

4.陞遷決定之法律性質

4.1.管理措施 v.s.不利處分

根據保障法第 77 條之規定，公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。歷來保訓會的見解認為，除屬復審範圍之事項外，機關為達行政目的所為之作為或不作為，其有具體事實存在者，均屬管理措施之範疇，如機關長官或主管所為不同區域職務之調任、工作指派、不改變公務人員身分關係之記過、申誡懲處、考績評定或機關長官所發之職務命令均屬之¹。由此立場可知，保障法上作為申訴程序標的之管理措施，保訓會是將之限縮在「有『具體』事實存在之管理措施」，一般抽象之管理行為並不屬之²；同時也將公務員懲處甚至有可能可以將懲戒³之不利處分包含在內。例如因公務員違反公務員服務法或各機關單位

1 例如保訓會（94）公審決字第 0176 號決定（「莊震隆案」）。

2 例如保訓會（90）公申決字第 0190 號決定（「吳台生案」）。

3 根據現行公務員懲戒法第 9 條第 3 項之規定，九職等或相當於九職等以下公務員之記過與申誡，得逕由主管長官行之。理論上而言，主管機關得不經過公務員懲戒委員會，直接對此類公務員逕自作成記過或申誡之懲戒處分。在目前公務人員考績法復規定，主管長官得對公務人員為免職、記大過、記過、申誡等實質意義為懲戒處分之懲處處分情況下，姑不論實務上，主管機關是否依懲戒法作成此類懲戒處分，在本法中，針對此類懲戒處分並無任何法律救濟途徑之設計（參考，高愈杰，「論公務員懲戒制度一元化之建構 - 以司法院大法官解釋為核心」，司法院，公務員懲戒制度相關論文彙編，2004.12，頁 272）。雖然大法官解釋在釋字第 298 號與第 491 號解釋中指出，憲法第 77 條雖規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒」，可知司法院為公務員懲戒之最高機關。但並非指國家對公務員懲戒權之行使，一律均應由司法院直接掌理。公務員之懲戒乃國家對其違法、失職行為之制裁，此項懲戒為維持長官監督權所必要，自得視懲戒處分之性質，於合理範圍內，以法律規定由長官為之。因此，不論在懲戒法中或考績法中，規定由主管機關行使對於公務員之懲戒權，基本上應可接受。但是，針對主管長官所為之懲戒處分如何設計其救濟的途徑，則仍隱晦不明。這不僅指強度嚴重至改變公務員身份關係的免職處分，即或強度最為輕微的記過或申誡處分亦然。

所定之特別規則，依「公務員考績法」規定，予以記大過、記過、申誡等處分均屬之。

4.2.不利處分 v.s.行政處分

根據保障法第 25 條規定，公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。這種撤銷類型的復審程序標的，依保訓會歷來的解釋，此所稱行政處分，除參照行政程序法第 92 條第 1 項規定，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為外，依司法院歷次相關解釋意旨，尚以足以改變公務人員身分關係，或於公務人員權利有重大影響，或基於公務人員身分所產生之公法上財產請求權遭受侵害等事項，為得提起復審之範圍⁴。因此對於公務人員所為之不利處分，倘若對於公務人員權利產生重大影響時，亦得作為復審程序標的。

另根據保障法第 26 條規定，公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起復審。這是一種課予義務的復審類型。保訓會的立場似乎也將行政機關應作為的形式，

如果我們將主管長官所為之記過或申誡之懲戒處分對比考績法上平時考核之記大過、記過、申誡等處分，後者在不擴大公務員保障法第 25 條復審救濟標的範圍的前提下，或許可以容許公務人員提起第 77 條之申訴與再申訴的救濟。但是可能因為實務上始終囿於「懲戒、懲處不同，可並行，不可混用」之形式論理，不許記過或申誡之懲戒處分利用屬於懲處之申訴與再申訴救濟途徑。受懲戒處分之公務員，除有懲戒法第 33 條再審議情事外，幾無救濟機會。不過實務上，事實上也幾未見有長官依懲戒法對所屬九職等以下公務員為記過或申誡者。懲戒法第 9 條第 3 項雖仍為有效規定，但已幾乎形成具文（參考，湯德宗，「論公務人員不利人事處分的正當程序」，同作者，行政程序法論，2003，2 版，頁 348 以下）。目前保訓會似亦尚無受理而作成申訴決定之例。

4 例如保訓會（94）公審決字第 0176 號決定（「莊震隆案」）。

限於作成行政處分。換言之，行政機關受理作成行政處分之申請後，於法定期間內應作為而不作為，公務人員亦得提起復審救濟⁵。

4.3.行政處分 v.s.附第三人效力之行政處分

由於保障法救濟體系的二元區分，管理措施與行政處分的認定成了最重要的救濟先決條件。實務上一般將管理措施涵蓋對於公務人員所為之不利處分。同時又將行政處分的概念外延超過行政程序法第 92 條第 1 項定義之行政處分概念。如此兩邊夾擊的結果，使得原本不易界分的這兩個概念界線更加模糊。

過去囿於特別權力關係之理論，幾乎全盤否定行政機關內部管理措施會是發生「權利」作用的行為，更遑論將之理解為行政處分。但所幸實務上自大法官解釋釋字第 187 號解釋以降，逐步承認公務員的權利地位，突破特別權力關係理論後，更在釋字第 243 號解釋中，接受所謂經營關係與基礎關係的區分，認為行政機關對於公務員所為之不利處分應據此分別論斷其法律救濟之可能性。倘若直接影響其憲法所保障之服公職權利，已經造成公務員之基礎關係變動，受處分之公務員自得行使憲法第 16 條訴願及訴訟之權，方符有權利即有救濟之法理。但是若僅屬於經營關係下之管理措施，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，仍不許其以訴訟請求救濟。其後，大法官更在釋字第 298 號解釋中，放棄基礎關係與經營關係之區分方式，主張關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之不利處分，受處分人均得向司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法加以審查，以資救濟。由於彼時行政訴訟僅撤銷訴訟一類，其訴訟之程序標的有僅限於行政處分，故而會讓我們反推認

⁵ 例如保訓會（93）公審決字第 0138 號決定（「林華彥案」）。

定這些足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之不利處分即為行政處分。一時之間，對於公務員是否有重大影響的浮動游標，反成為決定行政處分的要素是否具備的最重要客觀基準。果如此，行政處分的判斷發生相對化的現象⁶，並不足為奇。

對於此一問題，李建良教授在檢討公務人員保障法復審標的範圍的大作⁷中，有令人深省的回應。李教授在本文中首先就公務人員保障法第 25 條（舊第 18 條）中「行政處分」規定之意涵加以詮釋。學說與實務上對於本法之規定是否與訴願法第 3 條第 1 項有關行政處分之定義內容相同，依李教授之見，略有認為本法既無規定，自應從訴願法規定者⁸；以及有認為兩法規定有別，其內涵應參酌歷來大法官解釋與行政法院裁判見解者⁹。但李教授認為，這兩種看法似異而實同。作為複審標的的「行政處分」必須符合（一）須為行政機關之行為、（二）須為行政機關之公法行為、（三）須為行政機關之單方行為、（四）須針對具體事件之行政行為、（五）須對外直接發生法律效果、（六）須為行政機關之決定或公權利措施等特徵方屬之。而在公務員勤務關係下，服務機關對於公務員之行為，尤以是否具備「須對外直接發生法律效果」之要素最難判斷。李教授在此讚許大法官解釋中，建構出以「對於公務員權益有重大影響」作為

6 「行政處分相對化」的概念，參考，程明修，「針對地方自治『內部法律關係』與『外部法律關係』監督措施之行政訴訟」，同作者，行政法之行為與法律關係理論，2005.2，頁 380 以下。

7 參考，李建良，「公務人員保障法及申訴標的之探討」，月旦法學雜誌第 90 期，2002.11，頁 112 以下。

8 例如，林明鏘，「公務人員複審與訴願程序之比較研究」，公務員法研究（一），2000.3，頁 231；陳敏，行政法總論，2004.11，4 版，頁 1090。

9 依李教授文中說明，此為實務上所採，見之於公務人員保障暨培訓委員會 86 公保字第 0538 號函，引自，李建良，[前揭文\(註 20\)](#)，頁 121 註 69。

認定行政處分之基礎，突破特別權力關係不具「外部效力」之藩籬¹⁰。李教授在文後，並以法官免兼庭長職務的決定為例印證說明。在此李教授一方面接受如德國學界普遍的看法，認為行政處分特徵中有關是否「直接發生法律上對外效力」的判準，應從客觀規範內容的目標設定，而非取決於該措施的事實上效應¹¹。若公務員的職務調動，雖在同一機關之內，且未改變職等或職系，其若影響到公務員的權益者，為行政處分。而是否影響公務員的權益，則須從系爭決定的規範內容，並參酌相關規定及事實綜合判斷之。此時應依其客觀的內涵，審究其是否僅是機關內部的職務調整，抑或以形成改變公務員個人權利地位為目的，至於「事實上」的效應，非在考慮之列。而對於法官免兼庭長之決定，李教授進一步認為，「庭長」乃法院組織法及行政法院組織法所明定的職位（「法定職位」），而非司法行政機關本於其組織權限所設置。而在晉敘的起點上，庭長亦較一般法官為高。再者，庭長一職通常被視為一種榮譽職，庭長職位的免除，對當事人之外在觀瞻，難免影響。基於以上理由，應屬行政處分¹²。

對於李教授的主張，許宗力大法官則呼應指出，對於公務員權益的重大影響，在行政處分的判斷上，比起公務員身分是否因而改變的判準，具有較關鍵的地位。而所謂的「權益」重大影響，並不限於財產權的重大影響。以法官免兼庭長的決定而言，應該還包括憲法保障的名譽基本權。許大法官並引大法官釋字第 187 號解釋對照，在此號解釋中不論金額大小，只要涉及對於公務員的公

¹⁰ 參考，李建良，[前揭文\(註 20\)](#)，頁 121。

¹¹ Vgl. Eberhard Schwerdtner, Die Weisung - innerdienstlicher Rechtsakt oder anfechtbarer Verwaltungsakt?, VBlBW 1996, 209. 另亦有學者如艾立森，改以所涉及之法規範是否賦予公務員主觀權利，以及所涉之職務措施是否將公務員當作一個獨立權利主體而影響其權利或義務，來認定外部效果的存在與否。Vgl. Hans-Uwe Erichsen, Die Umsetzung von Beamten, DVBl. 1982, 98.

¹² 參考，李建良，[前揭文\(註 20\)](#)，頁 138 以下。

法上財產權的決定均屬行政處分，否定涉及名譽權的免兼庭長決定為行政處分的看法，似乎並不公平。因此如果可以名譽權來作為判斷的話，對於過去同屬特別權利關係下之學生的「記過」處分，也應該認為是一個行政處分，至於對於學生之「警告、申誡」，則只是對於學生名譽權微不足道的輕微干預¹³。

對於學者們之見解，似乎有進一步說明之必要。首先應該肯定的是，複審標的之行政處分的判斷，應該與訴願法第 3 條第 1 項，甚至行政程序法第 92 條第 1 項的定義無異。不過是不是跟大法官解釋的認定絕對吻合，一如李教授前文所指，兩者間似異而實同，本文仍有質疑。因為根據訴願法第 3 條第 1 項或行政程序法第 92 條第 1 項的定義，在公務員法上，行政處分的判斷的確如李教授前文所稱，以是否發生「對外直接法律效果」的認定最具爭議。但是不論大法官的解釋或者如前揭學者之主張，似乎都傾向認同以「是否對於公務員權益重大影響」取代此一要素的判斷。所以在公務員法上，行政處分的定義，其實會被理解成「**行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力之措施而『對公務員造成重大權益影響』之單方法律行為**」。這一個意義上的轉折，使得原本行政處分定義中「外部性」與「直接法效性」的判斷一次被取代掉。但是我們如果仔細思考，是否對於公務員權益發生重大影響，也必須再區分三個層面判斷。第一，必須涉及公務員「權益」，第二是這個權益受到影響，第三這個影響必須「重大」。前者的思考與行政處分具備法效性的思考似乎類似，行政處分的法律效果，客觀上必須是對於公務員法律上的地位造成影響。這必須「從系爭決定的規範內容，並參酌相關規定及事實綜合判斷之」，以類似保護規範

13 公務人員保障暨培訓委員會主辦，「公務人員保障法制」研討會，2002.6.28，許宗力大法官之發言，月旦法學雜誌第 90 期，2002.11，頁 170 以下。

理論的理解方式加以判斷，當可接受。所以在法官免兼庭長的決定上，客觀上去解釋相關法規上對於「庭長」一職的規定具有賦予其特定法律上地位的操作方式，固可接受。但是即使如李教授所論，「庭長一職在整個法官公務生涯上，較之通常法官具有較高的職等¹⁴」，這是否即為法律上欲加以保護之地位，仍有疑問。同時免兼庭長的決定是否對於這個法律上的地位給予任何的形成或確認的影響，似乎並未發生。以此即推論該決定為行政處分，恐怕還是值得斟酌。就第二點而言，前述論者之處理方式並無法完全涵蓋行政處分作為一種具有規制效果的公法上意思表示，在主觀面上，應該強調的法效意思，或者行政機關或主管長官作成該處分之主觀目的性¹⁵。

至於許宗力大法官的立場，則是直接以基本權理論的論述（李教授亦兼採之），主張對於法官免兼庭長的決定直接影響到法官的隱私權，因此即認定該決定為行政處分。許大法官的說法其實也只是回答了此時該決定對於法官是否有「權益」影響，其進一步直接援引基本權作為請求權，承認所謂「基本權在規範外的效力（*normexterne Wirkung*）」而已¹⁶。姑且不論方法論的問題，我們也承認所謂的權益重大影響，並不限於財產權的重大影響，而應該還包括憲法保障的名譽基本權。只是權益受侵害與否跟造成權益侵害的公權力行為是否為行政處分並非同一問題。

本文在此否定涉及名譽權的免兼庭長決定為行政處分。其之所以不被認定為行政處分的原因應該是因為「外部性」與「直接法效性」的要素不具備使然。

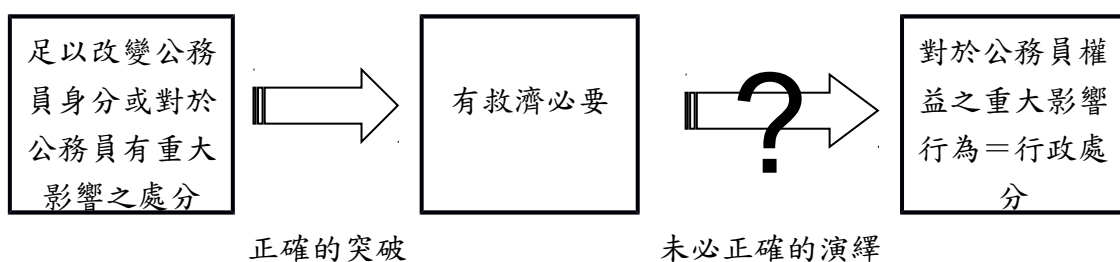
¹⁴ 參考，李建良，[前揭文\(註 20\)](#)，頁 139 註 206。

¹⁵ 參考，程明修，「行政法上之意思表示、法律行為與行政處分」，同作者，*行政法之行為與法律關係理論*，2005.2，頁 73 以下。

¹⁶ Vgl. Eberhard Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 1998, 2/ 60 ff.

若以論者與實務的解釋，行政處分的判斷必須取決於公權力措施是否對於公務員權益發生重大影響，於此必須再判斷是否涉及公務員「權益」、是否權益受到影響，以及這個影響是否「重大」。正因為這種奇特的判準，才会有對於公務員或學生的「記過」處分，被認為是一個行政處分，至於「警告、申誡」行為，則只是對於公務員或學生名譽權微不足道的輕微干預的說法（論者似乎在此規避是否為行政處分的回答）。如果對於公務員或學生為記過處分是一個重大影響名譽權的措施，何以對於公務員或學生的警告或申誡就僅是微不足道的干預。對於一個過犯無數的學生而言，再記上一個大過的處分或許對他毫無感覺，但是對於一個從無過犯的品行優良學生來說，一個申誡處分恐怕即會令之痛不欲生。如何輕言這是一種微不足道的干預？行政處分定義的判斷其實並無意識到權益影響的重大與否，因此，以高度不確定的「重大影響」與否判斷是否為行政處分，並進一步論斷是否給予權利救濟的作法，其實仍有疑問¹⁷（參附圖三）。

附圖三：權利重大影響與行政處分屬性的演繹



本文認為，即令對於公務員權益（財產權或名譽權均無等差）造成影響，而有給予權利救濟之必要，亦不必然回答了對於權益造成影響的行政行為必須

¹⁷ 早在 1964 年，學者提姆即已指出，傳統特別權力關係區分經營關係與基礎關係而異其權利救濟可能性，無異是主張「輕微權利侵害即不用給予保護（*minima non curat praetor*）」。*Vgl. Werner Thieme, Der Gesetzesvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 1964, 83.*

為行政處分¹⁸。以「重大影響」的判斷其實頂多只能回答有無給予權利保護之必要（Rechtsschutzbedürfnis）。至於行政處分這個即使被認為技術層次的要件判斷，應該還是回到實體法（訴願法或行政程序法的實體定義）上操作。否則不具規制內容（Regelung）的事實行為也可能會造成權利重大影響，難不成也要將之認定為行政處分。將行政訴訟上的其他實體判決要件納入行政處分的概念判斷中，不但無必要，同時也會造成行政處分的過度負擔¹⁹。行政措施是否為行政處分的判斷，應該嚴格地依照行政程序法第 92 條第 1 項或訴願法有關行政處分的定義規定加以認定，而非先考慮到這個措施所造成的結果是否應該給予救濟的問題²⁰。

至於保訓會在 92 年 10 月 17 日後，對於復審標的不利益處分的認定，更明確地並非僅以行政程序法第 92 條第 1 項行政處分為限，而擴大至所有對於公務人員權利會產生重大影響的不利益決定上，在現有復審類型的有限情形下，為使公務人員權利救濟更符合全面完善的要求，其正當性當應予以肯任。惟若從制度的設計層面而言，目前法制對照行政訴訟法之規定，應該有速謀調整的必要²¹。（參附圖四）

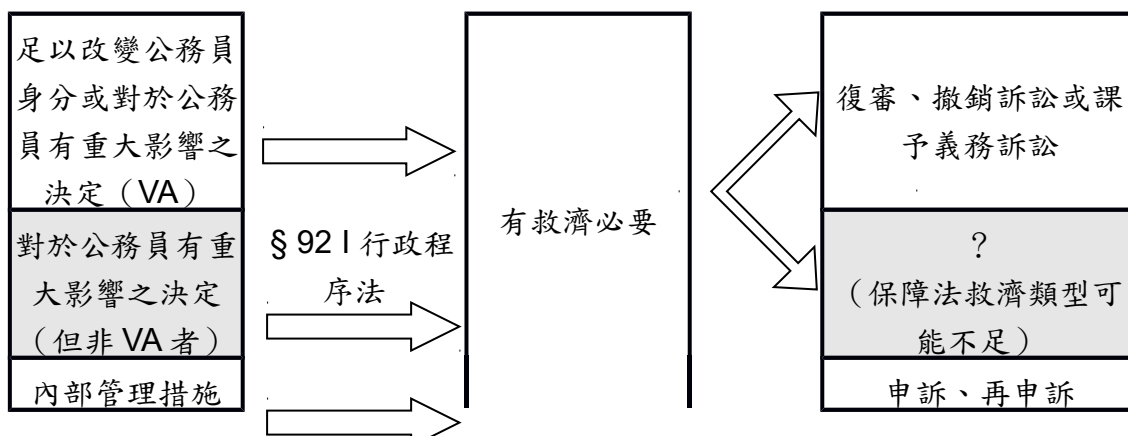
18 參考，程明修，「對公務人員職務調動處分的行政訴訟」，司法院，行政訴訟論文彙編 - 人事行政爭訟，2002.11，頁 444；Henning Leupold, Rechtsschutz bei beamtenrechtlichen Umsetzungen, DÖD 2002, 136 ff.

19 Vgl. Frank Stollberg (Hrsg.), Beamtenrecht in der Fallbearbeitung, 1993, 2. Aufl., S. 118.

20 Vgl. Judith Schwarplys, Die allgemeine Gestaltungsklage als Rechtsschutzform gegen verwaltungsinterne Regelungen, 1996, S. 34.

21 此一問題若不從制度面解決，實務上認知之紛擾恐難平息。例如高雄行政法院 94 年訴字第 483 號裁定，對於行政機關免除公務人員主管之行政兼職，認屬機關行政業務之調整，未改變公務人員身份上之法律地位，對其權利並無重大影響，此種職務命令並非影響公務人員之不利益處分，僅得提起申訴、再申訴之見解，與保訓會認知之落差，即屬適例。

附圖四：保障法救濟類型的不足



目前實務的作法無非是一種「扣除法」。一方面擴大行政處分的認定到所有對公務員造成重大權益影響之單方法律行為，另一方面則將其他的「具體」措施則劃歸管理措施，排除於行政處分之外。雖有目前救濟務實需求的正當性，但畢竟與行政法學理仍有若干不符之處。同時將申訴標的的管理措施限於具體措施，而排除一般抽象的管理行為，如此也可能忽略像是行政規則其實是一種「直接發生對內法律效果」的一般抽象規範（行政程序法第 159 條第 1 項）。難謂其對公務人員無任何權益之影響，而否定其救濟之機會²²。

行政程序法第 92 條第 1 項規定：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」由反面解釋推知，行政處分一如法規範乃是一種直接作用在外部法領域（*Wirkung nach draußen*）的行政措施²³。行政程序法有關行政處分的定義規定也等於宣告了，在行政領域中存在着「內部領域」與「外部領域（*Außenbereich*）」的區分。只有作用在後者中的行政措施才可能是行政處分，

²² 相同的批判，參考，李建良，保障制度復審範圍之研究，公務人員保障暨培訓委員會委託研究計畫，2003.12，頁 143 以下。

²³ 蔡志方，行政法三十六講，1997，頁 195；Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, 13. Aufl., § 9 Rn. 26.

至於前者，僅具有行政內部法律效果的法律行為性質則鮮有人關注²⁴。同時行政處分的法律效果必須是直接對外部領域發生，如果行政行為僅是「間接」發生外部效果，或者只是在行政外部領域發生事實上效果（*tatsächliche Wirkung*）時²⁵，則仍非一行政處分。但是對於行政處分的「外部性」要件判斷，一般學說見解仍然堅守內部法與外部法區分的前提，卻無法提出一個精確與「內部領域」區分的界限。行政措施在何種情況下，僅僅意欲停留於「內部領域」內作用？這種理念上擬制的內外界線實在難以劃定²⁶。甚至我們可以說，如果根據上述學說見解，對於行政措施是否滿足行政處分要件之一之「對外性」的判斷，其實還是停留在另一個要件「直接法效性」的操作認定之上²⁷。例如一個上級機關對於公務人員所意欲其直接發生法律效果的監督指令，其實就已經回答了「對外性」的問題²⁸。換言之，行政程序法第 92 條中所要求的「對外法律效果」是處分涉及到其權利與義務之人的「權利相關性（*Rechtsbetroffenheit*）」所需要的「連結關係詞（*Korrelat*）」²⁹。亦即透過「對外法律效果」指涉該行政行為之相對人（或利害關係人）與其「權利」得、喪、變更之間的關連性。因此，行政處分所應具備的「對外性」，似乎可以透過權利或法律上地位之相關性的判斷加以取代。針對公務人員而言，應視其身分係屬於職務執行者

24 Vgl. Rudolf Schweickhardt, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1983, 3. Aufl., Rn. 326.

25 Vgl. Hartmut Maurer, [a.a.O.\(Anm.36\)](#), § 9 Rn. 26.

26 對於內部法與外部法無法嚴格區分的質疑，或者甚至主張兩者根本就是流動（*fließend*）的概念，vgl. Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, 5. Aufl., § 2 Rn. 21; Wolfgang Roth, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, 2001, S. 157.

27 例如，廖義男，「行政程序法草案之重要內容（一）- 適用範圍、行政處分與法規命令」，行政程序法草案研討會會議資料，1998.12.19，頁 1-23。另有學者在「涉及權利」與否的判斷之外，另外再輔以形式組織上的內外關係為準據。參考，李建良，[前揭文\(註 20\)](#)，頁 138 以下。

28 參考，程明修，「針對地方自治『內部法律關係』與『外部法律關係』監督措施之行政訴訟」，同作者，行政法之行為與法律關係理論，2005.10，2 版，頁 415。

29 Vgl. Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., 2000, § 35 Rn. 75.

（ Amtswalter ） 、公行政之機關或一般人民個人之法律地位（ in seiner persönlichen Rechtsstellung ）（ 且不論在職務關係內或職務關係外 ）分別而定其所受行政行為之屬性。如果公務人員是居於職務執行者的身分，並無主張基本權的可能性，因為基本權保障的一般人民而非國家機關³⁰。但是須注意的是，權利相關性具備，並不足以直接推論行政處分存在，因為是否具備前揭之「直接性」要素，仍須進一步判斷³¹。這裡涉及到行政處分的存在要素與訴訟權能乃提起撤銷訴訟的兩個分別獨立的要件，即使作為原告的公務員可以主張自己權利或法律上利益因上級機關的具體措施而受損，也未必同時解答了該措施是否為一行政處分的問題³²。

行政機關對於特定之申請陞遷之公務人員所為之拒絕決定，形式上屬「機關內」之決定，若該公務人員本無法律上之陞遷請求權存在（請求權是否存在之進一步討論，見下文），而此一拒絕決定實質上又未對於公務人員之權利產生直接規制的法效性存在（現有權利狀態未受直接影響），同時依公務人員身分而論，此刻他係以職務執行者而非一般人民個人權利地位身分受此拒絕決定，故此決定之性質可能即非行政處分³³。而且事實上，此一拒絕決定是否為行政處分本非爭執重心，因為此刻的權利救濟目的往往是會透過課予義務型的救濟型態加以實現，而提起此類的救濟，並不需要理會原本申請遭拒絕的行為屬性為

30 Vgl. Ulrich Battis, Recht auf öffentlichen Dienstes, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberg (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, § 31 Rn. 27.

31 大法官釋字第 423 號解釋中，認為「行政機關行使公權力，就特定具體之公法事件所為對外發生法律上效果之單方行政行為，『皆屬』行政處分」，其中似乎就有忽略「直接性」判斷，同時造成行政處分過度承載的疑慮。

32 Vgl. Henning Leupold, Rechtsschutz bei beamtenrechtlichen Umsetzungen, DÖD 2002, 136 ff.

33 Vgl. Uwe Kernbach, Die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Konkurrenten im beamtenrechtlichen Ernennungsverfahren, Diss. Tübingen, 1994, S. 114 ff.

何。亦即，即使行政機關之拒絕行為並非一個行政處分，但是原告訴訟或者救濟的目的是希望行政機關作成一個行政處分時，本來就是適用課予義務型救濟的類型。但是我國公務人員保障法中並無如同行政訴訟法第 5 條般有所謂拒為處分之復審，而僅有怠為決定之復審（第 26 條），致使此類救濟可能還是得透過公務人員保障法第 25 條實現，致使其救濟前提所需的不利益行政處分，反成爭執重心。

相反地，對於特定公務人員給予同意陞遷之決定，此一決定應屬一授益行政處分（已經造成身分上的變動，故具有直接對外之法效性），但對於競爭關係下的其他未獲陞遷之公務人員而言，卻可能相反地是一項侵益的決定，因此有可能被理解成一個「附第三人效力之行政處分（*Verwaltungsakt mit Drittwirkung*）」³⁴。此競爭關係下之第三人提起以這個附第三人效力之行政處分作為前提的救濟（如撤銷型的復審，更進一步言之，這是一種消極的競爭關係救濟）也就可以想像。不過需注意的是，在此並非意指所有的任何其他公務人員均會因該陞遷而受侵害，所謂附「第三人」效力之行政處分，受其不利益影響的「人」的範圍還需要進一步確認，如果根本不會因此有法律上保護之權益受影響的公務人員，其不論個別申請陞遷遭拒絕，或者因為他人獲致陞遷，均不會有成立行政處分（不論是單純行政處分或者附第三人效力行政處分）的機會。

³⁴ Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 77.