109 年度高等行政法院法律座談會提案

第 1 號

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

遺產及贈與稅法第 17 條第 1 項第 6 款規定：「左列各款，應自遺產總額中扣除，免徵遺產稅：……六、遺產中作農業使用之農業用地及其地上農作物，由繼承人或受遺贈人承受者，扣除其土地及地上農作物價值之全數。……」及農業發展條例第 38 條第 1 項規定：「作農業使用之農業用地及其地上農作物，由繼承人或受遺贈人承受者，其土地及地上農作物之價值，免徵遺產稅……」其中，「作農業使用」是否須以整宗土地面積均作農業使用，始符合免徵遺產稅？

三、討論意見：

甲說：須整宗土地均作農業使用，始符合免徵遺產稅。

按土地法第 40 條規定，地籍整理以縣市分區，區內分段，段再分宗，依宗編號，此即為宗地，而此之「宗」，即一般所稱「筆」，可知土地係以「宗」為最小計算單位，而遺產土地之核算亦以宗地（筆）為單位，舉凡核課、徵免均按宗為認定標準，其所以如此，除「宗地」係土地最小之計算單位外，同時亦為管理之行政手段所必須，是農地之核准免稅，係以宗為單位，即依每宗為徵免之標準。準此，遺產中之農業用地，有無作農業使用，而得依遺產及贈與稅法第 17 條第 1 項第 6 款自遺產總額中扣除，應依各筆農業用地之使用狀態個別認定。而遺產中作農業使用之農業用地經稽徵機關依法核定免徵遺產稅後予以列管，及列管中納稅義務人未繼續作農業使用而追繳原免稅款時，亦皆以「宗地（筆）」為準(見最高行政法院 105 年度判字第 318 號判決、103 年度判字第 413 號判決、102 年度判字第 482 號判決、100 年度判字第 1098 號判決)。遺產及贈與稅法第 17

條第1項第6款及農業發展條例第38條第1項規定，遺產中作農業使用之農業用地，自遺產總額中扣除，免徵遺產稅，其規範目的在於促進農業發展，鼓勵承受人能將農業用地繼續作農業使用，且依租稅法定主義，租稅之徵免均須法律明文規定，前開規定既無農業用地部分未作農業使用，得按實際作農業使用之面積免徵遺產稅之明文，則有關農地農用證明書之審核及經核准免稅農業用地之定期檢查及抽查，均以整宗用地是否作農業使用及是否符合土地使用管制規定為查核基準，核與農業發展條例獎勵農地農用之立法意旨相符(最高行政法院104年度判字第118號判決意旨參照)。

乙說：整宗土地雖未全部作農業使用，其中實際作農業使用且已取得農業用地作農業使用證明書部分，仍符合免徵遺產稅。依遺產及贈與稅法第17條第1項第6款及農業發展條例第38條第1項規定，均係以「作農業使用之農業用地」、「扣除其土地價值」、「土地價值免稅」為規範要件，並無規定須以「宗」地為最小單位。而依行政院農業委員會90年7月31日農企字第900010341號函，認定共有土地之應有部分或分管部分在符合一定條件下，亦得核發農業用地作農業使用證明書，而得作為農業用地作農業使用免徵遺產稅之依據，非必須以「宗」為單位始得核發證明或免徵遺產稅（最高行政法院107年度判字第145號判決意旨參照)。

四、初步研討結果：採乙說。

五、大會研討結果：

多數採乙說(經付大會表決結果:實到人49數:，採甲說12票，採乙說22票)。

六、相關法條：

土地法第 40 條

遺產及贈與稅法第 17 條第 1 項第 6 款

農業發展條例第 38 條第 1 項

行政院農業委員會 90 年 7 月 31 日農企字第 900010341 號函全文內容：

一、查農業發展條例第 31 條明定耕地之使用必須符合土地使用分區管制相關法令規定，始得辦理所有權移轉登記；又同條例第 37 條及第 38 條明定作農業使用之農業用地，其移轉得申請不課徵土地增值稅或免徵遺產稅、贈與稅。所稱「農業使用」並於同條例第 3 條有明確定義。因共有土地之權屬關係較單獨所有者複雜，為保障各共有人之權益，同時兼顧前開法律規定，本會曾多次邀集內政部、財政部、法務部及各縣(市)政府開會研商，以謀適法之措施，經彙整其結論包括：

請共有人依法先申請農地分割為單獨所有，以使產權單純化。

共有土地如無違規使用情事，且符合作農業使用之認定基準，可依規定核發農業用地作農業使用證明書；如有違規情事，應請補附「全部共有人之分管契約書」，以證明申請移轉部分為申請人所分管且無違規使用情事。

共有土地如有部分違規使用之情事者，可由該違規使用之共有人簽章切結該違規使用部分之土地確為其分管，並附具分管區域之地籍圖，且標明其分管之位置。如其違規面積小於或等於切結人應有持分面積，則未違規部分得以核發農業用地作農業使用證明書，以利辦理耕地所有權移轉登記及申請賦稅減免優惠。

如有因他共有人無法尋覓、死亡或不願切結違規使用等等情事，致無法取得全體共有人合意之分管證明者，得以「共有人過半數及其應有部份合計過半數之同意；或應有部份合計過三分之二者，其人數不予計算。」之分管證明為之，惟鄉(鎮、市、區)公所於接受前開部份共有人簽結之分管證明時，為兼顧其他共有人之權益，應參酌行政程序法第 104 條至第 106 條及第 1 章第 6 節相關規定妥處。

二、前開措施均已兼顧法、理、情之要求，各機關如另有其他適法措施之建議案，請惠提供，俾利本會研議參採。

七、參考資料：

甲說：

1. 最高行政法院 104 年度判字第 118 號判決

2. 最高行政法院 105 年度判字第 318 號判決

乙說：最高行政法院 107 年度判字第 145 號判決

第 2 號

一、提案機關：臺北高等行政法院

二、法律問題：

再審原告甲因收回被徵收土地事件，主張本件於 77 年核准之徵收，有逾徵收計畫使用期限而未使用及未依核准原定興辦事業使用之情事，乃依土地法第 219 條規定，於 105 年間申請照原徵收補償價額收回被徵收土地，嗣經該管地方主管機關以已逾法定聲請收回之 5 年期限，報經再審被告內政部否准其申請，再審原告循序提起行政訴訟，經管轄高等行政法院(下稱 A 法院)判決(下稱原判決)駁回其訴，判決書於 107 年 1 月 10 日送達，再審原告委任律師為訴訟代理人，主張都市計畫法第 83 條明文規定使用期限不受土地法第 219 條之限制，基於一體適用之解釋原則，收回期間亦不應受土地法第 219 條之限制；況「收回期間」顯非「使用期限」，土地法第 219 條第 1 項所定 5 年期間，經對照都市計畫法第 83 條之規定內容，立法者顯係將土地法第 219 條第 1 項之 5 年期間定義為「使用期限」而非「收回期間」，原判決竟謂本件應適用土地法第 219 條第 1 項之規定，即收回期間應為 5 年，顯有適用土地法第 219 條及都市計畫法第 83 條規定錯誤之判決違背法令情事等由，於 107 年 1 月 26 日提起上訴(無庸扣除在途期間)；經最高行政法院以其上訴理由，係對原判決不採之論點，執其歧異之法律見解再為爭執，或就原審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，難認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘，認其上訴不合法，於 107 年 7 月 1 日裁定駁回上訴，並於 107 年 7 月 10 日送達裁定。再審原告主張原判決適用法規顯有錯誤，於 107 年 7 月 20 日向 A 法院提起再審之訴。問再審原告甲提起再審之訴是否已逾再審不變期間？

三、討論意見：

甲說：肯定說—已逾期

(一)再審之訴應於 30 日之不變期間內提起。前項期間自判決確

定時起算，判決於送達前確定者，自送達時起算；其再審之理由發生或知悉在後者，均自知悉時起算，行政訴訟法第 276 條第 1 項及第 2 項定有明文。

(二)判決於上訴期間屆滿時確定；但於上訴期間內有合法之上訴者，阻其確定，行政訴訟法第 212 條第 1 項規定甚明。準此，原判決不因不合法之上訴而阻其確定，仍於上訴期間屆滿時確定（最高法院 23 年抗字第 3247 號民事判例參照）。

(三)原判決於 107 年 1 月 10 日送達，再審原告於 107 年 1 月 26 日提起上訴，惟最高行政法院認其上訴不合法，於 107 年 7 月 1 日裁定駁回上訴確定。依上開說明，原判決不因不合法之上訴而阻其確定，仍於上訴期間屆滿時確定。原判決既於 107 年 1 月 10 日送達，自送達翌日起 20 日（本件無庸扣除在途期間），應於 107 年 1 月 30 日即告確定。再審不變期間 30 日自判決確定之翌日起，算至 107 年 3 月 1 日即告屆滿。然再審原告遲至 107 年 7 月 20 日始提起再審之訴，顯然已逾 30 日再審不變期間。

乙說：否定說—未逾期

(一)民事訴訟法第 398 條第 1 項規定與上引行政訴訟法第 212 條第 1 項規定相同。就上訴期間內提起上訴，上訴因不合法經裁定駁回者，對於原判決提起再審之訴，其不變期間應自何時起算？參照民事訴訟實務見解，認在不合法上訴之駁回裁定確定前，尚無從斷定上訴不合法，應於駁回上訴之裁定確定時，始知原判決確定，故對於該原判決提起再審之訴，其不變期間應自駁回上訴之裁定確定時起算(最高法院 67 年台抗字第 495 號民事判例參照)。但對於已逾上訴期間之上訴，經以上訴逾期為不合法而裁定駁回者，其再審之不變期間仍應自原判決確定之翌日起算（最高法院 78 年台抗字第 149 號民事裁判要旨【已編審為判例】參

照）。

(二)上開民事實務見解，理論上及其適用範圍，固尚有爭議，有認至少應不包括自始無上訴權或喪失上訴權之情形在內（楊建華原著/鄭傑夫增訂 民事訴訟法要論 102 年 8 月出版第 487 頁參照）。惟就本設題所示，上訴時已提出上訴理由，主張原判決違背法令，嗣經終審法院以其上訴難認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘，認上訴不合法，裁定駁回上訴之情以觀，上訴人於提起上訴時，確無從斷定上訴為不合法，如何期待其於受裁定駁回上訴前，即時而適法地提起再審之訴。因此，如認原判決仍於上訴期間屆滿時(107 年 1 月 30 日)確定，將令其措手不及，並非合理，亦影響其依法得提起再審之訴訟權益。此與上訴逾期或未繳納裁判費、全然未表明上訴理由等程式不備，上訴因不合法經裁定駁回之情，迥然有別。

(三)原判決於 107 年 1 月 10 日送達，再審原告於 107 年 1 月 26 日提起上訴(已記載上訴理由，主張原判決違背法令)，嗣經終審法院以其上訴難認對原判決之如何違背法令已有具體之指摘，認其上訴不合法，於 107 年 7 月 1 日裁定駁回上訴，並於 107 年 7 月 10 日送達裁定。再審原告主張原判決適用法規顯有錯誤，於 107 年 7 月 20 日即向管轄 A 法院提起再審之訴，並未逾 30 日再審之不變期間。

四、初步研討結果：決議採乙說。

五、大會研討結果：

採乙說(經付大會表決結果:實到人 49 數:，採甲說 10 票，採乙說 39 票)。

六、相關法條：

(一)89 年 2 月 2 日制定公布之土地徵收條例第 61 條

(二)土地法第 219 條第 1 項

(三)都市計畫法第 83 條

(四)行政訴訟法第 276 條第 1 項及第 2 項

(五)行政訴訟法第 212 條第 1 項

（民事訴訟法第 398 條第 1 項同此規定）

七、參考資料：

(一)最高法院 23 年抗字第 3247 號民事判例

(二)最高法院 67 年台抗字第 495 號民事判例

(三)最高法院 78 年度台抗字第 149 號民事裁判(已審編為判例)

(四)司法院院解字第 3007 號解釋（解釋日期：民國 34 年 11 月 5 日）

第 3 號

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

甲於大陸網站購買非屬臺灣地區與大陸地區貿易許可辦法規定准許輸入之大陸物品，再以快遞方式透過國內線貨輪運送至臺灣，經海關審認甲有為規避檢查，逃避管制，未向海關申報而運輸貨物進入國境之私運貨物違章成立，乃依據海關緝私條例第 36 條第 1 項及第 3 項規定，處貨價 1 倍新臺幣 30,000 元之罰鍰並沒入貨物，甲不服該處分，循序向高等行政法院提起行政訴訟，高等行政法院應如何處理？

三、討論意見：

甲說：應裁定移送地方法院行政訴訟庭

受沒入處分之貨物有其財產價值，且低於新臺幣 40 萬以下，應屬行政訴訟法第 229 條第 2 項第 3 款規定之「其他關於公法上財產關係之訴訟其標的之金額或價額在新臺幣 40 萬元以下者」。本件罰鍰與遭沒入之貨物價值總計在新臺幣 40 萬以下，依行政訴訟法第 229 條第 2 項第 2 款、第 3 款規定，應適用簡易訴訟程序（臺北高等行政法院 104 年度訴字第 1582 號裁定、臺灣高雄地方法院行政訴訟庭 104 年度簡字第 16 號判決、臺灣彰化地方法院行政訴訟庭 107 年度簡字第 41 號判決及臺灣桃園地方法院行政訴訟庭 107 年度簡字第 101 號判決）。

乙說：應適用通常程序審理

行政訴訟法第 229 條第 2 項明定適用簡易訴訟程序之事件範圍，是若不該當上開規定各款之要件，即應踐行通常訴訟程序。適用前條第 2 項第 3 款規定，須以公法上財產關係之訴訟為要件（例如公法上不當得利、退稅請求等），而沒入係因違反行政法上義務而受非難處分，其性質屬行政罰之一，關於各類行政罰係規定於前條第 2 項第 2 款規定 40 萬元以下之罰鍰處分及同條項第 4 款規定警告性性質之輕微處分始適用簡易程序，是沒

入處分涉訟非屬因「公法上財產關係訴訟」，且又不該當其他各款之要件，則不論沒入之貨物價值，均應適用通常訴訟程序(102年度高等行政法院及地方法院行政訴訟庭法律座談會提案五參照)，本件即應適用通常程序審理。

四、初步研討結果：採甲說。

五、大會研討結果：

採甲說(經付大會表決結果:實到人數49:，採甲說37票，採乙說2票)。

六、相關法條：

(一)行政訴訟法第229條第2、3項

(二)海關緝私條例第36條第1、3項

七、參考資料：

(一)臺北高等行政法院104年度訴字第1582號裁定

(二)臺灣高雄地方法院行政訴訟庭104年度簡字第16號判決

(三)臺灣彰化地方法院行政訴訟庭107年度簡字第41號判決

(四)臺灣桃園地方法院行政訴訟庭107年度簡字第101號判決

(五)102年度高等行政法院及地方法院行政訴訟庭法律座談會提案五

第 4 號

一、提案機關：臺中高等行政法院

二、法律問題：

某甲於 84 年公寓大廈管理條例公布前所為有關同條例第 8 條第 1 項規定之情形，於條例施行後經制止而不遵從者，對其可否依嗣後公布之同條例第 49 條第 1 項第 2 款規定（92 年修正前為第 39 條第 1 項、第 2 款）為裁罰及命回復原狀處分？

三、討論意見：

甲說：否定說。

按行政法係以不溯及既往為原則，而以溯及既往為例外，除立法機關於制定法律之際，因衡量公益之維護與利益之保護之結果，明定行政法規得例外溯及既往外，行政機關於適用行政法規時，自應遵守不溯及既往原則，不得溯及適用於法規制定生效前業已終結之事實或法律關係，以維持法律秩序之安定。違反公寓大廈管理條例第 8 條第 1 項規定之處罰，須符合住戶有變更使用之行為及經制止而無效者為其前提要件。而第 8 條第 3 項所指「回復原狀」，係以主管機關依第 49 條第 1 項第 2 款處以罰鍰後，住戶應於一個月內回復原狀而言。準此，住戶之違反行為及管理委員會或主管機關之制止行為，均須以對於公寓大廈管理條例施行後之行為人為限。至公寓大廈管理條例施行前，如有違反規定變更使用者，因屬既存之違建，僅能適用行為時之建築法或其相關法規處理，方符法規不溯及既往之原則。

乙說：肯定說。

(一)公寓大廈管理條例第 49 條第 1 項第 2 款規範之對象為住戶，住戶如有違反同條例第 8 條第 1 項之規定予以變更使用，因對該變更使用物具事實上之處分、管理權能，雖其變更使用係在同條例施行前所為，因在繼續使用狀態中，

自應受公寓大廈管理條例之規範，並無法律不溯及既往原則之適用。

(二)學理上所稱不真正溯及既往，係指法律適用於法律生效前已發生，而於法律生效後仍繼續存在之事實。公寓大廈管理條例雖於 84 年 6 月 28 日始經總統公布施行，惟於公布前之變更使用行為，於該條例公布後仍繼續存在，自應受公布後公寓大廈管理條例之拘束。

四、初步研討結果：乙說。

五、大會研討結果：

採乙說(經付大會表決結果:實到人數 42:，採甲說 11 票，採乙說 22 票)。

六、相關法條：

公寓大廈管理條例（現行法，105/11/1 修正、105/11/16 公布）

第 8 條第 1 項、第 2 項及第 3 項

第 49 條第 1 項第 2 款

七、參考資料：

甲說：

1.最高行政法院 92 年判字第 1322 號判決

2.臺北高等行政法院 92 年訴字第 285 號判決

3.臺中高等行政法院 98 年簡字第 44 號判決

4.臺北高等行政法院 108 年度訴字第 70 號判決

乙說：

1.最高行政法院 92 年判字 1623 號判決（原判決為臺北高等行政法院 90 年訴字第 5903 號）

2.臺北高等行政法院 90 年訴字第 5903 號判決

3.最高行政法院 92 年裁字第 1847 號裁定（原判決為臺北高等行政法院 90 年訴字第 4874 號）

4.臺北高等行政法院 90 年訴字第 4874 號判決

第 5 號

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

某甲於民國 102 年 3 月至 4 月間，上網向臺鐵申請團體票訂票商店代碼，再以電腦訂票程式訂購臺鐵團體票計 11,440 張（票價總計新臺幣【下同】1,143,700 元），並以每張車票加價 10 元之代價販售給各大藝品店，為警查獲，經依 67 年 7 月 26 日訂定之鐵路法第 65 條規定移送地方檢察署偵辦，後來因為 103 年 6 月 18 日修正鐵路法第 65 條第 1 項規定，將加價販售車票圖利之行為，由刑罰改為行政罰，地方檢察署檢察官乃對某甲為不起訴處分，並移送交通部予以裁處，請問交通部於 104 年對某甲加價販售車票圖利之違法行為處罰時，應如何論處？

三、討論意見：

甲說：應適用 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定裁處罰鍰，但應依修正前 67 年鐵路法第 65 條規定最重的法律效果範圍內為之。

(一)關於購買車票加價出售圖利之制裁，67 年鐵路法第 65 條原規定「處拘役或科或併科 1 千元以下罰金」之刑罰，嗣於 103 年修正鐵路法第 65 條第 1 項規定「按車票張數裁處每張車票價格 1 倍至 10 倍罰鍰」之行政罰，將原本的刑事制裁予以除罪化，改以行政罰制裁行為人。是某甲於舊法時期購買車票加價出售圖利，而違反 67 年鐵路法第 65 條規定，嗣於新法時期制裁時，由於無論新舊法時期，該行為均屬不法行為而具有可罰性，且因 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定的行政罰，較 67 年鐵路法第 65 條規定的刑罰為輕，故應依行政罰法第 5 條規定的「從新從輕原則」，適用 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定裁處（參酌司法院院解字第 3389 號解釋意旨）。

(二)然而，無論刑法第 1 條所定之罪刑法定主義或行政罰法第 4 條所定之處罰法定主義，均建立在行為時法律有明文規定刑罰或行政罰之構成要件及其法律效果之基礎上，而且對行為人的制

裁，亦應在行為時法律所明定的法律效果範圍之內（惟如適用刑法第 2 條所定的從舊從輕原則或行政罰法第 5 條所定的從新從輕原則，則可能處以較原定範圍為輕之處罰），方不會使行為人擔負其行為時法律所未規定的責任，致其遭受無法預見或預計的懲罰。67 年鐵路法第 65 條之法律效果，最重僅能處拘役 59 日併科銀元 1,000 元以下罰金，且拘役部分原則上最重得以 3,000 元折算 1 日易科為罰金，故本件某甲預見其行為所可能遭受之制裁，自係以行為時上述得以最高額易科為罰金的拘役 59 日併科銀元 1 千元罰金的法律效果即 180,000 元（3,000 元×59 日+1,000 銀元×3=180,000 元）為限。某甲衡量其行為之可罰性後，既仍執意為之，固應受罰，惟參酌上述行政罰法第 4 條所定處罰法定主義之意旨，交通部依 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定對某甲裁處罰鍰時，即應於上述最重之法律效果範圍內為之。若依 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定，按照某甲購票後加價出售之張數 11,440 張，縱以每張車票價格 1 倍之罰鍰 1,143,700 元，已大幅逾越某甲行為時對其行為可罰性之預見（計）可能範圍，有悖於處罰法定主義的要求。

乙說：應適用 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定的構成要件及法律效果裁處，不得割裂適用。

(一)67 年鐵路法第 65 條及 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定，就購買車票加價出售圖利之處罰，經核其構成要件及立法目的應具有同一性，其不法性由刑罰修正為行政罰，仍具有延續性，並非就此不罰。而某甲於行為時 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定固尚未修正，惟交通部裁處時，已經修正施行，是依行政罰法第 5 條從新從輕原則，自應適用裁處時最有利於受處罰者之規範。

(二)關於新舊法處罰輕重之比較，67 年鐵路法第 65 條及 103 年鐵路法第 65 條第 1 項就購買車票加價出售圖利之構成要件均相同，僅就處罰規定即法律效果部分有所差異。67 年鐵路法第 65

條規定之法定刑為處拘役或科或併科 1 千元以下罰金，而 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定則係按車票張數裁處每張車票價格 1 倍至 10 倍之罰鍰。又刑罰與行政罰之比較，基於刑罰權係屬國家權力最具嚴厲性的制裁，以及秩序罰比較不具有反社會倫理性的不法內涵，縱然秩序罰的最高罰鍰金額，大於刑罰的罰金金額，仍應認為秩序罰規定較輕；更何況刑罰規定可能尚有可處徒刑、拘役之規定，依照刑法第 35 條第 1 項規定揭示，有期徒刑、拘役之自由刑應較罰金刑，對人民權益剝奪限制更為嚴重。準此，就 67 年鐵路法第 65 條規定之法定刑可處拘役之短期自由刑，相較於 103 年鐵路法第 65 條第 1 項修正為罰鍰之單純剝奪人民財產權，對受處罰者較為不利。

(三)甲說固以拘役原則上最重得以 3,000 元折算 1 日易科為罰金，與修法後按車票張數裁處每張車票價格一定倍數之罰鍰，作為兩者法律效果比較之論據。關於從新從輕原則之比較範圍，有論者認為應以全部實體規定，包括加重減輕等綜其全部之結果，或一切法律效果加以比較而後判斷，包括處罰種類、時間長短及其他附隨效果如有附加沒入等從刑，然其比較範圍是否包含刑罰之法定刑、宣告刑及執行刑等 3 個刑罰存在與作用之形式，不無疑義。依刑事訴訟法第 457 條規定，裁判之執行係由為裁判法院之檢察官指揮之，而裁判法院依刑法第 41 條之規定，僅得為易科罰金之宣告。執行檢察官准否易科罰金，仍應視受刑人有無「難收矯正之效」、「難以維持法秩序」之事由存在，而決定是否為易刑處分之執行。故就新舊法裁處輕重之比較，似不宜逕以得易科罰金之金額作為比較之基礎。況且，檢察官准否易科罰金乃易刑處分之執行，所執行完畢者仍係原裁判法院判決確定之宣告刑，縱使易科罰金係屬短期自由刑之替代手段，仍無從取代法定刑規範自由刑以限制人身自由之本質。是甲說逕以拘役得易科罰金之法律效果作為新舊法處罰輕重之比較基礎，已非妥適。再者，新舊法輕重之比較即為擇定裁處所依據

之規範，若認定修正後新法係屬較輕之處罰，則其適用應全部依照新法之規定，不得割裂適用。故本件應適用 103 年鐵路法第 65 條第 1 項規定為處罰。

四、初步研討結果：採乙說。

五、大會研討結果：

採乙說(經付大會表決結果:實到人數:42，採甲說 5 票，採乙說 27 票)。

六、相關法條：

(一)67 年 7 月 26 日訂定鐵路法第 65 條

(二)103 年 6 月 18 日修正鐵路法第 65 條第 1 項

(三)105 年 11 月 9 日修正鐵路法第 65 條第 1 項

七、參考資料：

(一)甲說之參考資料：

最高行政法院 108 年度判字第 396 號判決

(二)乙說之參考資料：

實務見解：

1.最高行政法院 97 年度判字第 898 號判決

2.最高行政法院 98 年度判字第 259 號判決

學說見解：

1.學者洪家殷：

近年來由於除罪化之結果，有時法律將原來之刑罰規定修正為行政罰，因此導致於行為時為刑罰，而裁處時已修正為行政罰，究應如何處罰之疑義。此涉及「實體從舊、程序從新」及不溯及既往原則，以及行政罰法第 4 條之處罰法定主義之適用。依司法院院解字第 3389 號：「所得稅暫行條例第 20 條後段規定之罰金係屬刑罰，違反該條之案件未經檢察官偵查起訴，法院竟以裁定處罰，固屬違法。惟經抗告法院以裁定撤銷原裁定發回另行偵查，依現行之所得稅法第 39 條規定，該項處罰業已改為行政罰，是犯罪後之法律已廢止其刑罰，檢察官自應依刑事訴訟法第 231 條第 4 款為不起訴之處分，仍送由法院以裁定處罰之。」之意旨，該不法行為仍具可

罰性，故可由主管機關以修正後之條文處以行政罰。此外，由於刑罰與行政罰之區別已朝向量的區別說，因此該違法行為不因法律由刑罰修正為行政罰而變更其違法之本質，此乃立法機關選擇處罰種類之裁量，且若不予處罰，亦違背立法者之意旨且對已受處罰者不公，並未牴觸處罰法定主義，故應仍可依行政罰處罰（洪家殷著，行政罰法論，2006 年二版，第 94 至 95 頁）。

2. 學者李惠宗：

法規有改變，比較輕重之標準何在？關於刑罰與行政罰之比較，刑罰權係屬國家權力最具嚴厲性的制裁，若主要處罰由刑事罰易為行政罰，不論其他從罰是否有條件上的差異，應認處罰減輕。例如處罰新臺幣 100 萬元之罰鍰與有期徒刑 1 年相較，仍應認為刑罰之規定，係屬較重之規定。新法由刑事處罰改為行政罰，縱使其他免責條件有所不同，亦不應列為比較之項目，例如菸酒管理法第 46 條由刑事罰改為行政罰，即屬處罰之減輕，其修正前後但書規定免責範圍的多寡，並非比較處罰輕重的標的，故本條經修正後，應認為新法係屬較輕之處罰，而適用時應全部依新法規定，不得割裂適用（李惠宗著，行政法要義，2012 年 9 月六版，第 491 頁）。

3. 學者林錫堯：

行政罰法第 5 條之「法規變更」，必須新舊法具有「同一性」或「持續性」。蓋行政罰法第 5 條採從新從輕原則之結果，如非適用行為時法，均意味著行為後之法規溯及既往之適用，而因其係「適用最有利於受處罰者之規定」，故與法治國家法安定性原則與信賴保護原則不相牴觸，因此，必須新舊法規定內容具有「比較可能性」，始有行政罰法第 5 條之適用。……新舊法規是否具有「同一性」之判斷……通說主張，如法規之變更不影響「違法類型之本質」，且因而維持「不法類型之持續性」，則應承認新舊法規之處罰要件具有「同一性」。

新舊法規之比較，必須具體進行，針對「於具體個案何種法規對受處罰者最有利」之問題，就整個法律狀態作審查。其審查必須就不同之受處罰者分別進行，但就同一法規整體適用，不可將同一法規割裂適用，尤不可就同一法規中不同處罰種類分別比較適用。就同一規定之修正前條文與修

正後條文，比較二者之處罰輕重時，應先就其最重之處罰作比較，如最重之處罰相同，再就其最輕之處罰作比較；如最重之處罰不同，已可分辨其輕重，即無須再就其最輕之處罰作比較。在「行為時法」與「最初裁處時法」之間，容有業經廢止之「中間法」存在，並可能因「中間法」最輕甚至不處罰，而成為「對受處罰者最有利之法」。

實務上因除罪化而發生是否適用新法之問題……基於法安定性原則與信賴保護原則，上開司法院院解字第 3389 號之適用，宜以其行為原符合刑罰要件，修法後亦符合行政罰要件，且刑罰之處罰種類與行政罰之種類相同或可涵蓋者為限。……換言之，當刑罰變更為行政罰時，視法規修正情形，亦容許有行政罰法從新從輕原則之適用，例如：於菸酒管理法除罪化之情形，因並非除去其可罰性，而係將其法律效果，由刑事罰變更為行政罰，乃屬法律變更。如行為人行為時新修正之菸酒管理法雖尚未施行，惟行政機關裁處時，新法已經施行，是依行為後法律有變更，應適用裁處時或對行為人最有利之法律（行政罰法第 5 條前段參照）之法理，自應適用裁處時之新法處罰，且不生法律溯及既往之問題。再者，當刑罰規定修正為行政罰規定時，縱使原刑罰罰金之法定最高額度低於行政罰罰鍰之法定最高額度，亦不妨於行政罰鍰係最有利於受處罰者之認定，更何況刑罰規定可能尚有可處徒刑之規定（林錫堯著，行政罰法，2012 年 11 月二版，第 101 至第 107 頁）。

4. 學者陳清秀：

刑罰規定與秩序罰規定比較，秩序罰規定較輕。由於秩序罰比較不具有反社會倫理性的不法內涵，因此，縱然秩序罰的最高罰鍰金額，大於刑罰的罰金金額，仍應認為秩序罰規定較輕（陳清秀著，行政罰法，2012 年 9 月，一版，第 62 頁）。

第 6 號

一、提案機關：智慧財產法院

二、法律問題：

申請人向經濟部智慧財產局(下稱智慧局)對系爭商標申請異議，智慧局作成「異議不成立」之處分，申請人隨即向經濟部提起訴願，訴願決定以系爭商標指定使用於卡片等 263 項商品之註冊部分，經衡酌系爭商標與據以異議商標構成高度近似，系爭商標所指定使用商品及據以異議商標所指定使用商品復屬類似，據以異議商標具有相當識別性等因素，相關消費者極有可能誤認兩商標所提供之商品／服務為同一來源之系列商品／服務，或誤認兩商標之使用人間存在關係企業、授權關係、加盟關係或其他類似關係，而有致消費者混淆誤認之虞，故系爭商標指定使用於卡片等 263 項商品之註冊有違註冊時商標法第 23 條第 1 項第 13 款及現行商標法第 30 條第 1 項第 10 款規定等情，而為「原處分撤銷，由原處分機關另為適法之處分。」商標權人對訴願決定不服提起行政訴訟，經智慧財產法院認訴願決定並無違誤，判決駁回商標權人之訴，其提起上訴，亦經最高行政法院判決維持訴願決定，駁回商標權人上訴確定(下稱前案)。智慧局重為處分，在沒有新事實與新證據情況下，作成「系爭商標之註冊應予撤銷」之處分，商標權人不服，復提起訴願，訴願決定維持原處分而駁回訴願，商標權人遂提起行政訴訟(下稱後案)，則後案是否為前案既判力所及，而依行政訴訟法第 107 條第 1 項第 9 款規定裁定駁回？

三、討論意見：

甲說：否定說

(一)訴訟標的於確定之終局判決經裁判者，該確定判決中有關訴訟標的之判斷，即成為規範當事人間法律關係之基準，嗣後當事人即不得為與該確定判決意旨相反之主張，法院不得為與該確定判決意旨相反之判斷。惟若前案及後案所爭執之法律關係雖屬相同，但因作成行政處分之機關不同，

致訴之聲明所欲撤銷之行政處分亦有不同時，尚難認前後案屬於同一訴訟標的，而謂後案訴訟標的應為前案判決既判力所及。

(二)前案訴訟之被告為經濟部，訴之聲明為「撤銷訴願決定」（撤銷原處分），而後案訴訟之被告為智慧局，訴之聲明為「撤銷訴願決定及原處分」，兩案之被告及訴之聲明不相同，自難認屬同一訴訟標的，亦難謂後案訴訟標的為前案確定判決之效力所及，是商標權人提起後案訴訟，自未違反一事不再理原則。（參最高行政法院 108 年度裁字第 384 號、107 年度裁字第 2169、2168 號裁定）

乙說：肯定說

(一)行政處分撤銷訴訟之訴訟標的是原告訴請撤銷之行政處分違法，且主張原告之權利因此受到侵害。準此，對行政處分提起撤銷訴訟，該處分之合法性為撤銷訴訟之訴訟標的，經法院實體判決認處分並無違法而駁回原告之訴確定者，行政處分之合法性已有實質確定力（既判力），該撤銷訴訟之當事人均應受其拘束，後訴訟法院亦應以該確定判決為基礎作成判決，不能相反於該確定判決內容之判斷，此即撤銷訴訟判決既判力之確認效。

(二)前案之訴願決定已就系爭商標指定使用商品之註冊有違註冊時及現行商標法規定一節為實體判斷，並經智慧財產法院及最高行政法院以相同理由確認該訴願決定於法並無不合，且申請人之權利並未因此受到侵害，此部分應具確定終局判決之實質確定力（既判力）。從而，後案之當事人即商標權人、智慧局與申請異議人及法院均應受上開既判事項之拘束。（參最高行政法院 107 年度判字第 102 號判決）

丙說：

甲說係針對訴訟標的的既判力而為論述，乙說則係針對爭點既判事項而為論述，乙說雖使用確定終局判決之實質確

定力（既判力）用語，但並非是同一事件的實質確定力（既判力），而實際係爭點經前案於終局判決經裁判，法院不得為與該確定判決意旨相反之判斷之拘束力而言。甲說、乙說所指之既判力內容既有不同，彼此並無歧異。

四、初步研討結果：多數採乙說。

五、大會研討結果：

多數採丙說(經付大會表決結果:實到人數:41，採甲說 6 票，採乙說 1 票，採丙說 10 票)。

六、相關法條：

修正前商標法第 23 條第 1 項第 13 款

現行商標法第 30 條第 1 項第 10 款

行政訴訟法第 107 條第 1 項第 9 款

行政訴訟法第 213 條規定

七、參考資料：

(一)最高行政法院 108 年度裁字第 384 號、107 年度裁第 2168、2169 號裁定

(二)最高行政法院 107 年度判字第 102 號判決

第 7 號

一、提案機關：高雄高等行政法院

二、法律問題：

公務人員經評定年終考績列乙等，該公務人員得否提起行政訴訟求為救濟？

三、討論意見：

甲說：肯定說。

(一)我國早期公務員與所屬機關間，繼受德、日學說，被定位為「特別權力關係」，針對考績事件之救濟程序選擇，深受特別權力關係理論中「基礎關係及管理關係」二元思維之影響。是以，公務人員保障法（下稱保障法）第 25 條第 1 項前段、第 72 條第 1 項規定「公務人員對於服務機關或人事主管機關……所為之行政處分，認為違法或顯然不當，致損害其權利或利益者，得依本法提起復審。」及「保訓會復審決定依法得聲明不服者，……得於決定書送達之次日起 2 個月內，依法向該管司法機關請求救濟。」同法第 77 條、第 78 條第 1 項及第 84 條規定：「公務人員對於服務機關所為之管理措施或有關工作條件之處置認為不當，致影響其權益者，得依本法提起申訴、再申訴。」「申訴之提起，應於管理措施或有關工作條件之處置達到之次日起 30 日內，向服務機關為之。不服服務機關函復者，得於復函送達之次日起 30 日內，向保訓會提起再申訴。」及「申訴、再申訴除本章另有規定外，準用第三章第 26 條至第 42 條、第 43 條第 3 項、第 44 條第 4 項、第 46 條至第 59 條、第 61 條至第 68 條、第 69 條第 1 項、第 70 條、第 71 條第 2 項、第 73 條至第 76 條之復審程序規定。」此種復審及申訴雙元救濟程序模式，長期以來被解讀為：關於公務員身分此基礎關係之喪失或變更者，始得被評價為復審標的之人事行政處分，不服其復審決定者，方得為行政訴訟之

提起；除此外則屬內部管理措施或工作條件，僅許提起申訴及再申訴，對再申訴決定不服者，由於該法第 84 條未規定準用第 72 條關於對復審決定不服可依法提起行政訴訟之明文，自不得提起復審，亦不得提起行政訴訟。然而，法隨時俱進，司法院大法官已漸漸將特別權力關係瓦解：司法院釋字第 187 號解釋，正式對特別權力關係的理論之「剝奪訴訟權」，開始提出挑戰；繼之，司法院釋字第 312 號解釋以「公法上之忠勤服務關係」，司法院釋字第 396、430 號解釋以「公法上職務關係」來說明公務員與國家關係。雖然，司法院釋字第 243 號解釋認為「公務人員考績法之記大過處分，並未改變公務員之身分關係，不直接影響人民服公職之權利，上開各判例不許其以訴訟請求救濟，與憲法尚無牴觸。」仍以「基礎與管理關係」為區分標準；但司法院釋字第 266 號解釋已有限度修正為：「……公務人員基於已確定之考績結果，依據法令規定為財產上之請求而遭拒絕者，影響人民之財產權，參酌本院釋字第 187 號及第 201 號解釋，尚非不得依法提起訴願或行政訴訟……」；司法院釋字第 298、323、338、430、455 號解釋則隱然放棄基礎與管理關係理論，改採「重要性理論」，以是否對公務員「重大影響」為標準，判斷公務人員對人事決定得否提起訴訟。迄司法院釋字第 653 號解釋宣告受羈押之刑事被告尚且得向法院提起訴訟救濟，已然解構特別權力關係；至司法院釋字第 684 號就大學所為非屬退學或類此處分，主張權利受侵害之學生均得提起行政爭訟作成解釋後，除正式宣告「身分」不再理所當然成為剝奪救濟機會之藉口，更宣示不再以權利受侵害程度未達「重大」作為行政訴訟的門檻（參照最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議二研究意見四、五）。

(二)司法院釋字第 785 號解釋進一步表示：「人民因其公務人員

身分，與其服務機關或人事主管機關發生公法上爭議，認其權利遭受違法侵害，或有主張權利之必要，自得按相關措施與爭議之性質，依法提起相應之行政訴訟，並不因其公務人員身分而異其公法上爭議之訴訟救濟途徑之保障……。」已不以「重大影響」為標準，改採「權利侵害」之標準，明揭「有權利，即有救濟」意旨。

(三)依據公務人員考績法（下稱考績法）第 7 條第 1 項規定，年終考績乙等之獎懲為晉本俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金；已達最高俸級或已敘年功俸者，晉年功俸一級，並給與半個月俸給總額之一次獎金；已敘年功俸最高俸級者，給與一個半月俸給總額之一次獎金。年終考績考列乙等者，雖仍得「晉本俸或年功俸 1 級」，惟客觀上即是遭評價其年度工作表現劣於經考列為甲等之其他公務員，且其僅獲得半個月俸給總額之 1 次獎金給與，較之考列甲等可獲得 1 個月俸給總額之 1 次獎金給與，顯然受有少半個月俸給總額獎金之法律上不利益。又銓敘部及行政院人事行政局會商結論，自 90 年起採取「於公務人員考績法未修正甲等限制前，甲等人數比例最高不超過百分之 75，且以同官等為比較範圍」之方式限制甲等比例，現行機關皆採此「分配考績法」為考績方法，是考列乙等與列甲等者有競爭排擠效應，難認無關權利事項。此外，公務人員考績法第 11 條第 1 項規定：「各機關參加考績人員任本職等年終考績，具有左列各款情形之一者，取得同官等高一職等之任用資格：一、二年列甲等者。二、一年列甲等二年列乙等者。」是當年度考列乙等者，當然喪失二年可取得同官等高一職等之任用資格，而受有法律上之不利益。另依公務人員任用法第 17 條規定，委任升薦任或薦任升簡任之升官等訓練係以最近 3 年 2 年列甲等、1 年列乙等以上為條件，考績考列乙等同樣延緩其受升官等訓練之機會。

準此，考績列乙等者，影響其升官等、考績獎金等權利，基於憲法第 16 條規定，有權利即有救濟之意旨，應無不許對之提起司法救濟之理。

(四)現行實務上依司法院釋字第 736 號解釋理由書意旨，已肯認公立高中以下學校對所屬教師年終成績考核考列為公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第 4 條第 1 項第 2 款之決定，得依法向行政法院提起撤銷訴訟，公務員與公立學校教師所受保障範圍應無軒輊，公務員年終考績乙等既與公立學校教師年終成績考核考列為公立高級中等以下學校教師成績考核辦法第 4 條第 1 項第 2 款之決定相當，基於平等原則，自應允許公務員就年終考績乙等提起行政訴訟。

乙說：否定說。

(一)而關於公務員權益之保障，依司法院釋字第 187 號、第 201 號、第 243 號、第 266 號、第 298 號、第 312 號、第 323 號、第 338 號、第 430 號、第 483 號、第 539 號等解釋意旨，公務人員得依行政訴訟程序提起救濟之權益為：(一)足以改變公務人員身分或對於公務員有重大影響之懲戒處分，例如依公務人員考績法規所為免職處分等；(二)於其憲法所保障服公職之權利有重大影響之處分，例如：具法定資格始得任用，並受身分保障之公務人員，因受非懲戒性質之丙等考績評定、免除現職處分；主管機關對公務人員任用資格審查，認為不合格或降低原擬任之官等，或公務人員對其審定之級俸有爭執；(三)基於公務人員身分所產生之公法上財產請求權遭受損害者，例如公務人員基於已確定之退休核定、考績結果，依據法令規定請求退休金、考績獎金或福利互助金而遭拒絕等，始得依公務人員保障法所定復審程序請求救濟，並提起行政訴訟；至於未改變公務人員身分之記大過、記過處分、乙等以上之考績評定

及基於已確定之考績結果核發考績獎金、上級機關就其監督範圍內所發布之職務命令、免除行政兼職，或其他管理措施或有關工作條件之處置，均屬公務人員保障法第 77 條第 1 項所指之工作條件或管理措施，僅得依前揭公務人員保障法所定申訴、再申訴程序尋求救濟，且因該法第 84 條並未規定準用第 72 條關於對於復審決定不服可依法提起行政訴訟之明文，自不得復行提起訴願及行政訴訟請求救濟。

(二)公務人員考績考列為乙等，並未改變公務人員之身分關係，亦未對於其公務人員權益發生重大影響，自屬公務人員保障法第 77 條第 1 項所指之工作條件或管理措施，是公務人員僅得依申訴、再申訴程序尋求救濟，不得提起行政訴訟。另乙等考績評定對公務人員嗣後之獎金、晉級、陞遷、培訓、進修等縱有影響，惟其既非屬上述司法院解釋對於公務人員權益發生重大影響得依行政訴訟程序提起救濟之範圍，尚難據之提起行政訴訟（最高行政法院 107 年度裁字第 1501 號裁定參照）。

四、初步研討結果：提請大會討論。

五、大會研討結果：

採甲說(經付大會表決結果:實到人數:41，採甲說 21 票，採乙說 0 票)。

六、相關法條：

(一)公務人員保障法

1. 第 25 條第 1 項
2. 第 72 條第 1 項
3. 第 77 條第 1 項
4. 第 78 條第 1 項
5. 第 84 條

(二)公務人員考績法

(三)公務人員任用法

七、參考資料

(一)司法院釋字第 785 號解釋

(二)最高行政法院 104 年 8 月份第 2 次庭長法官聯席會議（二）

(三)最高行政法院 108 年 3 月份第 1 次庭長法官聯席會議

(四)最高行政法院 107 年度裁字第 1501 號裁定

第 8 號

一、提案機關：智慧財產法院

二、法律問題：

甲為發明專利之專利權人，申請專利範圍為請求項 1 至請求項 4（下稱系爭專利）。乙以系爭專利違反審定時專利法第 22 條第 1 項、第 2 項及第 26 條第 1 項規定，主張其不具新穎性、進步性及充分揭露要件而應予撤銷為由，向經濟部智慧財產局（下稱智慧局）提起舉發，經智慧局就上開舉發事由逐一審查後，認定系爭專利符合新穎性及充分揭露要件，然認為不具進步性，而作成「舉發成立，撤銷請求項 1 至 4」之審定（下稱原處分）。甲不服原處分，提起訴願，經訴願機關認定系爭專利不具進步性，而決定駁回，甲遂向智慧財產法院提起撤銷原處分及訴願決定之訴，經智慧財產法院裁定命舉發人乙參加訴訟。

原告甲於行政訴訟中主張系爭專利具有進步性，而參加人乙主張系爭專利是否不具新穎性及充分揭露要件之爭點雖未經訴願機關審酌，但該爭點既為其於舉發階段所主張之舉發事由，且業經原處分審酌，則請求智慧財產法院於行政訴訟階段仍予審理。試問智慧財產法院應否審酌系爭專利是否不具新穎性及充分揭露要件之爭點？

三、討論意見：

甲說：仍應審酌

(一)關於專利有效性訴訟，舉發人對專利請求項提出證據，主張該請求項不具新穎性、進步性或未充分揭露，因而構成無效者，所主張上開理由，均構成不同爭點，倘 A 爭點不成立而 B 爭點成立，專利固然仍屬無效，惟不能因此即謂舉發人對於 A 爭點部分未曾爭執。本件參加人（舉發人）自始即爭執系爭專利不具新穎性、進步性及未充分揭露，其所以未對原處分提起訴願及行政訴訟，乃因原處分認為系爭專利不具進步性，應予撤銷，此一審定結果符合參加

人(舉發人)提起舉發之目的，為對其有利之認定，而訴願決定復維持原處分此部分認定，參加人(舉發人)自無就此部分提起訴願及行政訴訟必要(行政訴訟法第 4 條第 1 項、第 5 條第 2 項規定參照)，惟不能因此即謂參加人(舉發人)對於系爭專利不具新穎性及未充分揭露等爭點不爭執。(最高行政法院 106 年度判字第 5 號判決參照)

(二)在舉發成立之場合，若智慧局對舉發人所提之舉發事由全部審酌後，僅以部分舉發事由為舉發成立之審定，此時因審定結果已達舉發人之舉發目的，縱審定理由有部分對舉發人不利，舉發人亦無從提起訴願，自不能提起行政訴訟(行政訴訟法第 4 條第 1 項、第 5 條第 2 項規定參照)，其乃「不得」而非「不為」聲明不服，該等事項既為舉發人所提舉發事由之一，自不應剝奪舉發人於行政訴訟再為爭執之機會。若認法院僅得審酌專利權人不服之舉發事由，法院審理後如認定專利權人之訴有理由而撤銷原處分及訴願決定時，在沒有新事證之情況下，將改由舉發人對智慧局重為之「舉發不成立」審定啟動訴願、行政訴訟程序，造成同一爭點循環訴訟之現象，難以終局確定。因此，在舉發成立而由專利權人提起之行政訴訟，應認舉發人(即行政訴訟之參加人)可就審定書中對其不利認定之舉發事由再為爭執，始為公允且符合訴訟經濟原則。(智慧財產法院 105 年度行專訴字第 97 號判決參照)

(三)題示情形，舉發人(即行政訴訟之參加人)乙對系爭專利不具新穎性、進步性及未充分揭露之有效性自始即有爭執，因原處分認為系爭專利請求項 1 至 4 不具進步性，而舉發成立，應予撤銷，此一審定結果符合參加人乙提起本件舉發之目的，訴願決定復維持原處分，參加人乙自無法就此部分審定提起訴願及行政訴訟。惟不能因此即謂參加人乙對於系爭專利請求項 1 至 4 不具新穎性及未充分揭露等爭

點不爭執，而認其不得於行政訴訟就同一理由再為爭執。

乙說：不應審酌

(一)我國專利法就專利舉發事件採取傳統行政救濟方式，明顯與歐美日在同類事件採取舉發人與專利權人間對審制，並準用民事訴訟法處分主義與當事人進行主義方式不同。因此，智慧局於專利舉發行政訴訟中為被告機關，而舉發人或專利權人以其在原處分及訴願決定之勝負關係而任原告及參加人，形成三方當事人參與行政訴訟之模式。我國專利法既規定應以行政爭訟制度方式救濟，法院基於三權分立之憲法原理，應尊重行政機關判斷。

(二)我國行政訴訟法制係採訴願前置主義，於撤銷訴訟之標的，原則上乃原告對於「經訴願決定形塑之原處分」違法並損害其權利而主張（最高行政法院 105 年度判字第 268 號判決參照）。另依行政訴訟法第 4 條第 1 項、第 3 項及第 24 條規定可知，行政訴訟法上之撤銷訴訟，係採訴願前置主義，而撤銷訴訟所欲糾正之程序標的，係經訴願決定而加以維持或加以變更後之原行政處分或第三人因訴願決定而第一次遭受不利益時之該訴願決定（最高行政法院 108 年度裁字第 1381 號裁定參照）。至於課予義務訴訟亦須經訴願程序後始得提起（同法第 5 條規定參照）。舉發人於智慧局作成舉發不成立或成立之處分時，其在嗣後行政訴訟中之身分與所提訴訟類型各不相同：於舉發不成立、由舉發人任原告時，應提起課予義務訴訟；於舉發成立、由專利權人任原告時，應提起撤銷訴訟，舉發人則為參加人。此二訴訟類型原則均須以經合法訴願為其前提，否則即與訴願前置主義之法制不合。

(三)專利舉發案件採「爭點主義」，故核准之專利有無違反專利法規定，僅就舉發人所述理由依其所舉之引證資料審查。專利專責機關就當事人所提引證資料固應依職權調查，但

無蒐集證據之義務（最高行政法院 105 年度判字第 227 號判決參照）。因為採「爭點主義」，而新穎性、進步性及未充分揭露為不同爭點，新穎性、未充分揭露之爭點既未經訴願，嗣後舉發人於行政訴訟即不得再為主張。

(四)題示情形，原告甲為專利權人，提起撤銷訴訟，其目的係要求法院撤銷不利於其之舉發成立撤銷專利權之原處分與訴願決定，而舉發人乙於原處分階段主張爭專利請求項 1 至 4 不具進步性、新穎性及未充分揭露，經智慧局認定系爭專利請求項 1 至 4 具新穎性及充分揭露要件，但因不具進步性而舉發成立，關於新穎性及充分揭露二爭點因未經訴願機關判斷，如許參加人乙於行政訴訟再為爭執，違反原告甲提起撤銷訴訟救濟的目的，故參加人乙不得於行政訴訟再為爭執，法院無須審酌。

四、初步研討結果：多數採甲說。

五、大會研討結果：

採甲說(經付大會表決結果:實到人數:40，採甲說 23 票，採乙說 2 票)。

六、相關法條：

專利法第 21 條第 1、2 項;第 26 條第 1 項

行政訴訟法第 4 條、第 5 條

七、參考資料：

(一)最高行政法院 106 年度判字第 5 號判決

(二)最高行政法院 105 年度判字第 268 號判決

(三)最高行政法院 105 年度判字第 227 號判決

(四)最高行政法院 108 年度裁字第 1381 號裁定

(五)智慧財產法院 105 年度行專訴字第 97 號判決

(六)智慧財產法院 108 年度行專訴字第 14 號判決