

6.公務人員對於陞遷之請求權

6.1.公法上權利

對於陞遷決定不服而得以提起救濟之前提，往往取決於該陞遷決定是否侵害當事人之公法上權利或者當事人是否具有請求陞遷之公法上權利（學說上或稱「主觀公法上權利（*subjektiv-öffentliches Recht*）」）。「公法上權利」之法規範依據（請求權根據），未必限於法律，上可以由憲法導出，下也可以由地方法規或法規命令、行政規則甚至是「反覆慣行之具體行政作為而形成之行政先例」來創設。所以原始僅具反射利益意涵之「救濟制度」，也可能因為法制之開展，而形成一個「由實證法保證實現」的「權利」。根據陞遷法第9條之規定，主管長官對於陞遷名冊所列人員保有最終圈定陞補之權限。依本法之精神以觀，似乎並無直接賦予具陞遷條件之公務人員向主管機關要求務必給予陞遷之請求權之意¹。在每一個陞遷程序中，無可忽略的是行政機關（首長）擁有的機關高權（*Organisationsgewalt*）。這是機關以及內部組織之組成、設置、變更或裁撤權限²。同時也包括決定是否、如何、何時辦理陞遷以及決定名額的權限³。組織高權係由立法權與行政權共同擁有⁴。立法權擁有的應該是透過財政預算法律等形成陞遷的可能條件，行政權並無法在無預算的前提下貿然對於公務人員完成陞遷任命。行政權（機關首長）則進一步決定這個職缺是否以及如何辦理

1 但仍應注意陞遷法第2條：「公務人員之陞遷，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，**依資績並重**、內陞與外補兼顧原則，採公開、公平、公正方式，**擇優陞任或遷調**歷練，以拔擢及培育人才。」規定之意旨。

2 Vgl. Klaus Stern, Staatsrecht, S. 647; Günther, DÖD 1993, 163.

3 Vgl. Willke, JZ 1980, 441; Isensee, S. 338 f.; Köpp in: Steiner, S. 346.

4 Vgl. Böckenförde, S. 55-114; Isensee, S. 338 f.

陞遷。在財政預算的權力分配與限制下，行政權（機關首長）擁有如何自我負責地去實現人事預算的決定權限。不過應注意的是預算上的授權並非同時課予機關首長實現授權內容的義務⁵。我們也可以發現，機關首長的機關高權與其人事高權（Personalgewalt）具有緊密的關連性⁶。在組織高權之下，機關首長在人事高權中還具有形成、變更公務員關係、陞遷任命公務人員、具體職務的分配與下達指令的權限⁷。

至於憲法第 18 條雖保障人民有服公職之權利，旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利⁸。此規定「乃是著眼於政府代表國家統治人民，因此一方面其統治權限之取得應符合民主正當性之要求。另一方面則因政府從事之活動具有獨占性格，必須向被統治之人民開放，容許人民有進入政府部門服務之公平機會，並在其進入政府部門之服務期間給予照顧，並保障其『在該部門服務』之身份，其原始之規範功能意義應僅止於此⁹。」因此是否可以自憲法第 18 條對於「依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障以外」，再推導出公務人員有進一步所謂的「陞遷請求權（Anspruch auf Beförderung）」，仍不明確。這點對於當事人提起課與義務類型的救濟特別具有實益。

憲法第 18 條保障人民有應考試服公職之權利，與德國基本法第 33 條第 2 項之規定，任何（德國）人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機

5 Maunz, in: MDH GG, Art. 110 Rn. 70; 參考，大法官釋字第 520 號解釋。

6 機關高權與人事高權之區分，參考，Böckenförde, S. 33 f.; Lecheler, Die Personalgewalt, S. 74-95; Günther, DÖD 1993, 163.

7 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 28 f.

8 參考，大法官釋字第 605 號解釋。

9 參考，臺北高等行政法院 92 年度訴字第 1816 號判決。

會，在前述行政法院裁判的詮釋下，其規範的內涵極為類似。就德國法之規定而言，早自帝國法院時期，實務見解即反對有所謂陞遷請求權或類似的概念存在。雖然主管機關或長官會於公務人員負有照顧義務（Fürsorgepflicht），但這卻僅止於對於公務人員「現狀職務地位（gegenwärtige Dienststellung des Beamten）」的保障，而非保障公務人員可以獲得一個更好的（besser）法律地位。甚至於當時的見解指出，「陞遷」僅為了公共利益（Interesse des Gemeinwohls）的實現，同時屬於長官「合義務裁量（das pflichtgemäße Ermessen）」的範圍。因此不論是陞遷決定這個國家高權行為本身，或者適合於公務員之陞遷程序，均不屬於法院事後審查的事項¹⁰。

這種見解持續到戰後，法院保持不去碰觸陞遷行為的態度。換言之，行政法院承認主管長官擁有一個毫無設限的決定空間。即使未獲陞遷之公務人員符合所有得以陞遷的條件，但是法院還是不承認他有任何的請求權，因此，未予陞遷的決定對於公務人員法律上保護的利益並無任何（負面）影響¹¹。

時至今日，實務見解已有若干調整。至少承認公務人員具有要求主管機關對於他的陞遷申請以「無裁量瑕疵的方式（„in wemessensfehlerfreier Weise“）」予以決定之請求權。相較於實體上之請求權，在此公務人員擁有的僅是一種型的公法上權利而已。在判斷公務人員陞遷條件之上（能力與專業表現與陞遷所需之知能），往往涉及主管長官的評價認識行為，這裡容有所謂行政機關的「判斷餘地（Beurteilungsspielraum）」存在。而在陞遷流程中的若干決定（內陞或外補、評分、圈選），則會涉及到行政機關的「合義務裁量」，亦即裁量

10 Vgl. RGZ Bd. 111, S. 358, Urt. v. 9.10.1925; Bd. 146, S. 369, Urt. v. 7.12.1934; Bd. 159, S. 247 (250), Urt. v. 27.1.1939.

11 Vgl. BGH, NJW 1956, S. 1400, Urt. v. 12.7.1956.

決定中必須為正確的衡量、公平善意地位公務人員考量。因此至少應該給予公務人員有透過法院加以主張的請求權，用以限縮行政機關的裁量餘地。這是一種要求裁量必須無瑕疵運用的請求權，甚至有些特殊情況下還可以強化成為更具體的陞遷請求權¹²。

相較於德國實務的保守態度，早期學說上的見解一般也都只是承認公務人員在陞遷問題上僅有「參與甄選的權利（Recht zur Bewerbung）」而已¹³。至於今日多數的學說則主張，公務人員不僅可以從憲法基本權中導出參與陞遷競爭的權利，陞遷競爭者還應該在主管長官同時尊重功績原則（Leistungsgrundsatz）的前提下，主張無瑕疵裁量決定的法律請求權¹⁴。晚近的文獻中，甚至出現越來越多的主張，贊同公務人員直接擁有陞遷請求權。特別是如果有公務人員職缺空出（這也是預算法與組織法上，陞遷的前提要件），有資格參與甄選，並於甄選程序中被評定為「最佳（„Beste“）」的競爭者，應該有要求接受此項職缺的請求權。此時，主管長官並不再具有選擇裁量的空間¹⁵。

在此並不宜誤解參與陞遷競爭者從憲法基本權的條款中，得出有屬於原始給付請求權的所謂一般陞遷請求權¹⁶。因為並不是所有具備特定資績與專業能力的公務人員，均具有得以要求國家給予其陞遷至特定職缺的請求權。他除了擁

12 廣泛的實務裁判資料可參考，vgl. Johannes Rimmel, Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht – Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen, 1982, S. 52.

13 Vgl. Ipsen, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 193; Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 294.

14 Vgl. Isensee, S. 351; Johannes Rimmel, a.a.O.(Anm. 90), S. 53; 反對主管長官有裁量權者，Battis, JZ 1972, 388; Schick, ZBR 1967,300; ders., DVBl. 1975, 741; Carl Hermann Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585.

15 Vgl. Brinkmann, Grundrechtskom., Art. 33 Anm. I 2 d; Schick, DVBl. 1975, 745; Battis, JZ 1972, 388; Konow, ZBR 1973, 171; Günther, ZBR 1979, 100; Jung, Zugang, S. 161; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 651; ders., DÖV 1980, 291; Lechler, Jura 1979, 415.

16 Vgl. Schick, DVBl. 1975, 745.

有源自於憲法平等原則要求之上述「參與甄選的權利」或者「要求甄選的權利（Recht auf Bewerbung）」外，憲法服公職基本權應該至少還有保護特定（準備陞遷）公務人員利益的目的，因此客觀上拘束主管長官應該基於功績原則作成決定的甄選標準，也會賦予以經被評定為「最佳」的公務員要求給予陞遷的主觀法上請求權¹⁷。但是假如甄選評分的結果，有多數在專業能力與資歷條件上幾近相當的公務人員同為競爭者時，根據功績原則所規定的甄選標準並無法在形式上評定出一位所謂「最佳」公務人員¹⁸。此時即無法導出上述的主觀法上請求權。但是根據長官對於公務人員的「照顧義務（Fürsorgerpflicht）」，則可以推出主管長官對於陞遷競爭的公務人員必須就事論事、公平正義對待與盡力著想（Sachlichkeit, Gerechtigkeit, Wohlwollen）的義務。主管長官還是應該在功績原則的範圍內擇取適當者陞遷¹⁹。此時條件相當的公務人員擁有的是基於照顧義務而導出的要求持平與無瑕疵判斷與圈選的主觀請求權²⁰。

每一個陞遷決定的個案，其實應該考量參與陞遷競爭公務人員目前時間相近的「功績」比較。主管長官在圈選人選時應該考量陞遷決定時，公務人員所有必備的資能與專業功績表現。從德國基本法第 33 條第 2 項之規定，任何（德國）人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機會。我國憲法第 18 條保障人民有服公職之權利。或者陞遷法第 2 條規定，公務人員之陞遷，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，依「資績」並重、內陞與外補兼顧原則，採公開、公平、公正方式，擇優陞任或遷調歷練，以拔擢及

17 Vgl. Johannes Remmel, a.a.O.(Anm. 90), S. 59.

18 至於我國情形，在甄選名冊上似乎一定會有排序。

19 參考，李建良，[前揭書\(註 35\)](#)，頁 78 以下。

20 Vgl. Willke, JZ 1980, S. 441; Jung, Zugang, S. 161.

培育人才。如果必須要落實功績原則，主管長官在圈選最適當之陞遷人選時，究竟有無裁量權限？或者反過來思考，在陞遷決定中，除了「功績（Leistung）」表現之外，是否還有其他（輔助）的獨立選擇考量因素？例如公務人員年資或者年功序列原則（Dienstalter od. Anciennitätsprinzip）。德國有學者主張，這些看似獨立的輔助因素，其實應該早已經內化在功績原則之中，不需要獨立判斷²¹。這種看法，在解釋我國陞遷制度時，原則上應該也適用之。換言之，陞遷決定時原則上也應該只考量公務人員之資績，與資績無關之因素，應該盡可能摒除。相較德國與我國規範度，我國陞遷法上的規定，授權主管長官在甄審會所列陞遷名單中，再擇一圈選（可能未必是形式上評分最高者）。其並非嚴格遵守功績原則所導出的最佳選擇要求²²。根據裁量或者判斷餘地的規範授權理論，立法目的應該並無賦予特定公務人員於辦理陞遷程序中，要求必予陞遷的主觀權利。但是至少應該同意，在陞遷的決定上應該也要求事理之平。即使這裡有主管觀長官相當的判斷裁量餘地，但仍不容許恣意或加入與事理無相關的因素考量（其違反一般常理下的陞遷決定更應該明確說理）。承認前述基於照顧義務而導出的要求持平與無瑕疵判斷與圈選的（形式）主觀請求權或者無瑕疵判斷或裁量請求權，則是最低程度的要求。這應該也是目前保訓會所採的基本立場，應值得肯定。

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

22 另外在保訓會的一份研究考察報告中顯示，例如澳洲公務人員之陞任，根據該國公共服務法規定，部會常務次長需就申請填補空缺職務之申請人中，選擇他認為最適任（the most efficient）的人陞任該職位。在選擇最適任擔任該項職務時，應考量 1.該職務之旅行與申請人能力、資格、經驗、工作表現之層次以及個人特質間之關係，2.申請人未來在文官體系中進一步之事業發展潛能。而通常只要常務次長認為此與選擇何人擔任該職務有關即可，似乎也顯示首長相當大的裁量空間。保訓會，公務人員保障暨培訓委員會八十七年度赴澳大利亞考察報告（陳淞山、周志宏與鄭吉男三位委員執筆），1998.12，頁 51 以下。

6.2. 實體請求權與程序請求權

如前所述，陞遷流程乃是一個多重階段的行政程序。在階段的決定上，公務人員原則上並無實體內容的請求權。但是基於基本權的程序保障功能理論，人民服公職的基本權應屬於具有程序依賴傾向的基本權。雖然具體的陞遷法規中，並不直接賦予公務人員要求國家提供陞遷職位的請求權，但是這個基本權還是要求國家應該提供一個符合法治國家所要求的公平公正的陞遷程序。人民所擁有的至少是一個消極面向的程序保障要求。特別是當實體決定有可能侵害其基本權時，應該在行政機關於最終決定前，踐履一定的程序義務，避免基本權的實害發生。至於人民的程序請求內容與行政機關應踐履之程序義務範圍，則應進一步視基本權侵害侵害的強度、侵害的範圍與造成實害風險的大小等因素綜合判斷²³。

現行法中行政程序法上有關之程序保障的內容，即屬原則性的規範。前文已述，陞遷程序仍有適用行政程序法之實體或程序規定可能。行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款規定，對公務員所為之人事行政行為不適用本法之程序規定，係僅排除程序規定，如屬本法實體規定者，仍有其適用。而有關改變公務員之身分或對公務員權利或法律上利益有重大影響之人事行政行為，或基於公務員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害者，仍應依本法規定給予相對人程序的保障，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。本法第 46 條規定之申請閱覽卷宗請求權，係指特定之行政程序中當事人或利害關係人為主張或維護其法律上利益之必要，有向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗之權利，屬程序權利。申請人如提

²³ 參考，許宗力，「基本權的功能」，月旦法學教室第 2 期，頁 76 以下。

出請求遭行政機關拒絕時，依本法第 174 條規定，僅得於對實體決定不服時一併聲明之，不得單獨提起訴願。而行政院與考試院會銜發布之行政資訊公開辦法則係滿足人民知的權利及促進行政程序之公開化與透明化，其公開之對象為一般人民，當然亦包括已終結之個別行政程序之當事人或利害關係人，依該辦法規定申請行政機關提供行政資訊之權利，屬實體權利。行政機關拒絕提供者，應屬行政處分之性質，申請人如有不服，得依法提起訴願。若僅屬服務機關對公務員所為之管理措施（非屬行政處分）之人事行政行為（例如有關其個人平時考核紀錄、年終考核表及考績委員會紀錄等相關資料），當事人或利害關係人自不得依本法第 46 條規定申請閱覽，惟仍得依行政資訊公開辦法之規定辦理。行政機關依該辦法受理人民請求提供行政資訊時，仍得視其是否符合該辦法相關程式及有無限制公開或提供之情形²⁴，以決定是否准予提供，非謂人民提出請求，即應無條件一律公開或提供²⁵。

6.3.保護規範理論與競爭關係

公務人員之陞遷案件往往並非只是一種行政機關與特定公務人員間的雙邊法律關係，毋寧多屬複雜的多邊法律關係。特別是在有複數的陞遷競爭關係下，有限的陞遷職缺往往造成特定公務人員獲得陞遷，而其他競爭者卻無緣陞遷的結果。對於因陞遷決定而受影響的競爭者，例如保訓會在前揭「**葉玉琴案**」與「**黃椿雄案**」中，似乎曾以陞遷處理結果與請求救濟之公務人員權益無直接關連為由，拒絕當事人之救濟。這種典型的競爭者救濟（訴訟）案型中，競爭關

24 例如該辦法第 5 條第 1 項第 3 款規定，行政機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或準備作業或與其他機關間之意見交換，應限制公開或提供。但是關於**意思決定作成之基礎事實**，並不在限制之列。

25 參考，法務部，法律決字第 0930020786 號函（93.5.14）。

係下的第三人是否具有救濟權能，一般必須要進一步透過法律解釋確認，不得驟然予以拒絕。參諸行政法學理，行政救濟（訴訟）所保障之權利係指所有法秩序（包括憲法保障基本權之規定）認為值得保護，並得以個別化之利益（*das subjektiv-öffentlich geschützte Interesse*），因此探究原告有無得以主張之權利，即轉換為以保護原告利益為目的之保護規範存否的問題。在非處分相對人提起撤銷之訴的情形，以「保護規範理論」作為界定第三人範圍之基準意義尤其深刻，須先認定系爭決定依據之法規範對該第三人而言為「保護規範」，第三人於系爭案件始具當事人適格（學說上亦稱之「訴訟權能」）。至於「保護規範理論」之內涵向有新舊兩說，舊說偏重從歷史上之立法意旨解釋法規範，須該法規範至少要同時包含保護該第三人之權利或法律利益之目的，始得認為是一種「保護規範」²⁶（舊保護規範理論乃偏重於從立法者主觀意旨探求是否具備保護個人之目的）；新說則著重於探求法規範的客觀目的，如「就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時」，即得認該法規屬「保護規範」²⁷。新舊兩種「保護規範理論」並非互斥，而係立於補充關係，蓋依立法目的解釋（歷史解釋方法）不足認定為保護規範時，於法律無明文限制時，尚得依客觀解釋方法，探求系爭規範是否有保護特定人之意旨，當有助於保障人民實體權利²⁸以及提供人民有效

26 參考，行政法院 89 年度裁字 731 號裁定。

27 參考，大法官釋字 469 號解釋。

28 「非處分相對人起訴主張其所受侵害者，若可藉由保護規範理論判斷為其法律上利益受損害，固可認為具有訴訟權能，而得透過行政訴訟請求救濟，但若非法律上利益，而僅係單純政治、經濟、感情上等事實上利益或反射利益受損害，則不許當事人濫行起訴。蓋上開利益雖均有利於當事人，但因皆非值得透過有限司法資源保護之利益，第三人執此起訴，即非法之所許，此際法院應以當事人不具訴訟權能，依前揭行政訴訟法第一百零七條第三項規定，不經言詞辯論，逕以判決駁回其訴。」參考，最高行政法院 92 年度判字第 1478 號判決。

的權利救濟途徑，而且仍得避免撤銷訴訟淪為無所限制之民眾訴訟風險²⁹。換言之，因法律上利益受到侵害之人，始能以利害關係第三人資格就他人之行政處分提起撤銷之訴，若僅有事實上利害關係，而不具備「法律上利害關係」，自不得任意主張他人行政處分違法侵害其權益而提起行政爭訟。茲所謂「法律上利害關係」之判斷，係以上述「新保護規範理論」為界定利害關係第三人範圍之基準。如法律已明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，即應許其依法請求救濟³⁰。若依此解釋檢視我國陞遷法之規範目的與規範效果，在如此廣泛授權主管長官裁量權限的前提下，是否有要賦予同一陞遷程序中未獲陞遷之公務人員，得以透過權利救濟的途徑主張實體上「權益」之意旨，似乎不易得出。因此在說理上，並不容易將之劃入附第三人效力之行政處分的利害關係人範圍。這種結論雖不無遺憾，不過若是主管長官在甄選圈選陞遷人選時，確有裁量或判斷的權限逾越或夾雜不相關因素的考量時，已經是對於不想予以陞遷之同等條件公務人員的一種直接性、目的性的權利影響，未獲陞遷之公務人員原本僅具有的形式參與甄選權利，將進一步提升至具體的實體法上請求權，同時也應該承認其具有救濟權能，在救濟程序中實現他自己的權利。

29 參考，臺北高等行政法院 89 年度訴字第 1844 號裁定。

30 參考，最高行政法院 93 年度判字第 1641 號判決。