

第一章 序論

第一節 研究主旨與背景

公務人員與國家間之法律關係，從以往被認為是「特別權力關係」，演變至現今被定位為「公法上職務關係」，歷經漫長的努力過程。其中，公務人員之保障及權利救濟因為公務人員保障法（以下簡稱保障法）於民國 85 年 10 月 16 日施行而獲得具體落實。其後，保障法於民國 92 年 5 月 28 日大幅修正，條文由 35 條擴增為 104 條，除刪除再復審之相關規定外，另增設許多實體保障內容。實施之後，在公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱保訓會）嚴謹執行的努力之下，提升了公務人員保障的數量與素質。然而，保障法實施至今，在適用上亦產生不少爭議問題，例如，隨著政府組織改造、強化政府績效管理及建立政府機關彈性用人的思潮之下，將來以公法契約方式進用之人員是否應納入保障？現行有關復審、申訴及再申訴之分類是否足以因應？是否應配合行政訴訟法中訴訟類型之改變增加新的救濟類型？因此，似有進一步檢討保障法應否修正之必要。

第二節 研究目的與範圍

本計畫之目的在於檢討與分析保障法中有關保障對象及救濟類型，並採取比較法觀察，尤其以同為歐陸法系的德國與日本為主要對象，期能就適用疑義提出參考觀點，並就將來可能的修法改革提供可行之建議。而研究範圍是以保障法之「保障對象」及「救濟程序」兩大部分為主軸，涵蓋以下之內容：

壹、保障對象之檢討

就現行公務人員保障法之保障對象、救濟類型及行政法院裁判所涉及之重要爭議進行系統化整理、分析，以及針對政府組織改造後可能產生的公務人員結構與身分之變化，檢討現行保障法之保障對象是否符合法治國中公務人員權利保障之立法目的，是否有擴大保障範圍之必要。

貳、保障對象改革之修法研議

從現行規定所呈現之問題出發，參酌國內專家學者之建議及外國法制之變革，試著提出

修法之建議，並草擬修正條文及立法理由。

參、救濟類型之檢討

由現行救濟種類與程序所產生之問題出發，檢討現行復審、申訴及再申訴制度，例如是否應增加復審之類型？申訴與再申訴制度是否有存續之必要？再申訴事件得否準用再審議程序等。

肆、救濟類型之修法研議

參酌行政訴訟法修正後訴訟類型之改革趨勢、國內專家學者之建議及比較法之觀察，試著提出修法之建議，並草擬修正條文及立法理由等。

伍、研究預期發現

最後，綜合公務人員保障法保障對象及救濟程序之檢討分析，提出可供實務運作之建議。並就前述兩部分之制度改革，提供具體的修法建議，以因應政府改造後公務人員權利保障制度可能產生之變革。

第三節 研究方法

本計畫主要研究方法係採取文獻分析法、比較研究法與專家訪談研究法，主要步驟如下：

壹、文獻分析法

蒐集及彙整國內外關於公務人員保障對象及救濟類型之相關法規、司法院大法官解釋、行政法院裁判及學術文獻等資料，進行問題整理與歸納，並針對相關文獻提出之見解進行分析、檢討及評估。

貳、比較法分析法

就德國及日本等相關保障制度進行研究，以擴大制度視野，期能提供我國實務操作及將來修法改革之參考。

參、專家訪談研究法

準備舉辦座談會，徵詢公務人員保障業務之相關學者或公務員之專業意見，以強化研究之理論基礎及提高可行性。

第二章 我國公務人員保障法中之保障對象與檢討

第一節 緒言

關於保障對象，公務人員保障法區分適用對象與準用對象。民國 85 年 10 月 16 日施行之舊法第 3 條規定：「本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用、派用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。前項人員不包括政務官、民選公職人員。」第 33 條則規定準用對象：「下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、公營事業對經營政策負有主要決策責任及依法任用之人員。三、機關組織編制中依法聘用（任）」、僱用人員。」民國 92 年 5 月 28 日修正公布之新法則將第 3 條修正如下：「本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。前項人員不包括政務官、民選公職人員。」將派用人員移至第 102 條而規定為準用本法之人員。新法第 102 條規定：「下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。三、公營事業依法任用之人員。四、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。五、應各種公務人員考試錄取佔法定機關、公立學校編制職缺參加學習或訓練之人員。」

觀察公務人員保障法之立法與修法過程，對於何以引進這樣的規範方式，並無清楚的說明。學說上對於公務人員保障法保障對象之研究，主要是從解釋法律的角度釐清準用對象之範圍[■]，也並未對準用規定本身加以檢討。本計劃擬檢討公務人員保障制度之保障對象，除應檢討保障對象之範圍外，似也應檢討規範方式。不論是保障對象或保障方式，事實上都是對於公務人員保障制度之理解的反映。詳言之，制度規劃必有其規劃上之基本想法，對於制度之基本想法影響個別之規定方式。因此，對於制度內容之檢討，有必要從制度之基本想法著手，包括制度基本想法之釐清或甚至對於制度基本想法的反省。相反地，制度基本想法之釐清與反省，不只有助於對於現有規定靜態地加以檢討，也能因應相關制度以及事實基礎之演變而相應地調整。

以下，首先將提出檢討公務人員保障制度保障對象之理論上切入點，其中包括對於公務人員保障制度基本想法之釐清與反省（第二節），並進而就具體之規範對象類型加以檢討（第

■ 參閱：李建良，2002，頁 112 以下。

三節)。

第二節 公務人員保障制度與公務人員制度

壹、 公務人員制度作為憲法上制度

我國憲法並未提到「公務人員制度」此一用語，不過，公務人員制度為先於憲法之制度，自然可能影響制憲者對於公務人員制度之理解或規劃。觀察憲法相關之各別規定，可以看出制憲者對於公務人員制度有一定之想法。亦即憲法雖未明文規定公務人員制度，但基於一個預設的公務人員制度，而將其部分制度內容在憲法上確定下來。這些制度內容包括：

- 公務人員應經由考試加以選拔（憲法第 85 條、第 86 條第 1 款）；
- 公務人員銓敘、保障、撫卹、退休、任免、考績、級俸、陞遷、褒獎等制度（憲法增修條文第 6 條第 1 項第 2、3 款）；
- 對於公務人員之彈劾與懲戒制度（憲法增修條文第 7 條；憲法第 77 條）；
- 對於法官之職務獨立性與身分之保障（憲法第 80、81 條）；
- 軍人之中立義務（憲法第 138 條）；
- 現役軍人不得兼任文官等等（憲法第 140 條）。

以上憲法規定之意義在於，由此可以推導出一個受憲法保障之公務人員制度。至於制度內容以及保障強度，則視分別情形而有所不同。首先，法官之職務獨立性與身分之保障、軍人之中立義務以及現役軍人不得兼任文官等等，乃是憲法上之具體規定。除了軍人與法官負有中立與保持獨立之憲法上直接義務外，立法機關也不得作與這些具體規定相違背之規定。

公務人員制度之內容相當繁複，主要還是經由法律與行政命令以形成其內容。公務人員制度作為受憲法保障之制度，其意義在於，法律與行政命令之形成公務人員制度內容並非自由。首先，公務人員考試制度、公務人員銓敘、保障、撫卹、退休等制度，以及彈劾、懲戒制度，其制度內容固有待立法以形成其內容，但制度之存在本身則受憲法之明文保障。

其次要考慮的是，除憲法上明文規定之制度內容外，是否有憲法上非明文規定之制度內容？如前所述，從以上對於公務人員制度內容之憲法上明文規定，已顯示出，憲法對於公務人員制度有一定之整體性理解與想像。憲法條文雖未完全描繪出制憲者設想之公務人員制度圖像，但由憲法條文已可勾勒出公務人員制度之輪廓。如果由解釋者仔細敘述此一設想中之憲法上公務人員制度之圖像，顯然只是自說自話。然而，就個別事項，指出其構成憲法上公務人員

制度整體輪廓之組成部分，從而是憲法上公務人員制度之保障內容，應尚屬可能。亦即應可經由憲法解釋推導出非明文之憲法上公務人員制度的保障內容。立法機關之制度形成自由在此一部分即受到限制。

關於非明文之憲法上公務人員制度的保障內容，本文以為，例如對於公務人員之身分保障，亦即類似憲法第 81 條所規定之對法官之身分保障，即屬於憲法上未明文規定，但屬憲法上公務人員制度輪廓之一環。詳言之，從憲法上關於公務員制度之相關明文規定，可以看出公務人員乃是與國家，處於與一般之勞動關係不同之特殊法律關係。之所以如此，乃是因為國家權力乃是由此等特設之人員行使，因此必須作與一般私法上勞動關係不同之規劃。「距離原則」為法治國家之基本原則，要求行使公權力之人員必須與其個人之利益保持距離，從而行使公權力之人員必須保持中立與公正地執行其職務。因此，雖然憲法只針對軍人明白要求其中立性，但公務人員之中立義務以及職務執行上之公正義務，應屬公務人員制度輪廓之一環，無待於憲法上之明文規定，而成為公務人員之憲法上義務。相對地，對於公務人員之身分保障，包括保有其身分之保障，以及對其官等、俸給之保障，乃是確保其中立性以及公正性之重要機制 - 正如同對於法官身分之特殊保障之於其職務獨立性之確保 - ，亦應屬憲法上公務人員制度輪廓之一環，亦無待於憲法上之明文規定，即成為憲法上公務人員制度之內容。

值得注意的是，公務員制度內容中，屬憲法明文規定者，與經由憲法解釋而推導出者，在保障上仍有差異。以對於公務人員之身分保障為例，憲法第 81 條對於法官之身分保障，乃是憲法上之具體規定，不允許立法機關另以公益之理由，為背離之規定。至於經由憲法解釋所推導出之公務人員制度內容，應與對於人民基本權之限制相類似，仍得由立法機關基於公益理由，而作相反之規定。不過，經由憲法解釋所推導出之公務人員制度內容，如前所述，乃是憲法上公務人員制度輪廓之一環，對其之背離，屬於對於公務人員制度之重大衝擊，必須是基於維護特殊重大公益之理由，才能通過利益權衡。

貳、公務人員關係作為特殊之法律關係（特別權力關係）

公務人員關係向來被視為特別權力關係之典例。雖然特別權力關係理論在今天已受到重大修正，甚至被認為已被揚棄，然而以上之討論顯示出，在憲法上公務人員制度中，公務人員與國家之關係，乃是與國家、人民間之一般法律關係有所差別之特殊法律關係。這種特殊法律關係需有其憲法上之正當性基礎，前述憲法上之公務人員制度正足以正當化這種特殊法律關係。

公務人員關係之特殊性在於，其相對於一般人民，受到國家特殊之照顧或保障，也負有特

殊之義務。這種「特殊待遇」，如前所述，部分乃是憲法上所明定，部分乃是經由立法以具體化憲法上明文或非明文之指示，更有一部分是由立法機關基於其一般性之立法形成自由而充實公務人員制度之內容。

具體而言，公務人員之特殊義務，除憲法上明文規定之軍人中立義務或法官之保持獨立義務等之外，包括各種法規中之公務人員義務規定。其中，公務員服務法之規定，可以說是關於公務人員特殊義務之一般性規定。公務人員之義務中，屬職務執行上之義務者，未必與公務人員之基本權有關。如與其個人基本權無涉，則雖屬公務人員特有之義務，尚不足以突顯出其相對於一般人民之特殊性。特別是在公務人員職務外之活動，尤其是政治活動，公務人員相對於一般人民所受到之特別限制便突顯出來。

公務人員所受之特殊照顧或保障，除憲法第 81 條所明定之對法官之特殊身分保障外，乃是由各式各樣之法規而建立對於公務人員之特殊的照顧或保障制度。即使是給付行政領域，也應受到比例原則與平等原則之拘束。憲法上之公務人員制度特別是在平等原則之審查上，有其意義。

參、公務人員保障制度作為公務人員制度之一環

關於公務人員保障制度之保障對象之檢討，基本出發點應在於，公務人員保障制度乃是憲法上公務人員制度之一環。憲法第 83 條以及憲法增修條文第 6 條第 1 項第 2 款已提到公務人員之「保障」事項，公務人員保障制度之建立可以認為是此等憲法上規定之具體化。

公務人員保障制度之保障內容包括實體保障與救濟程序兩大部分。實體保障部分，尤其身分保障之相關規定，乃是憲法上公務員制度內容之具體化。救濟程序部分，雖是因應司法院大法官突破特別權力關係理論之相關解釋，而以復審、再復審相當於訴願、再訴願制度，並因應行政訴訟制度之改革而取消再復審程序，並以保訓會為復審之管轄機關。然而，設置專門之獨立委員會（保訓會）為主管機關，以及程序上之力求完備，使得公務人員保障制度所發揮之救濟功能，恐超過一般行政救濟程序中訴願程序之功能。

肆、公務人員保障制度之保障對象：憲法上之觀點

關於公務人員保障制度之保障對象，如前所述，公務人員保障採取了區分適用對象與準用對象之規範方式。在適用對象上，民國 92 年 5 月所作之大幅修正中，將派用人員移為準用對象，而將適用對象侷限在「法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員」。此一修正清楚地顯示出，公務人員保障制度之保障對象應為最狹義之公務人員，亦即依法任用之人員。由憲法第 85 條後段及第 86 條第 1 款之規定，顯示出依法任用人員為

憲法上所規定之公務人員，而與國家之關係為具特殊法律關係性質之公務人員關係，確然無疑。事實上，公務人員關係之發生，一般亦謂經由任用行為而發生。

值得檢討的是，公務人員保障法所規定之準用對象。一般說來，「準用」此一立法技術之採用，乃著眼於準用案型與適用案型之類似性。以公務人員保障法上之規定來看，問題即在於其所規定之準用對象與適用對象是否有其類似性。關於「類似性」，首先應注意的是，其乃是一個具有程度差別之概念。換言之，類似有程度高低，以至於有必要追問，是否類似性高到根本應作完全相同處理之程度，因此應規定為適用，而非準用；或者，相反地，是否類似性低到無須作相同處理，因此之所以規定為準用對象，事實上不是真正考慮其類似性，而比較偏向另有考量之政策決定。其次，類似與否或類似程度，乃取決於觀察角度；在規範上，此所謂「觀察角度」，往往指的是規範目的。

關於公務人員保障制度準用對象之檢討，其出發點從而應是決定適用對象與準用對象是否類似之觀察角度。公務人員法為行政法體系之一環，行政法體系建構之切入角度，亦即以行政行為之法律形式作為切入角度，因此是可能之觀察角度。惟本計劃以為，公務人員法之討論對象主要為公務人員身分以及公務人員法規上所建立之各式各樣法律關係，因此，法律關係應是較為妥當之觀察角度。當然，這不表示行政行為法律形式之觀察就沒有意義，蓋不同之行政行為法律形式可能建立不同性質之法律關係，因此行政行為法律形式可以成為判斷法律關係性質之指標之一。例如，相關法律關係如係因私法契約而發生，原則上可推論此一法律關係與因任用之行政處分而發生之公務人員關係有明顯之差別。不過，就在此所檢討之公務人員保障制度準用對象問題而言，重要的是法律關係之差別，行政行為法律形式之差別係連結到法律關係之差別而有其意義。此外，由行政行為法律形式之差別所推論出之法律關係差別，是否對於系爭問題有其意義，還需進一步檢驗，從而此一推論只是初步推論。

關於法律關係之性質以及相對比之法律關係是否有類似性，同樣有觀察角度之問題。亦即在法律關係之性質中，何者對於類似性之比對有其重要性？就此，本計劃以為，公務人員保障制度作為公務人員制度之一環，以及公務人員關係作為特殊之法律關係，應是主要之考慮因素。詳言之，公務人員關係之特殊性，如前所述，在於其受到國家之特殊照顧與保障，以及其基本權之相應地受到特殊之限制。特殊之照顧與保障以及特殊之限制乃相對應。公務人員所受之特殊限制固然可以由憲法上之公務人員制度，獲得其憲法上之正當化基礎。然而，在這種形式上之正當化基礎背後，有其實質之考量，亦即特殊之照顧與保障以及特殊之限制間之相對應性。簡單地說，受到特殊限制者，即應給予特殊之照顧與保障來加以平衡。公務人員保障制度既然是公務人員制度中所提供特殊保障之一環，相關人員之基本權受到特殊限制者，即應為其保障對象。

關於公務人員基本權之特殊限制，表現在其勤務義務上。如前所述，公務人員之勤務義務固然規定於各個公務人員法規，但其中公務員服務法具有一般性規定之性質。因此，公務員服務法之適用範圍問題，對於在此所檢討之公務人員保障制度準用對象問題，即具有重大意義。由於依公務員服務法第 24 條之規定，公務員服務法之規範對象為「受有俸給之文武職公務員，及其他公營事業機關服務人員」，而所謂「受有俸給」依司法院 35 年院解字第 3159 號解釋，「不僅指現行文官官等官俸表[■]所定級俸而言，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之」，解釋結果使公務員服務法之適用範圍甚廣，遠超過依法任用之人員。因此衍生出公務員服務法適用範圍之解釋問題。此一解釋問題之回答，與公務人員保障制度準用對象問題息息相關。

第三節 公務人員保障法準用對象之檢討

壹、 派用、聘用、聘任、約僱人員、機要人員

銓敘部研擬聘用人員人事條例草案，擬將現有之派用、聘用、聘任、僱用人員以及機要人員納任，建立一個統一之聘用人事制度。惟在建立此一制度之前，這些類別人員之法律關係未必一致，因此以下首先就現行制度分析其法律關係，再就草案內容分析。

一、 現行制度

（一） 派用人員

派用人員為依派用人員派用條例派用之人員。派用人員以臨時機關或有期限之臨時專任職務為限；派用人員為機關組織編制內之人員，臨時機關應於法定組織中規定，有期限之臨時專任職務，應列入預算（派用人員派用條例第 2 條）。派用人員之法律地位，除其臨時性之外，與依法任用人員幾無二致，舊法將之規定為公務人員保障之適用對象，而非準用對象，其來有自。故派用期限屆至後，受不再延長派用之人員，對於是否延長派用如有爭執，得依公務人員保障法提起復審。[■]

民國 92 年修法將派用人員移至第 102 條，規定為準用對象，並未明白說明理由。惟推測其用意，或許是考慮到派用人員之臨時性，其身分保障與依法任用人員應有所不同。惟公務人員保障法第 9 條所規定，公務人員之身分非依法律不得剝奪，應係保障公務人員於其任職期間，其身分不得任意剝奪，而非及等於終身職的保障。因此，派用人員之臨時性與第 9 條對於公務人員之身分保障並無矛盾。除此之外，似亦無其他在公務人員保障法制上，對於任用人員與派用人員加以區隔之理由，從而修法將派用人員改為準用對象，似乎並無太大實益。

■ 司法院解釋當時之文官官等俸表，已為公務人員俸給法所取代。參閱：游鈺添，1992，頁 113，註 4。

■ 李建良，2002，頁 114。

（二） 聘用、僱用人員

聘用人員係指各機關依據聘用人員聘用條例以契約定期聘用之專業或技術人員（聘用人員聘用條例第3條第1項）。所謂專門或技術人員，係指其所具專門知能堪任發展科學技術、或執行專門性業務、或專司技術性研究設計工作（聘用人員聘用條例施行細則第2、3條）。至於僱用人員，行政院訂有「行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法」加以規範。依該辦法第2條第1項之規定，約僱人員包括：1) 訂有期限之臨時性機關所需人員；2) 因辦理臨時新增業務，在新增員額未核定前所需人員；3) 因辦理有關機關委託或委辦之定期性事務所需人員；以及4) 因辦理季節性或定期性簡易工作所需人員。此等人員之僱用，以所任工作係相當分類職位公務人員第五職等以下之臨時性工作，而本機關確無適當人員可資擔任者為限。依同條第二項之規定，「前項約僱人員之僱用以年度計畫中已列有預算或經專案呈准者為限」。另外與聘用、僱用人員相類似者為「雇員」。所謂「雇員」，係指「中央及地方機關組織法規規定之雇員」（已廢止之雇員管理規則第3條）。關於雇員之管理，公務人員任用法第37條第1項授權考試院發布「雇員管理規則」。惟民國85年11月14日修正公務人員任用法，依修正後之公務人員任用法第3項之規定，「本條文修正施行後，各機關不得新進雇員」，至於舊有之雇員，依同法第2項之規定，雇員管理規則適用至民國86年12月31日，期限屆滿仍在職之雇員，得繼續僱用至離職為止。對於仍在職之雇員，自民國87年1月1日起，改由銓敘部訂定「現職雇員管理要點」加以規範。

關於聘用、僱用人員是否為公務人員保障法保障對象之問題，舊法第33條第3款係規定機關組織編制中依法聘用（任）、僱用人員為準用對象。對於此一規定，保訓會於民國90年9月21日公保字第9005601號函闡釋其意旨而指出，所謂「機關組之編制」，係指各機關組織法、組織條例、組織規程或組織編制表所納入之編制；至於「依法聘用（任）、僱用」，係指依法律或依法律授權訂定之行政命令所聘用、聘任或僱用，例如依聘用人員聘用條例所聘用之人員，或依已廢止之雇員管理規則所進用之人員；從而認定依「行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法」進用之人員，並非保障法準用之對象。公務人員保障法修正後，保訓會針對新法第102條第3款，於92年11月24日公保字第0920007619號函，對於所謂「依法僱用人員」，提出認定基準：1) 須為各機關僱用之人員；2) 須依據法律或法律授權訂定之法規命令所進用；3) 須與機關間成立公法上職務關係。依據此一基準，保訓會於其決定中清楚地指出，行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法並非依據法律授權所訂定之法規命令，而是行政院本諸職權所訂定之進用規定，因此依該辦法進用之約僱人員並非公務人員保障法之準用對象。

■然而，所謂「依法」僱用，是否一定要解釋為侷限在依據法律或授權命令，並非沒有解釋空間。而如前所述，「約僱人員之僱用以年度計畫中已列有預算或經專案呈准者為限」，行政實務上因此認定約僱人員受有俸給，應受公務員服務法之規範，■其既負有特殊之義務，實應納入對於公務員特殊保障之範疇。

關於公務人員保障法第 102 條第 4 款所規定之依法聘用、僱用人員，須再作檢討者，各機關編制外自行聘僱之人員，是否應列為公務人員保障法之保障對象？對於此一問題，學說上有對於區分編制內外之聘僱人員表示質疑者，■且修正後之公務人員保障法第 102 條第 4 款亦只稱各機關依法聘用、僱用之人員，而不限於機關組織編制內之人員，是否因此應作不同之解釋，將各機關編制外自行聘僱之人員納入保障對象？對於此一問題，保訓會於前開 92 年 11 月 24 日公保字第 0920007619 號函雖未以編制內人員作為認定基準，但在決定實務上仍限於機關編制內之人員始為所謂「依法聘用、僱用人員」。

對於此一問題，本計劃認為仍應視此等人員是否為公務員服務法之規範對象而定。公務員服務法之規範對象，依該法第 24 條之規定，為受有俸給之文武職公務員以及公營事業機關服務人員。公營事業機關服務人員提供服務，自亦受有報酬，而公務員服務法第 24 條將之與受有俸給之文武職公務員並列，顯然公營事業機關服務人員所受報酬與俸給應加區別，亦即如學說上所稱：「俸給是國家以維持公務員身分地位之生活為本旨，俾能贍家而養廉，以保持品位而為國家專心服務，乃一公法給付與私法上僱傭關係之勞務報酬不同」■。然而，如何區分報酬與俸給，卻有所困難，蓋依司法院 35 年院解字第 3159 號解釋，所謂俸給，並不以當時之官等官俸表所定級俸 - 此一官等官俸表已為公務人員俸給法所取代■ - 為限，其他法令所定國家公務員之俸給亦屬之。對於是否為其他法令所定國家公務員之俸給，實務上似乎以是否編列預算或在編制內來認定，例如前揭銓敘部 75 年 9 月 8 日（75）臺銓華參字第 43193 號函，即以「約僱人員之僱用以年度計畫中已列有預算或經專案呈准者為限」、「各機關約聘人員於年度編制概算…」，而認定聘僱人員為受有俸給之文職人員，因此為公務員服務法之規範對象。如以此反面解釋，則各機關編制外自行聘僱之人員，雖受有報酬，但應非俸給，故此等人員應無公務員服務法之適用，從而應非公務人員保障法之保障對象。

最後需再檢討者，為保訓會前開 92 年 11 月 24 日公保字第 0920007619 號函所提出之第三項基準，亦即聘用、僱用人員是否須與機關成立公法上職務關係，若為肯定，則如何認定是否

■參閱：保訓會（94）公審決字第 0095 號決定。惟本決定中援引 92 年 11 月 24 日公保字第 0920007619 號函所提出之基準，只有前兩項，並未提到僱用人員須與機關間成立公法上職務關係，是否有意改變見解，並不清楚。

■參閱：銓敘部 75 年 9 月 8 日（75）臺銓華參字第 43193 號函。

■參閱：李建良，2002，頁 119。

■參閱：保訓會（97）公審決字第 0190 號決定。

■參閱：游鈺添，1992，頁 101。

■參閱：游鈺添，1992，頁 113，註 4。

已成立公法上職務關係？

如前所述，公務人員保障制度為公務人員制度之一環，因此公務人員保障法之保障對象應為與國家處於特殊之公法上職務關係，而非私法上之勞動關係，自屬當然。問題在於如何認定聘僱人員與國家之關係為公法上職務關係？保訓會 92 年 11 月 24 日公保字第 0920007619 號函涉及各機關僱用之駐衛警察隊隊員，得否依公務人員保障法規定請求救濟之問題，就此，此一函釋稱「查得依各機關學校團體駐衛警察設置管理辦法之規定，設置駐衛警察者，非僅限於行政主體，其所執行者為維護該機關或團體區域內之安全與秩序，與公務人員執行公法上之職務，尚屬有別」，從而認定無公法上職務關係存在。此一函釋顯然以僱用人員之任務內容來認定僱用關係是否為公法上職務關係。法務部 88 年 9 月 7 日法 88 律 034083 號函則稱：「本件各機關臨時人員，基本上均係為機關執行各項職務，無論其職務性質是否涉及公權力之行使，外觀上似均具有公法上之職務關係，如依各該職務性質及契約標的或契約目的，區分何者為行政契約，何者為私法契約，除有相當之困難性，亦將使機關內人事制度與法律關係更為複雜化」，顯然持正相反之見解。法務部此一見解似為最高行政法院所接受，最高行政法院 95 年度裁字第 190 號裁定謂：「往昔國家之行政任務，主要在於行使公權力之干涉行政，公務員與國家之關係被定性為特別權力關係，將公務員關係限定於終身任用之職業公務員，此固有其時代背景，惟時至今日，國家行政任務擴張，干涉行政與給付行政相互交融，在人事行政制度上，有種種進用行政人員或其他公務員之方式，及任用資格及程序各有不同，且凡屬公務員，無論其職務性質是否涉及公權力之行使，外觀上均具有公法上之職務關係（司法院釋字第 395 號解釋理由書參照），足見各機關依聘用人員聘用條例或其組織法規之規定，以契約定期或不定期聘用、雇用之專業或技術人員，應認為係基於行政契約成立之公務員關係。」顯然並不以相關人員應執行之任務，作為認定所發生者是否為公法上職務關係之基準。

然而，最高法院並未說明，是否國家之所有人員皆為公法上職務關係？如果國家有可能以私法上之勞動契約進用人員，那麼此等人員與依行政契約進用而具公法上職務關係之人員，應如何區分？如果相關人員執行之任務不足為判準，那麼，判準何在？本計劃以為，公法上職務關係為公務員身分上之法律關係，因此，以契約進用人員與行政主體之關係究竟是公法上之職務關係或私法上之勞動關係，應以此等人員身分上之權利義務關係來判斷。所謂「身分上之權利義務關係」，是否有公務員服務法之適用，可以作為一個指標。亦即只要相關人員為公務員服務法之規範對象，則其與行政主體之關係為公法上職務關係，其執行之任務是否涉及公權力之行使，在所不論；相反地，如其非公務員服務法之規範對象，則其與行政主體間之關係為私法上之勞動關係，如契約約定之任務涉及公權力之行使，則應解釋為委託行

使公權力。

（三） 聘任人員

所謂「聘用人員」，學說上有以之為聘用人員與雇用人員之上位概念，而定義為「以契約定期或不定期雇用之公務人員」，[■]惟實務上似係指依教育人員任用條例聘任之社會教育機構專業人員及學術研究機構研究人員，以及依其他法令聘任之人員。

教育人員任用條例之規範對象，包括各公立各級學校校長、教師、職員、運動教練，社會教育機構專業人員及各級教育行政機關所屬學術研究機構研究人員。其中，除職員以及國民小學校長與中等學校校長以任用方式進用外，其他如各級學校教師、運動教練，社會教育機構專業人員及各級教育行政機關所屬學術研究機構研究人員，以及專科以上學校校長，皆為聘任。公立學校編制內依法任用之職員，依公務人員保障法第 3 條第 1 項之規定，為公務人員保障法之適用對象。本條例公布施行前已進用而未經銓敘合格之公立學校職員，則為公務人員保障法之準用對象（公務人員保障法第 102 條第 1 款）。

公立學校教師係基於聘約關係，擔任教學研究工作，大法官釋字第 308 號解釋指出其與文武職公務員執行法令所定職務，服從長官監督之情形有所不同，從而認為其並非公務員服務法之規範對象，惟教師如兼任學校行政職務，就其兼任之行政職務，則有公務員服務法之適用。公立學校教師既無公務員服務法之適用，自非不得將之排除於公務人員保障法保障範圍之外。保訓會 86 年 5 月 23 日公保字第 01116 號函針對公立學校校長得否依公務人員保障法提出申訴之問題，即謂「各級公立學校編制內人員中，僅『職員』始有公務人員保障法之適用或準用。」然而，此一見解似尚有商榷之餘地。首先應考慮者，校長為行政職，依釋字第 308 號解釋，就其職務應有公務員服務法之適用，將之排除於公務人員保障法保障對象之外，似有再加考慮之餘地。就此，本計畫以為，公務人員保障法之保障對象，仍應貫徹以相關人員之身分，而非以其擔負之職務而定。具體而言，中小學校長係以任用方式進用，與一般教師以聘任方式進用者不同，是以前者之校長身分即有公務員服務法之適用，自不宜與一般教師相同排除於公務人員保障法保障範圍之外。至於專科以上學校校長，係以聘任方式進用，與一般教師並無不同，故其應與一般教師相同排除於公務人員保障法保障範圍之外。

社會教育機構專業人員及各級教育行政機關所屬學術研究機構研究人員，與公立學校教師相同，皆以聘任方式進用，則其是否應與公立學校教師作相同處理，即有疑問。對此，銓敘部採否定見解，認為「社會教育機構專業人員及學術研究機構研究人員，依同條例施行細則

■ 陳敏，2007，頁 1068。

第 4、5 條規定，係比照教師職等支薪，惟非屬公立學校之教師，其工作性質與教師亦有所不同，且有採『聘任』、『任用』雙軌制者，其在社教機構、研究機構之身分與其他人員尚無顯著不同。據此，該等人員仍有公務員服務法之適用。」[■]因此，亦應將之列入公務人員保障法之保障範圍。保訓會亦肯定其為公務人員保障法第 102 條第 4 款所定之聘任人員，而為公務人員保障法之保障對象。[■]

（四） 機要人員

機要人員係指各機關以機關組織法規中所列行政類職務，襄助機關長官實際從事機要事務相關工作，並經銓敘部同意列為機要職務之人員（各機關機要人員進用辦法第 4 條第 1 項參照）。機要人員為依公務人員任用法任用之人員，自有公務員服務法之適用，且為公務人員保障法第 3 條第 1 項所稱之「法定機關依法任用之有給專任人員」，而為公務人員保障法之適用對象。[■]

機要人員之任務既在襄助機關長官從事機要事務工作，則宜賦予機關長官較大之任免權限，公務人員任用法第 11 條因此規定，各機關辦理機要職務之人員，得不受第 9 條所定任用資格之限制；主管長官得隨時將之免職，且機關長官離職時應同時離職。故其雖為公務人員保障法之適用對象，但並無公務人員保障法第 9 條所規定身分保障之適用。若與派用人員比較，將之列為適用對象，而將派用人員列為準用對象，頗有輕重失衡之嫌。

對於機要人員之實體權益保障，保訓會 90 年 12 月 06 日公保字第 9006575 號書函謂：「機要人員…為公務人員保障法保障對象。惟以公務人員保障法主要係規範公務人員權益救濟之程序事項，有關公務人員之實體權益事項，則係由各相關人事法令規範。爰此，本件有關機要人員之基本權益保障，尚不宜於公務人員保障法中訂定，…」[■]。按此一函釋之本意，似只在強調，機要人員之實體權益保障，宜另外規定，而不適宜於公務人員保障法中訂定。惟無論如何，公務人員保障法並不僅係規範公務人員權益救濟之程序事項，若當真如此，則公務人員保障法之區分適用對象與準用對象將幾乎完全無實益，[■]蓋適用對象與準用對象之可能有所差別，恐係在實體權益保障部分，而非在救濟程序部分。即以機要人員而論，其既不受身分保障，將之列為準用對象，應較為妥適。

二、 聘用人員人事條例草案

■ 銓敘部 84.5.9.（84）台中法四字第 1127887 號函。

■ 例如（96）公申決字第 0490 號決定，即受理理由海生館聘任之助理研究員所提出之再申訴申請。

■ 參閱：保訓會 90 年 12 月 06 日公保字第 9006575 號書函。

■ 例如，在顯然僅考慮救濟程序之情形下，林明鏞即主張應將適用與準用對象之規定合併。參閱：林明鏞，2000，頁 151。

依聘用人員人事條例草案第2條第1項之規定，其所謂「聘用人員」，指各級政府機關及公立學校於預算員額內以契約定期聘用之人員。第2條之立法理由中明白指出，其適用對象包括目前各機關依聘用人員聘用條例、派用人員派用條例、行政院暨所屬機關約雇人員僱用辦法進用之聘用、派用、約僱人員，並新增機要人員以及原研議之「聘任人員人事條例草案」所適用之學術研究、科技、社會教育、文化與訓練等五類機關以契約聘任之研究及專業人員。基於此一理由而於第2條第2項規定，聘用人員依其工作性質分為研究性、專業性及技術性三類。然而此一規定是否確實能涵蓋立法理由所提及之人員，頗為可疑。例如，依派用人員派用條例之規定，派用人員之特徵主要在其臨時性，而非其工作內容，因此派用人員似未必限於研究、專業或技術人員。此於襄助機關長官從事機要事務之機要人員亦然。甚至，依行政院暨所屬機關約雇人員僱用辦法進用之約僱人員，主要亦係辦理臨時性、季節性或定期性之事務，亦與草案所定之聘用人員有別。如與現行制度比較，草案所稱聘用人員，似僅整合了聘用人員聘用條例所定之聘用人員，以及各法規，尤其教育人員任用條例所定之聘任人員。

草案所規定之聘用人員，乃預算員額內之人員，依上所述，應屬受有俸給之文職人員，而為公務員服務法之規範對象，因此其與聘用之行政主體間之關係乃公法上職務關係。就此，草案第2條第3項明定，聘用人員與國家之關係為公法上契約之關係，不適用勞動基準法之規定；立法理由中亦明白表示，無論其職務性質是否涉及公權利之行使，渠等與國家之關係均具有公法上之契約關係。此等人員從而為公務人員保障法第102條第4款所定之依法聘用人員，為其保障對象。若草案所定聘用人員確實如立法理由所言，包括依行政院暨所屬機關約雇人員僱用辦法進用之約僱人員，則其將因此草案之完成立法程序而成為公務人員保障法之保障對象，而與現行制度有所不同。

貳、公營事業依法任用人員

關於公營事業人員，公務人員任用法第33條規定：「教育人員、醫事人員、交通事業人員及公營事業人員之任用，均另以法律定之。」依公務員服務法第24條之規定，則公務員服務法亦適用於「公營事業機關服務人員」。「公營事業機關服務人員」之指涉範圍要比公務人員任用法第33條上所規定之「公營事業人員」為廣。

公務員服務法第24條所規定之公營事業服務人員，首先包括公營事業之董事、監察人。大法官早在釋字第24及第25號解釋宣示，公務事業之董事與監察人為公務員服務法第24條所稱之公營事業機關服務人員，惟並未敘明理由。接著，釋字第92號解釋甚至宣示了，代表民股之董事、監察人也為公營事業機關服務人員，而有公務員服務法之適用。雖然釋字第

101 號解釋將其範圍限縮到受有俸給之代表民股之董事、監察人，其不妥當仍為明顯。蓋代表民股之董事、監察人係依公司法之規定而擔任是項職位，所發生者為私法上之法律關係，何能逕認為其為具公法上職務關係之公務員。正如林紀東、胡翰、諸葛魯以及景佐綱等四位大法官於釋字第 92 號解釋所提出之不同意見書所稱，「公營事業機關代表民股之董事監察人則係由民股股東選任以維護民股股東利益為其主要任務其選用之主體及所負任務既與公務員服務法上之公務員有別自不能因其在公營事業機關服務之故從而認為公務員服務法上之公務員而適用該法之規定」。至於釋字第 101 號解釋也顯然混淆了俸給與報酬，如私人擔任公司法所定職位所領取之報酬被認定為俸給，則國家所支出之公法上俸給與私法上報酬，將不再能區分。

相對於釋字第 92 號與第 101 號解釋，大法官於釋字第 305 號解釋適切地指出，國家或其他公法人依公司法第 27 條指派在公司代表其執行職務之人員，與其指派機關之關係，為公法關係。換言之，因行政主體之指派而擔任公營事業機關之董事、監察人，公法關係乃存在於指派關係，而非擔任董事、監察人之職位。接受指派人員如為依法任用人員，自亦為公務人員保障法之保障對象，並無須考慮其私法上所擔任之董事、監察人職位而規定為保障對象。舊公務人員保障法第 33 條第 2 款規定，公營事業對經營政策負有主要決策責任即依法任用之人員，為公務人員保障法之準用對象。其中，對於對經營政策負有主要決策責任人員之列入保障對象，或被批評為立法上之錯誤決定，[■]或被批評為並無實益，[■]從而已被刪除。如上所述，公營事業對經營政策負有主要決策責任人員是否處於公法上職務關係，須視其與指派機關之法律關係而定，而非基於其作為決策人員之法律地位，故此一刪除值得贊同。

關於公營事業機關服務人員之範圍，還須討論者，為所謂之「純勞工」，亦即與公營事業機關處於私法上勞動契約關係之人員。對於此等人員，銓敘部原以條文調「公營事業機關服務人員」，而不稱「公營事業機關公務員」，故認為其涵蓋範圍不以適用勞基法之公營事業中兼具公務員身分者為限，亦即亦包含於公營事業機關中服務之純勞工在內。[■]惟其嗣後變更見解，認為「公營事業機關服務人員」不含公營事業機關之純勞工。[■]其既無公務員服務法之適用，公務人員保障法第 102 條第 3 款將保障對象限於公營事業依法任用之人員，而不及於純勞公，自無不妥。

此外還須考慮者為所謂「兼具公務人員與勞工身分之公營事業人員」。依勞動基準法第 84 條之規定：「公務員兼具勞工身分者，其有關任（派）免、薪資、獎懲、退休、撫卹及保

■ 參閱：林明鏘，2000，頁 151。

■ 參閱：李建良，2002，頁 117。

■ 參閱：銓敘部 80.2.2.（80）台華法一字第 0518260 號函。

■ 參閱：銓敘部 92.6.20.部法一字第 0922259031 號令。

險（含職業災害）等事項，應適用公務員法令之規定。但其他所定勞動條件優於本法規定者，從其規定。」此一規定的立法原意本在使具公務員身分之公營事業人員適用公務員法，而不適用勞基法，而行政實務之發展乃成為該等人員可同時適用公務員法與勞基法，造成法律適用之混亂。[■]正本清源之道，乃是釐清公營事業人員之法律關係，而依法律關係之不同分別適用公務員法與勞基法。惟在目前之法律狀況下，此等人員既具有公務員身分，自為公務人員保障法之保障對象。

最後須檢討者，所謂「公營事業依法任用人員」之涵蓋範圍。目前公營事業人員中，交通事業人員係依據「交通事業人員任用條例」任用，亦即依據形式意義之法律而任用，為依法任用人員固無疑問。然而，對於其他諸如依據「財政部所屬國營金融保險事業機構人事管理準則」或「經濟部所屬事業機構人事管理準則」進用之人員，保訓會向來認為非屬依法任用人員，而非公務人員保障法之保障對象。[■]對此學說上雖有批評意見，認為此等人員仍應列入保障對象，[■]惟保訓會最近之見解仍認為，此等人員僅為依內部行政規章而任用，並非依據法律而任用，從而並非公務人員保障法第 102 條第 3 款所稱之依法任用人員。[■]按依公務人員任用法第 33 條之規定，公營事業人員之任用應以法律定之，目前除交通事業人員外，其他公營事業人員並未依據法律任用，固有法制不備之處，然而，這種法制上之缺失不應由公務人員承受不利之後果，而所謂「依法任用」，就其可能文義而言，並非一定要解釋為依據形式意義之法律任用，而容許作不同之解釋。再者，即使所謂「依法任用」解釋為依據法律任用，未依法任用至多應只影響任用之合法性，而不影響其有效性。此等人員既經任用而處於公法上職務關係，須承擔特殊之義務，即應相應地給予特別的保障。因此，似宜將此等人員納入公務人員保障法之保障範圍。

參、 民營化留用人員

對於「民營化」概念之理解頗為分歧，[■]本計畫所稱之「民營化」係指公營事業依「公營事業移轉民營條例」移轉民營。所稱之「公營事業」，包括：各級政府獨資或合營之事業、政府與人民合資經營，且政府資本超過 50% 之事業、以及政府與前二者或前二者投資於其他事業，其投資之資本合計超過該投資事業 50% 者。[■]至於公營事業之型態，可能為公營公司，也可能為非公司組織。「公營事業移轉民營條例」所規定之民營化，主要係指公營公司之移

■ 參閱：徐筱菁，2001，頁 40。

■ 參閱：保訓會 86 年 6 月 16 日公保字第 8605626 號函、90 年 11 月 14 日公保字第 9006392 號函、（91）公審決字第 0014 號決定、（91）公審決字第 0028 號決定。

■ 參閱：李建良，2002，頁 118。

■ 參閱：保訓會（97）公審決字第 0247 號決定。

■ 關於「民營化」概念，參閱：徐筱菁，1999，頁 119 以下。

■ 公營事業移轉民營條例第 3 條。

轉民營，其民營化方式包括：出售股份、標售資產、以資產作價與人民合資成立民營公司、公司合併且存續公司為民營公司、以及辦理現金增資。[■]惟公營事業如原先為非公司組織，則其往往首先改組為公營公司，再移轉民營以完成民營化歷程。本計畫所稱之「民營化」包括這整個歷程，亦即不論非公司組織公營事業之改組為公營公司，或公營公司之移轉民營，皆為本計畫之觀察對象。

一、 改組與公法上職務關係

公務人員問題之處理，乃是民營化之首要課題，尤其在公法組織型態之公營事業機構改組為公營公司之階段。為了使原先富有經驗之人員繼續留在原來的崗位工作，以確保事業之繼續順利營運，並減少民營化之阻力，留用原組織之人員，乃屬顯而易見之手段。留用人員中如有公務人員，則公務人員法律地位之處理，便成為民營化之重大課題。按公務人員關係既為「公法上」之職務關係，則法律關係主體之一方，應為公法上之權利義務主體（行政主體）。換言之，得任用公務人員而與之發生公法上職務關係者，亦即具有「勤務主能力」（Diensthermefähigkeit）者，必須為公法上之權利義務主體。[■]不僅民營公司不可能與公務員發生公法上之職務關係，即使是國家所成立之公營事業，只要是採私法之組織形式，即無「勤務主能力」。[■]因此，原為公法組織型態之公營事業機構，改組為公營公司時，其具公務人員身分之人員如結束與其之公法上職務關係，而與改組後之公營公司發生新的私法上法律關係，則無問題。惟如欲保留其公務人員身分，並於改組後之公營公司繼續服務，則該公營事業之欠缺「勤務主能力」，便成為問題。

關於公務人員於私法組織型態之公司服務的法律關係問題，陳瑞堂大法官於大法官釋字第305號解釋所提出之一部不同意見書中質疑：「如該公司為私法人，則上列公務員與該私法人之關係為何，該私法人如何能任免公務員並行使其他公權力，將難以自圓其說」。雖然陳大法官因此推論國營企業為公法人之結論，難以獲得認同，但陳大法官此一質疑卻是極其敏銳地指出了多數意見所（或許是有意）忽略之問題。對於此一問題，如觀察德國對於民營化所生留用公務人員法律地位問題所作之安排，大致上可以看出兩種處理方式：委託模式與派遣模式。所謂委託模式乃委託公營公司行使公權力，使其有任用公務人員之資格。至於派遣模式，則公務人員仍是由行政機關任用，惟派遣至公營公司服務。[■]大法官釋字第305號解釋對於此一問題並未多作說明，惟從其用語來看，其謂依公司法第27條經國家或其他公法

■ 公營事業移轉民營條例第6條第1項。

■ Vgl. Battis, 2004, § 2, Rn. 26。

■ 相同見解，參閱：徐筱菁，2001，頁42。

■ 關於德國處理民營化所生公務人員法律地位之問題，參閱：張桐銳，2007a，頁8以下。

人指派在公司代表其執行職務，或其他依法律逕由主管機關任用，定有官等在公司服務之人員，「與其指派或任用機關之關係，仍為公法關係」，應是認為，公務人員雖於公營公司服務，但公法上職務關係則存在於此等人員與指派或任用機關間，如與德國法制比較，應接近其派遣模式。不過，釋字第 305 號此一見解，尚不能一概而論，而應視法制上之具體規定而論。例如，依交通事業人員任用條例第 7 條第 1 項第 3 款之規定，業務員、技術員所任職務，由各事業總機構或各該事業機構任用，報請交通部備案，顯然係以法律賦予各事業總機構或各該事業機構任用公務人員之權限，如相關機構為私法組織型態，則解釋上應認為是委託行使公權力。

在公法組織型態之公營事業機構，其任用公務人員並無欠缺勤務主能力之問題，惟改組為私法組織型態之公營公司後，留用之公務人員的法律關係如何，便有疑問。此等人員究竟是與受委託行使公權力之公營公司存有公法上職務關係，或是受派遣至改組後之公營公司服務，須視留用決定之相關意思表示內容而定。於意思表示內容不明時，由於委託行使公權力需要高度之民主正當性基礎，因此應解釋為派遣，而非行政委託。以榮工處改組為榮工公司為例，銓敘部以「榮工處改制為公營公司之期間極為短暫，如變換兩次人事制度，恐徒增困擾，基於保障當事人權益，同意榮工處改制為公營公司後，於移轉民營前之過渡期間，同意現有人員仍沿用現行人事制度（即派用條例及技術人員任用條例），…」[■]，由於改組並不理所當然導致公務人員喪失其身分，因此此一意思表示應可解釋為同意相關公務人員於改制後之榮工公司留用而繼續服務，惟並未明白表示委託榮工公司行使公權力，宜解釋為此等人員係受派遣而於榮工公司繼續服務。

公法組織型態之公營事業機構改組為私法組織型態之公營公司後，關於公務人員身分變動之另一個重要問題，乃可否經由人力裁減措施，消滅留用人員之公務人員法律地位。就此，實務上爭議最大者，殆為榮工公司之裁減具公務人員身分之人員。榮工公司於 93 年 6 月採行新人事制度，依榮工公司人事管理要點將該公司職務改為分類職位與評價職位，並制定榮工公司換敘作業要點，強制將所屬人員換敘，使其喪失公務人員身分，並適用勞動基準法。惟為兼顧榮工公司銓敘審定有案現職人員退輔權益之保障，銓敘部專案同意該類人員於新人事制度實施後，列冊報請考試院同意保留其公務人員身分，按改制時銓敘之俸（薪）點，於該公司民營化前，繼續參加退撫基金並依退休法辦理退休，[■]並已報經考試院同意。另榮工公司為強化經營能力，提高營運績效，以建立移轉民營條件，乃依「行政院國軍退除役官兵輔導委員會附屬生產事業機構配合移轉民營專案裁減人員處理要點」，進行專案裁減人員作

■ 銓敘部 86.7.17（86）台審 4 字第 1468655 號函。

■ 銓敘部 93.1.12 部退三字第 0932254475 號函。

業。在此，問題在於相關公務人員是否因這些措施，而致其法律地位發生變動。就此，行政法院似乎採取了一種「混合法律地位」之立場。詳言之，其一方面認為，相關公務人員已因榮工公司採行新人事制度強制換敘，而喪失公務人員身分，成為私法上勞動關係之勞工，因而認為關於薪資之爭議為私法案件；另一方面，由於考試院同意相關人員在退輔、公保事項保留公務人員身分，從而認為，在裁減人員部分為公法案件，涉及依公務人員任用法第 29 條之規定而資遣公務人員，並進而認為擬以資遣方式終結公務人員關係，僅退輔會始足當之，至於榮工公司僅為私法人，且未受委託行使公權力，因此以其名義所為之資遣並非行政處分。■在此，主要之問題在於，私法組織型態之公營公司未經授權，所為之消滅公法上職務關係之意思表示，其效力如何？亦即其是否根本並非行政處分，從而不發生消滅公法上法律關係之效果？或者確屬行政處分，只是因未經授權而為違法之行政處分？榮工公司之採行新人事制度以及裁減人員其實都涉及此一問題。然而，行政法院對於這兩種情形，採取了相互矛盾之立場，亦即同樣涉及私法主體未經委託行使公權力，而作成消滅公法上法律關係之意思表示，就採行新人事制度部分，認為是行政處分，在資遣人員部分則認為並非行政處分。對於此一矛盾，本計畫認為癥結點在於對新人事制度之採行作如何之理解。

關於榮工公司採行新人事制度部分，保訓會周志宏、周世珍以及李英毅等三位委員，針對該會（94）公審決字第 0010 號決定所提出之協同意見書中主張：「剝奪公務人員身分係屬國會保留事項，參酌德國對於欠缺法律依據之免職處分，通說與實務均認為該免職處分具有明顯而重大之瑕疵而屬無效，非僅得撤銷而已，榮工公司自訂人事管理要點與換敘作業要點，以換敘使派用人員喪失其公務人員身分，欠缺法律依據，故該換敘應屬無效行政處分」。新人事制度之採行為行政處分，此一見解為行政法院所接受，但欠缺法律依據並未被認為構成重大而明顯之瑕疵。■惟本計畫文認為，榮工公司既未被委託行使勤務主權限，則其無權以換敘使其人員喪失公務人員身分。在此所謂「無權」，並非如欠缺管轄權般，涉及行政行為之合法性，而是涉及行為之定性問題。按私法組織體如未被授權行使公權力，則其無法作成行政處分，即使其以作成行政處分之意而為意思表示，該意思表示仍非行政處分，並不發生公法上之法律效果。因此，如果一個私法組織體「任用一位公務員」，所發生者仍為私法上之勞動關係，而非公法上之職務關係。■同樣地，榮工公司也無法以其換敘行為，使其人員喪失公務人員身分。因此，即使在採行新人事制度以後，榮工公司原具公務人員身分之人員，仍為公營事業依法任用之人員，而為公務人員保障法之保障對象。

■ 參閱：台北高等行政法院 94 年度訴字第 1655 號裁定；最高行政法院 96 年度裁字第 1856 號裁定。

■ 參閱：台北高等行政法院 94 年度訴字第 1672 號判決；最高行政法院 97 年度判字第 153 號判決。

■ Vgl. Battis, 2004, § 2, Rn. 27.

二、 移轉民營與公法上職務關係

關於公營公司移轉民營，其具公務人員身分人員法律地位之處理，依公營事業移轉民營條例第 8 條之規定，公營事業轉為民營型態之日，從業人員除不願隨同移轉，或新舊雇主另有約定者外，應隨同移轉；移轉為民營後繼續留用人員，得於移轉當日由原事業主就其原有年資辦理結算。惟在各別之公營事業移轉民營所制定之特別規定，則有不同之安排。例如，依中華電信股份有限公司條例第 10 條第 1 項之規定，交通部電信總局及其所屬機構現職人員，於移轉民營後原則上均轉調中華電信股份有限公司；轉調人員中已具交通事業人員任用條例所定資位人員，依同法第 12 條第 1 項之規定，仍適用交通事業人員任用條例。

公營公司移轉民營所涉及之公務人員身分保障問題，最核心者為，公務人員是否因移轉民營而喪失公務人員身分。依公營事業移轉民營條例第 8 條第 3 項之規定，移轉為民營後繼續留用人員，得於移轉當日由原事業主就其原有年資辦理結算，即意謂著公務人員身分因移轉民營而喪失。台北高等行政法院於 97 年 10 月 29 日作成之 97 年度訴字第 328 號判決中，針對中華電信員工是否因結算年資而喪失公務人員身分之問題，認為中華電信員工於選擇隨同移轉，完成選擇之作業程序時，即已喪失公務人員身分，從而後續之結算年資並非行政處分。然而，相關人員無論選擇離職或隨同移轉，都喪失公務人員身分，則公務人員之是否喪失並不取決於相關人員之意志，如何能謂因其選擇而喪失公務人員身分。因此，較合適之解釋應有兩種，亦即於移轉民營之日，依公營事業移轉民營條例第 8 條之規定而終結公務人員法律關係，即因法律規定直接終結公務人員法律關係，或以年資結算作為終結公務人員法律關係之法律行為，即因行政處分而終結公務人員關係。無論如何，公營事業移轉民營條例第 8 條之制度選擇，乃在使公營事業具公務人員身分之人，因移轉民營而喪失其公務人員身分。

然而，如前所述，電信總局或其所屬機構人員，因電信民營化而轉調中華電信股份有限公司之人員中，已具交通事業人員任用條例所定資位人員，依同法第 12 條第 1 項之規定，仍適用交通事業人員任用條例，亦即其制度選擇乃是讓具公務人員身分之人於移轉民營後，仍保有其公務人員身分而留用，此一制度選擇與公營事業移轉民營條例第 8 條不同。問題在於，對於中華電信具資位人員身分之員工，可否依公營事業移轉民營條例第 8 條之規定終結公務人員關係。對於此一問題，台北地方法院認為，公營事業移轉民營條例乃是有關公營事業移轉民營之特別法，有關公營事業移轉民營事項，優先於中華電信股份有限公司條例而有其適用。[■]然而，公營事業移轉民營條例乃是針對公營事業移轉民營所作之一般規定，適用於所有公營事業移轉民營之情形，而中華電信股份有限公司條例乃是特別針對電信民營化所作之規定，是針對特定事業所作之規定，所謂公營事業移轉民營條例乃是有關公營事業移轉

■ 參閱：台北高等行政法院於 97 年 10 月 29 日作成之 97 年度訴字第 328 號判決。

民營之特別法，有關公營事業移轉民營事項，優先於中華電信股份有限公司條例而有其適用，殊為難解。

肆、行政機關改制行政法人隨同移轉繼續任用人員

行政法人為行政革新討論中之熱門話題。目前已行政法人化者，似只有國立中正文化中心。依國立中正文化中心設置條例第2條之規定，國立中正文化中心為行政法人。

關於行政機關行政法人化，其人員之處理問題，國立中正文化中心設置條例第22條第1項規定，國立中正文化中心改制前現有編制內依公務人員相關任用法律任用、派用人員，於機關改制之日隨同移轉本中心繼續任用者，仍具公務人員身分。行政法人與公營公司不同，既為行政主體，其具備得以任用公務人員之勤務主能力，並不成為問題。公務人員保障法第3條關於適用對象，雖規定適用對象為「法定機關」依法任用之有給專任人員，但依行政程序法第2條第2項之規定，所謂行政機關不限於代表國家或地方自治團體對外表示意思之獨立組織體，也包括代表其他行政主體者，因此原依公務人員相關任用法律任用而於改制後隨同移轉繼續任用之人員，仍為公務人員保障法之適用對象並無疑義。

至於原機關依聘用人員聘用條例或行政院暨所屬機關約僱人員雇用辦法聘用或僱用之人員，於改制時其聘僱契約尚未屆滿且不願隨同移轉者，於機關改制之日辦理離職（國立中正文化中心設置條例第24條第1項）；其因國立中正文化中心營運需要隨同移轉者，應於改制之日辦理離職，再依國立中正文化中心人事管理規章進用（國立中正文化中心設置條例第24條第4項）。顯然留用之聘雇人員部分，與任用、派用人員不同，於改制之日即終結公法上職務關係，再另行成立私法上勞動關係。

第四節 結論

公務人員為一種身分，亦即為一種抽象化之整體法律地位或法律關係。[■]那麼，一種「公務人員」概念，就應指涉一種法律關係。我國之「公務人員」概念頗為繁複，由以上之討論已充分顯示出。問題在於，這些「公務人員」概念是否指涉相同性質之法律關係？在這些「公務人員」概念中，本計畫以為，公務人員任用法上之「公務人員」概念以及公務員服務法上之「公務員」概念，乃是核心之概念。對於此二者，可以有不同之理解方式。首先，由於「公務員」概念指涉對象之範圍較廣，且也包含了「公務人員」概念之指涉對象，從而可能將前者理解為後者之上位概念。[■]

■ 參閱：張桐銳，2007b，頁10。

■ 陳敏即指出，「公務人員基準法草案」乃以「公務員」作為「公務人員」之上位概念。參閱：陳敏，2007，頁1060，註4。

另一種可能的理解方式，則是認為這兩組概念乃是從不同的角度而界定了同一種法律關係。詳言之，「公務人員」乃是從形式上界定，亦即凡經任用行為產生之法律關係即為公務人員（關係）；至於「公務員」則表達了公務人員關係之實質內容。在此一理解下，凡經任用之人員，其法律關係之內容由公務員服務法加以規範；相對地，具有公務員服務法所定法律關係之人員，應以任用行為加以進用。這個以目前的法制狀況來看，難以獲得支持之理解方式，事實上並非毫無端倪。公務員服務法主要以是否受有俸給作為認定公務員之基準，而依公務人員俸給法之規定，俸給乃依據官職等加以規定，亦即取向於公務人員任用法上之公務人員來加以規定。換言之，可以解釋為：公務人員任用法之規範對象即為公務人員俸給法之規範對象，並從而為公務員服務法之規範對象。這個解釋之所以在今天看來顯得無稽，主要有兩個原因。首先，公務員服務法本身，對於「公務員」之界定，除受有俸給之文武職人員外，還包括在公營事業機關服務之人員。其次，如前所述，司法院將所謂「俸給」解釋為不以公務人員俸給法所規定者為限，將公務人員俸給法作為公務人員任用法與公務員服務法間之連結打破了。尤其，「俸給」之概念脫離了公務人員俸給法之藩籬，卻無一個明確之界定基準，遂使其與報酬間之區分愈趨模糊，終於使得公務員服務法不僅適用於具公法上職務關係之人員，也適用於處於私法上勞動關係之勞工：不僅公營事業機關服務人員被解釋為包括公營事業機關中之純勞工；在聘用與僱用關係還被認為是私法契約關係時，聘用人員與僱用人員還是被認為是受有俸給之文職人員而有公務員服務法之適用。結果是公務人員任用法與公務員服務法之關連性愈趨薄弱。

然而，發展至今日，狀況已有所改變。首先，純勞工已被排除於公營事業機關服務人員之外，而只限於經行政主體指派或任用，而處於公法上職務關係之人員。其次，對於聘用人員、僱用人員之聘約、僱約，也被解釋為行政契約，從而此等人員不再被認為屬於私法上之契約關係，而是立於公法上之職務關係。整體來說，公務員服務法之適用對象乃不再包括處於私法上勞動關係之人員，而只限於具公法上職務關係之人員，而重新建立其於公務人員任用法之關聯性。結果是：各種執行公務之人員的概念，指向具有共通法律性質之法律關係，公法上職務關係，至於任用、聘用、聘任、僱用等等，只是法律關係發生原因上之不同。

回到公務人員保障法之保障對象而論，第3條規定以依法任用人員為適用對象，顯然主要以公務人員任用法所規定之公務人員為建制之出發點。惟其意義應不再於任用，而在於任用所發生之公法上職務關係。蓋從第102條所規定之準用對象，也可以看出乃以具公法上職務關係之人員為保障對象。因此，如有具公法上職務關係之人員而不在公務人員保障法之保障範圍，即具有違反計畫之不圓滿性，而構成法律漏洞，而宜透過法律解釋或法律補充，或甚至透過修法來填補此一漏洞。而由以上之討論，已知以下人員乃處於公法上職務關係，卻非

公務人員保障法之保障對象：

- 依行政院暨所屬機關約雇人員僱用辦法進用之約僱人員，
- 中小學校長，
- 公營事業人員中，除交通事業人員外其他依行政內部規章任用之人員。

以上漏洞之填補雖可經由法律之解釋或補充而完成，然經由修法而填補乃更明確。再者，如果任用、派用、聘用、聘任、僱用只是發生公法上職務關係之不同的法律上原因，似乎沒有理由以此區分適用或準用對象。

因此，公務人員保障法實可直接規定以處於公法上職務關係之人員為其保障對象，並明訂公法上職務關係可因任用或締結行政契約予以聘用而發生。惟如果如此規定，恐難免有不夠明確之疑慮，且為尊重學術與實務對於公務人員界定之現有努力成果，本計畫認為可以參考公務人員基準法草案對於公務人員之界定，建議公務人員保障法第3條修改如下：本法所稱公務人員，係指於各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員。前項規定不包括政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員。至於此一界定可否切合本計劃之初衷，亦即是否能確實涵蓋本計畫所設想之處於公法上職務關係之人員，或仍有疑慮，以下乃就此進一步加以說明。

首先，關於公營事業人員，依公務人員基準法草案第2條第1項之規定，所謂公營事業人員，應係指於公營事業機構擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員，惟草案第7條第1項將公營事業人員，限縮為於各級政府所經營之各類事業機構中，對經營政策負有主要決策責任之人員。惟如前所述，是否負有決策責任，與是否處於公法上職務關係無關，亦即負有決策責任者，未必處於公法上職務關係，而公營事業人員中處於公法上職務關係者亦未必負有決策責任。本計畫建議條文雖參考公務人員基準法草案第2條第1項之文句，但並未同時引進草案第7條第1項之規定，故所謂於公營事業機構擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員，係指公營事業人員中處於公法上職務關係者而言，亦即其中經任用或以行政契約聘用之人員。至於負決策責任之人員是否為保障對象，端看其與其指派機關之法律關係而定。

再者，如前所述，目前實務上對於公務員服務法適用對象之認定，尤其關於聘用與僱用之人員，依是否為組織編制上之人員而有所不同，亦即只要是擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員，不論是任用、派用、聘用或僱用，率認為有公務員服務法之適用，則此等人員皆屬處於公法上職務關係之人員，並無疑問，故能切合本計畫所設想之初衷。至於政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員，乃依現行公務人員保障法第3條，及配合公務人員基準法草案第2條，而排除於保障範圍之外。

第三章 外國公務人員保障制度中之保障對象

第一節 德國公務人員保障制度中之保障對象

一、 序言

德國於公部門服務之人員包括兩大類，即與行政主體處於公法上勤務與忠誠關係之公務人員，以及與雇主處於私法上勞動契約關係之勞工。德國並無如我國之公務人員保障法這樣關於公務人員保障之統一法典，[■]從而也無對於公務人員保障制度之保障對象的界定。不過，如果提到公務人員保障制度之保障對象，毫無疑問地，自然是指公務人員。蓋公務人員關係相較於一般私法上之勞動契約關係，本就是一種特殊的法律關係，公務人員既受到特殊之保障，也受到特殊之限制，兩者之區分明確，則以公務人員為對象之保障制度，在對象上不致有所混淆。

與我國之公務人員法制相較，德國之公務人員概念顯得清楚得多，頗值得我國面臨公務人員概念界定時之參考。再者，德國法制上明確區分公務人員以及在公勤務部門服務之勞工，前者為公法關係，後者為私法關係，然而這兩者在法律關係之內容上是否當真有這麼大的差別？與我國相較，我國近年來將大部分以契約進用之人員，改變過往之立場而認定為公法上之契約關係，與德國之規定為私法上勞動契約關係不同，這其間的得失如何，對於檢討我國法制，自有參考價值。

以下，首先介紹德國法制上之公務人員概念，繼而介紹於公勤務部門服務之勞工，最後進行與本國法制之比較分析。由於關於德國公務人員法制之介紹，已有相當多的文獻，以下對於德國法制上之公務人員概念將僅作概略之介紹。

二、 公務人員

（一） 概念

1. 定義

德國為聯邦國家，除聯邦對於其公務人員制定聯邦公務人員法加以規範外，各邦也訂有自己之公務人員法。惟為求各邦公務人員法在一定程度之統一，聯邦訂有公務人員法基準法，作為各邦訂定公務人員法之基準。本計畫以下之介紹，以聯邦公務人員法為限。

關於公務人員之概念，區分為國家法上之公務人員概念、責任法上之公務人員概念以及刑法上之公務人員概念。國家法上之公務人員概念即為公務人員法上之公務人員概念，指基本

■ 參閱：林明鏘，2000a，頁 180。

法第 33 條第 4 項與第 5 項，以及在一般之法律層次於聯邦公務人員法第 2 條所提及之公務人員概念。[■]本計畫之討論對象為國家法（公務人員法）上之公務人員概念。

聯邦公務人員法第 2 條第 1 項對於聯邦公務人員加以定義：聯邦公務人員係指與聯邦，或聯邦直接設置之公法社團、公法上營造物或公法財團，處於公法上勤務與忠誠關係之人員。此一定義關於「公務人員」之概念特徵部分，乃是從實質的角度，以法律關係來界定公務人員。在此一實質基準之外，還要再加上一個形式基準，亦即具有正確形式證書之交付，也就是公務人員之任命。[■]以下分別就實質基準與形式基準作進一步之說明。

2. 實質基準：公務人員關係

公務人員關係為公法上之勤務與忠誠關係，而與私法上之勞動關係有所區隔。具體而言，公務人員關係包括了以下之權利義務：[■]

1) 公務人員之義務：

- 公正執行職務之義務
- 憲法上之忠誠義務
- 從事政治活動時之謹慎與節制義務
- 全心全意從事公務之義務
- 保持品位之義務
- 對於主管長官之建議與服從義務
- 宣誓義務
- 強制休假
- 保密義務
- 列冊財產之返還義務
- 於公勤務中兼職之義務
- 退休或離職後職業活動之報備義務與競業禁止義務
- 不接受餽贈之義務
- 須經許可始得接受外國頒贈頭銜或勳章之義務
- 於特殊情形無償加班之義務
- 因就業市場之原因而部分時間工作或休假
- 不得曠職

■ Kunig, 1995, Rn. 56.

■ Ebenda.

■ 參閱：林明鏘，2000b，頁 480 以下。

- 住宅選擇之限制
- 特殊情形之居留義務

2) 公務人員之權利

- 主管長官之照顧與保護義務（公務人員之照顧與保護請求權）
- 因家庭緣故減少工作時間或休假
- 服職滿一定年限之獎金
- 補助金
- 職位標誌
- 俸給
- 照護
- 物之損失補償
- 因受暴力之損失補償
- 出差及搬遷費
- 休假
- 人事檔案閱覽權
- 組織工會或職業聯盟之自由
- 在職證明發給請求權

公務人員關係為特殊之法律關係，其核心精神為公務人員與勤務主雙方相互間互負忠誠義務，而使公務人員負有特殊之義務，另一方面也受到特殊之照顧。公務人員關係中，最能體現勤務主之忠誠義務，而顯示出公務人員受到特殊照顧者，乃是聯邦公務人員法第 79 條所規定勤務主之照顧與保護義務，此一規定並成為公務人員權利最為基礎之一般條款；[■]相對地，公務人員之忠誠義務則作為公務人員義務之一般條款，與職務執行義務以及服從義務，共同決定了公務人員之個別義務。[■]

3. 形式特徵：任命行為

依聯邦公務員法第六條第一項之規定，於下列情形，須以任命處分為之：

- 公務人員關係之成立；
- 不中斷公務人員關係之身分轉換；
- 初次授予職務；

■ Vgl. Battis, 2004, § 2, Rn. 4.

■ Ebenda.

- 授予具有不同級俸與不同職銜之其他職務；
- 變換官職等時授予具有不同職銜之其他職務。

「任命」（*Ernennung*）為形成權利之行政處分，處分之內容包括公務人員關係之成立或變更。依前揭聯邦公務人員法第 6 條第 1 項之規定，在「任命」此一上位概念下，包括以下具體之行為形式：

1) 任用（*Einstellung*）

任用乃成立公務人員法律關係之行政處分，亦稱為狹義之任命。[■]任用行為決定公務人員之一般性地位 – 基本地位。任用行為必定先於初次授予職務或至少與其同時發生，蓋必先建立公務人員關係後才可能授予職務。如任用終身職、定期職或臨時職公務人員，則於任用證書載明其初任之職務，或同時（同一天）以須證書之任命行為授予初任之職務。[■]

2) 身分轉換（*Umwandlung*）

在既存之公務人員關係中，未改變勤務主且未中斷公務人員關係，而轉換為其他種類之公務人員關係。公務人員因此改變其基本地位。例如，試用職公務人員轉換為終身職公務人員。惟終身職公務人員轉換為同一勤務主之定期職公務人員，則非身分轉換，而是成立一個新的公務人員關係，蓋於此情形，原公務人員關係已經中斷。[■]

3) 初任職務（*Anstellung*）

初任職務乃對於公務人員初次授予（公務人員）職務，其以存在公務人員關係為前提或同時成立。「職務」（*Amt*）一詞，具有不同之意義。所謂地位法意義上之職務，係指為具有特定能力之人，抽象而一般所勾勒出之公法上勤務主之任務種類，此一任務種類具有一定之職銜（*Amtsbezeichnung*），並由官職等、級俸（特別是最高俸點）等加以決定[■]。應與地位法上之職務相以區分者為功能意義上之職務，此又分為抽象-功能之職務以及具體-功能職務。所謂抽象-功能之職務，係指公務人員於特定機關中，與其地位相符合之抽象任務範圍；至於具體-功能職務，則是經由機關內組織編制上任務範圍之託付所產生之職位。[■]初任職務乃授予地位法意義上之職務。

4) 升遷（*Beförderung*）與降職（*Herabsetzung*）

升遷與降職都涉及一個地位法意義上之其他職務。所授予之新職務如具有不同之職銜與級俸，則必須有正式之任命行為。並非所有之升遷都需要正式之任命行為，例如所授予之新

■ Battis, 2004, § 6, Rn. 2.

■ Battis, a. a. O., Rn. 7.

■ Battis, a. a. O., Rn. 8.

■ Battis, a. a. O., Rn. 9.

■ Battis, a. a. O., Rn. 10.

職務雖具有較高之最高俸點，但職銜不變，則無需正式之任命行為。[■]

任命為須相對人參與之要式行政處分，以被任用者之同意及任用證書之交付為生效要件。為了確保法安定性，任命行為要求高度之形式性，亦即證書必須記載特定之內容，且必須交付予受任人。[■]依聯邦公務人員法第 6 條第 2 項第 1 款之規定，任命證書上必須記載「受任為公務人員」（“unter Berufung in das Beamtenverhältnis“），以及決定公務人員關係種類之附加文句，如「終身職」、「試用職」、「臨時職」，或「榮譽職」，或「定期職」並註明任用之期間。

（二） 分類

依德國聯邦公務人員法第五條之規定，公務人員關係計有以下數種：

- 「終身職之公務人員關係」(Beamtenverhältnis auf Lebenszeit)，此類公務人員關係承襲傳統職業公務人員制度，於基本法第三十三條第五項定有明文；
- 「定期職之公務人員關係」(Beamtenverhältnis auf Zeit)，即僅於一定期間內從事法定任務之公務員；
- 「試用職之公務人員關係」(Beamtenverhältnis auf Probe)，即為日後成為終身職公務員而須試用一定期間之公務員或授與主管職之公務員。
- 「臨時職之公務人員關係」(Beamtenverhältnis auf Widerruf)，即從事實習、培訓或基本養成訓練職務之工作，或僅附帶或暫時從事高權任務之公務員。

三、 公勤務領域之勞工

於公勤務領域服務之勞工與其雇主之關係為私法上之勞動契約。其與公務人員，乃是從形式上，而非依照所賦予之任務加以區分，服勤務之關係係因私法契約而發生，而非基於行政處分。[■]

於公勤務領域服務之勞工與其雇主間之法律關係內容，一如一般之勞動法律關係，乃是由具團體協約性質之費率契約來加以規範。服務於聯邦、各邦以及各鄉鎮之職員，原先共同適用 1961 年 2 月 23 日簽訂之「聯邦職員費率契約」（Bundesangestelltentarifvertrag; BAT）。此一契約為 2004 年 10 月 1 日生效之「公勤務費率契約」（Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst; TVöD）所取代。「公勤務費率契約」取代了原先針對不同人員所簽訂之各種費率契約，而建立了統一的規範，可以說其建立了一個統一的「公勤務領域勞動法」。而向來對於依據私

■ Battis, a. a. O., Rn. 12.

■ Battis, a. a. O., Rn. 3.

■ Kunig, 1995, Rn. 185.

法上勞動契約於公勤務領域提供服務之人員，區分為職員（Angestellte）與勞工（Arbeiter），此一區分於「公勤務費率契約」中已被取消。■

不論是「聯邦職員費率契約」或「公勤務費率契約」，其內容都無法在此詳述。在此僅打算比較公勤務領域勞工與公務人員所負擔之義務，以觀察德國法上將此二者在法律關係上作差別處理，是否具有正當理由。

針對「聯邦職員費率契約」，學說上早已指出，對於職員權利義務之規範，乃取向於公務人員法，致使二者之差異並不大。取向於公務人員法之規範方式，大致上可歸納為三種情形。首先，在費率契約中在內容上追隨公務人員法，而制定相對應之規定，例如關於保密義務、接受餽贈之限制等等。其次，直接規定比照公務人員法上之規定，例如關於兼職之相關規範。最後，經由一般條款，例如依「聯邦職員費率契約」第8條第1項第1句之規定，職員之行為應符合對於公勤務人員之行為期待。■

職員與公務人員所負義務之趨同，就某部分來說，實屬無可厚非，蓋此二者在勤務之執行上仍有類似之處，例如在內部勤務之執行上之受指示拘束、執行勤務之義務或對於人民執行勤務之公正性等等皆然。然而，有些義務乃是公法上勤務與忠誠關係所應特有之義務，尤其是涉及職務外私人活動之限制部分。「聯邦職員費率契約」要求職員於從事政治活動時，應保持謹慎與節制，使職員受到與公務人員相同之特殊限制，然而在雇主對於勞工之照顧義務方面，則並未提供與勤務主對於公務人員之照顧與保護義務相同之待遇，而是與一般勞動關係作相同處理，顯然有所失衡。■

在「公勤務費率契約」，就此似乎亦無改變。在最具關鍵性之職務外私人活動問題，依「公勤務費率契約」第41條針對行政部門之勞工所作之一般性義務規定，服務於聯邦或其他具有高權任務領域之雇主的勞工，應以其所有行為擁護基本法意義下之自由民主基本秩序，從而與公務人員一樣負有政治上之忠誠義務。此一規定大體上依循了「聯邦職員費率契約」第8條第1項第2句之規定，不過，對於聯邦以外之其他雇主則加了一個額外之要件，亦即必須其任務領域包括高權行為之實施。■從「公勤務費率契約」第41條所規定之政治上忠誠義務，在實務上發展成勞工在政治活動上更為強度之節制義務，而這種節制義務之違反，可以構成終止勞動契約之重大理由。■

■ Görg / Guth / Hamer / Pieper, 2007, § 1, Rn. 1.

■ Kunig, 1995, Rn. 190.

■ Kunig, a. a. O., Rn. 191.

■ Görg / Guth / Hamer / Pieper, 2007, § 41, Rn. 8.

■ Görg / Guth / Hamer / Pieper, a. a. O., Rn. 11 f.

四、 比較法上之分析：代結論

比較德國法制與我國法制，一個比較細節之發現是關於臨時性之公務人員。在德國法制上乃屬於公務人員關係之一種，在我國則目前為派用人員，未來則規劃由聘用人員人事條例加以規範。然而，亦處於公法上職務關係之臨時性公務人員，有無必要在公務人員保障法制上從適用對象改為準用對象，以及有無必要在進用方式上從具有行政處分性質之派用，改為以行政契約聘用，實有審酌餘地。不過，在法制比較上，更值得注意者，本計畫以為有兩點，即對於公務人員之界定方式，以及以契約進用人員之法律關係屬性問題。關於公務人員之界定方式，從憲法的角度來看，除非放棄以特殊法律關係所建立起來之公務人員制度，而將公務人員與一般的勞工完全等同處理，否則即應從實質的法律關係角度來界定公務人員，亦即公務人員即處於特殊之公法上職務關係（德國法上之公法上勤務與忠誠關係）。然而，如此界定除了會有德國法上所考慮之欠缺法安定性外，也有循環認定之問題，蓋之所以有公務人員之認定問題，往往就在追問，相關人員是否處於公法上職務關係而須負特殊之義務，而再以其是否處於公法上職務關係來認定其是否為公務人員，顯屬循環。因此可以充分理解，為什麼德國法上要加上一個形式基準，以及我國公務員服務法第 24 條要對於公務員另加定義。比較我國與德國法制，清楚地顯示出，德國法制力求明確，將形式基準與實質基準緊密扣連，只要經任命者即處於公法上勤務與忠誠關係，相對地要進入公法上勤務與忠誠關係，也必須經由任命才有可能。而且對於任命行為力求形式化，以求充分明確。

與此相比，我國公務員服務法第 24 條之問題便顯而易見。受有俸給本身是一個形式之基準，然而不夠明確，有相當大之解釋空間，而我國實務上又將之與公務人員俸給法脫鉤，更將之推入含混的世界。其結果是依公務人員任用法所作成之任用行為，不能成為認定公法上職務關係之形式基準，而又找不到其他足夠周延之形式基準。本計畫所支持公務人員基準法草案之界定方式，乃是基於對於實務上所界定公務人員範圍之理解，而認為尚屬可支持的形式基準。依照目前的狀況，已經很難走回頭路採取與德國同樣之界定方式。其次，關於以契約進用人員之法律關係屬性問題，德國法上完全以私法契約來處理，我國則往行政契約發展。由於公務員服務法之適用範圍遠大於公務人員任用法之適用範圍，有大量之以契約進用人員乃處於公法上職務關係，我國法上定性為行政契約，可資贊同，與德國法制比較，亦較合理。不過，不容忽視的是，德國勞動法，尤其集體勞動法之發展相當發達，公勤務領域勞工與公務人員地位之趨同，無論如何乃是團體協約之結果。此一背景為我國所無，因此我國與德國之發展不同，毋寧值得慶幸。尤其目前之發展狀況，凡處於私法上勞動契約之人員，大致上已無公務員服務法之適用，乃往正確之方向發展。

第二節 日本公務人員保障制度中之保障對象

壹、戰後公務員制度之建立

在介紹日本公務員保障對象之前，首先簡要地說明日本公務員制度之演變過程。明治 18 年（西元 1885 年）廢止「太政官制度」，創設「內閣制度」，以普魯士之官僚制度為模範，依照文官任用令導入「試驗任用制」建立「官吏制度」[■]。當時之官吏為「天皇之官吏」，官民之間為支配者與被支配者之關係。

對於日本公務員制度而言，第二次世界大戰敗戰是重要的轉戾點。為確保日本不再成為美國及世界和平的威脅，建立符合民主政治之自治政府成為佔領軍的終極目的[■]。戰後的第一屆國會於 1947 年 10 月 21 日公布國家公務員法，並於翌年 7 月 1 日施行。戰後日本公務員制度與歐美主要先進國家一樣，採取以身分保障為基礎的「職業公務員制」，其人事管理係以長期雇用為前提，在任用、晉升、俸給及退休等制度的交互關聯之下，綜合地及計劃地進行。對於公務員之人事權屬於各省廳大臣，而個別之人事權力，例如，任用、調職及退休等，依法律及人事院規則所訂之基準，由各省廳大臣負責行使。因為憲法第 15 條第 2 項規定，公務員為「全體之服務者」，保障對於國民在公務上民主且有效率地執行，故人事管理上以「確保公正性」及設立「受勞動基本權制約之代償機制」為基本理念。為履行前述基本使命，故於中央設立中立及專門之人事行政機關—人事院，執掌國家公務員之任用考試、俸給、勤務時間、休假、進修、服務、懲戒及不服申訴等事務[■]。

貳、戰後公務員制度之基本理念

如前所述，戰後公務員制度之建立，係為了否定過去作為特權階級之官吏制度，依據國民主權原理創造民主的公務員制度。至今為止，公務員制度雖迭經改革，但「基於國民主權之民主的公務員制度」性質繼續維持。日本學者以為，戰後公務員制度有以下五種基本理念[■]：

一、公務員為「全體服務者」

戰前之官吏，基於明治憲法中之天皇主權，係屬於天皇之官吏，為天皇及其政府服務。官吏之任命及罷免屬於天皇之大權事項。相較於此，現行憲法第 15 條第 2 項規定：「所有公務員為全體之服務者，非一部之服務者」，公務員並非執政黨或財團之服務者，係為國民

■ 川村祐三，收於西谷敏/晴山一穗編，公務員制度改革，大月書店，2002 年 7 月 1 日第 1 刷，頁 63-65。

■ 井出嘉憲，日本官僚制と行政文化，1982 年 4 月 20 日初版，頁 141。

■ 參閱人事院網頁 <http://www.kantei.go.jp/jp/gvokaku/980428jinji.html>，檢索時間 2007 年 7 月 4 日。

■ 參閱晴山一穗，收於二宮厚美/晴山一穗編，公務員制度の變質と公務勞動—NPM 型効率、市場型サービス—，シリーズ地方自治構造改革を問う，自治體研究社，2005 年 2 月 10 日，初版第 1 刷，頁 83-87。

全體服務。依同條第1項規定，公務員之選定及對其之罷免乃國民固有之權利。故，公務員為全體服務者，是從明治憲法之天皇主權論轉換為現行憲法之國民主權論之結果，也是戰後公務員制度的最重要理念。

二、對公務員制度之民主統治

為實踐公務員為全體服務者，公務員制度必須依據國民意思決定，置於國民的統治之下。戰前的官吏制度內容，係依天皇之敕令而定（敕令主義）；現行憲法下之公務員制度，其基本內容由國民代表議會（國會）以法律定之（法律主義）。憲法第73條第4款規定：「依據法律所定基準，掌理有關官吏之事務」係屬於內閣職權。此處所謂「依據法律所定基準」，通說認為即是法律主義之表現。換言之，決定公務員制度之基本內容的權限係屬於國會而非行政機關。

三、對公務員之權利保障

日本國憲法中保障各種之基本人權，也包括對於公務員之全面保障。關於公務員之權利保障問題，主要涉及國家與公務員之關係。二戰以前之公務員法理論，受到德國法制影響，將公務員關係認定為「特別權力關係」[■]，與國家及人民之間所成立之一般統治關係有所區別[■]。此種具有前現代的倫理色彩，類似於封建時期的主從關係的理論，顯於憲法中法治主義原則有違，因此，在戰後引起諸多批判[■]。因此，公務員勤務關係之性質為何，產生不同見解。主要區分為特別權力關係說、一般權力關係說及勞動契約關係說三種。最高裁判所向來採取特別權力關係說，認為基於憲法第13條「公共福祉」及第15條第2項「全體服務者」等規定，得對於公務員之人權加以限制[■]。因為，公務員勤務關係之性質為訂定公務員保障制度及救濟程序之基礎，就此部分，將於以下詳細說明。

四、科學的人事行政

所謂科學的人事行政，係指人事行政排除身分要素而採取科學的及客觀的基準予以進行。戰前官吏制度中官吏與非官吏（雇員、傭人）之區別，以及官吏內部之身分區別（敕任官、奏任官、判任官）均予以廢除，所有公務員採取同一身分，在法律上同一對待。基於此項前提，現行公務員法中導入職階制、績效主義、人事院及人事委員會等諸項制度。「全體服務者」、「公務員制度之民主統治」及「公務員之權利保障」，顯示人事行政的三項民主性格，

■ 美濃部達吉，行政法撮要上卷，昭和10年，頁328，轉引自鵜飼信成，公務員法【新版】，平成2年，新版初版第6刷，頁70，註（二）。

■ 鵜飼信成，前掲書，頁69。

■ 藤田宙靖，行政組織法【新版】，良書普及會，2001年6月25日，頁327。

■ 參閱晴山一穗，收於二宮厚美/晴山一穗編，前掲書，頁86。

為「民主的人事行政」理念，；而與此相呼應的就是「科學的人事行政」。故，一般認為，戰後公務員制度的特色為「民主的科學的人事行政」。

五、地方自治之保障

公務員制度的最後一項重要理念為「地方自治之保障」。日本國憲法第八章保障地方自治權，其中，包含地方公務員制度在內的地方自治團體的行政組織，即屬於其自主決定的權限，稱之為自治組織權。當然，此並非意味著各地方自治團體得完全自由地決定地方公務員制度。由全國統一性觀點而言，基本事項仍不排除以法律（地方公務員法等）加以規定。不過，若是以法律方式過度地妨礙地方自治團體的自主性，以及國家介入人事管理等，恐將侵害自治組織權而構成違憲。故，地方公務員制度之內容，係以法律規定各基本事項，而其他事項則委由自治條例規範。所謂公務員制度的法律主義，在地方公務員部分則成為「條例主義」，顯示出地方公務員為各該自治團體住民全體之服務者。

參、公務員制度之改革

當然，民主的公務員制度建立之後，並非一成不便，屢經改正與充實，迄今仍在調整中。1947年國家公務員法公布實施後，旋即因為否定公務員之團體交涉權及爭議權而引起大規模抗爭，故同盟國最高司令長官麥克阿瑟將軍致函內閣總理大臣要求修法。內閣即著手修正作業，於1948年11月經國會加入部分修正意見後通過，並於同年12月3日公布施行。此次修正之重點在於縮小特別職範圍、強化人事委員會之組織與權限，以及加強服務紀律等。其後，除1965年為因應批准國際勞工組織（ILO）的第87號條約（關於保護結社自由及團結權條約）及1981年為導入定年制度，曾進行重要修正之外，其餘皆屬輕微修正[■]。直至二十世紀末，為因應進入二十一世紀，公務員制度再度進行大修正，其目的在於再構築「國家形貌」[■]。

首先，由設於內閣官房之行政改革推進事務局及公務員制度改革等推進室在2001年3月提出「公務員制度改革大枠」[■]（以下簡稱「大枠」[■]），因為「運作新政府組織非有新公務員不可」。在此，所謂新政府組織係指依照橋本行政改革而實現的，以強化內閣機能、中央省廳再編、創設行政法人制度等為主軸的統治機構。此項統治機構的目的在於「為因應社會及經濟體系全面轉換，重新建構符合二十一世紀之本國形貌」。此處所謂「本國形貌」係

■ 藤原恒夫，收於：栗田久喜柳 克樹編，國家公務員法・地方公務員法1997年5月30日初版第1刷，「國家公務員法」，頁11-20。

■ 參閱晴山一穗，收於二宮厚美/晴山一穗編，前掲書，頁90。

■ 請參閱網頁 <http://www.gyoukaku.go.jp/jimukyoku/koumuin/ohwaku/honbun.html>, 檢索時間2007年9月14日。

■ 大枠(おおわく)為大範圍或大框架之意，因屬官方正式文書，為避免翻譯失真，故保留原文名稱。

1997 年行政改革會議最終報告中之用語，主要內容在於透過規制緩和、民營化、福祉解體及大企業優先之經濟政策，實現以市場原理及自由競爭為支配原則之社會。以此為基礎，2001 年年底，內閣以閣議決定「公務員制度改革大綱」[■]（以下簡稱「大綱」），內容包括廢除職級制、創設能力等級制、縮小人事院權限、強化內閣及各省大臣人事管理權、官民關係的流動化與彈性化、全面地緩和規制、創立國家戰略人員，針對國家公務員制度進行重大改革，地方公務員制度也準用大綱設計而進行革新。

此次改革當中，與本研究計畫息息相關者為公務員身分之保障。而最主要之衝擊來自於行政任務之民間化，也就是私人化。日本在上世界 90 年代之後，民營化、委託民間等公務私人化的趨勢急速擴大。所謂民營化係指國家、自治團體以及類此之公共團體將其事務或業務概括地移轉或移行予民間企業及其他私部門，其形態相當多樣；而委託民間則指事務或業務由國家、自治團體保留，但將其全部或一部業務委託民間企業及其他私部門執行。數年之間並陸續引入民間資金及經營能力與技術能力以活用公共設施及提供公共服務，公共設施之管理以股份有限公司為之，以及在國家及地方創設獨立行政法人制度，將民間手法導入行政內部等。

2004 年 12 月 24 日小泉內閣提出「今後の行政改革の方針」（以下簡稱「新行革大綱」）時，針對公務員制度改革，要求於 2006 年實現前述公務員制度改革大綱之目標，檢討相關之改革法案，期望於現行制度範圍內早日實施[■]。不過，此一系列之改革措施，也引起公務員及學界之撻伐，認為牴觸公務員為「全體服務者」之憲法原則，公務員將成為政府、執政黨及其所代表之大企業的服務者，並且侵害公務員之勞動基本權[■]。

雖然面臨各種批評，但是內閣仍於 2005 年 12 月以閣議決定了「行政改革の重要方針」[■]，推動以貫徹能力・実績主義之人事管理、再就職管理之妥適化等觀點為基礎之公務員制度改革，並於利害關係人進行率直的對話及調整。2006 年 6 月制訂「行政改革推進法」（原名稱為「簡素で効率的な政府を実現するための行政改革の推進に関する法律」[■]，簡稱行政改革推進法），列出基於能力及実績之人事管理、退職管理妥適化及其他相關事項等公務員改革基本目標，並訂定各項為早日實現前述目標之必要措施[■]。繼而，內閣於 2007 年 4 月 24 日作成「關於公務員制度改革」（原名稱為公務員制度改革について）[■]之閣議，

■ 請參閱網頁 <http://www.kantei.go.jp/jp/kakugikettei/2001/1225koumuin.html>, 檢索時間 2007 年 9 月 14 日。

■ 田中章史，收於二宮厚美/晴山一穗編，前掲書，頁 160。

■ 關於相關的評論，請參閱晴山一穗，收於二宮厚美/晴山一穗編，前掲書，頁 92-98。

■ 詳細內容請參閱網頁 <http://www.kantei.go.jp/jp/singi/gyokaku/kettei/051224housin.pdf>, 檢索時間 2008 年 11 月 12 日。

■ 詳細內容請參閱網頁 http://www.gyokaku.go.jp/siryou/souron/pdf/0602_houritsu.pdf, 檢索時間 2008 年 11 月 12 日。

■ 參閱網頁 <http://www.gyokaku.go.jp/about/koumuin.html>, 檢索時間 2008 年 11 月 12 日。

■ 詳細內容請參閱網頁 http://www.gyokaku.go.jp/siryou/koumuin/070424_kakugi.pdf, 檢索時間 2008 年 11 月 12 日。

決定儘快向國會提出以能力實績主義、再就職之規制等內容為中心的國家公務員法等改正法案，繼續推動公務員制度之綜合改革。經過朝野政黨的鬥爭，於同年 6 月 30 日通過「國家公務員法部分修正法」（原名稱為國家公務員法等の一部を改正する法律）[■]，並於 7 月 6 日公布。主要內容包括導入人事評價制度、基於能力及實績之人事管理、退職管理，例如：離職後就職之規制、設置再就職等監視委員會等、以及成立官民人材交流中心處理官民人材交流事宜等。此項修正法係日本政府推動行政改革數年來相當重要之成果[■]。

在取得重要成果之後，基於訂定國家公務員制度之基本理念、基本方針及其他基本事項及設置國家公務員制度推進本部，以綜合地推動制度改革，內閣繼續於 2008 年 4 月 4 日向國會提出作成「國家公務員制度改革基本法案」，並於同年 6 月 6 日通過「國家公務員制度改革基本法」[■]，於同年 6 月 13 日公布實施，主要內容是具體落實前述的三大目的，以繼續綜合地推動公務員制度改革。從其內容可知，此項基本法是為持續全面性地進行公務員制度改革提供法律基礎，影響深遠。將來勢必牽動各種公務員法制的修正，包括保障制度及救濟程序等，成效如何有待觀察。

肆、公務員之保障制度

如前所述，日本公務員制度正進行系列的改革，除業務或事務的私人化之外，新的人事評價制度、基於能力及實績之人事管理、退職管理及推動官民人材交流等，對於公務員之保障皆有一定之影響。不過，關於公務員之定義及範圍，法制上並無重大改變。因此，在進行公務員保障制度中之保障對象研究前，仍應予以說明。

一、公務員之定義

所謂公務員，在實定法上有各種不同之定義，憲法、刑法、行政法、國家賠償法及公務員法上之公務員概念並不相同，有廣狹之分。在此立法者有很大的形成自由空間。依其法域不同，分述如下[■]：

（一） 憲法上之公務員

憲法第 15 條第 2 項所規定之公務員，與明治憲法中「官吏」之概念有所區別，係一種立法方針之指示。依照學者宮澤俊義之定義，係指「廣義而言，以參與國家或公共團體之公務為職務者之總稱」[■]。

■ 詳細內容請參閱網頁 <http://www.gyokaku.go.jp/siryoku/koumuin/070630houritu.pdf>, 檢索時間 2008 年 11 月 12 日。

■ 關於國家公務員法部分修正之檢討，請參閱中井亨，[國家公務員法等の一部を改正する法律](#)（平成 19 年法律第 108 号）について，ジュリスト，No.1355，2008.4.15，頁 24-27。

■ 詳細內容請參閱網頁 http://www.gyokaku.go.jp/siryoku/koumuin/080613kihonhou_honbun.pdf, 檢索時間 2008 年 11 月 12 日。

■ 參閱塩野宏，行政法 III【第三版】行政組織法，2008 年，第 3 版第 4 刷，頁 235-237。

■ 宮澤俊義（芦部信喜補訂），全訂日本國憲法，頁 218；轉引自塩野宏，前掲書，頁 236。

（二） 刑法上之公務員

刑法上之公務員，係指「國家或地方公共團體之職員及其他依法令從事公務之議員、委員及其他職員。」（刑法第7條第1項）。此項概念與國家公務員法及地方公務員法上之公務員不同。關於其範圍，在實務上曾引起爭議。最高裁判所於對於郵局擔任外務之事務員施暴是否觸犯妨害公務執行罪的案件中表示：「所謂從事公務之職員，係指其從事公務係依據法令，並不包含從事單純機械的、肉體的勞務。」[■]

（三） 國家賠償法上之公務員

國家賠償法上之公務員，該法第1條第1項規定：「行使國家或地方公共團體之公權力的公務員，執行其職務而因故意或過失違法加損害於他人時，國家或地方公共團體負損害賠償責任。」由此可知，其對公務員係採最廣義，只要該當行為係屬公權力之行使，即有適用餘地[■]。

（四） 國家公務員法及地方公務員法上之公務員

有別於刑法及國家賠償法之適用，公務員法制中係以規範公務員身加以界定。依照公法上職務關係之主體區分，日本之公務員得分為國家公務員及地方公務員兩大類型。國家公務員法中公務員概念係屬狹義，依其第1條第2項規定，係指專門掌理憲法第73條中所指關於官吏之事務者。依此，應僅限於從事內閣所轄事務之公務員，國會議員及法官等則排除在外[■]。但是，此種規定對於公務員概念並未積極地定義，所以產生諸多疑義，例如，除了專職從事於公務的職員之外，是否包括非專職的職員？單純的勞務提供者，比如，清潔人員、膳食人員及工友等是否屬之，其雇傭關係適用何種法律，即成問題。為避免此種疑義，某種職位是否屬於國家公務員，委由人事院判斷（國家公務員法第2條第4項）。不過，人事院並不享有「最終判斷權」，具體的國家公務員職位產生爭議時，仍由法院決定。例如，司法研修所的司法修習生（相當我國的學習司法官）是否為公務員，最高裁判所認為，司法修習生並未擔任國家事務，故予否認[■]。

地方公務員法部分，此項法律可分為兩大領域，第一部分，在組織法上規定有關人事機關之相關規範；第二部分則是具體地規定有關地方公務員身分的根本基準。至於公務員的定義，如同國家公務員法一樣，並無積極的定義，僅將地方公務員區分為一般職及特別職兩類（地方公務員法第3條第1項）。就此部分將於公務員之種類當中加以說明。

■ 最判昭和3・5・1刑集14卷3號209頁，公務員判例百選3事件。

■ 塩野宏，前掲書，頁237。

■ 藤田宙靖，前掲書，頁300。

■ 最判昭和42・4・28民集21卷3號759頁，公務員判例百選1事件；塩野宏，前掲書，頁240。

二、公務員勤務關係之性質

關於公務員勤務關係，在明治憲法時代，受德國公法學的影響，傳統上認為是特別權力關係。但在日本國憲法之下，此項理論因為抵觸法治國家中保障人權的思想而備受批判。有認為公務員勤務關係本質應為法律關係，而非基於權力的命令支配關係[■]。而最高裁判所認為，公務員一方面為國民全體服務者，一方面也是勞動者，屬於人權保障的對象[■]。此外，亦有認為公務員勤務關係與一般私法上之僱傭關係無異，為一種勞動契約關係[■]。此說認為公務員為憲法上所稱之勞動者，與一般勞動者無異，國家與公務員之相互關係本質上是對等的。不過，亦有認為，在現行法制之下，無論是特別權力關係或勞動契約關係，在解釋論上並無發揮功能的餘地。因為，國家公務員法及地方公務員法就有關俸級、勤務時間及其他勞動條件不以契約方式規定，而以法令規定，形成所謂的勤務條件法定主義。公務員勤務關係是有別於全體的一般市民關係，而於部分社會中所形成的，依成文法加以規範的關係[■]。

三、公務員保障制度之對象

（一）法定保障主義

無論是國家公務員法或地方公務員法皆以任用方式為基準，將公務員區分為「一般職」與「特別職」公務員（國家公務員法第2條第1項、地方公務員法第3條第1項）。以國家公務員為例，所謂特別職公務員，係限於國家公務員法第2條第3項所限定列舉的職務，除此之外則屬一般職公務員。特別職包括擔任政務及其他自由任用的職位（內閣總理大臣、國務大臣、副大臣及其他政務官等）、依選舉或經國會一院或兩院同意任命之職位、依照權力分立原則不屬於行政機關之職位（國會職員、法院職員等）、與文官作不同規定的職位（防衛省職位），以及其他於任免於有特別規範者（聯合國教育、科學及文化組織國內委員會委員）。所以如此區分的意義在於，國家公務員法之規定原則上僅適用於一般職公務員，比如有關政治行為禁止等權利限制規定，基本上不適用在特別職公務員。若有某項職務究竟屬於「一般職」或「特別職」不明確時，依國家公務員法第2條第4項規定，則由人事院認定。特別職公務員因為其職務內容之特殊性等，故其權利義務以其他法律另行規定。至於何者應歸類為特別職，並非全有嚴格之理論依據，有些職務列為特別職並無合理的根據[■]。因此，特別職制度也成為前述改革大綱中列為亟須檢討之問題。

■ 鵜飼信成，前掲書，頁70-71。

■ 參照最大判昭和48・4・25刑集27卷4號547頁，公務員判例百選81事件；最判昭和49・11・6刑集28卷9號393頁，公務員判例百選68事件；塩野宏，前掲書，頁251。

■ 室井力，特別權力關係論，1968年，頁381以下；轉引自塩野宏，前掲書，頁251。

■ 塩野宏，前掲書，頁251。

■ 藤田宙靖，前掲書，頁303-304。

至於地方公務員法中的特別職，則於第3條第3項中加以規定，可分為三大種類，包括：依住民或其代表之信任而就任之職位（例如，地方自治團體的首長、副首長及議員等）、非專任職位（並非專任從事地方自治團體事務，具有特定知識、經驗而得隨時參與地方自治團體行政者，例如，審議會委員、臨時或兼任顧問、兼任消防團員或水防團員）以及自由任用職位（非依績效主義原則，而依特定知識、經驗或人際關係，基於政策考量加以任用的職位，例如，地方公營事業的經營者）。而地方公務員法中一般職與特別職的區別，其理由與國家公務員法相同。

除前述國家公務員法或地方公務員法所列舉的特別職之外，其他則屬於一般職公務員，例如，常務次長、局長等，係屬於職業公務員。當然，國家公務員法或地方公務員法係屬於一般性規定，針對特定獨立行政法人之公務員、教育公務員、外務公務員及檢察官等，則依特別法律規範其身分關係[■]。換言之，日本公務員之保障對象，除國家公務員法或地方公務員法所規範之公務員之外，還有其他特別法規定。

（二）官民人才交流中之保障對象

此外，日本的行政改革中，於「公務員制度改革大綱」當中將「確保人才多樣化等」列為改革重點。所以在中央政府層面，國會依此大綱通過「國家與民間企業人事交流法（原文名稱為「國と民間企業との間の人事交流に関する法律」[■]，以下簡稱人事交流法）」，規範官民間人事交流之法定程序[■]。嗣後，2007年6月30日又通過「國家公務員法部分修正法」，並於7月6日公布。主要內容包括導入人事評價制度、基於能力及實績之人事管理、退職管理等，其中成立官民人材交流中心處理官民人材交流事宜屬於重點之一。在介紹官民人才交流時的保障問題，也簡要說明其目的與範圍。

1、人事交流之目的與類型

人事交流之目的係為確保公務之公正履行，讓民間企業接受國家公務員擔任其從業人員，以及民間企業之從業人員擔任國家公務員，達到組成原理相異之組織間充分的人才交流。國家希望透過此項制度，讓行政運作中擔任重要職務之公務員經由體驗民間企業實務得以體會出效率及機動之業務執行方式，並且，藉由深入理解民間企業之相關實情，培養具有柔軟且確實因應行政課題之必要知識與能力的人才（人事交流法第1條）。因交流方向不同，故又區分為由官至民的「交流派遣」與由民至官的「交流採用」兩項類型。因為本研究計畫主要

■ 例如，特定獨立行政法人勞動關係法、教育公務員特例法、外務公務員法及檢察廳法等，請參照塩野宏，前掲書，頁240、283。

■ 請參閱網頁 <http://law.e-gov.go.jp/htmldata/H11/H11HO224.html>，檢索時間2008年11月14日。

■ 請參閱網頁 <http://www.jinji.go.jp/kouryu/index.htm>，檢索時間2008年11月14日。

是探討公務員之兼職與借調問題，故人事交流部分之介紹即以「交流派遣」為限。

2、交流派遣之意義與範圍

所謂交流派遣，係指國家公務員於一定期間內被派遣到民間企業，受雇擔任其從業人員，執行其業務。在此所指之公務員，主要係指國家公務員法第 2 條規定之一般職公務員。但是，臨時公務員及限定任期之常勤公務員、非常勤公務員、附條件採用期間中之公務員、延長勤務公務員、休職者、停職者、派遣法第 3 條所規定之派遣公務員、法科大學派遣法第 4 條第 3 項及第 11 條第 1 項所規定被派遣之公務員，以及「候補法官及檢察官之律師職務經驗法」第 2 條第 4 項所規定執行律師職務之公務員等則排除於派遣範圍之外[■]。而「民間企業」則包括株式會社、合名會社、合資會社、合同會社、信用金庫、相互會社、其他事業營運之必要經費的主要來源係從事業收益之本國法人（資本之全部或一部由國家或地方自治團體所出資者除外）及與其他事業具有競爭關係者、外國法人及其他與前述各款法人類似經人事院指定者（人事交流法第 2 條）。

關於交流基準[■]及交流審查會[■]係由人事院訂定。人事院依其所定人事院規則招募希望人事交流之民間企業，並向各省廳首長[■]定期地或應其要求提示應募之民間企業名單與條件（人事交流法第 6 條）。各省廳首長則依人事院規則訂定交流派遣實施計畫，以書面向人事院提出，請求將所屬公務員交流派遣至前述名單中之民間企業。提出前述請求前應獲得該公務員之同意（人事交流法第 7 條）。民間企業受雇期間仍保有國家公務員身分，但不再執行國家職務，必須專注於民間企業之業務。不過，交流派遣不是由各府省之公務員直接借調予民間企業，而是這些公務員先借調至人事院，再以人事院公務員身分派遣至民間企業。服務期間原則上以三年為限，必要時得延長至五年（人事交流法第 8 條）。服務條件，除應遵守國家公務員之各種義務外，禁止在派遣之前從事向任職府省等申請許可之業務，並禁止利用作為國家公務員所具影響力之行為。至於待遇，則由民間企業支付薪資，國家不再支給俸給（人事交流法第 11 條）。其他勞動條件由人事院及提出申請之民間企業協議決定。福利部分，除年金及雇用保險之外其他適用於民間企業從業人員之各項制度亦適用之。交流派遣公務員於期滿後復職，若交流派遣公務員於派遣前該企業喪失人事院規則所定之資格，或是交流派遣不應繼續或不適當時，應儘速將交流派遣公務員復職（人事交流法第 12 條）。

3、保障問題

由人事交流之目的、類型與範圍可知，官民人才交流中，「從國家到企業」是以「交流派

■ 人事院規則 21-0(國と民間企業との間の人事交流)第 3 條。

■ 人事院規則 21-1(交流基準)。

■ 人事院規則 21-11(交流審查會)

■ 依人事交流法第 2 條第 6 項規定，各省廳首長係指內閣總理大臣、各省大臣、會計檢查院長及人事院總裁、宮內廳長官、各外局首長、獨立行政法人首長及日本郵政公社總裁。

遣」為限，原則上以國家公務員法第 2 條規定之一般職公務員為主要對象，若其他法律有特別規定則從其規定。這些派遣至民間企業或其他團體的公務員，其所享有之保障並未改變，換言之，業務轉換，身分並不改變。至於「從企業到國家」則稱為「交流採用」，由國家機關採用民間企業的從業人員擔任定期的公務員以從事職務。交流採用的類型又可區分為「從民間企業退職」（退職型），即離開原來職位之類型，以及「與民間企業繼續雇用關係」（繼續雇用型），任期屆滿後復歸出身企業（原任職企業），其條件由各府省與出身企業以契約定之[■]。人事交流法中只規定被交流派遣的公務員之權利義務，交流採用部分則委由各機關與民間企業透過契約方式定之，故契約內容所定者外，原則上不適用相關的公務員身分保障規定。

四、保障之類型

關於公務員之保障制度，如前所述，明治憲法時代，天皇與官吏之關係為特別權力關係，官吏對天皇負有無定量之忠勤義務，但是對於天皇並無主張權利之餘地。而戰後之公務員制度，對於公務員採取全面保障，包括身分保障。作為勞動者之公務員對於雇主，亦即國家或地方自治團體享有勞動者所應有之權利，國家公務員法及地方公務員法中皆有公務員權利之明文規定。依照學說之分類，日本之公務員享有「對於職務之權利」、「經濟權利」、「公務員之勞動基本權」及「保障請求權」等[■]。其中，與公務員之身分保障最密切關連者為保障請求權。此項權利之目的在於確保前述三類公務員權利於受到侵害時得請求救濟，所以保障請求權之性質為程序權利[■]。關於保障之類型得區分為以下兩大類型：

（一）勤務條件的措施請求權

此項權利是為滿足公務員勤務上的各種利益所設計的特別程序。公務員就勤務條件有向人事院、人事委員會及公平委員會，或者向該管機關請求為一定措施，或是向人事機關請求判定該案件事實，或請求其本身加以實施或勸告該管機關實施的權利（國家公務員法第 86 條至第 88 條、地方公務員法第 46 條至第 48 條）。此項制度是為確保公務員勤務條件的妥適。因為公務員並不適用勞動組合法，無法透過締結勞動契約保障其勤務條件，所以有此代償制度。所謂措施的範圍相當廣泛，包括俸給、加給及其他勤務條件。至於營運管理事項，法律無明確規定，不過，理論上並無排除之理由[■]。

■ 請參閱網頁 <http://www.jinji.go.jp/kouryu/f-kouryu.htm>。檢索時間 2008 年 11 月 21 日。

■ 鵜飼信成，公務員法，平成 2 年 9 月 20 日，新版初版第 6 刷，頁 114 以下。

■ 鹽野宏，前掲書，頁 265。

■ 鹽野宏，前掲書，頁 274。

（二）身分保障請求權

1、分限[■]（身分保障）

國家公務員法第 74 條及第 75 條與地方公務員法第 27 條規定，對於公務員，非依法定事由，不得違反其意思而予以降任[■]、休職及免職。此種身分保障主要目的在於維護以績效主義[■]為基礎之公務員制度，禁止具有任命權者恣意地行使權力。又從公務員之保障而言，不得以法定事由以外之理由將其降任、休職及免職，係賦予其執行職務權利，亦具有作為補償限制其勞動基本權之意義[■]。降任與免職之事由相通，國家公務員法第 78 條及地方公務員法第 28 條設有明文。關於公務員降任之案例不多，以一般職公務員為例，平成 16 年（2004 年）僅有一件，理由為勤務成績不佳，平成 17 年（2005 年）則無任何案件。

至於作為分限處分之降給[■]制度，在國家公務員部分，其該當事由，國家公務員法第 75 條第 2 項授權人事院以人事院規則定之。然而，至今並未制定相關規則[■]。而地方公務員部分，則於地方公務員法第 27 條第 2 項規定其法定事由。另外，國家公務員法第 74 條、第 75 條與地方公務員法第 27 所未規定之轉任、轉換位置等，則不受前述法定事由之限制，但是，不得濫用裁量權。而「定年」，亦即退休年齡亦屬於身分保障範圍。

以上有關身分保障之規定，於臨時的公務員或於附條件採用期間中之公務員並不適用。此類公務員之身分，在國家公務員部份，國家公務員法第 81 條授權由人事院以人事院規則 11-4 加以規定；在地方公務員方面，地方公務員法第 29 條之 2 第 2 項規定其必要事項。

2、懲戒

關於懲戒處分，係指公務員之行為該當懲戒之法定事由時所為之處置，其種類包括戒告[■]、減給、停職、免職等，國家公務員法第 82 條第 1 項與地方公務員法第 29 條第 1 項定有明文。戒告主要是用以確認公務員違反法定義務之責任，告誡避免將來再犯，是運用最多之懲戒處分。平成 17 年（2005 年）當中，僅一般職公務員部分即有 2245 件。至於減給，依照人事院規則 12-0 第 3 條規定，則指於一年以內期間，減去相當於每月俸給五分之一以內之給與。平成 17 年（2005 年）當中，一般職公務員部分有 1375 件。關於停職，一般職公務員部分於不超過一年為限，以人事院規則定之。依此，人事院規則 12-0 第 2 條規定，停職期間為一日以上一年以下，期間不予俸給。

此外，就懲戒事由是否存在、應否給與懲戒處分、應選擇何種懲戒處分等，係由任命權者

■ 分限在日文原意中有身分或資格之意義，因屬法定用語故保留原詞。

■ 相當於我國法律用語中之降級。

■ 日文原文稱之為「績效主義」。

■ 宇賀克也，行政法概說 III — 行政組織法/公務員法/公物法，2008 年 4 月 10 日，初版第 1 刷，頁 322-323。

■ 相當於我國法律用語中之減俸。

■ 宇賀克也，前揭書，頁 323。

■ 相當於我國公務員懲戒法中之申誡。

裁量。為避免任命權者之裁量歧異，人事院訂有『懲戒處分指針（原名為「懲戒處分の指針について」）』（平成12年3月31日職職-68），另外，關於懲戒處分之公告，人事院則訂有「懲戒處分公告指針（原名為「懲戒處分の公表指針」）。公告範圍，包括職務執行行為及與其相關之行為，或對與職務無關行為之懲戒處分，包含免職或停職等處分。公告內容則涵蓋事實概要、處分決定、處分日期、被處分者之職等與基本資料，在個人不被識別之情形下予以公告[■]。

再者，應交付懲戒之案件亦可能同時係屬於刑事法院，人事院或經人事院認定之任命權者仍應適當地進行懲戒程序。國家公務員法第85條規定，對於公務員同一或相關連案件進行懲戒時，並不妨礙其受刑事上之訴追。

3、處分之事前手續

最後，為提供公務員身分保障，應給與處分之事前手續保障。國家公務員法第89條第1項及第3項與地方公務員法第49條第1項及第4項規定，送達處分時，必須同時交付記載處分理由及不服處分之救濟教示的說明書。而處分理由說明書之交付義務，不限於違反其本人意思之降休、降任、休職、免職等懲戒處分，其他「明顯之不利益處分」（國家公務員法第89條第1項）或「不利益處分」（地方公務員法第49條第1項），例如，違反其意思之轉任處分或取消年次休假處分等，亦屬之。又受處分之公務員認為有受「明顯之不利益處分」或「不利益處分」時，亦得請求交付前述之說明書（國家公務員法第89條第2項、地方公務員法第49條第2項）。不過，學者認為，以處分理由說明書之交付作為事前手續並不完備。蓋日本行政手續法中關於行政處分及行政指導之規定於公務員受懲戒處分時並不適用，故事前聽取該公務員之意見並非義務。依照，日本國憲法中正當程序之要求，國家公務員法與地方公務員法之規定，顯有不足[■]。

五、保障組織

此外，保障制度之實施，有賴於保障組織之設置。如前所述，日本之公務員制度係採國家公務員與地方公務員並行之「雙軌制」。其保障組織之法源依據亦分別來自國家公務員法、人事院規則及地方公務員法。

（一）人事院

在中央層面，主管公務員保障之機關為人事院。依照國家公務員法第3條第1項規定，於內閣所轄之下設置人事院。人事院必須依照此法所定之基準向內閣提出報告。人

■ 宇賀克也，前掲書，頁324。

■ 宇賀克也，前掲書，頁325。

事院雖置於內閣之下，然具有極強之獨立性。同條第 3 項即規定：「人事院之決定及處分僅由人事院審查」。此項規定之目的在於禁止其他機關介入人事院之職權行使。

又同法第 4 條第 4 項規定：「人事院管理其內部機構。國家行政組織法（昭和二十三年法律第一二〇號）不適用於人事院。」是以，法律賦予人事院相當超然獨立之地位，得不受「國家行政組織法」限制，得就其所掌事務為執行法律，或依法律之授權，制訂人事院規則，發佈人事院指令並規定其程序，並可自設內部組織，自訂員額。

人事院之任務乃確保公務員人事管理的中立性、公正性，在內閣制下，不受政黨政治之影響，使國民對行政機關寄予信任，做為獨立、公正、中立、專門的人事行政機關，確實推動施政以因應情勢，並施行有效率的行政運作。人事院依法掌理俸給及其他服務條件暨人事行政改善之建議、職位分類、考試及任免、俸給、訓練進修、身份變更、懲戒、申誡之處理、擔任職務倫理之保持，以及其他確保人事行政之公平及保證職員福利之事務。目前人事院之組織架構。關於保障程序，則於以下之救濟類型中加以說明。

（二）人事委員會及公平委員會

在地方自治團體層面，主管公務員保障之機關為人事委員會或公平委員會。依照地方公務員法第 7 條規定，都道府縣及地方自治法（昭和 22 年法律 67 号）第 252 條之 19 第 1 項所指定都市（依政令所指定人口五十萬以上的都市）以條例設置人事委員會。前項指定都市以外之都市人口 15 萬以上者及特別區，以條例設置人事委員會或公平委員會。人口未滿 15 萬之市、町、村及地方公共團體，以條例設置公平委員會。設置公平委員會之地方公共團體，得經議會議決規定，與其他設有公平委員會之地方公共團體共同設置公平委員會，或者受其他地方公共團體人事委員會之委託，處理該法第 8 條第 2 項所規定之公平委員會事。

由以上規定可知，人事委員會及公平委員會之設置，係依照地方公共團體的行政規模、行政組織及公務員人數而作不同設計，以處理該法第 8 條以下所規定之事務。人事委員會的主要功能包括[■]：

- 1、為確保具有公務員任命權者從事人事行政之公平性，給予必要之勸告；
- 2、作為人事行政專門機關，就所掌之專門技術問題制訂必要之規則；
- 3、為保護公務員之身分及權利，就不利益處分等進行準司法審查；
- 4、為勞雇關係法制化，以第三機關地位從事公務員團體登錄等事務。

而公平委員會之功能，則僅限於第 3 及第 4 項。

人事委員會或公平委員會係保持政治中立，獨立行使職權之組織，由三人組成，其中兩人不得同屬於同一政黨。委員的任命，係經過議會同意，由地方首長選任之（地方

■ 足立雅英，收於：栗田久喜柳 克樹編，前掲書，「地方公務員法」，頁 41-42。

公務員法第9條）。該種委員會具有廣泛之權力，包括準司法權（任命權者與公務員之間發生爭議時由其裁定，具有類似司法機關之權限）、準立法權（自訂行使權限之基準，或為實施法律、條例所賦予之權限而訂定規則）及準行政權（調查關於人事行政之事務，管理人事紀錄及作成其他有關人事之統計報告）[■]。

■ 足立雅英，收於：栗田久喜柳 克樹編，前掲書，「地方公務員法」，頁 46-47。

第四章 保障對象之修法建議

綜合前述有關我國及外國公務人員保障制度中保障對象的介紹與檢討之後，本研究認為，我國未來公務人員保障制度的保障對象，可以朝以下方向思考放寬。因為，為因應新公共管理的發展趨勢及政府改造，無論是德國或日本對於公務員制度皆有不同程度的改革，其中日本的改革幅度相當大。將來我國若參考日本也建立「官民人才交流制度」時，除交流派遣的公務員，如何保障其權利或利益之外，派遣採用而進入公部門體系的民間企業人才，應依法律或是透過契約加以保障，也值得思考。不過，此部分因無現行制度，僅提供理論上的建議而已。至於現階段主要問題有以下兩點：

壹、釐清保障法之保障對象

我國「公務員」或「公務人員」概念頗為繁複，這些概念並非指涉相同性質之法律關係。本計畫以為，公務人員任用法上之「公務人員」概念以及公務員服務法上之「公務員」概念，乃是核心之概念。由於「公務員」概念指涉對象之範圍較廣，包含了「公務人員」概念之指涉對象，從而可能將前者理解為後者之上位概念。在比較法上，德國法將公職人員分成三大類，即公務員（Beamte）、職員（Angestellte）及工友（Arbeiter），而保障制度僅限於公務員部分，職員與工友因係以團體勞動契約（Tarifvertrag）來規範國家與其彼此間之法律關係，故其保障亦以契約條款行之[■]，此種身分的區別相當清楚。日本法上的公務員雖也有不同意義，但其有一般性的國家公務員法及地方公務員法，在法律上明確規定一般職及特別職，有爭議的個案交由人事院或其他人事委員會、公平委員會認定，操作標準相對清楚。而我國公務員概念各法定義不同，或以「任用行為」，或以「俸給」為區別標準，致使保障法中又區分第3條適用的公務人員概念及第102條之準用人員概念。此種區分方式有必要檢討修正。因為，如有具公法上職務關係之人員不在公務人員保障法之保障範圍，在法政策上具有不圓滿性，可能構成法律漏洞，故應透過修法來填補此一漏洞。

貳、擴大保障法之保障對象

基於上述，目前與國家處於公法上職務關係卻非公務人員保障法之保障對象，應修法納入，包括：

- 甲、依行政院暨所屬機關約雇人員僱用辦法進用之約僱人員，

■ 林明鏞，前揭書，頁198-199

- 乙、 各級學校校長，
- 丙、 公營事業人員中，除交通事業人員外其他依行政內部規章任用之人員。

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[■]。

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[■]。我國憲法條文規定雖有不同，但也應該做相同解釋。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之侵害。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

■ 張桐銳，公務員與基本權，中原財經法學，第十八期，頁2-3。

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

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[■]。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[■]。

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[■]）、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

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

■ 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。

■ 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。

申訴[■]；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[■]。而就類型眾多的調任事件，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[■]；又如「同職系間」[■]、「同一陞遷序列間」[■]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[■]，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[■]。

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[■]。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

■ 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。

■ 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。

■ 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。

■ 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。

■ 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。

■ 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。

■ 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。

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

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[■]。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[■]。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[■]。

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

■ 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。

■ 李建良，前揭文，頁 161。

■ 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—，司法院，民國 91 年，頁 455-456。

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）」。[■]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[■]。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

■ 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。

法立即達到命原機關為「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[■]，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，機關為達行政目的所為之作為或不作為，而有具體事實存在者均屬之[■]。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[■]。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。

■ 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。

■ 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。

■ 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。

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[■]。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」[■]。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」[■]。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

■ 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。

■ 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。

■ 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。

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、課予義務訴訟之先行程序，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[■]。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，

■ 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。

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执行程序，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(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[■]。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」的停止執执行程序，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：

（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[■]。

■ 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。

■ 李建良，前揭文，頁 164-165。

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[■]。故假扣押制度對公務人員權利保障而言，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，而依公務人法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」[■]。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

■ 陳計男，行政訴訟法釋論，著者發行，三民書局總經銷，2000，頁747。

■ 李建良，前揭文，頁165。

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。」

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[■]。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[■]。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

■ 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。

■ 李建良，前揭文，頁165；陳計男，前揭書，頁765-766。

■ 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。

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[■]，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[■]。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[■]，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。

■ 程明修，公務人員陞遷之救濟，頁 90 以下。

■ 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。

■ 程明修，公務人員陞遷之救濟，頁 63 以下。

（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[■]，保障容有未盡之處。

貳、申訴程序

一、停止執行

依依據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[■]。不過，在運作上尚須注意以下二點[■]：

- （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、

■ 李建良，前揭文，頁 165-166。

■ 李建良，前揭文，頁 166。

■ 李建良，前揭文，頁 166-167。

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；人事命令一旦發布，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設，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」[■]。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）[■]。

■ 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 號復審決定書

■ 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。

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■

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。

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)*。若申訴內容是針對直屬長官本人，則該申訴可直接

■ 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—人事行政爭訟一，司法院，民國91年，頁473以下。

■ 也可以參照公務員法基準法第六十條規定。

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[■]。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[■]。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[■]。

貳、法院的救濟途徑[■]

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

■ Kunig, aaO., Rn. 177.

■ 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/reportshow.asp?61>；周世珍，前揭書，頁366-367。

■ 林明鏘，前揭書，頁212。

■ Kunig, aaO., Rn. 178 ff.

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[■]。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[■]。以下乃就分別就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[■]。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[■]。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[■]。

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，而且即使是最高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[■]。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

■ Kunig, aaO., Rn. 52.

■ Baßlsperger, ZBR 2005, 192.

■ 行政法院法第四十條第二項第二句也有相應的保留規定。

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

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

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

法」(Dienstrechtsreformgesetz)。這是為了讓人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[■]。

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[■]。

參、懲戒事件[■]

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)*，取代了原來的「聯邦懲戒規則」。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)

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

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

■

http://www.bmi.bund.de/cln_028/nn_121560/Internet/Content/Common/Lexikon/D/Disziplinarrecht_Id_19903_de.html
。查訪日期：2008.8.11。

■ 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).

- 罰鍰 (Geldbuße)
- 減俸 (Kürzung der Dienstbezüge)：依新法，減俸減少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[■]。
- 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)*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

■ 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。

■ 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.

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■

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 herausgehobene Dienstposten)*。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)*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

■ 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。

■ Schmidt, aaO., Rn. 776 f.

■ 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。

任命競爭者為公務員後，就因為缺乏訴訟權能、沒有權利保護的必要、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[■]。

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[■]。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[■]。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要求[■]。

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[■]。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

■ Schmidt, aaO., Rn. 779 f.

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

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

■ Schmidt, aaO., Rn. 785.

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

段保持開放[■]。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[■]。

(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[■]。

(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。」[■]

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

■ BVerfG-K NJW 1990, 501.

■ Schmidt, aaO., Rn. 786 f.

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

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

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[■]。

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，也就是提起課予義務訴訟，要求被告機關做出新的選擇決定[■]，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[■]。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[■]。

二、職務競爭[■]

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。

■ Schmidt, aaO., Rn. 783.

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

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

■ Schmidt, aaO., Rn. 784.

■ Schmidt, aaO., Rn. 818 ff..

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[■]。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[■]。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[■]。

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[■]。

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

■ Kunig, aaO, Rn. 108, 113.

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

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

■ 藤田宙靖，前掲書，頁 368。

（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[■]。

（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[■]。

（三）不服提出期間

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

■ 宇賀克也，行政法概說Ⅱ，行政救濟法，頁 28。

■ 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。

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[■]。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[■]。

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」[■]。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[■]。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[■]：

- （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；
- （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

■ 最判昭和 27・4・25 民集 6 卷 4 號 462 頁。

■ 人事院規則 13-1 第 6 條第 2 項。

■ 人事院規則 13-1 第 3 條。

■ 人事院規則 13-1 第 67 條第 1 項。

■ 人事院規則 13-1 第 71 條。

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[■]。

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[■]，具有準司法程序之性質[■]。其具有以下之特徵：

1、審查機關之獨立性[■]

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[■]

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。

■ 人事院規則 13-1 第 75 條。

■ 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。

■ 宇賀克也，前掲書，頁 349。

■ 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。

■ 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。

在國家公務員部分，人事院必要時得另外指定三名或五名公平委員組成「公平委員會」進行獨立調查[■]。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[■]。

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[■]。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[■]。

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[■]。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[■]。

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

■ 人事院規則 13-1 第 19 條。

■ 國家公務員法第 91 條第 2 項。

■ 國家公務員法第 92 條之 2 及地方公務員法第 51 條之 2。

■ 人事院規則 13-1 第 61 條。

■ 宇賀克也，前掲書，頁 350。

■ 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。

行為之救濟程序。例如，『特定獨立行政法人等之勞動關係法（原名稱爲「特定獨立行政法人等の労働関係に関する法律」）』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[■]。其勞動團體及現職公務員係透過「不當勞動行為制度」而受到保護[■]。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査法提起訴願。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[■]，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[■]。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[■]。而人事院為審理此類案件設置「災害補償審查委員會」[■]。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[■]。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[■]。此外，對於福利事

■ 特定獨立行政法人等の労働関係に関する法律第 37 條第 1 項。

■ 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。

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

■ 人事院規則 13-4 第 14 條。

■ 國家公務員災害補償法第 24 條第 1 項。

■ 人事院規則 13-3 第 2 條。

■ 人事院規則 13-3 第 3 條。

■ 人事院規則 13-3 第 24 條。

業經營之措施，亦有同樣之申訴規定[■]。

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[■]，在其指揮監督之下進行指導、斡旋及其他必要之措施[■]。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。

■ 國家公務員災害補償法第 25 條。

■ 人事院規則 13-5 第 3 條。

■ 人事院規則 13-5 第 4 條第 1 項。

第七章 救濟類型之修法建議

綜合本篇中有關我國及外國公務人員保障制度中之救濟類型的介紹與檢討之後，本計畫認為，我國未來公務人員保障制度中的救濟類型，應朝以下所述方向發展：

壹、強化公務員之權利保障

在行政訴訟類型增修後，對於管理措施仍有提起行政訴訟之可能，保障法應配合修正。憲法第 16 條保障人民之訴訟權，國家必須提供完善有效的司法救濟。由於「有權利必有救濟」，基於「權利救濟保障」的要求，人民只要有權利受到公權力侵害之情形，都可以訴請司法救濟，至於該措施之法律性質，在所非問。此於公務人員之權利救濟，適用上並無不同。因此得否提起行政訴訟，判斷基準應在於「**公務人員之權利是否受到侵害**」。至於侵害行為的性質（是否為行政處分），只是選擇訴訟類型之標準。依照目前保障法之規定，公務人員對於管理措施之侵害，只能循申訴、再申訴途徑救濟，忽略其仍得提起給付或確認訴訟之可能性，似有違反前述保障訴訟權之憲法規定，有盡速配合修正之必要。

貳、對非行政處分行為之侵害類型，仍應先經過保訓會之先行程序為宜

公務人員對於違法侵害權利之非行政處分行為，仍得提起給付或確認等訴訟，業如前述。依照現行行政訴訟法，提起給付或確認訴訟前並無須經過先行程序，對於公務人員是否也一體適用，或者有必要為特殊之安排？

本研究認為，公務人員對於非行政處分行為之侵害類型，仍以先經過保訓會先行程序處理為宜。此於前述外國立法例中不乏實例可參。依照德國公務員法基準法第 126 條第 3 項規定，公務員基於公務員關係所提起的全部訴訟，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，而且即使是最高行政機關所為之措施亦同。這樣的規定有多重好處：

一、可強化行政機關自我審查的機制、降低對雙方勤務與忠誠關係之危害：

保訓會為一專責的行政機關，經過此一先行程序，可強化行政機關的自我審查、自我糾正，可避免公務人員動輒與所屬機關對簿公堂，有損雙方之勤務與忠誠關係。

二、基於人事法令之專業性，有賴專業機關專責處理：

由於公務人員類型繁多、人事法令龐雜，相關爭議應先行透過保訓會此一專業機關加以審查，可收釐清案情、過濾案件、解決糾紛之效。

三、可減輕法院負擔：

由於司法資源寶貴，透過保訓會之先程序，可以達到行政機關自我糾正、或至少釐清案情、過濾案件之效果，從而達到減少訟源或減少法院負擔的功能。

四、可建構完整完善周全公務人員救濟體系：

民國 92 年 05 月 28 日修正時的公務人員保障法修正案總說明中指出，該次修正係「為鎮密公務人員保障法之救濟程序，加強審議功能，以使該法之相關審理程序規定更合時宜、更為周延，…如此，方能建構公務人員保障法特有之救濟制度，確保公務人員權益，以激勵公務人員勇於任事，並使機關之公務得以順利推展」。故為符合立（修）法意旨，對非行政處分行為之侵害類型，亦應規定先經過保訓會先程序處理為宜，以建立完善周全之公務人員保障體系[■]。

參、應配合行政訴訟法之規定增加復審類型

行政訴訟法修正之後，行政訴訟審判權範圍擴大，所有「公法上爭議」事件，除法律別有規定外，均得提起行政訴訟（行政訴訟法第二條），訴訟類型也隨之增加，包括撤銷訴訟、課予義務訴訟、一般給付訴訟、確認訴訟、合併請求損害賠償或其他財產上給付之訴、維護公益訴訟、選舉罷免訴訟及其他無名訴訟[■]。然而目前保障法的復審程序只規定「撤銷復審」以及「課予義務復審」兩種類型，就公務人員之訴訟權益保障而言，顯然有所不足，亟須配合行政訴訟法之規定予以擴充。故本研究認為保障法中應增加「一般給付復審」、「確認復審」、「合併請求損害賠償或其他財產上給付復審」以及概括條款；至於維護公益訴訟、選舉罷免訴訟，由於類型特殊，並與公務人員權益保障較無直接關係，似無必要於保障法中增加相應之復審規定。

肆、申訴再申訴程序處理之對象應不包含影響權益之「違法」管理措施在內

目前申訴再申訴程序處理之對象包含影響權益之「違法」與「不當」管理措施在內。日後倘增加復審類型，在公法上之職務關係中影響權益之所有「違法」具體措施或決定，應是「給付復審」、「確認復審」等類型處理的範圍，唯有「不當」之具體措施或決定才是申訴再申訴處理的對象。是故屆時申訴再申訴程序處理之對象將有所增減。一方面，將不再包含「違法」之管理措施在內，但另一方面，針對「不當」之行政處分則亦允許公務人員提出申訴再申訴。

■ 類似主張參見周世珍，前揭書，頁 565。

■ 關於行政訴訟之種類，參照李建良等合著，行政法入門，元照出版，2005，頁 543 以下。

伍、關於暫時性權利保護制度：

根據本計畫之規劃，保障法中關於暫時性權利保護制度應有三個改進的方向：

- 一、申訴程序之暫時權利保護制度應改為假處分程序為妥；
- 二、不論是復審或申訴制度，都應增設「假處分」程序；
- 三、實務運作上關於停止執行之實體審查基準，有檢討之必要。

改進的理由如下：

（一）目前的停止執执行程序有所不足：

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。蓋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，此類措施若違法侵害公務人員之權利，當事人應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 89 條第 2 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」，導致適用公務人員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 116 條第 3 項聲請行政法院停止執行，而是應該依照第 298 條規定聲請假處分。此一結果易使人陷於錯誤和混淆。故釜底抽薪之計，應該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。其次，從暫時權利保護的周延性角度而言，在申訴程序中光是停止執行原管理措施或處置，也不能充分維護公務人員之權益，假處分程序仍然有引進之必要。雖然在增設復審類型之後，申訴再申訴處理對象將侷限於不當之管理措施或處置，範圍大幅限縮，然為完整保障公務人員之權利，仍然以賦予暫時權利保護之制度設計為宜。

（二）不論是復審或申訴制度，都應增設「假處分」程序

如前所述，目前保障法中只有停止執执行程序，缺乏假處分程序，對於公務人員無法提供完整的暫時權利保護，此有實務案例可證。首先，以前文所述之保訓會(94)公審決字第 0155 號復審決定書為例。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，提起課予義務復審，並請求停止執行。上開決定書駁回其停止執行之請求，理由之一是該復審「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」。由此案例可以窺知，目前保障法對於課予義務復審，缺乏配套之假處分機制，亟有增設之必要。

再以前文提及之保訓會(95)公申決字第 0367 號再申訴決定書所涉甄補候用事件為例。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。此際再申訴人所請求者，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」，因此其所申請者，實為定暫時狀態之假處分。蓋再申訴人希冀阻止系爭機關依據遴選結果任命他人，否則即使他在本案救濟程序中獲得平反，該職位也已經被分配出去。由本事件亦得以窺見，光是停止執行原措施或處置，並不足夠，實有引進假處分程序之必要。保訓會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，似隱含將此處之「停止執行」制度擴大解釋為假處分制度之意旨。

保訓會上開(95)公申決字第 0367 號再申訴決定書所涉甄補候用事件，究其實際，就是「競爭者事件」中預先請求暫時性的權利保護的典型案列。本研究認為，由於職缺有限，而且競爭者訴訟涉及公務人員陞遷調動的連鎖反應，再加上受任命公務員之信賴保護、公務體系穩定性之要求，故雖然我國未如德國有所謂職位安定原則，但應得以情況決定處理，認為原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背，駁回復審，而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。不過除此之外，為給予公務人員更積極適當的權利救濟管道，亦應仿效德國實務界之作法，將重點置於事前的暫時性權利保護。如此一來，假處分制度即成為競爭者事件中為保障權利救濟不可或缺的一環，尤由有增設之必要。再者，倘若日後增設保障法之復審救濟類型，如給付復審、確認復審，越是必須增設假處分制度作為配套措施。例如公務人員要求服務機關不得對之作成不利之處分（如免職處分），此際即可能因有急迫情事，且有難以回復之損害，而申請假處分。

在保障法尚未引進假處分制度以前，當事人雖然仍有依據行政訴訟法第 298 條規定聲請假處分的可能性，從而仍能獲得一定程度的暫時性權利保護；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。倘若能在復審或申訴程序一併提起假處分申請，對於公務人員的權利保障無疑是較為周全。

（三）停止執行欠缺明確的實體審查基準

自保訓會網站上的保障案件決定書查詢系統中鍵入關鍵字「停止執行」所獲得的決定書中，尚未發現有「准予」停止執行之案例。故從量的觀點而言，保訓會關於停止執行之實體

審查基準或許有過於嚴格之「嫌疑」。不過僅從數量來判斷，流於空洞臆測，有失公允，況且自從民國 92 年 5 月 28 日增設停止執行制度迄今，申請案件累積約 30 件左右，數量並不多，因此仍應進一步從「質」的觀點來加以觀察。惟綜觀保訓會相關決定之內容，除少數有較為詳細的說明和論證外，絕大多數決定書都只以簡略而制式的理由一筆帶過，最常見的理由是「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」[■]，也未交代案例事實，這方面容有改進的空間。

其次，少數就實體審查標準有較清楚之說明者，例如公務人員保障暨培訓委員會 96 公申決字第 0461 號、(93)公申決字第 0006 號再申訴決定書表示：「…而判斷有無停止執行之必要，應就原管理措施合法性是否顯有疑義或若不停止執行，是否會發生難以回復之損害，以及若予以停止執行，原管理措施之目的是否無法達成等因素，予以綜合衡量。…」此標準大約是德國所謂「略式審查」(summarische Prüfung)與「利益衡量」(Interessenabwägung)模式併用。前者是指申請人停止執行之申請有無理由，完全取決於申請人在本案爭訟程序本身有無勝算希望，亦即系爭行政處分或管理措施是否違法或顯有不當，故此處所作之審查與本案爭訟程序中相同，咸以具體個案中的實體法問題為審查主要的對象；唯一不同者，乃停止執行程序中所作的審查較為粗略，僅具概括性，而不深入探究細部與過度複雜性的法律問題而已，因此稱為「略式審查」。相反地，在所謂「利益衡量」模式中，本案有無勝訴希望並非關鍵，重要的毋寧是該具體個案中所設之各方利益如何斟酌的問題；申言之，此處主要是比較並評價「萬一申請人之停止執行的申請照准，而事後在本案程序上敗訴，結果如何」與「萬一申請人之停止執行的申請遭駁回，而事後在本案程序中卻勝訴，結果又如何」等兩種假設性後果之孰輕孰重（即所謂雙重假設模式），來決定停止執行之申請是否有理由[■]。不過「略式審查」與「利益衡量」模式的關係如何？以孰者為先？只要滿足其一即可，或是必須同時符合兩者之要求？保訓會上開決定書並沒有進一步說明。

不過在前文提過的保訓會(95)公申決字第 0367 號再申訴決定書（關於甄補候用事件）中對上開問題提供了進一步的解答。該事件中，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提起申訴、再申訴請求救濟，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

■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 號復審決定書。

■林明昕，前揭文，頁 29-30。

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。」由這段理由說明可知，保訓會認為「略式審查」與「利益衡量」模式都是必要條件；申言之，光是原處置有疑義，亦即本案有勝訴希望，並不足夠，尚必須「利益衡量」後有必要，始可停止執行。這樣的雙重條件可說是十分嚴格。蓋該依據國內學者的研究[■]，德國學說與實務在 Friedrich Schoch 見解的影響下，有關停止執行之實體審查標準的討論已逐漸趨於一致，也就是採取「階段化審查」模式，不過其中，本案是否有勝訴希望，仍為主要關鍵：

- 第一階段：先以「略式審查」模式作繫諸實體（法）之審查。本案顯有勝訴希望者，停止執行；本案顯無勝訴希望，不停止執行。
- 第二階段：「略式審查」配合「利益衡量」。當本案之勝訴或敗訴希望，並非明顯時，是否停止執行原則上仍取決於勝訴之「蓋然性」（「略式審查」）；但是當執行或不執行之結果，嗣後不能，或至少相當難以回復至執行或不執行前的原始狀態時，則此際，停止執行與否取決於有無回復之可能（利益衡量）。
- 第三階段：純粹「利益衡量」。當本案勝、敗訴希望均有可能，或完全不明時，則停止執行之利益與執行之利益的輕重程度，決定停止執行或不停止執行。

對照德國上開「階段化審查」模式，保訓會上開決定書之審查標準可謂相當嚴格，為顧全公務人員之暫時權利保護，似有檢討之必要。

再者，保訓會(95)公申決字第 0367 號再申訴決定書所涉之甄補候用事件中，遴選結果執行在即，也就是人事命令即將發布，恐再申訴人再申訴有理由也只能徒呼負負，此時保訓會仍稱「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」，似有悖常理；上開決定書中之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誠屬誤解。綜合上述，保訓會對於停止執行問題，在認事用法方面，容有商榷之餘地。

第八章 結 論

■ 林明昕，前揭文，頁 35-36。

綜合本研究中有關我國及外國公務人員保障制度中保障對象與救濟類型的介紹與檢討之後，可以發現我國與德日兩國主要有以下之差異，茲以表格歸納整理如下，以供參考：

比較國別及項目	我國	德國	日本
保障對象	適用對象：法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。不包括政務人員、民選公職人員。 準用對象：一、教育人員任用條例施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。三、公營事業依法任用之人員。四、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。五、應各種公務人員考試錄取佔法定機關、公立學校編制職缺參加學習或訓練之人員。	聯邦公務人員係指與聯邦，或聯邦直接設置之公法社團、公法上營造物或公法財團，處於公法上勤務與忠誠關係之人員。不包括與行政主體處於私法上勞動契約關係之勞工。	國家公務員：依照國家公務員法之定義係指專門掌理憲法第 73 條中所指關於官吏之事務者；區分為一般職及特別職兩類。某種職位是否屬於國家公務員，由人事院判斷。 地方公務員：如同國家公務員法一樣，並無積極的定義，僅將地方公務員區分為一般職及特別職兩類。

保障 依據	公務人員保障法及其他相關法規。	聯邦無統一的保障制度立法，散於各公務員法規 各邦由各該公務員法規定之。	國家公務員法及地方公務員法及其他相關法規。
保障 組織	公務人員保障暨培訓委員會	一、主管機關及民意代表機關 二、公務員代表會 三、資訊保護官	國家：人事院 地方公共團體：人事委員會或公平委員會
救濟 程序	一、復審 二、申訴及再申訴	法院外的救濟途徑包括下列幾種： 一、請願 二、依機關層級循序向上級提出「申請或申訴」 三、向公務員代表會提出申訴 四、向資訊保護官請求救濟	一、請求不利益處分說明書交付 二、對於不利益處分之抗告爭訟 三、請求審查給付決定之申訴 四、不當勞動行為之救濟 五、請求審查災害補償之申訴 六、苦情諮商

根據以上之論述與比較，本研究針對目前保障法中關於保障對象與救濟類型的問題，提出以下建議做為結論。

壹、保障對象部分－應擴大保障法之保障對象

作為保障法中保障對象的「公務人員」概念係與公務人員任用法上之「公務人員」概念連結，而非採取與公務員服務法上之「公務員」概念。公務員服務法本身，對於「公務員」

之界定，除受有俸給之文武職人員外，還包括在公營事業機關服務之人員。保障法中又區分第3條適用的公務人員概念及第102條之準用人員概念，將依法任用公務人員作為適用對象，將公營事業依法任用之人員列為準用人員。此兩類公務人員依照公務員服務法所應遵守的義務相同，而依照保障法的權利保障確有身分區別，保障法中並無明確規定差別對待的基準何在。此種區分方式有必要檢討修正。何況，德日等國為因應新公共管理的發展趨勢與政府改造所需，無不基於公私夥伴關係，推動「官民人才交流制度」。在此發展趨勢之下，公務員權益之保障應配合規劃，例如，交流派遣的公務員，如何保障其權利或利益，派遣採用而進入公部門體系的民間企業人才，應依法律或是透過契約加以保障，都值得思考。不過，此部分屬於長期的制度設計。現階段應解決的問題，是將具有公法上職務關係而被排除於保障範圍之外的人員，透過修法納入。目前與國家處於公法上職務關係卻非公務人員保障法之保障對象，建議應修法納入者包括：

- 一、依行政院暨所屬機關約雇人員僱用辦法進用之約僱人員，
- 二、各級學校校長，
- 三、公營事業人員中，除交通事業人員外其他依行政內部規章任用之人員。

貳、救濟程序部分

至於救濟程序部分，綜合歸納可以提出以下建議，作為修法的基準。基本方向是朝如何配合行政訴訟法之修正，提供公務員更完整有效的法律救濟途徑。

一、增加公務員權利之程序保障

在行政訴訟類型增修後，除行政處分之外，對於管理措施也可能提起行政訴訟，保障法應配合行政訴訟法的修正，增加救濟類型。因為，無論是與國家處於一般法律關係的人民，或是與國家具有公法上職務關係之公務員，基於法治國中「有權利必有救濟」之法理，依照憲法第16條等規定，國家負有提供有效法律救濟途徑之義務。換言之，思考公務人員之權利保障問題時，重點在於「**公務人員之權利是否受到侵害**」，而非其法律關係為何。至於侵害行為的性質（是否為行政處分），只是選擇訴訟類型之標準。依照目前保障法之規定，公務人員對於管理措施之侵害，只能循申訴、再申訴途徑救濟，忽略其仍得提起給付或確認訴訟之可能性，似有違反前述法治國原則之要求，建議應該修法。

二、強化保訓會之專業判斷機制

如前所述，公務人員對於違法侵害權利之非行政處分行為，仍得提起給付或確認等訴訟。而且，根據現行行政訴訟法規定，提起給付或確認訴訟前並無須經過先行程序，此種制度設計，本計畫研究認為，於公務人員救濟程序應另作安排。亦即，公務人員對於非行政處分行為之侵害類型，仍以先經過保訓會先行程序處理為宜。此於前述外國立法例中不乏實例可參。依照德國公務員法基準法第 126 條第 3 項規定，公務員基於公務員關係所提起的全部訴訟，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，而且即使是最高行政機關所為之措施亦同。此種機制具有下列優點：

（一）可強化行政機關自我審查的機制、避免公務人員動輒與所屬機關對簿公堂，降低對雙方勤務與忠誠關係之危害。

（二）基於人事行政之專業性，由專業機關保訓會處理，更能有效地解決糾紛。

（三）可減輕法院負擔：

由於司法資源寶貴，透過保訓會之先行程序，可以達到行政機關自我糾正、釐清案情及過濾案件之效果，達到減少訟源或減少法院負擔的功能。尤其，在擴大保障對象與增加救濟類型的前提之下，案件量勢必增加，更有賴保訓會的篩選機制。

（四）可建構完整周全的公務人員救濟體系：

強化保訓會之審議與判斷功能，使相關審理程序規定更合時宜及周延，方能達到憲法所要求之有效救濟功能。

三、應配合行政訴訟法之規定增加復審類型

基於前述兩項理由，本計畫研究認為，在行政訴訟法修正之後，行政訴訟審判權範圍擴大，所有「公法上爭議」事件，除法律別有規定外，均得提起行政訴訟（行政訴訟法第二條），訴訟類型也隨之增加，包括撤銷訴訟、課予義務訴訟、一般給付訴訟、確認訴訟、合併請求損害賠償或其他財產上給付之訴、維護公益訴訟、選舉罷免訴訟及其他無名訴訟。然而目前保障法的復審程序只規定「撤銷復審」以及「課予義務復審」兩種類型，就公務人員之訴訟權益保障而言，顯然有所不足，亟須配合行政訴訟法之規定予以擴充。故保障法中應增加與公務人員權益保障有關的「一般給付復審」、「確認復審」、「合併請求損害賠償或其他財產上給付復審」以及概括條款。

四、申訴再申訴程序處理之對象應不包含影響權益之「違法」管理措施在內

目前申訴再申訴程序處理之對象包含影響權益之「違法」與「不當」管理措施在內。日

後倘增加復審類型，在公法上之職務關係中影響權益之所有「違法」具體措施或決定，應是「給付復審」、「確認復審」等類型處理的範圍，唯有「不當」之具體措施或決定才是申訴再申訴處理的對象。是故屆時申訴再申訴程序處理之對象將有所增減。一方面，將不再包含「違法」之管理措施在內，但另一方面，針對「不當」之行政處分則亦允許公務人員提出申訴再申訴。

五、關於暫時性權利保護制度：

根據本計畫之規劃，保障法中關於暫時性權利保護制度應有三個改進的方向：

- （一）申訴程序之暫時權利保護制度應改為假處分程序為妥；
- （二）不論是復審或申訴制度，都應增設「假處分」程序；
- （三）實務運作上關於停止執行之實體審查基準，有檢討之必要。

詳細理由請參考第三篇第三章修法建議之部分。

第九章 公務人員保障法中保障對象與救濟類型修正草案總說明及 條文對照表

壹、保障對象與救濟類型修正草案總說明

為強化公務人員之權利保障，擴大公務人員保障法之適用範圍，落實法治國家有效權利救濟之原則，提出「公務人員保障法修正草案」如下。此次修正重點包括以下幾項：

一、擴大保障適用範圍：

修正第 3 條第 1 項，將「依行政院暨所屬機關約雇人員僱用辦法進用之約僱人員、各級學校校長及公營事業人員中，除交通事業人員外其他依行政內部規章任用之人員。」納入適用範圍，第 102 條配合修正。

二、配合行政訴訟法之規定增加復審類型

在行政訴訟法修正之後，行政訴訟審判權範圍擴大，所有「公法上爭議」事件，除法律別有規定外，均得提起行政訴訟（行政訴訟法第二條），訴訟類型也隨之增加，包括撤銷訴訟、課予義務訴訟、一般給付訴訟、確認訴訟、合併請求損害賠償或其他財產上給付之訴、維護公益訴訟、選舉罷免訴訟及其他無名訴訟。然而目前保障法的復審程序只規定「撤銷復審」以及「課予義務復審」兩種類型，就公務人員之訴訟權益保障而言，顯然有所不足，亟須配合行政訴訟法之規定予以擴充。故保障法中應增加與公務人員權益保障有關的「一般給付復審」、「確認復審」、「合併請求損害賠償或其他財產上給付復審」以及概括條款。爰增訂第 25 條之 1、第 26 條之 1、第 26 條之 2 及第 26 條之 3 四項條文。

三、保訓會之先行程序前置主義

為強化行政機關自我審查的機制、提升人事行政之專業性、減輕法院負擔及配合建構完整周全的公務人員救濟體系，修正規定，公務人員提起行政訴訟法各類訴訟之前，皆應提起復審。與復審類型增加之設計互相配合。

四、修正暫時性權利保護制度

為有效保障公務員權利，除實體保障之外，本次修正也加強暫時性權利保護制度。復審或申訴制度皆增設「假處分」程序。申訴程序之暫時權利保護制度應改為假處分程序。故將第 89 條第 2 項「管理措施或有關工作條件之處置」等文字刪除。並配合增訂第 90 條之 1 至第 90 條之 6 等六項條文。

貳、條文對照表

修正條文	現行條文	修正理由
第 3 條 本法所稱公務人員，係指於各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）擔任組織法規所定編制內職務及支領俸（薪）給之人員。 <u>前項規定不包括政務人員、軍職人員、公立學校教師及民選公職人員。</u>	第 3 條 本法所稱公務人員係指<u>法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。</u> <u>前項人員不包括政務人員、民選公職人員。</u>	1. 與行政主體處於公法上職務關係之人員，既負有特殊之義務，即應為本法之適用對象。至於任用，與聘用、聘用、僱用相同，皆僅為公法上職務關係之發生原因之一，故因各種原因而發生公法上職務關係之人員，皆應為本法適用對象，並不以任用行為為限。 2. 於各級行政機關、公立學校、公營事業機構（以下簡稱機關）擔任組織法規所定編制內職務支領俸（薪）給之人員，為公務員服務法第 24 條所規定之公務員，因而處於公法上之職務關係。故此等人員如以契約進用，此等契約為行政契約。各機關如於法定編制外自行以契約進用人員，該契約為私法上之勞

		動契約，該進用人員即非本法保障對象。 3.參考公務人員基準法草案第2條定訂本條文。 4.政務人員與民選公職人員仍依現行條文，排除於本法保障範圍之外。另配合公務人員基準法草案第2條，亦將軍職人員與公立學校教師排除於保障範圍之外。
第三章 復審程序 第25條 公務人員與服務機關或人事主管機關（以下均簡稱<u>原機關</u>）<u>間因公法上職務關係，關於其權利或利益遭受違法侵害之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起復審。非現職公務人員基於其原公務人員身分之請求權遭受侵害時，亦同。</u> 公務人員已亡故者，其遺族基於該公務人員身分所生之公法上財產請求權遭受侵害時，亦得依本法規定提起復審。	第三章 復審程序 第25條 公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱<u>原處分機關</u>）<u>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分之請求權遭受侵害時，亦同。</u> 公務人員已亡故者，其遺族基於該公務人員身分所生之公法上財產請求權遭受侵害時，亦得依本法規定提起復審。	一、現行條文第1項前段改列第25條之1。 二、修正條文第1項前段係新增。本規定係配合行政訴訟法之修正，仿照該法第2條之規定，增加概括條款，俾公務人員就其與服務機關或人事主管機關間因公法上職務關係，關於其權利或利益遭受違法侵害之爭議，除法律別有規定外，均得依本法提起復審，不以行政處分為限，以提供公務人員完整有效之權益保障。
第25條之1		一、修正條文係由現行

<u>公務人員對於原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，得提起復審。</u>		條文第 25 條第 1 項改列，並略做文字修正。
第 26 條 公務人員因<u>原機關</u>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，得提起復審。 <u>公務人員因原機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為損害其權利或利益者，亦同。</u> 第一項前段之期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。	第 26 條 公務人員因<u>原處分機關</u>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。	一、新增修正條文第 1 項後段。蓋現行條文第 1 項僅規定怠為處分之課予義務復審，至於拒絕申請之課予義務復審則缺乏明文。為求明確，爰仿造行政訴訟法第 5 條規定增列之。 二、修正條文第 1 項前段及第 2 項略做文字修正。
<u>第 26 條之 1</u> <u>確認行政處分無效及確認因公法上職務關係所生之法律關係成立或不成立之復審，非公務人員有即受確認決定之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之復審，亦同。</u> <u>確認行政處分無效之復審，須已向原機關請求</u>		一、本條係新增。 二、公務人員因與原機關間因公法上職務關係所生之爭議而有即受確認決定之法律上利益者，亦應許其提起復審，以維權益，故仿照行政訴訟法第 6 條規定增列之。

<u>確認其無效未被允許，或經請求後於三十日內不為確答者，始得提起之。</u> <u>確認因公法上職務關係所生之法律關係成立或不成立之復審，於公務人員得提起撤銷復審者，不得提起之。</u>		
<u>第 26 條之 2</u> <u>提起復審，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。</u>		一、本條係新增。 二、仿照行政訴訟法第 7 條規定允許公務人員於復審程序中合併求損害賠償或其他財產上給付，以促進權益之保障。
<u>第 26 條之 3</u> <u>公務人員與原機關間，因公法上職務關係所生之財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起復審。因公法上職務關係之契約發生之給付，亦同。</u> <u>前項給付復審之決定，以行政處分應否撤銷為據者，應於依第二十五條之一提起撤銷復審時，併為請求。公務人員未為請求者，保訓會應告</u>		一、本條係新增。 二、仿照行政訴訟法第 8 條規定增定一般給付復審。

<u>以得為請求。</u>		
第四章 申訴及再申訴程序 第 77 條 公務人員對於服務機關因<u>公法上職務關係</u>所為之<u>公法上具體決定或措施</u>認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。 公務人員提起申訴，應於前項之<u>決定或措施</u>達到之次日起三十日內為之。 公務人員離職後，接獲原服務機關之<u>決定或措施</u>者，亦得依前二項規定提起申訴、再申訴。	第四章 申訴及再申訴程序 第 77 條 公務人員對於服務機關所為之<u>管理措施或有關工作條件之處置</u>認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。 公務人員提起申訴，應於前項之<u>管理措施或處置</u>達到之次日起三十日內為之。 公務人員離職後，接獲原服務機關之<u>管理措施或處置</u>者，亦得依前二項規定提起申訴、再申訴。	一、修正條文第 1 項將申訴再申訴對象放寬為服務機關因公法上職務關係所為不當之公法上具體決定或措施。蓋不僅管理措施或有關工作條件之處置有不當之可能，行政處分亦可能不當，故將本項規定放寬，以求周延。 二、第 2、3 向亦配合作文字修正。
第六章 執行 第 89 條 原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行。 原行政處分合法性顯有疑義者，或其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，保訓會、原處分機	第六章 執行 第 89 條 原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行。 原行政處分、<u>管理措施或有關工作條件之處置</u>合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並	一、修正條文第 2 項刪除「管理措施或有關工作條件之處置」等文字。蓋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

關或服務機關得依職權或依申請，就原行政處分全部或一部，停止執行。	非為維護重大公共利益所必要者，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請，就原行政處分、<u>管理措施或有關工作條件之處置</u>全部或一部，停止執行。	課予義務訴訟、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」。故為維持法體系的一致性，保障法中停止執行的對象亦應以行政處分為限；至於管理措施或有關工作條件之處置的暫時權利保護則劃歸「假處分」程序處理。
<u>第 90 條之 1</u> <u>因公法上職務關係所生之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得申請假處分。</u> <u>因公法上職務關係所生之法律關係之爭執，為</u>		一、本條係新增。 二、仿照行政訴訟法第 298 條規定增訂假處分程序，以提供公務人員完整有效之暫時權利保護。 三、明訂假處分之申請，由保訓會決定之。

<u>防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得申請為定暫時狀態之處分。</u> <u>前項處分，得命先為一定之給付。</u> <u>假處分之申請，由保訓會決定之。保訓會為假處分決定前，得通知當事人、關係人到達指定處所陳述意見並接受詢問，或為其他必要之調查。</u>		
<u>第 90 條之 2</u> <u>關於假處分之請求及原因，非有特別情事，不得命供擔保以代釋明。</u>		一、本條係新增。 二、仿照行政訴訟法第 301 條規定。
<u>第 90 條之 3</u> <u>假處分決定後，尚未提起復審者，應於決定送達後十日內提起；逾期未提起復審者，保訓會應依申請撤銷假處分決定。</u>		一、本條係新增。 二、仿照行政訴訟法第 295、302 條規定。
<u>第 90 條之 4</u> <u>關於假處分之決定，得向管轄本案之高等行政法院聲明不服。</u> <u>前項聲明，應於決定送達後十日之不變期間內為之。但送達前之聲明亦有效力。</u>		一、本條係新增。 二、第 2 項明訂關於假處分之決定，得向管轄本案之高等行政法院聲明不服。 三、第 3 項明訂聲明不服之不變期間。

<u>第 90 條之 5</u> <u>除別有規定外，行政訴訟法關於假處分之規定，於本章假處分程序準用之。</u>		一、本條係新增。 二、明訂除別有規定外，行政訴訟法關於假處分之規定，於本章假處分程序準用之。
第 102 條 下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。三、應各種公務人員考試錄取佔法定機關、公立學校編制職缺參加學習或訓練之人員。	第 102 條 下列人員準用本法之規定：一、教育人員任用條例施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。<u>三、公營事業依法任用之人員。四、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。</u>五、應各種公務人員考試錄取佔法定機關、公立學校編制職缺參加學習或訓練之人員。	配合第 3 條規定之修正。

--

參考文獻

壹、中文部分：

一、書籍

- 1、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，2002，頁 473 以下。
- 2、李建良等合著，行政法入門，元照出版，2005。
- 3、周世珍，公務人員保障制度之理論與實際，國立台北大學法律學系博士論文，2001。
- 4、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 153 以下。
- 5、林明鏘，論德國公務員保障制度，刊於氏著，公務員法研究（一），自行出版，2003，頁 197 以下。
- 6、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，2006，頁 1 以下。
- 7、張桐銳：告別「特別權力關係」？－從最高行政法院 94 年裁字第 1123 號裁定談起，收於：林明鏘 / 蔡茂寅（主編），行政法實務與理論（二），2006 年 11 月，頁 41 以下。
- 8、陳計男，行政訴訟法釋論，著者發行，三民書局總經銷，2000。
- 9、陳 敏，行政法總論，五版，2007 年 10 月。
- 10、游鈺添：公務員概念與體系之檢討，輔仁大學法律學研究所碩士論文，1992。
- 11、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－，司法院，2002，頁 433 以下。
- 12、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，刊於氏著，基本人權保障與行政救濟途徑，元照出版，2007，頁 209 以下。

二、期刊論文：

- 1、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，頁 112 頁以下。
- 2、徐筱菁，民營化之法律概念，公營事業評論，第 1 卷第 4 期，1999 年 11 月，頁 119 以下。
- 3、徐筱菁，公營事業人員之法律地位－從公務員法與民營法之觀點，人文及社會科學集刊，第 13 卷第 1 期，2001 年 3 月，頁 33 以下。

- 4、張桐銳，公務員與基本權，中原財經法學，第18期，2007年6月，頁1以下。
- 5、張桐銳，民營化與公務人員之身分保障－以榮工處民營化為例，中研院法律所主辦，2007行政管制與行政訴訟學術研討會，2007年11月24日。

三、網際網路資料

- 1、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
- 2、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：<http://www.exam.gov.tw/book/reportshow.asp?61>
- 3、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

貳、日文部分：

一、書籍

- 1、川村祐三，收於西谷敏/晴山一穗編，公務員制度改革，大月書店，2002年7月1日第1刷，頁63-65。
- 2、井出嘉憲，日本官僚制と行政文化，1982年4月20日初版，頁141。
- 3、宇賀克也，行政法概説 III — 行政組織法/公務員法/公物法，2008年4月10日，初版第1刷，頁322-323。
- 4、晴山一穗，收於二宮厚美/晴山一穗編，公務員制度の變質と公務勞動—NPM型效率、市場型サービス—，シリーズ地方自治構造改革を問う，自治體研究社，2005年2月10日，初版第1刷，頁83-87。
- 5、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。
- 6、鵜飼信成，公務員法，平成2年9月20日，新版初版第6刷，頁114以下。
- 7、藤原恒夫，收於：栗田久喜柳 克樹編，國家公務員法・地方公務員法 1997年5月30日初版第1刷，「國家公務員法」，頁11-20。
- 8、藤田宙靖，行政組織法【新版】，良書普及會，2001年6月25日，頁300。
- 9、鹽野宏，行政法 III【第三版】— 行政組織法，2008年1月30日，第3版第4刷，頁265。

二、期刊論文

- 1、中井 亨，國家公務員法等の一部を改正する法律（平成 19 年法律第 108 号）について，
ジュリスト 1355 号，2008・4・15，頁 24-36。

三、網際網路資料

- 1、<http://www.kantei.go.jp/jp/gyokaku/980428jinji.html>,
2、<http://www.gyokaku.go.jp/jimukyoku/koumuin/ohwaku/honbun.html>
3、<http://www.kantei.go.jp/jp/kakugikettei/2001/1225koumuin.html>

参、 德文部分：

一、書籍：

- 1、Dürr, Hansjochen/Dürr, Hella, Beamtenrecht, 6., Aufl., 2005, 66 ff.
2、Kunig, Philip: Das Recht des öffentlichen Dienstes, in: Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.),
Besonderes Verwaltungsrecht, 13. Aufl., Berlin, 2005, 735 ff.
3、Schmidt, Rolf: Besonderes Verwaltungsrecht Band I, 11. Aufl., Bremen, 2007, 311f f.

二、期刊論文：

- 1、Baßlsperger, Maximilian: Verwaltungsakt und vorprozessualer Rechtsschutz im Beamtenrecht,
ZBR 2005, 192 ff.
2、Wernsmann, Rainer: Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage, DVBl. 2005, 276 ff.

三、網際網路資料

- 1、[http://www.bmi.bund.de/cln_028/nn_121560/Internet/Content/Common/Lexikon/
※D/Disziplinarrecht_Id_19903_de.html](http://www.bmi.bund.de/cln_028/nn_121560/Internet/Content/Common/Lexikon/※D/Disziplinarrecht_Id_19903_de.html)

附件一、座談會紀錄

公務人員保障法修法研議－保障對象與救濟類型之研究座談會紀錄

時間：97 年 6 月 20 日(星期五)上午 10 至 12 時。

地點：台北大學民生校區（台北市民生東路三段 67 號）

教學大樓九樓公共行政暨政策學系會議室。

座談會出席人員名單如下：

	職稱	出席狀況
1	台北教育大學文教法律研究所副教授兼所長 周志宏	請假 以書面代替發言
2	明新科技大學人文社會與科學學院社會科學教學中心助理教授 周世珍	出席
3	中央大學法律與政府研究所副教授 陳英鈐	出席
4	行政院人事行政局人力處科長 莫永榮	出席
5	銓敘部銓審司第五科科长 藍夏瑩	出席
6	銓敘部專員 梁傑芳	出席
7	台北大學公共行政暨政策學系助理教授 陳耀祥	出席
8	中央大學法律與政府研究所助理教授 張桐銳	出席
9	淡江大學公共行政系助理教授 劉如慧	出席

台北大學公共行政暨政策學系助理教授 陳耀祥（以下簡稱：祥）：

今天非常感謝各位與會來賓在星期五早上的撥冗參與。首先先跟各位介紹今天與會學者和政府機關代表。這一位是明新科技大學的周世珍老師、人事行政局人力處的莫永榮科長、銓敘部銓審司第五科的藍夏瑩科長以及梁專員，以及我們研究團隊的夥伴，分別是中央大學法律與政府學系的張桐銳老師和淡江大學公共行政學系劉如慧老師。台北教育大學文教法律研究所的周志宏老師今天因為有其他要事無法出席。中央大學法律與政府研究所的陳英鈐老師會晚一點加入我們的討論。時間非常寶貴，我們是不是先請人力處的莫永榮科長就今天的主題發言。莫科長請。

行政院人事行政局人力處科長 莫永榮（以下簡稱：莫）：

我國政府機關的人員類型約可分為下列五種類型：（1）常任人員：依據公務人員任用法進用，是「公法上職務關係」。（2）聘僱人員：依據行政院函頒之聘僱規定，是「公法上契約關係」，此與本研究案具關聯性。考試院前於 94 年 8 月 15 日函請立法院審議之《聘用人員人事條例草案》，其將非常任人員界定為：聘用、約僱、機要、派用及聘任。依現行《公務人員保障法》（以下簡稱保障法）第 102 條準用的對象，已納入聘用、派用及聘任等人員。其中值得探討的是機要人員，目前是類人員依《各機關機要人員進用辦法》進用，須隨首長同進退，且無任用資格的限制。以加拿大經驗而言，依《文官關係法》(PSSRA)，機要人員係未納入該法所規範，此一外國立法例，提供研究團隊參考。（3）技工、工友：目前係依據《工友管理規定》，屬「私法上契約關係」。（4）臨時人員：此類人員在今年有較重大的變化，目前適用行政院函頒之《臨時人員進用及運用要點》。由於此類人員工作性質非屬行使公權力，且屬於定期契約性質，上述人員已於今年一月一日納入勞基法適用範圍，故該類人員被界定為「私法上契約關係」。（5）派遣勞工：目前政府對於此類人員尚無具體法令規範，以今年五月人事行政局調查中央機關、事業機關及學校進用之派遣勞工總人數，約有 1 萬 7 千 5 百零 4 人。勞委會前於九十年間針對派遣勞工研擬《勞動派遣法草案》，其將政府與派遣勞工間關係界定為「私法上契約關係」。總結而言，我先提供以上政府機關的人員類型，作為研究團隊參考。

銓敘部銓審司第五科科长 藍夏瑩（以下簡稱：藍）：

由於貴研究團隊所來函的討論題綱中提到，公法契約和進用人員。這個部分與我們部裡面之前送交立法院審議的《聘用人員人事條例》草案有關。因此，本人僅就與該法相關的內容、訂定的規範、設計的背景向研究團隊報告。

依現行保障法，派用、聘用以及聘任人員，依照保障法 102 條是準用的對象。銓敘部於民國九十四年送交立法院的《聘用人員人事條例》草案，該草案主要是希望建立政府契約用人的制度。因為現行政府內部的非常任、屬於臨時性質的人員的規範是散見各個不同的規範之中，因此當初是希望這些規定整合為一個法令位階，作統一的規範，以避免各類人員的權益差距過大，互相要求比較。

《聘用人員人事條例》草案是為整合五類非常任人員：第一類是聘用人員、第二類是派用人員、第三類機要人員、第四類聘任人員和第五類的約僱人員。這五類人員現在除了約僱人員以外，目前都是保障法適用或準用的對象。剛才莫科長有提到機要人員，雖然機要人員有《機要人員進用辦法》，但其機要人員進用辦法之法源是《公務人員任用法》，若各機關目前依法進用機要人員是符合機用規定員額之內的話，仍然要送至銓敘部銓敘審定的，因此也是保障法的對象。因此目前《聘用人員人事條例》草案之中的五類人員，只有約僱人員不

適用保障法，其他都是適用或準用保障法的規定。

依目前《聘用人員人事條例》草案的規劃是為延續現行的規範，該法第二條即明白規定聘用人員自聘用之日起跟國家發生公法上的契約關係，不適用勞動基準法的規定。將來聘用人員有發生爭議時，應該循公法的救濟程序，即行政救濟途徑，以便與常任人員或勞工所屬於私法關係有所區隔，此為該法設計的第一個精神。第二個精神為，雖然該法沒有明白規定，將來聘用人員該適用何種救濟程序，或者是否適用保障法，但是在該草案的第一條的說明欄中即有明白表示，因為現行保障法 102 條之規定，聘用人員是準用保障法，即使將來該草案修正施行之後，其他法令有要準用的部分，該草案仍繼續準用。換言之，當初設計條例草案規劃是條例施行後，保障法也沒有修正的話，這五類人員都是草案內的新的聘用人員，都要準用保障法的規定。包括約僱人員在內。

比較大的差異是，現在約僱人員並不適用保障法之規定。如果將來都用該條例進用的話，皆用保障法。這即是聘用草案與今日主題較為相關的背景。該條例草案是於民國 94 年 8 月送至立法院，立法院第 6 屆委員任期屆滿之前未完成審議，因此依照規定，須退回銓敘部重新擬訂。目前的進度是該條例草案仍在銓敘部裡面，由於尚未派任新的部長，所以將來的修法方向是否維持民國 94 年所送的版本，還是再作調整，這仍須視將來到任的首長來作政策的決定。

明新科技大學通識教育中心助理教授 周世珍（以下簡稱：珍）：

請問藍科長，目前約僱人員進用的法源辦法是？

藍：目前的是《行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法》。但將來的約聘僱人員進用的法源即該條例草案。整合五類人員的法源都是該條例草案。

珍：方才所談到關於私法契約的臨時人員和派遣人員是否將來也納入這個條例來用？

莫：目前並未納入該條例草案。另向周老師作一說明，剛才我是從政府機關的人員類型作一全盤檢視，臨時人員和派遣人員都屬於「私法上契約關係」，即不會產生公法上契約關係。

珍：派遣人員比較特殊，因為其是與公司一起訂定。另外，將來行政機關如果是進用臨時人員是否也適用該《聘用人員人事條例》？

藍：不是。如果該臨時人員是今年開始適用勞基法的話，是不會再適用該條例草案。該條例草案所要包括的是現行的依《行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法》進用的人員。

祥：這很有趣，自今年一月一日起進用的臨時人員，適用勞動基準法。

珍：約僱人員目前適用的法律為何？

藍：約僱人員不適用勞基法

中央大學法律與政府研究所助理教授 張桐銳 (以下簡稱：張)：

臨時人員的進用規定是？

莫：係依《臨時人員進用及運用要點》，屬於私法上契約關係。臨時人員在今年一月一日納入勞基法的適用範圍。

珍：是否是將私法契約的內容放進《臨時人員進用及運用要點》之中還是當作附件？

莫：過去臨時人員因屬業務費進用，故未納入正式人力管理範圍。目前人事局已要求各機關依上開要點妥適管理。

祥：請周世珍老師就該主題發表意見。

珍：過去約僱人員、臨時人員，大家都分不清楚。約僱人員有《行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法》，臨時人員則沒有管理，目前行政機關有注意這個問題並予以法制化，重視公務員的權益是很好。依照藍科長所講的將來通過的《聘用人員人事條例》草案整合各類人員，變成公法契約，同時將約聘人員放進來，對於這類人員更有保障。另外，對於是適用或準用保障法的部分，可能要視其工作的性質而定。因此不一定全部適用。

祥：本研究主題除了保障對象外，還有救濟程序的部分。目前保障法分為復審、申訴再申訴兩個不同救濟類型。行政訴訟法修正以後，整個訴訟類型增加了給付訴訟和確認訴訟兩種救濟類型。因此在保障法中關於救濟程序的部分是否須要增設新的救濟類型。

珍：不過目前保障法的救濟程序的前提必須是行政處分。申訴的部分是管理措施。

祥：本研究案討論的主題除了是否依行政訴訟法增加新的救濟類型外，也有再申訴之中是否有增加再審議程序的問題。保障對象和救濟類型是本研究的兩大主題。保障對象就是是否應將約聘人員納入。

另外周老師有提出關於適用或準用保障法要視工作的性質而定。這裡有一個有趣的問題是，各類人員都納入該條例草案中，那當初的分類目的何在？另外，現在全部都將其納入條例草案，是否其權益都一樣？

藍：將來在納入條例草案之後，確定權益都一樣，但目前確實有所有不同。比如說，機要人員是用公務人員任用法，是由銓敘部審定的人員，用的是公務人員的俸給表。機要人員與臨時性的約聘人員不同。

實際上，我們審究當初機要人員的規範目的是為與首長同進退，應該與一般常任的

公務人員有所差異的，其性質應該是屬於臨時性的。因此當初條例草案擬訂時，才會有一個想法說，將所有具有臨時性的人員特性通通納入其中。該條例草案共有六十餘條，對於將來如何進用、進用條件以及薪給的部分有全盤的規定。如果這個條例施行之後，即不會再有聘用、約僱、機要這些差別，將來通稱聘用人員。

祥：這個部分跟一般常任文官，通過國家考試任用的公務員而言，在身份保障方面有所差異。其實這五種人裡面，其個別屬性還是有所區別，比方說機要人員比較臨時性質，聘用人員、聘任人員或約僱人員在其性質上也是有臨時性質，那麼在性質上是否有必要再與機要人員再作區別分？現在該條例草案即就是把五種變成一種，但這就涉及將來是要直接適用或繼續準用保障法的規定，甚至有些部分要排除保障法的問題。

藍：其中，機要人員在這五類又屬於較為特別的一類，因此在該條例草案中，有特別針對具有機要性質的聘用人員，又與其他類型有所不同。另外，將來這個條例中，有將聘用人員分成不同的種類和不同的等級。比方說，該條例草案中有區別研究性、專業性、技術性的聘用人員，每一種聘用人員又分為不同的等級。又另外比如說，機要性的聘用人員在進用的方式也會與其他類型的聘用人員有所區隔。

珍：若將來《聘用人員人事條例》草案（以下簡稱**人事條例**）通過後，是不是目前機要人員的法源就要修掉。

藍：對

珍：就目行的機要人員和派用人員有官等職等，那以後人事條例通過後，是否還維持官等職等呢？

藍：沒有。

珍：保障法對於官等職等有所保障，在人事條例中這些人員沒有官等職等的話，其保障就是「準用」保障法的方式。

祥：所謂的約聘人員和臨時人員，這兩種人員的性質有所差異，是因為臨時人員是依照勞動基準法，而**約聘人員是適用**《聘用人員人事條例》草案，**納入公法契約**。臨時人員的進用不適用《約聘人員人事條例》草案。

藍：這兩種人員當初進用都是透過契約關係，但是進用的依據不同。將來納入《聘用人員人事條例》的人員一定是依《行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法》所進用的約僱人員。這個約僱辦法，在今年各級機關臨時人員適用勞動基準法，勞委會也特別公告排除這部分的適用。

張：如果不考慮這些法源依據的話，約聘人員和臨時人員在其工作性質上有何差別？如何

決定人員會用《臨時人員進用及運用要點》或用《行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法》來進用？

莫：從法制而言，臨時人員係指非依公務人員法規，以人事費以外經費自行進用之人員，但不包括約聘僱人員、軍聘雇人員、技工、駕駛、工友及清潔隊員，其主要辦理非屬行使公權力之業務。但在某些機關的實務運作上，的確有可能將臨時人員及約聘僱人員的工作分配大致相同。就約聘僱人員的認定要件，主要有二項：第一項是編列的經費一定是人事費，第二項是其適用的法規為行政院函頒之聘僱辦法，符合上述二項要件即是約聘僱人員。至於臨時人員係以業務費進用，因此從預算角度來看，是看不到進用人員數。

祥：總言之，進用的依據和預算來源不同。那為何要作如此的區別，目的何在。

莫：以往在較基層的機關，可能在檯面下的用人（意指臨時人員）較正式人員還多。至於約聘僱人員，雖說是一年一聘僱，但在各機關可能都流於長期聘雇。另臨時人員的變動性就很高，萬一經費被刪，就無法再進用。

祥：每年五月份報稅時，稅務機關會請大量的工讀生。這個工讀生又跟臨時人員或約聘人員的差異何在？

莫：工讀生與臨時人員，雖然兩者經費來源都是業務費，但現在對於臨時人員的工作內容已有明確規定，不能行使公權力且屬於臨時、短期、季節、特定性等定期契約性質的工作。至於工讀生的工作內容，則未予明文規範。

祥：至於有些行政機關有一些長期工讀生，送公文或倒茶水，這是屬於何種人員？

莫：各機關、學校進用人員的樣態相當多，可能無法從名稱一一認定，需依其進用法令及預算予以認定。

莫：剛才藍科長所提現行約僱人員未在保障法的準用範圍。不過若是從各機關實際進用以及這些人員的心情來講，各機關進用聘僱人員通常是以學經歷來區別，一般來說，如果是學經歷較佳者，係以聘用方式進用，如果學經歷較低者，則以約僱方式進用。至於薪資方面，上述人員是以「薪點」再乘以「薪點折合率」計算。當時沒有將約僱人員納入保障法準用，這部分倒是可以加以考量。

當聘用人員人事條例尚未通過前，本次既然保訓會要作檢討，個人覺得基於約聘僱人員的權益允宜等同照顧原則，可考量將約僱人員納入保障法準用範圍。

珍：約僱人員目前則只有《行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法》，而且該辦法也沒有法

源，只是職權命令。

莫：行政院函頒之約僱人員僱用辦法因為很久沒有修，擔心一旦送至立法院會有狀況。所以是有一些背景因素才一直沿用迄今。

祥：這個部分是你所主管的業務嗎？

莫：約僱人員進用法規是人事行政局所主管。

珍：我們約聘人員是從來都沒有適用勞基法嗎？是不是？

莫：對。但勞委會一直想將該類人員納入，但人事局未予同意納入。

祥：上次上街頭抗議，並包圍行政院的一群人是約僱人員還是臨時人員？他們要求比照適用勞基法。

莫：當時情節我不太確認是那一類人員，會後確認後再告知研究團隊。

祥：因為他們訴求一方面不適用公務員法，一方面也不適用勞動基準法。

莫：如果依據老師的提示而言，可能是約聘僱人員，即適用行政院函頒之約聘僱規定。他們訴求是如果臨時人員都已納入勞基法，為何約聘僱人員沒有納入。

祥：可是聘用不是已有《聘用人事條例》的規定了嗎？

莫：聘用人員雖已納入保障法的準用對象，但為了考量約僱人員的權益，個人覺得也應該列為準用的對象。

珍：請問約僱人員退休是用何種法源？

藍：現行的約僱和聘用人員的退休都是適用《各機關學校聘僱離職儲金給與辦法》。

珍：所以它既不算公保也不算勞保。臨時人員的年資是否納入退休年資？

祥：臨時人員適用勞基法，其將來退休適用勞工保險。

莫：宜確認是否適用勞退條例來處理。

祥：臨時人員的聘僱準用公務人員保障法。可是他的身份保障、薪俸、俸給、包括其退休制度好像是一般常業文官不同。其主要法源依據是什麼？他的退休是適用何種制度？是否適用《公務人員俸給法》。

藍：他沒有適用《公務人員俸給法》。

莫：約聘僱人員退休，係以離職儲金方式辦理。

張：這些人是否適用《公務人員服務法》？

藍：聘用人員是適用《公務人員服務法》。約僱人員好像不是，這個部分要回去確認一下。

張：因為我們《公務員服務法》中，所謂「受有俸給」好像解釋滿廣的。

祥：公務人員受有俸給，好像不只有公務人員俸給法的規定。

張：這些人就是保障的部分沒有公務人員保障，但是義務部分就有公務人員的義務。

莫：的確有可能。

張：特殊義務是因為你有特殊保障，這個是相對嘛。但是這群人沒有特殊保障，卻有特別義務。

祥：保障法的修正是要擴充還是要縮小適用的範圍。

張：保訓會的設想是，當初這些由契約進用的人員是否應該排除保障法之外，直接適用一切行政訴訟法來救濟。以公務人員的觀點來看，究竟是多保障法這個層級是好還是不好。如果沒有保障法這個層級，直接用訴願或行政爭訴途徑會不會比較好呢？

藍：這個部分沒有作過專門研究，不敢遽下妄斷。

祥：當然，我是聽各機關實務的作法，至於各國理論的部分我們也會深究。因為根據現行制度，復審是一條路，另一條是訴願。不過我們保障法多一個申訴、再申訴的救濟程序。如果一般公務員，其不適用保障法的話，就沒有申訴或再申訴的救濟途徑。

珍：對對對。管理措施就沒有了。

祥：當然以保障法的角度來看，把這些人納入公務員來看，是比較有保障的。

張：從反面的來講，其實申訴再申訴的途徑來講，著眼點是針對公務人員的基礎關係和管理關係的區別。如果你們就是契約關係，不論契約關係上的大小事情，皆可以至行政法院。

珍：我現在要說明第三點關於外國立法例的部分。以德國為例，不論是權利的保障，相當於我們的復審，或者是管理措施，一律皆需要經過公務員的訴願。即是我們的保障程序。

德國作法的考慮有二，首先，司法資源很寶貴，不只處理公務人員救濟的部分，透過行政機關的自我審查機制，如我國的保訓會即是一個行政機關，作為受理訴願的機關。第二，保訓業務十分龐雜，公務人員類型繁多，皆需要有人事法令經驗的學者或公務人員來處理。換言之，透過保訓會來作為案件的過濾機關是比較好的選擇。雖然現在很多給付訴訟，公務人員直接循行政法院來救濟，但個人覺得依照德國立法例的方式，一切都先經過保訓會先作過濾比較適當。

祥：包括公務人員財產上爭議。

珍：譬如上次有職務舍宿的個案，因為法律關係複雜，保訓會也是花了甚多功夫討論。

祥：另外，最高行政法院對於私法關係，還是公法關係的見解不一的情況仍然存在。因此，基於公務員保障的專業性和司法資源的經濟考量，周老師主張一律皆需要經過公務員的訴願將是較好的選擇。

珍：還有第三點考量：當初保障法修法時，銓敘部有一個意見，保障法立法目的應不只是保障公務人員權益，還要增進行政機關的效率。因此先經過保訓會這類訴願機關的自我審查機制，如果在行政機關內部能夠解決的話，可以促進行政效率。如果公務人員事事循行政法院的救濟途徑，銓敘部都必須出庭。這對行政效率也會造成很大傷害。

淡江大學公共行政系專任助理教授 劉如慧（以下簡稱：劉）：

我想請問一下，我看保訓會的一些資料顯示，像剛才周老師提到的眷舍返還的事件，最後的討論結果好像還是認為是管理措施，還是透過申訴、再申訴的方式來處理。但申訴、再申訴之後，還是可以提給付訴訟。

珍：眷舍返還事件是這樣，固然可以提申訴、再申訴，但當事人也可以直接逕提給付訴訟。在德國卻有這麼一條規定，凡是公務員提起行政訴訟，必須先經過公務員訴願，即類同我們的保障程序。「一切公務人員的糾紛，不論是行政契約還是公權力行為，都要經過公務員訴願。」我不曉得德國現在有沒有改。不過，在我寫博士論文時確實是這樣規定。

劉：我們看的資料也是這樣。

珍：所以我們保障法現在的問題是這樣：如果他們要逕提給付訴訟，可以不要經過申訴、再申訴程序，馬上即可以提給付訴訟。因為我們現行的保障法沒有規定一定要先經保障法程序。只有復審的撤銷訴訟才須要先經過保訓會的程序，即所謂的復審前置主義。

劉：那申訴、再申訴是不是屬於這邊的前置作業？

珍：不是不是。

張：這是當事人自己選擇的。當事人可以不循申訴、再申訴的途徑，直接循行政訴訟的程序。當事人可能選擇先經申訴、再申訴，再打行政訴訟；當事人也可以不經申訴、再申訴，直接循行政訴訟。

珍：我國保障法與德國立法例就是差這麼一條。

祥：換言之，我國是否要將申訴、再申訴列為前置程序，法律明文規定公務人員要提相關的救濟程序之前，一定要先經過復審、申訴、再申訴始可以提行政訴訟。個人是覺得

即使連申訴再申訴都應留給行政機關有自我審查的機會。

劉：透過納入申訴、再申訴是否變成一種義務？

珍：變成一種先行程序。不然會覺得很奇怪，撤銷訴訟要先經過復審；給付訴訟不用。這樣在行政訴訟上就割裂了。公務人員原來在訴訟法能提的訴訟類型就割裂了。

劉：所以我們這些問題有關聯性的。我們這裡提到，申訴、再申訴是否有存在的必要？前面也問到，復審的類型是否增加？這裡會產生一個問題是，如果我們保留現行的復審及申訴、再申訴制度，復審與行政處分有關，則申訴、再申訴則是行政處分以外的，接下來是不是有這個可能性，之後提起行政訴訟都必須先經過保訓會？

祥：比方說，如果以復審為例，除了提出撤銷訴訟或課予義務的訴訟之外，其他的訴訟類型，特別是給付訴訟應該會涉及申訴、再申訴的問題。

珍：有的時候，加班費、休假補助這類案件，也要跑到行政法院去，這是太浪費司法資源了。先經過保訓會即可以免除這些訴訟之累。

祥：周老師的意思，似乎也應該針對訴訟的金額加以限制。就如同訴訟法一般，對於多少金額以下的案件不得上訴。

珍：基於公務保障，我是不想對於金額加以限制。由於現在公務人員的壓力也越來越大，基於保訓會的委員，我願意當他們的尋求救濟的一個管道。我曾經當過公務人員，無論是多小的事情，在公務人員眼中都是非常重大的事情。

張：強制要保訓會當作案件的先行程序，不見得會減輕行政法院的負擔。剛才周老師所考慮的是，這些案件即不須跑去行政法院救濟。其實不見得。因為這是兩回事，因為會不會循行政訴訟程序，只看是否符合行政訴訟的要件。將保訓會當成先行程序，只不過是有些案件去行政法院之前，一定要先經保訓會。不表示，先經過保訓會的案件，之後到行政法院的案件就會減少。或許可能的結果是保訓會的案件多了，但是行政法院的案件沒有少。

祥：可能還是會有減少。

珍：會有減少，因為多一層保障。也許在前面程序就得到救濟，不必再到行政法院去。

珍：是否能減少行政法院的案件，這個部分研究團隊可以研究一下。

張：行政法院的案件減少的可能是限制管理關係的案件必須先循保訓會的程序，這樣的話，這部分的案件就會減少。換言之，這是行政法院在解釋他們規定的時候，是否仍維持基礎關係與管理關係的區分。因為這完全看行政法院如何解釋行政訴訟法上的規定。

珍：所以德國是不作區分的。

張：所以德國這類案件最後都會跑去行政法院去。

珍：我是主張不對基礎關係和管理關係作區分的。全部經過保訓會過濾，最後，讓這些案件都去行政法院。所以建議研究團隊可以作案例的檢視。看看經過保訓會的程序後，行政訴訟的勝訴率有多大。

張：這應也不是過濾，所謂的過濾是指可能向保訓會申訴之後，就不去行政法院了。

珍：如果不是過濾的話，那保訓會已經讓公務人員滿足了，那他幹嘛還要去打行政訴訟。

張：對啦，如果真的勝訴的話，那則行政法院真的會少掉很多案件。

祥：你這個講法可能最後導致基礎關係和管理關係都要打掉。

珍：沒錯。

祥：整個法律規定都要重修。

珍：當初我寫博士論文時，即主張不應該作區分基礎關係和管理關係。因為所謂重大影響都是不確定法律概念。無論大法官如何一再解釋何謂重大影響。有些公務人員就是搞不懂：為什麼他的案件是重大影響，我的案件就不是重大影響。

祥：這已經超出我們的研究範圍。這等於所有公務人員的基礎立法都要重訂了。

張：其實這不是雄辯。這只看你怎麼解釋。解釋就過了。因為你能否打行政訴訟只看你是否符合行政訴訟的要件。基本上，只要看行政法院如何解釋行政訴訟法即可。事實上，這涉及到行政處分概念的解釋。行政處分的概念解釋實際上不用變。

劉：還有大法官會議的問題。

張：行政法院的法官對於行政處分的解釋，可以比大法官廣。

珍：管理措施是不是公權力行為？對公務人員是不是公權力行為？是，那對公務人員權益是否有影響？那為何不是行政處分。又比如目前看法考績獎金是行政處分，考績就不是行政處分，這點也有公務人員頗為質疑。。

張：要不要維持是一回事，但這不須要修法。只要行政法院改變其態度即可。

祥：如果照你這樣講的話，保障法就不用區分復審或申訴、再申訴。這等於這整部法都要修過。公務人員的訴願，這是專門針對公務員所設，所有與其職務相關的部分都是訴訟對象，這個時候復審、申訴、再申訴就要整個廢掉。我指的是保障法。訴訟法當然不用修法。乾脆整個把保障法廢掉，整個改成訴願和行政訴訟即可。那麼整個保訓會

就倒掉了。

珍：如果沒有保訓會的話，那麼銓敘部就負擔更重了。至少保訓會的存在還可以擋一下。
保訓會就是公務人員的訴願法庭。

祥：當然也可以另設機關處理公務員訴願問題。

張：我講的不是保障程序，我指的是能不能提起行政訴訟的部分，是行政法院解釋的問題。

劉：對不起，我再釐清一下，如果依照張老師所說…

張：我還沒有主張。

劉：依照現行的規定，會產生以下情形：保障法的程序會有一個是復審，一個是申訴、再申訴。申訴、再申訴還可以分為二種，一種是可以提到行政訴訟，一種是不行提起行政訴訟的。

祥：就看他是不是行政處分。

劉：不是，不是。是要看能不能提起給付訴訟。因此，有的案件循申訴、再申訴即結束。有的案件，可以提起給付訴訟。

張：你不要把這兩個連結起來。這兩個分開看。行政訴訟是行政法院的事，行政法院是否受理只要合乎行政法院案件受理的要件即可，合乎，即受理，不合乎即駁回。之前是否經過保障程序與行政法院無涉。

劉：這裡會涉及教示義務的問題。保訓會會跟公務人員講說，你經過我這道程序之後，能否提起行政訴訟。公務人員對這個問題當然不知道。

張：不是。在行政程序法中的教示義務是針對行政處分而言。

劉：可是訴願決定書後面也是要附。第一審判決書後面也是要附。這對公務人員來說也會造成一些混亂。

祥：現在的問題是，如果我們沒有區別基礎關係和管理關係的話，要怎麼樣認定是不是行政處分，所有認定一定要到行政法院。只不過前面的自我審查機制就沒有了。自我審查機制要不要保留，如果要保留，要保留到什麼樣的型態。是全部是訴願來處理，還是現行的復審、申訴、再申訴要不要維持。

張：你大概是搞混，目前申訴、再申訴不是先行程序。所以不會要教示義務的問題。如果如同周老師所述，將其規定於先行程序的話，就會有教示義務的問題。因為現在並不是先行程序，所以沒有教示義務的問題。

珍：因為它後面不能去司法機關，所以不是先行程序，是一個獨立的公務員保障程序。

祥：周老師如果照你的意見來說，只要公法上的職務關係即一律就是訴願。

珍：我覺得是這樣子。因為這是一個對公務人員保障的特殊類型。與一般人民的訴願類型不同。不然何必特設一個公務人員法庭，即保訓會。一定有其特殊性。講起來公務人員也是人民，為何要特殊處理，就是基於行政機關的效率考量。

張：請教一下。現在機要和約聘人員在進用方式上面是什麼方式進用？

藍：在機要人員中，公務人員任用法是機要人員的法源依據。但是要看任用的條件，如同剛才莫科長所提到的，《機要人員進用辦法》有規定，如果要作簡任的機要人員或薦任的機要人員，還是委任的機要，則要符合該法中的條件。

張：那麼進用方式的是透過契約的方式還是任用方式？

藍：機要人員的進用是用任用的方式，公務員如果擔任機要人員，符合條件還是要銓敘審定。

張：所以那約聘人員呢？是用行政契約？

藍：對，公法契約。

祥：那麼機要的年資也可以納入公務人員的年資計算。

藍：對，因為他是任用。

張：那其實基本上機要人員與一般常任文官的一樣。只是他不用考試。

祥：還是如同一般常任文官一樣，都是透過任用的關係。所以你們《聘用人員人事條例》草案與現行最大差別就是約聘。

藍：如果就保障法的部分來講，對。是約僱的部分。

祥：這個地方要不要納進來的問題。

張：所以改了之後，機要人員就透過契約來聘用。

祥：那如果機要人員以契約來聘用，則其年資有沒有併入公務人員年資？

藍：沒有。就完全切開。

祥：所以比現行的機要人員的保障更差。

珍：將來的機要人員的年資要如何計算？

藍：根據退休以後的《聘用人員人事條例》的設計，就是參考儲金制度。等於就是把現在的離職儲金跟勞工的退休金的精神結合在一起。

珍：那麼將來機要人員去私人企業也可以相接嗎？

藍：跟勞工的個人帳戶可以相通。攜帶式個人帳戶。

祥：就是勞保。

珍：如果機要人員將來去當正式的公務人員的話，可以接在一起嗎？

藍：不行。

珍：所以可以接勞保退休年資，但不能接公保退休年資。

藍：就是要把因契約關係任用的人員與常任人員有所區別，畢竟常任是經過國家考試。

張：所以這些改過之後的人員，全部都用勞基法？

藍：沒有。《聘用人員人事條例》草案有其自己的規定。聘用人員不適用勞基法。

珍：可是將來他去當勞工就適用勞基法，但回去當正式公務人員就不接。這一段儲金就還給當事人。所以也沒有購買年資的問題。

藍：因為他現在聘用和約僱就是走離職儲金這一個制度，這就是個人的帳戶。在職的時候，就與其就職的機關或學校，按比例地把錢放進去。

珍：那這個比教員還差。因為原本在私立學校任職，最後到公立學校任職，其退休年資可以銜接。

張：到底私立學校和私立學校的老師的關係，是公法契約、行政契約還是私法契約？

祥：私立學校還是私法契約。

張：所以就老師的聘用沒有委託行使公權力。

祥：有沒有委託行使公權力要看…

張：私立學校就教育事項是受委託行使公權力。

珍：老師的升等即是受委託行使公權力。

祥：那是根據法律直接明文規定。根據私立學校法和大學法直接明文規定的。

張：他有明文規定嗎？以前是大法官解釋講的。

祥：沒有錯。但是你看頒發你的畢業證書。就是依照《學位授予法》的規定。就是法律授權行使公權力。

張：不只有學位授予的部分。現在只要是學校教育的相關事項都有委託公權力。

祥：那個是根據《大學法》的授權。

張：但是教師的聘任就沒有受委託行使公權力。如果私立學校找這位教師來，他提供教育是行使公權力，但是該教師是用私法契約進用的。

祥：一個團體受委託行使公權力，但是團體和其內容成員仍然還是私法關係。例如海基會受委託談判。

珍：海基會的人員，其任職期間，可以接公務員年資？

莫：海基會是一特例。如果公務人員去其他財團法人就無年資併計。

祥：所以聽起來銓敘部訂定《聘用人員人事條例》草案，對於現任人員的保障沒有增加反而有縮水。

藍：有過渡條款的適用。例如本來的機要人員，還可以用其本來的規定，作到離職為止。實際上，機要人員也未必都可以接公務人員。除非他們已有公務人員任用資格。不然機要人員也是隨首長同進退。

祥：現在的問題是說，當初銓敘部對於聘用人員的設計，其年資與後來考上公務人員後的年資有別，兩者仍然不可以併計。

藍：對。

祥：那聘用人員也是替國家執行職務，因為聘用人員又與臨時人員或約聘人員不同。聘用人員很多是不是有行使公權力的問題。

藍：但所謂不能併計，並非表示完全否認這一段。因為我們還有提敘的機制。我們現在就有。假如本來是聘用人員或約僱人員，後來考上公務人員，並不是完全否定其之前的年資，當事人如果當初聘用或約僱的職等與考上的公務人員的職等相當，而且性質相近的話，可以將年資採計。可能本來是以本俸一級起算，可能提敘提個二年，變成三級。但是在退休或俸給時，就與一般常任文官有所區別。

珍：就是退休的部分。

藍：因為公務人員退休是一個確定給付制。公務人員或老師一樣，在職所繳的基金，與退休所領取的退休金沒有直接的關聯。還是有恩給的性質。

祥：對，退撫。想請問一下。《聘用人員人事條例》中的這幾類人員，有無納入《公教人員保險法》裡面？因為現在的《公教人員保險法》好像是對於機關內的編制人員或學校的人員。

藍：所以現在的派用和機要人員應該是有納入。至於另外三類我要回去查一下，才能確定。

祥：因為這會涉及到保險，也會涉及到財產權的給付問題。所以這個部分你也不是很確定

嗎？

藍：是否容我事後查證一下。

莫：剛才老師們有提到約聘僱人員可否行使公權力的問題？民國 87 年我曾主辦一個案子，當時行政院法規會邀集行政法學者及中央各部會來探討此一問題。最後結論分為二派：一派是可以行使公權力，另一派是不可以。目前各機關約聘僱人員實際負責業務情形，是有實際執行公權力。

祥：聘僱人員在執行執務難免會有行使公權力的問題。

莫：剛才張老師有提到公務人員救濟的層級太多的部分。就我的觀察，其實公務人員關心的是最後救濟的結果。雖然，救濟層級是越少越好，但如果層級多，對當事人而言最終還是可以得到救濟的期望結果，公務人員似乎比較關切的是後段救濟的結果。

另外，就第二題救濟類型的部分，這幾天我和法務部法律事務司邱科長討論，就法務部發生的實例經驗，提供各位參考。其中第一小題：訴訟類型，以給付訴訟類型為例，區分為財產與非財產。有一些非財產的類型像是限制當事人出境，所以當事人請求可以恢復出境。這個部分如果套用到復審的類型上，就如同周老師所談的公法上財產請求權，像退休金和薪俸的部分。這個部分可否將給付訴訟帶到復審的類型，可供研究團隊作一參考。

再者，像申訴、再申訴有沒有繼續存在的必要，我從加拿大保障制度予以分析，公務人員是向原機關提起申訴，之後向文官委員會(PSC)再申訴。而文官委員會的決定，是可受聯邦法院的司法審查。因此，就加拿大的運作經驗而言，基本上仍予維持申訴、再申訴制度存在的必要性。

再就第三題國外的學理和立法例部分，民國八十七年保訓會曾組團赴加拿大考察保障制度。另就個人研究加拿大政府經驗，2003 年 11 月 4 日加拿大參議院三讀通過 C—25 法案，稱為《文官現代化法》(PSMA)，其中該法有規範制定《文官雇用法》(PSEA)，並有一重大突破，即要求建立的人事保障新機制。因此，成立了一個文官特別法庭(PSST)，取代了原先的申訴法庭，可供研究團隊作為參考。

接下來，在實務上有發生，如同周老師前提及對公務人員權益的重大影響，例如一次記一大過。目前按行政法院及保訓會的相關解釋，他們都是認定為管理措施，但是從公務人員角度來觀察，事實上也是影響其權益甚鉅。所以這個部分有無思考將其視為中間類型來作處理。當然這個部分要在實務上放寬，可以用函釋的作法，但如果要變成比較通案性的話，可能要透過修法方式辦理。

最後，就研究案的部分，個人不曉得保訓會有沒有要求研究團隊就外國學理或立法例，需整理幾個國家？

祥：我們現在就是德國和日本。

莫：那還好。因為我之前於九十年也接過考試院研發會要作保訓會組織與功能改進的研究，其中保障制度亦需作各國經驗的比較研究。而且保訓會之前針對先進國家就花三十萬委託一位老師來作各國保障制度編譯研究。當時這個研究案要決定保訓會的生死存亡，所以這個研究案真的很難寫，不同院（機關）的觀點或不同層級的審查均有相異的觀點。

祥：這個研究案有無上網或公開？

莫：事後我是透過認識的同仁取得書面的研究案全文。

祥：當時還沒有資訊公開。

珍：也沒有送給保訓會。

張：這個是考試院的內部機密。

珍：我想各國的發展趨勢是要求文官中立，同時要特設一個機制。加拿大的部分就如同莫科長所述。那一個考察是我親自帶隊過去的。加拿大是各區都有一名行政官員，但該名行政官員兼有準司法權。該行政官員的權限滿大的。同時行政官員上面的加拿大文官委員會只有三位，所以他們沒有辦法受理案件，只有決定政策。因為加拿大幅員廣大，只有授權給各區的行政官員處理。加拿大文官委員會，類似我國的保訓會。因此各國成立一個特別的文官法庭是一種趨勢。

祥：所謂的文官法庭是司法機關還是行政機關？

珍：準司法機關。行政機關有準司法權。

祥：所以在性質上還是行政機關。

珍：文官法庭是在加拿大內閣下特設的一個獨立機關。

劉：我想請問一下周老師，我們保障法有提到，關於聘雇人員的準用規定。那如果聘雇人員的主管機關給予給一大過處分或者是牽涉到對其個人權益影響重大的決定，那我們是將其認定為行政處分呢？還是適用申訴、再申訴來處理？

珍：現在在認定是否是行政處分，不是跟公務人員的身分有關；而是這個管理措施是不是依照大法官歷次的解釋屬於所謂的權利重大影響。所以剛才莫科長所說記一大過，我

們現在認為不是行政處分，因為這個離免職、停職都相差很遠。可是記二大過，就馬上停職。因此記二大過就是權益受重大影響。因此認定癥結在該當事人的訴願標的，與當事人的身分完全無關。

劉：這個在理論上很奇怪，如果公務人員與行政機關是公法上的契約關係，但是長官對他所做的一些決定，這裡變成一個行政處分。

珍：這裡就是針對管理措施算不算是行政處分的解釋，這個解釋是根據大法官解釋判斷有沒有對公務人員的權益發生重大影響。

劉：我只是覺得理論上很怪，如果公務人員和行政機關間是一個契約關係…

珍：公務人員和行政機關間是一個契約關係都是權利。

劉：則兩者間的爭議應該是一個給付之訴的問題，而不是撤銷訴訟或課予義務訴訟的問題。

珍：是沒錯。如果這一個公務人員懂的話，就直接去打行政訴訟即可。如果把這些人納進來的話，我們保訓會就形同虛設了。公務人員久而久之，就直接去打給付訴訟，都不先經過保訓會。因為保障法條文裡面沒有特別規定，關於給付性質的管理措施，保訓會的程序是一個先程序。

劉：所以準用有的時候是空的。

珍：所以我希望這次研究案可以把申訴再申訴的這個部分，採行保訓會作為先程序。

祥：這個部分指的是申訴和再申訴的部分。至於復審的行政處理一定是要經過保訓會的程序。

現在的問題是，何謂內部的管理措施，何謂行政處分，在認定上如何區別。比方說大法官會議 243 號解釋，一次記一大過對其身份沒有造成重大影響。這個部分就不適用復審，因為大法官認為這不是一個行政處分，因此當事人可以循申訴再申訴的途徑，或者直接循行政訴訟的程序救濟。就會出現這個問題。我們的問題，現在的申訴、再申訴不是提起行政訴訟的先程序。復審當然沒有問題。申訴再申訴就會出現這種狀況。因此這裡要認定何謂復審何謂申訴再申訴的問題，就會涉及對於行政處分概念的認定問題。

劉：那麼在聘僱和約聘這裡就會有理論上矛盾的問題。

祥：沒有。他所作成的決定還是有可能是行政處分，如果按照保障法的講法也有可能是管理措施。即使不是依照公務人員任用法所任用的，但是基於公法上的契約進用。還是要遵守相關的法規。因此也可能是行政處分，也有可能是管理措施的問題。

珍：與身份無關。

劉：這個在理論還是很奇怪。

張：因為要適用《公務員服務法》的結果，所以都會受到。這只是一個進去的管道形式而已。事實上，所謂的契約關係，並沒有真正依照該契約關係來規範彼此相關的法律關係。變成只是進入方式的選擇而已。進來以後還是要適用《公務員服務法》。聘用之後還是要適用《公務員服務法》。《公務員服務法》在契約內也看不到。

祥：在契約裡面因為要遵守公務人員相關法規，那一定包括《公務員服務法》。

張：《公務人員考績法》的適用範圍是否包括聘用、約僱人員？

藍：沒有，他們不適用。

張：聘用人員不適用《公務人員考績法》，那派用人員呢？

藍：派用人員適用《公務人員考績法》。

張：聘用人員、約僱人員不適用《公務人員考績法》。所以聘用人員、約僱人員也沒有依《公務人員考績法》懲處的問題。

藍：聘用人員沒有。

張：所以聘用人員會適用到《公務員服務法》？

藍：對。

張：所以對於聘用人員的處罰所以只能依照《公務員懲戒法》處理。不能用《公務人員考績法》來懲處。

藍：對，他不適用《公務人員考績法》。

祥：保訓會委託我們作研究，主要討論兩個部分，就保障類型的部分，是否增加還是縮減。另外就救濟程序部分，類型是否增加。首先，是否配合行政訴訟法的修正。其次，申訴、再申訴是否存在。如果存在的話，那麼再申訴程序是否要類似訴願一樣，要有再審議程序的準用的問題。其實就公務人員準用的部分，五種人員的身分保障、法律關係，薪俸、保障、考績和退休制度都完全不同。有些有差異，有些是一樣。而且目前銓敘部的《聘用人員人事條例》草案也不知道會不會過。法案屆期不連續，會不會研究報告寫完，到時候政策方向就改了。

莫：關於學者接受行政機關的委託研究案，從我在行政機關委託學者作研究案的經驗而論，老師們一定很擔心法案是否通過的問題。類此研究案，學者一定要經常與行政機關互動溝通，個人建議有下列二種寫法：一種是該法案尚未通過之前，有何種方式可以建議；另一種是未來如果法案通過的話，如何處理？這個部分還要再與保訓會作溝通，

以確立研究團隊的定向。

劉：委託單位提出的研究議題之一：「申訴、再申訴有無再存在的必要」，是基於什麼樣的考慮？

祥：如同周世珍老師所述，有的人根本不循申訴再申訴的途徑，此時這個部分的保障法就空掉了。那這個部分是否繼續存在？

劉：可是保訓會還有「管理措施」要處理，它們不是行政處分…

珍：對對。或者刪掉給付的標的或者不是給付的標的。

張：其實他只有剩下給付的部分。因為很多管理措施不一定與給付有關。

珍：對對。像記一大過就不是給付性質。

祥：所以保訓會關於申訴、再申訴的部分，也沒有表態說要或者不要，只是說看我們的研究結果為何？

劉：可是他這個出發點很奇怪，如果要將申訴、再申訴廢掉的話，他的意思是怎麼樣呢？管理措施這個部分到底要怎麼處理？

珍：不是廢掉。我的想法是就是整個包進來。連同復審整個包進來。

祥：周老師的想法，是一種想法。那有人想法認為申訴、再申訴很少用，是不是要保留？因為這類案件沒有前置當作救濟的程序。

劉：很少用嗎？

珍：這個部分不少。目前的申訴、再申訴案件不少。

劉：所以不曉得他們的出發點是如何，因為廢掉的話，顯然有一些問題。

祥：因為申訴、再申訴的案件目前還不少。

中央大學法律與政府研究所副教授 陳英鈐（以下簡稱：鈐）：

個人這是覺得這種申訴再申訴的制度應該還是要保留，但是，是不是要有申訴、再申訴，還是只要有申訴即可，這個可以再討論。

因為如果通通併入復審的話，那先要解決一個問題。到底什麼是人事行政處分。

因為這個就像我們《政府採購法》的問題，ETC 的案子又出現，凡是只要對於採購程序不滿的話，即可提起異議。異議之後都可以申訴。在 ETC 的案例中，認定何謂行政處分，可以再提撤銷訴訟，什麼不是行政處分。結果這個地方就搞了老半天。因為我們通通囊括進來之後，馬上會面臨一個問題是有些是行政管理，有些不是。但是為配合《行政訴訟法》。

其實我知道德國或瑞士的《政府採購法》會明確訂出哪些是行政處分，哪些可以就可以直接往上打。哪些就不是。那如果我們通通把他們併成復審來的話，那一定會出現這個問題。除非我們將其明確地明訂出來行政管理，哪些不是。其實不是的，也不是說都沒有救濟，不是的話，如果有涉及到權益的侵害一樣可以提起行政訴訟。當然那要個案認定。那只是說，不論如何，一定要面對這個問題。因為要配合行政訴訟法的體系。所以在這種情況下，我是認為分開還是比較清楚。還是維持一個是復審，他就是人事行政處分，一個不是人事行政處分。當然個案認定還是會有爭議，但是分開，配合行政訴訟的體系會比較清楚。那當然即使不是行政處分的話，因為我們認定行政處分比較嚴格。就如同實務上爭議，究竟記一次大過是不是行政處分。既然有爭議，那不然還是要給他們一個救濟管道。有一個救濟管道之後，至於其他是不是要又構成所謂的雖然不是行政處分，而沒有產生規制效果，但是還是產生權益的侵害，可不可以提起行政訴訟，那要個案認定。但是因為人事行政的特殊性比較強，所以保訓會才有存在的理由。

既然是這樣的話，我覺得保留不論它是行政處分還是事實行為，都還是經過保訓會這邊。

珍：所以你的想法是，免給付訴訟也要以保訓會為先行程序。

鈐：沒有。其實這個是平行的。如果他已經構成權利侵害的話，根據行政訴訟法的規定，沒有說一定要先經過保訓會這個程序。透過明文化也有好處，不明文化從行政訴訟的法理也可以解決這個問題。因為行政訴訟說有權利保護的必要，縱使你要提給付訴訟，也還是要有權利保護的必要。如果他有更簡便的方法，向保訓會提起申訴或再申訴就可以得到權利救濟，那理論上行政法院也可以不用救濟。其實就我的印象，我沒有實際驗證，實際上這種案例應該不多。公務人員因為非行政處分侵害他的權利，向行政法院提起救濟的個案應該不多。當然你從理論上或體系上，透過明文化，在哪些情況下，要先經過保訓會這也是可以的。但是不明文化，我認為學理上就可以處理，他的優點是彈性，缺點就是不夠明確。但是我剛才講過，這類的案件量可能不大，所以是不是有那麼急迫的立法，這個在政策上是可以討論的。但是回到我剛才的出發點，認為申訴、再申訴有保留的必要，但是不是要有兩層，這可能要從政策上考量。就如同訴願一般，因為上級機關對公務人員作某種程度的申誡或警告，如果規定必須先向先處分機關申訴，是否有這個必要。還是直接向訴願機關保訓會。

珍：就是把復審、再復審簡化成復審。

鈐：因為較為嚴重的復審都已經簡化成一級了，比較輕微的申訴再申訴還保留兩級。

珍：問題是說，制度的設計是後面沒有司法救濟途徑。

張：該制度就是預設後面沒有行政訴訟。

鈐：可是這裡的問題跟訴願一樣。如果當事人要申訴，要先經過原處分機關那邊送上來。

珍：對，沒錯。

鈐：那這樣就可以解決這個問題。也可以促進效率。一舉二得。

珍：所以申訴、再申訴可以簡化成一級。

祥：這是我們達成的共識。

張：救濟這邊的想法，我提出來跟大家分享。我的想法跟陳老師的想法顛倒。也許看各位的意見怎麼樣。

有沒有可能在保訓會這個階段，乾脆把申訴、再申訴、復審、再復審通通打掉。只有一個程序，也許名稱統稱叫作復審或叫申訴。凡是公務人員覺得自身權益受到侵害，就到保訓會來，至於後面能否打行政訴訟，就完全依照《行政訴訟法》的要件認定即可。如果當事人要提起撤銷訴訟，那行政法院就看你是否符合撤銷訴訟的要件即可。若當事人提起給付訴訟，行政法院就審查是否符合給付訴訟的要件。之前的人事程序是當事人的權利主張，與行政法院是無關的。行政法院只看《行政訴訟法》的規定如何。在行政訴訟上，因為有不同的訴訟類型，所以我們要區別是否是行政處分。所以在行政訴訟上要維持基礎關係或管理關係是有所差別。因為一個是有行政處分，一個是沒有行政處分。這委由法官認定。但是在保訓會這個程序，本身是屬於行政機關內部的救濟程序，不論是管理關係或基礎關係，都是有管轄權。那何必把救濟程序變得那麼複雜。現在變成說，應該提起申訴，而提起復審，保訓會還要跟當事人曉諭改提申訴。如果當事人堅持不改，保訓會則不受理。當事人則還要去打行政訴訟。這麼複雜其實不是那麼必要。因為不論是哪一類案子，保訓會都管，那至於後面會不會打行政訴訟，那是行政法院的事情。

鈐：我知道你的想法。但我補充一下。當然你講的都對。但是我再把我剛才的說明補充一下。我們說有效的權利救濟包括一個救濟途徑的明確。行政訴訟的設計會影響之前訴願的救濟程序。如果若兩者不搭配的話，會造成救濟途徑的缺失，造成人民權利救濟的困擾。我剛才舉《政府採購法》的例子就很清楚，實務上就是這樣，在《政府採購法》或《促進民間參與公共建設法》都沒有清楚的區別。工程會也是一樣，也不管是不是行政處分，只對當事人對於程序上有不滿，就可以來異議或申訴。但這就會產生救濟途徑的困難。我覺得 ETC 就是一個很大的教訓。若不把救濟途徑明確化的話，救濟人就再那邊走冤枉路。工程會說這個是行政處分，到行政法院說這個不是行政處分。當然保訓會的地位比較像訴願機關，不是完全作權利救濟的機關，當然會有非權利救

濟的部分。所以從權利救濟的角度來看，行政法院會自行處理，這是當然，非權利救濟就不受理。但是正因為保訓會所處理的案件不只包括權利救濟，所以這個範圍不一樣的時候，就會產生權利救濟途徑不明確上的困擾。所以正因為這樣，才需要把他們區別開來。更何況，現在對於復審、申訴會有些搞不清楚，當然有啦，但公務人員都通過國家考試，一定比一般人對於行政法的瞭解程度還高。像我在內政部訴願會的時候，當然也會遇到這種情況，不該來提訴願的來提訴願，或是訴願途徑搞錯了。通常我們跟救濟人教示一下，救濟人就接受了。當然還有些人很頑固的，我就是要這樣子，不過這是一般人民居多。公務人員這種情況的比率低很多。因為公務人員明白知道如果不循正確的救濟程序的話，則其救濟權利會受到損害。所以因為這個原因我才覺得說，還是要區別清楚。當然在學理上都可以解決。可是問題連是不是行政處分，連行政法學者都爭議不休。又如果換一個保訓會委員，他對於行政處分的見解可能又會不同。再加上行政法院法官也有相同的情形，高等行政法官和最高行政法官常常見解不一，不同庭的法官也見解不一。其實這都是常態。但是對於權利救濟而言就是一種傷害。因為這是沒有必要的。如果可以透過技術性的問題解決，就把它區別開來，不論是透過法律或其他途徑把它弄清楚。不然連行政法學者都在那邊爭執一些技術性的問題，對實務幫助不大。但是整個體制設計不清的話，變成程序爭議不清楚之前，就無法進入實質審理，個覺得有本末倒置的問題。

珍：我有一個問題。就是行政院公共工程委員會（以下簡稱，工程會）的異議，申訴是提行政訴訟的先程序嗎？

鈐：是，是先程序。

珍：法律上有規定是先行嗎？

鈐：當然。

珍：然後，工程會如果對於進來的爭執作了決定之後，有沒有教示可以進行行政訴訟？

鈐：當然會教示。我舉 ETC 的案子，當時本來爭執的對象是德文的「技術檢定」有沒有翻譯成中文，遠通電收就說，他們沒有翻譯成中文，這就不合規定，還跑來競標。工程會這邊也避重就輕。大家就在吵這個問題。以這個問題來撤銷，認為這樣不合程序規定。但是到了行政法院這根本不是行政處分，這只是程序上的規定而已。最後應該爭執的焦點「最優勝權」這到底是不是行政處分的問題。結果這就變成南轅北轍。這就是一個慘痛的教訓。其實這個案件就有點好笑，其實不只這個案例，就連台北市跟健保局的案子也是一樣，打了八、九年，本質問題根本不是是不是行政處分的問題，可

是不是行政處分的問題，大家都在繞圈圈。那種都是法律規定不清楚，使這些權利救濟機關，包括訴願機關或行政法院有機會避重就輕。因為他們知道這種問題很棘手，他們就柿子挑軟的吃，用技術性擊倒，就說這個是不是行政處分，不願意對於實質的問題作出審理。這個是沒有必要的。

珍：其實我覺得按照工程會這個例子的救濟程序是很明確的。連工程會都搞不清楚是不是行政處分，所以我認為多數的公務人員也是這樣，你說公務人員都經過國家考試，我可以講連我們保訓委員會內部也有爭執。對於行政處分，管理措施也是一直爭執，所以你不能期望公務人員分得出來。現在管理措施要走申訴、再申訴的途徑，因為有上述爭執疑義，反而是學法律的人，包括檢察官或法官，為了保險起見，他們是兩個救濟程序都提。所以我認為有區分出來，反而是程序不明確。

張：反而麻煩。

珍：對對。如果案件通通進來，如果公務人員急的話，就不必去區分：要循申訴程序還是復審程序。

張：保訓會認定，行政法院不一定會接受。說不定保訓會認定，到時候打行政訴訟，行政法院認定這是不一樣的。所以在這邊作出區別，反而是麻煩。

珍：行政法院不一定接受保訓會的認定。所以這不是程序的問題，而是法律見解的問題。對於公務人員來講，如果進來只有一個管道而已，非常明確。最後爭議還是可以循司法機關救濟，至於司法機關受不受理，那是行政法院見解的問題。我覺得對於公務人員來講，就是走一條管道，不要一進來，就作區別要走左邊還是右邊。分成左右邊反而不明確。我的實務經驗是這樣。所以為什麼德國不作區分。只要是人事爭議行為，一定要先經過我們公務員訴願機關—保訓會。

祥：所以周老師是主張，把復審、申訴、再申訴，這類人事爭議行為通通不作區別。

珍：後面就如同張教授所述的，就讓行政法院按照各種訴訟，決定是否受理即可。

鈐：我想我們的爭議是技術的問題，我們都同意就一定要給當事人救濟機會，如果有權利侵害的話，一定會循行政訴訟途徑。這個部分我們沒有爭議。問題在於如何落實這個目標而已。

珍：對，我們大家都想法一樣。

鈐：我剛才的看法是說，你就算通通將他們合起來，爭議人只要對於上級機關的處分或管理措施不符，就可以向保訓會提異議。

祥：就是人事爭議行為的紛爭。

鈐：但是這種想法的問題仍然存在。

珍：是沒錯。

鈐：因為保訓會還是要先認定是否是行政處分，如果是行政處分，法律上本來就會規定。就是類似行政程序法上，一定要有一些程序保障以及教示教濟的部分。那如果不是人事行政處分，到底要怎麼處理？一定會有另外一套制度。所以本質上，就一定會作區別。為什麼沒有辦法作出區別，因為後面有一個行政法院。所以一定要配合行政訴訟。所以我不反對不作區別。就像《政府採購法》一樣，只要程序不符的話，通通可以來異議。可以，就算這樣規定，但是仍然要處理哪些是行政處分，哪些不是。這個部分是無可迴避的。不是說不作區別，這個問題就消失不見了的。我覺得不會，我剛才舉那個《政府採購法》就是最清楚的例子。政府採購法的問題在於通通可以來異議，他沒有去處理哪些是行政處分，哪些不是。我想這不管是《政府採購法》或者是保障法都要面臨的問題。至於說，在形式上是弄一個東西再來分，還是一開始就要先分，那只是技術的問題。

珍：對。現在是這樣子。第一是，現在目前的保障程序在第一關讓公務人員自己分，到底要走復審還是申訴。如果我們按照行政院工程會的作法是不作區別，所有爭議的問題都進來了，進來了以後，工程會的作法是連工程會自己都不分，然後，移到後面讓行政法院來作區別。工程會有教示？

鈐：沒有，工程會會作出區分。一定有教示的。

珍：工程會是通通教示到行政法院去嗎？

鈐：沒有。工程會當然要認定是不是行政處分，再作教示。不是行政處分，根本不作教示。因為教示與否，會影響其救濟期間的起算。

祥：這個差別是說，是前面讓公務人員自己作區別，還是後面由保訓會決定要什麼分的問題。現在有兩個管道讓公務人員自己去選擇，如果全部都不分的話，變成說，案件進入保訓會以後，由保訓會來決定哪些是行政處分，哪些不是？

鈐：而且我覺得，保訓會可以就現在人事行政處分上，就是實務上比較有爭議的類型，其實可以把他們明文化出來。比方說，兩三年前，開過保訓會一次會，大家在討論一個問題，當然德國實務上也有這種問題。關於轉任、調任的處理方式，保訓會可以透過適當方式表示出來。

珍：我們保訓會內部都有了。只是要不要形諸條文而已。

鈐：一種方法是透過實務上慢慢累積出一些經驗。保訓會可將爭議的案件的類型整理出來，也可以將與行政法院見解不一或與學說上有很大爭議的部分去類型。其實這個對於《政府採購法》也是一樣，因為《政府採購法》也都不明白如何區別行政處分，到最後當然變成學說認定，這當然會產生很大的爭議。如果保訓會覺得某些事情很重要的，其實不妨將之類型化更明確一點。這樣對有效權利保護比較有幫助。要不然，所有案件通通跟保訓會救濟，到最後還是一樣。

珍：現在是這樣，保訓會是受制於大法官的解釋「權利重大影響」。那麼何謂重大影響，這個是大法官和行政法院一直在變動的。以調任為例，因為調任為降低職等，如果該人員原來的職位年功俸可以達數級，可是調任至另一個職位，則年功俸就差了三級。因此大法官解釋四八三號就認為造成公務人員權益實質重大影響。本來保訓會在過去，調任是當作管理措施的。所以保訓會也是跟著大法官解釋和行政法院見解走的。保訓會內部審理保障案件時，是有類型化沒錯。但將這套類型化作法放在法律之中，是有困難的。

鈐：有些比較有共識的部分，可以明文化。比較沒有共識的部分可以透過概括的條文來處理。反正一定會有一些例示的規定，也會有一些概括的規定。只是說如何調和。有些保訓會也可以透過政策的方式解決爭議。有些大法官已經作成解釋的部分，保訓會也沒辦法。不過話又說回來，雖然有大法官解釋，如果之後有新的立法，除非有明顯違背權利救濟或憲法上對於公務人員的權利保障的話，大法官會議也不是說不能改。這裡有很大的空間。

珍：對。沒錯。

鈐：我只是覺得我們很多實務上浪費很多時間在這些程序上的爭議上，其實這種程序上的爭議，有些可以透過技術性的問題可以解決很多。重點應該在實體上的爭議。但是我們很多程序爭議因為立法技術或者是體系運作上搭配不當，產生很多制度上不必要的問題。

珍：就看你們研究團隊。這個分辨點要放在哪裡？給公務人員分辨，還是給保訓委員分辨。

祥：今天的發言遠遠超出我們的預想。這已經超出保訓會委託的範圍。不過我們還是考慮申訴再申訴要不要修正。各位老師有不同的觀點非常精彩，我們研究團隊會仔細考量，到底是要把復審、申訴再申訴連結在一起，變成一種人事爭議行為，進入保訓會，再由保訓會來解決；還是維持現行的復審、申訴、再申訴，把再申訴這個層級減少。保

留一個申訴由保訓會來主管。我想，不太可能把申訴、再申訴完全拿掉，只剩下復審。所以說，基本上，大概有這兩個方向，我們會好好思考。

珍：還有是不是一切人事爭議行為都要有先程序？。不過這是另外一個問題。

祥：如果說人事爭議行為是否變成類似訴願一樣，要提起行政訴訟之前，要有先程序。不論是否如同周老師所述的，基於人事行政的專業性、司法資源的經濟性，以及行政機關的效率性，建議透過立法變成一個前置程序似乎也是一個可行的作法。讓行政機關有一個自我審查的機會。不會使所有案件一下子全部跑到行政法院去。因為這對行政法院也是很頭大的問題。非常感謝各位，今天的座談會獲得非常寶貴的意見。也可以看得出來學界這個部分問題也很多。

張：關於聘用人員這部分，如果有違規的話，如何對該人員作處罰？除了懲戒以外，還有其他方式嗎？

藍：這個部分剛好要跟各位老師報告一下，這個部分我要修正一下，剛才有關於懲戒的部分有點錯誤。雖然聘用人員是適用《公務員服務法》，可是公務人員懲戒委員會他們的解釋是說，聘用人員是不適用懲戒法。所以這些聘用人員都是由各聘用機關自行訂定考核的規定。所以回歸各機關的考核規定。

祥：所以每個機關都有這個考核的規定？

藍：不一定。各機關可以自行訂定。沒有強制的規定。

張：如果機關沒有規定的話？

藍：如果沒有另行規定的話，應回歸契約。聘用人員的工作表現變成下次訂契約的參考。這個部分是沒有強制的規定。

祥：如果這類人員發生《公務人員考績法》第 12 條的行為，銓敘部解釋為只是一個違約行為而已？

藍：因為這類人員在工作上的相關服從義務都是根據契約上的約定。

祥：如果他們違反他們的服從義務或相關的義務來講，如何制裁？

藍：現在應該都是看契約如何規定。

祥：所以只有違約行為，不構成公務人員服務法上或《公務員懲戒法》的規定？

藍：《公務員懲戒法》是沒有。這部分公懲會已有解釋。

祥：現在有兩個問題是：首先他們不適用《公務員懲戒法》，但是是否有一套懲戒的規定？還是連懲戒規定都沒有，直接將其視為違約行為來處理。

藍：這要看各機關是否有無另外規定。

祥：可是各機關的法規事項不是由銓敘部所管轄的？

藍：因為法制並沒有相關規定，而且懲戒法也不適用，所以回歸各機關。第一個就是看契約有沒有訂定。第二個是看機關會不會自行訂定其內規。

珍：現在中研院就有訂定相關的內規。

藍：可是中研院的聘用規定是另外一套。

祥：可見聘用很複雜。

珍：各機關不一樣。

張：如果這樣的話，那他們適用《公務員服務法》意義何在

藍：這個問題好大。

張：因為依據《公務員服務法》的解釋，向來是將公務員作很擴張的解釋，只要受有俸給的人員都要適用。這是一種解釋的可能性。另外一種解釋是，也許在契約上即明訂要遵守公務員相關法規。因此，只要違反《公務員服務法》，就被解釋為違反契約。這是兩種不同的方向。如果是說違反《公務員服務法》，所以認定是違反契約，可以根據契約給予相關的終止契約等等的處置。但是我們現在之前的作法好像不是這樣，而是直接地針對《公務員服務法》本身的規定，凡受有俸給的人員，而受有俸給的解釋很廣，不限於《公務人員俸給法》，所以是直接透過《公務員服務法》直接解釋進來。而不是透過公務員的契約連結進來的。如果說已經有公務員服務法上的特別義務，那這個義務的違反，就是職務上的義務，就是會構成公務員的違法失職，就會有考績法，這邊會排除在外。

藍：對，他是不適用考績法。當然剛才跟老師報告說，行政機關可以自行訂定一個考核的規定。如果沒有訂定的話，現在確實沒有一個專屬聘用人員的規定。這也是為什麼我們要訂定《聘用人員人事條例》草案的主要原因。

張：《公務員服務法》的最大意義就是如果有適用《公務員服務法》，如果有違反《公務員服務法》，就會構成違法失職，就可以懲戒。現在聘用人員一方面適用《公務員服務法》，卻不適用《公務員懲戒法》。

藍：因為《公務員服務法》的規定很多。不一定代表就一定要讓他受懲戒，也包括一些其他層次的概念，如保守祕密等等這些義務。

張：如果他沒有保守祕密呢？

藍：這就必須要回歸到細部的規定了。比如說，契約裡面如何規定。因為類似這些比較重大的權利義務，當然應該要落實在契約之內，不會因為解釋適用《公務員服務法》，而契約就不會對這些行為再作規定。

劉：確實契約有規定到那麼細嗎？

珍：契約有。契約通常會有寫說本機關有考核辦法。

張：那契約有沒有範本？

珍：沒有。

藍：我們的法規是有規定說契約要訂定的必要事項。

珍：在我們實務上是契約內容會特別規定，如果該機關沒有考核辦法的話，就依相關公務人員法規。所以保訓會經常遇到這種情形：某機關作懲處，如果該機關的考核辦法缺漏的話，就會改採《公務員服務法》有一個所謂「誠實清廉、謹慎勤勉」的非常籠統的條文作懲處依據。我每次看到這種情形就生氣。

張：聘用人員義務的違反，有適用《公務員服務法》，但又不適用《公務員懲戒法》，那機關本身又沒有考核辦法。

珍：沒有。機關是有考核辦法。各機關的考核辦法都不相同，但是差不多都拿公務人員服務法來用。我深深地覺得《公務員服務法》要修改。

劉：但效果是不是還是差不多的？一樣都是申誡、記過？

珍：《公務員服務法》只是拿來當作補充解釋。效果還是以考核辦法。考核辦法會有法律效果，可是主要是前面的構成要件。考核辦法會拿《公務員服務法》作為補充。所以，這個意思就如同張教授所述的權利保障沒有那麼地廣，但是義務違反的懲罰就非常廣。

莫：關於張老師所提聘用人員義務的違反，適用《公務員服務法》當時如何認定？為何不適用《公務員懲戒法》？應該有一個背景原因。會後再請藍科長洽法規司確認後，提供研究團隊參考。

藍：這個部分我也不是非常瞭解。如果老師有興趣的話，我回去再蒐集相關資料。

珍：我的博士論文好像有把這個部分區分出來。我有把公務人員相關的法律規範區別出來。

祥：今天的座談會感謝周老師、陳老師、張老師、劉老師、莫科長、藍科長、梁專員，各位百忙之中，提供給我們非常寶貴的資料，包括實務上學理上的經驗和意見。我們將會會議記錄整理，再請各位再過目一次。請各位有其他寶貴意見，可以用書面提供給我們，我們會非常感謝。各位的意見將來會納入研究計劃之中。透過針點座談的方式，

有助於公務人員法制的進步，謝謝各位。

附件二、專家訪談意見

壹、周志宏教授[■]之修正意見書

一、關於保障對象部份

公務人員保障法第三條規定：「本法所稱公務人員，係指法定機關依法任用之有給專任人員及公立學校編制內依法任用之職員。前項公務人員不包括政務人員及民選公職人員。」另同法第一〇二條規定：「下列人員準用本法之規定：

- 一、教育人員任用條例公布施行前已進用未經銓敘合格之公立學校職員。
- 二、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員。
- 三、公營事業依法任用之人員。
- 四、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員。
- 五、應各種公務人員考試錄取占法定機關、公立學校編制職缺參加學習或訓練之人員。」

關於保障法之適用對象及準用對象，建議排除公營事業負經營決策之管理職人員，其應對決策成敗負責隨時去留，不應在保障範圍。此外，同樣是參加學習或訓練不占職缺之學員，與占缺編制職缺之學員，如均為全時參加學習或訓練，領取依定津貼，且實際上會從事公務之執行者，應認為具有準公務員之地位，似應一律準用公務人員保障法之規定給予保障，不應區分為有無占法定機關、公立學校編制職缺，而有所區別。

二、關於實體保障範圍部分

1、公務人員保障法第十條規定：「公務人員非依法律，不得予以停職。經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，得申請復職；服務機關或其上級機關，除法律另有規定者外，應許其復職，並自受理之日起三十日內通知其復職。」「依前項規定復職之公務人員，服務機關或其上級機關應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；如仍無法回復職務時，應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。」「經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後三個月內，未申請復職者，服務機關或

[■]* 國立台北教育大學文教法律研究所副教授兼所長

其上級機關人事單位應負責查催；如仍未於接到查催通知之日起三十日內申請復職，除有不可歸責於該公務人員之事由外，視為辭職。」

本條規定，一律規定由被停職公務人員申請復職，未申請者則由人事單位查催，實際操作上有困難。似應區分為法定停職與裁量停職兩種分別規定，法定停職事由消滅者，相關機關應通知原停職機關停職原因銷滅之事實，被停職之公務人員知有停職原因消滅之事實，應主動申請復職，否則應視同辭職。經機關首長裁量停職者，其原因事實效滅時，機關應主動通知公務員復職，無待申請，但經通知後不復職者，才視同辭職。

2、公務人員保障法第十一條：「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，除得依法另為處理者外，其服務機關或其上級機關應予復職，並準用前條第二項之規定。」「前項之公務人員於復職報到前，仍視為停職。」「依第一項應予復職之公務人員，於接獲復職令後，應於三十日內報到；其未於期限內報到者，除經核准延長或有不可歸責於該公務人員之事由者外，視為辭職。」

第二項規定建議修正為：「前項之公務人員於復職報到前，**其權利義務之處理，準用本法及其他法規有關停職之規定。**」因該等停職期間之公務人員，停職處份被撤銷後本應已非停職之狀態，但其復職前事實上仍未實際工作，故改為準用停職規定較為合理，若干停職規定逝世於準用者應依情形排除準用，以避免原規定視為辭職，應適用所有停職之法令規定，將失之過苛。

3、第十二條：「公務人員因機關裁撤、組織變更或業務緊縮時，除法律另有規定者外，其具有考試及格或銓敘合格之留用人員，應由上級機關或承受其業務之機關辦理轉任或派職，必要時先予輔導、訓練。」「依前項規定轉任或派職時，除自願降低官等者外，其官等職等應與原任職務之官等職等相當，如無適當職缺致轉任或派職同官等內低職等職務者，應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。」

本條所謂「除法律另有規定者外」主要係指公務人員任用法有關資遣之規定，但此對於無可歸責事由之公務人員似未有真正之保障，建議考慮修正為：「除依法律規定自願優惠離退或因可歸責於公務人員之事由而應強制資遣者外」，以保障公務人員之身分及權益。

4、第十五條：「公務人員依其職務種類、性質與服務地區，所應得之法定加給，非依法令不得變更。」本條建議修正為「**非依法規**不得變更。」過去是由於加給規定未有法規命令

之依據，現在已經有相關規定，應予修正，以免涉及公法上金錢請求權之事項卻可以以行政規則變更。

5、第十六條：「公務人員之長官或主管對於公務人員不得作違法之工作指派，亦不得以強暴脅迫或其他不正當方法，使公務人員為非法之行為。」第十七條：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負報告之義務；該管長官如認其命令並未違法，而以書面下達時，公務人員即應服從；其因此所生之責任，由該長官負之。但其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。」「前項情形，該管長官非以書面下達命令者，公務人員得請求其以書面為之，該管長官拒絕時，視為撤回其命令。」

此二條關於職務命令服從義務之規定，建議增訂長官或主管違反第十六條之之行政罰規定，必要時並應調離現職或調非主管職務。第十六條第一項建議修正為：「公務人員對於長官監督範圍內所發之命令有服從義務，如認為該命令違法，應負以書面詳述理由報告之義務；…」

配合第十七條規定「其命令有違反刑事法律者，公務人員無服從之義務。」建議應於第十六條增列第二項：「公務人員之長官或主管對於公務人員依法拒絕服從其違法之命令者，不得加以懲處或為其他報復性之不利措施。」

三、關於程序保障部分

1、公務人員保障法第二十五條規定：「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分之請求權遭受侵害時，亦同。」「公務人員已亡故者，其遺族基於該公務人員身分所生之公法上財產請求權遭受侵害時，亦得依本法規定提起復審。」本條建議刪除「顯然」二字，第二項建議刪除，回歸訴願法。以求復審當事人均為現任或曾任公務人員者，遺族之權益回歸訴願法進行行政救濟。

2、公務人員保障法第五十二條：「保訓會必要時，得依職權或依復審人之申請，通知復審人或其代表人、復審代理人、輔佐人及原處分機關派員於指定期日到達指定處所言詞辯論。」建議修正為「保訓會必要時，得依職權或依復審人之申請，通知復審人或其代表人、復審代理人、輔佐人及原處分機關派員於指定期日到達指定處所於委員會議中進行言詞辯論。」以免復審決定經言詞辯論者，僅於審查會中專任委員面前進行言詞辯論。其他委員未參予言詞辯論卻參與復審決定。

四、關於決定效力部份

1、公務人員保障法第六條：「各機關不得因公務人員依本法提起救濟而予不利之行政處分、不合理之管理措施或有關工作條件之處置。公務人員提起保障事件，經保訓會決定撤銷者，自決定書送達之次日起三年內，該公務人員經他機關依法指名商調時，服務機關不得拒絕。」建議修正為「經保訓會決定**原處分或措施違法或不當**而撤銷者，……」

2、公務人員保障法第九十二條：「原處分機關、服務機關於前條規定期限內未處理者，保訓會應檢具證據將違失人員移送監察院依法處理。但違失人員為薦任第九職等以下人員，由保訓會通知原處分機關或服務機關之上級機關依法處理。」「前項違失人員如為民意機關首長，由保訓會處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰，並公布違失事實。」「前項罰鍰，經通知限期繳納，逾期不繳納者，依法移送強制執行。」建議修正為「前項違失人員如為公務人員、民意機關首長或民選之行政首長，由保訓會處新臺幣十萬元以上一百萬元以下罰鍰，並公布違失事實。」

貳、李英毅委員[■]之保障制度救濟類型建議

一、管理措施仍有提起行政訴訟之可能

依憲法第 16 條之規定，訴訟權亦為人民之基本權，基於「有權利即有救濟」之憲法要求，人民於其權利受到侵害時，即有提起訴訟之權利，此於公務人員之權利救濟，適用上並無不同。因此，公務人員之權利受否受到侵害，是其得否提起行政訴訟之關鍵，至於侵害行為之性質，只是未來提起行政訴訟類型之指標。目前公務人員對管理措施之侵害，僅能循申訴、再申訴途徑救濟，忽略仍得提起給付或確認訴訟之可能性，似非妥適。

二、對非行政處分類型之侵害類型，仍得使其須先經先行程序

若對非行政處分類型之侵害類型，仍得提起給付或確認訴訟，一般提起此等訴訟，並無先行程序問題，是否因公務人員之特殊地位而使其仍須先經先行程序？此於比較法上不乏實例可參，如依德國聯邦公務員法第 172 條之規定，基於公務員關係所生訴訟，適用公務員基準法第 126 條之規定。依公務員基準法第 126 條第 3 項之規定，所有訴訟，包括給付訴訟與

[■]* 前保訓會專任委員

確認訴訟，均適用行政法院法第8章之規定，亦即適用撤銷與課予義務訴訟應經先行程序之相關規定。此等規定顯現德國公務人員對基於公務員關係所生爭議之行政爭訟，總是須先經先行程序，並不以撤銷訴訟或申請為行政處分遭拒絕之課予義務訴訟為限。其如此規定之理由，主要考量公務人員與勤務主間之勤務與忠誠關係，在公務人員向行政法院提起訴訟前，應使最高勤務機關有就該爭執表示最終看法或修正其行政行為之機會，透過先行程序，最高勤務機關在為訴願決定前就該事件加以審查，亦得避免在訴訟程序中不必要的互動，有害於對勤務與忠誠關係之維持。因此，基於公務人員之特殊地位，對非行政處分類型之侵害類型，於提起給付或確認訴訟前，法政策上仍得使其須先經先行程序。

三、（再）申訴轉化為先行程序，甚至與復審合一

若公務人員提起給付訴訟或確認訴訟，因公務人員之特殊地位，仍須先經先行程序，則可考慮將目前申訴、再申訴程序轉變為先行程序，原來因其不得提起行政訴訟之思惟下，維持申訴、再申訴二個層級之設計，再改為一個層級，亦即經由服務機關向保訓會提起申訴，不服申訴決定，得再向行政法院提起給付或確認訴訟。甚至，可進一步可將復審與申訴單一化，因兩者在保障程序處理上，除對再申訴事件得提起調處外，並無差異，但此調處制度不僅無法說明為何將復審事件除外，亦與公務人員協會法上協商、調解與爭議裁決制度功能重疊，實務上亦未顯現太大成效。

四、決定類型應配合修正

若對行政處分或非行政處分之侵害，皆得提起行政訴訟，且須先經先行程序，則保障事件之決定類型，即應配合修正分為撤銷型先行程序、課予義務型先行程序、給付型先行程序與確認型先行程序之決定。尤其，目前實務上之管理措施，係指機關為達行政目的所為之作為或不作為，包括機關內部生效之表意行為或事實行為等，均屬管理措施範圍，當再申訴有理由時，應於再申訴人不服之範圍內，以決定撤銷原管理措施之全部或一部，並得視事件之情節，發回服務機關另為處置。然而，事實行為本即無撤銷可能，對非行政處分之行政內部規制行為，其撤銷將涉及是否承認一般形成訴訟之根本性問題。因此，過去類比復審，以撤銷管理措施為決定內容，並非妥適作法，應區分提起先行程序之類型，對應適合之決定內容，才能使所提起之救濟獲得實益。

附件三、德國公務員法基準法

第一百二十六條

- (1) 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，都可以訴諸行政法院救濟。
- (2) 機關首長提起的訴訟亦同。
- (3) 依第一項提起之訴訟，包括給付和確認訴訟，依下列規定適用行政訴訟法第八章之規定：
 1. 即使是最高行政機關所為之措施，也必須經過先行程序。
 2. 最高行政機關作成異議決定。倘若該措施非最高行政機關所作成，其可以透過一般規定 (Anordnung)，將異議決定委託其他機關作成；該規定必須公布。
 3. 對於派任 (Abordnung) 或調職 (Versetzung) 提起之異議或撤銷訴訟不具有停止執行之效力。
 4. 倘法律規定毋須先行程序者，不在此限。

第一百二十七條

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（向聯邦行政法院）提起上訴，適用下列規定：

1. 除行政訴訟法第一百三十二條第二項規定的情形外，若該判決異於其他高等行政法院之決定，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。
2. 上訴得基於該判決違反聯邦法或邦法。

附件四、期中報告審查會會議紀錄

本會 97 年度公務人員保障制度委託研究案期中報告審查會會議紀錄

時間：民國 97 年 8 月 26 日（星期二）下午 14 時 30 分

地點：本會 7 樓第 2 會議室

主席：吳代理主任委員容明

記錄：宋孟芬

出（列）席人員：（如簽到單）

壹、審查意見

- 一、有關保障對象之研究，應將人與事均列入考量，究以事項為準則或以對象為主，事項為輔？請予以區分。
- 二、有關救濟類型，如認宜將申訴、復審程序合併，應考量訴訟能量、法院審級的擴充、整體國家救濟資源等因素。
- 三、研究以不予續聘類型之處理方式推論出兩制合一之必要性，然該類型僅為本會再申訴案件類型之少數，其連結似過簡略，應予以考量考績、懲處等基本類型。
- 四、建議併從憲法、比較法等討論申訴、復審程序之設計。
- 五、如認統將人事爭議程序列為訴訟上之先行程序，惟給付訴訟並無先行程序，則公務人員保障法是否應修法擴大類型？又如認仍須區分申訴、復審程序，則申訴程序是否得逕向本會提起？
- 六、競爭者訴訟並無參加制度，其可行性？是否應於公務人員保障法明訂？
- 七、公務人員保障法相關子法，如公務人員因公涉訟輔助辦法，其所定之保障範圍較母法寬，是否得宜？
- 八、有關日本公務員區分一般職及特別職之論述，宜加列地方公務員法第 4 條特別職將政務官除外之規定，以資明確。
- 九、日本災害補償類似我國撫卹，文內有關執行公務所導致之災害，宜以括號說明包含受傷、疾病、殘廢或死亡；又通勤中所生災害，於國家公務員災害補償法第 1 條有規定，亦宜稍作解釋。
- 十、公務人員與公務員之用語，應予區分。
- 十一、勞動基準法第 84 條有公務員兼具勞工身分者，亦為公務人員保障法適用對象，可否以文獻分析或專家訪談，檢討此類人員之身分設計於公務員制度上是否妥當？
- 十二、有關保障對象如將官民人才交流列入，其身分宜先定位。
- 十三、拒絕申請之課予義務復審，法無明文，是否參考訴願法，宜探究兩者之關連性；究係

以修法方式或以解釋方式為之，請具體提出。

十四、公務人員保障法第 89 條關於暫時性權利保護之規定，係以不停止執行為原則，故要件審查較嚴，其放寬之可行性？又如採行假處分制度，如何於公務人員保障法展現？

十五、第 3 章有關日本公務員保障制度，與第 6 章似重疊，架構可酌予調整。

十六、日本比較法日文的漢字翻譯，請斟酌參考實務用語。

貳、研究團隊回應：

與會人員所提寶貴意見，將參考補充於期末報告。

參、決議：

與會人員之意見，請研究團隊儘量參採納入期末報告。

附件五、期末報告審查會會議紀錄

本會 97 年度公務人員保障制度委託研究案期終報告審查會會議紀錄

時間：民國 97 年 11 月 27 日（星期四）下午 14 時 30 分

地點：本會 7 樓第 2 會議室

主席：葉副主任委員維銓

壹、會議記錄

一、保障處

- 1、現行保障法對保障對象的訂定有其背景，當時訂定有所限制，因而有準用對象。若用公務人員基準法的規定定義，但在基準法草案對公營事業機構人員的界定，是對經營政策負決策責任的人員才納入，現行狀況對經營政策負決策的人員比較類似政務人員而排除。如果直接比對公務人員基準法草案是不是適宜？
- 2、在校長納入，現行公立學校校長具有公務人員身分資格比較少，大部分為具教師資格。國立大學用選舉，如果納入校長而把教師排除在外，那運行上會不會有問題？
- 3、在救濟類型部分，復審在保障法為訴願程序的替代，若納入所有類型，跟訴願法的衡平性。適用於復審的狀況，那申訴、再申訴應比照或區隔，如何去設計？

二、程明修委員

- 1、保障對象的區分和範圍涵蓋，依照契約的這塊，在派用、聘用方面，公法上的職務關係判斷較困難，此類人員從事事務範圍如何區分公法和私法職務行為？在結論方面研究團隊要直接下結論為公法上的職務行為，納入保障對象，其依據和判斷跟台灣現況還有點距離，這是關於適用人員的部分。
- 2、保障類型的部分，強調呼應行政訴訟法的區分（以行政行為類型設計），研究團隊把再申訴制度留下來，而違法不當非常難判斷，只留下專門審查不當行為的申訴制度，是很困難的。可能要回到各種行政行為的區隔，依行政處分類型如何去設計，必須要有權利侵害為行為，都要進入複審程序，那建議廢除再申訴制度，統一救濟制度。而在救濟類型方面，有無必要呼應行政訴訟法的配套，把所有訴訟法的類型，在複審程序配合作處理。這樣制度的配合問題，在於行政訴訟跟訴願有其關聯性，那在複審階段類似訴願程序，這程序所有納進救濟類型，就類似德國的走法，即所有公務人員救濟方式都要進入人事審查，再進入行政訴訟，在我國還有討論空間。
- 3、損害賠償的部分，關於訴願法 80 條的規定，這比較屬於弱化的損害賠償救濟，這樣的處

理方式是不是可以參考，而不是那麼快進入損害賠償，假如在復審程序放入會不會損害賠償救濟，不需要前置，在制度設計和訴願法落差會不會比較大。

- 4、救濟類型當中，預防不作為救濟應該不是獨立的訴訟類型，可能放在課予義務或一般給付行政。
- 5、競爭者救濟跟暫時性權利保護措施連結，目前希望在競爭者救濟放寬，承認有這類救濟，可能影響職務安定原則，若無法把職務安定原則的影響排除，至少要爭取到事前的救濟，即權利救濟的方式提前，讓救濟狀況往前提。希望在暫時性權利保護措施多點著力。
- 6、在暫時性權利保護措施方面，在援引條例，如假處分，行政訴訟法 299 條，在學界受到挑戰，會不會有調整空間，這樣的規定留在暫時性權利保護設計上可能有弱化的影響，如果當做草案條文之一可能有負面的影響。
- 7、在政策建議，應強化保訓會的專業判斷能力，可能超過研究範圍。
- 8、83 頁，在援引行政訴訟法第 90 條之 1 第三項，訊問比較偏向法院用語，保訓會比較適用要求到會說明等符合行政機關的用語。
- 9、25 條草案，公務人員法上的爭議援引行政訴訟法第 2 條的用語，行政訴訟法明確為公法，除非研究團隊將公務人員法定義為明確公法的爭議，有其落差。

三、林昱梅委員

- 1、關於服務法的適用對象和保障對象的範圍方面，在組織法規編制的範圍是不是跟服務法是契合的？本來是公法上的職務關係為基準，後來變為組織法規編制內的問題，如何連結
- 2、在救濟類型的部分，草案有點類似行政訴訟法的概括條款，那申訴、再申訴是不是還要留著，當初會區隔復審跟行政行為處分有關；那申訴在解釋上是不是有侵害到當事人的權利，那當初設計和行政處分相區隔的部分要怎麼去處理？
- 3、行政處分不當的部分，申訴有無必要保留不當，可以再討論？
- 4、47 頁，假扣押也有些案件債務人為公務員，譬如公務員溢領薪資，整個案件類型可以再思考。
- 5、56 頁，關於德國懲戒方面，似乎比較傾向我國的懲處這塊，關於其定性。
- 6、69 頁，關於侵害類型，全部的救濟類型應該先經過保訓會的先行程序，是不是符合訴訟經濟，如給付類型直接到法院比較快；在前置程序方面，如暫時性權利保護，若在保障法加上假處分等規定，如果也要經過保訓會先行，是不是也經過法院比較快。
- 7、79 頁，25 條關於公務人員法上的爭議，範圍希望可以更明確的界定。
- 8、83 頁，90 條之 3，擔保以代釋明，在保障的何種案件類形可適用，是不是可以具體說明？

9、99 頁，關於考績獎金的部分，行政處分可用復審，但考績本身不是行政處分，那考績應該歸為何種救濟類型？如果不是行政處分，應該確認或是提起給付訴訟，一併將考績當先行問題解決，這種救濟類型該如何處理。

10、76 頁，申訴、再申訴，建議修正草案予以補充或說明。

四、邱華君委員

1、4 頁，關於直接敘述我國憲法未提到「公務人員制度」過於武斷，建議修正，如憲法 83 條、108 條。

2、37 頁、22 頁、74 頁，關於擴大保障的項目，乙的校長部分可能很難界定，會牽涉到教師法；丙的公營事業，公營事業除了交通也包含其他部分，範圍界定過於廣泛，保訓會業務可能無法負擔。

3、49 頁，關於保訓會 91 年前案例的名字部分建議刪除。

4、69 頁，第三章和第四篇的修法建議重複性過高，建議濃縮在結論部分在加以說明。

5、69 頁及 75 頁，關於第貳部分最高職務機關的定義。

6、71 頁，暫時性權利保護制度的第三點，在法制上是否也有檢討之必要和實務運作相扣合。

五、劉榮輝委員

1、修法條文 90 條之 1，公務人員法上法律關係為防止發生重大之損害，目前假處分並未經過司法機關以外執行，本會是否有此權力執行。

2、關於勞基法 83 條延伸的問題，勞工和公務人員的身分，外國比較法有無相關情形，未來的走向如何比較適宜？

六、葉副主任委員維鈺

1、關於篇章架構的問題，即篇、章、節的問題，建議將篇修改為七章，如第一篇改為第一章、第二章為我國公務員保障對象、第三章則為外國的部分（原第二篇第二章）、第三篇改為第四章、第四篇改為第七章；目錄建議標題寫到節即可。

2、第一篇第一章，2 頁，建議研究方法部分不需要再分節。

3、第二篇的部分，建議適用、準用對象的範圍差異改以表列方式呈現。

4、建議在結論之前（修改後為第七章），設計表列比較對照德國、日本和我國，包含：公務人員的體制、公務人員跟國家的關係、保障的範圍和類型等差異，做個綜合歸納總表。以藉此作為 74 頁，如何歸納結論的依據。

5、第五篇的對照表，建議作為附件。並在現行條文和修正條文的差異部分標註底線。

6、參考文獻部分，建議將報告中引用相關判決及法律引用文件列入。並統一參考文獻的年代等格式。

貳、研究團隊回應：

與會人員所提寶貴意見，將參考補充於期末報告。

參、決議：

與會人員之意見，請研究團隊儘量參採納入期末報告。