

從日本法論課予義務訴訟 「依法申請」之制度內涵^{*}

林 孟 楠^{**}

要 目

壹、前 言	(四)小 結
貳、日本行政程序及爭訟法制之「依法申請」	三、申請權與課予義務訴訟之制度設計
一、申請權之萌芽	(一)課予義務訴訟之發展
(一)申請人之權利救濟	(二)課予義務訴訟之制度架構
(二)申請人之程序法地位	(三)第三人之程序開始請求權
(三)申請人之訴訟權能	(四)小 結
(四)小 結	參、我國行政程序法與爭訟法制之「依法申請」
二、申請權與行政程序之制度設計	一、日本法對我國法之啟示
(一)行政程序之類型化	(一)申請人之程序法地位
(二)申請處理程序與狹義申請權	(二)廣義申請權與狹義申請權之區辨
(三)第三人請求作成不利益處分之程序與救濟	(三)第三人促請之程序法地位

DOI: 10.3966/102398202021030164003

^{*} 本文為科技部計畫MOST 106-2410-H-033-024-之部分研究成果。感謝匿名審稿人之修正建議。

^{**} 中原大學財經法律學系副教授，日本名古屋大學法學博士。

投稿日期：一〇八年十月三日；接受刊登日期：一一〇年一月十八日

責任校對：林嘉瑛

- | | |
|-------------------|-------------|
| 二、依法申請與行政處分之申請權 | (二)程序開始請求權 |
| (一)依法申請與行政爭訟法制之沿革 | (三)適法處分請求權 |
| (二)依法申請與行政程序法之制定 | (四)行政罰之依法申請 |
| (三)行政處分申請權之制度內涵 | 肆、結 論 |
| (四)申請權與訴訟權能之關聯 | 一、日本法之研究成果 |
| 三、第三人促請與依法申請 | 二、臺灣法之研究成果 |
| (一)程序法地位之保障意義 | |



元照出版提供 請勿公開散布。

摘 要

我國課予義務訴訟規定之「依法申請」，究竟具有何種制度內涵，至今未有明確一致之見解。鑑於日本法早於一九五〇年代發展出「申請權」之概念，於行政事件訴訟法中規定「依法申請」，指引後續行政程序法及課予義務訴訟之立法方向。本文乃比較研究日本法，界定「依法申請」之制度內涵。基於日本法研究之成果，本文認為，行政處分申請人之法律地位可分為三層次，即程序開始請求權、適法處分請求權及特定處分請求權。課予義務訴訟之「依法申請」，僅需申請人具有程序開始請求權及適法處分請求權。其後，探討「依法申請」與訴訟權能之關係，嘗試說明第三人依保護規範理論「促請」行政機關對他人作成不利益處分時，第三人仍應具有程序開始請求權及適法處分請求權，始符合「依法申請」之內涵。

關鍵詞：課予義務訴訟、依法申請、申請權、申請人、訴訟權能、程序權、實體權、無瑕疵裁量請求權、不作為、申請程序

壹、前言

法令如有人民得「依法申請」作成行政處分之規定，行政機關對於申請負有審查准駁之作為義務。立法者通常明確規範申請要件¹，賦予人民特殊法律地位，有別於建議、檢舉、陳情或請願等。申請具有雙重意義，既可能是實體法上作成處分之要件，亦是程序法上開始行政程序之要件²。行政程序法（下稱行程法）針對「依法申請」，規定一般程序事項³。行政機關如對於「依法申請」之案件拒為或怠為行政處分，訴願法及行政訴訟法（下合稱爭訟法制）規定有課予義務訴願及訴訟，以資救濟⁴。足見人民「依法申請」之法律地位，制度上受到特別保護，可稱為「申請權」。不過對於「依法申請」之內容，學說與實務向來未從正面討論。如就原始立法理由而言，行程法之「依法申請」，係指人民依法請求行政機關作成對已授益處分之意思表示⁵。爭訟法制之「依法申請」，立法意旨相同⁶。立法者顯然未設想到第三人請求對他人作成不利益處分之情形，課予義務訴訟之解釋適用上，出現下列疑問。

法令如有明文規定任何人⁷或利害關係人⁸得請求行政機關對特

¹ 例如，建築法第25條第1項之建築執照申請、政府資訊公開法第9條之資訊公開申請。

² 行程法第114條第1項第1款、第34條但書。陳敏，行政法總論，頁812，2019年11月，10版。

³ 行程法第14條第2項、第17條第2項、第20條第1款、第34條及第35條、第49條至第51條。該法用語為「依法規申請」，本文統一簡稱為「依法申請」。

⁴ 訴願法第2條第1項及行訴法第5條。

⁵ 法務部編，法務部行政程序法制定資料彙編四，頁411-412，1994年3月。

⁶ 立法院公報，87卷36期，頁144-145、149-150、154-156、323-324，1998年10月。

⁷ 例如，專利法第57條及第71條之舉發、商標法第48條之異議。

⁸ 例如，專利法第72條、森林法第26條。

定人作成不利益處分，且行政機關應依該請求開始行政程序以作成准駁決定時，解釋上是否可認為人民享有申請權而得提起課予義務訴訟，值得探討。另一方面，法令欠缺「依法申請」規定下，通說認為第三人依保護規範理論而享有法律上權益時，則可「促請」行政機關「依職權」對他人作成不利益處分⁹。惟「促請」與「申請」之人民法律地位仍有不同¹⁰，並不當然包含於課予義務訴訟「依法申請」之文義中。雖然通說認為不必拘泥「依法申請」之文義，只要依保護規範理論有訴訟權能即可¹¹，但實務主流見解仍然嚴格解釋，以致尚無勝訴實例。

上述問題之癥結，乃是「依法申請」於文義解釋上，究竟具有何種內涵，訴訟法上又扮演何種功能。尤其是第三人促請之情形，法令未必如同對已授益處分有完整之申請程序規定，解釋論上仍有特別考量之必要。有鑑於此，本文擬探討課予義務訴訟「依法申請」之制度內涵，釐清人民「申請權」於訴訟法上之內容與功能，進而說明行程法與爭訟法制之「依法申請」應如何一貫解釋，始能妥善對應第三人促請對他人作成不利益處分之情形。考量到我國法關於「依法申請」之研究文獻尚不充分，本文擬經由日本法之比較研究，分析該國法律制度之歷史沿革及指導理念，從中探求可引為借鏡之處。

比較日本法之理由，可分三點言之。第一，我國行程法及爭訟法制多有受日本法影響之處，仍有精確掌握日本法以區辨兩者異同之必要。第二，日本法早於一九五〇年代發展出「申請權」之概

⁹ 學說多以「檢舉」稱之，但規定檢舉之法令，未必具有保護第三人權益之目的，故本文改以「促請」稱之。

¹⁰ 廖義男，課予義務訴訟中所謂「依法申請」之內涵——以行政法院裁判之評析為主，載：憲法及行政法制，頁462註6，2015年2月。

¹¹ 翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，頁81（許宗力），2018年7月，2版。

念，於爭訟法制中規定「依法申請」，不僅指引日本後續立法方向，也影響我國法制發展。第三，日本法根據是否為「依法申請」，區分不同行政程序及訴訟類型，明確凸顯「依法申請」之制度內涵。

由於本文之研究範圍，限定為課予義務訴訟「依法申請」之內涵，探討第三人「促請」是否為「依法申請」。至於保護規範理論之解釋架構，既有文獻已有充分討論¹²，故非本文探討對象。另外，人民「依法申請」作成之行政行為，並不限於行政處分，亦可能包含締結契約或事實行為。惟既非課予義務訴訟之程序標的，即非本文檢討對象。

貳、日本行政程序及爭訟法制之「依法申請」

日本法之「依法申請」與「申請權」，乃是一體兩面之概念。本文首先以一九六二年制定之行政事件訴訟法（下稱行訴法）為中心，探訪申請權成形之理論背景，分析申請人於申請制度中具有之程序法地位，說明依法申請之制度內涵。其次，一九九三年制定之行政程序法（下稱行程法）之程序類型，依照處分規制內容，區分出「申請處理程序」及「不利益處分程序」。本文將分析處分程序二分架構之意義及特色，指出行程法「依法申請」之適用範圍與侷限。最後，二〇〇四年修正之行訴法，於增訂課予義務訴訟時，根據是否為「依法申請」區分為「申請型」及「非申請型」，針對「非申請型」規定較為嚴格之權利保護要件。本文將探討此一分類是否妥當，行程法又應如何配套修正。

¹² 近期文獻可見詹鎮榮，保護規範理論在第三人提起課予義務訴願之應用，載：行政法總論之變遷與續造，頁491-530，2015年11月。

一、申請權之萌芽

(一)申請人之權利救濟

1. 課予義務訴訟之否定

一八八九年制定之大日本帝國憲法下，行政事件由隸屬於行政權之行政裁判所審理。行政裁判法於訴訟類型上僅規定行政處分之撤銷訴訟，起訴事項採取列記主義¹³。人民依法申請之案件中，僅有營業許可、河川及土地使用許可等「拒絕或撤銷」事項，得提起撤銷訴訟¹⁴。故對於申請之拒絕，古典學說僅能解釋為「消極行政處分」，規制內涵為「現行法律狀態之不予變更」¹⁵，欠缺探討申請人權利救濟之誘因。

日本國憲法於一九四六年制定施行後，憲法第76條確保一切權利義務之具體爭議均歸司法權審判，行政事件由普通法院審理。一九四八年制定之行政事件訴訟特例法，基於概括權利保障之立法意旨，規定人民對於一切公法上爭議均可向法院提起訴訟，於訴訟類型上不作限定，起訴事項上亦無限制。對於人民依法之提出申請，如遭到拒絕時，解釋論上首先面臨之問題，即為人民是否享有「依申請內容請求作成特定處分之實體法權利（以下簡稱特定處分請求權）」，得直接提起具有給付訴訟性質之課予義務訴訟。

通說根據行政之第一次判斷權理論，從權力分立角度認為處分作成與否，乃是專屬於行政之權限，法院不得作成給付判決命令行政機關作成特定處分¹⁶。再自人民權利而言，法令雖有規定行政機

¹³ 明治23年10月10日法律第106号「行政廳ノ違法處分ニ關スル行政裁判ノ件」。

¹⁴ 美濃部達吉『行政裁判法』千倉書房101-130頁（1929年5月）。

¹⁵ 美濃部達吉『日本行政法（上）』有斐閣209頁（1936年12月）。

¹⁶ 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」兼子一『民事法研究第二卷』酒井書店74

關負有依法准駁人民申請之義務，但無論是羈束處分或裁量處分，於行政機關完成法定審查程序而作成處分之前，僅為抽象法律關係之規定，並非賦予人民特定處分請求權¹⁷。通說據此否定人民提起課予義務訴訟。

2. 拒絕處分之法效性與權利侵害

至於人民依法申請遭到拒絕後，是否得提起撤銷訴訟，關鍵在於人民權利是否受拒絕決定侵害，以及拒絕決定是否為行政處分。通說認為，人民不因申請而立即取得申請內容之法律地位，應俟處分作成後，始有權利義務之具體變動。若嚴格依此見解，拒絕決定並未限制、變動或剝奪申請人之既有法律地位。從訴訟權能而言，拒絕決定即無權利侵害；從程序標的而言，拒絕決定欠缺法效性，即非行政處分。實務上常見據此否定人民提起撤銷訴訟之判決¹⁸。如此一來，人民依法申請而可能獲得之實體法地位，恐將永無實現機會，成為權利救濟漏洞¹⁹，亟待解決。

通說早期見解雖援用消極行政處分之概念，承認人民對拒絕處分得提起撤銷訴訟²⁰。但至多僅能說明營業許可等涉及人民憲法上自由權回復之申請制度中，拒絕處分（＝現狀維持）會侵害正當申請人之權利。至於公物特許使用及規制權限發動等申請制度，未涉

頁（1954年2月）。田中二郎『行政争訟の法理』有斐閣143頁（1954年12月）。

¹⁷ 田中二郎，同前註，137頁。

¹⁸ 東京地判昭和28年4月27日行集4卷4号952頁、東京地判昭和29年4月27日行集5卷4号922頁、東京高判昭和30年1月28日行集6卷1号181頁。另見三藤正「司法審査の当事者適格」判例タイムズ56号262-269頁（1956年4月）。

¹⁹ 杉本良吉「皇居前広場使用不許可事件の判決について」法律のひろば6卷8号27頁（1953年8月）。

²⁰ 田中二郎『行政法總論』有斐閣300頁（1957年1月）。雄川一郎『行政争訟法』有斐閣70頁（1957年9月）。

及人民憲法上權利回復，仍無法解釋拒絕處分何以會是權利侵害。

另有學說認為法定申請制度中，人民享有「應受許可之權利」，如未獲實現，即為權利侵害²¹。但申請人未必符合許可之法定要件，行政機關就准駁與否亦多享有裁量權限，實難認為任何人只要提出申請，即享有特定處分請求權。縱使申請人符合法定要件卻仍遭到否准，也未能明確說明拒絕處分如何侵害人民既有權利²²。

相較於學說爭議，裁判實務工作者採取之策略，則是不拘泥於人民有無特定處分請求權，改從行政程序之觀點，認為法定申請制度，至少賦予申請人應受適法保障之程序法地位，此即下述之申請權。

(二)申請人之程序法地位

1. 裁判實務工作者之倡議

司法研修所講座小澤文雄認為「行政法規中，可以區分出公法上規範實體法律關係之法規，以及形成實體法律關係之程序法規。變動實體法律關係之行政處分，當然可為訴訟對象，自無疑問。但形成實體法律關係之程序法規，亦應可認為是一貫存在之程序法上法律關係。申請之拒絕，如從變動程序上法律關係之觀點，自可為訴訟對象之行政處分」²³。換言之，法令既然規定人民得經由申請制度，請求行政機關形成實體法律關係之程序法地位，則無論是不適法駁回

²¹ 山田準次郎『行政行為を要求する訴訟』有斐閣171頁（1961年9月）。大西芳雄「行政庁の拒否処分に対する行政訴訟」民商法雜誌33卷6号27頁（1956年10月）。

²² 村上裕章『行政訴訟の解釈理論』弘文堂108頁註12（2019年5月）。

²³ 柳川真佐夫ほか「行政事件訴訟をめぐる諸問題（第三回）」判例タイムズ33号8頁（1953年10月）。

或無理由否准之拒絕處分，均應賦予申請人司法救濟之機會²⁴。

小澤明確區分出人民於處分作成後應有之實體法地位，以及申請案件中應受適法處理之程序法地位，明確指出後者作為拒絕處分之規制內涵²⁵，可謂極大貢獻。但小澤原則上否定人民享有特定處分請求權²⁶，仍有過於保守之嫌²⁷。因此，最高法院調查官田中真次嘗試根據人民實體權利有無，進一步說明拒絕處分之規制內涵。

先就營業許可等涉及人民憲法上自由權回復之申請制度而言，應承認申請人享有實體法之特定處分請求權。若是行政機關經實體審查後，以不合實體要件為由予以否准時，拒絕處分之規制內涵，乃是否定申請人之實體請求權。申請人提起撤銷訴訟後，如獲撤銷判決，實際上即是確認行政機關之特定處分作為義務²⁸。若是行政機關以書類不備或申請逾期等形式要件予以駁回，因尚未進入實體審查階段，拒絕處分之規制內涵僅止於否定申請人請求適法處理之程序法地位。申請人如提起撤銷訴訟而獲勝訴，撤銷判決並未確認行政機關之特定處分作為義務，性質上類似廢棄原判決發回更審，僅要求行政機關應依適法程序進行實體審查²⁹。

另一方面，申請制度未賦予人民實體法請求權之情形，例如外國人之居留許可；或是行政機關享有廣泛裁量權限，難以承認人民

²⁴ 同前註，9頁。

²⁵ 此一見解於下級審判決中，已有端倪。東京地判昭和27年7月29日労働例集3卷3号253頁（拒絕處分具有終結行政程序之法律效果）。

²⁶ 雄川一郎ほか『行政事件訴訟特例法逐条研究』有斐閣66頁（小澤文雄）（1957年2月）。

²⁷ 也有認為小澤之本意，僅止於否定課予義務訴訟。村上裕章，同註22，111頁註19。

²⁸ 田中真次「拒否処分に対する抗告訴訟について」法曹時報7卷11号1318-1319頁（1955年11月）。

²⁹ 同前註，1321頁。

享有特定處分請求權，例如公企業之特許。此時仍應承認人民享有「請求適法處理」之程序法地位，亦即行政機關應依正當法律程序審查，並適法行使裁量權限。由於人民僅具有程序法地位，縱然行政機關以實體無理由作成否准處分，拒絕處分之規制內涵，仍僅止於否定該程序法地位。申請人如提起撤銷訴訟而獲勝訴，撤銷判決至多僅能要求行政機關應適法審查申請案件³⁰。

田中明確指出申請權乃是「申請人請求適法處理」之程序法地位，不但可說明拒絕處分因不同拒絕事由而有不同之規制內涵，更能清楚闡明撤銷訴訟因不同拒絕事由而有不同審理範圍及判決內容，獲得下述最高法院判決之採納。

2. 最高法院之採納

以下先說明最高法院一九六一年判決之原因事實，再介紹判決內容。本案乃是縣立高中教師不滿學校對於其值日勤務之處置，依照地方公務員法第46條向人事委員會提出申請，請求人事委員會命學校給予值日津貼，且未來值日班表應經人事委員會同意。人事委員會以實體無理由予以否准，申請人乃提起行政訴訟。地方法院認為，該否准決定並未變動申請人之法律地位，僅為觀念通知，不得提起撤銷訴訟³¹。申請人上訴後，高等法院則認為申請人依法享有申請權，如申請遭否准，即屬權利侵害³²。人事委員會提起上訴後，最高法院認為該否准決定應為行政處分，並援用申請權說明行政處分之法效性，闡釋如下。

「依地方公務員法第46條之意旨，並未承認公務員享有實體法上請求作成具體行政措施之權利」，惟「為確保公務員職務之正當內

³⁰ 田中真次，同註28，1321-1322頁。

³¹ 静岡地判昭和33年12月9日行集9卷12号2867頁。

³² 東京高判昭和33年12月9日行集10卷8号1595頁。

容，該條於解釋上應有保障公務員請求人事委員會……作成合法判定之權利或法律上利益之意旨」。「對於該條之申請，如違法以不合形式要件駁回，即是侵害上述權利」。「對該申請進行實體審查而裁決無理由否准時，如審查程序違法，亦明顯是侵害請求依正當程序接受判定之權利」。「即便審查程序合法，就委員會所應採取之措施，裁量亦有界限。如逾越權限而違法以申請無理由駁回，即有侵害請求於裁量權限內合法採取措施之權利，並可解釋為違法侵害公務員之權利或法律上利益」。因此，人事委員會之拒絕決定，無論是形式駁回或實體否准，均是侵害公務員依法申請之法律地位，應為行政處分³³。

依上述見解，法令如規定人民申請之法律地位，雖不當然承認人民享有特定處分請求權，仍應保障人民接受行政機關依法審查及決定之程序權利。申請程序可分為形式審查與實體審查之階段，無論是何種階段之拒絕決定，如有違法，即是侵害申請權，均應為行政處分³⁴。由於拒絕處分之法律效果與訴訟權能之權利侵害，實際上是合一判斷，申請人當然具有訴訟權能，無待多言。

最高法院之後進一步闡釋申請權之內涵，包含「申請人於實體審查階段中接受正當法律程序及適法裁量之程序法地位」。例如，個人計程車之營業執照依法採取定額許可制，行政機關就多數合格申請人中，只能於固定名額中遴選部分申請人而授予執照，故法律並未賦予所有申請人享有請求作成營業執照之實體法權利。但申請人基於申請權，仍可主張平等原則及正當法律程序等一般法律原則，請求作成適法處分。故「就執照之准駁，解釋上應認為執照申請人有接受公正程序而獲判定之法律上利益。違反審查程序而駁回執照申

³³ 最三小判昭和36年3月28日民集15卷3号595頁。

³⁴ 同旨判決可見最大判昭和40年7月14日民集19卷5号1198頁。

請之處分，即侵害上述利益」³⁵。該判決雖認為營業執照涉及申請人職業自由之實現，但駁回處分所侵害之對象，乃是接受正當法律程序審查之程序法地位。

再以外國人居留期間延期許可事件為例，由於外國人於憲法上並未享有請求居留於日本國內之實體權利，外國人依照入出國管理法申請許可延長居留期間，縱使遭到拒絕，亦無任何實體權利侵害可言。最高法院則認為入出國管理法之申請規定，雖未保障外國人請求延長居留期間之實體權利，但拒絕處分仍不得有裁量濫用等逾越裁量權限之情事³⁶。換言之，外國人經由申請制度，享有「請求適法行使裁量權以作成處分」之程序法地位³⁷。

上述最高法院判決採用申請權之概念，主要是用以說明拒絕處分之規制內容，並以正當法律程序作為申請權之根據。同時期修正之行政爭訟法制，如後所述，則是採用申請權之概念，擴大申請人之訴訟權能，以解決「依法申請之不作為」救濟問題。

(三)申請人之訴訟權能

1. 訴訟權能之擴大

明治憲法時期之行政裁判法下，行政機關受理申請後，如果刻意拖延或不作任何處理，因未作成拒絕處分，申請人即不能提起撤銷訴訟，出現救濟漏洞。當時學說主張應將「一定期間之不作為」擬制為拒絕處分，以利申請人訴訟³⁸，不為實務採納³⁹。日本國憲法制定施行後，行政事件訴訟特例法採取概括權利保障原則，理論

³⁵ 最一小判昭和46年10月28日民集25卷7号1037頁。

³⁶ 最大判昭和53年10月4日民集32卷7号1223頁。

³⁷ 今村成和『行政法入門』有斐閣164-165頁（1966年9月）。

³⁸ 美濃部達吉，同註14，137頁。

³⁹ 行政裁判所判決昭和2年2月15日行錄38輯293頁。

上人民可對行政不作為提起訴訟。但由於欠缺明文規定之訴訟類型，適用上產生極大爭議，實務甚至傾向一律否定⁴⁰。因此，一九六二年制定之行訴法，明文規定不作為違法確認訴訟，解決「依法申請之不作為」救濟問題。立法過程中，申請權之概念影響草案研擬方向，最終承認申請人之「程序開始請求權」，擴大申請人之訴訟權能。

一九五六年草案規定人民得就行政不作為提起訴訟，訴訟權能為「有請求作成申請相關處分之權利者」⁴¹。文義上係以人民享有特定處分請求權為前提，未必適用於一切法定申請制度，有過於狹隘之嫌⁴²。蓋因法定申請制度中，不問人民是否享有實體權利，亦不論行政機關有無裁量權限，人民基於申請權，即得請求行政機關開始審查程序並適法作成准駁處分⁴³。一九五八年草案修正訴訟權能為「對於申請有請求應作成某種行政處分或裁決之權利者」⁴⁴。此一規定採用申請權之概念，確保人民依法申請之程序法地位⁴⁵。隨後，訴訟權能規定修改為「提出申請者」⁴⁶，將「依法申請」訂為權利保護要件⁴⁷，強化申請制度之救濟必要性。

立法通過之行訴法第3條第5項規定：「本法所稱之不作為違法確認訴訟，係指行政機關對於依法申請，應於相當期間內作成某種行

⁴⁰ 雄川一郎，同註20，97頁。

⁴¹ 塩野宏編『行政事件訴訟法(4)』信山社123-124頁（1994年7月）。

⁴² 塩野宏編『行政事件訴訟法(1)』信山社479頁（田中二郎發言）（1992年2月）。

⁴³ 田中二郎『司法權の限界』弘文堂245-246頁（1976年10月）。

⁴⁴ 塩野宏編，同註41，174-175頁。

⁴⁵ 村上裕章，同註22，118頁。

⁴⁶ 塩野宏編，同註41，305頁。

⁴⁷ 塩野宏編，同註41，471頁。

政處分或裁決而未作成時，請求確認該不作為違法之訴訟」。至於訴訟權能，第37條規定為「對於行政處分或裁決提出申請者」。申請權之概念，不僅獲得立法者完全採納，也明確包含「請求開始程序並於相當期間內作成准駁處分」之程序法地位。凡是法令規定申請制度時，任何人只要提出申請，行政機關即應開始審查程序，作成准駁處分，不問申請人有無實體法權利。

此外，同年制定之行政不服審查法，乃是由訴願法全盤修正而來，改採選擇前置原則，容許人民提起行政訴訟之前，自行決定是否先行聲明行政不服。該法配合行訴法之制定，亦以相同文義規定「依法申請之不作為審查」之內涵⁴⁸，並影響我國訴願法之修正。

2. 法定申請制度作為訴訟權能之根據

行訴法第3條第5項規定之「依法申請」，係指「法令承認特定人有申請權，並已提出申請。請願、陳情或是單純建議行政機關作成行政處分之性質者，即不該當之。惟法令於解釋上若有承認特定人申請權者，則應認為不以申請之明文規定為必要」⁴⁹。

雖然依法申請（法定申請制度）與申請權乃是一體兩面，但就訴訟權能之判斷上，仍有爭議之處。多數學者認為，只要人民提出申請，即具有訴訟權能。至於是否確有法定申請制度，乃是人民有無申請權之本案問題，屬本案審理事項⁵⁰。不過，實務見解認為，

⁴⁸ 行政不服審查法第2條第2項（不作為之定義）、第7條（不作為之聲明適格）。該法於2014年經全盤修正，合併規定為現行法第3條。

⁴⁹ 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』法曹会18頁（1963年8月）。該書具有半官方文書性質。

⁵⁰ 田中二郎『新版行政法上卷（全訂第二版）』弘文堂357-358頁（1974年4月）。南博方編『注釈行政事件訴訟法』有斐閣52-53頁（南博方）（1972年2月）。山田二郎「不作為の違法確認の訴えにおける原告適格及び訴えの利益」鈴木忠一、三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座第8卷（行政訴訟Ⅰ）』日本評論社131頁（1970年7月）。園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』有斐閣

申請權作為請求開始程序之程序權，即應先於權利保護要件中確定是否有法定申請制度，始可於本案審理不作為有無違法⁵¹。換言之，客觀上必須先排除法令完全未規定申請制度之情形⁵²。如認為客觀上有法定申請制度存在，即是承認申請人享有申請權，具有訴訟權能。申請人是否滿足申請之形式及實體要件，始為本案審理事項。

上述爭議之實益，乃是法令欠缺申請制度規定時，法院究竟應以本案判決駁回或是以裁定駁回。雖然結論都是駁回，但相關討論則更進一步凸顯出「依法申請＝申請權」之概念，旨在說明法定申請制度作為訴訟權能之根據時，即應一律賦予申請人請求開始程序及接受適法決定之程序法地位，使其有機會取得所申請之行政處分。實務見解之所以強調法定申請制度為權利保護要件，乃是由於申請權之概念，原先是用以說明撤銷訴訟中，拒絕處分之相對人訴訟權能及法效性⁵³。於不作為違法確認訴訟中，同樣可據以認定申請人之申請權受到不作為侵害，具有訴訟權能及訴之利益。因此，實務見解更為準確掌握申請權作為程序權之意涵⁵⁴。

467頁（乙部哲郎）（1989年7月）。

51 加藤泰守「行政庁の不作爲に対する救済」田中二郎ほか編『行政法講座第3卷（行政救済）』有斐閣135頁（1965年7月）。濱秀和「行政事件訴訟法施行後における行政裁判例の傾向(3)」判例時報538号128-133頁（1969年1月）。石川正「不作爲違法確認の訴え」鈴木忠一、三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座9（行政訴訟1）』日本評論社92頁（1983年5月）。

52 最判昭和47年11月16日民集26卷9号1573頁、最判昭和57年12月10日労働判例401号17頁。

53 南博方編『条解行政事件訴訟法』弘文堂104、107頁（富田善範）（1987年4月）。

54 南博方編，同註50，342頁（小高剛）。

(四)小 結

今村成和於一九六六年總結裁判實務及爭訟法制之發展，指出人民參與行政過程之法律地位，可分為實體權及程序權。申請權作為程序權，乃是「依照法令規定，個人得向行政機關申請應作成某種行為之權利」。不問人民是否享有實體權利，申請權均保護人民請求行政機關開始程序，依法履行審查義務之程序法地位⁵⁵。詳言之，「①對於合法申請，應予受理。②受理申請之後，應於相當期間內為准駁之決定。③准駁決定應依據法定程序為之，內容上亦應合法」。行政機關違反上述作為義務，即是侵害申請權，人民對於②可提起不作為違法確認訴訟，對於①及③之拒絕處分可提起撤銷訴訟⁵⁶。歷來學說一向認為申請權包含①行政機關應依申請開始程序並於相當期間內為准駁處分（程序開始請求權），以及②作成符合法定程序且無裁量瑕疵之適法處分（適法處分請求權）⁵⁷。

申請權之內涵，乃是客觀上具有法定申請制度時，主觀上預設任何人只要提出申請，不問是否符合法定要件，即享有申請權，得請求行政機關開始行政程序，並於相當期間內作成適法之准駁處分。申請權乃是基於權利救濟為目的而發展成形之概念，以正當法

⁵⁵ 今村成和，同註37，134頁。

⁵⁶ 今村成和，同註37，135-136頁。行程法於1993年制定後，申請採到達主義，已無受理之層次。

⁵⁷ 川上宏二郎「行政過程における私人の権利」雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編『現代行政法大系(2)——行政過程』有斐閣390-391頁（1984年1月）。人見剛「行政処分申請権について」兼子仁、磯部力編『手続法的行政法学の理論（第二編第一章）』勁草書房150頁（1995年3月）。遠藤博也『実定行政法』有斐閣147-148頁（1989年2月）。兼子仁『行政法学』岩波書店108頁（1997年2月）。小早川光郎『行政法（上）』弘文堂220頁（1999年6月）。大浜啓吉『行政法総論（第三版）』岩波書店246頁（2012年3月）。塩野宏『行政法Ⅱ（第六版）』有斐閣132頁（2019年4月）。

律程序為根據，用以擴大認定申請人之訴訟權能及拒絕處分之法效性。此種訴訟法內涵之申請權，不問申請之處分性質為何，可稱之為「廣義申請權」。至於行程法中，就對已授益處分之申請，進一步形塑出獨特程序保障內涵，則可稱之為「狹義申請權」。以下，將以行程法為中心，說明狹義申請權之特色，探究其與廣義申請權之關聯。

二、申請權與行政程序之制度設計

(一)行政程序之類型化

1. 古典學說之框架

古典學說向來認為申請是人民之公法上意思表示，具有實體法效果⁵⁸。法令規定應經人民申請始能作成處分者，申請之意思表示即為實體法之合法要件⁵⁹。依照處分是否以申請為實體法要件，可區分為依職權之處分及依申請之處分。至於依申請之處分內容，似僅限於對已授益處分⁶⁰。蓋因自由法治國之時代背景下，古典學說首要任務是對抗公權力之侵害，殊難想像人民請求對他人作成不利益處分之必要性⁶¹。

上述分類雖然注意到人民參與行政法關係之實體法地位，卻未涉及程序法制之建置內涵。隨著廣義申請權概念之成形，如何根據人民參與行政法關係之程序法地位，規範「行政依照正當法律程序審查申請案件，於適當期間作成准駁處分」之義務，乃成為行程法之立法重點。雖然廣義申請權之對象，不限於對已授益處分，行程

⁵⁸ 美濃部達吉，同註15，178頁。田中二郎，同註20，246-249頁。

⁵⁹ 美濃部達吉，同註15，172頁。田中二郎，同註20，298-299頁。

⁶⁰ 美濃部達吉，同註15，171頁。田中二郎，同註20，297頁。

⁶¹ 塩野宏『行政法 I（第六版）』有斐閣398-399頁（2015年7月）。

法之早期草案卻受到古典學說之強烈影響，以對已授益處分之申請程序為主要對象，規定申請之到達主義、處理期間及通知補正等事項⁶²。另一方面，行政機關依職權發動之不利益處分，乃是直接侵害處分相對人既有實體權利，相對人基於正當法律程序之程序法地位，亦應受憲法保障。早期草案也嘗試納入聽證及陳述意見等程序規定，以保障相對人之法律地位。

從立法層面而言，行政程序依其發動方式，理論上可分為職權程序與申請程序，不必然與行政行為之類型或處分之規制內容，相互結合⁶³。不過早期學說及立法草案，顯然就處分程序類型之發展，深陷於古典學說之框架，未注意到第三人促請作成不利益處分之問題。

2. 兼子仁之主張

兼子仁首先注意到處分內容與程序開始方式，具有緊密關聯，指出現代國家角色轉換下，應特別規定行政介入私人間行政紛爭之程序。處分依其規制內容，可區分為授益處分、不利益處分及第三人效力處分⁶⁴。人民參與行政過程之程序法地位，亦可對應處分之分類，分為下列三種程序。(1)授益處分程序，乃是於人民行使申請權後，行政機關為作成准駁決定，進行案件審查之程序，故賦予申請人主動參與之程序法地位⁶⁵。(2)不利益處分程序，則是行政機關基於職權發動，為作成限制或剝奪處分相對人權利之處分，而主導

⁶² 1952年之國家行政營運法草案、1964年之行政程序法草案、1983年之行政程序法草案大綱。草案內容之整理可見高橋滋『行政手続法』ぎょうせい25-44頁（1996年6月）。

⁶³ 小早川光郎『行政法講義（下Ⅰ）』弘文堂3頁（2002年11月）。

⁶⁴ 兼子仁「現代行政法における行政行為の三区分」兼子仁『行政法と特殊法の理論（第二章）』有斐閣31-58頁（1989年6月）。該文初次發表於1976年。

⁶⁵ 兼子仁『行政法總論』筑摩書房92、124-127頁（1983年4月）。

事實調查之程序，故相對人居於被動防禦之程序法地位⁶⁶。(3)第三人效力處分程序，則是行政機關為作成第三人效力處分，於法律上利害關係人之間，進行利益衡量及協調之程序⁶⁷，故應賦予第三人參與程序及權利救濟之法律地位⁶⁸。

兼子以處分規制內容作為程序分類之標準，除分析處分相對人之程序法地位外，更強調第三人參與程序及權利救濟之法律地位，固有見地。但授益處分及不利益處分都可能對第三人發生效力，第三人效力處分程序實際上是以授益處分程序或不利益處分程序為基礎，進一步納入第三人參與之程序，不具有獨立之程序建制內涵⁶⁹。因此程序三分之見解未能獲得學說及實務支持⁷⁰。不過，授益處分程序及不利益處分程序之區分，仍然影響後續立法之方向⁷¹。

3. 處分程序二分架構之侷限

一九九三年制定之行程法，採取授益處分之申請處理程序及不利益處分程序之二分架構。由於行程法之立法目的，自始即界定為共通事項之一般規定，著重於處分相對人之權利保障，並未企圖成為完整之行政法總則。故僅就實務上最常見且立法技術上可定型化規定之事項，明文規範。雖然適用上有其侷限，仍反映出日本行政

⁶⁶ 同前註，92頁。

⁶⁷ 兼子仁，同註65，92-93頁。

⁶⁸ 兼子仁，同註65，93、130-131頁。

⁶⁹ 兼子仁亦自認此點，參見兼子仁「行政法学における手続法概念」兼子仁、磯部力編『手続法的行政法学の理論（第一編第一章）』勁草書房26頁（1995年3月）。

⁷⁰ 其他批評可見大橋洋一「市民参加と行政手続——地方公共団体の行政手続の実態分析」大橋洋一『現代行政の行為形式論（第二章）』弘文堂72頁（1993年9月）。

⁷¹ 村上裕章，同註22，125-128頁。

實務之特色⁷²。

問題在於，第三人請求行政機關作成不利益處分之情形，於處分程序二分架構下，究竟應如何解釋適用，是否會影響訴訟法上依法申請之認定。若是個別法令未有任何程序規定，第三人基於保護規範理論而「促請」作成不利益處分時，行程法及行訴法上又應如何處理。以下先說明行程法申請處理程序之內涵，再予以分析檢討。

(二)申請處理程序與狹義申請權

行程法就處分程序分別規定為第2章之「申請處分」及第3章之「不利益處分」，兩者之程序建置內涵，可簡單說明如下。

1. 申請處理程序

申請處理程序著重於「申請→審查→決定」之行政過程，確保人民依法享有申請權時，即對應至行政機關應予審查准駁之義務⁷³。行程法第2條第3款限定申請對象，係指「依法令請求行政機關對自己作成許可、認可、執照等授予某種利益處分（以下簡稱為『許認可等』）之行為，行政機關就該行為並負有准駁之回應義務」。申請採到達主義，申請之意思表示到達行政機關後，行政機關即應開始審查程序，對於形式要件不備者，應令補正或逕行作成駁回處分（第7條）。為求客觀上可預測申請案件之處理時間及結果，行政機關應訂定並公告申請案件之審查期間及審查基準（第5條、第6條）。申請人對於審查時程或狀況，如有詢問時，行政機關亦應盡可能回應，提供相關資訊（第9條）。許認可等處分如涉及第三人之利害關係時，行政機關應盡可能召開公聽會，蒐集意見以資參考（第10條）。

⁷² 小早川光郎編『行政手續法制逐條研究』有斐閣17-52頁（1996年7月）。

⁷³ 塩野宏、小早川光郎編『行政手續法制定資料(1)』信山社45頁（2012年8月）。

依照上述整理，可知申請處理程序旨在保障申請權之實現，程序規範重點在於行政機關適時並合法審查之義務規定。基於此一特徵，申請人得自行決定是否發動程序，並有相當程度之程序處分權。行政機關原則上應於申請範圍作成決定，申請人亦可自行撤回申請以終結程序。行政機關雖然就申請案件負有職權進行及調查義務，但法令通常會要求申請人應備妥相關文件等有利申請之資料，由申請人負較重之舉證責任，以減輕行政機關之職權調查義務⁷⁴。換言之，於申請人享有程序處分權之前提下，相應負有較強之協力義務。

2. 不利益處分程序

不利益處分程序著重於「告知→防禦→決定」之行政過程，確保處分相對人不受公權力恣意侵害之法律地位。依行程法第2條第4款，不利益處分係指「行政機關基於法令，以特定人為相對人，作成直接課予其義務或限制權利之處分」。行政機關應盡可能事先公布不利益處分之裁量基準，以提高法令適用之可預測性（第12條）。個案中準備作成不利益處分時，行政機關應先告知相對人，給予聽證或陳述意見之機會（第13條）。

從上述規定可知，不利益處分程序完全由行政機關依職權主導進行，處分相對人則居於防禦地位。除法令明文規定外，應由行政機關依職權調查事實證據，必要時亦可強制調查，相對人並未負有協力義務。

⁷⁴ 薄井一成「申請手續過程と法」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』有斐閣278-281頁（2008年12月）。北村和生「行政の調査義務と裁判による統制」曾和俊文ほか編『行政法理論の探究（第二部）』有斐閣175-179頁（2016年3月）。野下智之「取消訴訟における違法性の内容」藤山雅行編『行政争訟（改訂版）（第二十章）』青林書院368-369頁（2012年3月）。

3. 兩者之比較

經由申請處理程序及不利益處分程序之對比，可指出申請處理程序之三點特色。第一，申請處理程序賦予任何人享有程序開始請求權，行政機關就程序開始與否，並無裁量權限。至於不利益處分程序，行政機關享有得依職權裁量決定之權限，處分相對人乃是被動進入程序。第二，申請處理程序之目的，旨在確保申請人積極取得對已授益處分之權利實現過程。不利益處分程序則是以侵害處分相對人既有之實體法地位為前提，確保相對人程序上防禦權之行使。第三，申請處理程序之對象乃是對已授益處分，申請人有較強之程序處分權及協力義務。但不利益處分程序則完全是由行政機關依職權進程序及調查事實，相對人原則上並無程序處分權及協力義務。

如上所述，行程法就對已授益處分，賦予申請人更為主動之程序法地位，故行程法與行訴法之依法申請，具有不同內涵及適用範圍。但第三人請求行政機關作成不利益處分時，於個別法令解釋適用上，不免出現疑點。

(三) 第三人請求作成不利益處分之程序與救濟

申請處理程序及不利益處分程序，始終各自維持「行政機關 V.S. 處分相對人」之二面關係。雖然法律上利害關係人於申請處理程序中，得於公聽會中表示意見；於不利益處分程序中，得請求參加聽證。但法律上利害關係人不具有程序當事人之地位，亦無其他程序參與地位。因此，當法令規定第三人「要請」、「建議」或「促請」行政機關作成不利益處分時，究竟應如何決定請求人之程序地位及權利救濟，即有爭議。以下分別就三種立法體例說明。

1. 要 請

法令規定行政機關應依第三人要請開始程序並作成決定之義務

者，不問用語為何，即具有廣義申請權。第三人對於拒絕處分或不作為，自可提起撤銷訴訟或不作為違法確認訴訟⁷⁵。惟要請之處分內容並非對已授益處分，不適用行程法之申請處理程序。立法者明文賦予第三人要請權時，通常會依事件性質設計不同之程序規範，決定要請人之程序處分權範圍及程序法地位。

例如，勞動團體法之不當勞動行為救濟請求程序，乃是要請人對於雇主之不當勞動行為，請求勞動委員會介入救濟之制度，性質上屬於準司法機關介入勞雇民事法律關係之裁決機制。故不當勞動行為之救濟程序，雖採職權原則以平衡勞資雙方之對等地位，但對審及和解等程序規定，毋寧近似於民事訴訟，賦予勞資雙方當事人較大之程序處分權。

再如森林法第27條之保安林指定程序⁷⁶，本質上是對土地所有人之不利益處分程序，原應由行政機關基於公益得依職權開始。但立法者考量到保安林規定寓有保護特定第三人權利之目的，乃明文賦予法律上利害關係人享有廣義申請權，限制行政機關決定是否開始程序之職權裁量。要請人雖可主動開始程序，但仍由行政機關依職權主導程序進行，故要請人之處分權僅限於程序開始。

2. 建議

法令僅規定第三人建議行政機關「依職權」對他人作成不利益處分，並未課予行政機關應依予審查准駁之義務者，行政機關僅須適用行程法之不利益處分程序，既不必適用申請處理程序，亦非行訴法之依法申請，故第三人無救濟機會。

例如，獨占禁止法第45條第1項規定，任何人對於違反本法規定之事實，得建議公平交易委員會採取一定措施。通說及實務認

⁷⁵ 小早川光郎，同註57，222頁。

⁷⁶ 實例可見最判昭和57年9月9日民集36卷9号1679頁。

為，法令既未規定申請制度，解釋上亦無保護特定人權利之意旨，僅能認定建議為普通之陳情⁷⁷。陳情旨在促使行政機關依職權開始程序，行政機關對陳情亦無任何准駁義務。對於建議人之任何函覆，僅為觀念通知。依照行程法規定，行政機關應依職權裁量決定是否開始不利益處分程序，不受建議拘束。另一方面，若依少數說見解，獨占禁止法第45條搭配相關條文可解釋為具有保護特定第三人之規範目的⁷⁸，此時即為下述促請之情形，亦不適用行程法及行訴法之依法申請。

3. 促 請

法令雖無任何要請或建議之程序規定，但依保護規範理論可認為第三人得促請行政機關「依職權」對他人作成不利益處分者，僅須適用行程法之不利益處分程序，不適用申請處理程序，也非行訴法之依法申請。

例如，建設中之建築物違反法定高度上限時，周圍居民（＝第三人）即可主張其日照權及景觀利益依保護規範理論應受建築基準法保護，請求行政機關對建築物起造人作成不利益處分⁷⁹。由於建築基準法未對處分程序有特別規定，自應適用行程法之不利益處分程序，行政機關享有依職權決定是否開始程序之裁量權限，不因「促請」而發生准駁義務。第三人至多僅能於不利益處分程序開始後，於聽證程序中主張程序參加。換言之，縱然建築基準法有保護第三人權益之意旨，但並未賦予第三人於行程法中享有特殊之程序法地位，即無狹義之申請權。

⁷⁷ 最判昭和47年11月16日民集26卷9号1573頁。

⁷⁸ 興津征雄「競争秩序と事業者の利益」民商法雑誌150卷4・5号574-576頁（2014年8月）。

⁷⁹ 實例改寫自東京地判平成13年12月4日判例時報1791号3頁。

由於保護規範理論僅承認第三人之實體法地位，並未一併賦予其程序法地位，無法經由廣義申請權之概念操作，尋求司法救濟。詳言之，第三人既無廣義申請權，行政機關對第三人之函覆，僅為觀念通知，第三人不得對之提起撤銷訴訟；行政機關消極不予處理，亦非依法申請之不作為，第三人不得提起不作為違法確認訴訟⁸⁰。此時，僅能考慮法定外課予義務訴訟之可行性。

（四）小 結

申請之法律效果，可區分為實體法與程序法兩個層面觀察。法令規定申請制度時，即承認申請具有開始程序之程序法效果，但是否具有變動權利義務之實體法效果，則必須依個別法令決定。換言之，申請之程序法效果與實體法效果，制度上可分離設計⁸¹。廣義申請權之概念，乃是經由爭訟法制成形，係指於法定申請制度中，行政機關應依申請開始程序並作成適法之准駁決定。依法申請之判斷重點，僅在於申請之程序法效果，不論實體法效果，故適用範圍不限於對己授益處分。至於狹義申請權之概念，雖是起源於廣義申請權，但行程法限定適用範圍為對己授益處分，乃是以實體法效果為前提，強化申請人主導程序之法律地位。換言之，對己授益處分之申請，具有申請人積極同意變動自身權利義務之實體法效果，故賦予申請人較強之程序處分權。如此一來，即難以承認第三人得經由申請處理程序，請求對他人作成不利益處分。

問題在於，第三人促請作成不利益處分，遭到行政機關拒絕或消極不作為時，第三人應如何提起行政訴訟，即生爭議。如依前述

⁸⁰ 學說雖有認為應比照依法申請，賦予其救濟機會。惟此一見解逾越行訴法「依法申請」之文義，難為通說及實務接受。兼子仁，同註65，130-131頁。

⁸¹ 新井隆一『行政法における私人の行為の理論』成文堂159-161頁（1973年5月）。

兼子仁之主張，行政程序中明確賦予第三人參與程序之法律地位，自可作為「要請」尋求救濟。但行程法未賦予第三人程序開始請求權及適法處分請求權，第三人僅能嘗試直接提起行訴法無明文規定之課予義務訴訟。問題又回到早期學說之論戰原點，亦即是否承認課予義務訴訟之古典爭議。

三、申請權與課予義務訴訟之制度設計

(一)課予義務訴訟之發展

古典學說基於行政之第一次判斷權理論，認為法院既不能於處分未作成前，介入行政活動，亦不能作成命行政機關為特定處分之給付判決⁸²。故於依法申請之案件，僅能提起撤銷訴訟或不作為違法確認訴訟救濟。法院於撤銷判決或不作為違法確認判決之主文中，仍然無法直接命令行政機關作成特定處分，未必可及時有效救濟申請人之權利。加上此一救濟制度不適用於第三人促請之情形，不免有救濟漏洞。學說及實務乃基於行訴法具有概括權利保障之立法意旨，探討法定外課予義務訴訟之可能性。以下從訴訟類型之角度，先扼要分析一九六二年至二〇〇四年間之實務與學說之發展，說明申請權如何影響課予義務訴訟之制度設計。

1. 實 務

裁判實務受到義務確認訴訟說之影響⁸³，認為法院雖然不得對公權力行使作成給付判決，仍可承認法定外義務確認訴訟，容許人民訴請確認行政機關作成「特定處分」之義務存否。從確認利益之觀點，法院是否准許義務確認訴訟，純屬個案利益衡量，自不必區

⁸² 田中二郎，同註43，10頁。

⁸³ 白石健三「公法上の義務確認訴訟について」公法研究11号46-55頁（1954年10月）。

分有無依法申請之規定。但基於行政之第一次判斷權理論，對於確認利益要求極為嚴格之權利保護要件。亦即「①一義性（可明白確定行政機關之特定作為義務，已無裁量餘地）、②重大性（人民權利因行政不作為，將遭受難以回復之重大損害或迫切危險）及③補充性（人民別無其他適當之救濟方法）⁸⁴。」在例外三要件之嚴格適用下，人民幾乎難以提起義務確認訴訟，趨近於原則否定⁸⁵。

例外三要件對於後續修法具有極大影響。一義性乃是源自於古典公權論判斷實體請求權有無之要件，亦即於羈束處分中始可能認定人民有特定處分請求權，原應為本案審理對象⁸⁶。後續修法沿襲此一方向，定為課予義務訴訟之本案勝訴要件。重大性與補充性則是判斷法院是否應立即賦予人民救濟之利益衡量要素，後續修法則規定法無規定申請制度時，應具備該二權利保護要件，始得提起課予義務訴訟。

2. 學說

自一九七〇年代起，少數說參考德國法，主張人民基於實體法請求權，應得直接提起法定外之課予義務訴訟。少數說考慮到日、德之法律架構不同，以是否為依法申請為分類標準，論述時區分對己授益處分之授益請求權及對他人不利益處分之行政介入請求權⁸⁷，卻未與行訴法上依法申請之適用範圍一致。授益請求權通常可經由法定申請制度，認定申請人之法律地位，較無疑問；行政介入請求

⁸⁴ 司法研修所編『改訂・行政事件訴訟の一般の問題に関する実務的研究』法曹会138頁（2000年2月）。

⁸⁵ 小早川光郎「行政庁の第一次的判断権・覚え書き」三辺夏雄ほか編『法治国家と行政訴訟（第二編）』有斐閣228頁（2004年9月）。

⁸⁶ 原田尚彦『訴えの利益』有斐閣54頁（1973年12月）。

⁸⁷ 同前註，75-87頁。阿部泰隆『行政訴訟改革論』有斐閣251-258頁（1993年11月）。扼要整理可見川上宏二郎，同註57，382-386頁。

權則通常是於法無明文規定下，賦予第三人直接請求行政機關發動規制權限介入私人間紛爭之權利。因此，實體法上應如何說明行政介入請求權之理論根據，即成爭點。

原田尚彥認為，法令要求行政機關積極衡量處分相對人與第三人之利益時，即賦予第三人請求行政機關積極作為之實體法地位。依其見解，行政介入請求權與第三人提起撤銷訴訟之訴訟權能，乃是相同之判斷架構，只不過因救濟目的不同而適用不同訴訟類型⁸⁸。此一見解雖不見容於當時通說，卻為後續修法採用⁸⁹。

當時通說一律否定課予義務訴訟之可能性。理由在於，雖然授益請求權可經由法定申請制度認定，但在立法者明定撤銷訴訟及不作為違法確認訴訟為救濟方式之前提下，權利救濟應無漏洞⁹⁰。至於否定行政介入請求權之理由，則是基於自由法治國之理念，不應全面擴張行政介入私人間紛爭之機會，應由私人間以民事訴訟解決紛爭⁹¹。如欲承認第三人之行政介入請求權，至少個別法令應有相當於依法申請之程序規定⁹²。因此，雖然通說對於課予義務訴訟採取否定見解，但對於行政介入請求權，則是更強力反對。

⁸⁸ 原田尚彥『行政責任と国民の権利』弘文堂141頁（1979年6月）。以發電廠設置許可為例，如果認為發電廠設置預定地之周圍居民，具有訴訟權能，得對許可處分提起撤銷訴訟，其實已是承認居民請求行政對處分相對人發動監督權限之作爲請求權。對於未經許可設置之發電廠，理論上自應一貫承認居民得提起課予義務訴訟，請求行政對發電廠之設置人作成禁止運轉之不利益處分。

⁸⁹ 原田見解之評價，可見高木光『行政訴訟論』有斐閣218-238頁（2005年7月）。

⁹⁰ 塩野宏『行政過程とその統制』有斐閣320-321頁（1989年5月）。

⁹¹ 同前註，322-324頁。

⁹² 成田頼明『行政法序説』有斐閣149頁（1984年1月）。

3. 行訴法之修正

受到上述實務及學說影響，加上行程法之處分程序二分架構成形，行訴法於二〇〇四年修法增訂課予義務訴訟之際，依照「依法申請」之有無，區分為「申請型」及「非申請型」。儘管申請型之對象不限於對已授益處分，非申請型之對象也不限於不利益處分。但草案研擬過程之相關議論，仍然呈現「對已授益處分＝申請型」及「不利益處分＝非申請型」之基本框架。兩者區別之最大實益，在於非申請型有較為嚴格之權利保護要件，即為前述實務例外三要件中之重大性及補充性。

雖然律師出身之修法委員（福井秀夫及水野武夫），強力主張人民依照實體法得請求作成行政處分時，立法政策上並無必要依照申請權有無，加重非申請型之權利保護要件。但學者出身並主導通說之修法委員（塩野宏及小早川光郎），則基於下列三點，認為權利保護要件上仍有區別之必要。第一，從自由法治國原則而言，不應過度擴張行政積極介入私人間紛爭之範圍。第二，從權力分立之角度，立法者是否明文規定申請制度，即是初步決定行政權與司法權之角色分工。第三，行政介入請求權之具體內涵仍有待發展，未必可認為行政機關之規制權限行使應完全受第三人主張之拘束⁹³。

因此，課予義務訴訟區分出「申請型」及「非申請型」，雖然是依據申請權之有無而設計不同法律架構，但通說對於行政介入請求權抱持保留之態度，亦為重要因素。以下，進一步說明「申請型」及「非申請型」之制度架構。

⁹³ 相關意見綜合整理自行政訴訟檢討會第25回及26回議事錄，並可於首相官邸網頁閱覽，<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/05gyouseisoshyou.html>，最後瀏覽日：2019年9月3日。

(二)課予義務訴訟之制度架構

1. 權利保護要件及本案勝訴要件之概要

課予義務訴訟，依行訴法第3條第6項之定義，係指請求法院判令行政機關作成一定處分之訴訟。因此申請型及非申請型之本案勝訴要件，完全相同，除訴有理由外，尚必須是一定處分之「法定作為義務已可明確認定」或是不作成一定處分有「裁量逾越或濫用」（第37條之2第5項、第37條之3第5項）。此一勝訴要件起源於實務例外三要件之「一義性」，但除羈束處分外，立法者放寬至裁量處分亦不得有裁量瑕疵。因此課予義務判決之方式，不限於特定處分之作為義務判決，亦包含一定處分之決定義務判決⁹⁴。

申請型旨在確保申請人經由權利救濟以滿足申請內容之機會，故又稱「申請滿足型」。根據行政機關是否已作成拒絕處分，可再細分出「拒為處分型」及「怠為處分型」。申請型乃是既有訴訟類型之延伸，故申請人於拒為處分型應合併提起撤銷訴訟、怠為處分型應合併提起不作為違法確認訴訟（第37條之3第3項）。凡是有法定申請制度時，任何人提出申請，即具有訴訟權能（同條第2項）。

非申請型則是於人民無申請權之情形下，為確保權利救濟機會，特別規定之訴訟類型。立法原意是針對第三人請求行政機關對他人作成不利益處分之情形，故又稱「直接型」或「規制權限發動型」⁹⁵。由於人民既無申請權，並非行政程序之當事人，制度設計

⁹⁴ 換言之，相當於德國行政法院法第114條第4項及我國行政訴訟法第200條第3款及第4款之判決方式。

⁹⁵ 但應注意，由於法律並未限定非申請型之對象為不利益處分，實務上最常適用之案件類型，反而是法無申請制度之對己授益處分。相關分析可見常岡孝好「申請型・非申請型義務付け訴訟の相互關係に関する一考察」磯野弥生ほか編『現代行政訴訟の到達点と展望（第二部）』日本評論社170-194頁

上乃是容許人民「略過」行政程序，直接請求法院作成課予義務判決之訴訟類型。因此，非申請型不必區分「拒為處分型」及「怠為處分型」。

非申請型之訴訟權能，因欠缺法定申請制度，故規定為「具有請求法院判令行政機關作成一定處分之法律上利益者」，並準用撤銷訴訟之訴訟權能規定（第37條之2第3項、第4項）。換言之，非申請型與撤銷訴訟之訴訟權能，均以保護規範理論為共通判斷方式，這一點乃是前述原田尚彥之學說影響。

至於權利保護要件，則是「因未作成一定行政處分而有生重大損害之虞，且無其他適當方法避免該損害」（第37條之3第1項），亦即「重大性」及「補充性」之要件。由於該二要件起源於實務之例外三要件，立法者為避免實務過於嚴格解釋，乃規定重大性之判斷上，「應考量損害回復之困難程度，並衡酌損害之性質與程度、行政處分內容及性質」（同條第2項）。再就補充性而言，依立法意旨，係指法律規定更為有效之特別救濟方法或行政訴訟類型時，始不得提起。至於原告是否得依民事訴訟尋求救濟，與補充性無關⁹⁶。

2. 原告之法律地位

綜合上述規定，可就申請型及非申請型之原告法律地位，分析如下。申請權原先是為說明撤銷訴訟及不作為違法確認訴訟之訴訟權能及訴之利益，賦予申請人之程序權。亦即於法定申請制度中，申請人享有①程序開始請求權，以及②適法處分請求權，確保申請人得請求作成適法處分之程序權，但並未保障申請人請求③依申請

（2014年2月）。

⁹⁶ 小林久起『行政事件訴訟法』商事法務163頁（2004年12月）。塩野宏，同註57，250頁。

內容作成特定處分之實體權。但在申請型制定後，從本案勝訴要件之規定可知，除了①②之外，於羈束處分（解釋上包含裁量收縮至零之裁量處分）之情形下，③之權利亦受司法保障。申請人對於拒絕處分或不作為，如認有違法，均可經由課予義務訴訟請求法院判令行政機關作成一定或特定之處分。

至於非申請型之架構，訴訟權能應依保護規範理論個別判斷，取代依法申請之客觀制度。只要第三人具有訴訟權能，於相同本案勝訴要件規定下，第三人當然取得上述②③之權利，得請求法院判令行政機關作成一定或特定之處分。如此一來，②並非申請權之固有內涵。另一方面，第三人滿足重大性及補充性要件，即對應取得①之權利，而得由法院逕行判斷行政機關是否應作成一定處分。

上述申請型與非申請型之原告法律地位，可整理如下表所示。

	申請型	非申請型
訴訟權能之根據	客觀上存在「依法申請」之制度	保護規範理論
訴訟權能之適格者	提出申請者	具法律上利益者
①程序權	合併提起不作為違法確認訴訟 請求開始行政程序並於相當期間內為准駁處分	（權利保護要件） 重大性、補充性
②程序權	合併提起撤銷訴訟 請求作成符合法定程序且無裁量瑕疵之適法處分 →法院得判令行政機關依判決意旨作成一定內容之處分	
③實體權	羈束處分時，請求作成特定行政處分 →法院得判令行政機關依原告請求作成特定內容之處分	

（來源：作者自繪）

(三) 第三人之程序開始請求權

非申請型雖以重大性及補充性作為第三人程序開始請求權之替代要件，但實務運作上仍嫌過於嚴苛，以致學說懷疑此二要件是否確有必要，至今爭論不休。由於補充性於實務適用上，通常不致成為問題⁹⁷，以下即分析重大性之學說爭議，介紹行程法之相關修正，探討第三人是否享有程序開始請求權之問題。

1. 重大性之學說爭議

關於重大性要件之具體內涵及定位，學說可大別為以下三種立場。

(1) 主導立法及通說之學者認為，重大性應為行政介入請求權之實體要件。蓋因法定申請制度中，可明確認定行政機關應依申請開始程序作成處分之作為義務。但若無申請制度，將難以判斷行政機關有無作為義務，故以重大性作為請求權要件。只不過「依法申請」作為申請型之權利保護要件，立法技術上為求對應，乃將重大性規定為非申請型之權利保護要件⁹⁸。依此見解，其實是優先尊重行政機關不作成一定處分之職權裁量。只有不作為對第三人權利之侵害可能性達到重大程度時，始承認第三人請求作成一定處分之法律地位⁹⁹。實務運作上，重大性成為訴訟權能之加重要件¹⁰⁰，仍有過於嚴苛之嫌，並未真正對應申請權作為程序權之內涵¹⁰¹。

⁹⁷ 不同意見可見齋藤浩「行政訴訟類型間の補充性について」立命館法学338号1783-1827頁（2011年4月）。

⁹⁸ 塩野宏，同註57，249-250頁。小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』有斐閣127頁（小早川光郎發言）（2005年3月）。

⁹⁹ 仲野武志『法治国原理と公法学の課題』弘文堂267-269頁（2018年2月）。

¹⁰⁰ 越智敏裕「産廃紛争における非申請型義務付けの訴え」ジュリスト1488号82頁（2016年1月）。

¹⁰¹ 村上裕章，同註22，144頁。

(2)學者有認為重大性要件之目的，乃在限制行政機關開始及進行不利益處分程序之職權裁量。詳言之，行政機關為求充分配置有限之人力及物力，本可依職權裁量決定是否開始程序以及何時終結程序，享有調查事實與檢討判斷之自主空間。若是容許第三人隨時提起課予義務訴訟，的確可能干涉行政機關之判斷過程。故法院必須經由重大性要件，個案衡量第三人救濟之實效性及行政判斷過程之必要性，決定司法是否立即介入審查¹⁰²。只要第三人釋明行政機關應立即作成一定處分之必要事實，即符合重大性要件¹⁰³。此見解雖然更為精準把握程序開始之裁量問題，但解釋上顯然逸脫法律文義，難為通說及實務接受¹⁰⁴。

(3)學者亦有主張應修法廢止重大性要件者。理由在於認為法令雖然未設申請制度，仍對不利益處分之要件有所規定，規制權限之作為義務不必然與第三人有無重大損害相關¹⁰⁵。尤其是非申請型之對象，文義上亦包含法無申請制度之對已授益處分，更無必要於權利保護要件上特別限制¹⁰⁶。至於行政機關是否開始行政程序以

¹⁰² 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法關係」民商法雜誌130卷4・5号64-65頁（2004年7月）。興津征雄『違法是正と判決効』弘文堂289-290頁（2010年7月）。池田直樹「環境分野における義務付け訴訟の『重大な損害』要件の克服」水野武夫先生古稀記念論文集刊行委員会編『行政と国民の権利（第一部）』法律文化社103-104頁（2011年12月）。

¹⁰³ 山本隆司「改正行政事件訴訟法をめぐる理論上の諸問題」論究ジュリスト8号74頁（2014年2月）。

¹⁰⁴ 湊二郎「義務付け訴訟・差止訴訟の法定と発展可能性」曾和俊文ほか編『行政法理論の探究（第三部）』有斐閣558頁（2016年3月）。

¹⁰⁵ 湊二郎「義務付け訴訟と裁量収縮」鹿児島大学法学論集40卷2号25頁（2006年3月）。石崎誠也「非申請型義務付け訴訟要件としての『重大な損害』についての考察」碓井光明、稲葉馨、石崎誠也編『行政手続・行政救済法の展開（第十一章）』信山社282-283頁（2019年5月）。

¹⁰⁶ 島村健「非申請型義務付け訴訟における『重大な損害を生ずるおそれ』の

及何時作成決定，乃是裁量有無瑕疵之問題，應於本案審理¹⁰⁷。此一見解認為權利保護要件中不必特別考量有無程序開始請求權，固有見地。但若無再次修法，對現行法之解釋適用並無意義。

2. 行程法之對應修正

從上述學說爭議，可知問題癥結在於第三人欠缺明確之程序法地位，無法主動開始不利益處分程序，以致必須於權利保護要件中特別處理。因此，行訴法修正後，一般認為有必要於行程法中規範第三人促請之程序，以令行政機關及早判斷是否有必要依職權開始不利益處分程序¹⁰⁸。

行程法於二〇一四年增訂第36條之3。第1項規定：「任何人發現有違反法令之事實，認為取締該違法事實之行政處分或行政指導（以法律上有明文規定其依據者為限）應作成而未作成時，得向有作成該行政處分或行政指導權限之行政機關，申明其旨，請求作成該行政處分或行政指導」。第3項規定：「行政機關應就依第1項規定提出之建議進行必要調查，基於調查結果認有必要時，應作成該行政處分或行政指導。」

該條雖然規範行政機關應依人民「建議」開始調查程序之客觀義務，但未賦予任何人享有程序開始請求權，亦非申請權之規定。無論行政機關是否決定開始程序、作成處分或指導，亦無通知建議人之法律義務。縱有通知，亦僅為觀念通知¹⁰⁹。因此，該條仍未

判断方法について」佐藤幸治、泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』日本評論社275-276頁（2017年7月）。

¹⁰⁷ 村上裕章，同註22，144頁。

¹⁰⁸ 小早川光郎、高橋滋編『条解行政不服審査法（第二版）』弘文堂597-600頁（斎藤誠）（2020年2月）。

¹⁰⁹ 室井力ほか編『行政手続法・行政不服審査法（第三版）』日本評論社291-292頁（西田幸介）（2018年9月）。

改變行政機關依職權裁量開始不利益處分程序之架構¹¹⁰。立法者之政策判斷，應是考量到行政機關依職權發動不利益處分時，享有根據案件輕重緩急排定執行順序之廣泛裁量權限。故為避免行政機關因有求必應而過度消耗行政資源於調查事項，或是因第三人介入而使行政紛爭複雜化，始採取最為保守之立法態度¹¹¹。

3. 調查發動請求權之倡議

有力學說認為，第三人既然依法令享有應受保護之權益，行程法第36條之3又課予行政調查違法行為之客觀義務，仍有可能解釋出第三人享有「調查發動請求權」之程序法地位。詳言之，行政機關就是否開始不利益處分程序，固然享有裁量權限。但裁量行使仍應具體考量第三人與處分相對人之權利、調查成本及法令規範結構等事項，作成適法決定。故至少應承認具訴訟權能之第三人享有調查發動請求權，以避免行政機關怠於行使規制權限¹¹²。該第三人如依行程法第36條之3提出建議，行政機關經相當期間而不開始程序，或是經調查後決定不作成處分，均可視為滿足非申請型之重大性要件，由法院審查行政機關是否依法善盡調查義務¹¹³。

上述見解，其實已經是認為第三人享有程序開始請求權，得以主動參與行政法關係之形成過程。至於行政機關明確拒絕開始不利益處分程序之決定，是否為行政處分已無討論意義，蓋因訴訟目的乃在於對他人不利益處分之作成與否¹¹⁴。雖然難以期待向來保守之實務採納此一見解，但仍具高度參考價值。

¹¹⁰ 高木光、常岡孝好、須田守『条解行政手続法（第二版）』弘文堂407-408頁（2017年9月）。

¹¹¹ 薄井一成，同註74，287頁。

¹¹² 曾和俊文『行政調査の法的統制』弘文堂264-270頁（2019年3月）。

¹¹³ 興津征雄，同註102，294頁。

¹¹⁴ 小早川光郎、高橋滋編，同註108，530頁（齋藤誠）。

(四)小 結

依照法令是否有申請制度之規定，行訴法就課予義務訴訟區分出申請型與非申請型。兩者之區分理由，可歸結出三點。第一，因應個別法令關於訴訟權能之根據不同，申請型以客觀之法定申請制度作為一般根據，非申請型則必須以保護規範理論為個別判斷。第二，立法者認為第三人促請作成不利益處分之情形，涉及行政規制權限之行使，應優先尊重行政機關之職權裁量，故於權利保護要件中特別要求重大性及補充性，確保行政機關對不利益處分程序之主導權。第三，行程法未規範第三人開始不利益處分程序之法地位，無法一般承認第三人享有程序開始請求權。行程法修正後，仍未改變此一情形。

另一方面，從申請型及非申請型之原告法律地位而言，行訴法係以兩者均可能享有適法處分請求權及特定處分請求權為前提，規定本案判決方式。如此一來，適法處分請求權並非源自於申請制度之固有內涵。而第三人滿足重大性及補充性要件時，行政機關即應開始程序，亦可推知第三人仍可能享有程序開始請求權。因此，立法政策上，如經由行程法賦予第三人程序開始請求權，課予義務訴訟似無必要區分申請型與非申請型。

參、我國行政程序法與爭訟法制之「依法申請」

根據日本法研究之成果，本文以下檢討我國行程法與爭訟法制之「依法申請」。首先，鑑於我國法受日本法影響甚多，故先分析日本法之特色，指出可供我國法參考之內容，作為後續論述之指針。其次，以申請制度為中心，分析我國行程法與爭訟法制「依法申請」之制度沿革與體系架構。進而界定行政處分申請人之法律地位，同樣可分為程序開始請求權、適法處分請求權及特定處分請求

權。課予義務訴訟之「依法申請」，僅需申請人具有程序開始請求權及適法處分請求權。最後，嘗試說明第三人「促請」時，第三人如具有程序開始請求權及適法處分請求權之程序法地位，亦符合「依法申請」之內涵，並評析實務見解之問題。

一、日本法對我國法之啟示

(一)申請人之程序法地位

於日本行訴法中，客觀上如有「依法申請」之制度，主觀上即承認「任何人」經由申請而享有「申請權」，得就申請案件提起課予義務訴訟。易言之，申請制度有無，即是訴訟權能之判斷根據。由於行政機關就依法申請之案件，必須開始審查程序，認定事實適用法令，始得以作出准駁處分。基於憲法上保障之正當法律程序，申請權乃以行政程序為中心，開展出二重層次之程序法地位，亦即程序開始請求權及適法處分請求權，確保申請案件於行政程序之「過程」中受到適法處理。至於羈束處分或裁量收縮至零¹¹⁵之情形，則承認申請人享有實體法之特定處分請求權。之所以僅有特定處分請求權可為實體法權利，乃是行政機關只有在此「結果」時，始有義務依申請內容作成處分。

申請權強調申請人於行政程序「過程」中之法律地位，應係受到民事訴訟法學之本案判決請求權說影響¹¹⁶。亦即申請程序可類比為人民聲請法院裁判之訴訟過程，任何人不論是否確有實體法請求權或必定可獲得勝訴判決，只要提起訴訟，即有訴訟法律關係，

¹¹⁵ 請注意日本法並不區分構成要件之判斷餘地及法律效果之裁量，均稱之為裁量。塩野宏，同註61，141-144頁。

¹¹⁶ 村上裕章，同註22，113頁。但有認為是權利保護請求說。山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分(6)」民商法雜誌59卷4号67頁（1969年1月）。

法院必須依法作成裁判回應，人民對該裁判亦有提起抗告或上訴之救濟機會。故如將拒絕處分比擬為駁回裁判，自然可將訴訟法律關係轉寫為行政程序之法律關係。此一轉寫因應行政程序之特殊性，而有以下三點貢獻。

第一，縱使人民享有特定處分請求權，行政程序上尚非一經人民請求即確定行政機關負有依申請內容作成特定處分之作為義務，仍應由行政機關依法定程序審查確認後，始可實現¹¹⁷。申請權之概念，有助於說明申請人參與行政程序之程序法地位。

第二，行政處分程序中，行政機關享有片面形成法律關係之優越地位。申請權乃衍生出適法處分請求權，請求行政機關於實體審查階段，不得違反法定程序及實體規定；如行政機關享有裁量權限時，亦不得逾越或濫用裁量。學說有認為行政機關既已進入實體審查階段，適法處分請求權應屬實體權而非程序權¹¹⁸。不過，適法處分請求權旨在確保審查「過程」之適法性，而非審查「結果」應滿足申請內容，不涉及實體權利本身。因此，通說不僅準確對應至本案判決請求權說之意旨¹¹⁹，也凸顯出申請人於行政法關係形成過程中應有之程序法地位，藉以強化裁量統制¹²⁰。

第三，由於拒絕處分至少具有否定申請權之法律效果，而申請人主張申請權遭到侵害，必然也會滿足訴訟權能。這一點，與不利

¹¹⁷ 塩野宏編『行政事件訴訟法(2)』信山社1182-1183頁（田中二郎、雄川一郎發言）（1992年6月）。

¹¹⁸ 薄井一成，同註74，271頁。

¹¹⁹ 本案判決請求權說僅承認原告享有請求法院適法作成裁判之訴權。權利保護請求權說始認為原告享有請求法院作成勝訴判決之訴權。新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』有斐閣243頁（2011年8月）。

¹²⁰ 田村悅一『行政訴訟における国民の権利保護』有斐閣237-238頁（1975年7月）。

益處分之相對人提起撤銷訴訟時，基於本身權利侵害，必然滿足訴訟權能及行政處分之法效性，並無不同。換言之，申請之拒絕處分與不利益處分相同，適用相對人理論，凡是處分相對人即具有訴訟權能¹²¹。實踐上，申請權具有擴大認定訴訟權能及處分法效性之目的。

從上述分析中，可見日本行訴法之申請權，乃在一般性說明申請制度中，申請人具有積極參與行政法關係形成過程之程序法地位，並作為尋求權利救濟之根據。鑑於我國法關於依法申請之論述，向來著重申請人請求作成特定處分之實體法地位，似未釐清申請人之程序法地位，具有程序開始請求權及適法處分請求權之二重層次。本文認為，我國法解釋論上如可參考日本法之架構，亦可期待明確說明申請人之程序法地位，釐清問題所在。

(二)廣義申請權與狹義申請權之區辨

日本行程法與行訴法雖均有「依法申請」之規定，但兩者適用對象不同。行程法規範之狹義申請權，乃是基於對已授益處分之申請程序中，申請人於實體法上具有同意變動自身權利義務之法律地位，故於程序法上賦予申請人相應之程序保障及程序處分權。行訴法規範之廣義申請權，則不問處分性質，以申請人之程序開始請求權及適法處分請求權為救濟基礎。此一立法體例之特色，顯現出行訴法之申請權對象，具有開放性，可包含第三人請求對他人作成不利益處分之情形。不問申請之意思表示是否具有變動實體法律地位之法效果，亦不論申請人就申請案件是否具有程序處分權。

¹²¹ 室井力編『行政救済法（基本法コンメンタール）』日本評論社208頁（小早川光郎執筆）（1986年2月）。但少數說仍認為申請權未能正面說明訴訟權能之內涵。山村恒年，同註116，67-68頁。太田匡彦「權利・決定・対価(2)」法学協會雜誌116卷3号353-354頁（1999年3月）。

雖然我國學說一向認為申請同時具有實體及程序之雙重法效果¹²²，此就對已授益處分而言，固無疑問。但我國行程法與行訴法之依法申請規定中，既然沒有限定申請對象為對已授益處分，本文認為可參照上述日本法之特色，解釋上統一採取廣義申請權之概念。換言之，原則上僅承認申請人具有程序開始請求權及適法處分請求權。至於申請之意思表示是否具有同意變動實體法律地位之法效果，以及申請人享有何種程度之程序處分權，則依個別法令決定。如此一來，不僅可一貫認定申請人依照行程法與行訴法所具有之法律地位，也可包含第三人請求對他人作成不利益處分之情形。

（三）第三人促請之程序法地位

日本法之行政第一次判斷權理論雖已失去通說地位，但如從行政過程與司法過程之分工協力而言，通說仍然重視行政之事實調查與判斷過程，特別考量行政主導程序之必要性與人民參與程序之法律地位，據以發展訴訟法學說及制度設計¹²³。在此一背景下，由於第三人促請行政機關依職權對他人作成不利益處分時，法令僅規定行政機關作成不利益處分之要件及判斷要素，保護規範理論亦僅承認第三人之實體法地位，無法明確肯認第三人之程序法地位。通說自然認為應優先維護行政機關依職權主導不利益處分程序之裁量權限，避免第三人過度介入。反映於立法政策上，即是行訴法修正時，將課予義務訴訟區分為申請型及非申請型。

鑑於法無申請制度時，第三人欠缺程序開始請求權，非申請型以重大性及補充性作為權利保護要件，確保行政機關對不利益處分

¹²² 陳敏，同註2，頁812。

¹²³ 三浦大介「行政手続と行政争訟手続」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座（第2卷）：行政手続と行政救済（第二章）』日本評論社43-45頁（2015年7月）。

程序之主導權。但實際上卻成為訴訟權能之加重要件，失之過嚴。至於行程法增訂第36條之3，亦因過於保守而未賦予第三人程序開始請求權，備受批判。問題解決之正確方式，仍然是於行程法中，明確賦予第三人主動參與不利益處分程序之地位¹²⁴。

另一方面，雖然適法處分請求權是申請權之重要內涵，但在申請型與非申請型之本案勝訴要件作相同規定下，可以推知非申請型之原告同樣可主張適法處分請求權。由於適法處分請求權之目的，乃是保障人民就系爭案件於行政程序中不受違法處理之法律地位。縱然行程法未賦予第三人具有程序當事人之地位，只要第三人合法提起訴訟，法院即應審查行政機關之怠為或拒為不利益處分，是否違反法定程序或有裁量瑕疵，從而判命行政機關應考量第三人權益之保護，作成一定處分。如此一來，只要第三人依保護規範理論而有訴訟權能，於行政程序中即可就其依法令應受保護之權益，享有適法處分請求權。這一點，可謂是第三人程序法地位之重大突破。

對照日本法之制度特色，我國學說討論第三人得否提起課予義務訴訟時，向來不區分申請型及非申請型。就第三人促請之情形，僅停留於第三人是否依保護規範理論享有訴訟權能之層次，未探討第三人之程序法地位。因此，自日本法可學得之解釋方向，乃是我國法應從行程法明確界定第三人之程序開始請求權及適法處分請求權，連結至訴願及課予義務訴訟，始可一貫處理「依法申請」之相關問題。本文以下，即嘗試一貫解釋處理。

¹²⁴ 原田尚彦『行政法要論（全訂第七版補訂二版）』學陽書房105頁（2012年3月）。

二、依法申請與行政處分之申請權

(一)依法申請與行政爭訟法制之沿革

學者多以德國行政法院法第42條關於課予義務訴訟之規定，並無「依法申請」之權利保護要件，指出我國行訴法第5條規定「依法申請」，實屬多餘，應僅依訴訟權能有無而為判斷¹²⁵。蓋因德國法上不問處分係依職權或依申請作成，均為課予義務訴訟之對象¹²⁶。但從我國法之歷史沿革及規範內涵，或可就依法申請之制度內涵有不同理解。

1. 依法申請之不作為訴願

我國行政爭訟制度於一九九八年全文修正前，僅設有撤銷訴願及撤銷訴訟。早期學說受日本古典學說影響，區分依職權之處分及依申請之處分，已注意到人民經由法定申請制度，主動參與行政過程之法律地位¹²⁷。通說及實務一向認為法令如有規定申請制度時（早期用語為聲請），只要申請人提出申請遭到駁回，不問駁回理由為何，該拒絕決定「對於原有法律狀態，雖不發生若何變動，……足使聲請行為歸於無效」¹²⁸，即為消極之行政處分，得提

¹²⁵ 劉建宏，公務人員保障法上「課予義務復審」之訴權要件，法學新論，23期，頁40-41、44-46，2010年6月。林昱梅，論行政法上人民舉發之制度與救濟機制，月旦法學雜誌，204期，頁61-63，2012年5月。李建良，保護規範理論之思維與應用——行政法院裁判若干問題舉隅，載：2010行政管制與行政爭訟，頁286，2011年11月。

¹²⁶ Erich Eyermann編著，陳敏編譯，德國行政法院法逐條釋義，頁347-348，2002年10月。

¹²⁷ 范揚，行政法總論，頁236，1935年4月。林紀東，行政法新論，頁219，1956年10月。

¹²⁸ 范揚，同前註，頁238。

起撤銷訴願及撤銷訴訟¹²⁹。至於人民依法提出申請而行政機關卻拖延不決之問題，則必須修法解決。

訴願法於一九七〇年全文修正之際，增訂第2條第2項「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」。本條將行政不作為擬制為拒絕處分¹³⁰，關於「依法聲請」及「不作為」等文字，則是繼受自日本行政不服審查法第2條第2項¹³¹，適用於法定申請制度，行政機關應依申請為準駁處分之情形。至於申請對象，不限於對己授益處分，亦包含對他人之不利益處分¹³²。但訴訟權能與日本法之規定不同，比照撤銷訴願之規定，限於致損害人民權益者，故提出申請者未必當然具有訴訟權能¹³³。

一九七〇年制定之中央法規標準法，關於「各機關受理人民聲請許可案件」之處理程序，如涉及法規變更時，於第18條本文規定從新原則。但為防止「機關未能及時迅速處理，致當事人權利蒙受損失」¹³⁴，同條但書則例外允許從優適用舊法。從本條以依法申請之處理程序為對象，並限定於「許可」此一對己授益處分之情形，應可推知立法者認識到訴願法「依法申請」之範圍，包含對他人之不利益處分，故有意限定。

¹²⁹ 林紀東，同註127，頁223、285。司法院釋字第372號解釋。

¹³⁰ 立法院議案關係文書院總第830號政府提案第999號，1969年5月23日，頁6。視同行政處分之立法建議，可見馬君碩，中國行政法總論，頁371，1970年6月，增訂版。

¹³¹ 修法重要參考資料，林紀東，日本行政不服審查法舉隅，法令月刊，19卷12期，頁3-4，1968年12月。

¹³² 例見行政法院75年度判字第1874號判決。

¹³³ 例見行政法院79年度判字第425號判決。

¹³⁴ 立法院議案關係文書院總第859號政府提案第1062號，1970年3月20日，頁15-16。

2. 依法申請之課予義務訴訟

及至一九八〇年代，行訴法全文修正草案之研擬過程中，修法委員即有意對應訴願法規定，明定課予義務訴訟¹³⁵。早期學說受日本法影響甚深，認為申請之拒絕處分既可經由撤銷訴訟獲得救濟，僅需規定怠為處分之課予義務訴訟即可。行訴法第5條之原始提案即規定「人民因……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，得向……行政法院提起請求該機關應為行政處分之訴訟」¹³⁶。該條就給付訴訟之立法方式雖係受德國行政法院法之影響，但「依法申請」等字句卻是直譯自日本行訴法第3條第5項關於不作為違法確認訴訟之規定，訴訟目的亦僅止於「應為行政處分」而不及於「特定內容之行政處分」。

立法院審議行訴法草案時，雖然參考德國法而為修正，但主要是強化行政法院得判命作成行政處分之部分，增訂拒為處分之課予義務訴訟類型以及第200條之課予義務判決方式，並未考量到第三人促請作成不利益處分之情形。因此，不僅條文保留「依法申請」之字句，立法理由所舉之例，更全為對已授益處分之依法申請事項¹³⁷。

同時全文修正之訴願法，第2條第1項仍僅規定「依法申請之行政不作為」之課予義務訴願，並未規定拒為處分之課予義務訴願。有學者認為是立法疏漏，主張人民對於拒絕處分仍應提起課予義務

¹³⁵ 司法院第三廳編，司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編(三)，頁166-181，1986年。修法意見之整理與評析，可見蔡茂寅，論行政不作為之救濟問題，載：行政訴訟論文彙編，頁276-279，1998年5月。

¹³⁶ 立法院議案關係文書院總第1572號政府提案第4546號，1993年3月3日，頁116。

¹³⁷ 立法院公報，87卷36期，頁144-145、149-150、154-156、323-324。

訴願，而非撤銷訴願¹³⁸。但若從立法沿革而言，訴願法是受到日本一九六二年之行政不服審查法及行訴法之立法體例影響，就依法申請之案件，如有拒絕處分時可提起撤銷訴願，如怠為處分時可提起不作為違法訴願，自無必要規定拒為處分之課予義務訴願。對照德國行政法院法第68條及第75條之規定，怠為處分之課予訴訟並無訴願前置之要件¹³⁹，可佐證我國立法者有意作不同於德國法之規定。

3. 小 結

從上述法律之修正或制定，可知立法者極為重視行政機關應依法令及時處理申請案件之義務，確保人民依法申請之權利實現。不過，制度設計上仍有如下三點疑問。第一，立法者始終僅以「法定申請人V.S.行政機關」之二面關係為主軸，設計爭訟法制。雖然依法申請之對象不限於對已授益處分，仍然不包含第三人依保護規範理論促請作成不利益處分之情形，早有學者指出未來勢必發生爭議¹⁴⁰。第二，立法者參考日本法將「依法申請」形諸於明文，應可認為有繼受申請權之現象。但欠缺學說討論，無從得知是否已區分出實體權及程序權¹⁴¹。第三，日本法基於申請權之概念，規定提出申請者即有訴訟權能，至於是否為正當申請人則為本案審理事項。但我國法則將訴訟權能限定為權利受損害者，提出申請者未必具有訴訟權能¹⁴²，似未能真正理解申請權之內涵。

¹³⁸ 陳敏，同註2，頁1301。

¹³⁹ Erich Eyermann編著，陳敏編譯，同註126，頁677、750。

¹⁴⁰ 蔡茂寅，同註135，頁283-284。

¹⁴¹ 蔡茂寅，同註135，頁283。

¹⁴² 例見最高行政法院100年度判字第1865號判決。

(二) 依法申請與行政程序法之制定

1. 行程法之依法申請規定

立法院於一九九八年全文修正訴願法及行訴法時，同步制定行程法。行程法十分重視人民依法申請之權利實現過程，詳為規範。同法第34條之立法架構下，行政機關基於職權原則及便宜原則，除法定羈束開始原因外，就是否以及何時開始程序，享有裁量權限，不受人民主張拘束。程序開始後，行政機關基於職權進行原則，可裁量決定何時終結程序。但在人民依法申請時，行政機關應依申請開始程序，並依同法第51條規定，應於法定標準處理期間內，作成准駁決定以終結程序。同法第35條則規定申請之方式、第49條規定申請之發信主義、第50條規定申請期間之回復原狀，進一步確保人民經由申請開始程序之地位。

2. 依法申請之對象

關於依法申請之對象，早期學說似僅認識到對己授益處分。行程法之立法過程又受到日本法影響，以致行程法第34條草案之原始立法理由說明「申請」，「係指人民基於法規規定，為自己利益，請求行政機關為許可、認可或其他授益行為之公法上意思表示」¹⁴³。

不過，行程法第34條之架構乃繼受自德國行程法第22條，德國法之申請，包含申請人請求行政機關對自己作成授益行為及對他人作成規制行為¹⁴⁴，並未限定處分種類。行程法第20條第1款又繼受自德國行程法第13條，就程序當事人規定為「申請人及申請之相對

¹⁴³ 此一定義繼受自日本行程法第2條第3款，其他關於依法申請之條文，均參照日本行程法第2章「申請處理程序」之規定。參見法務部編，同註5，頁411-412。法務部編，法務部行政程序法制定資料彙編(六)，頁308-311，1994年3月。

¹⁴⁴ 德國法及日本法之比較研究，可見人見剛，同註57，279-318頁。

人」。申請人請求行政機關對他人作成不利益處分時，該他人即為「申請之相對人」，亦即處分相對人¹⁴⁵，可見申請對象不限於對己授益處分。尤其是我國法將第34條規定於第1章總則之中，適用於一切行政行為，更不限於行政處分。從而原始立法理由之定義，不合乎我國立法體例，應不可採。

3. 小 結

從上述制度架構，可指出以下三點。第一，行程法之依法申請，對象不限於行政處分，應是源於以行程法作為行政法總則之立法政策¹⁴⁶，與德、日立法例不同。第二，由於申請對象不受限定，即不能如同日本行程法，嚴格區分對己授益處分之申請處理程序及不利益處分之職權程序，分別發展相關學理。我國法之學理發展，應配合行政行為之性質、申請人與利害關係人之法律地位以及個別法令架構等要素，類型化具體考察，不能一概賦予申請人相同程序法地位或程序處分權。第三，如就行政處分之申請而言，行程法當然包含爭訟法制之依法申請，應無疑義。這一點也與日本法不同，解釋上可認為我國行程法及爭訟法制均以廣義申請權為制度內涵。因此說明爭訟法制之依法申請時，本文認為仍應併同行程法之規定，體系解釋，始可一貫掌握申請人之法律地位。

(三)行政處分申請權之制度內涵

我國法雖未如日本法明確界定申請權之概念，不過體系解釋行程法及爭訟法制之規定，仍可推導出相似內容之概念。

1. 程序開始請求權

依照行程法第34條但書及第51條，人民申請作成行政處分時，

¹⁴⁵ 陳敏，同註2，頁801-802。德國法之研究，海老沢俊郎『行政手続法の研究』成文堂135-153頁（1992年10月）。

¹⁴⁶ 參見行程法第2條第1項、第3條第1項。

享有請求行政機關依申請開始程序，並於標準處理期間作成准駁決定之程序法地位。此即申請人之程序開始請求權。

行政機關消極不開始程序或逾越標準處理期間仍未作成處分，申請人依訴願法第2條第1項及行訴法第5條第1項，得經由課予義務訴願及訴訟救濟。若是行政機關明確作成拒絕開始程序之處分，至少具有否定申請人程序開始請求權之法效果。申請人亦可依訴願法第1條第1項及行訴法第5條第2項，經由撤銷訴願及課予義務訴訟救濟。

2. 適法處分請求權與特定處分請求權之區辨

行政機關開始行政程序後，申請人即依行程法第20條第1款成為程序當事人，享有「請求作成適法處分」之程序權，確保申請人於「審查過程」中，接受行政機關合法審查申請案件之程序法地位。行程法第4條至第10條、第32條至第47條，均為行政機關應於程序中遵守之義務規定，可作為適法處分請求權之一般內容。至於申請人是否享有「請求作成特定處分」之實體權，則應依個別法令之規範結構及具體案件事實而為判斷，並非基於程序當事人之地位即得主張之權利。

如同訴訟程序，行政機關應按先程序後實體之步驟，審查申請案件是否形式合法及實體有理由。如不具備形式要件，即應從程序上駁回¹⁴⁷。形式要件具備後，進入實體審查，如認為無理由，亦應從實體上否准。上述二種不同階段之拒絕決定，性質上皆是行政處分¹⁴⁸。如有違法，至少侵害申請人之適法處分請求權，故申請

¹⁴⁷ 陳敏，同註2，頁812。

¹⁴⁸ 例見最高行政法院97年度裁字第5406號裁定。不過程序駁回與實體否准之處分規制內涵，於理論上仍有不同，參見程明修，行政機關函覆拒絕人民申請或舉發案件之法律性質——評最高行政法院九十一年度裁字第一四七五號，月旦法學雜誌，99期，頁234，2003年8月。

人可提起撤銷訴願及課予義務訴訟救濟。

法院審理前述拒絕處分時，仍應區分出適法處分請求權與特定處分請求權。蓋依行訴法第200條之規範結構，立法者有意對應兩者之區別，而有不同判決方式之規定¹⁴⁹。課予義務訴訟之勝訴判決，依「案件事證明確性」有無，區分兩種判決方式。如「**事證明確者，應判令行政機關作成原告所申請內容之行政處分**」（同條第3款），亦即僅於羈束處分或裁量收縮至零之處分，始可作成「特定處分義務判決」。如「**事證尚未臻明確或涉及……行政裁量決定者，應判令行政機關遵照其判決之法律見解對於原告作成決定**」（同條第4款），可稱為「適法處分義務判決」。

由於適法處分義務判決所實現者，尚非申請人請求作成特定處分之實體權利，僅是確保「審查過程」中，申請人接受合法審查申請案件之程序法地位。該款對應之權利，德國法稱之為「無瑕疵裁量請求權」¹⁵⁰。惟考量到我國實務基於判斷餘地之尊重、重要事實尚待調查確認或程序違反等事由，均可判令行政機關作成一定處分，不限於裁量瑕疵，本文建議稱之為「適法處分請求權」¹⁵¹。因此，申請人至少享有適法處分請求權，於羈束處分或裁量收縮至零之處分時，始承認申請人享有特定處分請求權。

申請制度依其規範方式及所涉基本權利，可能同時賦予申請人適法處分請求權及特定處分請求權。例如，室外集會遊行許可或建

¹⁴⁹ 訴願法第81條及第82條之規定，解釋上亦具有相同內涵。

¹⁵⁰ 我國通說繼受德國法而作相同說明，參見陳敏，同註2，頁196-198。德國法之發展，參見橫田明美『義務付け訴訟の機能』弘文堂123-127頁（2017年1月）。

¹⁵¹ 適法處分請求權中，就請求正當行使裁量權限之部分，日本學者認為與無瑕疵裁量請求權，功能極為相近。小早川光郎『行政訴訟の構造分析』有斐閣299-300頁（1983年8月）。

築許可，乃是典型秩序行政之許可制，任何人基於憲法上自由權之防禦地位，應享有適法處分請求權及特定處分請求權，始得經由申請制度回復自由權。

另一方面，申請制度亦有賦予申請人適法處分請求權，卻未必同時賦予其享有特定處分請求權。例如，任何人不因要約而有請求簽訂社會住宅或國有林地租賃契約之權利，惟經由申請制度，得請求行政機關依法定程序及要件適法審查簽約資格¹⁵²。行政合作法制中，任何人不因投標而享有請求締結公共建設契約之權利，但可主張「無歧視程序形成請求權」¹⁵³，請求審查過程應符合正當法律程序及平等原則。再如任何人雖得依政府資訊公開法申請資訊公開，但涉及豁免公開事由之資訊時，僅為請求行政機關是否應予公開之「無瑕疵裁量請求權」¹⁵⁴。任何人雖不能依行程法第117條享有請求撤銷違法處分之權利，但在同法第128條之程序重開申請制度下，則享有「無瑕疵裁量請求權」，得請求程序重開之形式及實體審查均應合法¹⁵⁵。任何人雖無依國立大學遴選法令而有出任校長之權利，但申請人仍享有「遴選程序公正請求權」¹⁵⁶。凡此各例，用語雖有不同，均說明我國學說及實務已注意到申請制度中，雖不當然賦予申請人享有特定處分請求權，但至少應有適法處分請求權。

3. 小 結

於法定申請制度中，申請人享有申請權（程序開始請求權及適

¹⁵² 司法院釋字第540號、第695號解釋。

¹⁵³ 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138期，頁38-55，2006年10月。

¹⁵⁴ 最高行政法院102年度判字第716號判決、104年度判字第204號判決。

¹⁵⁵ 最高行政法院99年度判字第873號判決。

¹⁵⁶ 臺北高等行政法院107年度全字第93號裁定。

法處分請求權)之程序法地位,並依個別法令規定於具體個案中,可能享有特定處分請求權之實體法地位。行程法及爭訟法制「依法申請」之相關規定,即在確保人民申請權之實現。

(四)申請權與訴訟權能之關聯

1. 依法申請之制度內涵

實務早期嚴格解釋課予義務訴訟之「依法申請」,「係指法令有明文規定者為限」¹⁵⁷。「法律未規定人民有申請權,或法律並非規定人民得申請行政機關對其作成一定之行政處分者」,均非依法申請之案件¹⁵⁸。嗣後實務略有放寬,認為「係指人民依據個別法令之規定,有向該管機關請求就某一特定具體事件作成行政處分,或應為特定內容行政處分之權利而言」¹⁵⁹。亦有認為係指「請求行政機關作成授益處分之法律上依據」¹⁶⁰,或是「人民依法有權請求行政機關為准駁之行政處分者」¹⁶¹。另有配合「應作為而不作為」之要件,認為「行政機關對於人民之申請負有法定作為義務,卻違反此一作為義務」,始足堪認定人民享有相對應之請求權¹⁶²。

上述實務見解,未能嚴格區分程序法之申請權與實體法之特定處分請求權,又混雜保護規範理論之解釋問題,欠缺明確一貫之理

¹⁵⁷ 最高行政法院94年度裁字第1876號裁定、95年度裁字第7號裁定。

¹⁵⁸ 最高行政法院90年度判字第1637號判決。

¹⁵⁹ 例見最高行政法院104年度判字第516號判決、105年度裁字第441號裁定、108年度判字第384號判決。

¹⁶⁰ 例見最高行政法院100年度裁字第383號裁定、101年度裁字第2680號裁定、105年度裁字第462號裁定。

¹⁶¹ 例見最高行政法院103年度裁字第1811號裁定、106年度裁字第1895號裁定、107年度判字第444號判決。

¹⁶² 例見最高行政法院104年度判字第516號判決、105年度裁字第441號裁定、106年度裁字第840號裁定、107年度判字第157號判決。

論操作。尤其是申請制度與訴訟權能具有一體兩面之關係，實務卻未清楚說明。本文以下基於我國法之體系解釋，嘗試整合實務見解，釐清相關問題。

行程法及課予義務訴訟之「依法申請」，依立法原始意旨，係指個別法令明確規範申請內容、要件及程序，授予特定人或可得特定之人，經由申請以取得權利之情形。法定申請制度旨在賦予特定人權利，作為訴訟權能之根據，應無疑問。只不過於任何人皆可能提出申請之現實前提下，行政機關必須經由法定程序審查申請案件是否符合法定要件後，始得作成准駁處分。若是行政機關拒絕開始程序或是於審查程序中違法判斷，申請人即難以實現其依法申請所可能獲得之權利。因此，不問申請人是否符合法定要件，為確保其權利實現之機會，自有必要賦予申請人享有程序開始請求權及適法處分請求權。如此一來，客觀上具有法定申請制度者，主觀上必然可解釋出申請人請求行政機關應開始程序並適法作成處分之程序法地位，故應適用訴訟權能之相對人理論¹⁶³。凡是依法定申請制度之本旨，提出申請而遭怠為或拒為處分者，至少可認定申請人之程序法地位受到侵害，具有訴訟權能。申請人是否符合法定要件，應屬本案審理事項¹⁶⁴。至於申請之處分內容，則依個別法令規定，可能是對己授益處分，也可能是對他人之不利益處分¹⁶⁵，並無限制。

¹⁶³ 德國通說認為課予義務訴訟不適用相對人理論，乃是避免任何人經由申請而賺取訴訟權能（Erich Eyermann編著，陳敏編譯，同註126，頁382-383）。我國法於解釋上，應僅限於法無申請制度時，始排除相對人理論之適用。

¹⁶⁴ 例見最高行政法院108年度裁字第947號裁定。

¹⁶⁵ 例如，商標法第72條、最高行政法院108年度判字第385號判決（不當勞動行為之裁決申請）。

2. 依法申請之解釋

法令無明文「申請」規定時，可區分下列三種情形解釋。

(1) 法令雖未明文規定「申請」二字，但相關法令可解釋出行政機關應依人民請求開始程序並適法作成處分時，即屬申請制度。判斷重點在於法令是否有類似申請內容、要件及程序之規定，可明確認定行政機關應依申請而開始審查程序之義務¹⁶⁶。例如，鄰地所有權人之公有地讓售申請權¹⁶⁷、公務員考試錄取人員之訓練申請權¹⁶⁸、市區客運路線籌備經營之遞補申請權¹⁶⁹、徵收補償增額申請權¹⁷⁰。此種解釋方法，實務雖然偶有以保護規範理論為名行之者¹⁷¹，但究其判斷架構，絕非保護規範理論之解釋方法。

(2) 法令規定任何人得請求對他人作成不利益處分之情形，不問用語為何，仍應依上述解釋方法確認有無申請制度之內涵。例如，專利法第119條之新型專利不符要件之「舉發」，雖然用語並非「申請」，但專利法對於舉發之內容及要件有明確規定，行政機關應依舉發開始行政程序，審查舉發事項，並作成處分將結果回應舉發人。解釋上可認為舉發人享有程序開始請求權與適法處分請求權，與申請制度無異，自屬依法申請¹⁷²。

¹⁶⁶ 最高行政法院103年8月份第1次庭長法官聯席會議決議，103年8月12日。最高行政法院104年度判字第447號判決。實務用語為「請求權內容及要件有無明確之規定」，有限於特定處分請求權之嫌。

¹⁶⁷ 最高行政法院101年度判字第1110號判決。

¹⁶⁸ 最高行政法院100年度判字第1923號判決。

¹⁶⁹ 最高行政法院107年度裁字第1166號裁定。

¹⁷⁰ 最高行政法院109年度大字第1號裁定。將土地徵收補償價格之異議程序，解釋為補償差額之授益處分申請程序。

¹⁷¹ 例見最高行政法院95年度判字第436號判決、99年度裁字第2778號裁定、102年度裁字第1486號裁定、104年度判字第543號判決。

¹⁷² 最高行政法院107年度判字第686號判決。不同意見可見林昱梅，專利法上之

(3)法令依保護規範理論有保護特定第三人權利之目的，該第三人據以「促請」行政機關對他人作成不利益處分時，因欠缺申請相關規定，並非「依法申請」。通說認為該第三人依保護規範理論既有訴訟權能，當然可以提起課予義務訴訟¹⁷³。實務則認為法令除有保護第三人權利之目的外，尚必須行政機關對第三人負有特定作為義務而無不作為之裁量餘地，始足以肯定訴訟權能¹⁷⁴，卻幾乎沒有承認之例。學說與實務均未注意到，第三人是否享有程序開始請求權及適法處分請求權之問題。

3. 小 結

課予義務訴訟之「依法申請」，立法原意乃在確保法定申請制度中，申請人得主張程序開始請求權及適法處分請求權，如提出申請而遭怠為或拒為處分者，即具有訴訟權能。至於法無申請制度時，雖然學說與實務認為第三人可依保護規範理論主張訴訟權能，但未說明第三人是否享有程序開始請求權及適法處分請求權，是否符合行程法及爭訟法制「依法申請」之制度內涵，值得進一步探討。以下，本文將嘗試說明第三人促請是否以及如何該當於「依法申請」。

舉發與課予義務訴訟，法學講座，14期，頁34-37，2003年2月。

¹⁷³ 陳敏，同註2，頁1422-1423。陳計男，行政訴訟法釋論，頁175，2000年1月。陳清秀，行政訴訟法，頁186-187，2018年9月，8版。吳庚，行政爭訟法論，頁169-170，2012年2月，6版。

¹⁷⁴ 最高行政法院99年度6月份庭長法官聯席會議四決議，99年6月15日。

三、第三人促請與依法申請

(一)程序法地位之保障意義

1. 程序法地位作為權利救濟之根據

一般認為，法定申請制度明確賦予申請人經由申請取得之權利，與法令依保護規範理論賦予第三人經由促請行政機關作為而受保護之權利，兩者均為人民實體權利¹⁷⁵。行政機關就人民之申請或促請，如怠為或拒為處分，即係侵害人民權利。基於憲法第16條「有權利即有救濟」之訴訟權保障¹⁷⁶，應許申請人或促請人循序提起訴願及行政訴訟¹⁷⁷。法定申請制度與保護規範理論，可分別作為申請人及促請人之訴訟權能根據。

然而，正如本文前述分析，申請人之權利，並非僅止於實體法層面，尚可從程序法層面說明申請權之概念。即使是不具有特定處分請求權之申請人，若是主張程序開始請求權或適法處分請求權受到侵害，即可享有訴訟權能。因此，基於憲法第16條「有權利即有救濟」之訴訟權保障，申請權具有擴張申請人訴訟權能之意義，可成為申請人尋求權利救濟之根據。

實務至今幾近否定第三人提起課予義務訴訟，箇中癥結乃是無法認定第三人依法申請之程序法地位，界定出相應之行政作為義務內容，從而限定第三人之訴訟權能。蓋因法定申請制度與保護規範理論之法令規範結構，仍有不同。行程法及爭訟法制之依法申請，立法原意係以法定申請制度為前提。法令雖有保護第三人生命、身體或財產等實體權利之目的，但究竟未如法定申請制度有明確之申

¹⁷⁵ 廖義男，同註10，頁462。另參見司法院釋字第469號解釋理由書。

¹⁷⁶ 訴訟權之保障內涵，詳見劉宗德，憲法解釋與訴訟權之保障——以行政訴訟為中心，載：制度設計型行政法學，頁419-421，2009年5月。

¹⁷⁷ 以下為行文方便，僅以行政訴訟為中心說明。

請內容、要件及程序規定，可推導出申請權之概念。另一方面，不利益處分之根據規定中，行政機關通常享有判斷餘地及裁量餘地，應考量處分相對人之權利保障，確實難以肯定第三人得請求行政機關優先考量第三人權利，作成特定不利益處分。

如欲解決上述問題，固然可另行立法處理。但本文認為，應先賦予第三人程序法地位之理論根據，再經由解釋論擴張行程法及爭訟法制「依法申請」之適用範圍，不僅可強化第三人之程序法地位，也可確保第三人權利救濟之機會。

2. 保護規範理論與第三人之程序法地位

法定申請制度旨在授予特定人權利，行政機關基於正當行政程序，就申請案件應開始程序並適法審查後，始得為准駁處分¹⁷⁸。申請權作為程序權之目的，乃在確保申請人有機會於審查程序中，主張有利於己之事實證據及法令解釋，請求行政機關適法判斷後，依申請內容作成賦予其實體權利之處分。因此，申請人經由行政程序參與行政法關係形成過程之程序法地位，應有正當行政程序之根據。

對照申請制度，法令依保護規範理論具有保護特定第三人權利之目的，第三人據此促請行政機關對他人作成不利益處分時，涉及第三人自身權利之保護，行政機關同樣應開始程序並適法審查後，始得作成處分。理由在於，保護規範理論賦予第三人權利之意義，乃在「依該法規範之整體架構，已要求行政機關必須特別斟酌特定第三人之利益，並調和行為人與第三人之利益以求其均衡」¹⁷⁹。換言之，第三人權利既受法令保護，行政機關只有開始程序，調查證據認定事實，始能正式衡量第三人與處分相對人之權益，決定是否以

¹⁷⁸ 參見司法院釋字第709號解釋理由書中，關於申請制度之說明。

¹⁷⁹ 例見最高行政法院104年度判字第360號判決、105年度判字第123號判決。

及如何作成處分。若是行政機關消極不作為或是拒絕開始程序，即無從斟酌第三人權利保護之必要性。行政機關開始程序後，如於審查過程中違法未斟酌第三人權利保護之必要性，也難以期待作成保護第三人權利之處分。

依上述分析，雖然保護規範理論僅具有保護第三人生命、身體或財產等實體權利之目的，但若是不賦予第三人請求行政機關開始程序並適法處分之程序法地位，受法令保護之實體權利不啻成為空文。既然保護規範理論與法定申請制度都是以賦予特定人實體權利為目的，從正當行政程序之觀點，兩者並無本質上之區別，都必須確保人民經由行政程序參與行政法關係形成過程之程序法地位。因此，應一併承認第三人享有程序開始請求權及適法處分請求權，始能確保自身實體權利獲得行政機關適法斟酌之機會。

3. 小 結

保護規範理論雖然未明確賦予第三人程序法地位，但基於正當行政程序，理論上仍可說明第三人促請時，享有程序開始請求權及適法處分請求權之程序法地位。基於憲法第16條「有權利即有救濟」之訴訟權保障，行政機關怠為或拒為處分時，即侵害上述程序法地位，應予其救濟機會。至於行程法可否作為第三人程序法地位之實定法根據，以下檢討。

(二)程序開始請求權

1. 行程法之解釋爭議

第三人促請行政機關對他人作成不利益處分之情形，法令通常採取行政機關基於公益判斷應依職權決定是否開始程序之立法架構，並未明文賦予第三人程序開始請求權。學說就第三人促請之程序法地位，有以下三種可能之解釋。

(1)行政機關依職權決定是否開始程序，第三人之促請僅為建

議，行政機關不受拘束。行政程序開始後，處分相對人依行程法第20條第2款成為程序當事人，第三人則依行程法第23條及第20條第6款之程序參加規定，成為程序當事人¹⁸⁰。蓋因不利益處分程序應由行政機關依職權進行，建議人並非申請人，未享有任何程序處分權以決定程序之開始與終結¹⁸¹。行政機關於職權程序中，基於行政便宜原則，享有專業判斷獨立自主之空間，規劃有限行政資源，安排法律執行之順序與期程，以追求最大公共利益¹⁸²。

(2)行政機關依職權決定是否開始程序，第三人促請雖僅為建議，但就程序開始如有裁量收縮至零之情形時，則應開始程序並於相當期間作成處分，以防止第三人權利受到侵害。換言之，程序開始與否之裁量收縮至零時，可例外承認第三人具有申請人之程序法地位¹⁸³。至於收縮事由，理論上必須斟酌第三人權益所受侵害之危險迫切程度、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使等因素，綜合判斷。實際運作上，可能會十分類似日本非申請型課予義務訴訟之重大性及補充性要件。

(3)行政機關通常依職權決定是否開始程序，惟第三人之促請亦

¹⁸⁰ 陳敏，同註2，頁813-814。

¹⁸¹ 陳敏，同註2，頁811、818。

¹⁸² 公平交易委員會作為獨立管制機關，更凸顯職權程序此一特色。蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的覆函得否提起訴願，公平交易季刊，5卷4期，頁25-26，1997年10月。黃銘傑，論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為，人文及社會科學集刊，10卷3期，頁443-446，1998年9月。王立達，司法審查之對向發展——再論公平會不作為檢舉覆函之行政爭訟，政大法學評論，64期，頁360-361，2000年12月。石世豪，競爭秩序守護者的私權保護義務——最高行政法院99年度判字第28號等判決評析，法令月刊，61卷10期，頁21-24，2010年10月。上述學者亦以此作為否定第三人訴訟權能之理由。

¹⁸³ 參考岩本浩史「ドイツ行政手続法における第三者の手続参加(1)」総合政策論叢2号13-14頁（2001年12月）。

應解釋為行程法第34條但書之「依法申請」¹⁸⁴，並依行程法第20條第1款賦予第三人具有申請人之程序當事人地位。

2. 本文見解

本文之前已說明第三人程序法地位之理論根據，故於行程法之解釋論上，一以貫之採取(3)之見解。行政機關得完全依職權裁量程序是否開始之情形，通常是因個別法令之目的僅限於公益維護。第三人之權益如受個別法令保護，行政機關即應依其申請開始行政程序，正式評估第三人權益保護之必要性。蓋因行政機關是否以及如何作成不利益處分，既然應依個別法令衡量第三人權益保護，若是行政機關未開始行政程序，即無從斟酌，更不可能通知第三人參加程序，故無程序開始與否之裁量餘地。何況第三人作為法律上利害關係人，與其嗣後經由程序參加成為程序當事人，不如一開始就以申請人身分作為程序當事人，程序法地位更為明確。行政機關若認為個案中無作成不利益處分之必要時，即應以第三人為申請人作成拒絕處分¹⁸⁵，記明理由，明確終結程序。

第三人雖然得請求行政機關開始程序並於標準處理期間內作成處分，但不因第三人撤回申請而當然終結程序。蓋因此類案件中，行政機關本來即可基於公共利益，依職權決定是否續行程序，不受當事人主張之拘束。至於立法論上有無必要延長第三人促請之標準處理期間，或是另有特別程序規定，以減輕行政機關之負荷，當屬可討論之問題。

3. 小 結

行政程序之開始方式，雖然可分為依職權及依申請，但並非截

¹⁸⁴ 林昱梅，同註125，頁61-63。

¹⁸⁵ 傅玲靜，檢舉是不是依法申請？／最高行99裁2658裁定，台灣法學雜誌，192期，頁172，2012年1月。

然互斥。個別法令如依保護規範理論有保護第三人權益者，不僅於憲法層次上應保障第三人之程序法地位，行程法層次上同樣可經由解釋認定第三人享有程序開始請求權，應依行程法第20條第1款取得申請人之程序當事人地位。

(三)適法處分請求權

1. 行程法之根據

依上述解釋，第三人取得申請人之程序當事人地位，享有程序開始請求權，自應一貫於行政程序中享有適法處分請求權，請求行政機關適法斟酌其權益保護而作成處分。如行政機關違法作成拒絕處分或其他處分，例如漏未調查重要事實即作成處分，第三人自可主張適法請求權受侵害，循序提起訴願及課予義務訴訟。

由於依個別法令之內容，行政機關對於是否以及如何作成不利處分始足以保護第三人權益，又不致於過度侵害相對人權益，通常具有判斷餘地或裁量餘地，故第三人不當然享有特定處分請求權¹⁸⁶。但此僅影響行政法院得否作成特定處分義務判決，與第三人之訴訟權能無關，亦無礙其適法請求權之行使。

2. 實務見解之問題

實務於公平交易法第26條檢舉函覆之爭議中，認為課予義務訴訟涉及行政不作為之司法審查，與行政不作為之國家賠償，就作為義務有無之認定上頗多共通之處。因此參照司法院釋字第469號解釋，指出系爭法令「縱有保護人民生命、身體及財產等法益之目的，惟各該法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項，並未明確規定，難謂該管機關依此規定對人民負有特定作為義務而無不作為之

¹⁸⁶ 陳敏，同註2，頁196-198。

裁量餘地」¹⁸⁷。換言之，依照保護規範理論判斷法令是否具有保護第三人權利之目的時，該法令尚必須明確規範「特定作為義務」，且「裁量收縮至零」，始能承認第三人享有訴訟權能，否則僅屬反射利益，不足以作為請求之依據。

於上述嚴格要件下，實務否定公平交易法具有保護規範目的，一律否定檢舉人訴訟權能¹⁸⁸。於其他行政領域中，亦一貫適用相同標準，據以否定訴訟權能¹⁸⁹。至於裁量收縮至零之事由，實務雖然援引司法院釋字第469號解釋理由書，指出應於個案中「斟酌人民權益所受侵害之危險迫切程度、侵害之防止是否須仰賴公權力之行使始可達成目的而非個人之努力可能避免等因素，已致行政機關無不作為之裁量空間」，則可例外承認人民有請求行政機關作成處分之公法上請求權¹⁹⁰，卻無承認之例。

學者批判上述實務見解，於判斷訴訟權能時，錯誤理解司法院釋字第469號解釋，混淆保護規範理論及國家賠償法「怠於執行職務」之要件¹⁹¹。此言誠屬的論，本文則進一步指出，實務見解其實是將訴訟權能嚴格解釋為特定處分請求權，並未清楚認知到行政機關之作為義務，具有適法處分請求權之對應層次。一般而言，具有訴訟權能之第三人，即得於行政程序中請求行政機關斟酌其應受保護之權益，適法作成一定處分。行政機關可能以行政指導要求行

¹⁸⁷ 最高行政法院99年度6月份庭長法官聯席會議四決議，99年6月15日。

¹⁸⁸ 例見最高行政法院99年度裁字第3010號裁定、100年度裁字第383號裁定。

¹⁸⁹ 例見最高行政法院100年度判字第1416號判決、100年度判字第1651號判決、100年度判字第2124號判決、104年度裁字第1427號裁定、105年度裁字第1104號裁定、106年度裁字第2132號裁定。

¹⁹⁰ 最高行政法院105年度裁字第1388號裁定。

¹⁹¹ 傅玲靜，人民因行政機關無裁量餘地而享有公權利？／最高行100判803判決，台灣法學雜誌，199期，頁297-303，2012年5月。

為人停止違法行為後，斟酌第三人權益受行為人侵害之可能性極低，作成否准第三人請求之處分。也可能認有必要作成命行為人限期改善之不利益處分，卻非第三人請求之立即停業處分。無論何者，只要行政機關適法行使判斷及裁量權限，依法定程序作成處分，即滿足第三人之適法處分請求權。至於裁量收縮至零，則是第三人得進一步請求行政機關應依其主張作成特定處分之實體請求權要件。

3. 小 結

第三人取得申請人之程序當事人地位，於行政程序中即享有適法處分請求權，得提起訴願及課予義務訴訟。至於第三人是否具有特定處分請求權，僅影響行政法院得否作成特定處分義務判決。實務將第三人之訴訟權能與特定處分請求權視為一事，與現行法制不合。

（四）行政罰之依法申請

1. 行政罰與保護規範理論

本文關於第三人促請作成不利益處分之論述，是否當然可適用於行政罰，或有疑問。蓋因行政罰雖為不利益處分，但具有裁罰性之內涵，乃在制裁違反行政法上義務之行為人，施加本來義務以外之非難性負擔。故行政罰之裁處，似專以處分相對人為對象，欠缺保護第三人權益之目的。不過，基於以下三點理由，本文認為若是行為人違反行政法上義務之構成要件，具有保護第三人權益之目的時，尚無必要嚴格區分管制性或裁罰性不利益處分，應一律承認第三人具有訴訟權能。

（1）行政罰之制度目的，乃在強化行政管制之實效性，確保行政

法上之義務履行，不單以制裁行為人為限¹⁹²。換言之，行政罰之裁處，有助於遏阻行為人再度違規以達成管制目的，進而防止公共利益及第三人權益受到侵害。

(2)依保護規範理論判斷法令有無保護第三人權益時，重點應在於行政法上義務之構成要件，而非處置手段。換言之，只要行為人違反之行政法上義務構成要件，具有保護第三人權益之目的時，即應承認第三人具有訴訟權能。實務基本上亦採取相同方向之見解，於個案中檢討行政法上義務之構成要件，是否為保護規範¹⁹³。

(3)我國行政法規對於違反行政法上義務之處置手段，立法體例上向來未嚴加區隔管制性與裁罰性之不利益處分，均規定於同一條文。兩者不僅於性質上常有不易分辨之問題，行政實務基於同一行政管制目的，亦於同一行政程序中決定是否作成管制性或裁罰性之不利益處分。且就處置結果而言，無論是管制性或裁罰性之不利益處分，均有助於第三人權益之保護，應無嚴格區分之必要。

2. 裁處程序之依法申請

行政罰之裁處程序，一般係依職權開始，行政罰法第33條至第44條又著重於處分相對人之程序權利保障，欠缺第三人申請或程序參加之規定。但就程序規定而言，行政罰法所規範之裁罰性不利益處分，性質上既為行政處分，依行程法第3條第1項規定，自仍有行

¹⁹² 司法院釋字第621號解釋：「處罰事由之公共事務性，使罰鍰本質上不再僅限於報應或矯正違規人民個人之行爲，而同時兼具制裁違規行爲對國家機能、行政效益及社會大眾所造成不利益之結果」。

¹⁹³ 但實務通常以行政法規賦予行政機關裁量餘地爲由，否定第三人之訴訟權能或檢舉函覆之法效性，顯然仍以特定處分請求權爲前提，並不妥當。例見最高行政法院97年度裁字第1468號裁定、100年度裁字第2354號裁定（先認定工廠輔導管理法有裁量餘地而非保護規範，再以檢舉函覆爲觀念通知爲駁回）。

程法之適用。換言之，行政罰法應為行程法之特別法，行政罰法既然就裁處程序之開始方式，別無特別規定，自應適用行程法。因此，依保護規範理論取得訴訟權能之第三人，其請求仍可解釋為行程法第34條但書之申請，並依行程法第20條第1款取得程序當事人之地位。行政應依其請求開始調查程序，作成適法之行政處分。換言之，第三人就行政罰之裁處，仍有可能取得程序開始請求權與適法處分請求權。行政如違法怠為或拒為裁罰性不利益處分，第三人自可循序提起訴願及課予義務訴訟救濟。

一般而言，行政機關就如何裁處，享有選擇裁量餘地，第三人不具有特定處分請求權。雖然實務經常以法令未賦予第三人特定處分請求權為由，否定第三人之訴訟權能。但本文前已分析，訴訟權能不等於特定處分請求權。具有訴訟權能之第三人，仍可於裁處程序中請求行政機關斟酌其應受保護之權益，適法作成一定處分。

例如，噪音管制法及噪音管制標準之相關規定，雖係為維護環境安寧及國民生活品質等公共利益而制定，但亦具有保護特定人民健康權之目的。若有行為人違反噪音管制法第9條第1項，製造超過法定標準之噪音，直接受噪音侵擾之第三人得作為申請人，請求行政機關介入制止。如果行政機關作成拒絕處分時，第三人基於健康權之侵害，具有訴訟權能¹⁹⁴。第三人得循序提起訴願及課予義務訴訟，請求行政機關依同法第24條作成限期改善之處分。如行為人持續不改善，第三人亦可再度請求行政機關按次或按日連續處罰，或令其停工、停業或停止使用，至符合噪音管制標準時為止。雖然行政機關依同法第24條之規定，就管制性及裁罰性之不利益處分享有裁量餘地，第三人原則上不得請求行政機關應作成特定處分。但

¹⁹⁴ 實例參見臺北市政府訴願審議委員會100年3月24日府訴字第10000349100號訴願決定書，明確承認第三人之訴願當事人適格。

第三人仍得請求行政機關應斟酌自身健康權之維護，作成適法處分。

3. 小 結

行為人違反行政法上義務之構成要件，如有保護第三人權益之目的時，鑑於行政罰亦有制裁行為人以維護第三人權益之制度功能，應承認第三人具有訴訟權能。本文關於第三人促請之論述，原則上亦可適用於行政罰，承認第三人有程序開始請求權及適法處分請求權，並得循序提起訴願及課予義務訴訟。

肆、結 論

一、日本法之研究成果

於法定申請制度中，申請權乃是有別於實體權利之程序法地位，具有擴張申請人訴訟權能之實踐意義，並強化申請人參與行政法關係形成過程之程序保障。但對於第三人依保護規範理論「促請」行政機關「依職權」對他人作成不利益處分時，立法政策上為確保行政主導行政程序之開始及進行，則較為限定第三人參與行政法關係形成過程之程序法地位。依此理念設計之現行制度特色及可供我國參考之處，可分析為下列三點。

(一)客觀上如有依法申請之制度，主觀上即承認任何人經由申請行為而享有申請權，得就申請案件提起申請型課予義務訴訟。易言之，申請制度有無，即是訴訟權能之根據。由於行政機關就依法申請之案件，必須開始行政程序，認定事實適用法令，始得以作出准駁處分。申請權乃以行政程序為中心，開展出二重層次之程序法地位，亦即程序開始請求權及適法處分請求權，確保申請案件於行政程序之「過程」中受到適法處理。至於羈束處分或裁量收縮至零之

情形，則承認申請人享有實體法之特定處分請求權。之所以僅有特定處分請求權可為實體法權利，乃是行政機關只有在此「結果」時，始有義務依申請內容作成特定處分。經由三層次法律地位之分析考察，確實更為精確說明行政機關之作為義務內容，也凸顯申請人之程序法地位，值得我國法參考。

(二)行程法與行訴法雖均有「依法申請」之規定，但兩者適用對象不同。行程法規範之狹義申請權，乃是基於對已授益處分之申請程序中，申請人於實體法上具有同意變動自身權利義務之法律地位，故於程序法上賦予申請人相應之程序保障及程序處分權。行訴法規範之廣義申請權，則不問處分性質，以申請人之程序開始請求權及適法處分請求權為救濟基礎。此一立法體例之特色，顯現出行訴法之申請權對象，具有開放性，原可包含第三人請求對他人作成不利處分之情形。不問申請之意思表示是否具有變動實體法律地位之法效果，亦不論申請人就申請案件是否具有程序處分權。

(三)第三人促請之情形，法令通常僅具有保護第三人之生命、身體或財產之意旨，無法明確肯認第三人之程序法地位。依行訴法之規定，非申請型課予義務訴訟之第三人訴訟權能，係依保護規範理論判斷，不以作為請求權結構為必要。第三人就其依法令受保護之權益，享有適法處分請求權，並於羈束處分或裁量收縮至零之情形，享有特定處分請求權。問題在於，行訴法以重大性及補充性作為程序開始請求權之替代要件，實際上卻成為訴訟權能之加重要件，失之過嚴。此乃因立法者對於行政過度介入私人紛爭之疑慮，以及行程法欠缺第三人程序法地位之明確規定。行程法嗣後雖經修正，仍未能徹底解決此一問題。因此，日本法值得我國法省思之處，乃是考察第三人程序法地位時，應整合行程法及爭訟法制，一貫說明。

二、臺灣法之研究成果

基於上述日本法研究之成果，本文嘗試體系解釋我國行程法與爭訟法制之「依法申請」規定，一貫說明申請人及促請人之程序法地位與權利救濟方式，摘要重點如下。

(一)行政處分申請人之法律地位可區分為三層次，亦即程序開始請求權、適法處分請求權及特定處分請求權，對應不同層次之行政作為義務。

(二)行程法及爭訟法制之「依法申請」，依立法原意，係指法定申請制度中，行政機關應依申請開始程序進行審查，適法作成行政處分之情形。凡是法定申請制度，申請人即應享有程序開始請求權及適法處分請求權，此即申請權。

(三)由於法定申請制度必然賦予申請人享有申請權，行政機關之怠為或拒為處分即構成權利侵害，故適用訴訟權能之相對人理論。凡是依法提出申請者，即具有訴訟權能。至於申請人有無特定處分請求權，則依個別法令規範結構及具體個案決定，僅影響課予義務判決之方式。

(四)法定申請制度中，申請之處分內容依個別法令規定，可能是對己授益處分，也可能是對他人之不利益處分，除法令另有規定外，均適用行程法及爭訟法制之「依法申請」。

(五)法令雖未明文規定「申請」二字，但如有申請內容、要件及程序之相關規定，可解釋出行政機關應依申請開始程序並適法作成處分時，即屬法定申請制度。

(六)第三人促請之情形，因欠缺法定申請制度，依立法原意，並非「依法申請」。惟如將依法申請界定為申請權有無之問題，則第三人具有程序開始請求權及適法處分請求權時，即應一貫承認第三人為申請人。具體而言，訴訟權能之判斷方式，雖從客觀上申請制

度之有無，轉為保護規範理論，但判斷重點僅在於法令是否有保護第三人權利之意旨，而非是否有類似申請制度之法令規範。至於程序開始請求權及適法處分請求權之根據，則是第三人基於受個別法令保護之權利，自始即應作為行程法第20條第1款之申請程序當事人，請求行政機關開始程序，斟酌其權益保護之必要性以適法作成處分。至於立法論上有無必要延長第三人促請之標準處理期間，或是另有特別程序規定，以減輕行政機關之負荷，當屬可討論之問題。

(七)行政罰之裁處，如行為人違反行政法上義務之構成要件，具有保護第三人權利之目的時，鑑於行政罰有制裁行為人以維護第三人權利之制度功能，應承認第三人具有訴訟權能。本文關於第三人促請之論述，可適用於行政罰，承認第三人有程序開始請求權及適法處分請求權，並得循序提起訴願及課予義務訴訟。

(八)依照本文上述研究結論，課予義務訴訟「依法申請」之制度內涵，可簡單整理如下：凡依法令規定之申請制度或保護規範理論而具有訴訟權能者，得請求行政機關開始行政程序，於標準處理期間內，適法作成行政處分。

參考文獻

一、中 文

1. Erich Eyermann編著，陳敏編譯，德國行政法院法逐條釋義，2002年10月。
(Erich Eyermann [ed. & auth.], Ming Chen [trans.], *Verwaltungsgerichtsordnung Kommentar* (2002).)
2. 王立達，司法審查之對向發展——再論公平會不作為檢舉覆函之行政爭訟，
政大法學評論，64期，頁343-369，2000年12月。(Li-Dar Wang, *Adverse Trends of Judicial Review—A Reappraisal of Reviewability of Taiwan Fair Trade Commission's Reply to Complaints*, 64 CHENGCHI LAW REVIEW, 343-369 (2000).)
3. 司法院第三廳編，司法院行政訴訟制度研究修正資料彙編(三)，1986年。
(Judicial Yuan ed., *Legislative Materials of Administrative Litigation Act (III)* (1986).)
4. 石世豪，競爭秩序守護者的私權保護義務——最高行政法院99年度判字第28
號等判決評析，法令月刊，61卷10期，頁4-25，2010年10月。(Shyr-Hau Shyr, *Fair Trade Commission's Obligation to Protect Civil Right—An Analysis on Supreme Administrative Court Judgment No. 28 (2010)*, 61(10) THE LAW MONTHLY, 4-25 (2010).)
5. 吳庚，行政爭訟法論，6版，2012年2月。(Geng Wu, *Public Law Remedies*, 6th ed. (2012).)
6. 李建良，保護規範理論之思維與應用——行政法院裁判若干問題舉隅，載：
2010行政管制與行政爭訟，頁249-320，2011年11月。(Chien-Liang Lee, *Thought and Application of Protective Norms: Some Questions in Judgments of Administrative Court*, in: ADMINISTRATIVE REGULATION AND JUDICIAL REVIEW: 2010, 249-320 (2011).)
7. 林昱梅，專利法上之舉發與課予義務訴訟，法學講座，14期，頁29-38，
2003年2月。(Yuh-May Lin, *The Complaint and Mandatory Order Under Patent Act*, 14 LAW FORUM, 29-38 (2003).)
8. 林昱梅，論行政法上人民舉發之制度與救濟機制，月旦法學雜誌，204期，

- 頁 51-86，2012 年 5 月。(Yuh-May Lin, *The Institution and Remedies of Administrative Complaint*, 204 THE TAIWAN LAW REVIEW, 51-86 (2012).)
9. 林紀東，行政法新論，1956 年 10 月。(Ji-Dong Lin, *Administrative Law* (1956).)
10. 林紀東，日本行政不服審查法舉隅，法令月刊，19 卷 12 期，頁 3-4，1968 年 12 月。(Ji-Dong Lin, *An Introduction to Administrative Complaint Review Act in Japan*, 19(12) THE LAW MONTHLY, 3-4 (1968).)
11. 法務部編，法務部行政程序法制定資料彙編(四)，1994 年 3 月。(Ministry of Justice, *Legislative Materials of Administrative Procedure Act (IV)* (1994).)
12. 法務部編，法務部行政程序法制定資料彙編(六)，1994 年 3 月。(Ministry of Justice, *Legislative Materials of Administrative Procedure Act (VI)* (1994).)
13. 范揚，行政法總論，1935 年 4 月。(Yang Fan, *Administrative Law* (1935).)
14. 翁岳生主編，行政訴訟法逐條釋義，2 版，2018 年 7 月。(Yueh-Sheng Weng ed., *Commentary on Administrative Litigation Act*, 2d ed. (2018).)
15. 馬君碩，中國行政法總論，增訂版，1970 年 6 月。(Jyun-Shuo Ma, *Administrative Law*, rev. ed. (1970).)
16. 陳計男，行政訴訟法釋論，2000 年 1 月。(Jin-Nan Chern, *A Treatise on Administrative Litigation Act* (2000).)
17. 陳敏，行政法總論，10 版，2019 年 11 月。(Ming Chen, *Administrative Law*, 10th ed. (2019).)
18. 陳清秀，行政訴訟法，8 版，2018 年 9 月。(Ching-Hsiou Chen, *A Treatise on Administrative Litigation Act*, 8th ed. (2018).)
19. 傅玲靜，檢舉是不是依法申請？／最高行 99 裁 2658 裁定，台灣法學雜誌，192 期，頁 168-172，2012 年 1 月。(Ling-Ching Fu, *The Complaint Is Not Application Filed Under Law?/Supreme Administrative Court Judgment No. 2658 (2010)*, 192 TAIWAN LAW JOURNAL, 168-172 (2012).)
20. 傅玲靜，人民因行政機關無裁量餘地而享有公權利？／最高行 100 判 803 判決，台灣法學雜誌，199 期，頁 297-303，2012 年 5 月。(Ling-Ching Fu, *The Public Right Without Administrative Discretion?/Supreme Administrative Court Judgment No. 803 (2011)*, 199 TAIWAN LAW JOURNAL, 297-303 (2012).)
21. 程明修，行政機關函覆拒絕人民申請或舉發案件之法律性質——評最高行政

- 法院九十一年度裁字第一四七五號，月旦法學雜誌，99期，頁223-235，2003年8月。(Ming-Shiou Cherng, *The Nature of Administrative Agency's Rejection—An Analysis on Supreme Administrative Court Judgment No. 1475 (2002)*, 99 THE TAIWAN LAW REVIEW, 223-235 (2003).)
22. 黃銘傑，論公平交易法上的檢舉與公平交易委員會之不作為，人文及社會科學集刊，10卷3期，頁421-450，1998年9月。(Ming-Jye Huang, *A Comment on the Taiwan Fair Trade Commission's Reaction to Complaints*, 10(3) JOURNAL OF SOCIAL SCIENCES AND PHILOSOPHY, 421-450 (1998).)
23. 詹鎮榮，競爭者「無歧視程序形成請求權」之保障——評最高行政法院九十五年判字第一二三九號判決，月旦法學雜誌，138期，頁38-55，2006年10月。(Chen-Jung Chan, *The Competitor's Right to Judicial Review—An Analysis on Supreme Administrative Court Judgment No. 1239 (2006)*, 138 THE TAIWAN LAW REVIEW, 38-55 (2006).)
24. 詹鎮榮，保護規範理論在第三人提起課予義務訴願之應用，載：行政法總論之變遷與續造，頁491-530，2015年11月。(Chen-Jung Chan, *Protective Norms of Mandatory Order by Third Party*, in: THE DEVELOPMENT OF ADMINISTRATIVE LAW, 491-530 (2015).)
25. 廖義男，課予義務訴訟中所謂「依法申請」之內涵——以行政法院裁判之評析為主，載：憲法及行政法制，頁455-484，2015年2月。(Yih-Nan Liaw, *The Meaning of "Application" of Mandatory Order—Commentary on Judgments of Administrative Court*, in: CONSTITUTIONAL LAW AND THE LEGAL SYSTEM OF ADMINISTRATIVE LAW, 455-484 (2015).)
26. 劉宗德，憲法解釋與訴訟權之保障——以行政訴訟為中心，載：制度設計型行政法學，頁369-439，2009年5月。(Tzong-Der Liou, *The Constitutional Interpretations of the Right to a Fair Trial—Judicial Review of Administrative Acts*, in: INSTITUTIONAL ADMINISTRATIVE LAW, 369-439 (2009).)
27. 劉建宏，公務人員保障法上「課予義務復審」之訴權要件，法學新論，23期，頁31-46，2010年6月。(Chien-Hung Liu, *The Right of Action of Mandatory Order Under Civil Service Protection Act*, 23 JOURNAL OF NEW PERSPECTIVES ON LAW, 31-46 (2010).)

28. 蔡茂寅，論行政不作為之救濟問題，載：行政訴訟論文彙編，頁245-286，1998年5月。(Maw-In Tsai, *The Remedies of Administrative Inaction*, in: TREATISES OF PUBLIC LAW REMEDIES, 245-286 (1998).)
29. 蘇永欽，檢舉人就公平會未為處分的覆函得否提起訴願，公平交易季刊，5卷4期，頁1-28，1997年10月。(Yeong-Chin Su, *Can the Complaint Board Review the No-Intervention Decision Made by the Fair Trade Commission?*, 5(4) FAIR TRADE QUARTERLY, 1-28 (1997).)

二、日 文

1. 人見剛「行政処分申請権について」兼子仁、磯部力編『手続法の行政法学の理論（第二編第一章）』勁草書房（1995年3月）。
2. 三浦大介「行政手続と行政争訟手続」現代行政法講座編集委員会編『現代行政法講座（第2巻）：行政手続と行政救済（第二章）』日本評論社（2015年7月）。
3. 藤正「司法審査の当事者適格」判例タイムズ56号（1956年4月）。
4. 大西芳雄「行政庁の拒否処分に対する行政訴訟」民商法雑誌33卷6号（1956年10月）。
5. 大浜啓吉『行政法総論（第三版）』岩波書店（2012年3月）。
6. 大橋洋一「市民参加と行政手続——地方公共団体の行政手続の実態分析」大橋洋一『現代行政の行為形式論（第二章）』弘文堂（1993年9月）。
7. 小早川光郎『行政訴訟の構造分析』有斐閣（1983年8月）。
8. 小早川光郎編『行政手続法制逐条研究』有斐閣（1996年7月）。
9. 小早川光郎『行政法（上）』弘文堂（1999年6月）。
10. 小早川光郎『行政法講義（下Ⅰ）』弘文堂（2002年11月）。
11. 小早川光郎「行政庁の第一次的判断権・覚え書き」三辺夏雄、磯部力、小早川光郎、高橋滋編『法治国家と行政訴訟（第二編）』有斐閣（2004年9月）。
12. 小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』有斐閣（2005年3月）。
13. 小早川光郎、高橋滋編『条解行政不服審査法（第二版）』弘文堂（2020年

2月)。

14. 小林久起『行政事件訴訟法』商事法務(2004年12月)。
15. 山本隆司「訴訟類型・行政行為・法關係」民商法雜誌130卷4・5号(2004年7月)。
16. 山本隆司「改正行政事件訴訟法をめぐる理論上の諸問題」論究ジュリスト8号(2014年2月)。
17. 山田二郎「不作為の違法確認の訴えにおける原告適格及び訴えの利益」鈴木忠一、三ヶ月章監修『実務民事訴訟講座第8卷(行政訴訟I)』日本評論社(1970年7月)。
18. 山田準次郎『行政行為を要求する訴訟』有斐閣(1961年9月)。
19. 山村恒年「抗告訴訟の対象となる行政処分(6)」民商法雜誌59卷4号(1969年1月)。
20. 川上宏二郎「行政過程における私人の権利」雄川一郎、塩野宏、園部逸夫編『現代行政法大系(2)——行政過程』有斐閣(1984年1月)。
21. 今村成和『行政法入門』有斐閣(1966年9月)。
22. 太田匡彦「権利・決定・対価(2)」法学協會雜誌116卷3号(1999年3月)。
23. 加藤泰守「行政庁の不作為に対する救済」田中二郎、原龍之助、柳瀬良幹編『行政法講座第3卷(行政救済)』有斐閣(1965年7月)。
24. 北村和生「行政の調査義務と裁判による統制」曾和俊文、野呂充、北村和生、前田雅子、深澤龍一郎編『行政法理論の探究(第二部)』有斐閣(2016年3月)。
25. 司法研修所編『改訂・行政事件訴訟の一般的問題に関する実務的研究』法曹会(2000年2月)。
26. 田中二郎『行政争訟の法理』有斐閣(1954年12月)。
27. 田中二郎『行政法総論』有斐閣(1957年1月)。
28. 田中二郎『新版行政法上巻(全訂第二版)』弘文堂(1974年4月)。
29. 田中二郎『司法権の限界』弘文堂(1976年10月)。
30. 田中真次「拒否処分に対する抗告訴訟について」法曹時報7卷11号(1955年11月)。
31. 田村悦一『行政訴訟における国民の権利保護』有斐閣(1975年7月)。

32. 白石健三「公法上の義務確認訴訟について」公法研究11号（1954年10月）。
33. 石川正「不作為違法確認の訴え」鈴木忠一、三ヶ月章監修『新・実務民事訴訟講座9（行政訴訟1）』日本評論社（1983年5月）。
34. 石崎誠也「非申請型義務付け訴訟要件としての『重大な損害』についての考察」碓井光明、稲葉馨、石崎誠也編『行政手続・行政救済法の展開（第十一章）』信山社（2019年5月）。
35. 仲野武志『法治国原理と公法学の課題』弘文堂（2018年2月）。
36. 成田頼明『行政法序説』有斐閣（1984年1月）。
37. 池田直樹「環境分野における義務付け訴訟の『重大な損害』要件の克服」水野武夫先生古稀記念論文集刊行委員会編『行政と国民の権利（第一部）』法律文化社（2011年12月）。
38. 村上裕章『行政訴訟の解釈理論』弘文堂（2019年5月）。
39. 杉本良吉「皇居前広場使用不許可事件の判決について」法律のひろば6巻8号（1953年8月）。
40. 杉本良吉『行政事件訴訟法の解説』法曹会（1963年8月）。
41. 岩本浩史「ドイツ行政手続法における第三者の手続参加(1)」総合政策論叢2号（2001年12月）。
42. 阿部泰隆『行政訴訟改革論』有斐閣（1993年11月）。
43. 南博方編『注釈行政事件訴訟法』有斐閣（1972年2月）。
44. 南博方編『条解行政事件訴訟法』弘文堂（1987年4月）。
45. 室井力編『行政救済法（基本法コンメンタール）』日本評論社（1986年2月）。
46. 室井力、芝池義一、浜川清、本多滝夫編『行政手続法・行政不服審査法（第三版）』日本評論社（2018年9月）。
47. 柳川真佐夫、入山実、慶谷淑夫、田中眞次、杉本良吉、新村義廣、小澤文雄、馬場東作「行政事件訴訟をめぐる諸問題（第三回）」判例タイムズ33号（1953年10月）。
48. 美濃部達吉『行政裁判法』千倉書房（1929年5月）。
49. 美濃部達吉『日本行政法（上）』有斐閣（1936年12月）。

50. 兼子一「新行政訴訟の基礎理論」兼子一『民事法研究第二卷』酒井書店（1954年2月）。
51. 兼子仁『行政法總論』筑摩書房（1983年4月）。
52. 兼子仁「現代行政法における行政行為の三区分」兼子仁『行政法と特殊法の理論（第二章）』有斐閣（1989年6月）。
53. 兼子仁「行政法学における手続法の概念」兼子仁、磯部力編『手続法的行政法学の理論（第一編第一章）』勁草書房（1995年3月）。
54. 兼子仁『行政法学』岩波書店（1997年2月）。
55. 原田尚彦『訴えの利益』有斐閣（1973年12月）。
56. 原田尚彦『行政責任と国民の権利』弘文堂（1979年6月）。
57. 原田尚彦『行政法要論（全訂第七版補訂二版）』学陽書房（2012年3月）。
58. 島村健「非申請型義務付け訴訟における『重大な損害を生ずるおそれ』の判断方法について」佐藤幸治、泉徳治編『行政訴訟の活発化と国民の権利重視の行政へ』日本評論社（2017年7月）。
59. 海老沢俊郎『行政手続法の研究』成文堂（1992年10月）。
60. 高木光『行政訴訟論』有斐閣（2005年7月）。
61. 高橋滋『行政手続法』ぎょうせい（1996年6月）。
62. 常岡孝好「申請型・非申請型義務付け訴訟の相互関係に関する一考察」磯野弥生、甲斐素直、古城誠編『現代行政訴訟の到達点と展望（第二部）』日本評論社（2014年2月）。
63. 斎藤浩「行政訴訟類型間の補充性について」立命館法学338号（2011年4月）。
64. 野下智之「取消訴訟における違法性の内容」藤山雅行編『行政争訟（改訂版）（第二十章）』青林書院（2012年3月）。
65. 高木光、常岡孝好、須田守『条解行政手続法（第二版）』弘文堂（2017年9月）。
66. 湊二郎「義務付け訴訟と裁量収縮」鹿児島大学法学論集40巻2号（2006年3月）。
67. 湊二郎「義務付け訴訟・差止訴訟の法定と発展可能性」曾和俊文、野呂

- 充、北村和生、前田雅子、深澤龍一郎編『行政法理論の探究（第三部）』有斐閣（2016年3月）。
68. 越智敏裕「産廃紛争における非申請型義務付けの訴え」ジュリスト1488号（2016年1月）。
69. 雄川一郎、小沢文雄、兼子一、田中二郎、田中真次、豊水道祐、三ヶ月章『行政事件訴訟特例法逐条研究』有斐閣（1957年2月）。
70. 雄川一郎『行政争訟法』有斐閣（1957年9月）。
71. 園部逸夫編『注解行政事件訴訟法』有斐閣（1989年7月）。
72. 塩野宏『行政過程とその統制』有斐閣（1989年5月）。
73. 塩野宏編『行政事件訴訟法(1)』信山社（1992年2月）。
74. 塩野宏編『行政事件訴訟法(2)』信山社（1992年6月）。
75. 塩野宏編『行政事件訴訟法(4)』信山社（1994年7月）。
76. 塩野宏、小早川光郎編『行政手続法制定資料(1)』信山社（2012年8月）。
77. 塩野宏『行政法Ⅰ（第六版）』有斐閣（2015年7月）。
78. 塩野宏『行政法Ⅱ（第六版）』有斐閣（2019年4月）。
79. 新井隆一『行政法における私人の行為の理論』成文堂（1973年5月）。
80. 新堂幸司『新民事訴訟法（第五版）』有斐閣（2011年8月）。
81. 遠藤博也『実定行政法』有斐閣（1989年2月）。
82. 横田明美『義務付け訴訟の機能』弘文堂（2017年1月）。
83. 興津征雄『違法是正と判決効』弘文堂（2010年7月）。
84. 興津征雄「競争秩序と事業者の利益」民商法雑誌150巻4・5号（2014年8月）。
85. 濱秀和「行政事件訴訟法施行後における行政裁判例の傾向(3)」判例時報538号（1969年1月）。
86. 薄井一成「申請手続過程と法」磯部力、小早川光郎、芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』有斐閣（2008年12月）。
87. 曾和俊文『行政調査の法的統制』弘文堂（2019年3月）。

On the Meaning of Application Filed Under Laws in Mandatory Order from the Perspective of Japanese Law

Meng-Nan Lin^{*}

Abstract

The meaning of an application filed under laws in mandatory order has not been specifically defined in Taiwan. However, it is clearly defined in Japan because the right to apply has been developed since 1950s and it has guided the legislation of administrative procedure act and mandatory order. This article analyzes the meaning of an application filed under laws in Japanese law and makes suggestions on how to define it in Taiwan. First, the paper proposes that the right to apply administrative decisions may be interpreted from three aspects: (1) the right to start a procedure, (2) the right to claim lawful decision-making, and (3) the right to claim a specific decision. Second, the meaning of an application filed under laws in mandatory order should include the first two aspects. Third, only when an individual who has the third party standing in addition to the right to start a procedure and the right to claim lawful decision-making may seek a mandatory order

^{*}

Associate Professor, School of Law, Chung Yuan Christian University, Taiwan;
Ph.D. Nagoya University, Japan.

Received: October 3, 2019; accepted: January 18, 2021

which requests an agency to make an adverse decision on specified persons.

Keywords: Mandatory Order, Application Filed Under Laws, The Right to Apply, Applicant, Standing, Procedural Right, Substantial Right, Right to Lawful Discretion, Inaction, Ex Officio Proceeding, Application Proceeding



元照出版提供 請勿公開散布。