封背格式

課予義務復審之研究

國立臺北大學

課予義務復審之研究

委託機關：公務人員保障暨培訓委員會

受託機構：國立臺北大學

計畫執行期間：中華民國 111 年 5 月 18 日

至 111 年 11 月 18 日

計畫主持人：劉如慧　副教授

協同主持人：江嘉琪　副教授

研究助理：羅惠綾

簡 目

計畫摘要.....VII

第一章 緒論.....1

第一節 研究背景分析：我國課予義務復審所涉問題概述.....1

第二節 研究方法.....5

第二章 德國法制及實務、學說狀況.....6

第一節 德國公務員之權利救濟概述.....6

第二節 課予義務訴訟概述.....10

第三節 課予義務訴訟之要件.....13

第四節 個別領域之課予義務訴訟.....18

第三章 日本法制及實務、學說狀況.....20

第一節 依法申請與行政程序法.....20

第二節 依法申請與行政事件訴訟法.....20

第三節 原告之法律地位.....22

第四節 日本法制評析.....24

第五節 日本法對我國法之影響.....26

第四章 我國課予義務訴訟學說狀況析論.....28

第一節 概說.....28

第二節 課予義務訴訟與其他訴訟類型之關係.....28

第三節 實體判決要件.....31

第四節 課予義務訴訟之判決.....51

第五節 新修正之行政訴訟法第 107 條規定.....59

第五章 我國課予義務爭訟實務見解分析.....63

第一節 我國課予義務訴願實務概述 63
第二節 我國課予義務訴訟實務見解分析 66
第三節 小結 116
第六章 我國課予義務復審所涉法律問題之解決 121
第一節 國內外學說實務對於課予義務訴訟見解之綜整檢討 121
第二節 對於課予義務復審所涉問題解決之建議 131
第七章 結論與建議 136
參考文獻 140
附錄 143
期中報告審查會會議紀錄 143
期末報告審查會會議紀錄 148

詳 目

計畫摘要 VII

第一章 緒論 1

第一節 研究背景分析：我國課予義務復審所涉問題概述 1

一、法定要件認定爭議 2

二、制度面與實務操作之落差 2

第二節 研究方法 5

第二章 德國法制及實務、學說狀況 6

第一節 德國公務員之權利救濟概述 6

一、行政訴訟作為權利救濟途徑 6

(一)公務員法之相關規定 6

(二)與行政法院法第 40 條之關聯 6

二、先行程序 7

(一)適用範圍 7

(二)決定之機關 9

(三)延宕效力 9

第二節 課予義務訴訟概述 10

一、概述 10

二、課予義務訴訟之種類 10

三、課予義務訴訟與其他訴訟類型之區別 11

第三節 課予義務訴訟之要件 13

一、一般實體裁判要件 13

二、個別實體裁判要件 15

（一）申請作成行政處分 15

（二）先行程序 17
（三）起訴期間 17
第四節 個別領域之課予義務訴訟 18
一、公務員之任用 18
二、公務員之陞遷 18
三、公務員之調任、借調與職務調整 18
四、公務員之兼職 19
五、職務上之評價 19
第三章 日本法制及實務、學說狀況 20
第一節 依法申請與行政程序法 20
第二節 依法申請與行政事件訴訟法 20
第三節 原告之法律地位 22
第四節 日本法制評析 24
一、以重大性及補充性作為第三人程序開始請求權替代要件之爭議 24
二、制度整體評析 25
第五節 日本法對我國法之影響 26
第四章 我國課予義務訴訟學說狀況析論 28
第一節 概說 28
第二節 課予義務訴訟與其他訴訟類型之關係 28
第三節 實體判決要件 31
一、一般實體判決要件 32
二、特別實體判決要件 34
(一)原告所請求者須為行政處分或特定內容之行政處分 .. 35
(二)原告須已向主管機關（依法）提出申請而未獲滿足 .. 37

(三)主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損害 40
(四)須先經訴願程序而未獲救濟 50
(五)須遵守起訴期間 51
第四節 課予義務訴訟之判決 51
一、原告之訴不合法者，以裁定駁回之 52
二、原告之訴無理由者，以判決駁回之 55
三、原告之訴有理由，判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分或遵照判決之法律見解作成決定 56
第五節 新修正之行政訴訟法第 107 條規定 59
第五章 我國課予義務爭訟實務見解分析 63
第一節 我國課予義務訴願實務概述 63
第二節 我國課予義務訴訟實務見解分析 66
一、最高行政法院各種相關見解及其影響 66
(一)法律（令）未規定人民有申請權者，即非依法申請。部分以無理由判決駁回；部分以起訴不備要件裁定駁回 67
(二)最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議 ... 69
(三)最高行政法院 97 年度裁字第 2148 號裁定：無公法上之請求權存在，為欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，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，應以判決行之 72
(四)最高行政法院 99 年度裁字第 1356 號裁定 77
(五)最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議 83
(六)最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定 85
二、人事行政事務裁判分析 86
(一)考績事件 86

(二)敘獎事件 90
(三)任用事件 93
(四)訓練事件 108
第三節 小結 116
第六章 我國課予義務復審所涉法律問題之解決 121
第一節 國內外學說實務對於課予義務訴訟見解之綜整檢討... 121
第二節 對於課予義務復審所涉問題解決之建議 131
第七章 結論與建議 136
參考文獻 140
附錄 143
期中報告審查會會議紀錄 143
期末報告審查會會議紀錄 148

計畫摘要

公務人員保障法（下稱保障法）於 106 年 6 月 14 日修正公布第 26 條第 1 項規定，增列「拒絕申請之課予義務復審」規定，從此保障法之課予義務復審類型，完整包含怠為處分及拒絕申請之課予義務復審兩者，與行政訴訟法（下稱行訴法）之立法體例相同。惟實務運作至今，公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）對於課予義務復審之審理並非順利無礙，不僅就實體決定要件之審查標準迭有爭議，實際操作情形與原先制度設定目標之間亦有落差。本計畫乃透過我國法、德國法與日本法之文獻整理探討，及國內司法實務案例之分析研究，釐清我國課予義務訴訟規定適用疑義，並建立相關審查基準，提供保訓會作為保障事件審理之參考。

本研究計畫結論如下：

1. 所謂「依法申請」，不限於法令明文規定人民有申請權或請求權。
2. 所謂「依法申請」，應採學者通說及部分司法實務見解，以「人民提出申請」即為已足，至於是否「依法」，亦即有無請求作成行政處分或特定內容之行政處分之公法上請求權，係屬復審有無理由之問題，並非合法與否之問題。
3. 就訴訟權能要件，應如同學者通說及部分司法實務見解，採可能說，從寬認定權利受侵害的可能性存在，否則難以與訴有無理由之審查相區隔。
4. 常見之司法實務見解，認「法規未賦予人民申請之請求權」，即「非屬依法申請之案件」，起訴不備要件，以裁定駁回。此等見解係以「依法申請之案件」此單一要件，涵蓋訴訟權能要件之審查，以裁定駁回絕大多數其認為原告顯然無權利或法律上利益受損可能之

案件；有時甚至已進入實體法律關係之審查，並完成原告請求權不存在之判斷。

5. 若復審人主張的權利明顯不存在或明顯不屬於其所有，即欠缺訴訟權能，依據保障法第 61 條第 4 款明文規定，復審人不適格者，應為不受理決定，無法如同司法實務或新修訂之行政訴訟法第 107 條第 3 項規定，以決定駁回之。
6. 就考績及部分敘獎事件，應採部分判決見解，即援引最高行 109 年度大字第 1 號裁定意旨，並認公務人員得提起課予義務復審。亦即公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當（平時、年終）考績之公法上請求權，且不以先向機關申請為必要。
7. 就任用及訓練事件，應採多數司法實務見解，肯認當事人得提起課予義務復審，就其有無請求作成行政處分之公法上請求權，進行實體審理。
8. 就課予義務復審之決定種類，目前保障法之規定並不完備， 106 年修法時，疏未仿照行訴法第 200 條規定進行相應之修訂。就「拒絕申請之課予義務復審」，倘若復審有理由，且案件事證明確者，依現行法，無法作成「命行政機關作成復審人所申請內容之行政處分」之決定；就「怠為處分之課予義務復審」，倘若復審有理由，依保障法第 66 條規定，保訓會仍應限期命機關速為一定處分，而無法如同行訴法第 200 條第 3 款及第 4 款規定，直接命行政機關作成復審人所申請內容之行政處分，或直接命行政機關遵照決定之法律見解對於復審人作成決定。
9. 為有效達成 106 年之修法目的，亦即使公務人員「迅速有效獲得救濟」、「俾完整保障公務人員權利」，未來宜仿效行訴法第 200 條規定，大幅修正保障法第 65 條及第 66 條規定。

第一章 緒論

第一節 研究背景分析：我國課予義務復審所涉問題概述

公務人員保障法（下稱保障法）於民國 85 年 10 月 16 日制定公布，全文 35 條。關於復審類型，當時僅有第 18 條規定：「公務人員對於服務機關或人事主管機關（以下均簡稱原處分機關）所為之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。」嗣保障法於 92 年 5 月 28 日首次修正公布，全文 104 條，除將上開第 18 條規定移列修正為第 25 條外，另參照訴願法第 2 條規定增訂第 26 條規定：「(第 1 項)公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起復審。(第 2 項)前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。」即所謂「怠為處分之課予義務復審」規定。該規定施行多年後，公務人員保障暨培訓委員會（下稱保訓會）考量公務人員因原處分機關對其依法申請之案件予以駁回時，僅得依第 25 條規定請求撤銷原處分機關所為拒絕之行政處分之復審，「惟該處分縱經保訓會撤銷，原處分機關仍可繼續作成駁回處分，致公務人員無法迅速有效獲得救濟」，且該案件「經保訓會予以駁回後，應向行政法院提起課予義務之訴，而非撤銷訴訟」，為完整保障公務人員權利，並統一立法體例，爰參酌行政訴訟法（以下簡稱行訴法）第 5 條第 2 項規定，於 106 年 6 月 14 日修正公布第 1 項條文，增列「拒絕申請（或稱拒為處分）之課予義務復審類型」[1]，規定如下：「公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，**或予以駁回，**認為損害其權利或利益者，**得提起請求該機關為行政處分或應為特定內容之行政處分之復審**。前項期間，法令未明定者，自機關受理申請之日起為二個月。」從此，保障法之課予義務復審類型，完整包

[1] 參見 106 年 6 月 14 日修正之立法理由。

含怠為處分及拒絕申請之課予義務復審兩者，與行政訴訟法之立法體例相同。惟實務運作至今，保訓會之課予義務復審審理是否順利無礙，並達成原先修法預期目標，是一項值得研究的課題。以下分別從法定要件爭議及制度面與實務操作落差兩個層面進行說明：

一、法定要件認定爭議

依我國行訴法第 5 條規定，課予義務訴訟之實體判決要件之一為「人民依法申請之案件」，惟何謂「依法申請」，司法實務及學說見解甚為紛亂、意見雜陳；保障法第 26 條規定之課予義務復審，因同樣以「依法申請之案件」為前提要件，亦飽受此一困擾。詳言之，所謂依「法」申請之案件，係專指實體法規，抑或包括程序法規？當事人提起「課予義務訴訟（復審）」時，是否須依法規有權請求行政機關為行政處分？抑或僅須當事人依法定程序提出申請，即符合本條所謂「依法申請」之要件？依法規有權請求行政機關為行政處分，究係屬實體判決（決定）要件，或是訴訟（復審）有無理由之問題[2]？又「依法規有請求權」之認定基準為何？是否限於法規明文規定？

其次，訴訟權能之有無如何認定？應採主張說、可能性說或正當性說？欠缺訴權時，應以裁定或判決駁回？倘若依據保護規範理論解釋結果，認定法規未賦予人民請求權，此時原告究竟是欠缺訴訟權能，抑或是訴無理由？

二、制度面與實務操作之落差

如前所述，106 年 6 月 14 日修正公布之保障法第 26 條第 1 項規定之修正理由表示，「於第一項增列拒絕申請之課予義務復審類型，使公務人員得提起請求該機關為行政處分或應為特定內容之行政處分之復審，俾完整保障公務人員權利」。是公務人員對行政機關所為拒絕之行政處分，亦得提起

[2] 參見劉建宏，公務人員保障法上「課予義務復審」之訴權要件－公務人員保障法第 26 條第 1 項「依法申請之案件」概念之探討，2010 年 6 月，法學新論第 23 期，頁 31-32。

課予義務復審救濟。惟觀察保訓會實際運作情形，可以發現與制度面產生落差。就公務人員提出之拒絕申請之課予義務復審，保訓會有時係依保障法第 25 條第 1 項撤銷復審之方式處理，或未敘明係依保障法第 25 條第 1 項或第 26 條第 1 項規定審理。

舉例而言，由於 107 年 1 月 26 日公布之司法院釋字第 760 解釋認為，「警察人員人事條例第 11 條第 2 項未明確規定考試訓練機構，致實務上內政部警政署得將公務人員特種考試警察人員考試三等考試筆試錄取之未具警察教育體系學歷之人員，一律安排至臺灣警察專科學校受考試錄取人員訓練，以完足該考試程序，使 100 年之前上開考試及格之未具警察教育體系學歷人員無從取得職務等階最高列警正三階以上職務任用資格，致其等應考試服公職權遭受系統性之不利差別待遇，就此範圍內，與憲法第 7 條保障平等權之意旨不符。行政院應會同考試院，於本解釋公布之日起 6 個月內，基於本解釋意旨，採取適當措施，除去聲請人所遭受之不利差別待遇。」內政部警政署為因應上開解釋意旨，爰就釋憲聲請人及 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，增設警佐班第 4 類班期辦理進修教育。大量人員訓練及格結業取得巡官等第九序列職務之任用資格後，即請求派補巡官等第九序列職務，然因缺額不足而未獲准許，乃陸續向保訓會提起復審，均由保訓會依保障法第 25 條第 1 項規定以撤銷復審類型審理後，認無理由，依保障法第 63 條第 1 項決定予以駁回[3]。

由上述案例可以窺見，就公務人員提出之拒絕申請之課予義務復審，保訓會有時仍依照保障法第 25 條第 1 項撤銷復審之方式處理，致公務人員有無法透過同法第 26 條第 1 項課予義務復審之方式，迅速有效獲得救濟，造成法制面與實務面落差之情形，似與 106 年 6 月 14 日修法增訂拒絕申請之課予義務復審之立法意旨不符。

[3] 例如保訓會 109 公審決字第 000291 號決定書。

然而在部分拒絕申請之課予義務復審案例中，又可發現保訓會未敘明係依保障法第 25 條第 1 項或第 26 條第 1 項規定審理。例如原具警察官身分之地方消防機關消防人員，應警察人員三等特考消防警察人員類科錄取，訓練期滿成績及格後，經派代警正四階隊員職務，渠等不服，請求改派為分隊長同一序列職務遭拒而提起復審之案件，保訓會於復審決定書中未敘明係依保障法第 25 條第 1 項或第 26 條第 1 項規定審理，而於實體審理後認復審人之主張為有理由，依保障法第 65 條第 1 項決定「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分」[4]。

類似情形亦見於中央研究院(以下簡稱中研院)研究人員申請升等遭拒絕之案例。渠等不服，提起復審請求保訓會作成命中研院准予升等之行政處分。保訓會於復審決定書中同樣均未敘明究竟係依保障法第 25 條第 1 項或第 26 條第 1 項規定審理，而於實體審理後認復審人之主張為有理由，並表示因升等與否，「涉及原處分機關之判斷餘地，且事證尚未臻明確，本會不能遽為判斷，應由原處分機關就復審人 105 年 8 月 8 日升等研究員之申請案，依本決定書之法律見解作成決定」[5]、「因事證尚未臻明確，應由原處分機關就本件復審人升等助研究員之申請案，依本決定書之法律見解作成決定」[6]，均依保障法第 65 條第 1 項決定「原處分（及申訴決定均）撤銷，由原處分機關另為適法之處分」[7]。

不過從法制面而言，保障法 106 年修法時，雖增訂拒絕申請之課予義務復審類型，然而就法定復審決定內容並未為相應之修訂。申言之，行政訴訟法第 200 條規定：

---

[4] 保訓會 110 公審決字第 000567 號及 110 公審決字第 000567 號決定書。

[5] 保訓會 107 公審決字第 0004 號決定書。

[6] 保訓會 108 公審決字第 000182 號決定書。

[7] 保訓會 109 公審決字第 000068 號決定書亦同為中央研究員研究人員申請升等遭拒絕之案例，惟該決定書內容僅敘明復審人不服原處分，至於其是否請求保訓會命中研院作成准予升等之處分，則不明。該決定書亦未敘明究竟係依保障法第 25 條第 1 項或第 26 條第 1 項規定審理，然於實體審理後，認復審人之主張為有理由，逕稱「核有重行審酌之必要，爰將原處分及申訴決定撤銷，由原處分機關另為適法之處分」。未如上開前兩個案例表明，涉及原處分機關之判斷餘地，且事證尚未臻明確等語。

「行政法院對於人民依第五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：

一、原告之訴不合法者，應以裁定駁回之。

二、原告之訴無理由者，應以判決駁回之。

三、原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。

四、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，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」

然而保障法第 66 條第 1 項仍規定:「對於依第二十六條第一項提起之復審，保訓會認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」106 年修法時，並未參照行政訴訟法上開規定第 3 款「原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分」於第 66 條增訂相關內容，準此，保訓會若認復審有理由，且案件事證明確者，得否逕命原處分機關作成復審人所申請內容之行政處分？自始非無疑義。

第二節 研究方法

本計畫之研究方法，主要採文獻分析、案例研究與比較法研究。在文獻分析方法，本計畫將透過國內及德國之文獻蒐集與研究，分別探討我國與德國就課予義務訴訟之法制、學說及實務運作情形。而在案例研討方面，本計畫將對於我國司法及訴願實務，以及保訓會相關案例進行系統化的分析整理後，予以類型化，整理爭議問題。至於在比較法研究方面，本計畫將透過對德國作法之研究，提供我國法制及實務運作之參考。藉由上述研究方法，冀能釐清我國相關法規適用疑義，並建立相關審查基準，提供保訓會作為保障事件審議時之參考。

第二章 德國法制及實務、學說狀況

第一節 德國公務員之權利救濟概述

一、行政訴訟作為權利救濟途徑

(一)公務員法之相關規定

關於公務員法律關係之權利救濟規定於公務員基準法（Beamtenrechtsrahmengesetz, BRRG）第 126 條第 1 項及第 2 項、公務員法律地位法（Beamtenstatusgesetz, BeamtStG）第 54 條第 1 項以及聯邦公務員法（Bundesbeamtengesetz, BBG）第 126 條等規定[8]，其將所有因公務員關係而提起之訴訟，交由行政訴訟途徑審理。依聯邦公務員法第 126 條第 1 項之規定，「公務員、退休公務員、前公務員及公務員遺族因公務員關係提起之所有訴訟，以及勤務主體提起之訴訟，依行政訴訟途徑（Verwaltungsrechtweg）。」因公務員關係提起之訴訟應作最廣義解釋，所有主張之請求權以公務員法為依據者，均屬之[9]。勤務主體提起之訴訟，為勤務主體基於具體公務員關係行使請求權之訴訟。

(二)與行政法院法第 40 條之關聯

行政法院法（Verwaltungsgerichtsordnung; VwGO）第 40 條是關於行政訴訟許可性之規定，依該條第 1 項第 1 句，除特別法另有明文規定者外，對於所有非憲法性質之公法上爭議，均提供行政法院之訴訟救濟途徑。經由

---

[8] 此三法相關規定類似，以下主要以聯邦公務員法之規定為主進行說明。又此處提及之法規適用對象為聯邦及各邦之公務員（Beamter），包含文官、法官、公立學校教師、警察等，因德國公務員法概念與範圍之界定非本研究計畫之重點，本章泛以「公務員」稱之，惟與我國法規中公務員或公務人員之概念均不盡相同，特此說明。

[9] BVerwGE 34, 252(253f.); 66, 39(41).

個別法律之規定，也可在不考慮公法或私法性質之情形下，將特定之法律爭議分配由一般行政法院審理，此即所謂「強行之特別分配」（aufdrängende Sonderzuweisung）[10]。

前述公務員法之相關規定即屬行政法院法第 40 條第 1 項第 1 句之特別規定，滿足相關規定之要件，該爭訟案件即歸屬於行政訴訟審判權，而毋須再依行政法院法第 40 條第 1 項第 1 句進行是否為公法性質之審查。但自結果觀察，公務員法之相關規定其實並無實質意義，因來自公務員關係之訴訟或勤務主體提起之訴訟，原則上亦均同時為公法性質[11]。

二、先行程序

聯邦公務員法第 126 條第 2 項以下為關於提起行政訴訟先行程序之規定，其內容如下：「（第 2 項）所有訴訟起訴前應先依行政法院法第 8 節之規定踐行先行程序。措施為最高勤務機關所為者，亦同。（第 3 項）最高勤務機關作成訴願決定。措施非最高勤務機關自己所為者，其得透過一般指令將決定委由其他機關為之。該指令應對外公告。（第 4 項）對借調（Abordnung）與調任（Versetzung）所提起之訴願與撤銷訴訟無延宕效力。」依本條規定，所有因公務員關係提起之行政訴訟，須先經第 68 條以下之先行程序，惟適用上仍有若干須注意之處，說明如下：

(一)適用範圍

前述之訴訟，依聯邦公務員法第 126 條第 2 項第 1 句之規定，起訴前均須踐行行政法院法第 8 節之先行程序。條文雖稱「所有訴訟」，但所指涉者

---

[10] Hebeler, in: Battis (Hrsg.), Bundesbeamtenrecht Kommentar, 6. Aufl. 2022, §126, Rn. 5. aufdrängende Sonderzuweisung 亦有學者譯為「強加的特別分配」（陳信安譯，第 40 條【行政訴訟之許可性】，見於《德國行政法院法逐條釋義(上)》，司法院印行，2020 年 11 月，頁 343）；「強制性特別指定」（司法院釋字第 787 號解釋，蔡大法官明誠不同意見書）。

[11] Hebeler, in: Battis (Hrsg.), Bundesbeamtenrecht Kommentar, 6. Aufl. 2022, §126, Rn. 5.

為公務員提起之訴訟；勤務主體提起之訴訟，並無踐行先行程序之必要，此由條文之立法理由可以得知[12]。依行政法院法第 68 條之規定，提起行政訴訟前須於先行程序中審查行政處分之合法性及合目的性者，為撤銷訴訟及因申請作成行政處分遭拒絕而提起之課予義務訴訟。公務員基準法第 126 條第 3 項、公務員法律地位法第 54 條第 2 項及聯邦公務員法第 126 條第 2 項之規定，一定程度內調整行政法院法第 68 條之適用範圍，無論提起之訴訟性質為撤銷訴訟、課予義務訴訟、一般給付訴訟、請求不作為訴訟或確認訴訟，以及法規審查訴訟，均須踐行先行程序[13]。行政處分之存在，並非公務員於權利救濟程序中得提起訴願之前提要件；公務員提起訴願之情形，其主張亦不限於請求撤銷負擔處分或請求作成授益行政處分。而公務員對於機關之請求，若屬應提起一般給付訴訟或確認訴訟救濟的情況，固然提起行政訴訟前須先經訴願程序，但該給付或確認請求得逕於訴願程序中主張，不以事前提出申請遭機關拒絕為要件[14]。因此，以公務員法訴願（Beamtenrechtswiderspruch）作為上位概念，指稱公務員提起行政訴訟前須先踐行之先行程序，固然正確，因其不限於配合行政訴訟訴訟類型所稱之「撤銷訴願」（Anfechtungswiderspruch）（行政法院法第 68 條第 1 項）及「課予義務訴願」（Verpflichtungswiderspruch）（行政法院法第 68 條第 2 項）。惟若考量訴願無結果後，接續提起訴訟時，不同之訴訟類型區分於行政訴訟程序中仍有必要，因此公務員法上撤銷訴願、課予義務訴願，甚至一般給付訴願（Leistungswiderspruch）、確認訴願（Feststellungswiderspruch）之區分，基於法律關係明確的考量，仍有實益[15]。

---

[12] Hebeler, 同前註，Rn. 17

[13] 蕭文生譯，第 68 條【先行程序】，見於《德國行政法院法逐條釋義(上)》，司法院印行，2020 年 11 月，頁 757-758。

[14] BVerwGE 114, 350 (354).

[15] Baßlsperger, Beamtenrecht in Bayern, https://www.google.com/search?q=Ba%C3%9Flsperger%2C+ZBR+2002%2C+186%2F187&rlz=1C5CHFA_enTW983TW993&oq=Ba%C3%9Flsperger%2C+ZBR+2002%2C+186%2F187&aqs=chrome..69i57.1513j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8

要求於訴訟前進行先行程序之目的在於不論受公務員指摘之措施，其法律性質為何，均使勤務主體能就個案之合法性及合目的性為審查，透過行政內部自我審查，可促使勤務主體對案件進行補救、與公務員達成合意或強化原決定理由之法理論述，發揮過濾效果，避免案件進入司法程序，一方面有助於減輕司法之負擔，另方面也可避免勤務主體與公務員進行法庭上之爭訟，對公務員忠誠關係產生不必要的負面影響。此外，先行程序亦有使公務員法規之適用儘可能統一之功能[16]。

同條第 2 項第 2 句規定，即便系爭措施係由最高勤務機關所為，同樣須先進行先行程序。此處構成行政法院法第 68 條第 1 項第 2 句但書第 1 款之例外，依該款之規定，行政處分由聯邦最高行政機關或邦最高行政機關所為者，起訴前之先行程序原則上並非必要。

依公務員法律地位法第 54 條第 2 項第 3 句之規定，若邦法有明文規定者，則先行程序並非必要。據此規定，邦法可規定毋須踐行先行程序或使公務員對於是否進行訴願程序有選擇權，亦可能規定在邦最高行政機關為原處分機關時免除訴願程序[17]。

(二)決定之機關

聯邦公務員法第 126 條第 3 項規定，訴願決定由最高勤務機關為之。此與行政法院法第 73 條第 1 項之規定不同，依該項第 1 款規定，訴願決定原則上由上級機關為之；例外始依第 2 款規定由最高機關決定之。

(三)延宕效力

[16] BVerwGE 114, 350 (355).
[17] Brinktrine/Schollendorf, Beamtenrecht Bund Kommentar, §54 BeamtStG, Rn. 13, 2021.

聯邦公務員法第 126 條第 4 項之規定，對借調與調任所提起之訴願與撤銷訴訟無延宕效力。此構成行政法院法第 80 條第 1 項之例外，依該規定，訴願及撤銷訴訟原則上有延宕效力。

第二節 課予義務訴訟概述

一、概述

就課予義務訴訟，德國行政法院法第 42 條規定：「（第 1 項）人民得起訴請求撤銷行政處分（撤銷訴訟），亦得起訴請求判命作成被拒絕或怠為之行政處分（課予義務訴訟）。（第 2 項）除法律另有規定外，僅在原告主張其權利因該行政處分，或因被拒絕或怠於作成行政處分而遭受侵害時，其訴方為合法。」[18]德國行政法院法對於提起課予義務訴訟，是先在第 1 項區分訴訟目的是請求機關作成一行政處分，在第 2 項則規定訴訟權能要件。課予義務訴訟的目的，在於實現人民實體法上請求行政機關作成行政處分或為一適法行政處分之請求權，若原告之訴有理由，法院並非透過判決逕作成人民起訴請求之行政處分，而是判命行政機關作成原告所請求之行政處分，若原處分機關拒絕須透過強制執行程序加以貫徹，故性質上係屬給付訴訟（Leistungsklage）性質[19]。

二、課予義務訴訟之種類

人民申請作成行政處分，但遭到行政機關予以駁回，此時提起之課予義務訴訟為「不服拒絕處分之訴」（Versagungsgegenklage）或「不服駁回

[18] 譯文參考：黃相博譯，第 42 條【撤銷訴訟及課予義務訴訟】，見於《德國行政法院法逐條釋義(上)》，司法院印行，2020 年 11 月，頁 376。
[19] Schoch/Schneider/Pietzcker/Marsch VwGO § 42 Abs. 1 Rn. 90 ff.

處分之訴」(Weigerungsgegenklage)。課予義務訴訟為給付訴訟性質，但駁回處分訴訟因針對人民之申請，行政機關做成駁回處分，該駁回處分之處理，似乎有形成訴訟之性質；但此情形應非將駁回處分之課予義務訴訟拆解為一個撤銷訴訟與一個課予義務訴訟，應是理解為課予義務訴訟的給付請求，包含對否准處分之撤銷[20]。

與駁回處分訴訟有別者為「怠為處分之訴」(Untätigkeitsklage)。怠為處分訴訟，顧名思義，係由於行政機關於法定期限內未作成人民所申請之行政處分，而無任何行政處分之存在，故人民僅係單純訴請行政機關作成未依期限作成之行政處分，無另行廢棄原駁回決定之必要。

怠為處分訴訟與駁回處分訴訟之區別實益在於駁回處分訴訟依行政法院法第 68 條第 2 項之規定，起訴前須先踐行先行程序及遵守起訴期間；怠為處分訴訟毋須進行先行程序，僅須遵守第 75 條第 2 句規定之禁止期間[21]。惟提起行政訴訟前是否須踐行先行程序一點，於公務員之權利救濟程序中並無實益。如前所述，不論公務員法相關爭議，不論是機關駁回處分或怠為處分之情形，均須先進行訴願。

三、課予義務訴訟與其他訴訟類型之區別

課予義務訴訟為給付訴訟之性質，其與一般給付訴訟之差異，在於一般給付訴訟之給付內容為財產給付或行政處分以外之非財產給付。請求或給付之內容是否為行政處分，則依行政程序法第 35 條之規定判斷。例如公務員認為自己勤務負擔過重，向機關提出申請，請求減輕工作負擔，因組織單位內部工作分配之性質並非行政處分，因此公務員應提起之訴訟類型並非課予義務訴訟，而應是一般給付訴訟[22]。請求行政機關作成之行為為行政處

[20] Schoch/Schneider/Pietzcker/Marsch VwGO § 42 Abs. 1 Rn. 93；黃相博譯，前揭書，頁 392。
[21] 黃相博譯，同前註。
[22] VG Osnabrück, Urteil vom 24.11.2020 - 3 A 45/18

分時，應提起之訴訟類型為課予義務訴訟，行政處分本身之類型，在所不問；而該行政處分係以人民之申請為前提或行政機關本於職權所應為之，亦不具重要性[23]。

課予義務訴訟與撤銷訴訟，前者目的在貫徹實體法上作成行政處分之請求權，後者則在廢棄行政處分，一般情形下並無區分之困難。有疑問者在於人民提出申請，請求作成行政處分，遭主管機關駁回之情況，得否僅提撤銷訴訟，而不提課予義務訴訟？此種所謂「孤立的撤銷訴訟」（isolierte Anfechtungsklage），通常會因欠缺權利保護必要而被駁回；但若人民對原申請之處分已喪失利益，但可能因拒絕決定而受不利效果時，仍應認為有權利保護之必要[24]。另一有爭議的情況在於因不足之授益而提起之訴訟（Klage wegen unzureichende Begüngtigung），例如申請補助，但核定之補助金額過低、申請房屋津貼或助學貸款僅部分獲准、審定之年資過低等。在此情形，處分相對人欲廢棄之行政處分，應限於未獲准許或滿足之部分，換言之，是在確保已獲得之部分利益前提下，對於未獲得收益之部分提起課予義務訴訟（Teilverpflictungsklage）。又涉及考試決定時，亦有類似情況。考生可能對於單科成績不服，亦可能對於整體考試結果不服。對於國家考試單科成績不及格之結果不服，欲請求重新評閱為及格成績，撤銷訴訟僅是將不及格之成績撤銷，不能達到目的，且單科成績並非行政處分，因此正確是訴訟類型應是針對整體國家考試結果提起課予義務訴訟，對爭議之該單科不及格成績重新評價，請求作成考試通過之行政處分[25]。

---

[23] BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, 2019, VwGO §42 Rn. 54.
[24] 黃相博譯，前揭書，頁 387。
[25] BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, 2019, VwGO §42 Rn. 82-85.

第三節 課予義務訴訟之要件

一、一般實體裁判要件

一般實體裁判要件為所有訴訟案件，不分訴訟類型，欲獲得實體裁判均須具備之要件，包含：（一）行政法院有審判權（§ 40 VwGO, § 17 a II S. 1 GVG）；（二）訴訟權能；（三）具備當事人能力及訴訟能力，包含代理權（§ 61 f. §65-67 VwGO）；（四）行政法院有事務及地域管轄權（§45 ff., §52, §83 VwGO）；（五）起訴合於法定程式（§ 81f.）。以下僅就本研究計畫密切相關之訴訟權能問題加以探討。

依德國行政法院法第 42 條第 2 項之規定，撤銷訴訟或課予義務訴訟僅在原告主張其權利受侵害時，其訴合法。亦即原告須能主張其權利或法律上利益受有損害，具有訴訟權能（Klagebefugnis），始能合法提起撤銷訴訟及課予義務訴訟。判斷原告訴訟權能之有無，學說上有「主張理論」（Antragstheorie，字面意義為申請理論)與「可能性理論」(Möglichkeitstheorie）之別，主張說認為課予義務訴訟之原告單純對請求作成授益行政處分提出申請，而此申請遭行政機關拒絕，即可認為具備訴訟權能[26]；可能性理論則認為，若原告提出申請請求作成行政處分，該請求未獲滿足，因此可能損害其權利，則應肯定存在有依行政法院法第 42 條所必要之可能的權利損害。只要原告主張訴訟爭執之事項對其權利或法律上利益有所受損，即為已足，至於是否真正造成損害，則是訴訟有無理由之問題。實務與學說多採可能性理論[27]。原告主張損害之「權利」或「法律上利益」，必須屬於「公法上之主觀公權利」，畢竟行政訴訟之目的乃以保護人民權利為主，至於如何判斷是否具有「公法上之主觀公權利」，德國學說與實務之見解認為，則係以「保護規範理論」(Schutznormtheorie）為其基準，因此得以此理論，於原告訴訟

[26] Achterberg, Die Klagebefugnis – eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung? DVBl. 1981, 278(279).
[27] Stein, Die Verpflichtungsklage in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung, DVP, 2013, 94.

權能之判斷上，作為輔助其主張之權利或法律上利益是否存在或是否歸屬於原告之方式。法規對於原告規定個別之授益者，為保護規範無疑；若保護目的依法規文意並不明確，則須透過解釋探求。即使原告主張之權利並無法律明文之規定，亦不得因此逕行認定欠缺法律上之請求權而不具備訴訟權能，蓋只要依據前述之「保護規範理論」為斷，而符合其要求者，仍有以法律默示賦予原告請求權，而得據以主張之可能性[28]。依保護規範理論判斷原告是否具有主觀上權利之受損，畢竟仍屬於法律規範之階段，若無法依此理論由法規範得出原告確實享有公法上之權利者，則其所主張之利益或許有其他基本權或法律原則作為基礎，即使不構成權利，亦應判斷有無法律上利益存在。

訴訟權能要件是訴訟能否進入實體判決的要件，法院於審查時應注意，此時並非在審查訴有無理由之問題，而是審查原告是否主張行政不作為或拒絕行政處分侵害其權利或法律上利益[29]。惟不論採取何種看法，其目的皆係為避免行政法院在為訴訟實體裁判要件具備與否之合法性判斷時，而預先就本案之實體法律關係加以斟酌，進而破壞訴訟合法性要件審查與有無理由審查之分野。因此基本上只要原告所主張之權利或法律上利益非明顯不存在或不屬於原告所有者，即應從寬認定其受侵害可能性之存在，否則將無從與訴訟有無理由之判斷加以區隔。

德國司法實務關於公務員法之訴訟案件中，肯定作為原告之公務員有訴訟權能者，例如：關於陞遷之決定、關於職務評價之爭議、對於公務員外觀衣著之指令、任務範圍之變動、對於公務員對外公開發言之警告等。反之，實務見解認為不具備訴訟權能者，例如：對於公務員任務之完成所下純粹內

[28] Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2019, § 31 Rn. 1382.

[29] Vgl. Pietzcker in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO Kommentar, 2011, § 42 Abs. 1 Rn. 92, 98; Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl., 2000, § 10 III Rn. 13; § 14 II Rn. 13.

部之職務命令、勤務主體組織上之行政決定以及不具獨立性之程序行為，例如因病無法應考試者須及時出示醫生證明[30]。

員警向勤務主體請求以實務經驗取向之升等（Praxisaufstieg），遭勤務主體拒絕，員警經提起訴願無結果後，進行行政訴訟。行政法院認為勤務主體是否開啟升等管道、若開啟時之進行方式與程序，為勤務主體之內部組織權限，公務員對此並無請求權存在，因此無訴訟權能[31]。

二、個別實體裁判要件

（一）申請作成行政處分

1. 行政處分

原告請求法院判命被告作成之行為為行政處分時，方得提起課予義務訴訟。課予義務訴訟涉及所有種類之行政處分，其可能為形成、確認或下命性質，例如請求對第三人作成干預處分[32]。換言之，課予義務訴訟並非僅出現於給付行政，在干預行政亦有提起課予義務訴訟之可能。在干預行政之領域，申請人除可能申請管制解除之行政處分外，亦可能請求一個對自己有利，但對第三人造成負擔之附第三人效力行政處分[33]。至於原告請求之內容是否為行政處分，則是另一問題。

2. 申請之提出

於怠為處分之訴，行政法院法第 75 條第 1 及第 2 句係針對機關不作為之訴所為之規定，其內容如下：「對於訴願決定或申請作成行政處分，無充分理由而未於相當期間，為實體決定時，得提起訴訟，不受第 68 條之限制。

---

[30] Brinktrine/Schollendorf, Beamtenrecht Bund Kommentar, §54 BeamtStG, Rn. 8ff. 2021.
[31] Beschluss vom 25.07.2022 - BVerwG 2 B 14.22
[32] 參黃相博譯，前揭書，頁 390。
[33] Vgl. Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, § 6 Rn. 260.

提起訴願或提出作成行政處分之申請未逾三個月者，不得提起本條之訴訟，但因特殊情況，有縮短上述期間必要者，不在此限。」[34]可知，怠為處分之訴，因行政機關無作為，並無行政處分存在，但原告提起訴願行政訴訟，應以已「申請作成行政處分」為前提。依該規定，原告必須先前已向機關提出申請。提出申請之要求為獨立的訴訟上聲明之必要要件；有時亦被視為是權利保護必要的問題[35]。縱令申請作成之行政處分，依相關法規之規定，毋須申請，而得由或應由行政機關本於職權（von Amts wegen）作成，依學說與實務多數之見解，仍應提出申請；且此為實體法上必要之給付請求之申請，為訴訟之先決要件，不得於訴訟程序中補正[36]。

怠為處分課予義務訴訟之提起以人民已提出申請為前提，在於要求訴訟進行前原則上須經過一個行政程序，即便其對原告而言無結果，此有權力分立原則之考量。於否准處分之課予義務訴訟，人民不服行政機關拒絕其申請之處分，在此情形，人民已經過「申請作成行政處分」之行政程序，得提起課予義務訴訟，當無疑問；惟若行政處分係行政機關本於職權或負有義務而作成，例如行政機關依法進行資格評量或主動給予人民補貼，但評量為不及格或補貼金額過低，人民不服處分內容。此時行政程序係因行政機關之發動而進行，人民雖未曾提出申請，亦應得提起課予義務訴訟，請求行政機關作成對其有利之授益行政處分[37]。至於個案中原告是否具備訴訟權能或實體上是否有理由，則係另一問題。

---

[34] 譯文參考：李惠宗譯，第 75 條【針對機關不作為之訴】，見於《德國行政法院法逐條釋義(上)》，司法院印行，2020 年 11 月，頁 832。

[35] 參黃相博譯，前揭書，頁 395。

[36] 參黃相博譯，同前註；蕭文生譯，前揭書，頁 770。Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019, § 6 Rn. 260; Rennert, in: Eyermann, VwGO Kommentar, 15. Aufl. 2019, § 75 Rn. 5.。惟有少數見解認為，若相關之行政程序法規未規定應提出申請，則該申請在訴訟上也非必要，BVerwGE 69,198(200)。

[37] BeckOK VwGO/Schmidt-Kötters, 2019, VwGO §42 Rn. 56.

（二）先行程序

行政法院法第 68 條第 1 項第 1 句規定，提起撤銷訴訟前，必須於先行程序中審查行政處分之合法性及合目的性。同條第 2 項規定，第 1 項規定與申請作成行政處分被拒絕而提起課予義務訴訟時，準用之。又，同法第 68 條規定，先行程序因提起訴願而開始。由此可知，課予義務訴訟類型中，提起訴訟之前須踐行訴願程序者，為申請被駁回之課予義務訴訟；至於怠為處分之課予義務訴訟，毋須經訴願程序。此對照行政法院法第 75 條第 1 句「對於訴願決定或申請作成行政處分，無充分理由而未於相當期間，為實體決定時，得提起訴訟，不受第 68 條之限制。」之規定，亦可明白。

惟如前所述，公務員基準法第 126 條第 1 項及第 2 項、公務員法律地位法第 54 條第 1 項及聯邦公務員法第 126 條規定，所有因公務員關係發生之訴訟，皆適用行政法院法第 8 節之規定，因此，在公務員提起之課予義務訴訟中，不論是駁回處分或怠為處分之類型，提起行政訴訟前，均須踐行訴願程序。

（三）起訴期間

依行政法院法第 70 條之規定，訴願應於行政處分向受不利益者通知後 1 個月內，以書面或以行政程序法第 3 條之 1 第 2 項規定之電子形式或經院行政處分機關記載於筆錄方式提起。訴願人向訴願決定機關提起者，視為已遵守期間之規定。又依行政法院法第 74 條第 1 項第 1 句之規定，撤銷訴訟應於訴願決定送達後 1 個月內提起之；同條第 2 項規定請求作成行政處分之申請而被拒絕之課予義務訴訟，準用第 1 項之規定。是以，課予義務訴訟提起訴訟之期間為 1 個月。

第四節 個別領域之課予義務訴訟

一、公務員之任用

由於公務員之任用（Beamtenernennung），具有行政處分之性質，因此擬任公務員之人，未獲任用，訴訟類型應為課予義務訴訟[38]。未獲任用者若提起一般給付訴訟，請求判命被告機關不得以欠缺人格特質或特定能力而拒絕任用，應屬欠缺權利保護之必要[39]。

二、公務員之陞遷

關於公務員陞遷（Beförderung）之行政救濟，陞遷之決定，亦屬行政處分性質，因此陞遷之申請遭駁回者，應提起課予義務訴訟[40]。

三、公務員之調任、借調與職務調整

調任（Versetzung）之性質為行政處分。公務員如不服調任之處分，應提起撤銷訴訟，請求撤銷調任處分。如調任為公務員所申請，則其調任遭拒絕時，應提起課予義務訴訟救濟[41]。借調（Abordnung）之情形，亦同[42]。職務調整（Umsetzung）依司法實務之見解，認為屬於機關內部之措施，不具行政處分之性質，因此因職務調整所生之爭議，原則上係透過一般給付訴訟處理，而非提起撤銷訴訟或課予義務訴訟[43]。

---

[38] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §3, Rn. 47.

[39] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §3, Rn. 48.

[40] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §3, Rn. 78.

[41] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §4, Rn. 40.

[42] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §4, Rn. 57.

[43] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §4, Rn. 68.

四、公務員之兼職

關於公務員之兼職問題，聯邦公務員法第 97 條以下有相關規定，其中第 99 條規定須經許可之兼職，包含可能影響公務員勤務之執行、公務員之中立與公正性或公務員形象等活動；至於第 100 條則規定毋須許可之兼職，包含公務員之寫作、學術、藝術或演講活動、從事與教學研究任務相關的自主的鑑定人活動等。兼職之許可為行政處分性質，若公務員兼職之許可遭否準，則應提起課予義務訴訟，以為救濟[44]。反之，若機關要求公務員兼職、非之公務員之兼職許可或毋須經許可之兼職活動機關竟予禁止等情形，則應提起撤銷訴訟。

五、職務上之評價

職務上之評價（dienstliche Beurteilung）因欠缺規制性，並非行政處分，因此不可能對其提起撤銷訴訟。若要透過訴訟程序請求排除、變更或重新評價，其正確訴訟類型應是一般給付訴訟[45]。

---

[44] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §8, Rn. 46.

[45] Schnellenbach, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020, §11, Rn. 64.

第三章 日本法制及實務、學說狀況

第一節 依法申請與行政程序法

日本法之「依法申請」與「申請權」，乃是一體兩面之概念。1993 年制定之行政程序法（下稱行程法）之程序類型，採取授益處分之「申請處理程序」及「不利益處分程序」之二分架構。申請處理程序著重於「申請→審查→決定」之行政過程，確保人民依法享有申請權時，即對應至行政機關應予審查准駁之義務。不利益處分程序著重於「告知→防禦→決定」之行政過程，確保處分相對人不受公權力恣意侵害之法律地位。不利益處分程序完全由行政機關依職權主導進行，處分相對人則居於防禦地位[46]。日本行程法規範之申請權，為「狹義申請權」，乃是基於對已授益處分之申請程序中，申請人於實體法上具有同意變動自身權利義務之法律地位，故於程序法上賦予申請人相應之程序保障及程序處分權。

第二節 依法申請與行政事件訴訟法

而日本行政事件訴訟法（下稱行訴法）亦有「依法申請」之規定，但為「廣義申請權」，不問處分性質，以申請人之程序開始請求權及適法處分請求權為救濟基礎。行訴法之申請權對象，具有開放性，可包含第三人請求對他人作成不利益處分之情形。不問申請之意思表示是否具有變動實體法律地位之法效果，亦不論申請人就申請案件是否具有程序處分權[47]。詳言之，日本 2004 年新修正之行訴法，於第 3 條第 6 項增訂課予義務訴訟之規定。

---

[46] 林孟楠，從日本法論課予義務訴訟「依法申請之制度內涵」，政大法學評論，第 164 期，110 年 3 月，頁 146-148。

[47] 林孟楠，前揭文，頁 167。

依該項定義，課予義務訴訟係指請求法院判命行政機關作成一定處分之訴訟。該規定依照「依法申請」規定之有無，區分為「申請型」及「非申請型」。

申請型之課予義務訴訟，是指人民依法令向行政機關提出申請，該機關應作成處分或裁決而不作為時提起之訴訟。其旨在確保申請人經由權利救濟以滿足申請內容之機會，故又稱「申請滿足型」。凡是有法定申請制度時，任何人提出申請，即具有訴訟權能（同條第 2 項）。根據行政機關是否已作成拒絕處分，可再細分為「拒為處分型」及「怠為處分型」。由申請型之課予義務訴訟是既有訴訟類型之延伸，故申請人於拒為處分型，應合併提起撤銷訴訟；怠為處分型應合併提起不作為違法確認訴訟（第 37 條之 3 第 3 項）。

非申請型之課予義務訴訟，則是行政機關應為一定處分而不作為時，人民提起之訴訟。此係於法令未規定人民有申請權之情形下，為確保其權利救濟機會，特別規定之訴訟類型。立法原意是針對第三人請求行政機關對他人作成不利益處分之情形，故又稱「直接型」或「規制權限發動型」。**不過因為法律並未限定非申請型課予義務訴訟之對象為不利益處分，實務上最常適用之案件類型，反而是法無申請制度之對己授益處分**。由於人民既無申請權，並非行政程序之當事人，制度設計上乃是容許人民「略過」行政程序，直接請求法院作成課予義務判決之訴訟類型。因此，非申請型不必區分「拒為處分型」及「怠為處分型」。

非申請型之訴訟權能，因欠缺法定申請制度，故規定為「具有請求法院判命行政機關作成一定處分之法律上利益者」，並準用撤銷訴訟之訴訟權能規定（第 37 條之 2 第 3 項、第 4 項）。換言之，非申請型與撤銷訴訟之訴訟權能，均以保護規範理論為共通判斷方式。至於權利保護要件，則是「因未作成一定行政處分而有生重大損害之虞，且無其他適當方法避免該損害」（第 37 條之 3 第 1 項），亦即「重大性」及「補充性」之要件。立法者為避免實務過於嚴格解釋，乃規定重大性之判斷上，「應考量損害回復之困難程

度，並衡酌損害之性質與程度、行政處分之內容及性質」（同條第 2 項）。再就補充性而言，依立法意旨，係指有法律規定更為有效之特別救濟方法或行政訴訟類型時，始不得提起。

申請型及非申請型之課予義務訴訟，其本案勝訴要件，完全相同，除訴有理由外，尚必須是一定處分之「法定作為義務已可明確認定」或是不作成一定處分有「裁量逾越或濫用」（第 37 條之 2 第 5 項、第 37 條之 3 第 5 項）。亦即除羈束處分外，立法者放寬至裁量處分有裁量瑕疵之情形。因此課予義務判決之方式，不限於特定處分之作為義務判決，亦包含為一定處分之決定義務判決，換言之，相當於德國行政法院法第 114 條第 4 項及我國行政訴訟法第 200 條第 3 款及第 4 款之判決方式[48]。

第三節 原告之法律地位

日本學說及實務見解認為，法定申請制度之申請人有程序權，這原先是為說明撤銷訴訟及不作為違法確認訴訟之訴訟權能及訴之利益。亦即於法定申請制度中，申請人享有(1)程序開始請求權，以及(2)適法處分請求權，確保申請人得請求作成適法處分之程序權，但並未保障申請人請求(3)依申請內容作成特定處分之實體權。但在申請型之課予義務訴訟制定後，從本案勝訴要件之規定可知，除了(1)(2)之外，於羈束處分（解釋上包含裁量收縮至零之裁量處分）之情形下，(3)之權利亦受司法保障。申請人對於拒絕處分或不作為，如認有違法，均可經由課予義務訴訟請求法院判命行政機關作成一定或特定之處分。

[48] 林孟楠，前揭文，頁 156-158; 徐瑞晃，行政訴訟法，2020 年增訂 5 版，頁 110。

至於非申請型課予義務訴訟之架構，訴訟權能應依保護規範理論個別判斷，取代依法申請之客觀制度。只要第三人具有訴訟權能，於相同本案勝訴要件規定下，第三人當然取得上述(2)(3)之權利，得請求法院判命行政機關作成一定或特定之處分。如此一來，(2)並非申請權之固有內涵。另一方面，第三人滿足重大性及補充性要件，即對應取得(1)之權利，而得由法院逕行判斷行政機關是否應作成一定處分[49]。

學者林孟楠將上述申請型與非申請型課予義務訴訟之原告法律地位，整理如下表：

表 1 申請型與非申請型課予義務訴訟之原告法律地位[50]

<table>
<tr><th></th><th>申請型</th><th>非申請型</th></tr>
<tr><td>訴訟權能之根據</td><td>客觀上存在「依法申請」之制度</td><td>保護規範理論</td></tr>
<tr><td>訴訟權能之適格者</td><td>提出申請者</td><td>具法律上利益者</td></tr>
<tr><td rowspan="2">①程序權</td><td>合併提起不作為違法確認訴訟</td><td rowspan="2">（權利保護要件）
重大性、補充性</td></tr>
<tr><td>請求開始行政程序並於相當期間內為准駁處分</td></tr>
<tr><td rowspan="2">②程序權</td><td>合併提起撤銷訴訟</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">請求作成符合法定程序且無裁量瑕疵之適法處分
→法院得判命行政機關依判決意旨作成一定內容之處分</td></tr>
<tr><td>③實體權</td><td colspan="2">羈束處分時，請求作成特定行政處分
→法院得判命行政機關依原告請求作成特定內容之處分</td></tr>
</table>

[49] 林孟楠，前揭文，頁 158-159。
[50] 林孟楠，前揭文，頁 159。

第四節 日本法制評析

一、以重大性及補充性作為第三人程序開始請求權替代要件之爭議

非申請型之課予義務訴訟雖以重大性及補充性作為第三人程序開始請求權之替代要件，但實務運作上仍嫌過於嚴苛，以致學說懷疑此二要件是否確有必要，至今爭論不休。由於補充性於實務適用上，通常不致成為問題，學說爭議主要集中在重大性要件。

主導立法及通說之學者認為，重大性應為行政介入請求權之實體要件。蓋因法定申請制度中，可明確認定行政機關應依申請開始程序作成處分之作為義務。但若無申請制度，將難以判斷行政機關有無作為義務，故以重大性作為請求權要件。只不過「依法申請」作為申請型之權利保護要件，立法技術上為求對應，乃將重大性規定為非申請型之權利保護要件。依此見解，其實是優先尊重行政機關不作成一定處分之職權裁量。

學者有認為重大性要件之目的，乃在限制行政機關開始及進行不利益處分程序之職權裁量。詳言之，行政機關為求充分配置有限之人力及物力，本可依職權裁量決定是否開始程序以及何時終結程序，享有調查事實與檢討判斷之自主空間。若是容許第三人隨時提起課予義務訴訟，的確可能干涉行政機關之判斷過程。故法院必須經由重大性要件，個案衡量第三人救濟之實效性及行政判斷過程之必要性，決定司法是否立即介入審查。

學者亦有主張應修法廢止重大性要件者。理由在於認為法令雖然未設申請制度，仍對不利益處分之要件有所規定，規制權限之作為義務不必然與第三人有無重大損害相關。**尤其是非申請型之對象，文義上亦包含法無申請制度之對已授益處分，更無必要於權利保護要件上特別限制**。至於行政機關是

否開始行政程序以及何時作成決定，乃是裁量有無瑕疵之問題，應於本案審理[51]。

二、制度整體評析

依照法令是否有申請制度之規定，日本行訴法就課予義務訴訟區分出申請型與非申請型。兩者之區分理由，可歸結出三點。第一，因應個別法令關於訴訟權能之根據不同，申請型以客觀之法定申請制度作為一般根據，非申請型則必須以保護規範理論為個別判斷。第二，立法者認為第三人促請作成不利益處分之情形，涉及行政規制權限之行使，應優先尊重行政機關之職權裁量，故於權利保護要件中特別要求重大性及補充性，確保行政機關對不利益處分程序之主導權。第三，行程法未規範第三人開始不利益處分程序之法地位，無法一般承認第三人享有程序開始請求權。行程法修正後，仍未改變此一情形。

另一方面，從申請型及非申請型之原告法律地位而言，行訴法係以兩者均可能享有適法處分請求權及特定處分請求權為前提，規定本案判決方式。如此一來，適法處分請求權並非源自於申請制度之固有內涵。而第三人滿足重大性及補充性要件時，行政機關即應開始程序，亦可推知第三人仍可能享有程序開始請求權。因此，學者林孟楠認為，立法政策上，如經由行程法賦予第三人程序開始請求權，課予義務訴訟似無必要區分申請型與非申請型[52]。

---

[51] 林孟楠，前揭文，頁 160-162。

[52] 林孟楠，前揭文，頁 164。惟本研究認為，由於法無申請制度之對己授益處分，亦屬於非申請型之課予義務訴訟。上開學者建議，似仍未完全解決問題。

第五節 日本法對我國法之影響

學者指出，我國法早期受日本影響甚多。訴願法於 59 年 12 月 23 日修正公布時，增訂第 2 條第 2 項：「中央或地方機關對於人民依法聲請之案件，於法定期限內應作為而不作為，致損害人民之權利或利益者，視同行政處分。」本項規定將行政不作為擬制為拒絕處分，關於「依法聲請」及「不作為」等文字，是繼受自日本行政不服審查法第 2 條第 2 項規定，適用於法定申請制度，行政機關應依申請為准駁處分之情形。

迄至 1980 年代，行訴法全文修正草案之研擬過程中，修法委員即有意對應訴願法規定，明定課予義務訴訟。早期學說受日本法影響甚深，認為申請之拒絕處分既可經由撤銷訴訟獲得救濟，僅須規定怠為處分之課予義務訴訟即可。行訴法第 5 條之原始提案即規定「人民因……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，得向……行政法院提起請求該機關應為行政處分之訴訟。」該條就給付訴訟之立法方式雖係受德國行政法院法之影響，但「依法申請」等字句卻是直譯自日本行訴法第 3 條第 5 項關於不作為違法確認訴訟之規定，訴訟目的亦僅止於「應為行政處分」而不及於「特定內容之行政處分」。

立法院審議行訴法草案時，雖然參考德國法而為修正，但主要是強化行政法院得判命作成行政處分之部分，增訂拒為處分之課予義務訴訟類型以及第 200 條之課予義務判決方式，並未考量到第三人促請作成不利益處分之情形。因此，不僅條文保留「依法申請」之字句，立法理由所舉之例，更全為對已授益處分之依法申請事項[53]。

同時全文修正之訴願法，第 2 條第 1 項仍僅規定「依法申請之行政不作為」之課予義務訴願，並未規定拒為處分之課予義務訴願。有學者認為是立

[53] 林孟楠，前揭文，頁 171-172。

法疏漏，主張人民對於拒絕處分仍應提起課予義務訴願，而非撤銷訴願[54]。但另有學者指出，從立法沿革而言，訴願法是受到日本 1962 年之行政不服審查法及行訴法之立法體例影響，就依法申請之案件，如有拒絕處分時可提起撤銷訴願，如怠為處分時可提起不作為違法訴願，自無必要規定拒為處分之課予義務訴願。對照德國行政法院法第 68 條及第 75 條之規定，怠為處分之課予訴訟並無訴願前置之要件，可佐證我國立法者有意作不同於德國法之規定[55]。

[54] 陳敏，前揭書，頁 1301。
[55] 林孟楠，前揭文，頁 172-173。

第四章 我國課予義務訴訟學說狀況析論

第一節 概說

課予義務訴訟，指人民向行政機關請求作成行政處分，遭到拒絕，或置之不理，致其權利受到侵害，而向行政法院提起訴訟，請求判命行政機關作成其所申請之行政處分之謂。故此種訴訟又稱為「請求應為行政處分訴訟」。與撤銷訴訟相較，撤銷訴訟旨在請求法院直接以判決撤銷某一行政處分，而具「形成之訴」性質；課予義務訴訟則在請求判命行政機關作成行政處分，而具「給付之訴」性質。立法者承認此種訴訟類型，係期待其能發揮兩種功能：一是確保人民對國家的公法上給付請求權，使其獲得司法救濟；另一則是促使行政機關履行其法定作為義務，而間接匡正行政於合法正途[56]。

第 5 條課予義務訴訟分為二類：第 1 項係規定人民因行政機關對其申請之案件消極不作為而提起之課予義務訴訟，即「不服怠為處分的課予義務訴訟」，一般稱為「怠為處分之訴」；第 2 項則規定人民因行政機關對其申請之案件積極作成駁回處分而提起之課予義務訴訟，即「不服駁回處分的課予義務訴訟」，一般稱為「拒為（絕）處分之訴」或「拒絕申請之訴」。

第二節 課予義務訴訟與其他訴訟類型之關係

首先討論課予義務訴訟與給付訴訟之關係。廣義的給付訴訟指請求行政法院判命行政機關對原告為一定之給付的訴訟。若請求給付之內容是作成行政處分，稱為「課予義務訴訟」；請求給付之內容倘為財產或行政處分以

[56] 許宗力，第 5 條（課予義務之訴）／第 200 條（課予義務訴訟之判決），翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，2019 年 8 月，2 版 2 刷，頁 73；陳清秀，行政訴訟法，11 版，2022 年 10 月，頁 170-172。

外之其他非財產給付，則稱為「一般給付訴訟」。可見區隔課予義務訴訟與一般給付訴訟，重點在於給付內容是否屬於行政處分。

其次探討課予義務訴訟與撤銷訴訟之關係。第一個有爭議的問題是，行政機關駁回人民作成行政處分之請求時，人民應提起「拒絕處分之課予義務訴訟」。此時因先前駁回處分仍在，原告是否也應一併提起撤銷訴訟？學者見解不一。有主張提起課予義務訴訟為已足者，因邏輯上課予義務訴訟之提起，原本即已蘊含撤銷原來駁回處分之意，故縱不一併提起，也應視為已默示提起撤銷訴訟。另有主張為明確性起見，以一併提起為佳者，有疑義時法院尤應視為已默示提起撤銷訴訟，而一併處理。尤其當駁回處分侵害到原告之權利，而原告對溯及既往的撤銷該駁回處分確具實益時，法院更應同時處理撤銷訴訟[57]。

第二個問題是，行政機關駁回人民作成行政處分之請求時，該相對人可否只提起撤銷訴訟，而不提起課予義務訴訟？持肯定說者認為，只要原告認為對於駁回處分提起撤銷訴訟即可獲得滿足時，原則上其訴訟即應為法之所許。惟通說認為，此種所謂的「分離（或稱隔離、孤立）的撤銷訴訟」（isolierte Anfechtungsklage），通常因欠缺權利保護必要，應予駁回[58]，但例外有權利保護必要時仍得單獨提起，例如原告現在暫時沒有獲得授益處分（尤其是附規費義務之授益處分）之實益，但不排除未來仍有取得之可能性；或該駁回處分除駁回原告之請求外，會額外對原告產生實質上不利益之法律效果的情形[59]。或原告雖無請求作成授益處分之請求權，但該駁回處分具有程序上及實體上瑕疵，對此原告有加以撤銷之利益，例如行政機關以程序上理由駁回而未經實體上決定，而原告對於實體上決定具有正當利益[60]。

---

[57] 許宗力，前揭書，頁 75；陳清秀，前揭書，頁 173-175。

[58] 許宗力，前揭書，頁 75；吳庚、張文郁，行政爭訟法論，2018 年 9 月修訂第 9 版，頁 290；學者提醒，其配套措施則為法院應行使闡明權，使原告為完足之聲明，始為適法，以免人民因不諳法律致其訴訟被程序駁回，參陳清秀，前揭書，頁 175-177。

[59] 許宗力，前揭書，頁 75。

[60] 陳清秀，前揭書，頁 177。

再就課予義務訴訟與撤銷訴訟類型選擇之複雜案型而言。第一個要討論的是競爭者訴訟。基本上是視其權利救濟之目的而定。競爭者訴訟通說分為 3 種類型，一為「消極競爭者訴訟」或「防衛性（防禦性）競爭者訴訟」，指稱原告目的單純在於排除某一競爭者所獲利益之情形；二為「積極競爭者訴訟」或「攻擊性競爭者訴訟」，指稱原告目的在獲取與競爭者已獲取者相同之利益，而不質疑競爭者所獲取利益之情形；三為「排他性（排擠性）競爭者訴訟（或稱「競逐申請人之訴訟」)」，指稱原告目的除在於排除競爭者所獲利益外，並欲轉為己有，在資源有限情形下，不先排除競爭者所獲利益無法達到使自己獲取利益之目的。於「消極競爭者訴訟」情形，原告應提起撤銷訴訟，惟原告是否有訴之利益，仍須個案判斷之。於「積極競爭者訴訟」情形，如原告欲求之利益應以行政處分為之，即應提起課予義務訴訟，如原告欲求之利益以行政處分以外其他高權方式出現，即應提起一般給付訴訟。於「排他性競爭者訴訟」情形，因僧多粥少，競爭者眾但可分配資源少，如某公車路線僅准一家公車業者經營，兩家以上業者申請，僅能有一家（甲）獲得許可，其餘（乙、丙）均遭駁回。此時乙或丙僅提起課予義務訴訟仍有不足，尚應一併提起撤銷訴訟，請求撤銷原給予他人利益（甲）之授益處分。倘若給予他人利益之授益處分（甲）已具形式確定力不能撤銷，則乙或丙提起之課予義務訴訟，通常會因欠缺權利保護必要而被駁回[61]。

第二個訴訟類型選擇的複雜案型為鄰人訴訟。如原告認為主管機關核給鄰人之建築許可執照違法侵害其權利，即應提起撤銷訴訟，請求撤銷該建照；若已逾撤銷期限，不能提起撤銷訴訟，亦不能提起課予義務訴訟，以免撤銷期限規定被規避。若原告並非請求撤銷該建照，而係要求主管機關課予鄰人

[61] 許宗力，前揭書，頁 76；我國另有學者引用德國教授 P. M. Huber 見解，依據競爭者之請求目標，將行政法上競爭者保護請求權彙整歸納為「競爭者防禦請求權」、「國庫防禦請求權」、「利益防禦請求權」、「競爭者平等地位請求權」及「競爭者排擠請求權」，參見詹鎮榮，論經濟行政法上之競爭者訴訟，政大法學評論，第 132 期，頁 280-285。

額外的負擔以防免侵害發生，例如請求課予鄰人興建隔音牆之負擔，因負擔性質為行政處分，原告應提起之訴訟類型為課予義務訴訟[62]。

再者，探討課予義務訴訟與確認訴訟之關係。有學者指出，倘確認公法上權利義務關係之確認處分有法令明文規定者，人民訴請行政機關作成確認處分，應提起課予義務訴訟，而非確認訴訟，例如公務人員退休金額之審定（公務人員退休資遣撫卹法施行細則第 91 條第 1 項規定）。倘法令對確認處分之作成欠缺明文，則應提起確認訴訟[63]。另有學者表示，根據確認訴訟之補充性原則，如原告可經由課予義務訴訟類型，更直接有效滿足原告之權利保護需要時，即無提起確認訴訟之必要[64]。

如課予義務訴訟終結前，主管機關已作成原告訴求之行政處分，此時課予義務訴訟固已無實益，但倘若主管機關原先作成之駁回處分，對原告之權利已造成侵害，則原告得將課予義務訴訟轉換為請求確認原駁回處分違法之確認訴訟，稱為「延續課予義務訴訟之確認訴訟」（Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage）[65]。

第三節 實體判決要件

就原告提起之訴訟，法院首須考量者，為原告之訴合法與否之問題。其取決於實體判決要件（或稱本案判決要件；Sachentscheidungsvoraussetzungen）是否具備。具備者，原告之訴即屬合法，可進入本案實體審查；不具備者，其訴不合法，應逕以裁定駁回之，亦即程序駁回，毋

[62] 許宗力，前揭書，頁 76。
[63] 許宗力，前揭書，頁 76。
[64] 陳清秀，前揭書，頁 178。
[65] 許宗力，前揭書，頁 77；陳清秀，前揭書，頁 178。

庸再就本案訴訟標的之法律關係作實體審查。此即訴訟法上「先程序，後實體」之審理原則。

一、一般實體判決要件

實體判決要件區為一般與特別實體判決要件。一般實體判決要件，係指所有訴訟案件，不分訴訟種類，欲獲得實體判決均須具備之要件。行訴法第107條第1項所列舉者，即為一般實體判決要件，包括：(一)訴訟事件須屬行政法院權限；(二)行政法院有事務及地域管轄權；(三)原告或被告須有當事人能力；(四)原告或被告須由合法之法定代理人、代表人或管理人為訴訟行為；(五)由訴訟代理人起訴，其代理權須無欠缺；(六)起訴未逾越法定期限[66]；(七) 當事人就已起訴之事件，未於訴訟繫屬中更行起訴；(八)非同一事件經終局判決後撤回其訴，而重行起訴；(九)訴訟標的未為確定判決、和解或調解之效力所及；(十)起訴須合程式並具備其他要件[67]。

此處須進一步討論的實體判決要件，首先是訴訟權能。撤銷訴訟及課予義務訴訟之原告，均以其權利或法律上利益，因行政機關作成或未作成行政處分而受損害為要件。原告須能主張其權利或法律上利益受有損害，亦即須具有「訴訟權能」，始能合法提起撤銷訴訟及課予義務訴訟。然原告須主張至何種程度始為法院所接受，而使訴訟進入實體審查呢？學說有三：「主張理論」(原告單純作此主張即認為要件具備)、「可能性理論」(原告須對該主張加以釋明以使法院得薄弱心證)、「說服性理論」(原告須說服法院相信如系爭公權力違法則其權利或法律上利益將受損害)。

詳言之，依據「主張理論」，**原告只要提出自己之權利因行政機關作成或未作成行政處分而受侵害之主張**，即已具備訴訟權能。而依「可能性理

[66] 起訴法定期間可能因為訴訟種類不同而有差異，故有學者將之列為特別實體判決要件。
[67] 許宗力，前揭書，頁570-571。惟依111年6月22日修正公布、自112年8月15日施行之行訴法，第107條亦有修訂，詳見本章第五節之說明。

論」，原告不應只是抽象地提出其權利受到侵害之主張，**原告尚必須提出具體之事實陳述，以顯現出行政機關作成或未作成行政處分有違法並干預其權利之可能**，法院始得肯定原告具有訴訟權能。易言之，若由原告提出之事實陳述，不論採取何種觀察方式予以觀察，原告所主張之權利顯然不可能存在，或顯然不可能歸屬於原告者，原告即不具有撤銷訴訟之訴訟權能[68]。「說服性理論」（或稱為「正當性理論」）則要求，原告必須提出具有說服力之權利主張，亦即原告提出之事實陳述，必須足以顯示，「只要行政處分（或未依限作成行政處分）的確違法，則原告之訴即係有理由」。易言之，**原告提出之事實陳述，必須已充分到足以使法院推論出，若假設其陳述為真，則系爭公權力已涉及到（或干預到）原告的公權利**，原告始具有訴訟權能。亦即原告對於「權利侵害」須符合正當性之要求，此乃審查訴權之範圍／訴之合法性問題，至於行政處分（或未依限作成行政處分）之違法性，則是訴有無理由之問題。[69]。

由於主張理論大幅減損訴訟權能篩選正當原告之功能，說服性理論又不當限制行政訴訟保護人民權益之目的，爰我國學者多採可能性理論，與德國通說相同[70]。由於行訴法第 4 條及第 5 條明文規定，撤銷訴訟及課予義務訴訟以人民「認為（違法）損害其權利或法律上之利益」為要件，即應具有訴訟權能，爰學者均以其作為該兩類訴訟之特別實體判決要件審查之。然而，行訴法第 6 條之確認訴訟及第 8 條之一般給付訴訟，雖於法條中未有相關字句之揭示，但根據學說通說及一般實務見解，其作為主觀訴訟之類型，人

---

[68] 學者指出，此為德國聯邦行政法院慣用之審查公式，BVerwGE 82, 246 (248 f.). 盛子龍，撤銷訴訟之訴訟權能，中原財經法學，第 7 期，2001 年 12 月，頁 28。

[69] 盛子龍，前揭文，頁 27-33；陳清秀，前揭書，頁 251-252。

[70] 陳敏，行政法總論，2016 年 9 月，9 版，頁 1392；陳清秀，前揭書，頁 252-253；盛子龍，前揭文，頁 35；劉宗德、彭鳳至，第十九章行政訴訟制度，翁岳生編，行政法（下），元照出版，2006 年，頁 383-384。

民權益受有損害亦應屬於實體裁判要件之一。換言之，訴訟權能此一概念，應為適用於所有主觀訴訟類型之一般實體判決要件[71]。

另一個重要的一般實體判決要件，為權利保護必要。所謂權利保護必要，係指當事人有值得以訴訟途徑去追求與保護的正當利益，故又稱為訴之利益[72]。如原告除提起訴訟外，別無其他更經濟便捷有效之救濟途徑存在，即可肯認原告有提起訴訟之必要，亦即有權利保護必要；反之則無。通說認為，行政法院應以不合法為由，裁定駁回其訴。又原告於起訴時，如有不同訴訟種類可供其訴請保護權利者，原則上僅能選擇最簡易、最有效實現其訴訟請求之訴訟種類提起之，其起訴始合法。若有比訴訟更方便途徑而不使用，原告起訴即有濫用訴訟權利之情形。權利濫用不受保護乃一般法理，即使法律未有明文，仍可從一般法理導出「權利保護必要」作為獨立之實體判決要件[73]。

二、特別實體判決要件

所謂特別實體判決要件，則依訴訟種類而有不同。關於課予義務訴訟應具備之特別實體判決要件，學者論述不一。有學者認為須具備 5 個要件：一、原告所請求者須為行政處分；二、原告須已向主管機關提出申請；三、須行政機關怠為處分或駁回其請求；四、須先經訴願程序而未獲救濟；五、

---

[71] 劉宗德、賴恆盈、彭鳳至執筆，第十九章行政訴訟制度，翁岳生編，行政法（下），元照出版，2020 年，增訂 4 版，頁 426、488-489；最高行政法院 99 年度 3 月第 1 次庭長法官聯席會議決議理由稱：「人民之財產權應予保障，憲法第 15 條定有明文。憲法所保障之人民基本權利，具有防禦權功能，人民於其基本權利受到國家侵害時，得請求國家排除侵害行為。……國家之侵害行為如屬行政事實行為，此項侵害事實即屬行政訴訟法第 8 條第 1 項所稱之『公法上原因』，受害人民得主張該行政事實行為違法，損害其權益，依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定提起一般給付訴訟，請求行政機關作成行政處分以外之其他非財產上給付，以排除該侵害行為。」參見詹鎮榮，前揭文，頁 286；李建良，公法上權利的概念、理論與運用，月旦法學教室，99 期，2011 年 1 月，頁 26、30。

[72] 特定訴訟類型，因特別有被濫用之危險，法律即明文規定，須證明有權利保護必要，如行訴法第 6 條第 1 項規定（確認訴訟）。陳敏，前揭書（2016），頁 1392。

[73] 許宗力，前揭書，頁 571-572；陳清秀，前揭書，頁 277 以下；劉宗德、彭鳳至，前揭書，頁 422-423。有學者認為，行訴法第 107 條第 1 項第 10 款規定，以「起訴須……具備其他要件」為訴訟合法之前提，應可將一般權利保護必要包含在內。陳敏，前揭書（2016），頁 1394。

主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損害[74]。亦有學者認為須具備 4 個要件：一、所申請者須為行政處分；二、權利因怠為處分或違法拒絕而受損害之釋明；三、須經訴願而無結果；四、起訴期間之遵守；惟「怠為處分之訴」尚須加上第 5 個要件：行政機關「須未於相當期間作成所申請之行政處分」[75]。另有主張須具備下列 5 個要件：一、須為依法申請之案件未獲滿足；二、須請求行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分；三、須主張其權利或法律上利益受有損害；四、須經訴願程序而無結果；五、須遵守起訴期間[76]。或認為應具備下列 5 項要件：一、原告所申請作為者須屬行政處分或特定內容之行政處分；二、原告之申請須有法規之依據；三、須先經訴願程序；四、原告須主張損害其權利或法律上利益；五、須未逾越起訴之期間；惟「怠為處分之訴」尚須加上「須該管機關於法定期間內應作為而不作為」之要件[77]。

本研究歸納綜整各家學說後，分類如下：

(一)原告所請求者須為行政處分或特定內容之行政處分

通常原告經由課予義務訴訟所請求者，為授益處分，例如營業執照許可、給予生活扶助費、准予註冊商標、請求服務機關予以考績等，但也包含請求作成對第三人不利益之負擔處分在內，例如訴請判命行政機關作成命鄰人建造隔音牆之負擔處分、撤銷鄰人之建造執照、判命他人停工或禁建之處分

---

[74] 許宗力，前揭書，頁 77-82。

[75] 陳敏，前揭書（2016），頁 1408-1411。學者陳清秀之分類與此相當，僅是措辭不同：一、請求作成一個行政處分；二、原告須具體的主張自己的權利或法律上利益遭受損害；三、已踐行訴願前置程序而未獲救濟；四、須遵守起訴期間，於「怠為處分之訴」另加上「須行政機關在法定期間內不為決定」之要件。氏著，前揭書，頁 179-185。

[76] 劉宗德、賴恆盈、彭鳳至，前揭書，頁 447 以下。

[77] 吳庚，前揭書，頁 663-665；吳庚、張文郁合著之行政爭訟法論，則將上開五要件簡化為三要件：一、原告所申請者須為行政處分或特定內容之行政處分；二、須先經訴願程序；三、原告須主張損害其權利或法律上利益；惟「怠為處分之訴」同樣仍須加上「須該管機關於法定期間內應作為而不作為」之要件。見該書，頁 312-319。

等，畢竟此類處分對原告而言，仍屬對其有利之授益處分[78]。有學者表示：「所謂依法申請，……，即有請求行政機關作成『授益處分』之法律依據」[79]，似認不包含請求作成（對第三人不利益之）負擔處分在內。

其次，行訴法第 5 條規定，人民得向行政法院請求判命該機關「應為行政處分」或「應為特定內容之行政處分」，申言之，人民請求法院判命行政機關作成之行政處分，其內容不必然要具體特定，亦得單純請求判命行政機關應遵照行政法院的見解作成行政處分，前者即上開條文內容所稱請求該機關「應為特定內容之行政處分之訴訟」，後者則是單純請求該機關「應為行政處分之訴訟」（或稱「請求決定之訴」[80]；Bescheidungsklage）。行訴法第 200 條第 4 款亦規定，「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，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定」，亦是允許人民提起此種標的內容尚不具體之課予義務訴訟之明證。蓋行政機關就行政處分之作成常具有裁量權，或縱使不具有裁量權，然欲作成特定明確內容之行政處分，尚待進一步事實調查，此時原告即有提起此種標的內容不具體之所謂「應為行政處分之訴訟」的實益[81]。

再者，課予義務訴訟亦得針對作為行政處分附款的負擔或負擔之保留為之，例如前述請求判命行政機關作成命鄰人建造隔音牆之負擔處分，由於負擔有獨立規制內容，具行政處分性質，故通說均承認此類課予義務訴訟之提起。但倘若訴求標的不是負擔，而是附加不具行政處分性質之其他附款，例如請求行政機關對第三人之授益處分附加終期或解除條件之附款，則有爭議。有學者認為此種訴訟與撤銷或變更行政處分之訴訟無異，爰主張應提起撤銷訴訟。但另有學者表示，課予義務訴訟得針對作成行政處分規制內容之

---

[78] 許宗力，前揭書，頁 78；陳敏，前揭書（2016），1412；林錫堯，前揭書，頁 694。林昱梅，論行政法上人民舉發之制度與救濟機制，月旦法學雜誌，第 204 期，2012 年 5 月，頁 82。
[79] 吳庚、張文郁，前揭書，頁 313。
[80] 陳清秀，前揭書，頁 171。
[81] 許宗力，前揭書，頁 78-79；吳庚，前揭書，頁 663。

一部分提起，稱為「部分課予義務訴訟」，例如授益處分相對人認為附款違法侵害其權利，亦可請求作成另一合法附款取代之，故縱使終期或解除條件等附款不具獨立行政處分性質，仍無礙於課予義務訴訟之提起[82]。

(二)原告須已向主管機關（依法）提出申請而未獲滿足

依行訴法第 5 條規定，課予義務訴訟是針對「人民依法申請之案件」。此處之「依法申請之案件」如何解讀，司法實務及學者見解不一，成為聚訟之所在。有學者認為，其係指原告之申請須有法規之依據；然而，更多學者主張無須對「依法」二字賦予特別意義，或認該規定實屬多餘，應以原告提出申請即為已足。茲分述如下：

1. 甲說：原告之申請須有法規之依據

有學者指出，對行政機關課予作為義務，須有法律上之依據。所謂「依法」申請，解釋上不限於法律，應包括行政命令在內，尤其向地方機關請求作為依據者常屬地方自治規章而非法律。若請求之事項，現時仍欠缺法律依據者，便屬不具請求之前提[83]。或稱上開法條所謂依法申請，「係指有依法請求行政機關作為的權利之謂，具體而言，即有請求行政機關作成授益處分之法律上依據。故與該申請人權利無關之陳情、建議等不包括內」[84]、「當係指人民依法規有申請權而提出申請」[85]。此類見解似認為所謂依法申請，須法令明文規定有請求權或申請權始可。

另有論者逕以日本行訴法規定之架構解釋我國行訴法第 5 條之規定，從而主張該條規定之怠為處分之訴及拒絕申請之訴，均屬「申請型」之課予義務訴訟，對於「非申請型」之課予義務訴訟則無規定。於此理解下，所謂依法申請，係指人民依據法令有向行政機關申請作成一定行政處分之權利，而

---

[82] 許宗力，前揭書，頁 78。
[83] 吳庚，行政法之理論與實用，增訂 13 版，2015 年，頁 663-664。
[84] 吳庚、張文郁，行政爭訟法論，2018 年 9 月修訂第 9 版，頁 313。
[85] 林錫堯，行政法要義，元照出版，2016 年 8 月，頁 694。

已提出申請者。法令未規定人民有申請權者，即非本法第 5 條規定之依法申請案件。又所謂依法，包括各種法命令、自治規章，不限於法律。既稱依法申請，即非陳請、申訴及請願。至於「非申請型」之課予義務訴訟，以無申請權為前提，非經依法申請，而本法第 5 條則規定須依法申請，受此特別實體判決要件之限制，似不得提起此類型之訴訟[86]。

2. 乙說：原告須已向主管機關提出申請；依法二字為多餘

有學者表示，雖然行訴法第 5 條規定係人民「依法申請之案件」，惟此一文字係承襲舊訴願法第 2 條第 2 項之用語，並非精確配合課予義務訴訟之性質，所刻意設定之訴訟要件。在審究課予義務訴訟本案判決要件時，似無須對「依法」二字賦予特別意義。蓋對於作為訴訟標的之行政處分，人民是否有作成之請求權法律依據，應屬於訴訟有無理由之問題，而非訴訟是否合法之問題[87]。

亦有學者謂，課予義務訴訟之特別實體判決要件之一，為原告須已向主管機關提出申請。至於「是否依法申請之案件」，涉及法律是否賦予人民有申請之權利，因而與「是否有法律上請求權」以及「是否有權利受損害」基本上是三合一的問題，所以不擬將「是否依法申請之案件」作為一個獨立的課予義務訴訟的實體判決要件來處理，甚至認為該規定實屬多餘[88]。

持相同見解之學者指出，所謂「依法申請」，指「依法有請求行政機關為一定行政處分之權利」之謂。至於人民有無此一權利，則依保護規範理論判斷，不以法律明文規定人民有「申請權」為必要。鑑於此一「依法申請」要件，其概念內涵，實際上與課予義務訴訟之另一要件，即原告「須主張其權利或法律上利益因怠為處分或拒絕處分而受有侵害」此一訴訟權能要件，幾乎完全相同，難以區分。就此而論，本項「須為依法申請之案件未獲滿足」

[86] 徐瑞晃，前揭書，頁 110-112。
[87] 陳敏，前揭書（2016），頁 1408-1409。
[88] 許宗力，前揭書，頁 81 註 202。

此一課予義務訴訟之特別實體判決要件，除要求原告起訴前須先依行政程序提出請求外，嚴格而言，實無單獨承認之必要與實益[89]。

尚有學者稱，訴願法第 2 條第 1 項及行政訴訟法第 5 條關於課予義務訴願及訴訟之規定，均使用「依法申請之案件」用語。此一立法不甚精確的措辭，造成實務上對於課予義務訴訟制度的內涵，產生重大誤解。行政法院似乎將依法申請之案件誤解為法律中定有「申請程序」之案件，致使課予義務訴訟之制度功能，大幅萎縮[90]。

復有學者從比較法觀察，德國行政法院法第 42 條提起課予義務訴訟之規定，並無「依法申請」之文字，故在德國「依法申請被拒絕」，並未被認為是訴訟合法要件，我國似亦無強調之必要[91]。

我國持相同見解之學者眾多[92]。有學者援引上開見解，並進一步闡明，所謂「依法申請」，較正確之解釋，應指原告主張其權利或法律上利益，須行政機關作成一行政處分以實現或保護之，因而向該管行政機關申請作成該行政處分而言；換言之，原告以其所居法律地位，認為須行政機關作成行政處分以實現或保護其權利或法律上利益而向該管行政機關申請作成者，即屬「依法申請」[93]。

綜合上述，就課予義務訴訟之訴訟合法要件，此說以原告提出申請為已足；至於是否依法，係屬權利有無之問題，亦即屬於本案有無理由之實體審查問題。

從而有學者在探討訴願法及行政訴訟法上類似問題後指出，保障法第 26 條第 1 項所謂「依法申請之案件」，係指已向行政機關經由行政程序提出作成行政處分之申請而言。至於復審人是否「依法規有權請求行政機關為行政

---

[89] 劉宗德、賴恆盈、彭鳳至執筆，前揭書，頁 448-450。
[90] 李建良，保護規範理論之思維與應用，收錄於：黃丞儀編，2010 行政管制與行政爭訟，中央研究院法律研究所，2011 年 11 月，頁 285-286；莊國榮，行政法，2015 年 9 月，增訂 3 版，頁 625。
[91] 林昱梅，前揭文，頁 82。
[92]劉建宏，見前揭文，頁 45；莊國榮，行政法，2015 年 9 月，增訂 3 版，頁 625-626。
[93] 廖義男，前揭文，頁 460-461。

處分」之問題，應毋庸單獨論斷，可將其歸併於同條項「認為損害其權利或利益者」之訴權要件中，逕行探究「拒絕或怠為所請求行政處分是否可能侵害復審人之權益」之問題[94]。此論述意旨亦與上開學者見解意旨相同。

惟無論「依法申請」如何解讀，學者通說認為，課予義務訴訟必須原告已向主管機關提出請求；如未先向主管機關提出請求，卻提起課予義務訴訟，將因為欠缺權利保護必要被駁回。又原告若不是向有管轄權之主管機關提出，而因管轄權錯誤而遭駁回，卻依然提起課予義務訴訟，亦同[95]。

至於原告向行政機關提出之請求未獲滿足，其情形有二：第一是行政機關消極不作為，亦即擱置其申請而怠為處分，此時人民應提起「怠為處分之課予義務訴訟」，第二是行政機關積極駁回其請求，此時人民應提起「拒絕處分之課予義務訴訟」。在第一種情形，倘原告提起課予義務訴訟後，行政機關始作成行政處分，是否影響訴訟提起之適法性？通說認為，若行政機關之遲到處分是准其所請，法院應以欠缺權利保護必要為由駁回其訴；反之，倘是駁回其請求，則不影響訴訟提起之適法性，該訴訟已轉為拒為處分之訴，法院應繼續審理[96]。

(三)主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損害

行訴法第 5 條規定，人民「認為其權利或法律上利益受（違法）損害者」，得提起課予義務訴訟，此即訴訟權能之要求。以下分三點說明：

1.「權利或法律上利益」受損害

所謂「權利」或「法律上利益」所指為何？兩者有何不同？又權利或法律上利益之來源是否限於法規？除了法規明文規定，或經由保護規範理論

---

[94] 劉建宏，前揭文，頁 45-46。
[95] 許宗力，前揭書，頁 79；陳敏，前揭書（2016），頁 1409、1412；陳清秀，前揭書，頁 181。
[96] 許宗力，前揭書，頁 80；陳敏，前揭書（2016），頁 1410。

解釋而得出之外，是否尚有其他可能？例如憲法之基本權利規定，或法律一般原則等等？對此，學者見解相當多元[97]。以下分述之：

有學者指出，依舊行訴法，僅損害「權利」，始得提起行政訴訟，現行行訴法則增列「法律上利益」，以給予人民更周密之保護。惟對公權利之理解如採保護規範理論，法規之目的在於或至少同時在於承認及保護特定個人之利益，使其得為自己而予以實現時，則存在人民之公權利，則「權利」與「法律上利益」，二者並無本質之不同[98]。公權利，係指由公法授與個人，使其得據以向國家或其他行政主體請求為一定作為、不作為或容忍之法律力量。公權利雖不限於基本權利，但基本權利實為最重要之公權利[99]。人民公權利成立之要件如下[100]：

(1) 須有使公行政負有作成特定行為義務之法規範：在法治國家中，利益相衝突時，原則上須以法律或法律授權之法規命令，始得直接對人民授與公權利，並使公行政負有相對之義務，或直接設定公行政之義務，從而間接肯定人民之公權利。 行政規則配合憲法之平等原則，可經由行政自我拘束，產生人民之同等待遇請求權。權利為法律所保障之利益，應由法律得之。惟此所謂之法律，並不以一般法律為限。在一定條件下，亦可經由憲法之基本權利或其他規定產生人民之公權利。

(2) 該法規範須在於達成個別人民之利益：設定公行政行為義務之法規範，必須在於保護人民之個人利益，或至少亦在於保護人民之個人利益者，使得據以產生人民之公權利。至於法律授與公行政裁量權時，公行政有作成無瑕疵裁量決定之義務，如該授權裁量之規定除公共利益外，至少亦在於達

---

[97] 例如最高行政法院 109 年度裁字第 186 號裁定指出：「公法上請求權之發生，可能是依據法規明文、解釋法規規定、類推適用私法規定或法理，或依據行政處分或行政契約，或依據憲法而發生。」

[98] 陳敏，前揭書（2016），頁 263。

[99] 例如土地所有權為民法規定之私權利，惟該私法之土地所有權，亦即憲法所保障之財產權。因此，土地所有權受行政處分違法侵害者，如無其他公法之保障規定時，即可以財產權受侵害為由，而依法提起行政訴訟。陳敏，前揭書（2016），頁 1400-1401。

[100] 詳見陳敏，前揭書（2016），頁 264-266。

成有關人民個人之利益時，則成立人民之「無瑕疵裁量請求權」。如無有關之法律規定，或就有關之法律規定，無法認定其在保護個人利益時，則應進而觀察憲法之基本權利規定。憲法之基本權利，在其作為「防禦權」之意義上，保障人民之自由財產不受國家有意或偶然之違法干涉。在具體事件中，如可認憲法之基本權利，在於達成人民之個人利益，並設定其公權利時，對是否設定人民公權利存有疑義之法律規定，應以合憲法解釋肯定其設定公權利；對明白否定人民公權利之法律，應以之為違憲；在法律有缺漏時，則應直接根據基本權利肯定人民之公權利[101]。另一方面，根據憲法之基本權利，雖無法成立人民數額確定之狹義之「給付請求權」，惟基於平等原則，並配合其他基本權利之保障，則可以成立人民之「參與請求權」。憲法雖未規定人民一般之執行法律請求權，惟如法律規定國家應為特定之給付，則可根據基本權利及一般憲法原則，尤其社會國家請求權，產生人民對該項給付之請求權。

(3) 須授與當事人貫徹其利益法律力量：設定公權利之行為義務，用以保護個別人民利益之法規範，必須授與當事人「法律上力量」，使其得以在法律上對公行政貫徹該利益，始能成立公權利。

另有學者進一步依據不同的權利來源，將訴訟權能之類型分為 4 種[102]：

(1) 基於法規明定的訴訟：包括法律規定所明文承認，或經由法律的解釋導出，系爭法律規定不僅是客觀上為公共利益或第三人的利益而拘束行政機關，而且是對原告等人給予主觀權利的情形，例如建築法、環境保護法、營業法、以及道路法上有關鄰人保護的規定等，即均應承認原告有訴訟權能

[101] 德國聯邦行政法院先後基於憲法有關財產權之規定、對生命及健康之保障，肯定鄰人之訴訟權；基於基本法第 2 條第 1 項保障之競業自由，肯定企業因主管機關對其競爭者，無法律之規定而為補助，可提起行政訴訟；基於基本法第 6 條第 1 項，婚姻及家庭受特別保障之規定，得國籍之妻，對主管機關遣返其外國籍之夫，得提起行政訴訟。陳敏，前揭書（2016），頁 265。

[102] 陳清秀，前揭書，頁 263-265。

存在。例如廢止巷道之處分，其周邊居民賴以生活通行之鄰人得提起撤銷訴訟（99 判 212）。

(2) 基於憲法規範的訴權：原告受保護的法律地位，亦可依據憲法尤其是基本權利而產生。亦即如系爭行政處分直接侵犯基本權利所保護的領域，且不僅是授權第三人為行為（例如建築許可），亦對關係人之法益可能產生嚴重而且不可期待的後果，並可能違背憲法對人民的保護義務時，則根據憲法上權利，亦可以支持原告的訴訟權能。例如婚姻及其家庭之保護，即屬於憲法保障之基本人權之一。

(3) 基於不成文法的訴訟權能：如果基於不成文法（習慣法、法官法）得導出法律上受保護的利益存在時，則應承認原告的訴訟權能。此類不成文的保護規範，可以承認訴權者，特別是在法治國家中所具體化的一般法律原則，例如誠實信用原則與信賴保護原則。

(4) 根據判決、行政處分及契約之拘束力的訴訟權能：除直接根據法律規範外，根據判決、行政處分及公法上契約等公權力行為，亦可能產生得以行政訴訟主張之權利。例如司法院大法官的解釋，對於行政機關具有拘束力，並對於關係人承認受保護的法律地位。行政法院撤銷原處分之判決，對於行政機關具有拘束力，其負有實現判決意旨之義務，並依其情形，可能相應的對於關係人承認其受保護之法律地位。又依據先前的授益行政處分，連結有關行政處分的確認效力之規定及原則及行政處分的撤銷及廢止規定及原則，亦可能導出公法上權利，而產生訴訟權能。此外，依公法契約，約定得請求作成行政處分的請求權，或不作成行政處分的請求權，亦可導出原告的訴訟權能。

亦有學者闡述，權利是指人民被法秩序所承認或賦予的一種貫徹自己利益之法律地位。權利可源於憲法基本權之規定、由法律明定、基於法律原則（例如平等原則導出衍生分享請求權，從行政自我拘束原則導出人民之同

等對待請求權)、由法律理論(例如保護規範理論),或基於行政機關之義務導出(例如從行政機關無瑕疵裁量決定義務導出的無瑕疵裁量請求權)。而法律上利益,尚無法從法秩序中導出特定的貫徹自己利益的法律地位,但是若於個案中,當事人的利益所受的損害,超乎一般人民的「反射利益」之上,相當突出且具體特定,比一般人民更依賴行政機關貫徹法規範意旨始能獲得,即有於訴訟上透過要求行政機關貫徹依法行政之方式予以保護之正當性[103]。保護規範理論主要是用來判斷法律規定有無保護個人權利之作用,以便導出法無明文之「權利」。然而,保護規範理論只是權利的一種根據,而非全部。因為權利亦可由基本權或其他原則導出。故保護規範理論不是認定訴訟權能的唯一判斷依據,只是優先適用而已。特定人因法律執行之結果,在具體個案上受到其他一般人民所無的具體損害,新保護規範理論不一定能完全涵蓋。此時,法律上利益即有存在之價值,行政法院必須注意到,在適用新保護規範理論未果後,原告主張之利益或許有其他基本權或法律原則作為基礎,即使不構成權利,亦應判斷有無法律上利益存在之可能性[104]。

惟在何種條件下容許直接援引基本權作為第三人之權利基礎,仍有爭議。有學者認為,應僅限於排除違法干預的基本權防禦功能。其指出[105]:

(1)新舊保護規範理論之「主觀」與「客觀」解釋取向上的差異,非謂司法機關在應用新保護規範理論時,可以完全脫逸立法者的規範意旨,或可以恣意讓基本權利的規範力進入個案解釋,形成一種基本權利「效力四射」的狀態,進而破壞憲法賦予立法機關形塑及界分基本權任務的憲政體制。基本權利之所以可以穿透一般的法規層,進入行政領域發揮作用,基本上是本於排除違法干預的防禦功能。因此,在涉及國家財政能力的運用、社會資源的分配、公私利益的平衡及基本權衝突的調和等因素時,司法機關仍應尊重立

[103] 林昱梅,行政訴訟上「訴訟權能」要件之探討,收錄於:行政訴訟制度相關論文彙編第 4 輯,司法院印行,2005 年 12 月,頁 16。
[104] 林昱梅,前揭文(2005),頁 19-23。
[105] 李建良,前揭文(2011),頁 265-266。

法者的形成自由，此於「給付訴訟」與「第三人訴訟」之訴訟權能的認定，尤應注意。法院若過度直接訴諸憲法作為承認人民給付請求權的準據，則可能使國家權力由立法朝司法傾斜，從權力分立的角度以觀，尤欠允洽。

(2)承續基本權利防禦功能的基本思維，一以貫之，除在撤銷訴訟上概予承認行政處分相對人具備訴訟權能外，亦應注意與行政處分相對人「利害與共」之第三人同樣受害之情形，例如相對人之配偶。又人民如因行政處分以外之行政行為而權利受有損害，尤其是具侵權性之事實行為，同樣亦應本於基本權利之防禦功能，肯認其提起一般給付（排除侵害或請求不作為）訴訟之訴訟權能。不僅如此，針對行政行為所產生的「違法狀態」，人民享有直接來自憲法防禦權的排除權，亦即「結果除去請求權」。此外，在以請求行政機關做成特定行政處分之課予義務訴訟，例如請求核發建造執照或營業許可，表面上屬於一種國家之「給付」。實則，此類行政給付係建立在「禁止但附許可保留」的秩序行政法制架構。國家之「禁止措施」即是對人民自由權或財產權的一種干預，基於基本權利的防禦功能，人民得請求國家設定明確的許可要件，並於符合法定件時，享有請求核發許可之權利。

(3) 以上所述干預行政與秩序行政的爭訟事件，基本上並無應用保護規範理論之必要。唯有當涉及私人間權益衝突之情形，例如鄰人訴訟，始須藉助保護規範理論，慎予詮釋相關法規之保護意旨，作成適乎雙方或多方利益之裁判。從憲法基本權利功能體系的觀點來看，上述情形涉及國家對於人民基本權利保護義務的問題。但由於憲法上保護義務的概念內涵頗為開放抽象，故須透過法律予以具體化，亦因此保護規範理論在此始有擅場之機會。就此，於詮釋法律的保護取向，須審視法律規定是否呈現「水平行政法律關係」的規範構造，是否要求行政機關必須在相關利害關係人之間為斟酌損益，並予以利害調和？若然，即屬於一種保護規範。

2.通說採可能說

有關原告就自己權利損害之陳述說明，必須達於何種程度，始可認定其訴訟權能存在？我國大多數學者採「可能說」。申言之，原告必須釋明，其權利或法律上利益，因行政機關未依限決定或駁回其申請而受損害。由原告訴之主張可以認識，其申請之目的並未達成，原則上即可釋明其具有訴權。原告之權益有受損害之可能時，通常即可肯定其具有訴權（可能性說）[106]。惟原告對行政處分之作成，顯無法律上請求權時，即無權利受侵害之可能性，而欠缺訴訟權能，其訴不合法[107]。簡言之，原告之權利或法律上利益，在一般情形，有因訴訟爭執事項受損害之可能者，即具有訴訟權能。除因原告顯不可能具有所主張受損害之權利或法律上利益，而無訴訟權能之情形外，通常原告抽象為此主張時，即可肯定其具有訴訟權能[108]。

亦有學者主張，原告必須主張其權利或法律上利益因行政機關怠為處分或拒絕申請而受侵害。惟只要主張即為已足，至於其是否真有權利或利益受侵害，已是有無理由的問題。不過縱令「主張」權利受侵害為已足，至少受侵害的「可能性」仍須存在。基本上只要所主張的權利非明顯不存在或不屬於原告所有，即宜從寬認定權利受侵害的可能性存在，否則將無從與有理由之審查作區隔。例如一般市民請求禁止士兵上莒光日課程、或禁演某一被認為傷害民族感情之電影、或請求召開市議會臨時會被駁回，均明顯欠缺法律上請求權，亦即權利明顯不存在，以致無權利侵害之可能性存在[109]。

另有學者指出，基於訴訟權能之要件主要係在排除民眾訴訟，且宜鬆不宜嚴的基本立場，只要原告主張之權利非明顯不存在或不屬於原告所有，宜從寬認定其受侵害的可能性存在。只要原告「自己」之「權利或法律上利益」受損害之「可能性」不備排除，即應符合此要件[110]。

---

[106] 陳敏，課予義務訴訟之制度功能及適用可能性，收錄於：臺灣行政法學會主編，行政救濟、行政處罰、地方立法，2000 年，頁 17。
[107] 陳敏，前揭書（2016），頁 1409。
[108] 陳敏，前揭書（2016），頁 1392。
[109] 許宗力，前揭書，頁 81、573。
[110] 林昱梅，前揭文（2005），頁 12-13。

復有學者認為，原告「釋明其權利或法律上利益因行政機關對其申請予以拒絕或怠為作成該行政處分受有損害或有受損害之可能，應為已足，而不須提出或證明其有要求行政機關作成行政處分之『公法上請求權』之法律依據為必要」[111]。或稱「在課予義務之訴，原告乃是主張其享有公法上請求權，請求行政機關作成特定內容之行政處分，並須主張其權利或法律上利益遭受行政機關拒絕作成行政處分之侵害。其權利侵害之主張，必須詳細說明，而顯示其權利侵害之可能性」[112]。

3.以保護規範理論判定訴訟權能之有無？

此處要探討的問題，是在運用保護規範理論探求原告有無公法上權利之際，通說就訴訟權能採取的「可能性說」應如何操作？我國有學者於研究「撤銷訴訟之訴訟權能」時指出，即便德國多數學者及實務採可能性理論，然應如何具體操作，甚至寬嚴程度如何，仍存在不少歧見[113]。由於課予義務訴訟中以保護規範理論探求原告有無公法上權利以及判斷有無訴訟權能之情形，與撤銷訴訟中以保護規範理論探求「非處分相對人之第三人」有無公法上權利及判斷有無訴訟權能之情形，並無二致，因此，學者對撤銷訴訟之相關研究，亦可援用至課予義務訴訟。按之，學者研究認為德國可能性理論之基本操作方式大致區分為 2 種[114]：

（1）嚴格操作方式

依此一標準，原告對於其權利受到侵害之主張，應提出具體之事實陳述，行政法院則以之為基礎，依下列步驟進行審查：

A. 應於「抽象的法律」層次，觀察原告所主張之權利是否屬於「公權利」，抑或只是「反射利益」、「事實上利益」而已。在此首先應該依照

---

[111] 廖義男，前揭文，頁 460-461。
[112] 陳清秀，前揭書，頁 181、254。
[113] 盛子龍，撤銷訴訟之訴訟權能，中原財經法學，第 7 期，2001 年 12 月，頁 28。
[114] 盛子龍，前揭文，頁 28-30。

保護規範理論探討系爭法規之客觀規範目的。答案如為否定，原告即欠缺訴訟權能。

B. 應於「抽象的法律」層次，觀察原告是否歸屬於系爭法規所要特別保護之特定第三人之範圍。答案如為否定，原告亦欠缺訴訟權能。

C. 依原告提出之具體事實陳述，系爭行政處分是否有違法並因而侵害原告權利之「可能性」。

在這種嚴格操作方式下，可能性理論只有在第 3 個步驟中才真正有適用之餘地。

（2）寬鬆操作方式

依此方式，上述各個審查步驟，均應徹底貫徹可能性理論之精神，詳言之：

A. 法院只要抽象地審查，依原告之事實陳述，是否系爭案件中應適用之法規範「可能」具有保護第三人利益之規範意旨，亦即「可能」有一個保障第三人之公權利存在為已足。只有當一個法規範，無論依任何客觀之觀察方法以觀，均「明顯地」不具保護規範之性質時，法院才能否定原告具有訴訟權能。

B. 法院只要抽象地審查，依原告之事實陳述，原告是否「可能」歸屬於系爭法規範所要特別保護之第三人之範圍已足。

C. 依原告提出之具體事實陳述，審查系爭行政處分是否有違法並因而侵害原告權利之「可能性」。

學者研究指出，嚴格操作方式[115]將權利受侵害這個實體法要件存在與否的審查問題，技術性地切割為兩個階段。在訴之合法性要件審查階段，要求法院必須終局確定，在抽象法律解釋之層面上，系爭案件是否有一公權利

[115] 德國實務在訴訟權能之審查，原則上亦採取可能性理論，至於其操作方式通常則採取上述比較嚴格之操作方式。盛子龍，前揭文，頁 33。

（保護第三人規範）存在而可供原告主張；而行政處分是否違法因而侵害原告權利，則只要求依原告之事實陳述，不排除其可能性已足。至於行政處分事實上是否干預原告之公權利，行政處分事實上是否違法等，則屬於訴有無理由之問題而留待實體審理。把這個複雜且極富技術性之二階段審查方式移植到我國，是否反徒增法官審理時區分拿捏之困擾，實值得國人深思。其次，原告是否有公權利，必須依保護規範理論之法律解釋規則探討時，由於這些規則的操作無疑涉及到極複雜之實體法適用，將其置於訴之合法性要件審查，是否適宜，值得深思。尤其是我國的行政法規往往過於簡化，以至於透過抽象的解析並不易區隔出哪些私人利益可以個別化。因此，要判斷原告是否有公權利，尤其是其利益事實上受影響之程度是否已超過一個臨界點而與大眾有所區隔，即不免必須針對具體案件之情況作具體分析。此時應如何劃分出訴之合法性審查及實體審查所各自應掌握之部分，法官恐怕更是難以拿捏分寸。學者研究結論認為，嚴格操作方式並不能對防堵公民訴訟及促進訴訟經濟等要求，提供真正比主張理論更佳的效果。當一個過於複雜的公式並不能提供比簡單的方式更好的效果時，比較適當之處理方式是化繁為簡。準此，基於訴訟權能只是訴之合法性要件，只要原告主張自己之權利因違法之行政處分而受損害，即應承認原告有撤銷訴訟之訴訟權能。至於上述主張是否為真，則應完全屬於訴有無理由之問題。簡言之，其結論係採主張說[116]。

我國有學者採取類似上述可能說之嚴格操作方式[117]。其指出，課予義務訴訟是以請求行政機關作成行政處分為訴求，至於法律是否涉有申請程序，其至多涉及原告是否具備訴訟權能。換言之，法律是否賦予人民請求國家為一定處分之公法上權利，乃原告是否具備「訴訟權能」之問題，即提起課予

[116] 盛子龍，前揭文，頁 43-45。

[117] 李建良，保護規範理論之思維與應用，收錄於黃丞儀編，2010 行政管制與行政爭訟，中央研究院法律研究所，2011 年 11 月，頁 286-292。贊成此說者，例如莊國榮，行政法，2015 年 9 月，增訂三版，頁 625-626。

義務訴訟之訴訟權能，須依「保護規範理論」之意旨，透過法律解釋予以探求之。原告所根據之法規若不享有請求行政機關作成特定行政處分之權利，則原告不具備提起課予義務之訴訟權能，而非不存在「依法申請之案件」。詳言之，原告是否具備訴訟權能之判別，分成 3 個步驟。按課予義務訴訟旨在請求行政機關作成特定之行政處分，故原告原則上須具體引據請求行政機關作成該行政處分之法令規定，再進一步審究此等規定是否為保護規範，以及原告是否為該保護規範之對象。準此，課予義務訴訟之訴訟權能的判定與保護規範理論之運用的 3 個層次如下：

層次 1：確認原告引據請求行政機關作成系爭行政處分之法令規定

層次 2：解釋原告引據之規定是否屬於「保護規範」

層次 3：判斷原告是否屬於其所引據法規的保護對象

綜上，於肯定原告引據之規定屬於「保護規範」，且原告屬於其所引據法規的保護對象時，原告始具有訴訟權能。

反之，亦有學者採取可能說之寬鬆操作模式。有學者指出，原告「釋明其權利或法律上利益因行政機關對其申請予以拒絕或怠為作成該行政處分受有損害或有受損害之可能，應為已足，而不須提出或證明其有要求行政機關作成行政處分之『公法上請求權』之法律依據為必要」[118]。復有學者表示，原告是否會有權利或法律上利益受損害，可視其所依據之法規是否屬保護規範而定。但無論如何，訴訟權能之要件，主要是在排除民眾訴訟，避免濫訴。故只要原告主張其權利或法律上利益受損害，或有此可能即為已足，而不能以原告實際上並無權利或法律上利益受損害為由，認為訴訟不合法，因其乃屬實體判斷之問題[119]。

(四)須先經訴願程序而未獲救濟

---

[118] 廖義男，前揭文，頁 460-461。

[119] 林昱梅，前揭文，頁 83。

依行訴法第 5 條規定，無論是「怠為處分之訴」或「拒絕申請之訴」，均採訴願前置主義。此與德國法不同，德國法僅於「拒絕申請之訴」要求訴願前置，至於「怠為處分之訴」，則得逕向法院提起[120]。

有學者指出，於怠為處分之訴願，如受理訴願機關認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分（訴願法第 82 條第 1 項）。於此情形，為達成權利救濟機能，於案件事證明瞭且不涉及原處分機關行政裁量案件，似可承認請求應作成特定內容之行政處分之訴願（課予義務訴願），而非單純請求命為實體上決定而已[121]。

（五）須遵守起訴期間

在訴願決定後，應於訴願決定書送達後 2 個月內提起課予義務訴訟（訴願法第 90 條及行訴法第 106 條）。如提起訴願 3 個月不為決定，或延長訴願決定期間逾 2 個月不為決定者，得逕行提起課予義務訴訟（類推適用行訴法第 4 條第 1 項）[122]。

第四節 課予義務訴訟之判決

行訴法第 200 條規定：

「行政法院對於人民依第五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：

一、 原告之訴不合法者，應以裁定駁回之。

二、 原告之訴無理由者，應以判決駁回之。

---

[120] 許宗力，前揭書，頁 80；陳清秀，前揭書，頁 184。
[121] 陳清秀，前揭書，頁 184。
[122] 許宗力，前揭書，頁 80。

三、 原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。

四、 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，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」

本條規定課予義務訴訟之各種裁判方式，析述如下：

一、原告之訴不合法者，以裁定駁回之

如前所述，就原告提起之訴訟，法院首須考量者，為原告之訴合法與否之問題。其取決於實體判決要件是否具備。不具備者，其訴不合法，依本條第 1 款規定，應逕以裁定駁回之，亦即程序駁回，毋庸再就本案訴訟標的之法律關係作實體審查。因未進入本案實體判決，因此該駁回裁定不具既判力，沒有一事不再理的問題[123]。實體判決要件區為一般與特別實體判決要件，均已詳述如前，不再贅述。

訴訟不合法，包括欠缺權利保護必要者。就課予義務訴訟而言，例如未向主管機關提出請求即逕行起訴，或「遲到處分」與「遲到訴願決定」已准原告所請，原告仍未撤回其訴，或訴訟類型選擇錯誤等。至於權利保護必要究係一般實體判決要件，抑或特別實體判決要件，從各個訴訟類型的權利保護必要要件內容未必一致以觀，亦可說是特別權利保護要件，但無論如何，均應以不合法駁回之，法律效果相同[124]。

然有學者援引最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議指出，欠缺當事人適格、權益保護必要之要件，屬於狹義的「訴的利益」之欠缺，

[123] 許宗力，前揭書，頁 570-571。
[124] 許宗力，前揭書，頁 572；林昱梅，前揭文（2005），頁 48。

常須斟酌當事人之實體上法律關係始能判斷，自應以判決方式為之，較能對當事人之訴訟程序權為周全之保障[125]。

最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議謂：「行政訴訟法第 107 條第 1 項各款係屬廣義之訴的利益要件，由於各款具有公益性，應由法院依職權調查，如有欠缺或命補正而不能補正者，法院應以裁定駁回之。至於欠缺當事人適格、權益保護必要之要件，屬於狹義的『訴的利益』之欠缺，此等要件是否欠缺，常須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，自以判決方式為之，較能對當事人之訴訟程序權為周全之保障。本院 69 年 4 月 30 日庭長評事聯席會議關於此部分決議應予維持。行政訴訟法第 107 條第 2 項所定：『撤銷訴訟，原告於訴訟誤列被告機關者，準用第 1 項之規定。』係法律就特殊情形所作之例外規定，由此可知同條第 1 項第 10 款所定『不備其他要件』並非當然包含當事人適格、權益保護必要要件之欠缺，併此指明。本院 69 年 4 月 30 日庭長評事聯席會議『應以裁定駁回或應以判決行之例示情形若干則』之決議，除當事人適格及保護必要要件外之其餘部分，暫不予討論。」

又如最高行政法院 98 年度判字第 173 號判決表示：「人民之權利或法律上利益因行政機關之不作為致受有損害者，始得依上揭規定提起訴訟、請求法院保護。倘人民提起訴訟，而行政機關於行政法院裁判前，已依人民之申請作成行政處分，人民之申請既已滿足，即無再由法院判命行政機關作成處分之必要。如人民未撤回其訴，即應受敗訴之判決。次按提起行政訴訟訴請行政法院裁判者，應以有權利保護必要為前提要件。具備權利保護必要之要件者，其起訴始有值得權利保護之利益存在。且權利保護必要之要件為行政法院應依職權調查之事項，因此，縱於高等行政法院最後言詞辯論終結時具備權利保護必要之要件，惟向本院提起上訴後，本院依職權調查結果，如

[125] 陳清秀，前揭書，頁 676。

發現已欠缺權利保護必要之要件者，其訴即無值得權利保護之利益存在，仍應認訴為無理由，而為敗訴之判決（本院 95 年度判字第 1516 號判決、97 年度判字第 992 號判決參照）。」

惟對於上開最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議，有學者批評指出，其「與我國行政訴訟法多數學者主張，訴訟如欠缺實體裁判要件且無法補正者，訴訟即不合法，訴訟如具備實體裁判要件，法院即應就訴訟之實體法上爭議，作成有無理由之判決之行政訴訟裁判方式理論既有不合；又訴訟因欠缺當事人適格、權益保護必要之要件而無法作成實體法律關係有無理由之判斷，法院仍作成判決，與……行政訴訟法第 187 條、第 195 條、第 200 條規定意旨，亦不相符」[126]。蓋我國行政訴訟法第 187 條規定：「裁判，除依本法應用判決者外，以裁定行之。」第 195 條第 1 項規定，行政法院就原告之訴有無理由，應以判決為裁判；第 200 條第 1 項第 2 款、第 3 款、第 4 款，復就課予義務訴訟有無理由之判決方式，設有特別規定。因此依行政訴訟法第 187 條規定意旨，本法既僅就訴訟有無理由明文規定應以判決為裁判，則除訴訟有無理由之裁判外，訴訟不合法自應以裁定為裁判。德國行政法院法第 107 條規定：「訴訟，除另有規定外，以判決裁判之。」與我國行政訴訟法上開規定之適用原則，恰巧相反。學者並指出：「至於訴訟是否欠缺當事人適格、權益保護必要要件，經過言詞辯論後而以判決或以裁定為裁判，對當事人訴訟程序權之保障，究竟如何不同？難以理解。只能說最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議，是個遷就法官分案計件實務，而欠缺理論基礎的決議。」[127]有學者進一步研究指出，我國於行政法院實務上，於欠缺訴訟權能之情形，大致上有 3 種裁判方式[128]：

---

[126] 彭鳳至執筆，第十九章行政訴訟制度，第五節裁判，翁岳生編，行政法（下），元照出版，2020 年，增訂 4 版，頁 497-498。
[127] 彭鳳至，同前註。
[128] 林昱梅，前揭文（2005），頁 41-48。

1. 以裁定駁回：認起訴不備其他要件，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定，以裁定駁回之。例如高高行 91 訴 477 號裁定、北高行 91 年訴 3116 號裁定；
2. 以訴顯無理由判決駁回：其訴訟在法律上顯無理由，依行政訴訟法第 107 條第 3 項規定，不經言詞辯論，逕以判決駁回之。例如北高行 93 年訴 3761 號判決、北高行 90 年訴 7023 號判決；
3. 以訴無理由駁回：無訴訟權能，當事人不適格，援引上開最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議，以訴無理由判決駁回。例如北高行 93 年 378 號判決。

二、原告之訴無理由者，以判決駁回之

原告之訴具備各項實體判決要件者，始進入實體審查。實體審查結果認為原告主張無理由，依本條第 2 款規定，應以判決駁回之。該駁回判決係本案實體審查之結果，具有既判力。

行政法院應以何種時點之法律與事實狀態，作為判斷原告所提課予義務訴訟有無理由之基準？理論上至少有 3 種可能時點：原告聲（申）請時（行為時）、行政機關作成決定時、行政法院裁判時（最後言詞辯論終結時）。行訴法未有明文，國內學者多主張，除法律有特別規定外[129]，原告主張是否有理由，應依最後言詞辯論時之事實及法律為判決基礎，亦即以裁判時為準。準此，裁判時法有利於原告，固適用之；不利於原告，例如起訴時之舊法承認原告的請求權，裁判時之新法不承認，仍必須適用之，而判決駁回原告之訴[130]。然與德國法不同，我國尚有中央法規標準法第 18 條規定：「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。但舊法規有利於

[129] 例如稅捐稽徵法第 1 條之 1、第 48 條之 1。
[130] 許宗力，前揭書，頁 573;

當事人而新法規未廢除或禁止所聲請之事項者，適用舊法規。」該規定完全未提及「裁判時法」，僅允許在新法未廢除或禁止所聲請事項之前提下，就「聲請時法」（舊法）與「行政決定時法」（新法）兩個選項中，採取「從新從優原則」。據此，我國是否仍有採取「裁判時法」之空間？學者多持肯定見解，惟理由不一。有主張中央法規標準法第 18 條僅係針對行政程序作規定，並不適用於行政救濟程序，故法院就課予義務訴訟之裁判，仍應適用裁判時法，可不受該條拘束；亦有主張將中央法規標準法第 18 條的「處理程序」擴大解釋為連行政爭訟程序亦包括在內，因此亦可將「裁判時法」列為選項，依從新從優原則決定適用之法規[131]。

有學者指出，上開見解中，前者主張依「裁判時法」判斷，委實找不到非此不可之堅強理由，何況其不僅使司法權與行政權陷入緊張關係，同時對原告也未必有利；後說對中央法規標準法第 18 條之適用作目的性擴張，尚未明顯逾越法解釋界限，且因擴張解釋結果而可以根據該條「從新從優」精神選擇準據法，對原告較為有利，再者其依然以「新法規未廢除或禁止所聲請之事項」作為選擇較優之舊法的前提要件，對公益之需求並未有所偏廢，故應以後說較為可採。不過為免不必要爭議，日後仍以修法明定為宜[132]。

三、原告之訴有理由，判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分或遵照判決之法律見解作成決定

倘行政法院實體審查結果認為原告之訴有理由，即應為原告勝訴之判決。課予義務之訴有理由，須具備下列要件[133]：

(一)被告之駁回處分或怠為處分係屬違法；

(二)原告之權利或法律上利益因而受有損害；

---

[131] 許宗力，前揭書，頁 573-574，陳敏，前揭書（2016），頁 1530-1531。
[132] 許宗力，前揭書，頁 574。
[133] 陳清秀，前揭書，頁 185。

(三)在請求作成特定內容之行政處分的情形，尚需案情已達可為裁判程度（案件事證明確）。

首先，原告須有請求作成行政處分之請求權。原告請求權發生基礎，可能基於一般法規、憲法上基本權利（包括平等原則）、行政機關之承諾或公法契約(約定負有義務作成行政處分)。又如行政機關依裁量權而為行為時，如駁回處分或怠為處分有逾越權限或濫用權力之瑕疵，亦為違法[134]。

原告勝訴之判決，依據本條第 3、4 款規定，有「判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分」及單純「判命行政機關遵照判決之法律見解作成決定」(學說稱為「命為決定之判決」) 等兩種判決方式。究竟應於何時採用何種判決方式？首先，應視原告起訴內容而定。因行政法院不能為訴外裁判，如原告單純請求應為行政處分，而不指涉處分之具體內容，行政法院充其量僅能為「命為決定之判決」。

第二個判斷因素，即是根據本條第 4 款規定，視案件事證是否已臻明確，及是否涉及行政機關之行政裁量而定。簡言之，即視是否已達判決成熟度（Spruchreife）而定。案件事證是否已臻明確，係針對原告對行政處分之作成是否擁有請求權一事而言，至於被告機關之駁回或擱置原告之請求涉及違法一事，則無論如何須已查明確定，否則「原告之訴有理由」之前提將無所附麗。準此，若 1.原告起訴請求作成特定內容之行政處分，行政法院調查結果，確定被告機關的駁回處分或擱置係屬違法，但原告對行政處分之作成是否擁有請求權，事證尚未臻明確，此時依本條第 4 款規定，法院僅能作成「命為決定之判決」[135]。然而，此時行政法院未善盡調查事實之義務，只作成「命為決定之判決」，是否合乎保障人民訴訟權之意旨？學者指出，如對行政機關尚未調查之事實，行政法院亦進行全面調查，確實有僭越行政權，違反權力分立之嫌，何況對根本未進行調查之事實，從功能最適觀點，由專

[134] 陳清秀，前揭書，頁 185-186。
[135] 許宗力，前揭書，頁 574-575。

業與人力配備均較優勢的行政機關負責調查，較行政法院更能逼近事實真相，對事實真相有獲得較佳的澄清機會，故本條第 4 款規定在此情形行政法院僅能作成「命為決定之判決」，應值贊同[136]。又，對於起訴請求作成特定內容之行政處分之原告而言，最後只獲得「命為決定之判決」，可謂是一部勝訴，一部敗訴，故原告應與被告分擔一部分訴訟費用[137]。

而所謂涉及行政機關之行政裁量，則指行政機關具有裁量權，而無裁量萎縮至零的情形。基於權力分立原則，行政法院不能代行政機關為裁量決定，因而只能「判命行政機關遵照判決之法律見解作成決定」。另外，即便行政機關對特定處分之作成不具有裁量權，倘該處分之作成，尚有賴行政機關作決定，則為尊重行政機關未來之決定，行政法院亦只能為「命為決定之判決」。例如競爭者訴訟。當行政法院作成此種「命為決定之判決」，對起訴請求作成特定內容之行政處分之原告而言，亦是一部勝訴，一部敗訴[138]。

申言之，在本條第 4 款情形，申請人只有「無裁量瑕疵或判斷瑕疵之決定請求權」。是以，在行政機關對於行政處分之作成或其內容有裁量權時，申請人仍得提起課予義務訴訟[139]。

在「拒絕申請之訴」，行政法院所為原告勝訴判決除判命被告機關應作成行政處分外，是否亦應於主文中同時諭知撤銷被告機關的駁回處分，以及訴願審議機關的訴願駁回決定？有學者認為，由於邏輯上，判命被告機關作成行政處分，必然已包含撤銷被告機關的駁回處分，以及訴願審議機關的訴願駁回決定之意涵，所以判決主文有無同時明示撤銷之意旨，結果並無不同[140]，但為法明確性起見，無論原告提起課予義務訴訟時，有無同時提起撤銷

---

[136] 許宗力，前揭書，頁 574-575；陳清秀，前揭書，頁 187。
[137] 許宗力，前揭書，頁 576。
[138] 許宗力，前揭書，頁 575。
[139] 林昱梅，前揭文，頁 83-84。
[140] 有學者變更見解認為，「拒絕請之訴作用即在替代撤銷訴訟，以單一之起訴聲明俾能『畢其功於一役』，因之似認為不必先請求撤銷原處分及原決定，從而，行政法院之判決主文亦毋庸為撤銷之諭知」。見吳庚，前揭書，頁 701。

訴訟，行政法院判決時仍以一併明白為撤銷之判決為妥[141]。有學者指出，我國司法實務，在原告勝訴之情形，通常判決係將原駁回處分及訴願決定均撤銷，並判決課予被告作成行政處分之義務。性質上似傾向於合併提起課予義務之訴予撤銷訴訟（最高行政法院 101 年度判字第 306 號判決參照）[142]。

第五節 新修正之行政訴訟法第 107 條規定

行政訴訟法於 111 年 6 月 22 日修正公布諸多條文，並定自 112 年 8 月 15 日施行。其中第 107 條修正如下：「

(第 1 項)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，審判長應先定期間命補正：

一、 訴訟事件不屬行政訴訟審判權，不能依法移送。

二、 訴訟事件不屬受訴行政法院管轄而不能請求指定管轄，亦不能為移送訴訟之裁定。

三、 原告或被告無當事人能力。

四、 原告或被告未由合法之法定代理人、代表人或管理人為訴訟行為。

五、 由訴訟代理人起訴，而其代理權有欠缺。

六、 起訴逾越法定期限。

七、 當事人就已向行政法院或其他審判權之法院起訴之事件，於訴訟繫屬中就同一事件更行起訴。

八、 本案經終局判決後撤回其訴，復提起同一之訴。

九、 訴訟標的為確定判決、和解或調解之效力所及。

---

[141] 許宗力，前揭書，頁 574；陳敏，前揭書（2016），頁 1412。

[142] 陳清秀，前揭書，頁 174。另有學者指出，目前實務上認為，原告縱未就撤銷原處分原決定為聲明，法院仍得依職權一併作成撤銷判決，因為不予撤銷則法院無從命被告機關為行政處分即課予義務之判決。見吳庚，行政法之理論與實用，增訂十三版，2015 年，頁 665。

十、 起訴不合程式或不備其他要件。

十一、 起訴基於惡意、不當或其他濫用訴訟程序之目的或有重大過失，且事實上或法律上之主張欠缺合理依據。

(第 2 項)撤銷訴訟及課予義務訴訟，原告於訴狀誤列被告機關者，準用前項之規定。

(第 3 項)原告之訴，有下列各款情形之一者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。但其情形可以補正者，審判長應先定期間命補正：

一、 除第二項以外之當事人不適格或欠缺權利保護必要。

二、 依其所訴之事實，在法律上顯無理由。

(第 4 項)前三項情形，原告之訴因逾期未補正經裁判駁回後，不得再為補正。

(第 5 項)第一項至第三項之裁判書理由得僅記載要領，且得以原告書狀、筆錄或其他文書作為附件。

(第 6 項)行政法院依第一項第十一款規定駁回原告之訴者，得各處原告、代表人或管理人、代理人新臺幣十二萬元以下之罰鍰。

(第 7 項)前項處罰應與本案訴訟合併裁定之。裁定內應記載受處罰人供相當金額之擔保後，得停止執行。

(第 8 項)原告對於本案訴訟之裁定聲明不服，關於處罰部分，視為提起抗告。

(第 9 項)第一項及第四項至第八項規定，於聲請或聲明事件準用之。」

上開條文之修正，主要有兩項重點：

一、增訂不得濫訴之訴訟要件及其處罰

為杜絕濫訴，上開規定第 1 項增訂第 11 款。司法院行政訴訟法部分條文修正條文對照表（下稱司法院修正條文對照表）之說明中指出：「二、原告起訴所主張之事實或法律關係，倘於客觀上無合理依據，且其主觀上係基

於惡意、不當或其他濫用訴訟程序之目的，例如為騷擾法院或藉興訟延滯、阻礙被告機關行使公權力；抑或一般人施以普通注意即可知其所訴無據，而有重大過失，類此情形，堪認係屬濫訴。現行規定對於上述濫訴仍須以判決駁回，徒增被告機關訟累，亦造成行政法院無益負擔，浪費有限司法資源外，更排擠其他真正需要司法救濟之人，且恐拖延正當行政行為之行使，而不利於公共利益，故為維護公共利益及合理利用司法資源，應將不得濫訴列為訴訟要件。原告之訴如違反此要件，其情形不可以補正；或可以補正，經命補正而未補正者，行政法院均應以其訴為不合法，裁定予以駁回，爰於第一項增訂第十一款。」

且為能有效遏制濫訴，另增訂第六項處罰規定，以增加原告濫訴之成本。又原告濫訴之訴訟行為，倘實質上係由其代表人或管理人、法定代理人、訴訟代理人所為或共同參與，經行政法院斟酌個案情節，應得對其等各自或一併裁罰，以有效嚇阻濫訴。

二、增訂訴訟判決規定

司法院修正條文對照表之說明謂：「三、當事人適格及權利保護必要，均屬訴訟要件。原告之訴欠缺該要件者，除第二項所定情形外，實務上雖認其訴為無理由，以判決駁回之，惟其性質為訴訟判決，與本案請求無理由之實體判決有別，現行條文第三項未予區分，容非妥適。為免疑義，宜將之單獨列為一款，並排除現行第二項之特別規定，以示其非屬無理由之實體判決。因此項訴訟要件是否欠缺，通常不若第一項各款要件單純而易於判斷，故仍依現制以訴訟判決為之。原告之訴如欠缺該要件，或未符現行條文第三項，其情形可以補正，為保障其訴訟權及維持訴訟經濟，應予補正機會；須經命補正而未補正，行政法院始得不經言詞辯論，逕以判決駁回之。爰增訂第三項序文及第一款，並將現行條文第三項列為第二款。另本項規定依第二百六十三條規定，於上訴審準用之，且當事人適格及權利保護必要之訴訟要件於

行政法院為實體判決前之訴訟各階段皆須具備，若有欠缺而不可補正，得逕以判決駁回其訴。又原告之訴依其所訴事實，若無證據尚待調查審認，亦無法律上問題待釐清，在法律上顯然不能獲得勝訴判決，即足以判斷在法律上顯無理由，且受理訴訟之行政法院得在訴訟進行中之任何階段，依據訴訟兩造無爭議且有充分證據足以證明其真實性之客觀事實，對之為法律涵攝，若涵攝結果已足確認對該客觀事實所為之規範評價，無法獲致原告起訴主張之權利，即屬在法律上顯無理由，並非須限於起訴當時在起訴狀記載之事實主張（參見最高行政法院一百零九年度判字第五二一號判決意旨），併此敘明。」又「五、為降低濫訴耗費成本，節省司法資源，且因本條第一項至第三項之裁判屬程序事項或於法律上不具重要性者，爰增訂第五項以簡化裁判書之內容。」

第五章 我國課予義務爭訟實務見解分析

第一節 我國課予義務訴願實務概述

就課予義務訴願，訴願法第 2 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，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。（第 2 項）前項期間，法令未規定者，自機關受理申請之日起為二個月。」與 106 年 6 月 14 日修正公布前之保障法第 26 條第 1 項規定相同。換言之，訴願法僅規定「怠為處分之課予義務訴願類型」，而無「拒絕申請之課予義務訴願類型」。從而在訴願實務上，人民若提起拒絕申請之課予義務訴願，均視為不服違法行政處分之「撤銷訴願類型」予以處理。

以考試院 108 考臺訴決字第 132 號訴願決定書為例。本件若干警正升官等考試及訓練及格之現職警察人員，向保訓會申請依釋字第 760 號意旨，安排渠等至中央警察大學受訓 4 個月以上。保訓會以其申請事項係屬內政部警政署權責，爰函轉請該署卓處逕復。渠等不服，向考試院提起訴願。考試院 108 考臺訴決字第 132 號訴願決定書表示，訴願人等「取得警察人員升官等任官資格，並非屬公務人員任用法第 17 條暨警察人員人事條例第 14 條等規定辦理升官等訓練之對象，依法並無向保訓會請求辦理專業訓練之權利；其申請至中央警察大學受訓 4 個月以上，不服保訓會 108 年 5 月 23 日書函，僅係保訓會依行政程序法第 17 條規定對系爭案件管轄權之說明，並非對訴願人之請求有所准駁，難認屬於直接對外發生法律效果之單方行政行為，自非行政處分。訴願人對之提起訴願，於法不合，應不受理。據上論結，本件訴願為不合法，爰依訴願法第 77 條第 8 款前段決定如主文」。按訴願法第 77 條第 8 款前段規定：「訴願事件有左列各款情形之一者，應為不受理之決定：……八、對於非行政處分……提起訴願者」。本件

訴願人係提起課予義務訴願，考試院上開決定書雖敘明訴願人依法並無請求權，惟最後仍援引訴願法第 1 條第 1 項（撤銷訴願）及第 77 條第 8 項前段規定，以訴願標的非行政處分，而為不受理之決定。

就類似案例，內政部則援引訴願法第 3 條第 1 項（行政處分定義）及第 77 條第 8 項規定，為不受理之決定。例如內政部台內訴字第 1080030315 號訴願決定書表示：「又警正升官等考試及格者，取得警察人員升官等任官資格，警察人員升官等考試規則第 2 條及第 9 條定有明文，上開規定並未有考試及格者須受訓始取得任官資格之相關規定。是以，訴願人以經 105 年警正升官等考試及格為由，請求安排至警大訓練 4 個月以上一節，非屬依法申請之事項，原處分機關 108 年 4 月 1 日函僅係原處分機關就訴願人所提訓練事項為事實上陳述及法律上說明，性質上屬觀念通知，核非行政處分，訴願人逕自對原處分機關 108 年 4 月 1 日函提起訴願，揆諸首揭法令規定，本件訴願為不合法，應不予受理。……四、 綜上論結，本件訴願為不合法，爰依訴願法第 77 條第 8 款規定，決定如主文。」內政部台內訴字第 1080029399 號訴願決定書亦有相同內容之敘述。上開決定書以本件非屬依法申請事項，機關函覆之性質僅為觀念通知，非行政處分，故訴願不合法。無論如何，仍是以撤銷訴願之類型處理之。

其次，上開訴願法第 2 條第 1 項規定之「依法申請」如何解釋？以行政院訴願決定書為例，審視其今年以來與該條文有關之訴願決定書，大致有下列兩種說明模式：

「所謂依法申請之案件，指人民依法有權請求行政機關作為之謂，至單純請願、陳情或建議等，則不包括在內；倘法令僅係規定行政機關之職權行使，並非賦予人民有請求行政機關為行政處分之公法上權利，則人民請求行政機關作成行政處分，性質上僅係促使行政機關發動職權，而屬建議、舉發之陳情性質，並非屬於依法申請之案件，是若無行政處分或非人民依法申請

之案件，即不得據以提起訴願（參照最高行政法院 92 年度裁字第 1690 號、第 1752 號及 102 年度裁字第 839 號裁定意旨）。」參見該院院臺訴字第 1110184087 號、院臺訴字第 1110187824 號、院臺訴字第 1110175783 號、院臺訴字第 1110165410 號、院臺訴字第 1110163063 號等訴願決定書。

另一種模式稱：「人民固得就有關權益事項之維護，向行政機關提出陳情、 建議或檢舉，惟行政法令未賦予人民就其所陳情、建議或檢舉之事項，有請求行政機關為特定作為之權利者，即非依法申請案件，不得提起訴願。」參見該院院臺訴字第 1110183749 號、院臺訴字第 1110175783 號訴願決定書。

對於非依法申請事件，行政院訴願決定書係依據訴願法第 77 條第 8 款後段規定：「訴願事件有左列各款情形之一者，應為不受理之決定：八、對於……其他依法不屬訴願救濟範圍內之事項提起訴願者。」作成不受理決定。參見該院院臺訴字第 1110184087 號訴願決定書。

整體而言，由於訴願法僅規定「怠為處分之課予義務訴願類型」，而無「拒絕申請之課予義務訴願類型」，與現行保障法課予義務復審規定結構有所差異，從而訴願實務之處理方式已難作為保障法實務處理之參考。又有鑑於訴願決定書論述內容通常不若司法裁判詳盡清晰，其合法性亦尚待事後之司法監督；況各機關職掌業務迥異，他機關訴願實務運作方式之研析，對於公務員保障實務之類型化分析幫助極為有限。因此本研究以下乃以司法裁判實務作為主要研究對象，尤其是公務員保障相關案例。

第二節 我國課予義務訴訟實務見解分析

對於課予義務訴訟之「依法申請」之涵義，以及欠缺「依法申請」要件、欠缺訴訟權能、或無請求作成行政處分之請求權時，究竟應以裁定或判決駁回等種種問題，我國司法判決實務意見分歧，迄今仍未見一致。

一、最高行政法院各種相關見解及其影響

首先，對於課予義務訴訟與一般給付訴訟之劃分，最高行政法院 105 年度裁字第 706 號裁定（裁判事由：退伍金）指出：「又行政訴訟法第 5 條課予義務訴訟及第 8 條第 1 項規定之一般給付之訴
，均係為實現公法上給付請求權而設。惟一般給付訴訟，相對於其他訴訟類型，特別是以『行政處分』為中心之撤銷訴訟及課予義務訴訟，具有『備位』性質，故若其他訴訟類型得提供人民權利救濟時，即無許其提起一般給付訴訟。故給付訴訟須直接用以主張給付之請求，人民對行政機關為公法上給付請求，涉及行政處分之撤銷或作成者，應於撤銷訴訟或課予義務訴訟中併為請求，此觀行政訴訟法第 7 條、第 8 條第 2 項規定即明。換言之，如人民所依據實體法上之規定，尚須先經行政機關核定其給付請求權者，則於提起一般給付訴訟之前，應先提起課予義務訴訟，請求行政機關作成該特定之行政處分。是有關人民申請金錢給付，須由行政機關先行審核，依法裁量，作成核准處分者，於行政機關拒絕申請、或怠為處分時，申請人須循序提起訴願及課予義務訴訟，請求判令行政機關作成核准處分，而不得直接提起一般給付訴訟。」此為行政法院常見之見解。以「最高行政法院 105 年度裁字第 706 號裁定」作為關鍵字，於司法院法學資料檢索系統，就所有法院之行政類別案件裁判書進行檢索，可查詢到 12 筆結果[143]。

[143] 例如最高行政法院 109 年度裁字第 614 號裁定也有相同意旨。最後查詢日為 2022 年 11 月 5 日。

其次，關於「依法申請」之涵義，行政法院裁判曾謂：「**所稱『依法申請』，須以有法律之明文規定者為限**」。本研究於司法院法學資料檢索系統，以「課予義務訴訟&以有法律之明文規定者為限」[144]為關鍵字，就所有法院之行政類別案件裁判書進行檢索，共查詢到 46 筆結果，其中最高行政法院有 2 筆、臺北高等行政法院有 43 筆、臺中高等行政法院有 1 筆[145]。惟細繹最高行該 2 筆裁判可以發現，所謂「依法申請」須以有法律之明文規定者為限，均係原審見解，並非最高行裁判之主張。至於北高行上開 43 筆裁判，其作成時間均介於民國 92 年至 99 年間，中高行上開 1 筆裁判則為 102 年間。若以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字就上開 46 筆結果進行再檢索，僅得到 2 筆結果[146]。有鑑於上開論述並非最高行裁判之見解，各高等行政法院裁判近年來亦不再主張，應可判斷其已非當前司法實務見解，不再具有討論之價值。

本研究以下乃就最高行政法院常見之各種相關見解進行分析：

(一)法律（令）未規定人民有申請權者，即非依法申請。部分以無理由判決駁回；部分以起訴不備要件裁定駁回

最高行政法院早期實務見解常認為，須法律(令)規定人民有申請權者，始屬「依法申請之案件」。例如該院 90 判 1637、92 判 395、98 裁 1780、99 裁 3159、100 判 2007、100 判 2050、101 裁 255 均謂：「**所稱『依法申請』，係指人民依據法律有向行政機關申請對其作成一定行政處分之權利而言。法律未規定人民有申請權，或法律並非規定人民得申請行政機關對其作成一定之行政處分者，均非上開法條規定之依法申請案件。**」惟申請權之有無究係訴訟合法要件，抑或訴訟有無理由之問題，則各有所採：認法律（令）

[144] 依據該系統檢索字詞輔助說明，半型的 "&" 字符號，表示 "且"。
[145] 最後查詢日為 2022 年 11 月 5 日。
[146] 臺北高等行政法院 98 年度訴字第 2427 號裁定及 92 年度訴字第 3007 號裁定。

未賦予人民申請權，應以無理由駁回者，如最高行 90 判 1637、92 判 395、100 判 2007；以起訴不備要件，認應以裁定駁回者，如最高行 98 裁 1780、99 裁 3159、100 判 2050、101 裁 255。

於司法院法學資料檢索系統，以「依法申請&法律未規定人民有申請權」為關鍵字，就所有法院之行政類別案件進行檢索，共查詢到 73 筆結果[147]。除最高行 10 筆以外，北高行有 29 筆、中高行 4 筆、高高行 30 筆[148]。最高行 10 筆當中，扣除僅係摘錄原審見解者，或僅為兩造所主張者，最高行實際採行者，僅有前述 7 筆裁判。而 73 筆裁判中裁判時間最新者，為 109 年 09 月 30 日之臺中高等行政法院 109 年度年訴字第 1 號裁定，案由係公立學校教職員退休資遣撫卹條例等事件。然細繹裁判理由可以發現，該裁定除援引最高行上開裁定內容外，尚進一步說明：「**所謂『依法申請之案件』，係指人民依據法令之規定，有向行政機關請求就某一特定具體事件，為一定處分之權利者而言；如無『法令』賦予人民請求作成『行政處分』之權利，即不得提起課予義務訴訟**。查本件原告請求被告作成給付該退休金差額損害之行政處分，並無法規依據，自無向行政機關請求作成『行政處分』之權利，而不符合行政訴訟法第 5 條第 2 項所稱之『依法申請之案件』」[149]，最後以本件原告起訴不備要件而不能補正，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定，裁定駁回之。

本件經原告提起抗告，最高行以 110 年 04 月 29 日作成之 109 年度年抗字第 12 號裁定駁回抗告，並表示：「……行政訴訟法第 5 條第 2 項定有明文（按：即拒絕申請之訴）。故**依本條項提起課予義務訴訟，須法令有賦予人民請求行政機關作成一定行政處分之權利，否則其『申請』，因非屬**

[147] 以 2022 年 10 月 29 日為基準。

[148] 若以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字再檢索，則得到 5 筆結果，裁判時間最新者為臺北高等行政法院 101 年度訴字第 1125 號裁定。惟因年代多較為久遠，爰不予深究。

[149] 本裁定尚援引最高行政法院 99 年度裁字第 1356 號裁定。參見稍後（四）之說明。

『依法申請』，則其因此提起之課予義務訴訟即屬起訴不備其他要件。」[150]仍是認為法令未賦予人民申請權或請求權者，即非依法申請，起訴不備要件，裁定駁回。

不過由上述中高行 109 年度年訴字第 1 號裁定與最高行 109 年度年抗字第 12 號裁定，以及本研究後述裁判內容可以發現，行政法院目前漸次減少單獨使用「法律規定人民有申請權」之敘述方式，而是輔以或改用「人民依據法令之規定，有向行政機關請求就某一特定具體事件，為一定處分之權利」、「法令有賦予人民請求行政機關作成（一定）行政處分之權利」等敘述。換言之，所謂「依法申請」，應不侷限於法令明文規定人民有申請權。

(二)最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議

如前一章所述，最高行上開決議認為「欠缺當事人適格、權益保護必要之要件，屬於狹義的『訴的利益』之欠缺，此等要件是否欠缺，常須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，自以判決方式為之，較能對當事人之訴訟程序權為周全之保障」。以「課予義務訴訟&90 年 6 月份庭長法官聯席會議」為關鍵字，就司法院法學資料檢索系統中，行政案件類別裁判書之全文內容進行查詢，可以得到 158 筆結果[151]。初步瀏覽檢索結果，可以發現部分裁判係因原告誤列被告機關，行政法院乃援引上決議，以被告不適格為由，判決駁回原告之訴，並非本研究關切所在。因此，其中以「誤列被告機關+被告不適格」[152]為關鍵字再檢索得到之 39 筆結果，可略去不予討論。

---

[150] 本裁定雖未援引最高行政法院 99 年度裁字第 1356 號裁定內容，但有類似之敘述。詳見稍後（四）之說明。

[151] 最後查詢日為 2022 年 10 月 29 日。

[152] 依據該系統檢索字詞輔助說明，半型的 "+" 字符號，表示 " 或"。

其次，上開 158 筆檢索結果中，若以「訴訟類型+直接行使給付請求權」為關鍵字再檢索，可得到 48 筆結果。這些案例係涉及訴訟類型選擇錯誤問題，尤其是應提起課予義務訴訟，卻選擇一般給付訴訟者最為常見，行政法院乃援引上開決議，以欠缺權利保護必要為由，判決駁回原告之訴。例如於 111 年 4 月 29 日裁判之高雄高等行政法院 108 年度訴字第 419 號判決(裁判案由：土石採取）指出：

「按行政訴訟法第 8 條規定之一般給付之訴，乃在於實現公法上給付請求權而設，相對於其他以行政處分為訴訟對象之撤銷訴訟及課予義務訴訟，具有備位性質（行政訴訟法第 8 條第 2 項規定參照），若其他訴訟類型得以提供人民權利救濟時，即無許其提起一般給付訴訟之餘地。又按提起一般給付訴訟，須以該訴訟得『直接』行使給付請求權者，據以請求行政機關為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為限。如依實體法之規定，須先由行政機關作成核定或許可之行政處分者，則應先請求行政機關核定並作成授益行政處分，如未獲准許，再循序經由訴願程序，並依行政訴訟法第 5 條規定提起課予義務訴訟，請求作成該核定特定內容之行政處分。倘原告捨此合法救濟途徑，逕行提起一般給付訴訟，其起訴自屬欠缺權利保護之必要，自非法之所許。又欠缺當事人適格、權益保護必要之要件，屬於狹義的『訴的利益』之欠缺，常須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，故行政法院經職權調查結果，審認原告起訴有當事人不適格、欠缺權益保護必要情形，自應以判決駁回之，較能對當事人之訴訟程序權為周全之保障（最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議意旨參照）」最後認定本件「除有被告不適格之情事外，其起訴之訴訟類型亦有錯誤，顯然無法達成訴訟目的，核屬欠缺權利保護必要之要件。……原告此部分之請求，依其所訴之事實，在法律上顯無理由，爰依行政訴訟法第 107 條第 3 項，不經言詞辯論，逕以判決駁回之」。

此外，行政法院認定原告欠缺訴訟權能時，亦常援引上開決議，認為即屬欠缺當事人適格，或欠缺權利保護必要，而以判決駁回原告之訴。以「訴訟權能」作為關鍵字，於上開 158 筆資料中進行再檢索，可以得到 69 筆結果，其中單是北高行即占 46 筆。例如臺北高等行政法院 107 年度訴字第 1206 號判決（裁判案由：都市計畫）即援引上開決議表示：「是行政訴訟之當事人不適格者，為欠缺訴權之存在要件，應認其訴為無理由而以判決駁回其訴」；而該院 104 年度訴字第 632 號判決（裁判案由：文化資產保存）則援引上開決議謂：「人民有無訴訟權能，係以其『個人』有無依實體法規範賦予之公權利或僅享有反射利益而定」、「綜觀上開各實體法規範並無賦予非所有權人有請求被告依其申請作成廢止登錄處分之意旨，原告亦未陳明上開規範意旨及目的，欲保護範圍及於其何種權益。準此，原告 OOO 無因被告系爭函 1、2 及未作成核准廢止處分而法律上利益受有損害，即無提起行政訴訟之訴訟權能，其提起本件訴訟因欠缺權利保護必要，應予駁回」。

上開 158 筆資料中，如以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字進行再檢索，僅查得 1 筆結果，即臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1562 號判決（裁判案由：有關人事行政事務）。本件原告之免職處分前經最高行政法院判決撤銷，嗣原告復職報到後，認為被告機關應補發其專業加給、休假補助（國民旅遊卡消費補助）及給予未休假加班費，遂提起本件行政訴訟，請求被告應給付原告 77 萬 6,248 元，及自 109 年 1 月 14 日起至清償日止，按年利率百分之 5 計算之利息（一般給付訴訟）。本判決援引上開決議，認為本件被告非適格當事人、訴訟類型不正確，且欠缺請求權基礎，爰以訴無理由，判決駁回原告之訴。

(三)最高行政法院 97 年度裁字第 2148 號裁定：無公法上之請求權存在，為欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，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，應以判決行之

臺北高等行政法院於課予義務訴訟中，時常引用最高行政法院 97 年度裁字第 2148 號裁定（以下簡稱最高行 97 裁 2148）謂：「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 97 裁 2148 之案件事實，係抗告人請求行政機關拆除第三人之風車機、冷凍櫃壓縮機等設備，並命第三人撤離及停止營業

，行政機關函復後，抗告人不服，循序提起行政訴訟。原審（臺北高等行政法院 95 年度訴字第 2355 號裁定）認為，抗告人雖係依據臺北市土地使用分區管制規則第 7 條及第 95 條之 1、公寓大廈管理條例第 15 條及第 16 條、環境基本法第 5 條及第 16 條等規定為請求

，惟依據保護規範理論解釋結果，上開各規定，並非為保障特定人而設，抗告人之請求尚乏公法上請求權之依據，其訴有行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款後段不備其他要件之不合法情形，裁定駁回原審之訴。惟如前所述，最高行則認為，無公法上之請求權存在，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

，「原審既認抗告人就其請求係以前揭臺北市土地使用分區管制規則等規定為憑，然各該規定並非為保障特定人而設，抗告人無公法上之請求權，相對人尚無作成行政處分之義務，揆諸上開說明，即應為實體上之判決。乃原裁定竟以抗告人之訴為不合法，而以裁定予以駁回，顯有違誤。」爰將原裁定廢棄發回。

於司法院法學資料檢索系統，以「最高行政法院 97 年度裁字第 2148 號裁定」為關鍵字，就行政類別案件進行檢索，共查詢到 86 筆結果[153]。分布最多者，為北高行，共 74 筆；中高行有 5 筆、臺北地院 3 筆、臺中地院 1 筆，最高行則有 3 筆。若以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字再檢索，則得到 12 筆結果，均集中於北高行，內容包含俸給、公務人員退休資遣撫卹法、退休、復職、資遣、任用、調任等事件。以下分述之：

1. 108 年度訴字第 1702 號判決（裁判日期：109.7.16）：俸給事件

原告不服 82 年間系爭差工升士級考試至 89 年間系爭調派代運務工令期間，即 82 年 5 月 28 日至 89 年 7 月 31 日間計 7 年年資（下稱系爭年資）未併入退休年資，及未領取 77 年 7 月 30 日至 89 年 7 月 31 日間 12 年的士級差額補償（下稱系爭差額補償），未經申請，未提起復審，逕提起行政訴訟[154]。北高行認為，「提起行政訴訟法第 5 條之課予義務訴訟，必須先向行政機關依法提出申請，於行政機關怠於作為或否准所請，經訴願程序仍未獲救濟者，始屬合法，倘未依法提出申請即逕行提起課予義務訴訟者，應認起訴不備其他要件」，繼而援引最高行 97 裁 2148，認原告之請求無實體法依據，結論認為：「五、綜上，原告提起本件訴之聲明第 1 項之課予義務訴訟，**因原告未依法提出申請，亦未踐行復審程序，且不能補正，其訴為不合法。**

[153] 最後查詢日為 2022 年 10 月 29 日。

[154] 嗣原告於提起本件行政訴訟後之 108 年 10 月 26 日，就系爭退休處分提起復審，經公務人員保障暨培訓委員會 109 年 1 月 2 日以 108 年公審決字第 000501 號復審決定駁回。

且原告並無公法上之請求權，原告請求給付系爭差額補償及利息，並無所據。故原告請求判決如其聲明所示，**為無理由，應以判決駁回**。」

2. 108 年度年訴字第 1010 號判決（109.7.1）、108 年度年訴字第 290 號判決（109.6.24）、108 年度年訴字第 848 號判決（109.6.18）、108 年度年訴字第 824 號判決（109.4.29）：公務人員退休資遣撫卹法事件

由於這幾個判決法律上原因均相同，因此判決結構並無差異，甚至判決文字也相去無幾。案件事實均為原告不服銓敘部重新核算每月退休所得之處分，循序提起復審、行政訴訟，請求法院廢棄原處分，並判命銓敘部核定其月退休金為若干元，部分案件甚至請求服務機關每月補償若干元[155]。北高行認為：「**提起行政訴訟法第 5 條之課予義務訴訟，必須先經向行政機關依法提出申請**，該機關於法令所定期間內不予置理，或否准其請求，復經申請人依訴願程序提起訴願而未獲救濟者始能提起。……倘未踐行該程序而逕行提起課予義務訴訟者，應認起訴不備其他要件，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定，以裁定駁回之。」繼而援引最高行 97 裁 2148 後表示，「**行政訴訟法第 5 條課予義務訴訟乃以原告對於行政機關享有請求作成行政處分之公法上請求權為前提，否則其提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許**」，並認原告尚乏請求作成前揭特定內容行政處分之公法上請求權基礎。結論為：「綜上，**原告未曾依法申請，起訴已不合法，又況，原告並無公法上之請求權**，其起訴請求判決如前開訴之聲明第二項所示，**為無理由，應以判決駁回**。」

北高行這幾個判決有關公務人員退休資遣撫卹法事件之見解，與前述中高行 109 年度年訴字第 1 號裁定及其上訴審最高行 109 年度年抗字第

[155] 108 年度年訴字第 824 號判決之原告，除請求撤銷原處分外，並請求「撤銷自願退休案，重新回任原職依法任用」，而非重新核算退休金。惟判決理由及結論並無差異。

12 號裁定，就公立學校教職員退休資遣撫卹條例等事件之見解，即有明顯不同。

3. 108 年度訴字第 28 號判決（裁判日期：108.8.29）：退休事件

本件原告請求銓敘部就服務機關報送其命令退休案應作成核准之行政處分[156]。本判決指出：

「本件係由原告服務機關長安國小報請教育局依原退休法第 6 條第 2 項規定啟動命令退休程序，報請被告辦理原告 107 年 6 月 1 日命令退休案，尚難認原告已向被告依法提出申請，則原告未經申請即向本院提起本件課予義務訴訟，揆諸首揭規定，其起訴已屬不備要件，且其情形不能補正。次查，原告主張之前開規定並非其得直接據以主張向被告請求做成一定行政處分即命令退休之請求權基礎，被告自無從依原告申請，作成准許或否准其命令退休處分之義務。則原告主張其得依前開規定項規定提出本件申請，顯無可採。」、「原告提起本件課予義務訴訟部分，因原告未曾依法申請，起訴為不合法，且無從補正，應予以駁回，且原告並無公法上之請求權，原告起訴請求判決如聲明所示，為無理由，應以判決駁回。本件原告之訴為一部無理由、一部不合法，為求卷證齊一，爰以更慎重之判決駁回。」嗣最高行政法院 108 年度裁字第 1769 號裁定認上訴不合法，駁回上訴。

4. 107 年度訴字第 454 號判決（裁判日期：107.11.29）：復職事件

本件原告於退休三年後申請復職，請求被告機關應依其 106 年 4 月 27 日復職申請書作成復職處分。本判決援引上開最高行裁定表示：「本件原告係退休人員，已不具公務人員身分，並非經停職、休職或留職停薪之公務人員，自無從回職復薪，其訴請『被告應依原告 106 年 4 月 27 日復職申請書作成復職處分』，應認其申請『復職』之真意乃求為再任公職。而申請再

[156] 本件原告不服保訓會 107 年公審決字第 447 號復審決定不受理。

任被告之公務人員，應符合前揭公務人員任用法第 10 條第 2 項、公務人員考試及格人員分發辦法第 9 條、公務人員陞遷法第 5 條第 2 項及同法施行細則第 3 條第 1 項規定，惟被告並未依上開規定辦理公開甄選，原告申請再任被告之公務人員，亦不符合前揭再任規定之要件，從而原告申請被告以『復職』方式再任用，於法無據，被告否准其申請，核無不合。」爰以原告之訴無理由，判決駁回之。

5. 107 年度訴字第 756 號判決（裁判日期：107.11.8）：資遣事件

原告以 106 年 8 月 8 日申請書，請求撤銷前桃園縣政府 88 年 9 月 9 日函所核定之因病資遣案，經桃園縣政府否准所請。原告不服，提起復審，經保訓會 107 公審決字第 0088 號復審決定駁回，原告遂提起本件訴訟。本判決結論認為：「原告依行政程序法第 117 條提起本件課予義務訴訟，聲明求為判決如其訴聲明，為無理由；復審決定駁回之理由雖有不同，但結論相同，仍予維持，故原告之訴應予駁回。」

6. 106 年度訴字第 1778 號判決（裁判日期：107.5.17）、100 年度訴字第 186 號判決[157]：任用事件

106 年度訴字第 1778 號判決中，原告前以 106 年 7 月 28 日申請書，請求銓敘部認定其具有金融保險職系專長，不服銓敘部函復，提起復審，經保訓會 106 公審決字第 0229 號復審決定，以系爭書函非行政處分，復審決定不受理，原告不服，提起本件訴訟。本判決指出：「調任辦法第 5 條第 2 款及第 6 條第 1 款規定，係賦予被告關於擬調任之簡任、薦任職務職系專長認定標準，並非賦予主觀上自認具有擬調任之簡任及薦任職務職系專長之公務人員公法上請求權。茲本件原告提起課予義務訴訟，請求被告應依其 106 年 7 月 28 日申請書作成認定原告具有金融保險職系專長之行政處分，

[157] 原告不服。

惟其並無公法上之請求權存在，則其訴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，依前揭㈠之說明爰以判決駁回之。復審決定不受理之決定核與駁回之結論並無二致，自無撤銷必要，爰予維持。」[158]

100 年度訴字第 186 號判決中，原告不服保訓會 99 公審決字第 0427 號復審決定不受理，請求法院判命被告應作成准予將其改任師二級職等之行政處分。本判決指出：「七、……公務人員保障法第 9 條及第 13、14 條固有明文規定，然此係關於公務人員身分、官等職及俸級應予保障之規定，並非原告可請求被告改任師（二）級職能治療師之公法上依據。準此，原告尚乏公法上請求權之依據，揆諸前揭說明，本件原告提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許。」、「九、……**原告提起本件課予義務訴訟，既無公法上請求權**，且系爭函並非行政處分，復審決定不受理，並無違誤，**原告**徒執前詞，**訴請撤銷系爭函及復審決定，並求為判決被告應作成准予將原告改任師二級職等之行政處分，為無理由，應予駁回**。」[159]

(四)最高行政法院 99 年度裁字第 1356 號裁定

上開裁定指出：「本院按：『……』固為行政訴訟法第 5 條第 2 項所明定。……。而人民就其請求事項，依法並無申請權，則該機關所為函復，因並未因此對外直接發生任何法律效果，故該函復性質上僅屬行政機關之單純事實敘述或理由說明，並非行政處分，人民並不得據以提起課予義務訴訟，否則其起訴即應認不備要件」。簡言之，對於拒絕申請之課予義務訴訟類型，該裁定認為，人民依法無申請權（無請求權）[160]者，機關函復非行政處分，

[158] 本判決稍後於本節二、(三)任用事件中，尚有進一步分析。
[159] 本判決稍後於本節二、(三)任用事件中，尚有進一步分析。
[160] 該裁定審認，並無任何法規賦予土地所有權人（即本件抗告人）得請求行政機關速予拆除其土地上違章建築之請求權。

人民若據以提起課予義務訴訟，其起訴應認不備要件。惟此裁定強調機關函復非行政處分，進而推導出人民不得據以提起課予義務訴訟之結論，不免令人詫異。蓋課予義務訴訟包含機關怠為處分及拒絕申請兩種類型，若機關函復非行政處分，人民固然不能提起拒絕申請之課予義務訴訟，但仍有提出怠為處分課予義務訴訟之可能；況且人民提出申請時，若其依法並無申請權或請求權，機關函復性質亦可能被認定是拒絕處分，不必然並未對外直接發生法律效果。

以「最高行政法院 99 年度裁字第 1356 號裁定」作為關鍵字，就司法院法學資料檢索系統中，行政案件類別裁判書之全文內容進行查詢，可以得到 15 筆結果[161]，亦即有 15 筆裁判援引上開決議作出裁判。其中與公務人員保障事件較為相關者有 4 筆，包含前述臺中高等行政法院 109 年度年訴字第 1 號裁定（裁判案由：公立學校教職員退休資遣撫卹條例等）[162]，以及 3 筆臺北高等行政法院裁定：106 年度訴字第 151 號裁定（裁判案由：撫卹）、104 年度訴字第 6 號裁定（裁判案由：優惠存款）、99 年度簡字第 720 號裁定（裁判案由：有關人事行政事務）。中高行上開裁定前於一、（一）部分已提及，此處茲不重複敘述。以下僅探討北高行 3 筆裁定：

1. 106 年度訴字第 151 號裁定[163]中，原告請求國防部後備指揮部准予更正其弟 OOO（原任憲兵中尉）係因公死亡，本裁定表示：「……原告係 OOO 之兄，依法並非領受 OOO 死亡撫卹金之遺族，並無得向被告請求作成一定行政處分之公法上請求權，則原告先後陳請重新調查其弟 OOO 槍擊身亡案及更正死亡原因為因公死亡，經被告以系爭 3 函，就原告陳請事項，說明核定 OOO 自裁死亡視同因病死亡之依據，及同一事由經予適當處理並已明確答覆後，而仍一再陳情者，依

[161] 最後查詢日為 2022 年 11 月 3 日。
[162] 參見前述（一）之說明。
[163] 本件原告不服國防部 105 年決字第 123 號訴願決定不受理。

法不再處理等情，核其性質，僅屬被告之單純事實敘述或理由說明，並未因此對外直接發生任何法律效果，自非屬行政處分。從而國防部以系爭 3 函非屬行政處分，而不受理原告之訴願，於法即無違誤。原告復對之提起課予義務訴訟，當非法之所許，應予駁回」。

2. 104 年度訴字第 6 號裁定[164]中，原告請求銓敘部准予其拆單辦理優惠存款，本裁定表示：「原告前揭申訴書並非就具體案件之某筆存款向被告申請准予拆單（被告亦非存款之存放單位），而是要求被告說明抽象法規(……)之依據，被告因而以系爭函文回復原告之申訴書，系爭函文僅係對抽象法規要件之說明，未就具體案件發生法律上准駁之效果，難謂已符合行政處分之要件。……。原告猶對非屬行政處分之系爭函提起此部分課予義務訴訟，自屬起訴不備其他要件，且無從補正，應裁定予以駁回。」

3. 99 年度簡字第 720 號裁定[165]中，原告係請求被告機關應對二位訴外人將警告處分變更為申誡以上處分，本裁定表示：「被告對所屬人員之如何獎懲，乃屬被告之權限，原告並無請求被告應為懲處或為何種懲處之公法上權利，且被告上開函復，僅屬單純事實敘述或理由說明，並非行政處分；該函復亦無重大影響原告服公職權益，原告提起本件訴訟，其起訴不備要件。」

又前述臺中高等行政法院 109 年度年訴字第 1 號裁定之上訴審最高行 109 年抗字第 12 號裁定（裁判案由：公立學校教職員退休資遣撫卹條例等），就原告請求被告作成給付該退休金差額損害之行政處分，本裁定雖未直接援引最高行政法院 99 年度裁字第 1356 號裁定，然其論述有相同之意旨，僅調整部分文字，尤其是對於何謂「依法申請」，有進一步說明：

---

[164] 本件原告不服保訓會 103 公審決字第 0313 號復審決定不受理。此裁定將被告誤植為保訓會，嗣另以 104 年 05 月 04 日裁定更正被告為銓敘部。

[165] 本件原告不服保訓會 99 公審決字第 0228 號復審決定不受理。

「……行政訴訟法第 5 條第 2 項定有明文。**故依本條項提起課予義務訴訟，須法令有賦予人民請求行政機關作成一定行政處分之權利，否則其『申請』，因非屬『依法申請』，則其因此提起之課予義務訴訟即屬起訴不備其他要件**。……。而人民就其請求事項，**若法令並無賦予人民申請權**，則中央或地方機關所為函復，並未因此發生任何法律效果，該函復性質上僅屬行政機關之單純事實敘述或理由說明，並非行政處分，人民自不得據以提起課予義務訴訟，否則其起訴亦應認不備要件。」

觀察晚近最高行政法院裁判，類似上開 99 年度裁字第 1356 號裁定意旨者，仍不在少數，惟論述篇幅加長許多。例如最高行政法院 109 年度抗字第 286 號裁定（裁判案由：訓練）中，若干警正升官等考試及訓練及格之現職警察人員，向保訓會申請依司法院釋字第 760 號意旨，安排渠等至中央警察大學受訓 4 個月以上。本裁定表示：

「……『依法申請之案件』乃提起課予義務訴訟應具備之特別合法要件，如有不備即欠缺實體判決要件，行政法院應以裁定駁回之。（二）復按**人民必須依行政法規範秩序享有申請行政機關作成行政處分之請求權基礎，行政機關方負有依其申請作成准駁處分之義務，人民始得提起課予義務訴訟救濟**。再者，**基於權力分立原則**，人民與行政機關間之公法上權利義務關係，應由實體行政法規範形成，**如依現行相關行政作用法之規範意旨行政機關就人民之申請案件並無作成行政處分之權責者，行政法院不得逾越司法權分際，創設人民享有法律未賦予之公法上請求權**，方符法治國原則。易言之，權利與義務具有相對性，必須相關行政法規範意旨創設特定行政機關就人民申請事項負有作成准駁處分之義務，人民始享有依法提出申請案件之公法上請求權，本於有權利斯有救濟原則，行政法院方可責命該行政機關履行其法定義務。準此以論，**人民依現行法規範秩序欠缺公法上請求權基礎，而逕自向行政機關提出作成授益處分之申請案件者，即非屬依法申請之案件**，

行政機關就該申請事項，因無作成處分之權責與義務，其對人民之答覆函文即非本於權限機關對外規制法律效果之行政處分，人民不得以之作為提起課予義務訴訟救濟之程序標的，否則，其起訴為不合法且無從命補正，行政法院應裁定駁回之。」[166]

最高行政法院 111 年度抗字第 32 號裁定（裁判案由：有關人事行政事務）中，抗告人請求法院判命其服務機關懲處其行政長官及同仁，本裁定謂：「**所謂『依法申請』係指依現行法規所賦予人民之請求權，向該管權限機關提出申請而言**。至於人民對於行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護等特定行政事項，向主管機關表述其主觀上之認知與意見，期望主管機關行使職權為處理措施，**因提出者與主管機關間之權利義務並無處於爭議狀態，核屬行政程序法第 168 條規定之陳情性質，並非屬『依法申請之案件』**，接受陳情之行政機關就該陳情案件所為處理結果之答覆，對陳情人並不生規制權利義務之法律效果。準此以論，**行政機關受理人民陳情案件，就其權限範圍內所為答覆**，因無對該陳情人發生任何法律效果，性質上僅屬觀念通知，**並非行政處分**。**人民以該函文為程序標的，無論**依行政訴訟法第 4 條規定，**提起撤銷訴訟**，**或**依同法第 5 條規定**提起課予義務訴訟，均不備起訴合法之程序要件**，且無從命補正，行政法院應以裁定駁回之。」

又最高行政法院 110 年度抗字第 362 號裁定（裁判案由：有關人事行政事務）中，抗告人請求服務機關對其申訴，應作成依照各種人員進用的適用法規指派工作，不能違法佔缺侵害有職等的資訊處理職系人員權利，並補足資訊組臺北駐區高普考職位的員額，避免因有職等人員太少，受限於年終考績甲等人數不得多於 75%的限制，導致資訊組臺北駐區的高普考人員因結構性問題考列考績乙等。本裁定整合前 2 則裁定內容表示：「**所稱『依法**

[166] 本裁定稍後於本節二、(四)訓練事件中，尚有進一步分析。

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。故人民必須依行政法規範秩序，享有申請行政機關作成行政處分之請求權基礎，該管行政機關方負有依其申請作成准駁處分之義務，人民未獲滿足，始得進而提起課予義務訴訟救濟。而人民與行政機關間之公法上權利義務關係，應由實體行政法規範形成，如依現行相關行政作用法之規範意旨，未賦予人民得向行政機關申請作成行政處分之權利者，行政法院無從逾越司法權分際，創設法律未規定之公法上請求權，方符法治國原則。易言之，權利與義務具有相對性，必須依行政法規範意旨，行政機關對人民申請之事項，負有作成准駁處分之義務，基於有權利斯有救濟原則，行政法院方可責命該行政機關履行該法定義務。是以，行政機關就人民非依法申請之案件所為之復函，因未規制法律效果，自非屬行政處分。

㈣準此以論，人民就行政興革之建議、行政法令之查詢、行政違失之舉發或行政上權益之維護等行政事項，向主管機關表述其主觀上之認知與意見，期望主管機關行使職權採取適當措施，**因非對於行政機關所規制之具體權利義務關係為爭議，核其性質自屬行政程序法第 168 條規定所稱之陳情，並非屬『依法申請之案件』**，受理陳情機關就其權限範圍內之處理結果所為之函復，並未對陳情人之權利義務規制其法律效果，性質上僅屬觀念通知，並非行政處分。人民以該函文為程序標的，無論依行政訴訟法第 4 條規定，提起撤銷訴訟，或依同法第 5 條規定提起課予義務訴訟，均不備起訴合法之程序要件，且無從命補正，行政法院應以裁定駁回之。」

最後二個裁判至少補充說明，此時無論依行政訴訟法第 4 條規定，提起撤銷訴訟，或依同法第 5 條規定提起課予義務訴訟，均不備起訴合法之程序要件。過去最高行 99 年度裁字第 1356 號裁定強調機關函復非行政處分，進而推導出人民不得提起課予義務訴訟之結論，令人錯愕。蓋如前所述，縱

認機關函復非拒絕之行政處分，不得提起拒絕申請之課予義務訴訟，仍不能排除原告提起怠為處分課予義務訴訟之可能。

(五)最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議決議

最高行政法院上開決議表示：「行政訴訟法第 5 條第 2 項：『……』人民根據此項規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為其要件。如果對於人民依法申請遭駁回之事件，法令上並未賦予第三人有為其申請之公法上請求權，第三人即不可能因主管機關之駁回該項申請而有權利或法律上利益受損害之情形。」該決議並於討論外國護照簽證條例第 11 條、第 12 條及同條例施行細則第 6 條規定後，認為得以外國護照申請居留簽證者，限於持外國護照之外國國民，該外國國民之本國配偶，並無為其申請居留簽證之公法上請求權；再依公民與政治權利國際公約第 23 條第 1 項、及經濟社會文化權利國際公約第10條第 1 款前段規定，就如何之請求權內容及要件，並未明確規定，不得據以認為本國配偶有為其外籍配偶申請居留簽證之公法上請求權。因此，該決議認為「外籍配偶申請居留簽證經主管機關駁回，本國配偶主張此事實，不可能因主管機關否准而有權利或法律上利益受損害之情形，其提起課予義務訴訟，行政法院應駁回其訴。」

以「最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議」作為關鍵字，就司法院法學資料檢索系統中，行政案件類別裁判書之全文內容進行查詢，可以得到 84 筆結果[167]，亦即有 84 筆裁判援引上開決議作出裁判。其中臺北高等行政法院即有 83 筆；另一筆臺灣臺東地方法院 109 年度簡字第

[167] 最後查詢日為 2022 年 10 月 20 日。如以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字進行再檢索，則為 0 筆。

33 號判決，裁判案由為監獄行刑法，僅係擷取上開決議中與兩公約有關之論述，而與本研究探討之課予義務訴訟無涉，爰可略去不計。

觀察上開 83 件裁判案由，大多屬於與上開決議案由相同之「有關領事事務」或「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」，但亦不乏運用於其他裁判案由者。例如臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1466 號判決（申請歇業事實認定）、107 年度訴字第 42 號判決（公司法）、105 年度訴字第 1237 號判決（違反海關緝私條例）、104 年度訴字第 632 號裁定（文化資產保存）、104 年度訴字第 1047 號判決（都市更新）等等。以上 83 筆裁判中，除少數因原告未提出申請，或未經合法訴願程序，不備起訴要件，裁定駁回外，其餘均以判決駁回其訴。就以上 83 筆裁判，以不同關鍵字進行再檢索，結果如下：

1.以「當事人不適格+原告不適格」進行再檢索，可查得 62 筆結果，亦即多數判決認為，依據上開聯席會議決議意旨，此時原告係當事人不適格（或逕稱原告不適格），故以判決駁回之。

2.以「權利保護必要」或以「權利保護必要＆不適格」進行再檢索，查詢結果均為 5 筆，亦即部分判決認為，依據上開聯席會議決議意旨，此時原告核屬當事人不適格且欠缺權利保護必要，而無理由，應予駁回（例如臺北高等行政法院 108 年度訴字第 310 號判決）。

3.以「訴訟權能&不適格」進行再檢索，可查得 13 筆結果，亦即該等裁判認為，此時原告係欠缺訴訟權能，屬當事人不適格，其訴無理由（例如臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1466 號判決）。

4.以「第 107 條第 3 項」進行再檢索，可查得 25 筆結果。其中除少數係為被告所主張，未獲法院採納者[168]外，其餘係單獨或連同當事人不適格

[168] 例如臺北高等行政法院 107 年度訴字第 1624 號判決。

之認定，以原告之訴顯無理由，依據行政訴訟法第 107 條第 3 項規定，不經言詞辯論，逕以判決駁回之。

(六)最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定

課予義務訴訟雖以「人民依法申請」為特別實體判決要件，惟於主管機關依法應主動為給付之情形，人民得否於未曾向行政機關提出申請之情形下，即循序提起課予義務訴訟？就此，最高行政法院大法庭以 109 年 6 月 12 日 109 年度大字第 1 號裁定採肯定見解。該裁定認為，行政訴訟法第 5 條規定之「申請」,「係因人民是否行使其公法上請求權為其自由，主管機關自不得在其申請前為給付。惟在主管機關依法應主動為給付之情形，既不以人民申請作為主管機關始得為給付之要件，在主管機關不為給付時，人民自得循序提起課予義務訴訟，而不以先向主管機關申請為必要。」

本研究先前於司法院法學資料檢索系統，以「109 年度大字第 1 號」作為關鍵字，對於行政案件類別裁判書，就所有法院進行檢索，可查詢到數筆資料；惟於 2022 年 11 月 3 日之後，再度以「109 年度大字第 1 號」作為關鍵字進行檢索，竟只出現唯一一筆資料，即最高行 109 年度大字第 1 號裁定本身，再也查詢不到其他援引該裁定之裁判書，令人不解。然若改以「大字第 1 號」作為關鍵字，再以「109 年度大」進行再檢索，則可以得到 19 筆資料，再繼續以「公務人員保障暨培訓委員會」再檢索，結果有 3 筆，分別是臺北高等行政法院 110 年度訴字第 1118 號判決（裁判案由：任用）、109 年度訴字第 952 號判決（裁判案由：考績）及 108 年度訴字第 1524 號判決（裁判案由：考績）。其中，109 年度訴字第 952 號判決係原告援引最高行 109 年度大字第 1 號裁定，而非法院見解，故可略去不計。

北高行 110 年度訴字第 1118 號判決[169]中，本件原告請求法院判命銓敘部應作成核定其自 110 年起升等為官職等及薪給為薦任第七職等本俸二級之行政處分。本判決援引上開裁定認為，本件原告並未欠缺依法申請之要件：「本件關於原告是否符合公務人員考績法第 11 條規定而能取得高一職等之任用資格，程序上既係由被告主動本於職權為審定，並無待原告之申請，業如前述，原告就審定結果不服而提起本件課予義務訴訟時，自亦無因原告前未曾向被告申請而欠缺依法申請要件之問題，併予敘明。」[170]

北高行 108 年度訴字第 1524 號判決[171]則援引上開裁定表示，「機關不待公務人員之申請，即應依職權就符合予以年終考績要件之公務人員，就其當年 1 至 12 月任職期間之工作、操行、學識、才能等表現，予以年終考績，……，是應認受考人享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績等次之請求權，於公務人員認為機關作成考績處分違法而侵害其服公職權利時，即得循序提起課予義務訴訟，不以先向機關申請作成考績處分為必要。」進而為原告勝訴之判決[172]。

二、人事行政事務裁判分析

(一)考績事件

考績評定，究應提起撤銷訴訟，或課予義務訴訟，實務見解分歧[173]。茲分述如下：

1.應提起撤銷訴訟

[169] 原告不服 110 公審決字第 000371 復審決定駁回。
[170] 本判決稍後於本節二、(三)任用事件中，尚有進一步分析。
[171] 原告不服保訓會 108 公審決字第 000224 號復審決定駁回。
[172] 本判決稍後於本節二、(一)考績事件中，尚有進一步分析。
[173] 最後查詢日為 2022 年 9 月 22 日。

持此見解者，包括最高行政法院 110 年度上字第 311 號及原審臺北高等行政法院 109 年度訴字第 780 號判決[174]、臺北高等行政法院 110 年度訴字第 841 號判決[175]、109 年度訴字第 1280 號判決[176]及 108 年度訴字第 1179 號判決[177]、臺中高等行政法院 110 年度訴字第 213 號判決[178]。

最高行政法院上開判決對此有清楚之闡述：

「4. 憲法第 18 條所保障人民服公職之權利，包括公務人員任職後依法律晉敘陞遷之權利，此為司法院釋字第 611 號解釋所揭示，司法院釋字第 785 號解釋意旨亦指明，…憲法第 16 條有權利即有救濟之意旨，……。關於公務人員年終考績考列乙等，既涉及其任職期間服務表現而影響晉敘陞遷等服公職之權利，自得提起行政訴訟救濟。惟針對救濟之正確訴訟類型為何，參酌考績法……。可知我國公務人員年終考績之評定，雖有循考績會之合議機制審核，惟為貫徹機關長官領導統御，最終決定權仍歸屬機關長官；則基於考績評定為機關長官『人事高權之核心』，事務本質上行政法院尚不能逕行代為裁量為評定，再參酌前開年終考績之評定規定，亦係揭示公務人員所屬機關應『本於職權』辦理考績之評定，針對個別公務人員之考績等第、分數為何，則未見有公務人員尚可請求評定特定考績等第或分數若干之法律依據；**公務人員就此既未經賦予得依法請求行政機關作成特定內容之公法上權利，並不屬得依法申請之案件**。且撤銷訴訟原告之訴有理由時，法院得為撤銷或變更原處分之判決（行政訴訟法第 195 條第 2 項規定參照），雖因考績評定涉及高度屬人性，基於事務本質行政法院上不能逕行代為裁量評定，但撤銷訴訟之結果，機關須重為處分或決定者，依行政訴訟法第 216

[174] 原告不服金融監督管理委員會（下稱金管會）金管訴字第 10901915822 號訴願決定不受理、保訓會 109 公審決字第 000080 號復審決定不受理，以及金管會 109 年 2 月 27 日證期（人）字第 1090331075 號申訴駁回、保訓會 109 年 6 月 9 日 109 公申決字第 000110 號再申訴決定駁回

[175] 本件涉及陸海空軍軍官士官考績條例，原告不服海洋委員會海巡署中華民國 110 年 6 月 18 日 110 年訴字第 110001 號訴願決定。

[176] 原告不服保訓會 109 公申決字第 000109 號再申訴決定駁回。

[177] 原告不服 108 公審決字第 99 號復審決定駁回。

[178] 原告不服保訓會 110 公審決字第 000130 號復審決定駁回。

條第 2 項規定，應依判決意旨為之，自難謂考績訴訟以撤銷訴訟為之不能達爭訟目的。因此，**本院認為對年終考績（含等第、分數）若不服，提起行政爭訟，正確訴訟類型應為撤銷訴訟**。」

原審及北高行、中高行上開判決均類此見解。此外，臺中高等行政法院 110 年度訴字第 213 號判決、臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1280 號判決另指出：「以本件而言，**事實上也無法認有向被告提出申請之情**（……），**本即無從符合行政訴訟法第 5 條關於課予義務訴訟之起訴合法要件**」；臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1179 號判決亦稱：「**對於行政機關不待人民申請，即應依職權作成行政處分，且人民實際上也未曾於提起行政訴訟前向行政機關提出申請的情形，即不符合提起課予義務訴訟的要件**」。此與最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定見解相左。

2.可提起課予義務訴訟

持此見解者，包括臺北高等行政法院 110 年度訴字第 1445 號判決[179]、110 年度訴字第 56 號判決[180]、109 年度訴字第 952 號判決[181]、108 年度訴字第 1883 號判決[182]、108 年度訴字第 1524 號判決[183]、101 年度訴字第 1215 號判決[184]。

臺北高等行政法院 110 年度訴字第 1445 號判決及 110 年度訴字第 56 號判決中，原告提起撤銷訴訟，嗣追加課予義務訴訟，此二判決均僅於程序部分說明准予追加課予義務訴訟，最後並判決原告之訴無理由，應予駁回。但未就訴訟類型問題有任何著墨。109 年度訴字第 952 號判決則就原

[179] 原告不服保訓會 110 公審決字第 579 號復審決定駁回。
[180] 原告不服保訓會 109 公審決字第 307 號復審決定駁回。
[181] 原告不服保訓會 109 公申決字第 87 號再申訴決定駁回。
[182] 原告不服教育部臺教法（三）字第 1080117152 號函檢送中央教師申訴評議委員會再申訴評議書。
[183] 原告不服保訓會 108 公審決字第 000224 號復審決定駁回。
[184] 原告不服保訓會 101 公審決字第 0275 號復審決定駁回。

告提起之課予義務訴訟逕為實體審理，最後以原告無理由，判決駁回，同樣亦未就訴訟類型問題有任何討論。

臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1524 號判決內容論述則較為豐富，並援引最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定意旨作為裁判基礎。本件原告變更後之聲明為：「1.復審決定及原處分均撤銷。2.被告應依本院判決之法律見解對原告重為考績決定。」本判決論述如下：

「2.次按行政訴訟法第 5 條規定：『……』**此規定之『申請』係因人民是否行使其公法上請求權為其自由，主管機關自不得在其申請前為給付。惟在主管機關依法應依職權為行政處分之情形，既不以人民申請作為主管機關始得為行政處分之要件，在主管機關不為處分時，人民自得循序提起課予義務訴訟，而不以先向主管機關申請為必要（最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定意旨參照）**。依考績法第 4 條第 1 項前段規定：『公務人員任現職，經銓敘審定合格實授至年終滿一年者，予以年終考績；……』是**機關不待公務人員之申請，即應依職權**就符合予以年終考績要件之公務人員，就其當年 1 至 12 月任職期間之工作、操行、學識、才能等表現，**予以年終考績**，惟公務人員之考績，既應本綜覈名實、信賞必罰之旨，作準確客觀之考核（考績法第 2 條），除法規所明文應予或不得考列之等次外，機關應衡量受考人平時成績紀錄及獎懲，或就其具體事蹟，評定適當考績等次，是**應認受考人享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績等次之請求權，於公務人員認為機關作成考績處分違法而侵害其服公職權利時，即得循序提起課予義務訴訟，不以先向機關申請作成考績處分為必要**。」進而為原告勝訴之判決[185]。此見解與先前所述臺中高等行政法院 110 年度訴字第 213 號判決、臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1280 號判決，及 108 年度訴字第 1179 號判決，意見相左。

---

[185] 判決主文如下：復審決定及原處分均撤銷。被告應就原告民國一百零七年年終考績，依本判決之法律見解另為適法之決定。訴訟費用由被告負擔。

此外，臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1883 號判決就考績事件，認為僅提起孤立的撤銷訴訟未能達到權利保護功能，尚應提起課予義務訴訟。其指出：「三、……(一)按『人民對於其依法申請之案件遭主管機關否准，提起課予義務訴訟，所著重者在於其依法申請之案件最終獲得准許，以達到權利保護之功能，自不許提起孤立的撤銷訴訟而單獨請求撤銷否准處分及訴願決定。至其訴之聲明於請求命主管機關就該申請案作成行政處分或特定內容之行政處分外，另附帶聲明請求將否准處分及訴願決定均撤銷者，乃附屬於課予義務訴訟之聲明，並非獨立之撤銷訴訟』（最高行政法院 106 年度判字第 638 號判決參照），（二）本件原告起訴目的是要求撤銷原處分後，請被告『作成 106 學年度考績為公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第 4 條第 1 項第 1 款晉年功薪 1 級並給與 1 個月薪給總額之一次性獎金之行政處分』，但原告起訴時之聲明為：『訴願決定及原處分均撤銷』，乃屬孤立的撤銷訴訟，並不能達到權利保護之功能，若不變更訴之聲明，起訴即無訴之利益，是嗣原告於 109 年 10 月 28 日準備程序期日變更訴之聲明為課予義務訴訟，乃屬適法且有必要，先此說明」。本件原告變更後之訴之聲明為：「一、訴願決定及原處分均撤銷。二、被告應作成 106 學年度考績為公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第 4 條第 1 項第 1 款晉年功薪 1 級並給與 1 個月薪給總額之一次性獎金（如附件二）之行政處分。三、訴訟費用由被告負擔。」惟本判決最後認為本件原告為無理由，應予駁回。

(二)敘獎事件

就請求敘獎事件，實務見解有以下不同之處理方式[186]：

1. 以原告之訴為顯無理由，依行政訴訟法第 107 條第 3 項，不經言詞辯論，逕以判決駁回之

[186] 最後查詢日為 2022 年 9 月 30 日。

高雄高等行政法院 111 年度訴字第 30 號判決[187]，就原告請求記嘉獎 5 次部分，認原告無請求服務機關給予特定獎勵之公法上請求權，爰以原告之訴為顯無理由，依行政訴訟法第 107 條第 3 項，不經言詞辯論，逕以判決駁回之。該判決指出：

「（四）……又行政訴訟法第 5 條**課予義務訴訟乃以原告對於行政機關享有請求作成行政處分之公法上請求權為前提，否則其提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許**。再**按公務人員考績法施行細則第 13 條第 3 項、第 4 項規定**：『……』**足見公務人員之獎勵或懲處係由服務機關自行訂定獎懲標準核給，且獎懲須先經機關考績委員會初核，後由機關長官覆核，再由主管機關或授權之所屬機關核定。**原告雖主張其於 109 年間擔任總統副總統及立委選舉之主任監察員、罷免高雄市長選舉三民區公所投開票管理員，及擔任職務代理人 17 週以上，依『公職人員選舉投開票所工作人員及推薦機關學校負責人獎懲標準表』第 1 點第 1 款及『財政部南區國稅局職務代理人獎勵要點』第 3 點第 1 項規定，請求被告記嘉獎 5 次云云，**惟上開「公職人員選舉投開票所工作人員及推薦機關學校負責人獎懲標準表」僅是中央選舉委員會針對公職人員選舉投開票所工作人員及推薦機關學校負責人所訂定之獎懲標準；「財政部南區國稅局職務代理人獎勵要點」則是被告針對現職人員代理職務所訂定之獎勵標準，均非賦予公務人員有請求服務機關給予特定獎勵之法律依據，自難認原告有請求被告給予嘉獎之公法上請求權，其起訴即屬顯無理由**。

(五)綜上所述，**原告未曾依法申請，起訴已有未合，況原告並無請求被告記嘉獎之公法上請求權，則依其所訴之事實，在法律上顯無理由**，依行政訴訟法第 107 條第 3 項，爰不經言詞辯論，逕以判決駁回之。」

[187] 原告不服 110 公審決字第 000387 號復審決定駁回。

2. 敘明公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績之公法上請求權／有請求服務機關核實、正確、無瑕疵地評價其平時考核的權利，得提起課予義務訴訟

持此看法者，包括高雄高等行政法院 110 年度訴字第 185 號判決[188]、臺北高等行政法院 110 年度訴字第 568 號判決[189]。

高雄高等行政法院 110 年度訴字第 185 號判決，就原告訴請核予 1 次記 2 大功之獎勵部分，認公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績之公法上請求權(含專案考績)，爰認原告提起之課予義務訴訟合法。該判決闡述如下：

「(三) **原告提起本件訴訟應屬適法**：

1、**人民是否具有公法上權利之認定，參照司法院釋字第 469 號解釋係採保護規範理論**，……。

2、依公務人員考績法……；而專案考績則係就公務人員有重大功過等特殊表現所為職務評定，隨時得為考評，若屬有功行為，原則上『1 次記 2 大功，晉本俸 1 級，並給與 1 個月俸給總額獎金』；若屬重大過失行為，則『1 次記 2 大過者，免職』(……)，可見考績結果對於受考評公務人員之晉敘陞遷及公法上財產請求權等權益均有重大影響。又依公務人員考績法第 2 條規定，公務人員之考績係對於公務人員職務表現本諸『綜覈名實、信賞必罰』之旨所為考評，明確揭示主管機關對其所屬公務人員應負有作成準確客觀之考核義務。**衡酌公務人員考績制度之目的除為達成機關績效管理及獎優汰劣之公益目的外，亦應寓有保障公務人員參加考績權益之意旨，故應肯認公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績之公法上請求權，於機關怠為作成考績處分或所為考績處分有違法侵害公務人員權益時，公務人員即得循序提起課予義務訴訟，以為救濟**。

---

[188] 原告不服 110 公審決字第 000120 號復審決定駁回。

[189] 原告不服 109 公審決字第 470、471 號復審決定駁回。

3、……經核上述被告局長於公文書上所為批示，已就原告專案考績之申請作成否准之決定，並經六龜分隊分隊長口頭告知原告而對外發生效力。**承上所述，公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績之公法上請求權，是原告提起本件訴訟，應屬適法。**」惟最後認為原告之訴無理由，判決駁回之。

臺北高等行政法院 110 年度訴字第 568 號判決，就原告訴請核予嘉獎 1 次之獎勵部分，亦認為公務人員基於憲法第 18 條服公職權的保障，應有請求服務機關核實、正確、無瑕疵地評價其平時考核的權利，爰以原告提起之課予義務訴訟合法。其指出：

「行政機關對所屬公務人員所為的嘉獎，性質上與上述的申誡相當，都是對公務人員平時考核所為的規制性評價，具有法律上的拘束力，皆為行政處分。行政機關對所屬公務人員所為的嘉獎，因未侵害該公務人員的權利或法律上利益，不得提起行政救濟。然**對於報請獎勵的申請案件，經權責機關否准，公務人員基於憲法第 18 條服公職權的保障，應有請求服務機關核實、正確、無瑕疵地評價其平時考核的權利，而得提起課予義務訴訟救濟。如僅是提起撤銷訴訟，顯然無法達到其訴訟目的**。據此，原告不服被告就 OO 派出所為其提報獎勵申請所為的決定，提起課予義務訴訟，應屬合法。」惟最後認為原告之請求均屬無據，判決駁回之。

(三)任用事件

任用事件類型多樣。實務見解大多肯定得提起課予義務訴訟，只有少數情形例外[190]。以下分述之：

1.得提起課予義務訴訟

[190] 最後查詢日為 2022 年 10 月 6 日。

(1) 臺北高等行政法院 110 年度訴字第 1118 號判決[191]：公務人員就有無取得高一職等之任用資格（考績升等）乙事，應具有得請求被告依法審定之公法上權利；並援引最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定意旨，認本件程序上係由被告主動本於職權為審定，無待原告之申請

本件原告請求法院判命銓敘部應作成核定其自 110 年起升等為官職等及薪給為薦任第七職等本俸二級之行政處分。本判決指出：「基於**公務人員考績法第 11 條第 1 項 1 款**[192]關於公務人員是否取得同官等高一職等之任用資格，為任用關係中之重要權益並關涉具以核算之相關薪給等財產權，且只須符合前開規定之要件即足，未見有何待被告裁量之情形，**為貫徹對公務人員之制度性保障及其財產權之程序保障功能，應認公務人員就有無取得高一職等之任用資格（考績升等）乙事，應具有得請求被告依法審定之公法上權利，若經審定之職等不足時，公務人員當得提起課予義務訴訟以請求被告作成審定應有職等之授益處分，方能對其提供有效之權利救濟保護**。又行政訴訟法第 5 條關於提起課予義務訴訟應經人民『申請』者，係因人民是否行使其公法上請求權為其自由，主管機關自不得在其申請前為給付。**惟在主管機關依法應主動為給付之情形，既不以人民申請作為主管機關始得為給付之要件，在主管機關不為給付時，人民自得循序提起課予義務訴訟，而不以先向主管機關申請為必要（最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定意旨參照）**。是以，本件關於原告是否符合公務人員考績法第 11 條規定而能取得高一職等之任用資格，程序上既係由被告主動本於職權為審定，並無待原告之申請，業如前述，原告就審定結果不服而提起本件課予義務訴訟時，自亦無因原告前未曾向被告申請而欠缺依法申請要件之問題，併予敘明。」

---

[191] 原告不服 110 公審決字第 000371 復審決定駁回。

[192] 公務人員考績法第 11 條規定：「（第 1 項）各機關參加考績人員任『本職等』年終考績，具有左列各款情形之一者，取得同官等高一職等之任用資格：一、二年列甲等者。二、一年列甲等二年列乙等者。……。」）

(2) 臺北高等行政法院 109 年度訴字第 1492 號判決[193]

本件原告等人於警大警佐班第 4 類訓練期滿結業，已具備第九序列職務任用資格，請求法院判命被告將其等分派巡官或相當於第九序列職務。本判決就原告提起之課予義務訴訟逕為實體審理，並認原告之訴無理由，以判決駁回之：「六、綜上所述，原告依訓練計畫完訓後，並無向被告請求派任巡官等同序列職務之權利。原告所訴各節，均非可採，原處分否准原告所請，經核於法並無違誤，復審決定遞予維持，亦無不合，原告徒執前詞，訴請判決如其聲明所示，為無理由，應予駁回。」原告不服提出上訴，目前仍係屬於最高行政法院審理中[194]。

(3) 臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1269 號判決[195]

本件原告薦任升官等考試及格，除請求撤銷原處分外，並請求法院判命被告應就原告 107 年 7 月 27 日之申請事件，作成准予將原告轉任同第九職等警正一階警察官職務之行政處分。本判決就原告提起之課予義務訴訟逕為實體審理，並認原告之訴無理由，以判決駁回之：「人民依前揭行政訴訟法第 5 條規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請，於法令所定期間內應作為而不作為或遭駁回為其要件。承前所述，具有警察機關職務任用資格者，仍須依警察人員陞遷相關法規之規定升補缺額，其任用與否，係屬用人機關權責，**相關前揭法令並未賦予該等人員陞任及遷調特定職缺之公法上請求權。況原告僅具有警正二階警察官職務之任官資格，其請求調任警正一階警察官職務，性質上已屬請求調陞，更屬無理。**」

[193] 原告不服 109 公審決字第 000256 號復審決定駁回。
[194] 最後查詢日期：2022 年 11 月 3 日。
[195] 原告不服 108 公審決字第 000133 號復審決定原處分否准部分駁回，其餘不受理。

(4) 臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1778 號判決[196]:援引最高行政法院 97 年度裁字第 2148 號裁定意旨

本件原告請求法院判命銓敘部依其 106 年 7 月 28 日申請書作成認定原告具有金融保險職系專長之行政處分。該判決指出：

「五、本院查：㈠……。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 號裁定參照）。**

㈡**次按行政訴訟法第 1 條揭櫫行政訴訟以保障人民權益為宗旨，而個人是否具有公法上權利或法律上利益之認定，參照司法院釋字第 469 號解釋，係採保護規範說為理論基礎**，……。準此，人民如無法律上之請求權，其聲請（申請）、陳情或檢舉僅生促請主管機關考量是否為該行為，而行政機關對該聲請（申請）、陳情或檢舉之答覆自非行政處分。是人民欠缺公法上權益，即不得提起行政訴訟（包括撤銷訴訟、課予義務訴訟、給付訴訟）。再按……行政訴訟法第 5 條定有明文。**所稱『依法申請』係指人民依據法令，得向行政機關請求就具體事件，為一定之決定。此類訴訟乃以原告對於行政機關享有請求作成行政處分之公法上請求權為前提，否則其提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許。**……」

「㈢查本件原告訴請被告依其 106 年 7 月 28 日聲請書作成認定原告具有金融保險職系專長之行政處分。揆諸前揭說明，原告須對被告享有請求作成行政處分之公法上請求權，否則其提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許。……可見調任辦法第 5 條第 2 款及第 6 條第 1

[196] 原告不服 106 公審決字第 0229 號復審決定不受理。

款規定，係賦予被告關於擬調任之簡任、薦任職務職系專長認定標準，並非賦予主觀上自認具有擬調任之簡任及薦任職務職系專長之公務人員公法上請求權。茲**本件原告提起課予義務訴訟，請求被告應依其 106 年 7 月 28 日申請書作成認定原告具有金融保險職系專長之行政處分，惟其並無公法上之請求權存在，則其訴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，依前揭㈠之說明爰以判決駁回之。復審決定不受理之決定核與駁回之結論並無二致，自無撤銷必要，爰予維持**。」

不過本判決最後指出，系爭書函非行政處分，故原告之課予義務訴訟自屬起訴不備合法要件：「(四) ……就性質上而言，系爭書函僅係就原告聲請事項予以說明回覆，並非對『依法申請』行為所為『准駁』之表示，僅屬單純事實之敘述或理由之說明（最高行政法院 104 年度裁字第 1068 號裁定參照）……；簡言之，擬任人並非得憑事先被告回函認定具有金融保險職系之專長書函即免除上開任用法規定之銓敘審定程序，則系爭書函之內容尚未對原告之權利義務產生任何規制之效果，自非對原告所為之行政處分，原告對之提起課予義務訴訟自屬起訴不備合法要件，仍應駁回，併予敘明。」此段論述實有商榷餘地。蓋課予義務訴訟分為怠為處分之訴及拒絕申請之訴，倘若被告之回函非屬行政處分，原告仍得於被告逾法定期間未作成行政處分時，提起怠為處分之訴。

(5) 臺北高等行政法院 106 年度訴字第 1166 號判決[197]：

本件原告請求法院判命銓敘部作成准予轉任公務人員之處分。本判決認為原告無公法上請求權，訴無理由，以判決駁回之：「依公務人員任用法、專技人員轉任條例該法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果等綜合判斷，亦無法獲致依公務人員任用法第 34 條、專技人員轉任條例第 3 條

[197] 原告不服 106 公審決字第 135 號復審決定不受理。

第 2 項規定，有提供或保障專技人員，當然申請轉任公務人員之意旨。原告主張依憲法人民具有工作能力者，國家應予適當之工作機會，及依司法院釋字第 469 號解釋，可以公務人員任用法第 34 條、專技人員轉任條例第 3 條第 2 項規定為據，已有請求轉任公務人員之主觀公權利云云，與上述規範意旨不合，均非足取。綜上，本件難認原告有請求被告作成准原告轉任公務人員之公法上請求權可行使，依首揭說明，自不得提起課予義務訴訟。原告仍執前詞，訴請判決如訴之聲明所示，為無理由，應予駁回。」最高行政法院 107 年度判字第 544 號判決維持原審見解，認上訴無理由，以判決駁回之。

(6) 臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1071 號判決[198]

本件原告請求法院判命被告作成准許其以交通事業資位人員轉任交通行政人員之行政處分。本判決逕為實體審理，並認原告之訴無理由，以判決駁回之：「六、綜上所述，原告之主張，尚非可採，原處分以應俟交通及建設部航港局組織法完成立法並施行後，再行辦理，而否准原告之申請轉任交通行政人員，於法並無違誤，復審決定遞予維持，亦無不合，原告徒執前詞，訴請撤銷，並判決被告應就原告 104 年 2 月 13 日之申請案，作成准許原告以交通事業資位人員轉任交通行政人員之行政處分，為無理由。……」嗣最高行政法院 105 年度裁字第 499 號裁定，認上訴不合法，裁定駁回之。

(7) 臺北高等行政法院 100 年度訴字第 186 號判決[199]：援引最高行政法院 97 年度裁字第 02148 號裁定意旨

本件原告請求法院判命被告應作成准予將其改任師二級職等之行政處分。本判決援引最高行政法院 97 年度裁字第 02148 號裁定意旨，認原告若

[198] 原告不服 104 公審決字第 0133 號復審決定駁回。
[199] 原告不服 99 公審決字第 0427 號復審決定不受理。

無公法上之請求權存在，其訴欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，屬其訴有無理由之問題，應以判決駁回之：

「六、……行政訴訟法第 5 條定有明文。**按上開規定所謂『依法申請』，係指法令有賦予人民申請之權利。蓋對行政機關課予作為義務，自須有法令上之依據，若法令未賦予人民得為此申請之權利，其申請即無理由。而此類訴訟乃以原告對於行政機關享有請求作成行政處分之公法上請求權為前提，否則其提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許**。復按『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 02148 號裁定意旨參照。

七、……公務人員保障法第 9 條及第 13、14 條固有明文規定，然此係關於公務人員身分、官等職及俸級應予保障之規定，並非原告可請求被告改任師（二）級職能治療師之公法上依據。準此，原告尚乏公法上請求權之依據，揆諸前揭說明，本件原告提起課予義務訴訟即因欠缺公法上之請求權基礎，而不應准許。」

「九、綜上，原告所訴各節，均非可採，**原告提起本件課予義務訴訟，既無公法上請求權**，且系爭函並非行政處分，復審決定……不受理，並無違誤，**原告**徒執前詞，**訴請撤銷系爭函及復審決定，並求為判決被告應作成准予將原告改任師二級職等之行政處分，為無理由，應予駁回**。」

(8) 臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1343 號判決[200]

本件原告請求法院判命被告作成提敘其至薦任第七職等高級技術員二階年功俸 4 級 535 俸點之行政處分。本判決逕為實體審理，並認原告無理由，判決駁回之：「六、綜上所述，原處分採計原告 88 年 1 月至 96 年 1 月計 9 年公務人員年資提敘俸級 9 級，並審定為薦任第六職等高級技術員三階年功俸五級 520 俸點，另 87 年 7 月 2 日至 87 年 12 月 31 日之年資因屬畸零月數，依法無法採計提敘，其認事用法均無違誤，復審決定遞予維持，亦無不合，原告徒執前詞，訴請撤銷原處分及復審決定不利原告部分，並請求被告應作成提敘原告薦任第七職等高級技術員二階年功俸 4 級 535 俸點之行政處分，均無理由，應予駁回。」

(9)臺北高等行政法院 98 年度訴字第 1124 號判決201

本件原告請求法院判命銓敘部應作成准予原告回任公務人員之處分。本判決指出：「……行政訴訟法第 5 條第 2 項定有明文。此處所謂『依法申請』者，係指人民依據法令，得向中央或地方機關請求就具體事件，為一定之決定，且中央或地方機關對於該申請負有法定作為義務者而言。然查，本件原告所指稱之行政處分，經查證後並非行政處分有如上述，是原告此處所提課予義務訴訟並無『依法申請之案件』及『經駁回』之情形，所提本件課予義務訴訟顯非合法，應予駁回。」

「八、……至課予義務訴訟部分，因原告未經合法申請及經駁回程序，而欠缺合法之行政處分，有如上述，其請求被告作成准予回任之銓敘處分，難認有理由。況原告請求回任原職，仍應向離職時之機關提出申請，准予先派代理，再於實際代理之日起 3 個月內送請被告機關銓敘審定，始符法制，

[200] 原告不服 98 公審決字第 0136 號復審決定駁回。
[201] 原告不服 98 公審決字第 0113 號復審決定駁回。

否則亦有被告當事人不適格問題。被告主張本件並無合法行政處分，且原告未經權責機關先派代理，再予以銓敘，其逕行請求被告予以准予回任，於法無據，自無不合。……原告……，其請求被告作成准予回任之處分為無理由，均應予駁回。」

(10)臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2824 號判決[202]

本件當事人為國立屏東高級工業職業學校委任第四職等至第五職等化學工程職系技佐，前經銓敘部審定合格實授，歷至民國 96 年考績晉敘委任第五職等年功俸七級 475 俸點有案。其向銓敘部提出申請書，以其已依法取得臺灣地區省（市）營事業機構人員第七職等晉升第八職等訓練，依公務人員任用法第 33 條，應可比照取得公務人員任用法之薦任任用資格，請求銓敘部依法審定其取得薦任任用資格。經銓敘部函復略以，前已二度函復，以其上開訓練，並非依委任公務人員晉升薦任官等訓練辦法所取得之薦任升官等訓練合格資格，尚無法取得薦任公務人員任用資格，仍請參照前函。當事人不服，認被告怠為處分，循序提起復審、行政訴訟。

保訓會 97 年公審決字第 0344 號復審決定書以「上開所稱**『依法申請之案件』，係指公務人員依法規有權請求行政機關為行政處分，而行政機關有義務作成行政處分者而言**」為理由，作成不予受理之決定。

然臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2824 號判決則謂：「行政訴訟法第 5 條課予義務訴訟，乃關於人民請求中央或地方機關作成行政處分，經怠為處分（行政訴訟法第 5 條第 1 項）或否准（同條第 2 項）時，所應提起行政訴訟之訴訟類型規定。而**對於作為訴訟標的之行政處分，人民是否有作成之請求權法律根據，應屬於訴訟有無理由之問題，故所謂依法申請，係指已向行政機關經由行政程序提出作成行政處分之申請而言**。」「本件原告

[202] 原告不服 97 年公審決字第 0344 號復審決定不受理。

提出有關認定任用資格審定之申請，原告應為相關公務人員任用法法規範所保護權利或法律上利益之歸屬主體，故**被告前開電子郵件及函文意旨，否認原告於本案中有實體法上申請權或請求權之回覆，應屬否准處分**，原告自得主張其權利或法律上利益受有損害，經法定前置程序（復審）後，依法提起課予義務訴訟救濟，故本件原告認其所提者為怠為處分之課予義務訴訟，雖有誤解，然不影響其實係依同條否准處分之課予義務訴訟類型請求法院救濟，附此敘明。」**認復審機關未為實體認定而為不受理之決定，有所未洽，而於實體審理後以原告之訴為無理由予以判決駁回**。該判決嗣經最高行政法院 98 年度裁字第 1488 號裁定稱其認事用法悉無違誤，予以維持[203]。

(11)臺北高等行政法院 97 年度訴字第 2126 號判決[204]

本件原告請求被告應准予其陞任簡任第十二職等至第十三職等。本判決認為原告有權利保護必要，得提起課予義務訴訟，嗣於實體審理後，以原告之訴無理由，判決駁回。本判決指出：「四、本件原告有以行政訴訟保護權利之必要：……㈡查關於本件系爭檢察官晉敘第 12 職等事件，雖不致影響原告之檢察官身分，更不致影響其公務員身分，惟查第 12 職等之晉敘，既大幅影響檢察官之俸給，且立法者更已賦予檢察官有申請晉敘之權利，則本院認為宜予以其提起課予義務訴訟以獲得司法審查之機會，……」

(12)臺北高等行政法院 96 年度訴字第 192 號判決[205]

本件原告請求被告應核敘其薦任七職等本俸三級 445 俸點。本判決就原告提起之課予義務訴訟，逕為實體審理後，以原告之訴無理由，判決駁回。本判決表示：「六、綜上所述，原處分以原告所具特種考試國際經濟商務人

[203] 就此案例之分析，參見劉建宏，前揭文，頁 32-35。
[204] 原告不服 97 年公審決字第 0266 號復審決定駁回。
[205] 原告不服 95 公審決字第 0276 號復審決定駁回。

員資格尚在限制轉調期限內，且因先後任職之經建行政職系與法制職系性質不相近，無法採計提敘俸級，遂核敘薦任第 6 職等本俸 1 級 385 俸點，其認事用法均無違誤，訴願決定遞予維持，亦無不合；原告徒執前詞，訴請撤銷原處分關於否准銓敘審定原告為薦任第 7 職等本俸 3 級 445 俸點部分並作成准許之行政處分及訴願決定，並作成准許之行政處分，為無理由，應予駁回。……」

(13)臺北高等行政法院 93 年度訴字第 303 號判決[206]

本件原告請求法院命被告再任用原告適當職務。本判決就原告提起之課予義務訴訟，逕為實體審理後，以原告之訴無理由，判決駁回。本判決表示：「本件原告係提起課予義務訴訟，請求撤銷訴願決定及原處分，暨命被告再任用原告適當職務，其訴訟代理人於本院言詞辯論期日亦稱：目前找不到申請再任用之具體法律條文，經記明筆錄在卷可憑，足見原告之主張，於法無據，洵無可採。……」最高行政法院 95 年度判字第 1385 號判決認本件上訴無理由，判決駁回。

(14)臺北高等行政法院 91 年度訴字第 2404 號裁定[207]

本件原告向被告申請作成審定其薪級為薦任第九職等本俸五級之行政處分，惟其堅持提起單獨（孤立）之撤銷訴訟，不提起課予義務訴訟，本判決援引最高行政法院 91 年判字第 117 號判決指出，經審判長闡明後，原告仍堅持提起種類錯誤之訴訟，其訴即因不符合有效權利保護原則，而應以不合法駁回：「一、按『……**再按人民請求行政機關核發對其有利之行政處分，遭到否准，而認為其權益受到違法損害，依法提起行政訴訟時，原則上應提起請求行政機關作成其所申請行政處分（行政訴訟法第 5 條第 2 項）之訴**

[206] 原告不服交通部 92 年 11 月 27 日交訴字第 0000000000 訴願決定駁回。
[207] 原告不服 91 公審決字第 0038 號再復審決定駁回。

訟，而非提起請求撤銷行政機關否准其申請處分（行政訴訟法第 4 條第 1 項）之訴訟，否則即使勝訴，但因撤銷行政機關否准其申請之行政處分，並不相當於命行政機關作成其所申請之行政處分，故原告請求法院保護其權利之目的，無法在一次訴訟中實現，所以如經審判長依其事實上聲明及訴訟目的，闡明應適用之訴訟種類後，原告仍堅持提起種類錯誤之訴訟，其訴即因不符合有效權利保護原則，而應以不合法駁回。……。』最高行政法院 91 年判字第 117 號判決著有明文。」

「三、卷查本件爭訟事件，乃原告向被告申請作成審定原告之薪級為薦任第九職等本俸五級之行政處分，並非被告對原告作成不利益之行政處分後，由原告請求撤銷之公法上爭議事件。因此原告提起復審、再復審及行政訴訟，請求保護之目的，均為請求命被告審定原告薪級為薦任第九職等本俸五級，……。是**本件爭訟事件，依原告事實上之聲明及請求行政救濟保護之目的，在於命被告審定原告薪級為薦任第九職等本俸五級，乃係請求行政機關為特定行政處分之訴，自應提起行政訴訟法第 5 條第 2 項之訴訟，否則如果單獨聲明撤銷被告審定其薪級為薦任第七職等年功俸五級五五 O 俸點之行政處分及再復審決定（行政訴訟法第 4 條第 1 項之訴訟），即使勝訴，並不能使原告獲准審定其薪級為薦任第九職等本俸五級，則原告請求法院保護之目的，因訴訟種類適用錯誤而不能於一次訴訟中實現**，.....原告仍堅持提起單獨之撤銷訴訟，.....揆諸首開判決意旨，本件原告之訴即非實現其權利保護請求之正確訴訟種類，應以不合法駁回。」

2.不得提起課予義務訴訟

在任用事件中，行政法院裁判認為不得提起課予義務訴訟，而以裁定駁回者，大多因為未經申請、未經復審程序、提起復審逾法定期間、對於已決

定之復審事件重行提起復審等等事由，屬起訴不備要件，較無爭議，爰不予詳述。以下僅就較有討論實益之案例說明之：

(1)高雄高等行政法院 105 年度訴字第 233 號裁定[208]

原告依據行政程序法第 117 條規定提起課予義務訴訟請求被告撤銷其 104 年 9 月 19 日令。本裁定認為該條文未賦予人民請求權，原告僅係促使行政機關為職權之發動，係屬陳請，並非依法申請：

「四、至**原告雖於起訴狀援引行政程序法第 117 條為主張**，惟……本條僅係賦予行政機關就違法行政處分得自為撤銷之職權，並未賦予人民得請求行政機關自為撤銷違法行政處分之請求權。是人民如依上開規定請求行政機關作成撤銷或廢止原行政處分之行政處分，**性質上僅係促使行政機關為職權之發動，而主管機關就人民關於此等事項之陳情所為之函復**，因未對外直接發生任何法律效果，該復函自非行政處分，而就該復函之內容，**陳情之人民縱未臻滿意，亦因其所陳情之事項，並非依法申請，其並不得據以向行政法院提起課予義務訴訟**（最高行政法院 103 年度裁字第 575 號、第 137 號、第 1758 號裁定、96 年度判字第 1495 號判決意旨參考）。故本件原告之真意，縱係依據行政程序法第 117 條規定提起課予義務訴訟請求被告撤銷其 104 年 9 月 19 日令，亦因其非屬『依法申請』而與行政訴訟法第 5 條所須具備之『依法申請』要件不合，而有起訴不備要件之不合法情事，原告之訴，亦非合法，故本院自無向原告闡明為課予義務聲明之必要。另本件訴訟既不合法，其實體上之主張即無庸審酌，併此敘明。」

(2)臺北高等行政法院 104 年度訴字第 40 號裁定、最高行政法院 104 年度裁字第 1068 號裁定[209]

---

[208] 原告不服 105 公審決字第 0077 號復審決定不受理。
[209] 原告不服 103 公審決字第 0301 號復審決定不受理。

本件原告請求法院判命被告就其是否具有一般行政機關職系專長為實質審查。北高行上開裁定認其並未依法提出具體調任之申請，非屬依法申請之案件：「原告係提起課予義務訴訟，惟依原告 103 年 3 月 21 日申請書之內容，其並未依法提出具體調任之申請，而被告系爭函文亦僅係就原告函詢是否具有擬任薦任法制職系及薦任一般行政職系資格等相關疑義所為法令之說明，並未對原告之申請有所准駁，依前揭說明，本件既非依法申請之案件，亦無行政處分之存在，原告遽行提起課予義務訴訟，屬起訴不備要件，且其情形不能補正，應以裁定駁回之，保訓會為不受理之決定，亦無不合。」

原告提出上訴後，最高行上開裁定指出，若人民依法並無申請行政機關為行政處分之請求權存在，則其申請即非所謂依法申請：「……行政訴訟法第 5 條定有明文，可知，須人民就其『依法』申請之案件，行政機關怠為行政處分或為否准之行政處分，人民始得依上述規定提起課予義務訴訟；是**若人民依法並無申請行政機關為行政處分之請求權存在，則其申請因非所謂『依法』申請，則其據以提起行政訴訟法第 5 條規定之訴訟，即屬起訴不備其他要件**。……由是可知，**抗告人係就其是否具有特定資格以及職務調整事項『詢問』相對人，而非向相對人『申請』取得特定資格或調整職務**。……。本件抗告人原發函時，雖於函首名以『申請書』，惟細究其函文內容均非申請事項，相對人之回函中亦未為准駁之表示，自不能認為相對人之回函為行政處分。況且，倘相對人之回函表示抗告人具有特定資格，得於服務滿一定期間後調整職務，抗告人亦非當然因該回函即得『立即當然地』取得特定資格或調整職務，仍待其提出申請後，始得據以辦理。由是益證相對人系爭函文性質上非屬行政處分，抗告人提起課予義務訴訟自屬起訴不備合法要件。」

(3)臺北高等行政法院 92 年度訴字第 3007 號裁定[210]

[210] 原告不服 92 公審決字第 0056 號再復審決定駁回。

本件原告請求法院判命被告准許原告溯自 88 年 6 月 9 日起，補辦原前臺灣省立嘉義醫院人事室原告所占 A1000201 人事助理員歸系註銷，並重新辦理歸系。本判決認原告無為本件申請之權利，亦未經申請，爰以起訴不備要件，裁定駁回之。本裁定指出：

「**茲所稱依法申請之案件，須以有法律之明文規定者為限**，……」、「由以上規定可知，將組織法規所定之職務歸入適當之職系，並將之列表送被告核備，事屬行政機關之職權，被告如認為所送職務歸系欠妥時，應通知重行核議，而各機關對上開通知有異議時，應依上開職務歸系辦法第 6 條以下之規定辦理，易言之，**公務人員依法並無申請職務歸系之請求權，被告依法亦無應作為之義務，故行政機關依職權就職務歸系列表送被告核備之行文及被告所為通知重行核議之函復，均係行政機關間依法令規定交換意見之行文，未對於公務人員之權益直接發生法律效果，公務人員尚不得就性質上非屬行政處分之被告所為重行核議之通知，提起行政訴訟請求撤銷，更不得請求行政法院判命行政機關作成關於歸系之註銷及重新辦理之行政處分。**」

「五、綜上所述，**遍觀公務人員任用法、公務人員保障法或其他法律均無明文規定原告有為本件申請之權利，且被告作成系爭復函前，原告亦未向被告提出任何之申請**；又原告於 91 年 5 月 14 日致函被告部長請其主持公道，嗣經被告於 91 年 6 月 14 日部法 3 字第 0912148041 號書函答復原告以尚難同意所請等語，其性質上亦僅屬行政機關對人民陳情案件之處理，均非對於原告依法申請之案件予以駁回之行政處分，亦非被告對於公法上具體事件所為對原告直接發生何法律效果之單方行政行為，依首揭之說明，原**告無論依行政訴訟法第 5 條之規定提起課予義務訴訟或第 4 條提起撤銷訴訟，其起訴均不備該二種類訴訟之要件，爰以裁定駁回其起訴**。」

(四)訓練事件

與保訓會有關之訓練事件可約略分為以下幾種類型：1. 申請依司法院釋字第 760 號解釋意旨至中央警察大學受訓 4 個月以上；2. 不服升官等訓練結果不及格，請求撤銷原處分並作成訓練結果及格之行政處分；3. 其他與訓練相關之個別事件[211]。茲分述如下：

1. 申請依司法院釋字第 760 號解釋意旨至中央警察大學受訓 4 個月以上

司法院釋字第 760 號解釋公布後，晚近即有若干警察或消防人員申請依該解釋意旨至中央警察大學受訓 4 個月以上之案例，甚至請求服務機關應作成回復其派任巡官職務前所累積遷調積分之行政處分者。行政法院對此類案件之裁判見解分歧，有認為其「非屬依法申請之案件」，不具備起訴合法要件，裁定駁回者；亦有認為法令未賦予人民公法上請求權，訴無理由，判決駁回者。詳述如下：

(1)非屬依法申請之案件，不具備起訴合法要件，裁定駁回

本件若干警正升官等考試及訓練及格之現職警察人員，向保訓會申請依司法院釋字第 760 號意旨，安排渠等至中央警察大學受訓 4 個月以上。保訓會以其申請事項係屬內政部警政署權責，爰函轉請該署卓處逕復。渠等不服，向考試院提起訴願。考試院 108 考臺訴決字第 132 號訴願決定書，略以：訴願人等取得警察人員升官等任官資格，並非屬公務人員任用法第 17 條暨警察人員人事條例第 14 條等規定辦理升官等訓練之對象，依法並無向保訓會請求辦理專業訓練之權利；保訓會之書函僅係對系爭案件管轄權之說明，並非對訴願人之請求有所准駁，非行政處分。訴願人對之提起訴願，於法不合，應不受理等語。訴願人不服，遂提起行政訴訟。

臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1658 號裁定（109.05.28）指出：

[211] 最後查詢日為 2022 年 11 月 1 日。

「**所謂『依法申請之案件』，係指人民依據法令之規定，有向機關請求就某一特定具體之事件，為一定處分之權利者而言**；而所謂『應作為而不作為』，則指行政機關對於人民之申請負有法定作為義務，卻違反此一作為義務而言，故課予義務訴訟需人民有請求行政機關作成行政處分之法令上依據，始為相當；**倘人民請求行政機關作成行政處分，並非屬於『依法申請之案件』，此時受理之中央或地方機關所為之函復**，僅屬行政機關就該事件所為單純之事實敘述及理由之說明，並不因該項敘述或說明而對該人民之權利或法律上利　　益發生任何准駁之效力**，自非屬行政處分**。且因行政機關對於非依法申請之案件，並不負有作為義務，即令其未依其請求而發動職權，該人民亦不得主張其有權利或法律上利益受損害，訴請行政機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分。準此，**提起課予義務訴訟須以依法申請行政機關作成行政處分或為特定內容之行政處分為要件，否則其起訴即屬不合法**（最高行政法院 102 年度裁字第 839 號、103 年度裁字第 575 號裁定意旨參照）。」本裁定並於詳細探討公務人員升官等考試法、警察人員升官等考試規則、警佐警察人員晉升警正官等訓練辦法、警察人員人事條例、警察教育條例、警察人員進修及深造教育實施辦法等現行法令及司法院釋字第 760 號解釋意旨後，作成結論：

「六、綜上所述，……原告並無請求至警大受訓 4 個月以上之權利，被告所為 108 年 5 月 23 日函並非行政處分，訴願決定不受理（……），並無不合。原告仍執前詞，訴請撤銷訴願決定及被告 108 年 5 月 23 日函，並聲明請求被告作成准予至警大受訓 4 個月以上之行政處分，均不合法，為應予駁回。」

原告不服上開裁定，提出抗告。最高行政法院 109 年度抗字第 286 號裁定（110.04.29）不僅支持原審見解，並詳予補充理由如下：

「……『依法申請之案件』乃提起課予義務訴訟應具備之特別合法要件，如有不備即欠缺實體判決要件，行政法院應以裁定駁回之。（二）復按**人民必須依行政法規範秩序享有申請行政機關作成行政處分之請求權基礎，行政機關方負有依其申請作成准駁處分之義務，人民始得提起課予義務訴訟救濟**。再者，**基於權力分立原則**，人民與行政機關間之公法上權利義務關係，應由實體行政法規範形成，**如依現行相關行政作用法之規範意旨行政機關就人民之申請案件並無作成行政處分之權責者，行政法院不得逾越司法權分際，創設人民享有法律未賦予之公法上請求權**，方符法治國原則。易言之，權利與義務具有相對性，必須相關行政法規範意旨創設特定行政機關就人民申請事項負有作成准駁處分之義務，人民始享有依法提出申請案件之公法上請求權，本於有權利斯有救濟原則，行政法院方可責命該行政機關履行其法定義務。準此以論，**人民依現行法規範秩序欠缺公法上請求權基礎，而逕自向行政機關提出作成授益處分之申請案件者，即非屬依法申請之案件**，行政機關就該申請事項，因無作成處分之權責與義務，其對人民之答覆函文即非本於權限機關對外規制法律效果之行政處分，人民不得以之作為提起課予義務訴訟救濟之程序標的，否則，其起訴為不合法且無從命補正，行政法院應裁定駁回之。」、「㈧綜上所述，本件抗告人等 7 人各本於警察人員升警正等級官等考試及格人員，與警佐警察人員晉升警正官等訓練合格人員之地位，請求相對人應依據司法院釋字第 760 號解釋意旨，作成准予抗告人等 7 人至警察大學受訓 4 個月以上之處分，**核諸上開說明，自非屬依法申請之案件，相對人於法自無依其申請作成准駁處分之義務**，相對人考量該申請事項係屬在職警察人員進修性質，為警政署主管權責，乃以系爭函轉請辦理，僅具觀念通知性質，**並非行政處分**。從而，抗告人等就非依法申請案件之事項，提起本件課予義務訴訟，自不具備起訴合法要件，且其情形無從

補正，原裁定依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定予以駁回，於法自無不合。」[212]

附值一提者，本件當事人於前案訴願程序進行中，復向保訓會提出同一申請，經保訓會同樣函轉內政部警政署處理，渠等又不服，復向考試院提起訴願，進而提起行政訴訟；於此同時，另對內政部警政署此次函覆，向內政部提起訴願，進而提起行政訴訟。針對前者，即不服保訓會第二次函覆部分，臺北高等行政法院以 108 年度訴字第 1868 號裁定駁回；針對後者，即不服警政署第二次函覆部分，臺北高等行政法院則以 108 年度訴字第 1860 號裁定駁回。

針對前者，北高行 108 年度訴字第 1868 號裁定認為，人民重複申請，不足令機關依法須重為實體決定，故非依法申請案件，且就訴訟繫屬之同一事件更行起訴，違反一事不再理之訴訟要件，爰依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 7 款、第 10 款規定，以訴訟不合法，裁定駁回原告之訴。該裁定指出：

「人民對同一事實先後提出申請，行政機關對於人民請求事項，於核駁後，對於其後重複提出之請求，答覆申請人時，僅重申先前所為之確定處分，而未為實體決定，因其性質僅屬觀念通知，而非行政處分，即學說上所稱之重複處分，此時即非人民依法申請案件，不符須以依法申請行政機關作成行政處分或為特定內容之行政處分為要件，不得據以提起訴願及行政訴訟（最高行政法院 98 年度裁字第 276 號裁定、106 年度裁字第 259 號裁定意旨參照）。……是揆諸前揭說明，原告 7 人重複之提出 108 年 7 月 23 日申請書，並不足以令被告須依法重為實體決定，不符須以依法申請行政機關作成行政處分或為特定內容之行政處分為要件，核非『依法申請案件』，並不得對之提起訴願、行政爭訟，原告 7 人卻據以主張依行政訴訟法第 5 條第 2 項規定提起本件行政訴訟（……），自不合法」、再者，「本件依原告主張，核

[212] 嗣後援引該裁定內容作成裁判者，例如臺北高等行政法院 110 年度訴字第 483 號裁定（裁判案由：有關人事行政事務）。

屬就已起訴之相同被告、同一事實主張同一公法請求權之訴訟標的，又更行起訴之情形，二者為同一事件；則原告既係在另案尚繫屬本院中（……），於 108 年 11 月 27 日向本院更行提起本件訴訟，亦有違行政訴訟法第 107 條第 1 項 7 款規定，此不合法情形且不能補正，仍應認本件原告之訴違反一事不再理之訴訟要件，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 7 款規定，亦應裁定駁回原告之訴」[213]。

針對後者，北高行 108 年度訴字第 1860 號裁定似乎認為，對於非行政處分提起課予義務訴訟，即不合法。本裁定表示：「……次按同法第 4 條第 1 項、第 5 條明定……。而所謂行政處分……。苟行政機關對外所為僅屬其單純之事實敘述或理由說明，不生任何法律效果，即非行政處分，人民不得對之提起行政爭訟，否則其訴即屬不合法。再者，『……對重複處分不得提起行政爭訟，第二次裁決則允許提起行政爭訟。』最高行政法院……102 年度裁字第 1632 號裁定可資參照。**故如對於非屬行政處分之函文提起課予義務訴訟，其起訴即屬不備合法要件，且不能補正，應依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定以裁定駁回之**。」、「故系爭函僅是被告重複回答原告一再申請所為單純事實之敘述或理由之說明，既不因該項敘述或說明而生法律之效果，即為學說上所稱重複處分，核其性質應僅屬觀念通知，而非行政處分，……。**原告對於非行政處分提起課予義務訴訟，依前揭規定與說明，於法顯有未合**，且其情形無從補正，應予駁回。」[214] 然而，對於非（駁回申請之）行政處分，固然不能提起拒絕申請之課予義務訴訟，但仍不能排除提起怠為處分課予義務訴訟之可能。上述裁定見解未就提起課以義務訴訟之各項特別實體判決要件進行審理，單單以系爭函文非行政處分，即認提起課予義務訴訟不合法，此見解之錯誤甚為灼然。

---

[213] 本件無歷審裁判。
[214] 本件無歷審裁判。

此外，亦有警察人員主張依據司法院釋字第 760 號解釋意旨，服務機關應作成回復其派任巡官職務前所累積遷調積分之行政處分者。就此，臺北高等行政法院於 111 年 03 月 17 日作成 110 年度訴字第 483 號裁定，部分援引上開最高行 109 抗 286 裁定見解。本件原告現為被告ＯＯ分局第九序列警佐一階至警正三階巡官，前於 92 年公務人員特種考試警察人員考試三等考試刑事鑑識人員考試及格，自 94 年 8 月 11 日起任職臺北縣政府警察局(於 99 年 12 月 25 日改制更名為新北市政府警察局)第十一序列警員。其於 107 年 7 月參加中央警察大學警佐班第 38 期第 4 類第 1 梯次 4 個月訓練期滿且成績及格，同年 12 月 25 日陞任現職。其請求被告機關作成回復其派任陞遷序列第九序列之巡官職務前所累積遷調積分之行政處分未果，經申訴、再申訴程序，不服保訓會 110 公申決字第 12 號再申訴決定，提起行政訴訟。北高行除援引**上開最高行 109 抗 286 裁定見解，認為人民依現行法規範秩序欠缺公法上請求權基礎，而逕自向行政機關提出作成授益處分之申請案件者，即非屬依法申請之案件**外，並認相關法令既未賦予警察機關所屬人員陞任遷調特定職缺之公法上請求權，則依舉重以明輕之法理，對其職務遷調之前置作業之核算遷調積分之行為，即難謂對該申請人之權利或法律上之利益造成侵害，「**遷調積分之核算，性質上僅為其『職務遷調』之前置作業程序，屬公務人員保障法第 77 條第 1 項所指之服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置，原告固得對該調任前置作業行為提起申訴、再申訴以為救濟，然不得提起行政訴訟**。原告提起行政訴訟，即不合法，應予駁回。又本件原告之訴既不合法，則其餘實體上爭議事項，即無從加以審究」[215]，裁定駁回原告之訴。易言之，本裁定甚至認為本件當事人於申訴、再申訴後，不得提起行政訴訟。

(2)法令未賦予人民公法上請求權，訴無理由，判決駁回

[215] 本件查無上訴資料。

另有其他警正升官等考試及格之現職消防及警察人員，向內政部警政署申請依釋字第 760 號意旨，安排渠等至中央警察大學受訓 4 個月以上遭否准，渠等不服，分別向內政部提起訴願，經內政部以台內訴字第 1080030315 號表示：「又警正升官等考試及格者，取得警察人員升官等任官資格，警察人員升官等考試規則第 2 條及第 9 條定有明文，上開規定並未有考試及格者須受訓始取得任官資格之相關規定。是以，訴願人以經 105 年警正升官等考試及格為由，請求安排至警大訓練 4 個月以上一節，非屬依法申請之事項，原處分機關 108 年 4 月 1 日函僅係原處分機關就訴願人所提訓練事項為事實上陳述及法律上說明，性質上屬觀念通知，核非行政處分，訴願人逕自對原處分機關 108 年 4 月 1 日函提起訴願，揆諸首揭法令規定，本件訴願為不合法，應不予受理。……四、 綜上論結，本件訴願為不合法，爰依訴願法第 77 條第 8 款規定，決定如主文。」內政部台內訴字第 1080029399 號訴願決定書亦有相同內容之敘述。當事人等不服，遂提起行政訴訟。

臺北高等行政法院以 108 年度訴字第 654 號判決於實體審查後駁回原告之訴。本判決表示：「按行政訴訟法第 5 條所規定之課予義務訴訟，為人民經由依法申請程序之公法上請求權無法實現所設之訴訟救濟類型；**所稱『依法申請之案件』係指法令有賦予人民請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權**。是人民依此規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為要件。本件遍查前揭公務人員升官等考試法、警察人員升官等考試規則、警察人員人事條例、警察教育條例、警察人員進修及深造教育實施辦法等**現行法令，並無賦予原告得請求至警察大學受訓之請求權**，亦為原告所肯認，是被告並無作成安排原告至警察大學受訓之作為義務，其以原處分否准原告之申請，於法並無不合。」並認「**訴願決定雖以被告 108 年 3 月 15 日函及同年 4 月 1 日函均非**

行政處分，而為不受理決定，雖有未洽，惟對於駁回其訴之結論並無影響。原告仍執前詞，訴請撤銷訴願決定及原處分，並聲明請求被告作成准予至警察大學受訓 4 個月以上之行政處分，均無理由，應予駁回」。換言之，本判決認為法令是否賦予人民請求作成行政處分之權利，係本案有無理由之問題，乃於實體審理後判決駁回原告之請求，並認訴願決定不受理有所未洽。案經最高行政法院 109 年度裁字第 808 號裁定認上訴不合法，維持原判決。

2. 不服升官等訓練結果不及格，請求撤銷原處分並作成訓練結果及格之行政處分

此類裁判包括臺北高等行政法院 110 年度訴字第 117 號判決、臺北高等行政法院 108 年度訴字第 2032 號判決、臺北高等行政法院 106 年度訴字第 147 號判決[216]等。上述判決均逕為實體判決，對於課予義務訴訟之實體判決要件均隻字未提，亦未曾分析原告是否有事先提出申請。

3. 其他與訓練相關之個別事件

其他個別事件，包括：原告申請保訓會作成准予縮短原告實務訓練期間 2 個月之行政處分，以及原告申請保訓會作成准許全額免自費受訓之行政處分。就前者而言，臺北高等行政法院 105 年度訴字第 714 號判決表示：「是原告就其主張被告否准其申請，造成其權利所受損害，得藉由對被告提起課予義務訴訟之方式尋求救濟，則其於踐行相當於訴願之復審程序後，提起本件訴訟，與前引行政訴訟法第 5 條第 2 項規定，並無不合，先予敘明」，惟於實體審體後，認原告之訴無理由，判決駁回之。

就後者，臺北高等行政法院 102 年度訴字第 228 號判決未探討課予義務訴訟之實體判決要件，逕為實體審理，並判決原告部分勝訴；最高行政法院 103 年度判字第 6 號判決並駁回保訓會之上訴，維持原審見解。

[216] 上訴審最高行政法院 106 年度裁字第 1858 號裁定認為本件上訴不合法，予以駁回。

本研究推測，上開逕為實體審理，未有任何課予義務訴訟實體判決要件探討之判決，應是認為沒有欠缺實體判決要件之處，毋須贅言。

第三節 小結

綜合上述可知，最高行政法院就課予義務訴訟有幾項見解，常為下級審法院所引用：

首先，最高行政法院早期常有見解認為，課予義務訴訟之所謂「依法申請」，係指法令規定人民有申請權。惟無申請權者，部分以起訴不備要件，裁定駁回；部分則以訴無理由，判決駁回。又晚近司法實務雖仍有援用上開見解者，然而並非單獨援用之，而是輔以或改用「人民依據法令之規定，有向行政機關請求就某一特定具體事件，為一定處分之權利」、「法令有賦予人民請求行政機關作成（一定）行政處分之權利」、「法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權」等敘述。換言之，所謂「依法申請」，應不侷限於法令明文規定人民有申請權。

其次，行政法院普遍援引最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議認為，「欠缺當事人適格、權益保護必要之要件，屬於狹義的『訴的利益』之欠缺，此等要件是否欠缺，常須審酌當事人之實體上法律關係始能判斷，自以判決方式為之，較能對當事人之訴訟程序權為周全之保障」，亦即以所謂「訴訟判決」駁回。包括：誤列被告機關、訴訟類型選擇錯誤、欠缺訴訟權能等情形，時常援引上開決議，以訴訟判決駁回原告之訴。這些裁判若以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字再檢索，僅有 1 筆結果。

再者，行政法院，尤其北高行，亦時常援引最高行 97 年度裁字第 2148 號裁定，認為於課予義務訴訟，原告如無公法上之請求權存在，非欠缺訴訟合法要件，而係欠缺關於訴訟標的之法律關係之要件，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，應以（實體）判決行之。這些裁判若以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字再檢索，可得到 12 筆結果，內容包含俸給、公務人員退休資遣撫卹法、退休、復職、資遣、任用、調任等事件。

又行政司法實務亦常援引最高行政法院 99 年度裁字第 1356 號裁定，認為於拒絕申請之課予義務訴訟，人民依法無申請權（無請求權）者，機關函復非行政處分，人民若據以提起課予義務訴訟，其起訴應認不備要件，以裁定駁回。這些裁判與人事行政相關者，有 4 筆，軍公教各 1、2、1 筆。惟觀察晚近最高行政法院裁判，可以發現其仍然採取此一見解，僅是論述方式不同。例如 109 年抗字第 12 號裁定有稍做文字調整，而 109 年度抗字第 286 號裁定、111 年度抗字第 32 號裁定、110 年度抗字第 362 號裁定等等，則是加（超）長升級版。

另一個經常被援引者為最高行政法院 103 年 8 月份第 1 次庭長法官聯席會議決議。按之，如果對於人民依法申請遭駁回之事件，法令上並未賦予第三人有為他人申請之公法上請求權，第三人即不可能因主管機關之駁回該項申請而有權利或法律上利益受損害之情形。這些裁判除少數因原告未提出申請，或未經合法訴願程序，不備起訴要件，爰裁定駁回外，其餘均以判決駁回之。其中，多數判決認為，此時原告係當事人不適格；少數認為此時原告核屬當事人不適格且欠缺權利保護必要；部分認為此時原告係欠缺訴訟權能，屬當事人不適格；部分判決單獨或連同當事人不適格之認定，以原告之訴顯無理由，依據行政訴訟法第 107 條第 3 項規定，不經言詞辯論，逕以判決駁回之。這些裁判若以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字再檢索，結果為 0 筆。

近來亦有不少裁判引用最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定見解認為，行政訴訟法第 5 條規定之「申請」,「係因人民是否行使其公法上請求權

為其自由，主管機關自不得在其申請前為給付。惟在主管機關依法應主動為給付之情形，既不以人民申請作為主管機關始得為給付之要件，在主管機關不為給付時，人民自得循序提起課予義務訴訟，而不以先向主管機關申請為必要。」這些裁判若以「公務人員保障暨培訓委員會」為關鍵字再檢索，結果有 2 筆，其中 1 筆考績事件，甚至作成原告勝訴之判決。

若就個別人事行政類型進行分析，實務見解亦相當分歧。在**考績評定**方面，部分裁判認為此時應提起撤銷訴訟，非屬得依法申請之案件；部分則認為得提起課予義務訴訟。前者例如最高行 110 年度上字第 311 號判決，其認為公務人員並無請求評定特定考績等第或分數若干之法律依據，公務人員既未經賦予得依法請求行政機關作成特定內容之公法上權利，並不屬得依法申請之案件；況且撤銷訴訟原告之訴有理由時，法院得為撤銷或變更原處分之判決，機關須重為處分或決定者，依行政訴訟法第 216 條第 2 項規定，應依判決意旨為之，自難謂考績訴訟以撤銷訴訟為之不能達爭訟目的。後者例如臺北高等行政法院 109 年度訴字第 952 號判決，其援引最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定意旨，並認為受考人享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績等次之請求權，於公務人員認為機關作成考績處分違法而侵害其服公職權利時，即得循序提起課予義務訴訟，不以先向機關申請作成考績處分為必要，進而為原告勝訴之判決。而臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1883 號判決，甚至認為此時若僅提起撤銷訴訟，為孤立的撤銷訴訟，不能達到權利保護之功能。

次就**敘獎事件**，依據本研究查詢所得之司法判決，1 則以原告之訴為顯無理由，依行政訴訟法第 107 條第 3 項，不經言詞辯論，逕以判決駁回之；2 則敘明公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績之公法上請求權，或有請求服務機關覈實、正確、無瑕疵地評價其平時考核的權利，得提起課予義務訴訟，最後均以原告之訴無理由，判決駁回之。

再就**任用事件**，其類型固然多樣，惟多數裁判均肯定得提起課予義務訴訟，進行實體審理。包括：請求以考績升等、請求派任巡官等同序列職務、請求轉任同第九職等警正一階警察官職務、請求認定其具有金融保險職系專長、請求准予以專技人員轉任公務人員、請求准予以交通事業資位人員轉任交通行政人員、請求准予將其改任師二級職等、請求提敘其至薦任第七職等高級技術員二階年功俸 4 級 535 俸點、請求准予回任公務人員、請求以其取得臺灣地區省（市）營事業機構人員第七職等晉升第八職等訓練，審定其取得薦任公務人員任用資格、請求晉敘簡任第十二職等、請求提敘其至薦任第七職等本俸三級 445 俸點、請求再任用原告適當職務、請求審定其薪級為薦任第九職等本俸 5 級。

其他以裁定駁回者，大多因為未經申請、未經復審程序、提起復審逾法定期間、對於已決定之復審事件重行提起復審等等事由，屬起訴不備要件，較無爭議。較有討論實益之案例，包括：依據行政程序法第 117 條規定提起課予義務訴訟，請求撤銷侵益處分、請求認定其具有一般行政機關職系專長、請求重新辦理職務歸系。

而就**訓練事件**，裁判見解則有分歧：就申請依司法院釋字第 760 號解釋意旨至中央警察大學受訓 4 個月以上事件，有認為其「非屬依法申請之案件」，不具備起訴合法要件，裁定駁回者；亦有認為法令未賦予人民公法上請求權，訴無理由，判決駁回者；另就請求依司法院釋字第 760 號解釋意旨，作成回復其派任巡官職務前所累積遷調積分之行政處分者，則認為其「非屬依法申請之案件」，不具備起訴合法要件，甚至認為其性質上僅為「職務遷調」之前置作業程序，難謂對該申請人之權利或法律上之利益造成侵害，屬服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置，僅得提起申訴、再申訴以為救濟，不得提起行政訴訟。

而就不服升官等訓練結果不及格，請求撤銷原處分並作成訓練結果及格之行政處分者，裁判見解均逕為實體判決，對於課予義務訴訟之實體判決要件隻字未提，亦未曾分析原告是否有事先提出申請。其他個別事件，例如原告申請保訓會作成准予縮短原告實務訓練期間 2 個月之行政處分，北高行判決肯認原告有提起課予義務訴訟之實益；又例如原告申請保訓會作成准許全額免自費受訓之行政處分，北高行逕為實體審理，並為原告部分勝訴之判決，嗣最高行維持原審見解。

第六章 我國課予義務復審所涉法律問題之解決

第一節 國內外學說實務對於課予義務訴訟見解之綜整檢討

如前所述，我國課予義務訴訟之特別實體判決要件可分為 5 項：(一) 原告所請求者須為行政處分或特定內容之行政處分；(二) 原告須已向主管機關（依法）提出申請而未獲滿足；(三) 主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損害；(四)須先經訴願程序而未獲救濟；(五)須遵守起訴期間。其中第（一）、(四)、(五）要件尚無爭議，而第（二)、(三）要件之解釋及適用，則在學說及司法實務上有諸多歧見。

第（二）要件所稱之「依法申請」，來自於行訴法第 5 條之明文規定。有學者指出，我國行政法學說早期受日本法影響甚深，1980 年代研擬行訴法全文修正草案時，第 5 條之原始提案規定「人民因……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，得向……行政法院提起請求該機關應為行政處分之訴訟」。該條就給付訴訟之立法方式雖係受德國行政法院法之影響，但「依法申請」等字句卻是直譯自日本行訴法第 3 條第 5 項關於不作為違法確認訴訟之規定，訴訟目的亦僅止於「應為行政處分」而不及於「特定內容之行政處分」[217]。嗣立法院審議行訴法草案時，參考德國法而為修正，強化行政法院得判命作成行政處分之部分，增訂拒為處分之課予義務訴訟類型以及第 200 條之課予義務判決方式，並未留意到「依法申請」之字句可能帶來的各種法律問題。

我國早期學說及裁判有認為，所謂「依法申請」，係指法令明文規定人民有申請權者，始屬依法申請案件。惟現今學者通說多認以「人民提出申請」

[217] 參見前述第三章第四節內容。

為已足，至於是否「依法」，亦即有無請求作成行政處分或特定內容之行政處分之公法上請求權，係屬訴訟有無理由之問題，並非實體判決要件。然而在目前司法實務上，雖然多數見解同樣認為「依法申請」係指人民有請求行政機關作成行政處分或特定內容之行政處分之公法上請求權，惟就人民無公法上請求權時，裁判方式則有歧異：部分裁判與學說見解相同，認此時原告之訴無理由，以（本案）判決駁回之，例如最高行 97 年度裁字第 2148 號裁定；然而部分裁判則認為，此際「非屬依法申請之案件」，起訴不備要件，以裁定駁回，例如最高行政法院 110 年度抗字第 76 號裁定（裁判事由：有關教育事務事件）[218]，或是進一步表示，此際不僅「非屬依法申請之案件」，機關函復亦非行政處分，起訴不備要件，以裁定駁回，例如最高行 99 年度裁字第 1356 號裁定及其晚近加（超）長升級版裁定。此兩種衝突見解（訴無理由 VS.起訴不備要件）如何併存？似可藉由最高行 108 年度裁字第 947 號裁定內容窺其堂奧。該裁定指出：

「所謂『依法申請』，係指法規有賦予人民申請之權利。故若法規有賦予人民得為此申請之權利，僅是個案申請人之情形不合於法規規定要件，則屬申請有無理由問題，尚非其申請非此所謂依法申請。」

不過日前又有最高行裁判重申學者通說見解，即 111 年度抗字第 144 號裁定（裁判案由：陳情）表示：

「三、本院查：㈠按行政訴訟法第 5 條規定：『……』為提起課予義務之訴之依據。所謂『依法申請』是否限於法有明文人民具有請求權者，始得提起課予義務之訴？晚近實務上有藉由保護規範理論，擴大課予義務之訴原告適格之範圍。實則，從行政訴訟在於保障人民權益，確保國家行政權合法之目的以論（行政訴訟法第 1 條），**<u>應從個案中判斷如人民已盡其『主張責任』</u>**，就其起訴表明之聲明、訴訟標的及原因事實（同法第 105 條第 1 項），

[218] 又如最高行 108 年度判字第 572 號判決、109 年度裁字第 2353 號裁定。

主張實證法上權利依據及有利於己之事實，其具有法律上之地位，得請求行政機關作成一定之行政處分，經向行政機關申請作成，卻遭行政機關予以拒絕或行政機關消極怠為決定，其因該拒絕或消極不為，造成其權利或法律上利益之損害，**此時人民是否『依法』有權申請一節已係兩造之爭點，自屬公法上之爭議（同法第 2 條），而非單純陳情、檢舉、建議或請求可比**，司法審查即有加以判斷之必要，方能達到保障人民權益及行政權合法行使之制度目的（**參許宗力大法官於行政訴訟法逐條釋義中，主筆第 5 條釋義所表示之見解**：「最後一個要件，原告必須主張自己的權利或法律上利益因行政機關的怠為行政處分或駁回處分而受到侵害。惟只要主張即為已足，至於是否真的有自己的權利或利益受到侵害，已是有無理由的問題。...基本上只要所主張的權利非明顯不存在或不屬於原告所有，就宜從寬認定權利受侵害的可能性存在，否則將無從與有無理由之審查作區隔」見行政訴訟法逐條釋義，頁 81）。亦即，**人民引用具體特定之法規範主張其有法律上地位或權利，可資請求行政機關作成一定行政處分，即屬正當當事人而具有訴訟權，法院應以『本案判決』終結訴訟，而不問其自始提出於行政機關之請求書面，形式上係以『陳情』、『請求』、『申請』、『陳述意見』等何種名義提出。至於客觀上從法律意旨評價人民是否有權申請，則屬訴有無理由之實體判斷，並非起訴之合法要件**。」

第（三）要件即為訴訟權能之要求。學者通說採可能說，亦即原告釋明其權利或法律上利益，因行政機關怠為處分或駁回處分有受損害之可能時，即具有訴訟權能；倘認為原告不具有訴訟權能，即欠缺特別實體判決要件，訴訟不合法，應以裁定駁回之。至於原告是否具有公法上權利，則為訴訟有無理由之問題。而司法實務上對於訴訟權能要件則見解分歧：有與學者通說相同者，認為欠缺訴訟權能，訴訟不合法，應以裁定駁回，例如最高行政法

院 104 年度判字第 543 號判決、最高行政法院 104 年度判字第 447 號判決（均為社會行政事件）表示：

「六、本院查：（一）按行政訴訟法第 5 條第 2 項規定：『……』人民根據此項規定提起課予義務訴訟，係以依其所主張之事實，法令上有賦予請求主管機關作成行政處分或特定內容行政處分之公法上請求權，經向主管機關申請遭駁回為其要件。原告對於行政處分之作成，顯無法律上依據時，即無權利或法律上利益受侵害之可能性，欠缺訴訟權能，而為起訴要件不備，依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 款規定，應裁定駁回其訴。」中高行 106 年度訴字第 437 號裁定即援引上開見解作成裁判。

然而大多數裁判於欠缺訴訟權能時，係以判決駁回之，因認此時即屬當事人不適格，惟亦有少數認為係欠缺權利保護必要或同時欠缺權利保護必要；但無論如何，依據最高行 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議，均應以（訴訟）判決駁回之；另亦有裁判以原告之訴顯無理由，不經言詞辯論，逕以判決駁回者。惟最高行 109 年度判字第 399 號判決指出：「所謂在法律上顯無理由，係指依原告起訴主張之事實，不待調查其真實與否，就該事實適用法律，顯不能認為有理由之情形，倘若尚須經調查始能判斷，不能認為是顯無理由，此時仍應基於言詞辯論而為判決，否則即屬訴訟程序之重大瑕疵。」仍須審慎為之。

此外，部分裁判於審究實體法律關係認為原告無公法上請求權後，以欠缺訴訟權能，當事人不適格為由，以（訴訟）判決駁回原告之訴。例如最高行政法院 109 年度判字第 299 及第 300 號判決（裁判案由：公民投票法）即指出：「㈠按在具體之訴訟事件中，具有訴訟實施權，得以自己名義為原告或被告，而受本案判決之資格，此即行政訴訟上所謂『當事人適格』。我國行政訴訟法基本上係以保障主觀公權利為其功能取向，……，則除法律有特別規定而例外開放之公益訴訟外，行政訴訟法上其他訴訟種類，均以原告

有主觀公權利受損害為前提，方有提起訴訟而利用此程序救濟其權利之訴訟權能。參酌司法院釋字第 469 號解釋理由書對於『保護規範理論』之闡釋，係以具體個案而定，如……即承認其有主觀公權利受損害，而具訴訟權能。是以，如法律規範目的僅在保障一般人之公共利益，且經綜合判斷結果亦不足以認為有保障特定人之意旨，即難認個人得主張有主觀公權利受損害，自無訴訟權能可言」、「經查，原判決業已論明：……公投法……無法結合『保護規範』理論，而導出『投票權人依公民投票法而享有爭執舉辦公民投票決定行政作為之主觀公權利』等語，因認上訴人並無提起本件訴訟之權能，其當事人不適格，乃駁回上訴人於原審之訴，於法並無不合。」[219]

綜上，就有爭議之特別實體判決要件（二）、（三），學說及實務見解可整理如下表 2；而就「法規未賦予人民申請權利」之裁判方式，學說及實務見解可整理如下表 3。

表 2 有爭議之特別實體判決要件：學說／實務見解整理

有爭議之特別實體判決要件	學說／實務見解整理
依法申請	學者通說：
	提出申請即可。「依法」與否為公法上請求權有無之問題，即訴訟有無理由之判斷。故： 未申請 → 應裁定駁回 （未依法 → 則應判決駁回）

[219] 北高行 110 年度訴字第 1367 號判決亦採之。

依法申請	司法實務視情形有下列不同見解：
	1. 與學者通說相同，提出申請即可。(無公法上請求權者，應判決駁回) 2. 申請須依法。依法申請係指人民有請求作成行政處分之請求權 (1) 無請求權者，非屬依法申請，起訴不備要件，裁定駁回。 (2) 無請求權者，非屬依法申請，機關函復非行政處分，起訴不備要件，裁定駁回。
訴訟權能	學者通說：
	採可能說。欠缺訴訟權能 → 應裁定駁回 （無公法上請求權 → 應判決駁回）
	司法實務有下列不同見解：
	1. 與學者通說相同，採可能說。欠缺訴訟權能 → 裁定駁回。 2. 欠缺訴訟權能，為當事人不適格 → 判決駁回 3. 欠缺訴訟權能，欠缺權利保護必要 → 判決駁回 4. 欠缺訴訟權能，訴顯無理由 → 不經言詞辯論，判決駁回 5. 申請人無公法上請求權者，欠缺訴訟權能，為當事人不適格 → 判決駁回

資料來源：研究團隊自製（2022.10.28）

表 3 「法規未賦予人民申請權利」之裁判方式：

學說／實務見解整理

「法規未賦予人民申請權利」之裁判方式	學者通說：
	無公法上請求權，訴無理由 → 判決駁回
	司法實務有下列不同見解：
	1. 與學者通說相同，訴無理由 → （本案）判決駁回 2. 不屬「依法申請之案件」，起訴不備要件 → 裁定駁回。 3. 無訴訟權能，當事人不適格 → （訴訟）判決駁回 4. 訴顯無理由 → 不經言詞辯論，判決駁回

資料來源：研究團隊自製（2022.11.06）

另司法實務通常依據最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議，於欠缺當事人適格、權益保護必要之要件時，以判決駁回之。惟有學者批評指出，上開見解與行政訴訟法理論不符，亦與我國行訴法相關規定不合，蓋依該法第 187 條規定意旨，僅就訴訟有無理由明文規定應以判決為裁判，則訴訟不合法自應以裁定為裁判，況且「至於訴訟是否欠缺當事人適格、權益保護必要要件，經過言詞辯論後而以判決或以裁定為裁判，對當事人訴訟程序權之保障，究竟如何不同？難以理解。只能說最高行政法院 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議，是個遷就法官分案計件實務，而欠缺理論基礎

的決議」[220]。然行政訴訟法第 107 條規定於 111 年 6 月 22 日修正，並自 112 年 8 月 15 日施行，依據該條第 3 項規定，當事人不適格或欠缺權利保護必要，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之，與訴顯無理由之情形相同。只不過前者性質為訴訟判決，後者為本案判決。過去依據最高行 90 年 6 月份庭長法官聯席會議決議之實務見解，現在有了法律明文依據。再者，依據同條第 5 項規定，依第 1 項以不具備訴訟要件，裁定駁回者，以及依前述第 3 項規定，以當事人不適格或欠缺權利保護必要，或訴顯無理由，得不經言詞辯論，逕以判決駁回者，裁判書理由均得僅記載要領，且得以原告書狀、筆錄或其他文書作為附件。

對於以上司法實務見解，本研究看法如下：

所謂「依法申請」，不限於法令明文規定人民有申請權或請求權，就此，學說及實務見解已有共識。其次，如同學者通說及部分司法實務見解，應以「人民提出申請」即為已足，至於是否「依法」，亦即有無請求作成行政處分或特定內容之行政處分之公法上請求權，係屬訴訟有無理由之問題，並非實體判決要件。

但常見之司法實務見解，係採取如同最高行 108 年度裁字第 947 號裁定之判斷標準：「所謂『依法申請』，係指法規有賦予人民申請之權利。故若法規有賦予人民得為此申請之權利，僅是個案申請人之情形不合於法規規定要件，則屬申請有無理由問題，尚非其申請非此所謂依法申請。」爰以「法規（客觀上）是否賦予人民申請之權利」作為劃分標準：答案為否定者，則其申請非此所謂依法申請，起訴不備要件，以裁定駁回；答案為肯定者，則屬依法申請，視個案申請人之情形是否合於法規規定要件，作成訴有無理由之本案判決。而法規是否賦予人民申請之權利，則採廣義解釋，大多藉由保護規範理論判斷之。

---

[220] 彭鳳至執筆，第十九章行政訴訟制度，第五節裁判，翁岳生編，行政法（下），元照出版，2020 年，增訂 4 版，頁 497-498。詳細內容，參見本研究第三章第四節一、之說明。

司法實務上述常見見解的第一個問題，在於否定訴訟權能此一實體判決要件之獨立存在。蓋依上開標準之判斷結果，非黑即白，亦即起訴不備要件，或者起訴符合要件而立即進入其訴有無理由之判斷，二擇一，訴訟權能此一實體判決要件並無存在空間；換言之，是否屬於「依法申請之案件」，已經吞噬「人民主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損害」此一要件，因此一旦完成前者之判斷，後者答案也同時產生。然而，如此作法正意味著，訴訟權能此一要件未受正視，法院裁判往往未經討論，即選擇套用「不屬依法申請之案件 → 裁定駁回」或「屬於依法申請之案件 → 實體審理」之公式。實則若依原告所述事實，其顯然無權利或法律上利益受損之可能，應屬訴訟權能之欠缺。

上述司法實務常見見解的第 2 個問題，在於其甚至取代訴有無理由之判斷。倘若個案中，並非原告顯然無權利或法律上利益受損之可能，而是行政法院經實體審理後，始認定法令未賦予人民請求權，此時實則已完成實體法律關係之判斷，並非起訴不備要件，不應回頭認定該案件「不屬依法申請之案件」，裁定駁回。

綜上，若依上述司法實務常見見解，以該案件「不屬於依法申請之案件」裁定駁回，實則已涵蓋訴訟權能要件之審查，有時甚至進入實體法律關係之審查，並完成原告請求權不存在之判斷。換言之，行政法院上開見解係以「依法申請之案件」此單一要件，裁定駁回絕大多數其認為原告顯然無權利或法律上利益受損可能之案件，有時甚至包含完成實體審查後始認定原告無請求權之案例。然而，如同前述最高行 111 年度抗字第 144 號裁定所指出：「……應從個案中判斷（，）如人民已盡其『主張責任』，……此時人民是否『依法』有權申請一節已係兩造之爭點，自屬公法上之爭議（同法第 2 條），而非單純陳情、檢舉、建議或請求可比，司法審查即有加以判斷之必要，……。

至於客觀上從法律意旨評價人民是否有權申請，則屬訴有無理由之實體判斷，並非起訴之合法要件。」

以前一章論及之公立學校教職員退休資遣撫卹條例等事件及公務人員退休資遣撫卹事件為例，兩相對照。就前者，最高行 109 年度年抗字第 12 號裁定及原審中高行 109 年度年訴字第 1 號裁定認為，本件原告請求被告作成給付該退休金差額損害之行政處分，無法規依據，非屬依法申請之案件，裁定駁回；就後者，北高行 108 年度年訴字第 1010 號判決、108 年度年訴字第 290 號判決、108 年度年訴字第 848 號判決、 108 年度年訴字第 824 號判決等，則援引最高行 97 年度裁字第 2148 號裁定表示，原告請求判命銓敘部重新核核其月退休金為若干元，部分案件尚請求服務機關每月補償若干元，無公法上之請求權，為無理由，判決駁回。兩者之差異在於，前者以「須為依法申請之案件」此一要件，吞噬訴訟權能要件並且取代訴有無理由之判斷。

其次，就訴訟權能要件，實務見解有時認為，倘依據保護規範理論綜合判斷結果，不足以認為法規有保障特定人之意旨，即難認個人得主張有主觀公權利受損害，自無訴訟權能。此類見解似乎同樣是以「法規（客觀上）是否賦予人民申請權或請求權」作為是否進入實體審查之判斷標準。然而，行政訴訟與民事訴訟不同。在行政法上，人民客觀上是否有請求權存在，是一個困難的問題，行政法院常常需要藉由憲法基本權利規定的解釋、保護規範理論的操作、相關規定的體系性綜合判斷等等各種複雜的實體法上討論，始能獲致結論。反之，在民法上，權利義務是相對的，有義務必有權利，法規是否賦予人民權利通常清晰可見。因此，行政訴訟不能如同民事訴訟，以「法規賦予人民請求權」作為進入實體審查之判斷標準，蓋行政法院在藉助基本權利規定或保護規範理論解釋系爭規定時，早已進入實體法律關係之審查；甚至在認定法規未賦予人民請求權時，已經完成本案實體法律關係之終局

判斷，應作成原告之訴無理由，予以駁回之（本案）判決才是。如同學者通說所主張，訴訟權能之有無應採可能說，原則上只要原告所主張的權利非明顯不存在或不屬於原告所有，就宜從寬認定權利受侵害的可能性存在，否則將無從與有無理由之審查作區隔。

第二節 對於課予義務復審所涉問題解決之建議

對於課予義務復審案件之審理，本研究認為，整體而言，仍以依循學者通說及相關之司法實務見解較為穩妥。亦即就有爭議之第（二）個特別實體判決要件所稱之「依法申請」，應以「提出申請」為已足，至於是否「依法」，亦即有無請求作成行政處分或特定內容之行政處分之公法上請求權，則有待實體法律關係之審查判斷；而就第（三）個特別實體判決要件即訴訟權能之要求，應採可能說，從寬認定權利受侵害的可能性存在，否則難以與訴有無理由之審查相區隔。如原告所主張的權利明顯不存在或明顯不屬於原告所有，欠缺訴訟權能，雖然依多數實務見解，係屬當事人不適格，應以訴訟判決駁回之；然而依據公務人員保障法第 61 條第 4 款規定，復審人不適格者，應為不受理決定。此款規定與學說通說相吻合，為保障法獨有之條款，為訴願法第 77 條及行政訴訟法第 107 條規定之所無，既然法律有明文，自無法司法實務作相同處理。反之，於復審人欠缺權利保護必要之情形，由於保障法第 61 條規定無特別規定，保訓會向來依循司法實務以判決駁回之見解，作成復審駁回決定。再者，課予義務復審案件審理中，若依據保護規範理論或其他法源，認定復審人無公法上請求權，則應以復審無理由，作成駁回之決定，而非如部分司法實務見解，再回頭以「非屬依法申請事件」或「欠缺訴訟權能」，作成復審不受理之決定。

次就個別案件類型而言。**就考績事件**，應採北高行多數判決見解：原告得提起課予義務復審。亦即應援引最高行 109 年度大字第 1 號裁定意旨，機關不待公務人員之申請，每年即應依職權予以年終考績，且受考人享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績等次之請求權，準此，當公務人員認為機關作成之考績處分違法而侵害其權利時，即得提起課予義務復審，不以先向機關申請作成考績處分為必要。反對見解，如最高行 110 年度上字第 311 號判決意見認為，公務人員無請求評定特定考績等第或分數若干之法律依據，公務人員就此既未經賦予得依法請求行政機關作成特定內容之公法上權利，並不屬得依法申請之案件云云，忽略原告於享有「無裁量瑕疵或判斷瑕疵之決定請求權」時，即得提起課予義務訴訟，請求法院依行訴法第 200 條第 4 款規定，判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。又如同最高行 109 年度大字第 1 號裁定意旨，在主管機關依法應主動為給付之情形，既不以人民申請作為主管機關始得為給付之要件，在主管機關不為給付時，人民自得循序提起課予義務訴訟，而不以先向主管機關申請為必要。如此始能使拒絕申請課予義務復審類型，有效發揮預期功能，而不致於在主管機關應依職權主動給付之情形，要求人民除提起撤銷復審（訴願）外，尚須額外提出申請遭拒絕，始得另行提起課予義務復審，顯不符合訴訟經濟、徒增困擾。

次就敘獎事件，依據本研究查詢所得之司法判決，1 則以原告之訴為顯無理由，依行政訴訟法第 107 條第 3 項規定，不經言詞辯論，逕以判決駁回之；2 則敘明公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績之公法上請求權，或有請求服務機關核實、正確、無瑕疵地評價其平時考核的權利，得提起課予義務訴訟，並進行實體審理。由於保障法原則上採書面審理，並無類似行訴法第 107 條第 3 項之特別規定，爰應採後者觀點，肯認公務人員得提起課予義務復審，並且如同前述考績評定事件，倘若公務人員係不

服其獎勵方式或數目，亦得依據最高行 109 年度大字第 1 號裁定意旨，逕行提起課予義務訴訟，而不以先向主管機關申請為必要。

再就任用事件，儘管涉及之案件類型各式各樣，然而行政法院多肯定當事人得提起課予義務訴訟，進行實體審理。包括請求以考績升等、請求派任巡官等同序列職務、請求轉任同第九職等警正一階警察官職務等等。本研究亦採相同見解，認為當事人此時得提起課予義務復審。

而就訓練事件，可分為幾種類型：就申請依司法院釋字第 760 號解釋意旨至中央警察大學受訓 4 個月以上事件，應採北高行 108 年度訴字第 654 號判決模式，亦即認法令是否賦予人民請求作成行政處分之權利，係本案有無理由之問題，應進行實體審理。次就不服升官等訓練結果不及格，請求撤銷原處分並作成訓練結果及格之行政處分者，裁判見解均逕為實體判決，本研究亦表贊同；蓋公務人員參加升官等訓練，即可解釋為已提出升官等之申請，嗣接獲訓練結果不及格之通知，即屬拒絕申請之駁回處分，當事人可提起拒絕申請之課予義務訴訟，而無未經事先申請之疑慮。其他個別事件，例如申請保訓會作成准予縮短原告實務訓練期間 2 個月之行政處分、或作成准許全額免自費受訓之行政處分者，符合提起拒絕申請之課予義務訴訟之各項實體判決要件，尚無爭議，裁判見解均逕為實體審理，本研究亦表贊同。

最後，**就課予義務復審之決定種類**，目前保障法之規定並不完備。保障法於 106 年修法時，於該法第 26 條增訂拒絕申請之課予義務復審類型，立法理由指出：「一、公務人員因原處分機關對其依法申請之案件，予以駁回，原僅得依第二十五條規定提起復審，請求撤銷原處分機關所為拒絕之行政處分，惟該處分縱經保訓會撤銷，原處分機關仍可繼續作成駁回處分，致公務人員無法迅速有效獲得救濟，爰於第一項增列拒絕申請之課予義務復審類型，使公務人員得提起請求該機關為行政處分或應為特定內容之行政處

分之復審，俾完整保障公務人員權利。」然而就法定復審決定內容，疏未仿照行訴法第 200 條規定進行相應之修訂。行訴法第 200 條規定：

「行政法院對於人民依第五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：

一、原告之訴不合法者，應以裁定駁回之。

二、原告之訴無理由者，應以判決駁回之。

三、原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分。

四、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，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定。」

保障法欠缺與行訴法上開規定相當之條文。不過，當公務人員依保障法規定提起復審時，若該復審事件不合法，依據該法第 61 條規定，保訓會均應為不受理之決定，不因該事件為撤銷復審或課予義務復審而有不同。其次，若復審無理由，依據同法第 63 條規定，保訓會以決定駁回之，此規定同樣一體適用於撤銷復審與課予義務復審類型。此兩種情形，不因保障法未增訂與行訴法第 200 條規定相當之條文而受影響。反之，若復審有理由，除作成罕見之情況決定[221]外，只能依據同法原有之第 65 條及第 66 條規定決定之；同法第 65 條規定：「（第 1 項）復審有理由者，保訓會應於復審人表示不服之範圍內，以決定撤銷原行政處分之全部或一部，並得視事件之情節，發回原處分機關另為處分。……（第 2 項）前項發回原處分機關另為處分，原處分機關未於規定期限內依復審決定意旨處理，經復審人再提起復審時，保訓會得逕為變更之決定。」按之，就「拒絕申請之課予義務復審」，復審有理由者，保訓會得以決定撤銷原處分之全部或一部，發回原處分機關依復審決

[221] 保障法第 67、68 條。

定意旨另為處分，仍可達到與前揭行訴法第 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，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定」相當之效力；惟倘若復審有理由，且案件事證明確者，因保障法欠缺與前揭行訴法第 200 條第 3 款規定「原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分」相當之明文，恐無法作成「命行政機關作成復審人所申請內容之行政處分」之決定。106 年增訂「拒絕申請之課予義務復審」之立法目的因此未能竟其功。

再者，106 年修法目的在於增訂「拒絕申請之課予義務復審」，並未檢討「怠為處分之課予義務復審」之復審決定內容有無一併改進之必要，從而並未修訂同法第 66 條規定。該規定第 1 項為：「對於依第二十六條第一項提起之復審，保訓會認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。」致使公務人員提起之「怠為處分課予義務復審」有理由時，依該規定，保訓會仍應命機關限期作成處分，而非於案件事證明確者，直接命行政機關作成復審人所申請內容之行政處分，或於案件事證尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，直接命行政機關遵照決定之法律見解對於復審人作成決定，顯然與 106 年修法意旨所稱，使公務人員「迅速有效獲得救濟」、「俾完整保障公務人員權利」等語，有很大的落差。

綜上，保障法未來宜仿效行訴法第 200 條，大幅修正第 66 條規定，同樣適用於怠為處分及拒絕申請之課予義務復審，以完善課予義務復審決定該有之內容及法律效果。

第七章 結論與建議

我國課予義務訴訟之特別實體判決要件可分為 5 項：(一) 原告所請求者須為行政處分或特定內容之行政處分；(二) 原告須已向主管機關(依法)提出申請而未獲滿足；(三) 主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損害；(四)須先經訴願程序而未獲救濟；(五)須遵守起訴期間。其中第(一)、(四)、(五) 要件尚無爭議，而第 (二)、(三) 要件之解釋及適用，則在司法實務上則有諸多歧見。詳言之，對於何謂「依法申請之案件」、與不具備該要件時之法律效果、以及對於人民「主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損害」此一訴訟權能要件之審查標準、與欠缺該要件之法律效果等等，司法實務見解則五花八門，意見雜陳。相較之下，學說見解較為統一，大致與德國通說相同。

本研究藉由深入探討課予義務訴訟之相關爭議，對於保訓會課予義務復審之審理作成下列結論及建議：

1. 所謂「依法申請」，不限於法令明文規定人民有申請權或請求權，就此，學說及實務見解已有共識。
2. 所謂「依法申請」，應採學者通說及部分司法實務見解，以「人民提出申請」即為已足，至於是否「依法」，亦即有無請求作成行政處分或特定內容之行政處分之公法上請求權，係屬復審有無理由之問題，並非合法與否之問題。
3. 常見之司法實務見解，以「法規是否賦予人民申請之權利」判斷是否屬於「依法申請之案件」。答案為否定者，則非屬依法申請之案件，起訴不備要件，以裁定駁回。此等見解係以「依法申請之案件」此一要件，涵蓋訴訟權能要件之審查，有時甚至進入實體法律關係之審查，並完成原告請求權不存在之判斷。換言之，行政法院上開見解係以「依法申請之

案件」此單一要件，裁定駁回絕大多數其認為原告顯然無權利或法律上利益受損可能之案件，有時甚至包含完成實體審查後始認定原告無請求權之案例。

4. 就訴訟權能要件，應如同學者通說及部分司法實務見解，採可能說，從寬認定權利受侵害的可能性存在，否則難以與訴有無理由之審查相區隔。
5. 若復審人主張的權利明顯不存在或明顯不屬於其所有，即欠缺訴訟權能。此時之法律效果，依多數司法實務見解，係屬當事人不適格，應以（訴訟）判決駁回之；然而依據公務人員保障法第 61 條第 4 款規定，復審人不適格者，應為不受理決定。既然法有明文，自應從之，而無法與司法實務或新修訂之行訴法第 107 條第 3 項規定作相同之處理。
6. 復審人有無請求作成行政處分或特定內容之行政處分之公法上請求權，係屬課予義務復審有無理由之問題，而非合法與否之問題。準此，保訓會若依據各種法源或保護規範理論解釋結果，認定復審人無公法上請求權，應以復審無理由，作成駁回之決定，而非如部分司法實務見解，再回頭以「非屬依法申請事件」或「欠缺訴訟權能」，作成復審不受理或駁回之決定。
7. 就考績（評定）事件，應採北高行多數判決見解，亦即援引最高行 109 年度大字第 1 號裁定意旨，並認公務人員得提起課予義務復審。蓋機關不待公務人員之申請，每年即應依職權予以年終考績，且受考人享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績等次之請求權，準此，當公務人員認為機關作成之考績處分違法而侵害其權利時，即得提起課予義務復審，不以先向機關申請作成考績處分為必要。
8. 就敘獎事件，應採司法實務見解，認公務人員享有請求機關作成無瑕疵判斷或評定適當考績之公法上請求權，或有請求服務機關核實、正確、無瑕疵地評價其平時考核的權利，得提起課予義務訴訟。並且倘若公務

人員係不服機關之獎勵方式或數目，應同樣得依據最高行 109 年度大字第 1 號裁定意旨，逕行提起課予義務訴訟，而不以先向主管機關申請為必要，與前述考績評定事件情形應無不同。

9. 就任用事件，儘管涉及之案件類型各式各樣，包括請求以考績升等、請求派任巡官等同序列職務、請求轉任公務人員、請求提敘等等，然而行政法院多肯定當事人得提起課予義務訴訟，進行實體審理。課予義務復審之審理，應無不同。

10. 就訓練事件，分為幾種類型：就申請依司法院釋字第 760 號解釋意旨至中央警察大學受訓 4 個月以上事件，應採北高行 108 年度訴字第 654 號判決模式，亦即法令是否賦予人民請求作成行政處分之權利，係本案有無理由之問題，應進行實體審理。次就不服升官等訓練結果不及格，請求撤銷原處分並作成訓練結果及格之行政處分者，司法裁判見解均逕為實體判決，課予義務復審之審理亦應為相同之處理。其他個別事件，例如申請保訓會作成准予縮短原告實務訓練期間 2 個月之行政處分、或作成准許全額免自費受訓之行政處分者，裁判見解均逕為實體審理，尚無爭議，課予義務復審之處理亦無不同之理。

11. 就課予義務復審之決定種類，目前保障法之規定並不完備。保障法於 106 年修法時，於第 26 條增訂拒絕申請之課予義務復審類型，惟就復審決定之內容，疏未仿照行訴法第 200 條規定進行相應之修訂。

12. 復審事件不合法，依據保障法第 61 條規定，保訓會應為不受理之決定；復審無理由，依據同法第 63 條規定，保訓會以決定駁回之。以上規定一體適用於撤銷復審與課予義務復審類型。

13. 就「拒絕申請之課予義務復審」，復審有理由者，保訓會得依據保障法第 65 條規定以決定撤銷原處分之全部或一部，發回原處分機關依復審決定意旨另為處分，仍可達到與行訴法第 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，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定」相當之效力；惟倘若復審有理由，且案件事證明確者，因保障法欠缺與行訴法第 200 條第 3 款規定「原告之訴有理由，且案件事證明確者，應判命行政機關作成原告所申請內容之行政處分」相當之明文，無法作成「命行政機關作成復審人所申請內容之行政處分」之決定。

14.保障法 106 年修法目的在於增訂「拒絕申請之課予義務復審」，並未同時檢討「怠為處分之課予義務復審」之復審決定內容有無一併改進之必要，從而未修訂同法第 66 條規定。此導致公務人員提起「怠為處分課予義務復審」有理由時，依該規定，保訓會仍應限期命機關速為一定之處分，而非如行訴法第 200 條第 3 款及第 4 款規定，直接命行政機關作成復審人所申請內容之行政處分，或直接命行政機關遵照決定之法律見解對於復審人作成決定，未能達成使公務人員「迅速有效獲得救濟」、「俾完整保障公務人員權利」之修法目的。

15.未來宜修法，仿效行訴法第 200 條，大幅修正保障法第 65 條及第 66 條規定。

參考文獻

（一）中文

A. 書籍

吳庚，行政法之理論與實用，增訂 13 版，2015 年。

吳庚、張文郁，行政爭訟法論，修訂第 9 版，2018 年 9 月

李惠宗譯，第 75 條【針對機關不作為之訴】。《德國行政法院法逐條釋義(下)》，司法院印行，2020 年 11 月，頁 832-847。

林錫堯，行政法要義，修訂第 9 版，2016 年 8 月，元照出版。

許宗力，第 5 條（課予義務之訴）／第 200 條（課予義務訴訟之判決）。翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，2019 年 8 月，2 版 2 刷。

陳敏，行政法總論，9 版，2016 年 9 月。

陳敏，課予義務訴訟之制度功能及適用可能性，收錄於：臺灣行政法學會主編，行政救濟、行政處罰、地方立法，2000 年。

陳清秀，行政訴訟法，11 版，2022 年 10 月，元照出版。

莊國榮，行政法，增訂 3 版，2015 年 9 月，元照出版。

黃相博譯，第 42 條【撤銷訴訟及課予義務訴訟】。《德國行政法院法逐條釋義(下)》，司法院印行，2020 年 11 月，頁 376-480。

彭鳳至，第十九章行政訴訟制度，第五節。翁岳生主編，行政法（下），2020 年，增訂 4 版，元照出版，頁 466-499。

廖義男，第 4 章第 8 講：課予義務訴訟中所謂「依法申請」之內涵——以行政法院裁判為中心並兼評最高行政法院 99 年度 6 月份庭長法官聯席會議決議，收錄於氏著，憲法及行政法制， 2015 年 2 月，元照出版，頁 455-484。

劉宗德、賴恆盈，第十九章行政訴訟制度，第一節至第四節。翁岳生主編，

行政法（下），2020 年，增訂 4 版，元照出版，頁 381-465。
蕭文生譯，第 68 條【先行程序】。《德國行政法院法逐條釋義(上)》，司法院印行，2020 年 11 月，頁 754-778。

B. 期刊論文

林昱梅，論行政法上人民舉發之制度與救濟機制，月旦法學雜誌，第 204 期，2012 年 5 月，頁 51-86。
范文清，課予義務訴訟・行政處分・訴訟權能／最高行 99 裁 895 裁定，台灣法學雜誌，第 197 期，2012 年 4 月，頁 192-197。
劉建宏，公務人員保障法上「課予義務復審」之訴權要件－公務人員保障第 26 條第 1 項「依法申請之案件」概念之探討，法學新論，第 23 期，2010 年 6 月，頁 31-46。

（二）德文

A. 書籍

Achterberg, Die Klagebefugnis – eine entbehrliche Sachurteilsvoraussetzung? DVBl.1981, 278ff.
Battis (Hrsg.), Bundesbeamtenrecht Kommentar, 6. Aufl. 2022
Brinktrine/Schollendorf, Beamtenrecht Bund Kommentar, 1. Aufl. 2021
Detterbeck, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2015
Rennert Klaus, in: Eyermann,, Erich/Rennert, Klaus, Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO, Kommentar, 15. Aufl., 2019, § 75.
Pietzcker, Jost, in: Schoch, Friedrich/Schmidt-Aßmann, Eberhard/

Pietzner, Rainer, VwGO Kommentar, 2011, § 42 Abs. 1.

Pietzner, Jost/Ronellenfitsch, Michael, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 10. Aufl., 2000

Posser-Wolff, BeckOK VwGO, 62. Edition, 2019

Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 16. Aufl. 2019

Schnellenbach, Helmut, Beamtenrecht in der Praxis, 10. Aufl., 2020

Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), VwGO Kommentar, 2011

Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung: VwGO Kommentar, 42. Aufl. 2022

Stein, Die Verpflichtungsklage in der verwaltungsrechtlichen Fallbearbeitung, DVP, 2013, 90ff.

B. 網路資料

https://www.google.com/search?q=Ba%C3%9Flsperger%2C+ZBR+2002%2C+186%2F187&rlz=1C5CHFA_enTW983TW993&oq=Ba%C3%9Flsperger%2C+ZBR+2002%2C+186%2F187&aqs=chrome..69i57.1513j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8 (最後造訪日 2022/11/8)

附錄

本會 111 年度公務人員保障制度專案委託研究案「課予義務復審之研究」期中報告審查會會議紀錄

時間：民國 111 年 8 月 18 日（星期四）下午 2 時

地點：本會保障事件會議室

主席：呂副主任委員建德　　紀錄：張專員茹茵

出列席單位及人員：

計畫主持人：劉副教授如慧

協同主持人：江副教授嘉琪

本會人員：吳委員登銓、李委員英毅、王委員思為、黃委員相博、邵委員玉琴、林委員啟貴、廖主任秘書慧全、黃處長秀琴、李處長俊生

（以上出席人員以視訊方式參加會議）

壹、業務單位需求說明：略

貳、研究人員簡報：略

參、審查意見：

邵委員玉琴

感謝研究團隊採納本人於研究計畫審查會議所提增列日本立法例之建議，並於期中報告彙整各國法制、實務及學說後加以論述。另關於文字及體例之修正意見，會後請保障處轉請研究團隊參酌。期待研究團隊期末報告能就課予義務復審之核心問題提出建議，供本會審理保障事件之參考。

黃委員相博

一、期中報告第 8 頁第 1 行，建議附上「強行性之特別分配」之原文。

二、期中報告第 64 頁，建議增列臺北高等行政法院 108 年度訴字第 1658 號裁定，並增加該裁定與臺北高等行政法院相關裁判間之論述。

三、本會審理復審事件甚少援引公務人員保障法（以下簡稱保障法）第 26 條規定。經檢視本會受理復審事件之類型，除懲處事件外，多數均得依保障法第 26 條規定辦理，例如考績事件並非僅主張撤銷原考績評定，仍一併請求重行評定為甲等。建議期末報告考量本會依保障法第 26 條規定審理復審事件時，應否受限於復審人之主張或得逕依職權決定之。

四、分享案例 1 則，甲參加機關內部考試不及格，機關對外僅公告及格人員，事後甲未向機關提出申請，而直接向本會提起救濟，經本會決定不受理。究係甲報名參加考試時，即可認定已提出申請，抑或機關公告及格人員時，甲應另向機關提出申請，始為依法申請時點。建議研究團隊於期末報告釐清類此事件類型之「依法申請」時點。

五、期中報告第 63 頁至第 64 頁所舉案例 2 則，係警正升官等考試及格之現職消防及警察人員，要求內政部警政署安排至中央警察大學受訓 4 個月，卻因被告為內政部警政署或本會之不同，經臺北高等行政法院分別作出實體判決駁回與裁定駁回。建議針對相同事件類型是否因訴之聲明或被告的不同，致生不同訴訟類型及不同判決結果，進行蒐集相關實務判決予以分析歸納。

李委員英毅

一、期中報告第 4 章第 2 節，課予義務訴訟與其他訴訟類型之關係，為相當重要的章節。自學理觀之，訴訟類型之判斷，原則依當事人之聲明，如請求機關作成行政處分，可能為課予義務訴訟；如請求機關給予其他給付，可能為一般給付訴訟。形式上似可這樣區分，惟實際上未必如此，例如當事人請求事實給付，可能因法令規定須先經申請或無須先經申請，而有課予義務訴訟或一般給付訴訟之區別。

二、建議釐清保護規範理論究竟是訴權的問題，還是依法申請解釋的問題。我認為保護規範理論僅導出公法上權利，並不等於訴權。縱依該理論導出公法上權利，仍須有受侵害可能，也就是從保護規範理論只是導出有公法上權利，不一定有受侵害可能，因此當實務承認依法申請要件，係依法須有請求作成處分之權利時，究竟保護規範理論是在談特別實體判決要件的依法申請，還是在談訴權的部分，建議研究團隊予以釐清。

三、本會對於怠為處分之課予義務復審，基本上係命機關於法定期間內作成行政處分，如機關依本會決定作成否准處分，經當事人不服提起救濟，本會再認定其並無權利遭受侵害，作成無理由駁回之決定，如此處理程序並無意義。建請考量本會於事實明確或性質屬羈束處分之情況下，得否命機關作成特定內容之行政處分。

廖主任秘書慧全

本次期中報告之架構、蒐集資料及分析歸納均非常完整。期待期末報告能就課予義務復審相關疑義提出具體建議，使本會同仁及保障事件審查會議能實際操作運用。又保障法第 26 條雖明定公務人員得提起請求機關為特定內容行政處分之復審，惟保障法第 66 條並未配合修正，建議研究團隊提供具體修法

意見。另建議修正期中報告第 28 頁第 3 行後段「不能提起撤銷訴訟，亦不能提起撤銷訴訟」之文字。

林委員啟貴

感謝研究團隊提供如此詳盡的簡報與說明。這次的期中書面報告於第 2 章及第 3 章，分別就德國及日本在課予義務訴訟法制及實務、學說狀況等作了詳細的介紹；而在第 4 章及第 5 章，詳細論述我國課予義務訴訟於法律制度面與實務面操作之落差，並釐清很多問題。非常期待期末報告能就相關疑義提供解決方案，最後希望藉由此次委託研究案，能釐清本會審查類此保障事件相關疑義，並建立一套審查基準，以供本會審理保障事件之參考。再次感謝研究團隊給予本會的協助與幫忙。

黃處長秀琴

本會預計 111 年 11 月下旬召開期末報告審查會，請研究團隊於同年月 10 日前提具期末報告初稿 22 本。

肆、意見回應

劉副教授如慧

一、感謝邵委員玉琴提出文字及體例之修正建議。

二、感謝黃委員相博提出增列臺北高等行政法院 108 年訴字第 1658 號裁定之建議。另將針對「依法申請」時點，及依保障法第 26 條規定審理復審事件時，應否受限於復審人之主張或得逕依職權決定，以及相同事件類型是否因訴之聲明或被告的不同，致生不同訴訟類型及不同判決結果，進行蒐集相關文獻資料予以歸納研析。

三、有關李委員英毅前面 2 點意見，會搜尋相關學說實務見解及文獻資料，提供貴會參考。至第 3 點意見部分，依行政訴訟法

規範來看，如係屬羈束處分或事證明確之情形，依保障法第 26 條規定，自得命機關作成特定內容之行政處分，惟保障法第 66 條未作相應修正，可否依保障法第 26 條規定意旨，導出得命機關作成特定內容行政處分之決定，是在說理上面要克服的問題，還要再思考看看，並提出相關修法建議。

四、感謝廖主任秘書慧全所提出的問題，研究團隊會努力提出可行的建議，也感謝林委員啟貴的鼓勵及期許。

江副教授嘉琪

一、將附上「強行性之特別分配」之原文。關於訴訟類型之判斷，是否可於先行程序階段作嚴格處理，可對照德國法公務員訴願階段，是否也嚴格操作訴訟類型的選擇來作判斷，將於期末報告補充論述。

二、感謝黃委員相博提供實務案例，公務人員報名考試是否可認定已提出申請，應視該考試於後來整個發展脈絡是何性質，這可能跟李委員英毅所提第 1 個問題有關。於德國實務上，會因當事人主張不同，處理上會有細微差別，或許可在期末報告，將同領域因不同主張或不同法規範背景，導致於訴訟類型選擇上會有差異之案件，斟酌配合我國實務狀況，作一些整理或參考，這樣也可就李委員英毅所提第 1 個問題與其他訴訟類型的區別，作一個對照。

三、如依法定申請程序，機關所為行政作為並非行政處分性質者，是否因公務人員提出申請，而讓機關所為行政行為變成行政處分，此部分可能須進行實務類型分析，德國法部分，我會盡量搜尋相關實務案例。

四、至於命機關作成特定內容之行政處分，期末報告會就德國法與我國實務狀況作比較對照。

伍、決議

同意劉副教授如慧及江副教授嘉琪所提專案委託研究期中報告，再請參酌發言人員意見列入後續研究參考。

陸、散會（下午4時05分）

本會111年度公務人員保障制度專案委託研究案「課予義務復審之研究」期末報告審查會會議紀錄

時間：民國111年11月16日（星期三）上午10時

地點：本會保障事件會議室

主席：呂副主任委員建德　　紀錄：張專員茹茵

出列席單位及人員：

計畫主持人：劉副教授如慧

協同主持人：江副教授嘉琪

本會人員：吳委員登銓、李委員英毅、黃委員相博、邵委員玉琴、林委員啟貴、廖主任秘書慧全、黃處長秀琴、李處長俊生

壹、業務單位需求說明：略

貳、研究人員簡報：略

參、審查意見：

邵委員玉琴

非常感謝研究團隊以如此精簡時間完成此份曠世鉅作，關於文字、體例及排版等修正意見，將於會後提供研究團隊參酌。

黃委員相博

一、非常感謝 2 位老師，花了很多心力整理實務見解及學說理論，期末報告資料量非常龐大，需要很多時間仔細研讀，非常高興可趁此機會將相關疑義請 2 位老師解惑。在現行法制下的訴願程序中，課予義務訴願只有怠為處分類型，拒絕處分則歸於撤銷訴願處理；至公務人員保障法（以下簡稱保障法）與行政訴訟法，則將課予義務區分怠為處分及拒絕處分 2 類型。

二、本會實務上在處理課予義務復審時，最困惑難解的問題，例如公務人員提出申請退休，機關長官批示緩議，或公務人員認為應有另予考績，機關卻認為不符要件而未予辦理，導致全無行政處分之外觀，此時公務人員如欲提起救濟，究應提起怠為或拒絕處分之課予義務復審？目前本會係視個案情形，依司法院釋字第 423 號解釋，將機關長官批示緩議之簽文，或決議公務人員不符合另予考績要件之會議紀錄，擬制為否准之行政處分後進行審理。有無必要去擬制一個否准處分？或可認為機關不作為本身即擬制為否准處分？惟有時公務人員提出申請，機關未明確作出准或否之決定並非即是當然否准，機關可能還在審酌。只是因機關久久不作為，懸而未決之狀態使公務人員權益受損，故認公務人員得提起課予義務復審以資救濟。但有時候機關的不作為，其實就是否准的意思，只是機關不一定會明白作成拒絕的行政處分，讓當事人可據以提起救濟。例如公務人員認為應記嘉獎，機關沒有敘獎，究竟應提起怠為或擬制否准處分之課予義務復審？

三、另外關於課予義務復審與撤銷復審的區別，因為人事行政賦予機關很大的裁量空間，尤其是考績、敘獎、任用、訓練等等。

所以事實上作成課予義務復審決定時,如依剛才老師報告的2種情形,即便認復審有理由,可能是原處分撤銷,由原處分機關另為適法之處分,或命機關為特定內容的行政處分。然而在人事行政大量承認機關有裁量空間時,其實很難有命機關為特定內容行政處分的空間,是否需要參考行政訴訟法第200條第3款增訂命機關作成特定內容行政處分的決定。

四、另外期末報告提到機關每年都應主動辦理考績,不待公務人員申請,如有公務人員未符合另予考績要件,而該公務人員認為機關應辦理其另予考績時,究應以怠為處分或拒絕處分的方式提起課予義務復審?另有公務人員全年僅有1天工作事實,寧可無考績也不要機關將其考績考列丙等致影響日後陞遷,這種情形,該公務人員究應提課予義務復審或撤銷復審?以上就教於2位老師。

廖主任秘書慧全

一、研究團隊從德國法、日本法至國內法,將理論與實務詳盡分析論述,並採納本人於期中報告審查之建議,於期末報告提出具體修法建議及審查基準,相信未來本會委員如能予以採納,在目前學說、實務各有所本的情況下,至少本會審查會可以統一法律見解。其實無論係採原告之訴不合法或訴無理由之見解,都只是主文的不同而已,但對復審人而言,敗訴之結果則都相同,應非最關鍵之所在。本人認為本報告堪稱佳作,可供本會委員及同仁作為辦理保障事件的參考。

二、訴願與復審不同之處在於,人民請求機關為特定內容的行政處分,通常是在法律規定法定要件很詳盡的情形下,例如土地登記、戶籍登記、姓名登記,建造許可、建照登記等,只要在法

定要件明確及事實明確的情況下，大部分課予義務訴願都是可行的。至於人事行政行為部分，例如有關保險年資、退休年資的採計、提敘職務等級等等，在法定要件明確及事實明確時，課予義務復審也是可行的。

三、本報告認為關於考績、任用、敘獎及訓練等事件，均無待當事人的申請，可直接提起課予義務復審，是很先進的見解，同時站在程序經濟面及簡政便民(對復審人有利)的考量下，本人贊成。惟人事行政行為大都涉及機關裁量權，例如公務人員不服考績考列丙等，提起課予義務復審，直接請求改列甲等；又涉及機關首長的用人權，例如調任、陞遷事件，類此實務上應如何操作有其難度；又此類事件亦涉及第三人利益，且公務人員提起救濟時，通常調任、陞遷程序均已結束，相關人員均已赴任完畢，則公務人員如提起課予義務復審勝訴，則本會在實務操作上更形困難，本會形同以救濟機關的地位，挑戰機關首長用人權，後續效應值得再觀察。

四、難得今天委員、主管及各位同仁都在，我提供一點以前聽到前輩的意見，20 幾年前我在一場吳庚大法官專題演講，我曾經請教有關共同訴訟與共同訴願要件的區辨問題，他回答說「訴願不要搞的像行政訴訟那麼複雜」，這給我什麼感覺，因為 20 幾年前民智未開，對於人民有利的事項，我們應該簡政便民才對。同樣的今天研究團隊研究結果，包括依法申請，不限法令明文規定人民有申請權或請求權，採可能性理論，採最高行政法院 109 年度大字第 1 號，認為主管機關依法應主動給付的人事行政行為，可以直接提課予義務訴訟，本人都予以同意。包括考績、任用、敘獎、訓練事件，都可以提起課予義務復審，這樣的見解，即屬程序經濟，都是便民。無論採裁定駁回或判

決駁回，都只是決定主文不同而已，未來保訓會如果採研究團隊見解，只要能統一法律見解，對委員與同仁辦案都有幫助，如果可以對公務人員放輕一點，可以說也與當年吳庚大法官的見解不謀而合。

李委員英毅

一、基本上贊同期末報告的思考脈絡，個人想法與報告內容大致一致：提出申請是實體決定要件之一，早期可能受到日本法制與見解影響，實務上經常出現較嚴格見解，但基本上只要提出申請即可，且在機關依職權或負有義務作成處分，其處分內容為拒絕或不利當事人者，此要件存在並非必要；訴權為另一實體決定要件，其有無之判斷，採可能性理論，亦即依當事人主張，機關拒絕或怠為處分是否有侵害其公法上權利之可能，其所主張權利顯然不存在或不屬於其所有時，始欠缺訴權；事實上有無請求作成行政處分之權利及有無權利被侵害，為復審有無理由問題，至有無請求作成行政處分之權利，應依法規意旨探究，有無申請權規定亦非唯一判斷標準。

二、當復審人提出申請，機關僅為事實或理由說明，並認其函復非行政處分；或一再不斷申請，機關僅函復業經前函說明，將不再函復，其所提復審應以撤銷復審或課予義務復審處理？若係後者，應屬拒絕處分或怠為處分之課予義務復審？本會目前部分案件似以審認函復內容結果來看，如認機關函復無規制作用，則傾向怠為處分，如認機關雖未明白表示否准，但實質上仍有否准的意思，即傾向拒絕處分，這樣的操作是否可行？

三、 另有部分案件是當事人提復審時，因不知課予義務復審為何及如何主張，於機關有函復時，經常僅請求撤銷處分，故常有報告內容中所稱「孤立的撤銷復審」，致產生欠缺權利保護必要之情形，此時為了避免成立孤立撤銷復審，應否闡明請當事人補正請求機關為特定內容行政處分的聲明或有其他解決之道？

林委員啟貴

一、感謝 2 位老師辛苦完成此研究報告。關於第 7 章對於本會課予義務復審案件之審理作成了 15 點的結論與建議，其中第 1 點，所謂「依法申請」，不限於法令明文規定人民有申請權或請求權，認為學說及實務見解已有共識，是本報告相當大的一個亮點。

二、另外第 7 章結論與建議的第 14 點及第 15 點部分，提到保障法 106 年修法增訂課予義務復審時，未同時檢討「怠為處分之課予義務復審」之復審決定內容。保障法第 66 條規定，對於依同法第 26 條第 1 項提起復審，保訓會認為有理由者，應指定相當期間，命應作為之機關速為一定之處分。本研究報告建議保障法第 66 條參照行政訴訟法第 200 條第 4 款規定進行修正，如採此種見解，對於涉及陞遷、調任等機關具裁量權及首長用人權之人事行政事項等，因保障法第 66 條係僅請機關速為一定之處分，並非規定機關必須依復審決定之法律見解，直接命作成特定內容的行政處分，而影響機關裁量權或首長用人權等。因此，現行保障法第 66 條是不是有意作此規定，以保持彈性，如此解讀是否正確，就教研究團隊。

地方公務人員保障處江科員怡柔

機關如對公務人員之申請並無作成處分之權責，卻仍以內部簽文或逕行函復予以否准，則究應以撤銷復審或課予義務復審方式處理較為妥適？

肆、意見回應

劉副教授如慧

一、投影片會後可以提供，謝謝邵委員玉琴對於期中報告及期末報告的體例格式及錯漏字部分提供意見，之後會修改。

二、黃委員相博提到機關緩議的內部簽文，究係不作為或拒絕行政處分，涉及個案事實的判斷，比較難涵蓋在計畫範圍內，本研究主要著重在法律見解部分。以下表示我個人的想法。擬制行政處分，通常是過去訴願的實務作法，早期行政訴訟法只有撤銷訴訟時，才會去擬制行政處分。事實上機關如果沒有明確的函，內部的簽並沒有對外效力，或者有時候只有人事人員告知否准其申請，應不能當成正式的行政處分來看待。所以在什麼函文都沒有的情況下，應該認為是怠為處分比較恰當。不過要注意的是，依江老師所述德國法分類，及最高行政法院 109 年度大字第 1 號裁定見解，如認為是怠為處分，提起課予義務訴訟，就必須符合事先申請的要件。反之，如果認為是擬制行政處分，例如剛剛黃委員相博提到的另予考績，既然被拒絕，就不用重新申請。所以會有效果上的不同。但從事實結構上來看，我認為應該是比較傾向怠為處分。

三、至於黃委員相博提到，我們是否需要按照行政訴訟法第 200 條第 3 款來增訂命機關為特定內容行政處分的決定，這個部分廖主任秘書也有提到。我相信即使是行政法院，能依行政訴訟法第 200 條第 3 款規定作成判決的也是很少，大部分還是會

尊重機關裁量權。但這款是用在機關沒有裁量權的時候，很多任用的案例其實是適用的，例如提敘、考績升職等，主管機關並沒有裁量權。其實機關依法規規定無裁量權的情形還不少，均可直接命機關為特定內容的行政處分。課予義務訴訟與課予義務復審之設置，原本目的就是一次紛爭一次解決，有效保障人民權益，既然法規答案已經很明確，就可以一次解決，此規範於機關無裁量權時是有用處的。至於具體個案要否適用，委員們決定時仍然可以再斟酌。所以還是建議修法為妥。

四、剛才李委員英毅談到「依法申請」的問題。因為日本有法定申請制度，早期很多學者受到日本法制影響，但我看目前實務判決從未有人這樣講，明白採日本法定申請制度的應該是沒有，目前國內實務上所稱「依法申請」並非日本所指「依法申請」。國內判決用各種字眼去描述「依法申請」，法規有沒有賦予人民申請權或公法上請求權等等，實務上亦有與學說見解相同的判決。不過部分實務判決依保護規範理論檢視完後，認為法規未賦予人民請求權，即無訴訟權能，當事人不適格，此係用民法觀念進行檢視，發現客觀上無此請求權存在，沒有任何人可以主張，即不用實體審理，總之是在客觀上並非可以成案的案子。但是在行政法上，如果已經討論出客觀上無此請求權存在，事實上已透過複雜的操作導出結論，因為在行政法上比較複雜的是判斷客觀上有無此一請求權存在，必須從憲法或保護規範理論等等，去解釋法規範意旨，有沒有賦予人民權利。反之，在民法上此請求權客觀上是否存在比較不是問題，因為有權利必有義務，權利義務是相對的，立刻可以判斷。因此行政訴訟不能按照民法的觀念，依保護規範理論進行檢視，認定人民無請求權後，又回頭表示無訴訟權能，當事人不適格；正

確來說，在行政訴訟上，既然已經認定人民無公法上請求權，即已完成實體審理，應以訴無理由，判決駁回原告之訴。

五、剛剛李委員英毅詢問有關當事人申請，機關僅作事實及理由說明，如何認定部分。我認為保訓會可以分類型建立統一判斷標準。因為實務見解也不一致，有時會以機關回復只是事實理由說明，非行政處分，亦有認為係拒絕處分者還是要看個案認定。保訓會可以稍微分類一下，因為公務人員各種主張都有，有些相當離譜，例如請求懲處科長，或請求機關說明究竟有多少約聘僱人員並要求給予許多有關資料和回覆，因為他認為約聘僱人員太多，會導致正職人員變少，考績考列甲等比例人員會變少，進而影響其權益。

六、至於李委員英毅提到孤立撤銷訴訟部分，以考績評定事件為例，如果公務人員主張撤銷復審，即撤銷乙等考績，保訓會對公務人員加以闡明，使其要求機關應給予甲等考績，如此對機關似有未妥。依據行政法院判決，在考績事件中，原告最初提起撤銷訴訟，之後追加課予義務訴訟，法官認為係同一訴訟標的，准予追加。或許此類問題留待行政法院處理即可。

七、關於林委員啟貴提問部分，第 14 點是討論怠為處分課予義務復審。因為保訓會原來修法的目的是要跟行政訴訟法銜接，而行政訴訟法的課予義務訴訟分為怠為處分及拒絕申請，兩種的裁判最後都是依照 200 條有 4 種情形。所以在怠為處分的情形，法院認為當事人請求權存在，機關有裁量權，同樣適用第 200 條第 4 款規定，命機關依照裁判見解作成決定，沒有直接指定內容；但如果機關沒有裁量權，事證明確，法院也會直接命被告機關作成原告申請的特定內容的處分。如果保訓

會要與行政訴訟法接軌的話，其實不管是怠為處分或拒絕申請，決定內容都一樣可以有行政訴訟法第 200 條所定 4 款情形，不會一定要命機關限期作成決定，因為所作決定不見得是當事人想要的，例如否准處分，導致公務人員仍須再次提起救濟，這也是課予義務訴訟不希望看到的事情。106 年修訂保障法的時候，其實原本希望達到這個目的，但是只有增訂拒絕申請的課予義務復審，卻沒有思考怠為處分的課予義務復審，無法直接命機關作成特定內容的行政處分。如果保訓會希望與行政訴訟法接軌，有效的達成權利救濟的目的，還是應該要修法，讓當事人可以迅速有效獲得救濟。至於第 15 點總結來說，應該是建議修正保障法第 65 條及第 66 條規定。

八、吳委員登銓認為依法申請不限於法令明文規定有申請權或請求權的情形，可能會導致實務操作太寬。這部分其實是放在訴訟權能來處理。有申請，可是顯然沒有權利存在，沒有權利受損可能，就沒有訴訟權能，可以用當事人不適格，裁定駁回。法院都把欠缺訴訟權能當成當事人不適格，不過接下來大多是用判決駁回。此外，法院有很多顯然是單純檢舉、陳情的案件，他們比較不喜歡用訴訟判決來處理，這一類都是依照剛剛報告時提到的公式，認定非屬依法申請之案件，機關函復也非行政處分，比較新的裁判會進一步提到，此時既不能提撤銷訴訟，也不能提課予義務訴訟，兩個都講，然後裁定駁回。當然也有部份裁判是採取學者通說。我們報告書中也有提到一個新的裁判，完全引用許宗力教授的著作，說訴訟權能的認定要從寬，除非原告權利顯然不存在，否則就應該進入實體審理，裡面並闡述：因為原告既然提起訴訟，是否「依法」，本來就是爭執所在，就是實體應該要審理的部分；換言之，既然起訴

爭執，是否依法，即是實體審理的內容。此一看法比較接近學說見解。不過無論如何，原告提起訴訟，還是會在訴訟權能先作篩選，不一定會進入實體。有可能在訴訟權能這個階段，認定當事人不適合，裁定駁回。

九、至於怡柔提到的部分。如果機關沒有處分權限，我們還認定它怠為處分，命機關限期作成處分，我們再來審，這樣可能有點迂迴。因為不管它事後作成什麼處分，都還是沒有權限。保障事件類型很多樣，可能要看個案事實情況，來做分類處理。我覺得處理案件時，也要考慮到如果一定要按照某個方式作，會不會沒有實益的問題。

江副教授嘉琪

一、補充說明剛剛黃委員相博與李委員英毅的問題有點類似，我比較傾向於實質認定。比方說退休案件，如果機關函復緩議，我認為實質上應該是拒絕退休申請的意思；又是如果是會議紀錄，且有將會議紀錄給予當事人，亦可從會議紀錄意見或結論推論申請案被拒絕。但若只是耳語、謠傳或是別人的考績都出來了，或別人該拿到的獎勵都拿到了，就是我沒有，此時應是怠為處分的類型。沒有得到想要的考績或獎勵，在完全沒有其他資訊告之當事人處分內容時，可能還是要透過申請程序，申請之後，機關還是有可能不作為，這樣只要等申請期間屆滿之後，後續救濟就可以進行。但個案中機關的意思究竟如何，只能個案判斷。

二、黃委員相博提到有沒有可能命特定內容行政處分的情況，如果是剛剛廖主任秘書提到的比較有客觀標準，甚至當事人有明確請求權，機關沒有裁量權的情況，當然是可能的。但大部分

人事行政行為，機關都有相當程度的裁量權，例如考績、任用等等。我補充一下德國的案例，就算人民沒有主觀請求權請求機關作成如何的評價，至少可請求某些事項不能納入作為今年評價表現，如果有特定事件明顯不應納入職務評價，可是機關納入，公務人員可以請求排除此類事項之後重新評價。這種情況不是請求讓公務人員可以請求或是救濟機關可以命原處分機關作特定內容的處分，可是至少可以有依復審決定意旨作成處分的空間。至於廖主任秘書提到調任可能會牽涉競爭者，因本報告研究之初，已先行排除競爭者訴訟，因為競爭者訴訟是另外一個複雜的問題，所以報告裡提到的調任，未必涉及競爭者的情況。雖然國內實務關於調任，比較容易牽涉有競爭者的情形，不過因為那是另一個主題，訴訟類型也會有些不一樣。

三、另回應李委員英毅提到的問題，就是當事人搞不清楚請求是什麼，也只能個案闡明。考績是機關應主動辦理，如公務人員考績年度表現不好，而機關未辦理其考績，這對公務人員究竟是有利還是不利？可能要先討論制度上是否容許公務人員無考績的情況。很多時候究竟要提撤銷復審還是課予義務復審，可能要看公務人員的主張，比方說考績部分，如果公務人員很明確的認為依照其平時表現應該要考列甲等，則應該提起課予義務復審；如果寧可沒有考績以避免考列丁等的風險，可能應該提起撤銷復審，所以要依個案請求來判斷，怎樣的處理可能是對於公務人員最有利。這部分可連結 109 年度大字第 1 號裁定來說明，其實當事人可能未必真的想要更高的補償金，因為土地徵收有個特殊的地方就是如果補償金沒有如期發放，會影響原本土地徵收處分的效力。所以當事人也許最想要的

是土地根本不要被徵收，當補償不足的徵收處分被撤銷時，機關如未及時作成新補償處分，對於原土地所有權人來說，也許是他最想要的結果，亦即原土地徵收處分失其效力，如此單純提起撤銷訴訟對其而言，會是最有利的。當然個案情況或是當事人權利維護的主張會有關聯性，甚至是連課予義務訴訟或撤銷訴訟，除了依照當事人主張或聲明之外，可能也要觀察個案的具體情況，才能判斷何種主張最適合原告或最適合公務人員的選項。

四、針對黃委員相博提問部分，如果別人都有考績了，我還沒有的那種情況，如果機關沒有任何書面通知我今年我沒有考績，而我想要有考績，可能還是要經過申請程序，至少跟機關表示我想要有考績，如果機關拒絕的話，這時候應該會變成，要求考績牽涉到實體，不認為這個部分直接認定欠缺訴訟權能。如果機關不給考績，後續的程序應該是課予義務復審的類型，但是提起課予義務復審之前，至少應該要經過申請程序。

五、另外僅 1 天工作事實，致考績考列丙等的情形，應該針對丙等考績處分提起撤銷復審較為有利。我在閱讀德文資料時發現，有時候肯定原告的訴訟權能，並不會影響實體結果，因為最後其實在人事行政判斷上面，行政機關始終有蠻大的裁量判斷空間，法院也都會尊重。如果就實體結果來講的話，是在訴訟權能階段，就認為不具備實體裁判要件，或者是說進入實體裁判之後，原告之訴無理由駁回，看起來結果對原告的權利實踐結果是一樣的，可是我覺得重要的差別是在於，不要因為欠缺訴訟權能，就不實體審理；讓案件進入實體審理之後，其實有些實體或程序瑕疵，機關就要有可能受到法院比較嚴格檢驗的心理準備，即便後來法院實質上尊重行政機關最初的裁量

判斷，駁回原告之訴，至少針對個案的情況有進行實質審理，對公務人員與機關都是好事。

伍、決議

同意劉副教授如慧及江副教授嘉琪所提專案委託研究期末報告，再請參酌發言人員意見，修正結案報告，並於二週期限內送請本會確認無誤後，再行印製 120 本交付本會。

陸、散會（下午 12 時 05 分）