

第三章 德國公務員權利保障及其救濟制度之研究

第一節 基本規範

按德國公務員法制之法律體系，乃先由聯邦制定「公務員法基準法」(Beamtenrechtsrah-mengesetz,簡稱 BRRG)，再由聯邦及各邦依基準法所定之原則，分別對其所屬公務員制定相關公務員法。目前有聯邦所訂之「聯邦公務員法」(Bundesbeamtengesetz,簡稱 BBG)及「聯邦公務員任職資歷命令」(Bundeslaufbahnverordnung, 簡稱 BLV)，另各邦則定有公務員法，例如「柏林邦公務員法」或「下薩克森邦公務員法」等（以下僅以柏林邦公務員法為例），以資規範。

第二節 公務員法律關係之成立與公務員之任用

第一項 概說

關於公務員任命(Ernennung)之概念，主要規定於公務員法基準法第五條第一項、聯邦公務員法第六條第一項及聯邦公務員任職資

歷命令第三條、第十條第一項、第十二條第一項第一句。依據上開規定，於下列情形，須以任命處分為之：

—公務員關係之成立(Begründung eines Beamtenverhältnisses)：

錄用(Einstellung)。

—職務之第一次授與(erste Verleihung eines Amtes)：任用(Anstellung)。

—其他職務之授與，若該職務之俸級高於現職者，即屬升遷(Beförderung)。

任命，在性質上，屬形成權利、不得附具條件之行政處分(ein rechtgestaltender, bedingungsfeindlicher Verwaltungsakt)其生效要件為被任用者之同意¹及任用證書(Ernennungsurkunde)之交付（聯邦公務員法第六條第二項第二句、公務員法基準法第五條第二項第二句）。

¹ 被任用者若為未成年人者，類推適用德國民法第一百零七條及第一百三條之規定，請參閱 BVerwGE 34, 168.

一般而言，受任用者若無保留地接受任用證書，即可推定其已為同意接受任用之意思表示²。反之，受任用者於交付任用證書時，不知悉該證書之內容，且於認知該證書之內容後，立即將之退還，並表示異議，則不得推定其已為同意之表示³。

同意接受任用之意思表示，屬於行政法上之意思表示，如有錯誤或受脅迫之情事，得類推適用德國民法第一百十九條以下有關意思表示撤銷(*Anfechtung*)之規定⁴。意思表示之撤銷，包括於被詐欺或被脅迫之情形，應於錯誤原因或強制狀態消滅後，立即向任用機關為之（德國民法第一百二十一條第一項第一句）；德國民法第一百二十四條第一項規定不再類推適用之列。

2 BVerwGE 34, 168.

3 *Fürst/Bauschke/Mühl/Strötz/Summer/Wilhelm/Zängl*, *Beamtenrecht des Bundes und der Länder*, Bd. I des Gesamtkommentars *Öffentliches Dienstrecht*, Stand: 2001, § 6 BBG Rn. 49.

4 請參閱 *Helmut Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 2.關於行政法上意思表示之一般論述，請參閱李建良，〈論行政法上之意思表示〉，《台北大學法學論叢》，第50期，2002年6月，頁25-66。

任命處分若未經擬被任用人之同意，或該同意之表示經撤銷而自始失效者（德國民法第一百四十二條第一項），蓋該任用處分無效。擬被任用人未受交付任用證書，或該證書未載必要內容者，該任用處分亦屬無效（聯邦公務員法第六條第二項第三句、公務員法基準法第五條第三項第一句；聯邦行政程序法第四十四條第二項第二款⁵）；此一瑕疵無法經事後之補正而治癒（聯邦公務員法第十條第二項第二句、公務員法基準法第五條第四項）。

另外，聯邦公務員法第十一條以下及公務員法基準法第八條以下，對於任命處分之無效及撤銷原因，設有列舉規定，屬於聯邦行政程序法之特別規定，應優先適用⁶。

依據公務員法基準法第五條第一項第三款及聯邦公務員法第六

5 德國聯邦行政程序法第四十四條第二項第二款即相當於我國行政程序法第一百零一條第二款規定：「行政處分有下列各款情形之一者，無效：…二、應以應以證書方式作成而未給予證書者。…」

6 請參閱 BVerwGE 55, 212; 81, 282 (284).

條第一項第三款規定，公職之第一次授與(die erste Verleihung eines Amtes)，原則上在試用期滿及格之後為之（公務員任職資歷命令第十條第二項第一句）。

第二項 公務員關係之種類

德國公務員法基準法第三條暨聯邦公務員法第五條對於公務員關係(Beamtenverhältnisse)設有列舉性之規定，計有：

「終身職之公務員關係」(Beamtenverhältnis auf Lebenszeit)，此類公務員關係承襲傳統職業公務員制度，於基本法第三十三條第五項定有明文。

「定期職之公務員關係」(Beamtenverhältnis auf Zeit)，即僅於一定期間內從事法定任務之公務員。

「試用職之公務員關係」(Beamtenverhältnis auf Probe)，即為日後成為終身職公務員而須試用一定期間之公務員或授與主管職之公

務員。

「臨時職之公務員關係」(Beamtenverhältnis auf Widerruf)，即從事實習、培訓或基本養成訓練職務之工作，或僅附帶或暫時從事高權任務之公務員。後者有時被派用擔任鐵路售票或郵差之工作。惟在郵政與鐵路運輸民營化之後，以臨時職公務員從事此類工作，已漸失其實務之功能⁷。

第三項 公務員之任用與職位之概念

「職位」(Amt)之概念，在聯邦公務員法、公務員法基準法及各邦之公務員法中，具有不同之意涵。聯邦行政法院援引 *H. J. Wolff* 之學說⁸，將職位區分為「地位法上意義之職位」(Amt im statusrechtlichen Sinne)與「功能上意義之職位」(Amt im funktionellen

⁷ 德國為因應鐵路與郵政之民營化，現階段對於公務員之制度有若干較為彈性之作法，例如創設所謂「私公務員」(Privatbeamte)之概念。請參閱 Martin Kutscha, Die Flexibilisierung des Beamten, NVwZ 2002, 942 ff.

⁸ 請參閱 Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht II, § 109 Rn. 1 ff.

Sinne)二種，前者指俸級（特別是最高俸點）、職位名稱、職系等屬於公務員之法律地位⁹；後者一方面係指抽象之任務領域，另一方面則指經由組織編制或職務分配計畫所賦予之具體職務¹⁰。

公務員法基準法第五條第一項第三款及聯邦公務員法第六條第一項第三款規定所稱之職位，係指地位法上意義之職位而言¹¹。在任職之前，試用公務員(Beamte auf Probe)並不具有身分法上之職位，而僅功能上之職位；其不得使用「職位名稱」(Amtsbezeichnung)，而僅能使用「職務名稱」(Dienstbezeichnung)。至於在訓練期間之公務員，即臨時職（得予廢止錄用）之公務員(Beamte auf Widerruf)，則連功能上之職位均不具備¹²。

公務員職位之授與，基本上屬於職務長官(Dienstherr)合目的裁

9 BVerwGE 87, 310 (313); BVerwG, NVwV-RR 1996, 161.

10 另請參閱，程明修，〈對公務人員職務調動處分的行政訴訟〉，《法學講座》，第16期，2003年4月，頁18以下。

11 Battis, BBG, § 6 Rn. 9.

12 請參閱 Helmut Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl., 2001, Rn. 43.

量之事項，公務員任職資歷命令第十條第二項規定，並未賦予任職之請求權。按公務員任職履歷命令第十條第一項規定：「任職 (Anstellung)，指授與第一次之任用，該職位於俸級法有所規定，或經聯邦總統確認其職位名稱者。」同條第二項規定：「公務員於試用期滿及格後，於可占缺之計畫職位範圍內 (im Rahmen der besetzbaren Planstellen)，授與職位。於決定時，應考量依第七條第三項所為確認之結果、試用期滿後之專業能力及服務時間、資歷審查或同等審查之結果。」由於該項係以「於可占缺之計畫職位範圍內」作為任職之要件，故除非有聯邦行政程序法第三十八條第一項第一句「承諾」(Zusicherung)之情形，或基於平等原則所導出之裁量縮減，或基於最優選擇（基本法第三十三條第二項等情形，而享有任職請求權外，任用機關對於擔任何一職務之決定，享有裁量權。

第四項 行政救濟

壹、救濟管道

擬任公務員之人，未獲任用者，其救濟管道厥為行政訴訟程序¹³，此係準用公務員法基準法第一百二十六條第一項¹⁴所致¹⁵，否則應依據行政法院法(Verwaltungsgerichtsordnung = VwGO)第四十條第一項規定。訴訟類型為課予義務訴訟(Verpflichtungsklage)，亦即請求命被告為成立公務員關係之行政處分，此類訴訟與基於公務員關係之訴訟，頗為類似¹⁶。

貳、訴訟類型

由於公務員之任用具有行政處分之性質，故請求任用為公務員之爭訟程序，其訴訟種類為課予義務訴訟（行政法院法第四十二條第一項、第一百十三條第五項第二句）。未獲任用者若以「不作為

13 請參閱 BVerwGE 26, 31; BGHZ 23, 36.

14 公務員法基準法第一百二十六條第一項規定：「關於因公務員關係 (aus dem Beamtenverhältnis) 所生之公務員、退休公務員、解任公務員及遺族之訴訟，依行政爭訟程序 (Verwaltungsrechtsweg)。」

15 *Battis*, BBG, § 172 Rn. 7.

16 請參閱 *Helmut Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 35.

請求訴訟」(一般給付訴訟之一種)之方式,請求判令被告機關不得基於特定理由(例如欠缺特定能力或資格)拒絕任用,原則上不具權利保護之必要¹⁷,蓋該未獲任用者得直接提起課予義務訴訟,請求被告機關作成任用之處分;反之,不作為請求訴訟尚無法獲得任用之行政處分。又未獲任用者亦不得提起確認訴訟(Feststellungsklage),據以確認其具有特定之任用資格,蓋人民依法所取得之任公職資格(公務員法基準法第一百二十二條第二項參照),並非行政法上之法律關係,而僅是判斷是否任用的一項個別法律上要素(rechtliches Element)¹⁸。

請求任用之行政爭訟進行中,若因原告被任用為公務員,或所請求之職位已被佔用,且無其他同等職缺時,該訟爭請求即告「解決」(erledigt),於此可資考量者,乃原告能否依行政法院法第一百

17 請參閱 *Helmut Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 38.

18 BVerwG, ZBR 1987, 376.

十三條第一項第四句之規定，將原本之課予義務訴訟轉換(umstellen)

為「續行確認訴訟（違法確認訴訟）」

(Fortsetzungsfeststellungsklage)，或是依據行政法院法第一百六十一

條第二項規定，將本案訴訟為「解決之宣告」(für erledigt erklären)？

按行政法院法第一百十三條第一項第四句有關續行確認訴訟之規定，

原本僅針對撤銷訴訟而為設計，惟此一規定亦得類推適用於課予義

務訴訟之上，為德國學說及實務所肯認¹⁹，有問題者，僅原告是否具

有確認利益？原告如因未獲任用或延遲任用而受有損害者，得依基

本法第三十四條暨民法第八百三十九條規定請求國家賠償，而此項

損害賠償之成立，以拒絕任用違法為前提，是以，除此一要件顯然

不具備，從而國家賠償請求權顯不存在者外，否則原告提起確認拒

19 BVerwGE 51, 264 (265); 52, 313 (316); 68, 360 (367); 72, 38 (41); 89, 354; BVerwG, NVwZ1987, 229; BayVBl. 1986, 313; 另請參閱李建良，〈行政處分的「解決」與行政救濟途徑的擇定〉，《台灣本土法學雜誌》，第41期，2002年12月，頁106-108；劉淑範，〈論「續行確認訴訟」（「違法確認訴訟」）之適用範疇：以德國學說與實務為中心〉，《台北大學法學論叢》，第46期，2000年6月，頁156-161。

絕處分違法，應具有確認利益²⁰。

另外，尚值探討者，乃未獲任用者得否對於任用處分提起第三人撤銷訴訟，亦即所謂「競爭者訴訟」(Konkurrentenklage)，此類訴訟常見於公務員之升遷爭議²¹。對此聯邦行政法院持否定見解，其謂：任用處分對於未獲任用者而言，並非影響其權利之行政處分，且該任用程序因任用處分之作成而「終結」²²。是以，對於未獲任用者而言，可資運用之救濟管道，厥為依行政法院法第一百二十三條第三項規定，請求行政法院作成「暫時之保全處分（假處分）」(einstweilige Sicherungsanordnung)，命任用機關暫時不作成任用處分，以免既成事實之成就²³。此種保全處分之作成，須有事實足認為任用

20 *Helmut Schnellenbach*, Das Feststellungsinteresse bei der Fortsetzungsfeststellungsklage eines Beamten, DVBl. 1990, 140 ff.; *ders.*, Zum vorläufigen Rechtsschutz bei der Einstellungs- und Beförderungsamts-Konkurrenz, NVwZ 1990, 637 ff.

21 請參閱 *Hellmuth Günther*, Einstweiliger Rechtsschutz im Vorfeld der Beförderung, NVwZ 1986, 697 (698); *Bernd Wittkowski*, Die Konkurrentenklage im Beamtenrecht (unter besonderer Berücksichtigung des vorläufigen Rechtsschutzes), NJW 1993, 817.

22 請參閱 BVerwGE 80, 127.

23 *Helmut Schnellenbach*, NVwZ 1990, 637.

程序在程序上或實體上並非毫無瑕疵，程序上之瑕疵，例如：任用機關並未履行公開徵選義務、任用機關未使人事代表(Personalvertretung)參與任用程序，或任用機關未給予參與競爭者（相對於其他之參與者）表現自己之機會。實體上之瑕疵，例如：違反「最佳選擇原則」(Bestenausleseprinzip)或「歧視禁止原則」²⁴。

參、先程序

請求任用者對於拒絕任用之處分，應先提起異議(Widerspruch)（公務員法基準法第一百二十六條第三項、行政法院法第六十八條以下），並於遭異議駁回時，始得提起行政訴訟（行政法院法第七十四條）。欲任公務員之人提出申請或提起異議之後，任用機關或異議機關若無正當理由而未於適當期間內(in angemessener Frist)作成決定者，得逕行提起行政訴訟（行政法院法第七十五條第一句）。惟提起異議或任職申請之後，如逾三個月者，不得提起行政訴訟

24 請參閱 Helmut Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl., 2001, Rn. 43.

(行政法院法第七十五條第二句)。

第三節 公務員之升遷

第一項 升遷之意義與法律性質

公務員之升遷，係指授與公務員較高之最高本俸 (Endgrundgehalt) 及不同名稱之職位。公務員之升遷亦須以任命處分 (Ernennung) 為之。此所指「職位」者，乃指身分法上意義之職位而言，至於功能上意義職位是否改變，則非所問。依據公務員任職資歷命令第第十一條及第十二條第一項第一句規定，公務員於擔任「升遷職缺」 (Beförderungsdienstposten) 之任務，經證明具備該職務之能力者，應授予該升遷之職位。是以，公務員若僅取得「升遷職缺」，但尚未受領升遷之任命處分者，僅係一種「調職」 (Umsetzung)，其性質非屬行政處分之任命²⁵。

²⁵ Günther, NVwZ 1986, 697 (699 f.); VG Neustadt, NJW 1987, 672; 不同見解，BayVGH, NVwZ 1983, 755.

公務員之職位名稱未改變，而僅給予較高「本俸」(Grundgehalt)之職位，亦屬一種升遷（公務員任職資歷命令第十二條第一項第二句）。此種升遷之決定，亦屬行政處分，但不具任命之性質²⁶。於此所稱「本俸」，包括「職位加給」(Amtszulagen)²⁷，惟不含「單位加給」(Stellenzulagen)²⁸。

第二項 升遷之標準：擇優選任原則及輔助標準

基本法第三十三條第二項所稱之「公職」(öffentliches Amt)，除初任之公職外，尚包括晉升之公職(Beförderungsämtter)在內，亦即：所有德國人依其資格、能力及專業亦有擔任晉升公職之相同機會。聯邦公務員法第二十三條準用第八條第一項規定之原則，於作成升遷之決定時，應衡酌其資格、能力及專業表現，而不考量其性別、

²⁶請參閱 *Helmut Schnellenbach*, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 54.

²⁷ 德國公務員俸給法第四十二條第一項、第二項。

²⁸ 德國公務員俸給法第四十二條第三項、第四項。

種族、信仰或政治觀等因素。

第三項 請求升遷之權利

關於公務員升遷之行政救濟問題，首應確認者，乃公務員是否享有請求升遷之權利(Rechtsanspruch auf Beförderung)，而其爭點則在於，德國基本法第三十三條第二項規定是否僅具有保護公共利益之作用，抑或兼及擬任較高職位者之利益²⁹？德國聯邦行政法院最初認為，基於上開憲法規定所訂定之相關升遷法律規定，僅在確保擇優升任公職之公共利益³⁰。嗣後變更見解表示：公共利益雖為上開憲法規定之「第一」(in erster Linie)目的，惟公務員於具備一定之能力，並在職務法上及預算法上容許之範圍內所享有之升遷合法權利，亦屬其「第二」(in zweiter Linie)之保護目的³¹。對此德國學者亦多持肯

29 BVerfGE 27, 297 (307); Wolff/Bachof/Stober, Verwaltungsrecht I, § 43 Rn. 8 ff.

30 BVerwGE 15, 3 (6).

31 BVerwGE 19, 252; 49, 214; 49, 232; BVerwG, NJW 1989, 538.

定見解³²，並強調此二利益同等重要³³。於此基礎下，若具備下述要

件，公務員即享有請求升遷之權利³⁴：

—存在有得予升遷之職位。

—依照行政部門之規劃，此一職位應予補實。

—擬升任之公務員經由其主管長官評定具有擔任該職位之能力。

惟若遇有多位同時適任蓋該職位之公務員時，學說及實務認為，

可援引基本法第三十三條第五項所定照顧及保護公務員之原則

(Grundsatz der Fürsorge und des Schutzes)暨聯邦公務員法第七十九條

及公務員法基準法第四十八條所定之照顧及保護義務，擇其中最適

任之人員³⁵。

第四項 損害賠償（國家賠償）

32 Siegmund-Schultze, VerwArch 73 (1982), 137 (143); Günther, NVwZ 1989, 837; Schnellenbach, NVwZ 1989, 435.

33 Günther, ZBR 1979, 93 (99).

34 BayVGh, DVBl. 2000, 1140.

35 Wilke, JZ 1980, 440 (441); Helmut Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl., 2001, Rn. 66.

公務員若享有請求升遷之權利，於該權利未獲實現時，可轉換為損害賠償請求權³⁶，其要件如下：

— 主管長官違反擇優選任義務。

— 上述違法情事，主管長官具有故意或過失。

— 違反擇優選任義務與公務員未受升遷或遲延升遷之間，具有相當因果關係³⁷。

第五項 行政救濟

關於公務員升遷之行政救濟管道，主要有二：就請求升遷一節為行政訴訟程序（公務員法基準法第一百二十六條第一項）；就請求損害賠償一節，則是民事訴訟程序（基本法第三十四條暨民法第八百三十九條）。

在訴訟類型上，請求升遷係透過行政法院法第四十二條第一項

36 BVerwGE 13, 17; BVerwG, NJW 1989, 538; *Helmut Schnellenbach*, NVwZ 1989, 435.

37 BVerwGE 15, 3 (11); BVerwG, NJW 1992, 297.

之「課予義務訴訟」(Verpflichtungsklage)。公務員若認為拒絕其升遷之請求違法，惟尚未至毫無裁量之空間，則可提起「命為決定之訴訟」(Bescheidungsklage)。前開訴訟提起後，若該公務員獲得晉升，或其所請求升遷之職位已為其他公務員所佔，即發生本案訴訟解決之問題³⁸。於此情形下，該公務員得轉而依行政法院法第一百十三條第一項第四句規定提起「續行確認訴訟」(Fortsetzungsfeststellungsklage)，惟須具備「確認利益」(Feststellungsinteresse)，例如將作為提起國家賠償之準備³⁹，或有重複發生類似拒絕升遷之危險⁴⁰。

第四節 公務員之調任、暫調與調職

第一項 概念辨異

38 BVerwGE 80, 127; Weiß, ZBR 1989, 273 (275).

39 BVerwG, DÖV 1964, 167, DVBl. 1968, 220, DVBl. 1973, 365; NVwZ 1983, 755 (756); Helmut Schnellenbach, DVBl. 1990, 140 (141).

40 Günther, ZBR 1979, 93 (111 f.).

如前所述，在德國公務員法上有所謂「地位法上意義之職位」(Amt im statusrechtlichen Sinne)與「功能上意義之職位」(Amt im funktionellen Sinne)之區分。原則上，地位法上之職位僅能透過「任命處分」(Ernennung)或懲戒法上之降級處分(disziplinarische Dienstgradherabsetzung)予以變動⁴¹，其特徵為「本俸」及「職位名稱」皆有變動；反之，若僅改變功能法上之職位，則不須任命處分。在此非此則彼之間，尚存有一種「影響地位之職務賦予」(statusberührende Übertragungen)，即：

—改變其本俸，但未改變職位名稱。

—改變職位名稱，但未改變其本俸⁴²。

上述二種情形，雖無須以「任命處分」為之，惟其職務改變之措施，均具有行政處分之性質，一般稱為「影響地位之調任」

41 請參閱德國公務員懲戒法(BDO)第十條第一項第一句規定。

42 BVerwGE 65, 270, BVerwG, NVwZ-RR 1993, 420; ZBR 2000, 164.

(berührende Versetzung)。德國現行法上對於此類調任，並無明文規定，實務上認為得類推適用有關公務員法基準法第十八條、聯邦公務員法第二十六條之規定⁴³（詳如後述）。

於上述不同者，乃某一公務員若被長時間賦予另一「功能法上之抽象職位」(Amt im abstrakt-funktionellen Sinne)，不問是否在同一主管長官之下，一般稱為「組織法上之調任」(organisationsrechtliche Versetzung)，其主要規定於公務員法基準法第十八條、聯邦公務員法第二十六條。

其次，公務員若未被長時間賦予另一「功能法上之抽象職位」，而僅被暫時賦予另一「功能法上之具體職位」(Amt im konkretfunktionellen Sinne)，且不問是否仍在同一主管長官之下，謂之「暫職」(Abordnung)，其主要規定於公務員法基準法第十七條、

43 BVerwGE 65, 270 (275 f.).

聯邦公務員法第二十七條；反之，公務員於其地位未受影響之前提下，在其受任之機關內，被賦予另一「功能法上之具體職位」(Amt im konkretfunktionellen Sinne)，則為「調職」(Umsetzung)⁴⁴。

與「調任」、「暫調」、「調職」應予區隔者，乃所謂主管長官對於屬官所為之「職務履行之指令」(Dienstausübungsanweisungen)，此於公務員法基準法第三十七條第二句、聯邦公務員法第五十五條有所規定。

第二項 調任(Versetzung)

壹、基本概念

關於公務員組織法上之調任，主要是規定在公務員法基準法第十八條、聯邦公務員法第二十六條及柏林邦公務員法第三十二條規定，茲臚列其內容如下：

公務員法基準法第十八條：

⁴⁴ Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 85.

1.因公務員之申請或基於職務上之需要得於所屬職務主體(Dienstherr)之行政區域內，對公務員作符合其能力之職位調動。未經公務員同意之調職，以新職位與原職位之資歷相同或相當，且其基本薪俸相等者為限；職務加給及可計入退休金之職位加給，視為基本薪俸之部分。

2.調任至其他職務主體（第二條）之行政區域者，以經該公務員同意者為限。於前段情形，公務員法律關係繼續存在於新職務主體；關於該公務員之公務員法上及俸給法上之地位，適用新職務主體之現行規定。

聯邦公務員法第二十六條規定：

1.除法律另有規定外，因公務員之申請或基於職務上之需要，得於所屬職務主體(Dienstherr)之行政區域內，對公務員予以調任。未經公務員同意之調任，以新職位與原職位之資歷相同或相當，且

其基本薪俸相等者為限；職務加給及可計入退休金之職位加給，視為基本薪俸之部分。職務之調動如變更行政職系者，應聽取該公務員之意見。

2.機關經裁撤，或依法律或邦政府法規命令之規定而經重大改組或與其他機關合併，因裁撤或改組而影響公務員之職務範圍者，如其原來職位無維持之必要者，得不經該公務員之同意而將之轉調至其他相同或相當資歷且最後基本薪俸較少之職位。

3.於調任前，應聽取公務員之意見。調任至其他職務主體（第二條）之行政區域者，以經該公務員同意者為限。

柏林邦公務員法第三十二條規定：

1. 除法律另有規定外，因公務員之申請或基於職務上之需要，得於所屬職務主體(Dienstherr)之行政區域內，對公務員作符合其能力之職位調動。未經公務員同意之調任，以新職位與原職位之資歷

相同或相當，且其基本薪俸相等者為限；職務加給及可計入退休金之職位加給，視為基本薪俸之部分。

2. 機關經裁撤，或依法律或邦政府法規命令之規定而經重大改組或與其他機關合併，因裁撤或改組而影響公務員之職務範圍者，如其原來職位無維持之必要者，得不經該公務員之同意而將之轉調至其他相同或相當資歷但最後基本薪俸較少之職位。

3. 於調任前，應給予公務員表達意見之機會。調任至其他職務主體（第二條）之行政區域者，以經該公務員同意者為限。

貳、要件與程序

依上開規定，關於公務員調任之法定原因及其程序要件，吾人可歸納為如下數點：

一、調任之法定原因

1. 基於公務員之申請。

2. 基於職務上之需要(ein dienstliches Bedürfnis)。

3.因機關組織裁撤、改組或合併。

其中所稱「職務上之需要」者，為不確定之法律概念，其是否存在，乃屬法律概念之解釋與適用上之問題，主管機關並無裁量權，其所為之認定得由行政法院作完全之審查。所謂「職務上之需求」者，主要是指職務作業上(Dienstbetrieb)所必要者，例如為了維持良好的工作氣氛(Betriebsklima)，而將某些可能破壞工作氣氛之公務員予以調職，為法之所許，至於當事人是否出於故意或過失，則非所問。惟造成工作氣氛不良之公務員有多位時，責任之輕重自可作為選擇調動對象之考量因素（選擇裁量）。此外，因調動而對該公務員生活上所生之問題，以及新職位是否符合該公務員之能力（如柏林邦公務員法之規定），亦為考量之因素。

二、調任之程序要件

公務員之調任，如符合法定原因時，除有下列情形之一，原則

上無須經當事人之同意：

1.新職位與職位之資歷不相同或不相當，且其基本薪俸不相等

者；

2.調任至其他職務主體之職務區域者；

又公務員之調職，事前須聽取當事人之意見，惟聯邦公務員之調任，僅於變更行政職系之調任，始必須聽取該公務員之意見。

參、行政救濟

依德國學界及實務界之見解，公務員之調任處分，在性質上屬於「行政處分」⁴⁵。是以，公務員對於調任處分如有不服者，得依法提起訴願及行政訴訟，請求撤銷調任處分，以謀救濟。經提起訴願及行政訴訟者，除原處分機關基於公益之考量而為立即執行之宣告外，該調任處分原則上發生停止之效力（行政法院法第八十條第一項、第二項第四款）。調任之原因，除經公務員申請外，須基於職

45 BVerwGE 60, 144; BVerwG, ZBR 1981, 339.

務上之需要。而所謂「職務上之需要」者，乃屬不確定法律概念，其是否確實存在，行政法院有完全之審查權。至於調任之要件該當時，主管機關得依其裁量權，決定是否予以調任。惟行政裁量權之行使並非毫無界限，而須受到法的制約，是謂「合乎義務之裁量」。是以，行政裁量之行使若違背法令授權之目的或超越授權之範圍，或違背比例原則、平等原則等一般法律原則者，即屬「裁量瑕疵」或「裁量失誤」，而構成違法，亦為行政法院所得加以審究者⁴⁶。

第三項 暫調(Abordnung)

壹、基本概念

公務員之暫調(Abordnung)，乃指公務員被暫時地賦予另一具體及功能上意義之職位（公務員法基準法第十七條、聯邦公務員法第二十七條）。暫調之公務員與其先前所屬機關(Stammbehörde)之職

⁴⁶ 請參閱李建良，〈論德國法官及檢察官之調職制度〉，《全國律師》，1997年3月，頁36。

務關係，仍繼續存在。是以，除直接與暫調職務相關之事務外，涉及該暫調公務員之人事決定，仍由其原主管長官為之（聯邦公務員法第三條第二項第一句）。

貳、要件與程序

暫調，原則上須經公務員之同意，且應聽取該公務員之意見。但於法律有特別規定之情形，則例外不須經公務員同意。於暫調時，雙方之主管長官須以書面同意之（公務員法基準法第一百二十三條第二項第一句）。

公務員之暫調，以有職務上之需要為(dienstliches Bedürfnis)要件，並由該公務員之主管長官決定是否暫調，公務員並無請求暫調之權利。惟公務員若提出暫調他職之申請者，基於照顧及保護公務員之原則，其主管長官應為無瑕疵之裁量決定之⁴⁷。暫調之期間，無須事

⁴⁷ Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 124.

前確定，於終身職之公務員，甚至可以達五年以上⁴⁸。當然，暫調之期間不得過長，否則與暫調之「臨時性」本質有違。

公務員因暫調所擔任之職務，原則上必須與其「地位法上之職位」相當（公務員法基準法第十七條第一項、聯邦公務員法第二十七條第一項）。惟若基於職業培訓之理由，可期待該公務員足堪擔任新的職務時，則於職務上需要之考量下，例外可暫調公務員擔任與其地位法上職位不相當之職務（公務員法基準法第十七條第二項、聯邦公務員法第二十七條第二項）。

參、行政救濟

依德國學說與實務見解，對於公務員之暫調決定，亦即派任決定(*Zuweisungsverfügung*)，在性質上屬於行政處分⁴⁹。是以，公務員若不願就任，得循撤銷訴訟之程序（行政法院法第四十二條第一

48 Beus/Bredendiek, ZBR 1997, 201 (203); Lecheler, ZBR 1997, 206 (210).

49 Helmut Schnellenbach, *Beamtenrecht in der Praxis*, 5. Aufl., 2001, Rn. 137; Günther, ZBR 1978, 73 (81 f.); BVerwGE 60, 144 (147).

項)，謀求救濟；反之，公務員若申請暫調而遭拒絕者，得提起命為決定之訴訟，請求主管長官為無瑕疵之裁量，若涉及裁量限縮至零之情形，則可提起課予義務訴訟，請求行政法院為命主管長官作成暫調處分之判決。

第四項 調職(Umsetzung)

壹、基本概念

關於公務員之調職(Umsetzung)，德國聯邦公務員法並無明文規定⁵⁰，一般認為，其係指公務員被賦予另一具體及功能上意義之職位，但未變動其地位法上及抽象功能上之職位，同時未改變任用之機關⁵¹。

根據德國聯邦行政法院之見解⁵²：

50 目前於部分邦公務員法已有所規定，例如布蘭登堡邦公務員法(Beamtengesetz für das Land Brandenburg)第八十九條規定：「公務員得基於職務上或個人之理由，在同一職務單位之內，長期或暫時調動至其他職務(Dienstposten)（調職）。新職務之指派，僅能在該公務員之任職資歷(Laufbahn)內，且不改變其職位下，始得為之。於調職前應聽取該公務員之意見。但基於職務上之急迫原因無法為之者，不在此限。」

51 Helmut Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 5. Aufl., 2001, Rn. 141.

52 BVerwGE 60, 144.

公務員之調職，乃未經法律規範之各類有關公務員職務調整之措施，為維持及確保公行政之運作功能所必要者。依其「客觀之意義內涵」，舉凡涉及公務員職務之履行，而其效力範圍僅侷限於同一組織單位內之措施，均屬之。不同於前述之調任及暫調措施，立法者對於調職之要件並未規範。此點至少間接地顯示出，立法者亦將調職視為一種內部組織上、不必然影響公務員個人領域之措施。

此外，以未涉及公務員個人地位之組織措施 (Organisationsverfügung)，改變公務員之任務範圍者，聯邦行政法院亦將之等同於調職⁵³。

貳、要件與程序

關於調職之要件，聯邦行政法院僅提出一項原則，即：新職務之指派必須相當於該公務員地位法上職位之抽象職務範圍⁵⁴。對此有

53 BVerwGE 89, 199; 98, 334.

54 BVerwGE 60, 144 (150); 65, 270; 87, 310 (315); 89, 199.

學者稱之為「不成文之構成要件要素」(ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal)⁵⁵。其次，有關公務員人事代表規定、身心障礙者權利之規定，調職時，亦應遵守。主管長官於行使調職措施時，必須遵守對於公務員之照顧及保護義務，為無瑕疵之裁量。

參、行政救濟

由於公務員之調職，亦屬涉及公務員關係之事項，依據公務員基準法第一百二十六條第一項規定，其相關爭議得循行政爭訟程序解決，固無疑問。惟在實務上，由於調職之法律性質迭有爭議，從而公務員能否透過行政爭訟程序謀求救濟，亦存疑義。在聯邦行政法院於 1980 年 5 月 22 日有關調職法律性質及救濟問題之裁判⁵⁶作成之前，實務上多以調職措施非屬行政處分為由，不僅認為其不得作為撤銷訴訟之程序標的，連帶對於調職措施能否提起行政訴訟一節，

55 Batts, NVwZ 1982, 87 (88).

56 BVerwGE 60, 144.

亦持否定見解。目前實務及學說之一般見解為，調職措施縱令不具行政處分之性質，亦有提起行政訴訟之可能，例如透過提起一般給付訴訟之方式，謀求救濟。

根據聯邦行政法院之見解，調職乃是一種「不具行政處分性質之內部機關措施」(innerbehördliche Maßnahmen ohne Verwaltungsaktsqualität)⁵⁷，而且不問該措施是否會影響公務員作為主管之功能或升遷之機會，甚至該項措施事實上是否符合該公務員之地位法上之職位⁵⁸。於此前提下，關於調職所生之爭議，原則上僅能透過「一般給付訴訟」(allgemeine Leisatungsklage)解決，而非屬撤銷訴訟貨課予義務訴訟之程序標的。

57 BVerwGE 60, 144; 65, 270 (273); 69, 307.

58 BVerwGE 49, 64 (67 f.); 60, 144 (150); 65, 270 (273); 87, 310 (315).