

## 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抵觸(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。