未經課予義務訴訟前置程序誤提一般給付訴訟之審理

文／蕭忠仁

壹 前言—本文之訟訴類型選擇錯誤如何處理

行政訴訟的類型，因有行政救濟前置等因素，其類型的區分，相較於民事訴訟，更為細緻。以給付訴訟為例，請求行政機關為一定行為（作為或不作為）之給付訴訟，因請求行政機關為行政處分或行政處分以外之給付，可分為課予義務訴訟及一般給付訴訟。當事人請求行政機關為一定給付，若未辨明，可能發生應由申請行政機關作成行政處分開始，經行政救濟（如訴願）後，始得循序提起課予義務訴訟之情形，而誤為對該行政機關逕行提起一般給付訴訟。就此訟訴類型選擇錯誤之事件，行政法院如何審判（審理裁判），實務上存有不同之見解，其程序法上之理論依據為何，如何處理較能符合規範目的；此外，法制上有無其他解決途徑，得為更適當的處理，均屬值得探討之問題。

貳 實務上之不同見解

依行政訴訟法第 8 條第 1 項規定：「人民與中央或地方機關間，因公法上原因發生財產上之給付或請求作成行政處分以外之其他非財產上之給付，得提起給付訴訟。因公法上契約發生之給付，亦同。」同法第 5 條規定：「（第 1 項）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 2 項）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違法損害者，經依訴願程序後，得向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。」可知，人民因公法上原因發生財產上之給付而提起一般給付訴訟者，必須以該訴訟可直接行使給付請求權為限，如依實體法之規定，尚須先由人民申請行政機關核定或確定其給付請求權者，則於提起一般給付訴訟之前，應先提起課予義務訴訟，請求作成核准之行政處分。於行政機關拒絕申請或怠為處分時，申請人須循序提起訴願後，始得提起課予義務訴訟，請求判命行政機關作成核准處分，而無從直接提起一般給付訴訟。倘人民未經課予義務訴訟前置程序（未經申請、訴願及課予義務訴訟，以取得「因公法上原因發生財產上之給付」）而誤為提起一般給付訴訟，其訴訟類型選擇錯誤之情形，縱使人民申請（行政機關）給付有實體法上之依據，基於權力分立之精神及行政程序與行政訴訟之區分，行政法院亦無從直接判命行政機關對人民為一定之給付。就此訴訟類型選擇錯誤之情形，行政法院應如何審理裁判，我國審判實務上，則存有不同之見解，即使在終審的最高行政法院，情形亦然。

一、最高行政法院之裁判

對於未經課予義務訴訟前置程序提起一般給付訴訟之訴訟類型選擇錯誤，最高行政法院之裁判，有認為應以不合法裁定駁回起訴者，有認為應以無理由判決駁回起訴者，依本文查閱，其所持理由，概述如下。

（一）以不合法裁定駁回起訴者認為

1. 一般給付訴訟，相對於其他訴訟類型，特別是以「行政處分」為中心之撤銷訴訟及課予義務訴訟，具有「備位」性質[1]，從而若其他訴訟類型得以提供人民權利救濟時，即無許其提起一般給付訴訟之餘地。就立法意旨觀之，若許人民逕行提起一般給付訴訟，則無異免除審查行政處分合法性須遵守之訴願前置主義，而使原本可提起撤銷訴訟或課予義務訴訟之事件，皆將遁入一般給付訴訟領域，當事人亦可能藉由提起一般給付訴訟來規避課予義務訴訟較多之訴訟要件。因此，欲提起一般給付訴訟，須以該訴訟得「直接」行使給付請求權者為限，如按其所依據實體法上之規定，尚須先經行政機關核定其給付請求權者，應先提起課予義務訴訟，請求行政機關作成該特定之行政處分，而不得直接提起給付訴訟。抗告人申請補貼款，仍須經相關主管機關就業者之補貼計畫實際執行情形核定金額，當事人對於核定若有不服，應先行訴願後，再依行政訴訟法第 5 條第 2 項規定提起課予義務訴訟，乃抗告人逕行提起給付訴訟，復無法補正訴願程序之欠缺，則其訴訟類型之選擇，自有未合，其訴為不合法（97 年度裁字第 4102 號裁定意旨）。

2. 若未獲行政機關以處分作成決定認可該項請求權，則該項公法上給付請求權並未存在，人民無法直接提起一般給付之訴請求行政機關給付該項債務。抗告人等對於相對人既無系爭退伍金請求權存在，其直接提起一般給付訴訟，請求相對人核發該等金額及利息，即欠缺法定要件，其訴為不合法（102 年度裁字第 1555 號裁定意旨）。

3. 行政訴訟法第 5 條課予義務訴訟及第 8 條第 1 項規定之一般給付之訴，均係為實現公法上給付請求權而設。有關人民申請金錢給付，須由行政機關先行審核，依法裁量，作成核准處分者，於行政機關拒絕申請或怠為處分時，申請人須循序提起訴願及課予義務訴訟，請求判令行政機關作成核准處分，而不得直接提起一般給付訴訟。抗告人未就原處分提出訴願，其於法定救濟期間經過後，逕行提起本件一般給付訴訟，其訴訟類型之選擇，自有未合，其訴不備訴訟要件，為不合法，且其情形無法補正。原裁定以抗告人在原審所提之訴不合法，其認事用法均無不合（105 年度裁字第 706 號裁定意旨）。

4. 公立學校教師請求「補發年度工作獎金」，須循「課予義務」之請求模式為請求，未經前置請求程序，即逕以一般金錢給付之方式向行政法院提起訴訟，此部分請求「不備起訴要件」（107 年度判字第 219 號判決意旨）等。

（二）以無理由判決駁回起訴者認為

1. 基於權力分立之法理，行政、司法各有所司，司法機關不能取代行政機關而代作決定，故行政訴訟法第 8 條所定，因公法上原因發生財產上之給付，而提起一般給付之訴，其請求金錢給付者，必須以該訴訟可直接行使給付請求權者為限。如依實體法之規定，尚須先由行政機關核定或確定其給付請求權者，則於提起一般給付之訴之前，應先提起課予義務之訴，請求作成該核定之行政處分。其逕行提起一般給付之訴者，即屬訴訟類型選擇錯誤，不符合有效權利保護原則，應駁回其訴。上訴人縱有申請身心障礙者照護費用補助之資格，仍應檢具相關文件向被上訴人提出申請，經被上訴人拒絕或核定補助金額後，如有不服，再循訴願、課予義務訴訟之方式救濟。查上訴人經原審闡明後，仍堅持提起一般給付訴訟，其訴不符合有效權利保護原則，原判決以其訴為無理由，予以駁回，經核於法並無違誤（105 年度判字第 241 號判決意旨）。

2. 給付訴訟之提起，法律並未規定應經先行程序，亦無提起訴訟之期間限制，僅須其請求係公法上給付，且因行政機關不為給付致其權利受損害，即符合提起給付訴訟之要件。至於人民對行政機關為公法上給付請求，如涉及行政處分之作成，即應於課予義務訴訟中併為請求，倘當事人係提起一般給付訴訟，嗣經法院行使闡明權後，仍堅提一般給付訴訟，因其未先獲授益處分之作成，無處分內容之給付請求權，其訴在法律上為無理由之問題，要非起訴不備要件，職是，原審依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 10 項規定以裁定駁回抗告人之訴，亦非合法（106 年度裁字第 1979 號裁定意旨）。

3. 本件整個行政爭訟過程中，上訴人主張之行政訴訟類型雖有疑義，惟經原審法院闡明後，其等業已說明本件係依行政訴訟法第 8 條規定提起給付訴訟，故原審法院自應依給付訴訟相關之法律規定加以審理（106 年度裁字第 2032 號裁定意旨）。

4. 徵收所為之補償，須經補償機關核定補償額後發給，應先提起課予義務訴訟請求作成核定之行政處分，尚不得逕提起一般給付之訴請求金錢給付。惟上訴人所起訴者是否為課予義務訴訟並不清楚，經原審法院行使闡明權，上訴人及其原審訴訟代理人均

（文轉三版）

註釋

1 按：於此稱為「備位」性質，似有未妥，在本文之課予義務訴訟，稱為「前置程序」關係，似較妥適。此乃並非不得提起課予義務訴訟則「備位」提起一般給付訴訟之「備位」關係，而是須先提起課予義務訴訟取得有利之行政處分（即具有「因公法上原因發生財產上之給付」），仍不履行，繼而提起一般給付訴訟，故稱為「前置程序」關係，較為適當。

2 參見司法院法學資料檢索系統 107 年度高等行政法院法律座談會提案及研討結果第 8 號，該案係由當時臺北高等行政法院第一庭提出。

3 所謂訴訟要件之職權調查，係指法院對於訴訟要件，除「訴訟障礙事項」（屬於訴訟抗辯事項，應由當事人提出）外，應依職權調查，即使當事人間並無異議，亦應為之。參閱姜世明，訴訟要件論，月旦法學教室，第 27 期，第 60、61 頁。

4 所謂職權審酌，係指法院對於訴訟要件，有依職權審酌之權限，尤其是有關公益之事項，得依職權探知，不受當事人主張之拘束。參閱姜世明，辯論主義，月旦法學教室，第 23 期，第 84 頁。

5 行政訴訟法第 6 條第 4 項規定，立法意旨在於行政處分無效或得撤銷之救濟途徑不同，惟其區辨非人民所易知，如人民應提起撤銷訴訟、課予義務訴訟，而誤為提起確認行政處分無效之訴訟，之後欲重行救濟，其未經訴願程序者，恐已遲誤提起訴願期間而不可得，始規定行政法院應以裁定將該事件移送於訴願管轄機關，並以行政法院收受訴狀之時，視為提起訴願之時，以維其權益（最高行政法院 104 年度裁字第 57 號裁定意旨可參）。

6 行政訴訟法第 1 條規定：「行政訴訟以保障人民權益，確保國家行政權之合法行使，增進司法功能為宗旨。」，應寓含司法為民及程序經濟之立法原則。

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
四、文稿一律不退件，請自留底稿。
五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每 全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

表明上訴人請求給付地上物拆遷補償費部分，其起訴之訴訟類型為給付訴訟。上訴人亦未再請求被上訴人重新核定，逕行提起本件一般給付之訴，訴訟類型錯誤。本件上訴人請求被上訴人給付地上物拆遷補償費，經原審闡明後，上訴人向原審表明訴訟種類係給付訴訟，上訴人之請求並無理由（107 年度判字第 576 號判決意旨）等。

二、高等行政法院之間

由於法律審之最高行政法院，對上開訴訟類型選擇錯誤之處理，裁判見解不一，使得下級審法院遇此問題時，如何審理裁判，產生困擾，有待解決。有鑑於此，臺北高等行政法院曾於 107 年 3 月 21 日 107 年度高等行政法院法律座談會，就最高行政法院見解歧異之情形，提案研討[2]，設題及討論意見簡述如下。

設題：候選人遭舉發賄選判決確定，檢舉人多次申請發給檢舉獎金，主管機關均未為准駁，故逕提起給付訴訟；受訴法院闡明檢舉獎金涉及行政處分之作成，應於課予義務訴訟中併為請求，然檢舉人仍堅提一般給付訴訟，受訴法院應如何處理？

討論意見：

甲說：不合法裁定駁回起訴。理由：按提起一般給付之訴請求金錢給付，必須是以該訴訟可「直接」行使一給付請求權時始可，如依其所依據實體法之規定，尚須先由行政機關核定其給付請求權者，則於提起一般給付之訴前，應先提起課予義務之訴，請求作成該核定之行政處分，其未先行提起課予義務之訴，請求行政機關作成核定其給付之行政處分，遽行提起一般給付訴訟，其訴訟類型之選擇，尚有未合，自非法之所許，應裁定駁回起訴。

乙說：判決駁回起訴。理由：給付訴訟之提起，法律並未規定應經先行程序，亦無提起訴訟之期間限制，僅須其請求係公法上給付，且因行政機關不為給付致其權利受損害，即符合提起給付訴訟之要件。至於人民對行政機關為公法上給付請求，如涉及行政處分之作成，即應於課予義務訴訟中併為請求，倘當事人係提起一般給付訴訟，嗣經法院行使闡明權後，仍堅提一般給付訴訟，因其未先獲授益處分之作成，無處分內容之給付請求權，其訴在法律上為無理由之問題，要非起訴不備要件，應以判決駁回之。

初步研討結果：臺北高等行政法院多數採甲說，並請最高行政法院就本題所涉歧異之法律見解，提交庭長法官聯席會議討論。

大會研討結果：採乙說，並建請最高行政法院庭長法官聯席會議決議。

可見對此訴訟類型選擇錯誤，如何審理裁判，高等行政法院之間，在研討過程，亦曾有不同見解。值得一提的是，為解決法律見解歧異之最高行政法院大法庭新制，業已自 108 年 7 月 4 日施行，原有的最高行政法院庭長法官聯席會議，也隨之步入歷史，依本文所知，大法庭新制施行之前，庭長法官聯席會議並未就上開法律問題作成決議。因此，前述最高行政法院裁判見解互歧的情形，於將來大法庭提案裁判統一見解之前，恐將持續。

三、不同見解之理論依據

對於未經課予義務訴訟前置程序誤提一般給付訴訟，行政法院之裁判所以有「以不合法裁定駁回起訴」及「以無理由判決駁回起訴」之不同處理，其程序法上之論據如何，依本文所見，立論的差異主要在於行政法院之審理是否受原告選擇錯誤之訴訟類型之拘束。

認為不受拘束者，是以訴訟之審理，應以法院依訴訟資料所審認之訴訟類型為準，不具備該訴訟類型之訴訟要件，其起訴為不合法，故以裁定駁回之。此種見解，較符合訴訟要件應依職權調查[3]、職權審酌[4]之審理原則。

認為要受拘束者，是以訴訟之審理，應依當事人主張之訴訟類型為準，縱使訴訟類型選擇錯誤，基於當事人之程序處分權，法院仍應受其拘束，故按照錯誤之訴訟類型，若無不符訴訟要件（如欠缺訴願前置之起訴不合程式），法院即應實體審理，而以判決為之，此種見解，較符合處分權主義之精神。

四、問題之析論

由於當事人未經課予義務訴訟前置程序，訴訟類型選擇錯誤而提起一般給付訴訟，就課予義務訴訟觀之，其起訴不合程式，且瑕疵無從補正，就一般給付訴訟觀之，其欠缺因公法上原因發生財產上之給付等事由，故依現行行政訴訟法規定，以上兩種訴訟之結論，均是「原告之訴駁回」，只是以不合法或無理由為由，以及使用裁定或判決駁回之方式不同。

依裁判制度的設計，法院於訴訟前階段，經審查原告起訴欠缺訴訟要件且不能補正，得以不合法為由裁定駁回原告之訴，而不需使用較正式的判決方式結案，本寓有程序經濟之公益考量。既然前開訴訟類型選擇錯誤的結果，原告起訴依法均應駁回，相較之下，讓行政法院於依職權調查明確後，得以原告起訴為不合法，裁定駁回，毋庸進入實體要件之審判程序，似較符合訴訟要件之審理原則，也較合於有效率使用訴訟程序（即程序經濟）之公益考量。反之，若以原告之訴為無理由判決駁回，其出發點雖是尊重當事人之程序處分權，縱使訴訟類型選擇錯誤，也以原告起訴聲明之內容為準，較符合處分權主義，但是，依類型錯誤之一般給付訴訟審判，審理結果，不論係認為欠缺權利保護必要（屬於訴訟上權利保護要件；另當事人適格，亦屬之）或欠缺實體上權利保護要件（即訴訟標的法律關係存否之要件），均須進行實體要件之審理程序，並以較正式的判決為之，對於結論均為「原告之訴駁回」之訴訟事件，不但不符合程序法上訴訟經濟之公益原則，而且越過依職權審查訴訟要件之程序，亦有違反訴訟進行「先程序後實體」之審理原則。

此外，觀之前述最高行政法院認為應以無理由判決駁回起訴之案例，其裁判理由均說明：倘經法院行使闡明權後，仍堅提一般給付訴訟等語，似認為事實審之下級法院縱使察知原告起訴有訴訟類型選擇錯誤之情形，仍應闡明確認原告是否選擇錯誤之一般給付訴訟；且有以原審法院未依法行使闡明權，認為原裁定違背法令而予廢棄發回者（參見 106 年度裁字第 2032 號裁定、108 年度裁字第 822 號裁定意旨等）。

其實，對於原告訴訟類型選擇錯誤而提起一般給付訴訟，法院若行使闡明權，向其發問或告知，本件起訴係未經課予義務訴訟前置程序，誤提一般給付訴訟，應改為課予義務訴訟之聲明，請求被告機關作成核定給付之行政處分等語，縱使原告配合，轉換為課予義務訴訟之聲明，其起訴固非（仍非）適法（參見 108 年度裁字第 822 號裁定意旨），這種對於原告不利之曉諭，自難期待當事人配合改正聲明，縱使配合改正，將來亦容易產生當事人與行使闡明權之法官間之誤解及糾紛，所以此一闡明權之行使，並無實益。若是法院依當事人所提供之訴訟資料（原告及被告機關之陳述或所提供之事證資料），或是事實於法院已顯著或為其職務上所已知者（無庸舉證，行政訴訟法第 176 條準用民事訴訟法第 278 條第 1 項規定），因已查明原告確係訴訟類型選擇錯誤，且其情形無法補正，依課予義務訴訟觀之，原告起訴為不合法，應以裁定駁回之。於此情形，原告之聲明或陳述，並無不明瞭或不完足之情事（參見行政訴訟法第 125 條第 3 項規定），自無再為行使闡明權之必要。

參 法制上之其他解決途徑—移送該管行政機關

按行政訴訟之類型選擇具有法律之專業性，人民請求行政機關為一定行為之給付訴訟，因請求行政機關為行政處分或行政處分以外之給付，可分為課予義務訴訟及一般給付訴訟，當事人若未辨明，可能發生應由申請行政機關作成行政處分開始，經行政救濟（如訴願）後循序提起課予義務訴訟，而誤為提起一般給付訴訟之情形。尤其，行政訴訟於第一審之事實審不採「律師強制主義」，由於當事人往往不諳法律（特別是在「本人訴訟」之情形），未能區辨正確的訴訟類型，以致於可能發生訴訟類型選擇錯誤之情形。

有關於此，現行行政訴訟法第 6 條於確認行政處分無效訴訟，即設有處理之機制，使得訴訟類型選擇錯誤之起訴，非必以「法院裁判」之方式終結，對於類型錯誤之訴訟繫屬，使有脫勾釋出之可能，以維護當事人行政救濟之權益。按行政訴訟法第 6 條第 4 項規定：「應提起撤銷訴訟、課予義務訴訟，誤為提起確認行政處分無效之訴訟，其未經訴願程序者，行政法院應以裁定將該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。」[5]同理，應提起課予義務訴訟，誤為提起一般給付訴訟，其未經申請或訴願程序者，依起訴之訴狀記載，經行政法院查明，原告有向被告機關依法申請或依行政救濟之進程有提起訴願請求被告機關應為行政處分或應為特定內容之行政處分之意旨，而誤提起一般給付訴訟者，宜設有規定，使行政法院以裁定將該事件移送於受理申請或訴願之管轄機關，並以行政法院收受訴狀之時，視為提出申請或提起訴願，以維其權益。

至於經法院闡明訴訟關係後，原告仍堅持提起一般給付訴訟者，再依前述以「法院裁判」之方式處理之。如此，行政法院對於訴訟類型選擇錯誤之闡明處理，始為有實益之闡明權行使，而當事人有關行政救濟之權益，方能獲得更確實之保障。因此，為解決本文訴訟類型選擇錯誤之問題，行政訴訟法第 6 條第 4 項之處理方式，實可作為將來修法之參考。

肆 結語

對於訴訟類型選擇錯誤，且其情形無法補正，如本文所示未經課予義務訴訟前置程序誤提一般給付訴訟之事件，行政法院應如何審理裁判，最高行政法院裁判及高等行政法院之間的法律見解，均存有歧異，此項法律爭議如何解決，依現行法制，仍有待最高行政法院大法庭之裁定決定之（行政法院組織法第 15 條之 1 至第 15 條之 11 參照）。依本文所見，對於上開裁判結果原告起訴依法均應駁回之情形，在行政訴訟第一審之事實審階段，由於訴訟類型選擇之法律專業性及訴訟進行不採律師強制主義等因素，為能妥適處理，似可參考行政訴訟法第 6 條第 4 項規定，設置移送機制，使其歸往正確的行政救濟程序，而非必以「裁判駁回」之方式為之。惟若經法院闡明告知後，原告仍堅持選擇錯誤之訴訟類型，提起一般給付訴訟者，依前所述，行政法院再依訴訟要件之審理原則，以符合程序效率之裁判方式處理之。如此審理，似較能兼顧行政訴訟有關司法為民及程序經濟的立法原則[6]。

（作者為臺北高等行政法院法官兼庭長）

WEEKLY 司法周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。二、本刊內，以利一次刊出。文長宜在八千字以內，並歡迎司法人、事及法註的，以利參考。三、本刊對來稿有權潤飾刪的，不願接的故事。請加注說明；利出文章並將置司法者，法 WEEKLY 司法周刊 每周出刊 歡迎訂閱 全年優惠價新臺幣400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊