

※有關應晉升職級、職等而未獲晉升係屬違法，且升遷有所不公，致其受有薪津、專業加給及退休金之損害，請求國家賠償乙案

發文機關：臺北市政府法規委員會

發文字號：臺北市政府法規委員會96.02.08.簽見

發文日期：民國96年2月8日

本件關於 貴局所屬本市稅捐稽徵處（以下簡稱稅捐處）退休人員上官百成主張其68年至91年於稅捐處任職期間，自委任第五職等開始任用、應晉升職級、職等而未獲晉升係屬違法，且升遷有所不公，致其受有薪津、專業加給及退休金之損害，請求國家賠償乙案，本會意見如下：

一、本件請求權人檢送民事聲請協議書兼聲請確答書，主張其68年至91年於稅捐處任職期間，自委任第五職等開始任用、應晉升職級、職等而未獲晉升係屬違法，致其受有薪津、專業加給及退休金之損害，請求國家賠償新臺幣 250萬 1,053元，如經 貴局檢視相關卷證，認請求權人所訴顯係對人事法令欠缺認識，以致誤認其薪津、專業加給有所短少，並不符合國家賠償法第 2條第 2項要件，擬予函復拒絕賠償，本會敬表同意。

二、惟本件請求權人主張稅捐處未依法任用及晉升職等，致其受有薪津及專業加給之損害，其前提仍在於確認任用及升等處分是否違法不當，關於人民對於行政機關作成否准之行政處分，未依行政訟爭程序請求救濟，可否逕行請求國家賠償乙節，建請加列下述意見作為拒絕賠償理由：

（一）查人民主張其權利受公權力積極或消極侵害，得訴請行政法院審查公權力行為（作為或不作為）是否合法，如不合法，則由行政法院撤銷之，或由行政法院課與行政機關作為之義務，學者稱此為第一次權利保護（primärer Rechtsschutz），行政機關之違法行為經行政法院撤銷或經行政法院命為作為後，人民若仍有損害，則得依國家賠償法相關規定提起國家賠償訴訟，學者稱此為第二次權利保護（sekundärer Rechtsschutz）。可知人民欲請求第二次權利保護，應以第一次權利保護有理由為前提。而我國係採司法二元制，行政訴訟法第12條規定「民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之；前項行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序。」此規定係針對行政處分成為他種訴訟之先決問題而設。依此規定觀之，民事或刑事法院在行政爭訟程序確定前，既應停止其審判程序，足見行政處分是否無效或違法，應先由行政爭訟程序確定之（最高法院93年臺上字第2014號判決意旨參照）。且就行政機關之作為或不作為是否違法，應否撤銷，或課與義務命其作為等，均屬行政法院審判權之範圍。如其處分確係有效存在，縱內容有不當或違法，而在上級官署未依訴願程序撤銷以前，司法機關自不能否認其效力（最高法院52年臺上字第 694號判例意旨參照）。故人民主張因行政機關之行政處分遭受侵害，如得請求第一次權利保護，而因故意過失怠於請求，應不得再行請求第二次權利保護，否則，若違法行政處分之受害人，不經行政爭訟救濟程序，均得於國家賠償法第 8條所定 2年或5 年消滅時效期間內，請求國家賠償，則提起行政爭訟期間之限制將形同虛設，且勢必迫使民事法院審查行政處分之違法性，而有侵越行政法院審判權之虞。

（二）又按「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願。但法律另有規定者，從其規定」、「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內為之」、「復審之提起，應自行政處分達到之次日起三十日內為之。」，訴願法第 1條第 1項、第14條第 1項、公務人員

保障法第30條第 1項均定有明文。本件請求權人主張稅捐處所為68年至91年間就其任用、升等之決定，有違法或不當，致損害其權利或利益，則依上開規定，其自得於收受稅捐處上開處分之次日起30日內提起訴願或復審。是法律就此情形，被上訴人應如何尋求救濟，已有明文規範，可資遵循，請求權人在未依行政爭訟程序確定前，亦難逕指稅捐處所為處分為違法。

- (三) 行政處分是否無效或違法，既應先由行政爭訟程序確定之，且就行政機關之作為或不作為是否違法，應否撤銷，或課與義務命其作為等，均屬行政法院審判權之範圍，本件請求權人對於稅捐處所為任用及未予升等之行政處分，未依行政爭訟程序請求救濟，不得逕請求國家賠償，既如前述，則關於稅捐處所為處分有無不法，及請求權人是否受有損害及其數額之爭執，即無再為斟酌之必要。

三、另關於請求權人主張稅捐處升遷不公造成其損害乙節，如該處置僅係機關內部管理措施，依司法院釋字第 243號解釋意旨觀之，該處置並未改變公務員身分關係，亦未對公務員權利義務產生重大影響，並非行政處分，請求權人如有不服，僅得依公務人員保障法規定提起申訴、再申訴。又因申訴程序不服之客體為「服務機關所提供之工作條件及所為之管理措施」，在解釋上認為係指行政處分以外對機關內部生效之表意行為或事實行為（吳庚著，行政法之理論與實用增訂 8版，第 267頁-268頁參照），故上開管理措施之性質應屬機關內部管理行政措施，與國家賠償法第 2條第 2項前段規定之公務員居於國家機關之地位，行使統治權作用之「行使公權力」行為有別，法務部92年 5月26日法律字第0920020958號書函釋示在案。

備註：本函釋所引判例，依 108年 4月 1日修正， 108年 7月 4日施行之法院組織法第57條之 1第 2項規定，其效力與未經選編為判例之最高法院裁判相同。