

以處分以外其他高權行為方式出現，就選擇一般給付訴訟。在「排他性競爭者訴訟」情形，其特徵就是「僧多粥少」，亦即競爭者眾，而得分配之資源寡，如某公車路線只准一家公車業者經營，甲、乙兩家申請，甲獲得許可，乙則遭駁回的情形是。故倘行政機關已給予同為競爭者之第三人（甲）利益，則原告（乙）要達到目的，單提起課予義務訴訟尚有所不足，因甲的許可可不撤銷，乙根本就沒取得許可之可能，故請求撤銷該給予第三人利益之授益處分的撤銷訴訟仍應一併提起¹⁸⁰。然倘給予第三人利益之授益處分已具形式確定力，不能被撤銷，則提起課予義務訴訟固非不許，但通常將因欠缺權利保護必要而被駁回¹⁸¹。

除競爭者訴訟外，鄰人訴訟也是課予義務訴訟與撤銷訴訟錯綜複雜的領域。例如原告倘認為主管機關核發予鄰人的建築許可執照違法侵害其權利，即應逕行提起撤銷之訴，請求撤銷該鄰人的建照，而不是提課予義務訴訟，請求判令主管機關撤銷該建照¹⁸²。倘已逾越撤銷期限，如前述，既不能提撤銷訴訟，也當然就不能提課予義務訴訟，以免撤銷期限規定被規避¹⁸³。如果不根本挑戰鄰人之建照，只要行政機關對該鄰人課予額外的負擔就可以防止或阻止侵害之發生，因負擔的法律性質是行政處分，則適合的訴訟類型當然就是課予義務訴訟，例如請求課予鄰人興建隔音牆之負擔是。

又原告所企求授益處分如果已經存在，只是被原處分機關或訴願審裁機關剝奪，則此際原告為謀求授益處分的回復，應提起的也不是課予義務訴訟，而是針對該官署的剝奪處分提起撤銷訴訟¹⁸⁴。但原告所提起的課予義務訴訟，行政法院非不能根據第125條、第111條命為訴之變更。

官署倘對人民有所承諾（Zusicherung），例如承諾將作成對相對人有利之授益處分，則在官署不履行承諾義務場合，該相對人即得提起課予義務之訴實現其權利。同理，倘官署與人民簽訂行政契約，而負有作成特定行政處分之契約義務，在官署不履行契約義務時，契約相對人亦得提起課予義務之訴逼官署作成行政處分。然倘契約義務是消極地不作成行政處分，而官署竟違約作成行政處分，此際相對人提起的應是撤銷訴訟，而非課予義務訴訟¹⁸⁵。

與確認訴訟之關係，須強調者，訴請行政機關作成確認處分，也應提起課予義務

訴訟，而不是確認訴訟¹⁸⁶，但仍以該確認公法上權利義務關係的確認處分有法律明文者為限¹⁸⁷；倘法律對確認處分之作成欠缺明文，則應以提起確認之訴為正途，而非課予義務之訴。其理由有認為欠缺法律明文，行政無權作成確認處分者，也有認為欠缺法律明文，即表示原告對確認處分之作成並無法律上請求權者¹⁸⁸。不過這些應該都不是關鍵所在，因確認處分之作成，通說並不認為有法律保留之適用¹⁸⁹，且有無法上請求權，基本上是訴訟有無理由，而不是合法與否的問題。其實，理由應該是很單純的，因如果我們認為行政機關在此仍得以提起課予義務訴訟，請求判令行政機關作成確認某公法上法律關係成立或不成立的確認處分，則現實上以確認法律關係或不成立為目的的確認訴訟大概鮮有適用之餘地了。

又如提起課予義務之訴，訴訟終結前，主管機關已主動作成原告所欲之行政處分，此際繼續行課予義務訴訟固已無實益，但倘官署當初對原告之請求所作成駁回處分，已對原告造成權利之侵害者，則原告非不能將課予義務訴訟轉換為請求確認原駁回處分違法的確認訴訟¹⁹⁰，這種訴訟德國學說稱為「延續課予義務訴訟的確認訴訟」（Verpflichtungsfortsetzungsfeststellungsklage）¹⁹¹。

三、課予義務訴訟之特別實體裁判要件

（一）原告所請求者須為行政處分

課予義務訴訟的標的是作成行政處分，就行政處分的涉及性這一點而言，是課予義務訴訟與撤銷訴訟共同的地方，也是課予義務訴訟與一般給付訴訟歧異之處。既然所請求者須為行政處分，則原告所請求者必須客觀上是一行政處分，單原告主觀上認為是行政處分，尚有所不足，倘所請求者客觀上不是行政處分，而只是事實行為，就應提一般給付訴訟¹⁹²。不過個案上所請求者客觀上不是行政處分，難以清楚判斷，在所難免，遇此情形，只要所請求者是公法行為，就不宜遽指其訴之提起不合法，換言之，訴訟種類之選擇在此反成為次要問題，唯一要注意的是，如果最後確定所請求者是行政處分，而須以課予義務訴訟提起，就須審查原告有無履行提起訴願之

¹⁸⁰ 這是德國通說，參見Erichsen, Jura 1994, S. 388; Kalz, DVBl 1989, S. 561; Quass, DÖV 1982, S. 438; Hüfen, §15, Rn. 7，但也有認為單提起課予義務訴訟即為已足者，理由是主管機關不一定將給予甲的許可決定也通知受運的乙，但無論如何法院仍有一併審理乃至撤銷給予甲之許可決定的義務。如Kopp/Schenke, §42, 48。

¹⁸¹ Hüfen, §15, Rn. 7。

¹⁸² 惟學說上也有主張此種情形，應提起請求判令主管機關作成撤銷鄰人建築許可執照之課予義務訴訟者，如Obermeyer, JuS 1963, S. 110。

¹⁸³ 惟Kopp/Schenke, §42, 42似認為無妨承認之。

¹⁸⁴ 但Hüfen, §14, 18則主張應提起課予義務訴訟。

¹⁸⁵ Kopp/Schenke, §42, Rn. 43。

¹⁸⁶ Hüfen, §15, Rn. 3。

¹⁸⁷ 例如土地登記（土地法§73）、耕地租約之登記（耕地三七五減租條例§6）、戶籍登記（戶籍法§8）、公務員退休金數額之審定（公務人員退休法施行細則§29）等都是法律直接規定或有法律授權之確認處分。

¹⁸⁸ Vgl. Kopp/Schenke, §42, 12, §43, 2。

¹⁸⁹ Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., §10, Rn. 5; Kopp, VwVfG, §35, Rn. 3。

¹⁹⁰ 參例可參廖義男，課予義務之訴訟，頁5以下，發表於：1998年11月28日全國律師公會舉辦之「新行政訴訟法實務研討會」；另參見陳清芳，行政訴訟法，頁121。

¹⁹¹ Kopp/Schenke, §113, Rn. 109 f. 234。

¹⁹² Tschira/Schmitt/Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 161 mwN.