

專利審查及不服審查之救濟制度

●李欽賢／輔仁大學法律學系教授

壹、無審查主義與審查主義

一、專利審查及不服審查之意義

專利之取得，不須經審查者，自無專利審查之意義問題；反之，專利之取得，須經審查者，始有專利審查之意義問題。至於專利法之立法，有採無審查主義，亦有採審查主義，則容後探討。國民政府於1944年公佈之專利法，基於審查主義較發明人權利主義為進步之立場，採審查主義。

（一）專利審查之意義

就我國實定法之規定而言，專利審查，包含專利申請之審查、再審查之審查（含異議之審查）、異議之審查以及舉發之審查。發明人或創作人（新型、新式樣）得就其發明或創作向專利主管機關提出專利之申請，主管機關應指定審查人員審查之，此種審查，即稱之為專利申請之審查。專利之申請，經審查認為可予專利者，應將審定書連同說明書、圖式公告之，任何人認有違反專利要件等之規定者，得備具聲請書，附具證件，向專利主管機關提起異議（請求再審查），對於異議案（或再審查）之審查，即稱之為異議（或再審查）之審查。反之，專利之申請，經審查認為不予專利者，申請人得備具理由書請求再審查，主管機關應指定未經審查原案之審查人員審查之，此種審查，稱之為再審查之審查。準此，法制上有將異議納入再審查制度內，亦有獨立於再審查制度之外。此外，可予專利之審查確定後，亦即專利權發生效力後，專利申請權人或任何人，於有法定舉發之事由，得附具證據向專利主管機關舉發之，對於舉發案之審查，即稱之為舉發之審查。

（二）不服審查之意義

專利之申請，經審查認為可予專利，公眾由公告得以判斷審查是否違法，若認為審查結果違法，得聲明異議，是以，異議係對可予專利之審查聲明不服之方法。可予專利

之審查，公告期滿無人異議或異議不成立者，即為確定，公眾僅得向專利主管機關舉發撤銷專利權，是以，舉發係對已確定可予專利之審查聲明不服之方法。專利申請人，對於認為不予專利之審查不服者，得請求再審查。

對於異議（或再審查）、舉發或再審查之審查如有不服，其救濟制度，初始僅規定得申請經濟部為最後之核定，直至1979年修法時，始明文規定得依法提起訴願及行政訴訟。

二、審查制度之變遷——無審查主義轉向審查主義

發明專利之所以稱為「特許」，乃基於恩惠主義，由國王賦予發明人特許狀，然嗣後即由恩惠主義之基本思想變遷為權利主義，亦即請求專利（特許）係發明人之權利。英國即基於權利主義之思想，於1852年規定公示主義之方法，如有請求特許之人，即將其意旨及內容向社會公示，公眾中如有人對賦予請求人特許有異議者，即賦予異議聲明之機會，所無異議之聲明或有異議之聲明而經認定為不當者，即應賦予請求人特許。法國於1791年首次制定之特許法，即規定特許係承認發明人之權利並加以保護，不得將此種權利問題委諸行政機關審查，有特許之申請時，不審查其內容而登錄之，並頒給特許狀；至於特許是否真正對發明權所賦予，則日後由法院裁判定之；關於此種制度，則稱之為登錄主義。

美國之特許法原亦承襲英國法制，採無審查主義，後因主掌專利事務之Thornton，對於現行特許制度之弊害及其改正，設置調查委員會，於1836年就調查之結果提出報告，其內容大致如下：「現行無審查即賦予特許之制度，其主要之弊害如下：（1）導致多數之無效特許存在，與既存之特許發明抵觸者亦賦予特許、欠缺特許之要件者（尤其是欠缺新穎性或進步性）亦賦予特許；（2）由於此等無效之特許，外觀上無法與有效之特許相區別，故最先且真正享有特許之人，不得不對之請求撤銷，此外，社會大眾濫用無效之特許，妨礙正當之業務進行；（3）因此而發生多數之訴訟，致使法院過度負擔、當事人疲憊、阻礙社會進展；（4）容易以詐欺之方法取得特許，模仿特許品陳列館所陳列之模型而重新獲得特許，並將該特許權出售與善意之人，以獲取不當利益；（5）真正發明人之發明亦容易被偷，而剽竊者卻即刻取得特許。」依據此一報告而提出法律修正案，於1886年通過新法，改採審查主義。

據上所述，經濟部於1942年8月印製之專利法草案及其說明中，所稱之「發明人權利主義」，即係本文所稱之「無審查主義」。是以，所謂「無審查主義」，並非完全不加審查，即可取得專利，而係指僅對於獲得專利所必須之要件當中比較簡單之方式上或形式上要件加以審查，對於需時間調查、判斷之新穎性、進步性、先申請性等專利要件不進行實體上之審查，即給予專利，至於專利有效或無效，僅於取得專利後發生糾紛時由法院進行審理之主義。方式上要件之審查，學理上稱之為方式審查，係指對於專利申請

所必須具備之方式上要件（含手續費之繳納）所為之審查而言，廣義上包含後述形式審查。形式上要件之審查，學理上稱之為形式審查，係指方式審查外尚就明細書之記載要件（申請之單一性等）、不能獲得專利之法定事由（妨礙公序良俗或衛生等）等形式上要件加以審查者而言。

貳、專利法關於專利審查及不服審查規定之變遷

一、1944年法

我國現在施行之專利法，起源於1942年經濟部公布之專利法草案，徵求各方專家之意見後，再由政府機關討論審議並增刪定案、立法通過後，國民政府於1944年公布，於1949年1月1日施行。經濟部於草擬過程，曾參考日本、德國、英國、美國等十個國家之立法例，發明、新型及新式樣，性質雖異，但鑑於新型及新式樣專利之申請及審查手續，大致與發明專利相同，是以，三者合併立法，定名為「專利法」，草案原分三篇，立法通過公布施行者，則分三章：第一章發明、第二章新型、第三章新式樣，至於新型及新式樣專利申請及審查之手續，大致準用第一章發明之相關規定。

1944年公布之專利法，明文規定專利局局長對於專利之呈請案，應指定審查委員審查之；經審查認為可予專利或不予專利，均應作成審定書說明審定理由，並通知呈請人。經審查認為可予專利之發明、新型、新式樣，應將審定書連同說明書、圖式公告之；公告中之發明、新型、新式樣，無論何人認為有違反第1條至第4條之規定（發明）、第95條至第97條之規定（新型）、第116條之規定（新式樣）者，得自公告之日起六個月內，備具聲請書，附具證件，向專利局提起異議，請求再審查。反之，不予專利之發明、新型、新式樣，專利呈請人對於不予專利之審定有不服者，得於審定書送達之次日起三十日內，備具理由書，請求再審查。再審查案件，專利局局長應指定未經審查原案之審查委員審查之，作成審定書，說明理由；對於再審查之審定有不服時，得於審定書送達之次日起三十日內，呈請經濟部為最後之核定。

國民政府遷台後，雖先後於1959年、1960年修正專利法，但關於專利審查及不服審查之救濟制度，實質上並無任何修正，僅就「呈請」改為「申請」、「無論何人」改為「任何人」、「聲明書」改為「聲請書」等文字之變動而已。迄於1979年修法時，始於第31條增訂但書：「但因申請程序或申請權人不法而駁回者，得逕依法提起訴願及行政訴訟。」於第32條增訂「或利害關係，認有不合第12條之規定」、並將「六個月內」改為「三個月內」，於第37條就「申請經濟部為最後之核定」改為「依法提起訴願及行政訴訟」，於第38條增訂第2項：「不予專利之審定，未依規定請求再審查或經再審不予專利者，即為審查確定。但經修正其申請專利範圍、說明書、圖式、模式或樣品後，合於專利要件者，得再申請專利。」1986年雖再度修正專利法，但關於專利審查及不服審查之救濟制度，並未加以修正。

檢討

1979年修法前，對於專利申請之審查結果不服者，不論係可予專利或不予專利之審定，均進入再審查之程序，而對於再審查之結果不服者，均僅止於得請求經濟部為最後之核定，然對於最後之核定如有不服者，亦無救濟之規定。觀諸公布專利法草案時之說明：「不服審查之救濟，專利為人民特權，故各國專利制度，對於不服審查者，均可請求再審查，不服再審查者，亦均予救濟」，然何以不服再審查之救濟，僅止於經濟部之最後核定，而對最後核定即不許再聲明不服？是否基於專利審查迅速要求之考慮，不得而知，然如此規定之結果，確實可讓專利申請人早日取得專利。惟異議人雖得申請再審查，但對於再審查之審定如有不服，僅得申請為最後之核定，經濟部若最後核定維持再審查之審定，不但不能提起行政救濟，亦不能再為舉發，對於異議人不服審查之救濟，顯然不足，難期專利審查正確率之提高。因此，1979年法始將第37條修正為「依法提起訴願及行政訴訟」，異議人據此規定，不服再審查之審定時，即有行政救濟之機會。

至於專利申請人對於不予專利申請之審定如有不服，亦得請求再審查，然由於不予專利之審定，係就專利要件等為實體上審查之結果，故專利局若從程序上審查而認定有不法之情形，作成駁回申請之決定，反而不能請求再審查，有失平衡。因此，1979年法始於第31條增訂但書：「但因申請程序或申請權人不法而駁回者，得逕依法提起訴願及行政訴訟。」依據本條但書規定，可以推知關於實體上之審查如有不服，須先請求再審查，對於再審查之審定如有不服，始得依第37條之規定，依法提起訴願及行政訴訟。如此之結果，堪稱可以與異議人立於平等的法律地位。然而，同年卻同時於第38條增訂第2項：「不予專利之審定，未依規定請求再審查或經再審查之審查不予專利者，即為審查確定。但經修正其申請專利範圍、說明書、圖式、模式或樣品後，合於專利要件者，得再行申請專利。」既已明文規定不予專利之審查確定，則不容再爭執，亦即排除依法提起訴願及行政訴訟。關於不予專利之審定，如因未請求再審查，則無再審查之審定存在，行政救濟之客體自亦不存在，縱使無明文規定，亦當然發生審查確定之結果。然而，對於不予專利之審定，既然已依規定請求再審查，且已有不予專利之再審查存在，何以排除其行政救濟之機會，則難以理解，或許僅單純基於與同條第1項「可予專利之審查確定」相對稱而已，而忽略了第1項立法必要性之法理基礎，亦即「可予專利之審查確定」，始有可能發生專利權之效力而脫離「暫准發生專利權」之狀態。至於專利申請人修正其申請專利範圍等，只要該申請案之內容尚未公開，縱使重新提出申請，亦不喪失新穎性，其他專利要件亦具備者，自得獲取專利，縱使無該但書之規定亦然。惟須注意者，乃重新為專利申請之前，已有他人就相同內容之發明或創作提出申請者，即喪失其先申請性，而處於不利之狀態。由此可知，專利申請之審查，審查人員與申請人應儘可能雙向溝通，讓申請人於審定前即進行修正其申請專利範圍等，而非於不予專利之審查，確定後再期待其修正，是以，該但書之立法亦非妥適。

公告中之發明，何以未如新型有利害關係人認為違反第12條之明文？連新式樣都有利害關係人認為違反第116條（相當於第12條之規定）之明文，顯然係立法上之疏漏。

二、1994年法

（一）主要修正之內容

共分六章：第一章總則、第二章發明專利、第三章新型專利、第四章新式樣專利、第五章罰則、第六章附則。關於專利申請之審查方面：其一、對於專利申請案之「實體審查」，應指定審查委員審查之；其二、增訂「經審查認為無不予專利之理由時，應予專利」之明文；其三、就審查時得令申請人應為之行為（修正前之第35條）相關程序為較詳細之規定，並明文規定專利專責機關通知申請人（或異議人）為補充或修正說明書或圖式，但不得變更申請案之實質，若補充或修正係於專利案審定公告後提出者，僅限於（1）申請專利範圍過廣、（2）誤記、（3）不明瞭之記載者，始得為之。關於不服審查之救濟方面：其一、增訂經審定公告之專利案，任何人均得申請閱覽、抄錄、攝影或影印其審定書、說明書、圖式、宣誓書及全部檔案資料；其二、異議制度與再審查制度分別存在；其三、增訂異議人補提理由及證據，應自異議之日起一個月內為之；其四、將原規定之「逾期不答辯者，申請案不成立」修正為「逾期不答辯者，逕予審查」；其五、增訂經再審查認為有不予專利之情事時，在審定前應先通知申請人，限期申覆。此外，增訂專利專責機關對審定公告之專利案進行職權審查時應遵守之程序及限制職權審查之結果。

（二）檢討

1994年修法前，專利之審查，實質上僅有審查與再審查之分，再審查包含專利申請人對於不予專利之審定請求再審查、任何人對於可予專利之審定聲明異議請求再審查以及專利後舉發撤銷之再審查。舉發撤銷，雖係專利取得後對於專利審查聲明不服之制度，但1986年及其前之專利法第62條規定，舉發案之處理，準用本法關於再審查各條之規定，故實質上與再審查無大差異。1994年之專利法，雖將異議與再審查加以區分，但審查程序仍大致相同，而舉發案之處理，依第73條之規定，仍然準用關於異議及再審查之第42條至第44條規定，結果在實質上並未嚴加區隔制度之差異性。是以，不免令人對異議與舉發制度，在立法目的與法律性質上，究竟是否相同？

其次，若對照1994年法與1986條以前之法關於審查或再審查之程序規定，後者不是沒有規定，就是規定較簡略，準此以觀，1994年法關於審查程序之規定，顯然較為進步。尤其，專利專責機關接到異議聲請書後，應將副本發交申請人，限期一個月內答辯，逾期不答辯者，卻明文規定申請案不成立，顯然並未針對制度之本質加以規定，僅因有人異議及逾期不答辯，即產生不符合專利要件之相同效果，完全不能釐清問題之爭點，是以，申請人縱使逾期不答辯，主管機關仍應就既有之資料及證據加以審查，故

1994年法「逕予審查」之規定，當然優於原規定。

三、2003年法

（一）沿革

1997年為加入世界貿易組織而修正專利法，然關於審查及不服審查之救濟部分，則未變動。專利法於1994年修正時，立法院有鑑於許多國家均採行早期公開制，此一制度乃自專利申請後，經過一定期間公開其申請內容，藉以避免企業活動之不確定及重複研究、投資，乃附帶決議應於二年內導入早期公開制度。因此，2001年修法時，即增訂第36條之1至第36條之6，明文規定發明專利申請案之早期公開；新增第105條之1，於第3項明文規定早期公開制度不適用於新型，其立法理由為：新型創作之技術層次較低，產品生命週期亦短，且其申請人多為本國人，而本國人習慣上喜歡早日確定專利權之有無，實務上新型之審查亦甚迅速，因此公聽會上產業界多主張新型不採早期公開；此外，新增第122條之1，於第2項明文規定早期公開制度不適用於新式樣，其立法說明僅止於為了避免被誤以為早期公開於新式樣亦有適用，別無其他理由。發明專利申請人得為補充、修正說明書或圖式之時點，因導入早期公開制度而有所改變，於新增第144條之1，將申請後、審查中、審定公告後，可提出補充、修正之期間及其條件一一列明；至於新型與新式樣，因未採早期公開制度，故其補充、修正無從準用發明之規定，另於新增第102條之1第3項（新型）以及第116條第3項（新式樣）規定之。另將原「審查委員」之文字變動為「審查人員」，附帶提及。

2003年修法時，除條號全部變動外，早期公開及審查請求制度，均維持2001年法之規定。其中最重大之變革，乃廢除專利取得前之異議制度，故如有認已取得之專利不具專利要件等違法事由時，僅得依專利取得後之舉發撤銷制度尋求救濟。其次，新型專利之申請案，廢除審查主義，改採無審查主義，亦即僅就申請之法定方式及說明書記載要件、申請單一性、不予專利之法定事由等形式要件審查，其立法說明為：審查期間冗長、權利賦予時期延宕之現行審查制度，實有必要修正，以因應知識經濟時代發展之腳步；相對地，增設新型專利技術報告，任何人均得申請專利專責機關為之，以防止專利權人可能濫用其權利之情形發生。最後，增訂專利申請案違反發明專利要件等、或違反新式樣專利要件等之規定者，專利專責機關應為不予專利之審定。

（二）檢討

是以，現行專利法，對於不服專利審查之救濟制度，僅存再審查及舉發之制度。專利申請人，對於不予專利之審定如有不服，得申請再審查；任何人，對於可予專利之審定如有不服，僅得於申請人取得專利後舉發之，舉發案之處理，雖因異議制度廢除而無從準用，現行法即自行規定其處理程序，基本上仍未較現行再審查之規定詳密。

現行法於發明、新式樣專利，仍採審查主義，然同時基於世界潮流，廢除專利取得

前之異議制度，目的在於縮短申請人取得專利之時間，無庸置疑。惟專利審查之正確率，必須提高，否則專利權之安定性，勢必破壞，而審查正確率之提升，亦有賴審查法制健全之確立。因此，現行法對於專利申請之審查、再審查之審查、舉發之審查等相關程序之規定，是否足以實現此一目標，則仍有待繼續檢討之必要。

參、異議制度與舉發制度

一、異議制度之立法意旨與法律性質

（一）立法意旨

經濟部於1942年公布「專利法草案」時，關於異議制度之說明：「採公告制度之國家，容許利害關係人或任何人提起異議，…英、德、日本等國採用公告制度，即以呈請案件，公之於眾，其究竟具有新穎性與否，公眾與政府機關合作，可以提出異議…。」

由上述立法之說明，可知制度設計之目的，在於讓公眾得以參與或協助審查，是以，賦予公眾對審定之專利提起異議之機會，而公眾如何據以決定是否提起異議，當然必須了解申請專利之技術內容，故公告及閱覽即成為必要。因此，異議與審定公告，乃相互依存不可分離之二個制度。準此以解，1986年前之專利法，為何於第30條明文「應將審定書連同說明書、圖式公告」之外，另於第39條明文「應將審定書…陳列六個月，公開閱覽」，蓋若不讓公眾閱覽，則無從得知技術內容。然而，近來技術之高度化、複雜化，若僅允許閱覽，單憑記憶，難以判斷應否聲明異議，是以，1994年法進而於第39條第2項明文「得申請閱覽、抄錄、攝影或影印其審定書、說明書、圖式、宣誓書及全部檔案資料」。

然而，如果進一步追問：為何於審查人員審查之外，尚須公眾之參與或協助？關鍵在於難期其充分而正確之審查。縱使審查人員素質很高，仍有可能因先前技術相關資訊之取得受時空之限制，而有一定之侷限，致使判斷之結果並非正確。是以，有必要公眾之參與或協助。

（二）法律性質

1、異議是否為公眾審查

學說上有公眾審查說、協助審查說、提供資訊說之爭論，主要爭點在於異議人於異議程序過程中究竟居於何種法律地位，亦即異議人於異議程序進行中參與之程序為何？認為僅止於協助審查人員之審查得以作出更完整之判斷者，即係所謂協助審查說。然而，若進一步追究協助之方法或程序為何？則可能有不同主張，提供資訊說，即認為僅止於對審查人員提供資訊而已，而公眾審查說，則認為賦予公眾審查之機會。不過，如認為公眾參與審查，係指公眾審查權，即公眾有權利判斷專利之技術內容是否符合專利

要件並作成決定，很明顯與法律明定審查權在專利專責機關相牴觸。因此，本文認為公眾審查之真正意義在於，公眾得依公告之技術內容而為判斷，認為不符合法定專利之要件者，即有權向專利專責機關聲明異議；請求其重新審查以發現專利要件欠缺之事實，若專利專責機關即審查人員仍認定具備專利要件而作成處分，異議人有權循法定救濟程序聲明不服而進行訴訟，成為當事人之一造。

如前所述，1944年專利法將異議歸入審查，而異議人對於再審查之審定如有不服者，依第37條之規定，僅止於得呈請經濟部為最後之核定，而不能循法定救濟程序聲明不服而進行訴訟，此與日本平成六年修法前，於特許法第58條第4項「對於特許異議之決定，不得聲明不服」之規定相當，同樣不能成為訴訟當事人，是以，同年之專利法所採之異議制度，尚不能調為公眾審查，只能調為協助審查或提供資訊而已。直至1979年修法時，於第37條修正為：「對於再審查之審定有不服時，得於審定書送達之次日起三十日內，依法提起訴願及行政訴訟。」此際之異議人，對於再審查之審定如有不服者，依當時之訴願法，得向訴願委員會提起訴願，對於訴願之決定不服者，得提起再訴願，對於再訴願之決定不服者，得依當時之行政訴訟法，向最高行政法院提起行政訴訟；1944年之專利法，始將異議與再審查加以區隔，於第46條明文：「對於再審查、異議或舉發之審定有不服者，得於審定書送達之次日起三十日內，依法提起行政救濟。」因此，1979年以後之專利法所採之異議制度，始能稱為公眾審查。

2、異議審查之客體

異議審查，究竟係審查應予專利之行政處分或審查異議本身有無理由，依據1994年之專利法，第41條第1項「公告中之發明，任何人…向專利專責機關提起異議」、第42條第2項「申請人應於副本送達之次日起一個月內答辯，…逾期不答辯者，逕予審查」、第43條第1項「…異議審查時…並無作成審定書」等規定觀之，解釋上專利專責機關所審查者，係異議之內容有無理由，而非專利申請案之審定處分是否適當。是以，專利法雖未明文異議審定之種類，然從審查之結果，不外異議有理由與無理由兩種，故異議審定，亦僅止於有理由與無理由之分，即異議成立之審定與異議不成立之審定兩種處分。此種異議成立或異議不成立之審定，與上述應予專利與不予專利之審定，係屬於兩個獨立而不同之行政處分，前者之處分並不當然影響後者之處分效力。然而，異議有理由，即表示先前審定應予專利之行政處分有瑕疵，異議無理由，即表示應予專利之處分無瑕疵，法理上當然應另行分別作成應撤銷原審定之處分或應維持原審定之處分，此乃異議制度既係審查異議之內容有無理由之當然解釋。反之，若異議制度係在於審查原審定之處分是否妥當，則直接作成應撤銷或應維持原審定之處分，而無庸另行作成異議審定之處分。

然而，過去實務上，於異議有理由時，僅作成「異議成立，應不予專利」之審定，反之，於異議無理由時，僅作成「異議不成立」之審定。就前者而言，「應不予專利」

之審定，顯然與先前「應予專利」之審定相矛盾，若謂先前之審定尚未成立生效，何以於專利專責機關依職權就公告中之發明專利案加以審查者，於2001年專利法第45條第1項明文規定「經審查認應撤銷原審定者，應作成處分書，送達申請人或其代理人。」就後者而言，「異議不成立」之審定，對先前「應予專利」之審定效力，自不生任何影響，然問題在於「應予專利」審定效力何時發生？該審定既係行政處分，則當然係於審定書送達申請人時生效。惟依1994年專利法第50條第2項規定：「經審定公告之發明審查確定後，自公告之日起給予發明專利權…。」該「應予專利」之審定處分，並未於處分生效時發生「應予專利」之效力，「應予專利」之效力卻係於「審查確定」時發生，而「審查確定」之時，並非「異議不成立」審定之時，而係於異議經審定後未依法提起行政救濟或經提起行政救濟被駁回確定之時。由此可知，所謂「審查確定」，係指專利申請之審查確定，而此處之「審查」應係指「應予專利」之審查。準此以觀，「應予專利」之審定處分，已成立生效，卻不能發生處分內容之效果，法理上，顯然是矛盾。

二、舉發制度之立法意旨與法律性質

（一）立法意旨

專利經審查人員嚴格審查之後始能取得，但仍然難以避免因審查上之疏忽或錯誤而產生有瑕疵之專利。縱使專利法上已設有專利取得前異議制度，然有可能因已逾法定異議期間而不能提出異議，或已於法定期間內提出異議而未能充分舉證，或有充分舉證而審查人員仍為錯誤之判斷等，以致於尚存在著有瑕疵之專利。若放任其繼續存在，則將導致原本任何人均得實施之專利，卻受到禁止，結果阻礙產業發達之促進，有違專利制度之立法目的，亦有損對專利制度之信賴。職是之故，有必要設舉發制度，由專利專責機關撤銷專利權，使獨佔排他之專利權溯及地消滅。

（二）法律性質

自1944年以來制定之專利法，一直是使用「專利權撤銷」或「撤銷專利權」之文義，是以，若就文義解釋，明顯係撤銷「專利權」而非「專利處分」，而且，專利專責機關所作成之決定，既係撤銷專利權之行政處分，則性質上屬於形成行為。

然而，專利權究係基於發明或創作本身而發生，抑或因專利處分（行政處分）而創設？立於恩惠主義思想者，均認為專利權因專利處分而創設；反之，基於權利主義思想者，有認為專利處分係專利權生效要件之一，也有認為專利處分行為僅止於確認原本存在之專利權而非專利權之生效要件。因此，舉發之審查客體，究係專利處分抑或專利權本身，則因所採主義而有不同。就專利制度之實際，發明人或創作人，雖因發明或創作而享有權利，一般稱之為發明人權（或創作人權）或發明權（或創作權），專利申請權僅係其權利內涵之一而已，但若未經專利專責機關審查確定，則不可能對外主張專利權，亦即不受專利法規定之保護，僅得受民法或其他法（如營業秘密保護法等）之保護

而已，此即主張專利處分（專利之申請、審查、再審查等一連串手續）係專利權生效要件之主要依據。然而，基於專利權之特殊性，與一般財產權（尤其物權）差異甚鉅，專利權有其實體上效力與手續上效力，如僅具實體上之效力，亦即具備專利要件，但若欠缺手續上之效力，仍不能對第三人主張專利權之存在。是以，非經專利處分行為（行政行為），手續上之效力即不可能發生，但須注意者，此一行政處分之性質，係確認行為，也因此專利法上均使用「專利權撤銷」等文義。若一方面認為專利處分係專利權之生效要件，另一方面又認為是專利權之撤銷，在法理上矛盾。

三、制度之檢討

異議及舉發均以維護公益為目的

綜觀上述之立法意旨，可知二者，均係以維護公益為目的。準此，異議聲明人及舉發人，理應任何人均得申請，而無任何資格限制之必要；異議或舉發之事由，亦應限於公益之事由。然而，專利法卻於公益事由之外，尚列舉私益事由。例如專利申請人或專利權人非專利申請權人，並明定其異議聲明人或舉發人限於利害關係人；此外，原發明人或原新型創作人與他人有同一之再發明或再創作而同一日申請者，違反應予原發明人或創作人以發明或新型專利之規定，則僅列為異議事由，並明定異議聲明人限於利害關係人。

然而，異議或舉發之私益事由，涉及權利歸屬之問題，是否適合經由異議或舉發之審查或其救濟程序予以處理？不無疑義。現行法已廢除異議制度，問題自不存在，然舉發之法定事由，仍列有私益事由，有待檢討。

二制度之目的既然相同，何以重複存在，道理在於，縱使經過異議之審查程序，仍難期待完全正確，故有必要設舉發制度，此與法院審判設三級三審之制度意旨相同。原始異議制度之所以設於專利取得之前，係考慮專利法律關係之安定性。蓋若先讓專利申請人取得專利，嗣後再經由異議之審查發現有瑕疵之專利，進而加以否定，勢必使專利之法律關係陷於複雜。

然而，取得專利前之異議制度，亦有短處，即專利取得之時間過於冗長，若能免於異議之審查程序，即能縮短專利之取得時間。惟廢除異議制度之前提要件，乃專利審查之水準非提升至錯誤率極低，否則專利權被撤銷之比率勢必大增，紛爭於焉增加。◆