

第六章 外國公務人員保障制度中之救濟類型

第一節 德國公務人員保障制度中之救濟類型

從程序面而言，德國公務員的權利保障制度可以分為「法院外的」和「法院的」救濟途徑兩種。前者指稱與法院無關之請願、申請、申訴等情形；後者指的是經過異議程序（先行程序），進而向行政法院提起訴訟。在介紹完程序面的救濟途徑之後，本研究擬特別針對懲戒事件及公務員法上的競爭者訴訟加以探討。茲分述如下：

壹、法院外的救濟途徑¹

法院外的救濟途徑包括下列幾種：

- 請願
- 依機關層級循序向上級提出「申請或申訴」(Anträge/Beschwerden)
- 向「公務員代表會」(Personalrat)提出申訴
- 向該管「人事委員會」(Personalausschuss)提出申訴？—此規定已經刪除
- 向資訊保護官(Beauftragten für den Datenschutz)請求救濟

以下分別加以說明：

一、請願

基本法第十七條規定：「人民有個別或聯合他人以書面向該管機關及民意代表機關提出請願或訴願之權利。」此處所謂之人民也包含公務員在內。不過，如果內容涉及職務領域(Amtsbereich)，原則上必須依機關層級循序提出申訴（見下述），俾使行政機關至少有補救的可能。如果這個可能性已經存在過了，也就是說它過去已經曾經是內部職務審查程序的對象，則容許例外。

¹ Kunig, aaO., Rn. 176 f.;林明鏘，論德國公務員保障制度，刊於氏著，公務員法研究（一），作者自行出版，2003，頁210-213；吳綺雲，德國新聯邦（公務員）懲戒法簡介，輯於行政訴訟論文彙編第三輯—人事行政爭訟—，司法院，民國91年，頁473以下。

二、依機關層級循序提出「申請或申訴」

依機關層級循序提出的「申請或申訴」，就其本質而言，其實也是請願。此制度不但有助於個人利益的實現，同時也是一個維護公益的行政監督。相關規定見於聯邦公務員法第一百七十一條第一、二項。按之，公務員必須循序提出申訴，不得越級，但可以一直申訴到最高職務機關(die oberste Dienstbehörde)²。若申訴內容是針對直屬長官本人，則該申訴可直接向再上級長官提出。行政機關對於申請或申訴有義務接受及審查；它必須附理由作成決定。

此處必須要注意，公務員法的申訴如同一般的請願或職務監督申訴(Dienstaufsichtsbeschwerde)一樣，並不適合減損(beeinträchtigen)行政機關措施的法律效果，也就是不同於「異議」(行政法院法第八十條第一項、第八十之一條)。正因為如此，所以必須仔細審查，公務員之該項請求，不管名稱如何，在個案中究其實際是否為異議。遇有疑問時則以此為基準：針對該措施，行政法院是否將容許提起訴訟³。答案若為肯定，則當事人應循異議途徑解決，而不是提出申訴。

三、向「公務員代表會」(Personalrat)提出申訴

依照聯邦人事代表法第六十八條第一項第三點的規定，公務員代表(Personalvertretung)的任務包括「接受職工(Beschäftigten)的建議與申訴(Anregung und Beschwerden)，並於有理由時，與職務單位之主管協商謀求解決。」此機構此時在公務員與所屬單位間擔任居中協調的地位。

四、向「人事委員會」(Personalausschuss)提出申訴？

德國於第二次世界大戰之後，為統一執行各公務員法規，除各邦所享有的

² 也可以參照公務員法基準法第六十條規定。

³ Kunig, aaO., Rn. 177.

人

事權之外，聯邦公務員法第九十五條當中明文規定，設立「聯邦人事委員會」（*Bundespersonalausschuss*），在法律規定範圍內獨立自主地行使職權，作為德國聯邦政府之人事主管機關⁴。而各邦在其人事權範圍內也設有各自的「邦人事委員會」。聯邦公務員法第一百七十一條第三項原本規定：「公務員得向聯邦人事委員會提出申訴。」但這項規定現在已經刪除，此救濟途徑不復存在。

五、向資訊保護官請求救濟

若公務員之個人資訊受到侵害時，諸如：因為使用或處理其個人相關之資訊，而侵害到公務員個人權利，此時，該公務員並得依相關之資訊保護法令，如聯邦資訊保護法(*Bundesdatenschutzgesetz*)第二十一條，向有管轄權之資訊保護官請求救濟⁵。

貳、法院的救濟途徑⁶

公務員訴訟的法院救濟主要規定在「公務員法基準法」當中。該法雖然原則上只是一個框架法(*Rahmengesetz*)，詳細內容仍留待各邦以邦法自行規範，不過該法仍包含若干「一體而且直接適用」的規定，見於一百二十一條以下⁷。因此該法第一百二十六以及一百二十七關於公務員權利保障的規定，即直接、一體適用於全德國公務員，各邦公務員法的相關規定只不過具有宣示(*deklaratorisch*)的意義而已。

公務員法基準法第一百二十六條規定就訴訟途徑及異議程序有特別規定，它是行政法院法(*VwGO*)第四十條以及六十八條以下規定之特別法；第一百二十七條就公務員法中的上訴聯邦行政法院(*Revision*)有特別規定⁸。以下乃就分別就

4 關於聯邦人事委員會的組織、職權及法律地位，參見陳耀祥，「德國文官制度之研究」，考試院委託國立台北大學研究計畫報告，民國94年8月1日至94年11月20日，頁6以下（Word檔）：<http://www.exam.gov.tw/book/reports/rev.asp?61>；周世珍，前揭書，頁366-367。

5 林明鏘，前揭書，頁212。

6 Kunig, aaO., Rn. 178 ff.

7 Kunig, aaO., Rn. 52.

8 Baßlsperger, ZBR 2005, 192.

各條文內容加以說明：

一、第一百二十六條：

第一百二十六條第一項規定，「公務員、退休公務員、前公務員以及公務員遺族，源於公務員關係所提起的全部訴訟」都由行政法院管轄⁹。不過公務員的請求如果是因為行政機關違背職務對他所產生的損害賠償義務，則應向普通法院提起訴訟（基本法第三十四條第三句）；如果是因為行政機關違反照顧義務（Fürsorgepflicht）而生的損害賠償則是向行政法院提起¹⁰。該條第二項並規定，勤務主(Dienstherr)源於公務員關係提起的訴訟也由行政法院管轄。

上開管轄法院的規定一般作廣義解釋，例如也包括公務員關係是否建立的情形，因此非公務員也可能是公務員法基準法第一百二十六條第一項意義下所指的公務員。決定關鍵在於：公務員法是否提供該訴訟請求判斷的標準¹¹。

該條第三項規定，依第一項提起的訴訟，不只是撤銷訴訟和課予義務訴訟，包括給付和確認訴訟在內，都必須經過先行程序，也就是異議程序，而且即使是最後職務機關所為之措施亦同。如此一來不管是任何一種訴訟類型，行政機關都有機會事前糾正；公務員和勤務主間因為法院訴訟而危及忠誠度的潛在危險將降到最低¹²。不過如果有法律規定特別毋須經過先行程序者，不在此限。異議決定機關原則上為「最高職務機關」。不過如果系爭措施並不是由最高職務機關所作成，它可以透過普遍性的規定(allgemeine Anordnung)，將異議決定委託其他機關作成；該規定必須公布。

此外，依據該條第三項第三點的規定，對於派任(Abordnung)或調職(Versetzung)提起的異議或撤銷訴訟「不」具有停止執行之效力。此規定始於1997年2月24日的「公職法改革法」(Dienstrechtsreformgesetz)。這是為了讓人

⁹ 行政法院法第四十條第二項第二句也有相應的保留規定。

¹⁰ Kunig in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 13. Aufl. 2005, 6. Kap, Rn. 178.

¹¹ Kunig in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 13. Aufl. 2005, 6. Kap, Rn. 180.

¹² Kunig in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 13. Aufl. 2005, 6. Kap, Rn. 179.

力資源使用容易所採取的措施之一。由於這項規定，當事人現在只能依照行政法院法第八十條第四、五項聲請停止執行¹³。

二、第一百二十七條：

公務員法基準法第一百二十七條擴大向聯邦行政法院提起上訴的容許性。依照該規定，除了原本規定在行政訴訟法第一百三十二條第二項規定的情形可以向聯邦行政法院提起上訴外，若不服高等行政法院對於一個源於公務員關係提起之訴訟所為之判決，而該判決異於其他高等行政法院之決定，此時只要聯邦行政法院對該法律問題尚無決定，也容許以此歧異為基礎提起上訴。此外，上訴亦得基於該判決違反聯邦法或邦法。該條文容許基於違反「邦法」提起上訴，尤其特別，這和行政法院法第一百三十七條的規定不同¹⁴。

參、懲戒事件¹⁵

在說明懲戒事件的救濟途徑之前，必須就德國懲戒法制略作說明。懲戒法係處理公務員違反職務義務的後果。公務員義務係規定在聯邦和各邦的公務員法之中，懲戒法則規定，義務違反可能帶來哪些後果，以及此處應適用哪些程序。1952年聯邦政府發佈「聯邦懲戒規則」(Bundesdisziplinarordnung, BDO)以茲規範。按之，從1953至1967年，聯邦公務員的懲戒案件由位於西柏林的「聯邦懲戒所」(Bundesdisziplinarhof, BDH)管轄，之後則改由位於法蘭克福的「聯邦懲戒法院」(Bundesdisziplinargericht, BdiG)管轄。2002年1月1日起施行的「聯邦懲戒法」(Bundesdisziplinargesetz, BDG)¹⁶，取代了原來的「聯邦懲戒規

¹³ Kunig in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 13. Aufl. 2005, 6. Kap, Rn. 26a, 107; Schmidt, Besonderes Verwaltungsrecht Band I, 11. Aufl., Bremen 2007, Rn. 745.

¹⁴ Kunig in Schmidt-Aßmann, BesVerwR, 13. Aufl. 2005, 6. Kap, Rn. 179.

¹⁵

http://www.bmi.bund.de/eln_028/nm_121560/Internet/Content/Common/Lexikon/D/Disziplinarrecht_Id_19903_de.html。查訪日期：2008.8.11。

¹⁶ Bundesdisziplinargesetz vom 9. Juli 2001 (BGBl. I S. 1510), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 1 G vom 31. Juli 2008 (BGBl. I S. 1629, 1647).

則」。它徹底修改懲戒法制，以配合現代化的行政及法律維護的要求。懲戒案件現改由行政法院管轄。

懲戒法考慮的出發點始終都是聯邦公務員法或各邦的公務員法規定，按之，當公務員有責地違反強制性義務，則為失職。當有足夠的事實資料顯示有此情形時，勤務主即負有義務進行懲戒程序，並在此程序中查明重要案件事實。調查結束後，他必須決定，應即停止該程序或是有必要採取懲戒措施。

懲戒措施共有五種，依其失職情節輕重而為合義務性之裁量：

- 申誡 (Verweis)
- 罰鍰 (Geldbuße)
- 減俸 (Kürzung der Dienstbezüge)：依新法，減俸減少的比例最高仍為月俸的五分之一，但最長期間則由舊法之五年縮短為三年。新法將勤務主之懲戒權限擴張至減俸的懲戒措施。減俸不再如舊法須由懲戒法院作成裁判，而是可由職務機關以「懲戒處分」，行使減俸懲戒權¹⁷。
- 降調 (Zurückstufung)：所謂降調，係指將該公務員調任(Versetzung)至與該職位同一官等(Laufbahn)¹⁸之較低本俸之職位。該公務員因而喪失基於目前職位的所有權利，包括相應的俸給以及使用該官銜的權限（參照第九條第一項）。
- 撤職 (Entfernung aus dem Beamtenverhältnis)：惟有當公務員因為嚴重失職致使勤務主或社會大眾終局喪失對他的信任時，才會做出撤職處分。

對於退休公務員則有不同規定，只限於兩種懲戒措施：即減少或剝奪退休俸(eine Kürzung oder eine Aberkennung des Ruhegehalts)。

申誡、罰鍰、減俸、減少退休俸等懲戒措施，得由職務直屬長官(Dienstvorgesetzten)自己透過所謂的「懲戒處分」(Disziplinarverfügung)為之。

懲戒處分是行政處分，可以透過異議、撤銷訴訟等法律途徑尋求救濟；在特定

17 惟基於機關層級之考量，若要科予最高限度之減俸懲戒，須保留僅能由各該最高最高職務機關始得為之。參見吳綺雲，前揭文，頁 477-478。

18 德國法上之官等(Laufbahngruppe)分為初階、中階、上階、高階四等。原文為 einfacher, mittlerer, gehobener and höherer Dienst.

要件下，也可以提起第二、第三審上訴(Berufung und Revision)。反之，如果勤務主認為以降級、撤職、剝奪退休俸等懲戒措施為適當時，不得自行為之，而是必須向管轄的行政法院提起所謂的「懲戒訴訟」(Disziplinklage)，由行政法院決定之。針對該判決則可以提起第二審上訴，在特定要件下，也可以提起第三審上訴。

視個案情形，有可能在懲戒程序結束前即已經有必要禁止繼續從事職務行為。除了一般的公務員法的可能性，也就是暫時禁止執行職務外，從懲戒程序開始起，也可以依懲戒法「暫時停職」(vorläufige Dienstentfernung)。尤其是預估該案情很可能最後會做出撤職決定時，即可能予以暫時停職。此時可以輔以扣留部分月俸(monatliche Dienstbezüge)的措施，最多達月俸 50%（參照聯邦懲戒法第三十八條第二項）。

綜合上述，德國懲戒程序分為「機關的懲戒程序」和「法院的懲戒程序」兩種，從而公務員因懲戒程序的不同，救濟途徑也有差異：

- 針對職務直屬長官的「懲戒處分」（申誡、罰鍰、減俸、減少退休俸），可提起異議、撤銷訴訟。
- 若勤務主向該管行政法院提起「懲戒訴訟」，倘公務員不服該判決，可提起第二審上訴(Berufung)，在特定要件下，也可以向聯邦行政法院提起第三審上訴(Revision)。

肆、競爭者事件¹⁹

在公務員的權利保護方面，德國這些年來爭議不斷的，首推「競爭者訴訟」。競爭者訴訟可分為兩種情形：第一是陞遷競爭(Beförderungskonkurrenz)。陞遷係指賦予公務員另一個有較高本俸和不同官銜的職位，例如公務員乙從本俸 A13 的政府參事(Regierungsrat)陞遷為本俸 A14 的

¹⁹ Vgl. Schmidt, aaO., Rn. 779 ff.; Kunig, aaO., Rn. 91f. 國內文獻參見程明修，公務人員陞遷之救濟；劉建宏，公務員法上之競爭訴訟與訴訟參加—兼論暫時權利保護程序中法律救濟途徑，收錄於氏著，基本人權保障與行政救濟途徑，元照出版，2007，頁 209-231。

高級政府參事(Oberregierungsrat)。陞遷係以任命處分(Ernennung)為之，改變該公務員身份法意義下的職位。但如果官銜不變，而本俸較高，亦視同陞遷。例如公務員丙從一個本俸 A14 的中尉調升一個本俸 A15 的較好的職務(eine herausgehobe Dienstposten)²⁰。陞遷競爭係涉及所謂的「地位競爭」(Statuskonkurrenz)。第二種情形則涉及「職務競爭」(Dienstpostenkonkurrenz)，係指為了準備陞遷作，授予一公務員評價較高的職務。此時尚未予以陞遷，而只是調職(Umsetzung)而已。

以下討論主要針對第一種情形，也就是陞遷競爭，分別介紹德國向來實務和學界通說、反對見解以及晚進的實務發展。至於第二種情形似乎學說實務歧見頗大，本研究爰僅在文末稍作說明。

一、陞遷競爭

(一) 向來見解：

依照向來的司法判決和學界通說，倘若系爭職位已經分配出去，針對該公務員的任命即無法訴請權利救濟。任命某人為公務員，意指授與他一個所謂身分法意義下的職位。這個職位有官等、有本俸、有官銜(Amtsbezeichnung)。依照聯邦會計法第四十九條第一項，這種職位的授與只可能是指派到一個預算計畫上的職缺(eine besetzbare Planstelle)。如果該職缺已經被分配出去了，由於依照聯邦公務員法第十二條、聯邦公務員法基準法第九條的規定，撤銷該任命的可能性非常有限，所以原則上不可能回復到從前。這樣的「職位安定」原則(Ämterstabilität)²¹導致求職階段已告結束，原告不再有一個要求「無法律瑕疵的選擇決定(Auswahlentscheidung)」之主觀公權利。依此見解，則公務員法的「競爭者排擠訴訟」在任命競爭者為公務員後，就因為缺乏訴訟權能、沒有權

²⁰ Schmidt, aaO., Rn. 776 f.

²¹ 此原則有學者譯為「職務安定」原則。惟本研究認為譯為「職位安定」原則較佳，因為在德國法上，職位(Amt)和職務(Dienstposten)為不同之概念，前者指涉對象比後者廣泛。

利保護的必要、或者是因為已經終結(Erledigung)，而沒有存在的空間。如此一來，已完成的任命即因為職位安定的維護而免受第三人的攻擊(Drittanfechtung)。從而落選的求職者對該任命依照聯邦公務員法基準法第一百二十六條第三項提起異議，根本不會有結果²²。

依照向來見解，此時必須給予當事人「任命前的權利保護」(ein der Ernennung vorgelagerter Rechtsschutz)，該保護連結到該「選擇決定」(Auswahlentscheidung)。在行政機關明白表示有意任命另一個求職者時，這還不是一個行政處分，因為尚未產生直接對外有拘束力的法律效果，而只是表明任命的意圖而已。但對被拒絕的求職者而言，這是一個「否定通知」(Negativmitteilung)，也就是拒絕之，就此而言，它有規制的效果，是一個行政處分²³。故落選的求職者即可依照聯邦公務員法基準法第一百二十六條第三項對之提起異議，一方面是「課予義務異議」，請求該機關任命之；另一方面，如果知道誰是獲選者，同時也要提起「撤銷異議」，以免該不利於己的選擇決定產生存續力。不過這時提出一個異議即已足夠，可結合兩種請求，稱為「結合異議」。有異議權限的前提是當事人有主觀公權利受損。此處的主觀公權利通常來自那些具體化基本法第三十三條第二項的公務員法的規定，或者是直接來自基本法第三十三條第二項。雖然這些規定並未賦予要求任命、陞遷至一個職位、或公開甄選的一般請求權，然而由於這些規範也要求在求職者利益的維護下，考慮功績或能力原則，從而落選的求職者有權要求一個無缺點判斷或無缺點裁量的選擇決定。因此他必須主張，即將作成的任命違反功績原則從而損害他的機會平等權。不過要注意的是，由於法院的出發點是，為了職位安定的考慮，任命或陞遷免受第三人攻擊，所以上開異議沒有行政法院法第八十條第一項停止執行的效果，也就是沒有暫時的權利保護²⁴。換言之，行政機關還是照樣可以任命或陞遷其屬意的競爭者。所以提出上開異議還是無法滿足權利保護的

22 Schmidt, aaO., Rn. 779 f.

23 BVerwG NVwZ-RR 2002, 47, 48; BVerwGE 80, 127, 129.

24 BVerwGE 80, 123, 127; BVerfG NJW 1990, 501.

要求²⁵。

為了避免上述缺點，利害關係人可以提起「預防之不作為訴訟」並依照行政法院法第一百二十三條聲請假處分²⁶。假處分的目的是，直到重新進行的甄選程序結束前，暫時禁止該勤務主指派其所屬意之求職者至該職缺，即所謂的「佔缺禁止」(Besetzungsverbot)。此外，當事人還必須對該否定的選擇決定提出異議，使該決定不生存續力。只要原告在任命的時點以前能夠行使上開權利，即符合基本法第十九條第四項第一句規定。因此行政機關必須及時將任命前的選擇決定通知落選者，使他能夠提起訴訟，或者尋求暫時的權利保護，俾求職階段保持開放²⁷。這個義務直接源自基本法第三十三條第二項以及第十九條第四項第一句規定。然而，如果落選者沒有機會或者來不及有機會採取法律救濟，依照通說並不影響該任命的「不可逆轉性」(Irreversibilität)。落選者充其量只能就薪資差異請求損害賠償。這裡牽涉的是向民事法院提起的國家賠償。由於勤務主違反義務，法院甚至可能允許舉證責任倒置。由於木已成舟，當事人通常無法具體闡明，如果該選擇程序合法進行，他就一定會雀屏中選。故此時會要求被告機關實質闡明(substantiiert darlegen)，如果當初一切合法進行，情形將會如何發展²⁸。

(二) 反對見解

反對見解認為上述論據缺乏說服力。毫無疑問地，基本法第三十三條第二項是一個第三人保護規範，它也在維護其他合格的求職者競爭公職。就權利保護的必要性而言，落選的求職者對於廢棄有瑕疵的任命，無疑有正當的利益。若不能廢棄原任命，就不可能轉而任命他。而所謂已經終結之說，必須是該廢棄毫無意義始足當之，這顯然與事實不符。此外，在行政訴訟程序中，法院的

25 Schmidt, aaO., Rn. 785.

26 BVerfG NVwZ 2003, 200 f.; OVG Schleswig DVBl 2002, 134.

27 BVerfG-K NJW 1990, 501.

28 Schmidt, aaO., Rn. 786 f.

確認至少有利於損害賠償請求權的貫徹。尤其時常發生的是，落敗的求職者根本是在任命競爭者之後才知悉自己未被納入考慮。此時要求當事人轉而請求國家賠償根本不符合基本法第十九條第四項權利保護保障的要求。因此正確的訴訟途徑應該是提起撤銷訴訟（請求撤銷該任命處分）以及課予義務訴訟²⁹。

（三）晚近實務發展

聯邦行政法院晚近對自己以往的見解提出質疑。它懷疑在任命後即不容許提起訴訟，是否與基本法第十九條第四項規定相符：

「這看來很難符合基本法第十九條第四項規定：拒絕給予公務員權利保護，理由是他要求一個符合基本法第三十三條第二項基本原則的選擇決定，而因為系爭可能損害該等原則的選擇決定已經執行，所以該請求權已經消失。（...）。高等行政法院的反對見解違反基本法第十九條第四項規定。被告（任命機關）藉由違法行為不能造就任何既成事實，也不能因此阻礙利害關係人獲得有效的權利保護。基本法第十九條第四項的權利保護保障要求盡可能排除不能回復的機關決定。基於後來的職位授與而排除訴訟的可能性根本與之毫不相容。」³⁰

上開判決的主旨是，光是有存續力的任命處分不（再）能反對落選的求職者提起撤銷訴訟。然而聯邦憲法法院對於上開疑慮並沒做出回應。它到目前為止的判決都認為，一個在陞遷競爭中落敗者，如果能夠透過「任命前的暫時權利保護」有效確保來自基本法第三十三條第二項的請求權，就符合基本法第十九條第四項及第三十三條第二項規定³¹。

有鑑於聯邦憲法法院的判決，聯邦行政法院後來放棄上開有關憲法疑慮的看法，不過現在對於違反假處分而陞遷競爭者的案型，採取一個修正的見解：此時落選者可以在本案爭訟程序(Hauptsacheverfahren)中繼續主張其請求權，也就

29 Schmidt, aaO., Rn. 788. 採類似見解者，如劉建宏，前揭文，頁 216 以下。

30 BVerwG vom 13.9.2001 - 2 C 39.00 - , BVerwGE 115, 89, 91 f.

31 Schmidt, aaO., Rn. 783.

是提起課予義務訴訟，要求被告機關做出新的選擇決定³²，此時不會欠缺權利保護的必要性。當事人可以要求在程序法上及實體法上都視為該假處分被遵守，已經作成的任命不能阻礙他。聯邦行政法院認為，此時單純確認勤務主的選擇決定違法，或者是曉諭當事人請求金錢上的損害賠償，都無法滿足當事人的權利保護請求權。而且勤務主不能主張沒有預算計畫上的職缺，正如同在違法有責未予以陞遷而應給予當事人損害賠償的案型中，不能主張缺乏預算而免責³³。舉例來說，譬如 A 和 B 都在高等學校 H 擔任俸給範圍(Besoldungsgruppe)W2 的法學教授。兩人競爭一個報酬較高的 W3 工作。最後 B 雀屏中選。A 認為權利受損，並向法院聲請假處分，請求暫時不能將該職位分配出去。然而該機關仍然陞遷 B，把該 W3 職位指派給 B。此時依照聯邦行政法院的見解，A 還是可以繼續在本案爭訟程序中主張他的權利。A 可以要求在程序法上及實體法上都視為該假處分被遵守。如果 A 在本案爭訟程序中勝訴，該機關必須分配一個 W3 的職位給他，必要時甚至要額外創設一個 W3 的職位³⁴。

二、職務競爭³⁵

當勤務主欲授予某一公務員評價較高的職務，以為陞遷預作準備，此時他公務員得否聲請假處分預先予以阻止？德國實務見解對此有所爭議。一說持否定看法，認為不作為請求權只能預先阻止陞遷，對於調職則缺乏請求權或是聲請理由；但有些判決持肯定看法，認為對於該決定，也應該一般性地給予以救濟；唯有如此，方能避免申請者的陞遷機會因競爭者先受青睞(Bewährungsvorsprung)而縮減。

其次，如果已經調職某一公務員，是否應該容許競爭者向法院聲請暫時性的權利保護，以阻止接下來的陞遷處分？關於這點同樣也有爭議。部分判決肯

32 注意，此時原告所提出者並非撤銷訴訟。Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 276, 283.

33 BVerwG vom 21.8.2003 - 2 C 14/02 - , NJW 2004, 870, 871 f.

34 Schmidt, aaO., Rn. 784.

35 Schmidt, aaO., Rn. 818 ff..

定之，因為陞遷處分尚未作出；但也有部分高等法院否定之，認為由於調職決定已經作成，基於職位安定原則已經不可回復，該職務也不再懸缺。依照後者見解，暫時性的權利保護唯有在調職以前才許可。

自從 1997 年的公職法改革法以來，職務競爭的重要性大增。因為現在根據公務員法基準法第十二條第二項第四款之規定，唯有經過試用期確定該公務員的能力適合該評價較高的職務後，始可予以陞遷。因此可以預期法院將有大量案件，請求暫時禁止將競爭者派至該評價較高之職務，或是在已經派任之後，禁止陞遷該競爭者。

不過本研究認為，照理來說，若職務競爭只涉及「調職」，也就是僅涉及「職務授予」(Vergabe eines Dienstpostens)，與預算計畫下的職缺無關，係勤務主基於組織權和人事權所做之調動³⁶。勤務主隨時可以再把該職務騰空，蓋公務員無權要求特定之職務，因此競爭者得起訴指摘該職務之授予違法³⁷。不過因為職務授予非行政處分，所以此時應該提起的是訴訟類型不是撤銷訴訟，而是一般給付訴訟³⁸。

第二節 日本公務人員保障制度中之救濟類型

關於日本公務員之各項權利受到國家或地方自治團體侵害時，如何請求救濟，是公務員法中的重要制度。基於有效保障原則，設有「不利益處分說明書交付制度」及「對於不利益處分之抗告爭訟制度」。除此之外，尚有請求審查災害補償之申訴以及苦情諮商等設計，分別說明如下。

壹、不利益處分說明書交付制度

此項制度係指機關違反公務員意思而給予不利益處分時，該處分必須強制附記理由，並對於不服申訴應設教示制度（國家公務員法第 89 條第 1 項及第 3 項、地方公務員法第 49 條第 1 項及第 2 項）。公務員本身享有說明書交付請求

³⁶ Kunig, aaO, Rn. 108, 113.

³⁷ E 75, 138; ZBR 1990, 79; ZBR 2001, 31; NVwZ 2005, 702; OVG Weimar DÖV 1998, 607 ff.

³⁸ Dürr, Beamtenrecht, 6. Aufl. 2005, S. 72; Kunig, aaO, Rn. 91.

權（國家公務員法第 89 條第 2 項、地方公務員法第 49 條第 4 項）。條文中所定的「顯著不利益處分」，不僅指法律上的不利益，也包括事實上的不利益，例如，在「轉任」的情形，可能產生事實上的不利益³⁹。

貳、對於不利益處分之抗告爭訟制度

關於對於不利益處分之抗告爭訟制度，包括向主管機關提起不服不利益處分之申訴，以及向法院提出撤銷訴訟等。本計畫因為處理範圍主要以主管機關的救濟程序及救濟類型為主：

一、不服申訴制度

（一）救濟依據

對於一般職國家公務員之不利益處分，依照國家公務員法第 90 條第 1 項及地方公務員法第 49 條之 2 第 1 項規定，原則上依行政不服審查法向人事院、人事委員會或公平委員會提起不服申訴。然而，外交職公務員若因洩漏外交機密致損害國家重大利益而受懲戒處分時，必須向外務大臣提起。對於特定獨立行政法人及現職國家公務員之不當勞動行為所為之處置，不得依行政不服審查法提起申訴。此外，對於特定地方獨立行政法人及現職地方公務員之不利益處分，亦不適用行政不服審查法。不服申訴，包括提出異議及請求審查，屬於公務員苦情處理制度的一環。此種設於行政內部的救濟程序，具有簡易迅速的特色，可以針對不利益處分的違法性及妥當性進行審查。提出異議及請求審查兩者並非一審及二審的關係，而是依照行政機關之差異所為的區分，原則上是二擇一的關係。原處分機關與上級機關不同時，由原處分機關進行異議審查，而上級機關則受理請求審查⁴⁰。

（二）不服申訴權利人

國家公務員對於違反其意思而受到國家公務員法第 89 條第 1 項所規定之減俸、降任、休職、免職或其他不利益處分，或是懲戒處分，得提起不服申訴。無論其內容是積極的作為處分或消極的不作為處分。又地方公務員對於違反其意思而受到地方公務員法第 49 條第 1 項規定之懲戒或其他不利益處分，亦得提起不服申訴。此外，因為不利益處分而離職之公務員、對於國家基於法令所保有之任命或雇用權利不得對抗之公務員（國家公務員法第 98 條第 3 項）以及依照國營企業勞動關係法第 18 條規定而被解聘者，皆可提起不服申訴。至於，臨時任用公務員及附條件採用期間中的公務員，因為不受身分保障，故受到有關身分保障之不利益處分時，不得提起不服申訴⁴¹。

（三）不服提出期間

³⁹ 藤田宙靖，前掲書，頁 368。

⁴⁰ 宇賀克也，行政法概說Ⅱ，行政救濟法，頁 28。

⁴¹ 相川広一，收於：栗田久喜柳 克樹編，前掲書，「國家公務員法」，頁 224。

為確保法安定性，對於不利益處分提出不服設有期間規定。就前述國家公務員法第 89 條第 1 項所規定之不利益處分須於受領處分說明書翌日起算六十日以內提出。若從處分存在之翌日起算經過一年時，則不得再提出不服。在此所謂處分存在之日，係指公務員處於可知悉處分內容狀態之日。採取到達主義之分限處分或者懲戒處分，係指該處分已以人事異動通知書或懲戒處分書送達於該公務員之日。除此以外之處分，則採發布主義，以主管機關將處分意思對外表示之日為處分存在之日。至於所謂公務員處於可知悉處分內容狀態，只要依照社會通念認為處於可能狀態即為已足⁴²。當然，不服提出期間若因天災或其他不可抗力之原因而遲誤提出，則視為於期限內提出⁴³。

至於地方公務員法部分，第 49 條之 3 所規定之起算點，是以知悉處分存在之日起算六十日以內為不服提出期間。若從處分存在之翌日起算經過一年時，不得再提出不服。其理由與前述國家公務員部分相同。

（四）審查機關

1、國家公務員部分

至於審查機關，在國家公務員部分，確保人事行政公正履行及管轄公務員苦情處理的人事院為審查機關。對於人事院本身的行政處分不服而提起不服申訴時，是向人事院提出異議；對於其他機關之處分不服時，則是向人事院提起「請求審查」⁴⁴。人事院為受理審查之請求得設置公平委員會。根據國家公務員法第 91 條規定，公平委員會應綜合調查結果作成調查書，而人事院應基於此項調查書以指令方式儘速作成判定⁴⁵。經調查後，公務員若有應受處分之事由時，人事院必須承認該處分，且不得依裁量予以修正（國家公務員法第 92 條第 1 項）。公務員若無受處分之情形時，則人事院應撤銷原處分，並採取回復該公務員權利之必要且適當之處置；該公務員若因原處分而受不當處置時應予更正，並應指明給付該公務員因原處分所受之俸給損失（國家公務員法第 92 條第 2 項）。

再者，受處分之當事人對於人事院之判定，於符合一定條件之下，得提起再審。再審之事由包括⁴⁶：

（1）具迴避事由者擔任公平委員或調查員而參與審理，經調查屬實時；

（2）作為判定基礎之證據資料係屬偽造或變造，經調查屬實時；

42 最判昭和 27・4・25 民集 6 卷 4 號 462 頁。

43 人事院規則 13-1 第 6 條第 2 項。

44 人事院規則 13-1 第 3 條。

45 人事院規則 13-1 第 67 條第 1 項。

46 人事院規則 13-1 第 71 條。

- (3) 作為判定基礎之證人證言、當事人陳述或鑑定人之鑑定係屬虛偽，經調查屬實時；
- (4) 於審理之際調查證據而發現新的重大證據時；
- (5) 就影響判定之事實漏未判斷時。

最後，人事院若認為有請求再審事由之情形，並且必要時，得依職權進行再審⁴⁷。

2、地方公務員部分

關於對於地方公務員之不利益處分之審查機關，與一般行政處分由直接上級機關管轄的方式不同，係由該地方公共團體之人事委員會或公平委員會，或其他依法設立之委員會管轄。其目的在於，為維護地方公務員之權益，由原處分機關與公務員以外，立於中立地位的第三者受理，係最適當之安排。

(五) 審查性質

關於公務員之不利益處分之審查，基本上並不適用行政不服審查法之審理程序，國家公務員法第 90 條第 3 項及地方公務員法第 49 條之 2 第 3 項定有明文。在國家公務員部分，依人事院規則，而地方公務員部分，則依人事委員會規則或公平委員會規則定之。此種人事行政機關對於不利益處分之審查，被稱為「公平審查」制度⁴⁸，具有準司法程序之性質⁴⁹。其具有以下之特徵：

1、審查機關之獨立性⁵⁰

無論是人事院或地方公共團體的人事委員會或公平委員會，性質上都是屬於獨立行使職權之機關。由此類具有獨立性之機關管轄，可以更公平客觀地處理相關法律爭議。

2、間接審理主義⁵¹

關於不服申訴案件，原則上採取間接審理主義，由審理機關依法進行調查，採職權探知主義，並基於調查結果進行判斷。原則上，由人事院或人事委員會或公平委員會自行調查。在國家公務員部分，人事院必要時得另外指定三名或

47 人事院規則 13-1 第 75 條。

48 公平審查又稱為公平審理，其審查對象為「違反公務員意思之不利益處分」，與行政不服審查法之審查對象為「行政機關對一般國民所為之違法或不當處分及其他相當於公權力行使之行為」有所區別，詳細介紹請參閱和田英夫，公平審查制度論，昭和 60 年 4 月 5 日初版發行，頁 21 以下。

49 宇賀克也，前揭書，頁 349。

50 國家公務員法第 8 條及第 9 條、人事院規則 13-1 第 21 條及第 22 條及地方公務員法第 9 條之 2 第 6 項及第 7 項。

51 國家公務員法第 91 條第 2 項、人事院規則 13-1 第 30 條第 3 項及地方公務員法第 50 條第 1 項。

五名公平委員組成「公平委員會」進行獨立調查⁵²。在調查進行中，得基於公務員之請求進行口頭審理方式，並得基於公務員請求公開口頭審理程序⁵³。

3、對審程序

為確保具有獨立性及專門性之機關，依照準司法程序進行，其程序構造係採對審原則，並採用不服申訴前置主義⁵⁴。前述之口頭審理即如同民事訴訟之言詞辯論或刑事訴訟的公開審判一樣，採取對審原則。不過，若採取「審尋審理」（相當於陳述意見）而非口頭審理時，則不採對審原則，而是非公開地，在公平委員會引導之下，個別地聽取當事人事實陳述及調查證據⁵⁵。

4、事後救濟

相較於戰前之官吏之免官，係由合議制機關性質之懲戒委員會經過決議（原則上採取書面審理），以官吏分限令或官吏懲戒令為之的方式，戰後之國家公務員法及地方公務員法，原則上係依事後程序，由合議制機關審理之方式加以保障，此點更具準司法程序之特色⁵⁶。當然，行政機關對於事實之認定不能拘束法院。

二、不服申訴制度與訴訟之關係

對於不服國家公務員法第 89 條第 1 項所規定之不利益處而提起救濟，必須先向人事院請求「請求審查」或「異議」，待其作成裁決或決定後，始得向管轄法院提起撤銷訴訟，此為不服申訴前置主義（國家公務員法第 90 條之 2）。對於地方公務員之不利益處分請求救濟時，亦須遵守不服申訴前置主義（地方公務員法第 51 條之 2）。而公營事業之公務員及單純從事勞務之公務員，因為不適用國家或地方公務員法，因此，就其所受不利益處分得直接提起撤銷訴訟⁵⁷。

三、不當勞動行為之救濟

除一般職公務員之外，針對公營事業公務員或其他獨立行政法人之公務員設有不當勞動行為之救濟程序。例如，『特定獨立行政法人等之勞動關係法（原名稱為「特定獨立行政法人等の労働關係に関する法律」）』規範現職公務員之勞動關係，其中有諸多排除適用國家公務員法之規定⁵⁸。其勞動團體及現

52 人事院規則 13-1 第 19 條。

53 國家公務員法第 91 條第 2 項。

54 國家公務員法第 92 條之 2 及地方公務員法第 51 條之 2。

55 人事院規則 13-1 第 61 條。

56 宇賀克也，前掲書，頁 350。

57 足立雅英，收於：栗田久喜柳 克樹編，前掲書，「地方公務員法」，頁 210。

58 特定獨立行政法人等の労働關係に関する法律第 37 條第 1 項。

職公務員係透過「不當勞動行為制度」而受到保護⁵⁹。關於對於特定獨立行政法人之公務員的處分是否該當於不當勞動行為，不得依照行政不服審查法提起訴願。至於現職公務員是否得對於不當勞動行為提起抗告訴訟，目前學說及實務裁判上之見解並未一致。根據最高法院之見解⁶⁰，現職公務員有不服不利益處分而直接提起撤銷訴訟，當事人主張或法院審理發現不屬於不當勞動行為之瑕疵時，仍必須依照國家公務員法第 92 條之 2 的規定，先向人事院提起訴願，否則其主張及審理受到限制。此種見解亦適用於特定獨立行政法人之公務員。

四、請求審查給付決定之申訴

除前述不服不利益處分之訴願外，依照『一般職公務員俸給法（原名稱爲「一般職の職員の給与に関する法律」）』第 21 條規定，若一般職之國家公務員對於給付決定不服時，得向人事院申訴，請求審查。人事院進行審查後，若認為給付決定並不違法時應駁回申訴；若認為原給付決定違法時，則應更正原給付決定或命原機關更正⁶¹。其申請及審理程序與前述不服申訴程序類似。

參、請求審查災害補償之申訴

有關保障之救濟程序，1951 年制訂之國家公務員災害補償法中設有「公務災害補償」之救濟程序。國家公務員對於國家機關執行公務所導致之災害或通勤中所生災害之認定、療養方法、補償金額之決定以及其他補償措施若有不服時，得向人事院提起請求審查災害補償之申訴⁶²。而人事院為審理此類案件設置「災害補償審查委員會」⁶³。該委員會於審理終結時應作成附具理由之調查書提交給人事院⁶⁴。人事院則基於此項調查書進行判定，申訴無理由時應予駁回；若申訴有理由時，則應變更系爭補償措施或命原機關變更⁶⁵。此外，對於福利事業經營之措施，亦有同樣之申訴規定⁶⁶。

肆、苦情諮商

最後，公務員對於勤務條件及其他人事管理得提出苦情及進行諮商（原名

59 渡邊 賢，公務員労働基本権の再構築，2006 年 2 月 28 日第一刷發行，頁 192。

60 最判昭和 49 年 7 月 19 日，民集 28 卷 5 号，頁 897。

61 人事院規則 13-4 第 14 條。

62 國家公務員災害補償法第 24 條第 1 項。

63 人事院規則 13-3 第 2 條。

64 人事院規則 13-3 第 3 條。

65 人事院規則 13-3 第 24 條。

66 國家公務員災害補償法第 25 條。

稱為「苦情相談」)。人事院則由該院事務總局中指定公務員諮商員⁶⁷，在其指揮監督之下進行指導、斡旋及其他必要之措施⁶⁸。此項制度之目的在於消弭公務員之苦惱，安撫其心情，使其得以專注於職務，以維持及提升公務的效率及效能率。關於其手續及處理方法則於人事院規則 13-5 中訂定。本質上，此項制度並非救濟程序。

67 人事院規則 13-5 第 3 條。

68 人事院規則 13-5 第 4 條第 1 項。