

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。