臺中高等行政法院裁定

109年度訴字第67號

原　　告　吳盈慧

輔 佐 人　吳文賢

被　　告　臺中市政府教育局

代 表 人　楊振昇

訴訟代理人　蔡甫欣　律師

上列當事人間因有關教育事務事件，原告不服臺中市政府中華民國109年1月30日府授法訴字第1080227920號訴願決定，提起行政訴訟，本院裁定如下：

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、事實概要：

緣原告於民國101年幼托整合前，原任職於市立霧峰托兒所保育員約僱人員職務。101年幼托整合後，市立霧峰托兒所改制為幼兒園。幼兒教育及照顧法(下稱幼照法)第21條第2項規定及教保服務人員條例第23條第2項規定，公立幼稚園、公立托兒所依本法改制為公立幼兒園，原依行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法(108年10月1日修正名稱為「行政院與所屬中央及地方各機關約僱人員僱用辦法」，下稱約僱人員僱用辦法)僱用之人員，其僱用期間、擔任工作內容與工作標準及其他管理相關事項，依其原適用之相關法令規定辦理。市立霧峰幼兒園為免因改制而影響相關人員權益，依上開規定續依原僱用計畫僱用原告擔任市立霧峰幼兒園之約僱教保員。嗣原告參加108學年度第1學期臺中市公立幼兒園契

約進用教保員甄選(下稱系爭甄選)，經初試、複試後列為備取人員35名，於108年7月21日向被告申請逕分發補實原任市立霧峰幼兒園教保員約僱人員職務。被告以108年8月21日中市教幼字第1080074649號函復原告略以：原告之申請與系爭甄選簡章所定「錄取人員依總成績高低依序分發」之規定不符，所請欠難同意等語（下稱系爭函文）。原告不服，提起訴願，經臺中市政府以109年1月30日府授法訴字第1080227920號訴願決定不受理（下稱訴願決定），原告仍不服，遂提起本件行政訴訟。

二、原告起訴主張及聲明：

㈠主張要旨：

1.本件非屬私法性質：

⑴依幼照法第21條第2項規定：「公立幼稚園、公立托兒所依本法改制為公立幼兒園，原依行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法僱用之人員，及……，依其原適用之相關法令規定辦理。」教保服務人員條例第16條第3項規定：「公立托兒所、公立幼稚園改制為公立幼兒園後，原依行政院暨所屬機關約僱人員僱用辦法僱用之人員，其待遇、退休、福利及其他相關權益事項，依其原適用之相關法令規定辦理。」足見該等兩法，均對改制前原依僱用辦法僱用之人員的權利義務及職缺等權益之維護，尤其對福利及其他相關權益事項，具有持續性、適用性及溯及性之權益與效力，然被告卻未依該等法律規定辦理。原告雖參加系爭甄選錄取分發梧棲幼兒園，然因故無法於指定期限前往報到，無法依勞動基準法(下稱勞基法)規定簽訂契約，即屬未進用之教保員，故無勞基法之僱傭關係，自非屬私法性質。

⑵復依系爭甄選簡章之性質觀之，被告係主辦甄選機關，僅屬

契約進用人員之資格階段，並非用人機關，故無需依勞基法規定簽訂契約，進用教保員，當無僱傭關係。原告未曾與被告簽訂關於公立幼兒園契約進用人員之進用考核及待遇辦法（下簡稱公幼約用人員待遇辦法）第12條規定所列之應記載事項，且公幼約用人員待遇辦法第2條第1項第2款之要件在於「依勞基法進用之教保員」，然原告未依勞基法進用，係以無契約進用之教保員身分執行職務，並無勞基法之適用，亦無教保服務人員條例第15條之適用。

⑶此外，依系爭甄選簡章「拾肆、其他注意事項：九、對本簡章規定有疑義時，以108學年度第1學期臺中市公立幼兒園契約進用人員甄選會解釋為準。」其內容並無載明若有爭議依勞動爭議處理法處置，或由所在地之第一審民事法院審理，該簡章非屬私法性質。

⑷本件原告係依法申請分發補實原職缺，係維護甄選錄取分發之職缺福利等權益，而被告係攸關甄選之公正性與適法性，並非屬單純事件。被告不予同意僅屬錄取分發甄選階段，與被告認為報到後依勞基法進用，屬私法勞雇關係有別。且原告並非訴求公務員執行職務有無違失而請求民事賠償，故被告答辯顯有誤解。

2.系爭函文係屬行政處分：

⑴被告同時為臺中市教育主管機關予甄選主辦機關，依據幼照法、教保服務人員條例、公幼約用人員待遇辦法等相關法律之授權，每年辦理教保員甄選相關事務，其所為之錄取分發通知函，係就契約進用教保員甄選事件所為之決定，具行政命令之性質，以確定錄取資格，與報到後獲取職位身分、工作權益保障等，屬對外直接發生法律效果之單方行政行為，若逾期報到則喪失錄取資格，亦具有強制力與拘束力，即屬

訴願法及行政程序法之行政處分，是原告錄取分發梧棲幼兒園屬行政處分。

⑵原告於錄取分發前，向被告申請錄取時分發補實霧峰幼兒園原職缺，然被告卻在未函復前，即逕予發布錄取分發梧棲幼兒園，與原告依法申請意旨相悖，若原告前往報到，則將喪失原職缺權益，與依法享有之福利，造成權益重大損害，也如同放棄申請補實原職缺之權益，若逾期報到則喪失錄取資格，為此造成原告進退兩難，唯有靜候被告依前揭法令做適法之處置。然被告於108年8月21日始函復不同意原告之申請，致使原告不能依法補實原職缺，乃屬行政處分。且被告108年7月25日甄選會教保幼字第1080000071號函錄取分發之行政處分，因已逾分發報到期限，而喪失錄取資格，兩者具有密切關聯，均係對外直接發生法律效果之單方行政行為。另原告所提之申請，係依法令申請之案件，被告卻不依前揭法令規定辦理，亦即依法令應作為而不作為，具行政處分之性質。

3.原告申請分發補實原職缺係於法有據：

⑴約聘人員之僱用期間，雖以一年為限，然依約僱人員僱用辦法第5條但書仍有續約之規定，即視用人機關應業務需要與計劃期間之長短，表現良好即可續約，不受1年期間之限制，而被告曾核予原告連續服務滿10年以上之獎狀，亦核予原告服務期間績優感謝狀，並以服務期間之長短核予慰勞假等鼓勵，其顯未受1年一僱之限制。

⑵原告之原職缺係原霧峰鄉立托兒所組織編制內保育員，依約僱人員僱用辦法之規定僱用，並經雙方同意簽訂約僱人員約僱契約書，以執行僱用職務，嗣101年幼照法施行，公立托兒所改制為公立幼兒園後，依幼照法第21條第2項、教保服

務人員條例第16條第3項等規定，並以約僱人員僱用辦法及約僱契約書，繼續僱用原告為約僱教保員至今，故該原職缺於改制前後均依其原適用之相關法令規定辦理。

⑶復依公幼約用人員待遇辦法第13條第4項第1款規定在於維護約僱人員僱用辦法之僱用人員於原任職缺之工作年資，為可採計所敘薪級福利之特別規定。原告工作年資已有15年，可採計最高5級，相當於連續服務滿5年，畸零月數不予併計，影響福利權益甚大，被告卻不依前揭法令規定補實原職缺，至原告權益重大損害，無異係對原告與該等人員錄取時之懲法，顯為不當。

4.系爭函文與不受理訴願決定皆有所違誤：

⑴原告依系爭甄選簡章規定，錄取人員依總成績高低依序分發，於達到總成績錄取時，始依前揭法令維護職缺之權益，分發補實原職缺，若被告同意申請，除可維護原告應有權益外，被告亦可符合前揭法令及契約規定並達到甄選補實職缺之目的。然被告函復不同意，顯違前揭法令應作為義務，其內容僅以簡章規定作為不同意申請之理由，卻對前揭幼照法等相關規定有無不當並無說明，且該等法律有優先適用簡章之效力，簡章未將原依該僱用辦法僱用之人員的權益納入規範而是否瑕疵，與錄取分發之行政處分有無不當，亦無任何表述，顯有理由不備，其行政處分不無重大瑕疵。況原告依錄取分發至梧棲幼兒園報到，除一切應有權益喪失外，一切權益與新進人員重新計算外，所留遺缺，被告將分發錄取總成績較原告低之備取人員補實職缺，形同剝削，實難令人信服，且被告係舉辦甄選而非考試，其性質有別，對原告權益損害而言，顯不符行政程序法第7條之比例原則。

⑵關於系爭甄選簡章並無申請補實職缺之規定，乃應歸責被告

之事由，因前揭幼照法等法律均有明確規定，維護原依約僱人員僱用辦法所僱用人員之原職缺等權益，被告卻將其完全排除在外，不納入簡章規範，造成簡章之重大瑕疵，嚴重損害該等人員錄取時一切權益與新進人員一樣重新計算。原告為維護權益，依法申請補實原職缺，被告卻不予同意申請，即依法應作為而不作為，已違反該等法律之應作為義務與行政程序法第9條之應注意義務。然被告倒果為因，反以簡章並無申請補實原職缺之規定為由，作為不同意申請之依據，顯難令人信服。縱系爭簡章並無規定，被告也當依前揭母法規定優先適用，作適法之處置。被告已造成原告重大權益損害，其違失之責，當應由被告依法處置，不該由原告承擔其果，而喪失錄取資格與權益重大損害，訴願決定書之理由顯有偏頗不公。

㈢訴願決定認為本件並非依法申請之案件，且被告無應作為而不作為，非屬行政處分。然原告108年7月21日之申請書函即有載明申請目的、理由及法令依據，並於文後附註幼照法第21條及公幼約用人員待遇辦法第13條第4項第1款等條文，詎訴願決定視而不見，且系爭甄選簡章係依教保服務人員條例第15條規定授權所訂之公幼約用人員待遇辦法第2條第1項第2款規定為依據。由此可見，前揭法令為系爭甄選簡章之母法，然被告卻未依母法規定將原依約僱人員僱用辦法之僱用人員職缺等相關權益納入簡章規定，原告對系爭甄選簡章之瑕疵，以前揭母法申請補實原職缺，並無違誤。且該等母法均有明訂，「依其原適用之相關法令規定辦理」，被告卻不予辦理，造成原告應有權益之損害，顯違反該等法令應作為義務，足見訴願決定顯有避重就輕，該意旨與事實不符。

㈣聲明：訴願決定及原處分均撤銷，另為適法處置。

三、被告答辯及聲明：

㈠答辯要旨：

1.依教保服務人員條例第15條規定：「公立幼兒園依勞動基準法相關規定以契約進用之教保員、助理教保員，其待遇及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。」及依上開規定授權訂定之公幼約用人員待遇辦法第2條第1項第2款規定：「本辦法所稱契約進用人員，指直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）、直轄市山地原住民區立幼兒園（以下簡稱幼兒園）及公立學校附設幼兒園（以下簡稱附幼）依下列規定進用之人員：……二、於幼照法施行後依勞動基準法規定進用之教保員、助理教保員及社會工作人員、護理人員、廚工與職員等之其他人員。」可知其係適用勞基法相關規定以契約進用。本件原告係被告108學年度第1學期依前開公幼約用人員待遇辦法第2條第1項第2款規定，徵選錄取分發進用之教保員，亦係適用勞基法相關規定以契約進用，而勞基法為民法僱傭契約規定之特別法，屬私法性質個案爭議，且關於公部門以勞基法進用之人員，相關薪資給付、確認僱傭關係存在等訴訟，均屬民事訴訟之範疇。故原告應循民事訴訟程序請求救濟，始為適法，自不許提起訴願及行政訴訟請求救濟。

2.依系爭徵選簡章：「捌、甄選錄取方式四、錄取人員依總成績高低依序分發」規定，被告依原告總成績高低依序分發辦理，並無違誤。故系爭徵選簡章並無「補實原任職缺」之分發方式，是原告請求並無理由等語，資為抗辯。

㈡聲明：原告之訴駁回。

四、爭點：

㈠本件是否屬於私法上爭議，原告應依民事訴訟程序為本件請求？

㈡系爭函文是否為行政處分？原告得否提起本件課予義務訴訟？

五、本院的判斷：

㈠前揭爭訟概要之事實，分別有如附表所示甲證1、甲證2、甲證3、甲證4、甲證11、乙證1、乙證4各項資料可查，堪信為真實；另本件判決相關證據之編號詳附表內容。

㈡應適用的法令(詳附錄)：

1.教保服務人員條例第15條。

2.公幼約用人員待遇辦法第2條第1項第2款。

㈢按「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」、「行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移送至有受理訴訟權限之管轄法院。」行政訴訟法第2條、第12條之2第2項分別定有明文。故如屬私法上之爭議，行政法院即無審理權限，應依職權裁定移送至有受理訴訟權限之管轄法院。次按教保服務人員條例第15條規定：「公立幼兒園依勞動基準法相關規定以契約進用之教保員、助理教保員，其待遇及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。」及依上開規定授權訂定之公幼約用人員待遇辦法第2條第1項第2款規定：「本辦法所稱契約進用人員，指直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）、直轄市山地原住民區立幼兒園（以下簡稱幼兒園）及公立學校附設幼兒園（以下簡稱附幼）依下列規定進用之人員：……二、於幼照法施行後依勞動基準法規定進用之教保員、助理教保員及社會工作人員、護理人員、廚工與職員等之其他人員。」之規定意旨以觀，可知幼照法施行後公立幼兒園以契約進用之教保員、助理教保員及社會工作人員、護理人員、廚工與職員等之其他人員係優先適用勞基法之規定，其因勞動契約所生爭議事項，

核屬私法關係之訴訟，應依民事訴訟程序為之。查原告現為市立霧峰幼兒園之約僱教保員，有甲證8、9可佐(本院卷第199、257-263頁)，並以系爭甄選簡章報考臺中市108學年度第1學期公立幼兒園進約進用教保員，有乙證4可按（本院卷第123-135頁)；而「108年度第1學期臺中市公立幼兒園契約進用人員甄選會」（下稱甄選會）依公幼約用人員待遇辦法第3條之規定，辦理108年度第1學期臺中市公立幼兒園契約進用教保員甄選作業，並依該簡章-拾甄選分發及報到作業一、公立幼兒園契約進用教保員分發作業（三）填選志願憑辦（四）1.錄取人員依總成績高低依序分發，且以甲證2之函文通知原告公開分發至臺中市立梧棲幼兒園擔任契約進用教保員，此項函文係通知原告因錄取分發至臺中市立梧棲幼兒園，臺中市立梧棲幼兒園應依公幼約用人員待遇辦法第12條之規定與原告訂定進用人員之契約，而原告並未與依分發通知與臺中市立梧棲幼兒園訂定契約進用教保員之勞動契約，且原告108年7月21日向被告申請逕分發補實原任市立霧峰幼兒園教保員約僱人員職務部分，亦與其倘與臺中市立梧棲幼兒園訂定契約進用教保員之勞動契約私法法律關係無涉，故本院無從依行政訴訟法第12條之2第2項規定，將本件移送至管轄民事法院；是被告抗辯原告應依民事訴訟程序請求救濟之詞，並非可採，併此敘明。

㈣惟按「原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院應以裁定駁回之。但其情形可以補正者，審判長應定期間先命補正：……十、起訴不合程式或不備其他要件者。」行政訴訟法第107條第1項第10款定有明文。而依同法第4條第1項規定提起撤銷訴訟，須人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為其權利或法律上之利益受有損害為要件。又參諸訴願法第

3條第1項及行政程序法第92條第1項規定意旨，所謂行政處分，係指中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。至行政機關所為單純事實之通知或理由之說明，既不因該項敘述或說明而生何法律上之效果者，自非行政處分，人民即不得對之提起行政爭訟，否則其訴即屬不合法。復依行政訴訟法第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。」所謂「依法」申請之案件，自指法律賦予申請權利者而言。本件：

1.依公幼約用人員待遇辦法第2條第2項規定「前項人員之進用，除園長之進用應依本條例第20條第4項規定辦理外，應依第3條第1項至第3項規定採聯合或自行公開甄選方式為之；其為現職教保員或助理教保員，符合下列規定者，得採遷調方式為之：……」同辦法第3條第1、2項規定「直轄市、縣（市）主管機關每學期至少辦理1次聯合公開甄選作業。但幼兒園或學校未有開缺或第1學期以聯合公開甄選方式作業，並有備取名單足供當學年使用者，不在此限。前項規定於鄉（鎮、市）、直轄市山地原住民區立幼兒園，其契約進用人員之公開甄選作業，得擬具甄選簡章報直轄市、縣（市）主管機關備查後，由鄉（鎮、市）公所、直轄市山地原住民區公所依第5條至第7條、第9條、第10條及第21條相關規定

辦理。」同辦法第5條規定「直轄市、縣（市）主管機關辦理聯合公開甄選作業，應設契約進用人員甄選會（以下簡稱甄選會）；其任務如下：一、審定甄選簡章。二、訂修試場規則。三、確認作業程序。四、督導試務工作。五、審議錄取名單。六、處理偶發事件。七、其他有關契約進用人員甄選事項。」同辦法第11條規定「經聯合公開甄選作業錄取之人員及達成遷調之教保員、助理教保員，除有本條例第12條第1項及幼照法第23條第1項各款情形之一者外，幼兒園或學校不得拒絕進用。教保員、助理教保員經達成遷調而未報到，致影響其他幼兒園或附幼教保員、助理教保員遷調者，各該遷調均失其效力，各教保員、助理教保員仍留原幼兒園或附幼服務，原幼兒園或學校不得拒絕。但未報到教保員、助理教保員之原幼兒園或學校可增開缺額而達成遷調者，各該遷調不失其效力。」足知教保員經甄選錄取後，並未有向被告申請作成分發補實原職缺處分之公法上請求權。

2.本件承上㈢所述，甄選會以甲證2之函文通知原告公開分發至臺中市立梧棲幼兒園擔任契約進用教保員，即臺中市立梧棲幼兒園應與原告訂定進用人員之勞動契約之觀念通知，並非行政處分；而原告未能接受該分發通知結果，乃向被告申請「分發補實」原任市立霧峰幼兒園約僱人員職務，嗣以系爭函文通知與系爭甄選簡章所定之要件不符，揆諸前揭規定及說明，該系爭函文亦非屬公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為，並非行政處分，且不屬於行政訴訟法第5條所稱之「依法申請之案件」，自不生所謂應於法令所定期間內應作為而不作為，或對於原告依法申請之案件予以駁回之情事；原告提起本件課予義務訴訟，訴請撤銷訴願決定及系爭函文等，屬起訴

不備法定要件，且依其情形無從補正，應依行政訴訟法第107條第1項第10款裁定駁回。

㈤又本件原告之訴，既自程序上予以駁回，則其實體上之主張，本院即無從加以審酌，併予敘明。

六、結論：原告之訴不合法，應予駁回。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　29　　日

臺中高等行政法院第二庭

審判長法　官　劉　錫　賢

法　官　莊　金　昌

法　官　楊　嵩　琇

以上正本證明與原本無異。

如不服本裁定，應於裁定送達後10日內以書狀敘明理由，經本院向最高行政法院提起抗告（須依對造人數附具繕本）。

中　　華　　民　　國　　109　　年　　12　　月　　29　　日

書記官　黃　靜　華

附錄(參考法條及判例、判決)：

1.教保服務人員條例第15條

公立幼兒園依勞動基準法相關規定以契約進用之教保員、助理教保員，其待遇及其他相關事項之辦法，由中央主管機關定之。

2.公立幼兒園契約進用人員之進用考核及待遇辦法第2條第1項第2款

本辦法所稱契約進用人員，指直轄市、縣（市）、鄉（鎮、市）、直轄市山地原住民區立幼兒園（以下簡稱幼兒園）及公立學校附設幼兒園（以下簡稱附幼）依下列規定進用之人員：

二、於幼照法施行後依勞動基準法規定進用之教保員、助理教保員及社會工作人員、護理人員、廚工與職員等之其他人員。

附表、證據編號對照表

證據編號	證據名稱或內容	所附卷宗	頁碼
甲證1	原告108年7月21日申請書函影本	本院卷	27-31
甲證2	108學年度第1學期臺中市公立幼兒園契約進用人員甄選會108年7月25日教保幼字第0000000000號函影本	本院卷	33
甲證3	被告之原處分	本院卷	35-36
甲證4	訴願決定書	本院卷	37-42
甲證5	臺中市政府104年績優感謝狀	本院卷	43
甲證6	臺中市政府108年服務資深教保人員獎狀影本	本院卷	45
甲證7	原告訴願書及被告答辯書等相關影本資料	本院卷	47-48

（續上頁）

甲證8	原霧峰鄉公所94年6日21日霧鄉人字第000000000號約僱人員約僱契約書影本	本院卷	255-256
甲證9	原霧峰鄉公所99年12月24日人證字第0990039號服務證明書影本	本院卷	257
甲證10	臺中市立霧峰幼兒園109年1月14日中幼霧字第1090000058號約僱人員僱用通知書	本院卷	259
甲證11	臺中市立霧峰幼兒園約僱人員僱用契約書	本院卷	261-263
乙證1	被告108年8月21日中市教幼字第0000000049號函	本院卷	109-110
乙證2	行政院人事行政總處103年8月25日總處組字第1030043712號函	本院卷	111-113

（續上頁）

乙證3	教育部101年11月21日臺國（三）字第1000000000號函	本院卷	115
乙證4	108學年度第1學期本市公立幼兒園契約進用教保員甄選簡章	本院卷	123-135