

# 108 年公務人員高等考試三級考試試題

類 科：智慧財產行政

科 目：訴願法與行政訴訟法

一、甲向 A 市政府申請營業執照獲准。但不久，A 市政府發現甲其實欠缺相關之營業執照取得要件，因此立即以該執照乃違法發給為由，依行政程序法第 117 條以下規定撤銷之。甲不服，認為系爭營業執照完全合法取得，A 市政府所為之撤銷完全違法。試問：

(一)甲應提起何種類型之行政訴訟，始能有效地捍衛其權利？又，假使 A 市政府非撤銷系爭營業執照，而係依行政程序法第 123 條規定廢止之時，甲為救濟其權利而應提起之訴訟類型是否相同(25 分)

(二)承(一)，倘若 A 市政府在撤銷系爭營業執照後，不待甲提起救濟，立即重新發給同一內容之營業執照；但同時以附款方式加註：「甲應於本執照送達日起三個月內，依法改善其營業場所之消防逃生設備，並報備查。」而甲就此附款仍不服，認為其消防逃生設備完全合法，A 市政府吹毛求疵。此際，甲應提起何種類型之行政訴訟，以為救濟？(25 分)

## 【解題關鍵】

1. 《考題難易》★★★(普通)

2. 《解題關鍵》

(1)第一題要能夠理解實體法上撤銷之法律效果原則上係屬於溯及失其效力，並指出撤銷爭訟之適用範圍，應為簡單、基礎的題型，但別忘了討論停止執行。

(2)第二題測驗「孤立之撤銷訴訟」容許性之爭議，較為困難，應區分肯否兩說，並說明自己之看法。

(3)第三題測驗附款之爭訟途徑，應為中等難度的題型，已從處分之可分性及行政機關裁量權之角度切入分析。

## 【擬答】

一、甲就 A 市政府所為之「撤銷」處分，應提起撤銷爭訟捍衛其權利。

(一)A 市政府依據行政程序法第 117 條之規定所為之撤銷行為，係行政機關 A 市政府單方對於人民甲依法申請獲准之營業執照(以下簡稱原處分)使其原則溯及失其效力之行政行為，核其性質，應為行政程序法第 92 條 1 項所定之行政處分。

(二)再查，本例之「撤銷」處分一但作成，依據行政程序法第 118 條規定：「違法行政處分經撤銷後，溯及既往失其效力。但為維護公益或為避免受益人財產上之損失，為撤銷之機關得另定失其效力之日期」，除非 A 市政府為維護公益或為避免受益人財產上之損失，另定原處分失其效力之日期，否則原則上原處分即溯及既往失其效力，然無論如何，上開「撤銷」處分一旦作成，原則即使原處分發生溯及失效之法律效果，應為「形成處分」。

(三)準此，果若甲對上開處分不服，只要針對該「撤銷」處分訴請法院加以撤銷，則上開「形成處分」之形成力，即因法院判決撤銷後失其效力，換言之，原處分之效力即因「撤銷」處分經法院判決撤銷確定後，而重新發生效力。是以，甲應對該「撤銷」處分循序提起撤銷訴願、撤銷訴訟，謀求法院加以救濟，要不待言(訴願法第 1 條、行政訴訟法第 4 條第 1 項參照)。

(四)末查，甲之保全措施，可選擇於提起撤銷訴願、訴訟前，區分適用時機，向原處分機關、訴願管轄機關及行政法院申(聲)請停止執行，併予敘明(訴願法第 93 條、行政訴訟法第 116 條參照)。

二、倘 A 市政府係依行政程序法第 123 條之規定廢止原處分，甲所提起之訴訟類型並無不同。

(一)經查，倘 A 市政府係依行政程序法第 123 條之規定「廢止」原處分，係行政機關 A 市政府單方對使原處分自 A 市政府指定較後之日時起失其效力之行政行為(行政程序法第 125 條參照)，核其性質，應為行政程序法第 92 條 1 項所定之行政處分，且參諸前揭說明，亦為直接使原處分喪失效力之行政處分，具有「形成處分」之性質，茲不贅言。

(二)然查，此時因原處分已因「廢止」而向後失其效力，原則上，甲看似得如一、所述，逕對「廢止」處分提起撤銷爭訟謀求救濟，然此時部分學說認為因「廢止」已使原處分向後失其效力，倘僅提起撤銷訴訟請求撤銷「廢止」處分，則涉及到「孤立之撤銷訴訟」得否提起之容許性。

(三)否定見解認為，自權利保護必要之觀點，原告於起訴時，本應提起最為簡易且有效之訴訟，而本案於原處分原則向後失效之前提下，甲提起課予義務訴訟請求法院判准命原處分機關再為許可營業之處分，方能更為有效之達成甲之目的，基此，果若甲提起撤銷爭訟，法院應以甲欠缺權利保護必要而駁回之(行政訴訟法第 107 條參照)。

(四)惟查，本文認為自法院審查之觀點，倘本案允許甲提起撤銷爭訟，法院毋庸命行政機關作成特定內容之行政處分，而僅須審查「廢止」處分是否合法，可減輕法院審查及原告舉證之負擔，且參諸學說看法，於此類：「行政機關對於行政處分相對人作成受益處分後，撤銷或廢止原處分時，行政處分之相對人得單獨提起撤銷訴訟訴請撤銷該廢棄決定」情型，亦可例外肯認原告具有權利保護必要，準此，甲自得提起撤銷爭訟，訴請法院撤銷本案之「廢止」處分，要無疑義。

(五)末查，於甲提起訴訟時，因無從預見法院是否容許提起「孤立之撤銷訴訟」，或可衡諸原告舉證之負擔，以預備合併之方式，先位訴請舉證責任較輕之撤銷訴訟、備位訴請舉證責任較高之課予義務訴訟，於程序上方為最為有效捍衛其權利之手段。

### 三、甲應就題示之付款提起課予義務爭訟謀求救濟。

(一)附款加註：「甲應於本執照送達日起三個月內，依法改善其營業場所之消防逃生設備，並報備查」，性質為行政處分附款中之負擔。

1.經查，本件甲向主管機關申請營業執照許可，此為行政處分之主要規制內容，但觀察附帶加註的內容，是針對營業許可之範圍外，再額外對處分相對人甲所設定之義務，即：依法改善其營業場所之消防逃生設備，並報備查，應屬行政程序法第 93 條第 2 項第 3 款之負擔。

2.再查，本件 A 市政府給予之營業執照已合法生效，故此附款亦非停止條件之類型，併予敘明之。

(二)甲應如何提起法律救濟？

1.曾有論者認為，若為負擔、負擔保留之附款種類，由於具有獨立之規制效果，故具有可分性質，處分之相對人自得對上開種類之附款單獨提起撤銷爭訟；反之，期限、條件及廢止保留之附款種類，則為行政處分不可分之整體部分，不具有獨立性，自不得對其訴請撤銷，而應提起課予義務爭訟加以救濟，請求作成無付款之行政處分。

2.但亦有自行政機關裁量權行使之角度出發：

(1)於羈束處分之情況，因不涉及到行政機關裁量權行使之爭議，倘行政處分之附款被撤銷時，行政機關本身即附有除去行政處分之義務，故處分相對人單獨針對處分訴請撤銷，並不會產生法院侵害行政機關裁量權限之疑慮，蓋因行政機關如附款單獨被除去之情況，導致原處分違法，行政機關本應依法律撤銷原處分或另作成合法之附款。

(2)於裁量處分之情況，因涉及到行政機關行使裁量權限，倘若准許法院單獨撤銷附款，等同剝奪行政機關之裁量權限，強制行政機關作出原本不欲作成之處分，因此，本諸權力分立之考量，自得僅允許處分相對人提起課予義務爭訟，請求法院判決行政機關依法重新裁量為合法之行政處分。

3. 本文認為，應從行政機關裁量權行使之角度出發，較為可採。蓋自處分之可分性角度加以觀察，既承認處分得一部加以撤銷，則處分附加規定之附款，本即屬可分，自無須區分類型僅限於負擔、負擔保留方可訴請法院撤銷，豈不畫地自限？而自行政機關裁量權行使之角度出發，方可避免法院過度侵害行政裁量權限之行使，顧及行政機關個案之裁量。
4. 綜上，本件既係屬於裁量處分之情況，則甲提起行政爭訟時，程序標的自應針對整個行政處分提起課予義務爭訟加以救濟，方為適法。

二、乙突遭車禍，經濟陷入困頓，而三餐不繼，爰向社會福利主管機關 B 申請急難救助金；但遭 B 機關以其尚不符合資格為由而駁回。乙不服，除提起訴願外，同時並聲請暫時權利保護，以求至少在訴願決定作成前，能先獲得紓困，度過難關。試問：乙就此應向受理訴願機關或行政法院申(聲)請那種類型之暫時權利保護？又，受理之機關或法院應否准其所請？(25 分)

【解題關鍵】

1. 《考題難易》★★(簡單)
2. 《解題關鍵》須能夠區分停止執行、假處分及定暫時狀態處分三種制度應於何種情況適用，並且要能夠順利操作行政訴訟法第 298、299 條之要件。

【擬答】

(一)本例乙所提乙之本案爭訟類型，應為課予義務訴訟中之拒絕申請之訴。

1. 按課予義務訴訟依其起訴原因不同，可分為「怠為處分之訴」、「拒絕申請之訴」二種：
  - (1) 怠為處分之訴：行政機關於法定期間依法應作成行政處分而不作為，人民乃針對行政機關之不作為，向行政法院起訴，請求判決命該行政機關應為行政處分或為特定內容之行政處分。
  - (2) 拒絕申請之訴：行政機關明白拒絕人民之申請案件，由人民針對駁回處分提起行政訴訟，其目的非僅在撤銷駁回處分，主要更在要求為一定內容之行政處分。
2. 經查，乙提起之本案爭訟類型，乃係針對 B 機關以其不符合資格為由而駁回之行政處分加以救濟，其目的非僅在撤銷駁回處分，更在要求 B 機關為准予發給急難救助金此一特定內容之行政處分，應為課予義務訴訟中之拒絕申請之訴，殆無疑義(訴願法第 1 條、行政訴訟法第 5 條第 2 項參照)。

(二)乙得向行政法院聲請定暫時狀態之處分，並請求命 B 機關為一定之急難救助給付。

1. 按行政訴訟法第 299 條規定：得依第 116 條請求停止原處分或決定之執行者，不得聲請為前條之假處分。經查，本件乙如可依據行政訴訟法第 116 條規定提起停止執行之申(聲)請保全而獲滿足，則依法不得聲請假處分。如今，乙如選擇停止執行作為保全手段，並無法獲得急難救助金之發放，亦即其無從符合乙期待之保全措施。故本件乙已合於行政訴訟法第 299 條之前提要求。
2. 再按「公法上之權利因現狀變更，有不能實現或甚難實現之虞者，為保全強制執行，得聲請假處分」、「於爭執之公法上法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分」、「前項處分，得命先為一定之給付」，行政訴訟法第 298 條第 1、2、3 項定有明文。
3. 經查，本件乙如僅得提起拒絕申請之訴，俟法院判決確定可茲執行時，恐已斷炊多時，無從期待於爭訟階段得符合最低生活基準，為避免 B 機關認定乙不符合資格認定有所違誤，導致乙因無最低生活之基準而面臨生存之危險，發生難以回復之損害，故乙應得依行政訴訟法第 298 條 2 項之規定，向行政法院聲請為定暫時狀態之處分，且行政法院亦得依上開條文第 3 項之規定，先命 B 機關為一定之急難救助給付。
4. 末查，乙應不得依據行政訴訟法第 298 條 1 項之規定，聲請法院裁定准予假處分，蓋按行

政訴訟法第 298 條第 1 項之要件，假處分之聲請，須該當「為保全強制執行」之要件，本件乙申請核發者，為急難救助給付，為金錢給付之性質，倘乙本案獲勝訴判決確定，於執行階段，殊難想像就金錢給付難以對國家強制執行，故本案並不該當上開「為保全強制執行」之要件，乙應不得聲請假處分，併予敘明。

三、請比較行政訴訟法上「上訴」、「抗告」、「再審」及「重新審理」等四種制度，分別在於當事人不服行政法院之何種裁判，請求救濟時適用之？(25 分)

**【解題關鍵】**

1. 《考題難易》★★★★★(非常困難)

2. 《解題關鍵》此題就是法條與實務的記憶，個人認為背法條之考題是最困難的，同學要能夠默寫出下列行政訴訟法較冷門的法條、甚至還要寫出相關實務見解，訣竅無他，只有熟讀教科書，但往往這也是最難到達的境界。

**【擬答】**

(一)上訴之對象

1. 對於高等行政法院之終局判決，除本法或其他法律別有規定外，得上訴於最高行政法院(行政訴訟法第 238 條第 1 項)。在此所謂之本法別有規定，是指對於地方法院行政訴訟庭所為之簡亦訴訟事件與交通裁決事件所為之判決，高等行政法院為第二審判決，屬於終審確定判決，不得再上訴於最高行政法院，行政訴訟法第 235 條、第 237 條之 9 第 2 項定有明文。
2. 又對於智慧財產法院之裁判，除法律別有規定外，得上訴或抗告於終審行政法院，智慧財產案件審理法第 32 條定有明文。因此，對於智慧財產法院所為關於智慧財產行政訴訟案件之判決，如有不服，應得上訴至最高行政法院。

(二)抗告之對象

1. 抗告，是指當事人或其他訴訟關係人對於行政法院或審判長所為為確定之裁定，向上級法院聲明不服，請求廢棄或變更裁定者而言。
2. 又抗告之用語，無論是控告、異議、抗告、均可不問。按依本編規定，應為抗告而誤為異議者，視為已提起抗告；應提出異議而誤，為抗告者，視為已提出異議，此可觀行政訴訟法第 271 條規定即明。

(三)再審之對象

1. 再審之目的為排除確定判決之確定力，將本案重新審理，故屬於形成訴訟之性質。再審程序之適用範圍，包括一切之確定判決，至於非判決及無效判決，則可選擇提起無效確認訴訟及再審訴訟。
2. 另按再審之訴，必對於確定判決始得提起。所謂確定判決，係指已具有形式上確定力及實質上確定力之終結訴訟之確定判決而言。發回更審之判決，既尚須由受發回之法院更為判決，即非具有實質上確定力之終結訴訟之確定判決，自不得對之提起再審之訴。
3. 又依行政訴訟法第 275 條第 2 項及第 283 條規定，對裁定聲請再審，準用上開規定。因此實務多數見解，認為當事人同時對高等行政法院及最高行政法院的裁定聲請再審，應以最高行政法院為再審管轄法院。

(四)重新審理之對象

因撤銷或變更原處分或決定之判決，而權利受損害之第三人，如非可歸責於己之事由，未參加訴訟，致不能提出足以影響判決結果之攻擊或防禦方法者，得對於確定終局判決聲請重新審理，行政訴訟法第 284 條第 1 項固定有明文。由該規定可知，聲請重新審理者，限於未參加訴訟之第三人，對撤銷或變更原處分或決定之終局判決始得為之，故第三人若係對確定裁

定聲請重新審理，屬不合法。又聲請重新審理不合法者，行政法院應以裁定駁回之，亦為同法第 287 條所明定。