

二、課予義務訴訟與撤銷訴訟、一般給付訴訟以及確認訴訟之關係

第5條的課予義務訴訟是廣義的給付訴訟的一個次類型。廣義的給付訴訟指請求行政法院判令行政機關對原告為一定之給付的訴訟。如果給付內容是作成行政處分，我們稱之為「課予義務訴訟」（或稱為「請求應為行政處分訴訟」）；給付內容倘為財產給付或作成行政處分以外之其他非財產給付，我們就稱之為「一般給付訴訟」。可見區隔課予義務訴訟與一般給付訴訟，重點在於給付內容之是否屬行政處分上面。大致而言，人民所要求者如果只是行政機關單純的通知、諮詢服務、資訊提供、建議、事實陳述或其他不直接發生法律效果之事實行為（Realakte），就應提起一般給付之訴。如果事實給付以官署事前的許可為先決要件，也就是雙階行為之情形，則針對第一階屬法律行為的許可，應提課予義務之訴；第二階履行階段的事實給付，則提一般給付訴訟¹⁷²。惟須注意者，並不是每一事實行為都需有一先行的法律行為存在，是否屬雙階行為，仍須個案判斷之。另外，請求主管機關不作為或不作成行政處分，因請求內容不是作成行政處分，所以也應透過一般給付訴訟為之，而非課予義務訴訟¹⁷³。

至若課予義務訴訟與撤銷訴訟之關係，首先令人感興趣者，即撤銷訴訟之目的既然在撤銷某一行政處分，而行政處分之撤銷本身也是一個行政處分，則原告要達到撤銷行政處分之目的，似亦可以提起課予義務訴訟，請求法院判令行政機關作成撤銷特定行政處分之撤銷處分。純就理論上言，這當然是可能的，然未免過於迂迴，不符權利救濟有效性之宗旨，故既然立法者已創設撤銷訴訟，並設計由行政法院直接以判決撤銷違法之行政處分，就無再許可提課予義務訴訟以達撤銷行政處分目的之道理¹⁷⁴。

倘該行政處分因具形式確定力而不能撤銷，原告似非不能改提課予義務訴訟，請求判令主管機關作成撤銷或廢止系爭處分之行政處分，惟如此一來，撤銷期限之規定恐會淪為具文，所以這種課予義務訴訟終究仍以不許為妥¹⁷⁵。

¹⁷² 人民聲請金錢給付，究應提起課予義務之訴，抑或一般給付之訴，曾發生過爭議。一般的判決是，若行政機關對人民有關金錢給付之請求，仍有依法調查證據，判斷事實真偽，始能作出給付與否之決定者，換言之，在給予金錢的事實給付之前，應先經過行政機關調查用法，作成准駁與否之決定者，針對否准給付之決定，應提起課予義務之訴，而非一般給付之訴。亦請參照吳志光，行政法，2012年修訂5版，頁431以下。

¹⁷³ Kopp/Schenke, VwGO §42, 12.

¹⁷⁴ 同書，陳敏，行政法總論，頁1090；劉宗德、彭鳳至，行政訴訟制度，收錄於：翁岳生主編，行政法，2000年，頁1160。實務上，最高行政法院94年判字第586號指出，按人民請求行政機關發給其有利之行政處分，達到否准，而認為其權益受到違法侵害，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）之課予義務訴訟，而非僅提起請求撤銷行政機關否准其中請處分（行政訴訟法第4條第1項）之訴訟，否則即使勝訴，因撤銷行政機關否准其中請之行政處分，並不相當於命令行政機關作成其所申請之行政處分，原告請求法院保護其權利之目的，亦無法在一次訴訟中實現。故遇此情形，應由審判長行行政訴訟法第125條第3項規定之闡明權，使原告為充足之聲明，始為適法。

¹⁷⁵ Friedhelm Hüfner, Verwaltungsprozessrecht, §15, Rn. 8.

另一更具探討實益的問題，乃在行政機關駁回人民作成行政處分之請求的情形，依現行法，人民因應提起課予義務訴訟，更確切說，提起「不服駁回處分之課予義務訴訟」，以實現其請求作成行政處分之目的，但因先前駁回處分仍在，則原告是否也應於提起課予義務訴訟之同時，也一併提起撤銷訴訟？學說對此見解不一，有主張應一併提起者，也有主張僅需提起課予義務之訴為已足者，因邏輯上課予義務之訴之提起，原本就已經蘊含撤銷原來駁回處分之意思，故縱不一併提起，也應視為已默示提起撤銷之訴。本文認為，為明確性起見，自以一併提起為佳，有疑義時法院尤應將撤銷之訴視為已默示提起，而一併處理¹⁷⁶。尤其是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之訴¹⁷⁷。

較有疑問者，在主管機關駁回人民之請求的情形，該相對人可否只提起撤銷訴訟，而不提課予義務訴訟？這種所謂的「分離的撤銷訴訟」（isolierte Anfechtungsklage），通常會因欠缺權利保護必要被駁回，但也不乏可認為有權利保護必要因而得單獨提起的例外情形，例如原告現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；或駁回處分在駁回原告之請求外，會額外對原告產生實質上不利利益之法律效果的情形¹⁷⁸。

在競爭者訴訟之情形應如何選擇正確的訴訟類型，稍微複雜，但基本上是視其權利救濟之目的而定。要回答此問題，首先應依其救濟目的作類型化之區分：倘原告目的單純在於排除某一競爭者所獲得之利益，我們稱為「消極競爭者訴訟」或「防衛性競爭者訴訟」；反之，倘原告目的在於獲取與競爭者所已獲取者相同的利益，而不質疑該競爭者所獲取之利益，學說稱之為「積極的競爭者訴訟」或「攻擊性競爭者訴訟」；最後是所謂「排他性競爭者訴訟」類型，指原告除志在排除競爭者已獲取之利益，並欲轉換為己有，因在資源有限情形下，不先排除競爭者所獲取之利益無法達到使自己獲取利益之目的。在「防衛性競爭者訴訟」情形，原告無疑應提起撤銷訴訟，但原告是否有訴之利益，仍須個案判斷之。在「攻擊性競爭者訴訟」情形，倘原告所獲之利益是以行政處分方式呈現，當然就應選擇課予義務訴訟類型¹⁷⁹，倘所欲之利益

¹⁷⁶ 在一併提起課予義務之訴與撤銷訴訟時，兩者之關係，根據最高行政法院101年判字第306號判決之見解，原告提起課予義務訴訟外，附帶聲明請求否准處分撤銷，其乃附屬於課予義務訴訟之聲明，並非獨立之撤銷訴訟，學說上亦多認為一體性，不可分割。此際，若行政法院認為原告之訴有理由，則命被告機關應依原告之聲請作成特定行政處分，則不審究否准處分之合法性，應併予附帶撤銷，以避免形成同一判決內，既認定否准處分違法，又命被告機關應依原告之申請作成特定行政處分之自相矛盾現象。故被告機關對行政法院判決附帶撤銷否准處分之部分不服，提起上訴者，其上訴效力應及於行政法院判決全部，否則原告提起之課予義務訴訟，將因被告機關之部分上訴，而轉換成孤立之撤銷訴訟，於法不合。

¹⁷⁷ Kopp/Schenke, VwGO §42, 29.

¹⁷⁸ Kopp/Schenke, VwGO §42, 30; Eyermann/Fröhler, VwGO §42 Rn.19.

¹⁷⁹ Hüfner, §15, Rn. 6; Schenke, NVwZ 1993, S. 718.