最　高　行　政　法　院　判　決

110年度上字第615號

上　訴　人　涂信義

訴訟代理人　朱駿宏　律師

被 上訴 人　內政部移民署

代　表　人　鐘景琨

上列當事人間復職事件，上訴人對於中華民國110年8月19日臺北高等行政法院109年度訴字第1035號判決，提起上訴，本院判決如下：

主　文

原判決關於駁回上訴人請求被上訴人應給付新臺幣2,573,687元及該訴訟費用部分均廢棄，移送至臺灣臺北地方法院。

其餘上訴駁回。

駁回部分上訴審訴訟費用由上訴人負擔。

理　由

一、爭訟概要：

(一)上訴人原係被上訴人前身內政部入出國及移民署（民國104年1月2日組織調整，更名為內政部移民署即被上訴人）所屬○○○○○○○○○○○○○○○（下稱○○○○○○）薦任第7職等至第8職等專員，經銓敘審定薦任第8職等年功俸6級630俸點。上訴人嗣因假藉職務上之機會，故意犯竊盜罪，經臺灣高等法院104年3月10日103年度上更(一)字第100號刑事判決，判處有期徒刑6月，不得易科罰金，並經最高法院104年8月5日104年度台上字第2333號刑事判決上訴駁回確定（下稱刑事確定判決）。其所受刑罰於104年10月8日經核准易服社會勞動，並於105年6月間執行完畢。

(二)上訴人因上開違失行為，前經被上訴人層報內政部將其移付懲戒，經公務員懲戒委員會（現改制為懲戒法院，下稱公懲會）103年6月13日103年度聲停字第19號議決書，依原公務員懲戒法第4條第1項（現為第5條第1項）規定議決停止職務，並於103年6月18日執行。嗣被上訴人因組織調整，以10

4年9月3日移署人字第1040034712號令（下稱被上訴人104年9月3日派令），核派上訴人任○○○○○○○○○○○○○（下稱○○○○○○）薦任第6職等至第7職等科員，暫支薦任第8職等年功俸6級630俸點，溯自104年1月2日（移民署組織調整日）生效，控留職缺，並繼續停職，業經銓敘部104年9月22日部銓一字第1044016095號函銓敘在案。另被上訴人以上訴人上開違法失職案件移付懲戒，經公懲會以104年9月4日104年度鑑字第13112號議決書議決降1級改敘確定。

(三)被上訴人依行為時公務人員任用法第28條第1項第5款及第2項規定，以104年9月3日移署人字第10400347121號令（下稱被上訴人104年9月3日免職令），將上訴人予以免職，並溯自104年8月5日刑事判決確定之日生效。上訴人不服，於106年8月30日提起復審，經被上訴人以106年9月15日移署人字第1060105596號書函（下稱被上訴人106年9月15日變更書函）變更104年9月3日免職令之法條依據為行為時公務人員任用法第28條第1項第4款，經公務人員保障暨培訓委員會106年11月28日106公審決字第0267號復審決定書，關於被上訴人106年9月15日變更書函部分復審駁回；其餘復審（即被上訴人104年9月3日免職令）不受理。嗣上訴人對之提起行政訴訟，前經原審107年7月25日107年度訴字第135號判決，撤銷被上訴人106年9月15日變更書函及該部分復審決定，其餘之訴駁回，經上訴本院109年1月9日109年度判字第5號判決駁回上訴確定。

(四)上訴人於109年1月31日向被上訴人申請復職，經被上訴人109年2月26日移署人字第1090001204號令（下稱原處分），核定准予上訴人復職並降1級改敘，派代被上訴人所屬○○○○○○○○○○○○（下稱○○○○○）薦任第6職等至第7職等科員，暫支薦任第8職等年功俸5級610俸點。上訴人不服原處分關於核派之職務為科員部分，提起復審，經決定駁回，提起行政訴訟，並聲明：1.復審決定及原處分關於復職決定所核派之職務為科員部分，應予撤銷；2.被上訴人就上

訴人109年1月31日復職申請，應核派為專員職務；3.被上訴人應給付上訴人新臺幣（下同）2,573,687元。經臺北高等行政法院（下稱原審）109年度訴字第1035號判決（下稱原判決）駁回。上訴人仍不服，遂提起本件上訴，並聲明：1.原判決廢棄；2.復審決定及原處分關於復職決定所核派之職務為科員部分，應予撤銷；3.被上訴人就上訴人109年1月31日復職申請，應核派為專員職務；4.被上訴人應給付上訴人2,573,687元。

二、上訴人起訴主張及被上訴人於原審之答辯均引用原判決所載。

三、原判決駁回上訴人之訴，係以：

(一)依公務人員保障法第10條第1、2項、公務員懲戒法第7條第1項規定可知，依公務員懲戒法第5條規定停止職務之公務員，於停止職務事由消滅後，如未經懲戒法庭判決或經判決未受免除職務、撤職或休職處分，且未在監所執行徒刑中者，得依法申請復職，服務機關或其上級機關應回復原職務或與原職務職等相當或與其原敘職等俸級相當之其他職務，如仍無法回復職務時，應依公務人員任用法及公務人員俸給法有關調任之規定辦理。又依公務人員俸給法第21條第1項、第2項與公務員懲戒法第7條第1項所規定停職公務人員復職後補發之薪俸，均規定僅為「本俸（年功俸）」，並不包含加給。又103年至108年軍公教人員年終工作獎金發給注意事項第6點第3款規定，可知公務人員因案停職而符合前揭要件許其復職者，其於停職期間之年終工作獎金，除本俸（年功俸）部分應全額發給外，加給部分則需按實際在職月數比例發給。

(二)公務人員停職，除因公務人員考績法第12條第1項第2款第2目、第18條因專案考績受1次記2大過免職處分確定前之先行停職外，另尚有依其他法律停職之情形，如依公務員懲戒法第4條、第5條、公務員服務法第13條第4項、警察人員人事條例第29條等先行停（撤）職規定。又依公務人員考績法第

18條、公務人員考績法施行細則第24條第2項及其於104年12月30日立法理由意旨可知，依其他法律停職者（即非依公務人員考績法第18條規定先行停職者），限於已依法提起救濟而撤銷原行政處分並准予復職者，其停職期間始得併計為任職年資。至於公務人員於停職期間之考績，則應回歸公務人員考績法第3條規定，即任職滿1年者辦理年終考績、任職不滿1年但連續任職已達6個月者辦理另予考績、或有重大功過時隨時辦理專案考績，如全年無實際任職，無從辦理考績，自不能依同法第7、8條規定給與年終或另予考績獎金。又依公務員服務法第12條授權之公務人員請假規則第10條第1項、行政院與所屬中央及地方各機關公務人員休假改進措施第1點、第5點、銓敘部88年9月3日(88)臺法二字第1804354號函及94年3月7日部銓一字第0942459142號函釋等可知，公務人員於停職期間，既無執行職務之事實，亦無利用休假期間從事休閒活動，自無法依該等規定核發「未休假加班費」、「休假補助費」。

(三)上訴人原係被上訴人所屬○○○○○○薦任第7職等至第8職等專員，經銓敘審定薦任第8職等年功俸6級630俸點，其因違失行為，經公懲會103年6月13日決議停職。嗣被上訴人因組織調整，以104年9月3日派令，核派調任為○○○○○○薦任第6職等至第7職等科員，暫支薦任第8職等年功俸6級630俸點，溯自104年1月2日組織調整日生效，並繼續停職。上訴人所涉違失行為，經公懲會104年9月4日議決降1級改敘。則針對上訴人109年1月31日復職申請，被上訴人以其係受降1級改敘懲戒處分，同意申請，並以其所停職務於機關組織調整時已變更為科員，以原處分發布復職並降1級改敘，核派新職為○○○○○科員，符合公務員懲戒法第7條、公務人員保障法第10條第2項規定，於法無不合。

(四)上訴人前經公懲會議決停職並於103年6月18日執行，之後被上訴人免職處分經行政法院判決撤銷確定，上訴人仍屬停職中公務員。而上訴人原經銓敘審定薦任第8職等年功俸6級63

0俸點，嗣經公懲會104年9月4日議決降一級改敘確定，被上訴人以原處分准予復職，核派為○○○○○科員，暫支薦任第8職等年功俸5級610俸點（並經銓敘部109年12月4日部銓一字第1094972620號函銓敘審定）。則被上訴人應補發上訴人停職期間（即103年6月18日至109年3月9日）之本俸（年功俸）及年終工作獎金，扣除被上訴人於上訴人停職期間（103年6月18日至104年8月4日）已發給之半數俸額283,155元，於被上訴人因漏未考量上訴人業於104年9月4日經議決降一級改敘確定，仍以原敘俸級即薦任第8職等年功俸6級630俸點計算之情形下，上訴人既已於109年7月受領3,018,627元，於本件請求被上訴人應依其主張再給付逾此金額之俸額、年終工作獎金、考績獎金、未休假加班費及休假補助費等計2,573,687元，尚屬無據自應駁回。至被上訴人表示因上訴人業於104年9月4日經議決降一級改敘確定，其依原敘俸級即薦任第8職等年功俸6級630俸點計算之應補發金額計3,018,627元有誤，計算結果被上訴人溢發143,746元乙節，係上訴人應否返還143,746元予被上訴人之問題，不影響本件結論。又上訴人訴請撤銷並復職為專員，於法未合，則其依行政訴訟法第7條合併請求被上訴人賠償其俸額、年終工作獎金、考績獎金、未休假加班費及休假補助費等計2,573,687元云云，性質屬附帶請求，非可單獨提起行政訴訟，已失所附麗，應併駁回等語，為其判斷之基礎。

四、本院按：

(一)上訴駁回部分：

1.公務人員保障法第10條第1項、第2項規定：「（第1項）經依法停職之公務人員，於停職事由消滅後3個月內，得申請復職；服務機關或其上級機關，除法律另有規定者外，應許其復職，並自受理之日起30日內通知其復職。（第2項）依前項規定復職之公務人員，服務機關或其上級機關應回復原職務或與原職務職等相當或與其原敘職等俸級相當之其他職務；如仍無法回復職務時，應依公務人員任用法及公務人員

俸給法有關調任之規定辦理。」有關公務員懲戒法上之停職與復職，該法第4條規定：「公務員有下列各款情形之一者，其職務當然停止：一、依刑事訴訟程序被通緝或羈押。二、依刑事確定判決，受褫奪公權之宣告。三、依刑事確定判決，受徒刑之宣告，在監所執行中。」第5條第1項規定：「（第1項）懲戒法庭對於移送之懲戒案件，認為情節重大，有先行停止職務之必要者，得裁定先行停止被付懲戒人之職務，並通知被付懲戒人所屬主管機關。（第2項）前項裁定於送達被付懲戒人所屬主管機關之翌日起發生停止職務效力。（第3項）主管機關對於所屬公務員，依第24條規定送請監察院審查或懲戒法院審理而認為有免除職務、撤職或休職等情節重大之虞者，亦得依職權先行停止其職務。」第7條第1項規定：「依第4條第1款或第5條規定停止職務之公務員，於停止職務事由消滅後，未經懲戒法庭判決或經判決未受免除職務、撤職或休職處分，且未在監所執行徒刑中者，得依法申請復職。服務機關或其上級機關，除法律另有規定外，應許其復職，並補給其停職期間之本俸（年功俸）或相當之給與。」（該條文於109年6月10日修正公布、同年7月17日施行，除將公務員懲戒委員會更名為懲戒法院外，其餘條文均同修正前之規定）。可知，服公職為公務人員之權利（憲法第18條參照），惟公務人員於行政責任確定前，為利行政責任之調查及公益之維護，先行停止公務人員之職務，有其必要性。而停職期間，公務人員身分及其公法上職務關係仍存在，並可支領部分薪俸。至公務人員停職事由消滅後，公務人員得申請復職，其服務機關亦有於一定期間內通知其復職之義務，以資保障。所謂復職，指回復公務人員職務，然公務人員停職有久暫之別，短期者或可即行回復原任職務，於機關或公務人員，不生影響；但對於長期停職後復職者，為維機關業務之運作，機關尚非不得調派其他人員擔任其職，是以現行方式，對復職之公務人員回復其與原職

務職等相當之職務，以兼顧機關公務進行之順暢與公務人員之權益保障。

2.另公務人員任用法第18條第1項第2款、第3款規定：「現職公務人員調任，依下列規定：……二、經依法任用人員，除自願者外，不得調任低一官等之職務。自願調任低官等人員，以調任官等之最高職等任用。三、在同官等內調任低職等職務，除自願者外，以調任低一職等之職務為限，均仍以原職等任用，且機關首長及副首長不得調任本機關同職務列等以外之其他職務，主管人員不得調任本單位之副主管或非主管，副主管人員不得調任本單位之非主管。但有特殊情形，報經總統府、主管院或國家安全會議核准者，不在此限。」而公務人員於停職期間，其服務機關基於業務順暢或組織調整，在法律無明文禁止且符合前揭公務人員任用法第18條第1項之規範下，並非不得予以調任。上訴人於原審雖援引銓敘部78年10月14日(78)臺華甄一字第306206號函（見原審卷第161頁），主張公務人員在繼續停職期間不得改派新職。惟該函釋引用公務人員任用法第28條第3款，依當時法條規定，「因案停止職務，其原因尚未消滅者」屬於公務人員任用之消極資格。而上開規定於公務人員任用法85年11月14日修正時業已刪除，是其案件事實與法律規範與本件並非全然相同，況該函釋並非法律、命令，本件自不受其見解之拘束。經查，上訴人原係被上訴人前身內政部入出國及移民署所屬○○○○○○薦任第7職等至第8職等專員，經銓敘審定薦任第8職等年功俸6級630俸點。上訴人嗣因假藉職務上之機會，故意犯竊盜罪，經刑事確定判決判處有期徒刑6月，不得易科罰金，其所受刑罰於104年10月8日經核准易服社會勞動，並於105年6月間執行完畢。上訴人因上開違失行為，前經公懲會於103年6月13日，依原公務員懲戒法第4條第1項（現為第5條第1項）規定議決停止職務，並於103年6月18日執行。嗣被上訴人因組織調整，以被上訴人104年9月3日派令，核派上訴人任○○○○○○薦任第6職等至第7職

等科員，暫支薦任第8職等年功俸6級630俸點，溯自104年1月2日（移民署組織調整日）生效，控留職缺並繼續停職。另被上訴人以上訴人上開違法失職案件移付懲戒，經公懲會於104年9月4日議決降1級改敘確定。被上訴人復依行為時公務人員任用法第28條第1項第5款（嗣更正為第4款）及第2項規定，於104年9月3日將上訴人予以免職，並溯自104年8月5日刑事判決確定之日生效。上訴人不服循序提起行政訴訟，經原審107年度訴字第135號判決，撤銷被上訴人106年9月15日變更書函及該部分復審決定，其餘之訴駁回，上訴後經本院109年度判字第5號判決駁回上訴確定。上訴人於109年1月31日向被上訴人申請復職，經被上訴人以原處分核定上訴人復職並降1級改敘，派代被上訴人所屬○○○○○薦任第6職等至第7職等科員，暫支薦任第8職等年功俸5級610俸點等情，為原審依調查證據之辯論結果所確定之事實，核與卷內證據相符。原判決據以論明被上訴人對於上訴人109年1月31日復職之申請，以其係受降1級改敘懲戒處分，同意申請，並以其所停職務於機關組織調整時已變更為科員，以原處分發布復職並降1級改敘，核派新職為○○○○○科員，符合公務員懲戒法第7條及公務人員保障法第10條第2項之規定，於法並無不合。原判決業敘明其判斷之依據及得心證之理由，並就上訴人在原審之論據，何以不足採取，分別予以指駁，並無違反證據法則、經驗法則或論理法則等情事，因而駁回上訴人在原審之訴，認事用法並無違誤，經核並無判決違背法令之情形。上訴意旨主張依公務人員保障法第10條第1項、第2項規定，復職係回復原職之意，應以受停職處分執行之103年6月18日為基準日，當時上訴人經銓敘審定薦任第8職等年功俸6級630俸點，被上訴人卻以原處分核派之職務為薦任第6職等至第7職等科員，暫支薦任第8職等年功俸5級610俸點，自有違誤；且原判決認公懲會議決降1級改敘，核派新職為○○○○○科員於法並無不合云云，誤認本案復職

之基準時點，顯有法規適用不當之違法云云，核係其一己之主觀之見解，並不足採。

3.行為時公務人員任用法第28條第1項第4款、第5款、第2項規定：「（第1項）有下列情事之一者，不得任用為公務人員：……四、曾服公務有貪污行為，經有罪判決確定或通緝有案尚未結案。五、犯前2款以外之罪，判處有期徒刑以上之刑確定，尚未執行或執行未畢。但受緩刑宣告者，不在此限。……（第2項）公務人員於任用後，有前項第1款至第9款情事之一者，應予免職；……」此乃公務人員消極資格之免職規定。查上訴人因假藉職務上之機會，故意犯竊盜罪，公懲會於103年6月13日以103年度聲停字第19號議決書，依原公務員懲戒法第4條第1項（現為第5條第1項）規定議決停止職務，並於103年6月18日執行。上訴人上開竊盜犯行，嗣經刑事法院判處有期徒刑6月，不得易科罰金確定；被上訴人遂依行為時公務人員任用法第28條第1項第5款（嗣更正為第4款）及第2項規定，以104年9月3日免職令，將上訴人予以免職，並溯自104年8月5日刑事判決確定之日生效；上訴人不服循序提起行政訴訟，其免職處分嗣經法院判決撤銷確定等情，為原審依法確定之事實。準此，被上訴人所為免職處分經法院判決撤銷確定，即上訴人自始未受免職處分，而回復原有職務。惟公懲會所為停職議決未經撤銷，上訴人仍處於停職狀態，上訴人是否復職，應依前揭公務員懲戒法第7條規定辦理。上訴意旨主張依行政程序法第118條規定，上訴人所受免職處分溯及失其效力，則伴隨免職處分之停職處分，亦將附而撤銷；原判決未及於此，無適用行政程序法第118條規定，認上訴人所受停職處分狀態仍屬存續，顯有適用法律不當之違法云云，自無足採。

4.原判決駁回上訴人此部分在原審之訴，經核並無違誤。上訴意旨指摘原判決此部分違背法令，請求廢棄，為無理由，應予駁回。

(二)廢棄移送部分：

1.按行政訴訟法第2條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」又依照法院組織法第7條之3第1項規定：「法院認其無審判權者，應依職權以裁定將訴訟移送至有審判權之管轄法院。但其他法律另有規定者，不在此限。」此項規定依行政法院組織法第47條規定，於行政訴訟事件準用之。另國家賠償法第5條規定：「國家損害賠償，除依本法規定外，適用民法規定。」同法第12條明定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」是行政法院審判權對象雖為公法上之爭議，但個案爭議如屬國家賠償所生公法上爭議，應循民事訴訟程序向普通法院救濟，行政法院無審判該訴訟之權限，倘誤向行政法院起訴，行政法院應依職權以裁定將訴訟移至有審判權之管轄法院。另行政訴訟法第7條規定「提起行政訴訟，得於同一程序中，『合併請求』損害賠償或其他財產上給付。」並未明定「合併提起訴訟」，故其文義上並不僅限於客觀訴之合併之情形，又斟酌該條之立法過程，乃在使當事人於提起行政訴訟時得「附帶」提起不同審判系統之訴訟，以連結行政訴訟與國家賠償訴訟審判權，而達訴訟經濟目的之意旨，並參照該條立法理由第3點明文闡述：「向行政法院『附帶』提起損害賠償之訴，自應適用行政訴訟程序，而其實體上之法律關係，仍以民法有關規定為依據……。」是行政訴訟法第7條規定所謂「合併請求」損害賠償或其他財產上給付，其訴訟法上之意義，依行政訴訟法與國家賠償法之規範體系而言，不宜限制解釋為客觀訴之合併，而應包含當事人於提起行政訴訟時，就同一原因事實請求之國家賠償事件，得適用行政訴訟程序「附帶」提起損害賠償或其他財產上給付訴訟，行政法院並於此情形取得國家賠償訴訟審判權之意，以符合立法意旨及立法理由，復可與國家賠償法第11條但書規定：「但已依行政訴訟法規定，『附帶』請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴。」配合適用。是當事人主張因行政機關之違法行政行為受有損害，循序向行政

法院提起行政訴訟，並依行政訴訟法第7條規定於同一程序中，合併依國家賠償法規定請求損害賠償者，因行政法院就國家賠償部分，自當事人依法「附帶」提起國家賠償時起取得審判權，而案件經行政法院審理後，如認行政訴訟部分因有行政訴訟法第107條第1項第2款至第10款情形而不合法者，此時行政訴訟既經裁定駁回，其依國家賠償法附帶提起國家賠償之訴部分，屬附帶請求之性質，非可單獨提起之行政訴訟，因而失所附麗，自得一併裁定駁回（本院98年6月份第1次庭長法官聯席會議㈡決議參照）。準此，當事人主張行政機關之行政行為違法而提起行政訴訟，另就因該行政行為受有損害部分「附帶」請求國家賠償，其行政訴訟之請求與國家賠償之請求係基於同一原因事實（同一違法行政行為），國家賠償始有「附帶」可言。此時行政訴訟經以起訴不合法裁定駁回，其附帶提起國家賠償之訴部分，既屬附帶請求之性質，非可單獨提起之行政訴訟，因而失所附麗，應一併駁回，而無庸依職權移送至民事法院。至若兩者所主張之原因事實（違法行政行為）並非同一，而為各別之行為，則當事人提起國家賠償訴訟，因非附帶請求之性質，而係獨立之國家賠償事件，應適用民事訴訟程序，由民事法院審理，行政法院並無審判權，依上述規定，應依職權移送至有審判權之民事法院。

2.本件上訴人起訴聲明第1項、第2項，訴請撤銷復審決定及原處分關於復職決定所核派之職務為科員部分；另被上訴人就上訴人109年1月31日復職申請，應核派為專員職務，係對復職處分不服，而以之為程序標的（下稱行政訴訟請求部分）。至上訴人起訴聲明第3項，訴請被上訴人應給付上訴人2,573,687元，乃主張被上訴人於104年9月3日將上訴人免職，業經法院判決撤銷該免職令確定在案，則上訴人因被上訴人違法免職處分，自104年9月10日起至109年3月9日止免職期間，受有不能領取全額薪資、年終工作獎金、考績獎金、未休假加班費及休假補助之損害，扣除被上訴人已給付

之金額外，被上訴人尚應給付2,573,687元（下稱國家賠償請求部分）。經核國家賠償請求部分係以被上訴人之「免職處分」違法，致其受損，請求國家賠償，與前述行政訴訟請求部分之程序標的為「復職處分」有異，前者並無附帶請求之性質，而是獨立之民事事件，應由普通法院審判。茲上訴人對之提起行政訴訟，本院並無審判權，依上開規定及說明，將本件移送至有審判權之管轄法院。又以中央或地方機關為被告時，由該機關所在地之法院管轄，民事訴訟法第2條第1項後段定有明文。本件被上訴人之機關所在地為臺北市中正區，屬臺灣臺北地方法院管轄區域，爰將本件移送至該法院。原判決以上訴人訴請撤銷並復職為專員，於法未合，應予駁回，上訴人聲明第3項屬附帶請求性質，非可單獨提起之行政訴訟，因失所附麗為由，併予駁回，未以行政法院無審判權，將此部分訴訟移送至有審判權之管轄法院，自有未合。上訴論旨雖未指摘及此，惟此係本院應依職權調查之事項，爰將原判決此部分廢棄，移送至有審判權之管轄法院即臺灣臺北地方法院。

五、據上論結，本件上訴為一部有理由、一部無理由。依行政法院組織法第47條、法院組織法第7條之3第1項、行政訴訟法第255條第1項、第256條第1項、第259條第2款、第98條第1項前段，判決如主文。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　23　　日

最高行政法院第一庭

審判長法官　吳　東　都

法官　許　瑞　助

法官　王　俊　雄

法官　鍾　啟　煒

法官　侯　志　融

以　上　正　本　證　明　與　原　本　無　異

中　　華　　民　　國　　112　　年　　8　　月　　23　　日

書記官　蕭　君　卉