



由「正當法律程序」視角 再探現行專利訴訟體制



李懷農*、趙悅均**

壹、前　言

於最高行政法院做出105年度判字第503號行政判決（下稱「系爭最高行判決」）後，智慧財產法院於2018年5月31日做出105年度行專更(一)字第4號行政判決（下稱「系爭判決」），相關判決影響我國現行專利訴訟體制具有重大意義，筆者遂撰文介紹相關判決與學理見解，希望能達拋磚引玉的效果，協力推動「正當法律程序」於專利訴訟中之適用¹。

由於法律、各法院用詞未見得統一，本文為忠實呈現原文內容，「所屬技術領域中具有通常知識者」、「具有通常知識者」或其同義文字，皆指專利法第22條所指「所屬技術領域中具有通常知識者」，本文並不加以統一。

DOI : 10.3966/221845622019010036001

收稿日：2018年9月11日

* 臺灣大學應用力學碩士／台北律師公會會員。

** Long Island University C.W. Post Master's in Clinical Art Therapy and Counseling.

¹ 本文謹代表作者之學術立場，並非針對任何法官或案件，並謹以本文獻給所有辛勞的台灣的司法人員。

貳、關於依法審判之審判程序

相較於行政機關在執行公權力時應遵守依法行政原則，法院在審理案件的時候則應遵守「依法審判」原則，甚至於40年前的戒嚴時代開始，大法官已多次闡述：

「憲法第十六條所謂人民有訴訟之權，乃人民司法上之受益權，指人民於其權利受侵害時，有提起訴訟之權利，法院亦有依法審判之義務而言」²，可見得從釋憲者的角度觀之，依法審判確實是法院應遵守的義務。法院如果不遵守此義務，將使得司法權逸脫民主法治的規範，成為侵害人權的獨裁者。

在審判程序中，依法審判涉及到法院是否依照具體的法規對於案件進行審理，如果法院沒有按照法規的規定進行審理，如大法官所言，將對於當事人之訴訟權益造成重大的損害，因此上級法院應依法於上訴程序中廢棄該判決，以維護當事人權益並落實依法審判之憲法意旨。以下謹先初步介紹「調查證據」及「認定事實」之基礎法定程序。

一、關於法院「調查證據」以「認定事實」之法定程序

法官依法審判之過程，必須要先知道紛爭背後「事實」為何，才能依據事實來適用法律的規定。而要確定紛爭背後的事實為何，需要藉由調查證據的方式為之，因此「調查證據」以「認定事實」自然是法院最重要的職權，此基礎法理貫通民事、行政訴訟。

(一)法院於「調查證據程序」中，應該要讓當事人對事實完全辯論，才能完善調查證據的法定程序

實體法的條文常有多個構成要件，法院藉由分析案件中構成要件所對應的基礎事實來適用法律。由於認定構成要件基礎事實的結果將直接會影響到法律的適用結果，因此每個構成要件基礎事實的認定皆相當重要，如果某一個構成要件的基礎事實有所欠缺，最後法律適用的結果就會有所不同。

² 釋字第154號理由書、釋字第160號理由書、釋字第179號理由書、釋字第192號理由書、釋字第240號理由書……等。

由「正當法律程序」視角再探現行專利訴訟體制 3

為了避免法院怠忽職責，不審理重要構成要件的基礎事實，民事訴訟法第199條第1項規定：「審判長應注意令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論」，而行政訴訟法第125條第2項規定：「審判長應注意使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論」，明確要求法院有義務要使當事人對於事實進行適當完全的辯論，並要求法院應該要讓當事人有機會針對構成要件的基礎事實進行「陳述事實」、「聲明證據」³，進一步落實藉由調查證據以認定事實之法定程序。

(二)法院於「調查證據程序後」，應該將調查證據的結果讓當事人知道，讓當事人有機會對調查證據的結果發表意見

法院調查證據的結果，會直接影響到事實認定進而影響判決結果，因此調查證據的結果對雙方當事人相當重要。畢竟調查證據的程序可能相當繁瑣，如果法官認定有誤，將可能產生誤判。由於爭議案件是發生於雙方當事人（有時候是多方）間，所以對於調查證據的結果是否有爭議之處，雙方當事人會比較清楚。如果法官先將調查證據的結果告知雙方當事人，那雙方當事人就有機會針對調查證據的結果發表意見，使法官有機會自行進行糾正。故民事訴訟法第297條第1項規定：「調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論」；而行政訴訟法第141條第1項也規定：「調查證據之結果，應告知當事人為辯論」。兩部訴訟法之規定實屬相同，並無差異。

(三)證據非由雙方當事人向提出時，法院更應使雙方當事人對相關證據加以辯論

認定事實的證據往往是雙方當事人提出，但有時法官可依據職務上關係探知事實，因此不需要雙方當事人再行提出證據，但是在這種情況下為避免法官搞錯，法官仍應要將其所得知事實告訴雙方當事人，讓雙方當事人對於法院認定的事實發表意見。因此民事訴訟法第278條規定：「事實於法院已顯著或為其職務上所已知者，無庸舉證。前項事實，雖非當事人提出者，亦得斟酌之。但裁判前應令當事人就其事實有辯論之機會」，而行政訴訟法第176條亦規定：「民事訴訟法……第278條……於本節準用之」，兩部訴訟法規定自屬相同。

³ 民事訴訟法第199條第2項、行政訴訟法第125條第3項。

二、最高法院關於「調查證據」以「認定事實」之見解

最高法院會召開的民事庭會議統一民事法律見解，在最高法院79年度第1次民事庭會議，關於「第二審法院取捨證據、認定事實應注意事項」第2點中記載：「當事人所為之聲明或陳述有不明瞭或不完足者，審判長應依民事訴訟法第一百九十九條第二項規定，對之行使開明權。當事人所陳述為訴訟標的之法律關係，如有不明瞭之情形，尤須於闡明後使其確定，務使當事人提出之訴訟資料，適於法院裁判。此為審判長之職權，亦為其義務，如未盡此義務，其訴訟程序即有重大瑕疵而違背法令」，強調在認定事實時，如果違反民事訴訟法第199條第2項，屬於訴訟程序重大瑕疵。

此外，最高法院已多次揭示⁴二審法院若違反民事訴訟法第297條第1項，最高法院會將判決發回原審重新審理，例如100年度台上字第2090號民事判決記載：「……調查證據之結果，應曉諭當事人為辯論，民事訴訟法第二百九十七條第一項定有明文，旨在避免造成認定事實之突襲，以保障當事人之程序權……」而其餘未發回的判決中，最高法院亦仍不斷重申民事訴訟法第297條第1項的意旨，例如106年度台上字第2712號民事判決記載：「……倘法院就當事人所未提出之攻擊防禦方法，未曉諭當事人令其為事實上及法律上陳述而為適當完全之辯論前，遂行作為判決之基礎，致生突襲性裁判之結果，即與民事訴訟法第296條之1第1項、第297條第1項及第199條第1項、第2項規定有違」，顯見最高法院超過20年來穩定指出，違反民事訴訟法第297條是嚴重到要要求原審重新審理。

最高法院亦早於44年度台上字第72號揭示：「……顯著事實，苟非當事人提出而法院得為之者，應在裁判前令當事人就其事實有辯論之機會，此觀民事訴訟法第二百七十八條第二項之規定自明。本件原審所斟酌之前開顯著事實，既非由何造當事人提出，而在裁判前又未曉諭當事人就此而為辯論，乃遽採為裁判之基礎，自難謂其裁判無法律上之瑕疵……」因此判決違反民事訴訟法第278條第2項亦屬具有重大的法律瑕疵，且此最高法院建立此概念迄今已超過一甲子。

⁴ 最高法院103年度台上字第1728號民事判決、最高法院101年度台上字第502號民事判決、最高法院100年度台上字第2090號民事判決、最高法院98年度台上字第109號民事判決、最高法院95年度台上字第326號民事判決、最高法院91年度台上字第2074號民事判決……等。

由「正當法律程序」視角再探現行專利訴訟體制 5

三、最高行政法院關於調查證據及認定事實之見解

民事、行政訴訟關於調查證據及認定事實具相同法理，甚至法條文字也高度相同。所以，最高行政法院對於調查證據以認定事實的見解與最高法院相同，自是理所當然。

例如最高行政法院96年度判字第108號行政判決揭示：「……按『調查證據之結果，應告知當事人為辯論』行政訴訟法第141條第1項定有明文。該條規定係為踐行正當法律程序，使當事人法院所調查之證據有辯明之機會，及行使防禦權，以防擊性裁判（按應指「突襲性裁判」）……再『關於言詞辯論所定程式之遵守，專以筆錄證之』同法第132條準用民事訴訟法第219條規定，是法院經調查之證據是否經當事人為辯論，自應以筆錄為唯一證據，不得以他種證據證之」，顯見最高行政法院亦要求下級審法院應該要遵守正當法律程序，讓當事人對於調查證據的結果進行辯論，甚至嚴格到有沒有辯論只能用筆錄來進行確定，如果筆錄沒有記載辯論過程，程序顯然有重大違法，且最高法院常年來皆保持此一見解⁵。

此外，最高行政法院104年度判字第390號行政判決也揭示：「……按行政訴訟法第125條規定……二闡明權為審判長之職權，亦為其義務。為期發見真實，並使當事人在言詞辯論時有充分攻擊或防禦之機會，審判長自應行使闡明權，使當事人得為事實上及法律上適當完全之辯論，俾訴訟關係臻於明瞭……四審判長行使開明權之方法，應向當事人發問、告知，令其陳述事實、聲明證據，或為其他必要之聲明及陳述；如當事人所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之……」，說明法院具有闡明義務，使當事人可對於訴訟基礎事實進行必要之補充、說明或辯論等。

四、智慧財產案件審理法與民事、行政訴訟法的關係

專利訴訟之審理程序雖適用智慧財產案件審理法（下稱「審理法」），然而在本質上專利民事、行政訴訟亦不脫一般民事、行政訴訟之法理，因此審理法第1條後段即開宗明義的記載著：「本法未規定者，分別依民事、刑事或行政訴訟程序應適用之法律」，因此審理法若無特別規定，專利民事、行政訴訟自應回歸適用民

⁵ 最高行政法院100年度判字第653號行政判決、最高行政法院102年度判字第491號行政判決。

事、行政訴訟法。

(一)關於專利民事訴訟在「調查證據」以「認定事實」所應適用的程序

審理法第2章記載審理法關於民事訴訟法的特別規定。其中審理法第6條記載：「民事訴訟法第二編第三章、第四章規定，於智慧財產之民事訴訟不適用之」，民事訴訟法第2編第3章為「簡易訴訟程序」、第2編第4章為「小額訴訟程序」。然而前述法院「調查證據及認定事實」所適用的法律，則為民事訴訟法第2編第1章「通常訴訟程序」的規定，因此未被審理法第6條以及其他審理法第2章的規定所排除。故關於「調查證據及認定事實」一事，審理法不但未排斥民事訴訟法之適用，且依據審理法第1條後段之規定，反而應該要積極適用民事訴訟法規定。

(二)關於專利行政訴訟在「調查證據」以「認定事實」所應適用的程序

在審理法第4章記載審理法關於行政訴訟法的特別規定。其中審理法於第30條之1記載：「行政訴訟法第二編第二章簡易訴訟程序規定，於智慧財產之行政訴訟不適用之」。排除行政訴訟法第2編第2章「簡易訴訟程序」。然而前述行政法院「調查證據及認定事實」所適用的法律，則為行政訴訟法第2編第1章「高等行政法院通常訴訟程序」的規定，故自未被審理法第30條之1條以及其他審理法第4章的規定排除。故關於「調查證據及認定事實」一事，審理法不但未排斥行政訴訟法之適用，且依據審理法第1條後段之規定，亦應該要積極適用行政訴訟法規定。

(三)審理法第8條

「調查證據」以「認定事實」屬訴訟重要行為，而審理法第8條亦已明定：「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。審判長或受命法官就事件之法律關係，應向當事人曉諭爭點，並得適時表明其法律上見解及適度開示心證」。該條文亦係當然繼受民事訴訟法以及行政訴訟法相關規定與法理，再次說明審理法明令法院應積極進行闡明⁶，此理至明。

⁶ 惟，法院對於審理法第8條之適用上，在法理多有受批評之處，作者早已另針對該議題於專利師第23期發表「由『正當法律程序』視角出探現行民事專利訴訟體制」，本文為該文之衍生性著作，作者建議兩文合併閱讀。

五、關於調查證據及認定事實之法院職權分野

(一)民事訴訟部分

我國民事訴訟係三審制，一審為事實審，二審為事實兼法律審，三審為法律審。上訴三審以判決違背法律為要件，但要確認事實審法律適用是否正確，法律審法院必須了解對應之基礎事實。因此民事訴訟法第476條第1項雖然規定：「第三審法院，應以原判決確定之事實為判決基礎」，但民事訴訟法第476條第3項復規定：「以違背訴訟程序之規定為上訴理由時，所舉違背之事實及以違背法令確定事實、遺漏事實或認作主張事實為上訴理由時，所舉之該事實，第三審法院亦得斟酌之」。最高法院亦於79年度第1次民事庭會議中「第二審法院取捨證據、認定事實應注意事項」第1點再次揭示：「第三審法院係以第二審判決所確定之事實為判決基礎，對於第二審法院調查證據及認定事實是否違背法令，有審查之權」，因此關於審查二審調查證據及認定事實是否違法，三審法院自有權進行審查。

(二)行政訴訟部分

我國行政訴訟採二審制，一審為事實審，二審為法律審。上訴二審以原審判決違背法律為要件，行政訴訟制度如同民事訴訟制度，法律審法院必須瞭解對應之基礎事實，才能確認事實審法律適用是否正確。因此行政訴訟法第254條第1項雖然規定：「除別有規定外，最高行政法院應以高等行政法院判決確定之事實為判決基礎」，但行政訴訟法第254條第2項復規定：「以違背訴訟程序之規定為上訴理由時，所舉違背之事實，及以違背法令確定事實或遺漏事實為上訴理由時，所舉之該事實，最高行政法院得斟酌之」。由於認定事實之法律規定實屬相同，因此最高行政法院與最高法院在調查證據及認定事實之法院職權分野上，可說如出一轍，並無本質上的不同。

六、我國慣行已久之司法慣例

綜上所述，在立法者、最高法院與最高行政法院通力合作下，對於專利民事、行政訴訟程序時應如何「調查證據」及「認定事實」，建構起明確、縝密的法定審判程序。

參、系爭判決與其法律爭議介紹

進步性的認定是專利訴訟中的核心，直接涉及專利權本身成立與否，因此進步性的審理程序的重要性不言可喻，謹將「系爭最高行判決」與「系爭判決」關於進步性審理程序的重要見解與其理由說明如下。

一、「系爭最高行判決」之見解

「系爭最高行判決」表示法院在審理程序中，應確立「申請日前具有通常知識者之知識水準」，並令當事人對此有辯論之機會，或適時、適度表明其法律上見解並向雙方當事人表達自己的心證。此外，並應於判決中述明「專利申請日前具有通常知識者之知識水準」為何。

「系爭最高行判決」表示：「……上開進步性判斷構成要件中『所屬技術領域中具有通常知識者』，為進步性客觀判斷的重要步驟之一。蓋行政法之法規構成要件中，本即存有許多未明確表示且具有流動性質之法律概念，稱為不確定法律概念。對此不確定法律概念，因具有一般性、普遍性、抽象性或多義性而不夠明確，各該構成要件於套用具體事實時，須先將不確定法律概念經過解釋，並予以具體化以便適用。而對於此不確定法律概念，於專利法制上，對許多傳統之技術領域，或是結果較可預期之技術領域而言，多半經由先前技術之提出，即可得知此『所屬技術領域中具有通常知識者』之標準，但對於先進技術、待開發之技術、技術交錯、結果較難預期之技術領域等，特別是當事人有爭執時，行政機關宜先就該不確定法律概念加以解釋後，再予以具體化適用，人民提起行政爭訟，行政法院亦應審查該行政處分之合法性，若特定案件可經由論證而涵攝於不確定法律概念者，行政法院自得對行政機關所為之處分之合法性，為全面之審查……」，即在審查進步性的程序當中，應具體化解釋何為「所屬技術領域中具有通常知識者」，且智慧局有第一線的責任將「所屬技術領域中具有通常知識者」予以具體化，再經由智慧法院加以審查智慧局是否有正確的將「所屬技術領域中具有通常知識者」予以具體化。

「系爭最高行判決」並表示：「……依智慧財產案件審理法第34條準用第8條規定，行政法院應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、適度表明其法律上見解及開示心證，經兩造充分攻防行言

由「正當法律程序」視角再探現行專利訴訟體制 9

詞辯論後，依辯論所得心證為判決……上訴人於原審即一再爭議『具有通常知識者』為何，但原判決仍未敘明熟習該項技術者於系爭專利申請日前之技術水平為何，遽認熟習該項技術者可輕易思及『車輛出場時』管理所需，而有判決不備理由之違法……」，即法院應於審理程序中，向當事人揭露其對於「具有通常知識者」之事實認定為何，使雙方當事人對此等認定有發表意見的機會，並將其認定之結果記載於判決書中，否則屬於判決不備理由之違法，此等要求自係出於正當法律程序之概念，並要求下級審法院依法定程序進行審理。

「系爭最高行判決」復表示：「具通常知識之人既係一虛擬之人，其並非專利審查官，亦非專利有效性訴訟之法官，更非技術審查官。法條規定此一虛擬之人，其目的在於排除進步性審查之後見之明……在訴訟中有何機制或審判輔助機關可以界定申請時之具有通常知識者的致能要件？再者，具有通常知識者此一構成要件在界定上，究係法規範之解釋？或係事實而應予調查、並為舉證之事項？若係舉證事項，則與引證案先前技術之所謂證據如何區別？大略思考即有上述問題存在，所以要確定所屬技術領域中具有通常知識者在實際訴訟操作上，確有一定難度。所以以往審定書或判決書對所屬技術領域中具有通常知識者之論述，通常於確認被比對專利與相關先前技術之間的差異後；在判斷是否能輕易完成被比對專利的整體步驟間，論述該被比對專利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，而未特別就具有通常知識者為何作定義或解釋，本院亦加以容認。但此一虛擬之人之建立，對客觀判斷進步性與否至關重要，將來智慧財產法院就進步性為判斷時，亦宜先依系爭專利所著重之技術領域、先前技術面臨之問題，解決問題之方法、技術之複雜度及其實務從事者通常水準，確立『具有通常知識者』之知識水準……『具有通常知識者』此一構成要件，並未經令當事人有辯論之機會，或適時、適度表明其法律上見解及開示心證，經兩造充分攻防言詞辯論，即有可議」，此內容可說展現了劃時代的見解，謹將相關內容分點說明如下：

- (一)法律明定「具通常知識之人」此一要件，目的在於排除「後見之明」。
- (二)「具通常知識之人」此一構成要件之認定實屬不易，因此智慧法院在判決內容中往往都未具體記載「具通常知識之人」之定義或解釋為何，雖然那些判決有當然違反法令之違法瑕疵，但是最高行政法院都「加以容認」。然而，此要件對於建立進步性的客觀性判斷要件極為重要，所以最高行政法院想了一想，開始轉念要

求智慧法院應該要好好的依照法定程序完成「具通常知識之人」之事實認定。

(三)如果智慧法院未完成「具通常知識之人」此事實的法定調查證據程序（例如令雙方當事人對法院所認定之「具通常知識之人」發表意見），那做出來的判決會當然違反法律，最高行政法院只能依法將智慧財產法院的判決通通撤銷。綜上所述，最高行政法院針對「具通常知識之人」於訴訟中應如何審定，以及審定後應於判決中記載，已經做出極為明確之闡釋。

二、「系爭判決」關於進步性審理程序之意見

在最高行政法院做出「系爭最高行判決」後，智慧法院在「系爭判決」的審理期間徵求法庭之友的相關意見，國內數位學者專家們皆提出許多精妙法學見解⁷，然而智慧法院並不接受最高行政法院與部分學者專家之見解，而以下理由表示「通常知識者及其專利申請日之技術水準未必需要明確定義」。

(一)「系爭判決」表示：「……在具體個案適用中，如果當事人對於引證案作為先前技術存在，並無爭執，僅在爭執系爭專利之技術特徵，是否均已為引證案所揭示、其間差異是否可輕易完成，而專利專責審查機關可以於核駁審定時，具體明確指出引證案揭示系爭專利各項技術特徵之處，且可以具體敘述根據既存引證案如何輕易完成系爭專利之所有技術特徵，而可供包括法院在內之第三人檢驗時，通常知識者所具備之知識水準及其於專利申請日之技術水準，其實已經實質隱含於其具體敘述之中，自無須另外加以明確定義……」，主張只要看到引證案所記載之技術特徵，通常知識者所具備之知識水準，法院就已經可以完全知道，所以不需要再另外於確定定義該案的「通常知識者所具備之知識水準」為何。

(二)「系爭判決」並表示：「……現行專利審查基準……第3.4節列出『進步性之判斷步驟』，其步驟3雖為：確定該發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準，但也同時敘明：若由相關先前技術之內容即足以反映或認定該發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準，則可逕行確定該技術水準，無須另外考量該技術（art）所面臨問題之類型、先前技術解決該等問題之技術手段、發明所屬技術領

⁷ 智慧財產法院官網所公開之劉尚志教授等人、張哲倫律師、李素華教授……等人之法律意見書。

域之創新速度、該科技（technology）之複雜度、該領域（field）實務從事者之教育水準等因素。這表示專利專責機關基於專責立場所定具有行政規則性質之法規，也肯定只要從先前技術可以確定發明所屬技術領域具有通常知識之技術水準，並沒有必要另外再明確定義……」，主張連智慧財產局所公布的審查基準也認同，如果由先前技術文件可以判定該發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準，那樣就不用考量相關進步性的輔助判定標準。

(三)「系爭判決」又表示：「……在專利訴訟實務中，爭議之專利其所歸類之技術分類、以及該類技術於爭議之專利申請當時所呈現之技術水平，均足作為具體化此一虛擬角色能力之參考資料，當此一虛擬角色之技術能力經由兩造攻擊防禦過程中漸次浮現時，有關爭議專利之創作是否與已經存在之技術間有顯著之不同、相較於既有或已知之技術而言是否產生顯著之功效，即應透過論理法則與經驗法則，在不違自然法則之前提下加以客觀檢視，而非任由爭議當事人以主觀意見恣意左右。法院就專利之進步性論證過程，某種程度上即係將所屬技術領域具通常知識者之技術能力具體化，倘其論證內容不違經驗法則、論理法則或自然法則，即尚難謂法院未就所屬技術領域具通常知識者之知識水平加以說明」說明只要在攻防之間的過程中，法院「浮現式」的感知方式，即可感知專利申請當時所呈現之技術水平，法院進而透過此一感知所得之結果，進行進步性要件的分析。當事人的主觀意見不得恣意左右法院「浮現式」的進步性論證過程，並且暗示此「論證過程」不違反經驗法則、論理法則、自然法則。

(四)「系爭判決」亦引述美國聯邦法院法官、德國聯邦法院法官之發言並表示：「……一審法院（按指美國專利訴訟之一審法院）只有面臨到這個議題，就是兩造雙方有提出這個爭執時，法官才需要調查及裁決。界定PHOSITA是視情況而定的，不是一定要進行的程序……在美國的專利訴訟裡面，沒有強硬的規則規定你一定要去做或一定要怎麼做，來判定所屬技術領域具通常知識之人……要看被告提出於法院的先前技術文件，而專利權人有去爭執某一所屬技術領域具通常知識者所理解之先前技術內容與另一所屬技術領域具通常知識者理解的不同……」主張美國與德國之法院的審判實務上，除非雙方有所爭議，否則並不要求法院界定「PHOSITA」。並同時表示：「……如果當事人對於專利所屬技術領域具有通常知識者之技術水準有所主張，並進一步主張因此影響到某項特定知識或技術可否作為

引證時，專利專責機關於專利審定時，自須明確認定並說明該特定知識或技術是否為所屬技術領域具有通常知識者所得接觸或掌握，在此認定說明過程中，並不排除因此可能對於通常知識者之知識或技術水準有所明確界定。也唯有在此情況下，明確界定通常知識者之知識或技術水準，才對於進步性之判斷比較有實益。否則純粹對於通常知識者之知識或技術水準加以明確界定，但對於案內引證文件沒有任何具體限定或排除作用，這樣的明確界定，應該是沒有實質意義的，或者說只有象徵性意義而已。此外，當某項特定知識或技術可否作為引證案發生爭執時，也有可能僅根據案內其他證據或系爭專利本身，直接判斷該特定知識或技術是否應為系爭專利所屬技術領域具有通常知識者所得接觸或掌握，也非一定要明確界定通常知識者。在案內之引證文件確立後，通常知識者之技術水準通常也就能隨之自然浮現，未必一定要（事實上，也未必能夠）以一段具體的文字去形容該通常知識者之技術水準……」，主張以下數點：

1.當事人對於「專利所屬技術領域具有通常知識者之技術水準」有主張並影響「某項特定知識或技術可否作為引證時」，才有明確界定「通常知識者之知識者」之實益，否則由於不影響引證文件，並不具實質意義。

2.由系爭專利或案內其他證據，判定該特定知識是否應為系爭專利所屬技術領域具有通常知識者所得接觸或掌握，換言之，「專利所屬技術領域具有通常知識者之技術水準」又再一次的「自然浮現」了，但法院表示無法用具體文字加以形容具體的內容是什麼。

肆、「認知偏誤」之介紹⁸

一、司法人員於審判程序中存在「認知偏誤」

2002年諾貝爾獎得主Daniel Kahneman為知名心理學家，其曾在1974年於「SCIENCE」發表「不確定性下的判決：捷思和偏見」（Judgment under

⁸ 第「肆」節引述之英文論文來自臺灣大學心理系趙儀珊教授於台北律師公會之授課講義，特別於此表示感謝與敬意。

Uncertainty: Heuristics and Biases，下稱「不確定性下的判決」)⁹一文指出（謹摘譯部分內容如下）：「司法判斷過程中，不恰當的因素可能會造成有系統性且可預測的偏見，進而影響法官的決策過程，捷思（heuristic）是一種認知的捷徑，亦可稱為經驗法則，更進一步來說，是指人們在下判斷或是做決定時並沒有將所有相關的訊息納入考量，反而只重視特定一部分有助於決策的線索。

法官在審判中有權利決定是否該採納相關證據，因為『確認偏見（confirmation bias）』、『後見之明的偏見（the hindsight bias）』、『連結謬誤（the conjunction fallacy）』等心理學上因素會導致產生『認知偏誤』。

『確認偏見』指個體傾向關注某些與其信念相符的訊息，或是依照自己的假設去解讀訊息，且忽略與之相對立的訊息；因此產生偏差的決策或判斷。更進一步來說，在司法審判中，法官可能會偏好採納他們假設的證據，以印證他們的假設，並忽略與其假設相反的證據。

『後見之明偏誤』俗稱事後諸葛，『我早知道會這樣』；是指在事情發生後才給予評論時，會因為已經知道事件發生的結果而誇大對事件的猜測。在審判過程中，法官可能會有後見之明偏誤，因為法官已經知道該案件的結果，可能傾向以後見之明來解釋該事件的發生，然而原告只能提供發生在事前的資訊進行反駁。

『連結謬誤』指人較容易被較合理的或是較多細節的描述所誤導；越詳細的描述並不一定越符合真實情況。」

二、人會因為不同動機，對推理過程與結果產生影響

曾於普林斯頓大學任教的已故美國知名心理學家Ziva Kunda，之知名著作「具有目的性之推理的案例分析」（The Case for Motivated Reasoning，下稱「目的性之推理」）¹⁰一文指出（謹摘譯部分內容如下）：

「一個人的動機可以促使自利歸因（self-serving attribution）的發生，此歸因¹¹

⁹ Daniel Kahneman, *Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases*, 185(4157) SCIENCE, NEW SERIES 1124, 1124-31 (1974).

¹⁰ Ziva Kunda, *The Case for Motivated Reasoning*, 108(3) PSYCHOLOGICAL BULLETIN 380, 480-98 (1990).

¹¹ 歸因，指解釋人行為發生的因素，最早由海德（F. Heider）氏1958年提出。

的傾向會讓此人相信他們所相信的事情，並非此人自己希望相信自己所相信的事情，反而是因為自立歸因後的結論在感受上比其他歸因較真實。有些學者認為人的防衛機制會影響人的動機，有些則不然，但是所有研究都認同動機會影響認知思考歷程進而影響歸因的傾向。認知歷程和表徵會促使人下結論，但是動機卻是決定人需要使用認知思考歷程或是認知表徵的重要因素。

不同的目標導向不同的歸因，準確性目標（Accuracy goals）是指動機會導向任何可能的結果，而定向性目標（Directional goals）是指動機會導向特定的結論。

準確性目標會促使個體使用最適宜的信念或是策略，當人具有達到準確的動機時，個體會花費更多認知效力在議題相關的推理上，對於相關的資訊取得格外小心，花費較多認知歷程去處理資訊，且使用複雜度較高的規則。在一項心理學實驗當中，受試者被期待做出準確且公正決策，且改決策將會受到社會大眾的評價以及此決策可能造成其他人影響時，受試者較少會使用道德倫理上的刻板印象，並且較少的在評斷過程中使用定錨。其他研究也發現，當人持有準確性動機時，人傾向去從不同角度看待一件事情，且較易推敲出不同特色之間的不同共通性，而改個體與其他持不同動機的人像比較之下，也會較容易預測一個人的反應及不同的人格測量方式，但是對於自己的預測並不會過度自信。

定向性目標會導致個體使用特定的信念或是策略來得出個體理想的結論，換言之，即是『客觀性錯覺』（illusion of objectivity），人們終究會相信他們所相信的事實，因為他們只願意對於他們所相信的信念進行推理，雖然個體所使用持有的信念與規則會依情境有所不同，像是有時偏向採納數字統計有時偏向採納社會決策等等，但是個體仍然是因為在不同情境中有不同目標導向而採取不同策略或是信念。定向性目標會造成人在提取或是建構自我信念、對於他人的信念或是事件的信念過程中的偏誤。人容易對於自我特性產生偏誤，因為不貫通的自我特性會對造成認知上的不和諧，因此會出現人改變其信念是為了要協調行為與信念的不一致」。

三、「隧道視野」（Tunnel Vision）之介紹

雖然「司法偏誤」不被部分我國法院承認，但是在美國已發展數十年之久，現任職於Wisconsin大學法學院的Keith A. Findley教授曾於2006年發表「刑事案件中隧道視野的多重維度」（THE MULTIPLE DIMENSIONS OF TUNNEL VISION IN

CRIMINAL CASES)¹²一文介紹「隧道視野」對審判者的影響。

該文指出（謹摘譯部分內容如下）：「『隧道視野』是指人因為極度渴望某個目標時，會忽略周圍環境而缺乏洞察力或遠見。在司法審判當中，隧道視野指的是只專注在有利於定罪的某個疑點、某個選擇或是某個證據，而忽略可能無罪的觀點；這個過程會使法官、檢察官、辯護律師傾向關注於特定的結論，就像是戴上某個特定結論濾鏡的眼鏡，跟該濾鏡相似的資訊會看起來更和諧，而不同資訊也會因為濾鏡的關係看起來有連貫性；而與濾鏡不相似的資訊會看起來更不協調因而被過度檢視或是忽略。隧道視野多用於案件一開始的階段，也就是警方調查階段，但是隧道視野其實滲入司法審判的每一個階段，檢方蒐集證據、檢察官起訴甚至是陪審團做決策。

隧道視野是不同認知扭曲的產物，阻礙觀察者的覺察也妨礙觀察者對自我覺察的詮釋的準確度。連結偏誤、後見之明偏誤亦屬是隧道視野產生的認知扭曲。預期偏誤（Expectancy Bias）基本上是解釋所有傾向的基礎，他是連結偏誤的一種，當人們預期去看見與自己的假設、理論或是情境相符的結果，因此會放更多心力在覺察或是過度重視某些資訊而忽略與其不符的資訊。同時，如果此假設、觀點或是情境是由一個權力地位很高尚的人提供，或是因自我價值或是角色預期成功而產生非理性調查，連結偏誤都可能放大，所以平常看起來很明顯且直接的證據都可能因此被忽略。在眾多的心理學實驗研究中，都顯示人們傾向取得與他們假設相符的資訊，像是提問與假設相關的問題而不詢問與自己假設相反的問題，如此一來，當被問者的回應與他們假設相符，更加深了此人對自己假設的自信，而導致此人更沒有意願去提問與其假設不符的問題。另外有實證研究顯示，人們在提取記憶時也會產生偏誤，傾向回想起或是提取與現在假設相符的記憶或是資訊。另外有研究顯示，基本上，人需要較少與假設相符的證據去應證自己的假設，反而人需要較多與假設相反的證據去反駁自己的假設。當人接收到與自己信念不符的資訊時，人傾向去捍衛自己的信念，而此歷程又加深對自己信念的強度。提到資訊與數據，人有時會看到一個模式，縱使並非真的有一個模式存在，舉例來說，觀察者如果被事先告知某

¹² Findley, Keith A. & Scott, Michael S., *The Multiple Dimensions of Tunnel Vision in Criminal Cases*, 2 WISCONSIN LAW REVIEW 291, 307-331 (2006); Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper No. 1023.

個人有哪些人格特質，觀察者會傾向在那個人身上找到這些特質，儘管這些特質僅只是客觀上的呈現，這在司法審判中可能造成不小的影響，因為被告會受到警察、檢察官、辯護律師、法官和陪審團等評論與觀察，儘管理論上被告不一定都有罪，但是假設上是被告有罪。

後見之明也會增強隧道效應，後見之明是指人們投射一個新知識或是結果在過去發生的事件上面。後見之明會對於一個無辜的嫌疑犯造成不同層面的影響，一旦警察或是檢察官對於某個嫌疑犯抱持著有罪的態度，後見之明會使警察與檢察官認為嫌疑犯從案發開始就充滿了嫌疑。後見之明偏誤涉及證據是否納入定罪，此可以解釋為什麼目擊者認證錯誤會導致隧道效應，如果目擊者在事發當時並沒有放諸多心力在該事件發生上，但是當目擊者在指認中得到清楚的照片，目擊者可能會以後來看到清楚的影像替置原本模糊的記憶。」

伍、本文見解

一、「系爭判決」完全漠視法院因為後見之明所產生之錯誤

「系爭判決」針對「系爭最高行判決」表示「法律明定『具通常知識之人』此要件目的在於排除『後見之明』」，完全沒有回應。反而不斷主張，「所屬技術領域中具有通常知識者」的技術水準即可「浮現」。

然而，於「SCIENCE」所發表「不確定性下的判決」一文之已指出，人在下判斷或是做決定時可能並未將所有相關的訊息納入考量，反而只重視特定部分有助於決策的線索，如此將可能產生「確認偏見」，導致只傾向關注某些與其信念相符的訊息，或是依照自己的假設去解讀訊息，且忽略與之相對立的訊息，將有陷入後見之明的高度可能。

「刑事案件中隧道視野的多重維度」一文亦指出心理學上已證明基於「隧道視野」，法官會傾向關注於特定的結論，就像是戴上某個特定結論濾鏡的眼鏡，使通過濾鏡的資訊會看起來更和諧，而不同資訊也會因為濾鏡的關係看起來有連貫性，無法通過濾鏡的資訊會看起來更不協調因而被過度檢視或是忽略，而在此時後見之明的偏見會侵入人的思考，後見之明所產生之清晰影像會取代原有模糊的影像，因

爲人腦不像攝影機，可以把記憶清楚倒帶回到事發當時。而如果沒有攝影紀錄佐證當時發生的事情經過，將無法阻礙現有且清楚之影像對於人的記憶產生影響，縱使該清楚影像是錯誤或是僞造的。

而「系爭判決」強調不需要明確定義「通常知識者所具備之知識水準」，且由「浮現式」的審查方式，來認定「通常知識者所具備之知識水準」，且認爲當事人對於「專利所屬技術領域具有通常知識者之技術水準」有主張並影響「某項特定知識或技術可否作爲引證時」，才有明確定界「通常知識者所具備之知識水準」之實益云云，該等審查方式，從比喻的觀點來看，就是拒絕採納攝影機倒帶影像以佐證審查程序，而且直接採取後見之明影響人腦訊息的審查方式，且進一步依照自己的假設，並且忽略與之相對立的訊息，並於審判程序中消滅此種對立訊息出現的機會（例如不開示法院認定之「通常知識者所具備之知識水準」、不讓雙方當事人對法院認定之「通常知識者所具備之知識水準」發表意見……等）。

但是其實爲什麼法院要這麼做，由「目的性之推理」一文可知，如果法院的審理動機是要追求達成「準確性目標」的話，那法官甚至整個法院就會花心思去處理這個案子，使用複雜度較高的規則（例如明確定義「通常知識者所具備之知識水準」爲何），也不會對於自己的判斷過於自信。但是法官其實是人，迫於結案壓力只想結束案子的「定向性目標」馬上就會高於追求正確判斷的「準確性目標」，因此陷入「客觀性錯誤」而迷失於其中，此種錯誤的認知與既有法體系產生不和諧也就可以預見（例如法院的後見之明認知對於防止後見之明法律規定產生不和諧）。

二、輔助性判斷標準不是獨立判斷進步性的方式，只是輔助來避免主要進步性的判斷方式受到後見之明的影響，兩者必須同時使用，並沒有使用基礎進步性判斷方式就可以不使用輔助性判斷標準進行輔助審查的法理存在

我國許多制度係繼受外國法，但是引入制定者於引入時常常無法了解制度的原意爲何，司法者亦不明法規繼受的前因後果，就產生了畸形的司法制度。

輔助性判斷標準（廣義包含建議、教示、動機）之存在，是美國聯邦最高法院以及聯邦巡迴法院，爲了要避免基礎判斷進步性之流程中，結合數個引證判斷專利是否具進步性之時，受到後見之明干擾進行產生錯誤的結果，所以採取的法學方法

(jurisprudential methods)¹³，本身並不是獨立判斷進步性的方法，更不可能有所謂「由先前技術文件可以判定該發明所屬技術領域中具有通常知識者之技術水準，那樣就不用考量相關進步性的輔助判定標準」，審查基準與相關司法見解¹⁴似誤解了外國法制度。

「系爭判決」不但不願意將「所屬技術領域具有通常知識者之技術水準」之審理予以具體化，甚至架空「輔助性判斷標準」之適用，該見解雖係我國智慧財產領域獨創而令人吃驚的法律見解，但對於專利權人之保障就顯有不足¹⁵。

三、智慧法院「便宜行事」已架空我國既有民事、行政審理體系

美國法院是美國法院，畢竟是外國法體制，如果在法理上有值得我國參考思量比較之處，經過立法者、司法者甚至是行政機關的審酌之後，未必不得於我國法體制加以使用。

然而，如果外國法官可能偷懶，為了結案的方便，故意抹煞該國的專利權人司法上的受益權，這樣時候如果我國法官也參考這種方式（即如前述追求「定向性的結案目標」，而放棄「準確性目標」），將相關見解引入我國法體制，就要從憲法的位階，甚至是三權分立的角度來探討本件負責職掌審判的司法權是否有權限將該等見解引入我國。

「戒嚴時代」之釋憲者所做出之憲法解釋即已多次且清楚地闡明，人民司法上的受益權，是指人民享有法院應該要「依法審判」的義務，所以法院如果想要以「便宜行事」的方式完成審判程序，仍應注意擔任我國法官所應該要遵守的一些基本原則，包含憲法上的義務以及立法者所設立的法律規定，如司法者認為相關立法有違憲或實務上窒礙難行之處自可自行聲請憲法解釋¹⁶或推動修法，自不待言。

¹³ Gregory N. Mandel, *Patently Non-Obvious: Empirical Demonstration that the Hindsight Bias Renders Patent Decisions Irrational*, 67 OHIO STATE LAW JOURNAL 1393, 1393-1445 (2006).

¹⁴ 例如：智慧財產法院103年度民專上字第19號民事判決、最高行政法院102年度判字第205號行政判決……等。

¹⁵ 砍了專利權人的左腳「輔助性判斷標準」、又砍了專利權人的右腳「所屬技術領域具有通常知識者之技術水準」的具體化，那面對「後見之明」加上「突襲性裁判」的威力，專利權人只能在地上爬了，筆者另於專利師期刊第32期已撰文說明相關議題，此處便不再贅述。

¹⁶ 例如主張專利法第22條「所屬技術領域中具有通常知識者」要件違憲或推動修法刪除此

在審判程序上，認定是否具有進步性的實體法要件專利法第22條第2項已經明文規定為：「……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」，而由該法條文義記載，判斷方式是「所屬技術領域中具有通常知識者」依「申請前之先前技術」再來判斷是否可「輕易完成」。所以在實體法上「所屬技術領域中具有通常知識者」與「申請前之先前技術」是兩個法律構成要件，否則要如何產生「依」這個動作？

而「所屬技術領域中具有通常知識者」既是法律的法定構成要件，在審理上法院受有民事訴訟法第199條第1項與行政訴訟法第125條第2項之義務，應令雙方當事人具體就此構成要件事實為適當而完全的辯論。因此「系爭判決」認為當事人對於「專利所屬技術領域具有通常知識者之技術水準」有主張並影響「某項特定知識或技術可否作為引證時」，才有明確界定「通常知識者所具備之知識水準」之實益云云，不但在心理學的科學認定上有值得批評之處，在我國法律的要求上，似乎也有明顯而重大的違誤。

當然，「所屬技術領域中具有通常知識者」也可由部分的「申請前之先前技術」文件中所加以具體化，但是管見認為由於法律上有「依」這個用語，所以認定「所屬技術領域中具有通常知識者」之先前技術文件，宜與認定專利是否具有進步性之「申請前之先前技術」為兩個獨立的技術文件為妥，否則似違反立法者之意旨。

承上，在判斷「所屬技術領域中具有通常知識者」時，如果按照「系爭判決」之意旨，在攻防中法院即可感知該「所屬技術領域中具有通常知識者」之技術水準，那麼在我國訴訟法的角度上來說，法院此時應處於完成「證據調查」之階段，不論按照審理法所準用之民事訴訟法或是行政訴訟法，法院應將證據調查之結果曉諭或告知當事人為辯論，方符合我國法制規定以及最高法院、最高行政法院已建立數十年之我國訴訟審理體制。

然而，「系爭判決」該等便宜行事的審理程序，將「浮現」所得之內容僅存在法官心中，並未將調查證據之結果，曉諭或告知當事人為辯論，將導致「調查證據」與「認定事實」之訴訟程序當然違反法律。

要件。

此外，在法律審與事實審的職責分野上，最高法院以及最高行政法院要依下級審法院所認定之事實進行法律審之審理，並且對於下級審法院調查證據及認定事實是否違背法令，有審查之權。然而依「系爭判決」之意旨，在雙方攻防時，「所屬技術領域中具有通常知識者」的技術水準即可「浮現」，搭配上並未將該「浮現」之內容予以具體化並載明於判決書中之智慧財產法院例行作法，將造成沒有參加雙方攻防的最高法院與最高行政法院完全沒有機會對於智慧法院所認定之事實是否正確加以審查，所以如果智慧法院針對「浮現」出的「所屬技術領域中具有通常知識者」的技術水準有認定上的錯誤，會產生最高法院跟最高行政法院認定上的一個黑洞，「系爭判決」當然可以很好聽的講如果該論證內容不違反經驗法則、論理法則、自然法則云云，但是今天的論證內容是空的，那最高法院與最高行政法如何審查是否違反經驗法則、論理法則、自然法則？如此一來最高法院與最高行政法院若認同此作法，將導致我國從戒嚴時代所建立的審理體制將會嚴重崩壞¹⁷，因此最高行政法院不再「加以容認」，不願繼續背這個黑鍋也是可以預見的。

四、仍應回歸我國既有民事、行政審理體系

「所屬技術領域中具有通常知識者」之技術水準，確實不易證明，但是依據法院闡明義務的行使以及舉證責任的分配，這個具體化之責任本來就不是法院來負責，甚至可以說法院挑起了這個責任將違背公平法院之原則，而後一連串違反我國既有民事訴訟、行政訴訟法體制，更是嚴重違反公平法院之原則。

依民事訴訟法第199條第1項或行政訴訟法第125條第2項之規定，法院本來就有義務應令當事人就訴訟關係之事實及法律為適當完全之辯論，是否在訴訟關係上有必要應該取決於實體法的規定，而不是對某特定要件有主張或爭議，才在審理程序中有審理的必要性，因此依據筆者淺見法院應依闡明義務命依法應負舉證責任者負起舉證責任即可，不需要以「浮現」的方式認定法律構成要件之基礎事實，導致訴訟程序陷入科學實驗所確立之的偏見錯誤，更違反一連串我國法律，在號稱以科技或人權立國之我國，顯得相當諷刺。

¹⁷ 還是已經崩壞超過10年了？

由「正當法律程序」視角再探現行專利訴訟體制 21

6Angle 陸、小 結

「依法審判」四字雖短，實踐卻著實不易，考驗著司法者守護法律的精神與自我要求，足以堪稱司法者首位應遵守之正當法律程序。猶記筆者數年前於研討會中聽聞某智慧財產法院的法官，將智慧財產法院與美國Delaware州的法院相比擬，並宣稱將建立足以讓世界認同、敬佩的智慧財產法律審理制度，此言之豪氣讓筆者十分神往、佩服。如今在「具有通常知識者」的認定上，如果我國智慧財產法院，具有向前邁進的勇氣與決心，將有機會引領世界司法實務潮流，為我國人權的發展樹立下一個里程碑。