

# 公務員與基本權

張桐銳\*

## 目次

- 壹、問題之提出與研究路徑
- 貳、保障領域
  - 一、服公職權利
  - 二、私人領域
  - 三、職務關係？
- 參、基本權之侵害
  - 一、基本權侵害之概念
  - 二、懲處與基本權侵害
  - 三、調任與基本權侵害
- 肆、基本權侵害之正當化
  - 一、公務員制度內容之形成與法律保留原則
  - 二、公務員制度作為基本權限制之憲法依據
- 伍、結語

關鍵字：公務員、特別權力關係、服公職權利、基本權之侵害、懲處、調任、  
公務員制度

---

投稿日期：九十六年三月二十七日；接受刊登日期：九十六年五月十四日

\*德國海德堡大學法學博士；現任中央大學法律與政府研究所助理教授。

## 壹、問題之提出與研究路徑

關於公務員之權利保障程序，現行公務人員保障法區分為針對「服務機關之管理措施或有關工作條件之處置」所提起之申訴與再申訴程序（第七十七條以下），以及針對「服務機關或人事主管機關所為之行政處分」所提起之復審程序（第二十五條以下），而對於本法第二十五條所規定之「行政處分」之詮釋，則謹守司法院大法官解釋所提出之基準，「以司法院歷次相關解釋之意旨為得提起復審之範圍。亦即以足以改變公務人員身分關係，或對於公務人員權利有重大影響之處分，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，為得提起復審之標的」<sup>1</sup>。

雖然公務人員保障法上並無非常清楚之明文規定，不過，申訴程序與復審程序之區分，事實上取向於司法救濟之可能性。首先，公務人員保障法之規定就已透露出此一取向。該法第七十二條第一項規定：「保訓會復審決定依法得聲明不服者，復審決定書應附記如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內，依法向該管司法機關請求救濟」；同法第六十條規定：「復審人對保訓會於復審程序進行中所為之程序上處置不服者，應併同復審決定提起行政訴訟」。這兩個條文預設

---

<sup>1</sup> 公務人員保障暨培訓委員會（94）公審決字第 0350 號決定。相關之決定甚多，在此僅舉最近之決定做為代表。相關決定之整理與分析，林明鏘，我國公務人員保障法之研究，收錄於公務員法研究（一），頁 157 以下，自版，第一版（2000）；李建良，公務人員保障法復審及申訴標的之探討，月旦法學雜誌，第九十期，頁 123 以下（2000）。對於公務人員保障暨培訓委員會謹守大法官解釋之批判，林明鏘，同上文，頁 159 以下。

了，對復審決定不服得提起司法救濟。在第七十七條以下所規定之申訴及再申訴程序，並無類此之規定，而且在第八十四條列舉之準用條文中，也不包含這兩個條文。在此已顯示出立法者對於申訴與復審程序的安排，乃是取向於司法救濟之可能性。

其次，這一取向也影響了對條文之解釋。如學說上已指出者，「管理措施」之概念透過保訓會之解釋，幾乎已包含所有工作條件，使得「有關工作條件之處置」此一概念在實務上近似形同具文<sup>2</sup>。此二概念之區分既與得否提起司法救濟無關，在聚焦於司法救濟可能性的情況下，不嚴格區分這兩者，並不令人意外。再者，對於「管理措施」之界定，並不從行為型態是否具管理之性質來界定，而是指「機關為達行政目的所為之作為與不作為，即屬得提起復審事項以外，包括機關內部生效之表意行為或事實行為等，其有具體事實者，均屬管理措施範圍」<sup>3</sup>。亦即機關內部對於具體事件所做成行政處分以外之行政行為，均屬管理措施。「例如機關長官所為之工作指派、不改變公務人員身分關係之記一大過、記過、申誡懲處、考績評定、請假之否准或機關長官所發之職務命令均屬之。因其並未改變公務人員之身分關係，對公務人員權利亦尚無重大影響，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，核屬機關所為之管理措施」<sup>4</sup>。在此雖列舉了一些行為態樣，但行為態樣本身其實不是重點，重點在於行為之效果，即是否改變公務人員之身分關係、是否對公務人員權利有重大影響、或者是否侵害公務人員基於其身分所產生公法上財產請求權。

---

<sup>2</sup> 林明鏘，前揭註，頁 166。

<sup>3</sup> 公務人員保障暨培訓委員會（94）公審決字第 0350 號決定。

<sup>4</sup> 同上。

行政訴訟之審理上，行政法院似乎大致上遵循此一區分。最高行政法院九十三年度裁字第一五三〇號裁定即明白指出：「公務人員特別權力關係事項，須足以改變公務員身分關係，或於公務員權利有重大影響之處分，或基於公務員身分所產生之公法上財產上請求權，始可依公務人員保障法所定復審、再復審程序請求救濟，並提起行政爭訟。若未改變公務員身分之記大過、記過處分、考績評定、機關內部所發之職務命令或所提供之福利措施，為民國九十二年五月二十八日修正前之公務人員保障法第二十三條第一項所指之工作條件或管理措施，僅得依同法所定申訴、再申訴程序尋求救濟，不得提起行政爭訟」，顯然也將申訴與復審程序之區分連結到司法救濟之可能性上，而其判準則同樣是司法院大法官於釋字第二四三、第二六六及第二九八號等解釋所建立起來之基準。

司法院大法官解釋雖是突破特別權力關係之發動機，但經由其解釋，卻也對於特別權力關係作為我國法上之法律制度加以確認。在相關解釋中，釋字第二四三與第二九八號解釋最具意義，蓋其對於公務員之權利保護問題，提出一般性之基準。釋字第二四三號解釋很明顯地受到德國學者 Ule 所提出之「基礎關係」與「經營關係」區分理論<sup>5</sup>之影響<sup>6</sup>；至於釋字二九八所提出之「重大影響」基準，可以看得出有

<sup>5</sup> 關於 Ule 之「基本關係」與「經營關係」區分理論，翁岳生，論特別權力關係之新趨勢，收錄於行政法與現代法治國家，頁 143 以下，自版，第三版（1979）。

<sup>6</sup> 當時參與作成解釋之大法官吳庚明白表示，釋字第 243 號解釋「不採德國學者所提倡之『基礎關係與管理關係』的區分標準」，吳庚，行政法之理論與實用，頁 232，自版，增訂六版（2004）。不過，由於釋字第 243 號解釋之內容與 Ule 理論之高度近似，其影響當不容否認。

德國聯邦憲法法院於「受刑人判決」<sup>7</sup>中所提出之「重要性理論」的影子。不過，值得注意的是，德國「受刑人判決」後，一度蔚為通說之「基礎關係」與「經營關係」區分理論受到強烈的批評，被認為只是對於「特別權力關係」之修正理論，仍以「特別權力關係」存在為前提<sup>8</sup>；相對地，釋字第二九八號解釋所提出之「重大影響」基準，在實務運作上似限定在對服公職權利之重大影響<sup>9</sup>，結果只是對於釋字第二四三號解釋所提出基準之修正，並未根本地改變其結構，基本上仍然維持「基礎關係」與「經營關係」之區分框架，與德國因「受刑人判決」而使得「基礎關係」與「經營關係」區分理論趨於沒落<sup>10</sup>之情形不同。誠如前述德國學說上對 Ule 「基礎關係」與「經營關係」區分理論之批判所顯示出的，「基礎關係」與「經營關係」區分之理論只是對「特別權力關係」的修正，事實上維持了「特別權力關係」之存在<sup>11</sup>。國內學者亦已正確地指出，「將『特別權力關係』區分為『基礎關係』與『經營關係』，並將原先對於權利與救濟的限制歸屬於後者，然後宣稱並主張前者已有所突破，在實質上這當然意味著進步—權利保護的

---

<sup>7</sup> BVerfGE 33, 1 ff.

<sup>8</sup> 關於 Ule 「基本關係」與「經營關係」區分理論所受批判之整理，Püttner, Grund- und Betriebsverhältnis, DVBl. 1987, S. 190 ff.

<sup>9</sup> 司法院大法官釋字第 323 與第 338 號解釋。

<sup>10</sup> 認為「基本關係」與「經營關係」區分理論仍有其存在價值之見解，vgl. Püttner, aaO, S. 192 ff.

<sup>11</sup> 吳庚，前揭註 6，頁 228。

進步，但是所遭遇的問題早就被預定了，還是邊界界定問題，只是現在『特別權力關係』的邊界往後退了」<sup>12</sup>。

在「基礎關係」與「經營關係」之區分架構下，「特別權力關係」仍然存在，這特別於最高行政法院之判決清楚地表現出來。在其近年之裁判中，除遵循大法官相關解釋所提出之基準外，並不避諱使用「管理（即經營）關係」與「特別權力關係」之用語，於「管理關係」範圍內所生之爭議，直接援引「特別權力關係」作為不受理訴訟之依據<sup>13</sup>。在多起關於眷舍之爭議案件中，最高行政法院亦直接以當事人是否處於「特別權力關係」中作為是否受理的理由<sup>14</sup>。特別是於九十四年度裁字第一一二三號裁定中謂：「我國就特別權力關係事項是否可經由行政訴訟救濟，原未有法律明文規定，僅經由司法院大法官歷年解釋，就基礎關係逐步放寬」，在此最高行政法院強調，對於特別權力關係事項是否可經由行政訴訟救濟，未有法律明文規定，然而對於「亦」未有法律明文規定之特別權力關係，則並無任何質疑，而率然接受其為既存之法律制度，而大法官解釋則被認定為對於行政訴訟救濟既存限制之「逐步放寬」。正如前述學者所指出，只是「邊界往後退」罷了。

特別權力關係以及以其為基礎之公務員基本權保障問題，仍然是公法學上所必須面對之挑戰。首先，特別權力關係從其開始在審判實

---

<sup>12</sup> 張嘉尹，大學「在學關係」的法律定位與其憲法基礎的反省，臺灣本土法學雜誌，第五十期，頁7（2003）。

<sup>13</sup> 最高行政法院94年度裁字第1123號裁定、93年度裁字第1261號裁定。

<sup>14</sup> 最高行政法院92年度裁字第904號裁定、91年度判字第854號判決、90年度判字第94號判決。

務上出現<sup>15</sup>以來，對於其存在基礎，一直未見說理，乃是被視為既存的法律教條<sup>16</sup>。即使在傳統之特別權力關係經大法官解釋「突破」之後，仍然依舊。縱然是具里程碑意義之釋字第243與第298號解釋，也是預設了特別權力關係之存在，而未說明其存在依據。法釋義學之主要任務在於對實證法之解釋與適用尋求正確之說理，對於作為既存法律教條之特別權力關係，無論是說明其存在或予以解構，都需要更多的說理。其次，單以財產權以及對於服公職權利之直接或重大影響作為是否予以保障之準則，難保不會有基本權保障之漏洞，而有從基本權保障之角度加以觀察之必要。最後，公務員關係中所涉及之權利義務關係相當複雜，關於基本權侵害或影響的態樣也相當多樣，實在有必要做細膩之進一步分析。

<sup>15</sup> 早期行政法院之裁判即已完全未說明理由地否定公務員提起行政訴訟之權利，參照行政法院 43 年度裁字第 7 號、45 年度裁字第 2 號、45 年度裁字第 5 號、47 年度裁字第 65 號等裁定。相關實務見解之介紹，翁岳生，前揭註 5，頁 153 以下。行政法院於 48 年判字第 11 號判例開始使用「特別權力關係」一詞作為人民不得提起訴願之理由，並為行政法院 51 年判字第 527 號、52 年判字第 101 號、52 年判字第 209 號、53 年判字第 3 號、53 年判字第 145 號等判例所依循。自此特別權力關係正式成為具有規範拘束力之法律教條。

<sup>16</sup> 這裡所謂之法律教條，乃用以說明法釋義學論證之起點—法規範之性質，亦即其乃既存而不容否定之前提，其存在本身在法釋義學的論證中，是無須說理的。關於法釋義學與法律教條，以及特別權力關係之法律教條性格，張桐銳，告別「特別權力關係」？—從最高行政法院 94 年裁字第 1123 號裁定談起，收錄於行政法實務與理論（二），頁 44 以下，臺灣大學法律學院出版，初版（2006）。

當然，對於公務員之基本權保障問題不可能在一篇文章中處理殆盡。本文的基本想法是，關於公務員之基本權保障問題，還是應該回歸到一般之基本權釋義理論，如果特別權力關係確實有其特殊性，那麼這個特殊性也應該在一般之基本權釋義理論中尋求答案，透過分析找出在哪一個環節造成其特殊性。本文以下將循基本權釋義學之典型思考路徑，即基本權之保障領域、基本權之侵害以及基本權侵害之正當化等層次<sup>17</sup>，說明公務員基本權保障問題。

## 貳、保障領域

於保障領域層次，本文以下將觀察公務員所享有之基本權。就此首先應予說明者，自屬憲法第十八條所保障之服公職權利；繼而將說明公務員以一般國民身分所享有之基本權（私人領域）；最後，本文將檢討公務員在職務關係上，是否受到基本權保障？

### 一、服公職權利

憲法第十八條保障人民有服公職之權，其保障對象包括公務人員之身分以及基於身分所生之權利。公務人員保障法第九條規定：「公務人員之身分應予保障，非依法律不得剝奪。基於身分之請求權，其保障亦同」，可說是服公職權利保障領域具體化之規定。

---

<sup>17</sup> 關於基本權釋義學之典型思考路徑，李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收錄於憲法理論與實踐（一），頁 77 以下，學林出版，第一版（1999）。

### （一）公務員身分做為保障對象

「身分」概念在法學討論中雖常被使用，但往往未加定義或說明地使用。在公法學上使用「身分」概念最為有名者，大概非 Georg Jellinek 莫屬。雖然 Jellinek 於其「身分理論」(Statuslehre)<sup>18</sup>中並未清楚地界定「身分」概念，但從其論述，仍然可以獲得對「身分」概念之進一步理解。

Jellinek 於說明其所提出之人民相對於國家所處之「消極身分—自由」時強調，在概念分析上，「自由」只能是單數；「複數的自由」這個說法在法律上來說是有意義的。我們固然常會提到著作、講學、集會或結社等等自由，但在所有的案例中，個人所處的狀況是一致的，就只是「自由」<sup>19</sup>。由這個說明我們可以得知，「身分（自由）」乃是一種由多數具體之法律關係所構成之法律狀況，「個別的權利會連結在身分上，但身分本身並非權利」<sup>20</sup>。惟「身分」雖由多數具體之法律關係所構成，但並非這些法律關係之聚合，而是經由對其之抽象化描述而得，Robert Alexy 因此將之稱為「抽象化之整體法律地位」<sup>21</sup>。人民之個別的活動可能會受到限制，但其所擁有之「消極身分（自由）」此一「抽象化之整體法律地位」本身不會因此一限制而改變。

<sup>18</sup> 關於 Jellinek 身分理論之深入探討，李建良，基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起（上）（下），憲政時代，第二十九卷，第一期，頁 1 以下（2003）；第二十九卷，第二期，頁 175 以下（2003）。

<sup>19</sup> Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. unveränderter Nachdruck, 1963, S. 103.

<sup>20</sup> AaO, S. 83 f.

<sup>21</sup> Alexy, Theorie der Grundrechte, stw 582, 2. Aufl., 1994, S. 231 f.

此一身分概念可以運用到公務員與國家間之關係，亦即將公務員身分理解為由公務員關係中各種具體之權利義務所構成之「抽象化之整體法律地位」，其特徵在於公務員身分不會因個別公務員權利之受到限制而改變。服公職權利所保障者，首先即在於公務員身分之取得與保有。當然，所謂公務員身分取得之保障不表示人民有要求擔任公職之請求權，而是保障人民有平等之擔任公職機會。至於公務員身分之保有，釋字第二四三號解釋已確認其受服公職權利所保障，從而將公務員身分之剝奪理解為對服公職權利之直接影響。

## （二）基於公務員身分之權利

服公職權利保障範圍之進一步闡釋，乃是以釋字第二九八號解釋為開端。該解釋所謂「對於公務員有重大影響」，由於是針對懲戒處分，又是補充釋字第二四三號解釋，很容易被理解為對於公務員身分有重大影響。然而，公務員身分乃是「由公務員關係中各種具體之權利義務所構成之抽象化之整體法律地位」，公務員身分本身並不會因具體之公務員權利義務關係改變而改變，因此，所謂「對於公務員有重大影響」，如果指的是公務員身分本身之重大影響，在概念上便有些費解。因此，只能將之理解為對於公務員關係中各種具體之權利義務關係之影響。這樣之理解乃是將服公職權利與公務員身分脫離，公務員身分理解為服公職權利之保障內容之一，而非透過公務員身分去理解服公職權利。換言之，所謂「對於公務員有重大影響」應是指對於服公職權利而言，而非指對公務員身分之重大影響。

釋字第三二三與第三三八號解釋，乃是對於第二九八號解釋所提出之「重大影響」基準之具體化，在這兩號解釋中將官等之認定以及

級俸之審定理解為對服公職權利之重大影響，事實上肯認了官等與俸給乃是服公職權利之保障內容。不過，如果肯認官等與俸給乃是服公職權利之保障內容，那麼，在公務人員任用資格審查上認定為不合格或降低原擬任之官等（釋字第三二三號解釋），以及級俸之審定，都可以直接認定為對服公職權利之侵害，而無需藉助於「重大影響」之基準。由此可以看出，大法官隱約之間乃受到釋字第二四三與第二九八號解釋之影響，而將服公職權利與公務員之身分等同。此後之解釋則脫離此一影響，而直接去界定服公職權利：

1. 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（釋字第五七五、第六〇五號解釋）。

2. 公務人員依法銓敘取得之官等俸給，「憲法上服公職權利所受之制度性保障」（釋字第四八三、第六〇五號解釋）。

3. 包括「公務人員任職後依法令晉敘陞遷之權」（釋字第六一一號解釋）。

## 二、私人領域

公務員於其私人領域內如一般國民一樣享有基本權，這在今日已無爭議。關於公務員於服公職權利外其他基本權之保障，最值得注意的是財產權。從大法官釋字第一八七號解釋開始突破特別權力關係以來，公務員關係中之公法上財產請求權，一直是實務上爭議之重點。關於公務員請領退休金之權利，在釋字第一八七與第二〇一號解釋中還只泛稱為「法律基於憲法規定所賦予之權利」，至於受到哪一個憲法規定所保障，則並未指明。釋字第二四六號解釋對於公務人員之退休

與養老制度之建立，乃以憲法第八十三條為其憲法基礎，從這號解釋來看，公務員依法請領退休金及保險養老給付，只是法律上之權利，並不受到基本權之保障。不過，釋字第266號解釋認為，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，乃是影響人民之財產權。大法官解釋之方向似乎從此轉向基本權保障，不過到底受何基本權保障，則有所分歧。依其解釋，公務人員之公法上之財產請求權受財產權保障者，包括「請領福利互助金」（釋字第三一二號解釋）及「公保養老給付」（釋字第四三四號解釋）。至於支領俸給與退休金，則受到服公職權利之保障（釋字第五七五、第六〇五號解釋）<sup>22</sup>。由這幾號解釋來看，似乎以是否與公務員關係具有直接之法律關聯性為判準，福利互助金與公保養老給付因另有其法律上基礎，從而並非受服公職權利所保障。不過，公務員關係乃是由法律形成其內容，在相關法令所規定之各種財產上請求權，是否與公務員關係具有直接之法律關聯性，認定上並不容易。值得注意的是，學說上有認為公法上財產請求權，限於權利人對該權利之取得有所付出，才屬於受憲法保障之財產權<sup>23</sup>。如依此一見解，公務員依法令所取得之各種財產上請求權，未必都能受到財產權之保障。在此情形，服公職權利保障範圍之廣、狹，將影響公務員依法令所取得之各種財產上請求權受憲法保障之可能性。

---

<sup>22</sup> 審查意見之一似乎質疑本文將公務員的退休金等財產權利列為私人領域。惟本文雖將支領俸給與退休金於此處與其他公法上財產請求權一併討論，但援引釋字第575號、第605號解釋而直接指出，其受服公職權利保障，甚為明白。

<sup>23</sup> 蔡維音，社會國之法理基礎，頁106，正典出版公司，第一版（2001）。

公務員於私人領域之基本權保障問題，另外值得注意者，乃是公務員政治基本權之行使與限制之問題，就此本文以下將作進一步探討。在此單就保障領域部分，只擬提出一項觀點，即所謂「私人領域」內之活動，不一定在下班後，在上班時間也有可能，例如於執行職務中配戴反核標章。至於此等行為是否允許，則屬於基本權限制之問題<sup>24</sup>。

### 三、職務關係？

公務員執行職務時，乃以職務執行人之身分從事活動，從而為國家組織之一環，為受基本權拘束之義務人，而非得行使基本權之權利主體。公務員執行職務之行為既非屬以基本權主體身分行使其基本權之行為，對該行為所發之命令或指示因此並非對基本權之干預<sup>25</sup>。不過，職務執行上之指令如觸及人性尊嚴，學說上有認為例外地可主張基本權之保障<sup>26</sup>。

關於公務員執行職務之領域，大法官之立場似與上述見解相符。於釋字第四八三號解釋中，大法官雖認為調任構成對公務員服公職權利之侵害，但理由則在於「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」，顯然調任係因其所生之事實上效果，而

---

<sup>24</sup> BVerwGE 84, 292 ff.

<sup>25</sup> Isensee, *Öffentlicher Dienst*, in: Benda, Ernst/ Maihofer, Werner/ Vogel, Hans-Jochen (Hesg.), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik*, 2. neubearb. und erw. Aufl., 1995, § 32 Rn. 81 ff.; Schnapp, *Amtsrecht und Beamtenrecht, Eine Untersuchung über normative Strukturen des staatlichen Innenbereichs*, 1977, S. 275 ff.; Leuze, *Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beamten*, ZBR 1998, S. 187 ff.

<sup>26</sup> Leuze, aaO, S. 189.

非其本身構成對公務員服公職權利之侵害。釋字第五三九號解釋更明白指出，司法院於庭長任期屆滿後，令免兼庭長之人事行政行為，「性質上僅屬機關行政業務之調整」，「與……法官身分保障之意旨尚無抵觸」。

## 參、基本權之侵害

### 一、基本權侵害之概念

基本權之「侵害」乃是對於人民自由活動之阻止或妨礙，其態樣可能為國家之法律上規制行為，也可能是事實行為。法律上之規制乃透過命令、禁止或允許而規制人民之行為，可說是典型之基本權侵害行為<sup>27</sup>。事實行為則是以不具規制性格之行為，阻止人民基本權之行使或造成妨礙<sup>28</sup>。從事實行為來看，已經顯示出，人民基本權之行使實際上受到阻止或妨礙才是重點所在，至於行為態樣如何，則並不重要。換言之，觀察角度乃從行為之態樣轉移到行為之事實上效果。此一轉移擴大了觀察視野，蓋一個事實上之影響效果可能來自事實行為，也可能來自法律行為<sup>29</sup>。法律行為之基本權侵害性格固然通常可予肯認，並無問題，然而，如爭議之重點在於其所生之事實上影響效果，那麼對其基本權侵害性格之認定，便應就其所生之事實上影響效果來認

<sup>27</sup> 學說上將之稱為傳統之侵害概念，並歸納出其特徵為：目的性、直接性、法效性或規制性，以及下命性或強制性。李建良，前揭註 17，頁 85。

<sup>28</sup> 關於侵害基本權之事實行為，同上，頁 86 以下。

<sup>29</sup> 關於對基本權之事實上影響的具體型態，同上，頁 87 以下。

定。在此情形，其所面臨之情況與事實行為之基本權侵害性格之判定，並無不同。問題都在於：國家行為對於人民基本權之事實上影響，是否得認定為基本權之侵害。

事實上影響當然必定要連結到國家行為，才能被認為構成對基本權之侵害。由於行為所造成之事實效果，在想像上其因果鏈可以是無限遠，因此產生一項難題，即在何等範圍內之事實效果可以歸結到國家行為上，而構成對基本權之侵害。對於此一問題，本文認為判斷之基準在於：

此一事實影響是否是行為之直接目的，若為肯定，則構成基本權之侵害；如果並非直接目的，而只是附隨產生之事實效果，則考量影響之嚴重程度以及是否可預見或有所預見，亦即限於可預見或有所預見之對於基本權之重大影響，才構成基本權之侵害<sup>30</sup>。

以上為關於基本權侵害概念之一般說明，此一基本理解有助於對各種侵害公務員基本權之態樣做進一步之分析。對此，本文以下將以懲處與調任為例，進一步探討其基本權侵害性格。

## 二、懲處與基本權侵害

懲處處分，「實質上屬於懲戒處分」(釋字第四九一號解釋)。不過，懲戒處分不論輕重，除公務員懲戒法第九條第三項所定之例外情形外，皆由具法院性質之公務員懲戒委員會作成；懲處處分則限於對公

---

<sup>30</sup> 張桐銳，論行政機關對公眾提供資訊之行為，成大法學，第二期，頁 159 以下(2001)。

務人員之服公職權利有直接或重大影響者，始得對之提起行政訴訟，顯然尚有所差別。無論如何，從基本權侵害的角度來看，顯然大法官認為必須是對於公務人員之服公職權利有直接或重大影響之懲處處分始構成基本權之侵害，從而應予司法救濟之機會。

此一觀點顯然是從懲處之法律效果出發。懲處處分為以意思表示為要素，得直接發生法律效果之法律行為，亦即為法律上之規制行為，應無爭議。如前所述，法律上之規制乃是基本權侵害之典型型態，不過，懲處處分有輕重之分，依據處分所直接發生的法律效果是否屬對服公職權利之直接或重大影響，而認定是否構成基本權之侵害，尚無可厚非。然而，此一觀點不夠全面，對於懲處處分之規制內容有所忽略。

如果我們將懲處與刑罰做對照之觀察，可以發現對於懲處處分規制內容之忽略之處。就刑罰規定來看，處罰本身固然就構成對基本權之侵害，但處罰規定在處罰外另有其規制內容，而足以構成對人民基本權之侵害。以誹謗罪為例，其規制內容乃是對言論自由之限制<sup>31</sup>。由於處罰部分已足以構成基本權之侵害，所以在司法救濟可能性上，通常無需進一步深究由構成要件部分所表現出之規制內容，而如釋字第509號解釋所顯示地，在實體審查部分才會將之考慮進來。但在懲處部分，去認知到處罰構成要件所表現出之規制內容，對於基本權侵害性格之判定已深具意義。

關於懲處之要件，並不像刑法有個別處罰之構成要件，除公務人員考績法第十二條第三項，對一次記二大過處分明定其處罰要件外，

---

<sup>31</sup> 司法院大法官釋字第509號解釋。

原則上與懲戒相同<sup>32</sup>，以職務義務之違反為處罰之要件，因此對基本權之法律規制內容，乃表現於職務義務之相關規定，而不在處罰規定本身。但在職務義務規定不明確的情形下，對基本權之規制內容則必須由具體之處分行為來看。例如，德國法官法第三十九條規定：「法官於職務內、外之行為及從事政治活動時，應維持人民對其獨立性之信賴」，如果法官因發表政治性言論被認為違反此一規定而受申誡處分，此一申誡處分之規制內容除了申誡處罰之附加之外，還包括對該個案宣示，該法官不得發表該言論。由於此申誡處分所具有之對該法官言論自由之法律上規制性格，應肯認其基本權侵害性格，而得對之提起司法救濟。

公務員之職務義務，包括針對職務執行上之職務義務，以及針對職務外活動之職務義務。懲處處分在處罰效果外另具規制內容者，多是違反針對職務外活動之職務義務，所作之懲處處分。對於此類懲處處分，如肯定其基本權侵害性格，尚須進一步考慮者，為訴訟類型問題。由於此類處分乃是對於公務人員於具體個案，對其基本權所作之法律上規制，乃是具有直接對外效力之單方法律行為，為行政處分，可對之提起撤銷訴訟以求救濟。

---

<sup>32</sup> 吳庚，前揭註 6，頁 271。

### 三、調任與基本權侵害

#### (一) 調任之概念

關於調任，學說上之概念使用與現行法中用語之使用似乎並不一致。學說上將德國聯邦公務員法第二十六條所規定之 *Versetzung* 稱為「調任」，另將德國公務員法上未明文規定之 *Umsetzung* 稱為「調職」。此二者之區別在於，原則上「調任」是轉換到其他官署之調動，而「調職」則是同官署內之調動<sup>33</sup>。另也有將之譯為「職位調動」(*Versetzung*) 與「職務調整」(*Umsetzung*)<sup>34</sup>。至於現行法中之概念使用，依現職公務人員調任辦法第三條之規定，所謂調任指「具有擬任職務法定任用資格人員，於不同職務間之調動」，似乎並未區分是否於同官署內之調動。在實務上，例如將公務人員從殯葬處第二課課長調為同處第四課課員，仍稱之為調任<sup>35</sup>。從這些概念使用情形來看，現行法上之「調任」概念似乎可理解為學說上所提出類型之上位概念。本文依循現行法上之用語，至於官署間之調動以及同官署內之調動，為避免用語混淆，乃採後者之譯法，即分別稱為「職位調動」與「職務調整」。

<sup>33</sup> 陳敏，行政法總論，頁 321，自版，第三版（2003）；程明修，對公務人員職務調動處分的行政訴訟，收錄於行政訴訟論文彙編（三）—人事行政爭訟，頁 444 以下，司法院出版，一版（2002）。

<sup>34</sup> 盛子龍，行政訴訟法新制下公務員職務調整之全力救濟，法令月刊，第五十三卷，第十期，頁 4（2002）。

<sup>35</sup> 公務人員保障暨培訓委員會（95）公審決字第 0287 號決定。

## （二）調任作為對基本權之法律上之規制？

調任乃是以意思表示為要素而直接發生法律效果之行為，亦即其乃法律行為，法律上之規制行為。然而，其意思表示之內容乃是職務之變動，而職務領域如前所述，並非基本權之保障領域，因此，調任雖屬法律上之規制，但並非對基本權之法律上規制，從而並不因被界定為法律上之規制，而認定為基本權侵害。不過，此對於職位調動，亦即將公務人員轉換到其他官署之調動，則有所爭議。

關於職位調動，國內學說上多接受德國法上之見解，認為已直接改變公務員之法律上地位，因此是行政處分<sup>36</sup>。至於認定已直接改變公務員之法律上地位之理由，有認為「至少因為上司改變而已經直接改變公務員之法律上地位」<sup>37</sup>，亦有認為「因其已經逸出『機關內部』範疇，所以屬於具有外部效力的行政處分」<sup>38</sup>。無論如何，如依循此一見解，可基於同一理由肯定其基本權侵害性格。惟實務上之立場則有所不同。例如，最高行政法院認為，將公務員由台北市殯葬管理處副處長之職位調任為台北市社會局專員，並非行政處分<sup>39</sup>；同樣地，將公務員由台北縣住宅及城鄉發展局國宅管理課課長職位調任為台北縣地政局課員，亦被認定並非行政處分<sup>40</sup>。

<sup>36</sup> 陳敏，前揭註 33，頁 321；程明修，前揭註 33，頁 444；盛子龍，前揭註 34，頁 4。

<sup>37</sup> 程明修，同上。

<sup>38</sup> 李建良，前揭註 1，頁 138。

<sup>39</sup> 最高行政法院 93 年度裁字第 1024 號裁定。

<sup>40</sup> 最高行政法院 94 年度裁字第 1894 號裁定。

對於此一問題，癥結點在於，跨官署之調動是否已脫離職務領域而進入服公職權利之保障領域？如果是跨行政主體之調動，由於法律關係之相對人已改變，肯定其已涉及服公職權利之保障領域，似可接受；至於同行政主體之跨機關調動，雖然直屬上司改變或「逸出『機關內部』範疇」，法律關係之主體並未改變，似仍應認為純屬職務領域。因此仍屬對於職務領域內事項之法律上規制，並不因此而得以定性為基本權侵害。基於同樣之理由，其亦非行政處分。

### （三）調任作為對基本權之事實上影響

調任是職務領域內之法律上規制，然而卻可能對公務人員之服公職權利具有事實上影響。這些事實上影響是否能構成對基本權之侵害，並不是容易回答之問題。關於調任之事實上影響，可就底下幾種情形分別檢討：

1. 「高資低用」：將高職等之公務人員調任為較低官等或職等之職務。
2. 將公務人員由主管調任為非主管，致使公務人員喪失主管加給。
3. 將公務人員由主管調任為非主管，致損及公務人員之聲望名譽。
4. 將公務人員變動任職所在地而予以調任，致影響公務人員之家庭生活或對家人之照料。

對於以上所舉案例，首須注意者在於，在所有案例中調任行為對當事人所生之事實上影響，都不是調任行為所意欲之效果，而是調任

行為之附隨效果。因此，其是否構成對基本權之侵害，端視其是否為對於基本權之重大影響，以及對此一重大影響是否可預見或已有所預見。

關於「高資低用」，釋字第四八三號解釋指出，「致使高資低用人員於調任後如何戮力從公，成績卓著，又不論其原敘職是否已達年功俸最高級，亦無晉敘之機會，實際上生類似降級或減俸之懲戒效果」<sup>41</sup>。其事實效果既與法律上之規制（降級或減俸）相當，自屬對於服公職權利之重大影響，且此一重大影響乃屬可預見，可肯定其構成對服公職權利之侵害。

關於主管職調非主管職，以致喪失主管加給，最高行政法院九十四年度裁字第一八九四號裁定認為，主管加給「係因主管人員所擔任主管『職務』之性質，依法給予之加給，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給」，因此認定此情形之調任並未損及公務人員之身分、官等級俸給等權益，並非行政處分。此一見解有導致誤解之可能性。依公務人員俸給法第三條之規定，俸給分為本俸（年功俸）與加給，另依公務人員保障法第十四及第十五條之規定，法定加給與俸級同樣受到保障—雖然在法律保留之要求上有程度之差，前者「非依法令不得

---

<sup>41</sup> 審查意見之一認為，高資低用產生之晉級限制並非調任行為之事實上結果，而是該行為「依法所生之法律效果」。本文以為，不論自然因果律下之事實上後果，或另依其他法規所生之法律效果，只要非屬一個法律上規制行為之意思表示所直接發生之法律效果，都屬該法律上規制行為所生之「事實上影響」。高資低用所生之晉級限制，雖是因調任而使公務員處於不利的法律狀態，但此一不利的法律狀態並非調任行為之意思表示內容，故似仍應定性為「事實上影響」。

變更」，後者「非依法律不得降級減俸」。換言之，加給構成俸給之一部分，如有「非依法令之變更」，使加給減少或喪失，應仍可認定為違法之減俸。因此，如只強調主管加給「係因主管人員所擔任主管『職務』之性質，依法給予之加給，並非本於公務人員身分依法應獲得之俸給」，只是說明了主管加給並非本俸（年功俸），尙未能說明何以因調任喪失主管加給，不構成減俸，反可能使人誤以為「非依法律之減俸」不包括法定加給之「非依法令變更」。當然，在此只是指出導致誤解的可能性，並非認為本判決確實採此一見解。相反地，本文以為，本判決適切地指出了，主管加給與主管職務之擔任可說是一體之兩面，因此，從主管職調非主管職而喪失主管加給，「並未產生一個在法律上需另加以評價之事實上效果」<sup>42</sup>。

與上不同，因由主管職調非主管職，而可能導致之對公務人員聲望名譽之傷害，乃是需另外考慮其評價問題之事實上影響。對於此一事實上影響之評價，實務上看法並不完全一致。最高行政法院九十年度判字第一一七四號判決認為，「遴任兼庭長法官者，俱為司法精英，得獲任兼庭長法官者，莫不引為其司法生涯之重大成就與榮譽。如驟予改調不兼任庭長之法官又不予調陞，能否謂對其聲望名譽與工作士氣不發生重大影響，亦有推敲餘地」，並從而將原兼任庭長之法官，改調派為不兼任庭長之法官，乃是行政處分。最高行政法院九十三年度

---

<sup>42</sup> 兩位審查人不約而同地質疑，主管調為非主管所致主管加給之喪失，是否為「事實上」影響。本文於此處指出，「並未產生一個在法律上需另加以評價之事實上效果」，以結論來說，與審查意見相同。當然，以本文之敘述脈絡來說，不免有前後矛盾之嫌。為如實反映審查意見與本文之敘述脈絡與觀點，內文部分不作修改，僅在此說明。

裁字第一〇二四號裁定則認為，抗告人雖謂本件調任（按：由台北市殯葬管理處副處長調任台北市政府專員）「依一般公認之價值判斷，顯有降級之效果；對抗告人之公務員身分之聲望名譽發生重大之影響」，「惟抗告人所述，並未舉證以證實之，況前開情事縱已發生，亦係抗告人一己之見解及心理反應，尚非其於法律所保障之權利、利益有所減損」。

對於此一問題，首須確定者，名譽為法律所保障之權利或利益，應無疑問。而基於名譽對於個人人格發展之重要性，肯認其為人格權之一環，而受憲法保障<sup>43</sup>，並不為過。其次，名譽是否確實受到毀損，舉證困難，對名譽權之保障因此未必限於名譽確實受到毀損之情形。例如，刑法第三一〇誹謗罪之規定，以誹謗行為「足以毀損他人名譽」為已足。是以，在此所應考慮的是，依調任之具體情況，依一般社會通念，是否可認為足以對個人造成負面之評價，若為肯定，且此一事實上影響為可預見或已有所預見，則應肯定其構成基本權之侵害。

關於將公務人員變動任職所在地而予以調任，致影響公務人員之家庭生活或對家人之照料，學說上參考德國法制而認為，「機關首長在行使對公務員職務調整之裁量時，基於對公務員之照顧義務，即必須斟酌職務調整對公務員個人家庭生活之影響，如果未予斟酌即屬裁量有瑕疵。公務員即可基於結果除去請求權或照顧請求權請求服務機關應為回復原狀之必要處置」<sup>44</sup>。此一見解乃是在法律保障層次尋找可主張之權利依據。然而，在現行法上並無照顧義務之明文規定的情形下，

<sup>43</sup> 關於人格權之憲法保障，參照司法院大法官釋字第 603 號、第 587 號、第 486 號等解釋。

<sup>44</sup> 盛子龍，前揭註 34，頁 7。

要論證我國公務員法制上不僅有照顧義務，甚至公務員有照顧請求權，恐怕會過於牽強。如從憲法之角度，婚姻與家庭既受憲法之制度性保障<sup>45</sup>，而於釋字第三六二號解釋中，聲請人主張憲法第二十二條保障之婚姻自由權，大法官亦予受理，可以推論婚姻與家庭不僅受憲法上之制度性保障，也是人民得以在憲法上主張防禦權之主觀法律地位。對於家庭生活之可預見或已預見之重大影響，應得界定為基本權之侵害<sup>46</sup>。

#### （四）小結

綜上所述，調任雖為法律上之規制行為，但屬於職務領域內之法律上規制，因此，就此一法律行為本身而言，其並不構成基本權之侵害。惟調任所引起之事實上效果，如屬對公務人員基本權有重大影響，且此一影響為可預見或已預見，則可因此一事實效果而認定為基本權之侵害。值得注意的是，調任雖可因其事實上效果而被認定為基本權之侵害，但仍不得因此認定為行政處分，蓋行政處分要件中之「直接

---

<sup>45</sup> 司法院大法官釋字第 554 號。

<sup>46</sup> 審查意見之一認為，針對調整職務，照顧請求權可以提供之保障範圍，比直接訴諸「婚姻與家庭制度保障」更多，並因而主張，在公務員法的處理上，以「婚姻與家庭制度保障」之放射效力出發，建構對公務員照顧義務以及引申出之請求權，似乎更能充分納入公務員關係的特色。此一意見甚具參考價值。惟本文以為，如果在純憲法層次從「婚姻與家庭制度保障」推論出照顧請求權，無異於直接由憲法所保障之制度推論出給付請求權，依目前基本權釋義學上之多數觀點，恐怕有困難。至於在法律層次，如果現行法有關於對公務員照顧義務之規定，本文可以贊同，基於合憲性解釋，可推論出照顧請求權。在欠缺照顧義務規定之情形下，本文以為只能訴諸防禦權。

對外發生法律效果」此一要件，應純就意思表示之內容來認定，而非依據其事實上效果<sup>47</sup>。

## 肆、基本權侵害之正當化

### 一、公務員制度內容之形成與法律保留原則

服公職權利之保障內容，包括公務員身分本身以及由公務員身分衍生之權利，均是由法規範所建立，服公職權利因此可說是由法規範形成其內容之基本權。同時，服公職權利之保障內容也構成由法規範所建立之公務員制度之一環。形成公務員制度內容之法規範未必是形式意義之法律，或有形式意義法律之授權，例如，內政部為緩和回復戶警分立制度所帶來之衝擊，所發布之「戶警分立實施方案」<sup>48</sup>，即非法律，也非授權命令。然而問題即在於，是否公務員制度內容之所有事項都屬於法律保留事項？可否以行政規則或職權命令來加以規範？

如果相關事項純屬職務領域，既與公務員之基本權無關，如非組織上之法律保留事項，自得以行政規則來加以規範。如果涉及公務員之權利，大致上可以依循干預與給付之區分來解決。例如，關於公務人員曾任公營事業人員，其服務於公營事業期間，得否併入公務人員年資，以為退休金計算之基礎，大法官即以其屬給付行政措施而未嚴格要求法律保留。對於此一事項固然得立法加以規範，但在此類法律

<sup>47</sup> 相同見解，程明修，前揭註 33，頁 446 以下；盛子龍，前揭註 34，頁 4。

<sup>48</sup> 司法院大法官釋字第 575 號解釋。

施行前，主管機關以授權命令或職權命令加以規範，都未違反憲法第二十三條所定之法律保留原則（釋字第六一四號解釋）。相對地，如屬對公務員服公職權利之限制，則須適用法律保留原則，例如：晉敘陞遷之重要內容應以法律定之（釋字第六一一號解釋）；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（釋字第四九一號解釋）。

## 二、公務員制度作為基本權限制之憲法依據

「特別權力關係」中仍有基本權之適用，此於今日已毫無異議。然而，是否可能以「特別權力關係」作為限制人民基本權之基礎？具體來說，可否以公務員制度作為限制公務員基本權之基礎？

關於基本權之限制，基本的出發點是：受憲法保障者，必須依據憲法才得加以限制。因此，對於受憲法保障之基本權，也只能由憲法加以限制。因此，可否以公務員制度作為限制基本權之基礎，首先要回答的是，公務員制度是否具有憲法位階？是否屬受憲法保障之法益？對此應予肯定，蓋憲法對於人民服公職權利之保障，以及憲法第八十三條、第八十五條及第八十六條第一款之規定，乃以公務員制度為其預設。所以憲法上雖無明文規定，仍應肯定公務員制度為不成文之憲法上制度。

然而，肯定公務員制度為憲法上之保護法益，還不足以推論出可以公務員制度直接作為限制公務員基本權之依據。從憲法上之規定來看，關於基本權之限制，可以區分為「憲法上之直接限制」與「憲法上之間接限制」。所謂之「憲法上之直接限制」係指限制基本權的規範

本身具有憲法位階。憲法中毫無疑問可認為是憲法對基本權之直接限制者，如憲法第二十八條第二項對現任官吏被選舉權之限制、第七十五條對立法委員服公職權利之限制或第一〇三條對監察委員兼任其他公職或執行業務之限制等等。與直接相對者自屬間接。所謂「憲法上之間接限制」係指，限制基本權之法規範本身雖不具憲法位階，但此一限制規範之制定是基於憲法之授權<sup>49</sup>。憲法第二十三條所規定之「侵害保留原則」，即可理解為憲法上限制人民基本權之一般性地授權條款。之所以作一般性之授權，顯然是基於民主原則，人民的代表擁有一般之決定權限，包括限制人民基本權之權限。從反方面來說，一般性之限制人民基本權之權限乃賦予人民的代表來行使，除非在憲法上能另尋得依據，或基於法律之授權，其他國家機關不能限制人民之基本權。

公務員制度內容中，包含對人民基本權之憲法上直接限制者，大概只有憲法第八十六條第一款，依其規定，人民一定要通過考試院之考選銓定，始得取得公務人員任用資格，可說是對於人民服公職權利之憲法上直接限制。至於憲法第八十條雖規定法官應超出黨派，但尚不足以認定為對法官政治活動之憲法上直接限制<sup>50</sup>。除此之外，要直接以公務員制度作為對人民基本權之限制依據，所能考慮者，為是否有可能存在所謂之「憲法上不成文之直接限制」，亦即以具憲法位階的價值，作為限制人民基本權之依據。與此一概念相類似者，為基本權內在界限之理論。在學說上有以此理論論證「特別權力關係」之存在價

---

<sup>49</sup> 關於對基本權之憲法上的直接限制與間接限制，vgl. Alexy, aaO, S. 258 f.。

<sup>50</sup> 張桐銳，法官之政治活動—從德國法制經驗檢討我國法制化之取向，頁 124 以下，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文（1992）。

值者，例如 Detlef Merten，就主張「特別權力關係」構成人民基本權之內在界限<sup>51</sup>。

不論是「憲法上不成文之直接限制」或「基本權之內在界限」，所涉及者都屬受憲法保障之基本權與其他憲法法益之衝突<sup>52</sup>。此一衝突必須經由利益衡量來加以解決。然而，關於人民基本權相互間之衝突，或基本權與公益間之衝突，從憲法第二十三條來看，其調節應屬於立法者之權限。換言之，憲法法益雖可以作為限制人民基本權之理由，但由憲法第二十三條所規定限制人民基本權之要件來看，其只相當於該條所要求之公益目的，並無法因此脫免法律保留之要求。因此，不論是「憲法上不成文之直接限制」或「基本權之內在界限」，都有賴於法律之具體化。因此，不論是基於維護審判獨立、維護行政中立或其他維護公務員制度之理由，而限制公務人員之基本權利，都必須有法律依據。這在我國，特別是關於公務人員政治活動之限制，是一個特別需要反省之問題。

---

<sup>51</sup> Merten, Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis, in: Ders. (Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1984, S. 73 f.

<sup>52</sup> 由於在此涉及之第三者的基本權或具憲法位階之價值具「原則」性格，因此 Alexy 稱之為「具原則性格之憲法上的直接限制」，vgl. Alexy, aaO, S. 262。比較前述所引之我國憲法上對基本權之直接限制條款，可以看出這些條款確實都具「規則」性格，從而突顯出「具原則性格之憲法上的直接限制」與「不成文之憲法上的直接限制」此二概念間之關聯性。

## 伍、結語

以上依循一般限制人民基本權之典型審查順序，對於公務員之基本權保障問題，依序檢索。本文相信，要告別特別權力關係，這是必須做的基本功夫。由於公務員關係內容之複雜、多樣，顯然不是本文所能完全處理。關於公務員基本權保障問題，還需要更多的討論與分析，除了憲法層次，行政法層次之分析恐怕更為重要。當然，此二者關聯之緊密程度，再如何強調也不為過。在基本權理論層次之討論，本文深信，對於公務員權利救濟之行政法層次問題，諸如對於主觀公權利理論之影響，或行政處分之概念等問題，具有重大意義，惟限於本文之論證架構，無法詳述。最後，本文想回到最初所提到的，公務人員保障法所規定之復審與申訴程序之區分問題。如果依照本文前面之敘述，顯然這個區分有調整之必要。不過，本文在此所要強調的是，此一區分甚至無維持之必要。蓋可否提起行政訴訟，完全由行政法院依照行政訴訟法之規定來認定即可，無須管在保訓會踐行何等程序，因此，無論何種案件，在保訓會中以同一種程序處理即可。內部法與外部法之區分，對於行政法院是必要的，但對於保訓會作為行政內部之救濟機關，則否。

## 參考文獻

### 書籍

吳庚，行政法之理論與實用，自版，增訂八版（2004）。

陳敏，行政法總論，自版，三版（2003）。

蔡維音，社會國之法理基礎，正典出版公司，一版（2001）。

Alexy, Robert, Theorie der Grundrechte, stw 582, 2. Aufl., 1994.

Isensee, Josef, Öffentlicher Dienst, in: Benda, Ernst/ Maihofer, Werner/ Vogel, Hans-Jochen (Hesg.), Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik, 2. neubearb. und erw. Aufl., 1995, § 32.

Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. unveränderter Nachdruck, 1963.

Merten, Detlef, Grundrechte und Besonderes Gewaltverhältnis, in: Ders. (Hrsg.), Das besondere Gewaltverhältnis, 1984, S. 53 ff.

Schnapp, Friedrich E., Amtsrecht und Beamtenrecht: Eine Untersuchung über normative Strukturen des staatlichen Innenbereichs, 1977.

### 期刊論文

李建良，公務人員保障法復審及申訴標的之探討，月旦法學雜誌，第九十期，頁 112-140（2002）。

李建良，基本權利的理念變遷與功能體系—從耶林內克「身分理論」談起（上）（下），憲政時代，第二十九卷，第一期，頁 1-29（2003）；第二十九卷，第二期，頁 175-209（2003）。

盛子龍，行政訴訟法新制下公務員職務調整之權利救濟，法令月刊，第五十三卷，第十期，頁 3-13（2002）。

張桐銳，論行政機關對公眾提供資訊之行爲，成大法學，第二期，頁 121-183 (2001)。

張嘉尹，大學「在學關係」的法律定位與其憲法基礎的反省，台灣本土法學，第五十期，頁 3-23 (2003)。

張桐銳，法官之政治活動—從德國法制經驗檢討我國法制化之取向，國立臺灣大學法律學研究所碩士論文 (1992)。

Leuze, Dieter, Das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Beamten, ZBR 1998, S. 187 ff.

Püttner, Günter, Grund- und Betriebsverhältnis, DVBl. 1987, S. 190 ff.

### 專書論文

李建良，基本權利理論體系之構成及其思考層次，收錄於憲法理論與實踐 (一)，頁 55-101，學林文化，一版 (1999)。

林明鏘，我國公務人員保障法之研究，收錄於公務員法研究 (一)，頁 131-171，自版，一版 (2000)。

張桐銳，告別「特別權力關係」？—從最高行政法院 94 年裁字第 1123 號裁定談起，收錄於行政法實務與理論 (二)，頁 41-64，自版，初版 (2006)。

程明修，對公務人員職務調動處分的行政訴訟，收錄於行政訴訟論文彙編 (三) —人事行政爭訟，頁 443-531，司法院 (2002)。

翁岳生，論特別權力關係之新趨勢，收錄於行政法與現代法治國家，頁 139-151，自版，三版 (1985)。

## 摘要

公務員關係向來屬於「特別權力關係」之一環，時至今日，「特別權力關係」只是範圍縮小，並未完全解構。本文主張，應以基本權理論檢討公務員關係，以解構特別權力關係。因此，本文循保障領域、基本權侵害、以及基本權侵害之正當化等思考路徑，分別說明公務員所受到憲法保障之基本權、對於公務員基本權之侵害態樣、以及對於公務員基本權侵害之正當化問題。

中原財經法學

## **Civil Servant and Fundamental Human Rights**

**Tung-Jui Chang**

### **Abstract**

Civil servant's relation to government belongs to the “special authority relations”, which, even to this day, but the range shrinks for the “special authority relations”, have not totally solved. This text advocates, should examine civil servant's relation to government with the theory of fundamental human rights, in order to solve the “special authority relations”. So, this relation should be reviewed from the angle of protection area of fundamental human rights, intervention in fundamental human rights, and justify of intervention in fundamental human rights. In this text then are shown Civil servant's fundamental human rights, moulds of intervention in his fundamental human rights, and justify of these interventions.

Key words: Civil servant, special authority relations, right to be civil servant, intervention in fundamental human rights, administrative punishment, personnel transfer, the civil service system