

9.針對陞遷決定救濟之權利保護必要性

9.1.權利保護之必要性與訴訟權能之區分

在行政救濟中，原告之訴訟權能（Klagsbefugnis）與權利保護之必要性（Rechtsschutzbedürfnis）兩者並非等同的概念。前者要回答的問題是原告在這個爭訟程序是否具有主張（geltend machen）自己權利遭受不法侵害的資格或者法律上地位。這是前文討論有關原告之主觀公法上權利的問題。至於權利保護必要性的要件則是從訴訟資源的經濟性考量，要回答的是，原告是否有必要利用此一程序請求救濟，或者法院或其他類似司法救濟機關是否有必要在此時提供作為其實現權利救濟的管道。換言之，假如原告有其他更有效的手段，則應該選取其他救濟手段，假如所提供的救濟資源對其權利救濟並無任何幫助時，則應以無權利保護必要性為由，駁回當事人之聲請。例如對他人之陞遷任命程序已經完成，自己要求法院撤銷他人之陞遷決定（不論有無再為自己提一個課予義務訴訟）即會發生有無權利保護必要性的爭議。

9.2.紛爭已終結與爭訟之實益

對於已經辦理陞遷完畢的救濟案件（已完成的陞遷任命又無實體法上的違法事由），實務上的處理方式，救濟機關（如保訓會）多以無權利保護必要性為由，駁回當事人之聲請。即使在德國也有相當多支持這種作法的聲音¹。他們多認為陞遷程序已臻「終結（erledigt）」。同時因為陞遷決定的不可撤廢性，將導致聲請法院在撤銷程序中的排除行為變成不應予以許可。其理由即在於缺

¹ 實務與學說，參考，Vgl. Johannes Remmel, a.a.O.(Anm. 90), S. 35.

乏必備的權利保護必要性。假如陞遷任命程序是在已經提起撤銷訴訟中才終結，在德國的作法是根據聯邦行政法院法第 113 條第 1 項，應該要將撤銷訴訟轉換成「續行確認（行政處分違法）訴訟（Fortsetzungsfeststellungsklage）」²。而在台灣可能必須為訴之變更成行政訴訟法第 6 條之確認處分違法之訴（但須注意特殊訴之利益的要求，亦即變更提起卻認為法訴訟的目的何在）。至於這個陞遷任命的決定發生不可撤廢的效果，則可能受到職務安定原則（Ämterstabilität）³的重大影響。

職務安定原則乃是（德國）公務員法上的基本原則。它通常在針對之前的競爭者所提出的競爭訴訟（Konkurrentenklagen）中，例如在公務員陞遷（Beförderung）或者任命（Ernennung）的爭議中，發生作用。根據職務安定原則，並不會因為競爭關係下的爭訟者提起的法律救濟而事後撤銷已經完成的公務員任命。除因為公務員法上具體指陳的原因而可以確認公務員勤務關係無效或者撤銷任命者外，先前已經完成的任命及具有存續效果⁴。

對於撤銷公務員任命的可能性所作的這種限制，主要是源自德國基本法第 33 條第 5 項。該法規定「有關公務員的法律必須顧及公務員制度的傳統基本原則加以制訂」。一般也將職務安定原則理解成為公務員制度的傳統基本原則之

2 Vgl. Martens, ZBR 1992, 133; Schnellenbach ZBR 1992, 270 ff.

3 Vgl. Josef Isensee: Der Zugang zum öffentlichen Dienst, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von Otto Bachof, Ludwig Heigl, Konrad Redeker, München 1978, S. 337-356; Ernst-Lüder Solte: Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht, in: NJW 1980, 1027-1035; Hellmuth Günther: Konkurrentenstreit und kein Ende? - Bestandsaufnahme zur Personalmaßnahme Beförderung -, in: ZBR 1990, S. 284-295; Rainer Wernsmann: Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage, in: DVBl. 2005, S. 276 ff.

4 因此有學說認為職務安定原則乃是人民服公職基本權利的一種內在限制（immanente Schranke）。Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 166 ff.

一。另外一些承認職務安定原則的原因則是基於憲法上確保行政功能運作穩定的要求或者自治國原則導出的法律安定性原則（Grundsatz der Rechtssicherheit）、公眾對於公務員特質的信賴（Vertrauen der Öffentlichkeit auf die Beamteneigenschaft）以及受任命公務員值得保障的信賴。假如公務員的任命存在有撤銷的危險時，受任命公務員自己的個人利益將與先前未受任命競爭者的權利保護利益處於無法解決的衝突。由結果而論，將對於公務人員任命之撤銷原因嚴格加以限縮，最終確保的除已任命公務員之利益外，更重要的則是行政的功能運作（Funktionsfähigkeit der Verwaltung）⁵。以避免行政機關陷入已陞遷任命的公務人員如何「讓出」職缺給予原先未獲陞遷公務人員的難解窘境⁶。

在德國行政訴訟的裁判實務中，基於職務安定原則甚至可以導出，即使先前的任命行為是違法，例如先前的任命是因為公務員與其官署首長之間具有良好的（政治）關係（即所謂的「職務裙帶關係（sog. Ämterpatronage）」），也不會因為其他未獲任命者所提起之競爭訴訟而遭撤銷的命運。

不過也有批判的意見認為，針對此類公務員的任命不應有所謂職務安定原則的保護，而仍有提起撤銷訴訟的可能性。因為此類的行政處分是所謂典型的附第三人效力之行政處分（Verwaltungsakt mit Doppelwirkung），所以可能造成競爭第三人的負擔而由其請求加以撤銷。未獲任命的申請者可能因為行政機關對他人之任命欠缺撤銷可能性而造成自己無可排除的障礙。如果有這種狀況發生，則可能另外對基本法第 19 條第 4 項所保護的權利救濟保障（Rechtsschutzgarantie）造成侵害。根據基本法第 33 條第 2 項之規定，任何德國

5 Vgl. Peter, JuS 1992, 1044; Schnellenbach, NVwZ 1990, 637.

6 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 168.

人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機會。職務安定原則因此有可能削弱了未獲任命之申請者，要求合法選才的（主觀）權利。

這個爭議性的問題，最近因德國聯邦行政法院 2001 年 9 月 13 日判決⁷的旁論（*obiter dictum*）中，針對職務安定原則所提出的質疑，又重新獲得重視。聯邦行政法院的判決如同對於過去理論的重擊（*Paukenschlag*），同時也廣受好評。它針對公務員法上的競爭訴訟主張，如果在競爭者之間的職位分配違反因為請求分配遭拒絕而尋求救濟時所作成的暫時命令（*die einstweilige Anordnung*），那麼在暫時性權利救濟程序中原本只是暫時獲得保護的公務員，便有能在請求重新決定的主要訴訟程序中進一步實現其「應徵程序請求權（*Bewerbungsverfahrensanspruch*）」的可能。同時這也不需要以已經被任命公務員之任命處分遭撤銷作為前提，毋寧是由機關首長給一個新的職位⁸。聯邦行政法院的看法是認為這在預算財政法上是有可能實現的。不過這項觀點至今仍未被充分討論。

至於我國實務上，在前揭保訓會「**劉慶蜀案**」中，台北高等行政法院在撤銷保訓會之復審決定時，似乎否定（或至少弱化）了職務安定原則在我國的適用。其結果與德國實務見解的轉變，竟意外地有若干吻合之處。不過這種作法是否已經可以成為我國法上的裁判先例，又機關首長如何重新騰出職缺安置，均仍屬相當曖昧的問題。對於職務安定原則的適度尊重（亦即與權利保障之間理性調和），應有其必要性與正當性。

應該進一步說明的是，保訓會與行政法院在類似問題的救濟處理上立場仍

⁷ Vgl. BVerwGE 115, 89 ff.; DVBl. 2002, S. 203.

⁸ Vgl. BVerwGE 118, 370.

有統一的必要。因為前者以無權利保護之必要性駁回復審請求，係屬爭執合法要件的審查結果。（台北高等）行政法院撤銷復審決定，似乎認為即使已經完成他人之陞遷任命，亦應該實質審查後，撤銷拒絕原告陞遷請求之處分（經復審決定包裝過的原處分），顯屬經過有無理由的判斷⁹。德國學說對於已辦理陞遷完畢之救濟案件，是否屬於已經終結（erledigt），亦有爭議¹⁰。德國實務則認為，倘若陞遷的決定仍有撤銷之可能性時，係爭案件仍屬尚未終結¹¹。同時若是未獲陞遷之公務人員仍有實現其害賠償請求權之機會時，應該也還不能稱係爭案件已經終結¹²。本文認為，辦理陞遷完畢並不必然構成無權利保護必要。原來提起的撤銷訴訟也未必一定終結。必須進一步個案判斷。倘仍有撤銷可能（或持續撤銷訴訟審理之必要）時，程序未必終結，原告亦仍有權利保護之必要¹³。

9 如果再對照「劉慶蜀案」，保訓會也是採實質審理。

10 參考，Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 691; Müller, JuS 1985, 278.

11 Vgl. BVerwG, Urt. V. 09.03.1989 – 2 c 4.87, DVBl. 1989, 1150.

12 Vgl. Wolfgang Zimmerling, Konkurrenz zwischen Angestellten und Beamten im Beförderungsgeschehen,

<http://www.zimmerling.de/veroeffentlichungen/volltext/befoerderungskonkurrenz.htm>.

13 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 94.