

第三版：

## 由案例研析訴願法第二十八條第二項之規定(中)

林柄佑

### 參、研討與分析

一、對於經濟部在撤銷或變更原處分前，是否應依訴願法第二十八條第二項之規定，通知與訴願利害關係相反的第三人參加訴願程序的問題，目前主要的爭議點在於：對訴願法第二十八條第二項所規定「足以影響第三人權益者」應如何解讀？

在實務上，目前經濟部對於是否要通知第三人參加訴願，主要取決於經濟部訴願審議委員會的自行判斷，依據筆者統計查詢資料結果顯示，對於涉及專利舉發（異議）事件的訴願審查，經濟部在撤銷原處分前，未通知第三人參加訴願程序的比例約佔 55% 左右（註九），並且若經濟部被質疑未通知第三人參加訴願程序有違訴願法第二十八條第二項之規定時，經濟部所持的見解略為：「經濟部並非自為舉發（異議）成立或不成立之決定，亦非責令原處分機關（即智慧局）應為特定結果之處分，並且原處分機關重為審查後之處分不當然會對第三人之權益有所影響，因此撤銷原處分之訴願決定，尚難謂已足以影響第三人之權益，應無踐行通知原告參加訴願之必要。」

對於專利舉發（異議）事件，若經濟部在撤銷原處分前未通知第三人參加訴願程序，第三人對此訴願決定提起行政訴訟的實際案例相當少，依據筆者於 94 年 11 月 2 日於司法院法學資料檢索系統的查詢結果只有七件相關判決，因此只能透過這些判決來檢視經濟部目前在實務上作法的合理性及適法性。其中：

（一）在 89 年度訴字第 4005 號及 90 年度訴字第 2844 號等較早期的行政訴訟判決中，台北高等行政法院均爰引行政法院（註十）二十七年判字第二八號判例（註十一），以智慧局的原行政處分業經訴願決定撤銷而不存在，以欠缺權利保護要件而駁回原告之訴。

由於前揭的兩個台北高等行政法院判決所涉及訴願決定（註十

二) 的決定日期，均在現行訴願法正式施行日期 89 年 7 月 1 日的前後，可能因為面臨我國行政訴訟制度及訴願制度的大幅度變革，因此發生台北高等行政法院對於第三人針對訴願決定所提出的行政訴訟，直接以欠缺權利保護要件而駁回原告之訴，目前已經沒有發現類似的判決。

(二) 在 91 年度訴字第 2968 號、91 年度訴字第 3381 號及 92 年度訴字第 1136 號等三件行政訴訟判決中，原告於獲知智慧局的第一次處分遭經濟部的訴願決定所撤銷時，均未直接針對該訴願決定提起行政訴訟，原告均是針對智慧局依該訴願決定意旨所重為的第二次處分提起行政訴訟，併同在訴訟理由中主張：「經濟部在撤銷智慧局的第一次處分時，未依訴願法第二十八條第二項之規定通知原告，並且未將其訴願決定之正本送達原告，致使原告當時完全無法得知該訴願之進行或有該訴願之存在，依法應認為該訴願決定違法無效。」

然因為這三件行政訴訟的被告機關為智慧局，不是當初作成訴願決定的經濟部，並且早已超過該訴願決定可以提起行政救濟的法定不變期間，致使台北高等行政法院對於原告主張該訴願決定違法的部份，以「被告機關(即智慧局)已依該次訴願決定發回意旨重為處分，原告已循序提起訴願及行政訴訟，本件行政訴訟之訴訟標的係請求撤銷被告機關重為之處分及其訴願決定，與前次訴願決定無關，自無於本件行政訴訟論究前次訴願決定瑕疵之實益」(註十三)為由，僅針對被告所為第二次處分是否有違法的部份進行審判，不再論究前次訴願決定是否違法。

因此，若第三人若認為經濟部未於撤銷或變更原處分前，通知第三人參加訴願程序及表示意見，違反訴願法第二十八條第二項之規定，依據行政訴訟法第一百零六條第一項(註十四)後段之規定，應在自知悉時起算兩個月的不變期間內，針對該訴願決定提起撤銷訴訟，否則即失去對該訴願決定提起行政救濟的機會。

(三) 在 91 年度訴字第 2552 號的行政訴訟判決中，原告主張：「原告為該件專利異議案之專利申請權人，被告(即經濟部)作出前

揭「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分」訴願決定，自屬有損原告之權益，被告自應依訴願法第二十八條第二項之規定通知原告參加訴願表示意見，惟被告依法應通知原告參加訴願表示意見竟疏未通知，故其訴願決定，自屬違法不當，依法應予撤銷。」

經濟部答辯時主張：「本件主要爭點在於經濟部就異議證據是否具證據力之認定問題，經濟部將原處分撤銷，由原處分機關（即智慧局）重循依法定程序重為審酌，經濟部並未實質認定原處分機關應重為對原告不利益之處分，是本件訴願決定難謂損及原告之權益。再者，本件專利異議案由原處分機關所為之處分，業經經濟部的訴願決定所撤銷而不復存在，原處分既經撤銷，於原處分機關未重為處分前，本件原告究有無法律上權利或利益受損害，尚無從認定，本件行政訴訟顯屬欠缺權利保護要件。」

台北高等行政法院未直接採認原告或被告之主張，於判決理由說明：「參加人（即關係人）於訴願階段所檢送之證據，究為新證據或補強證據，關乎被告（即經濟部）是否應予審酌，茲被告未通知原告參加訴願表示意見，即遽認為補強證據，並發回原處分機關重為審酌，顯然損及原告之權益。本件被告應踐行之法定程序，竟疏未踐行，其所作成之訴願決定，即屬違法不當，而無可維持。原告起訴意旨執此指摘，為有理由，爰將訴願決定撤銷，由訴願決定機關重依法定程序審議。」

從本件行政訴訟判決的理由，可以顯示台北高等行政法院會實質審查訴願機關撤銷原處分之依據，是否會因為原告（即第三人）參加訴願程序及表示意見而受到影響，若可能會影響訴願決定，訴願機關即應依訴願法第二十八條第二項之規定，通知第三人參加訴願程序及表示意見，否則即構成違法。

（四）在 92 年度訴字第 2306 號的行政訴訟判決中，原告主張：「被告（即經濟部）無視於訴願法第二十八條第二項之規定，在未通知原告參加訴願程序表示意見之情形下，即逕為足以損害原告權利及法律上之利益之訴願決定，將有利於原告之原處分撤銷，並命原處分

機關另為處分。被告所為之訴願決定顯然違法不當，應予撤銷。」原告並爰引 91 年度訴字第 2552 號行政訴訟判決來支持原告之論點。

經濟部答辯時主張：「本件係因事涉原處分機關針對申請專利範圍修正之審查基準，．．．，被告居於上級機關監督之地位，將原處分撤銷，由原處分機關．．．，另為適法之處分。被告並非自為舉發成立之決定，亦非責令原處分機關應重為舉發成立之處分，且原處分機關重為審查後之處分並不當然即對原告之權益有所影響，因此，本件被告所為之撤銷原處分之訴願決定，尚難謂已足以影響原告之權益，應無踐行通知原告參加訴願之必要。」

台北高等行政法院未直接採認原告及被告之主張，於判決理由說明：「本件被告縱於作成原處分撤銷之訴願決定前，依訴願法第二十八條第二項規定，通知原告參加訴願程序，表示意見，然前揭原處分機關未就原告援引之法條予以論究，及原處分機關未針對系爭案九十年十月二十三日修正後之申請專利範圍第一項增列「序列電碼」來源論明之違法情形依然存在，被告不致因原告參加訴願程序而作成另一不同之決定，是被告此違反程序之情形尚難謂為嚴重，而構成撤銷之原因。」

從本件行政訴訟判決的理由，可以顯示台北高等行政法院確實會實質審查訴願機關撤銷原處分之依據，是否會因為原告（即第三人）參加訴願程序及表示意見而受到影響，若不會受到影響，縱使訴願機關未通知第三人參加訴願程序及表示意見，基於訴願決定之瑕疵難謂為嚴重，尚不足以構成撤銷之原因。

歸納整理目前所能查詢到涉及訴願法第二十八條第二項之行政訴訟判決，顯示對於訴願機關在撤銷或變更原處分前，是否應依訴願法第二十八條第二項之規定，通知第三人參加訴願程序及表示意見，台北高等行政法院顯非單純著眼於訴願機關是否通知第三人參加訴願程序之形式，將會在實質上審酌訴願機關撤銷原處分之依據，是否會因為第三人參加訴願程序而受到影響，若明顯不會受到影響，縱使訴願機關有未通知第三人參加訴願程序之瑕疵，台北高等行政法院認

為尚不足以構成撤銷訴願決定之依據。

依據目前的台北高等行政法院於行政訴訟判決所揭櫫之原則，目前經濟部在撤銷或變更原處分前，大多數未通知與訴願利害關係相反的第三人參加訴願程序之作法，顯然許多個案構成違反訴願法第二十八條第二項之規定，實有重新調整修正之必要，經濟部在判斷是否通知第三人參加訴願程序，應著眼於通知第三人參加訴願是否可能影響訴願決定之判斷，不應直接以未審核兩造實質權利或論點，以及未命原處分機關為特定之處分為由，認定對第三人權益實無影響而未通知參加訴願程序，否則不僅會對第三人造成利益上的損害，並且將無法通過行政訴訟之檢驗。

再者，目前無論是訴願機關或台北高等行政法院，對於訴願法第二十八條第二項之解讀及適用，均未見爰引該條文立法理由的觀點，意即：「經濟部對於由被舉發人所提出的訴願案件，欲撤銷或變更的原處分時，應通知第三人（即舉發人）參加訴願；對於由舉發人所提出的訴願案件，欲撤銷或變更原處分時，因第三人（即被舉發人）非本舉發案之申請人，並且尚未實質認定原處分機關會重為對被舉發人不利益之處分，不必通知被舉發人參加訴願程序。」雖然目前行政訴訟的判決或訴願機關在實務上的作法，均未採用立法理由的觀點，不過由於該觀點係明文記載於訴願法第二十八條第二項的立法理由中，尚有待日後再進一步加以研議及釐清之必要。

二、對於智慧局在原處分遭經濟部撤銷時，是否應待無人對訴願決定確定後，再重行審查及作出處分的問題，依據目前在實務上的作法，若經濟部以訴願決定撤銷原處分時，目前智慧局均已經會管制等到訴願決定確定後，再重為審查，應當不會發生如本文所提案例，發生因為審查流程分向同時進行所造成重覆審查的混亂狀況。

三、我國大幅修正的訴願法、行政訴訟法及行政程序法係陸續自89年7月1日及90年1月1日施行，由於施行的時間尚短，並且缺乏足夠的實際案例來驗證，對於原訴願決定遭台北高等行政法院撤銷後，對於智慧局依據原訴願決定而重為審查且已經確定之第二次處

分，是否會因為原訴願決定於遭撤銷而構成違法？以及經濟部在重新進行訴願審查時，是否應考量智慧局所為已經確定之第二次處分？對於這兩個問題，筆者認為可以分為兩種觀點來討論，其中：

第一種觀點認為雖然智慧局的重新審查係因為原處分遭訴願決定撤銷所發起，如果原訴願決定未責成智慧局為特定之處分或對特定爭點進行實質上之判斷，僅係將原處分撤銷而另為適法之處分，智慧局在重新審查時，若認為第一次處分確有違法之情事而作成第二次之處分，參酌行政程序法第一百十七條（註十五）之規定，對於違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關尚得依職權為全部或一部之撤銷而重為處分，因此智慧局所為第二次處分應不致於因原訴願決定遭撤銷而當然構成違法：

再者，智慧局的第二次處分係對舉發（異議）案重新進行實質上審查，基於第二次處分的實質內容合理適法且已經確定，行政機關自應受已經確定的行政處分之拘束，經濟部在重新進行訴願審查時，應爰引智慧局第二次所為「異議成立，應不予專利」之處分已經審查確定而作成訴願駁回之決定。

第二種觀點認為智慧局的重新審查係導因於原處分遭訴願決定撤銷所發起，並且智慧局應待經濟部的訴願決定確定後，方能進行審查，不僅智慧局的第二次處分在程序上明顯有瑕疵，並且在原訴願決定遭到撤銷後，智慧局的第一次處分重新繫屬於未確定狀態，智慧局的第二次處分自應視為欠缺合法要件之行政處分而當然構成違法；

再者，訴願人係針對智慧局第一次之處分提起訴願，經濟部應依法對於智慧局第一次之處分是否有違法或不當瑕疵，致損害訴願人的權利或利益進行審查，不應受到智慧局第二次之處分所影響。

筆者個人認為第二種見解較為合理適法，因為智慧局重為第二次處分係依據原訴願決定將第一次處分撤銷後所為，原訴願決定既遭撤銷，智慧局所重為第二次處分之法律基礎即已發生動搖，因此智慧局的第二次處分自當構成違法；再者，若採取第一種見解，將勢必同樣會對訴願決定所提起行政訴訟之造成影響，明顯喪失行政救濟制度的

真實意義。

四、智慧局對於已經確定之處分，是否可以直接自行撤銷的問題，涉及到該確定之處分是否有違法或不當瑕疵，對於違法之行政處分縱使已經確定，依據行政程序法第一百十七條之規定，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；再者，專利舉發（異議）案之處分，應為非授予利益之行政處分，依據行政程序法第一百二十二條（註十六）之規定，對於非授予利益之合法行政處分，原處分機關得依職權為全部或一部之廢止。

因此，縱使專利舉發（異議）案之處分已經確定，若智慧局認為有必要時，依然可以依職權為全部或一部之撤銷或廢止。在案例中，智慧局於第三次處分將已經確定的第二次處分予以撤銷應屬合法。

#### 肆、結語

本文主要是以實際案例之案情發展及行政訴訟判決之整理，歸納解析訴願法第二十八條第二項在實務運作上的見解及發展方向，並希望透過不同見解及判決之說明，提供日後在處理實際個案時，能夠選擇對某甲有利的觀點進行爭取，藉以對訴願參加制度能夠有更深入的瞭解。

參考文獻：

註九：依據筆者於 94 年 11 月 2 日在經濟部訴願審議委員會網站的查詢結果，對於專利異議事件，經濟部在撤銷原處分前有通知第三人參加訴願的件數為 83 件，未通知第三人參加訴願的件數為 117 件；對於專利舉發事件，經濟部在撤銷原處分前有通知第三人參加訴願的件數為 41 件，未通知第三人參加訴願的件數為 38 件。

註十：現改制為最高行政法院。

註十一：行政訴訟原以官署之處分為標的倘事實上原處分已不存在則原告之訴因訴訟標的之消滅即應予以駁回。

註十二：90 年度訴字第 2844 號判決的對象為經濟部 89 年 3 月 7 日經（八九）訴字第 05766 號訴願決定；89 年度訴字第 4005 號判決的對象為經濟部 89 年 11 月 3 日經（八九）訴字第 089089270 號訴願決定。

註十三：詳參台北高等行政法院 92 年度訴字第 1136 號判決。

註十四：同註 7。

註十五：違法行政處分於法定救濟期間經過後，原處分機關得依職權為全部或一部之撤銷；其上級機關，亦得為之。但有下列各款情形之一者，不得撤銷：

一、撤銷對公益有重大危害者。

二、受益人無第一百十九條所列信賴不值得保護之情形，而信賴授予利益之行政處分，其信賴利益顯然大於撤銷所欲維護之公益者。

註十六：非授予利益之合法行政處分，得由原處分機關依職權為全部或一部之廢止。但廢止後仍應為同一內容之處分或依法不得廢止者，不在此限。