

先行程序¹⁹³。至於行政處分的概念，文獻討論已夥，在此不贅。

通常原告經由課予義務訴訟所要者，乃授益處分，例如建築許可執照、使用執照、營業許可執照等，或給予生活扶助費、生育補助、托兒補助、教育補助、醫療服務給付、藥品給付、補償金、准予商標註冊等。惟要求作成對第三人造成不利利益的負擔處分也包括在內，例如起訴請求判令行政機關作成命鄰人製造隔音牆的負擔處分是，畢竟這種對第三人造成不利利益的負擔處分，對原告而言仍屬對其有利的授益處分。綜言之，得以課予義務之訴主張者，例如請求判令主管機關在車庫前樹立禁止停車標誌、請求判令建築主管機關對鄰人之違章建築物發布拆除令、請求判令環境主管機關執行取締空氣污染行為、請求判令原告所服務機關予以考績等等都是適例。

課予義務訴訟亦得針對對作為行政處分附款的負擔或負擔之保留為之，例如前述請求判令行政機關作成命第三人製造隔音措施之情形，這種課予義務訴訟之所以廣被承認，乃因負擔本身即具有行政處分性質之緣故。有問題者，如果訴請標的不是請求附加負擔的附款，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，可否准許？有學者認為這種訴訟因歸根究抵與撤銷或變更行政處分之訴訟無異，所以主張仍以提起撤銷訴訟為正途¹⁹⁴。不過，即使終期或解除條件等附款不具獨立行政處分性質，只要我們承認下述的「部分課予義務訴訟」（Teilverpflichtungsklage）的存在，提起課予義務訴訟應是正確的選擇。

課予義務訴訟得針對行政處分規制內容之一部之作成提起，稱為「部分課予義務之訴」。例如請求先僅針對所有法定要件中之一個或數個要件的具備，例如請求先僅就發電廠廠址之選定，作成決定，也就是學說上所謂「先行決定」（Vorbescheid, Vorabentscheidung）；或就國家考試不及格之決定，認為其中某一關鍵科目給分低於所預期，請求僅針對該科目重新作分數評定；或授益處分相對人認為附款違法侵害其權利，也可請求作成另一合法附款取代之；或如對人民之授益請求為部分許可，部分拒絕者，例如請求准予低利貸款兩百萬，只核准一百萬的情形，因准予貸款一百萬的授益處分同時蘊含對另外一百萬貸款之請求的駁回，在此情形，相對人即有僅針對被駁回的部分提起「部分課予義務之訴」之實益¹⁹⁵。

此外，根據本條之規定，請求判令行政機關作成行政處分，其內容不必然要具體、特定，也可以單純請求判令行政機關應遵照行政法院的見解作成行政處分，前者即法條所稱請求該機關「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」¹⁹⁶。本法第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裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定」，也是允許人民提起這種標的內容尚不具體之義務訴訟的另根據。之所以要承認這種標的內容尚不具體之課予義務訴訟，乃因許多情況，行政機關就行政處分之作成擁有裁量權，或縱令不擁有裁量權，然欲作成特定明確內容之行政處分，尚待進一步事實調查，遇此情況，倘原告就處分之作成有時間急迫性，或對請求作成特定內容之行政處分沒有完全把握，即有提起這種標的內容不具體之所謂「應為行政處分之訴訟」的實益。

(二)原告須已向主管機關提出申請

必須原告已向主管機關提出請求，如根本未先向主管機關提出請求，就逕行提出課予義務訴訟，或雖有提出請求，但不是向有管轄權的主管機關提出，而因管轄權不符遭到駁回，卻依然提出課予義務訴訟，這兩種情形都將因欠缺權利保護必要被駁回。問題是，倘若無管轄權的機關對人民提出的請求，誤以為其有管轄權而作實質審理，最後並作成駁回處分，則法院對人民繼而提起的課予義務訴訟究應如何處理？是單純將因管轄權欠缺而有瑕疵的駁回處分予以撤銷，或仍應就有管轄權的機關是否有作成處分之義務的問題作實質審查？面對此問題，似以採第二種處理方式較為妥適，因就尋找有管轄權的機關而言，有時實在難為一般人民，何況連機關對管轄權的有無都會出現誤判，又何能苛求人民？故既然已有官署作成實體的駁回處分，管轄權的瑕疵因而可視為已經治愈¹⁹⁷。

(三)須行政機關怠為處分或駁回其請求

第三個要件是原告向行政機關所提出之請求，未獲滿足。而原告請求未獲滿足有兩種可能，第一種可能是行政機關有積極作為，卻不是准其所請，而是駁回其請求。法律將行政機關的不作為擬制成駁回處分也包括在這種情形之內。此際，原告提起的訴訟稱為「不服駁回處分的課予義務訴訟」。第二種情形是行政機關消極不作為，亦即擱置其申請而怠為處分，針對此情況原告提起的訴訟是「不服怠為處分的課予義務訴訟」。如何判斷行政機關是否怠為處分，須視行政機關的不作為是否逾越法令所定處理期間。過去少有法令就人民提出之申請規定行政機關的處理期間，致舊訴願法第2條第2項縱有「逾越法定期限應作為而不作為視同行政處分」之規定，其良法美意也因沒有法定期限之限制而遭到口惠實不至之譏。所幸行政程序法已填補此一漏洞，根據該法第51條規定，行政機關對人民依法規之申請，其處理期間，首先是看法規有無

¹⁹³ Tschira/Schmitt Glaeser, ebenda, S. 162.

¹⁹⁴ Vgl. Hufen, Verwaltungsprozessrecht, §15, Rn. 13.

¹⁹⁵ Vgl. Köpp/Schenke, VwGO §42, 28; Hufen, Verwaltungsprozessrecht, §15, Rn. 14.

¹⁹⁶ 此即德國行政訴訟法學說與實務所稱之Beschleissungsklage的翻譯，指訴訟目的不在請求判令行政

或機關作成特定內容之行政處分，而只是請求判決諭知行政機關應依判決意旨作成對原告有利之決定而已。

¹⁹⁷ Tschira/Schmitt Glaeser, Verwaltungsprozessrecht, S. 164.