臺中高等行政法院判決

111年度訴字第283號
112年6月21日辯論終結

原　　告　張栢睿
訴訟代理人　柯晨晧律師
被　　告　彰化縣政府
代　表　人　王惠美
訴訟代理人　何宜珍
　　陳旭明

上列當事人間任用事件，原告張栢睿不服公務人員保障暨培訓委員會中華民國111年9月13日111公審決字第482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

一、爭訟概要：

㈠原告張栢睿原係○○市政府消防局警佐1階隊員，其另應民國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○○市消防局占警佐3階至警佐1階隊員職缺，實施教育訓練及實務訓練，期滿成績及格，○○市消防局即以109年12月31○○市消防人字第10936658000號令派代為該局警正4階隊員，原告復於110年3月19日調任被告○○縣政府所屬○○縣消防局（下○○縣消防局）警正4階隊員（現職）。

㈡嗣原告以110年11月8日110年德律字第1101108010號函（下稱請求派官函），向被告申請派任其為與分隊長、科員同一序列職務，經被告以同年月24日府授消人字第1100407916號函復（下稱系爭函）略以：「（原告所請依法派任分隊長、科員同序列職務一事）涉及考試分發銓審等官制官規及同仁權益通案性問題，○○縣市政府得以單獨處理，將俟全國性

一致作法，再予進行後續協處。」等語，原告認被告經受理已逾2個月而不作為，提起復審，經公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）以111年9月13日111公審決字第482號復審決定（下稱復審決定）駁回。原告猶未甘服，遂提起本件行政訴訟。

二、原告主張及聲明：

㈠依據公務人員考試法、公務人員任用法等相關法令及內政部所訂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（下稱分配作業規定）第3點訂定之說明、110年12月28日內政部內授消字第1100826826號函頒修正分配作業規定第3點第2項規定。未具警大畢（結）業資格之消防機關現職或非現職三等消防特考及格人員，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。則已具警大畢（結）業資格之人，更得由機關辦理陞職至與分隊長同序列職務，先予敘明。

㈡原告於108年通過三等消防警察特考，業已合格實授警正4階，依任用法之規定試用6個月即可派任分隊長同序列職務，原告前以請求派官函請求被告將原告派任與科員、分隊長同序列之職務，經被告收受後已逾2個月卻仍未作為。

㈢針對復審決定之回應：

1.原告非請求派任特定職務，僅係依保訓會110公審決字第567號（下稱567號）復審決定准予派官之意旨：「應相同考試及格者應派任相同序列之職缺。」本於行政自我拘束原則，請求被告另為適法處分。又被告、復審決定所引臺北高等行政法院（下稱北高行）109年度訴字第1492號判決稱考試訓練及格者無當然取得被派任特定職務之權，惟該案係佐4類警察人員之進修教育，與本件不同。

2. 依保訓會111公審決字第68號（下稱68號）復審決定，該案復審人係於分配作業規定增訂第3點第2項「前」申請派任分隊長或科員，顯見分配作業規定增訂之第3點第2項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。又保訓會111公審決字第455號（下稱455號）復審決定之該案復審人與原告皆為前揭規定增訂「前」申請派官，亦應相同辦理。
3. 原告於前揭規定增訂「前」即已取得合於增訂後之任官資格，足認原告依增訂之規定請求派官，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。內政部消防署111年2月9日消署人字第1111101555號函（下稱消防署111年2月9日函）稱上開分配作業規定明定自函頒日生效，無溯及效力等語有違法律保留原則。又原告既早於前揭函釋於110年11月8日申請派官，依中央法規標準法第18條規定之從優原則，原告自得不受該函拘束。
4. 法院判斷提起課予義務訴訟者有無公法上請求權之基準時點應以救濟程序終結時新發生之事實與法律狀態為斷，原告申請派官後分配作業規定既增訂有利於原告之規定，即應以增訂後規定裁判。
5. 依保訓會567號復審決定，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。北高行105年度訴字第1491號判決肯認公務人員不服調任較低序列之處分而請求派任較高序列職務時得提起訴訟。據此，依被告所頒佈之人事規定，隊員係第7序列，分隊長及科員則係較高之第5序列，是原告以請求派官函請求被告派任較高序列之官職以符平等原則，本意係在爭取獲得正確之序列派任，而非強求特定職務。
6. 各地消防局已有應109年三等消防警察特考錄取，於110年12月28日分配作業規定第3點第2項增訂前即同年月6日實務

訓練及格，獲派科員者，原告僅因特考錄取年度而差別對待，有違禁反言原則。

㈣針對被告答辯之回應：

1. 消防署111年2月9日函復已明確對機關指出就修正前人員之派官，應參酌保訓會第567號復審決定判斷理由判斷之。足認被告徒憑修正後分配作業規定並無溯及效力，而忽略縱然適用修正前分發作業規定之原告仍得執保訓會567號復審決定判斷理由聲請派官，已有違誤。

2. 被告徒引人民檢舉，職務平調等非屬依法申請案件之論據，稱原告申請核派為分隊長、科員同序列之職務亦非屬依法申請案件，然本件與前揭情事不同，參保訓會567號復審決定可知，消防人員得因其立於較低序列派官順位之行政命令提出派官之申請而為救濟，為現況司法體系所許，被告所持「原告並無派官公法上請求權」之見解，係錯誤大量拼貼與本件無關之情形後所得之誤解，要非適法。

3. 被告所為派任隊員處分明顯違法，縱然救濟期間經過，亦屬應撤銷之處分。遑論本件爭訟標的係原告新提出之派官申請，而與原告是否有對既有之派任隊員處分為救濟並無關聯。被告以原告未對派任隊員處分提出救濟即認定原告不得為派官聲請，為無理由。被告先前派任原告為隊員之處分有諸多違法一節，已有保訓會567號復審決定要旨可參。從而，違法之行政處分縱然在救濟期間經過後，其違法仍未消失，依行政程序法第117條規定，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，更不能以此做為行政機關不依法行政之藉口。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，更是鼓勵違法狀態持續保存。

㈤另補充如下：

1. 原告提出復審後，曾提出補充理由㈢暨陳述意見聲請書，表明欲陳述意見，惟保訓會未提出任何理由，即否准原告

申請，行政程序自有闕漏。

2. 參酌○○市、○○市政府於另案（即高雄高等行政法院111年度訴字第368、372、417、421號）準備程序自承修正後分配作業第3點第2項規定係一律適用且屬於公法上請求權，即到職日在該規定公布前，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。是故修正後分發作業規定屬於公法上請求權，已臻明朗。

3. 復審決定認定消防人員並無主張派任特定職務之權利，牴觸保訓會針對相類事件之一貫見解，更與學者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：

①「公務員非有過咎，並依法律正當程序，不得對其官等與職等予以降低，並應依法規予以晉升。」（見李惠宗，行政法要義，2016年，7版，頁199）是主管機關對於公務人員官等或職等有無低派情形具有防免之義務，公務人員對於主管機關有請求正確派任官等或職等之請求權。

②「公務員於具備一定之能力，並在職務法上及預算法上容許之範圍內所享有之升遷合法權利，亦屬其第二之保護目的……於此基礎下，若具備下述要件，公務員即享有請求升遷之權利：存在有得予升遷之職位、依照行政部門之規劃，此一職位應予補償、擬升任之公務員經由其主管長官評定具有擔任該職位之能力」（見李建良，保障制度復審範圍之研究，保訓會研究計畫，2003，頁105~106）「憲法服公職基本權應該至少還有保護特定（準備陞遷）公務人員利益的目的，因此客觀上拘束主管長官應該基於功績原則作成決定的甄選標準，也會賦予以經被評定為『最佳』的公務員要求給予陞遷的主觀法上請求權。但是假如甄選評分的結果，有多數在專業能力與資歷條件上幾近相當的公務人員同為競爭者時，根據功績原則所規定的甄選標準並無法在形式上評定出一位所謂『最佳』公務人員。此時即無法導出上述的主觀法上請求權。但是根據長官對

於公務人員的『照顧義務（Fürsorgerpflicht）』，則可以推出主管長官對於陞遷競爭的公務人員必須就事論事、公平正義對待與盡力著想（Sachlichkeit,Gerechtigkeit,Wohlwollen）的義務。主管長官還是應該在功績原則的範圍內擇取適當者陞遷。此時條件相當的公務人員擁有的是基於照顧義務而導出的要求持平與無瑕疵判斷與圈選的主觀請求權。」「根據裁量或者判斷餘地的規範授權理論，立法目的應該並無賦予特定公務人員於辦理陞遷程序中，要求必予陞遷的主觀權利。但是至少應該同意，在陞遷的決定上應該也要求事理之平。即使這裡有主管長官相當的判斷裁量餘地，但仍不容許恣意或加入與事理無相關的因素考量（其違反一般常理下的陞遷決定更應該明確說理）。承認前述基於照顧義務而導出的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，則是最低程度的要求。這應該也是目前保訓會所採的基本立場，應值得肯定。」（見程明修，公務人員陞遷之救濟，保訓會研究計畫，2005，頁67~69）可知公務人員有權請求長官基於照顧義務，要求主管機關作成持平與無瑕疵判斷與圈選的主觀請求權。

③綜上，依上述學者見解，公務員之任用與派官不得任意由機關予以降低，是公務員針對派任之瑕疵有本於照顧義務，請求行政機關作成持平與無瑕疵判斷與圈選的主觀公法上權利。復審決定稱公務員通過三等特考僅取得任官資格而未取得請求權，殊非正確之見解。

4.被告不予派官有裁量違誤：

「按國家考試固然是由考試院考選部依法辦理，但實際上是由用人機關提出相關需求並訂定相關應考資格以資辦理，參加同一次同等考試而獲得錄取者，合理期待政府機關依公平原則訓練、分發及任用。」（見釋字第760號解釋黃瑞明大法官協同意見書）、「公務人員任用法第32條規定，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。相當於高考之警察三等（乙等）特考錄取人員，再以是否具有中央警察大學學歷，或錄取後安排至警察大學畢業、警察專科學校受訓等為任官要件設限，又因中央警察大學容訓量不足，及巡官缺額有限，將衍生『考而不訓，訓而不用』等諸多問題。顯然警政署未妥善規劃及配套措施不足下，自86年起率然大量放寬警察特考三等（乙等）考試錄取名額，衍生後續任官資格問題，且經本院91年提案糾正，迄未見澈底之解決，洵有疏失。」（監察院102內調0082調查意見）是屬於警察人員之消防人員，依據上開大法官協同意見書、監察院調查報告所示之見解，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。本件原告通過三等消防警察特考後，已至警大完成受訓，卻因受訓當時之法令僅明確准許三等特考通過前即具備警大畢結業資格之人員先行分發，致使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，被告卻以無缺額作為本件答辯理由，並要求原告應逐級升遷（亦經567號復審決定揚棄）。被告拒絕原告派官申請之裁量，完全與上開受監察院糾正之情形相同，自有不當，原告本於修正後分發作業規定請求派官，應屬有據而應准許。

㈥聲明：

1.復審決定及系爭函應予撤銷。

2.被告應作成派代原告為與分隊長同依序列職務之行政處分。

三、被告答辯及聲明：

㈠原告無請求遷調或陞任特定職務之公法上請求權，並非依法申請之案件，其訴顯非合法：

1. 行政訴訟法第5條第1項所定之課予義務訴訟，應以有依法申請之案件存在為前提。而所謂依法申請之案件，係指人民依據個別法令（含法律、法規命令及自治規章）之規定，有向該管行政機關請求就某一特定具體之事件，作成行政處分或特定內容行政處分之權利者而言。倘法令僅規定行政機關之職權行使，並未賦予人民有公法上請求行政機關為行政處分或特定內容行政處分之權利者，則人民之請求，乃在促使行政機關發動職權，而屬建議、舉發之陳情性質，此時受理陳情之中央或地方機關所為之函復，僅屬行政機關就該陳情事件所為單純的事實敘述及理由之說明，人民對之即不得提起課予義務訴訟。如仍提起課予義務訴訟，則應認其程序為不合法予以裁定駁回。
2. 復按最高行政法院100年度裁字第1902號裁定意旨略以：「本件無論依公務人員任用法、公務人員陞遷法或公務人員保障法，均無法導出公務人員有請求特定機關為陞遷特定職務之主觀公權利……又人事任用係屬行政機關之權限……上訴人對於能獲得核發派令僅屬其期望，並無主觀公權利存在，憲法上服公職之權利，尚不足以導出上訴人之請求權，上訴人主張其合法權益已遭受損害，核屬無據。」
3. 據上可知，對於公務人員（含警察、消防人員在內，下同）職務之調任或工作之指派，均屬用人機關之權責，現行公務人員及警察人員等相關人事法規，均未賦予公務人員及警察人員請求遷調或陞任特定職務之公法上請求權。以警察人員為例，縱經警察三等特考筆試錄取，且已至警大訓練期滿成績及格，取得警大結業證書者，亦僅取得任用為職務等階最高列警正3階以上職務之「資格」，但並非當然取得申請派任為職務等階最高列警正3階以上職務之公法上權利。且參酌相關行政法院實務見解，就此類請求陞任特定職務提起課予義務訴訟之事件，多數經行政法院以

訴不合法為駁回之裁定，少數亦有從實體上予以判決駁回者。

4. 準此，本件原告既無請求遷調或陞任特定職務之公法上請求權，則其前於110年11月8日向被告申請核派為警正4階科員或分隊長職務，並非依法申請之案件，自不得提起課予義務訴訟。原告就其非依法申請之案件，遽向鈞院提起本件課予義務訴訟，其訴為不合法或無理由，建請貴院依法駁回，以維法制。

㈡原告對復審決定之指摘容有誤會：

1. 原告雖主張其並非請求派任特定職務，而是主張應相同考試及格即應派任相同序列之職缺等語，惟查原告之請求派官函主旨明載：「懇請依法派任本人為分隊長、科員同序列消防人員。」自屬請求派任特定職務，是原告又稱其並非請求派任特定職務，顯與事實不符。況現行公務人員及警察人員等相關人事法規，均未賦予公務人員及警察人員請求遷調或陞任特定職務之公法上請求權。以警察人員為例，縱經警察三等特考筆試錄取，且已至警大訓練期滿成績及格，取得警大結業證書者，亦僅取得任用為職務等階最高列警正三階以上職務之「資格」，但並非當然取得申請派任為職務等階最高列警正三階以上職務之公法上權利。是原告自無請求被告核派其為分隊長、科員同序列職務之公法上請求權。

2. 至原告援引保訓會567號復審決定為其論據一節，姑不論該案所持法律見解是否與目前行政法院實務見解相符，細繹該案事實可知，其係該案復審人於三等考試錄取實務訓練期滿後，○○市消防局派代復審人為警正4階隊員，復審人隨即對該派令提起復審。惟查，本件原告於三等考試錄取實務訓練期滿後，經核派為警正4階隊員，原告並未對該派令提起復審，該派令已確定在案。嗣原告調任被告消防局後，原告始向被告請求核派為分隊長、科員同序列職務，此與上述保訓會567號復審決定之原因事實全然不同，自不

得比附援引。申言之，保訓會567號復審決定之原因事實，係該案復審人對於三等考試及格訓練期滿後之第一次派令表示不服；而本件原告則係於三等考試及格訓練期滿後之第一次派令確定後，再向被告請求派任特定職務。茲以「等者等之，不等者不等之」乃平等原則及行政自我拘束原則之法理基礎，本件與保訓會567號復審決定之原因事實既有不同，自無從為相同之處理，是原告援引平等原則及行政自我拘束原則而為本件主張，實屬無據。

3. 原告雖主張其請求派任分隊長部分係「不真正溯及既往」，且不論修正之分配作業規定何時生效，均不妨礙其申請派任較高職務等語，惟消防署111年2月9日函載以：「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」函頒修正時明定自函頒日生效，並無溯及效力，特考現職錄取人員如於110年12月28日前到職者，應適用修正前之規定。故原告亦無從再以修正後之分配作業規定申請重新分發，請求被告予以派任其為與分隊長、科員同一序列職務。

4. 又原告主張消防署111年2月9日函係不正確之法律見解，且原告申請派官與溯及既往無關，是不真正溯及等語，然司法院釋字第577號解釋略以：「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，是謂法律適用上之不溯既往原則。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。」查分配作業規定係於110年12月28日修正，本件原告於110年12月28日前，即已經三等考試錄取並實務訓練期滿，並經核派為警正4階隊員，相關考試、訓練及派任程序均已完成，其構成要件已完全實現。準此，修正後之分配作業規定如欲適用於原告，即屬「真正溯及」，而非「不真正溯及」，原則上自無從溯及適用於原告，原告訴稱本件為「不真正溯及」洵無足採。又「真正溯及」如有利於人民者，雖非法所不許，然

此屬主管機關之政策考量範疇，如主管機關不使規範發生溯及效力者，本即合於法律不溯及既往原則，自不容任意指為違法。再消防署111年2月9日函釋乃主管機關本於法定職掌所為之釋示，合於法律不溯及既往原則，且未增加法律所無之限制，自無違反法律保留原則之可言。原告空言主張內政部消防署之函釋牴觸法律保留原則云云，顯屬無據。

5. 又原告依中央法規標準法第18條主張「從優原則」等語，然上揭規定之適用，應以係「依法申請之案件」為前提，倘非「依法申請之案件」，自無所謂據以准許之法規有變更之可言。茲以遍查現行人事法令，均無公務人員得請求機關陞任或遷調特定職務之請求規範，自無上揭規定之適用，是原告援引中央法規標準法第18條規定而為本件主張，實屬誤解。

6. 另原告主張課予義務訴訟應以救濟程序終結時之事實與法律狀態為基準時云云。按課予義務訴訟之提起，應以有「依法申請之案件」存在為前提，本件原告請求被告派任分隊長或科員序列職務，並非「依法申請之案件」，訴訟要件既不具備，其訴即非合法，自無探究事實與法律狀態認定基準時之餘地。原告上開主張，容有誤解。

7. 原告主張復審決定所表示法律意見，與其他案件不同，違反平等原則與禁反言原則等語，查復審決定已揭明：「本件保訓會復審決定係就個案事件，依公務人員保障法作成之復審決定，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。」是原告一再比附援引其他案件，據以主張其請求為有理由，於法已有未合。乃原告仍提起本件課予義務訴訟，程序上已非合法，實體上亦無理由，自應予駁回。

㈢聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

㈠系爭函之性質為何？

㈡原告有無請求陞任或遷調特定職務之公法上請求權？

㈢原告得否以110年12月28日修正後分配作業規定第3點第2項為請求之依據？

㈣原告得否以保訓會567、68、455號等復審決定為請求之依據？

五、本院的判斷：

㈠如爭訟概要所述之事實，有原告公務人員履歷表、○○市政府消防局109年12月31○○市消防人字第10936658000號令、被告110年3月4日府人力字第1100068190號令、請求派官函、系爭函、復審決定各1份在卷可查（見本院卷第57至60、65至71、147至149、154、155、253至255頁）。

㈡按行政訴訟法第107條第1項各款係屬訴訟合法要件之規定，如有欠缺而不能補正或得補正經定期命補正而不補正者，法院應以裁定駁回之。至於原告提起應為行政處分之訴訟，如無公法上之請求權存在，則為其訴是否欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，並非欠缺訴訟合法要件。而原告提起行政訴訟是否欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，則須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，屬其訴有無理由之問題，依行政訴訟法第195條第1項及第200條第2款、第3款及第4款規定，應以判決行之，最高行政法院97年度裁字第2148號裁定意旨可以參照。

㈢關於行政訴訟法第5條課予義務訴訟所稱「依法申請」之說明：

按司法院釋字第785號解釋理由書（段碼6）闡述：「……公務人員認其權利受違法侵害或有主張其權利之必要時，原即得按相關措施之性質，依法提起相應之行政訴訟，請求救濟。……又各種行政訴訟均有其起訴合法性要件與權利保護要件，公務人員欲循行政訴訟法請求救濟，自應符合相關行政訴訟類型之法定要件。」行政訴訟法第5條規定：「（第1項）人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所

定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，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。（第2項）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。」是提起課予義務訴訟，乃以依法申請之案件因主管機關怠於作成處分或為駁回處分為其前提要件。而所謂「依法申請」則指人民依現行法規所賦予之請求權，向該管權限機關提出申請而言。如非依法申請案件，經行政機關予以駁回，自難認其權利或法律上利益受有損害，而得提起行政訴訟（最高行政法院108年度抗字第397號、109年度抗字第286號、110年度抗字第362號裁定意旨參照）。

㈣系爭函並非行政處分：

按如法令上並未賦予人民得向中央或地方機關請求就具體事件，為一定決定之公法上請求權，即使人民向中央或地方機關有所請求，亦非屬「依法申請」之案件，中央或地方機關依其請求之函文，對請求人之權利或法律上利益不產生影響，並不生法律效果，該函文僅屬事實通知，並非行政處分，人民不得對之提起課予義務訴訟，最高行政法院著有102年度裁字第685號裁定可以參照。查系爭函係被告就原告「具警正四階，請求派任第五序列之分隊長、科員」所為之回復，此觀系爭函、申請函即明，雖實質上未依原告所請，惟本件原告並無請求陞任或遷調特定職務之公法上請求權，並非「依法申請」之案件，已如下列㈤所述，參照上揭說明，並非行政處分甚明。

㈤原告並無請求陞任或遷調特定職務之公法上請求權：

1.按公務人員任用法第32條規定：「……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。」而警察人員人事條例（下稱人事條例）第1條規定：「本條例依公務人員任用法第三十二條及警察法第三條規

定制定之。」第2條規定：「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。」第4條規定：「警察官、職分立，官受保障，職得調任，非依法不得免官或免職。」第5條：「警察官等分為警監、警正、警佐。……；警正及警佐官等各分一、二、三、四階，均以第一階為最高階。」第11條第1項第1款規定：「（第1項）警察官之任官資格如左：一、警察人員考試及格者。」第12條第1項第3款規定：「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39條之1規定：「……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。」據上可知，消防機關列警察官人員之人事係採「官、職分立」制度，官受保障、職得調任，而特種考試警察人員考試三等考試及格者，所取得者係警正4階任官資格，原告通過108年三等消防警察特考，此有考試院考試及格證書1份在卷可考（見本院卷第47頁），是原告能派任之職務，以○○縣消防局而言，即小隊長（警佐2階至警正4階）或隊員（警佐3階至1階或警正4階），此參照○○縣消防局陞遷序列表即明（見本院卷第221頁），據此，被告將原告派任為隊員，難認有何不法，先予敘明。

2. 承上，被告將原告派任為隊員，並無不法，則原告請求被告將其派任「分隊長、科員同序列消防人員」，核屬「請求陞任或遷調特定職務」之行為。又按公務人員陞遷法第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，依資績並重、內陞與外補兼顧原則，採公開、公平、公正方式，擇優陞任或遷調歷練，以拔擢及培育人才。」第3條規定：「本法以各級政府機關及公立學校（以下簡稱各機關）組織法規中，除政務人員及機要人員外，定有職稱及依法律任用、派用之人員為適用對象。」第5條規定：「（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。如由本機關以外人員遞補時，除下列人員外，應公開甄選：……」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。……」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三名中圈定陞補之；如陞遷二人以上時，就陞遷人數之二倍中圈定陞補之。」可知，消防隊員核屬公務人員陞遷法適用對象，而消防機關職缺甄補方式則有：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4種，而機關辦理消防人員之陞遷，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之，據此，可推認立法者就公務人員職務派任，係賦予機關本於權限及適才適所考量，擇優任用，並未賦予消防人員有申請陞任或遷調特定職務之權利（另參照最高行政法院100年度裁字第1902號裁定意旨）。是原告自無請求被告將其陞任或遷調為「分隊長、科員同序列消防人員」之公法上請求權。

㈥原告不得以110年12月28日修正後分配作業規定第3點第2項為請求之依據：

1. 經查，修正後分配作業規定第3點第2項新增：「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。」之規定，原告似可依上揭規定請求將其陞任或遷調為「分隊長、科員同序列」之職務，然上揭分配作業規定係內政部於000年00月00日以內授消字第1100826826號函所修正函頒，並明訂自即日生效（即自000年00月00日生效，見本院卷第277頁），可知，具警察官任用資格人員，倘係於000年00月00日後任用者，始有上揭新增規定之適用，反之，則無上揭新增規定之適用。

2. 又依銓敘部106年4月26日部銓一字第10642198561號函意旨：「公務人員各等級考試錄取，經訓練期滿成績及格，並經機關以擬任職務派代任用者，如於考試及格之次日實際到職者，其擬任職務生效日期為考試及格之次日；未於考試及格之次日實際到職者，其擬任職務生效日期為實際到職日」等語，查銓敘部上述函釋係基於主管機關職權，為下級機關在執行職務時為之解釋，性質上屬行政規則，其內容係闡明法規之原意，核與公務人員任用法意旨相符，自得予以援用。準此，公務人員經考試錄取後，應以「實際到職日」為擬任職務生效日。本件原告經考試錄取後，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、9、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，依原告公務人員履歷表所載，原告於110年3月19日到職，依一般法律適用原則，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，是原告主張應依上揭新增規定請求陞任或遷調為「分隊長、科員同序列」之職務，自屬無據。

3. 又原告既於110年12月28日之前到職，則原告「到職」乙事應屬「已完結」之事實態樣，自無從以「不真正溯及既往」之概念，適用上揭新增規定，原告主張：依增訂之規定請求派官，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等語，顯屬誤會。再者，原告並無請求陞任或遷調為「分隊長、科員同序列職務」之公法上請求權，已如上述，當無中央法規標準法第18條本文：「各機關受理人民聲請許可案件適用法規時，除依其性質應適用行為時之法規外，如在處理程序終結前，據以准許之法規有變更者，適用新法規。」規定之適用，附此敘明。

4. 至於原告擷取消防署111年2月9日函說明四中，有關「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000567號復審決定判斷理由，依所報職缺本職權適法任用之。」等文字，為有利自己之主張，然上揭消防署111年2月9日函之主旨，乃依上揭銓敘部106年4月26日部銓一字第10642198561號函之意旨，闡明：「特考現職錄取人員如於110年12月28日前到職者，應適用修正前作業規定；如於110年12月28日以後到職者，適用現行作業規定」等語，此觀該函說明三、四自明，與本院見解相符，是原告上揭主張，實屬以偏概全之詞，並非可採。

㈦原告不得以保訓會567、68、455號等復審決定為請求之依據：

查上揭復審決定無非以應相同考試及格，具警大畢（結）業資格者，與未具警大畢（結）業資格者，占不同職缺分發任用，實質上已致未具警大畢（結）資格者，立於至少低一陞遷序列之不利結果，違反平等原則，而撤銷復審人之初次派令，此觀之上揭復審決定書自明，然此與本件原告派任官職後，再請求陞任或遷調分隊長、科員同序列職務者不同，本不得比附援引，況上揭復審決定復審人係基於防禦權請求撤銷違法之派任處分，亦不能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，原告以上揭保訓會復審決定為請求之依據，並主張被告應依行政自我拘束原則作出決定，容有誤會。

㈧原告主張保訓會未使其到場說明，指謫復審決定之效力乙節，按公務人員保障法第50條第3項規定：「復審人請求陳述意見而有正當理由者，應予到達指定處所陳述意見之機會。」可知復審人請求陳述意見者，限於「有正當理由」時，保訓會始賦予陳述意見之機會。本件依原告起訴意旨，核屬法律上之爭議，原告本可透過書狀充分陳述，並無到場說明之必要性，是復審決定以：「有關復審人申請陳述意見一節，因本件事實明確，法規適用亦無疑義。復審人所請，核無必要。」等語（見復審決定理由六，第6頁），否准到場說明之申請，並無違誤，原告上揭主張，尚非可採。又原告提出其他學者見解，主張其應有依法規派任正確官等與職等之權利乙節，查原告所提出之學者見解與本件情節未盡相符，亦與現行法規未合，均非可採。另監察院調查報告及司法院釋字第760號協同意見書，無非指謫行政機關未妥善規劃，及配套措施不足，導致「考而不訓，訓而不用」之情形，然尚不能因此推論原告即有請求陞任或遷調特定職務之公法上請求權，原告據此主張其有上揭公法上請求權，並不可採。再原告主張保訓會法律意見，造成對於108年前訓練及格人員，及110年後訓練及格人員不同處遇，違反平等原則及禁反言原則乙節，查本件以公務人員實際到職日，作為區分適用修正後分配作業規定第3點第2項規定之對象，實乃法律適用之結果，已如上揭㈥之2所述，尚難指為違反平等原則或禁反言原則。至於將原告派任為隊員之人事命令，基於行政處分之形式存續力，本不得再予爭執，而行政程序法第117條性質上僅是人民促使行政機關為職權之發動（最高行政法院109年度判字第135號判決意旨參照），不能以此認為被告或本院有撤銷派任原告為隊員之人事命令之義務，均予敘明。

㈨綜上所述，依現行人事任用、陞遷法令並未肯認公務人員有請求陞任或遷調特定職務之公法上請求權，原告自不得請求派任分隊長、科員同序列職務，而原告縱有請求派官函之申

請外觀，仍非屬依法申請之案件，而被告未依原告所請，以系爭函回復，亦非行政處分，原告自不得對此提起課予義務訴訟，原告聲明訴請作成派代原告為與分隊長同依序列職務之行政處分，並附帶聲明撤銷復審決定及系爭函，核無理由，應予駁回。

六、又本件事證已臻明確，兩造其餘攻擊防禦方法及訴訟資料，於判決結果無影響，爰不逐一論列，附此敘明。

七、據上論結，本件原告之訴為無理由，應予駁回。

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　5　　日

臺中高等行政法院第三庭

審判長法官　陳　文　燦

法官　黃　司　熒

法官　張　鶴　齡

以上正本證明與原本無異。

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）；如於本判決宣示或公告後送達前提起上訴者，應於判決送達後20日內補提上訴理由書（須附繕本）。未表明上訴理由者，逕以裁定駁回。

上訴時應委任律師為訴訟代理人，並提出委任書，但符合下列情形者，得例外不委任律師為訴訟代理人：

得不委任律師為訴訟代理人之情形	所　需　要　件
㈠符合右列情形之一者，得不委任律師為訴訟代理人	1. 上訴人或其法定代理人具備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、副教授者。 2. 稅務行政事件，上訴人或其法定代理人具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，上訴人或其法定代理人具備專利師資格或依法得為專利代理人者。

㈡非律師具有右列情形之一，經最高行政法院認為適當者，亦得為上訴審訴訟代理人	1. 上訴人之配偶、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，具備會計師資格者。 3. 專利行政事件，具備專利師資格或依法得為專利代理人者。 4. 上訴人為公法人、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者。
是否符合㈠、㈡之情形，而得為強制律師代理之例外，上訴人應於提起上訴或委任時釋明之，並提出㈡所示關係之釋明文書影本及委任書。	

中　　華　　民　　國　　112　　年　　7　　月　　5　　日

書記官　黃　靜　華