

# 論確認訴訟之備位功能： 行政訴訟法第六條第三項之意涵與本質\*

劉淑範

中央研究院中山人文社會科學研究所助研究員

我國行政訴訟法第六條第一項涵蓋三種確認訴訟之類型：一、公法上法律關係之確認訴訟；二、行政處分無效之確認訴訟；三、行政處分違法之確認訴訟。此三種確認訴訟類型皆係師承於德國行政訴訟體制，而關於確認訴訟備位原則之問題，首開我國法條第三項亦如德國行政法院法第四十三條第二項，僅就法律關係確認訴訟規範其備位性。由是，吾人不免生疑，無效確認訴訟與違法確認訴訟未被同時納入備位條款之中，其理究竟何在。緣於此，本文以比較法之對照方式，先是追本溯源於前揭德國規定之立法背景以及相關學說與實務之運作，深入剖析原備位規定之意涵與本質，次再據此檢視我國行政訴訟法第六條第三項之條文內容，並提出其缺失之處與修法建議。在掌握備位條款之真諦後，本文繼而探究釐清無效確認訴訟、違法確認訴訟與備位原則之關係實況。總而言之，上列三種確認訴訟之救濟功能各異其趣，實無法併用同一之備位規定。

**關鍵詞：**確認訴訟、法律關係確認訴訟、無效確認訴訟、違法確認訴訟、續行確認訴訟、備位性、訴訟經濟、程序競合規定、可行性、一般權利保護必要、確認利益、預備之訴訟合併（預備合併）

---

\* 本文承蒙兩位審查人提供寶貴之修正意見，作者謹此敬表謝忱。

收稿日期：91年9月30日；接受刊登日期：92年1月3日

## 壹、引言

行政訴訟法關於訴訟類型之規範體系中，最為複雜難解者，首推第六條之規定。該條第一項係涵蓋三種確認訴訟之類型：公法上法律關係之確認訴訟，此其一；行政處分無效之確認訴訟，此其二；行政處分違法之確認訴訟，此其三。請求確認公法上之法律關係存在或不存在<sup>1</sup>之訴訟，乃源自於民事訴訟上固有之確認訴訟（參照德國民事訴訟法第二百五十六條第一項、我國民事訴訟法第二百四十七條第一項），兩者在概念上有其共通之處，可稱之為一般確認訴訟（allgemeine Feststellungsklage）；相對於此，無效確認訴訟和違法確認訴訟，則為行政訴訟上專以行政處分為標的而設之特別確認訴訟。<sup>2</sup>此等訴訟之判決方式均屬確認判決，並皆以確認利益做為篩檢濫訴之門檻，惟除此之外，其救濟功能原為各異其趣。由是，行政訴訟法第六條第三項獨就法律關係確認訴訟規範其備位性，應有所本。雖然，吾人仍不免質疑，無效確認訴訟與違法確認訴訟未被納入備位條款之中，係為立法疏漏，因而有類推適用之餘地（陳清秀，2001: 154-155），抑或此等確認訴訟根本不生備位之問題，甚或其原已屬備位訴訟而無待另定備位原則予以限制？緣於此，本文乃首先追本溯源至德國行政法院法第四十三條第二項第一句法律關

1 我國行政訴訟法第六條第一項前段之規定，仍依附舊民事訴訟法第二百四十七條之立法例，援引「成立或不成立」之用語。然此一用語含意過於狹隘，應屬早期誤譯德國相關條文所致，久已成為各界之共識。不僅行政訴訟法之論著，即如民事訴訟法之學說與實務亦多將「存在」與否以及「成立」與否之稱云混用，本文乃僅以「存在或不存在」一詞代之，另參見吳庚，1999: 120。

新修正之民事訴訟法第二百四十七條第一項規定，雖已刪除原條文「成立或不成立」之字樣，惟卻未另增入「存在或不存在」之用語，而僅止於保留「確認法律關係之訴」，殊嫌為德不卒，參見陳榮宗、林慶苗，2001: 344-346。

2 德國論著有將一般確認訴訟僅侷限於法律關係確認訴訟，而對於無效確認訴訟則視之為特別確認訴訟者，參見如 Hufen, 2000: §18, Rn. 2 f.; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 4；反之，亦有論者將法律關係確認訴訟與無效確認訴訟兩者均納入一般確認訴訟概念之下，此一觀點應發自於兩種確認訴訟係同以行政法院法第四十三條為其規範依據，參見如 Schenke, 2000: Rn. 377; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: §5, 1. Abschnitt。然無論係何者，對於違法確認訴訟，則咸視之為確認訴訟之特別類型。

係確認訴訟適用備位原則之規定，在掌握此一原則之真諦後，再據此檢視我國行政訴訟法第六條第三項之條文，繼之，並進以論陳無效確認訴訟與違法確認訴訟之實況，俾解構吾人之迷思。

## 貳、法律關係確認訴訟之備位功能

### 一、德國行政法院法第四十三條第二項第一句所定備位原則之剖析

#### (一) 訴訟經濟之考量

德國行政法院法第四十三條規定：「(1)法律關係之存在或不存在及行政處分之無效，以原告有即受確認之正當利益者為限，得提起訴訟請求確認之(確認訴訟)。(2)原告得依或原本得依形成訴訟或給付訴訟實現其權利者，不得請求前項之確認。前句之規定，於請求確認行政處分無效之情形，不適用之。」該條文首於第一項列舉法律關係確認訴訟和無效確認訴訟兩種確認訴訟之後，旋於第二項第一句明揭確認訴訟相對於形成訴訟(此係指撤銷訴訟)與給付訴訟(此係指課予義務訴訟和一般給付訴訟)之「備位性」(Subsidiarität)，<sup>3</sup>復又於第二句將無效確認訴訟排除其外，易言之，僅確認法律關係存在與否之訴訟係具有備位性質。此一備位條款之立法目的首在訴訟經濟(Prozessökonomie)之考量(BVerwG, NVwZ 2000: 1411/1412; Selb, 1998: 168; Württenberger, 1998: Rn. 412; 蔡志方, 1999a: 43)。按所謂法律關係，泛指所有因適用公法規範(諸如行政法規、行政契約、行政處分等)在具體事實之上，而於兩個(或數個)權利主體之間或於權利主體與物之間所產生

3 我國論者多將“Subsidiarität”一詞譯作「補充性」，然本文認為，此一譯稱過於廣泛含糊。蓋“Subsidiarität”僅指先後順位間之互斥關係。相對之，「補充性」之概念則遠甚於彼，其尚可意謂選擇性之併存關係，甚或涵蓋結合性之併存關係(如行政訴訟法第七條、第八條第二項、第一百九十六條即是)。由是，本文乃以「備位性」一語代之，俾較能切中“Subsidiarität”之原意。類此者，偶亦見論者採用「後備性」之譯詞，參見蔡志方, 1999a: 43; 李惠宗, 2000: 635。

之權利與義務關係。<sup>4</sup> 其次，不僅現在之法律關係，即如過去抑或未來之法律關係，原則上皆得為確認訴訟之程序標的，惟就後二者之法律關係而言，其確認利益要件之認定當更須嚴謹 (Selb, 1998: 89 ff.; Happ, 2000: §43, Rn. 18; Schenke, 2000: Rn. 405 ff.; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 21)。再者，法律關係不以整體之法律關係為限，尚及於其中所涵蓋之獨立部分，尤如各個權利或義務即是 (BVerwGE 36: 192/201 ff.; 92: 172/174; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 9 ff.; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 1, 12; Happ, 2000: §43, Rn. 20; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 3; Hufen, 2000: §18, Rn. 7, 16; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 328)。若以行政處分為例，行政處分本身，抑或行政處分之合法、違法或無效等性質，並非前揭之法律關係，然行政處分所形成（創設、變更或消滅）之權利與義務關係，乃至行政處分作成前依據法規所產生之基礎法律關係，如行政機關作成處分之權限或義務以及人民對作成處分之請求權等，則均在確認訴訟適用範疇之內 (Selb, 1998: 85 ff.; Schenke, 2000: Rn. 401 ff.)。縱謂法律關係之非獨立部分、要素或先決問題，諸如人或物之身份性質、單純之事實或抽象之法律問題等，不在法律關係概念之下，然類此者實質上若可轉換解釋成各個權利或義務所繫之爭點時，則亦得對之提起確認訴訟 (BVerwGE 25: 151/154 ff.; 57: 321/323; BVerwG, NJW 1983: 2208; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 13 f.; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 14, 16; Happ, 2000: §43, Rn. 15; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 3; Hufen, 2000: §18, Rn. 17 ff.)。復又依新近形成之多數共識，法律關係並不以一般傳統之外部法律關係 (Außenrechtsverhältnis) 為限，任何行政主體之內部法律關係 (Innenrechtsverhältnis) 均亦屬之，由是，對於行政法上

4 此一法律關係之定義係源自於民事訴訟之傳統見解，亦多由行政訴訟之學說與實務所採納，參見如 BVerwGE 14: 235/236; 50: 11/19; 89: 327/329; 100: 262/264; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 328; Hufen, 2000: §18, Rn. 7; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 3; Happ, 2000: §43, Rn. 12; Maurer, 2000: §8, Rn. 16.

物本身原屬權利客體，因而權利主體與物之間是否亦能存有法律關係，在行政法之理論上素有爭議，關於此點，參見 Selb, 1998: 23 ff.。惟此一爭議僅為表象，蓋所謂權利主體與物之法律關係，實係指權利主體相互間因物而衍生之權利與義務關係，參見 Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 11; Schenke, 2000: Rn. 378 f.; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 5.

之機關爭議 (verwaltungsrechtlicher Organstreit, 或稱 verwaltungsrechtliche Organstreitigkeit, 或稱 verwaltungsgerichtliche Organklage), 姑不論機關「權限」(Kompetenz, Befugnis, organschaftliches Recht) 與傳統「權利」(subjektives Recht) 之異同理論紛紜, 惟無論如何, 至少有法律關係確認訴訟可資運用, 毋須再如往昔行政訴訟實務上另闢所謂「無名訴訟」(Klageart sui generis) 之途徑。<sup>5</sup> 此外, 法律關係確認訴訟之請求內容, 不僅只為法律關係存在之確認, 尙可及於法律關係不存在之確認, 前者稱為積極之、肯定之或主張之確認訴訟 (positive, bejahende, behauptende Feststellungsklage), 後者則稱為消極之、否定之或防禦之確認訴訟 (negative, leugnende, verneinende, abwehrende Feststellungsklage) (Selb, 1998: 108 ff.; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 327; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 6; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 2)。<sup>6</sup> 綜上而言, 法律關係之概念所涉層面極為寬廣, 實乏鮮明之輪廓, 以其為程序標的之確認訴訟, 乃與撤銷、課予義務、一般給付等訴訟皆有某種程度之交錯重疊關係, 幾可囊括所有行政訴訟之爭議。抑有進者, 確認判決至多僅能發揮「理念上」之確定力效果 (“ideelle” Rechtskraftwirkung) (Selb, 1998: 168; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 337), 不若撤銷判決與給付判決兩者除均兼含確認作用之外, 前者更能排除行政處分之效力, 並藉此直接形成法律關係, 而後者則在遇被告頑強不從時, 進可做為執行名義。相較之下, 就判決效力而言, 確認訴訟既無形成力, 又乏執行力, 誠遜於其他訴訟類型所能達及之救濟程度。職此之故,

5 參見如 Roth, 2001: 946 ff.; Selb, 1998: 117 ff.; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 10, 11; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 26, 45; Happ, 2000: §43, Rn. 14; Würtenberger, 1998: Rn. 674 f.; Hufen, 2000: §21, Rn. 14; 少數仍主張無名訴訟者, 參見如 Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 12.

相對於此, 我國論者亦有云, 所謂法律關係, 乃指「具有直接對外產生效力之行政法上法律關係, 而涉及原告之權利始可」, 參見曾華松, 1997a: 6; 李建良、李惠宗、林三欽等, 2000: 514。依據此種見解, 行政訴訟法第六條第一項前段所定之法律關係確認訴訟自無適用於行政法上機關爭議之餘地。

6 消極確認訴訟之特色在於, 其將原告反置於彷彿一般被告之防禦地位。惟相對於民事訴訟, 行政訴訟係採職權調查主義, 積極與消極確認訴訟之區分, 就舉證責任之分配而言, 乃不具有重要之實益, 參見 Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 327; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 6。

基於訴訟經濟之要求，為避免原告擇取效力較弱之訴訟救濟途徑，更防止在確認訴訟之後仍須再涉其他更有效之訴訟類型，造成司法資源迂迴浪費，立法者遂明定法律關係確認訴訟之備位性，俾促使爭議之解決儘量集中於一種最為直接有效之訴訟類型。依此，對於個案之法律救濟，撤銷訴訟、課予義務訴訟或一般給付訴訟克奏其功者，法律關係確認訴訟即無適用之餘地。易言之，撤銷訴訟、課予義務訴訟及一般給付訴訟，原則上係具有優先適用之地位。

然而，排除法律關係確認訴訟適用之前提，係撤銷訴訟或給付訴訟確能提供較直接有效或至少在幅度與效益上等同於確認訴訟之權利救濟。反若具體之行政行為尚未作成，根本無法提起撤銷訴訟或給付訴訟，抑或原告請求救濟之關鍵所在，於此等訴訟中，僅能做為判決確定力無法涵蓋之裁判先決問題，甚或原告之目的，不僅止於以此等訴訟針對各個行政行為尋求局部逐點式之救濟，而更期盼法院能就整體法律關係之爭議做通盤根本性之澄清，值茲之際，法律關係確認訴訟既屬較廣泛有效之救濟途徑，前述訴訟經濟之考量即不成立，自亦無備位性可言。質言之，依此等案例情況之需，法律關係確認訴訟不僅可單獨提起之，且有與撤銷訴訟或給付訴訟同時繫屬於行政法院之可能性。<sup>7</sup> 在備位條款限制之下，法律關係確認訴訟之功能，乃與其他訴訟類型殊異，其不在於直接貫徹實體法上之各個權利，毋寧係具有預防其他訴訟興起之作用，故而被視為一種「純粹之訴訟法制度」(rein prozeßrechtliches Institut) (Pietzcker, 2000: §43, Rn. 1; Happ, 2000: §43, Rn. 3; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 1)。

準此以論，證諸訴訟經濟之立法意旨，備位條款應作限縮性之解釋與適用。優位性與備位性之認定，係以撤銷訴訟或給付訴訟以及法律關係確認訴訟相互存有實質之競合關係為前提要件。此之所謂實質競合關係，非僅以同一爭議事件中亦可提起撤銷訴訟或給付訴訟為已足，此等訴訟之救濟目的尚

7 諸此案例，參見如 BVerwGE 25: 151/156; 32: 333/335; 37: 243/247; 90: 112/115; BVerwG, NJW 1983: 2208; NVwZ 1985: 749/750; BayVBl. 1997: 90; Bergmann, 1958: 339 f., 342 f.; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 29; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 41, 47; Happ, 2000: §43, Rn. 41; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 25; Hufen, 2000: §18, Rn. 9.

須同於法律關係確認訴訟者方是，而救濟目的之異同乃取決於個案所處之實體法律狀態。舉例以明之，遭免職處分之公務員，應循撤銷訴訟謀求救濟，而不得僅請求行政法院確認處分機關並無作成該處分之權限，亦不得請求確認公務員關係仍存在；同理，申請核發建築許可或單純金錢給付未果之人民，當即依課予義務訴訟或一般給付訴訟以貫徹其權利，不可僅提起確認該特定請求權存在之訴訟。就此而言，確認訴訟不外乎以系爭處分作成之基礎法律關係、系爭處分所形成之法律關係或特定請求權本身為其標的，較之於撤銷訴訟或給付訴訟，彼此僅有判決效力強弱程度之量差，惟在救濟目的之本質上則無不同，故屬競合關係。相反地，設若不利之行政處分或給付請求預期將反覆為之，此時，針對不利處分或給付請求所繫之先決問題或整體法律關係提起確認訴訟，其解決爭議之層面與幅度，反比以特定不利處分或各個給付請求為標的之撤銷訴訟或給付訴訟更為寬廣，彼此救濟目的之本質即有差異，乃欠缺競合關係此一前提要件，遂無備位原則之適用。<sup>8</sup> 要言之，法律關係確認訴訟之備位性，並非絕對的，而係相對的。<sup>9</sup> 蓋一方面，確認判決本屬效力最弱之判決類型，因此，對於撤銷訴訟或給付訴訟亦可兼含確認功能之情形，立法者乃緣於訴訟經濟原則，以備位規定明文排除法律關係確認訴訟之適用；然而，另一方面，以法律關係為標的之確認訴訟涵蓋面向卻又至為廣博，故而其他訴訟類型之救濟功能莫及者，即屬法律關係確認訴訟特有之適用範疇。職是，法律關係確認訴訟之備位性，僅指該訴訟之一部性質，除此之外，於行政訴訟類型之體系中，法律關係確認訴訟亦具有與撤銷訴訟和給付訴訟同處平等地位之獨特功能。

8 競合關係和備位性之認定，雖與訴訟標的之問題範疇有某種程度之關連，惟關於訴訟標的之理論複雜紛歧，若援引至此，恐將治絲益繁，最後仍須藉助救濟目的與訴訟經濟之觀點，方能獲致合理之解決。

9 早期論者之中，曾有部分認為，「備位性」(Subsidiarität) 之概念本意不應容許任何限制，故而質疑，對於法律關係確認訴訟實質上「有限度之備位性」(beschränkte Subsidiarität)，是否仍宜用「備位性」一詞，參見 Bergmann, 1958: 340, Fn. 29.

## (二)防止規避撤銷訴訟和課予義務訴訟之特別程序合法要件

除訴訟經濟之立法目的外，復就撤銷訴訟、課予義務訴訟和法律關係確認訴訟之關係而言，備位條款之意旨亦在於，防止原告規避前二者訴訟原應具備之訴願與期間限制之特別程序合法要件，且尤以爭訟期間之規定為要 (BVerwGE 36: 179/181 f.; 40: 323/328; BVerwG, BayVBl. 1997: 90; Selb, 1998: 169; Württenberger, 1998: Rn. 413; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 338; Hufen, 2000: §18, Rn. 14; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 26, 27; Stein, 2000: 154)。<sup>10</sup> 蓋行政處分做為行政權一項重要之規制利器，對於國家與人民間權利義務關係之形塑，係肩負「釐清與穩定之功能」(Klarstellungs- und Stabilisierungsfunktion)。此種特殊功能，乃植基於法治國家中法安定性之要求，不僅於傳統之干預行政領域，即便在現今之給付行政上，厥為促進行政效率與兼顧人民利益所不可或缺者。<sup>11</sup> 本乎此，行政處分除非係屬因重大明顯之瑕疵而自始無效之例外情形，否則不論合法與否，行政處分一經對相對人或利害關係人宣示 (Bekanntgabe)，即發生法律上之拘束效力。<sup>12</sup> 惟為保障人民權益免受違法處分之侵害，行政訴訟法乃允許行政處分之相對人或利害關係人，於一定期間內，得採取訴願、撤銷訴訟或課予義務訴訟之法律救濟途徑，俾排除不利處分 (包括否准處分) 之效力，甚而貫徹對於授益處分之請求權。在爭訟期間以內，行政處分之效力係暫處於撤銷保留之不確定狀態。反之，法定爭訟期間一旦逾越之後，亦如窮盡爭訟途徑而未果，行政處分之效力即強化成為所謂之存續力 (Bestandskraft)。就此，一方面，行政處分之相對人或利害關係人不得再依循通常之爭訟途徑以遂撤銷行政處分之目的，此乃行政處分之形式存續力 (formelle Bestandskraft)，亦指行

10 原則上，一般給付訴訟與確認訴訟並無訴願與期間限制之適用。惟根據德國聯邦公務員法基準法第一百二十六條第三項之規定，涉及公務員關係之所有行政訴訟類型，亦即包括一般給付訴訟與確認訴訟在內，均應具備訴願與期間限制之程序合法要件。

11 關於行政處分之功能，參見 Maurer, 2000: §9, Rn. 40 f.; 許宗力, 2000: 540-543。

12 本文此處姑不究論行政處分之生效與拘束力以及外部效力與內部效力等概念之意涵與區別。



政處分之不可爭訟性 (Unanfechtbarkeit)；另一方面，即使對於具有形式存續力之行政處分，在行政程序法依各種情況所定要件之限制下，行政機關仍可依職權自行廢棄(撤銷或廢止)之，此種有限度之可廢棄性 (beschränkte Aufhebbarkeit) 則係著眼於行政機關得否與如何廢棄行政處分之權限，其約可稱為行政處分之實質存續力 (materielle Bestandskraft)。<sup>13</sup> 衡諸於此，因可歸責於己之事由致遲誤關於撤銷訴訟或課予義務訴訟之法定救濟期間者，<sup>14</sup> 倘使仍允許其提起無期間限制之法律關係確認訴訟，則無異係藉此徑潛入原屬撤銷訴訟與課予義務訴訟之救濟領域，而此二種訴訟類型本應遵守之期間規定乃至行政處分之特殊功能與性質終將隨之落空。由是，若撤銷訴訟、課予義務訴訟和法律關係確認訴訟彼此存有前述之實質競合關係，則縱令前二者已因爭訟期間屆滿而無法再提起之，後者亦復同遭排除適用。觀諸前揭德國行政法院法第四十三條第二項第一句條文並列「得依或原本得依形成訴訟或給付訴訟」之語云，其文義所指，正在於此。法律關係確認訴訟之制度，應係於權利救濟體系中藉以彌補撤銷訴訟與課予義務訴訟兩者救濟功能不足之處，並非就坐失此二者訴訟途徑之情形，供作後門濫用。至若非

13 行政處分之存續力，原係德國學說與實務依附訴訟法上判決確定力 (Rechtskraft) 之制度發展而成，已屬現今行政法理論核心概念之一。然而，行政程序法僅就行政機關廢棄行政處分之權限加以規範，並未對行政處分存續力之概念本身有所界定。首就行政處分之形式存續力而言，確與判決之形式確定力互有概念共通之處，此點允無異議。惟續若論及行政處分之實質存續力，即難從判決實質確定力之觀點兩相比擬。蓋行政處分實質存續力之意涵，亦指行政處分就其內容對於相對人、利害關係人和處分機關所產生之拘束力 (Bindungswirkung)，而行政處分之拘束力僅繫乎於行政處分之對外宣示，並不以形式存續力之存在為前提要件。再者，行政處分之實質存續力並不意謂絕對之不可廢棄性，行政機關在法定要件限制之下仍有廢棄行政處分之權限。要言之，行政處分之拘束力與可廢棄性，乃遵循其獨特之準則，從而，關於行政處分存續力之議論，亦始終以實質存續力此一概念之必要性與內涵為焦點所在。關於行政處分之存續力，參見 Maurer, 2000: §11, Rn. 1 ff.; 吳庚, 2001: 347-353。

14 法定之訴願期間與訴訟期間，通常為一個月（參照德國行政法院法第七十條第一項和第七十四條）、三十日（參照我國訴願法第十四條第一項）或兩個月（參照我國訴願法第九十條和行政訴訟法第一百零六條第一項）。惟通常爭訟期間之適用，係以行政處分或訴願決定附含正確之救濟教示 (Rechtsbehelfsbelehrung) 為前提要件。反若救濟教示有誤或根本付缺時，則爭訟期間均延長為一年，參照德國行政法院法第五十八條第二項、我國行政程序法第九十八條第三項和訴願法第九十二條第二項。

因可歸責於己之事由而逾越爭訟期間時，當可依訴訟法上關於聲請回復原狀之規定，<sup>15</sup> 重新開啓撤銷訴訟或課予義務訴訟之門扉，然無法回復原狀者，則亦不得以法律關係確認訴訟權充替代訴訟。異於其上，對於根本欠缺實質競合關係之情形，本即無備位條款之適用，故而縱係遲誤撤銷訴訟或課予義務訴訟之爭訟期間者，仍可提起法律關係確認訴訟，自不待言。

事實上，於戰後初期尚屬各邦行政訴訟法規林立之際，<sup>16</sup> 綜觀法律關係確認訴訟之相關規定，普遍未見如今之備位條款。<sup>17</sup> 惟儘管法律規定闕如，彼時通說即已放眼於權利救濟規範體系，不僅肯定法律關係確認訴訟之備位原則，並且更對之作寬廣詮釋，亦即：因逾越爭訟期間而已喪失原屬可行之撤銷訴訟或課予義務訴訟之救濟途徑者，仍亦不得提起無期間限制之法律關係確認訴訟（Bergmann, 1958: 343 f. mit Fn. 40）。及至聯邦政府提出聯邦統一之現行行政法院法草案，<sup>18</sup> 鑑於先前存在之疑義，乃於該草案第四十二條第二項<sup>19</sup> 將法律關係確認訴訟之備位原則形諸條文，同時亦使上述立法意旨明白揭示無遺。<sup>20</sup>

確切言之，「備位性」之稱語，僅適足以彰顯本文前述訴訟經濟之立法目的，其意謂效力較弱之法律關係確認訴訟和效力較強之撤銷訴訟或給付訴訟競合時，前者應受到後者排斥之適用關係。然若論及防止規避特別程序合法要件之規範內涵，「備位性」之概念，於此即嫌文不及意。為何在撤銷訴訟與課予義務訴訟礙於爭訟期間屆滿已屬不可行之時，法律關係確認訴訟仍須被排除適用，此點無法從訴訟經濟與備位性之觀點予以索解，其乃因撤銷訴訟與課予義務訴訟之「專屬性」（Spezialität）、「排他性」（Exklusivität）所由而致（v. Mutius, 1972: 231; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 40 f.），而此種專屬

15 參照德國行政法院法第六十條、我國訴願法第十五條和行政訴訟法第九十一條以下。

16 關於德國二次大戰後行政訴訟制度之重建與立法情況，詳見 Menger, 1954: 3 ff.；另參見蔡志方，1993: 46-50。

17 唯柏林行政法院法第二十二條獨具備位規定。

18 現行行政法院法於 1960 年制頒。

19 該項規定相當於現行行政法院法第四十三條第二項。

20 關於該草案規定之官方說明，參見 Bundestag-Drucksache, 3. Wahlperiode, Nr. 55, S. 32.

性、排他性正源自於本文上述行政處分之特殊功能與性質，以及訴訟法上爭訟途徑之對應設計。是則，行政法院法第四十三條第二項第一句所定之備位條款實係具有兩個不同層面之意涵：一為基於訴訟經濟之真正備位性，另則為撤銷訴訟與課予義務訴訟之專屬性、排他性。俾此完備之備位條款，方克鞏固行政訴訟類型之體系架構。

### (三)備位原則之法律性質

#### 1. 概說

德國行政法院法第四十三條第二項第一句所定之備位原則，究其法律性質，係屬「程序競合規定」(Verfahrenskonkurrenzregelung)。其意指，於同一爭議事件，為達成同一救濟目的，除法律關係確認訴訟原屬可行之外，原告亦得提起救濟效果更強之撤銷訴訟或給付訴訟，針對此種效力不等訴訟類型間之實質競合關係，立法者遂以備位條款就其他較具效力之訴訟類型明訂其優位性，並禁止原告擇取效力較弱之法律關係確認訴訟。進以觀之，此一程序競合規定，乃屬在法律關係確認訴訟之「可行性」(Statthaftigkeit)以外，<sup>21</sup> 立法者所另定之特別、獨立及消極之程序合法要件 (v. Mutius,

21 「可行性」(Statthaftigkeit) 之概念，原泛用於所有法律救濟途徑 (Rechtsbehelf)，諸如訴願、訴訟、上訴、抗告、暫時權利救濟等均是。其意指，依據法律規定，某一法律救濟途徑是否根本可資適用，故屬一項程序合法要件。就行政訴訟而言，可行性之問題，對於行政訴訟類型之討論，尤為重要。蓋現今行政訴訟一方面雖採行政審判權概括條款，另一方面則又將裁判與權利救濟給予之方式類型化，並形成複雜之訴訟類型體系。在此體系中，每一種訴訟類型各依其程序標的 (Gegenstand des Verfahrens, Klagegegenstand) 與訴訟目的之不同，而各有其獨特之適用範疇。各該獨特之適用範疇，即意謂各個訴訟類型之可行性。既有訴訟類型之劃分，行政法院原則上乃須在特定訴訟類型之框圍內給予原告具體之救濟。是以，提起行政訴訟時，除應具備行政法院審判權、管轄權、當事人能力、訴訟能力等一般共通之程序合法要件外，原告尚須視系爭行政行為之性質和訴訟目的為何，決定正確之訴訟類型。質言之，訴訟類型之可行性，繫乎於訴訟類型之正確擇取。對於各個訴訟類型之特別程序合法要件，行政法院首應審查者，厥為訴訟類型之可行性，亦即可行性乃論斷其他特別程序合法要件之關鍵點。以撤銷訴訟為例，其可行性之要件，係針對仍有效存在之行政處分訴請行政法院排除該處分之效力，合乎該項要件時，行政法院方須繼續審訴訟權能、訴願與期間等其他特別要件；又如法律關係確認訴訟，訴請確認之標的若在法律關係概念之下，即屬可行，至於備位條款和確認利益則為其他之獨立要件。原告提起之訴訟類型無法涵蓋其訴訟請求者，該訴訟類型雖屬不可行且不合法，然而，基於行政

1972: 231; Selb, 1998: 169; Stein, 2000: 55, 153 f.; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 126; Schenke, 2000: Rn. 564 f.)。<sup>22</sup> 若僅就訴訟經濟之立法考量而言，備位規定可謂係植基於「一般權利保護必要」(allgemeines Rechtsschutzbedürfnis) 之訴訟法思想，故與確認利益 (Feststellungsinteresse) 互有關連之處。雖然如此，備位條款並非歸屬於權利保護必要或確認利益要件之規定。是以，當審查法律關係確認訴訟之程序合法性時，應將此等程序合法要件彼此層次界清，相互區隔。觀諸若干行政訴訟法論著，卻將備位原則置附於確認利益或權利保護必要之要件下，<sup>23</sup> 此種見解實係受到民事訴訟法不同體例之影響所致，殊欠允當。為更清楚地呈現此一問題，於此有必要先就「一般權利保護必要」之概念意涵，予以闡述與釐清。

## 2. 「一般權利保護必要」之概念意涵

「一般權利保護必要」(allgemeines Rechtsschutzbedürfnis) 之概念，初於民事訴訟法之領域即有其淵遠之發展背景，通說今已將之視為民事訴訟之一般程序合法要件。惟於民事訴訟上，至今多以「權利保護利益」(Rechtsschutzinteresse) 之用語代之，抑且，甚至有部分論著對此一概念之根本存在意義係採質疑之立場。異於此，一般權利保護必要之概念援引至行政訴訟之後，立足更加穩固。現今行政訴訟之學說與實務咸認，一般權利保護必要乃所有行政訴訟類型共通適用之一般程序合法要件。此種共識之形成，允為訴訟類型與程序合法要件之體系建構係屬行政訴訟法之核心課題所由而致，

---

審判權概括條款之意旨，行政法院不可逕此予以程序駁回，審判長應先善盡其闡明之職權與義務（參照行政法院法第八十六條第三項、我國行政訴訟法第一百二十五條第二、三、四項），促使原告改提其他正確、可行之訴訟類型。唯有在現行行政訴訟類型體系無一可資適用或類推適用之情形，方有自行行政審判權概括條款和人民訴訟權之憲法保障中導行出所謂「無名訴訟」(Klageart sui generis) 之餘地。關於行政訴訟類型之可行性概念，參見 Hufen, 2000: §13, Rn. 1 ff.; Stein, 2000: 50 ff.; Büchner/Schlotterbeck, 2001: Rn. 108.

22 另有論者將備位條款歸併為法律關係確認訴訟之可行性問題，參見 Hufen, 2000: §18, Rn. 7 ff., 32。實則，法律關係確認訴訟之可行性要件，僅止於訴請行政法院確認法律關係之存在或不存，至於備位條款，乃立法者在可行性之外進一步就程序競合關係所另作之獨立要件規定。

23 參見如 Ule, 1987: 211 f.; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 24；行政法院法制頒以前之論著，參見如 Bergmann, 1958: 338 ff.

一般權利保護必要之廣泛討論爰隨之興起。綜觀行政訴訟實務之裁判，亦常見以欠缺一般權利保護必要之要件為由而判定訴訟為程序不合法之案例。於各種行政訴訟類型之程序合法要件架構中，一般權利保護必要之要件恆處末位。較之於其他一般或特別之程序合法要件，一般權利保護必要具有兩項特點：無論民事訴訟法，抑或行政法院法，均未就一般權利保護必要明予規範，唯有對於特定之訴訟類型，偶見「特別權利保護必要」(besonderes Rechtsschutzbedürfnis)之規定，其著例如確認訴訟應具備之確認利益(法律上利益或正當利益)，易言之，一般權利保護必要乃不成文之訴訟法制度，此其一；相對於所有其他程序合法要件，一般權利保護必要係屬概括條款式之備位制度，此其二。正因法律明文規定付之闕如，一般權利保護必要所涉議題之多，在程序合法要件之理論體系中，堪稱居冠。<sup>24</sup>

首先，在概念名稱上，早期在深受民事訴訟理論影響之下，各式不一之稱語混用雜沓，新近之行政訴訟法論著則已呈現統一之趨勢，幾均採用「一般權利保護必要」之名稱，或略以「權利保護必要」稱之，僅行政法院之裁判中另亦常見民事訴訟慣用之「權利保護利益」一詞。次就理論依據而言，迄今依然眾說紛紜，諸如訴訟經濟、訴訟目的、誠信原則、訴訟權利制度性濫用之禁止、司法保障請求權(Justizgewährungsanspruch)之憲法內在界限等，每一觀點皆各有其著重之處，然無一能涵蓋問題之全部面向。再者，一般權利保護必要之概念所涉問題之層面既屬廣博，欲以簡短明確之定義掌握其意涵，洵非易事，諸多論著中常見之定義嘗試，譬如「值得權利保護之利益」(rechtsschutzwürdiges Interesse)，或如「值得保護之利益」(schutzwürdiges Interesse)，抑如「特別之利益」(besonderes Interesse)，皆不過係以本身亦有待詮釋之另一概念替代之，實乏定義之明確性。基於定義之困難，不如對一般權利保護必要之性質與定位予以描述，並將欠缺此一要件之具體情況類型化，更有助於實務之運作。要言之，一般權利保護必要係行政訴訟法上公認之不成文制度，其乃橫互所有行政訴訟類型之一般程序合法要

24 關於行政訴訟上之一般權利保護必要，詳見 Stein, 2000: passim; Schenke, 2000: Rn. 557 ff.; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 117 ff.

件，相較於所有其他程序合法要件，一般權利保護必要係屬備位要件。此意謂，一般權利保護必要雖與其他程序合法要件多有問題交集或重疊之處，惟彼此應截然劃分，尤如可行性 (Statthaftigkeit)、程序競合規定 (Verfahrenskonkurrenzregelung)、訴訟權能 (Klagebefugnis)、正當利益 (berechtigtes Interesse) 等，均屬獨立於一般權利保護必要之外而優先審查之要件。在其他程序合法要件皆備之情形，原則上，亦可同時肯定一般權利保護必要之存在，唯有於個別案例顯示例外情況之際，方須進一步審查是否欠缺一般權利保護必要之要件。此等例外情況，約可分類如后：

- 1) 訴訟根本非屬必要者，亦即原告得循更便捷之非訴訟途徑達成其目的；
- 2) 原告所涉之審判權途徑或訴訟類型不符合訴訟經濟原則；
- 3) 訴訟所請求之權利保護，對原告而言，僅具理論上之意義，並無真正實益；
- 4) 訴訟目的因法無規定而屬根本不能達成者；
- 5) 原告所欲達成之訴訟目的係惡意之權利濫用；
- 6) 訴訟權已捨棄 (Klageverzicht) 或失效 (Klageverwirkung) 在先者。<sup>25</sup>

環顧我國訴訟法之學說與實務，對於一般權利保護必要之基本認知，尚遠落於德國理論發展之後。究其癥結，約有兩方面：一為一般權利保護必要之法律性質，仍膠著在民事訴訟法學上陳舊不一之訴權理論，爭議亦由此而生；另為一般權利保護必要之概念與其他相近之問題範疇彼此混淆不分，尤其是將可行性、訴訟權能 (訴訟實施權能)、當事人適格和一般權利保護必要等同視之。<sup>26</sup> 首就一般權利保護必要之法律性質而言，往昔民事訴訟法學之訴權理論有「權利保護請求權說」與「本案判決請求權說」之分，前說將一

25 於程序合法要件之理論體系中，關於訴訟權捨棄之定位問題，學說與實務見解紛歧，有將其與訴訟權失效一併歸入一般權利保護必要之範疇，亦有將其視為獨立一格之消極程序合法要件。

26 關於我國論者對一般權利保護必要之見解概況，參見吳庚，1999: 89-96；曾華松，2001: 130-146，169-172；陳清秀，2001: 73-104；陳榮宗、林慶苗，2001: 204-206, 403-417。

般權利保護必要視為本案實體審理之內容，後說則認為一般權利保護必要係程序合法要件。民事訴訟之實務向採權利保護請求權說之訴權理論，從而訴訟欠缺一般權利保護必要時，即做成實體無理由之駁回判決；行政法院對欠缺一般權利保護必要之立場較搖擺不定，偶以程序不合法裁定駁回，時卻又受民事訴訟實務之影響，多以實體無理由判決駁回，此種邏輯不一之實務運作方式，造成裁判實質確定力之效應迥異。至於民事訴訟法之論著，對於訴權理論和一般權利保護必要之法律性質，見解素來紛歧，在概念名稱上，亦多見以「權利保護利益」或「訴訟利益」代之者；唯獨行政訴訟法之新近論著呈現統一之趨勢，一致將一般權利保護必要視為一般程序合法要件之一，訴訟欠缺此一要件時，即應依行政訴訟法第一百零七條第一項第十款「起訴……不備其他要件」之規定，為程序不合法之駁回裁定。行政訴訟學說摒棄訴權理論，並將一般權利保護必要列為一般程序合法要件，此點固然殊值稱頌，惟吾人更殷切期盼行政法院之裁判觀點亦能隨之轉變。

縱然行政訴訟法學已將一般權利保護必要之法律性質導上正軌，然而此一要件在程序合法要件架構中之備位功能卻仍廣被忽視，蓋論者多將可行性或訴訟權能之問題和一般權利保護必要混為一談，甚或將訴訟權能、當事人適格與一般權利保護必要劃上等號。如前所述，「可行性」係行政法院對於各個訴訟類型之特別程序合法要件首應審查者，其意指每一種訴訟類型各依其程序標的與訴訟目的之不同而各有之獨特適用範疇。是則，譬如系爭行政行為是否具備行政處分之性質且屬仍有效存在之行政處分，此乃撤銷訴訟之可行性要件，同理，訴請確認之標的是否合乎法律關係之概念，此亦為法律關係確認訴訟之可行性要件，二者皆尚未涉及一般權利保護必要或確認利益之問題範疇。其次，「訴訟權能」(Klagebefugnis)則屬行政訴訟法對於撤銷訴訟和課予義務訴訟所明定之特別程序合法要件，本係源自於民事訴訟法上之「訴訟實施權能」(Prozeßführungsbefugnis)概念。所謂訴訟實施權能，乃所有民事訴訟共通之一般程序合法要件，目的在於防杜民眾訴訟 (Popularklage)，其包含「原告之訴訟實施權能」(aktive Prozeßführungsbefugnis)和「被告之訴訟實施權能」(passive Prozeßführungsbefugnis)，意指就系爭之權利義務關係得以自己之名義做為原告或被告進行訴訟之權能。於通常

之情形，訴訟實施權能係分屬於系爭權利或義務之所屬人，而民事訴訟之原告或被告所主張或爭執之標的原則上亦係涉及其自身之權利或義務，是以，訴訟實施權能並不成問題，爰無特殊之意義。惟若原告或被告係就他人之權利或義務而以自己之名義進行訴訟，值茲例外情況，即須審究原告或被告是否合乎「訴訟擔當（訴訟信託）」（Prozeßstandschaft）之要件，此乃所謂形式上之當事人概念（formeller Parteibegriff），訴訟實施權能於此即有其獨立之地位。異於民事訴訟，行政訴訟另肩負行政監督之公益功能，故為確保行政訴訟維護個人權益之主觀制度功能，行政訴訟法乃有訴訟權能之明文規定。依此，除非法律另有規定，否則撤銷訴訟和課予義務訴訟之原告均須主張，系爭處分或行政機關之核駁處分或不作為係違法以致於侵害其個人之權益，而此所主張之權益侵害亦屬可能時，即具備訴訟權能之要件，至於系爭處分或行政機關之核駁處分或不作為是否確係違法並侵害原告之權益，則屬實體有無理由之審理內容。易言之，訴訟權能乃行政訴訟法對於原告之訴訟實施權能所做之特別規定。相對於其他程序合法要件，一般權利保護必要僅餘篩檢不符合訴訟經濟或濫用訴訟權利等例外情況之備位功能，亦即，唯有於此等例外情況，方須審究是否欠缺一般權利保護必要之要件。舉例言之，人民向行政機關申請有利於己之行政處分而遭違法核駁時，若捨較直接有效之課予義務訴訟不為，反僅就違法之核駁處分提起撤銷訴訟，此種所謂「分立之撤銷訴訟」（isolierte Anfechtungsklage），即屬例外情況之一例，其程序合法與否之問題，不在於撤銷訴訟之可行性，亦不在於訴訟權能，而係在於是否欠缺一般權利保護必要之要件（Stein, 2000: 53 ff.; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 126）。異於其他訴訟類型，確認訴訟本易流於濫訴，訴訟法之立法者乃設定確認利益（法律上利益或正當利益）之門檻，此係屬「特別權利保護必要」之明文規定，提起確認訴訟之原告均應對之積極主張，行政法院亦恆應審究之。

最後，我國訴訟法之理論皆習於將訴訟實施權能（訴訟權能）、當事人適格和一般權利保護必要等同視之，此點尤屬亟待澄清之誤解。如前所述，訴訟實施權能（訴訟權能）和一般權利保護必要雖均為程序合法要件，惟各有其獨特之功能，故應彼此區分。至於當事人適格，我國論者一則援引德國訴



訟法相當之概念名稱，另則將之視為訴訟實施權能（訴訟權能）之同義字，此種准橋為枳之現象，導致實體與程序混淆不分。按依據德國訴訟法之一貫理論，所謂「當事人適格」，由原文名稱“Sachlegitimation”即可顧名思義，其係屬「實體適格」。此一概念包含「原告（之實體）適格」（Aktivlegitimation, Sachlegitimation des Klägers）和「被告（之實體）適格」（Passivlegitimation, Sachlegitimation des Beklagten），意指根據實體法之規定，原告或被告係系爭權利或義務之真正歸屬者而各為正確之原告或正確之被告。既以實體法為評斷基準，當事人適格即應屬實體有無理由之審理內容，其雖與訴訟實施權能（訴訟權能）相互呼應，然後者則為程序合法要件，兩者應嚴予區隔，此乃德國訴訟法之論著多所強調之要點（例如 Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 82 f., 238 f.; Schenke, 2000: Rn. 539 ff.; Hufen, 2000: §25, Rn. 1 ff.; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 1993: 234 f.; Jauernig, 2002: 74 f.）。準此，若以撤銷訴訟為例，原告未主張其自身權益遭受違法處分之侵害或其個人權益侵害之主張根本不可能者，此屬訴訟權能要件之欠缺，應為程序不合法之駁回裁定；反若訴訟權能之要件具備時，行政法院於實體部分即應審查被告是否適格、行政處分是否確係違法以及原告之權益是否確受侵害，而原告權益侵害之審查即兼及原告之適格與否，欠缺其一者，即應以實體無理由判決駁回訴訟。

歸根結柢，一般權利保護必要概念之確立，於行政訴訟上，端賴建構層次分明之程序合法要件理論體系，於此，本文建議揚棄籠統含糊之「訴訟利益」概念，方有助於各個獨立程序合法要件之長足發展，此外，程序與實體之劃分以及先程序後實體之觀念，仍有待吾人之努力。

### 3. 備位原則與「確認利益」之關係

如前所述，若干行政訴訟法論著，將備位原則置附於確認利益或權利保護必要之要件下，此種見解係受到民事訴訟法不同體例之影響所致。緣德國民事訴訟法第二百五十六條第一項所定之法律關係確認訴訟，並不具有明文之備位條款，<sup>27</sup> 故而對於該訴訟類型與形成訴訟或給付訴訟間之適用關係，

<sup>27</sup> 我國民事訴訟法第二百四十七條第一項之相關規定亦同。

僅能透過確認利益或權利保護必要之要件加以檢視。本乎此，一方面，民事訴訟之學說與實務咸認，原告得以形成訴訟或給付訴訟達成相同之救濟目的時，原則上，法律關係確認訴訟係欠缺確認利益或權利保護必要之要件，因之乃屬不合法；惟另一方面，在法律關係確認訴訟和給付訴訟間之適用關係上，渠等卻又主張，於個案中，法律關係確認訴訟若能更便捷、更經濟或更有效地解決爭端，即具備確認利益或權利保護必要之要件，故而例外地允許原告得捨給付訴訟一途而選就法律關係確認訴訟。<sup>28</sup> 概括而言，確認利益或權利保護利益之要件係籠統之概念，普通法院對之擁有相當寬廣之解釋空間，並得依個案之特殊情況各做不同之認定。在法律關係確認訴訟與給付訴訟間之適用關係上，確認利益之有無，乃以訴訟經濟之合乎與否為判斷準則，而此一準則又形如任由普通法院自由操作之雙面利刃，不僅用以做為排除適用法律關係確認訴訟之門檻，且又反引為支撐該訴訟類型合法性之依據。整體以觀，於某些案例，法律關係確認訴訟固屬較具效益之訴訟類型，本即無備位性可言，然而，縱如與給付訴訟間存有競合關係之諸多案例，普通法院亦仍對法律關係確認訴訟肯定其訴訟經濟與確認利益之合致性。<sup>29</sup> 偌多破除原則之例外，以致於實質競合關係之存在和法律關係確認訴訟之備位性兩者間已非必然之因果邏輯，對於民事訴訟上之法律關係確認訴訟，爰難冠以所謂之備位原則（BGH, NJW 1984: 1118/1119; NJW 1996: 2725/2726; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 1993: 523; v. Mutius, 1972: 231）。

鑑於民事訴訟法之先例，行政法院法之立法者自始即做不同之果斷抉擇。考其立法理由，原係顧及先前對於法律關係確認訴訟和其他訴訟類型間適用關係所產生之疑義，故乃於行政法院法第四十三條第一項所定確認利益

28 參見 BGH, NJW 1984: 1118/1119; NJW 1994: 3107/3108; NJW 1996: 2725/2726; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 1993: 522 f.; Jauernig, 2002: 145; Hartmann, 2002: §256, Rn. 33 f., 77 ff.; 我國類似之見解，另參見陳計男，1999: 203-205, 264。

至於形成訴訟，則因其普通法院專屬形成權之特性，故若與法律關係確認訴訟彼此之間存有實質競合關係時，一般均否定後者之確認利益，亦即排除後者之適用。

29 諸多案例類型，詳見 Hartmann, 2002: §256, Rn. 78 ff.

要件之外，另以同條第二項第一句明訂備位條款，俾臻明確。<sup>30</sup> 次就規範位置與方式而言，備位條款顯然亦屬非依附於確認利益之獨立要件規定（v. Mutius, 1972: 231; Selb, 1998: 169）。復衡諸另一層面之立法意旨，亦即防止規避撤銷訴訟和課予義務訴訟之特別程序合法要件，備位條款則與訴訟經濟、確認利益或權利保護必要等考量無何關連，此一意旨乃為貫徹撤銷訴訟和課予義務訴訟之專屬性、排他性所使然。職是，於行政訴訟上，既有特別之程序競合規定，法律關係確認訴訟之備位問題，遂應與確認利益或權利保護必要之要件截然劃分。同一爭議事件中，法律關係確認訴訟和撤銷訴訟或給付訴訟間確有實質競合關係時，即應一概排除法律關係確認訴訟之適用。原告若依然提起此種訴訟類型，已因合乎備位條款之消極要件而屬程序不合法。<sup>31</sup> 易言之，行政法院毋庸再進一步審查確認利益或權利保護必要之要件具備與否，亦不得如普通法院藉由此徑對個案做不同之認定。唯有於不合乎備位條款之情形，此時，行政法院方須審查法律關係確認訴訟是否另具備確認利益之要件。

據此以論，關於法律關係確認訴訟之備位問題，在法律規定前提要件迥異之下，行政訴訟和民事訴訟本應有不同之運作方式。然而，在一般給付訴訟與法律關係確認訴訟之競合關係上，德國聯邦行政法院卻依附民事訴訟實務之慣例，否定法律關係確認訴訟之備位性，進而對行政法院法明訂之備位條款開啓例外之門。按於民事訴訟上，人民例外地以公權力主體做為訴訟被告時，若捨本屬可行之給付訴訟途徑不為，而僅選就效益較弱之法律關係確認訴訟，對此，聯邦普通法院素來延續曩昔帝國法院之裁判，認為公權力主體既受制於依法行政之憲法約束，應可期待其即令欠缺如給付判決之強制執行壓力，亦會依循法院確認判決之意旨，自動採取必要之對應措施，不致迫使人民須再度提起給付訴訟以竟救濟目的，故而就此種情形而言，法律關係

30 關於備位條款之立法理由說明，參見 Bundestag-Drucksache, 3. Wahlperiode, Nr. 55, S. 32.

31 惟行政法院不得逕以此為由作成程序駁回之裁判，若原告可改提其他訴訟請求，譬如無期間限制、亦毋須先行訴願程序之一般給付訴訟，則審判長應先善盡其闡明之職權與義務（參照行政法院法第八十六條第三項、我國行政訴訟法第一百二十五條第二、三、四項）。

確認訴訟係具備確認利益而屬合法 (RGZ 92: 376/378; BGHZ 28: 123/126; BGH, NJW 1984: 1118/1119; Rosenberg/Schwab/Gottwald, 1993: 523; Hartmann, 2002: §256, Rn. 82)。針對情況類似之行政訴訟案例，聯邦行政法院初於 1970 年間 (BVerwGE 36: 179/181 f.) 援引聯邦普通法院之觀點，同予肯定法律關係確認訴訟之合法性，並強調，在類此情形之下，應對行政法院法第四十三條第二項第一句之備位規定作目的性之限縮，<sup>32</sup> 否則民事訴訟和行政訴訟將乏令人易解之理由而各行其道。此外，聯邦行政法院更指陳，行政法院法之備位條款旨在防止規避撤銷訴訟和課予義務訴訟之特別程序合法要件，一般給付訴訟既無訴願與期間限制之適用，即無此等顧慮。<sup>33</sup> 職此之故，兩院之立場迄今乃始終一致。倘若思及行政訴訟之被告絕大多數均為公權力主體，則在與一般給付訴訟之競合關係上，法律關係確認訴訟之備位原則庶幾落空。<sup>34</sup>

毫無疑問地，聯邦行政法院之裁判見解難立足於行政法院法備位條款之根基上，無怪乎在行政訴訟法（尤其是較新近）之論著中引發幾近一致之批駁（例如 v. Mutius, 1972: 229 ff.; Selb, 1998: 171 f.; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 337; Hufen, 2000: §18, Rn. 10 ff.; Schenke, 2000: Rn. 420, 565;

32 所謂「目的性限縮」(teleologische Reduktion, Restriktion)，意指某一案例類型本屬法律規定文義所涵蓋之部分，然衡諸規範目的或法秩序內涵之原則，卻互有扞格，爰須將此一案例類型排除在該規定之適用範疇外。與此相對應者，乃「法律之類推適用」(Gesetzesanalogie)，其係指將法律對特定案例類型所作明文規定之適用範疇延伸至法律漏未規定而與法律所明文規定者係屬同類之其他案例類型。前者係針對立法者漏未設限之「隱性漏洞」(verdeckte Lücke)，基於平等原則「異者異之」之法理，以排除適用之方式所為之法律漏洞填補；後者則係針對立法者漏未規定之「顯性漏洞」(offene Lücke)，基於平等原則「同者同之」之法理，以比附援引之方式所為之法律漏洞填補。此二種法律漏洞填補方法皆已積極地超越法條文義可能性之界線，與之應有所區隔者，乃「限縮解釋」(einschränkende Auslegung) 與「擴張解釋」(erweiternde Auslegung)。後二者雖亦有目的性之考量，惟卻仍在法條文義所能預測範圍之內消極地予以限縮或擴張，故僅屬狹義之法律解釋方法。關於目的性限縮，參見 Larenz, 1991: 391 ff.; 黃建輝, 2000: 58-60。

33 惟於涉及公務員關係之行政爭訟，包括一般給付訴訟與確認訴訟在內，均應遵守訴願和期間限制之程序合法要件，參見本文前註 10。

34 類此案例，另參見 BVerwGE 40: 323/327 f.; 51: 69/75; 77: 207/211; BVerwG, DVBl. 1988: 738/739。

Happ, 2000: §43, Rn. 43; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 26; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 42 f.)。令人詬病者，首為聯邦行政法院論理方法之出發點，亦即未洞察行政訴訟和民事訴訟所處前提要件之差異，即貿然套用民事訴訟實務之運作模式。蓋如本文前述，民事訴訟法並不具備法律關係確認訴訟之備位條款，聯邦普通法院乃得以僅憑確認利益或權利保護必要之門檻，逐案酌量是否排除法律關係確認訴訟之適用，抑且，諸多例外情況之允許，導致幾無備位原則可言；相對於此，行政法院法之立法者係另擇他途，就法律關係確認訴訟與其他訴訟類型之競合關係明訂特別之備位條款。既乏有待填補之法律漏洞，聯邦行政法院竟自攀附他山之石，實違反類推適用之基本法理。其次，聯邦行政法院假定做為被告之公權力主體均會遵從行政法院確認判決之意旨，此縱屬法治國家合理之期待，然卻與行政法院法之規範體系無法契合。異於民事訴訟，行政訴訟之主要功能本在於對抗公權力違法侵害人民之權益，故「民告官」乃行政訴訟之典型態勢，行政法院法之立法者必係有此意識，而仍採取法律關係確認訴訟備位條款之明確抉擇，尤有進者，行政訴訟之強制執行體系亦及於公權力主體，乃至對於課予義務判決，立法者更另設怠金 (Zwangsgeld) 之強制執行機制 (參照行政法院法第一百六十七條以下)，<sup>35</sup> 在在皆顯示立法者對公權力頑強不屈之可能情況預作充分防範之動機，自不容聯邦行政法院對公權力之信任超乎於此種規範體系之外。再者，聯邦行政法院尚謂，對於一般給付訴訟而言，並無規避訴願與期間等特別程序合法要件之顧慮，故而法律關係確認訴訟毋庸因此被排除適用，此點固屬無誤，惟該院卻漠視亦適用於一般給付訴訟之其他立法目的，亦即訴訟經濟之考量，該項意旨明白形諸於行政法院法第四十三條第二項第一句條文之中。綜上，聯邦行政法院基於訴訟實務一致運作所為之目的性限縮，顯不足為採，若一般給付訴訟與法律關係確認訴訟確有競合關係，縱於公權力主體係處被告地位之情形，亦仍應依備位條款排除後者之適用。<sup>36</sup>

35 關於德國與我國行政訴訟強制執行之基本體系與比較分析，詳見李建良，2001b: 61-122。

36 反若於實務案例中，原告雖亦可對公權力主體提起一般給付訴訟，惟此一訴訟類型卻與法律關係確認訴訟並不存有實質之競合關係，值此，本即無備位條款之適用，原告當可選就法律關係確認訴訟，此種情況爰非本文此處指摘之對象，參見 Pietzcker, 2000: §43, Rn.

## 二、我國行政訴訟法第六條第三項所定備位原則之對照與詮釋

### (一)備位原則之法律性質

我國行政訴訟法第六條第三項規定：「確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，於原告得提起撤銷訴訟者，不得提起之。」此係法律關係確認訴訟和撤銷訴訟間之「程序競合規定」，其旨亦在明示法律關係確認訴訟之備位性。若僅著眼於該項之規範位置和方式，足以與前揭德國行政法院法第四十三條第二項第一句備位規定之法律性質相互匹擬。申言之，我國上開法律關係確認訴訟之備位規定，同屬在該訴訟類型之「可行性」要件以外，立法者另定之特別、獨立及消極之程序合法要件。如前所述，此一要件雖與同條第一項所定之確認利益（即受確認判決之法律上利益）要件相同，皆源出於「一般權利保護必要」之訴訟法思想，惟兩者乃各自獨立之要件，故應彼此截然劃分。抑有進者，於個案中，備位問題應優先於確認利益要件審查之，設若合乎備位規定之消極要件，法律關係確認訴訟即已因此屬程序不合法而應一概排除其適用，至於確認利益之要件具備與否，爰無關宏旨；反若法律關係確認訴訟於個案中並無備位性質，此時，行政法院方有續審確認利益要件之必要。職是，於檢視法律關係確認訴訟特別程序合法要件之際，其邏輯先後應如：1) 可行性，亦即法律關係存在或不存在之確認；2) 備位性，亦即是否得依其他訴訟類型實現原告之權利；3) 確認利益，亦即受確認判決之法律上利益。<sup>37</sup>

### (二)行政訴訟法第六條第三項規定之擴張解釋與類推適用

儘管我國行政訴訟法第六條第三項係師承德國行政法院法第四十三條第

43; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 28.

37 與本文持類似見解者，參見李震山，2001: 490-491。

惟我國論者迨多將確認利益置於備位性之前，此或因受到法條項次順序誤導之故，抑或係將備位規定視為確認利益之體現所致，參見如曾華松，1997a: 6-7；蔡志方，1999a: 48-49；吳庚，1999: 120-124；陳計男，2000: 188-191。

二項第一句之立法例，然而，若細究條文內涵，兩者即幡然有別。舉其差異，一則，「於原告得提起撤銷訴訟者」之文義不盡明確，其僅以撤銷訴訟原屬根本「可行」(statthaft)者為已足，抑或專指仍得「合法」(zulässig)提起撤銷訴訟之情形？易言之，所謂「得提起」，是否亦應及於「原本得提起」，抑或僅止於「仍得提起」？擴張解釋與限縮解釋，孰宜？另則，上開我國規定僅針對撤銷訴訟明揭法律關係確認訴訟之備位性，惟就課予義務訴訟或一般給付訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係，卻未於條文中一併規範，是否應將該項規定類推適用其上？諸此疑點，亟應釋清。

### 1. 行政訴訟法第六條第三項規定之擴張解釋

首就「得提起」之意涵而言，我國絕大多數之論者皆適當地參酌德國之立法意旨，認為行政訴訟法第六條第三項規定之目的，除基於訴訟經濟之考量，藉此督促原告逕採較直接有效之訴訟類型外，亦在防止原告規避訴願與期間限制之特別程序合法要件（曾華松，1997a: 7；蔡志方，1999a: 43, 48-49；吳庚，1998: 5；同氏，1999: 122-123；李震山，2001: 490；陳敏，2001: 1210；彭鳳至，2001: 293-294）。是則，「得提起」者，即應擴張解釋成兼含「原本得提起」之情形。準乎此述，撤銷訴訟本係可行，且亦屬較直接有效之訴訟類型，倘因怠於提起訴願或遲誤爭訟期間致喪失撤銷訴訟之途徑，值茲之際，法律關係確認訴訟亦不得提起之。以公務員遭受免職處分為例，本當於爭訟期間內循復審、再復審及撤銷訴訟之途徑力求處分效力之排除，公務員若不謀此救濟，嗣於免職處分之形式存續力一旦產生，縱然法律關係確認訴訟無訴訟期間之限制，亦不得再請求行政法院確認公務員關係仍係存在，抑或訴請確認處分機關並無作成免職處分之權限。不僅出自於比較法與立法目的之衡酌，即令放眼於行政訴訟類型之規範體系，亦應對法律關係確認訴訟之備位性做如上之擴張解釋。蓋對於具體法律關係之形塑，行政處分係肩負釐清與穩定之特殊功能，因而有其特殊性質。針對違法侵權之行政處分，訴訟法乃一方面專設具形成訴訟性質之撤銷訴訟以資有效之救濟，另一方面則又附加訴願與期間限制之特別程序合法要件，俾行政效率和法安定性之要求併予兼顧。行政處分於實體法上之特殊功能以及撤銷訴訟於訴訟類型體系中之「專屬性」、「排他性」，唯有透過對法律關係確認訴訟之備位性做寬廣之詮

釋，方足以真正落實。異於其上，少數反對論者指稱，備位原則之擴張解釋對於人民權利保護似嫌過苛，進而主張，從權利保護觀點，倘若原告已無法提起撤銷訴訟，則似應給予提起確認訴訟之機會，方能有效提供權利救濟（陳清秀，2001: 155）。就此，本文認為，憲法保障人民訴訟權之意旨，僅要求訴訟法之立法者根本提供適當有效之訴訟救濟機會，除此之外，當允許立法者盱衡各個行政行為之特質，設計不同之訴訟類型，並兼顧行政效率、法安定性、訴訟經濟等其他原則，對各個訴訟類型附加積極或消極之特別程序合法要件。法律關係確認訴訟之備位問題，不宜僅從權利保護與訴訟經濟之角度觀之，否則將失於管中窺豹，無以掌握整個訴訟類型規範體系之邏輯合致性。倘使撤銷訴訟本屬可行，人民卻因可歸責於己之事由坐失機會，此時，若仍許其就同一爭議事件請求行政法院確認法律關係存在或不存在，則法律關係確認訴訟無疑形同訴訟救濟體系之後門，而訴願與期間限制之制度功能亦將落空，此當非憲法保障訴訟權之意旨所在。綜上論斷，依行政訴訟法第六條第三項之規定，具體爭議事件若屬撤銷訴訟之適用範疇，不論該訴訟類型實際上仍得或已不得提起之，法律關係確認訴訟皆一概無適用之餘地。

## 2. 行政訴訟法第六條第三項規定之類推適用

至若課予義務訴訟或一般給付訴訟和法律關係確認訴訟存有競合關係之情形，行政訴訟法第六條第三項之條文文義顯然不及於此，可資考慮者，乃該備位規定之類推適用。<sup>38</sup> 對此，我國論者見解頗為紛歧：部分主張應仿效德國，將我國備位規定完全類推適用於上述情形（蔡志方，1999a: 44, 48-49；彭鳳至，2001: 294-295；陳敏，2001: 1210；林明鏘，2000: 973-974）；尚有認為，課予義務訴訟與一般給付訴訟應區別對待，亦即類推適用僅侷限於前

38 我國行政訴訟實務上，亦存有一般給付訴訟與法律關係確認訴訟之間競合關係之問題，例如台北高等行政法院九十年訴字第四三五—號判決涉及主管機關未依規定發給土地徵收補償費，原土地所有人依行政訴訟法第六條第一項提起確認土地徵收處分無效之訴，結果行政法院以系爭處分係「向後失效」，而非行政程序法第一百十一條所定自始不生效力之「無效」，而為駁回原告之訴之判決。觀察本件判決所牽涉之事實，值得注意者，為徵收處分既已失其效力，則原告一方面應可提起一般給付訴訟，請求返還被徵收之土地；他方面亦可提起法律關係確認訴訟，請求確認徵收法律關係不存在。是則，此二訴訟之關係如何，即有探討之必要。



者，而後者則無類推適用之餘地（曾華松，1997a: 7）；更有一概否定類推適用之可能性者，依此，原告即可任意選擇提起課予義務訴訟／一般給付訴訟或法律關係確認訴訟（李惠宗，2000: 636；陳清秀，2001: 156）；另有不置可否而留待判例解決者（吳庚，1999: 123）；甚有論者雖不支持備位規定之類推適用，卻以確認利益之要件做為法律關係確認訴訟備位性之論理基礎（陳計男，2000: 190-191）。本文認為，鑑於課予義務訴訟與一般給付訴訟兩種訴訟類型之程序標的以及所適用之程序合法要件殊異，兩者乃宜分別審究之。

先就課予義務訴訟而言，其與撤銷訴訟皆係立法者專為行政處分所設計之特別行政訴訟類型，一在排除不利行政處分之效力，另則欲達成有利行政處分之核予，兩者所適用之特別程序合法要件亦均一致，誠屬一物之兩面。基於此，行政訴訟法第六條第三項僅相對於撤銷訴訟，規定法律關係確認訴訟之備位性，而未將課予義務訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係一併規範，爰難認其僅只為有待改進之法政策缺失，其毋寧是應予填補之法律漏洞。論者有云：「起草本法時或許認為給付訴訟當然包括確認訴訟，給付訴訟勝訴者，具積極的確認作用；敗訴者，亦有消極確認作用，當事人不至於捨正道而不由，致未加規定，不能不視為一項疏漏」（吳庚，1999: 123），此亦可用資佐證。再從立法目的觀之，如前所述，上開備位規定除係出自於訴訟經濟之考量外，其旨尚在防止原告規避訴願與期間限制之特別程序合法要件。此等立法意旨，不論對於撤銷訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係，抑或對於課予義務訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係，本應不分軒輊，方屬合理。縱令撤銷訴訟係具形成訴訟之性質，而課予義務訴訟則為給付訴訟之類型，然此一差異並不足以做為支撐兩者應受不等待遇之理由。揆諸平等原則「同者同之」之法理，課予義務訴訟既同具訴訟經濟之效益以及於訴訟類型體系中之「專屬性」、「排他性」，在與法律關係確認訴訟之競合關係上，遂應類推適用行政訴訟法第六條第三項之備位規定。此意謂，原告得依或原本得依課予義務訴訟實現其權利者，不得提起法律關係確認訴訟。職是，設若人民申請建築許可遭主管機關否准，理應循訴願與課予義務訴訟之途徑謀求較直接有效之救濟，不得僅向行政法院訴請確認原告具有核發建築許可之給付請求權或被告機關負有作成核可處分之義務；即便因遲誤爭訟期間而已喪

失課予義務訴訟之救濟途徑，法律關係確認訴訟亦復不允許之。

次論一般給付訴訟，其程序標的係行政處分以外之公法行為，相較於撤銷訴訟和課予義務訴訟，乃具「補餘訴訟」(Auffangklage)之功能(Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 373)，且無訴願與期間限制等特別程序合法要件之適用。至於行政訴訟法第六條第三項之備位規定是否應類推適用於一般給付訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係上，此一問題則或容仁智互見，觀點之差異端視對於該備位規定立法目的之側重所在而定。倘使吾人僅著眼於訴訟經濟之考量，一般給付訴訟既屬給付訴訟之性質，確定之給付判決如同課予義務判決，亦有強制執行之可能性(參照行政訴訟法第三百零五條)，較之於法律關係確認訴訟，更具權利救濟之實效。設若准許原告先就給付請求權提起確認訴訟並獲勝訴，及至被告不遵循確認判決之意旨採取必要之對應措施，一般給付訴訟又須隨之興起，司法資源之迂迴浪費不言可喻。自此以觀，實欠缺合理之說明，為何獨對一般給付訴訟，得允在節約司法資源上做不同之立法抉擇，故而應將上開備位規定類推適用於一般給付訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係上，方符合平等原則，庶幾原告勢須直接提起一般給付訴訟。相反地，若衡量基準不僅止於訴訟經濟原則，且更併從備位規定之他項立法意旨觀之，亦即防止規避訴願與期間限制之特別程序合法要件，則一般給付訴訟確無此一顧慮。果爾，吾人似亦可據以認為，相較於撤銷訴訟和課予義務訴訟，一般給付訴訟應屬「異者異之」。準此以推，對於一般給付訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係，行政訴訟法第六條第三項之備位規定乃不應類推適用其上。縱係採後一見解，亦不意謂原告得任憑己意決定是否直接提起一般給付訴訟或先行選就法律關係確認訴訟。於此，訴訟經濟原則雖不能經由備位條款概括地排除法律關係確認訴訟之適用，然至少應退而透過確認利益之門檻，逐案酌量允許法律關係確認訴訟之提起是否有違背訴訟經濟要求之虞。抑有進者，關於人民以行政機關做為訴訟被告之案例，乃行政訴訟之常態，是以，德國聯邦行政法院假定行政機關縱無強制執行之壓力亦均將自動遵循確認判決之意旨，據而一概否定法律關係確認訴訟相對於一般給付訴訟之備位性，面對此種不符合行政訴訟法規範體系之實務運作，吾人應慎防重蹈覆轍；此外，對於訴訟經濟及確認利益之判斷，亦不宜仿效普

通法院之慣例，在漫無標準之任意操作下，導致法律關係確認訴訟之備位原則蕩然無存，畢竟我國行政訴訟法亦係悖於民事訴訟法，原則上採備位條款之立法例。申述之，一般給付訴訟本屬可行，原告捨其不由，卻就本身之給付請求權或被告之相對義務提起確認訴訟，值茲之際，行政法院恆須審慎衡量個案之特殊情況，進而判定確認訴訟是否確能一次解決案件爭議，若是，即具備確認利益之要件，確認訴訟爰屬合法；反之，若對於是否究能畢其功於一役滋生疑慮，則因違背訴訟經濟原則而欠缺確認利益，確認訴訟乃屬不合法，惟行政法院於做成程序駁回之裁定前，審判長應先善盡其闡明之職權與義務（參照行政訴訟法第一百二十五條第二、三、四項），諭知原告得改提一般給付訴訟。

### （三）備位原則之前提要件：實質之競合關係

如本文前述，法律關係確認訴訟之備位性係相對的。優位性與備位性之認定，乃取決於撤銷訴訟或給付訴訟以及法律關係確認訴訟相互間是否存有實質之競合關係。此一前提要件係指，同一爭議事件中，撤銷訴訟或給付訴訟不僅亦屬可行，抑且，此等訴訟之救濟目的尚須與法律關係確認訴訟相同方足矣。易言之，唯有當撤銷訴訟或給付訴訟確能提供較直接有效或至少在幅度與效益上等同於法律關係確認訴訟之權利救濟時，始須排除法律關係確認訴訟之適用；反於法律關係確認訴訟就先決問題或整體法律關係所能解決爭議之層面與幅度比之其他訴訟類型更為寬廣之情形，則屬法律關係確認訴訟之獨特功能領域，並無備位原則可言。此項認知對於吾人尤為重要，蓋鑑於我國行政訴訟法第六條第三項僅明定「於原告得提起……者」，較諸德國行政法院法第四十三條第二項第一句「原告得依或原本得依……實現其權利者」之條文，更易引人誤解為舉凡得提起撤銷訴訟（或給付訴訟）者均一概排除法律關係確認訴訟之適用，故而忽略尚須進一步審視彼此救濟目的之實質同異。

茲試藉因無法證明具有我國國籍而申請發給護照遭外交部拒絕一例以闡釋之。論者於鋪陳行政訴訟法第六條第三項之備位規定是否應類推適用於課予義務訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係時，有兩相對比較發護照之課

予義務訴訟和我國國籍之確認訴訟以示類推適用與否之差異者，並謂：「原告因無法證明具有我國國籍，申請發給護照遭外交部拒絕，若得提起給付之訴者，即不得以確認訴訟為請求，此例之原告捨提起拒絕申請之訴外，別無其他途徑。反之，若確認訴訟與給付之訴無補充關係，則原告亦可選擇提起確認國籍之訴訟」（吳庚，1998: 5；另如林明鏘，2000: 974）。本文認為，此種案例援引之觀點殊欠允當。與核發護照之課予義務訴訟存有實質之競合關係者，乃人民發照請求權或外交部發照義務之確認訴訟。在類推適用上開備位規定之下，原告自不得捨前者之課予義務訴訟不由而選擇後者之確認訴訟。至於我國國籍之確認，本僅屬核發護照課予義務判決之確定力無法涵蓋之裁判先決問題，我國國籍之確認訴訟和核發護照之課予義務訴訟兩者間爰無實質之競合關係。此外，國籍身份不僅只涉及護照之核發，且更為諸多權利與義務所繫之關鍵點。是以，因無法證明具有我國國籍而遭拒發護照者，雖得提起對抗核駁處分之課予義務訴訟，然其亦可選擇先就國籍之根本爭點提起確認訴訟，就此而言，並無備位原則之適用。<sup>39</sup>

#### （四）修法建議

我國行政訴訟法第六條第三項雖亦悖於民事訴訟法，採行德國行政法院法第四十三條第二項第一句備位條款之體例，然而，兩相對照之下，我國上開規定實予人簡陋粗糙之憾。無可否認地，備位條款不僅為行政法院法相對於傳統民事訴訟法之創新立法，同時亦屬較難理解之條文。我國行政訴訟法立法之初，或係未能掌握德國備位條款之真正意涵，或係疏於體悟給付訴訟與法律關係確認訴訟間之競合關係，以致於擬出內容殘缺不全之備位規定。未來於行政訴訟之實務運作上，部分恐易造成彷彿民事訴訟之法律不確定狀態，而學說之爭議亦將持續不休。為法律明確性之計，立法者誠宜做清晰果斷之抉擇。吾人既已略具備位條款之雛形，當更徹底師法德國，使之擴充成為完備之程序競合規定，俾法律關係確認訴訟與撤銷訴訟或與給付訴訟間之適用關係能有明確一致之準則可循。職此之故，本文建議將行政訴訟法第六

39 類似之見解，參見陳計男，2000: 189，註 79。

條第三項之規定修正約如：「確認法律關係存在或不存在之訴訟，於原告得依或原本得依撤銷訴訟或給付訴訟實現其權利者，不得提起之。」<sup>40</sup>

## 參、無效確認訴訟與備位原則之排除

### 一、無效確認訴訟之意義

除法律關係之存在或不存在得做為確認訴訟之標的外，認為行政處分無效者，亦可提起確認訴訟，請求行政法院確認系爭處分係屬無效，此乃所謂之無效確認訴訟(Nichtigkeitsfeststellungsklage)（參照德國行政法院法第四十三條第一項以及我國行政訴訟法第六條第一項前段）。行政處分無效者，係指行政處分雖已對相對人或利害關係人經合法通知或送達，卻因具有特別重大且明顯之違法情事（參照德國聯邦行政程序法第四十四條第一、二項以及我國行政程序法第一百十一條），故而從未產生任何法律效果。此意謂，無效之行政處分乃自始、當然不生效力（參照德國聯邦行政程序法第四十三條第三項以及我國行政程序法第一百十條第四項），對任何人或機關均無拘束力。對此一法律上之空無（juristisches Nullum），任何人皆可隨時作行政處分無效之主張，原無待處分機關或行政法院之確認，隨之此等確認至多亦僅具宣示性之意義（deklaratorische Bedeutung）（Selb, 1998: 120; Erichsen, 1998: §15, Rn. 23）。然而，行政處分究屬無效與否，若有爭議滋生時，處分機關往往堅持行政處分之合法性與效力，抑且，行政處分憑藉其公權力之後盾，縱係無效，仍造成某種法律效力之表象。是則，相對人或利害關係人自行主張行政處分無效並無視其存在者，即會招致行政執行或其他不利之後果。由此以觀，無效之行政處分依然可能引發事實上之負擔效果。職此，無效確認訴訟之立法目的乃在藉由法院判決之權威性確認，用以消除行政處分法律效力之外觀以及事實上之不利效果，進而創就法律明確和安定之狀態

40 於修法之際，得一併將同條第一項「成立或不成立」之字語修正為「存在或不存在」，參見本文前註1。至於「公法上法律關係」中「公法上」之字樣則可刪除，蓋案件是否屬公法上之爭議，在依行政訴訟法第二條審查行政訴訟審判權時，已須先加以確定。

(Selb, 1998: 120 f.; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 139, 336; 蔡志方, 1999a: 46; 陳敏, 2001: 1193)。

就無效確認訴訟之程序合法要件而言，系爭行政行為首須客觀上具備行政處分之性質，無效確認訴訟方屬可行 (statthaft)。<sup>41</sup> 其次，原告並應陳述適當事實理由以主張系爭處分係屬無效。至於系爭處分是否確係無效，則不在程序合法要件之範疇，此乃屬實體審查之內容 (Selb, 1998: 122 f.; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 334; Schenke, 2000: Rn. 413; Hufen, 2000: §18, Rn. 43)。再者，無效之行政處分既自始不生任何法律效力，當亦不可能經由一定期間之屆滿而產生形式之存續力，是以，無效確認訴訟爰無訴訟期間之限制。雖然如此，惟若遲誤過當之時間始向行政法院請求確認行政處分無效，則可能面臨訴訟上權利失效 (Verwirkung) 之情況，以致於無效確認訴訟仍屬不合法。值茲之際，原告亦可能因時間之延宕而欠缺「即受」確認判決之利益 (BVerwG, NJW 1981: 363/364; Hufen, 2000: §18, Rn. 51; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 27; 蔡志方, 1999a: 47; 陳清秀, 2001: 157)。<sup>42</sup> 復依我國行政訴訟法第六條第二項之規定，無效確認訴訟，須已向原處分機關請求確認行政處分無效遭拒，或經請求後於三十日內不為確答時，方得提起之。此一規定係與行政程序法第一百十三條第二項之規定相互呼應，按依後者，行政處分之相對人或利害關係人有正當理由<sup>43</sup> 請求確認行政處分無效時，處分機關應為有效與否之確認。此等規定之目的，在於賦予原處分機關自行審查和確認其行政處分無效之機會，用以替代訴願先行程序之功能，並防止擅行濫訴 (吳庚, 1999: 117-118; 曾華松, 1997a: 4, 6; 陳清秀, 2001: 149; 李震山, 2001: 488; 陳新民, 2000: 542-543)。準乎此，行政處分之相對人或利害關係人未向原處分機關請求無效確認者，不得提起無效確認訴訟；至若原處分機關已自行確認其行政處分無效時，無效確認訴訟即無再存立之餘地。異

41 關於「可行性」(Statthaftigkeit) 之概念，參見本文前註 21。

42 關於訴願或撤銷訴訟期間逾越之後是否仍得提起無效確認訴訟之問題，於司法院行政訴訟制度研究修正委員會之委員間曾有爭論，參見曾華松, 1997b: 5-6。

43 相對於此，行政訴訟法第六條第一項前段則係要求須具備「法律上利益」。此種立法不一之現象，未來宜由行政法院於實務上對「法律上利益」做寬廣解釋，俾稍趨一致。

於此，德國聯邦行政程序法第四十四條第五項雖亦相當於前揭我國行政程序法第一百十三條，然彼國行政法院法卻未做如同我國行政訴訟法第六條第二項之規定，故而對於無效確認訴訟是否應以原告已向原處分機關請求無效確認未果者為其程序合法要件，學說觀點紛歧兩元。部分認為，無效確認訴訟毋須先踐行行政確認程序即可直接提起之，行政處分之相對人或利害關係人爰可就無效確認訴訟或行政確認程序擇其一而行（例如 Sachs, 2001: §44, Rn. 203; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 20, 21, 32; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 27; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 16; OVG Münster, NVwZ-RR 1991: 331/332）；相反地，部分則透過確認利益之要件主張，無效確認訴訟之原告，須已向原處分機關請求無效確認而未果者，始具備確認利益（例如 Weides, 1993: 53; Württenberger, 1998: Rn. 420; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 342; Hufen, 2000: §18, Rn. 48）。進而言之，行政處分之相對人或利害關係人若已向原處分機關請求無效確認而遭駁回或未獲任何決定，此時，除可提起無效確認訴訟之外，是否另得選擇請求行政法院命原處分機關為無效確認處分之課予義務訴訟，德國學說對此見解亦是仁智互見。<sup>44</sup> 本文認為，立法者既已特別提供由行政法院直接以判決確認行政處分係屬無效之確認訴訟類型，較之於命行政機關為無效確認處分之課予義務訴訟，無效確認訴訟更能直接有效地達成原告之救濟目的，職是，縱令不逕認此種課予義務訴訟根本不可行（unstatthaft），至少亦須以欠缺一般權利保護必要為由而否定其合法性。<sup>45</sup>

相對於法律關係確認訴訟，無效確認訴訟係屬特殊、例外之確認訴訟類型（Selb, 1998: 127; Happ, 2000: §43, Rn. 16, 27; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 334）。蓋行政處分雖可形成（創設、變更或消滅）法律關係，惟行

44 肯定說者，參見如 BVerwG, NVwZ 1987: 330; OVG Münster, NVwZ-RR 1991: 331/332; Kopp/Ramsauer, 2000: §44, Rn. 69; Happ, 2000: §43, Rn. 26; Pietzcker, 2000: §42 Abs. 1, Rn. 18；否定說者，參見如 Meyer/Borgs-Maciejewski, 1982: §44, Rn. 30; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 342; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 20.

45 我國論者多持否定之立場，參見吳庚，1999: 117-118；陳敏，2001: 1210；陳清秀，2001: 157。

政處分本身以及行政處分之違法、無效等法律性質卻非屬法律關係之概念所及。行政處分之相對人或利害關係人固可就無效之行政處分所形成之法律關係存在或不存在提起確認訴訟，而行政法院於此亦須探究行政處分是否無效，然而，此種行政處分無效之審查僅屬間接、附帶之先決問題。基於此點考量，立法者乃於法律關係確認訴訟之外另設無效確認訴訟，俾行政處分無效之確認直接成為判決確定力所及之訴訟標的 (Selb, 1998: 121; Schenke, 2000: Rn. 411; Happ, 2000: §43, Rn. 27)。就立法政策而言，無效確認訴訟係特為行政處分在確認訴訟類型上所做之擴充 (Selb, 1998: 121; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 27)。由是，觀諸德國行政法院法第四十三條第一項將無效確認訴訟置於法律關係確認訴訟之後，<sup>46</sup> 再對照我國行政訴訟法第六條第一項前段之相反順序，應以前者之立法技巧較為妥適。

## 二、備位原則之排除：無效確認訴訟與撤銷訴訟之關係

德國行政法院法第四十三條第二項第二句明定，該項第一句關於確認訴訟之備位條款，於請求行政法院確認行政處分無效之情形，不適用之。<sup>47</sup> 依此，備位規定爰僅適用於法律關係確認訴訟之類型，相反地，對於無效確認訴訟，則明確將之排除於備位原則之外。反觀我國行政訴訟法第六條第三項之規定，係明示法律關係確認訴訟之備位性，此外，該項條文並未涵蓋無效確認訴訟在內。兩相對照，前者係採反面扣除法，後者則用正面限縮法，立法方式雖不盡相同，惟其意涵應屬彼此殊途同歸。易言之，無效確認訴訟之不適用備位原則，於我國行政訴訟法亦然。<sup>48</sup> 無效確認訴訟做為確認訴訟備位性之例外，尤其涉及無效確認訴訟與撤銷訴訟兩者間之關係。此一關係，可從理論和訴訟技巧兩個層面予以闡釋。

在理論上，無效之行政處分係自始、當然不生效力，對任何人或機關均無法律上之拘束效果。是則，無效之行政處分無需撤銷之形成行為，亦無從

46 關於該項規定之條文，參見本文貳、一、(-)。

47 關於該項規定之條文，參見本文貳、一、(-)。

48 相同見解，參見吳庚，1999: 123，註 95；蔡志方，1999a: 47；彭鳳至，2001: 294；李震山，2001: 487。



撤銷，對於此種行政處分，乃僅能經由行政確認程序或確認訴訟之途徑達成宣示性之無效確認，俾消除其事實上之法律效力表象。反之，行政處分縱係違法，惟若尚不屬重大且明顯之瑕疵，則仍然有其法律上之效力。對於違法但有效之行政處分，唯有待行政機關或行政法院予以撤銷，方克消滅其法律效力，而相對人或利害關係人所受之權利侵害亦始能獲得救濟。準乎此述，一方面，無效之行政處分不得成為撤銷訴訟之標的，另一方面，無效確認訴訟亦無法適用於違法得撤銷之行政處分。無效確認訴訟與撤銷訴訟，係在呼應行政實體法上行政處分瑕疵理論之下，行政訴訟法所設計不同性質之訴訟類型。兩者既各有其獨特之救濟功能領域，相互排斥，本無交錯重疊之競合關係，從而立法者即無訂立無效確認訴訟備位性之餘地。

無效確認訴訟與撤銷訴訟在本質上雖是互斥關係，不可能同時並存，然而，在訴訟實務上，兩者卻難以截然分立。蓋行政處分之瑕疵，是否已重大明顯至無效之程度，抑僅止於單純違法得撤銷之情形，在訴訟爭議之初，縱屬法曹學者之輩亦往往不易立予區辨，加之，行政處分無效者洵非常例，而撤銷訴訟又有爭訟期間之限制，此種實際判斷困難之風險不應由訴訟原告承擔。是以，在撤銷爭訟期間屆滿之前，對於客觀上係屬無效之行政處分，除無效確認訴訟之外，亦可提起撤銷訴訟，兩者均屬可行，互不排斥。就訴訟技巧而言，備位原則之排除意指，無效確認訴訟與撤銷訴訟係處於事實上之競合關係，亦即行政處分之相對人或利害關係人具有決定提起無效確認訴訟或撤銷訴訟之選擇權利。<sup>49</sup> 此兩種訴訟類型之合法性，首先僅依原告之訴訟

49 此在行政法院法案草案之立法理由中即已敘明，參見 Bundestag-Drucksache, 3. Wahlperiode, Nr. 55, S. 32；另參見 BVerwGE 18: 154/155; Selb, 1998: 176; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 139, 339 f.; Hufen, 2000: §18, Rn. 42; Pietzcker, 2000: §42 Abs. 1, Rn. 18, §43, Rn. 27, 48; Kopp/Schenke, 2000: §42, Rn. 3, §43, Rn. 7, 20; Redeker/v. Oertzen, 2000: §42, Rn. 12；吳庚，1998: 4；蔡志方，1999a: 43, 47；陳清秀，2001: 156；李建良，2001a: 224。

我國行政訴訟實務上，亦存有此種問題。例如台北高等行政法院九十年訴字第五五二號判決涉及原告以「徵收原因」有重大明顯瑕疵為由而提起徵收處分「違法確認訴訟」，行政法院於該判決中指出：「按行政訴訟法第六條第一項規定：『確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同。』惟違法確認判

主張與請求而定，至於行政處分究係無效抑或得撤銷，通常須俟進入實體審查之階段方趨明朗。反若撤銷爭訟期間業已逾越，值茲之際，則僅屬無期間限制之無效確認訴訟可行，此乃當然之理。惟無效確認訴訟係具有獨立功能之訴訟類型，爰不得視之為「遲誤時機之撤銷訴訟」。<sup>50</sup>

行政處分之相對人或利害關係人雖因判斷不易而允許其得先選擇提起無效確認訴訟或撤銷訴訟，惟嗣於行政法院經實體審查後發現有訴訟途徑錯誤之情形，仍應為訴訟類型之轉換，方克達成救濟目的。礙於爭訟期間之限制，通常原告允應於爭訟期間內採取訴願及撤銷訴訟之途徑。倘使行政法院於撤銷訴訟程序中達成系爭處分根本係屬無效之論斷，則撤銷訴訟即因欠缺有效且得以撤銷之程序標的而不可行 (unstatthaft)，亦即撤銷訴訟乃不合法 (Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 139；陳計男, 2000: 185；李建良, 2001a: 225)。然而，除非原告繼續堅持撤銷請求，行政法院始可逕以程序駁回，否則審判長應善盡其闡明之職權與義務（參照德國行政法院法第八十六條第三

---

決並無消滅行政處分規範效力之效果，所以在已執行完畢之行政處分，如其規範效力仍然存在之情形，且有回復原狀之可能者，仍不得提起第六條第一項之行政處分違法確認訴訟。另按行政處分撤銷訴訟之目的，在於廢棄行政處分之效力，以解除當事人權益免受該行政處分效力之影響，亦即人民提起撤銷訴訟之訴訟對象在於解除行政處分規範效力。是以凡有解除行政處分規範效力之必要者，原則均應以撤銷訴訟為之，已執行完畢之行政處分，如其規範效力仍然存在，且有回復原狀之可能者，行政法院仍准原告提起撤銷之訴，原告如認有回復原狀之必要者，更得依行政訴訟法第一百九十六條聲請行政法院判令行政機關為回復原狀之必要處置。況依行政訴訟法第六條第一項規定文義，提起確認訴訟之要件，僅必須要有確認利益，並未明文行政處分執行完畢者，僅得提起確認違法訴訟，所以並非所有已執行完畢之行政處分，均得提起行政處分違法確認訴訟，僅於行政處分規範效力已因法律上或事實上理由消滅者，原告仍有可回復之法律上利益者，才許其提起第六條第一項之行政處分違法確認訴訟。此從上述撤銷訴訟之目的及行政訴訟法第四條、第六條、第一百九十六條之法條規定，自應如上解釋。本件原處分雖經執行完畢，但其規範之效力仍然存在，應提起撤銷訴訟，若以原告理由所述本件係提起『確認已執行完畢的行政處分之違法』之訴，則係不合法，原告顯係誤解『確認已執行完畢的行政處分之違法之訴』之意義，殊不足採。本件應係行政訴訟法第六條第一項前段之確認『行政處分無效之訴』，此首應確定。」此一判決雖針對「撤銷訴訟」與「違法確認訴訟」間之優、備位關係，有所闡釋，惟究其內容，實寓有不得提起違法確認訴訟之行政處分，相對人得選擇提起「撤銷訴訟」或「無效確認訴訟」之意旨。

50 關於日本學者不同之見解，參見劉宗德，2000: 1161-1162。

項、我國行政訴訟法第一百二十五條第二、三、四項），諭知原告應將訴訟請求轉換成行政處分無效之確認（Schnapp, 2000: 250; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 139; Hufen, 2000: §18, Rn. 41; Pietzcker, 2000: §42 Abs. 1, Rn. 18, §43, Rn. 27; Redeker/v. Oertzen, 2000: §42, Rn. 12, §43, Rn. 16；陳計男，2000: 185；陳敏，2001: 1198-1199；李建良，2001a: 224-225）。此種訴訟類型之轉換，僅屬訴訟請求之更正，並不構成訴之變更（Happ, 2000: §42, Rn. 15; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 29）。反觀我國行政訴訟法第一百一十一條第三項第四款之規定，「應提起確認訴訟，誤為提起撤銷訴訟者」係應予准許之訴訟變更，果爾，既為訴之變更，則依同法第二百三十八條第二項對上訴審所作訴訟變更之限制，於最高行政法院之上訴審程序中即無法為訴訟類型之轉換，此點殊值商榷。<sup>51</sup> 基於程序經濟之考量，對於難以判斷系爭處分僅屬得撤銷抑或無效之情形，行政法院於認定系爭處分係違法之後，得無妨不深究是否另有無效之原因，而直接以撤銷判決審理之（Kopp/Schenke, 2000: §42, Rn. 3; Pietzcker, 2000: §42 Abs. 1, Rn. 18）。反之，行政法院若已確信系爭處分係屬無效，則撤銷訴訟即應轉換成無效確認訴訟，方為正鵠。我國行政法院曩昔一律以撤銷訴訟處理行政處分無效之情況，<sup>52</sup> 此種慣例在舊行政訴訟法時代確曾有其不可抹煞之救濟功能，惟面臨現今訴訟類型備全之行政訴訟體制，亟應有所修正。<sup>53</sup>

異於其上，設若原告選擇提起無效確認訴訟，行政法院經實體審查後，認定系爭處分僅屬單純違法，尚不至於無效之程度，此一無效確認訴訟乃屬無理由（Selb, 1998: 122; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 339; Hufen, 2000: §18, Rn. 43; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 21）。然而，行政法院於此亦不宜遽下實體駁回之判決，而應審究是否仍有訴訟轉換之可能性。因撤銷

51 關於對行政訴訟法第一百一十一條第三項第四款和同條第四項規定之批評，另參見劉宗德，2000: 1151-1152。

52 行政法院二十三年判字第六十一號判例謂：「行政處分若因欠缺法律上之要件而無效時，其外形上之事實既經成立，則應受有效之推測，須由當事人依法提起訴願或行政訴訟，經訴願官署或行政法院撤銷其效力，方不能繼續存在」。

53 相同見解，參見陳敏，2001: 1199。

訴訟須具備訴願和期間限制之特別程序合法要件，是以，由無效確認訴訟轉換成撤銷訴訟之可否，即視情況而定。倘使原告曾先踐行訴願程序，抑且無效確認訴訟係於撤銷訴訟法定期間之內提起，此時審判長應諭知原告將原無效確認請求轉換成撤銷請求（Selb, 1998: 122; Schnapp, 2000: 250; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 339; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 27; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 21; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 16; Ule, 1987: 158 f.; 吳庚, 1999: 117; 李建良, 2001a: 224; 陳清秀, 2001: 149）。此種訴訟類型之轉換，亦如其上，僅屬訴訟請求之更正，並不構成訴之變更（Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 339; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 29; 陳清秀, 2001: 150）。次若無效確認訴訟雖於訴願期間之內提起，惟卻未經訴願程序，訴訟類型之轉換即無從為之。值此，如行政法院駁回訴訟，訴願期間多已逾越，原告之訴訟救濟機會勢必完全喪失，極為不利。有鑑於此，我國行政訴訟法第六條第五項乃明文規定，高等行政法院應以裁定將訴訟事件移送於訴願管轄機關，並以行政法院收受訴狀之時，視為提起訴願。<sup>54</sup> 該項規定賦加行政法院移送案件之義務，並藉助案件移送之後原訴訟繫屬效果仍連續一貫之法理，<sup>55</sup> 以達成遵守期間要求之目的，進而維護原告之權益，殊值稱頌。復若於訴願期間業已屆滿之後始提起無效確認訴訟，此時原告唯有忍受敗訴判決，別無他途。

揆諸由無效確認訴訟轉換至撤銷訴訟可能窒礙難行，行政處分之相對人或利害關係人不易把握行政處分究係無效與否時，宜應於爭訟期間內依循訴願和撤銷訴訟之途徑謀求救濟，方屬明智之抉擇，必要時，仍可順利轉換成無效確認訴訟。此外，更為上策者，乃以「預備合併」（或稱「假定合併」）（eventuelle Klagenhäufung）之方式提起訴訟，且以撤銷請求做為「主位之訴訟請求」（Hauptantrag），而無效確認請求則做為「備位之訴訟請求」（Hilfs-, Eventualantrag）（VGH München, BayVB1. 1990: 370 ff.;

54 此種案例，參見最高行政法院九十年度裁字第六百零五號。

55 關於移送（Verweisung）之法律效果，參見 Kuhla/Hüttenbrink, 1998: C, Rn. 127; Schenke, 2000: Rn. 159.

Schnapp, 2000: 250; Hufen, 2000: §18, Rn. 42; Pietzcker, 2000: §43, Rn. 27; Redeker/v. Oertzen, 2000: §43, Rn. 29; Happ, 2000: §43, Rn. 26; Kopp/Schenke, 2000: §43, Rn. 7; 陳計男, 2000: 185, 註 68; 陳清秀, 2001: 156)。<sup>56</sup> 此種訴訟合併, 在德國行政訴訟實務上, 尤見訴訟技巧嫻熟之律師為之。反顧我國前揭行政訴訟法第一百十一條所定訴訟變更之見解, 撤銷請求和無效確認請求之預備合併正可規避上訴審不得變更訴訟之限制。

綜上論結, 無效確認訴訟與撤銷訴訟, 就本質而言, 原係互不相容, 並無重疊交錯之競合關係。惟礙於行政處分之無效或得撤銷區辨不易, 在訴訟技巧上, 乃將此兩種訴訟類型視同事實上之競合關係, 允許行政處分之相對人或利害關係人得先暫時選擇提起撤銷訴訟或無效確認訴訟。嗣若行政法院經實體審查後發現訴訟類型有誤, 原告尚須能轉換成正確之訴訟類型, 方克達成救濟目的。由此以觀, 無效確認訴訟與撤銷訴訟兩者之間, 非屬因實質競合所產生之真正選擇關係。

## 肆、違法確認訴訟之備位功能：以撤銷訴訟與違法確認訴訟之關係為中心

### 一、概說：違法確認訴訟係獨立之訴訟類型

人民之權利受到違法且有效之行政處分侵害時, 本應依循訴願與撤銷訴訟之救濟途徑, 俾求行政處分之撤銷, 權利侵害之效果方克排除。然而, 設若撤銷訴訟程序進行中, 行政機關自行依職權將系爭處分予以撤銷, 抑或系爭處分內含之期間屆滿, 撤銷請求即因系爭處分之「解決」(erledigt) 而頓失基礎。<sup>57</sup> 倘使原告仍固守原撤銷請求, 勢必因可得撤銷之標的不復存在, 或因喪失對於撤銷訴訟之權利保護必要, 而遭受以程序不合法為由之駁回判

56 關於「預備之訴訟合併」, 參見本文後註 67。

57 我國法學文獻對於“erledigt”一字之中譯, 除遵循德文原意援用「解決」之譯詞外, 尚可見「失效」、「終結」、「解消」及「消滅」等用語, 參見程明修, 1994: 24-25, 註 33。又我國行政訴訟法第六條第一項係使用「消滅」之行政處分之用語。

決或裁定。<sup>58</sup> 值茲之際，撤銷訴訟雖已無法遂行，對已解決之系爭處分本屬違法之確認判決，原告卻仍可能具有值得保護之利益。舉例言之，原告擬對國家主張之損害賠償請求權係以已解決之處分是否違法為據，或類似之違法處分於可預見之未來有重複作成之虞時，原告擬藉違法確認判決對行政機關產生遏阻作用，抑或原告之名譽仍受有貶抑之事實上效應而欲尋求平反等皆是。基於此，德國行政法院法乃於第一百十三條第一項關於撤銷判決之條文中，以其第四句之規定允許原告將原撤銷請求轉換成違法確認請求，業已展開之訴訟程序爰得藉此繼續進行。衡諸德國基本法第十九條第四項保障充分且有效之個人權利救濟以對抗公權力侵害之意旨，此種通稱為「續行確認訴訟」(Fortsetzungsfeststellungsklage) 之訴訟類型，洵屬肆應訴訟情況變更之必備制度。不僅止於此，「續行確認訴訟」繫乎於撤銷訴訟進行中系爭處分方始解決之立法模式，尚不足以與憲法保障訴訟權之意旨完全契合。蓋諸多案例，尤如於警察法(危害防止法)之領域，或因若干性質特殊之處分立即執行(譬如搜查、驅離等)，抑或因處分內含之短暫期間屆滿(譬如集會遊行之禁止、解散等)，往往在未及提起撤銷訴訟甚或訴願之前，行政處分即已解決，請求行政法院對已解決之行政處分做成違法確認判決，遂成為唯一聊可

58 撤銷訴訟之系爭處分解決時，行政法院究應以撤銷之標的不復存在或喪失權利保護必要為由而做成程序駁回判決，抑或基於撤銷處分之請求權消滅而為實體駁回判決，德國學說與實務之見解雖未完全一致，惟前者應屬絕大多數之觀點，參見劉淑範，2000: 118，連同註11。

於此應略加闡明者，乃根據德國訴訟法之傳統，訴訟裁判之形式，除法律另有特別規定外，係以判決為原則(參照德國行政法院法第一百零七條)。準此，訴訟若逢程序合法要件欠缺且不能補正之情況，行政法院亦應以判決駁回之，此乃屬「訴訟判決」(Prozeßurteil)。顧名思義，訴訟判決係純粹基於訴訟上之理由所為之判決，其內容僅限於程序不合法之駁回。相對之，於程序合法要件皆備之際，行政法院進一步就實體訴訟標的所為之准駁判決，則稱為「實體判決」(Sachurteil)。自判決之確定力以觀，唯獨後者會發生實質確定力(既判力)，而前者既未能觸及訴訟標的，其實質確定力爰僅止於所裁判之程序合法要件，此外當無實質確定力可言。關於訴訟判決與實體判決之區分，參見 Schilken, 1995: Rn. 103, 1016; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 30, 111, 501 f.; 陳計男，1999: 350。反觀我國訴訟法之規定，適得其反，裁定係屬概括之訴訟裁判形式，判決則以法律有特別規定者為限(參照行政訴訟法第一百零七條第一項、第一百八十七條)。依此，於程序合法要件欠缺且不能補正之情形，行政法院係以裁定駁回訴訟。

救濟之行政訴訟途徑。由是，德國學說與實務乃藉類推適用之方式，持續擴張「續行確認訴訟」之適用範疇。發展至今，原先之「續行確認訴訟」實已遠超乎於前揭行政法院法之狹隘規定，轉蛻成爲不以撤銷訴訟進行在先爲其要件之獨立訴訟類型。職此之故，「續行確認訴訟」一稱，亦宜順勢易名爲「違法確認訴訟」(Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage)，方克名實相符。抑有進者，違法確認訴訟之適用範疇，更已擴及於課予義務訴訟進行中乃至提起前所發生之解決情況。<sup>59</sup> 面對此種實務發展，隨著八十年代德國行政訴訟法制改革之討論蔚然成風，「統一行政訴訟法草案」(Entwurf einer Verwaltungsprozessordnung，簡稱 EVwPO)<sup>60</sup> 曾將違法確認訴訟與撤銷判決之條文脫鉤，改以納入該草案第二章關於訴訟類型之規範體系中，並於第六十七條第一項形諸條文如后：「法律關係之存在或不存在及行政處分之無效，得以確認訴訟請求確認之。行政處分已解決者，亦得以確認訴訟請求確認該處分本屬違法。申請行政處分予以否准或不予決定者，準用第二句之規定。」該項第二句和第三句之規定，正充分映現實務上違法確認訴訟做爲獨立訴訟類型之全貌。

較之於德國上開草案條文，我國行政訴訟法第六條第一項後段將違法確認訴訟併列於確認訴訟法條中之規範位置與方式，頗有雷同之處，惟其內容幅度上之差距則爲，我國之規範並未涵蓋與課予義務訴訟相關之解決情況，仍有遺珠之憾。儘管如此，第六條第一項後段之規定，亦如德國草案之立法例，不論係依文義解釋或依體系解釋，行政處分解決之時點，對於違法確認訴訟之適用範疇無關宏旨。質言之，撤銷訴訟進行中系爭處分方始解決時，原告固可將原先之撤銷請求改爲違法確認請求，縱使未及提起撤銷訴訟行政處分即已解決者，亦可獨立提起違法確認訴訟。<sup>61</sup> 獨立之違法確認訴訟，於焉乃具備法律明文依據。就此而言，若以前揭德國行政法院法之現行規定做爲比擬，我國之規範仍堪稱略勝一籌。本文之議題主要係針對國內關於違法

59 關於「續行確認訴訟」之實際適用範疇與正名，詳見劉淑範，2000: 132 以下。

60 關於「統一行政訴訟法草案」，參見劉淑範，2000: 172，連同註 132。

61 關於我國行政訴訟法第六條第一項後段規定之適用範疇，參見劉淑範，2000: 126-127。

確認訴訟功能之若干觀點而發，以下之論述爰僅侷限於我國現行規定之直接適用範疇，與課予義務訴訟相關連之違法確認訴訟即不在討論之列，俾求簡明。

## 二、我國論者觀點之整理

如前所述，撤銷訴訟與違法確認訴訟兩者之適用範疇，本應取決於行政處分解決與否，彼此先後順序截然劃分。抑且，不論行政處分係於撤銷訴訟進行中始解決，甚或撤銷訴訟提起之前行政處分即已解決，並無二致，其差別僅為，於前者之情形，撤銷訴訟之原告須轉換訴訟請求。異於此，我國諸多論者則將撤銷訴訟與違法確認訴訟之適用關係，詮釋成各式不一之選擇關係，抑或行政處分解決（或執行完畢）之時點做為判定訴訟類型之基準。綜合此等見解，約可分類如后：

1. 行政訴訟法第六條第三項所定之備位原則，僅涉及公法上法律關係存在或不存在之一般確認訴訟，故而違法確認訴訟並無備位原則之限制（李惠宗，2000: 635-636；陳清秀，2001: 155）。此一見解似寓含否定違法確認訴訟相對於撤銷訴訟之備位功能，並承認兩者具有選擇關係之意味。
2. 撤銷訴訟繫屬中，系爭處分已執行完畢或因其他事由而解決（消滅）時，原告固得依行政訴訟法第六條第一項後段之意旨，將撤銷訴訟轉換（變更）成違法確認訴訟，惟觀諸同法第一百九十六條之規定，原告不為訴訟轉換（變更），仍然堅持原提起之撤銷訴訟，亦無不可（曾華松，1997a: 7-8；陳清秀，2001: 152；李震山，2001: 489）。

另有論者針對行政處分執行完畢之情形，主張撤銷訴訟繫屬中行政處分始執行完畢者，得繼續進行撤銷訴訟，並同時依第一百九十六條請求回復原狀，反若撤銷訴訟提起前行政處分即已執行完畢時，則僅能依第六條第一項後段提起違法確認訴訟，並類推適用第一百九十六條之規定（蕭文生，1999: 194-203）。此一見解係將第一百九十六條之適用範疇侷限於撤銷訴訟提起後行政處分始執行完畢之情形，進而以執行完畢時點之先後做為區隔違法確認訴訟與撤銷訴訟之準據。



3. 司法院大法官釋字第二一三號解釋，對於撤銷訴訟進行中系爭處分解決之情況，亦可供作支撐原告得以選擇堅持撤銷訴訟而不為訴訟轉換（變更）之理由（陳清秀，2001: 152-153）。

另有論者認為，行政訴訟法第六條第一項後段規定之適用範疇，僅限於撤銷訴訟提起前行政處分即已解決之情況。是以，至若撤銷訴訟繫屬中系爭處分方始解決時，則概應援引釋字第二一三號解釋，繼續進行原本之撤銷訴訟，行政法院並可依行政訴訟法第一百九十六條作成撤銷原處分及回復原狀之判決（吳庚，1998: 3-4）。此一見解係以行政處分解決之時點，作為判定訴訟類型之基準。依此，行政處分於起訴之前即已解決者，係屬違法確認訴訟之適用範疇；反之，行政處分於撤銷訴訟進行中方始解決者，則一律仍繼續適用撤銷訴訟，甚且此時對於已解決之行政處分，仍有第一百九十六條之適用。

4. 行政處分於起訴之前即已解決者，原告各依其救濟目的，得選擇提起違法確認訴訟或撤銷訴訟（蔡志方，1999b: 101）。此一見解之動機緣由，似亦著眼於司法院大法官釋字第二一三號解釋之案由背景，亦即專利權期滿失效（消滅）後救濟途徑之取捨難題（蔡志方，1999b: 104，註 120）。
5. 此外，更有論者參照行政訴訟法第一百九十八條、第一百九十九條關於情況判決之立法例，將同法第十二條第一項視為訴訟類型之規定，據而認為「如處分規範效力之解除，無關於爭議事件之解決，但原告有確認行政處分違法之法律上利益者，則可獨自提起處分違法確認之訴。此一情形，無論處分之規範效力是否消滅，均不影響原告起訴之合法性……就現行行政訴訟法第一百九十八條、第一百九十九條承認情況判決結果，顯然違法處分撤銷與否，並不影響國家賠償責任之成立。然因同法第十二條之規定，剝奪普通法院關於行政處分違法審查權之結果，此時人民唯有提起處分違法確認之訴一途，此亦為承認獨立的處分違法確認訴訟之實益所在」（劉宗德，2000: 1155, 1165-1166）。此一見解特異之處在於，就行政處分違法與否之先決問題提起行政爭訟者，第十二條第一項係另自承認一種不以行政處分之解決為

其要件之違法確認訴訟，其與第四條至第六條所定涉及行政處分之訴訟類型乃並駕齊驅。

歸納以上各項觀點之論理依據，主要係行政訴訟法第六條第三項、第一百九十六條和第十二條第一項之規定以及司法院大法官釋字第二一三號解釋，以下則就此提出本文之立場。

### 三、本文見解：違法確認訴訟之備位功能

如前所述，違法確認訴訟為獨立之訴訟類型，得獨立提起之，並不以依附於撤銷訴訟之「續行確認訴訟」型態為限。惟在權利救濟之制度功能上，撤銷訴訟與違法確認訴訟兩者之間，恆屬「原則與例外之關係」(Regel-/Ausnahmeverhältnis) (Gebhardt-Benischke, 1971: 6; Martersteig, 1985: 71, Fn. 241)。析述之，行政處分作成之後，除非有無效之原因，否則縱係違法，亦仍有其規範效力，對於此種違法但持續有效之行政處分，原則上恆應提起旨在排除行政處分效力之撤銷訴訟；唯有當行政處分嗣因某種訴訟外之事由失其效力而解決時，方克且亦應退而求其次地以違法確認訴訟替代之。逢此行政處分解決之例外情況，撤銷訴訟正繫屬進行中者，即須轉換成僅以確認系爭處分本屬違法為已足之違法確認訴訟；反若撤銷訴訟尚未提起者，則應逕提違法確認訴訟。<sup>62</sup>此乃意謂，相較於撤銷訴訟之優先地位，違法確認訴訟本質上係屬替代性、限縮性、備位性之訴訟類型。前者除兼含處分違法之確認訴訟功能外，更進以直接排除處分效力之形成判決為其主要鵠的；後者則因解決之行政處分已失其效力，無從撤銷，故而至多僅能予以處分違法之確認判決，撤銷判決遂由違法確認判決起而代之。換言之，行政處分之

62 至於獨立提起之違法確認訴訟，是否應類推適用關於撤銷訴訟之訴願與期間之規定，德國學說與實務對此始終紛爭不止。以聯邦行政法院為首之法院實務與部分論著係持否定之立場，相反地，諸多論著則肯定類推適用訴願與期間之必要性與可行性。然姑不論此項爭議，眾所強調之共識，乃解決事由發生之際，行政處分須尚未因延誤撤銷訴願或撤銷訴訟之期間而已具形式存續力，違法確認訴訟方屬可行，否則，若礙於行政處分之存續力而業已喪失撤銷訴訟之可能性在先，嗣後即便發生解決之情況，亦無法再開啓違法確認訴訟之救濟途徑，參見劉淑範，2000: 170-171，連同註 130。

解決在訴訟法上之意義，在於其構成撤銷訴訟之消極程序合法要件，<sup>63</sup> 使系爭處分不能再成爲撤銷訴訟之程序標的，唯一可行者，僅餘違法確認訴訟一途，從而違法確認訴訟相對於撤銷訴訟具有備位功能，毋寧是當然之理，無待法律之特別規定。

63 德國行政訴訟法論著普遍皆將「行政處分已解決」列爲撤銷訴訟之消極要件，參見如 Hufen, 2000: §14, Rn. 12; Schenke, 2000: Rn. 246; Schmitt Glaeser/Horn, 2000: Rn. 143, 故行政處分一旦解決，即不得提起撤銷訴訟，僅能循違法確認訴訟救濟之；反之，行政處分若尚未解決，則應提起撤銷訴訟，而無提起違法確認訴訟之餘地。

我國行政訴訟實務上近期亦已注意及此，並於判決中對此有所闡釋。例如台北高等行政法院八十九年訴字第一八三三號判決針對「退學處分」能否作爲撤銷訴訟之程序標的指出：「按行政處分撤銷訴訟之目的，在於廢棄行政處分之效力，以解除當事人權益免受該行政處分效力之影響，亦即人民提起撤銷訴訟之訴訟對象在於解除行政處分規範效力。是以凡有解除行政處分規範效力之必要者，原則均應以撤銷訴訟爲之，已執行完畢之行政處分，如其規範效力仍然存在，且有回復原狀之可能者，行政法院仍准原告提起撤銷之訴，原告如認有回復原狀之必要者，更得依行政訴訟法第一百九十六條聲請行政法院判令行政機關爲回復原狀之必要處置。雖行政訴訟法第六條第一項規定：『確認行政處分無效及確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，非原告有即受確認判決之法律上利益者，不得提起之。其確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分爲違法之訴訟，亦同』，惟違法確認判決並無消滅行政處分規範效力之效果，所以在已執行完畢之行政處分，如其規範效力仍然存在之情形，且有回復原狀之可能者，仍不得提起第六條第一項之行政處分違法確認訴訟。況依行政訴訟法第六條第一項規定文義，提起確認訴訟之要件，必須要有確認利益，並未明文行政處分執行完畢者，僅得提起確認違法訴訟，所以並非所有已執行完畢之行政處分，均應提起行政處分違法確認訴訟（但如行政處分規範效力已因法律上或事實上理由消滅者，原告仍有可回復之法律上利益者，則許其提起第六條第一項之行政處分違法確認訴訟）。此從上述撤銷訴訟之目的及行政訴訟法第四條、第六條、第一百九十六條之法條規定，自應如上解釋。」其中所稱「已執行完畢之行政處分，如其規範效力仍然存在之情形，且有回復原狀之可能者，仍不得提起第六條第一項之行政處分違法確認訴訟」，已彰顯出違法確認訴訟相對於撤銷訴訟具有備位功能。

又如高雄高等行政法院八十九年訴字第二七七號判決謂：「…查該次招生考試原告固已參加筆試部分之考試，然口試部分因被告認原告資格不符而未參加，且該次入學考試業已舉辦完畢，並完成錄取程序等情，已經兩造分別陳明在卷，故被告系爭認原告不具考試及入學資格之處分顯已執行完畢，而該入學考試又已舉辦完畢，並完成錄取在案，故本件縱如原告主張將原處分撤銷，然將該認原告不具考試及入學資格之處分撤銷結果，只是回復至原告可參加該次入學考試口試之情況，然該次考試既已舉辦完畢並已完成錄取程序，是將原處分撤銷之結果，原告並無可回復之利益。」其以系爭處分「已執行完畢」爲理由而認其已解決之見解，固有可議之處（蓋該處分之規範內容僅涉及原告考試資格之有無，並無行政處分「執行」可言），惟其以「行政處分已解決」作爲撤銷訴訟之消極要件，則值贊同。

德國行政法院法將撤銷判決與違法確認判決併列於該法第一百十三條第一項中前後句之規範方式，雖不當地侷限違法確認訴訟之適用範疇，然卻足以彰顯其替代性、備位性之救濟功能。再者，由撤銷訴訟轉換成違法確認訴訟之所以不構成訴訟變更，從而毋庸被告之同意或行政法院之准許，其理正在於此種限縮性之備位功能，蓋後者對於前者而言，僅屬訴訟請求之減縮，並不構成訴訟標的之本質有所變更（劉淑範，2000: 120, 127, 132-133, 169-170）。實則，縱係獨立提起之違法確認訴訟，形式上雖無訴訟請求之改變，然在功能上，仍屬由撤銷訴訟減縮轉換而成，替代撤銷訴訟之備位訴訟。本於此，違法確認訴訟僅能視之為緣於撤銷訴訟之不純正確認訴訟。<sup>64</sup>我國論者有云，自撤銷訴訟轉為違法確認訴訟，係屬行政訴訟法第一百十一條第三項第三款所定行政法院應予准許之訴訟變更（曾華松，1997a: 4, 7-8；陳清秀，2001: 152）。此種見解，於高等行政法院之第一審訴訟程序中，與本文之立場相較，在實質效果上或許差異不大。惟設若撤銷訴訟之系爭處分，於最高行政法院之上訴審程序中方始解決時，因行政訴訟法第二百三十八條第二項對上訴審程序設有訴訟變更之限制，訴訟變更抑或訴訟轉換之觀點，於此即分軒輊。

據上而論，撤銷訴訟與違法確認訴訟兩者之間，乃先後之轉換關係，實係「非彼始此」，且「非彼即應此」，涇渭分明，而其各自適用範疇之分水嶺正在於行政處分之解決。只要行政處分並非無效且尚未解決，即恆屬撤銷訴訟之領域，此時違法確認訴訟之功能係由撤銷訴訟所兼含吸收；反之，行政處分解決之後，違法確認訴訟乃自撤銷訴訟脫殼轉蛻，取代撤銷訴訟，成為唯一可資運用之行政訴訟途徑。此等訴訟既係優位與備位之互斥關係，何者為屬，端視行政處分解決與否而定，人民自無憑主觀意願擇一而行之權利可言（OVG Münster, NJW 1980: 1069; Gerhardt, 2000: §113, Rn. 81; Hufen, 2000: §18, Rn. 61）。

64 關於違法確認訴訟之法律性質，詳見劉淑範，2000: 168-171。

## 伍、行政處分「解決」概念之釐清： 一個待解之課題——代結語

綜據上述，基於行政訴訟法第六條第三項之明文規定，法律關係確認訴訟相對於撤銷訴訟具有備位性，殆無爭議，至於此一規定能否類推適用於課予義務訴訟及一般給付訴訟，學說見解雖有不一，惟本文認為基於訴訟經濟之原則，應以肯定說為宜。其次，由於無效行政處分自始、當然不生效力，無需撤銷，亦無從撤銷；相對而言，違法但有效之行政處分，則需透過撤銷訴訟以排除之，故無效確認訴訟與撤銷訴訟在本質上處於互斥關係，不可能同時存在，從而得提起撤銷訴訟者，自無提起無效確認訴訟之餘地。至於在撤銷訴訟期間屆滿之前，對於客觀上係屬無效之行政處分，亦得提起撤銷訴訟，乃因行政處分是否無效往往不易立予區辨，此種實際上判斷困難之風險不應由訴訟原告承擔之故。然行政法院若確信系爭處分無效者，仍應諭知原告將撤銷訴訟轉換為無效確認訴訟，蓋其並非真正之選擇關係。較滋爭議者，乃違法確認訴訟相對於撤銷訴訟是否具有備位性之問題，由於行政訴訟法第六條未定有明文，致使學者見解紛歧，莫衷一是。本文認為，違法確認訴訟既以「已解決」之行政處分為要件，則「有效存在、尚未解決」之行政處分，自應透過撤銷訴訟予以排除，而無由確認訴訟予以救濟之餘地。反之，已解決之行政處分則僅能做為違法確認訴訟之程序標的。

由上可知，行政處分之解決，一方面係屬撤銷訴訟之消極要件，另一方面則為違法確認訴訟首應具備之積極程序合法要件。換言之，行政處分之「解決」在訴訟法上之意義，在於該處分不能再成為撤銷訴訟之程序標的，唯一可行者，僅餘違法確認訴訟一途。職是，此一概念之釐清，爰非僅具空泛之理論價值，其乃攸關撤銷訴訟與違法確認訴訟兩者適用範疇之合理界清。倂此意義，猶如撤銷、課予義務訴訟和一般給付訴訟彼此間之區隔，係取決於系爭行政行為是否為行政處分之認定。行政處分解決之概念既有此舉足輕重之地位，在法律復未明予定義之情況下，遂成為德國數十年來關於違法確認訴訟之眾多論著中一項核心議題。

綜觀德國學說實務歷來對行政處分解決所持之見解，其光譜著實令人目眩。姑先不論之，渠等一致之前提共識，乃撤銷訴訟與違法確認訴訟既屬優位與備位之互斥關係，行政處分解決與否，自應依客觀之準則加以認定，僅有原告主張行政處分已解決者，尚不足為憑（例如 BVerwG, NVwZ 1991: 570/571; OVG Münster, NJW 1980: 1069; OVG Schleswig, NJW 1993: 2004; Mikorey, 1970: 27; Hellerbrand, 1995: 154; Rozek, 1995: 417; Göpfert, 1998: 59; Spannowsky, 1999: §113, Rn. 142; Gerhardt, 2000: §113, Rn. 81; Schmidt, 2000: §113, Rn. 76; Kopp/Schenke, 2000: §113, Rn. 99）。是則，撤銷訴訟之原告改提違法確認請求，抑或違法確認訴訟獨立提起時，行政法院首應本於職權調查主義，<sup>65</sup> 判別系爭處分是否事實上確係解決，若否，即須以程序不合法為由駁回違法確認訴訟（Redeker/v. Oertzen, 2000: §113, Rn. 31）。<sup>66</sup> 鑑於實務案例中，就系爭處分解決與否，時生爭議歧見而難為預斷，聯邦行政法院乃於 1968 間一項原則性判決中（BVerwG, DVBl. 1970: 281 f.），肯許以系爭處分之撤銷做為「主位之訴訟請求」（Hauptantrag），另以系爭處分本屬違法之確認併為「備位之訴訟請求」（Hilfs-, Eventualantrag），<sup>67</sup> 後者甚可於法律上訴審程序中方始提出，此乃因撤銷訴訟

65 主觀之行政訴訟制度，其直接目的雖在保障人民公法上之個人權利，然卻亦間接地肩負監督依法行政之公益功能，抑且，相較於行政機關，人民係處於不利之劣勢，故各國行政訴訟普遍均採職權調查主義（Untersuchungsgrundsatz, Inquisitionsmaxime），參照德國行政法院法第八十六條第一項以及我國行政訴訟法第一百二十五條第一項、第一百三十三條、第一百三十四條等規定。依此，對於裁判舉足輕重之事實與證據，行政法院得自行調查，並不受當事人之聲明或主張拘束。惟本文此處所涉之行政處分解決，係屬違法確認訴訟之程序合法要件。根據德國訴訟實務之慣例，法院對於程序合法要件之認定，得適用所謂之「自由證據」（Freibeweis），無須依循「嚴格證據」（Strengbeweis）之原則，亦即不受訴訟法所定證據方法與證據調查程序之限制，參見 BVerwGE 48: 201/204; BGH, NJW 1987: 2875/2876。關於「自由證據」以及學說之訾議，參見 Rosenberg/Schwab/Gottwald, 1993: 434; Schilken, 1995: Rn. 480 f.; 陳計男, 1999: 432。

66 於撤銷訴訟轉換成違法確認訴訟之情形，聯邦行政法院曾在否定系爭處分解決之後，允許原告重提原先之撤銷請求，並認為由違法確認請求重返撤銷請求，並非訴訟變更，故亦得於法律上訴審程序中為之，參見 BVerwGE 66: 75/78。

67 此即訴訟法上所謂「預備之訴訟合併」（或稱「假定之訴訟合併」）（eventuelle Klagenhäufung）。依此，備位之訴訟請求一旦提起，隨即發生訴訟繫屬（Rechtshängigkeit）之

轉換為違法確認訴訟本即非屬訴訟變更而當然耳（另如 BVerwG, BayVBl. 1991: 313 ff.; VGH Mannheim, VBIBW 1993: 298 ff.; NVwZ 1994: 1130 ff.; VGH München, NVwZ-RR 1994: 548 f.; Bosch/Schmidt, 1996: 292; Gerhardt, 2000: §113, Rn. 80; Kopp/Schenke, 2000: §113, Rn. 123; Schmidt, 2000: §113, Rn. 67; Redeker/v. Oertzen, 2000: §113, Rn. 31）。不僅止於此，以違法確認請求為主位請求，而撤銷請求則反為備位請求之案例，亦偶見之（OVG Koblenz, NVwZ 1997: 1009 f.; Gerhardt, 2000: §113, Rn. 80）。在行政處分解決與否不易拿捏之情況，審判長原則上應善盡其闡明之職權與義務（參照行政法院法第八十六條第三項），諭知原告適切可行之訴訟請求，俾程序駁回之裁判儘可免之（BVerwGE 51: 264/265; Kopp/Schenke, 2000: §113, Rn. 122）。<sup>68</sup> 我國正值起步階段，人民對於此種闡明功能（參照行政訴訟法第一百二十五條第二、三、四項）之仰賴當更為深切。

上述主、備位訴訟請求之運用以及審判長闡明功能之強化，雖可稍緩行政處分解決與否不易拿捏之難題，惟在進入訴訟程序之後，法院終須做出行政處分是否已經解決之判斷，容無迴避之空間。尤須一言者，行政處分是否解決之問題，不僅涉及違法確認訴訟與撤銷訴訟間之關係，相對於課予義務

---

效力，法院爰可一併審理之。然而，唯有當法院將主位之訴訟請求予以程序或實體駁回之際，方可就備位之訴訟請求做成裁判。反之，若主位請求終獲勝訴判決確定，備位請求即無裁判之必要，其訴訟繫屬之效力當隨之溯及既往地消滅。易言之，主位請求之確定勝訴判決，對於備位請求之訴訟繫屬而言，係屬解除條件。此種預備之訴訟合併，在訴訟實務上（尤其是民事訴訟）佔有重要之地位，通常原告係就兩項目的雷同卻互不相容之訴訟請求，擇其較有利於己者做為主位請求，並同時針對可能之敗訴情況，合併提起他項較不利之備位請求，以因應後備之需。雖然，訴訟行為原則上不得附加條件，俾訴訟程序之進行不致受礙，惟此僅限於訴訟外之事由，而備位請求所附之解除條件，則屬訴訟內在之事由，反有利於訴訟程序之進行，故不在其限。關於預備之訴訟合併，參見 Rosenberg/Schwab/Gottwald, 1993: 562 f.; Jauernig, 2002: 114, 324 f.; 陳計男，1999: 216-217；陳榮宗、林慶苗，2001: 422-423。

68 聯邦行政法院在前揭之原則性判決中（BVerwG, DVBl. 1970: 281），曾語帶保留地指陳，倘若審判長認為根本毫無勝訴之希望，即無行使上述闡明之義務。

訴訟，違法確認訴訟是否具有備位性，<sup>69</sup>亦繫於行政處分是否解決。<sup>70</sup>舉例言之，人民申請為公職人員選舉候選人時，因主管機關認其資格與規定不合，而予以核駁，申請人不服提起行政爭訟，在性質上屬於課予義務訴訟（請求登記為候選人）。於提起行政爭訟之前，或於行政爭訟程序進行中，該選舉若已辦理完畢者，人民能否提起或續行課予義務訴訟，抑或須轉換為違法確認訴訟（確認核駁處分之違法性及系爭授益處分請求權之存否）（劉淑範，2000: 163-166），其關鍵亦與原告所請求之程序標的（行政處分）是否已經解決相關。<sup>71</sup>總而言之，行政處分之解決，無論在行政實體法上或行政訴訟法上，皆屬一重要而待解之概念，我國方處施行違法確認訴訟之丕基，關於行政處分解決概念之理論建構，更屬吾人亟應拓墾之境地，庶幾訴訟實務之運作較臻順暢不紊。

69 因礙於篇幅，此一問題本文並未討論，將留待另文處理之。

70 確切言之，原告於課予義務訴訟所請求之授益處分事實上尚未存在，故解決之標的為何，德國學者見解不一。本文認為，若欲兼顧課予義務訴訟之本質以及各種解決之情況，解決之標的應為課予義務「訴訟請求之基礎」，亦即向行政機關所提出作成授益處分之「申請」，參見劉淑範，2000: 152-153。

71 司法院大法官釋字第五四六號解釋謂：「本院院字第二八一〇號解釋：『依考試法舉行之考試，對於應考資格體格試驗，或檢覈經決定不及格者，此項決定，自屬行政處分。其處分違法或不當者，依訴願法第一條之規定，應考人得提起訴願。惟為訴願決定時，已屬無法補救者，其訴願為無實益，應不受理，依訴願法第七條應予駁回。』旨在闡釋提起行政爭訟，須其爭訟有權利保護必要，即具有爭訟之利益為前提，倘對於當事人被侵害之權利或法律上利益，縱經審議或審判之結果，亦無從補救，或無法回復其法律上之地位或其他利益者，即無進行爭訟而為實質審查之實益。惟所謂被侵害之權利或利益，經審議或審判結果，無從補救或無法回復者，並不包括依國家制度設計，性質上屬於重複發生之權利或法律上利益，人民因參與或分享，得反覆行使之情形。是人民申請為公職人員選舉候選人時，因主管機關認其資格與規定不合，而予以核駁，申請人不服提起行政爭訟，雖選舉已辦理完畢，但人民之被選舉權，既為憲法所保障，且性質上得反覆行使，若該項選舉制度繼續存在，則審議或審判結果對其參與另次選舉成為候選人資格之權利仍具實益者，並非無權利保護必要者可比，此類訴訟相關法院自應予以受理，本院上開解釋，應予補充。」本號解釋之原因事實為課予義務訴訟發生解決情況之一種重要案例類型，其在德國行政訴訟實務上亦多有所聞，足供吾人探討違法確認訴訟是否應類推適用於課予義務訴訟之基石。



## 參考資料

吳庚

- 1998 〈行政訴訟中各類訴訟之關係〉，《法令月刊》，49(11): 3-9。  
1999 《行政爭訟法論》，修訂版。台北：自版。  
2001 《行政法之理論與實用》，增訂七版。台北：自版。

李建良

- 2001a 〈行政處分〉，見蔡茂寅、李建良、林明鏘、周志宏，《行政程序法實用》，二版，頁171-242。台北：學林文化事業有限公司。  
2001b 〈論行政訴訟強制執行之基本體系〉，《臺北大學法學論叢》，49: 61-122。

李建良、李惠宗、林三欽、林合民、陳春生、陳愛娥、黃啓禎

- 2000 《行政法入門》，元照初版。台北：元照出版公司。

李惠宗

- 2000 《行政法要義》，初版二刷。台北：五南圖書出版有限公司。

李震山

- 2001 《行政法導論》，修訂四版。台北：三民書局股份有限公司。

林明鏘

- 2000 〈行政訴訟類型、順序與其合併問題〉，見台灣行政法學會（編），《行政法爭議問題研究（下）》，頁963-980。台北：五南圖書出版有限公司。

許宗力

- 2000 〈行政處分〉，見翁岳生（編），《行政法（上）》，二版，頁539-628。台北：自版。

陳計男

- 1999 《民事訴訟法論（上）》，修訂初版。台北：三民書局股份有限公司。  
2000 《行政訴訟法釋論》。台北：自版。

陳敏

- 2001 《行政法總論》，二版。台北：自版。

陳清秀

- 2001 《行政訴訟法》，二版。台北：自版。

陳新民

- 2000 《行政法學總論》，修訂七版。台北：自版。

陳榮宗、林慶苗

- 2001 《民事訴訟法（上）》，修訂二版。台北：三民書局股份有限公司。

彭鳳至

- 2001 〈行政訴訟種類理論與適用問題之研究〉，見台灣行政法學會（編），《行政命令、行政處罰及行政爭訟之比較研究》，頁279-318。台北：社團法人台灣行政法學會。

曾華松

- 1997a 〈行政訴訟法修正草案確認訴訟之研究（上）〉，《法令月刊》，48(5): 3-8。  
1997b 〈行政訴訟法修正草案確認訴訟之研究（下）〉，《法令月刊》，48(6): 3-7。  
2001 〈理論之實踐和實踐之理論：最高行政法院判例之檢討〉，《法官協會雜誌》，3(1): 127-180。

程明修

- 1994 「論對已終結行政處分之行政訴訟—兼論其違法性判斷作為國家賠償訴訟之先決問題訴訟」，國立中興大學法律學研究所碩士論文。

黃建輝

- 2000 《法律闡釋論》。台北：學林文化事業有限公司。

劉宗德

- 2000 〈行政訴訟制度〉，見翁岳生（編），《行政法（下）》，二版，頁 1119-1323。台北：自版。

劉淑範

- 2000 〈論「續行確認訴訟」（「違法確認訴訟」）之適用範疇：以德國學說與實務為中心〉，《臺北大學法學論叢》，46: 113-184。

蔡志方

- 1993 〈歐陸各國行政訴訟制度發展之沿革與現狀〉，見蔡志方，《行政救濟與行政法學（一）》，頁 1-97。台北：三民書局股份有限公司。
- 1999a 〈論行政訴訟上確認之訴〉，《全國律師》，一月號，頁 42-57。
- 1999b 〈論行政訴訟法上各類訴訟之關係（下）〉，《月旦法學雜誌》，55: 99-106。

蕭文生

- 1999 〈執行完畢與已消滅行政處分之救濟〉，見司法院行政訴訟及懲戒廳（編），《行政訴訟論文集編第二輯》，頁 191-216。台北：司法院秘書處。

Bergmann, Wolfgang

- 1958 “Das Rechtsschutzbedürfnis bei der verwaltungsgerichtlichen Feststellungsklage,” *VerwArch.* Bd. 49, S. 333 ff.

Bosch, Edgar/Jörg Schmidt

- 1996 *Praktische Einführung in das verwaltungsgerichtliche Verfahren*, 6. Aufl.. Stuttgart, Berlin, u.a.: Verlag W. Kohlhammer.

Büchner, Hans/Karlheinz Schlotterbeck

- 2001 *Verwaltungsprozessrecht*, 6. Aufl.. Stuttgart, Berlin, u.a.: Verlag W. Kohlhammer.

Erichsen, Hans-Uwe

- 1998 “Rechtmässigkeit und Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten,” in: ders. (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 11. Aufl., §15. Berlin, New York: Walter de Gruyter.

Gebhardt-Benischke, Margot

- 1971 “Die Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit eines vor Klageerhebung erledigten Verwaltungsaktes,” Diss. Münster.

Gerhardt, Michael

- 2000 in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, Bd. II, §113. München: Verlag C. H. Beck.

Göpfert, Andreas

- 1998 *Die Fortsetzungsfeststellungsklage: Versuch einer Neuorientierung*. Stuttgart, München, u.a.: Richard Boorberg Verlag.

- Happ, Michael  
2000 in: Eyermann (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, 11. Aufl., § 42, §43. München: Verlag C. H. Beck.
- Hartmann, Peter  
2002 in: Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, *Zivilprozessordnung*, Kommentar, 60. Aufl., §256. München: Verlag C. H. Beck.
- Hellerbrand, Christoph  
1995 "Die Fortsetzungsfeststellungsklage," *JA* 1995, S. 153 ff.
- Hufen, Friedhelm  
2000 *Verwaltungsprozessrecht*, 4. Aufl.. München: Verlag C. H. Beck.
- Jauernig, Othmar  
2002 *Zivilprozessrecht*, 27. Aufl.. München: Verlag C. H. Beck.
- Kopp, Ferdinand O./Ulrich Ramsauer  
2000 *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 7. Aufl.. München: Verlag C. H. Beck.
- Kopp, Ferdinand O./Wolf-Rüdiger Schenke  
2000 *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, 12. Aufl.. München: Verlag C. H. Beck.
- Kuhla, Wolfgang/Jost Hüttenbrink  
1998 *Der Verwaltungsprozess*, 2. Aufl.. München: Verlag C. H. Beck.
- Larenz, Karl  
1991 *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl.. Berlin, Heidelberg, u.a.: Springer-Verlag.
- Martersteig, Rudolf  
1985 "Fortsetzungsfeststellungsklage?—Eine kritische Bestandsaufnahme verbunden mit dem Versuch einer Neuorientierung," Diss. Tübingen.
- Maurer, Hartmut  
2000 *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 13. Aufl.. München: Verlag C. H. Beck.
- Menger, Christian-Friedrich  
1954 *System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- Meyer, Hans/Hermann Borgs-Maciejewski  
1982 *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 2. Aufl.. Frankfurt a.M.: A. Metzner.
- Mikorey, Franz  
1970 "Probleme der Erledigung im Rahmen des §113 Abs. 1 Satz 4 VwGO," Diss. München.
- Mutius, Albert v.  
1972 "Zur 'Subsidiarität' der Feststellungsklage," *VerwArch.* Bd. 63, S. 229 ff.
- Pietzcker, Jost  
2000 in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, Bd. I, §42 Abs. 1, §43. München: Verlag C. H. Beck.

- Redeker, Konrad/Hans-Joachim v. Oertzen  
2000 *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, 13. Aufl. Stuttgart, Berlin, u.a.: Verlag W. Kohlhammer.
- Rosenberg, Leo/Karl Heinz Schwab/Peter Gottwald  
1993 *Zivilprozessrecht*, 15. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Roth, Wolfgang  
2001 *Verwaltungsrechtliche Organstreitigkeiten*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Rozeck, Jochen  
1995 "Grundfälle zur verwaltungsgerichtlichen Fortsetzungsfeststellungsklage," *JuS* 1995, S. 414 ff., 598 ff., 697 ff.
- Sachs, Michael  
2001 in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, Kommentar, 6. Aufl., §44. München: Verlag C. H. Beck.
- Schenke, Wolf-Rüdiger  
2000 *Verwaltungsprozessrecht*, 7. Aufl. Heidelberg: C. F. Müller Verlag.
- Schilken, Eberhard  
1995 *Zivilprozessrecht*, 2. Aufl. Köln, Berlin, u.a.: Carl Heymanns Verlag.
- Schmidt, Jörg  
2000 in: Eyermann (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung*, Kommentar, 11. Aufl., § 113. München: Verlag C. H. Beck.
- Schmitt Glaeser, Walter/Hans-Detlef Horn  
2000 *Verwaltungsprozessrecht*, 15. Aufl. Stuttgart, München, u.a.: Richard Boorberg Verlag.
- Schnapp, Friedrich E.  
2000 "Die Wichtigkeit des Verwaltungsakts—Qualität oder Qualifikation?," *DVBl.* 2000, S. 247 ff.
- Selb, Wolf  
1998 *Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Spannowsky, Willy  
1999 in: Sodan/Ziekow (Hrsg.), *Nomos-Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung*, Bd. II, §113. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- Stein, Volker  
2000 *Die Sachentscheidungsvoraussetzung des allgemeinen Rechtsschutzbedürfnisses im Verwaltungsprozess*. Berlin: Duncker und Humblot.
- Ule, Carl Hermann  
1987 *Verwaltungsprozessrecht*, 9. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Weides, Peter  
1993 *Verwaltungsverfahren und Widerspruchsverfahren*, 3. Aufl. München: Verlag C. H. Beck.
- Würtenberger, Thomas  
1998 *Verwaltungsprozessrecht*. München: Verlag C. H. Beck.

# **On the Subsidiarity of the Action for a Declaratory Judgment: The Meaning and Substance of Section 6, Subsection 3 of the Administrative Litigation Act**

Shwu-fann Liou

Sun Yat-Sen Institute for Social Sciences and Philosophy, Academia Sinica

## **ABSTRACT**

The action for a declaratory judgment (“Feststellungsklage”) is defined by three categories in the section 6, subsection 1 of our Taiwanese Administrative Litigation Act. They are: (1) action for a declaration that a legal relationship exists or doesn’t exist (“allgemeine Feststellungsklage”); (2) action for a declaration that an administrative act is void (“Nichtigkeitsfeststellungsklage”); and (3) action for a declaration that a “finished” (“erledigt”) administrative act was illegal (“Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage”). Actually, these three categories were adopted from the German administrative litigation system, where we may find that the initially enacted subsection 3 of our law only marked out the limits of the subsidiarity (“Subsidiarität”) of the “allgemeine Feststellungsklage”, in reference to the section 43, subsection 2 of the German Administrative Court Act (“Verwaltungsgerichtsordnung”). Eventually the question arose as to why the “Nichtigkeitsfeststellungsklage” and “Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage” were not included in the subsidiarity clause at the same time. This article tries to analyze the meaning and the substance of the original subsidiarity regulation by the methods of comparison and contrast. We review the legislative background, theories and practices based on the German regulation mentioned above. We point out the shortcomings of section 6, subsection 3 of our Administrative Litigation Act by examining its contents and

make proposals for revision. Efforts are made further in examining the actual connection among “Nichtigkeitsfeststellungsklage”, “Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage” and the principle of subsidiarity after the true meaning of the subsidiarity clause is fully apprehended. It is concluded that the difference of their relief functions made it impossible to incorporate the three “Feststellungsklagen” into the same subsidiarity regulation.

**Key Words:** Feststellungsklage, allgemeine Feststellungsklage, Nichtigkeitsfeststellungsklage, Rechtswidrigkeitsfeststellungsklage, Fortsetzungsfeststellungsklage, Subsidiarität, Prozessökonomie, Verfahrenskonkurrenzregelung, Statthaftigkeit, allgemeines Rechtsschutzbedürfnis, Feststellungsinteresse, eventuelle Klagenhäufung