

特別規定，有特別規定者從其規定（如政府資訊公開法§12 I、商業登記法§23、公平法§11 III、IV）；倘無特別規定，則根據各機關按各事項類別，所自行訂定並公告之處理期間；最後，倘未訂定處理期間，其處理期間統一為兩個月。值得研究的問題是，倘原告提起課予義務訴訟後，行政機關始作成行政處分，是否影響訴之提起的適法性？基本上，如果行政機關的「遲到處分」是准其所請，則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，則不影響其訴訟提起的適法性，可由法院繼續審理<sup>198</sup>。

#### (四)須先經訴願程序而未獲救濟

根據本法第5條之規定，無論是「不服意為處分的課予義務訴訟」或「不服駁回處分的課予義務訴訟」，兩種課予義務訴訟類型的提起，都應履行提起訴願的先行程序。這一點與德國法有所不同，德國法只於提起「不服駁回處分的課予義務訴訟」才要求訴願前置，至若「不服意為處分的課予義務訴訟」，則得逕向法院提起。當然，法律倘有毋庸經訴願程序的例外規定（例如空污法§81 I<sup>199</sup>），從其例外規定。又要求須先經訴願程序，當係指提起訴願仍未獲救濟之意，倘已獲救濟，其無再提起課予義務訴訟之必要，自不待言。

倘若提起訴願，訴願審議機關擱置不理，還不決定，由於本法不像舊法第1條第1項，有「提起再訴願逾三個月不為決定，或延長再訴願決定期間逾二個月不為決定」得逕向法院提起訴訟之規定，則訴願人的下一步，究係如同舊法時代般，亦得逕提課予義務訴訟？或必須針對訴願審議機關的意為訴願決定，又提課予義務訴訟（畢竟訴願決定也是行政處分），請求判令訴願審議機關速為訴願決定？倘採後一途徑，針對意為訴願決定提課予義務訴訟，則是否也須履行訴願先行程序？答案倘為肯定，豈不洽絲益弊？倘訴願審議機關同樣又擱置訴願決定，則訴願人之救濟豈不淪為泡影？故訴願人的下一步應以前說為當，即逕運用本法第4條之規定，允許訴願人「提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定」時，得逕向法院提起課予義務訴訟。未作裁判前，倘訴願審議機關終於作成「遲到的訴願決定」，法院又該如何處理？與前面所敘類似，倘訴願決定滿足原告之申請，應以欠缺權利保護必要為由駁回其訴；反之，倘訴願決定係駁回其訴願，其訴訟提起的適法性應不受影響，由法院繼續行訴訟程序。又倘訴願決定係命原處分機關應依訴願決定意旨

作成行政處分，其訴之提起同樣不受影響，但裁判前倘原處分機關作成有利原告之行政處分，法院就應以欠缺權利保護必要為由駁回其訴訟<sup>200</sup>。

#### (五)主張權利因行政機關怠為處分或駁回處分受損

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<sup>201</sup>。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。如作為一般市民之原告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的電影，或請求召開市議會臨時會被駁回，均是明顯欠缺法律上請求權，也就是權利明顯不存在，以致無權利受侵害之可能性存在<sup>202</sup>。在此特別須提醒，原告所主張之權利縱令無法律之明白規定，亦不能因此就逕行認定明顯欠缺法律上請求權，蓋根據保護規範理論（Schutznormtheorie），仍有法律默示賦予原告請求權之可能，例如請求主管官署取締鄰人所製造噪音、取締鄰人建築逾越建築線、頂樓違法加蓋等，均不無可能從相關環保與建築法導出鄰人的請求權<sup>203</sup>。另請求取締競爭同業以違反商業倫理等不公平競爭方法侵害原告競爭利益，雖公平交易法沒有明示原告有此請求權，但仍非不能根據公平交易法相關不公平競爭條文的立法意旨推論出來<sup>204</sup>。綜上說明，其實

<sup>198</sup> 吳庚，行政爭訟法論，1999年初版，頁110。

<sup>199</sup> 空污法第81條第1項：「公私場所違反本法或依本法授權訂定之相關命令而主管機關疏於執行時，受害人民或公益團體得敘明疏於執行之具體內容，以書面告知主管機關。主管機關於書面告知送達之日起六十日內仍未依法執行者，人民得以該主管機關為被告，對其怠於執行職務之行為，直接向行政法院提起訴訟，請求判令其執行。」

<sup>200</sup> 另請參閱司法院釋字第469號解釋。

<sup>201</sup> 在民事起訴權訴訟的舊法時代，人民向公平會檢舉其競爭同業以不公平競爭方法侵害其權利未果時，究應如何救濟，爭執點在於公平會發給檢舉人有關檢舉事項不成立之函覆，其性質是否屬行政處分上面（詳請參見許崇力，行政處分，收錄於：翁岳生主編，行政法，2000年2版，頁549以下）。在承認課予義務訴訟的新法時代，檢舉人不願檢舉事項不成立之函覆，而欲提起撤銷，所應選擇的訴訟種類應已不再是撤銷訴訟，而是課予義務訴訟，請求法院判令公平會作成處罰被檢舉人的行政處分。所以爭執點當已不再是檢舉事項不成立的函覆是否為行政處分，而是檢舉人根據公平交易法是否擁有請求取締、處罰被檢舉人之法律上權利。