

附論（一）

德國公務員法上之競爭訴訟

－ 職務安定原則與有效權利救濟間之權衡

（程明修 執筆）

一、前言

德國聯邦行政法院對於公務員法上之競爭訴訟之裁判其實相當盤根錯節。早期的見解多認為，如果陞遷任命決定已經完成，未獲任命者所提起的權利救濟往往是會被拒絕的。因為這個申請的職位已經不再是空缺的職位，同時也不可能再透過競爭者所提起的撤銷訴訟，讓這個已經任命其他公務員在上的職缺再空出來¹。不過德國聯邦行政法院在 2001 年 9 月 13 日判決傍論（*obiter dictum*）中則自己提出質疑，這種傳統排除競爭者提起撤銷訴訟的見解似乎很難跟憲法（基本法）第 19 條第 4 項「實效性權利保障之要求（*Gebot effektiven Rechtsschutzes*）」彼此相容²。到了 2003 年，聯邦行政法院則於判決中指出，競爭者主張撤銷任命，重新空出職缺的撤銷訴訟，在一些特定的情況中其實並無必要。但是當機關首長「不法（*zu Unrecht*）」忽視原告公務人員之權益時，機關首長在必要的情況下則可能需要另外提供新的職缺出來³。

行政法院的傳統立場認為競爭者於任命完成後所提出的競爭訴訟（課予義

1 例如 BVerwG vom 25.8.1988 – 2 C 62.85 –, BVerwGE 80, 127 ff.

2 BVerwG vom 13.9.2001 – 2 C 39.00 –, BVerwGE 115, 89 ff.; DVBl. 2002, S. 203 ff.

3 BVerwG vom 21.8.2003 – 2 C 14.01 –, DVBl. 2004, 317 ff.

務訴訟)均屬已經終結(erledigt)的案件。裁判的理由大多基於所謂「職務安定原則(Prinzip der Ämterstabilität)」或者信賴保護原則。因為已經完成的任命往往無法再加以回溯撤銷。未獲任命的原告即因欠缺訴訟權能而無法請求撤銷對他人之任命。欠缺撤銷訴訟這個權利救濟的開路先鋒，之後的課予義務訴訟也就不會有結果。

德國聯邦行政法院在2001年9月13日判決傍論中所提出的質疑，被學界譽為是對於「職務安定優於競爭者權利保護」學理(Dogmas vom Vorrang der Ämterstabilität vor dem Rechtsschutz des Konkurrenten)的重大突破⁴。聯邦行政法院可說撼動了公務員法與行政訴訟法上傳統一慣的見解。即使這只在判決傍論中提及，我們也可以視為學理上的一大轉變。同時也可能導致行政法院不再走回「職務安定絕對優於競爭者權利保護」的老路⁵。不過這還值得進一步觀察。因為除了行政法院這個特殊的見解外，下級審法院似乎毫無所動。而聯邦憲法法院也還持觀望的態度。

聯邦行政法院2001年9月13日判決中原告乃是終生職公務員。最後是任職於布萊梅邦議會，而薪資職級屬於B7級。1995年10月31日他被調為暫時退休狀態的政務官。而其原先職位則於1995年11月1日已經新任命其他公務員擔任。原告不服調任決定而提起行政訴訟。初等與高等行政法院均已訴訟無理由駁回原告之訴。因為在職位從新派任後，原告訴訟希望這個職位從新騰出而提出的訴訟目的已經不可能再加以實現。不過最高行政法院並不同意這個理由。反而進一步審查調職決定的合法性。不過最終還是判定此一調職決定並不違法。判

4 Vgl. Ulrich Battis, Entwicklung des Beamtenrechts im Jahre 2001, NJW 2002, 1089.

5 Vgl. Hufen, JuS 2002, 1237 f.

決原告之訴無理由。

二、本案訴訟的主要救濟目的

（一）要求勿任命他人以及要求任命競爭者自己

未獲陞遷任命之公務人員提起行政訴訟的目的首先在於透過課予義務之訴（或重新決定之訴（*Neubescheidungsklage*）），要求行政法院命行政機關作出對自己的陞遷決定。但是這個訴訟要有結果的前提是他希望陞遷的職位仍屬空缺。假如行政機關已經任命其他競爭關係下的第三人時，此時原告必須先考慮提起撤銷訴訟或不作為之訴，讓這個職位重新騰空出來。這在競爭關係訴訟中，被稱為所謂的排除或排擠競爭者之訴（*sog. Ausschließende od. verdrängende Konkurrentenklage*），因為原告希望獲得第三人不能獲得的利益⁶。所以訴訟的目的不是只為自己能獲得陞遷，同時也希望已經任命第三人的陞遷被撤銷，職位重新騰出。

（二）自己地位的提升（陞遷任命）

原告提起課予義務訴訟的主要理由在於，行政機關在最後選擇陞遷人員時違反了「最佳選擇原則（*Grundsatz der Bestenauslese, Art. 33. Abs. 2 GG*）」⁷。同時原告有應該具有訴訟權能，因為競爭關係下競爭者源自於基本法第 33 條第 2 項的（主觀）公法上權利⁷可能因此受侵害。

不過通說的見解認為，因為原本空缺的職位因為已經完成陞遷任命，所以

6 Vgl. [Rainer Wernsmann](#), *Die Verwaltung*, 2003, 68 ff.

7 根據基本法第 33 條第 2 項之規定，任何德國人根據他的資格、能力以及專業，有從事公職的同等機會。

這個陞遷任命程序已經「終結（Erledigung）」⁸。因此若是陞遷任命已經完畢，此時提起的課予義務訴訟應屬不合法⁹。適當的訴訟類型應該是所謂的「續行確認訴訟（Fortsetzungsfeststellungsklage）」¹⁰。競爭者要求提供其所欲陞遷的職位事實上已經不可能，即使在先前的陞遷程序中，他的權利未受到適當的重視¹⁰。通常的情況下，已經完成的陞遷任命並無法加以回溯撤銷，除非有公務員法上相關嚴格限制的例外條件發生（§§ 9 BRRG, 12 BBG）¹¹。至於未獲陞遷任命者自己的陞遷要求則更不可能。

（三）阻止競爭者地位的提升

由於通說認為課予義務訴訟已經終結，原本的職缺已經陞遷完成而有其他公務人員佔用，未獲陞遷任命者唯一可能的權利救濟應該只剩下去阻止競爭者已經完成的陞遷任用。我們可以想像的方式是以提起撤銷訴訟來實現這個目的。甚至於是提起一般給付訴訟下，所謂的「預防性的不作為之訴（die vorbeugende Unterlassungsklage）」¹²，事前去阻止行政機關對於競爭者的陞遷任命。

不過學者指出，預防性的不作為之訴因為仍屬一般給付訴訟的一種子類型，所以相較於撤銷訴訟仍具有所謂的補充性或備位性（subsidiär）。同時提起此類訴訟所要具備的「權利保護必要性（Rechtsschutzbedürfnis）」也比較高¹²。因為

8 BVerwGE 80, 127, 129 f.; Kunig, in: Schmidt-Aßmann, Besonderes Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2003, 6. Kap, Rn. 91; 反對說，vgl. Schoch, Jura. 2002, 320; Dirk Ehlers, in: Friedrich K. Schoch/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Rainer Pietzner (Hrsg.), VwGO, Vorb. § 40 Rn. 92; Friedhelm Hufen, a.a.O.(Anm. 117), 2003, § 15 Rn. 7, 26.反對此時有課予義務訴訟的訴訟權能。

9 Vgl. Hufen, a.a.O.(Anm. 117), § 14 Rn. 12.

10 Vgl. BVerwGE 80, 130; Erichsen, Jura 1984, 650.

11 Vgl. BVerwGE 80, 130.

12 Vgl. BVerwGE 81, 329, 347, Ehlers, Vorb. § 40 Rn. 101; Wernsmann, DVBl. 2005, 279.

人民對於行政機關的決定有所質疑時，可以針對這個已經存在的決定提起撤銷訴訟。而且原則上不能在這個決定尚未作出之前，即提起（預防性）不作為之訴來阻止行政機關作成該決定。這不僅在雙邊法律關係，同時也在多邊法律關係（例如本案中的競爭關係）中有其適用。

（1）提起撤銷訴訟請求撤銷競爭者之陞遷任命

目前實務上對於公務員法上之競爭訴訟所持之見解大體上是認為，若是從欲陞遷的競爭者間選出特定之公務人員加以陞遷完成，通常想再提起撤銷訴訟即屬不可能。雖然未獲陞遷的公務員針對他人的陞遷提起撤銷訴訟，理論上其提起的訴訟是合法的。但是最後卻還是無法將已經任用的陞遷加以撤銷，因為撤銷與否與未獲陞遷者的權利救濟有和相關，並不明確。聯邦行政法院對於競爭者已經執行完畢的任命而提起的撤銷訴訟並不同意此時具備行政法院法第 42 條第 2 項撤銷訴訟所應必備的訴訟權能（Klagebefugnis）。因為聯邦行政法院並不同意這種任命是一種對特定人有利，但卻對第三人不利之「附第三人效力之行政處分」，而應該是一個與未獲陞遷任命者無關的單純行政處分¹³。

在這裡必須先確定，究竟提起撤銷訴訟到底是否合法？如果不合法，我們其實也不用再討論訴訟是否有理由（即行政處分違法侵害原告權利）。反之，如果未獲任命之競爭者提起的撤銷訴訟合法，行政法院原則上就必須進一步審查究竟這個任命是否違法，同時侵害原告之權利。有學者即認為這項陞遷任命違反了憲法上「最佳選擇原則」，這項陞遷任命即屬違法並侵害原告的權利。行政機關是否可以將已經完成的陞遷任命加以撤銷，不應該是訴訟有無理由的

¹³ Vgl. BVerwG vom 30.6.1993 – 2 B 64.93 –.

主因。重要的是「行政法院」可否將這項陞遷任命加以撤銷，同時也僅根據行政法院法第 113 條第 1 項（即行政處分有無違法，並侵害原告權利）加以判斷¹⁴。

相反地，聯邦行政法院則認為此時提起撤銷訴訟應屬不合法。法院無法再進一步審查此一任命是否違法並侵害原告之權利。所以未獲陞遷任命之競爭者的請求權如何實現，乃取決於已任命的職位是否可以例外地重新空出（因為該陞遷任命自始無效！）或者「行政機關」可以重新騰出該職缺（行政機關依職權將原先的陞遷任命撤銷）。

（2）提起預防性之不作為訴訟請求勿對競爭者加以陞遷任命

由於一般認為，提起課予義務訴訟要求法院命行政機關重新作成陞遷任命之決定已不可能（本案屬於已終結之案件！）。而撤銷訴訟是否合法，聯邦行政法院的態度又傾向消極認定，行政機關依職權撤銷先前陞遷任命的機會，因公務員法上嚴苛的條件限制亦屬少數。所以此時未獲陞遷任命者所能考慮的本案訴訟類型可能僅剩下一般給付訴訟下的預防性不作為之訴。原告此時可以要求法院暫時禁止行政機關陞遷任命其他的公務人員。不過值得注意的是，本案訴訟往往耗日費時，即使是預防性的不作為之訴亦然。往往本案勝訴也已經為時已晚，所以還不如考慮在暫時性權利救濟制度中尋求保障。

（3）尋求暫時性權利救濟

暫時權利保護作為訴訟法上傳統的制度，依傳統的見解，其主要只是具有「保全功能（Sicherungsfunktion）」，以保障訴訟原告之權利在勝訴後不因無從

¹⁴ Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 279.

執行而終局落空¹⁵。但是隨著訴訟程序在實務上往往曠日廢時，目前在訴訟實務上，當事人多習於在本案訴訟外，另行聲請暫時權利保護，以避免權利不因過長的訴訟程序而致嗣後無法實際獲得所需救濟。一般的本案訴訟程序，為了追求終局正義，往往適用各種傳統的程序原則以及複雜的訴訟制度。但是相對地在程序上會造成延宕。而暫時權利保護程序，適用所謂略式審查（*summarische Prüfung*），可以謀求訴訟上之本案爭議，至少在終局裁判前迅速暫時獲得解決。所以暫時權利保護程序，亦常被稱為「快速程序（*Eilverfahren*）」，其更具有所謂「暫時滿足之功能（*interimistische Befriedungsfunktion*）」¹⁶。

如果原告提起的本案訴訟是撤銷訴訟時，此時可以考慮的暫時性權利保護制度乃是請求「暫時停止執行」（德國行政法院法第 80 條與第 80a 條，我國行政訴訟法第 116 與 117 條）。但是如前所述，德國實務的見解一貫地認為此時撤銷訴訟並不合法，因此暫時停止執行的要求亦不可能。我們可以考慮的應該是行政法院法第 123 條以下規定的假處分制度。在我國則為第 298 條第 1 項，要求法院發保全命令（*Sicherungsordnung*）以保全日後實施強制執行，以及第 298 條第 2 項要求法院發定暫時狀態命令（*Regelungsordnung*）以採取必要措施，維護暫時狀態之制度。

未獲陞遷任命者提起訴訟的目的無非是希望原本空缺出來的職位能夠保持，甚至於由自己來獲得。由於原告可以主張基本法第 33 條第 2 項保障他於陞遷時有應被尊重的（主觀）公法權利（至少有應徵的程序請求權！），所以他有請求受暫時性權利保護的資格。假如原告對於暫時命令的請求以及請求暫時命令

15 Vgl. Schoch, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *a.a.O.*(Anm. 158), Vorb. § 80 Rn. 34 f. (Stand: Jan. 2003).

16 參考，林明昕，前揭文(註 159)。

的原因顯而可信（*glaubhaft*），其請求發保全命令或定暫時狀態即屬有理由。原告對於暫時命令的請求權顯而可信，是指原告所提供的事實足堪證明其所主張「極具可能性（*überwiegend wahrscheinlich*）」¹⁷。而並不需要真的確定原告是根據基本法第 33 條第 2 項事實上最適於被陞遷任命者¹⁸。

原告請求暫時命令的原因顯而可信則是指，若是既有狀態已經改變，存有權利的實現會被嚴重削弱或阻礙的危險。例如原本空缺之職位已經有其他人被任命後，原告的權利之實現即有嚴重弱化的危險。基本法第 19 條第 4 項所保障的有效權利救濟體系無論如何都應該包括暫時性的權利救濟。而自基本法第 19 條第 4 項可以導出，未獲陞遷任命之原告至少擁有程序上的請求權。因此機關首長在陞遷任命決定前，應該有通知其他競爭者進行選拔程序的義務，這些競爭者也才有透過行政法院法第 123 條暫時權利保護的途徑保護自己權利的機會。

三、告別職務安定原則？

於前述訴訟問題爭點中，仍有待釐清的是，是否在競爭關係下，機關首長完成陞遷任命其中一人之後本案爭訟即屬已經「終結（*Erledigung*）」？特別是在課予義務訴訟中，原告的請求是否已經無法或者仍有可能加以實現？其前提當然是，原告所希望被陞遷任命的職位仍有空缺出來的可能性？這也是撤銷訴訟關注的重點。

（一）提起撤銷訴訟之訴訟權能

聯邦行政法院雖然認為此時因為其他競爭者之任命與自己無關，所以原告

¹⁷ Vgl. BVerfG (Kammer) vom 29.7.2003 – 2 BvR 311/03 – Rn. 16.

¹⁸ Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 280.

之訴訟權能不具備。不過仍有許多學者持反對見解¹⁹。由於預算以及人事法規之限制，每一個空缺的職位由誰陞遷或被任命，並非僅僅是一種雙邊法律關係。對於每一個競爭者而言，他人獲得陞遷任命，也就等於自己源自於基本法第 33 條第 2 項之請求權（是一種主觀公法權利！）已經無法實現。如果競爭者主張陞遷違反憲法上最佳選擇的要求，自己的權益受侵害之外，他人的任命也應屬違法。雖然聯邦行政法院反對，但這個陞遷任命卻是一種不折不扣的附第三人效力之行政處分，亦即對獲陞遷者有利，但對未獲陞遷者卻是侵益的行政處分。未獲陞遷者得提起撤銷訴訟也就因此是順理成章之事²⁰。德國聯邦憲法法院在 2004 年 1 月 14 日的裁定中也支持這種主張²¹。如果不能承認第三人提起撤銷訴訟之可能性，那麼一經陞遷任命完成，未獲陞遷任命者即因事實上不可回逆的權利狀態改變，而毫無救濟可能，與基本法第 19 條第 4 項所保障的實效性權利救濟的要求並不相符。

（二）行政法院撤銷對於第三人之陞遷任命之可能性

必須確認的是，如果承認提起撤銷訴訟的訴訟權能，在訴之合法性外，緊接者要探討訴訟有無理由。根據行政法院法第 113 條第 1 項，訴訟有無理由要判斷的只有兩個要素，其一是行政處分確定違法，其二則是原告權利受侵害。從前面的論證，如果該任命違反基本法第 33 條第 2 項，即屬一違法行政處分。同時這個違法的陞遷任命也侵害了憲法保障第三人的公權利。此刻理論上行政法院即應該將行政處分撤銷。公務員法或行政程序法上有關授益行政處分撤銷的

19 Vgl. [Peter-Michael Huber](#), Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, S. 477; [Schenke](#), VerwP, 9. Aufl., 2004, Rn. 524; [Wahl/ Schütz](#), [Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner](#), VwGO, § 42 Rn. 325.

20 Vgl. [Wernsmann](#), DVBl. 2005, 281.

21 Vgl. BVerfG vom 14.1.2004 – 1 BvR 506/ 03 –, DVBl. 2004, 431.

衡量因素在此並不需要考慮，因為這是法院透過一個形成判決直接撤銷違法行政處分，而非透過給付判決命令行政機關去撤銷違法行政處分²²。

不過有學者從整體體系觀察，認為此時應該要限縮行政法院法第 113 條第 1 項之適用。因為程序法理論上是在輔助實體法上權利之實現。如果在實體法上基於權利存續性（*Rechtbeständigkeit*）之保障都可以支持讓一個違法行政處分存在（例如行政程序法上都有給違法行政處分補正的機會，而不必然加以撤銷），程序法（訴訟法）上便沒有必要如此過於寬泛地加以適用²³。換言之，即使陞遷任命的行政處分確實違法且侵害人民權利，行政法院也不必然要將該行政處分加以撤銷²⁴。

（1）職務安定原則與有效權利保護的影響

德國基本法第 33 條第 5 項規定「有關公務員的法律必須顧及公務員制度的傳統基本原則加以制訂」。一般也將職務安定原則理解成為公務員制度的傳統基本原則²⁵之一。承認職務安定原則的理由無非是基於法律安定性原則（*Grundsatz der Rechtssicherheit*）、公眾對於公務員特質的信賴（*Vertrauen der Öffentlichkeit auf die Beamteneigenschaft*）以及受任命公務員值得保障的信賴。假如公務員的任命存在有撤銷的危險時，受任命公務員自己的個人利益將與先前未受任命競爭者的權利保護利益處於無法解決的衝突。因此它保障已經完成的陞遷任命在一定的條件下可以維持其存續效力。特別是針對一些終身職的公

22 Vgl. Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht, 1988, S. 699 f.

23 Vgl. Wernsmann, DVBl. 2005, 282.

24 Kopp/ Schenke, *a.a.O.*(Anm. 120), § 113 Rn 6.

25 這包括源自於法治國完整性與民主正當性的政治中立原則（*politische Neutralität*）、嚴守職務秘密原則（*Amtsverschwiegenheit*）；源自於行政效率要求的功績原則（*Leistungsprinzip*，這個原則一般也被認為具有主觀權利的內涵）等等。

務員。聯邦憲法法院因此演繹出「身分法上職務²⁶不可剝奪原則（Grundsatz der Unentziehbarkeit des statusrechtlichen Amtes）²⁷。」這項原則甚至可以對抗已經任命數年之後的法院裁判²⁸。因為若是於陞遷任命之後數年仍容許藉由訴訟使得公務員的職位發生變動，或者讓已經發生陞遷連鎖效應的公務員法律關係再一次受到質疑，恐怕會嚴重影響到行政的運作能力以及公務員地位的穩定保障（Stabilitätsgarantie）。所以基於職務安定原則與有效權利保障之折衷，我們所承認的陞遷任命救濟，應該將重心放在陞遷任命前的階段。換言之，應該考量的是行政救濟中的暫時性權利保護制度。

（2）職務安定原則與有效權利保護原則的衝突（原則與原則之衝突！）

在公務人員的陞遷任命救濟上，憲法所保障的職務安定原則與有效權利保護原則往往會發生衝突，這是一種典型的原則與原則之間的衝突！

根據阿雷西（R. Alexy）所提出關於規則（Regeln）與原則（Prinzipien）之區別說法，原則是一種**最適當化的要求**（Optimierungsgebote）。「也就是**要求在事實與法律上可能性的範圍內盡可能被實現的規範**²⁹。」因此，原則具有在不同程度上被滿足的特徵³⁰。透過彼此對立的規則與原則，滿足原則的法律上可能

26 身分法上職務或地位法上的公務員職務原則上是透過官、職等的分類（die Zugehörigkeit zu einer Laufbahn und Laufbahngruppe）、俸級的基本俸給（das Endgrundgehalt der Besoldungsgruppe）以及賦與公務員的官銜（Amtsbezeichnung）加以認定。地位法上的公務員職務首先透過「任命（Ernennung）」賦予，其後之變動僅得透過「陞遷（Beförderung）」或透過懲戒程序的降級（Degradierung）為之。因此若是官等、職等或俸級的變動便屬「地位法上的公務員職務」之變動。

27 BVerfGE 7, 155, 163; 70, 251, 267 ff.

28 Vgl. Schmidt-Preuß, Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht, 1992, S. 475 ff.; a.A. Wieland, FS Blümel, 1999, S. 655.

29 Vgl. Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1985, S. 75 ff.

30 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 76.

性範圍便被決定下來³¹。相反地，規則「則總是一種要不就是被滿足，要不就是不被滿足的規範」，它包含了基於事實與法律上可能性的確定（Fesetsetzungen）³²。因此規則與原則之間的區別是一種「質」上的形式區別，因此：每一種規範不是規則就是原則³³。

當原則與原則發生衝突時，阿雷西發展出衝突法則（Kollisionsgesetz）³⁴加以解決。阿雷西透過衝突法則認識了解決原則衝突的結構³⁵。當兩種同位階的抽象利益在具體案例中發生衝突時，所涉及的問題是如何透過衡量去確定那一種抽象利益在具體案例中具較高的位階³⁶。即「根據案例情況，確定一個諸原則間附條件的高階關係」³⁷，而衝突最後也透過它而獲得解決。所謂附條件的高階關係是指，一個原則在滿足具體個案中的條件時，優於其他的原則。這種優先性必須被充分說理³⁸。此一優先條件在衡量的案例中應該由法院加以闡述³⁹。

在具體的案件中，我們可能找出的優先條件是，當未獲陞遷的公務員仍有根據行政法院法第 123 條第 1 項要求假處分時，他就沒有撤銷他人陞遷任命處分之請求權。在這種情況下，職務安定原則在充分說理的前提下，優先有效權利救濟原則。若是已陞遷任命完畢，暫時性權利救濟未即時提出，此時單獨提起的撤銷訴訟並無理由（無撤銷對於競爭者有利處分之請求權）。

31 Ebenda.

32 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 76.

33 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 76 f.

34 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 79 ff.

35 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 79.

36 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 80.

37 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 81.

38 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 82.

39 Ders., a.a.O.(Anm. 198), S. 82 ff.

相對地，在陞遷任命決定作成後，但仍未完成任命程序之前，為了防止終局結果發生，仍有要求法院作成假處分的可能（注意，假處分非附隨在撤銷訴訟的制度）。此時若反而還是提起撤銷訴訟，則屬欠缺權利保護之必要性（Rechtsschutzbedürfnis）。因為當提起訴訟者原本可以透過其他更簡便、更廣泛、更快速及更適當的救濟途徑以實現他的救濟目的，但卻捨此不為時，即欠缺權利保護之必要性⁴⁰。

（3）在暫時性權利保護程序中撤銷陞遷任命

假如在整個陞遷任命程序中，主管機關完全沒有通知競爭者，致使他連尋求暫時性權利保護之機會均喪失時，或者在暫時性救濟程序中，主管機關逕自完成陞遷任命程序時，又該如何處理？德國過去實務通說原本也都認為此時無救濟可能⁴¹。

在這種情形下，學者認為暫時性權利保護完全未獲尊重，所以必須採取「有效權利救濟保障優先職務安定原則」的立場。否則的話，權利救濟的可能性將被行政機關的恣意完全削弱甚至封閉，同時也可以自己取巧地規避法院對行政行為的控制⁴²。此時只是單純地確認陞遷任命行為違法，或者同意損害賠償之請求並不足為訓⁴³。

在這種情形下，針對競爭者的陞遷任命所提起的訴願或行政訴訟（撤銷訴訟）即具有權利保護之必要性。因為提起訴訟者已經無法再透過其他更簡便、

40 Vgl. [Dirk Ehlers](#), VwGO, Vorb. § 40 Rn. 81 m.w.N.

41 Vgl. BVerwG, DVBl. 2004, 317; HessVGH, NVwZ 1994, 1231; NVwZ-RR 1992, 34, 35; NVwZ-RR 1996, 49, 50.

42 Vgl. Wernsann, DVBl. 2005, 283.

43 Vgl. BVerfG (Kamer), NJW 1990, 501; BVerwGE, DVBl. 2004, 317 (318).

更廣泛、更快速及更適當的救濟途徑以實現他的救濟目的。所以他的撤銷請求權應該予以承認。同時行政法院法第 113 條第 1 項的限縮解釋在此也不適用。我們更應該重視的是基本法第 19 條第 4 項的權利保障⁴⁴。

⁴⁴ Vgl. Wernsann, DVBl. 2005, 283.