

目 錄

第一章	前言	1
第二章	德國公務員法上停職制度	4
第三章	公務人員資遣制度之檢討	40
第四章	公務人員因公涉訟輔助制度之研究	69
第五章	公務人員保障法上慰問金請求權之研究	116

詳 目

第一章 前言	1
一、研究主旨、背景、有關研究之檢討.....	1
二、研究方法.....	1
三、研究範圍.....	1
第二章 德國公務員法上停職制度	4
壹、德國公務員法上類似我國停職之制度	5
一、強制休假制度	7
(一) 法規依據	7
(二) 規範意義	7
(三) 強制休假措施之法定要件與裁量決定	8
(四) 程序	9
(五) 法律效果	9
(六) 禁止之消滅	10
(七) 強制休假措施之法律性質與權利救濟	10
二、暫時停職制度	11
(一) 暫時停職處分和扣留俸給處分之許可性	11
(二) 暫時停職處分和扣留俸給處分法律效力	16
(三) 被扣留俸給之權利喪失或補發	22
三、德國法制可供借鏡之處	24

貳、我國公務員法上停職及復職實務運作之檢討	27
一、公務員法上停職法規及實務運作之檢討	27
(一) 授權停職之實體法規	27
(二) 公務員懲戒法第三條第一款：當然停職或是應為停職？.....	30
(三) 公務員懲戒法第四條第二項職權停職之法定要件	32
(四) 是否為停職處分之行政裁量	42
二、公務員法上復職法規及實務運作之檢討	43
(一) 公務員法上復職規定	43
(二) 公務員羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放之復職處理.....	45
參、法政策上建議	47
第三章 公務人員資遣制度之檢討	
54	
壹、前言	55
貳、我國公務人員資遣制度之引進	56
參、公務人員資遣制度之合憲性	58
一、前言.....	58
二、服公職權利之保障：概說	59
三、服公職權利之制度性保障	60
(一) 「制度性保障」之概念	60

(二) 服公職權利制度性保障之意義·····	62
(三) 服公職權利之制度性保障內容對立法機關之拘束力·····	63
四、公務人員資遣制度之合憲性：代小結·····	67
肆、組織變革與公務人員之資遣·····	68
一、合憲性問題·····	68
二、資遣要件之檢討·····	69
三、「令暫時性退休」作為法律政策上之可能對案·····	70
伍、民營化與公務人員之資遣：以榮工公司裁減人員為例·····	71
一、民營化作為公務人員資遣問題之引爆點·····	71
(一)「民營化」作為法律概念·····	71
(二)榮工公司裁減人員之法律問題·····	72
二、民營化與公務人員之法律地位·····	75
(一)榮工處改組與公務人員之法律地位·····	75
(二)榮工公司之新人事制度與公務人員之法律地位·····	88
三、公務人員資遣作為民營化手段？	
陸、結論·····	90
第四章 公務人員因公涉訟輔助制度之研究·····	69
壹、前言·····	93

貳、公務人員因公涉訟輔助制度之法理基礎	94
一、涉訟輔助制度作為制度性保障	94
二、公務員照顧原則	96
參、保訓會相關函釋、決定與行政法院相關裁判之檢視	97
一、保訓會因公涉訟輔助制度相關決定與函釋之分析	98
二、各級行政法院關於因公涉訟輔助制度相關裁判之分析	107
肆、現行公務人員因公涉訟輔助制度之檢討	109
一、法律保留與授權明確性原則之檢視	110
二、受輔助對象之檢討	112
三、實體要件：「依法執行職務」判準之再檢視	115
四、因公涉訟輔助內容之檢討	119
五、輔助決定機關之審查組織與程序之強化	123
六、事後求償制度之反思	126
伍、建議與結論	126
第五章 公務人員保障法上慰問金請求權之研究	116
壹、問題之提出	133
貳、慰問金請求權之成立要件	135
一、因公之要件	135
二、「因公而發生受傷、殘廢或死亡結果」之要件	136
參、慰問金請求權之排除、減發	139
第六章 建議修正條文試擬	141
壹、有關「公務人員保障法」停職復職部分修正條文試擬	141

貳、有關公務人員資遣部分	147
參、公務人員涉訟輔助部分	148
肆、公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法	156
期末報告審查意見紀錄及回應.....	161

第一章 前言

一、研究主旨、背景、有關研究之檢討：包括主題、緣起與預期目標

公務人員保障法係於民國 85 年 10 月 16 日施行，其後公務人員保障法大幅修正，條文由 35 條修正擴增為 104 條，而第二章實體保障項目更增設了許多制度。新制實施以來，在保訓會持續不斷的努力下，對提昇我國公務人員權利保障有相當大的貢獻。惟時至今日，其在適用上亦累積了不少爭議問題。本研究即旨在就公務人員保障法中有關實體保障項目進行檢討與分析，期能就其適用之疑義予以釐清，並就制度興革提供更具前瞻性且可行之建議。

二、研究方法

在研究方法上，主要採取如下作法：

1. 蒐集及彙整國內相關法規、行政令函、行政法院裁判以及司法院大法官解釋，並作爭點整理與歸納。
2. 國內文獻分析：整理國內相關文獻提出之檢討與建議，並予以評估。
3. 比較法分析：就德國相關保障制度進行研究，以提升對問題之視野，期能提供我國實務操作及制度興革之參考。
4. 徵詢相關專業人員意見：徵詢公務人員保障業務之相關專業人士意見，以提高研究可行性。

三、研究範圍

經初步檢索公務人員保障法歷來相關函釋、復審案件決定及行政法院裁判，

就現行公務人員保障法實體保障項目中，研究團隊擬選定當前在實務上最具爭議性的四個主題作為本計畫的研究主軸：

（一）停職、復職與公務人員權利保障

第一階段先進行比較法的研究。依據初步觀察，若與德國法制相比較，其中與我國停職的概念比較接近的應該是德國聯邦公務員法第 60 條所規定的「強制休假」（Zwangsbeurlaubung）以及聯邦公務員懲戒法第 38 條以下規定之「暫時停職」（vorläufige Dienstenthebung）這兩個制度，研究計畫將就此進行比較法的研究。以探討其是否有可以提供我國法制改革借鏡之處。

第二階段將從現行法規操作的實務面向進行檢討，並參考德國法制優點草擬相關條文。

（二）機關裁撤、組織變更或業務緊縮下公務人員權利之保障

公務人員保障法第 12 條係規定在機關裁撤、組織變更或業務緊縮情形下公務人員權益之保障事項。尤其是在此涉及到公務人員資遣的制度（公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款），更有深入探究之必要。蓋依據保訓會與行政法院之見解，將公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款規定解釋為公務人員保障法第 12 條第 1 項所謂之「法律另有規定」，從而得以優先適用。

按機關裁撤、組織變更或業務緊縮而須裁減人員時，各機關公務人員得經由長官考核，報經上級主管機關核准，予以資遣。其具有考試及格或銓敘合格之留用人員，除法律另有規定外，則應由上級機關或承受其業務之機關辦理轉任或派職（公務人員保障法第 12 條第 1 項）。辦理轉任或派職，除自願降低官等者外，其官等職等應與原任職務之官職等相當，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（同條第 2 項）。過去因國營事業民營化或精省作業，衍生出不少爭議問題。而未來在持續推動行政任務民營化以及政府組織改造的洪流中，上開制度之重要性更不容忽視。有鑑於此，研究計畫將針對其在解釋適用上所引發之重大爭議（例如近來有台北高等行政法院 94 年度訴字第 1655 號裁定、同年度

1764 號判決) 進行分析與檢討。

就學理初步觀察，在制度面向上，可以檢討的是，在機關裁撤、組織變更或業務緊縮的情形，對於具有考試及格或銓敘合格人員可否予以資遣？亦即資遣本身是否具有正當性？蓋大法官釋字第 483 號解釋指出，公務人員依法銓敘之官等俸給，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級或減俸，為憲法上服公職權利之制度性保障，並據此宣告有「高資低用」情形之調任，其相關條文與憲法上保障服公職權利之意旨不符。由此一解釋衍生出多項疑問，諸如：哪些項目受到憲法上服公職權利之制度性保障？亦即其保障範圍多大？所謂「服公職權利之制度性保障」在基本權理論中，具有什麼意義？受到制度性保障者，立法機關是否就不能加以限制？對於公務人員之資遣制度本身是否違反服公職權利之制度性保障？由此來審視前述公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款以及公務人員保障法第 12 條第 1 項之規定，深具意義。其次，退一步言，若是仍維持「資遣」制度，在「留用」與「資遣」之間，是否在制度設計上有可以更進一步提升具有考試及格或銓敘合格人員之服公職權利之保障的機制，亦有深思的空間。

(三) 公務人員因公涉訟輔助制度

依據初步觀察，就公務人員因公涉訟輔助制度所引發爭議數量不少。研究計畫首先將進行操作面向上的檢討。此一階段將以保訓會函釋、復審決定及法院裁判為基礎，就其適用上所生重大爭議加以分析並檢討。

另就制度面興革而言，至少將嘗試檢討下列問題¹：

1. 公務人員因公涉訟輔助制度與公務員服公職權利之關聯性如何？而將公務人員因公涉訟輔助制度置於公務人員保障法的立法模式是否符合其規範功能？
2. 公務人員因公涉訟輔助制度適用對象之範圍較公務人員保障法適用對象之範圍更廣（公務人員因公涉訟輔助辦法第 21 條規定準用、比照本辦

¹ 有關學界就法政策面向曾提出之建議，請參閱林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌 第 90 期，民國 91 年 11 月，99 頁。

法之對象），是否有逾越授權母法之嫌？而如此設計，實質上又是否符合公務人員因公涉訟輔助制度之規範功能？

3. 公務人員因公涉訟輔助制度之實體要件有無修正必要？例如「依法執行職務」之判準是否有進一步明文規定之必要？又如公務人員因公受公務員懲戒是否得申請輔助？公務人員因公受行政懲處而提起行政救濟是否得申請輔助？法政策上均有討論之空間。
4. 公務人員因公涉訟輔助之辦理與審查程序機制應否強化？
5. 對公務人員求償權規定是否合理？
6. 為減輕因公涉訟輔助認定之困難與標準不一，如果採取事前審核從寬，事後在一定要件下對公務人員求償的模式是否可行？
7. 提供公務人員因公涉訟輔助之經費來源是否有改進之必要？

（四）公務人員因公傷殘死亡慰問金制度

公務人員保障法第 21 條第 2 項規定：「公務人員因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金。但該公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。」按此一制度係為加強公務人員權益保障，於公務人員因公致傷殘、死亡時，除其情形符合保險或撫卹之規定，應給予保險給付或撫卹外，另發給慰問金，以達國家照護公務人員之目的。並依據上開規定第三項授權制訂「公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法」。

依據初步觀察，近來有關慰問金爭議事件，尤其是何謂「執行職務發生意外」、「在辦公場所發生意外」、與「因公情事之一具有直接因果關係」，解釋適用上有不少爭議。研究計畫首先將進行操作面向上的檢討。此一階段將以保訓會函釋、復審決定及法院裁判為基礎，就其適用上所生重大爭議，加以分析並檢討。並將嘗試提出制度改進之建議。

第二章 公務員停職及復職制度之檢討

本章大綱

壹、德國公務員法上類似我國停職之制度

一、強制休假制度

- (一) 法規依據
- (二) 規範意義
- (三) 強制休假措施之法定要件與裁量決定
- (四) 程序
- (五) 法律效果
- (六) 禁止之消滅
- (七) 強制休假措施之法律性質與權利救濟

二、暫時停職制度

- (一) 暫時停職處分和扣留俸給處分之許可性
- (二) 暫時停職處分和扣留俸給處分法律效力
- (三) 被扣留俸給之權利喪失或補發

三、德國法制可供借鏡之處

貳、我國公務員法上停職及復職實務運作之檢討

一、公務員法上停職法規及實務運作之檢討

- (一) 授權停職之實體法規
- (二) 公務員懲戒法第三條第一款：當然停職或是應為停職？
- (三) 公務員懲戒法第四條第二項職權停職之法定要件
- (四) 是否為停職處分之行政裁量

二、公務員法上復職法規及實務運作之檢討

- (一) 公務員法上復職規定
- (二) 公務員羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放之復職處理

參、法政策上建議

壹、德國公務員法上類似我國停職之制度

研究計畫首先嘗試從比較法的角度進行設定議題之研究。依據初步觀察，若與德國法制相比較，其中與我國停職的概念及功能比較接近的應該是德國聯邦公務員法第 60 條所規定的「強制休假」(Zwangsbeurlaubung) 以及聯邦新公務員懲戒法第 38 條規定之「暫時停職」(vorläufige Dienstenthebung) 這兩個制度，研究計畫將就此進行比較法的研究。以探討其是否有可以提供我國法制改

革借鏡之處。

一、強制休假制度 (Zwangsbeurlaubung)

(一) 法規依據

德國聯邦公務員法第六十條第一項規定：「最高職務機關或其所指定之機關得基於重大職務上理由禁止公務員從事職務行為。在三個月之內，對該公務員未發動正式之懲戒程序或其他已撤銷任命或終結公務員關係之程序者，上開禁止歸於消滅。」第二項：「公務員在上述禁止作成前，宜給予聽取意見之機會。」

(二) 規範意義²

強制休假措施，又稱「附有期限之職務執行之禁止」。當有重大職務上理由存在，放任公務員繼續執行職務將繼續對其個人利益或行政利益造成重大危害者，在人事行政上允許運用強制休假措施之手段，以防止重大危害之發生，因此性質上屬於一種職務法上「危險防禦」措施。透過此種暫時禁止執行職務之危險防禦處分，公務員執行職務之權利被暫停，期間最長可達三個月。

強制休假措施，適用在所有公務員，亦包括榮譽職之公務員。

相對於強制休假措施，法制上尚有其他對公務員權利干預較重的手段：

- 1.公務員懲戒法上由懲戒程序發動機關所宣告的『暫時停職處分』（並得扣留部分之職務俸給），詳待後述。
- 2.尚應與強制休假措施區別的是，當確認對公務員任命係屬無效時，由職務上的長官所宣告的「無限期的」執行職務之禁止（參照德國聯邦公務員法第十三條第一項）。

相對於強制休假措施以及暫時停職處分，對公務員比較溫和的措施則有：

² Battis, Bundesbeamtengesetz, 1997, § 60, Rn.2.

- 1.執行勤務之部分禁止。
- 2.單純業務範圍的重新分配。
- 3.調整職務（Umsetzung）。
- 4.派遣。
- 5.調任（不過在調任之情形，由於其具有終局性，故相對於上述措施是否屬於比較溫和的措施，仍有疑問）。

（三）強制休假措施之法定要件與裁量決定³

首先，強制休假措施之第一個法定要件是「公務員在被任命之後，已經被賦予職務」。至於公務員是否事實上已經開始執行強制休假措施所暫時停止執行之職務，則非屬必要。

其次，強制休假措施，與後面要探討的暫時停職處分不同，其並非懲戒法上機制。因此既不以公務員具有失職行為，亦不以公務員有「可歸責之事由」為前提。僅需有重大職務上理由存在，即得為此一措施。所謂「重大職務上理由」，係指若任由公務員繼續執行職務，將不可避免的導致職務上之不利者，始足當之。

解釋上可以包括下列情形：

- 1.公務員精神上障礙。
- 2.在將發動正式之懲戒程序之前。
- 3.公務員受到大眾媒體之攻擊。
- 4.在服務機關與公務員之間發生嚴重不和協而使其信賴關係受到妨礙。
- 5.公務員酗酒。
- 6.公務員與同事嚴重失和。

職務主體認為有重大職務上之理由存在時，得對公務員為強制休假措施。不過，行政裁量餘地，僅在「究竟強制休假措施之時間延續多久」方有存在之

³ Battis, Bundesbeamtengesetz, 1997, § 60, Rn. 3.

空間，亦即當確定有重大職務上之理由存在時，職務主體僅有「選擇強制休假多久之裁量」，無「是否強制其休假之決定裁量」。

在德國實務上，就公務員有失職行為，在發動正式懲戒程序之前，經常先利用強制休假措施這個期間有限制且較為溫和的措施來進行初步調查並暫時防止可能的危害。此外，即使是此一措施在發動正式之懲戒程序之後，亦得斟酌個案情況，以強制休假措施取代對公務員暫時停職處分。但是在公務員關係終結後，即不得為之。即使當「該終結尚未實現」，亦然。

（四）程序⁴

1. 管轄權

對於強制休假措施有權之機關，係最高職務上機關，但其亦可將權限授權給下級機關。若下級機關基於該授權而作成強制休假措施措施，則為了使暫時禁止執行職務發生效力，必須向該公務員公開該授權之存在。

2. 陳述意見程序

由於強制休假措施措施係屬一「侵益處分」，因此公務員原則上應給予其事前陳述意見之機會。由於此係「當為規定」，依個案情節，無事前聽取陳述意見之必要時，自得容許例外之情形。

3. 法定方式

法律並未強行規定強制休假措施措施必須採用書面之形式，不過，一般而言，採用書面形式較為適當。公務員在有正當之利益時，例如為了權利救濟，得要求機關出具書面（參照德國聯邦行政程序法第三十七條）。如果上述禁止措施以書面做成，原則上即必須說明理由，不過只要通知公務員即可，送達則無必要。

⁴ Battis, Bundesbeamtengesetz, 1997, § 60, Rn. 4.

（五）法律效果⁵

遭到處以強制休假，亦即暫時禁止執行職務之公務員，其公務員執行職務之權利被暫停。除此之外，其權利地位均不受任何影響。因此，公務員仍必須隨時保持「得從事職務之狀態」，以便隨時投入職務。其欲從事兼職者，亦仍須獲得許可。

執行職務之禁止，不影響公務員對外行為之效果，因此其即使違反強制休假而從事被禁止之職務行為，職務行為亦仍屬有效。

另外，作為強制休假，亦即暫時禁止執行職務措施之附從效果，公務員有義務「交還職務上所領取之物品」、「不穿職務之制服」、「不進入職務之場所（工作場所）」。惟此一禁止原則上並無財產法上之效果。最後，在處以強制休假措施之情形，公務員職務年資之計算，不受影響⁶。此與後述之暫時停職處分不同，不可不辨。

（六）禁止之消滅⁷

因被處以強制休假而暫時禁止執行職務之效力，在上開禁止行為通知公務員三個月後，無待撤銷，當然歸於消滅。公務員無待准予復職之行政處分，即當然重新回復職務之執行。強制休假最長只能有三個月之期間，期滿不得再延長之。通常在實務上，當超出上述之期限，仍應使公務員遠離職務之執行時，即必須針對公務員發動正式之懲戒程序，或是發動以終結公務員關係為目的之其他程序。

（七）強制休假措施之法律性質與權利救濟

強制休假措施之法律性質，在早期德國頗具爭議，然而依據當今通說之見解，其係屬行政處分，蓋在規範上，它直接干預到公務員個人「主觀公權利」，

5 Battis, Bundesbeamtengesetz, 1997, § 60, Rn. 5.

6 Eckstein, VBIBW 1997, 336.

7 Battis, Bundesbeamtengesetz, 1997, § 60, Rn. 6.

也就是「職務執行之權利」⁸。

因此，公務員於經訴願無結果之後，在提起訴願無結果之後，得針對這個具有「立即執行效力」之強制休假措施，提起撤銷之訴。另可依德國行政法院法第八十條第五項，聲請暫時延宕強制休假措施之效力，以尋求暫時權利保護。如果在提起撤銷訴訟之前，該措施被撤銷者，則公務員得基於德國行政法院法第一一三條第一項第四句之類推適用，提起「確認行政處分違法之訴訟」。

在針對強制休假措施提起之撤銷訴訟範圍內，行政法院只能審查強制休假是否違法侵害公務員執行職務之權利，不得審查「是否最高職務機關基於事後情事之變更，負有義務廢止該禁止行為」⁹。

在司法審查密度上，有關「重大職務上理由」要件存否之判斷，係屬不確定法律概念之適用。就此，行政機關是否享有判斷餘地，頗有爭議。

學者 Batts 就此採取肯定見解。故依其見解，行政法院僅能審查「是否職務之主體對法律之概念有所誤認」、「以不正確之事實為基礎」、「違背一般評價原則」或「有違反事理之考量」¹⁰。惟聯邦行政法院則否定在此有判斷餘地之存在，亦即強調其必須受到法院完全之審查¹¹。

有關強制休假措施之構成要件是否滿足，亦即是否有重大職務上理由存在，依「規範理論」，原則上應由職務主體負擔客觀舉證責任。因此當該要件存否不明時，法院應撤銷該強制休假措施¹²。

二、暫時停職制度¹³

(一) 暫時停職處分和扣留俸給處分之許可性

⁸ Günter, ZBR 1992, 333.

⁹ Batts, Bundesbeamtengesetz, 1997, § 60, Rn. 7.

¹⁰ Batts, Bundesbeamtengesetz, 1997, § 60, Rn. 3.

¹¹ Eckstein, VBIBW 1997, 334.

¹² Günter, ZBR 1992, 331.

¹³ 主要參考 Bauschke/Weber, Bundesdisziplargesetz Kommentar, 2003, § 38.

按暫時停職機制原本規定舊聯邦公務員懲戒法第九一條以下。在 2002 年實施之聯邦新公務員懲戒法，則將其規定在第三十八條以下。

1. 法規依據

聯邦新公務員懲戒法第三十八條規定：

- (1) 在懲戒程序，預測將科處以撤職或剝奪退休金之懲戒時，或對於試用職或實習公務員，預測將依聯邦公務員法第三十一條第一項第一款和第四項以及第三十二條規定予以免職時，有提起懲戒訴訟權限之行政機關，得於對公務員開始進行懲戒程序之同時或之後，處以暫時停職處分。此外，若放任公務員繼續留在其職務上，會嚴重妨礙職務運行或調查之進行，且暫時停職處分與本案情節之嚴重性和預期科處之懲戒措施，並非不成比例時，有提起懲戒訴訟權限之行政機關，亦得對其為暫時停職處分。
- (2) 在懲戒程序，預測將科處以撤職或剝奪退休金之懲戒時，有提起懲戒訴訟權限之行政機關，得於暫時停職處分之同時或之後，下命扣留該公務員至多百分之五十的職務俸給。
- (3) 在懲戒程序，預測將科處以剝奪退休金之懲戒時，有提起懲戒訴訟權限之行政機關，得於開始進行懲戒程序之同時或之後，下命扣留該退休公務員至多百分之三時的退休金。
- (4) 有權限提起懲戒訴訟權限之行政機關，得隨時全部或部分撤銷暫時停職處分、扣留職務俸給處分或扣留退休金處分。」

2. 規範意義

首先要說明的是，暫時停職處分以及與其相關聯之扣留部分職務俸給處分，係屬在公務員懲戒程序中之「暫時性措施」，但其本身並非懲戒措施，亦不具有刑罰之性質。

3. 暫時停職處分

(1) 適用範圍

暫時停職處分對於終身職之公務員，試用之公務員、實習之公務員，以及退休之公務員，均得適用之。

(2) 程序要件

必須是針對公務員「將發動」或「已發動」正式懲戒程序，始得為暫時停職處分。正式懲戒程序之發動，得由有權機關依職權或依公務員之申請為之。至於發動之原因究竟是公務員違反職務內義務或職務外義務，則無關緊要。不過實務上，暫時停職處分處分多半係因公務員有職務內之失職行為而為。在職務外之義務違反，僅在例外之情形，才會被列入考慮。

(3) 暫時停職處分之類型及實質要件

暫時停職處分可以分為兩種類型。

第一種係「取決於對懲戒結果預測之暫時停職處分」。其依據為聯邦新公務員懲戒法第三十八條第一項第一句規定。在此對公務員作成暫時停職處分，係取決於一個對於「在正式懲戒程序中行政法院將決定為如何之懲戒」之預測。依照上開法律之規定，預測的結果必須是符合以下的標準，方得對公務員為暫時停職處分：

- A. 對於一個終身職之公務員，必須在事前可以預見到，依據懲戒程序之結果，行政法院將採取「撤職」（Entfernung aus dem Beamtenverhältnis）之懲戒；
- B. 對於一個退休之公務員，必須在事前可以預見到，依據懲戒程序之結果，行政法院將採取「剝奪退休金」（Aberkennung des

Ruhengehalt) 之懲戒；

C.在試用職及實習職之公務員，必須在事前可預見到，其將依德國聯邦公務員法第三十一條第一項第一款及第四項以及第三十二條免職(Entlassung)者。申言之，在試用職或實習職之公務員，如果已經是終身職之公務員時，其失職行為之情節至少將受到「減俸」以上之懲戒時，始足當之。

公務員有失職行為嫌疑乃行政機關在作成「暫時停職處分」時所為之預測基礎，就此行政機關並不需要就事實情況提供完整之證明，但另一方面，若單單有嫌疑，亦尚有不足。在此，必須有「充分程度之概然性」顯示公務員有該作成其被指摘之失職行為時，始足當之。此一「充分之嫌疑」之要求，與德國刑事訴訟法第二百零三條所規定「充分之嫌疑」之標準相當。

至於就懲戒結果之預測，如果有「優勢之概然性」顯示，法院在正式懲戒程序終結後將採取最嚴厲之措施時，行政機關作成暫時停職處分之裁量決定，原則上即無可質疑。但是如果正式懲戒程序之結果，公務員之撤職顯然難以期待，或固然可以預期法院在正式懲戒程序終結後將採取最嚴厲之措施，但是個案之特別情況，卻要求對於公務員之權利與利益，必須做更深入之斟酌時，則另當別論。

此外尚有**另一種類型之暫時停職處分**，其依據為聯邦新公務員懲戒法第三十八條第一項第二句規定。當發動懲戒程序之行政機關希望行政法院對公務員為撤職之懲戒，但是依據預測之結果，法院卻可能係採取一個比較溫和之懲戒時，或是當行政機關希望法院對公務員為「降級」之懲戒，但公務員卻不適合續留在原來的職務位置時，第二種類型之暫時停職具有適用之餘地。只要符合聯邦新公務員懲戒法第三十八條第一項第二句規定，亦即如果因為公務員續留在原來的職務上，將嚴重妨害到職務之運行或使相關責任的調查受到嚴重妨害，而且暫時停職處分與案件之意義以及可期待之懲戒措施，尚不至於不成比例者，行政機關仍得對公務員為暫時停職處分。也就是說，它必須

有一個特別正當的理由，始足當之。因此在第二種類型之適用上，仍應遵守比例原則之限制。故一個比較輕微的失職行為，尚不足以正當化暫時停職處分。如果預測懲戒程序之結果，僅可能採取「記過或罰鍰」之輕微懲戒時，則對公務員之暫時停職處分，即違反比例原則。

(4)時間點

在發動懲戒程序時，即得為暫時停職處分。另外，在發動懲戒程序之後，亦得為之。

(5)管轄權

對暫時停職處分有管轄權者，係指有權提起懲戒訴訟之機關。在終身職之公務員，有權機關係「最高之職務機關」；在退休公務員，則是「有權行使懲戒權之職務長官」。

(6)決定

在法定要件具備後，有關「暫時停職處分之決定」，由有權機關依「合義務性之裁量」為之。通常在具備上開規定第一項第一句構成要件之情形，即存在一個足以正當化「暫時停職處分」之職務利益，因此原則上即無必要作進一步之裁量。不過如果公務員在失職行為之後，有相當長的時間，執行其職務並沒有瑕疵時，則在特別考慮到比例原則的情形下，仍有必要就是否為「暫時停職處分」做一個衡量。

至於，在具備上開規定第一項第二句構成要件之情形，也就是為了避免職務的運行或調查受嚴重妨礙的停職事由，有權機關則必須採取一個廣泛的、整體的衡量。在此，行政機關必須考量由公務員繼續執行職務、失職行為之性質及嚴重性、機關之利益、對職務和平之妨害、機關之聲譽、以及「妨害調查之危險」等等因素。

4. 扣留職務俸給處分 (Einbehalten von Dienstbezügen)

(1) 規範功能

扣留一部份職務俸給（或退休金）之處分具有「保全措施」之性質。蓋根據職務主體對公務員之照顧義務，以及提供生活照養之義務，原則上，公務員直到職務關係終局地終結以前，享有完全的受領「職務職務俸給之權利」。僅有在公務員涉嫌有重大的失職行為，以致於放任其進一步執行職務顯有不當，而且可以預見其最終將被撤職時，方可構成例外。蓋在此，不能再期待職務主體繼續付給公務員全額之職務俸給。如果公務員以如此嚴重之方式，有責的違反其職務義務，以致於可以預期公務員可能將被撤職時，則公務員必須容忍，在暫時停職處分生效直到最終的懲戒決定為止這段期間，職務主體只是有限的履行對其生活照顧之義務。

不過公務員「生活照顧請求權」之核心並不得被侵害，因此，法律規定最高僅能扣留 50%（在職者職務俸給）或 30%（退休金）。如此一來，仍留給公務員，或退休之公務員在撤職或被剝奪退休金以前，仍保有足夠之生活費。因此在此並未侵害到「生活照顧請求權之核心領域」。

(2) 適用範圍

一部職務俸給之扣留，概念上，以「職務所得」為前提，因此，對於「榮譽職之公務員」，以及其他並未領取職務俸給之公務員，自無適用之餘地。

(3) 扣留之標的

在此作為扣留之標的者，係指聯邦職務俸給法第一條第二項意義下之「經常性、週期性職務俸給」，也就是指「本俸」及「加給」。至於其他種類的津貼，則非屬扣留之範圍，年度性之特別津貼，例如

聖誕節加發的津貼（年節獎金），以及每年發給之休假金，即屬適例。

(4)扣留職務俸給之法定要件

扣留職務俸給之處分，得由有權提起懲戒訴訟之機關，在作成暫時停職處分時一併為之。當然亦得在暫時停職處分之後方為之。其法定要件依情形可分別為三個類型：

- A.在終身職公務員之情形，如果可以預見到懲戒程序終結後法院將採取撤職或剝奪退休金的懲戒措施時，可以從每個月職務俸給扣留的最高上限為 50%。值得注意的是，即使當公務員在被處以暫時停職併同扣留部分職務俸給之處分後方才退休者，這個保全措施亦可以發揮作用。
- B.對於試用職或實習職之公務員而言，當可以預見依據其失職行為的情節已經達到可以依聯邦公務員法第三十一條第一項第一句第一款、第四項、以及第三十二條予以免職時（Entlassen），也可以扣留其職務俸給。申言之，在試用職或實習職公務員之情形，依據其所為之失職行為之情節，如果是出自一個終身職公務員所為時，則終身職公務員至少會受到減俸之處分，方可該當。
- C.在退休公務員之情形，如果可以預見懲戒程序終結後法院將處以剝奪退休金之懲戒時，退休金之扣留最高可達 30%。

是否可以預見到懲戒程序終結後法院將採取撤職或剝奪退休金的懲戒措施，依賴一個預測決定。不過單單只是依照一個概略式之審查，而獲得一個單純充分之概然性，尚有不足，毋寧必須就事實及法律狀態予以審查後，公務員遭撤職之概然性，比留在原職之概然性更高時，始足當之¹⁴。

(5)裁量決定

14 Eckstein, VBIBW 1997, 335.

在符合法定要件後，是否為扣留職務俸給（或退休金）處分，必須由有權機關依「合義務性之裁量」為決定。在此只考量違反義務之情節之輕重。至於在法定扣留範圍內，有權機關亦得依合義務性裁量，決定扣留之額度。在額度裁量的決定中，則僅須考慮公務員之經濟狀況，以及其必須撫養者狀況，而與其失職的情節是否重大無關。在這裡特別要注意到，有關強制執行規定當中，對工作所得發扣押命令之界限¹⁵。因為基於相同之法理，職務主體對公務員之生活照顧義務，這亦是不可以逾越的界限。

有權機關在作成扣留職務俸給之決定之前，必須給予公務員有陳述意見之機會，以維護其權利。

5. 處分之撤廢（第四項）

此一規定係德國行政程序法第四十八條規定以下行政處分處分撤廢之特別規定，故應優先適用。此一規定明文賦予行政機關得享有裁量權，在任何時候，均得依職權全部或一部撤銷其依本條規定第一項到第三項所採取之處分。此一撤銷權，亦包括了在法定的範圍內，去變更扣留額度的權利。其中也包括得對「對公務員為不利之變更」，例如在處分後，公務員之經濟情況顯有所改善時。當然，就業已保留予公務員領取之職務俸給之部分，其享有信賴之保護，亦應予尊重。

如果隨著懲戒程序的進行，失職行為的情節逐漸被證實沒有原先所認定之情節那麼嚴重時，則有必要將暫時停職處分完全撤廢。只要暫時停職處分之行為被撤廢，則當然產生「使職務俸給扣留處分失效」之結果。因為依照本條規定第二項到第三項之規定，暫時停職處分的有效存續，係屬職務俸給扣留處分之必要前提要件。

又如果被指控失職之公務員在懲戒程序進行中退休時，則只有暫時停職處分因失其標的而失效。至於職務俸給扣留之處分則不因此失效。在此之後，職務俸給扣留之處分應轉換為扣留退休金之處分，其扣留額

¹⁵ 參照德國民事訴訟法第八百五十條以下之規定。

度亦應相對於第三項所規定較低「最高上限」（最高 30%）而有所調整。

當公務員之關係在這段時間，依德國聯邦公務員法第四十八條規定而終結時，請求撤銷暫時停職處分是不被容許的。

（二）暫時停職處分和扣留俸給處分法律效力¹⁶

1. 法規依據

德國聯邦公務員懲戒法第三十九條：

- （1）暫時停職處分於送達時生效且立即可以執行，扣留職務俸給處分於送達後自其規定之到期日起生效且立即可以執行。其效力及於該公務員擔任之所有職位。
- （2）在暫時停職處分期間，與該職位有關聯所產生之職務費用償還請求權亦一併凍結。
- （3）公務員有責地曠職期間被暫時停職處分者，依據聯邦公務員生活照顧法第九條規定喪失俸給權之效力持續。喪失俸給權之效力，於公務員若不因被暫時停職處分受阻，本已（重新）開始復職之時終止。此時點應由有管轄權限提起懲戒訴訟之行政機關確定並通知該公務員。
- （4）暫時停職處分和扣留俸給處分於懲戒程序確定終結時終止。」

2. 規範意義

此一規定係規定暫時停職處分及扣留職務俸給處分之效力。原則上公務員仍然保有所有權利和義務，蓋暫時停職處分並未影響其公務員之身份以及公務員之關係，其法律地位不受影響。暫時停職處分僅係凍結其執行職務之權利，公務員因此一處分負有不得執行職務之不

¹⁶ 主要參考 Bauschke/Weber, Bundesdisziplinalgesez Kommentar, 2003, § 39.

作為義務。

停職處分僅係涉及到公務員以及其職務主體之內部關係，因此公務員仍然具有執行職務之能力，一個違反停職處分之職務行為，儘管形式上違法，但對外仍屬有效。

3. 處分之效力

(1) 效力之開始

暫時停職處分於送達時起生效。基於法律之明確性，此一規定明文，該處分生效時同時具有立即可執行性；職務俸給的扣留處分，則在送達後，依據其記載之到期日生效，且亦可以立即執行。

此一規定具有強行性，故不容許行政機關另定生效之時點。此外，暫時停職處分及職務俸給扣留，均不得溯及既往。

(2) 效力之終結

暫時停職處分及職務俸給扣留處分，在懲戒程序確定終結時，依據法律當然終止。行政機關並無權限設定一個較後的效力終結時點。因為上開處分僅具有暫時之性質，故懲戒程序之終結，即構成時間效力的上限。所謂懲戒程序之確定終結，不僅包括法院懲戒程序之終結，行政機關懲戒程序所為之決定，於其不可訴請撤銷時，亦屬之。

在暫時停職處分及職務俸給扣留處分效力終結後，只要公務員最終並沒有被撤職，該公務員回復其重新執行職務之權利及義務。除此之外，他亦回復職務俸給的全部給付請求權。不過，就被扣留之職務俸給，公務員僅有在其「未依聯邦公務員懲戒法第四十條規定失效時」，方得請求補發（後述）。

(3) 法定方式及送達

依聯邦公務員懲戒法第三十八條之規定，此一處分必須送達，故當然必須以書面之方式作成。

(4)效力及於所有職位

依聯邦公務員懲戒法第三十八條所為暫時停職處分及職務俸給扣留處分，依法律之規定，效力及於公務員所有之職位。故命公務員停職之行政機關，不得再容許其執行其中之一的職位。停職處分之效力所以及於公務員所有之職位，乃是為了配合將來撤職處分及剝奪退休金處分之效力。

(5)職務費用償還請求權及權利之凍結（第二項）

- A.只要公務員被暫時停職，則與其職務相關聯所生之「職務費用償還請求權」，即一併凍結。
- B.至於公務員除非被同時科處扣留職務俸給之處分，否則仍保有其職務俸給。
- C.有關退休年資之計算，亦不因暫時停職而受影響。但是依照聯邦公務員職務俸給法第二十七條第三項第一句之規定，職務年資部分則暫停晉升¹⁷。
- D.公務員仍可保有利用職務宿舍的權利。
- E.其度假仍須獲得許可。
- F.從事須獲得許可之兼職行為，亦須取得許可，方得為之。
- G.此外，其住居所選擇仍受「不得有礙職務執行之義務」之拘束（聯邦公務員法第七十四條）。
- F.被暫時停職處分之公務員，仍有可能有其他新的失職行為，但是不可能再發生未經取可之曠職行為，因為他已因停職處分負有不可以再履行職務之勤務。

17 Eckstein, VBIBW 1997 336.

(6) 無故曠職與暫時停職關係

依照聯邦職務俸給法第九條之規定，在無故曠職之期間內，公務員喪失職務俸給之請求權。如果公務員在具有可歸責之事由而曠職時被暫時停職，公務員不應該因其原本無故之曠職，因暫時停職而不再被視為「不被容許」，反而可以獲得職務俸給。

因曠職使職務俸給權喪失之效力，於下列假設時點始為終結：如果沒有暫時停職處分，則公務員將執行職務時。這個假設的重新執行職務之時點，應該由有權提起懲戒訴訟之行政機關加以確定，並通知公務員。公務員作好重新執行職務之準備，無須明白做成表示，但必須可以清楚認知，因此他必須可以沒有誤解且真誠的被認知，如果沒有這個停職處分，他將重新投入其職務，始為該當。

(三) 被扣留俸給之權利喪失或補發¹⁸

1. 法規依據

聯邦公務員懲戒法第四十條規定：

- (1) 依第三十八條第二項和第三項扣留之俸給或退休金，於下列情形下，喪失權利：
- A. 於懲戒程序獲判撤職或剝奪退休金者；
 - B. 於基於同一事實關係而進行之刑事程序獲判刑罰，結果導致喪失作為公務員或退休公務員之權利；
 - C. 懲戒程序根據第三十二條第一項第三款規定停止，而在程序停止後三個月內，基於同一事實關係開始進行的新的懲戒程序，導致被撤除職務或剝奪退休金；或

¹⁸ 主要參考 Bauschke/Weber, Bundesdisziplinargesetz Kommentar, 2003, § 40.

D.懲戒程序根據第三十二條第二項第二款規定停止，而有提起懲戒訴訟權限之行政機關（第三十四條第二項）確認，若程序未停止，本應處以撤除職務或剝奪退休金者。

(2) 懲戒程序以第一項所列情形以外之方式確定終結者，依第三十八條第二項和第三項所扣留之俸給應予補發。若最終對公務員仍有處以懲戒措施或有提起懲戒訴訟權限之行政機關證實該公務員有失職行為時，應補發之俸給，得與公務員因被暫時停職處分而從事應獲核准之兼職工作所得之收入（聯邦公務員法第六十五條）抵銷。該公務員有義務提供此項收入金額之資訊。」

2. 規定意義

此係在規定扣留之職務俸給，在何種條件下，公務員終局喪失權利或應補發還給公務員。依照第一項規定，經扣留之職務俸給，隨著該職務俸給請求權之終局喪失，迄今為止存在的對於被扣留之部分薪資之附解除條件的請求權，因該喪失事由發生而終局消滅。該被扣留之薪資，由職務主體終局保有。

3. 對扣留之職務俸給喪失權利之事由

有關對扣留之職務俸給喪失權利之事由，在第一項作了列舉規定。列舉規定以外之事由，則不生喪失權利之效果。

(1) 撤職及剝奪退休金

依照上開規定第一項第一款，公務員因失職行為而被處以撤職或剝奪退休金之懲戒者，其對該被扣留之職務俸給即終局地喪失權利。該權利喪失之時點，自在前述懲戒程序中之判決（撤職或剝奪退休金）不得再被訴請撤銷時發生。

(2) 刑事程序

依照聯邦公務員懲戒法第四十條第一項第二款之規定，在因同一失職行為而發動之刑事程序，公務員被科處之刑罰，依法產生使公務員或退休公務員之權利喪失之法律效果者。例如基於德國聯邦公務員法第四十八條第一項第一款，當公務員因故意而被科處一年以上有期徒刑，公務員關係因此當然終結者，此一規定即有適用。

(3)新懲戒程序

依照聯邦公務員懲戒法第四十條第一項第三款之規定，原懲戒程序依據本法第三十二條第一項第三款必須停止，而一個新的懲戒程序，在前開程序停止的三個月之內，基於同一之事實而發動者，導致撤職或剝奪退休金之結果。

4. 被扣留職務俸給之補發

(1)補發請求權

被扣留職務俸給之補發請求權，依上開規定第二項第一句，在懲戒程序確定終結時，公務員被不予懲戒或受到比撤職或剝奪退休金更為輕微之懲戒措施時，方得以行使。

(2)補發之範圍

補發之範圍，即事實上被扣留職務俸給之總額。公務員得依聯邦行政程序法第四十九條 a 之規定，請求被扣留職務俸給之利息，固然，第四十條並未直接準用上開規定，但基於本法第三條之規定，上開規定自得準用之。

參、德國法制可供借鏡之處

在暫時停止公務員執行職務的設計上區分成強制休假及暫時停職處分。其設計及應用可供我國法制借鏡之處不少，以下略述之：

- 首先，「強制休假制度」，在德國實務上經常使用於「一般正式懲戒程序發動之前」。於正式之程序發動之前，往往行政機關必須先為一些「初步調查」，倘若在初步調查之過程當中，直接採用正式之「暫時停職」手段，將過於強烈嚴重。強制休假制度，即屬在「暫時停職」之前一種較為溫和之手段。一般而言係「三個月」左右，於期間當中暫時停止公務員職務之執行。由於以「危險防禦」為出發點，此一制度之要件認定，一般而言，較「停職」為寬鬆，同時對公務員權利之影響亦較為輕微。強制休假不影響其俸給，亦不影響其年資之晉升，強制休假之期間，最長亦僅能三個月。在德國公務員法實務上經常利用「強制休假制度」，作為前置調查時之過渡性措施。可以充分發揮機動性，盡快使涉嫌重大失職公務員遠離其職務，爭取不受妨礙之調查並避免對職務利益造成難以回復之重大損害，我國若有此一制度，較能發揮彈性處理之空間，特別是一些敏感之情況，正式之停職處分將過於嚴重，其效果亦未必能在事後回復原狀，在此種情況下，使用德國之「強制休假」作為「較為溫和之措施」，法政策上值得考量。
- 近來德國法制承認公務員有「執行職務之權利」。蓋由於職務機關僅在嚴格的法律條件底下，而且必須在時間上附有期限之狀況下，才被授權去作成暫時禁止執行職務。因此可由德國聯邦公務員法第六十條導出一個「公務員得請求從事與其職前教育訓練相當之職務行為」之「公權利」。因此強制休假構成「行政處分」。此一放寬公務員權利保障之思維頗值得參考。
- 德國實務上對行政機關判斷餘地之承認十分謹慎，使公務員權利保障不至於淪為有名無實。
- 暫時停職處分與扣留部分俸給處分各自分開，但是又可搭配，靈活度高。尤其就是否扣留部分俸給，扣留多少，另行以一個裁量處分處理，可充分考量公務員之家庭狀況，善盡對公務員之生活照顧義務。申言之，德國制度上「暫時停職」與「扣留部分俸給」二種制度是分開、分離的，係「兩個程序、兩個行政處分」。因此，「停職」未必會「扣留薪水」，是否扣留薪水，由行政機關斟酌情況裁量之。扣留薪俸之上限，最高不得超過百分之五十。蓋

倘若超過百分之五十，將侵害公務員照顧請求權之核心。然而，薪俸之百分之五十以內將如何拿捏分寸？行政機關得考慮每一公務員之家庭生活狀況，例如有多少子女需要照顧等等細節因素，加以裁量之。此種方法相較於我國「硬性規定」停職最多只能領薪俸之二分之一，或許更能有效取得「公務員生活之照顧」以及「國家俸給之義務」之平衡點。

- 德國制度上尚有一種特色，亦即「善用事後行政程序法之機制」。亦即，「暫時停職制度」以及「扣留俸給」，皆得因情事之變更而作調整，此非法律之硬性規定，而係行政機關有裁量權。舉例而言，「扣留薪俸」之初，係扣留該公務員 30% 之薪水，倘若將來該公務員家庭生活狀況與經濟情況改善，則可能扣至該公務員薪水之 50%；反之，「扣留薪俸」之初，係扣留該公務員 50% 之薪水，其後該公務員生活陷入困頓、親人患上重病，則可能減少扣留薪俸之比例。總而言之，德國公務員法上並無硬性規定扣留薪俸之比例，而保留適度彈性，頗值得作為我國將來法律政策之借鏡。
- 有關強制休假及暫時停職後，有關公務員之權利、義務均有清楚之規定。
- 依德國法制，停止職務之公務員，在停職中所為之職務上行為，仍屬有效，與我國公務員懲戒法第 5 條：「依前二條停止職務之公務員，在停職中所為之職務上行為，不生效力。」之規定相比，更符合行政法之體系規則，並更能保護人民之信賴。
- 強制休假及暫時停職處分自何時失效，法律有清楚規定。而公務員回復職務亦無待申請，免生不必要爭議。至於若有人地不宜者，可另行依據調職等手段處理。
- 暫時權利保護設計完善，不似我國形同虛設。

貳、我國公務員法上停職及復職實務運作之檢討

一、公務員法上停職法規及實務運作之檢討

(一) 授權停職之實體法規

公務人員保障法第十條第一項規定：公務人員非依法律，不得予以停職。至於授權對公務人員停職之法規，公務人員保障法本身則並未有規定，而是散見在各個公務員實體法規中。以下僅以一個簡表作初步分析：

停職法規簡表

法規名稱	停職類型	停職法定要件	法規性質	停職性質
------	------	--------	------	------

<p>公務員懲戒法第3條</p>	<p>當然停職？</p>	<p>1、依刑事訴訟程序被通緝或羈押者。 2、依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告者。 3、依刑事確定判決，受徒刑之宣告，在執行中者。</p>	<p>無不確定法律概念</p>	<p>依法當然發生停職效力，無庸停職處分？或仍應作成停職處分？</p>
<p>公務員懲戒法第4條第1項</p>	<p>職權停職</p>	<p>1、對於「受移送之懲戒案件」 2、公務員懲戒委員會認為情節重大，有先行停止職務之必要者 3、得通知該管主管長官，先行停止被付懲戒人之職務。</p>	<p>有不確定法律概念 有法律效果裁量</p>	<p>危害防制功能之司法機關決定</p>
<p>公務員懲戒法第4條第2項</p>	<p>職權停職</p>	<p>1、主管長官對於所屬公務員依第十九條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議 2、主管長官認為情節重大者 3、得依職權先行停止其職務</p>	<p>有不確定法律概念 有法律效果裁量</p>	<p>危害防制功能之行政處分，非懲戒或懲處處分</p>
<p>公務人員考績法第18條</p>	<p>職權停職</p>	<p>考績應予免職人員，自確定之日起執行；未確定前，應先行停職。</p>	<p>無不確定法律概念 無法律效果裁量</p>	<p>危害防制功能之行政處分，但非懲戒或懲處處分</p>

<p>公務員 服務法 第 13 條</p>	<p>職權 停職</p>	<p>1、公務員不得經營商業或投機事業。</p> <p>2、公務員非依法不得兼公營事業機關或公司代表官股之董事或監察人。</p> <p>3、公務員利用權力、公款或公務上之秘密消息而圖利者，依刑法第一百三十一條處斷；其他法令有特別處罰規定者，依其規定。</p> <p>其離職者，亦同。</p> <p>*公務員違反規定者，應先予「撤職」—正解：應先予停職</p>	<p>部分有不確定法律概念，如<u>投機事業</u></p> <p>無法律效果裁量</p>	<p>危害防制功能之行政處分，但非懲戒或懲處處分</p>
<p>警察 人員 人事 條例 第 29 條 第 1 項</p>	<p>職權 停職</p>	<p>1、動員戡亂時期終止後，涉嫌犯內亂罪、外患罪，經提起公訴於第一審判決前。</p> <p>2、涉嫌犯貪污罪、瀆職罪、強盜罪，經提起公訴於第一審判決前。但犯瀆職罪最重本刑三年以下有期徒刑者，不包括在內。</p> <p>3、涉嫌假借職務上之權力、機會或方法，犯詐欺、侵占、恐嚇罪，經提起公訴</p>	<p>無不確定法律概念</p>	<p>危害防制功能之行政處分，但非懲戒或懲處處分</p>

		<p>於第一審判決前。但犯最重本刑三年以下有期徒刑之罪者，不包括在內。</p> <p>4、涉嫌犯前三款之罪經法院判決有罪尚未確定；或撤銷判決發回更審或發交審判案件，其撤銷前之各級法院判決均為有罪尚未確定。</p> <p>5、涉嫌犯第一款至第三款以外之罪，經法院判處有期徒刑以上之刑尚未確定，未宣告緩刑或得易科罰金；或嗣經撤銷判決發回更審或發交審判，前一審級法院判處有期徒刑以上之刑尚未確定，未宣告緩刑或得易科罰金。</p> <p>6、依刑事訴訟程序被通緝或羈押。但犯內亂罪、外患罪、貪污罪、強盜罪被通緝者，依第三十一條第一項第二款或第三款規定辦理。</p>	<p>應即停職</p> <p>無法律效果裁量</p>	
<p>警察人員人事條例第29條第2項</p>	<p>職權停職</p>	<p>警察人員其他違法情節重大，有具體事實者，得予以停職。</p>	<p>有不確定法律概念</p> <p>有裁量得予以停職</p>	<p>危害防制功能之行政處分，但非懲戒或懲處處分</p>

（二）公務員懲戒法第三條：當然停職或是應為停職？

按公務員懲戒法第三條規定：「公務員有左列各款情形之一者，其職務當然停止：一、依刑事訴訟程序被通緝或羈押者。二、依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告者。三、依刑事確定判決，受徒刑之宣告，在執行中者。」惟在上開規定之事由發生後，究竟係依法當然發生停職效力，無庸主管機關另行作成停職處分？或是仍應由主管機關另行作成停職之行政處分，始發生停職效力？解釋上不無疑義。

若是單單就法律文義以觀，其似乎是依法當然發生停職效力，無庸主管機關另行作成停職處分。此外，亦有論者有認為凡有「被通緝或羈押、受褫奪公權之宣告或在徒刑之執行中者，事實上無法執行職務，無須發布停職處分之人事命令，其職務已屬「停止狀態」。既然無庸發布人事命令，故無任何「行政行為」存在，縱然在人事作業上，有時亦會發布因案羈押、應予停職之類的人事命令，亦僅屬對事實狀態之觀念通知，故依公務員懲戒法第三條所規定之停職處分，並非行政處分¹⁹。有不同見解。

就此有學者持不同見解，其主張「當然停職之事實狀態之發生，主要係涉及停職開始時間之認定，但停職相關之法律效果，似難因事實狀態之發生而當然發生，例如俸給之停發或減發仍須有具體之行政處分相關機關始得據以辦理，故解釋上似仍應作成停職處分，只不過停職處分溯及於應停職事由發生時生效。如此，被停職人員對當然停職之處分如有爭議，亦得提起行政訴訟²⁰」。

另亦有學者主張：「公務員依刑事訴訟程序被通緝或羈押者，其職務亦當然停止。依照前述當然免職之相同理解，此時主管機關並非無再以行政處分宣示性地確認停職原因與生效時點的權限。實務上在此款原因發生時，另外再發

¹⁹ 羅文璣，公務員停職問題之研究，東海法研碩士論文，2000年6月，頁81。

²⁰ 請參閱，周志宏，我國現行法制有關停職、復職及免職相關規定之探討，月旦法學雜誌，第90期，頁80。

布停職令者亦屬常態。此時應認為該停職處分確認了停職效力於刑事訴訟程序中被通緝或羈押時即已發生的效果(回溯性的確認)，並非不具有法律效果之觀念通知而已²¹。」

對於上述爭議，本文以為，在公務員懲戒法第三條第一款規定事由發生後，仍應由主管機關另行作成停職之行政處分，始「溯及既往」發生停職之法律效力，較為適當。理由如下：

- (1) 固然如公務員被通緝或羈押者，事實上無法執行職務，即使未發布停職處分之人事命令，其職務亦已屬「事實上停止狀態」。然而停職所衍生出之公務員職務上之法律效果並不僅限於「職務停止」而已，其會更進一步對公務員多項權利直接產生影響。基於公務員職務上法律關係之明確性及安定性，自仍應責由主管機關作成一個停職處分為宜。
- (2) 依據實務上慣例²²，基本上主管機關仍會作成停職處分之核定，因此責由主管機關作成一個停職處分符合慣例，並不至於造成主管機關作業上負擔。
- (3) 另外參考相關法規體系，警察人員人事條例第二九條第一項第六款規定就「依刑事訴訟程序被通緝或羈押」，僅規定屬「應即停職」事由，而未有「當然停職」事由之規定，亦係出於維護公務員職務上法律關係之明確性及安定性之考量。公務員懲戒法第三條第一款規定在解釋上亦應與之相同，體系方屬一貫。

(三) 公務員懲戒法第四條第二項職權停職之法定要件

從上表可以看出來，由於授權停職涉及之相關法規繁雜，且實務上發生爭

21 請參閱，程明修，公務人員對於停職處分之救濟序論，公務員懲戒制度相關論文彙編，第二輯，2006，頁 680。另外程文亦一併指出對公務員懲戒法第三條第二、三款之當然停職事由，應為當然免職之誤，見解精闢，應予贊同。

22 例如臺北高等行政法院 90 年訴字第 1085 號判決略謂：「「依法停職」，係指依據法律或法律授權命令所為之停職處分而言，自包括依據公務員懲戒法第三條及第四條所定之停職處分在內，本件原告前因涉及刑事貪污案件被羈押，經法務部依公務員懲戒法第三條第一款規定自羈押之日起，予以停職，此有法務部八十四年二月二十二日法務令○四一六三號令附在原處分卷可稽」

議之案例數量更是驚人，在研究計畫有限的時間內，只能挑選較具爭議性之問題來作檢討。

實務上較為常見者，係針對行政機關依據公務員懲戒法第四條第二項所為停職處分之合法性爭議。而爭議之關鍵涉及到公務員懲戒法第四條第二項所規定之職權停職之法定要件之解釋適用。以下分述之：

1. 必須以主管長官對於所屬公務員送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議為法定要件？

按公務員懲戒法第四條第二項規定：「主管長官對於所屬公務員，依第十九條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議而認為情節重大者，亦得依職權停止其職務」在上開規定之法定要件下，是否唯有在主管長官將涉嫌違法、失職之公務員送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議為限，方得依職權停止該公務員職務？易言之，若是在由監察院主動聲請調查，並移送公務員懲戒委員會審議之案件，主管長官是否即不得以其情節重大而依職權予以停職處分，解釋上不無疑義。

就此，行政法院八十八年度判字第四三〇九號判決提供了一個很好的案例，可供分析。查該案例原告前任職於原交通部電信總局所轄長途電信管理局總工程司期間，因參與陸地公眾行動電話系統採購，於八十二年間遭臺灣台北地方法院檢察署檢察官以共同圖利投標廠商易利信公司提起公訴，經臺灣台北地方法院判處五年六月有期徒刑，台灣高等法院判處五年四月有期徒刑，現經最高法院將原判決撤銷發回於第二審法院更審中。原電信總局以原告在第一審判決五年六月有期徒刑，於八十四年二月二十二日，以八四一人五五－（十七）號令將原告停職。依據上開停職令之說明，其係依據八十三年頒布之舊「獎懲案件處理辦法」辦理。原告以該停職處分違法，向被告申請撤銷停職處分並請准予復職，經被告以信人字第八六A 0000000 號函復：無法准其復職。原告提起復審、再復審，遞遭決定駁回，遂提起行政訴訟，經行政法院判決撤銷原處分。其判決理由略謂：

（1）查被告之前開停職令，係依據八十三年頒布之舊「獎懲案件處理辦

法」辦理，並非依據公務員懲戒法第四條第二項規定辦理，此觀上開停職令之說明白明。因此再復審決定書謂被告之停職處分與公務員懲戒法第四條第二項規定尚無不符，即顯與事實不符。又公務員懲戒法第四條第二項係規定：「主管長官對於所屬公務員，依第十九條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議而認為情節重大者，亦得依職職停止其職務」，換言之，主管長官得予停職之要件為：1、主管長官依公務員懲戒法第十九條之主動送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議、2、主管長官認為情節重大。然查本件停職處分，被告並未曾依公務員懲戒法第十九條之規定主動送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議，而係監察院主動聲請調查，並移送公務員懲戒委員會，足證被告停職處分程序即顯與該條之規定不符。

- (2) 被告前身電信總局係依據八十三年十一月二十一日發布之「獎懲案件處理辦法」第六條第二款及第八條第二項之規定，予原告停職之懲戒處分，然查上開辦法僅屬行政命令性質，而公務員懲戒法第一條明定：「公務員非依本法不受懲戒，但法律另有規定者，從其規定。」因此該辦法顯然與前揭法律牴觸，依憲法第一百七十二條及中央法規標準法第十一條之規定，該辦法自屬無效。況行政院八十六年三月二十六日台八十六院人政考字第○九九四二號令頒布之「獎懲案件處理辦法」中，已將原處分之依據條文即第六條第二款、第八條第二項予以刪除，此係基於現實環境變遷與依法行政之原則及保障公務人員權益之立場而修訂之新辦法，不再規定「停職」之處分，而回歸法律範疇。則上開辦法第六條第二款及第八條第二項既牴觸公務員懲戒法第一條之規定，嗣後又經行政院頒布新辦法時予以刪除，從而被告予以原告停職之處分，已失其法律依據。
- (3) 被告答辯狀以其將原告停職及否准原告復職，均係依據該「獎懲案件處理辦法」及法院之判決為處理之依據，並不及案情之審究云云。惟行政機關及司法機關就其權責範圍內之事項，本應各依職權認定事實，適用法律。本案刑事部分，現在台灣高等法院審理中，尚未

判決確定，公務員懲戒委員會八十三年三月十四日證字第二八四八號議決書，已對本案件裁決「本件停止審議程序」，顯然公務員懲戒委員會已確認在本案判決未確定前，推定當事人為「無罪」之事實。行政院八十六年三月二十六日頒布修正後之「獎懲案件處理辦法」，在其修正總說明亦指明：有關得予停職規定，基於行政權之運作所定，惟停職與否，宜由各機關參照相關法令，有關停職規定及個案具體狀況予以考量決定；基於任何人無論犯任何罪，在判決未確定前應受「無罪」推定。停職對公務員身心、名譽所造成之影響甚大，如實際上並無不能執行職務之情形，則宜由各機關衡酌後復職。因此被告自稱「不及案情之審究」，顯見被告並未善盡職責認定事實，即率爾適用法律，顯有未當。

對於上開判決以該法規之文義為基準所提出之解釋，本文持不同觀點。理由如下：

- (1) 首先上開判決誤將停職處分理解為懲戒處分。實則停職處分性質上是一種職務法上危險防禦措施。儘管基於對公務員權利之保護，在法律保留原則下，停職處分必須有法律之授權，但並非以公務員懲戒法第一條：「公務員非依本法不受懲戒，但法律另有規定者，從其規定。」作為依據，合先敘明。
- (2) 其次，在對公務員懲戒法第四條第二項規定之解釋上，不應過度拘泥於法條之文義，而忽略了其所欲追求之規範功能。按上開規定之規範目的係着眼於，在因公務員涉嫌有違法或失職事由而發動公務員懲戒程序後，若是任其繼續執行職務可能造成之重大危害，基於危險防制之必要而採取之暫時性防制措施。在此一規範功能下，監察院主動聲請調查，並將公務員移送公務員懲戒委員會審議，與主管長官送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議，並無本質上差異，易言之，其均只是發動公務員懲戒的先程序而已。若是在法律上對此為區別對待，不僅欠缺合理之理由，更形成在職務法上危險防禦措施的漏洞。故

解釋上應認為上開規定所提及主管長官送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議，僅係已經開始「發動公務員懲戒程序」之例示規定，不應將監察院主動聲請調查，並將公務員移送公務員懲戒委員會審議的情形排除在上開規定適用範圍之外。

2. 『情節重大』作為停職之法定要件

此外，在實務上最具重要性的，莫過於公務員懲戒法第四條第二項『情節重大』這個停職處分之法定要件應如何的具體化，其具體判準如何，以及針對這個法定要件之適用，保訓會及司法機關之審查密度如何？

(1) 『情節重大』之具體判準

A. 公務員懲戒委員會八十四台會議字第二八九一號函釋

關於情節重大之具體判準，我國實務上最主要判準毋寧係公務員懲戒委員會八十四年八月三十一日八十四台會議字第二八九一號函釋：「公務員懲戒法第四條所稱：『情節重大』，係不確定之法律概念。是否情節重大，應由公務員懲戒委員會或被付懲戒人之主管長官就具體案件，斟酌被付懲戒人違失行為之動機、目的、手段以及對公務秩序所生之損害或影響是否重大等認定之，……」。

B. 新的解釋觀點

比較值得注意的是，臺北高等行政法院九十年度訴字第三五〇四號判決就「情節重大」此一要件提出一個比較新穎的解釋觀點，其略謂：公務員懲戒法第四條第二項規定之立法意旨，係為免被付懲戒人湮滅、偽造、變造違法或失職之證據，或勾結證人，以及利用職權，掩飾其違法失職之情事，爰規定機關長官對於被付懲戒之人，倘認為其情節重大，得依職權先行停止其職務。

惟上述新的解釋觀點並未為最高行政法院九十二年度判字第

六三號判決所採納。其略謂：主管長官對於所屬公務員，依同法第十九條之規定送請監察院審查或公務員懲戒委員會審議時，僅須認為其所屬公務員違失情節重大者，即得依職權裁量先行停止其職務。至公務員懲戒法第四條第二項之立法意旨，僅於法條文義不明始有參考之必要。查該條條文文義並無不明，自無引用其立法意旨之必要。原判決提及該法條立法意旨，尚屬贅語。

另值得注意的是，臺北高等行政法院九十六年度訴字第五三四號判決亦提出一個比較新的解釋基準，其略謂：「原告未依法令行事所致之失職行為，已對臺北市民生命財產之安全維護造成極大危害。從而被告基於維持機關內部公務紀律之要求，保障相關業務不受影響，暨維護公眾對於公務人員之信賴及機關整體觀瞻，認定原告違失情節重大，尚難謂為違法。」

C. 具體化標準之建構嘗試

仔細觀察，公務員懲戒委員會八十四台會議字第二八九一號函釋提出之解釋觀點，與一般懲戒處分之判準幾乎無二致，顯然並未掌握到停職處分作為職務法上危險防禦措施之規範功能。如何發展出更細緻的解釋基準，實屬實務運用及事後審查之重要課題。而相對地，臺北高等行政法院九十年度訴字第三五〇四號判決及臺北高等行政法院九十六年度訴字第五三四號判決提出的新的解釋觀點則至少部分地掌握到停職處分作為職務法上危險防禦措施之規範功能。

本文以為，儘管我國的規定與德國強制休假及暫時停職的法規不盡相同，但是在「情節重大」這個不確定法律概念下，若着眼於停職處分作為職務法上危險防禦措施之規範功能，解釋上並非沒有參考德國在強制休假及暫時停職的法定要件所發展出來的解釋標準的空間，合先敘明。準此以解，本文建議「情節重大」之具體化標準如下：

- (A) 依據其違法、失職之情節，在事前可以預測，有公務人員任用法第二十八條第一項第三款、第四款、第五款規定喪失公務人員任用資格而應予免職之「優勢蓋然性」者²³。
- (B) 對於被付懲戒公務員，依據其違法、失職之情節，在事前可以預測，依據懲戒程序之結果，至少有「優勢蓋然性」，公務員懲戒委員會將採取「撤職」或至少「休職」之懲戒決議者。
- (C) 依據預測之結果，公務員懲戒委員會可能係採取一個比「撤職」或「休職」更溫和之懲戒，但如果放任被付懲戒公務員續留在原來的職務上，將嚴重妨害到職務之運行或使相關責任的調查受到嚴重妨害，而且暫時給予被付懲戒公務員停職處分與案件之意義以及可期待之懲戒措施，尚不至於不成比例者，亦屬之。例如若是放任被付懲戒人續留在原來的職務上，其將有湮滅、偽造、變造違法或失職之證據，或勾結證人，以及利用職權，掩飾其違法、失職之危險，「而且」有鑑於停職處分對公務員俸給權利及其他權利之影響，必須是斟酌其違法、失職之情節，可以預測懲戒程序之結果，至少必須是降級或減俸者，暫時給予被付懲戒公務員停職處分方不至於違反比例原則。否則即使其存有利用職權，掩飾其違法、失職之危險，但是依據其違法、失職之情節預測懲戒程序之結果，公務員懲戒委員會僅可能採取「記過」或「申誡」之輕微懲戒時，則對公務員處以暫時停職處分，即屬違反比例原則。

(2) 主管機關就「情節重大」之適用有無判斷餘地？（或更精確地說：判斷授權）

23 公務人員任用法第二十八條有左列情事之一者，不得任用為公務人員：

- 三、動員戡亂時期終止後，曾犯內亂罪、外患罪，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。
- 四、曾服公務有貪污行為，經判刑確定或通緝有案尚未結案者。
- 五、犯前二款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢者。但受緩刑宣告者，不在此限。

公務人員於任用後，有前項第一款至第七款情事之一者，應予免職；

公務員懲戒法第四條第二項使用「情節重大」這個不確定的法律概念作為其法定要件，是否即表示主管機關享有一定範圍的判斷餘地或判斷授權，攸關保訓會進行合法性審查及司法機關審查之密度。

A. 我國實務見解

就此一問題，我國實務見解可以最高行政法院九十二年度判字第六三號判決為代表。其略謂：公務員懲戒法第四條所稱「情節重大」，係不確定之法律概念。是否情節重大，應由公務員懲戒委員會或被付懲戒人之主管長官就具體案件，斟酌裁量之。上開判決在概念上將不確定法律概念之判斷授權與裁量授權混淆，不過由此亦可以清楚看出，除去其術語上的瑕疵，其毋寧係肯定被付懲戒人之主管長官就此享有判斷授權。另臺北高等行政法院九十六年度訴字第五三四號判決則明白地承認被付懲戒人之主管長官就此享有判斷授權，其略謂：「被告認定原告違失「情節重大」，乃被告本於主管長官之職責所為之判斷，應有判斷餘地。」這種法律見解的形成與我國實務向來對判斷餘地的承認十分寬鬆有關。

B. 規範授權理論下之省思

然而上述見解並非無商榷之餘地。按不確定法律概念的適用所以會產生困難，乃是因為其語意的模糊性使然。蓋其包含有一個既無法為明白地肯定，也無法為明白地否定的有疑問的區間。在不確定法律概念的模糊地帶，法律的意義已無法透過社群既有的語言使用規則加以明白地確定，而各種作為法發現工具的解釋基準，實際上也無法完全地排除這種不確定性。因此在這個模糊的區間，法律適用三段論法中可供涵攝的大前提—規範性的命題(Rechtssatz)，並不是由法律終局地加以確定的，而是由法的適用者，在目的的導引下進行意義的設定(Bedeutungsfestsetzung)，也就是毋寧是在法律構成要件上進行補充而完成的。在法律概念中，除了少數概念（例如數字概念），這種模糊地帶的存在幾乎是所有法律概念，不論是所謂價值概念或經驗概念共同的特性²⁴。

²⁴ 有關行政法上不確定法律概念在規範理論及法認識論上之探討，請參閱，盛子龍，行政法上不確定法律概念具體化之司法審查密度，台灣大學法律學研究所博士論文，1998年6月，頁8以下。

然而法認識論的探討固然有助於問題的釐清，但它也只能指出從何處開始，單純的法的認識已告終止。至於司法審查密度問題的探討，不但不因此而結束，反而才真正開始觸及問題的核心—當不確定法律概念模糊地帶的具體化有不同的可能答案時，行政機關或是司法機關誰才有最後的決定權？

依據德國當代學說及實務主流見解之「規範授權理論」，上述問題的回答，必須取決於在實體法上，是否「可以」認為，立法者有意授權主管機關享有一定範圍的「最後決定權」。不過依據規範授權理論的主張，單單只是法規範具有不確定性（模糊地帶）或開放的結構，尚不足以正當化立法者有意授權主管機關享有一定範圍的「最後決定權」，以限制司法審查的密度。蓋「規範授權理論」有一個基本的前提，亦即，基於在法治國家下人民權利保障有效性的要求以及法官係依據法律獨立審判的意旨，行政機關對於法律的解釋、適用與事實的認定是否正確，必須由職司權利救濟任務的法院為完全的審查，司法作為依據法律獨立審判的機關，其自不受行政機關適用法律見解及事實認定之拘束。正由於幾乎所有的法律概念均具有模糊地帶，從而在此一前提下，如果單單由模糊地帶的存在，即進而推論行政機關有判斷餘地或判斷授權的存在，即與在法治國家下司法機關應對人民權利提供有效保護的原則有所抵觸。因此德國實務在「規範授權理論」下乃發展出一個「原則—例外」模式，在不確定法律概念模糊地帶，原則上並不承認行政機關有一個判斷授權的存在，而只在一些特殊的例外類型方承認之。近年來，這些承認行政機關有判斷授權的例外類型在強調基本權有效保護的原則下更有縮小之趨勢²⁵。

在公務員法上，承認行政機關享有判斷授權的例外類型不多。最具有代表性的例子，係承認主管長官對於公務員職務的能力及成就的判斷享有最高屬人性的判斷授權。按主管長官對於公務員職務的能力及成就的判斷(dienstliche Beurteilung)乃是以公務員在一定期間內在其職務上所表現的能力、專業成就以及對其工作的適任性等

25 請參閱，盛子龍，前揭文，頁182以下。

因素所為的一個綜合性整體性的判斷²⁶。在為上述判斷時，必須對公務員個人在考評期間內所表現的性格、專長、工作熱情、身體健康狀況、教育狀況、專業知識、責任感、可信賴性、組織能力、人際溝通能力、思考、判斷及表達能力等各種因素詳加評估，以形成一個整體性的判斷²⁷。因此，主管長官的考評乃是基於對公務員個人長期的、貼身的觀察與人格互動所形成的。而這些基礎事實資料，法院即使用盡一切調查方法，充其量也只能建立一個由一些零星、片斷事實所組成的概況。因此在這類型的事件中，行政與行政法院將有無法避免的事實分歧，行政法院如果堅持依據其調查所得的事實片斷或概況作為審查主管長官判斷合法與否的基礎，實際上已無異於另為新的判斷，而非真正的司法審查。

如果以上開最高屬人性的判斷授權類型之事物結構為基準而作比較，可以發現，我國公務員懲戒法第四條第二項有關停職之法定要件固然使用了「情節重大」這個不確定法律概念，但是其基本上仍係針對公務員可能涉及違法、失職情節之基礎事實（例如有無涉及內線交易，基本上仍是一個單一事件，而非許多事件長期的組合），預測其可能被科處之懲戒類型或就繼續留任在原職務可能發生之危害所為之判斷，這與一般不確定法律概念之適用並無本質上差異，亦即，其並不具有上開類型「事實不能完整重建」，以致於行政機關之判斷事實上不能由第三人取代之事物結構。就此而言，其尚不該當最高屬人性的判斷授權之類型。

除此之外，行政機關在行使公務員懲戒法第四條第二項所賦予之停職之職權，在其組織、程序及功能結構條件上，亦欠缺足以證立其得享有判斷授權之間接證據。

總之，不論是從作為停職要件之「重大情節」之具體判斷之事物結構或是自其組織、程序及功能結構條件以觀，均欠缺承認行政機關享有判斷授權之充分理由。

26 Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 1995, Rn. 304, 314.

27 Schnellenbach, *aaO*, Rn. 329, BVerwGE 21, 127 f.

(3) 司法審查密度

如果否認行政機關就「重大情節」享有判斷授權，則行政法院就此一要件是否該當自得為完全審查，不受行政機關見解及認定之拘束。

即使承認行政機關就「重大情節」之適用享有判斷授權，其判斷授權亦只有在涵攝的階段方有存在。至於就「重大情節」在抽象上應如何解釋方屬正確，事實基礎之認定是否錯誤，組織及程序是否合法，有無違背一般有效評價原則，有無出於與事物無關之考量，行政法院自仍得為完全審查。因此無論是採取何種見解，均不應簡單地以行政機關有判斷餘地為由，怠忽審查之職責。

近來，臺北高等行政法院 96 年度訴字第 00229 號判決以對檢察官停職處分之作成，因係由「不具司法官身分之次長」為檢審會之主任委員，於程序上有違反法院組織法第 59 條之 1 第 4 項之違誤，爰撤銷復審決定及原處分。堪稱是比較積極行使司法審查之案例。

(四) 是否為停職處分之行政裁量

公務員懲戒法第四條第二項在規範結構上係採取「聯結式規定」，亦即立法者除了在法定要件上採取「情節重大」這個不確定法律概念外，在法律效果上亦採取「得」為規定，給予主管機關有決定是否為停職處分之裁量空間。

在此本文建議可以參考德國的處理模式，將「情節重大」之判斷及法律效果之裁量作如下區隔：

- (1) 若是在事前可以預測，依據懲戒程序之結果，公務員懲戒委員會將採取「撤職」或至少「休職」之懲戒決議者，已經符合「情節重大」之

要件。在此通常存在著一個足以正當化「停職處分」之重大的職務利益，因此原則上即無必要就是否為停職處分作進一步之裁量。

- (2) 若是在事前可以預測，懲戒程序之結果雖可能比「撤職」或「休職」更溫和，但至少可能採取降級或減俸之懲戒，而且放任被付懲戒公務員續留在原來的職務上，將嚴重妨害到職務之運行或使相關責任的調查受到嚴重妨害者，亦符合「情節重大」之要件。在此有權機關則必須採取一個廣泛的、整體的衡量，亦即就是否為停職處分，其必須考量失職行為之性質及嚴重性、機關之利益、對職務和平之妨害、機關之聲譽、以及「妨害調查之危險」等等因素而予以衡量。

二、公務員法上停職法規及實務運作之檢討

(一) 公務員法上復職規定

按公務員法上復職規定繁雜，以下以一個簡表作初步整理：

復職比較表

法規名稱	復職要件		羈束或裁 量法規
公務人員保障法 第10條第1、2項	停職 事由 消滅	<p>*要件：</p> <p>1. 必須屬經「依法停職」之公務人員</p> <p>2. 必須於「停職事由消滅後」</p> <p>3. 必須非法律另有規定</p> <p>4. 必須「停職事由消滅後三個月內」提出「復職申請」</p>	應准予 復職 無裁量權
公務人員保障法 第11條第1項	依法 撤銷	<p>*要件：</p> <p>經依法提起救濟而撤銷原停職處分</p>	應准予 復職 無裁量權
公務人員懲戒法 第6條第1項	停職 事由 消滅	<p>*要件：</p> <p>未受撤職、休職處分、或徒刑之執行</p>	應准予 復職 無裁量權
警察人員人事條例 第30條第1項	停職 事由 消滅	<p>*要件：</p> <p>1、經不起訴處分、緩起訴處分、或判決確定</p> <p>2、且其行政責任尚未構成法定免職情事者</p>	應准予 復職 無裁量權
警察人員人事條例 第30條第2項	停職 事由 消滅	<p>*要件：</p> <p>1、經法院判決無罪「尚未確定」 (第1款)</p> <p>2、經法院以犯前條第一項第一款至第三款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑，經宣告緩刑或得易科罰金「尚未確定」。(第2款)</p> <p>3、經撤銷通緝或釋放且無前條第一項第一款至第五款及第二項情形。 (第3款)</p> <p>得先予復職人員，應以書面經由服務機</p>	「得」先 予復職 有裁量權

		關向原核定停職之機關、學校提出申請。 (警察人員人事條例第三十條之一)	
行政院及各級行政機關學校公務人員獎懲案件處理辦法第八條前段 (民國 93 年 06 月 11 日修正)	停職事由消滅	*要件： 1、停職人員，除有公務人員任用法第二十八條第一項第三款、第四款、第五款規定應予免職者外 2、未受徒刑之執行或撤職、休職之懲戒處分者	依公務員懲戒法第六條第一項規定，應許復職。 無裁量權
行政院及各級行政機關學校公務人員獎懲案件處理辦法第九條本文 (民國 93 年 06 月 11 日修正)	停職事由消滅	*要件： 1、因涉及刑事案件或經移付懲戒予以停職人員 2、於「刑事判決確定或懲戒處分議決前」，「除法律另有規定外」 3、「無其他不能執行職務之情形者」	得由各機關衡酌先予復職 有裁量權
行政院及各級行政機關學校公務人員獎懲案件處理辦法第九條但書 (民國 93 年 06 月 11 日修正)	停職事由消滅	*要件： 依公務員懲戒法第四條規定予以停職者	不得先予復職

(二) 公務員羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放之復職處理

有鑑於研究計畫時間有限，僅挑選實務上最具爭議性之案例作研究分析。假設有公務員甲因涉及刑事案件被羈押，主管機關依據公務員懲戒法第三條第一款規定予以停職處分。事後公務員羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放，乃向主管機關申請復職，應如何處理，在實務上經常發生爭議。關鍵在於因羈押而受停職處分之公務員是否以及在何種條件下享有復職請求權？

實務上，受停職處分之公務員經常依據公務人員保障法第十條第二項規定

向主管機關申請復職。蓋依據公務人員保障法第十條第二項規定：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。上開規定賦予停職之公務人員有復職請求權，而就上開規定之文義及結構解析，公務人員欲依據上開規定申請復職，必須符合以下要件：

1. 必須屬於「依法停職」之公務人員

依據保訓會公保字第 9006296 號函釋，上開規定所稱之「依法停職」，乃係指依據法律或法律授權命令所為之停職處分而言，依現行公務人事法制，包括依據公務員懲戒法第三條及第四條、公務人員考績法第十八條、公務員服務法第十三條第四項、公務人員請假規則第五條及警察人員管理條例第二十九條等規定所為之停職處分等均屬之。另臺北高等行政法院 90 年訴 第 1085 號判決亦持同一見解。

2. 必須停職事由消滅

上開規定所稱之「停職事由消滅」，係指依法律或法律授權命令所為停職處分之事由已不復存在而言。公務人員如涉嫌刑案（例如貪瀆、內線交易）被羈押而予以停職，嗣經撤銷羈押或被釋放，自屬停職事由消滅之情形²⁸。

3. 必須非法律另有規定者

在上述案例中，真正影響公務員復職請求權之關鍵在於，「法律另有規定」應如何解釋，尤其是公務員懲戒法第六條第一項規定與上開規定之關係之界定。

對於上開案例，實務上已經發展出一套處理規則，茲整理如下：

- (1) 受停職處分之公務人員若是於停職事由消滅前，權責機關尚未依公

28 保訓會九十年十一月九日公保字第 9006296 號函釋。

務員懲戒法第十九條規定移送懲戒者，即得依據公務人員保障法第十條第二項享有復職請求權。

- (2) 受停職處分之公務人員於「停職事由消滅前」，權責機關業已依公務員懲戒法第十九條規定「移送懲戒者」，受停職處分之公務人員即不得依據公務人員保障法第十條第二項以停職事由消滅為理由享有復職請求權。而只能在公務員懲戒法第六條第一項規定之要件「未受撤職或休職處分或徒刑之執行者」具備時，方享有復職請求權。

此一規則形成之理由如下：

- (a) 按修正前公務人員保障法第八條第一項明文規定：「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；除前經移送懲戒或其他法律另有規定者外，服務機關或其上級機關應自受理之日起三十日內通知其復職。」故受停職處分之公務人員於停職事由消滅前，業經移送懲戒者，即有前開公務人員保障法第八條第一項除外規定之適用，服務機關自得否准其依據上開規定提出之復職申請²⁹。
- (b) 其後現行公務人員保障法第十條第二項規定雖將修正前原條文中「前經移送懲戒」文字刪除，然該條立法說明三載明：「現行條文第一項規定中之『除前經移送懲戒或其他法律另有規定者外』，常造成各機關執行時之疑慮，且移送懲戒須依公務員懲戒法之規定，仍屬『其他法律另有規定』情形之一，為使本項規定更為明確，爰刪除『前經移送懲戒』等文字.....。」是「前經移送懲戒或」等文字雖經刪除，惟仍規範於本條項所定「法律另有規定」中，其情形例如公務員懲戒法第六條第一項規定即屬之。準此，公務人員涉刑案遭羈押，前經服務機關依公務員懲戒法第三條第一款規定予以停職，並移付懲戒者，事後雖經釋放，仍不得直接依公務人員保障法第十條第二項規定，以羈押之停職事由消滅為理由予以復職³⁰。申

29 保訓會民國 90 年 11 月 09 日公保字第 9006296 號函釋。

30 保訓會民國 92 年 08 月 11 日公保字第 0920005126 號函釋。

言之，在此公務員懲戒法第六條第一項規定「依第三條第一款或第四條規定停止職務之公務員，未受撤職或休職處分或徒刑之執行者，應許復職」，係屬公務人員保障法第十條第二項所稱之『其他法律另有規定』。故受停職處分之公務員僅能在懲戒法第六條第一項規定「未受撤職或休職處分或徒刑之執行者」之要件具備時，方得享有復職請求權。

- (c) 承接上開「已經移付懲戒」之情形，依行政院及所屬各級行政機關學校公務人員獎懲案件處理辦法第九條第一項規定，「因涉及刑事案件或經移付懲戒予以停職人員，於刑事判決確定或懲戒處分議決前，除法律另有規定外，如無其他不能執行職務之情形者，得由各機關衡酌先予復職。」但若是依公務員懲戒法第四條規定以「情節重大」為理由而予以停職者，則不得先予復職。

惟上述處理規則是否符合停職制度之規範功能？是否可以有效的保護公務員的權利？不是沒有探究之空間。必須指出的是，公務員因涉及刑事案件而被羈押，係因其事實上不能執行職務而予以停職。若是對公務員羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放，事實上不能執行職務之事由即不存在。有鑑於停職對公務員權利影響之重大，此時並不能當然地繼續限制公務員服職務及其相關聯之權利（如俸給權）。如果沒有進一步透過停職以防制職務上危害之必要性，則繼續延續停職狀態即屬違法侵害公務員服職務及其相關聯之權利。由此去檢證目前實務的處理規則，則顯然有很大的問題。

蓋依據實務的處理規則，只要在對公務員之羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放以前，將公務員移付懲戒者，就可以當然地繼續延續停職狀態，繼續限制公務員服職務及其相關聯之權利。但是移付懲戒與停職是兩回事，其功能及法定要件並不相同，這可以由公務員懲戒法第四條的設計清楚的看出來。因此，對受羈押公務員移付懲戒，其個案情節並不必然該當本文前開論述之公務員懲戒法第四條「情節重大」的標準。因此在公務員羈押被撤銷或因期間屆滿而被釋放後，應重新斟酌其「情節是否重大」而有停職之必要。單單用權責機關是否業已移付懲戒這個形

式的標準來代替停職必要性之判斷，並不符合停職制度之規範功能，對公務員權利的保護亦有不週。

在現行法制上，比較周延的處理方式應該是，應容許上開案例之公務員仍得依據公務人員保障法第十條第二項規定申請復職。這與公務員懲戒法第六條第一項規定並不必然抵觸。蓋其規定內容為：「依第三條第一款或第四條規定停止職務之公務員，未受撤職或休職處分或徒刑之執行者，應許復職」，在法律文義及規範邏輯上，其僅是強調「未受撤職或休職處分或徒刑之執行者」應享有復職請求權。其並不必然可以解釋為有排斥公務人員保障法第十條第二項復職請求權適用之意。至於公務人員保障法第十條第二項規定立法說明，在法律解釋上只是僅供參考，並不足以作為扭曲停職制度之規範功能，以及對公務員權利保護不週的正當化理由。

至於主管機關在受理其復職申請時，並非不得同時依職權審查是否有符合公務員懲戒法第四條第二項之法定要件而另為停職處分之必要。解釋上主管機關亦非不得於依據公務人員保障法第十條第二項准許其復職同時，一併依據公務員懲戒法第四條第二項另為停職處分。

另受停職處分之公務人員若是於停職事由消滅前，權責機關尚未依公務員懲戒法第十九條規定移送懲戒者，其在停職事由消滅後，自得依據公務人員保障法第十條第二項享有復職請求權，自無疑義。同樣地，主管機關亦得在符合公務員懲戒法第四條第二項之法定要件下另為停職處分。

參、法政策上建議

一、建議新增公務人員保障法第十條之一

第十條之一：

「主管長官對於所屬公務員，得基於重大職務上理由暫時限制公務員從事職務行為。在三個月之內，未對該公務員送請監察院審查、公務員懲戒委員會審議或其他以終結公務員關係為目的之程序者，暫時限制處分歸於消滅。

對公務員作成上述措施前，應給予陳述意見之機會。

在暫時限制公務員從事職務之其間，公務員之其他權利、義務不受影響。」

（立法說明）

一、暫時限制公務員從事職務兼具保護職務利益及公務員個人利益之功能。

二、暫時限制公務員從事職務得作為採取停職處分前之先行措施。公務員涉嫌違法、失職，繼續任其從事原職務，對調查工作或職務上重大利益有妨害者，主管長官得暫時限制公務員從事職務行為，盡快使涉嫌重大失職公務員遠離其職務，爭取不受妨礙之調查並避免對職務利益造成難以回復之重大損害。

三、又所謂「重大職務上理由」，不以公務員涉嫌違法、失職致影響職務上重大利益為限。舉凡任由公務員繼續執行職務，將不可避免的導致職務上或公務員個人之重大不利者，均足當之。例如公務員精神上障礙、嚴重酗酒或在服務機關與公務員之間發生嚴重不和協而使其信賴關係受到妨礙、公務員與同事嚴重失和，均屬適例。

四、暫時限制公務員從事職務不宜過長，故明訂未對該公務員送請監察院審查、公務員懲戒委員會審議或其他以終結公務員關係為目的之程序者，暫時限制歸於消滅。

五、依據德國實務見解暫時限制公務員從事職務雖屬行政處分，但依據我國現行實務見解則為內部管理措施。有關其法律性質，固可以留待將來學理實務處理。但為免主管機關濫用權力，自仍應加強行政程序上保障，特明文規定仍應給予公務員陳述意見之機會。

六、暫時限制公務員從事職務僅屬職務法上危險防禦暫時性措施，特明文規定在期間內公務員其他權利、義務均不受影響。

七、參考德國聯邦公務員法第六十條。

二、建議修正公務人員保障法第十條

原第十條第二項「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。」不變，**但斟酌目前實務運作的缺失，建議新增第二項但書如下：**

甲案：

「但因公務員懲戒法第三條第一款而受停職處分者，於停職事由消滅後，服務機關或其上級機關在符合公務員懲戒法第四條第二項，仍得於准予復職時一併另為停職處分。」

乙案：

「但因公務員懲戒法第三條第一款而受停職處分者，於停職事由消滅後，服務機關或其上級機關僅在有符合公務員懲戒法第四條第二項情形，得駁回申請。」

丙案（參考行政院及各級行政機關學校公務人員獎懲案件處理辦法第九條規定）：

「但因公務員懲戒法第三條第一款而受停職處分者，於停職事由消滅後，除法律另有規定外，如無其他不能執行職務之情形者，得由各機關衡酌先予復職。」

(立法說明)

停職處分只是暫時凍結公務員職務，其原職務仍保留。因此在停職處分事由消滅後，本應回復其原職務。實務上，因公務員懲戒法第三條第一款「依刑事訴訟程序被通緝或羈押者」，可能因該具體停職事由消滅，而產生是否應予復職之爭議。基於公務員權利之保護並兼顧職務利益之維護，爰提出三個修改方案。其中丙案乃將復職權限委由各機關裁量，對公務員權利保障尚有不週。甲案則徒增處理程序繁複。故建議採乙案。

三、建議修正公務人員保障法第十一條

公務人員保障法第十一條第一項規定：「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。」建議修正為：

「受停職處分之公務人員，其停職處分經撤銷者，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。」

(立法說明)

按停職處分之撤銷，除經依法提起救濟而撤銷者外，尚包括或主管機關依據行政程序法第一百二十八條規定或第一百一十七條撤銷停職處分者，其在法律上應受相同對待，爰修正其文字，以求周延。

另建議修正第十一條第二項：「違法停職處分經撤銷者，前項之公務人員於復職報到前，仍視為停職；其辦理復職報到後，除法律另有規定，應溯及既往回復其因停職而受影響之一切權利。」

（立法說明）

一、接受停職之公務人員依法提起救濟而撤銷停職處分或主管機關依據行政程序法第一百二十八條規定或第一百一十七條撤銷停職處分者，該停職處分即應溯及既往失其效力。蓋在停職情形並無為維護公益或為避免受益人財產上之損失另定失效日期之必要。

二、又公務人員於復職報到前，保障法第十一條第二項固明定仍視為停職，乃係考量機關於辦理受停職處分之公務人員復職相關作業至該公務人員實際復職，仍有相當期間，為保障其權益，並考量機關作業，明定於復職報到前仍視為停職。至於受停職處分之公務人員辦理復職報到後，其原受違法停職處分既經撤銷，仍應依行政程序法第一百十八條規定，溯及既往失其效力，受處分人應視為自始未受停職之處分，其任職年資、休假年資、退休年資、補辦考績等權益均不受該違法停職處分影響，始符保障法保障公務人員權益之立法意旨。惟因法律另有規定致無法溯及既往回復權利者，則仍應從其規定。例如公務人員考績法施行細則第二十四條規定：「前項復職人員，在考績年度內停職期間逾六個月者，不予辦理該年考績。依公務員懲戒法先行停職後，准予復職者之任職年資及考績，比照前二項規定辦理。」即屬無法溯及既往回復權利之適例。

四、建議增設公務人員保障法第十一條之一

第十一條之一：「依法停職人員，於停職期間，仍應核發給半數之本俸（年功俸），至其復職、撤職、休職、免職或辭職時為止。但有下列情形者，得另定發給本俸數額：

- 一、發給半數本俸尚不足以提供其本人及家屬相當照顧者，得酌予以增加。
- 二、其違法失職情節重大且事證明確足以確認者，得酌予以調降。

停職期間本俸之核發，主管機關得視情形事後調整之。」

(立法說明)

一、國家對公務員有生活照顧之義務，即使是在停職期間亦然。蓋公務員在停職期間，不僅是不得執行職務，其公務員身份仍在，仍負有遵守公務員法上各項義務，包括不得兼職義務，故國家仍應給予一定生活照顧。若完全停發本俸，將侵害公務員照顧請求權之核心。

二、按現行公務人員俸給法第二十一條第一項規定：「依法停職人員，於停職期間，得發給半數之本俸(年功俸)，至其復職、撤職、休職、免職或辭職時為止。」相對於我國規定，德國聯邦公務員懲戒法第三十八條第二項則係規定：「在懲戒程序，推測懲戒結果將處以撤除公務員關係或剝奪退休金之懲戒時，有管轄權限提起懲戒訴訟之行政機關，得於暫時解除公務員職務之同時或之後，命令扣留該公務員至多百分之五十的職務俸給。」德國制度明訂在停職期間仍「應」核發給半數之職務俸給，較符合國家對公務員生活照顧之義務。

三、為善盡對公務員之生活照顧義務，行政機關得考慮每一公務員之家庭生活狀況，例如有多少子女需要照顧等等細節因素，加以裁量，另酌增本俸數額。此種方法相較於我國現行法「硬性規定」停職最多只能領薪俸之二分之一，或許更能有效取得「公務員生活之照顧」以及「國家俸給之義務」之平衡點。

四、另外公務員違法失職情節重大且事證明確足以確認者，亦得酌予以調降，以求衡平。

五、上開調整本俸數額事由有時係在事後方發生，故主管機關得視情事發展檢討調整。

第三章 公務人員資遣制度之檢討

本章大綱

壹、前言

貳、我國公務人員資遣制度之引進

參、公務人員資遣制度之合憲性

一、前言

二、服公職權利之保障：概說

三、服公職權利之制度性保障

（一）「制度性保障」之概念

（二）服公職權利制度性保障之意義

（三）服公職權利之制度性保障內容對立法機關之拘束力

四、公務人員資遣制度之合憲性：代小結

肆、組織變革與公務人員之資遣

一、合憲性問題

二、資遣要件之檢討

三、「令暫時性退休」作為法律政策上之可能對案

伍、民營化與公務人員之資遣：以榮工公司裁減人員為例

一、民營化作為公務人員資遣問題之引爆點

(一)「民營化」作為法律概念

(二)榮工公司裁減人員之法律問題

二、民營化與公務人員之法律地位

(一)榮工處改組與公務人員之法律地位

(二)榮工公司之新人事制度與公務人員之法律地位

三、公務人員資遣作為民營化手段？

陸、結論

壹、前言

雖然揮別特別權力關係之呼聲不斷，但公務員關係相較於一般之勞動契約關係，有其特殊性，卻是顯然。公務員關係之建立係經由行政處分（任用行為）而非契約之締結、公務員負有特殊之義務，同時也受到特殊的照顧等等，都突顯其特殊性。另外一個更為人矚目的特殊性在於對公務員之身分保障，以致於擔任公務員往往被視為「鐵飯碗」。

然而，事實上現行法中存有公務員資遣制度。公務人員任用法第 29 條第 1 項規定：「各機關公務人員，具有左列情形之一者，得由各機關長官考核，報經上級主管機關核准，予以資遣：一、因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而須裁減人員者。二、現職工作不適任或現職已無工作及無其他適當工作可以調任者。三

、公立醫院證明身體衰弱不能勝任工作者。」本條各款所定資遣事由，與勞動基準法第 11 條所規定雇主得經預告終止契約之事由，如第 1 款（歇業或轉讓）、第 2 款（虧損或業務緊縮）、第 4 款（業務變更，有減少勞工之必要，又無適當工作可供安置）以及第 5 款（對於所擔任之工作確不能勝任）相比較，雖寬嚴不同，但相當程度內有其類似性。可以說，在身分保障上，如單從法律條文觀察，公務員與勞工之差距並不太大。

公務人員資遣制度對於公務人員身分保障之衝擊，因這些年民營化之風潮而加劇。蓋因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而須裁減人員者，究非常態，但在民營化風潮下，此種情形並非少見。相應地，對於公務人員資遣制度之檢討與反省，即顯必要。

對於公務人員資遣制度之檢討，可以分為兩方面。首先是對於此一制度本身合憲性之檢討。在此，主要問題在於公務員在憲法上受到如何之保障，特別是其身分保障，是否為憲法層次之保障；相對地，公務人員資遣制度拉近了公務員與勞工之差距，是否違憲地破壞了憲法對於公務員之保障。

其次，須加以檢討者乃在於公務人員資遣制度之運作層面，亦即在其運作上所生問題之檢討。對此，以下將以實務上因民營化所生公務人員資遣之相關案例，檢討其相關之法律問題。

貳、 我國公務人員資遣制度之引進

公務人員資遣制度雖是在民營化風潮下特別令人矚目，但此一制度早於民國 67 年即已引進，其建立實際上與民營化無關。按當時修正「分類職位公務人員任用法」時，增訂第 19 條之 1 規定：「各機關公務人員，具有左列情形之一者，得報經上級主管機關核准，予以資遣：一、因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而須裁減人員者。二、現職工作不適任或現職已無工作又無其他適當工作可以調任者。三、經公立醫院證明身體衰弱不能勝任工作者。資遣人員之給予，準用公務人員退休之規定；其辦法由考試院定之」。立法草案中本條第 2 款原規定「現職工作不適任又無其他適當工作可以調任者」，於法制委員會審查中，因認為「應包括在機關中居於現職，而事實上無工作可做的閒人在內」³¹，而修改為「現職工作不適任或現職已無工作又無其他適當工作可以調任者」，而沿用至今。修法當時，徐漢豪委員即指出，當時採取與分類職位制並行之簡薦委制之公務人員任用法，也應引進相同之公務人員資遣制度³²，以求一致。公務人員任用法遂於民國 69 年修正，增訂第 15 條之 1，引進相同之規定。

民國 75 年為了整合分類職位制與簡薦委制，制定新的公務人員任用法，隔年將原來之公務人員任用法與分類職位公務人員任用法廢止，並施行新公務人員任用法。新法於第 29 條保留了公務人員資遣制度，但增列第 2 項，規定因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而資遣人員時之資遣順序：「應按其未經或具有考試及格或銓敘合格之順序，予以資遣；同一順序人員，應再按其考績成績，依次資遣」。原分類職位公務人員任用法第 19 條之 1 與公務人員任用法第 15 條之 1 之第 2 項規定，改列為第 3 項，並將原授權考試院發布資遣辦法之規定改為由考試院會同行政院定之。此規定施行至今，並未有所修正。

引進公務人員資遣制度之立法原意，似在刻意打破對於公務員之身分保障。民國 67 年增訂分類職位公務人員任用法第 19 條之 1 以引進此一制度，其立法理

31 法制委員會審查中，吳延環委員發言紀錄，參閱：立法院公報，第 67 卷第 102 期委員會紀錄，頁 69。

32 參閱：同上註，頁 64。

由雖說是「為配合行政革新及組織精簡之要求」³³，實則主要是針對不適任之公務員。當時之人事行政局長在法制委員會中，說明增訂此一條文係「根據各單位首長反應之意見，他們說：對於不適任現職之人員無權處理，希望能給他一個法律的依據能夠來加以處理」³⁴。換言之，雖然可以資遣公務人員之事由列了三種，但當時所考慮者主要第2款，亦即解決不適任公務員之問題。在制度上，不適任之公務人員可能因考績丁等而被淘汰，「可是現在各機關裡面有幾個人是考丁等的？每年進入機關之新公務員有一兩千人，而考丁等的卻沒有幾個人，這樣是進得多、退得少，大部分的公務人員一直要到六十五歲才能退休，這個情況是非常之嚴重」³⁵。不過，因為擔心首長濫用權限排除異己，除明定其要件外，也規定應經上級主管機關核准，始得資遣公務人員。

由以上對於立法過程之觀察，可以得知引進公務人員資遣制度，乃在刻意打破對於公務員之身分保障，而拉近了公務員與一般勞工之差距。此一制度是否合憲，癥結在於憲法對於公務員提供何等保障，尤其是否有終身職之保障。

參、 公務人員資遣制度之合憲性

一、 前言

公務人員資遣制度規定於形式意義之法律 - 公務人員任用法，因此，要說有違憲之可能，顯然有一些前提，亦即公務人員保有其身分乃受憲法之保障，而且此一保障不只是單純之法律保留保障，以致於即使立法者透過立法，也不能引進資遣公務人員之制度。對於第二個前提，有可能是認為現行公務人員資遣

33 參閱：立法院公報，第67卷第85期院會紀錄，頁10。

34 立法院公報，第67卷第102期委員會紀錄，頁67。

35 同上註。

制度違反比例原則，³⁶也有可能是認為公務人員受到特殊之保障，而不允許將之資遣之制度。如果是後者，接下來的問題是，這個特殊保障是什麼？其憲法基礎何在？

關於公務人員身分之保障，檢視憲法條文，明文予以保障者，只有憲法第 80 條對於法官之身份保障，亦即保障其為終身職，法官非受刑事或懲戒處分或禁止產宣告，不得免職。至於其他公務人員身分保障之明文規定，則未見於憲法，而只存於法律層次，諸如公務員懲戒法第 1 條：「公務員非依本法不受懲戒。但法律另有規定者，從其規定。」以及公務人員保障法第 9 條：「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。」因此，法官以外公務人員身分之憲法保障，只有訴諸於憲法第 18 條所規定之服公職權利。

二、 服公職權利之保障：概說

司法院大法官釋字第 243 號解釋基於有權利即有救濟之訴訟權保障意旨，肯定公務員針對其認為違法之免職處分，得提起行政訴訟以求救濟，已肯定公務員有保有其身分之權利，故對於剝奪其身分之處分，得提起行政訴訟。固然權利受侵害而得以經由訴訟以求救濟者，不限於憲法上之權利，即使只是法律層次之權利受侵害，基於訴訟權之保障，也得提起訴訟以求救濟。不過大法官已明白認定免職處分係直接影響公務員之服公職權利。再者，大法官釋字第 491 號解釋對於免職處分要求嚴格之法律保留，顯示公務員保有其身分之權利屬於服公職權利之保障內容，已受大法官之憲法解釋所肯定。惟大法官對此幾乎完全沒有說理，似乎是理所當然。

然而，保有一定身分之保障，就一般之基本權來說，並不是那麼理所當然。以憲法第 15 條所規定之工作權來說，職業選擇許可要件之規定雖會影響人民可

³⁶ 持此一見解者，陳愛娥，2002，頁 24。

否進入一個行業，也可能規定喪失資格之要件，但無論如何其所涉及的是資格之得喪，而非具體工作職位之喪失。例如，依勞動基準法第 11 條之規定，雇主有歇業、虧損或業務緊縮等情形，得資遣勞工，此一規定應非對於勞工工作權之限制規定，反而是對於勞工之保護規定。相反地，公務人員資遣之規定，依前述大法官之解釋，會毫無疑問地認定為對公務員服公職權利之侵害。由此顯示出服公職權利與其他基本權之差異。

憲法所保障之基本權，大多為自由權，乃保障人民於一定之生活領域中，得依其自由意志不受干擾地活動。然而服公職權利之保障內容，並不在一定生活領域中之活動自由，而是擔任公職之權利。如果從國家提供職位的角度來看，比較接近提供給付之面向，而非人民活動之自由。國家提供給付，所須對人民提供之保障，主要為平等，因此，服公職權利之保障內容，首先乃是保障人民平等擔任公職。德國基本法第 33 條第 2 項保障德國人依其能力及專業成就，有擔任公職之同等權利，可供參照。

服公職權利所保障者，既非在一定生活領域中之活動自由，而是擔任公職之權利，因此其保障以公職制度 - 就本文所涉及者，即公務員制度 - 之存在為前提，且公務員制度之內容即為服公職權利之保障內容。對此，大法官稱之為「服公職權利之制度性保障」，以下進一步說明之。

三、 服公職權利之制度性保障

(一) 「制度性保障」之概念

「制度性保障」之概念，顯係源自德國法。國內學者往往引述對於此一概念之提出極具代表性之 Carl Schmitt，以及由其所提出之「制度性保障」

(institutionelle Garantie) 與「制度保障」(Institutsgarantie)，前者指公法上制度之憲法保障，後者則指私法上制度之憲法保障。³⁷大法官解釋憲法，顯亦受到 Schmitt 理論之影響，³⁸惟在用語上則不作區分。對於大學自治³⁹、服公職權利⁴⁰固稱為「制度性保障」，對於婚姻與家庭⁴¹亦稱之受憲法「制度性保障」。

從大法官對於「制度性保障」概念之使用，大致上可以區分出幾種不同之理解方式。其一為將之理解為對於既存制度之憲法保障，大法官釋字第 554 號解釋稱婚姻與家庭受憲法制度性保障，即為適例。此一類型之保障，乃承認受保障既存制度為憲法法益，從而得以作為限制人民基本權之理由。然而，如只有這一層意義，則在此運用「制度性保障」概念，並無特殊意義，蓋即使不使用此一概念，也可以輕而易舉地將婚姻與家庭之維護解釋為憲法第 23 條所列舉之公益目的。承認既存制度之憲法保障，其特殊意涵在於，不只制度本身受憲法保障，制度之個別內容亦然，而既存制度之內容或由習慣法，或由過往之立法形成其內容。承認既存制度之憲法保障，從而意味著形成制度內容之既存立法，具有某種意義下之憲法拘束力，從而使得此等立法之變更，必須受到類似憲法第 23 條之拘束。

另一理解則認為制度為人民實現基本權之周邊條件或前提，因而將該制度解釋為基本權之保障內涵之一。例如，大法官釋字第 380 號解釋將憲法第 11 條所規定之講學自由解釋為學術自由，並強調學術自由之保障應自大學組織及其他建制方面加以確保，最終使得講學自由之保障內容及於大學自治。從基本權的角度來看，乃是基本權功能的擴張，亦即從防禦權功能擴張到基本權實現之週邊條件的保障，如從「自由」的概念來看，從法律上自由之保障擴張到事實上自由之保障；從大學的角度來看，則使得大學取得對抗國家之憲法地位。

37 例如，陳春生，1999，頁 3。關於 Carl Schmitt 理論之詳細介紹，參閱：李建良，2004。

38 例如，吳庚大法官於釋字第 368 號解釋所提出之協同意見書中，即援引 Schmitt 所提出之「制度的保障」以詮釋訴訟權之保障範圍。

39 司法院大法官釋字第 380、450、563 號解釋。

40 司法院大法官釋字第 483、605 號解釋。

41 司法院大法官釋字第 554 號解釋。

第三個理解脈絡是關於訴訟權之保障。大法官對於訴訟權之保障，直接稱之為「人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障」⁴²，其考慮似在訴訟權之保障，以有訴訟「制度」存在為前提，亦即「應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現」⁴³。由此一理解顯示出訴訟權與服公職權相類似，而與一般之自由權不同，亦即其並非保障被預設為先於國家存在之於一定生活領域中之活動自由，而是保障人民使用由立法形成其內容之訴訟制度。不過大法官並未完全放任由立法機關形成訴訟制度之內容，而是透過「核心領域」⁴⁴、「核心內容」⁴⁵、「正當法律程序」⁴⁶等概念，對於訴訟程序之內容作合憲性之控制。

（二） 服公職權利制度性保障之意義

由於公務員制度為先於憲法而存在之制度，如將公務員制度納入憲法之保障範圍，似乎屬於前述對於「制度性保障」之第一種理解。然而，從憲法之規定內容來看，先於憲法而存在之既存的公務員制度，是否為其保障對象，似乎未成為受關注之問題點。公務員制度之納入憲法保障範圍，事實上是透過對於服公職權利之解釋。如前所述，服公職權利既在保障人民擔任公務員之權利，則其保障以公務員制度存在為前提，就此而言，與訴訟權之保障相類似。

公務員制度經由服公職權利之保障而成為憲法保障之對象，意味著公務員制度保障之主觀化，也使得法律上所規定之公務人員權利，經由服公職權利，而成為受憲法保障之權利，例如，請領俸給或退休金之權利⁴⁷、依法取得之官等俸

42 司法院大法官釋字第 396 號解釋理由書。

43 同上註。大法官對於「制度」一辭，向來不作定義，似乎是依循一般之語言使用習慣，因此與德國學說、實務上所理解之「制度」未必一致。對於大法官將「制度性保障」運用於程序法之批評，參閱：陳愛娥，1999，頁 17 以下。

44 司法院大法官釋字第 396 號解釋理由書。

45 司法院大法官釋字第 574 號解釋理由書。

46 例如，司法院大法官釋字第 384、396、582 號等解釋。

47 司法院大法官釋字第 575 號解釋。

級⁴⁸、依法令晉敘昇遷之權⁴⁹。公務員制度並非固定不變，而是隨時空環境之改變而發展，亦即公務員制度之內容乃不斷經由立法而形成、改變其內容。公務員制度經由服公職權利受憲法保障，遂使得立法機關對於公務員制度內容之形成權限受到基本權之約束。至於立法機關改變公務員制度內容時，所受拘束之程度如何，以下進一步說明之。

(三) 服公職權利之制度性保障內容對立法機關之拘束力

1. 問題：司法院大法官釋字第 483 號解釋之詮釋問題

司法院大法官釋字第 483 號解釋肯定，「公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級減俸，此乃憲法上服公職權利所受之制度性保障」，並因此認定當時公務人員任用法關於調任之相關規定，使對於公務人員高資低用之調任「雖無降級或減俸之名，但實際上則生類似降級或減俸之懲戒效果」，因此違反憲法對於服公職權利之保障。

按此一保障內容並非於憲法明文規定，而是由公務員懲戒法第 1 條、公務人員保障法第 16 條、以及公務人員俸給法第 16 條所歸納而得，卻使立法機關在公務人員任用法之立法上受到拘束，這本是制度性保障當然之結論，並不足為奇。然而，從本解釋來看，此一制度性保障似乎完全不能背離，毫無討價還價餘地。如果此一制度保障內容確實能解釋為如此強度之解釋，則由公務員懲戒法第 1 條與公務人員保障法第 16 條也可看出公務人員身分之保有應受保障，基於同一理由，也受絕對之保障，結果是本文所討論之公務人員資遣制度將毫無疑問地違憲。如果我們將此一保障與憲法第 81 條對法官之身分保障相對比，可以發現，雖無明文規定，但公務員受到不遜於法官之身分保障；就減俸部分，

48 司法院大法官釋字第 605 號解釋。

49 司法院大法官釋字第 611 號解釋。

甚至有過之而無不及，蓋憲法第 81 條只規定非依法律不得減俸，並未進一步要求，一定要經公務員懲戒程序才可減俸。

大法官釋字第 483 號解釋所提及之制度性保障內容，若如上所述地解釋為絕對之保障，其不合理處，甚為明顯。以下將對服公職權利之制度性保障內容，作進一步之分析，俾對大法官釋字第 483 號解釋作合理之詮釋。

2. 憲法上明文之制度性保障內容

嚴格來說，公務員制度之內容並非完全由立法者決定。公務員制度為先於憲法之制度，自然可能影響制憲者對於公務員制度之理解或規劃。一旦制憲者將其對於公務員制度之理解或規劃放進憲法條文中，便成為不容立法機關變更之公務員制度內容。以我國憲法規定來說，包括：

- 公務人員選拔之考試制度；
- 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；
- 對於公務人員之彈劾與懲戒制度；
- 對於法官之職務獨立性與身分之保障；
- 軍人之中立義務；
- 現役軍人不得兼任文官等等。

以上憲法規定，如考試制度以及公務人員銓敘、保障、撫卹、退休等等，與彈劾、懲戒制度，其制度內容固尚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。至於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，更是憲法上作具體規定，立法機關不得背離。例如，憲法第 81 條對於法官之特殊的身分保障，亦即法官非經刑事或懲戒處分或禁治產宣告，不得免職，為不容立法者變更之法官制度內容。故如立法引進對於法官之資遣制度，即屬違憲。而由於此構成法官服公職權利之制度性保障內容，因此，憲法第 81 條雖非基本權條款，法官仍能主張服公職權利之制度性

保障，以排除違反憲法第 81 條之違憲狀況。

3. 經由憲法解釋推導出之制度性保障內容

關於憲法上之制度性保障內容，值得考慮的是，除憲法上明文規定之制度保障內容外，是否有憲法上非明文規定之制度保障內容？從以上對於公務員制度內容之憲法上明文規定，已顯示出，憲法對於公務員制度並非完全開放，而放任由立法機關形成其內容，而是有一定之整體性之理解與想像。憲法條文雖未完全描繪出制憲者設想之公務員制度圖像，但由憲法條文已可勾勒出公務員制度之輪廓。如果由解釋者仔細敘述此一設想中之憲法上公務員制度之圖像，顯然只是自說自話。因此，在此並不打算描繪出憲法上公務員制度之整體輪廓。然而，就個別事項，指出其構成憲法上公務員制度整體輪廓之組成部分，從而憲法上公務員制度之保障內容，也即是服公職權利之制度性保障內容，應尚屬可能。

本文以為，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、俸級之保障，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，即成為憲法上公務員制度之內容，從而是服公職權利之制度性保障內容。

論證憲法上未明文規定之公務員制度保障內容，其實益在於此一保障內容，即使在法律上未有明文規定，經由憲法解釋，也可以解釋為服公職權利之制度性保障內容。這一點在本文所討論之課題，特別有其意義，蓋公務人員任用法第 29 條所規定之公務人員資遣制度，早在公務人員保障法第 9 條之前。針對公務人員資遣制度合憲性之審查，學說上早就指出，由於我國遲至 1996 年 10 月 16 日才針對公務人員保障事項單獨制定、公佈法律，因此，從「制度性保障」角度所進行之操作方式，亦即「藉助制憲（或修憲）前既存之公務人員保障制度，視其為制憲（或修憲）時預想為應予實現之公務人員保障的核心內涵，並以此作為檢驗標準的作法，殆難實現。」⁵⁰然而，經由憲法解釋推導出憲法上未明文規定之公務員制度保障內容，並解釋為服公職權利之制度性保障內容，即可解決此一問題。

值得注意的是，服公職權利之制度性保障內容中，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而論，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。因此，如前所述，如引進法官之資遣制度，即屬違憲侵害法官之服公職權利。至於經由憲法解釋推導出服公職權利之制度性保障內容，即應與一般之基本權限制一樣，適用憲法第 23 條之規定，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服公職權利制度性保障內容，如前所述，乃是憲法上公務員制度輪廓之一環，對其之背離，屬於對於公務員制度之重大衝擊，也就是對於服公職權利之重大侵害，必須是基於維護特殊重大公益之理由，才能通過比例原則之審查。本文所擬檢

50 陳愛娥，2002，頁 23。

討之公務人員資遣制度，以及大法官釋字第 483 號解釋都應在這個脈絡下理解。當大法官提出，高資低用之調任，事實上生類似降級或減俸之效果，只能確認此等調任構成對於公務人員服公職權利之侵害，實應進一步作比例原則之審查，才能確定其合憲與否。釋字第 483 號解釋未循此途，而直接認定其違憲，與憲法第 81 條單就法官作特殊之身分保障規定之意旨，有體系衝突之處。

4. 立法形成之制度性保障內容

公務員制度之內容非由憲法明文規定，而是由立法形成者，既屬服公職權利之保障內容，對於立法者自有其拘束力，惟此一拘束並非指立法者不得加以變更，而是立法者僅於合乎憲法第 23 條所定要件下，始得加以變更。法律規定中，如有體現前述憲法上公務員制度輪廓之規定者，則基於比例原則，較諸其他法律條文，對於立法機關有較強之約束作用，有如前述。

四、 公務人員資遣制度之合憲性：代小結

公務人員資遣制度乃是對於公務人員身分保障之重大衝擊。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，如前所述，乃屬於憲法上公務員制度輪廓之一環，而成為經由憲法解釋所得推導出之服公職權利制度性保障內容。因此，公務人員資遣制度，乃成為對於公務員制度之重大衝擊，也就是對於服公職權利之重大侵害，必須是基於維護特殊重大公益之理由，才能通過比例原則之審查。此一結論，應是檢視公務人員任用法第 29 條第 1 項規定之重要觀點。以此為出發點，以下進一步檢討行政組織變革與民營化所生之公務人員資遣之相關問題。

肆、 組織變革與公務人員之資遣

一、 合憲性問題

綜上所述，不論公務人員任用法第 29 條所規定之公務人員資遣制度，於其引進當時，法律上是否有保障公務人員保有其身分之規定，公務人員保有其身分都屬於服公職權利之制度性保障內容。因此，對於公務人員之資遣，即構成對於人民服公職權利之侵害，必須符合憲法第 23 條之要件，始屬合憲。在此，只要之癥結在於是否符合比例原則。

在公務人員資遣制度是否符合比例原則之審查上，首先要考慮到，由於公務人員保有其身分，乃是公務人員制度非常核心之一環，因此，引進剝奪其身分之措施，必須是實現極其重要公益之不得不然之例外措施。公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款所規定，「因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而須裁減人員」，事實上即在解決多餘人員之問題，與同條項第 2 款所規定「現職已無工作及無其他適當工作可以調任」，相類似。問題在於，多餘人力之解決，是否為足夠重要之公益？再者，由於對於公務人員之身分保障，在於保障其中立性與公正性，因此，資遣制度之引進，必須考慮到對於公務人員中立性與公正性之危害可能性。此一危害可能性，與制度之設計有關，制度之設計越不明確，則資遣受濫用之可能性越高，對於公務人員中立性與公正性之危害也就越大。在此即須考慮，公務人員任用法第 29 條所規定之公務人員資遣制度之明確程度

是否足夠。⁵¹最後，尤需考慮的是，為了解決多餘人力之問題，是否尚有其他對於公務人員服公職權利侵害較輕微的手段可供選擇。具體而言，是否無可能經由人員之調任或移撥而解決問題。綜合這些考慮，公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款所規定之公務人員資遣制度，其合憲性甚為可疑。

二、 資遣要件之檢討

關於公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款之適用，向來關心的問題是，依該條款資遣人員時，是否應先安排人員之調任或作其他安排。在此，主要考慮的是，因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而擬資遣公務人員時，是否應先依據公務人員保障法第 12 條第 1 項之規定，由上級機關或承受其業務之機關辦理轉任或派職。對於此一問題，考試院送立法院審議之「公務人員保障法草案」中，其第 9 條第 1 項之立法理由謂：「公務人員因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而遭致裁員時，除依公務人員任用法第 29 條之規定得予資遣，或得依公務人員退休法辦理退休，或隨同機構移轉民營（如公營事業移轉民營條例），或得依其他特別法律予以處理外，其具有考試及格或銓敘合格資格人員經予留用者，應由上級機關或承受其業務之機關辦理轉任或派職，必要時並先予輔導、訓練，使其能適應新職之工作，以保障其工作權」⁵²，學說上因此指出，從此一草案說明，已清楚顯示出，本條項僅規範，「於『機關裁撤、組織變更或業務緊縮時』、『其具有考試及格或銓敘合格之留用人員』的保障，關於最根本的身分保障 - 請求留用，則根本未加規定，而讓諸公務人員任用法第 29 條規範之」⁵³。

固然，公務人員保障法第 12 條第 1 項係對於留用人員之規範，而非要求資遣前應先辦理轉任或派職，然而，經由公務人員任用法第 29 條第 1 項之解釋，應

51 對於公務人員任用法第 29 條明確性之質疑，參閱：陳愛娥，2002，頁 24 以下。

52 立法院公報，第 85 卷第 43 期，頁 275。

53 參閱：陳愛娥，同上註，頁 22 以下。

也可推論出類似之要求。按因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而須裁減人員，與同條項第 2 款所規定「現職已無工作及無其他適當工作可以調任」相類似，都在解決多餘人員之問題，而第 2 款所規定「無其他適當工作可以調任」之資遣要件，在第 1 款並無類似規定。一樣涉及多餘人力之資遣，而一者以「無其他適當工作可以調任」為要件，另一者則否，顯有體系矛盾。再者，如前所述，對於公務人員之資遣，乃是對於服公職權利之重大侵害，假使其可以通過合憲性之審查，那麼此一規定之解釋，也應該盡量朝向符合憲法精神之解釋。從比例原則的角度來看，對於多餘之人力作調任、移撥或類似之安排，原則上可認定為較直接資遣為輕微之手段。因此，第 2 款所規定「無其他適當工作可以調任」，應解釋為於依第 1 款所為之資遣，亦有其適用，如此始為合比例原則之法律解釋。

三、 「令暫時性退休」作為法律政策上之可能對案

將公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款解釋為以「無其他適當工作可以調任」為資遣公務人員之要件，其基本想法是，即使因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而產生多餘人力，也應以諸如調任等方法，以求解決，亦即將資遣定位為不得不然之最後手段。依循此一想法，尋找資遣之替代手段自有其意義。在這個背景上，德國聯邦公務員法第 36a 條所規定之「命令暫時退休」（Versetzung in den einstweiligen Ruhestand）制度，甚具參考價值。

依德國聯邦公務員法第 36a 條第 1 項之規定，於機關裁撤、或機關有重大變更、或機關合併之情形，任務領域遭受波及之終身職公務員，如與其職位相當之預算員額遭刪減，且不可能依據第 26 條之規定予以調任，得令其暫時退休。

與我國規定相比較，此一規定明定以「無法調任」為「令暫時退休」之要件，突顯出將我國規定解釋為以「無其他適當工作可以調任」為資遣公務人員要件

之合理性。再者，此一規定以暫時「退休」為解決問題之手段，符合我國之發展。按考試院於民國 91 年 8 月 26 日以及民國 92 年 9 月 18 日函送立法院審議之「公務人員退休法草案」，將公務人員資遣制度從公務人員任用法移至公務人員退休法加以規範，即係認為資遣與退休性質相近，而宜一併規範。最後，德國聯邦公務員法第 36a 條第 1 項亦規定，空出來之預算員額應保留予適任之受命令暫時退休之公務員，因此保留受命令暫時退休公務員再任之可能性，對於公務員之身分保障顯然更為周到。

伍、 民營化與公務人員之資遣：以榮工公司裁減人員為例

一、 民營化作為公務人員資遣問題之引爆點

(一) 「民營化」作為法律概念

雖然國內已有以「民營化之法律概念」⁵⁴為題之學術論文，但「民營化」一詞，似乎仍然並未作為具有規範意義，而得以在法釋義學上操作之概念，而加以使用，而毋寧只是作為指稱一定觀察對象之學術用語，從而可以從不同的角度，整理出不同之民營化型態⁵⁵：

1. 從組織面之變革，可區分為
 - 形式民營化：國家僅將事業組織的公法形態改制為私法的形式，而未將財產權由公法主體移轉予民間，又稱為「組織民營化」、「形式意義的民營化」或「組織私法化」；
 - 程序民營化：由於組織之私法化，使得原公法形式之利用關係變更為私法形式之利用關係。

54 參閱：徐筱菁，1999。

55 以下介紹之民營化型態，參閱：徐筱菁，同上註，頁 127 以下。類似之概念使用與類型整理，請參閱：許宗力，2002，582 以下。惟許文中所討論之民營化問題，只限於任務民營化，而不包括組織的私法化。

2. 依國家是否撤除干預，而可區分為

- 實質民營化：與形式民營化不同，實質民營化乃確實將原屬行政職責所在之公法任務移轉給私人承擔，又稱為「任務民營化」；
- 不純正任務民營化；實質民營化後，國家依舊透過公法上之權力加以管制者，為不純正之民營化；反之，實質民營化後，國家亦隨之解除管制者，則為純正之民營化。

3. 從私人於民營化中所承擔的項目

- 財產民營化：國家移轉其財產予私人，其方式大約有公開讓售或標售公股、讓售公股予特定人、出售資產、讓售員工、以及新新股加入等數種；
- 財務民營化：引入私人資金，參與國家公共任務之履行，此多見於基礎建設所需金額龐大，國家財務不足支應之情形。

對於如此廣泛意義之「民營化」概念，學說上有鑑於「民營化」一詞，從字面上來看過於具體，似不宜作如此廣泛之理解，而建議稱為「私人化」⁵⁶，或有稱為「私部門化」⁵⁷者。關於用語問題，自僅有是否會妨礙學術上討論之適當與否問題。惟在法學討論上，本文以為，宜尊重實証法上之用語。由於我國已有「公營事業移轉民營條例」，因此，「民營化」作為法律概念，應僅指公營事業之移轉民營。

「公營事業移轉民營條例」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。⁵⁸ 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、

56 參閱：張桐銳，2002，頁 575。

57 參閱：陳愛娥，2002，頁 105。

58 公營事業移轉民營條例第 3 條。

公司合併且存續公司為民營公司、以及辦理現金增資。⁵⁹可知大致上與前述學說上所稱之「財產民營化」相當。「財產民營化」乃是從民營化方式的角度觀察所得之概念，由於「財產民營化」的結果將使得原先由國家以公營事業型態所提供之服務，轉由民營公司來提供，因此從功能的角度來看，即為前述學說上所謂之「任務民營化」或「實質民營化」。⁶⁰由於國家提供服務，原先未必以公營事業之型態提供，而是以行政機關之型態，因此，如擬將此一服務轉由民營公司提供，原則上要歷經「組織私法化」與「（財產）民營化」兩個階段。⁶¹

（二） 榮工公司裁減人員之法律問題

榮工處創立於民國 45 年，隸屬於行政院國軍退除役官兵輔導委員會（以下稱為「退輔會」），為該會所屬生產事業機構。榮工處之主要任務為從事國家重大工程建設，同時負有安置、輔導榮民就業之政策任務。⁶²立法院於民國 79 年 4 月通過「戰士授田憑證處理條例」時，作成附帶決議：「行政院應於三至五年內，將榮民醫院以外之退輔會事業機構，依『公營事業移轉民營條例』移轉民營」⁶³。退輔會因此於民國 81 年 2 月作成「行政院國軍退除役官兵輔導委員會屬機構移轉民營計畫」，開始所屬事業機構之民營化作業。⁶⁴榮工處因此於民國 87 年 7 月 1 日改制為「榮民工程股份有限公司」（以下稱為「榮工公司」），為政府持股百分之百之公營事業，並規劃於民國 90 年 6 月完成民營化。或許因為公司營運狀況不佳（如民國 89 年度虧損 18 億元），無法如期完成民營化，

59 公營事業移轉民營條例第 6 條第 1 項。

60 由於觀察角度之不同，「財產民營化」自然不能與「任務民營化」等同。具體而言，「財產民營化」只是「任務民營化」之一種方式，卻不是唯一的方式。類似之見解，參閱：陳愛娥，1998，頁 40。

61 許宗力，2002，頁 584，則稱為「法人化」與「第二次民營化」。

62 參閱：楊瑞宗，2004，頁 86。

63 立法院，民 79.4.13 台院議字第 993 號函，引自：楊瑞宗，同上註，頁 88。

64 參閱：楊瑞宗，同上註。

經行政院同意民營化時程延至民國 93 年 6 月。⁶⁵惟至今榮民公司仍未完成民營化。

榮工處原所屬人員多有依技術人員任用條例或派用人員派用條例進用者，即具有公務人員之身分。民國 87 年 7 月改制為「榮工公司」時，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），…」⁶⁶。由於民營化不順利，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，⁶⁷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業。

公務員問題之處理，可以說是民營化之首要課題，這一點在榮工公司民營化的過程顯露無遺。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，保障相關公務人員之權益，或甚至保留其公務人員身分，乃屬顯而易見之手段。然而，對於追求利潤之民營公司來說，受到特殊保障之公務人員往往被視為負擔，榮工公司之採行新人事制度，多多少少反映了這一點。再者，無論是刻意裁減具公務人員身分之人員，

65 同上註，頁 87。

66 銓敘部 86.7.17（86）台審 4 字第 1468655 號函。

67 銓敘部 93.1.12 部退三字第 0932254475 號函。

或並非刻意針對具公務人員身分之人員，只是確有裁減人員之需求，而將具公務人員身分之人員納入裁減對象，都使得民營化過程中之公務員身分保障問題浮出檯面。榮工公司新人事制度之實施以及專案裁減人員，在在顯示出對於公務員身分保障之挑戰，似乎公務員在民營化的潮流下，已不再是「鐵飯碗」。以下將對此加以檢視，亦即檢討裁減具公務人員身分人員之合法性。此一檢討，必須釐清裁減人員所應適用之法規範，而此一釐清，又是以釐清相關人員之法律地位為其前提。因此，以下將先釐清榮工處民營化過程中，其組織私法化以及榮工公司實施新人事制度，對於相關人員之法律地位之影響。

二、 民營化與公務人員之法律地位

(一) 榮工處改組與公務人員之法律地位

1. 問題點

現行法中並無統一之公務員概念，而有不同類型之公務員，這意味著可能有不同的「公務員關係」存在。惟一般所謂「公務人員關係」或「公務員關係」係指「公法上職務關係」⁶⁸。公法上職務關係乃係因任用之行政處分而發生之公法性質之特殊的法律關係。在此一法律關係中，大致而言，公務人員負有特殊之義務，相對地亦受到特別的照顧，⁶⁹而權利義務關係之具體內容則由大量而複雜之法令加以規範。

哪些人員與國家或地方自治團體間處於此所謂之「公法上職務關係」，固尚有待就個別類型之人員加以檢討，因非本文之課題，在此不擬詳述。可簡單確

68 此一用語乃司法院大法官於釋字第 396 號解釋理由書中採用，並於釋字第 433 號解釋繼續使用。學說上則多稱為「公法上職務及忠實（或忠誠）關係」。參閱：吳庚，2004，頁 217；陳敏，2003，頁 1012，註 5。

69 德國法上稱之為「（勤務主與公務人員）雙方之忠實義務」。Vgl. Battis, 2004, § 2, Rn. 4。

定者，公務人員任用法上之公務人員，亦即各機關組織法規中，除政務官及民選人員外，定有職稱及官等、職等之人員（公務人員任用法施行細則第 2 條第 1 項），乃各類法規中，對公務人員之概念所作最嚴格之界定，⁷⁰乃處於「公法上職務關係」之人員，應無疑問。榮工公司於本課題所涉及人員多為依技術人員任用條例或派用人員派用條例進用者。現已廢止之技術人員任用條例，原係依公務人員任用法第 33 條之規定而制定，且依其第 2 條之規定，技術人員之任用，該條例無規定者，適用公務人員任用法之規定，則技術人員乃處於「公法上職務關係」之公務人員應可肯定。派用人員亦具有職稱、官等，派用人員派用條例所未規定事項，依其第 10 條規定，準用公務人員相關法律之規定，故派用人員雖屬臨時人員，亦應為處於「公法上職務關係」之公務人員。

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」（Diensthermfähigkeit）者，必須為公法上之權利義務主體。⁷¹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」。⁷²因此，原為公法組織型態之公營事業機構，其組織私法化時，其具公務人員身分之人員如結束其公法上職務關係，而與已私法化之公營事業發生新的私法上法律關係，則無問題，惟如欲保留其公務員身分，並於已私法化之公營事業繼續服務，則該公營事業之欠缺「勤務主能力」，便成為問題。對於此一問題，本文將介紹德國民營化過程中面臨相同問題所採取之對策，惟以下並不擬詳細說明德國之民營化政策，而只是從中勾勒出對於此一問題之解決模式。

2. 解決模式：德國法制簡介

70 參閱：吳庚，2004，頁 220。

71 Vgl. Battis, 2004, § 2, Rn. 26。

72 相同見解，參閱：徐筱菁，2001，頁 42。

(1) 委託模式

所謂「委託模式」，即係委託私人行使公權力模式，亦即授權私法化之公營事業行使「勤務主權限」（Dienstherrenbefugnisse）。此一模式乃德國針對郵政民營化於1994年增訂基本法第143b條時，所明白採用。該條第3項規定，「德意志聯邦郵政之聯邦公務員，在維持其法律地位以及勤務主責任之情形下，於民營化後之企業服務。該企業行使勤務主權限。進一步事項以聯邦法律定之。」依此一規定，勤務主權限之主體仍為勤務主，亦即聯邦，但由民營化後之企業行使，從而可認為該企業係受委託行使公權力。關於授權之依據，學說上有認為⁷³此處係由憲法直接授權，亦有認為⁷⁴係依據第3句所規定作進一步規定之聯邦法律。由於本條項直接規定公務人員於民營化後之企業繼續服務，而非要求立法機關以法律定之，⁷⁵解釋為憲法直接授權，應較為妥適。

此一規定所謂之「勤務主權限」，不僅指聯邦作為勤務主相對於公務人員所被賦予之權利，也包括義務。⁷⁶簡言之，即包括勤務主與公務人員間公法上勤務與忠誠關係中之所有權利與義務。公務人員關係中之事項，包括與公務人員個人有關之事項，例如昇遷、調任、休假之准駁等等，以及職務執行之事項，例如職務執行上之命令或指示。民營化後之企業受委託行使勤務主權限，則其不僅得對於職務執行事項，也可以對於涉及公務人員個人之事項，作成決定。

(2) 派遣模式

73 Wolff, 2002, S. 75.

74 Lerche, 1996, Rn. 33.

75 Vgl. Sterzel, 2003, S. 30 f.

76 Lerche, 1996, Rn. 33.

公務人員派遣之基本規定為德國聯邦公務員法（Bundesbeamtengesetz; BBG）第 27 條以及公務員法基準法（Beamtenrechtsrahmengesetz; BRRG）第 17 條。此二條文所規定之派遣，乃是在公勤務組織體系內之派遣（Abordnung）。為了因應民營化，另引進了從公勤務組織體系往私法組織形式之企業之派遣（Zuweisung）。關於「派遣」，之概念，並無明文之定義，以下先就德國聯邦公務員法第 27 條之規定，簡單說明派遣之基本概念特徵，繼而說明民營化下所引進之派遣制度。

a. 聯邦公務員法第 27 條之「派遣」概念

所謂「派遣」，乃是指派公務人員擔任暫時性之其他職位之工作。派遣必須是暫時性地，亦即不僅派遣期間必須是勤務主可預見，而且派遣期間的長短，不得達到使人認為派遣措施是一個長期之持續性措施。大致而言，派遣不得達到與新職位之賦予相同之程度。⁷⁷所指派之工作可能與其職位相符，也可能不符。惟於後者情形，新工作之履行，由公務員之專業知識以及其職業養成訓練來看，須屬可期待者。再者，所指派之職位，可能屬於與受派遣之公務員同一勤務主，也可能不同。於後者情形，派遣原則上須經公務員同意。最後，受派遣之公務員仍保有其原來之職位。

聯邦公務員法第 27 條所規範者，也包括部分派遣。所謂部分派遣，係指公務員受指派，以其部分時間，暫時地在其原職以外，處理其他職位之工作。如果公務員並非在其原機關之任務與組織範圍外，被暫時性地指派其他任務，則並非派遣，而是機關內部暫時性之職務調動（eine zeitweilige Umsetzung）。⁷⁸至於部分派遣與兼職之區別，在於兼職並非本職或副職之暫時性轉移。⁷⁹

77 Battis, 2004, § 27, Rn. 4.

78 Battis, a. a. O., Rn. 5.

79 Ebenda.

b. 民營化與公務人員之派遣 I：基本法第 143a 條第 1 項

將公務人員派遣至私法組織形式企業之派遣制度，乃是為因應鐵路運輸民營化而於 1993 年增訂基本法第 143a 條時所引進。依據舊基本法第 87 條第 1 項之規定，聯邦鐵路原先乃由行政機關經營，1993 年修訂此一規定，並增訂第 87e 條，將鐵路運輸相關事項區分為鐵路交通之行政事項與鐵路運輸之服務，前者仍保留由聯邦自己之行政機關執行（Art. 87e Abs. 1 GG），後者則改由私法組織形式之經濟企業來經營（Art. 87e Abs. 3 GG）。⁸⁰由此一規定可以看出，德國鐵路改革之目標，不僅在形式之私人化，也包括實質之私人化。⁸¹

為確保人事上之延續性，藉由專業人員之繼續服務以保持有效率之工作組織，⁸²保障公務人員之法律地位，而使其於民營化後之企業繼續服務，德國在引進鐵路民營化政策的同時，也增訂基本法第 143a 條，於其第 1 項第 3 句規定，聯邦鐵路之公務員，在維持其法律地位以及勤務主責任之情形下，得經由法律派遣至私法組織形式之聯邦鐵路。此一規定，可說是鐵路民營化政策之配套措施。在此所謂「配套措施」，意味著民營化與公務人員之於民營化後之企業繼續服務，雖具有緊密之關連性，但是為兩個相互獨立之規範領域：基本法第 143a 條並非關於民營化之規定，但以民營化為前提。換言之，這裡涉及民營化與人事制度兩個領域之安排，而立法者顯然想對於這兩者兼籌並顧，亦即既不願不顧任何代價地實施民營化，也不願因公務人員之保障而使得民營化變得不可能。⁸³

在法律層次，為了實現基本法第 143a 條第 1 項第 3 句之規定，「德意志鐵路股份公司創立法」（Deutsche Bahn AG; DBGrG）第 12 條第 2 項第 1 句規定，原

⁸⁰ Vgl. Panke, 2005, S. 66 ff.

⁸¹ A. a. O., S. 69.

⁸² Sterzel, 2003, S. 17.

⁸³ Vgl. Wolff, 2002, S. 73 f.

任職於聯邦鐵路財產局（Bundeseisenbahnvermögen）之公務人員，未離職或停職者，自德意志鐵路股份公司登錄於股份公司之商業登記冊之時點起，依據法律派遣（至德意志鐵路股份公司）。此一規定與聯邦公務員法第 27 條，或公務員法基準法第 17 條之規定不同，乃直接依據法律規定就發生公務人員派遣之法律效果，而無須作成派遣處分。之所以如此，乃係因應約十萬名公務人員之派遣，而無須作成相同數量之派遣處分。⁸⁴

c. 民營化與公務人員之派遣 II：公務員法基準法第 123a 條第 2 項

前述之公務人員派遣制度乃是針對聯邦鐵路之民營化，1997 年之「公勤務法改革法」（Dienstrechtsreformgesetz; DRRfG）增訂公務員法基準法第 123a 條，針對民營化引進一般性之將公務人員派遣至民營化企業制度。依該條第 2 項之規定，公勤務單位如完全或部分地轉化為不具勤務主性質之公法組織機構，或仍由公部門掌握之私法組織機構，基於急迫之公益需要，得將該單位之公務人員，無需其同意地派遣至該機構，擔任與其職位相當之工作。此一規定與基本法第 143a 條第 1 項不同，其本身就可以作為公務人員派遣之依據，而無須再另外立法。⁸⁵再者，依此一規定而派遣公務人員，須作成派遣處分，與前述「德意志鐵路股份公司創立法」第 12 條第 2 項第 1 句直接依據法律規定就發生派遣效果者不同。⁸⁶

此一制度之引進，依循與基本法第 123a 條第 1 項類似之考慮，亦即旨在經由人事上之彈性運用，以便在民營化後確保可靠之任務實現。⁸⁷因此，派遣要件上所謂之「急迫之公益需要」，限於私法組織之任務主體經由勞動契約所聘雇之

⁸⁴ Vgl. Panke, 2005, S. 106.

⁸⁵ Battis, 2004, § 27, Rn. 9.

⁸⁶ Panke, 2005, S. 125.

⁸⁷ Battis, 2004, § 27, Rn. 9.

勞工，無法確保任務之適切實現，而有賴於其原先之公務人員。⁸⁸

(3) 委託模式與派遣模式之關係

以上兩種模式，乃是各自從不同角度所作之觀察，並非相對立之模式。因此在具體型態中，同時具備兩種模式之特徵，並非不可能。例如，學說上有主張，基本法第 143a 條與第 143b 條之用語雖有差異，但其規範內容並無差異，表達上之差異係因第 143b 條既制定在後，制定時相關之問題已有較清楚的看法，因此能作比第 143a 條更為清楚之規定。因此認為基本法第 143a 條雖未明文規定勤務主權限行使之委託，仍應解釋為有所委託。⁸⁹相對地，針對基本法第 143b 條，學說上亦有認為，依其規定，公務人員係依據憲法之規定而直接派遣至民營化企業，亦即依據憲法直接發生公務人員派遣之法律效果。⁹⁰換言之，基本法第 143b 條雖未規定派遣，但應解釋為依據憲法之規定而直接派遣。對於德國基本法第 143a 條與第 143b 條之正確解釋，並非本文之目的，因此在此並不打算對於此一見解加以評析，而毋寧只想說明，如果基本法第 143a 條與第 143b 條確實應做如此解釋，顯然同時具備了派遣與委託行使勤務主權限兩項特徵。

在派遣模式下，公務人員被派遣到民營化企業，如未同時委託該企業行使勤務主權限，則公務人員與該民營化企業之關係如何，便成為核心問題。對於此一問題，學說上認為民營化企業對於受派遣公務員之地位大致上與聯邦公務員法第 3 條第 2 項所規定之「長官」（Vorgesetzter）相當。依該條之規定，「主管」（Dienstvorgesetzter）對於其所屬公務人員，涉及人員之事項，有決定權限；至於長官，則得對於公務員之職務上行為，發布指令。換言之，民營化企業得對於受派遣公務員之工作，進行與事務相關之控制，至於與人員相關之控制，

⁸⁸ Panke, 2005, S. 125.

⁸⁹ Wolff, 2002, S. 80 f.。相反見解，vgl. Panke, 2005, S. 85 f.; Sterzel, 2003, S. 30。

⁹⁰ Sterzel, 2003, S. 31.

則仍保留於勤務主手中。⁹¹

3. 我國法上之檢討

(1) 組織私法化作為公務人員身分變動之法律上原因？

組織私法化不論是作為一個過程、現象或目標，顯然都不會是一個法律上原因，蓋一個實然命題並無法成為法律上之原因。如此看來，「組織私法化作為公務人員身分變動之法律上原因？」這顯然是一個不值得討論之問題。然而，榮工處於民國 87 年 7 月改制為榮工公司時，銓敘部因擔心公營、民營制度轉換導致員工權益受損，而同意在移轉民營之過渡期間內，當時之人員仍權宜沿用當時之人事制度，亦即具公務人員身分者，仍保持其身分。此一作法，似乎暗示著公營、民營制度轉換會改變公務人員身分，以致於銓敘部必須特別表示同意，原先之人事制度仍可沿用。換言之，銓敘部此一作法似乎預設了「組織私法化可以作為公務人員身分變動之法律上原因」此一混淆實然與應然之命題。

當然，只是從語詞上作這樣的推斷，顯然過於粗糙。如果更精確來談，組織私法化本身不會是公務人員身分變動之法律上原因，但組織私法化過程中之相關法令，則可能成為公務人員身分變動之法律上原因。因此，應該更精確地看看，榮工處改制為榮工公司時，是否有何規定會改變公務人員身分？然而檢視榮工處改組為榮工公司之相關規範，可以發現，改組本身之法律上基礎就已頗為薄弱。首先，關於組織之私法化，公營事業移轉民營條例主要為關於財產民營化之規定，已於前述。其第 16 條雖規定「非公司組織之公營事業，為移轉民營，將其全部或一部，改組為公營公司者，得沿用原事業之預算」，但係已組織私法化為前提，此一規定本身並非組織私法化之規範基礎。其次，依據「行

⁹¹ Panke, 2005, S. 126.

政院國軍退除役官兵輔導委員會組織條例」第 16 條所訂定之「榮工工程股份有限公司組織規程」，乃是對於榮工公司組織之規定，既非組織私法化之法律上依據，也非對於榮工處改制為榮工公司過程所遭遇問題之規範。大致上可以斷言，並無關於公務人員因榮工處改制為榮工公司，而改變其身分之規定。

(2) 組織私法化後，公務人員之繼續服務問題

榮工處具公務人員身分之人員既不會因改制為榮工公司而改變其身分，而榮工公司又不具勤務主能力，則該等人員於榮工公司繼續服務，從以上對德國法制之觀察可以得知，並非理所當然。惟該等人員既事實上於榮工公司繼續服務，則其相互間之法律關係為何，便為無可迴避之問題。本文以下將從制度面一般性地檢討組織私法化後，公務人員之繼續服務問題之解決模式。

a. 派遣模式？ - 組織私法化與公務人員借調制度

參照上述之問題解決模式，首先可考慮者，該等人員是否係受派遣至榮工公司服務。我國並無公務人員派遣制度，惟有與之相類似之借調制度。依「行政院限制所屬公務人員借調及兼職要點」（以下稱為「借調及兼職要點」）第 2 點之規定，所謂「借調」，係指「各機關因業務特殊需要，商借其他機關現職人員，以全部時間至本機關擔任特定之職務或工作，借調期間其本職得依規定指定適當人員代理」。由此一定義可以看出，其與德國之派遣制度類似，所差別者，我國係從借調機關之角度，而德國從派出機關之角度而加以規範。

對比我國之公務人員借調制度與德國之公務人員派遣制度，「借調及兼職要點」所規定之借調，大致上與德國聯邦公務員法第 27 條以及公務員法基準法第 17 條所規定之派遣相當，都侷限在公勤務組織體系內。自無可能以此說明繼續

服務人員與榮工公司之法律關係。

另為加強培育與延攬高級科技人才，行政院於民國 72 年訂頒「政府機關暨公民營事業機構科技人才相互支援實施要點」（以下稱為「科技人才支援要點」），依此要點三之（二）之規定，現職科技人員經政府機關與公民營事業機構相互徵商同意，得借調徵商機關服務，另於要點四之（二），對於政府機關或公營事業機構之科技人員借調至民營事業機構服務者，作進一步之相關規範。此一要點擴張了借調制度之適用範圍，而使特定類型之公務人員（科技人員）得以在公私部門間之借調。惟姑且不論將以實現公益為目的，並受法律拘束，而處身於上下階層之官僚體系中之公務人員，借調至多多少少受市場法則支配之公民營事業機構，是否須有形式意義之法律為依據，始足以正當化之問題。⁹²無論如何，榮工處改制為榮工公司，其人員事實上並未依此一要點辦理借調。

最後要檢討的是，在我國法制上，是否存有未明文規定之借調制度。在此，主要涉及司法院大法官釋字第 305 號解釋之解釋問題。釋字第 305 號解釋謂：「公營事業依公司法規定設立者，為私法人，與其人員間，為私法上之契約關係，……。至於依公司法第 27 條經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他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。」本解釋中所謂「依其他法律逕由主管機關任用，定有官等、在公司服務之人員」，依本解釋之意旨，此等人員雖於公營公司服務，但其與任用機關間存有公法上之（職務）關係。⁹³然而本解釋並未說明，此等人員與公營公司間是否存有法律關係？若有，則為如何之法律關係？按此等人員既在公營公司服務，接受公司之指揮監督執行業務，與其個人相關之事項，例如差假，也由公司決定，則其與公司之間當然不可能毫無法律關係。至於該法律關係之性質，由於其與任用機關間存有公法上職務關係，而在其他

⁹² 關於此一問題，主要考慮點為民主正當性之傳導是否被切斷，在德國法上則需考慮公務人員履行高權任務之功能保留問題。Vgl. Wolff, 2002, S. 77.

⁹³ 相同見解，參閱：徐曉菁，2001，頁 43。

單位服務，從法律關係的角度來看，符合因借調或德國法上派遣所生法律關係之特徵。因此，將之解釋為與現有明文借調制度不同之特殊的借調關係，應尚屬合理。

此種借調關係相對於明文規定之借調制度，其特殊性在於借調關係之存續期間。依「借調及兼職要點」第 5 點之規定，借調期間最長為四年。至於公務人員依「科技人才支援要點」借調至民營事業機構者，必須辦理留職停薪，借調期間依留職停薪辦法第 5 條規定辦理（「科技人才支援要點」四之【二】），亦即以兩年為限，必要時得延長一年。相對地，由機關任用而於公營公司服務之人員，除非有所調動，否則可繼續服務，沒有期間之限制。此一情形與德國法類似。公務人員依據德國聯邦公務員法第 27 條接受派遣，乃是暫時性地到接受派遣機關服務，相對地，公務人員被派遣到民營化後之企業，不論是依「德意志鐵路股份公司創立法」第 12 條第 2 項第 1 句，依法律規定而直接受派遣到「德意志鐵路股份公司」，或是依「公務員法基準法」第 123a 條第 2 項，因派遣處分而受派遣到民營化企業，都無派遣期間之限制。⁹⁴

從以上對於大法官釋字第 305 號解釋之分析，顯示出我國事實上存有將公務人員借調至公營公司之特殊借調制度，以此來解釋組織私法化後人員之繼續服務問題，其困難在於此過程中通常無借調行為，蓋組織私法化後人員繼續服務，看起來只是服務單位組織形式改變，其他則無變化。不過，從勤務主權限之行使機關來看，組織私法化並不當然伴隨公務人員身分之改變，已於前述，然而從機關的角度來看，其組織私法化後，除非其受委託行使勤務主權限，否則勤務主權限將移由其上級機關行使。亦即勤務主雖未改變，但公務人員之所屬機關改變了。由於公務人員應在其所屬機關服務，因此，組織私法化後讓公務人員於改組後之公營公司繼續服務之決定，實質上即是公務人員借調之決定。從這個角度可以重新解讀，銓敘部對於原榮工處具公務人員身分之人員，於榮工

⁹⁴ Vgl. Panke, 2005, S. 126.

處改制為榮工公司後，保留公務人員身分之同意。按組織私法化本身並不當然導致公務人員身分之改變，故此一同意在法律上並無意義，已於前述。然而此一同意之意思表示，可以解釋為同意此等人員維持公務人員身分而在榮工公司服務，因此可解釋為借調行為，從而在法律上獲得其意義。

b. 委託模式

由於派遣模式與委託模式並非相對立之模式，因此在肯定組織私法化後公務人員繼續服務乃屬特殊型態之借調，仍有必要檢討是否有行使勤務主權限之委託。在此首先要注意的是，由於在此一特殊之借調型態，並無借調期間之限制，而且機關改組為公營公司，該公營公司一旦被委託行使勤務主權限，則該公司在該範圍內即具有機關之地位，成為於該公營公司繼續服務之公務人員所隸屬之機關。換言之，在此所涉及者，乃是將公務人員非暫時性地調到其他機關服務，因此即屬於調任，而非借調。也就是說，在這種特殊型態之借調，如同時有行使勤務主權限之委託，即成為調任。由於其並非依據公務人員任用法第 18 條所作之調任，因此可稱之為特殊型態之調任。

在此顯示出我國法與德國法之差異。在德國法上，因應民營化所引進之派遣（Zuweisung）制度，乃是在法律上明文規定，而與聯邦公務員法第 27 條所規定之派遣（Abordnung）以及同法第 26 條所規定之調任（Versetzung）相獨立之制度，因此在派遣期間上作不同安排，並不會有問題，而且即使與行使勤務主權限之委託連結在一起，也不致被理解為調任。但在我國法上，由於前述特殊型態之借調或調任，乃是經由解釋與分析所推論出，並無實證法上之明文規定，因此只能就現有規定中尋找相類似之制度。總而言之，在德國法上派遣模式與委託模式可以並存，但在我國法上，借調與委託則無法並存。

在我國法上，由於鮮少關於勤務主權限之討論，⁹⁵因此在民營化之相關規定中，

⁹⁵ 筆者於「月旦法學知識庫」（2007 年 11 月 16 日造訪）以「勤務主能力」或「勤務主權限」兩組概念搜尋，都未發現相關文獻。徐曉菁，2001，頁 42 雖提到 Dienstthermfähigkeit（勤務主能力），但並未提及勤務主權限之委託問題。

也不大可能直接規定委託民營化企業行使勤務主權限。因此在檢視我國之規定時，必須審慎分析，是否有行使勤務主權限之委託。在此一分析中，以上所提及之特殊型態之借調與調任，有其意義。以下以電信之民營化為例加以說明。

電信法第 30 條規定，交通部為經營電信服務，得設中華電信股份有限公司，此為電信民營化之主要規範基礎。民國 85 年制定了「中華電信股份有限公司條例」，開始了電信之民營化。民國 94 年 8 月 12 日政府持股降至 50% 以下，而達成實質之民營化。「中華電信股份有限公司條例」第十條之規定，本條例施行前之交通部電信總局及其所屬機構現職人員，除具有公務員任用資格者，得依個人意願報請交通部依業務需要及工作專長核定其留任電信總局或電信監理站或輔導由其他行政機關接受轉任者外，均轉調本公司。換言之，具有公務員任用資格者如未依本條規定另作安排，亦轉調中華電信股份有限公司。同法第 12 條之規定，本條例施行前之交通部電信總局及其所屬機構現職人員轉調本公司者，其已具交通事業人員任用條例所定資位人員，仍適用交通事業人員任用條例，其薪給、福利、考成、退休、資遣及撫卹等事項，依交通部所屬交通(電信)事業人員有關規定。依據此一規定，具公務人員身分之人員，於民營化企業繼續服務。問題在於，中華電信股份有限公司是否受委託行使勤務主權限？由於本條例使用「轉調」此一用語，從文義來看顯然是一種「調任」，而非「借調」，依據上述說明，可認為中華電信股份有限公司係受委託行使勤務主權限。

(3) 小結：榮工處改組，繼續服務之公務人員與榮工公司之法律關係

綜上所述，榮工處改組，繼續服務之公務人員與榮工公司之法律關係如何，取決於榮工公司是否受委託行使勤務主權限。與電信民營化比起來，此一問題在榮工處改組，要更難回答，蓋榮民工程股份有限公司組織規程中，並未如「中華電信股份有限公司條例」那樣，對於組織私法化引起之人事問題加以明文規定。

如上所述，對於此一人事問題，係依據銓敘部之同意函辦理，而此一同意之意思表示可解釋為，同意具公務人員身分之人員於改組後之榮工處繼續服務，從而至少可解釋為特殊型態之借調。然而，如將此一意思表示進一步解釋為包括委託榮工公司行使勤務主權限之意思表示，顯然已超出可能文義之範圍。因此，應可認定並無行使勤務主權限之委託，從而榮工公司與繼續服務之公務人員間之法律關係，可以認定為特殊之借調關係。此一關係之內容，可類推適用「借調及兼職要點」之規定，例如平時考核與差假由榮工公司負責辦理（「借調及兼職要點」九、【一】）。至於人事上之基本決定，榮工公司無權決定。換言之，榮工公司無權將其具公務人員身分之人員資遣。

（二） 榮工公司之新人事制度與公務人員之法律地位

如前所述，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。然而，令人懷疑的是，榮工公司採行之新人事制度是否確實能使其人員喪失公務人員身分。

對於此一問題，實務上其實早已有所質疑。公務人員保障暨培訓委員會周志宏、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即已指出，「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，自不因該換敘致使復審人被劃出於保障法準用對象之外。」

此一意見之結論，亦即榮工公司之換敘尚不足以使其人員喪失其公務人員身分，值得贊同。但在理由部分，本文認為，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思而為意思表示，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。⁹⁶從而榮工公司之換敘行為，亦不發生使其人員喪失公務人員身分之公法上法律效果。

三、 公務人員資遣作為民營化手段？

由榮工公司裁減人員所顯示之問題為，在組織私法化與民營化，可否依據公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款資遣公務人員。不論學說或實務，或對於公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款之合憲性有所質疑，⁹⁷或否定榮工公司依公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款規定資遣人員之權限，⁹⁸但對於此處有公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款之適用，則並未有所懷疑。似乎組織私法化或民營化，理所當然地被認定為機關裁撤或組織變更，而符合資遣公務人員之要件。

從引進公務人員資遣制度之立法過程來看，完全沒有考慮到民營化之問題，而毋寧只打算解決不適任與各機關多餘人力之問題。因此，其所謂「組織變更」，應解釋為公行政組織體系內之變更，而不包含組織私法化與民營化。即使因從文義解釋來看，所謂「組織變更」之可能文義，可能包含組織私法化與民營化，而主張不應拘泥於起源史解釋，但該條款所謂「須裁減人員」，解釋上仍應限於因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而有多餘人力產生之情形，而不應包括因其他考慮而有裁減人員之需求，蓋除起源史解釋外，「機關裁撤」與「業務緊縮」這兩項用語，都意味著「須裁減人員」係指因此而有多餘人力之情形。更重要的是，如前所述，對於公務人員之身分保障為公務員制度非常核

⁹⁶ Vgl. Battis, 2004, § 2, Rn. 27.

⁹⁷ 陳愛娥，2002，頁 23 以下。

⁹⁸ 台北高等行政法院，94 年度訴字第 1655、1764 號判決。惟二者對於榮工處欠缺權限所作之資遣行為是否為行政處分，則有不同見解。

心之一環，因此公務人員資遣制度假使能通過合憲性之審查，也應將之解釋為例外情形，從而其解釋應盡量嚴格，故應固守在立法機關之原意。

總而言之，公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款，係為解決因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而產生多餘人力之問題，與組織私法化或民營化無關，更不應被運用為民營化之手段。「創造民營化有利條件」，顯然不符公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款之要件。因此，榮工公司因未受委託行使勤務主權限，固無法作成發生公法上法律效果之公務人員資遣處分，即使是退輔會，也因「創造民營化有利條件」並不符公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款之要件，而不能將公務人員資遣，否則其資遣行為即屬違法。

陸、 結論

公務人員在憲法上享有與一般勞工不同之特殊法律地位，公務人員之身分保障雖在憲法上未有明文規定，卻可經由憲法解釋而認定為憲法所保障服公職權利之制度性保障內容。此乃檢討公務人員資遣制度之出發點，不論在法律解釋上或立法政策上皆有其意義。

在法律解釋上，首先，對於公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款之規定，應作合憲性解釋，從而解釋為，依該規定資遣公務人員，以「無其他適當工作可以調任」為要件。其次，此一規定應作嚴格解釋，以避免不當地擴張了資遣公務人員的可能性。換言之，應限於因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而有多餘人力產生之情形，而不應考慮其他裁減人員之需求。因此，所謂「組織變更」，應解釋為公行政組織體系內之變更，而不包含組織私法化與民營化，更不得為「創造民營化有利條件」而依據公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款資遣公務人員。

在立法政策上，因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而產生多餘人力時，公務人員之資遣應是解決此一多餘人力問題不得不然之最後手段。因此，於資遣之

前，應先作移撥、調任或其他類似手段，僅於無採取其他手段之可能性時，始得資遣公務人員。甚且，也可考慮參考德國聯邦公務員法第 36a 條第 1 項之規定，將空出來之預算員額保留予受資遣之公務人員，而保留其回任之可能性。不過，應如何辦理將空缺保留予資遣之公務人員，以及涉及之法律關係應如何處理，還有待審慎考慮，尚不宜率然引進。考試院於民國 91 年 8 月 26 日以及民國 92 年 9 月 18 日函送立法院審議之「公務人員退休法草案」，將因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而資遣公務人員之制度從公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款移至公務人員退休法第 7 條第 1 項第 1 款加以規範。以下依上所述，試擬公務人員退休法第 7 條第 1 項第 1 款草案修正條文，以供參考：

建議條文	草案條文	說明
<p>公務人員有下列各款情形之一者，予以資遣：</p> <p>一、 因機關裁撤，或因組織變更或業務緊縮，致與其職位相當之預算員額應予裁減，且無員額移撥或人員調任之可能者。</p> <p>二、 ……………</p>	<p>公務人員有下列各款情形之一者，予以資遣：</p> <p>一、 因機關裁撤、組織變更或業務緊縮，不符本法所定退休規定而須裁減人員者。</p> <p>二、 ……………</p>	<p>一、 本條文之修改，參考德國聯邦公務員法第 36a 條第 1 項之規定。</p> <p>二、 原條文規定對於資遣對象未作限定，有違法律明確原則之虞，爰予修改，在組織變更或業務緊縮之情形，明確限定資遣對象為與其職位相當之預算員額受到裁減之人員。</p> <p>三、 基於公務員身分之憲法保障以及比</p>

		<p>例原則，對於因機關裁撤、或因組織變更或業務緊縮，致與其職位相當之預算員額應予裁減之情形，增訂以無員額移撥或人員調任之可能為要件。</p>
--	--	---

第四章 公務人員因公涉訟輔助制度之研究

本章大綱

壹、前言

貳、公務人員因公涉訟輔助制度之法理基礎

一、涉訟輔助制度作為制度性保障

二、公務員照顧原則

參、保訓會相關函釋、決定與行政法院相關裁判之檢視

一、保訓會因公涉訟輔助制度相關決定與函釋之分析

二、各級行政法院關於因公涉訟輔助制度相關裁判之分析

肆、現行公務人員因公涉訟輔助制度之檢討

一、法律保留與授權明確性原則之檢視

二、受輔助對象之檢討

三、實體要件：「依法執行職務」判準之再檢視

四、因公涉訟輔助內容之檢討

五、輔助決定機關之審查組織與程序之強化

六、事後求償制度之反思

伍、建議與結論

壹、前言

按職業公務員制度（Berufsbeamtentums）從過去迄今，均屬有關替國家服勤務者之特殊態樣制度。職業公務員制度乃係由國家之任務發展衍生出其制度結構。職業公務員制度為完成其國家任務而建構之制度，因此在形塑公務人員制度時，必須以國家任務之達成及履行為目的，作為指引法規內容與修正之目標。另一方面，公務人員對應於國家而言，則是基於憲法上所保障之「服公職權」所建構而成之公法上法律關係。質言之，透過界定公務人員之權利與義務關係，乃在於為達國家行政任務目的之諸多手段，而衡量公務人員所享受與承擔之權利義務是否適當，則應追溯此一權利義務規定，是否有助於達成國家行政任務而定⁹⁹。

再者，隨著十九世紀末以來對於工業革命及資本主義興起後，所倡議之社

99 林明鏘，德國公務員之法律地位，收於氏著《公務員法研究（一）》，2005年2月，第二版，頁505。於此，國家任務之達成即透過行政組織及公務員人事面向交錯影響下，予以實踐；從而，行政組織法與公務員法即取向國家任務目的而言，而具有相當之手段性格。參見陳愛娥，行政任務取向的行政組織法－重新建構行政組織法的考量觀點，月旦法學教室第5期，2003/3，頁73。

會國理念，主張國家不僅應消極地確保個人自由，毋寧更應強調國家負有積極介入人民社會經濟生活之作為義務¹⁰⁰。在行政領域內，行政任務擴張及於所謂生存照顧（Daseinsvorsorge）所衍生之給付行政（Leistungsverwaltung）¹⁰¹，更使得國家與人民間之關係已非過去，僅需保持距離即可，代表國家行使公權力之公務人員必須積極去參與、形成人民間之生活領域。也因此，公務人員於其執行職務之際，倘與相關人民有所糾紛或受所其侵害者，所衍生訴訟上或法律上的危險及風險，應如何面對之議題於焉而生。於此，倘公務人員須自求多福，自聘律師為其法定代理人代為處理涉訟事務；或自行於職務以外單獨應付龐大且冗長繁瑣之涉訟事務，則不免影響公務人員戮力任事之熱忱，也連帶影響行政機關履行任務之效率與效能，公務人員心態上也易形成保守消極，未能相應於行政所具有之積極、主動，追求公共利益之特質¹⁰²。

有鑑於此，國家為承擔起公務員因公依法執行職務，卻無端涉訟或受到人民侵害之風險，基於公務員乃因公依法行使職務而作為國家手足之法理，國家不能亦不得置之不顧而袖手旁觀。從而，國家自應積極扮演保險之角色，去承擔起公務員因執行職務所生之風險，乃有「公務員因公涉訟輔助制度」之源起與建構¹⁰³。惟另一方面，倘其申請涉訟輔助之要件解釋過廣，使輔助決定機關濫行准予核發輔助費用，導致本應屬公務員自身與他人涉訟、或公務員本係故意違背職務義務所招致訴訟，而應自行延聘律師之案例，卻轉嫁由全民預算代其支付相關訴訟費用等，亦與其制度目的未能相符。因此，詮釋相關請求權要件以及其制度目的，以試圖就解釋上予以釐清相關爭點；更有甚者，在解釋未竟全功之際，在立法政策上，能否有較合於制度目的之設計，亦屬本文所關注。

考量到本研究案之目標在於提供保訓會審理公務人員因公涉訟事件的參考方向，因此，似應於一開始先予界定此公務人員因公涉訟輔助制度其制度目的及法理基礎，俾使其作為解釋相關要件之取向（貳）；再者，擬檢視保訓會迄今與涉訟輔助制度相關之決定，以理解相關要件與其爭議所在，以便更精確界定，應進一步深入探究之主題。此外，保訓會所為與涉訟輔助制度相關之復審

100 詹鎮榮，社會國原則一起源、內涵及規範效力，月旦法學教室第41期，2006/3，頁32。

101 關於此等概念，請參照陳新民，「服務行政」及「生存照顧」概念的原始面貌－談福斯多夫的「當作服務主體的行政」，收於氏著《公法學劄記》，民國82年10月，頁55以下。

102 翁岳生，行政的概念與種類，收於氏編《行政法（上）》，2006/10，三版，頁10以下。

103 關於其制度沿革，請參照施惠芬，我國公務人員因公涉訟輔助制度之新面貌，考銓季利第38期，民國93年4月，頁40以下。

決定，對此等決定不服，各該公務員自得提起行政訴訟。因此，各級行政法院就相關問題的見解，對保訓會的實務運作自有重大影響；爰於檢視保訓會相關決定之後，隨即檢視行政法院相關裁判的見解（參）。其後，則以上述所衍生之疑義與爭議，以公務人員保障法與公務人員因公涉訟輔助辦法之規定為關注重點，嘗試在法解釋與法政策上尋求較為適當之解決（肆）。最後則是根據前述之探討，對於公務人員因公涉訟制度提出具體之建議。

貳、公務人員因公涉訟輔助制度之法理基礎

一、涉訟輔助制度作為制度性保障

就公務人員與國家之關係而論，倘觀察司法院大法官所為釋字解釋，則有以「公法上之忠勤服務關係」（釋字第 312 號解釋）、有以「公法上職務關係」（釋字第 396、430 號解釋）說明之，其內涵應類同於德國基本法第 33 條第 4 項後段規定公務員關係為一種「公法上勤務及忠誠關係」（Dienst- und Treuverhältnis）¹⁰⁴。在我國憲法學理與釋憲實務中則由**服公職之權利**加以開展，釋字第 605 號即指稱：「憲法第十八條規定人民有服公職之權利旨在保障人民有依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障、俸給與退休金等權利。公務人員依法銓敘取得之官等俸級，基於憲法上服公職之權利，受制度性保障（第五七五號及第四八三號解釋參照）」。

按學理上所指稱之「制度性保障」，依 *Carl Schmitt* 在 1928 年《憲法學》（*Verfassungslhre*）所提出之觀念，係強調經由憲法規定所保護的特定制度，立法者不得以單純法律予以廢除，且制度性保障並非純然只是現狀維持之保障，而是典型、特徵的制度之保障¹⁰⁵。而職業公務員制度則是被 *Schmitt* 認為是制度

104 基本法第 33 條第 4 項規定：「公權力之行使（*hoheitsrechtliche Befugnisse*）視為經常性之任務，原則上應委由公務員（*Angehörigen des öffentlichen Dienstes*）行使，公務員乃處於一種公法上之勤務與忠誠關係。」本項即學術界所俗稱之「功能保留」（*Funktionsvorbehalt*）條款。Vgl. *U. Battis*, *Öffentliches Dienstrecht von A-Z*, 5. Aufl. 1999, S. 17. (Einleitung)；*Peter Badura*, *Staatsrecht*, 2003, 3. Aufl., München, S. 368ff. 另關於德國法上公務員之忠誠義務，可參照陳新民，論公務員之忠誠義務，收於氏著《憲法基本權利之基本理論（下）》，3 版，1992 年 1 月，頁 139 以下；德國聯邦憲法法院見解，可參照林明鏘譯，關於「公務員之忠誠義務」之裁定，收於氏著《公務員法研究（一）》，2005 年 2 月，第二版，頁 507 以下。

105 *Carl Schmitt* 著，劉鋒譯，《憲法學說》，聯經 2004/12，頁 229 以下；陳春生，司法院大法官解釋中關於制度性保障概念意涵之探討，收於《憲法解釋之理論與實務》第二輯，李建良、簡資修主編，中央研究院中山人文科會研究所專書，民國 89 年 8 月，頁 281。

性保障「真正的例子」(echtes Beispiel)，就威瑪憲法中有關公務員制度之規定，其確保職業公務員制度之存在，倘立法者制定危及文官制度之法律或命令，或廢除此一制度，乃屬違憲¹⁰⁶。而此公務員制度性保障之理解，亦為基本法所繼受(第33條第4項及第5項參照)，確保了職業公務員制度成為制度性保障。從威瑪憲法以來，所建立的一般性結構原則之核心內涵，這些基本原則被基本法所承認及有拘束力地加以適用¹⁰⁷

然而，時至今日，制度性保障之內涵已非 *Schmitt* 之見解得以涵括，如影響過去釋憲實務甚深的吳庚前大法官，其所指稱之制度性保障，即作如下之理解：「制度性保障是從個人基本權中產生的保障功能，舉凡從憲法實施時起已存在的各種保障基本權的制度、以及衡量社會生活的現實及國家發展狀況，所應建立的保障制度都包含在內」¹⁰⁸。依此，職業公務員制度作為一種建制保障，其保障傳統公務員制度之存續保障，其目的即在於確保公務員服務人民之品質，所設計出的法律手段，以便使該公務員戮力從公，無後顧之憂地執行職務，制度性保障本身並非是獨立的目的¹⁰⁹。因此，在本文之脈絡中，公務人員保障法中有關實體保障事項之部份，即構成公務員制度保障之內涵，即屬服公職權之制度性保障之列。而本文此處所關切之「公務人員因公涉訟輔助制度」，即屬於公務人員保障法中之實體保障項目之一，從而此涉訟輔制度亦屬公務員制度性保障之一環¹¹⁰。換言之，為使公務員戮力從公，依法執行職務時，不致因人民濫行訴訟所影響；或分擔於執行職務之際遭受人民侵害所生之外部風險。因此，建立一套有利於行政效能，能夠降低公務人員依法執行職務之風險與衝擊之因公涉訟輔助制度，即屬必要。

106 李建良，「制度性保障」理論探源—尋索卡爾·史密特學說的大義與微言，收於《公法學與政治理論—吳庚大法官榮退紀念論文集》，2004/10，頁229以下。

107 Konard Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage, 1995, Rn. 540ff.

108 吳庚，憲法的解釋與適用，2003/04 初版，頁123。

109 林明鏘，公務員之權利與保障，收於氏著《公務員法研究（一）》，2005年2月，第二版，頁138。

110 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第90期，2002/11，頁101。然學理上也有將制度性保障界定較為狹義之見解，要求必須必須是憲法規範之前即已存在之規範脈絡，因制憲者將此等法律制度列入憲法，而此規範脈絡的核心部份即憲法保障，不容立法者廢棄，就該當制度之個別、細節之規定，立法者則保有變更、重新形成之權限，參見陳愛娥，基本權作為客觀法規範—以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生的問題，收於收於《憲法解釋之理論與實務》第二輯，李建良，簡資修主編，中央研究院中山人文科會研究所專書，民國89年8月，頁253。倘依此見解，涉訟輔助制度或許無法理解為公務員制度核心，然若採廣義理解，將涉訟輔助制度理解為公務員制度性保障之一環，似亦未嘗不可。

二、公務員照顧原則

再者，公務人員因公涉訟輔助制度之法理基礎亦可由國家對於公務員之**照顧義務**（Fürsorgepflicht）中尋得。質言之，與公務員之勤務與忠誠關係相對應者，乃是國家對於公務員的照顧與保障義務（Fürsorge- und Schutzpflicht）¹¹¹，此一照顧與保障義務被視為德國基本法第 33 條第 5 項所規範之職業公務員法律地位之傳統原則之一¹¹²。此照顧義務，一般而言係經由確保公務員適當的生活水準之俸給或其他公務員法上之具財產價值給付請求權來實現。此一照顧義務不僅及於俸給，也包括各種公務員法上的津貼與費用、晚年生活支出（退休金），以及因意外突發性事件所須支付之義務¹¹³。而此種保障公務員經濟上獨立性，乃為確保公務員視其職務為「事業」，從而得以公正無私、無後顧之憂地完成其任務的前提要件。

是以，倘公務人員客觀上並無明顯違法失職之情事，卻因利害關係人或被害人刑事告發、告訴或自訴之提起而受到司法訴訟程序之糾纏，若將此一風險逕由職司之公務人員自身承擔，則對於公務人員依法執行職務之要求，難免有所減損；另一方面，倘因人民不法侵害執行職務之公務人員而有訴訟之必要時，除行政機關依法訴追損毀公物或妨礙公務等罪外，公務人員除向行政機關申請發給慰問金或撫卹金外，仍得向行為人訴追或求償，就此即有延聘律師或法律協助之必要。特別在我國訴訟實務上認定，因我國民事訴訟不採律師訴訟主義，各當事人所支出之律師費用，即不在訴訟費用之內，無從令敗訴之一方負責¹¹⁴。因此，基此照顧原則，國家為確保公務員不致因公涉訟而有礙於自身職務之行使，或損及公務員本身之生命身體財產狀況等情事，乃有公務人員因公涉訟輔助制度之倡議。

基於上述之法理基礎及制度目的之考量，我國公務人員保障法第 22 條第一項乃規定：「公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師為其辯護及提供法律上之協助」（民國 92 年 05 月 28 日修正）即本此意旨。為貫徹執行公務人員保障法第 22 條保障公務人員因公涉訟之輔助措施，由行政院與考試院

111 Vgl. U. Battis, Öffentliches Dienstrecht von A-Z, 5. Aufl., 1999.S. 88.

112 U. Battis, Recht des öffentlichen Dienstes, § 31 Beamtenrecht, in: N. Achterberg/G. Püttner/Th. Würtenberger(Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 2000, Rn. 129.

113 林明鏘，公務員之權利與保障，收於氏著《公務員法研究（一）》，2005 年 2 月，第二版，頁 139。

114 最高法院 81 年台上字第 90 號判決要旨，收於最高法院民事裁判書彙編第 7 期，頁 68-73

於民國 92 年 12 月 19 日會同修正發布「公務人員因公涉訟輔助辦法」共計 23 條。因外，在本文所稱之「因公涉訟」及「輔助制度」之意義及範圍，皆以我國現行法中公務人員保障法（以下簡稱為保障法）、以及公務人員因公涉訟輔助辦法（以下稱輔助辦法）所規定者為原則。其中，「因公涉訟」係指公務人員依法執行職務，而在民事及刑事訴訟案件，作為民事訴訟之原、被告及參加人；以及刑事訴訟偵查程序或審判程序為告訴人、自訴人、被告或犯罪嫌疑人（輔助辦法第五條參照），至於其範圍及內涵是否妥適，是否合於其制度目的而有修正之必要，則留待下文檢討。

參、保訓會相關函釋、決定與行政法院相關裁判之檢視

一、保訓會因公涉訟輔助制度相關決定與函釋之分析

按保訓會所為有關於因公涉訟輔助之相關決定與函釋¹¹⁵，倘依其處理議題大抵可分為以下不同類型加以分別檢討：（一）受輔助主體範圍之界定問題；（二）決定輔助機關之組織與程序；（三）因公涉訟輔助申請實體要件：「依法執行職務」判準之案例爭議；（四）因公涉訟之概念與內涵；（五）因公涉訟輔助內容之案例；（五）重行申請涉訟輔助、事後求償與時效之案例：

（一）受輔助主體範圍之界定問題

95 公審決字第 0400 號復審決定書認定：「次按公務人員任用法第 33 條規定：「……公營事業人員之任用，均另以法律定之。」是保障法第 102 條第 3 款所稱之「依法任用」，自應作相同解釋，即以依法律任用者為限，而目前部分公營事業仍未制定任用法律，僅以內部行政規章進用人員者，該等公營事業從業人員即非屬依法任用之人員。準此，**公營事業機構非依法律任用之人員，即非屬保障法第 102 條第 3 款所稱之依法任用之人員**，有關其權益之爭執，無保障法之適用或準用，自不得依保障法所定之程序請求救濟……茲查臺銀所屬員工係依「財政部所屬國營金融保險事業機構人事管理準則」及「財政部所屬國營金融保險事業機構用人費薪給管理辦法」規定進用，而上開準則及辦法並非依首揭公務人員任用法第 33 條制定之任用法律，則依上揭準則及辦法進用之

115 關於保訓會相關決定與函釋，均引自保訓會網頁：<http://www.csptc.gov.tw/index.asp> 檢索而得，以下則不另引註。

公營事業機構從業人員，自非屬保障法第 102 條第 3 款規定所稱「依法任用」之人員…復審人係 77 年 3 月至 83 年 2 月任職臺灣銀行股份有限公司（以下簡稱臺銀）總經理，因 83 年間處理臺銀新莊分行行舍購置事件涉訟，臺銀依修正前公務人員涉訟輔助辦法等規定予以涉訟輔助。…行政責任則經公務員懲戒委員會 94 年再審字第 1454 號議決：復審人休職，期間貳年。臺銀遂以 95 年 4 月 12 日銀總二字第 09500089441 號函，請求其返還涉訟期間輔助律師費用合計新臺幣 75 萬元。復審人不服，提起本件復審。…復審人提起復審，衡諸前揭規定，於法即有未合，爰應不予受理」。（93 公審決字第 0078 號原因事實之申請人為農民銀行職員，亦為不受理決定）

95 公審決字第 0044 號復審決定書則認定「查復審人係苗栗縣卓蘭鎮公所（以下稱卓蘭鎮公所）前鎮長，因負責協助該公所推動苗栗縣內灣里 921 地震救災業務，於認定受災戶住屋受損情形，涉及貪污及圖利罪嫌，遭檢察官提起公訴，爰經卓蘭鎮公所以 94 年 11 月 9 日卓鎮人字第 0940013470 號函申請核發偵查程序之延聘律師費用案經苗栗縣政府以同年 11 月 18 日府訴字第 0940130640 號函復略以：經核復審人所為與依法執行執務要件不合，不符請領因公涉訟律師費用規定，所請礙難照准等語。復審人不服，提起復審…復審人所任職之卓蘭鎮公所鎮長係由該鎮鎮民依法選舉產生，**屬民選公職人員**，衡諸前揭規定，復審人非屬保障法保障之對象，自無法依保障法之規定請求救濟，其向本會提起復審，於法未合，爰應不予受理。

95 公審決字第 0043 號復審決定書另就村里長認定：「查復審人係苗栗縣卓蘭鎮內灣里里長，因負責協助苗栗縣卓蘭鎮公所（以下稱卓蘭鎮公所）推動苗栗縣內灣里 921 地震救災業務，於受災戶住屋受損情形之認定，涉及貪污及圖利罪嫌，遭檢察官提起公訴，爰依法申請核發偵查程序之延聘律師費用，案經卓蘭鎮公所以 94 年 11 月 29 日卓鎮人字第 0940014144 號函復略以：經核復審人所為與依法執行執務要件不合，不符請領因公涉訟律師費用規定，所請礙難照准等語。復審人不服，提起復審。…茲依地方制度法第 59 條第 1 項規定：「村（里）置村（里）長一人，受鄉（鎮、市、區）長之指揮監督，辦理村（里）公務及交辦事項。由村（里）民依法選舉之，任期四年，連選得連任。」以復審人所任職之苗栗縣卓蘭鎮內灣里里長係由該里里民依法選舉產生，**屬民選公職人員**，衡諸前揭規定，復審人非屬保障法保障之對象，自無法依保

障法之規定請求救濟，其向本會提起復審，於法未合，爰應不予受理」¹¹⁶。

綜觀保訓會所為決定與函釋，在輔助辦法第 21 條將輔助對象擴及「政務人員；民選公職人員；依教育人員任用條例任用非屬第二條規定之教育人員；其他於各級政府機關、公立學校、公營事業機構**依法令從事於公務**之人員及軍職人員」之下，其輔助對象實已及於最廣義公務員概念之範圍¹¹⁷。惟保訓會上述復審決定有認定**公營事業機構非依法律任用之人員以及民選公職人員**，即非屬保障法保障之對象，此乃涉及公務人員保障法與公務人員因公涉訟輔助辦法關於輔助對象範圍之規範有所落差之故。是以，倘若欲徹底解決此輔助對象範圍落差之爭議，似須從保障法與輔助辦法兩者間尋求一合理之解釋。關於此，亦於後述一併加以檢討。

（二）輔助決定機關之組織與程序

94 公審決字第 0175 號復審決定書，就決定是否給予輔助之機關組成一事，認定：「按涉訟輔助辦法第 13 條規定係「**得**」組成審查小組，而非「**應**」組成**審查小組**。卷查海巡總局 94 年 1 月 19 日洋局偵字第 0940001612 號書函固稱經該局召開因公涉訟輔助事件審查小組會議決議等語。惟卷附海巡總局偵防查緝隊 93 年 12 月 29 日綜簽略以，該總局 93 年 10 月 8 日召開涉訟輔助事件審查小組會議因尚無共識，而未作成任何決議，因已進入審判訴訟程序，即簽會相關業務單位表示意見等語。是海巡總局上開 94 年 1 月 19 日函所載固易致生誤解，然該總局既以**會簽方式**達成不擬涉訟輔助之決定，並告知復審人在案，尚難謂有違誤」。此案例中，決定輔助機關雖有召開因公涉訟輔事件審查小組之會議，然因尚無共識，遂未作成任何決議，而以會簽方式達成不予涉訟輔助之決定，亦無不可，就決定輔助機關之組織與程序而論，保訓會並未堅持必須由審查小組開會作成決定之方式。

94 公審決字第 0256 號復審決定書則係認定輔助決定機關管轄權認定之案例：「公務人員於調職或離職後，因原任職期間執行職務涉訟者，仍應由其原服務機關辦理涉訟輔助，亦為涉訟輔助辦法第 3 條、第 5 條第 1 項及第 12 條第 1 項所明定，本件所涉**原服務機關之業**

116 與保訓會 90 年 3 月 8 日公保字第 900101038 號函釋有別，參見林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 104，註釋 19 處，且不合於輔助辦法第 21 條之規定（民選人員）。

117 關於學理與立法上寬嚴不一的公務員概念，其整理可參見林明鏘·蔡茂寅，公務員法，收於翁岳生編《行政法》，3 版，2006，頁 300 以下；吳庚，行政法之理論與實用，增訂 8 版，民國 92 年 8 月，頁 218 以下。

務移轉，並非機關裁撤或變更組織，參酌法務部 93 年 4 月 26 日法律決字第 0930014346 號函精神，尚不發生涉訟輔助辦法第 12 條第 2 項，原服務機關裁撤或組織變更者，應由涉訟業務承受機關辦理涉訟輔助之適用問題」。

另保訓會於民國 94 年 11 月 8 日所為公保字第○九四○○○九七五七號函釋，係指出：「來函以貴公所前任鄉長係現任鄉長之配偶，詢及決定該前任鄉長涉訟輔助事項之權責機關乙節。茲承前述，公務人員對涉及本身或其家族之利害事項，應行迴避，爰機關首長對涉及其家族之涉訟輔助事項，參照公務人員因公涉訟輔助辦法第 11 條之立法意旨，仍以由具有行政監督權限之上級機關決定為宜，本會前揭 93 年 9 月 13 日公保字第 0930007511 號函釋意旨，應予補充」。此一保訓會函釋，究其實，乃透過類推適用以「漏洞填補」之法學方法，就現行輔助辦法中，認定「機關首長對涉及其家族之涉訟輔助事項」與「機關首長本身涉訟」此兩者，在法評價上（質言之，迴避之法理）的重要觀點相互一致，兩者應作相同的評價¹¹⁸，因此就機關首長對於其家族涉訟事項，亦應由具有行政監督權限之上級機關決定之。

此外，保訓會於民國 96 年 7 月 13 日公保字第 0960006905 號函釋則指出：「查公務人員為機關依法執行職務時，涉訟輔助之義務機關應屬該職務權限歸屬機關，俾同時兼顧機關預算之分配與執行。準此，所詢所屬公務人員如依政府採購法之規定，擔任他機關之採購評選委員職務因而涉訟，以其並非執行本職機關業務而涉訟，自無由本職機關予以涉訟輔助問題」。然此一函釋未解決之問題在於，就外借至他機關辦理採購評選事項，其輔助決定機關是否即屬他機關為之。

（三）因公涉訟輔助申請實體要件：「依法執行職務」判準之案例爭議：

就此部份，實乃整個公務人員因公涉訟輔助制度最大爭議之所在，綜觀保訓會所為函釋與決定，以及行政院所為裁判，相當程度顯示此一實體要件「依法執行職務」在解釋與判斷上有所困難；此外，由於輔助辦法第 15 條規定倘涉訟公務員，其涉訟案件有不起訴、緩起訴處分確定或無民、刑事責任者，得重行申請輔助，因此諸多決定係由於涉訟案件獲致上述情形者，輔助決定機關是否受該法院或地檢署之認定所拘束，如無者，其關係如何？亦頗多爭議。

¹¹⁸ 關於透過類推適用以填補漏洞的方法論上討論，參見 Karl Larenz 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，五南，1990，頁 290 以下。

以下即先觀察保訓會就此實體要件所為函釋與決定，以釐清其適用上判準之範圍。

95 公審決字第 0390 號復審決定書（95 公審決字第 0361 號同此意旨）就此要件僅為一般性地說明，其指出：「至於是否依法令執行職務，則應由服務機關本於權責從形式上先作初步認定，與檢察機關之起訴或法院之判決結果無必然之關係，然服務機關非不得參酌檢察機關有關犯罪偵查結果之檢察官起訴書，以判斷涉訟輔助之申請人是否依法（令）執行職務。判斷結果如係依法令執行職務，即應給予相關涉訟輔助，如非執行職務或非依法令執行職務，自不得給予輔助。是公務人員因公涉訟之輔助，係以依法令執行職務為前提，如非依法令執行職務，自不得給予輔助，而假借執行職務而犯罪，則非屬執行職務及依法執行職務範圍」。

95 公審決字第 0213 號復審決定書則援引最高法院判例意旨稱：「又參酌最高法院 42 年度臺上字第 1224 號判例意旨，所稱「執行職務」，係指因執行所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，亦即其行為在客觀上足認為與其職務有關者而言。是依上開說明，公務人員因公涉訟之輔助，係以依法令執行職務為前提，如非依法令執行職務，自不得給予輔助。而假借執行職務而犯罪，則非屬執行職務及依法執行職務範圍。…按公務人員因公涉訟輔助，係以公務人員依法令執行職務為前提，而公務人員行政責任之有無，則係以是否違反公務人員相關規定為斷，二者判斷基準不同，亦非以刑事責任之有無為唯一準據」。就此，實已將「依法執行職務」之「依法」概念，理解為刑事及行政責任併行之概念，換言之，一旦有違反刑事責任，即非屬依法執行職務；然公務員之行政責任之有無，亦將影響其是否屬「依法執行職務」之範疇。

95 公審決字第 0177 號復審決定書則明確指出，即便刑事責任屬無罪，但仍因違反行政程序而認定非屬「依行執行職務」駁回輔助之申請：「公務人員因公涉訟之輔助，係以依法令執行職務為前提，與法院判決結果無必然之關係，是復審人雖經高雄地院於 94 年 9 月 5 日 90 年度訴字第 1508 號刑事判決無罪，惟本會於審理保障事件時，就相關法令之適用，仍得表示見解，不受該判決之拘束。…高雄地院法官審理時亦指摘復審人此情節有違反行政程序之處而有行政不法之事實（判決書第 28 頁），均足以審認復審人就此未予審核，即難謂係

依法令執行職務」。

95 公審決字第 0292 號復審決定書則較為罕見地指摘原處分機關，未能確實依職權調查證據，因此認定事實未明，原處分撤銷，另為適法之處分：「…惟均未見三民二分局提供負責查緝、取締警勤區違法特種行業之員警應負舉報責任之相關規定，亦未檢附復審人任職該遊藝場警勤區 1 年 9 個月期間，是否依規定定期執行警勤區查察、巡邏、臨檢、查緝或取締等勤務，或其如何未依規定執勤、未盡舉報責任等相關數據及資料證明復審人確有怠於執行職務。是該分局既無確實證據足資證明復審人於任職期間對警勤轄區內之尚賓遊藝場，確有因收受賄賂致未立即查處或放任賭博性電動玩具之行為，則該局遽以其因違背職務收受賄賂被起訴，及未盡舉報責任即認定其涉案情節與依法執行職務之要件不合，核屬怠於執行職務涉訟，而否准復審人因公涉訟輔助費用之申請。揆諸首揭規定及說明，尚嫌速斷，不無斟酌之處」。就此，實已要求輔助決定機關應依職權調查證據，踐行調查程序（行政程序法第 36 條參照），俾以認定有無依法執行職務之實體要件。

94 公審決字第 0023 號復審決定書亦指出，涉訟輔助之「依法執行職務」之要件與刑事責任之判斷有別，尚及於行政責任之認定：「查復審人前於民生醫院擔任實驗診斷科主任，負責監督辦理該院外勞體檢檢驗工作，應知實驗診斷之程序與職責，更應身體力行，以為表率。惟復審人於 84 年 4 月 11 日辦理正三公司引進外勞之體檢事項，於體檢報告尚未有結果前，即指示下屬莊靚華於體檢表內先行全數登載為陰性反應，並蓋上合格章，亦經法院調查屬實，且為復審人於復審書中所自承，雖檢驗結果亦為陰性反應，登載之內容與事實並無不合，經法院以與刑法登載及行使不實公文書罪嫌構成要件不合，此部分罪嫌尚屬不能證明論處，有上揭法院判決書影本附卷可稽，惟復審人上開行為，除已違反體檢之通常事理外，並顯已違反公務員服務法第 7 條公務員執行職務應力求切實之規定，亦影響外界對民生醫院體檢內容正確之可信度，是復審人上開非依法執行職務行為，堪予認定」。

93 公審決字第 0323 號復審決定書則是涉及藉由判定職務範圍以認定是否屬執行職務之決定：「且復審人所負責之業務主要為焚化爐之招標、驗收及操作營運等職務，亦與廢輪胎或廢潤滑油之回收、處理、再利用等事宜迥異，有環保署垃圾資源回收廠興建工程處設置要點及該處分層負責明細表影本附卷可稽。

是民間申請設置廢潤滑油回收處理廠及申請廢輪胎回收商登記事宜，顯非復審人之職務範圍，則其因協助友人籌設廢潤滑油回收處理廠及取得廢輪胎回收商登記事宜涉訟，自非屬依法令執行職務而涉訟」。

93 公審決字第 0015 號復審決定書則是參酌過去保訓會之函釋，並區別外出執行勤務往返途中與上下班途中有別，前者仍屬執行職務之列：「按九十年七月二十六日公保字第 9003679 號書函略以：「……另所稱執行職務，參酌最高法院四十二年度上字第一二二四號判例意旨，係指因執行所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，亦即其行為在客觀上足認為與其執行職務有關者而言。本會前曾以九十年二月二十二日公保字第 9000451 號書函示……準此，公務人員奉長官指派傳送公文、外出執行勤務往返途中發生車禍，依上述說明，應可認係執行職務。……。」本件復審人係於八十九年四月二十四日下午四時三十分許至轄區楊里長住處轉送同年四月二十七日防災業務講習開會通知單及同年五月七日全區掃街活動公文等文書，約於四時四十五分離開，此有楊里長八十九年五月三十日出具證明書及香山區公所八十九年六月二十日訪談紀錄表等影本附卷可稽。復審人是日既係外出執行勤務，於返回辦公處所途中發生車禍，而非於下班途中發生車禍，依本會上揭函釋意旨，應可認係執行職務¹¹⁹。

92 公審決字第 0207 號復審決定書則是具體檢視刑事判決與行政責任之間關聯性，認定復審人雖獲刑事無罪判決，但仍有行政疏失而無從輔助：「雖以臺灣高等法院九十一年度上訴第二七二五號刑事判決無罪確定…，惟該判決僅係以無其他積極證據抑或間接證據足資證明其違反貪污治罪條例第四條第一項第三款及第五條第一項第三款而為無罪判決。而復審人是否依法執行職務，仍應以其執行職務是否合於各該法規為斷，尚非以該無罪判決逕認其依法令執行職務，且上開判決內容，並未否認復審人之行為有行政上之疏失，是所訴核不足採」。

92 公審決字第 0189 號復審決定書亦屬刑事判決無罪，惟保訓會仍認定其

119 此與上下班途中發生意外所致涉訟不同，保訓會函釋認為上下班途中非屬執行職務，例見保訓會中華民國 91 年 5 月 13 日公保第九一〇二五八一號函指稱：「以公務人員於上下班途中發生車禍係屬意外事故，與執行職務似無直接密切之關係（法務部八十五年五月二十一日（八五）法律決字第一二二一三號函釋參照）。是以，公務人員因上下班途中發生車禍而涉訟，尚不宜視為係依法執行職務涉訟，應無公務人員因公涉訟輔助辦法之適用」。資料來源：保訓會網頁：http://www.csptc.gov.tw/rule/Item_Content_Show2.asp?NO=1327&Rnd=0.192077（最後瀏覽日：96/09/19）

有行政上疏失，而屬非依法執行職務。較值得注意的是，雖本案原因事實之刑事判決已認定無主觀不法，惟保訓會則進一步認定雖無故意，但仍有重大過失：「卷查該判決理由係以復審人並無任何證據可資彰顯其主觀不法動機及客觀有使電腦公司可預期抑或以取得不法利得，而認其違反貪污治罪條例第四條第一項第三款購辦公用物品舞弊之罪刑，予以無罪之判決，是依上開判決內容，僅認復審人於審標時僅作形式上審核，未具圖利他人之意圖及未使自己或他人因而獲得不法利益，惟並未認復審人之行為不具有行政上之疏失，自無解於復審人非依法執行職務之事實，且系爭電腦採購案之招標採購既經會計室會簽表示「本案開列之規格老舊，估價過高，應多處訪價，予以重估」，復審人既職司訪價及招標流程作業，就會計室之提醒事項，未確實訪價，顯然欠缺一般人應有之注意義務，難謂其無重大過失，自難卸責，是以，復審人指稱其並未有故意或重大過失及其得申請因公涉訟輔助等節，核不足採」。

92公審決字第0186號復審決定書則係保訓會參酌最高法院判例意旨，並審酌復審人之職務說明書工作項目與考績表，以認定職務範圍之例：「惟有關執行職務，參酌最高法院四十二年度上字第一二一四號判例意旨，係指因執行所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，亦即其行為在客觀上足認為與其職務有關者而言。經查復審人九十年至九十一年之職務說明書工作項目或公務人員考績表所列工作項目中，並無稽查該校公務人員有明知不實登載於公文書得提起訴訟之職務，亦未有經該校授權或交付其提起訴訟命令，因此復審人所為自訴並非前開依法執行職務行為」。

（四）因公涉訟之概念與內涵

另保訓會於民國92年10月17日以公保字第○九二○○○七三四一號函釋指出，有關公務人員於公務員懲戒委員會之審議程序，並不屬於因公涉訟輔助之項目：「按公務人員保障法第二十二條（修正前為第十三條）第一項規定：「公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師為其辯護及提供法律上之協助。」暨現行公務人員因公涉訟輔助辦法第三條規定：「公務人員保障法第十三條所稱依法執行職務涉訟或遭受侵害，係指具有下列情事之一者：一、依法令執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件。二、依法令執行職務遭受侵害，而涉及民事、刑事訴訟案件。」是依上開規定，公務人員須涉及民事、刑事訴訟案件者，始得請求因公涉訟輔助，並未包括移付懲戒案件。

此外，保訓會於民國 92 年 9 月 24 日以公保字第○九二○○○六○九六號函釋指出，公務人員因執行職務遭受侵害，經判決無罪後，向原告訴人提起誣告之訴，似亦得申請補助延聘律師費用：「…另所稱「執行職務」，參酌最高法院四十二年度上字第一二二四號判例意旨，係指因執行所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，亦即其行為在客觀上足認為與其執行職務有關者而言。是以，涉訟行為必與公務人員執行職務有**直接密切之關係**存在，始得適用。茲依來函所述，台端等係因執行汽車代檢廠專案檢測電腦程式任務，遭業者以自訴方式指控多項罪名，經三審定讞無罪，認**依法執行職務遭受侵害**，因而對該業者提起誣告之訴，如台端等執行職務係依法令規定，而又無顯然違反法令規定之情形，並擬依本辦法規定申請核發延聘律師費用，似無不合。惟是否予以涉訟輔助，事涉個案，是否應予准許，仍宜由服務機關依權責視具體個案情形自行審酌之。

另就輔助適用對象而言，保訓會於民國 90 年 12 月 27 日公保字第九○○七二○五號函釋指出，公務人員因刑事訴訟案件，以「**關係人**」身分前往應訊者，亦不屬涉訟輔助範圍之列：「按所稱「依法執行職務涉訟」，係指因依法執行職務而牽涉於民事或刑事訴訟案件中，為訴訟主體之「當事人」而言；次按公務人員因公涉訟輔助辦法第三條規定：「公務人員保障法第十三條所稱依法執行職務涉訟或遭受侵害，係指具有下列情事之一者：一、依法令執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件。二、依法令執行職務遭受侵害，而涉及民事、刑事訴訟案件。」第四條規定：「前條所稱涉及民事、刑事訴訟案件，係指在民事訴訟為原告、被告或參加人；在刑事訴訟為告訴人、自訴人、被告或犯罪嫌疑人。」是依上開規定，**須在偵查程序或審判程序，為民事訴訟之原告、被告，刑事訴訟之告訴人、自訴人、被告，始為該辦法適用對象**。另法務部調查局約談階段之「犯罪嫌疑人」，亦有該辦法之適用，此亦經本會八十八年十二月八日公保字第八八一○三一號書函釋示在案。準此，有關於刑事訴訟案件偵查程序中，被以「**關係人**」身分傳喚應訊者，並非屬上開輔助辦法第四條所定範圍，尚無該辦法之適用餘地。

96 公審決字第 0252 號復審決定書則是針對輔助內容指出，補助金額應以稽徵機關核算執行業務收入標準針算：「經查依稽徵機關核算 94 年度執行業務者收入標準一規定：「律師：（一）民事訴訟、刑事訴訟、刑事偵查、刑事審判裁定、……：每一程序在直轄市及市……40,000 元，在縣 35,000 元，……。」是按 94 年度稽

徵機關核算律師於刑事偵查階段執行業務者收入標準 35,000 元之 1.5 倍計算，復審人得申請輔助之延聘律師費用之最高金額為 52,500 元。…經查依稽徵機關核算 94 年度執行業務者收入標準一規定：「律師：（一）民事訴訟、刑事訴訟、刑事偵查、刑事審判裁定、……：每一程序在直轄市及市……40,000 元，在縣 35,000 元，……。」是**按 94 年度稽徵機關核算律師於刑事偵查階段執行業務者收入標準 35,000 元之 1.5 倍計算，復審人得申請輔助之延聘律師費用之最高金額為 52,500 元**。以復審人於偵查階段延聘律師費用為 140,000 元，高於得申請輔助之延聘律師費用之最高金額 52,500 元，而民航局業依涉訟輔助辦法第 14 條第 1 項規定補助復審人 52,500 元，爰復審人請求補助限額以外之延聘律師費用，揆諸上開規定及說明，顯於法無據。復審人所訴，洵無可採」¹²⁰。

（五）重行申請涉訟輔助、事後求償與時效之案例

96 公審決字第 0300 號復審決定書乃在於認定未予涉訟輔助後，其後裁判確定無民、刑事責任時，仍得重行申請之規定：「公務人員因公涉訟之輔助，係以依法令執行職務為前提，**如服務機關初步認定非依法執行職務，而未給予涉訟輔助，嗣經裁判確定，認無民事或刑事責任者，始賦予公務人員再重行申請之權利，服務機關得重行認定是否符合依法令執行職務之要件**」。

再者，保訓會甫於民國 96 年 8 月 9 日以公保字第 0960008007B 號函釋則援引行政程序法第 131 條第 1 項規定表示：「按行政程序法第 131 條第 1 項規定：「公法上之請求權，除法律有特別規定外，因五年間不行使而消滅。」經查公務人員因公涉訟輔助辦法第 14 條規定，於偵查、民刑事訴訟每案每一審級，均得申請輔助延聘律師之費用。茲以消滅時效之起算點係自請求權可得行使時起算，爰 5 年時效之起算點應於偵查、民刑事訴訟每一審級，有涉訟並延聘律師之予以輔助事實發生時，各別起算」。

二、各級行政法院關於因公涉訟輔助制度相關裁判之分析

綜觀各級行政法院有關於因公涉訟輔助之裁判，絕大多數均係援引保訓會所為之決定與函釋，而駁回原告之訴，因此本文於此僅擷取若干值得注意之裁

120 現行 95 年稽徵機關核算九十五年度執行業務者收入標準：律師：（一）民事訴訟、刑事訴訟、刑事偵查、刑事審判裁定、刑事審判少年案件：每一程序在直轄市及市（即原省轄市，以下同）四 0、000 元，在縣三五、000 元。資料來源：財政部賦稅署 http://dotsearch.dot.gov.tw/Searchall/show_define.asp?id=2701（最後瀏覽日：96/10/02）

判見解，以資參照：

最高行政法院 95 年度判字第 00479 號判決乃針對輔助辦法第 15 條之規定，闡示其性質僅係程序重開，而非當然准予涉訟輔助：「另上訴人於該準備書狀中援引之 92 年 12 月 19 日修正後公務人員因公涉訟輔助辦法第 15 條：「公務人員經服務機關認定非依法執行職務不予涉訟輔助後，其訴訟案件有下列各款情形之一者，得於確定之日起檢具事證以書面向服務機關重行申請輔助其延聘律師之費用：一、經不起訴處分確定。二、經緩起訴處分確定。三、經裁判確定，認無民事或刑事責任。」之規定，則僅是**賦予公務人員再重行申請之權利，而非謂經刑事判決無罪確定者，即當然應准予涉訟輔助**；併予指明」。

最高行政法院九十一年度判字第 251 號判決乃涉及到「依法執行職務」之實體要件之判準：「查公務人員保障法第十三條所稱：「公務人員依法執行職務涉訟……，」應係指公務人員依據法令執行其應執行之職務，因而招致訴訟者而言；**不包括怠忽職守，未依法令執行其應執行之職務，招致圖利他人之嫌疑，因而涉訟之情形在內**。本件原告未依規定會同其服務機關第三股人員查註，逕對亞星公司核發無違章欠稅證明書，又於收到該公司異常資料查核管制表後，未依規定期間將該公司涉嫌違章案移送查核及裁罰，致被告未能於該公司擅自歇業前及時移送處罰。經檢察官偵查，認原告犯有貪污治罪條例第六條第一項第四款之圖利他人罪嫌，提起公訴。核原告該項刑案訟累，顯係因其怠忽職守，未依法令規定，執行其應執行之職務所引起，自與右揭「依法執行職務涉訟」之規定不符，其依該項規定申請延聘律師費用，即屬無據」。

臺北高等行政法院 95 年度簡字第 00521 號判決則是涉及到輔助辦法是否有逾越保障法授權之爭議，其判決係認定並無逾越之處，然較為可惜的是，其並未具體指出其所認定未逾越之理由：「按「公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師為其辯護及提供法律上之協助。」「公務人員因公涉訟輔助辦法，由考試院會同行政院定之。」公務人員保障法第 22 條第 1 項、第 3 項分別定有明文。另公務人員因公涉訟輔助辦法第 3 條規定：「本法第二十二條第一項所定依法執行職務，應由服務機關就該公務人員之職務權限範圍，認定是否依法令規定，執行其職務。」同辦法第 5 條第 1 項規定：「本法第二十二條第一項所稱涉訟，指依法執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件。」上開公務人員因公涉訟輔助辦法係主管機關考試院會同行政院依公務人員保障法第 22

條第 3 項之授權所訂定，因未逾越上開法律授權之目的及範圍，被告援為處理涉訟輔助爭議之依據，自係適法」。

臺北高等行政法院 93 年度訴字第 03935 號判決則是參酌保障法及輔助辦法之修法過程，認定涉訟輔助之範圍，不及於行政訴訟之理據，惟其說明仍屬簡略：「嗣該辦法修正時，依「公務人員因公涉訟輔助辦法修正總說明」所示：「· · 為審慎修法，力求周妥，本案研修過程中，除委請專家學者就現行公務人員因公涉訟輔助制度作專案研究外，曾就公務人員因公涉訟輔助制度舉辦座談會、研討會，廣泛參酌各界意見，並配合實務運作之需要，擬具本修正草案，共計二十三條。」，已就原辦法之適用範圍為檢討，且修正當時，新行政訴訟法已經施行，然涉訟輔助辦法 92 年 12 月 19 日修正結果，其第 5 條規定：「本法第 22 條第 1 項所稱涉訟，指依法執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件。· · · 」，仍未將行政訴訟納入涉訟輔助之範圍，究其立法意旨，應係立法者認為行政訴訟與民刑事訴訟之型態、目的不同，而為有意之省略，並非立法之疏漏」。

臺北高等行政法院 93 年度訴字第 00248 號判決則是支持援用保訓會所界定之故意、過失之概念定義：「又該公務人員如係於法院判決確定後，始向服務機關申請涉訟輔助，則服務機關自應一併衡酌原涉訟案件如為該公務人員之故意或重大過失所致，即不宜給予涉訟輔助，以免徒生求償之爭議」、「**所稱故意**，· · 係指公務人員對於涉訟或遭受侵害之事實，明知並有意使其發生者，或預見其發生而其發生並不違其本意者；**所稱重大過失**，參酌最高法院 62 年台上字第 1326 號判例意旨，係指顯然欠缺一般人之注意而言」亦分別經保訓會 90 年 10 月 17 日公保字第 95872 號函、88 年 9 月 20 日公保字第 0000000 號函釋在案，該函釋係公務人員權益保障主管機關就執行法律所為細節性規定，與法律保留原則尚無違背，行政機關辦理相類案件，自得援用」。

高雄高等行政法院 94 年度訴字第 297 號判決則是涉及該公務員原受之輔助費用，嗣後經認定有非依法執行職務之情形，行政機關遂以職權撤銷原核發之授益處分，並限期命原告繳還輔助費用，此判決乃將涉訟輔助辦法第 17 條與信賴保護原則兩者關係做一釐清：「惟原告既有非依法執行職務之情形，則其因涉訟而延聘律師所花費之費用，自不符合涉訟輔助之要件。因而被告原先核發原告涉訟輔助費用五二五、〇〇〇元之行政處分，即屬違法。又被告係於嗣後

接獲台灣高雄地方法院檢察署就原告因前開外勞體檢所涉偽造公文書之不起訴及緩起訴處分書後，重新審酌其核發上開涉訟輔助費有無違誤，經其依職權裁量後認為**公務人員支領涉訟輔助費用之公平性與正確性等公益，應較原告之信賴利益為重**，則被告自非不得依首揭行政程序法第一百十七條前段及第一百二十七條第一項規定，撤銷原核發涉訟輔助費用之授益處分，並限期命原告繳還其所申領之涉訟輔助費用。是原告主張被告逕以撤銷授予原告利益之處分，將損及原告之信賴利益云云，尚不足採」。

肆、現行公務人員因公涉訟輔助制度相關規定之檢討

綜上所檢視，對於公務人員保障法第 22 條以及公務人員因公涉訟輔助辦法為主軸之輔助制度，保訓會所為之相關決定及函釋、以及各級行政法院之裁判見解，應可歸納出若干可資進一步思索的法解釋以及立法政策上之議題；再者，由於涉訟輔助案件進入復審或行政訴訟之程序者，皆屬於輔助決定機關不予輔助之案例（亦即公務人員無從獲得涉訟輔助時），其所涉及之問題，多半即顯現於各決定與裁判之中，以下即分別予以檢討並嘗試提出若干建議。

然而，另一方面，倘若依保障法第 22 條及輔助辦法之規定，不應予以涉訟輔助，質言之，並不符合相關請求輔助之要件者，而輔助決定機關基於各種理由（如人情事故、曲解涉訟輔助制度之目的等等），作出（本不應予以輔助卻）准予涉訟輔助之案例，此一反面案例由於獲得輔助之公務員係屬得利，並不會開啟行政救濟之程序，因此無從顯現於各該救濟決定與裁判之中。然而，其弊病實不言而喻，蓋本不應予以輔助者卻違法領受輔助者，由於無從藉由行政救濟等司法審查之外部機制予以控制，容易形成因循舊例或人情世故即濫行核發輔助，不但造成預算上支出之浮濫，造成排擠效應，且易使依法本應予以輔助之公務員，因預算等緣故而無從或難以受輔助¹²¹。倘若僅觀照不予輔助之案例而欠缺對於輔助案例之思考時，即難免有所不足。因此，此一「黑數」亦有必要予以適度檢視，以期能夠在決定輔助機關組織及程序上，透過制度上的調整使得決定是否予以涉訟輔助得夠更符合公平、法治等要求。

121 蓋依輔助辦法第 14 條第 2 項，「延聘律師之費用由各機關預算內支應，如預算不敷支應時，應報請專案核發」。因此倘預算不敷支應時，或有可能產生排擠。

一、法律保留與授權明確性原則之要求

如前所述，現行公務人員因公涉訟輔助制度係由公務人員保障法第 22 條以及其所授權由行政院與考試院會同發布「公務人員因公涉訟輔助辦法」（全文共 23 條）之法規命令為其制度規範基礎。該輔助辦法前身係於民國 87 年 3 月 17 日由兩院會同發布，性質上本屬欠缺法律位階之授權依據，依中央法規標準法之分類標準乃屬於「職權命令」範疇。蓋先前之輔助辦法，欠缺作用法上之授權基礎，充其量僅屬中央法規標準法第 7 條「職權命令」之性質，於行政程序法第 150 條訂定法規命令後，該職權命令其合憲性及適用範圍即有所爭議¹²²。復於同法第 174 條之 1 規定如應以法律明列其授權依據者，定有二年之緩衝期間¹²³，。有鑑於此，為配合公務人員保障法於 92 年 5 月 28 日全面性予以增訂修正，於保障法第 22 條第 3 項授權由考試院會同行政院訂定「公務人員因公涉訟輔助辦法」（民國 92 年 12 月 19 日公布），以解決過去該輔助辦法欠缺授權依據之質疑¹²⁴。

惟此一授權依據尚無法徹底解決有關於法律保留原則與公務人員因公涉訟輔助制度有所扞格之處。質言之，依保障法第 22 條第 3 項規定：「公務人員因公涉訟輔助辦法，由考試院會同行政院定之」，此一授權依據實屬概括授權，其是否得以符合法律保留與授權明確性等原則，實不無可疑。依司法院大法官釋字第 443 號以規範密度為理論基礎所提出「層級化法律保留原則」，其中關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要¹²⁵。依此，公務人員涉訟輔助制度性質上既屬給付行政事項，且其所涉預算及公共利益甚為重大，自應以法律自行規範或由具體授權之法規命令定之。由此以觀，保障法

122 僅參見許宗力，職權命令是否還有明天？—論職權命令的合憲性及其適用範圍，收於《行政法爭議問題研究（上）》，民國 89 年 12 月，頁 340 以下。

123 行政程序法第 174 條之 1：「本法施行前，行政機關依中央法規標準法第七條訂定之命令，須以法律規定或以法律明列其授權依據者，應於本法施行後二年內，以法律規定或以法律明列其授權依據後修正或訂定；逾期失效」。

124 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，頁 102。

125 此處本涉及給付行政事項，是否亦有法律保留原則之適用的爭議，過去曾有見解主張，倘國會預算已有編列以及組織法上有所依據，即與法律保留不悖，然此一見解已為現時之學理與釋憲實務所修正，釋字第 443 號即提出公共利益重大與否之判準。關於此爭議，參見葛克昌，私法規定在行政法上適用，收於《行政法爭議問題研究（上）》，台灣行政法學會主編，五南出版，頁 204；許宗力，論法律保留原則，收於氏著《法與國家權力》，1999/10，頁 172 以下。

業於第 22 條第 3 項授權考試院會同行政院訂定輔助辦法，已屬授權法規命令予以補充，自應進一步檢視該輔助辦法是否符合授權明確性原則之要求。

依司法院大法官釋字第 313、345、346 等號解釋所提出一類似德國基本法第 80 條第 1 項之一授權明確性原則之要求，即授權制定法規命令之法律，應就授權之內容、目的及範圍予以明確之規定及界限¹²⁶，倘授權規定本身過於籠統，未能符合此項授權明確性之要求，則不僅該授權母法本身違憲、無效，即根據該授權母法所訂定之行政命令亦因失其授權依據而歸於無效¹²⁷；更進一步地，於釋字第 367 號解釋中，進而區分法律之不同授權方式，其一乃涉及就特定事項限制人民之自由權利者，其授權之目的、範圍及內容必須符合具體明確之要求；其二、若概括授權行政機關訂定施行細則者，僅能授權就執行法律有關之細節性及技術性事項，在未逾越母法規定之限度內，依立法意旨為規定¹²⁸。就此，就授權明確性原則作為法律保留原則之「必要補充與具體化」而言，授權規範應符合如何程度之明確性要求，須視命令內容的特性及措施的強烈程度而定，因此，必須參酌法律保留原則下重要性理論之操作，以決定其授權規定之明確性程度¹²⁹。在判斷重要性程度之問題上，基本上即視該事務對於基本權實現是否具有重要意義以及涉訟公共事務重要性而加以判斷，後者則可進一步依受規範人範圍之大小、影響作用之久暫、財政影響的大小、公共爭議性之強弱、現狀變革幅度之大小等等而定¹³⁰。

倘依此判準加以界定關於保障法與輔助辦法之間，其授權明確性程度的問題時，即便公務人員保障法第 22 條第 3 項形式上已符合授權依據，然其實質上係屬概括授權，其中關於輔助對象、輔助內容、決定輔助機關、時效、決定輔助之組織與程序等，似未能於授權依據之保障法中尋得其意涵。質言之，即便依司法院大法官釋字第 394 號解釋—參考德國法上所提出之二號明確性公式—所主張「應就該項法律整體所表現之關聯意義為判斷，而非拘泥於特定法條之文字」以觀¹³¹，由於保障法第 22 條在規範目的及體系上與其他保障法相關規定

126 參見陳敏，行政法總論，2003/1，3 版，頁 525；吳庚，行政法之理論與實用，2003/08，增訂 8 版，頁 286 以下。

127 許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，收於氏著《法與國家權力》，1999/10，頁 216 以下。惟我國釋憲實務就違反授權明確性之法律及法規命令，似乎並未同時宣告為違憲。

128 吳庚，行政法之理論與實用，2003/08，增訂 8 版，頁 287。

129 參照許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，頁 251。

130 陳清秀，依法行政與法律的適用，收於翁岳生編《行政法》，3 版，2006，頁 156 以下；許宗力，論法律保留原則，頁 187 以下。

131 參照陳敏，行政法總論，頁 525 以下；許宗力，行政命令授權明確性問題之研究，頁 253 以下。

有別，本應各自獨立，各有特殊功能，規範涉訟輔助之保障法第 22 條本身在保障法中脈絡上即與其他條文規範目的上有所不同¹³²。因此，就涉訟輔助相關制度內涵而言，甚難以從保障法相關規定推知其授權之目的、內容與範圍何在；且其輔助辦法之規範目的，實已超出為執行保障法之「細節性及技術性事項」，其規範內涵亦有逾越母法限度之嫌¹³³。質言之，保障法第 22 條作為授權依據，其授權明確之程度似與釋字第 367、394 等號解釋所揭示之授權明確性原則有違。

二、受輔助對象之檢討

就得申請涉訟輔助之受輔助對象而言，依公務人員保障法第 3 條之規定（92 年 5 月 28 日修正），保障法所指稱之公務員係指：1、法定機關依法任用之有給專任人員；2、公立學校編制內依法任用之職員。而前 1、2 項公務人員不包括政務人員及民選公職人員（保障法第 3 條參照）。此外，保障法第 102 條則規定下列人員準用本法之規定：1、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；2、私立學校改制為公立學校未具任用資格之留用人員；3、公營事業依法任用之人員；4、各機關依法派用、聘用、聘任、僱用或留用人員；5、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。

若從保障法與輔助辦法之上下位階關係以觀，輔助辦法乃為執行保障法而制訂公布，惟輔助辦法中則另訂其輔助對象，並大幅逾越公務人員保障法之範圍：輔助辦法第 2 條規定：「本法第三條及第一百零二條所定人員，依法執行職務之涉訟輔助，依本辦法規定行之」。似乎將輔助範圍限定於母法公務人員保障法所指稱之公務員，然依輔助辦法第 21 條則規定下列人員依法執行職務之涉訟輔助，亦比照本辦法之規定（實即「準用」¹³⁴）：1、政務人員；2、民選公職人員；3、依教育人員任用條例任用非屬第二條規定之教育人員；4、其他

132 其中之一即在於保障法相關規定性質上重在保障具有公務人員身分，就服務機關或人事主管機關對其權益事項之違法或不當事項予以提供救濟之途徑；而此與涉訟輔助制度乃針對公務人員執行職務時，與外部人民發生紛爭時予以輔助之制度目的有所不同，此在現行保障法排除行政訴訟得以作為輔助內容一點，更為突顯。類似見解，參見林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 104。

133 如受輔助對象之範圍，參下述說明。

134 關於「準用」在法學方法上之意涵，請參照 *Karl Larenz* 著，陳愛娥譯，《法學方法論》，五南，1990，頁 159。該輔助辦法第 20 條即已指出「準用」，然第 21 條則係使用「比照」之概念用語。

於各級政府機關、公立學校、公營事業機構**依法令從事於公務**之人員及軍職人員。由此以觀，輔助辦法第 21 條第四款項目，實已採取最廣義公務人員之概念（即依法令從事公務之人員），倘以此標準認定適用之公務人員範圍，其實已可含蓋前述各項人員。且輔助辦法第 20 條更進一步指出，公務人員依法執行職務或涉訟時死亡，其依法律得提起或承受訴訟之人，其涉訟輔助亦得準用本辦法之規定¹³⁵。質言之，輔助辦法所列得申請涉訟輔助之對象，乃從**實質上認定「執行（公）職務」為準**，而似與是否具有狹義「公務人員」之身分或是否屬編制內任用人員無必然之關聯¹³⁶。實已包含該人員與國家成立私法關係之類型，質言之，依司法院大法官釋字第 305 號解釋，公營事業依公司法設立者，為私法人，與其人員間，為私法上契約關係。至於經國家或其他公法人指派在公司代表其執行職務或依其他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。倘此界定無誤者，若公營事業機關性質屬私法人者，其人員主要係成立私法關係，則其中輔助辦法第 21 條第 4 款中，關於公營事業機構**依法令從事於公務**之人員亦屬為受輔助對象，似與上述界定相違¹³⁷。因此，除非在個案中有私人受委託行使公權力之情形，否則應依此等人員之法律性質，以決定是否適用公務人員保障法與輔助辦法，以符合其法律關係之性質。

惟此處受輔助對象上，如上所檢視之案例中，保訓會復審實務上卻未必依此輔助辦法以決定是否予以涉訟輔助，例如 95 公審決字第 0043 號復審決定書（苗栗縣卓蘭鎮內灣里里長）、95 公審決字第 0044 號復審決定書（苗栗縣卓蘭鎮鎮長）、95 公審決字第 0400 號復審決定書（臺銀所屬員工）、93 公審決字第 0078 號（農民銀行職員）等號關於涉訟輔助之復審決定，保訓會決定概以復審人「**非屬保障法保障之對象，自無法依保障法之規定請求救濟**」為由不予受理。然觀諸其復審決定，似未依循輔助辦法所規定準用之受輔助對象予以界定，而逕自保障法內之保障對象為判準。其中緣故，或與輔助辦法在法位階上

135 依 87 年 3 月 17 日公布之（舊）輔助辦法第 9 條即規定：「各級政府機關、公立學校、公營事業機構依法令從事於公務之人員。二、第二條及前款人員依法執行職務或涉訟時死亡，其依法律得提起或承受訴訟之人」作為受輔助對象，與 92 年 12 月 19 日公布之新版輔助辦法無異。

136 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 105。

137 關於公營事業人員之法律地位，以及該等人員是否具有公務員身分一事，學者徐筱菁亦認為，應回歸法律關係以決定，亦即公法組織與其人員間，主要係成立公法上職務關係；而私法組織之事業，皆為按私法所僱用或聘用，並無成立公法上法律關係之必要。參見氏著，公營事業人員之法律地位研究－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，民國 90 年 3 月，頁 33 以下。

究屬法規命令之性質，依法律優位原則之要求，自不得逾越保障法所授權之範圍有關¹³⁸。

此外，於此似應反思：公務人員保障法與公務人員因公涉訟輔助制度間，究竟是否應以「主從關係」為思考起點，質言之，在制度設計上有否必要將保障制度與涉訟輔助制度兩者區隔以觀，抑或應亦步亦趨地將涉訟輔助制度作為保障法之下位制度，更有甚者，即便涉訟輔助制度規定於公務人員保障法內，適用對象之範圍上，亦應可依不同之制度目的設定不同之適用對象範圍。在立法政策上，由於保障法相關規定性質上重在保障具有公務人員身分，就服務機關或人事主管機關對其權益事項之違法或不當事項予以提供救濟之途徑；而此與涉訟輔助制度乃針對公務人員執行職務時，與外部人民發生訟爭時予以輔助之制度目的有所不同，因此法政策上擴及於「依法執行職務」之人或有其正當性，此或許亦為輔助辦法擴大適用對象範圍之緣故。然此涉訟輔助適用對象範圍之擴大，雖有其制度目的上之考量，然卻難脫逾越保障法所得適用之對象之嫌，而牴觸母法有違法律優位原則。

是以，較為妥適之作法，若仍認涉訟輔助制度應屬公務人員保障制度之一環，則或可將輔助制度之對象，基於制度目的之考量，於公務人員保障法之母法內（第 22 條）予以明定其適用範圍，然此種作法將形成保障法規範對象與其中輔助制度範圍對象，同一部法律中不同規範對象之情形，似有混雜之弊；另一方面，抑或可認為涉訟輔助制度與保障法本質上並無主從關係，兩者各自獨立並無連結之必要，亦可將「輔助辦法」提升為法律位階之「輔助法」，以解決保障法與輔助辦法就適用對象範圍之歧異¹³⁹。實則，就輔助辦法第 21 條所規定下列人員之涉訟輔助：1、政務人員；2、民選公職人員；3、依教育人員任用條例任用非屬第二條規定之教育人員；4、其他於各級政府機關、公立學校、公營事業機構**依法令從事於公務**之人員及軍職人員，此等人員均非公務人員保障法所適用範圍內之對象，於此，若仍認有必要將這些人員列入因公涉訟輔助之對象，立法體例上似有另定公務人員因公涉訟輔助法之必要¹⁴⁰。

138 依行政程序法第 150 條第 2 項規定：「法規命令之內容應明列其法律授權之依據，並不得逾越法律授權之範圍與立法精神」。

139 後者立法建議，參見林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 104。

140 現行實務上作法是，將輔助辦法第 21 條所列人員，如有不服時係依訴願程序提起爭訟，若為保障法規範對象，則依公務人員保障法中復審程序為之，有意區別此二者。然體例上均屬涉訟輔助之准駁，其要件、內容、申請程序與事後救濟等均無不同，其救濟程序理應一致。

三、實體要件：「依法執行職務」判準之再檢視

依公務人員保障法第 22 條規定：「公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師為其辯護及提供法律上之協助」，該公務人員申請涉訟輔助，其實體要件即在於「依法執行職務」之判準。因此，判斷其涉訟原因事實是否究屬「公務員依法執行職務」即屬關鍵。其中輔助辦法第五條雖規定：「本法第二十二條第一項所稱涉訟，指依法執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件。前項所稱涉及民事、刑事訴訟案件，指在民事訴訟為原告、被告或參加人；在刑事訴訟偵查程序或審判程序為告訴人、自訴人、被告或犯罪嫌疑人」¹⁴¹。然其僅係重複保障法之要件，並未對於何謂「依法執行職務」予以正面界定或概念要素之闡述，而將涉訟之「種類」限於民、刑事訴訟，排除行政訴訟及懲戒等案件¹⁴²。

（一）「執行職務」之理解

而目前我國行政法院及保訓會復審實務對於「依法執行職務」之實體要件，向來均係援引最高法院 42 年度臺上字第 1224 號判例意旨所採之「客觀說」，例如保訓會 95 公審決字第 0213 號復審決定書指出：「又參酌最高法院 42 年度臺上字第 1224 號判例意旨，所稱「執行職務」，係指因執行所受命令，或委託之職務自體，或執行該職務所必要之行為，亦即其行為在客觀上足認為與其職務有關者而言。是依上開說明，公務人員因公涉訟之輔助，係以依法令執行職務為前提，如非依法令執行職務，自不得給予輔助。而假借執行職務而犯罪，則非屬執行職務及依法執行職務範圍」；而最高行政法院 95 年度裁字第 01697 號裁定亦稱：「按所謂依法執行職務而涉訟，應指其涉訟與執行職務間具有客觀之關連性」。

按此處之「執行職務」之要件，其概念應與國家賠償法中「執行職務」之概

141 另法務部調查局約談階段之「犯罪嫌疑人」，亦有該辦法之適用，此亦經保訓會八十八年十二月八日公保字第八八一〇三一號書函釋示在案，如於刑事訴訟案件偵查程序中，係以「關係人」身分傳喚應訊者，或法務部調查局所屬調查站（處）因辦案所需，函邀同仁到站約談，以協助了解案情者，則非屬上開輔助辦法第四條所定範圍，尚無該辦法之適用，此參保訓會 92 年 8 月 1 日公保字第〇九二〇〇〇五六四三號函釋。

142 此一限制亦獲得保訓會函釋與決定、以及行政法院裁判之支持，例如：保訓會於民國 90 年 7 月 9 日公保字第 9003731 號函釋，以及 92 年 10 月 17 日公保字第〇九二〇〇〇七三四一號函釋即指懲戒案件非屬涉訟輔助之列；另臺北高等行政法院 93 年度訴字第 03935 號判決則是參酌保障法及輔助辦法之修法過程，認定涉訟輔助之訴訟種類範圍，不及於行政訴訟。

念是否相同，有待進一步論證。按兩者均在於判斷有關公務員之行為是否即在於執行職務，而國家賠償法中即採取最高法院 42 年台上字第 1224 號判例之客觀說見解，然公務人員因公涉訟輔助制度之「執行職務」是否即應如同現行實務般，等同於國家賠償法之「執行職務」概念？所謂執行職務之行為，係指公務員在行使其職務上權力或履行其職務上之義務等，所從事與其所執掌公務有關之行為¹⁴³。至於學理上，公務員之行為是否為職務行為，在判斷上則有寬嚴不同的標準，有認為僅須公務員之行為在外觀上與職務有時間、場所等之關聯，不論公務員是否以執行職務之目的而為之（客觀說）；另有認為，不僅須外觀上公務員之行為與職務有時間、場所之關聯，尚須公務員主觀上係以執行職務之目的而為之（主觀說）¹⁴⁴。在國家賠償法之脈絡上，學者多係基於法律關係明確及充分保障人民權利之考量，採取客觀說之理解¹⁴⁵。而在本文涉訟輔助之脈絡上，林明鏘教授則主張：「採取客觀說使得「執行職務」之範圍擴大，有利於輔助辦法之適用機會，其說法固應予以肯認，但是「客觀說」的缺點（其實就是主觀說的優點）係不易判斷何者係屬「客觀上足認與其職務有關」，蓋行政職務多樣化，故職務上或職務外之標準，即不易有一個「客觀明確」之單一標準…如果能兼採客觀說為主，並與主觀說為輔，即凡客觀上或公務員主觀上認為其行為與職務有關時，皆得認為係「執行職務」」¹⁴⁶。

惟本文認為涉訟輔助制度之「執行職務」，其理解應不同於國家賠償法之執行職務，然其理解亦不應採取主、客觀擇一說之見解。申言之，國家賠償法之所以採取客觀說之理解，其目的應在於便利人民受公權力行使之侵害時，能充分保障其求償，因此，縱使該公務員主觀上乃基於自身利益所為，亦應認為屬執行職務之行為。亦即國家賠償法上，係國家與其人民之間的關係。然此處之涉訟輔助，其制度目的應在於確保公務員不致因公涉訟而有礙於自身職務之行

143 林三欽，國家賠償請求權基礎之一—「執行職務型」之國賠請求權，月旦法學教室第 53 期，頁 35。

144 參見陳敏，行政法總論，頁 1083；林三欽，前揭文，頁 35 以下。惟本文認為，此處之主觀說，實為須主客觀兼備，始得認定為執行職務，因此似可稱「主、客觀兼備說」。

145 陳敏，前揭頁；吳庚，行政法之理論與實用，頁 710；林三欽，前揭文，頁 36。惟亦有採主觀說者（即主客觀兼備說），認須以「行為目的」與「行為外觀」二種因素加以判定，參見葉百修，國家賠償法，收於翁岳生編《行政法》，3 版，2006，頁 581；廖義男，國家賠償法，1983，頁 30。

146 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 103。尤重課，公務人員因公涉訟輔助問題之研究，律師雜誌第 305 期，民國 94 年 2 月號，頁 141 同此一判準。本文認為，此一判準應可稱為「主、客觀擇一說」。

使，或分擔於執行職務之際遭受人民侵害所生之外部風險，國家是否參與分擔公務員因公涉訟之風險。兩者制度目的上既有所不同，則其概念理解上自亦可區別以觀。因此，其「執行職務」之概念，自應採取主、客觀兼備之理解，亦即，必須以「行為目的」及「行為外觀」二種因素，作為判斷是否執行職務之標準，始不失偏移，是以，必須不僅行為與職務間在外觀上、時間上或處所上有所關聯，且其行為目的與職務作用之內部上亦必須有密切關聯為必要，始符公務人員因公涉訟輔助之制度目的。

再者，若以林明鏘教授所採之主、客觀擇一之見解，不但未能解決其所質疑客觀明確之職務範圍，同時反而形成「客觀上與職務無關時，僅公務員本身自認與職務相關」，即予以輔助之結論；如是，則似有濫行輔助之嫌。因此，如利用公務車輛為私人性質之使用（如為選舉、嫁娶之用），或為私人目的，以致肇事涉訟時，即不得予以涉訟輔助。又如民意代表接受民眾陳情，而向交通員警施壓要求抽掉交通違規罰單，而有涉訟之情事者，倘單以民代之主觀認定職務行為，則或有可能該民代亦主張其行為亦屬陳情事項之處理而屬職務行為，而要求涉訟輔助，由此可知，該主、客觀擇一之見解實無從操作。此外，在實務則有參酌最高法院判例意旨，審酌復審人之**職務說明書工作項目與考績表**，以認定職務範圍之例（參前述之 92 公審決字第 0186 號復審決定書），於此可資參考。

（二）執行職務須「依法」

就「依法」要素之判斷，實務上依保障法第 22 條規定，認定公務人員因公涉訟輔助，係以公務人員依法令執行職務為前提，而公務人員行政責任之有無，則係以是否違反公務人員相關規定為斷，二者判斷基準不同，亦非以刑事責任之有無為唯一準據」。就此，實已將「依法執行職務」之「依法」概念，理解為**刑事及行政責任併行之概念（刑懲併行）**，換言之，一旦有違反刑事責任，即非屬依法執行職務；然公務員之行政責任之有無，亦將影響其是否屬「依法執行職務」之範疇。此外，為配合公務人員保障法第 17 條規定¹⁴⁷，公務人員因其長官依本法第 17 條第 1 項規定，所下達之書面命令執行職務涉訟者，視為依法執行職務。但其命令有違反刑事法律者，不得視為其依法執行職務（涉訟輔

147 其規定：「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」。關於公務人員之服從義務，另可參照洪家殷，公務員對違法命令之服從義務及救濟，法學講座第 15 期。

助辦法第 4 條)。

再者，另所稱「依法執行職務」，係指合法（令）執行職務而言，包括依法律、法規或其他合法有效命令等以執行其職務者均屬之，至於是否依法（令）執行職務，原則上由服務機關本於權責先從形式上為初步認定之，尚非以該無罪判決逕認其依法令執行職務。換言之，依保訓會見解，「所謂公務人員因公涉訟之輔助，係以依法令執行職務為前提，與法院判決結果無必然之關係，是復審人雖經高雄地院刑事判決無罪，惟本會於審理保障事件時，就相關法令之適用，仍得表示見解，不受該判決之拘束」（參前述 95 公審決字第 0177 號復審決定書）。因此，該公務員縱使依輔助辦法第 15 條於經不起訴處分、緩起訴處分以及經裁判確定無民、刑事責任時，而得以重新檢具資料，向服務機關重行申請，然此一重行申請，僅係重開審查輔助決定之程序，而非必然予以扶助。輔助決定機關之所以不受該判決之拘束，其原因之一即在於此涉訟輔助制度之輔助內容依輔助辦法之規定，並不及於行政訴訟¹⁴⁸。因此，該公務員因公所涉及之行政責任並不在輔助之列，縱使復審人取得民、刑事勝訴判決，保訓會或輔助決定機關仍得以該公務人員是否涉有行政責任，作為判斷是否予以輔助之依據。是以，即必須進一步檢視，此一涉訟輔助制度排除行政訴訟及懲戒等案件之輔助申請，是否有其事理上堅強之理據。

（三）因公執行職務「涉訟」種類之檢討

按我國現行涉訟輔助制度，關於得以輔助之涉訟種類乃有所限制，依輔助辦法第 5 條，係指限於民、私事訴訟，而不及於行政訴訟。然此一限制係出於法規命令之位階，於保障法第 22 條僅規定「涉訟」，而未對於涉訟種類加以限制，因此首先面臨到的問題即屬此一限制是否有牴觸保障法之授權目的與範圍。推測其排除行政訴訟及懲戒之理由，不外鑑於行政機關輔助公務員對其訴訟，

148 但如經服務機關移付懲戒者，則服務機關應俟公懲會對該懲戒作成懲戒處分或不受懲戒處分議決後，再行認定是否予以涉訟輔助（即暫緩認定涉訟輔助，參見輔助辦法第 15 條第 3 項規定）。

可能有矛盾之嫌且事實上實行似無可能之理由¹⁴⁹。

然此一思考仍稍嫌簡略，且隱約帶有特別權力關係下排除公務員提出行政訴訟理由的影子。特別是公務人員於行政訴訟或懲戒之案件中，為救濟其服公職權以及落實行政機關依法行政之要求，公務員針對行政機關違法或不當之人事行政處分提出訴訟¹⁵⁰，並非罕見，且保障法第 6 條亦規定：「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」。足見縱使公務人員提起行政訴訟並不得因此遭受不利益，則是否應開放及於行政訴訟，則不無考量之餘地。更有甚者，從公務人員保障法之制度目的出發，保障法其制度目的本在於提供權利或利益受侵害之公務員，針對行政機關所為人事行政處分或所提供之工作條件與管理措施有違法或不當之救濟途徑¹⁵¹。是以，倘貫徹此保障法之制度目的，反倒應承認公務人員與其所屬機關如有涉及行政訴訟之爭訟時，亦應肯認有涉訟輔助制度之適用。換言之，而公務人員保障制度之內容，大抵上即在於公務人員對於國家得主張何種權利應受保障，及其權利受侵害時應如何救濟之問題。換言之，也因此，當公務人員因執行行政任務而涉有行政訴訟或懲戒時，只須在事前要件與事後求償之制度設計得宜，應可開放其涉訟輔助之案件類型及於行政訴訟或懲戒等案件，至於輔助決定機關，制度上是否因審查行政訴訟而有利害衝突或矛盾，似可另作考量。

惟此部份所涉制度設計與實際接受程度容有爭論，倘考量公務人員涉訟輔助制度乃屬公務人員金錢輔助之性質，本容許考量制度設計之合理性與立法目的之調整、以及政策可行性與實際運作之困難，而將制度目的限於提供涉訟公務人員為避免外部風險之承擔機制，並不及於公務人員與國家所涉之行政訴訟

149 就此，林明鏘則認為「現行因公涉訟輔助制度僅限於民刑訴訟，而不包含行政訴訟，是否顯屬不當之遺漏？尤其是公務人員於行政訴訟上為原告之情形，尚非罕見（尤其是針對行政機關違法或不當之人事行政處分），是否應該擴大及於行政訴訟之涉訟情形亦給予輔助？即成為首要課題」，似乎傾向於支持涉訟種類及於行政訴訟，參見氏著，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 101；然其所提出之研究案，就該部份之修正草案，則表示：「至於行政訴訟與公務員懲戒，鑑於行政機關輔助公務員對其訴訟，不僅矛盾且事實上實行似無可能，爰維持原規定暫不增訂」，參見同氏著，公務人員因公涉訟輔助之研究，保訓會 91 年研究計畫，頁 84。

150 關於公務員法上「人事行政處分」之意義，參見林明鏘，我國公務人員保障法之研究，收於氏著《公務員法研究（一）》，頁 179 以下；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，頁 112 以下。

151 林明鏘，我國公務人員保障法之研究，收於氏著《公務員法研究（一）》，2005/02，二版，頁 177 以下。

與懲戒，在法政策上亦非不得為之。因此，是否及於行政訴訟與懲戒一項，應屬法政策上形成空間。

四、因公涉訟輔助內容之檢討

按依保障法第 22 條及輔助辦法第 6 條規定，所稱「延聘律師為公務人員辯護及提供法律上之協助」之輔助內容，係指延聘律師為公務人員提供代理訴訟、辯護、法律諮詢、交涉協商、文書代撰及其他法律事務上之必要服務等法律上之協助。此應係參考林明鏘教授之修法建議¹⁵²，並參酌法律扶助法之內涵所增訂，實較過去限於延聘律師及申請律師費用兩種為佳。按法律扶助法第 2 條規定，「本法所稱法律扶助，包括下列事項：一、法律諮詢。二、調解、和解。三、法律文件撰擬。四、訴訟或仲裁之代理或辯護。五、其他法律事務上必要之服務及費用之扶助。六、其他經基金會決議之事項」。就此，與輔助辦法之內容相較，較大之差異應在於是否及於「費用之扶助」一點。按關於訴訟上金錢費用之支出或輔助，法律扶助法由於其制度目的本在於提供無資力之人民，不致於無法受到法律適當保護者，而提供必要之法律扶助（扶助法第 1 條參照），且其申請要件上亦與各民、刑訴訟法上之訴訟救助規定若合符節，因此法律扶助法之扶助內容包含費用之扶助即屬合理¹⁵³。惟此處之公務人員因公涉訟輔助之輔助內容，是否亦得及於金錢輔助，則不無疑義。

實務見解上，例如民事案件因聲請假扣押、假處分或假執行所需提供之擔保金、刑事案件之具保金等，即非屬輔助內容之列（參保訓會 89 年公保字第八九〇六四九〇號函釋）¹⁵⁴。而本文認為，在兩者制度目的上尚有未盡相符之處，且此些擔保金、具保金等金錢給付，所涉及之國家財政支出甚鉅，例如擔保金、具保金數額動輒上百、上千萬元。因此，或有必要進行關於此一金錢費用輔助之實際需求、所涉數額以及具體個案予以判定與政策分析後，始得於法政策上

152 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 105。

153 法律扶助法第 62 條規定：「經分會准予法律扶助之無資力者，其於訴訟程序中，向法院聲請訴訟救助時，應准予訴訟救助。但另有不符法律扶助事實之證明者，不在此限」。另請參見張文郁，淺論法律扶助法和訴訟救助之關係，收於《法律哲理與制度—公法理論》，馬漢寶教授八秩華誕祝壽論文集，元照，頁 395 以下。

154 此外，就提解人犯之差旅費（保訓會民國 90 年 12 月 26 日公保字第九〇〇七〇六六號函釋參照）、退休公職人員應訊之旅費（保訓會民國 90 年 1 月 9 日公保字第八九〇七一九一號函釋參照）、具保停止羈押保證金（保訓會民國 89 年 11 月 28 日公保字第八九〇六四九〇號函釋參照）等金錢費用，保訓會一貫立場認為，均非輔助內容之列。

作出決定，而不宜逕以法解釋方式，認定該金錢費用輔助亦屬此處之涉訟輔助範圍。

再者，就保障法第 22 條及輔助辦法第 6 條之解釋而言，所稱「延聘律師為公務人員辯護及提供法律上之協助」之輔助內容，不應逕認定「辯護」與「提供法律上協助」係屬連結關係。申言之，制度理解上，應得以將「提供代理訴訟、辯護、法律諮詢、交涉協商、文書代撰及其他法律事務上之必要服務」等法律上之協助區分以觀，並不必然以「統包」方式，全交由所聘律師負責。亦即，其輔助內容上似可援引法律扶助法之扶助內容，其法律諮詢、調解、和解、法律文件撰擬、訴訟或仲裁之代理或辯護、其他法律事務上必要之服務等，並不必然全部准予扶助。於法律扶助法第 17 條即規定：「基金會得按經費狀況，**依案件類型，決定法律扶助種類及其訴訟代理或辯護之施行範圍**」，換言之，即有多樣化多種類之輔助內容。因此，制度設計上，似可**視該公務員所涉訟之案件類型，配合多樣化的輔助內容，區別出不同之許可標準**，亦即，配合不同之案件類型與輔助內容，即可於決定輔助之標準上作出不同的判準¹⁵⁵。此不僅於法律扶助法有明文規定，在各地之法律扶助基金會亦為如此之操作¹⁵⁶。例如，所涉訟案件係屬公務員執行職務時遭受人民過失撞傷，此時所衍生之民事上損害賠償訴訟以及刑事上過失傷害之告訴，倘事實認定與法律適用上並無太多困難之處，則似可以法律諮詢與法律文件撰擬等輔助即可，在類型上並不一定以延聘律師代理或辯護作為唯一選項。

從而，倘此一理解無誤，似可將上述「依法執行職務」之實體要件搭配此處之不同的輔助內容作出寬嚴不同的認定。申言之，當公務員之涉訟是否該當於「依法執行職務」要件屬灰色地帶時，對於是否給予全部之律師辯護與代理之輔助時，輔助決定機關仍有所疑義時，似可**先行予以法律諮詢之輔助**，以釐清案件事實與法律爭點所在，亦即，在法律諮詢之輔助內容時，**其審查標準似可予以放寬，甚至可以將此法律諮詢提升為各機關常備之機制**；再者，倘已符合「依法執行職務」之實體要件，而**事實認定與適用法律已甚為清楚、或案件所涉金額甚小**，則似可准予法律文書撰擬等輔助即可；倘若符合「依法執行職

155 於法律扶助法上，類似見解亦可參見張文郁，前揭文，頁 405。

156 因此才會有所謂「部份扶助」的扶助決定，參見法律扶助法第 19 條第 2 項第 2 款之「部份扶助」，於部份扶助時，受扶助人「因情事變遷而認有擴張或變更原申請法律扶助種類或範圍之必要時，得向原決定分會提出擴張或變更法律扶助之申請」（扶助法第 20 條）；申請人如有不服時，亦得依法律扶助法第 36 條申請覆議。

務」之實體要件，而**事實認定與適用法律則有不明、案情複雜、或案件有原則重要性而有必要委由律師代理訴訟或辯護時，則應可予以全部輔助內容種類之輔助**。且此一區分標準，似可參酌所涉訟案件之金額、以及具體細部之訴訟類型再予以更為細緻的調整¹⁵⁷。

而此一制度設計之構想，應與涉訟輔助制度之目的無違，且可將資源作更為有效之利用。將不同輔助內容對應於寬嚴有別之審查標準，而依律師勞務支出及所需費用之多寡等因素，建立一層級化的輔助標準與輔助內容之制度，應可作為思考改進此制度之途徑。再者，以法律諮詢作為基本之輔助內容，其審查標準即可放寬，甚至於也無須排除行政訴訟及懲戒之必要，德國法律扶助法

157 在法律扶助法第 16 條第 1 項第 2 款即規定下列案件即不應准許扶助：「申請人勝訴所可能獲得之利益，小於訴訟費用及律師報酬者。但所涉及之紛爭具有法律上或社會上之重大意義者，不在此限」。而由法律扶助基金會董事會所決議之「財團法人法律扶助基金會法律扶助施行範圍辦法」即如下規定：（資料來源：http://www.laf.org.tw/tw/announce/index_detail.php?Anno_ID=26）

第三條：下列各款之刑事案件，本會不予扶助：

- 一、審判程序之告訴及告發代理。
- 二、自訴代理。
- 三、非強制辯護案件之警調首次偵訊之辯護。
- 四、再審及非常上訴程序之辯護。
- 五、聲請交付審判及進入實質審理程序。
- 六、因投資股票、證券、衍生性金融商品、不動產、債券、基金及其他投資行為之告訴代理。
- 七、商標權之告訴代理。

前項各款所列情形如確有給予扶助之必要者，審查委員會得經分會會長同意後，准予扶助。

第四條：下列各款之民事事件，本會不予扶助：

- 一、仲裁事件。
- 二、選舉訴訟。
- 三、破產事件。
- 四、小額訴訟及其強制執执行程序。
- 五、再審事件。
- 六、因投資股票、證券、衍生性金融商品、不動產、債券、基金及其他投資行為之事件。
- 七、商標權、專利權之事件。

前項各款所列情形如確有給予扶助之必要者，審查委員會得經分會會長同意後，准予扶助。

第四條之一：下列各款之行政事件，本會不予扶助：

- 一、再審事件。
- 二、因投資股票、證券、衍生性金融商品、不動產、債券、基金及其他投資行為之事件。
- 三、商標權、專利權之事件。
- 四、簡易訴訟程序。

前項各款所列情形如確有給予扶助之必要者，審查委員會得經分會會長同意後，准予扶助。

在扶助內容上，即以法律諮詢為主¹⁵⁸。更有甚者，進而透過其輔助處理代為協商、談判及最後和解或調解締結事宜，能夠及早預防糾爭之擴大，對於即時解決公務員之法律紛爭，也能有效快速解決個案問題，以便避免後續訴訟提起之冗長訟累，亦能配合現行訴訟法上強調減少訟源，紛爭儘速解決之制度發展趨展，而不必然以後階段的律師代理或辯護作為公務人員涉訟輔助制度最為主要的種類，就此應具有相當正面的意義。

再者，法政策上，似可參酌法律扶助法第 16 條之規定¹⁵⁹，為防止公務人員濫用本輔助制度或拒絕輔助，明列若干排除事由，以健全公務人員涉訟輔助制度。並授權決定機關得依具體情事，得不予以輔助或限制之，例如因案件過於輕微或明顯無勝訴之者，則得僅給予法律諮詢，而駁回其律師辯護或代理訴訟之費用申請，以配合建立**層級化的輔助標準與輔助內容之制度**。至於具體個案有無此等事由，則由受理申請之公務人員涉訟輔助審議委員會（或其他決定機關）認定之。

五、輔助決定機關之審查組織與程序之強化

依輔助辦法第 7、8 兩條之規定¹⁶⁰，關於因公涉訟輔助之決定程序應屬服務機關義務延聘以及該公務員申請，兩種許可程序之模式併行。依公務人保障法第 22 條第 1 項之立法意旨，服務機關應依職權為依法執行職務涉訟之公務人員延聘律師，為其提供法律上必要之協助，係課予服務機關有主動給予涉訟輔助

158 參見林明鏘，公務人員因公涉訟輔助之研究，保訓會 91 年研究計畫，頁 40。

159 法律扶助法第 16 條：「法律扶助之申請，如有下列情形之一者，不應准許：
一、依申請人之陳述及所提資料，顯無理由者。
二、申請人勝訴所可能獲得之利益，小於訴訟費用及律師報酬者。但所涉及之紛爭具有法律上或社會上之重大意義者，不在此限。
三、就同一事件依本法或其他法律已受法律扶助，而無再予扶助之必要者。
四、對於基金會之訴訟。
五、於台灣地區外所進行之訴訟。
六、申請之事項不符法律扶助之目的者。
前項第一款及第二款之規定，於法律諮詢不適用之」。

160 輔助辦法第 7 條規定：「公務人員依法執行職務涉訟，其服務機關應為該公務人員延聘律師，其人選應先徵得該公務人員之同意。但因故無法徵得其同意者，不在此限。公務人員不同意機關依前項規定為其延聘律師或延聘律師之人選，得由該公務人員自行延聘，並檢具事證以書面向服務機關申請核發費用。

輔助辦法第 8 條規定：「公務人員認其係依法執行職務涉訟，服務機關未依前條第一項規定辦理涉訟輔助者，公務人員得以書面敘明涉訟輔助之事由，向服務機關申請為其延聘律師或核發其逕行延聘律師之費用。

之義務。然此並非意指涉訟之公務人員自行延聘律師，須經服務機關核准同意始得為之，亦即並不排除依法執行職務涉訟之公務人員自行延聘律師，嗣後再請求涉訟輔助費用¹⁶¹。

而關於服務機關審查該公務員是否係屬因公執行職務而涉訟之審查，現行制度上應賦予機關視實際需要，彈性處理之方式。為期公正、客觀審查公務人員因公涉訟事件，輔助辦法第十三條規定：「各機關得指派機關內人事、政風、法制、該涉訟業務單位及其他適當人員組成審查小組，審查公務人員因公涉訟輔助事件」。而此一「得」字之差，在實務上決定是否予以涉訟輔助，便未必是以審查小組的決定加以判斷。如保訓會於 94 公審決字第 0175 號復審決定書之案例中，決定輔助機關雖有召開因公涉訟輔事件審查小組之會議，然因尚無共識，遂未作成任何決議，而以會簽方式達成不予涉訟輔助之決定，亦無不可，就決定輔助機關之組織與程序而論，保訓會一符合輔助辦法之規定一並未堅持必須由審查小組開會作成決定之方式。然此一許可決定之公正性則多有受人垢病之處，例如民選首長或民意代表之涉訟輔助案件，少見其申請輔助卻遭受駁回之例；又或者以會簽方式，由機關首長先行簽署後，在人情、升遷等壓力下，頗難期待相關人事、法制、業務單位等。而這即屬於本文前述所論及，關於不合於實體要件，而依法不應予以涉訟輔助卻違法予以輔助之「黑數」情形。在輔助辦法修正時，有針對機關首長涉訟者，規定，其有關涉訟輔助事項，應由具有行政監督權限之上級機關決定之（辦法第十一條參照）。然此一規定仍無法全面解決涉訟輔助決定可能有所偏頗的疑慮，蓋縱使有召開審查小組，在參與人員之決定概由機關首長一人決定時，並由首長擔任審查委員及當然主席者，在制度設計上似難有符合公平之要求；若無審查小組之決定，則更難以期待能依法決定是否予以輔助¹⁶²。

因此，倘若欲根本性解決此一組織與程序上未必使人信服的根本原因，在組織與程序上似可考慮引進外部控制機制，例如外聘委員等等¹⁶³。甚至為配合

161 此處「服務機關」的認定，似可參酌國家賠償法第 9 條以公務員所屬機關為賠償義務機關之適例。就此，關於國賠法所屬機關之認定，請參見葉百修，國家賠償法，翁岳生主編《行政法》下冊，2006/10，三版，頁 627 以下。

162 在保訓會實務上，曾有 95 公審決字第 0292 號復審決定書則較為罕見地指摘原處分機關，未能確實依職權調查證據，因此認定事實未明，原處分撤銷，另為適法之處分。

163 可資比較的實例，在制度內的機制，如訴願法第 52 條訴願審議委員會的編制：「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家

前述所提及關於多樣化之涉訟輔助內容與審查標準之操作，依法律扶助法所成立之「財團法人法律扶助基金會」亦可作為參考。就該扶助之經驗，該基金會及其各地分會已有相當之操作經驗，且其成員係由律師、司法官、檢察官及法學課程具講師以上之資格者出任¹⁶⁴，解釋、判斷是否予以扶助要件之經驗亦屬相當嫻熟，其公平性似較服務機關自行決定為佳。因此，在法政策上似可考慮藉由行政委託的方式¹⁶⁵，引進類似法律扶助基金會之機制，而在公務人員因公涉訟輔助案件之實體要件上，採取與一般人民法律扶助不同之要件即可¹⁶⁶。

倘政策上尚未採用行政委託法律扶助基金會之作法時，在程序上便必須考量關於行政程序法上相關程序規定是否適用的問題。申言之，包含送達、迴避、當事、陳述意見、資訊公開、行政調查及聽證…等規定，是否得依行政程序法第3條規定，而可適用於因公涉訟輔助申請事件，即成為關鍵所在。按行政程序法第3條第3項雖規定，對公務員所為之人事行政行為不適用本法之程序規定。但學理上與實務見解（法務部見解¹⁶⁷）似對於所謂「人事行政行為」採限縮解釋，認此一概念並不包含對公務原有重大影響之人事行政行為在內，而因公涉訟輔助因涉及公法上之金錢給付，及公法上之費用返還請求權（核發費用）或重要之勞務給付（代為延聘律師），其予以輔助、駁回輔助、或事後求

人數不得少於二分之一」。相關討論，可參見蔡茂寅，訴願審議委員會之組織與程序合法性，台灣本土法學第2期，民國88年6月，頁103以下。

164 參見財團法人法律扶助基金會所議決：「財團法人法律扶助基金會重要職位人員聘任及解聘標準」相關規定。資料來源：http://www.laf.org.tw/tw/announce/index_detail.php?Anno_ID=44 最後瀏覽日：96/10/02。

165 此處在行政法上，究竟係屬委託或委託私人行使公權力之類型，則必須先對於財團法人法律扶助基金會之性質作一定性，始得界定。就此，關於委託及委託私人行使公權力之概念，請參見黃錦堂，「行政機關」、「委託」、「委任」、「委辦」、「受委託行使公權力」之意義，收於氏著《行政組織法論》，頁461以下；蔡震榮，管轄權之意義，收於台灣行政法學會主編，《行政法爭議問題研究》上冊，頁305以下。

166 要件上主要差異在於，因公涉訟輔助要件在於「依法執行職務」；而法律扶助乃要求受扶助人限於無資力，案件非顯無理由。因此，倘參酌法律扶助基金會的組織，其判斷的實體要件亦應相對修正。

167 法務部89年4月12日法89律字第008393號函稱：「（一）凡構成行政處分之人事行政行為，因於事後當事人仍可依訴願、行政訴訟程序或其當之程序請求救濟，故行政機關於為此類行政處分時，即應依行政程序法之規定為之。至於非屬行政處分之其他人事行政行為則視個案情形，由主管機關自行斟酌。（二）改變公務員身分或對公務員權利或法律上利益有重大影響之人事行政行為或基於公務員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害者，仍應依行政程序法之規定為之」。引自湯德宗，行政程序法，翁岳生編《行政法》下冊，2006/10，3版，頁61

償等決定，其性質均屬構成行政處分，皆屬重大影響之人事行政行為¹⁶⁸，因此應仍得適用行政程序法之程序規定，除公務人員保障法或輔助辦法另有其他特別之程序規定，行政程序法之相關程序規定，仍有適用之餘地¹⁶⁹。

此外，涉訟輔助辦法第 12 條第 2 項固規定機關裁撤或組織變更後，涉訟輔助事項之辦理機關，惟對機關或機構整體行政法人化或移轉民營後之情形，未予明定，有待解釋¹⁷⁰。就此，保訓會九十三年二月二十五日公保字第○九三○○○一二五三號函釋即表示：「按調、離職之公務人員，如原服務機關因「機關裁撤」或「組織變更」等因素而不存在，應由其業務承受之機關為輔助義務機關。公營事業機構移轉民營，其員工涉訟之事實發生於移轉民營之前，則應由該公營事業機構業務承受機關依規定辦理涉訟輔助，不因員工調、離職與否而有不同。茲依來函所述，中國農民銀行業於八十八年九月三日移轉民營，因該銀行移轉民營後，並無依前揭規定給予所屬員工涉訟輔助之義務，自不應由該銀行為業務承受機關及依前揭規定辦理涉訟輔助，而宜由其上級業務主管機關為業務承受機關並依規定辦理涉訟輔助。另所詢「發生涉訟之事實」，係指該公務人員執行公務期間所發生之涉訟事實。準此，案內林員涉訟之事實係發生於該銀行移轉民營之前，是本案自應由 貴部（即財政部）依規定辦理涉訟輔助」，即表示係由上級業務主管機關財政部作為決定輔助之機關，於此，似可於輔助辦法修正時，再予增訂。

再者，為貫徹公務人員服務法第 17 條「公務員執行職務時，遇有涉及本身或其家族之利害事件，應行迴避」之規範意旨，輔助辦法第二十二條規定：「直轄市長、縣（市）長因自治事項涉訟之輔助事項，直轄市長由行政院決定之；縣（市）長由中央各該業務主管機關決定之。直轄市議會議長、縣（市）議會議長執行職務涉訟之輔助事項，直轄市議會議長由行政院決定之；縣（市）議會議長由中央各該業務主管機關決定之。鄉（鎮、市）長因自治事項涉訟之輔助事項，由縣政府決定之。鄉（鎮、市）民代表會主席執行職務涉訟之輔助事項，由縣政府決定之。直轄市長、縣（市）長、鄉（鎮、市）長因委辦事項涉

168 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，頁 123 以下。

169 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 108。

170 施惠芬，我國公務人員因公涉訟輔助制度之新面貌－以法規之修正為重點，考銓季刊第 38 期，民國 93 年 4 月，頁 48。

訟之輔助事項，由委辦機關決定之」。

六、事後求償制度之反思

按保障法第 22 條第 2 項規定，「前項情形，其涉訟係因公務人員之故意或重大過失所致者，其服務機關應向該公務人員求償」，原保障法第 13 條之舊法本無輔助機關得於事後向該申請輔助之公務人員「求償」之明文授權，而於保障法修正增訂時，將原列於輔助辦法之求償權規定，增訂於保障法第 22 條第 2 項之規定。並且於輔助辦法第 17 條規定：「給予涉訟輔助之公務人員，於訴訟案件不起訴處分、緩起訴處分、裁判或懲戒議決確定後，涉訟輔助機關認定其有故意或重大過失者，應以書面限期命其繳還涉訟輔助費用」，於此，保障法第 22 條第 2 項與輔助辦法第 17 條即構成行政機關向該申請公務員求償之請求權基礎。

此一求償規定，係由服務機關已就公務人員是否依法令執行職務為初步認定後，認無顯然違反法令之情事，已核發輔助時，於該訴訟案件經不起訴處分、緩起訴處分、裁判或懲戒議決確定後，嗣後俟參酌法院之確定判決或檢察官所為之處分所認定事實，判斷該公務員所由涉訟是否係因其故意或重大過失所致。在實務上，此一求償之認定，由於要件上必須就該涉訟是否因該公務員之「故意」或「重大過失」所致¹⁷¹，對其主觀要件加以判斷，即難免有其困難之處。特別是經法院裁判或檢察官處分認定確有疏失，而未言明其過失程度者時，該公務人員過失之程度是否該當重大過失，僅能由服務機關具體認定，於此則多生爭議。因此，在學理上，林明鏘教授即明白主張此一求償權規定「在法理既無法正當化求償之根據，在實際上又有難以執行求償之困難，與其製造糾紛，倒不如將之刪除」¹⁷²。

然保障法與輔助辦法下求償規定，其要件乃要求判斷該公務員對於此一涉訟是否有故意或重大過失，而此一事後求償之故意、過失要件，與事前決定是否給予輔助之要件不甚相同，而且將是否償還其輔助費用繫於涉訟之公務員是否有故意或重大過失，且與事前之判斷標準不一，主觀之歸責事由判斷上即有

171 參見保訓會民國 89 年 6 月 13 日發文字號：公保字第八九〇三六〇九號函釋：所稱「故意」，參酌刑法第十三條規定意旨，係指公務人員對於涉訟或遭受侵害之事實，明知並有意使其發生者，或預見其發生而其發生並不違背其本意者；所稱「重大過失」，參酌最高法院六十二年台上字第一三二六號判例意旨，則係指顯然欠缺一般人之注意而言。

172 林明鏘，公務人員因公涉訟輔助制度基本問題之研究，月旦法學雜誌第 90 期，2002/11，頁 107。

歧異。再者，邏輯上即可能發生：「縱使公務員乃依法執行職務，然其涉訟係因出自於其故意或重大過失所致，因此事後仍得向其求償」之不合理情事，蓋「依法執行職務」該實體要件乃在於要求客觀面向上執行職務必須依法而為，然事後求償之標準卻是以公務人員主觀上有無故意或重大過失之歸責事由存在與否加以判斷。實務上，最高行政法院 95 年度判字第 00479 號判決即表示：「至修正前後公務人員保障法該條第 2 項，則是關於公務人員雖係依法執行職務，然其訴訟之發生，於公務人員有故意或重大過失之歸責事由時，其服務機關尚有求償權之規範；並非謂公務人員不論是否依法執行職務，只要其對涉訟並無故意或重大過失，即應准予涉訟輔助」。而此一爭議，倘發生於該公務人員係於法院判決確定其無民、刑事責任後，始向服務機關申請涉訟輔助時，保訓會見解即認為「服務機關自應一併衡酌原涉訟案件，如為該公務人員之故意或重大過失所致，即不宜給予涉訟輔助，以免徒生求償之爭議」¹⁷³。

然本文認為，全然廢除求償權之規定，在法政策上其實並不合理，且未符合涉訟輔助制度之制度目的，蓋國家之所以輔助公務員之涉訟案件，係因其乃「依法執行職務」，倘嗣後已經法院裁判、檢察官之處分或懲戒機關認定該公務員之所以涉訟，乃客觀上已非「依法執行職務」（如公務員所負之民、刑事以及行政責任上）；況且，此一求償規定係為貫徹該涉訟輔助之「依法執行職務」之實體要件所必要，蓋經法院、檢察官或懲戒機關所為調查事實與認定法律責任後，其事證自較原服務機關先前所核發涉訟輔助為清楚。且為配合國家賠償法第二條第三項公務員有故意或重大過失時，國家賠償機關對該公務員有求償權之規定，此處公務人員涉訟輔助制度應與之相配合，因此，在國家賠償法仍維持此一歸責事由下的求償制度時，立法體系上似乎仍維持故意與重大過失涉訟時，輔助機關仍有求償之可能性。

此外，立法政策上似亦可連結前述多樣化之輔助內容及決定輔助之標準，以決定是否有求償之必要。申言之，如前所述，在制度上既可區別出不同之輔助內容，有些依其案情僅須法律諮詢即可，部份案件僅須代為法律文件撰狀，更進一步者方屬委請律師辯護或代理訴訟。因此，其輔助內容與標準即可為不同之差別，則求償制度上似亦可為不同之思考方向。例如，可針對輔助費用較高、案件較為複雜之案件進行求償即可；或可考量，限於該公務員經刑事法院判決或懲戒機關議決，其須負擔刑事或行政責任，而此一責任限於某特定案件

173 保訓會 92 年 12 月 5 日公保字第○九二○○○八八五三號函釋參照。

（如瀆職罪章、或撤職等），始有必要予以求償，且須嚴格予以執行，以符法制。

伍、結論與立法建議

一、修正總說明：

經過前述討論，針對公務人員因公涉訟輔助制度相關之研究，首先以條列方式，重新整理，逐一簡述本研所得之各項結論，用作實務上處理公務人員因公涉訟輔助時參考；其次，進一步基於研所得，針對公務人員保障法暨因公涉訟輔助辦法修法時，提出若干立法政策上的建議。

- 1、職業公務員制度作為一種建制保障，在本文之脈絡中，公務人員保障法中
有關實體保障事項之部份，即構成公務員制度保障之內涵，即屬服公職權之
制度性保障之列。而「公務人員因公涉訟輔助制度」，即屬於公務人員保障
法中之實體保障項目之一，從而此涉訟輔制度亦屬公務員制度性保障之一環。
- 2、此外，基此國家對公務員之照顧原則，國家為確保公務員不致因公涉訟而有
礙於自身職務之行使，或損及公務員本身之生命身體財產狀況等情事，乃有
提供一定之金錢給付或法律上之輔助。從而，上述制度性保障與照顧原則乃
共同作為公務人員因公涉訟輔助制度之法理基礎。
- 3、經檢視保訓會所為有關於因公涉訟輔助之相關決定與函釋，應可依其處理議
題大抵可分為以下不同類型加以分別檢討：（一）受輔助主體範圍之界定問
題；（二）決定輔助機關之組織與程序；（三）因公涉訟輔助申請實體要件：
「依法執行職務」判準之案例爭議；（四）因公涉訟之概念與內涵；（五）
因公涉訟輔助內容之案例；（五）重行申請涉訟輔助、事後求償與時效之案
例。而綜觀各級行政法院有關於因公涉訟輔助之裁判，絕大多數均係援引保
訓會所為之決定與函釋，甚少開展其他內涵。
- 4、關於保障法與輔助辦法之間，即便公務人員保障法第 22 條第 3 項形式上已
符合授據依據，然其實質上係屬概括授權，其中關於輔助對象、輔助內容、
決定輔助機關、時效、決定輔助之組織與程序等，似未能於授權依據之保障

法中尋得其授權之目的、內容與範圍，其授權明確性的要求仍有待進一步具體化。

- 5、輔助對象上，輔助辦法係將此涉訟輔助擴大其適用對象範圍，雖有其制度目的之上之考量，然卻難脫逾越保障法所得適用之對象之嫌，而牴觸母法有違法律優位原則。是以，較為妥適之作法，若仍認涉訟輔助制度應屬公務人員保障制度之一環，則或可將輔助制度之對象，基於制度目的之考量，於公務人員保障法之母法內（第 22 條）予以明定其適用範圍；抑或認為涉訟輔助制度與保障法本質上並無主從關係，兩者各自獨立並無連結之必要，亦可將「輔助辦法」提升為法律位階之「輔助法」，以解決保障法與輔助辦法就適用對象範圍之歧異。
- 6、本文認為涉訟輔助制度之「執行職務」，其理解應不同於國家賠償法之執行職務，然其理解亦不應採取主、客觀擇一說之見解。其「執行職務」之概念，自應採取主、客觀兼備之理解，亦即，必須以「行為目的」及「行為外觀」二種因素，作為判斷是否執行職務之標準，始不失偏移，是以，必須不僅行為與職務間在外觀上、時間上或處所上有所關聯，且其行為目的與職務作用之內部上亦必須有密切關聯為必要，始符公務人員因公涉訟輔助之制度目的。
- 7、就「依法」要素之判斷，實務上依保障法第 22 條規定，認定公務人員因公涉訟輔助，係以公務人員依法令執行職務為前提，而公務人員行政責任之有無，則係以是否違反公務人員相關規定為斷，二者判斷基準不同，亦非以刑事責任之有無為唯一準據」。就此，實已將「依法執行職務」之「依法」概念，理解為刑事及行政責任併行之概念（刑懲併行），換言之，一旦有違反刑事責任，即非屬依法執行職務；然公務員之行政責任之有無，亦將影響其是否屬「依法執行職務」之範疇。
- 8、從公務人員保障法之制度目的出發，保障法其制度目的本在於提供權利或利益受侵害之公務員，針對行政機關所為人事行政處分或所提供之工作條件與管理措施有違法或不當之救濟途徑。是以，倘貫徹此保障法之制度目的，反倒應承認公務人員與其所屬機關如有涉及行政訴訟與懲戒之爭訟時，亦應肯認有涉訟輔助制度之適用。只須在事前要件與事後求償之制度設計得宜，應可開放其涉訟輔助之案件類型及於行政訴訟或懲戒等案件，至於輔助決定機關，制度上是否因審查行政訴訟而有利害衝突或矛盾，似可另作考量。惟考

量公務人員涉訟輔助制度乃屬公務人員金錢輔助之性質，本容許因制度設計之合理性與立法目的之調整、以及政策可行性與實際運作之困難，而將制度目的限於提供涉訟公務人員為避免外部風險之承擔機制，並不及於公務人員與國家所涉之行政訴訟與懲戒，在法政策上亦非不得為之。因此，是否及於行政訴訟與懲戒一項，應屬法政策上形成空間。

- 9、在多樣化之當公務員之涉訟是否該當於「依法執行職務」要件屬灰色地帶時，對於是否給予全部之律師辯護與代理之輔助時，輔助決定機關仍有所疑義時，似可先行予以法律諮詢之輔助，以釐清案件事實與法律爭點所在，亦即，在法律諮詢之輔助內容時，其審查標準似可予以放寬，甚至可以將此法律諮詢提升為各機關常備之機制；再者，倘已符合「依法執行職務」之實體要件，而事實認定與適用法律已甚為清楚、或案件所涉金額甚小，則似可准予法律文書撰擬等輔助即可；倘若符合「依法執行職務」之實體要件，而事實認定與適用法律則有不明、案情複雜、或案件有原則重要性而有必要委由律師代理訴訟或辯護時，則應可予以全部輔助內容種類之輔助。且此一區分標準，似可參酌所涉訟案件之金額、以及具體細部之訴訟類型再予以更為細緻的調整。
- 10、為避免由機關首長所主導組成審查小組，或逕以會簽方式決定，所導致可能濫行輔助之危險，並且配合前述所提及關於多樣化之涉訟輔助內容與審查標準之操作，依法律扶助法所成立之「財團法人法律扶助基金會」亦可作為引進之參考。就該扶助之經驗，該基金會及其各地分會已有相當之操作經驗，且其成員係由律師、司法官、檢察官及法學課程具講師以上之資格者出任，解釋、判斷是否予以扶助要件之經驗亦屬相當嫻熟，其公平性似較服務機關自行決定為佳。因此，在法政策上似可考慮藉由行政委託的方式，引進類似法律扶助基金會之機制，而在公務人員因公涉訟輔助案件之實體要件上，採取與一般人民法律扶助不同之要件即可。或於組織上，參酌訴願法第 52 條訴願審議委員會之組織，由該機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之，以引進外部參與機制。
- 11、本文認為，全然廢除求償權之規定，在法政策上其實並不合理，且未符合涉訟輔助制度之制度目的，蓋國家之所以輔助公務員之涉訟案件，係因其乃「依法執行職務」，倘案件嗣後已經法院裁判、檢察官之處分或懲戒機關認

定該公務員之所以涉訟，乃客觀上已非「依法執行職務」（如公務員所負之民、刑事以及行政責任上）。此外，為配合國家賠償法上當公務員有故意或重大過失者，賠償機關對其仍有求償權之規定，於此涉訟輔助制度上亦應與其配合，故仍有維持故意或重大過失之必要。

- 12、然保障法與輔助辦法下求償規定，其要件乃要求判斷該公務員對於此一涉訟是否有故意或重大過失，而此一事後求償之故意、過失要件，與事前決定是否給予輔助之要件不甚相同，而且將是否償還其輔助費用繫於涉訟之公務員是否有故意或重大過失，且與事前之判斷標準不一，主觀之歸責事由判斷上即有歧異。因此，在立法政策上似可連結前述多樣化之輔助內容及決定輔助之標準，以決定是否有求償之必要。申言之，如前所述，在制度上既可區別出不同之輔助內容，有些依其案情僅須法律諮詢即可，部份案件僅須代為法律文件撰狀，更進一步者方屬委請律師辯護或代理訴訟。因此，其輔助內容與標準即可為不同之差別，則求償制度上似亦可為不同之思考方向。

第五章 慰問金請求權之爭議問題研究

本章大綱

壹、問題之提出

貳、慰問金請求權之成立要件

一、因公之要件

二、「因公而發生受傷、殘廢或死亡結果」之要件（因果關係）

參、慰問金請求權之排除、減發

一、公務人員保障法第二十一條第二項之規範精神

二、公務人員保障法第二十一條第二項之規範結構

（一）有故意情事者

（二）有重大過失情事者

三、公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法第四條第二項之檢討

--評「有重大過失情事者，減發百分之三十」規定之合理性

肆、結論

壹、問題之提出

「慰問金請求權」，係「公務人員保障法制」之「實體保障項目」當中，於實務上極具爭議性之問題，於該請求權之「成立要件」之解釋上，「公務人員保障暨培訓委員會（以下稱保訓會）之決定書」所表示之意見以及銓敘部函釋之見解，存在有重大分歧。

倘若觀乎現行法律規定，僅有公務人員保障法第二十一條第二項規定：「公務人員因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金。但公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。」

上述法律規定，固然得以導出公務人員於要件符合時，享有所謂「慰問金請求權」，惟該規定並未明確規定何謂「『因公』受傷、殘廢或死亡」，亦未規定「『因公』與『傷、殘、死亡』間之『因果關係』應如何認定」，而將「『因公』之標準」、其他請求權之成立要件、慰問金之發給標準等等事項，於同法第二十一條第三項，授權考試院會同行政院訂定法規命令以加以規範。

然而，上述依公務人員保障法第二十一條第三項訂定之「公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法」（以下簡稱「慰問金發給辦法」），將公務人員保障法所規定之「慰問金請求權之成立要件」，作了進一步之細節規定，導致許多實務案例上之爭議。

一、慰問金請求權之成立要件部分：

本文之主要重點，即在針對實務上案例常見之「兩大爭議要件」予以分析：

1. 公務人員保障法第二十一條第二項所謂「『因公』受傷、殘廢或死亡…」其「因公之範圍」應如何解釋？慰問金發給辦法第三條第一項各款、第二項針對「因公之範圍」之具體化，是否妥適？上開慰問金發給辦法之具體化，是否符合公務人員保障法之意旨？自有探討之餘地。
2. 「因公」與「受傷、殘廢或死亡」間之「因果關係」應如何判定？慰問金發給辦法第三條第三項所採取「直接因果關係」之見解，是否妥適？何謂「直接」因果關係？究應採取「直接因果關係」抑或「相當因果關係」之標準？亦有探討之餘地。此外，銓敘部於96公審決字第0379號之答辯書當中，曾出現所謂「因果關係不中斷」之要件，究何所指？在「慰問金請求權之成立要件」當中，增加「因果關係不中斷」此一要件，是否合理？

二、慰問金請求權之排除或減發部分

公務人員保障法第二十一條第二項但書規定：「但公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。」

慰問金發給辦法第四條第二項規定：「前項所定慰問金，公務人員有故意情事者，不發給；有重大過失情事者，減發百分之三十。」

1.此一規定之規範精神、規範意旨何在？因公務人員之「故意」而排除或減發慰問金，與因公務人員之「重大過失」而排除或減發慰問金，二者之規範意旨有何不同？

2.公務人員保障法第二十一條第二項但書既然規定「…得不發或減發慰問金」，因此，在系爭公務人員存在有「但書」之情事時，行政機關就「是否發給該公務員慰問金」以及「減發之比例、額度」是否享有「裁量權」？

3.依據「慰問金發給辦法第四條第二項」規定具體化「公務人員保障法第二十一條第二項但書」之結果，於「公務人員有故意情事」時，「**必定不發給**」慰問金；於「公務人員有過失情事」時，「**必定減發百分之三十**」。

按公務人員保障法第二十一條第二項已規定「…得不發或減發慰問金」，然而，慰問金發給辦法第四條第二項卻為上述「**必定不發給**」及「**必定減發百分之三十**」之規定，此一規定，是否破壞當初公務人員保障法之立法者「給予行政機關裁量權」之立法美意？是否使得行政機關無法在個案中斟酌不同情況，就「發與不發慰問金」以及「減發之比例」為合法且妥當之裁量？

針對上述爭議，本文將以實務之案例為基礎，分別探討之，並於最後提出法律適用上之建議，期能以此或多或少提供公務人員保障法制之學說、實務有所幫助。

貳、慰問金請求權之成立要件

一、「因公」之要件

「慰問金發給辦法」第三條第一項規定：「本辦法所稱因公受傷、殘廢、死亡，指因下列情事之一，致受傷、殘廢或死亡者：一、執行職務發生意外。二、公差遇險。三、在辦公場所發生意外。」

「慰問金發給辦法」第三條第二項規定：「前項第一款所稱執行職務發生意外，指於執行職務時，發生意外事故；第二款所稱公差遇險，指公務人員經機關學校指派執行一定之任務而遭遇危險，其時程之計算係自出發以迄完成指派任務返回辦公場所或住(居)所止；第三款所稱在辦公場所發生意外，指在處理公務之場所，於辦公時間內或指定之工作時間內，因處理公務而發生意外事故。」

在此必須釐清的問題是，上開「執行職務發生意外」、「公差遇險」、「辦公場所發生意外」三款事由，究竟係「**並列而獨立之事由**」？抑或「**例示條款與概括條款之關係**」（亦即「公差遇險」、「辦公場所發生意外」係屬「**例示條款**」，倘若不合於第二款「公差遇險」、第三款「辦公場所發生意外」之規定時，應適用第一款「**概括條款**」即「**執行職務發生意外**」之規定）？必須就此一問題先行釐清，方能得知該三款事由應如何解釋，並且亦能一併解決「慰問金發給辦法第三條第一項、第二項三款事由之具體化，是否符合公務人員保障法第二十一條第二項規定之意旨」此一問題。

1. 解釋可能一：三款「因公事由」係「**並列而獨立之事由**」

若是「三款事由」係「**並列而獨立之事由**」，亦即「公差遇險」以及「辦公場所發生意外」此二款事由，與「執行職務發生意外」脫鉤，則適用上將造成下列結果：只要是事實上在公差途中及時程內在辦公場所發生的意外，即使不是因執行職務而發生或屬於執行職務之典型關聯行為，亦符合請求慰問金之範圍。

2. 解釋可能二：三款事由係「**例示條款**」與「**概括條款**」之關係

「公差遇險」以及「辦公場所發生意外」此二款事由之概念，僅是第一款「執行職務發生意外」之例示條款，「公差遇險」以及「辦公場所發生意外」仍須以符合「執行職務發生意外」為要件。

本文認為，公差遇險及在辦公場所發生意外，仍應以因執行職務發生意外為要件，否則不符合「因公受傷、殘廢、死亡」之文義及慰問金之規範功能。

蓋慰問金之設置應該係在對公務員因執行職務發生意外，因而受傷、殘廢、死亡，給予特殊之照顧。反之若採取第一種解釋將過度擴張慰問金給付之範圍，導致過度照顧。例如公務員在出差的火車上，巧遇昔日的仇人，一言不合，仇人將其砍傷或砍死。這種意外屬於偶發性的日常生活風險，並非執行職務之典型風險，不值得國家特別透過慰問金予以照顧，但是在第一種解釋下，卻仍得享有慰問金，顯已逾越對公務員照顧之分寸。

另整理「本研究團隊」對「因公」之見解如下表：

研究團隊見解			
事由	[第一款] 執行職務發生意外	[第二款] 公差遇險	[第三款] 在辦公場所 發生意外
「因公」要件	所謂「因公」，即係「執行職務」，無論第一、第二、第三款事由皆屬於「執行職務」。至於「執行職務」之「時間、地點」僅係判斷是否執行職務之 間接證據 ！		
「因公」之解釋	建議由各行政機關依其所掌理事項之性質，以「解釋性行政規則」擬定所謂「 典型之執行職務表 」。		

二、「因公而發生受傷、殘廢或死亡結果」之要件（因果關係）

公務人員保障法第二十一條第二項規定：「公務人員因公受傷、殘廢或死亡者，應發給慰問金。但公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。」

自該條文之文義觀察可知，慰問金請求權之成立，除「因公」之要件之外，尚須該公務員有因而發生「受傷、殘廢或死亡」之結果。因此，「因公」或「執行職務」之要件，係屬「原因」，而「受傷、殘廢或死亡」係屬「結果」，其間必須存有因果關係。

（一）直接因果關係之限制不當

依據考試院會同行政院訂定之「慰問金發給辦法」將此一「因果關係」之認定標準，予以明文規定，該「慰問金發給辦法」第三條第三項規定：「依本辦法發給慰問金者，以其受傷、殘廢或死亡與第一項各款因公情事之一具有直接因果關係者為限。」

按慰問金制度設置乃是在鼓勵公務員勇於任事，對其因執行職務所生意外，給予特別之照顧。只要執行職務與所生意外事故有相當因果關係，而其受傷、殘廢或死亡又與意外事故亦有相當因果關係者，已屬執行職務之典型風險，值得國家透過慰問金給予照顧。上開規定有關直接因果關係之限制，將符合兩階段因果關係之案型排除在慰問金適用範圍之外，不符合設置慰問金之規範功能，爰建議刪除。

(二) 案例分析

1. 事實

行政院原住民族委員會徐故員於 94 年 6 月 27 日隨同主管列席參加原民會主管會議（地點於臺北），會議結束趕回服務地點南投縣中興新村加班作會議紀錄，又因奉派須於同年 6 月 28 日上午 9 時參加花蓮縣政府舉辦之原住民族傳統領域工作期中會議，經簽准搭乘該日上午 7 點 20 分早班飛機。徐故員並於同年 6 月 27 日趕回南投加班，惟因晚上 8 時接獲航空公司電告次日班機因大雨停飛，從南投搭火車尚須趕赴臺中搭乘，在未預定火車票及旅館之情形下，只得選擇於凌晨 3 時許自行開車前往花蓮。徐故員於 94 年 6 月 28 日凌晨自行駕車由中部橫貫公路（以下簡稱中橫公路）前往花蓮參加會議，於凌晨 3 時許途經花蓮縣秀林鄉富世村 162K 750m 處，不幸人車墜落山崖死亡。復審人等經由服務機關向行政院申請依公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法（以下簡稱慰問金發給辦法）第 4 條第 1 項第 3 款第 1 目規定核發死亡慰問金計新臺幣（以下同）120 萬元，經行政院 94 年 9 月 26 日院授人給字第 0940028094 號函以「依相關資料未能充分證明徐故員死亡係因外力撞擊所致，係屬一般意外死亡，非遭遇危險事故或意外之外來原因致死，核與公差遇險之認定要件不符」，不核發因公死亡慰問金。

2. 拒絕核發因公死亡慰問金之理由

依據公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法第三條之立法說明：「公差遇險」此一事由，必須所遭遇之危險，依通常客觀之標準認定，屬「危險事故」，而非「一般意外事故」。另銓敘部 94 年 5 月 27 日部退四字第 0942508084 號書函亦採此種見解¹⁷⁴。故在上開案例中，關鍵

174 銓敘部 94 年 5 月 27 日部退四字第 0942508084 號書函認為：「上開有關『公差遇險』指所遭遇之危險，依通常客觀之標準認定，係屬危險事故，而非一般意外事故。至於如何認定危險事故或一般意外事故，以及未有外力因素所發生之車禍意外以致傷殘死亡是否屬危險意外事故一節，查慰問金發給辦法於擬訂時，業將原擬列入因公事由之『於辦公往返途中發生意外』刪

在於本案情節是否該當所謂「公差遇險」之「危險事故」。就此行政院略謂：「依相關資料未能充分證明徐故員死亡係因外力撞擊所致，係屬一般意外死亡，非遭遇危險事故或意外之外來原因致死，核與公差遇險之認定要件不符，不合發給因公死亡慰問金」

3. 保訓會見解

就上開案例，保訓會於「95公審決字第0116號」略謂：「行政院引用銓敘部94年5月27日部退四字第0942508084號書函解釋徐故員係屬一般意外死亡，非遭遇危險事故或意外之外來原因致死，嚴重扭曲銓敘部解釋意旨，且與常理有違。又上開函釋有關公差遇險指所遭遇之危險，依通常客觀之標準認定，係屬危險事故，而非一般意外事故。徐故員在惡劣天氣之下奉派出差執行職務途中墜落山谷，現車輛仍留現場，其死亡原因，連臺灣花蓮地方法院檢察署（以下簡稱花蓮地檢署）、花蓮縣消防局等有關單位及原民會均無從證實係一般意外事故或危險事故。慰問金發給辦法第3條第1項及第2項，將公差遇險界定為因公之範圍，原處分機關如認徐故員非因公差遇險，此種舉證責任自應由行政院所負。」

4. 本文見解

在上開案例中，行政院之見解限制「公差遇險」之「危險事故」為「外來原因」而致傷殘死亡者（亦即必須係「外來原因」，例如外力撞擊所致），方能請求慰問金。而本案例當事人係因「一般意外死亡」而死亡者，不得請求慰問金。本文以為此種限制並不合慰問金設置之規範目的。

依據本研究計畫主張之「兩階段」相當因果關係，只要是屬於公務員執行職務時所面臨之典型風險，亦即：若有該執行職務之行為，通常足以導致該「意外事故」者，即應該當所謂「危險事故」。國家此時即應透過慰問金予以照顧。

準此以解，上開案例符合「公差遇險」之規定。蓋因當事人係在出差往花蓮途中遇險，如政府機關未派當事人出差，則不會發生該意外而導致死亡結果。而在颱風天凌晨驅車前往參加開會，依據當時天候、淹水及路況等狀況，在典型事態發展下，此種執行職務之行為，通常亦足以導致意外之結果，故應屬於公務員執行職務時所面臨之典型風險。而此一意外事故通常亦足以導致死亡結果。故本案例符合本

除，是於辦公往返途中發生意外，不論有無外力因素，均不合於發給慰問金；因此，為兼顧各款因公事由之適度衡平，對於公差往返途中發生之車禍意外，以致傷殘死亡者，除非有合於通常認定標準之外力因素介入而發生意外事故者可界定為危險事故外，否則即應認定為一般意外事故。」

團對主張之「兩階段之因果關係」。

參、慰問金請求權之排除或減發

一、公務人員保障法之規定

公務人員保障法第二十一條第二項但書規定「但公務人員有故意或重大過失情事者，得不發或減發慰問金。」

本文認為，此係基於「類似民法上『過失相抵』」精神所為之規定。公務人員倘若對於『傷、殘、死亡』有故意或重大過失，基於「類似民法上『過失相抵』精神」所為之規定，應予不發或減發。

此外，自該規定但書「得」之文義觀之，在系爭公務人員存在有「但書」之情事時，行政機關就「是否發給該公務員慰問金」以及「減發之比例、額度」享有「裁量權」

二、慰問金發給辦法之規定

慰問金發給辦法第四條第二項規定：「前項所定慰問金，公務人員有故意情事者，不發給；有重大過失情事者，減發百分之三十。」

依據此一「慰問金發給辦法」之規定，於「公務人員有故意情事」時，「必定」不發給慰問金；於「公務人員有過失情事」時，「必定」減發百分之三十。

按此一規定，已經破壞當初公務人員保障法之立法者「給予行政機關裁量權」之立法精神，使得行政機關無法在個案中斟酌不同情況，就「發與不發」慰問金、以及「減發之比例」為合法且妥當之裁量，因此，本研究團隊認為係違反公務人員保障法第二十一條第二項之立法精神。

三、慰問金發給辦法第四條第二項之修法建議

「有故意情事者，不發給慰問金」，此一規定，勉強屬於合理。蓋此時公務員無保護之必要也。然而，「有重大過失情事者」依公務人員保障法第二十一條之規定，行政機關本有「得否減發」之裁量權，然「慰問金發給辦法」強制其「減發 30%」，未考量情節之輕重，顯然違反公務人員保障法第二十一條第二項之意旨。

修法建議：「重大過失一律減發 30%」之規定，應予刪除，使行政機關得在個案上酌定「重大過失之情節輕重」為不同之處理。

第六章 建議修正條文試擬

壹、有關「公務人員保障法」停職復職部分修正條文試擬

修正條文	現行條文	修正理由
<p>第十條之一：</p> <p>主管長官對於所屬公務員，得基於重大職務上理由暫時限制公務員從事職務行為。在三個月之內，未對該公務員送請監察院審查、公務員懲戒委員會審議或其他以終結公務員關係為目的之程序者，暫時限制處分歸於消滅。</p> <p>對公務員作成上述措施前，應給予陳述意見之機會。</p> <p>在暫時限制公務員從事職務之其間，公務員之其他權利、義務不受影響。」</p>	<p>無</p>	<p>一、暫時限制公務員從事職務兼具保護職務利益及公務員個人利益之功能。</p> <p>二、暫時限制公務員從事職務得作為採取停職處分前之先行措施。公務員涉嫌違法、失職，繼續任其從事原職務，對調查工作或職務上重大利益有妨害者，主管長官得暫時限制公務員從事職務行為，盡快使涉嫌重大失職公務員遠離其職務，爭取不受妨礙之調查並避免對職務利益造成難以回復之重大損害。</p> <p>三、又所謂「重大職務上理由」，不以公務員涉嫌違法、失職致影響</p>

		<p>職務上重大利益為限。舉凡任由公務員繼續執行職務，將不可避免的導致職務上或公務員個人之重大不利者，均足當之。例如公務員精神上障礙、嚴重酗酒或在服務機關與公務員之間發生嚴重不和協而使其信賴關係受到妨礙、公務員與同事嚴重失和，均屬適例。</p> <p>四、暫時限制公務員從事職務不宜過長，故明訂未對該公務員送請監察院審查、公務員懲戒委員會審議或其他以終結公務員關係為目的之程序者，暫時限制歸於消滅。</p> <p>五、依據德國實務見解暫時限制公務員從事職務雖屬行政處分，但依據我國現行實務見解則為內部管理措施。有關其法律性質，固可以留待將來學理實務處理。但為免主管機關濫用權力，自仍應加強行政程</p>
--	--	---

		<p>序上保障，特明文規定仍應給予公務員陳述意見之機會。</p> <p>六、暫時限制公務員從事職務僅屬職務法上危險防禦暫時性措施，特明文規定在期間內公務員其他權利、義務均不受影響。</p> <p>七、參考德國聯邦公務員法第六十條。</p>
<p>第十條 第二項</p> <p>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。但因公務員懲戒法第三條第一款而受停職處分者，於停職事由消滅後，服務機關或其上級機關唯在有符合公務員懲戒法第四條第二項情形，得駁回申請。</p>	<p>第十條 第二項</p> <p>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。</p>	<p>停職處分只是暫時凍結公務員職務，其原職務仍保留。因此在停職處分事由消滅後，本應回復其原職務。實務上，因公務員懲戒法第三條第一款「依刑事訴訟程序被通緝或羈押者」，可能因該具體停職事由消滅（例如羈押被撤銷或釋放），而產生是否應予復職之爭議。基於公務員權利之保護並兼顧職務利益之維護，爰規定因公務員懲戒法第三條第一款而受停職處分者，於停職事由消</p>

		滅後，服務機關或其上級機關僅在有符合公務員懲戒法第四條第二項情形，方得駁回申請。
<p>第十一條</p> <p>受停職處分之公務人員，其停職處分經撤銷者，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。</p> <p>違法停職處分經撤銷者，前項之公務人員於復職報到前，仍視為停職；其辦理復職報到後，除法律另有規定，應溯及既往回復其因停職而受影響之一切權利。</p> <p>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</p>	<p>第十一條</p> <p>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。</p> <p>前項之公務人員於復職報到前，仍視為停職。</p> <p>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</p>	<p>一、按停職處分之撤銷，除經依法提起救濟而撤銷者外，尚包括或主管機關依據行政程序法第一百二十八條規定或第一百一十七條撤銷停職處分者，其在法律上應受相同對待，爰修正第一項文字，以求周延。</p> <p>二、按受停職之公務人員依法提起救濟而撤銷停職處分或主管機關依據行政程序法第一百二十八條規定或第一百一十七條撤銷停職處分者，該停職處分即應溯及既往失其效力。蓋在停職情形並無為維護公益或為避免受益人財產上之損失另定失效日期之必要。</p> <p>三、又公務人員於復職報到前，保障法第十一</p>

<p>職。</p>	<p>職。</p>	<p>條第二項固明定仍視為停職，乃係考量機關於辦理受停職處分之公務人員復職相關作業至該公務人員實際復職，仍有相當期間，為保障其權益，並考量機關作業，明定於復職報到前仍視為停職。至於受停職處分之公務人員辦理復職報到後，其原受違法停職處分既經撤銷，仍應依行政程序法第一百十八條規定，溯及既往失其效力，受處分人應視為自始未受停職之處分，其任職年資、休假年資、退休年資、補辦考績等權益均不受該違法停職處分影響，始符保障法保障公務人員權益之立法意旨。惟因法律另有規定致無法溯及既往回復權利者，則仍應從其規定。例如公務人員考績法施行細則第二十四條規定：「前項復職人員，在考績年度內停職期間逾六個月者，不予辦理該年考績。依公務</p>
-----------	-----------	--

		<p>員懲戒法先行停職後，准予復職者之任職年資及考績，比照前二項規定辦理。」即屬無法溯及既往回復權利之適例。</p>
<p>第十一條之一：</p> <p>依法停職人員，於停職期間，仍應核發給半數之本俸(年功俸)，至其復職、撤職、休職、免職或辭職時為止。但有下列情形者，得另定發給本俸數額：</p> <p>一、發給半數本俸尚不足以提供其本人及家屬相當照顧者，得酌予以增加。</p> <p>二、其違法失職情節重大且事證明確足以確認者，得酌予以調降。</p> <p>停職期間本俸之核發，主管機關得視情形事後調整之。</p>	<p>無</p>	<p>一、國家對公務員有生活照顧之義務，即使是在停職期間亦然。蓋公務員在停職期間，不僅是不得執行職務，其公務員身份仍在，仍負有遵守公務員法上各項義務，包括不得兼職義務，故國家仍應給予一定生活照顧。若完全停發本俸，將侵害公務員照顧請求權之核心。</p> <p>二、按現行公務人員俸給法第二十一條第一項規定：「依法停職人員，於停職期間，得發給半數之本俸(年功俸)，至其復職、撤職、休職、免職或辭職時為止。」相對於我國規定，德國聯邦公務員懲戒法第三十八條第二項則係規定：「在懲戒程序，推測懲戒結果將處以撤除公務</p>

	<p>員關係或剝奪退休金之懲戒時，有管轄權限提起懲戒訴訟之行政機關，得於暫時解除公務員職務之同時或之後，命令扣留該公務員至多百分之五十的職務俸給。」</p> <p>德國制度明訂在停職期間仍「應」核發給半數之職務俸給，較符合國家對公務員生活照顧之義務。</p> <p>三、為善盡對公務員之生活照顧義務，行政機關得考慮每一公務員之家庭生活狀況，例如有多少子女需要照顧等等細節因素，加以裁量，另酌增本俸數額。此種方法相較於我國現行法「硬性規定」停職最多只能領薪俸之二分之一，或許更能有效取得「公務員生活之照顧」以及「國家俸給之義務」之平衡點。</p> <p>四、另外公務員違法失職情節重大且事證明確足以確認者，亦得酌予以調降，以求衡平。</p>
--	---

		五、上開調整本俸數額事由有時係在事後方發生，故主管機關得視情事發展檢討調整。
--	--	--

貳、有關公務人員資遣部分

考試院於民國 91 年 8 月 26 日以及民國 92 年 9 月 18 日函送立法院審議之「公務人員退休法草案」，將因機關裁撤、組織變更或業務緊縮而資遣公務人員之制度從公務人員任用法第 29 條第 1 項第 1 款移至公務人員退休法第 7 條第 1 項第 1 款加以規範。以下依上所述，試擬公務人員退休法第 7 條第 1 項第 1 款草案修正條文，以供參考：

建議條文	草案條文	修正理由
公務人員有下列各款情形之一者，予以資遣： 三、 因機關裁撤，或因組織變更或業務緊縮，致與其職位相當之預算員額應予裁減，且無員額移撥或人員調任之可能者。 四、	公務人員有下列各款情形之一者，予以資遣： 三、 因機關裁撤、組織變更或業務緊縮，不符本法所定退休規定而須裁減人員者。 四、	四、 本條文之修改，參考德國聯邦公務員法第 36a 條第 1 項之規定。 五、 原條文規定對於資遣對象未作限定，有違法律明確原則之虞，爰予修改，在組織變更或業務緊縮之情形，明確限定資遣對象為與其職位相當之預算員額受到裁減之人員。 六、 基於公務員身

		分之憲法保障以及比例原則，對於因機關裁撤、或因組織變更或業務緊縮，致與其職位相當之預算員額應予裁減之情形，增訂以無員額移撥或人員調任之可能為要件。
--	--	---

參、公務人員涉訟輔助部分

(一) 公務人員保障法

修正條文	現行條文	修正理由
<p>第二十二條：</p> <p>(I) 公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師為其辯護、代理訴訟、法律諮詢、和解調解、文書代撰及其他法律事務上之必要協助。</p> <p>(II) 涉訟輔助決定機關得依案件類型與案件事實複雜程度，決定輔助種類及其內容。</p> <p>(III) 第一項情形，其</p>	<p>第二十二條：</p> <p>(I) 公務人員依法執行職務涉訟時，其服務機關應延聘律師為其辯護及提供法律上之協助。</p> <p>(II) 前項情形，其涉訟係因公務人員之故意或重大過失所致者，其服務機關應向該公務人員求償。</p> <p>(III) 公務人員因公涉訟輔助辦法，由考試院會同行政院定之。</p>	<p>1、依據法律保留與授權明確性原則，涉及公務人員權益之重要事項應以法律或法規命令定之業經司法院大法官著有釋 字 187、201、243、266、298、312、323、338、491等號解釋闡明，於此合先敘明。</p> <p>2、就公務人員因公涉訟輔助內容而言，原條文即列「辯護及提供法律上協助」，保障內容與</p>

<p>涉訟係因公務人員之故意或重大過失所致者，其服務機關應向該公務人員求償。涉訟輔助機關認定其有故意或重大過失者，應就辯護與訴訟代理之費用，於訴訟案件裁判確定、緩起訴處分確定後，以書面限期命其繳還涉訟輔助費用；法律諮詢、法律文件撰狀與調解和解之費用，則不在此限。</p> <p>（IV）關於涉訟輔助決定機關之組織與審查程序、時效、求償等事項由考試院會同行政院訂定之。</p>		<p>範圍不甚清楚，茲明定其輔助內容於第一項，以明確其輔助範圍。</p> <p>3、參酌法律扶助法第17條，增列第二項，明列輔助決定機關可依事件性質，決定輔助種類與內容。</p> <p>4、基於建立「層級化的輔助標準與輔助內容」之制度目的，爰將求償之範圍限於律師辯護及訴訟代理之費用，排除法律諮詢法律文件撰狀與調解和解之費用求償。</p> <p>5、為明確其授權目的、內容與範圍，修正授權條款如第四項。</p>
---	--	---

<p>第二十二條之一：</p> <p>前條所稱依法執行職務涉訟者，指依法執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件。</p> <p>前項所稱涉及民事、刑事訴訟案件，指在民事訴訟為原告、被告或參加人；在刑事訴訟偵查程序或審判程序為告訴人、自訴人、被告或犯罪嫌疑人。</p>	<p>無</p>	<p>1、本條新增。</p> <p>2、為免逾越授權之目的內容及範圍，就涉訟種類與範圍，宜明定於母法之中，茲增訂之。</p> <p>3、按涉訟輔助種類是否行政訴訟與懲戒，應屬政策上形成空間，因現行制度已運作無礙，且事實上涉及行政訴訟與懲戒而需涉訟輔助之案例未多，且實際上有所困難者，則宜明定於公務人員保障法中，明定限於民、刑訴訟。</p>
<p>第二十二條第二：</p> <p>（ I ）前二條規定所得申請輔助之公務員，係指本法第三條及第三十三條所定之人員。</p> <p>（ II ）下列人員依法執行職務之涉訟輔助，準用本法之規定：</p> <p>一、政務人員。</p> <p>二、民選公職人員。</p> <p>三、依教育人員任用條例任用非屬第二條規定之教育人員。</p>	<p>無</p>	<p>1、本條新增</p> <p>2、為明確得申請涉訟輔助之對象，復避免子法逾越母法之弊，擬將受輔助之對象，明定於保障法。</p> <p>3、按其他於各級政府機關、公立學校及公營事業機構內之人員，應依其法律關係，決定是否得準用本涉訟輔助制度各級政府機關、公立學校及公營事機構，若依私法所僱用或聘用人員</p>

<p>四、其他於各級政府機關、公立學校及公營事業機構內成立公法關係之人員。</p> <p>五、軍職人員。</p>		<p>並無成立公法上法律關係之必要，因此排除其屬涉訟輔助對象之列。</p>
<p>第二十二條之三：</p> <p>有下列情形之一者，輔助決定機關得不給予輔助或限制之：</p> <p>一、公務員之主張或請求，顯無理由或勝訴之望者。</p> <p>二、申請人勝訴所可能獲得之利益，小於訴訟費用及律師報酬者。但所涉及之紛爭具有法律上或社會上之重大意義者，不在此限。</p> <p>三、同一事件於偵查或各審級程序業已給予輔助者。</p> <p>四、公務人員有其他濫用權利之情事。</p>	<p>無</p>	<p>1、本條係屬新增。</p> <p>2、參酌法律扶助法第16條之規定，新增訂不予輔助之四項例外情形，並略做修正。</p> <p>3、本條之立法目的乃在於防止公務人員濫用本輔助制度或濫訴，蓋公務人員為訴訟之原告而聲請涉訟輔助亦非不得想像，至於具體個案有無此等事由，則由受理申請之公務人員涉訟輔助審議委員會（或其他決定機關）認定之。</p> <p>3、為防止任意濫行輔助或拒絕輔助，明列四款排除事由，以健全公務人員涉訟輔助制度，以配合建立層級化的輔助標準與輔助內容之制度並授權決定機關得依具體情事，得不予以輔助</p>

		或限制之，例如因案件過於輕微或明顯無勝訴之者，則得僅給予法律諮詢，而駁回其律師辯護或代理訴訟之費用申請。
--	--	--

(二) 公務人員因公涉訟輔助辦法

修正條文	現行條文	修正理由
第一條（法源依據）： 本辦法依公務人員保障法（以下簡稱本法）第二十二條第四項規定訂定之。	第一條： 本辦法依公務人員保障法（以下簡稱本法）第二十二條第四項規定訂定之。	1、為配合公務人員保障法第二十二條第四項作為授權依據，茲修正如上。
第二條： 本法第二十二條之二所定人員，依法執行職務之涉訟輔助，依本辦法規定行。	第二條： 本法第三條及第一百零二條所定人員，依法執行職務之涉訟輔助，依本辦法規定行之。	1、為配合本法第二十二條之二之增訂，輔助辦法予以配合修正
第五條：刪除	第五條： 本法第二十二條第一項所稱涉訟，指依法執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件。	1、已列為公務人員保障法第二十二條之一，輔助辦法已無明定之必要茲刪除之。

	<p>前項所稱涉及民事、刑事訴訟案件，指在民事訴訟為原告、被告或參加人；在刑事訴訟偵查程序或審判程序為告訴人、自訴人、被告或犯罪嫌疑人。</p>	
<p>第六條：刪除</p>	<p>第六條： 依本法第二十二條第一項延聘律師為公務人員辯護及提供法律上之協助，指延聘律師為公務人員提供代理訴訟、辯護、法律諮詢、交涉協商、文書代撰及其他法律事務上之必要服務等法律上之協助。</p>	<p>1、已列為公務人員保障法第二十二條第一項，輔助辦法已無明定之必要，茲刪除之。</p>
<p>第十二條： （I）公務人員於調職或離職後，因原任職期間執行職務涉訟者，仍應由其原服務機關辦理涉訟輔助。 （II）前項原服務機關裁撤或組織變更者，應由涉訟業務承受機關辦</p>	<p>第十二條： 公務人員於調職或離職後，因原任職期間執行職務涉訟者，仍應由其原服務機關辦理涉訟輔助。 前項原服務機關裁撤或組織變更者，應由涉訟業務承受機關辦理涉訟</p>	<p>1、第一、二項未修正。 2、按公營事業移轉民營或行政法人化時，其員工涉訟之事實如發生於移轉前，參酌保訓會九十三年二月二十五日公保字第○九三○○○一二五三號函釋，由其上級業務主管機關為業務</p>

<p>理涉訟輔助。</p> <p>(Ⅲ) 前項原服務機關移轉民營或行政法人時於公務人員原任職期間執行職務涉訟者，由其上級業務承受機關辦理涉訟輔助。</p>	<p>輔助。</p>	<p>承受機關並依規定辦理涉訟輔助，爰增訂第三項如上。</p>
<p>第十三條：</p> <p>各機關辦理涉訟輔助申請事件，應設涉訟輔助決定審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。涉訟輔助審議委員會委員，由本機關人事、政風、法制、該涉訟業務單位及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之。</p>	<p>第十三條：</p> <p>各機關得指派機關內人事、政風、法制、該涉訟業務單位及其他適當人員組成審查小組，審查公務人員因公涉訟輔助事件。</p>	<p>1、為適當引進外控機制擬參酌訴願法第 52 條規定，設置涉訟輔助決定審議委員會，以決定是否准予或限制該涉訟輔助。</p> <p>2、然此一審議委員會，外聘委員組成比例是否需達二分之一以上，容有探討空間。擬先就引進外聘委員，並保留調整可能。</p>

<p>第十三條之一：</p> <p>(I) 前條審議應以全體委員過半數出席及出席委員過半數之議決行之。</p> <p>(II) 委員會在作成決定前，應予公務人員以書面或言詞陳述意見之機會。</p> <p>(III) 公務人員不服委員會之決定者，得依公務人員保障法第二十五條規定提起復審。</p>	<p>無</p>	<p>1、本條係屬新增。</p> <p>2、為保障公務人員之組織與程序權利，除設置涉訟輔助決定審議委員會以辦理涉訟輔助事宜外，並為合議制，採多數決，以期慎重程序。</p> <p>3、作成決定前，應予該公務人員有陳述意見之機關，並考量程序效率與經濟之要求，爰增定作成決定前，應予公務人員有以書面為原則、而以言語為例外之陳述意見的機會。</p>
<p>第二十一條：刪除</p>	<p>第二十一條：</p> <p>下列人員依法執行職務之涉訟輔助，比照本辦法之規定：</p> <p>一、政務人員。</p> <p>二、民選公職人員。</p> <p>三、依教育人員任用條例任用非屬第二條規定之教育人員。</p>	<p>已列為公務人員保障法之母法中，輔助辦法已無明定之必要，茲刪除之。</p>

	四、其他於各級政府機關、公立學校、公營事業機構依法令從事於公務之人員及軍職人員。	
--	--	--

肆、公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法

修正條文	現行條文	理由說明
<p>第 3 條</p> <p>本辦法所稱因公受傷、殘廢、死亡，指因下列情事之一，致受傷、殘廢或死亡者：</p> <p>一、公差遇險。</p> <p>二、在辦公場所發生意外。</p> <p>三、其他因執行職務而發生意外之情形。</p> <p>前項第一款所稱之公差遇險，指公務人員經機關學校指派執行一定之任務而遭遇危險，其時程之計算係自出發以迄完成指派任務返回辦公場所或住(居)所止；第二款所稱在辦公場所發</p>	<p>第 3 條</p> <p>本辦法所稱因公受傷、殘廢、死亡，指因下列情事之一，致受傷、殘廢或死亡者：</p> <p>一、執行職務發生意外。</p> <p>二、公差遇險。</p> <p>三、在辦公場所發生意外。</p> <p>前項第一款所稱執行職務發生意外，指於執行職務時，發生意外事故</p> <p>第 二款所稱公差遇險，指公務人員經機關學校指派執行一定之任務而遭遇危險，其時程之計算</p>	<p>一、現行規定之立法體例在適用上可能產生誤解，蓋公差遇險及在辦公場所發生意外，仍應以因執行職務發生意外為要件，否則不符合「因公受傷、殘廢、死亡」之文義及慰問金之規範功能，爰以執行職務發生意外為中心重新調整其規定。</p>

<p>生意外，指在處理公務之場所，於辦公時間內或指定之工作時間內，因處理公務而發生意外事故；第三款所稱其他因執行職務而發生意外之情形，指雖不符合公差遇險及辦公場所發生意外之要件，然係因其他執行職務之情況而導致其受傷、殘廢或死亡之結果。</p> <p>依本辦法發給慰問金者以其受傷、殘廢或死亡與第一項各款因公情事之一具有因果關係者為限。</p>	<p>係自出發以迄完成指派任務返回辦公場所或住(居)所止；第三款所稱在辦公場所發生意外，指在處理公務之場所，於辦公時間內或指定之工作時間內因處理公務而發生意外事故。</p> <p>依本辦法發給慰問金者以其受傷、殘廢或死亡與第一項各款因公情事之一具有因果關係者為限。</p>	<p>二、按慰問金制度設置乃是在鼓勵公務員勇於任事，對其因執行職務所生意外，給予特別之照顧。只要執行職務與所生意外事故有相當因果關係，而其受傷、殘廢或死亡又與意外事故亦有相當因果關係者，已屬執行職務之典型風險，值得國家透過慰問金給予照顧。上開規定有關直接因果關係之限制，將符合兩階段因果關係之案型排除在慰問金適用範圍之外，不符合設置慰問金之規範功能，爰建議刪除。</p>
--	---	---

<p>第 4 條</p> <p>慰問金發給標準如下：</p> <p>一、受傷慰問金：</p> <p>(一) 傷勢嚴重住院急救有生命危險者，發給新臺幣十萬元。</p> <p>(二) 傷勢嚴重住院有殘廢之虞者，發給新臺幣八萬元。</p> <p>(三) 傷勢嚴重連續住院三十日以上者，發給新臺幣四萬元。</p> <p>(四) 連續住院二十一日以上，未滿三十日者，發給新臺幣三萬元。</p> <p>(五) 連續住院十四日以上，未滿二十一日者，發給新臺幣二萬元。</p> <p>(六) 連續住院未滿十四日或未住院而須治療七次以上者，發給新臺幣一萬元。</p> <p>(七) 前六目情形如係因冒險犯難所致者，依前六目標準加百分之三十發給。</p> <p>(八) 第三目至前目情形，各機關學校得視財</p>	<p>第 4 條</p> <p>慰問金發給標準如下：</p> <p>一、受傷慰問金：</p> <p>(一) 傷勢嚴重住院急救有生命危險者，發給新臺幣十萬元。</p> <p>(二) 傷勢嚴重住院有殘廢之虞者，發給新臺幣八萬元。</p> <p>(三) 傷勢嚴重連續住院三十日以上者，發給新臺幣四萬元。</p> <p>(四) 連續住院二十一日以上，未滿三十日者，發給新臺幣三萬元。</p> <p>(五) 連續住院十四日以上，未滿二十一日者，發給新臺幣二萬元。</p> <p>(六) 連續住院未滿十四日或未住院而須治療七次以上者，發給新臺幣一萬元。</p> <p>(七) 前六目情形如係因冒險犯難所致者，依前六目標準加百分之三十發給。</p> <p>(八) 第三目至前目情形，各機關學校得視財</p>	<p>一、第一項規定未修正。</p> <p>二、按現行第二項之規定，當公務員於執行職務有故意情事者，不發給慰問金，此一規定，尚屬合理，蓋此時公務員無保護之必要也；然而，現行第二項規定亦將執行職務有重大過失情事者，規定為「一律」減發百分之三十之慰問金，此一規定，不符合當初公務人員保障法之立法者「給予行政機關裁量權」之立法精神，使得行政機關無法在個案中斟酌不同情況，就「發與不發」慰問金、「減發之比例」為合法且妥當之裁量，並不合理，爰將「重大過失一律減發百分之三十」之規定刪除，使公務人員保障法第二十一條第二項賦予行政裁量權之精神得以落實。</p>
--	--	---

<p>政狀況在所定標準範圍內斟酌發給。</p> <p>二、殘廢慰問金：</p> <p>(一) 全殘廢者，發給新臺幣一百二十萬元；半殘廢者，發給新臺幣六十萬元；部分殘廢者，發給新臺幣三十萬元。</p> <p>(二) 因執行危險職務所致全殘廢者，發給新臺幣二百三十萬元；半殘廢者，發給新臺幣一百二十萬元；部分殘廢者，發給新臺幣六十萬元。</p> <p>(三) 因冒險犯難所致全殘廢者，發給新臺幣三百萬元；半殘廢者，發給新臺幣一百五十萬元；部分殘廢者，發給新臺幣八十萬元。</p> <p>三、死亡慰問金：</p> <p>(一) 死亡者，發給其遺族新臺幣一百二十萬元。</p>	<p>政狀況在所定標準範圍內斟酌發給。</p> <p>二、殘廢慰問金：</p> <p>(一) 全殘廢者，發給新臺幣一百二十萬元；半殘廢者，發給新臺幣六十萬元；部分殘廢者，發給新臺幣三十萬元。</p> <p>(二) 因執行危險職務所致全殘廢者，發給新臺幣二百三十萬元；半殘廢者，發給新臺幣一百二十萬元；部分殘廢者，發給新臺幣六十萬元。</p> <p>(三) 因冒險犯難所致全殘廢者，發給新臺幣三百萬元；半殘廢者，發給新臺幣一百五十萬元；部分殘廢者，發給新臺幣八十萬元。</p> <p>三、死亡慰問金：</p> <p>(一) 死亡者，發給其遺族新臺幣一百二十萬元。</p>	
--	--	--

<p>(二) 因執行危險職務所致死亡者，發給其遺族新臺幣二百三十萬元。</p> <p>(三) 因冒險犯難所致死亡者，發給其遺族新臺幣三百萬元。</p> <p>前項所定慰問金，公務人員有故意情事者，不發給；有重大過失情事者，依重大過失之情節輕重，酌定減發慰問金之比例。故意或重大過失之認定，由核定權責機關學校依事實調查或依有關機關之鑑定報告辦理。</p>	<p>(二) 因執行危險職務所致死亡者，發給其遺族新臺幣二百三十萬元。</p> <p>(三) 因冒險犯難所致死亡者，發給其遺族新臺幣三百萬元。</p> <p>前項所定慰問金，公務人員有故意情事者，不發給；有重大過失情事者，減發百分之三十。故意或重大過失之認定，由核定權責機關學校依事實調查或依有關機關之鑑定報告辦理。</p>	
---	---	--

公務人員保障暨培訓委員會委託研究計畫

期末報告審查意見紀錄及回應

計畫名稱：公務人員保障法實體保障項目之檢討與發展

時間：民國九十二年十二月二十日（星期四）下午二時三十分

地點：本會七樓第一會議室

主席：沈副主任委員昆興

出席人員：

一、公務人員保障暨培訓委員會：

陳委員淞山、程委員明修、林委員昱梅、邱委員國昌、劉委員榮輝、
李處長俊生

二、研究團隊：

盛副教授子龍、張助理教授桐銳、張志偉律師、顏助理瑞彥

壹、審查意見

保障處李處長：

- 一、期末報告第 33 頁，有關情節重大之不確定法律概念有用事前預測的模式來區隔，但事前預測比較充滿不確定性，用此方式區隔，在實務上是否會產生認定上的困擾？
- 二、有關慰問金部分，第 123 頁有提到把慰問金發給的對象放寬，但早期的慰問金發給要點之規定已將機關內所有同仁規定在內，因此雖然在保障法制定時已明定其對象，但在慰問金發給辦法內將這些人員列為可以比照辦理，是基於立法經濟的考量。期末報告內的建議是否反而會造成：雖非保障法對象之人員，但因為慰問金發給之規定而要求依保障法之規定來處理救濟之困擾？
- 三、慰問金內，有關「因公」之解釋範圍，研究團隊認為希望能以執行職務為考量，而不考慮時間地點等因素。原則上，慰問金的發給與撫卹金之發給是有區隔的，在慰問金發給辦法有列舉三款之規定，其並非限制其時間地點等因素，其目的應該只是提供各機關有統一之認定依據。當然這樣的規定是否恰當，或許仍有探討之空間；但若單純以執行職務來處理，是否會有間接因素影響處理的難度。

程委員：

- 一、第一章節，提到有關「停職」的制度，團隊有處理到在公懲法第三條所提到的停職，到底是「當然停職」還是「應然停職」？是否有必要再把任用法第二十八條的問題一併納入考慮？因為大概這裡面的當然停職事由恐怕也就構成了當然免職，那當然免職又加上當然停職，機關在為當然停職、或是免職處分時，多數的法律行為會有重疊，那到底是什麼樣的性質，若團隊在這邊有要處理這樣的議題時，可一併納入考量。這樣對於當然停職的法律行為的屬性判斷也許會有幫助。

有關停職判斷時的「情節重大」，剛才處長有提出有關預測性判斷的部分可能會有難度，我亦支持這樣的看法，至少這裡應有明確可知操作的點，應朝哪個方向去做權衡。而對於涉及到判斷餘地的問題點，從文章內第 31 頁以下的討論，不是很清楚的感覺到團隊對於我國實務見解有關判斷餘地的操作是說，認定為不確定法律概念中可以承認為判斷餘地的範疇，行政法院在這邊的見解是不介入呢？還是即使如此，行政法院在情節是否重大的判斷上仍有介入？我的想法是從最後實質結果來看，到底行政法院

有無介入機關有關情節重大之判準，團隊認為沒有判斷餘地，可推測的想法應該是容許行政法院在這個問題的判斷上面應該可以介入，或如同高等行政法院的見解，至少要朝這個方向去解釋，不能沒有界限。這部分支持研究團隊所提出的建議。

草案條文內有關「停職」的部分，今天所補充的對於草案第十條的建議修正版本，我也支持團隊之建議。不過前提是要先把當然停職處分的問題解決，才能有乙案的對案結果。對於十一條第二項的部分：如果違法停職處分經撤銷之後，公務員在復職報到之前仍視為停職，這邊仍有一個「仍視為停職」，不過在復職報到之後，可溯及既往回復其權利，已將視為停職的空間補充了，故支持團隊的建議。

二、 第二部分，有關於公務人員之前的法律問題，因為此處涉及機關裁撤或民營化之後可能產生的問題，不管所採用之模式，均有很大可能性。像剛才張老師所提出的，若真的借用德國的派遣模式，或是委託模式等等，在保障法中若要將這類問題做統一的規範，有一定的難度。我自己在處理民營化的議題時，認為這大概要在民營化的結果法上面去處理，也就是比較具體的，像德國法上有關郵電人員在郵電組織民營化之後，用相對的特別法去處理人事問題，在我們的保障法中，在很多種分歧，例如張教授針對兩個不同組織，中油與榮工之做法可能出現不同的結果，在保障法中是否有辦法用單一法規或單一條文去處理比較複雜的民營化的類型或機關組織裁撤調整的類型，我對於保障法的承受的能耐有懷疑。

三、 在研究報告中提出有關因公涉訟輔助制度法規範之間關係，團隊的看法是認為保障法與輔助辦法，有行政命令與法律，對於行政命令部分的規定給予蠻大的違反法律保留的質疑，但我個人看法認為，它並非一個侵益性的法規範，而是授益性的法規範，雖團隊在這指出其是屬於給付性但可能涉及公益或是屬於重大影響的規範事項，故仍應以法律保留為主。但這個判斷我仍覺得用這個看法直接導出輔助辦法本身的規定違反法律保留，我認為不太具有說服力，目前的輔助辦法就法位階來看，我認為還可以。在具體內容的部分，在處理有關涉訟輔助辦法時，往往大量比較援引國家賠償法當中的相關規定，團隊見解認為不應該如此，應該有所切割，例如在求償權的判斷上，對於國賠法的求償權必須限於公務員有重大故意過失，我們這邊把重大過失刪除，主要考量是司法人員檢察官這一部分，因為司法人員檢察官所犯之職務上之罪，大概不太可能有過失犯，應該都是故意

犯，因此做這樣的處理。這樣的處理對於因為司法人員的特殊性而做這麼大的調整，國賠法上其實是分兩段處理。我最近在接觸國賠法的修法時，仍保留這樣的做法，在求償權部分，對於司法人員這裡，明文規定故意，不會有過失，因此對於求償部分如此特別規定。在國賠法有這特殊性考量，在因公涉訟的輔助辦法內，是否應一反國賠法的處理方式，我是質疑的。

四、 針對團隊第 109 頁所提出的試擬條文提出文字上的建議：

1. 第 110 頁第二十二條修正：第四項提出有關授權，一般比較少在授權的部分將命令辦法指明出來，通常由考試院會同行政院訂定之，留給行政機關在行政命令的制定裁量。
2. 第二十二條之三：借用法律扶助法的精神試擬此條，我的初步看法認為法律扶助法的輔助對象可能涉及到訴訟的原告、被告，可能有這兩種情形，都可能提供其訴訟的扶助；但是在因公涉訟的輔助上比較可能是公務員列被告的情況，故在此將法律扶助法之「有無勝訴或顯無理由有勝訴之可能者排除」，在法律扶助法的立法原則是避免濫訴，這精神放在公務人員因公涉訟輔助上有無等同性，抱持質疑態度。
3. 115 頁，第十三條之二，剛才口頭報告未聽見團隊說明，第一項：為了防止重大損害或急迫的危險而有必要時得申請為暫時性的訴訟輔助。這個推測團隊的精神是：不管有沒有，反正現在訴訟在進行，他有需要，所以先核定，之後再來看看是否符合訴訟的要件，若不符合，就衍生之後求償的問題，是否有公法上的不當得利？或衍生出後續較難以處理的問題。如果只當成類似訴訟上暫時性權利保護的話，其實也不是很明確，怎麼去判斷這裡有如同在假處分時或暫時性權利保護時，如何去操作這個條文，我覺得這個地方會衍生出的制度性問題還蠻大的。

林委員：

第 31 頁：就情節重大有無判斷餘地的問題，提供一個資訊，昨天聽到林明鏘教授提出 96 年北高行判決，法官針對檢察官喝花酒之情形認定並非情節重大，他用判決指出，在情節重大的部分其實法院是有審查，也就是不承認有判斷餘地的情況。

針對停職的部分，補充資料內，第十條之一，建議新增的規定，基於重大

職務上的理由去暫時限制公務員從事職務的行為，在這個地方想請教，因為在立法說明第三點有提到重大職務上理由不以公務員涉違法失職影響職務上重大利益為限。若這裡不以之為限的話，那第十一條之一與公懲法第四條第二項之關連性如何，在公懲法第四條第二項也有情節重大，那與所謂重大職務上理由是否有區隔？還是在第十一條之一是較廣義的概念，其與第四條第二項的關連性或要件上之問題是否可以做個釐清。

另於第十一條之一第三項在暫時限制公務員從事職務之期間，公務員之其他權利義務不受影響，衍生問題，在其他權利義務不受影響之狀況，因為是在只有暫時限制他，所以當事人對於暫時停止其從事職務之行為的保障要採取什麼程序？是申訴再申訴？還是覆審程序？我是想到這個問題，但這問題與建議新增條文是無關的。

第 2 頁建議修正第十一條第二項，研究團隊採取乙案看法，個人深感認同。

建議修正第十一條第二項之具體條文，提到應溯及既往回復其因停職而受影響之一切權利，這裡溯及既往回復，有些是無法回復的，比如無法在那段期間任職，會影響其考績，在這裡服公職若是其權利，則其考績會受相當不利之影響。

第 3 頁，建議增設第十一條之一，依照現行的俸給法，或是研究團隊建議的條文：「停職期間，應核發半數的本俸」，但是有一種停職是免職確定前的先行停職，像這種比如因貪污，因涉案情節重大免職，照道理講，依納稅義務人的觀點看，這種免職先行停職的人，應該先給他薪水嗎？我們用保障的觀點看當然會想說要給他薪水，但如果從納稅義務人的觀點，這種人早就應該把他從公法上的職務關係拉出來了，這時候還為了保障他而給他我們辛苦賺來的納稅錢來保障這些人的生活，這是一個反向的思考。我們在俸給法的「得」字，當初就有討論他是不是一個裁量的問題，提供給研究團隊思考的問題。子女所需的照顧，我倒認為在但書的地方或用列舉的方式或用多給一些比例，不一定就直接用本俸，這樣比較沒有彈性。

補充資料內建議條文，衍伸思考，在最後有一段：各機關空缺之預算員額應該保留于適任之資遣人員，在這裡要想一下「各機關」是什麼？再思考像這種暫時退休或是所謂資遣的條件是什麼？比如說發給他一些資遣費等等，以及

將來會產生的問題，保留給這些資遣人員，年資的計算以及銜接的問題，都是可以再進一步思考的。比如「應」保留的「應」字，在這裡又加上「適任」表示機關還是可以去挑選所謂的資遣人員，那到底要挑選誰？誰先誰後？那保留空缺的情況是要等到全部的資遣人員全部用進來之後再補新的呢？或是如何適用？否則公務員看到「應」字，會認為他就有請求權。

涉訟輔助的部分，第 109 頁，第二十二條第一項，在延聘律師的部分詳細地列舉出來，包括和解、調解、文書代撰等等之類，這是否要與第二項配合，看案件事實複雜程度決定輔助之種類與內容，我們現在是用每一審來計算固定額度，其實是較有彈性的，可以考量。第三項故意重大過失部分與陳委員意見一致，重大過失的部分，若單純因為此概念比較少用或是如何認定有困難就拿掉，可能理由上比較不充分，因故意重大過失在民法也有，所以不能事先免除，令行政程序法內亦有重大過失的概念，所以若因為這理由，那所有與故意或重大過失有關的或是故意或重大過失這個概念不應該出現在任何條文裡面。

國賠法的規定與公務員求償的規定，為什麼公務員涉訟輔助要與國賠法不一樣？理由上可能要加強。

第 111 頁第二十二條之三，一開始亦想到公務員涉訟輔助的部分大部分是被告的狀況，是不得以的，所以要申請涉訟輔助。比較具體的是看到第二款提到勝訴所可能獲得的利益小於訴訟費用及律師報酬，這利益的部分在形式上要如何計算？要再思考。

慰問金部分，因果關係確實是很大的問題，在慰問金發給辦法裡是直接明白就講直接因果關係，撫卹法反而沒有那麼明顯，慰問金發給辦法就把直接因果關係做為發給慰問金的要件，這裡因果關係的確是可以探討。

在第 122 頁~123 頁之間，在 123 頁建議，發給辦法第十條，建議「雖非公務人員保障法的保障對象，然因執行公務有受傷殘廢死亡的話，亦得依本辦法請求慰問金。」這結構與原來的比照，反而認為比照的話比較可以守住保障法與慰問金發給辦法的不同，仍可自圓其說，若用直接依本辦法請求慰問金的話，會不會在對象方面更加模糊。

第 127 頁執行職務的部分，剛開始想到執行職務是一個比較正確的概念沒有錯，但在實務上適用會有困擾，有沒有一種可能性是像剛剛研究團隊講的，典型的就直接列舉？甚至在辦法就列舉，不一定在要點列舉，再用概括條款，比如當事人可以證明他是執行職務其他的狀況，這種方式是否比執行職務做為唯一的要件來得具體？

劉委員：

保障法可容納的內容有限，有些很重要的事項都是在個別的作用法，比如考績法、俸給法，看看保障法第一章總則、第二章實體保障、第三章覆審程序、第四章申訴及再申訴程序、第五章調處程序、第六章執行、第七章再審議、第八章附則，所以大概空間有限，有一些建議的東西倒未必是在保障法裡面，例如剛才建議修正政策建議的試擬條文的保障法第十一條第二項，剛剛林委員有講到，在原來的條文還要有一個後段「其辦理復職報到或應溯及既往回復其因停職而影響其權利，因上週我們這個委員會議有提到一個案子，有個海關人員因案被起訴，一二審判有罪，第三審後來判無罪，無罪以後他要求不辦考績，例如從 89 年開始的，裡面還有一個案子被行政法院撤銷，他說你怎麼可以兩天以內補辦五年的考績，原來像這種時效，原本被打在丙等以上時，現在都循申訴再申訴的程序辦理，只有在打丁等時走覆審，在最高行政法院第二庭時撤銷，像這種事項是不是權利重大的事項，是否可以走覆審或用兩天以內決定五年的考績？所以現在考績丙等的人員，最近幾年向我們提起再申訴的案子還不少，為什麼會引起他提起這個案子，因他原先的涉案的刑案已經被判無罪，然後可能高等或最高行政法院把原先停職的處分撤銷，那一撤銷就會回復像我們條文「應溯及既往回復其因停職所影響之權利」，那研究團隊不知有無解釋過所謂一切權利是指什麼？那保障法用這個條文的話適不適當？例如考績、俸給，二甲(兩年考績均甲等)升一個職等、兩乙一甲(兩年考績乙等、一年甲等)三年升一職等，一切的前提是包括這些嗎？如果是都包括這些適不適合保障法？或者應該回歸任用法、俸給法、考績法？所以這些條文適不適合在我們這邊(保障法)做？或者他所包括的範圍有多廣？

第 114 頁關於修正輔助辦法第十三條，有一些不是很理解：各機關辦理涉

訟輔助申請時應設涉訟輔助決定審議委員會，組成人員以具有法制專長者為限為原則，訴願審議委員會委員由本機關人事、政風、法制及約聘(學)專家擔任之，這個前面是一個涉訟輔助決定審議委員會，到底下變成訴願審議委員會，這個訴願審議委員會跟這個是不是一回事？或是不是有所不同？

陳委員：

- 一、 第 114 頁因公涉訟第十三條文字有誤，訴願審議委員會應該都做修改，但原本第十三條裡，包括組成人員、包括該涉訟業務單位這個部分應該是個蠻重要的考慮，似乎在新修正條文的建議內應該亦納入。加上社會公證人士、專家學者，這個我們都同意。更重要的是，因公涉訟輔助辦法部分內，若是按照這樣體例內容規範的話，在保障法內規定將近四個比較大的條文做規定，在整個體例上似乎比較繁雜，所以我認為在研究報告內已有建議的部分，把他法制化、用法律規定是比較適當的，把他用條文整合起來另獨立一個法可能是比較好的立法方式。
- 二、 另外公務人員因公傷殘死亡慰問金發給辦法這是有比較大的問題，案例上必須做一些整理，主要是有兩個撤銷銓敘部人事行政局的一些不同看法的案子，一個是交通部的案子、一個是原住民委員會的案子。交通部的案例是：交通部裡面一個女性專門委員到中華電信南區訓練所上課，出公差做法制宣傳的教育，中午吃飯時間在訓練中心的 BOT 餐廳酒精燈爆炸，結果她被大量灼傷，交通部長去看她時給她四萬元慰問金，後來當事人出院後已是半殘廢，故請求六十萬半殘慰問金，後來慰問金不但沒拿到，四萬元還被追繳回去，因為不屬於因公的範圍。這案例是一個很典型的條文原來解釋到這樣的結果，所謂的公差遇險，最後是排除這種情況，這是用表決翻案的，表決不代表是正義，也不代表法律上是正確的，但是表決翻案成功的案例。但是翻案成功並不代表我們(保訓會)就一定站得住腳，法律見解與情感上的落差是有一些問題的。後來發展到原住民委員會第二個案例發生的時候，這個案子幾乎也是如果沒有互相退讓的話也是表決，那表決的話大概也是和第一個案子一樣，把現在銓敘部所寫的一些看法、函示全部都推翻掉，可能研究團隊所寫的意見幾乎是我們否定的意見，但是

當時我們是互相退讓，把整個客觀環境，整個解釋成當天的那種：颱風剛過，晚上兩三點走中橫，要去花蓮開會把他解釋成一個危險的客觀環境，因為人事局銓敘部的要求第一個要有危險事故、第二個要有外力因素，當事人的家屬(遺屬)要證明有外力因素的積極證據證明說有落石打下來或者在山谷的路上被什麼外力所造成的，那家屬怎麼證明？就被這兩個見解給否定了，一個是外力、一個是危險事故，那這個危險事故是不是妥當？照你們寫的一些看法就是按照銓敘部的函示的看法，可是我們大多數委員是推翻這個看法的，當然後來是折衷的，把整個情況解釋成還符合人事局與銓敘部的危險事故的看法，所以這個案子我們互相接受，還給他遺屬這一筆錢，但是事實上我們與人事局、銓敘部是不同見解的，當然是有折衷的結果，所以在判決書裡面的法律文字上可以看到一些比較刻意雕琢的文字，因為我們沒辦法推翻，但是他們也接受我們的意見，互相接受不用表決而通過的案例。表示這個部分在法律文字上是有值得探討的地方，因為他所說的外力因素，我們認為外力因素是與內在疾病在做區隔，不是你要去證明一定要有外力造成，如果要你證明外力所造成的，你在開中橫的時候，發現已經閃避不及時，就要把對方撞上去而不是自己開到山谷下，把損害減到最低，那樣的法律解釋結果是極端的結果，所以我認為銓敘部的函示是有問題的，所以我們與他們的見解是不同的。到第三個案例，第三個案例跟這兩個案例沒有關，但是又是有關的，那個就是最後一個因公撫卹的案例，因為公務人員撫卹法裡面對因公撫卹有比較高額度撫卹金的，所以這兩個字「因公」也就造成一些問題，第一個問題是在因公的定義裡面，把猝發疾病納入了，所以用解釋把猝發疾病納入放寬所謂的「因公」，這就造成另一問題，他用施行細則把因公撫卹的情況定位成當場死亡、送醫之間不治死亡、送至醫院住院不間斷沒有回家沒有到任何地方去看診，就在那個醫院過幾天死亡，如果你中途回家拿健保卡的話就表示你不是那種猝發疾病、不是危急到那種地步，所以變成在施行細則內用明文從嚴解釋，所以一方面放寬不必要的猝發疾病構成因公撫卹，本來猝發疾病就不是因公撫卹，卻把他放寬了，然後又再施行細則裡面把他綁住，另一種不合理的現象。所以也造成我們在處理案子上面，另外一個台南縣警察局案例對於因公撫卹施行細則的看法，造成我們跟主管機關銓敘部的看法不同。所以這樣的情況造成我們對於因公撫卹與因公受傷殘廢死亡慰問金又牽連上了。到現在銓敘部還在怪罪我們當初那個案例所採取的看法是錯誤的，所以那個錯誤會導致更多麻煩、更多後遺症。

所以在這十天之內是否可以幫我們解決問題、提供一些思考的方式，因為我有看到一些問題是可以定位的，包括在辦公場所發生意外，若是「因公」執行職務的範圍產生的意外受傷殘廢死亡才屬於「因公」慰問金

發給辦法的範圍，事實上在辦公場所發生的意外很多不是因公、很多跟執行職務沒有關，你可能上廁所天花板掉下來打到你，或者在辦公室上班，突然一個瘋子跑進來亂砍，你就被砍死了，這些很多跟因公沒有關係，是跟意外有關係的，這些所謂辦公場所發生意外是不是一定要執行職務、一定要因為處理公務而發生意外？為什麼當時會有這個第三款這樣的規定出來，他已經擴張了因公受傷殘廢死亡的範圍了，這樣的擴張，有沒有必要、合不合理？事實上也是可以思考的問題，那第一款、第二款當然是屬於執行職務的範圍沒有錯，廣義跟狹義問題而已，第三款基本上我不認為他一定是執行職務的範圍，所以這部分定位上面可以思考一下。

貳、審查意見回應：

一、有關停職復職部分審查意見回應

1. 有關公務員懲戒法第三條部分當然停職已經在內文及註釋作補充論述。
2. 研究計畫對有關公務員懲戒法第四條第二項「重大情節」之具體化標準雖仍有模糊，但至少指出一個解釋衡量的方向，可以作為進一步具體化的基礎。
3. 有關在「重大情節」是否承認判斷授權對司法審查密度之影響已經在內文作補充論述。
4. 暫時限制執行職務制度係參考德國強制休假制度而定。其一方面可用在處理公務員涉嫌違法失職的案型，亦即可以作為停職處分之前置措施，爭取調查時間並避免職務上重大利益受損害。另一方面其功能亦可用在處理非屬公務員違法失職，但有暫時使公務員限制執行職務之必要的情形，例如公務員與同事長官發生嚴重衝突或精神有障礙等情形，可以暫時限制執行職務作為暫時應變措施。
5. 受停職處分之公務人員，其停職處分即使經撤銷者，有關考績補辦因受公務人員考績法施行細則第二十四條規定限制，屬於無法溯及既往回復之權利。也正因如此，停職處分之暫時權利保護更顯其重要。
6. 國家對公務員有生活照顧之義務，即使是在停職期間亦然。蓋公務員在停職期間，不僅是不得執行職務，其公務員身份仍在，仍負有遵守公務員法上

各項義務，包括不得兼職義務，故國家仍應給予一定生活照顧。若完全停發本俸，將侵害公務員照顧請求權之核心。故研究團隊認為於停職期間，仍「應」核發給半數之本俸。而非僅是「得」為規定。至於公務員違法失職情節重大且事證明確足以確認者，建議增設得酌予以調降之規定，以求衡平。

二、有關公務人員資遣部分審查意見回應

1. 要在保障法內對民營化做統一規定不合適，對於民營化的部分恐怕每個民營化的案例單獨立法會比較好，例如中華電信就有中華電信組織條例，保障法也不易做統一性之規劃。榮工處的問題是因為根本沒規定，太多東西是用實際上的定理的形式在做，就會產生許多問題。至於公務人員任用法第二十九條，原先的制定跟民營化就無關，在解釋上亦應盡量與民營化脫勾，使之單純化，其所規劃就是單純行政機關本身的組織變更、業務緊縮等等，而非民營化，因為民營化有其自己的問題，所以第二十九條是無法規範到那邊的。若用到民營化的話，反而會製造問題。

2. 關於受資遣公務人員再任公務人員，其資遣費之處理，公務人員退休法草案第 8 條第 2 項已有明文規定。惟應如何辦理將空缺保留予資遣之公務人員，以及涉及之法律關係應如何處理，還有待審慎考慮，故雖建議考慮引進，但在現階段，原試擬立法建議刪除。

三、公務人員涉訟輔助部分

1. 就法律保留與授權明確性問題，主要係由於現行公務人員保障法第 22 條第 3 項形式上雖有授權依據，然其實質上仍屬概括授權；且此一制度事涉輔助制度範圍廣狹、所需經費等相關公益要求，宜加強其授權明確之要求。另一方面，如全由輔助辦法定之，則有若干子法逾越母法之嫌。

2. 就重大過失部份，求償權之規定是否仍有維持之必要，以配合國家賠償法之體例，已參照審查意見修正，並於修正試擬條文與內文中做適當說明。

3. 就第二十二條之三第一款事由，研究團隊初步仍認為或有其必要，蓋涉訟之情形不一，公務員在特定情況下亦可為原告，例如主張人民對其侮辱、或為民

事車禍求償等，或有公務員濫行訴訟之虞（如顯不構成侮辱等刑事犯罪），而有明文限制之必要，留待個案認定。而第二款事由，主要則是指涉民事訴訟等情事，而非針對刑事程序。

4. 輔助辦法試擬條文第十三條中已參照審查意見修正，並調整文字用語。

5. 第十三條之二處，有關暫時性涉訟輔助已參照審查意見刪除，個案若有需要者，亦回歸行政救濟體系之暫時權利保障制度為之。

四、公務員慰問金部分

1. 有關公務員慰問金主體部分建議已參照審查意見修改。

2. 現行規定之立法體例在適用上可能產生誤解，公差遇險及在辦公場所發生意外，仍應以因執行職務發生意外為要件，否則不符合「因公受傷、殘廢、死亡」之文義及慰問金之規範功能。

3. 按慰問金制度設置乃是在鼓勵公務員勇於任事，對其因執行職務所生意外，給予特別之照顧。只要執行職務與所生意外事故有相當因果關係，而其受傷、殘廢或死亡又與意外事故亦有相當因果關係者，已屬執行職務之典型風險，值得國家透過慰問金給予照顧。有關直接因果關係之限制規定，將符合兩階段因果關係之案型排除在慰問金適用範圍之外，不符合設置慰問金之規範功能，爰建議刪除。