

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（宏正公司）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。