

台灣行政訴訟法制的沿革、 演進與發展課題*

李建良**

目 次

- 壹、序說：以台灣為主體、以行政訴訟為基軸
- 貳、沿革
 - 一、清治時期的行政救濟制度
 - 二、台灣日治時期的「行政訴訟法」(行政裁判法)
 - 三、中華民國法之舊行政訴訟時期
 - (一) 制度特徵
 - (二) 運作實況
 - 四、小結：以史為鑑
- 參、演進
 - 一、行政訴訟法的修正與運作現況
 - 二、新近發展：行政訴訟制度的專業化——智慧財產法院的建置
- 肆、發展課題：問題與對策
 - 一、公法爭議與審判權衝突之解決
 - 二、行政訴訟與憲法訴訟、刑事訴訟之分界
 - 三、公法爭議與行政訴訟審判權：公法訴訟一元化之問題
 - 四、訴訟類型
 - 五、訴訟費用

* 本文承蒙中國北京大學湛中樂教授之評論，以及二位匿名審查人提出諸多指正及寶貴意見，敬表感謝。另外，台灣大學法律研究所博士班阿部由理香、藍元駿同學協助逐譯日文文獻，以及台灣大學碩士班陳宗憶同學協助統計資料，併此致謝。

** 中央研究院法律所籌備處副研究員、台灣大學法律學院副教授。

六、前置程序（先行程序）

（一）訴願與行政訴訟之關係

（二）各種前置程序之關係

（三）課予義務訴訟之前置程序問題

（四）行政契約之履行（行政處分）之前置程序問題

七、暫時權利保護

八、行政訴訟法與民事訴訟法之關係

壹、序說：以台灣為主體、以行政訴訟為基軸

台灣行政法教科書論述行政法之發展，大抵以歐陸（特別是德奧）國家之發展歷程為撰述重心，鮮有論及台灣行政法之發展者。縱有部分述及台灣行政法發展者，亦多從1911年中華民國肇建時談起，且以「中華民國法」為循索脈絡，較少以台灣作為論述主體¹。以半世紀或一定年數為基礎，回顧觀察我國行政法整體發展脈絡之撰著，也大都從1911年算起²。至於個別行政法制，如行政執行法、訴願法及行政訴訟法等重要行政法律，其立法沿革的縷說，經常溯自中華民國時期，以民國建立為起點。例如訴願法制定於1930年（民國19年）、行政訴訟制度肇始於1914年（民國3年）、行政訴訟法制定於1932年（民國21年）³、行政執行法制定於1913年。然而，此種論述方式顯然有「名實不符」的弊病。蓋上揭法律制定公布當時，台灣尚為日本帝國所統領，中華民國主權並不及於台灣，故嚴格說來，在1945年以前，上揭法律並未有效施行於台灣，誠難將其歸入台灣行政法的法制沿革。鑑於台灣行政法的研究，應從「台灣主體性」的角度出發，本文以「台灣行政訴訟制度」為題，更有理由以曾經施行於「台灣這塊土地」上的法律制度

1 例如黃錦堂，〈行政法的概念、性質、起源與發展〉，收於翁岳生編，《行政法》，上冊，頁36-65以下（2000年），其中第三節「我國行政法之發生與發展」（頁57以下），即從1911年民國肇建論起。

2 例如林紀東，〈五十年來之行政法（上）（中）（下）〉，《法律評論》，27卷6、7、8期，頁3-7、2-6、2-5（1961年6、7、8月）；同作者，〈五十年來之中國行政法〉，《張金鑑先生六秩華誕論文集》，頁115-120（1962年）。此所謂「五十年」者，係從1911年算至1961年。晚近已有學者注意及此，而將計算的起點改成「遷台之後」。例如翁岳生，〈我國行政法四十年來之發展〉，《法治國家之行政法與司法》，頁267-299（1994年）；城仲模，〈四十年來之行政法〉，《法令月刊》，41卷10期，頁64-81（1990年10月）。不過，此種論述亦僅涵蓋台灣行政法發展的部分階段，而非全豹。

3 參見林紀東，《行政法》，頁457以下、521以下（1982年4版）。

為論述主軸，以綜覈名實、切合題旨。

傳統對行政訴訟法的論述，向先探討訴願法，而後行政訴訟法，並將二者合稱為行政爭訟法⁴，或行政救濟法⁵。良以行政訴訟舊制僅有撤銷訴訟，提起行政訴訟必先經過訴願程序，訴願遂成為行政訴訟不可分割的部分，相沿成習。實則，行政訴訟的提起以經過訴願為必要，只能說踐行訴願是提起行政訴訟的「程序合法要件」之一，而不能使訴願成為行政訴訟制度的一部分，訴願尤其不是行政訴訟的下級審，訴願與行政訴訟之間並無審級之關係⁶。不僅如此，行政訴訟法於1998年全盤修正，新法改採審判權概括原則（行政訴訟法第二條），除撤銷訴訟外，尚有其他各種訴訟類型（後詳），其中多有不以先提起訴願為必要者，益徵訴願非屬行政訴訟制度的必要內涵。是以，行政訴訟法的論述方式，應改以行政訴訟為基座，此為本文撰作的基本理路。

其次，法律制度的沿革，可以有兩種思考取徑或是探問方式，一是現行法制（規定）之根源與「前身」為何？另一是在某一時空地域上，曾經施行之制度與法規為何？在大多數的國家，此二發展軌跡往往同時存在，併行不悖，但亦有例外，台灣恰是其例。部分曾在台灣施行的法制，如今失效不存；部分現在台灣施行的法制，始源於另一法域。行政訴訟法制的沿革稽考，須留意及此。按行政訴訟制度，乃近代後期法治主義之下的產物⁷，故言及行政訴訟的

4 例如吳庚，《行政爭訟法論》（2005年5月修訂3版）。

5 例如蔡志方，《行政救濟法論》（1995年10月）。

6 惟實務上常以訴願機關未就本案為實體審究，為保障當事人之「訴願審級利益」，而發回訴願機關或發交高等行政法院重為決定或審理，例如高雄高等行政法院90年度訴字第598號判決、最高行政法院91年度判字第854號判決。此種作法無非基於「訴願是行政訴訟下級審」的錯誤觀念，所幸此種觀念近來已漸有轉變，參見最高行政法院93年度判字第544號判決。

7 行政訴訟制度的濫觴，通常以法國為孕育母國。緣17世紀王政舊制時期，法王設有資政院（Conseil du roi），作為王權行使及決策的諮詢機關（博採群議，以諮政治），兼審理行政爭議案件。法王的司法裁判權則由樞密院（conseil privé，後稱 conseil des parties）掌理，其餘的司法裁判權落在分轄各地的高等法院（Parlements）手上。各高等法院除一般之裁判權外，尚擁有法規登記備案權

沿革，大抵亦以近代法律發展為起點。近代台灣遞經清帝國、日本帝國及中華民國的統治。行政訴訟制度在此三時期的演變歷程與實然面貌，不無對照、比較的价值。

再者，行政訴訟法制的研究以台灣地區為中心，除了「名實相符」的考量外，更重要的目的是避免「尚名背實」。蓋法律乃社會規範的一部分，法律所由生也，無非滿足社會需求，解決政經社文等各類問題。是故，法律一方面牽引、塑造、甚至改變社會生活，陶鑄人民的法律觀念，構成所謂的「法律生活」；另方面，法律本身亦是人民生活經驗的反射，人民的法律感情也會影響法律的內涵，左右法律的適用、演變與更替。因此，法律絕非只是「抽象條文」的整編（法制），而是抽象規範與現實社會彼此接觸、交互作用的綜合體（法）。是以，所謂「法」者，除法條文義之外，尚包括法律現象與各該實務上之解釋⁸。法律非單是依照法定程序予以制定，尚且繫於其在社會上的效力，後者對法律的影響可能猶甚於前者⁹。故爾，法律「歷史面向」的探索，不能只是「系譜式」（「法律家譜」或「法律族譜」）的尋索，或法條文字的訓詁、考證，還必須包含法律生成的時代思想與社會條件、法律的實踐情狀以及法律所塑造的生活形態、法律現象和法治文化。換言之，現行法律制度的考察，必須交互觀照規範與實務，始能得其全貌與實況，切莫僅作法規的抽象演繹、歸納，而應探索實際的作用以及實務的看法，尤其是職司法律適用機關所持的「司法」見解。

(enregistrement)，法王所頒布的法律或命令，須經由高等法院登記備案後始生效力。由於高等法院經常利用登記備案的機會，對於法令進行審查，甚至拒絕登記，從而逐漸演化成爲對法令的異議權 (remontrances)。由貴族把持的高等法院經常利用此一權力，拒絕登記與其利益相左的法令，維護封建勢力，高等法院（司法）遂成爲抗拒行政改革、阻礙國政推動的象徵，其中尤以巴黎高等法院 (Parlement de Paris) 爲甚。法國大革命之後，法國毅然確立司法與行政分離原則，行政法院之制，於焉誕生。參見李建良，〈近代行政法史要略——西洋近代前期篇〉，《月旦法學教室》，38期，頁44（2005年12月）。

8 RONALD DWORKIN, LAW'S EMPIRE 87, 410 (1986).

9 Robert Alexy, Begriff und Geltung des Rechts, 2. Aufl., 1994, S. 29 ff.

綜上，本文探討台灣行政訴訟法制的沿革、演進與發展課題，係建立在「空間」、「時間」、「規範」及「實踐」四維視角上。在空間上，以作者生於斯、長於斯的台灣為本位；在時間上，作跨越清末、日治時期，以迄今日的橫向觀察；在規範上，儘可能以曾經及現在施行於台灣的法規為分析對象；在實踐面向，則嘗試觀照實際運作情形，同時參酌司法實務見解。限於個人視野與篇幅，以上四端，本文能否面面俱全，作者實無把握，或許並不成功，但至少作者想如此做，尚請方家不吝批評、賜教。

貳、沿革

一、清治時期的行政救濟制度

清國自1683年起統治台灣，至1895年止，計212年。清國乃單一之國家，其政體屬君主專政之制，由君主總攬政權。中國自秦「廢封建、立郡縣」以後，封建制度，全絕其跡，或專據郡縣制度，或有併用之者，馴致地方分權之制，中央政府之於行政事務，雖無直接發案之權，但有免黜地方官吏之權¹⁰。基於「（思想上或擬制的）族長主義」，君主為一國之家長，人民為其家族，君主之於人民掌有絕對無限之權力¹¹。政治的中心為皇帝，皇帝總攬政權，皇帝所操縱的「國家機器」是一種「權力金字塔」，皇帝集全國「管教養衛」的權責於一身，立法、司法、行政皆出其意思，形成一種「國家強於社會」的宗法制度，並發展出一套獨特的「文官制度」。經歷朝改進，迄至清國，已臻化境，可謂是「百代猶行秦

10 參見織田萬，《清國行政法汎論》，頁147、152（清宣統1年（1909年）5月初版，1979年3月影印1版）。

11 參見織田萬，前揭（註10）書，頁139-141。

法政」(毛澤東語)¹²。故清國政治，乃依人之政府，非依法之政府¹³。

清國司法制度，可分二個階段，第一階段為光緒32年（1906年）以前，承襲中國三千年來固有之司法制度；第二階段為光緒32年改革中國官制，採摘歐美制度後之司法制度¹⁴。向來皇帝係所有司法案件的最終裁斷者，甚至可不經司法官僚、逕以上諭定罪¹⁵。行政兼掌司法，為中國司法制度之一大特色，司法權之行使，完全委諸行政官廳，「內自戶部刑部以及三法司九卿¹⁶，外自府廳州縣以至督撫，均兼有司法權」¹⁷。清國司法裁判權，全國所有裁判分為六級審¹⁸，由下而上，層級分明，嚴禁越訴，故訴訟多集中在地方官廳，但僅有民刑訴訟¹⁹，而無告官之行政訴訟。

1906年（光緒32年）清國下詔預備立憲，並先改革官制，其中司法權部分，原掌執行刑罰的刑部，改稱「法部」，專掌法律事務（司法行政）；原掌參審重案的大理寺，改稱「大理院」，專掌裁判（司法審判），並下設各級審判廳²⁰。另外，憲政編查館及資政院於1908年（光緒34年）提出的「憲法大綱」及「逐年籌備事宜」中列有將設立「行政審判院」的構想。1910年（宣統2年），憲政編查館

12 參見唐德剛，〈論帝國與民國之蛻變〉，《晚清七十年》，【壹】中國社會文化轉型綜論，頁142-145（2005年7月初版11刷）。

13 參見織田萬，前揭（註10）書，頁144。

14 參見陳計男，《清末民初中國法制現代化之研究》，第一輯，清代司法制度篇，頁1（1973年）。

15 參見張偉仁，《清代法制研究》，第一輯，第一冊，頁82、87（1983年）。

16 三法司，謂刑部、都察院、大理寺；九卿，謂六部、都察院、大理寺、通政使司。三法司九卿合議，掌理刑罰之終審。參見織田萬，前揭（註10）書，頁344、405。

17 參見陳瑞堂，《清末民初中國法制現代化之研究》，第一輯，法院組織法篇，頁1（1973年）。

18 參見織田萬，前揭（註10）書，頁344。

19 參見織田萬，前揭（註10）書，頁311、344、395、406、441、459、471、475、484。

20 參見織田萬，前揭（註10）書，頁288-289；楊鴻烈，《中國法律發達史》，頁917-919（1967年台1版）。

改擬頒布「行政審判法」，設立「行政裁判院」，並擬具「行政裁判院官制草案」，行政訴訟制度的創舉，大有箭在弦上之勢。是時，台灣已割讓予日本，清末這波司法改革已無施行於台灣的可能。1911年，辛亥革命，清帝遜位，改建民國，「行政裁判院」遂亦僅停留在構想階段。

二、台灣日治時期的「行政訴訟法」（行政裁判法）

「日治時期」，指1895年5月8日²¹至1945年10月24日²²。日本治台初時宣稱明治憲法「部分施行」於台灣，迨至1906年改稱：帝國憲法「自始」全部施行於台灣²³，為施行於台灣的「第一部」憲法法典。

依據明治憲法規定，司法組織法制屬於法律規範事項，惟在台灣則是由總督以律令立法（行政命令）方式規範。在法制實務上，台灣法院初非立於獨立的地位，而在甚長之時期中，總督享有判官之休職命令權。1896年，台灣進入民政時期之後，司法審判權歸於「台灣總督府法院」行使，司法行政監督權，由總督取代司法大臣行使之。1896年5月，台灣總督以律令制定「台灣總督府法院條例」，規定由隸屬於總督的法院掌理台灣民刑事案件的裁判，並採行審級制度；同年7月又以律令制定「台灣總督府臨時法院條例」，處理政治犯罪案件。對於司法權歸屬於總督府，曾有指摘其違憲者。一般認為其不受日本以大審院為最終審的司法審判機關干涉，屬於明治憲法第六十條所稱「特別裁判所」。惟自1904年起以迄日

21 1895年4月17日（清光緒21年3月23日，日明治28年4月17日），日本帝國全權代表伊藤博文、陸奧宗光與清帝國全權代表李鴻章、李經芳在日本馬關（日稱下關）簽訂《馬關條約》，將台灣全島及其附屬島嶼暨澎湖群島（以下統稱台灣）「永久讓與」日本。依照國際法的原則與實踐，清日兩國於同年5月8日互換條約批准書，日本正式取得台灣的主權。

22 1945年10月25日，台灣省行政長官陳儀在台接受日本代表第十方面軍司令長官兼台灣總督安藤利吉的投降，結束日本對台灣的統治。

23 參見王泰升，〈台灣日治時期憲法史初探〉，《台灣法律史的建立》，頁190以下（1997年）。

治結束，在所謂「參酌舊慣」的統治政策下，制定「犯罪即決例」，明定廳長對於一定範圍的輕犯罪，得不經法院而逕予裁決，而此項「即決權」實際上皆由支廳長及廳警部代理行之；同年復頒布「廳長處理民事爭訟調停之件」，規定廳長得介入民事紛爭的解決，部分恢復清治時期地方衙門所擁有的司法權²⁴。

關於行政救濟方面，依當時日本法制，人民因行政機關違法或不當行政處分，致權利或利益受到損害時，法律上的救濟方法，主要有二：一是屬行政體系的救濟管道，如請願及訴願；另一是屬於司法權行使的行政訴訟制度。後者日本在明治憲法之下，曾仿學德國普魯士，於明治23年（1890年）制定「行政裁判法」²⁵。依照日本帝國憲法，人民有依法請願的權利，帝國議會亦得接受人民所呈之請願書，台灣人民經常引用此一規定發起請願運動。其次，訴願制度初期並未於台灣施行，惟為聽取民言，以利施政，台灣總督曾依1896年8月1日所制定的訓令，設置「申訴箱」。但申訴箱制度因易被利用來誣告，於是隨行政組織與司法制度的整備，於1898年1月9日廢止²⁶。

1922年3月27日，日本訴願制度，以敕令第51號制定的「台灣施行訴願法之件」，把日本本國的訴願法，1. 排除對有關郡、市、府、縣參事會的規定；2. 把「各省大臣」改稱為「台灣總督」，「其省或各省」改稱為「台灣總督府」；3. 訴願書以國語，即日語製作，作上述三項修正，延長適用²⁷。

自此，台灣人對租稅或行政規費的賦課、租稅滯納處分、營業

24 請參照王泰升，《台灣法律史概論》，頁244-249（2001年7月）；同作者，《台灣日治時期的法律改革》，頁129-154（1998年）；同作者，〈台灣日治時期的司法改革（上）（下）〉，《台大法學論叢》，24卷2期、26卷1期（1995年6月、1996年10月）。

25 昭和23年（1948年）改為「行政事件訴訟特別法」。

26 參見向山寬夫著，楊鴻儒、陳蒼杰、沈永嘉合譯，《日本統治下的台灣民族運動史（上）》，頁243（1999年）。

27 向山寬夫著，楊鴻儒、陳蒼杰、沈永嘉合譯，前揭（註26）書，頁147。

執照之否准或取消事件、水利與土木事件、土地為官有或民有之審查事件、地方警察事件，以及對上述事項相關之事件，皆可向台灣總督或台灣總督府提出以日文所寫的訴願書。

根據當時「訴願法」之規定，訴願，僅得就關於法律敕令所特認為有訴願權之事項為之，亦即，依「訴願法」第一條規定，關於下列事件，得提起訴願：一、課予稅捐及（行政及司法）規費之賦課事件。二、租稅滯納處分（即對於不履行納稅義務人所行之強制徵收）事件。三、營業許可之拒斥或取消事件。四、水利及土木事件（即關於鐵道、橋樑、堤防、蓄水池、水路、匣門、其他凡屬於水或土地等工事之開設、除去等一切事件）。五、土地之官民有區分（即國有地與民有地之區分）的查定事件。六、地方警察事件（即地方官廳權限之「警察處分」，例如出版物之發行、發賣、頒布之禁止）。七、其他依法律敕令特許其訴願之事件²⁸。其他依法律敕令特許其訴願之事件，計有：一、就台灣關稅及出港稅受不當處分，致其權利受損害者，得就台灣關稅及出港稅訴願審查委員會的裁決為訴願（明治32年敕令第187號）。二、對官設埤圳補償金有異議時，得要求官設埤圳補償金委員會為裁決（明治41年2月律令第4號第四條）。三、對廳長所為永代借地之查定，或對駁回申請表示不服者，得對永代借地調查委員會申請裁決（明治14年7月律令第4號）。四、由廳長受禁止住在台灣之命令之內地人，為對台灣總督要求撤銷處分，得提起訴願（明治33年律令第21號）。五、就土地收用由廳長所為處分表示不服者，對上級官廳之總督有權提起訴願，此一訴願無論內地人或土人，一般均有訴願之權（明治34年律令第3號）。六、對於廳長所為公共埤圳水利爭議之裁決不服時，得申請台灣總督裁決（明治37年府令第13號）²⁹。

有訴願提起權之人，除法令另有規定外，通常以不服處分者，

28 參見林呈祿，〈訴願〉，《台灣》，3年5號，頁41-43（1922年8月）。

29 參見長尾景德，《臺灣行政法大意》，頁216-217（大正12年）。

即因行政處分而權利受損或利益被侵害之個人或法人。但不以被處分人為限，因行政處分而權利或利益被侵害之第三人，亦有訴願權。於法令有特別規定，行政機關亦得提起訴願³⁰。

原則上，訴願以行政處分之行政廳之直接上級官廳為訴願裁決機關。訴願，須以文書於處分日起60日內提起，訴願書須經由其處分廳，並由直接上級行政官廳裁決。對於訴願裁決不服者，可於裁決日起30日內再為訴願，由最上級行政機關為裁決。對於台灣總督所為行政處分，僅能向其提起訴願。訴願之裁決，原則上採書面審理，惟裁決廳如認為必要者，亦得為口頭審理。裁決以書面為之，附以理由，或以不具備訴願提起之要件而不受理（卻下），或以訴願無理由而駁回、有理由而自為裁決或發還下級機關另為適當處分（狹義之裁決）。訴願之裁決。拘束下級行政官廳，上級行政廳不受羈束³¹。

1922年，日本「訴願法」將自翌年起施行於台灣，當時，「第一代台灣法律人」林呈祿³²曾撰文介紹訴願制度，同時表達台灣亦應實施行政訴訟制度的呼聲，其謂：「近代立憲法治國、必以法令定國家權力及人民權利之界線、凡國家之行政機關必不許其無法令之根據而侵害人民之權利、若國家行政機關有違背法令所規定而毀損人民之權利、或侵害人民之利益者、則必令人民對國家有求救濟之方法也。是故遵立憲法治主義之內地、凡一般人民、對於違法或不當之行政處分、皆有法律上之救濟方法、即認有提起行政訴訟、訴願及請願之權焉……³³。」「從來台灣之統治制度、非依立憲法治之原則、無立法權與行政權之對立、乃依委任立法之形式、令行政官之台灣總督兼行立法、是以所謂法治主義，即非有法律之依據

30 參見林呈祿，前揭（註28）文，頁43。

31 參見林呈祿，前揭（註28）文，頁43-46。

32 參見王泰升，〈「鬱卒」的第一代台灣法律人：林呈祿〉，《台灣法的世紀變革》，頁86（2005年）。

33 參見林呈祿，前揭（註28）文，頁38-39。

不許以行政權限制人民之自由或使人民負義務之原則，未能行於台灣也。……如此不認其有法律上之行政救濟之專制政治、隨乎時勢之進步與民智之發達、應漸次改革、固毋待言也。……已于本年……將訴願法施行於台灣矣。今我島民民權、當可擁護其幾分……且可視為行政裁判法施行於台灣之先聲³⁴。」日人長尾景德所撰《臺灣行政法大意》一書中，亦稱台灣已施行訴願法，遲早施行行政裁判法³⁵。不過，日本「行政訴訟法」（行政裁判法）始終未曾施行於台灣，甚至以敕令將日本法律施行於台灣時，若當中有關行政訴訟者，均註明該部分不施行³⁶。例如治安警察法雖施行於台灣，但行政訴訟法規定部分，不在其列。因之，依該法所為之禁止結社處分（地方官廳權限之「警察處分」），僅能提起訴願，而不能提起行政訴訟³⁷。

二次大戰後期，中國國民黨政權開始為接管台灣預作籌謀。1944年開羅會議後，國民政府開始展開「收復失土」的準備工作，成立「台灣調查委員會」，並於1945年3月14日制定完成「台灣接管計畫綱要」³⁸，其中第五點規定：「民國一切法令，均通用台灣，必要時得制頒暫行法規。日本占領時代之法令，除壓榨箝制台民、牴觸三民主義及民國法令者應悉予廢止外，其餘暫行有效，視事實之需要，逐漸修訂之。」

1945年11月3日，台灣省行政長官公署以署法字第36號布告，宣稱台灣自同年10月25日起，業經歸入中華民國版圖，並表示「遵照」台灣接管計畫綱要。根據「民國一切法令，均通用台灣」原則，包括中華民國之約法、民法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法及各種行政法規之「六法體制」，自1945年10月25日起，施行於台

34 參見林呈祿，前揭（註28）文，頁39-40。

35 參見長尾景德，前揭（註29）書，頁241。

36 參見黃靜嘉，《日據時期之台灣殖民法制與殖民統治》，頁201（1960年）。

37 參見王泰升，前揭（註24）書，頁218。

38 綱要全文，參見張瑞成，《光復台灣之籌劃與受降接收》，頁109-119（1990年6月）。

灣。由於日治時期，台灣並無行政訴訟法，故中華民國行政訴訟法施行於台灣³⁹，可謂是台灣行政訴訟法制的濫觴。

Karl Loewenstein 曾從「本體論」之角度將憲法分為「規範憲法」(die normative Verfassung)、「名目憲法」(die nominalistische Verfassung)與「語意憲法」(die semantische Verfassung)⁴⁰，並將之稱為「本體論之憲法分類」(die ontologische Klassifizierung der Verfassungen)⁴¹。若將此一概念區分沿用於行政法，且以台灣行政訴訟制度為例，則可謂在1945年以前，行政訴訟法為「名目上之行政法」，甚至是「語意上行政法」，迄至1945年之後，台灣始有規範性之行政法。

39 中華民國的《行政訴訟法》制定公布於1932年11月17日（凡27條），並於1933年6月23日施行。該法條文初僅27條，嗣後曾於1935年（凡29條）、1937年（凡30條）、1942年（凡34條）三度修正。至於行政法院，則早於1918年國民政府成立司法院時，即已成立，直隸司法院。行政法院的前身，為1914年北京政府依據《平政院編制組織》所設置之「平政院」，直屬大總統，在體例上，係仿自歐陸國家之法制（特別是法國），於普通法院之外，另設掌理行政訴訟之行政法院，其法律依據分別是1914年5月18日之行政訴訟條例及同年7月21日的行政訴訟法。參見林紀東，〈清末民初中國法制現代化之研究〉，第一輯，行政法規篇，頁貳-3以下（1973年）；翁岳生，〈行政訴訟制度現代化之研究〉，《行政法與現代法治國家》，頁386以下；蔡志方，〈我國第一個行政訴訟審判機關——平政院〉，《行政救濟與行政法學（一）》，頁241以下。

40 亦有譯為「詭譎憲法」，參見李鴻禧，〈憲法基本概念之澄清〉，《憲法與人權》，頁51（1986年3版）。

41 參見 *Karl Loewenstein*, *Verfassungslehre*, 3. Aufl., unveränderter Nachdruck der 2. Aufl., 1975, S. 151 ff.

三、中華民國法之舊行政訴訟時期

（一）制度特徵

行政訴訟法雖自1945年10月25日起，施行於台灣，但行政訴訟制度的運作，則遲至1950年中央政府遷台之後⁴²。初時，行政法院僅設一庭，全院職員止15人，當時全年只收案23件。嗣隨土地改革、政治、經濟、文化、教育、工商之發達，訴訟案件日增⁴³。1956年間，增設一庭，為期案件之加速處理，復奉司法院核准以兩庭人數，改為三庭編制⁴⁴。行政法院組織之體制與訴訟程序，初時少有變更。行政訴訟法於1969年及1975年，經過二次修正，條文增至34條。截至1998年行政訴訟法大幅度修正之前，此區區34條文構建起我國行政訴訟制度之粗模，並實施長達20餘年，是為「舊行政訴訟時期」。

依1969年公布之行政訴訟法（以下稱舊行政訴訟法）第一條第一項規定，所謂「行政訴訟」者，係指人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利，經依法提起再訴願或相當之救濟程序，不服其決定，或逾3個月不為決定或延長再訴願決定期間逾2個月不為決定者，得向行政法院提起訴訟之救濟方法。大體而言，舊行政訴訟制度約有如下之特徵：

1. 以行政處分為中心之行政裁判權：

凡屬行政處分之爭議事件，除法律特別規定由普通法院或其他機關管轄者外，均可提起行政訴訟。

2. 訴願前置主義：

行政訴訟之提起，須先經由訴願、再訴願之程序，俾行政機

42 參見司法院史實紀要編輯委員會編，《司法院史實紀要》，第二冊，頁1372以下（1982年12月）。

43 參見蔡志方，前揭（註5）書，頁170。

44 參見顧汝勤，〈二十年來之行政法院〉，《法令月刊》，21卷10期，頁66（1970年10月）。

關有自我審查之機會，並減輕法院之負擔。

3. 以撤銷訴訟為主要之訴訟類型：

行政訴訟之提起，主要以請求行政法院撤銷或變更違法之行政處分或訴願決定為目的，一般稱為「撤銷訴訟」。舊行政訴訟法第二條第一項雖規定：「提起行政訴訟，在訴訟程序終結前，得附帶請求損害賠償」，在性質上屬於「給付訴訟」。惟因損害賠償請求權之「實體規定」，過去多半付之闕如，人民尚難直接援引此項「程序規定」有所請求，故前開附帶請求賠償之規定並未發揮其作用。及至1981年國家賠償法施行後，因該法第十二條規定，人民得適用民事訴訟法之規定向民事法院請求國家賠償，故實務上也少有依行政訴訟法提起附帶請求賠償之案例。

4. 一級一審之審級制度：

在審級之設計上，全國僅設有一所行政法院，集初審、終審、事實審、法律審於一身，行政法院一經判決，訴訟程序即告終結。

（二）運作實況

行政法院自1950年起在台灣開始運作，初期因政府實施土地改革，耕地糾紛頻生，耕地事件佔行政訴訟之絕大部分。1960年起，台灣工商業迅速發展，租稅及關務事件，逐漸成為行政訴訟的主要重心⁴⁵。1988年起，專利及商標事件的數量開始超越稅務及關務事件，成為行政法院受理案件之大宗⁴⁶。

在行政訴訟的終結情形方面，1950年代，行政法院撤銷原行政處分的比例頗高，約佔總件數20%。1960年至1969年間，撤銷率仍維持在15%左右。惟1970年之後，則急速下降，撤銷率平均在10%

45 參見《司法院史實紀要》，第二冊，頁1458-1468（1982年12月）。

46 參見《司法案件分析》，頁576（1993年）。

以下，1970年甚至不及5%⁴⁷。1981年以迄1999年改制之間（改制前行政法院終結事件統計表，參見「表一」），撤銷率逐漸上升，且有一、二年較高，若以「該年判決撤銷（全部）原處分件數」與「該年判決總數」相比，各年的撤銷率分別是：8.51%（1981年）、8.43%（1982年）、7.93%（1983年）、7.92%（1984年）、9.25%（1985年）、9.90%（1986年）、8.54%（1987年）、11.43%（1988年）、15.70%（1989年）、11.97%（1990年）、9.57%（1991年）、8.38%（1992年）、9.03%（1993年）、12.19%（1994年）、12.45%（1995年）、10.30%（1996年）、7.34%（1997年）、6.31%（1998年）、4.07%（1999年）。整體觀之，平均撤銷率為9.43%，大致維持在一成左右，最高的是1989年，達15.70%，最低的是1999年，僅4.07%（以上參看「表二」，裁定部分，參看「表三」）。

47 參見翁岳生，〈中華民國之訴願及行政訴訟制度〉，《法治國家之行政法與司法》，頁20-21（1994年6月）。

表一 改制前行政法院終結事件統計表（1981年～1999年）

年 度	總 計	判決						裁定						撤 回	其 他		
		駁 回 原 告 之 訴	撤銷		駁 回 再 審 之 訴	原判決廢棄		小 計	駁 回 原 告 之 訴	駁 回 再 審 之 訴	駁 回 再 審 之 聲 請	原 裁 定 廢 棄	駁 回 聲 請			准 許 聲 請	
			全 部	一 部		全 部	一 部										
1981	2,134	1,077	118	22	164	4	1	709	384	317	0	2	6	0	26	13	
1982	2,428	1,214	137	33	231	7	2	773	409	351	0	2	11	0	21	10	
1983	2,539	1,302	137	36	239	9	4	778	358	412	0	5	3	0	26	8	
1984	2,513	1,300	135	34	222	7	5	785	385	391	0	5	4	0	18	7	
1985	2,984	1,659	195	27	221	4	2	857	416	432	0	4	5	0	16	3	
1986	3,574	1,821	245	39	359	10	0	1,083	530	538	0	5	10	0	14	3	
1987	3,185	1,758	193	34	264	9	0	900	396	487	12	5	0	0	18	9	
1988	3,394	1,723	263	39	267	7	1	1,071	601	446	23	1	0	0	21	2	
1989	3,780	1,955	426	26	295	9	2	1,054	555	488	8	2	1	0	13	0	
1990	3,119	1,531	251	25	274	15	0	1,008	473	151	378	2	4	0	13	2	
1991	3,774	1,916	240	11	328	10	1	1,252	589	84	559	10	9	1	12	4	
1992	4,218	2,109	234	30	408	9	2	1,397	596	107	678	8	8	0	22	7	
1993	4,410	2,934	2,152	265	18	474	22	3	1,458	606	125	696	11	20	0	17	1
1994	4,601	2,878	2,036	351	21	455	15	0	1,697	784	168	723	7	15	0	18	8
1995	5,144	3,349	2,225	417	102	575	22	8	1,769	696	169	871	17	16	0	21	5
1996	5,311	3,309	2,150	341	254	551	12	1	1,970	846	207	909	3	4	1	14	18
1997	5,256	3,335	2,410	245	30	630	18	2	1,903	706	195	969	5	28	0	15	3
1998	4,386	2,834	2,267	179	21	355	12	0	1,520	681	147	663	6	23	0	23	9
1999	5,539	4,370	3,981	178	19	187	5	0	1,093	780	81	219	3	10	0	38	38

作者製表，資料來源：司法院

表二 改制前行政法院判決終結情形分析表（1981年～1999年）

年 度	合 計	駁回原告之訴		駁回再審之訴		原處分全部撤銷		原處分部分撤銷		原判決全部撤銷		原判決部分撤銷	
		件 數	百 分 比 (%)	件 數	百 分 比 (%)	件 數	百 分 比 (%)	件 數	百 分 比 (%)	件 數	百 分 比 (%)	件 數	百 分 比 (%)
1981	1,386	1,077	77.70	164	11.83	118	8.51	22	1.58	4	0.28	1	0.72
1982	1,624	1,214	74.75	231	14.22	137	8.43	33	2.03	7	0.43	2	0.12
1983	1,727	1,302	75.39	239	13.83	137	7.93	36	2.08	9	0.52	4	0.23
1984	1,703	1,300	76.34	222	13.03	135	3.92	34	1.99	7	0.41	5	0.29
1985	2,108	1,659	78.70	221	10.48	195	9.25	27	1.28	4	0.18	2	0.94
1986	2,474	1,821	73.61	359	14.51	245	9.90	39	1.57	10	0.40	0	0
1987	2,258	1,758	77.86	264	11.69	193	8.54	34	1.50	9	0.39	0	0
1988	2,300	1,723	74.91	267	11.60	263	11.43	39	1.69	7	0.30	1	0.43
1989	2,713	1,955	72.06	295	15.08	426	15.70	26	0.95	9	0.31	2	0.73
1990	2,096	1,531	73.04	274	13.07	251	11.97	25	1.19	15	0.71	0	0
1991	2,506	1,916	76.46	328	13.08	240	9.57	11	0.43	10	0.39	1	0.39
1992	2,792	2,109	75.54	408	14.61	234	8.38	30	1.07	9	0.32	2	0.71
1993	2,934	2,152	73.35	474	16.15	265	9.03	18	0.61	22	0.74	3	0.10
1994	2,878	2,036	70.74	455	15.80	351	12.19	21	0.72	15	0.52	0	0
1995	3,349	2,225	66.44	575	17.16	417	12.45	102	3.04	22	0.65	8	0.23
1996	3,309	2,150	64.97	551	16.65	341	10.30	254	7.67	12	0.36	1	0.30
1997	3,335	2,410	72.26	630	18.89	245	7.34	30	0.89	18	0.53	2	0.59
1998	2,834	2,267	79.99	355	12.52	179	6.31	21	0.74	12	0.42	0	0
1999	4,370	3,981	91.10	187	4.27	178	4.07	19	0.43	5	0.11	0	0

作者製表，資料來源：司法院

表三 改制前行政法院裁定終結情形分析表（1981年～1999年）

年 度	合 計	駁回原告之訴		駁回再審之訴		駁回再審之聲請		原裁定廢棄		駁回聲請		准予聲請	
		件數	百分比(%)	件數	百分比(%)	件數	百分比(%)	件數	百分比(%)	件數	百分比(%)	件數	百分比(%)
1981	709	384	54.16	317	44.71	0	0	2	0.28	6	0.84	0	0
1982	773	409	52.91	351	45.40	0	0	2	0.58	11	1.42	0	0
1983	778	358	46.01	412	52.95	0	0	5	0.64	3	0.38	0	0
1984	785	385	49.04	391	49.80	0	0	5	0.63	4	0.50	0	0
1985	857	416	48.54	432	50.40	0	0	4	0.46	5	0.58	0	0
1986	1,083	530	48.93	538	49.67	0	0	5	0.46	10	0.92	0	0
1987	900	396	44.00	487	54.11	12	1.33	5	0.55	0	0	0	0
1988	1,071	601	56.11	446	41.64	23	2.13	1	0.93	0	0	0	0
1989	1,054	555	52.65	488	46.29	8	0.75	2	0.18	1	0.94	0	0
1990	1,008	473	46.92	151	14.98	378	37.50	2	0.19	4	0.39	0	0
1991	1,252	589	47.04	84	6.70	559	44.64	10	0.79	9	0.71	1	0.79
1992	1,397	596	42.66	107	7.65	678	48.53	8	0.57	8	0.57	0	0
1993	1,458	606	41.56	125	8.57	696	47.73	11	0.75	20	1.37	0	0
1994	1,697	784	46.19	168	9.89	723	42.60	7	0.41	15	0.88	0	0
1995	1,769	696	39.34	169	9.55	871	49.23	17	0.96	16	0.90	0	0
1996	1,970	846	42.94	207	10.50	909	46.14	3	0.15	4	0.20	1	0.50
1997	1,903	706	37.09	195	10.24	969	50.91	5	0.26	28	1.47	0	0
1998	1,520	681	44.80	147	9.67	663	43.61	6	0.39	23	1.51	0	0
1999	1,093	780	75.07	81	7.41	219	20.03	3	0.27	10	0.91	0	0

作者製表，資料來源：司法院

四、小結：以史為鑑

回顧近代台灣法制的演進，清治時期，官權至上，民權不彰，民告官的行政訴訟，尚無置錐之地。日治時期，立憲法治初立，但日本行政訴訟法始終未施行於台灣，日本法律施行於台灣時，若當中有關於行政訴訟者，均註明該部分不施行於台灣。由上可以清楚地看出，行政訴訟法制的實踐，始於1950年國民黨政府遷台之後，清治、日治時期皆無行政訴訟制度。倭此沿革論述，無疑可能與本文強調以行政訴訟為基座的論述理路有所矛盾。面對此項質疑，必須回答兩個問題，一是「原因」何在？二是「意義」何在？也就是如何作法律上的評價。

19世紀以降，承接18世紀啟蒙運動 (Enlightenment, Aufklärung) 的餘緒，並隨著工業主義 (industrialism) 的推進腳步，西方世界無論在政治體制、經濟秩序、法律典章、社會結構或文化系統等方面，均發生重大而劇烈的變動，其間思想理念紛陳，價值典範遞變⁴⁸。對於此一過程，通常稱以「現代化」 (Modernization, Modernisierung)，而對此一過程所呈現的現象或特性，則稱之為「現代性」 (Modernity, Moderne)⁴⁹。

48 舉其瑩瑩大者，如：「世俗化」 (Secularization, Säkularisierung)、「工業化」 (Industrialization, Industrialisierung)、「進步」 (progress, Fortschritt)、「官僚主義」、「理性主義」 (rationalism) 或「理性」 (Rationality, Rationalität)、「自主」 (Autonomy, Autonomie)、「公民權」 (citizenship, Bürgerschaft)、「個人主義」 (individualism, Individualismus) 等。

49 在世界史的分期上，5世紀以前，稱「上古」，6世紀至16世紀，名「中古」或「中世紀」，16世紀迄1950年間，曰「近代」，1950年以降，謂之「現代」。英文“Modern Times”一詞通常指稱16世紀迄1950年間時期，“Modernity”或“Modernization”一詞涵括的時間範疇，大體是19世紀至1960年間。在此之後，以迄今日，有稱為「全球化」 (Globalization, Globalisierung) 者。是以，將“Modernity”及“Modernization”譯為「近代性」及「近代化」，應較精確（採此譯法者，例如王泰升，〈台灣法的近代性與日本殖民統治〉，《台灣法的世紀變革》，頁42）。惟因國內多數譯為「現代性」及「現代化」，且已蔚為通用語彙，鑑於語言乃「約定成俗」的產物，故本文仍沿用一般譯法。另外，關於「現代性（近代性）」概念的討論，可參見 CLAUS OFFE, MODERNITY AND THE

隨著西方殖民主義 (colonialism) 在東亞興起，西方國家的「現代性」被帶入東方世界。於是，站在東亞國家（或非西方國家）的立場上，「現代化」成為「西方化（西化）」(Westernization)。儘管西化與現代化之間應否／如何界分，在學術上及實踐上仍是一門爭論不休的議題，但所謂的「現代化」大體上是接受西方的基本價值、政法體制、生活方式，或至少受西方影響，則是不爭的事實，其中「變法」尤是顯例。

殖民統治與現代化的交錯與糾纏，台灣適逢其時，也躬逢其會。對台灣來說，變法的意義，誠如戴炎輝教授所言：「吾國於清末……始提倡變法自強，而台灣已淪陷於日本。日本變法，比吾國早三十年，其據台後，於台灣亦悉依新制……⁵⁰」言下之意，日本變法早於清國，其法治水準亦較清國進步⁵¹。台灣「拜殖民之賜」，經由日本法的導入，得以吸收西方新制，反較同一時期中國法制進步。此一論斷，衡之於多數法制，自非謬言，但若以行政訴訟法制為例，則非確論。蓋日本行政訴訟法自始至終未在台灣施行。推究其因，則同樣也是拜「殖民統治」所賜。

1916年（大正5年），日本帝國第三十七屆眾議院，在討論實施台灣律令權的問題時，有議員提出質詢：在某種程度限制之下，允許日本內地的行政訴訟、行政訴願實施於台灣，讓受到行政權侵害權利的日本內地人及台灣人獲得救濟，於台灣統治的政策上是否適當？政府官員的回應是：在統治台灣的政策上，必須加強台灣總督的權力，俾以發揮總督的威信，故不宜僅因顧慮個人的權利保障而導入行政訴訟制度。導入行政訴訟，固然也有好處（保護個人權

STATE, EAST, WEST 3-30 (1996).

50 戴炎輝，《台灣省通志稿政事志司法篇》，第一冊，頁6（1955年）。

51 日本京都帝國大學法科大學織田萬法教授，於1903年受命主持台灣舊慣調查會交付之「清國行政法」編述工作，完成《清國行政法》一書，於序言中指出：「竊謂清國人士，未能通曉近世各國法理，徒讀顛倒錯置之書，益恐失之毫釐，差以千里，乃別作行政法大意一編，明述近世各國行政法之要。（原文皆為句點，逗點為作者所加）」參見織田萬，前揭（註10）書，序言，頁2。

利)，但對統治可能造成相當大的障礙，因此，允宜深思熟慮，不能率然採之⁵²。

同年第三十七屆眾議院之明治39年法律第31號改正法律案委員會上，復有議員提出質詢，表示在台灣，行政官員若因故意或過失，損害人民權益時，人民幾乎無法救濟，亦不能訴願。例如總督府在進行林業調查時，因實行方式頗為粗暴，引起台灣人民不滿，一旦完成了林業調查，日後恐無法恢復原狀。對於這種情況，政府當局作何想法？政府委員的答覆是：（一）訴願訴訟與一般司法制度全然不同。（二）統治新國民之時，若太重視其權利，將妨礙統治。（三）台灣人之前沒有行政訴訟習慣，對該制度亦不了解。於此情形下，若立即導入行政訴訟制度，將產生種種弊害，況且能夠充分利用行政訴訟的台灣人數也不多。（四）尚有其他請願方法，足以代替行政訴訟⁵³。

另外，亦有主張，每一個民族多半基於自己的想法、風俗習慣，發展出屬於自己的制度。因此，若未經過任何調整，而逕將自己的制度套用於其他民族，即不尊重他人的民族心理，絕對不會得到很好的結果。日本內地人有自己的想法、風俗習慣，台灣本島人亦有不同於日本內地人的獨特想法與風俗習慣。因此，若要在台灣實施與日本內地相同的制度，首先必須實現與日本相同的社會環境，爾後再予施行，方屬妥當⁵⁴。

基於上述理由，儘管當時台灣報紙《臺灣民報》社論以行政訴訟為憲法上的制度為由，呼籲台灣應施行行政訴訟⁵⁵，也有台日人

52 參見飯岡隆，〈行政裁判法在台灣に實施す可し〉，《台法月報》，27卷7號，頁3（昭和8年（1933年）7月）。

53 參見飯岡隆，前揭（註52）文，頁4。

54 參見飯岡隆，前揭（註52）文，頁5。

55 參見論評，〈當施行行政裁判制度〉，《臺灣民報》，79號，頁3（1925年（大正14年）11月15日）：「對於行政官廳的監督，……一種是內發的監督、另一種是外發的監督。……外發的監督機關、就是依國家以外的人格者的發動、而對於行政官廳的不合法或不適當的處分、使其恢復為適法或適當之處置、即如行政訴願或行政訴訟的提出……。然這種種監督機關中，像行政裁判所（即行政訴

以〈台灣應實施行政裁判法〉為題著文強調：「立憲法治國的領土內無行政訴訟法，有失體面」，並主張台灣應實施行政訴訟法⁵⁶，但終日治之世，台灣未嘗有行政訴訟制度之設。歸結原因，一言以蔽之，殖民統治利益高於法治行政價值。

行政訴訟的生成土壤，不外民主與法治。台灣日治時期欠缺行政訴訟制度，適可反襯出此一時期台灣尚未脫集權專制的格局，同時也可以印證行政訴訟權之保障乃「法治國穹頂之拱心冠石」(Schlußstein im Gewölbe des Rechtsstaates)⁵⁷的箇中真髓。日本對台灣殖民統治，儘管在經濟建設上，著有貢獻，其所建立的法律制度（包括司法制度），亦直追近代西方國家的水平，但因未實施行政訴訟制度，故難稱得上是「民主法治國家」，至多只能說是台灣的「開明專制」時期。

相對而言，「大陸時期」的行政訴訟制度，雖未在台灣施行，

訟)是最可矯正行政官廳的不法的……在日本國內除了殖民地住民以外、若有受官廳的違法處分被侵害權利時，可得訴之於這行政裁判所以圖救濟、恢復其合法的處置、是本於立憲制度的善政、憲法第六十一條、規定設置這制度、可說是要伸張人民的『權利自由』和增進人民的幸福咧。然而在現時台灣僅有行政訴願之施行、而沒有行政訴訟、倘若假定台灣總督的處分有不當的時候、仍向總督府訴願、不過是促其反省而已、其效果是很薄的、將來行政裁判所法倘果能施行於台灣……就可依這機關而行救濟、故於台灣既然一面有施行治安警察法、以豫防滅殺一般公安秩序的危害為目的、他面更當急速施行行政裁判所法、以確保人民的權利、纔可說是無弊的施設……」。按《臺灣民報》為當時台灣報人暨法律人林呈祿所創辦，上開論評，應出自林呈祿之手（參見王泰升，前揭（註32）文，頁96）。上開議論在當時可說是鄂鄂之言，於今觀之，猶是鏗鏘有力。

56 參見飯岡隆，〈行政裁判法を台灣に實施す可し〉，《台法月報》，27卷6號，頁4-5（昭和8年（1933年）6月）；27卷7號，頁2（昭和8年（1933年）7月）。該文中條舉台灣應實施行政訴訟法的八大理由：一、內地延長主義的結果，台灣自當實施行政訴訟法。二、立憲法治國的領土內無行政訴訟法，有失體面。三、行政訴訟制度可以確保國家機關行政行為的合法性。四、行政訴訟法的實施是台灣法制體系的一大進展。五、既已實施訴願法，百尺竿頭更進一步實施行政訴訟法。六、台灣若發生違法行政行為，承擔的損失是日本內地的兩倍。七、行政訴訟法對行政官廳具有監督作用。八、行政訴訟得為接受民眾陳情的機制。

57 參見 Richard Thoma, Über die Grundrechte im Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, in: Recht-Staat-Wirtschaft, Bd. 3 (1951), S. 9.

但在中華民國法施行之前，台灣既不曾有過行政訴訟的法制經驗，則台灣行政訴訟法的沿革考察，無可避免的必須跳脫「空間上」的框格，跨越時空，從「繼受中國法」的角度，追尋法制的根源（包含平政院的經驗），設法嫁接法制、傳承經驗，以豐富台灣行政法的內涵，創造出屬於台灣特有的行政訴訟制度。

參、演進

一、行政訴訟法的修正與運作現況

綜觀舊行政訴訟制度，可知其僅有以行政處分為訴訟客體之「撤銷訴訟」類型，對於「請求行政機關為行政處分」、「確認行政處分無效」、「確認公法上法律關係成立或不成立」、「確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法」及「公法上給付」等公法上爭議事件，尚乏救濟之途徑，加以在爭訟程序之設計上，一方面設有多層級之先行程序，他方面卻無審級救濟制度，致使人民之權益無法獲得充分且迅速之救濟，核與憲法保障人民訴訟權之旨趣，殊有未合。有鑑於此，司法院乃於1981年7月間成立行政訴訟制度研究修正委員會，著手從事研修工作，先後歷時11年，於1993年間擬具「行政訴訟法修正草案」，送請立法院審查。1995年6月7日，立法院司法、法制委員會聯席會議就司法院所提「行政訴訟法修正草案」進行審查程序。1998年10月2日，行政訴訟法修正草案相繼獲二、三讀通過⁵⁸，於同年10月28日經總統公布，並於2000年7月1日起施行⁵⁹，自此台灣行政訴訟制度乃有全新之面貌。

58 《立法院公報》，87卷36期（一），頁125-464（1998年）。

59 行政訴訟法第三〇八條第二項規定：「本法修正條文施行日期，由司法院以命令定之。」司法院於1999年7月8日以（88）院臺廳行一字第25746號令自2000年7月1日起施行。

此次行政訴訟法之修正，幅度甚大，不僅條文數目由原來之34條增加為308條，同時在內容上，舉凡條文之結構，章節之編列，乃至訴訟類型之增加及訴訟程序之強化，均有極大之增修，可謂是我國行政訴訟制度之重大變革。按行政訴訟之宗旨，在保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，並增進司法之功能（行政訴訟法第一條），針對此項宗旨，此次修法有如下之重點：

1. 擴大行政訴訟裁判權之範圍：

得提起行政訴訟之對象，不以「行政處分」為限，凡屬公法上之爭議事件，除法律別有規定外，均得提起行政訴訟（行政訴訟法第二條）。

2. 增加行政訴訟之種類：

除原有之撤銷訴訟外，增加「課予義務訴訟」（請求應為行政處分訴訟）、「確認訴訟」及「給付訴訟」等三種訴訟類型（行政訴訟法第三條）。其中「課予義務訴訟」者，係指行政機關對於人民依法申請之案件，應作為而不作為時，人民經訴願程序後，得向行政法院提起請求原機關應為行政處分之訴訟（行政訴訟法第五條）。「確認訴訟」者，係指確認公法上法律關係成立或不成立之訴訟，及確認已執行完畢或因其他事由而消滅之行政處分為違法等之訴訟（行政訴訟法第六條）。「給付訴訟」，則係對於因公法上原因發生財產上之給付，或因公法上契約發生之給付，向行政法院提起訴訟（行政訴訟法第八條）。

3. 增加行政訴訟之審級：

增設「高等行政法院」，並將原行政法院改稱「最高行政法院」。在審級設計上，係採「二級二審制」，高等行政法院乃係第一審，並為事實審兼法律審；而最高行政法院則為上訴審，為法律審，亦為終審法院。

4. 增設維護公益訴訟與團體訴訟：

公益訴訟，謂人民為維護公益，就無關自己權益之事項，對

行政機關之違法行為，以法律有特別規定者為限，亦得提起行政訴訟（行政訴訟法第九條）。團體訴訟，則是以公益為目的之社團法人或非法人團體於其章程所定目的範圍內，由多數有共同利益之社員，就一定之法律關係，授與訴訟實施權者，得為公共利益提起訴訟（行政訴訟法第三十五條）。

5. 增訂先決問題之處理條款：

按我國採司法二元制度，同一基礎事實或法律關係所衍生之民、刑事訴訟或行政訴訟，分由普通法院及行政法院審理，為避免事實認定及法律見解之歧異，自應有所規範，以杜爭議。是以，新法特增訂先決問題之處理條款，俾防止裁判之兩歧，其內容為：民事或刑事訴訟之裁判，以行政處分是否無效或違法為據者，應依行政爭訟程序確定之。行政爭訟程序已經開始者，於其程序確定前，民事或刑事法院應停止其審判程序（行政訴訟法第十二、一七七條）⁶⁰。

6. 採取言詞審理之訴訟程序：

高等行政法院第一審訴訟程序，以言詞審理為原則，並仿民事訴訟法增訂相關規定，以利言詞辯論程序之順利進行（行政訴訟法第一〇九條及第一二一條至第一三二條）。

7. 增設情況裁判制度：

情況裁判制度係仿自日本行政事件訴訟法第三十一條之立法例，規定行政法院受理撤銷訴訟，雖認為原處分或決定違法，但其撤銷或變更於社會公益有重大損害時，應就受處分

60 現行商標法第五十六條準用同法第四十九條規定：「在異議（評定）程序進行中，凡有提出關於商標專用權之民事或刑事訴訟者，得於異議（評定）審定（評定）確定前，停止訴訟程序之進行。」亦屬先決問題之處理條款。惟查本條係2003年5月28日修正公布（公布日起六個月後之同年11月28日施行）之新規定，舊條文第六十條原規定：「在評定程序進行中，凡有提出關於商標專用權之民事或刑事訴訟者，應於評定商標專用權之評決確定前，停止其訴訟程序之進行。」係採與行政訴訟法第十二條相同之規定（民事或刑事法院應停止其審判程序）。新法改採得由司法機關依職權決定是否停止其訴訟程序，在解釋上係行政訴訟法第十二條之特別法。

人之個人利益與社會公益加以權衡，如認為原處分或決定之撤銷或變更顯與社會公益相違背者，行政法院得駁回原告之訴，以維公益與私益之間的平衡。惟行政法院為此項判決時，除應於主文中諭知原處分或原決定違法外，並應依原告之聲明，將其因違法處分或決定所為給付或所受損害，於判決內命被告機關返還或賠償，俾原告能迅速獲得適當之救濟（行政訴訟法第一九八條）。

8. 採行情事變更原則：

情事變更原則，原為私法上之原則，惟公法上之契約或公法上其他原因所生之財產上給付，如發生情事變更，非訂約當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，為維持當事人實質之公平，或為防止或免除公益上顯然重大之損害，亦應有情事變更原則之適用（行政程序法第一四七條）。準此，新法爰規定行政法院於訴訟程序中，得依當事人（包括行政機關）聲請，為增減給付或變更、消滅其原有效果之判決，以資配合（行政訴訟法第二〇三條）⁶¹。

9. 增訂和解程序：

行政訴訟與公益有關，原則上不許當事人以合意解決訴訟上之爭議，惟如當事人就訴訟標的具有處分權且不違反公益者，尚非不得許其為訴訟上之和解，以終止爭執。是以，新法特就訴訟上和解之程序、要件及和解筆錄之效力，予以明定，俾供遵循（行政訴訟法第二一九條至第二二八條）。

61 惟須注意者，行政程序法第一四七條第一項規定：「行政契約締結後，因有情事重大變更，非當時所得預料，而依原約定顯失公平者，當事人之一方得請求他方適當調整契約內容。如不能調整，得終止契約。」此項規定所定之「情事變更原則」，乃屬當事人實體法上之請求權，以行政機關為請求對象。反觀行政訴訟法第二〇三條第一項規定：「公法上契約成立後，情事變更，非當時所得預料，而依其原有效果顯失公平者，行政法院得依當事人聲請，為增、減給付或變更、消滅其他原有效果之判決。」則是當事人於訴訟程序上之聲請權，行政法院對於是否增、減給付或變更、消滅其他原有效果，享有裁量權，二者在本質上似有不同。

10. 增訂簡易訴訟程序：

為求訴訟之經濟，新法對於訴訟標的所涉及之金額或價額在一定數目以下，以及不服行政機關所為罰鍰以外之輕微案件，特設簡易訴訟程序，以期便捷（行政訴訟法第二二九條至第二三七條）。

11. 增訂保全程序：

行政訴訟種類既已增加，則關於公法上金錢給付或其他權利有保全之必要者，自應輔以假扣押或假處分之程序，以利保全，故新法特增訂保全程序之規定，以資因應（行政訴訟法第二九三條至第三〇三條）。

12. 增訂強制執行程序：

為配合訴訟種類增多之需要，新法乃就不同之訴訟種類，分別對執行名義、執行方法及實施強制執行之程序，予以明定，俾有依據（行政訴訟法第三〇四條至第三〇七條）。

行政訴訟制度之改革，除修改行政訴訟法外，尚對行政法院之組織有所調整與增補。司法院於1993年間提出行政訴訟法修正草案時，同時提出「行政法院組織法修正草案」，於1999年1月15日經立法院三讀通過⁶²，並於同年2月3日經總統公布。依行政訴訟法第一〇一條第二項及行政法院組織法第四十八條第二項規定：「本法修正條文施行日期，由司法院以命令定之。」目前司法院業以（88）院台廳行一字第23933號函頒「中華民國八十七年十月二十八日修正公布之『行政訴訟法』修正條文暨八十八年二月三日公布之『行政法院組織法』修正條文，均經本院於中華民國八十九年七月一日施行」。又為方便新法與舊法之銜接，避免新法實施初期所可能產生之適用疑義，立法院於2000年5月23日三讀通過「行政訴訟法施行法」，凡6條，其主要內容如下：

1. 新法施行後，於施行前已繫屬而尚未終結之行政訴訟事件，

62 《立法院公報》，88卷6期，頁1257（1999年）。

由最高行政法院依新法裁判之。如認起訴無理由者，應予駁回；有理由者，應為原告勝訴之判決或發交該管轄高等行政法院依新法審判之（行政訴訟法施行法第二條）。

2. 確定裁判之再審：新法施行前已確定裁判之再審，其再審期間依舊法之規定；再審事由，依新法之規定（行政訴訟法施行法第三條）。
3. 新法施行後，不服再訴願決定之再訴願人或利害關係人，得於法定期間內向高等行政法院提起行政訴訟（行政訴訟法施行法第四條）。
4. 第三人對新法施行前已確定之終局判決，認有新法第二八四條第一項規定重新審理之事由者，得於新法施行之日起30日或知悉確定判決之日起30日之不變期間內，依新法之規定，聲請重新審理。但已確定之判決，自新法公布日回溯起算已逾1年者，不得聲請重新審理（行政訴訟法施行法第五條）。

2001年10月22日司法院（90）院臺廳行一字第25746號令修正發布第二二九條第一項適用簡易程序之數額增至新臺幣10萬元；並自2002年1月1日實施。

最高行政法院目前設有6庭，院長、庭長、法官共計25人，辦理不服高等行政法院之上訴、抗告案件。最高行政法院並設有租稅、土地、商標、專利之專股，專辦是類案件，以朝向專業化並提昇裁判品質。台北高等行政法院設8個審判庭，1個審查庭，有32位法官；台中高等行政法院設3個審判庭，1個審查庭，有12位法官；高雄高等行政法院設4個審判庭，有14位法官。最高行政法院為行政訴訟之終審法院，其裁判所持法律見解，有拘束下級行政法院之效力。為避免各庭間法律見解歧異，最高行政法院每月定期舉行庭長、法官聯席會議，就見解歧異之法律問題，進行討論，並作成決議，俾以統一見解。此外，最高行政法院每年舉辦各級行政法院法律座談會，與下級審庭長、法官進行法律見解之溝通，座談會之記錄，於審判實務及學理探討，具有參考價值。

訴訟事件性質，向以稅捐事件居首，其餘多為土地、商標、環保、關稅、考銓等事件。由於人民權利意識升高，行政訴訟種類增加，以最高行政法院為例，新收案件逐年遞增，2001年新收案件為3138件，2002年為3952件，2003年為4416件，2004年為4474件，2004年比2001年增加1336件，增加比率為42.57%⁶³。從「終結事件」之情形以觀，三所高等行政法院在2000年至2001年間的結案數，從2327件暴增至38,313件，若對照2001年的裁定駁回件數32,336件，可能是訴訟新制實施伊始，民眾對於能否及應提起何種行政訴訟尚不熟悉所致，其後結案數趨於穩定，維持在9000件上下。2000年至2005年各年的勝訴件數占終結件數依次為4%（2000年）、1%（2001年）、9%（2002年）、9%（2003年）、7%（2004年）、6%（2005年），總計結案件為76,465件，勝訴件數為4277件，占終結件數6%，勝訴率不到一成（以上參看「表四」）。最高行政法院的結案件數，從2001年以迄2005年，有逐年增加的趨勢，考其原因，諒係行政法院改制為上訴審後，行政訴訟案件須歷第一審程序，始得由最高行政法院審理，初期上訴案件自然較少，終結數隨之亦少。觀諸終結情況，駁回上訴比率逐年為62%（2001年）、90%（2002年）、85%（2003年）、84%（2004年）、90%（2005年），總計結案件為9029件，駁回上訴件數為7829件，占終結件數87%，駁回率高達近九成（以上參看「表五」）。

63 <http://tpa.judicial.gov.tw/introduce.htm>，最後瀏覽日期：2006年5月26日。

表四 高等行政法院行政訴訟第一審終結事件統計表

年 度	總 計	撤 回	勝 訴	敗 訴	勝 部有部 理理由 分由分	敗 部有部 理理由 分由分	互 見 部有部 理理由 分由分	情 況 判 決	裁 定 駁 回	移 送 管 轄	和			其 他
											件 數	占 總 結 數 (%)	占 及 件 判 決 解 數 (%)	
2000	2,327	460	934	307	6				505	72	25	1.07	1.97	18
2001	38,313	1,674	504	2,992	150			32,336	87	263		0.69	6.73	307
2002	8,481	770	730	4,261	283			1,842	105	280		3.30	5.04	210
2003	9,714	934	918	5,050	376			1,787	99	330		3.40	4.94	220
2004	8,695	828	648	5,056	386		2	1,228	59	339		3.90	5.27	149
2005	8,935	846	543	5,518	323		3	1,302	65	207		2.32	3.14	128
總計	76,465	5,512	4,277	23,184	1,524		5	39,000	487	1,444		14.68	27.09	1,032

作者製表，資料來源：司法院

表五 最高法院行政訴訟上訴終結事件統計表

年 度	總 計	撤 回 上 訴	撤 回 第 一 審 之 訴	駁 回 計	不 合 法			上 無 理 由			訴 廢 計	棄 回 更 審			原 自 為 判 決	和 其 他
					全 部	部 分	全 部	全 部	部 分	部 分		全 部	部 分	部 分	全 部	
2001	109	2		68.00	18.00		50.00				3.00	1.00			2.00	36
2002	1,240	16		1,110.00	309.00		794.00	7.00			108.00	58.00	4.00		43.00	6
2003	2,311	19		1,967.00	636.00		1,309.00	22.00			321.00	212.00	15.50		86.00	4
2004	2,275	24		1,906.50	672.00	0.50	1,213.00	21.00			341.50	257.00	10.50		64.00	3
2005	3,094	17		2,777.50	1,069.00		1,691.00	17.50			291.50	198.00	8.50		76.00	7
總計	9,029	78		7,829	2,704	0.5	5,057	67.5			1,065	726	38.5		271	56

作者製表，資料來源：司法院

二、新近發展：行政訴訟制度的專業化——智慧財產法院的建置

近世科技快速發展，相關產業隨之成長，專利、商標、著作權、積體電路布局、營業秘密等智慧財產權之爭訟事件，日益頻繁。智慧財產案件具有專業性及國際性，且事涉民刑糾紛⁶⁴。職司審理智慧財產權糾紛之法官，多半不具科學技術背景及訓練，專業知識不足，證據蒐集手段欠缺，在審理此類涉及高度專業案件時，往往過度依賴鑑定結果。不僅如此，因智慧財產權之取得與保護，與行政機關（智慧財產局）之公權力多有干係⁶⁵，進而衍生行政上之爭訟。由於我國採取司法二元制訴訟體系（後詳），智慧財產權「有無」之問題，歸行政法院管轄，侵權糾紛及刑事訴追則由普通法院審理。單一智慧財產權案件分屬不同體系法院審理之結果，不僅迭生訴訟程序中止之問題，延宕訴訟程序之進行，猶因所涉爭點糾結交錯，屢生如何適切分割，避免裁判歧異之難題。為改善我國智慧財產訴訟程序，發揮權利迅速、有效救濟之機能，乃有成立智慧財產專業法院之倡議與探討⁶⁶。2003年12月，司法院宣布成立「智慧財產法院」之政策方向。2004年2月下旬起即積極籌設智慧財產法院，並組成「智慧財產法院籌劃小組」。2006年2月17日，司法

64 目前法律對於智慧財產侵權行為，設有刑事罰則者，除刑法第二五三條至第二五五條、第三一七條、第三一八條外，尚有商標法、著作權法、公平交易法等相關規定。至於專利之侵權行為，則已除罪化。

65 例如：商標權採註冊制（商標法第二條）、發明專利權採核准審定制（專利法第五十一條）、電路布局權採登記制（積體電路布局保護法第十五條）。至於著作權之取得，原採註冊主義，嗣改為創作主義（著作權法第十條）。上述「註冊」、「核准審定」、「登記」等行政行為，一般稱為「發生私法效果之行政處分」。參見蔡茂寅等，《行政程序法實用》，頁247（2006年10月3版）。

66 針對智慧財產案件之特性，法治先進國家除了設置專業法院外，並就智慧財產訴訟設有特殊程序規定。參見盧文祥，〈我國智慧財產法院之理想與實現〉，《政大智慧財產評論》，4卷1期，頁1以下（2006年4月）；謝銘洋，〈智慧財產法院之設置與專利商標行政救濟制度之改進〉，《政大智慧財產評論》，139期，頁5-17（2006年12月）。

院第一一三次院會審查通過「智慧財產法院組織法」草案及「智慧財產案件審理法」草案。於同年次月2日函請行政院同意。同年4月19日，行政院院會通過上二草案，於次日與司法院會銜送立法院審議。2007年1月9日、3月5日，立法院先後三讀通過「智慧財產案件審理法」及「智慧財產法院組織法」。同年3月28日，總統公布生效，施行日期，由司法院定之⁶⁷。

智慧財產法院組織法，分為8章，共計45條條文；與智慧財產法院組織法配套之智慧財產案件審理法，凡5章，條文39條。據此二法律，原本分散於普通法院及行政法院處理之智慧財產權爭議案件，將統籌由智慧財產法院審理；智慧財產法院將設置技術審查官，協助法院從事專業技術問題之判斷及相關資料之蒐集與分析，智慧財產權案件之審判將邁入新的紀元，行政訴訟制度亦邁出專業化的第一步。

關於行政訴訟部分，因專利法、商標法、著作權法、光碟管理條例、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法或公平交易法涉及智慧財產權所生之第一審行政訴訟事件及強制執行事件（智慧財產案件審理法第三十一條第一項第一款、智慧財產法院組織法第三條第三款），其他法律得以將特定之行政訴訟事件交由智慧財產法院管轄（智慧財產案件審理法第三十一條第一項第二款、智慧財產法院組織法第三條第四款）。其他行政訴訟與前述智慧財產案件合併起訴或為訴之追加時，應向智慧財產法院為之（智慧財產案件審理法第三十一條第二項）。

在組織層級上，智慧財產法院相當於高等行政法院，並以最高行政法院為終審法院（智慧財產案件審理法第三十二條第一項）。在案件審理程序及職權上，相較於行政訴訟法，最大不同處，乃辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第十九條第三款

67 智慧財產案件審理法第三十九條、智慧財產法院組織法第四十五條。

迴避之規定（智慧財產案件審理法第三十四條第二項）。此外，尚有如下之特點：

1. 法官專業知識及心證之公開與辯論：

法院已知之特殊專業知識，應予當事人有辯論之機會，始得採為裁判之基礎（智慧財產案件審理法第三十四條第一項準用第八條）。

2. 增設審判不公開之規定：

當事人提出之攻擊或防禦方法，涉及當事人或第三人營業秘密，經當事人聲請，法院認為適當者，得不公開審判；其經兩造合意不公開審判者，亦同。訴訟資料涉及營業秘密者，法院得依聲請或依職權裁定不予准許或限制訴訟資料之閱覽、抄錄或攝影（智慧財產案件審理法第三十四條第一項準用第九條）。

3. 命提出文書或勘驗物之義務及強制處分：

文書或勘驗物之持有人，無正當理由不從法院之命提出文書或勘驗物者，法院得以裁定處新臺幣3萬元以下罰鍰；於必要時並得以裁定命為強制處分（智慧財產案件審理法第三十四條第一項準用第十條）。

4. 創設「秘密保持命令」制度：

當事人或第三人就其持有之營業秘密，經釋明符合下列情形者，法院得依該當事人或第三人之聲請，對他造當事人、代理人、輔佐人或其他訴訟關係人發秘密保持命令（智慧財產案件審理法第三十四條第一項準用第十一條至第十五條）。

5. 明定證據保全之聲請：

保全證據之聲請，在起訴前，向應繫屬之法院為之，在起訴後，向已繫屬之法院為之（智慧財產案件審理法第三十四條第一項準用第十八條）。

6. 明定假扣押、假處分或訂暫時狀態處分之聲請：

假扣押、假處分或定暫時狀態處分之聲請，在起訴前，向應

繫屬之法院為之，在起訴後，向已繫屬之法院為之（智慧財產案件審理法第三十四條第一項準用第二十二條）。

除上之外，智慧財產案件審理法第三十二條第二項規定：「關於撤銷、廢止商標註冊或撤銷專利權之行政訴訟中，當事人於言詞辯論終結前，就同一撤銷或廢止理由提出之新證據，智慧財產法院仍應審酌之。」核其規範旨趣，涉及撤銷、廢止商標註冊或撤銷專利權之行政訴訟的「違法判斷基準時」問題，於學理及實務上頗富爭議。此一規定採「言詞辯論終結前」之判斷基準時，姑不論是否合於學理之見解，至少應有助於實務之操作。只是其僅限於「商標註冊」及「專利權」，而不及於「積體電路布局登記」，日後仍將引發適用上之疑義。

肆、發展課題：問題與對策

一、公法爭議與審判權衝突之解決

行政訴訟法第二條規定：「公法上之爭議，除法律別有規定外，得依本法提起行政訴訟。」此一概括性規定，將公法上之爭議歸由行政法院審理，基本上是建立在司法二元體系之上。是以，提起行政訴訟之首要課題，乃如何區辦公法事件（行政事件）與民事事件，審判權之衝突（消極衝突或積極衝突）爰為採行司法二元體系無法避免之問題。

實務上於發生審判權衝突時，過去多由行政法院或最高法院聲請大法官解釋以解決之，例如釋字第八十九號及第一一五號解釋，惟人民並無聲請大法官解釋之餘地，對於人民訴訟權之保障，未盡周全。1992年司法院大法官於釋字第三〇五號解釋中指出：「人民就同一事件向行政法院及民事法院提起訴訟，均被以無審判之權限為由而予駁回，致其憲法上所保障之訴訟權受侵害，而對其中一法

院之確定終局裁判所適用之判例，發生有牴觸憲法之疑義，請求本院解釋，本院依法受理後，並得對與該判例有牽連關係之歧異見解，為統一解釋。本件行政法院判決所適用之判例與民事法院確定終局裁判，對於審判權限之見解歧異，應依上開說明解釋之。」依此解釋之意旨可知，人民得就審判權之衝突問題，聲請司法院大法官解釋，惟以終局裁判所適用之判例有違憲疑義為限，在救濟管道上，尚有未足。是以，1993年修正司法院大法官審理案件法時，乃於第七條第一項第二款增設「統一解釋」之項目：「人民、法人或政黨於其權利遭受不法侵害，認確定終局裁判適用法律或命令所表示之見解，與其他審判機關之確定終局裁判，適用同一法律或命令時所已表示之見解有異者。……」準此規定，人民得透過聲請司法院大法官「統一解釋」之方式，解決審判權限爭議之問題。審判權限爭議之問題，除得由人民聲請大法官統一解釋解決外，依行政訴訟法第一七八條規定：「行政法院就其受理訴訟之權限，如與普通法院確定裁判之見解有異時，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。」亦得由行政法院聲請大法官統一解釋之⁶⁸。

以上解決方式，看似簡明，實則對於人民訴訟權益之保障，極為不利。法諺云：「遲來的正義，非正義」。由大法官解釋解決審判權爭議之問題，須俟裁判確定，始得為之，週折費時，不若仿襲德國法院組織法 (Gerichtsverfassungsgesetz, GVG) 第十七 a 條第二項，特設規定：「法院對於繫屬之案件如認為不合法（即無審判權），應於聽取當事人意見後，依職權為訴不合法之裁定，同時移轉於有審判權之法院。受移送之法院應受該裁定之拘束。」俾免人民勞費往返於民事法院與行政法院之間⁶⁹。

68 民事訴訟法第一八二條之一第一項亦有得由普通法院聲請司法院大法官解釋之規定，但當事人合意願由普通法院為裁判者，由普通法院裁判之。

69 司法院95.1.11院台廳行一字第0950001084號函公布之行政訴訟法部分條文修正草案中，已有關於審判權錯誤之處理及移送規定：

第十二條之二：「行政法院認其有受理訴訟權限而為裁判經確定者，其他法院受該裁判之拘束。行政法院認其無受理訴訟權限者，應依職權以裁定將訴訟移

二、行政訴訟與憲法訴訟、刑事訴訟之分界

行政訴訟法第二條之概括規定，固然確立「公法爭議」統歸行政訴訟之原則。然所謂「公法」者，除行政法外，嚴格而言，尚包括國際公法、憲法、刑法（刑事訴訟法）、民事訴訟法在內。是故，行政法院所得審理之公法爭議，是否兼其前述各法爭議，遂生疑義，有待釐清。

按行政訴訟者，顧名思義，應專指行政爭議事件之訴訟而言，故所謂「公法」者，應作目的性之限縮解釋，僅指「行政法上之爭議」，而不包括憲法、刑法、訴訟法、國際公法等爭議事件。其中猶待闡明、且屢滋疑義者，厥有二端。首先是行政訴訟與憲法訴訟之間的分際與關係。我國目前設有司法院大法官制度，專司憲法解釋，用以解決憲法上之爭議。行政訴訟法第二條規定所謂「公法上之爭議」，在解釋上，自應侷限於「不具憲法性質之公法爭議」，始符體制⁷⁰。所謂「憲法性質」之公法爭議，主要係指憲法機關之間就憲法直接規範之權利與義務有所爭議，例如中央各機關間之權限爭議或國會調查權之行使等爭議。此類憲法爭議依司法院大法官審

送至有受理訴訟權限之管轄法院。數法院有管轄權而原告有指定者，移送至指定之法院。移送之裁定確定時，受移送之法院認其亦無受理訴訟權限者，應以裁定停止訴訟程序，並聲請司法院大法官解釋。受移送之法院經司法院大法官解釋無受理訴訟權限者，應再行移送至有受理訴訟權限之法院。當事人就行政法院有無受理訴訟權限有爭執者，行政法院應先為裁定。行政法院為第二項及前項之裁定前，應先徵詢當事人之意見。」

第十二條之三：「移送訴訟前如有急迫情形，行政法院應依當事人聲請或依職權為必要之處分。移送訴訟之裁定確定時，視為該訴訟自始即繫屬於受移送之法院。前項情形，行政法院書記官應速將裁定正本附入卷宗，送交受移送之法院。」

第十二條之四：「行政法院將訴訟移送至其他法院者，依受移送法院應適用之訴訟法定其訴訟費用之徵收。移送前所生之訴訟費用視為受移送法院訴訟費用之一部分。應行徵收之訴訟費用，行政法院未加徵收、徵收不足額或徵收超額者，受移送法院應補行徵收或退還超額部分。」

70 我國行政訴訟法第二條主要係仿襲德國行政法院法第四十條第一項規定，而該項前段規定：「凡不具憲法性質之公法爭議，均得向行政法院提起訴訟。」足資佐證「公法上爭議」不包括憲法爭議在內。

理案件法之規定，係由司法院大法官審理，非行政法院所得審究者⁷¹。就「法規審查」而言，法律有無牴觸憲法之問題，屬於憲法上爭議，應無疑問，自非行政法院所得審究之事項⁷²。反之，若涉及行政命令有無牴觸法律之問題，其雖亦屬「法律保留原則」規範旨趣所及，且亦為大法官所得審究之事項，惟此項爭議卻非憲法上爭議，而是法律（行政法）層次之公法爭議，理當得由行政法院審理。不過，國內學者多半認為，行政法院僅對行政命令為「附帶審查」，而不能成為行政訴訟之程序標的。換言之，行政訴訟法第二條所稱「公法上爭議」，僅限於「具體行政行為」所生之爭議，而不包括法規命令或自治規章等一般抽象性規制行為之爭議。然行政訴訟法並未明文排除法規命令或自治法規等一般抽象性之規制行為，作為行政訴訟之客體。行政命令之爭議，在性質上既屬公法上爭議，於人民具備訴訟權能之前提下，非不得作為行政訴訟之程序標的，且得為一般給付訴訟之客體。換言之，行政機關若依法負有訂定行政命令之義務，且其怠於訂定命令直接侵害人民個人之權利者，應允許人民藉一般給付訴訟之提起，以資救濟⁷³。

其次，有待澄明者，乃行政訴訟與刑事訴訟之關係。按行政法與刑事法同屬公法，前者以規範行政權暨行政之間與行政與人民之間法律關係之法規；後者則是規定犯罪行為之要件、法律效果及其制裁程序之法規，各有其規範目的。惟二者均含有規範國家與人民之間關係之特質，且其間存有諸多相互重疊之處。例如檢察官一方面具有行政機關之性質，惟其作用則依刑法及刑事訴訟法之規定。其次，警察之措施，究竟屬於行政法之措施，抑或刑事訴訟法上之措施，亦常生區分上之困擾。例如警察在危險防免之範疇下，所為

71 參見李建良，〈國家高權行為與公法訴訟制度〉，《憲法理論與實踐（一）》，頁392-394（2003年2月2版）。

72 但行政法院可聲請大法官解釋，參照司法院大法官釋字第三七一號解釋。

73 參見李建良，〈試論一般給付訴訟之適用範圍〉，《律師雜誌》，254期，頁29-51（2000年11月15日）。

之預防性措施，雖亦具有預防犯罪之作用，惟其本質仍屬行政措施，從而若有爭議，應循行政爭訟程序解決。反之，警察若基於犯罪訴追而為處置，則是居於司法警察之地位，例如搜索。

由上可知，刑事訴訟，旨在處理違反刑事法規之犯罪事件，其與行政訴訟屬審理行政事件之制度，涇渭分明，原無相互比較、辨分之必要。惟在實際運作上，卻屢生適用上之疑義，「刑之執行」即為著例。刑之執行，為國家刑罰權之行使，除刑事訴訟法定有明文外，監獄行刑法亦有規範，似非屬行政法上之爭議。按監獄的功能，在於執行徒刑及拘役，使受刑人改悔向上，適於社會生活（監獄行刑法第一條）。衡此以論，監獄處分自可視為國家刑罰權的一環。然則，監獄內部事務的管理，與受刑人因犯罪所受刑之宣告，並無必然的關聯，尤其為維持監獄秩序所採取的措施，往往是出於因時因地的獨立事由，尚難與國家刑罰權的行使相提並論。是以，基於獄政管理所實施的戒具措施，核其性質，應屬行政權作用的一種，從而其所生之爭議亦應為行政訴訟審判權之範圍所及⁷⁴。不過，行政法院目前採否定的立場，認為：「接受刑人與監獄之關係，乃為特別之法律關係，為達獄政之管理目的，監獄所為之處分係屬國家基於刑事刑罰權之刑事執行處分，並非本院職掌範圍之行政處分，故受刑人對監獄之管理處分若有不服，其救濟程序應向為處分之監獄提出『申訴』，……，且監督機關對於受刑人申訴事件有最後之決定權，受刑人自不得循一般行政訴訟程序提起行政救濟⁷⁵。」另一實務上具爭議性之問題，為假釋的決定，包括准予假釋、撤銷假釋等決定，實務上原視之為行政處分，嗣最高行政法院變更見解，認為假釋之撤銷屬刑事裁判執行之一環，為「廣義之司

74 參見李建良，〈監獄處分與行政救濟〉，《月旦法學教室》，27期，頁26-27（2005年1月）。

75 例如最高行政法院92年度裁字第267號裁定；高雄高等行政法院92年度訴字第1071號裁定。另參照台北高等行政法院94年度訴字第1230號裁定；高雄高等行政法院93年度訴字第468號判決。

法行政處分」，如有不服，其救濟程序，應依刑事訴訟法第四八四條之規定，即俟檢察官指揮執行該假釋撤銷後之殘餘徒刑時，再由受刑人或其法定代理人或配偶向當初諭知該刑事裁判之法院聲明異議，不得提起行政爭訟⁷⁶。

惟按刑事訴訟法第四八四條規定：「受刑人或其法定代理人或配偶以檢察官執行之指揮為不當者，得向諭知該裁判之法院聲明異議。」其中所定得為聲明異議之標的為「檢察官執行之指揮」，而因假釋所生之爭議，例如是否准予假釋，是否發生撤銷假釋之事由等，非必然與檢察官之「指揮」有關，故單從上開規定之意旨，似難得出假釋之事項屬於原該裁判法院所得審理之範圍。是以，純從假釋之法律性質而言，正如最高行政法院所言，屬於「廣義之司法行政處分」，既為司法「行政處分」，除法律有特別規定外，仍應為行政法院審判權所及。立法者若有意將此等事項歸由刑事法院審理，允宜立法明定，以杜爭議。

三、公法爭議與行政訴訟審判權：公法訴訟一元化之問題

依行政訴訟法第二條規定，公法上之爭議，得提起行政訴訟，此規定設有一項「除書」，即「除法律別有規定外」，換言之，立法者得基於事件性質之考量，衡酌權利之具體內涵、訴訟案件之性質及既有訴訟制度之功能等因素，以法律將行政事件交由其他法院審判⁷⁷。依現行法之規定，行政事件非由行政法院審理者，約有：（一）選舉罷免訴訟⁷⁸；（二）社會秩序維護法事件⁷⁹；（三）道路交通

76 參見最高行政法院93年2月分庭長法官聯席會議決議（三）。

77 參照司法院大法官釋字第四一八號解釋。

78 公職人員選舉罷免法所規定之「選舉或罷免無效」、「當選無效」、「罷免案通過或否決無效」等訴訟，依公職人員選舉罷免法第一〇八條之規定，係由普通法院管轄。又總統、副總統之選舉、罷免訴訟，專屬中央政府所在地之高等法院管轄（總統副總統選舉罷免法第一一〇條）。

79 對於警察機關依社會秩序維護法所為之處分，如有不服，得經原處分之警察機關向該管普通法院之簡易庭聲明異議（社會秩序維護法第五十五條）。

管理處罰條例事件⁸⁰；(四) 國家賠償事件⁸¹；(五) 律師懲戒事件⁸²；(六) 冤獄賠償事件⁸³；(七) 公務員懲戒法規定之公務員懲戒事件。

由上可知，依我國現制，行政法上之爭議，並非全由行政法院審理。立法者本於立法裁量為此安排，原無不可。惟從功能法的觀點以度，是否合於解決行政紛爭之需要，則非無斟酌餘地。按行政訴訟法第二條「除書」之所由設，與其說是立法者的自我授權，毋寧是顧及行政法爭議審判權分配之現狀。上開行政事件非由行政法院審理之情形，除律師懲戒事件具有職業團體自治原則及各種專門職業之特性外⁸⁴，其餘或出於法制觀念，或格於制度因素，尤與行政訴訟規制未備多有干係。例如社會秩序維護法與道路交通管理處罰條例之爭議事件，交由管轄地方法院依刑事訴訟法程序審理，多少有將該類行政處罰等同於刑事處罰之措意；又如國家賠償法事件由民事法院審理，除因行政訴訟舊制未設有給付訴訟之外，國家賠償請求權是否為公法上之爭議，抑或屬於國家之民事賠償責任，於

80 對於主管機關（公路主管機關或警察機關）依道路交通管理處罰條例第八條所為之處罰，如有不服，得於接到裁決書之翌日起20日內，向管轄地方法院聲明異議（道路交通管理處罰條例第八十七條第一項）。

81 公務員於執行職務行使公權力時，因故意或過失不法侵害人民自由或權利，或公有公共設施因設置或管理有欠缺，致人民生命、身體或財產受損害者，被害人得向賠償義務機關請求賠償，賠償義務機關拒絕賠償者，被害人得依民事訴訟法之規定，向民事法院提起損害賠償之訴（國家賠償法第十條至第十二條），惟人民亦得向行政法院提起附帶損害賠償訴訟（參見國家賠償法第十一條第一項）。

82 按律師法之規定，律師懲戒之機關為律師懲戒委員會，被懲戒人如有不服，得向律師懲戒覆審委員會請求覆審（參見律師法第四十二條）。在組織成員上，律師懲戒委員會，係由高等法院法官3人、高等法院檢察署檢察官1人及律師5人組成，委員長由委員互選之（參見律師法第四十一條）。律師懲戒覆審委員會，則由最高法院法官4人、最高法院檢察署檢察官2人、律師5人及學者2人組成，委員長由委員互選之（參見律師法第四十三條）。在懲戒及覆審程序上係採類似刑事訴訟之程序及獨立運作之方式（參見律師法第四十條），故律師懲戒制度與國外職業法院之制度，在性質上大體相同，從而，對於律師懲戒覆審委員會之決議，應視為終審之司法裁判，不得再向行政法院提起訴訟。

83 參見冤獄賠償法第四條、第五條。

84 參照司法院大法官釋字第三七八號解釋。

國家賠償法制定之初，仍是一項具爭議性之問題⁸⁵。類此遷就舊制陳規之作法，在實際運作上齟齬屢生，終非長久之計，茲略析如下：

關於交通處罰事件，道路交通管理處罰條例第八十七條第一項規定：「受處分人，不服第八條主管機關所為之處罰，得於接到裁決書之翌日起二十日內，向管轄地方法院聲明異議。」此一規定在適用上首先面臨之問題，即何謂「不服第八條主管機關所為之處罰」⁸⁶？除罰鍰外，是否包括吊扣駕照（牌照）、吊銷駕照（牌照）⁸⁷或禁止行駛等交通管理上之行政措施⁸⁸？又違規停車之移置、保管措施，是否亦是一種「處罰」？「處罰」概念之不確定性，除了引發審判權有無之爭議外，亦容易造成同一基礎事實分屬不同法院體系審判之結果⁸⁹，難免發生裁判兩歧之問題。退萬步言，縱使在解釋上將所有道路交通管制措施均解為「處罰」，使之全部劃歸普通法院審理，然因聲明異議程序係準用刑事訴訟法規定

85 參見廖義男，《國家賠償法》，頁1-6（1994年8月增訂版）。

86 道路交通管理處罰條例第八條第一項規定：「違反本條例之行為，由下列機關處罰之：一、第十二條至第六十八條由公路主管機關處罰。二、第六十九條至第八十四條由警察機關處罰。」

87 參照道路交通管理處罰條例第六十五條規定：「汽車所有人、駕駛人違反本條例，經主管機關裁決後逾二十日未向管轄地方法院聲明異議，或其聲明異議經法院裁定確定，而不依裁決或裁定繳納罰鍰或不繳送汽車牌照、駕駛執照者，依下列規定處理之：一、經處分吊銷汽車牌照或駕駛執照者，由公路主管機關逕行註銷。二、經處分吊扣汽車牌照或駕駛執照者，按其吊扣期間加倍處分；仍不依限期繳送汽車牌照或駕駛執照者，吊銷其汽車牌照或駕駛執照。三、罰鍰不繳納者，依法移送強制執行。」吊扣駕照（牌照）或吊銷駕照（牌照）似應屬一種「處罰」。

88 行政法院早期對於吊銷駕駛執照之事件多予受理，例如（舊制）行政法院58年度判字第231號判決，近期則多裁定駁回，例如高雄高等行政法院91年度訴字第360號裁定認為，駕駛人違規肇事遭吊銷駕駛執照，依道路交通管理處罰條例第八十七條第一項規定，應向管轄地方法院聲明異議，而予裁定駁回原告之訴。同旨有台中高等行政法院91年度訴字第688號裁定。

89 關於道路交通事件上管制措施與處罰措施之交錯關係及其救濟問題，參見李建良，〈交通標誌、標線、號誌之法律性質及其救濟問題〉，《義薄雲天·誠貫金石——論權利保護之理論與實踐》，曾華松教授七秩誕辰祝壽論文集，頁730-736（2006年6月）。

(道路交通管理處罰條例第八十九條)，其能否處理本質上屬於行政事件之爭議，亦值懷疑。

國家賠償事件歸由民事法院審理，一則因行政訴訟舊制並無給付訴訟之設，二則民事法官素嫻賠償請求事件，可謂其源有自，運作有年，確也發揮保障人民權益之功能。惟自行政訴訟新制實施以來，行政訴訟法第七條規定：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併請求損害賠償或其他財產上給付。」此項規定之意旨如何？其與其他訴訟類型之關係如何？經常引發爭議，有待澄清。按舊行政訴訟法第二條第一項規定：「提起行政訴訟，在訴訟程序終結前，得附帶請求損害賠償。」依此規定，人民亦得循行政訴訟程序「附帶」請求國家賠償，惟因損害賠償請求權之「實體規定」，過去多半付之闕如，人民尚難直接援引此項「程序規定」有所請求，故前開附帶請求賠償之規定並未發揮其作用。及至1981年國家賠償法施行後，人民請求國家賠償之權利，始有一般性之規範。其第十條第一項規定：「依本法請求損害賠償時，應先以書面向賠償義務機關請求之。」同法第十一條第一項前段復規定：「賠償義務機關拒絕賠償，或自提出請求之日起逾三十日不開始協議，或自開始協議之日起逾六十日協議不成立時，請求權人得提起損害賠償之訴。」又同法第十二條規定：「損害賠償之訴，除依本法規定外，適用民事訴訟法之規定。」由此可知，國家賠償請求權之行使，應先由被害人以書面向賠償義務機關請求賠償，如拒絕賠償，或逾法定期間協議不成立者，再向該管地方法院提起損害賠償之訴。換言之，國家賠償係採「書面請求及協議先行程序」，並由普通（民事）法院負責審理國家賠償訴訟案件。惟因舊行政訴訟法第二條「附帶請求賠償」之規定仍然存在，故國家賠償法第十一條第一項但書乃規定：「但已依行政訴訟法規定，附帶請求損害賠償者，就同一原因事實，不得更行起訴。」其中所指「附帶請求損害賠償者」，即指舊行政訴訟法第二條而言。準此以言，我國國家賠償之訴訟制度，乃是一種以「民事訴訟」為主，以「行政訴訟」為輔之「併行雙軌

制」，人民如欲藉行政訴訟程序請求國家賠償，須與撤銷訴訟附帶提起，而不得單獨提起行政訴訟。新行政訴訟法第七條即是承繼此種雙軌制度之規定，故在新制之下，人民得與其他訴訟合併提起國家賠償之給付訴訟⁹⁰。揆諸行政訴訟法第七條之修正意旨，乃因舊制僅設有撤銷訴訟，損害賠償屬於給付訴訟，故只能附帶請求；惟在新制之下，給付訴訟已為主要訴訟類型之一，故得與其他訴訟合併請求⁹¹。實則，得為合併請求者，以屬於相同審判權之案件為前提，國家賠償案件既屬普通法院管轄範圍，則若要於行政訴訟程序中一併請求，仍應屬「附帶」性質，而非合併請求。至於其他各類行政訴訟之合併，原則上依新法第一一五條準用民事訴訟法第二四八條規定處理即可。

國家賠償法所採之「協議先行原則」於行政訴訟是否亦有適用？臺北高等行政法院90年度訴字第2050號判決認為，原告請求權規範基礎為國家賠償法第二條第一項所定之一般國家賠償責任。而依同法第十條之規定，採「協議先行原則」，即使行政訴訟法第七條規定：「提起行政訴訟，得於同一程序中，合併提請求損害賠償或其他財產上給付」，依法規範之體系解釋，此項規定也不構成國家賠償法第十條之特別規定，而排斥了「協議先行程序」對一般國家賠償案件之適用性；反之，最高行政法院93年度判字第494號判決，以國家賠償與行政訴訟二者為不同之救濟途徑為由，持否定見解。

時至今日，交通處罰、違警事件、國家賠償事件，在性質上屬不折不扣之行政法上爭議，殆已成為行政法學上之共通觀點(*communis opinio*)，惟其爭訟解決之途徑，迄今仍呈分治狀態，為免牴牾起見，實有予以統合歸併之必要。

90 參見吳庚，前揭（註4）書，頁142。

91 參見《司法院研修資料彙編（三）》，頁379。

四、訴訟類型

現行行政訴訟法之訴訟類型，其基本構造係以行政行為之態樣作為制度設計，而所謂「行政行為之態樣」，又以「行政處分」為構建主軸。詳言之，綜觀行政訴訟法第三條至第八條之規定，法定行政訴訟類型之基本構造，可概分為「以行政行為型態為取向之訴訟類型」與「非以行政行為型態為取向之訴訟類型」二類，並以前者為主，後者為輔。

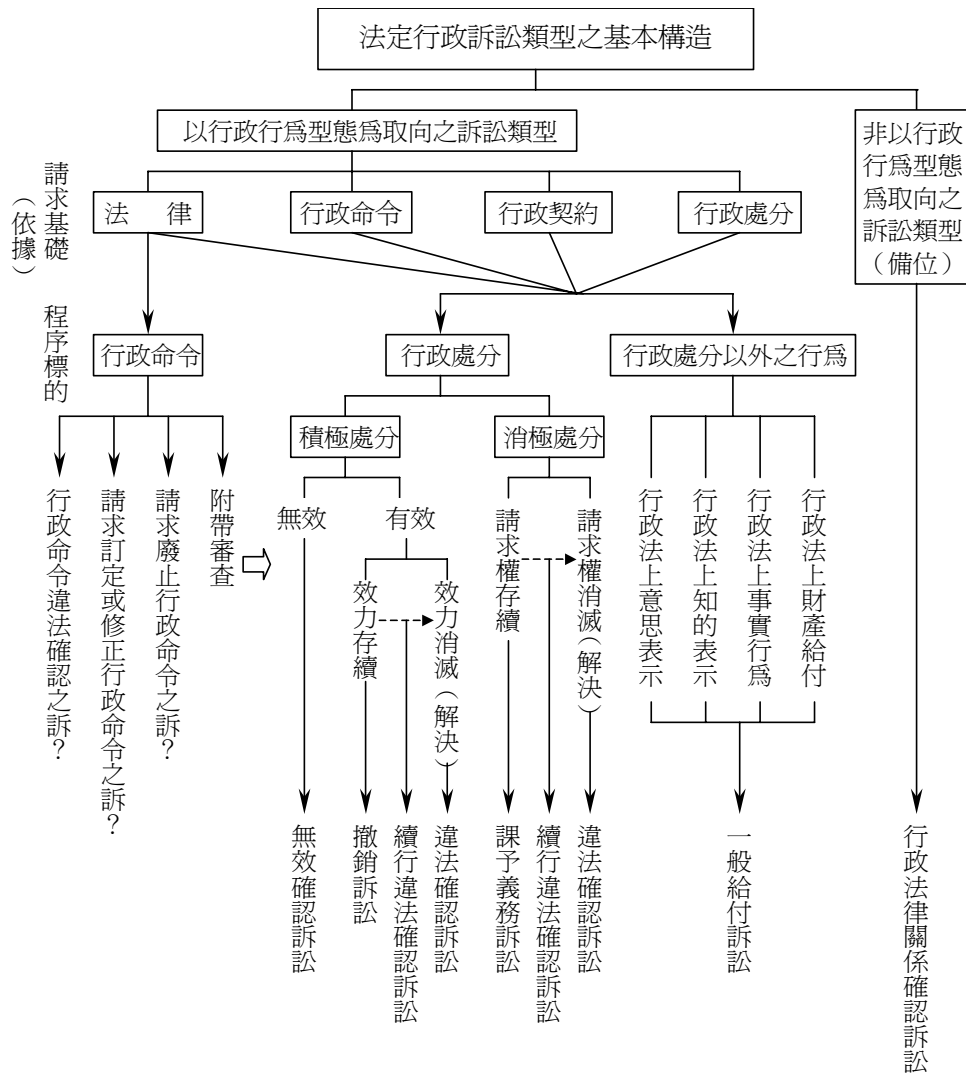
以行政行為型態為取向之訴訟類型，又可分為「以行政處分為程序標的之行政訴訟」與「非以行政處分（或行政處分以外之行政行為）為程序標的之行政訴訟」二種。「以行政處分為程序標的之行政訴訟」，視行政機關有無作成行政處分，可分為「撤銷訴訟」與「課予義務訴訟」。針對行政機關積極作成之行政處分（積極處分），訴請廢棄之訴訟，謂之撤銷訴訟；至於人民請求行政機關作成一定之行為處分，未獲行政機關作成（消極處分），或為否准之處分（拒絕處分），或未予答覆（怠為處分），而訴請行政法院命行政機關作成該行政處分者，謂之課予義務訴訟，於行政訴訟法第四條及第五條分別設有規定。上開以「行政處分」為程序標的之訴訟類型，因行政處分之效力是否發生或存在而有修正。行政處分若有無效之事由，因無效乃自始、當然不生效力，無從予以撤銷，僅能確認其為無效，故有「行政處分無效確認訴訟」之設（行政訴訟法第六條第一項前段）；行政處分仍發生效力，但事後因一定之事由而效力不存在者（即效力消滅），亦無從撤銷之，因而行政訴訟法又設有「行政處分違法確認訴訟」（行政訴訟法第六條第一項後段）。

相對於上，「非以行政處分（或行政處分以外之行政行為）為程序標的之行政訴訟」，則涵蓋所有非行政處分性質之行政行為，

除行政法上財產給付外，尚及於行政法上意思表示⁹²、行政法上知的表示、行政法上事實行為等，且包括作為及不作為在內。有疑問者，乃行政訴訟法第八條第一項後段所稱「因公法上契約發生之給付，亦同（按：得提起給付訴訟）」者，究何所指？首先，可資確定的是，所謂「給付」並非行政契約，蓋行政契約係請求給付之基礎，而非訴訟請求之程序標的。又締結行政契約之意思表示（要約與承諾），屬依行政訴訟法第八條第一項前段所定「行政處分以外之其他非財產上之給付」，自得據此規定提起給付訴訟。較具爭議者的是，所稱「給付」是否包括行政處分在內？按基於行政契約所得請求之給付，亦即基於行政契約所產生之義務，得為行政上之事實行為，亦得為行政處分。此種以行政處分作為標的之行政契約，學說上稱為「課予義務契約」(Verpflichtungsverträge)，以資與「代替行政處分之行政契約」（又稱「處分契約 (Verfügungsverträge)」）相區別⁹³。例如人民與行政機關締結書面契約，約定由人民給付一定金額之回饋金，行政機關則承諾發給開發許可。行政機關若不履行此項義務時，人民應如何提起行政訴訟？基於條文之體系解釋，行政訴訟法第八條第一項前段所定得提起給付訴訟之程序標的，應為行政處分以外之給付，則對於基於行政契約所課予之作成行政處分義務，仍應依照行政訴訟法第五條提起「課予義務訴訟」，而非一般給付訴訟。「非以行政行為型態為取向之訴訟類型」，乃行政上法律關係成立或不成立之確認訴訟（行政訴訟法第六條第一項前段），又稱「一般確認訴訟」。相對於前述「以行政處分為程序標的之行政訴訟」，具有「備位性質」（以上參看「圖一」）。

92 關於行政法上意思表示之概念，參見李建良，〈論行政法上之意思表示〉，《台北大學法學論叢》，50期，頁25-66（2002年6月）。

93 參見 Reinhard Hendler, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 2001, Rn. 455.



圖一

初觀我國行政訴訟法制，可謂周全而完整，較之德國，不僅毫不遜色，甚且猶有過之。然細究之，實尚有不足之處，於適用上仍不免生有疑義。其中最著要者，乃課予義務訴訟之制度內涵。按訴願法第二條第一項及行政訴訟法第五條關於課予義務訴願及訴訟之規定，均使用「依法申請之案件」用語。此一立法上不甚精確的措辭，造成實務上對於課予義務訴訟制度的內涵，產生重大誤解。行政法院將所謂「依法申請之案件」作相當狹隘之理解，認為課予義務訴訟，僅適用於人民依法申請之事件，無論是申請對自己作成，或例外對他人作成處分，均須有法律明文規定⁹⁴。換言之，行政法院將依法申請之案件誤解為法律中定有「申請程序」之案件，致使課予義務訴訟之制度功能，大幅萎縮。實則，課予義務訴訟與撤銷訴訟均是以「行政處分」為程序標的之訴訟類型，所不同者，僅撤銷訴訟以除去不法之行政處分為目的，課予義務訴訟則是以請求行政機關作成行政處分為訴求，至於法律是否設有申請程序，則非所問，其至多關涉原告是否具備訴訟權能。參諸德國行政法院法(Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO)第四十二條第一項規定：「經由訴訟，得請求除去行政處分（撤銷訴訟）或判令作成拒絕或怠為之行政處分（課予義務訴訟）。」亦可證課予義務訴訟之制度重心，在於訴請行政法院判令行政機關作成特定之行政處分⁹⁵。準此，行政法院允宜體察課予義務訴訟的制度本旨，擺脫「依法申請之案件」的概念桎梏，還原課予義務訴訟制度的本貌。若行政法院法官的睿智不可得，則只有透過修法，刪除「依法申請之案件」字眼，以落實行政訴訟新制的良法美意。

其次，違法確認訴訟之制度內涵，有待廓清，制度容量，亦有未足。按行政訴訟法第六條第一項後段規定：「其確認已執行完畢

94 尤其荒謬者，乃裁判中表示：「但查……法並無人民得提起課予義務訴訟之規定。」例如最高行政法院94年度裁字第113號裁定。類此表述，散見於行政法院的裁判中，其例甚多，不遑枚舉。

95 參見 Thomas Württenberger, Verwaltungsprozessrecht, 2. Aufl., 2006, Rn. 319 ff.

或因其他事由而消滅之行政處分為違法之訴訟，亦同（按：得提起確認訴訟）。」除「已執行完畢或因其他事由而消滅」（統稱「行政處分解決」）概念內涵有待釐清外，此一規定至少存有如下疑問：

（一）行政處分解決之發生時點，是否必須在訴訟進行中，而不及於訴訟提起之前？按行政處分違法確認之訴，基本上係仿襲德國法制，而該國違法確認訴訟又是從行政法院法第一一三條第一項第四句「續行確認訴訟」推演而出，故國內乃有學者認為我國行政訴訟法第六條第一項後段規定亦僅適用於「撤銷訴訟程序進行中行政處分始消滅（解決）」的情形⁹⁶，至於行政處分的解決時點若發生於提起行政爭訟「之前」，則應「類推適用」行政訴訟法第六條第一項後段規定⁹⁷。惟本文認為，上開規定並未就行政處分解決的時點，有所指定，故應直接適用之⁹⁸。換言之，「違法確認訴訟」的救濟途徑，直接依行政訴訟法第六條第一項規定向高等行政法院提起違法確認訴訟。反之，系爭處分的解決時點若發生於提起行政爭訟「之後」，則因爭訟程序進行的程度而有不同。析言之，解決若發生於訴願階段者，由於我國訴願法目前尚無「違法確認訴願」的規定，故訴願機關仍須作成不受理之決定⁹⁹，而由處分相對人或利害關係人另行向高等行政法院提起違法確認訴訟；解決若發生於行政訴訟階段者，處分相對人或利害關係人得將所提撤銷訴訟「轉換」（縮減）為違法確認訴訟，而續行程序。

96 參見曾華松，〈行政訴訟法修正草案確認訴訟之研究（上）〉，《法令月刊》，48卷5期，頁7-8（1997年）；李震山，〈行政法導論〉，頁488-489（2001年9月修訂4版）；蔡志方，〈論行政訴訟上確認之訴〉，《全國律師》，1月號，頁49（1999年）。

97 參見吳庚，前揭（註4）書，頁3-4；林三欽，〈一般給付訴訟之研究〉，《第一屆行政法理論與實務研討會》，台大法律學院主辦，頁8（2001年11月）；程明修，〈大法官釋字第五四六號解釋中的行政訴訟類型選擇〉，《法學講座》，7期，頁53（2002年7月）。

98 另請參見劉淑範，〈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〉，《台北大學法學論叢》，46期，頁127（2000年）。

99 參見訴願法第七十七條第六款；最高行政法院62年判字第467號判例。

（二）按行政處分若因解決而無法提起或續行撤銷訴願（訴訟）時，依行政訴訟法第六條第一項後段規定，當事人得提「違法確認訴訟」，以資救濟，固如前述。有問題者，乃前揭規定謂：「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。」自文義觀之，其顯係以「已經作成的行政處分」作為確認的程序標的，惟於課予訴願（訴訟）之情形，當事人所欲請求的行政處分事實上尚未作成，是以，前揭規定顯然無法直接適用於課予義務訴訟之情形，唯有透過「類推適用」，始有提起確認訴訟之可能¹⁰⁰。

（三）上開所稱「違法確認訴訟」，專以「行政處分」為程序標的。然則，因行政行為發生「解決」之情形，而有確認其違法之必要者，非僅限於行政處分，於行政事實行為，亦非不可想像。例如行政執行行為若被定性為行政事實行為，人民對之如有不服，自得提起一般給付訴訟，謀求救濟。惟究之實際，人民對於行政執行行為提起行政訴訟之時，往往已執行完畢，同時發生該行政行為「已解決」或「消滅」(erledigt)之結果，於此情形，自無法再提起一般給付訴訟，以除去侵害，唯僅能確認該行為違法¹⁰¹。不過，現行之

100 參見李建良，〈行政處分的「解決」與行政救濟途徑的擇定〉，《臺灣本土法學雜誌》，41期，頁105-115（2002年12月）。

101 此種情形常發生在實施汽車拖吊或實施臨檢之情形。司法院大法官釋字第五三五號解釋理由書末段所載：「又對違法、逾越權限或濫用權力之臨檢行為，應於現行法律救濟機制內，提供訴訟救濟（包括賠償損害）之途徑：在法律未為完備之設計前，應許受臨檢人、利害關係人對執行臨檢之命令、方法、應遵守之程序或其他侵害利益情事，於臨檢程序終結前，向執行人員提出異議，認異議有理由者，在場執行人員中職位最高者應即為停止臨檢之決定，認其無理由者，得續行臨檢，經受臨檢人請求時，並應給予載明臨檢過程之書面。上開書面具有行政處分之性質，異議人得依法提起行政爭訟。」此一闡述目前已定於警察職權行使法第二十九條：「義務人或利害關係人對警察依本法行使職權之方法、應遵守之程序或其他侵害利益之情事，得於警察行使職權時，當場陳述理由，表示異議。前項異議，警察認為有理由者，應立即停止或更正執行行為；認為無理由者，得繼續執行，經義務人或利害關係人請求時，應將異議之理由製作紀錄交付之。義務人或利害關係人因警察行使職權有違法或不當情事，致損害其權益者，得依法提起訴願及行政訴訟。」然則，臨檢行為不論被定性為「行政處分」或「事實行為」，於人民對之提起行政救濟時，率皆已然

行政訴訟種類中，僅有針對「行政處分」之違法確認訴訟，因而引發究應「類推適用」行政訴訟法第六條第一項後段之行政處分違法確認訴訟，抑或直接適用行政訴訟法第六條第一項前段之「行政法律關係不存在（不成立）訴訟」之疑義¹⁰²。

綜上所述，為期完整訴訟種類之體系，避免解釋、運用上之爭議，允宜將行政訴訟法第六條第一項後段從該條獨立而出，另立規定，一則明定提起為法確認訴訟之要件，另則將適用範疇延及於課予義務訴訟之類型，並將確認之程序標的擴大，使之包含行政事實行為。

五、訴訟費用

前述國家賠償訴訟制度以「民事訴訟」為主，以「行政訴訟」為輔之「併行雙軌制」，在運行上屢屢引起疑義，除法律規定未臻明確外，其背後實存有一項「經濟誘因」。蓋異於提起民事訴訟須繳納裁判費，行政訴訟不徵收裁判費，致使人民每每透過行政訴訟之「合併」（附帶），冀以免除裁判費用之負擔。

按行政訴訟法第九十八條規定：「行政訴訟不徵收裁判費。裁判費以外其他進行訴訟之必要費用，其徵收辦法由司法院定之。前項費用由敗訴之當事人負擔，但為第一百九十八條之判決時，由被告負擔。」據此規定，我國行政訴訟現制不徵收裁判費，僅徵收訴訟所生之必要費用。所謂「裁判費以外其他進行訴訟之必要費用」，係指抄錄費、翻譯費、影印費、列印費、文書之攝影、電子掃描費、法庭錄音、筆錄光碟費用、證人、鑑定人、通譯之到場日

執行完畢而解決，於此情形，如何「得依法提起訴願及行政訴訟」，恐存疑義，有待釐清。

102 在德國主張執行行為屬於事實行為之學者，有主張於此情形應提起「確認行政法律關係不存在之訴」，其爭訟標的為過去所存在之法律關係。參見 *Ludwig Renck, Verwaltungsakt und Feststellungsklage – BVerwGE 26, 161, JuS 1970, 113, 115 ff. (117 f.); Drews/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr, 9. Aufl., 1986, S. 217.*

費、旅費、通譯費、鑑定費等¹⁰³。

我國行政訴訟不徵收裁判費，考其因由，當係避免因徵收費用而影響人民提起行政訴訟之意願，以致無法發揮行政訴訟之功能。然因行政訴訟不徵收裁判費之結果，反倒容易引起濫訴，造成行政法院之負擔，進而排擠正當權利人迅速請求行政法院保護之機會，同樣亦妨礙行政訴訟功能之發揮。邇來時聞徵收裁判費之倡議，司法院且已研擬「行政訴訟費用法草案」，送立法院審議。惟此一議案頻遭反對，主要理由多半是：人民提起行政訴訟，旨在糾正違法之行政行為，俾以維護權利，乃在行使憲法保障之訴訟權，國家對此徵收費用，寧有斯理。

裁判費，在性質上屬於一種司法規費，係國家為特定對象（人民）之權益提供服務之對價，就此而言，裁判費之徵收，在憲法上具有正當性。因之，裁判費徵收與否，純屬立法裁量之事項，立法者得衡慮制度功能、社會需要及人民觀感等諸項因素，斟酌損益行之，並無因憲法保障人民訴訟權，即不得向人民徵收裁判費之理¹⁰⁴。基本上，本文贊成開徵行政訴訟之裁判費，此不惟基於所謂「使用者付費」之原則，藉以節制人民之濫行訴訟，其對行政權亦有牽制作用。蓋裁判費係由敗訴之當事人負擔，敗訴之一方亦有可能是行政機關。因敗訴而須負擔之裁判費，若由公帑支應，從機關內部會計作業以至外部之預算、決算等機制，必然形成另一監督體系，於依法行政之落實，亦有助益。問題僅在於，行政法院對於人民所提起之行政訴訟，其駁回率（敗訴率）若始終居高不下，則要人民負擔裁判費，恐怕未見疏減訟源，已然引起民怨。不過，人民提起之行政訴訟的勝訴率不高，與人民的濫訴亦非全無關連，蓋既是「濫」訴，則其被駁回的可能性亦高，濫訴的數量越高，敗訴

103 參照「行政訴訟裁判費以外必要費用徵收辦法」之規定。

104 德國憲法第十九條第四項明定，人民遭受公權力侵害時，享有向法院尋求救濟之權利。換言之，透過訴訟排除公權力的侵害，乃是一種基本人權。即使如此，德國行政訴訟亦徵收裁判費。

「率」也就越高，在帳面上所呈現的數字，未必真正顯示裁判之品質（數字無法表現實際上的真實性與複雜性，由此可見一斑），此其一。再則，濫行起訴之案件，縱使程序不備或顯無理由，行政法院法官亦須一一處理，逐案作成裁判。設若濫訴數量龐大，積案如山，必然分散法官辦案的時間與精力，難免影響其他案件之裁判品質，進而排擠正當權利人請求司法保護之機會，此其二。準此，從兼顧司法資源與當事人權益以言，行政訴訟徵收適度合理之裁判費，「以價制量」，應是可資採行之改革方向¹⁰⁵。

最後，本文仍必須指出者，行政法院裁判品質之良窳，雖與人民濫訴不無關連，但亦非必然。部分欠妥、甚至錯誤之裁判，肇因於法官認知之偏差與觀念之狹隘，例如前述有關課予義務訴訟規定之狹隘解讀，與審理案件數量過大顯然無關。矯枉之道，除賴學者不厭其煩地著文教正外，法官的反躬自省與不憚改正，厥為關鍵所在，寄望實務與學界彼此惕勵、相互共勉之。

六、前置程序（先行程序）

基於行政自我審查及減輕行政法院負擔之考量，行政訴訟法對於部分訴訟之提起，設有一定之先行程序，諸如訴願（參見訴願法第一條）、聲明異議（參見貿易法第三十二條、行政執行法第九條）、申請復查（參見稅捐稽徵法第三十五條）、請求再審查（參見專利法第三十三條、第四十三條、第四十六條）、提出異議（參見商標法第四十一條、第四十六條）、申請復核（參見藥事法第九十九條第一項）、申請複驗（參見食品衛生管理法第二十九條之一第二項）、申請審議（參見勞工保險爭議事項審議辦法第三條第一項）等制度。

¹⁰⁵ 有關徵收裁判費之修正條文，於2006年11月16日，經立法院司法委員會審查通過。2007年6月5日，立法院三讀通過行政訴訟法修正條文，修改第九十八條、第九十九條、第一〇〇條、第一〇三條，並增訂第九十八條之一、第九十八條之二、第九十八條之三、第九十八條之四，行政訴訟已改採徵收裁判費制度。

（一）訴願與行政訴訟之關係

首先，就訴願與行政訴訟之關係而言，依行政訴訟法第四條及第五條規定之意旨可知，我國現行行政救濟制度中，「撤銷訴訟」與「課予義務訴訟」係採「訴願前置主義」，亦即，人民必須先向行政機關提起訴願，而後始得提起行政訴訟。依憲法第十六條之規定，請願、訴願與訴訟三權係先後並列，且俱為人民基本權利，故其行使與否，似應由人民自由決定，現行法採取訴願前置主義，是否合於憲法第十六條之規範意旨，非無疑問。一般而言，訴願因具有保護人民權利、行政自我審查及減輕法院負擔之功能，故以之作為行政訴訟之先行程序，尚不生違憲之問題。惟此種先行程序應力求暢通無阻，不得使法院之保護功能受到不合理之延宕，否則仍有違憲之虞¹⁰⁶。至於為確保人民之訴訟權，將「訴願前置主義」改為「選擇主義」，由人民自行選擇提起訴願，或直接提起行政訴訟，乃立法政策上所得考量之課題¹⁰⁷。

（二）各種前置程序之關係

上述各式各類之前置或先行程序，就提供人民多重救濟管道以言，固有其正面意義，卻往往造成重規疊矩之現象，其相互間之錯綜關係若不排除，勢必影響人民司法救濟之權益。尤以我國撤銷及課予義務訴訟採取「訴願前置主義」，此等先行程序與訴願程序之關係，更有釐清之必要。訴願法第一條第一項但書規定：「但法律另有規定者，從其規定。」故法律如另有特別或例外之規定者，應依該規定辦理，其大體上有如下三種情形：

106 參見司法院大法官釋字第四三九號解釋。

107 大陸地區行政訴訟，除法律或法規有特別規定外，是否提起行政復議（訴願），原告有選擇權，即採當事人自由選擇主義，可供台灣借鑑。參見蔡志方，〈海峽兩岸行政訴訟制度的比較研究〉，《東吳大學法律學報》，8卷1期，頁207（1993年3月）。

1. 訴願之先行程序：

指法律規定於提起訴願之前尚須經特定之先行程序，例如納稅義務人對於核定稅捐之處分如有不服，應向稅捐稽徵機關申請復查（參見稅捐稽徵法第三十五條第一項）；如對稅捐稽徵機關之復查決定仍有不服，再依法提起訴願及行政訴訟（參見稅捐稽徵法第三十八條第一項）。

2. 訴願之相當（取代）程序：

指法律另有救濟程序之規定，而其程序之性質與訴願相當者，此種程序具有取代訴願之作用，故當事人無須且不得提起訴願，謀求救濟。例如公務人員對於服務機關或人事主管機關所為之行政處分，如認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得繕具復審書經由原處分機關向公務人員保障暨培訓委員會提起復審（參見公務人員保障法第二十五、四十四條）；又如會計師法所定會計師懲戒之覆審程序，亦屬此類程序規定¹⁰⁸。

3. 訴願之併行（選擇）程序：

指法律另有相當於訴願程序之救濟規定，惟並未取代訴願之程序，而得由當事人選擇其一謀求救濟者。例如教師法第二十九條第一項規定：「教師對主管教育行政機關或學校有關其個人之措施，認為違法或不當，致損其權益者，得向各級教師申訴評議委員會提出申訴。」同法第三十三條規定：「教師不願申訴或不服申訴、再申訴決定者，得按其性質依法提起訴訟或依訴願法或行政訴訟法或其他保障法律等有關規定，請求救濟。」即係採「申訴、再申訴」與「訴願」併行制度，教師得擇一為之¹⁰⁹。教師若選擇循申訴、再申訴途

108 參見司法院大法官釋字第二九五號解釋；李建良主持，《會計師懲戒與懲處程序之研究》，財團法人李模務實法學基金會委託（2001年10月）。

109 此所稱「教師」，不包括校長，請參照最高行政法院88年度裁字第538號裁定。

徑，自不得再提起訴願，而應直接提起行政訴訟¹¹⁰。

（三）課予義務訴訟之前置程序問題

課予義務訴訟，係人民請求行政機關作成一定行政處分之救濟方法，而依行政機關是否曾作成駁回的處分，課予義務訴訟又可區分為「駁回處分之訴訟」（或稱「拒為處分之訴訟」或「拒絕申請之訴訟」）與「怠為處分之訴訟」二種。前者係指行政機關明白拒絕人民之申請案件，而由人民針對駁回處分提起行政訴訟，其目的不僅在撤銷駁回處分，同時要求為一定內容之處分，例如許可處分；後者則因行政機關單純遲延不作為，並未作成任何准駁處分，故無行政處分之存在，於此情形下，人民提起行政訴訟，旨在直接請求行政法院命行政機關作成行政處分或作成一定內容之行政處分。要言之，課予義務訴訟，係人民對於行政機關違法或不當駁回處分，或行政機關於法定期間依法應作成行政處分而不作為，因而向原處分機關之上級機關或原處分機關請求救濟之方法。

課予義務訴訟之提起，是否須經訴願之程序，因訴願法規定之不明而迭生爭議。按訴願法僅就行政機關「怠為處分」之情形設有明文，即第二條：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法定期間內應作為而不作為，認為損害其權利或利益者，亦得提起訴願。前項期間，法令未規定者，自機關受理申請之日起為二個月」。此項規定考其立法緣由，主要是針對舊有「擬制行政處分制度」而有所增修¹¹¹。反觀於「駁回處分」之情形，訴願法並未設有

110 於行政訴訟實務上，行政法院對於教師因不服再申訴決定或再訴願決定所提起之行政訴訟，均分別予以受理，例如最高行政法院86年度判字第3301號、87年度判字第2701號、88年度判字第545、749號判決（以上係針對再申訴決定）；86年度判字第2808號、88年度判字第523號判決（以上係針對再訴願決定）。

111 按舊訴願法第二條第二項原規定：「中央或地方機關對於人民依法聲請之案件，於法定期限內應作為而不作為，致損害人民之權利或利益者，視同行政處分」，此項規定之所由設也，乃因舊訴願法僅有撤銷訴願一種，故遇有行政機關怠為處分之情形，自有必要先將之擬制為駁回處分。參照（舊制）行政法院75年度判字第1710號判決；蔡志方，〈訴願法修正草案之研究（上）〉，《植根雜誌》，8卷10期，頁384（1990年10月）。

專條予以規定，僅於第一條第一項規定：「人民對於中央或地方機關之行政處分，認為違法或不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起訴願，……」，其中所謂「行政處分」者，在解釋上似包括「駁回處分」，從而人民得依此項規定，提起課予義務訴願。惟嚴格言之，訴願法第一條第一項係承繼舊訴願法第一條，其內容並未有所增刪，而舊訴願法實際上僅有撤銷訴願一種，故人民依訴願法第一條規定提起訴願，除得請求撤銷駁回處分外，得否進一步請求為一定之處分，在解釋上不無疑義。然若比較對照訴願法與新行政訴訟法之規定，可知行政訴訟法係將「撤銷訴訟」與「請求應為行政處分之訴訟」（課予義務訴訟），分別規定於第四條及第五條；而第五條又分成二項，其第一項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，於法令所定期間內應作為而不作為，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」，第二項規定：「人民因中央或地方機關對其依法申請之案件，予以駁回，認為其權利或法律上利益受損害者，經依訴願程序後，得向高等行政法院提起請求該機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟」。觀察此二項規定的內容，可知第一項係「怠為處分之訴訟」，而第二項則是「駁回處分之訴訟」。又此二項規定中均有「經依訴願程序後」之文字，故課予義務訴訟與撤銷訴訟之情形相同，亦以訴願為前置程序。由此可以推知，訴願法第一條所定之救濟方法應包括「駁回處分訴願」在內，且是屬於一種「課予義務訴願」。按訴願法既係配合行政訴訟法而修正，則訴願法第二條似應仿照新行政訴訟法第五條另設「駁回處分訴願」，以便與撤銷訴願有所區隔，並避免適用上的疑義。

人民請求行政機關作成特定之行政處分，不問遭到「駁回處分」抑或「怠為處分」，依行政訴訟法第五條規定，皆須先行提起訴願，始得向行政法院提起課予義務訴訟，固如前述。然此種前置程序之設計是否妥適，非無斟酌之餘地。按行政訴訟之提起，須先

提起訴願，並有訴願期間之設，其一方面旨在給予行政機關對其所作成之行政處分有自省之機會，他方面則寓有確保行政處分存續力之用意。此一立法旨趣於行政機關怠於作成行政處分之情形（無行政處分之存在），顯無從發揮，反生適用上之困惑。蓋訴願法第十四條有關「訴願期間」之規定，係以行政處分到達或公告期滿，或利害關係人知悉行政處分之時為起算時點；而怠為處分訴願之提起，因無行政處分之存在，故其是否有訴願期間之限制及如何起算，即生疑義。按訴願法對於怠於處分訴願既乏訴願期間之規定，而新行政訴訟法對於課予義務訴訟，亦無起訴期間之規定¹¹²，則人民提起怠為處分訴訟，應不受訴願期間之限制。然而，得提起訴願之人若長期不行使其權利，而致系爭主管機關對該案件已有不再提起訴願之預期者，若驟然提起訴願，恐有違誠信原則，基於權利失效 (Verwirkung) 原則，應認為訴願人喪失訴願之權利，藉以適當平衡當事人與行政機關之利害關係，同時避免人民濫用其訴願權¹¹³。至於應至何時始得認為構成失權的效果，本文認為可以類推適用新

112 參見吳庚，前揭（註4）書，頁3。德國行政法院法第七十四條第二項規定，駁回處分訴訟的起訴期間，準用撤銷訴訟之規定，亦即應於訴願決定送達後一個月內提起，依同法第六十八條無須提起訴願者，自知悉行政處分後一個月內提出；至於怠為處分訴訟則無起訴期間之規定。按怠為處分訴訟，因無行政處分之存在，起訴期間無從起算，故未設起訴期間，自有其原因。惟於駁回處分訴訟之情形，有行政處分之存在，且既經訴願決定，起訴期間之起算並無疑問，自無容任處分長期懸而未決的必要，故駁回處分訴訟應有起訴期間，自屬當然。據此而言，我國行政訴訟法第一〇六條僅就撤銷訴訟設有起訴期間之限制，而未如德國行政法院法第七十四條第二項就駁回處分訴訟定有準用撤銷訴訟之規定，誠屬沿襲外國法制及立法上之疏漏。另值注意者，新訴願法第九十條規定：「訴願決定書應附記，如不服決定，得於決定書送達之次日起二個月內向高等行政法院提起行政訴訟」，由於其中並未限定撤銷訴願，故若單純按照文義解釋，則凡屬經訴願決定而提起行政訴訟者，其起訴期間均是二個月。

113 德國行政法院法第七十六條原規定：「自提出訴願或申請作成處分時起，已逾一年者，不得提起第七十五條之訴（註：怠為處分訴訟）」，惟此項規定於1976年修改行政法院法時遭到刪除，從而無起訴期間之明文規定。惟德國學者亦多主張根據失權理論限制提起怠為訴訟之權利。請參閱 *Carl Hermann Ule, Verwaltungsprozeßrecht*, 9. Aufl., 1987, S. 213 f.; *Konrad Redeker/Hans-Joachim v. Oertzen/Martin Redeker, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar*, 12. Aufl., 1997, § 75 Rn. 14.

訴願法第十四條第二項規定，以訴願人提出申請後已逾3年者，不得提起怠為處分訴願¹¹⁴。惟若要解決此一問題，或可考慮廢除「怠為處分之課予義務訴願」制度¹¹⁵，刪除訴願法第二條規定，將訴願法第二條第二項載入行政訴訟法第五條中，同時刪除行政訴訟法第五條第一項「經提起訴願程序後」之規定，並增訂提起課予義務訴訟之期間，例如原告提出申請後已逾3年者，不得提起怠為處分之課予義務訴訟，以杜爭議。

（四）行政契約之履行（行政處分）之前置程序問題

承前所述，基於條文之體系解釋，行政訴訟法第八條第一項前段所定得提起給付訴訟之程序標的，應為行政處分以外之給付，故對於基於行政契約所課予之作成行政處分義務，仍應依照行政訴訟法第五條提起「課予義務訴訟」，而非一般給付訴訟。設若如此，在提起課予義務訴訟之前，仍應先提起訴願。然則，基於行政契約所課予之作成行政處分義務，與人民依法申請行政機關作成特定之行政處分，畢竟有所不同。蓋人民以行政契約為基礎，請求行政機關作成行政處分，行政機關有無作成行政處分之義務，除須審究相關法律規定外，尚須考量行政契約所約定之要件是否成就。換言之，行政機關於此負有作成行政處分之義務，並非本於法律之規定，而係在「履行契約之義務」。稟持行政契約對等性之本旨，與訴願前置主義旨在給予行政機關對其所作成之行政處分有自省之機會，並確保行政處分存續力之用意，顯有扞格。對於行政機關之拒絕「履行契約」，人民甚至負有依法提起訴願之義務，否則即可能

114 參見李建良，〈論課予義務訴願——以新訴願法為中心〉，《月旦法學雜誌》，47期，頁26（1999年4月）。

115 在比較法上，德國僅於行政機關為駁回處分時，須先經訴願程序後，始得提起課予義務訴訟；反之，主管機關若單純遲延不作為，而未作成任何准駁處分，則毋庸提起訴願，而可逕提起課予義務訴訟，故德國的「課予義務訴願」（Verpflichtungswiderspruch）僅有「駁回處分訴願」，而無「怠為處分訴願」。Rainer Pietzner/Michael Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht, 9. Aufl., 1996, § 31 Rn. 9 f.

發生失權之效果，與締結行政契約之對等關係，殊有未合。準此以言，除依照前述之建議，廢除「怠為處分之課予義務訴願」制度外，尚應針對依行政契約請求作成行政處分之情形，特設規定，免於提起訴願，得由人民直接向行政法院提起課予義務訴訟。

七、暫時權利保護

暫時權利保護制度，依行政訴訟法之規定，可分為「停止執行」與「保全程序」二大體系，前者針對行政處分為對象，分別規定於訴願法第九十三條及行政訴訟法第一一六條；後者可分為「假扣押」與「假處分」二種，分別規定於行政訴訟法第二九三條及第二九八條。

停止執行制度，原見諸於舊訴願法第二十三條，由受理訴願機關或原行政處分機關依職權或依申請為之。訴願之提起，原則上並無停止行政處分執行之效力¹¹⁶。若受理訴願機關或原行政處分機關不為停止執行之決定時，人民得否向行政法院聲請為停止執行之裁定，曾引發爭議，嗣經司法院大法官釋字第三五三號解釋，雖採否定見解¹¹⁷，惟於解釋理由書提及「至為謀公共利益與個人利益之調和，而受處分人或利害關係人又能釋明其一經執行將有不能回復之重大損害，應否許其在提起行政訴訟前，聲請行政法院就其所爭執之法律關係定暫時狀態，應於行政訴訟制度改進時，一併循立法途徑解決之，以資兼顧」，爰有訴願法第九十三條第三項及行

116 訴願之提起，是否發生停止原行政處分執行之效力，攸關人民權益之「暫時保護」，在立法體例上，究應以停止為原則，不停止為例外，抑或以不停止為原則，停止為例外，乃屬立法政策上之問題，難謂何者較優。例如，德國行政法院法第八十條第一項第一句規定，訴願之提起，原則上具有停止之效力，惟如涉及公益或關係人之重要利益，則例外由原處分機關或訴願機關依行政法院法第八十條第二項第四款之規定，就是否立即執行作成決定。

117 司法院大法官釋字第三五三號解釋謂：「人民向行政法院請求停止原處分之執行，須已依法提起行政訴訟，在訴訟繫屬中者始得為之，此觀行政訴訟法第十二條（修正前第十一條）之規定甚明。行政法院四十七年度裁字第二十六號判例與此意旨相符，並未限制人民之訴訟權，與憲法尚無抵觸。」

政訴訟法第一一六條第三項規定之設¹¹⁸，從而形成訴願及行政訴訟「雙軌併行」之停止執行制度。此一制度在運行上，至少有如下問題：

（一）停止執行主要分由訴願機關及行政法院決定行之，惟其要件不盡相同，訴願法所定之要件，為以下二種情形擇一：1. 原行政處分之合法性顯有疑義者。2. 原行政處分之執行將發生難以回復之損害，且有急迫情事，並非為維護重大公共利益所必要者。反觀行政訴訟法所設之要件，僅「行政法院認為原處分或決定之執行，將發生難於回復之損害，且有急迫情事者」，至於「於公益有重大影響，或原告之訴在法律上顯無理由者」，則為消極要件。兩相對照，滋有疑義者，乃人民能否以「原行政處分之合法性顯有疑義者」為由，向行政法院聲請停止執行之裁定？停止執行制度於訴願法及行政訴訟法分設規定，若旨在提供人民多重之暫時權利保護機制，其制度內涵並無不同，則允宜使二者之要件趨於一致。

（二）在訴願程序中，訴願人如分別向受訴願機關及行政法院聲請停止執行時，行政法院應如何處理？對此最高行政法院認為：「訴願法第九十三條第二項既規定受處分人得申請受理訴願機關或原處分機關停止執行，理論上得由上開機關獲得救濟，殊無逕向行政法院聲請之必要。且行政訴訟係審查行政處分違法之最終機關，若一有行政處分，不待訴願程序即聲請行政法院停止原處分之執行，無異規避訴願程序，而請求行政法院為行政處分之審查，故必其情況緊急，非即時由行政法院予以處理，則難以救濟，否則尚難認有以行政法院之裁定予以救濟之必要，應認欠缺保護之必要，而駁回其聲請¹¹⁹。」此外，最高行政法院暨台北、台中、高雄高等行政法院亦曾於2000年12月18日召開法律座談會研討此一問題，結果亦採相同見解。惟按訴願法第九十三條第三項及行政訴訟法第一

118 參照（改制前）行政法院89年度裁字第1370號裁定。

119 最高行政法院90年度裁字第345號裁定。

一六條第三項並未規定，訴願人須先向訴願機關聲請而未獲救濟時，始得向行政法院提出聲請；其次，行政處分的停止執行與訴願程序的進行，乃屬二事，並不會有所謂「規避訴願程序」的問題¹²⁰。至於「情況緊急」則是判斷是否准予停止執行的考量點，而非是否「受理聲請」的要件。是以，前述實務見解是否妥適，非無商榷之餘地¹²¹。

關於假處分之聲請，行政訴訟法第二九九條設有限制，其內容為：「關於行政機關之行政處分，不得為前條之假處分。」蓋關於行政處分之停止執行，行政訴訟法第二編第一章第二節已有規定，人民如認行政機關之行政處分有暫時停止執行之必要者，逕可依該等規定請求，自無適用假處分之餘地¹²²。惟須指出者，所謂「關於行政機關之行政處分」者，在解釋上應僅限於得提起撤銷訴訟或確認訴訟之行政處分而言，而不包括提起課予義務訴訟之行政處分。蓋對於行政處分之所以不得聲請假處分，係因行政訴訟法另有停止執行之規定，而停止執行之規定，旨在防止因行政處分之執行而發生難以回復之損害，其主要適用在以「除去」行政處分為目的之撤銷訴訟或確認行政處分無效或違法之訴；反之，於課予義務訴訟之情形，由於人民所請求之行政處分尚未作成，自不生「停止執行」

120 不可否認者，行政法院判斷行政處分是否停止執行，包含本案訴訟是否顯無理由之審查，是行政法院若作成停止執行之裁定，其必然意味本案訴訟「非顯無理由」，難免影響訴願程序之審理。猶有甚者，行政法院若以「原行政處分之合法性顯有疑義」為由，作成停止執行之裁定（行政法院能否為此裁定，因法條規定不明，存有疑義，已如前述），勢必對訴願程序產生「預斷」效應。是故，行政處分作成後，若不待訴願程序即當然可以聲請行政法院停止原處分之執行，不無可能使訴願程序形同虛設，而喪失「前置程序」的功能。不過，行政救濟制度，無論是訴願或是行政訴訟，皆以保障人民權利為最終目的，二者制度考量及程序設計，雖未必相同，但保障人民權益之旨趣則一。行政法院所為停止執行之裁定，對於訴願審理中之案件，頗多影響，固不待言。然從人民權利有效、快速救濟之角度以觀，此種「負面」效應應不足慮，終不能形式上維持訴願前置之制度格局，實際上卻犧牲人民權利之及時有效救濟。

121 參照蔡茂寅，〈停止執行決定之競合問題〉，《月旦法學教室（3）公法學篇》，頁254（2002年2月）。

122 參照最高行政法院92年度裁字第571號裁定。

之問題，從而仍有聲請假處分以獲暫時保護之必要¹²³。

八、行政訴訟法與民事訴訟法之關係

行政訴訟為處理公法上法律關係之爭議，與民事訴訟為處理私法上法律關係之爭議雖有不同，但二者之訴訟種類及程序仍不乏性質相通之處，故行政訴訟法定有準用民事訴訟法之規定。行政訴訟法準用民事訴訟法規定（含強制執行法），係採列舉主義，共27條¹²⁴。修正前之行政訴訟法第三十四條規定：「本法未規定者，準

123 參見吳庚，前揭（註4）書，頁286；陳清秀，《行政訴訟法》，頁572（1999年6月初版）；最高行政法院91年度裁字第1513號裁定。

124 茲抄列如下：第十八條：「民事訴訟法第三條、第六條、第十五條、第十七條、第二十條至第二十二條、第二十八條至第三十一條之規定，於本節準用之。」第二十條：「民事訴訟法第三十三條至第三十八條之規定，除第三十六條之抗告期間外，於本節準用之。」第二十一條：「前二條之規定於行政法院之書記官及通譯準用之。」第二十八條：「民事訴訟法第四十六條至第四十九條、第五十一條之規定，於本節準用之。」第三十六條：「民事訴訟法第四十八條、第四十九條之規定，於本節準用之。」第四十八條：「民事訴訟法第五十九條至第六十一條、第六十三條至第六十七條之規定，於第四十四條之參加訴訟準用之。」第五十六條：「民事訴訟法第七十二條、第七十五條及第七十七條之規定，於本節準用之。」第五十九條：「民事訴訟法第一百十八條至第一百二十一條之規定，於本節準用之。」第六十條第三項：「前項筆錄準用第五十七條及民事訴訟法第一百十八條至第一百二十條之規定。」第八十三條：「民事訴訟法第一百二十六條、第一百三十一條、第一百三十五條、第一百四十一條、第一百四十二條、第一百四十四條、第一百四十八條、第一百五十一條及第一百五十三條之規定，於本節準用之。」第九十五條第二項：「卷宗滅失事件之處理，準用民刑事訴訟卷宗滅失案件處理法之規定。」第九十九條第二項：「依第四十四條參加訴訟所生之費用，由參加人負擔。但他造當事人依第九十八條第三項及準用民事訴訟法第七十九條至第八十四條規定應負擔之訴訟費用，仍由該當事人負擔。」第一〇四條：「民事訴訟法第七十九條至第八十五條、第八十七條至第九十五條、第一百零八條、第一百十一條至第一百十三條之規定，於本節準用之。」第一一五條：「民事訴訟法第二百四十五條、第二百四十六條、第二百四十八條、第二百五十二條、第二百五十三條、第二百五十七條、第二百六十一條、第二百六十三條及第二百六十四條之規定，於本節準用之。」第一三一條：「第一百二十一條第二項、第一百二十四條及民事訴訟法第二百條、第二百零七條、第二百零八條、第二百十三條第二項、第二百十四條、第二百十七條、第二百六十八條關於法院或審判長權限之規定，於受命法官行準備程序時準用之。」第一三二條：「民事訴訟法第一百九十五條至第一百九十七條、第二百條、第二百零一條、第二百零四條、第二百零六

用民事訴訟法。」係以概括準用之方式，將民事訴訟法之規定納入行政訴訟之範疇。新法改採列舉準用方式，究其緣由，旨在彰明行政訴訟與民事訴訟本質上之差異¹²⁵，限縮行政訴訟法準用民事訴訟法之範圍，並減少準用上之疑義。此種立法方式是否妥適，頗值商

條至第二百零八條、第二百十條、第二百十一條、第二百十四條、第二百五條、第二百十七條至第二百十九條、第二百六十五條、第二百六十七條、第二百六十八條、第二百七十條、第二百七十一條、第二百七十三條至第二百七十六條之規定，於本節準用之。」第一三六條：「除本法有規定者外，民事訴訟法第二百七十七條之規定於本節準用之。」第一六一條：「行政法院依第一百三十八條之規定，囑託機關、學校或團體陳述鑑定意見或審查之者，準用第一百六十條及民事訴訟法第三百三十五條至第三百三十七條之規定。其鑑定書之說明，由該機關、學校或團體所指定之人為之。」第一六六條第二項：「民事訴訟法第三百四十二條第二項之規定，於前項聲請準用之。」第一七六條：「民事訴訟法第二百五條、第二百十七條至第二百十九條、第二百七十八條、第二百八十一條、第二百八十二條、第二百八十四條至第二百八十六條、第二百九十一條至第二百九十三條、第二百九十五條、第二百九十六條、第二百九十八條至第三百零一條、第三百零四條、第三百零五條、第三百零九條、第三百十條、第三百十三條、第三百十六條至第三百十九條、第三百二十一條、第三百二十二條、第三百二十五條至第三百二十七條、第三百三十一條至第三百三十七條、第三百三十九條、第三百四十一條至第三百四十三條、第三百五十二條至第三百五十八條、第三百六十一條、第三百六十四條至第三百六十六條、第三百六十八條、第三百七十條至第三百七十六條之規定，除第三百三十三條之抗告期間外，於本節準用之。」第一八六條：「民事訴訟法第一百六十八條至第一百七十一條、第一百七十三條、第一百七十四條、第一百七十六條至第一百八十一條、第一百八十五條至第一百八十七條之規定，於本節準用之。」第二一八條：「民事訴訟法第二百二十四條、第二百二十七條、第二百二十八條、第二百三十條、第二百三十二條、第二百三十三條、第二百三十六條、第二百三十七條、第二百四十條、第三百八十五條至第三百八十八條、第三百九十六條第一項、第二項及第三百九十九條之規定，於本節準用之。」第二二一條第二項：「第一百二十八條至第一百三十條、民事訴訟法第二百十四條、第二百五條、第二百十七條至第二百十九條之規定，於前項筆錄準用之。」第二三七條：「民事訴訟法第四百三十條、第四百三十一條及第四百三十三條之規定，於本章準用之。」第二七二條：「民事訴訟法第四百八十九條至第四百九十二條及第四百九十四條之規定，於本編準用之。」第二九七條：「民事訴訟法第五百二十三條、第五百二十五條至第五百二十八條及第五百三十條之規定，於本編假扣押程序準用之。」第三〇三條：「民事訴訟法第五百三十五條及第五百三十六條之規定，於本編假處分程序準用之。」第三〇六條：「执行程序，除本法別有規定外，應視執行機關為法院或行政機關而分別準用強制執行法或行政執行法之規定。」

125 參見《司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編(一)》，頁986以下。

榷¹²⁶：一則，逐條列舉，難免疏漏，甚或錯誤。二則，一旦法律修改，勢必隨之修法，否則將造成準用上之疑義。惟動輒修法，徒費立法成本，且難保無立法懈怠。三則，基於「明示其一，排除其他」之法理，未列舉準用之規定似乎已被排除在準用、甚至類推適用之外。然是否皆然如此，恐尚有斟酌餘地。

德國法律哲學家 *Gustav Radbruch* 曾謂：「解釋者對法律之理解，可能猶善於其創造者。法律可能比立法者更為聰明——甚至必須比立法者更為聰明(es [Gesetz] muß sogar klüger sein als seine Verfasser)¹²⁷。」此一卓識經簡化為「法律應較立法者聰明」(*Gesetz soll klüger sein als der Gesetzgeber*)，而廣受徵引，用以強調法律解釋應著重法律客觀意旨之闡釋。上開旨趣未必表示立法者的聰明才智遜於法律解釋者，但多少透露出「立法難盡周全、法旨猶待闡釋」之至意。果其如此，法律制定者（尤其是立法者）似乎不宜「自作聰明」，給予過多不必要的立法指示，以致限縮、窄化、甚至誤導法律的解釋方向與開展空間。當然，法律解釋者（尤其是司法者）若能在信守法規與膠柱字義之間，允厥執中，作出契合法制體系及法理思維，且能適應社會需要及實踐正義之法律解釋，則 *Savigny* 之睿見——法律解釋既是科學又是藝術¹²⁸，或能見諸實踐，而法律規範社會、維護人權之功能，也才有發揮之可能。

126 詳見彭鳳至，〈行政訴訟法準用民事訴訟法立法方式之商榷——兼論民事訴訟法本次修正對於行政訴訟法適用的影響〉，《法官協會雜誌》，3卷1期，頁257以下（2001年6月）。

127 參見 *Gustav Radbruch*, Die Logik der Rechtswissenschaft, in: Erik Wolf/Hans-Peter Schneider (Hrsg.), Rechtsphilosophie, 8. Aufl., 1973, S. 207.

128 參見 *Friedrich Carl von Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Bd. I, 1841, S. 206. 英譯本，參見 WILLIAM HOLLOWAY (trans.), SYSTEM OF THE MODERN ROMAN LAW 170 (1867, reprint 1993).