

# 商標之行政救濟制度 以利害關係人申請評定商標註冊無效為中心

陳仲麟

2000/12/25

壹 前言.....	1
貳 制度現況分析.....	2
一 組織.....	2
1 商標評定委員.....	2
2 訴願審議委員會委員.....	3
3 行政法院法官.....	3
二 程序.....	4
1 不同階層程序概說.....	5
A 評定.....	5
B 訴願.....	7
C 行政訴訟.....	8
2 評定程序析述.....	9
A 公正作為的義務.....	10
I 迴避制度.....	10
II 組織適法.....	11
III 禁止片面接觸.....	11
B 受告知權.....	12
I 預告.....	12
II 決定告知.....	13
III 救濟途徑教示.....	13
C 聽證權.....	14
I 書面陳述意見.....	14
II 到場陳述意見.....	15
III 言詞辯論.....	15
IV 違反之效果.....	16
D 說明理由的義務.....	16
參 制度檢討與建議.....	18
一 成立專業法庭.....	18
二 成立商標審議委員會.....	20
三 取消訴願層級.....	21
四 加強評定之程序保障.....	22
五 兩造程序.....	22
肆 結論.....	23

# 壹 前言

權利若沒有救濟制度支持，使人民得藉此請求糾正違法或不當之國家行為，則所謂權利只是空言，不是具有實效的權利。

而在商標法上，商標主管機關所為行政處分，不僅影響特定人（受處分人）之權益，而且對於第三人或消費大眾之權益亦發生密切關係，尤其商標爭訟事件具有專門技術的性質，與一般行政爭訟不盡相同，而有其特殊性，因此在商標救濟程序上，如何維護程序上正義，保障關係人參與程序之權利，以求爭訟決定或判決之客觀公正適法，均屬吾人值得注意研究之課題<sup>1</sup>。

首先，須界定本文之討論範圍。就「行政救濟」的概念而言，目前學界似仍缺乏一共同被接受之定義，有學者認為：「若從字義上瞭解，凡循行政程序或經由行政機關而獲得救濟者，難謂非屬行政救濟性質，果如此則陳情、申訴及請願等亦屬於行政救濟程序之項目。」<sup>2</sup>另有學者定義為：「因（實質意義之）國家行政機關有瑕疵之行政行為，導致人民之權益或公益受損，在依法行政原則之要求下，對於受侵害之人民權益或公益（法益），給予行政體系內或體系外之保護者。」<sup>3</sup>本文原則上以後者為基礎，做如下的分析：首先，係存在有瑕疵的行政行為；其次，係受害之人民請求救濟其權益，不過這裡的「受害人」範圍尚未進一步討論，理論上公益受損也可能解釋成個人亦受損害；其三，係藉由行政或司法上一定程序給予救濟。

由此觀之，商標事件之行政救濟可以包括：商標的異議、利害關係人申請之評定、利害關係人申請之撤銷審定、利害關係人申請之撤銷商標專用權，及訴願、行政訴訟等程序。本文為求焦點的集中，僅將討論範圍置於利害關係人申請之評定商標註冊無效，及其後續的訴願、行政訴訟程序。先就制度現況分析，後淺略提出修法上的建議，不成熟處還請見諒。

<sup>1</sup> 參照陳清秀，商標行政救濟之研究，植根雜誌，第四卷第十二期，頁 463

<sup>2</sup> 參照吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 325。

<sup>3</sup> 參照蔡志方，行政救濟法新論，元照初版，2000.1，頁 2。

# 貳 制度現況分析

## 一 組織

### 1 商標評定委員

商標法第七條規定：「本法所稱商標主管機關，為經濟部。前項業務由經濟部專責機關辦理。」這裡的專責機關自八十八年一月後應為經濟部智慧財產局。商標之異議案、評定案、撤銷案等之審查、行政爭訟之處理及其他有關事項，則歸其中的商標權組掌理（參照經濟部智慧財產局辦事細則第八條）。

經濟部智慧財產局組織條例第七條規定：「本局置 商標高級審查官十三人至十五人 商標審查官三十九人至四十三人商標助理審查官十七人， 。前項專利高級審查官、商標高級審查官、專利審查官、商標審查官、專利助理審查官、商標助理審查官，應就合於專利審查官資格條例或商標審查官資格條例規定資格者任用之。」

又第十六條規定：「本局因業務需要，得依聘用人員聘用條例之規定，聘用專業人員，由第七條所定員額內勻用之。前項勻用員額，應逐年減列，惟四年後，不得超過法定編制員額之百分之二十。」第十六條之一：「前條聘用專業人員中，擔任專利、商標審查工作者，其資格由行政院定之。」可見從事商標審查工作者，包括具公務員資格之常業文官及聘用之人員，且後者應逐年減列，而以前者為原則。

就此類人員資格而言，「商標審查官資格條例」第三、四、五條分別對商標高級審查官、商標審查官、商標助理審查官之資格加以規定，原則上循的是從助理審查官做起，五年以上可擔任審查官，擔任審查官三年以上可擔任高級審查官之管道，審查官及高級審查官並要求須經專業訓練合格，藉此確保審查員的專業性。「經濟部智慧財產局從事專利商標審查工作之聘用專業人員資格辦法」第四、六、八條，亦對其專業性有類似之要求。

雖然商標法第五十五條規定的是由商標主管機關首長指定「評定委員」三人以上評定之，用語和第三十九條等條文的「審查員」不同，但觀諸前述組織條例、辦事細則等相關法規均無評定委員的用語，應係與審查員相同之人員，只不過從事的是評定工作而不是商標註冊審查，故名，並不表示主管機關首長可以任意指派不具專業資格之人擔任評定工作。所以，與審查的差別，或僅在評定是由三人以上的合議，較為慎重。

## 2 訴願審議委員會委員

依新施行之訴願法對於訴願審議委員會之組織相關規定為第五十二條：「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則。訴願審議委員會委員，由本機關高級職員及遴聘社會公正人士、學者、專家擔任之；其中社會公正人士、學者、專家人數不得少於二分之一。訴願審議委員會組織規程及審議規則，由主管院定之。」

新法中社會公正人士、學者、專家之比率由原先之三分之一提昇為二分之一，主要乃為增強訴願決定之公信力；且規定以具有法制專長者為原則，加強法律面的專業性；又，雖然訴願法對訴願審議委員會委員並無獨立行使職權之保障，但學者有認為，依照訴願法之整體精神，尤其委員會之決定採多數決而毫無例外（訴願法第五十三條），應認為機關首長無論對本機關之兼任委員，或自外界遴聘之委員，均不得影響其獨立判斷，如此解釋始能使訴願制度發揮其救濟功能<sup>4</sup>，加上非機關公務員成員較多，實質上也增加獨立性，例如台北市政府訴願會在民間學者專家自八十四年元月起參與決定後，撤銷原處分比例即提高甚多<sup>5</sup>。故訴願審議委員會亦具有某種程度獨立性。

## 3 行政法院法官

民國八十七年，行政訴訟法修正通過後，行政法院法官之資格隨之亦有變動，行政法院組織法於民國八十八年二月三日修正公布，第十七條規定高等行政法院法官之資格：「高等行政法院法官，應就具有下列資格之一，經遴選或甄試審查訓練合格者任用之：

- 一、曾任行政法院評事、最高行政法院法官或高等行政法院法官者。
- 二、曾任薦任或簡任司法官二年以上，或曾任薦任或簡任司法官並任薦任或簡任公務人員合計二年以上者。
- 三、曾任教育部審定合格之大學或獨立學院之教授、副教授，講授憲法、行政法、租稅法、商標法、專利法、土地法、公平交易法、政府採購法或其他主要行政法課程八年以上，具有薦任或簡任職任用資格者。
- 四、曾任中央研究院研究員、副研究員合計八年以上，有憲法、行政法之專門著作，並具有薦任或簡任職任用資格者。
- 五、曾在公立或經立案之私立大學、獨立學院法律、政治、行政學系或其研究所畢業，任薦任或簡任公務人員，辦理機關之訴願或法制業務八年以上者。
- 六、經律師考試及格，並有執行行政訴訟律師業務經驗八年以上，具有薦任或簡

<sup>4</sup> 參照吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁325。

<sup>5</sup> 參照陳清秀，行政訴訟法，初版，1999.6，頁9。

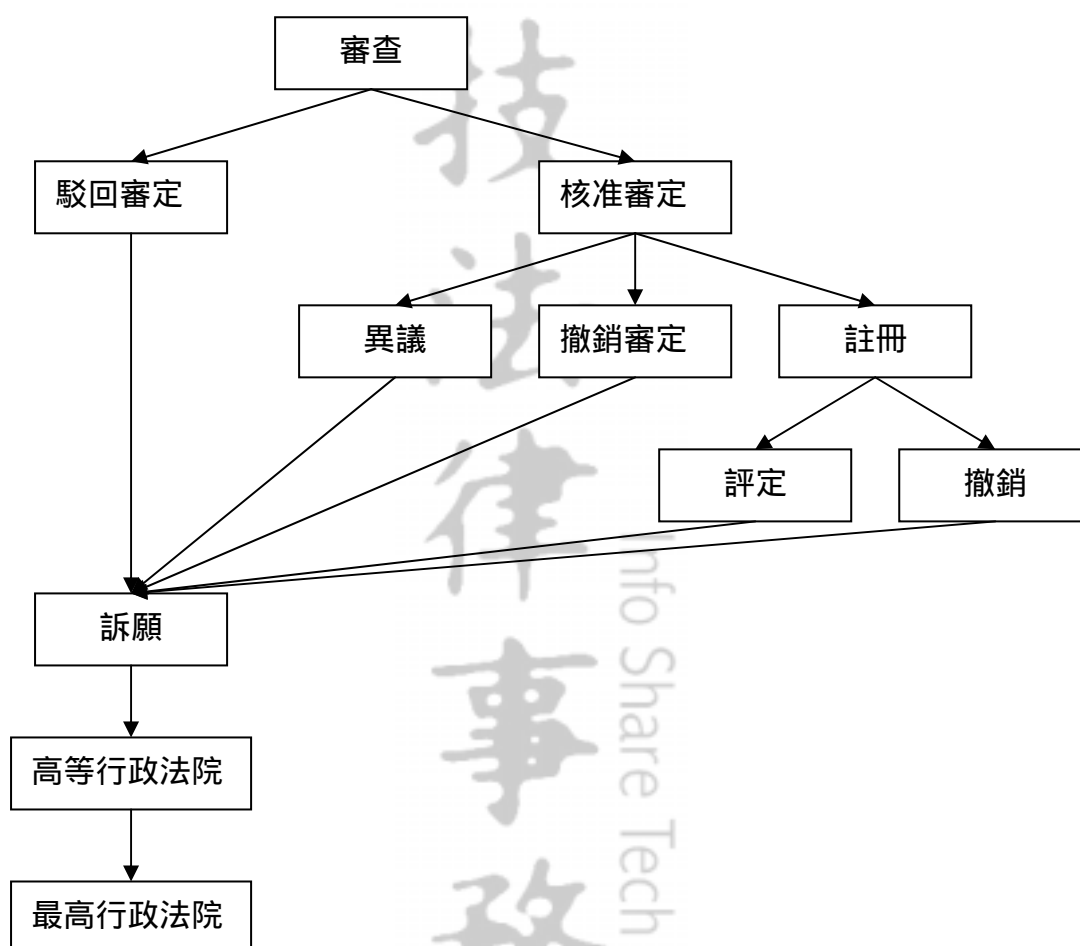
任職任用資格者。」

第十八條規定最高行政法院法官之資格，兩者大同小異。依第三條規定，高等行政法院之審判，以法官三人合議行之。但簡易訴訟程序以法官一人獨任行之。最高行政法院之審判，以法官五人合議行之。

法官之甄補來源較舊法更加放寬，除法官及檢察官外，尚包括教授、研究員、行政官及律師，故具有商標事務專長者較以往更有可能進入司法判決體系中。

## 二 程序

【附表 商標行政救濟體系略圖】



# 1 不同階層程序概說

## A 評定

經註冊取得商標專用權後，尚有評定商標註冊無效之行政救濟。其目的與異議均在於彌補主管機關審查之疏失。一為救濟於商標註冊正式核准之前，一為救濟於商標註冊正式核准之後，以示慎重。

評定之事項及原因，可分為「評定商標註冊無效」、「評定商標延展註冊無效」及「評定商標專用權範圍」，本文的討論範圍為第一種情況。

所謂評定商標註冊無效，係指註冊之商標，於申請註冊當時，實質已存有不得註冊之原因，而商標主管機關仍准其註冊，而註冊後，發現其註冊違反商標法之規定，乃以評定其註冊無效為救濟，使其商標專用權自始不存在之謂。商標評定無效，將使註冊商標自始無效，商標專用權之安定，以及專用權人之利益，均難免受到影響。故評定之審查應審慎為之，以免妨礙交易之安全。

提出之方式可分為申請評定及提請評定兩種，前者係由利害關係人申請商標主管機關為之，後者則由審查人員提請評定。就本文對行政救濟之意涵認定而言，僅討論前者。

商標法第五十二條第一項規定：「商標之註冊違反第三十一條第五項、第三十六條、第三十七條第一項或第四十二條第二項後段之規定者，利害關係人得申請商標主管機關評定其註冊為無效。」其評定係針對本不應准其註冊而為註冊之事由。包括違反商標註冊之消極要件、違反先申請主義之規定，以及違反三年內不得註冊之事由等。<sup>6</sup>

接下來一重要的問題係評定程序及評決之性質為何，這個問題關涉評定可否類推適用或適用其他法規的問題。首先，評決符合行政處分的要素<sup>7</sup>，在法律的評價上應該認為是一個行政處分，做成此一處分之程序，當然是行政程序<sup>8</sup>。

但是，行政程序亦可大別為兩類，即非爭訟性及爭訟性程序，前者所產生之結果多屬通常之行政處分，後者則以作成爭訟裁決性處分為目的，後者例如訴願程序，具有由一中立之層級，就兩造之爭執經由類似法院訴訟之過程，確定事實

<sup>6</sup> 參照曾陳明汝，商標法原理，2000.8，頁 116-117。

<sup>7</sup> 行政處分的要素：行為、行政機關、公權力、單方性、個別性、法效性，參照吳庚，行政法之理論與實用，增訂五版，1999.6，頁 281 以下；行政程序法第九十二條：「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為。」

<sup>8</sup> 行政程序指行政機關處理事件之過程及手續，其產生之結果，通常為行政處分或行政裁決，有時亦包括其他行政行為，諸如行政契約或行政命令等，視各國行政程序之立法例而定，參照吳庚，行政法之理論與實用，增訂五版，1999.6，頁 479。我國行政程序法第二條規定：「本法所稱行政程序，係指行政機關作成行政處分、締結行政契約、訂定法規命令與行政規則、確定行政計畫、實施行政指導及處理陳情等行為之程序。」

及適用法規，乃類似裁判行為，基於裁斷行為之尊重、法律關係之安定以及紛爭反覆之防止等理念，應承認其處分具有較強之效力或拘束效果<sup>9</sup>，這是兩者的相異之處。則評定的定性，一方面我們可以從行政機關的自我檢視的角度來看，某種程度把它類比成行政程序法第一百十七條原處分機關對違法行政處分的撤銷；但另一方面，毋寧又更偏向爭訟性質的行政程序，因為在本文設定的利害關係人申請評定情形，除了先前有處分存在外，必定有人民的發動，且行政機關必須展開程序作成回應，具有救濟之性質，所以相當類似訴願請求撤銷原違法之處分。撤銷原則上也是溯及失效（行政程序法第一百十八條）。況且，評定程序非常可能存在對立的兩造，申請人希望商標註冊無效，註冊人希望不會失效，這或許就是商標法第五十六條以下稱「當事人」而非申請人，而且在沒有行政程序法的時代就有「言詞辯論」、「參加」、「準用民事訴訟法」等文字的原因。因此評定程序應認為屬爭訟性之行政程序。

雖然，評定與訴願有所不同，例如評定之後續救濟似將評決當作通常處分來對待，也就是對評決不服提起的訴願，是以評決處分而非註冊處分作為對象；評決的一事不再理效力和訴願決定不同；評定在組織上無如訴願是上級機關的具某種獨立性的組織，而是和審查階段同質的一批人；評定在程序規定方面寥寥可數等。但此一制度設計或有其特殊之考量，但非表示喪失爭訟性程序之性質，又在組織及程序上規範簡略，應思考的是如何在解釋論上及立法論上使其符合正當行政程序，而非否認其性質。

而由於商標法對評定的程序規範相當簡陋，除了第五十七條第四項稱：「關於前條及本條之言詞辯論及參加程序，除本法另有規定外，準用民事訴訟法之規定。」之外，對於其他未規定或規範密度不足的程序事項，是否就由行政機關自行裁量？或有適用其他法規的可能？

從上述對評定性質的討論，可知評決既然也是行政處分，而行政程序法第三條第一項「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之」所顯現出的，行政程序法作為「行政機關通用的行政程序基本法」的立法定位，將使其發揮補充的效力，也就是當商標法評定程序的規定，較行政程序法所定的正當行政程序寬鬆時，後者的正當程序規定就對前者有自動滲透作用<sup>10</sup>；值得注意的是，這項工作也未必是那麼理所當然，因為也要考慮，某些「不完全規定」是否係立法者之刻意遺漏，無適用行政程序法之餘地？例如行政程序法第一百一十九、第一百二十條關於「信賴保護原則」之相關規定，為商標法無，在評定案已受商標註冊的專用權人，是否得主張信賴保護<sup>11</sup>？可能就會成為問題。原則上，

<sup>9</sup> 參照吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁363；雄川一郎，實質的確定力，行政判例百選，頁166以下，轉引自陳清秀，行政訴訟法，初版，1999.6，頁229。

<sup>10</sup> 關於行政程序法適用定位，參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁146以下。

<sup>11</sup> 如蔡志方教授就認為：「在專利制度上因必須兼顧公益，在異議及舉發制度上，根本即排除專利權人主張『信賴保護原則』之適用餘地。」參見蔡志方，論「專利權期滿消滅後，因該專利權而受害者之救濟途徑」，全國律師，第二卷第十期，頁32；李茂堂先生則似認為信賴利益請求補償的規定有適用的需求，但是否適用有疑問，而且專利舉發與商標評定成立者數量頗為可

應依個案去審視各該法律相關規定的立法目的，有疑義時則應解為有行政程序法的補充適用，在補充適用有益於人權保障時，尤其如此<sup>12</sup>。

接下來的問題是，補充適用行政程序法是否即已妥切？評定程序屬具有爭訟性之程序，而與訴願有相似之處，因此，訴願法的規定其實可能較行政程序法更能契合其性質；問題在於，訴願法並沒有作為一切爭訟性處分基本法，讓其他程序適用或準用的規定，故僅有類推適用之可能，即在正當法律程序的要求下，如果認為商標法評定程序規定存在立法漏洞，則可類推適用訴願法。

本文在下述貳、二、2 章節，將對評定程序做適用上的討論。

## B 訴願

訴願，有廣義與狹義之區分。廣義之訴願，乃指人民因有瑕疵之行政處分，而向該管轄之機關請求予以救濟之行為，包括訴願法所規定之訴願與其先行政程序，或相當於該等先行政程序之行政不服程序及公務人員保障法規定之復審（再復審）或大法官解釋所稱相當於訴願或再訴願之程序<sup>13</sup>；狹義之訴願則指訴願法之訴願。由此觀之，評定也是廣義訴願之一種，不過本文分別加以討論，故以下稱訴願均指狹義而言。

我國原訴願法條文只有二十八條，規定較為簡陋，在民國八十七年十月二日通過訴願法的修正後，可說發生了地殼變動，而具有下述重點特色<sup>14</sup>：

1. 強化行政機關自我省察功能
2. 擴大訴願客體之概念範圍
3. 擴大訴願主體的救濟範圍
4. 增設訴願參加制度，以維護利害關係人權利
5. 加強訴願程序中訴願人之參與權利
6. 職權探知主義
7. 改進訴願審議委員會組織
8. 維護地方自治

---

觀，適用於智慧財產權爭訟事件中，恐尚須有更為周詳合理之設計，實施時始可無所窒礙，參照李茂堂，訴願法之修正對智財權案件之行政救濟有何影響，智慧財產，第三十期，頁 52-53。本文認為，既然評決也是行政處分，信賴保護原則又是行政法之一般原則（在德國經憲法法院不斷引用，甚至逐漸成為憲法層次之法則。參照吳庚，行政法之理論與實用，增訂五版，1999.6，頁 59），故評定當然也要考慮信賴利益的問題，所以認為只要違反商標法第五十二條列舉的那些條文就一概評定無效的觀點，應該是建立在公益（包括利害關係人的利益）一定大於私益的前提下，而不是如此，似乎還有待進一步的思考。同時，此一問題對是否可能不一律賦以溯及無效的效果，而視情形使向後失效或另定失其效力之日期（參照行政程序法第一百十八條但書），尤有意義。至於行政程序法第一百二十條的補償問題，或許確實如李茂堂先生所云應有不同之設計。

<sup>12</sup> 參照許宗力，行政程序法與現行法制之整合，收錄於行政程序法草案研討會論文集，1999.2，頁 110。

<sup>13</sup> 參照蔡志方，行政救濟法新論，元照初版，2000.1，頁 19-20。

<sup>14</sup> 參照陳清秀，行政訴訟法，初版，1999.6，頁 2 以下。



9. 訴願承受制度
10. 訴願程序中暫時救濟制度
11. 不利益變更禁止原則
12. 職權撤銷與信賴保護
13. 增設情況決定制度，以填補人民損害
14. 訴願決定之拘束力
15. 增列再審救濟制度
16. 廢除再訴願程序，改以行政訴訟取代

此類修正內容可說使人民正當程序保護向前邁進了一大步，就商標的行政救濟制度而言，也因此與以往不同。

關於訴願之性質，多數學者認為訴願決定亦屬行政處分之一種，蓋其亦行政機關（受理訴願機關）就公法上具體事件所為決定，而對外直接發生法律效果的單方行政行為，故訴願為廣義的行政程序，本應適用行政程序法，只不過另有訴願法，應以訴願法為行政程序法之特別法而優先適用。惟行政程序法乃行政程序的「基本法」，其規定乃「正當行政程序」的最低要求，故訴願法所定程序不及行政程序法嚴謹（包括全然未有規定，或雖有規定而其內容不及行政程序法周詳）時，仍應適用行政程序法作為補充<sup>15</sup>。

## C 行政訴訟

行政訴訟（司法的行政救濟），乃行政法院以獨立於當事人之外，就原告因可提起行政訴訟之原因，侵害其權利或法益，而提起之訴訟，依據（行政）法規，為最後、權威而具拘束力之裁判者也。其表現之特色，厥為獨立、被動、受法律之拘束、嗣後及最終性，因此，其亦受司法權界限之限制<sup>16</sup>。

以往我國行政訴訟法較為簡略，對人民權利保護有所不足，在民國八十七年十月二日通過行政訴訟法的修正後，可說發生了地殼變動，而具有下述重點特色<sup>17</sup>：

1. 增加訴訟種類及權利保護途徑
2. 建立二級二審之行政法院
3. 除撤銷訴訟及課予義務訴訟外，提起其他類型之訴訟無須經過訴願程序

<sup>15</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 321-322；洪家殷，行政程序法與行政救濟之關係，月旦法學雜誌，第五十期，1999.7，頁 76；吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 286。但有學者持反對意見認為：訴願法著重於行政行為造成損害後之救濟，與行政程序法重在行政機關作成行政行為前，應遵行一定程序之立法目的，並不相同，因此將訴願法歸類為行政程序法之特別法，恐將模糊訴願法之救濟目的，並使行政行為法與行政救濟法不易明確劃分，將造成行政體系分類上之混淆，參照廖義男，行政程序法草案之重要內容（一）—適用範圍、行政處分與法規命令，收錄於行政程序法草案研討會論文集，1999.2，頁 18。

<sup>16</sup> 參照蔡志方，行政救濟法新論，元照初版，2000.1，頁 103。

<sup>17</sup> 參照吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 16-20。

4. 設指定當事人制度
5. 增加團體訴訟
6. 訴訟參加之態樣繁多
7. 增設回復原狀
8. 徵收費用
9. 利害關係人提起撤銷訴訟，有最後之期限限制
10. 採必要的言詞辯論
11. 定有反訴制度
12. 規定停止執行之條件
13. 設有證據專節
14. 先決問題之裁判
15. 情況判決及其救濟
16. 行政法院以自為判決為原則
17. 情事變更原則之適用
18. 增訂和解程序
19. 增列簡易程序
20. 設有上訴程序及抗告程序
21. 新增重新審理制度
22. 新增保全程序
23. 行政法院之判決定有強制執行程序

## 2 評定程序析述

有學者指出，行政程序法中的「正當程序」有四項要素：公正作為義務、受告知權、聽證權、說明理由義務<sup>18</sup>。此亦與大法官釋字第四九一號解釋對正當法律程序之要求有相當程度的契合<sup>19</sup>。故以下即以此架構討論評定之程序；並未窮盡各程序事項，合先敘明。

---

<sup>18</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 11 以下。

<sup>19</sup> 釋字第四九一號解釋：「自應踐行正當法律程序，諸如作成處分應經機關內部組成立場公正之委員會決議，處分前並應給予受處分人陳述及申辯之機會，處分書應附記理由，並表明救濟方法、期間及受理機關等，設立相關制度予以保障。」

## A 公正作為的義務

### I 迴避制度

關於評定程序的迴避，依商標法第五十五條第二項準用第四十條，與商標註冊申請人或商標代理人有一定關係者應行迴避，準用第四十八條第二項，曾參與審查案件亦應迴避，又依第五十五條第三項，與參加人有四十條之關係者，亦應迴避。

但有問題的是，商標法第四十條列舉的事由，和行政程序法第三十二條不完全相同，在行政程序法尚不存在的時代，商標法對迴避加以規定當然不能期待能預見將來的立法會與它不同，不過在修法時或許就應該考慮，有些規定是否適用行政程序法即可，或有些部分具特殊之考量應特別規範（但修正草案對此並未檢討）就現行法而言，適用上難免會有疑義，例如行政程序法第三十二條第四款，於該事件曾為證人、鑑定人者，應自行迴避，商標法就沒有規定，要不要補充適用？既然行政程序法是行政程序之最低要求，而此種有偏頗之虞的情形也可能發生，似乎應就採肯定的見解。

另外，在迴避方式方面，商標法第四十條僅有「自行迴避」一種，應補充適用行政程序法第三十三條各項規定，允許當事人「申請迴避」，以及依職權「命為迴避」。

在違反的效果方面，商標法未置一詞，行政程序法亦有待討論。案應迴避而未迴避，依行政程序法第一百一十一條，尚非「無效」之事由。但若未即時補正（重新陳述意見或聽證）或無從補正，應「推定」因此所為之終局處分為違法，法院「得撤銷」之（除非機關能證明未迴避對終局決定不生影響）<sup>20</sup>。另外，行政程序法第一百二十八條規定有「重新進行」之程序，其中第一項第三款「其他具有相當於行政訴訟法所定再審事由且足以影響行政處分者」為得申請撤銷、廢止或變更行政處分之事由，而行政訴訟法第二百七十三條第一項第四款即有「依法律或裁判應迴避之法官參與裁判者」為再審事由，故倘若法定救濟期間已經經過，評定的相對人或利害關係人還是有可能循此途徑尋求救濟。只是基於評定屬救濟程序之性質，此種確定後的救濟採用與訴願、訴訟上的再審制度或許更為貼切，故修正草案第六十八條第二項增訂：「對於確定評決之再審程序準用訴願法第九十七條之規定。」

<sup>20</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 100-101。

## II 組織適法

關於組織適法，商標法第五十五條規定：「商標評定案件，由商標主管機關首長指定評定委員三人以上評定之。」但對於議決之方式則未如訴願法有明確的規定<sup>21</sup>。不過，解釋上應該認為類似法院合議庭之合議，此在修正草案第七十二條稱「商標評定及廢止事件應由審議委員三人以上組成合議庭審議之。」尤為明確。

違反的效果方面，商標法亦未規範，若依行政程序法，其第一百四十四條第一項第四款規定，違反程序之行政處分，得因「應參與行政處分作成之委員會已於事後作成決議」而補正，解釋上應指，前應參與行政處分作成之委員會，已於事後作成「與原處分同一內容」之決議，組織不適法始為補正。如未能即時補正或「委員會補行決議之內容不同於原處分」，則屬不能補正之程序違反，應為「得撤銷」之原因，除非機關能證明，組織雖不適法，然於終局處分之結果不生影響，蓋組織適法乃機關之基本義務，容易遵守，而其違反對於決策結果之影響，外人甚難知悉，故由機關負舉證責任<sup>22</sup>。同時，因為「判決法院之組織不合法」為行政訴訟法第二百七十三條第一項第三款列舉之再審事由，故即使法定救濟期間已經經過，評定的相對人或利害關係人亦有可能循行政程序法第一百二十八條「重新進行」之程序尋求救濟。

## III 禁止片面接觸

行政程序法第四十七條規定：「公務員在行政程序中，除基於職務上之必要外，不得與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸。」

公務員與當事人或代表其利益之人為行政程序外之接觸時，應將所有往來之書面文件附卷，並對其他當事人公開。

前項接觸非以書面為之者，應作成書面紀錄，載明接觸對象、時間、地點及內容。」但其適用範圍如何？學者有認為參考美國行政程序法，僅在「正式程序」中，才禁止為程序外之片面接觸，故在我國所謂「除基於職務上必要者外」，應注意為適當解釋，以免限制過嚴，妨礙機關獲取決策所需資訊<sup>23</sup>；但同時亦認為，訴願審議之性質為正式的行政裁決，應有禁止片面接觸原則之適用<sup>24</sup>。以此推論，基於評定程序對公正裁決的需求性，亦應有本項原則之適用為妥。

違反之效果方面，依第二、三項之規定，違反禁止片面接觸之瑕疵，只要「以

<sup>21</sup> 訴願法第五十三條：「訴願決定應經訴願審議委員會會議之決議，其決議以委員過半數之出席，出席委員過半書之同意行之。」

<sup>22</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 102。

<sup>23</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 17。

<sup>24</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 327。

書面附卷，並對其他當事人公開」，即可補正。惟若不為補正或不能及時補正，為得撤銷之事由。不過當事人應負責舉證該片面接觸對終局處分之結果確有影響，以期法院撤銷<sup>25</sup>。

## B 受告知權

### I 預告

預先告知簡稱預告，指行政機關在作成終局決定前所為之告知，目的在促使程序權利人及時採取程序行為<sup>26</sup>。

商標法似僅第五十五條準用第四十七條第二項：「商標主管機關將前項副本連同附屬文件送達申請人及其商標代理人，並限期提出答辯。」第五十六條：「認為必要時，得指定日期，通知當事人到場辯論。」

而對於利害關係人的預告，商標法雖亦有參加之規定，但未有職權通知之設，程序保障上仍有差異；行政程序法第二十三條：「因程序之進行將影響第三人之權利或法律上利益者，行政機關得依職權或依申請，通知其參加為當事人。」應可補充適用。

訴願法第二十八條：「與訴願人利害關係相同之人，經受理訴願機關允許，得為訴願人之利益參加訴願。受理訴願機關認有必要時，亦得通知其參加訴願。」

訴願決定因撤銷或變更原處分，足以影響第三人權益者，受理訴願機關應於作成訴願決定之前，通知其參加訴願程序，表示意見。」則第二項解釋上，似乎認為只要存在權益受影響之第三人均須通知，否則即屬違法，實行上必有窒礙之處，故學者有建議予以限縮<sup>27</sup>。則差異縮小，卻又非完全相同，是否需類推仍費思量。

在違反效果上，如果機關根本未為預告，當事人既無從陳述意見，其效果應與下述未給予陳述意見之機會相同<sup>28</sup>。

<sup>25</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 104-105。

<sup>26</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 19。

<sup>27</sup> (一)受理訴願機關除有正當理由外，應予第三人陳述之機會。(二)所謂正當理由，包括依卷內資料無從知悉第三人存在、因情況急迫或其他公益之重大原因，無從通知三人參加者。(三)若將受不利益之第三人自行申請參加，受理訴願機關即不得以卷內資料無從得知，作為拒絕其參加之理由。參照吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 319-320。

<sup>28</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 106。

## II 決定告知

商標法第五十五條準用第四十九條的結果，商標主管機關對於商標評定案件，應作成評定書，記載理由，送達商標註冊之申請人、申請評定人及其商標代理人。

違反的效果方面，行政程序法第一百一十條第一項規定：「書面之行政處分自送達對人及已知之利害關係人起；書面以外之行政處分自以其他適當方法通知或使其知悉時起，依送達、通知或使知悉之內容對其發生效力。」準此，未為告知之行政處分固無從生效；告知內容不完全或錯誤者，僅按其告知之（不完全或錯誤）內容，對處分相對人生效<sup>29</sup>。評決自亦如此。

## III 救濟途徑教示

商標法對救濟途徑教示並未規定，行政程序法則在第九十六條第一項第六款規定，書面行政處分應「表明不服行政處分之救濟方法、期間及其受理機關。」故救濟教示之內容有三：救濟方法、救濟期間、受理機關。而違反救濟教示之情形包括「未為教示」或「教示錯誤」。

關於「救濟期間」教示錯誤，行政程序法第九十八條第一項規定：「處分機關告知之救濟期間有錯誤時，應由該機關以通知更正之，並自通知送達之翌日起算法定期間。」亦即課機關以「更正」之義務，並自更正通知送達之翌日，重新起算法定期間，以為補救。同條第二項謂：「處分機關告知之救濟期間較法定期間為長者，處分機關雖以通知更正，如相對人或利害關係人信賴原告告知之救濟期間，致無法於法定期間內提起救濟，而於原告告知之期間內為之者，視為於法定期間內所為。」乃基於信賴保護原則，對前揭同條第一項規定所設之例外。主張「因信賴機關原先告知之救濟期間，而無法於法定期間內提起救濟」之處分相對人，應負責舉證「信賴致不能」之情事；否則應概依前揭同條第一項之規定辦理。機關救濟期間教示錯誤而拒不更正，或自始即未曾教示救濟期間者，同條第三項特別將救濟期間放寬至一年，以期兼顧人民權利之保護與公共利益之維護<sup>30</sup>。

關於「受理機關」教示義務之違反，行政程序法第九十九條規定：「對於行政處分聲明不服，因處分機關未為告知或告知錯誤致向無管轄權之機關為之者，該機關應於十日內移送有管轄權之機關，並通知當事人。前項情形，視為自始向有管轄權之機關聲明不服。」

<sup>29</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 109-110。另注意第一百零一條：「行政處分如有誤寫、誤算或其他類此之顯然錯誤者，處分機關得隨時或依申請更正之。前項更正，附記於原處分書及其正本，如不能附記者，應製作更正書，以書面通知相對人及已知之利害關係人。」

<sup>30</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 115-116。

至於「救濟方法」未為教示或教示錯誤，應發生如何法律效果，行政程序法未有規定，學者有認為，如當事人因此未能及時聲明不服時，首應類推適用同法第九十八條第一項，課原處分機關以更正之義務；機關未為更正者，類推適用同法第三項將聲明不服之期間延長為一年。至如當事人因機關違反「救濟方法」教示，致向無管轄權之機關聲明不服者，應類推適用第九十九條第一項為「限期移送」並「通知」，第二項認當事人自始向有管轄權之機關聲明不服<sup>31</sup>。

## C 聽證權

所謂聽證權，即指行政機關於作成行政決定前，給予當事人答辯或說明的機會，堪稱正當行政程序的核心<sup>32</sup>。

商標法關於聽證權之類型，有書面陳述意見和言詞辯論二種。相對地，訴願法卻有書面陳述意見、到場陳述意見，和言詞辯論三個層次，則商標評定程序之聽證權應如何適用？以下分述之。

### I 書面陳述意見

商標法第五十六條第一項本文規定：「評定應就書面評決之。」宣示評定以書面審理為原則。而書面陳述意見之機會，即顯現在第五十五條準用第四十七條，評定申請人應以申請書載明事實及理由，檢送商標主管機關，商標主管機關將副本送達商標申請人及其商標代理人，並限期提出答辯。此一規定應已符合行政程序法第一百零二條「行政機關作成限制或剝奪人民自由或權利之行政處分前，應給予該處分相對人陳述意見之機會。」之要求。

但是訴願法就陳述意見有更進一步規定，第六十七條第三項：「受理訴願機關依職權或依申請調查證據之結果，非經賦予訴願人及參加人表示意見之機會，不得採為對之不利之訴願決定之基礎。」條文所謂「表示意見」，解釋上可為口頭的，亦可為書面的<sup>33</sup>。商標法及行政程序法均無此規定，而如果考量評定程序之爭訟、救濟性質，而訴願法前開規定又係基於此一特性，而給予較強程序保障而來，則似應類推適用訴願法該項規定。

<sup>31</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 116。

<sup>32</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 338,24。

<sup>33</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 343-344。

## II 到場陳述意見

訴願法第六十三條第二、三項：「受理訴願機關必要時得通知訴願人、參加人或利害關係人到達指定處所陳述意見。」

訴願人或參加人請求陳述意見而有正當理由者，應予到達指定處所陳述意見之機會。」第六十四條：「訴願審議委員會主任委員得指定委員聽取訴願人、參加人或利害關係人到場之陳述。」此等所謂「陳述意見」顯指「口頭陳述意見」，與行政程序法所稱「陳述意見之機會」乃書面者不同，而其程序又不及下述「言詞辯論」嚴謹，且無須作成紀錄（筆錄）<sup>34</sup>。此一層次的聽證權規定，為商標法與行政程序法所無，則評定程序是否要類推適用上述條文，頗難抉擇。

修正草案仿訴願法第六十三條第二項、第三項，而於第五十七條第二項、第三項明定應予當事人陳述意見之機會：「商標主管機關必要時，得通知當事人、參加人或利害關係人到達指定處所陳述意見。」

當事人或參加人申請陳述意見而有正當理由者，應予到達指定處所陳述意見之機會。」有澄清之作用，益可顯見評定具與訴願相似之性質，於現行法類推適用時或因此增加一些說服力。

## III 言詞辯論

商標法第五十六條第一項但書規定：「但認為必要時，得指定日期，通知當事人到場辯論。」因此主管機關對是否行言詞辯論有裁量權。與言詞辯論相當的聽證，在行政程序法第一百零七條規定：「行政機關遇有下列各款情形之一者，舉行聽證：一 法規明文規定應舉行聽證者。二 行政機關認為有舉行聽證之必要者。」而在明文規定應舉行聽證的僅有第一百六十四條第一項計劃確定裁決的情況下，等於亦賦予行政機關寬廣的裁量餘地，故學者有謂「是在可預見之未來，經聽證作成行政處分仍然難得一見」<sup>35</sup>。但相對地，訴願法第六十五條就規定：「受理訴願機關應依訴願人、參加人之申請或於必要時，得依職權通知訴願人、參加人或其代表人、訴願代理人、輔佐人及原行政處分機關派員於指定期日到達指定處所言詞辯論。」就歷史解釋及文義解釋言，不難認為只要訴願人或參加人申請，受理訴願機關應即舉行言詞辯論；不過，鑒於此種解釋顯有礙程序效率，亦與該法整體觀察有所衝突，學者多認依論理解釋及體系解釋，應該加以限縮<sup>36</sup>。但即便限縮，與前開商標法之規定仍有所不同，至少訴願法給予當事人申請

<sup>34</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 345。

<sup>35</sup> 參照吳庚，行政法之理論與實用，增訂五版，1999.6，頁 531。

<sup>36</sup> 例如吳庚教授解釋為：訴願人或參加人申請言詞辯論者，審議委員會如有正當理由，例如訴願不合法、顯無理由，或依現有資料，事實與法律關係已臻明確，尚非不得加以拒絕，尤其訴願決定之結果，係符合請求為言詞辯論者之願望時，似亦無須非經言詞辯論不可，參照吳庚，行政



之機會，則是否類推適用，依然令人困擾。

修正草案第五十八條增列：「商標主管機關依當事人、參加人之申請或必要時，應通知當事人於指定期日到達指定處所行言詞辯論。但其申請不合法、顯無理由或依現有資料，該事實及法律關係已臻明確者，不在此限。」本文部分模仿前述訴願法第六十五條規定，但書則明白採取吳庚教授之見解，若完成立法將可避免此項類推適用的爭議。

## IV 違反之效果

原則上，行政程序法對未予當事人陳述意見之機會，於第一百四十四條第一項第三款有謂，應給予當事人陳述意見之機會已於事後給予者，得因而補正；然解釋上僅於補行程序後，對原違反程序所作成的實體決定不生影響時，始得補正。未及時補行陳述，或雖補行陳述實體結果將因而變更者，自得訴請法院撤銷<sup>37</sup>。

進一步說，在訴願法第六十七條第三項：「受理訴願機關依職權或依申請調查證據之結果，非經賦予訴願人及參加人表示意見之機會，不得採為對之不利之訴願決定之基礎。」之情形，如果類推適用於評定，則凡不利決定之基礎之調查結果，未給予當事人或參加人表示意見之機會（可為書面陳述，可為口頭陳述，亦可為言詞辯論）者，應認係無可補正之程序瑕疵，構成得撤銷之事由。惟商標主管機關能證明雖未予第六十七條第三項規定之表示意見之機會，然於評決之實體結果仍不生影響者，法院可例外地不予撤銷評決<sup>38</sup>。

在訴願法第六十三條第三項之情形，如果類推適用於評定，則當事人或參加人有正當理由提出請求時，商標主管機關不得拒絕，故是否為言詞之陳述並非全屬商標主管機關裁量之事項<sup>39</sup>；至於其他情形，包括商標主管機關認為無必要而未予陳述意見之機會，或未依職權舉行言詞辯論，因商標主管機關有裁量權，除當事人能證明「如曾給予陳述意見之機會或為言詞辯論，評決之實質結果將有不同」外，似應認為縱有違反程序，亦已補正（治癒）<sup>40</sup>。

### D 說明理由的義務

法院對行政行為的監督，主要係透過審查機關決策之論理過程而達成，說明

---

爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 333-334；湯德宗教授解釋為：受理訴願機關仍「得」審酌個案情形，決定是否舉行言詞辯論，參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 348-350。

<sup>37</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 107。

<sup>38</sup> 參照湯德宗教授關於訴願之見解，湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 355。又若在言詞辯論採取類推適用訴願法第六十五條，則違反該規定效果相同。另參照吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 334。

<sup>39</sup> 參照吳庚教授關於訴願之見解，吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 332-333。

<sup>40</sup> 參照湯德宗教授關於訴願之見解，湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 355。

理由義務之重要性可見一斑。按，使機關說明其決策理由，原在確保機關為理性決策，防止濫用權力<sup>41</sup>。

商標法第五十五條準用第四十九條的結果，商標主管機關對於商標評定案件，應作成評定書，記載理由，送達商標註冊之申請人、申請評定人及其商標代理人。修正草案第六十四條仿訴願法第八十九條，第三款規定評定書應記載「主文、事實及理由」。行政程序法第九十六條第一項第二款亦規定行政處分以書面為之者，應記載「主旨、事實、理由及其法令依據」。惟說明理由義務之內容如何，則仍非明確。

對於訴願決定的說明理由義務內容，學者有認為應補充適用行政程序法第四十三條、一百零八條前段，並準用行政訴訟法第一百八十九條第二項之規定，亦即：「受理訴願機關為訴願決定時，應斟酌全部陳述與調查事實及證據之結果，其經言詞辯論者，並應斟酌全部辯論意旨，依論理及經驗法則判斷事實之真偽。依前項判斷而得心證之理由，應記明於決定書。」雖然稱全部陳述（含言詞辯論意旨）僅供訴願決定「參考」，但若和訴願法第六十七條第三項「受理訴願機關依職權或依申請調查證據之結果，非經賦予訴願人及參加人表示意見之機會，不得採為對之不利之訴願決定之基礎」相結合的結果，就經言詞辯論而作成之不利之訴願決定這種情形而言，實質上遂形同訴願決定機關「應依言詞辯論筆錄作成決定」。甚至進一步認為，應區分不同內容的「聽證權」，分別採取三種寬嚴不同的審查標準，即：予「書面陳述意見之機會」而作成訴願決定，應採「恣意證據標準」審查論理與結論之關係；予「口頭陳述意見之機會」而作成訴願決定，應採「從嚴證據標準」審查論理與結論之關係；予「言詞辯論」而作成訴願決定，應採「實質證據標準」審查論理與結論之關係<sup>42</sup>。

對於評決之說明理由義務內容，似亦可採相同解釋。

違反之效果方面，遇有行政機關之「論理」不足以支持其「結論」時，即屬程序違反。雖行政程序法第一百四條第一項第二款有謂「必須記明之理由已於事後記明者」，得因補記理由而補正，然解釋上僅於補行程序後，對原「違反程序」所作成之實體決定不生影響時，使得補正。其未即時補記理由，或雖補記理由而行政處分結果將因而變更者，處分之相對人自得訴請法院撤銷。是否及時補記理由，應由原處分機關負責舉證；如記明理由原處分之結果將有所不同，則應由不服處分之相對人負責舉證<sup>43</sup>。又行政訴訟法第二百七十三條第一項第二款規定有「判決理由與主文顯有矛盾者」為再審事由，故倘若法定救濟期間已經經過，評定的相對人或利害關係人亦有可能循行政程序法第一百二十八條「重新進行」之程序尋求救濟。

<sup>41</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 111。

<sup>42</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 356-358；關於該三種美國發展出之審查標準，參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 96-98。

<sup>43</sup> 參照湯德宗，行政程序法論，2000.10，頁 114。

# 參 制度檢討與建議

## 一 成立專業法庭

如前貳、一、3 行政法院法官部分的說明，修正後的行政法院組織法增加了法官之甄補來源，除法官及檢察官外，尚包括教授、研究員、行政官及律師，故具有商標事務專長者較以往更有可能進入司法判決體系中。但是，有可能不代表必定有，是否存在具商標事務專長的法官欠缺制度的保證，何況學者也有指出，新的行政法院組織法並未就合議庭中「具法律以外專才之法官」所佔比例為規定，對行政官或其他資格出任行政法院法官之機會，自嫌保障不足，且不能保障審判庭之組成必能反映立法者所要求之多樣化<sup>44</sup>，也就是說，單從法制上來看，具特別專長的法官不一定能參與到特殊的案件。

其結果，一般的法官在處理較具技術性的案件時，往往因缺乏專門知識和判斷經驗，而難以勝任審查工作，尤其面對較其更具專業了解的行政機關和當事人所提出的技術上判斷或主張，更可能面臨困難；又假如法官的專業性遠低於審查員，前者的判斷可以推翻後者，現實上說服力恐怕也不足。所以根本性的解決方法，是不是應再考慮進一步組織上的變革，成立專業法院或法庭？採取專業法院或法庭之方式，除可確保原即具有專長之法官會配置於此外，一般法官亦可因長期擔任該庭職務而較具處理的專業性，只是此一變革勢必須考量其他配合因素。

就獨立設立商標專利法院而言，除有經費、人員配置之問題，更有審級、管轄等問題，且就案件數量而言，是否有成立專業法院之必要，亦有待商榷。故本文暫且不去考慮。

就在既有法院內設立專業法庭而言，商標法第七十一條規定：「法院為處理商標訴訟案件，得設立專業法庭或指定專人辦理。」行政法院組織法第九條規定：「高等行政法院之庭數，視事務之繁簡定之，必要時得設專業法庭。」實際上，我國台北地方法院也已於民國八十七年七月一日起成立「智慧財產權專業法庭」，所負責者主要應為智慧財產權之民事案件，為我國邁向司法專業之指標<sup>45</sup>。至於，於行政法院是否也應成立智慧財產權專庭？

可能考量之問題包括：1.行政法院法庭數目是否足夠而允許專業法庭被區隔出來？商標專利法庭之承辦數量與其他法庭相較，是否有勞役不均之問題？2.再審迴避之問題是否不易解決？討論如下：

1. 行政法院法庭數目是否足夠而允許專業法庭被區隔出來？商標專利法庭之承

<sup>44</sup> 參照吳庚，行政爭訟法論，修定版，1999.5，頁 35。

<sup>45</sup> 呂璋卿整理，邁向五個專業的時代—賀台北地院成立智慧財產權專庭，智慧財產權管理季刊，第十八期，頁 40，轉引自鄭凱文，專利行政救濟制度之研究，台灣大學法研所碩士論文，2001.1，頁 172。

辦數量與其他法庭相較，是否有勞役不均之問題？就行政法院之庭數而言，高等行政法院於民國八十九年成立十庭，其中台北高等行政法院設四庭，台中、高雄高等行政法院各設三庭，民國九十年一月一日再增設四庭，台北高等行政法院設二庭，台中、高雄各增設一庭，屆時台北高等行政法院將有六庭，台中、高雄則各有四庭，因此庭數已較原來增加許多。再就案件數量而言，於行政訴訟事件中，以民國八十八年之統計資料為準<sup>46</sup>，案件數總計 5539 件，其中稅捐案件數量有 3592 件，佔第一位；專利商標案件有 410 件，佔第二位。考量商標專利案件大多集中於台北，若於台北高等行政法院擇一庭成立專利商標專庭，其餘法庭可辦理其他案件，應屬可以接受，尤其如果依下面所述由此專庭管轄全國專利商標案件，承辦案件數比例可謂相當，何況商標專利案件增加快速，案件量是否足以成立專庭應不是問題。

2. 再審迴避之問題是否不易解決？專利商標專庭依行政法院組織法第三條規定：「高等行政法院之審判，以法官三人合議行之。」當遇有行政訴訟法第十九條法官應迴避之情形時，因專庭法官人數過少，亦可能面臨困難。因此，若欲設立專利商標專庭，對於其法官配置之人數，宜修正行政法院組織法或於專利、商標法為特別之規定。

綜合以上所述，在行政法院組織大幅擴張之今日，審判資源已不似以往匱乏，且專利商標案件亦與日益增，於高等行政法院下成立專利商標專庭，應有其實益與可行性。

至於此專庭是否應專屬管轄全國所有之專利商標案件？若統一由台北高等行政法院受理，參考國外立法例，集中審理可能有的優點包括：可發揮統一解釋法令之功能，且在資源共享之下，使法官對專利商標案件之特殊性有更深入之認識，從而加快審查之速度，並符合集中化、專業化之立法趨勢。可能面臨之問題如：當事人皆需到台北高等行政法院出庭，增加舟車勞頓之苦。但此問題可能解決的方法如：學習日本之「巡迴審判制度」，雖此制度係利用於特許廳之審判程序，使審判合議體至各地舉行言詞審理，同時接受當事人之補正書。但或可運用於司法審判；或者，利用視訊科技，透過連線舉行言詞審理等。<sup>47</sup>

另外，若欲加強法院法官審查之能力，是否也有考慮設置所謂之技術法官或技術人員，或引進專家參審制等方式之可能？技術人員之設置應可依「法官助理」之身分，依據新行政法院組織法（八十八年二月三日公布）第十條第四項：「高等行政法院必要時，每庭得置法官助理一人至三人，依聘用人員聘用條例聘用專業人員，或調派各級法院或行政法院其他司法人員或借調其他機關適當人員充任之，協助該庭辦理訴訟案件程序之進行、程序重點之分析、資料之蒐集分析等事項。」或依司法院所屬各級法院聘用法官助理遴選辦法（八十八年三月二十三日公布）第三條：「聘用法官助理應就大學法律或與業務相關系所畢業者遴聘之，

<sup>46</sup> 司法統計提要，1999，頁 144-145

<sup>47</sup> 關於成立專業法庭考量問題之分析，參照鄭凱文，專利行政救濟制度之研究，台灣大學法研所碩士論文，2001.1，頁 171-173。

聘期為二年。但工作績效優良者，得續聘一次（即全部聘期以四年為限），聘期屆滿應無條件離職。」至於技術法官或參審，則涉及司法人員養成教育及考試制度等問題，且可能根本改變法院人事之組織，所需的配套措施較多，也需通盤之考量，不過參考德國技術法官之成果與日本強化調查官角色之提議，我國於技術專業相關案件，如於短期內無法成立技術法官，不妨嘗試設立「專家參審」制度，讓專家並非僅居於諮詢之角色，而是就技術相關爭議事項，參與法官合議並表示意見<sup>48</sup>。

## 二 成立商標審議委員會

如果把評定和申請註冊程序相比，在法制上其專業性、獨立性都沒什麼不同。首先就專業性的角度，雖然經濟部智慧財產局組織條例有商標高級審查官、商標審查官、商標助理審查官不同職稱之分，但對從事評定、申請註冊和異議之審查員資格，並未有區別的規定。則以評定推翻註冊審查，除了前者是三人合議外，說服力可能仍稍嫌薄弱；既然已有商標高級審查官、商標審查官、商標助理審查官之區分，商標審查官資格條例亦對三者有不同專業程度的要求，評定委員之資格應可以採取較高標準，明確予以規定。

其次，如前貳、二、1、A 關於評定性質之分析，評定程序實具有救濟、爭訟、裁斷之性質，與訴願制度有類似性，則公正性、獨立性的問題就有必要加以考慮。但現行制度，評定在組織上與申請註冊、異議程序相同，均由智慧財產局商標權組也就是處分原機關為之，相較於訴願係由上級機關特別成立的組織，且有半數以上社會公正人士、學者、專家等情形，獨立性顯然遜色。則人民對是否能藉此獲得救濟將有所遲疑，因此，如何在法制上加強其獨立審議的特性，是值得思考的方向。

綜上所述，應可在組織上設置與原註冊審查不同之委員會，從事評定之工作，並加強其獨立行使職權的保障。事實上，商標法修正草案第七十一條規定：「商標主管機關應設商標審議委員會審理商標評定及廢止事件。商標審議委員會之委員，由商標主管機關首長就具有下列資格之一者指定之，並指定其中一人為主任委員，綜理商標評定及廢止事件之事務。一、曾任商標高級審查官者。二、曾任商標審查官三年以上者。三、擔任商標審查工作八年以上者。」即已採取此種作法，且從第二項可看出對商標審議委員會委員的專業要求較高，是值得贊同之修正。

另外草案第七十三條規定：「商標審議委員會對於商標主管機關獨立行使職權，依法審議商標爭議事件，不受任何干涉。」明文其行使職權之獨立性。

<sup>48</sup> 參照鄭凱文，專利行政救濟制度之研究，台灣大學法研所碩士論文，2001.1，頁 189-190。

### 三 取消訴願層級

如前貳、一、2 訴願審議委員會部分的說明，新法加強了公信力、法律專業性、獨立性，是很好的發展，但法律的專業性強化了，商標事務的專業性呢？以法制專長人才為主，是否有能力因應繁雜之商標訴願案？況其負責之訴願案不僅包括商標，還有專利，及對來自商業司、國際貿易局、商品檢驗局、水資源局等行政機關所為行政處分之訴願案。故相比之下，智慧財產局係商標專責機關，關於案件審查所需之硬體或軟體設備，皆較經濟部訴願審議委員會豐富，如前案搜索、具豐富實務經驗之審查人才等，故在倘若設置商標審議委員會並加強其獨立性，訴願委員會訴願決定的妥當性恐怕就將不及商標審議委員會的評決。

另一方面，回顧訴願法的修正，之所以撤廢再訴願層級，目的即在使人民的權利及早獲得救濟。因為訴願畢竟仍屬行政程序之一部，強調行政機關體系自我審視的功能，仍然和客觀中立的司法體系有所不同，對訴願決定不服再向法院請求裁判，恐怕是人之常情，結果過長的訴願程序將使人民的救濟向後拖延，有違效能原則，亦與法治國家要求的：行政救濟之重心應在法院而非行政部門本身，有所不符<sup>49</sup>。同樣的道理，評定既然也是對原註冊處分認為違法的救濟途徑，也是救濟程序的一環，與訴願具有同質性，則要求人民須經兩個訴訟前的先行層級，有何意義？反增加人民權利救濟的阻礙。

綜上所述，化簡行政救濟層級是應該努力的方向，而在現行訴願審議委員會專業性不如智慧財產局的情況下，如果強化評決組織的獨立性，應可取代訴願層級，也就是和前面草案商標審議委員會之設置相連結，既經商標審議委員會的評決，應可直接向行政法院請求救濟。事實上商標法修正草案亦作如此的規劃，其第六十五條規定：「對於評定之評決有不服時，應於評定書送達之次日起二個月內，逕向高等行政法院提起行政訴訟。」其修正說明稱：「近年來，工商企業競爭激烈，商標專用權之存否及範圍涉及註冊人及第三人權益甚巨，宜儘速確定，在行政訴訟法改採二級二審後，若對商標評定不服於提起訴訟前仍須踐行訴願程序，不忒為四級四審，實有損法律秩序之安定，而對商標主管機關之評決不服，各國立法例（如日本商標法第六十三條、德國商標法第六十六條、美國商標法第二十一條）亦多趨向對商標主管機關所做之處分可直接向法院請求審判，而此次商標法修正對評定程序已踐行相當訴願之審議程序，對相對人予適當之程序保障，若對評定結果仍有不服，應可准許逕向高等行政法院提起行政訴訟，以達儘速確定之目的，並維護當事人之權益，爰仿各國立法例，可直接向行政法院起訴。」可資參照。

<sup>49</sup> 參照吳庚，行政爭訟法論，修訂版，1999.5，頁 14-16；翁岳生，我國行政訴訟制度之現況與課題，收錄於法治現代化之回顧與前瞻 楊建華教授七秩誕辰祝壽論文集，1997.8，頁 163。

## 四 加強評定之程序保障

如前貳、二、1、A 關於評定性質的討論，評定程序規範不足之處應適用行政程序法之規定，因為行政程序法乃行政正當程序的最低要求，但另一方面，就評定程序具爭訟性的特色，訴願法的規定可能較行政程序法更能契合其性質，則在正當法律程序的要求下，如果認為評定程序規定存在立法漏洞，就有類推適用訴願法之可能。

這些解釋論上的做法固然可以某種程度地解決問題，但非妥善之計，如前所述，補充適用行政程序法的規定，未必是那麼理所當然，因為也要考慮，某些「不完全規定」是否係立法者之刻意遺漏，而無適用行政程序法之餘地；其次，行政程序法針對通常處分之規定，就具有爭訟性質的評定而言未必貼切，應該作類似訴願法的設計；但在未明確規範或準用的情況下，只能類推適用訴願法，而這也會產生很多爭議；尤其評定是否有特殊需要，應該做不同行政程序法及訴願法的處理，也有考慮的必要；何況，與行政程序法、訴願法乃至民事訴訟法形成複雜的適用、類推適用、準用關係，本身就不符合法律適用安定性的要求，人民對程序的遵行與效果欠缺可預見性，對其程序與實體的利益均有所害。

所以根本性的作法，似應對評定程序作較細緻的檢討，並作明確而單純的準用規定。修正草案是否考慮周詳，或有檢討餘地，而修正說明既稱評定審議程序之修正參考訴願程序，則有些部分將訴願法的規定予以照抄或些微修改，不採準用方式，立法技術上是否妥適，應該也有斟酌的空間。

## 五 兩造程序

商標的評定事件，與一般行政救濟案件很大的不同點在於涉及私人間權利之爭執，雖不可否認該等案件具有公益之性質，但主要乃涉及當事人間經濟財產上利益之糾紛，因為一方之商標被評定無效，實質上及另一方之商標權存在或得自由使用不受干預，與民事上私權糾紛實不遑多讓，實務上通常是一方提出理由、證據，另一方則提出答辯，雙方於審理程序中互為攻擊防禦<sup>50</sup>；這應也是商標法第五十六條稱「當事人」而非申請人，第五十七條稱「輔助一造之當事人」的原因。這種私人間和私人間的對審結構，和民事訴訟類似，和訴願、行政訴訟則不太相同。

但依照現制，進入訴願程序後，以提起訴願之一造與原處分機關為兩造當事人，另外與爭訟結果利害相關之另一造卻得置身事外，等於在評定程序中的一造突然消失，由智慧財產局取而代之，消失之一造僅得作為第三人「參加訴願程序」，表示意見（參照訴願法第二十八條第二項、第六十五條、第六十七條第三

<sup>50</sup> 參照李茂堂，訴願法之修正對智財權案件之行政救濟有何影響，智慧財產，第三十期，頁 46-47。

項等)，而有不合理之處<sup>51</sup>。當然，如果採取上述取消訴願層級之作法，這個問題就不存在，但行政訴訟的部分還是有相同的問題。

要解決此一瑕疵，有建議模仿美、日制度採取「兩造程序」，即以評定程序中之兩造互為原、被告，為上訴程序之進行，讓真正具有利害關係之人成為當事人，有利於雙方進行攻擊防禦之能事，不需再無端增加行政機關之負擔，使行政機關為行政訴訟第一審之言詞辯論而應接不暇<sup>52</sup>，深值考慮，不過相較美、日救濟制度的公、私一元，採取此種設計會不會和我國行政訴訟規定或法理有所扞格，或許還需要深入檢驗；又，是否也可能用其他方式來解決此一問題，例如加強參加之規定；甚至，現行制度是否確然對之束手無策，本文亦尚不敢妄下斷語，仍有討論的空間。

## 肆 結論

本文先就商標評定及其後續的行政救濟制度現狀作說明，後並以前者為基礎，提出淺略的修法建議。

就評定委員及訴願審議委員會之分析而言，認為應可作整合性的改革，亦即加強評定組織的獨立性及專業性，而可取代訴願審議委員會之功能，簡化層級，並可獲致更妥適的判斷。

就行政法院法官之分析言，專業能力應仍有前進的空間，倘若在技術上可以克服，成立專業法庭或應係可以考慮的作法。

關於評定的程序規定，由於商標法規範簡陋，解釋上當有行政程序法的補充適用，甚至訴願法類推適用之餘地，方能形塑出一妥善之正當程序樣貌；但此種複雜的適用、準用、類推適用狀態，實非理想，在法制上應再尋求符合評定制度的程序要求，並將規範狀態單純化。

最後，鑒於評定此種類似私權兩造爭訟之特性，有建議應改造此類事件訴願、行政訴訟結構，使成為私人之兩造程序，此亦值得吾人重視。

本文對商標行政救濟制度的討論範圍限於一隅，文章架構上又有所傾斜，提出之檢討建議亦尚值再思考，或許只能說在商標法等待修正之際，作為探討相關問題的出發吧。

<sup>51</sup> 參照李茂堂，訴願法之修正對智財權案件之行政救濟有何影響，智慧財產，第三十期，頁 47-48。

<sup>52</sup> 參照鄭凱文對專利之異議、舉發的建議，鄭凱文，專利行政救濟制度之研究，台灣大學法研所碩士論文，2001.1，頁 215-216。