

國立交通大學

管理學院碩士在職專班科技法律組

碩 士 論 文

我國民事保全程序與產業競爭之若干實務問題

—以法院審理為中心

A study on the practice of Taiwan's provisional remedies proceedings of civil law
under industry competition
- focusing on the review proceedings of the court



研 究 生 ： 陳順珍

指 導 教 授 ： 劉尚志博士

中華民國九十七年六月

我國民事保全程序與產業競爭之若干實務問題

—以法院審理為中心

A study on the practice of Taiwan's provisional remedies proceedings of civil law
under industry competition
- focusing on the review proceedings of the court

研究生：陳順珍

Student: Shun-Jhen Chen

指導教授：劉尚志博士

Advisor: Shang-Jhih Liu

國立交通大學

管理學院碩士在職專班科技法律組

碩士論文

A Thesis

Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

In Partial Fulfillment of the Requirements

For the Degree of

Master

in

Technology Law

June 2008

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十七年六月

我國民事保全程序與產業競爭之若干實務問題

—以法院審理為中心

研究生：陳順珍

指導教授：劉尚志博士

國立交通大學

管理學院碩士在職專班科技法律組

摘要

我國民事訴訟法規定之保全程序概分為執行保全程序（含假扣押及一般假處分）、定暫時狀態之處分及證據保全程序。定暫時狀態之處分並非假處分之一種，有別於一般假處分，不應全部準用假處分、假扣押之規定，我國民事訴訟法於 2003 年 9 月 1 日修正施行後，針對定暫時狀態處分雖已另立其規定，但仍有部分法條準用假處分、假扣押規定，最高法院 20 抗 5 號判例及 61 抗 589 號判例揭示定暫時狀態之處分為假處分之一，故程序上僅採形式審查，完全不為實體審查，就修正條文之解釋，該等判例是否仍得援用，已有疑義。又我國 2008 年 7 月 1 日施行之智慧財產案件審理法第 22 條第 2 項之立法理由，明白揭示美國法院之四部測試法，即勝訴可能性、聲請人是否受難以回復之損害、兩造利益及困境之衡量、公益之考量等，我國院審理定暫時狀態之處分案件之要件時得採或應採該四部測試法？本文認為如應採該四部測試法，則於衡量聲請人勝訴可能性時，即不可能不為實體之審查，最高法院相關僅得為形式審查之判例應不再援用並統一法律見解。正、反向定暫時狀態之處分為實務上常見訴訟前兩造當時人向法院聲請而存在內容正相反者，其裁定之效力及執行效力如何定其優劣，向來無統一見解，而以執行先後決定其效力，產生若干不公平現象；本文認為最高法院 92 年台抗字 532 號裁定「容忍不作為」效力優於「單純不作為」效力之見解並無助於正、反向定暫時狀態處分競合或抵觸問題之解決，仍應以合併審理等其他程序之安排以減低其裁判歧異之可能。

**A study on the practice of Taiwan's provisional remedies proceedings of civil law
under industry competition
- focusing on the review proceedings of the court**

Student: Shun-Jhen Chen

Advisor: Shang-Jhih Liu

Institute of Technology Law
National Chiao Tung University

ABSTRACT

In Taiwan Code of Civil Procedure, the provisional remedies proceedings is generally categorized into executive provisional remedies proceedings (including provisional attachment and general provisional injunction), injunctions maintaining temporal status quo and perpetuation of evidence. Since an injunction maintaining temporal status quo is not considered as a kind of provisional injunction and is also different from a general provisional injunction, the provisions related to provisional attachment or injunction should not be applied thereto. Notwithstanding, some provisions of provisional attachment and injunctions are still applied even after new provisions are added specially for injunctions maintaining temporal status quo by the amendment effective on Sep. 1, 2003. By case 20-Kung No.5 and case 61-kung No. 589, the Supreme Court has hold that an injunction maintaining temporal status quo is a kind of provisional injunction and only a procedural, but not substantive, review should be applied upon its determination. It is controversial whether these two cases are overruled by the amendment. Besides, the legislative ground of Article 22 of Intellectual Property Case Adjudication Act, effective on Jul. 1, 2008, clearly refers to the four-factor test in the U.S. law, which includes the likelihood of success on the merits, the existence of irreparable harm, the balance of hardship and the public interest. It is also controversial whether the court is compelled to apply the four-factor test upon determining an injunction maintaining temporal status quo. If the four-factor test is compelling, a substantive review becomes necessary for the court to deliberate upon the first factor, likelihood of success on the merits. This will justify the overruling of those two Supreme Court's cases and eliminate the controversy. It is common that both of the parties, one after another, apply for injunctions maintaining temporal status quo which are contrary to each other. In current practice of the court, the later action of a party for an injunction will be inherently rejected due to granting of an earlier action of the other party for a contrary injunction. Such a discretionary practice sometimes yields unreasonable results. In a Supreme Court's case, Tai-Kung-Tzu No. 532, a holding has been brought up that the later action could be granted if its purpose is to prohibit specific acts interfering with the enforcement of the applicant's right. However, this holding does little to solve the contradiction of actions for contrary injunctions. In order to prevent contradictory decisions among the courts, a new proceeding of review of actions for contrary injunctions, such as consolidation, should be established.

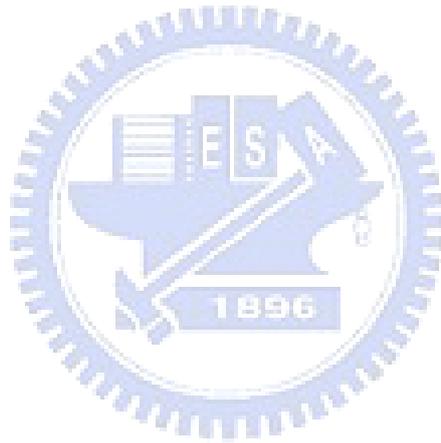
誌 謝

感謝劉所長尚志、羅明通老師、王敏銓老師之指導、愛護及包容。

感謝我的家人及外子鼎力支持。

感謝在修業過程中辭世的父親生前給予無盡的鼓勵。

要感謝的人真的太多，感謝每一位曾幫助我、啟發我的人生貴人。



目次

中文摘要	i
英文摘要	ii
誌謝	iii
目錄	iv
表目錄	vii
圖目錄	viii
第一章 緒論	1
第一節 研究動機及目的	1
第二節 研究內容及方法	2
第一項 研究內容	2
第二項 研究方法	2
第二章 關於定暫時狀態之處分與產業競爭之實務上問題	2
第一節 我國民事訴訟法規定之保全制度	3
第二節 實務上常見與產業競爭有關之民事保全程序案件類型	3
第三節 關於定暫時狀態之處分實務上之問題	4
第一項 我國法律之修正	5
第二項 我國法院審理原則向來採取完全形式審查之不當	6
一、法條規定及其配置	6
二、法院事務分配因素之影響及法院內部規則辦法之拘束	6
三、我國判例之拘束	7
(一)最高法院判例明示採取形式審查之審理原則	7
(二)判例拘束下，實務上法院向來採形式審查	7
(三)形式審查之審理原則產生不妥當之結果	8
四、我國民事訴訟法修正後不應僅為形式審查	8
(一)定暫時狀態之處分之性質	8
(二)美國法制之參考	10
(三)我國民事訴訟法修法後之審理原則不應再採完全形式審查	11
五、小結	11

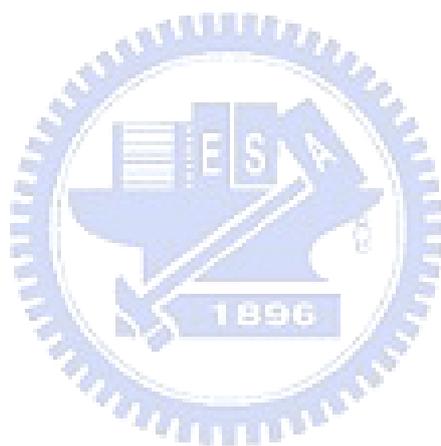
第四節 我國現行法之要件分析—兼論美國法之規定及美國法之四部測試法之判斷標準	12
第一項 我國法之要件及變革	12
一、我國法規定之要件.....	12
(一)須為有「爭執」之法律關係.....	12
(二)須有定暫時狀態之必要.....	14
二、我國法關於供擔保之功能.....	15
(一)補充釋明之不足.....	16
(二)擔保相對人之損害.....	16
第二項 美國法之要件及核發禁制令之判斷標準	17
一、勝訴可能性.....	17
二、無可彌補之損害.....	19
三、雙方利益或困境之衡量.....	20
四、公益之考量.....	20
第三項 我國法律規定下可否引用美國之判斷標準	21
第四項 小結	22
第五節 定暫時狀態之處分特別問題之探討	23
第一項 正、反向不作為定暫時狀態處分之競合(抵觸)	23
一、問題之焦點(先到先贏遊戲規則之不公平).....	23
二、法院 92 年台抗字第 532 號裁定所揭示之「容忍不作為」效力優於「單純不作為」之見解，無助於問題之解決.....	25
三、因應之道.....	27
第二項 禁止董、監事行使職權之定暫時狀態之處分	28
一、問題之源頭.....	28
二、實務上常見定暫時狀態之處分在公司經營權爭奪之運用.....	29
三、因應之道.....	31
四、小結.....	33
第三章 關於證據保全之實務上問題	33
第一節 我國民事訴法證據保全之規定	33
第一項 證據保全之意義	33
第二項 證據保全之功能	34
一、保全功能.....	34
二、開示功能.....	34
三、審理集中化功能.....	34

第三項 證據保全之要件(即共通之保全事由)·····	34
第四項 實務上常見之問題·····	35
一、證據保全執行之拒絕及效果·····	35
(一)就民事訴訟法之規定·····	35
1. 當事人拒絕之效果—不利心證之制裁·····	35
2. 第三人拒絕之效果—直接或間接強制·····	36
(二)智慧財產案件審理法之相關規定·····	36
二、智慧財產案件審理法之新制度：秘密保持命令·····	37
(一)意義及立法目的·····	37
(二)比較法·····	39
(三)適用之情形·····	39
(四)效力及違反效果·····	40
1. 永久效力·····	40
2. 違反效果·····	40
(五)未來可能產生之問題·····	40
第二節 實證分析 ·····	42
第四章 關於假扣押之實務問題 ·····	44
第一節 法律要件 ·····	44
一、關於假扣押之聲請，法院審查之要件·····	44
(一)需有欲保全強制執行之金錢請求或得易為金錢之請求·····	44
(二)需有日後不能強制執行或甚難執行之虞·····	44
二、司法實務及其問題·····	45
三、因應之道·····	46
第五章 結論 ·····	46
參考文獻 ·····	50

表目錄

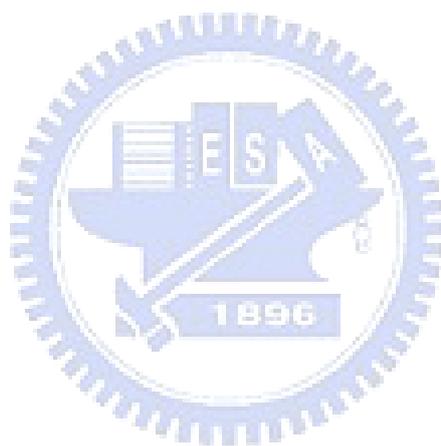
【表 1】我國法要件與美國法要件之對應……………21

【表 2】就各地方法院證據保全裁定後之本案判決結果之統計…………… 42



圖目錄

【圖 1】各地方法院曾准許證據保全之本案訴訟結果統計……………43



第一章 緒論

第一節 研究動機及目的

我國民事訴訟法規定之保全程序概分為證據保全程序、執行全程序(含假扣押及一般假處分)及定暫時狀態之處分¹。相對於本案訴訟程序較複雜，舉證責任較嚴格及訴訟終結至確定耗費時日甚至長達數年，其效果緩不濟急，故於訴訟實務上，訴訟前保全程序之踐行成果，有時即已決定該訴訟結果之勝負，因此，保全程序可謂為訴訟程序之前哨戰；於與產業競爭攸關之智慧財產權訴訟更見其此特性，尤其藉由定暫時狀態之處分程序制止競爭對手為一定之產銷行為，最屬常見；另有涉及公司經營權爭奪之對董監事職權為定暫時狀態處分者，亦可能因法院之裁定而使市值數百億之上市上櫃公司於一夕間變換其經營權之主體，影響至鉅。

因實務上歷來將定暫時狀態處分歸類於「假處分」類型之一種，且固守假處分程序就本案或實體上之理由不得審究認定之見解²，造成多年來假處分(即本文所述之定暫時狀態之處分)實務若干不公平現象。近來民事訴訟法於民國九十二年九月一日修正施行後，已為多方討論，本文擬自法院審理該等事件，基於審查者之觀點就相關要件及若干實務問題探討，其主要思考點在於針對不同紛爭類型與特質，法院之裁判可能提前於判決確定前即發生與確定判決等同之效果，裁判之效力亦自以往個人與個人間之糾紛，轉變成產業之競爭，甚至關係企業存亡、公司經營權一夕遽變之結果；而法院面對此等實務問題之轉變，其角色亦將因其是否體認此等轉變隨之因應，而致其定紛止爭之功能終可達成或悖離之迥異，更應審慎以避免成為紛爭當事人或產業間不公平競爭之推手。

自專利法修正廢除刑事責任之相關規定後，於修法前訴訟當事人經常藉由刑事偵查程序之搜索、扣押等強制處分程序取得專利侵權之證據等情形亦不復見，當事人乃轉而採取民事訴訟程序之證據保全程序以期能於訴

¹ 因歷來實務上之案件分類未將定暫時狀態之處分定為個別類型，而歸類於「假處分」之一種，本文為區別與「一般假處分」(或稱「保全之假處分」)之不同，文內所指「假處分」即指保全將來強制執行之假處分，非「定暫時狀態之處分」。

² 最高法院 20 年抗字第 5 號判例。

訟前取得侵權之證據，然此一程序原規定於民事訴訟法，於執行時遇相對人拒絕提出證據，而無正當理由時，法院不得實施強制處分，其雖得依證明妨害等規定減輕因此所生權利人舉證上之困難，惟於證據確實存在，僅因相對人不當阻撓而未能取得時，究不如排除其妨礙而使證據顯現，更有實效，此亦為歷來民事訴訟證據保全程序之困境。

然於智慧財產法院成立後，自民國九十七年七月一日起智慧財產權事件均須適用智慧財產權案件審理法，其中就保全程序有若干特別規定，關於證據保全及定暫時狀態之處分及秘密保持命令等相關規定，有較民事訴訟法更積極之規定，其適用可能衍生之問題，本文將一併列入討論。

第二節 研究內容及方法

第一項 研究內容

本文研究之內容及範圍主要著重於我國現行法之規定下，基於司法制度、法律規定及法院等實務見解運作下，所生之問題及解決方式，同時並參考外國比較法例就相關問題規定及可能採取之解決問題方式。另外就我國甫成立之智慧財產法院暨新公布施行之智慧財產案件審理法，相應於此等問題之規範及未來可能產生待解決之問題。惟因案件類型眾多，本文擬就實務上特別問題為討論，包括正向及反向不作為定暫時狀態處分之競合（抵觸），並著重於專利侵權案件及禁止董監事行使職權（裁判解任）案件。

第二項 研究方法

除上開定暫時狀態之處分相關實務上特別問題之探討外，本文擬探討目前法院就證據保全之程序之實務上問題，及證據保全裁定與本案實體判決之關聯性，就民國八十九年關於民事訴訟法證據保全規定修正後，統計我國各地方法院有關智慧財產案件專利侵權損害賠償之判決，針對該等證據保全處分程序於其後本案實體判決採用後對判決結果之影響程度如何，以為實證分析之基礎。

第二章 關於定暫時狀態之處分與產業競爭之實務上問題

第一節 我國民事訴訟法規定之保全制度

我國民事訴訟法規定之保全制度可分為三種，即證據保全（民事訴訟法第 368 條以下）、執行保全（民事訴訟法第 522 條至第 537 條之 4）及定暫時狀態之處分（民事訴訟法第 538 條以下）。其中執行保全程序包括保全金錢請求或得易為金錢請求之假扣押程序，以及保全金錢以外之請求之強制執行之假處分程序（又稱一般假處分）。

第二節 實務上常見與產業競爭有關之民事保全程序案件類型

由於智慧財產權保護之程度與科技發展及產業競爭有密不可分之關係，而法院為權利保護實踐之中心，是以產業間透過民事保全之程序之採行而達成其競爭目的者，時有所見，其常見之類型為：（一）專利侵權事件（二）禁止公司董監事行使職權（三）侵害營業秘密事件（四）禁業禁止約定之違反爭議等，其中專利侵權事件，常見由專利權人或由疑被指控侵害專利權之一方，均可能聲請定暫時狀態之處分。於此類型爭端中又可分為「妨害制止」及「行為容許」兩種定暫時狀態之處分；前者有稱為「正向假處分」，後者有稱為「反向假處分」（於本文應以「正向定暫時狀態之處分」及「反向定暫時狀態之處分」稱為較明確），正向定暫時狀態之處分是專利權人主張其專利受侵害，但被控侵害者否認侵害，因而聲請定暫時狀態之處分，要求法院暫時依其主張禁止相對人不得製造、為販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口；反向定暫時狀態之處分則是被指控侵害專利權者，聲請法院依其主張暫定相對人之專利權有瑕疵或其產品未侵害相對人之專利權，相對人應容忍聲請人產銷某一或數項產品，並不得為禁止或妨害之行為屬之³。

就禁止董監事行使職權之定暫時狀態之處分，實務上，公司經營權爭奪雙方常涉及利用「假處分」（即本文所指之定暫時狀態之處分）制度暫時凍結對方之權力，例如禁止董監事行使職權，以利己方之策略安排，最常見之模式大抵為：公司派與市場派不合，市場派主張董監事涉及不法事端或不當行為，主張擬提起解任董監事職務之訴，乃於起訴前聲請定暫時

³ 鄭中人，專利權之行使與定暫時狀態之處分，司法院民事法律論文選輯，民國 95 年 1 月版，138 頁。

狀態之處分，以禁止董監事行使職權，惟由實際案例觀之，法院以定暫時狀態之處分之機制介入後，是否真正解決原待解決之問題？或造成制度設計目的外，對當事人權益重大且難於回復之影響，殊值考量。以上二者為本文討論之重點，其他關於營業秘密及競業禁止之相關問題，大體亦含括其中，乃未另予論列。

第三節 關於定暫時狀態之處分實務上之問題

第一項 我國法律之修正

我國民事訴訟法於民國八十八年、八十九年及九十二年分別為大幅度修正，堪稱自民國十九年制定該法以來，較全面性、根本性修正，其中重視民事保全程序之有效及慎重，關於暫時救濟制度最重要變革之一即為將定暫時狀態之處分要件加以明文化。民事訴訟法在民國九十二年修正之前，就定暫時狀態之處分僅設一條文規範之（同法第 538 條：「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。」），雖最高法院依其立法理由，著有數則判例闡釋之⁴，但學說上卻有不同見解，其中關於定暫時狀態之處分的方法，法院得否裁定滿足性（或稱履行性）之處分，使債權人在本案訴訟經判決確定前，獲得與實現本案訴訟法律關係之全部或一部勝訴相同之結果，學說與實務亦多有爭議，此一爭論亦明定於修法後之民事訴訟法第 538 條第 3 項，從此可杜爭議。

民事訴訟法關於定暫時狀態之處分之規定係於民國九十二年二月七日修正通過，同年九月一日施行。修正後之要件為：（一）爭執之法律關係，（二）為防止重大損害或避免急迫之危險或其他相類之情形，（三）有必要性時，得聲請法院為定暫時狀態之處分（同法第 538 條第 1 項）。

其立法理由明白揭示，定暫時狀態之處分與純為保全將來執行之一般假處分有所不同；且此項聲請不限於起訴前或起訴後，亦不論是本案之原告或被告均得為之⁵；其修正草案研議過程，也決定不限於有繼續性之法

⁴ 最高法院 20 年抗字第 366 號判例；同院 22 年抗字第 1099 號判例。

⁵ 司法院編「民事訴訟法、民事訴訟施行法部分修正條文對照表暨總說明」，(2003 年)354 頁至 355

律關係⁶，所以，此之法律關係應無種類之限制，無論財產上或非財產上之法律關係均有定暫時狀態之處分之適格；且財產上之法律關係，亦不以金錢請求以外之法律關係為限。修正後新法明確認知定暫時狀態處分之制度目的及程序機能在於預防自力救濟，維持法的和平，與向來所認執行保全之假扣押及一般假處分，係純為保全債權人就本案請求權（法律關係）之個人利益及程序之密行性不同，定暫時狀態之處分是為維持法律秩序所採取之救濟程序，其依據之法理乃與緊急避難或正當防衛相通，而含有公益之性質，非純為保全個人權利⁷而已。

就定暫時狀態之處分要件之保全必要性，修正後法條規定為防止重大損害或避免急迫之危險或其他相類之情形而有必要者，其中防止重大損害或避免急迫之危險為例示規定，其他相類之情形而有必要者，則為一般規定。惟上開必要性規定均屬於不確定法律概念，俱有賴於法院利益衡量後予以判定，即是否具必要性之事實上評價，雖委諸法院審理時極大之自由裁量權；然法院於審理、裁定時，仍應視個案情節衡量聲請人因該處分所獲得確保之利益（含延遲實現之防免所可能取得之利益）或可能避免損害或危險發生等類之不利益，與相對人因該處分所將蒙受之不利益及可能產生之損害，加以權衡判斷。

其中防止發生重大損害，通常係指如使聲請人繼續忍受至本案判決時為止，其所受之痛苦或不利益顯屬過苛；避免急迫之危險與防止發生重大之損害雖然並舉，但如有急迫之危險即可能發生重大損害，所以兩者未必係相異概念而無相互重疊情形，可謂急迫危險屬發生重大損害之一典型例示，聲請人因相對人之急迫行為發生重大損害或有發生之虞情形，均係急迫危險，是否急迫之判斷，雖因其根源於紛爭之性質，非僅為當事人之便宜，而具有客觀性，但因其係視得否依本案之通常訴訟以獲得滿足而予以判定，故亦具有相對性⁸，端賴法院就個案加以判斷。

第二項 我國法院審理原則向來採取完全形式審查之不當

頁。

⁶ 司法院編「司法院民事訴訟法研究修正資料彙編(八)」(1992)1133 頁、1164 頁。

⁷ 司法院，前揭書，(註 5) 355 頁、362 頁。

⁸ 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，收錄司法院編印「民事法律論文選輯」2006 年 1 月，12 頁。

一、法條規定及其配置

我國民事訴訟法第 538 條第 1 項所定之定暫時狀態之處分，並非保全債權人強制執行之方法，原與保全程序之假處分無涉，僅因其就爭執之法律關係定暫時之狀態，係就當事人權利之範圍加以暫時的保護，性質上與假處分相通，故除別有規定外，準用假處分之規定（第 538 條之 4）。此乃立法上之一種便宜，實則定暫時狀態之處分，原非保全程序之處分，不過因其部分性質相近，得準用假處分之規定而已⁹。

二、法院事務分配因素之影響及法院內部規則辦法之拘束

（一）因司法院對於民事保全程序（證據保全除外）中之假扣押、假處分及定暫時狀態之處分案件，於地方法院繫屬後而本案訴訟繫屬前，負責審理裁定之職責，以法院事務分配劃由辦理民事執行之法官兼辦（民事保全程序處理要點第 2 點）；且同時要求「承辦法官收案後，除須調查或命補正者外，應即裁定；其應調查或命補正者，應儘速辦理後裁定之（修正後之民事保全程序處理要點第 4 點）¹⁰。惟其復未於處理要點區別定暫時狀態之處分與一般假處分之處理原則不相同，致使法院實務上之處理程序，向來大抵多將定暫時狀態之處分視為假處分之一類（法院內部之分案類型亦是如此），而概以假處分之程序行之。於民國九十二年修正增列民事訴訟法第 538 條第 4 項：「法院為第一項及前項裁定前，應使兩造當事人有述之機會。但法院認為不適當者，不在此限。」之前，甚且囿守程序秘密性、書面審理及形式審查（此問題於下段討論）等程序原則，造成定暫時狀態之處分之相對人往往於毫無所悉之情形下即受定暫時狀態之處分裁定而措手不及；又依修法前之規定，因完全準用假處分之規定，除有特別情事外不得供擔保撤銷假處分，且抗告亦不停止執行，如此一來，受定暫時狀態之處分之一方（即裁之相對人），僅能於抗告程序中同時接受該裁定

⁹ 王甲乙，新修正民事訴訟法講義彙集，司法院編印，2004 年 2 月，105、106 頁。

¹⁰ 司法院於 2002 年 1 月 4 日修正「民事保全程序事件處理要點」，將長久以來聲請保全裁定之處理、執行，修正為「除須調查或補正者外，應儘速處理完畢」，舊要點第 8 點規定「假扣押、假處分事件自收到聲請狀起至裁定正本向債權人為送達止，除須調查或命補正者外，應於一日內辦理完畢。」，此規定易使法院判斷錯誤，容易輕忽保全裁定審理要件之重要性，對於定暫時狀態之處分，更難妥為審查其要件，此規定看似無觀宏旨，惟實則形成法院實務上長期以來處理保全程序之慣例，形成某程度經忽保全裁定程序（相對於訴訟判決程序而言）審理之慎重必要性之並普遍現象，著有深遠之影響。

執行之不利益結果。又因定暫時狀態之處分，相當多情形，其裁定結果係無異於本案確定判決結果，法院實務運作之結果，致使程序保障極大欠缺，使一方當事人因另一方當事聲請定暫時狀態之處分，即於法院採行書面、形式、一造陳述之簡略程序下，裁定一相當於本案確定判決結果之定暫時狀態之處分，對當事人甚不公平，更形成該程序被濫行利用以達某些產業或利益群體不當競爭或排除對手之有效工具，歷來為當事人、訴訟代理人及學者間多所詬病。

(二)上開情形，於民國九十二年修正民事訴訟法及九十一年修正「民事保全程序處理要點」後，因當事人兩造均於裁定前應有陳述意見之機會，如法院認為有行言詞辯論之必要時，依民事訴訟法第 234 條，自得行任意之言詞辯論，此與保全強制執行目的之假扣押、假處分程序，僅規定於抗告法院為裁定前，應使債權人及債務人有陳述意見之機會（我國民事訴訟法第 528 條第 2 項）之情形大不相同，法院內部之處理原則亦應隨之調整至適當辦理期限，並應區別定暫時狀態之處分為獨立類型之保全程序，妥為處理始屬允當。

三、我國判例之拘束

(一)最高法院判例明示採取形式審查之審理原則

因我國民事保全程序中之假扣押及一般假處分，均採行非訟程序為形式審查，又因歷來實務上就定暫時狀態之處分法條規準用假處分之規定，而未明確將定暫時狀態之處分與一般假處分類型區分以採行不同之程序，更因為實務上最高法院 20 抗 5 判例揭示：「假處分為保全強制執行方法之一種，苟合於上開假處分條件，並債權人敘明假處分之原因存在，法院即得為准許假處分之裁定。至於主張之實體上理由，是否正當，乃屬本案問題，非假處分中所能解決。」之意旨；最高法院 61 年台抗字第 589 號判例更將上開判例擴張至定暫時狀態之處分，該判例指出債權人所主張之實體上理由是否正當，非假處分(即本文所指之定暫時狀態之處分)裁判中所能審究。

(二)判例拘束下，實務上法院向來採形式審查

受制於上開判例之拘束，以致幾乎實務上歷來均以形式審查程序進行定暫時狀態之處分¹¹案件，至民國九十二年九月一日修法後，雖有若干裁定進而為實體審查¹²，但極大部分之裁定仍受限於上開判例之拘束而仍採取形式審查，例如民國九十五年七月二十五日作成之最高法院 95 台抗字第 462 號裁定：「Tsunami 系列 LCD 顯示器控制晶片之輸入使用類比界面，是否與相對人之前開專利權完全無涉，兩造既有爭執，且涉實體爭執，即有待本案訴訟解決，尚非定暫時狀態處分之保全程序所得過問。再抗告意旨，猶執原法院就該『專家意見』未予斟酌調查云云，指摘原裁定不當，聲明廢棄，自難認為有理由。」，判例之拘束及其影響之大，可見一斑。

(三)形式審查之審理原則產生不妥當之結果

受制於完全形式審查之結果，一則於程序上易造成對當事人之突襲，未給予適當陳述意見之機會；或縱然通知兩造均有陳述意見之機會，但對於聲請人請求之權利是否存在及是否有定暫時狀態處分之必要，在在需要透過某程度實體審查方有認定之可能，如法院審理時，一概拒絕觸及實體面，不僅錯誤判斷之可能性大幅升高，亦即在實體法權利之請求非常薄弱，而竟能取得本案勝訴判決相同結果之裁定並加以執行，法院只能轉而以供擔保之方式補其不足，此種情形，時常可能產生制度被濫用，當事人對司法判斷無法折服，法院亦有損其職司個案公平審查之權能。

四、我國民事訴訟法修正後不應僅為形式審查

(一)定暫時狀態之處分之性質：

¹¹ 最高法院 69 年台抗字第 72 號判例：「假處分係保全強制執行之一種，原為在本案請求尚未經判決確定以前，預防將來債權人勝訴後，因請求標的之現狀變更，有日後不能強制執行或甚難執行之虞者而設，至債權人聲請假處分所主張之權利，債務人對之有所爭執者，應於現有或將來有訴訟繫屬時，請求法院為本案之判決，以資解決，尚非聲請假處分時，先應解決之問題。」；最高法院 91 年度台抗字第 164 號裁定：「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，債權人亦得供擔保代此項釋明，至債權人起訴主張之實體上理由是否正當，除已有確定裁判不認債權人之權利外，則非假處分裁判中所能審究」。

¹² 最高法院 95 年度台抗字第 231 號裁定（民國九十五年四月十三日）。

定暫時狀態之處分事件之性質為何，學說上¹³有不同見解，有認為屬非訟事件，有認為屬訴訟事件。非訟事件說認為定暫時狀態之處分與一般假處分（系爭標的物假處分）有所不同，一般假處分之目的在於實現請求權中之保全權能；但定暫時狀態之處分其目的非為確定實體法上之權利，而是就當事人間之紛爭，由國家直接介入，防止或除去其所產生之危險狀態，以發揮監督、保護作用，性質上屬於非訟事件；訴訟事件說則認為，定暫時狀態之處分與其他保全處分相同，均係為解決、處理「對立」當事人間之紛爭，且在程序上亦應有被保全權利之概念，對將來欲實現之權利關係，為暫時之認定，故應為訴訟事件，再者，定暫時狀態之處分程序乃規定於民事訴訟法，其要件係由當事人主張並加以釋明後再由法院為裁判，具有訴訟程序之構造¹⁴。

就我國修正後之民事訴訟法而言，定暫時狀態之處分兼具有訴訟性質與非訟性質，且因紛爭類型之差異，不同事件所具有之訴訟性質或非訟性質，亦有程度上之差異，並容許法院就具體個案之需求，交錯採用訴訟法理或非訟法理進程序。申言之，就訴訟性質而言，定暫時狀態之處分有對立之兩方當事人，法院須就聲請人所主張之被保全權利為相當程度之判斷，尤其在當事人間利害狀態尖銳對立，且就聲請人有無權利或權利存否有爭執時，顯現高度訟爭性，需採取訴訟法理進程序，宜使兩造當事人進行辯論（修正後新法第 538 條第 3 項）；就非訟性質而言，定暫時狀態之處分所保護之利益係「全體之法利」，所以法院不僅須考量聲請人之利益，尚須斟酌相對人之利益，甚至須顧及公益，法院之介入具有監督、保護之性質，且不受當事人對於定暫時狀態之處分方法之聲明所拘束，得由法院以裁定酌定之（民事訴訟法第 535 條第 1 項），而不適用處分權主義中關於聲明之拘束性（民事訴訟法第 388 條），定暫時狀態之處分裁定多為形成之裁判，而（暫時性）創設、變更或消滅當事人間私法上之權利或法律關係。

由於定暫時狀態之處分事件性質上具有訴訟性與非訟性之雙重性質，故其審理程序即需求彈性化與靈活化之處理方式，而不應堅持向來所謂之程序方式嚴格性及程序法理二元分離之見解，始能平衡兩造當事人之

¹³ 學說之爭議，詳見沈冠伶，公害制止請求權之假處分程序—從程序機能與紛爭類型審理論之觀點，台大碩士論文，1994 年，32 頁以下。

¹⁴ 李木貴，滿足的假處分之再認識，月旦法學雜誌，97 期，2003 年 6 月，59 頁。

利益，法院亦方得藉以為充分妥適之審理是否具備法定要件並予准許或駁回當事人之聲請¹⁵。

(二)美國法制之參考

就美國法對暫時性救濟之法制規範，最主要的規定為聯邦民事訴訟程序規則 (Federal Rule of Civil Procedure, FRCP)，規則於 65(a) 對臨時禁制令做出原則性規定，亦為美國法審理禁制令的法律基礎。根據 FRCP 65(a) 規定，preliminary injunction 的核准與否有下列四個主要問題：通知 (notice)、聽審 (hearing)、擔保金 (security)、禁製令之範圍 (scope)，FRCP 就此有詳細規定¹⁶。

就通知而言，FRCP 要求在 preliminary injunction 核准前必通知相對人¹⁷，如未踐行此程序要件，法院不但不應核發禁制令，其後續所有的法律行為或程序均可能全部無效¹⁸。在聽審程序方面，由於美國憲法賦予被告可以請求陪審團審理的權利，因此 FRCP 65(a)(2) 也授權法院得於暫時禁制令 (preliminary injunction) 開始審理後，必要時得命令將本案的實體提前而與暫時禁制令 (preliminary injunction) 整合併行審理 (consolidation of hearing with trial on the merits，亦即本案化)；縱使法院並未命令本案化，所有在決定是否核發暫時禁制令 (preliminary injunction) 程序中所提出之證據，當然皆可以成為本案審理時的證據，無待另行主張¹⁹。

¹⁵ 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來，月旦法學雜誌，109 期，2004 年 6 月，54、55 頁。

¹⁶ 馮震宇，從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟，月旦法學雜誌，109 期，2004 年 6 月，19 頁。

¹⁷ FRCP 65(a)(1) Notice. No preliminary injunction shall be issued without notice to the adverse party.

¹⁸ 詳註 15 前揭文，註 42：『例如 C A F C 就特別在 Atari 與 Nintendo 專利爭議案件中指出，preliminary injunction issued without notice, motion, hearing, or evidence should be vacated. 請參見 Atari Games Corp. v. Nintendo of Am., Inc., 897 F.2d 1572, 1578n. 7 (Fed. Cir. 1990)。』

¹⁹ FRCP 65(a)(2) Consolidation of Hearing with Trial on Merits. Before or after the commencement of the hearing of an application for a preliminary injunction, the court may order the trial of the action on of the action on the merits to be advanced and consolidated with the hearing of the application. Even when this consolidation is not ordered, any evidence received upon an application for a preliminary injunction which would be admissible upon the trial on the merits becomes part of the record on the trial and need not be repeated upon the trial. This subdivision (a)(2) shall be so constructed and applied as to save to the parties any rights they may have to trial by jury.

(三)我國民事訴訟法修法後之審理原則不應再採完全形式審查

我國修正後之民事訴訟法關於定暫時狀態之處分之規定，既加重聲請人對於聲請之原因事實及必要性之釋明責任；並明文規定法院除例外情形均應通知兩造使其有陳述意見之機會，必要時並得行任意辯論，且就請求之法律關係及定暫時狀態之必要性均須有相當程度之釋明，但是，於兩造爭執定暫時狀態處分之必要性時，法院無可避免須審酌聲請人主張之實體理由可採信之程度，此為邏輯上所當然，因為只有聲請人即本案訴訟之原告，於本案有勝訴之可能性，始有資格預先享受此相當於勝訴判決之利益；如對聲請人主張之實體理由完全不予考量，無可避免將來定暫時狀態處分之效力與本案判決或聲請實體法所得主張之權利，其結果相反、衝突之情形，必無法降低其可能發生之機率，對於當事人反而產生不可回復之損害。

因此，法律修正前或可能以法律未明文規定且法條就定暫時狀態之處分完全準用假處分、假扣押之規定而認法院僅有採取形式審查原則之理由，然於民事訴訟法修正後，法院就定暫時狀態之處分之審理程序，即應再無完全採形式審查之理由。

五、小結：

關於民事保全程序，歷來即要求迅速及祕行性，故實務上向來並不訊問當事人，通常僅為書面審理，現行法修正前甚且許聲請人以供擔保以代釋明，亦係為達此制度目的²⁰。然而，現行民事訴訟法第 526 條第 2 項已修正，規定僅於釋明不足時，法院得定相當之擔保以補足釋，如未釋明或認為即使供擔保亦不足以釋明，均應駁回聲請，該規定於定暫時狀態之處分雖準用，但定暫時狀態之處分本質上並非以保全強制執行為目的，而係為維持法序之平和，亦保護雙方當事人之利益及公益之顧及，因此於考量其原因之釋明時，當有別於執行保全之不同思考。

²⁰ 最高法院 26 年抗字第 101 號、27 年抗字第 521 號、32 年抗字第 638 號、43 年台抗字第 20 號、61 年台抗字第 589 號(均為判例)，係關於保全程序得以供擔保代釋明者，因修法而不合時宜，經同院於 2006 年 8 月 1 日 95 年度第 11 次民事庭會議決議不再援用。

就此，於民國九十七年三月二十八日公布，將於同年七月一日正式施行之智慧財產案件審理法第 22 條第 2 項更明文規定：「聲請定暫時狀態之處分時，聲請人就其爭執之法律關係，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之事實應釋明之；其釋明有不足者，法院應駁回其聲請。」，亦即，智慧財產案件審理法更進一步排除聲請人供擔保補釋明之不足之餘地。

所以未來適用智慧財產案件審理法之案件，聲請人就聲請事實、法律關係及保全之必要性，均應負完全之釋明責任。從而，本文認為上述最高法院 61 年台抗字第 589 號判例，其認為定暫時狀態處分應採形式審查，法院不得為實體審查，與修法後法律規定之意旨不符，應不再援用。至於前述最高法院 20 抗 5 判例，其內容係就假處分所為，其範圍尚包括一般假處分，固可援用，然應限縮於僅適用於一般假處分而不及於定暫時狀態之處分，始合時宜。此外，未避免下級法院審理具體個案時未察及此，而仍採行形式審，或不同法院就相類情形之案件有採形式或實體審查見解及所踐行之程序相異，造成裁判結果迥異之不公平情形，最高法院就此判例更有統一法律見解之必要。

第四節 我國現行法之要件分析—兼論美國法之規定及美國法之四部測試法之判斷標準

第一項 我國法之要件及變革

一、我國法規定之要件

由於定暫時狀態之處分係就當事人權利之範圍加以暫時性的保護，在得到定暫時狀態處分之裁定後，縱然未取得確定之本案判決實現的權利，相對人亦必須暫時履行其義務。就定暫時狀態處分之實質要件而言，我國通說與實務見解認為其要件有二：(1)須為有「爭執」之法律關係；(2)須有定暫時狀態之必要。分述如下：

(一)須為有「爭執」之法律關係

近來學說及實務見解認為所謂有爭執之法律關係，係雷同於確認訴訟中所稱之「法律關係」，亦即指權利義務關係而言，包括權利義務存在與否及其內容、範圍等在內²¹；所爭執之法律關係中，必須當事人間可能主張之一定實體法上之實體權利，但此權利不必在定暫時狀態之處分時已存在²²。

過去實務上認為必須是繼續性之法律關係，惟因民事訴訟法修正後，同法第 538 條第 3 項規定得為一次給付之滿足性的定暫時狀態之處分，故不限於繼續性之法律關係。又以金錢請求以外之法律關係為限，以往限於金錢請求以外之法律關係，此實務見解(最高法院 61 年台抗字第 506 號判例)已於同院 2002 年第七次民庭會議決議廢止，所以不再受此限制。

實務上，聲請人所主張並聲請定暫時狀態之處分，就關於請求（即被保全之權利）之釋明：被保全之權利既屬爭執之法律關係，就其原因事實之存在，自應予釋明。在智慧財產事件聲請定暫時狀態之處分，其被保全之權利，通常係智慧財產權能之禁止請求權或排他權，其釋明之方法，以專利權為例，必先確定專利權之範圍，始得判定禁止對象之行為是否侵害其專利權，亦即關於對造當事人之行為是否落入專利權保護之範圍，甚至於常見對造當事人同時對該專利提出具無效原因或瑕疵之有效性抗辯並同時另行聲請對他造為反向（即容忍其作為）定暫時狀態之處分，此時，判斷其被保全之權利存否，自屬先決要件，聲請人應負釋明之責。

然而此「被保全之權利」與本案訴訟程之請求權並不完全相同，而是源自於本案請求權，就本案訴訟標的向法院聲請為一暫時處分，但因該處分內容影響當事人權益甚鉅，法院為期能正確判斷其是否有定暫時狀態之處分之必要，必然須就聲請人主張被保全之權利存否為審理，伴隨而來即是使保全處分原有「暫定性」、「附隨性」、「迅速性」等特性之概念被稀釋之現象，致審理長期化、複雜化，甚至與本案訴訟無太大差別，此種情形稱為「本案化」，亦即其審理程序本案化，是指就被保全之權利之法的根據、成立要件、權利之瑕疵等等之法律問題，有必要與本案訴訟為同等之處理。

²¹ 最高法院 94 年度台抗字第 596 號裁定。

²² 沈冠伶，前揭註 15，57 頁。

表面上，這種現象與民事保全程序的迅速性有違，實際上是因為本案訴訟功能無法因應而生，然其規定仍以裁定為之，且通常審理期間，仍遠低於本案訴訟之確定，當事人之主張舉證，亦不必達於證明之程度，且法院一旦准許裁定後，聲請人即得聲請就裁定內容執行，抗告程序並不停止執行等程序，仍與本案訴訟有相當大之區別。

又因定暫時狀態之處分審理程序之「本案化」，程序進行中必使兩造有陳述意見或到庭辯論之情形，於實務上所常見，當主張實體法上權利之一方聲請對他方聲請規制性或禁制性定暫時狀態之處分時，於審理中，相對之他造多係先否認聲請人之權利，以專利權事件為例，專利權人主張因相對人之行為致其專利權被相對人侵害，而聲請法院裁定禁止相對人產銷關於該專利之一切行為，相對人通常答辯主張聲請人之專利權有無效之原因（即專利有效性抗辯）或雖未為專利有效性抗辯，但主張其產品並未侵害（落入）聲請人之專利權範圍。此際，專利之有效性及被控侵權之產品是否侵害聲請人之專利，即成法院審理無可迴避之重點。

實務上最常見之情形，專利權人聲請提出聲請，經法院送達聲請狀繕本予相對人之後，相對人於法院調查時即提出專利有效性抗辯，甚且向智慧財產局提出舉發，此時專利權之有效性即因雙方之尖銳對立攻防而成爭執，此情形通常未必如本案訴訟中常因此舉發或鑑定而停止訴訟程序，反以此，我國法院通常以該專利(技術)經主管機關之智慧財產局核發專利即推定聲請人之專利權有效存在，但因相對人否認或爭執，兩造就此法律關係即有爭執，即認為符合民事訴訟法第 538 條第 1 項「於爭執之法律關係」此一要件，而進入保全必要性要件之審查。

此與美國對於暫時禁制令 (preliminary injunction) 審查程序中，專利權人雖主張其經主管機關核發專利，但相對人提出有效性抗辯時，法院並不當然推定專利權有效，仍應由聲請人證明之，容有不同²³。

(二)須有定暫時狀態之必要

聲請人就定暫時狀態之處分之原因，亦即所謂之保全必要性亦須為釋

²³ 陳韋君，美國專利訴訟暫時狀態處分實務講義，2005 年，4 頁。

明。修正後民事訴訟法第 538 條第 1 項所定之要件「防止發生重大之損害」、「避免急迫之危險」及「有必要」，皆為不確定法律概念，法院認定時有相當大之裁量空間，如未能建立一套較統一之判斷標準供各法院法官裁量時有所依循，則如何認定聲請人已盡釋明責任，相當程度仍取決於個別法院之態度。

雖其間實務上，有部分法院個案審理時對於某些案件，尤其是智慧財產權案件，發展出所謂「利益衡量原則」²⁴，甚至將「未來本案訴訟勝訴可能性」納入考量，亦即定暫時狀態處分之聲請人必須能釋明專利之有效性及其所稱被侵害之事實，否則聲請人既未享有專利權，或相對人未侵害其專利權，聲請人自無受有任何重大之損害或急迫之危險可言，當然無定暫時狀態處分之必要。

此外於若干特殊類型之定暫時狀態之處分，例如聲請法院禁止董事行使職權之定暫時狀態處分，時常涉及當事人間公司經營權之爭，往往影響公司經營階層之變動，涉及強烈之「外部性」，使定暫時狀態處分之效果，擴散至裁判以外的大眾，介入無關爭執者的生活²⁵，所以法院必須考量雙方當事人之利益、投資人之利益及公益等以作為判斷之依據。

二、我國法關於供擔保之功能

定暫時狀態之處分，除了上述之要件外，民事訴訟法規定法院得命聲請人供相當之擔保以補釋明之不足。定暫時狀態處分之「供擔保」之功能大抵有二種：(一)補充釋明之不足；(二)擔保相對人之損害。分述如下：

(一)補充釋明之不足

此功能對於聲請人關於保全必要性釋明責任之高低有其影響；於民國

²⁴ 台灣高等法院 88 年度抗字第 3 號裁定指出：有無定暫時狀態之「必要性」，應「斟酌兩造利益衡量之，即應就債權人因未假處分（定暫時狀態之處分），至本案勝訴時所受損害與債務人因假處分（定暫時狀態之處分）所生損害評量之。

²⁵ 王文宇，公司經營權爭奪與假處分制度，收錄於司法編印「民事法律論文選輯」，2006 年 1 月，70 頁。

九十二年我國民事訴訟法第五百二十六條第二項修正為：「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額，命供擔保為假扣押。」，此規定依民事訴訟法第 533 條、第 538 條之四準用於定暫時狀態之處分。其修前原規定「債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命假扣押」，亦即容許債權人即聲請得以提供擔保代替釋明責任。以往於此規定下，又未區分定暫時狀態處分與一般假處分而一概準用此規定，加再上完全形式審查之審理原則，交互作用下，致生實務上經常先聲請並供高額之擔保金，即得不審酌定暫時狀態處分之必要性，而對競爭對手為不得從事特定行為定暫時狀態處分，達到打擊對手之不當競爭，法院裁判之不公平結果，亦引起外界諸多「不問是非、先到先贏」、「不問是非、只問財力」、「向富者傾斜」之嚴厲批評。修法後或可稍微緩和其不妥當之情形，但法院審酌得否以供擔保補充釋明之不足時，仍應考慮下列因素：

1. 如果當事人為較充分的釋明，在程序上雖然需要花費較多的審理時間，亦能適時地達到定暫時狀態處分之目的，則不宜逕命聲請人供擔保。
2. 如果聲請人因急迫性使然而無法釋明，但法院也認識到聲請人縱然進行至本案訴訟，亦無法提出必要之證據時，就不宜使聲請人得以提供擔保而得以取得定暫時狀態處分之裁定²⁶。

民國九十七年七月一日將施行之智慧財產案件審理法第 22 條第 2 項明定：「聲請定暫時狀態之處分時，聲請人就其爭執之法律關係，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之事實，應釋明之；其釋明有不足者，法院應駁回聲請。」，已排除供擔保以補充釋明不足，使供擔保之制度更明確與定暫時狀態處分之釋明責任劃分，更為妥適；不過，這僅限於適用智慧財產權案件審理法之案件或智慧財產法院管轄之案件。

(二)擔保相對人之損害

²⁶ 沈冠伶，前揭註 15，67 頁。

除了補充釋明不足以外，供擔保亦提供了填補損害之功能。民國九十二年修正後民事訴訟法第 526 條第 3 項規定「請求及假扣押之原因雖經釋明，法院得命債權人供擔保後為假扣押」，此規定依民事訴訟法第 533 條、第 538 條之四準用於定暫時狀態之處分，此係為擔保相對人之損害，故擔保數額，應以相對人可能受到之損害為標準。

第二項 美國法之要件及核發禁制令之判斷標準

關於保全必要性即核發禁制令(injunction)必要性之衡量基準，美國聯邦上訴巡迴法院(CAF C)就暫時禁制令(preliminary injunction)提出四項判斷標準即四部測試法(four-part test)：一. 本案勝訴可能性(a showing of probability of success on the merits)；二. 若未核准禁制令是否有無可彌補之損害(irreparable damage)；三. 兩造當事人利益或困境之衡量(hardship of the dissputants)；四. 公共利益之考量(public interest)。

換言之，法院之工作即在以公正的天秤衡量此四項要素，儘量減少因錯誤判斷可能帶來之損失，美國法上稱此過程為「滑動折算法」(sliding scale)²⁷或「相應增減對照檢試法」(sliding scale test)²⁸。茲就其四項標準，析述如下：

一、勝訴可能性 (a showing of probability of success on the merits)

所謂勝訴可能性，重點並非在確定勝訴，而在於其可能性，一而言，聲請暫時禁制令之一方必須有效釋明：1. 侵權之可能 2. 專利權人主張之申請專利範圍，有可能克服在將來專利有效性(或可執行性)的挑戰。換言之，聲請人若有任何一點無法有效釋明，法院會認為不具有勝訴可能性

²⁷ 王文宇，公司經營爭奪與假處分制度，民事法律論文選輯，司法院 2006 年 1 月編印，65 頁。

²⁸ 相應增減對照檢試法(sliding scale test)之要件與四部檢試法大相同，分別為：1.無法彌補之損害(immediate irreparable harm); 2.下列兩種情形中有其一者：(1)勝訴可能性；(2)有足夠嚴重的問題足忍為提起訴訟是合理的；及利益平衡及無法彌補之損害係確實、非臆測或關係過於遙遠；3. 公共利益。

美國法院於一案例中，就關於有效性質疑，認為在聲請暫時禁制令階段，相對人只要釋明專利權人所指控之專利具有瑕疵及弱點(vulnerability)即可，相對而言，只有在事實審階段，法院才必須要求相對人證明專利不具有效性，此二者所要求證明的舉證程度並不相同³⁰。

在美國目前實務上，勝訴可能性一直佔有重要之判斷地位，且聲請人必須有效釋明有侵權事實(infringement)、專利之有效性(validity)及可執行性(enforceable)，如聲請人無法釋明或證明符合此一判斷標準，法院即可直接認定無核准禁制令之必要性。原因在於如法院忽略此項判斷標準，僅例行性或機械性地核准該等權利人聲請之禁制令，即可能聲請人以一個很弱的智慧財產權(尤其是專利)即可以對相對人成為一個很有效的威脅，甚至是致命的打擊，更可能間接鼓勵投機型訴訟(opportunistic litigation)之滋生³¹，法院若有不慎，不僅無法為公平之審判，反而成產業競爭不公平結果之推手。

我國實務上，有法院於審理時質疑民事訴訟法定暫時狀態之處分規定要件並無本案勝訴可能性之規定，且立法理由亦未言及此，因而質疑得否將此標準列入判斷之意見。本文認為姑且不論智慧財產案件審理法第22條之立法理由已載明此項標準之要求，且本案勝訴可能性乃請求提前享受權利實現結果之邏輯上必然要求之前提條件，如果忽視此項標準，極容易產生或間接鼓勵投機型之訴訟。從而，法院審理時不僅須為此判斷標準之審酌，且為考量定暫時狀態處分必要性之最應先為審查之事項。

應特別說明者，此項標準固應列為優先且審查之判斷標準，但並非單

²⁹ 陳群顯，關於專利侵權保全程序的幾點看法—兼論美國法與台灣法下對保全程序之異同，全國科技法律研討會論文集，2005年11月，58頁，註19。

³⁰ 參註29，前揭文，58頁及註16

³¹ 馮震宇，前揭註16，12頁，文中註12：『Michael J. Meurer, Controlling Opportunistic and Anti-Competitive Intellectual Property Litigation, 44 B.C.L. Rev. 509,512 (2003). Meurer 教授在文中特別明確指出，一個沒有勝訴可能性的訴訟案件是一種投機的(opportunistic)、反競爭的(anti-Competitive)行為，而 Meurer 教授所謂的沒有勝訴可能的訴訟案件，就是指在訴訟提出時，經法院充分審理後，被認定具有侵害客可能性非常低的案件。但是這些沒有勝訴可能性的案件卻可能利用臨時禁制令，而迫使合法經營的其他業者支付不合理的權利金以避免專利訴訟。因此 Meurer 教授稱此等訴訟為投機性訴訟。』。

一之標準，尚應綜合其他三項要件為整體綜合之考量；況且，有時勝訴能性之判斷並不容易，尤其是專利具有高度專業性及不確定性，於法院審理實務上，有時更必須合併考量始更符合利益衡量之要求。

二、無可彌補之損害(irreparable damage)

至於第二項判斷標準，即若未核准禁制令是否有無可彌補之損害，也由原先只需證明勝訴可能性即推定專利權人受有無可彌補之損害，逐漸演變為專利權人需證明受有無可彌補之損害，即此一要件之重要性亦日益增加。於美國有建議法院於判斷原告之損害是否無可彌補時，可考慮原告可能提出之主張³²：

- (1)被告繼續侵害是否損害專利給予專利權人收取權利金以外其他附帶之利益。
- (2)被告繼續侵害是否干擾原告控制專利技術之使用及授權之能力。
- (3)被告繼續侵害是否侵蝕原之市場地位。
- (4)被告繼續侵害是否鼓勵他人也侵害。
- (5)核准暫時禁制令是否足以嚇阻現有或未來之侵害人以及促使他們停止侵害。
- (6)被告繼續侵害是否威脅原告事業之生存。
- (7)原告與被告是否直接競爭者，試圖影響相同的客戶群。
- (8)原告是否投入巨資開發市場。
- (9)如侵害不禁止，原告是否足以承受市場占有率之急遽下降。
- (10)被告繼續侵害嚴重影響原告市場占有率及價格結構。
- (11)被告繼續侵權導致原告實質利益之喪失。
- (12)被告損害原告的專利價值。
- (13)原告之專利是否於二年內屆期。
- (14)被告是否 judgment-proof。

³² 參註 3，前揭文，169 頁，註 122。

三、雙方利益或困境之衡量(hardship of the disputants)

定暫時狀態處分或暫時禁制令是衡平救濟手段，法院在考量勝訴可能性與不可彌補之損害也會同時衡量定暫時狀態處分的准許與駁回對當事人雙方的影響，有時也會考慮對第三人例如相對人客戶的影響。所以縱使原告已證明本案訴訟勝訴機會很大，也提出積極的證據釋明如不給予定暫時狀態處分之損失不可彌補，法院仍要權衡定暫時狀態處分對雙方可能造成之影響，以避免專利權人濫用定暫時狀態處分取得專利權給予的不當利益。

四、公益之考量(public interest)

於少數且特殊情況下，公眾利益的因素會影響法院是否核發定暫時狀態處分之決定。美國許多法院認為專利制度的政策比從市場中排除專利侵害的產品所造成的影響更重要；公眾利益的要素只有在極可能影響公眾健康或安全時才會對被告形成有利的判斷，此等見解值供參考。

上述四項判斷標準，已發展成為美國法院核准暫時禁制令所需之四要件，為美國法院行使裁量權之標準。併而言之，該四項要件缺一不可，但其中若一項稍有不足，有些個案可由其他項來補足³³，但對於缺少其中一項要件之聲請案，法院通常會依職權做出駁回聲請之裁定³⁴。近來，有美國法院採取一種將勝可能性與無法彌補之損害合併來認定之替代方案，用來解決其中一要件較弱之問題³⁵。雖然法院在要件上審查相當嚴格，美國法院對專利侵權案件假處分申請之審查標準亦在發展及逐漸演變中（由之前的36%提高到52%），其目的是希望本諸專利是一種排他權之權利本質，得以即時停止專利侵權行為，避免損害擴大。其中更在一件案例中，法院清楚指出核准暫時禁制令之目的在於避免縱使日後專利權人勝訴，在專利權人於執行其專利權的訴訟案件審理期間的損失，僅能獲得金錢賠償，無

³³ See James M. Fischer, *Understanding Remedies*, P.246, 2000 Reprint.

³⁴ See *Black Fire Fighters Ass'n v. City of Dallas*, Tex.

³⁵ See *Rodeo Collection, Ltd. v. West Seventh*, 812 F.2d 1215,1217(9th Cir. 1987)

異造成強制授權之不當結果³⁶，此等見解，殊值得我國法院於裁定定暫時狀態之處分時，時常併裁准相對一造得供擔保後免為或撤銷該定暫時狀態之處分准許之內容之情況，參考審酌之。

第三項 我國法律規定下可否引用美國之判斷標準

上述四項判斷標準於我國民事訴訟法第 538 條雖未明文規定，然參照其法條文義及立法目的、理由，實可相互為；茲就我國民事訴訟法 538 條第 1 項所定之定暫時狀態之處分之要件，與美國聯邦上訴巡迴法院(CAFC)上列四項判斷標準比對之，我國民事訴訟法所規定之「防止重大之損害或避免急迫之危險或其他相類之情形，相對應於美國四項標準中之「無可彌補之損害、兩造利益或困境之衡量、公益之考量」；我國民事訴訟法另規定「有必要」，則對應美國四項標準中之「勝訴可能性及兩造利益或困境之衡量」，以下為明確起見，就其相對應之關係列表對照說明之：

表 1 我國法要件與美國法要件之對應

我國民事訴訟法第 538 條第 1 項之要件	美國法之四部測試法判斷標準
防止重大之損害 避免急迫之危險 其他相類之情形	無可彌補之損害 兩造利益或困境之衡量 公益之考量
有必要(定暫時狀態處分之必要性)	勝訴可能性 兩造利益及困境之衡量

³⁶ See Atlas Powder Co. v. Ireco Chems., 773 F.2d 1230, 1233, 227 U.S.P.O (BNA)289(fed. Cir. 1985)

我國智慧財產案件審理法第 22 條之立法理由第二點：「…基於智慧財產事件之特性，就聲請定暫時狀態處分之要件，自應嚴謹，因此第二項規定聲請人應就爭執之法律關係為防止發生重大損害或避免急迫之危險，及如不准許定暫時狀態之處分，其所受損害將難以回復，而有保全必要之事實，提出得即時調查之證據釋明之。且就定暫時狀態處分之請求原因，如未為充分之釋明，亦不應遽然准許其供擔保以補釋明之不足，故明定法院應直接駁回聲請。」

又上開所述為防止發生重大損害或避免急迫之危險，而有保全必要之事實，法院應審酌聲請人將來勝訴可能性，包括權利有效性及權利被侵害之事實，法院若否准定暫時狀態之處分，聲請人是否受到無可彌補之損害，其造成聲請人之困境是否大於相對人，以及對公眾利益造成如何之影響等，併予敘明。」，亦可見立法機關就定暫時狀態處分必要性之審核要件已於立法理由揭示採取上開美國法院之四項判斷準。從而，在民事訴訟法相同之要件下，為相同之解釋，應屬合理。

第四項 小結

本文認為，以上各項判斷標準或要件之比重其實是浮動的，必須依個案具體情形判斷。本案勝訴可能性必然涉及實體審查，無可迴避，而勝訴可能性有時判斷困難，必要時以不低於某一程度，再輔以其他要件；勝訴可能性影響必要性之判斷，但不具必然性，亦即縱使聲請人具高度勝訴可能性，但並不當然即准許禁制令或定暫時狀態之處分，法院仍應就全部要件分別且相互加以審酌，以衡平原則為全盤考量，始不偏失。

易言之，法院於判斷各項標準時，其比重及彼此間之關係，宜採一種動態的觀點，摒除機械式的套用。基於此動態觀點之平衡下，法院於考量之心證形成過程中，亦可能思慮於國家發展階段及產業發展階段或產業生命週期曲線之落點，以採取何種決定性的價值傾向：究較傾向於產業之扶助(考量其迴避設計之可能性)、抑或是較傾向於智慧財產權人之保護，終將影響其決定之結論。

第五節 定暫時狀態之處分特別問題之探討

第一項 正、反向不作為定暫時狀態處分之競合(牴觸)

司法實務上，時有相對人因得悉專利權人聲請定暫時狀態之處分後，一方面提出抗辯，另一方面亦向同一法院或不同法院聲請以專利權人為相對人之反向定暫時狀態之處分，其請求為專利權人應容忍或不得禁止其為前案系爭被指控侵權產品之生產及銷售等行為。此時，即同時有一內容正反對立之定暫時狀態之處分繫屬於法院，致生該兩個定暫時狀態之處分相互間效力之問題，亦即正向定暫時狀態之處分及反向定暫時狀態之處分(有稱正向假處分及反向假處分)內容兩相牴觸之處分裁定競合之問題，亦為實務上之一大難題。

一、問題之焦點(先到先贏遊戲規則之不公平)

正如許多學者指出且為大多數承辦專利訴訟之律師所熟悉，於專利侵權紛爭實務中，時常伴隨存在「正向定暫時狀態之處分」、「反向定暫時狀態之處分」之戰爭。

就專利權人而言，在依專利法第 84 條提起專利權侵害排除、侵害防止、及損害賠償訴訟前，往往先向法院聲請定暫時狀態之處分以「禁止」相對人為任何有關侵害系爭專利權之行為，以避免侵權人繼續利用其侵權行為牟利，並確保專利權人之市場利益，此即所謂「正向定暫時狀態之處分」；相對的，被指為侵權之人，則為確保其自己得以繼續從事製造、販賣、進口系爭產品之商業利益，向法院聲請命專利權人「容忍」或不得禁止其繼續製造、販賣、進口系爭產品之定暫時狀態之處分，此即所謂「反向定暫時狀態之處分」³⁷。於專利侵權之本案訴訟曠日廢時(於對專利有效性抗辯，須待舉發、行政法院認定專利之有效與否情形更為顯著)、市場競爭瞬息萬變且若干科技產品生命週期較短之現實考量下，究係專利權人先取得「正向定暫時狀態之處分」，或被指為侵權人先取得「反向定暫時狀態之處分」，其間利害關係之重大，不言可喻。從而，往往造成兩造當事人在法院間之競賽(race to the court)³⁸。又兩造當事人爭先取得定暫

³⁷ 鄭中人，同註 3，前揭文，138 頁。

³⁸ 黃國昌，單純不作為與容忍不作為假處分之競合，氏著「民事訴訟理論之新開展」，元照出版

時狀態處分之實益，必定構築在「於兩造當事人間，法院不得另為一個與確定之定暫時狀態處分裁定內容相抵觸之定暫時狀態之處分裁定」之前提，然而在傳統「裁定並無既判力」之見解下，以後訴法院不得為另一內容相反之定暫時狀態處分之裁定？值得探究。

就定暫時狀態之處分之競合(此於以往學者或法院裁判實務，大多未加以細分一般假處分與定暫時狀態之處分，而一概稱為假處分之競合，本文為前後文連貫，特予以區分)之問題，在學說上出現之討論，向來均於「執行競合」之層次加處理。通說見解為：在一個定暫時狀態之處分執行後，能否再為另一定暫時狀態之處分之執行，端視兩個定暫時狀態之處分內容相抵觸與否，如內容相抵觸，或第二個定暫時狀態之處分目的在除去、撤銷、變更第一次定暫時狀態處分內容，法院則不應允許在後定暫時狀態處分之執行³⁹、⁴⁰。惟上開論據係以執行之層面而言，在執行名義形成程序(定暫時狀態之處分裁定)與執行程序(定暫時狀態之處分執行)分離之現行法規範下，在一個定暫時狀態之處分裁定在後，在後之法院得否為另一內容相抵觸之定暫時狀態之處分？是否以先存在之裁定確定為要件？如現實上在後之法院果真為另一內容相抵觸之裁定，則在後之裁定效力如何？前後兩個定暫時狀態之處分應以何基準決定其間效力之優劣⁴¹？

最高法院 81 年台抗字第 25 號裁定表明「法院不得為一個與已存在之假處分(即定暫時狀態之處分)裁定內容相反之假處分(定暫時狀態之處分)」見解，更說明「惟該第 585 號裁定(即在前之假處分裁定)既未確定，該事件確定與否與本件假處分之聲請是否准許相關聯」，係採取必須俟在前之假處分(定暫時狀態之處分)裁定確定後始得將在後之內容抵觸之假處分(定暫時狀態之處分)裁定駁回之看法。

但實務上亦常見的問題，是兩個先後繫屬於不同法院或同法院但由不同法官承辦之內容相抵觸之定暫時狀態之處分之聲請，因辦承法官不同，

社，2005 年 10 月初版 1 刷，507 頁。

³⁹ 張登科，強制執行法，2001 年修訂版，605 頁。

⁴⁰ 最高法院 63 年台抗字第 59 號判例認為在後之假處分不得以已成立之執執行名義之執行內容聲請另為假處分停止該強制執行。

⁴¹ 其基準究竟應以繫屬法院之時點或裁定作成對外發生效力之時點或確定之時點為準？不無疑問。

故有可能先採取形式審查或實體審查之立場不同或其他原因，致先繫屬之聲請未必先獲得裁定及確定，造成現實上同時存在該二未確定但內容相抵觸之裁定，且因定暫時狀態之處分準用假處分之規定，毋庸待裁定確定，僅供足額之擔保即可聲請執行，此時亦出現裁定及執行均競合之情形，如以聲請執行之先後順序定其效力之優劣，對於當事人顯然欠缺其公平性，造成先到先贏之不合理結果。

二、法院 92 年台抗字第 532 號裁定所揭示之「容忍不作為」效力優於「單純不作為」之見解，無助於問題之解決

最高法院於 92 年台抗字第 532 號裁定理由中載明：「不作為請求，依其不作為之性質是否屬於債務人之單純不作為，抑或因債權人有作為權利而債務人對此有不得妨阻之忍受義務，得分為單純之不作為與容忍之不作為。因前者，債權人非基於權利行使之法律關係，僅出於單純之不作為要求；而後者，債權人有作為之權利得請求債務人忍受其行使權利，自有受較為優先保護之必要，故若先行之不作為假處分係屬容忍之不作為，後行之不作為假處分不得利用單純不作為假處分與之對抗。惟若先行之不作為假處分係屬單純不作為假處分，而後行之不作為假處分係屬容忍之不作為假處分時，後行之假處分既有受較為優先保護之必要，自非不得與先行單純不作為之假處分對抗。」之見解。

探究其意旨，似係以兩造當事人間之實體法律關係，作為決定之基準。上述最高法院裁定見解，看似提供清楚性質分類以明白定其裁定之優先效力而解決定暫時狀態之處分裁定競合之問題，實則未必如此。

由上述最高法院裁定推之，其建立一項新的法則：後行之單純不作為定暫時狀態之處分不得與先行之定暫時狀態之處分對抗；但後行之容忍不作為定暫時狀態之處分得與先行之單純不作為定暫時狀態之處分對抗。其理由為：單純不作為定暫時狀態之處分乃債權人非基於權利行使之法律關係，僅出於單純之不作為要求；而容忍之不作為定暫時狀態之處分則係債權人有作為之權利得請求債務人忍受其權利，自有受較為優先保護之必要。然而，於兩造當事人間，其權利義務狀態為何，每因兩造當事人不同

之主張而有所不同，實難基於上開理由，認為容忍不作為之定暫時狀態處分一概優先於單純不作為之定暫時狀態處分之效力。

申言之，通常專利權人聲請定暫時狀態之處分，係本於其專利法上之權利，要求法院禁止相對人之侵害行為之不作為定暫時狀態之處分，此即一般所言之「正向定暫時狀態之處分」，而被控侵權人所提之「反向定暫時狀態之處分」，其可能主張確認系爭專利權無效或不侵權。在美國訴訟，被侵權者可以主動提出確認專利無效或無法執行或特定產品未侵權之訴，被控侵害者一旦提起確認專利無效之訴，其被告經常反訴原告侵害其專利。我國實務上少見被控侵權者主張提起確認專利無效或不侵權之訴。反較常主張之聲請定暫時狀態之處分之請求及其原因事實，除否認侵權外，主張相對人未經法院判決前，或未提出鑑定報告指明何種產品如何侵害其何種專利權，即寄發警告函，不實指控聲請人侵害專利，已嚴重影響聲請人之商譽、營業權及公平競爭之利益，亦構成民法第 184 條第 2 項之侵權行為。

可見，凡聲請不作為定暫時狀態之處分，無論其為正向或反向，為符合聲請要件之得為請求之權利及有爭執之法律關係，大抵均須明舉所主張之實體法上之權利，則何者為單純不作為、何者屬容忍的不作為，實難界定。再以先行、後行定其優先效力，如反向定暫時狀態之處分先提出聲請，且其聲請之應受裁定事項不以相對人應「容忍」其產銷行為，而以「禁止」相對人阻止或防礙其從事產銷行為之文字記載，法院裁定主文亦可能依其聲明為相同之記載，則此時該反向定暫時狀態之處分究係先行之單純不作為，抑或為先行之容忍不作為，無法明確判斷；再者，當事人聲明事項或法院裁定主文使用「禁止」或「容忍」，其實是主張對方無權或主張己方有權請求之同義詞，其所達成之法律效果並無不同，然如因文字記載之不同即異其效力，實欠缺其公平之依據。

前述最高法院 92 年台抗字第 532 號裁定所揭示之「單純不作為」與「容忍不作為」之分類，係源於日本學說之見解，及我國有學者之主張關於不作為假處分(定暫時狀態之處分)競合問題之少數說⁴²。然依陳榮宗教授之見解，卻係認為當單純不作為定暫時狀態之處分與容忍不作為定暫時

⁴² 該學者為陳榮宗教授；陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法(下)，2001 年修訂 2 版，1142、1143 頁。

狀態之處分相牴觸時，容忍不作為定暫時狀態之處分有優先於單純不作為定暫時狀態之處分之效力。

實則，「單純不作為」與「容忍不作為」請求之類型化並非以「是否基於權利行使之法律關係」為基準，其區分之實益，乃係作為判斷二個定暫時狀態之處分內容是否相牴觸之「工具」，並非在於建立「容忍之定暫時狀態處分優先於單純之定暫時狀態處分」之原則，亦非判斷二個定暫時狀態之處分間效力優劣之「基準」⁴³。如未予詳辨而機械式套用該裁定之抽象文字分類，即遽斷其效力之優劣，恐有治絲益棼之虞。

三、因應之道

由於智慧財產案件以外之定暫時狀態之處分，關於前開正向及反向內容相牴觸之處分存在情形，較屬少見；最為常見者，應係智慧財產案件中，尤其關於專利侵權之紛爭。以往於民事訴訟法就定暫時狀態之處分未修法明列前，因法院時與一般假處分之程序為相同之處理，且未於法律明文要求審理程序中應使對造有陳述意見或辯論之機會，往往相對人一方於收受裁定送達前無從知悉，又兩造可於不同法院聲請、裁定及執行，再加以法院審理時宥於判例見解採形式審理，因而此種正、反向內容牴觸之不作為定暫時狀態之處分同時存在之情形，並非只有想像中存在，而係現實地不時發生，以致造成正、反向定暫時狀態之處分之競賽及執行時先到先贏之荒謬及不公平結果。

然民事訴訟法於民國九十二年修正後，已根本改變定暫時狀態之處分之審理原則，法院審理時亦應促雙方當事人充分參與程序及進行實體審查，得以某程度矯正上述之缺失。

又於民國九十七年七月一日智慧財產專業法院開始運作，智慧財產案件審理法同時施行後，依該法第 22 條規定：「…聲請定暫時狀態之處分時，聲請人就其爭執之法律關係，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之事實，應釋明之；其釋明有不足者，法院應

⁴³ 黃國昌，同註 13，前揭文，516 頁。

駁回聲請。聲請之原因雖經釋明，法院仍得命聲請人供擔保後為定暫時狀態之處分。法院為定暫時狀態之處分前，應令兩造有陳述意見之機會。但聲請人主張有不能於處分前通知相對人陳述之特殊情事，並提出確實之證據，經法院認為適當者，不在此限。…」，此類案件應歸智慧財產法院管轄，且依其審理、裁定可期待有較為一致之標準，此外，於反向定暫時狀態之處分，聲請人請求之原因事實如係以專利權人不當行使智慧財產權之情形，其雖不符智慧財產法院組織法第三條第一款規定之立法意旨，然其依智慧財產案件審理法第3條第4款，經司法院指定由智慧財產法院管轄⁴⁴。

如此一來，正、反向定暫時狀態之處分之聲請案件，得均由智慧財產法院管轄，如得經由該法院事務分配之安排，使其由同一法官審理並為合併辯論，於同一時間為裁定，當可避免裁判結果抵觸或矛盾之情形，較有助於實現此一保全程序之立法本旨，並避免不合理之裁判結果。

第二項 禁止董、監事行使職權之定暫時狀態之處分

一、問題之源頭

公司經營權爭奪之本質在「控制權溢價」(Control Premium)之誘因。所謂控制權溢價，係指一種價值比較的現象，即握有控制性持股的大股東所擁有持股的價值，實際上會超過一般股東持股的每股價值，其計算方式，是以控制集團所擁有持股的價值，與非控制集團或交易市場之股票價值加以比較，該增加部分即是控制權的溢價。諸如，參與公司重大決策，透過影響力主導對自身有利之事項；藉著資訊不對稱地位，輕易利用其信息優勢，牟取自己私利；以關係人交易手段，掏空公司資產。從而控制性持股大股東所擁有超過其股份之現金流權利的額外收益，通常是該大股東藉由各種途徑對其他股東實施權益侵占所獲得的。因此，如控制權溢價幅度過於巨大，市場派不願屈於被剝削的一方，勢必想盡辦法躍升為居主導

⁴⁴ 詳「司法院指定智慧財產法院管轄之民事、行政訴訟函」，司法院已於2009年4月24日指定「一、民事事件：不當行使智慧財產權權利所生損害賠償爭議事件；及當事人以一訴主張單一或數項訴訟標的，其中主要部分涉及智慧財產權，如係基於同一原因事實而不宜割裂者，均為智慧財產權訴訟。…」

地位的公司派，成為利益之分配者⁴⁵，即形成經營權之爭奪。

由於定暫時狀態之處分，有使當事人於本案終局判決確定前，獲得如本案勝訴之利益之特殊性，因此禁止或准許董、監事行使職權等定暫時狀態之處分，為實務上所常見，而觀諸以往實際案例，定暫時狀態之處分之結果，往往為公司經營權易手與否之關鍵。由於以往法院對於定暫時狀態之處分與一般假處分未詳為區分，而採形式審查及單方聲請、書面審理及允許供擔保以代釋明等方式，致使此類董、監事行使職權之定暫時狀態之處分，其准許比例偏高，致有浮濫之批評。其認為如法院輕易准許此類定暫時狀態之處分，未僅無法達成法院審查者之角色功能，對於公司本身及投資大眾之權益亦造成衝擊，因此，本文認為就此有加以探討之必要。

二、實務上常見定暫時狀態之處分在公司經營權爭奪之運用

定暫時狀態之處分因其制度設計之特殊性，及我國司法實務上審理原則採取與一般假處分原則相同之客觀情形下，歷來在公司經營權之爭奪過程中，扮演極重要角色，甚至於取得定暫時狀態之處分之准許裁定後，勝負已決，未再接續進行本案訴訟者亦常見。其中尤其以禁止或准許董、監事行使職權之定暫時狀態之處分，亦即係對董、監事資格之合法性有所爭執，實務上最為多見。其主要類型為：(1)選任董、監事之股東會決議有得撤銷之瑕疵；(2)選任董、監事之股東會決議有無效之瑕疵；(3)選任董、監事之股東會決議有不成立之瑕疵；(4)公司與董事間之委任關係是否存在有爭執之關係；(5)解任董事之訴：董事執行業務有重大損害公司之行為或違反法令或章程之重大事項，而股東會未決議將其解任時，得由持有已發行股份總數百分之三以上股份之股東，於股東會後三十日內，訴請法院裁判解任之(公司法第 200 條之規定)。此於提起裁判解任之訴前，聲請人因主張為爭取時效，保障公司利益，而聲請禁止該等董事行使職權之定暫時狀態處分，實務上最為常見。

其中民國九十二年五月二十八日台灣台北地方法院 92 年度裁全字第 3972 號裁定關於台灣大哥大之董事解任之禁制董事行使職權之定暫時狀

⁴⁵ 王文宇，公司經營權爭奪與假處分制度，台灣本土法學雜誌，2004 年 5 月，58 期，85 頁。

態處分為其著例⁴⁶。簡言之，即聲請人表示近期對孫道存、李大程訴請裁判解任，因有必要定暫時狀態，聲請法院暫禁止孫、李二人行使董事職權，且禁止指派孫、李二人之法人再行指派其他自然人為董事，並表示願供擔保，補釋明定暫時狀態處分必要性之不足，法院在審酌後，裁定聲請人提供各新台幣七千萬元擔保金，取得對孫、李二人禁止行事董事職權之定暫時狀態之處分；該裁定聲請人提出解任董事之三大理由為：①孫、李二人違法以私人公司代表人身分出任董事：因台灣固網公司改選董監事，孫李二人利用台灣大哥大公司資源蒐集委託書，並操縱其分配，將台灣大哥大公司原得當選之三席董事，其中二席改由國基公司、國大公司當選，國基公司、國大公司則指派孫、李二人執行職務；國基、國大公司乃孫、李私人家族掌控之投資公司，此係將台灣大哥大公司經由董事席次所得享有之決策權及董事酬勞納為個人家族所掌，違反董事忠實義務。②經理人之人數與報酬浮報：台灣大哥大在孫、李操控下，濫設經理人達二十一人，平均每人每年酬勞更高達三千萬元，與同業相比較，顯然違反經營之常規。③公關費用浮濫：董事長室公關費用在 91 年度竟達六千五百餘萬元，聲請人稱濫浮程度「匪夷所思」⁴⁷。

此一案例最為學者所批評之處在於：因法院為定暫時狀態之處分時，幾乎完全未為實質審查，而僅形式審查並容許以擔保代釋明之不足，取得定暫時狀態之處分即相當於獲取經營權，事實發展亦顯示訴請裁判解任之本案訴訟已無必要且亦未提起，法院當然亦不可能有機會就本案為實質審查，故停權之定暫時狀態處分固然提供了快速介入、制衡經營者之管道，但因為獨重擔保，也可能造成肆意濫權者藉定暫時狀態之處分，驅逐專業經營者之反淘汰情況。值得探討的是，如法院僅審酌擔保金之裁量，不論及實質個案之權利內容及行為人之行為適法性評價（亦即為實質必要性之審查），其結果可能會有下列疑慮：第一，司法體系向富者傾斜造成不公、破壞市場機制；第二，業界沒有客觀之行為標準可供參考，因為法院未對具體行為之適法性表示意見；第三，法院喪失定紛止爭、公正仲裁功能，淪為奪取經營權鬥爭之工具⁴⁸。

⁴⁶ 相關案例之背景、經過及評論，參：方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理中之定位，政大法學評論，2005 年 2 月，83 期，110 至 191 頁。

⁴⁷ 詳參台北地院 92 年度裁全字第 3972 號裁定理由第二段，裁定日期：民國 92 年 5 月 28 日。

⁴⁸ 參註 40，前揭文，105、106 頁。

另外，實務上法院計算擔保金之方式，有時亦可能無法及時反應其應受擔保之實質價值。相較於在證券市場收購公司股票，取得與公司派匹敵之表決權所付需出之龐大資金，定暫時狀態之處分所需付出之程序費用及擔保金，其結果顯示，相對低廉，更形成高控制權溢價，與低成本定暫時狀態處分結合之誘惑⁴⁹，無形中加劇董事行使職權之定暫時狀態處分被濫用之現象及結果。

三、因應之道

鑑於定暫時狀態處分程序之設計目的有別於一般假處分係在保全未來之執行，所欲避免之危險是「請求權將來不被實現之危險」，其目的為多重，所欲防止的危險則是「因請求權實現上延滯所產生的具體危險」，亦即係為避免將來聲請人雖獲得勝訴判決，但因程序延遲而使該判決欠缺實益之情形⁵⁰；而定暫時狀態之處分兼具非訟事件與訴訟事件之雙重性質，民事訴訟法就定暫時狀態之處分規定修法後，法院審理之程序原則及應審酌之要件應由形式審查改為實體審查，並令兩造為充分之陳述及必要時得行任意辯論，並於定暫時狀態之必要性之審查佐以美國法院之四項測試標準以為判斷依據，均詳述於前。是以，於前述(1)至(2)類型之禁止或准許董、監事行使職權之定暫時狀態處分聲請，法院應就其爭執法律關係審查其本案勝訴之可能性，再酌以另外三項要件一併考量；而於前述(5)裁判解任董事(主張公司法第 200 條)之情形，法院應考慮公司治理原則及我國公司法所採行之立法政策，為一定程度之實質要件審查，並避免或限縮許可以供擔保補釋明之不足，其實體要件審查之方向，包括我國公司法架構下之不同監控模式，及現行公司法立法政策上偏向鞏固經營權(任期保障、經營彈性、經營者責任之豁免)⁵¹等特殊性的界定，宜在經營者違法情節重大，達嚴重怠惰、營私舞弊程度始介入；亦即，僅單純的失職並無法滿足裁判解任董事之實體要件，法院應嚴守在極端例外情況始介入公司經營權結構之原則及立場，不宜輕易啟動裁判解任機制而准許定暫時狀態處分。

⁴⁹ 參註 40，前揭文，86 頁

⁵⁰ 劉連煜，禁止董事行使職權之假處分(上)，司法周刊，2007 年 3 月 1 日，第 1327 期，2 版。

⁵¹ 方嘉麟，同註 41，前揭文，158-161 頁。

另宜特別值得注意者，一旦法院實質審查後認為准許為禁止董監事行使職權之定暫時狀態處分時，其擔保金如何酌定亦屬重要。就擔保金之作用而言，係為填補法院錯誤准許定暫時狀態處分造成相對人之損害，其數額之決定，實務上標準不一，大致有四種標準：(1)受定暫時狀態處分之人所剩餘之任期內，可能獲得之車馬費及酬勞總額：實務上依此酌定之數額，少則幾十萬元，多則幾百萬元，換言之，完全以相對人因定暫時狀態處分不能領取之酬勞為準⁵²。(2)董監事持股之市價加上其薪資收入之總和：因公司經營權如易手，公司股價亦可能因此發生變動，可能造成董監事持股價格上之損害，故必須將董、監事持股之市價納入可能發生損害之範圍⁵³。(3)以公司淨利加上董監事執酬之總和。(4)論提供多少擔保金均無法補釋明之不足，直接裁定駁回：即認為定暫時狀態之處分受害的不只是董、監事，公司與投資大眾亦因此可能受損失，其損失又難以估算。有學者提出相對人此時之損失在於，本來享有之公司經營權可能因錯誤之定暫時狀態處分而喪失，故應以市場或經濟面考量，以「公司經營權」之實際價值為酌定擔保金之標準⁵⁴。

上述見解雖非無據，惟自公司治理之觀點，國外慣例均是主張有效率之一方，可經由企業購併（如公開收購股權、徵求委託書等）淘汰無效率經營者，而非如我國實務向法院以供擔保方式（代釋明）取得經營權，如此反有扭曲市場機能之嫌。故如係以爭奪經營權為目的之定暫時狀態之處分，其聲請時，法院審查首要考量者，應為「定暫時狀態處分之必要性」，因如法院過於便宜行事僅形式審查而准供擔保以代釋明或補釋明之不足，將嚴重影響法院裁定之公正性。但法院如認為聲請人已達釋明其必要性，則命聲請人提供擔保，以填補相對人將來可能之損害，其擔保金數額之酌定，似應以受定暫時狀態處分之董事個人所受損害為限較妥，而不需計入公司因此所受之損害，否則以公司市值加以計算，動輒數百億，甚至高達千億元新台幣，若要求如此高額之擔保金，其結果無異於接近拒絕任何定暫時狀態處分之請求（包括請求有正當性者在內）。且法院之處分應視聲請人主張之請求及原因事實而定，並非以禁止董事行使全部職權一項為限；法院應考量相對人違法情節之輕重、其對公司繼續造成損害之可能性、公司內部治理缺點之嚴重程度，審酌以何種方式限制或禁止董事行使

⁵² 參最高法院裁全字第 3091 號裁定。

⁵³ 參最高法院 85 年度抗字第 1018 號裁定。另 2003 年上述之台灣大哥大案亦即採此標準。

⁵⁴ 王文宇，同註 40，前揭文，99 頁。

一定之職權⁵⁵，亦得不以完全禁止其行使全部職權之方式為處分裁定。

四、小結

以上述台灣大哥大案例，事實上就已知事項觀之，縱然經過實質審查，孫、李二人也可能無法避免被停權之處分，所應強調的是，通過實質審查(是非檢測)的停權，仍與形式審查加上擔保以代釋明或以補釋明之不足，所為之定暫時狀態處分，其意義與對社會之影響截然不同。本文認為就此類案件而言，法院之角色應界定在公司治理體系中，應否或何時可取代常態機制而引發經營權之變動，依公司法之設計，法院僅於例外情況，始介入經營者之選任；亦即法院介入之終極目的及功能是當市場失靈時，及時制止違法亂紀之經營者，而非因疏於實質審查，成為掌控資源者奪取權力之工具⁵⁶，因此，法院於審理此類定暫時狀態之處分案件時，自宜嚴守此角色分際，除非別無其他救濟途徑，否則不宜輕易准許此類定暫時狀態處分之聲請。

第三章 關於證據保全之實務上問題

自從民國九十二年三月三十一日專利法中有關刑罰之規定被修正刪除後，我國的專利侵權行為即已除罪化，專利侵權訴訟只能以民事訴訟程序來救濟權利，權利人亦無法再藉由刑事偵查程序中之強制處分權，取得侵權之證據，只能由民事訴訟程序依民事訴訟法關於證據保全規定之程度行進證據之取得或保全，因此，由法院審判實務上，證據保全程序之重要性隨之增加，且相對於該程序之各種問題亦隨之浮現，容有探討之必要。

第一節 我國民事訴法證據保全之規定

第一項 證據保全之意義

⁵⁵ 劉連煜，禁止董事行使職權之假處分(下)，司法周刊，2007年3月8日，第1328期，2版。

⁵⁶ 方嘉麟，同註41，前揭文，191頁。

證據保全係指當事人於訴訟上欲利用之證據方法，恐日後有滅失或礙難使用之虞，或經他造同意者，或就確定事、物之現狀有法律上之利益並有必要時，預為調查而保全。

第二項 證據保全之功能

民國八十九年新修正民事訴訟法容許聲請保全證據之範圍（民事訴訟法第 368 條後段），並容許當事人兩造於本案尚未繫屬前之保全證據程序期日到場時，將該成為訴訟標的之紛爭事項，得成立協議並得據以執行（民事訴訟法第 376 條之 1），其所欲達成之功能有三：

四、 保全功能

即證據保全程序中最原始之功能，有助於當事人於起訴前有滅失或礙難使用之證據加以保全，以得起訴後加以調查。

五、 開示功能

當事人於起訴前藉由證據保全，來發現一些證據，尤其係在民事訴訟法第 368 條後段「就確定事、物之現狀有法律上之利益並有必要時」所為之證據保全，此時同時有向當事人兩造開示有此證據存在之意，而當事人可透過此開示達成「減少濫訴」及「促成和解」之預防紛爭功能，特別是在醫療過失訴訟或車禍交通事故損害賠償事件等具有其意義。

六、 審理集中化功能

透過當事人於起訴前之證據保全程序，得藉此蒐集及整理事證資料，而有助於法院於審理本案訴訟時發現真實及妥適進行訴訟，以達本案審理集中化之目標。

第三項 證據保全之要件(即共通之保全事由)

1. 證據有滅失之虞：往往連帶包括有礙難使用之虞。
2. 有礙難使用之虞：此事由中最重要的為文書有被竄改之，或物證被隱匿。

第四項 實務上常見之問題

一、證據保全執行之拒絕及效果

當法院認為符合證據保全之要件，為准許證據保全之裁定後，即進入證據調查之程序，此項執行，屬法院之義務，並無裁量餘地。但證據保全命令如以提出命令為之，執行時往往遭到拒絕，其法律效果如下：

(一)就民事訴訟法之規定

1. 當事人拒絕之效果—不利心證之制裁

現行民事訴訟法為促使當事人或第三人持有之文書及勘驗物，提出於法院，固設有同法第 342 條第 1 項、第 343 條、第 346 條第 1 項、第 348 條聲請命他造或第三人提出文書、第 344 條第 1 項之文書提出義務之規定，而對不遵從命令出者，亦有第 345 條及第 349 條第 1 項之效果，且上開規定於勘驗之情形亦準用之(同法第 367 條)。上開規定於智慧財產案件亦仍適用。故當事人如無正當理由拒絕依法院之提出命令提出當事人聲請保全之證據，法院自審酌情形認他造關於該文書(或勘驗物)之主張或依該文書(或勘驗物)應證之事實為真實

理論上似無問題，惟司法實務運作情形，當事人如拒絕提出，則該文書或物證均無從保全，事後縱依上開規定於裁判前命當事人辯論時，如何情形始可認他造關於該文書(或勘驗物)應之事實為真實，仍有相當大之模糊空間，且亦非因他造當事人無正當理由未遵從證據提出命令，即一律得認他造對待證事實之主張為真實，在其證據即使當事人遵從命令提出，經辯論後除該證據對於待證事實之判斷具有決定性，否則即使其順利提出，仍未必對於待證事實有完全之證明力，能否僅因其未提出，反而認定待證

事實為真實，而賦予主張之當事人超過證據提出時所得享有之利益，頗有疑問⁵⁷。又法院於此情形如何行使裁量權，當事人其實難以預測，法院亦可能因當事人攻擊防禦之程度不同而於具體個案異其效果。

2. 第三人拒絕之效果—直接或間接強制

前述民事訴訟法之規定，對違反提出命令者，區別當事人及第三人而異其效果，其為第三人無正當理由不遵從提出命令時，法院處罰或命為強制處分，而於當事人之情形，則不得為直接或間接強制⁵⁸。惟此部分於智慧財產案件審理法第 18 條已有相程度之強化，詳見後論。

(二)智慧財產案件審理法之相關規定

1. 智慧財產案件審理法第 10 條第 1 項、第 2 項：「文書或勘驗物之持有人，無正當理由不從法院之命提出文書或勘驗物者，法院得以裁定處新臺幣三萬元以下罰鍰；於必要時並得以裁定命為強制處分。前項強制處分之執行，準用強制執行法關於物之交付請求權執行之規定。」其目的在促使當事人協助法院為適正之裁判，並容許法院得強制當事人提出證據，與民事訴訟法上既有之心證上不利認定之制裁，應屬選擇而非互斥之關係，於法無即時確定其證據是否具體存在，或其他不適於強制之情形時，當然仍得採取民事訴訟法第 345 條所定於裁判上心證不利參酌之方法。

2. 智慧財產審案件審查法第 18 條規定：

智慧財產權之侵害事件，關於其侵害事實及損害範圍之證據，極易滅失或隱匿，常造成權利人於訴訟上無法舉證，而無法獲得有效救濟，故智慧財產之侵權事件，尤其是專利法廢除刑罰除罪化之後，其起訴前之證據保全，較之其他訴訟，更有必要。我國民事訴訟法修正後，於第 368 條第 1 項

⁵⁷ 許士宦，證據蒐集與紛爭解決，學林出版社，2005 年 2 月一版，364 頁。

⁵⁸ 黃麟倫、談虎，研議籌設智慧財產專業法院（下），法官協會雜誌，2006 年 6 月，180 頁。

後段明定就確定事、物之現狀有法律上之利益並有必要時，亦得於起訴前聲請為鑑定、勘驗或保全書證，其修正意旨亦即在使欲主張權利之人，於起訴前即得蒐集事證資料，而就智慧財產事件，自亦得適用，此於智慧財產案件審理法第18條之立法理由第二項特別明示。但民事訴訟法上證據保全程序實施時，如當人不配合提出證據，除適用民事訴訟法第345條為心證形成上之不利益外，並不實施強制力，前已述及；就促使證據顯現而言，與刑事犯罪之偵查，得為搜索、扣押，顯有差別。惟比較法上容許權利人為證明侵權事實之存在，於起訴前就侵害物或記載侵害物及方法之文書實施扣押，並非無有，如法國、比利時及義大利等國之「Saisie」程序即是。因此智慧財產案件審理法為強化證據保全之實效，第18條第4項：「相對人無正當理由拒絕證據保全之實施時，法院得以強制力排除之，但不得逾必要之程度。必要時並得請警察機關協助。」另外，於實務上，亦經常發生之情形，為法院許可證據保全處分裁定後，前往聲請人指稱證據所在處所執行時，相對人（可能為對造訴訟當事人或第三人）當場以營業秘密抗辯時，於民事訴訟法證據保全之規定下，經常執行即受阻無法繼續，惟智慧財產案件審理法第18條第5項、第6項規定：「法院於證據保全有妨害相對人或第三人之營業秘密之虞時，得依聲請人、相對人或第三人之請求，限制或禁止實施保全時在場之人，並就保全所得之證據資料命另為保管及不予准許或限制閱覽。」、「前項有妨害營業秘密之虞之情形，準用第十一條至第十五條之規定。」就此問題，亦得準用秘密保持命令之規定（第11條至第15條），關於秘密保持命令之相關問題，論述如下。

二、智慧財產案件審理法之新制度：秘密保持命令

（一）意義及立法目的

於專利侵權訴訟，原告方面之請求原因事實，包括：(1)原告擁有之專利、(2)被告侵害其專利權之行為（即製造或販賣屬於專利技術範圍之產品或方法之運用），原告就此須為主張及舉證。其中第(1)點，只須提出專利

證書即可，舉證較容易。但第(2)點，必須舉證被告製造、販賣之產品其構造(物的專利)，或被告運用的方法(方法專利)，尤其在被告廠房或公司內實施的方法等情形，其侵害行為之證據均偏在於被告一方，舉證實際上有其困難之處。另一方面，自被告之立場，當其證據包含營業秘密時，證據提出導致營業秘密外洩，自亦對於營業秘密可能經由訴訟程序被對造或第三人探知，多所顧忌。又於智慧財產相關訴訟中，經常必須面對營業秘密相關事項之主張及舉證，但就內含營業秘密之文書等證據，其蒐集及提出均有相當困難，法院審理相關訴訟時，時常就此問題感到難以處理。

以往就營業秘密之保護，雖然有公平交易法第19條第5款「以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。」及營業秘密法第10條以下相關規定存在。當事人於訴訟中向法院提出之書狀或證據中載有營業秘密時，亦得依營業秘密法第14條第2項聲請法院准許為不公開審判及限制卷證閱覽；而依我國法律就限制閱覽之規定，雖未限定僅限於當事人以外之訴訟第三人，法院認為有必要時，亦非不得限制訴訟對造當事人閱覽，但限制訴訟當事人接近對訴訟結果有影響之訴訟資料，實際上亦將對於當事人進行訴訟造成顯著不利影響，此涉及在正當程序之要求及程序利益之保障，事實上亦有堪值檢討之處。

雖然民事訴訟法就此問題讓諸法官裁量之權，但營業秘密僅涉及財產權之保護，與國家機密或人格權之隱私，究猶有其法位階上之差異，其保護價值相對訴訟當事人憲法上之聽審訴訟權利，能否認為當然居於較優之地位，不無疑問。故於某些國家(如日本)即認限制閱覽抄錄訴訟資料之對象，不能包括訴訟當事人，但在訴訟當事人之營業秘密保護，與對造當事人訴訟權保障之對立價值，其取捨裁量實屬困難之課題。我國於智慧財產案件審理法參考日本法制，正式引進「秘密保持命令」之制度。該制度係日本為解決上開難題，參考歐美等國之秘密保護制度所另創，立法意旨乃在智慧財產權相關訴訟中，就包含營業秘密之書狀及證據，禁止其提供作為該訴訟進行以外之目的而使用，以訴訟關係人以外之人開示，以促使該營業秘密容易在訴訟中顯現，並使營業秘密保護與侵權行為舉證容易化，

以及審理之充實間取得平衡；對於違反此命令時，則設計包含兩罰規定及刑事罰在內，以確保其實效性⁵⁹。

(二)比較法

秘密保持命令之類似制度，係由美國為始而逐漸為世界各國所接受。在美國，包含秘密之證據，在discovery程序中經開示時，法院得發出保護命令；就營業秘密保護命令，得限定證人作證時得在場之人，並得對於在法院所提出之文書為禁止閱覽或限定得為開示之範圍，並對於接受資料開示之人課予內容廣泛之守密義務，而對違反保護命令之人，則課予罰金等制裁(屬藐視法庭)。在英國亦同樣設有對於審理之前所獲得之資料，為防止擴散之手段。至於德國，則在排除審判公開之情形，對於在庭之人，就有關審理及案件之書類中所得悉之資料，亦得課以保持秘密之義務。而日本，以往對於防止洩露訴訟中所提出之營業秘密，制度上僅有民事訴訟法第92條所定之卷宗閱覽之限制及依不正競爭防止法之不作為請求、損害賠償請求等方法，就此普遍認為保護不足，而在日本為檢討修正以往智慧財產訴訟程序而訂定之知的財產戰略大綱⁶⁰中，亦要求對於訴訟中營業秘密之保護措施，應參酌上述外國之制度，再為檢討，日本乃於2005年4月1日修正施行之特許法中，正式引用該一制度⁶¹。

(三)適用之情形

以專利侵權訴訟為例，此等訴訟中被告為與原告之發明專利對比或比對，或為提出先使用之抗辯，被告需開示自己製造產品之構造及實施方法時，得考慮運用秘密保持命令之情形：

1. 依照具體樣明示義務，被告任意的提出關其製品構造或方法內容之主及舉證。
2. 被告遵從法院所為之證據提出命令而提出證據時。
3. 關於記載營業秘密之書類，聲請文書提出命令時，該書類持有

⁵⁹ 黃麟倫，97年智慧財產專業法官培訓課程「智慧財產案件審理法」講義，2008年4月，13、14頁。

⁶⁰ 日本智慧財產權法院及行政訴訟新制考察報告，司法院九十四年年度出國考察報告，5頁以下。

⁶¹ 同註49，上揭文，183頁。

人就拒絕提出有無正當理由，依不公開調查程序進行判斷時。

4. 關於被告之實施方法，進行當事人詢問、證人詢問時，檢討公開停止而提出陳述摘要記載文書時。
5. 在關於新型專利侵害訴訟或電腦程式著作權之侵害訴訟中，上述情形亦得適用。
6. 於證據保全程序中，上述情形亦得準用。

(四)效力及違反效果

1. 永久效力

秘密保持命令核發之要件，法院僅就準備書狀或證據內容所包含之當事人營業秘密審查之。至於將來其營業秘密性是否存續，並非判斷之對象，在聲請時認為係屬營業秘密，而核發秘密保持命令後，其效力至訴訟終了仍然存續。縱其營業秘密之要件嗣後已欠缺，但未經聲請裁定撤銷確定前，原則上仍然有效。

2. 違反效果

受命令者如有違反，依智慧財產案件審理法第 35 條規定，得處 3 年以下有期徒刑、拘役、或科或併科新臺幣十萬元以下罰金。但須告訴乃論。如屬法人，則依同法第 36 條規定，法人之負責人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務犯違反秘密保持命令之罪者，除處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以上述之罰金。

(五)未來可能產生之問題

秘密保持命令於我國法律體系為創新之制度，如何可以順利運作，係眾所關切，於智慧財產案件審理細則第 21 條規定：關於應受秘密保持命令之人，以得因本案接觸該營業秘密之人為限。如他造已委任訴訟代理人，其代理人宜併為受秘密保持命令之人。法院為前項裁定前，通知兩造協商確定之。至於裁定之主文及理由，關於該營業秘密均以間接引用之方

式，以適當保持其秘密性。

我國法之秘密保持命令參考日本立法甚多，然日本於修正立法迄今，僅核發一件秘密保持命令，且其後該本案訴訟係以和解方式終結⁶²，我國於民國九十七年七月一日智慧財產案件審理法開始施行後，就秘密保持命令之聲請狀況是否如日本施行情形一般節制，亦或反以秘密保持命令之聲請核發為武器，互為箝制至動彈不得，不得而知；甚至造成每一案件之當事人、訴訟代理人、關係人等均可能負載秘密保持命令，萬一營業秘密不慎洩露，所有受秘密保持命令之人均可能頓時成為刑事偵查之對象，其風險不低。就此等問題，因我國向來訴訟文化、國情習慣等與日本等外國未必相同，故繼受其法制後，亦未必能一併採取其施行經驗。從而，於法院審查時，即應有控制衍生問題及副作用之警覺，使該制度得以慎用以真正達成其立法目的。

於證據保全程序之實務，法院准許保全裁定後，執行時最常見相對人以營業秘密為由拒絕法院執行，以往遇此情形，因無強制力及秘密保持命令之規定，時常會無功而返，惟於智慧財產案件審理法施行後，法院對相對人為抗辯時，得依該法第 18 條及準用同法第 11 條至 15 條規定，以強制力排除無正當理由之拒卻及營業秘密之抗辯，固可解決此部分之問題。然而，因證據保全程序，通常於裁定前，甚至裁定後執行前，均時常因急迫或有礙證據保全之理由，而依民事訴訟法第 373 條第 1 項後段得不通知相對人，且法院實務上，為恐相對人隱匿，該證據保全裁定之聲請，通常是以聲請人單方之意見為審理，且准許之保全裁定，不得聲明不服(民事訴訟法第 371 條第 3 項)，法院對於保全之必要性判斷其實有一定困難度；另外於執行時，相對人通常有被突襲或抗拒之反應，未來智慧財產案件審理法雖有技術審查官之規劃，對法官判斷裁定准許必要性及執行時應保全證據之判別，應多有助益。然於同業競爭激烈之案件，法院之態度仍宜嚴格審慎，以顧及此制度目的係為強化證據保全之強度，免於流為同業競爭當事人利用之工具。

此外，於證據保全程序，智慧財產案件審理法第 18 條第 6 項準用秘

⁶² 此部分係 2007 年 10 月 19 日由亞洲專利代理人協會台灣總會舉辦「智慧財產法院之運作及相關研討會」中，日本東京地方法院智慧財產專庭之清水節先生報告日本目前核發秘密保持命令之情況。

密保持命令(第 11 條至第 15 條)之規定，但證據保全程序，通常執行時聲請人與相對人一方始同時在場，此時如為營業秘密之抗辯，而聲請人聲請秘密保持命令，此時可否以言詞聲請記明筆錄代替書面聲請，不無疑問。又執行時當場需為營業秘密與否之判斷及受秘密保持命令之人究應包括何人，於執行時需迅予當場決定，與訴訟程序中有較充裕時間協商及判斷之情形，實有相當大之差異，故執行時準用之情形如何及可能產生之問題，待日後施行相當時間之後，可能一一浮現，值得觀察以探求解決之道。

第二節 實證分析

一、自 1999 年至 2007 年(民國八十八年至九十六年)，針對各地方法院以證據保全裁定並執行後，提起本案訴訟，並將該所保全之證據於本案經引用為證據方法之與智慧財產權案件有關之訴訟事件，進行統計及分析，以進一步了解實務上歷來證據保全程序之使用與本案訴訟之關係。

二、表列如下：

表 2 各地方法院證據保全裁定後之本案判決結果之統計

	案件數	與智慧財產權有關類型	訴訟結果
台北地院	8 件	發明專利 4 件 新型專利 3 件 商標 1 件	原告全敗 3 件；部勝 1 件 原告全敗 2 件；部勝 1 件 原告全敗 1 件
士林地院	1 件	發明專利 1 件	原告部勝 1 件
板橋地院	8 件	新型專利 8 件	原告全敗 5 件；部勝 3

			件
桃園地院	1 件	新型專利 1 件	原告部勝 1 件
新竹地院	1 件	新型專利 1 件	原告全敗 1 件
台中地院	2 件	新型專利 2 件	原告全敗 1 件；部勝 1 件
雲林地院	1 件	新型專利 1 件	原告全敗 1 件
台南地院	8 件	新型專利 6 件 發明專利 1 件	原告全敗 4 件；部勝 2 件 原告部勝 1 件
高雄地院	1 件	發明專利 1 件	原告全部敗訴
屏東地院	1 件	新型專利 1 件	原告部訴

資料來源：司法院網站公開上網之裁判書類查詢

註 1：部勝即指訴訟結果部分勝訴部分敗訴之意

註 2：我國共 20 所地方法院，上表所列為有與智慧財產權相關之本案訴訟者，另有其他 10 所地方法院，或無本案訴訟或其證據保全相關之本案訴訟均與智慧財產權無關或非與本文討論之產業競爭有關者，俱未予詳加論列。

三、分析如下：

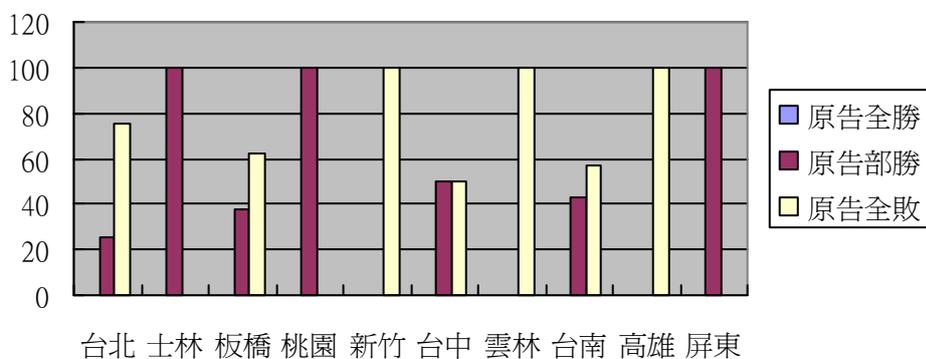


圖 1 各地方法院曾准許證據保全之本案訴訟結果統計

由上述統計資料顯示，證據保全程序後之本案訴訟引用該保全之證據，原告全部勝訴之比例為零，部分勝訴之比例 37.5%，全部敗訴之比例為 62.5%，可見證據保全程序於以往之訴訟中並未發揮制度設計之角色功能，未來智慧財產案件審理法施行後，就證據保全程序向來之若干障礙得以適度排除，對此制度立法目的之實踐能否大幅提高，值得日後持續觀察。

第四章 關於假扣押之實務問題

第一節 法律要件

一、關於假扣押之聲請，法院審查之要件

(一) 需有欲保全強制執行之金錢請求或得易為金錢之請求

民事訴訟法第 522 條第 1 項：「債權人就金錢請求或得易為金錢之請求，欲保全強制執行者，得聲請假扣押。」，於專利侵權事件，假扣押之聲請主要係專利權人主張專利侵權之損害賠償，該賠償即符合本項假扣押之聲請。該假扣押之目的，在於專利侵權之訴訟進程序開始前，專利權人得請求對被疑為侵權之相對人之財產假扣押，以防止相對人於本案侵權訴訟開始前或進行中，先行處分其有價值之財產，達到脫產之目的，使專利權人縱使獲勝訴判決亦無法取得專利侵權之損害賠償。

另外，依專利法第 86 條第 1 項規定：「用作侵害他人發明專利權行為之物，或由其行為所生之物，得以被侵害人之請求施行假扣押，於判決賠償後，作為賠償金之全部或一部。」⁶³

(二) 需有日後不能強制執行或甚難執行之虞

⁶³ 此規定之妥適性有甚多批評，多認為與 TRIPs 第 44 條規定要求會員對涉嫌侵害智慧財產權之物品應立即阻止流入其司法管轄權範圍內市場之意旨不符。詳參王甲乙、楊建華、鄭健才著，民事訴訟法新論，642 頁，1998 年 6 月；劉尚志、王敏銓、張宇樞、林明儀著，美台專利訴訟實戰暨裁判解析，元照出版社，675 頁，2005 年 1 月修正版；謝銘洋、徐宏昇、陳哲宏、陳逸南，專利法解讀，元照出版社，213 頁，1997 年 7 月 1 版。

所謂「不能強制執行」係指債務人浪費財產、增加負擔或就其財產為毀滅或廉售等不利益之處分，將成為無資力之情形等是。所謂「甚難執行」係指債務人隱匿財產、將移往遠方、無端借債或逃匿等是⁶⁴。

二、司法實務及其問題

民國九十二年修正前之民事訴訟法第 526 條第 1、2 項規定：「請求及假扣押之原因，應釋明之。」、「債權人雖未為前項釋明，如就債務人所應受之損害已供法院所定之擔保者，得命為假扣押。」，實務上向來於債權人表明未為釋明而願供擔保，即陳明願供擔保以代釋明之情形下，准許其供擔保而為假扣押。

以上開之作法，其結果衍生如專利權人陳明願供擔保以代釋明後，法院對於上開「需有日後不能強制執行或甚難執行之虞」要件即可不為審查，逕予酌定擔保金而准許假扣押之聲請⁶⁵，並未就擔保金是否足以補釋明之不足加以敘明其理由；且依實務之慣例，法院對於假扣押擔保金之酌定多為債權額（即聲請人擬於本案請求金額）的三分之一，而就相對人依民事訴訟法第 527 條聲請免為或撤銷假扣押之擔保金則為請求債權額之全額，如此一來，聲請人（即專利權人）為使相對人資金周轉之困難，將請求之債權額不當擴大，因法院僅為形式審查，無法實質審查聲請人所主張之債權額是否正確，導致聲請人以三分之一的擔保金凍結相對人三倍於該擔保金之資產或資金，如聲請人與相對人間資力懸殊，相對人之資金可能突被凍結，對於若干需要現金資金週轉之中小企業有時可能造成營運之重創⁶⁶；除扣押凍結相對人之銀行帳戶資金，使相對人陷於週轉困難外，於專利侵權爭訟時，亦藉由假扣押對相對人之交易對象發扣押命令扣押相對人之貨款債權，其目的可能係使與相對人交易之第三人因涉入侵權之疑慮而卻步，停止與相對人繼續交易；此外，更有聲請人藉由取得假扣押裁定，

⁶⁴ 最高法院 19 年抗字第 232 號判例；王甲乙、楊建華、鄭健才著，民事訴訟法新論，642 頁，1998 年 6 月。

⁶⁵ 最高法院 27 年抗字第 521 號判例。

⁶⁶ 實務上曾見個案，有資金較充裕之公司以 1 億 5 千萬元之擔保金對另一較小型公司於 4 億 5 千萬元之範圍內為假扣押，執行結果將相對人公司可用資金全部扣押凍結，造成該公司立即陷入週轉不靈之困境。

即於各類媒體發布新聞，以形塑相對人涉及侵權之之氛圍，使其被迫退出市場或居於絕對劣勢之和解，無形中造成不公平之競爭結果。

三、因應之道

民國九十二年九月修正施行之民事訴訟法第 526 條第 1、2、3 項規定：「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。請求及假扣押之原因雖經釋明，法院亦得命債權人供擔保後為假扣押。」

是則，釋明假扣押之請求原因為必要條件，僅為釋明不足時，方得以相當之擔保以補釋明之不足。法院就此有高度裁量權，惟仍應就「日後不能強制執行或甚難執行之虞」之要件為一定程度之審查，不宜循舊例概以聲請人請求金額三分之一其擔保金即准其假扣押之裁定，宜令聲請人提出相當之客觀數據或證據，以釋明相對人確有脫產之虞⁶⁷；及因受相對人侵害行為致其得請之損害賠償金額之具體計算標準以供法院裁定前，得以審查其債權額是否過於浮誇及擔保金之酌定。

易言之，法院於審查此類之假扣押聲請事件，自宜審慎而勿因循往例而為機械性之准許裁定，以詳察聲請人是否藉此程序作為不當排除競爭對手之手段，如有釋明不足而認無從認定其假扣押原因及擔保金額之酌定，亦不妨駁回其聲請，以盡法院身為審查者把關及為公平裁定之責。

第五章 結論

法院之角色功能在就具體個案為適當審查以求得出合法且公平允妥之裁判結果，並透過具體個案之審查，確立行為標準及對該行為之適法性表示法院之意見，並力促兩造均受等同之程序保障及檢驗標準，使受規範者不致流於只能循叢林法則來利用法院達成其競爭之工具。本文以法院居

⁶⁷ 例如相對人係上市上櫃公司，理論上因其受證期會之監督，較不易形成脫產之現象，聲請人即應負較高度之釋明義務，以避免造成假扣押程序之濫用，同時致相對人重大損失及司法資源之濫用。

於審查者之角度，剖視民事保全程序中若干重要問題，其問題之形成原因及可供因應之方向，以供參考。首先釐清定暫時狀態之處分之法律性質與一般假處分之不同，原應區別其要件及審理原則，惟長期以來司法實務均未予區分，而一概準用假處分及假扣押之規定，並以此而採完全形式審查其要件，且容許聲請人以供擔保以代聲請原因之釋明，最高法院就此並作成判例，歷來拘束下級審對定暫時狀態之處分亦採行形式審查完全摒除實質審查之立場，致使當事人利用甚至濫用定暫時狀態之處分制度對他方當事人獲致禁制、限制之效果。於專利訴訟事件，專利權人之一方以暫時狀態之處分禁止相對人為與該專利可能有關之一切產銷行為；被控擬為侵權之一方，則以聲請定暫時狀態之處分，請求法院裁定對造應容忍或不得禁止、防礙其就訟爭涉及之專利所相關之一切產銷或利用行為，形成聲請及取得裁定在先者，即得某程度架空相對一方所得主張之權利；於禁止董監事行使職權之事件，非掌控經營權之一方，可能透過定暫時狀態之處分程序，並提供遠低於實際經營權價值之擔保金，即可使公司經營權變動並取得經營權，此亦原非定暫時狀態之處分制度設計之目的或功能，僅因法院完全不行實質審查，未予兩造平等充分之攻防或辯論，亦不評估聲請者本案勝訴可能性之高低，其結果即無可避免提高了誤判結論之風險，亦無形中助長投機型訴訟，產生實務上種種不公平之裁判結果及對定暫時狀態之處分程序之濫用。本文認為此等現象於法律修正後，法院於審理時已得依法條所定要件為相當程度之實質審理，且智慧財產案件審理法之立法理由並明白揭示於審酌「必要性」要件時，宜採取美國法院所定四部測試法之四項判斷標準，該四項判斷標準之第一項本案勝訴可能性之審酌，即無可避免須審查原告實體法上得主張之權利存否，自無可能僅從形式審查而得以判斷；本文更進一步認為，法院審理定暫時狀態之處分之事件，基於我國民事訴訟法第 538 條第 1 項規定之要件，亦足以解釋涵蓋美國法院採取之四部測試法，故不論智慧財產審理法或民事訴訟法之規定均應得採行之；歷來影響法院實務甚深之前述最高法院 61 年台抗字 589 號判例意旨認為定暫時狀態之處分應採形式審查，法院不得為實體審查，應不再援用；最高法院 20 年抗字 5 號判例則應限縮於僅適用一般假處分而不及於定暫時狀態之處分，且最高法院就此等判例有統一法律見解之必要。

又法院審理定暫時狀態之處分時，基於法律規定或利益衡量原則，均得引用上述美國法院四部測試法，該四項判斷標準間之關係是浮動的，必須隨個案具體情形判斷，本案勝訴可能性是必要，但非唯一之判斷依據，

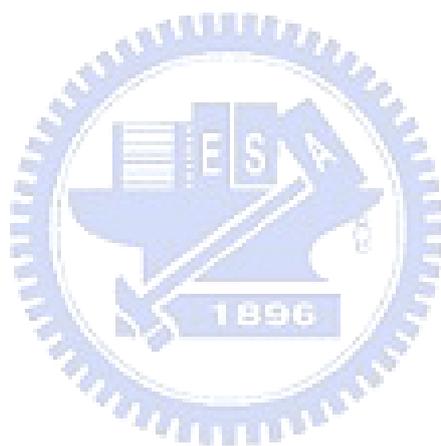
仍應就全部要件分別且相互加以審酌，法院宜採一種動態之觀點，摒除機械式的套用法律要件，且應慮及產業發展階段或生命週期曲線之落點，思考法院決定採取保護何方當事人之價值判斷。

定暫時狀態之處分關於智慧財產權案件，尤其是專利侵權之紛爭，司法實務上向來亦存在一個特別且困難之問題，即正、反向不作為之定暫時狀態處分之競合或抵觸之問題，兩個內容正相反或抵觸之定暫時狀態之處分裁定，因不同法院可能採行不同程序或不同判斷標準且裁定時點不相同而時常造成裁定效力之抵觸及結果之不公平，最高法院 92 年台上字第 532 號裁定所揭示之「單純不作為」與「容忍不作為」之分類，雖有助於判斷二個定暫時狀態之處分其內容是否相抵觸，但該裁定認為後行之單純不作為定暫時狀態之處分不得與先行之容許不作為定暫時狀態之處分對抗，但後行之容許不作為定暫時狀態之處分得與先行之單純不作為定暫時狀態之處分對抗之見解，有待商榷。

就禁止董監事行使職權之定暫時狀態處分，如涉及經營權之變動或爭奪時，法院首應考量者為定暫時狀態處分之「必要性」，而不宜過於便宜行事而許可聲請人供擔保補釋明之不足，其擔保金之計算宜以受定暫時狀態處分處分之董監事個人所受損害額為限較妥，不宜計入公司整體價值，否則過高之擔保金額亦接近拒絕任何定暫時狀態之處分之請求，且定暫時狀態之處分之方式並不以禁止董監事行使全部職權一項為限，法院得審酌以特定之方式限制或禁止董監事行使特定範圍之職權，以期冀法院得以避免制度之傾斜造成不公、破壞市場機制或成為奪權鬥爭或不公平競爭之工具，能達成其最始亦是最終之定紛止爭及公正裁判功能。

民事保全程序中之證據保全制度，實務上於裁定許可後，執行時經常被拒絕，於民事訴訟法規定，就當事人拒絕效果為不利必證之制裁，第三人拒絕具直接或間接強制之效果，但效果不彰；於智慧財產案件審理法對於當事人或第三人拒絕或違反法院證據保全命令之效果有較強化之規定，且引進「秘密保持命令」之新制度，更針對實務上最常以涉及營業秘密為拒絕之理由，提供解決之規定，但因為此制度係移引日本相關規定，該國施行時間不長且實際案例亦少，及我與訴訟文化亦不同，未來制度施行成效及產生之問題，均有待觀察。

民事保全程序中之假扣押制度，原與產業競爭無涉，惟因法院審酌要件之寬鬆及定擔保金之比例幾近固定於請求金額之三分之一，近來亦見有當事人之一方，因產業競爭及訴訟策略之採行，為打擊競爭對手，而以供三分之一擔保金之方式，聲請對競爭對手行假扣押，一夕間凍結銀行帳戶資金使其週轉困難，甚藉此發布新聞形塑對手涉及侵權之氛圍，迫使對手退年市場是居於不公平之劣勢，此於財力懸殊之競爭對象間，情況更形嚴重。因此本文認為法院於審查此類之假扣押案件時，亦應審慎不宜過度寬鬆且循往例為機械式之准許聲請及不論個案情形一律裁定提供請金額三分之一之擔保金，必特殊個案時，應可為不同之酌定，以防止制度被濫用，致法院淪為當事人不當排除競爭對手之工具。



參考文獻

一、中文書籍

1. 劉尚志、王敏銓、張宇樞、林明儀，台美專利訴訟，元照出版社，台北，2005年4月。
2. 謝銘洋、徐宏昇、陳哲宏、陳逸南，專利法解讀，元照出版社，台北，1997年7月1版。
3. 黃國昌，民事訴訟理論之新開展，元照出版社，2005年10月初版一刷。
4. 張登科，強制執行法，2001年修訂版。
5. 陳榮宗、林慶苗，民事訴訟法（下），2001年修訂2版。
6. 許士宦，證據蒐集與紛爭解決，學林出版社，2005年2月一版。
7. 王甲乙、楊建華、鄭健才著，民事訴訟法新論，642頁，1998年6月。
8. 劉孔中，智慧財產權法制的關鍵革新，元照出版社，2007年初版。
9. 王文宇，新公司法與企業法，元照出版社，2003年1月初版第1刷。
10. 馮震宇，智慧財產權發展趨勢與重要問題研究，元照出版社，2004年8月初版第2刷。
11. 葉大殷、陳錦隆、李貞儀、賴中強、江如蓉、黃馨慧，公司經營權爭奪與假處分，元照出版社，1999年12月初版第2刷。

二、中文期刊、專文

1. 許士宦，定暫時狀態處分之基本構造，民事法律論文選輯，司法院，2006年1月。
2. 王甲乙，保全程序，新修正民事訴訟法講義彙集，司法院，2004年2月。
3. 沈冠伶，公害制止請求權之假處分程序—從程序機能與紛爭類型審理論之觀點，台大碩士論文，1994年6月。
4. 李木貴，滿足的假處分之再認識，月旦法學雜誌，第97期，2003年6月。
5. 馮震宇，從美國司法實務看台灣專利案件之假處分救濟，月旦法學雜

- 誌，第 109 期，2004 年 6 月。
6. 沈冠伶，我國假處分制度之過去與未來，月旦法學雜誌，第 109 期，2004 年 6 月。
 7. 陳韋君，美國專利訴訟暫時狀態處分實務講義，2005 年。
 8. 陳群顯，關於專利侵權保全程序的幾點看法—兼論美國法與台灣法下對保全程序之異同，全國科技法律研討會論文集，2005 年 11 月。
 9. 王文宇，公司經營權爭奪與假處分制度，台灣本土法學雜誌，2004 年 5 月。
 10. 方嘉麟，從台灣大案例論裁判解任及假處分在公司治理中之定位，政大法學評論，第 83 期，2005 年 2 月。
 11. 劉連煜，禁止董事行使職權之假處分(上)，司法周刊，第 1327 期，2007 年 3 月 1 日。
 12. 劉連煜，禁止董事行使職權之假處分(下)，司法周刊，第 1328 期，2007 年 3 月 8 日。
 13. 黃麟倫，97 年智慧財產專業法官培訓課程「智慧財產案件審理法」講義，2008 年 4 月。
 14. 陳志雄，公司經營權爭奪之相關法律問題，月旦法學雜誌，第 26 期，1997 年 7 月。
 15. 曾淑瑜，再論公司經營權爭奪之相關法律問題，月旦法學雜誌，第 29 期，1997 年 10 月。
 16. 方嘉麟，台灣大哥大假處分案之評析，權爭奪之相關法律問題，月旦法學雜誌，第 109 期，1997 年 7 月。
 17. 張宇樞，我國實務針對智慧財產權被侵害時定暫時狀態假處分相關裁判之解析，科技法律透析，2004 年 11 月。
 18. 黃麟倫、談虎，研議籌設智慧財產專業法院(下)，法官協會雜誌，第八卷第 1 期，2006 年 6 月。
 19. 馮浩庭，從美國智時性禁制令看我國定暫時狀態之假處分—以專利權爭議為例，政大智慧財產評論，第二卷第一期，2004 年 4 月。
 20. 葉國良，專利訴訟之定暫時狀態處分救濟，2006 年全國科技法律研討會論文集，國立交通大學科技法律研究所，2006 年 11 月。

三、中文裁判

1. 最高法院 22 年抗字第 1099 號判例。
2. 最高法院 20 年抗字第 366 號判例。
3. 最高法院 69 年台抗字第 72 號判例。
4. 最高法院 95 年度台抗字第 231 號裁定。
5. 最高法院 94 年度台抗字第 596 號裁定。
6. 台灣高等法院 88 年度抗字第 3 號裁定。
7. 最高法院 63 年台抗字第 59 號判例。
8. 台灣台北地院 92 年度裁全字第 3972 號裁定。
9. 最高法院裁全字第 3091 號裁定。
10. 最高法院 85 年度抗字第 1018 號裁定。
11. 最高法院 19 年抗字第 232 號判例。

四、外文書籍

1. Lester L. Hewitt, Patent Infringement Litigation, Aspatore(2004)
2. Robert Patrick Mergers and John Fitzgerald Duffy, Patent Law and Policy, 3rd edition, LexisNexis(2002)
3. James M. Fischer, Understanding Remedies, 2000 Reprint(2000)
4. Ross, Terence P., Intellectual Property Law: Damages And Remedy(2000)

五、外文期刊、專文、判決

1. Smith International, Inc. v. Hughes Tool Co.
2. Black Fire Fighters Ass' n v. City of Dallas, Tex
3. Rodeo Collection, Ltd. v, West Seventh, 812 F. 2d 1215, 1217(9th Cir.

1987)

4. Atlas Powder Co. v. Ireco Chems. , 773 F. 2d 1230, 1233, 227 U. S. P. Q (BNA)289(fed. Cir.1985)
5. Dauglas Lichtman, Uncertainty and the Standard for Preliminary Relief, 70, U. C. HI. L. R. EV. 197(2003)

六、其他：

1. 日本智慧財產權法院及行政訴訟新制考察報告，司法院九十四年年度出國考察報告，2005年。
2. 台灣科技法學會專利訴訟系研討會講義，2005年5月。
3. 新修正民事訴訟法講義彙集，司法院印行，2004年2月。

