

裁判評析

論訂定考績丙等比例並命資退 之合憲性—— 公務人員考績法修正草案改進芻議

湯德宗*

目次

前言	一、形式合憲性審查
壹、草案修正要點	二、「違憲審查基準」選擇
一、回歸績效評鑑	三、「目的合憲性」審查
二、貫徹獎優汰劣	四、「手段暨目的關聯性」審查
三、提升規範密度	(一) 適當性原則
貳、年終考績與專案考績名同而實異	(二) 必要性原則
一、考績、懲戒本質不同	(三) 狹義比例原則
二、年終考績、專案考績之事由應予區別	肆、草案修正芻議
三、年終考績、專案考績之正當行政程序亦應不同	伍、結論
四、懲戒與懲處之司法審查標準不同	前言
參、「訂定考丙比例並命資退」之合憲性	鑑於公務人員之考績逐漸流於形式，未能有效獎優汰劣，銓敘部在去（民國99）年4月1日向立法院提出「公務人員考績法」修正草案（下稱「草案」），秉持「落實績效管理，提升文官效能」之

投稿日期：2011年1月14日；接受刊登日期：2011年1月16日。

* 現任中央研究院法律學研究所特聘研究員兼籌備處主任，國立台灣大學合聘教授。日本東京大學法學部客座教授（2001-02），德國科隆大學 AvH 訪問學者（1993-94），美國杜蘭大學法學博士（S.J.D., 1989），美國哈佛大學法學碩士（LL.M., 1984），國立台灣大學法律學研究所法學碩士（1981），國立台灣大學法律學系法學士（1978）。

本文初稿承蒙黃舒凡教授、王必芳教授、黃丞儀教授、張永健教授惠示修正高見，特此致謝。另承蔡秉錡先生（台大國發所碩士班）、陳冠宇先生（台大政治系暨法律系學士）提供研究協助，併此申謝。

原則，大幅度修法。草案公布後隨即引起各界關注，尤以增定「考列丙等人數比例並命資退」之規定最富爭議。本文擬試評析「草案」，提出改進建議，期能消弭爭議、完善立法。

壹、草案修正要點

為正確評價「增定考列丙等人數比例並命資遣退休」之系爭規定，須先對「草案」有通盤之理解。按銓敘部提出之「說帖」（下稱「說帖」）¹及「草案」全文（含總說明）²，「草案」主要修正可歸納為三方面：

一、回歸績效評鑑

「考績」者，顧名思義，原在「考課功績（merit），以為進退」。惟因我國憲法權力結構特殊（採所謂「五權分立」制），且人民「服公職」之憲法權利向來受到高度保障，致公務員於實任之後，鮮有淘汰者，實際上形同「鐵飯碗」。蔣故總統經國先生前為推動「行政革新」，整飭官箴，乃在公務人員考績法（下稱「考績法」）中增定「專案考績」（尤其「一次記兩大過免職」規定），以考績（所謂「懲處」）之名，行懲戒之實。對此，司法院大法官相關解釋³向採務實態度，亦即，雖不宣告「專案考績」違憲，但認定專案考績「免職之懲處處分⁴，實質上屬於懲戒處分」⁵，並強化其實體及程

¹ 參見銓敘部網頁：<http://www.mocs.gov.tw/方案說明/公務人員考績法修正草案說帖.pdf> (last visited on 2010/11/22).

² 參見 http://www.mocs.gov.tw/get_file.aspx?file_name=20104795247.pdf&folder=law_draft (last visited on 2010/11/22).

³ 參見大法官釋字第 298 號解釋（「憲法第七十七條規定，公務員之懲戒屬司法院掌理事項。此項懲戒得視其性質於合理範圍內以法律規定由其長官為之。但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」）；釋字第 491 號解釋（「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人員所為免職之懲處處分，為限制人民服公職之權利，實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之，方符憲法第二十三條之意旨。…對於公務人員之免職處分既係限制憲法保障人民服公職之權利，自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等」）；釋字第 583 號解釋（「公務員懲戒法第二十五條第三款規定，懲戒案件自違法失職行為終了之日起，至移送公務員懲戒委員會之日止，已逾十年者，公務員懲戒委員會應為免議之議決…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，為限制人民服公職之權利，未設懲處權行使期間，有違前開意旨。為貫徹憲法上對公務員權益之保障，有關公務員懲處權之行使期間，應類推適用公務員懲戒法相關規定」）。

⁴ 參見「考績法」（96/03/21）第 12 條第 1 項第 2 款。

⁵ 參見釋字第 491 號解釋。

序上之保障。懲戒、懲處雙軌並行堪稱我國現制之特色，亦衍生諸多問題。

「草案」一方面維持現制，將公務人員「考績」分為「年終考績」與「專案考績」兩大類。⁶「專案考績」指平時有「重大功過」時，「隨時」辦理之考績；「年終考績」指每年「年終」，就公務員當年（一月至十二月）任職期間「實際工作績效表現」（下稱「工作績效」），所為之考績。⁷另一方面，「草案」則努力使考績回歸「以工作績效為核心」之考評。相關修正包括：

（一）調整平時考核項目

「草案」將「平時考核」項目由原先四項（工作、操行、學識、才能），整併成為兩項——「工作績效」與「工作態度」。⁸雖「工作態度」仍「包括受考人對其公務人員身分所應恪遵之廉能官箴在內」，⁹但未來評核將以「工作績效」為主（占70%）。¹⁰「草案」第5條第2項並授權各「主管機關」¹¹得依其施政目

標及業務特性，自訂考核細目，或授權所屬機關擬訂後報請其核定，俾落實績效考核之目的。

（二）明定績效目標

考核工作績效，需先確立績效目標，俾屬官知所戮力。「說帖」有謂：「主管與受考人得於年度開始時，即就當年度所應達成之績效目標交換意見…年終即據以作為考績評比之依據，強化考績評比之客觀性」。¹²然，遍查「草案」卻未見具體規定。或以為：「績效目標之訂定」乃績效考核之執行細節，無妨於「施行細則」（或其他子法）中規定；惟，績效目標之確立乃績效管理（績效考核）之前提，法律應設原則性之規定，俾便遵循，避免失真。

（三）評鑑方式多元化

為提升績效評鑑之信度與效度，「草案」並力求評鑑方式之多元化。包括：

1) 在原有「單向考核」流程（一級單位主管評擬→考績會初核→機關首長

⁶「草案」第3條第1項形式上雖將考績分為三種，但所謂「另予考績」乃指任職滿六個月而未滿一年者之工作考績，性質上類似「年終考績」。

⁷參見「草案」第3條第1項。

⁸參見「草案」第5條第1項（「年終考績應以平時考核為依據。平時考核就其工作績效與工作态度行之」）。

按「草案」原擬將之整合為一項（工作績效），嗣因接受專家學者及企業界修法座談會提出之建議，而加入「工作態度」一項。參見「草案」第5條第1項之說明。

⁹同前註。

¹⁰參見「說帖」第4頁。惟為符合「法律明確性」原則，俾當事人得以預見，上開「工作績效」與「工作态度」所佔評分比重允宜規定於法律（「草案」）中。

¹¹參見「草案」第5條第3項（「本法所稱主管機關為中央二級或相當二級以上機關、直轄市政府、直轄市議會、縣（市）政府及縣（市）議會」）。

¹²同註10。

覆核)外,增加(主管與屬官間)雙向「面談」(含受考人之「自我考評」在內)程序。¹³舊版「說帖」(99/03)謂:「機關亦得視需要辦理同儕間的評比,以增加考績的民主客觀性」¹⁴,嗣銓敘部研提考試院之「草案」(99/03/02)並有相應之規定。¹⁵惟新版「說帖」(99/04)¹⁶及函送立法院之「草案」定稿(99/04/06)¹⁷則予刪除,想係遭遇困難。

2)在「個人評鑑」外,增加「團體評鑑」制度。包括:主管機關(視所屬機關業務特性及需要辦理之)所屬機關間之團體績效評比與各機關(視其業務特性及需要所辦理之)內部單位間之團體績效評比。¹⁸團體評比結果將作為彈性調整各機關考「甲」等以上(含「優」等)與考「丙」等人數比例之依據(詳後)。¹⁹

(四)課主管以覈實考評之責

為確實辦理績效評鑑,「草案」首次課予主管人員以考核不實之責任。第6條之1第2項規定:

「主管人員未覈實辦理屬員平時考核或未確實執行面談或辦理考績徇私偏頗,致屬員依保障程序提起救濟經撤銷考績案確定者,該被撤銷之考績案所屬年度,其考績不得考列甲等以上。其當年度已辦理考績列甲等以上者,應予撤銷並重行辦理。」

二、貫徹獎優汰劣

為落實績效評鑑,必須貫徹獎優汰劣。「草案」對考績等第及考績結果俱有重大修正。質言之:

¹³參見「草案」第13條之1(「考績年度中,一級單位主管或其授權之人員,應與受考人就平時考核結果進行面談二次。面談執行方式、授權範圍及有關事項,由考試院以辦法定之。

機關依其組織法規規定未設置內部單位者,機關首長或其授權之人員仍應依前項規定與受考人進行面談。」)

¹⁴參見舊版「說帖」(99/03)第12頁。

<http://csinfo.examt.gov.tw/public/Attachment/04221434881.pdf> (last visited on 2010/11/22).

¹⁵參見銓敘部研擬送考試院之「草案」版本(99/03/02)第13條之1第3項(「各機關得視其業務性質及實際辦理需要,依考績考評項目實施同儕間之考績評比,評比結果作為機關首長評擬一級單位主管或各一級單位主管評擬受考人考績之參考。實施同儕評比之作業規定,由實施機關自行定之」)及其說明(「參酌銓敘部九十八年辦理本法研修方向基層座談會及委託意見調查蒐集之意見,基層公務人員反應現行考績僅主管考核屬員之方式過於狹隘,是故,為強化考績之信度及效度,應增加多元考評方式,爰增加同儕評比規定,改變過去僅由主管考核之考績模式。惟考量各機關業務性質不同,爰規定各機關得評估其實施上開機制之必要性及可行性,並自訂相關規定後,始予以實施」)。http://www.mocs.gov.tw/get_file.aspx?file_name=20103392519.pdf&folder=law_draft (last visited on 2011/01/12).

¹⁶請對照新版「說帖」(99/04)(同註1)。

¹⁷請對照新版「草案」(99/04/06)(同註2)。

¹⁸參見「草案」第9條之3第1項及第2項。

¹⁹同前註。

(一) 增列優等，從優獎勵

「草案」在現行「甲等」之上，增列「優等」，使考績等第總數成為五（即優、甲、乙、丙、丁）。考列「優等」者，除獲晉本（年功）俸一級，給予1.5個月考績獎金（其已敘年功俸最高級者，給予2.5個月考績獎金）外，²⁰並取得升（簡任）官等之資格²¹，准予「優先陞任」。²²為避免增加國庫負擔，「草案」第9條之1並規定：除第9條之3第1項另有規定（即因團體績效評比調整等第比例）者外，各機關受考人考列優等人數比率，最高不得超過百分之五；而考列甲等以上（含「優等」）人數比率，最高不得超過百分之六十五²³。現制考列甲等人數比例則以百分之七十五為上限。²⁴

(二) 增定十年內考列丙等三次者應予資退

現行「考績法」雖有專案考績「一次

記兩大過」及年終考績考列「丁等」者「應」予免職之規定，然其要件（考列條件）²⁵殆皆「行為失檢、違反官箴」之類，而非「工作表現欠佳」之類。為將「年終考績」回歸「績效評鑑」，「草案」爰配合增定各機關績效表現最差者「得」考列丙等之規定。「草案」第6條之2第11款規定：

「受考人在考績年度內有下列第一款至第十款情形之一，應考列丙等；有第十一款情形，得考列丙等：

...

十一、工作績效經機關各單位主管評擬考績後，提經考績委員會考核，為機關全體受考人排序最末百分之三²⁶；或為主管機關依機關團體績效表現彈性調整之丙等人數比率範圍者。」

²⁰ 參見「草案」第7條第1項第1款。

²¹ 參見「公務人員任用法」修正草案第17條第2項（「經銓敘部銓敘審定合格實授現任薦任第九職等主管或相當職務人員，具有下列資格之一，且其以該職等主管或相當職務辦理之年終考績最近三年列甲等以上，並已晉敘至薦任第九職等本俸最高級後，再經晉升簡任官等訓練合格者，取得升任簡任第十職等任用資格，不受前項規定之限制：…」）。

http://www.mocs.gov.tw/get_file.aspx?file_name=20104795223.pdf&folder=law_draft (last visited on 2010/11/22).

²² 參見「公務人員陞遷法」修正草案第11條第1項（「各機關下列人員無第十二條第一項各款情事之一，且具有陞任職務任用資格者，得經甄審委員會同意優先陞任：…三、最近三年內連續二年考績（成）列優等」）。

http://www.mocs.gov.tw/get_file.aspx?file_name=20104795312.pdf&folder=law_draft (last visited on 2010/11/22).

²³ 立法院審查通過一讀條文，將「百分之六十五」修正為「百分之六十八」。見《立法院公報》，第99卷第43期，頁192 (http://lci.ly.gov.tw/lcew/communique/work/99/43/LCIDC01_994301_00007.doc, last visited on 2011/01/08).

²⁴ 參見「草案」第9條之1第1項之說明。

²⁵ 參見考績法第12條第3項及第6條第3項。

²⁶ 立法院審查通過一讀條文，將「百分之三」修正為「百分之一至百分之三」。見前揭註23。

按「草案」第9條之3之規定，主管機關得依機關「團體績效」評比結果而彈性調整²⁷考列丙等之人數比率（可增減百分之三）。因此，各機關實際「得」考列丙等之人數比例，最低可為零，最高可達百分之六。

至於考列丙等之結果，按「草案」第7條第1項第4款之規定：考列丙等者，第一次留原俸級，並輔導改善；第二次降一級改敘，無級可降時，比照每級俸差減俸，並輔導改善；第三次應辦理資遣或依規定退休。準此，修正後之年終考績勢將淘汰部分公務員，其引發反彈實不難理解。

三、提升規範密度

除修正考績之「政策目標」及「實施方法」外，「草案」猶致力提升規範密度，力求符合「法律保留原則」。例如：「草案」第6條之1新增考列「甲等以上」（含優等）之「消極條件」（即不得考列優等或甲等之條件）；²⁸第6條之2新增「應」考列丙等之「積極條件」（同條第一款至第十款）及「得」考列丙等之「積極條件」（同條第十一款）；第6條之3新

增「應考列丁等」及「得考列丁等」之「積極條件」；第12條第5項新增「應」與「得」一次記兩大過之「懲處處分」之「積極條件」。以上修正皆為貫徹大法官釋字第491號解釋之意旨。²⁹

綜上，「草案」有理念（思想）、有策略（方法），並努力充實法律內涵（密度），實為近年來少見之優質法案。目前主要之疑慮殆為「訂定考丙人數比例及強制資、退」之規定是否合憲耳。

貳、年終考績與專案考績名同而實異

為判斷「訂定考丙人數比例並命資、退」之規定是否合憲，宜由辨明系爭事物之本質著手。亦即，「年終考績」之性質為何？其與「專案考績」有無不同？蓋事物本質之認定，直接影響吾人對於前述系爭條文之評價也。³⁰

一、考績、懲戒本質不同

我國現制乃考績與懲戒雙軌並行制，已如前述。所謂「雙軌並行」，不僅指形式上，「考績」與「懲戒」各有不同

²⁷ 參見「草案」第9條之3第1項（「…但甲等以上人數比率以增減百分之十；丙等人數比率以增減百分之三為限，且主管機關及所屬各機關考列甲等以上及丙等人數比率總計，仍以第九條之一第一項所定之人數比率為限」）。

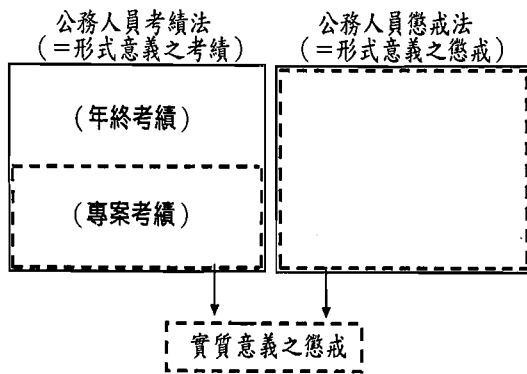
²⁸ 至於考列「甲等以上」（含優等）之「積極條件」仍授權本法施行細則規定。

²⁹ 關於大法官釋字第491號解釋之意義，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491號解釋評析〉，收於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁331以下（2005年，二版二刷）。

³⁰ 請試對照林明鏞，〈公務人員二〇一〇年考績法修正草案與制度基本問題〉，《月旦法學雜誌》，第184期，頁114-123（2010年9月）。

的法律依據——前者依「考績法」(96/03/21)辦理，後者依「公務員懲戒法」(74/05/03，下稱「懲戒法」)辦理；且指實質上，依「考績法」所為之考績，除有「年終考績」外，並有「實質上屬於懲戒」的「專案考績」。亦即，「考績」名下實際夾雜「懲戒」！現行「考績」與「懲戒」名實交錯之關係³¹，略如【圖一】示意。

圖一：考績與懲戒名實交錯示意圖



來源：作者自繪

為正本清源、導正扭曲，筆者於二十五年前曾倡議「考績、懲戒應從實質區分說」³²；十年前欣見大法官作成釋字

第491號解釋，釋示專案考績免職「實質上屬於懲戒處分，其構成要件應由法律定之」，並「應踐行正當法律程序」，爰再次呼籲「懲戒、懲處本質不同應予區別」，並建議具體改制方案；³³再十年後，終見「考績應回歸以實際工作績效表現為核心」之修法草案！撫今思昔，不勝欷噓。

余意以為，唯有從本質上區別考績與懲戒，才能合理兼顧（衡平）公、私利益——「考課功績以為進退，俾提升行政效能」v.「公務員應有不受恣意剝奪公職之工作保障」。³⁴按「考績」乃為貫徹「功績制度」(merit system)所實施之「績效管理」，其本質為長官對屬官工作能力（本於經年累月之工作接觸所獲致）之主觀評價 (subjective evaluation of ability)；「懲戒」則為維護官箴（含公務員形象）所實施之「紀律管理」，其本質為任用機關對所屬公務員「具體失檢行為」(specific misconducts)之客觀事實認定 (objective fact-finding of wrongdoing)！前揭大法官釋字第491號解釋認為，依「考績法」中之「專案考績」

³¹ 按現行考績、懲戒雙軌並行制，殆各自發展形成，欠缺整體考量，致生許多不合理處。例如：「懲戒法」之「懲戒」事由，與「考績法」之「專案考績」懲處事由本質上並無不同；實際上凡得以考績「懲處」者，殆皆得受「懲戒」。然，「懲戒」處分與「懲處」處分之待遇（含兩者之行政程序與司法程序），卻大相逕庭。詳見湯德宗，前揭（註29）文，頁343-356。

³² See Dennis Te-Chung Tang, *On the Legal Protection of Civil Service Employees from Arbitrary Dismissal*, 37 ADMIN. L. REV. 37 (1985)；湯德宗，〈論美國公務員不受恣意免職之保障〉，載《政大法學評論》32期，頁253-315（1985年12月）。

³³ 參見湯德宗，前揭（註29）文，頁358-369。

³⁴ 參見湯德宗，前揭（註32）文。

對公務人員「所為免職之懲處處分…實質上屬於懲戒處分」，固甚正確，惜未能指出考績、懲戒本質有別，論理猶未完備！

二、年終考績、專案考績之事由應予區別

為貫徹「考績、懲戒實質區分」說，年終考績之事由應以「工作表現欠佳」(unacceptable performance)為限。反之，(實質)「懲戒」(含依據「考績法」專案考績所為之「懲處」及依「懲戒法」所為之「懲戒」)則應以公務員確有「具體失檢行為」(specific misconduct)為由，不應滲入對其工作績效之考評。

準此以觀，「草案」雖宣示「年終考績」應改以「工作績效」為核心，然其所定各種考績條件(考績事由)仍普遍夾雜「違反官箴」之失檢行為。為德不卒，殊為可惜。例如：

- 「草案」第6條之1新增考列甲等以上(含優等)之「消極條件」(不得考列「甲等以上」(含優等)之條件)，其中
 - ◎「四、故意洩露公務機密，經查證屬實者」(第一項第四款)

- ◎「五、違反行政中立或其他公務人員有關法令禁止規定，經查證屬實者」(第一項第五款)及

- ◎「六、參加公務人員相關考試或升官等訓練之測驗，經扣考處分³⁵者」(第一項第六款)，

皆「行為失檢」，非關「工作績效」。

又如：

- 「草案」第6條之2新增「應」考列丙等之「積極條件」，其中

- ◎「一、因故意犯罪受刑事確定判決或受懲戒處分者」(第一款)

- ◎「四、對他人為性騷擾，情節重大，經查證屬實者」(第四款)

- ◎「五、挑撥離間或誣控濫告，有具體事證，經疏導無效者」(第五款)

- ◎「六、不聽指揮或破壞紀律，有具體事證，經疏導無效者」(第六款)

- ◎「七、稽延公務，造成人民權益損害，影響機關聲譽，經查證屬實者」(第七款)

- ◎「八、負責業務，處置失當，造成人員傷亡、財物損失或負擔國家賠償責任者」(第八款)

- ◎「九、故意洩露公務機密，情節重

³⁵ 參見公務人員考試法(99/01/27)第21條(「應考人有下列各款情事之一，…考試時發現者，予以扣考…：

一、有本法第七條第一項規定情事之一者。

二、冒名頂替者。

三、偽造或變造應考證件者。

四、不具備應考資格者。

五、以詐術或其他不正當方法，使考試發生不正確之結果者。

大，經查證屬實者」(第九款)

- ◎「十、違反行政中立或其他公務人員有關法令禁止規定，情節重大，經查證屬實者」(第十款)。亦皆「行為失檢」，非關「工作績效」。再如：

- 「草案」第6條之3新增「得」考列「丁等」之「積極條件」，其中「受考人…有具體事證，足認…
 - ◎一、挑撥離間或誣控濫告，情節重大，經疏導無效者。
 - ◎二、不聽指揮或破壞紀律，情節重大，經疏導無效者」。
- 亦屬「行為失檢」，非關「工作績效」。

查以上各款「考績條件」(年終考績考列各等第之事由)皆以「有具體事證」且「經查證屬實」為構成要件，顯見其為「具體失檢行為」！復以之對照「草案」第

12條第5項新增之「應」與「得」一次記兩大過之「懲處處分」之「積極條件」，³⁶發現兩者僅有程度(輕重)之不同，而無本質之差別(皆屬「行為失檢」，非關「工作績效」)。

為貫徹「草案」之修法目的，應將前揭各款改列為(屬於懲戒性質之)「專案考績」各種「懲處」處分(警告、記小過、記大過)之條件(事由)。³⁷應注意者，系爭規定(「草案」第6條之2第11款所定「得」考列丙等之積極條件)不在上開指摘應改正之列，蓋其純為有關「工作績效」之規定。

三、年終考績、專案考績之正當行政程序亦應不同

程序之設計恆應對應(反映)實體(事物本質)之需要。「考績」既為「績效管理」，則考績處分自應以協助公務

³⁶「草案」第12條第5項：

「公務人員除曠職繼續達四日、曠職一年累計達十日或涉及性侵害行為，經查證屬實，應予一次記二大過者外，須有具體事證，足認有下列情形之一，始得為一次記二大過之懲處：

- 一、圖謀背叛國家者。
- 二、洩漏職務上之機密，致政府遭受重大損害者。
- 三、違抗政府重大政令或嚴重傷害政府信譽者。
- 四、涉及貪污案件，其行政責任重大者。
- 五、圖謀不法利益或言行不檢，致嚴重損害政府或公務人員聲譽者。
- 六、脅迫、公然侮辱或誣告長官，情節重大者。
- 七、品行不端、有違誠實清廉損及公務人員廉能官箴或違反有關法令禁止事項，嚴重損害公務人員聲譽者。
- 八、挑撥離間、誣控濫告、不聽指揮或破壞紀律，情節重大，有立即處理之必要者。」

³⁷「草案」仍舊將各種「懲處」之事由，委由各機關自行訂定。參見公務人員考績法施行細則第13條第3項(「嘉獎、記功或申誡、記過之標準，由各機關視業務情形自行訂定，報請上級機關備查」)及「草案」第12條第2項(「前項嘉獎、記小功或警告、記小過之標準，由各主管機關訂定或授權所屬機關視業務情形訂定，報請主管機關備查」)。

員改進工作表現作為主要目的；年終考績處分之行政程序自當能有效達成協助公務員改進工作表現之目的。反之，「懲戒」既為「紀律管理」而設，專案考績之懲處處分應以即時端正公務員失檢行為作為目的；專案考績懲處處分之行政程序自當能有助於客觀認定公務員之失檢行為。

準此以觀，「草案」於「平時考績」新增「面談」³⁸程序，俾職司考績之長官（「主管人員」）與受考之屬官得適時就「工作期待」（績效目標）與「實際表現」（工作績效）定期交換意見，甚是妥適。³⁹惟，「草案」第15條第3項增定「考績委員會對擬予考列丙等人員，在處分前應給予陳述及申辯之機會」，則不無商榷！蓋每年年終考績評定前已經兩次「面談」（含聽取受考人之自評），在擬予考列丙等處分前似無必要再

予「陳述及申辯」之機會；尤為重要者，「陳述意見」（即書面答辯之非正式「聽證權」⁴⁰）或「申辯」（即口頭答辯之非正式「聽證權」）皆為協助認定有無失檢行為（客觀事實）之程序，無助於協助長官形成善意、主觀之工作績效評價。⁴¹不唯如此，在擬予考列丙等處分前給受考人「陳述及申辯」之機會，在素具人情包袱的華人社會，反不利於主管人員作成公正之評核。

「草案」引進「輔導改善」，⁴²使考列丙等之同仁得以改過自新，且「十年內有一年考列優等或連續三年考列甲等」，即可抵銷丙等一次，⁴³明確顯示（年終）「考績」為「績效管理」，乃以協助公務員改進工作表現為主要目的。唯十年內累積考列丙等三次，始得命辦理資遣或退休，⁴⁴亦符合「鼓勵自新、既往不咎」的先進立法趨勢！⁴⁵綜上，

³⁸ 參見前揭註13。

³⁹ 面談實施之細節猶待規定。參見「草案」第13條之1（「考績年度中，一級單位主管或其授權之人員，應與受考人就平時考核結果進行面談二次。面談執行方式、授權範圍及有關事項，由考試院以辦法定之」）。並參見「草案」第6條之1（主管人員未確實執行面談之責任）。

⁴⁰ 關於行政程序「聽證權」（right to hearing, right to be heard）之概念，參見湯德宗，〈論正當行政程序〉，收於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁1以下（頁26-28）（2005年，二版二刷）。

⁴¹ See Gerald E. Frug, *Does the Constitution Prevent the Discharge of Civil Service Employees?*, 124 U. PA. L. REV. 942, at 989 & 991 (1976)（「依余所信，公務員按 *Roth*, *Sindermann*，及 *Arnett* 案之判決，純因工作表現不佳而免職者，不應在事前或事後享有證據聽證的機會…與判斷某個公務員的不當行為是否有罪者不同，對於公務員表現的評價乃長官善意的客觀判斷的運用」）。

⁴² 參見「草案」第7條第1項第4款。

⁴³ 參見「草案」第7條第2項。

⁴⁴ 同前揭註42。

⁴⁵ 5 U.S.C. § 4303(d) (1982).

美國之制，擬受考績免職處分之公務員在規定之改善期間內，工作表現顯有改進，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（因表現不佳而擬予免職）處分之紀錄，自其人事檔案中銷

「草案」之（年終）考績實以「獎優」及「輔導」（改善）為主要目的，「汰劣」乃萬不得已之最後手段。

次按「行政程序」有「廣義」與「狹義」兩種。狹義的行政程序專指行政行為（例如行政處分）「作成前」應遵行之程序，乃「行政程序法」（94/12/28）主要之規範範圍；廣義的行政程序則兼指行政行為（例如行政處分）「作成後」，而進入司法救濟程序前的行政救濟程序（例如訴願程序與行政執行程序）。現制下，不服（年終）考績之受評人，如其未至於「免職」者，⁴⁶得向「服務機關」提起「申訴」⁴⁷，如仍不服，並得向考試院公務人員保障暨培訓委員會（下稱「保訓會」）提起「再申訴」；如其為「免職」者，得依法向保訓會提起「復審」。⁴⁸

茲「草案」第7條第3項增定：「因第六條之二第十一款（按：即年終考績『得』考列丙等之『積極條件』）而受第一項第四款規定降級改敘、減俸、辦理資

遣或退休者，得就其考績丙等處分，依公務人員保障法之規定提起復審，應辦理資遣或退休者，其復審決定應經言詞辯論」。是修法後，不服（十年內）第一次被考列丙等之公務員得向服務機關「申訴」，並得續向保訓會「再申訴」；（十年內）第二次考列丙等之公務員得向保訓會提起「復審」；（十年內）第三次考列丙等之公務員得向保訓會提起「復審」，該復審決定並應經言詞辯論後作成。

關於向「服務機關」申訴一點，因服務機關對受考人之工作表現知之甚稔，理論上應可為有意義之省察；惟，公務人員保障法（92/05/28，下稱「保障法」）並未規定服務機關如何辦理「申訴」，實際上能否促使主管人員認真省視原考績評定，猶未可知。至於向考試院保訓會提起「再申訴」⁴⁹一點，因保訓會與受考評之公務員平日並無工作接觸，故其審查範圍應僅限縮解為：以「原工作績效

毀。此一人事管理理論稱為 "Theory Y"，參見 McGregor, *An Uneasy Look at Performance Appraisal*, 50 HARV. BUS. REV. 133 (SEPT-OCT. 1972).

⁴⁶ 依「草案」規定，受考人於初次及二次考列丙等時，僅需接受「輔導改善」，無需資遣或退休，其公務員身分並未變更。按釋字第243號解釋之意旨，初次及二次考丙應屬公務人員保障法（92/05/28）第77條第1項所稱之「管理措施」。對之如有不服，僅得提起「申訴」。

⁴⁷ 參見公務人員保障法第77條第1項（「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。」）；同法第78條第1項前段（「提起申訴，應向服務機關為之」）。

⁴⁸ 參見公務人員保障法第25條（「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）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」）；同；及同法第44條第1項（「復審人應繕具復審書經由原處分機關向保訓會提起復審」）。

⁴⁹ 參見「保障法」第78條第1項後段（「…不服服務機關函復者，得於復函送達之次日起三十日內，向保訓會提起再申訴」）。

之考評有無違法」(違法性審查)為限,而不應及於是否妥當(適當性審查)。⁵⁰

同理,十年內二次考丙之受評人如有不服,固得向保訓會提起「復審」,⁵¹惟「復審」亦應限於審查「原工作績效之考評有無違法」(違法性審查);十年內累積至第三次年終考績考列丙等之「復審」亦同。至於「復審決定應經言詞辯論」一點,因「言詞辯論」無助於形成(或改變)長官對屬官之善意、主觀的工作績效評價,已如前述,故亦非適切之程序。

為避免考績之主觀評價變質為整肅異己之工具,「草案」課主管人員以覈實考核之責任,並強化其行政救濟,用心良苦,應予肯定。然,許受考人向不具日常工作接觸關係之(考試院)保訓會「再申訴」或「復審」,並規定(對第三次年終考績考丙之)「復審應經言詞辯論」,皆昧於「考績之本質」(乃長官對屬官之善意的、主觀的工作績效評價),同值商榷。余意以為,可由擴大考評主管人員之範圍,改進「申訴」程序(如規定服務機關受理「申訴」時,原評擬考核之「一級單位主管」應更徵詢平日對受考人業務具有監督關係之其他長

官之意見,以決定是否變更原考評決定);並修正「保障法」,另定「年終考績復審」程序(如明定保訓會應書面審查二次考丙並降級改敘或減俸之決定有無違法,應邀請服務機關主管人員到會說明第三次考丙並資、退之決定有無違法等)。

四、懲戒與懲處之司法審查標準不同

現制下,公務人員受「懲戒免職」或「懲處免職」者,皆可提起訴訟(司法審查)⁵²。前揭「草案」第7條第3項既寬許(十年內)第二次考丙並受降級改敘或減俸之公務員,得向保訓會提起「復審」,則其不服「復審」之決定者,自得向行政法院提起行政訴訟。⁵³至第三次考丙並命資、退之公務員,因其公務員身分因此而變更,如不服保訓會復審決定,按大法官釋字第243號解釋,當然得向行政法院提起行政訴訟。

惟「懲戒免職」與「懲處免職」之本質既不相同,兩者之司法審查標準亦應有別。大法官釋字第319號解釋中翁岳生大法官、楊日然大法官及吳庚大法官共同提出之「一部不同意見書」所見最是透徹:

⁵⁰ 按「再申訴」審查之範圍包含原「管理措施」有無「違法或不當」。參見「保障法」第77條第1項規定;吳庚,《行政法之理論與實務》,頁252-254(2010年增訂十一版)。

⁵¹ 本來,二次考丙僅生「降級改敘或減俸」之效果,並未變更受考人之公務員身分,應認僅屬「保障法」第77條所稱之「管理措施」,而非同法第25條所稱之「行政處分」。茲前揭「草案」第7條第3項之規定許受考人提起「復審」,似有意使「降級或減俸」成為相當於大法官釋字第298號解釋所稱「對於公務員有重大影響之懲戒處分」,而受同等保護。

⁵² 詳見湯德宗,前揭(註29)文,頁352-356。

⁵³ 參見「保障法」第72條第1項。

「任何人之權利遭受公權力違法侵害時，皆得訴請超然獨立之司法機關予以救濟，此為現代法治國家之基本原則。職此之故，典試委員之評分雖應予尊重，但如其評分有違法情事時，並不排除其接受司法審查之可能性。法院固不得自行評分以代替典試委員之評分，惟得審查考試程序是否違背法令（如典試委員有無符合法定資格要件），事實認定有無錯誤（如部分漏未評閱或計分錯誤），有無逾越權限（如一題三十分而給分逾三十分）或濫用權力（專斷、將與事件無關之因素考慮在內）等。若有上述違法情事，行政法院得撤銷該評分，使其失去效力，而由考試機關重新評定」。

余意以為，主管人員對於受考人之「考績評定」，性質上相當於典試委員之「閱卷評分」，司法審查機關應尊重其間之判斷餘地。亦即，（年終）考績評定除有違背法令（如擬評人非受考人所屬機關之一級單位主管或其所授權之人）、事實認定錯誤（如將受考人A誤認為受考人B）、逾越權限（如以無關受考人工作績效之事由為考評之依據）或濫用權力（恣意報復、整肅異己）等情事

外，行政法院於審查考績評定時，應概予以尊重。

參、「訂定考丙比例並命資退」之合憲性

十年內年終考績考列丙等累計⁵⁴達三次者，依「草案」第7條第1項第4款之規定⁵⁵應辦理退休或資遣。受考人之公務員身份既因此而改變，系爭規定（訂定考丙人數比例並命資退）即「直接影響」人民於憲法所保障之「服公職權」，而須符合憲法第23條⁵⁶（比例原則）之規定。

按「比例原則」(Verhältnismässigkeitsprinzip)要求公權力所採取之「手段」與其所追求之「目的」須合於比例(propportionate)，從而為「合理的」(reasonable)措施。「比例原則」原為德國行政法院為因應行政權（尤其是行政裁量權）之擴張，而發展出來的審查對策；二次戰後，更循「法治國原則」(Rechtsstaatsprinzip)與「基本權利之本質」(Wesen der Grundrechte)，融入違憲審查程序，用以節制（國會制定之）法律對於憲法（所保障之人民）基本權利之限制。為論理需要，德國聯邦憲法法院逐漸將「比例原則」發展成系列審查階段；初為「三階段審查」（即適合

⁵⁴ 亦即，依「草案」第7條第2項規定「抵銷」之（考丙）次數，不列入計算。

⁵⁵ 「草案」第7條第1項第4款：「年終考績獎懲依下列規定：…四、丙等：留原俸級，並輔導改善；第二次降一級改敘，無級可降時，比照每級俸差減俸，並輔導改善；第三次應辦理資遣或依規定退休」。

⁵⁶ 憲法第23條：「以上各條列舉之自由權利，除為防止妨礙他人自由、避免緊急危難、維持社會秩序，或增進公共利益所必要者外，不得以法律限制之」。

性原則→必要性原則→狹義比例原則)，後演進為「四階段審查」(及目的合憲性審查→適合性原則→必要性原則→狹義比例原則)。而蘊藏於各審查階段背後者——所謂「侵害愈嚴重，其理由須愈充分」俾「合於比例」，實際含有各種寬嚴不同的審查尺度(通稱「審查密度」)。⁵⁷

無獨有偶，美國聯邦法院自始亦自覺司法部門對於其他與之平行的憲法機關所為決策，應予不同程度之尊重，而逐漸發展出寬嚴不同的「違憲審查標準」(standards of judicial review)。初為「二分」(「單純合理審查」與「嚴格審查」)，繼而「三分」(「單純合理審查」、「中度審查」與「嚴格審查」)，邇來甚且有「三階六層」之發展趨勢。⁵⁸ 儘管用語不同，美國所稱「違憲審查標準」與德國所稱「比例原則」，皆在探求權力行使之理性，希望合理地劃定法律限制人民憲法權利(基本權)之界線。

筆者前曾嘗試整合「比例原則」與「違憲審查標準」，提出「階層式比例原則」(hierarchical proportionality principle)，希望一方面保留國人熟悉的「階段式審查」步驟，以利實務操作；他方面並明白導入(有意識地選用)寬嚴不同的審查基準，使能反映立體、多

元的思維真實(真相)。依照「階層式比例原則」，違憲審查的重點應置於審查基準的選擇，大法官除應確切說明其間考量之因素及何以採取某一審查基準之心證外，並應留意「三階」基準之「目的」及「手段與目的關聯性」兩要素間之微妙聯動。按改良後的四階段審查步驟，第一階段(目的合憲性審查)與第二階段(手段適當性審查)殆屬「門檻」審查(亦即，合則通過，不合則拒)；第三階段(手段必要性審查)厥為大法官最應用心權衡(衡量)者——依不同審查基準，命政治部門(立法或行政)就不同寬嚴程度的「手段與目的關聯性」進行舉證。至於第四階段(狹義比例原則——手段所造成之損害與目的所追求之效益是否顯失均衡)因涉及赤裸裸的價值衡量，法院既無民意基礎，宜儘量避免，故僅在選用「嚴格審查基準」(或稱「高標」)審查時，始例外為之。以下即試以「階層式比例原則」，檢視系爭規定是否合憲。

一、形式合憲性審查

進行「實質合憲性」審查——探問系爭規定是否為達成宣稱目的所「必要」者——以前，通常先進行「形式合憲性」審查。首先，揆諸大法官相關解

⁵⁷ 參見湯德宗，〈違憲審查基準體系建構初探——「階層式比例原則」構想〉，輯於《憲法解釋之理論與實務》第六輯(下冊)，頁581以下(頁593-604)(中研院法律所，2009年7月)。

⁵⁸ R. Randall Kelso, *Filling Gaps in the Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation: Standards, Ends, and Burden Reconsidered*, 33 TEX. L. REV. 493 (1992); R. Randall Kelso, *Three Years Hence: An Update on Filling Gaps in Supreme Court's Approach to Constitutional Review of Legislation*, 36 S. TEX. L. REV. 1 (1995).

釋，⁵⁹ 公務員身分之變更（得喪）確屬憲法第18條「服公職權」所保障之範圍（Schutzbereich），了無疑義。其次，系爭之（「服公職權」之）限制猶須符合「層級化法律保留原則」⁶⁰之要求（所謂「除…外，不得以『法律』限制之」），這一點則有爭議。

或謂：「公務人員考績法第六條之二第十一款僅規定：『工作績效經機關各單位主管評擬考績後，提經考績委員會考核為機關全體受考人排序最末之百分之一至百分之三者』，即得考列丙等。此款規定，僅有排序比率（即排序最末百分之一至三之要件），而無任何明確事由（例如前揭十款之受刑事確定判決、小過一次以上、曠職、性騷擾、挑撥離間、不聽指揮、稽延公務、處置失當、洩漏機密、違反行政中立）…不僅要件意義難以理解，且受丙等考績

公務員難以預見，並無法經由司法機關加以確認其要件…乃是一個「空白」的懲處構成要件…豈能符合法律明確性原則之要求」？⁶¹ 誠然，「排序比例」僅屬「量的要求」，非屬「質的要求」，難謂「實質正當」⁶²——何以機關全體受考人排序最末之百分之三者即當然是應淘汰之劣員？！惟，以「草案」第六條之二第一至第十款之規定如何具體明確，指摘（同條項第十一款）系爭規定何其空泛，似猶未認知：考績與懲戒之本質不同，故二者關於「法律明確性原則」之要求亦有程度上之差別。

析言之，（年終）考績之獎懲（含命資、退）標準（所謂「構成要件」）固亦須有「質的要求」，而不能僅有「量的要求」；但「考績」之本質既為長官對屬官工作績效所為之善意、主觀評價，則其「構成要件」絕不可能如同「懲戒」事由

⁵⁹ 參見釋字第243號（「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。…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」）；釋字第323號（「人事主管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」）；釋字第338號（「公務員對審定之級俸如有爭執，依（釋字第323號解釋）同一意旨，自亦得提起訴願及行政訴訟」）。

⁶⁰ 所謂「層級化法律保留原則」乃我國大法官依憲法第23條審查基本權利之侵害時，按照「權利性質」或「對權利主體影響的重要性程度」而建構之不同層級的侵害保留體系。參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁58-60（2003年修訂版）。

⁶¹ 參見林明鏘，前揭（註30）文，頁118。

⁶² 關於「法律規定之內容更需實質正當」（參見大法官釋字第384號解釋）與「法律明確性」原則（參見大法官釋字第432號及491號解釋等）間之關連，參見湯德宗，〈論憲法上的正當程序保障〉，收於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁167以下（頁203-204）（2005年，二版二刷）。

(例如「草案」第六條之二第一至第十款)那般具體明確！因此，美國聯邦公務員法僅能藉助不確定法律概念，規定：公務員表現欠佳 (unacceptable performance) 者，服務機關得予降級 (reduce in grade) 或免職 (remove)；⁶³ 並且定義「表現不佳」係指「某公務員之表現，就其職(務)位之某項或多項關鍵要素 (critical elements) 而言，未能達成所定工作標準」。⁶⁴ 準此以觀，以「量的要求」來界定考績之獎懲標準，乃考績之本質使然，不能逕以懲戒的構成要件考量，而論斷該「量的要求」違反「法律明確性原則」。嚴格而言，「草案」第6條之2第11款之構成要件並未使用任何不確定法律概念，實無違反「法律明確性原則」之疑慮可言。是該款規定之所以可議，與其說是不符「法律明確性」之要求，不如說是欠缺「實質正當性」(或違反「比例原則」)！

按系爭規定加入「量的要素」(機關全體受考人排序最末之百分之三)想係為破除人情包袱；而新版「草案」將符合前開「量的要件」者，由原先「應」考列丙等，修正為「得」考列丙等，授予服務機關裁量(是否因此即予考列丙等)之權，確已緩和系爭規定「實質正當性」不

足的缺點。余意以為，為符合「法律明確性」之要求，應更參考美國法，增補「質的要件」。茲建議修正「草案」第6條之2為：

「受考人在考績年度內有下列第一款至第十款情形之一者，應考列丙等：

...

十一、工作績效經機關各單位主管評擬考績後，提經考績委員會考核，為機關全體受考人排序最末百分之三，或為主管機關依機關團體績效表現彈性調整之丙等人數比率範圍；且其工作表現經評定為欠佳者。」

並於「草案」同條增定第二項：

「前項所稱『工作表現欠佳』係指：個別公務員之表現，於其職務之關鍵要素，未能達成規定之工作標準。本法第五條第二項之考核細目應包含各該職務之關鍵要素」。

二、「違憲審查基準」選擇

按照「階層式比例原則」之操作，檢視某憲法機關之決策(如某項法律規定)合憲與否，首應選定「審查基準」。就本

⁶³ 5 USC § 5403(A) (2010).

⁶⁴ 5 USC § 5401(3) (2010) ("unacceptable performance" means performance of an employee which fails to meet established performance standards in one or more critical elements of such employee's position.)

所謂「關鍵要素」係指「重要之工作分派或責任，其執行不力將導致該公務員整體表現被評定為欠佳者」，See 5 CFR § 432.103(b) (2010) ("Critical element means a work assignment or responsibility of such importance that unacceptable performance on the element would result in a determination that an employee's overall performance is unacceptable").

件而言，違憲審查基準之選擇應綜合考量下列因素：

●系爭限制所涉「憲法權利之種類」？

系爭規定涉及擬資、退之公務員之「服公職權」；而「服公職權」主要涉及「工作權」，間或涉及「財產權」。「工作權」因尚非直接關係「人性尊嚴」或「人格自由發展」，在憲法價值譜系（秩序）中尚非屬「根本之基本權」（fundamental rights）⁶⁵。準此，本案初步應排除「嚴格審查基準」（strict/heightened scrutiny，所謂「高標」）之適用。

●系爭限制所涉「事務領域」？

（年終）考績為長官對屬官工作表現，經年累月所形成之主觀考評，按釋字319號解釋之論理，長官應享有「判斷餘地」；（大）法官既未與聲請人（受考核之公務員）有日常業務之接觸，自無從評斷其工作績效。依「功能最適」理論⁶⁶，司法

部門應尊重長官所為之判斷。準此，本案應採用「合理審查基準」（rational review，所謂「低標」）進行違憲審查。

●系爭限制之「干預強度」？

十年內累積考丙三次將被迫「退休」⁶⁷或「資遣」⁶⁸，而使受考人喪失服公職之資格；然其並未否認前此服公職之貢獻及應享有之福利，與「專案考績」免職或經公務員懲戒委員會「懲戒」撤職，不得辦理退休（乃無從領取退休金）者⁶⁹迥異。且資、退後，亦非不得再經考試、訓練等程序，重新取得服公職之資格。是資遣、退休之侵害強度尚不至於「終身禁止」，亦非「全然剝奪」，殆僅暫時、部分之限制。準此，本案應適用「合理審查基準」（「低標」）。

●系爭差別待遇為「可疑分類」（suspect classification）——以個人「無法改變之的特質」（immutable traits/characteristics，e.g.，

⁶⁵ 關於「根本之基本權」概念，參見湯德宗，〈政府資訊公開請求權入憲之研究〉，收於《憲法解釋之理論與實務》第五輯，頁261以下（頁274-276）（中央研究院法律所籌備處，2007年）。

⁶⁶ 關於「功能最適理論」（funktionsgerechte Organstruktur），參見許宗力，〈論法律保留原則〉，收於氏著《法與國家權力》，頁139以下（1992初版）；黃舒芃，〈「功能最適」原則下司法違憲審查權與立法權的區分——德國功能法論述取向（funktionell-rechtlicher Ansatz）之問題與解套〉，《政大法學評論》，第91期，頁105以下（2006年6月）；陳愛娥，〈大法官憲法解釋權之界線——由功能法的觀點出發〉，收於《大法官釋憲五十週年學術研討會記錄》頁326-327（台北：司法院，1999年）；蘇俊雄〈論憲法審判之法律性與政治性——兼論功能導向分析法之運用〉，收於《司法院大法官釋憲五十週年紀念論文集》，頁495-496（台北：司法院，1998年）。

⁶⁷ 參見公務人員退休法（99/08/04）第3條至第6條規定。

⁶⁸ 參見公務人員退休法第7條規定。

⁶⁹ 參見公務人員退休法第21條第2項規定。

race, national origin, gender, the marital status of one's parents) 作為基礎所實施之差別待遇？

本件與此無涉。準此，應可排除「嚴格審查基準」(「高標」)之適用。

- 系爭差別待遇鎖定之「目標群體」(target group)之政治參與管道是否暢通？其屬「孤立而隔絕之少數」(discrete and insular minority)？

本件與此無涉。準此，應可排除「嚴格審查基準」(「高標」)之適用。

- 系爭差別待遇係為矯正過去官方刻意所為之系統性歧視，而採取之「矯枉措施」(affirmative actions)？
- 本件與此無涉。準此，應可排除「嚴格審查基準」(「高標」)之適用。

- 有無比較法上參考座標？大法官相關解釋採取如何標準？

本件非關擔任(報考)公務員(職業自由)之主觀資格(主觀條件)之限制(如同釋字第584號解釋所涉)，而係擔任公務員後，喪失續任資格之規定。前者之限制較後者廣泛而嚴重，大法官釋字第584號解釋於前者僅採取「中度審查基準」；而憲法並無「公務員一經任用永不得免職」之保障，則後者自應採取較「中度審查基準」寬鬆之審查基準——「合理審查基準」(「低標」)。

觀諸美國聯邦最高法院相關案例，似是採取「合理審查基準」(「低標」)中之「基本合理性審查基準」(basic rationality review，所謂「中低

標」)。

- 其他？

本件似無應予特殊考慮之情形。

綜上考量，本件應採取「基本合理性審查基準」(basic rationality standard，「中低標」)。即應探究：(1)系爭限制是否為追求「合法」目的？(2)手段與目的之關聯(系爭限制乃為達成目的所「必要」者)？

三、「目的合憲性」審查

按採「低標」審查時，關於「立法目的」原可從寬認定(亦即，凡立法時能設想得到的目的(any conceivable end)皆可採認)，遑論「草案」第2條已明定(增定)「落實績效管理，提高行政效能及服務品質」為立法之目的；又，「低標」審查僅要求系爭限制係為追求「合法之目的」(而無需是「重要」或「極重要」之目的)。系爭規定乃為「落實績效管理，提高行政效能」而設，而「落實績效管理，提高行政效能」乃屬憲法第23條所謂「增進公共利益」之範疇，甚是明顯。是，系爭規定通過「目的合憲性」審查了無疑義。

四、「手段暨目的關聯性」審查

按「階層式比例原則」之操作，「手段暨目的間之關聯性」審查應分三個階段進行，並注意「手段」與「目的」之聯動關係⁷⁰：

(一) 適當性原則

訂定考丙人數比例並(於十年內考

⁷⁰ 詳見湯德宗，前揭(註57)文，頁618(圖三)及內文相關說明。

丙累積達三次時)命為資退，顯然「有助於」達成前述「落實績效管理，提高行政效能」之目的。是，系爭規定乃達成目的之「適當」手段。

(二) 必要性原則

按「階層式比例原則」，「手段」與「目的」之關聯須視所採取之「審查基準」而調整，非一成不變；亦即，「階層式比例原則」含有各種不同層次的理性，非為單一、線性之概念也。本件因採「中低標」審查，故系爭「手段」(訂定考丙人數比例並命資退)僅須與「目的」(落實績效管理，提高行政效能)之達成「合理相關」(rationally/reasonably related)，即可符合「必要性」原則。復以舉證責任⁷¹在於原告，應推定系爭規定為合憲。是原告(挑戰系爭規定者)須能成功舉證：顯然存有其他「限制較少之替代手段」(less restrictive means/alternatives)亦可同樣有效地達成「落實績效管理，提高行政效能」之目的，系爭限制始為違憲。依余所信，十年內經「功過相抵」，復經「輔導改善」後，並經層層主管評核為「機關全體受考人排序最末百分之三」(或為主管機關依機關團體績效表現彈性調整之丙等人

數比率範圍)且屬「工作表現欠佳」而累積達三次者，始命資遣或退休(仍承認過去公職生涯之貢獻)，實難謂為「非必要」或「過當」也！

國內過往關於「比例原則」(尤以其中之「必要性」原則)多有誤解，需特予澄清。按聯邦憲法法院之解釋，所謂「必要性」(Erforderlichkeit)係指：「別無其他相同有效(gleich wirksam)且對基本權未予限制或限制較少之手段可供選擇」⁷²。換言之，如果「不能透過其他對個人較少負擔(den Einzelnen weniger belastende)之方式，同樣好地(ebensogut)達成目的時」⁷³，立法者所選擇之手段即屬「必要的」(erforderlich)。準此，「必要性原則」之檢驗(依序)包含兩個層次：「相同有效性」與「最小侵害性」。

「相同有效性」究問：有無其他手段可以相同的適合程度(desselben Tauglichkeitsgrad)，達成預設目的。所謂「同樣有效」(的其他手段)，按聯邦憲法法院之見解，須該其他手段之各方面，皆可明白確定對於目的之達成，與立法者所選擇之措施具有相同之價值時，始足當之⁷⁴。至於面對不同適合性

⁷¹ 關於「階層式比例原則」之舉證責任分配，詳見湯德宗，前揭(註57)文，頁615-616。

⁷² 參見「原油煉製品儲存」案(Mineralölbevorratung, BVerfGE 30, 292 (316))。引自盛子龍，《比例原則作為規範違憲審查之準則—西德聯邦憲法法院判決及學說之研究》，頁1以下(頁59)(台大法研所碩士論文，1989年)。中譯參見劉淑範，〈關於「石油產品儲存義務」之裁定〉，收於《德國聯邦憲法法院裁判選輯》(七)，頁106-158(1997年6月)。

⁷³ BVerfGE 33, 171 (187)；引自盛子龍，前揭(註72)書。

⁷⁴ 參見「原油煉製品儲存」案(Mineralölbevorratung, BVerfGE 30, 292 (319))。引自盛子龍，前揭(註72)書，頁80-84。

程度之手段，立法者原則上有選擇之自由，蓋選擇達成目的之手段，本屬立法裁量之範圍，非聯邦憲法法院所能越俎代庖。我國行政程序法第7條第2款規定：「有多種同樣能達成目的之方法時，應選擇對人民權益損害最少者」，即在體現此一認知。

「相同有效性」既為「最小侵害性」之前提，則僅當存在著多種能夠同樣有效地達成所欲目的之方法（手段）時，始得要求國家機關選用對人民權益損害最少的手段。惟，同時存在數個同樣有效達成目的之手段的情形，實際上相當罕見；因此，通過德國「比例原則」之「必要性」原則之檢驗並不困難！奈何，國內於適用「必要性原則」時，多忽略「相同有效性」之前提，而僅論「最小侵害性」；以致系爭限制動輒違憲（蓋如捨「相同有效性」之前提不論，很容易找到較系爭限制「侵害較少」的替代手段）。殊不知，差之毫釐，失之千里。實際上，愈能有效達成目的的手段，往往是愈侵害人權的手段；如何在各個有效性不同而侵害性亦異的手段間進行抉擇，原則上應尊重立法（者之）裁量；僅例外（當適用「高標」違憲審查基準）時，法院始能限縮立法（者之）裁量。

（三）狹義比例原則

由於「階層式比例原則」之「目的合憲性」與「手段與目的關聯性」聯動式（水漲船高、水退船低）設計已隱含了「比例性」的考慮；且為避免法官假借抽象、幽邃之「損益權衡」，任意取代立法者經過集體審議（思辯）所作成之價值判斷，「階層式比例原則」僅於採用「高標」審查（即為追求極優越、極重要之公益，而須精確形塑限制人權之手段）時，始須進行「狹義比例原則」檢驗。⁷⁵ 本案因採「中低標」審查，乃無需進行「損益衡量」。

肆、草案修正芻議

為使「草案」益臻完善，茲彙整前文所述修正建議如下：

- 「草案」第5條應（參考「說帖」）增定：「各機關主管人員於年度開始時，應與受考人交換意見，訂定當年度應達成之績效目標，以為考績評比之依據」。⁷⁶
- 「草案」第6條之1第1項（不得考列「甲等以上」（含優等）之條件）第四、第五、及第六款（皆「行為失檢」，非關「工作績效」），應改置於「草案」第12條（專案考績）第

⁷⁵ 關於狹義比例原則之操作，參見湯德宗，前揭（註57）文，頁600-602 & 622-623。

⁷⁶ See 5 USC § 4302(a)(“ (a) Each agency shall develop one or more performance appraisal systems which--

(1) provide for periodic appraisals of job performance of employees;

(2) encourage employee participation in establishing performance standards; and

(3) use the results of performance appraisals as a basis for training, rewarding, reassigning, promoting, reducing in grade, retaining, and removing employees.”)

4 項第一句（「前項第一款一次記二大功之標準，應於施行細則中明定之。」）之末。

- 「草案」第 6 條之 2（應考列「丙等」之積極條件）第一、第四、第五、第六、第七、第八、第九及第十款（皆「行為失檢」，非關「工作績效」），應改置「草案」第 12 條（專案考績）第 5 項，並與原項各款規定整併。
- 「草案」第 6 條之 3（得考列「丁等」之積極條件）第一及第二款（皆「行為失檢」，非關「工作績效」）與前揭（原列「草案」第 6 條之 2（應考列「丙等」之積極條件））第五及第六款重複，應予刪除。
- 「草案」第 6 條之 2 應修正為：
「受考人在考績年度內有下列第一款至第三款⁷⁷情形之一者，應考列丙等：

...

三、工作績效經機關各單位主管評擬考績後，提經考績委員會考核，為機關全體受考人排序最末百分之三，或為主管機關依機關團體績效表現彈性調整之丙等人數比率範圍；且其工作表現經評定為欠佳者。（第一項）

前項所稱『工作表現欠佳』係指：個別公務員之表現，於其職務之關鍵要素，未能達成規定之工作標準。本法第 5 條第 2 項之考核細目應包含各該職務之關鍵要素。（第二項）」

- 「草案」第 15 條第 3 項應修正為：「考

績委員會對擬以專案考績予一次記二大過人員，處分前應給予當事人陳述及申辯之機會」。

- 配合修正「保障法」增定：服務機關受理不服年終考績考列丙等之申訴案件，原評擬考核之一級單位主管應徵詢平日與受考人具有業務監督關係之其他長官之意見，決定是否變更原考評決定。
- 「保障法」第 50 條配合修正，增定：保訓會受理因不服年終考績（二次）考列丙等並降級改敘或減俸之決定而提起「再申訴」之案件，應就書面審查原決定有無違法；保訓會受理因不服年終考績（三次）考列丙等並資、退之決定，而提起「復審」之案件，應通知服務機關主管人員到指定處所說明原決定有無違法。

伍、結 論

欣逢民國百年，正是吾人正視人民要求「公務部門」改革的時刻。以上所論看似深奧的法律論證，然只需回歸問題本質，一切頓時瞭然——如果私人企業能遣退表現不佳的職員，何以公務機關不能資退表現不佳的公務員？今後所當持續戮力者，唯完善考績作業之正當程序耳。

忠言逆耳，良藥苦口，至盼立法者再接再厲，參採前文修正芻議，完善立（修）法。

⁷⁷ 該條原列 11 款事由，其中八款經按前文意見改置於「草案」第 12 條第 5 項，故僅剩三款。