



專題研究

由「正當法律程序」視角初探 現行民事專利訴訟體制



李懷農*

壹、「訴訟權」與「正當法律程序」之概念

一、基本權概述

憲法係國家根本大法，我國憲法分為基本權與政府組織兩大部分，其中稱為基本權者，為國家主權建立時，制憲者承諾賦予人民的權利，此權利屬於憲法上之權利，與一般法律上的權利相較大有不同。

法律上之權利，立法者享有極大的決定權，隨者立法政策之調整，立法者可以賦予人民某項權利，例如博奕條款賦予人民設置賭場合法賭博之權利，故此權利若屬立法者賦予人民，則立法亦有權力收回。

然而，立法者亦僅為憲法機關之一，因此屬於憲法位階之基本權並非立法者可隨意限制，立法者若欲限制人民受憲法所保障之基本權，則需要符合比例原則之限制。

因制憲者於制憲之時，無法預見日後社會之發展，故制憲者委由釋憲機關以解釋憲法之方式，逐步建立其他基本權，避免立法者、行政機關或甚至是司法機關恣意侵害人民重要權利。

DOI : 10.3966/221845622015100023003

收稿日：2015年8月3日

* 台北律師公會執業律師。

二、「訴訟權」實務演進之概述

我國憲法第16條規定：「人民有請願、訴願及訴訟之權」，此憲法條文經過大法官多次解釋，藉由訴訟權之保障，人民得向法院依法定程序提起救濟，落實「有權利，必有救濟」之保護，以避免受憲法與法律保護之權利淪為具文。

(一)釋憲者將訴訟制度之建構，賦予立法者極大權限

訴訟權之行使需透過訴訟制度，而訴訟權之核心領域為何？訴訟制度是否有其憲法上之必要程序？該等爭議在我國憲法實務上一直論戰不休，觀大法官早期所作成之釋字第393號解釋主文：「憲法第十六條規定，人民訴訟權應予保障，至訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，應由立法機關衡量訴訟之性質，以法律為正當合理之規定……」可知，依照大法官之意旨，訴訟制度應行何種審級、程序、要件，立法者有極大裁量權，因此極易因為立法者之怠惰，而造成人民權利無法獲得救濟。

然而，釋字第393號解釋之不同意見卻指出：「……為貫徹人民訴訟權之保護……對於再審之事由與程序所設之限制是否合理、正當而無礙於人民之『聽審請求權』，亦為違憲審查對象之一」¹，可知當時少數不同意見已理解「聽審權」之重要性。

隨時代演進，大法官亦慢慢確立了許多具體訴訟程序，例如，「應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等」²、「憲法第十六條規定……包含聽審、公正程序、公開審判請求權及程序上之平等權等」³，讓憲法第16條有了更充實之內涵。

惟就訴訟程序之建立，大法官既已授予立法者巨大的裁量權限，造成大法官訴訟程序之改革裹足不前，使得「聽審權」僅受到徒具形式之保障，例如釋字第667號解釋理由書：「人民之訴願及訴訟權為憲法第十六條所保障……此項程序性基本

¹ 司法院釋字第393號解釋，蘇俊雄大法官不同意見書。

² 司法院釋字第396號解釋理由書。

³ 司法院釋字第482號解釋理由書。

權之具體內容，包括訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，須由立法機關衡酌訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的以及訴訟制度之功能等因素，制定合乎正當法律程序之相關法律，始得實現。而相關程序規範是否正當，須視訴訟案件涉及之事物領域、侵害基本權之強度與範圍、所欲追求之公共利益、有無替代程序及各項可能程序之成本等因素，綜合判斷而為認定⁴，雖然加入了「正當法律程序」之字眼，諸多抽象要件的演繹結果，仍未替「訴訟權」或「聽審權」建立新的具體內含。

因此，釋字第667號解釋之不同意見書表示：「所謂憲法正當法律程序於訴訟權之保障……自應『給予當事人申辯及提出證據之機會』，即本於上開人民『受通知權』之保障，使人民有知悉訴訟上相關事項，始有予以申辯及提出證據之機會……立法者固然對訴訟權及正當法律程序保障之具體內容有自由形成之空間，終究不能恣意、毫無正當理由為不同規定，侵害人民之訴訟權。就寄存送達之規定而言，本席實無法想像，其方式及生效於行政訴訟及民事訴訟之間，究有何得為不同規定之正當理由……」⁴，強調「受通知權」須受到保障，並批判多數意見所謂「合乎正當法律程序」之「訴訟權」保障，並未考量到「受通知權」之重要性。

(二)於歷來大法官解釋中，審級利益並不受訴訟權保障

審級利益係指當事人可請求法院進行幾次審判，一般民、刑事訴訟可分別於地方法院、高等法院、最高法院⁵進行三次審理，有三個審級；而行政訴訟則可於高等行政法院、最高行政法院進行兩次審理，因此行政訴訟程序僅有兩個審級，此外最高法院與最高行政法院僅審查其下級法院是否有適用法律之錯誤。

然而，訴訟制度究竟應設立幾個審級，各國各有不同考量，若能提供「有效」的救濟程序，究竟應建立幾個審級似乎並非是重點，大法官向來見解確有其依據。

釋字第639號解釋主文：「憲法第八條所定之法院，包括依法獨立行使審判權之法官。刑事訴訟法第四百十六條第一項第一款就審判長、受命法官或受託法官所為羈押處分之規定，與憲法第八條並無牴觸。刑事訴訟法第四百十六條第一項第一款及第四百十八條使羈押之被告僅得向原法院聲請撤銷或變更該處分，不得提起抗

⁴ 司法院釋字第667號解釋，葉百修大法官不同意見書。

⁵ 民事訴訟法第466條針對上訴三審另有金額之限制。

告之審級救濟，為立法機關基於訴訟迅速進行之考量所為合理之限制，未逾立法裁量之範疇，與憲法第十六條、第二十三條尚無違背……」，揭示縱屬於憲法保障度較高的人身自由，亦只能向同一審級的法院聲請救濟，顯然大法官對於審級利益的堅守一如往昔。

(三)正當法律程序引入我國之必要性

我國憲法實務對於「訴訟權」之發展，雖在破除特別權利關係時留下了非常精彩的一頁，但對於訴訟權之保障是否應建立特殊之審級、程序、要件一事，仍給予了立法者非常大的裁量空間，進而導致許多基本權在尋求訴訟救濟，因欠缺特殊對應之審級、程序、要件，而無法有效保障基本權。

而為了落實憲法保障基本權之意旨，亦同時為了突破上開大法官對於訴訟權所建立之屏障，早有論者主張：「個別基本權利皆含有程序保障的需求與功能，吾人既得將性質相同之『程序保障』一般化為『程序基本權』，就如同平等權、人性尊嚴、一般人格權，其既內容含於各項具體基本權利中，亦可外顯為憲法原則，作為個別基本權利保護範圍無法涵蓋時之補充依據，並支配所有公權力，包括行政、立法、司法等」⁶，透過建構個別基本權所需之程序保障，以「正當法律程序」之方式，落實憲法保障個別基本權之意旨，避免產生權利保護之死角。

三、「正當法律程序」實務演進之概述

「正當法律程序」原則的形成可溯源於英國大憲章，然後移植於美國。美國憲法修正第5條規定：「非經『正當法定程序』不得剝奪任何人之生命、自由或財產」⁷；我國屬於大陸法系，在未引進「正當法律程序」之前，司法實務操作往往將「實體規定」與「程序規定」截然二分，將限制人民權利之「實體規定」適用憲法一般基本權之審查標準進行違憲審查，而限制人民權利之「程序規定」，則適用「訴訟權」進行違憲審查。

然而，為了突破立法者對於「訴訟權」之裁量權，以落實憲法保障人權之意

⁶ 李震山，多元、寬容與人權保障，2007年，264頁。

⁷ 司法院釋字第418號解釋，孫森焱大法官協同意見書。

指，大法官透過司法權之解釋，將「正當法律程序」由憲法一般基本權引入我國法律制度，更逐漸透過釋字解釋，建立起「正當法律程序」於我國之適用標準。

釋字第384號解釋主文：「憲法第八條第一項規定：『人民身體之自由應予保障……非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰，得拒絕之。』其所稱『依法定程序』，係指凡限制人民身體自由之處置，不問其是否屬於刑事被告之身分，國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當」，透過憲法第8條第1項之人身自由將「正當法律程序」引入我國法律制度。

釋字第582號解釋主文：「憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定『非由法院依法定程序不得審問處罰』之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據」，更透過結合憲法第16條與憲法第8條第1項，賦予了人民刑事訴訟程序中的「詰問權」，開啓了刑事程序嶄新的篇章。

因此，透過大法官的努力，上開學者所謂「個別基本權利之程序保障功能」，已逐漸於我國憲法實務占有一席之地，彌補訴訟權發展力有未逮之處，除了上開所提及之「人身自由」外，更已逐步發展到「財產權」等其他基本權之領域。

四、「正當法律程序」於我國「財產權」上之發展

（一）「程序正義」為落實「實體正義」的唯一手段

以程序正義追求實體正義，最著名之典故應屬所羅門王的故事，所羅門王遇到一「實體事實」難以發現之難題，即兩女爭執為一嬰兒之生母時，而互不相讓，最後所羅門王成功的利用「程序手段」，發現誰為生母，此故事是否屬實雖已難以考證，然而卻可告訴吾人，當實體真實不易尋覓之時，確保程序之正義，方能發現難以尋覓的實體真實。

而當法律規定內容具有高度抽象性與不確定性，而於個案之解釋與適用上具有高度爭議性，法律不僅應設置能正確實現立法意旨之適當組織，以執行此等職務，

並應規定可有效保障人民財產權與居住自由之正當程序⁸，因此由「正當法律程序」之視角觀之，爲了保護人民之財產權，當法律規定內容具有高度抽象性與不確定性，因產生個案之解釋與適用上具有高度爭議性，可透過兩種有效的「正當法律程序」避免高度抽象性與不確定性產生的爭議，其一是「設置能正確實現立法意旨之適當組織」，其二則是「規定有效保障人民財產權之正當程序」，兩者缺一不可。

因爲縱使具有「適當之組織」，如仍欠缺「適當之程序」，在法律規定具有高度抽象性與不確定性的情形下，該組織仍可以恣意之方式決定法律之適用，進而使得權利之保護，將流於國家的恣意，因此，落實「適當之程序」可避免國家以恣意的方式，在未給予充分通知且在未賦予受影響之人民被聽取意見機會的情形下，剝奪其法律上保護的權利。故「程序上正當程序」之作用在確保相關的程序的公平性與公正性。此在我國憲法上雖無直接之明文規定作爲基礎，然此要求爲現代法治國家所應遵循之憲法上基本原則⁹。

(二)大法官明確揭示須確保人民具有「知悉相關資訊」及「適時陳述意見」之機會

我國「正當法律程序」適用於「財產權」近年來最受矚目之案例應屬都更爭議所引爆之釋字第709號解釋，該號解釋主文：「中華民國八十七年十一月十一日制定公布之都市更新條例第十條第一項有關主管機關核准都市更新事業概要之程序規定，未設置適當組織以審議都市更新事業概要，且未確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會，與憲法要求之正當行政程序不符……上開規定均有違憲法保障人民財產權與居住自由之意旨」，揭示賦予人民「知悉相關資訊」與「事實陳述意見」屬於國家限制「財產權」所需之「正當法律程序」。

釋字第709號解釋雖係針對行政機關而作成，然而，基本權係憲法保障人民對抗國家侵害之設，據以對抗之國家機關自不以行政機關爲限，且職司審判之司法機關所依循之法律程序，本質上自應較行政機關更爲縝密，在審判程序中限制人民「財產權」自應賦予人民「適當的組織」，以及「知悉相關資訊」與「事實陳述意見」之程序，應屬毋庸置疑。

⁸ 司法院釋字第709號解釋，林錫堯大法官協同意見書。

⁹ 司法院釋字第709號解釋，羅昌發大法官部分協同部分不同意見書。

(三)對於「聽審權」之具體內容，學說上早有詳盡之闡述

學說認為：「『聽審權』在德國基本法第一百零三條第一項及歐洲人權公約第六條第一項皆有明文規定，而因我國大法官釋字第482號解釋理由書已宣示『訴訟權』包含聽審的權利，因此『聽審權』於我國已具有憲法位階；而『聽審權』之保障，可謂程序保障最重要的部分，其具體內容主要包含有『認識權』、『陳述權』、『突襲性裁判禁止』、『法院之闡明』、『法院審酌義務』等¹⁰」。

「認識權」又稱「受通知權」（下稱「認識權」），此權之保障雖在釋字第667號解釋仍屬少數意見，但隨著時代之演進，釋字第709號解釋主文「確保利害關係人知悉相關資訊之機會」等語，似已承認此程序屬於「正當法律程序」之一環，為剝奪人民「財產權」時所必須遵守之程序。

「認識權」之所以重要，因為在訴訟程序上，人民對於訴訟程序之進行，以及相關重要的資訊必須要能夠知悉，以便能在面對法院時，能適當的行使「陳述權」，以影響法院做出決定，使得「法院審酌」義務不會流於形式，試想訴訟程序恰似兩名網球選手正進行競賽以分勝負，若裁判將選手之眼以黑布遮住不讓選手看見場內的比賽情形，只能夠靠雙耳聽聲辨位來決定比賽之進行，則選手勢必無法表現出應有的實力，進而影響比賽之公正性。

「陳述權」不僅指當事人於法院面前，能主動對於本案事實、法律見解提出自己的意見，更重要的是，法院對於採為判決基礎之事實、調查證據之結果、應使當事人於裁判前有表示意見之機會¹¹，後者之重要性在於當事人於訴訟行為中被正視為一個訴訟主體，而非是訴訟上被支配的客體，以網球賽作比喻，能成為訴訟主體好比是當事人可身為網球選手而進行參賽，相較之下，僅為訴訟上被支配的客體時，當事人只是一顆網球；而釋字第709號解釋主文「確保利害關係人適時陳述意見之機會」等語，似亦承認此程序為剝奪人民「財產權」時，所必須遵守之「正當法律程序」。

「突襲性裁判」是指當事人依照訴訟程序進行之過程，不能合理地預測到法院

¹⁰ 沈冠伶，訴訟權保障與民事訴訟——以大法官關於「訴訟權」之解釋為中心，國立臺灣大學法學論叢，2005年9月，34卷5期，214-232頁。

¹¹ 同前註。

裁判之內容或判斷過程，進而使當事人未能充分提出事實、證據或法律見解，造成「聽審權」之侵害¹²，因此「突襲性裁判禁止」係為落實憲法所保障之聽審權，法院應具有之義務。

「法院之闡明」係相對於當事人之「認識權」而衍生出之義務，透過法院闡述法官事實上之判斷及法律上判斷為何，進以使得當事人可清楚認識到訴訟上之現況，而揭開綁在當事人雙眼上之黑布，法院之闡明義務可被視為公正審判之一環；而「法院審酌義務」係相對於當事人之「陳述權」而衍生出之義務，如前所述，為陳述權最重要的實質內含。

為落實「聽審權」之保障，以及憲法位階之「認識權」與「陳述權」，法院自應具有「突襲性裁判禁止」、「法院之闡明」、「審酌義務」等義務，方能謂落實憲法上「正當法律程序」。

貳、限制「專利權」行使之「正當法律程序」

一、專利訴訟之概述

「專利權」屬財產權之一，應受憲法第15條保護，但「專利權」與一般財產權存有極大差異，一般傳統財產權往往有其具體型態，以物權保護之標的為例，如房屋、汽車，看得到摸的到，抑或像是債權，因為契約、侵權行為等關係所產生，其產生之要件亦屬具體。

相較之下，「專利權」屬於法律所創設之智慧財產權，須對於人類整體知識有一定程度之貢獻，為鼓勵構思者不藏私而公開之行為，國家遂賦予其一定期間獨占之權利；然而，如何判定該等創作之內容夠資格受到國家的法律保護而成為「專利權」，遂成為一重要課題。

以「發明」專利為例，我國法規係透過「產業利用性」、「新穎性」、「進步性」此三要件，判定該等創作是否屬於「專利權」而享有法律上諸多權利，而得對侵害專利權之人，提起民事訴訟以主張權利。

然而，專利權既屬於法律所創設之權利，其創設之過程與其他權利自有所不同

¹² 同前註。

同，創作人需要先向專利主管機關智慧財產局（下稱「智慧局」）進行申請，經過智慧局依法審查通過後¹³，專利權人取得專利證書，方能依法行使專利權；然而，此權利係經智慧局審查後以行政處分之方式授予，因此行政機關做出處分時，所可能發生之違法之問題，利害關係人自可依法向行政法院提起救濟。

我國原屬民事、行政二元之法院體制，因此專利權人獲證專利而向侵權人提起民事訴訟後，侵權人若認該專利權不符合「產業利用性」、「新穎性」、「進步性」之要件，而有專利無效之事由，須另行採取行政爭訟手段救濟，導致此專利侵權訴訟須分屬民事、行政兩個法院，而產生嚴重的程序上延宕。

而於智慧財產法院成立後，不但同時職掌專利民事、行政爭訟，在民事訴訟的過程中，當專利侵權人主張系爭專利有應撤銷之事實時，法院有權利就該等主張自為判斷之權限，而不受其他民事、行政法規關於停止訴訟程序之規定¹⁴，使得專利侵權之民事爭訟產生了型態上之改變，就審理速度上而言，得到了相當的進步。

二、認定「進步性」之法規

「進步性」屬於專利三要件之一，在專利爭訟的過程中屬於認定專利有效性最常見之爭點。

現行「進步性」規定於專利法第22條第2項：「發明雖無前項各款所列情事，但為其所屬技術領域中具有通常知識者依申請前之先前技術所能輕易完成時，仍不得取得發明專利」，該項本文「發明雖無前項各款所列情事」係指發明通過在第22條第1項「新穎性」之認定後，可開始進行「進步性」之審查，而該項但書三個要件即為認定進步性之實體規定，分別為「其所屬技術領域中具有通常知識者」、「依申請前之先前技術」、「能輕易完成」。

而為詳細說明專利申請之審查流程，智慧局公布有專利審查基準，依據現行（即2013年版）專利審查基準（下稱「審查基準」）第二篇第三章3.4.1「進步性之判斷步驟」已揭示：「申請專利之發明是否具進步性，通常得依下列步驟進行判斷：

¹³ 本文以下之「專利權」，主要係指「發明」專利。

¹⁴ 智慧財產案件審理法第16條。

- 步驟1：確定申請專利之發明的範圍；
- 步驟2：確定相關先前技術所揭露的內容；
- 步驟3：確定申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準；
- 步驟4：確認申請專利之發明與相關先前技術之間的差異；
- 步驟5：該發明所屬技術領域中具有通常知識者參酌相關先前技術所揭露之內容及申請時之通常知識，判斷是否能輕易完成申請專利之發明的整體。」

對於進步性之判定流程，審查基準做出更清楚之說明，而上開審查基準雖僅為行政規則，然而其內容已經司法審判實務所肯認，因此自然足以作為判斷專利是否具有「進步性」之審查依據，以彌補專利法規範未盡詳細之處。

在未誤認「申請專利」與「先前技術」之技術內容的前提之下，應可順利完成「步驟1」、「步驟2」、「步驟4」，而「步驟5」亦係依據「步驟3」以及「步驟4」所作成，因此，上開五步驟最主要的關鍵點在於「步驟3」即確定申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準。

而究竟何謂「該發明所屬技術領域中具有通常知識者」，專利法施行細則第14條第1項：「本法第二十二條……所稱所屬技術領域中具有通常知識者，指具有申請時該發明所屬技術領域之一般知識及普通技能之人」，定有明文；又，現行專利審查基準第二篇第三章3.2.1「該發明所屬技術領域中具有通常知識者」：「該發明所屬技術領域中具有通常知識者，係一虛擬之人，指具有申請時該發明所屬技術領域之一般知識及普通技能之人，且能理解、利用申請時之先前技術」亦有明文。

然而，不論是專利法施行細則或是專利審查基準，對於「該發明所屬技術領域中具有通常知識者」之技術水準，所揭示的判斷標準，仍皆屬相當抽象的法律標準；此標準之所以抽象難測，係源於判定智慧財產權之特性，要判定系爭創作是否被認定為智慧財產，等於在建立一套評價智慧之標準，因此其判定流程之抽象係屬於可預料之情事。

三、司法實務對於「申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」之認定方式

為輔佐法官認定相關技術之技術內容，智慧財產法院依法配置有技術審查官，

而依照智慧財產法院組織法第15條第4項：「技術審查官承法官之命，辦理案件之技術判斷、技術資料之蒐集、分析及提供技術之意見，並依法參與訴訟程序」，相較智慧法院設立前之法院審理，現實智慧財產法院確實因技術審查官之引進，使得法院擁有自己的技術參謀。

而在司法實務上，亦因配設技術審查官，使得法院能夠輕易的逕行判斷「申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」此一要件，而無所懷疑，以近年最高法院之相關判決為例「……系爭方法要件F與系爭第一請求項之差異，為系爭專利所屬技術領域中具有通常知識者顯能輕易完成……」¹⁵、「……系爭專利所屬技術領域中具有通常知識者，依系爭專利說明書所載之內容以及申請時之通常知識，並無法了解系爭專利之演算法技術究竟為何，並據以實施……」¹⁶、「……對熟習該項技術者而言，應用或組合上開引證之技術內容，而完成系爭專利請求項一所請之發明並無困難，即能輕易完成系爭專利之技術內容……」¹⁷、「……系爭第一請求項為其所屬技術領域中具有通常知識者，依『引證二』之先前技術顯能輕易完成，而不具進步性……」¹⁸、「……系爭第一請求項與有關『刷桿』部分之技術特徵，與『引證一』之文字記載雖有些微差異，然此差異為所屬技術領域中具有通常知識者可直接無歧異得知，應為『引證一』所揭露……」¹⁹、「……於MOSFET的與關係圖中線性區之說明，自為該發明所屬技術領域中具有通常知識者可直接無歧異得知之內容……」²⁰、「……惟依證據2即我國九二二一三八六〇號『網路通訊插座』專利揭露之技術特徵，可認系爭專利所屬技術領域中具有通常知識者，依該先前技術顯能輕易完成申請專利範圍第一項」²¹……等，顯見司法者認為「申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」此一要件，屬於司法者自行認定之事項。

¹⁵ 最高法院104年度台上字第1221號民事判決。

¹⁶ 最高法院104年度台上字第1152號民事判決。

¹⁷ 最高法院104年度台上字第1111號民事判決。

¹⁸ 最高法院104年度台上字第278號民事判決。

¹⁹ 最高法院103年度台上字第2717號民事判決。

²⁰ 最高法院103年度台上字第1423號民事判決。

²¹ 最高法院103年度台上字第1952號民事判決。

四、現行司法實務關於「申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」之認定，恐有違大法官所揭示「正當法律程序」

按「專利權」既已依法申請，而經智慧局依法核准，自屬於合法有效之權利，而受我國法律如專利法乃至於憲法之保護，雖非不得予以限制，但專利權既屬於財產權之一，因此限制「專利權」之行使，自應合乎憲法所揭示之「正當法律程序」，方能有效保障人民之「財產權」，以落實憲法保障人權之意旨。

當法律規定內容具有高度抽象性與不確定性，而於個案之解釋與適用上具有高度爭議性，法律不僅應設置能正確實現立法意旨之適當組織，以執行此等職務，並應規定可有效保障人民財產權與居住自由之正當程序；而「申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」為認定「進步性」之核心要件，且所謂通常知識者，僅為一虛擬之人，其高度「抽象性」、「不確定」與「爭議性」自不待言，因此，「專利權」是否會因欠缺「進步性」而被認定專利無效，完全繫於此要件之認定上。

此外，「後見之明」往往在審查「申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」時出現，造成「專利權」遭到恣意侵害，舉例而言，孔明草船借箭之故事若為真，事後在判定當時通常知識領域知人，是否能想出借箭一事時，難免受到孔明已成功借箭之影響，而有先入為主的觀念，認定當時一般的軍事參謀皆能規劃此一計謀，恐將排除思考當時的軍事參謀可能會認為曹操有射出火箭而否決草船借箭的可能性，而為了避免後見之明滲入「進步性」之判斷，吾人才須建構合理之審查程序以確認「申請專利之發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」，包含「設置適當組織」、「確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會」等等。

(一)「技術審查官」或「智慧財產法院之法官」並非「所屬技術領域中具有通常知識者」，不能逕依其主觀之認知來決定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」為何

學理上認為：「……所屬技術領域中具有通常知識者所應掌握的中等或平均標準之專業知識，在內含上應兼具專業能力與實務經驗，值得注意的是，判斷進步性

的虛擬之人——所屬技術領域中具有通常知識者，以從事發明相關實務工作為必要，甚而以發明所屬技術領域之業界研發工作者為主……專利審查官或技術法官非『具有通常知識者』，值得注意的是，德國立法例認為，專利專責機關的專利審查官、專利法院的技術法官或受理專利有效性終審之聯邦最高院法官，均非適格之所屬技術領域中具有通常知識者，亦即其非進步性判斷之『具有通常知識者』²²，卻屬的論。

試想，申請專利之技術種類何其繁雜，各種技術領域之專研亦何其浩瀚，且判定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」尚須回推到「申請時」之技術水準並摒除現今之技術知識，而基於專利權於申請後有20年之期限²³，因此可預見於民事訴訟中所據以主張權利之「專利權」，其「申請時」之時點從審判開始前至審判前20年都有可能²⁴，因此除了技術種類之繁雜外，尚有技術回推之困難性。

若主張智慧財產法院配置之技術審查員，皆能通曉「所有領域」、「二十年內」之知識，而屬於「所有領域」之「通常知識者」，似乎強人所難，縱然假設智慧法院之法官亦英明神武，每人知曉數十領域20年來之知識，亦難涵蓋所有專利申請領域，更遑論法官或技術審查官，甚少有技術領域之實務工作者擔任，因此逕以技術審查官或法官之主觀之認知來決定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」為何，難免遭到「官大學問大」之譏，更輕視所有申請專利之技術領域知識。

(二)「技術審查官」或「法官」並非「所屬技術領域中具有通常知識者」，但是「技術審查官」具有一定技術背景，可以協助「法官」認定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」為何

「所屬技術領域中具有通常知識者」既屬於一虛擬之人，具有高度抽象性與不確定性，因此法律僅應設置能正確實現立法意旨之適當組織，以確認「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」，方符合憲法「正當法律程序」之意旨。

按智慧財產法院組織法第15條第4項明文：「技術審查官承法官之命，辦理案

²² 謝銘洋、李素華，專利權訴訟中之進步性與均等論——德國觀點，台灣法學雜誌，2013年2月，218期，87-126頁。

²³ 專利法第52條第3項：「發明專利權期限，自申請日起算二十年屆滿」。

²⁴ 此處暫不考量智慧局審理之期間。

件之技術判斷、技術資料之蒐集、分析及提供技術之意見，並依法參與訴訟程序」，揭示技術審查官縱使非「所屬技術領域中具有通常知識者」，但是技術審查官具有相當之技術背景，自足以進行技術資料之蒐集、分析及提供技術之意見，作為協助法官進行技術判斷，自屬能正確實現立法意旨之適當組織。

(三)就判定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」，審查基準與實務見解亦已建立一定之確認程序

現行專利審查基準第二篇第一章1.3.1「可據以實現要件」揭示：「該發明所屬技術領域中具有通常知識者，係一虛擬之人，指具有申請時該發明所屬技術領域之一般知識及普通技能之人，且能理解、利用先前技術……一般知識，指該發明所屬技術領域中已知的知識，包括『習知或普遍使用的資訊』以及『教科書或工具書內所載之資訊』，或從『經驗法則所瞭解的事項』。普通技能，指『執行例行工作、實驗的普通能力』。申請時之一般知識及普通技能，簡稱『申請時之通常知識』」，已指明「所屬技術領域中具有通常知識者」雖屬「一虛擬之人」，而屬相當抽象之事實，然而卻可透過客觀的事實加以確認。

另有實務見解揭示：「……依前揭大陸專利案，對所屬技術領域中具有通常知識者，有置換可能及容易性，成立均等……」²⁵。此見解獨特之處在於揭示「專利案」亦可認定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」，而賦予「所屬技術領域中具有通常知識者」一詞更具體之生命，而不再僅是不確定的抽象概念。

(四)然而，於認定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」之程序上，我國欠缺「有效」保障人民財產之正當程序

如前所述，我國既建立有技術審查官制度，法院自可透過技術審查官做出技術認定，故智慧財產案件審理細則第16條第1項明文：「法院得命技術審查官就其執行職務之成果，製作報告書。如案件之性質複雜而有必要時，得命分別作成中間報告書及總結報告書」，正是此一意旨，然而既然法院得到了一份的鑑定報告，當事人為了訴訟上的攻防考量，更為了避免確保鑑定報告的正確性，自然會很想要知道

²⁵ 最高法院103年度台上字第1843號民事判決。

法院究竟得到了什麼報告，但是智慧財產案件審理細則第2項本文卻明文：「技術審查官製作之報告書，不予公開」，因為，技術審查官之報告書僅係供法官參考，而屬諮詢性質，故不予公開。

然而，因技術審查官的技術報告不予公開，當事人自然不能知道所謂「所屬技術領域中具有通常知識者」此一抽象標準的「具體內容」為？是否技術審查官有按照「教科書」、「工具書」、「其他專利申請案」等等客觀之判定標準，正確建立起「申請時之通常知識」？甚至是檢視技術審查官之技術報告內容是否有錯誤之處？故智慧局王局長曾表示：「……技術審查官的意見是什麼大家看不到，大家會覺得自己像盲劍客一樣，不知道該怎麼樣去強化攻擊防禦方法……」²⁶，「盲劍客」一語，確實說出了現行專利民事訴訟當事人的心聲。

睿智的立法者亦早已思量到此點，因此智慧財產案件審理法（下稱「審理法」）第8條第1項明文：「法院已知之特殊專業知識，應予當事人有辯論之機會，始得採為裁判之基礎」，其立法理由亦揭示：「一、按法院本身已具備與事件有關之專業知識，或經技術審查官為意見陳述後，就事件有關之特殊專業知識，如未於裁判前對當事人為適當揭露，使當事人有表示意見之機會，將對當事人造成突襲，爰設第一項，明定法院本身所已知，與事件判斷有關之特殊專業知識，應予當事人有辯論之機會，始得採為判決之基礎」，說明立法者要求司法者在審判時，因為專利案件本身會有特殊專業知識，要求法院須將該等知識，例如上開「習知或普遍使用的資訊」、「教科書或工具書內所載之資訊」、「經驗法則所瞭解的事項」、「執行例行工作、實驗的普通能力」、「其他專利案」等，揭露與當事人知識，使其有發表意見的機會²⁷。

智慧財產法院亦表示：「……智慧財產訴訟業已採行專家諮詢，並引進技術審查官制度，經上開專業人士於個案向法官為意見陳述後，法官就事件業已獲知何等應適用之特殊專業知識，常為訴訟關係人所不知，如法官未於裁判前對當事人適當揭露其專業知識上之認知及判斷，使當事人有表示意見之機會，將對當事人造成突襲性裁判，有礙當事人聽審請求權及正當程序之保障。因此，審理法第8條第1項明

²⁶ 司法院智慧財產案件審理制度研究修正委員會，第2次會議紀錄，2010年，33頁。

²⁷ 當事人可藉此避免法院發生技術認定錯誤。

定法院本身所已知，與事件判斷有關之特殊專業知識，應予當事人有辯論之機會，始得採為裁判之基礎」²⁸。

此外，司法院亦於103年7月31日增訂智慧財產案件審理細則第2項但書規定：「但法院因技術審查官提供而獲知之特殊專業知識，應予當事人辯論之機會，始得採為裁判之基礎」，此規定意旨與智慧財產案件審理法第8條第1項自屬相同。

然而，司法實務對依法審判之理解往往與一般人有點不太一致，智慧財產案件審理法第8條第1項早於智慧財產法院設立之時（即97年7月1日）早已頒布施行。然而，審理法第8條第1項這看似課予法院義務、賦予人民權利的規定，在實務上落實的機率相當低。

最高法院民事庭迄今²⁹曾多次對智慧法院違反「審理法第8條第1項」表示見解，整理歸類如下：

1. 未說明為何智慧法院違反「審理法第8條第1項」不屬於消極不適用法規³⁰。
2. 法院有「訴訟指揮」、「認定事實」之職權，因此不屬於消極不適用法規：
 - 「……係對於原確定判決就訴訟指揮進行、事實認定之職權行使予以指摘……」³¹。
 - 「……法院認定專利意見與揭露特殊專業知識，本屬訴訟指揮、認定事實及證據取舍等職權行使……」³²。
 - 「……引證案之技術判斷，亦係原第二審本於專利法相關規定所為之闡釋及法律上見解等情……」³³。
 - 「……係對於原確定判決就訴訟進行、事實認定、證據取舍等職權行使予以指摘……」³⁴。
 - 「……有關法官之訴訟指揮，或有關法官本於法律確信對專利有效性之認

²⁸ 智慧法院網站—首頁—審判業務—智慧財產案件—民事案件—智慧財產民事訴訟—心證公開，最後瀏覽日：2015年7月30日。

²⁹ 本文判決檢索之日期為104年7月30日。

³⁰ 最高法院104年度台聲字第133號民事裁定。

³¹ 最高法院104年度台上字第335號民事判決。

³² 最高法院104年度台上字第213號民事判決。

³³ 最高法院103年度台聲字第725號民事裁定。

³⁴ 最高法院102年度台聲字第1446號民事裁定。

定……」³⁵。

- 「……係就第二審取捨證據、認定事實之職權行使，指摘其為不當，並非表明該判決所違背之法令……」³⁶。
- 「……有關調查證據之訴訟指揮，與抗告人之主張迥然有別……」³⁷。

3. 法院應開示心證，以保障當事人之「聽審權」。

- 「……原審於審理中認本件似有均等論之適用，乃依智慧財產案件審理法第八條規定為心證之開示……」³⁸。
- 「……原判決理由記載，就涉及專業知識判斷部分，原審並未說明其出處或依據，則是否係以自己具備之專業知識，或經由技術審查官提供意見而得之專業知識為裁判之基礎？如是，自應踐行上開程序，始合於法律規定」³⁹。
- 「……綜觀原審在準備程序及言詞辯論程序中，僅向當事人曉諭爭點及與技術審查官分別向當事人發問，而就法院已知而擬採為裁判基礎之特殊專業知識，並未加以適當揭露，並令當事人為辯論，即遽採為裁判之基礎，其所踐行之訴訟程序，已難謂無重大瑕疵……」⁴⁰。
- 「……原審究係依何「專業知識」論斷「該領域具有通常知識者均認知『微控制器』亦可稱為『微電腦』」，竟未依上揭意旨適當揭露及令當事人為辯論，並就兩造對該二項是否屬相同技術領域之爭執詳予調查審認，遽為不利上訴人之論斷，其所踐行之訴訟程序，已難謂合……」⁴¹。
- 「……智慧財產法院審理是類訟爭事件就自己具備與事件有關之專業知識，或經技術審查官為意見陳述所得之專業知識，倘認與專責機關之判斷歧異，自應依智慧財產案件審理法第八條……將所知與事件有關之特殊專業知識對當事人適當揭露，令當事人有辯論之機會，或適時、適度表明其

³⁵ 最高法院102年度台抗字第265號民事判決。

³⁶ 最高法院101年度台聲字第1399號民事裁定。

³⁷ 最高法院101年度台抗字第69號民事裁定。

³⁸ 最高法院101年度台上字第38號民事判決。

³⁹ 最高法院100年度台上字第2254號民事判決。

⁴⁰ 最高法院100年度台上字第1013號民事判決。

⁴¹ 最高法院100年度台上字第1804號民事判決。

法律上見解及開示心證……原審就此未遽注及，遽認系爭專利第六項及第十項技術特徵不具進步性，所踐行之訴訟程序，已難謂合……」⁴²。

- 「……原審審判長或受命法官就此技術問題及其已知之特殊專業知識，既未借助技術審查官之參與，亦未向當事人曉諭爭點或適度開示心證，賦予上訴人有辯論之機會，即逕將上開舉發案之理由，採為裁判之基礎，而認定系爭專利有得撤銷之原因，不啻剝奪上訴人聽審之機會，造成事實認定之突襲，有違上開條文平衡保護當事人實體利益及程序利益之立法宗旨，其所踐行之訴訟程序，自有重大瑕疵……」⁴³。
- 「被上訴人……提出引證7，並抗辯引證7、引證7及引證5之結合可證明系爭專利申請範圍第一項不具新穎性及進步性，原審就前開抗辯及可控制電阻器之可變、振鈴產生區間等相關事項……另兩造為攻防，難謂有何不適用智慧財產案件審理法第八條規定之違法……」⁴⁴。

綜觀最高法院迄今所做出之判決、裁定，若智慧財產法院硬是違背審理法第8條之規定，約只有50%的機率會被最高法院認為審理程序上有瑕疵，雖然從98年間至100年間最高法院主流見解係認為智慧法院有遵循審理法第8條之義務，但從101年之後，主流最高法院實務見解轉而否定當事人基於審理法第8條而享有聽審之權利，反而認為基於法院「訴訟指揮」之權限，不需要讓當事人知道法院裁判之基礎為何，此見解已經成為現今實務堅強且穩定之見解。

然而，縱使在最高法院肯定當事人基於審理法第8條有聽審權之年代，智慧局王局長亦表示：「……目前智慧法院的透明度和一般民事法院還是有點不太一致……」⁴⁵，何況在實務見解轉趨否定當事人有聽審權之後，當事人在智慧法院審理程序中，完全無法知悉法院據以審理系爭案件的技術基礎為何，「盲劍客」一詞恐將更貼近現行當事人尤其是專利權人之地位。

⁴² 最高法院100年度台上字第480號民事判決。

⁴³ 最高法院98年度台上字第1655號民事判決。

⁴⁴ 最高法院103年度台上字第1423號民事判決。

⁴⁵ 同註26，34頁。

(五)現行之專利民事案件審理程序，似違反憲法保障「財產權」之「正當法律程序」

釋字第482號解釋理由書已揭示「訴訟權」包含「聽審權」，釋字第709號解釋主文更揭示：「確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會」方屬於限制「財產權」之「正當法律程序」。

而智慧財產法院職掌專利民事訴訟之審理，侵權人抗辯專利有無效事由時，智慧法院依審理法第16條，可於該民事訴訟程序中自行認定專利之有效性。然而，智慧法院若認定專利權有無效事由，而判定專利權人不得對他造主張權利，此認定「專利權」無效之程序，自然屬於對人民「財產權」之限制，因此依據大法官解釋之意旨自應「確保利害關係人知悉相關資訊及適時陳述意見之機會」。

而「進步性」屬於最常見判定「專利權」無效之事由，而認定「進步性」之流程中，判定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」更是其中之重點之所在，若法院以「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準皆能輕易完成」為由，認定系爭專利不具「進步性」，而判定專利權人不得對他造主張權利，法院自應將其認定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」之來源依據告知專利權人，使其有得知法院技術來源之機會；反之認定專利具有「進步性」之時亦應如此，以落實人民受憲法「聽審權」保障之「認識權」，而得在法院判決前適時陳述相關技術意見，以便實踐人民受憲法「聽審權」保障之「陳述權」，以免法院的技術認定有疏漏或是錯誤之處，如此方符合憲法保障人民「財產權」之「正當法律程序」。

惟現行多數最高法院見解認為，基於法院有「訴訟指揮」、「認定事實」之職權，因此無須踐行告知當事人相關技術水準，如此便宜行事的考量，使得人民無法得知法院是如何認定「所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準」此一抽象要件，面對司法者之恣意，「財產權」受憲法保護之「正當法律程序」完全被司法者架空，進而使判決結果往往難以使當事人信服。

參、專利民事審理程序未落實憲法意旨，將造成提升我國競爭力嚴重阻礙

- 一、行政院在101年11月29日核定「智財戰略綱領」，期透過「六大戰略重點」，以協助產業發揮價值，保護產業所創造之利基，達到提升產業競爭力之目的。其中戰略重點五「落實智財流通及保護體制」有七大實施要點，其中實施要點(五)與實施要點(七)分別為「落實智財保護相關計畫方案」、「促進智財法制完備與國際接軌」⁴⁶，足證專利民事審理程序之重要性。
- 二、而放眼國際趨勢，中國最高人民法院亦於104年6月30日，發布《認可和執行台灣民事判決的規定》和《關於認可和執行台灣仲裁裁決的規定》，直接承認我國民事判決可於大陸進行執行，因此若於我國之智慧財產保護機制足以保障專利權人之權利，自可透過中國法院承認我國民事判決之現狀，擴大我國知識財產權的保障範圍，避免侵權人於台灣無財產，更進一步落實「智財戰略綱領」所訂定之戰略目標。
- 三、智慧局為進一步後植台灣產業競爭力，更亦擬有「運用臺灣專利，拓展競爭實力」中、英文說帖各1份，其中為了鼓勵申請台灣專利亦於說帖中載有：「……民事侵權訴訟專利權人的勝訴率，於103年已提升至25%，與英國的22%、德國的26%及日本的20%相較，並無明顯過低的情形……」，並以104年5月11日智法字第10418600390號函，檢送上開說帖至專利師公會、律師公會全國聯合會等單位。
- 四、筆者係執業律師，對於行政院核定之「智財戰略綱領」不但深感認同，亦十分樂見對岸能承認我國民事判決，然而，智慧局上開說帖中，關於我國專利權人勝率的提升，卻有語焉不詳之遺憾，智慧法院迄今已成立數年，其審判之程序與品質，科技產業從業人員大多了然於胸，智慧局於說明103年度勝率提升一事時，似宜進一步說明我國專利民事侵權訴訟是否有任何審理制度之改革？否則僅驟然以結論（例如：勝率）而論，難免有以偏概全之疑慮？智慧法院係於97年7月1日成立，縱使在智慧法院成立後，專利申請之品質有大幅度之提升，

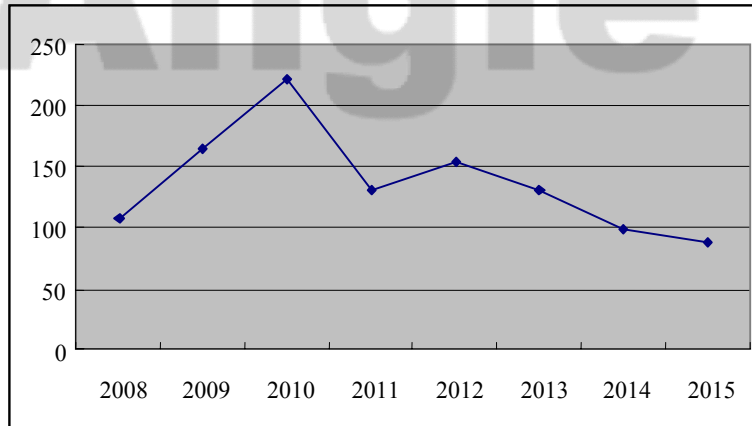
⁴⁶ 經濟部，智財戰略綱領戰略重點五「落實智財流通及保護體制行動計畫」（修正備查本）。

但於103年度判決之專利權仍可能大部分仍係於智慧法院成立之前即已獲證之專利，若無法由制度面（例如：專利審判制度之改革）理解為何專利權民事訴訟之專利權人勝率會提升，則民眾對於專利審理制度恐仍難免有充分之信賴，而無法擺脫當事人仍身為「盲劍客」之疑慮。

五、而由民眾使用專利民事審判制度之角度觀之，由智慧財產法院成立迄今之「民事一審專利侵權爭議事件收案數量表」（如下表）分析，民眾對於法院的使用亦有相當有趣的變化，基於智慧法院係於97年7月1日設立，且104年僅統計至6月為止，因此假設97年度與104年度收案件數各為108件（即54件×2）與88件（即44件×2），可繪製出智慧法院設立後，民事一審專利侵權案件之收案量變化折線圖（如下圖），可發現104年的收案量約只有最高峰99年的40%，且從101年起（即最高法院實務見解轉趨否定當事人有聽審權之年份），我國民事一審專利侵權收案量便穩定下滑，而至104年時法院的收案量甚至低於智慧法院成立的年度，如此案件下降的幅度相當驚人，眾所皆知申請100件專利可能會起訴的不到1件，起訴量的大幅下滑代表的訊號可能即是專利申請量百倍的下滑，雖收案量下滑之可能原因相當多，然而，專利權人對於現行民事專利侵權審判制度信賴度較低應屬原因之一，因此，對於法制度信賴度之低迷，將會直接打擊各國產業在台灣申請專利的意願，亦將對我國產業發展與升級有相當不利之影響。

	民事一審專利侵權爭議事件收案數量表							
期間	2008.7~12	2009.1~12	2010.1~12	2011.1~12	2012.1~12	2013.1~12	2014.1~12	2015.1~6
新收件數	54	164	222	131	153	130	99	44

（註：資料來源由智慧法院統計室提供，不計入確認專利權歸屬之訴訟）



民事一審專利侵權案件之收案量變化折線圖