

第五章 我國公務人員保障法中之救濟類型

第一節 概說

關於公務人員之權利保障程序，現行公務人員保障法（以下簡稱保障法）區分為針對「服務機關或人事主管機關所為之行政處分」（第二十五條以下）所提起之復審程序，以及針對「服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置」所提起之申訴與再申訴程序（第七十七條以下）兩種救濟類型。雖然保障法雖未明白規定，但從條文解釋上可以推導出重要的區別實益：不服復審決定者可進而提起行政訴訟，不服再申訴程序者則否。蓋保障法第七十二條第一項規定：「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。」，第六十條復規定：「復審人對保訓會於復審程序進行中所為之程序上處置不服者，應併同復審決定提起行政訴訟。」由這兩個條文可知，不服復審決定者得提起行政訴訟無疑。反之，在第七十七條以下規定之申訴及再申訴程序，並無類此之規定，而且在第八十四條所列舉之準用條文中，也不包含這兩個條文，顯示立法者無意讓不服再申訴決定者進而提起行政訴訟¹。

不服復審決定者始得提起行政訴訟，然而根據保障法第二十五條規定，復審程序的對象僅限於「行政處分」，因此保障法此舉無疑是將司法救濟之有無取決於行政處分之存否，無行政處分即無司法救濟。這樣的制度設計顯然違反「權利救濟保障」(Rechtsschutzgarantie)的憲法要求。德國基本法第十九條第四項規定，任何人的權利遭受公權力之侵害，皆得向法院請求救濟。公務員也涵蓋在本規定所謂的「任何人」範圍內²。我國憲法條文規定雖有不同，但也應該

¹ 張桐銳，公務員與基本權，中原財經法學，第十八期，頁 2-3。

² Kunig in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 2005, 6. Kap, Rn. 182; Baßlsperger, ZBR 2005, 192, 194.

做相同解釋。蓋憲法第十六條規定保障人民之訴訟權，國家必須提供完善有效的司法救濟。又憲法第十八條保障人民有服公職之權，其保障對象包括公務人員之身分以及基於身份所生之權利；此外，公務人員於私人領域內也如同一般人民一樣享有基本權利；而即使是在職務關係中，公務人員之基本權利，諸如行動自由、言論自由等，也可能受到內部職務措施的侵害。由於「有權利必有救濟」，基於「權利救濟保障」的要求，公務人員只要有個人權利受到公權力侵害之情形，都必須能夠訴請司法救濟才行，至於該措施之法律性質，在所非問。因此公務人員個人權利若受到服務機關違法「行政處分」之侵害，固然可以訴請司法救濟，此時典型的訴訟類型是撤銷訴訟；倘若公務人員個人權利受到服務機關「非行政處分」之侵害，亦應得訴請司法救濟，例如提起一般的給付訴訟或確認訴訟。故決定司法救濟之有無者，應是公務人員個人權利是否受損(Beeinträchtigung persönlicher Rechte)；至於行政處分之存否，則只是選擇訴訟類型之指標而已，不能將行政處分之存否與司法救濟之有無混為一談³。然而現行保障法的復審對象限於「行政處分」，針對侵害權利之管理措施，僅能循申訴再申訴途徑尋求救濟，事後不得再行提起司法救濟，顯然違背憲法保障人民訴訟權之意旨。在行政訴訟之範圍已經擴大為所有公法上（行政法上）爭議之今日，保障法實有必要配合行政訴訟法之訴訟類型迅速予以檢討修正。本研究以下乃從憲法保障人民訴訟權之意旨出發，逐一檢視保障法中規定之復審制度、申訴再申訴制度以及暫時性權利保護制度。

第二節 復審制度

壹、撤銷復審

公務人員保障法（以下簡稱保障法）第二十五條第一項規定：「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。…」依照本

³ Schmidt, Besonderes Verwaltungsrecht Band I, 2007, Rn. 724 ff.

規定，復審標的為「行政處分」，公務人員若不服原處分機關所為之「行政處分」，可提起復審，請求撤銷該處分，此稱為「撤銷復審」。復審之提起，應自行政處分達到之次日起三十日內為之（該法第三十條第一項參照）。

所謂行政處分，依據行政程序法第九十二條第一項規定，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。故符合上開要件者，為行政處分，理論上即應該是復審的標的。然而由於公務人員與國家之關係過去被視為是特別權力關係，不同於一般人民與國家之關係，從而否認行政處分存在之可能性；有鑒於近年來司法院大法官解釋的突破，所謂特別權力關係理論已不復存在，公務人員與國家間現處於所謂的「公法上的職務關係」；惟依其歷次相關解釋意旨，行政機關對公務人員就具體事件所為直接發生法律效果之單方行政行為，倘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，始被肯認為行政處分，得提起行政爭訟。在司法院大法官解釋此一見解下，行政法院亦採取相同標準，從而公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）在實務運作上亦遵循之⁴。

保訓會在實務運作上原則上遵循司法院大法官解釋之歷次解釋意旨認定之，其範圍包括下列事件：俸給事件（包括請假扣薪事件⁵）、退休事件、資遣事件、撫恤事件、涉訟輔助事件、公法上財產事件、停（復）職事件、辭（離）職事件、免職事件等。至於考績事件，保訓會仍參照司法院釋字第 266 號解釋意旨辦理，對於未改變其公務人員身分之考績結果（例如年終考績考列乙等），認為僅係機關之管理措施，不得提起復審，僅得提起申訴、再申訴⁶；不過如果是不服銓敘部依據該考績辦理銓敘審定之結果（例如審定結果為「依法給與一個半月俸給總額之一次獎金」、「依法留原俸級」），則得提起復審⁷。而就類型

4 例如公務人員保障暨培訓委員會（97(97)公審決字第 0241 號復審決定書。

5 例如公務人員保障暨培訓委員會(97)公審決字第 0263 號復審決定書。

6 例如公務人員保障暨培訓委員會(97)公審決字第 0241 號復審決定書。

7 例如公務人員保障暨培訓委員會(97)公審決字第 0091、0256 號、(96)公審決字第 0717 號復審決定書。

眾多的調任事件，則參照司法院釋字第 243 號及第 298 號解釋意旨辦理，倘服務機關對公務人員為「同官等、同職等、同領導職責程度」之遷調，因未改變公務人員身分之法律地位，認為對公務人員權益難謂有重大影響，而屬於機關內部所為之管理措施範圍，不服者不得提起復審，而應循申訴、再申訴程序救濟，例如將宜蘭縣縣立員山國民中學幹事，調派為該縣員山國小幹事屬之⁸；又如「同職系間」⁹、「同一陞遷序列間」¹⁰之調任，亦同。至於調任不同陞遷序列者，例如將原第 10 序列刑警大隊偵查佐調任為第 11 序列警員職務¹¹，則為行政處分，得提起復審；不過即使是同一陞遷序列間之調任，如果係將主管調任為非主管職務，仍屬對於公務人員權利有重大影響，應循復審程序提起救濟¹²。

惟司法院大法官上開解釋暨行政法院、保訓會運作實務見解是否妥適，非無檢討之餘地。蓋行政處分之存否，應以行政處分之概念要素為斷，即以行政程序法第九十二條第一項定義為依歸，然而依大法官解釋意旨，係端視其對公務人員之權益有無重大影響而定，似以此取代「對外直接發生法律效果」之要件。所謂「對外直接發生法律效果」係指一行政措施依照服務機關之意思表示具有外部性，也就是該措施已經離開行政內部領域而干預了人民之個人權利。是否具有外部效果，並非以事實上的效果為斷，而是以機關的意思表示定之，也就是說該措施依照其「客觀意義內容」係指向外部效果¹³。某一措施事實上損及公務人員的主觀權利，並不具有外部效果，重點毋寧在於該外部效果正是該機關所意欲。從而「基本權利的涉及性」(Grundrechtsbetroffenheit)並非行政處分存否的決定標準。因此大法官上開解釋若是以系爭措施「對公務人員之權益有無重大影響」作為行政處分存否之標準，恐將「基本權利的(重大)涉及

8 公務人員保障暨培訓委員會(97)公審決字第 0221 號復審決定書。

9 公務人員保障暨培訓委員會(97)公申決字第 0144 號再申訴決定書。

10 公務人員保障暨培訓委員會(97)公申決字第 0041 號再申訴決定書。

11 公務人員保障暨培訓委員會(97)公審決字第 0253、0264、0265、0267、0268 號復審決定書。

12 公務人員保障暨培訓委員會(97)公審決字第 0248 號、(95)公審決字第 0165、0241 號、(94)公審決字第 0223 號復審決定書。

13 Vgl. Dazu jüngst BVerwG 2.3.2006 - 2 C 3.05; OVG Bautzen NVwZ 2006, 715 ff. unter Bezugnahme auf BverwGE 111, 246 ff.

性」與「對外效果」混為一談。蓋損及公務人員基本權利之行政措施固然應該給予當事人司法救濟的機會，但該措施並不必然是行政處分，它可能是（損害個人權利的）內部職務措施。

故本研究認為關於本條文「撤銷復審」之範圍，應回歸行政程序法第九十二條第一項所定之行政處分定義，決定關鍵尤其在於服務機關之措施或決定是否具有「外部效果」。我國學者李建良教授在關於「保障制度復審範圍之研究」報告中提出若干判斷基準及思考層次：1. 若涉及公務員公法上財產請求權之事項，均可構成行政處分。2. 若改變公務員之身分者，不問暫時或長期，例如停職或免職，均構成行政處分。3. 除前述改變公務員身分之措施外，凡屬對公務員之處罰性措施，不問輕重，例如記過、申誡等，皆應認為構成行政處分。4. 上述以外與公務員權益有關之措施，是否構成行政處分，端視是否僅屬行政機關內部之管理措施。由於此一問題之判別標準甚為模糊，操作上甚為不易。於此可以是否影響「薪資」、「俸級」、「官等」、「晉敘」、「升遷」、「職位」等作為判斷指標。若從上述指標尚無得出結論，尤其在涉及職務調動時，若以上因素皆未有改變之情形下，則建議以「是否在同一機關之內」作最後判別，亦即，凡是公務員與其所屬任職機關之關係未有改變，則與其職務調整有關之任何措施，均非行政處分；反之，則均有構成行政處分之可能¹⁴。而就調職問題，李教授進一步歸整出幾個判別標準：1. 公務人員的調職，若屬不同機關之間的調動者，因其已逸出所謂「機關內部」的範疇，故屬於具有外部效力的行政處分。2. 公務人員的調職，雖於同一機關之內為之，惟若改變職等或職系者，則非僅單純「內部管理」的措施，而屬於行政處分。3. 公務人員的調職，雖於同一機關之內，且未改變職等或職系，其若影響到公務員的權益者，為行政處分；反之，則僅是機關內部的管理措施，而非行政處分。至於是否影響公務員的權益，則須從系爭決定的規範內涵，並參酌相關規定及事實綜合判

¹⁴李建良，保障制度復審範圍之研究，公務人員保障暨培訓委員會委託研究計畫報告，民國92年：http://www.csptc.gov.tw/Item_content_show.asp?NO=2073&Rnd=0.8513191，頁171-173。

斷之。惟須指出者，行政處分的判定，應依其客觀的內涵，審究其是否僅是機關內部的職務調整，抑或以形成或改變公務員個人權利地位為目的，至於「事實上」的效應，非在考量之列¹⁵。本研究原則上贊同此項見解。此外，民國 91 年 1 月 29 日修正的公務人員任用法在第十八條第一項增訂以下規定：「在同官等內調任低職等職務，除自願者外，以調任低一職等之職務為限，均仍以原職等任用，且機關首長及副首長不得調任本機關同職務列等以外之其他職務，主管人員不得調任本單位之副主管或非主管，副主管人員不得調任本單位之非主管。…」修正理由是「為保障常任公務人員之尊嚴及地位」，顯見立法者有意保障「主管」此一地位。故倘由主管調任非主管職務，依照公務人員任用法上開規定，應認為改變法律所保障之個人權利地位，非僅是機關內部的職務調整而已，具有行政處分之性質¹⁶。

貳、課予義務復審

保障法第二十六條仿照訴願法第二條規定「課予義務復審」如下：「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。前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。」使公務人員對其依法申請之案件，因服務機關或人事主管機關之不作為，認為損害其權益時，亦得提起復審，以資救濟。

行政訴訟法一般所稱之「課予義務訴訟」區分為「怠為處分之訴」和「拒絕申請之訴」（或稱「駁回處分之訴」或「拒為處分之訴」）二種，前者係指行政機關單純遲延不作為，並未作成任何准駁處分，故無行政處分之存在，於此情形下，人民提起訴訟，旨在直接請求行政法院命行政機關作成行政處分或作成一定內容之行政處分；後者則因行政機關明白拒絕人民之申請案件，而由人民針對駁回處分提起訴訟，其目的不僅在撤銷駁回處分，同時要求為一定內

¹⁵ 李建良，前揭文，頁 161。

¹⁶ 程明修，對公務人員職務調動處分的行政訴訟，輯於行政訴訟論文彙編第三輯—人事行政爭訟一，司法院，民國 91 年，頁 455-456。

容之處分，例如許可處分。這兩種訴訟分別規定在行政訴訟法第五條第一、二項：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟（第一項）。人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟（第二項）」。¹⁷第一項指的是「怠為處分之訴」，第二項指稱「拒絕申請之訴」。對照行政訴訟法上開規定可知，保障法第二十六條規定，應係「怠為處分之課予義務復審」，至於「拒絕申請之課予義務復審」部分，該法中並未定有專條予以規定。如此一來，公務人員可否提起「拒絕申請之課予義務復審」？法律依據何在？非無疑義。

保障法第二十五條第一項規定：「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。…」其中所謂「行政處分」者，在解釋上應得包括「拒絕處分」在內¹⁷。惟該項規定之復審類型為「撤銷復審」，根據保障法第六十五條第一項前段規定，「復審有理由者，保訓會應於復審人表示不服之範圍內，以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，發回原處分機關另為處分。…」故保訓會按之只能撤銷原行政處分之全部或一部後，發回原處分機關另為處分，並不能命原機關為「一定內容」之處分。反之，依照保障法第六十六條之規定，對於依第二十六條提起之「怠為處分之課予義務復審」，保訓會認為復審有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。因此針對拒絕處分，若依照第二十五條規定請求救濟，是為「拒絕申請之撤銷復審」，只能達到撤銷拒絕處分之結果，無法立即達到命原

¹⁷ 就此問題，李建良教授參酌訴願法的情形來加以解釋。由於從目的解釋可以認為，訴願法第一條所定之救濟方法應包括「拒絕申請訴願」在內，從而仿造訴願法體例制定的保障法第二十五條第一項所定之救濟方法，解釋上，亦同樣應該包括「拒絕處分之課予義務復審」在內。參李建良，前揭文，頁 23-26。

機關為「一定內容」之處分之法律效果。因此為有效保障公務人員之權益，宜修改保障法，於二十六條明白增列「拒絕申請之課予義務復審」類型。

參、其他復審類型

除上開兩種復審類型外，公務人員得否就其他案型提起復審？由於保障法未有明文，也未如行政訴訟法定有概括條款¹⁸，因此在解釋上只能採取否定說。從而公務人員依法不能向保訓會提起「給付復審」或「確認復審」、不能在復審程序合併請求損害賠償或其他財產上給付，也不能提起預防性之不作為復審，例如不得事先請求服務機關不得予以免職。這樣的制度設計從權利救濟保障的觀點而言，顯然有所欠缺。如同前文所述，公務人員之個人權利倘受到內部職務命令之侵害，亦得訴請司法救濟，而保障法作為處理公務人員與所屬機關間爭執之專法，自應提供適當之救濟管道，以作為公務人員提起行政訴訟之先行程序。從而保障法中顯然有配合行政訴訟法之規定，增加「給付復審」、「確認復審」、「合併請求損害賠償或其他財產上給付之復審」、及其他「無名復審」類型之必要。

不過在復審類型尚未增加以前，循申訴再申訴制度尋求救濟者，倘有個人權利受損之情形，是否不得續行提起行政訴訟，非無疑義。關於此點，本研究稍後在討論申訴再申訴制度時，會再深入探討。

第三節 申訴及再申訴制度

壹、基本類型

保障法第七十七條第一項規定：「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」。故申訴及再申訴係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

¹⁸ 依照行政訴訟法第二條規定，公法上之爭議，除法律別有規定外，均得依該法提起行政訴訟。

目的所為之作為或不作為，而有具體事實存在者均屬之¹⁹。例如機關長官或主管所為之不同區域職務之調任、工作指派、不改變公務人員身分關係之敘獎、記過、申誡懲處、考績評定、請假之否准或機關長官所發之職務命令均屬之²⁰。保訓會認為，此時並未改變公務人員之身分關係，對公務人員權利亦尚無重大影響，亦非基於公務人員身分所產生公法上財產請求權遭受侵害，故依歷次司法院解釋之意旨，屬機關內部所為之管理措施，應循申訴、再申訴程序救濟，不得依復審之程序請求救濟。

然而如前文所述，機關內部所為之管理措施，倘若違法侵害公務人員個人權利者，例如工作指派有歧視情形、職務命令侵犯言論自由或行動自由等，應許其提起行政訴訟以資救濟，方符合憲法保障人民訴訟權之意旨。然而如本研究於「壹、概說」中所述，立法者無意讓不服再申訴決定者進而提起司法救濟。依照保障法上開規定，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」，劃歸申訴再申訴程序處理。系爭管理措施或處置若只是「不當」而非違法，不得提起行政訴訟，固然沒有疑義；然而申訴再申訴程序處理之對象也包括「違法」的機關管理措施或處置在內，此時若公務人員之權益受到影響，經申訴再申訴後，不得提起行政訴訟，即有違憲之虞²¹。為改善此一疏失，保障法應儘速配合行政訴訟之規定，增加復審類型，允許個人權利受損之公務人員針對非行政處分之機關內部管理措施或處置提起「給付復審」或「確認復審」，並得於不服復審決定時，進而提起行政訴訟。從而日後應循申訴再申訴管道尋求救濟者，應僅限於影響個人權益之不當機關內部管理措施或處置。

不過在復審類型尚未增加以前，公務人員因機關內部之違法管理措施或處置，致個人權益受損，從而循申訴再申訴制度尋求救濟者，是否不得續行提起

19 公務人員保障暨培訓委員會（）97)公審決字第0241號、(96)公審決字第0035、0339、0567、0568、0642號、(95)公審決字第0300、0396號復審決定書、(97)公申決字第0045號、(94)公申決字第0063號再申訴決定書。

20 公務人員保障暨培訓委員會(96)公審決字第0568號、(95)公審決字第0070號復審決定書。

21 林明鏘教授也曾主張開放部分具體之違法管理措施，亦得請求司法救濟。參林明鏘，我國公務人員保障之研究，刊於氏著，公務員法研究（一），自行出版，2003，頁188-189。

行政訴訟，非無疑義。這裡可以參照另外一種案型的經驗來處理：也就是機關依據聘約內容對其聘任人員為不予續聘之事件。對此種案型，保訓會已經有相當豐富的處理經驗。保訓會見解認為，「各機關聘任人員係基於聘約內容執行職務，與機關間成立之聘約關係，性質上屬公法契約，其契約關係之成立，本質上仍屬雙方間意思表示之合致，關於聘約內容之事項，無由一方基於意思優越之地位，以單方行為形成之可言，是機關依據聘約內容對其聘任人員為不予續聘之行為，乃為行使聘約之權利，其性質即非行政處分，惟仍得認屬服務機關所為之管理措施，故保訓會實務上就不予續聘之爭執，均令循申訴、再申訴程序辦理」²²。保訓會在若干決定書中進一步指出：「…至有關類此不予續聘之爭執，致聘任之公法法律關係成立、不成立或存在、不存在不明，應循確認訴訟提起救濟為宜。…令其依保障法之申訴、再申訴程序請求救濟，亦無損其依法提起確認訴訟之權益」²³。故保訓會一貫見解認為，行政機關不予續聘之決定，雖非行政處分，不得對之提起復審，但因其仍不失為「管理措施」，仍得提起申訴、再申訴；而不服該再申訴決定者，可繼而提起確認訴訟，蓋當事人原本即有提起確認訴訟之權益，不能因為曾提出申訴再申訴而受到折損。此項見解可資贊同。雖然本研究於「壹、概說」曾說明，立法者無意讓不服再申訴決定者進而提起司法救濟。然而由於保障法中規定之復審類型不足，導致原本應藉由復審程序處理之案型，只好由申訴再申訴管道來承接，但是保障法顧名思義是為保障公務人員權益而設，公務人員原本之訴訟權益不能反而經過保訓會之救濟程序後竟然夭折。同理，公務人員因機關內部之違法管理措施或處置，致個人權益受損，曾循申訴再申訴制度尋求救濟者，其原有之訴訟權益也不能因而斷喪。故解釋上應認為保障法規定事後不得提起行政訴訟之申訴對象，僅侷限於「不當」之管理措施或處置。至於影響權益之「違法」管理措施或處置，系爭公務人員倘「自願」循申訴管道請求救濟，保訓會雖然可以受理，但無損

22 公務人員保障暨培訓委員會(95)公審決字第 0330、0098、0383 號復審決定書。

23 公務人員保障暨培訓委員會(94)公審決字第 0313 號復審決定書、(93)公審決字第 0003、0136、0141 號、(92)公審決字第 0331、0332、0333、0384 號復審決定書。

其事後依法提起行政訴訟之權益。

不過無論如何，還是以儘速增加復審類型為宜。否則透過上開解釋，將導致再申訴決定後，某些案型可以繼而提起行政訴訟，某些案型則否，使人混淆不清，實非長治久安之計。其次，復審程序依現行法為提起撤銷訴訟、課予義務訴訟之先程序，申訴制度則否，因此當事人依法可以跳過申訴程序，逕向行政法院提起給付或確認訴訟。此際，保訓會作為專責處理公務人員與所屬機關間之爭執的預期功能即無法發揮。最後必須再強調的是，日後倘若增加復審類型，則「影響權益」之「違法」管理措施應是「給付復審」、「確認復審」等類型處理的範疇；申訴再申訴處理的對象應僅限於「不當」管理措施而已。故相較於目前的運作情形，屆時申訴再申訴程序處理範疇將大幅限縮。

貳、準用保障法第二十六條「課予義務復審」之規定

倘若公務人員向服務機關請求為一定之管理措施或處置，服務機關卻置之不理，此時公務人員可否提起申訴，要求服務機關為之？保障法對此雖無明文，不過由於該法第八十四條明白規定申訴、再申訴準用第二十六條「課予義務復審」之規定，故應持肯定見解無疑。例如某公立醫院醫師向院方申請回復主治醫師職務及恢復門診排班，院方始終未明白予以答覆，當事人遂提起申訴、再申訴，保訓會乃依該法第八十四條準用第二十六條、第六十六條第一項之規定，命院方於二個月內就再申訴人之申請為處理決定²⁴。惟此時不宜仿造「課予義務復審」，將之命為「課予義務申訴」。蓋課予義務復審係請求服務機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分，然而申訴再申訴之對象限於復審範圍以外之管理措施或處置，非行政處分，從而此處毋寧稱之為「給付申訴」較為妥適。

參、可否提起「預防性不作為之請求」？

除上開兩種情形之外，公務人員得否事先請求服務機關不得為某項（對其

²⁴ 公務人員保障暨培訓委員會(95)公申決字第 0335 號再申訴決定書。

不利之)管理措施?保訓會否定此種申訴類型的存在。在保訓會(94)公申決字第0063號再申訴決定書中,保訓會認為「再申訴人請求主管長官勿以工作效率不彰為由打壓及勿任意下達不合情理之指示,因係有關預防性不作為之請求,尚無具體之管理措施存在。…再申訴人於未有具體管理措施之情形下遽行救濟,於法即有未合,爰不予受理」。

第四節 暫時性權利保護制度

我國行政訴訟法規定的暫時性權利保護制度可分為兩大類:其一為行政訴訟法第一一六至一一九條所規定之行政處分的停止執行程序,其二則為行政訴訟法第七編稱為保全程序之假扣押、假處分程序。停止執行程序原則上係配合撤銷訴訟、確認行政處分無效之本案爭訟程序(Hauptsacheverfahren),而保全程序為其他訴訟類型,如給付訴訟或確認訴訟等,提供暫時之權利保護²⁵。而保障法中關於暫時性權利保護制度的規定,見於第八十九及九十條,涉及「原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置」的停止執行程序,至於保全程序之假扣押、假處分程序,該法則未有規定。本研究以下乃針對制度現況,分別討論復審程序與申訴、再申訴程序中公務人員的暫時權利保護問題:

壹、復審程序

一、停止執行

首先,公務人員若以服務機關所為之「行政處分」違法,而提起復審,請求撤銷該處分,該處分並不因而停止執行(保障法第八十九條第一項參照)。然為保護公務人員之權益,同法第八十九條第二項規定,保訓會、原處分機關或服務機關仍得依職權或依申請,就該處分之全部或一部,停止執行。停止執行之原因有二:

²⁵ 林明昕,行政訴訟上停止執行之實體審查標準,輯於湯德宗、劉淑範主編,「2005行政管制與行政爭訟」,中央研究院法律研究所籌備處出版,民國95,頁4。

(一) 原行政處分之合法性顯有疑義者。

(二) 原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者。

而公務人員除了依上開規定向保訓會、原處分機關或服務機關申請停止執行外，尚得依據行政訴訟法第一一六條第三項，於行政訴訟起訴前，以原處分之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事，而向高等行政法院聲請停止執行。保障法第八十九條雖未如訴願法第九十三條第三項定有「前項情形，行政法院亦得依聲請，停止執行」之明文，惟解釋上並無限制復審人於行政訴訟提起前向行政法院聲請停止執行之用意²⁶。

二、假扣押

保障法並未規定假扣押制度，惟行政訴訟法第二九三條以下則設有相關規定。故此處仍應討論，行政訴訟法上開規定是否也屬於公務人員暫時權利保護的一環，或者更精確來說，究竟公務人員聲請假扣押行政機關財產之案型是否有存在的可能及必要性。依據行政訴訟法第二九三條第一項之規定：「為保全公法上金錢給付之強制執行，得聲請假扣押。」又依同法第二九七條準用民事訴訟法第五二三條第一項，假扣押，非有日後不能強制執行或甚難執行之虞者，不得為之。而所謂不能強制執行之虞係指債務人浪費財產、增加負擔或將其財產為不利之處分，至達於無資力狀態之情形而言。所謂甚難執行之虞，例如債務人移往遠方或逃匿之情形者。至於應在外國為強制執行者，視為有日後甚難執行之虞（同法第二九七條準用民事訴訟法第五二三條第二項）。惟在保障法之情形，所涉事件均為公務人員向服務機關為請求，債務人乃中央或地方行政機關，因國庫或其他公庫乃永續存在，有稅收、公債或其他財政手段可資支應，殊難想像有日後不能強制執行或甚難執行之虞之情形²⁷。故假扣押制度對公務人

²⁶ 李建良，前揭文，頁 164-165。

²⁷ 陳計男，行政訴訟法釋論，著者發行，三民書局總經銷，2000，頁 747。

員權利保障而言，應無用武之地。反之，服務機關則可能有必要聲請假扣押公務人員之財產，以保全其公法上金錢給付之強制執行。不過因為本法名為「公務人員保障法」，立法宗旨在於保障公務人員權益，似不宜於保障法中增設不利於公務人員之制度，故本研究並不建議於保障法中增設假扣押制度俾以假扣押公務人員之財產。

三、假處分

（一）課予義務復審

公務人員若以服務機關所為之「行政處分」違法，而提起復審，請求撤銷該處分，固得依保障法第八十九條第二項以及行政訴訟法第一一六條第三項規定申（聲）請停止執行，業如陳述。惟倘若公務人員係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，而依公務人員保障法第二十六條提起復審者，則無法申請停止執行。蓋「停止執行」之機制，係以行政處分存在為前提，且以使該處分之「效力」暫停發生為目的，係針對撤銷復審（訴訟）。反觀在課予義務復審之情形，復審人所請求之處分尚未存在，且復審人所欲獲暫時保護者，乃使其所請求之行政處分「提前生效」，與停止執行制度所欲達成之目的與功能，自有不同，此時復審人所應申請者，當為「假處分」²⁸。然而保障法就此並無規定。保訓會(94)公審決字第0155號復審決定書即涉及此種案型。該案中，復審人不服原處分機關未准其參加94年度薦任公務人員晉升簡任官等訓練，提起復審，並請求停止執行。該復審決定書駁回其請求，所持理由除認為原處分並非合法性顯有疑義外，並指出該復審「係屬課予義務復審之型態，僅得依循假處分或假扣押之規定請求暫時權利保護，無法以申請停止執行之方式獲得暫時權利保護，故復審人等申請停止執行核與保障法第八十九條第二項規定之要件不符，所請本件應暫時停止執行，應不予准許。」

²⁸ 李建良，前揭文，頁165。

此時公務人員依照保障法無從申請假處分，只能依照行政訴訟法第二九八條向行政法院聲請假處分。該條文第一、二項規定：「公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分。於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」前者稱為「保全強制執行之假處分」，後者則為「定暫時狀態之假處分」。雖然同法第二九九條規定：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」惟此一規定應僅指撤銷行政處分而言，尚不足以排除請求作成行政處分之情形^{29 30}。從而公務人員依據行政訴訟法仍能獲得一定程度的暫時性權利保護。只不過此時公務人員只限於向行政法院聲請，未如「停止執行」的情形亦得向「保訓會、原處分機關或服務機關」申請，救濟管道單一，保護較為薄弱。故應否在保障法中增設假處分制度，非無討論之餘地。

再從公務人員法上的「競爭者訴訟」(Konkurrentensklage)的角度而言，假處分制度實為必要的配套措施。雖然我國目前學說及實務對於如何處理競爭者訴訟上，尚未形成體系性的見解和作法，相較之下，德國法上已經累積相當經驗，可供參照。詳細情形參見本研究本篇第二節「肆、」之介紹，此處僅簡單予以總結歸納。在德國法上，競爭者訴訟主要涉及職位安定原則(Ämterstabilität)與有效的權利救濟兩者之間的權衡問題。職位安定原則是德國公務員制度的傳統基本原則之一。其理論基礎在於法律安定性原則、公眾對於公務員特質的信賴以及已受任命公務員之信賴保護³¹。雖然根據基本法第三十三條第二項，求職競爭的公務員有權要求一個無缺點判斷或無缺點裁量的選擇決定，從而依照十九條第四項規定，法院必須提供有效的權利救濟機會，然而德

29 請參閱最高行政法院九十一年度裁字第一三二八號裁定，本件涉及抗告人報考司法官特考遭以資格不符而駁回申請，為能及時參加考試，而聲請假處分，請求行政法院命相對人（考選部）速發准考證。最高行政法院九十一年度裁字第二九〇號裁定，本件緣於抗告人（某有限公司）因彰化縣政府拒絕核發其營利事業登記證，致遭經濟部命令其解散登記，嗣於提起行政訴訟程序中，抗告人為避免無法進行其他營利事項，向行政法院聲請假處分，請求命相對人（彰化縣政府）先為一定給付。

30 李建良，前揭文，頁 165；陳計男，前揭書，頁 765-766。

31 程明修，公務人員陞遷之救濟，公務人員保障暨培訓委員會委託研究計畫報告，民國 94 年 10 月，http://www.csptc.gov.tw/Item_content_show.asp?NO=2075&Rnd=0.1877584，頁 122-123。

國實務及學界通說仍以職位安定原則為優先考量，在任命處分作成之後，即不容許競爭者提出訴訟，認為已經沒有無權利保護之必要性。至於當事人之權利救濟保障問題，除了透過賦予損害賠償請求權之外，逐漸將重心放在事前的暫時性權利保護上。換言之，實務見解認為，勤務主在作出正式的任命處分之前，必須將該選擇決定事先告知落敗之競爭者，使其有機會聲請假處分，以阻止該任命處分的作成。勤務主倘違反假處分而任命競爭者，即嚴重違反權利救濟保障的要求，故依照聯邦行政法院新近見解，此時將不會以無權利保護必要性駁回當事人之訴訟，而是例外容許他繼續在本案爭訟程序中，也就是課予義務之訴中（請求系爭行政機關作出新的選擇決定，或甚至請求系爭行政機關必須任命自己），主張其請求權。系爭行政機關若敗訴，必要時甚至必須創設新的職位。

我國公務人員法上雖無所謂職位安定原則，但由於職缺有限，而且競爭訴訟涉及公務人員陞遷調動的連鎖反應，再加上受任命公務人員之信賴保護、公務體系穩定性之要求，已經完成之陞遷任命事後變動確實困難重重³²，故應可認為基於公益之重大要求，而不撤銷系爭陞遷任命或調任處分。保訓會(91)公審決字第 0128 號決定（「劉慶蜀案」）即是以情況決定處理，認為原處分之撤銷或變更於公益顯與公益相違背，駁回該復審。此項見解可資贊同³³。此時應依照保障法第六十七條第二項、第六十八條規定，於復審決定主文中載明原處分違法或顯然不當，並於復審理由中載明由原處分機關與復審人進行賠償協議。該協議與國家賠償法之協議有同一之效力。但另一方面，由於憲法第十八條保障人民有應考試服公職之權利，由此可以推導出，求職競爭的公務人員有權要求一個無缺點判斷或裁量的選擇決定³⁴，再加上憲法第十六條權利救濟保障之憲法要求，故光是給予當事人賠償請求權，並不足夠，此時毋寧應給予更積極的救濟管道。從而在結論上應與德國實務界之作法無異：給予當事人事前的暫時性

32 程明修，公務人員陞遷之救濟，頁 90 以下。

33 程明修教授亦採此見解，參程明修，公務人員陞遷之救濟，頁 97 以下。

34 程明修，公務人員陞遷之救濟，頁 63 以下。

權利保護。如此一來，雖可能導致部分職缺長期懸而未決，影響公務之正常推展，然而公務人員之權益保障亦不能棄置不顧，這已經是兩害相權取其輕之必要之惡。在這樣的作法下，假處分制度即成為競爭者訴訟不可或缺的一環，需求甚為殷切。不過這裡特別要強調的是，為了能夠給予事前權利保護的可能性，行政機關在正式任命獲選者之前，必須先將該選擇決定告知落敗之競爭者，使其有請求暫時性權利保護之可能，否則即難認為符合憲法權利救濟保障之要求。並且行政機關事後也必須遵守法院假處分命令，否則亦屬不法侵害當事人之訴訟權益。這些作法在我國人事行政運作上仍屬陌生，倘果真仿效德國經驗，恐必須通令各機關確實遵守。若行政機關日後果真有不法侵害當事人之訴訟權益之情形，亦可考慮訪德國實務作法，例外容許當事人繼續在本案爭訟程序中主張其請求權，必要時，該行政機關甚至必須因此創設新的職位。

以上所述是競爭者「訴訟」的情形。倘行政法院若果真採上述見解，保障法也應該提供相應的救濟管道，以資配合。因此在保障法中，除應增加復審類型之外，也應該增加假處分制度，使當事人的權益多一層保障。

（二）給付復審、確認復審

公務人員能否提起復審，確認聘任之公法法律關係存在，並在復審程序中請求暫時之權利保護？或提起復審，要求服務機關不得對之作成不利之處分（如免職處分），並請求暫時之權利保護？此類案型在行政訴訟程序中涉及「確認訴訟」、「給付訴訟（預防性之不作為訴訟）」，然而由於保障法規定之復審型態僅限於「撤銷復審」、「課予義務復審」，從而無提起復審之可能，業如前述。並且因為此時不存在原行政處分，自不適用保障法「停止執行」之規定，也不能依行政訴訟法有關之規定聲請「停止執行」。此時較為正確的暫時權利保護制度毋寧是「假處分」，惟保障法亦未設有「假處分」制度，只能依照行政訴訟法第二九八條規定聲請之³⁵，保障容有未盡之處。

35 李建良，前揭文，頁 165-166。

貳、申訴程序

一、停止執行

依保障法第八十九條第二項規定，得作為申請停止執行之標的者，不限於原「行政處分」，還包括原「管理措施或有關工作條件之處置」，其申請要件並與申請停止原行政處分之情形相同。此一暫時權利保障機制為我國所特有，對於公務人員權利之保障，甚為周到，固然值得肯定³⁶。不過，在運作上尚須注意以下二點³⁷：

- (一) 公務人員提起申訴、再申訴，依本法第七十七條第一項規定，僅須主張系爭處置「不當」，而申請停止執行之原因之一，卻是管理措施或有關工作條件之處置「合法性」顯有疑義，二者之間似有落差，於解釋上，系爭處置之「適當性」若顯有疑義時，亦應構成停止執行之原因。
- (二) 依據行政訴訟法上暫時權利保護體系，惟有「行政處分」才是聲請「停止執行」之標的，停止執执行程序原則上係配合撤銷訴訟、確認行政處分無效之本案爭訟程序，而假處分程序則配合其他訴訟類型，如給付訴訟和確認訴訟等。而保障法中所稱之「管理措施或有關工作條件之處置」，在性質上非屬行政處分，公務人員無從對之提起撤銷訴訟，然而此類措施若違法侵害公務人員之權利，仍得作為行政訴訟之標的，即提起一般給付訴訟或確認訴訟，此時依照行政訴訟法應採取的暫時權利保護措施應為「假處分」，並非「停止執行」。然而保障法第八十九條第二項規定，對於管理措施或有關工作條件之處置亦得「停止執行」，因此導致適用保障法和行政訴訟法會產生不同的結果：公務人員不服「管理措施或有關工作條件之處置」，得依保障法提起申訴、再申訴，並向保訓會、原處分機關或服務機關申請「停止執行」；然而依據行政訴訟法，當事人卻無從依據第一一六條第三項聲請行政法院停止執行，而是應該依照

³⁶ 李建良，前揭文，頁 166。

³⁷ 李建良，前揭文，頁 166-167。

第二九八條規定聲請假處分。

保障法中暫時權利保護機制的標的不以行政處分為限，擴及到管理措施或有關工作條件之處置，對於公務人員權利之保障，甚為周到，固然值得肯定，只是從法體系的明確性和一致性而言，保障法和行政訴訟法規定的體系不同，容易導致混淆，尤其對於是不諳法令的當事人而言，更是不明白為何此處應該申請「停止執行」，他處卻應該聲請「假處分」。釜底抽薪之計，應該是將申訴制度中的暫時權利保護全部改為「假處分」程序，以回歸一般的行政訴訟法體系。

二、假處分

從法體系的明確性和一致性而言，保障法中關於申訴制度中的暫時權利保護應該改為「假處分」程序，以回歸一般的行政訴訟法體系，業如前述。其次，從暫時權利保護的周延性角度而言，光是停止執行原措施或處置，並不能充分維護公務人員之權益，假處分程序，包括保全強制執行之假處分、以及定暫時狀態之假處分，仍然有引進之必要。蓋「停止執行」之性質，係針對已經做成之管理措施或處置，如果公務人員係不服原不利之管理措施或處理，進而請求服務機關另行作成對他有利的決定，此時若有也暫時權利保護之必要，惟有「假處分」制度才能達成目的。

茲以保訓會(95)公申決字第 0367 號再申訴決定書所涉甄補候用事件為例。此事件其實就是「競爭者事件」的一種類型，當事人並要求預防性的或暫時性的權利保護。在此事件中，再申訴人報名參加中市警局 95 年技術教官遴選，經該局以資格不符拒絕其參加口試，再申訴人遂依保障法規定請求救濟，並申請停止執行中市警局 95 年第 1 次常年訓練術科技術教官遴選結果。保訓會認為「本件中市警局對再申訴人所為資格不符遴選標準之處置合法性雖有疑義，惟尚難認有急迫情事存在，且其執行亦不致將來有不能回復原狀或發生難以回復

之損害等情形，更非為維護重大公共利益所必要者，故再申訴人申請停止執行核與保障法第 89 條第 2 項規定之要件不符，未便照准，併為敘明。」實則上開當事人請求之暫時權利保護並非停止執行拒絕其參加口試之「原管理措施」，而是停止執行「遴選結果」，因此根本不是「停止執行」制度處理的對象，而是已經進入「假處分」之範疇。上開決定書並非以程序不合法為由不受理，而是以其申請無理由駁回，不知是有意擴大解釋「停止執行」之內涵，以強化暫時權利保護功能，抑或是無心差柳的結果。其次，上開決定書駁回之理由，容有商榷之餘地。蓋再申訴人參加教官遴選考試遭拒絕，再申訴人不服，尋求保訓會救濟的同時，也希望透過停止執行遴選結果，以防止造成既成事實，否則即使再申訴有理由也無濟於事。此時保訓會一方面認為原處置合法性有疑義，另一方面卻主張「難認有急迫情事存在，且其執行亦不致將來有不能回復原狀或發生難以回復之損害等情形」，認事用法似有疑問。蓋遴選結果執行在即，也就是人事命令即將發布，此時尚稱「難認有急迫情事存在」，殊難索解；人事命令一旦發佈，再申訴人屆時還可能以利害關係人身分就該任用處分提起撤銷訴訟，並牽涉被任命之公務人員的信賴利益保護問題，案情將更為複雜，此時稱「其執行亦不致將來有不能回復原狀或發生難以回復之損害」，實不知認定基準何在。上開決定書駁回理由還包括停止執行「更非為維護重大公共利益所必要者」，此見解對於公益在停止執行要件中扮演的角色似有誤解。蓋救濟制度係為維護公務人員個人之權益而涉，公務人員申請暫時權利保護，當然是保護自己的權益，而不是公益，如果停止執行的要件必須是為維護重大公共利益所必要，與權利救濟制度設置之本旨完全不相符。故解釋上應認為，第八十九條第二項所謂「並非為維護重大利益所必要者」，應指「原管理措施或原處置」，也就是說，根據該條文規定，若有急迫情事，執行將發生難以回復之損害，而且原管理措施或處置並非為維護重大利益所必要者，在利益衡量之下，應停止執行。

綜合上述，以保訓會上開決定書所涉甄補候用事件為例，可以得出幾項結論：第一，為即時維護公務人員之權益，假處分制度有設置之必要。惟保訓會是否有意將第八十九條規定的「停止執行」制度擴大解釋，使其涵蓋到「假處分」制度，仍有待研究。第二，停止執行的實體審查標準實有檢討之必要。保訓會決定書對於否准停止執行申請之說明一向都簡略而制式，大都是「本件原行政處分於法並無不合，且復審人並無難以回復之損害且有急迫情事，故復審人申請停止執行，核與該法第 89 條第 2 項規定之要件不符，本件核無暫時停止執行之必要」³⁸。上開甄補候用事件之決定書是少見的「原處置合法性有疑義」之情形，而保訓會也只簡單以「尚難認有急迫情事存在，且其執行亦不致將來有不能回復原狀或發生難以回復之損害等情形，更非為維護重大公共利益所必要者」等寥寥數語駁回，未盡到合理說明的義務，實難據以判斷其實體審查標準何在。不過研判該案例事實，上開決定書之論斷似與事實不盡相符，實體審查標準可能失於嚴苛。附值一言者，本事件當事人僅針對拒絕其參加口試之管理措施提起申訴，似有未恰。如前文所述，在此類競爭者事件，當事人應提起課予義務復審，請求原機關作成新的遴選決定，並對該拒絕措施（程序行為）一併聲明不服（行政程序法第 174 參照）³⁹。

38 公務人員保障暨培訓委員會(97)公審決字第 0099、0211 號復審決定書、(97)公申決字第 0144 號再申訴決定書、(96)公審決字第 0065、0170、0363、0415 號復審決定書、(95)公審決字第 0402 號復審決定

39 程明修教授認為，行政程序法第 174 條，在公務人員陞遷過程中行政機關所為之處置也有適用，可資贊同。詳參程明修，公務人員陞遷之救濟，頁 52-54。