規定，提供人民依據該條發動程序重新進行的機會。倘程序重新進行之形式要件與實質要件均具 備，行政機關須開始考量原處分之合法性與合目的性時， 應回溯各該專業法律規定以為斷。

333

拾參、授益行政處分之行政程序重新進行

依據程序法第 128 條規定之架構，尤其係該條第 1 項

第 1 款情形，應理解為原處分對人民不利，所依據之事實或法規事後發生對人民有利之變更，行政機關即應廢止原 處分。惟在實務上，尤其在人事行政領域，有時第一次行 政處分可能是對人民有利，例如俸給之核定原為 500 俸點，

但相對人認為應核定為 530 俸點，則能否據以申請程序重新進行？最高行政法院認為，人民申請行政程序重新進行，不以原處分屬狹義之干預行政為限，亦可包括授益處 分，事後發生較有利於人民的變更。最高行政法院認為原 處分是否有利於當事人，乃相對比較之概念，故具有持續效力之行政處分於作成時雖屬合法，依當時情形係有利於人民，然所依據之事實事後發生變更，且斟酌此事實應係更為有利於相對人之處分者，亦得申請程序重新進行，據以廢止原處分。蓋本於人民權利保護角度以觀，應無不許 朝更有利於人民方向變更之理。尤其人事行政領域，發生 之情形更為頻繁，畢竟相關政策時常變動，且隨著法制的 大量修正，不論加薪或考績核定等措施，變動幅度亦相當 大，倘因此對公務人員更為有利，雖然原處分係屬合法， 惟據以作成之事實或法律發生更有利之變更，行政機關廢 止原處分進而作成更有利處分者，仍不失為依法行政之貫 徹。

結語

以上是今日針對行政程序重新進行議題，個人認為幾個比較重要或較具爭議性的爭點，提出向各位報告。再次

334

強調，今日所提出的大部分見解，多從學界角度出發，與 目前實務作法大相逕庭，目的是提供各位從不同角度作思 考，將來縱使未必能在行政作業實務上發生立竿見影之效 果，但如果各位有這樣的想法，本人亦覺得相當值得。畢 竟能夠朝向良善的行政目標邁進，即不失為行政革新正確的方向。

335

三、性騷擾事件之各種權利保護程序及其相互關係壹、時間：100 年 6 月 17 日（星期五）

貮、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室參、講座：臺灣大學蔡宗珍教授

本文大綱前提認識

壹、問題的提出及擬探討的法律適用爭議貳、情境、身分與性騷擾問題

參、性別工作平等法與性騷擾防治法關於性騷擾事件規範情形之比較

一、性別工作平等法之規範內容

二、特別討論：性別工作平等法第 2 條第 2 項、第 3 項規定之意涵

肆、性騷擾事件之各種權利保護程序及其相互關係

伍、行政機關內部就公務員間性騷擾事件成立與否之決議的法律屬性及其救濟途徑

結論Q＆A

336

前提認識

本討論議題有其共通之內容，但對問題的見解有不同 討論方式及結論，而澄清問題便是解決問題的前提，然而澄清問題並沒有如此容易，因此先以澄清問題為目標，待澄清後復提出個人見解。

性騷擾事件涉及法律責任之一部分，可能涉及民事、刑事及行政法層面。現行法制面涉及性騷擾事件處理有三部法律，其一是「性別工作平等法」，於 2002 年制定時稱

為「兩性工作平等法」，因為有歧視意味，於 2008 年改稱

為「性別工作平等法」；其二為 2004 年制定的「性別平等

教育法」，以及 2005 年制定之「性騷擾防治法」，並於 2006 年實施。「性別工作平等法」主要是建構性別平等之工作環境，而性騷擾是干擾職場工作平等之要素，本法關於性騷 擾部分只有兩條，規範內容主要是關於職場工作平等；「性別平等教育法」主要是規範校園內的平等教育環境，比「性別工作平等法」處理性騷擾事件周詳許多，於性騷擾事件， 至少需當事人一方為學生始有其適用，教職員間性騷擾事件則不會適用「性別平等教育法」；「性騷擾防治法」則係直接對性騷擾事件進行一般性、抽象性之規範。

校園性騷擾事件務必有一方為學生，始依據「性別平 等教育法」處理。根據「性騷擾防治法」規定，在調查機關作成調查認定後，必須告知地方主管機關，有無此等作為，攸關「性騷擾防治法」是否啟動，以及校園性騷擾事 件如何與「性騷擾防治法」產生關聯。

337

發生在公務員之間的性騷擾事件與「性騷擾防治法」有無關聯，還是自成一個內部關係，與外部一般性、抽象性「性騷擾防治法」無關聯。第一個層次要釐清有無關聯， 若受性騷擾學生向地方主管機關提出權利救濟，老師有無依照「性騷擾防治法」相關規定予以裁罰。補充一個前提認識，前述三部法律，唯一針對性騷擾行為本身進行規範， 直接建立一個普遍性的行政法義務予以處罰者，僅有「性騷擾防治法」。「性騷擾防治法」將不得為性騷擾行為設定 為義務，違反此項義務，即予裁處，最高可罰新臺幣（以下同）10 萬元。若彼此間有權勢關係，例如老師對學生、上司對下屬、雇主對受僱人之情形，還將加重處罰。

至於其他兩部法律皆無直接對加害人予以行政法上裁處。發生於行政機關之間，若當事人具公務員身分而發生 性騷擾爭議，應如何提起救濟程序，最後能否向公務人員 保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）主張任何權益保障？ 追本溯源，此些主張為被害人者，如何追究加害人行政法 上義務違反之責任。進一步言，被害人追究加害人行政責任之際，會否因為自己與加害人的職場屬性、時間、地點 而有所不同？由此延伸出一個顯而易見的問題，亦即會否 因為彼等身為公務人員，性騷擾事件在公法上承擔義務違 法的行政不法性會否因此降低。

壹、問題的提出及擬探討的法律適用爭議

倘若某人是被害人，欲追究、控訴遭受性騷擾，誰有

338

權限及義務調查認定，以及性騷擾事件成立者，後續行政法上效果為何？這些基本問題均涉及三部法律解釋適用之 問題，是以，不妨聚焦於系爭法律規定中的「性別工作平等法」上。根本問題存在於「性別工作平等法」第 2 條第 2 項規定，不難理解得出「性別工作平等法」於軍公教人員 亦有所適用；同條項但書規定，「性別工作平等法」第 33

條、第 34 條及第 38 條規定不在適用之列，例如該法第 34 條有關受僱人發現雇主沒有按照性騷擾防治法之要求，可以主張權利保護，主張程序上這條規定沒有適用餘地，蓋 軍公教人員的申訴救濟處理程序是依照既存的法律規定。

「性別工作平等法」的規範意旨欲將軍公教人員納入，但有前揭3 條規定不予適用，補充的就是既有的人事法規。「性騷擾防治法」第 1 條第 2 項規定，性騷擾事件處理依照性騷擾防治法規定，本法未規定者適用其他法律。惟適用「性別平等教育法」及「性別工作平等法」時，除第 12 條、第24 條及第 25 條規定之外，不適用「性騷擾防治法」。「性別

## 工作平等法」第 2 條規定，軍公教人員原則上亦在適用之列，申訴救濟程序依照各該人事法律規定。何等事項適用

「性別工作平等法」或「性騷擾防治法」，對於性騷擾事件又規範了什麼事項，在相關事項只要涉及公務員，引發之 爭議就紛擾不休。

個人認為，就性騷擾行為本身及性騷擾行為人直接加諸行政法上義務之規定僅有「性騷擾防治法」，且只有「性騷擾防治法」對於性騷擾行為及性騷擾行為人有行政法上制裁規定。若當事人對其遭受性騷擾行為要求法律的公平對待，離開「性騷擾防治法」就無解了；若被害人要求機

339

關對於行為人施予行政法上制裁，亦僅有該部法律，直接 處罰性騷擾行為人的性騷擾行為。加害人的職場身分屬性會影響有調查認定作為義務的機關單位，進行調查取決於 加害人的職場屬性，加害人的職場屬性不會豁免其行政法上的責任。再者，公務員間產生性騷擾爭議，倘公務員要針對性騷擾行為主張權益救濟，而非服務機關就工作環境及管理措施之維護者，行為人將無法取得與保訓會審議職權的關聯性，蓋保訓會無法給予性騷擾行為加害人行政法上有效制裁及處理，縱使保訓會多開了一道救濟程序，這道保障程序僅可能係再申訴程序，無論如何，加害人都不會因此直接面對行政法上義務之要求。

貳、情境、身分與性騷擾問題

首先，加害人的身分屬性可區分為一般人、軍公教人員或在民間企業任職者。其次須否區分有疑義者，為被害人的身分，若有區分必要，可將受僱人分成一般人或軍公教人員，「性別工作平等法」係以受僱人為主，而將軍公教人員視為受僱人同等對待。

另外，針對行為情境的問題，「性別工作平等法」針對職場，至少區分為被害人職場工作及日常生活。大致可能區分成 3 組模式，第 1 組模式：加害人是公務員，被害人是執行公務中的公務員、非執行公務中的公務員、執行公 務中的民間受僱人、非執行職務中的民間受僱人，以及第 三人；第 2 組模式：加害人是受僱人；第 3 組模式：加害

340

人是一般人。加害人身分屬性將影響相關調查程序，亦即 由誰主導法律上調查程序。如果進一步觀察所有情境，一般人對他人性騷擾是「性騷擾防治法」的問題，如果被害人不是在執行職務即與「性別工作平等法」無關，因該法 需要與工作職場有所關聯。一個公務員對另一個公務員或 民間受僱人為性騷擾行為，或民間受僱人對執行職務之人為之，究有何不同？「性騷擾防治法」能否適用於具有公 務員身分之人或民間受僱人？若有適用，則可解決權利救 濟程序之問題。

最後涉及救濟機關之議題，公務員之救濟機關不會是 保訓會。一個地方法院人員認為受到同一機關人員性騷 擾，欲主張相關權益救濟時，一定要先向加害人所屬機關 提起救濟程序，亦即須向所服務之法院提起申訴，法院決議性騷擾事件不成立時，續向保訓會提起再申訴救濟，保訓會認為無涉公務人員保障事件者，僅能依其他救濟程序 為主張。何謂其他救濟程序，回到「性騷擾防治法」相關規定，就是地方法院所在地之地方政府，該公務員向地方 政府提起再申訴案，地方法院主張應依循各該人事法規處 理，而非屬地方政府可得管轄的，於此，該公務員連請求 的救濟管道都付之闕如。保訓會不提供再申訴救濟程序， 地方政府也不提供再申訴救濟程序，整起事件遂到此告一段落。

例如非服務於法院的丙，主張被服務於法院的乙性騷擾，這時丙當然應向乙所服務的法院提起申訴，倘法院決定性騷擾事件不成立，丙可依「性騷擾防治法」規定之相

341

關程序，向地方政府提起再申訴，按照法律規定之管轄受理機關，地方政府一定要受理。加害人會否因其職場屬性 被指控為性騷擾而有不一樣的處理結果？以現行法規範而言，不會被處以罰鍰，這種結論可能被支持的。

參、性別工作平等法與性騷擾防治法關於性騷擾事件規範情形之比較

接續討論關於性騷擾之定義、規範領域與規範內涵的差異。首先比較「性別工作平等法」與「性騷擾防治法」兩部法律規範內容為何、如何適用及其救濟程序。保訓會對於保障事件開啟再申訴救濟程序有相當的自主空間，即使保訓會受理此類事件，未必即能解決相關問題。上述兩 部法律均就性騷擾為立法定義，卻未盡相同，若再參酌「性別平等教育法」之規範，定義內容仍未盡一致，蓋規範標的本有所不同。

一、性別工作平等法之規範內容

「性別工作平等法」顯而易見連結到工作職場，很關鍵的是將受僱人置於被保護地位，在職場上，雇主則處於法律作為義務人的地位，應提供受僱人權益保護以及不受 到性騷擾之環境。何謂性騷擾，第 1 種是受僱者執行職務

情境、第 2 種情境是針對雇主，亦即雇主對受僱者或求職者關於勞務契約的關係，蓋「性別工作平等法」高度課予雇主承擔行政法上相關作為義務，對象上還包含軍公教僱用機關。有勞務關係存在，始符合性騷擾之定義，亦因存

342

在著如此的規範性定義，該法有關性騷擾之規範意旨即在 維護職場工作權及平等權。整部法律的立法目的，即在於 受僱人應受到保護，雇主則被要求竭力防治職場上性騷擾之發生，並課予雇主具體作為義務，例如規模達 30 人以上公司，雇主必須制訂防治性騷擾相關措施、申訴及懲戒救 濟辦法，並公開揭示該等規範。其中較為重要者，是相關 規範適用於所有雇主，雇主知悉性騷擾事件之發生，必須即時採取糾正等補救措施，確保職場不會出現性騷擾行為，一旦出現，即應進行各種排除及補救措施。「性別工作平等法」並非著眼於處理性騷擾行為的程序，毋寧係要求性騷擾事件發生之際，雇主應即時補救及排除，而不在於加害人應承擔何等法律上後果。

二、特別討論：性別工作平等法第 2 條第 2 項、第 3 項規定之意涵

整部「性別工作平等法」並未對性騷擾行為及行為人為直接規範，亦無課予公法上義務及過去行政裁罰之相關規定。該部法律建構者，係對於他人性騷擾時，雇主與行為人要負起民法上損害賠償責任。關於「性別工作平等法」第 2 條第 2 項及第 3 項之規定，何謂「本法於公務人員， 教育人員，軍職人員亦有適用」，意即具有公務人員、教育人員或軍職人員身分之人員。「軍公教人員」非著眼於人員身分，而是「性別工作平等法」適用於環境關係，是雇主與受僱人建構之職場上關係，此處遇到之問題，整部法律均在處理職場關係，何故特別強調軍公教人員？軍公教人員指的是雇主一方抑或是受僱人一方，此點須進行法律解

343

釋，「性別工作平等法」第 2 條第 2 項規定尚無從望文生義， 從體系解釋出發，所謂「軍公教人員亦有適用」係指此等 職場關係，仍然必須瞭解誰是被保護者，誰是被要求者。此處當然係追求受僱人執行職務時有不被性騷擾的權利， 因此指的是性騷擾行為發生時，應被保護的身分，而不在 於性騷擾行為人的身分。

在何種情況發生亦有解釋的必要，如果人民至行政機關對承辦公務人員進行言語性騷擾，此即符合「性別工作平等法」受僱人在執行職務遭受性騷擾之定義，對於被民眾性騷擾的公務人員亦有其適用，重點在於後續不能啟動公務員懲處等內部裁罰程序，而是機關應予補救受到性騷擾之公務人員。如果該公務人員對於受性騷擾之處理不滿意，還是要適用「性騷擾防治法」方能對加害人施予制裁。如果區辨法律定義及相關規定，將得到如此解釋。解釋身分屬性，應回到軍公教人員，不能著眼於人的身分，而是強調職場上關係，且職場中應予保護者係被害人。該條第 3 項規定軍公教人員申訴救濟程序按照各該人事法律規定為之，係呼應同條第 2 項但書之規定，以受性騷擾之被害人為規範核心。性騷擾行為基本法在於「性騷擾防治法」，這部法律係直接以防治性騷擾以保護被害人，而直接對於性騷擾行為為具體規範。這部法律性騷擾定義涵蓋範圍最廣，沒有職場之限制，亦沒有身分之限制。

肆、性騷擾事件之各種權利保護程序及其相互關係

344

「性騷擾防治法」建立了廣泛所屬工作職場機制以補充警察機關調查方式，此即所謂「公私協力」。員工間性騷擾事件，如果未予調查處理，雇主將受到處罰。公私協力與加害人社會職場關係係緊密結合。加害人服務於公機構

（部門），由加害人服務機關進行調查；倘加害人服務於民間企業，由企業主進行調查；無雇主則由警察機關進行調查。適用「性別平等教育法」及「性別工作平等法」者， 不再適用「性騷擾防治法」，立法者避免規範衝突，「性別工作平等法」係維護職場工作上之平等，致力於消除職場上性騷擾，要求雇主防護工作環境中不發生性騷擾，因此是規範雇主，而非規範性騷擾行為人，性騷擾行為本身並未於「性別工作平等法」中規範，除非欲處理者係性騷擾行為雇主的防護義務，否則不會適用「性別工作平等法」， 如欲處理者係性騷擾行為本身，而不是職場工作之環境， 則僅能適用「性騷擾防治法」。

「性別工作平等法」並非直接對於性騷擾救濟程序的有權機制。軍公教人員部分並未另行設計相關規範，而是 回歸軍公教人員既有之人事法律，連一般人民「性別工作 平等法」都沒有給予公法上處理機制，要求 30 人以上雇主應主動訂定相關申訴救濟程序，主管機關行政院勞工委員會（以下簡稱勞委會）有提列雇主形成申訴救濟程序的範本，「性別工作平等法」沒有法律上屬於外部法的救濟程序，只有內部救濟程序。如果受僱者或求職者依照雇主制定救濟程序係屬職場內規，對性騷擾事件提出申訴救濟仍屬內部關係加以處理。如果受僱人受到同一職場人員性騷擾，可以依照公司內規要求公司處理，內規當然不能阻斷

345

法律救濟程序。因此如果受僱人遭同家公司同事性騷擾， 認為問題不在雇主而在性騷擾行為人，如果公司調查後認定性騷擾不成立，被害人可向地方政府提起再申訴，若地方政府推翻申訴認定，認為再申訴有理由，性騷擾事件成立，地方政府可逕對性騷擾行為人裁罰。

「性別工作平等法」之救濟程序係內規，不直接具有法律位階地位，自然不得阻斷被害人享有之公法權益地位，包含程序上保障。以公務人員為例，倘公務人員間發 生性騷擾事件，某甲控告某乙執行職務時有性騷擾行為， 加害人所屬機關調查後認定性騷擾事件成立，機關即會採取公務人員之懲處機制，懲處處分啟動後續救濟程序。加害人所屬機關倘認定性騷擾事件成立，進行後續懲處，保訓會可提供保障救濟之程序，若非屬行政處分之管理，可提起再申訴，若懲處已達改變公務人員身分，保訓會亦可介入審理。然而保訓會非介入性騷擾事件之認定，而是介入其懲處之法律效果。

「性別工作平等法」及「性騷擾防治法」均有申訴救濟途徑，公務人員保障法亦有申訴、再申訴救濟途徑，二者係完全不同的救濟管道。「性別工作平等法」之申訴程序，係由雇主所訂定的內規所啟動之救濟程序，而民間企業之性騷擾申訴處理辦法，依然是內規性質，被害人提起申訴救濟，與保訓會所進行之再申訴救濟程序截然不同。

「性騷擾防治法」亦定有申訴、再申訴程序，其中再申訴程序係屬於地方政府所管轄，至申訴程序則是由第一線調查單位，可能是民間企業、學校、部隊或服務機關等所管

346

轄。

伍、行政機關內部就公務員間性騷擾事件成立與否之決議的法律屬性及其救濟途徑

「申訴」這個名詞不能以詞害義，因其係完全不同脈絡，不服申訴逕向保訓會提起再申訴？這是很重大的法體系錯亂。「性騷擾防治法」建立了公私協力機制，申訴程序中進行調查，係由加害人所屬部隊、學校、機關或僱用人為之，涵蓋所有公私部門；若加害人沒有部隊、學校、機關或僱用人時，由事件發生地之警察機關進行調查，這是 一項尚存有許多待決實際問題之公私協力機制，調查及認定結果應通知當事人及地方主管機關。

第一線調查機關可能是公部門或私人機構，對性騷擾事件所作之調查結果，是否屬行政處分性質，爭議不休。進行調查者係公部門，是否為行政處分，不僅視調查機關

（構）是否為公部門，仍須視該行政行為是否具外部法效 力之規制意涵，若尚未具備任何外部法律效果，則非行政處分。於調查後，可能是由公部門或私部門調查義務單位作成調查報告，通知予當事人及地方政府，然而該調查報告並非行政處分，僅是調查事件結果之事實通知。至於由 受理之地方政府進一步據此認定而適用法律並作成有法效 果之決定時，行政處分性質即會呈現。

地方政府接獲調查通知後可能有兩種作法，如果性騷擾不成立，地方政府發函予申訴人、被害人，敘明申訴案

347

不成立，此即為行政處分；如果地方政府按照調查報告， 作成裁罰處分，當事人未提起再申訴，其行政處分的性質更是明顯。因此應視其是否由有權機關所作成之具有外部 性、規制性公法上的意思表示而定，相關當事人均可提起 再申訴。

「性騷擾防治法」之申訴程序，有可能出現在私部門， 亦即民間僱用人，非屬公法上之申訴程序。加害人所屬機關中調查義務單位，其實並非法定組織，法定組織應為加害人所屬機關、部隊、學校或機構。此些具有法定調查義務者，違反該調查作為義務者，將會受到處罰。行政機關內部對公務人員性騷擾事件成立與否之決議，為何尚有救濟程序。性騷擾事件發生於公務人員間，假如被害人欲追究該性騷擾行為，非職場工作環境僅能依「性騷擾防治法」之救濟程序，應向加害人所屬機關提出申訴，該機關有義務進行調查，調查結果應通知當事人及地方政府。當事人可依調查結果提起再申訴，地方政府應進行再申訴之調查程序，於此階段均屬事實認定部分，後續才有地方政府就性騷擾事件成立與否作成決定。從「性騷擾防治法」可以清楚知悉，這部法律和公務人員保障法並沒有關聯，亦即與保訓會不會有關係，主要仍是由地方政府處理。地方政府對此一再申訴案之處理，不論結果成立或否定，均具有行政處分性質，後續都可以向行政法院提起相關訴訟以為救濟。

「性騷擾防治法」所稱之「申訴、再申訴」與公務人員保障法所稱之「申訴、再申訴」意涵並不相同。只要涉

348

及公務人員議題，即使適用特別權力關係，仍不應排斥「性騷擾防治法」之適用。如果依照「性騷擾防治法」申訴， 認定性騷擾事件不成立，「被害人」可向地方政府提起再申訴；倘性騷擾事件成立，「加害人」可向地方政府提起再申訴，救濟方式清楚可辨，與加害人有無公務人員身分而須受相關人事法令拘束，並無太大關聯性，關鍵在於對「性 騷擾防治法」適用上的認知，以及地方主管機關的態度。「性騷擾防治法」之主管機關為內政部，「性別工作平等法」之主管機關為勞委會，至於「性別平等教育法」之主管機關 則為教育部，都必須面對上述問題，地方主管機關才能區 分其應否受理。「性騷擾防治法」立法政策亦有被檢討之處，畢竟建構公私協力機制，救濟程序應有明確指示或標準可循，即使保訓會提供保障救濟之程序，亦即開啟再申訴程序，至復審程序係針對行政處分所設，再申訴程序則 仍屬公務人員之內部保障程序，不服再申訴決定者，仍無法向法院提起司法救濟。

保訓會於受理是類保障事件時，係對原認定事實再次 調查，抑或是創設內部法律效果，保訓會救濟程序之相關規定，非見諸於「性別工作平等法」，亦無法引用「性騷擾防治法」，而係回歸公務人員保障法所定之救濟規範，因此法律適用上即可能產生問題，將同一性騷擾事件切割為性騷擾之事實認定及其法律效果。性騷擾調查機制係由加害人所屬機關或警察機關作事實認定，地方政府決定後續之 法律效果。「性別工作平等法」係對雇主課予公法上之作為義務，性騷擾事件成立與否，按照雇主訂定之內規或既有人事法規命令，倘沒有法律效果，被害人即應回到「性騷

349

擾防治法」始能對性騷擾行為人追究、論處。

結論

保訓會欲啟動再申訴程序並無不可，然而實益可能不明顯，既有之保障救濟程序不能解決問題，保訓會遭遇之難題，即須否重新調查以認定事實，仍必須回歸「性騷擾防治法」始能解決，因為地方政府啟動再申訴程序有其相當之公權力可供行使，以取得所需資訊進行實質認定，然而保訓會僅能透過公務人員保障法所賦予之若干調查權限，能否充分發揮介入性騷擾事實認定之調查功能，容有再行探究之空間。「性騷擾防治法」並未強制前述每一救濟程序均須依循完成，程序自主權仍在被害人。「性騷擾防治法」立法手段及其規範目的，均仍有很大的檢討空間，尤其立法定義過於主觀，可能淪為人與人之間的報復方式， 這是值得關注及改進之處。

Q＆A Q1.

問：機關內部公務人員間之性騷擾事件，若甲是加害人，

乙是被害人，乙提申訴救濟，機關受理後調查前，甲已調職，致調查程序無法進行，機關能否續行調查， 程序又該如何進行？

## 答：各個行政機關都會訂定性騷擾事件處理程序，以大學

350

而言，性騷擾處理程序大部分會以外部法規範，將「性別工作平等法」及「性別平等教育法」作連結。兩部法規範均要求設置如此的程序，如果是行政機關，向來通常掛名為「性別工作平等法」為依據，課予公私部門義務性設置性騷擾處理申訴機制，如果以該法來看待內規，應回到「性別工作平等法」課予雇主相關作為義務，加害人服務單位為事實調查，加害人調到 另一部門時，即視行為當時向誰提起申訴，於此有兩種可能：一個是事件發生地，然而有其不可行之處， 另一個則為服務部門，因此事後調離現職，應由新部門承接該事務。依「性騷擾防治法」向加害人所屬部隊、機關（構）或學校提出申訴；若適用「性別工作平等法」，則向加害人雇主為之。「性別工作平等法」不是處理人與人之間的問題，而是處理工作場合的問 題。此類案件要解決必須回到原單位，向服務機關提起，取決在於被害人。

Q2.

問：內政部訂定性騷擾防治準則，而性騷擾防治準則規定如果加害人是僱用人或機關首長，受害人應向對方主管機關提出申訴，受理後由地方主管機關進行調查程 序，若依「性騷擾防治法」提起申訴、再申訴，主管機關只有一次調查程序即為申訴，似乎缺少了個程序，機關內部是否需要進行內部調查程序，二者是否 有衝突？

答：性騷擾防治準則應屬違法，因為逾越了法律規範。整

351

個「性騷擾防治法」在事實調查上，區分事實認定及法律效果以處理，事實認定採取二階段處理，調查義 務機關進行後，再依再申訴程序調查，這個架構不能 擅自變更。

既有規定的第一次調查及再申訴調查都有明定所屬義務者，因此性騷擾行為人係機關首長就會涉及一個問題， 機關首長所為之性騷擾行為，加害人是否有所屬機關。就法律解釋言，向加害人所屬部隊、機關（構）、學校或僱用人提出申訴，若沒有所屬部隊、機關（構）、學校或僱用人， 就由警察機關進行調查，因此法律規範如何均跳脫不出向地方主管機關申訴，申訴是啟動「性騷擾防治法」性騷擾事件處理程序之開關，這個開關要按照法律程序，所以如 果直接向所屬地方政府為之，即屬程序不合法。

若地方政府處理，應回到第一線調查程序，因為地方政府跟首長未必有隸屬關係。如果地方政府處理，回到法律層面，就應解釋成無所屬機關，則應由警察機關作第一 線調查，再申訴之調查才屬地方政府權責，有問題者，係性騷擾防治準則的效力位階是個很大的疑義，部分性質屬行政指導後來當成範本，首長為性騷擾行為將生有很大疑義。

另外，機關首長服務機關為其所屬機關，依然要向它 開啟程序。接下來是有無必要迴避的問題，機關首長為加 害人時，調查機關作為義務被排除，一定排除於第一線調 查嗎？實則未必，此類似於「性別工作平等法」雇主為加害人時存有另外糾正後程序，若首長為加害人則直接向地

352

方政府為之。Q3.

問：「性騷擾防治法」實務案例之機關認定標準，將如何認定調查，及其後進行申訴、再申訴，可以分享相關認 定調查之案例嗎？

答：如何拿捏牽涉案件之事實認定，先來思考結構，同時是救濟程序，如果置於「性騷擾防治法」，保訓會審查時依復審程序，將決議認定不成立視為影響公務人員 之行政處分，處理性騷擾事件之難題，在於救濟法律 適用上區分為事實認定及法律適用，事實認定包括證 據取得評價。於性騷擾事件處理，扣除「性騷擾防治法」所設特殊公私協力機制，是否對性騷擾事件認定及法律適用有無作出完全的區分，這個問題將影響到 訴願程序。

依「性騷擾防治法」規定，性騷擾事件被害人要向調查義務機關提出申訴，調查義務單位應蒐集證據，作成調查結果認定性騷擾事件是否成立。被害人、加害人都可提起再申訴，再申訴結果連結至行政處分，受到不利處分者可提起訴願，訴願程序屬「性騷擾防治法」部分，審理機關為內政部，內政部訴願審議委員會審理事件有無權限進 行調查，能否推翻法律所定調查義務單位所作之認定以及 再申訴調查單位所作之認定？蓋再申訴調查機關以及第一 線調查單位屬事實認定機關，訴願程序能否重新審查該事 實？如果可以，雖然「性騷擾防治法」區分事實調查及法

353

律效果適用，訴願受理機關兩者皆可調查，即可介入原本法律事實調查機關之事實認定。

法律所創設之救濟程序應該呈現其立法架構之意義， 所以即使是訴願受理機關，能否於再申訴兩階段調查程序終了後，續行調查？整個法律立法意旨建立特別事實調查認定程序，於此蘊含性騷擾事件之認定事實，如果沒有與被害人、加害人有特殊情境關係可能無法進行調查，法律才會如此設計救濟程序。因此，原則上有權調查事實單位所作之認定，應該受到其他救濟機關之尊重，訴願受理機關遇到最大因難，即在於如何推翻之前申訴、再申訴程序 所作成之事實調查及認定，即牽涉是否僅能審查該事實認定有無違背經驗法則。雖然訴願受理機關或法院並非法律所定之權責機關，惟仍可重新予以評價，事實調查有無違法或顯然不當，此應回歸性騷擾行為之定義。

適用法律部分，關鍵在於性騷擾行為之界定，上開 3

部法律，有 2 部就情境關係有所界定。在個案事實認定， 適用法律進行涵攝時，將產生不確定法律概念具體化的問題，何機關有作最終裁決之權限，調查程序的調查義務處理機關是第一個評價者，再申訴調查機關是第二次評價者，問題是訴願受理機關能否作為第三次評價者，再由法院作最終權威之評價，抑或是這評價作用應該認識到，立 法者欲使評價權留在特殊建立之調查機制，因此最後至地方政府再申訴調查處理機制，即形成救濟機關均應予以尊重的機制。

法律既然建立特殊機制，如果事實認定機制未享有應

354

受尊重之評價特權，這套機制的正當性將受到限縮。前揭法定調查機制評價應受到高度尊重，然而亦非絕對不能進行司法審查。證據事實本身認定始終係最難處理的部分， 是否有所準據，尤其是「性騷擾防治法」將產生公權力無法認定之難題，以公法加以規範之結果，造成調查證據及 事實認定存在很大的困境，因此可能在事實認定方面，容 易流於主觀。

抽象證據法理認定事實適用法律時，充斥著主觀不確 定法律概念怎麼處理之問題，這些可以藉抽象法理處理。 最後個案如何認定有無指標，可能真的沒有。法律所定有 權調查機制只能作主觀論斷，大部分係源於委員會決議， 結果是多數決主導認定結果，正因如此，所以提出具體明確標準有其困難之處。

Q4.

問：假設加害者是公務人員，被害者是外包人員，被害人向加害人所屬機關指控性騷擾行為，加害人所屬機關即應展開調查，若被害人另外向警察機關報案，是否維持在加害人機關內部展開調查，如果加害人可能涉 及刑事部分，另外尚有行政責任，於行政責任部分通 常是地方法院簡易判決後，再來決定行政責任部分 嗎？以日本案例來說，加害人必須舉證證明沒有加害行為；於我國，是加害人必須舉證沒有加害行為，還 是由被害人舉證證明其遭受性騷擾？在「性騷擾防治法」規範雇主部分，可能涉及民事損害賠償責任，以實務面而言，所謂「雇主盡到應盡責任」意涵為何，

355

如果雇主定義了內部性騷擾防治法相關準則，另外亦從事宣導活動，是否即可作為免責之依據？

答：第一個問題，焦點在於公務人員對公務人員在公務部 門，發生如果被指為加害人為公務人員，受害人為非 公務人員或另外部門人員，不管外包廠商於此產生何 種行政法上關係，縱然具有行使公權力身分，仍不算 體制內公務人員，這類性騷擾事件如何處理。法律不能憑空猜測後續要進行何種程序，而是要先行決定應處理之準據規範為何，選定準據法後各該準據法才會 啟動規制及其規範效果。如果被害人爭執性騷擾行為，唯一選擇準據法就是「性騷擾防治法」。

後續法律準據就會啟動相關程序，被害人應向加害人 所屬機關或學校提出申訴，該所屬機關依照多部法律要求 而設計相關程序。向加害人所屬機關提出申訴後，有可能 引據多部法律性騷擾申訴處理程序，此屬於「性騷擾防治法」下第一階段申訴處理程序，服務機關就應對此作成調 查結果，如果認定性騷擾事件不成立，若準據法選擇「性騷擾防治法」，向性騷擾行為發生地所屬地方政府提起再申訴，行政機關一開始之所以會訂定救濟處理程序，可能係

「性別工作平等法」要求下所為，由勞委會提供相關範本 以配合訂定。

若發生外包廠商人員調戲交涉公務之公務人員，有可 能就此啟動「性別工作平等法」，因為公務人員被認定亦適用「性別工作平等法」，亦即服務的行政機關必須保護受僱人。之前所提及之案例，屬於「性騷擾防治法」之規範，

356

此類情形並不會與保訓會職權有關。若沒有「性騷擾防治法」則不可能進行後續之救濟程序，被害人不是公務人員， 若性騷擾事件不成立，無法主張公務機關所為係管理措施或行政處分，無法適用公務人員保障法。

進行舉證責任之倒置須非常謹慎，「性別工作平等法」即有相關規定，立法者採取舉證責任的倒置，意在給予主張受到歧視、侵害之受僱人只要釋明，雇主即須證明工作安排並未涉及違法情事。然而，太輕率將舉證責任倒置， 可想見的是，將帶來很可怕的結果，此作法與刑法不自證己罪大相違背。於日本亦非如此容易即予倒置，仍是有作舉證責任之分配。

上開 3 部法規範，本質上均是行政法規、公法處理程序，行政機關公權力行使原則是職權進行主義，若被害人 依「性騷擾防治法」規定提出申訴而進入性騷擾處理程序， 並不是申訴者須證明遭受性騷擾，法律係課予義務調查單位有依職權調查認定事實作出結論之義務。

「性騷擾防治法」沒有額外賦予調查義務機關公權力，如果調查義務單位是民間僱用人就很麻煩，完全沒有建立相關公權力之行使，通常是被害人及調查單位協力尋找事實，往往查無此事，性騷擾事件因而不成立，被害人遂進入再申訴機制，由該機制透過公權力取得相關事證。

被害人沒有義務證明自己被害，只是在實務上應協助調查證據。調查實務上，警察機關亦會遇到很大困難，性騷擾防治法運作仍有很大的問題，在證據法則上，不可能

357

採取舉證責任全然轉換之處理原則；反之，能否採取無罪推定，將之與刑法概念相同看待，立法者又不敢嘗試，因 此就形成了在兩個極端原則中失落的狀態。

358

四、行政損失補償責任之研究

壹、時間：100 年 8 月 26 日（星期五）

貮、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室參、講座：東吳大學林三欽教授

本文大綱

壹、行政損失補償之一般理論

一、行政損失補償之概念

（一）概說

（二）與國家賠償之區隔

（三）與「社會救助」之區隔

二、行政損失補償在行政法上權利救濟體系之定位 三、行政損失補償之法理基礎

四、行政損失補償體系

（一）我國仍缺乏明確的國家責任體系

（二）德國行政損失補償體系概述 五、評析

（一）德國行政損失補償體系的建構並非出於整體規 劃考量

359

（二）德國行政損失補償體系過於繁複不宜全盤參酌

（三）德國法上「特別犧牲」具有雙重涵義

六、以「特別犧牲理論」為基礎在我國建立「概括的行政損失補償請求權」

（一）特別犧牲作為「行政損失補償」的共通要素

（二）大法官解釋曾多次提及「特別犧牲」

（三）既存的特別犧牲補償立法例

（四）在立法創設前，法院應勇於依據基本權條款與大法官解釋確保人民之公益犧牲能獲得補償

七、行政損失補償與第一次權利保護優先

貳、冤獄賠償（刑事補償）與行政損失補償之關聯

一、冤獄賠償事件肇因於「合法行為」或「違法行為」二、司法院釋字第 670 號解釋之見解

三、大法官對於本號解釋所提出之意見書參、徵收補償之課題

一、基本概念二、徵收補償

（一）徵收補償應反應標的物實質價值與價格

（二）應考量列為公共設施保留地之時間酌予增加補償

360

三、徵收之救濟

（一）不服徵收決定

（二）不服徵收補償費之價額

肆、既成道路（公用地役關係）之課題

一、「既成道路（公用地役關係）」之成立要件二、既成道路之內涵

三、既成道路所帶來之無解難題伍、使用限制之損失補償

陸、危險責任Q＆A

壹、 行政損失補償之一般理論 一、行政損失補償之概念

## （一）概說

所謂行政損失補償，係指國家所為的行政行為造成人民損失，國家就必須考量是否應給予填補；至於國家違法所加諸於人民的損害，且有故意過失者，涉及國家賠償議題，其他廣泛而言可稱之為損失補償。

行政上損失補償類型繁多，例如徵收行為。行政損失 補償和國家賠償可用排除法加以區別，倘違法且有故意過

361

失之行為，即應適用國家賠償法（以下簡稱國賠法），除此之外，極可能均適用行政損失補償相關法規範。

（二）與國家賠償之區隔

國賠法第 3 條第 1 項規定公有公共設施瑕疵，國家如有故意過失造成人民損害，請求國賠即不須考慮公務員有無故意過失，此即無過失責任，此與行政損失補償法理較為類似，行政損失補償的條件包括合法加諸人民不利益或無故意過失之違法行為，因此產生國賠法第 3 條第 1 項規

定與行政損失補償法無法截然二分之情形。雖然國賠法第 3

條第 1 項規定沒有故意過失之要件，惟若仔細洞察條文， 實務運作上，國家仍是有可歸責之處，例如基於風險承擔理念而非本於故意、過失主觀要件，至少天災仍不應由國家負責。

（三）與「社會救助」之區隔

社會救助是國家為了因應社會風險，例如貧窮、天災， 甚至犯罪被害者補償等情況，保障人民生存權或基於社會國原則而提供救助。此係社會救助模式的最大特徵，並非肇因於國家行為，因此與行政處分仍有所區別。

區分國家賠償及社會救助，將可釐清侵益行政處分是因為公權力行為所造成之損失，而不屬於國家賠償領域， 亦與社會救助概念有所不同，其餘應考量者，即為行政處分之國家行為。

二、行政損失補償在行政法上權利救濟體系之定位

362

行政損失補償之體系定位，概略而言，人民基本權利受到國家權力獨立影響，即會產生反制救濟的行為，救濟行為大致可分為兩類：一種係對加害人所為排除、停止者， 稱為防衛概念，另一種則係防衛無結果或仍發生損害時， 得予請求損失填補。

填補的部分，依據「公法行為所發生」或「私法行為所發生」而有不同。公務員在職務上亦可能進行私法行為， 例如與人民訂定私法契約，例如政府採購行為即屬之。於公法領域，復區分為國家賠償及行政損失補償，如此即可清楚予以定位行政損失補償。

三、行政損失補償之法理基礎

建構行政損失補償之理由及其存在之正當性為何？ 第一、基本權利的保障。行政損失補償針對的權利標

的，通常與財產權有很大關係，不管是徵收還是土地權利限制，均屬對人民財產權或所有權等基本權限制。國家某種作為係基於進行公共建設或其他公益目的時，不可能使人民沒有獲得補償即遭權利侵害。基於基本權利保障原則，就國家行為造成人民受有損害即需填補，不僅財產權如此，人民各種自由、生命、健康、名譽等權利亦復如此。

第二、平等原則。例如為了建設捷運設施，而有取得人民土地必要時，其他人民享受捷運建設之便利，卻由少數土地所有人為公眾利益而付出，當然有不合理之處。基於「公共負擔平等承受原則」，公共建設等公益支出，自然由民眾全體負擔，將所有社會建設成本或其他不利益分攤

363

由大眾吸收，再透過稅收等公課來填補地主損失，將公益成本轉嫁予全體，即為平等之體現。

第三、特別犧牲理論。此名稱是德文翻譯而來，若少數個人（換言之，並非普遍地存在全體國民）受合法或違法但無責之公權力行為所侵害，觀之侵害內容已逾越人民應無償容忍之程度，則此些受害人民形同為公共利益而承受「特別犧牲」（Sonderopfer）。基於前述「公共負擔平等承受原則」，國家應給予受特別犧牲之人民損失補償，將其損失轉由全民來承擔。亦即一起公益事件，全國人民都承擔相當的風險，國家不需要為特別處理；如果某些不利益只有少數人會遭遇，即不具有普遍性，可謂特別犧牲，既 然係一種特別犧牲，就連結上述第二項論點，不應由少數人民負擔，即應啟動行政損失補償機制，實則，這也是最難處理之處。黃錦堂教授論及水源保護區補償制度時，整理比較出德國水源保護區處理方式與我國水源保護區處理方式的差異，如果限制水源保護區不能蓋房子、進行畜牧、任意開發等經濟作為，水源保護區土地所有人的犧牲程度究有多少？土地所有權受限後所剩下利益尚有多少？本來所有權實際經濟價值遭掏空後，剩下部分由他承受是否合理？如果社會觀感認為不需予以補償，是否可行？這些議題實屬不易，亦無從逕行取法其他國家經驗，蓋每個國家對國民付出所擔任之角色、應該容忍對國家建設所付出之對價，差別至何等程度？這是個相當棘手的分類。

四、行政損失補償體系

（一）我國仍缺乏明確的國家責任體系

364

行政損失補償體系內容為何？反觀行政處分之相關規範，國家動輒造成人民犧牲若干權利，而有相當具體之規 範體系；惟國家法制對於損失補償的規範法令，卻是零星 不全的，土地徵收條例沒有一般性規範，即屬一例。倘人 民土地受有限制而非完全剝奪，將尋找不到法律依據請求 補償。我國現行法制缺乏明確國家責任制度，亦即在損失 補償領域仍無明確進展，此情形，於司法院釋字第 670 號解釋亦清楚彰顯，此號解釋談論冤獄賠償制度，學界對冤 獄賠償之界定呈現眾說紛紜現象，有說是行政損失補償， 有說是危險責任，亦有說是國家賠償，甚至大法官共提出 9

份意見書，其中還有 2 位大法官使用相同名詞，定義卻不相同。

（二）德國行政損失補償體系概述

近數十年來，德國法制上對於行政懲處有哪些制度排 列情形供使用和對照？首先，例如減價徵收，剝奪人民財 產權能全部或一部移作公益使用，學理上徵收範圍較大， 不僅侷限於土地。第二、類似徵收之侵害。第三、有徵收 效力之侵害，公權力行為或設施所造成侵害，例如捷運施 工造成民宅塌陷。第四、應給予補償之財產權限制，係指 依法令之抽象規範發生限制人民權利之效果，限制程度超 過人民容忍之界限，惟未達剝奪者。第五、特別犧牲請求 權。

就理論角度檢視財產權、所有權及抵押權內涵，需要 法律予以建構，如同劃定該權利的界線一般，後續如予以 限縮，即產生了限制，再限縮時，則會造成抽象法規範的

365

變動。例如出版任何書籍應要求交付予國家圖書館的規定，只要求 2 本並不會構成大負擔，出於公益考量或許是合理的；惟若限量出版，將會造成出版社的重大損失。許多時候此類法規範之適用對一般案件係屬合理，但是少數個案上同樣法規範則會衍伸出不合理的情形，因此法制上要求完備，對於上述的行為相對人應預留補償請求權之依據。

五、評析

（一）德國行政損失補償體系的建構並非出於整體規劃之考量

承前所述，德國損失補償制度討論財產權，之後則討論非財產權。在德國法制上係逐步發展，現今已大致完備； 尚未考量的部分，則是當標的為生命、身體等非財產權遭國家行為所侵害時，當然也是一種犧牲，對照德國發展現況則無從解決，僅得再行創設特別犧牲模式。

德國損失補償制度區分為許多類型，究屬財產權抑或是其他權利，即使德國學者都不甚適應，經常區分成「類似徵收侵害」或是「有徵收效力侵害」。類似情形，並非一開始就存在全盤的構想，而是法制上的衍生產物，所提及的「類似徵收侵害」或「有徵收效力侵害」此類名詞，均是德國聯邦法院判決所產生的，學者將這些概念予以整理及發展，建構理論提供實務援用，再作事後歸納。法院每進入一項領域即劃分一地盤，事後再歸納，而非事先建構， 難免因此而沒有整體性，亦無策略性欲建構何種形態。個

366

人覺得法律應該與人民有親近感，一學就會，不要重蹈德 國人覆轍，蓋德國制度並不完善，且不是通盤性考量下的策略產物，僅是偶然隨機發展產生的。因為判決事後歸納整理出來，多顯得繁複、曲折、困難、耗費及刻意。法律應該是自然，合乎人想法的產物。

（二）德國行政損失補償體系過於繁複不宜全盤參酌

個人希望簡化德國複雜之制度，以特別犧牲理論為基礎，於我國建立概括的行政損失補償機制，不管國家為合法行為抑或違法無故意過失，倘當事人在個案中蒙受超過特別犧牲界線的代價付出時，即應給予當事人損失補償。特別犧牲係處理損失補償很重要的界線，至於是合法或違法，是財產權或非財產權，則已然不是那麼重要。如此理解下，特別犧牲理論所呈現出諸種請求權態樣，單一化處理各類型損失補償的方法，應屬可行。

（三）德國法上「特別犧牲」具有雙重涵義

我們將討論焦點置於「特別犧牲」理論，這名詞翻譯的很貼切。於司法院釋字第 670 號解釋，大法官總共提出 9

份意見書，外加經多數意見共識形成的解釋文，總共 10 種

意見競逐著「特別犧牲」的內涵。大法官們存在著 2 種不

同的主要主張，其中 2 位認知的特別犧牲還有所差異，連對話的基礎都闕如。狹義理解，相當於德國行政損失補償體系，還有葉大法官亦提及特別犧牲補償原則，若國家作為造成人民非財產權損失，無論合法與否，都可以「特別犧牲」理論予以處理；廣義理解，則是依據「特別犧牲」

367

理論，若某起事件僅有少數當事人付出代價，國家必須將損失吸收，即為特別犧牲。如何去掌握特別犧牲既念之界 線，其實並不容易，狹義係指「特別犧牲補償請求權」，而廣義則指「特別犧牲理論」，然而並未界定國家何時負擔賠償責任，此階段尚未釐清。

六、以「特別犧牲理論」為基礎在我國建立「概括的行政損失補償請求權」

（一）特別犧牲作為「行政損失補償」的共通要素

人民在遭受各種損失且法律未有特別規定時，有無補償請求權？行政機關應基於何種法律機制給予人民補償？ 其標準何在？首先考量的是究應針對各種案例類型分別尋求法律基礎，或創設單一之請求權基礎。

德國法制採取前者模式，但若仔細探究，德國法各個行政損失補償請求權均有「該損失對於當事人是特別犧牲」，且「不可期待當事人無償獨自承受該損失」之要件， 至於「公權力行為究屬違法或合法」、「所侵害權利之種類」、「公權力主體是否為目的性之侵害行為」以及「損害 是否由『高風險措施』所引起」等問題，固然可作為決定補償額度時之考量因素，卻無須分別創設損失補償請求權。為使我國行政損失補償體系簡明、易用，本文建議， 針對特別法所未規範的案例類型，創設一個概括的「特別犧牲補償請求權」。

（二）大法官解釋曾多次提及「特別犧牲」

司法院釋字第 336 號、第 425 號、第 440 號及第 670 號

368

解釋均有提到特別犧牲理論或概念，許多場合係論及土地 徵收或財產權限制。均涉及公權力行使造成人民權利之限 制，少數人民犧牲個人權利，成全大眾福祉，這種情況即 謂特別犧牲，應予以補償而將不利益分攤、吸收。

行政損失補償法即仿效警察職權行使法與行政執行法 而加以擴大適用，蓋兩部法典各有其侷限，一個規範警察 職權之正當行使，一個侷限於即時強制之實施。透過條文 統整後何種案子會被認定應予補償損失，這與德國立法經 驗有點關係，徵收違法但非故意過失的補償，前面已談論 過，非徵收部分合法權利限制之條文包括水土保持法、野 生動物保育法等等，則有許許多多條文均未提及補償，亦 即尋找不到請求權依據。以我國法官較為保守謹慎之作風，往往不願從事法官造法，很可能造成人民平白因公益 而遭致過重損失。

國家行為往往代表、附隨潛在風險，若風險後來實現， 就是公法所欲處理的議題。例如警察使用槍械，本具有高度危險性，但願意使用這種危險設備來成就公共行政之目 的，就有必要為此可能實現之危險付出代價，國家、社會 勢必將蒙受部分犧牲、損失。

信賴利益列入損失補償範疇，於行政法可能有授益行政處分的撤銷，若撤銷溯及失效，以往部分單位主管加給遭核定錯誤而多發，機關欲追回時，經常不予考慮損失處分。處理案件時應開始思考，處理至一個段落後予以撤銷者，效果既係溯及失效，同時即要求應返回不當給予；可是公務員於此是否對國家制度展現信賴？領錢消費對其造

369

成個人財政經費規劃之衝擊，如此的不便利使其蒙受損失，同樣情形亦可能發生於公務員相關人事法制延伸的損 失補償。行政法領域，將各種因為人民信賴國家作為，事 後發現撤銷所欲維護公益更為優越而須廢棄者，行政程序法有撤銷後之損失補償，也有廢止後之損失補償，甚至有以行政契約做事後調整，使人民所受衝擊有損失補償，前述均歸於信賴利益範疇。

（三）既存的特別犧牲補償立法例

警察職權行使法第 31 條第 1 項規定，警察依法行使職權，因人民受有特別犧牲，致其生命、身體或財產遭受損失時，得請求損失補償。倘人民因為警察職權行使而有所請求權，並未加以細分，不論生命、身體或財產，均可不針對財產權此一條文，針對非財產權為另外一種規範，而 是歸類於同種。為何警察職權行使要有條文規範，其他領域的公務員就不需要？警察行使職權有特別犧牲之立法例，可以考慮擴大行政執行法第 41 條第 1 項規定實施即時強制，為因應緊急狀況，避免他人受到損害（失）的立即措施，即屬即時強制。然而，從事這些即時措施難免會影響到部分人民的權利，此時這種造成特別犧牲情形，即謂

「特別損失」。

無論警察職權行使法第 31 條規定或行政執行法第 41 條規定皆提供了示範規範，所謂「特別犧牲」或「特別損失」此一門檻可加以具體化，何種法條可作為國家統整性之行政損失補償概括規範？國家或其他公法人合法執行職務行使公權力，致人民自由或權利受損害而有特別犧牲之

370

損失時，人民得請求損失補償。處理合法執行職務後，因 為違法沒有故意過失的情況，所造成人民實際損失，二者 綜合觀察幾可處理各類案件，如此並不會失之寬泛，因為僅容許警察職權行使之範圍內。此項概括分類，於其他公 務員領域也應該存在，此為個人統整式之見解。

（四）於立法創設前，法院應勇於依據基本權條款與大法 官解釋以確保人民之公益犧牲能獲得補償

公法上債之關係在行政契約範疇有幾個因素，所謂補償不當得利、無因管理補償都可放到行政訴訟案例。其中可能有清楚法律依據可供請求者，當尋不著法律依據，若 可透過未來立法作概括式補償規定，也許最後我國有較德國進步之處，他們有很多法條予以規範， 1 條規範就僅有

1 個請求權；然而我國至少有 7 類型存在，當然不會認為我國只有 1 個條文只處理 1 種類型，7 種類型可以集中於１個條文。希望如此可以解決困境，使下回大法官解釋時之對 話不致失焦、散亂。

統整行政損失補償制度何時可能實現？相信不是近日內可達成，於此之前法院可多做一些努力，直接回溯至基 本權保障。這類案件中當事人基本權果真受到影響，受到 犧牲即不能使之沒有代價而承受犧牲。德國法官就根據基 本權保障精神使人民在個案判決取得有利結果，如此並不 會超越權力分立，蓋基本權具有直接效力，並非一律待立 法者完成始生規範效力。

既成道路議題如果仍是個僵局，也許法院判決可以適

371

度改變僵局；如果判決無法改變，導致人民付出土地權益 犧牲卻得不到任何代價，倘有些個案需要積極介入，法院 也許可給予更大的保障。內政部訴願審議委員會曾有個案 件，政府開設道路，人民提出申請請求徵收，案經市政府 駁回，人民反覆多次提起訴願均獲有利決定，原處分撤銷 應另為適法處理時，市政府仍然維持相同見解及作法。如 果所謂釘子戶是講人民，那麼這個個案有必要倒過來稱之 釘子政府。

七、行政損失補償與第一次權利保護優先

第一次權利保護優先原則之構建，例如有人民財產權 受到剝奪，若是違法欲請求行政爭訟捍衛權利，亦即不是 要求金錢給付，如果權利受到違法侵害之人民，要求他有 捍衛自身既有權利之義務，就是所謂的防衛權，此議題有 優先行使性。第一次權利保護相較於賠償補償，優先內涵 係指侵害的防禦與排除，德國有相關案例，國家違法剝奪 人民財產權，後續人民選擇默默容忍還是積極爭取，面對違法措施，人民是應該有權利與義務捍衛，故此想法在國 家賠償制度也同樣存在。

人民被國家公權力侵害或限制時，若不反抗就不給付 或給付少一點時，被欺負還遭指責為何沒積極反抗，對人 民似乎過於苛求。在操作標準上，不能要求人民一定須作 為至何等程度，而係須設身處地考量有無足夠救濟可能性？有時可能信賴國家作為，有時是經濟弱勢未曾接受過 高等教育，不知如何尋求救濟，種種因素都必須考慮。

372

既成道路源於長年來自然形成之通道，土地所有人必 須接受現狀，如果人民認為國家太過分、不合理之情形， 卻仍要擴大適用，覺得權利受損有義務優先尋求救濟，非 直接接受妥協，區隔合法徵收與否，倘為不合法作為，應 該被期待主動尋求救濟。

貳、冤獄賠償（刑事補償）與行政損失補償之關聯

所謂冤獄賠償，大法官於司法院釋字第 670 號解釋中， 強調係一種特別犧牲，雖然知悉構成冤獄原因有各種可能，焦點是在冤獄賠償是何種制度而引發如此重大課題。 大法官見解分成 3 派，主張國家賠償係 1 派、主張特別犧

牲損失補償係 1 派、主張危險責任則係另 1 派，此 3 派見

解還可再整併，主張特別犧牲跟危險責任者可再組成同 1 派，因為都不是國家賠償概念。所謂風險實現不認為是國家違法行為所造成，如果定位為國家賠償之行政損失補償，在對待賠償金錢成立要件可能都不會一致，最起碼的 是國家有失於人民，國家應予認錯、賠償。如果定位成行政損失補償，本來就是國家行政措施必要手段造成的不便，由國家填補，國家似乎沒什麼愧疚感，所以這個補償 方案對待人民的態度亦有所不同。

這是司法院發出的新聞稿，立法院通過刑事補償法修 正案，提到國家為了實現刑罰權或實施教化矯治，對人民 羈押或發監執行，超越一般人所能容忍之限度，即屬一種 特別犧牲，國家即有義務以金錢補償冤獄損失，這是一個

373

必要的國家措施，為了實施刑罰權本來就應如此處理，冤枉犧牲當應予補償。

一、冤獄賠償事件肇因於「合法行為」或「違法行為」？

有的人是遭不當羈押，釋放出來後國家給予補償，這是國家合法行為所致？根據研究，冤獄發生有 2 大分類，

第 1 種是形式上充分合乎法定要件，例如形式確實於法有據，依據刑事訴訟法來操作，不管是羈押、收容等刑事強制作為等有法律依據。第 2 種是法定要件有所欠缺，如戒嚴時可能發生不按法律而人身自由遭剝奪，連形式合法的空間亦不存在，當然也構成國家賠償情形。聚焦於有依據 刑事訴訟法操作之羈押，雖然形式上依照刑事訴訟法操作，但並不表示最後完全符合，其實質要件不合而誤判情形亦有可能。整體以觀，不論是依照刑事訴訟法制還是法定要件欠缺或直接超越法制、刑事法制的剝奪均不問是否違法，只有將形式依據刑事訴訟法符合羈押等剝奪人身自由之強制措施要件，然而，此見解並未獲支持，司法院僅表示，變更原來羈押但還是合法，這是必要措施，難免有誤判情事造成特別犧牲。其他兩個案例似乎沒有國家賠償與行政訴訟，在爭執時，冤獄發生有些案件真的是國家賠償，可是又達不到請求國家賠償之要件，國賠法第 13 條規定，對法官、檢察官追訴等引起國家賠償已另為設計成高度門檻，必須法官、檢察官從事審判與追訴行為違法且判決有罪確定，才可依據國賠法請求法院或檢察署給付。除此之外，雖然要件不備可是粗略認為是相同的，後來得到 平反，只能請求冤獄賠償還達不到得以請求國家賠償之案

374

件，所以見解出爐顯現於此 2 個選項，一部案例歸類於國家賠償，一部案例歸類於行政訴訟，選擇國家賠償給人民感覺比較體恤，給從事審判工作者比較有壓力一樣，如果 誤判情事本身不存有什麼責任，但這是國家賠償事件，賦予羈押強制處分決定權之司法官提高責任感，因為如此考量會當成國家賠償事件。

二、司法院釋字第 670 號解釋之見解

大法官於司法院釋字第 487 號解釋將冤獄賠償法第 2

條第 2 款前段規定宣告違憲；司法院於 2010 年 1 月 29 日

作成釋字第 670 號解釋，宣告冤獄賠償法第 2 條第 3 款之規定違背比例原則而定期失效。值得注意的是，本號解釋將冤獄賠償制度定性為「特別犧牲損失補償」，而推翻了釋字第 487 號解釋所採的「國家賠償說」。

觀之釋字第 670 號解釋文及解釋理由書之意旨，可得知大法官藉由「補償」以及「特別犧牲」的用詞，表達了立場：「冤獄」乃國家為實現刑罰權以追求公共利益時，所加諸於個別人民「人身自由基本權」之「特別犧牲」，故「冤獄賠償」之本質為「特別犧牲之損失補償」。

大法官這前後不同的看法頗具有探究的價值。究竟冤獄賠償制度的本質是國家賠償或特別犧牲損失補償？此一 問題的釐清將有助於瞭解國家賠償與行政損失補償制度的差異，且能深刻探究冤獄賠償制度的本質，甚至為建構我 國行政損失補償制度之體系鋪路。

三、大法官對於司法院釋字第 670 號解釋所提出之意見書

375

司法院釋字第 670 號解釋，其見解採取特別犧牲補償原則，承前所論，大法官在之前對這問題作過回應，並非採取特別犧牲，當時是針對司法院釋字第 487 號解釋，冤獄賠

償是國家賠償，於司法院釋字第 670 號解釋為因應潮流所趨

而修改過來。那麼司法院釋字第 487 號解釋國家賠償說轉換

成司法院釋字第 670 號解釋特別犧牲之主張，二者相隔已

10 年，因為爭議很大，大法官總共提出 9 份意見書。10 個

大法官提出 9 份意見書，其中有份係 2 位聯名，如果 1 人撰寫而不知是誰主筆，司法院就講誰提出誰加入而註明， 以往一群大法官聯名不分誰是主筆，有提出人、加入人註明即不予詳述每位大法官自身見解。特別犧牲說占較多數，與特別犧牲相近之危險責任說則有 2 位，國家賠償說

只有 2 位來自實務界大法官所採取。個人認為，於這兩種可能性寧可選擇人民觀感好、對司法官賦予合理責任意識，且較合乎我國法制慣例之版本，作為冤獄賠償刑事補償的標準，應該會比特別犧牲理想，雖然國際間刑事補償是一種潮流，惟不一定要隨波逐流。

所謂補償，比較侷限於自由權遭剝奪，在整個刑事補償好像也不應侷限於此，各種自由權利受侵害都應可能有衍生補償之需求。公務員加班費也能用補償概念，如果以加班角度來看此議題，公務員存有明確補償制度。加班補償相較於人民被國家侵害造成犧牲就是犧牲下班，給予補償自然合情合理，若因為國家財務困難可能不能全額給予加班費，超過上限就不適用或轉換成補休機制。

376

參、徵收補償之課題一、基本概念

徵收補償制度於以前只能以市價徵收為目標盡力而

為，現在則是直接以市價徵收。「徵收」的概念，係將人民財產權剝奪作為公共用途，移轉作為公益目的使用，早期比較狹隘概念係作為公共用途，後則擴張及於作為公益用途。舉個例子即知不同，就是開發園區，各種工業園區、科學園區所啟動之徵收土地，最終土地使用是廠商而不是政府部門，保留使用轉嫁後交給廠商承購。原始理念是積極由國家使用，現在承認也可由私人使用，只要出於公眾

（益）性，有學者將此類型稱為私用徵收。私人使用情況下需求土地卻透過徵收來實現，此即稱作私用徵收。這次徵收制度討論與改革會議，在將農田徵收給予開發工業區交予廠商備受詬病，未將農民權益置於適當考量重點，所以未來徵收應更加謹慎，謹守「比例原則」，除非重大需求否則不應輕易徵收農業區，特別是不徵收後轉手賣出，因為土地係被廠商踐踏了，形同政府幫廠商用廉價取得，所以未來改成市價問題應可減少，甚至有人提及即使用市價，損失仍較市價為多。

二、徵收補償

（一）徵收補償應反應標的物實質價值與價格

葉百修大法官於司法院釋字第 652 號解釋協同意見書提及一段話：「……故徵收補償實具有彌補因公用徵收所生之財產變動，藉使被徵收關係人能夠在獲得與被徵收標的物

377

同種類或等值之物，以回復其未被徵收前之財產狀況之功能。」而行政院版土地徵收條例修正草案明定，被徵收土地，由現行的最高公告現值加四成，改為按照一般正常交易價格（即市價）予以徵收。

（二）應考量列為公共設施保留地之時間酌予增加補償

補償制度後改以市價論，目標透過選舉促成實現，學者對此呼籲很多。葉大法官於司法院釋字第 652 號解釋提到徵收補償，應讓被徵收人獲得補償代價，可用這代價在市場上買回同等價值之商品，這樣徵收補償始算合理。過去情況大概不是那麼理想，二十世紀很多土地被徵收前列為保留地時間長久，仍未給予適度回應，比如土地在保留狀態使用權能受有限制，保留越久犧牲越大，司法院釋字第336 號解釋即提到必須設計、改進相關制度，考量人民於等待徵收過程期間之久暫，犧牲之多寡，然而這幾十年來也沒真的改進。

三、徵收之救濟

（一）不服徵收決定

由於內政部為土地徵收業務的主管機關，對於各需地 機關所呈報的徵收案擁有核准與否的權力。一旦內政部核准某一徵收案，即通知地方主管機關（需地機關）予以公 告，並通知土地所有權人等相關權利人。若土地所有人不 服該徵收處分，依據訴願法第 13 條但書之規定，應直接針對內政部所為「核准徵收」處分提起訴願；而非針對地方 主管機關所為之「徵收公告」。因而此類案件之訴願管轄機

378

關，即為行政院。

（二）不服徵收補償費之價額

徵收救濟主要是人民對徵收之行政行為不滿，一是不服徵收決定，一是不服徵收補償費之價格，惟這 2 個觀點被包含在同一個公法概念，徵收公告同時涵括徵收土地、 補償機制於同一個公告，但在行政法角度上決定過程卻有 不同主體，承前述，內政部核定後再由各縣市政府公告通 知相關權利人之程序中，於內政部核定完成，各縣市政府 只是轉達內政部決定，所以不服決定要向行政院提起訴 願，倘不服徵收補償決定之部分，雖然同一個公告通知上記載兩件事項，然徵收補償費部分被認定為地方政府權責，由地方政府所作補償費決定則應依照訴願法作為請求 依據，須先經由向內政部提出之前先依土地徵收條例第 22 條規定提出異議，異議沒有結果提出復議，復議沒結果才 向內政部訴願審議委員會提出救濟，所以有訴願前置。行 政法院曾於 98 年對土地徵收作出說明，特別是對補償費金額不服時究竟如何進行救濟，必須經過異議、復議才提訴願，前置程序必須先建立。行政法院經過釐清後所認定徵 收補償不服救濟程序，難道進入內政部訴願審議委員會救濟程序如此遙遠？體制考量到異議跟復議，於縣政府層級打轉，並沒有以高度而論，救濟程序應該讓人民到更高層級進行，在原權限機關不過是請求原處分機關對這些事情 作再次考量。

379

肆、既成道路（公用地役關係）之課題

一、「既成道路（公用地役關係）」之成立要件

既成道路的意思，係指路是人走出來，尤其在低度開發社會很常見，縱然走在私有土地，地主也不反對，走出的這條路即稱為既成道路，這種現象在一定條件會發展出公有地役關係，這是大法官向來所採之概念，土地產生公益關係時，原先地主之所有權應受限制，不能任意要求回 復原來使用，於司法院釋字第 400 號解釋有明確闡述。

在該號解釋，大法官提出 3 個要件，首先是不特定大眾通行所必要；其次，於公眾通行之初，土地所有人並未阻止；最後，須經歷年代久遠而不復記憶，第 3 個要件有可能太過嚴苛。

二、既成道路之內涵

如果確定土地形成既成道路，地主承認了所謂公共關係的產生，造成土地所有人財產權之限制，其應該於什麼程度內繼續忍受這個限制？首先如果有一天政府要開一條路，有段路已是道路不辦理徵收，兩端都是農田，徵收以蓋道路，大法官認為違背平等原則，如果預計開闢道路， 經過既成道路即應一視同仁，予以全部開闢、全部徵收， 既成道路不能任意予以差異對待。即使是公共利益關係必須維持現況下供繼續使用，政府亦不能得寸進尺，拓寬超出原有範圍而不辦理徵收。既成道路損失補償必須在現有範圍內，若拓寬、甚至蓋高架這些都將構成額外的權利限制，非地主所必須續行容忍，而可以主張徵收補償。

380

三、既成道路所帶來之無解難題

既成道路存在數量為數不少，拖延年代亦甚長久，聽任地主領不到補償費而事實上仍作道路使用，情何以堪， 然而政府財政有限，尤其在高地價時代，未來推動用市價 徵收更是難上加難，因此實在沒辦法全然負荷。有何種可能替代方案？用土地換成容積移轉給另外區域使用的方法，惟使用有很多侷限，導致無法輕易操作，成效非常有限，這算是個共業，尚不知如何完善解決，實屬行政法之棘手問題。

伍、使用限制之損失補償

之前有提及，完全剝奪係徵收，倘僅係輕微影響，本 是每個人民都該忍受的部分，在社會國憲政秩序，為國家、社會付出輕微犧牲係可以或應該忍受，但是如果犧牲程度 太大即不應該無償忍受。於此，可以區分為 3 類型，全部剝奪、就徵收限制還在須容忍界限就是其中 2 類，介於兩端中間既不是徵收也不屬應該無償忍受者，就是使用限制補 償。司法院釋字第 444 號解釋提及對土地限制，認為對土地使用限制還在容忍範圍內，於原來法律保留程度，並沒 有增加人民土地財產權之限制，所以符合法律保留原則。 這個解釋比較舊時，雖然談到這樣限制符合法律保留，沒 有額外增加人民負擔，可是忘記如此限制對人民財產權影 響尚能剩餘多少，實在沒有保障。該解釋就這個角度比較 沒有顧及到，所以大概總計來論，與這號解釋有關的包括

381

司法院釋字第 542 號解釋，另一個係司法院釋字第 532 號解釋。

再來是對於權利限制，要談論騎樓禁止設攤案例。司法院釋字第 564 號解釋提及有騎樓公告禁止設攤之機制，土地財產所有人行使權利受到限制，然目的是維持人車通行 順暢，對所有權影響尚屬輕微，亦未違反比例原則，所以與財產權保障並未牴觸。惟必須考慮原來土地分區是什麼土地，原本是個騎樓地，騎樓是什麼屬性應該多加思考。 再來大法官認為騎樓禁止設攤，其實並不是那麼理所當 然，應該分辨什麼樣騎樓、然後不同路段、到底什麼情況需要設攤、應該考量當地之交通流量、道路寬度等等作個 案類型上之判斷。大法官意指似乎是有些騎樓設攤沒關 係，擁擠情況作限制可以接受，若一般騎樓適時不作限制， 使攤販有改善空間，這也是人民使用土地之態樣。大法官 因為所屬層級很高，未必能體會人潮洶湧時之攤販危害可能有多大，與社會經驗可能有所脫離。如果要正確評價社會現象，這個制度檢討應該要由身歷其境開始。

陸、危險責任

危險責任是行政損失補償一環，特徵是出於危險行為，特別舉槍枝為例作代表，主要是具有高度風險，這種 公共措施只要有某種危害像是販毒等等都有可能作為危險 措施。

法制規範上而論，對待危險責任應否單獨立法，還是

382

整併至一般行政行為，還是建議比如統一的概括行政損失 補償條例。其實危險責任部分似乎可予以整併，不需單獨 劃分。警械使用條例定性上係很典型的公法行為，然而在 實際規範將它分成 2 部分，警械使用條例第 11 條規定分成2 項，差異在第 1 項談合法使用槍械，第 2 項是違法使用槍械。第 1 項的合法使用，例如擊發打到人民是不得已或無法預期，被打到的人民是無辜的，警察也是無辜的。人民的 無辜回歸行政損失補償，如果本身是違法即構成國家賠償，這部法律二者都已納入，給予人民比較簡便補償管道， 但補償金額較低。警械使用條例請求門檻較低，條件比較 寬鬆，合法、違法用槍皆可使用，補償金額有明確標準。 曾經有個問題，有人民在警察用槍事件受到損害，依據警 械使用條例請求補償，覺得給付太少續行請求國家賠償補 助差額，有學者認為既經補償，不能再請求賠償，即延伸 出警械使用條例跟國家損失補償之關係為何？較為一致的 看法，認為應該要容許人民併為請求，補償金不夠還是要 給予機會，差額部分透過國家賠償來填補，然而最高法院 曾有過對人民較不利之否定見解，這個部分應予逐步更改。新刑事訴訟補償法亦有條文涉及此議題，釐清補償與 國家賠償之關係。新聞稿提到受害人依刑事補償法得補償 外，如請求人有其他損害，尚得依國家賠償規定請求國家 賠償。於此，不論是警械使用條例或刑事補償新制度，與 國家賠償制度都應謹慎小心操作，結論至少都應該容許人 民就不足差額部分完整主張。

383

Q＆A Q1.

問：內政部是土地徵收義務主管機關，臺灣電力股份有限

公司不是公部門，可以強制徵收人民土地嗎？

答：例如一個工業區的開發，可透過政府取得人民土地， 先將工業區開發，然後向管理單位取得土地使用。更何況電力需求關係著全民用電，這些私人或公部門、私部門，像臺灣電力股份有限公司作為徵收制度受益者，如此是否適當？臺灣電力股份有限公司部分應沒 問題，因為供電是建構國家基礎建設，全民都是使用 者、獲益者，徵收作為必要手段具有正當性。至於工 業區為了開拓園區，透過政府推動來徵收人民土地也不能太短視，對國家所帶來之好處或必要性，大概就 浮現。過去制度沒有完全落實市價補償之情形，廠商 獲得低廉土地使生產成本降低，未來如果改採比較充 足補償，前述不正當之種種情況應會減低。

Q2.

問：如果政府以公用名義徵收私有土地，經過幾年都市計 畫變更為住宅用地，賣給建商蓋高價住宅，因為時間相當短，即使政府按照法律規定程序，會有損失補償問題嗎？如果不徵收賣給建商，建商可以向人民購 買，價格差異會很大。就是在短期內做與徵收目的不 同之利用，如此是否會有問題？

答：先是基於公園建設需求，然後徵收土地，嗣後都市計

384

畫變更用地作為商業區、工業區轉售，政府獲得極高價差，這個當然會有正當性問題，如果容許，將來應 該要補充這個法制上漏洞，訂定若干年限，如果徵收用途有變更，應該要考量人民利益，但如果考量將來 以市價徵收問題會輕微些，因為賣給任何市場接受者都是如此價格，人民觀感應會好轉，但在正當性裁量， 當初如果要賣給建商，可能就欠缺正當性，如此處理， 至少人民觀感不佳。

Q3.

問：剛剛那個問題再予延伸，將原來目的作公共用途轉成 商業用途，是否違反徵收目的？如果違反徵收目的是 否有其他抉擇方式？

答：徵收應該要貫徹徵收目的，不能任意違背，也是與人 民往來之誠信原則。於法制層面，不能完全排除任何 可能性，附條件應預留彈性，允許政府將標地物轉為其他用途之理由。可否轉為他用？門檻要件又將如何設定？完全排除倒不必要，確保人民感受不會被政府 欺矇，確定徵收目標原則貫徹到底，例外開個小門， 萬一此扇小門要件之達到，確實有某種程序之正當 性，源於重大事由而改變原來徵收用途，要設法作善 後處理，可能思考選項，人民是否可優先買回？是否 可按照原來價格主張買回權？有必要作出相當規劃。

385

五、行政處分之溯及失（生）效

壹、時間：100 年 9 月 23 日（星期五）

貮、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室參、講座：臺灣大學林明鏘教授

本文大綱

壹、前言：法益之衡量一、溯及 vs.不溯及二、公平性 vs.安定性三、合法性 vs.妥當性

貳、行政處分之效力

一、對外效力：合法送達（自縛力）（行程法§110） 二、確定力

三、形成力

四、構成要件效力五、執行力

六、內部效力：可以早於外部效力嗎？ 參、行政處分：溯及失效或生效

一、溯及：概念；真正 vs.不真正溯及

386

二、何時會有溯及情形：送達前即生效或失效三、溯及之具體情形

## （一）行政處分撤銷

1、撤銷當選公告：當選視為無效

2、撤銷眷舍資格

3、撤銷核發之定居證（行程法§118）

（二）行政處分廢止（授益行政處分）（行程法§125 但）

（三）解除條件成就（NCC 的年代綜合台事件） 四、法律禁止溯及原則的根據

五、案例研析

壹、前言：法益之衡量一、溯及 vs.不溯及

溯及概念涉及到判斷什麼是「溯及」，溯及是指：當行

政機關做的行政處分送達或通知當事人之前，行政處分內容更早以前即發生效力就叫「溯及」。舉例來說可否 9 月 23

日處分送達給你，9 月 23 日前生效？送給你公文是 9 月 23 日，生效是 9 月 23 日之前任何一天都叫溯及。因為標準點是溯及的概念，這些應該都包括。假如做個表，基準點前面就叫溯及，基準點後就不叫溯及。行政程序法對溯及、不溯及規定，行政機關有很大裁量權限，包括行政處分撤

387

銷、廢止行政處分。至於行政機關更正，在行政法意義都是撤銷、廢止，不是誤寫誤算、顯然錯誤。行政法有更正、違法撤銷、合法撤銷、廢止有時都可溯及或不溯及。

二、公平性 vs.安定性

行政處分效力會溯及，涉及「安定性」、「公正性」。溯及會侵犯法秩序安定性，因為 1 年前生活安排完備交代、形成了，這時法律秩序竟提前到行政處分送達發生外部效 力前，當然對他的法律生活安排產生很大影響，但是最高行政法院認為沒有溯及非常不公平，這在公平性、安定性 產生很大爭議。為什麼批評最高行政法院 98 年第 463 號判決？因為最高行政法院 98 年第 463 號判決看到個案公平性，覺得行政處分沒溯及不公平，本件上訴人於 91 年 1 月11 日申請資遣，4 月 19 日核定資遣，5 月 1 日生效，生效後理論上就資遣了。行政機關於資遣後承諾記嘉獎沒有給他，他去打官司，行政法院將之前核定資遣之行政處分撤銷就會溯及變成沒有資遣處分一樣，既然原處分撤銷，那麼薪水是否也要回復？所以，行政法院想到內部效力優先外部效力的奇怪理論，認為不應該溯及失效。法官想到的 是個案公平而非法理圓通，學理上文義解釋的文義跟多變性解釋的種種合理控制，才是重點，可是法院審判剛好相反，或許各位覺得這樣才對，應該屬於個案公平。

法院只說判決結果正確，結果公平性非常重要，因為被撤銷資遣之個案當事人根本未上班啊，3 年多未上班產生一個問題，假如薪水要給他幾百萬不公平。未資遣、未上班怎麼辦？此法律空窗如何處理？資遣處分應溯及 91 年 5

388

月失效才不會有空窗期，個人覺得除非有法制上配套，就是修改相關法律時應該把時間規定特別准許溯及、不溯及，行政程序法有溯及問題，不管撤銷、廢止，有溯及可 能性當然要件比較嚴格。什麼叫有利溯及？例如教授升等都是溯及到每年 8 月 1 日升等，升等會議、教評會常常開學後才有辦法開。為什麼？教授都出國了，一般都是開學 後才開會，8 月 1 日以後開完後溯及到 8 月 1 日。教授沒抗議因為對他有利，不利的溯及既往才是重點，這是「公平 性」、「安定性」問題。

三、合法性 vs.妥當性

溯及會影響「合法性」、「妥當性」。依照行政程序法規定，有些撤銷或廢止要件限制不是無條件溯及，尤其是行政處分廢止，把合法行政處分廢止。有時行政機關不用廢止、撤銷，喜歡用「更正」。「更正」在行政程序法是指顯然誤寫誤算，顯然若類似錯誤，才可用更正。這種「更正」被行政機關濫用，會涉及合法性跟妥當性問題。妥當性比較像是個案公平性，如公共利益的公平性，溯及、不溯及涉及到這麼多互相考量，要考量多方利益更高階還更複雜，包括法律上沒寫的義務，有些是政黨利益、個人利益、機關間互相協調的利益，這種利益在法律沒有規範的如此詳細，這是公共政策、公共行政的範疇。當公務員一樣道理，要不要溯及問題，原則上合法性法益高於妥當性法益， 有時合法但不妥當，這種情形有但比較少。做為基層公務員建議合法性法益開放前，妥當性與否交給長官傷腦筋， 一般來講合法做為法律要件，合法了才有妥當問題，但是

389

有時什麼叫「合法」可以討論很多，不利行政處分溯及須考慮很多因素。

什麼是行政處分「撤銷」？行政處分是違法的，撤銷 原則是可溯及的；廢止，要看它是授益或非授益。為什麼廢止、撤銷分開？因為衡量觀點不太一樣。行政處分「廢止」是行政處分合法，只是認為情事變更或其他公益考量， 行政處分應該把它作廢比較好。加油站合法設置，但後來旁邊有學校、廟宇、居民抗爭，行政處分是合法授益性， 加油站許可可否把它廢止？可以，符合一定要件要合理補 償。可否溯及？當然可以，像故宮附近的高樓就是例子， 可以把故宮附近高樓合法建照許可廢止，這是法治國特殊 現象，行政處分溯及失效。從法安定性、人民信賴保護， 為什麼加油站合法變成乞丐趕廟公？他會覺得不公平，所 以溯及要考慮到每個因素，溯及做到兩全其美不是沒有辦法，給它損失補償，這是個損失補償機制，可以溯及失效， 但是補償這種補償金可能很高，讓行政機關不敢隨意撤銷 或廢止，撤銷比較簡單，廢止會比較小心。一般來講公務員廢止行政處分最好不要溯及，要溯及要簽給長官，為何要溯及的理由寫清楚。溯及當成例外情形，不要是正常情形，縱使它是撤銷也盡量不要溯及。

撤銷行政處分原則是要溯及，因為它違法自始剷除。廢止因為前面狀態存在因為公共利益變化，情事變更原則把它合法狀態改變，原則不溯及，例外溯及。撤銷、廢止行政處分區別是看它原本合法還是違法，合法稱為「廢止」，違法稱為「撤銷」。依照個人觀察都不要溯及比較好，

390

像立法委員有雙重國籍的案例，依照公職人員選舉罷免法規定自始無立法委員資格，立法委員不用還錢因為他有執行職務，不構成不當得利。不像資遣案例，他根本沒來上班。而因為雙重國籍違法當選無效、選舉無效會產生溯及

「撤銷」，當選撤銷將議員、立法委員薪水交回去叫「溯及」。溯及完因為是違法行政處分，撤銷原則要溯及既往， 溯及有時會天下大亂，立委薪水公費都要還，加上法定利息總額很苛刻。

法官是看個案爭議之公平性，學者是看法律適用上之 合法性，認為合法性沒問題，沒顯然違法，為什麼不這樣呢？所以法官判決議員雖然當選無效，但是錢不用還，一些理由就出現。

貳、行政處分之效力

因為行政處分效力是依照行政程序法第 110 條公告通知或送達之後才發生行政處分的效力，它是外部效力不是 內部效力，為什麼呢？確定力、形成力、構成要件效力、執行力。內部效力就是很奇怪名詞，一般來講行政處分指外部效力，內部效力是否可以早於外部效力？可以，但會 溯及。不能用這理論推說內部效力可以早於外部效力，行 政處分送達公告後，受送達相對人包括公務員，才知道內容，才發生效力，方為合理，不能在送達前即生效力。

NCC 對年代電視台手段非常高明，行政處分附款期間到限期失效，說他還在播這段期間給他處罰這是行政處分

391

附款效力？可以溯及效力。什麼附款呢？年代綜合台屆期可以換照，可是換照有 2 個條件，第 1 個條件：自製率提升到多少，第 2 個條件：1 年內不能受 2 次以上處罰，被處罰溯及失效，證照換照都沒效力。細節在哪裡？年代綜合臺很多節目不是自製，是外買，廣告充斥在節目裡面。不是對節目風格有無同情，而是從法理判斷。學法律之人， 須從客觀看，任用公務員可否用附款？可以，要規定在法律裡面。盡量不要溯及是避免法秩序安排被破壞，對當事人信賴公平性有很大質疑。前述判決立法委員自始當選無效，薪水不用返還法理可通。因法律規定溯及、不溯及不是沒有法理，它有很多立法目的。

參、行政處分：溯及失效或生效

一、溯及：概念；真正 vs.不真正溯及

各位會發現個有趣名詞，「真正溯及」與「不真正溯及」的用語。「真正溯及」就是真正溯及既往，一個行政處分送達於 100 年 9 月 23 日，就溯及自 99 年 9 月 23 日前 1 年生效，這是「真正溯及」。另外 1 種「不真正溯及」就是沒有溯及意思。溯及理論是涉及一個結束的法律事件，事實已經結束的法律關係。「不真正溯及」是一個法律關係還沒結束，所以用一個新的規定來適用改變新秩序。譬如大學學費每年可以調整，不只適用到新生而已，還是所有在學學 生都要調整學費，照這個涉及到這麼多年級，學生學費調 整是不是都適用？還是只有新生？這涉及到「不真正溯及

392

概念」。因為其他年級尚未從大學畢業，法律關係尚未結束。

第 2 個逃漏稅，逃漏稅以前稅法規定沒有刑法制裁， 但是逃漏稅一直沒被發現，發現後新規定可以用刑法制裁，可否用新刑法規定？這稱為「不真正溯及」，因為法律關係還沒結束，所以這不是真正溯及。所以為什麼學費調整後全部學生都適用？因為法律關係沒有結束，所以可以適用新法規定，就不是溯及既往，法律事實沒有結束就沒溯及概念。「溯及」是禁用新的法律生活、法律關係，在已 結束的法律關係用新規定適用這是溯及概念，跟「溯及生效」不太一樣，位階比較高一點，因為「溯及」跟「不真正溯及」主要是法規變動時對於以前事實可不可以適用這個法規，不真正溯及在實務發生很多，為什麼呢？常看到很多政策、行政命令、行政計畫或法律修改要不要規定適用之時間點，什麼時候開始生效？不規定會不會溯及既往？因為法律關係繼續。例如在行政機關當公務員在職進 修須全部通過英檢之規定「不真正溯及」還是可以「溯及」， 所以這種解釋方法對學法律者不能接受。

什麼叫「不真正溯及」？例如：臺大教授宿舍分成兩種，一種叫老教授宿舍，一種叫新教授宿舍。老教授宿舍可以住到他及他太太百年後再還給臺大，不用繳管理費用；新教授住到 65 歲退休即要返還，理論上兩者應該一體適用新宿舍規定，可是對老教授很殘忍，宿舍辦法修改在法律叫「不真正溯及」，所以宿舍規則改變後，不管新舊宿舍都應該一體適用，但可另外加個特別條款，如規定民國

393

幾年後搬進去不適用新宿舍規定，這個可以用法令明文切 割。美國人講法律是經驗不是邏輯，但是有一部分當然是邏輯，法律的爭議是經驗不全是邏輯，但是邏輯在法律裡面扮演非常重要角色。為什麼？「真正溯及」跟「不真正溯及」是邏輯、概念，但是假如依照法律外，人情概念可再加條規定，雖然「不真正溯及」可以溯及到這些老教授， 加個條款民國 70 年以前住到宿舍可以住到他百年。

人事案件非常痛苦就是法律沒法做切割，舊制跟新制要不要做切割？人事法規長官都不太喜歡切割，因為切割會形成一國兩制，至少在改革時難以面面俱到。法律所以不外乎人情，各位在公部門規定不溯及條款很多人會感激你，寫什麼？寫不真正溯及的例外條款，讓他不溯及。最後面其實是基本法理，所以講的拉高它的視界，這跟溯及既往沒有直接關係，有些東西跟大家分享它是溯及失效， 在行政處分是個很小的議題，透過溯及跟不溯及概念讓大家了解行政機關草擬法規不是照抄就好，有些東西可以想到這很好用，雖然不在法律部門裡面，可是在解釋部門或相關部門裡面可以解釋。雖然是受到法規適用對象的限制，但是解釋可不可以透過目的性限縮把這些人排除？假如不行就要修法，否則這些同仁很難適應新法規。

很多管制制度有彈性比較好，公務員制度如此，全國管理制度亦是如此。要有彈性可加概括條款、其它排除條款，對法制作業有很大幫助，這個可幫助保訓會減少眾多業務。因為沒有其他規定例外情形存在，裁量地方很少， 假如可以，你們想想看，不溯及條款可以幫助自己外，有

394

沒有以其它概括條款方式讓個案非大數法則、例外情形也可在法規裡面找尋根據，才可以依法行政，做個比較妥當決定。因為法官常常需要這個規定，以公平審判排除條款應該可以類型化，靠類型化寫書、來打訴訟當費用律師， 概括條款很多人事法規都可以加。因為法律只規範大數法則，但例外原則沒有考慮每種案件情形，各位假如行政機關待的越久總會發現一、兩件屬於例外情形，在法規中卻無法依法通融。

給他准許彈性條款基層公務員不太喜歡，因為他常常會有後門壓力。為什麼？後門條款承辦人最好不要，例如規定：其他足資證明文件可以登記。什麼叫足資證明文件？ 法令沒有規定，但經驗上可贊同。

一個案例，例如由組長平調秘書，一樣是薦任職等， 但是主管加給沒有了，要不要申訴？要不要到保訓會抗爭？這個涉及到法律外問題，法律可以因為主管調非主管職務是行政處分，可以依照規定請求救濟，但是救濟對象告誰？告首長大概撕破臉。每個作法都有法律作法，兩者 可否兼顧？有時可以。

二、何時會有溯及情形：送達前即生效或失效

再來是有溯及情況，是送達前即生效。行政處分送達公告或是通知，依照行政程序法規定，這時才發生效力， 外部效力。發生效力就是確定力、形成力、執行力等等力量。因為行政處分都有書面為基礎，行政處分自送達即發生效力，效力若提早即所謂溯及生效。

395

三、溯及之具體情形

會有溯及情形有 3 種：

（一）行政處分被撤銷

例如：1、撤銷當選公告：當選視為無效 2、撤銷眷舍資格

3、撤銷核發之定居證（行程法§118）

一種是行政處分撤銷，有行政程序法規定行政處分撤 銷，都是溯及的將違法行政處分撤銷，要回復合法狀態， 所以要溯及既往。把違法狀態除去，那可不可以不溯及？ 可以，因為行政程序法在行政處分章節裡面規定可以不溯 及，因為是例外要講理由，譬如撤銷當選公告，但你是雙 重國籍議員，所以撤銷當選公告然後溯及既往，公費交還。因為溯及既往視為法定關係從開始不存在，就沒有議員身 分，所以憑什麼領公費？

第二個撤銷眷舍資格，老舊眷村資格都是登記有案， 因為時間經過很久，第 1 代都過世了，由第 2 代來承接。第

2 代要推一個孩子登記，萬一有假冒就撤銷資格，就溯及一開始眷村改建資格。

第三個撤銷核發定居證，這是外籍新娘問題。外籍新 娘不知有無前科紀錄，入出國移民署經過審查，假如沒有 審查出外籍新娘有前科紀錄，前科紀錄有些是因為某些刑 案他有前科紀錄，萬一發現他有刑案，例如：家暴婆婆跟 媳婦打架，媳婦打婆婆，婆婆就告媳婦傷害，若判有期徒

396

刑確定。媳婦是外籍新娘，媳婦定居證被撤銷後喪失定居效力溯及既往。先發給他證件，結果發現外籍新娘有打婆婆紀錄，所以理論不可以有定居證，行政機關就把定居證 撤銷。

行政處分撤銷依照行政程序法來溯及既往，這是行政程序法第 118 條，但是例外情形可以不用溯及。

（二）行政處分廢止

行政處分撤銷是行政處分違法，但行政處分廢止是行政處分合法但因為某些考量廢掉，像加油站許可、故宮前面住戶建造許可、一品苑建造廢止。因為行政處分確實沒有違法。

（三）解除條件成就

什麼是條件呢？就是不確定是否成就的因素，例如： 任用你 3 年內不准跳槽，這個條件是任用條件，依照公務人員任用法是不能附加條件，像聘用可以加條件，用借租方 式是附款。第二種是附在行政處分後面但不一定要同個文 書，在實務見解不一定要在同個公文書字號裡面，可以另 外加個附款，但要寫清楚是個附款，這個附款會讓行政處 分失其效力，有時會溯及既往失其效力。

年代綜合台要換照時，NCC 給他 2 個附款：第 1 個， 自製率提升到多少，第 2 個，1 年內不能受 2 次以上處罰， 哪 1 條規定他沒寫，隨便哪 1 條規定都可處罰它，因為 NCC 法規非常多，有關廣播電視法規很多，處罰手段很多，所以它附了 2 個附款，年代綜合台被處罰了 2 次行政處分。

397

年代綜合台何時核照時附條件？是 99 年 2 月 26 日。什麼時候成就？99 年 7 月 13 日，被處罰第 2 次條件就成就了。依照行政程序法第 93 條規定，會溯及到 2 月 26 日生效， 但是 NCC 到年底才通知它條件成就。為什麼？因為例稿弄不清楚，只有改受罰者姓名，沒有通知它原始條件成就。證照效力失效，開完專家學者會議才知道，99 年 12 月 24 日晚上接到通知，12 月 31 日要停播。為什麼？NCC 在 100 年又罰年代綜合台新臺幣 210 萬元，因為它停播是 12 月 31 日，依照條件成就溯及到 2 月 26 日。失效期間仍在播，所以要罰新臺幣 210 萬元，你根本無法救濟，因為條件成就後，依照民法規定當然失其效力，所以不用另外通知。證 照沒有了這不明確，怎麼知道證照沒有了？執照不見了至少通知一聲，都不通知。

雖然停播了，依照 12 月 24 日規定停播後要有後續動作，廣告、客戶、節目安排、後續調配都要一些時間，1 星期是合理的，所以它接到通知 12 月 31 日就停播了。他們在停播處分前就到行政院訴願審議委員會打官司，該訴 願會竟然不受理，因為沒有具體行政處分存在。因為 NCC 認為條件成就當然失其效力，不能再播了。7 月 13 日 NCC 處罰它時，處分送達才有救濟程序，因為對外效力是依照 行政程序法第 140 條，送達時才發生效力。13 日送達，15 日條件成就沒有跟他講執證照沒了，所以就會有第三種溯 及失效。這種惡性最嚴重，撤銷光明磊落，廢止比較少溯及，因為撤銷溯及案件比較多，廢止比較少。像主管加給 若有錯，追回來啊。代理一定期限後才有主管加給，若沒 有超過 10 日給他是違法，要撤銷。溯及既往還有優惠存款

398

利息規定，依照新規定金額減少，減少行政處分通知書是 廢止，沒有溯及。當初規定能存 200 萬元，後來變成 100 萬元。早期行政處分是合法，這新規定改變，實務是送達到 相對人那天開始計算，合法行政處分廢止沒有溯及是原則性規定。

NCC 對年代綜合台條件成就呢，就有溯及效力。因為確實在 7 月 15 日通知他，7 月 15 日被罰錢條件成就沒有另外通知，直到聖誕節前晚才通知要把電視關掉，7 天就命關閉節目。

四、法律禁止溯及原則的根據

溯及涉及面向因為是法律秩序原則很少破壞安定性， 所以臺大教授宿舍分為 2 種。第 1 種因為法安定性保留，

第 2 種為信賴保護原則，追繳主管加給或追繳任何加給， 信賴保護是行政處分可否撤銷的另一主要理由，跟溯及無關，不得超越它。因為當事人信賴保護，人事弄錯加給， 何罪之有？行政程序法規定某些情形信賴不值得保護，假 的證件、騙人家資訊、或用賄賂脅迫取得行政處分，這種 不受信賴保護。信賴保護面臨 3 個議題，信賴基礎、信賴表現、信賴值得保護。信賴保護變成在實務上行政訴訟最 多當事人提信賴保護，信賴保護變成改革絆腳石，因為每 個人都主張信賴保護，所以主管加給不用還啊。

行政機關常因為信賴保護原則頭疼，最頭疼是行政法 院法官，幾乎每個案件當事人都主張信賴保護，尤其授益行政處分撤銷時幾乎都主張信賴保護，可以限縮信賴保護

399

要件，但不能看不到。人民主張信賴保護，法官須寫出准 駁理由來，判決才有說服力，司法改革不在法官可否受評 鑑，而在判決書公正性。司法院都做偏了，司法改革都在 法官評鑑怎樣怎樣，司法公正性最重要信賴度在他的判決 書裡面，判決書要寫非常完整，很多法官判決書隨便寫， 因為負擔太重案件太多寫不完整，也有很多好法官，但案件太多，所以無法精雕細琢。第四個是比例原則。第五個 是權利有效保護原則，司法院釋字第 633 號解釋，大法官特別提權利有效保護原則，不是憲法規定也不是行政程序法 裡面提的，可當成法理。

五、案例研析

之前提資遣處分事前萬一重複發生怎樣才能減少損害？行政法院見解變來變去是風險。這種情形在法治國不 正常，因為證據相同，證據不見是因為警察在大掃除證據 都回收了。法院很多證據都請警察保管，警察很忙地方又 小，保管證據不是那麼有 sense，就把它清掉，證據就不見了。所以法官判案非常困難，所以證據一樣是一樣，是證 據不足。這種情形萬一再發生，例如當事人 91 年 1 月 11

日申請資遣，行政機關 4 月 19 日核定資遣，資遣處分 5 月

1 日生效。這個沒有溯及，之後他就停職了，因為他資遣了沒來上班，只上班到 4 月 30 日。他告行政機關資遣程序有瑕疵，確實程序有瑕疵。譬如該迴避沒迴避，而迴避是利害關係有偏頗之虞的人就該迴避，這種迴避還有一些規定。

被行政法院撤銷是有一些瑕疵，譬如違例狀況被撤銷。什麼時候撤銷？92 年撤銷這個就是可爭議問題，假如

400

重新發生怎麼辦？萬一他救濟時核定資遣處分前可否不執 行？請他來上班不可以，依照訴願法跟公務人員保障法規 定，提起行政救濟不停止執行。他這個申請資遣不利益生 效後，若他提官司、打訴訟，核定資遣處分沒有停止效力， 還要繼續執行。在德國相反，提起行政救濟執行全部停止， 例外才不停止，對公益有重大影響才不停止。臺灣理論跟 它相反，實際行政機關對人民行政處分外帶救濟通通停， 避免國家賠償，原則不停止，執行實際停止執行。近代法 律判決不接受，就變相執行。稅務機關不停止執行是最強 勢機關之一，斤斤計較，甚至限制出境。

像 91 年 5 月 23 日再執行不停止可否讓他上班？下次

他提行政訴訟要不要上班？原則上可以不用，但 92 年行政法院撤銷後就要下個動作，不要等到 94 年再重新核定時才講，他的問題應該收到判決書時就下個處分，要嘛讓它停 止，要嘛讓他復職，決定不可以像烏龜躲在裡面不知道， 當事人很生氣核定資遣處分撤銷應該視為不存在，應該可 以上班。行政機關應該在收到判決書第 2 天決定命它停止， 因為資遣處分時不能停止，資遣完就沒職務可以停了，所 以不能再停止，只能在 5 月 1 日收到行政處分撤銷判決第 2 天命停止處分，就不會產生身分問題。

當行政處分被行政法院撤銷後，處分就視為自始不存在，就回復到原狀公務員關係，要回復原狀，而不是再為 1

個處分，所以第 2 次重新核定處分，還跑到銓敘部，再下

來變成 94 年 9 月 20 日，跟 5 月 1 日又產生 3 年多落差， 這個安定性危險越來越大，要嘛就命它停止，所以被停止

401

原因也沒有，再修法律或其他重大事由、緊急事由，那概 括條款有沒有可以用？沒有就沒法停止，只能列為最急件。

在 91 年 5 月 1 日到 94 年 9 月 20 日這段期間他是否為公務員？他原則是公務員，因為臨時事由要發他薪水，就 鼓勵人打官司。爭取權利要付出代價，他被行政機關羞辱， 你還來上班，你資遣還反悔。依照法律沒有資遣還附條件， 每次開庭都被行政機關罵，所以他有很多委屈，爭取到最 後勝訴沒用，溯及到 91 年 5 月 1 日，理由因為原告 3 年中根本沒有上班。給他 2、300 萬元是邏輯，不公平，所以最高行政法院法官想歪理讓他可以溯及既往，他找到法律想內部效力早於外部效力理論，你也看不懂，最高行政法院 抄陳敏教授書中內部效力、外部效力不一致，內部效力早 於外部效力，他沒有這樣寫。91 年 4 月 19 核定資遣是內部

效力，內部效力提早 3 年多。國家輸掉案子不是真的輸掉， 國家保護法律基本尊嚴。最高行政法院判決雖然確定了， 但是還是給他批評，它沒違反法令不能聲請再審，再審要 件相當嚴格，這個判決違背法律，不知當事人有沒有聲請 救濟？

公務員請假有所謂公傷假，公傷假有要件。公傷假准 了之後，公傷假不符法律要件，所以把公傷假撤銷，那這 樣有溯及？公傷假撤銷後改病假登記，公傷假因公受傷才 有。因為原因是生病，不符公傷假要件，公傷假就取消。 依照保訓會見解是管理措施，所以不能適用復審程序。依 照公務人員基準法規定，休假變成是公務員權利，定在法 律值得喝采。公務人員休假是權利，只是時間不能決定，

402

休假不能取消，只能延後，這叫權利，若休假可以取消就 不是權利。警察最討厭休假被取消，公傷假能否適用行政 處分撤銷的法理來類比適用？因為是管理措施，不是行政處分，當然沒法律規定。個人見解比較特殊，對公務員管理措施和行政處分是流動式概念，以前認為主管調非主管 非行政處分，現在認為是，這保訓會做的決定。依照個人邏輯推理，公傷假也可以是行政處分，只要符合行政處分 6

個要件（行政程序法第 92 條規定）。所以公傷假是行政處分，目前實務見解不是行政處分，是管理措施，管理措施 原則是對單方、對個別當事人權利對待，本質類似行政處分，所以應該可以用這樣概念來存在。不過這樣解釋會不會窒礙難行？因為管理措施其實非常小，職務調整還是不 是行政處分？不是，主管調非主管小小調整而已，至於同職系、同官等、本俸不變或是上班時間改變一下，或是業 務變一下，依照實務見解仍是管理措施，就特別法律關係 只好這樣講，如果要另外規定應該在績效規則裡面規定， 行政機關主管機關對病假、請假事由可依職權調查外，並 得依職權做適當變更可符合。

另外切結書問題，切結書本身是個附款，要看具體要 件實情而定。譬如進用一個人 3 年不得跳槽或進修幾年之內要回來，不要進修完就離開了。寫個切結書像行政院有 些保送到外國念學位，念完之後回來就辭職，辭職可以撤 銷嗎？辭職可以撤回，只要是行政權意思表示到行政機關 發生效力就可撤回，辭職可否撤回是個很大法理問題，但法律沒相關規定。有請辭待命案例，辭了還待命，要等上級長官說可以走了才走，辭職信壓著就離開可不可以？民

403

法規定辭職這是形成權，意思達到這邊效力就發生，不需 許可，在公務員法不可這樣，要許可才可離職，法律在這 方面包括停職、辭職、自願資遣，很多都沒法律明文規定 效力，對公務員不是好事，人事法規還有很多可進步空間。

404

六、公務人員的言論自由

壹、時間：100 年 12 月 16 日（星期五）、23 日（星期五） 貮、地點：考試院傳賢樓 1 樓多媒體會議室、臺中市政府

公務人力訓練中心

參、講座：國立中興大學法律學系李惠宗教授

本文大綱

壹、從公務員的宣示就職談起貳、公務員與國家的關係

一、恩寵侍從體制

二、特別權力關係說－力的關係三、公法上職務關係－法的關係

參、公法上職務關係內容（兼論「制度性保障之公法上職務關係對公務員行政中立之影響」）

一、職的關係－組織法的關係二、務的關係－作用法的關係

肆、言論自由的基礎理論一、言論自由的功能

（一）實現自我

405

（二）監督政府

（三）促進社會進步

二、言論自由的限制基礎

（一）明白而立刻的危險理論

（二）特殊關係理論

伍、 公務員的言論自由及言論倫理一、公務員加入 facebook

二、公務員參加集會遊行

三、公務員對於公共事務的評論

（一）法官對判決的評論

（二）退職公務員對政府的評論

（三）公務員的不服從－對三一九真調會條例的評價

（四）公務員建立個人 Blog 陸、結論

Q & A

406

壹、從公務員的宣示就職談起

要作為公務員一開始會有宣誓儀式，這個宣誓儀式是否會涉及到「言論自由」？在臺灣民主過程有很多有趣抗爭方式，在民國 71 年至 80 年代中，反對黨勢力崛起，有些反對黨民意代表宣誓就職時，不對國旗暨國父遺像行三 鞠躬禮，亦不唸法定誓詞，甚至連誓詞內容、宣誓方式都 不太一樣。通常公職人員宣誓，係對國旗及國父遺像宣誓， 若不按照宣誓方式，法律效力就會產生問題。但那些「抗爭性的宣誓」是否符合法定標準、法定程序？公務員宣誓是否為一要式行為？如果肯定之，不符合將會有就職無效的相關問題，當時的處理較為圓融，直接發生無效情形不多，在國外宣誓亦有此類問題。

國外誓詞也約略相同，加一句：「願神保佑我」。但實證上，基於憲法上「政教分離原則」，要求「政治」與「宗教」儘量不要混在一起，可是宣誓就職即碰到問題，為了讓傳統繼續維持，也讓政教分離落實，外國的法制亦有規定，公職人員之宣誓者，可以不唸：「願上帝保佑我」。我們的宣誓沒有問題，跟宗教無關言論表達方式也是言論表達範圍，可是當公務員是否受有限制？應否該把誓詞念畢？此與憲法保障言論自由有非常密切關係。

貳、公務員與國家的關係一、恩寵侍從體制

## 接續要處理公務員和國家的關係，公務員與國家之關

407

係是個有趣的問題，早期在專制時代這是一種事實，而不 是一種理論建構。

近代以前的公務員與國家的關係是一種「恩寵侍從關係」。簡單而言，官員要晉升要獲得恩寵，要能當好的侍從， 從而德性、知識、能力並不是當官最重要的因素。恩寵侍從體制就是要獲得恩寵，獲得恩寵遠比道德、知識重要， 這個是個現象，大致形成一種制度，甚至可以用「錢」直接買官來做。孫中山先生認為這個制度不佳，就改革人事， 提倡「專家政治」，遂逐步引進公務員考試取才觀念及制 度。恩寵侍從的體制縱有問題，但歷史上確實存在，且存續兩千多年之久，現在不採恩寵侍從體制，但事實上此種

「恩寵侍從」的餘緒仍然存在。我們時常會聽到：「某某人跟對了人，故平步青雲，飛黃騰達」的說法，正是「恩寵侍從體制」的說明。雖然現在不採用此種制度，但是實質有影響力，這是封建時代的餘緒。

二、特別權力關係說- -力的關係

在德國俾斯麥以前的時代，為了鞏固君主立憲政權， 德國發展出「特別權力關係說」。這個理論認為公務員跟國家關係與人民跟國家關係不一樣，人民基於自願而加入執 行國家公權力的公務員身分，但取得公務員身分後和國家 產生特別權力關係，人民跟國家就是一般權力關係，特別權力關係有何特色？成為公務員是自願的，比較有保障， 相對伴隨較多之限制。有三個重要特徵：

## 第一、排除法律保留原則的適用，亦即對公務員權利

408

限制不需法律規定，直接由機關作成決定就可以排除法律 保留原則適用。

第二、公務員要服不定量勤務，不可請領加班費。不定量勤務就是公務人員工作內容沒有一定的量，要做何種、何量業務，只要長官命令即有將工作完成之義務。

第三、公務人員受到懲處無法提起救濟，亦即救濟管道遭排除，只能忍受，亦不可對服務機關提起相關行政爭訟。如此而言，公務員豈不相較一般人民地位低落，成為 二等公民？確實約略有這種情形，這樣的情形有工具化傾向。

我國大約在民國開始時期引進，尤其臺灣經歷日治時期的統治，完全繼受此一制度。民初經由日本輾轉影響人事法制，在光復後施行體制中，將特別權力關係引進，甚至行政法院判決針對公務人員與國家之關係，就用「特別 權力關係」作為判決依據，這個制度的存在產生高度影響， 使公務人員依法行政可能受到扭曲。臺灣早期的公務員被要求服從長官的倫理性很強，幾屬唯命是從，有點像軍人服從長官，現在當然有所不同。特別權力關係除了公務員外，還有軍人與國家、學生與學校、服刑囚犯與監獄管理機關的關係，換言之，公務員與國家的關係，與服刑囚犯與監獄管理機關的關係類似，頗為諷刺。

由於這樣的理論，在實證上相當不合理。在德國的發 展，二次大戰之後，也基於保障基本權的思潮日益澎湃， 故學界即對特別權力關係展開批判。德國聯邦憲法法院也

409

在判決中揚棄此種理論，故特別權力關係理論，在德國於1970 年代業經完全揚棄。

而在臺灣的發展，早期公務員在此一理論下，被工具化的情形頗為嚴重，後來透過司法院解釋，從 1980 年代開始，逐一將此一理論廢棄。蓋公務人員服務對象不是機關， 是全體國民，對公務人員保障不周，通常反射至人民。公務人員被當工具，很容易把人民亦作為工具對待，司法院大法官認為特別權力關係理論對公務人員不合理，不合權利保護的本旨，服務機關可以任意剝奪公務員權利，法律規定也沒救濟程序，形成有部分機關長官為所欲為之現象，而無法令規章予以規範，不符合法治國家觀念，因此大法官透過解釋把特別權力關係打破，現在公務人員跟國家不再是特別權力關係，而改用「公法上職務關係」加以說明。

三、公法上職務關係－法的關係

特別權力關係講究「力」的關係，有「統治」與「被統治」的關係；然公法上職務關係則講究「法」的關係。公務員與國家的關係，從「力」的問題轉換成「法」的關 係，走了將近 80 年。

## 「力」的關係與「法」的關係，最大差別在於「力」 不講究規則，「法」講究規則，由法律所形成的規則做為依據，解決公法上職務關係問題。特別權力關係講的是「公務員的義務」，公法上職務關係則講究「公務員的權利及責任」。

410

憲法上之制度性保障，對於公法上職務關係的規範意旨，可由幾個面相來觀察，簡言之：其一、制度性保障， 意旨在於強化人民基本權利之保障；其二、制度性保障， 同時要求立法者之「立法義務」，以形成種種具體基本權保障制度的核心；其三、制度性保障之立法內容，應具有「保護取向」規範意義，但此種保護取向不是以「單純保護」為唯一目的，而是在此種保護外，亦希望透過此種保護制度，達到更高價值目的的追求，故受到制度性保障的個人， 往往因此而有特定的義務。

參、公法上職務關係內容（兼論「制度性保障之公法上職務關係對公務員行政中立之影響」）

## 公法職務關係強調公務員的權利、義務及責任，皆應 以法律為本。在此一架構下，我們可以將公法上職務關係 區分為「職的關係」與「務的關係」。

「職的關係」是組織法的關係，是身分的關係。所有 公務員都有身分、職稱，每個公務員都有組織法身分，這 是比較靜態的關係。

## 「務的關係」是作用法的關係，係指公務員所具有的 具體任務及如何執行的關係。每個公務員都有「工作」，這是一種動態的關係。公務員的任務及工作須有法規上之依 據，於行政法稱之為「作用法」或「行為法」，這是一種職務執行的問題。

從公法上職務關係，我們便可以對公務員所發生的各

411

式法律問題，找到解決的路徑。例如，公務員領薪水是基於「職的關係」，因為公務員所領取的基本薪俸，是基於「職稱」及「官、職等」而定的，公務員有「職稱」及「職等」， 配上俸點點數，就可以計算出可領多少薪俸，不會因為做得很多，便可以「加薪」，也不會少做，即予降薪。公務員做再多頂多給付加班費。做多少並不重要，而是職稱，職稱高薪水即高，與是否做很多工作無關，因此領基本薪俸是基於「職」的關係。

另外，公務員薪俸中，有一筆係屬「專業加給」名目，

「專業加給」到底是基於「職的關係」或「務的關係」？ 由於公務員所有職等、官等、職稱都有一種專業內涵，職系本身是種專業，雖然可以互轉，但各種「職稱」本身就具有專長，所以專業加給是職的關係。惟「主管加給」則 係基於「務的關係」而來的。「務」是處理實際任務而產生之對價，亦即具有「主管」的職銜，並不當然可以直接支領「主管加給」，必須實際做主管工作內容始可領取主管加給。故行政機關的主管請長期病假，由代理人代行職務行為，按法理，應由代理人支領主管加給，原「名義上的主 管」應不得在代理人已支領主管加給的情形下，仍繼續支 領主管加給，否則就容易形成國家對於一個主管工作，卻 要支應二份對價的情形。

此外，公務員體系有「停職」的處分，停職是停止「務」的關係，或許正確名稱不是「停職」，而是「停務」。因為遭停職人員，其身分仍在，僅是不能執行職務，所以遭停職的公務員不得支領主管加給，蓋其沒有執行主管工作。

412

然而停職期間可以領薪水，因為「職」沒有遭剝奪，既然 基本薪俸係來自於職的關係，停職期間身分猶在，即可支領基本薪俸（本俸及專業加給）。現行制度，公務員遭停職處分，可以支領半薪的作法是錯誤的。由於停職期間，沒有工作，故不能領加班費，主管加給亦不能支領。此外， 停職期間，公務員身分還在，所以遭停職之公務人員，如具有會計師身分仍不得從事會計師業務，因為「禁止兼職」規範係來自職的關係，只要具有公務人員身分即不能兼職，故此種禁止兼職係基於「職的關係」所產生之義務。再者，停職關係不是停職，而是「停務」，但領取子女教育補助費是基於職的關係，因此仍然可以支領子女教育補助 費；相同道理，父母親去世時，仍得領取喪葬補助費，因 為該費用係基於「職的關係」所產生的「津貼」。綜上，所有環繞於公務人員身邊所產生的法律問題，都可以透過這兩個關係來尋求解決。

進一步論之，公務人員出差可以報差旅費，此係基於

「務的關係」，既然出差是一種務的關係，就不必再考慮

「職」的身分，故我國現行制度，出差支領差旅費仍視官階而定，官等越高可搭交通工具等級越高，住宿費亦以官職等考慮，是一種恩寵侍從體制的餘緒。本人認為，出差費用的支領，不該再考慮職等、官等，因為出差是把工作完成，只有「務」的關係，無須另行考慮職等。差旅費應該相等，不應區分官等、職等。官等、職等已經於薪俸呈現，因為是「務」的關係。

實務發生過「行政首長特別費」爭議，此一問題亦可

413

從此一觀念切入。行政首長之特別費是基於「務」的關係而來，但其前提是先具有行政首長身分，再以「行政首長」名義從事於公務，方可使用這筆預算。雖然，於我國現行制度，「行政首長特別費」可以支用的範圍，相當廣泛，包括私人餽贈（例如部屬婚喪喜慶）及公務慰勞（例如喝春 酒、吃尾牙或贈月餅等）皆屬法令許可範圍。此種規定的 結果，「行政首長特別費」的性質有點公私不分，與公務人員之「去個人化原則」應屬有違。蓋擔任公務員應該「去個人化」，應該把個人事情、情緒、思維、利害及理念拋開， 應服從「法規範客觀的要求」，公務員不可把個人情緒、好惡及價值判斷帶入公務機關。實務上，某些機關內部人員， 很和諧地像個大家庭，就不符去個人化的原則。公務就是公務，按照規矩從事，不是按照感情。制度要儘量去個人 化，不要把公務有關事情放到私人領域予以考量。首長特 別費不是去個人化，而是公私合一（公私不明）制度。在德國就沒有首長特別費，到德國參訪不會受到很好招待。 因為我們有首長特別費，可以用來接待外賓，制度允許把 公跟私做某種程度之調和，沒有嚴格去個人化，這或許沒 有好或不好的絕對區分。行政首長特別費基本是公私不分 情形，因此首長有特別費，可以做人情事故處理，是制度所允許，是基於「務」的關係。用首長名義工作執行公務要餽贈可以、犒賞可以，沒有用首長名義則不可以做，所 以是「務」的關係。

再者，公務員有上下班時間是「務」的關係，下班身 分並沒有消失，所以上下班時間是「務」的問題，公務員 於下班時身分仍在，只是無須工作而已。故公務人員行政

414

中立法第 7 條規定：「公務人員不得於上班或執勤期間從事政黨或其他政治團體活動」，亦即，從文字的反面解釋來 看，得在「非上班」或「非值勤期間」從事政黨活動。時間可分為「上班時間」、「下班時間」；空間則分為「公開場合」與「非公開場合」，「時間」與「空間」搭配可作為 4 種模式，「上班時間，且於公開場合」、「上班時間，但非公開場合」、「非上班時間，但於公開場合」、「非上班時間， 且於非公開場合」；公務員僅於「下班時間，且非公開場合」方可從事政黨活動。因為公務人員保持行政中立是基於「職的關係」而來，凡是具有「公務員身分」，就需要保持行政中立，而不是從事公務的時間（上班）才要中立，因此， 維持行政中立的義務跟上下班時間無關，公務員不會因為下班就失去公務人員身分，所以「法理上」公務員縱使於下班時間，亦不可以從事政黨活動。因為公務員是為全體國民服務，不是只為一個政黨服務。

因此公務員行政中立法第 7 條的規定是立法上的錯誤。因為該法第 1 條提到為了確保「公務人員」（組織法） 依法行政，政治中立更狹義就是政黨中立，該法不是為了確保公務人員「執行職務」（作用法）保持政治中立，換言之，制度是要求公務人員只要有公務員這個身分就須中 立。該法第 7 條規定之意旨，表示「下班」即可從事政黨

活動並不合乎法理。雖然該條有如是規定，惟同法第 9 條卻另外規定禁止非常多樣的政治行為，且沒有規定限於「上班或執行公務時間」始不得從事，亦即下班時間亦不得從 事之。因為第 9 條規定係屬特別法的關係，應優先適用， 等於說第 7 條是錯誤立法，透過第 9 條的規定而被廢止。

415

一般事務官應該維持行政中立，但政務官可以不用維持行政中立，因為政務官本來就是基於政黨產生的職務， 所以跟政黨必然有密切關係，民意代表、民選首長及政務 官都不必保持政治中立，但是他不可利用公務資源，包括 利用假日使用公務車或公家司機，但可自費於下班協助同 黨候選人助選，此在行政中立法亦有明文規範。

公務人員行政中立法在憲政體制下慢慢形成的共識， 事務官是國家穩定的基礎。歐洲的比利時才剛渡過難關， 他們有五百九十幾天處於無政府狀態，內閣無法產生，但其還是存活下來，因為基本文官體制仍在，所以上層結構 可以不穩定，基層公務人員必須要很穩定執行法律所架構 之勤務，如此的機制絕不可或缺，所以維持事務官體制的 穩定係非常重要的，不要隨政治結構改變而有所影響，這是重要的價值存續，所以行政中立要繼續維持。

肆、言論自由的基礎理論

公務人員是為了全民工作，不是為了特定人、特定團體，所以效忠對象是體制及經由民主程序所形成的客觀法 律秩序，不是只效忠行政首長。首長會換，體制需要長久 延續，公務人員要遵守客觀價值規範，不是個人團體，而 是為了維持行政中立。

然而公務人員就沒言論自由了嗎？實則不然。言論自 由有許多表現方式，最重要是講話，公務人員在執行公務 講話亦是很重要的，公務人員言論自由在「公法上職務關

416

係」架構下，還是存在的，只是因為有公務人員身分而受 有部分限制而已，換言之，公務員之言論自由應受限制， 是基於「職的關係」而來。

一、言論自由的功能

首先應由基本理念出發，國家為何保障人民的言論自由？言論自由的功能，從憲法觀點有「實現自我功能」，如果針對公共事務發表言論，則有「監督政府功能」，民主國家的政府於公共事務過程，本要承受不同意見責備，不容批評的政府，只存在於專制國家，所以民主國家政府做得再怎麼好，一定仍會被批評。言論基本就是為監督政府， 基於責任政治法理，在民主國家，對公共事務的批評錯誤沒有責任，因為要監督政府。監督政府可促進社會進步， 公務機關聽到批評也覺得有道理，就有義務去改進、執行， 政府機制就可以進化，因此一般言論自由有此種功能，人民如何批評政府均無妨，惟仍要有「事實」作基礎。

公務人員本身是政府組織一部分，可否批評政府或其服務機關？此有一些基本法理，並非完全不可以。人民有很多基本權，例如人身自由、宗教自由、集會遊行自由等基本權應該予以保障，惟司法院大法官解釋提及言論自由，應給予最大限度之保障，因為它有其他基本權沒有的功能，亦即監督政府、促進社會進步的功能，財產權促進 社會進步功能比率很低，所以不給它特別保障，但言論自由應受到特別之保障。

417

二、言論自由的限制基礎

言論自由也不是沒限制，基於公益理由可限制，有兩種要理論，一個係「明白而立刻危險理論」，人民言論自由應該給高度保障，但如果言論會造成明白而立刻之危險， 即可限制或禁止。明白而立刻的危險是由美國憲政所發展，係指某些言論會造成其他人陷入立刻困境，即可限制 它，例如機場上有人謊稱行李有炸彈，是不被容許的言論。因此，如果某種言論將立刻造成他人混亂，就要限制。這個理論做為一般限制，有些特別關係，要受特別限制。對公務人員言論的限制，可以基於此一理論。

另外要限制公務人員的言論，是基於「特殊關係理論」。公務人員跟國家基於「公法上職務關係」受到一些權利限制，只要此種限制符合本質要求，例如可否限制公務人員之言論，要求其不可在公開場合對特定候選人表示支持或反對？這限制應屬合理，因為基於行政中立之要求， 所以可以限制公務人員言論自由，私底下則可表達支持特定候選人，惟不可主動表達公務人員身分而特別表示支持或反對特定人。日本曾發生過於競選期間，公務人員在辦公室午休時，散發選舉傳單予同事，該公務人員即受懲戒。他提起行政爭訟，認為發傳單是言論自由所保障的範圍， 法院不採取此看法，認為公務人員基於身分關係，言論自 由本應受到適當之限制，不可在公共場所、辦公時，從事 政治活動，如此限制並不會逾越比例。比較法上，亦可找到基於特殊關係及原理，可加以限制的理由。我國的實際案例雖然亦有之，早期包括利用辦公室直接作為政黨活動

418

的場所或長官直接要求部屬當「鼓掌部隊」等。大法官還未作過類似之解釋，從比較法角度觀之，應是可接受公務 人員受到某些程度之限制，只要不違反比例原則。

伍、公務員的言論自由及言論倫理一、公務員加入 facebook

公務人員可否加入 facebook 自由發表言論？如果去除政治中立問題，行政院似乎一開始禁止公務人員加入facebook，惟後來認為，於 facebook 上可以廣泛蒐集輿情， 故現行制度是許可「與公務」執行有關時，利用 facebook。然而使用 facebook 風險很高，設計機制專門蒐集隱私資料，可以透過資料探勘（Datamining）技術蒐集個資，透過工具分析性向，當你給它夠多資料，這個軟體就可以分析出個人圖像，所以很多國家對 facebook 提起訴訟。因為facebook 把個人化資料彙整、分析、歸類，它的利基能夠快速竄起，在蒐集個人資料後，然後加以販售。我們可以如此方便地使用公共軟體，但也同時在洩漏個人資料，一旦使用 facebook 就有這種風險，公務人員用 facebook，如果跟公務有關，就會有相關問題。

雖然公務員有言論自由，但是公務人員上班時可否使 用？前提跟公務有關就容易洩漏公務機密，透過另外訊息結合就可能把它拼湊出。固然透過 facebook 可以迅速並廣泛地蒐集輿情，但它是兩面刃，也可能傷害自己，但是如果下班時間使用 facebook，原則上係屬個人領域之私事。

419

個人認為上班時間公部門不適合交流蒐集輿情，應有另外方式，以 facebook 蒐集輿情風險太高，但這是政策問題。

二、公務員參加集會遊行

公務人員不可於公開場所主動表達自己身分去參加政黨活動，加入政黨有言論自由意識，因為加入政黨表示認同政黨宗旨。雖然公務人員行政中立法明文規定，公務人員可以加入政黨，但可否以公開的方式表達入黨的意願？ 個人認為不可，入黨畢竟是私事，是個人的價值抉擇，公務人員行政中立法也提到公務人員得加入政黨或其他政治團體，但不得兼任政黨或其他政黨團體的職務。加入政黨是意向表示，和言論自由有關，但不可加入政黨職務，這裡職務包括有給、無給或有名義、無名義，讓人民認為公務人員有特定團體歸屬，違反行政中立，因為人民對公務人員有信賴之問題。之所以維持行政中立，因為人民對全 體公務人員應該要有信任，應係為全體國民服務，不是為 團體服務，所以儘管可以加入政治團體，仍不可擔任任何政黨職務。如果參加政黨活動造勢晚會且秘密為之尚無問題，因為不是主動表達身分。

集會遊行是言論的集體化及動態化。集會遊行有時所表達的言論取向具有特定政治傾向，公務員可否參加？較保守看法否定之，因為其政治傾向太過明顯，惟如非關政治傾向問題，環保政治傾向沒那麼明顯，一般環保問題爭 議很小，似乎問題不大。但「反核」可能是「環保爭議」， 也可能是「政治爭議」，而反核或非核家園的政策目標已經規定在環境基本法中。環境基本法是法律，所以基於客觀

420

法律價值，公務人員表明身分參加反核活動，尚不違反行政中立。所以加入集會遊行即視集會遊行之性質，倘具有高度政治性，即視其有否與行政中立相衝突，如果沒有衝突，公務人員加入集會遊行即無疑義，因為集會遊行是集體的言論自由，集會遊行是一群人共同表達言論，集會遊行是言論自由的延伸。集會遊行要考慮議題，所以公務人員可以參加集會遊行，看議題如果議題被政黨中立影響， 就是另一層次的問題。

## 三、公務員對於公共事務的評論

（一）法官對判決的評論

公務人員可否對公共事務評論？法官對判決可否評論？曾經實務發生過前總統陳水扁案件判決後，發生法律爭議，即有法官評論判決違憲。如果以法律學者角度可以研究，但司法倫理上有個價值為「法官不語」，亦即法官不可評論某些特定議題時，亦不可加入爭辯。因為法官不可預斷，不可在案件還沒形成就先決定，在美國這種情形很常見，法官對於特定議題，例如墮胎合法化、同性戀合法化已經表達特定言論取向，處理該類案件時，會被聲請迴避，因為事先對這樣的議題有發表言論或撰文支持或反對特定見解，其判決結果即可預見，避免不公正。為了維持法官公正，所以有「法官不語」的司法倫理要求。法官可以寫文章，但不可與具有高度爭議性議題有關。個人認為法官很特別，比一般公務人員特別些，他須更獨立公正， 這是憲法要求的。判決儘管可能不對，那是上訴審級應處理的問題，法官仍然有義務保持緘默。此處困難點在於法

421

官比公務人員還受到更特別之限制，因為他有相當高度的決定權，要維持判決公正之最高價值。他個人言論自由於 此，須要受到特別限制。

公務人員屬政府一部分，可否對政策批判？這是言論自由範疇。如果公務人員表明身分批評政府對房價控制的做法，可不可以？因為這是公共議題，跟政黨沒什麼關係， 所以不用考慮政治中立問題。公務人員也有表達公共政策 意見的權利。因為公務人員除了執行公務外，也有市民身分，有市民表達意見自由權，特別是公共議題跟政黨無關， 所以可對公共政策表示見解、批評。公務人員可以針對自己服務機關的行政處分以訴訟表示不服，但是否可對政策表示意見（例如對油電調漲政策）？個人認為不可以，理由是公法上職務關係下，公務員與服務機關的關係是處於 一特別關係，此種屬於「家內事」，除非涉及「違法性」的 問題，可以「內部檢舉人」（吹哨者）提出檢舉，但針對沒有明顯是非對錯的政策，不可以公務人員身分公開表示不 滿。服務機關可能犯錯，在這種情況首長可能犯錯，須要諫正，此情形不適合用公開方式表達，個人認為個別機關服務人員不可對自己機關政策公開批判，而須由別機關來處理，當然這是公務倫理衝突，既然有表達公共事務的地方卻受到限制，這是兩害相權取其輕之結果。

（二）退職公務員對政府的評論

另外是退職公務人員可否對政府批評？這是對事公開 的評論，一般人根本沒問題。退職人員可否參加可能違反 政治中立的活動？曾有報導提及，退休大法官參加政治活

422

動，明確表達政黨立場。公務人員在職，有「職」的關係、

「務」的關係，退休後領取終身俸，有領取、未領取，有無不同？則視終身俸之意義及性質為何，領終身俸有兩種理論，一是酬庸，對公務人員過去執行職務的貢獻，二是對生活維持。一般來講公職結束後，假設他沒其他收入， 僅依退休金維生，這是對他生活上的照顧。亦即性質上， 一是從過去的奉獻，二是將來生活的維持協助功能，基於此兩項功能，會與國家保持準公法上職務關係。法官及大法官比較特別，因為他是憲法上特別要求要保持獨立之人員。憲法特別規定法官、軍官、考試委員、監察委員，都要超越黨派，依法獨立行使職權，一般公務人員則未有此問題，個人認為，縱使退職後仍應超越黨派，這種關係仍要繼續維持。問題在於要不要透過法律予以特別規定，還 是透過解釋即可？法律沒規定退職公務人員不可參加政治活動，公務人員行政中立法是規定現職人員才有該法的適用，停職人員身分還在，當然包括，但是已經離職、退休， 雖然領終身俸，還是沒有「職」的關係與「務」的關係。個人認為還是要維持中立，惟此種義務必須透過法律規定，不是透過解釋，這樣才符合法律保留原則。透過法律規定，這些人較為特殊，因為他在憲法上有特別之身分屬性，所以受到特別保障，這種情況退職後應繼續維持行政中立，但透過法律規定才符合法律保留原則，所以退職公務人員對政府批評就要視什麼而定，如果是憲法特別要求，人員即應受有限制，但要透過法律規定。如果一般公 務人員就沒限制，儘管已從服務機關退休，他還是可以批評該機關。

423

（三）公務員的不服從－對三一九真調會條例的評價

2004 年總統選舉，三一九槍擊案發生後，立法院隨即制定三一九槍擊事件真相調查特別委員會條例，當時有人 主張公務人員可不理會該條例之規定。公務人員有否對有疑義法律不服從的權利？換言之，公務人員有無「抵抗權」的問題？抵抗權規定在德國基本法，係指人民對國家的民主憲政秩序完全失效時，人民對政府有抵抗權，抵抗權的 內容，就是拒絕遵守法律的規範，例如抗稅，不服從法律 規定。歷史經驗觀之，德國人將納粹定位喪失民主功能的 政府，人民對它有抵抗權，所以將抵抗權置於憲法中。這 個規定有其前提，完全失去民主功能的政府，人民才有抵 抗權。公務人員是被抵抗的對象，不是抵抗權的主體，公 務人員並無抵抗權，對法律不可不服從，因為公務員宣誓要恪遵法律規定，所以法規儘管不合理仍有義務服從。一般公務人員沒有對法律不服從的權利，再不合理還是應予執行，惟可透過內部機制表示違憲之疑慮，對法規不可直 接不服從。

（四）公務員建立個人 Blog

公務人員可否建立自己部落格？這是言論自由之表達方式。如果透過技術知道你是公務員，要建網站就不適合建在公務機關。如果不建在公務機關，偶爾觸及到公務事件就有問題。

424

陸、結論

公務人員跟國家關係，從歷史上的「恩寵侍從體制」 到「特別權力關係」以迄「公法上職務關係」，這樣的發展歷史經過了二千年之久。如今我們採用「公法上職務關係」，包括「職的關係」與「務的關係」，可以解決大部分法律問題。公務人員跟國家不是「職」的關係，就是「務」的關係，「職」的關係比較靜態，範圍比較大，「務」的關係範圍在作用法上。只要公務人員在職，「職」的關係都在。公務人員也有言論自由權，可以加入政黨，惟仍不可以擔任政黨職務。不適合批評自己機關政策，不過還是可以對公共事務表示意見，如果不涉及行政中立就是這樣，如果涉及行政中立都不可以，不可參加政治性活動，如果是一般公共活動就允許。

Q & A Q1.

## 問：公務人員對服務機關之管理措施有不同意見，對事件

事實指控是否屬於公務人員言論範疇？

答：言論內容可包括事實層次或對事實評價，在言論自由保障範圍表達，言論不擔保事實完全正確，也在保障範圍，評價只要根據事實來評價，均沒問題，但不可捏造事實加以評價。如果有事件發生公務人員對機關內部事務作比較，儘管是公共事務，內部人員都不應 該公開對外表示意見。投書首長信箱沒問題，因為還

425

是內部意見，行政程序尚未進行至外部。如果到外部要受到限制，受到限制表示它是觸及言論自由限制範疇。但機關內部「訴怨」（表達不滿）的管道也要暢通， 透過內部管道解決就好，沒有解決是首長領導風格的問題。此問題從法律層面來看，是屬於申訴、再申訴之救濟程序，而不是復審標的，因為是管理措施。

Q2.

問：如果機關不是管轄我們的機關是否屬於外部機關？ 答：沒有互相隸屬就是外部機關，反映到外部機關，這是

他的自由，還是要受到保障。言論自由不代表要完全真實，有事實可以傳播，即可能受到保障。

Q3.

問：如果已經說明，還在外面陳述，是否可以？

答：這叫陳情，行政程序法規定陳情情形，一般來講，「事不過三」，如果針對同一事件，一而再、再而三的陳情， 可以不予處理。

Q4.

問：退休法官可否對過去評論過案件表示不同意見？

答：從法官獨立性角度而言，應該不允許，因此法官身分較為特殊，縱使退職後，特別是自己審判過的案件， 當然不適當，此有違法律倫理問題。

426

Q5.

問：公務人員也具有一般國民身分，以匿名發表言論自由 空間多大？

答：公務人員身分存在是事實，匿不匿名都是公務人員， 重點在發表言論針對什麼？如果是針對公共事務表示意見沒問題，不要違反行政中立就好。公務人員身分 儘管匿名，所發表言論如果明知不是事實而捏造或做 某些評價，可認定不理性批評政策。儘管沒違反刑法 誹謗，但違反公務人員紀律可以懲處，較大問題在於 言論自由是否有限制？我國已加入兩公約，公民政治權利公約規定政府得依據法律限制鼓吹散布戰爭的言論，還有禁止仇恨性言論。

Q6.

問：有個政策還在研議階段，承辦公務人員於政策形成前， 因與高層意見不同，召開研討會。研討會是公開場合， 承辦人已不在職位，這個議題還沒形成，政策研討會 目的就是形成政策，這個公務人員可否充分表達意見？

答：可以，因為這是公共政策，公務人員面對公共政策表示意見沒問題，離職、在職都可，只是具體措施不適 合公開表達，應用內部管道處理。如果是公共政策當然可透過學術研討會或其他方式表達，應該保障。

427

Q7.

問：如果言論自由沒有涉及政治議題，但涉及很多人民共 同權利，例如考績考列丙等之比率問題，我們可否表 示意見？跟主管機關意見衝突時，有沒有辦法公布立場？

答：考績丙等這個議題是公共政策問題，誰都可評論，是否為公務人員都可評論。考績可分為兩種，競爭性跟非競爭性，法理不同。競爭性就是要互相競爭，競爭性情形要基礎一樣，才可競爭，如果基礎不同不可用競爭性方式，因為競爭有「排除（擠）效果」，個人認為，所有公務人員不可採用競爭性考績，因為公務人 員承辦業務完全不同，儘管同科室類型處理案件也不同，根本沒比較基礎。對公務員考績一定比率採用甲等或丙等都是競爭性考績，這是錯誤，因為沒有相同的競爭基礎，這是政策選擇的問題，有其不適當之處， 考績丙等更是如此，沒有任何道理採用競爭性考績理論。政策可以批評，雖然還沒形成法規，政策形成當中每個人都可考慮的問題，儘管表示不同意見都該被尊重。

428