

8. 針對陞遷決定之訴訟類型

訴願法與行政訴訟法修正之前，行政訴訟類型僅撤銷訴訟一種，因此無可避免地造成撤銷訴訟過度地承載人民權利救濟的功能，相對地，也使得提起撤銷訴訟的前提要件 - 必須存在一個行政處分 - 被過度地強調，也進而導致行政處分是否存在的判斷，逐漸地偏離法釋義學（*Rechtsdogmatik*）上的操作，而反從救濟目的之達成與否加以思考。具體而言，被認定為行政處分之行政行為是否真的是行政處分的問題卻居次要；反而是只要能達成救濟目的時，即使係爭行政行為「本質上」不是行政處分，也可以擴張解釋成為行政處分，而透過承認行政處分存在的這種道具功能，以滿足人民權利救濟的需求。這種解釋的方式雖然一方面成就了人民權利救濟的前提要件，但是卻也相對地犧牲法釋義學的重要性。這種現象在訴願法與行政訴訟法修正後，或者行政程序法制定，行政處分已有法定之定義規定後，似乎仍然存在。對於提起訴願或行政訴訟之要件是否成立之判斷，應該回歸立法者在行政程序法規上的決定（例如立法者在行政程序法第 92 條第 1 項中歸納出判斷行政處分是否存在的要素）。如此才能一方面避免適用法律者（例如行政法院），每每必須在法律具體化之時，都要重新去檢視一些原則性的問題（例如究竟什麼要素是行政處分存在所應具備者？）；同時另一方面也才能避免體系外的因素被不當地納入考量（例如，行政行為是否該當行政程序法第 92 條第 1 項之要件要素，與針對此一行為是否應當給予救濟，即屬不同層次的問題）。如此一來，主要以行政行為的類型作為前提而設計之行政訴訟法修正後，各種不同的訴訟類型也才有平均發展的機會，而非賦予撤銷訴訟過度的負擔或者過度地期待。

憲法第 16 條之規定，蘊含人民「有效」與「完善」之權益保障要求。礙於舊行政訴訟法之訴訟之種類僅限撤銷訴訟與附帶損害賠償訴訟，與前該憲法要求有極大差距¹。因此新修訂之行政訴訟法特增列訴訟種類，至少包括撤銷訴訟、確認訴訟及給付訴訟（請求作成處分之訴、請求財產上給付之訴、請求非行政處分以外之非財產上給付之訴）（第 3 條）。又依第 4 條規定人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經訴願程序後，得向高等行政法院提起撤銷訴訟，請求撤銷違法行政處分。第 5 條規定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，得向高等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。或者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，得向高等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 6 條則規定人民有即受確認判決之法律上利益時，得提起確認行政處分無效（或違法）及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟²。第 8 條則規定人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，或因公法上契約發生之給付，得提起給付訴訟。人民自得針對不同的公權力行為與訴訟目的提起相應的訴訟，而不以撤銷訴訟為限。

8.1. 撤銷訴訟

針對陞遷決定不服提起的訴訟類型，首先可以想到提起撤銷訴訟。但是要

¹ 參考，大法官釋字第 466 號解釋。

² 一般確認訴訟在陞遷案件中適用的機會似乎並不多見。

注意的是，撤銷訴訟的目的是透過法院的形成判決將行政機關所作的不利益違法行政處分遡及地使其失其效力，回到為作成行政處分前的原初狀態。但是在陞遷救濟案件中，未獲陞遷之公務人員與獲得陞遷之公務人員處於一種競爭關係，他的救濟目的往往不是單純地撤銷一個對他不利益的拒絕陞遷決定而已。對於最終的陞遷決定不服提起撤銷訴訟往往不是最適當的訴訟類型選擇。但是在此不能否定，如果原告只是要針對部分程序上的決定提起撤銷訴訟的可能，不過必須滿足提起撤銷訴訟的前提要件，亦即這些程序決定必須是一個行政處分。

在現行的行政訴訟法規範下，訴訟類型已趨多元，人民針對行政機關拒絕之陞遷請求案件，適當的訴訟類型，一般而言是指給付訴訟。因為對於原告而言，其訴訟的目的無非是希望最後終能獲得行政機關對之為陞遷之決定（不論作成行政處分或行政處分以外之行為均為一種給付），因此往往就沒有必要為了提起一個本質上非最佳選擇的訴訟類型（即撤銷訴訟），而必須斤斤計較行政機關對於人民申請案件的駁回或拒絕決定是否為一行政處分。行政訴訟法對於給付訴訟的規定，也有意地略過此種問題地判斷。例如本法第 5 條第 2 項規定課予義務訴訟，若「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，得向高等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。」至於駁回的決定，其法律性質為何，與課予義務訴訟之能否提起，全然無關。因為課予義務訴訟之提起，並非以駁回的決定為一行政處分作為前提，換言之，只要受理申請之行政機關作成單純「拒絕」的表示（ein einfaches „Nein“），即使該駁回的決定不具法效特徵，或具體言之，非一行政處分，也不會影響此一特殊之

給付訴訟提起的合法性³。就這一部份而言，提起課予義務訴訟原則上是比撤銷訴訟容易以及適當⁴。又本法第 8 條第 1 項規定一般給付訴訟，若「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。」其請求亦與先前行政機關曾有過之拒絕或駁回行為之法律性質無關。

但是我們不可否認的是，即使針對行政機關駁回人民請求作成陞遷決定之案件，以課予義務訴訟尋求救濟是比較適當的方式，但是仍然有一些特殊的情況，可能會面臨到撤銷訴訟的選擇。最典型的例子即是提起所謂「隔離的撤銷訴訟（isolierte Anfechtungsklage）」⁵。稱此類訴訟為「隔離」之撤銷訴訟，是指區隔原先想要獲得行政機關作成授益行政處分的希望，單獨針對行政機關之駁回處分提起撤銷訴訟之意⁶。雖然學說大多以欠缺權利保護之必要性（Rechtsschutzbedürfnis）而否定此類訴訟⁶。從而，申請被駁回的相對人在希望透過行政法院撤銷該駁回處分，與請求課予行政機關作成授益處分義務之選擇間，原則上並不具有選擇權⁷。但是在許多具體的事例中，撤銷訴訟並不見得會

3 Vgl. Peter Krause, Rechtsformen des Verwaltungshandelns, 1974, S. 200; Christoph Druschel, Die Verwaltungsaktbefugnis, 1999, S. 225 f. 類似之主張，參考，翁岳生編，行政訴訟法逐條釋義，2002，頁 100（註 205）（許宗力執筆）。氏認為，在只承認撤銷訴訟的舊法時代，行政機關函覆人民檢舉事項不成立所生權利救濟的爭執重心在於函覆性質是否屬於行政處分；但是在承認課予義務訴訟的新法時代，爭執重心則非該函覆是否屬於行政處分，而是舉發人是否依法擁有請求行政機關取締或處罰被舉發人之權利。

4 程明修，「撤銷訴訟的合法性（二）- 隔離的撤銷訴訟？」，法學講座第 10 期，2002.10，頁 32。

5 Vgl. Rainer Pietzner/ Michael Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl., 2000, § 9 III Rn. 24.

6 相關文獻可參考，Vgl. Jost Pietzcker, in: Friedrich K. Schoch/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Rainer Pietzner (Hrsg.), VwGO, Stand: Jar. 2000, § 42 Abs. 1 Rn. 109 (Fn. 413).

7 Vgl. Friedhelm Hufen, Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., 2000, § 14 Rn. 19.

完全被課予義務之訴所排擠，同時提起隔離的撤銷訴訟也未必完全不具有權利保護之必要性。更具體地說，立法者也從沒有想過要全然地以課予義務訴訟取代若干具有權利保護必要性之（隔離）撤銷訴訟之意思⁸。特別是當申請人不再希望得到原先意欲的授益內容，但是卻有法律上之利益以排除行政機關之駁回處分在這期間所造成的不利益⁹，或者希望日後重新申請的可能性能保持開放時¹⁰ - 即有權利保護之必要性時 - 隔離撤銷訴訟仍應予以許可¹¹。在陞遷案件中，未獲陞遷的公務人員獨立針對拒絕其陞遷要求之決定，似乎也可以想像。但是如前所述，本文並不認為此一拒絕陞遷的決定，對於當事人而言絕對是一個行政處分。所以還需要在個案中進一步判斷此一前提要件是否該當。

此外若是原告以利害關係人第三人之地位，亦可以訴請撤銷對競爭者予以陞遷之決定。而此一決定理論上可以被評價為「附第三人效力之行政處分」。倘若訴訟權能的要件亦可進一步確定，則在這種競爭關係下提起撤銷訴訟應屬於合法的訴訟類型選擇。學說上幾乎無所爭議的是，此時已經獲得圈選的公務人員則可以在訴訟程序或者暫時性權利保障程序中，以必要參加人的地位，參加訴訟¹²。倘若此一附第三人行政處分所涉及利害關係人範圍相當廣泛（亦即一次陞遷涉及之公務人員為數相當可觀），同時在訴訟上又屬於必要參加訴訟之

8 Vgl. Hans-Werner Laubinger, Die isolierte Anfechtungsklage, in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, 1985, S. 452 ff.

9 Vgl. Wolfgang Kuhla/ Jost Hüttenbrink, Der Verwaltungsprozess, 3. Aufl., 2002, D Rn. 143.

10 Vgl. Ferdinand O. Kopp/ Ulrich Ramsauer, VwGO, 12. Aufl., 2000, § 42 Rn. 30.

11 相關文獻亦可參考，Vgl. Jost Pietzcker, in: Schoch/ Schmidt-Aßmann/ Pietzner (Hrsg.), a.a.O. (Anm. 116), § 42 Abs. 1 Rn. 109 (Fn. 415). 當單獨撤銷駁回處分具有正當的權利保護目的時，隔離的撤銷訴訟雖不應自始加以排除。但是隔離的撤銷訴訟也並不應該無限地擴張其適用範圍。學說上承認或否定的各種類型，參考，程明修，[前揭文\(註 114\)](#)，頁 33 以下。

12 Vgl. BVerwGE 18, 124.

人，在訴訟上如何使其在一次訴訟救濟中同時處理即相當棘手。換言之，本來訴訟參加制度所要達到的程序加速目的反而有實現的障礙。對此德國行政法院法第 65 條第 3 項，針對超過五十人以上之訴訟必要參加人，授權法院可以透過裁定命令僅於一定期間內聲請登記之利害關係人得以參加訴訟。此項裁定並需於聯邦電子公報、新聞紙或其他特定的資訊系統上公告。其中之公告期限並不得少於三個月¹³。本法甚至規定，對於未於期限內聲請登記，但是那些「已知（erkennbar）」會受到判決某種程度影響之利害關係人，也可以由法院決定令其參加訴訟¹⁴。

另外有關行政處分之確認訴訟，理論上應該也可以考慮。其中包括確認行政處分無效之訴與確認已終結行政處分違法之訴。前者在撤銷訴訟可供選擇的前提下（另外可能涉及確認訴訟相較於撤銷訴訟之補充性，是否亦適用於無效確認訴訟之爭議！），提起的機會並不大。假如陞遷決定之行政處分有重大明顯瑕疵，同時特殊之訴訟利益亦滿足時，原則上亦不排除其可能性。至於後者，在行政處分已經終結或已經無撤銷之實益時，為了避免反覆發生的危險、回復名譽之需要或者準備作為損害賠償救濟之先行確認，提起確認行政處分違法之訴，亦可以想像。在此，不另文處理。

8.2. 課予義務訴訟

對同一陞遷機會而有多數申請人競爭，其未獲陞遷任用者，如認為主管長官或行政機關之決定違法，實則應該給予自己陞遷者，亦會產生所謂「競爭者

13 Vgl. von Albedyll, in: Johann Bader/ Michael Funke-Kaiser/ Stefan Kuntze/ Jörg von Albedyll, Verwaltungsgerichtsordnung, 3. Auf., 2005, § 65 Rn. 21 ff.

14 Vgl. OVG Greifswald, NVwZ 2000, 945.

訴訟」(Konkurrentenklage)之問題。如果只是單純針對自己陞遷請求被拒絕(亦無其他人獲得陞遷)，而提起的救濟類型，當然是純粹屬於提起課予義務訴訟的問題，其目的在於請求法院為應任用原告之判決¹⁵。此時無庸再針對主管長官之拒絕行為合併提起撤銷訴訟(當然也就不必要在討論此一拒絕行為是否為行政處分的問題，見前述)。倘若主管長官或行政機關已經給予他人陞遷，而同時拒絕自己的陞遷要求，在滿足訴訟權能的要件時(特別在行政機關逾越裁量或者判斷界限時)，適當的救濟應該是同時合併提起撤銷訴訟與課予義務訴訟。

不過需注意的是，提起課予義務訴訟的訴訟權能要求。一般而言，公務人員具有要求行政機關作成無瑕疵判斷或裁量的請求權。例外情形下，當主管長官的判斷餘地或裁量空間縮減至零時，原告方具有請求特定陞遷決定的公權利¹⁶。所以一般的情形下，課予義務訴訟往往會因為紛爭欠缺成熟性(Spruchreife)，使得課予義務訴訟的結果只是一種「不服駁回之訴(Versagungsgegenklage)」下位概念之「應為決定之訴(Bescheidungsklage)」的型態。例如我國行政訴訟法第200條第4款規定，「原告之訴雖有理由，惟案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定¹⁷」，即為此種訴訟裁判的形式。

8.3.一般給付訴訟與一般撤銷(形成)訴訟

根據行政訴訟法第3條之規定，本法所稱之行政訴訟包括撤銷訴訟、確認訴

¹⁵ 參考，陳敏，行政法總論(第三版)，頁1031。

¹⁶ Vgl. Uwe Kernbach, a.a.O.(Anm. 46), S. 48 ff.

¹⁷ 至於「針對不作為之訴(Untätigkeitsklage)」之類的課予義務訴訟，理論上亦不排除其可能性。

訟與給付訴訟，採取明示主義的訴訟類型設計。但為貫徹有權利即有救濟之法理，本法應從寬解釋，亦即具體的訴訟種類並不以本法第 4 條至第 11 條所規定者為限，應包括第 4 條至第 11 條所規定情形以外之其他三大類型所能涵蓋之訴訟種類¹⁸。其中透過給付訴訟的提起，原告往往訴求被告強制為特定之作為或不作為。根據作為或不作為的內容，本法分別進一步規定了針對作成授益行政處分之課予義務訴訟（特殊的給付類型）與一般給付訴訟（金錢給付請求、行政處分以外的其他非財產上之給付以及公法契約之給付等）。確認訴訟的目的原則是對於法律關係的存在與不存在，希望透過法院加以確定。其次還包括針對行政處分的有效性與合法性加以確認之訴訟（確認行政處分無效之訴以及確認已經消滅之行政處分為違法之訴）。至於本法所稱之撤銷訴訟其實是形成訴訟（*Gestaltungsklage*）的一種。形成訴訟的特徵在於原告希望透過訴訟爭取到法院的裁判，並藉由裁判的確定力（*Rechtskraft*）直接變動一個實體的法律狀態。它不同於給付訴訟的裁判，其內容往往還得要藉助後續的執行作用加以實現。但是相反地，形成的裁判基於其直接的權利變動特徵，本身即蘊含執行的功能於其中。而撤銷訴訟則是一種專門以行政處分之撤銷作為目的之特殊的形成訴訟。

根據行政處分的外部效力特徵，行政處分與僅具有內部規範性格之行為有別。但是兩者之間的區分並非僅以實際上是否發生外部效力為斷，而是必須確認該行政措施是否果真以發生外部效力作為目的（*die Gerichtetheit auf Außenwirkung*）。所以若一個行政措施目的在於行政的相對人身上形成、變更或者消滅其固有的權利時，該措施目的即在於發生對外法效性，因此它（在滿

¹⁸ 參考，吳庚，行政爭訟法論，1999，頁 134；陳清秀，行政訴訟法，1999.6，頁 109。

足其他要件後)應該被認定為一行政處分。而其所謂的固有權利可能是因該特別權利義務關係而形成(例如公務員的薪資請求權),也有可能與此無關(例如基本權)。如果因為該措施而對於其權利僅僅造成實際(faktisch)的影響,不論其權利影響是否嚴重,並無法被判定為行政處分¹⁹。對於公務員所為之記過或申誡之懲處即屬此例,而非行政處分。既非行政處分,提起撤銷訴訟即顯非適當之訴訟類型選擇。

根據行政訴訟法第8條第1項之規定,人民與中央或地方機關間,因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付,得提起一般給付訴訟。對於公務員所為之記過或申誡之懲戒處分既非屬行政處分,因此有學者主張,凡是行政處分以外的其他公法上的行政行為,均得為一般給付之訴之訴訟對象。其為行政外部行為或內部行為則非所問。並舉職務調整之職務命令為例,公務員提起一般給付之訴,請求法院判令該行政機關廢棄該命令,將原告調回原工作崗位以回復原狀,在訴訟對象上並無不合²⁰。準此,請求將一個記過或者申誡之懲處決定(非行政處分)或者若干陞遷決定加以廢棄,以一般給付訴訟加以實現似乎亦無不可。不過這種見解似乎忽略行政機關廢棄記過、申誡或陞遷決定處分的決定本身其實還是一個行政處分,所以這種請求的內容還是要求行政機關作成一個行政處分,是否合宜提起一般給付之訴,仍有疑問。甚且,一個給付的判決(不論一般給付訴訟或課予義務訴訟)往往難以滿足撤銷行政機關違法行政行為之責任。如果強制執行的制度又欠缺實效性,

19 Vgl. Rainer Pietzner/ Michael Ronellenfitsch, a.a.O.(Anm. 115), § 9 Rn. 9.

20 參考,盛子龍,「公務員權利調整之權利救濟 - 行政訴訟法新制下新展望」,司法院,行政訴訟論文彙編 - 人事行政爭訟,2002.11,頁394。

提起給付訴訟恐怕非正確的訴訟類型選擇²¹。

由於主管長官對於公務員所為之記過、申誡懲處決定或若干陞遷程序中的程序決定或最終決定非行政處分，因此無法藉由撤銷判決予以排除。論者於是思考，行政訴訟類型當中，除了撤銷訴訟這種形成之訴外，是否還有可能存在一種可以透過形成的判決除去此類行政行為的一般性的形成之訴。學說上將這種「非典型的撤銷訴訟（*atypische Anfechtungsklage*）²²」稱之為「一般形成訴訟（*allgemeine Gestaltungsklage*）」。其主要針對的行政行為包括非屬行政處分之行政機關行為（*Verwaltungsorgansakt*）以及其他非以發生直接對外法效果作為目的，但卻涉及原告法律地位之行政行為。如果這些行為對他造成權利侵害，則可能透過形成判決直接由法院將之加以撤銷²³。但由於我國行政訴訟法第3條規定，限定行政訴訟的型態為撤銷、確認與給付訴訟，故在我國法上，若承認這種一般性的形成訴訟，宜稱之為「一般撤銷訴訟（*allgemeine Anfechtungsklage*）²⁴」。

另外可以想像的是，若是公務人員希望透過行政訴訟的提起，要求行政院命行政機關不得陞遷任命特定之公務人員。此時訴訟類型應如何選擇？在德國，這是以所謂「預防的不作為訴訟（*die vorbeugende Unterlassungsklage*）」處

21 參考，林明昕，「一般形成訴訟」，當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002，頁93以下。

22 Vgl. Rainer Pietzner/ Michael Ronellenfitsch, *a.a.O.(Anm. 115)*, § 9 Rn. 2（作者在本書第一版中即以如此稱之，新版書中則不再正式使用之）；vgl. Bettina Jung Lundberg-Höwing, *Der verwaltungsgerichtliche Rechtsschutz des Beamten gegen dienstaufsichtliche und organisatorische Maßnahmen*, Diss. Göttingen, 1992, S. 80.

23 Vgl. Ferdinand O. Kopp/ Wolf-Rüdiger Schenke, *a.a.O.(Anm. 120)*, Vorb § 40 Rn. 8b.

24 同見解，參考，林明昕，「一般形成訴訟」，當代公法新論（下），翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集，2002，頁97。

理。這是一種一般給付訴訟的子類型。我國學者亦採類似見解²⁵。值得比較的是，日本在今年的行政事件訴訟法修法中，特別獨立設計性質上類似給付訴訟的「要求不作為訴訟」。至於要求不作為訴訟僅限於因特定之處分或裁決將產生重大損害之虞始可提起，**但為避免該損害之適當方法存在時不在此限**。法院於判斷是否會產生重大損害之際，則應考慮損害恢復困難度、此外並應考量損害之性質程度及處分或裁決之內容或性質。同時要求不作為訴訟僅限於對於要求法院向行政機關命其不得為該特定處分或裁決有法律上利益者始可為之。日本學者也認為這是一種預防性的訴訟類型²⁶。

這種預防性的不作為訴訟主要是要保障對於原告主觀公權利的侵害威脅的確不至於發生。但是相對地也是司法對於行政第一次判斷權的比較強烈的介入。日本法上的設計是將預防性的權利保障與暫時性的權利保障在某種程度上整合（日本法上假處分的功能相當侷限）。但在德國法上則是比較明確區分這兩者。預防的不作為訴訟本身即是一個主訴訟程序，目的在於透過一個具有確定力的判決事前防禦一個可能作成的國家行為。暫時性的權利保護則是在一個主訴訟程序中，面對一個已經存在的國家行為，在還沒有法院的終局說明之前，防止其內容被具體實現。預防性的不作為訴訟雖可以想像，但是必須具有極為特殊的權利保護必要性，意即原告完全無法期待這個處分真的被作成，始得許可之。若是有另一個充分強烈與有效的（*hinreichend intensiv und effektiv*）暫時性權利保護措施可以提供保障時，這時預防性救濟的權利保護必要性恐怕就不必然存在²⁷。原告可以等到行政決定真的作成後，在撤銷或課予義務訴訟中，再輔以暫

25 參考，李建良，[前揭書\(註 35\)](#)，頁 169 以下。

26 參考，南=高橋編·条解，頁 54 [高橋滋執筆]。

27 Vgl. Uwe Kernbach, [a.a.O.\(Anm. 46\)](#), S. 131.

時性權利保護的制度，保障其權利。