

司法院釋字第 761 號解釋抄本



司法院公布令·····	1
解釋文及解釋理由書·····	1
林大法官俊益提出之部分協同意見書·····	10
羅大法官昌發提出之協同意見書·····	24
黃大法官瑞明提出之協同意見書·····	32
詹大法官森林提出之協同意見書·····	37
湯大法官德宗提出、陳大法官碧玉加入第[1]至[7]段部分之部分協同暨 部分不同意見書·····	42

釋 解

司法院 令

發文日期：中華民國107年2月9日

發文字號：院台大二字第1070004458號

公布本院大法官議決釋字第761號解釋

附釋字第761號解釋

院長 許 宗 力

司法院釋字第761號解釋

解釋文

智慧財產案件審理法第5條規定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」與法律保留原則及法律明確性原則尚無牴觸。

同法第34條第2項規定：「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第19條第3款之規定。」與憲法第16條保障訴訟權之意旨亦無牴觸。

聲請人聲請暫時處分部分，應予駁回。

解釋理由書

聲請人宏○自動科技股份有限公司（下稱聲請人）之

專利權遭他人舉發，經經濟部智慧財產局審議後，就發明專利權部分認定舉發不成立，就新型專利權部分認定舉發成立。前者情形，舉發人對該行政處分不服提起行政爭訟，而於行政訴訟程序中，聲請人獨立參加訴訟（附表編號 1、2、3）；後者情形，聲請人則提起行政爭訟（附表編號 4）（有關聲請人所涉舉發專利成立與否之本案訴訟實體判決，如附表，下稱本案訴訟）。嗣聲請人於各該本案訴訟程序中，認智慧財產法院所指定之技術審查官，業已參與同一專利所涉之民事侵權事件第二審審判程序，並就專利有效性為不利於聲請人之意見陳述，乃依智慧財產案件審理法第 5 條（下稱系爭規定一）準用行政訴訟法第 19 條第 3 款關於法官應自行迴避之規定，以該技術審查官「曾參與該訴訟事件相牽涉之民刑事裁判」為由，聲請該技術審查官迴避，案經該院分別裁定駁回後，聲請人提起抗告。嗣經最高行政法院綜合系爭規定一與同法第 34 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）後，以技術審查官技術分析之見解並不拘束法官本於法律確信所為審判；且依系爭規定二，依法行使審判職權之法官既無上開行政訴訟法第 19 條第 3 款應自行迴避規定之適用，則舉重以明輕，僅為輔助法官之技術審查官，自當適用系爭規定二而無須迴避等為由，分別以 102 年度裁字第 144 號、第 145 號、第 528 號及第 1078 號裁定（下併稱確定終局裁定），駁回抗告確定。

聲請人不服，乃以確定終局裁定所適用之系爭規定一關於技術審查官迴避之規定，未明定其程序與實體事項，致參與指定技術審查官之法官（智慧財產法院 101 年度行專訴字第 54 號及第 68 號行政裁定參照），亦得參與聲請該技

術審查官迴避事件之審理（智慧財產法院 101 年度行聲字第 3 號及第 4 號行政裁定，即附表編號 1、2 事件），且技術審查官雖曾參與該行政訴訟事件相牽涉之民、刑事訴訟程序，亦無須自行迴避，牴觸憲法第 23 條法律保留與法律明確性原則，侵害其受憲法第 16 條訴訟權保障之受公平審判之權；又系爭規定二關於辦理智慧財產民事或刑事訴訟之法官，立法者為避免裁判歧異，乃規定其得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，致使技術審查官亦因準用系爭規定二而不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定，過度侵害其訴訟權，與憲法第 23 條比例原則之意旨不符，且將因此變更現行二元訴訟制度，亦與憲法保障人民訴訟權之意旨有違等語，聲請本院解釋憲法。

又聲請人認曾參與同一事件之民、刑事訴訟程序之技術審查官，依系爭規定一及二而經確定終局裁定認定無須迴避，為避免該技術審查官復得參與本案訴訟程序，致其訴訟權將受無法回復之損害，一併聲請本院作成暫時處分，命停止本案訴訟。

查系爭規定一及二為確定終局裁定所適用。另查本件聲請人之本案訴訟，於確定終局裁定作成後均獲致有利之實體判決，是確定終局裁定適用系爭規定一及二而認定技術審查官無須迴避，實質上並未影響聲請人於本案訴訟所涉及之財產權。惟聲請人於本案訴訟最後獲致有利判決，與確定終局裁定適用系爭規定一及二，其訴訟權因此仍可能受有侵害應屬二事，聲請人之訴訟權，有因系爭規定一及二而受侵害之虞。是本件聲請，核與司法院大法官審理案件法第 5 條第 1 項第 2 款之規定相符，應予受理，爰作成

本解釋，理由如下：

一、法官迴避制度應屬訴訟權保障之核心內容

本於有權利即有救濟之憲法原則，人民於其權利遭受侵害時，必須給予向法院提起訴訟，請求依正當法律程序公平審判，以獲及時有效救濟之機會，此乃憲法第 16 條保障訴訟權之核心內容（本院釋字第 752 號解釋參照）。而訴訟權之落實，則有賴立法機關制定法律，進一步形塑具體訴訟制度。立法機關具體化訴訟制度固然有一定之自由形成空間，惟仍不得違背前揭訴訟權保障之核心內容。關於訴訟制度之形塑，須關照之面向不一，法官迴避制度是其中一項。其目的有二：其一是為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突（本院釋字第 601 號解釋參照）；其二是要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容。

二、智慧財產法院之技術審查官亦有迴避制度之適用

因智慧財產案件涉及高度專業知識，智慧財產法院設技術審查官室，置技術審查官，承法官之命，辦理案件之技術判斷、技術資料之蒐集、分析及提供技術之意見，並依法參與訴訟程序（智慧財產法院組織法第 15 條第 1 項及第 4 項參照）。智慧財產案件審理法第 4 條規定，法院於必要時，得命技術審查官基於專業知識，對當事人為說明或

發問，對證人或鑑定人為直接發問，或就本案向法官為意見之陳述。又智慧財產案件審理細則第 16 條規定，法院得命技術審查官就其執行職務之成果，製作報告書；法院因技術審查官提供而獲知之特殊專業知識，經當事人辯論後，得採為裁判之基礎。故技術審查官之意見仍可能影響案件審判之結果，為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，技術審查官於智慧財產案件審理程序執行職務，根據憲法第 16 條保障人民訴訟權之意旨，亦應有迴避制度之適用。至其迴避之具體內容，則有待相關機關進一步規定。

三、系爭規定一與法律保留原則及法律明確性原則尚無牴觸

憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。除人民身體之自由屬憲法保留之事項外，其餘各種自由及權利，則於符合憲法第 23 條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異（本院釋字第 443 號解釋參照）。鑑於法官迴避制度旨在維護司法公正性，與人民訴訟權之保障具有重要關聯，其制度重要內涵應由法律加以規定。技術審查官之迴避亦同。

系爭規定一明定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」雖未就技術審查官之迴避原因及應遵循之程序逐一自為規定，而是採用於該法中規定準

用其參與審判各該程序之法官迴避規定之立法體例，並非沒有規定，是至少就此而言，已符合法律保留原則之要求；又既然法官迴避事項，民事訴訟法、刑事訴訟法及行政訴訟法已分別有詳細規定，且技術審查官之迴避事項與法官迴避兩者之性質也確實有一定程度相類似之處，則系爭規定一基於立法經濟之考量，採準用之立法技術，就技術審查官應否迴避問題，要求依個案事實，就被準用之民事訴訟法、刑事訴訟法及行政訴訟法有關法官迴避之規定，加以適度修正、調整地適用，進行判斷，整體而言，可謂已有具體之指示，是系爭規定一難謂與法律保留原則有違。

又聲請人主張系爭規定一因規定未臻具體明確，導致參與指定技術審查官裁定之法官，復得參與聲請技術審查官迴避事件之審理，從而牴觸憲法第 23 條法律保留原則及法律明確性原則等語。惟查系爭規定一僅就技術審查官迴避事項為規定，而聲請人所指摘者，係屬法官迴避之問題，爰應適用行政訴訟法第 19 條及第 20 條準用民事訴訟法關於法官迴避之規定。據此，指定技術審查官之法官，就聲請技術審查官迴避事件之審理，既非屬行政訴訟法第 19 條所定法官迴避事由，無須自行迴避。至有無民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款所定之聲請迴避事由，屬個案之認事用法問題，尚非本院所得審查之範圍。綜上，系爭規定一與法律明確性原則尚無牴觸。

四、系爭規定二與憲法訴訟權保障之意旨尚無牴觸

系爭規定二明定：「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟

之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定。」考其立法目的，係鑑於智慧財產法院管轄案件之特殊性，包括智慧財產民、刑事及行政訴訟事件，而關於同一智慧財產權所生之各種訴訟，由相同之法官辦理，有助於避免裁判之歧異（參見立法院公報第 96 卷第 10 期，院會紀錄，第 522 頁），以維繫法院裁判見解之一致性，提升人民對於法院裁判之信賴，有其憲法法治國法安定性原則之依據。

查法官迴避制度旨在避免法官利益衝突或同一案件救濟程序因預斷失其意義，以維繫司法公正性，已如前述。立法者為貫徹民事與行政訴訟分由普通法院與行政法院審理之二元訴訟制度，固非不得規定審理相牽涉民事與行政訴訟事件之法官間，亦有迴避制度之適用（例如行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定）。惟此種迴避規定係適用於相牽涉之不同審判制度之案件，不涉及人民就同一案件之審級救濟利益受法官預斷影響之風險，此種迴避要求即與公平審判無關，毋寧為政策之考量。是立法者基於智慧財產法院管轄案件之高度專業及特殊性，為避免智慧財產案件裁判歧異，維繫法院裁判見解之一致性，以提升法安定性，而規定辦理智慧財產民事或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，無須迴避，尚不至於違反憲法公平審判之要求，本院應予以適度尊重。是系爭規定二尚與憲法保障訴訟權之意旨無違。舉重明輕，就相牽涉智慧財產民、刑事及行政訴訟事件，參與程序之技術審查官無庸迴避，應亦與憲法保障訴訟權之意旨無違。

五、暫時處分之聲請應予駁回

至聲請人聲請暫時處分部分，因本案業經作成解釋，且聲請人據以聲請本院解釋之確定終局裁定，其本案訴訟亦已獲致有利判決，已無作成暫時處分之必要，是此部分之聲請，核與本院釋字第 585 號及第 599 號解釋意旨不符，應予駁回。

附表：確定終局裁定各該本案訴訟事件一覽表

編號	確定終局裁定	本案訴訟	本案訴訟結果
1	最高行政法院 102 年度裁字第 144 號裁定	最高行政法院 106 年度判字 第 402 號判決 (聲請人為參 加人)	聲請人勝訴(維 持舉發不成立處 分)
2	最高行政法院 102 年度裁字第 145 號裁定	最高行政法院 106 年度判字 第 401 號判決 (聲請人為參 加人)	聲請人勝訴(維 持舉發不成立處 分)
3	最高行政法院 102 年度裁字第 528 號裁定	最高行政法院 104 年度判字 第 240 號判決 (聲請人為參 加人)	聲請人勝訴(維 持舉發不成立處 分)
4	最高行政法院 102 年度裁字第 1078 號裁定	最高行政法院 106 年度判字 第 351 號判決 (聲請人為被 上訴人即原 告)	聲請人勝訴(撤 銷舉發成立處 分)

大法官會議主席 大法官 許宗力

大法官 蔡烱燉 陳碧玉 黃璽君 羅昌發

湯德宗 吳陳鐸 蔡明誠 林俊益

許志雄 張瓊文 黃瑞明 詹森林

黃昭元

(黃虹霞大法官迴避審理本案)

釋字第 761 號解釋部分協同意見書

林俊益大法官 提出

壹、前言

本件係【智慧財產法院法官暨技術審查官迴避案】。

本件涉及技術審查官（下稱技審官）曾參與同一專利權之民事訴訟程序，對專利有效性陳述意見後，在基於同一專利權之行政訴訟程序應否迴避，以及行政訴訟程序進行中，裁定指定技審官之法官，得否參與該技審官被聲請迴避事件審理之爭議。

聲請釋憲意旨主張：智慧財產案件審理法（下稱智財審理法）第 5 條（下稱系爭規定一）準用行政訴訟法有關法官迴避之規定，違反法律保留原則及法律明確性原則，以及智財審理法第 34 條第 2 項規定（下稱系爭規定二）違反憲法保障訴訟權之意旨。

本件解釋，闡示系爭規定一無違反法律保留原則及法律明確性原則，系爭規定二無違反憲法保障訴訟權之意旨，並駁回聲請人暫時處分之聲請。

對於本件聲請之解釋結論，本席敬表支持，然因解釋理由仍有值得說明之處，爰提出部分協同意見書，以為補充。

貳、本件解釋之特色

本件解釋有 4 項特色如下：

- （一）基於憲法保障訴訟權核心內容之公平審判原則，重申法官迴避制度係確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所必要，屬憲法第 16 條訴訟權保障之核心內容（本院釋字第 601 號解釋參照）。

- (二) 技審官技術分析之意見，可能影響案件審判之結果，技審官於智財案件審理程序執行職務，應有迴避制度之適用，其迴避之具體內容，有賴相關機關進一步規定。
- (三) 法官迴避制度，採法律保留原則，應由法律直接規範；技審官之迴避，亦應有法律保留原則之適用。
- (四) 法律規定，同一法官得先後參與基於同一專利權所生之民事訴訟與行政訴訟之審判，其立法目的旨在求得裁判見解之一致性，並無違反憲法保障訴訟權核心內容公平審判之要求，且有其憲法法治國法安定性原則之依據。

參、技審官之配置及執行職務

一、智慧財產法院配置之技審官，屬法院之輔助人力

智慧財產(下均稱智財)案件常涉及跨領域之科技專業問題，智財法院需要配置不同專業背景之技術人員以輔助法院，從事相關技術問題之判斷，是以智財法院組織法第 15 條第 1 項規定：「智慧財產法院設技術審查官室，置技術審查官」第 4 項規定：「技術審查官承法官之命，辦理案件之技術判斷、技術資料之蒐集、分析及提供技術之意見，並依法參與訴訟程序。」技審官係配置於法院之輔助人力，與司法事務官、家事調查官之性質相近，均屬法院之職員。茲比較分析如附表一所示。

附表一：法院職員司法事務官、家事調查官及技審官比較對照表

	司法事務官	家事調查官	技術審查官
設置依據	法院組織法第 17 條之 1、行政法院組織法第 10 條之 1	少年及家事法院組織法第 13 條	智財法院組織法第 15 條第 1 項

法定權限	法院組織法第 17 條之 2 第 1 項、行政法院組織法第 10 條之 2 第 1 項		
何人指揮	法院組織法第 17 條之 2 第 2 項規定：「司法事務官得承法官之命，彙整起訴及答辯要旨，分析卷證資料，整理事實及法律疑義，並製作報告書。」	同上組織法第 27 條規定：「家事調查官應服從法官之監督，執行下列職務：一、調查、蒐集關於第 2 條第 1 項第 2 款至第 9 款事件之資料。二、其他法令所定之事務。」	同上組織法第 15 條第 4 項規定：「技術審查官承法官之命，辦理案件之技術判斷、技術資料之蒐集、分析及提供技術之意見，並依法參與訴訟程序。」

二、技審官之執行職務

依智財審理法第 4 條規定，法院於必要時，得命技審官執行下列職務：「一、為使訴訟關係明確，就事實上及法律上之事項，基於專業知識對當事人為說明或發問。二、對證人或鑑定人為直接發問。三、就本案向法官為意見之陳述。四、於證據保全時協助調查證據。五、於保全程序或強制執行程序提供協助。」第 18 條第 3 項規定：「法院實施證據保全時，得命技術審查官到場執行職務。」由此可知，技審官對當事人有發問權；對證人或鑑定人有直接發問權；得向法院為意見之陳述；協助調查證據；提供協助等職務。

三、法院裁定指定技審官

法院如何「命」技審官執行職務？依智慧財產案件審理細則（下稱審理細則）第 11 條規定：「智慧財產法院辦理智慧財產案

件認有必要時，得以裁定指定技術審查官，執行本法第 4 條所定之職務；合議案件應由合議庭裁定之。經指定於期日執行職務之技術審查官，其姓名應與法官、書記官之姓名一併揭示於庭期表。」上開法院之指定，係屬於訴訟程序進行中之中間裁定，不得抗告。審理細則第 17 條並規定：「法院於必要時，得撤銷指定技術審查官之裁定，或改定其他技術審查官執行職務。」¹益徵技審官之指定與否及撤銷指定，係法院訴訟指揮權之一環！

四、技審官之陳述意見，僅供法院參考，不得逕採為證據

審理細則第 13 條規定：「技術審查官經指定協助訴訟及其他程序後，應即詳閱卷證資料，依下列方式執行職務：一、就當事人書狀及資料，基於專業知識，分析及整理其論點，使爭點明確，並提供說明之專業領域參考資料。二、就爭點及證據之整理、證據調查之範圍、次序及方法，向法官陳述參考意見。三、於期日出庭，經法院許可後，得向當事人本人、訴訟代理人、證人或鑑定人為必要之發問，並就當事人本人、訴訟代理人、證人及鑑定人等之供述中不易理解之專業用語為說明。四、在勘驗前或勘驗時向法院陳述應注意事項，及協助法官理解當事人就勘驗標的之說明，並對於標的物之處理及操作。五、協助裁判書附表及圖面之製作。六、在裁判評議時，經審判長許可列席，陳述事件有關之技術上意見。審判長並得命技術審查官就其擬陳述之意見，預先提出書面。七、在強制執行程序向法院提供專業技術意見，並對執行標的為必要之處理及操作。」由上可知，技審官係配置於智財法院協助訴訟及其他程序進行之職員，提供專業領域

¹ 立法理由謂：依組織法第 15 條第 4 項規定，技術審查官係承法官之命辦理案件，其中因情事變遷、人員異動等因素，而有法院須為撤銷、重新指定之情事，爰訂定本條規定。

參考資料，向法官陳述參考意見，協助法官理解，協助裁判書附表及圖面之製作，裁判評議時，陳述事件有關之技術上意見並提出書面。

技審官係專業技術人員，輔助法官作相關技術問題之判斷，性質上屬受諮詢意見人員，**並非鑑定人**，其製作之報告書僅供法官參考（審理細則第 16 條立法理由參照），故審理細則第 18 條特別規定：「**技術審查官之陳述，不得直接採為認定待證事實之證據**，且當事人就訴訟中待證之事實，仍應依各訴訟法所定之證據程序提出證據，以盡其舉證責任，**不得逕行援引技術審查官之陳述而為舉證。**」換言之，當事人雙方仍應善盡舉證責任，法官應依當事人雙方之攻防過程形成正確之心證。雖如是說，法官因技審官提供執行職務成果報告書而「**獲知特殊專業知識**」，實務操作上，與心證之形成息息相關，為避免突襲性裁判，上開「**獲知之特殊專業知識**」自應予當事人辯論之機會，故審理細則第 16 條規定：「法院得命技術審查官就其執行職務之成果，製作報告書。如案件之性質複雜而有必要時，得命分別作成中間報告書及總結報告書。**技術審查官製作之報告書，不予公開。**但法院因技術審查官提供而『**獲知之特殊專業知識**』，應予當事人辯論之機會，始得採為裁判之基礎。」

五、技審官之迴避規定

如技審官與當事人有一定身分關係（例如，民事訴訟法第 32 條第 1 款至第 6 款、刑事訴訟法第 17 條第 1 款至第 6 款、行政訴訟法第 19 條第 1 款），因有利害關係之故，上開職務執行之公正性於客觀上易啟疑竇，殊有迴避之必要，故系爭規定一明定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴

訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」所謂「準用關於法官迴避之規定」，包括迴避之實體規定及程序規定。是以技審官如有法定應自行迴避之事由而不自行迴避，當事人自得依法聲請技審官迴避。

上開「法律」規定，採準用相關訴訟法法官迴避之立法技術，既係以「法律」規定，自無違反法律保留原則，且採準用規定之立法技術，係在性質相容之範圍內予以適用，亦與法律明確性原則無違。

技審官之迴避準用規定，與司法事務官或家事調查官之迴避準用規定相似，茲比較如附表二所示。

附表二：司法事務官、家事調查官及技審官迴避規定對照表

司法事務官之迴避	家事調查官之迴避	技審官之迴避
民事訴訟法第 39 條規定：「本節之規定（法官之迴避），於司法事務官……準用之。」 行政訴訟法第 21 條規定：「前 2 條規定（法官之迴避）於行政法院之司法事務官……準用之。」	家事事件法第 21 條規定：「民事訴訟法有關法院職員迴避之規定，於家事調查官……準用之。」	智財審理法第 5 條規定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」

肆、法院職員之迴避制度

一、公平法院之建構

憲法第 77 條規定：「司法院為國家最高司法機關，掌理民事、刑事、行政訴訟之審判及公務員之懲戒。」司法審判係對爭議案件依法所為之終局判斷，其正當性尤繫諸法官執行職務之公

正與超然，是迴避制度對法官尤其重要。訴訟法上之「迴避」，係為確保司法之公正，透過法律之規定，或以自行迴避之原因或於當事人有所聲請時，將該法官從其所受理之案件予以排除之一種制度(行政訴訟法第 19 條、第 20 條、民事訴訟法第 32 條以下、刑事訴訟法第 17 條以下參照)（本院釋字第 601 號解釋參照）。

法院之職員（法院書記官、通譯、司法事務官、家事調查官及技審官等），其執行職務，如有法官迴避原因之情形，客觀上有難期其能公正執行職務之疑慮，故各訴訟法均設有準用法官迴避之規定。茲分析如附表三所示。

附表三：訴訟法有關法院職員迴避之規定一覽表

相關訴訟法	法院職員	相關規定
民事訴訟法	法官	第 32 條至第 38 條（第 1 編第 1 章第 2 節） 法院職員之迴避
	司法事務官 法院書記官 通譯	第 39 條準用第 32 條至第 38 條
刑事訴訟法	法官	第 17 條至第 24 條（第 1 編第 3 章）法院 職員之迴避
	法院書記官 通譯	第 25 條準用第 17 條至第 24 條
行政訴訟法	法官	第 19 條及第 20 條（第 1 編第 2 章第 2 節） 法官迴避
	司法事務官 法院書記官 通譯	第 21 條準用第 19 條及第 20 條
公務員懲戒 法	委員	第 27 條至第 31 條
	書記官及通譯	第 32 條準用委員迴避之規定
家事事件法	家事調查官 諮詢人員	第 21 條：民事訴訟法有關法院職員迴避之 規定，於家事調查官及諮詢人員準用之。
智財審理法	技審官	第 5 條：技術審查官之迴避，依其所參與 之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟

由附表三之分析可知，法官之迴避事由，可分為 2 大類：

- (一) 第一類事由（**人之關係事由**）：法官與案件之當事人或訴訟關係人有一定之身分關係（例如，民事訴訟法第 32 條第 1 款至第 6 款、刑事訴訟法第 17 條第 1 款至第 6 款、行政訴訟法第 19 條第 1 款），有利害關係，客觀上有難期公正裁判之疑慮，故列為迴避事由。此部分之事由，即係本件解釋理由所述：為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突。
- (二) 第 2 類事由（**訴訟事件之關係事由**）：法官參與系爭案件之最後裁判、仲裁、決定、或議決（例如民事訴訟法第 32 條第 7 款、刑事訴訟法第 17 條第 7 款及第 8 款、行政訴訟法第 19 條第 2 款至第 6 款），有預斷疑慮，為避免預斷，故構成迴避事由。此部分之事由，即係本件解釋理由所述：要求法官避免因先後參與同一案件上下級審及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。

二、技審官迴避之準用規定

系爭規定一明定：「準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定」實際上應如何準用？準用之範圍為何？

本席認為，應僅準用第 1 類規定，而不準用第 2 類規定，其理由如下：

- (一) 技審官執行職務，如與案件之當事人或訴訟關係人有一定

身分關係存在，客觀上易生是否公正執行職務之疑慮，故有迴避之必要，故第 1 類規定，技審官應在準用之列。

(二) 技審官執行職務，僅係參與訴訟程序，提供意見，供法官參考，雖有可能影響法官最後之裁判，但畢竟其非訴訟案件最後裁判者，不致對最終之裁判產生預斷，上開第 2 類迴避事由，對技審官並無適用可能，故無準用之餘地！

特別值得說明者，行政訴訟法第 19 條第 3 款規定：「曾參與該訴訟事件相牽涉民刑事裁判。」所謂「參與民刑事裁判」，係指參與民事或刑事裁定、判決之作成者²而言，如僅參與民事審理程序³或刑事審理程序，而未參與裁定或判決之作成，自不在迴避之列！基於同一專利權爭議，先後進行民事訴訟或行政訴訟之審判，甲法官於先前之民事訴訟程序有所參與，惟未參與評議作成裁判，不致產生預斷，嗣於行政訴訟程序，同一法官再行參與行政訴訟程序，與行政訴訟法第 19 條第 3 款規定「參與裁判」之要件不符，毋庸自行迴避。同理，基於同一專利權爭議，先後進行民事訴訟或行政訴訟之審判，乙技審官於先前之民事訴訟程序有所參與，僅提供專業技術之意見，不參與民事裁判之作成，對最終裁判不致產生預斷，嗣於行政訴訟程序，同一技審官再行參與程序，提供專業技術之意見，與行政訴訟法第 19 條第 3 款「參與民刑事裁判」之規定要件不符，同一技審官自無準用行政訴訟法第 19 條第 3 款之餘地！

三、指定技審官之法官得參與聲請技審官迴避事件之審理

² 最高法院 75 年 7 月 15 日第 14 次刑事庭會議決定：刑事訴訟法第 17 條第 8 款規定：推事曾參與前審之裁判者，應自行迴避，係指推事曾參與前審之裁判或判決者而言，如僅參與下級審言詞辯論而未參與裁定或判決，依法即毋庸迴避。

³ 民事訴訟法第 32 條於 24 年 2 月 1 日之制定理由謂：「第 7 款推事未參與前審之裁判，僅為他項訴訟行為，如參與言詞辯論證據調查者，尚無拘於成見之虞，自毋庸使之迴避。（德 41、日 32、奧管轄法 20、匈 59。）」

被聲請迴避之法官，依民事訴訟法第 35 條第 1 項及第 2 項分別規定：「法官迴避之聲請，由該法官所屬法院以合議裁定之；其因不足法定人數不能合議者，由兼院長之法官裁定之；如並不能由兼院長之法官裁定者，由直接上級法院裁定之。」「前項裁定，被聲請迴避之法官，不得參與。」以維審理迴避事件之公正性。此項規定，依行政訴訟法第 20 條規定，於行政訴訟準用之。

當事人認技審官有行政訴訟法第 19 條所定應自行迴避事由而聲請技審官迴避時，**該裁定指定技審官之法官**，得否參與聲請技審官迴避事件之審理？本席認為應採肯定說為宜。其理由如下：

- (一) 智財法院辦理智財案件認有必要時，得以裁定指定技審官（審理細則第 11 條第 1 項參照），法院於必要時，得撤銷指定技審官之裁定，或改定其他技審官執行職務（審理細則第 17 條參照）。由此可知，審理智財案件之法院對技審官之指定與否有絕對之權限，屬於法院訴訟指揮之一環，與聲請技審官迴避事件之審理重點在於技審官有無迴避事由，純屬二事，不容混為一談。
- (二) 民事訴訟法第 35 條第 2 項規定：「前項裁定，被聲請迴避之法官，不得參與。」係避免球員兼裁判之故，被聲請迴避之法官，自不得參與被聲請迴避之事件。聲請技審官迴避之事件，並非聲請該指定技審官之法官迴避，該指定技審官之法官，法律並無明文禁止規定，其自得參與聲請技審官迴避事件之審理。
- (三) 依民事訴訟法規定，鑑定人由受訴法院選任，已選任之鑑定人，法院得撤換之；當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人；聲明拒卻鑑定人，應舉其原因，向**選任鑑定人之法院或法官**為之（民事訴訟法第 326 條第 1 項、第 3 項、

第 331 條第 1 項、第 332 條第 1 項參照)。再依刑事訴訟法規定，鑑定人由審判長、受命法官或檢察官選任之；當事人得依聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人；拒卻鑑定人之許可或駁回，審判中由審判長或受命法官裁定之（刑事訴訟法第 198 條、第 200 條第 1 項及第 201 條第 2 項參照）。由此可知，法院對鑑定人之選任有絕對之權，屬於訴訟指揮之一環，對鑑定人之拒卻亦由該選任鑑定人之法院、審判長、法官或受命法官裁判之。鑑定人之鑑定意見，得作為證據；反之，技審官之陳述意見，不得逕採為認定待證事項之證據（審理細則第 18 條參照）。前後對照比較以觀，選任鑑定人之法院或審判長或法官、受命法官均得參與鑑定人之拒卻事件，裁定指定技審官之法院或法官，法律既無禁止參與之規定，更得參與聲請技審官迴避事件之審理自明。是以聲請意旨指摘裁定指定技審官之法官，參與技審官迴避事件之審理，有侵害聲請人之訴訟權，聲請宣告系爭規定二違憲，尚屬無據。

伍、智財案件民事、刑事訴訟與行政訴訟裁判見解一致性

一、系爭規定二有其憲法法治國法安定性原則之要求為據

系爭規定二明定「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定。」該條立法理由謂：「智慧財產法院管轄之案件，包括智慧財產民事訴訟、刑事訴訟事件，而關於同一智慧財產權所生之各種訴訟，如得由相同之法官辦理，有助於避免裁判之歧異。行政訴訟法第 19 條第 3 款有關辦

理行政訴訟事件之法官，曾參與該訴訟事件相牽涉之民刑事裁判者，應自行迴避之規定，如適用於智慧財產行政訴訟案件，顯非妥適，爰增列第二項明定排除之。」由上開立法理由說明可知，**該法立法主要目的**，在於統一智財案件之裁判，避免裁判見解歧異，而排除行政訴訟法第 19 條第 3 款有關曾參與民刑事裁判之法官參與行政訴訟事件審理之迴避規定。本解釋認為，系爭規定二之立法目的在於維繫法院裁判見解之一致性，提升人民對於法院裁判之信賴，有其憲法法治國法安定性原則之依據，自無違憲之可言。

二、行政訴訟法第 19 條第 3 款規定，非憲法公平審判之要求

至於一般行政訴訟，適用行政訴訟法第 19 條第 3 款規定，構成法官迴避事由；智財案件之行政訴訟，依智財審理法第 34 條第 2 項規定，則不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款規定，不構成法官迴避事由。二項法律規範間有無衝突？

本件解釋認為，迴避制度之本旨有二：一為避免法官利益衝突；二為避免同一案件上下級審救濟程序因預斷而失其意義，以維繫司法之公正性，此乃憲法保障訴訟權核心內容公平審判原則之要求。至辦理智財民事或刑事訴訟之法官，得否再辦理該訴訟事件牽涉之智財行政訴訟之審判，乃不同訴訟制度之不同一案件，不生利益衝突或審級救濟因預斷而失其意義之問題，故無違反憲法保障訴訟權核心內容公平審判要求之問題。行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定，屬於政策考量，並非屬於憲法公平審判之要求；反之，立法者基於特殊考量，認無禁止必要，亦無違憲問題。是以本解釋理由乃謂：「**立法者基於智慧財產法院管轄案件之高度專業及特殊性，為避免智慧財產案件裁判歧異，維繫法院**

裁判見解之一致性，以提升法安定性，而規定辦理智慧財產民事或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，無須迴避，尚不至於違反憲法公平審判原則之要求，本院應予以適度尊重。」

三、參與民、刑事程序之技審官得參與相牽涉之行政訴訟程序

依本件聲請意旨所述，同一技審官雖曾參與同一專利權爭議相牽涉之民事侵權訴訟程序，提供專業技術之意見，惟其僅參與民事「訴訟程序」，並非參與民事「裁判之作成」，根本不符行政訴訟法第 19 條第 3 款規定「曾參與……民事裁判」之要件，應無自行迴避之問題，當然更無適用系爭規定二之餘地！是以本解釋理由乃歸結謂：系爭規定二既與憲法保障訴訟權之意旨無違，舉重以明輕，就相牽涉智財民、刑事及行政訴訟事件，參與程序之技術審查官無庸迴避，應亦與憲法保障訴訟權之意旨無違。

陸、結論

智財法院配置之技審官，乃法院之職員，其僅參與訴訟程序，提供專業技術判斷之意見，供法院參考，性質上屬受諮詢意見之人員，更非鑑定人所得比擬，其如因與訴訟當事人有一定身分關係而有利害衝突，客觀上有難期其公正執行職務之疑慮，構成應自行迴避之事由。迴避制度攸關憲法保障訴訟權核心內容之公平審判原則，與人民訴訟權之保障有重要關聯，其制度重要內涵，採法律保留原則，應由法律予以規定。系爭規定一規定之方式，基於立法經濟之考量，採用準用相關訴訟法有關法官迴避規定之立法技術，尚與法律保留原則、法律明確性原則無違。

憲法對於迴避制度之要求，僅要求避免法官利益衝突及同一案件救濟程序因預斷失其意義，以維繫司法之公正性。行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定，係就不同訴訟體系之不同一案件而為規定，並非基於憲法公平審判原則之要求，毋寧為政策之考量；系爭規定二，立法目的在維繫法院裁判見解之一致性，有其憲法法治國法安定性原則之要求為據，自無違憲之可言。

釋字第 761 號解釋協同意見書

羅昌發大法官提出

本件涉及三項重要憲法問題。其一為立法技術上的「準用」規定，有無違背憲法所要求之明確性原則。其二為辦理相牽連之智慧財產案件法官無庸迴避之理由及其無庸迴避範圍之釐清。其三為法院以「舉重以明輕」之方式適用法律，本院是否有抽象審查及予以解釋之餘地。謹就此三部分，分別闡述如下：

一、有關立法技術上的「準用」規定是否違背憲法所要求之明確性原則之問題：

（一）智慧財產案件審理法第 5 條規定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規定。」（下稱系爭規定一）多數意見認為：系爭規定一「雖未就技術審查官之迴避原因及應遵循之程序逐一自為規定，而是採用於該法中規定準用其參與審判各該程序之法官迴避規定之立法體例…，已符合法律保留原則之要求」，且「技術審查官之迴避事項與法官迴避兩者之性質也確實有一定程度相類似之處，則系爭規定一基於立法經濟之考量，採準用之立法技術，就技術審查官應否迴避問題，要求依個案事實，就被準用之民事訴訟法、刑事訴訟法及行政訴訟法有關法官迴避之規定，加以適度修正、調整地適用，進行判斷，整體而言，可謂已有具體之指示，是系爭規定一難謂與法律保留原則有違。」且系爭規定一與法律明確性原則亦無牴觸（見本號解釋理由書第 11 段及第 12 段）。

- (二) 本席對多數同仁所持系爭規定一不違背法律保留原則及法律明確性要求之意見，敬表同意。惟本席認為，此並不代表所有採「準用」立法技術之法律規定，均可通過法律明確性之檢視。
- (三) 按法律明確性之標準在於：法條文字之意義非難以理解，且為受規範者得以預見，並可經由司法審查加以確認（本院釋字第 702 號解釋參照）。而「準用」係立法者為避免法文重複，故將某事項之應有規定，以另有明文之類似事項之規定予以規範；由於兩事項僅係類似，而非完全相同，故準用之結果並非毫無變更的適用所準用之規定，而係要求依事項之性質，在不改變主要意旨之前提下，為必要之變通或調整（making necessary alterations while not affecting the main point at issue）後適用。
- (四) 我國立法實務，採用「準用」之立法技術者甚為普遍。有些情形，準用之規定可能造成受規範者極為困擾之結果。例如民事訴訟法第 272 條第 1 項準用數十條該法之其他條款；其中有些係準用某條文之全部，有些僅準用某條文之某一項，有些更僅準用某條項之一部分。受規範者如欲了解規範內容及範圍，必須費力逐一比對，而且比對的結果可能仍有錯誤（甚至易於出錯）。此種情形，可能使受規範者對該條規範內涵之理解造成困難。另有些情形，在準用之規定下，究竟應如何「依事項之性質，在不改變主要意旨之前提下，為必要之變通或調整」，客觀上可能產生南轅北轍之結論，使受規範者難以合理預見。例如司法院大法官審理案件法（下稱大審法）第 3 條規定：「大法官審理

案件之迴避，準用行政訴訟法之規定。」而行政訴訟法除第 19 條有自為規定外，第 20 條又有準用民事訴訟法之規定。大法官審理案件係在解釋憲法，而行政法院法官則就個案審理行政爭議事件，兩者「事項之性質」是否相同，以及應如何為「必要之變通或調整」，在在均產生疑義，故大審法第 3 條本身的明確性已有問題。而該法所準用之行政訴訟法之規定，又另行準用民事訴訟法相關規定，更使具體應迴避之事項，產生難以精確理解之結果。諸如此類之「準用」規定，如以法律明確性之憲法原則予以檢視，均可能造成疑慮。立法機關在利用「準用」之立法技術時，允宜審慎。

二、有關辦理相牽連之智慧財產案件法官無庸迴避之理由及其無庸迴避範圍之釐清：

- (一) 智慧財產案件審理法第 34 條第 2 項規定：「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定。」(下稱系爭規定二) 行政訴訟法第 19 條第 3 款則規定：「法官有下列情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：…三、曾參與該訴訟事件相牽涉之民刑事裁判。」多數意見認為系爭規定二與憲法第 16 條訴訟權保障之意旨並無牴觸之理由在於：迴避制度目的係在避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突，及避免因先後參與同一案件上下級審及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義，以確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴（見本號解釋理

由書第 6 段)；而不同訴訟體系（行政法院體系與普通法院體系）下之法官，並非上下審級之關係，故相同法官在不同的訴訟體系下審理相牽涉之案件，並無違背憲法第 16 條之問題；換言之，行政訴訟法第 19 條第 3 款之迴避規定，僅係立法政策之考量，而非憲法第 16 條之訴訟權核心內涵所要求。系爭規定二排除行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定，自然亦無違憲問題（見本號解釋理由書第 6 段及第 15 段）。

（二）本席對多數意見有關係爭規定二並無違憲部分，敬表同意，惟仍有如下之補充：

1. 多數意見提及系爭規定二目的在避免裁判歧異（見本號解釋理由書第 14 段及第 15 段）。本席認為，避免裁判歧異，確可提升人民對司法之信賴，故系爭規定二確係在追求公共利益。然不同系統法院之訴訟程序或同屬普通法院之民刑事訴訟程序，因當事人是否舉證或證據法則之差異，而造成裁判歧異，屬事物之本質使然。且如某一訴訟為另一訴訟之先決問題，法律亦已有停止訴訟之制度。例如行政訴訟法第 177 條第 1 項所規定：「行政訴訟之裁判須以民事法律關係是否成立為準據，而該法律關係已經訴訟繫屬尚未終結者，行政法院應以裁定停止訴訟程序。」民事訴訟法第 182 條第 2 項亦規定：民事訴訟全部或一部之裁判，應依行政爭訟程序確定法律關係是否成立者，法院得在他訴訟終結前以裁定停止訴訟程序。如為不同系統法院見解之歧異，亦得透過大法官解釋予以統一。是避免裁判歧異雖屬公益之目的，然一方面裁判歧異常為事物之本質使然，另一方面在制

度上又已有其他機制避免或減少裁判歧異，故系爭規定二所欲達成之避免裁判歧異目的，尚未達於重要公益之程度；避免裁判歧異，性質上自更非屬憲法之原則。

2. 訴訟救濟審級之設計，固屬立法裁量範圍，然法律規範之審級下，如無事實上困難，迴避之規定仍應維護當事人審級利益，以充分保障人民受公平審判之權。法官已在下級審法院參與裁判，在上級審法院再行參與同一案件之裁判，當事人難免疑其具有成見，而影響審級之利益（本院釋字第 178 號解釋參照），固應予迴避，但維護審級利益之迴避規範，應不以此為限。如法官已在其他類型之智慧財產訴訟（如民事訴訟或刑事訴訟）參與裁判，其就爭議之核心爭點（如專利是否有效）既已經形成心證，就該核心爭點，自難期該法官於其他類型訴訟之上訴程序，為相異之認定。如其復又在相牽涉之智慧財產行政訴訟「上級審」參與裁判，自將影響智慧財產行政訴訟事件之上訴人尋求中立且無成見之上級審法院法官救濟之權利。相較於此，他造當事人則獲有曾在其他類型之智慧財產權訴訟為對其有利裁判之法官，再次參與行政訴訟上級審裁判之優勢。又對照其他訴訟而言，該其他訴訟之上訴人亦有由中立且無成見之上級審法院法官審理之機會；例如參與民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟前審裁判之法官應自行迴避（民事訴訟法第 32 條第 7 款、刑事訴訟法第 17 條第 8 款及行政訴訟法第 19 條第 5 款參照），故其上訴人享有充分審級利益之保障。是系爭規定二如適用於「相牽涉之

智慧財產行政訴訟『上訴事件』之審判，自未能充分確保上訴人在行政訴訟之審級利益，且影響個案裁判公平，而體系上又劣於其他類型上訴人所受審級利益之保障。系爭規定二自不適用於「相牽涉之智慧財產行政訴訟『上訴事件』」之審判。就此，本席認有特別指明之必要。

三、有關法院以「舉重以明輕」之方式適用法律，本院是否
有予抽象審查並予解釋餘地之問題：

- (一) 本件聲請人在本件原因案件主張為「曾參與相牽涉案件之技術審查官應迴避在原因案件擔任技術審查官」，而其向本院聲請解釋之意旨亦係在確認「參與相牽涉案件之技術審查官，在原因案件無須迴避」，是否違憲。是本院解釋，自應對「技術審查官無須迴避」是否違憲，予以回應。而不是如本號解釋文之處理方式（亦即：聲請人向本院問：「技術審查官無庸迴避是否違憲」；本院在解釋文中僅回答：「法官無庸迴避並不違憲」）之答非所問的結果。
- (二) 多數意見雖在本號解釋理由書中記載：「舉重明輕，就相牽涉智慧財產民、刑事及行政訴訟事件，參與程序之技術審查官無庸迴避，應亦與憲法保障訴訟權之意旨無違」（見本號解釋理由書第 6 段及第 15 段）。然多數意見未將此結論納入解釋文，以使解釋文具體回應聲請人之主要聲請意旨，甚為可惜。
- (三) 多數意見或認為：在現行釋憲制度下，本院解釋之客體限於「法令」，而不包括法院適用或解釋法令之方法或見解；而系爭規定二係規範曾參與相牽涉案件法官

之迴避，而非直接規範技術審查官之迴避；審理原因案件之法官係透過「舉重以明輕」之法理，認為依法行使審判職權之法官既因系爭規定二之規範，而無行政訴訟法第 19 條第 3 款應自行迴避規定之適用，則僅為輔助法官之技術審查官，自亦無須迴避（見本號解釋理由書第 1 段之敘述）；故原因案件之所以認為曾參與相牽涉案件之技術審查官無須迴避，僅係法院適用或解釋法令之方法或見解，自不應作為本院釋憲之客體。

- （四）然本席認為，對於「參與相牽涉案件之技術審查官無庸迴避」作成解釋，仍屬對「法規範」的解釋，而非對「法官適用法律或其法律見解」之解釋。蓋技術審查官之迴避，法律設有一定的制度，在此制度下，曾經參與相牽涉案件之技術審查官究竟應否迴避，僅有肯定或否定之答案。本件原因案件之法官認為依照「舉重以明輕」之法理，曾經參與相牽涉案件之法官既然無庸迴避，則類似情形之技術審查官亦無庸迴避（見本號解釋理由書第 1 段）。而本院亦同意以「舉重以明輕」之法理，認為曾參與相牽涉案件之技術審查官無庸迴避（見本號解釋理由書第 15 段）。換言之，以「舉重以明輕」之法理，認為技術審查官在此種情形無庸迴避，已經屬於技術審查官迴避之「規範內容」，而得為本院釋憲之客體。本院自應於解釋文中宣告：「系爭規定二依舉重以明輕之法理適用於技術審查官，與憲法保障訴訟權之意旨無違」。此種宣告，並非在審查原因案件之法官「援引舉重以明輕之法理」是否違憲，而係在審查「以舉重以明輕之法理適用系

爭規定二『所形成技術審查官毋庸迴避之法規範』」是否違憲之憲法疑義。故此種宣告，並不違背現行釋憲程序下，本院僅能對法令為解釋之限制；且始能具體回應聲請意旨，而不至於答非所問。

釋字第 761 號解釋協同意見書

黃瑞明大法官 提出

智慧財產案件審理法第 34 條第 2 項（系爭規定二）規定辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判。而同法第 5 條（系爭規定一）規定技術審查官（下稱「技審官」）之迴避準用法官迴避之規定，本號解釋認為系爭規定一採準用之立法技術，可謂已有具體之指示，故難謂與法律保留原則有違，本席敬表同意。聲請人另主張系爭規定一因規定未臻具體明確，導致參與指定技審官裁定之法官復得參與聲請技審官迴避事件之審理，而有違法律明確性，本號解釋理由認為此種情形非屬法定法官迴避事由，至於是否構成「足認其執行職務有偏頗之虞」之聲請迴避事由（民事訴訟法第 33 條第 1 項第 2 款），則屬個案之認事用法問題，尚非本院所得審查之範圍，故認系爭規定一與法律明確性原則尚無牴觸，本席認為如此之解釋理由尚未完全回應聲請人釋憲之疑義。本席認為系爭規定一之立法確有所疏漏，雖未達影響其明確性之程度，但仍滋生疑義。本號解釋對此未加以指明，並提示未來修法之方向，實為美中不足，爰就此提出協同意見書如下：

一、參與指定技審官之法官能否審理聲請技審官迴避之事件？應有明確規定，以杜爭議：

（一）法官迴避制度是訴訟權保障之核心內容，誠如本號解釋

指出「法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺」，法官應否迴避之爭議未解決，應停止訴訟程序（民事訴訟法第 37 條及刑事訴訟法第 22 條），因此有關法官迴避事件之要件規定均應儘可能明確詳盡，以免爭議，導致訴訟延宕。民、刑事及行政訴訟法對於有特定事由時（如法官與當事人有八親等內之血親或五親等內之姻親之親屬關係者）均明定為迴避事由，一有該情事存在，即應自行迴避，以免爭議（民事訴訟法第 32 條、刑事訴訟法第 17 條及行政訴訟法第 19 條）。為免掛一漏萬，另外規定如有自行迴避事由以外之情形，「足認其執行職務有偏頗之虞者」，當事人得聲請法官迴避（民事訴訟法第 33 條、刑事訴訟法第 18 條及行政訴訟法第 20 條），於此，當事人須舉證證明具有法官應自行迴避事由以外之其他有偏頗之虞之情事。指定技審官之法官審查技審官迴避之事件顯非法定之自行迴避事由，但是否構成「足認其執行職務有偏頗之虞」？本件釋憲聲請人認為因法律未明文規定，若未迴避，即有法官「自斷其案」之違憲情形，可見就此問題存有爭議，應有明確規定，以杜爭議。

（二）系爭規定一規定技審官之迴避準用法官迴避之規定，如此之立法方式與訴訟法上對於法院職員（司法事務官、法院書記官及通譯等）之迴避規定相同（民事訴訟法第 39 條及刑事訴訟法第 25 條）。但是技審官與法院職員之迴避有所不同者，在於法院職員依編制在法院內執行職務，並沒有由法官在個案中選任或指定特定成員以執行職務之情形。然而技審官於個案執行職務係由法院以裁定指定後為之（智慧財產案件審理細則第 11 條）。由此可見，法官之指定程序即產生指定技審官之法

官能否審理技審官之迴避事件之疑義，此種情形在法院職員之迴避時不會發生，亦不存在於法官迴避之情形，就此爭議，有以法律加以明確規定之必要，系爭規定一就此未加以規定，顯有疏漏。

二、參與指定技審官之法官應得審理聲請技審官之迴避事件：

本席認為參與指定技審官之法官應得審理聲請技審官迴避事件，無須迴避，理由如下：

（一）技審官為法院所遴聘後任用，屬法院組織內之人員（智慧財產法院組織法第 15 條及第 16 條），法官就編制內之技審官指定其中一人於個案執行職務，應屬法官訴訟指揮權行使之範圍。法官指定技審官於個案執行職務，應是考量其專業，與法官個人並無利害關係，不能僅因法官指定某一技審官於其迴避事件即認有偏頗之虞。

（二）民、刑事訴訟法上有關鑑定人之選任，是由法官就具有特別學識經驗者選任，於個案中出具鑑定書陳述意見以供法官參考，與法官於個案中「指定」技審官之情形類似。當事人得依聲請法官迴避之原因聲請拒卻鑑定人（刑事訴訟法第 200 條第 1 項及民事訴訟法第 331 條第 1 項），亦與聲請技審官迴避之理由相同。因此民、刑事訴訟法中選任鑑定人之法官得否審理拒卻鑑定人之案件，於技審官之迴避事件即有參考價值。

刑事訴訟法第 198 條規定，鑑定人由審判長、受命法官或檢察官選任，同法第 201 條第 2 項規定：「拒卻鑑定人之許可或駁回，偵查中由檢察官命令之，審判中由審判長或受命法官

裁定之。」由此可知，選任鑑定人之審判長、受命法官或檢察官無須迴避拒卻鑑定人案件。

民事訴訟法聲請拒卻鑑定人是「向選任鑑定人之法院或法官為之」（民事訴訟法第 332 條第 1 項）亦無迴避之規定，亦即選任鑑定人之法官得審理鑑定人之拒卻事由而無須迴避。

（三）民、刑事訴訟法規定選任鑑定人之法官得審理鑑定人之拒卻案件，其理由應認為法官在「選任」鑑定人時，其所考慮者應是鑑定人之特別學識經驗，且法官有裁量權，就「已選任之鑑定人，法院得撤換之」（民事訴訟法第 326 條第 3 項）。可見鑑定人之選任應屬法官訴訟指揮權之範圍，不能僅因法院選任該鑑定人即認法院有所「偏好」而構成顯有偏頗之虞。此外，民事訴訟法第 331 條第 1 項後段及刑事訴訟法第 200 條第 1 項後段均規定，鑑定人於該訴訟事件曾為鑑定人不構成拒卻之原因，亦值參考。

（四）相較於鑑定人之選任，法官指定法院編制內之技審官執行職務，其性質更屬法官訴訟指揮權之範圍。指定技審官之法官審理技審官之迴避事件可就原指定技審官之理由與當事人聲請迴避之事由綜合考量，以作成決定，有助訴訟經濟與程序之進行。

三、系爭規定一有所缺漏，本號解釋就此未加以指明，實有所不足：

系爭規定一規定技審官之迴避準用關於法官迴避之規定，其適用範圍應僅限於法官迴避之原因事實，至於程序事項，諸如有關技審官迴避之聲請得否由原裁定之法官為之，卻未規

定，亦無從由準用法官迴避之規定而獲得明確答案，致生爭議，應為立法之疏漏。民、刑事訴訟法規定聲請拒卻鑑定人之案件得由選任鑑定人之檢察官、審判長或受命法官裁定為之，並無迴避之必要，可供參考。

本席認為指定技審官之裁定係屬法官訴訟指揮權之範圍，自不得因該法官為該指定之決定，即認有所偏頗。由原指定技審官之法官就原指定之理由與聲請迴避之理由重新綜合考量，符合尊重法官之訴訟指揮權與訴訟經濟原則。本號解釋未透過解釋方式填補系爭規定一之立法缺漏，反而指出是「個案認定」之問題，未來如聲請技審官迴避之事件，當事人仍可以此為理由主張指定技審官之法官有偏頗之虞而應迴避審理，如此實為沒必要之訴訟資源浪費。本號解釋未能利用此機會防杜沒必要之訟爭，並指出未來修法之方向，實為美中不足。

釋字第 761 號解釋協同意見書

詹森林大法官提出

本號解釋認智慧財產案件審理法第 34 條第 2 項規定(下稱系爭規定二)與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨並無牴觸，本席對此敬表同意。惟就上開規定所涉及之問題，認尚有補充之必要，爰提出協同意見書如下：

壹、智慧財產相牽涉案件之法官迴避

本席認為，系爭規定二與憲法第 16 條保障訴訟權之意旨有無牴觸，重點在於人民受公平審判之要求，應如何與智財案件之特殊性以及我國智財訴訟制度之設計目的取得平衡。

根據本院歷來解釋，訴訟權之制度設計，立法機關享有相當充分的自由形成空間(釋字第 416 號、第 418 號、第 466 號、第 512 號解釋參照)。本院釋字第 574 號解釋更明示：「憲法第 16 條所規定之訴訟權，係以人民於其權利遭受侵害時，得依正當法律程序請求法院救濟為其核心內容。而訴訟救濟應循之審級、程序及相關要件，則由立法機關衡量訴訟案件之種類、性質、訴訟政策目的，以及訴訟制度之功能等因素，以法律為正當合理之規定。」是立法者對於訴訟制度之形塑，得依不同之關照面向，取其平衡，而為正當合理之規定。

關於系爭規定二之審查，本號解釋首先認為：「立法者為貫徹民事與行政訴訟分由普通法院與行政法院審理之二元

訴訟制度，固非不得規定審理相牽涉民事與行政訴訟事件之法官間，亦有迴避制度之適用（例如行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定）」，但隨即強調：「此種迴避規定係適用於相牽涉之不同審判制度之案件，不涉及人民就同一案件之審級救濟利益受法官預斷影響之風險，此種迴避要求即與公平審判無關，毋寧為政策之考量」，並據此導出：「是立法者基於智慧財產法院管轄案件之高度專業及特殊性，為避免智慧財產案件裁判歧異，維繫法院裁判見解之一致性，以提升法安定性，而規定辦理智慧財產民事或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，無須迴避，尚不至於違反憲法公平審判之要求，本院應予以適度尊重。」（本號解釋理由書第 15 段參照）

準此，本號解釋似將憲法上之法官迴避要求，限縮在「同一案件」並且有「審級救濟利益受法官預斷影響風險」之情形。然而，本席認為，此種論述可能過度窄化憲法對於「避免法官預斷」的要求。況且，依釋字第 639 號解釋，審級制度並非訴訟權保障之核心（解釋理由書第 2 段參照）。將迴避制度所欲避免之「法官預斷」，侷限於預防同一案件之審級利益受影響，若推到極致，可能導出避免法官預斷亦非訴訟權之保障核心。惟此是否符合法官迴避制度之根本目的，非無疑問。

迴避制度之目的既在維護公正審判，以貫徹憲法保障訴訟權之意旨，則法官於審理案件時有高度預斷可能者，原則上即應迴避。此一要求，縱使在二元訴訟制度，依舊不變。然而，制度設計本身有許多不同面向的考量，如其考量在訴訟權保障範圍內，能夠取得平衡，釋憲者對於立法者就制度

形塑的形成空間，原則上應予尊重。同一法官承辦不同但相牽涉之案件，固然可能會產生預斷的風險；惟立法者針對特殊案件類型，於設計其訴訟制度時，考量該類案件之特殊性及專業性，而就其法官迴避，為不同於一般訴訟之規定，尚不得逕指為不符憲法保障訴訟權之意旨。

我國制定智慧財產案件審理法，並設置智慧財產法院之立法理由，係鑑於智慧財產權與其法制之特殊性。蓋智慧財產權並無實體存在，且其有關產品之市場更替週期短暫，故智慧財產案件之迅速審理與正確裁判具同等重要性（立法院公報第 96 卷第 10 期院會紀錄第 488-489 頁參照），爰將關於同一智慧財產權所生之各種民事、刑事及行政訴訟，交由相同之法官辦理，以避免裁判歧異（立法院公報第 96 卷第 10 期院會紀錄第 522 頁參照）。

由是可知，基於智財案件之特殊專業性，其所涉內容往往因科技產業特性，有快速解決紛爭之需求。且智慧財產法院之法官數量無法與普通法院或行政法院相比¹，倘就智財法院法官之迴避要求，等同行政訴訟法第 19 條第 3 款，規定同一法官承辦不同但相牽涉之智財案件亦須迴避，則極易發生全體智財法官均需迴避之窘況，反而延滯智財案件之迅速審理，而違反設置智慧財產法院，並明訂特殊智慧財產訴訟制度之立法目的。

綜上，系爭規定二之所以合憲，主要原因並非其「不涉及人民就同一案件之審級救濟利益受法官預斷影響之風

¹ 智慧財產法院之法官員額，含院長在內，僅有 16 名。

http://ipc.judicial.gov.tw/ipr_internet/index.php?option=com_content&view=category&id=135&Itemid=70。（最後瀏覽日：2018 年 2 月 9 日。）

險，與公平審判無關，僅為政策之考量」。維持裁判見解之一致以提升法安定性，與合理之迴避以達公正審判，二者並非選擇題，更非處於排斥關係。系爭規定二並未牴觸憲法保障訴訟權之意旨，毋寧是因為較為「寬鬆」的法官迴避要求，乃智慧財產訴訟制度設計上，因法官員額有限而無從避免之「必要之惡」。此項相對「寬鬆」的法官迴避，導致智財法院之法官審理相牽涉行政訴訟事件時，所可能產生的預斷風險，應為立法者權衡後之立法裁量，而非謂此種迴避要求與公平審判無關。就此部分，本號解釋理由書第 15 段之論述，仍有補充必要。

貳、智慧財產相牽涉案件之技術審查官迴避

針對智慧財產訴訟上，曾參與民事訴訟之技術審查官，在相牽涉之行政訴訟上，是否須自行迴避，本號解釋於理由書第 15 段最末稱：「舉重明輕，就相牽涉智慧財產民、刑事及行政訴訟事件，參與程序之技術審查官無庸迴避，應亦與憲法保障訴訟權之意旨無違。」

從聲請書意旨：「系爭規定二關於辦理智慧財產民事或刑事訴訟之法官，立法者為避免裁判歧異，乃規定其得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，致使技術審查官亦因準用系爭規定二而不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定，過度侵害其訴訟權，與憲法第 23 條比例原則之意旨不符」可知，聲請人此部分之主張重點在於，曾參與民事訴訟之技術審查官（而非法官），於相牽涉之行政訴訟上，未迴避者，是否牴觸憲法保障訴訟權之意旨？就此，本解釋僅以「舉重明輕」作為認定為系爭規定二合憲之論據，本席

認為似有理由過於簡略，且未正面回應之嫌。

在智慧財產訴訟上，曾參與民事訴訟之技術審查官，於相牽涉之行政訴訟上，是否無須迴避而仍得參與，涉及技術審查官於智慧財產訴訟制度中之定位。本聲請案原因案件之確定終局裁定認為，技術審查官技術分析之見解並不拘束法官本於法律確信所為審判，故技術審查官於上開情形無須迴避。本席認為，此等說法理論上固非無據，但未顧慮本解釋念茲在茲之「智慧財產法院管轄案件之高度專業及特殊性」（本號解釋理由書第 15 段參照）。

詳言之，從「智慧財產法院管轄案件之高度專業及特殊性」，應可合理推斷，技術審查官之意見對法官之影響，與一般之訴訟案件，顯然有別。依智慧財產案件審理細則第 18 條規定，技術審查官之陳述雖不得直接採為認定待證事實之證據，然基於科技領域之高度專業性，針對技術審查官所為之判斷，法官實際上很難推翻。立法者針對技術審查官應否迴避之問題，固然可於制度設計上採「準用」之立法技術，將此問題類比法官迴避之處理，惟仍應審慎考量在智慧財產案件中，技術審查官所作之判斷對於法官審判的特殊影響力。科技不斷推陳創新所衍生的智慧財產權相關問題，乃典型的科技法問題，理論上固然可簡單地將技術審查官之技術認定歸為事實問題，法官之價值判斷歸為法律問題，然實際運作時，是否能如此壁壘分明，不無疑問。為有助於公正審判及人民訴訟權之保障，關於技術審查官參與相牽涉智財案件之迴避問題，立法者仍應隨時檢視現行規定，並於必要時適度修正，以臻完善。

釋字第761號解釋 部分協同暨部分不同意見書

湯德宗大法官提出

陳碧玉大法官加入第[1]至[7]段部分

[1] 本席同意智慧財產案件審理法（下稱智財案件法）第5條及第34條第2項規定均為合憲。但是這麼解釋並沒有真正回答聲請人（宏○公司）的提問（詳下文[2]），且過度限縮了法官因有「成見」（預設立場）之虞而須自行迴避的憲法義務，本席礙難保持緘默，爰提出部分協同暨部分不同意見書如后。

[2] 撇開文字，聲請人實際上主張（聲明）兩點：

1. 技術審查官前曾參與專利事件之民事訴訟（侵權）判決者，嗣後應不得再（由法官指定）參與同一專利事件之行政訴訟。亦即，曾經參與專利事件之民事訴訟的技術審查官，應自行迴避參與嗣後同一專利事件之行政訴訟。
2. 法官前曾參與指定專利事件技術審查官者，嗣後應不得再參與審理聲請該技術審查官迴避之裁定。亦即，曾經參與指定技術審查官的法官，應自行迴避嗣後關於聲請該技術審查官迴避的裁定。

聲請人以智財案件法欠缺（未有）前述聲明1（關於技術審查官）與前述聲明2（關於法官）應自行迴避之規定，已侵害其憲法第16條所保障之訴訟權為由，聲請本院解釋。

[3] 就前述聲明1，本解釋的答覆是：智財案件法第5條規定：「技術審查官之迴避，依其所參與審判之程序，分別準用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法關於法官迴避之規

定」(下稱系爭規定一)與法律保留原則及法律明確性原則尚無牴觸(解釋文第1段參照)。然而，聲請人實際並非指摘技術審查官「準用」法官迴避之規定違憲，而是指摘系爭規定一未規定「曾經參與專利事件之民事訴訟的技術審查官，應自行迴避其後同一專利事件之行政訴訟」為違憲。因此，系爭規定一是否違反法律保留原則與法律明確性原則實屬無關，如此釋示乃答非所問！

[4] 其次，系爭規定一既明定技術審查官之迴避應「準用」法官迴避之規定，則「準用」的結果，前述聲明1究竟有無理由？解釋理由書第6段先是慎重地闡釋法官迴避制度的立意：一是「為確保人民得受公平之審判，並維繫人民對司法公正性之信賴，而要求法官避免因個人利害關係，與其職務之執行產生利益衝突」；二是「要求法官避免因先後參與同一案件上下級審判及先行行政程序之決定，可能產生預斷而失去訴訟救濟之意義。綜上，可認法官迴避制度實乃確保法官公正審判，維繫訴訟救濟本旨所不可或缺，而屬憲法第16條訴訟權保障之核心內容」。接著在解釋理由書第15段話鋒一轉，突然緊縮法官因有「預斷」(prejudgement)，一稱「成見」(prejudice)之虞而須迴避的範圍，將所謂「相牽涉的不同審判制度之案件」排除於「同一案件」的定義之外，而釋示：例如行政訴訟法第19條第3款之規定(即曾參與該訴訟事件相牽涉之民刑事裁判之法官應自行迴避，不得執行職務)與憲法所要求之「公正審判」無關。準此解釋，憲法(公正審判)所要求的「預斷／成見」迴避，僅禁止(限制)法官參與「同一案件」(不包含「相牽涉案件」)之「不同審級」(上下審級)的裁判。如此無端畫地自限，主動宣告棄守法

官「預斷（或成見）迴避」的憲法原則，在社會各界對於「司法公正性」猶普遍有所疑慮之際，豈是明智之舉？！

[5] 其實，要獲致智財案件法第 34 條第 2 項（下稱系爭規定二）合憲的結論，大可於解釋理由書第 6 段闡明法官迴避制度的憲法意涵，並於解釋理由書第 14 段闡明系爭規定二：「辦理智慧財產民事訴訟或刑事訴訟之法官，得參與就該訴訟事件相牽涉之智慧財產行政訴訟之審判，不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定」，乃為使同一智慧財產權所生之各種訴訟，交由相同法官辦理，以維繫法院裁判見解之一致性，有其憲法法治國法安定性原則之考量等語之後，大方地釋示：鑑於智慧財產案件之特殊性（按盡人皆知，智財案件法乃美國 301 條款壓力下的產物），本院應尊重立法機關（於系爭規定二）所為之裁量，亦即關於智財案件之審理「法治國原則之法安定性原則」應優先於（訴訟權核心所要求之）「司法公正性」。如此解釋即可避免過早界定憲法上法官「預斷（或成見）迴避」的範圍。

[6] 系爭規定二使智慧財產法院法官不適用行政訴訟法第 19 條第 3 款之規定，亦即使曾經參與審理專利事件之民事訴訟的法官，無須迴避審理嗣後同一專利事件之行政訴訟。然，前述聲明 1 所指摘的審查技術官是否因「準用」法官迴避之規定，亦當然無須迴避參與嗣後同一專利事件之行政訴訟？解釋理由書第 15 段末句給了絕妙的答案：「舉重明輕，就相牽涉智慧財產民、刑事及行政訴訟事件，參與程序之技術審查官無庸迴避，應亦與憲法保障訴訟權之意旨無違。」

[7] 好個「舉重明輕」，真四兩撥千斤！如果技術審查官在專利事件訴訟中所扮演的角色，確如解釋理由書第 8 段引據有關條文所說的那樣「僅供法官參考」而已，實際上對法官心證之形成無足輕重，則前揭系爭規定一何以**明定技術審查官之迴避，應準用「法官」之迴避規定**，而非準用參與訴訟程序之其他人員（如鑑定人¹）之迴避規定？如果技術審查官的技術分析報告實際上對訴訟結果影響輕微，則本件聲請人最終業已獲致有利的實體判決，何以仍執意就技術審查官之迴避，聲請本院解釋？**不探究智慧財產訴訟實務，進行實質論證，而僅從形式邏輯，玩弄文字遊戲，聲請人恐難信服。**

[8] 最後，就前述聲明 2（前曾參與指定技術審查官的法官，應不得再參與審理聲請該技術審查官迴避之裁定），解釋理由書第 12 段給了很天才的答案：至於「指定技術審查官之法官，就聲請技術審查官迴避事件之審理，**既非屬行政訴訟法第 19 條所定法官迴避事由，無須自行迴避。**」聲請人指摘智財案件法欠缺（未有）前述聲明 2 關於法官應自行迴避之規定，應屬違憲；本院沒有回答漏未規定是否違憲，卻說：按系爭規定一，法官之迴避應準用行政訴訟法之規定，而行政訴訟法中並無此一迴避事由，**所以法官不必迴避**。如果這不叫「雞同鴨講」、「張飛打岳飛」，什麼叫作「雞同鴨講」、

¹參見民事訴訟法第 331 條：「當事人得依聲請法官迴避之原因拒卻鑑定人。但不得以鑑定人於該訴訟事件曾為證人或鑑定人為拒卻之原因。（第一項）除前條第一項情形外，鑑定人已就鑑定事項有所陳述或已提出鑑定書後，不得聲明拒卻。但拒卻之原因發生在後或知悉在後者，不在此限。（第二項）」；刑事訴訟法第 200 條：「當事人得依聲請法官迴避之原因，拒卻鑑定人。但不得以鑑定人於該案件曾為證人或鑑定人為拒卻之原因。（第一項）鑑定人已就鑑定事項為陳述或報告後，不得拒卻。但拒卻之原因發生在後或知悉在後者，不在此限。（第二項）」

「張飛打岳飛」？！

[9] 在天寒地凍、地牛躁動、人心浮動的時節，本席未能協力作成無咎解釋，告別丁酉年，深感慚愧。