

# 撤銷訴訟之訴訟權能\*

盛子龍\*\*

## 目次

[壹、前言](#)

[貳、行政訴訟之基本功能取向與類型劃分](#)

[參、權利或法律上之利益](#)

[一、公權利之理論](#)

[二、權利與法律上利益區分之規範意義](#)

[肆、滿足撤銷訴訟訴訟權能之要件－原告主張責任之探討－](#)

[一、德國法制之探討](#)

[二、我國法制之省思](#)

[伍、結語](#)

關鍵詞：公權利、權利受害者訴訟、相對人訴訟、第三者訴訟、公民訴訟、利害關係者訴訟、訴訟權能、法律上之利益、主張責任、主張理論、可能性理論、有說服性理論

---

投稿日：九十年十月十二日；接受刊登日：九十年十一月八日

\* 感謝二位匿名審查委員惠賜寶貴意見，惟一切文責仍應由作者自負。

\*\* 國立台灣大學法學博士，現任中原大學財經法律學系助理教授。

## 壹、前言

我國新施行之行政訴訟法第四條第一項明定，必須「人民因……違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益」，始得向行政法院提起撤銷訴訟。準此規定，必須是「認為其權利或法律上之利益因違法行政處分而受損害者」，始具有提起撤銷訴訟之訴訟權能（Klagebefugnis）。反之，則因欠缺訴訟權能，起訴即不合法。究竟上述規定應如何理解，亦即，原告提起之撤銷之訴，應具備何種要件，才具有作為訴之合法性要件之訴訟權能，本屬行政訴訟法亙古而常新之議題，而其涉及之各種上、中、下游問題更是龐雜到難以為全面之掌握。為了對此一議題進行比較深入之研究，本文擬集中探討下列問題：

一、依行政訴訟之基本功能取向，可以將其劃分為二大類型：主觀公權利保障模式與客觀法秩序維護模式。而訴訟權能之寬嚴相當程度會受到此一基本功能定位之影響。因此，本文首先將試圖釐清上述二大類型之特徵，以作為展開訴訟權能理論之出發點。

二、依我國行政訴訟法規定，撤銷訴訟保護之客體為「權利或法律上之利益」，其規範上意義為何？其與法學上公權利理論之關聯如何？權利與法律上利益是否在規範上有區別實益？均有待釐清。

三、行政訴訟法第四條第一項規定係以原告「認為」其權利或法律上之利益受損害為訴之合法性要件，在此一規定下究竟是只要原告主觀上有此認知，並提出此一主張，即具有訴訟權能，或是必須適用更嚴格之標準，而法院在此又應如何審查，自有釐清之必要。

## 貳、行政訴訟之基本功能取向與類型劃分

行政訴訟之核心功能，由行政訴訟發展的歷史及理念以觀，可以依其功能取向的不同，區分為二個不同的理想類型：主觀公權利保障模式及客觀法秩序維護模式。而隨著行政訴訟核心功能定位的不同，提起行政訴訟之權能亦有不同之展開與形成<sup>1</sup>。

在主觀公權利保障模式，行政訴訟之核心功能在保障個人權利，而只有在個人公權利受侵害的範圍內，客觀法秩序之維護始附帶地成為行政訴訟之功能。因此，在此一模式下，只有在個人主張其主觀公權利受侵害時，其始具有提起行政訴訟之權能。而也只有在確定原告個人權利的確受侵害後，原告提起之行政訴訟才能獲得勝訴。申言之，在此一模式下，行政訴訟基本上就是「權利被害者訴訟」(Verletztenklage)。

不過「權利被害者訴訟」並不僅以由行政行為名義上相對人所提起之「相對人訴訟」為限，其尚承認由名義上相對人以外第三人主張自己主觀公權利受侵害之「第三者訴訟」(Drittklage)。至於只需有事實上利害關係即得提起訴訟之「利害關係者訴訟」(Interssentklage)以及公民訴訟，在此一模式下，則不被承認。另外，在此一模式下，基本上只能容許團體主張自己權利受侵害之「團體權利受害之訴訟」，至於團體主張其成員權利受侵害或以維護公益為名提起行政訴訟者，則除非法有明文，否則尚非法之所許<sup>2</sup>。因此，如何在行政法規中，劃分單純以維護公益為目的之客觀法規範以及

---

<sup>1</sup> 有關這二種模式之宏觀性對比 Vgl. Wahl, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 1998, Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 4 ff.; Krebs, Subjektive Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle, in: FS für Menger, 1985, 193 f.

<sup>2</sup> Vgl. Wahl/Schütz, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 1998, § 42 Abs. 2, Rn. 5 ff.

以保障個人法律上利益為目的之主觀公權利，遂成為此一模式下行政法釋義學之根本任務。

在客觀法秩序維護模式，行政訴訟之核心功能在維護客觀法秩序，而人民權利保障，則只是由此衍生出之功能。因此，在此一模式下，雖然個人亦享有得提起行政訴訟發動司法審查的地位，但其目的只是為了藉助個人之力以落實司法審查制度之功能，易言之，個人等於是扮演共同參與行政監督者的角色。正由於行政訴訟程序的發動，係著眼維護客觀法秩序，因此在提起行政訴訟之權能上，也就可以容許更多元的發動管道。除了主張個人權利受侵害者當然享有提起行政訴訟權能外，即使是僅具有事實上利害關係者，亦得享有提起行政訴訟之權能。故在此一模式下，基本上是以「利害關係者訴訟」(Interssentklage)作為主要訴訟型態。另外，其也容許團體享有得為其成員(利己型團體訴訟)或為維護公益(利他型團體訴訟)而提起行政訴訟之權能；甚至於在某些領域(如環境保護法)更承認公民訴訟。當然，為了貫徹維護客觀法秩序之目的，即使是國家機關(或機關成員)亦非不得享有提起行政訴訟以發動司法審查之權能<sup>3</sup>。

為便於理解，以下簡圖可以大致勾勒出在上述兩大模型下，依享有提起行政訴訟權能者之範圍所做的抽象類型劃分。這個抽象分析工具將有助於釐清後續探討之問題<sup>4</sup>。

<sup>3</sup> Vgl. Krebs, a.a.O.(FN 1), 192 f.; Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 17 ff.

<sup>4</sup> 當然，上述類型劃分只是用來標示兩大模型建構訴訟權能之抽象標準及範圍，在現實的行政訴訟制度發展上，往往不是採取百分之百的原型，而是以上述原型為主軸，兼採其他模型下之制度。例如德國行政訴訟制度固係以主觀公權利保障模式為主軸，但是立法者亦透過法律明文規定，酌採部分以客觀法

	公權利保障模式		客觀法維護模式	
個人	權利受害者訴訟		利害關係者訴訟	公民訴訟
	相對人訴訟	第三者訴訟		
團體	團體權利受害之訟		利己型團體訴訟	利他型團體訴訟

### 參、權利或法律上之利益

依我國行政訴訟法第四條第一項之規定，撤銷訴訟保護之客體為「權利或法律上之利益」，其規範上意義為何，有待釐清。尤其是，其是否就是我國行政法學上通用之公權利概念之不同文字呈現，抑或另有其特殊之規範意義，學者間意見並不一致。要釐清上述疑問，必須對公權利之理論有一整體之理解。故以下將先探討公權利之理論，再進而分析我國法制在「權利」之外另行增定「法律上利益」之規範意義。

#### 一、公權利之理論

##### (一) 公權利之概念與要素

公權利係指公法法規賦予個人享有得向行政主體請求為一定的作為、不作為或容忍的法律上之力<sup>5</sup>。在民法上權利與義務是伴隨而生的，但在公法上，雖法律規定行政機關有一行為義務，但不是當

秩序維護為目的之制度，例如德國行政法院法之規範審查程序及環境法上之團體訴訟等即屬之。Vgl. Würtenberger, Verwaltungsprozessrecht, 1998, Rn. 5 f.

<sup>5</sup> Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1999, § 8, Rn. 2.有關公權利概念及其要件之歷史演變，Vgl. Bauer, Geschichtliche Grundlagen der Lehre vom subjektiven öffentlichen Recht, 1986, 136 ff.

然相應的就使人民因此取得一個可向行政機關請求履行行為義務的請求權。其必須具備下列三要素，始得謂為公權利<sup>6</sup>：

1.公法法規課與行政主體一定行為（作為、不作為、容忍）義務。在此之義務包括無瑕疵行使裁量權之義務。

2.公法法規之規範目的不只是為了維護公益，也寓有保障個人之規範意旨。

3.公法法規賦予個人得維護自己利益的法律上之力。

與公權利相對應者係反射利益。公法法規縱課與行政主體一定行為（作為、不作為、容忍）義務，若其規範目的只是為了維護公益，而個人只是作為社會大眾的一份子享受法律執行的反射結果者，謂為反射利益，其僅屬於事實上利益，故人民尚不得僅因反射利益受影響而提起行政訴訟<sup>7</sup>。此外，單純經濟上利益（如單純獲利機會）、政治上利益（如個人政治聲望）、文化上利益或精神上、理念上利益亦均屬於事實上利益，而非公權利<sup>8</sup>。

## （二）公權利理論在法釋義學上的理論建構

### 1.垂直轉化的公法關係

要掌握上述區分公權利及反射利益的理論建構，必須由公法之功能結構出發。詳言之，公法的功能並不是只是在劃分個人與國家權限之間的範疇，公法的核心功能毋寧是在達成私人利益的均衡並就私人利益之衝突作成裁決以化解衝突。其過程如下：原本，在社

<sup>6</sup> Schenke, Verwaltungsprozessrecht, 1998, Rn. 495；請參閱陳英鈴，〈撤銷訴訟之訴權〉，載於：《行政法爭議問題研究（下）》，頁 987 以下，台北五南（2000）。

<sup>7</sup> Hufen, Verwaltungsprozessrecht, 2000, § 14, Rn. 85.

<sup>8</sup> Hufen, a.a.O., § 14, Rn. 84 ff.; Schmitt Glaeser/Horn, Verwaltungsprozessrecht, 2000, Rn. 158.

會上無數的私人利益彼此間常處於衝突狀態。公法則將社會上處於水平關係的無數的私人利益，建構成一個以聚集狀態存在的集合利益，也就是公共利益。於是原來無數私人利益交錯衝突的狀態乃被簡化成：

- 公共利益與私人（行為人）利益的衝突 —
- 不同種類之公共利益及公共利益的衝突 —

至於公共利益的追求與維護則係委由國家之公行政全權負責。於是透過以上的簡化及濃縮過程，原本是處於水平關係的無數私人利益的衝突乃轉化成公法上國家與個人(即公權力行為之相對人)的垂直對立關係<sup>9</sup>。

在上述國家與個人對立的垂直關係中，為了使個人不至淪為國家支配之客體，故必須賦與垂直關係相對人主觀的公權利，以防禦國家以公益為名而對其行過度（不合比例）侵害<sup>10</sup>。至於因公行政主體維護上述公共利益而受有利益之私人，由於其私人利益已被吸納入公共利益範疇，而完全委由公行政主體來維護，故其已不再是上述垂直公法關係的主體。至於公行政主體是否善盡維護公益之責，充其量亦只是影響其反射利益而已。因此，公法學不承認人民享有一般性的法律執行請求權，即是上述簡化模型推演之結果。這個簡化模型具有保護個人（不論是垂直關係相對人或處於水平關係的無數私人）不必再汲汲營營地去一一面對與自己有關的所有衝突，而有減輕個人負擔的功能。當然此亦有減輕國家行政機關免於訟累之

---

<sup>9</sup> Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 55 ff.

<sup>10</sup> Wahl, a.a.O., Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 60.

功能<sup>11</sup>。

## 2. 水平關係之保留

然而，上述透過公法將原始的私人衝突進行垂直轉化的功能仍有其極限。蓋即使是透過一般化及抽象化的聚集過程，也並不是所有水平關係下之私人利益均可以完全吸納在公益中。例如在核發建築照時，法定建築間距之縮減，由維護整個城市建設秩序的角度而言未必是不可接受的，但對於緊鄰該建築之鄰人而言，其因法定建築間距縮減所受的影響與一般社會大眾則有突出而明顯的不同。因此，在整個公法的規範計畫中，除了需有立於垂直關係，委由公行政主體調和公益及行為人利益之規範外，對於那些無法為公益適當吸納之私人（第三人）利益與行為人利益之衝突，亦必須保留其「私人與私人衝突」之水平關係架構，而公行政主體則負有對上述水平關係下之私人與私人衝突進行兼顧並籌、調和鼎鼐（Ausgleich）之公法任務。甚至於使該部分私人（第三人）仍具有可以為自己挺身而出，請求公行政主體維護自己利益的公權利。

由以上的說明可知，在公法的整體規範計畫中，即必須充分考量，那一部分的私人利益衝突可以成功地垂直轉化為公益及行為人利益衝突，而將該部分公益之維護全權委由公行政負責（被吸納之私人利益只是反射利益），而那一部分的私人利益則仍應繼續置於水平關係下，由公行政在顧及行為人利益與第三人之利益下進行調合的任務。再者，於後者之情形，除了課予公行政有特別兼顧第三人

---

<sup>11</sup> Wahl, a.a.O., Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 55 ff. 由這個簡化模型亦可以理解，公法上公行政所負有之客觀法上義務與主觀公權利不具有當然之對稱性，並非是出於官權思想之遺緒。Wahl, a.a.O., Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 60.



利益之客觀法上義務之外，尚必須考量，是否以及在多大的範圍內有必要賦與第三人有維護自己利益之公權利<sup>12</sup>。

### （三）公權利之判準

#### 1. 侵益性處分之相對人之公權利

在侵益性行政處分之相對人對處分不服而提起撤銷訴訟的情形，德國學說及實務發展出一個「相對人理論」的處理方式，以簡化訴訟上對其公權利存否之判斷。蓋侵益性行政處分係行政機關有目的而直接地課與相對人不利之行政行為，因此即使未干預相對人憲法各個特殊基本權，也至少干預相對人「可為其所欲，不為其所不欲」之一般行為自由權<sup>13</sup>。基於基本權本身含有對抗國家之主觀防禦權功能，故相對人具有主觀公權利自屬無庸置疑。因此，在侵益性行政處分之相對人對處分不服而提起撤銷訴訟的情形，自無須再逐步依據上述行政法上公權利之要件去探求行政處分所違反之行政法規是否具有保護相對人之保護取向<sup>14</sup>。

<sup>12</sup> Wahl, a.a.O., Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 61 ff.

<sup>13</sup> 德國基本法第二條第一項保障人民有人格發展之自由，依德國學界及實務界之詮釋，其係保障人民享有一個「可為其所欲，不為其所不欲」之一般行為自由權。聯邦憲法法院更由此引申出，人民有請求國家不得直接對其課與任何不合憲法秩序（*verfassungsmäßige Ordnung*）之侵益之權利。易言之，國家對人民所為之強制性不利，只要不合乎客觀憲法秩序之要求，即屬對一般行為自由權之侵害（也就是不法干預）。Vgl. BVerfGE 6, 32 (41); 9, 83 (88)。近年來我國憲法學界受其影響，多亦主張憲法第二二條保障「其他之自由及權利」，寓有保障人民享有一個一般行為自由權之意。就此有關德國及我國法之探討，詳請參閱，李雅萍，《概括的權利保障》，輔大法研碩士論文（1995）。

<sup>14</sup> Vgl. Maurer, a.a.O.(FN 5), 1999, § 8, Rn. 11. 學者陳愛娥亦持此見解，請參閱陳愛娥，〈訴訟權能與訴訟利益〉，律師雜誌，254期，頁71，台北（2000）。

## 2. 第三人之公權利

### (1) 保護規範之探求

至於因行政行為（多半為授益處分）而間接受影響之第三人是否有公權利，在處理上則複雜許多。蓋如前所述，這必須充分考量，那一部分的私人利益仍應繼續置於水平關係下，由公行政在特別顧及行為人利益與第三人利益下進行調合的任務。再者，除了課予公行政有特別兼顧第三人利益之客觀法上義務之外，尚必須考量，是否以及在多大的範圍內有必要賦與第三人有維護自己利益之公權利。由於上述提出的兩個問題的決定，必須就對行為人(指行政處分

---

不過上述直接將憲法上之基本權作為行政法上公權利之規範基礎的處理方式，在德國卻受到不少質疑。學者 Wahl 即指出，憲法上之基本權具有公權利之性質，固無疑義，但這只是在憲法層次上的公權利。基本權只是原則性地劃定個人自我負責之領域，其具體內涵主要仍必須藉由立法者形成之。在此立法者固有形成自由，但仍應受基本權「主觀化委託」之拘束。立法者違反此一委託時，人民可以藉由憲法訴願制度主張其基本權。至於行政法上之公權利則是由普通法規所建立，其已經是具體成形、具有明確內涵而可以具體操作者。德國行政法院法第四十二條第二項意義下之「權利」，則係指行政法上之公權利而言。Vgl. Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 49 ff.上述 Wahl 的觀點，可以稱之為公權利「二元主義」(Dualismus)，係德國公權利理論發展的一個特色。(有關其發展 Vgl. Bauer, a.a.O.(FN 5), 130 ff.) 在公權利「二元主義」的思維下，即使在相對人訴訟，也並不能直接由基本權之規定導出行政法上之公權利。不過由於侵益性行政處分係以對相對人有目的地直接課予強制性不利為其規制內容，因此基於基本權對普通法主觀化之要求，在這個國家及個人對立的垂直關係中，所有關於侵益性行政處分之決定規範，不論是實體、程序或組織規定，原則上均應推定係屬於具有保護相對人之保護規範性質。因此在相對人訴訟之訴訟權能之審查階段，亦無去探究行政法規之保護取向之必要。Vgl. Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 116; Wahl/Schütz, a.a.O.(FN 2), § 42 Abs. 2, Rn. 48 f.; Rn. 115 ff.

相對人) 基本權之影響，對第三人利益影響之程度、行政機關應訴之負擔、行政機關維護法制之聲譽及人民對行政之信賴度、法院之功能負荷等多項規範性及政策性因素作通盤考量。在權力分立體制下，基本上自應委由立法者做一衡量決定。另一方面，由於基本權規定本身含有對立法者「主觀化之委託」(Subjektivierungsauftrag)。因此，立法者在普通法的層次上進行上述有關第三人利益保護的形成時，即必須符合基本權對其「主觀化委託」之要求，而不是可以任意為之<sup>15</sup>。當然在此，立法者仍享有相當程度的形成自由。因此，有關第三人是否以及多大的範圍內有公權利，原則上自應先探求法規範之目的而定之。

當然在保護規範理論下，如何探求規範是否具有保護第三人之目的，乃成爲首要課題。申言之，法官首先應探求立法者所制定之規範，除了維護公共利益之外，是否至少亦具有保護第三人利益之意思。其次，則應探討提起訴訟之原告是否屬於法律所要保護之第三人的範圍。由於行政法規極少有明文規定第三人有公權利的情形，因此有關規範目的之探求，自必須依賴法律解釋之方法為之。以下爲保護規範理論下法律解釋之基本規則：

a. 首先，保護規範理論所要探求的規範目的，並非真正的歷史上立法者之意思，而是在法律秩序下一客觀理解之規範目的<sup>16</sup>。

b. 一個法規是否具有保護第三人之規範目的，不能只著眼該法規

---

<sup>15</sup> Vgl. Wahl, a.a.O., Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 72; 73; 75 ff.

<sup>16</sup> 傳統之保護規範理論著重在探求歷史上立法者之意思，惟經長期發展，新的保護規範理論則改以探求客觀之規範意旨爲重心。Vgl. Bauer, *Altes und Neues zur Schutznormtheorie*, AöR 113 (1988), 582 ff.; Schmidt-Aßmann, in: *Maunz/Dürig, GG, Art. 19 IV, Rn. 128; 138.*

本身，與該法規相關聯的規範結構及制度性之週邊條件亦應一併納入斟酌<sup>17</sup>。

c.當法律在規範計畫中，特別保留水平的法律關係架構，並要求行政機關必須特別斟酌特定第三人之利益，並調合行為人與其利益，使之維持均衡時，原則上即可以認定上述法規已經主觀化而具有保護規範之性質<sup>18</sup>。

d.不能只因為法律規定只言及「公共利益」、「公共安全」及「公共秩序」，即逕行否定其有保護第三人利益之意旨。蓋在前述說明中，已指出所謂公益維護的任務本來就包含了應顧及原本處在水平關係中之無數個人利益。只不過當一個公法規範並未精細的去明白細分在這些被吸納整合的無數私人利益中，是否仍有存在其實不能被適當吸納整合的私人利益時，法律解釋並不因此即停止。在此毋寧應透過解釋，探求是否仍有部分因規範執行而受益者之範圍與所謂大眾得以可以辨識的方式作出區隔，也就是，受益者的範圍是否可以個別化，是否可得特定<sup>19</sup>。

e.由於現行行政法規越來越傾向使用籠統模糊的構成要件，因此受益人範圍是否可以個別化，如果不能由一般抽象之構成要件解析而得，即必須考慮是否可以進一步著眼於個案中之具體情況，也就是由法律適用的結果來觀察。在此，各個專業法律領域的特殊性、第三人與行為人關聯性的緊密程度(例如時間、空間有無緊密關聯)，其利益受影響的具體程度等，均應在考量之列。易言之，並不可以

---

<sup>17</sup> Schmidt-Abmann, a.a.O., Art. 19 IV, Rn. 128; 139 ff.

<sup>18</sup> Vgl. Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 114.

<sup>19</sup> 此為德國實務操作之輔助準則。Vgl. Schmidt-Glaeser/Horn, a.a.O.(FN 8), Rn. 167. 另我國司法院大法官釋字四六九號解釋亦採取此一解釋準則。

當然地將第三人與行政行為事實上的關聯性列為肯定公權利存在的一般抽象要件，其尚必須視各專業領域的法規目的而定，只有系爭法律的適用，必須著眼於具體情況之特殊事實上的關聯性時，上述因素才具有規範的意義。而第三人事實上受影響之程度亦必須達到一定臨界點，始可謂為權利受損害<sup>20</sup>。

f.此外，基於基本權在規範內之放射效力，在探求法規範是否有保護第三人之目的時，亦應充分考量受行政行為間接涉及者之基本權保障之利益。不過，在此並不應適用所謂「有疑義時，即推定有利於自由」的解釋規則。蓋在多角衝突的法律關係中，從寬承認有公權利之第三人的範圍，相對地將增加行為人(行政處分相對人)行使基本權的負擔及風險。在此毋寧必須斟酌所有相關之私人利益，進行取向於基本權價值之實質評價。當將一個在重要性上輕微的個人利益提升為公權利，將付出使一個既存的法律地位實際上無法實現之代價時，即應否定其具有公權利性質<sup>21</sup>。

綜上所述，儘管保護規範理論長久以來受到相當多的批評，但由於保護規範理論具有足夠的彈性，可以容納、統合多種解釋基準，並能兼容並蓄地考量公益及相衝突的不同面向的私人利益，故迄今

---

<sup>20</sup> Vgl. Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 104 ff.按德國實務上在建設法的領域所發展出來的「顧及原則」(Rücksichtnahmegebot)之主觀化，即是上述「可個別化」規則運用之結果。Vgl. Schmidt-Glaeser/Horn, a.a.O., Rn. 167.有關「顧及原則」之簡要介紹，國內文獻可參考，葉百修/吳崎雲，《行政撤銷訴訟之研究》，頁 699 以下，司法院刊行。

<sup>21</sup> Vgl. Schmidt-Aßmann, a.a.O.(FN 16), Art. 19 IV, Rn. 144; Schmidt-Glaeser/Horn, a.a.O., Rn. 168.

爲止其通說地位仍屹立不搖<sup>22</sup>。

## (2) 基本權在規範外的效力 - 基本權作為第三人公權利

若透過保護規範理論下所統合之各種法律解釋方法（包括合憲性解釋），並無法由法律推論出受行政處分間接、事實上影響之第三人享有公權利時，則是否以及在何種條件下可以容許直接援引基本權作為第三人之公權利，一直有相當之爭議。有鑒於在第三人受基本權保障的利益受行政處分間接、事實上影響時，在規範計畫上，究竟應以何種方式予以保護，是否課予行政機關有均衡顧及第三人利益之義務已足，或必須賦予第三人有維護自己法律上利益之權利，必須對公權力相對人基本權之影響，對第三人利益影響之程度、行政機關應訴之負擔、行政機關維護法制之聲譽及人民對行政之信賴度、法院之功能負荷等多項規範性及政策性因素作通盤考量，故原則上此仍應係屬立法者權責。當然立法者在此更享有相當程度的形成自由。基於權力分立原則，若透過法律解釋方法仍無法由法律推論出第三人之公權利時，尚非容許法院直接以基本權作為建構第三人公權利的基礎。除非是這種對第三人間接、事實上影響已觸及其基本權之核心領域時，才可以例外地容許法院進行法律補充，直接以基本權作為建構第三人公權利的依據<sup>23</sup>。至於當立法者明顯地違

<sup>22</sup> Vgl. Schmidt-Abmann, a.a.O., Rn. 129 f.; Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb. § 42 Abs. 2, Rn. 97.

<sup>23</sup> Schmidt-Abmann, a.a.O., Rn. 126.不過，Wahl 對直接以基本權作為對第三人之保護規範持否定態度。氏認爲，所謂基本權在規範外的效力，依正確之理解，應是指法官爲實踐基本權主觀化之委託，以法官造法的方式，對第三人公權利漏未規範之漏洞，在普通法的面向上進行法律補充。這與前一主張的區別，除了在法學的建構上有所不同外，更重要的是點出法官在此仍具有某種形成餘

反「基本權主觀化之委託」，採取一個否定第三人具有公權利之規範時，則應透過違憲審查制度予以解決。

德國實務見解就此亦採取相當謹慎之態度，早期聯邦行政法院曾經於一個「建設法上鄰人之訴」之判決中提出，在建設法規無法導出鄰人（第三人）之公權利時，只有當建設許可對鄰人受財產權保障的利益（原有土地使用狀況）所造成之事實上影響，不僅具「持續性」而且已到達「重大而難以忍受」之程度時，才可以例外地允許法院直接以財產權作為建構鄰人公權利的法規範<sup>24</sup>，其理亦同。

#### （四）我國實務之發展

##### 1. 保護規範理論之採納

近來我國實務見解對公權利之界定，亦明顯有採納保護規範理論之趨勢。司法院釋字第469號堪稱其代表。按本號解釋雖係直接針對公務員不作為之國家賠償責任而為之，但其理由中所述正是建構公權利之保護規範理論<sup>25</sup>。

##### 2. 第三人訴訟

---

地。Vgl. Wahl, a.a.O., Vorb §42 Abs. 2, Rn. 80 ff.

<sup>24</sup> BVerwGE 32, 173 (178 f.) 不過，依近來德國實務發展，又已逐漸傾向否定可以由財產權保障的規定直接導出鄰人對建照核發的防禦請求權，轉而強調鄰人之保護原則上應由立法者決定。Vgl. Würtenberger, a.a.O.(FN 4), 1998, Rn. 283.

<sup>25</sup> 釋字第469號理由書：「至前開法律規範保障目的之探求，應就具體個案而定，如法律明確規定特定人得享有權利，或對符合法定條件而可得特定之人，授予向行政主體或國家機關為一定作為之請求權者，其規範目的在於保障個人權益，固無疑義；如法律雖係為公共利益或一般國民福祉而設之規定，但就法律之整體結構、適用對象、所欲產生之規範效果及社會發展因素等綜合判斷，可得知亦有保障特定人之意旨時……即應許其依法請求救濟」。

此外，近年來我國實務對第三人訴訟之處理日增，其中不乏具參考價值者。茲略述如下：

### (1) 鄰人訴訟

鄰人訴訟主要發生建築法規、公害防治法規等領域，國內實務亦肯定建築法規中有關防火巷的規定不僅為維護公共安全，亦含有保護特定鄰人安全的意思存在，故鄰人有請求主管機關嚴格把關之公權利，對違反防火巷規定的建築許可得享有訴訟權能<sup>26</sup>。

### (2) 競爭者訴訟

行政機關核發營業許可，原有經營者是否具有提起撤銷之訴的訴訟權能，國內實務亦曾提出重要見解。在比較早之判決先例（如六七年度判字第一一九號）中，行政法院曾肯定原有公車路線經營者對於主管機關核准其他業者延長公車路線之行政處分有提起撤銷之訴的訴訟權能。在行政法院八十九年度裁字第一〇七號裁定中，則以裁定駁回原告之訴。其理由如下：「因不服中央或地方機關之行政處分而循訴願或行政訴訟謀求救濟之人，固包括利害關係人，而非專以受處分人為限，惟所謂利害關係乃指法律上之利害關係而言，不包括事實上之利害關係在內，而所謂法律上之利害關係係指具體法規所保護之權利或利益而言。交通部訂定之汽車運輸業審核細則，其內容僅依母法第三十八條第一項所定原則為詳細之規定，則不論公路法或汽車運輸業審核細則，均未限制主管機關對於一定

---

<sup>26</sup> 行政法院七二年度判字第八九一號。另德國實務則肯定防火巷之規定、土地使用分區管制、建築間距之規定屬「保護鄰人規範」，否定樓層限制之規定屬「保護鄰人規範」，可供參考。有關德國實務鄰人訴訟之發展，Vgl. Pietzner/Ronellenfisch, Widerspruchsverfahren und Verwaltungsprozeß, 2000, § 15, Rn. 6 ff..



地區之汽車運輸業，在有核准某業者經營後，即不得再核准其他業者加入經營，故原告雖係經核准經營遊覽車之業者，但並無排除他人於同一地區經營遊覽車業之法律所保護之權利或利益，其對於被告核發聯華公司營利事業登記證之行政處分，既非處分之相對人，亦非因該處分而有法律上利害關係之人，其雖因聯華公司加入同一項目之營業致有競爭之對手，事實上利益可能受影響，仍非法律上之利害關係人」以上論述，否定系爭授權母法及法規命令對汽車運輸業經營進行管制具有保障既有業者經濟利益之目的，儘管對照德國保護規範理論發展之法律解釋規則，上述判決在規範目的之分析上仍有強化之空間。不過至少已能朝向保護規範理論這個正確之道路而行，難能可貴<sup>27</sup>。

## 二、權利與法律上利益區分之規範意義

新行政訴訟法在權利之外，又加上法律上利益作為其保障之客體。在立法例上上述用語頗為特殊。此係本於司法院研修委員會檢

<sup>27</sup> 尚可茲檢討者，係於本案中，競爭的同業是否可以跳過普通法規的層次，直接以憲法上基本權受侵害為由，提起撤銷之訴，乃競爭者訴訟問題中一個相當具有爭議性的問題，本案判決則並未就此詳為斟酌。茲略述之：首先在本案例中，固然主管機關核准其他同業加入競爭，會因市場占有率的瓜分而造成原告整體利潤的減少，但此種營利機會與利潤水準的確保，並非財產權保障之範圍。蓋憲法上財產權，係以具有財產權價值具體現存之法定權利為其保障範圍，並非一切可以金錢估計之利益，均屬財產權保障之客體，因此公權力行為導致個人財產總值之縮水，或造成個人營利機會的減少，僅屬單純的經濟上不利利益，尚不構成對財產權的干預。故原告自不得以財產權受侵害為理由提起撤銷之訴。其次在本案例中，原告亦不得以其營業自由受侵害為理由提起撤銷之訴。蓋憲法上營業自由之保障範圍，並不包含有人民得請求國家設下障礙以阻止他人加入競爭之權利。Vgl. BVerwGE, 17, 306; BVerwGE 39, 329.

討之結論，其主要理由：一係配合訴訟種類之增加，蓋確認訴訟之權利保護要件既有即受判決之法律上利益，則撤銷訴訟似不能僅限於權利；二係行政法院在不少先例中事實上已將法律上利益作為值得保護之對象<sup>28</sup>。此外，立法者亦明白地於新行政訴訟法第四條第一項規定之立法理由中指出，舊法「僅以損害人民權利之行政處分為限，其範圍失之狹隘，爰修正為損害其權利或法律上之利益，明示除權利外，法律保護之利益亦得提起行政訴訟，俾符合法治國家之要求。」凡此均足證立法者有意藉此突顯擴張行政訴訟訴訟權能之意圖。然而，在法釋義學上，卻也因引伸出應如何理解並區分權利與法律上利益之問題。而此一問題之釐清更攸關我國行政訴訟之基本功能定位。就此學者見解不一。即使是肯定權利與法律上利益有所區分不同之學者，在二者區分標準上，亦仍有不同意見。

#### （一）在主觀公權利保障模式下之區分嘗試

學者吳庚係將法律上利益界定為尚未成為權利，但法律上肯定其值得保護之利益，例如已完成但尚未申請專利之發明，即為適例<sup>29</sup>。上述見解雖頗具巧思，但個人就尚未申請專利之發明，依專利法本享有專利申請權，若遭受主管機關侵害，本亦得提起行政救濟。因此充其量，二者只不過是權利內涵有所不同而已。再者，儘管此說肯定二者之區分，但於其著作後續論述中，則完全係依照保護規範理論作為法秩序是否承認有權利或法律上利益存在之判斷標準。二者是否成立，既係依同一標準，則無論是權利或法律上利益，自均

---

<sup>28</sup> 請參閱，《司法院行政訴訟制度研修資料彙編(一)》，頁 450 以下，司法院刊行。

<sup>29</sup> 請參閱吳庚，《行政法之理論與實用》，頁 569，台北三民（增定七版）。

屬行政法學上公權利無疑。

另學者李惠宗亦肯定權利與法律上利益之不同。其謂：法律上利益係指國家賦予行政機關之職權，雖直接目的在促進社會共同體之公共利益，但因各該職務之行使，與人民之生命、身體、財產等重要法益有重要關係，且人民此些權利之保護相當依賴此些行政機關職務之正當執行，為免此些法益遭遇到不可回復之損害，乃賦予人民對此些職權之行使有訴訟上請求權，以督促行政機關依法行政。易言之，其係將法律上利益界定為法律保護個人實體上權利免於遭受不可回復之損害，所賦予個人之訴訟法上權能。例如鄰居未留防火巷，並非侵害鄰人之實體權利，但若發生火災則可能發生不可回復之損害，故行政訴訟上乃發展出鄰人訴訟，使鄰人得請求撤銷違法之建築許可<sup>30</sup>。

惟由氏所舉實例以觀，所謂法律上之利益，仍是在典型權利受害者訴訟範疇內。蓋依其觀點，所謂法律上之利益，固係指人民得向法院請求撤銷違法建築許可之訴訟上請求權。惟在此一請求權之背後，毋寧係由個人實體上權利（例如生命、財產權）衍生之排除妨害請求權（*Beseitigungsanspruch*），而此一衍生性之權利性質上仍係實體法上之權利<sup>31</sup>。

本文以為，只要是我國行政訴訟制度仍處在主觀公權利保障模式下之權利受害者訴訟範疇內，則任何區分權利或法律上之利益之嘗試，其理論上之意義均遠大於區分之實益。蓋所謂公法上之權利，

---

<sup>30</sup> 請參閱李惠宗，〈主觀公權利、法律上之利益與反射利益之區別〉，載於：《行政法爭議問題研究（上）》，頁 164 以下，台北五南（2000）。

<sup>31</sup> Schenke, a.a.O.(FN 6), Rn. 178; 506 ff.; ders., JuS 1990, 370, 371 ff.

本即屬法律保護之利益，而爭訟可能性之賦與，正是法律提供保護最典型之方式。至於所謂法律上之利益，無論其形式上是否享有權利之名，法律既已承認其具有爭訟可能性，也就是有透過訴訟維護該利益之法律上之力者，自亦屬權利無疑，故二者實為一體之兩面，難以強作區分，亦無區別實益<sup>32</sup>。

## （二）法律上利益作為突破主觀公權利保障模式之媒介？

由上述說明可知，若要使新行政訴訟法第四條第一項規定增加「法律上利益」之規定具有獨立於「權利」之規範生命力，則只有將其解釋為立法者有意藉此突破主觀公權利保障模式下之權利受害者訴訟之型態，進而轉向以客觀法秩序維護為目的之利害關係者訴訟時，二者之區分在規範上才真的有意義<sup>33</sup>。問題是立法者是否真有另行建構法典範如此宏觀之企圖心，而現有法體系又是否可以容納這樣的企圖心，則必須作進一步探討。

### 1. 歷史因素之探討

要釐清此一問題，首先必須避免陷入「利害關係者訴訟」這個名詞的弔詭。

蓋如前所述，「利害關係者訴訟」是客觀法秩序維護模式下採取之基本訴訟型態。然而，在權利保障模式下，亦承認具有法律上利害關係之「第三者訴訟」。只不過是否為有法律上利害關係之第三者，則必須依保護規範理論，判斷是否為法規保護之特定第三人或例外地得直接以基本權為其權利依據者，始足當之。因此其在類型

<sup>32</sup> 學者陳愛娥即認為二者只是同義複語辭，請參閱陳愛娥，〈訴訟權能與訴訟利益〉，律師雜誌，254 期，頁 71，台北（2000）。

<sup>33</sup> 學者陳英鈴亦提出類似疑問。請參閱陳英鈴，〈撤銷訴訟之訴權〉，載於：《行政法爭議問題研究（下）》，頁 998 以下，台北五南（2000）。

光譜上仍屬權利受害者訴訟。這也是本文為避免混淆，將其稱為第三者訴訟之理由。二者之差異，毋寧是在於客觀法秩序維護模式下，「利害關係者訴訟」之範圍並不受限於法律保護之利益，而包括經濟上、政治上、精神上的、直接的或間接的、現在或未來一切可以量度（meßbaren）之利益<sup>34</sup>。因此，除非可以確定我國法制下「利害關係者訴訟」已超出權利受害者訴訟之型態，否則單單憑藉我國行政訴訟法明文承認「利害關係者訴訟」（例如行政訴訟法第四條第三項），尚不能充分推論出立法者有意進行上述法典範之轉換。

再者，正如研修過程之文獻顯示，上述規定既只是原本實務見解之呈現，而綜觀實務上所承認之「利害關係者訴訟」，基本上仍係以第三人是否具有法律上利害關係為斷，並未真正超出主觀公權利保障模式下之權利受害者訴訟之型態。

因此依作者之理解，立法者所以使用如此用語，其實與國內實務長期對公權利之解釋向來十分嚴格有關。蓋我國行政法並不像民法一般已建立起明確之權利系譜，而行政法規中明文使用權利一語者更是覩見，致使法官在權利是否存在之認定上十分狹隘保守。即使偶而著眼於法規目的而思有所突破，在法律無權利一語時，乃以法律上利益作為肯定原告具有訴訟權能之依據。立法者將權利與法律上利益並列，只不過是基於實務傳統上對權利概念之保守認知而已，並無進行上述法典範轉換之企圖。

## 2. 憲法第十六條之價值決定

---

<sup>34</sup> Vgl. Wahl, a.a.O.(FN 1), Vorb § 42 Abs. 2, Rn. 7; Skouris, Verletzenklagen und Interessenklagen im Verwaltungsprozeß, 1979, 11; 16.中文介紹請參閱，蔡志方，《行政救濟法新論》，邊碼 4059，台北元照（2001）。

有疑義者，是否可以藉由體系關聯及法之客觀目的之論證，使新行政訴訟法第四條第一項關於法律上利益之規定取得新的規範生命力。

就此，首先應探討者，係憲法第十六條人民訴訟權保障之規定，就行政訴訟之功能定位是否蘊含任何拘束立法者之法典範之價值決定。按人民訴訟權之規定，並未就人民在何種要件下，有權向法院提起訴訟有所明定。因此乍看之下，就行政訴訟之功能定位，立法者就法典範之選擇似有相當大的裁量餘地。惟有權利就應有救濟之原則，係法治國家基本之價值決定，司法院大法官第三九六號解釋有云：「憲法第十六條所定人民之訴訟權，乃人民於其權利遭受侵害時，得訴請救濟之制度性保障，其具體內容，應由立法機關制定法院組織與訴訟程序有關之法律，始得實現。惟人民之訴訟權有其受憲法保障之核心領域，為訴訟權必備之基本內容，對其若有欠缺，即與憲法第十六條保障人民訴訟權之意旨不符。本院釋字第二四三號解釋所謂有權利即有救濟之法理，即在指明人民訴請法院救濟之權利為訴訟權保障之核心內容，不容剝奪。」即係揭示斯旨。由此可以推論出，基於「有權利就應有救濟」這個作為訴訟權核心之基本價值決定，設計行政訴訟制度之立法者，無論如何，至少必須將主觀公權利保障列為行政訴訟之首要目標。

當然，憲法第十六條並不禁止立法者為了因應現代社會各種新興的挑戰，透過法律進一步擴張行政法院維護客觀法秩序之功能。不過，在憲法第十六條必須提供人民權利具有實效性的保障之基本價值決定及由其引申出之權利保護標準之要求下<sup>35</sup>，行政法院功能的

---

<sup>35</sup> 有關憲法所要求之權利保護標準，Vgl. Schmidt-Aßmann, in:

擴張，並不是可以漫無限制的。申言之，立法者擴張行政法院功能的立法形成活動，並不得危及行政法院踐行其權利保障之核心功能。蓋行政法院要達成上述由憲法第十六條所引申之權利保護標準，以提供人民權利具有實效性的保障，實有賴其功能-結構條件的齊全配備。惟在我國司法資源有限的現實環境下，行政法院的功能負荷能量自有其極限，若過度擴張其維護客觀法秩序之功能，則勢必對其核心功能造成排擠效應，甚至因訴訟泛濫拖垮行政法院。故立法者在建立以客觀法秩序維護為功能之訴訟形態時，自應充分考量現實功能條件，謹慎妥為規劃，以免行政法院之功能因量變而生質變，而有違大法官宣示憲法第十六條之意旨。

以我國現有的行政訴訟制度而言，無論在組織編制及法官的專業能力上，其是否能適當地履行人民權利保護的任務，毋寧仍大有疑問。例如新行政訴訟法固已規定課予義務之訴，但在目前實務上對駁回人民申請之案件，要求行政法院依職權調查原則，釐清人民給付請求權法律上及事實上之要件是否具備，以促使案件成熟<sup>36</sup>，卻有其現實上之困難。因此在目前的現實條件下，連達成核心的功能尚力有未逮，遑論大幅地擴張行政法院的功能。登高必自卑，行遠必自邇。至少在現階段仍應以強化行政法院人民權利保護的功能為首要目標。

此外，儘管這種主觀公權利保障之思維在某些情形不一定能有效因應多邊形法律關係，但問題在於，對挑戰之回應，究竟是應透

---

Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, 1998, Einleitung, Rn. 33 ff.

<sup>36</sup> 有關在課予義務之訴，法院應依職權促使案件成熟之原則及例外，Vgl. Hufen, a.a.O.(FN 7), § 26, Rn. 20 ff.

過立法者針對個別領域進行突破性立法（如承認利他型團體訴訟、公民訴訟）<sup>37</sup>，或是認為新行政訴訟法第四條第一項規定之「法律上利益」，可以一般性地授權法官進行上述法典範轉換之突破性解釋。本文以為，由於上述法典範轉換涉及到法政策性考量，尤其是必須著眼現有司法之功能結構條件的負荷力，故法官在用盡公權利之判準均無法得出公權利存在時，即應謹守權力分立之分寸，不宜逕行突破上述法典範。

綜合以上論述，我國撤銷訴訟仍是以踐行主觀公權利之保障為其目的。新行政訴訟法第四條第一項規定增加「法律上利益」之規定，只是具有提醒法官不應拘泥於權利之字眼，而能妥為考量法規範是否有賦予個人維護其法律上利益之權能。

#### **肆、滿足撤銷訴訟訴訟權能之要件 - 原告主張責任之探討 -**

撤銷訴訟係主觀公權利保障模式中典型以權利防禦為目的之訴訟類型。為了貫徹行政訴訟權利保障之任務，並防堵公民訴訟，自必須要求原告具有提起撤銷訴訟之訴訟權能，其訴始為合法。易言之，訴訟權能之設計旨在發揮初部篩選過濾之功能。我國新施行之行政訴訟法第四條第一項明定，以「人民因……違法行政處分，認為損害其權利」作為訴之合法性要件，即係本此意旨而定。惟所謂原告認為其權利或法律上之利益受損害，究竟是只要原告主觀上有此一認知，並向法院提出此一主張，即具有訴訟權能或是要具有訴訟權能必須有更嚴格之要件，解釋上不無疑義。由於此一解釋結

---

<sup>37</sup> 例如在環境法之領域，立法承認公民訴訟及團體訴訟，即為適例。



果不僅攸關提起撤銷訴訟之門檻，亦關係到撤銷訴訟之合法性要件與訴之有理由要件應如何劃分之難題，自有釐清之必要。

## 一、德國法制之探討

### （一）問題產生之法制背景

德國行政法院法第四二條第一項規定撤銷訴訟之訴訟類型，同法第四二條第二項則規定：「原告主張(geltend macht)其權利因行政處分而受侵害者，其訴始為合法。但法律另有規定者不在此限。」此即係提起撤銷訴訟之原告必須具有訴訟權能之明文規定，其性質屬於撤銷訴訟之合法性要件（亦即本案判決之先決要件）。另同法第一一三條第一項第一句則規定：「若行政處分違法且因而侵害原告權利者，法院應撤銷行政處分及異議決定。」此一規定係屬撤銷訴訟有理由之要件。由於上述二個規定均係以「權利」(Recht)、「侵害」(verletzt)這些實體法上之概念作為構成要素，在法釋義學上就引發一個重大爭議，亦即就原告權利是否受侵害之審查，哪一部分應劃歸於訴之合法性要件的階段予以審查，哪一部分則應劃歸於訴之有理由要件的階段予以審查。

比對上述二個規定，可以發現二者關鍵性之差異在於，第四二條第一項規定中，係要求原告必須提出「權利受侵害」之主張，因此有關訴訟權能之要件，法院在此應如何審查的問題及相關之爭論遂以原告之主張責任(Behauptungslast)為中心而展開。申言之，原告在提起撤銷訴訟時，必須提出自己的公權利受到行政處分的侵害之主張，法院才可以審查其是否具備訴訟權能，亦即原告在行政訴訟法上有一主張的責任。但問題是究竟原告只要抽象地提出系爭行政處分違法因而侵害原告公權利之主張即可？還是原告必須進一步提出具體的事實資料和理由來具體化其權利受侵害之主張？原告之

具體主張又究竟要到什麼程度，才合乎訴訟權能規定對原告之要求？而法院又應依何種標準進行審查，均有待進一步釐清。由於上述問題之解答關係到是否可以透過訴訟權能制度達成防止公民訴訟之篩選目的，以及在行政訴訟上應如何適當劃分訴之合法性要件及訴之有理由要件之審查等複雜問題，故學理上見解相當分歧，亦在所難免<sup>38</sup>。

## （二）原告係侵益性處分之相對人

首先，依德國通說之主張，當提起撤銷訴訟之原告係侵益性處分（belastendene Verwaltungsakt）之相對人時，由於侵益性處分係以對於相對人下命或禁止為其規制之內容，故可以抽象一般地確定，至少相對人憲法保障之一般行為自由權（德國憲法第二條第一項）有受侵害之可能性。因此只要原告提出自己是侵益性處分相對人之主張，即已滿足主張責任之要求，法院應認定其具有訴訟權能。例如行政機關依營業法規勒令酒店業者甲停業三個月，由於甲係行政處分之相對人，故甲只要提出自己是停業處分相對人之主張已足。此即所謂「相對人理論」。就此而言，相對人理論可以說是可能性理論針對相對人訴訟所為之具體化<sup>39</sup>。由於此一理論之提出，具有減輕原告主張責任及法院審查負荷之功能，故獲得多數支持<sup>40</sup>。

<sup>38</sup> Wahl/Schütz, a.a.O.(FN 2), § 42 Abs. 2, Rn. 65.

<sup>39</sup> Wahl/Schütz, a.a.O., § 42 Abs. 2, Rn. 70.

<sup>40</sup> 不過，必須注意的是，相對人理論只有在侵益性行政處分的相對人提起撤銷訴訟時始得適用，至於申請授益處分被拒絕之相對人提起課以義務訴訟，則不適用此一理論。蓋相對人理論的前提係建立在人民有一般行為自由權（憲法 22）之上，由一般行為自由權並不當然可以導出人民有授益處分請求權，Vgl. Hufen, a.a.O.(FN 7), § 14, Rn. 79.

不過亦有學者指出，依相對人理論，原告只需提出其為行政處分相對人之主張，但這充其量只顯示出其權利有受行政處分干預之可能而已。至於該行政處分是否有違法之可能，則無法由上述主張得知。由於德國行政法院法第四二條第二項規定「權利受侵害」之主張在內容上應包含「權利受行政處分干預」且「干預係屬違法」這二個部分，因此若貫徹可能性理論，相對人即尚應提出具體事實之陳述，已顯示行政處分有違法之可能，始足當之。相對人理論若係以可能性理論為本，為何就此一部份放寬對原告主張責任之要求，實不無疑問<sup>41</sup>。

### （三）原告係受行政處分影響之第三人

若原告不是侵益性處分之相對人，如何判定原告有無訴訟權能，係整個訴訟權能審查最困難之處。原告之權利主張究竟應到何種程度，才算具備訴訟權能，而法院又應依何種標準進行審查，針對上述問題有下述理論提出：

#### 1. 主張理論 (Behauptungstheorie)

主張理論對原告主張責任之要求最為寬鬆。依此一理論，原告只要以言詞提出自己之權利因系爭行政處分而受侵害之主張，即已具備訴訟權能<sup>42</sup>。基本上，此一理論係主張可以將民事訴訟法上處理有關原告訴訟實施權之原則，運用到行政訴訟法上有關原告「權利主張」之規定。因此只有當原告明白地表示出其所主張者並非自己之權利時，也就是以自己之名義實施維護他人權利之訴訟時，法院

---

<sup>41</sup> Neumayer, Die Klagebefugnis im Verwaltungsprozeß, 1979, 27 f.

<sup>42</sup> Vgl. Skouris, a.a.O.(FN 34), 1979, 163 f.; Neumayer, a.a.O., 111 ff.請參閱，陳清秀，〈行政訴訟法〉，頁 75，台北自版（1999）

始得以其訴欠缺訴訟權能而駁回之<sup>43</sup>。例如甲撞傷公務員乙，其長官命乙提前退休，甲以上述處分違反相關公務員法規而侵害乙之服公職權利為由，提起撤銷之訴。由甲提出之主張以觀，甲所主張者毋寧係他人而非自己之權利，故法院應以其欠缺訴訟權能，其訴不合法而駁回之。

## 2.可能性理論 (Möglichkeitstheorie)

依此一理論，原告不應只是抽象地提出其權利受到侵害之主張，原告尚必須提出具體之事實陳述，以顯現出行政處分有違法並干預其權利之可能，法院始得肯定原告具有撤銷訴訟之訴訟權能<sup>44</sup>。易言之，若由原告提出之事實陳述，不論採取何種觀察方式予以觀察，原告所主張之權利顯然不可能存在或顯然不可能歸屬於原告者，原告即不具有撤銷訴訟之訴訟權能<sup>45</sup>。

必須強調的是，儘管此一理論受到多數學者及實務之支持，不過就可能性理論應如何具體操作，甚至於其寬嚴程度，則仍存在不少歧見<sup>46</sup>。為有助於理解，本文在此透過去異求同，將其分為以下二個基本操作方式分別敘述。

### (1) 嚴格操作方式

在此一理論的支持者中，多數係採取的是比較嚴格操作之標準。依此一標準，原告對於其權利受到侵害之主張，應提出具體之事實陳述。行政法院則應以原告提出之具體事實陳述為基礎，依下列步驟進行審查，唯有當以下要件均告確定後，法院才得以肯定原

<sup>43</sup> Wahl/Schütz, a.a.O.(FN 2), § 42 Abs. 2, Rn. 65.

<sup>44</sup> Wahl/Schütz, a.a.O., § 42 Abs. 2, Rn. 67.

<sup>45</sup> 此為德國聯邦行政法院慣用之審查公式，BVerwGE 82, 246 (248 f.).

<sup>46</sup> Wahl/Schütz, a.a.O.(FN 2), § 42 Abs. 2, Rn. 68.

告有提起撤銷之訴的訴訟權能<sup>47</sup>：

a. 首先應於「抽象的法律」層次，觀察原告所主張的權利是否屬於法秩序所保護之「公權利」或者只是「反射利益」、「事實上利益」而已。在此首先應該依照保護規範理論，探求原告所指摘處分機關所違犯之法規之規範目的，是否在維護公益之外，尚寓有保護特定第三人利益之意思。亦即系爭法規是否真是一個保護第三人之規範。如其所主張之「權利」根本尚不為法秩序所承認時，則原告即屬欠缺訴訟權能<sup>48</sup>。例如主管機關違反有關維持都市景觀協調之規定核發甲建築許可，甲之鄰人乙以自己「良好的視野景觀」受侵害為由訴請撤銷上述建築許可。由於有關維持都市景觀協調之規定並不以保護鄰人「良好的視野景觀」為其目的，其並非法秩序所承認之公權利，故乙欠缺訴訟權能，法院應以其訴不合法而駁回之。

b. 其次應於「抽象的法律」層次，觀察原告是否可以「歸屬」於系爭法規所要特別保護之特定第三人之範圍。例如甲之鄰人乙將房子賣於丙，但尚未辦理所有權移轉登記。丙提起撤銷之訴，主張主管機關違反建築法有關防火巷設置之規定而核發甲建築許可，該行政處分違法並損害其權利。在此，該行政處分固已違反一保護第三人之規範——防火巷設置之規定，但上開規定，基本上係以保障所有權人或類似所有權人（例如地上權人）之法律地位為目的，至於債權人尚非屬上開法規特別保護之第三人之範圍。故依原告丙之陳

---

<sup>47</sup> Ehlers, Die Klagebefugnis nach deutschem europäischem Gemeinschafts- und U.S.-amerikanischem Recht, VerwArch 84 (1993), 147 f.

<sup>48</sup> Kopp/Schenke 在其著作中指出，如果在抽象法律層次，一個法規並不能證立公權利者，則可以自始斷言根本不可能有權利受侵害可言。Kopp/Schenke, VwGO, 1998, § 42, Rn. 66.

述，其既只是乙之債權人，則在房屋過戶以前，其權利並無受侵害之可能，法院自應以丙欠缺訴訟權能而駁回其訴<sup>49</sup>。

c.依原告提出之具體事實陳述，審查系爭行政處分是否有違法並因而侵害原告權利之「可能性」。

嚴格來說，在這種嚴格之操作方式下，可能性理論只有在上述第三個要件中方真正有適用之餘地<sup>50</sup>。

## (2) 寬鬆操作方式

相對於上述嚴格之操作方式，亦有另一種比較寬鬆之操作方式<sup>51</sup>。依此一方式，在作為訴之合法性要件之訴訟權能審查的階段，上述各個審查步驟，均應徹底貫徹可能性理論之精神。其操作可以解析如下：

a.法院只要抽象地審查，依原告之事實陳述，是否系爭案件中應適用之法規範「可能」具有保護第三人利益之規範意旨，也就是「可能」有一個保障第三人之公權利存在已足。至於系爭案件中應適用之法規是否在法秩序上「真的」是一個保護規範，則應放在訴有無理由的階段始予以審查。只有當一個法規範，無論是依任何客觀之觀察方法以觀，均「明顯地」不具有保護規範之性質時，法院才能否定原告具有訴訟權能。

b.法院只要抽象地審查，依原告之事實陳述，原告是否「可能」歸屬於系爭法規範所要特別保護之第三人之範圍已足，至於在抽象之法律層次上原告是否真的是系爭法規範所要特別保護之第三人，

---

<sup>49</sup> Schenke, a.a.O.(FN 6), Rn. 518.

<sup>50</sup> Ehlers, a.a.O.(FN 47), 148.

<sup>51</sup> Württenberger, a.a.O.(FN 4), Rn. 282.

則應屬訴有無理由之問題。

c.依原告提出之具體事實陳述，審查系爭行政處分是否有違法並因而侵害原告權利之「可能性」。

此外，必須注意的是，由於可能性理論強調原告負有提出足以顯示其權利有受侵害可能之具體陳述之責任（Darlegungslast），因此若原告未提出具體之事實陳述，以顯示其權利受侵害之可能者，即屬違反上述負擔，就此法院不得自行依職權調查事實而為法律上之評價。例如原告指摘系爭行政處分違反某一程序規定，但並未提出具體之事實資料，以顯示該程序瑕疵對其實體法上之權利可能之影響時，法院亦不得再為深入調查，而應以原告欠缺訴訟權能駁回其訴<sup>52</sup>。

### 3. 有說服性理論 (Schlüssigkeitheorie)<sup>53</sup>

有說服性理論對原告主張責任之要求極為嚴格。按所謂「有說服性」原係屬民事訴訟法之概念，其意係指係原告提出之事實陳述，可以「正當化」(rechtfertigen)原告訴訟上請求，也就是說足已滿足原告訴訟上請求之法律上前提要件之意。此一意義下之有說服性之審查，係屬訴有理由之要件，而非訴之合法性要件<sup>54</sup>。不過，必須說明的是，在關於行政訴訟法上作為訴之合法性要件之訴訟權能所提

<sup>52</sup> Happ, in: Eyermann, VwGO, 1998, § 42, Rn. 99.

<sup>53</sup> Schlüssigkeitheorie 在國內譯名不一，學者陳清秀將其譯為「正當性理論」，請參閱，陳清秀，《行政訴訟法》，頁 78，台北自版（1999）；而學者陳愛娥則將其譯為「一貫性理論」，請參閱，陳愛娥，〈訴訟權能與訴訟利益〉，律師雜誌，254 期，頁 72，台北（2000）。

<sup>54</sup> Vgl. Lüke, in: Lüke/Walchshöfer, ZPO, Bd. 1, 1992, § 253, Rn.77; Prütting, a.a.O., § 331, Rn. 10.

出之有說服性理論，與上述民事訴訟法意義下之有說服性之審查並不盡相同，在此一理論之要求下，原告必須自己提出具有說服性之權利主張（*schlüssige Rechtsbehauptung*），也就是，原告提出之事實陳述，必須足以顯示，「只要行政處分的確違法，則原告之訴即係有理由」<sup>55</sup>，法院才可以認定其具有訴訟權能。上述說明仍嫌抽象，不易理解。析言之，此一理論之具體操作可以剖析為以下二個重點：

一方面，在訴之合法性要件之審查階段，原告即必須提出一切必要之事實陳述，以正當化系爭行政處分已涉及到（或干預到）原告的公權利的主張。易言之，由原告提出之事實陳述，必須已充分到足以使法院推論出，若假設其陳述為真，則系爭行政處分已涉及到（或干預到）原告的公權利，原告始具有訴訟權能。在此可以看出，有說服性理論對於原告主張責任之要求比可能性理論還更高。至於系爭案件中應適用之法規在法秩序上必須「真的」是一個保護規範，以及在抽象之法律層次上原告必須「真的」是系爭法規所特別保護之第三人，均應屬訴訟權能之要件，也就是屬於訴之合法性的問題。就此部分而言，其與嚴格操作之可能性理論並無不同。至於原告提出之事實陳述是否為真，則係屬訴有無理由之問題<sup>56</sup>。

另一方面，有說服性理論並不要求原告對於行政處分之違法性需提出具體之事實陳述，以證立其主張。易言之，系爭處分有無違法之可能，非屬訴之合法性，而完全係屬於訴有無理由之問題<sup>57</sup>。由此說明可以理解，有說服性理論只是要求行政法院進行有限度之有

---

<sup>55</sup> Hoffmann, Die Rechtsschutzbehauptung im Verwaltungsprozeß, *VerwArch.* 53 (1962), 325 f.

<sup>56</sup> Vgl. Schwerdtfeger, *Öffentliches Recht in der Fallbearbeitung*, 1993, Rn. 191

<sup>57</sup> Ule, *Verwaltungsprozeßrecht*, 1987, 202.



說服性審查而已<sup>58</sup>，這正是其與上述民事訴訟法意義下之有說服性審查之區別，並此敘明。

#### （四）小結

在第三人訴訟之情形，德國通說係採取可能性理論來解釋撤銷訴訟對原告主張責任之要求。蓋依德國通說見解，主張理論無法適切達成透過訴訟權能制度以防止公民訴訟之目的，尤其是在第三人訴訟，主張理論幾乎無法發揮篩選功能，故不足為取<sup>59</sup>。至於有說服性理論由於一方面對原告權利受干預之主張責任要求過苛，不符合職權調查主義之精神，而另一方面在行政處分之違法性方面，則對原告主張責任要求又失之過寬<sup>60</sup>，故亦未為多數所接納。至於可能性理論一方面可以發揮適度之篩選功能以避免訴訟之浮濫，另一方面亦比較合乎訴訟法理劃分訴之合法性及訴之有理由審查之精神，可以相當程度地減輕法院在訴之合法性要件審查上的負荷，自較易為通說所接受。德國實務在訴訟權能之審查，原則上亦係採取可能性理論，至於其操作通常則採取上述比較嚴格之標準<sup>61</sup>。

## 二、我國法制之省思

在探討德國有關撤銷訴訟之訴訟權能應具備要件之學理爭議及實務見解後，以下將檢討在我國法制下，原告之權利主張必須要具備哪些要件，才具有提起撤銷訴訟之訴訟權能。

### （一）我國實務處理方式

我國行政法院曾於69年度判字第234號判例要旨中提出：「人民

<sup>58</sup> Vgl. Pietzner/ Ronellenfitsch, a.a.O.(FN 25), § 14, Rn. 9.

<sup>59</sup> Wahl/Schütz, a.a.O.(FN 2), § 42 Abs. 2, Rn. 65.

<sup>60</sup> Schmidt-Glaeser/Horn, a.a.O.(FN 8), Rn. 154.

<sup>61</sup> Vgl. Württenberger, a.a.O.(FN 4), S. 128, Fn. 31.

對於中央或地方機關之行政處分，祇須認為違法或不當，致損害其權利或利益者，依訴願法第一條規定，即得提起訴願、再訴願。至是否確有損害其權利或利益乃實體上應審究之事項，不得從程序上駁回其訴願、再訴願。」觀其意旨似乎十分接近主張理論。另於八一年判字一二七九號判決中<sup>62</sup>，法院先以原告「主張其權利被侵害」而認定其提起之行政訴訟合法，應予以受理。而於實體審理中，則以人民對於具有公用地役關係之既成巷道之利用通行，僅屬一種反射利益，並無任何權利存在，而以其訴無理由駁回之。這種處理方式就結果而言亦明顯與上述主張理論相同<sup>63</sup>。

不過若仔細觀察，可以發現近來這種處理方式已不適用在第三人訴訟。這由以下例子可以清楚說明。前述行政法院八十九年度裁字第一〇七號裁定，在有關訴訟權能之審查，法院係運用保護規範理論，否定系爭授權母法及法規命令對汽車運輸業經營進行管制，具有保障既有業者之經濟利益之目的，並以此為由，以原告之訴不合法而裁定駁回。上述處理方式，顯然並非採取主張理論。蓋依主張理論，原告主張之權利是否為法秩序所承認，係屬在訴有無理由始應審究之問題，而非應放在訴訟權能之階段審查之。另一方面，其並未正面論及原告應否提出具體之事實陳述，以顯現出行政處分有違法並干預其權利之可能，故其是否完全採德國通說之處理方式亦尚欠明瞭。不過至少可以說，其處理方式比較接近上述可能性理論。

---

<sup>62</sup> 《行政法院裁判要旨彙編》，第十二輯，頁 706。

<sup>63</sup> 學者吳庚認為我國實務與主張說也若合符節，請參閱吳庚，《行政爭訟法論》，頁 99，台北自版（1999）。

## （二）我國學界見解

我國學界就滿足撤銷訴訟之訴訟權能應具備之要件有深入探討者不多。以下僅就具代表性者論之。學者吳庚認為，無論我國現行法及舊法，均以「認為損害其權利」作為訴之合法性要件，而非如德國行政法院法第四十二條第二項，要求原告必須為「有效表示」(geltend macht)，故解釋上應採主張說<sup>64</sup>。另外在吳著後續分析中，則以新保護規範理論，作為判斷原告有無訴權之標準<sup>65</sup>。惟由上述對德國理論之分析可以得知，其實保護規範理論只有在採可能性理論及正當性理論之下，才有在訴之合法性要件之審查階段適用之餘地，而在德國主張理論之精神下，保護規範理論則是在訴有無理由之審查階段方有適用。就此而言，其見解似又與德國之主張理論有所不同。至於其他學者因受德國通說影響，多採取可能性理論作為判斷標準<sup>66</sup>。

## （三）本文見解

關於撤銷訴訟訴訟權能應具備之要件為何，由於實務見解不一，學界亦未曾為深入之討論，致使仍存在著許多疑義而有待釐清。以下將透過法釋義學方法，以我國法制為分析對象，試圖釐清疑義並提出適當解答。

### 1. 文義解釋

法律文義是法律解釋活動之起點。關於撤銷訴訟訴訟權能之要

<sup>64</sup> 請參閱吳庚，前揭書，頁 98 以下。

<sup>65</sup> 請參閱吳庚，前揭書，頁 102 以下。

<sup>66</sup> 請參閱陳清秀，《行政訴訟法》，頁 79，台北自版（1999）；李建良，《行政法入門》，頁 422，台北元照（1998）；陳愛娥，〈訴訟權能與訴訟利益〉，律師雜誌，254 期，頁 72，台北（2000）。。

件之探討亦應以現行法之文義為始。如上所述，學者吳庚即認為，無論我國現行法及舊法，均非如德國行政法院法第四十二條第二項，要求原告必須為「有效表示」(geltend macht)，故解釋上應採主張說。因此，首先必須探討的是，是否透過文義解釋即可以釐清有關訴訟權能要件之爭議。

按德國行政法院法第四十二條第二項規定：「原告主張(geltend macht)其權利因行政處分而受侵害者，其訴始為合法。」就語義而言，「geltend macht」此一用語有兩種不同之意義。在原始的意義上，「geltend macht」係指使其主張獲得一般的承認或使其發生作用、產生效果而言。但是，這種意涵隨著日後時間經過而有所改變。目前使用此一用語，多半只是用來表現出個人表達其主張這種主觀要素，而不再強調該主張是否足以說服他人而產生效果之客觀要素。正由於「geltend macht」本身意義之分歧。因此即使在德國，文義解釋亦並不能提供有助於釐清有關訴訟權能要件爭議的有力論據<sup>67</sup>。

再就我國法制而言，固然其係以「認為損害其權利或法律上利益」作為訴之合法性要件，而與德國法制用語有別。惟所謂「認為」一詞應作何解，尚非無疑義。當然，上述一詞可以解為「原告主觀上自覺其權利受損害」，因此只要原告將此一主觀認知向法院提出，即已滿足此一訴之合法性要件。但是，在可能文義範圍內，也並非不可將上述一詞另解為，除了原告需將此一自覺其權利受侵害之主觀認知向法院提出外，原告尚必須進一步提出事實陳述，以表明其為何認為自己權利受損害，而法院則據此進行初步過濾之「可能性審查」。其次，即使堅持「認為」一詞只能依第一種方式理解，但這

---

<sup>67</sup> Neumayer, a.a.O.(FN 41), 89 f.

也不足以否定基於行政訴訟之法理，有進一步承認不成文之訴之合法性要件之空間<sup>68</sup>。故本文以為單憑文義解釋尚不足以推論出我國應採主張理論。

## 2. 體系解釋

其次，應探討可否藉由體系之關聯性釐清有關訴訟權能要件之爭議。按我國行政訴訟法第一〇五條第一項就訴狀應記載之必要事項設有明文規定，而其中第三款則明文規定，訴狀應表明「訴訟標的及其原因事實」。依其立法理由之記載，此一規定係參考德國行政法院法第八二條第一項規定而設。而前述德國規定，其規範意旨在使法院得以確定究竟原告訴訟上之請求為何。在撤銷訴訟之情形，一般而言，原告只要表明出訴請撤銷之特定行政處分，即已滿足此一規定之要求<sup>69</sup>。故此條規定與訴訟權能要件之原告之主張責任無涉，合先敘明。

另我國行政訴訟法固係採職權調查原則，但並不表示於合理範圍內，不得要求原告負有協力負擔。故引用職權調查原則並不足以否定在訴訟權能之要件上課與原告合理之主張及陳述之責任。

此外，依照德國通說見解，採取可能性理論以界定訴訟權能之要件，在暫時權利保護制度上具有重大之意義。蓋依德國制度之設計，原則上只要人民提起訴願或行政訴訟，行政處分即當然停止執行。(參照德國行政法院法第八十條第一項)。然而由於上述的延宕效力的發生，係以原告具有訴願或訴訟權能為其前提要件，因此在訴

---

<sup>68</sup> 例如權利保護需要就是基於訴訟法理而承認之典型不成文之訴之合法性要件。

<sup>69</sup> Geiger, in; Eyermann, VwGO, 1998, § 82, Rn. 6.

訟權能的審查中，事先將只是反射利益受影響或其他權利不可能受侵害者予以排除，自有避免暫時權利保護過於浮濫以致有害公益之功能<sup>70</sup>。不過必須指出的是，上述的問題在我國法原則上並不存在。因為在我國法上，暫時權利保護之制度設計與德國法制不同。依我國訴願法第九三條及行政訴訟法第一一六條之規定，提起訴願及撤銷之訴原則上並無使行政處分當然凍結（或停止執行）之效力。至於是否有停止執行之必要，則必須經法院概略性之審查以為決定<sup>71</sup>。若其權利根本無受侵害之可能者，依行政訴訟法第一一六條第二項但書之規定，即屬「原告之訴在法律上顯無理由」，法院自不得依聲請或依職權裁定停止執行。因此要避免暫時權利保護過於浮濫，根本無須藉由以可能性理論界定之訴訟權能在撤銷訴訟上先行把關。

最後，如果把體系關聯之格局拉大，則民事訴訟法上為防堵公民訴訟所發展出來之訴訟實施權(Prozeßführungsbefugnis)的原則，亦應一併列入比較及考量。在民事訴訟法上，訴訟實施權乃是一般的訴之合法性要件。所謂訴訟實施權乃涉及某一個人是否有權作為訴訟當事人實施訴訟。原則上凡主張其享有權利者，即可享有對於此項權利以自己名義實施訴訟之資格<sup>72</sup>。如果將這種處理方式運用到行政訴訟，則只要原告在言詞上主張自己之權利受侵害，即應肯定其享

---

<sup>70</sup> Happ, in; Eyermann, VwGO, 1998, § 42, Rn. 陳清秀 79.不過，延宕效力的發生，是否必須係以原告之訴合法，尤其是具有訴願或訴訟權能為其前提要件，本身在德國法上即有相當爭議性，Vgl. Schenke, a.a.O.(FN 6), Rn. 956 ff.

<sup>71</sup> 請參閱陳英鈴，〈撤銷訴訟與行政處分之停止執行〉，載於：《行政法爭議問題研究（下）》，頁 1022 以下，台北五南（2000）。

<sup>72</sup> 請參閱陳清秀，行政訴訟之訴權，載於：行政訴訟之理論與實務，頁 137 以下，台北自版（1994）。

有訴訟權能<sup>73</sup>。有問題的是，是否行政訴訟與民事訴訟存有結構性差異，以致於不能採取訴訟實施權這種比較簡單的處理方式。德國學者 Wahl/Schütz 就認為，在民事訴訟上，是否有一個權利可供原告主張，基本上並不生問題，相反地，在行政訴訟上，尤其是在第三人提起撤銷訴訟時，在抽象法律的層面上是否有一個公權利可以供原告主張，卻常常是行政爭訟之關鍵。因此在訴訟權能的要件上，就必須先針對抽象上權利是否存在以及權利是否可以歸屬於原告這個實體法的法律問題先予以釐清，而不能採取民事訴訟法的處理方式<sup>74</sup>。不過本文以為，以上說明固然一語道破行政訴訟與民事訴訟之結構性差異，但並不足以推論出，在行政訴訟之合法性要件－訴訟權能－的要件上，法院必須先針對權利是否存在以及權利是否可以歸屬於原告進行抽象之審查，而不能將上述審查放在訴有無理由之層次。因此要證立通說處理方式，毋寧必須由訴訟權能之規範功能著手，才能得出確切之結論。

### 3. 客觀目的論解釋

由上述說明可以得知，在文義及體系解釋均尚無法提供具有決定性之論據下，必須進一步藉由對訴訟權能之規範功能之精密分析，以探求訴訟權能應具之要件。

#### (1) 防堵公民訴訟之功能分析

訴訟權能之基本功能在於防堵「公民訴訟」，已屬基本共識。所謂公民訴訟，嚴格而言，係指任何人，即使與行政行為並無任何主觀的個人的關聯性，亦得提起訴訟指摘其客觀違法性。不過在權利

---

<sup>73</sup> 這種主張的代表為 Neumayer, Vgl. Neumayer, a.a.O.(FN 41), 111 ff.

<sup>74</sup> Wahl/Schütz, a.a.O.(FN 2), § 42, Rn. 17.

保障型的行政訴訟制度下，「公民訴訟」毋寧係採廣義之理解，亦即其所要防堵之對象尚包括與行政處分只有事實上利害關係者所提起之訴訟<sup>75</sup>。

德國通說宣稱，依照其方式操作的訴訟權能，可以將權利不可能受侵害之案件，例如在只是事實上或反射利益受影響者，在訴之合法性的要件即事先予以過濾，避免這類案件進入實體審理，徒增不必要之訟累。但是，在此必須指出，即使如此，這種防堵也只是局部性的。其並不可能在訴之合法性要件之階段全面有效地防堵公民訴訟。透過以下例子可以說明其侷限性。例如甲提起撤銷訴訟，主張主管機關核發給乙之建照違反設置防火巷之規定，而依甲提出之事實陳述，甲是座落於乙隔壁之房屋的所有權人，故依照通說之立場，甲應具有訴訟權能，本案遂進入實體審理。惟事實上經證據調查，甲根本非該棟房屋之所有權人，與該棟房屋亦無任何主觀上法律關係，也就是「公民」。本案事實上雖屬公民訴訟之典型案例，但依通說處理之方式亦非可以有效防堵其進入實體審理<sup>76</sup>。由此可知，要有效防堵公民訴訟，沒有實體審理配合是無法徹底成功的，或者說，只有本案判決才可能真正防堵公民訴訟。

不過，不管如何，通說的確仍可在訴之合法性要件審查的階段，透過依可能性理論操作之訴訟權能，發揮局部性防堵公民訴訟進入實體審理之功能。但是，這並不表示思考應該在此終止。人們毋寧必須進一步去思考，為什麼必須在訴之合法性要件設下這道障礙，

---

<sup>75</sup> Neumayer, a.a.O.(FN 41), 113.中文文獻請參閱蔡志方，《行政救濟法論》，編碼 4061，台北元照（2000）。

<sup>76</sup> Vgl. Neumayer, a.a.O., 114.



以求能局部性防堵公民訴訟進入實體審理。這麼處理究竟有何亦實益。或者說，如果不這麼處理，結果是否真的不同。

## (2) 促進訴訟經濟之要求

依德國通說主張，在作為訴之合法性要件之訴訟權能之審查階級，若可以先抽象地確定原告是否有可以主張之公權利，將可以發揮過濾之功能，避免不必要之實體審理，故比較合乎促進訴訟經濟之要求。

不過，以上論點，只有當行政法院所進行之實體審理，在審理順序上必須先確定行政處分是否違法，才能再進一步審理權利是否受侵害時，才能夠成立。因為如果真是如此，法院在確定行政處分具有客觀違法性之後，才發現原告只是反射利益受影響，根本無公權利受損害可言時，固然仍得以無理由駁回原告之訴，但其之前在確定行政處分違法與否所花費之精力均將屬無意義。如此一來，在訴訟成本上確實不合訴訟經濟之要求。但是，無論是就法律本身的規定或是就撤銷訴訟之法理而言，均未就實體審理之順序，有如上硬性之規定，故法院在實體審理中，原本可以先行就原告是否真的具有公權利受到干預予以審查，若為否定者，其即得以無理由逕行駁回原告之訴。如此處理，就不必擔心法院在實體審理上有虛擲成本之虞<sup>77</sup>。因此，就抽象上原告是否有公權利可以主張，這個實體法律解釋的問題，無論是先放在訴之合法性的要件或放在訴有無理由之要件予以處理，就法院的審理負荷及訴訟成本而言，並無真正不同。這表示，儘管通說的確仍可在訴之合法性要件審查的階段，發揮局部性防堵公民訴訟進入實體審理之功能。但這種局部性過濾對於其

---

<sup>77</sup> Vgl. Neumayer, a.a.O., 108.; Ehlers, a.a.O.(FN 47), 173 f.

最後所要追求之促進訴訟經濟，並未能真正提供比將公權利存否完全放在實體審理階段處理更佳之效果。

再者，由於法院以原告不具訴訟權能為理由而將其訴以不合法駁回後，原告仍可以用盡法律救濟途徑藉以聲明不服<sup>78</sup>，故在訴訟權能之要件採取德國通說之處理方式，對促進訴訟經濟其實並無實質之助益。

最後，即使採取通說處理方式，也無法有效地達成遏阻或至少疏減不必要之公民訴訟的效果。因為法院究竟是以其訴不合法或以其訴無理由駁回其訴，對於所謂有心興訟之公民而言，其實並無真正差別。真正可以澆熄公民任意興訟之意願的利器毋寧是訴訟費用制度<sup>79</sup>，而非法官訴訟技術之處理方式。因此也無所謂透過提高訴訟權能之審查標準更可以遏阻公民提起不必要之訴訟可言。要真正有效遏阻公民濫訴，建立合理訴訟費用制度才是關鍵。

### （3）徹底解決紛爭之需求

最後應考慮的是，採取德國通說處理方式，將這種抽象的權利存否之審查放在訴之合法性要件處理，與放在有無理由處理，在既判力方面有無實質區別可言。依照德國法制，若原告之訴因欠缺訴訟權能而不合法，法院係以訴訟判決駁回之。至於訴訟判決對於原告在抽象法律層次上並無權利（只是反射利益受影響）之判斷，亦享有既判力<sup>80</sup>。因此，法院認定原告只是反射利益受影響者，以訴訟判決駁回之，或是以本案判決駁回之，在既判力上並無不同。我國

---

<sup>78</sup> Gierth, Klagebefugnis und Popularklage, DÖV 1980, 895.

<sup>79</sup> 最近司法院研修行政訴訟法，已有意建立合理訴訟費用制度，以防止濫訴。

<sup>80</sup> 請參閱陳清秀，《行政訴訟法》，頁 486，台北自版（1999）。

行政訴訟法對於原告之訴欠缺訴之合法性要件者，係以裁定駁回之。有關裁定是否有既判力，固有所爭議<sup>81</sup>。惟若承認裁定對原告抽象上並無權利之判斷，亦具有既判力，則將這種抽象的權利存否之審查放在程序或實體審理，就既判力而言並無不同。反之，若否定裁定就此判斷享有既判力，則依德國可能性理論將抽象上權利存否之問題放在訴之合法性要件處理，反而無法藉由既判力發揮解決紛爭之功能。

#### （4）二階段審查方式之困擾

德國通說，將權利受侵害這個實體法要件存在與否的審查問題，技術性地切割為兩個階段。在訴之合法性要件審查的階段，要求法院必須終局地去確定，在抽象法律解釋之層面上，系爭案件是否有一公權利（保護第三人之規範）存在而可供原告主張，而行政處分是否違法因而侵害原告權利，則只要求依原告之事實陳述，不能排除其可能性已足。至於行政處分事實上是否干預原告之公權利，行政處分事實上是否違法等，則屬於訴有無理由之問題而留待實體審理。把這個複雜且極富技術性之二階段審查方式移植到我國，是否反徒增法官審理時區分拿捏之困擾，實值得國人深思。

其次，由前文對公權利之探討可知，在抽象法律層次上，非屬相對人之原告是否有公權利，必須依保護規範理論之法律解釋規則探討之。而這些法律規則的操作無疑涉及到極為複雜之實體法之適用，將其置於訴之合法性要件審查，是否適宜，值得深思。尤其是，我國的行政法規往往過於簡化，以致於透過抽象的解析並不易區隔

---

<sup>81</sup> 有關在行政訴訟法上裁定有無既判力之探討，請參閱陳清秀，前揭書，頁486。

出哪些私人利益可以個別化。因此，要判斷非屬相對人之原告是否有公權利，尤其是其利益事實上受影響之程度是否已超過一個臨界點而與大眾有所區隔，即不免必須針對具體案件之情況作具體分析。在這種情形，應如何劃分出訴之合法性審查及實體審理所各自應掌握之部分，法官恐怕更是難以拿捏分寸。

當然訴之合法性審查及實體審理之劃分多少帶有合目的性之考量。由本文以上探討，可以得到一個結論。德國通說實務之處理方式並不能對防堵公民訴訟以及促進訴訟經濟等要求，提供真正比主張理論更佳之效果。當一個過於複雜的方式並不能提供比簡單的方式更好的效果時，比較適當之處理方式是化繁為簡，而無須力求與德國亦步亦趨。因此，只要原告主張自己之權利因違法之行政處分而受損害，即應承認原告有撤銷訴訟之訴訟權能。

## 伍、結語

(一)、撤銷訴訟訴訟權能之寬嚴相當程度會受到行政訴之基本功能定位之影響。

(二)、我國撤銷訴訟仍是以主觀公權利保障為其核心功能。因此新行政訴訟法第四條第一項規定雖於「權利」之外，增列「法律上利益」之規定，然考其意旨，充其量只是在提醒法官不應拘泥於法條有無權利之字眼，而能運用各種公權利之判準妥為考量。其並不適宜直接作為授權法官突破主觀公權利保障模式，進而轉向客觀法規範模式之依據。

(三)、在主觀公權利保障模式下之撤銷訴訟，原則上若無法律之特別規定，法院審查的是，人民權利是否受行政處分違法之侵害，而非行政處分是否合法。但基於訴訟權能只是訴之合法性要件，故

只要原告主張自己之權利因違法之行政處分而受損害，即應承認原告有撤銷訴訟之訴訟權能。至於上述主張是否為真，則應完全屬於訴有無理由之問題。

# 中原財經法學

## 摘要

依我國新施行之行政訴訟法第四條第一項規定，必須是人民「認為其權利或法律上之利益因違法行政處分而受損害者」，始具有提起撤銷訴訟之訴訟權能。究竟原告提起之撤銷之訴，應具備何種要件，才具有作為訴之合法性要件之訴訟權能，一直是行政訴訟法上亟待解決之難題。本文由行政訴訟之基本功能出發，進而探討行政法學上之公權利理論，以釐清撤銷訴訟保護客體之「權利或法律上之利益」之規範意義。最後則係由訴訟法之角度，探討在撤銷訴訟之訴訟權能要件下原告應負之主張責任。

# 中原財經法學

關鍵字：公權利、權利受害者訴訟、相對人訴訟、第三者訴訟、公民訴訟、利害關係者訴訟、訴訟權能、法律上之利益、主張責任、主張理論、可能性理論、有說服性理論

**Die Klagebefugnis im verwaltungsgerichtlichen  
Anfechtungsverfahren**

中原財經法學