高雄高等行政法院判決

高等行政訴訟庭第二庭
111年度訴字第368號
民國112年12月5日辯論終結

原　　告　朱御璋

訴訟代理人　柯晨晧　律師
被　　告　臺南市政府消防局

代　表　人　李明峯
訴訟代理人　黃旺順

上列當事人間任用事件，原告不服公務人員保障暨培訓委員會中華民國111年8月2日111公審決字第304號復審決定，提起行政訴訟，本院判決如下：

主　文

一、原告之訴駁回。

二、訴訟費用由原告負擔。

事實及理由

壹、程序方面：

一、按「（第1項）訴狀送達後，原告不得將原訴變更或追加他訴。但經被告同意，或行政法院認為適當者，不在此限。（第2項）被告於訴之變更或追加無異議，而為本案之言詞辯論者，視為同意變更或追加。（第3項）有下列情形之一者，訴之變更或追加，應予准許：……二、訴訟標的之請求雖有變更，但其請求之基礎不變。……。」行政訴訟法第111條第1項、第2項、第3項第2款定有明文。

二、查原告起訴時訴之聲明為：「一、公務人員保障暨培訓委員會111年8月2日111公審決字第000304號函應予撤銷。二、被告臺南市政府消防局應另為適法之處分。」（見本院卷第11頁）復於民國112年12月6日具狀變更聲明為：「一、復審決

定撤銷。二、被告應作成派任原告為臺南市政府消防局分隊長或與其同一序列之其他職務。」（見本院卷第337頁）核其訴訟標的之請求雖有變更，然其請求之基礎不變，尚無礙於訴訟終結，且被告就原告前揭變更於程序上無異議而為本案言詞辯論，依前揭規定，自應准許。

貳、實體方面

一、爭訟概要：

（一）原告前係彰化縣消防局警佐2階隊員，其應108年特種考試警察人員考試三等考試消防警察人員類科（下稱三等消防警察特考）考試錄取，於108年12月3日分配至被告占隊員職缺（警佐3階至警佐1階或警正4階）實施教育訓練及實務訓練，經訓練期滿成績及格，被告即以110年1月25日南市消人字第0000000000號令派代為被告警正4階隊員（現職），並經銓敘部於110年2月5日銓敘審定合格實授，溯及自000年00月0日生效。

（二）原告於110年11月8日委請律師發函向被告申請派任其為與分隊長、科員同一序列職務。被告以110年11月16日南市消人字第00000000000號函（下稱被告110年11月16日函）覆該案涉及全國消防機關「應三等消防警察特考錄取之現職人員」之權益，層面甚廣，尚需銓敘部及內政部消防署（下稱消防署）共同研議後，各消防局始得據以辦理後續事宜。原告於111年3月11日以被告逾2個月法定期間仍未做成任何行政處分為由，向公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）提起復審，經保訓會於111年8月2日以111公審決字第304號復審決定駁回(下稱復審決定)。原告不服，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

（一）主張要旨：

1、原告於108年應三等消防警察特考及格，並自108年12月9日起經中央警察大學108年三等消防警察特考錄取人員教育訓練，於109年10月8日訓練期滿成績及格，業已合格實

授警正4階，依警察人員任用條例規定免予試用6個月即可派任分隊長同序列職務。依公務人員考試法、公務人員任用法等相關法令及100年11月8日內政部內授消字第1000825827號函訂定之「具警察官任用資格人員應公務人員特種考試警察人員考試三等考試消防警察人員類科錄取分發作業規定」（下稱修正前分發作業規定）第3點之說明，以及110年12月28日內政部內授消字第1100826826號函修正訂定之「具警察官任用資格人員應公務人員特種考試警察人員考試三等考試消防警察人員類科錄取分配作業規定」（下稱修正後分配作業規定）第3點第2項規定：「具警察官任用資格人員，應三等警察特考錄取，未具警大畢（結）業資格之消防機關現職人員，分配隊員占缺受訓（包含教育訓練及實務訓練），其配賦原則及分配作業方式如下：……前項人員經實務訓練期滿成績及格，由實務訓練機關以分隊長同一陞遷序列職務任用。」未具警大畢（結）業資格之消防機關現職或非現職三等消防警察特考及格人員，應比照現行公務人員考取高等考試分發方式，先行派代用人機關送審隊員占缺接受教育訓練後，返回機關實務訓練期滿完成考試程序，取得考試及格證書及分隊長同序列職務（第5序列）任用資格，再由機關辦理陞職至與分隊長同序列職務。而原告於110年11月8日寄送請求派官函請求將其派任與科員、分隊長同序列之職務，惟被告於收受請求派官函後逾2個月卻仍未作為。為維權益，原告提起課予義務復審，請求獲派代與分隊長、組員同序列職務，詎保訓會仍否准復審，故原告依據修正後分配作業規定第3點第2項、公務人員考試法第21條第1項、修正前分發作業規定第3條第2項第1款之公法上請求權提起本件行政訴訟。

2、依行政院人事總處向來之意見和被告於另案自認，公務員先行占缺係公務人員完成分發手續中訓練之前置方式，並非完成分發。原告自考試分發後持續占隊員缺迄今，而未

正確依法派任科員或分隊長同一序列之職務，並不能認為被告已完成對原告之分發義務，原告自得執修正前分發作業規定要求陞任原告為分隊長或科員同一序列之職務。

⑴依修正前分發作業規定第3條第2項第1款規定要旨，消防人員通過三等特考並完成實務訓練後，係先行分發隊員占缺受訓，而不是分發隊員即完成分發程序。

⑵依行政院人事總處辦理先行占缺業務之實務，分發機關之分配為訓練之前置行為，未分配前無從訓練，本質上是分發機關在考試錄取人員進入下一階段訓練考試過程，負責分配考試錄取人員至用人機關訓練之責任及權限，尚不等同於用人機關完成分發。被告辯稱派任原告為隊員已完成分發，不僅與行政院人事總處所持見解顯然不符，也與修正前分發作業規定中強調「派任隊員」係「先行占缺」，而非完成分發之立法意旨違背。

⑶被告於另案自認舊制下通過三等特考之消防人員先行「占缺受訓」後，還要由機關辦理陞遷才完成整個分發流程。故被告就原告通過三等特考後僅完成「占隊員缺受訓」，後續未辦理陞遷，自不能認為分發程序已經完結。

3、依保訓會歷來見解，三等考試及格人員得循復審程序主張應相同三等消防警察特考及格且實務訓練及格者，應派任相同序列之職務：

⑴依保訓會110公審決字第567號復審決定（下稱567號復審決定）要旨：「惟分發至北市消防局之人員，因該局陞遷序列表之第7序列隊員與第5序列分隊長、組員間，尚有第6序列小隊長職務，爰渠等人員於訓練期滿成績及格後，除須先以所占原第7序列隊員職缺分發任用外，尚須經陞任第6序列小隊長職務後，始得陞任第5序列分隊長同一序列職務。又該局代表於前開110年7月5日到會陳述意見時表示，該局為因應司法院釋字第760號解釋意旨，就釋憲申請人及99年以前三等（乙等）警察特考及格未具警大學歷之現職人員，增設消佐班第4類班期辦理進修教育，決

議俟110年該局上開人員全員（共計134人）補訓完成後，再視缺額情形依該局陞遷序列表辦理陞遷，使該局應108年以後三等消防警察特考錄取之現職人員，尚須與上開因司法院釋字第760號解釋補訓後，得派任職務等階最高列警正3階以上職務之現職人員一同競爭，始得陞任分隊長同一序列職務，均使渠等人員之陞遷受有更不利之結果。據上，北市消防局對於同為應108年三等消防警察特考錄取之現職人員，與錄取前已具警大畢（結）業資格之人員，於訓練及格後，為不同陞遷序列職務之任用，顯有差別待遇之情事，且消防署及北市消防局均未能說明為前開差別待遇所欲追求實質重要公益為何。是系爭分發作業規定僅以保障現職消防警察人員分配受訓期間之津貼及年資等為由，一概使渠等未具警大畢（結）業資格人員，受有職務任用及後續晉陞之實質不利分發結果，反造成渠等受有不合理之差別待遇，核亦與平等原則有違。系爭北市消防局110年1月19日令，依系爭分發作業規定派代復審人為該局第二救災救護大隊大安中隊安和分隊警正4階隊員，即有重行斟酌之必要。」故依保訓會向來見解，消防人員請求從隊員身分改依法派任較高序列之職位如分隊長或科員，係請求行政機關依法派任正確之「序列」而與派任具體特定「職務」無涉。

⑵依臺北高等行政法院105年度訴字第1491號判決要旨，公務人員針對將其調任較低序列職務之處分不服而請求派任較高序列職務時，屬於現行法院體系下認可之請求。依被告所頒布人事規定，隊員係第7序列，分隊長與科員則係較高之第5序列。原告以請求派官函請求被告將自身派任較高序列之官職以符合平等原則，本意在爭取獲得正確之序列派任，而不是爭取派任特定分隊之分隊長或特定科室之科員。保訓會以原告無當然取得被派任特定職務之權利為由駁回復審，明顯違誤，與其自身歷來所表示見解相違，更與我國權威學者李建良、李惠宗、程明修肯定公務

人員有請求依法規派任正確官等與職等之見解不合。復參酌監察院之調查意見可知，被告未派任原告擔任分隊長同一序列職務更屬非法之裁量，原告自得請求法院命被告正確派任原告。

⑶行政自我拘束係行政程序法上平等原則之體現，保訓會在其他消防人員申請從較低序列之隊員派任較高序列官職時，均本於「應相同考試及格應派任相同序列職務」准予派官，足認保訓會本次否定身為隊員之原告派任較高序列官職之請求，違反行政自我拘束原則：

①依最高行政法院109年度上字第405號判決要旨，平等原則對於行政作為之要求，乃誡命行政機關對於事物本質相同之事件應作相同處理，即行政機關作成行政行為，對於相同或具同一性之事件，應受其先前合法之行政慣例之拘束，如無正當理由，即應為相同之處理，以保障人民之信賴，並維持法安定性。行政機關對於事物本質相同之事件應作相同處理，此「禁止差別待遇原則」遂形成行政自我拘束，是重要之行政法上法理。

②依據與原告相同情節之林君鴻復審案件中，保訓會567號復審決定所作成之法律意見可知，其本於反對「應相同考試及格者，卻占不同職缺任用之情形」，而准許身為隊員之林君鴻得申請派任較高序列之官職，原告與前開案件所主張之法律情形相同，皆屬未具警大畢（結）業資格之消防隊員與具警大畢業資格者均應相同考試，前者卻只能派任較低序列之隊員而申請派官，並最終獲保訓會許可，原告所主張之法律上爭議與獲准派官之前案完全相同，保訓會卻作成不同決定，其顯然違反行政自我拘束原則。

⑷依臺北高等行政法院109年度訴字第1492號判決要旨可知，所探討之內容係現行佐4類人員與一般警大畢業之學生，因前者係進修教育，兩者所採取之分發資格與任用方式因應教育內容之種類而有所不同，與本件之基礎事實更

不相同，復審決定不察，誤用與本件不符之案例否准原告之請求，殊非適法，自應予撤銷並另為適法處置，以維權益。

⑸被告先將原告占隊員缺受訓並派任隊員之作法，牴觸公務人員考試法第21條第1項規定，且同樣經567號復審決定具體指摘其違法。足認被告先前分發原告為隊員，並不合法。法院先前就相類案件之判決均認定先前派任隊員之處分合法，此部分法律解釋，容有商榷空間。

⑹前揭567號復審決定明確認定「系爭分發作業規定，仍須先派代用人機關占隊員職缺受訓，並受陞遷法逐級陞遷之限制違反平等原則」，惟被告答辯仍認原告應適用逐級陞遷之方式請求派官，於法明顯不合。被告否准原告派任分隊長申請之理由仍係本於已被保訓會揚棄之「逐級陞遷」，其適用法律錯誤，應由法院命被告正確適用法律。

⑺依司法院釋字760號解釋黃瑞明大法官協同意見書、監察院102內調0082調查意見要旨，屬於警察人員之消防人員應有請求政府機關將其與應相同考試者依公平原則任用之權利。若行政機關基於消防人員不具警大學歷或自身缺額估計錯誤而使通過三等考試之消防人員於任用上出現訓而不用之狀況，行政機關之裁量即有未當而應受糾正。本件原告因學歷因素而與應相同考試之人在任用上受有不同待遇，且有訓而不用之情形。原告向被告申請派官，被告卻以並無缺額作為答辯理由，及要求被告應逐級陞遷。依上開見解，被告所作成之裁量即拒絕原告之派官申請，完全與上開受監察院糾正之情形相同，自有不當。原告本於修正後分配作業規定請求派官，應屬有據。

4、原告之派官申請，就原告主張派任分隊長部分，係「不真正溯及既往」，且不論修正後分配規定何時生效，均不妨礙原告申請從隊員派任較高序列之分隊長或科員，原告於修正後分配規定發布前，即已取得合於修正後分配規定之

任官資格，自得依修正後分配規定請求派官，並無違反不溯及既往原則：

⑴參酌保訓會歷來見解，通過三等特考且實務訓及格之消防員且僅獲派隊員者，在消防署110年12月28日發布修正後分配規定前申請派任分隊長或科員者，仍然獲准，有保訓會111年度公審決字第68號復審決定要旨可資參照。且原告與該案復審人，同為通過三等特考且實務訓及格之隊員，並在消防署發布修正後分配作業規定前獲派官職並申請派任較高序列之分隊長，後者既然獲保訓會准許派官，則前者情形與後者相同，同應派任分隊長為妥。

⑵依司法院釋字第714號林錫堯大法官協同意見書要旨，不真正溯及既往乃指行政法規並非適用於過去發生之事實或法律關係，亦非僅適用於將來發生之事實或法律關係，而是適用於過去發生、但現在仍存在、尚未終結之事實或法律關係。前開情形與真正溯及既往並不相同，而為法之所許。而細繹前開見解，職業法定要件之變更既屬於不真正溯及既往之類型，派官函令解釋之變更既關涉公務員職業擔任之要件，當屬不真正溯及既往。從而，原告於修正後分配規定發布前，原已取得合於修正後分配規定之任官資格，並於修正後分配規定公告後，得據此申請派官。原告依修正後分配規定請求派官係請求將前開規定適用於過去發生、但現在仍存在、尚未終結之事實或法律，並無違反不溯及既往原則，而得合法申請。

5、消防署111年2月9日消署人字第0000000000號函（下稱消防署111年2月9日函）釋未表明授權依據，違反法律保留原則：

⑴依司法院釋字第443號、第778號解釋理由書要旨，行政機關就非屬細節性、技術性之事項，不得自行制定行政規定限制人民之權利，且行政機關關於限制人民權利之規定，需先得法律明確授權，否則不得為之。消防署以上開函釋修正後錄取分配規定稱無溯及效力，限縮111年前通過三

等特考且訓練及格消防員之派任分隊長、科員同一序列職務之權利，前開函釋，涉及111年以前通過三等消防人員特考且受實務訓及格消防員得否派任官職之服公職權，對消防員之影響甚大，自應有法律授權始得為之，惟遍查前開函釋內容，均無任何表明係來自何種法律授權之依據，故該函釋在無任何授權之情形下，直接否准111年以前通過三等消防人員特考且受實務訓及格消防員派任分隊長、科員等官職之服公職權，顯然牴觸憲法上法律保留原則，被告與保訓會據該函釋否准原告之派官申請，為無理由。

⑵原告申請派官時，尚無存在上開函釋，若消防署主張依該函認定無溯及效力之條款限縮原告派官權，原告自得依中央法規標準法第18條主張從優原則不受拘束；另參照最高行政法院103年度判字第642號判決要旨，在行政機關受理案件後若法規發生變更，且後法規對人民更不利者，人民得主張從優原則不受其拘束。原告請求派官之日期係110年11月8日，早於前開行政函釋發布日期，依前開見解，原告自得主張該函釋中限縮其派官權條款之部分係不利於原告之變更，依據從優原則，對原告不生效力，復審決定逕對原告為不利益認定，與法不合。

⑶依最高行政法院100年度判字第1924號、108年度判字第385號判決要旨，課予義務類型之行政救濟程序，其請求權是否成立之判斷基準時點，除非救濟程序終結時發生部分不利人民之變更，否則就有利人民之變更，應以救濟程序終結時之新發生之事實與法律狀態為斷。修正後分配作業規定雖發布於原告申請派官之後，然其第3點關於准許應三等警察特考錄取，未具警大畢(結)業資格之消防機關現職人員且分配隊員者，經實務訓練期滿成績及格，由實務訓練機關以分隊長同一陞遷序列職務任用之規定，係有利原告之變更，則關於許可原告派任分隊長或與分隊長同一序列職缺之法律狀態之判斷基準，應取決於修正後分配作業規定，而非修正前分發作業規定。法院於審理課予義務

訴訟之案件中，僅須考量事實審法院言詞審理程序終結前之事實狀態的變更及法律審法院裁判前之法律狀態的變更，而無庸審究前階之隊員派代處分或拒絕處分之效力，以免裁判矛盾。從而，原告有無針對先前派官處分及時提起救濟係與本件無關之爭點。本件法院審理範圍，應僅有原告前曾對被告寄送之派官函是否有理由，而與先前派任原告為警正四階隊員之處分合法性無涉。

⑷原告於108年應三等消防警察特考及格，並於108年12月9日經中央警察大學108年三等消防特考錄取人員教育訓練，於109年10月8日訓練期滿成績及格，且已完成實務訓練。依上開規定修正後見解，關於許可原告派任分隊長或與分隊長同一序列職缺之修正，屬於有利原告之法規變更，原告當得援引前開規定為依據，請求被告派任原告擔任分隊長或與分隊長同一序列之職務。惟被告竟非法拒絕作成對原告有利之人事處分，保訓會復未糾正上開缺失，故原告主張被告應另為適法處分。

⑸由消防署111年2月9日函釋要旨可知，縱係因應函釋意旨適用修正前分發作業規定之消防人員，各地消防局仍應本於「現行規定」與「110年9月28日110年公審決字第567號復審決定判斷理由」，依職權依法派代官職。此部分文字係消防署針對到職日在現行規定發布前之三等特考通過後消防人員有無派官請求權之釋示，對於各地方政府有拘束力，而非原告斷章取義。保訓會567號復審決定書要旨已明載對於同為應108年三等消防警察特考錄取之現職人員，與錄取前已具警大畢（結）業資格之人員，於訓練及格後，為不同陞遷序列職務之任用，顯有差別待遇之情事，並認定派代隊員不合法。足見依修正前作業規定進行分發之消防人員，縱該消防人員不具警大畢（結）業資格，該消防人員仍得依法申請派任與具警大畢（結）業資格人員相同之職缺。原告縱受限於被告所稱「真正溯及」之效力，而係僅能適用修正前分發作業規定（此為假設語

氣，原告否認之）者，然原告仍得依修正後分配作業規定與567號復審決定書判斷理由要旨，主張派任隊員之處分違反平等原則，此部分與是否禁止溯及既往適用完全無關，而是新的請求權行使。被告與復審決定漏未考慮至此，逕為原告不利之判斷，其見解顯然可議。

6、參照司法院釋字第527號解釋理由書、最高行政法院102年度判字第576號判決要旨，行政機關之作為與法院判決，均有禁反言原則之適用，以維護行政機關作為之一貫性，避免人民因行政機關見解之歧異而無所措其手足。各地消防局已出現在修正後分配規定公告前通過三等特考且實務訓練及格之消防員，在修正後分配規定公告後申請派任分隊長或科員者，並獲准予派官者，如被告於111年2月22日所核定葉員與劉員之派官令，將2名應109年三等特考且於110年12月6日完成實務訓及格，即係對在消防署修正規定通過前完成三等特考且實務訓及格之消防員予以派官。被告一面以修正後分配規定否准108年前訓練及格之原告派官申請，一面准許110年訓練及格之消防人員派任分隊長，在相同案例中作出明顯不同法律適用，已違反禁反言原則。

7、被告先前派任原告為隊員之處分有諸多違法，已有567號復審決定要旨可參。依行政程序法第117條規定，違法行政處分縱在救濟期間經過後，其違法仍未消失，仍屬行政機關與法院需應職權撤銷之處分，以避免違法狀態之久存，更不能以此作為行政機關不依法行政之藉口。惟被告持續以原告先前未就派任隊員之處分依法救濟，否准原告本次新提出之派官聲請，不僅將時序不同之兩者混為一談，更鼓勵違法狀態持續保存。被告以原告未對派任隊員處分提出救濟，認定原告不得為派官申請，並不可採。

8、依本院111年度訴字第372號、第417號、第421號任用案件另案被告高雄市政府消防局與被告於本案和另案之答辯可知，修正後分發作業規定應係公法上請求權，地方政府應

本於職權對消防人員三等特考通過且完成受訓之消防人員依法派官。原告請求派官之依據即修正後分配作業規定，依被告和高雄市政府消防局於另案之自認已明確說明係「一律適用」且屬於「公法上請求權」。被告與消防署均明確承認到職日在修正後分配作業規定公布前，未具警大畢結業資格之消防人員三等特考通過者仍得據現行規定派官，以免該等消防人員循司法救濟後仍須派官反生周折。原告之資格符合修正後分配作業規定所定要件，原告請求被告本於職權派任其為分隊長同一序列之職務，應屬法之所許。

9、依現行實務與學說見解，公務員在現況下關於考績案件已有「無瑕疵判斷請求權」，則舉輕以明重，公務員關於影響權益更大之「任用事件」，更應有「無瑕疵判斷請求權」。本件被告依消防署111年2月9日函本於職權依修正後分配作業規定，任用與原告通過三等特考期間、實務訓完成期間、到職日均在修正後分配作業規定發布日110年12月28日前之消防人員為科員，卻拒絕資格相同之原告所為之請求，其判斷顯有疵累。原告自有權利主張本於「無瑕疵判斷請求權」，要求被告正確任用或陞任其為科員或分隊長同一序列之職務。

（二）聲明：

1、復審決定撤銷。

2、被告應作成派任原告為臺南市政府消防局分隊長或與其同一序列之其他職務。

三、被告答辯及聲明：

（一）答辯要旨：

1、修正前分發作業規定第3點規定，應三等警察特考錄取人員，先行分發隊員占缺受訓（包含教育訓練及實務訓練），訓練期滿考試及格後，取得分隊長同序列職務任用資格，再由機關辦理陞職，歷年來各消防機關皆依此規定辦理，為一致性通則。

2、修正後分配作業規定第3點第2項規定，具警察官任用資格人員，應三等警察特考錄取，未具警大畢（結）業資格之消防機關現職人員，經實務訓練期滿成績及格，由實務訓練機關以分隊長同一陞遷序列職務任用。被告曾以111年1月18日南市消人字第0000000000號函向消防署詢問有關修正後分配作業規定之生效時間，經消防署以111年2月9日函覆，內政部110年12月28日訂頒修正後分配作業規定時，已明定自函頒日起生效，無溯及效力。

3、實務作業上，被告107年及108年未將分隊長同序列之職務提報各該年度三等警察特考職缺，被告獲配是類人員，多為消防署就被告現職人員錄取名額範圍內配賦，或由消防署協調被告於年度預算缺額內配賦，且108年以前具警察官任用資格人員應三等消防警察特考及格派任，皆按修正前分發作業規定派任警正隊員職務，是類人員需候缺俟被告分隊長序列職務出缺時，依公務人員陞遷法規定逐級陞遷。

4、原告係應108三等消防警察特考及格人員，依修正前分發作業規定，僅係取得分隊長同序列職務之「資格」，原告無依法當然取得被派任與分隊長、科員同一序列職務之公法上權利，尚無從主張被告有派任原告為分隊長同序列職務之義務，被告依修正前分發作業規定核派原告為警正4階隊員職務，於法有據。

5、保訓會復審決定書已載明復審決定係該會就個案事件依法作成，僅於確定後就該事件有拘束各關係機關之效力，並未改變該個案以外其他案件之法律事實或狀態，且個案事實及適用法規各有不同，尚難率為比附援引。原告援引保訓會不同案件之見解，請求被告作成相同行政作為，尚無足採。

6、原告應108三等消防警察特考及格，被告已依當時有效之修正前分發作業規定，將原告派代為警正4階隊員，原告亦分別完成錄取人員訓練，且取得考試及格證書並依法銓

敘審定在案。原告亦未於法定期間內提起救濟，其考試任用程序已完成，派令業告確定。

7、消防署111年2月9日函已載明修正後分配作業規定自函頒日起生效，無溯及效力。有關109年三等消防警察特考錄取、未具警大畢（結）業資格之現職人員之分發任用，如錄取人員係於110年12月28日前到職者，應適用修正前分發作業規定，如於110年12月28日以後到職者，適用修正後分配作業規定。又依修正前分發作業規定，特考現職錄取人員分配隊員佔缺受訓，未明文規定訓練期滿成績及格僅能派代現職（隊員）職務，爰請參酌修正後分配作業規定及567號復審決定判斷理由，依所報職缺本職權適法任用之。故被告依上開消防署函釋，參酌修正後分配作業規定及保訓會復審決定意旨，派任被告109年三等消防警察特考錄取人員科員職務，於法有據。原告訴請被告依修正後分配作業規定派任其為分隊長、科員同序列職務，則於法無據。

（二）聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：原告得否依據修正後分配作業規定第3點第2項、公務人員考試法第21條第1項、修正前分發作業規定第3條第2項第1款、保訓會567號及111公審決字第68號等復審決定作為依據，請求被告作成派任其為分隊長或與其同一序列職務之行政處分？

五、本院之判斷：

（一）爭訟概要欄所載事實，業經兩造陳明在卷，並有原告簡歷表（見復審卷第203頁）、公務人員履歷表（見復審卷第204頁至第239頁）、考試院考試及格證書（見本院卷第41頁）、結業證書（見本院卷第39頁）、被告110年1月25日南市消人字第1100001927號令（見本院卷第119頁）、銓敘部110年2月5日部特二字第1105322416號函（見本院卷第121頁至第122頁）、德益法律事務所110年11月8日110年德律字第1101108001號函（見本院卷第47頁至第50

頁）、被告110年11月16日函（見本院卷第125頁）及復審決定（見本院卷第55頁至第61頁）附卷可稽，堪予認定。

（二）應適用之法令：

1、公務人員考試法第21條第1項前段：「公務人員各等級考試正額錄取者，按錄取類科，依序分配訓練，訓練期滿成績及格者，發給證書，依序分發任用。……。」

2、公務人員任用法第32條：「……警察人員之任用，均另以法律定之。但有關任用資格之規定，不得與本法牴觸。」

3、警察人員人事條例

⑴第1條：「本條例依公務人員任用法第32條及警察法第3條規定制定之。」

⑵第2條：「警察人員人事事項，依本條例之規定，本條例未規定者，適用有關法律之規定。」

⑶第4條：「警察官、職分立，官受保障，職得調任，非依法不得免官或免職。」

⑷第12條第1項第3款、第2項：「（第1項）警察人員考試及格者，取得任官資格如左：……三、高等考試三級考試或特種考試警察人員考試三等考試及格者，取得警正四階任官資格。（第2項）前項第1款至第3款所列各等級考試及格人員，如無相當官階職務可資任官時，得先以低一官階任官。」

⑸第18條第1項、第2項：「（第1項）警察官任職，依各該機關、學校組織法規之規定，官階應與職務等階相配合。本官階無適當人員調任時，得以同官等低一官階資深績優人員權理。遇有特殊情形，亦得以高一官階人員調任。（第2項）警察官職務，應就其工作職責及所需資格，列入職務等階表，必要時一職務得列2個至3個官階。」

⑹第39條之1：「海岸巡防機關及消防機關列警察官人員之人事事項，由各該主管機關依本條例之規定辦理。」

4、修正前分發作業規定（100年11月8日訂定；見復審卷第145頁至第148頁）

⑴第1點：「內政部為辦理具警察官任用資格人員應公務人員特種考試警察人員考試三等考試消防警察人員類科（以下簡稱三等警察特考）錄取之分發作業，特訂定本規定。」

⑵第3點：「具警察官任用資格人員，應三等警察特考錄取，未具警大畢（結）業資格之消防機關現職或非現職人員，先行分發隊員占缺受訓（包含教育訓練及實務訓練），有關各消防機關缺額提報及本部配賦原則、分發作業方式分別如下：……。」

5、修正後分配作業規定（110年12月28日修正；見復審卷第149頁至第157頁）

⑴第1點：「內政部為辦理具警察官任用資格人員應公務人員特種考試警察人員考試三等考試消防警察人員類科（以下簡稱三等警察特考）錄取之分配作業，特訂定本規定。」

⑵第3點：「（第1項）具警察官任用資格人員，應三等警察特考錄取，未具警大畢（結）業資格之消防機關現職人員，分配隊員占缺受訓（包含教育訓練及實務訓練），其配賦原則及分配作業方式如下：……。（第2項）前項人員經實務訓練期滿成績及格，由實務訓練機關以分隊長同一陞遷序列職務任用。」

（三）原告請求被告依其申請作成派任其為分隊長或與其同一陞遷序列職務，尚乏其據：

1、按人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受違法損害者，經依訴願程序後，得向行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，行政訴訟法第5條第2項定有明文。次按「行政法院對於人民依第5條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，應為下列方式之裁判：……二、原告之訴無理由者，應以判決駁回之。……」此觀行政訴訟法第200條第2款規定甚明。準此，提

起課予義務訴訟之要件，須以依法申請之案件存在為前提。而所謂「依法申請」係指人民依據個別法令之規定，有向該管行政機關請求就某一特定具體之事件，作成行政處分或應為特定內容行政處分之權利者而言。如人民並無請求作成特定內容行政處分之公法上請求權或不符該公法上請求權之法定要件，其雖循序提起課予義務訴訟，均仍為無理由，而應予判決駁回。

2、關於原告以修正後分配作業規定第3點第2項及公務人員考試法第21條第1項作為請求權依據部分：

⑴公務人員考試係國家機關進用公務人員之法定途徑，用人機關依其任用需求提報職缺以供參酌決定錄取人數。對照公務人員考試法第21條第1項前段規定：「公務人員各等級考試正額錄取者，按錄取類科，依序分配訓練，訓練期滿成績及格者，發給證書，依序分發任用。」依該規定文義，僅規定應公務人員考試正額錄取後，應按錄取類科依序分配訓練，期滿成績及格者，發給證書並依序分發任用，並未明文規定用人機關就考試及訓練及格者應分發任用予特定職務，尚難僅由該規定導出應試錄取者得請求用人機關派任特定職務或特定陞遷序列職務之公法上權利存在。

⑵警察人員人事條例第39條之1規定，消防機關列警察官人員之人事事項，由其主管機關依該條例規定辦理。該條例第4條規定消防機關列警察官人員亦採取官職分立制度，官受保障，職得調任。對照該條例第12條第1項第3款及第2項規定，高等考試三級考試或三等警察特考及格者，係取得警正4階之任官資格，依序分發任用予對應其官階之適當職缺，如無相當官階職務可資任官時，尚得先以低一官階任官，足見用人機關對於取得任官資格者所派任職務依其職缺狀況仍具有相當人事裁量空間，從而，亦難認三等消防警察特考及格者具有申請派任特定範圍職務之公法上請求權。

⑶內政部為辦理具警察官任用資格人員應相關消防警察人員類科考試錄取之分發作業事宜，以100年11月8日內授消字第1000825827號函訂定前揭修正前分發作業規定；復於110年12月28日內授消字第1100826826號函訂定前揭修正後分配作業規定。對照修正前分發作業規定第3點及修正後分配作業規定第3點之條文內容（見復審卷第154頁至第155頁），修正後分配作業規定第3點增訂第2項規定：「前項人員經實務訓練期滿成績及格，由實務訓練機關以分隊長同一陞遷序列職務任用。」然該規定由內政部明訂自110年12月28日生效（見復審卷第149頁），自僅以在110年12月28日該規定生效以後尚未辦理錄取分發作業完成者為其適用對象。查原告前係彰化縣消防局警佐2階隊員，其係應108年三等消防警察特考錄取，於108年12月3日分配至被告占警佐3階至警佐1階或警正4階隊員職缺，實施教育訓練及實務訓練，經訓練期滿成績及格，取得三等考試及格證書，被告即以110年1月25日南市消人字第1100001927號令派代為被告警正4階隊員（現職），並經銓敘部於110年2月5日銓敘審定合格實授，溯及自109年12月9日生效；原告並未對前揭各處分表示不服而提起行政救濟等情，有考試院考試及格證書（見本院卷第41頁）、結業證書（見本院卷第39頁）、被告110年1月25日南市消人字第1100001927號令（見本院卷第119頁）、銓敘部110年2月5日部特二字第1105322416號函（見本院卷第121頁至第122頁）、原告之簡歷表及公務人員履歷表(見復審卷第203頁至第206頁)等附卷可稽。足見原告經考試錄取並分配實務訓練及格，均在修正後分配作業規定第3點第2項於110年12月28日生效之前，即非修正後分發作業規定之適用對象，且其既經被告適用當時有效之修正前分發作業規定派任為隊員職務，其亦未對派任處分於法定期間內提起行政救濟，則其分發任用派令已告確定。原告於上開派任處分確定後另行請求被告將其派任為「分隊長或與其同一序列

職務」，因分隊長及組員之陞遷序列屬第5序列（見本院卷第51頁），較第7序列之隊員為高，且對照被告員額表（見本院卷第199頁）以觀，被告所屬分隊長或與其同一序列職務均已特定其編制單位及數量範圍，其前揭請求仍屬「請求陞任或遷調特定職務」之行為。由於警察人員陞遷辦法第2條所定該法適用對象之規定並未包括消防機關列警察官人員，則消防機關列警察官人員之陞遷，仍適用公務人員陞遷法之規定。參照公務人員陞遷法第2條規定：「公務人員之陞遷，應本人與事適切配合之旨，考量機關特性與職務需要，依功績原則，兼顧內陞與外補，採公開、公平、公正方式，擇優陞任，遷調歷練，以拔擢及培育人才。」同法第5條第1項至第3項規定：「（第1項）各機關職務出缺時，除依法申請分發考試及格或依本法得免經甄審（選）之職缺外，應就具有該職務任用資格之人員，本功績原則評定陞遷。（第2項）各機關職缺如由本機關人員陞遷時，應辦理甄審。（第3項）各機關職缺如由本機關以外人員遞補時，除下列人員外，應公開甄選：……。」同法第6條規定：「（第1項）各機關應依職務高低及業務需要，訂定陞遷序列表，並得區別職務性質，分別訂定。（第2項）各機關職缺由本機關人員陞遷時，應依陞遷序列逐級辦理陞遷。……。」同法第9條第1項前段規定：「各機關辦理公務人員之陞遷，應由人事單位就具有擬陞遷職務任用資格人員，分別情形，依積分高低順序或資格條件造列名冊，並檢同有關資料，報請本機關首長交付甄審委員會評審後，依程序報請機關首長就前3名中圈定陞補之；如陞遷2人以上時，就陞遷人數之2倍中圈定陞補之。」足見消防機關適用上開規定之結果，其職缺甄補方式包括：①申請分發考試及格人員、②本機關人員平調、③本機關人員內陞及④本機關以外人員遞補等方式。辦理消防人員陞遷係由各機關人事單位造冊後，經甄審委員會評審後，報由機關首長圈定陞補。堪認立法者就消防

機關列警察官人員職務派任仍予機關本於適才適所、擇優任用之裁量權限，而未予消防機關列警察官人員具有申請陞任或遷調特定職務之權利。此外，其無從由公務人員考試法第21條第1項前段及前揭警察人員人事條例規定導出其得請求用人機關派任特定職務或特定陞遷序列職務之公法上權利存在，業如前述。從而，原告主張得以前揭規定作為其公法上請求權之依據，請求派任分隊長或與其同一陞遷序列職務，並無可採。

⑷原告雖主張：其依修正後分配作業規定第3點第2項請求分發任用係請求將該規定適用於過去已發生、現在仍存在而尚未終結之事實或法律，並無違反不溯及既往原則，且被告現職派令有違反公務人員考試法第21條第1項規定分配訓練程序之違法云云。然按行政法規應依實體從舊、程序從新原則為適用。所謂實體從舊原則係指在過去已經發生並完結之法律事實，應適用行為時法規或法律事實發生時之法規。而法律不溯及既往原則，乃基於法安定性及信賴保護原則所生，用以拘束法律適用及立法行為之法治國家基本原則，乃指新訂生效之法規，對於法規生效前已發生事件，原則上不得適用。所謂「事件」指符合特定法規構成要件之全部法律事實；所謂「發生」指該全部法律事實在現實生活中完全具體實現而言。又新法規範之法律關係如跨越新、舊法施行時期，當特定法條之所有構成要件事實於新法生效施行後始完全實現時，此等事實關係上的回溯性連結，始屬「不真正溯及既往」，無待法律另為明文規定，本即應適用法條構成要件與生活事實合致時有效之新法，根據新法定其法律效果。至於構成要件事實是否已經完全具體實現，則必須視該法律規定所欲之規範對象而定。任何法規皆非永久不能改變，立法者為因應時代變遷與當前社會環境之需求而為法令之制定、修正或廢止，難免影響人民之法律地位，憲法並未保障人民對於現行法永不變更之一般性期待，故立法者原則上具有審酌法令制

定、修正或廢止之目的以決定人民既存法律地位予以維持或予變更之形成空間。前揭修正後分配作業規定既係內政部於110年12月28日以內授消字第1100826826號函所修正發布，並明定自該日生效。原則上是以符合修正後分配作業規定第3點第1項規定具警察官任用資格人員於110年12月28日以後任用者，始有前揭新增規定之適用。原告經考試錄取後，依公務人員考試法第21條、公務人員考試錄取人員訓練辦法第3條、第9條及第10條及「108年公務人員特種考試警察人員考試錄取人員訓練計畫」等規定，尚須經訓練後始能任職，自應以實際到職日為任職生效日；而原告經被告派任為警正4階隊員，並已溯及自109年12月9日生效等情，業如上述，依前揭關於一般法律適用原則之說明，其分發派任本應適用修正前分發作業規定，而無修正後分配作業規定第3點第2項之適用。原告主張其得依上揭修正後分配作業規定新增之第3點第2項規定請求派任為分隊長或與其同一序列之職務，自屬無據。原告考試錄取經分配占隊員缺進行實務訓練期滿成績及格，並經被告現職派令以隊員(現職)任用，其未對該派任處分提起行政爭訟而已告確定，堪認其分發任用之行政程序業已完結，其相關構成要件事實已完全具體實現，自無從以不真正溯及既往之概念，適用修正後分配作業規定新增之第3點第2項規定。原告主張其分發程序仍未完結，依上揭修正後新增規定請求派官，並無違反不溯及既往原則云云，純係其主觀之法律見解，尚乏其據，亦無可採。

⑸原告復主張：依消防署111年2月9日函說明四所載：「……爰請貴局參酌現行作業規定修正意旨及公務人員保障暨培訓委員會110年9月28日110公審決字第567號復審決定判斷理由，依所報職缺本職權適法任用之。」其得適用修正後分配作業規定第3點第2項規定云云。惟觀諸該函說明二至說明四前段內容（見本院卷第131頁至第132頁）意旨，均強調修正後分配作業規定並無溯及效力，應依特考

現職錄取人員到職日在110年12月28日修法前或修法後，分別適用修正前或修正後分配作業規定。消防署該函文已明示原則上修正後新法並不能溯及適用於修法前分發任用程序已終結之個案。原告既屬分發任用程序已經終結之個案，依該函文意旨自不能適用修正後新法請求重新分發任用。至原告所援引該函說明四後段內容僅係請被告參酌現行作業規定修正意旨及567號復審決定判斷理由，依所報職缺本職權適法任用，則係指分發派任程序跨越新舊法期間，或分發任用派令因行政爭訟尚未確定者，被告於新法修正生效後再行分發任用時，始可適用修正後分配作業規定第3點第2項規定。原告分發任用派令已告確定，顯非屬該函文說明四後段之情形，是其前揭主張，亦無可採。

3、關於原告以修正前分發作業規定第3條第2項第1款作為請求權依據部分：

⑴按修正前分發作業規定第3條第2項第1款規定：「具警察官任用資格人員，應三等警察特考錄取，未具警大畢（結）業資格之消防機關現職或非現職人員，先行分發隊員占缺受訓（包含教育訓練及實務訓練），有關各消防機關缺額提報及本部配賦原則、分發作業方式分別如下：……（二）配賦原則：1、優先配賦：各消防機關於其現職人員錄取名額範圍內，得優先配賦。」（見復審卷第146頁至第147頁）對照該款規定訂定時之說明為：「三、為免現職人員因考試錄取需遷調他鄉，並免機關因人員調出影響勤（業）務運作，爰規定於機關錄取名額範圍內，得優先配賦，除可提供錄取人員分發原服務機關之機會，亦可避免機關因錄取人員調出影響勤務運作，其餘則列入一般配賦，爰訂定第2款規定。」（見復審卷第147頁）

⑵由修正前分發作業規定第3條第2項第1款規定及訂定說明以觀，該條款關於優先配賦之規定係為免現職人員因考試錄取需遷調他鄉，並免機關因人員調出影響勤（業）務運作，始規定於機關錄取名額範圍內得優先配賦，依其規定

之文義及規範目的，用人機關對於取得任官資格者所派任職務依其職缺狀況仍具有相當人事裁量空間，並未使三等消防警察特考及格者依此即具有申請派任特定範圍職務之公法上請求權。從而，原告主張得以前揭規定作為其公法上請求權之依據，請求派任分隊長或與其同一陞遷序列職務，亦乏其據。

4、原告另主張：依保訓會567號、111公審決字第68號復審決定意旨，原告有派任與分隊長同一陞遷序列職務之權利云云。惟按憲法第7條及行政程序法第6條所定平等原則，均係為保障人民在法律上地位之實質平等，亦即法律得依事物之性質，就事實情況之差異及立法之目的而為不同之規範，因此，平等原則之真意乃在於禁止恣意，要求「相同事情為相同處理；不同事情不同處理」，國家機關不得將與事物性質無關之因素納入考量，而作為差別處理之基準。故平等原則僅係單純之消極的客觀法規範，尚無主觀公權利之內涵，尚無從藉此導出人民具有「得經由訴訟途徑請求獲得實現之法律地位」之主觀公權利。原告考試錄取後分配實務訓練及格，經被告派任隊員（職員）之分發任用程序，於110年12月28日修正後分配作業規定生效前已終結，故不能請求適用嗣後修正生效之新增規定重新分發派任。至同一種考試錄取及實務訓練及格者，如係在110年12月28日修正規定生效後始分發任用，自應適用修正後之新法規定，核係依分發任用時點係在新法修正前後，分別適用新舊法，合於「不同之事件則應為不同之處理」之平等原則法理。從而，原告主張被告違反平等原則及禁反言原則云云，容有誤解，自無可採。況原告所引用之前述復審個案均屬分發任用派令尚未確定之行政救濟事件，復審決定撤銷任用處分，再命任用機關重為適法之處分，核與原告之分發派令已告確定，其另行申請適用修正後新法重新作成分發任用處分，涉及其得否直接援引修正後分配作業規定第3點第2項規定作為申請派任分隊長同一陞遷

序列職務之公法上請求權依據之爭議，其個案情節顯有不同，本不得比附援引。且原告所引用之前揭復審決定之復審人係基於防禦權請求撤銷違法之派任處分，依前揭說明，仍不能據此推導出公務人員有請求陞任或遷調特定職務之公法上請求權。故原告自不得以前揭保訓會復審決定作為請求依據，主張被告應依行政自我拘束原則作出決定。原告此部主張，自無可採。

5、原告復主張：依學者李建良於保訓會92年12月委託研究計畫「保障制度復審範圍之研究」中載明公務員於一定條件下享有請求陞遷之權利（見本院卷第429頁至第432頁），及學者程明修於保訓會94年10月委託研究計畫「公務人員陞遷之救濟」中載明根據長官對於公務人員的照顧義務，可以推論出條件相當的公務人員擁有基於照顧義務而導出要求持平與無瑕疵判斷與圈選的（形式）主觀請求權或者無瑕疵判斷或裁量請求權（見本院卷第433頁至第439頁）；依司法院釋字760號解釋黃瑞明大法官協同意見書、監察院102內調0082調查意見要旨，消防人員應有請求政府機關將其與應相同考試者依公平原則任用之權利，若行政機關基於消防人員不具警大學歷或自身缺額估計錯誤而使通過三等考試之消防人員於任用上出現訓而不用之狀況，行政機關之裁量即有未當而應受糾正云云。然原告所援引上開學者論著，無非均係研究德國聯邦行政法院及學說見解之參考文獻，核與本件個案情節未盡相符，亦與我國前述現行法令規範狀態未臻相同，自難逕採為有利於原告認定之佐憑。而原告所援引監察院調查報告意見（見本院卷第451至第461頁）及司法院釋字第760號解釋黃瑞明大法官協同意見書（見本院卷第441頁至第450頁），無非均係指摘行政機關未妥善規劃及配套措施不足，致生「考而不訓，訓而不用」之情形，然仍難據此導出原告即有請求陞任或遷調特定範圍職務之公法上請求權。從而，原告此部主張，亦無可採。

6、基上，原告不得依據修正後分配作業規定第3點第2項、公務人員考試法第21條第1項、修正前分發作業規定第3條第2項第1款、保訓會567號及111公審決字第68號等復審決定作為依據，請求被告作成派任其為分隊長或與其同一序列職務之行政處分，依首揭說明及規定，其雖循序提起本件課予義務訴訟，訴請撤銷復審決定，並請求被告應依其申請作成派任分隊長或與其同一序列職務之行政處分，仍無從准許。

六、綜上所述，原告之主張，尚難採憑。被告110年11月16日函覆原告而未依其110年11月8日之申請作成派任其為分隊長或與其同一序列職務之行政處分，於法無違；復審決定駁回原告所提復審，亦無不合。原告訴請撤銷復審決定，並請求被告應依其申請作成派任分隊長或與其同一序列職務之行政處分，為無理由，應予駁回。

七、本件為判決基礎之事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，核與判決結果不生影響，爰不逐一論述，併此敘明。

八、結論：原告之訴無理由。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　12　　月　　29　　日

審判長法官　孫　國　禎

法官　林　韋　岑

法官　曾　宏　揚

以上正本係照原本作成。

一、如不服本判決，應於送達後20日內，向本院提出上訴狀，其未表明上訴理由者，應於提出上訴後20日內向本院補提理由書（均須按他造人數附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

二、上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書。（行政訴訟法第49條之1第1項）

三、但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人。（同條第3項、第4項）

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所需要件
(一)符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人。	1.當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備法官、檢察官、律師資格或為教育部審定合格之大學或獨立學院公法學教授、副教授。 2.稅務行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備會計師資格。 3.專利行政事件，當事人或其代表人、管理人、法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人。
(二)非律師具有右列情形之一，經本案之行政法院認為適當者，亦得為訴訟代理人。	1.當事人之配偶、三親等內之血親、二親等內之姻親具備律師資格者。 2.稅務行政事件，具備會計師資格。 3.專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人。 4.當事人為公法人、中央或地方機關、公法上之非法人團體時，其所屬專任人員辦理法制、法務、訴願業務或與訴訟事件相關業務。
是否符合（一）、（二）之情形，而得為強制律師代理之例外，當事人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出（二）所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　112　　年　　12　　月　　29　　日

書記官　林　幸　怡