

國立臺灣大學法律學院科際整合法律學研究所

碩士論文

Graduate Institute of Interdisciplinary Legal Studies

College of Law

National Taiwan University

Master Thesis

從資訊經濟觀點探討我國專利侵權訴訟定暫時狀態

處分之審判活動

A Study on the Adjudication Process of Preliminary
Injunctions in Patent Infringement Lawsuits: From the
Informational Economics Perspective

林育丞

Yu-Cheng Lin

指導教授：黃銘傑博士、熊秉元博士

Advisor: Ming-jye Huang, Ph.D

Bingy-yuan Hsiung, Ph.D

中華民國 98 年 01 月

January, 2009

誌謝

在台大悠悠的十一年日子，隨著這本論文的誕生，終於要劃下一個句點。心中有一種如釋重負的感覺，總算完成人生第一個階段性任務。這本論文能夠在台大科法所第五年順利完成，首先要感謝的，就是在寫作過程中不斷提攜和鼓勵我的指導教授—黃銘傑老師和熊秉元老師，兩位老師在分別法學和經濟學領域，有著卓越的學術成就，我有幸蒙兩位老師不棄，共同指導我論文，實在是修來的福氣，在這裡要跟兩位老師致上最誠意的十二萬分感謝。另外，也要感謝王立達老師百忙中抽空擔任我的口試委員，雖然與老師只有在智財判決研究會上的數面之緣，但是老師仍熱心的願意為我口試，細看我那多有疏漏的草稿、並且對我的論文提出許多寶貴的建議，在這裡也要一併對王立達老師由衷的說聲謝謝。在台大科法所的時光中，有機會讓如詹森林老師、黃榮堅老師、林明昕老師、簡資修老師以及其他授課的老師教導，是我的榮幸和福氣，在這裡也謝謝諸位師長的課堂中授課的辛苦。

由於這本完成的時間，剛好是我在典律國際法律事務所實習階段，多虧有所長江東原律師、趙文銘律師的鼎力支持，提供事務所資源和訴訟資料讓我參考、使用，讓我有機會順利補完論文最後的部分，在這裡要一併致上對他們的感謝。

而求學過程中，最辛苦的其實不是我，而是我的父母，感謝他們能夠包容一個年歲卅，還在學校裡邊閒雲野鶴讀書的小孩，這本論文的出台，如果沒有他們的支持，實在難以完成，如果我有那麼一點小小的成就，這都得歸功於他們。還有台大科法所第一屆的同學，這四年多的法學院生活，如果沒有你們，將是無比的苦悶和黯淡，感謝你們的一路相挺，我會永遠記得國際會議中心科法教室的溫暖和歡笑的，要特別謝謝陪我熬過圖書館漫漫長日的國師、準備口試階段幫我甚多的熱血奕弘和冬梅、以及與我互相吐槽求進步的昇豪。校園生活以外，也有許多朋友陪我一起抓住青春的尾巴，你們的義氣相挺，讓我的生活不再單調和枯燥，特別是師大好友嘉章，寫論文這一年期間，我們在師大夜市吃飯的日子，是令人永生難忘的了。當然也有遠在美國求學，卻仍在精神及英文翻譯上，提供我無線遠距服務的多年摯友孟典，希望有機會我也可以為你的博士論文作點什麼。

還有許多人無法一一致謝，我受到的幫助，遠遠不是這一篇簡單的謝辭即足以盡納，我非常明白今天我能有一點知識、一個學位、一個好工作，都是每個人的正外部性所給予我的，希望自己將來也能夠在這個社會，多發揮一點正外部性，以表達我對於這無形力量造就我的感謝。

2009/2/4

中文摘要

傳統法學領域對於問題探究上常常著重於「應然面」的觀察，亦即從靜態的法律文字對整體概念上的抽象法律關係作投射觀察，對於審判活動的理解，亦是如此。本篇論文則以經濟學理論中資訊經濟學的觀察方法，從「實然面」的角度，重新解構法院審判活動的資訊處理過程。而「貼標籤」與「放訊號」正好可以作為我們剖析法院審判活動的兩種工具，前者以回顧的觀點「向後看」問題，並且強調利用手邊既有的片段資訊為基礎，以之作為認識眼前事務基準；而後者則是「向前看」的策略活動，強調作決定的裁判者，對於問題的態度或答案選擇如何發揮其影響力，使作為接受訊號者將來面對未來相似問題時，能有穩定和可預測的參考標準，以及可供作為判斷的依據。本文寫作最主要目的，即是希望將此一資訊經濟學領域的觀察方式，對傳統法學領域作一概略介紹。

本論文觀察法院審判活動的對象，是以專利訴訟之定暫時狀態處分為核心。這是因為在傳統司法救濟制度中，定暫時狀態處分是較為偶發且例外的手段，加上從資訊處理的觀點來看，法院面對的是，必須在極短的時間內，作出近似於本案判決的裁定。對法院而言，其必須在自身之思維成本高低、與裁定影響所帶來的效益間，作出抉擇。因此，選擇以專利訴訟的定暫時狀態處分為觀察對象，正好可以驗證法院如何以「貼標籤」和「放訊號」手法，處理定暫時狀態處分中龐大的資訊量。

而為了使我國定暫時狀態處分有一比較之參考點，亦在文內概略介紹與我國程序相類似之美國臨時禁制令制度，並且在較為具體的個案觀察上，以 2005 年美國最高法院在 eBay 案為主，並同樣嘗試以「貼標籤」與「放訊號」對該判決作剖析。

在觀察我國法院處理定暫時狀態處分的「放訊號」活動上，本文嘗試對最高法院以及高等法院不同的准駁標準，作出簡單的分類和統計，藉此表明我國之定暫時狀態處分，法院態度仍處於一個訊號模糊的狀態，致使專利訴訟定暫時狀態處分，容易成為有心人士操弄之訴訟工具；而在「貼標籤」的處理手法上，從個案發展上，可以看出我國

實務已從運用判例等法律標籤，以規避實質處理龐大資訊的心態，逐步轉而建立起具體化的事實標籤，用以作為認識用法的依據。最末，本文特別對我國高等法院 97 年度抗字第 4 號裁定作一仔細的剖析，以驗證我國實務在以貼標籤手法處理定暫時狀態處分的資訊上，已有迥然於以往的運作模式，並且希望這樣的運作模式能夠傳達一特定訊號，對未來的智慧財產法院的審理活動、潛在當事人的訴訟行為，發揮實質的影響力。

關鍵字：資訊經濟學、貼標籤、放訊號、定暫時狀態處分、衡平法則、臨時禁制令、高等法院 97 年度抗字第 4 號裁定



目錄

口試委員審定書.....	I
誌謝.....	II
中文摘要.....	III
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機.....	1
第二節 研究目的.....	3
第三節 研究方法.....	4
第四節 本文架構.....	5
第二章 「貼標籤」與「放訊號」.....	6
第一節 資訊經濟學淺說.....	6
第一項 資訊之內容.....	6
第二項 資訊之功能.....	7
第三項 資訊的不完整.....	8
第四項 小結.....	9
第二節 資訊處理手法之「放訊號」.....	10
第一項 放訊號概念由來.....	10
第二項 放訊號活動的極限.....	12
第三項 小結.....	14
第三節 資訊處理手法之「貼標籤」.....	14
第一項 標籤的起源、迷思與本質.....	14
第二項 標籤的功能.....	16
第三項 標籤的運作.....	18
第四項 小結.....	19

第四節	「貼標籤」與「放訊號」在資訊處理上之結合.....	20
第一項	「貼標籤」與「放訊號」之異同.....	20
第二項	兩者之結合.....	21
第三項	小結.....	21
第三章	法院審判活動中的資訊處理.....	23
第一節	概述.....	23
第二節	法院「放訊號」活動.....	25
第一項	法院「放訊號」的目的及功能.....	25
第二項	法院放訊號活動的侷限性.....	27
第一款	法院訊號的不完整.....	27
第二款	法院訊號的客體.....	28
第三款	訊號釋放的成本.....	29
第三項	小結.....	31
第三節	法院「貼標籤」活動.....	31
第一項	法院貼標籤的目的與功能.....	31
第二項	法律層次的貼標籤活動.....	33
第三項	事實層次的貼標籤活動.....	36
第四項	審判活動「貼標籤」之弊.....	38
第五項	小結.....	40
第四章	暫時性保全程序的操作與發展—以美國實務為主.....	41
第一節	前言—專利權保護與暫時性保全程序之平衡.....	41
第二節	暫時性保全程序概述.....	44
第一項	美國禁制令與臨時禁制令.....	45
第二項	我國定暫時狀態處分概述.....	47

第三節 美國臨時禁制令實務運作經驗.....	48
第一項 衡平法則操作標籤.....	48
第二項 標籤的內涵與演進.....	50
第一款 勝訴可能性.....	50
第二款 無法彌補的損害.....	52
第三款 利益衡平.....	55
第四款 公共利益.....	57
第五款 小結.....	58
第四節 從 eBay 案看美國暫時性保全程序之發展.....	60
第一項 eBay 案與臨時禁制令.....	60
第二項 案例事實與法律爭議.....	60
第一款 背景事實.....	61
第二款 歧異的下級法院見解.....	61
第三款 聯邦最高法院的見解.....	62
第三項 聯邦最高法院見解帶來的影響.....	65
第一款 對永久禁制令個案的影響.....	65
第二款 對臨時禁制令間接影響.....	66
第四項 小結.....	70
第五章 我國定暫時狀態處分「放訊號」的實務觀察.....	71
第一節 高等法院與最高法院定暫裁定態度的觀察.....	71
第一項 高等法院裁定狀況之初步觀察.....	71
第二項 最高法院對定暫時狀態處分之態度.....	75
第一款 最高法院廢棄裁定與駁回抗告分佈情形.....	75
第二款 最高法院廢棄理由一覽表.....	76
第三項 小結.....	82

第二節 高等法院定暫時狀態處分實務操作剖析.....	82
第一項 高院裁定實證資料分析.....	82
第二項 高度判斷標準.....	83
第一款 考慮爭執法律關係實體上是否正當.....	83
第二款 高度釋明保全必要性.....	87
第三項 低度判斷標準.....	90
第一款 不考慮爭執法律關係實體上是否正當.....	90
第二款 保全必要性判斷多屬空泛.....	92
第三款 擔保制度之濫用.....	94
第四項 小結.....	96
第六章 我國定暫時狀態處分「貼標籤」的實務觀察.....	99
第一節 未能區分差異的標籤.....	99
第二節 低度判斷標準的標籤.....	102
第一項 無庸審究實體理由.....	103
第二項 保全必要性標準之空洞化.....	106
第三項 擔保與反擔保的兩難.....	108
第四項 小結.....	110
第三節 高度判斷標準的標籤.....	111
第一項 實體理由應為相當釋明係一以勝訴可能性為代表.....	112
第二項 防止發生重大損害或避免急迫危險的具體化.....	115
第一款 無法彌補之損害.....	116
第二款 雙方利益衡平.....	119
第三款 公共利益.....	121
第三項 小結.....	122
第四節 新樣貌之定暫時狀態處分裁定.....	123

第一項	士林地方法院之裁定理由(96 裁全字第 3444 號).....	123
第一款	事實緣由.....	123
第二款	裁定理由.....	124
第二項	臺灣高等法院之裁定理由(97 抗字第 4 號).....	125
第三項	97 抗字第 4 號裁定之影響.....	126
第七章 結論.....		128
參考文獻.....		132



第一章 緒論

第一節 研究動機

據聞，哈佛法學院的牆上篆刻著幾個字：「法律乃為正義而設」，這是一個法律人對自我的期許的表現，似乎也展現了法律捍衛正義的決心。雖然我國是以大陸法系為主體，但追求公平、正義和誠信的目的，自是與英美法系相同、不遑多讓，對這些崇高的普世價值之追求是殊途而同歸。在追尋前述價值的過程，我國是從立法者設定好的法律體系及邏輯嚴謹的架構中去追求，是從已經凝固了的法律條文中發現蘊含其中的終極價值，而法院作為律法的詮釋者，其功能就是在發現立法者藏諸文字中的終極價值。在追尋終極價值的路途上，立法者與裁判者的功能分配是，立法者首要透過法律的制訂，對資源分配作出合宜的決定，並劃定資源分配衝突中各方當事人的權利義務關係，並以事實或行為的態樣為對象，從中提煉、裁剪適當的文字並據以凝固成實體法，進而賦以法律效果；而法院作為面對具體紛爭的裁判者，其最主要的活動即在於如何正確的適用法律、涵攝法律事實，依此建立一套可作為人們趨吉避凶的參考標準。

但現實世界並不是如此的理想化，因為這僅僅只是一個我們想像中「應然」的情況，諸如公平、正義等法律所保護、崇尚的價值，置於不同的時空脈絡、由不同身份背景的人端視，都有不同的詮釋風貌，更何況這不是一個交易成本（transaction cost）為零的世界，而且個人之理性與團體之理性並非總是一致。

正義若是定義為解決人際關係、權利義務衝突時的標準，則其有「過去」和「未來」兩種面向可供觀察。「過去」的觀點，可以說是實現正義的直接面，因為對大多數人而言，對正義最直接的想法，就是對過去已經發生的事實作出評價，如此在評價過去時，其成本問題，將出現在搜尋、辨識和取得資訊均有其界限，這除了是法律相關所有的資訊並非不需要時間和金錢等成本即唾手可得外，也是因為隨著人們衝突領域的增加，不

管是立法者、裁判者還是當事人，其面對資訊的種類型態不但增加，而且也跟著複雜化；從展望未來的角度來看，實現正義的法律，並非僅著眼於順利解決當下的紛爭並給予評價，尚需考量如何使未來相類似的紛爭盡可能消彌於無形，或於發生時，能以更為簡速方式定紛止爭。諸如此類，反應在法律的建構與詮釋上，可能立法速度及密度不足以正確反應世界的實然面；而法庭上的審判程序亦可能會出現個案與實體法齟齬，難以兼顧個案或特殊紛爭類型的情況。

跳脫傳統法學觀察的角度來看，實際上當我們面對法律時，就是在面對資訊，更進一步地說，「審判即是資訊處理的動態程序」，就是法律動態活動的真實面。法院審判過程中，「認定事實」、「適用法律」與「作成判決」無一不是資訊的搜尋、辨識和傳送活動，換言之，如果能對資訊的來龍去脈做出恰當的觀察，就可以從不同的角度，擴大傳統法學關照人際間權利義務關係的視野。

傳統法學領域對於問題探究上常常著重於「應然面」的觀察，亦即從靜態的法律文字對整體概念上的抽象法律關係作投射觀察，相對上來說，從「實然面」的角度切入，從個案的差異省思法律文字的不足，是比較欠缺的。或許，藉由一定程度、數量個案資訊處理的實然面觀察和分析，可以增進對應然面的解釋和設計，「資訊」的觀點提供了一個相互比較印證的機會，深化對法院審判本質的認識。

本篇論文將試著利用資訊經濟學概念中「貼標籤」(stereotyping)和「放訊號」(signaling)處理資訊問題的兩個角度，作為觀照個案的工具。因為處理事物的步驟簡化來看，是「認識問題」和「做出回應」兩個階段，正好與「貼標籤」與「放訊號」相呼應。前者以回顧的觀點「向後看」問題，並且強調利用手邊既有的片段資訊為基礎，以之作為認識眼前事務基準；而後者則是「向前看」的策略活動，強調作決定的權威者，對於問題的態度或答案選擇如何發揮其影響力，使作為接受訊號者將來面對未來相似問題時，能有穩定和可預測的參考標準，以及可供作為判斷的依據。兩者之結合，除了可以描述實際上處理事務的流程外，事實上也隱含著吾人對資訊的利用之不完整，並與真

實的世界有落差，換言之，我們既無法完整掌握事實的全部面貌，也無法絕對控制將來潛在當事人的行為。故而當我們能夠認知到，所謂的「真實」其實是不完全的時候，「貼標籤」和「放訊號」作為觀察的工具才顯得有意義。將前述的概念放置探詢真實的法院活動時，我們期待能從觀察法院如何「貼標籤」與「放訊號」，嘗試去解釋法院審判活動的實際情況，以及發現其背後支持、侷限的條件的可能性。

在研究對象的選擇上，是以近年來在專利訴訟上鬧得沸沸揚揚的定暫時狀態假處分裁定作為目標。此除了智慧財產權的訴訟，相較於傳統的民刑事訴訟是一個新興領域之外，更是因為定暫時狀態假處分的裁判標準在我國仍處於模稜兩可的階段，現階段處理方式是否已經符合智慧財產權特質的標準，仍有爭議。再者，以此為中心的相關參與者（特別是法院和當事人），各有其各自的利害盤算，特別是對法院而言，其處於一個被動的角色，如何處理訴訟雙方所提供大量、且不明確的訊息，即成了定暫時狀態處分品質好壞的關鍵。

由於法院在處理定暫時狀態處分程序的資訊上，有著有別於本案程序及假處分程序的特殊之處，其不但要兼顧迅速，而且也必須兼顧正確，法院自始即在「成本」和「效益」之間有著兩難的抉擇。本論文希望能藉由觀察法院在定暫時狀態處分的審理活動，嘗試剖析在過往欠缺資訊的情形下，法院如何尋找到合適的法律標籤，從法院利益的角度去解決資訊處理的問題；以及隨著案例的累積及國外學說的催化下，法院又如何發展細緻、具體的事實標籤，能夠直接面對問題，而不再以法律方式，規避事實問題，進而放出有利社會效益的訊號。最終，希望能從分析法院處理定暫時狀態處分的資訊過程，將「貼標籤」和「放訊號」兩種資訊經濟學的概念介紹到審判實務上，讓法院日後在處理類似有龐大資訊量的案件時，有資訊處理方式的參考座標，此即為筆者撰寫本論文的動機。

第二節 研究目的

(一) 科際整合：筆者所念的系所名為「科際整合法律研究所」，本論文希望嘗試跳脫以往由規範角度看其他各專業領域與法律相涉之議題，反向的從經濟學原理發展出來的觀察工具，過來觀察法律的活動，期待能為法律和其他各學門的交流做出新的嘗試。

(二) 觀察的新意：就如同探勘石油一樣，除了要能找到油源正確的位置外，符合成本效益的探勘工具和方法，也是重點所在，不同的深淺的油源，或者沙漠或是海洋等地理位置差異，都可能需要因地制宜的探勘工具和方法，而它們出現以及使用，也並非一知道就可以立即運用的，更需要適宜的能力和知識作為後盾。同樣的想法，運用在法律規範的運作上，對法律事實、法律制度和法律活動的程序，以不同分析角度嘗試去理解，是為了替傳統正義女神的塑像，提供不同位置的投射燈，好烘托出其不同的面貌。本篇論文嘗試以「貼標籤」與「放訊號」兩種工具作為觀察法院的判決，觀察法院作為辨識事實的「標籤」，是否有助於其發現真實，在「標籤」功能不彰時，如何透過別種方式轉化標籤的辨識力，或是如何兼顧標籤的正確性及低成本性，進而使法院的判決貼近真實所需。至於判決作成後，如何成為影響潛在當事人以及其他法院作為、或是相類似的紛爭如何回應法院判決，則是「放訊號」概念之重點，特別是當這一回合的判決重點，成為下一回合賴以判斷的「標籤」時，是否仍有同樣的使用效果。或許可以觀察的得到，同樣的標籤反覆被使用時，其放出訊號也可能會趨於一同，進而使得我們可以預測判決可能的走向。

第三節 研究方法

本文在研究方法上，是主要先介紹資訊經濟學中，觀察資訊處理之「貼標籤」和「放訊號」兩樣工具，再以我國高等法院和最高法院在專利定暫時狀態處分的準駁情況，歸納出我國實務作為是如何「貼標籤」和「放訊號」，藉以呈現較之傳統法學文獻研討和案例整理分析不同的樣貌，並嘗試分析其我國實務裁定背後其成本考量究竟為何。

另外，亦從比較之觀點，介紹美國實務在處理臨時禁制令上較為人所熟知的實務見

解，以作為探討我國實務時的參考座標。另外亦特別介紹美國最高法院 eBay 案之判決，並試著探討美國最高法院對永久禁制令之見解對臨時禁制令將發生何種影響，以對應後續在我國實務部分，探討臺灣高等法院 97 抗字第 4 號對實務的衝擊。

第四節 本文架構

本文以下第二章首先就資訊處理的分析方式，以資訊經濟學的角度，分別從「貼標籤」與「放訊號」去作剖析，第三章則是觀察法院實務如何以「貼標籤」與「放訊號」方式整理資訊，第四章主要為美國實務臨時禁制令的發展過程和演進作概略介紹，並討論 eBay 案對臨時禁制令發展之影響，第五章則回到我國定暫時狀態處分「放訊號」的實務觀察，第六章則為我國定暫時狀態處分「貼標籤」的實務觀察，並且以最新之臺灣高等法院 97 年抗字第 4 號裁定為例，觀察地方法院和高等法院裁定理由差異，以觀察我國實務將來之走向。



第二章 「貼標籤」與「放訊號」——一種資訊處理的分析方式

第一節 資訊經濟淺說

第一項 資訊之內容

何為「資訊」(Information, 中文或可以稱為「訊息」), 其定義是模糊不清的, 從嚴謹的科學術語來看, 資訊的定義幾乎不存在一個統一的觀點, 這是因為資訊本身的複雜性以及其特殊性所致, 不同領域的學者, 也分別為資訊作了不同的定義¹。但為了討論之必要, 或許我們可以用「個人主體意識對事物的客觀認識」作為對資訊內涵的概述, 而此間所稱之「事物」, 則包括了我們所生存的物理環境、自我認知與人際互動。既然個人對於事物認識之後, 會對之作出決策反應, 而中間又必須經歷過成本效益的選擇過程。從「選擇必須仰賴認識, 而後進行決策」這樣的概念出發, 資訊就已經與經濟產生了關連了。

資訊如何影響經濟活動, 我們可以從經濟學中, 最常被引以為用的魯賓遜(Robinson

¹ 美國數學家, 資訊理論的奠基人克勞德·艾爾伍德·香農 (Claude Elwood Shannon) 在他的著名論文《通信的數學理論》(1948)中提出計算訊息量的公式, (一個訊息由 n 個符號所構成, 每個符號出現的機率為

$$H = \sum_{k=1}^n p_k \log_2 p_k$$

p), 則有:


這個公式和熱力學的熵的計算方式一樣, 故也稱為熵 (資訊理論)。

從公式可知, 當機率平均時, 「不確定性」(uncertainty)最高, 訊息熵最大。故訊息可以視為「不確定性」或「選擇的自由度」的度量。(information is a measure of one's freedom of choice when one selects a message)。美國數學家, 控制論的奠基人諾伯特·維納在他的《控制論——動物和機器中的通訊與控制問題》中認為, 訊息是「我們在適應外部世界, 控制外部世界的過程中同外部世界交換的內容的名稱」。

英國學者阿希貝認為, 訊息的本性在於事物本身具有變異度。義大利學者朗高在《資訊理論: 新的趨勢與未決問題》中認為, 訊息是反映事物的形成、關係和差別的东西, 它包含於事物的差異之中, 而不在事物本身。節錄自網路維基百科, http://zh.wikipedia.org/w/index.php?title=%E8%B3%87%E8%A8%8A&variant=zh-tw#_note-cybernetics, 拜訪日期 2008/3/6。

Crusoe) 一人世界開始，進而推展到星期五加入時兩人互動作為觀察重點，進而推演到現實的社會活動情形。在星期五出現以前的時光，魯賓遜一人面對的是大自然嚴酷的考驗，這時候他要接受大自然給他的適者生存的挑戰，魯賓遜必須能夠對於自然界所提供的資訊做出歸納、分析，找出趨吉避凶的生存法門，知道哪裡有果實可採、有動物可以獵捕，乃至於因應四時氣候運轉，而進行必要的生產和消費的活動，才能夠存活下來直到遇到星期五。而當星期五加入之後，兩人世界開始有了分工合作、爭吵傾軋等問題，這時候魯賓遜資訊處理的量增加了，除了外在環境的資訊外，還包括了星期五是否忠誠、工作能力為何等屬於人際往來互動時，所必要知道的資訊，當兩人世界的資訊處理量已經可以如此多面向，更遑論芸芸眾生在大千世界之中所面臨的資訊量有多豐富以及複雜了。

第二項 資訊之功能



雖然說資訊內容何其的繁雜，數量如何的不可勝數，但是「有總比空好」，至少可以作為行為動作的定位或起點。正因為資訊的存在，毫無疑問的提供了我們行為的起點，也讓資訊有了「工具」的屬性，讓我們能得透過對資訊的分析、了解以及篩選，進而利用不同的資訊解決不同的問題。若經濟學是一門告訴人們如何選擇的學門，那麼究竟該如何選擇，其實仍舊仰賴理性行為人究竟知悉或掌握了多少可用的資訊。

由於魯賓遜一人世界與自然的對話，並不是我們日常生活中可以體驗的模式，因此在資訊的功能的了解上，自然是以人際互動相關的資訊開始出發，小自單純的雙方互利交換時，透過資訊能衡量各種機會成本的高低，在不斷的選擇過程當中，最後可能因為效率的考量而建立起一套有利資訊流通和反應的制度，以增進資源的有效分配。

以上「資訊是選擇的前提」的說法，是可以透過一般人的生活經驗就可以得到實證的。舉例來說，我擁有一棵值 30 元的蘋果，對 A 而言，他願意出 50 元來購買，B 則願意出 100 元來購買，但是 B 可能不知道有 A 與他競爭，而我可能不知道蘋果對 B 而

言價值不菲。最後這交易會在我與 A 或 B 之間完成，端賴我們三人之間是不是有足夠的資訊，以及我們願意消耗多少討價還價的時間和精力。當然，對我而言最簡單的方式，是在蘋果上面貼上明顯的價格標籤，如此可以省卻討價還價過程中雙方往來折衝的時間和精力（易言之，貨幣（價格標籤）表彰的價值，就是蒐集成本最低的資訊）；對 A 和 B 而言，誰能與我完成交易，依靠的也不是誰的談判能力高強，反而是誰先來後到發現蘋果的問題。今天社會能創造出多少財富，就端賴我與誰完成交易，與 A 交易則創造 20 元，與 B 交易則提升到 70 元，換言之，A 和 B 蒐集資訊的能力，決定了社會能創造出多少財富。因此一個有效的人際間資訊的交換，是交易合作發展的重要關鍵²。

而隨著交易規模的擴大、參與人數無窮盡的成長，以及涉及的利害數量增加，人類社會也相對應的發展出許多制度和辦法來增加資訊的流通，協調每一個人對於資源分配不同的渴望。由於交易者對於彼此所擁有東西的價值看法不一，為免去討價還價的障礙，因而有了對價格反應的貨幣機制；因為搜尋交易相對人不易，引此有了廠商、代理人和各種交易市場的建立。凡此些制度的建立，都是為了促使資訊流通能更順暢，使人際關係間彼此交易合作數量最大化。因此資訊不單只是要完整和豐富，其相對應的傳遞機制和制度，在增進資訊的功能上也發揮了絕對的影響力。

第三項 資訊的不完整

經濟學者 Coase 曾說過「如果進行交易不必花費任何費用，我們可以用一瞬間去體驗永恆³」。而沒有交易費用的交易，必需依靠完全的資訊，就像是不同的資源在單一擁有者（single owner）手中時，最是知道資源如何使用與配置符合其利益。但是「交易費用為零」的假設，是不存在於這個世界上的，資訊若非龐雜難以辨識和指認，便是人本身大腦處理資訊的能力時有所窮，無法鉅細靡遺的加以利用。再者，每一個人所在處的資訊，都不是處理第一手的資訊（first-hand information），往往是間接處理第二手

² 參考大衛. D. 弗里德曼著，楊欣欣譯，經濟學語境下的法律規則，法律，2004 年 1 月，16-17 頁。

³ 見 R. H. Coase 著，陳坤銘、李華夏譯，廠商、市場與法律，遠流，1995 年 3 月，24 頁。

的資訊 (second-hand information)。所以如何蒐集資訊使之貼近真實情況，又不至於累贅龐雜，使資訊對我們的行為、決策作出最大的貢獻，則成為資訊裡處理者最重要的問題，而這也正是經濟學中成本效益觀點與資訊相結合的開端。因此亦有經濟學者如 Dahlman 在細緻化描述 Coase 交易成本概念時，將「搜尋與訊息成本 (search and information costs)」列為首要考量成本之一⁴。

首先，我們必須先認識為何資訊是不完全的這個問題，何以資訊無處不在，卻又說之於個人，資訊是不完全的呢？這裡所謂的不完全，包括了與真實距離過遠，或是殘缺，或是包含了過多不必要的部分，甚至於是無知，均可能使我們無法辨識事實乃至於真理真正的部分。

而從資訊的流通管道來看，我們接受資訊無不仰賴不同的傳播媒介或工具，雖然現今社會在傳播媒介或工具的發展上的進步，已經足以讓工業革命以前的人瞠目結舌，但它們在承載、處理資訊上仍有不少的障礙。再者，若是從資訊的來源以觀，製造資訊的個體，其建立之新資訊都是仰賴別人舊有的資訊，在此已經先面臨到接觸資訊的難易障礙。隨後的困難則在於資訊接受者處理資訊的過程，因為從接受者轉變成為傳送者，資訊必須經過加工而成為其要他人可知悉之內容或表現形式，如果個體對於資訊處理有先天能力之不足（可能無法辨識他人資訊、或是無法以他人能知悉的形式傳遞），或是後天的人為限制（基於各種利害關係，希望在比賽中造成對方的誤判或是增加處理成本等），使得各方在產出以及處理資訊上有了限制，影響所及，小則限縮交易財富的產出，大則影響各種交易安全的秩序。

第四項 小結

從前面的介紹，我們已經可以大略把世界的運作，簡化為資訊處理的過程，這樣或

⁴ 見 Coase 著，同註 3，16 頁。Coase 引註 Cal J. Dahlman, The Problem of Externality, The Journal of Law and Economics 22, no 1 (April 1979): 148.

許可能失之偏頗，但也未嘗不是新鮮的角度來觀看我們如何行為、如何決策。但也因為取得、處理資訊等，均非不費吹灰之力即可完成，因此我們如何接受資訊的不完整，以及如何學習處理不完整的資訊，就成為一個重要的課題，以下我們將從「貼標籤」和「放訊號」兩種處理資訊的手法，試著解釋我們如何在資訊不完整的情況下，倚之行為、作出決策。

第二節 資訊處理手法之「放訊號」

第一項 放訊號概念由來

讓我們先跳離法律的範疇，思考一下一個很早以前就被生物學家討論的問題，那就是，為什麼沒有尖牙利齒、強壯肌肉的人類，會成為目前地球的主宰？目前最廣為受到生物學家們接受的假說是，我們沒有將天擇重點放在肌肉和骨骼上，而是以另外一種方式增強我們這個種族的勢力，那就是我們會與他人結盟，透過結盟達成合作協議，我們可以讓力量加倍，即使身體沒有變為現在的兩倍大，我們還是可以統御世界。一個人絕對無法打敗長毛象，但是兩個或三個人，如果有了團結合作的概念，就可以應付難以克服的挑戰，例如，把長毛象趕到懸崖邊，逼它跳下。而學會合作的前提，就是我們演化出能把盟友的利益和自身利益都考慮在內的心智。我們透過了解別人的動機，包括別人的酬勞和懲罰系統，而滿足自身的利益。生物學家認為這一個「心智理論」(Theory of Mind)，我們無時無刻都不再動用它，透過看穿別人的心意並且預測別人下一步要作什麼，並以此作為我們行為的參考⁵。

由於有前述心智理論作為解釋我們行為的基礎，我們再將目光移到資訊經濟學的領

⁵ John Medina 著，洪蘭譯，大腦當家—靈活用腦 12 守則，學習工作更上層樓，遠流，2009 年 1 月，67-69 頁。之所以會在以此書中所提到理論來觀察「放訊號」，是因為不管是在生物演化理論、抑或是腦神經科學發展上，都可以發現人類在天擇演化的過程中，無一不暗合著經濟學中成本效益的理論，而既然放訊號是要傳達訊息與他人知悉，自然有必要稍微介紹一下此一人類心智間互相溝通的方式，究竟是如何發展而來。當然更詳盡說明，可參考本註索引之書。

域。誠如前面所述及的，人在處理事務和解決問題的過程中，需要他人之配合或是服從，為了達到此一目的，不但需要觀察別人的行為和動機，也需要自己主動釋放含有資訊的訊號，希望他人能了解後以其期待的方式回應。因此在想像上，不管是爭端解決或是交易進行，若是大家都能完整釋放其所擁有的訊息給對方，而對方也給予完整的回應。從經濟的角度而言，理想的狀況是雙方最後都能獲取最佳利益，而社會財富自然也跟著增加。當然，事實上若是完美，也不會有經濟學家的出現，因此為了研究資訊的不完全，自 20 世紀中期，經濟學家投入在資訊領域方面的研究，已經使得資訊經濟學一脈後發先至，其發展之迅速已經成為理解經濟學理論的基礎。

1982 年的諾貝爾獎得主 George J. Stigler 是資訊經濟學的早期創始人之一，他認為之所以同一種商品在市場會存在著不同的價格訊息，是因為每一個消費者在獲取商品質量、購買時機等訊息成本過大或不一致所致。而 2001 年的諾貝爾經濟學獎得主 George A. Akerlof 則在其著名的文章「檸檬市場：品質不確定性和市場機制」(The Market for “Lemons”: Quality Uncertainty and the Market Mechanism) 一文中指出，主要用來描述當商品的賣方對產品質量比買方有更多的資訊時，買家由於擔心會買到低劣的商品，因此傾向只出低價錢來消費，但是這又會導致真正擁有高價值商品的賣家沒有意願出售，從而使市場上的產品質量持續下降，低質量商品逐漸取代高質量商品成為市場上的主流，甚至最終導致市場只存在著低質量的商品。

與 Akerlof 同時獲獎的還有 Michael Spence，其 1973 年開創性的研究中指出，教育程度是勞動力市場上生產效率的替代性訊息，簡單來說，由於雇主不能將能力強的求職者從能力弱的求職者中區分開來，因此其主觀認定：學歷高者，生產力高，就給付高報酬；學歷低者，生產力低，得低報酬。但實際上，學歷和生產力之間可能毫無關聯。但為了得到高報酬，應徵者只好去取得學歷這個訊號，結果雇主信念得到支持：果然，高學歷者生產力就高。從前述觀點延伸出來，資訊完全的一方（即求職者）透過一定的放

訊號方式，讓資訊處於劣勢的一方（即雇主）相信，自己具有高質量的可信度⁶。

由前述的研究題材的描述可以發覺，由於資訊在傳遞時總是有其不完美之處，導致出現不同的結果組合，產生不同的均衡結果，因此引發了經濟學家多從均衡的角度加以切入研究。但理解放訊號的現象時，其實可以有較廣泛、和一般性的解讀，從行為者接受和解讀訊號的觀點入手，用成本效益的觀點去解釋何以放訊號過程為何無法臻至完美。

第二項 放訊號活動的侷限

放訊號在資訊活動的處理過程中，被定位為是一種資訊的傳遞活動，是與他人相關，非僅是自身內心資訊處理活動而已。資訊的釋放者（sender）在決定好打算傳送的資訊和對象後，將資訊以接收者（receiver）可以辨認的訊號，利用合適的管道傳遞給接受者，並期待對方會作出釋放者預期的反應。但是前開描述並無法讓我們更加了解訊號傳遞的過程，究竟會出現哪些問題。因為「放訊號」只是單純描述一種資訊傳遞的行為，要真正了「放訊號」活動的成功與否，必須藉助其他的因素加以解析，並且試著討論有哪些成本效益上的考量，左右著這些因素影響力的大小。概論之，影響放訊號活動之溝通有效度的因素可粗分為主觀因素與客觀因素兩種，前者包括了釋放者主觀的動機或誘因，後者則包括了釋放者與接收者之間的互動變因。

原先理想的資訊傳遞狀態是，釋放者與接受者之間的默契一致，溝通無障礙、無錯誤。但是正因為訊號之往來處於兩個獨立的個體之間，所以訊號釋放者無法完全掌握訊號的詮釋，而當詮釋權處在接受者手中時，就有可能產生原始的「訊號」和最後的「解讀」未必一致的結果，常見的表錯情會錯意、或是台語俗諺中的「好心被雷親」，都是例子。

⁶ 帥嘉寶，法院審判活動之「貼標籤」與「放訊號」，國立臺灣大社會科學院經濟學系碩士論文，2008年1月，13-14頁。

之所以訊息溝通與理想狀況有落差，可能與釋放者與接受者之間缺乏重疊的共識（overlapping consensus）⁷有關。換言之，重疊的共識是影響放訊號能否成功傳遞資訊的因素之一，若缺少重疊的共識，雙方對於訊號的解讀就容易出現誤會和衝突。用淺顯的方式來說明，就是訊號接受者所使用的解碼簿，因為與釋放者用以編碼訊號的方式不一致，使得接受者無法完整還原釋放者的資訊內容。

但是建立重疊的編碼與解碼的共識系統，是需要經過學習或經驗的累積，而且隨著傳遞訊息的重要性、專業性或複雜性的提升，需要重疊共識的部分也就越多。例如陌生的兩個人在初見面時，用微笑握手寒暄等肢體訊號，就可以傳遞善意的資訊，這是一般人的經驗就可以了解，這一部份的重疊共識容易獲得。但若是進入到不同語言體系要進行溝通，則因為語言的重疊共識無法建立，導致彼此都是鴨子聽雷的狀況，自然資訊無法有效傳遞。從以上簡單的例子可以得知，簡單的放訊號過程，所需要的重疊共識的精緻度較低，而反過來說，當放訊號的過程，涉及龐大且複雜的資訊時，所需要的重疊共識的精緻度就高。而雙方要能建立精緻度高的重疊共識，在極大的部分上，是要投注相當多的時間和精力成本的。

其他與重疊共識有密切關聯性的，還包括有訊號表達的形式、訊號傳遞的管道等因素。當訊號傳遞越多（亦即複雜度越高或傳遞形式越不明確），越需要明確的訊號傳送與辨識體系。反過來說，當訊號傳遞形式越明確、辨識體系越暢通，也就更能有效傳遞資訊。而形式和管道的建立，也都需要投入資源，一旦投入不足，導致此些因素的不確定性昇高，也就越可能偏離釋放者想要達到的預期目標。

縱然有重疊的共識，資訊傳遞仍可能也無法臻至完美，因為還必須倚賴訊號本身具

⁷ 「重疊的共識」原先在學者的概念中，是用來表示「主觀重疊而成的客觀」。意旨雖然每一個人對於事物的評價和喜惡都有主觀的看法，但是有相當比例的人在他們各自的主觀的價值上，對於事物的價值有共同的支持，也就是在高低衡量上有一樣的取捨，那麼累積起來的主觀就會形成客觀的標準。參閱熊秉元，「市場之尺」與「心中之尺」—論寇斯定理和布坎楠對寇斯訂裡的質疑，天平的機械原理，元照，2002年5月，105-129頁。但在本文中，筆者把該共識擴大解讀為資訊傳遞過程中，相同的編碼與解碼的體系與架構，應不至於偏離其原意。

有可信度，才能使接受者願意相信訊號為真。在接受者可能質疑訊號的可信度的情況下，釋放者為了提高訊號的可信度，可能需要投入大量資源在補強訊號上，但實際上，該資源投入並不會獲得更佳的產出，這一點從前述 Michael Spence 的論文可獲得證實，其研究顯示，市場上生產力高低的判斷，是以學歷高低的訊號取代之，但取得學歷這個訊號的成本是高昂的，而且與勞動生產力毫無相關，這樣的資源投入就可能形成一種浪費。更有甚者，萬一成本高到使釋放者無法負荷的地步，訊號無法產生，自然也就不會有交易出現。而從釋放者的立場來看，由於其掌握了自身完整的資訊，釋放者是有可能提供不完整的資訊，以謀取交易中超過其合理應得部分的利益，釋放者此一站在其自利立場的行為，有可能使結果往「逆向選擇」的無效率結果偏移。

第三項 小結



雖然放訊號簡單來說，只是訊號從釋放者傳遞至接受者的描述而已，但是放訊號是否能達到其預期目的，其背後所需要的因素才是關鍵，而影響這些因素的仍然是成本效益的考量。不管是重疊共識，還是與其相關的傳遞管道與辨識系統，乃至於訊號本身的可信度，都需要付出時間和精力等成本，才能達到預期效果。若是放訊號的過程之成本過高，超過預期的獲利，自然不會有訊號產生，或是結果不如預期。

第三節 資訊處理手法之「貼標籤」

第一項 標籤的起源、迷思與本質

「標籤」(stereotype) 此一概念源自於社會學方面的研究。社會學家著重於用標籤的概念解釋社會「偏差行為」的成因。此觀點最早在 1938 年由 Frank Tannenbaum 在其「犯罪與社會」一書中提到。其後 Edwin Lemert 於 1951 年出版的「社會病理學」(Social Pathology) 一書中，奠定此一理論的雛形。最後由 Howard Becker 於 1951 年出版的「局

外人」(The Outsiders)中對此理論作出有系統的闡釋強調標籤是社會中有權者加諸特定人的負面定見或是評價，而被貼標籤的人則無力反抗，依他人強加的標籤內容，而不斷的作出偏差行為，而無法自拔。因為在社會學的觀點中，貼標籤者並非只是在內心為貼標籤之活動，尚且會將對應被貼標籤者的活動形之於外。透過對被貼標籤者不利的行為和評價，使被貼標籤者接受到該不利訊號後，形成內心自我貶抑的資訊，又再度對偏差行為，釋出拒絕改變的新訊號，在彼此反覆的過程當中，貼標籤者更加認為其貼標籤判斷的正確性，而被貼標籤者也在認為平反無望時，更加實踐該標籤的負面訊號，成為一種負回饋的結果⁸。

貼標籤理論雖然自偏差行為解釋開始，但是很快的，就被延伸運用至其他社會研究領域之中，用貼標籤的概念解釋包括種族、性別、宗教和性向等歧視問題，以及其歧視後的不良結果。總的來說，貼標籤被解釋為對特定群體的負面觀點，使得貼標籤的以社會學的角度來解讀時，代表的是「對於特定族群的人，形成先入為主的負面印象」。而為了避免先入為主的簡化思考，帶來簡化的反應，進而造成偏頗的互動結果，社會學在探討貼標籤行為時，多是著重在反省以及除去貼標籤的行為。

由於早期社會學家是從負面、且狹隘的角度來看待「貼標籤」行為，自然也就認為只有打破標籤，才能解決社會歧視所引起來的不良後果。但可惜的是，社會學家並未深究為何人們會以貼標籤的方式作為其判斷事物、評價他人的依據，以致反受貼標籤僅具有負面內涵的想法所囿，直接認為貼標籤是造成不良結果的成因，而忽略了其他可能存在的合理性⁹。有別於社會學負面傾向的觀點，其實我們應該先關注的是標籤使用的成

⁸ 帥嘉寶，同註 6，10-11 頁。

⁹ Mark Buchanan 著，葉偉文譯，隱藏的邏輯，天下文化，2007 年 6 月，10~11 頁。作者引述了 2005 年諾貝爾經濟獎得主 Thomas C. Schelling 於 1971 年發表在 Journal of Mathematical Sociology 種族隔離研究的論文。關於黑人和白人社區有明顯區隔原因的研究，一般很容易就以白人對黑人有種族歧視的標籤加以解釋。但另外一種假設是，每個人都不在意和什麼樣的種族為鄰，只要自己不是少數民族就行了，換句話說，一個白人可以有黑人的同事或朋友，也不在意住在黑人居多的社區，但心理上，他還是不喜歡變成整個社區裡「唯一」的白人。假設實驗一開始所有的人都會維持不動，除非他們察覺到自己的左鄰右舍的同一族群少於某個比例。實際上經過電腦模擬的運算結果，縱然在一開始黑人和白人的居住是均勻分散的，也會因為彼此偏好同類相聚的居住環境，或是不願意成為社區中的少數族群（這也都是一種貼標籤的過程），而形成大小不等的黑白社區各自凝聚的情況發生。人們因為不想成為社區裡的少數份

因？為什麼人類會習慣以貼標籤的方式作為思考判斷的起點？完全打破貼標籤的思維方式，是否真的對於我們日常生活更有助益？或者，事實上根本不可能有所謂無標籤的思維方式？若實際上我們無法擺脫貼標籤式的運作思考模式，則是不是使用貼標籤的行為有除了社會學家負面觀點以外的中性、乃至於正面的功用？

姑且先不從標籤的是否具有正面功用的價值觀點著手，從標籤的形式來看，其實標籤本質是一種符號（label）。當我們在認知一個物體或是現象時，是透過視覺、觸覺、味覺和嗅覺等感官的認知，然後依據認知，賦予該物體或是現象一個符號；這個符號，也就是標籤。換句話說，貼標籤是一個行為者（actor），對一個現象、人或物體，賦予一個特定且專屬的符號，讓該現象、人或物體背後代表的龐大資訊壓縮在該特定符號內。隨著符號的建立，其也成為我們的經驗資料庫中的一員，下次遇到同樣或是相似的現象、人或物體時，該符號就可以成為我們快速辨認或是對事物反應的依據。因此從本質上來看，標籤其實是符號的替代性說法，在這個起點上「標籤」是一個中性的概念，並無所謂價值上好壞的區別。從功能的角度來看，標籤是作為指涉特定的現象、人或是物體的工具，一種幫助我們有效認識事物和行為的工具而已。

第二項 標籤的功能

標籤的功能，簡單來說，就是可以作為吾人思維的基準點，以達到降低思維成本、迅速反應之目的。日常生活中，每一個人無時無刻都在貼標籤。我們會「假設」賣場裡的工作人員了解賣場中所有商品的種類和位置，所以我們會直接向其諮詢，這是我們對賣場工作人員所貼的標籤；而當我走在校園裡頭，迎面走來的路人，我「假設」他不是學生就是教授，而不是深藏匕首、準備打劫的惡漢，這也是一種貼標籤。但貼標籤更進一步的意義，可以反應在我們作決策的過程之中。例如：雇用麥當勞的櫃檯服務生與半

子，結果反而破壞了社區的混合狀態，這個實驗的結論變成是，即使人們心中完全沒有種族歧視，種族隔離的現象依舊存在。換言之，人們選擇了另一種標籤（不想成為少數民族）作為行為的依據，而非因為使用了歧視某一種種族的標籤，作為其行動的依據。

導體技術操作員的面試過程一定不同，再者，需要十位員工與需要一百位員工的決定方式也一定有差別。面對不同的需要，會有認識深淺的差異，因此當然要有不同的方式萃取出必要的資訊。從這裡我們已經可以約略指涉出標籤的功能——一種協助我們「認識—決策」的工具。

標籤作為一種工具，其主要的功能性內涵在於作為思維過程的參考基準，藉由此一方式達到降低思維和行為的成本¹⁰。因為我們認識事物、作成決策，必須仰賴所收集和認識的資訊，但是資訊數量與型式不但多變，而且在現代社會中越趨複雜，加上「認識」的過程本身就是一件耗費心神的活動，它需要能量、它佔用時間，而且人類在活動時必須對多種不同的資訊作出回應，因此為了節省認識過程所需要的精神和時間，並完成後續的行為反應，不管所掌握的資訊是完全的、抑或是處於不對稱的情況，我們都亟需要一套有效的思維方式，幫助我們快速處理、篩選資訊，以建立起適當的行為模式，作出有效的行為和決策。而這裡所謂有效的思維方式就是「貼標籤」，以之作為處理資訊的方式，從有效降低思維和行為成本，達到有效認識事物作成決策的目的。

具體來說，由於標籤代表的是對過去所形成之經驗的符號化，透過意義的壓縮，以一相對來說簡單的形式來表達龐大的資訊意義，足以是我們面對重複發生的舊事物時，避免同樣的資訊處理流程產生所導致的浪費，換句話說，以簡單的標籤代替完整、或重複的思維，可以促使我們簡速地找到相對應的反應方式，作出有效率的決策；另外，在面對新事物時，則以標籤當作思考和反應的參考座標，透過相類似或是有重疊意義的標籤，作為認識新事物的起點，如此可以避免憑空揮拳、毫無頭緒的搜尋。換句話說，貼標籤能在「認識—決策」的過程中，大幅降低思維和行為成本，有效的對眼前資訊進行分析，萃取出有意義的部分，進而給予適當的回應¹¹。

¹⁰ 帥嘉寶，同註6，9頁。

¹¹ 帥嘉寶，同註6，12頁。

第三項 標籤的運作

由於標籤的運作方式牽涉到人類記憶的儲存策略，因此有一個例子可以鮮活的說明，標籤如何成為指引我們認識事實。某大學在翻修校園時，並沒有在藍圖上畫出如何橫跨一大片草地通往教學大樓的步道，工人雖然急著把工程作完，但校長說，這些步道是永久性的，明年再來鋪就好了，到時候就會有藍圖。工人雖不滿意，但也沒有辦法，只好等。學校開學後，學生們被迫穿越草地到教學大樓裡上課，很快的，各種路徑就顯現出來了，學期結束時，學生走最多的路徑最寬，也是通往教室最有效率的通路。校長對等待一年的工人說：「現在，你們可以開始動手鋪瀝青了，你們不需要藍圖，只要把眼前這些步道鋪上瀝青就可以了¹²。」雖然這個例子是分子發展生物學家用來解釋記憶如何登錄在我們大腦之中，但是此與資訊經濟學之貼標籤理論有著異曲同工之處，亦即，產生記憶與我們運用標籤，都是以最有效率的方式完成。所以，前開例子的教學大樓可以視為我們想要認識的世界，而每一條寬、係不同的路徑，就是我們認識世界不同的標籤。路徑寬細，就是標籤粗糙與細緻的差別，自然也影響我們認識世界的速度和正確性。

由於貼標籤是一種簡化龐大資訊的思維過程，因此標籤的本身的粗糙與細緻¹³，就掌握了我們距離真實資訊的遠近程度。再者，標籤之內容與每個人記憶和經驗的資料庫息息相關，資料庫越豐富，我們能從中提取的標籤也就越精確，越能掌握真實資訊之精髓，在無須完全知悉真實資訊所有內容的情況下，就能貼近真實資訊。雖然如前面所述的，透過貼標籤的思維方式，能大幅減低思維和行為的成本。但因為貼標籤牽涉到當下時空環境的限制，以及運用標籤個人本身經驗資料庫的內容豐富與否，因此在貼標籤的思維過程中，容易產生認識錯誤，以及認識不足等問題。

貼標籤的思維方式最常為人所詬病的是「以貌取人／刻板印象」的錯誤，這也是社

¹² John Medina，同註 5，139 頁。

¹³ 這裡所謂的粗糙與細緻，包含了數量上、組合判斷上以及背後所壓縮資訊內容的豐富程度上的差異。

會學家認為貼標籤是負面思維方式的原因。但是為了避免以貌取人或是刻板印象產生的錯誤成本，假設不論是招募十位員工還是一百位員工都以同樣詳細的方式面試，以求沒有遺珠之憾；或是假設走在校園裡的每一個路人都是江洋大盜，以保護自己人身安全，但實際上並無人可以這樣做、也願意這樣做，這些都是不切實際，因為為了避免錯誤，所付出的代價是更為可觀的心力和時間成本，這無疑是買櫝還珠之舉。絕大多數的人，不會採取因小失大的作法，在其未意識到的情況下，仍舊是以貼標籤的模式在進行思維，不是不再以貌取人，而是當嗣後一旦有了以貌取人的錯誤，隨即調整以貌取人的程度或細膩度，將認識錯誤所得到之經驗，納入自己的資料庫中，以修正標籤內容、提升貼標籤準確度。

又貼標籤的思維方式雖然能大幅減低思維和行為成本，但此並非認為只以追求減少成本為標籤思維的最終目的。標籤之選擇，也反應了我們究竟要多接近真實的資訊，而且也必須認知到不同粗細的標籤，本身也代表著不同程度時間和精力的需求。換言之，越需要接近真實的資訊，就越需要細緻的標籤，相對的也就離降低思維和行為成本越遠，反之，使用較為粗糙的標籤，雖然在降低思維和行為成本方面功能顯著，但是偏離真實資訊的可能性也大幅提昇。究竟要如何魚與熊掌兼得，則必須針對事情重要性與複雜性之不同，而選擇不同粗細之標籤因應之。例如：招募麥當勞員工可以選擇使用較為粗糙的標籤，去辨認來者的能力，即使該標籤無法提供完整的資訊，亦無大礙；但若是招考竹科工程師，可能要使用精細且準確的標籤，即使相對於前者，使用精細的標籤要花費更多的時間和精力，也要務求真實資訊與標籤作出的判斷接近。

第四項 小結

縱上所述，貼標籤可以看做是人們在思維時所使用的一種工具，是面對龐大資訊處理時，減低思維成本的方式，希望透過這種方式，能更有效的面對環境，其本身應不僅限於社會學狹隘觀點。雖然在簡化資訊的過程中，免不了會有認識錯誤或是不足的問題

產生，但是透過經驗的累積和學習，下次在面對相同或類似資訊時，就能夠作出最佳回應。又使用標籤時，除了考量與真實資訊的距離需求外，也必須思及標籤本身的使用也會產生成本，如何兼顧資訊需求與節省成本，則是標籤運用者主要的課題。

第四節 「貼標籤」與「放訊號」在資訊處理上之結合

在資訊往來傳遞的過程中，「放訊號」描述了資訊外在流通的方式，而「貼標籤」則反應了訊號的釋放者或接收者，內在資訊處理的過程。其實每一個人無時無刻都在釋放訊號，也在解讀訊號。因此在資訊處理過程中，「貼標籤」與「放訊號」是互為因果、相互影響的。藉由觀察其異同，可以幫助我們更進一步的瞭解，此二者是如何的結合，以及如何影響資訊的傳遞。

第一項 「貼標籤」與「放訊號」之異同

「放訊號」和「貼標籤」的共通點，可以列舉如次：第一，都和資訊有關，兩者透過「訊號」而有了連結；第二，因為該連結，所以都涉及了對訊號的解讀和賦予意義，放訊號者是將資訊由己向外發射，而貼標籤者則因為觀察到訊號，而利用貼標籤的方式在解釋資訊；第三，很多相關材料（資訊）都隱身幕後，在放訊號的情形裡，行為者們（訊號的釋放者和接受者）過去的經驗、社會習俗文化等，都會影響訊號的釋放和解讀。在貼標籤的情形裡，被貼標籤的雖然渾然不覺，但是貼標籤的人也是依賴過去的經驗、社會習俗與文化，貼上其認定適合的標籤；第四，貼標籤和放訊號的結果不一定完美，但是社會中人際互動和社會運轉，都和貼標籤與放訊號有關；第五，追根究柢追根究柢，放訊號和貼標籤的驅力（driving force）都是成本；在貼標籤和放訊號的行為中，人們在尋找有效降低思維和行為成本的方式。

而兩者主要的差異是居於關鍵地位的人有所差異。在放訊號過程中，施放訊號的人是關鍵人物，其希望接受者收到特定訊號（或對訊號作特定解讀）。相形之下，貼標籤

的重點，是貼標籤者主動賦予（或依賴）某種訊號。居於關鍵地位的行為者，是放訊號者與貼標籤者。其他的人隱身幕後，居於次要地位¹⁴。

第二項 兩者之結合

前述說法只是觀察重心不同，而有了貼標籤者與放訊號者的區分，真實世界中，每一個人多同時兼顧兩種身份，在資訊處理的活動上，貼標籤與放訊號只是不同的階段而已。如同刺激而後生反應，因為認識而後才能決策，也因為決策而後產生的新的認識，進而為下一次的決策作出準備。而更深入的觀察是，決策固然決定於認識的深淺、方向及力道。但認識的廣度及深度，也會反過來影響決策的選擇。

如果從解決比賽紛爭的角度來看資訊的侷限，會發現資訊不但無法處於完全狀態，更是偏離一般狀態，這對於進入紛爭解決系統的人而言，資訊的不完全成了解決問題最棘手的關鍵。將人與人的競爭和往來當作比賽來看，會產生發生糾紛的比賽，其實通常是比賽中的少數，在統計上是離群值，但是裁判者在作出決斷時，卻要從通案處理的模式出發，為個案提供專屬的定紛止爭決定，論諸實質，這本來就有一定的難度。更何況，比賽雙方既然已經產生糾紛，那就表示雙方已經從賺多賺少的交易情境，轉變成需要第三者介入裁判的輸多輸少的尖銳衝突，在輸得少就是贏的壓力下，提供給裁判者的資訊上，必然會提出對己有利，卻或多或少偏離實情、乃至完全不必要的資訊。就裁判者而言，其要在因為資訊不完全而誤判率極高的情況下，作出合乎法之精神的正確判決，是需要付出極大的心血的，而意圖違規圖利者，正是利用裁判者此一弱點，在資訊內容的建構和提供上，提高對手以及法院的處理資訊的成本，以使最後決定對自己有利。

第三項 小結

¹⁴ 熊秉元，透視稻草人—法學裡的貼標籤和放訊號，法律經濟學開講，時報，2007年8月，232-233頁。

但無論如何，既然裁判者的功能就是在於定紛止爭，那麼有效的提高裁判的正確率，仍將會是裁判者的首要目標。而且在多次的賽局之中，隨著裁判正確率的提高，刻意違規的參賽者，因為獲利率變低或是損失變高，其違反比賽規則的誘因自然下降，自然也有利往後比賽的進行。

由於裁判者處於一個後來的被動角色，在窮究事實的巨大成本與正確裁判的效益平衡，其判斷模式通常是視成本來決定裁判的疆界，對於資訊辨識成本過高的事項，排除在裁判範圍之外，而其能力所及的疆域內，則盡力固守其正確性¹⁵。

簡單來說，侷限條件是參賽者與裁判者的身份、利害之不同，換言之，也就是各方對於資訊的生產與利用有不同的成本效益考量。前者，至少比賽前雙方各自掌握了屬於自己部分的真實資訊，而其在乎的效益是比賽的勝利，雖然隨著比賽逐漸接觸而能掌握更多對手之資訊，但此中間有牽涉到收集效率之問題；而對於後者而言，其資訊一開始就是處於缺乏之狀態，仰賴雙方提供可作為分析之資訊素材，但是面對參賽者為了勝利誘因而提供的資訊，裁判者處理其被動取得資訊之成本，無疑是高出許多。而且在效益是其信譽與權威的立足點上，裁判者僅有動機做出正確的判決，而非有效率的判決的。

由於參賽者和裁判者在社會中時空位置的不同，因此在處理資訊的手法上必然有其考量之處。本論文主要是以「貼標籤」和「放訊號」兩種概念來解釋法院的資訊處理手法，以明瞭在法院判決的論述下，其背後仍是不脫法律經濟思維架構下成本效益的觀點。

¹⁵ 在法律條文中，由立法者事先幫法院劃定資訊取得領域的不在少數，較明顯的如刑事訴訟中對於違法取得之證據，多以排除論之，除了一般人權保障的觀點外，違法證據之證明利辨識成本過高，也是其中的原因。再者，民事訴訟法中證據取捨可以由當事人雙方合意為之，以限定法院審理範圍，也是一種成本效益的考量。

第三章 法院審判活動中的資訊處理

從前面章節的討論，吾人可以發現，我們是否能在環境中趨吉避凶，是否能與他人交換有無、互謀其利，資訊處理的能力佔了非常重要的一部份。而資訊處理的能力則可以從資訊處理的方式加以瞭解。要瞭解資訊處理的方式，我們則可以從內、外兩種不同的角度加以觀察。從內來觀察，我們接受外界給予的訊號，在經驗庫中搜尋可以與之對應的方式，並進而回應，這是個人內心思維的過程；而對外而言，我們釋放訊號，傳遞希望對方瞭解的資訊，等待對方給予期盼的回應。「貼標籤」和「放訊號」分別代表了個人內、外兩種不同的處理資訊的方式，隱藏在這兩個概念背後的意義是，作為一個理性的人，希望能利用最有效率的方式，處理龐大的資訊，達到最佳化的目的。因此其背後的驅力，仍是成本效益的考量。因此本章將延續前面的探討，將目光移向法學領域，試著探討法院審判活動中，是否在資訊處理上亦有「貼標籤」和「放訊號」之操作方式存在。

這一章的結構，大致如下：首先在第一節中會概述，目前司法體系在處理法律問題時，已經可以在單從法解釋學等方向獲得極大的成果，如果能再從資訊處理的角度，作不同的觀察，或許能給法院實務操作帶來不一樣的興味，更增添其風貌。而在第二和第三兩節中，將分別討論法院在審判中是如何運用貼標籤和放訊號兩種概念，去處理資訊問題。在「貼標籤」的節次中，將分別討論法院如何在「認事」「用法」兩個層次上使用「貼標籤」手法，幫助其思維，以及在司法實務中，容易出現的盲點為何；而在「放訊號」的節次中，則會討論由於法院的判決會引導日後未來法院及潛在當事人的行為，因此法院放出之訊號，應該要有利於多回合賽局的情況；其次，則會觀察法院在遊戲規則與內心思維活動的資訊都完全揭露的情況下，其「放訊號」過程可能產生的得與失。

第一節 概述

若說法院亦是社會生活中的一部份，則司法體系也與其他社會制度一樣，必須面臨到處理資訊的問題。雖然司法體系從其本位以及社會功能面向來看，是在處理公平正義等問題，但實際上在司法資源有限的條件下，其維持公平正義的功能是否能夠發揮，仍與司法體系處理資訊的能力和方式脫離不了干係。而且司法體系與其他社會制度相較，在資訊處理層面上並無特別獨出之處，同樣因為時空的限制因素，使得需要被處理的資訊，都不是第一手，而是第二手資訊¹⁶。在運作上，仍是仰賴人類天生的思維能力居多。

但問題是，司法體系並沒有真正從一個一般性、全面觀照的角度，去思考與資訊處理相關的問題，可能有意或無意的認為「資訊」可能只是與特定議題有關¹⁷，卻忽略了資訊並非特指某些法領域所關切的具體議題，「資訊」本身是無時無刻左右著司法體系的運作。當然更有甚者，在根本性上已經誤認了資訊意義，其認為只要不論及資訊就可以做到「法律之前，人人平等」，意味著在衡量是非曲直時，法律不應該、也不能受到當事人身份背景的影響，這也正是西方的正義女神塑像要以布矇眼的真意。

事實上是，司法體系的運作無論如何都無法避免資訊蒐集、彙整、剪裁、詮釋、再製等流程問題，因此「貼標籤」和「放訊號」的處理方式縱未曾被傳統法學界真正意識到，但也不稍減其存在的事實，如：犯同樣罪嫌的嫌疑犯，前科累累者與初犯者，在審訊中過程是否會因其「身份」之不同，導致法官在蒐集證據和辨認事實上，會有不同的思維方式呢？又相同的犯罪結果，最後給定處罰方式是否會不相等，如果是的話，法院之所以會給予差別待遇，是要對誰放出什麼樣的訊號呢？從以上這個簡單的例子，其實我們可以發現，正義女神的天平是會傾斜的，而且並不是毫無理由的，所謂「司法資源

¹⁶ 所謂法院處理的資訊都是第二手資訊，是因為法院作為一個被動的司法審判角色，本質上來就不可能直接參與各種紛爭發生的經過，如：刑案發生時，往往只有當事人在場，鑑識人員、檢察官、證人和律師對於事實的描述（description），也只是各自從自己的立場，對自己所認識到的事實，提出陳述，而不是時光回溯、身歷其境的倒帶重播。因此司法體系所接收到的自然是二手乃至於三手的資訊。參考熊秉元，同註 14，224-225 頁。

¹⁷ 這裡所謂的特定議題，大多是指與證券交易市場、政府資訊公開或是保險法資訊揭露等，換言之，對法學界而言，資訊問題在某些領域特別重要，所以才有需要被特別關注。參閱王文宇，認真地對待資訊——論內線交易之判斷標準與預防措施，月旦法學雜誌，第 155 期，2008 年 4 月；及參閱宋方青、鄭金雄，網路服務商對名譽侵權資訊控制的法律問題思考，法令月刊，第 59 卷 11 期，2008 年 11 月。

有限」答案的前因後果，其實與資訊處理難脫干係。再者，司法從業人員也是一般人，其以人類思維操作法律工具時，自然也會受到成本效益的拘束，而謀求以最低成本，獲致個人及整體最大利益。若是將司法體系運作的觀察，聚焦在資訊處理的過程中，必然可以對司法運作的能與不能提供更多迥異於法解釋學的刺激¹⁸。

由於司法體系的資訊問題牽涉廣泛，其處理方法也多樣而細緻，因此在本章節討論之方向，並不是提出一個一以貫之的理論，去試著涵蓋所有資訊問題；相反的，仍是藉由前面章節所提出的「貼標籤」與「放訊號」兩個概念，聚焦於司法體系的某些面向，找出司法審判思維與資訊處理方式的關連性，烘托出以往被忽略的面向。

第二節 法院「放訊號」活動

第一項 法院「放訊號」的目的及功能

「放訊號」——將自己所擁有的資訊傳遞出去，希望他人能接收後，能以釋放者期待的方式回應——是一切資訊往來、溝通的起點，也進而才會發生釋放者與接受者的互動。法院作為社會規範的裁判者，自然也必須透過「放訊號」的方式，將其價值決定的資訊傳遞出去，以發揮影響力。

但法院放出其價值決定的訊號，目的究竟何在，其影響力所求為何？從「事前」的觀點來看，傳統上，在每一個特定的個案中，表面看起來的關鍵是法律制度如何處理這些已發生、且已特定的事件，因此習慣上會傾向從「對過去事實作出合理的評價」的角度，來看法院的審判結果，認為解決眼下當事人之衝突紛爭，公平合理的分配資源，是法院認事用法最主要目的所在。但若從「事後」的觀點來看，「往者已矣」，審判的結果並不能改變過去已經發生的事，可能損害已經造成、或是犯罪結果已然產生，法院的重心可能要偏移到去思考，是否能夠透過判決，放出特定的訊號，向將來潛在的當事人有

¹⁸ 熊秉元，同註 14，224-225 頁，

效傳遞法院對資源的分配以作出決斷，使其能變更其行為模式或使用資源的方式，或許稍以經濟方面的語言詮釋的話，法院的決定在提供規範資訊給社會，使社會成員在作決策時，能在一個安定穩固的背景環境中進行，減少決策時所需斟酌的變數，降低交易決策的成本，使決策有效率。換言之，在考慮「如何公平分配既有的餅」之餘，更進一步的能顧及「如何把將來的餅作大」，或許這才是法院傳遞其判決訊息給社會大眾目的之所在。說的淺白一點，法院判決所樹立的遊戲規則，不僅要能看過去、看現在，還要能兼顧未來¹⁹。

舉一個刑法上的例子來說明，不同的角度可能會產生的最後結果的差異²⁰。某甲利用一個絕佳的機會將其富有的叔叔推下山崖，但不幸的，恰好被人發現，因此被捕受審。審判量刑階段，某甲律師指出，其罪刑適宜於不比尋常的誘惑和千載難逢的機會所致——某甲只有一個有錢的叔叔，其太過於富有，而某甲太窮。因而律師辯稱，法院應該判定某甲有罪，然後放他回家，因為無論法院如何量刑，某甲都不會再殺人，而且律師還指稱，殺死某甲也不能挽回其叔父的性命。這個結論或許是古怪的，但卻是合乎「邏輯」的；又或許從法律的「正義感」來說，放走某甲雖然不會再造成損害，但這樣做仍是錯誤的，因為不符合人民的法感情。但事實上，唯有將焦點置於「未來」可能發生的謀殺案來看，法院量刑處罰才會更具意義。因為釋放某甲，等於在向將來可能面臨同樣誘惑的姪子們宣示，法院將會使判決有罪的法律規則的刑罰風險，降至最低，因此縱然過去木已成舟，法院仍應判決甲應得之刑罰制裁。以上正是反應現代刑法理論從「應報理論」往「預防理論」移動假設性例子，藉由這個簡單的例子，我們可以更深入瞭解所謂「預防」的真意何在，讓傳統刑法、乃至於法學理論，與資訊經濟學展開對話。故而，法院的決定要能真正促成將來有效率的結果，其「放訊號」的方式必定要能發揮誘因（incentives）的功能，因此看待法院的判決，應該是從判決所建立起來的誘因，以及未來人們在回應此種誘因時，其所改變的行為和帶來的結果作出判斷。

¹⁹ 熊秉元，同註 14，244 頁。

²⁰ 大衛·D·弗里德曼，同註 2，5 頁。

第二項 法院放訊號活動的侷限性

第一款 法院訊號的不完整

前面提到，司法體系所操作的法律、宣示的判決，是在建立社會活動的遊戲規則，而不管法院建立了何種遊戲規則，該遊戲規則都發揮著誘因的功能。但問題在於法院傳遞遊戲規則的訊號時，並不見得原始的「訊號」和最後的「解讀」都是一致的，因為受到不同成本效益影響的關係，使得資訊釋放者（法院）和接受者（未來潛在當事人）對於訊號有了不一樣的想像，導致「放訊號」的功能不如預期，出現迥異於理想結果的均衡狀態。

在前面討論中，我們曾提到了放訊號活動之所以無法達到溝通無障礙、產生最適均衡，其原因或許可以分為主觀因素與客觀因素。在主觀因素方面，若是當事人從單一賽局的想法出發，則資訊完全的一方是有動機去和誘因去隱藏資訊，放出不完全的訊號，藉以獲得更高的利益，此自然從從社會多回合的賽局觀點來看，無法促成較好的均衡結果出現。而在客觀因素方面，訊號的釋放者與接受者之間沒有重疊的共識、訊號傳達的方式或是溝通的管道沒有完善，乃至於釋放者訊號本身的可信度等，也都會影響放訊號的功能。

但是觀察法院放訊號的活動情形，訊號表達的形式、溝通管道的完善與訊號內容的可信度都較不會是問題，因為法院將其判決以及理由，文字化成判決書，並且將其公開，其居於裁判者的立場表達意見，並由執法機關執行其法律決定，這些制度的設計已經解決大部分「訊號本質」—即「可信度」—的問題。因此法院在放訊號的過程中，若還是會使當事人對法院訊號的產生誤解，以及持續出現紛爭及衝突，最有可能的原因可能是：訊號本身不明確或是模糊；而之所以不明確或是模糊，可能是該個案前所未見，因此對當事人而言，無從自現有的規範資訊中，找到法院已做過的類似判決，進而成為行

為的參考。但除此之外，為何法院已經處理過的新型態的個案，仍會出現訊號不明確或是模糊的狀況？在這一點的觀察上，法院可能是「有意為之」，或是受限於某些因素而「不得不然」，但不管法院主觀選擇為何，在客觀上由於訊號本身處於不明確或是模糊的情況，相同或是類似的紛爭仍舊會持續出現，直到法院釋放出明確的訊號，而提供了強烈的誘因，改變了潛在當事人未來作為為止²¹。

但法律操作總是有「應然面」與「實然面」的距離上差異，當我們更加深入的去思索，何以法院會釋放不明確或模糊的訊號，導致後續結果與理想之狀況有落差時，可能要考量法院的能力在審判過程中，其解釋法律、認事事實的過程是否有其侷限，而未查法院本身獨特的地位是不是也會讓其有動機作出前開所述，所謂不明確或模糊訊號的選擇餘地。

第二款 法院訊號的客體

在對法院放訊號的功能進行更進一步討論前，我們必須再對何為「法院的訊號」作更具體的釐清。法院透過判決書而對外宣示的訊號，該紛爭當事人最關心的當然是判決的結果，但是對於未來潛在的當事人以及後續法院而言，訊號除了是表面的判決結果外，還包括其賴以作出結果的遊戲規則為何，法院想藉由該遊戲規則，傳遞什麼樣的價值取舍的訊號。此外，由於判決書中必須表明法院的判決理由及其心證，因此法院釋放的訊號，自然也包含有法院思維模式的運作（亦即，法律標籤和事實標籤的運作）及其選擇的資訊在內。因此在討論法院之放訊號活動，必須注意法院整體的價值趨向、價值所附麗的規則，以及法院思維運作下的各種標籤活動。

²¹ 但這樣的說法可能會犯了沈默證據的謬誤，畢竟難以從事情（即模糊或不明確的判決、或其理由）的不發生反證回來是否真的是因為法院之決定、放出訊號，進而使潛在當事人改變作為。與沈默證據相近的例子是羅馬哲學家西塞羅（Marcus Tullius Cicero）提出的故事：有一個狄亞哥羅人，即不相信神的人，人家拿出一塊畫板給他看，上面畫了幾個信神者在禱告，後來，在一次船難中存活下來。其隱含的意思是，禱告可以保護你不被淹死。狄亞哥羅人問道：「那些禱告而後來淹死的人，他們的畫像在哪裡呢？」參閱 Nassim Nicholas Taleb 著，林茂昌譯，黑天鵝效應，大塊文化，2008年5月，161-162頁。

因此，從這個角度去說明所謂訊號本身不明確或是模糊的狀況時，並非是指判決結果不明確，而是指法院整體價值趨向、價值所附麗的規則，法院尚無明確的看法，加上法院可能僅僅只是針對大範圍問題中的一個小問題加以解釋，所以整體判決呈現的結果，可能會出現避重就輕，僅針對爭執部分加以著墨，又或者是前後兩判決有決定不一致的狀況發生。自然不同的訊號，引發不同的潛在當事人的反應，產生了不同的均衡狀態出現。

第三款 訊號釋放的成本

法院所作出的規範訊息之所以模糊、或不明確，最主要可以歸納為兩個原因：一是法院認識能力受到侷限，這是因為法院對於事實和法律的掌握仍不嫻熟，使得法院必須面對極高的法律論述成本，及認識事實的成本；二是對於新生或爭議性極大的事物，其未來影響如何法院無法預見，因此為了避免揠苗助長，或是過於躁進，法院基於其社會角色是較為被動、保守，因此也會傾向模糊處理而不先於表態。

前面兩個原因並非涇渭分明，或許在同一個案件中，兩個原因兼有之，也或許較偏重其一。對法院來說，由於社會事實光怪陸離，對於許多棘手、陌生的新生事物，法院首先必須面臨到的就是如何涵攝至既有法律條文構成要件的問題，當法院慮及到可能面臨極高的說理成本時，法院是有動機語焉不詳的矇混過關，而沒有明確說明社會事實是如何涵攝到現有的法律構成要件之中，當然這也就沒有辦法形成一個明確的規範資訊，供當事人賴以遵循。

但是，社會面對新生事物，常常尚未凝聚共識，對於其價值也未作出定論，要法院在個案中表達明確的價值、態度，或許對法院來說是不可承受之重，針對個案，法院為了避免過早表態，常常會在價值趨向和規則選擇上放出一個模糊的訊號，連帶的，在審判活動中，法官也只處理諸多法律和事實面向中的一兩個枝節，以有把握的部分作為判決的依據；針對局部，而不是處理全部。等到累積足夠的案件，對問題全貌瞭解比較清

楚的時候，再提出適當的法律解釋、形成新的判斷標準或成為指標性的判決、判例²²。

只是法院針對某類型的個案或是特殊案例選擇釋放的模糊訊號，必然會讓社會在某一特定時間內，承受一定程度訴訟紛爭所帶來的成本。這無非是因為社會的互動，本身就一個多回合的賽局，下一回合的參賽者會根據前一回合的結果，重新變更自己的行為，如果法院的判決呈現對某一方較為有利的判決，則前一回合的得利者可能會繼續作為、失利者可能向得利者行為學習，而潛在的得利者，則會依樣畫葫蘆，最糟糕的情況當然是整體均衡往某一不利的情況偏移。

再者，從當事人與法院在賽局中角色差異來觀察，法院因為其思維活動必須遵守一定的程序，且其思維活動成果縱然不正確、或是仍處於模稜兩可的情況，也必須對社會公開，因此相較於的未來潛在當事人而言，其是處於資訊完全的一方雙方。在此一資訊不對稱的狀態下，處於資訊完全的的潛在當事人，是有動機利用法院之資訊不完整，在勝訴可能性極低的情形下，仍提起訴訟。這種利用法院在事情未臻明朗前，不願、或無法確立明確判斷標準的放訊號瑕疵，而改變應然實體結果的訴訟的方式，長期下來，將容易產生大量的弱質訴訟，而形成濫訴問題，使法院審判程序及立法者之規範淪為打擊對手之工具，並且消耗掉有限的司法資源，而這也是法院在個案中節省裁判成本，而導致產生長期社會成本的後果。明顯的，個人利益的總和，不等於整體利益。

從以上的討論我們可以瞭解，若法院在單次的賽局中採取了模糊訊號的作法，在長期多回合的賽局中，最糟的情況是，反而可能會產生明顯濫訴的結果，訴訟成本在個案中可能可以視為被減少，但不幸的是，卻因此而移轉成為長期的社會成本，但這有時又是法院在價值取捨和審判作為上，從其自身利害出發，為不得不如此之選擇。整體而言，我們還是可以看出法院在放訊號的過處理上，還是受到成本效益的牽制。因此要求法院在每一次個案中，都能具體的平衡短期結果和長期效應，而且還要同時兼顧大層次的價

²² 熊秉元，同註 14，244 頁。另作者也舉出美國法律經濟分析的著名之法官及學者 Posner 的看法，認為此種法院有意模糊訊號的作法，就是一種「打混仗」(the muddle-through approach)，以避免在對事物本質不了解的情況下，就作出不利於新生事務發展的法律限制。

值取捨、制度選擇，以及小細節的思維過程，要法院魚與熊掌兼得，顯然不是件容易的事。

第三項 小結

在本小節中，我們嘗試解釋法院之判決「放訊號」最主要的目的及功能，是能顧及「事後」能發促進長遠的效率，而非僅著眼於眼前的個案。也由於法院在處理問題時，常常是從個案出發，而且也常常是在處理其中少數的法律爭議，因此要法院能以管窺天，要求其在處理每一件個案時都能考慮到後續發展，本來就是件不容易的事，但是除了法院可能受制於客觀條件無法放出有利的訊號外，可能也是法院不願放出明確的訊號，這是法院可能考慮到其所做出的決定和採行的標準，將是日後潛在當事人行為舉措將如何回應的參考，法院自然有時不願意在即有爭議或是未有社會共識的情形下即作出明確的判決，因此在訊號的釋放上，會採取比較迂迴的說理或是模糊的態度，以避免對社會顯有的穩定狀態產生劇烈的影響。

第三節 法院「貼標籤」活動

第一項 法院「貼標籤」的功能與目的

大陸法系司法體系的運作²³，大致上可以從立法者和裁判者兩者角色上的不同開始說起。立法者在法律規定和條文的建構上，扮演著重要的先行角色，其根據過去發生的事實和經驗，將需要規範的事物，選取重要特徵，用文字描述，並將其抽象化和概念化，凝固成為具體的法律規定，以之作為引導裁判者判決之方向；而真正在運作紛爭解決機

²³ 此所謂大陸法系，即是指成文法，係為「凡於制度上有立法權之機關製成文書，並經過一定手續公布之法律及謂之成文法，亦稱制定法。」與之相對者，即為不文法（近稱不成文法）之英美法系，「成文法以外之一切有法律之效力者如習慣、法理、判例等皆為不文法，因其非經立法機關依立法程序制定，亦未經一定手續公布，故亦稱非制定法。」參閱鄭玉波著，黃宗樂修訂，法學緒論，三民，1997年9月，35-36頁。本章首先由大陸法系即成文法談起，是因我國之法律制度始然，並由此切入觀察方與我國法律制度相符。

制的裁判者，則依照立法者所建制的具體條文，利用法學三段論的邏輯操作，將事實涵攝至法律之下、解釋法律，給予紛爭事實特定的法律效果。以上粗略的描述，並無法真正表達作為裁判者的法院，其透過法律解釋在處理資訊時，其思維受到成本效益左右的關鍵處而在。不過從大陸法系的法律工作分配方式上，我們不難看出其已經受到成本效益的驅策，讓立法者和裁判者在資訊處理上有了先一步的分工。

由於立法者已經分擔了法之內容形式化的成本，並且在後續的認識事實過程中，藉由具體化的條文，預先劃定了裁判者認識、蒐集的範圍，避免法院審判過程中，夸父追日式的虛耗成本在不可能窮盡的事實上。但是社會生活紛爭發生的方式，極其多樣和複雜，要以過去、且有限的法律條文涵蓋之，則仍必須仰賴法院運用各種解釋法律的技巧，並且剪裁其掌握的資訊，才能有以致之。

大法官王澤鑑在其專著中，曾經引述過德國法律哲學家描述立法者和裁判者之分工的情況：「法律似如船，雖由領港者引導以出港，但在海洋上則由船長指導，循其航線，任意航行，故已不受領港者之支配。」²⁴法院作為引領法律前進的船長，說其能任意航行可能有些誇大，因為其首要問題仍是，如何在糾葛複雜的事實汪洋中，以最短的距離、最正確的方式達到目標港口。最短距離表示的是法院思維成本、以及當事人與法院協力探究事實成本的最低化；最正確的方式則表示對於事實的認識能貼近真實，進而正確適用法律，並且促使日後紛爭之解決能有一定的依循模式，甚至減少紛爭。若更進一步深化該簡單的比喻，其意義則是，法律如何在兼顧成本及效益的情況下，勇渡資訊汪洋，亦即，法院如何有效並正確的處理資訊。

而在深入這一個議題之前，或許應該再次重申的是，「貼標籤」這樣的思維活動，仍是建立在「人是理性自利」這個假設的基礎上。因為法院既然是由人所主持、運作，其必然在引導資源流向時，會考量到自身應當付出多少成本，以獲致一個水準以上的總

²⁴ 王澤鑑，最高法院判決在法學方法論上的檢討，民法學說與判例研究第一冊，台大法學叢書（五），1998年9月，297頁。

體利益，故「貼標籤」這個概念，被用以作為觀察法院審判活動的三稜鏡時，或許可以提供我們審視法院是如何在資訊處理的過程中，法院如何有意或無意的以「貼標籤」的方式，作為節省思維成本的操作工具，並且當相同的標籤，反覆在司法體系內不斷的被重複運用時，又將如何產生報酬遞增效應的結果，回過頭來既有強化標籤的地位。以下的討論，將以傳統法律涵攝的方式為經、以認識法律和認識事實為緯，試圖闡明法院貼標籤的手法的利弊得失。

第二項 法律層次的貼標籤活動

法院之所以要解釋法律，是因為立法者建立的法律條文，並非如同數學公式或電腦程式，代入紛爭事實，就可以得到如同確定數字和既定程式輸出的該當法律效果。而立法者考量其與未來紛爭事實的時空限制，為了要能使凝固化的法律，在操作上更具靈活性，能因應不同樣態的事實，立法者在設計條文上，又會將具體明確之規定與不確定概念或衡量標準搭配使用。而其中那些不確定的概念和衡量標準，是立法者考量法院相較於其更接近紛爭事實，為了提高法律條文的使用效益，以及減低立法成本，因此在某些條文中不使用過度明確的文字，而讓法院或學說能因應個案之需要，而發展其具體意義。

而對接替立法者，解釋法律、涵攝事實的法院而言，不確定法律概念下的法律文字，雖然可以包含立法者所欲規範的事物，但是法院仍必須作到具體化、細緻化該不確定法律概念的工作，否則此一規範訊息對當事人而言，仍是模糊不清的。因此法院在適用不確定法律概念時，其仍必須找出、或是發展出，能適用於具體個案的判斷標準，以求規範達到最基本的明確性要求，甚至以此補充原有既定法律之不足。舉例來說，我國民法規定中有「誠信原則」之法律概念²⁵，作為整體民法最高之抽象規範，立法者為何要在規範各類型事物之具體民法條文外，另外重申此一標準，其中一個原因乃是賦予法院能

²⁵ 民法第 148 條第 2 項規定：「行使權利，履行義務，應依誠實及信用方法。」

夠依此最高原則，創設新的法律原則，以彌補原先立法者制訂法律時，漏未立法的消極規範衝突的情況。在實際例子上，我國最高法院即根據誠信原則，創設了「權利失效」理論，成為消滅時效及除斥期間以外限制權利行使的一種獨立制度，以彌補民法條文欠缺之情況²⁶。法院或許可以直接援引「誠信原則」而作出裁判，但是越是上位的原則，越無法精確貼近事實，因為在其之下無一事實不在其中，所以才需要法律實務操作者，發展出更細緻的標籤，以求能精確的貼近事實。

從前面的討論來看，乍看之下法院信手拈來就可以將不確定法律概念加以具體化，以符合個案的需求，但事實上如何將不確定法律概念具體化，其過程可能是需要長時間且眾多個案的累積、甚至是透過法院多年的實務經驗，而有靈光一閃的創舉。許多時候，正如前面討論到的放訊號有模糊的情況，法院因為能力有限或者是社會價值尚未有共識時，對於特定類型事實的法律詮釋和操作，只能採取「摸著石頭過河」的策略，隨著個案累積，緩慢的將不確定法律概念給具體化。只是人都有自利的動機，自由人所主持、運作的法院也不例外，如果在「過河」的過程中，已經有夠大的「石頭」能滿足現階段法院解決個案的需求時，法院是否能夠再進一步前進，就成為能否完成渡河的關鍵。易言之，在具體化法律概念、充實法律文字內涵過程中，前人努力的成果，常常有一刀兩面的效應產生。

此一前人努力的成果，最為明顯、且最容易被實務操作的，就是也具有創造法律效能的法院判決²⁷，特別是由最高法院所做的判決或判例。法學界在解釋最高法院判決，為何其地位較之下級法院判決地位崇高時，以兩點理由說明之²⁸，「一為目的性理由，一為法律上之理由。所謂目的性之理由，顯然易見，蓋某項法律問題，最高法院既著有判決，則下級法院於每一案件再重為考慮，難免耗時費力，殊不經濟，故若不懷疑其正確性，則多逕予採用；其次最高法院判決，原經審思熟慮，本身具有『推定其判決內容

²⁶ 王澤鑑，同註 24，335 頁。

²⁷ 王澤鑑，同註 24，294 頁。

²⁸ 王澤鑑，同註 24，295 頁。

正確之效力』，下級法院亦多信賴之。就法律上理由言，遵從最高法院判例，有助於法律體系內判決之統一。」因此縱使形式上像是與法院「依據法律獨立審判，不受任何干涉²⁹」的原則背道而馳，但是在實質上，下級法院仍把這樣的內在束縛，當成是一種潛在的規範，而自我遵守，因此關鍵的問題是，為什麼法院會為自己加上一些束縛，為什麼法院要自綁手腳？——除非在某種意義上，是對自己有利的。

從資訊處理的角度來看，對下級法院而言，遵守或是依賴最高法院判決或是判例，倚之作為認識立法者法律的標籤，其有利之點在於，不但在考量案情、體察事實上能節省重複思維的成本，而且以該標籤作為法律解釋的參考座標，還可以受有判決正確性的推定，實質的幫助是有助於下級法院的判決維持率，不因違反既有之判例而遭廢棄。而影響所及，當然是有助於達成法律社群內意見一致的目的，對外而言，則是提供將來利用司法制度的潛在當事人，先行受有法安定性和可預測性的效益³⁰。所以不管是從法院個體利益，抑或是從全體利益出發，都可以解釋何以最高法院的判決和判例，在作為解釋法律的標籤上有極大影響力的因素。而法院社群內對判決或判例反覆的援引，也有報酬遞增效應的結果。

只是法院操作判決或判例標籤利益的背後，也並非沒有負面影響存在，從行為觀點來看，法院在法律的詮釋上，因為已有足夠的標籤可加以運用，故有了懈怠的藉口。這也是前面所提到的，渡河到一半，因為已經發現了足供現階段任務需求的石頭，所以法院在條文內涵的延伸和闡釋上，即全部仰賴現有的判決或是判例，而沒有在依據個案的差異，加以補充或發展。法院這樣的作法，同樣也會有同如報酬遞增的效應，只是方向是往負面傾斜，當大多數的法院將類似但仍有差異的個案，均以相同的判決或是判例一體適用，此將造成削足適履的不良後果，影響所及，是從前開不良結果中獲利的當事人，

²⁹ 中華民國憲法第 80 條規定：「法官需超出黨派以外，依據法律獨立審判，不受任何干涉。」

³⁰ 王澤鑑，同註 24，295 頁。「任意變更判決，輒不遵行，人民信守不易，對司法之信賴，勢必動搖，……法院僅能逐漸地、慎重地、實驗地，擴張或限制原判決，不宜率為變更。……亦有進者，變更判決之後果有時較變更法律更嚴重，蓋法律之變更，原則上不生溯及效力，依照舊規定而形成之法律關係，不受影響，在變更判決之情形，迥然不同，人民權益不免受到損害。」

將食髓知味繼續為相同行為，而隨著判決之公開，擴大影響到未來潛在當事人的行為。

第三項 事實層次的貼標籤活動

在刑事兇案現場，由於相同事件已經不可能再重新倒帶的機會，因此鑑識人員只能從現場遺留的諸多跡象，判斷當時現場發生的事實經過。對於鑑識人員來說，不論是屍體上屍斑、牆上噴濺的血跡、屍體身上的刀痕、現場打鬥跡象、乃至於需要更進一步轉化鑑定方式如 DNA 等，都是鑑識人員拼湊現場事實的「標籤」。同樣的道理，不管是哪一種類型的事實進入到法院中，因為對法院處於一個被動角色的位置，只能去解析各方傳遞過來的二手乃至於三手的資訊，使得法院也必須尋找適當的標籤，去協助自己貼近真實。但我們也必須承認，由於法院在認識事實的真相上，受限於時空的限制，再加上客觀環境和法院能力的侷限，使得絕大多數言之鑿鑿的真相，常常是「法院的真相」，而非「事實的真相」。

簡單來說，法院以貼標籤的手法作為認識事實真相的方式，是為了有效減低探索真相及蒐集證據的成本，而另一方面，也在於利用標籤突顯事實關鍵之處，篩選出具有法律上意義的部分。當然，法院本身經驗資料庫，或輔助之學說、科技的完整與否，也會影響了法院是不是能掌握事實的精髓，使「法院的真相」不失焦於「事實的真相」。因此在處理事實的資訊過程中，拿捏事物的重要之點、考量後續證據調查蒐集成本，以及與事實真相的遠近等之間的平衡，考驗著法院在事實層次上貼標籤的能力。

舉一個他山之石的例子，作為觀察貼標籤在事實層面上運作的轉變。美國最高法院處理專利搭售與反托拉斯法之間的態度並非始終如一，而是歷經轉折³¹。從最早對專利權採取絕對保護的立場，使得在解釋專利搭售時，法院以擴大解釋的方式認為專利權可

³¹ 其實搭售行為是否涉及違反托拉斯法，最高法院分別在 1984 年的 Jefferson Parish 案及 1992 年的 Kodak 案中，針對搭售的當然違法性之緩和，以及市場力量如何判斷，已經表達其對於搭售行為在托拉斯法上應該如何評價，已經有了大略的輪廓。參閱簡資修，經濟理論在美國反托拉斯法即判決之適用：Kodak 案之解析，美國最高法院重要判例之研究：1990~1992，中央研究院歐美研究所，1995 年，233 頁。

及於搭售物之上，但此對專利權人較為保護的態度仍發生改變，當最高法院採用「專利濫用」的觀點來看搭售時，搭售行為已經成為被控侵權者可以對抗專利權的抗辯事由；直到受 Clayton 法出現的影響，導致專利濫用的抗辯與反托拉斯法界限逐漸模糊，當司法實務對專利權的行使採取更嚴格的立場時，更將專利濫用觀點移植到反托拉斯法中，以致於後來有專利搭售當然違法（per se illegality for patent ties）理論的興起，形勢的演變對專利權人來說甚為不利，雖然過程中間有演變到以合理原則（rule of reason）來檢驗專利權人是否擁有市場力量以致搭售行為為違法，但是仍以專利權之存在推定專利權人有市場力量，直到 2006 年最高法院又轉變態度，讓原告在專利權行使違法托拉斯法的訴訟中，負擔市場力量之完全舉證責任。

這一場專利搭售與反托拉斯法的糾葛，到目前為止已經歷時數十年。事情一開始還對專利權搭售的情形有利，直到美國司法實務對專利力量的敵意逐漸升高之後，描述「專利搭售」這個事實的標籤一旦成立，即直接等同當然違法的情形，換言之，此事實標籤一旦成立，在法律的處置上，幾乎是對專利權人絕對的不利。或許對於當時的法院來說，「專利搭售」毋寧是一個能夠有效減低思維成本與證據調查成本的標籤，也或許司法實務也樂於以此簡易之方式，打擊專利搭售情形。後來雖然有法院認為在以「搭售」標籤即適用「當然違法」之前，必須先證明搭售人有「市場力量」，換言之，為避免過於簡化的推論，另以「市場力量」的標籤作為認定違法事實的前提。但是擁有「專利權／著作權」等標籤，似乎仍是懷璧之罪，仍然可以不透過證據證明，而認為市場力量可以由一法定獨占權所表現，顯然司法實務在這裡，仍然還是以極易證明及確認的「專利權／著作權」標籤，取代對事實上是否有市場力量的認識³²。雖然從資訊處理的觀點看來，表面上司法實務似乎僅是為了節省思維和行動的成本，不但張冠李戴的將專利法的抗辯事由，轉變成反托拉斯法的事實判斷依據，並且在未能考慮市場活動的真實狀況下，僅

³² 前述對專利權搭售與反托拉斯法之描述，因受限於本文並非將主力放在探討其糾葛關係，必且考慮到時間成本問題，所以僅以參考單篇之期刊論文，而對整體做一概略式的觀察。參閱蔡岳勳、林宜穎，論美國專利搭售案件中專利權與市場力推定發展—兼評美國聯邦最高法院 2006 年 Illinois Tool Works Inc. v. Independent Inj Inc. 案，法令月刊，第 59 卷第 4 期，2008 年 4 月，48-68 頁。

以簡單的事實標籤逕作為反競爭的認定，事實上究竟是否真的有反競爭效果，根本不得而知。但我們必須更深入追問的是，為什麼司法實務會以特定的標籤，取代、簡化法律解釋及適用？其中之一答案可能是客觀因素的限制，導致法院根本沒有能力發展出更細緻的標籤，幫助思維，換言之，仍是成本過高，因此「標籤」以推定和假設的形式出現在法律規定及原則的運作之中³³。

但是客觀環境的限制仍可以因為時空環境的變化，而產生改變，最主要的當然是電腦科技之進步，使蒐集、整理和分析市場銷售等資料之能力，有了效能上重大的改變，促使調查事實和蒐集證據的成本急遽下降，加上經濟分析理論發展越來越完備，使得實證科學在幫助法律適用上起了一定的助力，進而讓司法對「市場力量」這個標籤背後所代表的事實有認識的機會，並且使「市占率可以從事全面性的事實調查」成為可能。

從以上的例子，我們可以從事實標籤意義轉換的過程中，觀察到法院有意識、或無意識的受到許多因素的影響，而在高低不同的成本引導下，於不同的時空、使用不同的標籤，去捕捉事物不同層次的精髓，進而作出回應。也可以觀察到，對事實認識的標籤之決定，也會連帶影響到法律解釋的深淺，進而反過來對法律解釋層次的貼標籤活動，發生影響力。

第四項 審判活動「貼標籤」之弊

不管是法律解釋的標籤，亦或是認識事實的標籤，一旦標籤建立之後，自然是大幅減低法院或是當事人思維和行為的成本，豐富了法學經驗的資料庫，並且成為日後操作法律時可供參考的基準座標。但是操作法律標籤以詮釋不確定法律概念，雖然有減低思維成本的正面效益，但是如前所述，由於法院仍有自利動機，因此當現有之法律標籤足

³³ 參閱簡資修，同註 31，231 頁。作者轉引自 Philip Areeda & Donald F. Turner, ANTITRUST LAW II 45-46 (1978)「吾人生活的真實世界，處處充滿不確定性，而一現實存在的法律制度，本質上即無法擁有所有排難解分的訊息，於是，法律制度必須借諸推定 (presumption) 或甚至假設 (assumption) 始可運作」。此或許可以認為標籤運作所欲達到的功能，仍舊是在幫助法院釐清資訊，只是是由間接的經由推定或假設，亦或是直接認識的差異而已，但終究仍脫離不了標籤運作的概念。

以應付手上個案時，法院極有可能會刻意忽略個案間彼此的差異，進而提高法律適用錯誤的成本；而對於以事實標籤作為認識真相的法院來說，更容易因為本身能力的限制，對真相貼錯事實標籤，致使法院以不正確的標籤認識真相，使法律事實涵攝到法律時，得到一個僅有短期效益、卻無助於社會長期效益的法律結果。

雖然使用貼標籤的方式能有效減低思維成本，但也因為經驗資料庫的不足，貼錯標籤，所在多有。一般情況，大多數人可以即時更改標籤與經驗資料庫的連結，以避免再犯相同的錯誤，但是在司法實務的審判活動中，審理個案的法院，其成本考量的面向不僅僅在於個案之中，尚且顧及到其他法律社群內的他人，如何看待其對於標籤的重新詮釋，一旦顧慮的層面擴大，其變更成本當然也就相對應的增加。

不管是「認事」還是「用法」的標籤，其發展的過程常常是透過個案的累積而形成，因此錯誤的標籤一如正確的標籤，也有其累積的效應存在，這使得法院在特殊的時空脈絡下，要更正標籤、重新詮釋標籤內涵，以適應個案差異時，除了可能要付出額外的說理成本外，也必須面臨到挑戰過往法院判決結果的壓力。而相較於此，依循著過往的判決方式、或是援引既有的判例等標籤操作方式，對實務而言，無疑在個案中更有低成本、高效益的吸引力，這些都促使著修正標籤內涵、訂正錯誤標籤的狀況，難以成為法院實務的常態，法院對此當然也不會採取積極的作為，特別是先前已有眾多法院判決援引相同之判決先例或是判例的情況時，要單一法院推翻先前眾多法院援用的見解，顯然更是不可承受之重³⁴。

³⁴ 再舉一最高法院判例解釋民法條文為例。民法第 260 條規定：「解除權之行使，不妨礙損害賠償之請求。」而大多數的法院在解釋該條文中之損害賠償所指為何時，多引用最高法院 55 台上字第 1188 號判例與 55 台上字第 2727 號判例，認為「(略)其損害賠償，並非另訂因契約解除所生之心損害賠償請求權，乃使因債務不履行(給付不能或給付遲延)所生之舊損害賠償請求權，不因解除失其存在，仍得請求而已。」但是回觀該兩判例原先所涉及的個案事實，55 台上第 1188 號判例最主要是在解決消滅時效問題，而 55 台上字第 2727 號判例是在肯認合意解除契約並不存在有損害賠償之問題，兩者個案並非在爭執損害賠償範圍究竟何指，但是最高法院卻在前兩則判例中提及此一部份，後續下級法院進而判例要旨中論及之損害賠償範圍部分，當作判例要旨最主要之部分，並一再地以之作為解釋民法第 260 條損害賠償範圍的標籤，這是最高法院將不必要之部分轉為判例內容在先，而下級法院未詳加審酌在後，顯然上下級法院共同造成了此一「郢書燕說」的情況。

第五項 小結

這一節中，我們分別從法律解釋、操作層面以及認識事實層面談起，描述司法實務如何以「貼標籤」的方式，降低其思維成本，作為其填補法律明文規定不足之處。在法律要件層次上，我們觀察到，法院為了更便於操作立法者給定的之不確定概念和衡量標準，自會在實務運作過程中發展出更為具體的標籤，作為操作法律的依據；而以最高法院判決先例和判例貼標籤，不但在考量案情上能節省重複思維的成本，而且以該標籤作為法律解釋的參考座標，還可以受有判決正確性的推定，以及法律意見一致效益。在認識事實的層次上，因為客觀條件的限制，始得法院運用事實標籤認識真相的能力有所不同，也因此造成了跟真相有了不同的距離，當然，這會影響涵攝法律要件後產生之法律效果。

而最後對貼標籤可能在司法實務中產生的弊端，也作了初步的介紹，藉以表明：貼標籤，雖然有助於降低思維和行為的成本，但是除了考慮短期的成本效益外，也必須兼顧長期，才不會因小失大。



第四章 暫時性保全程序的操作與發展——以美國實務為主

本章的第一部份將先以鳥瞰的方式，對專利訴訟之暫時性保全程序，作一個廣泛性的介紹。對於何以暫時性保全程序，會凌駕於本案程序，成為專利權人最愛的權利保護方式，本章此一部份會從資訊、及成本效益觀點，提出一個合理性的說法。

本章第二部分則是分別對美國與我國暫時保全性作概述，以為接下來討論美國實務在臨時禁制令演變及第五章以後我國定暫時狀處分鋪路。在本章第三節部分則以美國實務如何以貼標籤方式詮釋判斷核發臨時禁制令之衡平法則為主，除探討各法律標籤要件之比重演化外，也試著分析美國聯邦巡迴上訴法院對法律標籤的態度，對下級法院以及潛在當事人而言，究竟朝向更寬、抑或是更嚴格的方式來解釋此些法律標籤，如此訊號之對外意義為何。

本章最後一個部分，則是將焦點集中在美國最高法院對 eBay 案此一判決之上。將視野由廣逐漸聚焦在單一個案上，除了更能具體觀察實務對行使專利權態度的轉變之外，更重要的是，本文希望藉由觀察最高法院在此一個案所傳遞的訊息，推敲日後下級法院在臨時禁制令的發展上，是朝著更為緊縮、抑或是更為寬鬆的方向前進。

第一節 前言——專利權保護與暫時性保全程序之平衡

隨著法制建構的越趨緊密與繁瑣，目前世界各國均面臨到民事訴訟耗時甚久的弊病，雖然在個案判決的正確性上是較之過往進步，但面對層出不窮、權利意識高漲的現代社會而言，現有司法制度對許多人而言由有遠水救不了近火之無力感。

前面之無力感，或許專利權人在專利侵權訴訟案件中感受尤深。雖然對於有強烈公共財特性之發明創作，由國家賦予強大的獨佔權利是否恰當，容有辯論之空間，但現實世界的情況是，舉世各國皆賦予發明創作專利權，希望透過給予發明創作人一排他權

利，而刺激其發明創作誘因。既然專利權已成為普世認同之權利型態，則給予專利權人在法律上應得且有效率的保障，也是民事訴訟程序隨之而來必須面對的課題。

但誠如前述，現今民事訴訟程序在以程序正義做為落實實質正義的前提下，專利侵權訴訟之步調常有和社會現實需要脫節的情形。這除了因為是專利技術發展一日千里、專利種類增加之外，專利權背後商機引發的市場競爭白熱化，更是主因，因為真正具有經濟利益的專利常常是「搭便車」之人覬覦之目標，若無法使專利權人在面臨市場上其他廠商侵權時，能獲得迅速之救濟，則市場潮流一過，該專利之經濟效益也已成明日黃花，因此，專利侵權訴訟中暫時性保護措施遂成為本案程序以外，逐步發展出來之特有及時救濟制度，目的即是在就本案程序之窮，但也因為此制度設計與運作均是在當事人與法院均未獲有充足資訊之情況下，就要求法院必須作出同如本案程序結果之決定，使得該制度運作若稍有差池，若不是對專利權人之合法權益保障仍為不足，便是對市場上第三人造成不當競爭之壓力。

由於暫時性保全程序是在本案實體判決前由法院做成，顯見法院在資訊的掌握已經不足，這情況在專利訴訟上尤其嚴重。這起因於電子數位時代之專利案件常常涉及複雜的技術與專利權範圍解釋的問題，法院對於掌握、詮釋此類資訊，除了投入之心力成本較高外，可能在能力上相較於一般民事案件，或有不足。正因為法院掌握資訊不足是眾所皆知之客觀事實，此法院面臨之困難實際上也給予掌握自身完全資訊之暫時性保全程序聲請人一個不當利用之機會。就以對全球科技產品與智慧財產權執牛耳之美國而言，有研究學者指出，專利權人最常訴諸保護其權利的方式，並不是提起本案的實體訴訟，反而是暫時性保全程序³⁵。

有名的案例如 Lemelson Foundation 的機器視覺 (machine vision) 與 Ronald Katz 關於電話與電腦界面之專利技術。由於擁有前二專利之「專利授權公司」(Patent Licensing

³⁵ Michelle Armond, Introducing the Defense of Independent Invention to Motion for Preliminary Injunction in Patent Infringement Lawsuit, 91 Calif. L. Rev. 117, 117-120, 132-134, 138-146(2003)

Firm)³⁶」利用一般業者不願意正面進行耗資甚鉅專利訴訟的逃避心態，進而以申請禁制令的方式獲得了價值高達數十億美元計之「補償」收入。而美國專利權人此一利用民事程序作為商場競爭工具的模式，亦已經逐漸延伸到臺灣，如最近始告落幕之 CD-R 專利授權爭議中，荷商菲利浦公司就對未向其授權的巨擘科技提出定暫時狀態處分申請³⁷；而凹凸（O2）公司除以相同手法對其競爭對手美商茂力科技與碩頤科技等冷陰極螢光管驅動 IC 業者採取行動外，亦對使用其競爭對手產品之下游利用 TFT 業者（如 TFT 終端機業者或筆記型電腦業者）提出定暫時狀態處分之聲請，顯見為達搶佔市場之目的，訴訟範圍已從平行競爭對手延燒到下游相關業者。

從前面的概述已然可以發現，暫時性保全程序之利，也正是其弊之所由生，其關鍵點也是本論文之主要切入之角度之一，即資訊何在，以及如何以有限之資訊貼近真實。因為法院掌握資訊之不足，使得法院根本無從、或難以判定是否聲請人真的具有在本案勝訴之可能性，法院最大之錯誤即可能在於不當的時間點上賦予一個極弱之專利權有最完整之排他權利，若是再加上法院不加思索的未顧及後續影響的情形下，以例行性的方式核准暫時性保全程序的聲請，則法院即自行開啟了投機訴訟（Opportunistic Lawsuit）與反競爭訴訟（Anti-competitive Lawsuit）的方便之門³⁸。根據學者分析，原告提起投機訴訟，無非是希望藉由訴訟壓迫取得和解金；若為反競爭訴訟，則是為遂行打擊競爭對手在共同市場上的競爭力。一個專利爭議上無勝訴可能性之訴訟可以達到目的的理由有三³⁹：（一）因為專利範圍（scope）具有過度的不確定性，因而在是否構成侵權的判斷上必須極其仰賴專家鑑定，而有造成錯誤之風險；（二）一個無勝訴可能的訴訟可以對被告造成有效的威脅，因為原告在訴訟的初期掌握較多的資訊，而被告則無從辨別該訴訟之勝訴可能性為何；（三）最後，訴訟對被告所造成成本的支出，往往是逼迫被告與

³⁶ Id. 117-120. Lemelson Foundation 與 Ronald Katz 並非實際從事生產之公司，而是以取得專利權，再從其他企業獲取高額的和解金來獲取利潤，所以學者稱其為專利授權公司（Patent Licensing Firm），其中依 Katz 之估計，到 2009 年該公司將因專利授權而獲利超過兩億美金。

³⁷ 相關裁定，可參見最高法院 92 年度台上字第 75 號、91 年度台抗字第 451 號、91 年度台抗字第 57 號等裁定。

³⁸ Michael J. Meurer, Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation, 44 B.C. L. Rev. 509, 512(2003).

³⁹ Id. 512-515.

原告和解的最主要原因⁴⁰。當然也有學者另以掠奪性訴訟 (Predatory Lawsuit) 稱之，而利用掠奪性訴訟進行打擊競爭對手的目的，較之掠奪性定價 (Predatory Pricing) 等專利濫用行為更具優勢，因為原告之成本自第一次就開始下降 (因原告可以沿用地一次訴訟之所有資料)，而掠奪性定價因是在不確定之市場上作為競爭工具，較之穩定、提供判決先例優先之法院判決而言，每當有新競爭者進入市場，掠奪者都需壓低價格與其競爭，成本毋寧是高出許多⁴¹，故專利權人一方面熱中於提起專利訴訟、乃至專利之暫時性保全程序，一方面也熱中於部署專利，以為將來訴訟之用。

專利制度之目的，本來是在藉由人為獨佔權之授與，達到獎勵創新的目的⁴²，然而因為實踐權利的制度運作不當，使提供專利權人及時保護的暫時性保全程序逐漸轉化為特殊的訴訟工具，並對原先實體法及程序法之法律目的產生質變效果，最終使保護權利之法律成為對被告施以沉重財務壓力、排除或限制競爭的工具。這其中面臨困境的並非僅止於面臨被訴之被告而已，壓力更行沈重者，應該是握有核准暫時性保全程序準駁與否的法院，如何在有限的時間內，以極其捉襟見肘的司法資源掌握最貼近真實情況的資訊，作出既能保護真正具有保護必要之專利權人、又能避免引發後續不當訴訟之判決。

第二節 暫時性保全程序概述

⁴⁰ 被控侵權的業者，因為已經投入大量資源在生產產品、開拓市場，而當其投入大量資源的產品或服務落落入他人專利範圍，為了避免無法繼續銷售或提供其產品或服務的困境，在面臨專利權人主張侵權時，業者多偏向於以和解方式支付權利金以解決問題，但這種處理模式反而引發更多專利權人或其受讓人採行各種的投機性授權模式，備受爭議的專利流氓 (patent trolls) 就是其中一。見馮震宇，IP 戰爭新模式——投機型授權的發展與問題分析，全國律師，96 年 1 月號，10 頁。而除了前述業者頭投入生產的成本之外，尚有鉅額訴訟成本，根據估計，如果要將 2000 年在美國提起之專利訴訟全部解決的話，可能要花費 42 億美元天文數字的費用在訴訟費用上。Samson Vermont, The Economics of Patent Litigation, in From Ideas to Assets: Investing Wisely in Intellectual Property (edited by Bruce Berman), 327,265,2001, at 334.

⁴¹ Gary Myer, Litigation as a Predatory Price, 80 KY. L. J. 599(1992).

⁴² 經濟學家張五常曾仔細檢驗了歷來經濟學者對發明專利之觀點及主要理論依據，但其到最後指出各學說雖有各自之漏洞及缺點，但唯一可以確定的是「發明的研究工作往往費用甚大。有了發明之後，若公開了，抄襲或仿效的費用甚少。因為『學習』的代價遠低於發明的代價，發明的新知識跟我們日常所學的知識不同，不能靠學習的代價去保障發明研究所得。禁止外人學習 (抄襲) 或禁止外人免費使用是一種保障的方式——這就是授予發明者專利權的主旨。發明專利是肯定可以鼓勵發明研究的。」，但其仍不諱言，「這個答案，並不等於我們能解決了上文所提及的要決定各種準則的困難。」見張五常 Steven N. S. Cheung 博客，http://blog.sina.com.cn/s/blog_47841af70100040a.html。拜訪日期 2009/1/4。

民事上實體權利之保護對象即為法秩序中之私權，而保護之方式是以透過民事訴訟程序確定私權、解決爭議，再者，才是以強制執行程序實現私權。但誠如前述，此一方式常常是緩不濟急，因司法判決通常耗時日久，為避免因確定私權程序最終決定之後，對當事人已無實際意義，故各國民事訴訟制度中，通常都有暫時性保全程序的相關規定。以下將針對其相關司法制度影響我國日深之美國臨時禁制令及我國定暫時狀態處分作介紹。

第一項 美國禁制令與臨時禁制令

就英美法而言，所謂禁制令（injunctive relief）指的是由法院核發的命令，要求相對人為某種特定行為或是不為特定行為。禁制令乃是一種源自於衡平法上的救濟措施，其目的是在於排除或避免將來損害或傷害的發生，亦得用以排除未來的違法行為，但並非對已經發生的損害予以補償，其主要目的在排除現正發生或將來之侵害⁴³。但就美國民事訴訟制度而言，美國法院可以核准之禁制令包括有永久禁制令（permanent injunction），臨時禁制令（preliminary injunction）及暫時限制令（temporary restraining order）三種⁴⁴。永久禁制令係指侵害發生時，法院於本案裁判後除決定被告之損害賠償外，另外核發永久禁止被告繼續侵權行為之禁止令；臨時禁制令則是在審判程序進行中所暫時核發之禁制令，其目的在暫時維持裁判前之狀態，以避免無可彌補的損害，與我國定暫時狀態處分有異曲同工之處；至於暫時限制令則與我國緊急處置命令概念類似，係於臨時禁制令核發前所為之一種緊急處置狀態。

⁴³ Morton Denlow, *The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard*, 22 *Rev. Litig.* 495, 499(2003).

⁴⁴ 關於美國法之 preliminary injunction 及 temporary injunction，國內有多種不同之譯法，有稱為預備性制止命令及暫時制止命令者，參見沈冠伶，*公害制止請求之假處分程序—從程序機能論與紛爭類型審理論之觀點*，臺灣大學法律研究所碩士論文，1994年6月；有稱之為暫時禁制令及暫時限制令者，參見鄭中人，*專利權之行使與定暫時狀態之處分*，臺灣本土法學雜誌第58期，2004年5月；王承守、鄧穎懋，*美國專利訴訟攻防策略運用*，元照出版社，2004年11月；有稱臨時禁制令及暫時限制令者，參見馮震宇，同註40；本文統一稱 permanent injunction 為「永久禁制令」、稱 preliminary injunction 為「臨時禁制令」、以及 temporary injunction 為「暫時限制令」，以避免歧異。

前三種禁制令除了在取得的時間點上有所不同外，暫時限制令的有效期間通常不會超過十天，而且可以直接向法院聲請，不需要通知相對人；反觀永久禁制令，其需踐行通知相對人之程序，並在完成實質問題「merits⁴⁵」聽審後頒發⁴⁶；介於二者時間中間之臨時禁制令，較為接近永久禁制令，除法院需指定臨時禁制令有效期間外，美國最高聯邦法院已於 eBay 案中宣示，後兩者核發時所應審酌之事項相同，此將於本章另行討論。

美國專利訴訟有關禁制令的授權規定，規定於美國專利法第 283 條，其明白表示，為防止專利權受到危害，對於訴訟有管轄權的法院，得依衡平原則及法院認為合理的條件，發佈禁制令⁴⁷。而程序部分，則規定於聯邦民事訴訟法第 65 條(Federal Rule of Civil Procedure, FRCP) 內有一般性規定，內容主要規定臨時禁制令須踐行通知 (notice) 程序、聽審 (hearing)、聲請人提供擔保金的事項 (security)、核發臨時禁制令須附理由且條件與範圍應特定⁴⁸。至於法院核發臨時禁制令的實質要件，成文法中並無明文規定，依專利法所言，交由法院依傳統衡平法予以決定，雖然曾有法院判決謂下級法院只要依照普通法所發展的要件作出合理判斷而無濫用裁量權，且無嚴重錯誤判斷證據情況，上級法院將會尊重下級法院之判斷⁴⁹，但實際上情況並非如此，且美國的臨時禁制

⁴⁵ See BLACK'S LAW DICTIONARY 802-803(7th ed. 1999)(“The substantive consideration to be taken into account in deciding a case, as opposed to extraneous or technical points, esp. of procedure”).

⁴⁶ See BLACK'S LAW DICTIONARY 629(7th ed. 1999)(“An injunction granted after a final hearing on the merits.”)

⁴⁷ 35 U.S.S. §283: The several courts having jurisdiction of cases under this title may grant injunctions in accordance with the principles of equity to prevent the violation of any right secured by patent, on such terms as the court deems reasonable.

⁴⁸ F.R.C.P. 65(a):

(“(a) PRELIMINARY INJUNCTION. (1) Notice. The court may issue a preliminary injunction only on notice to the adverse party. (2) Consolidating the Hearing with the Trial on the Merits. Before or after beginning the hearing on a motion for a preliminary injunction, the court may advance the trial on the merits and consolidate it with the hearing. Even when consolidation is not ordered, evidence that is received on the motion and that would be admissible at trial becomes part of the trial record and need not be repeated at trial. But the court must preserve any party's right to a jury trial.”) 其主要規定有：未經通知相對人不得准予核發禁制令；法院在審理臨時禁制令或未審理前，得命本案訴訟提前與臨時禁止另審理合併進行；申請人必須提供法院認為適當之擔保，以作為將來禁制令之核發被認為錯誤或不當時被告損失之補償；核發禁制令之刑事和範圍必須特定並且有合理之敘述。

⁴⁹ See L.A. Mem'l Coliseum Comm'n v. Nat'l Football League, 634 F.2d 1197, 1200(9th Cir. 1980) (“We deem it important to emphasize at the outset in this highly publicized dispute that we are reviewing the grant of a preliminary injunction, not a final decision on the merits. We start with the general principle that an order issuing or denying a preliminary injunction will normally be reversed only if the lower court abused its discretion or based its decision upon erroneous legal premises. . . . The reviewing court must determine whether the district court employed the proper legal standard in issuing the junction and whether it abused its discretion in applying that standard. . . . An injunction may also set aside if the court relied on erroneous

令程序往往比本案判決更加複雜，這是因為在資訊處理上，法院必須面對較之本案程序更少的資訊量，而錯誤機率卻又極其之高，加上在聯邦上訴巡迴法院（U.S. Court of Appeal, Federal Circuit，以下簡稱 CAFC）成為專利權專屬上訴管轄法院之前，各上訴法院有不同之判斷標準，在在都使規範資訊呈現紛亂狀況

第二項 我國定暫時狀態處分概述

我國在專利之暫時性保全程序方面，於專利法第 86 條第 1 項有針對「假扣押」之程序作特別之規定，但依該規定反而容易導致侵權物品之流通，故迭受批評⁵⁰，且有學者認為現行之民事訴訟法之假扣押程序即可周全之，該規定並無特別立法之需要，而有刪除之意見⁵¹，因此與專利訴訟有關的保全程序，仍是以民事訴訟法所規定之種類及條文，作為其核發及執行基礎。

依我國民事訴訟法之規定，保全程序包括 1.假扣押、2.一般假處分（標的物之假處分）、3.定暫時狀態處分等三種類型。所謂假扣押，係指債權人就金錢請求或得易為金錢請求之請求，欲保全強制執行所得聲請之保全處分（民事訴訟法第 522 條第 1 項參照）；一般假處分（又稱標的物之假處分），係指債權人就金錢以外之請求，為保全強制執行，所得聲請之保全處分（同法第 532 條參照）；定暫時狀態處分，則係指於爭執之法律關係，為防止重大損害或避免急迫危險或其他相類似之情形，而有必要時，得聲請就該法律關係定暫時狀態之保全處分（同法第 538 條第 1 項參照）。但是在專利訴訟佔有最重要地位者，莫過於定暫時狀態處分。對於這種法院所核發之處分，我國民事訴訟法於 2003 年 2 月修正前，關於定暫時狀態處分僅於舊法第 538 條規定：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態必要者準用之。」，至於定暫時狀態處分之要件、聲請程序及方法等，均未有明文規範之，雖然有學者謂定暫時狀態處分之性質與方法，

legal premises in its application of the standard, such as in preliminary review of the merits”)

⁵⁰ 陳哲宏、陳逸南、謝銘洋、徐宏昇，專利法解讀，元照，2002 年 3 月，212-213 頁。

⁵¹ 雷雅雯，侵害專利權之民事責任與救濟，司法研究年報第 23 輯第 2 篇，司法院，2003 年 11 月，139-140 頁。

與一般假處分相近，因此為了免除立法技術上之重複，及收立法節約之效，故以「準用」關於一般假處分規定為之⁵²。但此一事後諸葛之說法，顯然對於定暫時狀態處分的實務操作無甚助益，且事後實務亦產生許多紛爭，因此在 2003 年 2 月 7 日修正，同年 9 月 1 日施行的民事訴訟法中，就針對定暫時狀態處分增設較為明確之規定。主要之條文仍為第 538 條，但修正為：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類似之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分（第一項）。前項裁定，以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限（第二項）。第一項處分，得命先為一定給付（第三項）。法院為第一項及前項裁定前，應使兩造當事人有陳述機會。但法院認為不適當者，不在此限（第四項）。」，此外尚有新增之第 538 條之 1 至第 538 條之 4 等四條規定，分別就增設緊急處置（第 538 條之 1）、命返還所受給付（第 538 條之 2）、裁撤後之賠償責任（第 538 條之 3）及最重要的準用假處分條文（第 538 條之 4），分別作規定。但新法上路之後，既有之問題並無徹底性的改變，因為囿於法院能力及掌握資訊程度之限制，法院仍往往只能根據當事人之聲請，作形式上概略的判斷，加上原先在舊法時代主導解釋方向之判例仍持續發揮龐大的影響力，根本性的限縮法院在處理資訊上的施展空間，以上種種，皆導致我國暫時性保全程序之定暫時狀態處分，成為前述所謂投機訴訟與反競爭訴訟的工具。因此下特別就美國對臨時禁制令之實質要件的操作，以及從資訊經濟觀點來看實務如何發展衡平法則，以做為我國之借鏡。

第二節 美國臨時禁制令實務運作經驗

第一項 衡平法則運作標籤

美國實務在實際運作臨時禁制令時，是以專利法所指示之衡平法則為其前提，並由法院具體化為（一）勝訴可能性（二）無法彌補之損害（三）利益衡平（四）公共利益等四個法律標籤，以作為其判斷基礎。也由於臨時禁制令在美國發展日久，前開四個審

⁵² 吳明軒，中國民事訴訟法下冊，三民，2004 年 9 月修訂六版，1673 頁。

查標籤也在美國聯邦法院無數的判決中不斷的跟隨個案演化、而有不同的風貌。其中以1982年美國聯邦巡迴上訴法院（CAFC）之成立為分野，在此之前，雖然立法者賦予法院核准臨時禁制令以保護專利權人之權利，但由於法院對來自於美國專利商標局（U.S. Patent and Trademark Office, USPTO）核准專利程序的不信任，方使專利權人要獲得臨時禁制令之困難度顯然要比其他一般民事權利來得高，尤以在專利的有效性和侵權事實上，法院往往要求專利權人需證明至「毫無懷疑」（beyond question）之程度⁵³，而從判決回顧法院操作此一高證明標準亦僅有（一）該系爭專利曾為法院判決有效（those previously adjudicated valid）及（二）業界之承認（those whose validity industry had acquiesced）⁵⁴能達到所謂「毫無懷疑」之標準。而對於無法彌補之損害，則要求需舉證證明由法律給予金錢上的補償是不足以保護專利權人者⁵⁵，但論諸實際，其實各級上訴巡迴法院對於核發要件仍存有不一樣的見解⁵⁶。在CAFC成立後，由於其對於專利侵權案件擁有專屬管轄權，遂逐漸讓臨時禁制令的判斷標準有逐漸趨於一致的發展，甚至在Hybritech Inc. v. Abbot Labs案中明白表示，有關專利侵權訴訟中核發臨時禁制令的要件，下級法院必須遵守CAFC所設定之標準，而非起訴地區的上訴巡迴法院⁵⁷。至於CAFC自己所設立的標準，是在其成立後於Smith International Inc. v. Hughes Tool Co.第一件就專利案件核發臨時禁制令時所操作之要件，其認為下級法院應該要平衡考量以下四個要件，方符合立法者所謂之依衡平法則作準駁與否之決定：（一）聲請人事否已經證明其在實體爭議上勝訴的合理可能性；（二）如果不核發臨時禁制令，對聲請人造成無法彌補之損害的可能性；（三）聲請人所遭受的不利益是否勝於對造所可能遭受者；

⁵³ Gerald Sobel, THE COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT: A FIFTH ANNIVERSARY LOOK AT ITS IMPACT ON PATENT LAW AND LITIGATION, 37 AM. U. L. REV. 1087, 1117(1988)

⁵⁴ Mayview Corp. v. Rodstein, 480 F.2d 714, 717, 178 U.S.P.Q. 449, 451 (9th Cir. 1973) (stating that showing of likelihood of success on merits in patent infringement suit requires proof of patent's validity beyond question by prior adjudication or public acquiescence).

⁵⁵ Nuclear-Chicago Corp. v. Nuclear Data, Inc., 465 F.2d 428, 430, 174 U.S.P.Q. 381, 382 (7th Cir. 1972) (concluding that defendant's ability to compensate plaintiff in money damages precludes finding of irreparable harm) and Signode Corp. v. Weld-Loc Sys., 216 U.S.P.Q. 310, 312 (N.D. Ill. 1982) (holding that patentee must meet substantially heavier burden of proving irreparable injury), *aff'd*, 700 F.2d 1108, 218 U.S.P.Q. 293 (7th Cir. 1983) and Frommelt Indus. v. W.B. McGuire Co., 504 F. Supp. 1180, 1184-85, 212 U.S.P.Q. 449, 452 (N.D.N.Y. 1981) (stating that irreparable harm not shown where monetary damages are ascertainable and available) and Heyman Mfg. Co. v. Electrix Corp., 200 F. Supp. 217, 218 (D.R.I. 1961) (ruling alleged invasion of patent rights is not irreparable harm if monetary damages are available).

⁵⁶ Denlow, *supra* note 43, at 498, 515-516.

⁵⁷ Hybritech Inc. v. Abbott Laboratories, 849 F.2d 1446, 1451(Fed. Cir. 1988).

(四) 核發臨時禁制令是否有利於公益。

由前面的描述可以看到在立法者給予判斷標籤非常模糊的情形下(即 equity rule)，美國實務上也曾對更為具體的判斷標準如何設立而紛紛擾擾過，加上美國最高法院未單獨就臨時禁制令之要件為何明確表示意見，因此 CAFC 成立之後所設立之標準，即成為下級法院准駁臨時禁制令最重要的依循標準，換句話說，CAFC 為下級法院如何適用衡平法則，提供了四個處理、判斷時容易掌握得似個法律標籤；若加上 CAFC 對於專利侵權訴訟有專屬管轄權，更使得過去以選擇法院 (forum shopping) 的方式創造對自己有利聲請條件的情形大幅降低，也因此使得下級法院不得不注意任何 CAFC 針對衡平法則所釋放出來的規範訊息。雖然美國實務對於處理專利訴訟中臨時禁制令聲請的資訊，已經有了較為明確的方式，但是法律上的標籤要件之實質內容究竟為何，仍需要法院及當事人加以型塑、掌握，以建立更為細緻、與之相對應的事實標籤，以協助法院有效率判斷是否合致法律要件，以下將藉由一些個案及標籤內容演變過程，來實際觀察美國實務對於法律標籤及事實標籤掌握程度，是否在判斷臨時禁制令的核發上，有因為標籤之出現而降低法院思維之成本。

第二項 標籤的內涵與演進

第一款 勝訴可能性

由於臨時禁制令是一種特別的救濟方式 (extraordinary remedy)，且其核發程序較之本案程序為簡速，如果原告起訴本身是荒謬或是不合理時，法院自然無需抵觸日後在本案程序中駁回原告之訴之判決，而去核發臨時禁制令⁵⁸，因此法院將勝訴可能性之舉證責任交由原告負擔，至於其他要素則仍須綜合考量。而依照 CAFC 一般見解，關於

⁵⁸ Douglas Lichtman, *Irreparable benefits*, 116 YLJ 1284, 1289(2007). *Helifix Ltd. v. Blok-Lok, Ltd.*, 208 F.3d 1339, 1352(Fed. Cir. 2000)(“...Helifix could not establish a likelihood of success on the merits. Under these circumstances, it was not necessary for the court to consider the remaining preliminary injunction factors.”)

本案勝訴可能性，原告必須需證明其(一)專利有效性及可執行性(the patent is valid and enforceable)(二)專利可能被侵害(the patent is likely infringed)。原先在 CAFC 成立以前原告要說服法院其本身是符合此標籤，對原告來說是沈重的證明負擔，因為要達到毫無懷疑之高度並不容易，這主要是源自於當時法院對美國專利商標局核准專利的不信任態度⁵⁹。惟 CAFC 後來以「明確證明」(clear showing)取代「毫無懷疑」之標籤取得資格時，從此原告僅需證明其「擁有專利權」、「該專利為有效」且該「專利被侵害」，即可滿足此標籤要件。

但法院判斷勝訴可能性時，就被告有無侵害原告之專利必須優先於有效性判斷，因為如果沒有侵害專利行為，就沒有必要進行專利是否有效的判斷⁶⁰，這是因為最高法院曾表示過，如果被告沒有侵害專利，法院仍去判斷專利是否有效，是在處理一個假設性問之案例⁶¹(亦即假設被告有侵害專利)。至於判斷方式，在 2001 年之 Amazon. Com, Inc. v. Barnesandnoble. Com, Inc. 案中 CAFC 表示，不管是專利侵害或是有效性分析，均需本於專利權請求項「逐一比對」(claim-by-claim basis)，由此亦可看出 CAFC 縱然在判斷標準上只要求「明確證明」以足，但判斷步驟上，仍必須相當地嚴格與系統化，而非僅以「明確證明」模糊帶過即為以足。由這一點看來，CAFC 在此一要件審理上，與本案審理內容實際上相去不遠，僅心證程度較低而已，但已有學者認為足以解讀為 CAFC 要求聯邦地院需採取更嚴格的標準來評估臨時禁制令，而非只檢視明確證明的標準⁶²。但由聲請人與相對人之舉證責任兩相比較，聲請人與取得禁制令，其困難度應較相對人欲說服法院否準臨時禁制令者為高。

至於專利之有效性及可執行性，因為美國專利法第 282 條之規定，專利係被推定有

⁵⁹ Smith International, Inc., v. Hughes Tool Co., 718 F.2d 1573, 1578(Fed. Cir. 1983)

⁶⁰ Fairchild Semiconductor Corp. v. Nitendo Co., Ltd., 30 U.S.P.Q.2d(BNA) 1657, 1664(W.D.Wash. 1994)(“Validity of a patent should be addressed only after the court finds that the defendant infringed....Because the grant Nitendo’s motion for noninfringement, it must not address whether the’791 patent is valid.”)

⁶¹ Altwater v. Freeman, 319 U.S. 359, 363(1943)(“To hold a patent valid if it is not infringed is to decide a hypothetical case”)

⁶² Michelle Armond, Introducing the Defense of Independent Invention to Motions for Preliminary Injunctions in Patent Infringement Lawsuits, 91 Calif. L. Rev. 17, 134(2003).

效，因此除非相對人抗辯專利係無效或不可執行，否則原告無庸就此負舉證責任。然而相對人若提出之證據已達到足以「實質懷疑」(raised substantial question) 專利之有效性及可執行性程度時，則原告必須舉證被告之抗辯在實質上無法成立⁶³ (lack substantial merits)，例如：其他法院認定專利有效之判決、同業長期默認等。但必須注意的是，法院在此程序中，法院並非就專利是否真的有效作出判斷，這是在本案訴訟中才需決定的問題，換言之，法院在操作勝訴可能性之法律標籤時，仍就是顧及到時間成本及快速決定之效率考量，將操作此一法律標籤之重心側重於「可能性」上。

從前所述，美國實務在操作「勝訴可能性」此一法律標籤以作為判斷是否核發臨時禁制令時，仍舊面臨到「即時解決問題」效益與「司法資源使用」成本間的角力，但美國實務願意投入成本，逐一分析在申請專利範圍上是否有侵權及有效性是否存在，無疑是對聲請人放出一明確訊號，亦即法院願意投入投入成本盡可能去避免錯誤核發臨時禁制令、及日後投機訴訟產生。而法院又為了不偏廢臨時禁制令所仍須考量的效益問題，在時間壓力考量下，美國法院似乎著手改從程序上作控制，而不要求聲請人如同在本案到毫無疑問之高成本之證明程度。可惜受限專利樣態及專利範圍之不確定之故，因此尚難有具體化出有何能更為迅速判斷侵權以及有效性存否之事實標籤。

第二款 無法彌補的損害

此一要件主要是考量原告是否在本案訴訟中無法透過金錢賠償的方式獲得完全救濟。以往 CAFC 對此一要件要求甚是寬鬆，在 1983 年之 Smith International 案中表示只要原告通過勝訴可能性之舉證，就可獲得不核發臨時禁制令即會對其產生無法彌補損害的推定 (presume)，法院之所以會有此推定的最主要原因包括有對市場的影響，以及專利權具有期限性，且期限在訴訟過程不停止⁶⁴。若聲請人未能明確證明有勝訴可能性

⁶³ Genentech, Inc. v. Novo Nordisk, A/S, 108 F.3d 1361, 1364(Fed. Cir. 1997)

⁶⁴ Richardson v. Suzuki Motor Co., 868 F.2d 1226 (Fed. Cir. 1989)(“This presumption derives in part from the finite term of the patent grant, for patent expiration is not suspended during litigation, and the passage of time can work irremediable harm.”)

時，則不享有有利之推定，而必須對無法彌補損害負實質舉證責任⁶⁵，一般而言常見理由包括：1.新領域之科技 2.在該領域之競爭程度 3.被指控之侵權行為人佔該領域產業之部分 4.該領域之科技改變是否甚為迅速 5.該領域是否重視大量之研發成本 6.被侵害之專利會幫助原告建立市場地位，開發與產業之聯繫關係 7.等到專利事件之訴訟終結，該專利已因新科技出現而面臨淘汰不具價值 8.不可預期之潛在性損害 9.如果不核發暫時禁制令將產生鼓勵其他潛在當事人採取侵權行為之手段⁶⁶ 10.消費者會受到混淆且專利權人會因被控侵權行為人所提供較為次級之產品或服務導致專利權人名聲受損⁶⁷ 11.被告可因該侵害該專利而威脅原告之市場地位⁶⁸。但也有迥異於前面推定之 CAFC 法院見解，認為聲請人仍必須提出有力證據證明、說服法院其將因不核發臨時禁制令而遭受無可彌補之損害的實際損害，而非機械化的適用此一推定⁶⁹。但最為弔詭的是，當原告以若不核發臨時禁止令以禁止被告進入市場，則將使原告被迫減少其研發活動，將使原告受到無法彌補的損害，有 CAFC 認為下級法院核發臨時禁制令是合理的⁷⁰，卻也有 CAFC 於相類似的案件中，認為下級法院駁回原告之聲請才是正確的，其理由是，如果認可原告此一主張，那麼所有有研發計畫的廠商都可以來聲請臨時禁制令，如此將使所謂非常態的救濟方式成為標準的救濟方法⁷¹。

⁶⁵ 黃宣撫，從比較法觀點探討我國專利侵權訴訟定暫時狀態處分之審理——以美國法制為對照，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2008 年 1 月，36-37 頁。

⁶⁶ *Hybritech Inc. v. Abbott Labs.*, 849 F.2d 1446, 1456(Fed. Cir. 1988)(“Rather, in reaching its conclusion, the district court listed the following factors upon which it based its decision: (1) the field of technology covered by the '110 patent was new; (2) there was a substantial amount of competition in this field; (3) Abbott has a very large presence in this field; (4) this is a field where technology changes fairly quickly; (5) there is a lot of research being done in this field; (6) the '110 patent could help Hybritech establish a market position and create business relationships in the market; (7) by the time the litigation is finished, it is entirely possible that the value of the patent will be gone and that technology might well bypass it; (8) the potential injury is unpredictable; and, (9) in the absence of the injunction, other potential infringers will be encouraged to infringe”)

⁶⁷ *Reebok Int'l v. J. Baker, Inc.*, 32 F.3d 1552, 1558(Fed. Cir. 1994)(“Harm to reputation resulting from confusion between an inferior accused product and a patentee's superior product is a type of harm that is often not fully compensable by money because the damages caused are speculative and difficult to measure.”)

⁶⁸ *Polymer Technologies, Inc. v. Bridwell*, 103 F.3d 970, 976.(Fed. Cir. 1996)

⁶⁹ *Adelman, Rade Tomas, Wenger, Patent Law, Second Edition*(2003), at 937.與 *High Tech Medical Instrumentation, Inc., v. New Image Industry, Inc.*, 49 F.3d 1551, 1556, 1557.轉引自馮浩庭，從美國暫時性禁制令看我國定暫時狀態之假處分——以專利侵權爭議為例，政大智慧財產評論，第 2 卷第 1 期，123 頁。前文註表示，本案中，上級法院首先否決了下級法院認為原告已經明確證明其勝訴可能性之見解。進而認為下級法院在專利權人沒有提出明確證據證明其會因為不核發禁制令而遭受無可彌補損害之情況下，卻據此而機械式推定原告有無可彌補的損害之見解反了法律上的錯誤，而撤銷下級法院核發的禁制令。

⁷⁰ *Bio-Technology General Corp. v. Genetech, Inc.* 267 F.3d 1325.

⁷¹ *Eli Lilly & Co. v. American Cyanamid Co.* 82 F.3d 1568(Fed. Cir. 1996) .

再回到原告已證明有勝訴可能性的情況來看，縱然法院在心證上已經偏向原告，進而推定其有無法彌補之損害，但 CAFC 在 1990 年 Illinois Tool Works 案中強調無法彌補之損害是可以推翻的 (rebuttable)⁷²，一般常見之理由或事實態樣有⁷³：1. 被告已經停止或即將停止被控侵權之行為，未來發生侵權行為可能性也不高，且原告本身並沒有開發利用該專利；2. 專利權人怠於聲請臨時禁制令；3. 專利權人怠於利用已取得專利之發明或自己授權於他人。惟前開被告之理由也並非皆具「決定性」因素，僅為判斷聲請人是否受有無可彌補損害得參考因素而已，其變數之多，甚至有以下級地方法院列舉了 14 項參考因素⁷⁴。因此綜合來看，縱然在推定方面已有 CAFC 判決認為不宜作機械式判斷，而欲將解釋要件緊縮，但相對上，被告要舉反證推翻原告已提出之受有無法彌補損害之證據，亦非簡單，顯然在此一標籤的運作上，因為許多法院參考之因素均不具有決定性之性質，而需要依個案之情形加以綜合判斷，所以也才會前開研發活動的減少是否構成無法彌補之損害見解的歧異。

有些案件 CAFC 甚至要求聲請人主動提出該損害真實存在的證明，例如在 1995 年 High Tech Medical Instrumentation, Inc. 案中，CAFC 駁回聯邦地院授與專利權人的臨時禁制令，因為不論專利權人或聯邦地院均沒有指出證明，如果臨時禁制令被拒絕，專利權人將遭受何種無法彌補之損害。此一 CAFC 對不可彌補損害採取更為嚴格認定態度的轉變，似乎可視為美國實務有意進一步有效排除沒有主動利用該專利之專利權人尋求臨時禁制令的訊號，其向潛在當事人傳達的訊息毋寧是如果專利權人並沒有利用專利權

⁷² Illinois Tool Works, Inc. v. Grip-Pak, Inc. 906 F.2d 679, 682(Fed. Cir. 1990)

⁷³ Larry Coury, C'est What? Saisie! A Comparison of Patent Infringement Remedies Among the G7 Economics, 13 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1101, Summer, 2003, at 1108.

⁷⁴ Jacobson v. Cox Pzvin Co., 19 U.S.P.Q.2d 1641, 1653(D. Ariz 1991) .轉引自李超偉，論專利權侵害之定暫時狀態處分—以保全必要為中心，東海大學法律學研究所碩士論文，2007 年 6 月，109 頁。該 14 因素包括：1. 相對人繼續侵害是否將損害權利人收取權利金以外由該專利所生之其他附帶利益；2. 相對人繼續侵害是否干擾聲請人控制專利技術之使用及其授權能力；3. 相對人繼續侵害是否影響聲請人之市場地位；4. 相對人繼續侵害是否鼓勵他人繼續侵害專利；5. 核准臨時禁制令是否足以嚇阻現有或未來之侵害人並停止其侵害；6. 相堆人繼續侵害是否威脅聲請人事業生存；7. 聲請人及相對人事否是直接競爭者而影響相同客戶群；8. 聲請人是否投入鉅資開發市場；9. 如侵害不禁止，聲請人是否足以承受市佔率的急速下降；10. 相對人繼續侵害導致聲請人實質利益之喪失；11. 相對人繼續侵害嚴重影響聲請人之市佔率及價格結構；12. 相對人損害聲請人之專利價值；13. 聲請人之專利是否將於兩年內屆滿；14. 即使聲請人已獲得勝訴判決，相對人是否有足夠資力清償等。

來從事製造、販賣等事宜，其專利權遭受侵害主要係會造成專利授權金以及權利金的損失，應該不會構成無法彌補之損害⁷⁵。法院態度的轉變不但將增加聲請人的舉證責任，對法院自己而言，其所面臨的也將是判斷、思維成本的大幅提升，因為法院可能必須捨棄對自己降低思維成本大為有利之推定方式，而轉以整體社會因為臨時禁制令不當核發可能產生不利之成本為考量，進而從前開繁雜多樣但皆不具決定性力量的事實標籤中獲得心證，以判斷聲請人是否真在將來受有無法彌補之損害。

第三款 利害衡平

因為臨時禁制令本身是衡平救濟手段，所以在原告已經完成前二項要件之證明時，法院仍舊會考慮臨時禁制令對兩造利害得失的比較，亦即將相對人營業之傷害及原告專利權人專利之損失作權衡。但相較於前二要件標籤，CAFC 對於此一標籤著墨向來不多，對於下級法院就雙方利益的裁量，CAFC 多賦予及其廣泛之裁量空間，在結果上，只要原告符合其餘標籤審查，縱使利益未特別偏向原告一方⁷⁶，下級法院也會核發臨時禁制令，除非衡量結果有決定性利於被告，即原告因為核發禁制令所獲得好處有限，但被告卻會因此遭受極大的不利益。因此此一判斷要件主要爭點在於法院於終局判決前發生錯誤之後果⁷⁷，也就是說，臨時禁制令如果被錯誤的准許或駁回，哪一方當事人會受到較嚴重之損害。

由於在法院審酌臨時禁制令核發時期，其不會考量全部證據，甚至有許多證據亦尚未浮現，加上專利有效性也僅僅只是經由推定、或由有限之證據加以支持，故不管有多少證據可用於證明所造成之損害，亦會因為前揭之專利有效性推定之故而無法準確估算損害。但法院在為判斷時，又無法不給予自己一個在往前更進一步的基礎，所以有 CAFC 案例顯示，CAFC 在處理利益衡平要件時，仍然會考慮到勝訴可能性這個要件，易言之，

⁷⁵ 葉國良，專利訴訟之定暫時狀態處分救濟，交通大學科技法律研究所碩士論文，2006年1月，86頁。

⁷⁶ Hybritech Inc. v. Abbott Lab., 849 F.2d. 1446, 1457(Fed. Cir. 1988)

⁷⁷ Douglas Lichtman, Uncertainty and the standard for preliminary relief, 70 U. Chi. L. Rev. 197.(2003).

最開始「勝訴可能性」此一標籤成為「利害衡平」標籤的定位點。

CAFC 在 Illinois Tool Works 案中認為：臨時禁制令命被告在判決前必須把其產品從市場上撤回，對被告知危害幾乎是毀滅性的；但另一方面卻又認為，當原告得以證明專利有效性、及侵權成立高度可能性時，如果仍駁回原告對臨時禁制令之申請，則對於原告專利權之期限利益保護亦同樣造成嚴重之遲延後果。正由於核發禁制令對原、被告雙方之利益不一致，因此沒有任何一方之不利益具有關鍵地位，最後法院只好仍以日後本案訴訟結果之預測來做為評價雙方利益之標準，換言之，法院操作此一判斷要件是倚賴原告對於勝訴可能性的證明程度⁷⁸，顯然法院在左右猶疑之時，尋找的仍是較能支持其正確決定之標籤。

但美國實務也並非沒有出現過，聲請人已經即使已經證明其有勝訴可能性，且將遭受無法彌補之損害，法院仍拒絕核發臨時禁制令之情況，例如，基於衡平因素的考量，專利權人本身並未實施專利技術從事產品製造及銷售，若相對人之侵害係屬過失且已經獨立開發出具有可專利之技術時，法院則應拒絕發給臨時禁制令⁷⁹。

至於法院尚可援引作為充實標籤內涵的參考因素包括有雙方在企業規模及經濟狀況上的差異，具體者如營業額⁸⁰、市佔率等，如果相對人生產之產品的市場占有率相對於聲請人而言，僅佔極小的比例，因而對聲請人之市場地位不構成威脅的話，法院亦得以駁回臨時禁制令的聲請。

就美國實務操作此一法律要件標籤的方式來看，法院的態度其實是搖擺的，或許是

⁷⁸ Illinois Tool Works v. Grip-Pak, Inc., 906 F.2d 679, 683(Fed. Cir. 1990)See also H.H. Robertson, Co. v. United Stell Deck, Inc., 820 F.2d 384, 390(Fed. Cir. 1987)(“The magnitude of the threatened injury to the patent owner is weighed, in the light of the strength of the showing of likelihood of success on the merits, against the injury to the accused infringer if the preliminary decision is in error. Results of the other litigation involving the same patent may be taken into account, and the public interest is considered. No one element controls the result.”)

⁷⁹ 鄭中人，同註 44，134 頁。

⁸⁰ Kalipharma Inc. v. Bristol-Myers Co., 707 F. Supp. 741, 755(S. D. NY. 1989).在該案中，地方法院認為如不予核發臨時禁制令，對於聲請人造成之損失只是其營業額的一小部分，相較於若核發臨時禁制令對相對人所造成的損失則佔其營業額的絕大部分，因此駁回臨時禁制令的聲請。市占率的判斷亦如同營業額。

因為法院在操作此一法律標籤的裁量範圍上，不但廣泛、也常具有個人價值判斷程度在內。整體而言，對處於不利地位的被告之相對人來說，這無疑是一個比較有利之訊號，因為聲請人縱然能夠證明勝訴可能性及無法彌補之損害，仍有陰溝裡翻船得可能性，所以聲請人及相對人雙方，皆都必須極力陳述或舉證對自己有利的真實標籤，以爭取法院的價值認同，因此此一要件最具有最濃厚之衡平考量色彩⁸¹。

第四款 公共利益

判斷是否核發臨時禁制令的最後一個要件是臨時禁制令之核發對於公共利益的影響，而僅在極為特殊的情況，才會促使法院考量此一要件。此一要件與前三要件作比較，可以發現此一要件通常聲請人之一方並無直接關聯，這是因為多數法院認為保護專利權制度的政策色彩本身就已經具有極重之公益性色彩，無庸擁有專利之聲請人再為強調，因此在判斷上，若是聲請人已經證明了本案勝訴之可能性，則此一要件自然有利於聲請人一方。

關公共利益要件的判斷，固然專利之獨占及排他性，聲請人之勝訴可能性著實扮演著相當重要的角色，但是某些具有重大影響公益的醫療與環保案件上，被告並非沒有上演逆轉的機會。例如 CAFC 在 *Hybritech Inc. v. Abbott Lab* 一案中即表示，在公共利益的要件上，並非僅就雙方勝訴可能性為判斷，而必須注意是否有重要的公共利益因為臨時禁制令的核發而遭受損害，如臨時禁制令之核發將影響藥品或醫療服務之供給時，此項要件即成為一項獨立之判斷要素，法院自得駁回臨時禁制令之聲請，因此法院在該案中雖然核准了 *Hybritech* 部分產品之禁制令，但亦基於相對人所銷售的癌症與肝炎檢測器材繼續在市場上流通可以促進公眾的健康利益，故將上述產品排除於臨時禁制令範圍之外⁸²。因此亦有學者認為公共利益要件的判斷可以更為細緻的區分為兩個判斷步驟，

⁸¹ Michelle Armond, *Introducing the Defense of Independent Invention to Motions for Preliminary Injunctions in Patent Infringement Lawsuits*, 91 Calif. L. Rev. 17, 137(2003)

⁸² *Hybritech Inc. v. Abbott Lab.*, 849 F.2d. 1446, 1458(Fed. Cir. 1988).

首先就被控產品或方法是否攸關公眾健康或衛生加以判斷，然後檢視如果准予臨時禁制令，可接受之未侵害之替代產品供應是否充分⁸³。如果受聲請臨時禁制令之相對人能成功在此一標籤的運作上成功上演大逆轉的戲碼，這足以證明，法院認為公眾整體利益，遠遠大過於臨時禁制令對聲請人帶來之即時解決問題的保護效益。

第五款 小結

如前所述，在美國實務上法院在審查關於專利侵權案件臨時禁制令合法與否時，目前係依照聯邦巡迴上訴法院所採取的 1.本案勝訴可能性 2.無法彌補之損害 3.當事人利益之衡平 4.公共利益等四要件逐一判斷，但經由 CAFC 對個案決定之觀察，可以發現其實各要件之重要性仍產生輕重有別的變化，其中尤以「本案勝訴可能性」及「無法彌補之損害」最具關鍵地位，並且有 CAFC 之判決直接言明，若是原告無法證明勝訴可能性及不可彌補損害之存在，法院甚至可以不用考量其他因素⁸⁴，顯然法院認為原告無法在前二個法律標籤上證明自己值得法院核發臨時禁制令，則法院自然也無需浪費時間及判斷成本在其餘要件的判斷上。這樣的看法，無疑是法院經驗上認為投入更多認識成本，亦無法取得對原告有利心證，莫不如對原告設下一合理底線，以避免原、被告及法院三方過度浪費司法資源。

看起來似乎是原告若能跨過勝訴可能性標籤證明的高門檻，會因為原告已經付出之成本，而將影響法院對衡平法則規範內涵的詮釋方向，申言之，如聲請人能證明其本案勝訴可能性，不但能夠推定受有無法彌補之損害，同時在當事人利益及公共利益之判斷上也會偏向聲請人之一方，因此在後三個要件的判斷上，似乎有過度受本案勝訴可能性與否影響之嫌。但是相反的，若是原告未能明確證明其本案具有勝訴可能性，則不但無

⁸³ Samuel K. Lu, *The Fundament of Preliminary Injunctions, Permanent Injunctions, and Temporary Restraining Orders in Patent Cases*, in *Patents, Copyrights, and Literary Property Course Handbook Series*, 1999 Practising Law Institute.

⁸⁴ *Reebok Intern. Ltd. v. J. Baker, Inc*, 32 F.3d 1552, 1556(Fed. Cir. 1994)(“...Because , irrespective of relative or public harms, a movant must establish both a likelihood of success on the merits and irreparable harm ... , the district court may deny a preliminary injunction based on the movant’s failure to establish either of these two crucial factors without making additional findings respecting the other factors.”)

法受有無法彌補之損害的推定，且在利益衡平及公共利益標籤上亦不能認為係偏向聲請人一方，故聲請人必須就本案是否有保全之必要提出更強而有力的證據及主張，否則聲請即會遭到駁回，此可知勝訴可能性此一標籤，確實成為臨時禁制令核發與否最主要的判斷關鍵。但有鑑於無效專利仍有被執行之風險，以及訴訟初期法院確實對專利權之範圍和有效性資訊仍嫌不足之故，學界已有疾呼法院應當善用其裁量權限，對於相對人因臨時禁制令而遭遇財務困難多加注意，若相對人所受損害大於聲請人時，即應予以駁回聲請⁸⁵，以作為平衡勝訴可能性要件之方式，以免各要件審查流於形式。

然而整體而言，美國實務操作此四項判斷標籤之比重已經有逐漸位移的現象，降低勝訴可能性標籤的影響力，而提高無法彌補損害標籤的權重，並且賦予專利權人具體化無法彌補損害標籤的舉證責任。

以無法彌補之損害要件來看，法院對於相對人所提出之抗辯，包括聲請人之聲請遲延、是否授權他人實施專利，均有可能推翻聲請人不可彌補損害之認定，但是不論是遲延聲請或是授權他人實施專利，亦非絕對可推翻聲請人有不可彌補損害之認定，法院仍得斟酌聲請人是否有正當理由，以及授權實施專利是為專屬授權、抑或是非專屬授權，而有相當程度之裁量權。總的來說，真正有需要臨時禁制令加以保護之聲請人縱然推定優勢不再，但也只是提高本身舉證成本而已，並沒有在聲請臨時禁制令上面臨嚴重打擊，而且在保全要件上無法判斷孰優孰劣的情形下，仍有不低之機會，以已經證明成功之勝訴可能性贏得法院最後之心證。美國實務如此作為，無疑是想對那些意欲以臨時禁制令為談判手段，取得鉅額權利金之非專利權實施人發出訊號，臨時禁制令並非不費成本即唾手可得，法院將以聲請人是否受有「無法彌補之損害」標籤為把關，考慮專利權實施與否對社會整體影響，再加以審酌核發臨時禁制令是否適當，以避免因相對人受到禁制令限制之故而對社會整體不利。

⁸⁵ Michael J. Meurer, Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation, 44 B.C.L. Rev. 527(2003)

第四節 從 eBay 案看美國暫時性保全程序之發展

第一項 eBay 案與臨時禁制令

在美國實務上，不管是臨時禁制令、還是永久禁制令，法院都必須依照衡平原則，以決定是否核准予專利權人。而臨時禁制令與永久禁制令，真正的差異只出現在，前者核准時點由於是在本案判決之前，因此需要由法院審酌勝訴可能性，以作為準駁依據之一；而後者永久禁制令，因為專利權人已經取得本案勝訴判決，所以法院無庸再為勝訴可能性的判斷，因此不管是臨時禁制令、還是永久禁制令，在衡平原則下，都必須由法院判斷是否具有「保全必要性」，以作為准駁禁制令的依據。臨時禁制令和永久禁制令在判斷上，有一定程度關連性和相似性。

而 eBay 案之所以會在本章提出，而加以討論，無非是因為最高法院在 eBay 案中，對於該案的態度、和操作保全必要性要件的看法，必然會對下級法院操作臨時禁制令的保全必要性，產生一定程度的影響。再者，eBay 案從地方法院開始到聯邦巡迴上訴法院，彼此看法已出現分歧，而最高法院又分別指摘地方法院及聯邦巡迴上訴法院不當之處，加上最高法院內部之協同意見書在立場上亦出現不同觀點的考量，對於深入瞭解美國實務如何看待核發永久禁制令，乃至於臨時禁制令，實極具有參考之價值，故本節將概略介紹各級法院對衡平法上標籤解釋之差異，並試著從最高法院的判決決定，討論其所帶來之影響。

第二項 案例事實與法律爭議

第一款 背景事實

原告 MercExchange 是一家擁有 3 件關於線上拍賣技術專利、但卻沒有在市場上以

前開專利，直接從事相關的商業活動，換句話說，MercExchange 只「擁有」專利，而未直接「實施」專利，而被告 eBay 則是世界知名的電子商務網站。紛爭起點在於 2001 年時，MercExchange 指控 eBay 侵害並使用其「立刻購買交易」方法技術侵害其專利權（即 U.S. patent number 5,845,265，以下簡稱 265 號專利），故提起訴訟。地方法院於 2002 年舉行馬克曼聽證，判定 eBay 侵害原告 265 號專利，但卻駁回原告對於永久禁制令的聲請⁸⁶。嗣後原告上訴至 CAFC，CAFC 將地方法院拒絕核發永久禁制令部分予以撤銷，此一判決 eBay 再為不服，乃上訴至聯邦最高法院，聯邦最高法院受理後撤銷 CAFC 之判決並發回。

第二款 歧異的下級法院見解

地方法院是以傳統衡平四要素檢視法（four-factor test）——即無法彌補之損害、法律上適當之賠償、公共利益以及兩造利弊得失——作比較後，認為原告並無理由取得永久禁制令。法院駁回原告聲請的理由為：（一）原告有意願將專利權授與他人實施⁸⁷，且原告並沒有實施其專利於商業活動上，僅是以訴訟尋求禁止他人實施其專利，此足以推翻原告將受有不可彌補損害之推定⁸⁸。（二）原告並不排除將專利權授與 eBay 使用，因此金錢賠償對於原告並非不適合⁸⁹。（三）在公共利益的考量上，雖然核發永久禁制令有所必要，但是因為原告並無實施其所有之專利，因此為了保護公眾使用已經取得專利之商業方法（business method patent）之權利，拒絕核發禁制令是合宜的⁹⁰。（四）儘管原告擁有專利本身即應該受到尊重，但是原告在本案就其專利僅只是意欲為授權行為及以訴訟禁止他人使用，原告本身並無開發或使用該專利，顯見如不核發永久禁制令，原告所受之損害仍可依照賠償制度獲得填補。反過來說，如果授與原告永久禁制令，被告仍將會以迴避設計（design-around）繼續為商業活動，原告勢必會再對原告之迴避設計行

⁸⁶ MercExchange, L.L.C. v. eBay, Inc., 275 F. Supp. 2d 695, 722(E.D. Va. 2003).

⁸⁷ Id. at 712.

⁸⁸ Id. at 712.

⁸⁹ Id. at 713.

⁹⁰ Id. at 713-714.

為提起專利侵權訴訟，因此法院核准永久禁制令行為不但不能定紛止爭，反而引發下一波訴訟、造成更多司法資源耗費，所以法院在考量持續的訴訟關係也是一種困境之後，仍以不核發禁制令對整體較為有利⁹¹。

當雙方就是否核發永久禁制令之爭執上訴至 CAFC 時，CAFC 駁回了地方法院對於商業方法專利以及訴訟延燒可能性（the likelihood of endless litigation）的考量⁹²，亦不採地方法院以原告之樂意授權（willingness）說法解釋為有授權含意（intent）之見解⁹³，因此（一）在專利法所賦予之排他權正是財產權概念之本質下，當侵權行為與專利有效性均已判定後，自動核准永久禁制令聲請只是一般法則（general rule），僅有在極少數為追求公共利益情況下，地方法院方有權駁回永久禁制令聲請⁹⁴。（二）大眾對於商業方法之關心並非一個充足理由，而核發永久禁止令之兩造紛爭仍會繼續，在不核發禁制令時亦可能會發生。（三）如果禁制令本身會提專利權人額外之談判力量，那也是專利排他權本質使然，此並非給予不在市場上競爭之專利權人不當報酬，禁制令不應當只保留給那些自行實施專利者，而排除選擇以授權方式為利用方式之專利權人⁹⁵。由此已經可以看出 CAFC 對永久禁制令核發與否的態度與地方法院是處於幾近光譜的兩端，CAFC 自然也不會以地方法院所採之四要素檢視法去分析個個要素，而是依據一般法則逕為撤銷地方法院之決定。

第三款 聯邦最高法院之判決

聯邦最高法院受理 eBay 案後，最高法院 9 名大法官全體無異議的作出一致性終審判決，作出判決主要的結論是：（一）傳統之四要素檢視法在專利法下有適用於檢視核准永久禁制令與否之必要⁹⁶。（二）在原告成功證明被告侵權之專利訴訟中，專利權人

⁹¹ Id. at 714-715.

⁹² MercExchange, L.L.C. v. eBay, Inc., 401 F.3d at 1339.

⁹³ Id.

⁹⁴ Id. at 1338.

⁹⁵ Id. at 1339.

⁹⁶ eBay, Inc. v. MercExchange, L.L.C., 126 S. Ct. 1837, 1839(2006) .

授權專利之意願、以及缺乏實施其專利的商業活動，不應當成為拒絕核准永久禁制令之理由⁹⁷。

在本案中，無論地方法院或是 CAFC 都以無法令人滿意的極端方式（unacceptable extremes）適用衡平法則，地方法院雖然有實際操作傳統四要素檢視法，但其過於擴張態度，將使得許多原本應該核發永久禁制令之情形，亦遭到否定。如從某些專利權人——像大學研究員或自為研發之發明人（self-made inventors）——的角度來看，他們毋寧是較願意以授權方式去實施其專利，而非花費時間去籌措資金而將其成果商業化，像這類專利權人可以滿足傳統四要素檢視法，但也看不出有合理類型化的拒絕給其永久禁制令機會，因此地方法院類型化法則之作法是無法與專利法之衡平法則一致⁹⁸。至於 CAFC 則與地方法院判斷剛好相反，其是錯誤類型化准許禁制令⁹⁹。

雖然聯邦最高法院對於達成前開發回事實審法院，指示下級審應重新適用衡平法則於本案中達成一致性見解，但對於為何要以衡平法則作為核發永久禁制令之理由，卻出現了大異其趣看法，或許將來值得觀察的是，大法官們表面上維持一致的法律見解，是否會因為協同意見中出發點各自不同的角度，而讓下級法院有不同訊號的解讀，進而作出迥異的裁判。

以首席大法官 Roberts 為首之 Scalia、Ginsburg 三位大法官的協同意見是以「先例

⁹⁷ Id. at 1840.

⁹⁸ Id. at 1840. (“Although the District Court recited the traditional four-factor test, 275 F.Supp.2d, at 711, it appeared to adopt certain expansive principles suggesting that injunctive relief could not issue in a broad swath of cases. Most notably, it concluded that a “plaintiff’s willingness to license its patents” and “its lack of commercial activity in practicing the patents” would be sufficient to establish that the patent holder would not suffer irreparable harm if an injunction did not issue. *Id.*, at 712. But traditional equitable principles do not permit such broad classifications. For example, some patent holders, such as university researchers or self-made inventors, might reasonably prefer to license their patents, rather than undertake efforts to secure the financing necessary to bring their works to market themselves. Such patent holders may be able to satisfy the traditional four-factor test, and we see no basis for categorically denying them the opportunity to do so. To the extent that the District Court adopted such a categorical rule, then, its analysis cannot be squared with the principles of equity adopted by Congress. The court’s categorical rule is also in tension with *Continental Paper Bag Co. v. Eastern Paper Bag Co.*, 210 U.S. 405, 422-430, 28 S.Ct. 748, 52 L.Ed. 1122 (1908), which rejected the contention that a court of equity has no jurisdiction to grant injunctive relief to a patent holder who has unreasonably declined to use the patent.”)

⁹⁹ Id. at 1840.

優先原則」為主—認為永久禁制令核發必須以傳統衡平原則為考量，是因為「法院不應草率地背離具有悠久傳統之衡平慣例¹⁰⁰」，三位法官更指出法院的裁量權並非一時興起，依照法定準則來限制裁量權，將有助於促進「相同案例應為相同處理」此一正義基本原則¹⁰¹，甚至該協同意見引用大法官 Holmes 之名言：「一頁歷史勝過千言萬語的邏輯（a page of history is worth a volume of logic）」作為結語。

至於以大法官 Kennedy 為首之 Stevens、Souter、Breyer 四位大法官協同意見，則以「時空脈絡下之衡平觀點」作為支持最高法院判決之出發點。其認為傳統上關於核發禁制令之慣例，並非建立在「以金錢賠償作為保護專利之排他權是困難的¹⁰²」這樣的基礎上。無論專利法上之法條文句、或是傳統上禁制令之救濟，均認為排他權存在的本身，並非就是代表救濟的方式¹⁰³。

早期案例對於核發禁制令是為理所當然，不過是僅說明四要素檢視法則在當時時空必然之結果而已，因此只有在過去案例客觀環境與法院現今所面臨狀況極為類似時，先前案例方具有指導現今判決價值的存在。況且目前發生案例中，專利權人實施專利之方式以及其展現經濟上的功能已經與過去顯有差異。在某些產業的發展，公司已經不把專利作為生產銷售之獲利基礎，反以收取授權費用做為獲利來源，對於這一類公司，禁制令就是其談判之籌碼，以便準備向其取得授權之他方索取更高之授權金，此尤其在專利僅佔公司所生產之產品一小部分時，禁制令威脅更是一種談判時不正當的手段，此時法定金錢賠償也許已經足夠賠償侵權行為所造成之損害，而禁制令核發反有害公共利益。此外，對於過去沒有很高的經濟及法律上意義，但近期卻在專利數量上迅速增加之商業方法專利，禁制令救濟應該要有不同之結果，此時由專利法所賦予之衡平裁量權正好可

¹⁰⁰ Id. at 1841. (“a major departure from the long tradition of equity practice should not be lightly implied”)

¹⁰¹ Id. at 1841-1842. (“Discretion is not whim, and limiting discretion according to legal standards helps promote the basic principle of justice that like cases should be decided alike”)

¹⁰² Id. at 1842. (“the difficulty of protecting a right to *exclude* through monetary remedies that allow an infringer to *use* an invention against the patentee's wishes”)

¹⁰³ Id. at 1842. (“Both the terms of the Patent Act and the traditional view of injunctive relief accept that the existence of a right to exclude does not dictate the remedy for a violation of that right.”)

使法院得以因應快速變動之科技與法律發展¹⁰⁴。

第三項 聯邦最高法院見解帶來之影響

第一款 對永久禁制令個案之直接影響

因為聯邦最高法院是針對永久禁制令核發標準直接作出表態，因此不難想像下級法院在 eBay 案之後，再遇到有專利權因侵害而聲請永久禁制令時，自然會依照最高法院見解而更勇敢的本於裁量權在四要素檢視法下，衡平決定是否應當核發永久禁制令。在 2006 年之 *z4 Technologies, Inc. v. Microsoft Corp.* 案中¹⁰⁵，地方法院幾乎是如實傳達了最高法院在判斷是否核發永久禁制令上之見解，其判決理由為：（一）z4 雖然主張最高法院在 eBay 案中引用 *Amoco Production Co. v. Village of Gambell, Alaska* 之判例來說明臨時禁制令與永久禁制令所應適用衡平法則相同，但最高法院在相同案例中亦指出，禁制令體系採用不可回復損害的推定是悖於傳統之衡平法則的¹⁰⁶，而聯邦最高法院已於 eBay 案中要求下級法院應本於衡平法則以判斷是否應當核發永久禁制令，本件法院既不採用不可彌補損害之推定，而且 Microsoft 之侵權行為並未導致 z4 無法實施或授權其專利，再者，Microsoft 使用系爭專利技術僅佔其產品軟體之一小部分，購買 Windows 及 Office 之人也不可能是為了 z4 之系爭專利而購買 Microsoft 軟體，因此縱無核發永久禁制令，也不會使 z4 產生無法彌補之損害。（二）Microsoft 雖然侵害 z4 之專利，但並沒有使 z4 無法銷售、授權其品給其他廠商，也並沒有威脅到 z4 的商譽。又該專利僅佔

¹⁰⁴ Id. at 1842-1843.

¹⁰⁵ *z4 Technologies, Inc. v. Microsoft Corp.*, 434 F. Supp. 2d 437 (E.D. Tex. 2006)

¹⁰⁶ Id. at 440. (“z4’s arguments for the application of a presumption of irreparable harm are creative, but z4 cannot cite to any Supreme Court or Federal Circuit case that requires the application of a rebuttable presumption of irreparable harm with regard to a permanent injunction. In *Amoco Production*, the Supreme Court stated that applying a presumption of irreparable harm in the context of an injunction “is contrary to traditional equitable principles.” See *Amoco Prod. Co.*, 480 U.S. at 545, 107 S.Ct. 1396. Furthermore, in *eBay*, the Supreme Court indicated that an injunction may only issue “in accordance with the principles of equity” under both the patent and the copyright acts but does not in any way imply that a rebuttable presumption of irreparable harm should apply to permanent injunctions under either act. See *eBay*, 126 S.Ct. at 1840. Rather, the Supreme Court stated, “[A] plaintiff seeking a permanent injunction must satisfy a four-factor test before a court may grant such relief.”)

整體 Microsoft 軟體之一小部分，且並非該產品核心功能，再者，基於過去基礎權利金之數額可正確計算得出，Microsoft 也不是無法負擔此一部分損害賠償金，因此法院認為 z4 並沒有舉證證明 Microsoft 未來之侵害是會造成 z4 金錢所無法彌補之損害¹⁰⁷。(三) Microsoft 宣稱若受永久禁制令之核准，市場上將充斥盜版軟體而造成 Microsoft 難以估計之損失，而此一損失將是遠超過 z4 因為沒有永久禁制令所可能遭受之有限且可填補之損失，再者，市場上充斥盜版軟體對於公共利益將造成負面影響¹⁰⁸。因此地方法院決定不應核發永久禁制令與原告 z4。

其實若從法院放訊號的角度來觀察 z4 Technologies, Inc. v. Microsoft Corp. 一案，其實不難發現，下級法院已經「體察」到大法官 Kennedy 的用心，也似乎認同其禁制令不應當被用來當作談判索取高額權利金之手段的理念¹⁰⁹，特別是在原告所主張的專利僅佔整體產品的一小部分、原、被告並沒有在同一市場上競爭、且「原告持續的侵權行為並沒有阻止其接近市場、授權、或銷售其專利技術」之時。更而甚者，或許可認為最高法院在傳達其贊同以強制授權代替永久禁制令的核發，未必不可的態度。在 z4 案對於法律要件的解釋重新劃下新的範圍時，或許對下級法院而言，z4 的案例更可以成為一個將來作為判斷是否核發永久禁制令、乃至於臨時禁制令一個重要的事實標籤，將來類似事實再度發生時，是否將會以強制授權方式代替禁制令的核發，實在值得注目。

第二款 對臨時禁制令間接影響

由於最高法院在 eBay 案中曾引用 Amoco Production Co. v. Village of Gambell, Alaska 之判例，用以說明臨時禁制令與永久禁制令兩者所適用之衡平法則，是相同的；兩者差距只在判斷是否核發永久禁制令時，法院已無需考量勝訴可能性問題。而不管是

¹⁰⁷ Id. at 441-442.

¹⁰⁸ Id. at 443-444.

¹⁰⁹ 但是聯邦最高法院並沒有明確說出到底以怎麼樣的標準，多高的數字才是其心中認為之過高之授權金，這遺留下的難題將會是，下級法院若為了避免原告索取過高之權利金而不核准永久禁制、乃至於臨時禁制令，則法院將面臨到在說理以及認識上極高的成本，因為對於一件尚未發生的事，要據實表明原告將有此作為，也並非容易。

臨時禁制令、亦或是永久禁制令，法院在無法彌補之損害、利益衡平與公共利益三個要件所對應的事實上，其判斷標準並無二致；最重要的是，由於聯邦最高法院迄今未對臨時禁制令核發標準，有針對性且具體的表態，因此最高法院在永久禁制令上應該適用何種標準所表達的態度及看法，對處於臨時禁制令階段之下級法院及潛在當事人而言，即有不可忽略的重要性，換句話說，聯邦法院在 eBay 案所持的觀點，對下級法院而言，是一重要之訊號。

最高法院對 eBay 案見解所形成立竿見影的效果，從 Finnegan 外國法事務律師事務所所做的調查或許可見端倪，其調查從 2006 年 5 月美國聯邦最高法院作出判決後，聯邦地區法院審理的 23 起專利案件中，只有 17 起簽發永久禁制令，6 起被駁回。在 6 宗涉及臨時禁制令的地方法院案件中，只有 3 宗被批准簽發臨時禁制令，3 宗被駁回¹¹⁰。

在前述討論美國實務對臨時禁制令核發標準時，不難看出美國實務對於控制臨時禁制令核發，向來是倚重「本案勝訴可能性」此一法律要件，並且朝向以專利侵權解釋之程序作為臨時禁制令中操作「勝訴可能性」之方式，個案中著墨於此程序而耗時超過一年者，所在多有，從這裡已經可以看出美國實務對於臨時禁制令核發之小心態度。在 eBay 案之前，亦早已有實務見解特別強調因為臨時禁制令「是一種激烈而特殊的救濟手段」，「不應例行性的被核准」，因此縱然聲請人已經證明本案勝訴可能性，亦不能「推定」專利權人會遭受無法彌補之損害，此仍必須由專利權人加以實質證明，此無疑又是對臨時禁制令核發為更進一步的設限。而當聯邦最高法院在 eBay 案中就已經取得勝訴之永久禁制令核發採取嚴格態度時，則「舉重以明輕」，在本案判決尚無定論情形下，給予原告效力與永久禁制令不分軒輊之臨時禁制令，實等同讓專利權人「事前」得以「控制」其發明，法院當然更應該戒慎恐懼在勝訴可能性判斷外，針對原告之保全必要性要求更高的舉證責任，所以至少在為了避免邏輯、以及論理上矛盾的基礎上，下級法院在核准臨時禁制令的判斷上，必然會減少一旦原告成功證明本案勝訴可能性即可推定不可

¹¹⁰ 智慧財產季刊，第 64 期，12 頁。

彌補損害之情形。整體觀察，美國實務在臨時禁制令的演進上，其實是不斷釋放聲請人所必須負擔的舉證責任越來越重、臨訟成本越來越高之訊號，易言之，法院有意以緊縮臨時禁制令之核准，改善臨時禁制令超脫原本訴訟救濟目的，而成為商業與競爭之手段的混亂狀況。

由先前所討論到 CAFC 對於核准臨時禁制令的判斷要件，已經出現有逐漸降低「勝訴可能性」佔法院心證權重的態度，而傾向加重原告舉證因為核發臨時禁制令而受有「無法彌補損害」責任。也因為如此，法院在認識何種事實態樣符合「無法彌補之損害」要件的成本亦必然增加（相較於過去對原告採推定之方式而言）。對法院來說，判斷未實施專利之專利權人，是否因他人侵害其專利權，而受有無法彌補之損失，並非易事。這除了「無法彌補損害」的資訊該如何蒐集，有著極高的成本之外，如何給予一個法律上價值的判斷，也著實令法院為難。

雖然聯邦最高法院在 eBay 案中一直重申不要類型化（即標籤化）判斷要件之事實態樣，其或許是怕過於類型化，會使法院在判斷上過於簡單化，導致是否應當核發禁制令上容易出現貼錯標籤的情況。進一步的延伸是，如果發生錯誤卻又未能受到更正，可能會出現錯誤的標籤一再被其他案件援引作為參考基準，進而造成積非成是的後果，因此才有最高法院針對地方法院見解，就未實施專利之專利權人並無受有無法彌補之損害部分，提出反駁意見，認為地方法院一概將未實施專利之專利權人標籤化為沒有無法彌補之損害的態樣，可能將失之過寬，因為尚有大學研究員與自己研發之發明家，需要受到臨時禁制令之保護。

惟聯邦最高法院雖然亟欲避免將特殊事實類型化、標籤化，希望下級法院能從衡平法則的法律構成要件去對案例事實整體作推敲，但是既然最高法院的判決理由已點出了兩種未實施專利卻可能受有不可彌補損害之專利權人的事實，此無疑仍是類型化、或是標籤化不可彌補損害之事實態樣，只是更為細緻而已，對下級法院而言他日若有雷同案例必定會援引此一部份最高法院之見解，因為對下級法院而言，此一標籤已經某程度幫

它們解決使用專利態樣與無法彌補之損害間因果關係的事實認定問題。顯然，只要保持事後發現錯誤，能由上級法院糾正的方式更正錯誤，則下級法院以貼標籤作為事實認定、法律思考的起點，應不為過。

在另一方面，大法官 Kennedy 又將侵權態樣中系爭專利僅佔產品一小部分者，從以往早期所謂侵害專利就是侵害整體產品的態樣中獨立出來，並且認為在此情形核發禁制令，因為有害於公共利益，所以以法定金錢賠償並非不可。顯然的，在專利權人已經獲得勝訴判決情況下，最高法院都不認為有永久核發禁制令的必要，更何況尚在審理階段聲請臨時禁制令之情況，因此將來下級法院受到最高法院所放出要考量專利佔整體產品比例之訊號影響，在判斷「公共利益」乃至於「無法彌補之損害」此二法律標籤上，是否會以此類型化之事實標籤作為判斷依據，頗值得觀察；對於想要以臨時禁制令進行權利金勒索之專利權人而言，由於大法官 Kennedy 之看法形同認為給予強制授權金已足，因此在想像上，似乎將不會再以投入高額訴訟成本先取得臨時禁制令，再進而攫取更高額的權利金作法，橫行於市場上。

再者，從前開針對聯邦最高法院在 eBay 案所作出的判決，我們發現大法官們一致的意見，其實是由代表著兩種不同的價值所得出來的共通結論，以大法官 Roberts 為首的意見，是「回顧過去」、以尋求法安定性為主的觀點；而以大法官 Kennedy 為首的意見，則是一種「展望將來」、以衡量個人及社會成本效益孰優的觀點。由於前者以「相同案例應為相同處理」為運作四要素檢視法的前提，因此當下級法院對最高法院此一訊號作出回應、進行核發禁制令判斷時，或許法院在判斷上較有動機以援引判決先例的方式作為認識事實的方式，此不但可大幅減低法院認事用法的成本，也因為遵守最高法院之見解而不易遭到駁回或撤銷；相較於前者，下級法院以後者之看法操作四要素檢視法則時，不但要能「顧後」，還要「瞻前」，而且對於認識事實之方式還要能因時制宜，以避免禁制令之威脅被當作談判時之不正當手段。哪種大法官的觀點將成為指導下級法院操作審查禁制令的標準，頗值得玩味。

第四項 小結

由最高法院的位階，以及其從未對臨時禁制令的核發標準，表達過具體意見，因此可以想見的，最高法院在 eBay 案對於永久禁制令表達之看法，對下級法院而言，必然透露著極具影響力的訊息，下級法院將不得不正視最高法院所發出訊號。

總結聯邦最高法院在 eBay 案中的態度，無疑是對永久禁制令的核發，採取一個較為審慎且必須依照衡平法則加以判斷的態度，其是否決 CAFC 推定的作法。而此一判斷的重心，因為是落在「無法彌補之損害」、「雙方利益衡平」及「公共利益」等保全必要性的要件上，因此最高法院嚴謹的態度，也造成下級法院對臨時禁制令的保全必要性要件的嚴格化。

至於從法院貼標籤的位置觀察，雖然最高法院傳達了地方法院與 CAFC 均以錯誤的標籤作為判斷的標準，因此才三令五申要求下級法院不要以類型化事實態樣的方式，作為認識事實的基礎。但實際上，問題的癥結在於地方法院和 CAFC 使用的標籤過於粗糙，未能考量個案彼此間的差異，以致於過於「一體適用」，而造成錯誤結果。對此最高法院一方面要求 CAFC 必須重新適用衡平法則，而非以一「勝訴之專利權人」標籤，即作為自動核准永久禁制令的依據；另一方面，也要求下級法院應當在個案上作更細緻的區分，而非僅將專利權人，區分為「有自為實施專利之專利權人」及「未自為實施專利之專利權人」兩種，而忽略了在未實施專利權的態樣裡，尚有如同研究人員及自行發明等兩種更為具體的態樣。所以縱使最高法院明白表示，類型化事實態樣不可取，但根本無法阻止以貼標籤作為判斷事實真相的思維模式，真正應該改進的，是法院發展正確標籤、以及修正貼錯標籤的能力。

以下第五章及第六章會將目光從美國實務移轉到我國實務的現況，在利用法院「放訊號」和「貼標籤」兩種觀點討論我國實務現況的同時，本文仍舊不時以美國實務的作為比較對象，以期望對我國實務提供一接近的對照基礎。

第五章 我國定暫時狀態處分「放訊號」的實務觀察

本章節主要是從最高法院和高等法院對定暫時狀態處分的裁定作分析，首先從表面的准駁資料著手，觀察高等法院不同標準之下定暫時狀態的准駁情況，以及當事人抗告或再抗告到最高法院時，最高法院廢棄亦或是駁回抗告的比例，希望嘗試能解讀出法院究竟想放出何種訊號，也希望藉由這樣反推式的作法，區別最後事實審與法律審，對專利事件中定暫時狀態處分的處理態度為何。

本章也將從「後果式思維」的分析角度，對高院裁定的理由以及判斷標準作剖析。在多回合賽局的情況下，法院與當事人間的關係可能是已經固定的，但是在想像上，潛在當事人會因為法院處理方式的異同，而對其裁定所釋放出的訊號有著不同的解讀，進一步的擬定可能相同於前案或是迥然不同的訴訟策略，希望法院對自己為有利裁定，這樣的互動又影響著下一回合定暫時狀態處分程式的風貌。因此，法院裁定的理由以及標準，以及背後所釋放出來的訊號，將如何影響當事人的行為決策，也將會是本章所將要觀察的重點。

第一節 高等法院與最高法院定暫裁定態度的觀察

第一項 高等法院裁定狀況之初步觀察

為初步掌握我國法院處理專利事件定暫時狀態處分之概況，本篇論文利用司法院法學資料檢索系統中之「裁判書查詢」的功能，以「專利」、「假處分」作為檢索語詞¹¹¹，

¹¹¹ 以最高法院的決定為出發點，並利用「專利」、「假處分」為檢索關鍵字，乃是因為筆者以「專利」、「定暫時狀態處分」尋找時僅發現有 24 筆資料，若是以「專利」、「暫時」、「假處分」尋找，則有 61 筆資料，若是以「專利」、「假處分」為尋找關鍵字的話，會有最高之 81 筆資料出現，或許可能是因為許多相關之專利定暫時狀態處分裁定，法院仍以「假處分」名之，因此造成不同的關鍵字，出現不同數目的資料差異。若再考慮法院本身可能有漏未上傳裁定的情況時，可能會出現實際狀況與搜尋到的資料有所出入的情形，縱然如此，由於以「專利」、「假處分」之搜尋，已經是專利事件定暫時狀態處分資料所能搜集之最大範圍，而且再考慮未來潛在搜尋物件亦無法接觸到漏未上傳的裁定，所以目前搜尋到資料來作分析，希望能尚稱允當。

針對最高法院的裁定作檢索，並且再往下搜尋與最高法院裁定對應之高院裁定，試圖在定暫時狀態處分的垂直面上作初步的實證資料整理。

所謂的垂直分析，是相對於水平面的分析而言。因為已有論文針對地方法院作過水平面的初步分析¹¹²，但是其並未特別針對該些地方法院抗告、以及再抗告後的情形作出追蹤，因為各地方法院資料已多，若再加上垂直面上的觀察，會造成在資料整理、統計上難以憑一人之完成。但是不可否認的是，我國上級法院對個案處理之態度和標準，往往成為下級法院援用的依據，可以想見的是上級法院的判決先例會對下級法院認事用法的態度及方向具有實質的影響力。因此為了補充僅從地方法院的角度作觀察的缺憾，本篇論文將聚焦在最高法院以及高等法院之間，搜集此二層級的法院裁定資料，以之作為觀察的重點。

以裁判書查詢系統所搜集到的資料來看，最高法院所做出裁定與專利事件的定暫時狀態處分相關者，共有 81 筆，與之相對應的，當然有 81 筆高等法院裁定的資料。資料分佈時間，從民國 89 年到 96 年皆有之，但是 92 年 9 月 1 日新法實施前之個案僅有 5 件，而且與裁定判斷標準實質相關者，僅有 2 件，其餘 3 件最後將不列入統計之中，因為這 3 件與新法實施日期之後的 47 件，主要若不是涉及執行標的、執行方式、管轄問題、當事人能力、證據抄錄等與程式方面較為相關的爭議，便是以進入再審抗告、或單純爭執擔保、反擔保金額等非直接相關的實體問題，因此皆不納入後續分析的考慮，所以真正會成為本論文分析的裁定實際上只有 31 件。

但是未顯現在本篇論文的觀察個案或資料，未必就不能提供值得令人注意的訊息。從被排除納入統計的個案資料，旁觀者已經可以對定暫時狀態處分競爭激烈獲得一個模糊輪廓的印象。當相對人以爭執程序進行正確與否，爭執定暫時狀態處分準駁是否合法時，不難想像當事人對於定暫時狀態處分有無的錙銖必較，這是其一。而實際上受定暫

¹¹² 吳佳穎，專利事件定暫時狀態處分之研究，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2007 年 1 月，39 頁。

時狀態處分不利益，而未能上訴三審堅持到最後的個案，其數量想必不在話下，這無疑是因為定暫時狀態處分本身法律設計架構始然，使得最先取得處分的聲請人，往往能透過處分確定前執行不暫停的效力，對相對人的生產或是市場行銷產生極大的成本壓力，而這已經可以使得大多數的相對人屈服而和解¹¹³，這是其二。因此縱然本論文能夠整理出來的個案資料有所限制，未必能提供司法運作實務最真實的資訊，但有時候僅從被排除的資料、或是法律本身設計之架構，已經可以萃取出表面所未道出的故事。

表 5.1 高等法院裁定標準與准駁結果統計表

	低度判斷標準 ¹¹⁴	高度判斷標準
准許裁定	6	2
撤銷裁定	6	17

在如何界定「即時解決問題」與「司法資源使用」之間的成本效益關係上¹¹⁵，本文嘗試以法院在評估該為准駁裁定的判斷標準作為依據，略分為「高度判斷標準」與「低度判斷標準」。前者認為法院若有針對「被保全權利」與「保全必要性」作擇一或同時地、並要求聲請人必須達到高度蓋然性的證明時¹¹⁶，即歸類為以高度判斷標準為裁定依

¹¹³ 范曉玲、郭雨嵐，專利保全程序實務，智慧財產培訓學院教材，2006年4月，44頁。

¹¹⁴ 表 5.1 中的「低度判斷標準」與「高度判斷標準」，是指法院在衡量是否要核發定暫時狀態處分裁定時所採取的兩套不同的心證標準，前者要求釋明程度只要能使法院產生「大致如此」心證，意即「大概就是有這樣的情況」；而後者法院要求必須提出「可使法院信其為真實，並能即時調查之證據」以釋明之。兩者反應出法院在判斷證據證明程度高低時，有不一樣的高低態度。詳細討論見第五章第二節以下。

¹¹⁵ 這裏的司法資源是指法院所耗費的時間、人力與精神思維成本等而言。

¹¹⁶ 民事訴訟法第 284 條規定：「釋明事實上之主張者，得用可使法院信其主張為真實之一切證據。但依證據之性質不能即時調查者，不在此限。」至於法院要如何相信，此主觀要件並未言明，是否應該針對不同之事實有不同處理態度，標準何在，也付之闕如。因此有學者在「被保全權利」的釋明上，認為「智慧財產權之定暫時狀態處分，因其獨佔及排他之特性，所為之裁定屬滿足性處分，以實現其本案請求，則關於其請求及被保全之權利存在之釋明，應要求高度心證之形成。」見鄭玉山，民事保全在智慧財產權事件之運用，智慧財產專業人員培訓計畫—司法人員專班，2006年11月，4頁。另有針對「被保全必要性」者：「一般情形，釋明就事實存在之證明度僅要求至優越之蓋然性（證據優勢原則），亦即事實存在之蓋然性比其不存在之蓋然性高即可，惟在滿足性處分，其保全之必要性需達到較高之證明度。」見許士官，新世紀救濟法之開展一定暫時狀態處分之活用，臺灣本土法學第 58 期，2004 年 5 月，58 頁。

據；若是法院在「被保全權利」與「保全必要性」上，不採取嚴格釋明態度，僅以「大致如此」心證作判斷的話，則歸類為低度判斷標準。從另一個角度來說，所謂「高度判斷標準」是指法院本身需要投注更多的思維和判斷成本在兩造所提出的事證上面，當然這也意味著原被告雙方在定暫時狀態處分的攻防上，不可避免的要提供更多、更具體的事證給法院，以證明自己需要或者沒有必要核發定暫時狀態處分；而「低度判斷標準」可以想見的是，法院以及原告在定暫時狀態處分上，是以付出較低成本的方式在處理事證上，而此時被告當然也形同被迫接受此一對其極為不利的判斷標準。

表 5.1，即為我國高等法院在為定暫時狀態處分裁定時，作者以前述「高度判斷標準」和「低度判斷標準」作為區分標準刪選後，所得出之分析結果。似乎從數量上來看，「高度判斷標準」作為其審核的依據，以 60%之多數，些微佔有高等法院使用的優勢，而能在高度判斷標準下取得定暫時狀態處分者，僅有 2 件個案，占此標準的比例約為 11%。但是相對來看，亦約有 40%是以「低度判斷標準」作為其審核依據，最令人感到明顯差異的是，其准許裁定的比率達到 50%，至於另外一半後來並無處分核准的原因，也全部是因為法院讓相對人提供「反擔保」而免為或撤銷處分，換句話說，當法院以低度判斷標準作為心證依據時，原先所有 12 件個案是百分之百取得法院定暫時狀態處分裁定，只是後來有一半因相對人供反擔保而無受處分之執行。

這表格首先呈現了幾個注意的訊號。第一，遇到以高度判斷標準作為審核依據的法院，聲請人大致上居於弱勢，或許資料反應的是法官嚴加把關的態度，因此定暫時狀態處分的核發數目偏低；其次，有論者認為，低度判斷標準這種百分之百既先為准許、後又可撤的作法，十足呈現了法院核發處分裁定隨意，嗣後又撤銷浮濫的現象¹¹⁷，未言盡

¹¹⁷ 吳佳穎，同註 112，92 頁。論者指出「依照我國實務通說，既然法律為特別將民事訴訟法第 536 條之 1 規定排出於定暫時狀態處分之列，且於性質上亦非不能準用，法就符合該項規定之情形者，自得允許債務人供擔保撤銷定暫時狀態之處分。再者，我國法院傾向認為專利權乃財產權，其實施終局目的係為財產利益，其所受侵害，不問係營業力抑或商譽損失，均得以金錢賠償之方式填補之。...此種看法再度印證我國法院慣將定暫時狀態處分與一般假處分同事之常態思維，...在在均顯示我國法院習將一般假處分之規定悉數準用至定暫時狀態處分，進而造成我國專利事件定暫時狀態處之核准失之浮濫，事後之撤銷亦嫌輕率。」

之處，或許是認為法院操作定暫時狀態處分毫無標準可言，根本無解決當事人雙方之間的爭執窘境，只是各打五十大板而已。最後，最值得關注的是，高等法院作為最後的事實審，其判斷事證上出現兩套高低迥異的標準，先不問其原因為何，但是寫在判決書上對外所透露出來的規範訊息是，高等法院在此意見仍「莫衷一是」，若更深入的追問的話，則是表示了法院整體價值趨向、如何運作價值所附麗的規則，法院尚無明確的看法，因此可以想見後續仍會出現類似個案，直到法院態度的競爭，出現強有力的定論為止。

第二項 最高法院對定暫時狀態處分之態度

第一款 最高法院廢棄裁定與駁回抗告分佈情形

表 5.2 最高法院准駁結果與高院裁定標準統計表

	低度判斷標準	高度判斷標準
駁回抗告	11	14
廢棄裁定	1	5

從前述表 5.1 的統計數字的分佈情形，可以得到高等法院無法在處分裁定的標準上有較為一致性的結論，但若是想找出最高法院對定暫時狀態處分的判斷標準，是否有較為明確的方向，可能也會令人失望。根據最高法院駁回抗告或廢棄裁定所作出的表 5.2 觀察，最高法院對判斷標準上的選擇，也是曖昧不清。若當事人對低度判斷標準提起抗告，高院裁定被廢棄的機率約略是 10%，而在高度判斷標準的抗告中，高院裁定被廢棄的機會雖然稍高，約略是 36%，但是占 36% 的 5 件個案中，也並非完全否定法院以高度判斷標準作為准駁的依據，仔細觀察其內容，最高法院只是對於高度判斷標準如何具體化有不同意見而已。

姑且先不管廢棄的理由為何，表 5.2 駁回抗告的資料上看來，表面上最高法院似乎尊重高院的裁定，但是更仔細觀察，除了最高法院真的是贊同高等法院的見解，而駁回當事人抗告者外¹¹⁸，仍有最高法院以當事人抗告所爭執的問題，都是事實認定當否之問題，與最高法院身為法律審只考慮法律適用之問題職掌無關，並以此為理由而駁回其抗告，換言之，最高法院對高等法院的認定，以不妄加評斷方式，避免實質表明自己的看法。或許是這一類最高法院的看法，讓定暫時狀態處分一直處於模糊的狀態，因為法院沒有明確的遊戲規則可以加以遵循，使得下級法院過於各行其事，致使潛在當事人不知標準何在，也連帶使定暫時狀態處分準駁的歧異度大大的增加。此對於法規資訊中最主要的功能「法安定性」和「可預測性」而言，可能產生最明顯的傷害。當然如果追問我國最高法院何以會偏執的以定暫時狀態處分抗告理由為事實問題，進而加以駁回不實質審查的原因，不免會讓人直接懷疑最高法院在認定抗告性質上以「事實問題」標籤、而非「法律問題」標籤認定之，可能有過於「趨易避難」的傾向。

第二款 最高法院廢棄裁定理由一覽表

由於最高法院駁回抗告的理由，有明確者、也有不置可否而讓人不知道最高法院是否是採取另一種判斷標準者，因此我們再藉由另一種角度來審視最高法院對於判斷標準的態度。下表 5.3 表列了分析資料中 6 件被最高法院「廢棄」的裁定，由於相對於其他皆是駁回抗告的決定，廢棄決定可以說是其中的「離群值」，或許從最高法院廢棄的理由，我們可以觀察最高法院是否存在完全否定某一判斷標準，或者僅僅只是對判斷標準內容的拿捏，持有與高等法院不同的看法。

¹¹⁸ 以高度判斷標準部分為例，有 94 台抗字第 44 號裁定、95 台抗字第 161 號裁定、95 台抗字第 205 號裁定、95 台抗字第 231 號裁定、95 台抗字第 780 號裁定、96 台抗字第 583 號裁定等。

表 5.3 最高法院廢棄理由一覽表

順序	裁定字號	適用判斷標準	主要廢棄理由
1	96 台抗 939 ¹¹⁹	高	不得僅以實體理由不備而駁回，尚須考慮保全必要性是否成立。而且就爭執之法律關係所主張之實體上理由，是否正當，乃屬本案判決之問題，非于保全程式所能解決之事項。
2	96 台抗 327 ¹²⁰	高	由於正向定暫時狀態處分尚未駁回確定，因此並不排除有聲請反向定暫時狀態處分的必要性。
3	96 台抗 266 ¹²¹	高	1.實體上理由是否正當，則非屬保全程

¹¹⁹ 96 台抗 939 號裁定「按於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。前項裁定，以其本案訴訟能確定該爭執之法律關係者為限，民事訴訟法第五百三十八條第一項、第二項定有明文。又定暫時狀態之處分，係保全程序，並非確定私權之訴訟，聲請人就爭執之法律關係所主張之實體上理由，是否正當，乃屬本案判決之問題，非於保全程序所能解決之事項。．．．原法院未就兩造間是否有爭執之法律關係，該爭執之法律關係是否能以本案訴訟予以確定，及再抗告人之聲請是否為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要等關於定暫時狀態之處分之成立要件之事項，予以調查審認，竟以相對人所產銷之「泌特士」藥品及其仿單不構成侵害再抗告人之著作權、專利權等實體上之理由，認再抗告人未能釋明假處分之請求及假處分之原因，因而維持台灣台北地方法院所為駁回再抗告人聲請之裁定，駁回其抗告，自有未合。再抗告論旨，指摘原裁定不當，聲明廢棄，非無理由。」

¹²⁰ 96 台抗 327 裁定謂「惟按於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分，民事訴訟法第五百三十八條第一項定有明文。查相對人之中華民國第六六二六二號、第一一〇四七六號及第一〇九九七八號專利，均為與合成吉姆賽它賓有關之方法專利，亦即相對人得主張之專利，僅限於該等方法專利所保護之範圍，並不及於吉姆賽它賓物品本身，而除上開專利方法外，相對人既自承有其他方法可合成吉姆賽它賓，僅回收率百分之十八不及該等專利方法之百分之八十五而已，則相對人就其專利方法以外之方法所合成之吉姆賽它賓或含有該吉姆賽它賓之藥品，聲請定暫時狀態之處分，迄未被駁回確定，再抗告人因而主張相對人此項聲請，干擾再抗告人就吉姆賽它賓或含有吉姆賽它賓之藥品產銷，並妨礙其商譽、營業權、正常業務之運作，致其市場競爭潛力喪失、客戶流失、須負擔違約責任及信用破產等後果，核與定暫時狀態處分之要件是否不符，即有再研求之餘地。」

¹²¹ 96 台抗 266 號裁定謂「假處分之目的係為保全強制執行，或就爭執之法律關係定暫時之狀態，苟合

			<p>式之假處分裁定所能審究。</p> <p>2.法院衡量利害關係之結果，若認實施假處分，對債務人將造成較大之損害，非不得酌定命債權人提供較高之擔保金額，以求平衡，尚不能因假處分對債務人造成較大損害，即置債權人不受繼續侵害之保護於不顧。</p>
4	95 台抗 590 ¹²²	低	<p>1.專利證書影本、侵權鑑定報告僅能證明保全請求的存在。</p> <p>2.相對人就其保全必要性之主張，並未提出可使法院信其主張為真實，並能即時調查之證據以釋明之。</p>
5	94 台抗 812 ¹²³	高	假處分之聲請不以本案業經起訴為限

於前開條件，並經債權人主張及釋明有假處分之原因存在，或有定暫時狀態之利益，法院即得為假處分之裁定，債權人亦得提供擔保以代此項釋明之不足，聲請准為附條件之假處分裁定，至債權人起訴主張之實體上理由是否正當，則非屬保全程序之假處分裁定所能審究。又法院定擔保金額而為准許假處分之裁定者，該項擔保係備供債務人因假處分所受損害之賠償。是以法院衡量利害關係之結果，若認實施假處分，對債務人將造成較大之損害，非不得酌定命債權人提供較高之擔保金額，以求平衡，尚不能因假處分對債務人造成較大損害，即置債權人不受繼續侵害之保護於不顧。」

¹²² 95 台抗 590 號裁定謂「按所謂定暫時狀態之處分原因，係指於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要者而言，此觀民事訴訟法第五百三十八條第一項規定自明。查相對人提出之公司基本資料查詢結果、中華民國發明第 I 二二八二四四號專利證書影本、財團法人台灣經濟發展研究院經智研究所專利侵害鑑定研究報告書影本等件及其引用專利法第八十四條第一項中、後段賦予專利權人『排除侵害請求權』及『防止侵害請求權』之規定，僅能釋明相對人所欲保全之請求存在，不足以釋明本件有定暫時狀態之處分原因。原法院雖引用相對人之主張謂：兩造均為 LCD 控制晶片之設計製造商，就系爭控制晶片具有直接之競爭關係，而系爭專利屬高科技電子產品，發展日新月異，生命週期短暫，廠商所投入之研發心血如何在短期內作有效之利用以收回成本，係嚴峻之挑戰，為避免因纏訟日久而造成無法回復之重大損害，自有定暫時狀態之必要云云。但查相對人就其上開主張並未提出可使法院信其主張為真實，並能即時調查之證據以釋明之。原法院遽認相對人就定暫時狀態之處分原因已為相當之釋明，爰以裁定維持新竹地院所為命相對人供擔保後為定暫時狀態之處分之裁定，自有可議。再抗告意旨，指摘原裁定違背法令，聲明廢棄，非無理由。」

¹²³ 94 台抗 812 號裁定謂「惟按聲請假處分，於本案訴訟尚未繫屬於法院前或已繫屬法院中，均得為之。」

6	93 台抗 805 ¹²⁴	高	准否債務人供擔保後撤銷假處分，除審究假處分所保全之請求，得否以金錢之給付達其目的外，並須兼顧債務人有無將因假處分而受難以補償之重大損害或有其他特別情事而予適用。「不許供擔保撤銷假處分造成債務人之損害」遠比「許供擔保撤銷假處分造成債權人之損害」高出甚多。且相對人就假處分之原因並未盡釋明之責亦屬「特別情事」之範疇。
---	--------------------------	---	--

在最高法院廢棄高等法院的裁定中，唯一一件因採取低度判斷標準而被廢棄的裁定，是編號 4 的 95 台抗 590 號裁定，最高法院認為保全必要性的釋明程度不足，自然無法准許定暫時狀態處分之裁定。此透露著最高法院中，亦有不依循低度判斷標準的法庭，只是在眾多廢棄理由中，以低度判斷標準之釋明不足為理由，仍顯得孤掌難鳴。

又假處分之聲請不以本案業經起訴為限（本院二十二年抗字第七五五號、四十五年台抗字第六九號判例參照）。查原法院以再抗告人迄不提起本案訴訟以求根本解決，冀以定暫時狀態之處分達其實現本案請求之內容，顯非適當云云為由，維持台北地院所為駁回再抗告人本件假處分聲請之裁定，裁定駁回其抗告，所持法律上之見解，核與上揭判例有違，自有可議。再抗告論旨，執以指摘原裁定不當，聲明廢棄，非無理由。」

¹²⁴ 93 台抗 805 號裁定謂「按『假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的』，或『債務人將因假處分而受難以補償之重大損害』，或『有其他特別情事』者，法院均得於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後免為或撤銷假處分，如假處分裁定未依上開規定記載者，債務人亦得聲請法院許其供擔保後撤銷假處分，此觀新修正民事訴訟法第五百三十六條第一項、第二項規定自明。是適用上開條項准否債務人供擔保後撤銷假處分，除審究假處分所保全之請求，得否以金錢之給付達其目的外，並須兼顧債務人有無將因假處分而受難以補償之重大損害或有其他特別情事而予適用。否則，即有消極的不適用法規致顯然影響裁判之「適用法規顯有錯誤」情形。．．．惟查再抗告人於原法院除指相對人假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的外，並就民事訴訟法第五百三十六條第一項有關「債務人將因假處分而受難以補償之重大損害」或「有其他特別情事」之規定，一再表稱：本件排除侵害假處分係在未實質判斷下預先實現債權人之權利內容，影響所及，不僅使其不得為假處分所禁止之行為，更使其立即面臨商業聲譽、客戶來源、市場競爭力之減少，甚者被迫裁員，造成其因假處分而受難以補償之重大損害，且從利益權衡之觀點，「不許供擔保撤銷假處分造成債務人之損害」遠比「許供擔保撤銷假處分造成債權人之損害」高出甚多。又其商品明顯無侵害相對人之專利權，並經國立中山、中興大學鑑定，咸認不構成侵害，相對人就假處分之原因並未盡釋明之責，依最高法院五十年台抗字第一六五號判例意旨，自可解為已有其他特別情事而准撤銷假處分之事由等語。」

最高法院在態度的傾向上，仍是向專利權人靠攏，此從編號 1 和 3 之 96 台抗 939 號裁定及 96 台抗 266 號裁定可略窺一二。最高法院先是在這二裁定中，認為不應在定暫時狀態處分程序中判斷實體理由的正當性，而且甚至在編號 3 的裁定中，明顯表明對債權人（專利權人）的保護應該高於債務人（即被控侵權人），因此縱然債務人受到處分的損害大於債權人，也應以提高債權人的擔保金額，讓債權人能取得處分裁定。

前開這樣的裁定內容，及最高法院所釋放出來的訊號，對下級法院和潛在當事人而言，可以有以下幾種解讀方式：（一）最高法院的態度是以保護專利權為重，並非從衡平的角度來操作定暫時狀態處分，因此最後只要債權人願意供高額擔保，則可以獲得准許處分之裁定；（二）又由於保全程序不審究實體理由正當性，只要專利尚未經過舉發、且撤銷確定，專利權人在定暫時狀態處分中，幾乎可以穩操勝券。對下級法院而言，最高法院此種處理方式並不會增加其處理成本，自然沒有動機以高度判斷標準去作判斷；但是對債務人來說，則非常的不利，在債務人無法挑戰專利有效性、而最高法院有傾向保護債權人的情形下，定暫時狀態訴訟即容易成為打擊競爭對手的訴訟工具。

編號 5 之最高法院裁定 94 台抗 812 號，顯然把先例優先原則發揮到極致。其列舉 22 年抗字第 755 號、45 年台抗字第 69 號兩則判例¹²⁵，藉以駁斥高等法院及地方法院將債權人僅提起定暫時狀態處分而延滯提起本案訴訟一事，論之為不適當作法，是與判例相違的錯誤作法。此號最高法院裁定見解除了表明其心證是「只問判例，不問現實」外，也向潛在的專利權人傳達了一個訊息，那就是本案訴訟與暫時性保全程序是絕對無相干之兩個程序，縱使延滯本案訴訟，亦不會有其餘諸如「權利失效」或是「權利濫用」等問題，故專利權人可逕以定暫時狀態處分為手段向債務人為請求。不難想像，最高法院如此裁定會給予有心以定暫時狀態處分作為商業競爭手段一個強烈的訊號，成為其不當

¹²⁵ 最高法院 22 年抗 755 號判例：「聲請假扣押或假處分，於本案訴訟尚未繫屬於法院前或已繫屬法院中，均得為之，此觀民事訴訟法第四百九十條第一項、第四百九十五條、第四百九十九條之規定自明。」45 台抗 69 號判例：「假處分之聲請本不以本案業經起訴為限，再抗告人於聲請狀內雖僅謂願供法院所定之擔保金額，以備賠償債務人萬一因假處分受有損害時之用，而未明白表示準備提起訴訟對債務人有所請求，然法院於實施假處分後，因債務人之聲請原可定期命債權人起訴，倘逾期不為起訴，亦僅生撤銷假處分之效果，要難以此遽認其假處分之聲請為不應准許。」

行為的誘因。

再看前開表中編號 6 之 93 台抗 805 中所持理由，顯然又與編號 3 之裁定意見相左。最高法院在編號 6 之裁定中認為，債務人若因處分裁定而受到損害高於債權人未獲准許的損害，或者債務人提出未侵權的鑑定報告，就是屬於民事訴訟法所規定之「特別情事」，自然有准許其反擔保以撤銷假處分的可能性，乍看之下似乎最高法院調整了其過於偏袒專利權人之態度。最高法院在這個個案中傳遞的訊號，是認為縱然債權人之專利權受到之損害雖然可能不是以金錢給付就能達其目的，因此有准許處分裁定的必要，但法院也必須保護債務人的權益，因此可否反擔保也必須加以考慮，對相對人而言最有利的部分，乃在於現階段民事訴訟法之規定中有「特別情事」之規定存在¹²⁶，最高法院認為法院或許可以到最後仍不准予反擔保，但在程序上下級法院不可不考量此一規定要件。最終，最高法院彼此齟齬的裁定，讓下級審及潛在當事人無法從最高法院判決中得知，究竟是要偏袒專利權人多些，還是考慮債務人的權益多一點，似乎現有法條之規定加上最高法院見解，只落得治絲益棼的效果而已。

很顯然的，從上述最高法院廢棄的理由看來，最高法院對於定暫時狀態處分態度的訊號，並沒有偏向任何一邊，而且對於擔保以及反擔保的功能，也存有歧見。換句話說，下級法院以及未來潛在當事人並無法從最高法院廢棄理由中，尋得更為明確的作法，但相對的，也可以找出對各自立場有利解釋的最高法院見解。至於從整體最高法院的最終決定來看，最高法院對高等法院裁定的「低廢棄率」表態所釋放的訊號，對當事人最重要的影響，莫過於似乎只要能過得了高等法院這一關，則不管其是尋求定暫時狀態處分的保護，或是希望免為或撤銷處分裁定，幾乎都能如願以償。再從下級法院觀點來看最高法院的決定，由於以低度判斷標準作為依據時，廢棄率最低，這無疑是提供下級法院以低度判斷標準作為准駁依據的誘因。當未來潛在當事人與法院兩者皆從滿足自我利益動機的情況下，也就大幅的增加了反競爭者濫用保全程式的可能性。

¹²⁶ 該最高法院裁定書中引用被控侵權之債務人所舉出之鑑定報告，認為債務人並未有明顯侵害專利權人之專利，而專利權人並未就此提出說明，故符合所謂「特別情形」之規定。

第三項 小結

從資料的歸納中，可以約略得到高等法院在判斷定暫時狀態處分的標準上，有低度判斷標準與高度判斷標準兩種區隔，其各自占整體比例約為 40%與 60%，但是在准駁的情況上，法院以高度判斷標準作為審核依據時，其准許裁定的機率僅有 11%，反之以低度判斷標準作為審核依據時，聲請人先行取得准許裁定的機率是 100%，縱使最終可能因為相對人反擔保免為或撤銷處分，致處分不存在。從這樣的結果往將來看，最後事實審法院的標準不一，而且在低度判斷標準時的高成功率，會強化法院讓人有機可趁的訊號，成為投機訴訟不當的誘因。

再從最高法院准駁抗告的數據來看，說其原則上對高院的決定不置可否應該是不為過，雖然在低度判斷標準中唯一一件的廢棄理由，是因為最高法院不贊同高等法院採取低度判斷標準，但相對來說，卻有高達 90%的比率最高法院認為低度判斷標準並無不可，若是先前高等法院裁定的資料，已經讓人警覺以低度判斷標準作為審核定暫時狀態處分的依據，會造成投機訴訟的盛行，那麼最高法院不實際反對的態度，可能建立讓高等法院有使用低度判斷標準的誘因，高等法院自然在沒有最高法院廢棄裁定的成本下，繼續以自己的成本和訴訟便利作考慮。當最後事實審與最高法律審，都只著眼於自身的短期成本多寡時，後果自然是讓社會長期承受不當訴訟帶來的資源浪費。

第二節 高等法院定暫時狀態處分實務操作剖析

第一項 高院裁定實證資料分析

當法院在處理定暫時狀態處分的個案時，與其他類型的案件並無不同的是，法院仍舊要在「即時解決問題」效益、與「司法資源使用」成本間，進行衡量。但定暫時狀態處分這樣一個處分結果接近本案，但審理過程簡略的保全程式，對法院而言，更是無

法掩藏其衡量的心證。本節希望能透過量和質的分析，探討高等法院對後續法院裁定以及未來潛在當事人，所可能產生的影響。

下表 5.4 就是本文針對高等法院裁定結果與判斷標準所做出的資料統計簡表。

表 5.4 高院判斷標準與擔保情況分析表

	無供擔保	供擔保	先供擔保，後反擔保
高度判斷標準	17	1	1
低度判斷標準	0	6	6

表 5.4 實為表 5.1 的另一個觀察面向。其數字分佈狀態主要透露的訊號是，當高等法院傾注較高的司法資源在判斷是否應給予定暫時狀態處分時，法院就不會再以金錢供擔保、或是反擔保的方式，為其心證和決定買下保險。只是，法院在以高度判斷標準作為依據時，准許定暫時狀態處分的機率也大幅降低，僅剩約 5%，這是否意味著在高度判斷標準下，法院認為被駁回者皆是聲請無理由的投機者，此將於後續本節第二項的內容中探討。至於以低度判斷標準為依據的裁定結果，從數目上來看，顯然當法院以最節省司法資源的方式，試圖即時解決問題時，法院所節省之成本，乍看之下是讓當事人雙方以金錢去抵換了，至於真實狀況，是否即為如此，後續也會從法條要件分析的方式作討論。

第二項 高度判斷標準

第一款 考慮爭執法律關係實體上是否正當

民事訴訟法關於定暫時狀態處分要件中，文字上表面看起來，對於何為「爭執之法律關係」並未有任何限制¹²⁷，但仍有高等法院，以透過考慮爭執法律關係是否正當（即將來本案勝訴的可能性），來表達其對於定暫時狀態處分嚴格把關的立場，其著眼點常在於受侵害專利權本身是否具有有效性，以及是否有侵害之事實兩方面切入。

表 5.5 高等法院審查實體法律關係正當性一覽表

裁定案號	被保全權利有無實體理由
92 抗 1434	相對人提出未侵權之鑑定報告。
93 抗 855	未以實品送鑑定，鑑定報告有程式上瑕疵。相對人稱其專利無新穎性一事，並未為反駁或任何說明。
93 抗 857	臨床試驗為專利之合理使用範圍，不為侵權。
94 抗更（一）44	相對人提出未侵權之鑑定報告。
95 抗 1037	相對人提出系爭專利已屬眾所周知技術的鑑定報告。
95 抗 1426	再抗告人之產品僅取得專利審定並非專利權，因此無為此核發定暫時狀態處分之必要（92 抗 506 認為此一部分屬本案問題，供擔保後仍可定暫）。

¹²⁷ 法條雖未有進一步的說明，但在修正草案研議的過程中，已決定不限於有繼續性之法律關係，；而所謂的爭執，只要法律關係尚未經判決確定（即無既判力之狀態），即為已足，不以訴訟中系屬為必要，且程式之申請人未必限於現在或將來本案訴訟之原告，被告或債務人有必要時，亦得聲請定暫時狀態假處分。見許士宦，同前註 113，第 54-55 頁；另參照新法第 538 條修正理由第一點：「．．．又此項聲請不限於起訴前或起訴後，亦不論是本案原告或被告，均得為之。」

95 抗 1496	相對人自承系學名藥，因此認定相對人已經承認侵害他人藥品專利。
96 抗 1619	一專利不具新穎性；另一專利屬藥劑混合，不受專利保護。

表 5.5 說明了我國法院在系爭法律關係的實體審查上，法官在實體認定上已出現了變化。從早前偏向取信於聲請人，而法院採取薄弱心證「信其大概如此」的一般釋明¹²⁸，逐漸出現了採取嚴格釋明的取向，甚至也有單以聲請人就系爭法律關係釋明不足，進而駁回其聲請，而認為無必要進入保全必要性審查者（96 抗 1619 參照¹²⁹）。

表 5.5 的裁定，除了強化法院對實體有無理由要件採取嚴格立場的訊號外，最主要的還透露了法院認為，若聲請人無法通過被保全權利的審認，也就沒有在進一步考慮保全必要性的需要，法院在說理的程式上，表現出十足成本效益的考慮¹³⁰，這是因為法院若是已經可以判斷爭執的法律關係基礎不存在，則將來縱然原告提起本案訴訟，也無法取得勝訴之結果，自然在前程式，也就沒有核准相同於本案判決結果的保全處分。直言之，原告無法證明將來本案的「勝訴可能性」，也就沒有繼續審查「保全必要性」的必要。

此一「假處分之本案化」的態度上轉變，不管法院是否是從多回合賽局的基礎為考慮，至少，未來潛在的聲請人在解讀此一見解的訊號時，會認為法院願意多花費較高的

¹²⁸ 即早期實務見解 20 年抗字第 5 號判例「假處分為保全強制執行方法之一種，苟合於假處分條件，並經債權人聲敘假處分之原因存在，法院即得為假處分之裁判，至債權人起訴主張之實體上理由是否正當，乃屬本案判決問題，非假處分裁判中所能解決。」

¹²⁹ 高等法院在 96 抗 1619 號裁定中最後直接表明，「抗告人未能釋明其請求及假處分之原因，且其主與相對人間爭執之法律關係，欠缺定暫時狀態處分之必要性，自無庸就兩造之利益為衡量」。

¹³⁰ 96 抗 1619 駁回抗告主要意旨為：「綜上所述，抗告人未能釋明其請求及假處分之原因，且其主張與相對人間爭執之法律關係，欠缺定暫時狀態處分之必要性，自無庸就兩造之利益為衡量。抗告人雖陳明願供擔保，尚不足以補釋明之不足。」

資源，以換取較為正確的裁定，因此聲請人若要讓保全程式與本案程式脫鉤，以實現其投機訴訟，進而作為打擊對手的計畫，顯然較難以實現¹³¹。

對未來潛在的相對人來說，這樣的裁定也透露著對其有利的訊號，其有利之處在於相較於聲請人，相對人所提出的反面證據，只要能在有效性或是侵權事實中打擊聲請人之可信性，就能使法院核發定暫時狀態處分予聲請人的門檻確信產生動搖；這是因為保全程式不若本案程式，必須實質且正確的審理本案請求何人有理由，在定暫時狀態處分程式中，法院僅需判斷是否不具備聲請理由即可，這也是因為在時間及程式特性下，判斷「不具有勝訴可能性」比「具有勝訴可能性」對法院而言較為容易；只是現階段專利侵權與否、專利有效性如何的分析，並非數日可成，加上一般法院在這一方面的能力顯有未足，法院在定暫時狀態處分程序節奏的掌握，實質影響著相對人舉證責任的成本，當法院程序進行速度越快，相對人要能有效的對其產品未侵權提出抗辯、或是發現聲請人專利有效性有值得懷疑之處，其時間壓力必然對其不利，因此法院縱然願意實質考量「爭執法律關係」，但整體成效為何，應該還需要更多的實例加以觀察。

當然也有因為相對人自己承認特定之事實，使法院不費吹灰之力，即可在實體理由正當性上作出認定者，如 95 抗 1496 裁定中¹³²。在本裁定中，因為相對人自己自承是「學名藥」，因此被法院認定為有侵權事實，進而出現聲請人在高度判斷標準下，而仍可獲得准許定暫時狀態處分的稀有例子。

對於高等法院在此一判斷要件上的轉向，最高法院有以明確態度支持高院考慮「勝訴可能性」要件，進而駁回當事人針對此為抗告的例子，以 95 台抗 231 為例，最高法院表明了「審核有無核發侵害專利權定暫時狀態假處分之必要，自須考慮是否造成無法

¹³¹ 此種不僅僅著眼於眼前個案，而考慮到將來後續發展的後果式思維，明顯帶有濃厚之法律經濟分析味道的看法，亦是法律學者的一致性的看法。見馮震宇，同註 40，31 頁；鄭中人，同註 44，136 頁。

¹³² 95 抗字第 1496 號裁定：「(略) 惟抗告人在原法院已自認「(法官問：「欣血暢」系以新藥申請上市許可，或以學名藥申請？答：) 是以學名藥申請許可，成分是與(相對人之)「保栓通」之成分相同」。准此，應認相對人所提出上開釋明已足使本院對其主張抗告人確有侵害其專利權之事實，及其依法得為排除侵害請求等事項，得到較優勢之心證，應認已有釋明，並得由相對人供擔保，以補釋明之不足。」

彌補之損害、利益之衡平、是否影響公共利益、受侵害權利之有效性及權利被侵害之事實。」但是高等法院若僅僅以實體理由之不足，而未審酌保全必要性即駁回聲請者，也有遇到最高法院持反對見解者。最新的案例就是 96 抗 1619 裁定被最高法院所廢棄（即表 5.3 標號 1 之 96 台抗 939 號），由於最高法院廢棄高等法院裁定的情況極少，而且又屬最高法院最近的見解，因此極具有指標意義。在廢棄理由中，最高法院除了認為保全必要性的調查程式，不可省略外，最主要的仍是再次重申實體問題屬於本案問題的看法。這或許是最高法院考慮到，民事訴訟法第 538 條第一項有明文規定保全必要性是必須考慮的要件，因此在才會以之作為廢棄理由，並要求高等法院為處分准駁時，必須以此要件為考慮依據。

縱上所述，高等法院將來是否會僅以不具備勝訴可能性，就駁回定暫時狀態處分聲請，以此挑戰最高法院之相反見解，猶未可知，但顯然已經有高等法院願意跨出前所未有的第一步，採取此一就短期效果可能對法院而言是項負擔，但長期來說卻可抑制投機訴訟的作法，實在應該給予鼓勵。如果說前開的看法太過於前衛，或許在中庸的作法上，可以參考美國實務，聲請人若無法通過法院勝訴可能性的審查，其想要取得定暫時狀態處分的裁定，必然在保全必要性的釋明上，要能夠提出更加可信的證據才行。

第二款 高度釋明保全必要性

相較於後續會討論到的低度判斷標準，法院常同意聲請人以擔保方式取代釋明不足，所以根本無從得知法院對於該案件必要性的審酌尺度。但是法院以高度判斷標準作為依據時，由於法院正面回應保全必要性的問題，其針對個案而為准駁的標準，自然能提供未來潛在當事人或法院參考依據，其訊號無疑是明確、而較能提供未來潛在當事人有依循之標準。但是首先仍必須先確立，高度判斷標準之「標準」究竟是以什麼為標準，而「高度」又要高至何種程度。

在「保全必要性」的解釋上，民事訴訟法第 538 條第 1 項規定聲請定暫時狀態處分時，需符合有重大之損害或避免急迫之危險、或有類似之情形而有必要者，始得為之，立法者雖然以「重大」或「急迫」等用字提供予法院作為判斷依據，站在成本效益的考量上，立法者有意讓貼近個案的法院具體化其內容，以避免立法成本過高，實無可厚非，但也正因為該用字均屬於不確定法律概念，又涉及價值判斷，所以各法院標準有所差異自然不難想像。雖然在第 538 條之 3 的修正理由中，立法者有提到：「．．．惟定暫時狀態之處分，系法院為防止重大損害或避免急迫危險認有必要時，於經兩造陳述，為平衡兩造間之權益或利益而為裁定，以維持法律秩序，並兼顧公益．．．」等語，又最高法院於 95 台抗 231 也提出「無法彌補之損害」、「利益衡平」及「公共利益」作為初步的參考座標，但是隨著個案的情況不同，應有更具體的標準，否則這些判斷標準，仍無法提供潛在當事人確實的訊號。至於釋明的高度，在高度判斷的標準中，法院要求聲請人要釋明至「使法院信其為真實、即時調查之證據¹³³」。

透過個案的觀察，當法院高度判斷標準作審核時，整體結果的訊號，對聲請人來說較為不利，法院除了要求聲請人必須正面的具體釋明外，也不能具有可負面否證其必要性的證據存在。所謂正面的具體釋明，最主要的是聲請人要具體表示其所可能受損害之金額，單純只以專利證書、侵權鑑定報告書就要主張市場佔有率和市場行銷實力的喪失、商業利益重大損失¹³⁴，或是單純陳述高科技產品生命週期甚短、及市場競爭激烈等言詞，都不足以釋明有達到必要性的要求。至於由相對人提出，可負面否證聲請人保全必要性的證據，最常見的是遲未提起本案訴訟¹³⁵（或遲延提處定暫時狀態處分聲請¹³⁶）、

¹³³ 95 抗字第 935 號裁定「固據抗告人提出中華民國新式樣專利證書第 089036 號「發光二極體」專利說明書及專利公報、專利侵害鑑定報告為證。雖已釋明兩造間有爭執之法律關係存在，惟抗告人就其定暫時狀態之原因，仍有釋明義務。（．．．略）。然抗告人對於前揭主張，並未提出任何使法院信其為真實之證據；亦未提出能即時調查之證據，以釋明如不定暫時狀態，對抗告人有何重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要，尚難僅憑侵害專利權之鑑定報告，即以『高科技產品生命週期短暫競爭激烈』為由，遽准定暫時狀態之處分。況抗告人如未釋明，法院無從衡量兩造因准否定暫時狀態所受之利益及損害」

¹³⁴ 93 抗字第 855 號、94 抗字第 1801 號、94 抗更（一）字第 44 號、95 抗字第 1426 號和 92 抗字第 2313 號等裁定，法院認為聲請人以專利證明書、侵權鑑定報告、甚至單憑警告函本身，並無法能釋明其因相對人之侵害受有重大損害，又未釋明其有防止發生重大損害或急迫危險之必要性。

¹³⁵ 94 抗字第 1801 號「抗告人凹凸科技公司對抗告人臺灣三星公司及相對人迄未提起侵害專利權之本案

聲請人尚未進入我國市場¹³⁷、聲請人本身非自行實施專利之人¹³⁸、聲請人之營收未因相對人之系爭產品而有營收下滑現象¹³⁹、甚至聲請人資產豐厚也是雙方利益衡平所考慮的重點等¹⁴⁰。從以上正、反釋明理由可以看出，法院對聲請人賦予較高的釋明成本，因此要求聲請人不得以空泛的說詞敘明保全之必要性。反之，對申請人而言，只要能提出駁斥聲請人必要性的抗辯，法院就傾向肯定此一憾動聲請人釋明的支點，因此相對人若能善用這一點，其受到投機訴訟的威脅也就大減。

但值得注意的是，現有資料顯示，以高度判斷標準作審核依據的 19 件個案中，有 15 件是因為聲請人未能提出具體的損害數字、或是因為相對人提出反面之證據，導致聲請人不符合保全必要性的標準，顯然以現有高度判斷方式足以遏止不必要的處分出

訴訟，有筆錄可證，抗告人遲遲未提訴訟，不急於利用訴訟手段救濟，足見抗告人並無防止發生重大之損害，或有避免急迫之危險之必要，尚難認本件有定暫時狀態處分之必要，抗告人凹凸科技公司之聲請，不應准許。」

¹³⁶ 95 抗字第 1037 號「又再抗告人自承九十三年間即發現相對人生產販賣系爭產品，其迄九十五年四月，始為本件聲請，可見亦無受有急迫之危險。」另有 96 抗字第 358 號「何況觀諸相對人於 95 年 6 月 15 日取得抗告人銷售系爭產品之發票，已知抗告人銷售系爭產品之事實，卻於半年後即 95 年 12 月 4 日始為本件假處分之聲請，且于原法院准許假處分 96 年 1 月 23 日送達假處分裁定後，於 96 年 2 月 16 日始為執行，亦足佐證其並未因抗告人銷售系爭產品而發生重大損害或有急迫危險之情形。」

¹³⁷ 94 抗字第 349 號「然相對人九十二年度之營業，收入計十二億八百十二萬七千元，其中 X D S L 濾波器或分波器產品占該年度營業收入之百分之五十八點八，市場遍及全球，倘於相對人是否侵害再抗告人專利權尚屬未明之本案訴訟期間，命相對人暫時不得製造、販賣、使用或進口系爭濾波器產品，除將造成相對人營業收入之損失外，對於相對人之系爭產品之全球性產銷，亦勢必造成難以彌補之重大損害，並斟酌再抗告人就系爭專利產品尚未進入國內市場，而發行專利權受侵害時，專利權人得選擇請求依侵害人因侵害行為所得之利益計算其損害（專利法第八十五條第一項第二款參照）等一切情形。」

¹³⁸ 94 抗更（一）字第 37 號「經查本件再抗告人並未自行實施專利權，而系采授與他人利用專利而收取一定權利金之方式，以實現其專利權，此觀再抗告人所提意向書第 6.2.1 條、6.2.2 條至明。故縱相對人惠普科技股份有限公司於臺灣地區銷售之電腦產品有侵害再抗告人第 0 九 0 五 0 二號專利，再抗告人所受到之損害非不得折算成權利金而不得彌補。」

¹³⁹ 95 抗字第 1037 號「抗告人雖另主張：高科技產品市面上替換週期甚短，相對人於 93 年間以低價進攻市場，對伊之產品造成排擠效應，將造成難以避免之市場佔有率流失及銷售利潤下滑等損害云云。惟查：抗告人聲請本件定暫時狀態之處分時，並未釋明其市場佔有率及銷售利潤確有下滑之事實，（略）觀諸抗告人所提出之上開資料，相對人於 93 年間進入記憶卡市場競爭後，抗告人公司於 94 年間之銷售金額仍有大幅攀升，顯難認相對人推出之系爭產品已造成抗告人市場佔有率及銷售利潤有下滑之情形。」

¹⁴⁰ 96 抗字第 358 號「例如就同一金額之損害，若聲請人之資力甚為豐厚，該金額所占聲請人資力之比例不高，既非聲請人所不能或難以忍受，自應待本案訴訟以確定該法律關係，或就其可能受到之財產上損害，依假扣押等程式預為保全，無請求法院為定暫時狀態處分之必要；反之，若聲請人之資力甚為貧乏，該金額之取得，乃其賴以生存之重要資源，若未能即時實現，其生存將立受危險者，既非訴訟程式或一般保全所能及時救濟，自應許為此處分。（略）何況以相對人資產高達數千億，即使於 2 年內共受到 2,000 萬元之損害，亦不致於立即危及公司之生存或營運」

現，但是若出現符合高度釋明標準要求的聲請人，是否就能順利取得定暫時狀態處分，尚必須觀看後續之法院裁定的發展才能更進一步的討論。

以高度判斷標準作為審查核發定暫時狀態處分之依據時，最為理想的狀態當然是原告能詳實舉證其實體理由正當性，以及就保全必要性為實質舉證說明，但是法院目前現況是以刻意排除掉實體理由正當性部分為常態，而僅以保全必要性上作為高度判斷標準主要依據，或許採行高度判斷標準的法院是以如此方式，選擇作為「及時解決問題」和「司法資源運用」的平衡點。但是我國法院在操作保全必要性上，又不如美國實務發展出更為細緻的判斷標準（即無法彌補之損害、雙方利益之衡平等），並且也未像美國實務對聲請人在保全必要性上之更高舉證責任要求，是建立在聲請人對專利侵害及專利有效性已盡其舉證責任之前提下，因此在我國實務運作上，較之美國實務更有可能發生錯誤核發的情形，畢竟對聲請人而言，其舉證成本仍非極高，此當然也增加了錯誤核發定暫時狀態處分的風險，提高了不當利用保全程序的誘因。

第三項 低度判斷標準

第一款 不考慮爭執法律關係實體上是否正當

在低度判斷標準中，法院多以聲請人有提出專利證書、專利公報、專利說明書、購得侵權產品之照片及發票、各大學或是民間機關所為之侵權鑑定報告等，就作出「足認雙方存有繼續性專利權法律關係之爭執¹⁴¹」的認定，若是更進一步有相對人對前述釋明檔提出爭執，則法院若不是以「假處分之程式重在速結，法院對於債權人之假處分聲請，僅依債權人對於假處分原因所為之釋明，即應為准駁之裁定，並不審究兩造間實體上之爭執，亦即債務人不得以債權人主張之實體上之事由，作為對假處分裁定不服之理由¹⁴²」

¹⁴¹ 94 抗字第 787 號裁定、95 抗字第 169 號裁定、95 抗字第 288 號裁定。

¹⁴² 94 抗更（一）字第 49 號裁定。類似的說法尚有 94 抗更（一）字第 14 號裁定、95 再抗更（三）字第 2 號裁定。

反駁，便是忽略這些爭執，而直接進入討論有無定暫時狀態的原因¹⁴³（亦即定暫時狀態處分的必要性）。

法院之所以在低度判斷標準中，能這麼堅定的表達其不就實體理由進行審查的立場，最主要、也可能的原因，是來自於其將定暫時狀態處分與假處分作相同的定位¹⁴⁴，而假處分的架構設計，原先是重在速結，以保全將來執行的可能性，而既然要速結，自然不能在實體理由上耗費太多時間成本，而次者是，對於辦理保全程式的法院，這樣的說詞與作法也剛好符合法院本身作裁定的成本效益，因為法院可能無法在有限的時間和簡單的證據裡，即有把握判斷實體理由是否正當，因此只要當事人一爭執實體理由，即推諉到本案程式，謂當事人爭執部分非保全程式所需解決，但是如此過度的一推了事，造成即便相對人能不費任何力氣指出明眼人一望即知的錯誤，如鑑定報告錯誤、未以系爭實物作為鑑定對象者也會被駁回¹⁴⁵。這樣的立場一再的出現在高等法院的駁回理由中，甚至最高法院也有過見解，認為尚在專利審定期間未獲專利權、且已有第三人提出異議者，亦仍可據以聲請定暫時狀態處分，並支持高等法院裁定而駁回相對人者¹⁴⁶。

而另外一個推波助瀾的因素是，在低度判斷標準中，釋明爭執法律關係存在的證據（即侵權鑑定報告等），常常會促使法院連帶推定聲請人具有保全必要性¹⁴⁷，再不然就

¹⁴³ 95 抗字第 691 號裁定、92 抗字第 506 號裁定。

¹⁴⁴ 此或許可以說是將定暫時狀態處分貼上了假處分之標籤，自然連帶亦將過往裁判上最常處理之假處分、假扣押等之經驗和方式，將之運用在定暫時狀態處分中。

¹⁴⁵ 95 再抗更（三）字第 2 號裁定「相對人聲請假處分，既已提出專利公報、專利證書、臺灣科技大學專利鑑定報告書為證，法院審酌並定相當之擔保金額後，認相對人就其請求之存在已為釋明，裁定准許之，難認原確定裁定有何適用法律錯誤之情形，再審聲請以鑑定報告錯誤連篇、未就系爭產品之實物進行比對分析云云，乃牽涉該鑑定報告是否確實得證明債權人之請求以及本案實體上是否有理由之問題，非受理假處分之法院審查之範圍，再審聲請以此為由指摘原確定裁定不當，即不足取。」

¹⁴⁶ 92 台抗字第 686 號裁定「(略) 抗告人對該裁定再為抗告，系以：相對人之新型專利公告第四八八四九七號、新式樣專利公告第五〇一九〇七號均僅經智慧財產局初步審定公告，暫准發生專利權效力，業有第三人提起異議，其權利尚未確定，無定暫時狀態之必要。假處分對伊所造成之損害遠大於相對人所受之利益，伊因假處分所受之損害，無從以金錢計算或彌補，相對人之供擔保，不足補釋明之欠缺，原法院准予假處分，顯有違反民事訴訟法第五百三十八條之規定云云，為其論據。原法院以抗告人再為抗告所陳理由，系屬認定事實當否之問題，且無所涉及之法律見解具有原則上重要性之情事，因認其再為抗告不應許可，以裁定予以駁回，經核於法並無違誤。抗告論旨，指摘原裁定不當，求予廢棄，非有理由。」

¹⁴⁷ 95 再抗更（三）字第 2 號裁定，將專利證書、鑑定報告的功能發揮到極致，不但可表明被保全權利的存在，亦可作為保全必要性的替代證據，其裁定謂「原確定裁定雖謂高科技產品若受仿冒，難以具體

是法院會認為縱使聲請人釋明有所不足，也尚有擔保制度可以補強方式替代之¹⁴⁸，所以即便聲請人主張之權利在本案訴訟成立之可能性非常低，亦有可能得到准許裁定，再加上從表 5.2 證明了最高法院在這樣的判斷標準上，雖然有過廢棄意見，但大多數的最高法院見解仍是支持高等法院在「爭執法律關係」不作實質審查的態度，因此整體來說，若是聲請人想要利用定暫時狀態出份作投機訴訟，則法院對「爭執法律關係」採取的迴避態度，只能說已先為其打開方便大門的縫隙了。

第二款 保全必要性判斷多屬空泛

法院在以低度判斷標準作為准駁依據時，對於保全的原因與必要性，常常是未加區分，囫圇吞棗的一併論述，而法院也常以制式的裁定理由作出准駁說明。法院通常會先以專利權人所提出的侵權鑑定，以足以說明爭執法律關係之存在，接著就制式的以「本案訴訟曠日廢時，系爭產品屬於市場競爭激烈，生命週期較短之高科技產品，為避免重大損失，確有定暫時狀態假處分之必要，而此已使法院就本件定暫時狀態假處分之相關要件產生『大致如此』之心證，是相對人所提上揭證據，已足釋明其如因法院未為定暫時狀態假處分所受『重大損害』或『急迫危險』¹⁴⁹」為說明。甚至更為速結的說法是，「鑑定報告書已表明待鑑定物品與本件專利之專利範圍相同，足認相對人已就其有重大損害為相當之釋明¹⁵⁰」。

指出實際所受損害，惟其亦說明相對人已提出鑑定報告、專利證書等能即時調查之證據，作為釋明。是原確定裁定顯系就損害部分認為已有可供調查之證據，無須債權人具體確切指出損害若干，兩者理由並無矛盾；至於再審聲請人又以鑑定報告書及專利證書絲毫未提及相對人受有重大損害云云，查鑑定報告書與專利證書雖未提及相對人之損害，惟鑑定報告書已表明待鑑定物品與本件專利之專利範圍相同，足認相對人已就其有重大損害為相當之釋明，且其亦已陳明願供擔保以代釋明，原確定裁定認其釋明之欠缺擔保足以補之而准許假處分之請求，自無適用法律錯誤之情形，此部分再審之聲請亦無理由。」

¹⁴⁸ 94 抗字第 492 號裁定謂「惟所謂『釋明』系提出即時可供調查之證據，而使法院得大致之心證即為已足，不必經嚴格之調查程式。且系爭產品實質上有無侵害系爭專利，乃屬本案問題，非假處分之保全程式所應審認之事項。本院認 New Wave 公司所提上開專利侵害研究鑑定報告書業釋明 Laser 公司製造之系爭產品有侵害 New Wave 公司系爭專利之情，雖其釋明尚有不足，惟得命相當之擔保補足之。」

¹⁴⁹ 95 抗字第 169 號裁定。

¹⁵⁰ 見註 142，95 再抗更（三）字第 2 號裁定。

以上高等法院對保全必要性的認定方式，除了讓人知道高等法院連判斷「重大損害」和「急迫危險」都採取不實質審查的態度外，似乎隱約在透露這樣一個訊號給潛在當事人，亦即，只要提出一份侵權鑑定報告，就能使法院產生有保全必要性的心證。最直接的影響當然是大幅減低當事人聲請定暫時狀態處分的成本，因為當事人根本無須具體指明何謂急迫之危險和重大損害，間接的影響是，不管是以專利權受到侵害為由提起聲請、抑或是以不公平競爭或侵害名譽權為作為理由，都有可能以相同陳述說明必要性，這樣除了造成法院論理的吊詭外，也會進一步加劇正反向定暫時狀態處分的聲請競賽¹⁵¹。

有論者認為，之所以在低度判斷標準中，法院都傾向於注重聲請人因未獲得處分命令不利益，可能是因為早期判例（如 20 年抗字第 366 號判例¹⁵²、22 年抗字第 1099 號判例¹⁵³）僅一再強調須以避免重大之損失或防急迫之強暴等類之情形來判斷必要性，而未明確指明需比較衡量雙方利益及其它因素綜合所致¹⁵⁴，若是如此，這或許除了再一次證明最高法院的判例地位特殊外，也還是暴露了法院不願針對個案，而思維不同案例是否能適用相同判例，換言之，法院運用低度判斷標準，純粹是基於其自身成本效益考慮，不願、或者是根本沒能力，投注太多心力在專利事件定暫時狀態處分的判斷上。

再加上最高法院在處理當事人針對低度判斷標準而為的抗告時，不乏有明白表示這是高等法院取舍證據之職權，屬於事實認定的問題¹⁵⁵。最高法院將之歸類為事實問題的

¹⁵¹ 見吳佳穎，同註 112，作者指出，「正向、反向假處分本為一體兩面，以實務之前揭標準，將造成論理之吊詭：倘准許聲請人之正向假處分聲請，相對人因而不得繼續製造、販賣涉嫌侵權之系爭產品，對於相對人而言，同將面臨貽誤商機之危險；如准許聲請人之反向假處分聲請，相對人必須容忍聲請人製造、銷售、進口產品之行為，若聲請人之產品確有侵害專利之情形，相對人之損害亦屬難以彌補。」

¹⁵² 20 年抗字第 366 號判例：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者准用之，所謂有定暫時狀態之必要者，如必重大之損失或防急迫之強暴等類是。」

¹⁵³ 22 年抗字第 1099 號判例：「民事訴訟法第 504 條所謂爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，系指因避重大之損害或因其他情事，有就爭執之法律關係，定暫時狀態之必要者而言，此必要之情事即為假處分之原因，應由聲請假處分之人，提出相當證據以釋名之，苟不能釋明此種情事之存在，及無就爭執之法律關係，定暫時狀態之必要。」

¹⁵⁴ 見李超偉，同註 74，137 頁。

¹⁵⁵ 96 台抗字第 183 號裁定謂「（原法院）並以本案訴訟曠日費時，系爭產品屬於市場競爭激烈，生命週期較短之高科技產品，為避免重大損失，確有定暫時狀態假處分之必要，而此已使法院就本件定暫時狀態假處分之相關要件產生『大致如此』之心證，是相對人所提上揭證據，已足釋明其如因法院未為定暫

結果，等於是傳遞了最高法院並不置喙的態度，這也等於是默示高等法院可以用低度判斷標準作為審查依據，因此高等法院乃至下級法院在最高法院不為明確反對下，自然存有誘因，以成本最低的方式思維和作判斷。縱上所述，當法院只需要空泛陳述，就可以逕予定暫時狀態處分時，此裁定作出後的訊號對潛在當事人而言，無疑會被其解讀為，法院是在架空保全必要性的要件，進而使意欲投機的聲請人有可趁之機。

第三款 擔保制度的濫用

從表 5.4 的結果可以看出只要法院一運作低度判斷標準，即會使聲請人供擔保，或者附隨的使相對人為反擔保。法院讓聲請人得以供擔保取得處分，是因為供擔保可以補釋明之不足¹⁵⁶，或者是具有填補債務人損害的功能¹⁵⁷；而之所以讓相對人可以反擔保而免為或撤銷處分，表面上的理由有認為定暫時狀態設計對相對人不利，且民事訴訟法第 538 條之 4 規定而準用第 536 條第 1 項的結果，自無不准許相對人反擔保撤銷處分之理¹⁵⁸，但是所有可讓相對人反擔保撤銷處分的個案，無一例外的都事先由聲請人以擔保

時狀態假處分所受『重大損害』或『急迫危險』。乃抗告人之再抗告意旨，就抗告法院取捨證據之職權行使，指摘相對人未舉證釋明定暫時狀態處分原因，其所為定暫時狀態假處分之聲請為不合法，即無足采。」類似意旨的尚有 95 台抗字第 241 號裁定。

¹⁵⁶ 如 96 抗字第 492 號裁定「又於爭執之法律關係及有定暫時狀態之必要，應釋明之。該釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為定暫時狀態之處分。(略)本院認 New Wave 公司所提上開專利侵害研究鑑定報告書業釋明 Laser 公司製造之系爭產品有侵害 New Wave 公司系爭專利之情，雖其釋明尚有不足，惟得命相當之擔保補足之。」

¹⁵⁷ 早期法院針對假處分供擔保的機能在擔保損害的判例有最高法院 63 台抗字第 142 號判例：「法院訂單保金額而為准許假處分之裁定者，該項擔保係備供債務人因假處分所受損害之賠償，其數額應依標的物受假處分後，債務人不能力用或處分該標的物所受之損害額，或因供擔保所受之損害額定之，非以標物之價值為依據。」而在專利事件的定暫時狀態處分中，亦有法院將該見解加以援用，如 95 台抗字第 169 號裁定「按法院為附條件之假處分裁定，命于債權人供擔保後得為假處分，此項擔保係備賠償債務人所應受之損害，故法院定此項擔保，應斟酌債務人所應受之損害為衡量之標準（參閱最高法院 48 年台抗字第 142 號判例）。是法院定擔保金額而准許定暫時狀態處分之裁定時，擔保金額應斟酌債務人因該處分所應受之損害為衡量之標準之見解，已臻明確，非屬意義重大，而有闡釋之必要者。」類似以擔保債務人因處分而所受損害的裁定尚有 94 抗更（一）字第 25 號裁定、95 再抗更（三）字第 2 號裁定。

¹⁵⁸ 最高法院在 93 台抗字第 805 號裁定中有表示對此一看法的支持，並且認為高等法院若未考慮是否有供反擔保情形時，是屬於違法情況，「按『假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的』，或『債務人將因假處分而受難以補償之重大損害』，或『有其他特別情事』者，法院均得於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後免為或撤銷假處分，如假處分裁定未依上開規定記載者，債務人亦得聲請法院許其供擔保後撤銷假處分，此觀新修正民事訴訟法第五百三十六條第一項、第二項規定自明。是適用上開條項准否債務人供擔保後撤銷假處分，除審究假處分所保全之請求，得否以金錢之給付達其目的外，並須兼顧債務人有無將因假處分而受難以補償之重大損害或有其他特別情事而予適用。否則，即有消極的不適用法規致顯然影響裁判之『適用法規顯有錯誤』情形。」

方式取得准許裁定，法院這樣的作法，不免讓人有兩面討好的感覺，甚至讓人猜測法院是不是在掩飾其根本沒有作判斷的裁定。

雖然實務上早有最高法院 27 年抗字第 521 號判例，說明「擔保金得否補足釋明之欠缺，仍應由法院斟酌情形定之，並非一經陳明願供擔保即當然准為定暫時狀態處分。」但是所謂的「已經釋明，但僅是釋明不足」究竟該如何拿捏，正是因為沒有客觀標準，所以各法院必然在心中有自己的一套標準。在低度判斷標準中，法院認為聲請人已提供專利證書、侵權鑑定報告等，就已經足以使法院認為聲請人已經完成釋明的工作，剩下不足的部分，以擔保方式補足，自然也就不足為奇。但是如此操作擔保制度，足以使法院暴露於道德危險之中，亦即法院有動機不願意多花心力在思考爭執法律關係是否存在、或是准許裁定之保全必要性是否正當¹⁵⁹。此轉嫁思考成本於金錢之上的道德危險，除了大幅減低聲請人的釋明成本外，也強化了聲請人不當利用定暫時狀態程式的誘因，糟糕的結果當然就是導致定暫時狀態程式與本案訴訟程式脫鉤，增加弱質訴訟出線機率。

而讓相對人可以供反擔保的作法，雖然法院認為這是或許可以視為一種合宜的平衡作法，讓法條構造、低度判斷標準的操作，不致於過度傾向對聲請人有利，但是這樣的作法對有需要定暫時狀態處分保護的聲請人來說，反擔保的作法反而使專利權排他性的作用減低¹⁶⁰，特別是當法院准許相對人可反擔保時，無一例外的皆以「專利權之損害非不得以金錢給付達其目的¹⁶¹」作為理由，這無疑將增加了有資力的相對人侵權的誘因；

¹⁵⁹ 類似見解見吳佳穎，同註 112，61 頁。

¹⁶⁰ 相同看法，在 94 台抗字第 689 號裁定中也有聲請人曾經執之為再抗告理由，惟被最高法院認為與「適用法規顯有錯誤」，方得提起再抗告規定不符，因而再駁回其再抗告，其內容如下：「雖以：定暫時狀態處分性質上根本不應允許債務人得供擔保撤銷定暫時狀態處分，且其所欲防免之危險為因請求權實現（履行）上之延滯所產生之具體危險，此系現在之危險，與一般假處分不同，參酌民事訴訟法第五百三十八條之四之立法理由，定暫時狀態假處分在性質相同部分得准用一般假處分章節部分，應限於有關聲請及裁定之程式事項而已，其餘應無准用餘地。且依專利法第八十四條之規定，專利權之侵害排除請求權及侵害防止請求權本質上無法以金錢給付替代，其具有排他權非實施權云云。惟查再抗告所陳各節，仍與適用法規是否顯有錯誤無涉，亦無所涉及之法律見解具有原則上重要性之情事。再抗告人提起再抗告，不合民事訴訟法第四百八十六條第四項、第五項規定，參照同法第四百三十六條之五第一項規定，其再抗告即不應許可，自難謂為合法。」

¹⁶¹ 如 96 抗字第 492 號裁定謂「又假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的，或債務人將因假處

同樣的，也有相同不利的作用發生在相對人身上，因為對無資力的相對人而言，反擔保所必須提供的金額，對其營運也構成成本壓力。

縱上所述，不管是擔保亦或是反擔保制度，對於聲請人或是相對人而言，都有利或不利的因素，法院因為自利動機，而依賴擔保制度去兩面討好的作法，所造成的結果，不但對於真正需要正確裁定的聲請人或相對人而言，無法提供幫助，反倒是一再給予潛在當事人法院不作實質認定的印象，釋放規避審核責任的訊號，後果自然是讓有心利用擔保和反擔保缺失的聲請人或利用人，一再使用保全程式遂行其不正當目的，只是更加浪費司法資源。

第五項 小結

在本小節高度判斷標準和低度判斷標準的分析中，主要是以「後果式思維」的方式，嘗試去推測法院以不同的標準作為裁定的依據，可能引發的誘因和結果為何，作為反向思考不同標準的利弊得失。文中推測的基礎，在於認為法院不僅僅與個案中的當事人發生互動，其決定之理由以及結果，除了會直接對個案當事人的權利義務關係產生影響外，還會以多回合賽局的形式影響著將來的法院與潛在當事人，因此先前的討論是針對高等法院處理事實問題的方式，以及適用法律寬嚴互相作比較，以求指出不同裁定所放出訊號的影響方向。

當法院以高度判斷標準作為審核依據時，已經不全然從正面的方式，來認定聲請人提出之證據已經達到釋明標準作為主要參考，而是從相對人提出之證據打擊聲請人證據

分而受難以補償之重大損害，或有其他特別情事者，法院始得於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後免為或撤銷假處分。假處分裁定未依前項規定為記載者，債務人亦得聲請法院許其供擔保後撤銷假處分。民事訴訟法第 536 條第 1、2 項亦定有明文。是債權人所保全之請求，最終得以金錢之給付達其目的者，即得依上開規定，准債務人供擔保後免為或撤銷假處分。」又或者如 94 抗更（一）字第 14 號裁定更加詳細的說明，為何可以金錢填補聲請人之損害：「又專利權之目的系在將專利權結合產品之製作及銷售等營業行為，而獲取營業利益，專利權人於其專利權受侵害致損害其營業利益時，其營業利益之損失非不得以金錢補償之。」相同裁定意旨的，尚有 94 抗更（一）字第 32 號裁定、94 抗更（一）字第 49 號裁定、94 抗字第 787 號裁定、94 抗 819 號裁定等。

之可信性的方式，反過來證明聲請人釋明之不足。從資料結果來看，能得到准許裁定者，幾希矣。而且，再從高等法院駁回聲請理由來看，似乎可以看出許多定暫時狀態處分的聲請並沒有其正當性和必要性，這是不是某部分反應了仍有當事人意欲行投機訴訟的事實。當然，若高等法院持續採取高度判斷標準作為審核依據的話，對欲利用定暫時狀態處分的聲請人而言，無疑是提高其成本，若此成本足以高到使意欲不當利用此一程序的聲請人覺得無利可圖，自然投機訴訟的比例會大幅降低。

問題在於也有高等法院仍舊以低度判斷標準作為審核依據，不管是在權利正當性的判斷上，亦或是保全必要性的審核上，都偏向聲請人之一方，因此從資料上看來，聲請人只要願意供擔保補釋明不足，或是擔保相對人之損失，即可獲得准許裁定。一旦聲請人獲得准許裁定，對相對人而言，該不作為的處分結果，除非抗告成功且確定，否則不會因為相對人提起抗告程式而停止，而縱然相對人可以以反擔保之方式免為或撤銷處分，但也必然會因資金問題而對其營運產生一定的衝擊。

反之，若是有相對人亦持資本雄厚之態度，而故意為專利侵權行為，其嗣後縱使遭專利權人提出定暫時狀態處分聲請，也無所畏懼，因為其仍有可能以提供反擔保之方式，免除遭定暫時狀態之處分。換言之，擔保金不但沒真正解決問題，反倒是光譜兩端之問題各行惡化。故本文因此而認為以低度判斷標準作為判斷依據，並且浮濫的使用擔保制度作為保證法官心證的方式，並無法使定暫時狀態處分在處理專利事件發揮應有的功能，只會讓有資力之聲請人或相對人得以遂行其不當商業競爭或專利侵權目的而已。

法院之所以在選擇判斷標準上會出現高低不同的差距，原因除了是定暫時狀態處分本身法條文字、邏輯結構的問題會因法律解釋而出現歧異之外，也有一大部分是本質上訴訟程式架構關係使然，加上專利事件問題本身的處理成本亦高出其他一般民事案件，所以使得法院在成本效益的驅策下，潛在的只顧及自身的立場，只想儘快完成手中之個案，並且維持低發回率，所以才會造成「滿足短期，犧牲長期」的後果出現。從以上觀察不難發現，法院之考量與運作實際上深受成本所驅策，而不管是高度判斷標準、抑或

是低度判斷標準，當法院面對個案事實時，其一定也會在其判斷標準的心證基礎上，從其經驗中，選擇適當的標籤，對事實作剪裁，以便能函攝至法律要件上。而我國實務上，法院究竟有何降低思維成本的事實標籤，是下一章討論的重點。



第六章 我國定暫時狀態處分「貼標籤」的實務觀察

標籤最主要的功用，在於協助降低思維和行動的成本，因為其提供了行為人判斷事物的定位點。在司法實務上，也處處可見以標籤作為認事用法的基準點，原因無他，因為審判實務中所需要處理的資訊，並非少數。法院每天面對層出不窮的事件，和適用法律可能產生的種種問題，總是需要有關於如何認事用法的標籤，才不至於在面對滿手資訊時，不知從何著手開始。

關於貼標籤的手法如何影響司法實務處理資訊，已經在前面的第三章描述過，本章節將從觀察低度判斷標準中，法院如何以粗糙的法律標籤，作為認識專利事件的定暫時狀態處分為出發；然後在高度判斷標準中，我們將可以發現，我國實務已經逐步擺脫以粗糙的法律標籤，認識定暫時狀態處分的窠臼。不管是在法律條文之外，重新細緻化、具體化不確定法律概念，抑或是在建立事實標籤，以區分不同事實態樣，都有較之以往而言，顯著的進步。

雖然實務目前在操作定暫時狀態處分準駁標準時，仍側重在保全必要性的部分，但是已有新近的高等法院裁定認為，實體理由正當性的判斷，不可偏廢。因此可以看到在高等法院 97 抗字第 4 號裁定中，法院在實體理由正當性上，投注相當多的心力。

第一節 未能區分差異的標籤

在第五章的部分，曾經討論過法院在處理專利事件的定暫時狀態處分上，存有兩種不一樣的標準，而之所以在處理專利事件上會出現歧異，可能是在專利權爭議方興未艾之時，法院並未能意識到區隔專利事件與一般民事權利糾紛案件之必要性，導致後來發現有實質區別的必要性時，卻已受到已經形成司法判例及先例的案件所拘束，想要收速效的一次推翻，建立新的標準（標籤），對法院而言是要付出極大說理成本的功夫。也

由於立法者並未明示判斷標準何在，因此法院如何尋得處理專利事件的定暫時狀態處分的標籤，就是本節所關切的重點。

本節標題所謂的「未能區分差異的標籤」，指的其實是始作俑者之 61 年台抗字第 506 號判例，其原內容為「關於假處分之規定，於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，準用之，民事訴訟法第 538 條定有明文。所謂法律關係，指金錢請求以外凡適於為民事訴訟之標的，有繼續性者，皆屬之，如所有權、通行權、占有狀態、扶養義務、專利權等被侵害或有爭執時均是。如以專利權被侵害而聲請假處分時，非不得禁止債務人發賣與專利權有關之貨物或其他類似行為。」也正是因為如此，使得本文也試著大膽推測，正因為此一判例標籤未能凸顯專利權有別於其他民事權利之處，以致於後來演變成今日定暫時狀態處分在處理專利事件上的問題叢生。

原先該判例的目的在於解釋究竟哪些「爭執之法律關係」，是可以適用 92 年修法前的舊定暫時狀態處分的規定，因為舊法第 538 條規定之故，定暫時狀態處分準用一般假處分規定，所以該判例也認為只有與「金錢請求以外」的法律關係，方得適用定暫時狀態處分，但是此一法律標籤為求解釋明確，又列舉了「專利權」、所有權與通行權扶養義務等法律關係作為例示，因此從這一點看來，原先此一標籤只是想標誌出得以定暫時狀態處分的法律關係之範圍而已，論諸實際，該判例並無明確指出專利權侵害訴訟進入定暫時狀態處分時，法院應該以何具體處理方式方為恰當。

然而這也是引發後續問題之關鍵點，因為原先判例在例舉哪些是符合其認定之法律關係時，專利權是少數幾個直接被判例點名提到的權利，因此當後續專利事件定暫時狀態處分個案日漸增多時，可以想像我國法院在處理專利事件的經驗、能力有所不足的情形下，將專利權與所有權、通行權扶養義務等一般常見的權利種類被置於相同的地位，直接認為專利權與一般民事權利也有相同的判斷標準和處理方式，其實並不令人吃驚。但是對法院而言，若直接作前開簡易的認定，將專利權與其他民事權利紛爭定於相同地位，實際上是只知其一的在面對專利事件時，其處理經驗和能力相較於一般民事權利而

言，是較為不足的，當資料庫裡的相關資料不足時，也只能從僅有的標籤作擴充的解釋和運用。但也正因為這樣的直接思考，以及當時未能區分專利權不管是在性質、影響範圍、以及出現投機訴訟的頻率等狀況，使得專利權在定暫時狀態處分上未能在一開始就取得其必須獨有的特別地位，埋下了日後處理標準上差異的種子，以致於後來雖然可能有相關的最高法院裁定認為專利權之處理，應該使用較為嚴格的判斷標準，也無法改正早前法院已然形成的處理模式。

雖然後來 61 年台抗字第 506 號判例經過最高法院 91 年第 7 次民事庭會議決議廢止，此後能進入定暫時狀態處分審核程序的法律關係不再有所限制，不管是「繼續性法律關係」或是「金錢請求以外者」，也都能聲請定暫時狀態處分。但可惜的是，最高法院仍舊惜字如金的未針對專利權之定暫時狀態處份之具體處理方式，表達更為明確的意見。而且誠如第五章所討論的，最高法院大多數裁定是對於高院的裁定採取不隨便加以廢棄的態度，因此在判斷標準的建立上，仍舊是維持高低皆有的狀況，換言之，下級法院其實有兩種標籤可以作為用來認識專利事件的方式。

或許從上面的討論，我們也可以約略猜測，法院在認事用法上，是以「用法」作為認事的基礎，亦即法院是著重在法律條文的詮釋，而法院習慣是，從過往的經驗資料庫中，尋找對條文詮釋的方式，這樣的作法又容易受到既有的判例影響，原因無他，正是因為判例本身已經包含事實與法律兩部分，法院在個案中加以援用，不只能迅速為事實型態作定位，減少認事事實的成本，更足以大幅減低論述的成本，所以無形中使得法院自然以此為標籤，作為解釋的方向。前開以既有法條和判例為標籤的作法雖然協助法院大大減低在思維上的成本，但相反的，對新生事物快速貼標籤也並非毫無長期負面成本，特別是運用較為粗糙的標籤時，由於粗糙的標籤距離事實的真相最遠，如同遠距離觀察一個人，觀察者只能約略見其身影而難辨五官一樣，故而在法院審理過程中，若稍不注意就容易有指鹿為馬的弊端產生，一旦成為判決先例，如果再遇到上級法院糾正遲鈍，則更容易積非成是，不斷循環。因此能貼近解釋某一法律要件標籤，不見得就能引

伸到其他法律要件或是事實認定方式上，內容延伸的錯誤，都可能導致後續在認事用法上，一連串貼錯標籤的可能性出現。

但是站在最早面對個案法院的立場來設想問題，眼下法律操作上不犯錯的需求，可能會高於一切，換句話說，法院選擇錯誤成本較低的審判方式，加上認識特定專利問題所在的能力有所不足，或周遭客觀環境對專利權的重視尚無強力要求對此有區別的需要，因此在面對定暫時狀態處分程序時，自然是以法律條文規定為本，而輔以判例標籤。以此作為操作定暫時狀態處分標準程序，不但可減少思維成本，還可以受到正確判決的推定，此自然對下級法院而言是一大誘因。但也正是如此，讓來 61 年台抗字第 506 號判例此一法律標籤，背負了未能仔細區辨專利權與其他民事上權利之不同的原罪，間接導致了後來法院在判斷標準上的發展出現高低不同的歧異。

從本小節的討論，我們也可以體認到，法院在面對各種新生事物時，其資料庫裡的相關資料常常是不足的，也因此無從一開始就能找到適切的標籤。而使用錯誤的標籤、或是對標籤內容作不當的延伸，在想像上必不少見，若後續的法院不察而一再沿用，必然會對法院以外的人事物產生重大影響。或許這也可以反過來說，初始標籤建立，有其超乎法院個人訴訟經濟以外的重要性，其雖然一開始時對初接手的法院來說，思維成本不可謂不重，但是卻可能減少援引錯誤標籤的成本，並且相對的避免後續法院為了糾正錯誤標籤，而投入的大量論理的工作。

第二節 低度判斷標準的標籤

在第五章我們試著從放訊號的角度，回溯觀察實務主要是以高低兩種判斷標準作為定暫時狀態處份審查依據，並且討論這樣的作法可能帶來的後續影響，但是對於法院思維的方式並沒有作更具體的觀察，因此本小節將從「貼標籤」的角度，試著站在法院立場思考，去發現法院在判斷「保全權利」以及「保全必要性」上，究竟是以何種的法律和事實標籤，作為認事用法的基礎，並且該標籤是以何種方式協助法院將低思維的成

本。

第一項 無庸審究實體理由—以最高法院 20 年抗字第 5 號判例為例

最高法院 20 年抗字第 5 號判例謂：「假處分為保全強制執行方法之一種，苟合於假處分條件，並經債權人聲敘假處分之原因存在，法院即得為假處分之裁判，至債權人主張之實體上理由是否正當，乃屬本案判決問題，非假處分裁判中所能解決。」在定暫時狀態處分中，特別是在低度判斷標準的個案中，若是相對人爭執聲請人之所謂的爭執之法律關係是否存在，實體理由上是否正當（即將來勝訴可能性），法院常常以前述判例的意旨，認為定暫時狀態處分僅需為形式審查，實體上的爭執應留待本案訴訟解決，非定暫時狀態處分所得審究。法院之所以會將此一法律解釋的標籤援用至定暫時狀態處分，也是因為舊民事訴訟法規定，將定暫時狀態處分準用假處分規定之故。而伴隨這樣援用的結果，日後法院誤將馮京當馬涼地將「保全程序」此一標籤，作為認識、處理定暫時狀態處分的基礎，也就不難想像了。

由於保全強制執行程序與本案程序在民事訴訟的程序裡，在邏輯上、文字意義的法條結構中，確實是分別代表著程序的不同階段性，而不同階段的程序有訴訟法上不同之目的和意義，所以兩者的運作方式和功能本來也應該隨目的不同而有差異。因此當法院將專利事件的定暫時狀態處分，貼上保全程序的標籤時，自然會以保全強制執行程序的特性加以思考，而不認為有必要審查其實體理由是否具備，因為唯有相對上細緻縝密的本案程序，才需要審查實體理由，以作出較為正確的最後判決。除了前開因素外，最高法院又在後來的裁判中，將 61 年台抗字第 506 號判例與 20 年台抗字第 5 號判例併同論述，進一步的深化了定暫時狀態處分在保全程序此一標籤底下的內容。

以最高法院 79 年台抗字第 327 號¹⁶²及 81 年台抗字第 443 號¹⁶³為例，最高法院先分

¹⁶² 79 年台抗字第 327 號全文：「假處分之規定，於爭執之法律關係有定暫時狀態之必要者，準用之，民事訴訟法第五百三十八條定有明文。所謂法律關係，係指金錢請求以外，凡適於為民事訴訟之標的，有

別引述 61 年台抗字第 506 號的內容，隨後又分別補述「又定暫時狀態之假處分，係保全程序，並非確定私權之訴訟程序，聲請人就爭執之法律關係所為之主張，是否正當，則非於保全程序所應審究之事項。」¹⁶³「至爭執之法律關係是否確實存在，應由本案判決定之，非聲請假處分時先應解決之問題。」而依循前開兩個最高法院裁定的思考脈絡，進而做出更进一步闡述的高等法院裁判，以 93 年抗字第 1458 號為代表¹⁶⁴，此裁定將前兩則最高法院裁判未具體言明的法律關係，明確指出專利侵權亦包括在內。而在本篇論文所蒐集到的裁定中，高等法院在處理實體理由正當與否究竟該不該作為定暫時狀態處分的考量要件時，若持反對意見，高等法院也多是依照 20 年抗字第 5 號判例的意旨加以反駁¹⁶⁵，顯見在低度判斷標準的裁定中，縱然後續法院沒有具體引用前述最高法院的裁判或判例，但是仍將定暫時狀態處分定位為一般保全程序地位，進而以保全程序的簡速特性為考量因素，使「無庸審究實體理由」成為低度判斷標準之定暫時狀態處分的判斷利器。換言之，法院以前開判例為標籤，直接將專利權紛爭與一般民事糾紛劃上等號了。

由前面討論的脈絡可以看出，司法實務是先是透過判例標籤，強化舊法規定中「準用」的意涵，將定暫時狀態處分與假處分置於相等地位而等同思考，未能真正區別兩者目的、效力及特性的差異，因而有法律標籤誤用，此其一也。再者，認定定暫時狀態處

繼續性者，皆屬之。而所謂有定暫時狀態之必要云者，如避重大之損失或防急迫之強暴等類是（本院二十年抗字第三六六號、六十一台抗字第五〇六號判例參照）。又定暫時狀態之假處分，係保全程序，並非確定私權之訴訟程序，聲請人就爭執之法律關係所為之主張，是否正當，則非於保全程序所應審究之事項。」

¹⁶³ 81 年台抗字第 443 號全文：「關於假處分之規定，於爭執之法律關係，有定暫時狀態之必要者，準用之，民事訴訟法第五百三十八條定有明文。所謂法律關係，指金錢請求以外凡適於為民事訴訟之標的，有繼續性者，皆屬之，如所有權、通行權、占有狀態、扶養義務、專利權等被侵害或有爭執時均是。如以專利權被侵害而聲請假處分時，非不得禁止債務人發賣與專利權有關之貨物或其他類似行為，業經本院著有判例（六十一年台抗字第五〇六號）。至爭執之法律關係是否確實存在，應由本案判決定之，非聲請假處分時先應解決之問題。」

¹⁶⁴ 93 年抗字第 1458 號裁定：「定暫時狀態處分雖非以保全執行為目的，然仍屬保全程序，保全程序貴在速結，兩造之間之實體爭執非保全程序法院所能審究。民事訴訟法於 92 年修正時，就保全程序原本立法精神與意旨並未稍改，（略）故該此修法旨在調和保全程序因重速結或致當事人實體權益受損之風險，並非在使保全程序實質化，抗告人指摘原法院未審酌本案專利侵權之實體問題，係有違誤云云，不能成立。」

¹⁶⁵ 相關裁定有 96 年抗字第 492 號裁定、95 年抗更字第（三）字第 2 號裁定、94 年抗更（一）字第 45 號裁定、94 年抗更（一）字第 49 號裁定。

分因等同假處分而歸屬於保全程序的一環，而忽略了專利權與一般民事權利也有極大的差異，因此在操作的細膩度上必然也應該有所區別，這是事實標籤誤用，此其二也。

雖然從法院的角度來說，透過判例標籤的操作，可以具體化舊法規定，也可以給予定暫時狀態處分與假處分相同的定位，使保全程序既有的相關規定及處理原則即可加以援用，對法院來說，可大量減少思維的成本，但是相隨而來的是，由於法院認識此一民事程序性質的標籤，並無法反應其處理之事物本質上的差異，因此雖然在個案中，短期效益可期，但是從社會利益的角度來看，法院單純以自身成本考量為出發點，以運作保全程序，其實並不利於社會長期效益。

細究其背後因素，除了有一般假處分是單純保全強制執行，並不會產生實質上具有本案執行的強大效力外，一般民事權利也不容易有投機訴訟的情況產生。但是在專利事件之中，因為專利權排他性質效應並非僅針對特定相對人，其外部性外溢效果非常廣，引此使其造成投機訴訟的機率大增¹⁶⁶；再者，而法院在判斷一般民事糾紛時，因為累積經驗多，自然不容易出錯，反之，因為法院缺乏接觸專利訴訟之機會，對於哪些情況是沒有權利保護必要之案件，可以說是毫無判斷能力，因此造成投機訴訟較容易利用法院之錯誤而得以遂行其不當目的。

所以單純以「保全程序」此一概括性的標籤，作為認識定暫時狀態處分程序，主要的錯誤即是直接排除審查實體理由的可能性，這樣的作法雖然對法院而言，自是樂得無須付出審查的成本，卻極可能是聲請人在本案訴訟之中已經顯無獲得勝訴的可能性，仍舊有機會可以透過定暫時狀態處分對相對人執行專利權強大之排他效力¹⁶⁷，若後續保全

¹⁶⁶ 這是因為一般民事權利之權利範圍固定，而且相對人及法律關係也都特定，不會有預期未來訴訟的心態，加上聲請人本身之發動民事訴訟程序成本極高，而且其要求定暫時狀態處分的內容也都具體特定，因此，要以定暫時狀態處分牟取未來可觀的利益，顯然極不可能。

¹⁶⁷ 此種類型的案例，以美商凹凸公司所提起之大量的定暫時狀態處分為代表。該公司有關冷陰極螢光管區動 IC 產品的專利，在美國已經被美國的專利商標局以不具新穎性駁回在案，但是在我國由於仍取得專利，因此該公司以台灣之專利，對其競爭對手美商茂力科技與碩頤科技等冷陰極螢光管區動 IC 業者，聲請定暫時狀態處分，並要求台灣相關產業業者不得再使用其競爭對手的產品，因此有學者認為這是具體顯現美國投機訴訟的代表作。參閱馮震宇，同註 40，12-13 頁。

必要性的標籤功能，無法對核准定暫時狀態處分提供細緻的判斷方法，則不當的核准機率就會陡然增加。

以 96 年抗字第 492 號裁定為例，聲請人即債權人 New Wave 之系爭專利早由第三人舉發、經由智慧財產局撤銷在案，惟尚未確定在案，在系爭專利有效性顯有疑問的情形下，高等法院竟讓聲請人在侵權與否及保全必要性的釋明上，猶讓聲請人得以擔保補釋明之不足，足見法院因為墨守判決先例的作法，導致縱然法院認為聲請人可能在實體理由以不具正當性的情形下，仍不敢逕自為駁回處分，只能以讓聲請人擔保補釋明之不足，再讓相對人以反擔保的方式撤銷處分。

第二項 保全必要性標準之空洞化

在判斷是否有定暫時狀態處分必要的要件上，立法者將早期判例具體化為現今民事訴訟法第 538 條第 1 項條文的內容¹⁶⁸，以「重大損失」和「急迫危險」作為必要性審查的標準，但是何謂重大損失和急迫危險，這兩個不確定法律概念只能說是提供了一個模糊的方向，仍舊欠缺更具體、適當的辨識標籤。在低度判斷標準中，不少法院都是先認定系爭專利屬「高科技產品」，隨後接著例稿式想當然爾的論述：「因為訴訟程序曠日廢時，市場競爭極為激烈，為避免其重大之損失，自然有定暫時狀態處分准許裁定得迫切必要。」彷彿這世界上能申請專利者必屬高科技產品一般，而既然屬高科技產品，其市場生命週期也一定短暫，因此自然有保護必要，法院思維弱化程度，莫以之為甚。

當然也不乏稍微提供篇幅較長之論述者，如 94 年抗更（一）字第 45 號裁定：「慮及該專利之應用涉屬新興科技產品，產品生命週期有限，市場競爭亦激烈，若僅賴通常訴訟程序尋求排除侵害及防止侵害甚至請求損害賠償，往往緩不濟急，縱雙方就專利權之爭執以訴訟排除侵害，在取得確定判決前，亦須耗費相當時日，延誤商機，凹凸公司因此所受之營業上之損害必屬重大，難以回復等因素，揆諸前揭說明，凹凸公司主張其

¹⁶⁸ 這裡所指的早期判例係指 20 年抗字第 366 號判例以及 22 年抗字第 1099 號判例。

為避免重大損害而有定暫時狀態處分之必要，並陳明願供擔保，以代釋明之不足，自屬有據。」但是法院對於如何判斷「營業上損害」，亦未見其處理，顯然法院並沒有更加具體化營業上損害，使之反映專利商品在市場上競爭的真實情形，法院操作的是一個僅具有空洞內涵的事實標籤。這一類的事實標籤，在沒有透過法院闡明的情形下，與社會事實間的關連性就非常薄弱，以之為涵攝的事實，即會得到錯誤的法律決定。

透過上述的例子，不難發現法院是以認定系爭專利是「高科技產品」(或是新興科技產品)，作為判斷是否符合保全必要性的主要標籤。但是仔細觀察法院所陳述的理由，所謂高科技產業競爭激烈、產品生命週期短暫、或是訴訟程序曠日廢時，這都是產業與司法的現實，換言之，這是客觀背景，在個案進入定暫時狀態處分程序前就已存在，像這一類法院使用的事實標籤，顯然過於粗糙，而可能與個案事實相去甚遠，以此作為「重大損害」和「急迫危險」之內涵，法院並沒有從此一標籤中，萃取任何有助於其判斷的任何資訊，而且法院減低自身成本所得到的片面效益，將來必會被浮濫之定暫時狀態處分之社會成本抵銷掉。

實務上將保全權利與保全必要性的審查，形式化到最簡單的例子，是直接以侵權鑑定報告作為認定一切的標籤，也就是當聲請人提出侵權鑑定報告時，法院不但可以據以認為就爭執之法律關係已經釋明，也包括足以認定對重大損害以為釋明，換言之，一份侵權鑑定報告，對法院而言就足夠代表一切事實的真相，卻忽略了這與現實情況聲請人是否真的具有保全必要性，已有十萬八千里之差距。但下級法院這樣的作法也實際上間接的被最高法院認可。在 95 年台抗第 364 號裁判中，當相對人針對聲請人沒有釋明重大損害一事作為抗告理由之一時，最高法院以「至於抗告人(即原相對人)謂鑑定報告書及專利證書絲毫未提及相對人受有重大損害部分，查鑑定報告書與專利證書雖未提及相對人之損害，惟鑑定報告書已表明待鑑定物品與本件專利之專利範圍相同，足認相對人已就其有重大損害為相當之釋明，且其亦已陳明願供擔保以代釋明，原確定裁定認其釋明之欠缺擔保足以補之而准許假處分之請求，亦無適用法律錯誤之情形。」這樣的作

法，非但沒有指摘高等法院誤貼了標籤，似乎也認同法院判斷事實的工作，以一份聲請人的鑑定報告作判斷基礎，並無不可，若是最高法院這樣的看法成為主流，對日後意欲假法院之手，行不當商業競爭者而言，不啻是一大福音，因為聲請人要找到對其有利的鑑定報告，放在自己身上當侵害專利事實的標籤並非難事。

第三項 擔保與反擔保的兩難

由前面探討實體理由是否應具備，以及保全必要性的認定的問題，我們可已知道當法院以低度判斷標準在作審查時，往往並不嚴格要求當事人提出任何實質證據加以說明，而且法院也以不合適的法律標籤，或是過於簡化的事實標籤作為認定基礎，此一形式化審查的後果，造成法院往往需要透過要求聲請人以擔保的方式，作為補充釋明的替代形式，或是擔保相對人因定暫時狀態處分可能受到的損害。

由於準用規定的關係，對於是否應該擔保，法律現有的條文對於想要以供擔保作為擔保低度判斷標準的法院而言，實際上是已經提供足夠的基礎，因此常可見類似的說法出現在供擔保的理由之中，「按於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。又請求及假扣押之原因，應釋明之；前項釋明如有不足，而債權人陳明願供擔保或法院認為適當者，法院得定相當之擔保，命供擔保後為假扣押，民事訴訟法第 538 條第 1 項、第 533 條前段準用第 526 條第 1、2 項分別定有明文。」至於對相對人而言，由於當定暫時狀態處分的程序已然走到可以供擔保時，相對人之抗告的理由除了表明聲請人實體理由及必要性未能釋明、或釋明不足之外，也常爭執擔保金額的多寡，但是關於擔保金額如何計算，已有最高法院 48 年台抗字第 18 號判例作為法律解釋的標籤¹⁶⁹，某種程度阻止了司法資源在一再虛擲在爭執金額大小之上。

¹⁶⁹ 48 年台抗字第 18 號判例：「法院就債務人因假扣押或假處分所受損害，命債權人預供擔保者，其金額之多寡應如何認為相當，原屬於法院職權裁量之範圍，非當事人所可任意指摘。」

在反擔保免為或撤銷假處分部分，法院多以「專利權所受侵害，最終目的乃損害賠償，自非金錢所不能彌補」為理由，因此在法院的想法當中，這自然符合民事訴訟法第536條第1項規定中所謂的「得以金錢之給付達其目的」，因此讓相對人可以反擔保免為或撤銷處分。法院在判斷此一要件，是認為專利糾紛均有「損害賠償」此一事實標籤的適用，因為法院認為損害填補可以作為權利受到侵害的處理方式之一，而既然金錢可以填補損害，那麼以金錢反擔保因撤銷處分後聲請人可能受到的損害，自然也無不可，或許在法院的認知中，即使珍貴如性命者，由可以用金錢填補其損害，則專利權又有何不可？但是法院如此認定卻是忽略了真正實施專利權進入市場之人，其商業利益、市場佔有率的損失，若往往不是難以估計，便是該損失根本無法以金錢彌補之，這樣的解釋方法與貼標籤的方式，並不是一個真正認識問題所在、解決問題的方式，而且誠如第五章所討論的，這只是獨厚有資力的相對人作法而已。

如果真的要討論是否有反擔保的資格，在我國實務上應該有可以再細緻區分的可能性，讓實體理由正當之「實施專利權之人」與「未實施專利權之人」在這邊有不同的適用，或許參照前面章節討論到美國實務的見解，如未實施專利權之人是學校研究單位或是自己研發之發明人，則其應當與專利流氓者作不同處遇；如實施專利權人之專利所佔產品比例分別為1或是千分之幾、或者對後者來說並沒有將專利授權他人使用之障礙的話，則在後者的情況更應給予相對人反擔保的機會。

至於另外一個供反擔保的理由，則是來自同條項的「債務人將因假處分而受難以補償之重大損害」或「有其他特別情事」兩個要件，實務上亦分別有聲請人及相對人以此為抗告理由，爭執到最高法院者。在聲請人爭執不應該准予相對人反擔保的案例中¹⁷⁰，

¹⁷⁰ 94年台抗字第689號裁判：「觀諸上揭假處分所定之暫時狀態，係為達到使相對人暫時不得製造、販賣、使用或進口系爭濾波器之終局目的。然相對人九十二年度之營業，收入計十二億八百十二萬七千元，其中XDSL濾波器或分波器產品占該年度營業收入之百分之五十八點八，市場遍及全球，倘於相對人是否侵害再抗告人專利權尚屬未明之本案訴訟期間，命相對人暫時不得製造、販賣、使用或進口系爭濾波器產品，除將造成相對人營業收入之損失外，對於相對人之系爭產品之全球性產銷，亦勢必造成難以彌補之重大損害，並斟酌再抗告人就系爭專利產品尚未進入國內市場，而發行專利權受侵害時，專利權人得選擇請求依侵害人因侵害行為所得之利益計算其損害（專利法第八十五條第一項第二款參照）等一切情狀，認士林地院裁定於斟酌相對人就系爭產品之營業利潤及本案訴訟可能進行之期間等情形，所命

最高法院曾有過以「營業額比例」和「聲請人尚未進入我國市場」，作為可以涵攝至前二個法律要件之事實標籤，因此駁回聲請人的抗告。而在相對人以高等法院未加以考慮此二要件而提起抗告者，也有一個成功的案例¹⁷¹。

從上述的討論，我們固然可以為反擔保尋找到適合的事實標籤，以作為法院判斷的基礎，但其實治本之道，應該是儘量避免出現反擔保考量的情形。對於釋明不足的聲請，特別是在保全必要性之「無法彌補損害」此一要件上，如果能透過賦予聲請人較高之舉證責任，並且當聲請人能盡到舉證責任時，則必然不再有需要以透過反擔保的形式保護相對人，因為聲請人已經確實證明其受有無法彌補之損害，且法院若不核准定暫時狀態處分，權利人即會因此受有無法彌補之損害；另外的斧底抽薪之道，是讓法院實質操作「勝訴可能性」標籤，繼而使兩造對於自己在本案程序中勝訴可能性了然於胸，如此雙方當事人對於是否還要繼續進行本案程序也會有適當之判斷，不至於因為各自在定暫時狀態處分中均投入大量金錢取形式擔保或反擔保，卻無法在法院處獲得更進一步的資訊，以作為後續程序判斷的基礎。

第四項 小結

從前述的討論我們不難發現，不管是定暫時狀態處分的定位，亦或是對於各種要件具體的認識，都可以找到法律解釋或是事實認定的標籤，顯見法院在處理法律或是事實資訊時，也必須仰賴不同的標籤，作為辨識的基礎。但是實務在進行定暫時狀態處分的

相對人就免為假處分所供擔保金額三百五十四萬四千三百二十七元，亦應足供擔保再抗告人因免為假處分所受之損害，且法院就假處分或免為假處分命供擔保金額之多寡，應如何認為相當，原屬於法院職權裁量之範圍，非當事人所可任意指摘。是再抗告人之抗告為無理由，裁定駁回其抗告，經核於法洵無違誤。」

¹⁷¹ 93 台抗字第 805 號裁判：「按『假處分所保全之請求，得以金錢之給付達其目的』，或『債務人將因假處分而受難以補償之重大損害』，或『有其他特別情事』者，法院均得於假處分裁定內，記載債務人供所定金額之擔保後免為或撤銷假處分，如假處分裁定未依上開規定記載者，債務人亦得聲請法院許其供擔保後撤銷假處分，此觀新修正民事訴訟法第五百三十六條第一項、第二項規定自明。是適用上開條項准否債務人供擔保後撤銷假處分，除審究假處分所保全之請求，得否以金錢之給付達其目的外，並須兼顧債務人有無將因假處分而受難以補償之重大損害或有其他特別情事而予適用。否則，即有消極的不適用法規致顯然影響裁判之『適用法規顯有錯誤』情形。」

審判活動時，由於對此一制度的認識，未如本案程序或是一般保全程序嫻熟，所以容易有見樹不見林的誤差，故有直接將定暫時狀態處分擬同如一般保全程序，因此在解釋法律條文上，常從既有的判例出發，未能思索該判例是否在專利訴訟程序中，作為認識法律的標籤是否適當，導致最後出現了乍看之下符合條文，但是作法卻偏離現實需要的定暫時狀態處分運作模式。

以判例作為詮釋法律條文的標籤，並倚之作為無庸審究實體理由正當的藉口，雖然大幅減少法院面對專利權時，進入處理實體技術細節等棘手問題，但相對的，也造成大開投機訴訟方便之門的機會；若再加上不知其真正內涵為何的「高科技產品」標籤，不但讓人一望即知法院過度簡化心證，也坐實了低度判斷標準只作形式審查的事實。雖然法院有意塑造兩造平等的現象，不使低度判斷標準過度朝向聲請人傾斜，而讓相對人得以反擔保免為或撤銷處分，以作為平衡的手段，但這也只是讓法院更有理由不去作實質判斷而已，直言之，法院不但透過擔保金的方式，替代其說理之責任，也併同擔保其誤判可能發生的錯誤，對當事人雙方來說，事情不但沒有解決，反倒是雙方常常淪為擔保金競賽，並繼續利用司法資源爭執擔保金金額高低而已。

我們可以觀察到法律和現實彼此互相影響的過程，就像是具有質量的物質，在時空中產生重力影響一般。不當的法律標籤，就像是扭曲的時空，提供行為人不當的誘因，往不正確的方向運動；反過來說，越多不當的裁定一再出現，也透過遞增效應累積了標籤的正當性（並非正確性！），就像是物質的重力越大，導致時空彎曲也越嚴重一般，而彎曲的時空又不斷促使物質集中，到最後質量極大，形成了黑洞。因此要讓行為人能出現最適的行為，唯有先從改正不當標籤的使用開始，而這也是高度判斷標準可以施力之處。

第三節 高度判斷標準的標籤

從前面低度判決標準標籤的討論中，我們不難察覺，法院為求程序的速結，多以既有的法律解釋標籤、或是粗糙的事實標籤作為判決的基礎，或許這樣的裁定難以遽認為是違法裁判，但是是否有更加妥適的進步空間，想必是有的，因此有法院為改變低度判斷標準之形式判斷，試圖以高度判斷標準取而代之。當法院以高度判決標準作為審查依據時，除了必須在法律解釋標籤，以及保全必要性的事實標籤上，發展出迥異於低度判斷標準的特色外，更要投入一定的心力在塑造標籤的細緻的內容，以便能有效區分準駁的差別。以下的討論我們將會看到法院如何以新的標籤，促使裁定如何在避免成為不適決定，以及在處理資訊成本上的平衡上，所做的努力。

第一項 實體理由應為相當釋明—以勝訴可能性為代表

法院之所以以高度判斷標準作為定暫時狀態處分審查的依據，是當法院認知到定暫時狀態處分實則介於保全強制程序與本案程序之間，帶有兩邊特色之程序後，以「假處分之本案化」的標籤重新定位定暫時狀態處分程序之意義，使其能在兼具保全程序與本案程序的特性，發展出屬於自己的操作標準，而非因為條文單純規定定暫時狀態處分規定不足，得以準用假處分規定，且其絕不屬於本案程序，就將其視為屬於一般保全程序一員。而為了使「假處分本案化」有得以操作的標準，法院即將判斷定暫時狀態處分之各項要件標準提高，即採用高度判斷標準的法院，認為聲請人若提出定暫時狀態處分聲請，其不但要充分釋明專利之有效性以及相對人侵害其專利權的事證，其釋明之可信性也不能因為相對人提出之反證而有所動搖。

由於這樣的看法一改先前低度判斷標準中，本案問題不在保全程序中審查的態度，因此尚無最高法院的判例作為法律解釋的標籤加以援用，目前僅有 95 年台抗字第 231 號裁判，被下級法院當作較為權威的標籤而加以援用，該裁定認為考量定暫狀態處分的必要性時，內涵中除原有之保全必要性的要件外，尚且應該包括權利的有效性以及被侵害的事實判斷的部分。該裁判主要內容為「按當事人於爭執之法律關係聲請為定暫時狀

態之處分，依民事訴訟法第 538 條第 1 項之規定，須為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，始得為之。是必要之情事，自為假處分之原因，應由聲請假處分之人，提出相當證據以釋明之，倘不能釋明必要情事存在，即無就爭執之法律關係，定暫時狀態之必要。又專利權涉及技術之研發及市場之競爭，因而對於專利權之保護，必須兼顧專利權人於其專利權受侵害時，迅速獲得救濟及相對人被迫退出市場所受衝擊，與市場之公平競爭；且法律已明定：防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要，為定暫時狀態處分之要件。則審核有無核發侵害專利權定暫時狀態處分之必要，自須考量是否造成無法彌補之損害、利益之衡平、是否影響公共利益、受侵害權利之有效性及權利被侵害之事實。」但是這樣的法律標準，只解決部分問題，因為法院實際上仍必須面臨，究竟在處理實體理由正當與否的資訊上，法院要怎樣著手的難題，也就是食材雖然具備，也給了怎麼料理的方向，但要端出令客人滿意的大餐，恐怕還需要細緻的食譜作為烹調手續指引才行。

最高法院 95 年台抗字第 231 號裁判此一新標籤的內涵中，最重要者莫過於其要求法院判斷「受侵害權利之有效性」及「權利被侵害之事實」。但就專利侵害來看，處理對專利是否有效及專利如何被侵害的資訊量是異常的龐大、也並非容易判斷，因為若是要從專利權範圍，以及從全要件原則等方式，詳細檢查是否侵權，法院投入的資源思維成本必然極高，雖不必然等同於本案判決，但實際上也極為接近，然而這樣資訊處理方式，將會導致定暫時狀態處分程序特性逐漸淡化。因此為求取平衡，折衷的作法是，法院在判斷實體理由是否正當時，除了課與聲請人有先舉證侵權的證明外，也有法院以是否存在打擊聲請人所提出的釋明證據之可信性者著手，並且將此一標籤特定化的責任交由相對人負責，若將相對人提出負面證據，與聲請人釋明的證據作比較後，足以推翻聲請人的釋明，則法院即可認定聲請人未滿足釋明責任。

因此在反面的事實標籤發展上，目前有因為相對人提出未侵權鑑定報告，並且指出聲請人專利為眾所皆知的技術而不具有效性者¹⁷²、有聲請人尚在專利審定而不能作為專利權主張權利者¹⁷³、有因為侵權鑑定報告中比對的產品並非相對人的產品者¹⁷⁴、也有誤方法專利為物品專利者¹⁷⁵等案例，此些案例皆因為其特徵事實非常明確，或是因為疏失、或是因為未就對造提出之說法提出抗辯等，使法院容易得以具體指摘出來，認為無法合致「專利有效性」或是「專利侵害」等法律要件，因此認為不存在有實體理由（或勝訴可能性）。

但由前開例子也可以看出，我國實務幾乎未有如美國實務般，針對專利請求項作逐項比對，以解釋專利權範圍、和判斷是否有侵權事實者。可見實際上法院要能實質操作「專利有效性」和「侵權事實」兩個要件，其思維和判斷成本仍是過於巨大。因此目前所可以看得到的裁定，都是法院藉由雙方所各自提供之鑑定報告來判斷系爭專利是否仍為有效以及是否有侵權事實與否。但是法院依賴雙方當事人各自提出之專利侵權鑑定報告，以作為判斷是否有「勝訴可能性」的事實性標籤，雖然在其中一方未能提出鑑定報告，或是鑑定報告有瑕疵的情況時，能協助法院處理勝訴可能性之資訊，但不可諱言的

172 在 95 抗 1037 號裁定中，相對人不但否認聲請人所提出有侵權之鑑定報告，而且也提出兩份分別由國立清華大學科技法律研究所和國立台灣大學電機所報告，認為聲請人的專利為習知技術，且此習知技術確實在西元 1998 年以前即為晶片封裝領域內眾所周知的技術手段。因此法院在結論認為抗告人（即聲請人）聲請本件定暫時狀態之處分並無正當必要性。

173 95 抗 1426 號裁定中提及「再抗告人之產品僅取得專利審定並非專利權，縱該產品之市場生命週期甚短，市場規模排名甚前，尚無為此核發定暫時狀態處分之必要」

174 93 抗 855 號裁定：「再抗告人雖主張相對人將其享有專利權之偵測及操作複數片擴充卡之整合個人電腦卡主端控制器之 PCI1620 整合雙插槽 PC 卡控制器，裝置於相對人之 TC1100 平板電腦銷售，侵害其專利權云云，惟其所提出之國立台灣科技大學專利鑑定報告書，並非以相對人之 TC1100 平板電腦，及再抗告人之 PCI1620 整合雙插槽 PC 卡控制器作為鑑定標的，而係以美商德州儀器股份有限公司產品 PCI1620 整合雙插槽 PC 卡控制器說明書進行鑑定，且未調閱再抗告人申請專利之有關資料詳加比對，能否用以釋明相對人有侵害系爭專利之情事，已有可疑。」

175 95 抗 214 號裁定中，法院論述到「惟抗告人系爭專利僅為『方法專利』，而非『物品專利』，只要相對人之製程與抗告人系爭方法專利並非相同，抗告人即不得擅將方法專利之保護範圍擴大為物品專利之保護範圍，而欲主張物品專利權人之權利，抗告人所擁有者僅係方法專利，竟欲主張物品專利權之範圍，顯已逾專利法保護之範圍。相對人為原料藥公司，如抗告人得以禁止相對人以系爭方法專利以外之生產方法製造 Gemcitabine，則無異於抗告人公司利用定暫時狀態處分制度，就其不受物品專利保護的 Gemcitabine 藥品，變相取得一個非屬方法專利權之權能、具有排他性的物品專利權，顯有定暫時狀態處分之濫用，且更破壞物品專利與方法專利之界限之嫌。」

是，若雙方均提出鑑定報告時，法院仍然要選擇自為判斷，或是變成在「勝訴可能性」要件上棄守，轉而往保全必要性之要件上尋求判斷基礎。

也有我國法院在看待「實體理由正當性」要件時，採取了較為大膽操作方式，一旦法院判斷出聲請人的定暫時狀態處分的聲請不具備實體正當性時，亦即無法以高度釋明程度證明爭執法律關係的「存在」時，就無定暫時狀態處分之必要¹⁷⁶，因此最後的結論是「抗告人（即聲請人）未能釋明其請求及假處分之原因，且其主張與相對人間爭執之法律關係，欠缺定暫時狀態處分之必要性，自無庸就兩造之利益為衡量。」法院在這樣的說法中，明白表示實體理由正當不具備時，即無進入保全必要性判斷的需要。法院的考量可能是，如果對實體正當性已經投入成本作判斷，而且也可以確定聲請人在本案程序中根本沒有勝訴可能性時，再判斷保全必要性是多餘的，也就是說，在特別的情形下，「勝訴可能性」的標籤比重應該能夠遠遠超過「保全必要性」的比重。這樣的好處在於，避免因為保全必要性衡量後，仍認為不具勝訴可能性的聲請人還有獲得准許裁定的機會，除了徒增當事人分別就自己有利的爭點不斷抗告外，而可能作出與本案結果完全相反的錯誤裁定。

第二項 保全必要性標準的具體化

採取高度判斷標準作為依據的高等法院裁定，為了一改低度判決標準在定暫時狀態處分中，僅以粗糙的「高科技產品」作為重大損害和急迫危險的事實標籤，以及陳明願供擔保以代釋明就准聲請的缺失，因此常在駁回理由中闡明，提出侵權鑑定報告，頂多只能證明存在有爭執之法律關係的存在，而不能在延伸認為聲請人已經就保全之原因完成釋明，何謂重大損害和急迫危險，聲請人還要提出使法院信其為真實且能即時調查

¹⁷⁶ 96 抗 1619 號裁定「又定暫時狀態之處分，其爭執之法律關係是否存在，固應由本案判決認定之，惟權利存在本身與權利存在之釋明既有不同，故債權人為定暫時狀態處分之聲請時，仍應就當事人適格之基本要件、爭執之法律關係是否存在、是否為避免重大損害或防止急迫之強暴而須就該爭執之法律關係定暫時狀態之必要等情事，提出可供法院即時調查之證據而為高度之釋明。苟不能釋明此種情事之存在，即無就爭執之法律關係定暫時狀態之必要（最高法院 22 年抗字第 1099 號判例意旨參照）。」

的證據，「尚難僅憑侵害專利權之鑑定報告，即以『高科技產品生命週期短暫競爭激烈』為由，遽准定暫時狀態之處分。況抗告人如未釋明，法院無從衡量兩造因准否定暫時狀態所受之利益及損害¹⁷⁷。」

因此在操作高度判斷標準的法院心中，聲請人之所以無法取得准許裁定，最主要的是因為聲請人無法以實際事證，具體釋明「重大損害」和「急迫危險」何在。但除了以釋明不足駁回聲請外，仍有最高法院的裁判，試圖為「重大損害」和「急迫危險」訂出更明確的標準，亦就是以建立其他標籤的方式，作為認識「保全必要性」的內涵。目前有提出看法的是前面提及的 95 台抗字第 231 號裁判，在這一裁判中，法院認為保全必要性的內涵可從下面三點來看，雙方各自是否有「無法彌補之損害」、雙方之間「利益之衡平」，以及加入因專利權糾紛而受到影響的大眾之「公共利益」，在綜合判斷之後，法院才能為準駁的決定。

目前因為只提出侵權鑑定報告，就希望法院認為其屬於「高科技產品」的聲請人，被法院以「尚未盡釋明已具有防止發生重大之損害或避免急迫之危險而有定暫時狀態之必要性」駁回者，仍居多數，法院並未就前述具體化標籤多加著墨。但也有法院因為相對人提出之打擊聲請人釋明可信性的事證，而特別針對聲請人究竟是未符合具體之「無法彌補之損害」標籤，或是「利益衡平」標籤而加以表明心證者。或許對法院而言，因為聲請人釋明不足，本來就構成駁回的理由，但是以更為顯著的對立事實，作為反證，不但在理由上更為完備，而且還能形成將來後續法院快速判斷和當事人行為的指標。

第一款 無法彌補之損害

最高法院裁判中提到的標籤之一——「無法彌補之損害」，可能是借鏡於美國法的說法，是「irreparable harm」的直譯，但其實法條文字「重大損害」與「急迫危險」與「無法彌補之損害」，其實並沒有比較模糊或是難以理解，因為同樣都屬於不確定法律概念，

¹⁷⁷ 此為 95 抗字第 932 號裁定法院駁回聲請內容。

哪些事實類型能涵攝至無法彌補之損害，仍舊需要靠法院個案判斷的累積，才能歸納出來¹⁷⁸，所以以法條文字作為判斷要件，應該是沒有太大差異才對，只是最高法院似乎已經將法律條文「重大損害」和「急迫危險」，作更細緻的區分，因此以下將以最高法院的看法，作為保全必要性底下具體的標籤，加以討論。

以「無法彌補之損害」為例，除了聲請人本身需先舉證證明自己因相對人之行為，將導致有「如何程度」之「具體損害」外¹⁷⁹，對法院而言，判斷此一標籤最容易、思維成本較低的作法，是倚賴相對人所提供的反面不成立之事證，亦即尋找能反證「無法彌補損害」的事實標籤。我國目前以此為駁回聲請之理由，主要有聲請人遲未行使權利、以及專利權人並無自行實施專利的計畫、或僅授權他人實施專利的情形。這是因為當聲請人遲未行使權利，其行為本身就說明了一切，以延遲提出本案訴訟為例¹⁸⁰，法院會認為聲請人不急於利用訴訟手段救濟，而僅倚賴屬於緊急保全程序的定暫時狀態處分，行為本身就表現了聲請人本身並沒有重大之損害或是急迫之危險，以致於法院心證容易認為，聲請人只是想利用定暫時狀態程序，以最小的訴訟成本獲致不當競爭的成果，相類似的情況還有聲請人在蒐集完可能侵權的證據後，卻遲延近半年才提出定暫時狀態處分的聲請，而且在一審准許處分聲請後，又遲延近一個月才聲請執行¹⁸¹；以及延遲提出具

¹⁷⁸ 由於公法上也有類似民事定暫時狀態處分的程序，規定在我國訴願法第 93 條與行政訴訟法第 116 條，其中是以「難於回復的損害」且有「急迫情事」作為審查依據，公法學者依照日本通說的見解，有多人認為「難於回復之損害」與「急迫」並無實質內涵上的差異，而應該視為同一要件處理，換言之，只要聲請人遭受現時難於回復之損害，即屬同時具有「難於回復損害」的「急迫性」。除此之外，學者也認為「重大損害」較之「難於回復之損害」的字義範圍更廣，包括「不能以金錢賠償」以外的損害。見林明昕，行政爭訟上停止執行之實體審查標準——以行政訴訟法第 116 條第 2 項為中心，行政管制與行政爭訟，中央研究院法律學研究所籌備處，2004 年 12 月，20-23 頁。

¹⁷⁹ 例如在台北地法院 92 智裁全字第 45 號裁定中，法院以「蓋『侵害權利』與『造成損害』二者，究為不同層次之法律概念，不能混為一談，聲請人空泛宣稱產品週期短暫云云，實無從此瞭解如相對人繼續進口販賣系爭產品，將致聲請人受有『如何程度』之『具體損害』。」

¹⁸⁰ 例如在 96 抗更（一）字第 7 號裁定中，法院駁回理由之一包括「況查，抗告人聲請本件定暫時狀態處分迄今已逾年餘，卻仍未見其起訴請求排除相對人侵害其名譽權、營業權及損害賠償之相關訴訟。由是可見，果相對人對抗告人確有侵害名譽權、營業權之情事，何以抗告人未及早起訴行使權利，以避免其上開侵權行為損害賠償請求權罹於時效？是本件抗告人之聲請，於法不合，不應准許。」以類似理由駁回聲請人之聲請者，另有 95 抗字第 1503 號裁定。

¹⁸¹ 96 抗字第 358 號裁定中，法院以「何況觀諸相對人於 95 年 6 月 15 日取得抗告人銷售系爭產品之發票，已知抗告人銷售系爭產品之事實，卻於半年後即 95 年 12 月 4 日始為本件假處分之聲請，且於原法院准許假處分 96 年 1 月 23 日送達假處分裁定後，於 96 年 2 月 16 日始為執行，亦足佐證其並未因抗告人銷售系爭產品而發生重大損害或有急迫危險之情形。抗告人復不能提出證據，以釋明其有防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有定暫時狀態處分之必要，其聲請本件定暫時狀態之

體說明可能受到損害之金額¹⁸²，以上聲請人之行為均足以駁斥聲請人自己提出之「高科技產品生命週期短暫，訴訟程序曠日廢時．．．」之說明有定暫時狀態處分之必要。

而非自行實施專利權的情況，則是法院認為既然聲請人是以授權他人實施專利為主要營利方式，則相較於以自身實施專利的情況而言，其損害可能僅為權利金收入而已，自然在文字意義上難以符合「無法彌補之損害」，而且將來若是相對人因聲請人取得定暫時狀態處分，遂不得不支付鉅額權利金以獲得授權許可，則定暫時狀態處分反成為名副其實壓迫相對人進入談判的工具，而這是司法實務所不願意樂見的情況，因此實際上也有法院以此作為駁回聲請理由者¹⁸³。

但必須注意的是，現有之美國實務已經認為這樣的事實標籤，仍有可以在為細緻化的必要，並非所有非自行實施專利權的聲請人，都是想要以專利排他權作為索取高額授權金之人。因此我國實務在面臨到未實施專利之專利權人聲請保護時，可能必須發展更多有助於判斷「無法彌補之損害」的事實標籤，如聲請人進入市場的機會、聲請人專利佔產品之比例、聲請人之身分等等。

除了前面所提及在資訊、電子科技業的情形外，在「無法彌補之損害」此一標籤的運用上，製藥專利方面的個案則是以另外一種方式做為標籤解釋的對象，因為其中有一

處分，自難准許。」在 95 抗字第 1037 號裁定中，法院以「再參以抗告人自認高科技產品生命週期甚短，其於 93 年間即發現相對人生產販售系爭產品，並於 93 年 9 月間起陸續購入系爭產品後，且又已於 93 年 11 月 5 日取得中國生產力中心出具之上開專利侵害鑑定報告，如抗告人確受有急迫危險，理應儘早聲請定暫時狀態之處分或提起本案訴訟，藉以確保於該產品甚短之生命週期內，發揮系爭專利之經濟效益，惟抗告人竟於事隔一年六個月後之 95 年 4 月 14 日始具狀聲請本件定暫時狀態之處分，益徵抗告人並未受有難以彌補之急迫危險，而無定暫時狀態處分之必要性。」

¹⁸² 例如在 94 抗字第 1801 號裁定中，法院以「抗告人（即原聲請人凹凸科技公司）於 93 年 4 月 13 日聲請定暫時狀態之假處分後，迄至 95 年 2 月 15 日止，始終未提出其所可能受損害之金額，抗告人凹凸科技公司主張其會發生重大之損害云云，殊不足取。」又以「另抗告人凹凸科技公司自 93 年 4 月 13 日以民事假處分聲請狀聲請定暫時狀態之處分起至本院 94 年 11 月 23 日期日止，抗告人凹凸科技公司對抗告人台灣三星公司及相對人迄未提起侵害專利權之本案訴訟，抗告人遲遲未提訴訟，不急於利用訴訟手段救濟，足見抗告人並無防止發生重大之損害，或有避免急迫之危險之必要，尚難認本件有定暫時狀態處分之必要，抗告人凹凸科技公司之聲請，不應准許。」

¹⁸³ 94 抗更（一）字第 37 號裁定「經查本件再抗告人並未自行實施專利權，而係採授與他人利用專利而收取一定權利金之方式，以實現其專利權，此觀再抗告人所提意向書第 6.2.1 條、6.2.2 條至明。故縱相對人惠普科技股份有限公司於台灣地區銷售之電腦產品有侵害再抗告人第 0 九 0 五 0 二號專利，再抗告人所受到之損害非不得折算成權利金而不得彌補。」

部份是專利藥廠針對以學名藥進行人體測試的科技公司提起定暫時狀態處分，對專利藥廠而言，這樣的作法可以避免後續學名藥取得上市的檢驗資格，因此自然有誘因針對此一類以人體測試為營業項目的科技公司進行訴訟。不過在高等法院駁回聲請的裁定中，除了還是認為聲請人並未就重大損害與急迫危險提出相當的釋明證據外，最重要的是，法院根本不認為藥物上市前的試驗工作本身會造成何種損害¹⁸⁴，也有法院認為既然行政院衛生署同意相對人進行臨床試驗計畫，而且該計畫已經試驗完成，相關資料和報告也已經返還委託公司，則應該已無再聲請定暫時狀態處分的必要，因為已無持續損害發生的可能性¹⁸⁵。直言之，目前「試驗」及「未持續操作專利」等事實態樣的標籤，成為在判斷醫藥專利是否需要核准定暫時狀態處分上重要的依據。

所以綜合整體以上法院的看法，我們可以大致掌握我國法院在判斷「無法彌補之損害」要件的內涵上，除了包括以聲請人提供具體數據作為釋明外，最重要的是相對人是否能提出其行為並非是侵害行為、或是將來不會再有侵害行為、或是聲請人並非自行實施專利、或是遲誤訴訟等事實性標籤，作為認定之基礎，顯然以高度判斷標準作為審核依據的法院，對於何種事實標籤福和所謂無法彌補之損害，已能透過累積起來的少數個案作為判斷之基礎。但由於受限於我國提出專利侵權訴訟者，多為有一定規模之業者，尚未見有研究型大學因為專利被侵害而對業者提起訴訟者，因此尚無法觀察到如美國最高法院在 eBay 案中，要下級法院謹慎考量如有大學或是自己研發之發明人等未自行實施專利者，是否即可一概認為沒有無法彌補之損害的情形。

第二款 雙方利益衡平

¹⁸⁴ 93 抗字第 3516 號裁定「系爭臨床試驗計畫之目的，係將新的糖尿病投藥治療方式，藉由臨床試驗確立安全性及治療效果，該臨床試驗計畫本身並不足以造成再抗告人之損害，再抗告人所主張之競爭力、市場占有率喪失、研發成本無法回收等損害，必待培力公司利用系爭試驗計畫結果取得藥品許可證後，製造、販賣侵害再抗告人專利之藥品始造成，尚難遽認相對人受託參與系爭臨床試驗計畫，即將使再抗告人遭受重大之損害或急迫之危險。又系爭臨床試驗計畫尚在試驗階段，攸關再抗告人將受重大損害或急迫危險之因素，均屬未定，因以裁定駁回其抗告，經核並無適用法規顯有錯誤之情形。」

¹⁸⁵ 94 抗更（一）字第 39 號裁定「查系爭臨床試驗計畫，業經試驗完成其報告，並經行政院衛生署同意備查，相對人並已將相關資料及文件返還正和公司，有相對人及行政院衛生署函在卷可憑，自難認本件有避免急迫危害之情形，尚無宣告假處分之必要等詞，因以裁定駁回其抗告，經核於法並無違誤。」

在「利益衡平」部分，由於此一標籤的內涵，是需要藉由兩造提出各自受有損害的精確數據，並加以比較之後，才能明瞭，但是縱然當事人能提出各種數據，法院想要精確衡量兩邊的利益，也不是容易的事，因為眾多的因素均可能影響損害的性質與大小，而各個因素之間又環環相扣，究竟該如何論斷和評估，對法院來說，可能又會面臨徒有滿手資訊，卻是剪不斷理還亂的困境。

目前實務上有就可能的損害佔雙方資產比例來加以比較的個案，法院表示「例如就同一金額之損害，若聲請人之資力甚為豐厚，該金額所占聲請人資力之比例不高，既非聲請人所不能或難以忍受，自應待本案訴訟以確定該法律關係，或就其可能受到之財產上損害，依假扣押等程序預為保全，無請求法院為定暫時狀態處分之必要；反之，若聲請人之資力甚為貧乏，該金額之取得，乃其賴以生存之重要資源，若未能即時實現，其生存將立受危險者，既非訴訟程序或一般保全所能及時救濟，自應許為此處分¹⁸⁶。」不過法院單以「資力豐厚」作為事實標籤，以判斷有無核發定暫時狀態處分之必要，顯然對大公司和企業最為不利，可以想像的是，如鴻海、聯發科等資產豐厚的企業，幾近於已先被推定不適用定暫時狀態處分程序。

雙方利益之比較，也有就系爭專利與禁止之產品的價值作比較的個案，法院以聲請人為取得准許裁定，其單一專利產品損失為 10 美元，而相對人若受到處分，則損失為一部筆記型電腦的售價，並且禍及相關電腦產品的下游廠商，因此認為相對人所受損害大於聲請人之損害¹⁸⁷。也有法院以當相對人進入市場後，不見聲請人銷售金額降低反而

¹⁸⁶ 96 抗字第 358 號裁定中，法院對資力比較的事實，認定如下：「查相對人雖稱抗告人銷售系爭產品，約占其營業總額 1/3，以 95 年該公司總營業額為 3 億元，則銷售系爭產品即佔約 1 億元，依該年度同業利潤為 10% 計算，每年抗告人銷售系爭產品之不法所得為 1,000 萬元，再依一般專利訴訟，可能須 2 年，相對人預估將受 2,000 萬元之損害等語，然抗告人銷售系爭產品所能獲得之利潤如何，與相對人因此所受之損害如何，本非同一問題，難以抗告人之獲利，即認係相對人之損害。何況以相對人資產高達數千億，即使於 2 年內共受到 2,000 萬元之損害，亦不致於立即危及公司之生存或營運，難以期待其依正常訴訟程序或一般保全程序謀求救濟。」

¹⁸⁷ 94 抗更（一）字第 37 號裁定「並審酌兩造就核發定暫時狀態處分所受之利害衡量，倘不准再抗告人之聲請，再抗告人就單一產品之損失為 10 美元，但如准許再抗告人為定暫時狀態之處分，則相對人就單一產品以最低售價新台幣 28457 元計算 7% 利潤，此有再抗告人陳報之利潤表可按，則相對人損失至少新台幣 1991 元，其對相對人造成之影響顯大於再抗告人。另相對人於西元 2001 年在台灣之營收合計新台幣 200 億元，有相對人提出其公司簡介可參，以再抗告人陳明銷售系爭電腦僅占相對人全產品 1/30，

上昇，而認為相對人推出之系爭產品並未造成聲請人市場占有率及銷售利潤有下滑之情形，並且系爭產品所佔各自營收分別為聲請人數千萬與相對人數十億的差距，在利益比較上，自然傾向相對人一方¹⁸⁸。換句話說，「專利佔產品之比例」及「營業額變化」等事實標籤，在我國已有法院用來判斷雙方利益因為定暫時狀態處分核發或是拒絕的差異比較。

第三款 公共利益

在本篇論文蒐集的最高法院裁判資料中，並未發現有任何當事人因為爭執「公共利益」此一標籤，而抗告到最高法院者，也因此未能尋此找到高等法院的裁定，這或許是因為當法院以「公共利益」作為駁回聲請人之聲請人時，由於「公共利益」這一個標籤背後所表彰的並非單獨特定人的利益，而是將所有可能直接受到定暫時狀態處分實質影響的大眾皆納入考慮，因此這一標籤可能帶有倚天劍的意味在內，一旦法院以此為理由作為駁回依據，聲請人自己也知道再難以改變法院看法，所以不在往最高法院抗告。

以「公共利益」做為標籤，非本次資料蒐集的裁判，而考量定暫時狀態處分准駁的，以德商寶鈴嘉漫漢公司和嬌生股份有限公司針對「宜保利血注射液」的專利爭執為例，原先德商寶鈴嘉漫漢發函警告嬌生公司，稱其販售的「宜保利血注射液」侵害其專利，要求其停止進口或販售上開藥物，但嬌生股份有限公司不為所動，反倒向法院提起反向定暫時狀態處分，請求寶鈴嘉漫漢公司應容忍嬌生公司繼續進口、及銷售宜保利血注射

若禁止相對人使用系爭裝置於系爭電腦，一年即將影響相對人收益高達新台幣 6.67 億元，對相對人所受之損害不可謂為不大，參以相對人之物流管道，系爭電腦係在大陸地區生產，經過香港轉運至台灣，再出口至全球市場，有相對人提出相關報導可按，若准再抗告人聲請核發定暫時狀態之假處分，將迫使相對人在台灣出口之系爭電腦退出全球市場，間接影響系爭電腦產品下游電子廠商之代工等情。」

¹⁸⁸ 95 抗 1037 號裁定「觀諸抗告人所提出之上開資料，相對人於 93 年間進入記憶卡市場競爭後，抗告人公司於 94 年間之銷售金額仍有大幅攀升，顯難認相對人推出之系爭產品已造成抗告人市場占有率及銷售利潤有下滑之情形。(略)相對人 93 年度全年營收為 20 億元，依相對人網站公告銷售之產品型錄計有 41 種不同規格，平均系爭 4 項記憶卡產品為相對人每年營收混注近 2 億元，如准予本件定暫時狀態之處分，將對相對人造成嚴重之打擊，兩相權衡，相對人因此所受之損害及不利益，顯然遠超過抗告人之損害。」

液、或從事其他與該產品有關之商業行為，第一審法院駁回嬌生公司的聲請¹⁸⁹。嬌生公司不服，提起抗告，高等法院以「宜保利血注射液係供洗腎病患減少書寫所產生之副作用，而為台灣洗腎病人所不可或缺藥物，一旦終止該藥物之供應，將使眾多洗腎病患之健康受到重大損害，同時亦使嬌生公司限於無法履行契約義務之窘境，致負擔債務不履行之損害賠償責任，顯將受有重大損害」，而肯認該案有就現有狀況定暫時狀態處分之必要，而將原裁定廢棄，改准許定反向處分。但可能的問題是，市場上並沒有可以相同替代的產品，或是縱然有替代品，但因處分而導致的供應問題，是否會造成市場上供應欠缺等，其實都是法院可以更進一步追問和具體化的事實標籤，以作為法律標籤「公共利益」的認定。

而近期亦有有關專利藥物對提供學名藥原料的廠商提起定暫時狀態處分聲請，卻也被法院以公共利益為理由，而加以駁回者，法院認為「若允准本件定暫時狀態之假處分，即使學名藥廠亦認茲事體大，將有鉅額金錢、市場占有率之損失。其等市場之流失，不僅將使相對人喪失全球製藥產業之競爭力、亦將斷傷生技製藥產業，使生化科技製藥方面之努力化為烏有。並將延緩受專利保護國家內學名藥之上市，影響合法可產銷之藥品市場，職是，本件滿足性處分裁定，倘予准許，則抗告人即在本案判決確定以前，已先獲得權利之滿足，而相對人卻蒙受不利益，並造成第三人受波及，而形成公眾利益之侵害¹⁹⁰。」但可以看出來這樣的理由，作為「公共利益」標籤認識的對象，相較於前例，可能更為薄弱，這是因為上游原料廠與一般大眾之間的關係可能處於間接地位，而且鉅額金錢或是市場佔有率等都沒有提供具體數據，如此方式操作「公共利益」標籤，難保不會也淪為例稿式內涵的弊病。不過從以上的例子或許我們可以觀察，以公共利益做為法律標籤運用的個案，在我國仍多發生於與健康醫療直接相關的專利之上。目前尚無如同美國實務 eBay 案或是 z4 案之情形。

第三項 小結

¹⁸⁹ 台北地方法院 87 年度裁全字第 2256 號裁定。

¹⁹⁰ 96 抗更（一）字第 8 號裁定。

若是說低度判斷標準失之輕率，那麼高度判斷標準可能是失之偏頗。所謂的偏頗，並非指法院在考慮各個要件時，有極端立場的色彩，而是想要指出，在高度判斷標準下，以駁回聲請的情況居多時，其實法院需要分別就各種可能的情況，加以綜合判斷，而非單以一特殊態樣的確立，就認為已經窮盡符合該標籤下的具體事實，比較好的作法是善盡闡明權，針對特定法律標籤下的事實，與當事人進行詳盡的討論，發覺必要的資訊，以盡量降低准駁裁定之間可能出現錯誤的情況。

第四節 新樣貌之定時狀態處分裁定

由於我國首座專業智慧財產權法院於民國 97 年 7 月 1 日成立，智慧財產權訴訟新制度因「智慧財產法院組織法」、「智慧財產案件審理法」（下稱智審法）於同日實施，使得我國在專利訴訟上將近入一個迥然於以往的新領域。但由於智慧財產法院草創初期，尚未有任何定暫時狀態處分之案件判決公布，但智慧財產案件審理法，卻以實質對現有繫屬於一般民事法院之定暫時狀態處分之審理，發揮一定之影響力。以下所探討的個案，為去年高等法院針對專利之定暫時狀態處分所作出較新之裁定，觀察地方法院、及抗告到高等法院後裁定理由的差異，我們不難發現，高等法院在判斷是否核准定暫時狀態處分上，已有了重大的突破，將來這樣的作法是不是會放出一個明確的訊號，影響著日後智慧財產法院的審理運作，實在值得密切注意。

第一項 士林地方法院之裁定理由（96 裁全字第 3444 號）

第一款 事實緣由

本案聲請人為立錡科際股份有限公司，相對人為力智電子股份有限公司。聲請人為專利第 186474 號「參考電壓產生電路」、第 191011 號「平衡多相直流對直流轉換器中通道電流的裝置及方法」之專利權人，而聲請人所有之「RT8807」之電源管理 IC 產

品及根據前開兩項專利研發而成。聲請人稱相對人於 94 年 12 月成立後一年內，即產出型號為「uP6201」之 IC 晶片於市場銷售，其技術侵及聲請人前開所有支兩項專利，經聲請人自市面上購得 ATI 繪圖顯示卡，取下相對人力智公司應用於上之「uP6201」晶片，經送鑑定後，業判定該晶片落入系爭二專利範圍，侵害聲請人專利，故向台灣士林地方法院聲請對相對人定暫時狀態處分，並陳明如釋明有所不足，聲請人願供擔保以代釋明。

第二款 裁定理由

士林地方法院（下稱士林地院）並未在實體理由應當採取何種作法上表明立場，其僅是宣示條文規定。但在定暫時狀態處分必要性部分，則先表示將以最高法院 22 年抗字第 1099 號判例作為其判斷依據，換句話說，法院要求聲請假處分之人，必須提出相當證據以釋明必要性；至於涉及利益衡量之「重大」或「急迫」之法律概念，法院則表示「就聲請人因該處分所獲得確保之利益或可能避免之損害，與相對人因該處分所將蒙受之不利益或可能遭致之損害相比較，必在前者大於後者之情形，使得謂為重大而具有保全必要性。」，亦表示由於相對人在本案判決確定前即可能預先承受不利益、及顧慮到聲請人之產品生命週期短暫等原因，「為顧慮其影響重大性，並平衡當事人雙方之利害，此種處分應具有較高之保全必要性為准許要件，亦即其保全必要性需達到較高之證明度」。而法院又以新訂之智審法第 22 條第 2 項為說明，認若釋明不足，法院則應逕予駁回其聲請。整體觀之，法院似採取高度判斷標準，但法院似乎也有意避開實體理由正當審查部分，而全力著墨於保全必要性上，並且認為聲請人應就保全必要性之舉證上負有比較高的舉證責任。

士林地院以聲請人「送鑑定樣品」應非市面上之商品，而認為聲請人就專利受侵害之釋明，尚有不足，顯然士林地院在實體理由正當性中，勉強找到一個可供施力的事實標籤；而聲請人又未實質舉證說明其專利產品或相類功能商品之價格、銷售額、市場佔

有率變化之情形等數據，以作為重大損害或防止何種急迫危險之說明，聲請人前開部分的欠缺，等於又無法提供事實標籤，讓法院有判斷基礎，加上系爭專利之產品「RT8807」晶片尚未進入量產，聲請人因本件假處分所能獲得之利益或可避免之損害，實不明確；況且聲請人自承「RT8807」晶片售價將低於相對人「uP6201」晶片，則聲請人亦未舉證有何因相對人侵權而致無法消受情形。從而認定聲請人對其究有何重大損害需防止，或有何急迫之危險需避免，而有定暫時狀態處分之必要，釋明尚有不足，因而駁回其聲請。

第二項 臺灣高等法院之裁定理由（97 抗字第 4 號）

高等法院首先陳明，其是以最高法院 95 年台抗字第 231 號判決作為往後之判斷基礎，因此該最高法院判決中認為審核有無核發侵害專利權定暫時狀態假處分之必要，需考量「無法彌補之損害」、「利益衡平」、「公共利益」及「受侵害專利之有效性及權利被侵害之事實」等要件是否該當。且一反常態的，高等法院將原為債權人最常引用之「產品生命週期短暫，商機稍縱即逝」之說詞，拿來用以說明債務人若因處分之故被課與不作為義務，債務人即已面臨產品淘汰、被迫退出市場之不利結果，因此高等法院認為債權人就保全必要性之要件應有較高度之釋明責任。

而本裁定迥異於以往所有專利定暫時狀態處分裁定之處，在於高等法院法官就本案債權人之勝訴可能性採行了與本案程序極為相似之作法，即高等法院針對系爭專利之專利範圍解讀自為認定，並且在有效性問題上，亦表明「惟專利法第 74 條第 2 項僅謂專利權經撤銷確定時，其專利權之效力視為自始不存在。尚難反面解為對於有明顯瑕疵之專利權，在未經行政處分撤銷確定前，普通法院完全不得斟酌其瑕疵而就是漸為符合公平之處理。」因此高等法院與兩造均投入相當大量的成本在判斷債權人是否有勝訴可能性上，這無疑是我國專利訴訟定暫時狀態處分所跨出的一大步，因為在本案中，勝訴可能性此一法律要件的實質操作，等於宣示了日後勝訴可能性此一標籤的重要性

至於在保全必要上，高等法院除了以「難以彌補之損害」、「利益衡平」和「公共利益」作為在法律層次上之標籤外；在事實層面上，亦分別以「具體銷售數額」、「資本、營業額比例」及「對市場影響」等事實標籤，作為認事保全必要性的關鍵。高等法院認為由於債權人之系爭晶片「RT8807」尚未進入市場，在研發成本既非難以計算，而債權人又主張債務人系爭晶片銷售數量及金額均屬債權人所受損害範圍，因此難以認為債權人日後有難以彌補之損害；又高等法院分別比較兩造之資本額、營業額，認為若核發定暫時狀態處分對債務人之影響，將使其失去之營業額達資本額之四分之一，而若不核發定暫時狀態處分予債權人，則債權人所受損害佔其資產比重極低，因而認為在利益衡平方面顯然對債權人較為不利。而高等法院認為債權人所有之「RT8807」晶片尚未量產係屬事實，如禁止債務人就系爭晶片之產銷，其電源管理晶片市場可否等待債權人之產品量場上市，而不致由其他相類產品替代，亦未見債權人釋明，則此一部分似乎高等法院似乎有將公共利益納入考量的意味在內。

債權人無法在勝訴可能性的要件上證明自己於本案中有勝訴之可能性，繼之又無法保全必要性上取得法院之心證，因此債權人要求廢棄原審裁定之抗告，最後仍是遭到駁回。

第三項 97 抗字第 4 號裁定之影響

由於 97 抗字第 4 號審理專利定暫時狀態處分之方式，以往並無法院如此運作，最主要原因除了是若法院在實體理由上進行實質審查，則恐耗時日久，加上一般法院可能普遍不具備審理專利訴訟之能力，因此常常是舉過往判例，而避開此一問題，將主要力氣放在保全必要性的審查上，此從本案在地方法院裁定理由中可見一般。

惟我國日後既然已將智慧財產權相關案件交由專院管轄，則智財法院再也沒辦法以能力不足為藉口，而避開實體審查，而且已公布之智慧財產案件審理細則第 37 條第 3 項及第 4 項，業已明白表示：「法院審理定暫時狀態處分之聲請時，就保全之必要性，

應審酌聲請人將來勝訴可能性、聲請之准駁對於聲請人或相對人是否將造成無法彌補之損害，並應權衡雙方損害之程度，及對公眾利益之影響。」「前項所稱將來勝訴可能性，如當事人主張或抗辯智慧財產權有應撤銷或廢止之原因，並為相當之舉證，法院認有撤銷或廢止之高度可能性時，應為不利於智慧財產權人之裁定。」法院以形同無法再以低度判斷標準，作為審理定暫時狀態處分之依據。換言之，聲請人原先可能享有之低成本優勢，亦不復見。

97 抗字第 4 號裁定的出現，可以說是智慧財產法院日後審理的預告，對於往後潛在當事人而言，想要以一份鑑定報告就取得定暫時狀態處分聲請，其實已經形同斷念。而對於下級法院、特別是日後對於專利訴訟有專屬管轄之智財法院，97 抗字第 4 號裁定更是指出將來我國專利定暫時狀態處分之審理進行方式，將朝本案程序靠攏，在判斷實體理由上，法院有責任和義務進行審查，不可能再出現以往以擔保金補釋明不足的情況。

更進一步的思考，其實在智財法院進行專利糾紛審理時，若是藉由分案規則之設計，使得專利糾紛之定暫時狀態處分與本案訴訟得併由相同法官承審，則可以避免專利權範圍之解釋及有效性的認定的歧異，在訴訟成本節約上，無疑是一大福音；若是未能在智財法院審理之案件，如 97 抗字第 4 號案件，在定暫時狀態處分程序已經就爭點為實質判斷時，也應該肯認法院及兩造當事人付出之成本，而認為應有爭點效適用之情形，除非另有新訴訟資料的提出或顯有違法反令之情況，否則當事人在其後的本案訴訟中，就同一爭點，不得再為相反主張，本案法院亦不得再為相反之判斷，此除可以避免球員和裁判在重複投入成本外，亦可提高兩造在定暫狀態程序時即盡力攻防誘因，若聲請人在定暫時狀態處分程序中因實體理由部分舉證不足敗訴，將法院將可諭知債權人撤回本案訴訟，以節省司法資源。

第七章 結論

我們很難看到月球黑暗的那面；照亮那面需要耗費能量。同樣的，照亮我們所看不到的事物，需要計算上和心智上的努力。

Nassim Nicholas Taleb 《黑天鵝效應》

前面的文字說明的正是我們在面對事物、處理資訊時，沒有不需要付出心力成本的。同樣的，法院在處理手上資訊時，也需要付出認識成本，而且越想要精確的認識事物，其所付出的成本就會越高，而且受限於客觀環境和技術，常常促使法院要在資訊不足的情況下作出價值判斷。

本文嘗試以「貼標籤」和「放訊號」兩個角度作為觀察法院審判活動的面向。首先，在法律層次的貼標籤上，「標籤」其實包括了訴諸法律文字的構成要件、實務為具體化不確定法律概念所建立的「判斷標準」，以及判決先例等。標籤越是細緻和具體，就能減低個案的處理成本，而法院依循法律標籤作為認事用法的基礎，則是在累積規範資訊，創造法之安定性和可預測性。在事實層次的標籤上，法院若能建立最貼近事實完整真相的事實標籤，則能夠節省許多辨識事實所引發的巨大成本，並且也將能夠剪裁恰當的事實對應到法律構成要件上，以對外宣示法律效果。只是法院過於依賴既定或是已經襲用日久的標籤，特別是最高法院所採納之判例，往往造成法院所認識的事實與真正的事實有一段差距，而此差距也使法院容易為人可趁之處。

法院對法律的操作及解釋方式，以及彰顯其思維活動判決，對其他法院或是潛在當事人而言都是一規範的「訊號」。但法院之對事物之價值判斷的訊號，並每次均能完美呈現，此除了可能是法院受制於客觀條件無法放出有利的訊號外，可能也是法院不願放出明確的訊號，這是法院可能考慮到其所做出的決定和採行的標準，將是日後潛在當事人行為舉措將如何回應的參考，法院自然有時不願意在即有爭議或是未有社會共識的情

形下即作出明確的判決，因此在訊號的釋放上，會採取比較迂迴的說理或是模糊的態度，以避免對社會顯有的穩定狀態產生劇烈的影響。當然也有的情況是，法院在作判決時，由於只顧及到個案紛爭之解決，而未能關照到其決定對未來之影響，使得法院判決無法提供一個明確的誘因改變潛在當事人的行為。

本文選擇以專利訴訟之定暫時狀態處分作為觀察法院審判活動的對象，無非是著眼於在定暫時狀態處分程序中，最能看出法院在「及時解決問題效益」和「司法資源成本」中間的緊張關係，而且專利權本身以公共財性質行使獨占排他權的特別關係，讓專利權訴訟影響層面所及，常常擴及於個案之外。從美國實務的發展，我們不難看出其對於相當我國定暫時狀態處分之臨時禁制令的核發，態度越趨嚴格，此或許與非以自身實施專利之專利權人常常以臨時禁制令作為索取鉅額權利金有關，加上新型態的專利形式和專利微型化成為新的糾紛來源，使得臨時禁制令以經出現手段凌駕目的的現象，故美國實務方有在衡平法則具體化四個要件上，解釋及舉證責任日漸嚴格的傾向；而美國聯邦最高法院在 eBay 案中對於永久禁制令的解釋，更可見美國實務操作法律標籤的細膩程度。

回顧我國專利訴訟之定暫時狀態處分，從第五章的討論中，吾人可以發現高等法院和最高法院對於定暫時狀態處分準駁是以高度和低度兩種不同的判斷標準在判斷，整體來說，此無寧仍就是對外放出法院仍有機可趁的訊號，一旦法院有機會選擇以較低思維和判斷成本的方式做成決定，且甚至較不易被最高法院駁回的情形下，先是法院有誘因以低度判斷標準去作審查，後則是意欲以投機訴訟方式作為商業競爭手段的專利權人、或是意欲以定暫時狀態處分獲取不當鉅額權利金的非實施專利之專利權人，與均有動機持續提起定暫時狀態處分。因此若要能兼顧短期眼前個案之解決，以及長期減少投機訴訟情事發生，法院在運作定暫時狀態處分的判斷要件上，必然是要以高度判斷標準作為依據。此是從長期觀點來看，因為當法院對外放出不惜成本也要作實質審查的訊號時，可以想像某程度已經能嚇阻意欲不當利用程序之人。而從短期個案來看，若要能在合理範圍內運用司法資源，除了要更具體化原有基於衡平概念、立法者所給定之不確定法律

概念外，更重要的是要透過個案建立適當的事實標籤以對應真實情況、涵攝至法律。

在第六章我們分析了低度判斷標準中法律標籤形成的原因，以及法院如何因為成本考量而不斷援用不符合專利訴訟定暫時狀態處分需要之判例，但從採用高度判斷標準的案例中，我們已經可以看到已有最高法院的判決明確表示，在審查定暫時狀態處分時，應從「無法彌補之損害」、「利益衡平」、「公共利益」及「專利有效性及侵害事實」四個法律要件著手。而除了專利有效性及侵害事實難以發展出較為具體的事實標籤外，其與三者可視為保全必要性標籤具體化的判斷法律標籤，已有案例發展出事實標籤以利於未來之法院作為判斷依據。

雖然對於實體理由正當性（即最高法院所說的專利有效性及專利之侵害事實）在高等法院 97 年抗字第 4 號裁定出現前，法院多以聲請人未提出侵權鑑定報告、專利尚在審定期間而不能作為專利權主張權利者、有因為侵權鑑定報告中比對的產品並非相對人的產品者、也有誤方法專利為物品專利者等事實標籤，進而認定聲請人無法取得法院勝訴可能性的心證，但是這些事實標籤仍無法成為勝訴可能性實質判斷的基礎，真正的勝訴可能性判斷，必須是如美國實務般的針對系爭專利的請求項作逐項判斷，僅是心證程度或許不用如同本案程度之高。因此本文也藉由試著分析高等法院 97 年度抗字第 4 號裁定，認為其在專利有效性及專利侵害事實的實質判斷方式，將會影響日後智財法院審理定暫時狀態處分的方式，當然前開裁定在判斷聲請人是否有保全必要性時，仍是藉著辨識事實標籤而為認定，只是後續的問題將是，當法院及兩造在定暫時狀態處分投入如此多的成本，在判斷專利有效性及侵害專利範圍之爭點後，是否在本案程序有以爭點效將定暫時狀態處分程序的成果加以沿用的效果，若然，則兩造當事人在專利紛爭，會因為定暫時狀態處分程序之故，而了然於各自於本案訴訟勝訴程度，兩造自然有可能不再繼續進行本案程序。當然最佳的方式，仍是在智財法院進行專利訴訟時，能透過分案規則，將定暫時狀態處分與本案交由同一法官審理，此除可避免重複訴訟程序之司法資源浪費外，亦可避免對於專利範圍解釋出現歧異的效益。



參考文獻

一、中文書籍

1. 大衛.D. 弗里德曼著，楊欣欣譯，經濟學語境下的法律規則，法律出版社，2004年1月。
2. R. H. Coase 著，陳坤銘、李華夏譯，廠商、市場與法律，遠流出版事業股份有限公司，1995年3月初版一刷。
3. John Medina 著，洪蘭譯，大腦當家—靈活用腦 12 守則，學習工作更上層樓，遠流出版事業股份有限公司，2009年1月初版一刷。
4. 熊秉元著，天平的機械原理，元照出版有限公司，2002年5月初版一刷。
5. 熊秉元著，法律經濟學開講，時報文化出版企業股份有限公司，2007年8月初版一刷。
6. Mark Buchanan 著，葉偉文譯，隱藏的邏輯，天下文化出版股份有限公司，2007年6月第一版。
7. Nassim Nicholas Taleb 著，林茂昌譯，黑天鵝效應，大塊文化，2008年5月初版一刷。
8. 鄭玉波著，黃宗樂修訂，法學緒論，三民書局，1997年9月13版。
9. 王澤鑑著，民法學說與判例研究第一冊，台大法學叢書（五），1996年10月。
10. 焦興鎧編，美國最高法院重要判例之研究：1990~1992，中央研究院歐美研究所，

1995 年。

11. 王承守、鄧穎懋著，美國專利訴訟攻防策略運用，元照出版有限公司，2004 年 11 月初版一刷。
12. 陳哲宏、陳逸南、謝銘洋、徐宏昇著，專利法解讀，元照出版有限公司，2002 年 3 月二版一刷。
13. 雷雅雯著，侵害專利權之民事責任與救濟，司法研究年報第 23 輯第 2 篇，司法院印行，2003 年 11 月。
14. 吳明軒著，中國民事訴訟法下冊，三民，2004 年 9 月修訂六版。
15. 范曉玲、郭雨嵐著，專利保全程序實務，智慧財產培訓學院教材，2006 年 4 月初版一刷。
16. 湯德宗、劉淑範編，行政管制與行政爭訟，中央研究院法律學研究所籌備處，2004 年 12 月初版一刷。



二、學位論文

1. 帥嘉寶，法院審判活動之「貼標籤」與「放訊號」，國立臺灣大社會科學院經濟學系碩士論文，2008 年 1 月，9-11 頁、13-14 頁。
2. 沈冠伶，公害制止請求之假處分程序—從程序機能論與紛爭類型審理論之觀點，臺灣大學法律研究所碩士論文，1994 年 6 月，32-35 頁。
3. 李超偉，論專利權侵害之定暫時狀態處分—以保全必要為中心，東海大學法律學研究所碩士論文，2007 年 6 月，109 頁、137 頁。

4. 葉國良，專利訴訟之定暫時狀態處分救濟，交通大學科技法律研究所碩士論文，2006年1月，86頁。
5. 吳佳穎，專利事件定暫時狀態處分之研究，國立臺灣大學法律研究所碩士論文，2007年1月，39頁、61頁、92頁。

三、期刊論文

1. 王文宇，認真地對待資訊—論內線交易之判斷標準與預防措施，月旦法學雜誌，第155期，2008年4月。
2. 宋方青、鄭金雄，網路服務商對名譽侵權資訊控制的法律問題思考，法令月刊，第59卷11期，2008年11月。
3. 蔡岳勳、林宜穎，論美國專利搭售案件中專利權與市場力推定發展—兼評美國聯邦最高法院2006年 Illinois Tool Works Inc. v. Independent Inj Inc. 案，法令月刊，第59卷第4期，2008年4月，48-68頁。
4. 鄭中人，專利權之行使與定暫時狀態之處分，臺灣本土法學雜誌第58期，2004年5月，101-138頁。
5. 馮浩庭，從美國暫時性禁制令看我國定暫時狀態之假處分—以專利侵權爭議為例，政大智慧財產評論，第2卷第1期，123頁。

四、英文文獻

1. Michelle Armond, Introducing the Defense of Independent Invention to Motion for Preliminary Injunction in Patent Infringement Lawsuit, 91 Calif. L. Rev. 117, 117-120, 132-134, 138-146 (2003)

2. Michael J. Meurer, Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation, 44 B.C. L. Rev. 509, 512-515(2003).
3. Gary Myer, Litigation as a Predatory Price, 80 KY. L. J. 599(1992).
4. Morton Denlow, The Motion for a Preliminary Injunction: Time for a Uniform Federal Standard, 22 Rev. Litig. 495, 499(2003).
5. Gerald Sobel, THE COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT: A FIFTH ANNIVERSARY LOOK AT ITS IMPACT ON PATENT LAW AND LITIGATION, 37 AM. U. L. REV. 1087, 1117(1988).
6. Douglas Lichtman, Irreparable benefits, 116 YLJ 1284, 1289(2007).
7. Adelman, Rade Tomas, Wenger, Patent Law, Second Edition(2003).
8. Larry Coury, C'est What?Saisie! A Comparison of Patent Infringement Remedies Among the G7 Economics, 13 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 1101, Summer, 2003.
9. Douglas Lichtman, Uncertainty and the standard for preliminary relief, 70 U. Chi. L. Rev. 197(2003).
10. Samuel K. Lu, The Fundament of Preliminary Injunctions, Permanent Injunctions, and Temporary Restraining Orders in Patent Cases, in Patents, Copyrights, and Literary Property Course Handbook Series, 1999 Practicing Law Institute.