

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
家事事務法	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。