

憲法解釋與訴訟權保障

—以公務員保障與懲戒為中心—

湯德宗*

要 目	
前言	二、直接審理
壹、觸用法院的權利	三、兩造爭訟程序
一、原告適格的認定	四、公開審理
(一) 公法上財產請求權概得訴訟	五、判決應附理由
(二) 變更公務員身分之處分得為訴訟	六、有效救濟
(三) 重大影響公務員權益之處分亦得訴訟	肆、回顧與前瞻
(四) 非重大影響公務員權益之處分尚不得訴訟	一、百尺竿頭、更上層樓，須建立具體違憲審查制度
二、有效觸用法院	二、落實公務員訴訟權保障，應徹底區分懲戒與考績
貳、法院的組織要件	(一) 懲戒、懲處之區別不在於訴訟救濟之有無
一、依法設立之獨立暨公正法庭	(二) 重新認識公務員關係
二、公務員懲戒委員會須改組為法院？	(三) 懲戒處分、考績處分皆應有司法審查，惟審查密度不同
參、公平審理程序	
一、武器對等	

* 中央研究院法律學研究所研究員兼籌備處主任；國立台灣大學國家發展研究所法律組合聘教授
投稿日期：民國九十三年十二月七日；接受刊登日期：民國九十四年一月十日
責任校對：房治忠

摘 要

本文旨在探討公務員與國家因「公務員關係」發生爭議時，所得享有的訴訟權保障。由於憲法僅宣示「人民有…訴訟之權」，未說明訴訟權之內容，作者爰參酌歐洲人權公約，確認「訴訟權」有三要義：「接觸、使用法院的權利」、「應由獨立、公正之法官組成法庭」，以及「公平審理程序」，並據以檢視大法官有關解釋。研究發現：關於訴訟權的第一義（「觸用法院的權利」），大法官解釋貢獻卓著。按大法官循著「由財產到身分」的路徑，逐步解構傳統的「特別權力關係」理論，終使「改變公務員身分」與「其他重大影響公務員權益」之處分，皆可訴請救濟。惟關於訴訟權的第二義（法院組成）及第三義（公平審理程序），大法官解釋迄無重大建樹。作者以為，其原因乃現制（抽象審查）使然。今後唯有建立具體違憲審查，大法官始能於個案審酌「法庭組成是否公正」與「訴訟程序是否公平」。此外，為落實公務員訴訟權保障，並應徹底區分「懲戒」與「考績」，俾法院得適用不同密度的審查標準。圖一、圖二略示現制下及改制後的「懲戒」、「考績」流程（含行政程序與司法程序）。

關鍵詞：訴訟權、公務員保障、觸用法院的權利、特別權力關係、獨立暨公正法庭、公平審判、抽象審查、具體審查、公務員懲戒、公務員懲處

前言

歲月如梭，年關又屆。今年司法院以「訴訟權」作為大法官學術研討會主題，命我以公務員保障與懲戒為中心，撰文與會，至感榮幸。

顧名思義，本文旨在探討公務員因「公務員關係」(Beamtenverhältnis, public employment)與國家發生爭議時，所得享有的訴訟保障。除涉及「訴訟權」概念之界定外，並涉及「訴訟權」之內涵於「公務員關係」作為訴訟標的時，應否修正（或如何調整）的問題。前者乃本次研討會各場次共同關切的議題；後者為本場次特別關注的議題。

憲法第十六條僅宣示：「人民有…訴訟之權」，而未言其內容。按國際人權公約，尤其一九五三年歐洲人權暨基本自由保護公約(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1953)（以下簡稱「歐洲人權公約」）之規定，¹所謂「訴訟權」(right to a court, right to a fair trial)計含三類要素：接觸利用法院的權利(right of access to a court)、法院組織保障(guarantees concerning the organization and the composition of the court)、及訴訟程序保障(guarantees concerning the conduct of the proceedings)。²我國大法官³與學界⁴關於「訴訟權」之

¹ European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Article 6: "(1) In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law. Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interests of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interests of justice. (2) ... (3) ..." (emphasis added).

² Golder v. United Kingdom (1994) 17 E.H.R.R. 539, para. 66; Piers Gardner & Chanaka Wickremasinghe, *England and Wales and the European Convention*, in HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN CONVENTION 71 (Brice Dickson ed., 1997).

³ 參見釋字第三六八號解釋(83/12/09)大法官吳庚協同意見書：「憲法第十六條訴訟權之保障範圍，實涵蓋下列四項構成事實：（一）凡憲法所保障之權利，遭受公權力或第三人不法侵害，國家均應提供訴訟救濟之途徑，並由司法機關作終局之裁判。享有此項權利之主體，並不限於本國國民，亦不限於自然人，並及於外國人及法人，蓋作為受益性質之訴訟權，本質上係人類的權利而非僅屬國民的權利，且亦非專屬於自然人，乃為兼屬法人（或團體）之權利。（二）訴訟救濟途徑係由各級法院構成之審級制度，雖不排除其他先行程序（訴願程序即行政訴訟之前置程序），但至少其最後之審級應屬法院，而所謂法院必須由憲法第八十一條之法官所組成，始足相當。此在若干國家之憲法，稱之為接受法律上之法官審判之權利。（三）法院所踐行之程序應符合一般民主法治國家所遵循之原則，諸如審判獨立、公開審理、言詞辯論、攻擊防禦方法之對等、審判與檢察部門之分離、不得強迫被告自認其罪，不得舉行群眾公審等；訴訟程序係法律保留事項，應以法律作明確之規定，其完備之程度且不得較憲法制定時已存在之訴訟制度為更低。（四）訴

理解略同，而其認知發展亦大致依循如上順序，本文以下爰據此綱目析論有關解釋。

眾所皆知，我國前因繼受德國君主立憲時期「特別權力關係」(das besondere Gewaltverhältnis)理論⁵，關於公務員與國家間因「公務員關係」所生之爭議，一概不許訴諸法院。⁶嗣自民國七十三年起，大法官屢以憲法解釋解構「特別權力關

訟過程中之實際運作，固不得違反法定程序，倘實際運作受法律以外之成文或不成文例規之支配，致審級制度喪失功能、人民無法享有公平審判之權益或訴訟程序全程終了，仍無從獲得有效救濟，亦與憲法本條保障訴訟權之意旨有違」。《司法院大法官解釋續編（以下簡稱《續編》）（八）》，頁 355-356（台北：司法院秘書處，1995）。

⁴ 參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁 131、289（台北，自版，2003 修訂版）；陳新民，《中華民國憲法釋論》，頁 332（台北：自版，2002 四版）（「訴訟權是指人民認為其權利遭受不法侵害時，得請求法院審判非除侵害或賠償，以維護其權利之基本人權」）；陳愛娥，〈「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響〉，收於司法院（印行），《行政訴訟論文集編》，頁 49 以下，頁 53-54（台北：司法院，1998）（德國基本法第十九條第四項規定：「任何因公權力而權利受侵害者，均享有法院救濟的機會」，不僅保障任何一種形式的權利保護方式，更要求「有效的權利保障」(effektiver Rechtsschutz)）；蔡宗珍，〈第十七講 請願權、訴願權或訴訟權〉，輯於許志雄、蔡茂寅、蔡宗珍、陳銘祥、周志宏（合著），《現代憲法論》，頁 211 以下，頁 215（台北：元照，1999 初版）（「訴訟權是指人民認為其權利受侵害或有受侵害之虞時，為尋求權利之保護而向國家法院提起訴訟請求為一定裁判的權利，一般稱為『司法人權』或『司法上的受益權』。藉此人民有權積極地利用國家所建立的司法救濟管道」）。

⁵ 「特別權力關係」理論之核心內容可歸納為三項：一、國家權力之行使無需受到個人基本權利之限制，即權力臣屬者（如公務員）無基本權利可言；二、國家於特別權力關係中發布之一般性「行政規則」(Verwaltungsvorschriften; Verwaltungsverordnungen)，不同於國家對人民發布之「法規命令」(Rechtsverordnungen)，不需有法律之授權，亦即無「法律保留」原則之適用；三、國家在特別權力關係中對權力臣屬者所為之具體的「個別指令」，不得為行政訴訟之客體。參見翁岳生，〈論特別權力關係之新趨勢〉，輯於氏著《行政法與現代法治國家》，頁 131 以下，頁 131-147（1987 六版）；吳庚，《行政法之理論與實用》，頁 222-223（台北：自刊，2003 增訂八版）；李震山，《行政法導論》，頁 21（台北：三民，2003 修訂五版）；蔡震榮，〈特別權力關係和基本人權的限制〉，收於《現代國家與憲法》，頁 479 以下（台北：月旦，1997）；劉宗德，〈重新釐清特別權力關係〉，輯於氏著《行政法基本原理》，頁 607 以下（台北：學林，1998）；法治斌，〈第五章 行政法律關係與特別權力關係〉，收於翁岳生（編），《行政法二〇〇〇（上冊）》，頁 223 以下，頁 234-38（台北：翰蘆，2000 二版）；湯德宗（譯），〈特別權力關係—現狀及發展趨勢〉，《憲政思潮》，61 期，頁 9 以下（03/1983）（Hans-Ulrich Evers 原著，Das besondere Gewaltverhältnis (Frankfurt: Athenäum Verlag, 1972)）。

⁶ 參見司法院院字第三一一號解釋(19/07/21)（「按訴願之提起，係人民不服官署處分之救濟方法，下級官吏對於該管上級官廳，就其監督範圍以內所發命令，有服從之義務，不得援引訴願法提起訴願」）；院字第三三二號解釋(19/09/09)（「公務員對於主管官廳處分，如有不服而呈明上級官廳，雖非法律所禁止，但不適用訴願法之規定」）；院字第三三九號解釋(19/09/16)（「人民為官吏雖係公權之一種，然人民與官吏身分各別，其因官吏身分受行政處分者，純屬行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比，自不得援引訴願法提起訴願」）。

行政法院相關判決甚多，參見：行政法院四十三年裁字第七號判例(43/05/04)（呈請復職及補發停職期內俸給）；五十年判字第九十一號判決（改任職務送審爭議）；五十五年判字第三三五號判決（職務調遷）；五十七年裁字第二十二號判例(57/02/29)（「官署對所屬職員之任免，純屬人事行政權之運用，非官署對人民之處分，不得依訴願法提起訴願」）；行政法院五十八年判字第二

係」，逐步開放（回復）公務員就公務員關係進行爭訟的權利。惟仍非「公務員關係」所生一切爭議，皆可訴諸法院。質言之，目前公務員僅於受有公務人員保障法（92/05/28 修正）第二十五條所稱之「行政處分」，經（考試院）向公務人員保障暨培訓委員會（以下簡稱「保訓會」）提起「復審」而不服其決定（「復審決定」）者，始得向「該管司法機關」（按目前指「行政法院」）起訴；或依公務員懲戒法（74/05/03 修正）受有懲戒，而（由監察院或各院、部、會首長）移送（司法院）公務員懲戒委員會「審議」者，始有「訴訟」的機會。故大會指定之本文副題所稱「保障與懲戒」，實際乃指「部分保障案件」⁷與「部分懲戒案件」⁸。用語困難亦顯示現制下多軌併行、錯綜複雜的無奈。⁹

又，「特別權力關係」之立論，乃假設（擬制）國家為一密閉的權利主體，從而可明確區分內、外關係。質言之，公務員¹⁰（文官與軍人）為國家內部成員，其與國家之關係乃「內部關係」，有如昔時之家臣與領主；有別於國家與人民間之「外部關係」。此一「內、外截然分別」說，於封建社會打破、世襲階級消失後，固已

○三號判例(58/06/17)（「原告係被告官署之四等一般工程員，因故經被告官署予以革職處分，依公務員服務法第二十四條規定，其與國家間之關係，乃特別權力服從關係，非一般統治權關係可比，而公務員受監督長官之革職處分，亦與人民因中央或地方官署所為處分迥異。原告如有不服，應向其上級機關陳情，請求救濟或糾正，非屬行政爭訟之範圍」）；五十九年判字第四〇〇號判決（任用資格審查）；六十年判字第三五七號判例(60/05/11)（因案免職，嗣經判決無罪，請求復職）；六十年判字第七八三號判決（退休年資爭議）；六十一年裁字第一九二號判決（慰撫金）。

⁷ 參見公務人員保障法(92/05/28 修正)第四條第二項（「公務人員提起之復審、再申訴事件（以下簡稱保障事件），由公務人員保障暨培訓委員會審議決定」）。亦即，本文所謂「公務員保障」係指可依法提起「復審」之案件；至於「申訴」、「再申訴」案件，因不得提起訴訟，不在本文討論之範圍。

另，某些看似「公務員保障」案件，且得依法提起行政訴訟，但不在本文討論之範圍。例如，考試及格申請派用或任用（新任）發生爭議，因申請人尚不具備公務員身分，爰不能依公務人員保障法提起復審（保訓會保障案件決定書九十公審決字第〇〇三八號(90/03/27)），而非屬本文所謂「公務員保障」之列。惟其仍得以一般人民身分，提起訴願及行政訴訟，而享有訴訟權之保障。

⁸ 對於九職等以下公務員所為「記過」或「申誡」之處分，依法各機關首長即可自為決定，無須經公懲會議決。參見公務員懲戒法(74/05/03 修正)第九條第三項之規定。

⁹ 對於公務員訴訟權之範圍，有統稱為「人事行政處分」者，參見林明鏘，〈論行政程序中「對公務員所為人事行政行為」之意義〉，輯於氏著《公務員法研究（一）》，頁 427 以下（台北：學林，2000）；有稱「人事行政爭訟」者，參見顏秋來，〈從人事行政爭訟談銓敘法置之改進〉，收於司法院（印行），《行政訴訟論文彙編—人事行政爭訟（第三輯）》（以下簡稱《人事行政爭訟》），頁 299 以下（台北：司法院，2002）。

¹⁰ 「公務員」一詞兼具多種意涵。狹義的公務員僅指「文官」而言，參見大法官釋字第 210 號、243 號、266 號解釋等；廣義的公務員則兼指軍人（武官），參見大法官釋字第 187 號解釋、第 430 號解釋(86/06/06)解釋文（「軍人為廣義之公務員」），《續編（十）》，頁 555（台北：司法院秘書處，1997）；以及釋字第 455 號解釋(87/06/05)解釋文（「軍人為公務員之一種」），《續編（十二）》，頁 65（台北：司法院秘書處，1999）。

缺乏說服力，而需改弦更張。惟如以爲國家與公務員間之「公務員關係」，和國家與（不具公務員身分之）人民間之關係，不論如何形容，終究有所不同。¹¹則其間之差異是否（及如何）影響公務員訴訟權保障之內涵，即有研究之必要。

壹、觸用法院的權利

「訴訟權」最原始、最根本的理解即：人民有權接觸、使用法院，以解決個案爭議，是爲「觸用法院的權利」(right of access to a court)。「觸用法院權」實際又有兩層意涵：一爲允許具有訴訟利益之人，利用法院解決爭議；另一爲提供必要協助，方便具有訴訟利益之人，利用法院解決爭議。前者寓意較爲消極（不任意限制訴訟），後者較爲積極（實質上便利訴訟）。前者主要在確認哪些人可以起訴-- 具備所謂「原告適格」(standing)，或謂具有「訴之利益」-- 對於訴訟的結果具有實質利害關係(substantial interest at stake)之人；¹²後者主要涉及「訴訟救助」等輔助。我國大法官有關解釋迄今僅及於前者。

一、原告適格（訴之利益）的認定

關於「訴訟權」的意涵，大法官在釋字第一五四號解釋(67/09/29)之解釋理由書中首度闡釋，謂：「憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院有依法審判之義務而言。惟此項權利，依憲法第二十三條規定，爲防止妨害他人自由，避免緊急危難，維持社會秩序，或增進公共利益所必要者，得以法律限制之」。¹³上開見解迄無改變。

14

¹¹ 參見本文肆、二之分析。

¹² 「原告適格」要件旨在維護憲法上「權力分立」的原則，並避免浪費珍貴的司法資源。參見湯德宗，〈權力分立與違憲審查--大法官抽象釋憲權之商榷〉，輯於氏著《權力分立新論》，頁 133 以下，頁 147-49（台北：自刊，2000 增訂二版）。

¹³ 《續編（一）》，頁 65（台北：司法院秘書處，1991 三版）。

訴訟權雖得以法律限制，但不能逕以命令爲之，參見釋字第二七三號解釋(80/02/01)解釋理由書（「憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權，乃指人民於其權益受侵害時，有提起訴願或訴訟之權利，受理訴願之機關或受理訴訟之法院亦有依法決定或裁判之義務而言。此項權利，不得以行政命令予以限制」），《續編（五）》，頁 222（台北：司法院秘書處，2001）。

¹⁴ 參見釋字第一六〇號解釋(68/12/21)解釋理由書，《續編（一）》，頁 146；釋字第一七九號解釋(72/02/25)解釋理由書，《續編（二）》，頁 72（台北：司法院秘書處，2001 再版）；釋字第一八七號解釋(73/05/18)解釋理由書，《續編（二）》，頁 126；釋字第二七三號解釋(80/02/01)解釋理

訴訟權之行使，既以「權利」受侵害為前提，則未有「權利」受害者，自無向法院起訴之資格--所謂「原告適格」(standing)或「訴之利益」(substantial interest at stake)可言。傳統「特別權力關係」理論，既以「法主體密閉說」為基礎，認為權利僅存在於權利主體相互間；至於處在國家（權利主體）內部的公務員，對國家原無「權利」可以主張。故公務員因「公務員關係」與國家發生爭議時，即不得訴諸法院。亦即，前此公務員不得訴訟實因其對國家無有「權利」可資主張使然，而非前揭釋字第一五四號解釋所謂訴訟權得「依憲法第二十三條規定…以法律限制」之結果，合先敘明。

綜觀大法官相關解釋，其肯認公務員亦有「原告適格」或「訴之利益」，從而「敞開法院之門」的改革歷程，可以「由財產到身分」一語概括。亦即，先肯定公務員得就其因公務員關係，與國家發生之「財產」爭議，訴請法院裁判；繼而許公務員亦得就其因公務員關係，與國家發生之「身分」爭議，訴請法院裁判。如此發展路徑寓有務實的考量，因勢利導、水到渠成；也是妥協的結果，讀者細繹各件解釋不同意見自明。

關於現制下「公務員關係」得作為訴訟標者，有採「二分說」、¹⁵「三分說」、¹⁶及「四分說」者，¹⁷本文採三分說。

（一）公法上財產請求權概得訴訟

公務員得就其與國家間之財產爭議訴諸法院的突破性見解，首見於釋字第一

由書，《續編（五）》，頁 222；釋字第四一六號解釋(85/12/06)解釋理由書，《續編（十）》，頁 292-293。

¹⁵ 參見林明鏞，前揭（註 9）文，頁 429（人事行政行為約可分成對公務員服公職之權利（身分）有重大影響與無重大影響之行政行為二大類，而有關公務員之公法上財產請求權，不論係退休金、福利互助金、考績獎金等皆屬有重大影響之行政行為）。氏嗣略有修正。參見林明鏞，〈最高法院公務員判決評析〉，收於《人事行政爭訟》，頁 69 以下，頁 87。

¹⁶ 參見法治斌，〈論行政法院對人事行政裁量及不確定法律概念之審查權限--從公務人員制度之多元複合價值談起〉，收於《人事行政爭訟》，頁 1 以下，頁 16（區分為「改變身分」、「公法上財產請求權」及「限制人民憲法上服公職之權利」三種類型）；顏秋來，前揭（註 9）文，頁 304-05（人事行政爭訟的行政處分係爭標的限於：「改變公務人員身分」、「對公務人員權益有重大影響」及「侵害公務人員公法上財產權益」三種）；李建良，〈公務人員保障法復審及申訴標的之探討〉，《月旦法學》，第 90 期，頁 112 以下，頁 123-126（11/2002）（復審標的分為：「公法上財產權事件」、「公務員身分改變或取得事件」，及「對公務員服公職權利具有重大影響事件」）。

¹⁷ 例如周世珍，〈公務人員保障復審範圍之商榷〉，《人事行政爭訟》，頁 349 以下，頁 357-62（公務員得提起行政爭訟之行政處分計有四類：「公法上財產請求權」、「懲戒性質處分」、「身分改變」以及「權益重大影響」）。

八七號解釋(73/05/18)解釋。該件解釋文謂：「公務人員依法辦理退休請領退休金，乃行使法律基於憲法規定所賦予之權利，應受保障。其向原服務機關請求核發服務年資或未領退休金之證明，未獲發給者，在程序上非不得依法提起訴願或行政訴訟。本院院字第三三九號¹⁸及院字第一二八五號解釋¹⁹有關部分，應予變更。行政法院五十年判字第九十八號判例²⁰，與此意旨不合部分，應不再援用」。²¹打破公務員訴訟禁令之用意，彰彰明甚。

按該件解釋之聲請人爲退伍軍人，其「軍人」身分在當時（猶在戒嚴時期）雖屬敏感，惟聲請時終究已經退伍而成爲「人民」矣；所爭執者雖係前在公務員關係存續期間（服役期間）所生之權益，然僅關係到「財產」（退休金），無關乎「身分」。尤其，德國傳統之「特別權力關係」理論，只限制官吏「非財產上請求權」不得訴訟；我國繼受過度，使官吏之「財產上請求權」亦概不得訴訟（見司法院院字第一二八五號解釋）。如此全面封殺公務員訴訟機會在理論上本屬牽強。本件因而提供了改革契機。

關於解禁的理由，大法官僅在「訴訟權」上淡淡著墨。解釋理由書謂：「按憲法第十六條所謂人民有訴願及訴訟之權，乃指人民於其權利受侵害時，有提起訴願或訴訟之權利，受理訴願機關或受理訴訟法院亦有依法審查決定或裁判之義務而言。此項權利，間因其具有公務員身分而有所差別，如公務員關於其職務之執行，有遵守法律，服從長官發命令之義務，除長官所發命令顯然違背法令或超出其監督範圍外，下屬公務員縱有不服，亦僅得向該長官陳述意見，要無援引訴願法提起訴願之餘地（參照公務員服務法第一條、第二條及本院院字第三一一號解

¹⁸ 司法院院字第三三九號解釋(19/09/16)：「人民爲官吏雖係公權之一種，然人民與官吏身分各別，其因官吏身分受行政處分者，純屬行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比，不得援引訴願法提起訴願」，《司法院解釋彙編（第二冊）》，頁 58（台北：司法院秘書處，1969）。

¹⁹ 司法院院字一二八五號解釋(24/05/29)：「（一）已退休之公務員，關於養老金支給數額及其方法，依公務員恤金條例所規定，係爲公務員之特別身分而設，實爲公法上之權利，故其請求被原官署爲駁回之處分後，無論是否受有損害，要不得依訴願法第一條提起訴願（參照院字第三三九號解釋）」，《司法院解釋彙編（第二冊）》，頁 230。

²⁰ 行政法院五十年判字第九十八號判例(50/12/07)：「軍事人員向國防部報請核計軍籍年資，純係以公務員身分向該管官署報請核辦之事件，屬於人事行政範圍。原告對於被告官署所爲核計年資之行為，認爲有何不當之處，祇能向上級主管官署請求救濟，要不能按訴願程序提起訴願。原告現雖已正式退役，無現役軍官身分，但該項核計年資之行為，既係基於公務人員關係而發生，自不因原告現已退役已無公務人員之身分而變更其性質（參照司法院院字第一二八五號解釋）」，《最高行政法院判例要旨彙編》，頁 1213（台北：最高行政法院，2003）。

²¹ 《續編（二）》，頁 126。

釋)。從而除有此類特殊情形外，憲法或法律所保障之公務員權利，因主管機關之違法或不當之行政處分，致受損害時，尚非均不得循行政或司法程序尋求救濟。

²²本件解釋並未提及「特別權力關係」，亦未析論「退休金」的權利基礎²³，然不難察覺「特別權力關係」的影子。尤其公務員應服從長官「職務命令」一節，酷似德國 Ule 教授所謂「經營關係」(Betriebsverhältnis)的翻版。²⁴

兩年後大法官重申改革決心，並巧妙地擴張公務員訴訟權的範圍。釋字第二〇一號解釋(75/01/03)解釋文明揭：「公務人員依法辦理退休請領退休金，非不得提起訴願或行政訴訟，經本院釋字第一八七號解釋予以闡釋在案。行政法院五十三年判字第二二九號判例前段所稱：『公務員以公務員身分受行政處分，純屬行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比，不能按照訴願程序提起訴願』等語，涵義過廣，與上開解釋意旨不符部分，於該解釋公布後，當然失其效力。至上開判例，有關軍人申請停役退伍事件部分，並未涉及公務人員依法辦理退休請領退休金，與本件聲請意旨無關，不在解釋範圍」。²⁵

查本件解釋聲請人以其受所屬國營事業(台灣省農工企業公司)不法強迫退休為由，要求損害賠償。²⁶是本件之「財產」(退休金)爭議有無理由，乃以聲請人之「身分」變更(強迫退休)適法與否為前提。原應先審究「身分變更」，而後才能論定「財產爭議」。亦即，本件與前述釋字第一八七號解釋不同，要非「單純」的財產爭議！惟或以時機尚未成熟，大法官並未碰觸「身分變更」之爭議，²⁷僅重申公務員關於「財產」(退休金)之爭議，應許訴諸法院。

雖然如此，公務員財產權爭議之範圍已悄然擴大--由單純的財產爭議(例如退休金計算爭議)，擴張為以特定身分變更為基礎所生之財產爭議。長此以往，吾

²² 《續編(二)》，頁126。

²³ 或謂「退休金」屬於憲法第八十三條所稱之公務員「保障」之範圍。參見翁岳生，〈近年來司法院大法官會議解釋之研討--有關人民權益之保障〉，《憲政時代》，第13卷3期，頁8以下，頁12(01/1988)。

²⁴ 翁岳生，前揭文，頁12。

²⁵ 《續編(三)》，頁72(台北：司法院秘書處，1990再版)。

²⁶ 按聲請人所謂「補償或賠償被侵害之權利損害」(參見《續編(三)》，頁73-74)，究何所指，原非明確。可能指應補發自其被非法強迫退休時起，至合法屆齡退休時止，應受之薪資；可能指應併計其自其被非法強迫退休時起，至合法屆齡退休時止之年資為退休年資，及其退休金之差額。大法官顯然解讀為後者。

²⁷ 此由解釋文所謂「至上開判例，有關軍人申請停役退伍事件部分…與本件聲請意旨無關，不在解釋範圍」觀之益明。《續編(三)》，頁72。

人可以預期：大法官終將宣示公務員關於「身分」之爭議，亦可訴諸法院。果然，兩年餘後大法官終於作成釋字第二四三號解釋（詳次節）。

繼開放「退休金」爭議得為訴訟之後，大法官又陸續開啓各種公法上財產請求權訴訟之門。首先，釋字第二六六號解釋(79/10/05)（解釋文）謂：「公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第一八七號及第二〇一號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟，行政法院四十八年判字第十一號判例²⁸與上述意旨不符部分，應不再援用」。²⁹

查本件解釋聲請人（桃園縣大溪鎮公所幹事）因年終考績丁等被停職，經申請復審重行考核後改列乙等並復職。其於復職工作退休後，申請補發考績丁等停職期間之每月工作補助費、不休假加班費以及當年度考績獎金，未獲允准。經提起訴願、再訴願，均以程序駁回，爰向行政法院起訴。行政法院援引行政法院四十八年判字第十一號判例，以「原告在未退休前既係被告機關編制內之辦事員，具公務人員身分，與被告機關屬處於特別權力關係。而工作補助費、不休假加班費及考績獎金等，均屬於薪津之一種，並非退休金可比，原告與被告機關發生爭執，對被告機關所為不予補發之處分不服，自僅得向被告機關之監督機關請求救濟，而不得依訴願法之規定提起訴願」³⁰為由，駁回起訴。嗣聲請人聲請再審，行政法院重申前裁定意旨，並指出：「大法官會議釋字第一八七號及第二〇一號解釋：『公務人員依法辦理退休請領退休金，非不得提起訴願或行政訴訟』與本件解釋聲請補發工作補助費，不休假加班費及考績獎金等情形，未盡相同」。³¹足見本號解釋旨在確定：釋字第一八七號解釋及釋字第二〇一號解釋之意旨應從寬適用。所謂「財產上之請求」，所指毋寧甚廣。

²⁸ 行政法院四十八年判字第十一號判例(48/03/31)：「提起訴願，限於人民因官署之處分違法或不當，而損害其權利或利益者，方得為之。至若基於特別權力關係所生之事項，或因私法關係發生爭執，則依法自不得提起訴願。原告原任被告官署（澎湖縣馬公鎮公所）幹事，係屬編制外人員，縱令仍可視為自治團體之公吏，其與被告官署間亦屬處於特別權力關係，如因補發薪津事項對被告官署處置有所不服，僅得向該管監督機關請求救濟，要不得援引訴願法提起訴願。至原告原服務被告官署之事業課撤銷，經改以水廠技工僱用後，則純屬私經濟關係之僱傭關係，原告對停職期間薪津如有爭執，自屬就私法關係有所爭執，顯亦不得提起訴願」。

²⁹ 《續編（五）》，頁 134-135。

³⁰ 行政法院七十六年度裁字第三〇三號裁定(76/05/21)。

³¹ 行政法院七十六年度裁字第六八四號裁定(76/10/16)。

釋字第三一二號解釋(82/01/29)終以「公法上財產請求權」作為統稱。解釋文謂：「公務人員之公法上財產請求權，遭受損害時，得依訴願或行政訴訟程序請求救濟。公務人員退休，依據法令規定請領福利互助金，乃為公法上財產請求權之行使，如有爭執，自應依此意旨辦理。本院釋字第一八七號、第二〇一號及第二六六號解釋應予補充」。³²本件聲請所涉固僅「請領福利互助金」一項，惟因大法官明示：公務人員之「公法上財產請求權」遭受損害時，皆得訴訟，實際邁進了一大步。³³

另，本件解釋理由書首次肯認公務員得對國家主張「財產權」。謂：「人民之財產權應予保障，憲法第十五條定有明文。此項權利不應因其被任命為公務人員，與國家發生公法上之忠勤服務關係而受影響」。且「公法上財產請求權」並不以「法律」所規定者為限。本件解釋理由書有謂：「行政院發布之中央公教人員福利互助辦法或其他機關自行訂定之福利互助有關規定，係各機關為安定公務人員生活之行政目的而實施之法令，並有提供公款予以補助者，具有公法性質。…公務人員退休，依據上述法令規定，請領福利互助金，乃屬公法上財產請求權之行使，如遭有關機關拒絕，將影響其憲法所保障之財產權，依上開意旨，自應許其提起訴願或行政訴訟，以資救濟」。³⁴

經過如上諸解釋後³⁵，目前實務上關於公務員公法上財產請求權訴諸法院救

³² 《續編（七）》，頁 39（台北：司法院秘書處，1994）。

大法官鄭健才發表「一部不同意見書」，質疑「員工福利互助」未必盡為公法關係，多數意見既未說明何以判斷其為公法關係，則所謂「請領福利互助金，乃為公法上財產請求權之行使」，即值商榷。

³³ 這是「抽象違憲審查」制度的「一般化擴散效果」。參見釋字第一八五號解釋(73/01/27)（「司法院解釋憲法，並有統一解釋法律及命令之權，為憲法第七十八條所明定，其所為之解釋，自有拘束全國各機關及人民之效力」），《續編（二）》，頁 111；並參見湯德宗、吳信華 & 陳淳文，〈論違憲審查制度的改進—由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案〉，第四屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會論文，頁 31-33（台北：中央研究院中山人文社會科學研究所，09/27/2004），預定收於湯德宗（主編），《憲法解釋之理論與實務（第四輯）》（台北：中央研究院法律學研究所籌備處，2004）（排版中）。

³⁴ 《續編（七）》，頁 39。

大法官李志鵬提出「不同意見書」，認係爭權利為民法私權性質，「應依民事訴訟程序向民事法院起訴請求救濟」。

³⁵ 另參見釋字第四五五號解釋(87/06/05)解釋文（「國家對於公務員有給予俸給、退休金等維持其生活之義務。軍人為公務員之一種，自有依法領取退伍金、退休俸之權利」），《續編（十二）》，頁 65。

濟一節，殆已無任何限制。³⁶保訓會保障案件決定書九十公審決字第〇一三六號(90/10/23)之見解可為代表：「公法上財產請求權之範圍，不限於有法律依據或法律授權，僅須公務人員於執行職務所支出之費用，或其他因公法上職務關係所生之金錢給付均屬之」。

(二) 改變公務員身分之處分得為訴訟

所謂「改變公務員身分關係之處分」，係指公務員身分「從有到無」之變動，例如：因考績免職、否准繼續服役，而「喪失」公務員身分者而言。至於公務員身分取得（「從無到有」的變動）之爭議，例如：因新任³⁷、再任³⁸之（擬任）「任用審查」爭議，目前實務見解認「係以一般人民身分」對行政機關所為行政處分聲明不服，不能循公務人員保障所定復審、再復審程序救濟，故不在本文討論之列。

公務員就其「身分」與國家發生爭議時，亦得訴諸法院的突破性見解，首見

³⁶ 例如：七十三年判字第一三五三號判決(73/10/26)（「對請領退休金或有關退休金額之計算標準有爭執者，得依法提起行政訴訟」）、七十七年判字第九四二號判決(77/06/10)（請求加發撫卹金）、七十八年判字第七一三號判決(78/04/18)（「公務人員關於退休金核計標準請求復議，中央主管機關釋復否准其請求者，自屬基於職權，就特定之具體事件所為發生公法上法律效果之單方行政行為，公務人員自得提起行政救濟」）、八十二年判字第五三二號判決(82/03/25)（請求發給稽徵津貼）、八十三年判字第二五八二號判決(83/12/08)（申請退還公保自付保費）、八十四年判字第一三一〇號判決(84/05/26)（「退休教師依法申請補發公保養老給付差額，被否准者，應許其提起訴願、再訴願，以資救濟」）、八十九年判字第三五一九號判決(89/12/14)（「公務員遺族三節慰問金之發放與否，影響當事人之權益，依法視為行政處分」）、九十年判字第一九二號判決(90/02/08)（公務員退休補償金）、九十年判字第一〇二〇號判決(90/06/07)（補發撫卹金差額）、九十年判字第二一五一號判決(90/11/16)（申請補發及併計軍官士官年資計算退休俸）。

另參見保訓會保障案件決定書九十公審決字第〇一三六號(90/10/23)（離職公務人員請求發給原任職期間之年終工作獎金，得依公務人員保障法有關復審、再復審之規定請求救濟）。保訓會所認定的「公法上財產請求權」包括：退休金、福利互助金、薪資、俸給、資遣扣款、加班費、因公涉訟律師費補助、違約金、年終工作獎金、喪葬補助費、殘廢慰問金、特別費，均許提起復審。參見周世珍，前揭（註17）文，頁363-64。

³⁷ 參見保訓會保障案件決定書九十公審決字第〇〇三八號(90/03/27)（考試及格申請分發非屬基於公務人員身分所生，而係基於一般人民身分所生之權利；再復審人尚未至台南縣警察局報到，且內政部警政署業已依職權同意該派令暫緩執行，則再復審人非屬現職之警察人員，已甚明確，則再復審人對於內政部警政署所發之派令不服，係以一般人民身分對於行政機關所為之行政處分不服，自無法循本法所定復審、再復審之程序救濟，再復審人依本法所定復審程序請求救濟，自有未合）。保訓會保障案件決定書九十公審決字第〇〇二一號(90/02/13)（考試及格申請分發非屬公務人員身分所生，而係基於一般人民身分所生之權利，不得循公務人員保障法所定復審、再復審程序請求救濟）。

³⁸ 參見保訓會保障案件決定書八十九公審決字第〇〇五七號(89/06/16)（已喪失公務人員身分者，相關機關是否核准其申請再任，與公務人員保障法無涉）。

於釋字第二四三號解釋(78/07/19)。其解釋文明揭：「中央或地方機關依公務人員考績法或相關法規之規定，對公務員所為之免職處分，直接影響其憲法所保障之服公職權利，受處分之公務員自得行使憲法第十六條訴願及訴訟之權。該公務員已依法向該管機關申請復審及向銓敘機關申請再復審或以類此之程序謀求救濟者，相當於業經訴願、再訴願程序，如仍有不服，應許其提起行政訴訟，方符有權利即有救濟之法理。行政法院五十一年判字第三九八號、³⁹五十三年判字第二二九號、⁴⁰五十四年裁字第十九號、⁴¹五十七年判字第四一四號判例⁴²與上開意旨不符部分，應不再援用。至公務人員考績法之記大過處分，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，上開各判例不許其以訴訟請求救濟，與憲法尚無抵觸」。⁴³

上開解釋不僅為公務員「身分爭議」開啓訴訟之門，並且宣示了公務員「身分爭議」訴訟的界限--須為「直接影響聲請人憲法所保障之服公職權利之處分=改變公務員身分關係之處分(例如免職)」始得訴諸法院。如此，「人權保障」與「行政管理」之利益乃得兼顧。其次，相較於釋字第一八七號解釋，本件之論理雖亦訴諸「有權利即有救濟」之法理；惟其明白指出「訴之利益」在於憲法(第十八條)所保障之「服公職權利」，則猶過之。再次，為避免解釋的美意落空，大法官在解釋文中直接釋示：其時之「復審」及「再復審」程序，即相當於「訴願」、「再訴願」程序，如公務員仍有不服，應許提起行政訴訟。又，本件大法官雖仍

³⁹ 行政法院五十一年判字第三九八號判例(51/11/10)：「依訴願法第一條規定，提起訴願，唯人民對於中央或地方官署所為不當或違法之處分致損害其權利或利益者，始得為之。至各級公務人員以公務員身分所受主管官署之懲戒處分，則與以人民身分因官署處分而受損害者有別，自不得對之提起訴願」。

⁴⁰ 行政法院五十三年判字第二二九號判例(53/11/19)：「公務員以公務員身分受行政處分，純屬行政範圍，非以人民身分因官署處分受損害者可比，不能按照訴願程序提起訴願，原告現雖解職，已無公務人員身分，但該項處分既係基於原告之公務人員關係而發生，自仍不能視其為人民受官署之處分而許其對之提起訴願」。

⁴¹ 行政法院五十四年裁字第十九號判例(54/03/13)：「行政訴訟之提起，須以官署對人民之處分違法，致損害其權利，經過訴願再訴願而不服其決定者，始得為之。原告以公務人員身分，而受主管官署人事行政上之處分，顯與以人民身分受官署違法處分而損害其權利之情形有別，除有正當理由得向該管監督官署呈請糾正外，自不得依行政訴訟程序以求救濟，且考試院秘書處之通知，亦並非適用訴願程序所為之訴願決定，乃原告違向本院提起行政訴訟，其起訴自非合法」。

⁴² 行政法院五十七年判字第四一四號判例(57/11/21)：「公務人員以公務員身分受主管官署或上級官署之處分，純屬人事行政範圍，與以人民身分受官署之處分有別，不得對之提起訴願」。

⁴³ 《續編(四)》，頁181(台北：司法院秘書處，1990)。

絕口不提「特別權利關係」，解釋文最後所謂：「行政法院四十年判字第十九號判例⁴⁴，係對公務員服務法第二條及第二十四條之適用所為之詮釋，此項由上級機關就其監督範圍內所發布之職務命令，並非影響公務員身分關係之不利益處分，公務員自不得訴請救濟，此一判例，並未牴觸憲法」⁴⁵，則顯然希望維持前在釋字第一八七號解釋所持立場—公務員「經營關係」不受法院審查。

關於應許受免職公務員向哪個法院尋求救濟一點，大法官之間並無共識。其時（依據公務人員考績法所為之）「懲處」與（依據公務員懲戒法所為之）「懲戒」併行，實務上已感困擾，但多數意見似以給予公務員訴訟機會為首要，爰僅於「解釋理由書」中告誡：「公務員之懲戒，依憲法第七十七條規定，屬於司法院職權範圍，司法院設有公務員懲戒委員會，為主管懲戒事項之司法機關。對於公務員所為具有懲戒性質之免職處分，不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分，此項權限之行使及其救濟程序如何規定，方符憲法之意旨，應由有關機關通盤檢討，而為適當之調整」。⁴⁶大法官鄭健才雖贊同多數意見有關「對於公務員所為具有懲戒性質之免職處分，不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分」之見解，惟堅持：「關於公務員之保障，僅限於懲戒始須經司法程序。其程序為懲戒程序，而非行政訴訟程序。若同屬懲戒性質之處分，既認其為『司法處分』應依懲戒程序進行司法程序，又認其為『行政處分』應依懲戒程序進行司法程序，是同屬司法程序又一分為二」，「使兩者併行，將徒增困擾」！⁴⁷這項爭議一直延續到後來的釋字第二九八號解釋與釋字第三九六號解釋（詳見次節）。

釋字第四三〇號解釋(86/06/06)首次涉及軍人身分改變之爭議。解釋文明白釋示：「憲法第十六條規定人民有訴願及訴訟之權，人民之權利或法律上利益遭受損害，不得僅因身分或職業關係，即限制其依法律所定程序提起訴願或訴訟。因公

⁴⁴ 行政法院四十年判字第十九號判例(40/11/22)：「公務員之身分，與人民身分不同，下級公務員，對於該管上級官署，就其監督範圍內所發布之命令，有服從之義務，不得援引訴願法提起訴願。依法令委任之中小學校教職員，受有俸給者，為公務員服務法上之公務員，聘任之教職員則否（參照司法院院字第三一一號及院解字第二九八六號解釋）」。

⁴⁵ 《續編（四）》，頁182。

⁴⁶ 《續編（四）》，頁182。

⁴⁷ 參見大法官鄭健才之「一部不同意見書」，《續編（四）》，頁186。

至於，「機關內部對於公務員之處分，係屬『內部處分』」，為「考試保障」之範圍，毋勞司法介入。氏稱我國憲法對於公務員採「司法保障」與「考試保障」的「雙軌保障」制。同上，頁184。

務員身分受有行政處分得否提起行政爭訟，應視其處分內容而定，迭經本院解釋在案。軍人為廣義之公務員，與國家間具有公法上之職務關係，現役軍官依有關規定聲請續服現役未受允准，並核定其退伍，如對之有所爭執，既係影響軍人身分之存續，損及憲法所保障服公職之權利，自得循訴願及行政訴訟程序尋求救濟，行政法院四十八年判字第十一號判例⁴⁸與上開意旨不符部分，應不予援用。⁴⁹上開解釋不僅重申公務員身分爭議得為訴訟的界限，並首次明白宣示公務員與國家間乃「公法上之職務關係」、「特別權力關係」至此走入歷史。

（三）重大影響公務員權益之處分亦得訴訟

公務員除因「公法上財產請求權」或「改變公務員身分之處分」得與國家進行訴訟外，凡其他「重大影響公務員權益之處分」亦可訴諸法院。這（第三）類型公務員訴訟的由來多少有些「借題發揮」或「刻意的擦槍走火」。

按前述釋字第二四三號解釋作成後，公務人員懲戒委員會（以下稱「公懲會」）質疑解釋違憲，認懲處免職處分既屬「懲戒性質」，理應歸公懲會審理，不應劃歸行政法院審理。⁵⁰大法官爰作成釋字第二九八號解釋(81/06/12)澄清：釋字第二四三號解釋「許受免職處分之公務員提起行政訴訟，係指受處分人於有關公務員懲戒及考績之法律修正前，得請求司法救濟而言」⁵¹。詎料，該件解釋文並謂：「關於足以改變公務員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，受處分人得向掌理懲戒事項之司法機關聲明不服，由該司法機關就原處分是否違法或不當加以審查，以資救濟」，公務員訴訟權的範圍遂又巧妙擴大。

釋字第三二三號解釋(82/06/18)證實如上推論。該件解釋牽涉軍人轉任公務員及警員申請改任警官兩聲請案，解釋文謂：「各機關擬任之公務人員，經人事主管

⁴⁸ 行政法院四十八年判字第十一號判例(48/03/31)：「提起訴願，限於人民因官署之處分違法或不當，而損害其權利或利益者，方得為之。至若基於特別權力關係所生之事項，或因私法關係發生爭執，則依法自不得提起訴願。原告原任被告官署（澎湖縣馬公鎮公所）幹事，係屬編制外人員，縱令仍可視為自治團體之官吏，其與被告官署間亦屬處於特別權力關係，如因補發薪津事項對被告官署處置有所不服，僅得向該管監督機關請求救濟，要不得援引訴願法提起訴願。至原告原服務被告官署之事業課撤銷，經改以水廠技工僱用後，則純屬私經濟關係之僱傭關係，原告對停職期間薪津如有爭執，自屬就私法關係有所爭執，顯亦不得提起訴願」。

⁴⁹ 《續編（十）》，頁 555。

⁵⁰ 《續編（六）》，頁 233（台北：司法院秘書處，1993）。

⁵¹ 《續編（六）》，頁 220-21。

機關任用審查，認為不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，如經依法定程序申請復審，對復審決定仍有不服時，自得依法提起訴願或行政訴訟，以謀求救濟。行政法院五十九年度判字第400號判例⁵²，與上開意旨不符部分，應不再援用。⁵³亦即，公務員轉任之「任用審查」，雖未「改變」(使喪失)公務員身分關係，但既對其憲法所保障服公職之權利有「重大影響」，亦許訴諸法院。

釋字第三三八號解釋(83/02/25)牽涉交通事業人員經考試及訓練及格，嗣轉任戶政人員時級俸審定發生爭議。解釋文謂：「主管機關對公務人員任用資格審查，認為不合格或降低原擬任之官等者，於其憲法所保障服公職之權利有重大影響，公務員如有不服，得依法提起訴願及行政訴訟，業經本院釋字第三二三號解釋示在案。其對審定之級俸如有爭執，依同一意旨，自亦得提起訴願及行政訴訟。行政法院五十七年判字第414號⁵⁴及五十九年判字第400號判例⁵⁵應不再援用。本院上開解釋，應予補充」。⁵⁶表面上，本件與前揭釋字第三二三號解釋皆涉及財產上請求，然其實皆以「身分」處分為基礎(前提)，並非「單純」之財產請求，是與本文前述公務員訴訟權第一類訴訟標的(公法上財產請求權)有別。⁵⁷

⁵² 行政法院五十九年判字第400號判例(59/09/22)：「人事主管機關對於公務員任用資格所為之審定及任用之准駁，非官署對人民之行政處分可比，公務員對之如有不服，自可向本機關長官轉請復審外，不得對之提起訴願」。

⁵³ 《續編(七)》，頁196。

⁵⁴ 行政法院五十七年判字第414號判例(57/11/21)：「公務人員以公務員身分受主管官署或上級官署之處分，純屬人事行政範圍，與以人民身分受官署之處分有別，不得對之提起訴願」。

⁵⁵ 行政法院五十九年判字第400號判例(59/09/22)：「人事主管機關對於公務員任用資格所為之審定及任用之准駁，非官署對人民之行政處分可比，公務員對之如有不服，自可向本機關長官轉請復審外，不得對之提起訴願」。

⁵⁶ 《續編(七)》，頁385。

⁵⁷ 其他重大影響公務員權益之處分，參見行政法院八十二年判字第2912號判決(82/12/30)(不服敘等敘薪之審定處分，依大法官釋字第三二三號解釋意旨，得依法提起訴願及行政訴訟)；保訓會保障案件決定書八十七公審決字第00二七號(87/05/06)(基於前公務人員之身分請求比較及提敘年資，應為公務人員保障法適用之對象)；保訓會保障案件決定書八十七公審決字第00七一號(87/08/05)(公務人員對於動態登記案件--調職動態案、任用審查案與級俸變更案--之審定結果如有不服，亦得提起復審、再復審)；保訓會保障案件決定書九十公審決字第000四號(90/01/16)(基於原任公務人員身分所為之請求補辦退休事項，應依公務人員保障法有關復審、再復審之規定辦理)；保訓會保障案件決定書九十公審決字第00三八號(90/03/27)(公務人員請示辦理年終考績而未獲辦理者，於公務人員之權利自難謂無重大影響，核屬公務人員保障法所定復審、再復審救濟程序)。

另參見釋字第四五五號解釋(87/06/05)解釋文(「軍人為公務員之一種，自有…依法以其軍中服役年資與任公務員之年資合併計算為其退休年資」)，《續編(十二)》，頁65。

關於所謂「重大影響公務員權益之處分」之認定，目前實務上最具爭議者莫過於「調職」。釋字第四八三號解釋(88/05/14)解釋文首先明揭「降級」與「減俸」係屬對於公務員權益有重大影響之處分，謂：「公務人員依法銓敘取得之官等俸級，非經公務員懲戒機關依法定程序之審議決定，不得降級或減俸，此乃憲法上服公職權利所受之制度性保障，亦為公務員懲戒法第一條、公務人員保障法第十六條及公務人員俸給法第十六條之所由設」。繼謂：「公務人員任用法第十八條第一項第三款前段規定：『經依法任用人員，除自願者外，不得調任低一官等之職務；在同官等內調任低職等職務者，仍以原職等任用』，有任免權之長官固得據此將高職等之公務人員調任為較低官等或職等之職務；惟一經調任，依公務人員俸給法第十三條第二項及同法施行細則第七條之規定，此等人員其所敘俸級已達調任職等年功俸最高級者，考績時不再晉敘，致高資低用人員縱於調任後如何戮力奉公，成績卓著，又不論其原敘職等是否已達年功俸最高級，亦無晉敘之機會，則調任雖無降級或減俸之名，但實際上則生類似降級或減俸之懲戒效果，與首開憲法保障人民服公職權利之意旨未盡相符，主管機關應對上開公務人員任用法、公務人員俸給法及附屬法規從速檢討修正」。⁵⁸準此，凡「實際上發生類似降級或減俸等懲戒效果之調職」即應予訴訟救濟。⁵⁹

(四) 非重大影響公務員權益之處分尚不得訴訟

前述三類以外之人事行政行為，屬於「非重大影響公務員權益之處分」，目前仍不得訴訟。常見者如：

1. 不具懲戒效果之調職。前揭釋字第四八三號解釋的反面解釋即：凡調職而實際上未發生懲戒效果（例如降級、減俸）者，即非重大影響公務員之權益，不得訴訟。行政法院迄今多認為：職務調動僅係上級機關就其監督範圍內所發布之職務命令，並非改變公務員身分關係，或非屬憲法所保障服公職之權利有重大影

⁵⁸ 《續編（十三）》，頁 247（台北：司法院秘書處，2000）。

⁵⁹ 參見保訓會保障案件決定書八十八公申決字第〇一四六號(88/09/28)（同一機關內職務調動致適用不同法律銓敘，參酌釋字第四八三號解釋之意旨，對原任官等及級俸等權利之保障，難謂無重大影響，應屬復審範圍，得提起司法救濟）；行政法院八十六年判字第二八七七號(86/11/20)（原告原任被告機關官職等薦任八等至九等視察，嗣經調任為薦任第六至第七職等科員，雖仍按原審結果支給薦任第九職等本俸五級五五〇俸點，惟對原告之俸給及未來退休金之點數計算均非無影響，應非屬單純業務上之職務調動，原告對該調職處分提起行政爭訟，依法尚無不合）。

響之情事，不得提起復審。⁶⁰

2. 陞遷。保訓會向以「陞遷」核屬「機關內部所為之管理措施」，非屬復審、再復審範圍，應循申訴、再申訴管道救濟。⁶¹

3. 免兼主管。釋字第五三九號解釋(91/02/08)涉及對法官所為「免兼庭長」之處分是否合憲的問題。解釋文主要固在闡明：「憲法第八十一條所保障之身分對象，應限於職司獨立審判之法官，而不及於監督司法行政事務之庭長」；兼任庭長之法官其「職等起敘雖較法官為高，然二者就法官本職所得晉敘之最高職等並無軒輊，其在法律上得享有之權利及利益皆無差異」，爰認司法院訂頒之「高等法院以下各級法院及其分院法官兼庭長職期調任實施要點」⁶²並不違憲。⁶³惟本案前經復審、再復審與行政訴訟，皆遭程序駁回（不受理）。⁶⁴顯見目前實務上認為：法官「免兼庭長」非屬對公務員權益有重大影響之處分。

二、有效觸用法院

按歐洲人權法院的見解，⁶⁵所謂「觸用法院的權利」，不僅是消極的不禁止，如依其情形，非予專業法律協助，當事人即無法有效接觸利用法院(effective access

⁶⁰ 參見行政法院八十九年裁字第一〇三二號(89/08/10)（副處長調中心主任，仍支第十五職責層次之職務待遇，僅係其上級機關就其監督範圍內所發布之職務命令，並非改變原告公務員身分關係之不利益處分，自不得訴請救濟）；行政法院九十二年裁字第三三三號(92/03/13)（內政部警政署保安警察第五大隊大隊長調任總隊督察職務，未改變公務員身分，自無提起復審、再復審之權益）；行政法院九十三年裁字第一〇二四號(93/08/19)（殯葬管理處副處長調任社會局專員，縱無法領取主管職務加給，但未改變公務員之身分關係，不得認已侵害公法上之財產請求權，不得提起復審）；行政法院八十七年裁字第三八五號判決(87/04/02)（檢察官調任不同縣市地方法院，僅係其上級機關就其監督範圍內所發布之職務命令，並非改變其公務員身分關係或降低其原擬任之官等，非屬憲法所保障服公職之權利有重大影響情事，自不得訴請行政救濟）；行政法院九十二年裁字第二五三號(92/02/27)、九十二年裁字第六七六號(92/05/29)（記一次大過並調職之處分，並未改變公務員身分關係，不直接影響公務員服公職之權利，既已循申訴、在申訴程序為救濟，自不得復提起行政訴訟）。

⁶¹ 參見保訓會保障案件決定書九十公申決字第〇〇四二號(90/03/13)（陞遷事件未改變公務員之身分關係，非屬復審、再復審範圍）。

⁶² 參見中華民國八十四年五月五日（八四）院台人一字第〇八七八七號函。嗣以八十九年七月二十八日（八九）院台人二字第一八三一九號函修正為「高等法院以下各級法院及其分院、高等行政法院法官兼庭長職期調任實施要點」。

⁶³ 《續編（十五）》，頁148-49（台北：司法院秘書處，2002）。

⁶⁴ 行政法院八十八年度裁字第一〇一四號(88/12/17)。

⁶⁵ Airey v. Ireland (1979) 2 E.H.R.R. 305, para. 26. See STEPHEN GROSZ, JACK BEATSON Q.C. & PETER DUFFY Q.C., HUMAN RIGHTS: THE 1998 ACT AND THE EUROPEAN CONVENTION 235 (Sweet & Maxwell, 2000); CLARE OVEY & ROBIN C.A. WHITE, JACOBS & WHITE: EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS 152 (3rd ed. 2002).

to a court)者，國家並應積極給予訴訟救助(legal aid)。

我國大法官有關訴訟權之解釋，迄未有對公務員提供訴訟救助或其他協助之闡釋。目前雖有「公務人員因公涉訟輔助辦法」(92/12/19 修正)，但依該辦法第五條之規定，所謂「涉訟」係指：「指依法執行職務，而涉及民事、刑事訴訟案件」。另，公務人員請假規則(93/01/15 修正)第四條第八款規定：公務人員「應國內外機關團體邀請，參加與其職務有關之各項會議或活動，或基於法定義務出席作證、答辯，經機關長官核准者」，給予公假，其期間由機關視實際需要定之。公務員能否據此請求訴訟輔助或公假，不無疑問。茲銓敘部(八〇)台華法一字第〇五九〇六七〇號函釋(80/07/24)即採否定立場。⁶⁶

貳、法院的組織要件

訴訟權的第二層意涵，為關於所謂「法院」的組成要求。按歐洲人權公約第六條第一項明定，人民有於「依法設立之獨立暨公正法庭」(“an independent and impartial tribunal established by law”)公平受審之權。大法官吳庚於釋字第三六八號解釋(83/12/09)協同意見書所謂：「訴訟救濟途徑係由各級法院構成之審級制度，雖不排除其他先行程序(訴願程序即行政訴訟之前置程序)，但至少其最後之審級應屬法院，而所謂法院必須由憲法第八十一條之法官所組成，始足相當。此在若干國家之憲法，稱之為接受法律上之法官審判之權利」，所見略同。⁶⁷

一、依法設立之獨立暨公正法庭

所謂「依法設立之獨立暨公正法庭」具有以下四層意涵。⁶⁸第一，作成裁判者須是「法庭」。歐洲人權法院以為，「法庭」(tribunal)應具備作成具有拘束力之裁

⁶⁶ 行政院人事行政局(編印)，《人事行政法規釋例彙編(上冊)》，頁1327-28(台北：行政院人事行政局，2001)。「一、查銓敘部六十三年一月二十二日台為典三字第〇〇〇四六號函釋規定：「公務原因執行職務知有犯罪嫌疑者，經提出告訴後，應法庭傳喚出庭，係屬執行職務之延續，應准給予公假。」又銓敘部七十七年一月九日台華法一字第12831號函釋規定：「公務人員應法庭傳喚出庭作證，無論其作證是否與執行職務有關，均准核給公假。二、本案據稱係為維護本身權益向法院提出自訴而出庭應訴，因其性質既非執行職務之延續，亦非應法庭傳喚出庭作證，核與上開銓敘部六十三年及七十七年兩項函釋規定均不符合，依法確實不宜核給公假」。

⁶⁷ 《續編(八)》，頁355。並參見陳慈陽，《憲法學》，頁592(台北：元照，2004)。「訴訟權保障還要求，訴訟程序及最後爭執的解決需經由法院的判決來為之，所以訴訟權包含正當法律程序及依法審判的要求。依此，法院組織及審判主體應以法律定之」。

⁶⁸ See S. GROSZ, J. BEATSON Q.C. & P. DUFFY Q.C., *supra* note 65, at 240-244.

判之權力，而其裁判僅得由司法機關為不利於一造當事人之變更。⁶⁹第二，法庭是否「獨立」(independent)，則應考量「法庭成員之任命方式及其任期、有無足可對抗外界壓力之保障、以及有無公正從事之外觀」等因素綜合認定。⁷⁰第三，「公正」(impartiality)者，指法官無有「偏見」(prejudice or bias)。其檢證有主觀與客觀兩方面，前者探究對於法官的個人指控，是否使人質疑其裁判之公正；後者從結構與外觀探究，被指控的法官是否提出足夠保證，排除外界對其偏頗的合理懷疑。⁷¹至於，法庭須「依法設立」，旨在確保國會對於法院組織的控制權。⁷²

現制下，審理公務員因公務員關係所為訴訟者，或為行政法院，或為公懲會。大法官早在釋字第一六二號解釋(69/04/25)即已確認兩者之組成員皆為「法官」，謂：「行政法院評事、公務員懲戒委員會委員，就行政訴訟或公務員懲戒案件，分別依據法律，獨立行使審判或審議之職權，不受任何干涉，依憲法第七十七條、第八十條規定，均應認係憲法上所稱之法官」。⁷³

二、公務員懲戒委員會須改組為法院？

嗣於釋字第三九六號解釋(85/02/02)解釋文大法官更進一步指示：「懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，…以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正」。⁷⁴

其實，按前述歐洲人權法院之見解，「法庭」所以須由「法官組成」，旨在確保其能獨立、公正行使裁判之職權。由法官組成之法庭一般固多以「法院」為名，但法院之名並非要件。準此，公懲會的運作程序（訴訟程序）是否周全、公平（詳見次節），遠比其是否更名為「法院」重要得多。

參、公平審理程序

⁶⁹ Van De Hurk v. Netherlands (1994) 18 E.H.R.R. 481, para. 45.

⁷⁰ Campbell and Fell v. United Kingdom (1958) 7 E.H.R.R. 165, para. 78.

⁷¹ Piersack v. Belgium (1983) 5 E.H.R.R. 169, para. 30.

⁷² Zand v. Austria, Commission's Opinion, 15 D. & R. 70.

⁷³ 《續編（一）》，頁 157-58。

⁷⁴ 《續編（九）》，頁 474（台北：司法院秘書處，1996）。

早期大法官關於「訴訟權」的理解，僅在確保人民有「接觸、使用法院的權利」，並未要求訴訟程序之內容。釋字第一七〇號解釋(70/09/25)解釋理由書可為例證：「人民有訴訟之權，憲法第十六條固定有明文，惟訴訟如何進行，應另由法律定之」。⁷⁵其後並屢申斯旨。⁷⁶

釋字第三九六號解釋(85/02/02)首次要求訴訟程序應具備一定內容（達到最低要求），解釋文謂：「公務員因公法上職務關係而有違法失職之行爲，應受懲戒處分者，憲法明定爲司法權之範圍；公務員懲戒委員會對懲戒案件之議決，公務員懲戒法雖規定爲終局之決定，然尚不得因其未設通常上訴救濟制度，即謂與憲法第十六條有所違背。懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。有關機關應就公務員懲戒機關之組織、名稱與懲戒程序，併予檢討修正」。⁷⁷

釋字第四四二號解釋(86/12/12)解釋文進一步闡釋，訴訟程序各項要求旨在保障人民「公平受審」。謂：「憲法第十六條規定人民有訴訟之權，旨在確保人民得依法定程序提起訴訟及受公平之審判」。次並重申審級制度與公平受審權並無必然關係，謂：「至於訴訟救濟應循之審級制度及相關程序，立法機關自得衡量訴訟性質以法律爲合理之規定」。⁷⁸

關於「公平受審權」的內容，我國似以釋字第四八二號解釋(88/04/30)解釋理

⁷⁵ 《續編（二）》，頁6。

⁷⁶ 參見釋字第二九七號解釋(81/04/24)（「人民有訴訟之權，憲法第十六條固定有明文，惟訴訟如何進行，應另由法律定之，業經本院釋字第一七〇號解釋於解釋理由書闡明在案」），《續編（六）》，頁213。；釋字第三〇二號解釋(81/08/14)解釋理由書（「憲法第十六條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，審級如何劃分，應否將第三審法院定爲法律審，使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥爲規定」），《續編（六）》，頁267；釋字第四一六號解釋(85/12/06)解釋理由書（「按憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言，迭經本院釋字第一五四號、第一六〇號、第一七九號解釋理由釋明在案。惟此項權利應如何行使，憲法並未設有明文，自得以立法機關衡量訴訟事件之性質，爲合理之規定」），《續編（十）》，頁292-293。

⁷⁷ 《續編（九）》，頁474。

⁷⁸ 《續編（十一）》，頁187（台北：司法院秘書處，1999）。

由書例舉最詳：「憲法第十六條規定，人民有請願、訴願及訴訟之權。所謂訴訟權，乃人民司法上之受益權，即人民於其權利受侵害時，依法享有向法院提起適時審判之請求權，且包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等」。茲並參考歐洲人權法院見解，試歸納為以下六項。

一、武器對等

「武器對等原則」(principle of equality of arms)，一稱「程序平等」(procedural equality)，指當事人應有，在不明顯遜於其對手的條件下，向法官合理陳述案件(含提出證據)的機會。⁷⁹

二、直接審理

「直接審理」者，指法官須以其自行認識所得之資料作為裁判之基礎。亦即，為裁判之法官須直接參與本案之辯論及調查證據。⁸⁰若有未參與言詞辯論之法官參與判決，該法庭之組織即不合法，其判決當然違背法令。⁸¹

三、兩造爭訟程序

與「武器對等原則」密切相關，「兩造爭訟程序」(an adversarial process)要求予雙方當事人就所有重要問題進行聽審(含反駁對造提出之證據)之機會。歐洲人權法院嘗以上訴人未能獲悉並駁斥法務部長提交最高法院有關上訴應與駁回之意見書，認定違反「兩造爭訟程序」。⁸²

四、公開審理

⁷⁹ App. No. 10938/84 Kaufman v. Belgium (1986) 50 D. & R. 98, 115. See also Delcourt v. Belgium (1970) 1 E.H.R.R. 355; Neumeister v. Austria (1979-80) 1 E.H.R.R. 91; Borgers v. Belgium (1993) 15 E.H.R.R. 92. 前揭釋字第四八二號解釋理由書所謂「程序上之平等權」，想係即指「武器對等原則」。

⁸⁰ 參見行政訴訟法第一百八十八條第二項。

⁸¹ 參見陳計男，《行政訴訟法釋論》，頁 341 (台北：自版，2000)；吳庚，《行政爭訟法論》，頁 70-71 (台北：自版，1999)。

⁸² 類似見解，參見釋字第三八四號解釋(84/07/28)解釋理由書：「憲法第八條…第一項規定：『…非由法院依法定程序，不得審問處罰…』係指…立法機關於制定法律時，其內容更須合於實質正當，並應符合憲法第二十三條所定之條件，此乃屬人身自由之制度性保障。…前述實質正當之法律程序，…就程序法而言，如當事人有與證人對質或詰問證人之權利」。《續編(九)》，頁 201。

「公開審理」即法院行準備程序、言詞辯論及宣示裁判時，應於公開法庭為之，並許一般人到場旁聽之審理方式。反之則為秘密審理。⁸³歐洲人權法院稱之為「公開審訊」(public hearings)與「公開宣判」(public judgements)。⁸⁴

五、判決應附理由

歐洲人權法院認為前揭歐洲人權公約所謂「公平受審權」隱含有「判決應附理由」(a reasoned decision)的要求。⁸⁵惟其並非要求判決須回應當事人所有主張，說明理由的義務並得因判決之性質與個案情況而異其程度。⁸⁶

林明鏘教授曾分析行政法院有關公務員訴訟，發現部分判決對原告之攻擊防禦方法置之不理，僅草率言「原告對法規有誤解」或「本件與原告主張有別」云云，未能說明判決理由。⁸⁷

六、有效救濟

釋字第五七四號解釋(93/03/12)解釋理由書有謂：「憲法第十六條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容，國家應提供有效之制度保障，以謀其具體實現，除立法機關須制定法律，為適當之法院組織及訴訟程序之規定外，法院於適用法律時，亦須以此為目標，俾人民於其權利受侵害時，有及時、充分回復並實現其權利之可能」。

所謂「有效的權利保障」除應於訴訟程序落實各項訴訟程序一般法律原則外，並應注意「預防性的權利保障」、「暫時性的權利保障」及「加快訴訟程序」等要求，以確保訴訟之實益。⁸⁸行政法院對於公務員「預防性權利保障」已採取積極態度，應予肯定。⁸⁹

⁸³ 吳庚，前揭（註 81）書，頁 71。

⁸⁴ C. OVEY & ROBIN C.A. WHITE, *supra* note 65, at 163-166; S. GROSZ, J. BEATSON Q.C. & P. DUFFY Q.C., *supra* note 65, at 251-253.

⁸⁵ Van De Hurk v. Netherlands (1994) 18 E.H.R.R. 481, para. 61.

⁸⁶ Ruiz Torija v. Spain (1995) 19 E.H.R.R. 553; Hiro Balani v. Spain (1995) 19 E.H.R.R. 566. See also Georgiadis v. Greece, May 29, 1997, R.J.D., 1997-III, No. 38; 24 E.H.R.R. 606 (failure to give sufficiently detailed reasons).

⁸⁷ 參見林明鏘，前揭（註 15）文，頁 89（行政法院八十九年判字第七八六號判決(89/03/17)）。

⁸⁸ 陳愛娥，前揭（註 4）文，頁 57。

⁸⁹ 參見行政法院七十六年判字第二〇七二號判決(76/12/03)：「追溯變更參加公務人員保險起保日

至於「審級制度」則非「有效救濟」之要件，大法官立場始終如一。釋字第五七四號解釋理由書闡釋甚明：「審級制度為訴訟程序之一環，有糾正下級審裁判之功能，乃司法救濟制度之內部監督機制，其應經若干之審級，得由立法機關衡量訴訟案件之性質及訴訟制度之功能等因素定之，尚難謂其為訴訟權保障之核心內容（本院釋字第三九六號、第四四二號及第五一二號等解釋參照），而要求任何訴訟案件均得上訴於第三審，始與憲法保障人民訴訟權之意旨相符」。⁹⁰

肆、回顧與前瞻

過去二十年來司法院大法官為維護（回復）公務員訴訟權所作的努力，堪稱成果輝煌、永垂青史。回顧過往所以策勵來茲，作者願不揣簡陋，提出兩點興革建議，就教高明。

一、百尺竿頭、更上層樓，須建立具體違憲審查制度

行文至此，敏銳讀者諒已察覺，前文所論大法官有關公務員訴訟權之保障殆集中於「訴訟權」的第一義—開啓公務員觸用法院的權利；至於「訴訟權」的第二義— 在具體爭議中提供權利救濟者須是實質意義的法官，以及「訴訟權」的第三義— 落實訴訟權非建立公平審理制度無以為功，大法官解釋驟減，且成效不彰。⁹¹何故？

其實，大法官解釋展現的訴訟權認知甚為先進，然礙於現制（抽象違憲審查）無法揮灑。質言之，本文主題（公務員與國家間之訴訟）所涉案件，絕大多數來

期。原告向銓敘部提出訴願，而該訴願決定應依公務人員保險法施行細則第二十六條規定，係以「申請加保之日」為保險生效日期云云，原告不服。後原告又經考試院再訴願，原告對再訴願不服。而向本院提起行政救濟；如原處分是否損害尚不確定，或恐將來有損害之情事發生，遽行提起行政訴訟，自非法所許，此觀本院四十一年判字第九號等判例可知。惟機關對於當事人之請求予以否准或表示拒絕，致當事人認為其權益受損，此權利或利益為具體而可直接確認者，不論其請求有無理由，將來之損害是否成立，仍非不得請求行政救濟。」，《人事爭訟裁判要旨彙編》，頁418（台北：司法院，2002）。

⁹⁰ 並參見釋字第一六〇號解釋(68/12/21)解釋理由書（按訴訟權「之行使，究應經若干審級，憲法並未設有明文，自應衡量訴訟案件之性質，以法律為合理之規定，非必任何案件均須經相同審級，始與憲法相符」），《續編（一）》，頁146；釋字第三〇二號解釋(81/08/14)解釋理由書（「憲法第十六條固規定人民有訴訟之權，惟此項權利應依如何之程序行使，審級如何劃分，應否將第三審法院定為法律審，使司法訴訟程序之利用臻於合理，屬立法裁量問題，應由立法機關以法律妥為規定」），《續編（六）》，頁266。

⁹¹ 釋字第三九六號解釋迄今已八年有餘，公懲會仍未改制為法院，相關法律修正進展牛步。

自於人民（自認權益受損之公務員）之聲請。按大法官審理案件法之規定，⁹²大法官僅能就聲請人所受法院確定終局裁判所依據之「法令」（含判例、釋示等）有無牴觸憲法進行審查，不能就該確定終局「裁判」本身予以審查。過去因囿於「特別權力關係」理論，司法判例禁止公務員對國家訴訟，故大法官可以抽象審查打破訴訟禁令，為公務員敞開法院大門。惟公務員關係能開放訴訟者，已開放殆盡，今後應致力改進者厥為前述「訴訟權」的第三義（第二義鮮有爭議）。然關於訴訟程序是否合於「公平審理」之一般原則，非深入個案情境無從判斷，現制不許大法官為具體審查。吾人可大膽預測：除非建立具體違憲審查制度，大法官關於公務員訴訟權保障之解釋，勢難更上層樓、再創新猷！

關於現行違憲審查制度如何改進的問題，作者等人去年九月先由比較法的宏觀角度，提出全盤改制建議⁹³；繼於去年十二月 貴院主辦的大法官學術研討會上，以釋字第五三五號解釋為例，具體剖析「具體違憲審查」與「抽象違憲審查」於維護人民「免於警察恣意臨檢」之自由（或謂「有效控制警察實行臨檢之權力」）的差異。⁹⁴將現行「依人民聲請」而為之解釋，改制如德國之「憲法訴願」（Verfassungsbeschwerde），應屬立即可行之改進。限於篇幅，茲不贅述。

二、落實公務員訴訟權保障，須徹底區分懲戒與考績

前文討論亦可發現：大法官關於公務員訴訟權諸解釋始終無法解決「懲戒」與「考績」糾纏不清的問題。此間不僅關係「懲戒之外，可否另以考績之名行懲戒之實」的問題，抑且涉及「公務員關係應否完全開放訴訟」的問題。兩者看似無關，實際為一體之兩面，須併謀解決，始為正辦。

（一）懲戒、懲處之區別不在於訴訟救濟之有無

釋字第二四三號解釋釋示：公務員（因依公務人員考績法）受「免職之懲處處分」者，得向行政法院訴請救濟。其時懲戒、懲處併行已有爭議。多數意見於

⁹² 司法院大法官審理案件法(82/02/03)第五條第一項第一款（「有左列情形之一者，得聲請解釋憲法：…二、人民、法人或政黨於其憲法上所保障之權利，遭受不法侵害，經依法定程序提起訴訟，對於確定終局裁判所適用之法律或命令發生有牴觸憲法之疑義者」）。

⁹³ 湯德宗、吳信華&陳淳文，前揭（註33）文，頁41-45。

⁹⁴ 參見湯德宗，〈具體違憲審查與正當程序保障--大法官釋字第五三五號解釋的續構與改造〉，《憲政時代》，29卷4期，頁445以下，頁462-70（04/2004）

「解釋理由書」中固指明：「對於公務員所為具有懲戒性質之免職處分（按本件為專案考績免職），不論其形式上用語如何，實質上仍屬懲戒處分」⁹⁵，但未能進一步就「專案考績免職懲處是否合憲」，或「懲戒與懲處應如何調整方符憲法意旨」，作成決定。

大法官鄭健才於該件解釋發表「一部不同意見書」，質疑「依五權憲法權力分配之設計，國家與公務員之關係，在基本上本無外國所謂『特別權力關係』之問題」。蓋：「我國憲法對於公務員之保障，特設『雙軌保障』制，分為『司法保障』與『考試保障』；不同於對於一般人民之保障。除懲戒外，其餘概歸「考試保障」之範圍，毋勞司法介入」。⁹⁶而「機關內部對於公務員之處分，係屬『內部處分』，又分為「懲戒（「司法保障」）及懲戒以外之其他內部處分（「考試保障」）」。⁹⁷準此，懲戒以外之其他內部處分，僅能訴諸考試院，不能訴諸（司法院所屬）法院救濟。

上述「公務員雙軌保障」，實際係以「懲戒、考績區分」為基礎。關於該件解釋之基礎事實，鄭健才大法官明確認定：「公務人員考績法第十二條規定之記大過二次免職處分，實質上為懲戒處分，本屬『司法保障』範圍，法律…將之改為「考試保障」範圍，是否合憲…應受上述「比例原則」之檢驗。視其限制司法受益權是否為增進公共利益所必要，而定其究為合憲抑違憲。如為違憲，則應宣告其為無效，回歸「司法保障」程序處理（即移送公務員懲戒委員會審議）」。⁹⁷氏並明確指出考績法中規定之「年終考績丁等免職，與專案考績記二大過免職，兩者性質不同，不應混為一談」。前者旨在「使善善能用、惡惡能去，確保政府為民服務之品質」；後者「則係針對特定事故論其功過；與其人服務品質之質值，並無關連」。「是以專案考績，名為考績，實非考績」。⁹⁸

關於釋字第二四三號解釋多數意見執意將專案考績免職交由「行政法院」救濟一點，鄭氏直言：「懲戒程序與行政訴訟程序不同，使兩者並行，將更增困擾」。嗣釋字第二九八號解釋與釋字第四九一號解釋(88/10/15)果然僅重申：考績「懲處」性質上仍屬「懲戒」處分；終未能就「兩制併行」是否合憲作出決定。

⁹⁵ 《續編（四）》，頁 182。另參見釋字第五八三號解釋解釋(93/09/17)解釋文（「公務人員經其服務機關依中華民國七十九年十二月二十八日修正公布之公務人員考績法第十二條第一項第二款規定所為免職之懲處處分，實質上屬於懲戒處分」）。

⁹⁶ 《續編（四）》，頁 184。

⁹⁷ 《續編（四）》，頁 186。

⁹⁸ 《續編（四）》，頁 187。

余意以為，多數意見不能認同鄭氏所謂「考績處分僅有考試保障，不能訴諸法院」的見解，誠屬正確。然，懲戒、懲處有別，乃事物本質使然。捨此根本差異，不予究明，僅以公懲會之組織、程序不盡理想為由，使具有懲戒性質的考績處分（懲處）改向行政法院尋求救濟，只是一時權宜之計。

（二）重新認識公務員關係

為合理保障公務員訴訟權，必須重新檢視「公務員關係」。前此，大法官為打破特別權力關係的迂腐框架，故而強調公務員身分保障，俾予司法救濟機會。惟公務員關係實際牽涉政府公益與公務員私益之調和，非僅關係公務員私益之保障。質言之，對政府而言，公務員管理的主要目標在於增進效率，確保公務員勇於任事。考課功績以為進退依據，乃行政首長本於行政監督之作用，對其所屬應有之權限，可謂古今中外不易之理。是行政機關應有考績免職之權，以淘汰機關不適任人員，維持行政效率。他方面，就擔任公務員之個人而言，主要的關切則是職業應有保障。此不獨因現代生活中，個人生計日益仰賴社會關係及社會地位⁹⁹，抑且由於公務員一旦被免職，對其日後就業機會顯有不良影響¹⁰⁰。聽任個人如此重要之自由與財產利益任意遭到剝奪，自難謂為公平。尤其，擔任公務員僅能經由國家公開競試的途徑實現，則正式的公務員即應有不受恣意免職之保障。是國家以僱主身分，採取各種必要措施以促進服務效率的利益，與公務員個人以公民身分，行使憲法或法律所保障之權利的利益，兩者應力求衡平。以公務員關係涉訟時，合理的訴訟制度即應力求兼顧兩者，而非僅強調公務員的（身分）保障。

昔日各國在不同社會、歷史背景下，皆發展出類似理論，用以支持國家對於

⁹⁹ See Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964).

¹⁰⁰ Van Alstyne 教授曾有中肯之評論：「隨著政府作為一個經濟單位，規模日益擴大的結果，說某一項與政府僱傭相關的損害不比私人僱主造成之侵害嚴重，已經不再真實了。Holmes 的結論，謂『沒有擔任警察之憲法權利』，可能是受到當時（一八九二年）政府所扮演的經濟角色仍十分微小的影響所致。把 McAuliffe 由政府中免職，在社會上還有許多工作機會等著他。但是今日聯邦及各州政府，直接、間接地掌握著全國非常多的工作機會；如果某人不能保住公職，他個人在經濟上想要成功的機會是相當有限的。不僅是他與許多工作機會絕緣，包括從郵差到核子工程師，而且他與其他僱主討價還價的力量也相對減低。而政府的擴大，對於個人所帶來的影響，猶不限於就業一端，因為政府也在其他（如住宅、教育及福利等）領域裡，扮演著日益重要的角色。特別是在福利的領域，個人不接受政府恣意行動的選擇（自由）實際上不存在，致政府對個人生活之潛在控制實為絕對。這種政府活動擴大的實質影響，使政府凌駕於其國民私人生活之上，也使得實質正當程序(substantive due process)變得必要。」參見 Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 HARV. L. REV. 1439, at 1461-62 (1968).

公務員關係具有較大之規範權力。德國之「特別權力關係」(das besondere Gewaltverhältnis)理論與法國之「內部秩序措施」(Mesures d'Ordre Intérieur)理論¹⁰¹，乃由區分「內部、外部關係」著手；而美國之「權利／特權區別說」(right-privilege distinction) (或稱「特權論」(privilege doctrine))¹⁰²，乃由區分「權利與特權」入手，使國家對於公務員之管理，不受法院之審查。惟時至今日，吾人率皆體認：公務員與國家間之（公務員）關係實際亦為一種法律關係，其和「國家與人民之關係」所不同者，僅在關係當事人間利益平衡點有所不同而已。¹⁰³

基於如上重新認識，前文所述大法官關於開放公務員訴訟權的思維方法或須修正。析言之，大法官迄今悉以（人事行政）「處分對公務員權益有無重大影響」為準，決定公務員得否訴諸法院。其間隱含的邏輯不外：將「公務員關係」區分為「基礎關係」與「經營關係」。並認為：關於前者之處分屬於「對公務員權益有無重大影響」者，爰得訴諸法院救濟；關於後者之處分則反是。換言之，亦即承認有些人事處分所影響者，尚非公務員之「權利」；既無權利，何來救濟？！惟按如上重新認識，任何處分殆難否定其於公務員之「權益」（私益）有所影響，¹⁰⁴所需斟酌者僅限制其訴諸法院（訴訟權行使之限制）能否通過憲法第二十三條的檢驗。亦即，前揭釋字第二四三號解釋鄭健才大法官「一部不同意見書」所謂--「應

¹⁰¹ 參見 Andre Cocatre-Zelgien, *La Nature Juridique des Mesures d' Ordre Intérieur en Droit Administratif Francaise* (Paris: 1970), 中譯參見湯德宗(譯), 〈法國行政法上「內部秩序措施」之法律性質〉, 《憲政思潮》, 第 61 期, 頁 40 以下 (03/1983)。

¹⁰² 該說係以大法官 Holmes 在 *McAuliffe v. New Bedford* (155 Mass 216, 29 N.E. 517 (1892)) 所言：「上訴人可有談論政治之憲法權利，但無擔任警察之憲法權利」(id. at 220) 為基礎，將「權利」與「特權」相區別，前者是受法律保護之利益(interests)，後者係以國家（或州）之容忍為前提，由國家（或州）所給予之恩賜。

¹⁰³ 參見湯德宗，〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，《政大法學評論》，第 32 期，頁 253 以下，頁 314-15(12/1985)；該文之初稿參見 Dennis Te-Chung Tang, *On the Legal Protection of Civil Service Employees from Arbitrary Dismissal*, 37 AD. L. REV. 37 (1985)。

¹⁰⁴ 對於所謂「重大影響公務員權益之處分」，學界多主張從寬認定，例如：周世珍，前揭（註 17）文，頁 375-376 & 377（公務人員之陞遷，除直接影響其官職等及俸給外，並與公務人員之自我實現有關，應許其起訴；由主管改調非主管，依我國俸給法制，首先即不再領取主管加給，不僅其法律地位變動，公法上財產請求亦受影響，自應有司法救濟機會）；程明修，〈對公務人員職務調動處分的行政訴訟〉，《人事行政爭訟》，頁 433 以下，頁 456（因我國「公務人員任用法」第 18 條第 1 項第 3 款之規定，應認定「調職」係一種「意欲」直接發生法律效果的單方措施，對之應可提起撤銷訴訟救濟）；李建良，前揭（註 16）文，頁 138（不同機關間之調職，已逸出「機關內部」範疇，應屬具有外部效力的行政處分；是否影響公務人員的權益，應依決定所根據的規範客體內容，例如公務人員任用法，判斷其是否以形成或變更公務人員個人權利地位為「目的」）。長此以往，「重大影響」之範圍勢將繼續擴大。

受『比例原則』之檢驗，視其限制司法受益權是否為增進公共利益所必要，而定其究為合憲抑違憲」。

(三) 懲戒處分、考績處分皆應有司法審查，惟審查密度不同

余意以為，懲戒與考績具有事物本質之差異，其影響所及乃法院之審查標準（審查密度）應有不同，而非得否訴諸法院。析言之，為貫徹「考試制度」與「功績制度」(merit system)的目的，考績免職事由應以「工作表現不佳」為限，此外概屬「懲戒」之範圍。¹⁰⁵懲戒免職應以公務員「行為不檢」為由，不應涉入對公務員工作表現之考評。¹⁰⁶蓋「工作表現不佳」乃對於公務員工作能力的主觀評價(subjective evaluation of ability)；「行為不檢」為對於公務員不當行為的客觀事實認定(objective fact-finding of wrongdoing)。¹⁰⁷兩者性質不同，違憲審查之標準亦應有異。

依憲法規定，懲戒（原則上）既為司法院（公懲會）之職權，法院對於懲戒處分自有決定權，其審查範圍包括違法性與適當性。考績則為行政機關（服務機關）之職權，法官日常與受考績公務員既無接觸，對長官就其受考績公務員之工作表現所為之主觀評價，即應予尊重。此與大法官在釋字第三八二號所闡釋「受理學生退學或類此處分爭訟事件之機關或法院，對於其中涉及學生之品行考核、學業評量或懲處方式之選擇，應尊重教師及學校本於專業及對事實真象之熟知所為之決定，僅於其判斷或裁量違法或顯然不當時，得予撤銷或變更」之道理相同。法院對考績免職的審查須尊重機關長官「判斷餘地」的結果，殆僅為違法性之審查。¹⁰⁸如上區分亦將影響公務員訴訟權（尤其「公平審理程序」）的內容，例如「兩

¹⁰⁵ 考績處分應以協助公務員改進工作表現為主要目的。美國新考評制度規定，凡擬受處分之公務員在規定的改善期間（預告限期）內，工作表現有顯著改進，且在預告之日起一年內，始終維持良好表現者，服務機關應將原表現不佳而擬予處分之紀錄，自其人事檔案中銷毀。此種鼓勵自新、既往不咎的立法，甚具參考價值。

¹⁰⁶ 現行考績法中之「專案考績免職」，原在配合行政革新之推動，期收「獎不逾時，懲不後事」之實效，核其性質、觀其事由，實屬懲戒之性質。凡懲戒處分，不論其用語為何，應一律遵循「懲戒程序」為之；考績性質的懲處處分則應循「考績程序」辦理。

¹⁰⁷ 參見湯德宗，〈論公務員不利人事處分的正當程序--司法院大法官釋字第四九一號解釋評析〉，輯於氏著《行政程序法論--論正當行政程序》，頁 331 以下，頁 360（台北：元照，2003 增訂二版）。

¹⁰⁸ 長官以個人因素（挾怨報復）、政治動機（政治迫害）或公務員揭發機關舞弊黑幕（言論自由權之行使）而予免職，應認亦屬違法。

造爭訟程序」(adversarial procedure)對於工作考評爭議之解決，恐助益無多。¹⁰⁹另，「公開審理」原非絕對之要求，茲考慮受處分（含懲戒與懲處）之公務員與長官乃日日接觸、共營生活之伙伴關係，實和一般行政訴訟中之人民與機關不同，應許更多「公開審理」之例外。

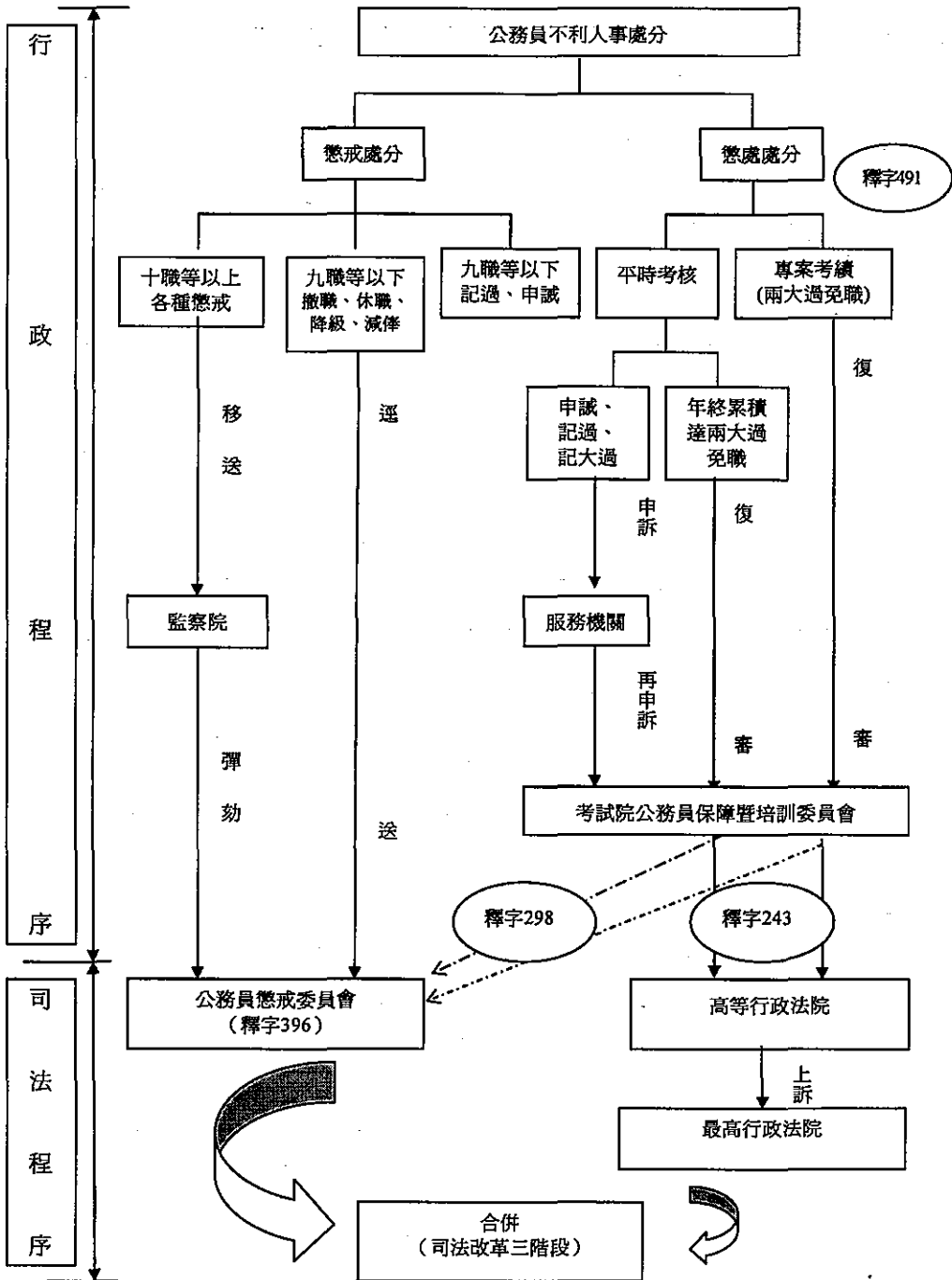
猶需補充說明者，¹¹⁰如某公務員之特定行為同時構成「行為不檢」，並累積達於「工作不力」之程度時，服務機關得選擇循「懲戒」（行為不檢）或「考績」（工作不力）之程序處理。¹¹¹當然，上開選擇是否屬實（有無名實不符情事）原屬法院審查之範圍。關於現行「懲戒、考績混淆併行制」與作者倡議的「懲戒、考績區分併行制」，其間之行政程序與司法程序可分別繪如【圖一】與【圖二】示意。

¹⁰⁹ 懲戒、考績（懲處）本質不同，其應遵行之行政程序亦異，參見湯德宗，前揭（註 108）文，頁 364-370。

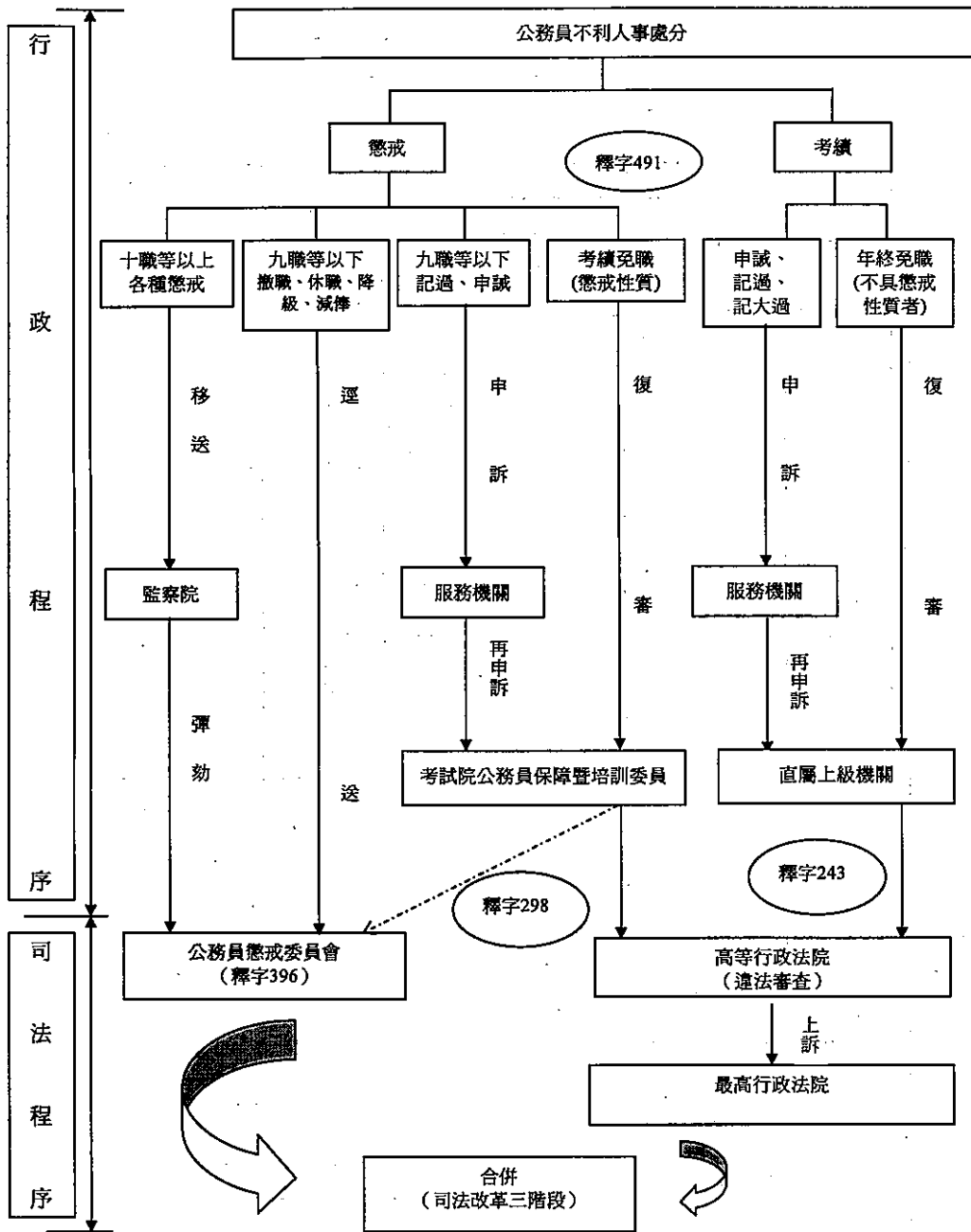
¹¹⁰ 作者感謝匿名審查人一之指教，特為此增補。

¹¹¹ 按原則上，行政機關關於行政行為之方式，本有選擇的權力。行政程序法第一百三十六條允許行政機關締結「行政契約」以代「行政處分」，即為適例。

圖一：現行懲戒、懲處併行制示意圖



圖二：懲戒、考績區分改制示意圖



參考文獻

中文文獻：

- 司法院（2002年），《人事爭訟裁判要旨彙編》。
- 司法院秘書處（1969年），《司法院解釋彙編（第二冊）》。
- 行政院人事行政局（2001年），《人事行政法規釋例彙編（上冊）》。
- 林明鏘（2000年），〈論行政程序法中「對公務員所為人事行政行為」之意義〉，輯於氏著《公務員法研究（一）》，學林，頁427以下。
- 林明鏘（2002年），〈最高法院公務員法判決評析〉，收於《行政訴訟論文彙編--人事行政爭訟（第三輯）》，司法院，頁69以下。
- 吳庚（1999年），《行政爭訟法論》，自版。
- 吳庚（2003年），《行政法之理論與實用》，自版，增訂八版。
- 吳庚（2003年），《憲法的解釋與適用》，自版，修訂版。
- 法治斌（2000年），〈第五章 行政法律關係與特別權力關係〉，收於翁岳生（編），《行政法二〇〇〇（上冊）》，翰蘆，二版，頁223以下。
- 法治斌（2002年），〈論行政法院對人事行政裁量及不確定法律概念之審查權限--從公務人員制度之多元複合價值談起〉，收於《行政訴訟論文彙編--人事行政爭訟（第三輯）》，司法院，頁1以下。
- 李建良（2002年11月），〈公務人員保障法復審及申訴標的之探討〉，《月旦法學》，第90期，頁112以下。
- 李震山（2003年），《行政法導論》，三民，修訂五版。
- 周世珍（2002年），〈公務人員保障復審範圍之商榷〉，收於《行政訴訟論文彙編--人事行政爭訟（第三輯）》，司法院，頁349以下。
- 程明修（2002年），〈對公務人員職務調動處分的行政訴訟〉，收於《行政訴訟論文彙編--人事行政爭訟（第三輯）》，司法院，頁433以下。
- 最高行政法院（2003年），《最高行政法院判例要旨彙編》。
- 湯德宗（1985年12月），〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，《政大法學評論》，第32期，頁253以下。
- 湯德宗（2000年），〈權力分立與違憲審查--大法官抽象釋憲權之商榷〉，輯於氏著《權力分立新論》，自版，增訂二版，頁133以下。

- 湯德宗(2003年),〈論公務員不利人事處分的正當程序--司法院大法官釋字第四九一號解釋評析〉,輯於氏著《行政程序法論--論正當行政程序》,元照,增訂二版,頁331以下。
- 湯德宗(2004年4月),〈具體違憲審查與正當程序保障--大法官釋字第五三五號解釋的續構與改造〉,《憲政時代》,第29卷4期,頁445以下。
- 湯德宗、吳信華&陳淳文(2005年),〈論違憲審查制度的改進--由「多元多軌」到「一元單軌」的改制方案〉,第四屆「憲法解釋之理論與實務」學術研討會論文,中央研究院中山人文社會科學研究所,09/27/2004,預定收於湯德宗(主編),《憲法解釋之理論與實務(第四輯)》,中央研究院法律學研究所籌備處,2005排版中。
- 湯德宗(譯)(1983年3月),〈特別權力關係-現狀及發展趨勢〉,《憲政思潮》,第61期,頁9以下。
- 湯德宗(譯)(1983年3月),〈法國行政法上「內部秩序措施」之法律性質〉,《憲政思潮》,第61期,頁40以下。
- 陳計男(2000年),《行政訴訟法釋論》,自版。
- 陳新民(2002年),《中華民國憲法釋論》,自版,四版。
- 陳愛娥(1998年),〈「有效權利保障」與「行政決定空間」對行政訴訟制度的影響〉,收於司法院(印行),《行政訴訟論文彙編》,司法院,頁49以下。
- 陳慈陽(2004年),《憲法學》,初版,元照。
- 蔡宗珍(1999年),〈第十七講 請願權、訴願權或訴訟權〉,輯於許志雄、蔡茂寅、蔡宗珍、陳銘祥、周志宏(合著),《現代憲法論》,元照,初版,頁211以下。
- 蔡震榮(1997年),〈特別權力關係和基本人權的限制〉,收於《現代國家與憲法》,月旦,頁479以下。
- 翁岳生(1986年),〈論特別權力關係之新趨勢〉,輯於氏著《行政法與現代法治國家》,六版,頁131以下。
- 翁岳生(1988年1月),〈近年來司法院大法官會議解釋之研討--有關人民權益之保障〉,《憲政時代》,第13卷3期,頁8以下。
- 劉宗德(1998年),〈重新釐清特別權力關係〉,輯於氏著《行政法基本原理》,學林,頁607以下。

顏秋來(2002年),〈從人事行政爭訟談銓敘法制之改進〉,收於司法院(印行),《行政訴訟論文彙編--人事行政爭訟(第三輯)》,司法院,頁299以下。

外文文獻：

Van Alstyne, *The Demise of the Right-Privilege Distinction in Constitutional Law*, 81 HARV. L. REV. 1439 (1968).

Andre Cocatre-Zelgien, *La Nature Juridique des Mesures d'Ordre Intérieur en Droit Administratif Francaise* (Paris: 1970).

Hans-Ulrich Evers, *Das besondere Gewaltverhältnis* (Frankfurt: Athenäum Verlag, 1972).

Piers Gardner & Chanaka Wickremasinghe, *England and Wales and the European Convention*, in HUMAN RIGHTS AND THE EUROPEAN CONVENTION 47-112 (Brice Dickson ed., 1997).

STEPHEN GROSZ, JACK BEATSON Q.C. & PETER DUFFY Q.C., *HUMAN RIGHTS: THE 1998 ACT ANF THE EUROPEAN CONVENTION* (2000).

CLARE OVEY & ROBIN C.A. WHITE, *JACOBS & WHITE: EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS* (3rd ed. 2002).

Charles A. Reich, *The New Property*, 73 YALE L.J. 733 (1964).

Dennis Te-Chung Tang, *On the Legal Protection of Civil Service Employees from Arbitrary Dismissal*, 37 AD. L. REV. 37 (1985).

Constitutional Review of the Right-to-a-Court Guarantee:

Primarily on the Protection of Public Employees from Arbitrary Discipline and Evaluation

Dennis Te-Chung Tang

Abstract

This article critically reviews all decisions ("interpretations") rendered by the Council of Grand Justices concerning the right to a court guaranteed by Article 16 of the ROC Constitution for public employees against the state employer in disputes over public employment.

As the Constitution simply prescribes that "the people shall have...the *right to a court*" without shedding any light on its contents, the author tries firstly to define the core meaning of the right by referring to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and therein forms the basis for reviewing the interpretations rendered by the Grand Justices. The investigation shows that the Justices have made remarkable contribution by continuously deconstructing the so-called "Special Power Relationship" (*das besondere Gewaltverhältnis*) to guaranteeing "the right of access to a court," the first essential to the *right to a court*, by public employees. Currently a public employee may sue in a court for disputes over administrative decisions which alter their status as a civil servant as well as any other decision which substantially affects his/her right or vested interests. In contrast, the Justices have made little input in shaping the second and third essentials to the *right to a court*, i.e., "an independent and impartial tribunal" and "the right to a fair trial."

The author believes that the extant system allows the Grand Justices to conduct judicial review of constitutionality only in the abstract, i.e., without being subject to the "case or controversy" requirement; but whether a court is "independent and impartial" and whether "the conducts of the proceedings are fair" can only be judged in the particular context of each case. For the sake of upgrading the Right-to-a-Court

Guarantee by the Grand Justices, a new round of judicial reform to incorporate a concrete review system is strongly urged. Additionally, in order to further fulfill the protection of the public employees from arbitrary discipline, the author argues that the so far confused “disciplinary measures” and “performance/service evaluation” shall be thoroughly distinguished so that variant standards of judicial review can be applied respectively.

The appendix includes two figures which illustrate both the administrative procedures and judicial procedures of the “disciplinary measures” and “performance evaluations” under the extant system and the reform advocated by the author.

KEY WORDS: right to a court, right to a fair trial, public employee dismissal, right of access to a court, das besondere Gewaltverhältnis, independent and impartial tribunal, judicial review (of constitutionality), abstract review, concrete review, disciplinary measures, service rating.