

公務人員陞遷之救濟

委託機關：公務人員保障暨培訓委員會

研究計畫主持人：東吳大學法律系專任副教授 程明修

兼任研究員：東華大學環境政策研究所專任助理教授 賴宇松

研究助理：東吳大學法律系碩士班研究生 方宜亭

中華民國九十四年十月

研究大綱

1.研究目的.....	5
1.1.研究主旨.....	5
1.2.研究主題背景及相關研究之檢討.....	5
1.3.研究方法與過程.....	7
1.4.研究進度及預期完成之工作項目.....	7
2.公務人員陞遷法上有關陞遷程序之規定.....	8
2.1.陞任與遷調.....	8
2.2.訂定陞遷序列表.....	9
2.3.造列甄審陞遷名冊.....	10
2.3.1. 組織甄審委員會.....	11
2.3.2. 甄審委員會評審.....	12
2.3.3. 擬定陞遷名冊.....	13
2.4.機關首長圈定.....	13
2.5.商調時原服務機關之同意.....	14
3.目前有關公務人員陞遷事件之救濟爭議.....	15
3.1.學說之立場.....	16
3.2.保訓會之決定.....	16
3.2.1.本機關陞遷案件.....	17
3.2.1.1.陞遷序列不合理.....	17
3.2.1.2.內陞或外補之決定.....	18
3.2.1.3.內陞或外補之作業流程不一.....	19
3.2.1.4.未列入甄審名冊.....	20
3.2.1.5.甄審委員會所為之評審決定.....	21
3.2.1.6.本人未獲陞遷.....	22
3.2.1.7.對於他人獲得陞遷不服.....	27
3.2.1.8.競爭關係下的陞遷救濟.....	29
3.2.2.參加他機關陞遷案件.....	30
3.2.2.1.他機關未通知甄審.....	30
3.2.2.2.商調時原服務機關不同意.....	32
3.2.2.3.商調時他機關嗣後中止商調程序.....	32
3.2.3.再申訴與復審程序之選擇.....	33
3.3.行政法院之裁判.....	35
4.陞遷決定之法律性質.....	38
4.1.管理措施 v.s.不利處分.....	38
4.2.不利處分 v.s.行政處分.....	40
4.3.行政處分 v.s.附第三人效力之行政處分.....	40

5.陞遷程序行為之法律性質.....	52
5.1.陞遷程序中不利益之決定.....	52
5.2.陞遷程序 v.s.行政程序.....	52
5.3.程序行為之法律性質.....	55
6.公務人員對於陞遷之請求權.....	63
6.1.公法上權利.....	63
6.2.實體請求權與程序請求權.....	69
6.3.保護規範理論與競爭關係.....	71
7.陞遷程序中之權利保護.....	73
8.針對陞遷決定之訴訟類型.....	75
8.1.撤銷訴訟.....	77
8.2.課予義務訴訟.....	81
8.3.一般給付訴訟與一般撤銷（形成）訴訟.....	82
9.針對陞遷決定救濟之權利保護必要性.....	86
9.1.權利保護之必要性與訴訟權能之區分.....	86
9.2.紛爭已終結與爭訟之實益.....	87
10.陞遷救濟時之暫時權利保護.....	91
10.1.復審階段及行政訴訟中之暫時性權利保護.....	91
10.2 競爭關係中特殊之暫時性權利保護要求.....	96
10.3.陞遷救濟時暫時權利保護的可行性.....	96
11.結論.....	100
一、前言.....	115
二、本案訴訟的主要救濟目的.....	117
三、告別職務安定原則？.....	122
附論（一）：德國公務員法上之競爭訴訟 - 職務安定原則與有效權利救濟間之權衡.....	113
附論（二）：日本行政事件訴訟法中有關暫時權利保護新規定之介紹.....	127
參考文獻.....	147

附件

附件一：公務人員陞遷法	
154	

附件二：公務人員陞遷法施行細則	
156	

附件三：行政院所屬人事機關（構）薦任第九職等至簡任第十職等人事室主任 以上人員陞遷序列表	
159	

附件四：期中報告審查會議紀錄	
162	

附件五：期末報告審查會議紀錄	
167	

附圖目錄

附圖一：我國公務人員的陞遷流程.....	
15	

附圖二：公務人員陞遷流程與申訴、復審程序之決定.....	
34	

附圖三：附圖三：權利重大影響與行政處分屬性的演繹.....	
45	

附圖四：保障法救濟類型的不足.....	
47	

1.研究目的

1.1.研究主旨

公務人員陞遷原為公務人員任用制度的一種類型。同時也是最能反映組織公平性與策略性的制度。陞遷制度的目標，即要能適當地運用組織內所有員工，進而同時極大化組織績效與個人滿足感，而這些目標的達成，均有賴陞遷制度的設計，同時兼顧到公平性與策略性¹。由於陞遷避免不了競爭，因此每一個公務人員的陞遷按所涉及的問題，往往不是僅存在於單一個人權益影響的層次而已。本研究計畫「公務人員陞遷之救濟」主要研究重心集中於公務人員陞遷（Promotion, Beförderung）事件中衍生出與權利救濟相關之法律問題。包括公務人員是否具有請求陞遷之主觀公權利？公務人員就陞遷已辦理完竣且已由第三人陞任時，是否仍有爭訟實益？以及其他於陞遷過程所生爭議問題。

1.2.研究主題背景及相關研究之檢討

根據目前公務人員保障法之規定，有關公務人員權益救濟採取有其歷史成因而相當特殊的二元管道。亦即申訴管道與復審管道。針對陞遷事件，儘管論者多所批評，然仍則多認為應經申訴程序，而非復審程序（例如，保訓會保障案件決定書 90 公申決字第 0042 號）。原因無他，因為復審標的限於對公務人員不利益之處分（含重大權利影響之措施），至於陞遷事件則被認為僅屬機關內部之管理措施，復審程序無法受理。

如果認為陞遷亦屬於會對公務人員權益產生重大影響的事件，欲擴大解釋

¹ 參考，賴富源，我國公務人員陞遷制度之研究，文化政研所碩士論文，2002，頁 63 以下。

復審受理事件的範圍，必須進一步解決期於爭訟程序中將面臨的問題。

首先，我們必須先承認對於陞遷之決定乃可能對於公務人員發生不利益之處分。同時有必須說明保障法上的不利處分與行政程序法第 92 條第 1 項之行政處分範圍有別。同時必須要解決受理復審事件後，如果進一步提起行政訴訟時，訴訟類型的配合。

可以想像地，陞遷請求之公務人員多希望救濟機關給予其給付之決定。在此必須滿足給付請求的重要前提要件，亦即陞遷請求乃公務人員公法上之公權利。否則聲請主體即非適格（即不具訴訟權能）。其次，公務人員之陞遷事件，事實上多常見於一種多數申請者的競爭關係中。有關競爭者的法律救濟乃是行政爭訟法制中相當特殊的一類。此時爭訟之主體，同要面臨是否具有公權利的解釋難題。

在公務人員陞遷之競爭者爭訟事件中，另有一些相當特殊的救濟需求。例如，陞遷程序已經辦理完畢，對於自己未獲陞遷的救濟，往往須要訴求一個給付的裁判（例如課予義務訴訟）。但是假如自己尚未提出申請，而由其他競爭者先行陞遷，可能阻斷自己陞遷機會時，可能須要的是一個撤銷他人陞遷的形成決定。如果陞遷機會唯一，在競爭者當中，他人陞遷完成，而自己未獲陞遷，此時恐怕提起的訴訟就不只一種，往往須要結合撤銷與給付訴訟，合併為之。在此，我們同時必須討論原告提起訴訟是否具備原告適格，同時還要進一步評估爭訟事件有無由紛爭解決機關提共救濟之實益（即有無權利保護之必要性）。

最後，在公務人員陞遷的競爭爭訟關係中，應該特別強調暫時性權利保護制度的功能。因為陞遷機會往往唯一，競爭者之間的關係往往是一種「零合」

的競爭關係。假如沒有暫時性的救濟制度，即使爭訟程序完成，恐怕也已無救濟實益。

1.3.研究方法與過程

以上初步分析之問題，在目前行政訴訟新制中的運作經驗仍嫌不足。國內對此等攸關公務人員權益問題之探討仍未蓬勃。鑑於我國行政訴訟法制之建制受德國行政法院法之影響深遠，同時也略採日本行政事件訴訟之規定，因此本研究乃採取比較法之研究。除德國實務上已經有可資參酌之豐富經驗外，日本國於 2004 年新修訂之行政訴訟事件法，有相當值得借鏡之處，因此本研究希望透過德國與日本相關制度之運作經驗，提供我法法制操作之參考，解決目前理論與實務面臨之困境。

1.4.研究進度及預期完成之工作項目

本研究計畫預計六個月內完成，其詳細研究進度及預期完成之各工作項目如下：

第一月上旬	提出研究計畫書及締約
第一月中旬至第三月底	文獻蒐集及分析、研讀
第四月中旬	完成期中報告
第四月下旬至第六月上旬	逐步完成研究並撰寫研究報告
第六月中旬	期末報告
第六月底	提出結案報告

2.公務人員陞遷法上有關陞遷程序之規定

我國目前有關公務人員陞遷之一般性規定，為 2000 年制訂之「公務人員陞遷法」（以下簡稱「陞遷法」）。依本法第 1 條規定，「公務人員之陞遷，依本法行之。但法律另有規定者，從其規定。」本法乃屬一般法、普通法之地位。故除有特別規定者外，公務人員之陞遷，應悉依本法規定為之。本法所規定之陞遷包括陞任與遷調，其陞遷之程序至少應經過造列甄審名冊、甄審委員會評審、機關首長圈定以及必要時原服務機關之同意等程序²（並參附圖一）。

2.1.陞任與遷調

根據本法第 4 條規定，本法所稱公務人員之陞遷，包括：

（一）陞任較高之職務

根據公務人員陞遷法施行細則（以下簡稱「陞遷法施行細則」）第 4 條第 1 款，所謂陞任較高之職務，指依法陞任高一職等、官稱官階、官等官階（以下簡稱職等）以上之職務。其職務如跨列二個以上職等時，以所列最高職等高者，為較高之職務；所列最高職等相同時，以所列最低職等高者，為較高之職務。所謂依法陞任高一職等以上之職務者，係指依公務人員任用法第 17 條或其他人事任用法之陞任³。

2 本法並有規定本機關人員之遷調，得視業務實際需要，免經甄審程序。這是指在本機關陞遷序列表中同一序列各職務間之調任，機關首長得逕予核定，毋須辦理甄審（陞遷法第 8 條、施行細則第 7 條）。並於本法第 10 條與第 11 條規定有由本機關或其上級機關首長核定逕行陞遷或得免經甄審優先陞任之特例。

3 參考，蔡正村，我國現行公務人員任用制度之研究，中山大學政研所碩士論文，2003.12，頁 96。

（二）非主管職務陞任或遷調主管職務

依公務人員陞遷法施行細則第 2 條第 2 項規定，所謂非主管職務陞任或遷調主管職務，指非主管陞任高一職等以上之主管職務或調任同一陞遷序列之主管職務。而根據 2003 年考試院送立法院審理的「公務人員陞遷法修正草案」第 4 條規定，曾將原條文第 2 款「非主管職務陞任或遷調主管職務」中「或遷調」一詞刪去。使公務人員陞任情形界定為陞任較高之職務與非主管職務陞任主管職務兩種⁴。不過在 2005 年月 9 日送立法院的新修正草案版本中，則又回復現行法之規定⁵。

（三）遷調相當之職務

指依公務人員任用法律調任相當列等之職務。依本法第 13 條之規定，各機關對職務列等（稱階、等階）及職務相當之所屬人員，應配合職務性質及業務需要，實施下列各種遷調：一、本機關內部單位主管之遷調。二、本機關非主管人員間之遷調。三、本機關主管人員與所屬機關首長或主管人員間之遷調。四、所屬機關首長或主管人員間之遷調。以上各種遷調之規定，則由各主管機關定之。

2.2.訂定陞遷序列表

陞遷序列表不僅是機關辦理本機關甄選時最重要的參考依據，也是提供公務人員追求生涯發展的憑藉。根據陞遷法第 6 條第 1 項及其施行細則第 4 條第 3 項規定，各機關應於陞遷法施行二個月內，依職務高低及業務需要，訂定發布

⁴ 參照，立法院公報，第 92 卷第 59 期，頁 334，336。

⁵ 參照，2005/05/05 公務人員陞遷法修正草案總說明暨條文對照表(940509 送立法院)，銓敘部網頁 <http://www.mocs.gov.tw/index.htm>（2005.8.18 登訪）。

陞遷序列表⁶。依陞遷法第 8 條第 2 項，若編制員額較少或業務性質特殊之機關，經主管機關核准者，其人員之陞任甄審得由上級機關統籌辦理。則統籌辦理下級機關人員陞任甄審之機關，其陞遷序列表應包含該下級機關職務。

當各機關職缺由本機關人員陞遷時，應依陞遷序列逐級辦理陞遷。但次一序列中無適當⁷人選時，得由再次一序列人選陞任（陞遷法第 6 條第 2 項）。各機關訂定陞遷序列表時，其職務列等（稱階、等階）相同者，應列為同一序列。跨列二個以上職等之職務，其所列最高職等相同最低職等不同者，或實施國內外駐區互調之相當職務，得視業務需要列為同一序列。但職務列等相同之主管與非主管職務或具職務歷練先後順序職務，得列為不同序列（陞遷法施行細則第 4 條第 1，2 項）。

2.3.造列甄審陞遷名冊

根據陞遷法第 5 條之規定，各機關職務出缺時，除依法申請分發考試及格或依本法得免經甄審之職缺外，應就本機關或他機關具有該職務任用資格之人員，本功績原則評定陞遷。各機關職缺如由本機關人員陞遷時，應辦理**甄審**。如由他機關人員陞遷時，則應該**公開甄選**。這是指各機關人事單位於辦理陞遷前，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，依資績並

6 例如「行政院所屬人事機關（構）薦任第九職等至簡任第十職等人事室主任以上人員陞遷序列表」，參附錄。

7 有認為，從條文之文意推論，此規定目的主要在於促使本機關人員之甄審作業能配合陞遷序列而循序進行，但是對於不同陞遷序列間的適用原則，本法並未明確規定。即所謂「次一序列無適當人選」之「適當」定義不明確。如此將可能變相賦予首長過大裁量權，例如當首長個人偏好次一序列人員時，其可以主張原陞遷序列「不適當」，而改從次一序列中進行甄審。參考，行政院人事行政局委託，國立台北大學公共行政暨政策學系，公務人員陞遷制度之研究，2003.12，頁 45。

重、內陞與外補兼顧原則，簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補後再行辦理。如擬外補應將職缺之機關名稱、職稱、職系、職等、辦公地點及報名規定等資料於報刊或網路公告（陞遷法施行細則第 3 條）。人事單位則必須就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列陞遷人員名冊（陞遷法第 9 條第 1 項）。此時人事單位造列之名冊，於辦理機關人員陞任時，就具有任用資格人員，依標準核計分數後，依積分高低造列。而於辦理本機關以外人員公開甄選時，依符合公開甄選人員所具資格條件高低造列。最後在辦理本機關人員遷調時，則依相關規定，核計分數或依其所具資格條件高低造列（施行細則第 10 條第 1 項）。

2.3.1. 組織甄審委員會

除本機關人員之遷調，得視業務實際需要，免經甄審程序外，各機關辦理公務人員之陞遷，應組織甄審委員會，辦理甄審相關事宜。編制員額較少或業務性質特殊之機關，經主管機關核准者，其人員之陞任甄審得由上級機關統籌辦理，則不受此之限制（陞遷法第 8 條）。

各機關所組織之甄審委員會，應置委員五人至二十一人，由機關首長就本機關人員中指定之，並指定一人為主席，人事主管人員為當然委員。但委員每滿三人應有一人由本機關人員票選產生之。委員之任期一年，期滿得連任。甄審委員會須有應出席人過半數之出席，始得開會，其決議以出席人過半數之同意為之；可否同數時取決於主席（施行細則第 8 條第 1、2 項）。

2.3.2. 甄審委員會評審

各機關辦理公務人員之陞遷時，除應由人事單位就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊外，並應檢同有關資料，報請本機關首長交付甄審委員會進行評審（陞遷法第9條第1項）。陞遷法施行細則第9條第1、2款並規定，甄審委員會的功能之一係辦理陞任候選人員資績評分之審查與遷調候選人員資格條件之審查。各機關如果是辦理本機關人員之陞任時，應注意其品德及對國家之忠誠，並依擬陞任職務所需知能，就考試、學歷、職務歷練、訓練、進修、年資、考績（成）、獎懲及發展潛能等項目，訂定標準，評定分數，並得視職缺之職責程度及業務性質，對具有基層服務年資或持有職業證照者酌予加分（陞遷法第7條第1項）。如果評定之積分有二人以上相同時，以較高職等（官稱官階、官等官階）或訓練進修及發展潛能積分較高者，優先陞任（陞遷法第7條第2項）。此項評分標準原則上由各主管院（指行政院、立法院、司法院、考試院及監察院。總統府、國民大會及國家安全會議則準用之）訂定。但各主管院得視實際需要授權所屬機關依其業務特性定之（陞遷法第7條第3項、施行細則第5條第1、2項）。

如果各機關辦理公務人員之遷調，得參酌陞任之規定，自行訂定資格條件之審查項目（陞遷法第7條第4項）。

各主管院訂定評分標準時，應依機關業務性質、職務特性或任用層級，就各項目分別訂定評定因素、評分標準及最高分數，並以一百分為滿分（施行細則第5條第3項）。

甄審委員會的另外任務還包括辦理面試及測驗方式之決定（施行細則第 9 條第 3 款）。各機關辦理本機關人員之陞任，必要時，並得舉行面試或測驗。如係主管職務，並應評核其領導能力。擬由他機關人員陞任時，得參酌本項規定辦理之（陞遷法第 7 條第 1 項）。面試與測驗舉行與否，理論上應屬機關首長或主管之裁量權限。

2.3.3. 擬定陞遷名冊

根據陞遷法施行細則第 9 條第 4、5 款規定，甄審委員會除審查陞任候選人員資績評分以及遷調候選人員資格條件之外，並應排定陞任候選人員之名次以及遷調候選人員遴用順序。這是指人事機關依陞遷法第 9 條造列之名冊，於其報請機關首長交付甄審委員會評審後，甄審委員會應提出陞任候選人員名次或遷調候選人員遴用順序，報請機關首長圈定之。

2.4.機關首長圈定

甄審委員會所提出之陞任候選人員名次或遷調候選人員遴用順序，報請機關首長圈定時，本機關首長可就前三名中圈定陞補之；如陞遷二人以上時，就陞遷人數之二倍中圈定陞補之（陞遷法第 9 條第 1 項）。機關首長對甄審委員會報請圈定陞遷之人選有不同意見時，並得退回重行依陞遷法相關規定改依其他甄選方式辦理陞遷事宜（陞遷法第 9 條第 2 項）。這是指如由本機關人員陞遷與由他機關人員陞遷之改變，或增列舉行面試或測驗方式等依陞遷法規定辦理之事項（施行細則第 10 條第 3 項）。

2.5.商調時原服務機關之同意

基於公務上之利益，經常需要投入其他公務機關之公務員以供公務之需。

依公務人員任用法第 22 條規定：「各機關不得任用其他機關人員。如業務需要時，得指名商調。」同法施行細則第 21 條規定：「本法第 22 條所稱如業務需要時，得指名商調之，指各機關職務出缺，如因業務需要，需任用其他機關人員時，應經該機關依公務人員陞遷法規規定辦理後，詳細敘明擬調人員之職稱、姓名及擬任之職務，函商原服務機關同意，始得調用。」原則上須經公務員之同意。商調時，機關首長也須書面表示同意。

附圖一：我國公務人員的陞遷流程

本原始圖表引自，行政院人事行政局委託，國立台北大學公共行政暨政策學系，公務人員陞遷制度之研究，2003.12，頁 37。

3. 目前有關公務人員陞遷事件之救濟爭議

根據陞遷法第 15 條規定，公務人員對本機關辦理之陞遷，如認有違法致損害其權益者，得依公務人員保障法（以下簡稱「保障法」）提起救濟。依保障法第四條之規定，公務人員權益之救濟，依復審、申訴、再申訴之程序行之。復審程序規定於保障法第 25 條以下，係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時，不服處分而向公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱「保訓會」）提起的救濟程序。至於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，致影響其權益時，則得依保障法第 77 條提起申訴、再申訴。對於陞遷案件應如何選擇救濟程序，目前在實務上迭生爭議。

3.1. 學說之立場

國內學說對於公務人員 陞遷決定之性質與救濟問題直接探討者並不多見。其中大多循著大法官解釋突破傳統特別權力關係的脈絡，泛論陞遷決定是否重大影響公務人員身份或財產上地位，而論斷其法律性質是否為行政處分，以及得否進行復審。對於陞遷流程中衍生的具體爭議問題說明，則似不多見⁸。

3.2. 保訓會之決定

針對公務人員因陞遷案件而尋求保障救濟，分別視其係於本機關辦理陞遷或參加他機關之陞遷所生之爭議類型，保訓會之決定略可歸整如下。

⁸ 例如，吳庚，行政法理論與實用 第 7 版，頁 214-218：「我國自釋字第一八七號解釋突破特別權力關係事項不得爭訟之藩籬後；至釋字第二四三號解釋，發展出以『是否改變公務員身分關係，直接影響其服公職之權利』為判斷尺度；又於釋字第二九八號解釋，放寬得爭訟之範圍至『對於公務員有重大影響之懲戒處分』；終至釋字第四八三號解釋，若調職發生降低官等或級俸之效果，即得循爭訟程序救濟。」

3.2.1.本機關陞遷案件

3.2.1.1.陞遷序列不合理

公務人員陞遷救濟案件有可能因不滿機關陞遷序列表所定之陞遷序列而提起。保訓會之立場認為陞遷序列表僅為抽象性規範，並非「具體」管理措施，故不得提起再申訴救濟。這種見解應該是將公務人員保障法第 77 條第 1 項規定：「公務人員對服務機關所提供之工作條件及所為之管理認為不當者，得依本法提出申訴、再申訴。」限縮解釋其再申訴程序標的僅限於「『具體』管理措施」，而不包括其他抽象管理行為。

例如保訓會（90）公申決字第 0190 號決定（以下簡稱「吳台生案」）謂：

「公務人員不服服務機關辦理之陞遷而提出申訴、再申訴，須以有具體管理措施存在為前提，若無具體管理措施、管理措施已不存在、非對公務人員所為之管理措施或恐將來有損害其權益之管理措施發生而預行請求救濟，其所提申訴、再申訴於法皆屬不合。卷查本案再申訴人現任高雄市政府地政處土地開發總隊（以下簡稱土地開發總隊）薦任第七職等技士，因認高雄市政府地政處暨所屬機關人員陞遷序列表，未將一級單位主管納入及部分職務之陞遷序列不盡合理，應予撤銷該陞遷序列表，重新依法訂定，暨土地開發總隊違法辦理第四科科长陞任，損害同仁權益，其人事命令應予撤銷，就符合陞遷序列者重新辦理陞遷，向高雄市政府地政處提出申訴，嗣不服申訴函復，向本會提出再申訴。惟查再申訴人對上開事項於申訴之前，並未向服務機關提出具體之請求，且服務機關亦未對其有任何具體之管理措施，其逕依救濟程序以申訴書及再申訴書訴請救濟，其程序已於法未合。再者，再申訴人所爭之該陞遷序列表亦僅為抽象性規

範，並非具體管理措施；復以各機關內部一級單位主管以上人員之陞遷，要否經甄審程序本屬該機關首長之權限，土地開發總隊長官依其權責辦理第四科科长陞任案，除未見該機關有因該案而對再申訴人有具體管理措施外，再申訴人亦並非該人事命令之對象，再申訴人與之應無關連，是以，再申訴人逕依申訴、再申訴程序作爭執，於法亦有未合。綜上所述，本案爰應不予受理。」

3.2.1.2.內陞或外補之決定

陞遷法第5條第2項：「各機關職缺如由本機關人員陞遷時，應辦理甄審。…」第6條第1項：「各機關應依職務高低及業務需要，訂定陞遷序列表。」第6條第2項：「各機關職缺由本機關人員陞遷時，應依陞遷序列表逐級辦理陞遷。…。」同法施行細則第3條第1項：「本法第五條第二項所稱各機關職缺如由本機關人員陞遷時，應辦理甄審。…指各機關人事單位於辦理陞遷前，應依本法第二條之原則，簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補後再行辦理。…。」及任用法第24條：「各機關擬任公務人員，經依職權規定先派代理，限於實際代理之日起三個月內送請銓敘部銓敘審定。…經銓敘審定不合格者，應即停止其代理。」之規定，機關職務出缺時，應由人事單位簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補，其採內陞者，即應依陞遷序列表所定序列逐級辦理甄審，並按甄審結果報請機關首長圈定陞補、發布派令。機關首長對於內陞或外補之決定應屬機關首長之合義務決定空間。例如保訓會（94）公審決字第0014號決定（以下簡稱「蔡逸媚案」）即指出：「機關遇有職務出缺時，機關首長本得衡酌業務需要裁量決定是否辦理甄補，並非具有該職務之任用資格者即當然陞任，是以，臺中行政法院縱早有一等書記官職缺，仍須由該院考量業務需要，依上開

陞遷法規辦理內陞或外補，非當然由具有任用資格之復審人陞任該職務。」

3.2.1.3.內陞或外補之作業流程不一

根據陞遷法之相關規定，各機關職缺如由本機關人員陞遷時，應辦理甄審。各機關人事單位於辦理陞遷前，應簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補後再行辦理。而對於內陞或外補之作業流程，往往有不一致之限制或條件。若針對此類有關內陞或外補之作業標準不服，目前保訓會的立場係認定此類作業僅係一般抽象規範，倘公務人員未對主管機關為一定之陞遷請求，同時也未見服務機關對特定公務人員有任何具體之管理措施，尚不得依據保障法所定再申訴程序請求救濟。例如保訓會（92）公申決字第 0295 號決定（以下簡稱「林睿駿案」）謂：「查本件再申訴人現任國立臺北商業技術學院（以下簡稱臺北商技學院）生活輔導組組員，因不服該校九十年三月甄選庶務組長辦理內陞、外補兩套作業標準，侵害次一序列候選人員權益，於九十二年七月四日以申訴書向該校提起申訴，嗣不服該校九十二年九月二十二日北商技人字第 0 九二 0 0 0 五二 0 0 號函附同年八月五日職工申訴評議書，向本會提起再申訴。茲依再申訴書所載，再申訴人所申訴者係為臺北商技學院九十年三月甄選庶務組長辦理內陞、外補兩套作業標準，侵害次一序列候選人員權益，致其認為排名無法與未經考試及格人員競爭而未報名應試。而卷查除上開作業標準係屬一般規範非屬對再申訴人之管理措施外，再申訴人對上開陞遷事項於申訴之前，並未向服務機關提出具體之請求，且亦未見服務機關對其有任何具體之管理措施，衡諸前揭說明，本件並無得提起申訴、再申訴之標的，而再申訴人依申訴、再申訴程序提起救濟，於法即有未合，本件應不予受理。」

3.2.1.4.未列入甄審名冊

機關若直接拒絕公務人員參加甄選，保訓會似認為此時機關已作成一內部管理措施，得經再申訴程序尋求救濟。例如保訓會（90）公申決字第0133號決定（以下簡稱「吳俊模案」）謂：「緣再申訴人現職為行政院海岸巡防署海洋巡防總局（以下簡稱海防局）南部機動海巡隊艦艇駕駛員，原係財政部關稅總局（以下簡稱關稅總局）移撥該局人員，因不服海防局委請關稅總局辦理之八十九年關務人員升任甄審會議所為再申訴人現職俸級（四七五俸點）未滿一年，與規定不符，不得參加本次升任甄審之決議，向海防局提出申訴，嗣不服該局九十年四月三日（九0）洋局人字第一六三二八號書函之函復，爰向本會提出申訴（應為再申訴，以下同）…。」保訓會雖受理該案，但最後以再申訴無理由而駁回之。

相對地，對於公務人員消極未被列入陞遷名冊之案件，保訓會有決定認為未獲列入陞任或遷調名冊，乃係機關內部所為之管理措施，對公務人員之權利尚無重大影響，且未改變其公務人員之身分關係，不得依據保障法所定復審程序請求救濟。

例如保訓會（91）公審決字第0061號決定（以下簡稱「張夢麟案」）謂：「查再復審人現任法務部調查局臺灣省調查處調查專員，因認法務部調查局九十年六月二十日第一五三次人事甄審委員會辦理縣市調查站主任職缺作業，違反公務人員陞遷法及其相關法規，未將其列入陞任或遷調名冊事件，向法務部提出復審，嗣不服復審決定，向本會提出再復審，按再復審人未獲列入陞任或遷調名冊，乃係機關內部所為之管理措施，對再復審人之權利尚無重大影響，

且未改變其公務人員之身分關係，亦非其基於公務人員身分所產生公法上財產請求權遭受侵害，揆諸前開說明，尚不得依據公務人員保障法所定復審、再復審程序請求救濟，法務部復審決定不予受理，其認事用法，核無違誤，再復審人續向本會提起再復審，仍應不予受理。⁹」

3.2.1.5.甄審委員會所為之評審決定

各機關辦理公務人員之陞遷時，除應由人事單位就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊外，並應檢同有關資料，報請本機關首長交付甄審委員會進行評審（陞遷法第 9 條第 1 項）。對於此一評審決定，保訓會並不認為係一具體管理措施。例如保訓會（94）公申決字第 0113 號決定（以下簡稱「張克難案」）指出：「依相關人事法規，以各機關辦理人員陞遷，應由人事單位就具有擬陞遷職務任用資格人員，造列名冊並檢同有關資料，報請本機關首長交付甄審委員會評審後，依程序報請機關首長就評審結果圈定陞補人員，並據以核發派令。是本件臺北市稅捐稽徵處甄審委員會對於薦任第八職等法制職系秘書職缺之遷調作業所為之評審決定，僅係派令核發之前置程序，非屬對再申訴人所為之具體管理措施。」但是在陞遷程序中，甄審會評分決定前，人事單位就具有任用資格人員，依陞遷法第 7 條所定標準，核計分數，依積分高低造列名冊，（所謂資績計分部分），保訓會則肯認屬機關之具體管理措施（保訓會（92）公申決字第 0327 號決定（以下簡稱「莊靜儀案」））。

⁹ 這項見解應為行政法院所確認，例如最高行政法院 93 年裁字第 548 號裁定（見下文）。

3.2.1.6.本人未獲陞遷

(一) 判斷餘地與裁量之尊重

對於本人雖參與甄審，惟最終未獲陞遷之案件，保訓會認為人事甄審會對符合資格條件者之服務情形、專長才能、發展潛力、領導統御等因素作綜合考評時，類此考評工作，富高度屬人性，除辦理考評業務有法定程序上之瑕疵、對事實認定有違誤、審議未遵守一般公認價值判斷之標準、有「與事件無關之考慮」牽涉在內及有違反平等原則等情事外，機關學校首長或甄審會或審議會對符合資格者考評之「判斷餘地」理應尊重。換言之，保訓會原則上並不進行審查。例如保訓會（86）公申決字第0096號決定（以下簡稱「陳進福案」）謂：

「『現職委任公務人員參加晉升薦任官等訓練遴選要點』第二點第一項：『遴選現職委任公務人員參加晉升薦任官等訓練，應就具有公務人員任用法第十七條第三項所定資格條件者加以遴選，並依考試與學歷、訓練進修、年資、考績、獎懲及綜合考評等項所定標準加以評定，積分高者優先受訓。其遴選評分標準如附表。』……等規定觀之，各機關、學校辦理遴選現職委任公務人員參加晉升薦任官等訓練時，應依『各機關學校遴選現職委任公務人員參加晉升薦任官等訓練評分標準表』（以下簡稱評分標準表）所定之標準評定積分。次按該評分標準表之『考試與學歷』、『訓練進修』、『年資』、『考績』、『獎懲』等項，均有一定之評分標準，至『綜合考評』一項，其因素欄規定：『由機關、學校首長或授權甄審會或審議會議就各該機關符合公務人員任用法第十七條第三項資格條件者之服務情形、專長才能、發展潛力、領導統御等因素作綜合考評。』惟類此考評工作，富高度屬人性，除辦理考評業務有法定程序上之瑕疵、

對事實認定有違誤、審議未遵守一般公認價值判斷之標準、有「與事件無關之考慮」牽涉在內及有違反平等原則等情事外，機關學校首長或甄審會或審議會對符合資格者考評之『判斷餘地』理應尊重。」本案雖非直接屬於公務人員陞遷案例，而屬未獲機關遴薦參加晉升官等訓練事件而提起之再申訴事件。惟同樣涉及機關首長或甄審會或審議會對符合資格者考評之判斷餘地，其法理相當，料保訓會之立場應不致有所差異。

依陞遷法之相關規定，各機關職務出缺時，應由人事單位簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補後再行辦理陞遷，且辦理陞遷時，應就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊，並檢同有關資料，交甄審委員會評審後，報請機關首長就前三名中圈定陞補之。因此不只機關首長在合理及必要之範圍內，基於內部管理、領導統御及業務運作需要，就公務人員之職務陞遷，應本專才、專業、適才、適所之旨外，並應就公務人員個人之工作表現、品行操守、學識能力等各方面考核評量。類此考評工作，富高度屬人性，所以除考評違反相關人事法令規定、具有法定程序上之瑕疵、對事實認定有違誤、未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事件無關之考慮牽涉在內及有違反平等原則等情事外，主管長官對部屬所為之考評及職務陞遷之判斷餘地，應予尊重。甚至於即使資績分數排序為第一，機關首長亦非不得就前三名中圈定其他人陞補。除非有其他足資證明首長對其有不當考量，致影響陞遷之具體事證。例如保訓會（93）公審決字第 0260 號決定（以下簡稱「張福恒案」）即認為，機關首長基於領導統御及業務運作需要，就公務人員職務陞遷之考核評量，富高度屬人性，對於機關首長之決定，應予尊重。顯然保訓會承認機關首長此一陞遷圈選決定除非有裁量之瑕疵（例如裁量濫用），否則也

應予以尊重¹⁰。

同時對於請求陞遷之公務人員是否具有所謂「陞遷請求權」的認定，在若干案件中，保訓會至少承認當事人具有所謂形式之（主觀）公法上權利。對於其申請應為適法之決定。例如保訓會（93）公審決字第 0352 號決定（以下簡稱「謝隆寶 I 案」）謂：「件復審人於九十三年八月十七日復審書主張依保障法第二十六條提起復審，並於九十三年九月十二日復審補充說明書中稱，其係於九十三年七月二十四日以書面報告，向臺南市警察局請求，應依臺南市警察局九十二年度第十一序列職務人員陞職資績計分排名次序陞職小隊長。如前述，復審人上開九十三年七月二十四日之書面報告，已有向臺南市警察局請求陞任為刑警隊小隊長之申請，惟依卷附資料，臺南市警察局就復審人上開申請案件，迄今已逾二個月期間，仍未作成處分，揆諸上揭規定，洵有未洽，臺南市警察局應於二個月內為一定之處分。」

（二）陞遷辦理完成而欠缺權利保護之必要性

另外在一些公務人員不服陞遷決定，但於其提起救濟時陞遷已辦理完成的案件，保訓會認為公務人員提出再申訴，倘對於當事人被侵害之權利或法律上利益，縱經審議之結果，亦無從補救，或無法回復其法律上之地位或其他利益者，其再申訴已無實益，即屬欠缺權利保護之必要。

例如保訓會（91）公申決字第 0343 號決定（以下簡稱「稅代州案」）謂：「再申訴人固主張高雄市政府兵役處未待其懲處案所提救濟程序確定，人事甄審委員會即剔除其參與陞遷之資格，違反公平原則，請求重新審議云云，惟卷

¹⁰ 保訓會在此的見解似乎並未明確區分行政機關對於法律效果之裁量以及對於法律構成要件解釋之判斷餘地。

查該處第二科股長傅○○經銓敘部核定自九十一年二月十六日自願退休生效，該職缺經該處同年二月五日循行政程序簽陳高雄市市長同年二月二十日核准辦理內陞補實，該處茲於九十一年二月二十七日召開九十年第二次人事甄審委員會，辦理評審該處第二科股長職缺陞遷案，討論結果因再申訴人最近一年（九十年）年終考績考列丙等，爰決議依公務人員陞遷法第十二條第五款規定，剔除其陞任資格。該甄審委員會評審後依規定程序於同年二月二十七日報請該處處長圈定由科員黃○○陞任，並經該處九十一年三月一日高市兵役人字第300五號令核布及報經銓敘部九十一年三月十四日部銓四字第0九一二一二二四一0號函銓敘審定，自九十一年三月一日生效在案。雖再申訴人不服該處九十年十二月二十六日予以記過二次之懲處，提出申訴、再申訴，案經本會以九十一年五月七日九一公申決字第00九二號再申訴決定書決定撤銷在案，其九十年年終考績並經該處以九十一年七月九日高市兵役人字第0九一000九八三七號考績通知書重新核布為甲等，但因該陞遷案業已依程序陞補完成，顯屬無法補救，準此，本案再申訴人所不服該處人事甄審委員會剔除渠參加陞任股長甄審之決議，揆諸首揭說明，其所提出之再申訴顯已無實益，自屬欠缺權利保護之要件，爰應予以駁回。」

又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，得依公務人員保障法第25條規定，提起復審，惟公務人員提起復審時，如已無實益，亦屬欠缺權利保護之必要，應予駁回。例如保訓會（94）公審決字第0037號決定（以下簡稱「謝隆寶II案」）謂：「本件復審人前以南市警局92年第11序列職務人員遷調資積計分名次其排序第一，請求陞任該局刑警隊小隊長職務。惟查南市警局辦理該小隊長職缺之陞補

案，係經 93 年 6 月 23 日該局 92 年第 16 次人事甄審委員會甄審由該局 92 年度第 11 序列職務人員陞職資積計分清冊中，按積分高低順序或資格條件造列名冊，由首長依規定就前 3 名中圈定偵查員李威賢陞補之。茲以復審人業於 93 年 10 月 21 日調任南縣警局刑警隊，則復審人所執請求陞任南市警局刑警隊小隊長之標的，業因復審人調任其他警察機關，已非南市警局所屬人員，而該小隊長職缺，應由本機關人員陞遷，無法由他機關人員遞補，復審人自無陞任南市警局刑警隊小隊長之可能，揆諸前揭說明，其所提復審，顯已無實益，核屬欠缺權利保護之要件，爰應予駁回。」

又如保訓會（94）公申決字第 0026 號決定（以下簡稱「林群彬案」）謂：「公務人員不服服務機關之管理措施，於提起申訴、再申訴時，如已無實益，即屬欠缺權利保護之必要，應予駁回。承前述，法務部依上開訓練計畫於 93 年 10 月 4 日至同年 12 月 3 日開辦科（課、組）員儲訓班第五期訓練，嗣該訓練計畫並經法務部函令自 93 年 12 月 6 日停止適用，此有法務部 93 年 12 月 6 日法人字第 0931303587 號函影本附卷可稽。準此，本件再申訴人林群彬等 7 人固有意願參與科（課、組）員儲訓班第五期訓練，並經由臺南監獄報送法務部遴選參加甄試，主張矯正機關儲訓計畫優先受訓之規定違背法令云云，惟系爭科（課、組）員儲訓班第五期訓練業於 93 年 12 月 3 日辦理完竣，且系爭矯正機關儲訓計畫自 93 年 12 月 6 日起停止適用，復依法務部答復稱，將改採陞任後實施專業訓練之制度，揆諸首揭說明，渠等所提起之再申訴顯已無實益，自屬欠缺權利保護之必要，爰應予以駁回。」

3.2.1.7.對於他人獲得陞遷不服

公務人員之陞遷救濟中，有時也會有單獨對於他人之陞任不服之案件發生。保訓會的見解似認為，此類案件因非屬涉及自己權益事項，提起救濟時往往不具請求救濟的權能（訴訟權能），而非適格之主體。例如保訓會（90）公申決字第0169號決定（以下簡稱「葉玉琴案」）調：「本案再申訴人等二人現職為國立臺北商業技術學院附設高級商業職業進修學校（以下簡稱附設高商）幹事，因八十九年八月十七日國立台北商業專科學校（按：為國立臺北商業技術學院前身，以下簡稱台北商專）人事室通知有數名組員出缺，擬辦理升遷，註明有意升遷者限期填繳表件，逾期視同無意升任。爰該校唐○○女士依該升遷通知填表並表示願意配合服務單位之調動。而再申訴人等受限該升遷通知第二點「本校暨附設高商進校人員交流升遷時，須經本校職缺所在單位主管及附設高商進校校務主任同意，並隨所升遷職缺調派該單位服務，如無意交流升遷並調動服務單位者，請勿填繳」之規定，未填繳表件。同年十二月一日台北商專發布唐員調升組員，惟另予註記調派該校附設高商服務。再申訴人爰就上開陞遷事件向台北商專提出申訴，嗣不服該校之申訴函復，向本會提出再申訴。茲依卷附再申訴人等申訴書、再申訴書改善建議事項觀之，再申訴人等均係請求服務機關應依上開升遷通知第二點規定，即刻辦理唐員歸建（按：唐員業於九十年八月一日歸建該校總務處），惟查本案服務機關就唐員所為之派令，並非以再申訴人等為對象，且『其處理結果與再申訴人等個人權益尚無直接關連』；復未見該機關因該案而對再申訴人等予以具體管理措施。是以，再申訴人等逕依申訴、再申訴程序爭執，揆諸首揭說明，於法即有未合，本案爰應不予受理。」若考量行政處分中有附第三人效力的成分，即使該行政處分對關係人權

益無直接關連，但仍有權益間接影響的可能性，是否全然在救濟時當事人不適格，仍未可率而言之。

又保訓會（94）公審決字第0053號決定（以下簡稱「黃椿雄案」）中，復審人主張「警政署修正警正專員（秘書）遴選規定，不但放寬遴選對象且增加優先考量條件，同時未對同仁公告，嚴重剝奪本署警務正陞職權益。本次修正警正專員（秘書）遴選規定，其中陞遷遴選對象突然增加現任第6序列主管職務1年以上且任同序列職務滿5年以上者，惟具碩士以上學歷者得優先考量；現任第6序列職務，且曾任縣市警察局分局長職務滿3年以上者2項。由於此遴選規定對本署警務正（第6序列）陞職權益影響甚大，卻未依法公告本署同仁，令本署眾多同仁感覺黑箱作業，違反陞遷法第2條所揭櫫之公開、公平、公正原則，更有量身訂製為特定人員大開後門之嫌。例如本次適用遴選規定外補陞職之刑事警察局呂組長，其在刑事警察局積分，尚無法陞任該局研究員（第5序列），但呂組長卻另闢蹊徑，長期借調於本署劉副署長辦公室，擔任機要工作，並以具有『碩士以上學歷者，得優先考量』條件，再簽由署長圈定陞任。同次會議中，另有科長陞任警監督察及專員陞任科長2案，其中專員陞任科長排名第1之本署程專員，因涉案法院審理中，仍同與第2、3名簽陳署長圈選。另一案則為署長辦公室陳科長，甫於本（93）年5月底6月初始調入本署服務，不符未滿1年不能列冊陞職之不成文慣例，但人事室仍將渠列冊為科長陞任警監督察第1名，人事甄審委員會亦決議通過，渠等最後雖未陞任，惟警政署之標準如何能杜悠悠之口？」保訓會則以「所指警政署於辦理科長陞任警監督察及專員陞任科長2案，將具不得列入陞任要件之人員列入，有所違失云云，茲上開警監督察及科長陞任案尚與本件系爭專員（秘書）陞任案無涉」為由，駁回復審人之請求。

保訓會雖未提出更具體的理由，諒係以原告不適格（即並無自己公法上之權利受侵害）而駁回之。

3.2.1.8.競爭關係下的陞遷救濟

公務人員之陞遷往往是一個存在多數競爭者的爭議案件。對於自己未獲得陞遷之決定不服，請求救濟時，往往會牽涉到其他已經任命第三人之權益。倘當事人之救濟有理由，但第三人之任命亦已確定，基於職務安定的要求，保訓會採納了一般訴願與行政訴訟實務上不常採用的情況決定（判決）方式。將雖有理由之再復審予以駁回，而於決定主文中諭知原處分違法。

例如保訓會（91）公審決字第0128號決定（以下簡稱「劉慶蜀案」）謂：「北市社會局於八十五年間以推展社政業務急迫需要為由，將再復審人由薦任第八職等至第九職等視察調任為薦任第六職等至第七職等科員，並自同年九月一日生效。再復審人不服，提起行政救濟，經改制前行政法院八十六年度判字第二八七七號判決：「再訴願決定、訴願決定及原處分均撤銷。」該局爰另重行發布再復審人調任為薦任第六職等至第七職等科員，並溯自八十五年九月一日生效。再復審人仍不服，復提起行政救濟，案經臺北市政府九十年五月九日府復字第九〇〇四八四五四〇〇號復審決定：「原處分撤銷，由原處分機關於收受決定書之次日起三十日內另為處分。」嗣該府依北市社會局派免建議函，以九十年七月六日府人二字第九〇〇八〇五六五〇〇號令，將再復審人由薦任第六職等至第七職等科員調任現職，另衡酌再復審人調職後，原職缺已由第三人遞補，並依人事法規銓敘審定，屬合法派任，倘調任處分溯及既往失其效力，將滋生同一職務有二人任用與銓敘等與公務人員任用法規不符之情事，且再復

審人實際上亦未從事視察工作，恢復追溯生效日期與事實不符，爰將再復審人調任現職生效日期定為九十年七月五日。茲臺北市政府既以北市社會局八十七年三月十日調任處分與公務人員保障法之立法意旨未盡相符而予以撤銷，然撤銷時並未另定失效日期，依行政程序法第一百十八條之規定，該經撤銷之調任處分自應溯及既往失其效力，是以，臺北市政府九十年七月六日府人二字第9008056500號令，將再復審人調任現職生效日期定為九十年七月五日，於法即有未合。惟查再復審人八十五年調任科員後，所遺視察職缺業已由第三人遞補，並已依人事法規銓敘審定，該第三人既屬合法派任，其身分關係自應予以保障，北市社會局原調任處分雖經撤銷，因另涉原職缺已由第三人遞補所生相關權益，如遽予回復原狀所生影響並非僅及於再復審人權益，尚滋生同一職務同時有二人任用與銓敘等情事，而與公務人員任用法規不符。審酌上開等情，臺北市政府九十年七月六日府人二字第9008056500號令與法固有未合，惟如將其撤銷顯與公益相違背，應仍予以維持。復審機關認原處分有關再復審人調任視察部分不當，固有未洽，然其駁回復審請求之結果尚無二致，再復審人遞向本會提起再復審，仍應予以駁回。惟考量再復審人因上開調任處分所受損害不應全由渠承擔，宜由原行政處分機關就該部分與再復審人進行協議。」至於原行政處分機關就該部分如何與再復審人進行協議，則有待進一步探查。

3.2.2.參加他機關陞遷案件

3.2.2.1.他機關未通知甄審

公務人員於參與他機關之陞遷甄選，對於他機關之積極或消極決定，若認

為有侵害其權益時，亦有可能尋求保訓會之救濟。倘他機關決定不予率取，如同本機關未予陞遷決定般，原則上應視決定機關之裁量或判斷是否違法而定，否則原則上也應尊重機關之決定。相反地，他機關辦理陞遷時，若未被納入甄審名冊或者未被通知參與甄審，**保訓會（93）公審決字第 0138 號決定（以下簡稱「林華彥案」）**指出：「復審人前應國立東華大學（以下簡稱東華大學）於行政院人事行政局全球資訊網/事求人/機關徵才項目之公告：公開甄選一般行政職系薦任第八職等至第九職等組長職缺一名，於民國九十三年一月八日以限時掛號郵寄相關證件資料參加該校之公開甄選，經該校於次日收文，因該校逾二個月未通知其參加甄試，乃於九十三年二月二十六日向本會提起復審，並於同年三月五日補充說明到會。經查復審人於該復審補充說明主張其於九十三年一月八日依法申請參加甄選，其既無不符甄選資格情形，東華大學應於初審後通知甄試，惟該校並未於相當期間內為相關之作為，致其無法參加甄試而損害其權利或利益，請求撤銷原甄選結果，重行依法辦理公開甄選程序云云，按**各機關依公務人員陞遷法**第五條第二項：『各機關職缺……如由他機關人員陞遷時，應公開甄選。』**規定所舉辦之公開甄選，雖符合資格人員均得參加，惟非謂參加人員即具有請求舉辦機關通知甄試並為一定行政處分之權利**。而本件復審人亦無提出其他請求東華大學應通知其參加甄試之法據，是本件非屬依法申請之案件至明。則復審人以其應東華大學公開甄選即屬依法申請，並以該校未通知其參加甄試，認該校於法定期間內應作為而不作為而提起復審，核與首揭規定未合，應不予受理。」保訓會受理復審之請求，其立場並認為復審人此時並無要求舉辦甄審機關為行政處分之（主觀）公法上權利，似乎將甄審機關所為參與甄審之通知視為一行政處分。與前述「**謝隆寶 I 案**」比較，兩案雖有參與本機

關（謝隆寶 I 案）與他機關（林華彥案）陞遷之別，惟前者肯定當事人至少具有形式上主觀公權利的立場，與後者持否定見解之差異因素何在，似乎仍難僅以陞遷程序的形式差異而令人接受。

3.2.2.2.商調時原服務機關不同意

公務人員任用法第 22 條規定：「各機關不得任用其他機關現職人員。如有特殊需要時，得指名商調之。……」同法施行細則第 21 條規定：「本法第二十二條所稱『如有特殊需要時，得指名商調之』，指各機關職務出缺，如因業務需要，需任用其他機關人員時，應經該機關辦理甄審後，詳細敘明擬調人員之職稱、姓名及擬任之職務，函商原服務機關同意，始得調用而言。」

倘他機關函請原服務機關同意商調時，原服務機關不予同意，保訓會（90）公申決字第 0035 號決定（以下簡稱「王少雲案」）指出「機關首長考量其屬官之工作情形及機關業務之需要等理由，於合理性及必要性範圍內，對上開同意權之行使係屬其人事固有權限，如未違反相關人事法令，應予尊重。」

3.2.2.3.商調時他機關嗣後中止商調程序

實務上另有因他機關於辦理指明商調時，嗣後發現商調人員任用資格不符，因此中止商調程序，當事人隨後請求核發派令遭拒絕而生之爭議。保訓會（94）公審決字第 0077 號決定（以下簡稱「張志賓案」）中，保訓會認為此類拒絕函件具有行政處分性質，而受理復審救濟程序。但因復審人所不服之未為調任，業因已另行辦理甄選並遴調他人調任該職，而無回復調任前狀態之可能，其所提復審，顯已無實益，自屬欠缺權利保護之要件而遭駁回。

3.2.3.再申訴與復審程序之選擇

對於公務人員陞遷保障救濟的程序，往往會在（再）申訴與復審程序之間產生抉擇困難。若針對前揭保訓會決定加以分析，並循整個陞遷程序觀察，略可將實務之見解整理如下。其中對於陞遷決定之救濟程序決定，往往取決於個案判斷當事人是否重大權利影響（見附圖二）。這種認知結果，可以從公務人員保障暨培訓委員會於 92 年 10 月 17 日曾針對「調任、請求派任、工作指派等事件究應適用復審或申訴程序疑義」問題，類型化討論後所獲致的結論加以理解¹¹。

（一）主管調任非主管職務：除經陞任甄審者外，此類調任已影響公務人員之地位、尊榮，及其後之陞遷¹²與俸給，參照司法院釋字第 539 號解釋理由書意旨，應認對公務員權利有重大影響，適用復審程序。

（二）調任較低官等職務：此類調任已影響公務人員之地位、尊榮，及其官職等、俸給，應認對公務員權利有重大影響，適用復審程序。

（三）調任同官等不同陞遷序列職務：此類調任於本機關已涉及降低原陞遷序列者，已影響公務人員之地位、尊榮，及陞遷與級俸之晉敘，應認對公務員權利有重大影響，適用復審程序。

（四）改變任用制度之調任：此類調任已影響公務人員之身分及地位，應認對公務員權利有重大影響，適用復審程序。

¹¹ 同內容參照，保訓會 92 年 11 月 5 日公保字第 0920007861 號函。

¹² 學者認為「陞遷」已經屬於公務人員之權利事項，公務人員若認陞遷不公有違法損害其權益者屬於其權利受影響，應依復審程序，而有司法救濟的機會。參考，周世珍，公務人員保障制度之理論與實際，台北大學法律學研究所博士論文，2000，頁 553。

（五）同一任免權責機關所為不同機關或不同區域職務之調任：因係屬同一權責機關長官所發之職務命令，均為其機關內部之管理措施，應依申訴程序處理。

（六）工作指派：此類型應再區分為職務調整及工作指派。其中職務調整為同職稱、不同職務內容之分配；而工作指派則係指對於同一職務工作內容及範圍，所為之具體指派，二者均應依申訴程序處理。

（七）請求派任主管或較高官等、職等職務：分別依當事人主張，比照上開主管調任非主管職務、調任較低官等職務及調任同官等不同陞遷序列職務處理方式辦理。

實務上的這種認定標準，在現行法的限制下，由權利保障的需求性與正當性而言，洵屬用心良苦。在法制未調整前，不失為可行的類型化操作。惟若顧慮法體系的統一與救濟體系的完整性，在立法政策上，容有發展的空間（見下文）。

附圖二：公務人員陞遷流程與申訴、復審程序之決定

	公務人員陞遷流程									
	陞遷序	內陞或	內陞或	未列入	甄審會	未通知	商調時	陞遷決定		不發派令
	列表不合理	外補之決定	外補之作業標準不一（或變動）	甄審名冊	評分	參加他機關甄審	原服務機關不同意	對自己陞遷結果不服	對他人陞遷結果不服	
法律行為性質	管理措施	管理措施	非具體管理措施（一般抽象規範）	管理措施	尚非管理措施	管理措施	管理措施	管理措施行政處分？	管理措施行政處分？	行政處分
再申訴	吳台生案	？		吳俊模案			王少雲案	稅代州案 ***	葉玉琴案 ***	
				張夢麟案						
復審						林華彥案 *		劉慶蜀案 **	黃椿雄案	張志賓案
								謝隆寶 I 案		
								張福恒案 ¹³		
其他		蔡逸媚案****	林睿駿案		張克難案					

* 以未獲通知作為復審之理由，而非認定通知行為係行政處分。

** 復審決定遭台北高等行政法院撤銷。

*** 根據保訓會於 92 年 10 月 17 日會議決議所採標準，日後似已統一循復審程序救濟。

**** 本案係復審案，但並非直接針對內陞外補決定之救濟。

3.3.行政法院之裁判

行政法院對於陞遷程序中衍生之救濟爭議，其所持法律見解亦可約略整理

如下：

（一）未獲列入陞任或遷調名冊

13 保訓會 93 年 7 月 13 日公保字第 0930005729 號函覆當事人，以有關晉陞較高官等職務之爭執，應認對公務人員權利有重大影響，得依復審程序提起救濟。這種立場應與保訓會於 92 年 10 月 17 日會議決議所採標準吻合。

保訓會對於欲陞遷之公務人員未獲列入陞任或遷調名冊，認屬機關內部之管理措施。行政法院應該也支持是項見解。例如最高行政法院 93 年裁字第 548 號裁定（即「張夢麟案」）亦謂：「查抗告人未獲列入陞任或遷調名冊，核屬機關內部所為之管理措施，對抗告人之權利尚無重大影響，且未改變其公務人員之身分關係，亦非基於公務人員身分所產生公法上財產請求權遭受侵害，…，抗告人如認有何不妥，僅得提出申訴、再申訴尋求救濟。」

（二）分數之評定

對於陞遷案件中，甄審委員會所為之評審決定，保訓會在「張克難案」中，並不認為是對於當事人所為之具體管理措施，而僅屬派令核發之前置程序行為。至於資績計分部分，保訓會在「莊靜宜案」中，認係機關具體管理措施，而最高行政法院似乎亦有相同的認知。例如在最高行政法院 93 年裁字第 415 號裁定（「林秀國案」）中，最高行政法院即明確指出：「『各機關辦理本機關人員之陞任，應注意其品德及對國家之忠誠，並依擬陞任職務所需知能，就考試、學歷、職務歷練、訓練、進修、年資、考績（成）、獎懲及發展潛能等項目，訂定標準，評定分數，…』為公務人員陞遷法第七條所明定。此種分數之評定，無非對於公務人員平時任職知能之考核，並不影響其任職之地位，無限制或剝奪其服公職之基本權利之法律上效果，性質上屬服務機關之管理措施。」

（三）請求陞任主管職務等未獲陞遷案件

最高行政法院認為公務人員請調組長職務被拒絕，並不影響現行職務與公務員身分，應屬內部管理措施，屬於再申訴事件（最高行政法院 89 年度裁字第 1546 號裁定）。類似見解，最高行政法院 92 年度裁字第 341 號裁定更進一步指

出，「相對人未調升抗告人擔任船舶交通管制中心航訊課課長乙職及八十八年年終非主管職務升遷未將之升任技正職務等項，係屬機關內部所為之管理措施事項，並未改變抗告人擔任公務員之身分關係，對其公務員之權利亦無重大影響，並非行政處分，自不得為撤銷訴訟之客體。」

（四）請求陞遷之請求權

最高行政法院一貫地立場均認為公務人員經考試取得服公職之權利，並非指公務人員可以隨心所欲請求所欲任公職，特別是當其請求陞遷之職務若受有相關法律限制，而公務人員所擬任之職務因與法律規定不合，主管機關未與核准，其工作權並非即受有不當之限制（最高行政法院 90 年度判字第 441 號判決）。最高行政法院 93 年度判字第 903 號判決則更具體指出：「上訴人經國家考試及格，縱然具備法定之任用資格而得以擔任公務人員，然此不過為任公職之條件之一，並非當然具備請求國家任用其為公務人員之公法上請求權，從而被上訴人及各機關首長自無因欠缺裁量權以致必須同意上訴人等予以任用之義務或情事存在，原審因而認定上訴人等非公務人員，不得請求轉任或派職乙節，並無理由不備或矛盾之情事。」

（五）情況判決

對於保訓會在若干案件中，對於陞遷程序完成，第三人已獲陞遷任命，因未獲陞遷而請求救濟之公務人員，在事實上回復陞遷任命有困難時不得已所採用的情況決定，相較而言，行政法院的態度似乎比較保守。例如台北高等行政法院在「劉慶蜀案」中，即認定「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪，基於身分之請求，其保障亦同，行為時公務人員保障法第七條第二項定有

明文，且公務人員對於服務機關或人事主管機關所為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之行政處分，或基於公務人員身分所產生之公法上財產上請求權，係依公務人員保障法所定復審、再復審之程序（公務人員保障法於九十二年五月二十八日修正公布後，已無再復審程序），保障其權益，因此，原告所受調任處分經撤銷結果所滋生第三人任用與銓敘之問題，乃行政救濟必然之結果，否則，有關公務人員人事保障案件，尤其直接或間接牽涉第三人權益之人事保障案件，縱經行政救濟結果亦無任何實益，當非公務人員保障法之立法旨趣所在。從而，系爭處分經撤銷之結果，第三人應僅生其受調任處分之信賴保護而毋須撤銷或廢止該第三人之調任處分及其銓敘審定之問題而已，一再復審決定倒果為因，徒以系爭處分之撤銷將與公益相違背為由而作成情況決定，於法尤難謂合，應由本院將之一併撤銷（臺北高等行政法院 91 年訴字第 5284 號判決）。」

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¹⁴。由此立場可知，保障法上作

¹⁴ 例如保訓會（94）公審決字第 0176 號決定（「莊震隆案」）。

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¹⁵；同時也將公務員懲處甚至有可能可以將懲戒¹⁶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。

15 例如保訓會（90）公申決字第0190號決定（「吳台生案」）。

16 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。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。

4.2.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¹⁷。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，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¹⁸。

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

¹⁷ 例如保訓會（94）公審決字第 0176 號決定（「莊震隆案」）。

¹⁸ 例如保訓會（93）公審決字第 0138 號決定（「林華彥案」）。

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¹⁹，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²⁰中，

19 「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。

20 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。

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²¹；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²²。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²³。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²⁴。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

21 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。

22 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。

23 參考，李建良，[前揭文\(註 20\)](#)，頁 121。

24 Vgl. Eberhard Schwerdtner, Die Weisung - innerdienstlicher Rechtsakt oder anfechtbarer Verwaltungsakt?, VBIBW 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.

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²⁵。

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²⁶。

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

²⁵ 參考，李建良，[前揭文\(註 20\)](#)，頁 138 以下。

²⁶ 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。

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²⁷」，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

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

或主管長官作成該處分之主觀目的性²⁸。

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²⁹。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。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，被認定為是一個行政處分，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

28 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。

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

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³⁰（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為行政處分³¹。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³²。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

30 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.*

31 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.

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

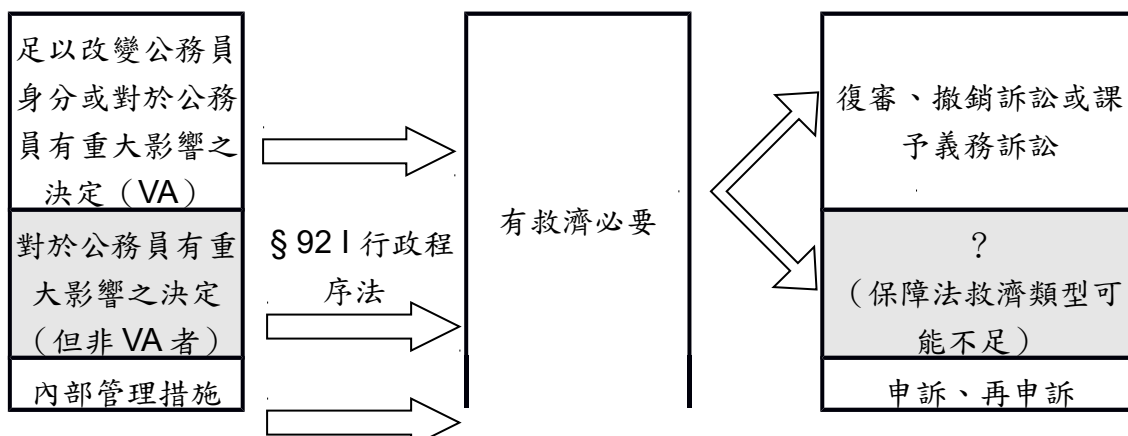
的定義規定加以認定，而非先考慮到這個措施所造成的結果是否應該給予救濟的問題³³。

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³⁴。（參附圖四）

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

34 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³⁵。

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³⁶。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，

35 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。

36 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³⁷。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³⁸，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³⁹。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⁴⁰。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⁴¹。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*）」⁴²。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

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

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

39 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.

40 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。

41 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。

42 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⁴³。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⁴⁴。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⁴⁵。

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⁴⁶。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

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

44 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。

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

46 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*）」⁴⁷。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。

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

5.陞遷程序行為之法律性質

5.1.陞遷程序中不利益之決定

由前述陞遷程序觀之，行政機關辦理公務人員陞遷程序，除於最終做成陞遷之決定外，於陞遷程序中或多或少地會依職權或依申請作成若干程序中之決定。這些程序中之決定有時亦可能對於參與陞遷之人員產生權益之影響。例如訂定陞遷序列表、內陞或外補之決定、甄審名冊之造列、甄審會之評分、參加他機關甄審之通知、本機關之同意商調等等。參與陞遷程序之公務人員往往也會針對其中特定之程序上決定提起救濟。保訓會對於此類程序決定行為容許其適用（再）申訴程序或復審程序，亦有不同之認知。此類陞遷程序中的決定類似行政程序法上所謂的「程序行為（*Verfahrenshandlungen*）」⁴⁸。對於行政程序行為的法律性質判斷以及救濟方式，均有其特殊性。倘陞遷過程中之決定亦屬行政程序法上之程序行為，在公務人員的權利救濟上將具有特殊意義。

5.2.陞遷程序 v.s.行政程序

行政程序行為一般即指行政程序法第 174 條所稱「行政機關於行政程序中所為之決定或處置」⁴⁹。根據行政機關的觀點，往往這些決定或處置是適合由機關作成，但卻非絕對必然⁴⁸。如果這些程序行為是在作成最終行政處分之程序中所為，學說上稱之為「行政處分之先行行為（„*Verwaltungsvorakt*“）」⁴⁹。通常是一些資訊的提供或拒絕、拒絕提出證據、要求或拒絕代理、其他機關的協力行為等等。人民針對這類程序行為往往不能獨立以之作為程序標的而提起行政救

⁴⁸ Vgl. BVerwG NVwZ 1993, 678 (681).

⁴⁹ Vgl. Norbert Achterberg, DÖV 1971, 397 ff.; Begründung zu § 9 Entwurf 73 zum BVwVfG.

濟，因為我國行政程序法第 174 條規定，「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之」。但行政機關之決定或處置得強制執行或本法或其他法規另有規定者，不在此限。」這是一種基於程序經濟原則（*allgemeiner Grundsatz der Verfahrensökonomie*）的立法思考。法院或者提供救濟之機關基於救濟資源有限的考量，不宜單獨針對程序中的行為提供獨立的救濟，而從請求救濟者的立場來看，此時他並不具備有權利保護之必要性（*Rechtsschutzbedürfnis*）⁵⁰。但是一些得強制執行的程序行為則未必不能單獨救濟。因為這類程序行為直到最終與終局實體決定一併救濟時，往往會因執行結果已產生，其救濟為時已晚而對人民的權益產生重大的影響。基於這種權利救濟的想法，即使條文未明定，但是經由目的性的限縮適用解釋，其他那些雖非得執行，但同樣會產生類似不利益的程序行為亦應排除本法之適用，而令之得有隔離單獨救濟的可能⁵¹。

而究竟公務人員陞遷的程序是否有行政程序法之適用？又該如何處理程序中處置的救濟問題呢？

根據行政程序法第 3 條第 3 項規定，「對公務員所為之人事行政行為」，不適用行政程序法之程序規定。依性質而論，對於公務人員陞遷之決定亦屬對公務員所為之人事行政行為。所以陞遷程序並不需要適用行政程序法之程序規定。惟根據法務部 89 年 4 月 12 日法 89 律字第 008393 號函⁵²，「對公務員所為之人事行政行為」，是否適用行政程序法之規定，仍應分別情形判斷。「（一）凡

⁵⁰ Vgl. BVerwGE 115, 373 (379) = NVwZ 2002, 984.

⁵¹ Vgl. Hill, Verfahren, S. 54; ders., Jura 1985, 61 (63); Stelkens NJW 1982, 1137; Pagenkopf, NJW 1979, 2382; Redeker/von Oertzen, Rn. 3a; Hufen, Fehler, Rn. 637.

⁵² 參考，法務部，行政程序法解釋及諮詢小組會議記錄彙編，2001 年 12 月，頁 7 以下。

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、行政訴訟程序或其相當之程序請求救濟，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是個案情形，由主管機關自行斟酌。（二）改變公務員之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。（三）退休、離職公務員對於行政機關於其具有公務員身分時所為之人事行政行為提出陳情者，仍依前述（一）之結論處理。」似乎將「對公務員所為之人事行政行為」區分成「性質屬於行政處分之對公務員所為之人事行政行為」與「性質非屬於行政處分之對公務員所為之人事行政行為」。其是否適用行政程序法，還是取決於該人事行政行為的屬性。所以很難直接說公務員之陞遷決定究竟應否適用行政程序法，還是得進一步認定陞遷決定（或陞遷程序決定）的法律性質。法務部的該決議對於本文的爭議判斷，其實並無直接的助益。

再者需注意的是，此一行政程序法的排除適用條款是排除試用本法之「程序規定」，至於其他在行政程序法中也具有的實體規定，仍未必排除。行政程序法第 174 條有關程序行為的特殊救濟規定，並非單純作成行政行為的程序規範事項，而是有關實體權益的救濟規定。再加上本法第 2 條規定，「本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情『等』行為之程序。」陞遷的決定可能是影響公務員地位之行政處分或者只是內部遷調的決定。即使非行政處分，仍得適用行政程序法，而不以第 2 條列舉之行政行為為限。因此本文認為行政程序法第 174 條之規定，在陞遷過程中行政機關所為之處置亦有適用。但是公務人

員欲對其中單獨一項程序中的決定不服，是否應容許其單獨救濟，應同樣採取同上之限縮適用解釋，考量對公務人員而言是否會造成過遲救濟的危險而定。換言之，假如不讓公務人員即時針對程序行為救濟，會發生無可回復的危害或者過遲救濟的危險時，應該排除本法的限制。亦即得適用行政程序法之程序規定，以及得針對程序決定獨立進行救濟。

5.3.程序行為之法律性質

一般行政程序上的程序行為，在法律性質的認定上並非毫無爭議。這必須個案中判斷行政機關的決定是否具有對外直接規制的效力而定。例如證人或鑑定人的任命⁵³、確定當事人資訊請求權的決定⁵⁴、對於當事人請求提供資訊的行為⁵⁵等等均被視為具有行政處分的特徵。但是也有一些程序行為可能只是一些準備行為而不具備課予義務的特徵，當事人受到的影響也可能只是增加程序上的負擔，尚未必可以被認定為行政處分。

至於陞遷程序中，行政機關在程序中所為之處置是否為行政處分，同樣必須在個案中逐一檢視。如本文前述，行政處分之判斷應回歸行政程序法第 92 條第 1 項規定。本法規定「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」。在行政程序法立法程序中，於立法院所討論的各種版本中，均類如現行法之規定，認定行政處分必須對外『直接』發生法律效果。從經建會委託研究的行政程序法草案以及研議資料中，由翁岳生教授所撰「論行政處分」一文提及，根據草案

⁵³ Vgl. Riedl in Obermayer § 65 Rn. 7.

⁵⁴ Vgl. VGH München BayVBl 2000, [594](#), [595](#).

⁵⁵ Vgl. OVG Lüneburg NJW 1984, [2652](#).

（如現行法）的定義，行政處分是「行政機關對外直接發生法律效果之行為。行政處分不包括行政機關之單純事實行為（*Realakte*），如告知經辦事件進度或緩辦原因等單純之通知、告知、報導、理由之說明等既不發生具體法律效果，不直接對人民之權利義務發生影響，自不屬於行政法學上行政處分之概念⁵⁶。」

翁教授認為行政行為中「不發生具體法律效果，不直接對人民之權利義務發生影響」者，不足以認定為行政處分。其結論雖可資贊同，並已修正了早期其對於行政處分的詮釋，但是我們仍然要知道，假如行政行為「發生法律效果，但不直接對人民權利義務發生影響」者（這也是過去可能被指為「法的行為」的類型），行政程序法的立場為何？雖然立法資料並無法詳細地反應，但是我們從事後條文的確立，應該可以推測僅以發生法效果與否，並不足以精確地描繪行政處分的輪廓，否則立法者沒有必要限縮於必須對外「直接發生法律效果」之要素之上。換言之，僅僅是間接或者甚至於只是輻射造成權利義務影響的單方行為，尚不足已被認定為行政處分。前述的說明，讓我們發現，如果我們對於行政處分應該具備的「對外直接法效性」要素不予以堅持，僅憑是否發生法律效果作為行政處分的判準，將使得行政處分、事實行為與觀念通知之間的界限更形模糊。吳庚教授於其行政法教科書中指出，行政行為理論中，如從官署的主觀層次觀察，可分為意思表示與認知表示（*Wissenserklärung*）。觀念通知故應歸類為認知表示，但是在公法領域中認知表示亦可能發生意思表示相同之法律效果⁵⁷。但是我們卻不會將之認定為行政處分，因為這個法律效果發生的原因不同。

我國行政程序法規定雖繼受自德國，但卻未必掌握到其規範細微之處。德

⁵⁶ 本文已收於：翁岳生，*法治國家之行政法與司法*，1994，頁13。

⁵⁷ 參考，吳庚，*行政法之理論與實務*，2003，8版，頁332以下。

國聯邦行政法第 35 條第 1 句規定，「行政處分係官署 為了規制 個案，而於公法領域中以直接發生對外法律效果 作為目的，所為之任何的處分、決定或其他公權力措施（Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.）。」這個德文的句法充斥著行政處分規制的目的性與直接性，但是被翻譯成漢文之後，力道盡失。

首先我們可以發現，行政處分是一個具有目的性的行為，而其「目的」在於「規制」個案（„zur“ „Regelung“ eines Einzelfalles），這在我國行政程序法中只剩下不痛不癢「『就』公法上具體事件」的描述性文字。

行政處分具有的「規制目的（...zur Regelung...）」，在法治國中僅能意指「法律上規制」之目的⁵⁸。「規制」的要素是少包含以下幾個層次的內容⁵⁹。第一、公權力的措施必須是官署根據其意思，意欲所為之行為（nach dem Willen der Behörde darauf gerichtet ist）；第二、官署意欲發生一個單方，同時要求對方受其拘束的效力（Anspruch auf Verbindlichkeit; mit verbindlicher Wirkung）；第三、官署意欲發生一個直接的效力（eine unmittelbare Wirkung），亦即發生一個法律上的效果（Rechtsfolge）。所以規制的概念其實已經跟透過法律上的拘束力去形塑行政法法律關係（Ein Verwaltungsrechtsverhältnis wird mit rechtlicher Verbindlichkeit gestaltet）的意義無差。這與事實行為（Realakt）不同，它雖可產

58 Vgl. Hans-Uwe Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders./ Dirk Ehlers (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, § 12 Rn. 25.

59 Vgl. Eugen Brandel in: Rudolf Schweickhardt (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl., 1995, Rn. 342 ff.; Elmar Giemulla/ Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1998, Rn. 192 ff.

生事實上之效力，並且具有法律上之重要性（例如引發公法上的損害賠償請求權，並且形成一個公法上之法定債的關係），但是行政處分是一個法的行為（*Rechtsakt*），直接可以透過官署意思形塑一個法律狀態⁶⁰。規制概念的內含其實是集中於行政「目的（*abzielen*）」造成一個有拘束力的法律效果之上⁶¹。

針對前述分析之第一點而言，規制的特徵首在於法律效果的發生正是基於所謂的「官署意思（*Behördenwillen*）」。換句話說，法律效果的發生正因為官署希望它能發生，而非單純地根據法律規定⁶²。針對第二點，並非所有的單方法律行為的表示均屬行政處分，因為有些表示之所以發生法律上的效果，僅是因為所有的法律要件滿足的結果。如果法律要件仍有欠缺，即使有官署之意思，該行為仍然還是不生效力（*unwirksam*）⁶³。例如公法上的抵銷（*Aufrechnung*），它雖然是官署的單方意思表示，但是卻並非行政處分。因為抵銷是指二人互負債務而其給付之種類相同，並已屆清償期，為使雙方所負相當額之債務同歸消滅之單方意思表示。但是官署為抵銷之意思表示時卻無法透過他的表示就發生彼此請求權消滅的效果，因為還有其他法律要件須要滿足。倘若有所欠缺，抵銷還是不生效力⁶⁴。但是行政處分卻不然，即使作成處分之法律要件欠缺，官署作成之行政處分依然還是發生法律效果。第三，假如官署措

60 Vgl. Hans-Uwe Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders./ Dirk Ehlers (Hrsg.), *a.a.O.*(Anm. 58), §

12 Rn. 21.

61 Vgl. Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, Rn. 336.

62 Vgl. Elmar Giemulla/ Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, *a.a.O.*(Anm. 59), Rn. 193. 學者陳秀美認為，「行政機關之行為，是否發生法律效果，應於個別行為中，依其表示於外部之『客觀意思』與法令分別認定。」參考，作者，行政訴訟上有關行政處分之研究，1991，再版，頁 65。

63 Ebenda, Rn. 195.

64 Vgl. Dirk Ehlers, Die Aufrechnung im öffentlichen Recht, JuS 1990, 777 ff.

施的目的本身並非「直接」發生法律效果時，它更無法該當「規制」的意涵⁶⁵。

行政處分必須具備直接性（*Unmittelbarkeit*）的規制特徵是指，根據公權力措施的客觀意義內涵，行政處分必須「直接涉及到」拘束關係人權利或（與）義務或法律地位之規範。至於所謂的直接性只有當公權力措施在主要內容中針對自然人或法人表示 – 不論已明確表示出或者必須自其意思表示內容推導出 – 其所「意欲（*gerichtet*）」的法律效果時才存在⁶⁶。德國聯邦行政程序法上「規制」的意義因此再進一步地與條文中的行政機關的「意欲性」相結合，強化官署主觀意思表示或者法效目的的要求。這些層層疊疊的目的取向要求以及官署法效意思的堅持，落實在我國行政程序法上，有意義之處僅剩「直接發生法律效果」一語。不過聊勝於無，我國行政程序法上仍然要求行政處分發生法律效果的「直接性」。就這點而言，也應該包含以上有關官署意思、目的性、意欲性等相關內涵。透過以上說明，我們可以如此判斷，即使行政的措施缺乏針對此法律效果的「主要內容」，但是卻還是發生法律效果時，此一非主要內容所引發的法律效果還是不能作為認定該措施具有行政處分特徵的理由⁶⁷。換言之，德國聯邦行政程序法有關行政處分定義中「意欲」發生外部效果的要件仍應滿

65 Vgl. Elmar Giemulla/ Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, *a.a.O.*(Anm. 59), Rn. 193.

Ebenda, Rn. 197. 這裡的說明對於行政處分與行政契約中的意思表示（要約或承諾）區分亦有啟發，後者不會變成是一個行政處分，因為它欠缺「規制」的可能。

66 台北高等行政法院 91 年訴字第 108 號判決，相當正確地指出，「『直接』、『對外』法律效果之涵義，係指該處分直接對人民指出所欲發生之法律效果，因此在當事人間產生拘束力，並且因該行政機關之意思表示，擴充、限制或終局確認處分機關外部之自然人或法人的權利義務。」為相當精準的裁判。見，法務部，行政程序法裁判要旨彙編，2004.7，頁 247 以下（249）。

67 Vgl. BVerwGE 60, 144 (145, 147); Hans-Uwe Erichsen, *Die Umsetzung von Beamten*, DVBl. 1982, 99; 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 22 以下。

足⁶⁸。具體而言，行政處分作為一個行政法上的意思表示，當然必須進一步探求作成處分機關究竟意欲藉此行為達到何種法律效果的真意。

就這點而言，陳愛娥教授正確與忠實地反應行政處分應該具備的規制目的性特徵。她認為行政處分之所以能夠與行政法上之事實行為，包括行政法上之準法律行為相區分，並不在於它是否對外發生法律效果，毋寧在於它包含了行政法上意思表示。換句話說，作成行政處分者藉由行政處分「擬（gerichtet）⁶⁹」規定一定的法律效果，且法秩序即相應承認其得以發生此等法律效果。行政程序法第 92 條關於行政處分之定義，也表現出這項要求⁷⁰。行政法上之事實行為，乃至於行政法上的準法律行為**無妨直接依據法律規定而發生法律效果**，但並不因其「直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力」，即認其為行政處分。至於行政機關是否擬作成行政處分，其透過行政處分究竟要規定什麼法律效果，其取決於行政處分之意思表示的內容。具體而言，必須探求作成行政處分機關究竟想藉此規定什麼法律效果。行政機關意思表示的內容為何，首先應從行政處分決定的主文去探求，在決定主文不清晰的情況下，也不排除從決定的理由說明中進行解釋⁷¹。本文之基本立場與陳教授的詳實說明幾無差別，但是對於陳教授在此未能進一步將「直接性」的重要性點出，

68 Vgl. Hans-Uwe Erichsen, Kommunalaufsicht, DVBl. 1985, 948; Dirk Ehlers, Die Rechtsprechung zum nordrhein-westfälischen Kommunalrecht der Jahre 1984-1989, NWVBl. 1990, 86 (Fn. 138).

69 這個目的性特徵，雖一字之別，卻影響深遠！

70 不過陳教授似乎沒有特別強調我國法上「直接性」的意義，此見後述。氏並於另文中說明「直接法律效果」的要件要求：行政行為本身應該指出其所欲達成的法律效果為何。參見，陳愛娥，「行政處分」，訴願程序與行政程序相關專論暨法令選輯，台北市政府訴願審議委員會，2000.7，增訂版，頁 178。

71 以上參考，陳愛娥，「行政處分存否的認定標準與行政法院『適用』大法官解釋的方法 - 行政法院八十九年度判字第一六五八號判決評釋 -」，法令月刊第 51 卷 10 期，頁 227 以下。

本文認為還有補充說明之必要。特別是行政處分發生之效果如果是基於行政機關之意思而生，那麼行政處分之「直接性」要素就必須跟意思表示（法效意思）緊緊相扣。像是準法律行為之類的行政行為，應該不會再因為它也能「直接影響人民權利義務關係」而發生與行政處分混淆之處（這與所謂的事實行為直接造成權利損害的問題不同）。換句話說，「目的性」與「直接性」的要素應是重合的概念⁷²。準法律行為無法效意思支持，即會欠缺發生對外法律效果的目的性與直接性。除非說，這個直接的影響是因為「直接根據法律規定」的關係，而不同於行政處分效力是直接根據官署意思。就這點而言，陳教授在新作之中比較陳敏教授、許宗力與廖義男兩位大法官對於行政處分要素之判斷差異時指出，陳敏教授以「規制」的概念突顯行政處分係「以發生法律效果之意思所為」，不同於兩位大法官以「（對外）直接發生法律效果」作為主要標準。陳愛娥教授採取了如同陳敏教授的立場，重申行政處分之所以能夠與行政法上之事實行為、準法律行為相區分，不在於它是否「對外發生法律效果」，毋寧在於它包含行政法上之意思表示。換句話說，作成行政處分者擬藉由行政處分規定一定的法律效果，且法秩序相應承認其得以發生此等法律效果。至於行政法上之事實行為或者準法律行為無妨「直接依法發生法律效果」，但不因其「直接影響人民權利義務關係，且實際上已對外發生效力」，即認其為行政處分⁷³。我們可以比較清楚地看出陳愛娥教授並不將規制的目的性與直接性等同視

72 德國學者將行政處分所應該具備「直接法律效力（*unmittelbare Rechtswirkung*）」與「規制效力（*Regelungswirkung*）」等同視之。Vgl. Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, *a.a.O.*(Anm. 42)., 2000, § 35 Rn. 32 ff. 另有學者認為「直接法律效果」與「規制」兩者屬於緊密連結的要素。Vgl. Judith Schwarplys, *a.a.O.*(Anm. 33), S. 32.

73 陳愛娥，「古蹟指定、『召開古蹟指定公聽會』之程序要求的性質」，台灣本土法學雜誌第66期，2005.1，頁157註9。

之之立場。並據以主張前述兩種說法有異。但是如果我們將直接性的概念與目的性的概念視為結合的概念，這兩說間的距離其實應該不會那麼遙遠。

不過如果將直接性的概念作「直接根據法律規定」解釋，舊訴願法的規定，顯然就這一部份也沒有進一步調整成行政程序法般規定的必要。因為加上「直接性」的要素還是無法跟其他準法律行為精確區分（或者說直接根據法規範而發生法律效果的準法律行為也會是行政處分），特別是我國法上沒能精確表達出「規制目的」的情況下，還得要藉助比較法的解釋，以目的性的要素進行判斷，這恐怕不是修法對於行政處分重新定義的原意。過去或許我們因為訴訟類型的狹隘，要擴大人民救濟的可能性，而將若干準法律行為判定具有行政處分特徵的作法應該可以放棄。德國實務界過去以權利救濟有無必要，作為行政處分是否存在的主要根據，而忽略了行政程序法當中，行政處分規定本應著重的「目的性（Finalität）」要素的作法，漸漸有反省的聲浪發出⁷⁴。學者也認為我們不能因為救濟的需求而放棄以規制的特徵作為評價一個行政措施是否具備行政處分特性的操作。相反地，我們也可能因此錯誤認定是否有「規制效果」。我們應該謹記，行政救濟門戶的開啟與否，其實跟一個行政措施是否具有規制特徵，換句話說跟它是不是行政處分無關⁷⁵。

由於行政程序法中有關行政處分的定義明確，行政處分的規制特徵讓行政處分成為一種以發生法律效果作為目的之行政法上意思表示，幾無疑義⁷⁶。陳敏教授就毫不掩飾地指出，行政處分乃行政機關單方所為之規制措施。在此所謂之「規制

74 Vgl. VGH BW DVBl. 1994, 348.

75 Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O.(Anm. 61), Rn. 338.

76 Vgl. Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, § 9 Rn. 6; Hans-Uwe Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders./ Dirk Ehlers (Hrsg.), a.a.O.(Anm. 36), 2002, § 12 Rn. 26.

（Regelung）」，係以設定法律效果為目的，具有法律拘束力之**意思表示**⁷⁷。不論德國或我國行政程序法之規定，不僅沒有擺脫意思表示概念的束縛，毋寧將行政處分僅限定於法律行為形式的行政行為之上。意思表示的概念早已內化在行政程序法第92條第1項（或德國聯邦行政程序法第35條第1句）的定義之中。目前學說上較少以意思表示的概念進行討論，並非揚棄意思表示作為行政處分的內涵，而應當是視其為法條定義下的當然解釋。因此，像是公法上的事實行為或者準法律行為，即使它們可以根據法律規定發生一定的法律效果，但是因為它們不是意思表示，也就不可能成為行政處分了⁷⁸。

經由以上的說明，我們可以知道行政處分認定的核心要素在於其是否具備對外直接法效性之上。在陞遷流程中，行政機關訂定陞遷序列表、內陞或外補之決定、列入甄審名冊、甄審會評分、參加他機關甄審之通知、商調時原服務機關不同意均因其不具有此一對外直接法效性的特徵而非行政處分。保訓會一貫的立場亦採之。

6.公務人員對於陞遷之請求權

6.1.公法上權利

對於陞遷決定不服而得以提起救濟之前提，往往取決於該陞遷決定是否侵害當事人之公法上權利或者當事人是否具有請求陞遷之公法上權利（學說上或稱「主觀公法上權利（*subjektiv-öffentliches Recht*）」）。「公法上權利」之法

⁷⁷ 參考，陳敏，行政法總論，2004，4版，頁305。最高行政法院90年裁字第646號裁定謂：「行政處分內容本身須係對人民之權利或義務產生規制作用，而具有一定之法效性者，始為相當。」應係相同理解。見，法務部，[前揭書\(註66\)](#)，頁240。

⁷⁸ Vgl. Paul Stelkens/ Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/ Heinz Joachim Bonk/ Michael Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 6. Aufl., 2001, § 35 Rn. 40.

規範依據（請求權根據），未必限於法律，上可以由憲法導出，下也可以由地方法規或法規命令、行政規則甚至是「反覆慣行之具體行政作為而形成之行政先例」來創設。所以原始僅具反射利益意涵之「救濟制度」，也可能因為法制之開展，而形成一個「由實證法保證實現」的「權利」。根據陞遷法第9條之規定，主管長官對於陞遷名冊所列人員保有最終圈定陞補之權限。依本法之精神以觀，似乎並無直接賦予具陞遷條件之公務人員向主管機關要求務必給予陞遷之請求權之意⁷⁹。在每一個陞遷程序中，無可忽略的是行政機關（首長）擁有的機關高權（Organisationsgewalt）。這是機關以及內部組織之組成、設置、變更或裁撤權限⁸⁰。同時也包括決定是否、如何、何時辦理陞遷以及決定名額的權限⁸¹。組織高權係由立法權與行政權共同擁有⁸²。立法權擁有的應該是透過財政預算法律等形成陞遷的可能條件，行政權並無法在無預算的前提下貿然對於公務人員完成陞遷任命。行政權（機關首長）則進一步決定這個職缺是否以及如何辦理陞遷。在財政預算的權力分配與限制下，行政權（機關首長）擁有如何自我負責地去實現人事預算的決定權限。不過應注意的是預算上的授權並非同時課予機關首長實現授權內容的義務⁸³。我們也可以發現，機關首長的機關高權與其人事高權（Personalgewalt）具有緊密的關連性⁸⁴。在組織高權之下，機關首長在人事高權中還具有形成、變更公務員關係、陞遷任命公務人員、具體職務

79 但仍應注意陞遷法第2條：「公務人員之陞遷，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，**依資績並重**、內陞與外補兼顧原則，採公開、公平、公正方式，**擇優陞任或遷調**歷練，以拔擢及培育人才。」規定之意旨。

80 Vgl. [Klaus Stern](#), Staatsrecht, S. 647; Günther, DÖD 1993, 163.

81 Vgl. Willke, JZ 1980, 441; Isensee, S. 338 f.; Köpp in: Steiner, S. 346.

82 Vgl. Böckenförde, S. 55-114; Isensee, S. 338 f.

83 Maunz, in: MDH GG, Art. 110 Rn. 70; 參考，大法官釋字第520號解釋。

84 機關高權與人事高權之區分，參考，Böckenförde, S. 33 f.; Lecheler, Die Personalgewalt, S. 74-95; Günther, DÖD 1993, 163.

的分配與下達指令的權限⁸⁵。

至於憲法第 18 條雖保障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⁸⁶。此規定「乃是著眼於政府代表國家統治人民，因此一方面其統治權限之取得應符合民主正當性之要求。另一方面則因政府從事之活動具有獨占性格，必須向被統治之人民開放，容許人民有進入政府部門服務之公平機會，並在其進入政府部門之服務期間給予照顧，並保障其『在該部門服務』之身份，其原始之規範功能意義應僅止於此⁸⁷。」因此是否可以自憲法第 18 條對於「依法令從事於公務，暨由此衍生享有之身分保障以外」，再推導出公務人員有進一步所謂的「陞遷請求權（Anspruch auf Beförderung）」，仍不明確。這點對於當事人提起課與義務類型的救濟特別具有實益。

憲法第 18 條保障人民有應考試服公職之權利，與德國基本法第 33 條第 2 項之規定，任何（德國）人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機會，在前述行政法院裁判的詮釋下，其規範的內涵極為類似。就德國法之規定而言，早自帝國法院時期，實務見解即反對有所謂陞遷請求權或類似的概念存在。雖然主管機關或長官會於公務人員負有照顧義務（Fürsorgepflicht），但這卻僅止於對於公務人員「現狀職務地位（gegenwärtige Dienststellung des Beamten）」的保障，而非保障公務人員可以獲得一個更好的（besser）法律地位。甚至於當時的見解指出，「陞遷」僅為了公共利益（Interesse des Gemeinwohls）的實現，同時屬於長官「合義務裁量（das pflichtgemäße

⁸⁵ Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 28 f.

⁸⁶ 參考，大法官釋字第 605 號解釋。

⁸⁷ 參考，臺北高等行政法院 92 年度訴字第 1816 號判決。

Erkennen)」的範圍。因此不論是陞遷決定這個國家高權行為本身，或者適合於公務員之陞遷程序，均不屬於法院事後審查的事項⁸⁸。

這種見解持續到戰後，法院保持不去碰觸陞遷行為的態度。換言之，行政法院承認主管長官擁有一個毫無設限的決定空間。即使未獲陞遷之公務人員符合所有得以陞遷的條件，但是法院還是不承認他有任何的請求權，因此，未予陞遷的決定對於公務人員法律上保護的利益並無任何（負面）影響⁸⁹。

時至今日，實務見解已有若干調整。至少承認公務人員具有要求主管機關對於他的陞遷申請以「無裁量瑕疵的方式（„in wemessensfehlerfreier Weise“）」予以決定之請求權。相較於實體上之請求權，在此公務人員擁有的僅是一種型的公法上權利而已。在判斷公務人員陞遷條件之上（能力與專業表現與陞遷所需之知能），往往涉及主管長官的評價認識行為，這裡容有所謂行政機關的「判斷餘地（Beurteilungsspielraum）」存在。而在陞遷流程中的若干決定（內陞或外補、評分、圈選），則會涉及到行政機關的「合義務裁量」，亦即裁量決定中必須為正確的衡量、公平善意地位公務人員考量。因此至少應該給予公務人員有透過法院加以主張的請求權，用以限縮行政機關的裁量餘地。這是一種要求裁量必須無瑕疵運用的請求權，甚至有些特殊情況下還可以強化成為更具體的陞遷請求權⁹⁰。

相較於德國實務的保守態度，早期學說上的見解一般也都只是承認公務人

88 Vgl. RGZ Bd. 111, S. 358, Urt. v. 9.10.1925; Bd. 146, S. 369, Urt. v. 7.12.1934; Bd. 159, S. 247 (250), Urt. v. 27.1.1939.

89 Vgl. BGH, NJW 1956, S. 1400, Urt. v. 12.7.1956.

90 廣泛的實務裁判資料可參考，vgl. Johannes Rimmel, Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht – Der Rechtsschutz des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen, 1982, S. 52.

員在陞遷問題上僅有「參與甄選的權利（Recht zur Bewerbung）」而已⁹¹。至於今日多數的學說則主張，公務人員不僅可以從憲法基本權中導出參與陞遷競爭的權利，陞遷競爭者還應該在主管長官同時尊重功績原則（Leistungsgrundsatz）的前提下，主張無瑕疵裁量決定的法律請求權⁹²。晚近的文獻中，甚至出現越來越多的主張，贊同公務人員直接擁有陞遷請求權。特別是如果有公務人員職缺空出（這也是預算法與組織法上，陞遷的前提要件），有資格參與甄選，並於甄選程序中被評定為「最佳（„Beste“）」的競爭者，應該有要求接受此項職缺的請求權。此時，主管長官並不再具有選擇裁量的空間⁹³。

在此並不宜誤解參與陞遷競爭者從憲法基本權的條款中，得出有屬於原始給付請求權的所謂一般陞遷請求權⁹⁴。因為並不是所有具備特定資績與專業能力的公務人員，均具有得以要求國家給予其陞遷至特定職缺的請求權。他除了擁有源自於憲法平等原則要求之上述「參與甄選的權利」或者「要求甄選的權利（Recht auf Bewerbung）」外，憲法服公職基本權應該至少還有保護特定（準備陞遷）公務人員利益的目的，因此客觀上拘束主管長官應該基於功績原則作成決定的甄選標準，也會賦予以經被評定為「最佳」的公務員要求給予陞遷的主觀法上請求權⁹⁵。但是假如甄選評分的結果，有多數在專業能力與資歷條件上幾

91 Vgl. Ipsen, Die Grundrechte, Bd. 2, S. 193; Menger, VerwArch. Bd. 55 (1964), 294.

92 Vgl. Isensee, S. 351; Johannes Remmel, a.a.O.(Anm. 90), S. 53; 反對主管長官有裁量權者，Battis, JZ 1972, 388; Schick, ZBR 1967,300; ders., DVBl. 1975, 741; Carl Hermann Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585.

93 Vgl. Brinkmann, Grundrechtskom., Art. 33 Anm. I 2 d; Schick, DVBl. 1975, 745; Battis, JZ 1972, 388; Konow, ZBR 1973, 171; Günther, ZBR 1979, 100; Jung, Zugang, S. 161; Schmitt-Kammler, Jura 1979, 651; ders., DÖV 1980, 291; Lechler, Jura 1979, 415.

94 Vgl. Schick, DVBl. 1975, 745.

95 Vgl. Johannes Remmel, a.a.O.(Anm. 90), S. 59.

近相當的公務人員同為競爭者時，根據功績原則所規定的甄選標準並無法在形式上評定出一位所謂「最佳」公務人員⁹⁶。此時即無法導出上述的主觀法上請求權。但是根據長官對於公務人員的「照顧義務（Fürsorgerpflicht）」，則可以推出主管長官對於陞遷競爭的公務人員必須就事論事、公平正義對待與盡力著想（Sachlichkeit, Gerechtigkeit, Wohlwollen）的義務。主管長官還是應該在功績原則的範圍內擇取適當者陞遷⁹⁷。此時條件相當的公務人員擁有的是基於照顧義務而導出的要求持平與無瑕疵判斷與圈選的主觀請求權⁹⁸。

每一個陞遷決定的個案，其實應該考量參與陞遷競爭公務人員目前時間相近的「功績」比較。主管長官在圈選人選時應該考量陞遷決定時，公務人員所有必備的資能與專業功績表現。從德國基本法第 33 條第 2 項之規定，任何（德國）人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機會。我國憲法第 18 條保障人民有服公職之權利。或者陞遷法第 2 條規定，公務人員之陞遷，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，依「資績」並重、內陞與外補兼顧原則，採公開、公平、公正方式，擇優陞任或遷調歷練，以拔擢及培育人才。如果必須要落實功績原則，主管長官在圈選最適當之陞遷人選時，究竟有無裁量權限？或者反過來思考，在陞遷決定中，除了「功績（Leistung）」表現之外，是否還有其他（輔助）的獨立選擇考量因素？例如公務人員年資或者年功序列原則（Dienstalter od. Anciennitätsprinzip）。德國有學者主張，這些看似獨立的輔助因素，其實應該早已經內化在功績原則

96 至於我國情形，在甄選名冊上似乎一定會有排序。

97 參考，李建良，[前揭書（註 35）](#)，頁 78 以下。

98 Vgl. Willke, JZ 1980, S. 441; Jung, Zugang, S. 161.

之中，不需要獨立判斷⁹⁹。這種看法，在解釋我國陞遷制度時，原則上應該也適用之。換言之，陞遷決定時原則上也應該只考量公務人員之資績，與資績無關之因素，應該盡可能摒除。相較德國與我國規範度，我國陞遷法上的規定，授權主管長官在甄審會所列陞遷名單中，再擇一圈選（可能未必是形式上評分最高者）。其並非嚴格遵守功績原則所導出的最佳選擇要求¹⁰⁰。根據裁量或者判斷餘地的規範授權理論，立法目的應該並無賦予特定公務人員於辦理陞遷程序中，要求必予陞遷的主觀權利。但是至少應該同意，在陞遷的決定上應該也要求事理之平。即使這裡有主管長官相當的判斷裁量餘地，但仍不容許恣意或加入與事理無相關的因素考量（其違反一般常理下的陞遷決定更應該明確說理）。承認前述基於照顧義務而導出的要求持平與無瑕疵判斷與圈選的（形式）主觀請求權或者無瑕疵判斷或裁量請求權，則是最低程度的要求。這應該也是目前保訓會所採的基本立場，應值得肯定。

6.2.實體請求權與程序請求權

如前所述，陞遷流程乃是一個多重階段的行政程序。在階段的決定上，公務人員原則上並無實體內容的請求權。但是基於基本權的程序保障功能理論，人民服公職的基本權應屬於具有程序依賴傾向的基本權。雖然具體的陞遷法規中，並不直接賦予公務人員要求國家提供陞遷職位的請求權，但是這個基本權

⁹⁹ Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 46.

¹⁰⁰ 另外在保訓會的一份研究考察報告中顯示，例如澳洲公務人員之陞任，根據該國公共服務法規定，部會常務次長需就申請填補空缺職務之申請人中，選擇他認為最適任（the most efficient）的人陞任該職位。在選擇最適任擔任該項職務時，應考量 1.該職務之旅行與申請人能力、資格、經驗、工作表現之層次以及個人特質間之關係，2.申請人未來在文官體系中進一步之事業發展潛能。而通常只要常務次長認為此與選擇何人擔任該職務有關即可，似乎也顯示首長相當大的裁量空間。保訓會，公務人員保障暨培訓委員會八十七年度赴澳大利亞考察報告（陳淞山、周志宏與鄭吉男三位委員執筆），1998.12，頁 51 以下。

還是要求國家應該提供一個符合法治國家所要求的公平公正的陞遷程序。人民所擁有的至少是一個消極面向的程序保障要求。特別是當實體決定有可能侵害其基本權時，應該在行政機關於最終決定前，踐履一定的程序義務，避免基本權的實害發生。至於人民的程序請求內容與行政機關應踐履之程序義務範圍，則應進一步視基本權侵害侵害的強度、侵害的範圍與造成實害風險的大小等因素綜合判斷¹⁰¹。

現行法中行政程序法上有關之程序保障的內容，即屬原則性的規範。前文已述，陞遷程序仍有適用行政程序法之實體或程序規定可能。行政程序法第 3 條第 3 項第 7 款規定，對公務員所為之人事行政行為不適用本法之程序規定，係僅排除程序規定，如屬本法實體規定者，仍有其適用。而有關改變公務員之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，仍應依本法規定給予相對人程序的保障，例如陳述意見、閱覽卷宗及教示救濟方法之記載等等，方符現代法治國家程序保障之要求。本法第 46 條規定之申請閱覽卷宗請求權，係指特定之行政程序中當事人或利害關係人為主張或維護其法律上利益之必要，有向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗之權利，屬程序權利。申請人如提出請求遭行政機關拒絕時，依本法第 174 條規定，僅得於對實體決定不服時一併聲明之，不得單獨提起訴願。而行政院與考試院會銜發布之行政資訊公開辦法則係滿足人民知的權利及促進行政程序之公開化與透明化，其公開之對象為一般人民，當然亦包括已終結之個別行政程序之當事人或利害關係人，依該辦法規定申請行政機關提供行政資訊之權利，屬實體權利。行政機關拒絕提供者，

101 參考，許宗力，「基本權的功能」，月旦法學教室第 2 期，頁 76 以下。

應屬行政處分之性質，申請人如有不服，得依法提起訴願。若僅屬服務機關對公務員所為之管理措施（非屬行政處分）之人事行政行為（例如有關其個人平時考核紀錄、年終考核表及考績委員會紀錄等相關資料），當事人或利害關係人自不得依本法第 46 條規定申請閱覽，**惟仍得依行政資訊公開辦法之規定辦理**。行政機關依該辦法受理人民請求提供行政資訊時，仍得視其是否符合該辦法相關程式及有無限制公開或提供之情形¹⁰²，以決定是否准予提供，非謂人民提出請求，即應無條件一律公開或提供¹⁰³。

6.3.保護規範理論與競爭關係

公務人員之陞遷案件往往並非只是一種行政機關與特定公務人員間的雙邊法律關係，毋寧多屬複雜的多邊法律關係。特別是在有複數的陞遷競爭關係下，有限的陞遷職缺往往造成特定公務人員獲得陞遷，而其他競爭者卻無緣陞遷的結果。對於因陞遷決定而受影響的競爭者，例如保訓會在前揭「**葉玉琴案**」與「**黃椿雄案**」中，似乎曾以陞遷處理結果與請求救濟之公務人員權益無直接關連為由，拒絕當事人之救濟。這種典型的競爭者救濟（訴訟）案型中，競爭關係下的第三人是否具有救濟權能，一般必須要進一步透過法律解釋確認，不得驟然予以拒絕。參諸行政法學理，行政救濟（訴訟）所保障之權利係指所有法秩序（包括憲法保障基本權之規定）認為值得保護，並得以個別化之利益（das subjektiv-öffentlich geschützte Interesse），因此探究原告有無得以主張之權利，即轉換為以保護原告利益為目的之保護規範存否的問題。在非處分相對人提起

102 例如該辦法第 5 條第 1 項第 3 款規定，行政機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或準備作業或與其他機關間之意見交換，應限制公開或提供。但是關於**意思決定作成之基礎事實**，並不在限制之列。

103 參考，法務部，法律決字第 0930020786 號函（93.5.14）。

撤銷之訴的情形，以「保護規範理論」作為界定第三人範圍之基準意義尤其深刻，須先認定系爭決定依據之法規範對該第三人而言為「保護規範」，第三人於系爭案件始具當事人適格（學說上亦稱之「訴訟權能」）。至於「保護規範理論」之內涵向有新舊兩說，舊說偏重從歷史上之立法意旨解釋法規範，須該法規範至少要同時包含保護該第三人之權利或法律利益之目的，始得認為是一種「保護規範」¹⁰⁴（舊保護規範理論乃偏重於從立法者主觀意旨探求是否具備保護個人之目的）；新說則著重於探求法規範的客觀目的，如「就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時」，即得認該法規屬「保護規範」¹⁰⁵。新舊兩種「保護規範理論」並非互斥，而係立於補充關係，蓋依立法目的解釋（歷史解釋方法）不足認定為保護規範時，於法律無明文限制時，尚得依客觀解釋方法，探求系爭規範是否有保護特定人之意旨，當有助於保障人民實體權利¹⁰⁶以及提供人民有效的權利救濟途徑，而且仍得避免撤銷訴訟淪為無所限制之民眾訴訟風險¹⁰⁷。換言之，因法律上利益受到侵害之人，始能以利害關係第三人資格就他人之行政處分提起撤銷之訴，若僅有事實上利害關係，而不具備「法律上利害關係」，自不得任意主張他人行政處分違法侵害其權益而提起行政爭訟。茲所謂「法律上利害關係」之判斷，係以上述「新保護規範理論」為界定利害關係第三人範圍

104 參考，行政法院 89 年度裁字 731 號裁定。

105 參考，大法官釋字 469 號解釋。

106 「非處分相對人起訴主張其所受侵害者，若可藉由保護規範理論判斷為其法律上利益受損害，固可認為具有訴訟權能，而得透過行政訴訟請求救濟，但若非法律上利益，而僅係單純政治、經濟、感情上等事實上利益或反射利益受損害，則不許當事人濫行起訴。蓋上開利益雖均有利於當事人，但因皆非值得透過有限司法資源保護之利益，第三人執此起訴，即非法之所許，此際法院應以當事人不具訴訟權能，依前揭行政訴訟法第一百零七條第三項規定，不經言詞辯論，逕以判決駁回其訴。」參考，最高行政法院 92 年度判字第 1478 號判決。

107 參考，臺北高等行政法院 89 年度訴字第 1844 號裁定。

之基準。如法律已明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時，即應許其依法請求救濟¹⁰⁸。若依此解釋檢視我國陞遷法之規範目的與規範效果，在如此廣泛授權主管長官裁量權限的前提下，是否有要賦予同一陞遷程序中未獲陞遷之公務人員，得以透過權利救濟的途徑主張實體上「權益」之意旨，似乎不易得出。因此在說理上，並不容易將之劃入附第三人效力之行政處分的利害關係人範圍。這種結論雖不無遺憾，不過若是主管長官在甄選圈選陞遷人選時，確有裁量或判斷的權限逾越或夾雜不相關因素的考量時，已經是對於不想予以陞遷之同等條件公務人員的一種直接性、目的性的權利影響，未獲陞遷之公務人員原本僅具有的形式參與甄選權利，將進一步提升至具體的實體法上請求權，同時也應該承認其具有救濟權能，在救濟程序中實現他自己的權利。

7. 陞遷程序中之權利保護

在公務人員的陞遷程序中，應該如前文所述，基於基本權的程序保障功能，給予參與陞遷公務人員正當法律程序的保障。行政程序法第 174 條基於訴訟經濟的考量，對於行政程序中的程序行為不服者，原則上僅容許針對最終實體決定聲明不服時一併聲明之。例外於該程序決定或處置得強制執行時，或者在一些會造成過遲救濟疑慮的案件中，得獨立以之作為程序標的進行爭訟救濟。依前

¹⁰⁸ 參考，最高行政法院 93 年度判字第 1641 號判決。

文所述，陞遷程序並非絕對排除適用行政程序法規定之適用，因此在程序法中的各種程序請求權，理論上也應該承認之。所以針對陞遷程序中的不利益決定（例如拒絕程序上的請求、內陞外補之決定等等），應該也可以在此前提下，考量獨立給予救濟機會，避免執行結果無法回復或者最終給予救濟已過遲或已無實益的窘態發生。在目前保障法的救濟類型下，針對這些程序決定實務上多承認得透過申訴程序而救濟。如果能再輔以暫時性權利保護制度，將更能保障公務人員的權益。

由法務部目前的函示¹⁰⁹可知，行政院與考試院會銜發布之「行政資訊公開辦法」係為了滿足人民知的權利及促進行政程序之公開化與透明化，其公開之對象為一般人民，當然亦包括『已終結』之個別行政程序之當事人或利害關係人，依該辦法規定申請行政機關提供行政資訊之權利，屬實體權利。**行政機關拒絕提供者，應屬行政處分之性質**，申請人如有不服，得依法提起訴願。」法務部的看法似乎有意要區分程序中與程序後的程序請求。若屬於已終結（例如已經辦理陞遷程序完畢）之程序當事人或利害關係人，得獨立針對請求遭拒絕的決定（即為行政處分），單獨提起訴願甚至行政訴訟。但是程序中資訊公開的請求遭拒絕，則似乎採不同的處理。不過應該還是不許提起訴願（或者復審）。

雖然在陞遷程序中的程序決定未必均屬資訊請求之准駁，但是也不排除其可能性。實務上這種不同的救濟處理方式，難免滋生疑義。其重點應該在於行政程序法第 174 條但書之解釋適用範圍。本文認為資訊公開辦法係但書所稱「其他法規令有規定者」。所以不應該限縮該辦法僅適用於程序終結後之請求。即使在辦理陞遷程序中，當事人或利害關係人請求資訊公開（包括個人陞遷相關

109 參考，法務部，法律決字第 0930020786 號函（93.5.14）。

資訊¹¹⁰），除非法規另有禁止事項，否則主管機關即應提供，行政機關之拒絕可能即屬行政處分，應該容許公務人員提起復審救濟。

8. 針對陞遷決定之訴訟類型

訴願法與行政訴訟法修正之前，行政訴訟類型僅撤銷訴訟一種，因此無可避免地造成撤銷訴訟過度地承載人民權利救濟的功能，相對地，也使得提起撤銷訴訟的前提要件 - 必須存在一個行政處分 - 被過度地強調，也進而導致行政處分是否存在的判斷，逐漸地偏離法釋義學（*Rechtsdogmatik*）上的操作，而反從救濟目的之達成與否加以思考。具體而言，被認定為行政處分之行政行為是否真的是行政處分的問題卻居次要；反而是只要能達成救濟目的時，即使係爭行政行為「本質上」不是行政處分，也可以擴張解釋成為行政處分，而透過承認行政處分存在的這種道具功能，以滿足人民權利救濟的需求。這種解釋的方式雖然一方面成就了人民權利救濟的前提要件，但是卻也相對地犧牲法釋義學的重要性。這種現象在訴願法與行政訴訟法修正後，或者行政程序法制定，行政處分已有法定之定義規定後，似乎仍然存在。對於提起訴願或行政訴訟之要件是否成立之判斷，應該回歸立法者在行政程序法規上的決定（例如立法者在行政程序法第 92 條第 1 項中歸納出判斷行政處分是否存在的要素）。如此才能一方面避免適用法律者（例如行政法院），每每必須在法律具體化之時，都要重

110 大法官釋字第 603 號解釋：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。」此於德國法上，在陞遷程序中除非有其他法定應予權衡事由，否則原則上應對其他所有陞遷競爭者公開陞遷申請人之個人與資績資料。Vgl. Wolfgang Zimmerling, Konkurrenz zwischen Angestellten und Beamten im Beförderungsgeschehen, <http://www.zimmerling.de/veroeffentlichungen/volltext/befoerderungskonkurrenz.htm>.

新去檢視一些原則性的問題（例如究竟什麼要素是行政處分存在所應具備者？）；同時另一方面也才能避免體系外的因素被不當地納入考量（例如，行政行為是否該當行政程序法第 92 條第 1 項之要件要素，與針對此一行為是否應當給予救濟，即屬不同層次的問題）。如此一來，主要以行政行為的類型作為前提而設計之行政訴訟法修正後，各種不同的訴訟類型也才有平均發展的機會，而非賦予撤銷訴訟過度的負擔或者過度地期待。

憲法第 16 條之規定，蘊含人民「有效」與「完善」之權益保障要求。礙於舊行政訴訟法之訴訟之種類僅限撤銷訴訟與附帶損害賠償訴訟，與前該憲法要求有極大差距¹¹¹。因此新修訂之行政訴訟法特增列訴訟種類，至少包括撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟（請求作成處分之訴、請求財產上給付之訴、請求非行政處分以外之非財產上給付之訴）（第 3 條）。又依第 4 條規定人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經訴願程序後，得向高等行政法院提起撤銷訴訟，請求撤銷違法行政處分。第 5 條規定人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。或者人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。第 6 條則規定人民有即受確認判決之法律上利益時，得提起確認行政處分無效（或違法）及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟¹¹²。

111 參考，大法官釋字第 466 號解釋。

112 一般確認訴訟在陞遷案件中適用的機會似乎並不多見。

第8條則規定人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，或因公法上契約發生之給付，得提起給付訴訟。人民自得針對不同的公權力行為與訴訟目的提起相應的訴訟，而不以撤銷訴訟為限。

8.1.撤銷訴訟

針對陞遷決定不服提起的訴訟類型，首先可以想到提起撤銷訴訟。但是要注意的是，撤銷訴訟的目的是透過法院的形成判決將行政機關所作的不利益違法行政處分遡及地使其失其效力，回到為作成行政處分前的原初狀態。但是在陞遷救濟案件中，未獲陞遷之公務人員與獲得陞遷之公務人員處於一種競爭關係，他的救濟目的往往不是單純地撤銷一個對他不利益的拒絕陞遷決定而已。對於最終的陞遷決定不服提起撤銷訴訟往往不是最適當的訴訟類型選擇。但是在此不能否定，如果原告只是要針對部分程序上的決定提起撤銷訴訟的可能，不過必須滿足提起撤銷訴訟的前提要件，亦即這些程序決定必須是一個行政處分。

在現行的行政訴訟法規範下，訴訟類型已趨多元，人民針對行政機關拒絕之陞遷請求案件，適當的訴訟類型，一般而言是指給付訴訟。因為對於原告而言，其訴訟的目的無非是希望最後終能獲得行政機關對之為陞遷之決定（不論作成行政處分或行政處分以外之行為均為一種給付），因此往往就沒有必要為了提起一個本質上非最佳選擇的訴訟類型（即撤銷訴訟），而必須斤斤計較行政機關對於人民申請案件的駁回或拒絕決定是否為一行政處分。行政訴訟法對於給付訴訟的規定，也有意地略過此種問題地判斷。例如本法第5條第2項規定

課予義務訴訟，若「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟。」至於駁回的決定，其法律性質為何，與課予義務訴訟之能否提起，全然無關。因為課予義務訴訟之提起，並非以駁回的決定為一行政處分作為前提，換言之，只要受理申請之行政機關作成單純「拒絕」的表示（*ein einfaches „Nein“*），即使該駁回的決定不具法效特徵，或具體言之，非一行政處分，也不會影響此一特殊之給付訴訟提起的合法性¹¹³。就這一部份而言，提起課予義務訴訟原則是比撤銷訴訟容易以及適當¹¹⁴。又本法第8條第1項規定一般給付訴訟，若「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。」其請求亦與先前行政機關曾有過之拒絕或駁回行為之法律性質無關。

但是我們不可否認的是，即使針對行政機關駁回人民請求作成陞遷決定之案件，以課予義務訴訟尋求救濟是比較適當的方式，但是仍然有一些特殊的情況，可能會面臨到撤銷訴訟的選擇。最典型的例子即是提起所謂「隔離的撤銷訴訟（*isolierte Anfechtungsklage*）」。稱此類訴訟為「隔離」之撤銷訴訟，是指區隔原先想要獲得行政機關作成授益行政處分的希望，單獨針對行政機關之駁

113 Vgl. Peter Krause, *Rechtsformen des Verwaltungshandelns*, 1974, S. 200; Christoph Druschel, *Die Verwaltungsaktfugnis*, 1999, S. 225 f. 類似之主張，參考，翁岳生編，*行政訴訟法逐條釋義*，2002，頁100（註205）（許宗力執筆）。氏認為，在只承認撤銷訴訟的舊法時代，行政機關函覆人民檢舉事項不成立所生權利救濟的爭執重心在於函覆性質是否屬於行政處分；但是在承認課予義務訴訟的新法時代，爭執重心則非該函覆是否屬於行政處分，而是舉發人是否依法擁有請求行政機關取締或處罰被舉發人之權利。

114 程明修，「撤銷訴訟的合法性（二）- 隔離的撤銷訴訟？」，*法學講座*第10期，2002.10，頁32。

回處分提起撤銷訴訟之意¹¹⁵。雖然學說大多以欠缺權利保護之必要性（Rechtsschutzbedürfnis）而否定此類訴訟¹¹⁶。從而，申請被駁回的相對人在希望透過行政法院撤銷該駁回處分，與請求課予行政機關作成授益處分義務之選擇間，原則上並不具有選擇權¹¹⁷。但是在許多具體的事例中，撤銷訴訟並不見得會完全被課予義務之訴所排擠，同時提起隔離的撤銷訴訟也未必完全不具有權利保護之必要性。更具體地說，立法者也從沒有想過要全然地以課予義務訴訟取代若干具有權利保護必要性之（隔離）撤銷訴訟之意思¹¹⁸。特別是當申請人不再希望得到原先意欲的授益內容，但是卻有法律上之利益以排除行政機關之駁回處分在這期間所造成的不利益¹¹⁹，或者希望日後重新申請的可能性能保持開放時¹²⁰ - 即有權利保護之必要性時 - 隔離撤銷訴訟仍應予以許可¹²¹。在陞遷案件中，未獲陞遷的公務人員獨立針對拒絕其陞遷要求之決定，似乎也可以想像。但是如前所述，本文並不認為此一拒絕陞遷的決定，對於當事人而言絕對是一個行政處分。所以還需要在個案中進一步判斷此一前提要件是否該當。

此外若是原告以利害關係人第三人之地位，亦可以訴請撤銷對競爭者予以

115 Vgl. Rainer Pietzner/ Michael Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl., 2000, § 9 III Rn. 24.

116 相關文獻可參考，Vgl. Jost Pietzcker, in: Friedrich K. Schoch/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Rainer Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: Jar. 2000, § 42 Abs. 1 Rn. 109 (Fn. 413).

117 Vgl. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., 2000, § 14 Rn. 19.

118 Vgl. Hans-Werner Laubinger, Die isolierte Anfechtungsklage, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 452 ff.

119 Vgl. Wolfgang Kuhla/ Jost Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl., 2002, D Rn. 143.

120 Vgl. Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, VwGO, 12. Aufl., 2000, § 42 Rn. 30.

121 相關文獻亦可參考，Vgl. Jost Pietzcker, in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/ Pietzner (Hrsg.), [a.a.O. \(Anm. 116\)](#), § 42 Abs. 1 Rn. 109 (Fn. 415). 當單獨撤銷駁回處分具有正當的權利保護目的時，隔離的撤銷訴訟雖不應自始加以排除。但是隔離的撤銷訴訟也並不應該無限地擴張其適用範圍。學說上承認或否定的各種類型，參考，程明修，[前揭文\(註 114\)](#)，頁 33 以下。

陞遷之決定。而此一決定理論上可以被評價為「附第三人效力之行政處分」。

倘若訴訟權能的要件亦可進一步確定，則在這種競爭關係下提起撤銷訴訟應屬於合法的訴訟類型選擇。學說上幾乎無所爭議的是，此時已經獲得圈選的公務人員則可以在訴訟程序或者暫時性權利保障程序中，以必要參加人的地位，參加訴訟¹²²。倘若此一附第三人行政處分所涉及利害關係人範圍相當廣泛（亦即一次陞遷涉及之公務人員為數相當可觀），同時在訴訟上又屬於必要參加訴訟之人，在訴訟上如何使其在一次訴訟救濟中同時處理即相當棘手。換言之，本來訴訟參加制度所要達到的程序加速目的反而有實現的障礙。對此德國行政法院法第 65 條第 3 項，針對超過五十人以上之訴訟必要參加人，授權法院可以透過裁定命令僅於一定期間內聲請登記之利害關係人得以參加訴訟。此項裁定並需於聯邦電子公報、新聞紙或其他特定的資訊系統上公告。其中之公告期限並不得少於三個月¹²³。本法甚至規定，對於未於期限內聲請登記，但是那些「已知（erkennbar）」會受到判決某種程度影響之利害關係人，也可以由法院決定令其參加訴訟¹²⁴。

另外有關行政處分之確認訴訟，理論上應該也可以考慮。其中包括確認行政處分無效之訴與確認已終結行政處分違法之訴。前者在撤銷訴訟可供選擇的前提下（另外可能涉及確認訴訟相較於撤銷訴訟之補充性，是否亦適用於無效確認訴訟之爭議！），提起的機會並不大。假如陞遷決定之行政處分有重大明顯瑕疵，同時特殊之訴訟利益亦滿足時，原則上亦不排除其可能性。至於後者，

122 Vgl. BVerwGE 18, 124.

123 Vgl. von Albedyll, in: Johann Bader/ Michael Funke-Kaiser/ Stefan Kuntze/ Jörg von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auf., 2005, § 65 Rn. 21 ff.

124 Vgl. OVG Greifswald, NVwZ 2000, 945.

在行政處分已經終結或已經無撤銷之實益時，為了避免反覆發生的危險、回復名譽之需要或者準備作為損害賠償救濟之先行確認，提起確認行政處分違法之訴，亦可以想像。在此，不另文處理。

8.2.課予義務訴訟

對同一陞遷機會而有多數申請人競爭，其未獲陞遷任用者，如認為主管長官或行政機關之決定違法，實則應該給予自己陞遷者，亦會產生所謂「競爭者訴訟」（Konkurreentenklage）之問題。如果只是單純針對自己陞遷請求被拒絕（亦無其他人獲得陞遷），而提起的救濟類型，當然是純粹屬於提起課予義務訴訟的問題，其目的在於請求法院為應任用原告之判決¹²⁵。此時無庸再針對主管長官之拒絕行為合併提起撤銷訴訟（當然也就不必要在討論此一拒絕行為是否為行政處分的問題，見前述）。倘若主管長官或行政機關已經給予他人陞遷，而同時拒絕自己的陞遷要求，在滿足訴訟權能的要件時（特別在行政機關逾越裁量或者判斷界限時），適當的救濟應該是同時合併提起撤銷訴訟與課予義務訴訟。

不過需注意的是，提起課予義務訴訟的訴訟權能要求。一般而言，公務人員具有要求行政機關作成無瑕疵判斷或裁量的請求權。例外情形下，當主管長官的判斷餘地或裁量空間縮減至零時，原告方具有請求特定陞遷決定的公權利¹²⁶。所以一般的情形下，課予義務訴訟往往會因為紛爭欠缺成熟性（Spruchreife），使得課予義務訴訟的結果只是一種「不服駁回之訴（Versagungsgegenklage）」下位概念之「應為決定之訴（Bescheidungsklage）」的型態。例如我國行政訴訟

¹²⁵ 參考，陳敏，行政法總論（第三版），頁 1031。

¹²⁶ Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 48 ff.

法第 200 條第 4 款規定，「原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定¹²⁷」，即為此種訴訟裁判的形式。

8.3.一般給付訴訟與一般撤銷（形成）訴訟

根據行政訴訟法第 3 條之規定，本法所稱之行政訴訟包括撤銷訴訟、確認訴訟與給付訴訟，採取明示主義的訴訟類型設計。但為貫徹有權利即有救濟之法理，本法應從寬解釋，亦即具體的訴訟種類並不以本法第 4 條至第 11 條所規定者為限，應包括第 4 條至第 11 條所規定情形以外之其他三大類型所能涵蓋之訴訟種類¹²⁸。其中透過給付訴訟的提起，原告往往訴求被告強制為特定之作為或不作為。根據作為或不作為的內容，本法分別進一步規定了針對作成授益行政處分之課予義務訴訟（特殊的給付類型）與一般給付訴訟（金錢給付請求、行政處分以外的其他非財產上之給付以及公法契約之給付等）。確認訴訟的目的原則是對於法律關係的存在與不存在，希望透過法院加以確定。其次還包括針對行政處分的有效性與合法性加以確認之訴訟（確認行政處分無效之訴以及確認已經消滅之行政處分為違法之訴）。至於本法所稱之撤銷訴訟其實是形成訴訟（*Gestaltungsklage*）的一種。形成訴訟的特徵在於原告希望透過訴訟爭取到法院的裁判，並藉由裁判的確定力（*Rechtskraft*）直接變動一個實體的法律狀態。它不同於給付訴訟的裁判，其內容往往還得要藉助後續的執行作用加以實現。但是相反地，形成的裁判基於其直接的權利變動特徵，本身即蘊含執行的功能

127 至於「針對不作為之訴（*Untätigkeitsklage*）」之類的課予義務訴訟，理論上亦不排除其可能性。

128 參考，吳庚，行政爭訟法論，1999，頁 134；陳清秀，行政訴訟法，1999.6，頁 109。

於其中。而撤銷訴訟則是一種專門以行政處分之撤銷作為目的之特殊的形成訴訟。

根據行政處分的外部效力特徵，行政處分與僅具有內部規範性格之行為有別。但是兩者之間的區分並非僅以實際上是否發生外部效力為斷，而是必須確認該行政措施是否果真以發生外部效力作為目的（*die Gerichtetheit auf Außenwirkung*）。所以若一個行政措施目的在於行政的相對人身上形成、變更或者消滅其固有的權利時，該措施目的即在於發生對外法效性，因此它（在滿足其他要件後）應該被認定為一行政處分。而其所謂的固有權利可能是因該特別權利義務關係而形成（例如公務員的薪資請求權），也有可能與此無關（例如基本權）。如果因為該措施而對於其權利僅僅造成實際（*faktisch*）的影響，不論其權利影響是否嚴重，並無法被判定為行政處分¹²⁹。對於公務員所為之記過或申誡之懲處即屬此例，而非行政處分。既非行政處分，提起撤銷訴訟即顯非適當之訴訟類型選擇。

根據行政訴訟法第8條第1項之規定，人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起一般給付訴訟。對於公務員所為之記過或申誡之懲戒處分既非屬行政處分，因此有學者主張，凡是行政處分以外的其他公法上的行政行為，均得為一般給付之訴之訴訟對象。其為行政外部行為或內部行為則非所問。並舉職務調整之職務命令為例，公務員提起一般給付之訴，請求法院判令該行政機關廢棄該命令，將原告調回原工作崗位以回復原狀，在訴訟對象上並無不合¹³⁰。準此，請求

129 Vgl. Rainer Pietzner/ Michael Ronellenfitsch, *a.a.O.*(Anm. 115), § 9 Rn. 9.

130 參考，盛子龍，「公務員權利調整之權利救濟－行政訴訟法新制下新展望」，司法院，行政訴訟論文彙編－人事行政爭訟，2002.11，頁394。

將一個記過或者申誡之懲處決定（非行政處分）或者若干陞遷決定加以廢棄，以一般給付訴訟加以實現似乎亦無不可。不過這種見解似乎忽略行政機關廢棄記過、申誡或陞遷決定處分的決定本身其實還是一個行政處分，所以這種請求的內容還是要求行政機關作成一個行政處分，是否合宜提起一般給付之訴，仍有疑問。甚且，一個給付的判決（不論一般給付訴訟或課予義務訴訟）往往難以滿足撤銷行政機關違法行政行為之責任。如果強制執行的制度又欠缺實效性，提起給付訴訟恐怕非正確的訴訟類型選擇¹³¹。

由於主管長官對於公務員所為之記過、申誡懲處決定或若干陞遷程序中的程序決定或最終決定非行政處分，因此無法藉由撤銷判決予以排除。論者於是思考，行政訴訟類型當中，除了撤銷訴訟這種形成之訴外，是否還有可能存在一種可以透過形成的判決除去此類行政行為的一般性的形成之訴。學說上將這種「非典型的撤銷訴訟（*atypische Anfechtungsklage*）¹³²」稱之為「一般形成訴訟（*allgemeine Gestaltungsklage*）」。其主要針對的行政行為包括非屬行政處分之行政機關行為（*Verwaltungsorgansakt*）以及其他非以發生直接對外法效果作為目的，但卻涉及原告法律地位之行政行為。如果這些行為對他造成權利侵害，則可能透過形成判決直接由法院將之加以撤銷¹³³。但由於我國行政訴訟法第3條規定，限定行政訴訟的型態為撤銷、確認與給付訴訟，故在我國法上，若承認這種一般性的形成訴訟，宜稱之為「一般撤銷訴訟（*allgemeine*

¹³¹ 參考，林明昕，「一般形成訴訟」，當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002，頁93以下。

¹³² Vgl. Rainer Pietzner/ Michael Ronellenfitsch, *a.a.O.(Anm. 115)*, § 9 Rn. 2（作者在本書第一版中即以如此稱之，新版書中則不再正式使用之）；vgl. Bettina Jung Lundberg-Höwing, *Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz des Beamten gegen dienstaufsichtliche und organisatorische Maßnahmen*, Diss. Göttingen, 1992, S. 80.

¹³³ Vgl. Ferdinand O. Kopp/ Wolf-Rüdiger Schenke, *a.a.O.(Anm. 120)*, Vorb § 40 Rn. 8b.

Anfechtungsklage) ¹³⁴」。

另外可以想像的是，若是公務人員希望透過行政訴訟的提起，要求行政法院命行政機關不得陞遷任命特定之公務人員。此時訴訟類型應如何選擇？在德國，這是以所謂「預防的不作為訴訟（die vorbeugende Unterlassungsklage）」處理。這是一種一般給付訴訟的子類型。我國學者亦採類似見解¹³⁵。值得比較的是，日本在今年的行政事件訴訟法修法中，特別獨立設計性質上類似給付訴訟的「要求不作為訴訟」。至於要求不作為訴訟僅限於因特定之處分或裁決將產生重大損害之虞始可提起，**但為避免該損害之適當方法存在時不在此限**。法院於判斷是否會產生重大損害之際，則應考慮損害恢復困難度、此外並應考量損害之性質程度及處分或裁決之內容或性質。同時要求不作為訴訟僅限於對於要求法院向行政機關命其不得為該特定處分或裁決有法律上利益者始可為之。日本學者也認為這是一種預防性的訴訟類型¹³⁶。

這種預防性的不作為訴訟主要是要保障對於原告主觀公權利的侵害威脅的確不至於發生。但是相對地也是司法對於行政第一次判斷權的比較強烈的介入。日本法上的設計是將預防性的權利保障與暫時性的權利保障在某種程度上整合（日本法上假處分的功能相當侷限）。但在德國法上則是比較明確區分這兩者。預防的不作為訴訟本身即是一個主訴訟程序，目的在於透過一個具有確定力的判決事前防禦一個可能作成的國家行為。暫時性的權利保護則是在一個主訴訟程序中，面對一個已經存在的國家行為，在還沒有法院的終局說明之前，防止

134 同見解，參考，林明昕，「一般形成訴訟」，當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002，頁 97。

135 參考，李建良，[前揭書\(註 35\)](#)，頁 169 以下。

136 參考，南=高橋編・条解，頁 54〔高橋滋執筆〕。

其內容被具體實現。預防性的不作為訴訟雖可以想像，但是必須具有極為特殊的權利保護必要性，意即原告完全無法期待這個處分真的被作成，始得許可之。若是有另一個充分強烈與有效的（hinreichend intensiv und effektiv）暫時性權利保護措施可以提供保障時，這時預防性救濟的權利保護必要性恐怕就不必然存在¹³⁷。原告可以等到行政決定真的作成後，在撤銷或課予義務訴訟中，再輔以暫時性權利保護的制度，保障其權利。

9. 針對陞遷決定救濟之權利保護必要性

9.1. 權利保護之必要性與訴訟權能之區分

在行政救濟中，原告之訴訟權能（Klagsbefugnis）與權利保護之必要性（Rechtsschutzbedürfnis）兩者並非等同的概念。前者要回答的問題是原告在這個爭訟程序是否具有主張（geltend machen）自己權利遭受不法侵害的資格或者法律上地位。這是前文討論有關原告之主觀公法上權利的問題。至於權利保護必要性的要件則是從訴訟資源的經濟性考量，要回答的是，原告是否有必要利用此一程序請求救濟，或者法院或其他類似司法救濟機關是否有必要在此時提供作為其實現權利救濟的管道。換言之，假如原告有其他更有效的手段，則應該選取其他救濟手段，假如所提供的救濟資源對其權利救濟並無任何幫助時，則應以無權利保護必要性為由，駁回當事人之聲請。例如對他人之陞遷任命程序已經完成，自己要求法院撤銷他人之陞遷決定（不論有無再為自己提一個課予義務訴訟）即會發生有無權利保護必要性的爭議。

¹³⁷ Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 131.

9.2.紛爭已終結與爭訟之實益

對於已經辦理陞遷完畢的救濟案件（已完成的陞遷任命又無實體法上的違法事由），實務上的處理方式，救濟機關（如保訓會）多以無權利保護必要性為由，駁回當事人之聲請。即使在德國也有相當多支持這種作法的聲音¹³⁸。他們多認為陞遷程序已臻「終結（erledigt）」。同時因為陞遷決定的不可撤廢性，將導致聲請法院在撤銷程序中的排除行為變成不應予以許可。其理由即在於缺乏必備的權利保護必要性。假如陞遷任命程序是在已經提起撤銷訴訟中才終結，在德國的作法是根據聯邦行政法院法第 113 條第 1 項，應該要將撤銷訴訟轉換成「續行確認（行政處分違法）訴訟（Fortsetzungsfeststellungsklage）」¹³⁹。而在台灣可能必須為訴之變更成行政訴訟法第 6 條之確認處分違法之訴（但須注意特殊訴之利益的要求，亦即變更提起卻認為法訴訟的目的何在）。至於這個陞遷任命的決定發生不可撤廢的效果，則可能受到職務安定原則（Ämterstabilität）¹⁴⁰的重大影響。

職務安定原則乃是（德國）公務員法上的基本原則。它通常在針對之前的競爭者所提出的競爭訴訟（Konkurrentenklagen）中，例如在公務員陞遷（Beförderung）或者任命（Ernennung）的爭議中，發生作用。根據職務安定原則，並不會因為競爭關係下的爭訟者提起的法律救濟而事後撤銷已經完成的公

138 實務與學說，參考，Vgl. Johannes Remmel, [a.a.O.\(Anm. 90\)](#), S. 35.

139 Vgl. Martens, ZBR 1992, 133; Schnellenbach ZBR 1992, 270 ff.

140 Vgl. Josef Isensee: Der Zugang zum öffentlichen Dienst, in: Festgabe aus Anlaß des 25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von Otto Bachof, Ludwig Heigl, Konrad Redeker, München 1978, S. 337-356; Ernst-Lüder Solte: Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht, in: NJW 1980, 1027-1035; Hellmuth Günther: Konkurrentenstreit und kein Ende? - Bestandsaufnahme zur Personalmaßnahme Beförderung -, in: ZBR 1990, S. 284-295; Rainer Wernsmann: Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage, in: DVBl. 2005, S. 276 ff.

務員任命。除因為公務員法上具體指陳的原因而可以確認公務員勤務關係無效或者撤銷任命者外，先前已經完成的任命及具有存續效果¹⁴¹。

對於撤銷公務員任命的可能性所作的這種限制，主要是源自德國基本法第 33 條第 5 項。該法規定「有關公務員的法律必須顧及公務員制度的傳統基本原則加以制訂」。一般也將職務安定原則理解成為公務員制度的傳統基本原則之一。另外一些承認職務安定原則的原因則是基於憲法上確保行政功能運作穩定的要求或者自治國原則導出的法律安定性原則（Grundsatz der Rechtssicherheit）、公眾對於公務員特質的信賴（Vertrauen der Öffentlichkeit auf die Beamteneigenschaft）以及受任命公務員值得保障的信賴。假如公務員的任命存在有撤銷的危險時，受任命公務員自己的個人利益將與先前未受任命競爭者的權利保護利益處於無法解決的衝突。由結果而論，將對於公務人員任命之撤銷原因嚴格加以限縮，最終確保的除已任命公務員之利益外，更重要的則是行政的功能運作（Funktionsfähigkeit der Verwaltung）¹⁴²。以避免行政機關陷入已陞遷任命的公務人員如何「讓出」職缺給予原先未獲陞遷公務人員的難解窘境¹⁴³。

在德國行政訴訟的裁判實務中，基於職務安定原則甚至可以導出，即使先前的任命行為是違法，例如先前的任命是因為公務員與其官署首長之間具有良好的（政治）關係（即所謂的「職務裙帶關係（sog. Ämterpatronage）」），也不會因為其他未獲任命者所提起之競爭訴訟而遭撤銷的命運。

不過也有批判的意見認為，針對此類公務員的任命不應有所謂職務安定原

141 因此有學說認為職務安定原則乃是人民服公職基本權利的一種內在限制（immanente Schranke）。Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 166 ff.

142 Vgl. Peter, JuS 1992, 1044; Schnellenbach, NVwZ 1990, 637.

143 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 168.

則的保護，而仍有提起撤銷訴訟的可能性。因為此類的行政處分是所謂典型的附第三人效力之行政處分（*Verwaltungsakt mit Doppelwirkung*），所以可能造成競爭第三人的負擔而由其請求加以撤銷。未獲任命的申請者可能因為行政機關對他人之任命欠缺撤銷可能性而造成自己無可排除的障礙。如果有這種狀況發生，則可能另外對基本法第 19 條第 4 項所保護的權利救濟保障（*Rechtsschutzgarantie*）造成侵害。根據基本法第 33 條第 2 項之規定，任何德國人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機會。職務安定原則因此有可能削弱了未獲任命之申請者，要求合法選才的（主觀）權利。

這個爭議性的問題，最近因德國聯邦行政法院 2001 年 9 月 13 日判決¹⁴⁴的旁論（*obiter dictum*）中，針對職務安定原則所提出的質疑，又重新獲得重視。聯邦行政法院的判決如同對於過去理論的重擊（*Paukensschlag*），同時也廣受好評。它針對公務員法上的競爭訴訟主張，如果在競爭者之間的職位分配違反因為請求分配遭拒絕而尋求救濟時所作成的暫時命令（*die einstweilige Anordnung*），那麼在暫時性權利救濟程序中原本只是暫時獲得保護的公務員，便有能在請求重新決定的主要訴訟程序中進一步實現其「應徵程序請求權（*Bewerbungsverfahrensanspruch*）」的可能。同時這也不需要以已經被任命公務員之任命處分遭撤銷作為前提，毋寧是由機關首長給一個新的職位¹⁴⁵。聯邦行政法院的看法是認為這在預算財政法上是有可能實現的。不過這項觀點至今仍未被充分討論。

至於我國實務上，在前揭保訓會「**劉慶蜀案**」中，台北高等行政法院在撤

¹⁴⁴ Vgl. BVerwGE 115, 89 ff.; DVBl. 2002, S. 203.

¹⁴⁵ Vgl. BVerwGE 118, 370.

銷保訓會之復審決定時，似乎否定（或至少弱化）了職務安定原則在我國的適用。其結果與德國實務見解的轉變，竟意外地有若干吻合之處。不過這種作法是否已經可以成為我國法上的裁判先例，又機關首長如何重新騰出職缺安置，均仍屬相當曖昧的問題。對於職務安定原則的適度尊重（亦即與權利保障之間理性調和），應有其必要性與正當性。

應該進一步說明的是，保訓會與行政法院在類似問題的救濟處理上立場仍有統一的必要。因為前者以無權利保護之必要性駁回復審請求，係屬爭執合法要件的審查結果。（台北高等）行政法院撤銷復審決定，似乎認為即使已經完成他人之陞遷任命，亦應該實質審查後，撤銷拒絕原告陞遷請求之處分（經復審決定包裝過的原處分），顯屬經過有無理由的判斷¹⁴⁶。德國學說對於已辦理陞遷完畢之救濟案件，是否屬於已經終結（erledigt），亦有爭議¹⁴⁷。德國實務則認為，倘若陞遷的決定仍有撤銷之可能性時，係爭案件仍屬尚未終結¹⁴⁸。同時若是未獲陞遷之公務人員仍有實現其害賠償請求權之機會時，應該也還不能稱係爭案件已經終結¹⁴⁹。本文認為，辦理陞遷完畢並不必然構成無權利保護必要。原來提起的撤銷訴訟也未必一定終結。必須進一步個案判斷。倘仍有撤銷可能（或持續撤銷訴訟審理之必要）時，程序未必終結，原告亦仍有權利保護之必要¹⁵⁰。

146 如果再對照「劉慶蜀案」，保訓會也是採實質審理。

147 參考，Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 691; Müller, JuS 1985, 278.

148 Vgl. BVerwG, Urt. V. 09.03.1989 – 2 c 4.87, DVBl. 1989, 1150.

149 Vgl. Wolfgang Zimmerling, Konkurrenz zwischen Angestellten und Beamten im Beförderungsgeschehen,

<http://www.zimmerling.de/veroeffentlichungen/volltext/befoerderungskonkurrenz.htm>.

150 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 94.

10.陞遷救濟時之暫時權利保護

10.1.復審階段及行政訴訟中之暫時性權利保護

根據本研究的初步瞭解，陞遷救濟具有相當的特殊性。亦即受限於職缺的有限性以及陞遷任命的連鎖效應（„Beförderungskette“），以及公務員法體系的嚴格形式要求（Formstrenge），一經陞遷程序完成，已任命之公務員又無其他得以認定陞遷任命無效之事由，往往會造成救濟的實效落空¹⁵¹。因此與其事後救濟無望，不如事前防堵會造成事後救濟無望的原因。此時暫時性的權利救濟設計，應該是重要的考量。

假如公務員的任命存在有撤銷的危險時，受任命公務員自己的個人利益將與先前未受任命競爭者的權利保護利益處於無法解決的衝突。因此它保障已經完成的陞遷任命在一定的條件下可以比較穩定地維持其存續效力。德國聯邦憲法法院因此演繹出「身分法上職務¹⁵²不可剝奪原則（Grundsatz der Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes）¹⁵³。」若是於陞遷任命之後數年仍容許藉由訴訟使得公務員的職位發生變動，或者讓已經發生陞遷連鎖效應的公務員法律關係再一次受到質疑，恐怕會嚴重影響到行政的運作能力以及公務員地位的穩定保障（Stabilitätsgarantie）。所以基於職務安定原則與有效權利保障

151 Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 169.

152 身分法上職務或地位法上的公務員職務原則上是透過官、職等的分類（die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe）、俸級的基本俸給（das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe）以及賦與公務員的官銜（Amtsbezeichnung）加以認定。地位法上的公務員職務首先透過「任命（Ernennung）」賦予，其後之變動僅得透過「陞遷（Beförderung）」或透過懲戒程序的降級（Degradierung）為之。因此若是官等、職等或俸級的變動便屬「地位法上的公務員職務」之變動。

153 BVerfGE 7, 155, 163; 70, 251, 267 ff.

之折衷，我們所承認的陞遷任命救濟，應該將重心放在陞遷任命前的階段。換言之，應該考量的是行政救濟中的暫時性權利保護制度。

針對公權力措施之權利救濟原則上是一種事後的權利救濟制度（*repressiver Rechtsschutz*）」。¹⁵⁴因為若是容許同步進行的法院救濟審查程序，恐怕會過度阻礙了其他國家功能（如行政或立法）的活動。但是實效性權利保障之要求卻並不排除於嚴格條件限制下（例如必須要有異於一般的權利保護必要性（„qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis“）），基於避免個案中嚴重且無法逆轉的權利侵害目的，於必要時開放預防性的權利救濟空間，而非必然僅針對「現時」的權利侵害¹⁵⁴。這種預防性權利保護的要求，其實也不過是廣泛地「及時權利救濟（*rechtszeitiges Rechtsschutz*）」的一種反應而已¹⁵⁵。其次，實效性之權利保障制度亦要求提供人民暫時性的權利保障。特別是在若不提供暫時性的權利保護措施時，將會發生嚴重或無可避免的損害，以致於本案的裁判即使作成，亦無法於事後將之除去的情況下，暫時性的權利保障即屬必要¹⁵⁶。大法官在釋字第 585 號解釋中亦指出，確保裁判結果實效性之保全制度，乃司法權核心機能之一，不因憲法解釋、審判或民事、刑事、行政訴訟之審判而有異¹⁵⁷。

¹⁵⁴ Vgl. P.- M. Huber, in: v. Mangoldt/ Klein/ Starck (Hg.), GG, Bd.1., 4. Aufl., 1999, Art. 19 Rn. 469.

¹⁵⁵ 參考，李惠宗，「從基本權功能論司法獨立與訴訟基本權之保障」，同作者，權利分立與基本權保障，1999，頁 253；Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Theoder Maunz/ Günter Dürig/ Roman Herzog/ Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand: 1997, Art. 19 IV Rn. 278.

¹⁵⁶ Vgl. Hartmut Krüger, in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl., 1999, Art. 19 Rn. 148.

¹⁵⁷ 大法官另於釋字第 599 號解釋中，針對大法官解釋的暫時性權利保障制度指出，「如因系爭憲法疑義或爭議狀態之持續、爭議法令之適用或原因案件裁判之執行，可能對人民基本權利、憲法基本原則或其他重大公益造成不可回復或難以回復之重大損害，而對損害之防止事實上具急迫必要性，且別無其他手段可資防免時，即得權衡作成暫時處分之利益與不作成暫時處分之不利利益，並於利益顯然大於不利利益時，依聲請人之聲請，於本案解釋前作成暫時處分以定暫時狀態」。

暫時權利保護作為訴訟法上傳統的制度，依傳統的見解，其主要只是具有「保全功能（*Sicherungsfunktion*）」，以保障訴訟原告之權利在勝訴後不因無從執行而終局落空¹⁵⁸。但是隨著訴訟程序在實務上往往曠日廢時，目前在訴訟實務上，當事人多習於在本案訴訟外，另行聲請暫時權利保護，以避免權利不因過長的訴訟程序而致嗣後無法實際獲得所需救濟。一般的本案訴訟程序，為了追求終局正義，往往適用各種傳統的程序原則以及複雜的訴訟制度。但是相對地在程序上會造成延宕。而暫時權利保護程序，適用所謂略式審查（*summarische Prüfung*），可以謀求訴訟上之本案爭議，至少在終局裁判前迅速暫時獲得解決。所以暫時權利保護程序，亦常被稱為「快速程序（*Eilverfahren*）」，其更具有所謂「暫時滿足之功能（*interimistische Befriedungsfunktion*）」¹⁵⁹。

在德國，如果原告提起的本案訴訟是撤銷訴訟時，此時可以考慮的暫時性權利保護制度乃是請求「暫時停止執行」（德國行政法院法第 80 條與第 80a 條，我國行政訴訟法第 116 與 117 條）。但是如前所述，德國實務的見解一貫地認為此時撤銷訴訟並不合法（欠缺權利保護必要），因此暫時停止執行的要求亦不可能。我們可以考慮的應該是行政法院法第 123 條以下規定的假處分制度。在我國則為第 298 條第 1 項，要求法院發保全命令（*Sicherungsordnung*）以保全日後實施強制執行，以及第 298 條第 2 項要求法院發定暫時狀態命令（*Regelungsordnung*）以採取必要措施，維護暫時狀態之制度。

158 Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar*, Vorb. § 80 Rn. 34 f. (Stand: Jan. 2003).

159 參考，林明昕，「論大法官釋憲程序之改革——兼評司法院大法官審理案件法修正草案」，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦，第四屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會論文，2003.9.26/27。

未獲陞遷任命者提起訴訟的目的無非是希望原本空缺出來的職位能夠保持，甚至於由自己來獲得。由於原告可以主張基本法第 33 條第 2 項保障他於陞遷時有應被尊重的（主觀）公法權利（至少有應徵的程序請求權！），所以他有請求受暫時性權利保護的資格。假如原告對於暫時命令的請求以及請求暫時命令的原因顯而可信（*glaubhaft*），其請求發保全命令或定暫時狀態即屬有理由。原告對於暫時命令的請求權顯而可信，是指原告所提供的事實足堪證明其所主張「極具可能性（*überwiegend wahrscheinlich*）」¹⁶⁰。而並不需要真的確定原告是根據基本法第 33 條第 2 項事實上最適於被陞遷任命者¹⁶¹。

原告請求暫時命令的原因顯而可信則是指，若是既有狀態已經改變，存有權利的實現會被嚴重削弱或阻礙的危險。例如原本空缺之職位已經有其他人被任命後，原告的權利之實現即有嚴重弱化的危險。基本法第 19 條第 4 項所保障的有效權利救濟體系無論如何都應該包括暫時性的權利救濟。而自基本法第 19 條第 4 項可以導出，未獲陞遷任命之原告至少擁有程序上的請求權。因此機關首長在陞遷任命決定前，應該有通知其他競爭者進行選拔程序的義務，這些競爭者也才有透過行政法院法第 123 條暫時權利保護的途徑保護自己權利的機會。

我國保障法中僅第 89 條規定，原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置，不因依本法所進行之各項程序而停止執行。原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置合法性顯有疑義者，或其執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者，保訓會、原處分機關或服務機關得依職權或依申請，就原行政處分、管理措施或有關工作條件之處置全部或一

¹⁶⁰ Vgl. BVerfG (Kammer) vom 29.7.2003 – 2 BvR 311/03 – Rn. 16.

¹⁶¹ Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 280.

部，停止執行。

另外根據行政訴訟法第 116 條規定，「I.原處分或決定之執行，除法律另有規定外，不因提起行政訴訟而停止。II.行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。III.於行政訴訟起訴前，如原處分或決定之執行將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，行政法院亦得依受處分人或訴願人之聲請，裁定停止執行。但於公益有重大影響者，不在此限。IV.行政法院為前二項裁定前，應先徵詢當事人之意見。如原處分或決定機關已依職權或依聲請停止執行者，應為駁回聲請之裁定。V.停止執行之裁定，得停止原處分或決定之效力、處分或決定之執行或程序之續行之全部或部份。」其中第三項規定亦容許於訴訟提起前，向高等行政法院聲請。

在陞遷救濟案件中，職缺往往不能空懸過久，陞遷的程序也往往會在短期內完成。此時若不能及時聲請停止陞遷任命之執行，往往也可能發生難以再重行辦理陞遷的窘態。所以停止執行要件中「原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者」，在個案中成立的機會應不難想像。

在陞遷保障案件中所需要的暫時性權利保障，除停止執行的制度外，尚應考量聲請假處分的制度。這種暫時性權利救濟主要是適用於課予義務訴訟中¹⁶²。行政訴訟法第 298 條即規定，「I.公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分。II.於爭執之公法上法律關係，為

¹⁶² 行政訴訟法第 299 條規定：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」應限縮適用於撤銷訴訟而已。

防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。III.前項處分，得命先為一定之給付。」但是在保障法中雖有課予義務型的復審類型，但卻無相應的聲請假處分制度。而保障法第 89 條之停止執行制度又無法滿足是類復審之需求，法政策上容有檢討之必要。

10.2 競爭關係中特殊之暫時性權利保護要求

競爭關係的行政爭訟相較於一般的爭訟，具有特殊性。特別涉及到國家有限資源的分配案例，例如有限的補助預算、有限的陞遷名額等等。其中公務人員的競爭訴訟又牽涉到公務人員陞遷調動的連鎖效應。只要辦理陞遷程序完成，其救濟往往不能僅就原告一人利益考量。再加上公務員體系的穩定性要求，已經完成的陞遷任命要再事後變動，誠屬不易。因此在此類的救濟程序中相較於其他的爭訟類型，其暫時性權利保障的需求性是比較高的。在制度的設計上，應該寧可在職務尚未調動之前，盡可能實現救濟的請求。否則即使程序上不禁止，但是往往會因為職缺已無法回復，使得勝訴的救濟也是一個空洞的救濟。因此即使在目前有限的復審救濟類型下，應該思考給予公務人員相應的暫時性權利保障。同時也不論是撤銷型或者課予義務型的救濟（請求撤銷對他人之陞遷決定或者請求對自己為陞遷決定），透過暫時停止執行陞遷任命的決定或者定暫時狀態的決定，均可以有效地確保最終的救濟目的得以實現。

10.3.陞遷救濟時暫時權利保護的可行性

憲法上有效權利救濟之要求，應該是要求國家提供一個完善而無缺漏的保障體系。在德國陞遷制度上，由於「最佳選擇原則」具有相當的法拘束力，所

以以透過課予義務訴訟實現權利救濟最為直接有效。當然此刻還有聲請假處分或定暫時狀態的暫時性權利保障輔助。但是我國法上，公務人員直接請求法院命行政機關給予自己陞遷的實體請求權，在現行法解釋下，相對保守。所以針對他人陞遷決定提起撤銷訴訟，可能性還是比較高。而目前不論在保障法或者行政訴訟法上配合撤銷型救濟的暫時停止執行制度，至少在規範上，應屬適當的設計。有待改善的可能是實務上對於此一制度的活用。如果可以善用此一制度，將來發生已經辦理陞遷完畢，造成無權利保護必要的案例應該可以相對減少。進一步言之，活用暫時性權利保護的機制，可以降低職務安定原則適用造成的困擾¹⁶³。

但是在暫時性的權利保障制度未被活用之前，仍有為數不少的爭訟案件在提起救濟時（或提起救濟中），因為陞遷任命程序的完成，導致救濟的實益喪失。同時已完成的陞遷任命又未必有無效的事由。職務安定原則在信賴保護原則或者公務體系穩定之公益原則支撐下，應該予以尊重。保訓會在「**劉慶蜀案**」中，適用保障法第 67 條規定，於保訓會發現原行政處分雖屬違法或顯然不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，**經斟酌復審人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事**，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其復審。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或顯然不當。據此作成一般行政爭訟中罕見的情況決定，誠屬目前制度下尊重職務安定原則不得不然的處理方式，應給予肯定。日本學者阿部泰隆與今村和成等學者在評價彼邦「情況判決」時也已指出，「既成事實之尊重在法律上具有不容忽視重要價值，正因為情況判決尊重違法既成事實，就此部分不應逕予以否定其價值。

163 Vgl. Uwe Kernbach, [a.a.O.\(Anm. 46\)](#), S. 172.

研究如何防止既成事實發生固為重要對於既已發生之既成事實，只能尋求善後之策。」「情況判決除合乎尊重既成事實之一般法律原則之外，亦具有防止因無訴訟利益而遭駁回之情形產生，避免判決後發生混亂，和平解決紛爭之功能。」「在依法行政的原則下，當然不允許違法行政處分之存在，但是撤銷已存在的違法行政處分，可能將已然形成的法律狀態徹底顛覆，如此情形若非吾人所樂見，從各種角度與層面比較衡量，自有其必要性。¹⁶⁴」

即使在德國，經過職務安定原則與基本權保障的權衡，若為了避免造成行政功能運作的危險，經考量可能因素，在無其他更加選擇時，自服公職基本權，並基於憲法保障的最佳選擇義務違反而進一步導出損害賠償之訴（*Schadenersatzklage*）¹⁶⁵，或者僅容許公務人員請求損害賠償或訴請確認陞遷任命行為具違法性也是一種適當的考量¹⁶⁶。

這種將原有的撤銷陞遷決定的請求轉換成為違法確認或者損害賠償請求，並不會抵觸憲法上有效權利救濟（*Gebot des effektiven Rechtsschutzes*）的要求。此一憲法要求並不保障人民提起特定的訴訟類型、獲得特定判決形式或者權利保障的形式。這毋寧屬於立法者的形成空間。憲法訴訟權保障的其實在於，所有影響人民基本權利的高權行為或措施都可以透過某一種有效權利保護的司法途徑加以審查¹⁶⁷。所以並非所有的公務人員爭訟案件都必須透過撤銷訴訟才算是滿足訴訟權保障的要求。在爭訟案件的特殊性考量下，容許公務人員提起損害

¹⁶⁴ 引自，汪渡村/陳世民/林素鳳，行政訴訟法修正後諸原則之探討，台灣省訴願會委託研究，1999.5.31，頁24以下。

¹⁶⁵ Vgl. Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 69.

¹⁶⁶ Vgl. Uwe Kernbach, *a.a.O.*(Anm. 46), S. 171, 174.

¹⁶⁷ Vgl. Schoch, *VerwArch.* 82 (1991), 148.

賠償之訴也可滿足有效權利救濟的憲法要求¹⁶⁸。

相反地，倘若貿然撤銷原處分，致勝訴之公務人員確實已無職缺可供回復（他人已任命完成），這種勝訴判決不僅可能毫無實益，同時也可能進一步波及其他公務人員已完成的任命。倘他人亦因信賴保護之故，其任命不應予以撤銷或廢止，同一職缺如何安置兩人，恐怕是裁判時，未予以深究之處¹⁶⁹。

168 Vgl. BVerfG, B. v. 19.9.89, DVBl. 1989.

169 參考臺北高等行政法院 91 年訴字第 5284 號判決調：「系爭處分經撤銷之結果，第三人應僅生其受調任處分之信賴保護而毋須撤銷或廢止該第三人之調任處分及其銓敘審定之問題而已。」

11. 結論

綜合本研究之研究，資綜理提出如下結論：

1. 因不滿機關陞遷序列表所定之陞遷序列而提起之爭議案件。保訓會之立場認為陞遷序列表僅為抽象性規範，並非「具體」管理措施，故不得提起再申訴救濟。限縮解釋其再申訴程序標的僅限於「『具體』管理措施」，而不包括其他抽象管理行為。
2. 機關職務出缺時，應由人事單位簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補，其採內陞者，即應依陞遷序列表所定序列逐級辦理甄審，並按甄審結果報請機關首長圈定陞補、發布派令。機關首長對於內陞或外補之決定應屬機關首長之合義務決定空間。
3. 針對有關內陞或外補的作業標準不服，目前保訓會的立場係認定此類作業僅係一般抽象規範，倘公務人員未對主管機關為一定之陞遷請求同時也未見服務機關對特定公務人員有任何具體之管理措施，尚不得依據保障法所定再申訴程序請求救濟。
4. 機關若直接拒絕公務人員參加甄選，保訓會認為此時機關已作成一內部管理措施，得經再申訴程序尋求救濟。相對地，對於公務人員消極未被列入陞遷名冊之案件，保訓會認為未獲列入陞任或遷調名冊，乃係機關內部所為之管理措施，對公務人員之權利尚無重大影響，且未改變其公務人員之身分關係，不得依據保障法所定復審程序請求救濟。
5. 各機關辦理公務人員之陞遷時，除應由人事單位就具有擬陞遷職

務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊外，並應檢同有關資料，報請本機關首長交付甄審委員會進行評審。對於甄審委員會評審決定，保訓會並不認為係一具體管理措施。

6. 對於本人雖參與甄審，惟最終未獲陞遷之案件，保訓會認為人事甄審會對符合資格條件者之服務情形、專長才能、發展潛力、領導統御等因素作綜合考評時，類此考評工作，富高度屬人性，除辦理考評業務有法定程序上之瑕疵、對事實認定有違誤、審議未遵守一般公認價值判斷之標準、有「與事件無關之考慮」牽涉在內及有違反平等原則等情事外，機關學校首長或甄審會或審議會對符合資格者考評之「判斷餘地」理應尊重。
7. 辦理陞遷時，應就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊，並檢同有關資料，交甄審委員會評審後，報請機關首長就前三名中圈定陞補之。因此不只機關首長在合理及必要之範圍內，基於內部管理、領導統御及業務運作需要，就公務人員之職務陞遷，應本專才、專業、適才、適所之旨外，並應就公務人員個人之工作表現、品行操守、學識能力等各方面考核評量。類此考評工作，富高度屬人性，所以除考評違反相關人事法令規定、具有法定程序上之瑕疵、對事實認定有違誤、未遵守一般公認價值判斷之標準、有與事件無關之考慮牽涉在內及有違反平等原則等情事外，主管長官對部屬所為之考評及職務陞遷之判斷餘地，應予尊重。甚至於

即使資績分數排序為第一，機關首長亦非不得就前三名中圈定其他人陞補。除非有其他足資證明首長對其有不當考量，致影響陞遷之具體事證。

8. 對於請求陞遷之公務人員是否具有所謂「陞遷請求權」的認定，保訓會至少承認當事人具有所謂形式之（主觀）公法上權利。
9. 公務人員不服陞遷決定，但於其提起救濟時陞遷已辦理完成的案件，保訓會認為公務人員提出再申訴，倘對於當事人被侵害之權利或法律上利益，縱經審議之結果，亦無從補救，或無法回復其法律上之地位或其他利益者，其再申訴已無實益，即屬欠缺權利保護之必要。
10. 公務人員之陞遷救濟中，單獨對於他人之陞任不服時，保訓會的見解似認為，此類案件因非屬涉及自己權益事項，提起救濟時往往不具請求救濟的權能（訴訟權能），而非適格之主體。若考量行政處分中有附第三人效力的成分，即使該行政處分對關係人權益無直接關連，但仍有權益間接影響的可能性，是否全然在救濟時當事人不適格，仍未可率而言之。
11. 公務人員之陞遷往往是一個存在多數競爭者的爭議案件。對於自己未獲得陞遷之決定不服，請求救濟時，往往會牽涉到其他已經任命第三人之權益。倘當事人之救濟有理由，但第三人之任命亦已確定，基於職務安定的要求，保訓會採納了情況決定（判決）方式。將雖有理由之再復審予以駁回，而於決定主文中諭知原處分違法。

12. 公務人員於參與他機關之陞遷甄選，倘他機關決定不予率取，如同本機關未予陞遷決定般，原則上應視決定機關之裁量或判斷是否違法而定，否則原則上也應尊重機關之決定。
13. 他機關辦理陞遷時，若未被納入甄審名冊或者未被通知參與甄審，保訓會立場並認為復審人此時並無要求舉辦甄審機關為行政處分之（主觀）公法上權利，似乎將甄審機關所為參與甄審之通知視為一行政處分。
14. 他機關函請原服務機關同意商調時，原服務機關不予同意，保訓會認為機關首長考量其屬官之工作情形及機關業務之需要等理由，於合理性及必要性範圍內，對同意權之行使係屬其人事固有權限，如未違反相關人事法令，應予尊重。
15. 因他機關於辦理指明商調時，嗣後發現商調人員任用資格不符，因此中止商調程序，當事人隨後請求核發派令遭拒絕而生之爭議。保訓會認為此類拒絕函件具有行政處分性質，而受理復審救濟程序。
16. 保訓會對於欲陞遷之公務人員未獲列入陞任或遷調名冊，認屬機關內部之管理措施。行政法院應該也支持是項見解。
17. 資績計分部分，保訓會認係機關具體管理措施，而最高行政法院亦有相同的認知。
18. 最高行政法院認為公務人員請調職務被拒絕，並不影響現行職務與公務員身分，應屬內部管理措施。

19. 最高行政法院一貫地立場均認為公務人員經考試取得服公職之權利，並非指公務人員可以隨心所欲請求所欲任公職。
20. 對於保訓會在若干案件中，對於陞遷程序完成，第三人已獲陞遷任命因未獲陞遷而請求救濟之公務人員，在事實上回復陞遷任命有困難時不得已所採用的情況決定，相較而言，行政法院的態度採否定說。
21. 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。
22. 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。
23. 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」的判斷可能被忽略。

24. 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。
25. 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。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，則仍非一行政處分。但是對於行政處分的「外部性」要件判斷，其實還是停留在另一個要件「直接法效性」的操作認定之上。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「權利相關性所需要的「連結關係詞」。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。

26. 針對公務人員而言，應視其身分係屬於職務執行者（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。
27. 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。
28. 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，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。
29. 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」。
30. 行政程序法第 174 條之規定，在陞遷過程中行政機關所為之處置亦有適用。公務人員欲對其中單獨一項程序中的決定不服，是否應容許其單獨救濟，應同樣採考量對公務人員而言是否會造成過遲救濟的危險而定。換言之，假如不讓公務人員即時針對程序行為救濟，會發生無

可回復的危害或者過遲救濟的危險時，應該排除本法的限制。亦即得適用行政程序法之程序規定，以及得針對程序決定獨立進行救濟。

31. 一般行政程序上的程序行為，在法律性質的認定上並非毫無爭議。這必須個案中判斷行政機關的決定是否具有對外直接規制的效力而定。但是也有一些程序行為可能只是一些準備行為而不具備課予義務的特徵，當事人受到的影響也可能只是增加程序上的負擔，尚未必可以被認定為行政處分。
32. 行政處分認定的核心要素在於其是否具備對外直接法效性之上。在陞遷流程中，行政機關訂定陞遷序列表、內陞或外補之決定、列入甄審名冊、甄審會評分、參加他機關甄審之通知、商調時原服務機關不同意均因其不具有此一對外直接法效性的特徵而非行政處分。保訓會一貫的立場亦採之。
33. 在組織高權之下，機關首長在人事高權中還具有形成、變更公務員關係、陞遷任命公務人員、具體職務的分配與下達指令的權限。
34. 憲法第 18 條雖保障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。此規定「乃是著眼於政府代表國家統治人民，因此一方面其統治權限之取得應符合民主正當性之要求。另一方面則因政府從事之活動具有獨占性格，必須向被統治之人民開放，容許人民有進入政府部門服務之公平機會，並在其進入政府部門之服務期間給予照顧，並保障其『在該部門服務』之身份，其原始之規範功能意義應僅止於此。

35. 德國實務見解至少承認公務人員具有要求主管機關對於他的陞遷申請以「無裁量瑕疵的方式」予以決定之請求權。相較於實體上之請求權在此公務人員擁有的僅是一種型式的公法上權利而已。
36. 德國晚近的文獻中，越來越多的主張贊同公務人員直接擁有陞遷請求權。特別是如果有公務人員職缺空出（這也是預算法與組織法上，陞遷的前提要件），有資格參與甄選，並於甄選程序中被評定為「最佳」的競爭者，應該有要求接受此項職缺的請求權。
37. 相較德國與我國規範度，我國陞遷法上的規定，授權主管長官在甄審會所列陞遷名單中，再擇一圈選（可能未必是形式上評分最高者）。其並非嚴格遵守功績原則所導出的最佳選擇要求。根據裁量或者判斷餘地的規範授權理論，立法目的應該並無賦予特定公務人員於辦理陞遷程序中，要求必予陞遷的主觀權利。
38. 陞遷程序仍有適用行政程序法之實體或程序規定可能。行政程序法第3條第3項第7款規定，對公務員所為之人事行政行為不適用本法之程序規定，係僅排除程序規定，如屬本法實體規定者，仍有其適用。而有關改變公務員之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，仍應依本法規定給予相對人程序的保障，賦予其程序請求權。
39. 陞遷競爭關係中，因法律上利益受到侵害之人，始能以利害關係第三人資格就他人之行政處分提起撤銷之訴，若僅有事實上利害關係，而不具備「法律上利害關係」，自不得任意主張他人行政處分違法侵害

其權益而提起行政爭訟。茲所謂「法律上利害關係」之判斷，係以上述「新保護規範理論」為界定利害關係第三人範圍之基準。

40. 針對陞遷決定不服提起的訴訟類型，首先可以想到提起撤銷訴訟。但是要注意的是，撤銷訴訟的目的是透過法院的形成判決將行政機關所作的不利益違法行政處分遡及地使其失其效力，回到為作成行政處分前的原初狀態。
41. 在陞遷救濟案件中，未獲陞遷之公務人員與獲得陞遷之公務人員處於一種競爭關係，他的救濟目的往往不是單純地撤銷一個對他不利益的拒絕陞遷決定而已。對於最終的陞遷決定不服提起撤銷訴訟往往不是最適當的訴訟類型選擇。
42. 若是原告以利害關係人第三人之地位，亦可以訴請撤銷對競爭者予以陞遷之決定。而此一決定理論上可以被評價為「附第三人效力之行政處分」。倘若訴訟權能的要件亦可進一步確定，則在這種競爭關係下提起撤銷訴訟應屬於合法的訴訟類型選擇。
43. 已經獲得圈選的公務人員則可以在訴訟程序或者暫時性權利保障程序中，以必要參加人的地位，參加訴訟。倘若此一附第三人行政處分所涉及利害關係人範圍相當廣泛，同時在訴訟上又屬於必要參加訴訟之人，對此德國行政法院法第 65 條第 3 項，針對超過五十人以上之訴訟必要參加人，授權法院可以透過裁定命令僅於一定期間內聲請登記之利害關係人得以參加訴訟。此項裁定並需於聯邦電子公報、新聞紙或其他特定的資訊系統上公告。其中之公告期限並不得少於三個月。

本法甚至規定，對於未於期限內聲請登記，但是那些「已知」會受到判決某種程度影響之利害關係人，也可以由法院決定令其參加訴訟。

44. 對同一陞遷機會而有多數申請人競爭，其未獲陞遷任用者，如認為主管長官或行政機關之決定違法，實則應該給予自己陞遷者，亦會產生所謂「競爭者訴訟」之問題。如果只是單純針對自己陞遷請求被拒絕（亦無其他人獲得陞遷），而提起的救濟類型，當然是純粹屬於提起課予義務訴訟的問題，其目的在於請求法院為應任用原告之判決。
45. 倘若主管長官或行政機關已經給予他人陞遷，而同時拒絕自己的陞遷要求，在滿足訴訟權能的要件時（特別在行政機關逾越裁量或者判斷界限時），適當的救濟應該是同時提起撤銷訴訟與課予義務訴訟。
46. 提起課予義務訴訟時，公務人員具有要求行政機關作成無瑕疵判斷或裁量的請求權。例外情形下，當主管長官的判斷餘地或裁量空間縮減至零時，原告方具有請求特定陞遷決定的公權利。
47. 有學者主張，凡是行政處分以外的其他公法上的行政行為，均得為一般給付之訴之訴訟對象。其為行政外部行為或內部行為則非所問。請求將一個非行政處分之陞遷決定加以廢棄，以一般給付訴訟加以實現似乎亦無不可。但若考慮給付訴訟判決之強制執行制度欠缺實效性，提起給付訴訟恐怕非正確的訴訟類型選擇。
48. 行政訴訟類型當中，除了撤銷訴訟這種形成之訴外，應可承認一種可以透過形成的判決除去非屬行政處分之行政行為的一般性的形成之訴

學說上將這種「非典型的撤銷訴訟」稱之為「一般形成訴訟」。

49. 對於已經辦理陞遷完畢的救濟案件（已完成的陞遷任命又無實體法上的違法事由），實務上多以無權利保護必要性為由，駁回當事人之聲請。即使在德國學說也認為陞遷程序已臻「終結（erledigt）」。同時因為陞遷決定的不可撤廢性，將導致聲請法院在撤銷程序中的排除行為變成不應予以許可。其理由即在於缺乏必備的權利保護必要性。
50. 假如陞遷任命程序是在已經提起撤銷訴訟中才終結，在德國的作法是根據聯邦行政法院法第 113 條第 1 項，應該要將撤銷訴訟轉換成「續行確認（行政處分違法）訴訟」。而在台灣可能必須為訴之變更成行政訴訟法第 6 條之確認處分違法之訴（但須注意特殊訴之利益的要求，亦即變更提起卻認為法訴訟的目的何在）。
51. 職務安定原則乃是（德國）公務員法上的基本原則。在公務員陞遷（Beförderung）或者任命（Ernennung）的爭議中，發生作用。根據職務安定原則，並不會因為競爭關係下的爭訟者提起的法律救濟而事後撤銷已經完成的公務員任命。除因為公務員法上具體指陳的原因而可以確認公務員勤務關係無效或者撤銷任命者外，先前已經完成的任命及具有存續效果。
52. 學說一般將職務安定原則理解成為公務員制度的傳統基本原則之一。另外一些承認職務安定原則的原因則是基於憲法上確保行政功能運作穩定的要求或者自治治國原則導出的法律安定性原則、公眾對於公務員特質的信賴以及受任命公務員值得保障的信賴。

53. 我國實務上，在前揭保訓會「**劉慶蜀案**」中，台北高等行政法院在撤銷保訓會之復審決定時，似乎否定（或至少弱化）了職務安定原則在我國的適用。不過這種作法是否已經可以成為我國法上的裁判先例，又機關首長如何重新騰出職缺安置，均仍屬相當曖昧的問題。對於職務安定原則的適度尊重（亦即與權利保障之間理性調和），應有其必要性與正當性。
54. 陞遷救濟具有相當的特殊性。亦即受限於職缺的有限性以及陞遷任命的連鎖效應，以及公務員法體系的嚴格形式要求，一經陞遷程序完成已任命之公務員又無其他得以認定陞遷任命無效之事由，往往會造成救濟的實效落空。因此與其事後救濟無望，不如事前防堵會造成事後救濟無望的原因。此時暫時性的權利救濟設計，應該是重要的考量。
55. 在陞遷救濟案件中，職缺往往不能空懸過久，陞遷的程序也往往會在短期內完成。此時若不能及時聲請停止陞遷任命之執行，往往也可能發生難以再重行辦理陞遷的窘態。所以停止執行要件中「原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者」，在個案中成立的機會應不難想像。
56. 在陞遷保障案件中所需要的暫時性權利保障，除停止執行的制度外，尚應考量聲請假處分的制度。這種暫時性權利救濟主要是適用於課予義務訴訟中。但是目前在保障法中雖有課予義務型的復審類型，但卻無相應的聲請假處分制度。而保障法第 89 條之停止執行制度又無法滿足是類復審之需求，法政策上容有檢討之必要。

57. 憲法上有效權利救濟之要求，應該是要求國家提供一個完善而無缺漏的保障體系。在德國陞遷制度上，由於「最佳選擇原則」具有相當的法拘束力，所以以透過課予義務訴訟實現權利救濟最為直接有效。當然此刻還有聲請假處分或定暫時狀態的暫時性權利保障輔助。但是我國法上，公務人員直接請求法院命行政機關給予自己陞遷的實體請求權，在現行法解釋下，相對保守。所以針對他人陞遷決定提起撤銷訴訟，可能性還是比較高。
58. 在暫時性的權利保障制度未被活用之前，仍有為數不少的爭訟案件在提起救濟時（或提起救濟中），因為陞遷任命程序的完成，導致救濟的實益喪失。同時已完成的陞遷任命又未必有無效的事由。職務安定原則在信賴保護原則或者公務體系穩定之公益原則支撐下，應該予以尊重。保訓會在「劉慶蜀案」中，適用保障法第 67 條規定，於保訓會發現原行政處分雖屬違法或顯然不當，但其撤銷或變更於公益有重大損害，經斟酌復審人所受損害、賠償程度、防止方法及其他一切情事，認原行政處分之撤銷或變更顯與公益相違背時，得駁回其復審。前項情形，應於決定主文中載明原行政處分違法或顯然不當。據此作成一般行政爭訟中罕見的情況決定，誠屬目前制度下尊重職務安定原則不得不然的處理方式，應給予肯定。
59. 在德國，經過職務安定原則與基本權保障的權衡，若為了避免造成行政功能運作的危險，經考量可能因素，在無其他更加選擇時，自服公職基本權，並基於憲法保障的最佳選擇義務違反而進一步導出損害賠

償之訴，或者僅容許公務人員請求損害賠償或訴請確認陞遷任命行為具違法性也是一種適當的考量，同時也不會抵觸憲法上有效權利救濟的要求。

附論（一）

德國公務員法上之競爭訴訟

－ 職務安定原則與有效權利救濟間之權衡

（程明修 執筆）

一、前言

德國聯邦行政法院對於公務員法上之競爭訴訟之裁判其實相當盤根錯節。早期的見解多認為，如果陞遷任命決定已經完成，未獲任命者所提起的權利救濟往往是會被拒絕的。因為這個申請的職位已經不再是空缺的職位，同時也不可能再透過競爭者所提起的撤銷訴訟，讓這個已經任命其他公務員在上的職缺再空出來¹⁷⁰。不過德國聯邦行政法院在 2001 年 9 月 13 日判決傍論（*obiter dictum*）中則自己提出質疑，這種傳統排除競爭者提起撤銷訴訟的見解似乎很難跟憲法（基本法）第 19 條第 4 項「實效性權利保障之要求（*Gebot effektiven Rechtsschutzes*）」彼此相容¹⁷¹。到了 2003 年，聯邦行政法院則於判決中指出，競爭者主張撤銷任命，重新空出職缺的撤銷訴訟，在一些特定的情況中其實並無必要。但是當機關首長「不法（*zu Unrecht*）」忽視原告公務人員之權益時，機關首長在必要的情況下則可能需要另外提供新的職缺出來¹⁷²。

行政法院的傳統立場認為競爭者於任命完成後所提出的競爭訴訟（課予義

¹⁷⁰ 例如 BVerwG vom 25.8.1988 – 2 C 62.85 –, BVerwGE 80, 127 ff.

¹⁷¹ BVerwG vom 13.9.2001 – 2 C 39.00 –, BVerwGE 115, 89 ff.; DVBl. 2002, S. 203 ff.

¹⁷² BVerwG vom 21.8.2003 – 2 C 14.01 –, DVBl. 2004, 317 ff.

務訴訟)均屬已經終結(erledigt)的案件。裁判的理由大多基於所謂「職務安定原則(Prinzip der Ämterstabilität)」或者信賴保護原則。因為已經完成的任命往往無法再加以回溯撤銷。未獲任命的原告即因欠缺訴訟權能而無法請求撤銷對他人之任命。欠缺撤銷訴訟這個權利救濟的開路先鋒，之後的課予義務訴訟也就不會有結果。

德國聯邦行政法院在2001年9月13日判決傍論中所提出的質疑，被學界譽為是對於「職務安定優於競爭者權利保護」學理(Dogmas vom Vorrang der Ämterstabilität vor dem Rechtsschutz des Konkurrenten)的重大突破¹⁷³。聯邦行政法院可說撼動了公務員法與行政訴訟法上傳統一慣的見解。即使這只在判決傍論中提及，我們也可以視為學理上的一大轉變。同時也可能導致行政法院不再走向「職務安定絕對優於競爭者權利保護」的老路¹⁷⁴。不過這還值得進一步觀察。因為除了行政法院這個特殊的見解外，下級審法院似乎毫無所動。而聯邦憲法法院也還持觀望的態度。

聯邦行政法院2001年9月13日判決中原告乃是終生職公務員。最後是任職於布萊梅邦議會，而薪資職級屬於B7級。1995年10月31日他被調為暫時退休狀態的政務官。而其原先職位則於1995年11月1日已經新任命其他公務員擔任。原告不服調任決定而提起行政訴訟。初等與高等行政法院均已訴訟無理由駁回原告之訴。因為在職位從新派任後，原告訴訟希望這個職位從新騰出而提出的訴訟目的已經不可能再加以實現。不過最高行政法院並不同意這個理由。反而進一步審查調職決定的合法性。不過最終還是判定此一調職決定並不違法。判

173 Vgl. Ulrich Battis, Entwicklung des Beamtenrechts im Jahre 2001, NJW 2002, 1089.

174 Vgl. Hufen, JuS 2002, 1237 f.

決原告之訴無理由。

二、本案訴訟的主要救濟目的

（一）要求勿任命他人以及要求任命競爭者自己

未獲陞遷任命之公務人員提起行政訴訟的目的首先在於透過課予義務之訴（或重新決定之訴（*Neubescheidungsklage*）），要求行政法院命行政機關作出對自己的陞遷決定。但是這個訴訟要有結果的前提是他希望陞遷的職位仍屬空缺。假如行政機關已經任命其他競爭關係下的第三人時，此時原告必須先考慮提起撤銷訴訟或不作為之訴，讓這個職位重新騰空出來。這在競爭關係訴訟中，被稱為所謂的排除或排擠競爭者之訴（*sog. Ausschließende od. verdrängende Konkurrentenklage*），因為原告希望獲得第三人不能獲得的利益¹⁷⁵。所以訴訟的目的不是只為自己能獲得陞遷，同時也希望已經任命第三人的陞遷被撤銷，職位重新騰出。

（二）自己地位的提升（陞遷任命）

原告提起課予義務訴訟的主要理由在於，行政機關在最後選擇陞遷人員時違反了「最佳選擇原則（*Grundsatz der Bestenauslese, Art. 33. Abs. 2 GG*）」¹⁷⁶。同時原告有應該具有訴訟權能，因為競爭關係下競爭者源自於基本法第 33 條第 2 項的（主觀）公法上權利¹⁷⁶可能因此受侵害。

不過通說的見解認為，因為原本空缺的職位因為已經完成陞遷任命，所以

¹⁷⁵ Vgl. [Rainer Wernsmann](#), *Die Verwaltung*, 2003, 68 ff.

¹⁷⁶ 根據基本法第 33 條第 2 項之規定，任何德國人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機會。

這個陞遷任命程序已經「終結（Erledigung）」¹⁷⁷。因此若是陞遷任命已經完畢此時提起的課予義務訴訟應屬不合法¹⁷⁸。適當的訴訟類型應該是所謂的「續行確認訴訟（Fortsetzungsfeststellungsklage）」¹⁷⁹。競爭者要求提供其所欲陞遷的職位事實上已經不可能，即使在先前的陞遷程序中，他的權利未受到適當的重視¹⁷⁹。通常的情況下，已經完成的陞遷任命並無法加以回溯撤銷，除非有公務員法上相關嚴格限制的例外條件發生（§§ 9 BRRG, 12 BBG）¹⁸⁰。至於未獲陞遷任命者自己的陞遷要求則更不可能。

（三）阻止競爭者地位的提升

由於通說認為課予義務訴訟已經終結，原本的職缺已經陞遷完成而有其他公務人員佔用，未獲陞遷任命者唯一可能的權利救濟應該只剩下去阻止競爭者已經完成的陞遷任用。我們可以想像的方式是以提起撤銷訴訟來實現這個目的。甚至於是提起一般給付訴訟下，所謂的「預防性的不作為之訴（die vorbeugende Unterlassungsklage）」¹⁸¹，事前去阻止行政機關對於競爭者的陞遷任命。

不過學者指出，預防性的不作為之訴因為仍屬一般給付訴訟的一種子類型，所以相較於撤銷訴訟仍具有所謂的補充性或備位性（subsidiär）。同時提起此類訴訟所要具備的「權利保護必要性（Rechtsschutzbedürfnis）」也比較高¹⁸¹。因為

177 BVerwGE 80, 127, 129 f.; Kunig, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, 6. Kap, Rn. 91; 反對說，vgl. Schoch, Jura. 2002, 320; Dirk Ehlers, in: Friedrich K. Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/ Rainer Pietzner (Hrsg.), VwGO, Vorb. § 40 Rn. 92; Friedhelm Hufen, a.a.O.(Anm. 117), 2003, § 15 Rn. 7, 26.反對此時有課予義務訴訟的訴訟權能。

178 Vgl. Hufen, a.a.O.(Anm. 117), § 14 Rn. 12.

179 Vgl. BVerwGE 80, 130; Erichsen, Jura 1984, 650.

180 Vgl. BVerwGE 80, 130.

181 Vgl. BVerwGE 81, 329, 347, Ehlers, Vorb. § 40 Rn. 101; Wernsmann, DVBl. 2005, 279.

人民對於行政機關的決定有所質疑時，可以針對這個已經存在的決定提起撤銷訴訟。而且原則上不能在這個決定尚未作出之前，即提起（預防性）不作為之訴來阻止行政機關作成該決定。這不僅在雙邊法律關係，同時也在多邊法律關係（例如本案中的競爭關係）中有其適用。

（1）提起撤銷訴訟請求撤銷競爭者之陞遷任命

目前實務上對於公務員法上之競爭訴訟所持之見解大體上是認為，若是從欲陞遷的競爭者間選出特定之公務人員加以陞遷完成，通常想再提起撤銷訴訟即屬不可能。雖然未獲陞遷的公務員針對他人的陞遷提起撤銷訴訟，理論上其提起的訴訟是合法的。但是最後卻還是無法將已經任用的陞遷加以撤銷，因為撤銷與否與未獲陞遷者的權利救濟有和相關，並不明確。聯邦行政法院對於競爭者已經執行完畢的任命而提起的撤銷訴訟並不同意此時具備行政法院法第 42 條第 2 項撤銷訴訟所應必備的訴訟權能（Klagebefugnis）。因為聯邦行政法院並不同意這種任命是一種對特定人有利，但卻對第三人不利之「附第三人效力之行政處分」，而應該是一個與未獲陞遷任命者無關的單純行政處分¹⁸²。

在這裡必須先確定，究竟提起撤銷訴訟到底是否合法？如果不合法，我們其實也不用再討論訴訟是否有理由（即行政處分違法侵害原告權利）。反之，如果未獲任命之競爭者提起的撤銷訴訟合法，行政法院原則上就必須進一步審查究竟這個任命是否違法，同時侵害原告之權利。有學者即認為這項陞遷任命違反了憲法上「最佳選擇原則」，這項陞遷任命即屬違法並侵害原告的權利。行政機關是否可以將已經完成的陞遷任命加以撤銷，不應該是訴訟有無理由的

¹⁸² Vgl. BVerwG vom 30.6.1993 – 2 B 64.93 –.

主因。重要的是「行政法院」可否將這項陞遷任命加以撤銷，同時也僅根據行政法院法第 113 條第 1 項（即行政處分有無違法，並侵害原告權利）加以判斷¹⁸³。

相反地，聯邦行政法院則認為此時提起撤銷訴訟應屬不合法。法院無法再進一步審查此一任命是否違法並侵害原告之權利。所以未獲陞遷任命之競爭者的請求權如何實現，乃取決於已任命的職位是否可以例外地重新空出（因為該陞遷任命自始無效！）或者「行政機關」可以重新騰出該職缺（行政機關依職權將原先的陞遷任命撤銷）。

（2）提起預防性之不作為訴訟請求勿對競爭者加以陞遷任命

由於一般認為，提起課予義務訴訟要求法院命行政機關重新作成陞遷任命之決定已不可能（本案屬於已終結之案件！）。而撤銷訴訟是否合法，聯邦行政法院的態度又傾向消極認定，行政機關依職權撤銷先前陞遷任命的機會，因公務員法上嚴苛的條件限制亦屬少數。所以此時未獲陞遷任命者所能考慮的本案訴訟類型可能僅剩下一般給付訴訟下的預防性不作為之訴。原告此時可以要求法院暫時禁止行政機關陞遷任命其他的公務人員。不過值得注意的是，本案訴訟往往耗日費時，即使是預防性的不作為之訴亦然。往往本案勝訴也已經為時已晚，所以還不如考慮在暫時性權利救濟制度中尋求保障。

（3）尋求暫時性權利救濟

暫時權利保護作為訴訟法上傳統的制度，依傳統的見解，其主要只是具有「保全功能（Sicherungsfunktion）」，以保障訴訟原告之權利在勝訴後不因無從

¹⁸³ Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 279.

執行而終局落空¹⁸⁴。但是隨著訴訟程序在實務上往往曠日廢時，目前在訴訟實務上，當事人多習於在本案訴訟外，另行聲請暫時權利保護，以避免權利不因過長的訴訟程序而致嗣後無法實際獲得所需救濟。一般的本案訴訟程序，為了追求終局正義，往往適用各種傳統的程序原則以及複雜的訴訟制度。但是相對地在程序上會造成延宕。而暫時權利保護程序，適用所謂略式審查（*summarische Prüfung*），可以謀求訴訟上之本案爭議，至少在終局裁判前迅速暫時獲得解決。所以暫時權利保護程序，亦常被稱為「快速程序（*Eilverfahren*）」，其更具有所謂「暫時滿足之功能（*interimistische Befriedungsfunktion*）」¹⁸⁵。

如果原告提起的本案訴訟是撤銷訴訟時，此時可以考慮的暫時性權利保護制度乃是請求「暫時停止執行」（德國行政法院法第 80 條與第 80a 條，我國行政訴訟法第 116 與 117 條）。但是如前所述，德國實務的見解一貫地認為此時撤銷訴訟並不合法，因此暫時停止執行的要求亦不可能。我們可以考慮的應該是行政法院法第 123 條以下規定的假處分制度。在我國則為第 298 條第 1 項，要求法院發保全命令（*Sicherungsordnung*）以保全日後實施強制執行，以及第 298 條第 2 項要求法院發定暫時狀態命令（*Regelungsordnung*）以採取必要措施，維護暫時狀態之制度。

未獲陞遷任命者提起訴訟的目的無非是希望原本空缺出來的職位能夠保持，甚至於由自己來獲得。由於原告可以主張基本法第 33 條第 2 項保障他於陞遷時有應被尊重的（主觀）公法權利（至少有應徵的程序請求權！），所以他有請求受暫時性權利保護的資格。假如原告對於暫時命令的請求以及請求暫時命令

184 Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *a.a.O.*(Anm. 158), Vorb. § 80 Rn. 34 f. (Stand: Jan. 2003).

185 參考，林明昕，前揭文(註 159)。

的原因顯而可信（*glaubhaft*），其請求發保全命令或定暫時狀態即屬有理由。原告對於暫時命令的請求權顯而可信，是指原告所提供的事實足堪證明其所主張「極具可能性（*überwiegend wahrscheinlich*）」¹⁸⁶。而並不需要真的確定原告是根據基本法第 33 條第 2 項事實上最適於被陞遷任命者¹⁸⁷。

原告請求暫時命令的原因顯而可信則是指，若是既有狀態已經改變，存有權利的實現會被嚴重削弱或阻礙的危險。例如原本空缺之職位已經有其他人被任命後，原告的權利之實現即有嚴重弱化的危險。基本法第 19 條第 4 項所保障的有效權利救濟體系無論如何都應該包括暫時性的權利救濟。而自基本法第 19 條第 4 項可以導出，未獲陞遷任命之原告至少擁有程序上的請求權。因此機關首長在陞遷任命決定前，應該有通知其他競爭者進行選拔程序的義務，這些競爭者也才有透過行政法院法第 123 條暫時權利保護的途徑保護自己權利的機會。

三、告別職務安定原則？

於前述訴訟問題爭點中，仍有待釐清的是，是否在競爭關係下，機關首長完成陞遷任命其中一人之後本案爭訟即屬已經「終結（*Erledigung*）」？特別是在課予義務訴訟中，原告的請求是否已經無法或者仍有可能加以實現？其前提當然是，原告所希望被陞遷任命的職位仍有空缺出來的可能性？這也是撤銷訴訟關注的重點。

（一）提起撤銷訴訟之訴訟權能

聯邦行政法院雖然認為此時因為其他競爭者之任命與自己無關，所以原告

¹⁸⁶ Vgl. BVerfG (Kammer) vom 29.7.2003 – 2 BvR 311/ 03 – Rn. 16.

¹⁸⁷ Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 280.

之訴訟權能不具備。不過仍有許多學者持反對見解¹⁸⁸。由於預算以及人事法規之限制，每一個空缺的職位由誰陞遷或被任命，並非僅僅是一種雙邊法律關係。對於每一個競爭者而言，他人獲得陞遷任命，也就等於自己源自於基本法第 33 條第 2 項之請求權（是一種主觀公法權利！）已經無法實現。如果競爭者主張陞遷違反憲法上最佳選擇的要求，自己的權益受侵害之外，他人的任命也應屬違法。雖然聯邦行政法院反對，但這個陞遷任命卻是一種不折不扣的附第三人效力之行政處分，亦即對獲陞遷者有利，但對未獲陞遷者卻是侵益的行政處分。未獲陞遷者得提起撤銷訴訟也就因此是順理成章之事¹⁸⁹。德國聯邦憲法法院在 2004 年 1 月 14 日的裁定中也支持這種主張¹⁹⁰。如果不能承認第三人提起撤銷訴訟之可能性，那麼一經陞遷任命完成，未獲陞遷任命者即因事實上不可回逆的權利狀態改變，而毫無救濟可能，與基本法第 19 條第 4 項所保障的實效性權利救濟的要求並不相符。

（二）行政法院撤銷對於第三人之陞遷任命之可能性

必須確認的是，如果承認提起撤銷訴訟的訴訟權能，在訴之合法性外，緊接者要探討訴訟有無理由。根據行政法院法第 113 條第 1 項，訴訟有無理由要判斷的只有兩個要素，其一是行政處分確定違法，其二則是原告權利受侵害。從前面的論證，如果該任命違反基本法第 33 條第 2 項，即屬一違法行政處分。同時這個違法的陞遷任命也侵害了憲法保障第三人的公權利。此刻理論上行政法院即應該將行政處分撤銷。公務員法或行政程序法上有關授益行政處分撤銷的

188 Vgl. [Peter-Michael Huber](#), Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 477; [Schenke](#), VerwP, 9. Aufl., 2004, Rn. 524; [Wahl/ Schütz](#), [Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner](#), VwGO, § 42 Rn. 325.

189 Vgl. [Wernsmann](#), DVBl. 2005, 281.

190 Vgl. BVerfG vom 14.1.2004 – 1 BvR 506/ 03 –, DVBl. 2004, 431.

衡量因素在此並不需要考慮，因為這是法院透過一個形成判決直接撤銷違法行政處分，而非透過給付判決命令行政機關去撤銷違法行政處分¹⁹¹。

不過有學者從整體體系觀察，認為此時應該要限縮行政法院法第 113 條第 1 項之適用。因為程序法理論上是在輔助實體法上權利之實現。如果在實體法上基於權利存續性（*Rechtbeständigkeit*）之保障都可以支持讓一個違法行政處分存在（例如行政程序法上都有給違法行政處分補正的機會，而不必然加以撤銷），程序法（訴訟法）上便沒有必要如此過於寬泛地加以適用¹⁹²。換言之，即使陞遷任命的行政處分確實違法且侵害人民權利，行政法院也不必然要將該行政處分加以撤銷¹⁹³。

（1）職務安定原則與有效權利保護的影響

德國基本法第 33 條第 5 項規定「有關公務員的法律必須顧及公務員制度的傳統基本原則加以制訂」。一般也將職務安定原則理解成為公務員制度的傳統基本原則¹⁹⁴之一。承認職務安定原則的理由無非是基於法律安定性原則（*Grundsatz der Rechtssicherheit*）、公眾對於公務員特質的信賴（*Vertrauen der Öffentlichkeit auf die Beamteneigenschaft*）以及受任命公務員值得保障的信賴。假如公務員的任命存在有撤銷的危險時，受任命公務員自己的個人利益將與先前未受任命競爭者的權利保護利益處於無法解決的衝突。因此它保障已經完成的陞遷任命在一定的條件下可以維持其存續效力。特別是針對一些終身職的公

191 Vgl. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 699 f.

192 Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 282.

193 Kopp/ Schenke, a.a.O.(Anm. 120), § 113 Rn 6.

194 這包括源自於法治國完整性與民主正當性的政治中立原則（*politische Neutralität*）、嚴守職務秘密原則（*Amtsverschwiegenheit*）；源自於行政效率要求的功績原則（*Leistungsprinzip*，這個原則一般也被認為具有主觀權利的內涵）等等。

務員。聯邦憲法法院因此演繹出「身分法上職務¹⁹⁵不可剝奪原則（Grundsatz der Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes）¹⁹⁶。」這項原則甚至可以對抗已經任命數年之後的法院裁判¹⁹⁷。因為若是於陞遷任命之後數年仍容許藉由訴訟使得公務員的職位發生變動，或者讓已經發生陞遷連鎖效應的公務員法律關係再一次受到質疑，恐怕會嚴重影響到行政的運作能力以及公務員地位的穩定保障（Stabilitätsgarantie）。所以基於職務安定原則與有效權利保障之折衷，我們所承認的陞遷任命救濟，應該將重心放在陞遷任命前的階段。換言之，應該考量的是行政救濟中的暫時性權利保護制度。

（2）職務安定原則與有效權利保護原則的衝突（原則與原則之衝突！）

在公務人員的陞遷任命救濟上，憲法所保障的職務安定原則與有效權利保護原則往往會發生衝突，這是一種典型的原則與原則之間的衝突！

根據阿雷西（R. Alexy）所提出關於規則（Regeln）與原則（Prinzipien）之區別說法，原則是一種**最適當化的要求**（Optimierungsgebote）。「也就是**要求在事實與法律上可能性的範圍內盡可能被實現的規範**¹⁹⁸。」因此，原則具有在不同程度上被滿足的特徵¹⁹⁹。透過彼此對立的規則與原則，滿足原則的法律上可能

195 身分法上職務或地位法上的公務員職務原則是透過官、職等的分類（die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe）、俸級的基本俸給（das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe）以及賦與公務員的官銜（Amtsbezeichnung）加以認定。地位法上的公務員職務首先透過「任命（Ernennung）」賦予，其後之變動僅得透過「陞遷（Beförderung）」或透過懲戒程序的降級（Degradierung）為之。因此若是官等、職等或俸級的變動便屬「地位法上的公務員職務」之變動。

196 BVerfGE 7, 155, 163; 70, 251, 267 ff.

197 Vgl. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S. 475 ff.; a.A. Wieland, FS Blümel, 1999, S. 655.

198 Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 75 ff.

199 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 76.

性範圍便被決定下來²⁰⁰。相反地，規則「則總是一種要不就是被滿足，要不就是不被滿足的規範」，它包含了基於事實與法律上可能性的確定（Fesetsetzungen）²⁰¹。因此規則與原則之間的區別是一種「質」上的形式區別，因此：每一種規範不是規則就是原則²⁰²。

當原則與原則發生衝突時，阿雷西發展出衝突法則（Kollisionsgesetz）²⁰³加以解決。阿雷西透過衝突法則認識了解決原則衝突的結構²⁰⁴。當兩種同位階的抽象利益在具體案例中發生衝突時，所涉及的問題是如何透過衡量去確定那一種抽象利益在具體案例中具較高的位階²⁰⁵。即「根據案例情況，確定一個諸原則間附條件的高階關係」²⁰⁶，而衝突最後也透過它而獲得解決。所謂附條件的高階關係是指，一個原則在滿足具體個案中的條件時，優於其他的原則。這種優先性必須被充分說理²⁰⁷。此一優先條件在衡量的案例中應該由法院加以闡述²⁰⁸。

在具體的案件中，我們可能找出的優先條件是，當未獲陞遷的公務員仍有根據行政法院法第 123 條第 1 項要求假處分時，他就沒有撤銷他人陞遷任命處分之請求權。在這種情況下，職務安定原則在充分說理的前提下，優先有效權利救濟原則。若是已陞遷任命完畢，暫時性權利救濟未即時提出，此時單獨提起的撤銷訴訟並無理由（無撤銷對於競爭者有利處分之請求權）。

200 Ebenda.

201 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 76.

202 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 76 f.

203 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 79 ff.

204 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 79.

205 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 80.

206 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 81.

207 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 82.

208 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 82 ff.

相對地，在陞遷任命決定作成後，但仍未完成任命程序之前，為了防止終局結果發生，仍有要求法院作成假處分的可能（注意，假處分非附隨在撤銷訴訟的制度）。此時若反而還是提起撤銷訴訟，則屬欠缺權利保護之必要性（Rechtsschutzbedürfnis）。因為當提起訴訟者原本可以透過其他更簡便、更廣泛、更快速及更適當的救濟途徑以實現他的救濟目的，但卻捨此不為時，即欠缺權利保護之必要性²⁰⁹。

（3）在暫時性權利保護程序中撤銷陞遷任命

假如在整個陞遷任命程序中，主管機關完全沒有通知競爭者，致使他連尋求暫時性權利保護之機會均喪失時，或者在暫時性救濟程序中，主管機關逕自完成陞遷任命程序時，又該如何處理？德國過去實務通說原本也都認為此時無救濟可能²¹⁰。

在這種情形下，學者認為暫時性權利保護完全未獲尊重，所以必須採取「有效權利救濟保障優先職務安定原則」的立場。否則的話，權利救濟的可能性將被行政機關的恣意完全削弱甚至封閉，同時也可以自己取巧地規避法院對行政行為的控制²¹¹。此時只是單純地確認陞遷任命行為違法，或者同意損害賠償之請求並不足為訓²¹²。

在這種情形下，針對競爭者的陞遷任命所提起的訴願或行政訴訟（撤銷訴訟）即具有權利保護之必要性。因為提起訴訟者已經無法再透過其他更簡便、

209 Vgl. [Dirk](#) Ehlers, VwGO, Vorb. § 40 Rn. 81 m.w.N.

210 Vgl. BVerwG, DVBl. 2004, 317; HessVGH, NVwZ 1994, 1231; NVwZ-RR 1992, 34, 35; NVwZ-RR 1996, 49, 50.

211 Vgl. Wernsann, DVBl. 2005, 283.

212 Vgl. BVerfG (Kamer), NJW 1990, 501; BVerwGE, DVBl. 2004, 317 (318).

更廣泛、更快速及更適當的救濟途徑以實現他的救濟目的。所以他的撤銷請求權應該予以承認。同時行政法院法第 113 條第 1 項的限縮解釋在此也不適用。我們更應該重視的是基本法第 19 條第 4 項的權利保障²¹³。

213 Vgl. Wernsann, DVBl. 2005, 283.

附論（二）

日本行政事件訴訟法中

有關暫時權利保護新規定之介紹

（賴宇松 執筆）

行政事件訴訟法

（暫時權利保護）

第三條第七項 第三十七條之四

第三條

VII 本法中之要求不作為訴訟為行政機關不應為特定之處分或裁決而為之時，要求法院向行政機關命其不得為該特定處分或裁決之訴訟。

第三十七條之四 要求不作為訴訟之要件

I. 要求不作為訴訟僅限於因特定之處分或裁決將產生重大損害之虞始可提起，但為避免該損害之適當方法存在時不在此限。

II. 法院於判斷是否會產生前項規定之重大損害之際，應考慮損害恢復困難度、此外並應考量損害之性質程度及處分或裁決之內容或性質。

III. 要求不作為訴訟僅限於對於要求法院向行政機關命其不得為該特定處分或裁決有法律上利益者始可為之。

IV. 前項規定中有關否有法律上利益者之判斷，準用第九條第二項²¹⁴規定。

V. 要求不作為訴訟 若該當於第一項及第三項規定要件時，關於該要求不作為訴訟之處分或裁決若從該處分或裁決之依據法令可明確認定行政機關不應為該處分或裁決；或行政機關為該處分或裁決乃逾越其裁量權範圍或濫用裁量權時，法院可以判決命行政機關必須為該處分或裁決。

由於本研究案初步研究成果將置重於公務人員競爭訴訟中暫時性權利保護

制度之運用，日本法上有關暫時性權利保護至度的新設計，可提供本研究重要

²¹⁴ 第九條（原告適格）

II. 法院關於處分或裁決相對人以外之人於判斷是否有前項規定法律上之利益時 不僅該當處分或裁決之根據之法律規定 更應考慮該當法律之旨趣及目的，再者於該當處分中應被考慮利益之內容及性質。於此情形下，於考慮該當法律之旨趣及目的時與該當法令有共通目的之相關法令存在時，也須同時斟酌該相關法令之旨趣及目的。於考慮該當利益之內容及性質時，也應斟酌該當處分或裁決違反其依據法令時將遭受損害之利益之內容及性質、以及遭受損害之態樣及程度。

參考，故介紹如下。

壹、修正行政訴訟法三條七項之解說

首先先簡單說明要求不作為訴訟之性質之後，再區別要求不作為訴訟與其他訴訟類型並說明其關係。

〈1〉 訴訟之性質

修正行政訴訟法三條七項要求不作為訴訟究竟該當於給付之訴、確認之訴、形成之訴？若將要求不作為之訴認定為排除行政機關第一次判斷權或公定力之訴訟的話，將無法將其解釋成改變法律關係之形成之訴。再者從「請求法院命行政機關不得為一定之處分或裁決」之請求內容來看，修正行政訴訟法三條七項之訴訟應該不是確認之訴而應為給付之訴。但於日本法中關於公權力行使並未設計有強制執行之制度，修正行政訴訟法三條七項之請求肯認判決與民事訴訟不同並無執行力，因此將修正行政訴訟法三條七項歸類為給付之訴或確認之訴並無太大實益²¹⁵。

〈2〉 作為要求不作為訴訟對象之處分

要求不作為訴訟以處分或裁決為對象。關於處分到目前為止一般認定為行

215 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003年）74頁以下。

政處分及公權力之事實行為²¹⁶。新法基本上也無必要將其範圍加以擴張。

但以下仍有三點要注意之處：

ㄣ 從處分之構成轉變為預防性訴訟

第一點 到目前為止，針對行政機關之行政解釋〈通達〉起訴之案例中，其中有些案例倒不如說是有關於法律關係之訴訟。因此此種訴訟應以「處分之重複型或者法律關係處分並行型」之預防型訴訟較為適當。相對地，到目前為止可推測法院因意識到行政機關之第一次判斷權以及事後訴訟中心主義，將難以被定位為處分之行為，而無法特地以取消訴訟方式加以處理。但於此次修法下可透過預防性訴訟達到權利保護目的。於最高法院昭和 43.12.23 民集 22 卷 13 號 3147 頁中，即是否定墓地埋葬法行政解釋之處分性而且駁回針對該當行政解釋所提之取消訴訟。但在新法中倒不如說原告可以對其他宗教團體之信徒提起拒絕埋葬之確認之訴，今後應可被認定有其合法性²¹⁷。

ㄤ 公權力之事實行為之要求不作為

第二點 關於即時強制等公權力之事實行為，行政事件訴訟法之立法階段以及到目前為止之學說，皆對於將其當作取消訴訟之對象以及限制其起訴期間等

216 塩野宏『行政法Ⅱ』有斐閣 85 頁以下。

217 南=高橋編・条解 54 頁〔高橋滋〕

提出相當強烈之質疑²¹⁸。但在現行法解釋論下將所謂公權力之事實行為認定不該當於抗告訴訟之對象之「公權力之行使」，而將其從行政訴訟事件法 44 條有關假處分規定²¹⁹加以除外，並非完全沒理由。關於此點於新法中將要求不作為訴訟與取消訴訟並列並將要求不作為訴訟加以法定。因此若公權力之事實行為只要持續進行下或許可認為「行政機關不應為特定之處分或裁決而為之」狀態持續，而依修正行政訴訟法三條七項即可。但此情形下行政機關因為已經著手進行，所以不需要第三十七條之四第一項第二項之要件。因為暫時權利保護沒有理由課予如三十七條之五第二項般嚴格要件（「無法補償之損害」），再者暫時之要求不作為應和執行停止同樣依二十五條²²⁰要件認定。

□ 公共設施之設置營運之要求不作為

第三 針對公共設施之設置營運要求不作為，行政訴訟事件法起草時雖經討論，結果認為若無設定特別之法制度即不算該當於「有關於公權力行使不服之

218 關於取消部分，南=高橋編・条解 54 頁〔高木光〕關於起訴期間部分塩野宏『行政法 I』225 頁『行政法 II』96 頁。

219 第四十四條 假處分之排除

行政機關之處分以及其他該當於公權力行使之行為 不能行使民事保全法中有關假處分之規定。

220 第二十五條

處分之取消之訴之提起不妨礙處分之效力、處分之執行或手續之進行。

2 於提起處分之取消之訴之情況下，若為避免因處分處分之執行或手續之進行所產生重大損害而有緊急之必要時，法院可經由聲請以決定停止處分之效力處分之執行或手續之進行。但處分之效力之停止若因處分之執行或手續進行之停止而可達到該目的時不可為之。

3 法院於判斷是否前項規定重大損害之時，應考慮損害之回復困難之程度再者也須斟酌損害之性質及程度、處分之內容及性質。

訴訟」。另外判例也基本上認為其不該當於抗告訴訟之對象（最判昭 39.10.29 民集 18 卷 8 號 1089 頁）。

但是最大判昭和 56.12.16 民集 35 卷 10 號 1369 頁將要求國營機場之使用要求不作為之民事訴訟以公權力行使為理由認定訴之不合法。但是以公權力行使來調整機場之使用及噪音公害之法制度及手續並未完備時，將作為公權力行使之「航空行政權」歸屬於同一行政機關為理由排除有關機場管理權之所謂民事訴訟之「一體性構成」論理，實欠缺說服力並引起學界之強烈批判²²¹。

但有見解認為若不得已必須以此大法庭判決為前提的話，只好認定作為法定外抗告訴訟之權利性妨礙排除訴訟²²²。依此見解依照修正行政訴訟法之三條七項將變成請求「航空行政權」與「不可分之一體」之國營機場之營運使用要求不作為。但此次行政訴訟法修正並未對於如航空法般特別法之大法庭之特異見解作特別考量，因此必須強調本次修正法並非積極支持大法庭之見解積極地將三條七項作為解決該問題之設計。再者最判平成 5.2.25 民集 47 卷 2 號 643 頁雖然同樣對於基地週遭居民請求自衛隊之起飛降落之要求不作為之民事訴訟認為不合法，但此案中究竟何種行為被認定為公權力行使從判決中無法判別。

〈3〉 與公法上當事者訴訟之關係

抗告訴訟之定型化、特殊化及當事者訴訟之概括化

221 山本・法關係 407 頁以下。高木・事實行為 18 頁、48 頁以下。

222 塩野・統制 332 頁以下。塩野・『行政法Ⅱ』206 頁以下。

到目前為止廣義上關於處分之預防性訴訟究竟該當於無名抗告訴訟或公法上當事人訴訟未必明確。依照修正行政事件訴訟法似乎將三條七項之訴訟作為公法上當事人訴訟。首先一方面三條七項中將請求內容及訴之利益之要件明確地制式化，再加上三十七條之五第二項以下將三條七項之訴被提起時之暫時要求不作為加以制度化。另一方面四條²²³將作為公法上當事者訴訟之「關於公法上法律關係確認之訴」加以列舉規定。其結果要求不作為訴訟等法定抗告訴訟關於行政訴訟之一部分，為了於必要範圍內關於暫時權利保護等以特例規定而設計了特定類型。相對於其他的行政訴訟則被認定為公法上當事者訴訟，其結果所謂傳統之「法定外抗告訴訟」之可能性將極度縮小²²⁴。因此在一方面若適當地運用作為暫時權利保護之三十七條之五之第二項以下之暫時要求不作為的話今後將主要以三條七項之訴訟為主，如此一來另一方面也不須擴充解釋三條之七、三十七條之五作為其他的公法上訴訟之公法上當事人訴訟之確認之訴，也符合新法之架構²²⁵。

具體而言「法關係處分重複型」預防訴訟為三條七項之訴訟，「法關係處分並行型」預防訴訟則為私人義務不存在確認訴訟等公法上當事者訴訟。關於

223 當事者訴訟

本法之當事者訴訟 為關於確認法律關係或形成處分與裁決之訴訟，依據法令之規定將其法律關係之當事者之一方為被告之訴訟以及關於確認公法上法律關係之訴訟、其他公法上法律關係之訴訟。

224 南編・条解 40 頁〔高木光〕、高木光「処分性の概念」ジュリスト 1234 号(2002)12 頁以下。

225 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）77 頁。

後者之訴訟中之暫時權利保護，於申請之時或許根本無法確定究竟何種處分將被提出、再者該當處分將對原告會產生何種損害，因此無法直接適用三十七條之五第二項規定。此時倒不如依據民事保全法二十三條二項認定其有暫時權利之假處分。當然若依照此方式將與行政事件訴訟法四十四條規定有衝突，但依據修正行政訴訟法三十七條之五將處分直接暫時承認其要求不作為之後，於法關係處分並行型預防訴訟中因處分之要求不作為並非其目的，其結果不過處分被阻卻而已，因此只要承認假處分即可²²⁶。再者有關保全之必要性以將要被課與之現在義務所生之不利益為基準判斷之。暫時權利保護被認定與否因個別案件內容有很大之差異，因此不可認為依據三十七條之五之暫時要求不作為將比依民事保全法進行之假處分容易認定。

貳、行政事件訴訟法三十七條之四之解說²²⁷

到三十七條之四為止主要關於要求不作為訴訟之合法要件。換言之，規定即時確定利益之存在、否定即時確定利益不存在、請求對象確定且適當、被承認有原告適格等要件，以上要件若缺任何一項即被認為不合法，再者第五項則規定要求不作為訴訟本案勝訴要件與判決。

一 即時確定之利益〈一項本文、二項〉

226 塩野宏「無効確認訴訟における訴えの利益」(1970)、塩野・統制 342 頁以下。

227 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）74 頁以下

規定容許要求不作為訴訟之積極要件三十七條之四第一項本文及第二項，乃以最高法院長野勤評判決為例所作定性之規定。長野勤評判決對於訴之利益，特別關於即時確定利益之判斷架構採用「行政機關之第一次判斷權」以及「事後訴訟中心主義」。雖然本次修法與長野勤評判決同樣呈現訴之利益之判斷架構，但並未採用行政機關之第一次判斷權以及事後訴訟中心主義，而是要求需考慮行政作用、行政過程之特性與多樣性。再者於本法中也對要求不作為訴訟三條之七之一部分即為認定即時確定利益所須之要件加以定義，也就是所謂「行政機關不應為特定之處分或裁決而為之時」之部分。

ㄣ 作為準執行停止之要求不作為訴訟²²⁸

於解釋三十七條之四第一項本文、二項之際，首先可發現其規定與二十五條二項三項²²⁹相同格式。從此點而言將解決不同問題之兩個條文作同一解釋是飛躍性聯想。但兩條文間或許有平行式規範部分。首先要求不作為訴訟可認為準備或者代替執行停止之設計。換言之假使要適時申請執行停止時必須要符合「為避免重大損害」之執行停止必要性要件。但實際上於接受行政機關之處分

228山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003年）79-80頁。

229 第二十五條

2 於提起處分之取消之訴之情況下，若為避免因處分處分之執行或手續之進行所產生重大損害而有緊急之必要時，法院可經由聲請以決定停止處分之效力處分之執行或手續之進行。但處分之效力之停止若因處分之執行或手續進行之停止而可達到該目的時不可為之。

3 法院於判斷是否前項規定重大損害之時，應考慮損害之回復困難之程度再者也須斟酌損害之性質及程度、處分之內容及性質。

後提起取消訴訟、申請執行停止到執行停止決定下來為止過程中，若有發生「重大損害」之可能性時應該可認定要求不作為訴訟之提起。或者要件加重之暫時要求不作為即使不被承認〈無法賠償之損害之要件須成立〉，若有處分存在時應立即將訴訟改為取消訴訟，使其獲得執行停止決定〈當然實際上是否申請暫時要求不作為及執行停止為原告任意之行為〉。適用三十七條之四第一項本文、二項考慮損害回復困難程度，探討損害之性質及程度以及處分或裁決之內容及性質時①首先如同判斷執行停止之必要性般，判斷是否有要求不作為之必要性 ②再者探討損害之性質及程度。換言之必須判斷是否處分後於得到執行停止決定為止是否無足夠時間以預防損害發生。①②兩方之條件具備之際才可認定「處分或裁決將產生重大損害之虞」。總而言之，取消訴訟與執行停止訴訟之制度皆有事前防止處分之執行之機能，因此於在更先前之階段為了要獲得要求不作為訴訟的話，必須保持取消訴訟、執行停止制度之整合性。再者於取消訴訟執行停止部分尚須不得有欠缺權利保護事由。

另外關於公權力事實行為，在此所述之替代取消訴訟以及執行停止設定條文為適用無三十七條之四第一項、二項要件之要求不作為訴訟，以及依據二十五條要件之暫時要求不作為。具體而言若執行為立即完了之行政處分即符合②之條件。另外基於管制監督權所為之行政處分若進行並公佈時將對於名譽及信用產生重大損害，即符合②之條件。再者即時強制等公權力事實行為之情形，於現行法上並未確保行政機關為該當行為之前必須向私人為意思表示，並賦予

私人依照自己判斷並確保所要行動之時間，因此一般而言只要②之要件即可，關於①之要件則有爭議。例如強制剃髮以及懲戒之執行往往侵害人格權時該當①之要件。但相對地如移動不法棄置船舶般之輕微財產權之侵害之案例很難說符合①之要件。再者若制度上規定有於即時強制前須事先進行勸告或指導時，接受指導或勸告之私人便可依據自己的判斷確保行動時間，因此若有勸告或指導的話應可解為不須三十七條之四要件，私人可逕行提起訴訟。

ㄣ 因處分過程行為處分代替行為所引起之損害以及風險²³⁰

於ㄣ敘述因處分之法效果以及執行所生損害之防止為根據，認定要求不作為訴訟之訴之利益。但構成訴之利益之「損害」，主要為到處分為止過程中行政主體之行為以及例如種種行政立法及行政指導所引起之損害等具有代替機能之行政機關之行為。若採此見解則要求不作為訴訟被承認之範圍將明顯地比到目前為止較為廣泛。

〈a〉 現實之損害

首先行政主體之行為特別因及於第三人，並讓其現實地產生損害之情形，如銀行稅條例事件一審判決中認定因條例制定導致銀行信用之低下，請求營業上之損失之國家賠償案件，在此情形下為預防損害發生之持續，應肯認預防性訴訟。另外東京地判昭和 46.11.8 行裁判例集 22 卷 11＝12 號 1785 頁通商產業省

²³⁰山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）81 頁。

工業局長對都道府縣知事發佈原告所製造之函數尺違反度量法並要求為一定事務處理之行政解釋，相關行政機關對於度量器販賣業者針對該函數尺為中止販賣之勸告案件中，認定行政機關解釋之取消訴訟合法，此案例為對於原告所為之行政機關處分權並未法定之案件，因此不能稱為「預防」訴訟，但可作為參考。

〈b〉 現實之風險

另外雖未發生明顯之損害，但行政機關之處分權限、或者私人之權利義務之有無之法律狀態不明確導致私人須負擔經濟上風險之例。例如關於民事訴訟「某種製作方法計畫生產工廠建設之公司遭受來至其他公司主張侵害該公司之專利權時，或許可承認特許權侵害不存在確認之訴」之見解²³¹，依此類推若行政機關認定公司所欲使用之製作方法違反行政法規時，於工廠建設計畫之階段因無法進行改善命令，應可允許於警告該公司製作方法違反行政法規時，提起改善命令之要求不作為訴訟。

另外將被課與刑事罰明顯之風險也屬於重大之損害。一般而言行政法規中若對於義務違反行為除改善命令等行政處分之外，尚規定有不帶有處分之刑事罰之直接處罰制度。於此情形對主張行政法規所定之構成要件之違憲性，或行政機關所表示行政機關之解釋錯誤者，不應強求該人故意違反法規或行政機關

231 高橋・重点 328 頁、山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報 76 卷(2004 年)108 頁以下。

之解釋，而於行動後遭刑事追訴後以增加其風險。倒不如此時應承認該人可提起預防性訴訟。當然此種明顯之風險若不存在時，只因單純想測試某種行為是否該當於構成要件而提起之預防性訴訟，基本上不被允許。

再者行政機關故意迴避不利益處分，雖然私人表明反對意思行政機關仍持續進行行政指導時，原本行政機關應進行明確之判斷，停止對私人進行之行為，或應依行政程序法規定採行不利益處分程序。不應讓私人處於不知何時將被處分之不明確狀態，於此種情形下應不管損害本身是否該當於回復困難之要件，認定該個人有提起處分要求不作為訴訟之權。

二 請求對象之特定及是否合適

ㄣ 特定性 特定處分要求不作為訴訟 處分概括要求不作為訴訟

對於私人之民事要求不作為請求之際，為避免過分限制該當私人行為必須限定要求不作為之要件及對象。但行政機關不同於私人，並不享有作為人權之行為自由，同時負有適用以及實踐法律之責，因此於行政訴訟中不需要有特別之限制²³²。於三條七項三十七條之四之要求不作為訴訟，若確認有即時確定之利益，再者若能統括地認定其違法性時，允許無法完全特定處分內容但將一定範圍之處分作為要求不作為之對象。同條項所謂「特定之」處分並不限於內容完全特定之處分，而是能統括地判斷違法性以及即時確定利益之處分。以下將

232山本和彦「民事訴訟法理論から見た行政訴訟改革論議」法律時報 76 卷(2004 年)110 頁以下。

可特定內容之處分為對象稱為「特定處分要求不作為訴訟」，將處分統括為對象之處分稱為「特定概括要求不作為訴訟」。

這些論點於地方自治法 242 之 2 條 1 項 1 號之住民訴訟雖與特別法所定之民眾訴訟之性格有別。但考慮與私人性質不同之行政機關對應之要求不作為訴訟之可能性時值得參考。過去之自治法 242 之 2 條 1 項「1 號請求限於依該當行為對普通地方自治團體產生回復困難之損害之虞之情形」，但 2002 年修法此規定被刪除，關於要求不作為訴訟之容許性基本上依照訴之利益來判斷²³³。另外關於 1 號請求住民訴訟對象之特定，最高裁作了以下判斷：「於事前之要求不作為請求，除判斷該行為之適當與否之外，更進一步若必須依相當之確信該當行為將被進行與否為判斷時，對於相關之判斷必須於可能之程度內，判斷對象之行為之範圍必須要加以確定，才可認為該當」²³⁴。

如上所述若認定將處分統括為對象之預防訴訟，主要爭點與其說是個別案件事實認定，倒不如為立法基準等之違憲性、違法性及解釋。因此行政事件訴訟法於起草過程中，關於法令效力之訴訟以及預防訴訟宣言性訴訟之制度，即使將其判決效果限定於當事人間也被認為可能不該當於法律上之訴訟。但會產生上述問題，主要因行政機關與私人不同，以執行法律之方式或自行事先設定基準，對於私人將其判斷過程以階段性說明並採取相關行動。預防訴訟倒不如說可對應此種行政過程之特性並根本地解決紛爭，因此只要確定即時確定之利

233 南編・条解 118 頁〔山本隆司〕。

234 最高平 5.9.7 民集 47 卷 7 号 4755 頁。

益與請求對象之特定性的話即可防止預防訴訟超出法律爭訟之問題產生。

久 適性

如上所述將請求對象以統括方式掌握，相反地所謂限定請求對象之妥當性，於民事訴訟以確認對象之選擇妥當與否為問題之重點²³⁵。關於三十七條之四要求不作為訴訟實際上應不會產生問題。但如同以東京都收用委員會之權限不存在為由要求收用裁決之要求不作為訴訟般，僅以處分形式乃至於手續之瑕疵為由所提起之要求不作為訴訟，今後仍有討論之空間。

三 特別消極要件〈一項但書規定〉

三十七條之四第一項但書於關於即時確定之利益規定之後緊接者規定「若有其他為避免損害之方法存在時」不能提起要求不作為訴訟。在此所謂其他方法，首先可想到公法上當事人訴訟，但因公法上訴訟與要求不作為訴訟實質上可互換，因此若如此認定的話要求不作為訴訟被承認之範疇將極度縮小。其次考慮到的是取消訴訟，但是要求不作為訴訟原本因取消訴訟無法足夠有效地保護權利情形，也就是取消訴訟不適用之局面要求不作為訴訟才有其存在意義。因此三十七條之四第一項本文第二項之規定為將取消訴訟無法足夠有效地保護權利情形以個別具體判別之規定。因為若以較簡略方式於第一項但書中將消極

235 高橋・重点 314 頁以下。

要件作為例外規定，再重新檢討取消訴訟之適當與否，將不符合條文結構²³⁶。

因此三十七條之四第一項但書中所謂其他適當方法應限於以法律特別規定權利保護制度之範疇；例如取消訴訟之起訴期間及取消訴訟係屬中，不讓行政處分生效（國家公務員法 108 之 3⑧）或停止其執行（自治法 231 之 3⑩），或因訴訟之提起而停止執行者（國稅徵收法 90③）等行政事件訴訟法第二十五條之例外，也就是所謂絕對停止制度。此制度於特定情況作為準執行停止之要求不作為訴訟之利益當然否定三十七條之四第一項但書之意旨。但行政事件訴訟法第二十五條例外規定因仍屬少數，關於行政處分若允許作為執行停止之要求不作為訴訟之情況下，即使依照三十七條之四第一項本文第二項之規定因原本是例外情形，所以一項但書規定否定訴之利益之意義不是很大。

四 原告適格三項四項〈訴之利益效滅〉

ㄣ 原告適格與主張限制

三十七條三項四項如同取消訴訟九條一項、二項般為有關要求不作為訴訟之原告適格規定（括弧但書除外）。因此與九條一項、二項並無特別做不同解釋之必要。關於九條規定經常討論的是處分之第三人之原告適格，此次雖新增設第二項但關於要求不作為訴訟對於第三者承認其即時確定利益之情形不多，因此第三人之原告適格如同取消訴訟般並不構成太大問題。即使如此關於九條

²³⁶山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）87 頁以下。

之十條一項不能準用要求不作為訴訟（行政事件訴訟法 38 條），其原因主要在於與取消訴訟間欠缺均衡。

ㄨ 訴之利益之消滅

另外關於取消訴訟九條括號問題，關於請求要求不作為之訴之利益之消滅之問題，若以公權力事實行為為對象之訴訟時，則訴之利益之消滅為該當事實行為完了之時。其他關於「特定處分要求不作為訴訟」之情況，則訴之利益之消滅為該當行政處分完了時。相對地於「處分統括要求不作為訴訟」之情況，訴之利益之消滅則為該當處分將被進行之蓋然性消滅之時。

「特定處分要求不作為訴訟」於處分後可將訴訟變更為取消訴訟，相對地「處分統括要求不作為訴訟」之係屬中若個別處分被進行時，若無提起取消訴訟將無法否定個別處分之效力。

再者相反地，處分取消訴訟之訴之利益消滅後，為防止以共通根據法所為之處分重複地進行，應可允許將訴訟變更為「處分統括要求不作為訴訟」或公法上當事者訴訟。例如依據河川法上監督處分被命除去工作物之人，其主張設置工作物自己之土地並非河川區域而提起取消訴訟，但訴訟係屬中若因行政代執行導致訴之利益消滅時，應可允許該人請求變更訴訟為確認自己之土地並非河川區域之公法上當事者訴訟。此時為了承認後訴之訴之利益，再次需要私人為同種行為，行政機關為同種處分之蓋然性存在，但為了不要浪費前訴手續之

經費基於訴訟經濟考量應該緩和蓋然性之程度²³⁷。

五 本案勝訴要件判決²³⁸

三十七條之四第五項〈主要規定本案勝訴要件以及判決〉

ㄣ 本案勝訴要件

本案勝訴要件為①若從該處分或裁決之依據法令可明確認定行政機關不應為該處分或裁決②或行政機關為該處分或裁決乃逾越其裁量權範圍或濫用裁量權時。

①之要件過去於下級審雖被作為法定外抗告訴訟之容許要件，但與意義不明白之明白性要件不同，其性質為本案勝訴要件。再者新法中與②之要件作並列規定，因此①之要件中所謂「從依據法令可明確」乃指法規命令不承認行政機關有裁量，並拘束對於不進行處分之行政機關之意含。①②之規定將要求不作為訴訟與公法上當事者訴訟作區隔之訴訟類型，為了於條文上完整地表現因此只要是行政訴訟當然應本案審理之要件加以訂定而已，換言之此規定並非特別限制本案勝訴要件，例如處分之根據法若為違憲時或根據條例牴觸法律時，依照條文文字敘述雖不該當於①②之要件但並非否定要求不作為之可能。

237 山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査—ドイツ(下)」ジュリスト 1239 号[2003]108 頁以下。

238 山本隆司「差し止めの訴えの法定」『改正行政事件訴訟法』小早川光郎＝高橋滋（編著）（第一法規・2003 年）89 頁以下。

ㄣ 請求容許判決

要求不作為訴訟之請求容許判決為「命行政機關須為……之處分或裁決」之形式。形式上為給付判決。其後行政機關之行動將受到要求不作為判決之既判力所拘束。相對地關於行政處分取消判決，依通說見解，行政機關爾後被禁止對同一處分之反覆進行，並非因判決之既判力而是作為特殊效力之拘束力所賦予。但若考慮要求不作為訴訟可變更為取消訴訟之可能性，今後為考慮整合兩者之既判力及範圍，學說理論上須重新檢討。再者要求不作為判決之拘束力其固有之機能為何，也須再檢討。

再者因要求不作為訴訟並沒有對世效，因此由第三人所為要求不作為之訴中若非依照行政事件訴訟法三十八條準用二十二條，讓處分接受人參與訴訟並於判決中承認參加之效力的話，即使是要求不作為訴訟有無法禁止對於處分接受人提起要求其為特定處分之課與義務之訴可能性。

ㄣ 請求棄卻判決

關於處分統括要求不作為訴訟之請求棄卻判決，要注意以下幾點：處分統括要求不作為訴訟之審理對象限於能概括判斷之違法事由，因此請求棄卻判決也僅限於以概括判斷處分之違法性為理由以遮斷事後原告向法院主張處分之取消，而法院將處分加以取消之情形。相對地概括無法判斷、個別處分中固有之違法性為理由，於今後原告對於處分加以爭訟，法院加以取消處分等事由處分

統括要求不作為訴訟請求判決之既判力所不能遮斷的。

參考文獻

中文部分

(一) 書籍

- λ 李惠宗，權利分立與基本權保障，1999。
- λ 林騰鵠，行政訴訟法，民國 93 年。
- λ 林明鏘，公務員法研究（一），2000.3。
- λ 陳計男，行政訴訟法釋論，2000 年。
- λ 翁岳生編，行政訴訟法逐條釋義，2002。
- λ 翁岳生編，行政法 上、下冊，2000 年 2 版。
- λ 翁岳生，法治國家之行政法與司法，1994。
- λ 吳 庚，行政法之理論與實用，民國 92 年 8 版。
- λ 吳 庚，行政爭訟法論，民國 88 年修訂版。
- λ 陳敏，行政法總論，2004.11，4 版。
- λ 陳秀美，行政訴訟上有關行政處分之研究，1991，再版。
- λ 陳清秀，行政訴訟法，1999.6。
- λ 湯德宗，行政程序法論，2003，2 版。
- λ 程明修，行政法之行為與法律關係理論，2005.2。
- λ 蔡志方，行政法三十六講，1997。

(二) 期刊、論文

1. 期刊

- λ 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。
- λ 陳愛娥，「古蹟指定、『召開古蹟指定公聽會』之程序要求的性質」，台灣本土法學雜誌第 66 期，2005.1。
- λ 陳愛娥，「行政處分存否的認定標準與行政法院『適用』大法官解釋的方法 - 行政法院八十九年度判字第一六五八號判決評釋 -」，法令月刊第 51 卷 10 期。
- λ 許宗力，「基本權的功能」，月旦法學教室第 2 期，。
- λ 程明修，「撤銷訴訟的合法性（二） - 隔離的撤銷訴訟?」，法學講座第 10 期，2002.10。
- λ 邱華君，〈公務人員升遷制度之研究〉，人事月刊第 21 卷第 6 期，頁 56 以下。
- λ 邱華君，〈公務人員升遷意義與依據〉，公務人員月刊第 2 期，頁 56 以下。
- λ 范祥偉，〈公務人員陞遷法執行問題之探討〉，人事行政第 36 期，頁 7 以下。

2. 論文

- λ 林明昕，「論大法官釋憲程序之改革 — 兼評司法院大法官審理案件法修正草案」，中央研究院中山人文社會科學研究所主辦，第四屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會論文，2003.9.26/27。
- λ 林明昕，「一般形成訴訟」，當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽
論文集，2002。
- λ 周世珍，公務人員保障制度之理論與實際，台北大學法律學研究所博士論

文，2000。

- λ 蔡正村，我國現行公務人員任用制度之研究，中山大學政研所碩士論文，2003.12。
- λ 賴富源，我國公務人員陞遷制度之研究，文化政研所碩士論文，2002。
- λ 台北大學公行系，行政院人行局委託研究，公務人員升遷制度之研究，2003.12。
- λ 周世珍，〈公務人員保障制度之理論與實際〉，台北大學法律學研究所博士論文，2000。

(三) 政府出版品

- λ 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。
- λ 陳愛娥，「行政處分」，訴願程序與行政程序相關專論暨法令選輯，台北市政府訴願審議委員會，2000.7，增訂版。
- λ 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。
- λ 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。
- λ 盛子龍，「公務員權利調整之權利救濟 - 行政訴訟法新制下新展望」，司法院，行政訴訟論文彙編 - 人事行政爭訟，2002.11。
- λ 汪渡村/陳世民/林素鳳，行政訴訟法修正後諸原則之探討，台灣省訴願會委託研究，1999.5.31。
- λ 行政院人事行政局委託，國立台北大學公共行政暨政策學系，公務人員陞遷制度之研究

λ 立法院公報，第 92 卷第 59 期

λ 保訓會，公務人員保障暨培訓委員會八十七年度赴澳大利亞考察報告

λ 法務部，行政程序法解釋及諮詢小組會議記錄彙編，2001 年 12 月

λ 法務部，行政程序法裁判要旨彙編，2004.7。

λ 司法院，行政訴訟論文彙編 - 人事行政爭訟，2002.11。

日文部分

- 小早川 光郎, 高橋 滋，詳解改正行政事件訴訟法，第一法規；ISBN: 4474018729
- 橋本 博之，解説 改正行政事件訴訟法，弘文堂；ISBN: 4335352859；(2004/09)
- 宇賀 克也，改正行政事件訴訟法—改正法の要点と逐条解説，青林書院；ISBN: 4417013640；(2004/07)
- 小林 久起 (著)，行政事件訴訟法 司法制度改革概説 (3)商事法務；ISBN: 4785711981；(2004/12)
- 福井 秀夫, 村田 斉志, 越智 敏裕，新行政事件訴訟法—逐条解説と Q&A，新日本法規出版；ISBN: 4788207370
- 藤山 雅行，行政争訟 新・裁判実務大系，青林書院；ISBN: 4417012407；25 卷 (2004/05)
- 木村 弘之亮，2001 年行政事件訴訟法草案，信山社出版；ISBN: 4797230622；(2001/07)
- 塩野 宏，行政法〈2〉行政救済法，有斐閣；ISBN: 4641129517；第三版 版 2 卷 (2004/03)
- 芝池 義一，行政救済法講義，有斐閣；ISBN: 4641129614；第 2 版補訂増補版 (2004/10)
- 南 博方, 高橋 滋，条解 行政事件訴訟法，弘文堂；ISBN: 4335352581；第 2 版 版 (2003/12)

- 室井 力, 浜川 清, 芝池 義一, 行政事件訴訟法・国家賠償法 コンメンタール行政法, 日本評論社; ISBN: 4535001480; 2 巻 (2004/01)
- 阿部 泰隆, 行政訴訟要件論—包括的・実効的行政救済のための解釈論, 弘文堂; ISBN: 4335312040; (2003/06)

徳文部分

(一) 書籍

- λ Bettina Jung Lundberg-Höwing, Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz des Beamten gegen dienstaufsichtliche und organisatorische Maßnahmen, Diss. Göttingen, 1992, S. 80. °
- λ Carl Hermann Ule, Die Grundrechte, Bd. IV/2, S. 585. °
- λ Christoph Druschel, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 225 f. °
- λ Dirk Ehlers, Die Aufrechnung im öffentlichen Recht, JuS 1990, 777 ff. °
- λ Eberhard Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 2/ 60 ff. °
- λ Eberhard Schmidt-Aßmann, in: Theoder Maunz/ Günter Dürig/ Roman Herzog/ Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz, Stand: 1997, Art. 19 IV Rn. 278. °
- λ Eugen Brandel in: Rudolf Schweickhardt (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 7. Aufl. °
- λ Elmar Giemulla/ Nikolaus Jaworsky / Rolf Müller-Uri, Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1998, Rn. 192 ff. °
- λ Frank Stollberg (Hrsg.), Beamtenrecht in der Fallbearbeitung, 1993, 2. Aufl., S. 118. °
- λ Franz-Joseph Peine, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, 5. Aufl., § 2 Rn. 21. °
- λ Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl., 2000, § 35 Rn. 32 ff.
- λ Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, [VwGO](#), 12. Aufl., 2000, § 42 Rn. 30.
- λ Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, VwVfG, 7. Aufl., 2000, § 35 Rn. 75.

- λ Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., 2000, § 14 Rn. 19
- λ [Friedhelm](#) Hufen, VerwPR, 5. Aufl., 2003, § 15 Rn. 7, 26.
- λ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2002, § 9 Rn. 6;
- λ Hans-Uwe Erichsen, Das Verwaltungshandeln, in: ders./ Dirk Ehlers (Hrsg.),
Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, § 12 Rn. 25.
- λ Hans-Werner Laubinger, Die isolierte Anfechtungsklage, in: Festschrift für
Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 452 ff.
- λ Hellmuth Günther: Konkurrentenstreit und kein Ende? - Bestandsaufnahme zur
Personalmaßnahme Beförderung -, in: ZBR 1990, S. 284-295
- λ Helmut Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl., 2001, Rn. 69.
- λ Hufen, VerwPR, 5. Aufl., 2003, § 15 Rn. 7, 26.
- λ [Ipsen](#), Die Grundrechte, Bd. 2, S. 193
- λ Jörn Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, Rn. 336.
- λ Johannes Remmel, Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht – Der Rechtsschutz
des unterlegenen Bewerbers bei beamtenrechtlichen Ernennungen, 1982, S.52.
- λ Jost Pietzcker, in: Friedrich K. Schoch/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Rainer
Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: Jar. 2000, § 42 Abs. 1 Rn. 109 (Fn. 413).
- λ Josef Isensee: Der Zugang zum öffentlichen Dienst, in: Festgabe aus Anlaß des
25jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, hrsg. von Otto
Bachof, Ludwig Heigl, Konrad Redeker, München 1978, S. 337-356
- λ [Jörg](#) von Albedyll, in: Johann Bader/ Michael Funke-Kaiser/ Stefan Kuntze/ Jörg
von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Aufl., 2005, § 65 Rn. 21 ff.
- λ Judith Schwarplys, Die allgemeine Gestaltungsklage als Rechtsschutzform gegen
verwaltungsinterne Regelungen, 1996, S. 34.
- λ Kunig, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, 6. Kap,
Rn. 91
- λ Lecheler, Die Personalgewalt, S. 74-95;
- λ [Menger](#), VerwArch. Bd. 55 (1964), 294.

- λ Peter Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 200;
- λ Paul Stelkens/ Ulrich Stelkens, in: Paul Stelkens/ Heinz Joachim Bonk/ Michael Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl., 2001, § 35 Rn. 40.
- λ [Rainer](#) Wernsmann, Die Verwaltung, 2003, 68 ff.
- λ Rainer Wernsmann: Die beamtenrechtliche Konkurrentenklage, in: DVBl. 2005, S. 276 ff.
- λ [Robert](#) Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 75 ff.
- λ Rudolf Schweickhardt, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1983, 3. Aufl., Rn. 326
- λ Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S. 475 ff.
- λ Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz, S. 691
- λ Schoch, in: S Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 699 f.
- λ Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar, Vorb. § 80 Rn. 34 f. (Stand: Jan. 2003).
- λ Ulrich Battis, Recht auf öffentlichen Dienstes, in: Achterberg/ Püttner/ Würtenberg (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, Bd. II, 2. Aufl., 2000, § 31 Rn. 27.
- λ Uwe Kernbach, Die Rechtsschutzmöglichkeiten des unterlegenen Konkurrenten im beamtenrechtlichen Ernennungsverfahren, [Diss. Tübingen](#), 1994, S. 114 ff
- λ Wahl/ Schütz, in: [Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner](#), VwGO, § 42 Rn. 325.
- λ Wieland, FS Blümel, 1999, S. 655
- λ Wolfgang Kuhla/ Jost Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl., 2002, D Rn. 143.
- λ Wolfgang Roth, Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten, 2001, S. 157.

(二) 期刊

- λ Dirk Ehlers, Die Rechtsprechung zum nordrhein-westfälischen Kommunalrecht der Jahre 1984-1989, NWVBl. 1990, 86 (Fn. 138).
- λ Eberhard Schwerdtner, Die Weisung - innerdienstlicher Rechtsakt oder anfechtbarer Verwaltungsakt?, VBIBW 1996, 209
- λ Ernst-Lüder Solte: Zur Konkurrentenklage im Beamtenrecht, in: NJW 1980, 1027-1035;
- λ Hans-Uwe Erichsen, Die Umsetzung von Beamten, DVBl. 1982, 98
- λ Hans-Uwe Erichsen, Kommunalaufsicht, DVBl. 1985, 948;
- λ Werner Thieme, Der Gesetzvorbehalt im besonderen Gewaltverhältnis, JZ 1964, 83.
- λ Henning Leupold, Rechtsschutz bei beamtenrechtlichen Umsetzungen, DÖD 2002, 136 ff.
- λ OVG Greifswald, NVwZ 2000, 945.
- λ Schmitt-Kammler, Jura 1979, 651; ders., DÖV 1980, 291; Lechler, Jura 1979, 415.
- λ Ulrich Battis, Entwicklung des Beamtenrechts im Jahre 2001, NJW 2002, 1089.

附件(一)

公務人員陞遷法

中華民國八十九年五月十七日公布

考試院核定自八十九年七月一日施行

- 第一條 公務人員之陞遷，依本法行之。但法律另有規定者，從其規定。
- 第二條 公務人員之陞遷，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，依資績並重、內陞與外補兼顧原則，採公開、公平、公正方式，擇優陞任或遷調歷練，以拔擢及培育人才。
- 第三條 本法以各級政府機關及公立學校（以下簡稱各機關）組織法規中，除政務人員及機要人員外，定有職稱及依法律任用、派用之人員為適用對象。
- 第四條 本法所稱公務人員之陞遷，係指下列情形之一者：
- 一、陞任較高之職務。
 - 二、非主管職務陞任或遷調主管職務。
 - 三、遷調相當之職務。
- 第五條 各機關職務出缺時，除依法申請分發考試及格或依本法得免經甄審之職缺外，應就本機關或他機關具有該職務任用資格之人員，本功績原則評定陞遷。
- 各機關職缺如由本機關人員陞遷時，應辦理甄審。如由他機關人員陞遷時，應公開甄選。
- 第六條 各機關應依職務高低及業務需要，訂定陞遷序列表。
- 各機關職缺由本機關人員陞遷時，應依陞遷序列逐級辦理陞遷。但次一序列中無適當人選時，得由再次一序列人選陞任。
- 第七條 各機關辦理本機關人員之陞任，應注意其品德及對國家之忠誠，並依擬陞任職務所需知能，就考試、學歷、職務歷練、訓練、進修、年資、考績（成）、獎懲及發展潛能等項目，訂定標準，評定分數，並得視職缺之職責程度及業務性質，對具有基層服務年資或持有職業證照者酌予加分。必要時，得舉行面試或測驗。如係主管職務，並應評核其領導能力。擬由他機關人員陞任時，得參酌本項規定辦理之。
- 依前項所評定之積分有二人以上相同時，以較高職等（官稱官階、官等官階）或訓練進修及發展潛能積分較高者，優先陞任。
- 第一項標準，由各主管院訂定。但各主管院得視實際需要授權所屬機關依其業務特性定之。
- 各機關辦理公務人員之遷調，得參酌第一項規定，自行訂定資格條件之審查項目。
- 第八條 各機關辦理公務人員之陞遷，應組織甄審委員會，辦理甄審相關事宜。但本機關人員之遷調，得視業務實際需要，免經甄審程序。
- 編制員額較少或業務性質特殊之機關，經主管機關核准者，其人員之陞任甄審得由上級機關統籌辦理，不受前項之限制。
- 第九條 各機關辦理公務人員之陞遷，應由人事單位就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，

依積分高低順序或資格條件造列名冊，並檢同有關資料，報請本機關首長交付甄審委員會評審後，依程序報請機關首長就前三名中圈定陞補之；如陞遷二人以上時，就陞遷人數之二倍中圈定陞補之。

機關首長對前項甄審委員會報請圈定陞遷之人選有不同意見時，得退回重行依本法相關規定改依其他甄選方式辦理陞遷事宜。

第十條 各機關下列職務，得免經甄審，由本機關或其上級機關首長核定逕行陞遷，並不受第十二條第六款至第八款之限制：

- 一、機關首長、副首長。
- 二、幕僚長、副幕僚長。
- 三、機關內部一級單位主管以上之人員。

第十一條 各機關下列人員無第十二條各款情事之一，且具有陞任職務任用資格者，得免經甄審優先陞任：

- 一、最近三年內曾獲頒勳章、功績獎章、楷模獎章或專業獎章者。
- 二、最近三年內經一次記二大功辦理專案考績（成）有案者。
- 三、最近三年內曾當選模範公務人員者。
- 四、曾獲頒公務人員傑出貢獻獎者。
- 五、經考試及格分發，先以較所具資格為低之職務任用者。

合於前項得優先陞任條件有二人以上時，如有第五款情形應優先陞任，餘依陞任標準評定積分後，擇優陞任；其構成該條件之事實，以使用一次為限。同時兼具有兩款以上者亦同。

第一項第一款之專業獎章不含依服務年資頒給者。

第十二條 各機關下列人員不得辦理陞任：

- 一、最近三年內曾受有期徒刑之判決確定者。
- 二、最近二年內曾依公務員懲戒法受撤職、休職或降級之處分者。
- 三、最近二年內曾依公務人員考績法受免職之處分者。
- 四、最近一年內曾依公務員懲戒法受減俸或記過之處分者。
- 五、最近一年考績（成）列丙等者，或依公務人員考績法曾受累積達一大過以上之處分者。
- 六、陞任現職或任同序列職務合計不滿一年者。但本機關次一序列職務之人員均未滿一年者，不在此限。
- 七、經機關核准帶職帶薪進修或研究六個月以上，於進修或研究期間者。
- 八、經機關核准留職停薪，於留職停薪期間者。

第十三條 各機關對職務列等（稱階、等階）及職務相當之所屬人員，應配合職務性質及業務需要，實施下列各種遷調：

- 一、本機關內部單位主管之遷調。
 - 二、本機關非主管人員間之遷調。
 - 三、本機關主管人員與所屬機關首長或主管人員間之遷調。
 - 四、所屬機關首長或主管人員間之遷調。
- 前項各種遷調規定，由各主管機關定之。

- 第十四條 公務人員陞任高一官等之職務，應依法經陞官等訓練。
初任各官等之主管職務，應由各主管機關實施管理才能發展訓練。
- 第十五條 公務人員對本機關辦理之陞遷，如認有違法致損害其權益者，得依公務人員保障法提起救濟。
- 第十六條 各機關辦理陞遷業務人員，不得徇私舞弊、遺漏舛誤或洩漏秘密；其涉及本身、配偶及三親等以內血親、姻親之甄審案，應行迴避。如有違反，視情節予以懲處。
- 第十七條 教育人員、交通事業人員及公營事業人員之陞遷，得準用本法之規定。
- 第十八條 本法施行細則，由考試院定之。
- 第十九條 本法施行日期，由考試院以命令定之。

附件(二)

公務人員陞遷法施行細則 (民國 91 年 05 月 28 日 修正)

- 第 1 條 本細則依公務人員陞遷法 (以下簡稱本法) 第十八條規定訂定之。
- 第 2 條 本法第四條第一款所稱陞任較高之職務，指依法陞任高一職等、官稱官階、官等官階 (以下簡稱職等) 以上之職務。其職務如跨列二個以上職等時，以所列最高職等高者，為較高之職務；所列最高職等相同時，以所列最低職等高者，為較高之職務。
- 本法第四條第二款所稱非主管職務陞任或遷調主管職務，指非主管依法陞任高一職等以上之主管職務或調任同一陞遷序列之主管職務。
- 本法第四條第三款所稱遷調相當之職務，指依公務人員任用法律調任相當列等之職務。
- 第 3 條 本法第五條第二項所稱各機關職缺如由本機關人員陞遷時，應辦理甄審。
- 如由他機關人員陞遷時，應公開甄選，指各機關人事單位於辦理陞遷前，應依本法第二條之原則，簽報機關首長決定職缺擬辦內陞或外補後再行辦理。如擬外補應將職缺之機關名稱、職稱、職系、職等、辦公地點及報名規定等資料於報刊或網路公告。
- 各機關辦理公開甄選，除正取名額外，得增列候補名額，其名額不得逾職缺數，並以依序遞補原公開甄選職缺或職務列等相同、性質相近之職缺為限，候補期間為三個月，自甄選結果確定之翌日起算。
- 前項候補之名額及期間，應同時於第一項公告內載明。
- 第 4 條 各機關依本法第六條第一項訂定陞遷序列表時，其職務列等 (稱階、等階) 相同者，應列為同一序列。跨列二個以上職等之職務，其所列最高職等相同最低職等不同者，或實施國內外駐區互調之相當職務，得視業務需要列為同一序列。
- 但職務列等相同之主管與非主管職務或具職務歷練先後順序職務，得列為不同序列。
- 各機關應於本法施行二個月內，訂定發布陞遷序列表。依本法第八條第二項統籌辦理下級機關人員陞任甄審之機關，其陞遷序列表應包含該下級機關職務。
- 第 5 條 本法第七條第三項所稱標準由各主管院訂定，指由行政院、立法院、司法院、考試院及監察院分別訂定。
- 總統府、國民大會及國家安全會議準用前項之規定。
- 訂定第一項標準時，應依機關業務性質、職務特性或任用層級，就各項目分別訂定評定因素、評分標準及最高分數，並以一百分為滿分。
- 第 6 條 本法所稱主管機關為總統府、國民大會、國家安全會議、五院、各部 (會、處、局、署與同層級之機關)、省政府、省諮議會、直轄市政府、直轄市議會、縣 (市) 政府及縣 (市) 議會。
- 第 7 條 本法第八條第一項但書所稱本機關人員之遷調，得視業務實際需要，免經甄審程序，指在本機關陞遷序列表中同一序列各職務間之調任，機關首長得逕予核定，毋須辦理甄審。
- 第 8 條 各機關依本法第八條規定組織甄審委員會，應置委員五人至二十一人，由機關首長就本機關人員中指定之，並指定一人為主席，人事主管人員為當然委員。但委員每滿三人應有一人由

本機關人員票選產生之。委員之任期一年，期滿得連任。

甄審委員會須有應出席人過半數之出席，始得開會，其決議以出席人過半數之同意為之；可否同數時取決於主席。

甄審委員會必要時得與考績委員會合併之。

第 9 條 甄審委員會，辦理下列事項：

- 一 陞任候選人員資績評分之審查。
- 二 遷調候選人員資格條件之審查。
- 三 面試及測驗方式之決定。
- 四 陞任候選人員名次之排定。
- 五 遷調候選人員遴用順序之排定。
- 六 機關首長交議事項之研議。
- 七 其他有關陞遷甄審事項。

第 10 條 本法第九條第一項所稱應由人事單位就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊，指各機關辦理公務人員陞遷，人事單位應依下列情形造列名冊：

一 辦理機關人員陞任時，就具有任用資格人員，依本法第七條所定標準，核計分數後，依積分高低造列。

二 辦理本機關以外人員公開甄選時，依符合公開甄選人員所具資格條件高低造列。

三 辦理本機關人員遷調時，依本法相關規定，核計分數或依其所具資格條件高低造列。

前項名冊由人事單位報請機關首長交付甄審委員會評審；甄審委員會評審後，提出陞任候選人員名次或遷調候選人員遴用順序，報請機關首長圈定之。

本法第九條第二項所稱改依其他甄選方式辦理陞遷事宜，指如由本機關人員陞遷與由他機關人員陞遷之改變，或增列舉行面試或測驗方式等依本法規定辦理之事項。

第 11 條 本法第十一條第一項第一款所稱勳章，依勳章條例之規定。

本法第十一條第二項所稱陞任標準，指依本法第七條所訂之標準。所稱其構成該條件之事實，以使用一次為限。同時兼具有兩款以上者亦同，指所具本法第十一條第一項各款情事，經獲得優先陞任或擇優陞任後，該各款情事不論所具款項多寡，於下次陞遷時，均不再使用。

第 12 條 本法第十四條第一項所稱依法經陞官等訓練，指依公務人員任用法律之規定；第二項任各官等之主管職務，指依各機關組織法規所定之主管職務。

應參加主管機關實施管理才能發展訓練之人數較少時，該項訓練得由其上級機關統籌辦理。

第 13 條 本法第十六條所稱各機關辦理陞遷業務人員，包括甄審委員會委員、與會人員及其他有關工作人員。

第 14 條 各機關依本法第七條訂定之標準、第十三條訂定之各種遷調規定及第十七條訂定之準用規定，於訂定發布時，應函送銓敘部備查。

第 15 條 各機關依本法辦理人員陞遷後，應於該員銓審案中，敘明「經○○機關甄審委員會第○次會議評審。」；若未經甄審委員會評審者，應敘明其理由及所據法規條款。

第 16 條 本細則自本法施行之日施行。

本細則修正條文，自發布日施行。

附件(三)

行政院所屬人事機關（構）薦任第九職等至簡任第十職等

人事室主任以上人員陞遷序列表

九十一年四月一日局企字第0九一〇一八〇三七九號函
 九十一年六月五日局企字第0910022191號函修正
 九十一年十一月八日局企字第0910045933號函修正
 九十二年十一月二十五日局企字第0920056145號函修正
 九十三年三月十日局企字第0930061309號函修正
 九十三年五月四日局企字第09300621881號函修正
 九十三年六月十八日局企字第0930062839號函修正

層次	職稱	職等	陞任資格	備註
第一層次	主任	薦任第九職等至簡任第十職等	應具有公務人員任用法第十七條第一、二項所定簡任資格，並具備下列條件之一： 一、現任或曾任各人事機關（構）薦任第九職等至簡任第十職等人事室副主任等相當層級職務佐理人員一年以上。 二、現任或曾任各人事機關（構）單列薦任第九職等人事室主任等相當層級主管、副主管職務三年以上 三、現任或曾任各人事機關（構）薦任第七職等至第九職等及薦任第八職等至第九職等人事室主任四年以上，且敘薦任第九職等四年以上。	簡任第十職等人事室主任之陞任資格比照本層次人員辦理。

第二層次	專門委員、視察、秘書	簡任第十職等至第十一職等	各主管機關人事機構依權責訂定	本層次職務由主管機關人事機構依規定遴選適當人員報請本局核派。
第三層次	主任	簡任第十職等至第十一職等	一、擬陞任各主管機關簡任第十職等至第十一職等人事室主任職務者，應具備下列條件之一： （一）現任或曾任各人事機關（構）簡任第十職等至第十一職等專門委員等相當層級人員<u>二</u>年以上。 （二）現任或曾任各人事機關（構）單列簡任第十職等主任秘書或總幹事一年以上。 （三）現任或曾任各人事機關（構）單列簡任第十職等人事室主任<u>四</u>年以上。 （四）現任或曾任各人事機關（構）單列簡任第十職等編審等相當層級佐理人員<u>六</u>年以上。 （五）現任或曾任各人事機關（構）薦任第九職等至簡任第十職等人事室主任，並已敘簡任第十職等職務六年以上。 二、擬陞任教育部所屬大學簡任第十職等至第十一職等人事室主任者，應具下列條件之一：	

			(一) 具前項<u>第一款、第二款或第四款</u>條件之一者。 (二) 現任或曾任各人事機關(構)已敘簡任第十職等人事室主任三年以上。	
第四層次	副處長	簡任第十一職等	應具備下列條件之一： 一、現任或曾任各人事機關(構)簡任第十職等至第十一職等人事室主任一年以上。 二、現任或曾任各人事機關(構)簡任第十職等至第十一職等專門委員等相當層級人員三年以上，並具簡任人事主管職務二年以上工作年資。 三、現任或曾任各人事機關(構)簡任第十職等至第十一職等專門委員等相當層級人員六年以上。 四、現任或曾任各人事機關單列簡任第十職等主任秘書或總幹事三年以上，並合計具簡任主管或非主管年資五年以上。	
第五層次	處長	簡任第十二職等		本層次職務陞遷，得免經甄審。
第六層次	處長	簡任第十三職等		本層次職務陞遷，得免經甄審。

附註：

- 一、簡任第十職等至第十一職等人事室主任，其中臺灣省政府、福建省政府、臺北市議會、高雄市議會、各縣(市)政府人事室主任，得免經甄審程

序；但擬陞任各縣（市）政府人事室主任者，其遴用之優先順序如下：

（一）現任或曾任各人事機關（構）簡任第十職等至第十一職等專門委員等相當層級人員一年以上者。

（二）現任或曾任各人事機關（構）單列簡任第十職等或薦任第九職等至簡任第十職等人事室主任，並已敘簡任第十職等資格一年以上者。

（三）現任或曾任各人事機關（構）單列簡任第十職等或薦任第九職等至簡任第十職等非主管職務，並已敘簡任第十職等資格三年以上者。

二、外補人員（係指行政院以外人事人員及非現職人事人員）比照表列職務所列資格條件辦理。

三、現任或曾任人事主管機關簡任第十職等至第十一職等單位主管人員，且符合『現職公務人員調任辦法』之調任規定者，其任人事主管機關簡任第十職等至第十一職等單位主管之年資得視為表列簡任人事主管工作年資。

四、各縣市議會人事室主任職務列簡任第十職等，不適用本表；並得免經甄審。

附件(四)

本會委託研究「公務人員陞遷之救濟」期中報告審查會議紀錄

壹、開會時間：民國 94 年 9 月 20 日（星期二）下午 2 時

貳、開會地點：本會 7 樓第 2 會議室

參、主席：周主任委員弘憲

記錄：陳怡靜

肆、出（列）席人員：如簽到單

伍、討論：

一、研究團隊報告：

（一）首先提出說明的是，目前完成的期中報告於大綱部分

大致上與委託研究計畫書所列沒有太大出入，惟依研究成果及方向，認為有細部討論必要之部分，則有細部綱要之加列，例如對於公務人員的陞遷程序試作分析歸納等。而期中研究成果之進度與原委託研究計畫書所擬進度相同，業已完成相關文獻的蒐集整理以及問題的發見分析。至於公務人員於陞遷程序之救濟，即有關救濟制度的選擇以及相關程序處理部分，於彙整今天與會人員的寶貴意見後，將進一步於期末報告內提出具體的研究成果。

（二）公務人員的陞遷可謂相當複雜的程序，包含相當多的機關內部先行處置。對於想要獲得陞遷的公務人員而言，都有可能認為這些機關內部程序處置會影響其權益，而均有提出救濟的可能。本研究爰將公務人員的陞遷視為一個完整的程序來處理，試就每一個階段性決定加以定性後，尋求在每一個階段提出救濟之可能性；另外對於實務見解部分，亦即貴會各個階段提出救濟之事件決定進行歸納。依研究團隊的解讀，貴會係以陞遷決定始認為有行政處分的出現；至陞遷決定前可能有的程序決定，則大多審認係管理措施或非屬

具體管理措施。

(三) 對於陞遷決定的法律性質部分，由於公務人員保障法（以下簡稱保障法）的二元救濟體系及大法官解釋深遠的影響，因而保障法所稱行政處分可謂透過大法官解釋加以擴張之「行政處分」，與學說上之認定尚有歧異。目前研究團隊的看法，則認為保障法之規定對於實務上的處理或將造成些許障礙，例如對於公務人員權益有重大影響之非行政處分（在此指依行政程序法第 92 條所定要件檢驗者），究應寬認其屬行政程序法第 92 條之「行政處分」來處理？抑或只能循申訴、再申訴程序救濟？由以上疑義亦能夠發現，由於保障法與行政訴訟程序規定在訴訟類型上的落差亦將而導致相關問題的產生。是以目前保障救濟類型的有限性而言，以行政處分概念的擴張來加強公務人員之保障，或許是一種解決的操作處理方式；惟就整個法體系的完整性以觀，行政訴訟程序既已規定多元的救濟類型，建議貴會能將保障救濟類型之多元化列入未來修法之考量。

(四) 對於陞遷程序的程序行為部分，循行政程序法規定之

思維以觀，程序中的決定，如被認為是具有直接對外發生法效性的具體行為者，肯認其有獨立提起法律上救濟之可能性，至此所謂法律上救濟可能性，其實並不排除保障法以外的救濟途徑。而行政程序法第 174 條但書之例外規定，似乎也容納了該等程序行為之外部救濟可能空間。

- (五) 研究團隊之後續方向，將針對陞遷程序各階段中公務人員之陞遷請求權之有無、法令依據等進行研究探討，並據以研析該階段中救濟制度的選擇及可能性。另參照日本的暫時權利保護制度及德國晚近對於職務安定原則之批判等，進行比較法之研究，並試圖為我國公務人員陞遷之救濟上窒礙之處，提出較為可行之建議。

二、審查意見：

- (一) 就研究期程及經費核銷部分，請研究團隊注意配合辦理。
- (二) 期中報告就本會對於陞遷事件之決定進行歸納整理部分，其中某些分析解讀與本會之決定意旨尚有差距，將俟會後再與研究團隊進行溝通。
- (三) 本會於 92 年 10 月 17 日曾就陞遷救濟程序之選擇及本

會之處理方式等疑義，邀請學者專家進行座談，獲致相關決議並對本會實務形成相當的影響。就這一部分如能於期末報告內多做著墨，應較能完整呈現本會實務見解的變遷及緣由。

（四）關於行政處分與管理措施之界定部分，一為回歸行政處分之要素來判斷，一則循司法院大法官解釋作為判別標準。然而行政處分的要素檢驗，與大法官解釋所構成之判別標準有無融合可能性？亦即有無可能以「對於公務人員權益發生重大影響」聯結至地位之分辨—如有重大影響者，即得立於人民之地位來做觀察；如無，則仍立於職務地位—並進一步作為區分對內或對外發生法律效果之判別標準？

（五）本會對於部分陞遷決定前之程序行為，之所以將其認定為管理措施並據以實體審理，事實上係以陞遷程序一旦完成，對於其他未獲陞遷之競爭者似已無救濟實益，因而對於部分程序決定寬認為管理措施以資救濟。惟類此程序決定，研究團隊如認均有得獨立提起法律上救濟之可能性者，有無過度救濟之嫌？

（六）職務安定原則為德國公務員在制度保障上之要求。我

國雖無明文規定，惟以我國公務人員的陞遷上之職務連動性，有無以此導引出職務安定原則此一制度性保障之可能？

（七）以原則與原則之衝突觀點來看，期中報告似有以公務人員的陞遷儘量能在任命完成之前加以處理，例如透過假處分的運用等，以達救濟實益之面向。

（八）對於公務人員權益有重大影響的內部處置，如直接以給付訴訟向行政法院提出，固為一種解套方式，惟依公務人員對於國家忠誠關係來看，應否參考德國對於公務人員救濟之限制，亦即要求公務人員對於系爭紛爭向外部行政法院提出前，應先經過行政體系之協調及內部檢視？至於保障法救濟類型不足的部分，應為未來修法的思考方向。

（九）對於機關首長圈選陞遷人員的判斷餘地，有無師法德國「最佳選擇原則」之可能？

（十）研究團隊於期中報告已就本會對於陞遷程序相關爭議提出整理，可否進一步提出分析或建言？

（十一）目前很多公務人員陞遷救濟困境之產生，肇因於公務人員陞遷法之明文規定，該等規定如能修正，問

題應能夠迎刃而解。研究團隊不妨就此部分亦加以研究，本會亦可向權責機關銓敘部提出相關之修法建議。

二、研究團隊回應：

- (一) 有關研究團隊對於貴會決定意旨解讀有誤部分，將於會後進行瞭解及修正。
- (二) 貴會 92 年 10 月 17 日會議結論及相關實務見解之轉變，將於期末報告中補充說明之。
- (三) 研究團隊對於行政處分的理解，係認為大法官解釋所稱「對於公務人員權益有重大影響」應係可否救濟之標準，而非內部性或外部性之判斷準則，亦即不會決定其法律行為的性質。如先跳脫保障法的規定而言，對於有重大影響的內部措施部分，應該可以進入一般給付訴訟，也就不會碰觸到是否為行政處分的問題。目前因為保障法二元救濟體系規定的關係，必須先判斷是否為行政處分，並據為救濟程序之決定。就對於公務人員有重大影響的內部措施，可能因而即產生救濟上的窒礙。
- (四) 有關職務安定原則，也就是原則與原則產生衝突的部

分，研究團隊認為，既稱為原則，也就是並非永久恆定之定律，應於個案中調和斟酌該原則之適用。我國憲法雖無德國般有職務安定原則之明文，惟以職務安定原則背後的法理思維來說，其源起在於信賴保護原則，假若依行政程序法規定，即使行政處分係違法，行政機關不一定依職權撤銷之；況以我國公務人員之職務連動性來說，可謂在公益上形成相當之斟酌餘地，即便無職務安定原則之明文，單就我國行政程序法第117條以下規定，對於信賴保護原則在公務人員救濟具體的適用上，應足當之。

（五）研究團隊的研究方向的確是有運用暫時權利保護制度，來解決陞遷程序完成後，難以回復或無救濟實益困境之意圖，而這一部份將於期末報告中有較為具體的呈現。

（六）對於判斷餘地的理解，研究團隊依照學說上的規範授權說來看，以公務人員陞遷法對於人員圈選，既然已明文授權機關首長有其裁量空間，在相關條文修法前，此一部份就比較難以突破。

（七）研究團隊對於其他與會人員的意見，將依研究成果儘

量呈現。

陸、決議：

一、本會議與會人員之意見，請研究團隊儘量參採納入期末報告研究。

二、感謝研究團隊的辛勞。

主 席 周弘憲

附件(五)

本會委託研究「公務人員陞遷之救濟」期末報告審查會議紀錄

壹、開會時間：民國 94 年 11 月 22 日（星期二）下午 2 時

貳、開會地點：本會 7 樓第 2 會議室

參、主席：周主任委員弘憲

記錄：陳怡靜

肆、出（列）席人員：如簽到單

伍、討論：

一、研究團隊報告：

(一) 有關公務人員陞遷救濟的訴訟類型選擇方面：

1、撤銷訴訟：

(1) 利害第三人提出之救濟中，訴訟參加是必要的，亦即應容許原來被圈選陞遷的人員參加，並屬於必要參加類型。

(2) 基於訴訟經濟的考量，同一陞遷程序中的候選人應於同一個訴訟程序中來做處理。

(3) 德國行政法院法第 66 條規定，同一陞遷程序備選人如超過 50 個人的話，法院應以公告或政府電子刊物等方式，由候選人自行登記參加訴訟，3 個月內不為登記即產生失權效果，才不會讓訴訟變成龐大而冗長的程序。同時並規定法院在利害關係人相當明顯，並有參加訴訟之必要，卻未在 3 個月內登記參加者，法院得命其必要參加訴訟。

2、課予義務訴訟：

(1) 請求行政法院命行政機關給予對自己有利的決定，因而實務上常與撤銷訴訟作結合。

(2) 裁判的類型上，由於牽涉主管長官的裁量權限，因而即便行政法院認應給予當事人陞遷機會或有重行

決定之必要時，尚無由直接命行政機關應該給予陞遷，僅能命行政機關重行審酌客觀因素，重為適法及合義務的裁量決定。

3、確認訴訟及違法確認訴訟：在撤銷訴訟中一併論列。

4、一般給付訴訟：

(1) 陞遷案件的程序決定上，例如資訊提供的部分，也許可以透過此一訴訟類型來獲得救濟。讓公務人員對於事實給付行為有所不服時，可以透過此一訴訟類型予以解決。

(2) 同時在公務人員相關救濟如未能通過公務人員保障法有關復審程序之要件檢驗時，得以跳過復審程序直接親近司法，這應該是比較能夠保障公務人員權益的作法。

5、一般撤銷訴訟：

(1) 由於陞遷的最終決定或中間的程序決定未必會被歸類為行政處分，德國為預防這種在學理上會被認定為內部決定的行政行為，因欠缺行政處分的外貌而被排除於撤銷訴訟之外，認為對於這種可能影響公務人員權益的非行政處分的具體決定，仍應給予訴

訟的機會，因而於德國現行法列舉的各種訴訟類型外，另外承認「無名的抗告訴訟」或「無名的形成訴訟」——一般撤銷訴訟。

(2) 如果我國現行法下實務的操作可以承認這種類型的訴訟的話，即使在公務人員保障法擴大行政程序法第 92 條第 1 項所定義行政處分的行政行為，這些並非傳統行政處分的案件在進入司法程序時，未必僅限於撤銷訴訟之提起。當然這是需要實務上的配合才有可能操作的。

(二) 陞遷之救濟長常會發生已無權利保護必要之困境：

- 1、公務人員在陞遷中，通常在最終的程序完結後才得知自己未獲陞遷，往往均已面臨無救濟實益的窘境，即已無權利保護之必要。
- 2、德國法為解決這種無法救濟的困境，容許當事人如在提起撤銷訴訟已無權利保護必要時，得轉換為違法行政處分的確認訴訟，此乃法定轉換，無須為訴之變更。當然違法確認訴訟的利益是必備的要件——亦即在該違法的陞遷決定已無法變更時，可以轉換為損害賠償之請求，或請求在日後陞遷案件的辦理上，避免重複發生類似錯誤

的危險。

- 3、訴訟類型的轉換在於尊重已形成的法秩序以及職務安定原則的思考；而職務安定原則的思考則出於信賴保護原則的考量——亦即國家公權力行為所造成的穩定的法律秩序，不容許事後作任意的變動，特別是涉及公務人員職缺的連鎖效應，可能會對其他公務人員甚或整個公務人員體系造成影響。
- 4、我國現行法規雖無明文規定可以導出職務安定原則，然而從信賴保護原則中應該可以得出相同的結論。
- 5、本報告對於貴會就劉慶蜀案所運用的情況裁判方式，對於職務安定原則在我國的適用是採取肯定的看法。至於臺北高等行政法院所為判決，可能僅考慮到形式合法性的要求，而未能對於該處分經撤銷後對公益造成的影響、職缺之調整及整體法秩序的安定等做整體考量。

（三）暫時權利保護制度的運用：提前其救濟

- 1、在陞遷決定還沒有確定之前，可以容許定一個暫時狀態，避免該陞遷處分執行並發生效力。
- 2、公務人員保障法僅於第 89 條設計停止執行的制度，與行政訴訟法中所定暫時權利保護制度相較，感覺上較為薄

弱。如未能從立法制度考量是否予以體系性配合的話，行政訴訟法第 116 條第 2 項規定：「行政訴訟繫屬中，行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者，得依職權或依聲請裁定停止執行。但於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者，不得為之。」可以作為補充，亦即在訴訟未繫屬前即得要求停止執行，可能是比較好的處理方式。

- 3、對於貴會在保障實務上就職務安定原則如何確保乙節，本報告認為應善予運用保障法第 67 條規定，對於現行制度上的解決是很好的處理方式。如果從比較法上來觀察的話，德國法的觀察也是如此：新的任命已經完成時，行政法院會將撤銷處分的請求權轉換為損害賠償的請求權，此種轉換並非在弱化當事人在憲法上所保障的訴訟權，同時訴訟權之保障亦非僅限於訴訟類型的提供而已，僅在於接近司法的途徑，同樣能夠滿足保障訴訟權的憲法要求。

二、審查意見：

- （一）研究報告提及立法政策上有形成的空間，是傾向於對整個陞遷的救濟應採取多元化的訴訟類型？還是在於

保障法的審查類型應予增加調整？

(二) 研究團隊提及德國法在處理多數人未獲陞遷的救濟程序所為設計。然而在我國現行法對於參加並無類似明文的狀況下，對本會實務處理上有無具體建議？

(三) 我國訴訟權在解釋上採概括保護原則。在有權利就有救濟的前提觀點下，無須再落入有處分才有救濟的窠臼，因而現行保障制度有很大的調整必要性。行政處分的概念應該是在於訴訟類型的指向功能，而非排除救濟可能。至於非處分的一部分，可以考量保障法第 17 條規定之命異議制度，與現行保障制度如何提起行政爭訟的部分來做結合。非處分的類型有兩種：影響公務人員權益的部分，應允許提起一般給付訴訟或確認訴訟來解決；但是對於公務人員權益沒有影響的部分，應該能夠運用命異議制度來解決。因而在非處分的一部分，對於公務人員權益是否造成影響，即有其區分實益。

(四) 行政處分應如何界定，我國自大法官解釋以來，可區分為三種見解：第一種為取代型界定：就「對外發生法律效果」之行政處分要件，業已完全被「對公務人

員權益有無重大影響」所取代。第二種為附帶型界定：基本上先依照行政處分的要件判斷，再附加對公務人員權益是否有重大影響之雙重判斷。第三種為回歸行政處分認定的觀點。過去僅有撤銷訴訟一種類型下，大法官能夠以「對公務人員權益有無重大影響」來操作，已經是很大的突破，絕對值得肯定，然而在目前訴訟類型較為多元化的型態下，是否還需要維持以往大法官解釋的觀點，即待進一步思考。如欲採取回歸基本認定觀點者，究應如何界定對外效果？在個案法規上有無主觀公權利之導出，可能是對外效果的判別重點。公務人員基本上具備雙重身分，個人權利主體的身分以及國家職務執行者的身分，因而個別事項如能由法規導出具有個人權利時，才會產生對外效果（法規無法導出時，通常會轉往基本權的討論）。理解上，職務執行者通常不享有基本權，此亦為行政功能性的維持所需；例外在核心權利部分才會享有基本權利。德國 1976 年的職務調整判決，就是採取以上的區分方式，對於職務執行者造成權益影響的部分，德國法院認為雖非行政處分，但承認可以提起給付跟

確認訴訟。然而比較弔詭的是，同意提起一般給付訴訟的話，由之前的邏輯推演上，似乎是有訴權上的欠缺。當我們論證陞遷決定究為行政處分抑或管理措施時，如何導出陞遷被拒絕是管理措施、他人陞遷的派令是行政處分的結論，前揭對內、對外的論述應該是必要且不致使當事人難以理解的方式。在此連帶導出在無瑕疵裁量請求部分，是否屬於主觀公權利被侵害？

（五）研究團隊對於程序請求權的論述，完全贊同：亦即不進入實體部分，認為公務人員至少有程序上請求權。然而報告中對於程序請求權僅提及閱覽卷宗請求權，其他諸如聽證、陳述意見、附記理由等程序又如何？在陞遷救濟的閱覽卷宗請求上比較特殊的是，當事人常常不只想看自己的資訊，同時還想看別人的資料，否則無從為攻擊防禦，此即涉及有效權利保護，同時亦涉及資訊自決權的問題。曾見判決中有一種比較特殊的看法：不能夠影印攝影，但可以觀看跟抄寫，以調和兩者，然而在我國此點比較沒有問題，因為目前實務上是連自己的資訊都無法取得。

（六）職務安定原則，研究團隊傾向贊同該原則可以由信賴

保護原則導出。然而在報告第 86 頁提出，倘仍有撤銷可能（或持續撤銷訴訟審理之必要）時，仍有權利保護必要，不太能夠瞭解此部分所指何謂？

（七）第三人效力問題，德國聯邦行政法院過去否認第三人效力處分的存在，並指出造成侵害的是機關的否准陞遷，而非他人的陞遷。這個部分對照我國目前陞遷實務，未獲陞遷者並不會得到一個未獲陞遷的書面通知，似無法逕行運用德國聯邦法院的推論，是否因為如此，我國比較具有承認第三人效力處分的可能性？

（八）一般形成訴訟在德國經常受到批判，指其形成法官造法，基本上已然脫逸行政訴訟法的規範範圍。而在我國法制面，如果採取回歸行政處分認定的觀點，能夠透過一般給付訴訟跟確認訴訟達成救濟目的時，是否還有承認一般形成訴訟此一類型的必要？在現有訴訟類型無法解決有效救濟之需求時，可能才有運用一般形成訴訟的必要。

（九）從行政程序法來思考的話，依德國行政程序法第 48 條，我國行政程序法第 117 條規定，請求機關對於違法行政處分職權撤銷時，當事人具有無瑕疵裁量請求

權。如果被拒絕的話，對照德國就裁量減縮至零時，可以請求陞遷的看法，基於相同的解釋，機關的拒絕陞遷決定，本身還是屬於行政處分，因為有一個無瑕疵裁量的權利存在。這一點在陞遷的部分是比較困擾的問題，對於機關陞遷拒絕的決定，應該可以導出是一個行政處分。然而如果公務人員在此被定位為職務執行者的話，可能轉換為非行政處分亦不無可能。因而有關於雙重身分的區分，應該是一個相當重要的區分點。

（十）對於本會於 92 年 10 月 17 日之會議決議，研究團隊有無進一步的建議？

二、研究團隊回應：

（一）有關研究團隊對於貴會決定意旨解讀有誤部分，將於期末報告再加以修正。至於與會人員的意見，亦斟酌納入期末報告作為補充。

（二）有關研究團隊所建議的立法政策上有形成的空間乙節。

1、以公務人員保障法（以下簡稱保障法）所設救濟類型來看，僅有撤銷型及怠為處分之課予義務型復審 2 種，與行政訴訟法所規定之訴訟種類有所落差。從立法政

策上觀察，當然是以儘量與現有訴訟型態做配套式的設計，會是比较妥適的處理方式。

2、至於在修法前應如何處理？以目前實務上貴會所採取儘量納入復審程序的方式，盡量讓當事人能夠進入救濟程序，固然為一種不錯的解決途徑。然而在僅能運用行政處分的撤銷訴訟上，對於欠缺行政處分外觀的內部行政行為，現行法雖未限制其不能夠進入司法救濟，要如何救濟卻不無疑義。不過這部分的問題並非貴會所能解決，而是在行政法院審理時，法官所需考量的範疇：

(1) 由於當事人不服的是欠缺行政處分外觀的機關內部行政行為，因而在訴訟型態的選擇上，撤銷訴訟是可以排除的。

(2) 在當事人選擇**確認訴訟**的情形，由於無須涉及究否行政處分之認定前提，僅在於確定法律關係，不會牽涉到行政處分撤銷的補充性；如果當事人提起的是一般給付訴訟，也沒有訴願或復審前置的要求，行政法院法官應該都是會受理的。例如公務人員要求服務機關提供個人的陞遷資料經否准（事實行

為），這種拒絕決定無須經 貴會審理，當事人可以直接提起一般給付訴訟；即便當事人向 貴會提起救濟，依目前之審理實務，對於該拒絕決定也可以進入申訴、再申訴程序。更進一步來講，當事人如果因再申訴決定未獲救濟而提起行政訴訟，行政法院法官應該不至於認為再申訴決定具有確定力而不予受理。以上的思考可能並非 貴會所得處理。然而基於人民訴訟權的保障觀點，研究團隊認為行政法院法官在此一面向上應採取開放的觀點，應該儘量給予人民進入法院處理的機會。以達成人民訴訟權之實現。

3、雖然在現行法規上，保障法與現行行政訴訟類型還無法互相配套連結，然而實務運作上，對於公務人員的救濟，倒不致形成過大的漏洞或阻滯。

（1）在以復審前置為要件的訴訟型態，例如在課予義務的復審在公務人員保障法之規定顯有不足，即有擴大的必要，否則僅為行政機關所為拒絕決定究否行政處分爭論不休，反而無法達到救濟之目的。

（2）至於一般給付訴訟的型態是否合宜納入保障法來做

配套？由於一般給付訴訟並無訴願（復審）前置之要件，因而將該種訴訟型態配套納入法規的話，反而限制公務人員接近法院的權限，造成前置程序對於救濟的鉗制，在立法政策上是否可行，值得思考。

（三）訴訟參加的部分，由於現行保障法及行政訴訟法對此均無規定，實務運作上確實產生困擾。假如利害關係人在公告期間內，未向法院申請登記，即產生失權的效果，同時需概括承受他人提出主張所產生的利益及不利益。由於涉及基本權利的影響，如果僅以類推解釋或比較法的解釋來套用德國法規，似有法律保留原則之違反。這是在立法政策上必須納入，現行制度可能沒有辦法解決的部分。

（四）行政處分的認定，本研究與實務上的操作在認定的寬嚴上有所不同。當然在採取嚴格認定標準時，會產生是否影響當事人權益救濟可能之疑慮，因而在訴訟類型採取較寬廣的訴訟類型。連結之前所提到的一般撤銷訴訟類型而言，有時行政機關所為決定無法通過行政程序法第 92 條第 1 項所定要件之檢驗，然而卻有必要運用行政法院的力量加以撤銷，由一般撤銷訴訟

與撤銷訴訟共同承載、形成判決之下，可以達到權利保障的功能。行政處分僅具帶路的功能，並不會剝奪後續救濟的進行。至於為何特別強調一般撤銷訴訟及一般形成訴訟？由於一般給付訴訟沒有立即形成的效果，有賴進一步的執行，以現行給付訴訟的執行成效而言，是有待斟酌的。與其等待行政法院作成一個尚待執行的給付型裁判，倒不如透過法院作成一個溯及既往的形成判決，同時在意欲機關撤銷程序決定時，一般形成訴訟應有其必要性，給付訴訟則尚須進一步轉折。退而求其次，如果目前實務尚無法接受一般撤銷或一般形成訴訟的話，當然運用一般給付訴訟是暫時可以達成作用的，然而其執行成效就有待觀察。

（五）本研究在程序請求權主要討論的是資訊公開的部分。

如果機關所為決定只是一個內部管理措施而無法符合行政程序法的要求，此時要求聽證或附記等程序，可能會產生解釋上的問題，還需要進一步從基本權的程序保障來做轉折。至於資訊閱覽部分，期末報告將再補充加論德國的作法：要求主管機關在陞遷程序當中，應主動提供當事人及他人的陞遷資料，而無待當事人

提出要求，是一種義務。當然跟我國目前實務上是有一段落差，惟仍得作為比較法上之參考。

（六）至於職務安定原則的例外論述，在預算或職缺可能的前提之下，主管長官有可能額外騰出一個新的職缺時，當事人在職務安定原則下才有繼續救濟的機會；另一種解釋方式則為訴訟型態轉換為損害賠償請求權。

（七）本報告在第 76 頁中曾提出，研究團隊認為機關拒絕陞遷的決定並不一定是行政處分，需視其對於公務人員權利影響的部分而定，同時權利上亦有實體及程序之別。然而此仍須在個案中個別操作，尚無法有所定論。

（八）研究團隊認為，訴訟類型僅在於提供進入司法程序的鑰匙，至於進入以後如何轉換類型，則是另外一個層次的問題。因而各種訴訟類型在前提要件應該明確，只是一個形式要求而已，並非藉此阻卻人民的救濟機會。將來在保障法的立法政策上如果能夠配合的話，同時在訴訟型態的設計上如需以復審為前置時，再依各種訴訟類型個別加以設計。

陸、決議：

一、就研究期程及經費核銷部分，請研究團隊注意配合辦理。

二、感謝研究團隊的辛勞。

主 席 周弘憲