

我国知识产权诉讼中技术调查官制度的完善

杨秀清*

摘要:技术调查官制度是知识产权诉讼中查明技术事实的一项重要制度,我国现行司法解释关于技术调查官职能的不当规定,致使技术调查官在司法实践中成为“影子法官”。为有效规范技术调查官参与诉讼活动,应结合我国法规范、司法实践运行情况和国外立法例,改变司法解释从法院人员分类管理的角度将技术调查官定位于审判辅助人员的现状,回归民事诉讼法律关系的基本理论,将其界定为法官的技术专家,并以其诉讼地位为基础优化其职责,明确技术调查意见的内容限于对技术问题事实方面的客观描述、解释与说明,作为一种供合议庭认定技术事实参考的专家咨询意见,技术调查意见无需向当事人公开。

关键词:知识产权诉讼 技术调查官 技术事实查明 技术专家

随着全球经济一体化以及高科技的迅猛发展,知识产权日益成为提升国家国际竞争力的核心要素,知识产权诉讼保护至关重要。相较于其他民商事诉讼,知识产权诉讼具有更强的专业技术性,而我国的法官大多为不具有理工科学历背景的法科专业人才,难以应对技术争点的确定、技术事实的认定以及所涉证据的审查判断对科学技术知识的需求。因此,如何构建合理的技术事实查明机制,不仅是法官正确适用法律作出裁判的关键,也成为近十余年来司法改革的重点问题。

就技术事实的查明而言,首先涉及的是司法鉴定制度的改革。2005年10月1日,全国人民代表大会常务委员会《关于司法鉴定管理问题的决定》第7条第2款明确规定:“人民法院和司法行政部门不得设立鉴定机构”。据此,原来设在法院内部的司法技术鉴定部门面临职能转型以及专业技术人员的安置问题。2006年最高人民法院发布《关于地方各级人民法院设立司法技术辅助工作机构的通知》(以下简称《通知》),明确要求“改革、完善司法鉴定管理制度,为保障审判工作的顺利进行,最高人民法院增设司法辅助工作办公室,高级人民法院与中级人民法院应根据实际工作需要设立独立建制的司法技术辅助工作机构,有条件的基层人民法院,可以根据工作需要设立相应的机构”。此后,法院

* 中国政法大学教授、博士生导师

基金项目:司法部国家法治与法学理论研究项目(16SFB2024);最高人民法院2018年度司法研究重大课题

司法技术部门大部分转型为司法辅助机构。虽然《通知》是为了应对司法鉴定管理体制变化改革、完善司法鉴定制度而发布,但是,其中关于司法辅助机构对法官提出的涉案技术问题解释或答复的职责规定,可以被视为技术调查官制度的起源。

此后,为推动实施国家创新驱动发展战略,强化知识产权司法保护,2014年8月31日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十次会议审议通过《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》,据此,2014年11月至12月,北京、上海、广州知识产权法院相继设立。2014年12月31日,最高人民法院发布《关于知识产权法院技术调查官参与诉讼活动若干问题的暂行规定》(以下简称《技术调查官暂行规定》),明确规定“技术调查官属于司法辅助人员”,并为技术调查官参与从审前、到庭审、再到合议庭评议各个诉讼环节的职责及其履职程序要求提供了司法解释上的依据。

在我国实行3家知识产权法院与其他地方法院均有权审判技术类专利纠纷案件的司法审判体制下,随着我国司法人员分类管理制度的改革,法院人员被划分为法官、审判辅助人员和司法行政人员,为进一步规范与完善技术调查官参与知识产权案件的诉讼活动,2019年1月28日最高人民法院通过《关于技术调查官参与知识产权案件诉讼活动的若干规定》(以下简称《技术调查官若干规定》),在基本保留《技术调查官暂行规定》主要内容的基础上,将技术调查官的定位由“司法辅助人员”转变为“审判辅助人员”,将其适用法院由知识产权法院扩大至审理知识产权案件的法院;另外,修改了技术调查官在技术事实争点确定中的职责,即将技术调查官由技术事实争点的“确定主体”转变为“提出建议主体”,防止技术调查官直接涉足审判权行使,从而不当影响知识产权案件的裁判结果。

由上可知,技术调查官制度是随着司法改革的纵深发展并适应知识产权纠纷案件审判的特殊需要而得到确立和发展的。首先是司法鉴定管理体制的改革,促使法院内部的司法鉴定机构转变为司法辅助机构,将法院内部的司法技术人员定位于司法辅助人员;其次是法院司法体制的改革,即知识产权法院的设立为技术调查官制度的确立提供了实践与立法的双重需求,而司法人员分类管理制度的进一步改革促使将技术调查官的定位由“司法辅助人员”转变为“审判辅助人员”。然而,由于现行司法解释没有从民事诉讼法律关系基本原理的角度明确界定技术调查官的诉讼地位,导致司法实践中技术调查官与技术事实查明机制的设置形态各异,技术调查意见所涉内容的边界模糊不清,因此,有必要在对技术调查官制度的运行及问题进行剖析的基础上,以民事诉讼基本原理为支撑对技术调查官的诉讼地位进行深入研究,从而完善我国的技术调查官制度。

一、我国技术调查官制度的实践运行检视

2017年以来,最高人民法院批复在江苏省等18个省设立南京、苏州、武汉、郑州等20个知识产权法庭,至此,我国已经形成最高人民法院知识产权法庭、3家知识产权法院和20家专门知识产权法庭的格局,有必要对技术调查官制度的实践运行情况进行深入分析。

(一)法院适用技术调查官制度的做法

1.三家知识产权法院的做法

《技术调查官暂行规定》实施后,北京、上海和广州3家知识产权法院均成立了技术调查室,并制定相应的技术调查官管理和工作规范,如北京知识产权法院的《技术调查官管理办法》和《技术调查官工作规则》等。在技术调查官的设置方面,北京与广州知识产权法院均将技术调查官分为两类:一类是在编技术调查官,属于法院正式行政编制人员,由法院自主选拔招录。另一类是非在编技术调查官,旨在弥补在编技术调查官人数少、专业覆盖面不足,无法满足技术类案件审判需要的现实缺陷。

北京知识产权法院的非在编技术调查官包括聘用技术调查官、交流技术调查官和兼职技术调查官。^①广州知识产权法院的非在编技术调查官只有交流技术调查官一种,从国家专利行政部门中的现任专利审查员中选任。无论是何种技术调查官都属于审判辅助人员,其主要职责是为法官提供技术咨询意见并对法官审理案件提供技术支持。

此外,为保障技术事实的查明,3家知识产权法院均形成各具特色的多元技术事实查明机制。北京知识产权法院在技术调查官之外,选聘相关技术领域具备正高以上职称的专家组成技术专家委员会,为技术调查官难以解决的重大、疑难、复杂技术问题提供咨询意见。上海知识产权法院构建了由技术调查、技术咨询、专家陪审、技术鉴定组成的“四位一体”的知识产权案件技术事实查明机制。即在知识产权诉讼中,对于本领域普通技术人员能够解释说明的问题,一般通过咨询技术调查官解决;对于所述领域疑难、复杂的技术问题,则可以通过咨询权威的技术专家或者专家陪审员解决;对于需要借助一定的仪器设备或者搭建一定的环境进行分析、检测、鉴别的“技术事实”,^②由专业人员提供技术鉴定意见。上述4种方式各司其职、优势互补。其中,技术调查官成为辅助法官查明技术事实的重要途径。广州知识产权法院构建了“技术调查官+技术顾问”的技术事实查明模式。技术顾问从国家知识产权局专利局专利审查协作广东中心聘请,除了参与庭审、调查取证和现场勘验外,与技术调查官一起为法官审理案件提供专业技术咨询。技术顾问的引用,扩展了广州知识产权法院技术调查官所涉的技术领域,解决了技术调查官人员不足以及涉及技术领域狭小的问题。^③

2.南京知识产权法庭等的做法

除3家知识产权法院以外,其他知识产权法庭也积极探索技术事实查明机制。例如,南京知识产权法庭采取聘用制专职技术调查官,与法院签订聘用合同。苏州知识产权法庭实行辅助技术类案件审理机制,依托国家知识产权局专利局专利审查协作江苏中心的资源优势,从中心现任专利审查员中选任部分人员兼职担任技术调查官。郑州知识产权法庭实行非常设聘任制技术调查官,结合审理技术类案件的主要类型,申报了几大科目,每个科目由国家知识产权局专利局郑州专利审查协作中心推荐2名技术调查官;此外,还从高等院校、科研院所、企业等部门选任部分技术调查官。武汉知识产权法庭做法类似郑州知识产权法庭。^④

(二)司法裁判对技术调查官制度运用的反映

通过Alpha法律智能检索系统,以“知识产权与竞争纠纷”为案由,以“技术调查官”为关键词,以2014年~2019年为时间跨度,共检索出民事判决110份,可以从司法裁判视角反映知识产权审判中查明技术事实时运用技术调查官制度的情况。

1.技术调查官的运用类型

第一,综合运用技术调查官与司法鉴定等多种制度查明技术事实。例如,最高人民法院指导案例

① 聘用技术调查官由该院面向社会公开自主进行招聘;交流技术调查官分别来自国家知识产权局专利局、专利复审委员会、专利审查协作北京中心和天津中心,交流年限为一年或两年;兼职技术调查官由该院通过单位推荐、自我推荐等形式,从企事业单位、高等院校或科研机构、专利代理机构的技术人员中选择聘用。

② 参见黎淑兰、范静波:《知产案件技术事实查明难的破解》,《上海法制报》2017年11月1日。

③ 参见姜旭、曾于津:《广州知识产权法院“技术调查官+技术顾问”模式正逐步兴起,具体都做些什么?》,《中国知识产权报》2017年9月30日。

④ 关于郑州知识产权法庭和武汉知识产权法庭技术事实查明的做法,来源于2019年6月课题组去两个知识产权法庭调研座谈时法官的介绍。

84号：“礼来公司诉常州华生制药有限公司侵害发明专利权纠纷案”。本案双方的争议焦点是华生公司奥氮平制备工艺是否落入涉案专利权保护范围。在本案最高人民法院二审程序中，首次根据《技术调查官暂行规定》第2条、第10条之规定，指派技术调查官出庭，就相关技术问题与各方当事人分别询问了专家辅助人、证人及鉴定人，最终认定华生公司奥氮平制备工艺未落入涉案专利权保护范围。^①可见，最高人民法院在本案技术事实查明方面综合运用了技术调查官、鉴定与专家辅助人制度。

第二，单独运用技术调查官制度查明技术事实。例如，“深圳来电科技有限公司与湖南海翼电子商务股份有限公司、被告深圳街电科技有限公司侵害发明专利权纠纷案”。本案双方当事人的技术事实争议焦点是被控侵权产品及其使用方法是否落入涉案专利保护范围。北京知识产权法院经过审理，认定被控侵权产品及其使用方法未落入原告所主张的权利要求的保护范围。在本案诉讼中，法院指派技术调查官参与诉讼，单独运用技术调查官制度协助法官查明了涉案技术事实。^②

2.判决书中关于运用技术调查官制度的描述

(1)技术调查官在判决书尾部不署名，仅在判决书正文开始部分描述合议庭组成时提到指派技术调查官，通常采取如下行文表述：“本院于X年X月X日受理后，依法组成合议庭，并指派技术调查官XXX参与诉讼，于X年X月X日公开开庭进行了审理”，如“宏正自动科技股份有限公司与北京理想网科技股份有限公司、佑霖盛贸易(深圳)有限公司侵害发明专利权纠纷案”一审民事判决书。^③

(2)在判决书的行文过程中未提及技术调查官，仅在判决书尾部合议庭成员署名与判决书作出的时间之后，有法官助理的，在法官助理署名之后书记员署名之前，由技术调查官署名。例如，“孙希贤与浙江安达环境科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷案”一审民事判决书。^④在上述两种方式中，判决书对技术调查官参与诉讼的具体活动均未作出任何描述。

(3)技术调查官在判决书尾部不署名，和第一种方式一样，在判决书正文部分描述合议庭组成时提到指派技术调查官，但同时判决书的行文中描述技术调查官参与诉讼的活动，具体有两种方式：一是在判决书认定事实部分描述，如“李波与上海基客网络科技有限公司计算机软件开发合同纠纷案”一审民事判决书，在本院认定事实部分的描述中有关于技术调查官参与诉讼活动的如下表述：“本院通知双方当事人于X年X月X日来院演示软件开发完成情况，被告无正当理由未到庭。技术调查

^① 参见最高人民法院(2015)民三终字第1号民事判决。类似案例：(1)“亿光电子(中国)有限公司等与北京都城亿光电子器件销售中心等侵害发明专利权纠纷案”，参见北京知识产权法院(2016)京73民初130号民事判决书；(2)“深圳市绎立锐光科技开发有限公司与北京宏洋基业科技有限公司、卡西欧(中国)贸易有限公司等侵害发明专利权纠纷案”，参见北京知识产权法院(2014)京知民初字第46号民事判决书；等等。

^② 参见北京知识产权法院(2017)京73民初455号民事判决书。类似案例：(1)“高域(北京)智能科技研究院有限公司与广州亿航智能技术有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案”，参见北京知识产权法院(2017)京73民初44号民事判决书；(2)“飞天诚信科技股份有限公司与北京信安世纪科技股份有限公司等侵害实用新型专利权纠纷案”，参见北京知识产权法院(2017)京73民初154号民事判决书；等等。

^③ 参见北京知识产权法院(2015)京知民初字第968号民事判决书。

^④ 参见浙江省杭州市中级人民法院(2019)浙01民初617号民事判决书。类似案例：(1)“江苏微石青禾置业管理有限公司与南京迪软软件有限公司计算机软件开发合同纠纷案”，参见江苏省南京市中级人民法院(2018)苏01民初2055号民事判决书；(2)“MCI荷兰公司与宁波精成车业有限公司等侵害发明专利权纠纷案”，参见北京知识产权法院(2016)京73民初891号民事判决书；等等。

官经对固定保全网站源代码检验,无法确认其部署方式,即没有被告的配合,无法搭建涉案网站”。^①二是在判决书描述合议庭组成时一并对技术调查官参与诉讼的活动进行概括表述,如“惠州市沃瑞科技有限公司与惠州市欣宇科技有限公司、刘立富专利申请权权属纠纷案”一审民事判决书,描述如下:“本院立案受理后,依法组成合议庭公开开庭进行了审理。技术调查官 XXX 参与审理,为合议庭的技术事实审查提供辅助工作”。^②在该方式中,除了少数判决书在认定事实部分描述技术调查官参与诉讼的具体活动以外,大多采取诸如技术调查官为合议庭的技术事实审查提供辅助工作等概括性表述,既使判决书中表述为“技术调查官为合议庭提供相关技术事实的审查意见”,判决书在事实认定部分也未体现合议庭认定事实与技术调查官提供的技术审查意见的关系。

二、我国现行技术调查官制度之反思

(一)我国技术调查官制度存在的问题

由于技术调查官制度确立前缺乏体系化的理论支撑,因此无论是在司法解释的法规范层面还是司法实践的运行层面都不可避免地存在一些问题。

1.技术调查官制度的法规范内容简单且相关规定之间不协调

《技术调查官若干规定》仅有 15 个条文,主要规定了技术调查官的管理、参与知识产权案件的范围、履行的职责、参与诉讼的基本程序、技术调查意见的出具以及技术调查官的法律责任。由于技术事实的查明是一个非常复杂的问题,且涉及法院与当事人诉讼权利的正当行使,因此对技术调查官的职责规定就应满足这些要求。但就《技术调查官若干规定》的具体内容而言,其存在以下主要问题:(1)技术调查官的职责规定与其审判辅助人员的身份定位不吻合。《技术调查官若干规定》第 6 条明确规定:“参与知识产权案件诉讼活动的技术调查官就案件所涉技术问题履行下列职责:(一)对技术事实的争议焦点以及调查范围、顺序、方法等提出建议;(二)参与调查取证、勘验、保全;(三)参与询问、听证、庭前会议、开庭审理;(四)提出技术调查意见;(五)协助法官组织鉴定人、相关技术领域的专业人员提出意见;(六)列席合议庭评议等有关会议;(七)完成其他相关工作。”深入分析该规定,会发现其诸项内容之间的逻辑无法自洽,且与审判辅助人员的定位不吻合。其中,第 2 项中的“调查取证”与“保全”均属于民事诉讼法规定的审判行为的范畴,第 3 项中的“庭前会议和开庭审理”属于审判行为与当事人以及证人、鉴定人等其他诉讼参与人共同为诉讼行为的场域,第 6 项中的“合议庭评议”则完全属于审判行为且民事诉讼法要求评议秘密进行,由此可见,审判行为的主体应当是审判人员,而非审判辅助人员。虽然第 2 项与第 3 项中运用了“参与”一词,第 6 项中运用了“列席”一词,但“参与”和“列席”的内涵并不清晰。(2)现行规定条文数量少、内容简单。《技术调查官若干规定》的内容大多呈现出框架性规定的特点,无法满足技术事实查明的实践需求,如关于技术事实争点的确定问题,不仅影响当事人辩论权的行使,而且直接影响法院审理与裁判的对象,该规定赋予技术调查官对此提出建议的权利,但对何时以及依据什么提出建议未作出相应的规定。此外,该规定虽然赋予技术调查官

① 上海知识产权法院(2016)沪 73 民初 750 号民事判决书。

② 广州知识产权法院(2017)粤 73 民初 217 号民事判决书。类似案例:(1)“台州君创机械科技有限公司与广州市诺曼蒂克皮具有限公司、北京科创万达科技有限公司侵害实用新型专利权纠纷案”,参见广州知识产权法院(2018)粤 73 民初 1658 号民事判决书;(2)“深圳市华成工业控制有限公司与东莞市迪思电子科技有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案”,参见广州知识产权法院(2017)粤 73 民初 2559 号民事判决书;等等。

在案件评议前提出技术调查意见的权利,但对技术调查意见的性质、内容及其边界,以及与法院判决中认定事实的关系等重要问题均未作出规定。

2. 技术调查官的实践类型与来源形态各异,影响技术调查意见的质量

就技术调查官的实践运行情况而言,3家知识产权法院的技术调查官分为在编技术调查官与非在编技术调查官,其他知识产权法庭的技术调查官均为非在编技术调查官。而非在编技术调查官,又分为交流技术调查官和聘任期制兼职技术调查官。技术调查官的类型不同,其参与知识产权案件技术事实查明诉讼活动的程度就有所不同。此外,除了3家知识产权法院在编技术调查官之外,非在编技术调查官是由知识产权法院以及地方法院知识产权法庭根据2017年8月14日起施行的最高人民法院《知识产权法院技术调查官选任工作指导意见(试行)》所规定的技术调查官的资格条件,并结合当地社会资源自行聘任的。技术调查官的来源不同,受其工作经验以及职业思维影响对同一技术事实的判断可能就会存在差异,其中,来源于专利行政管理部门以及审协中心的技术调查官,其专利法律和科学技术的双重思维与来源于科研院所的技术调查官的单一科学技术思维就会有所不同。因此,技术调查官的类型与来源的多样化一定程度地影响其出具的技术调查意见的质量。

3. 司法裁判权的隐形行使,有悖于“审判辅助人员”的定位

根据《技术调查官若干规定》第6条关于技术调查官职责的规定,参与知识产权诉讼的技术调查官,其工作职责被严格限定在仅与案件技术事实相关的范围之内。在审判中,对于专利方法权利要求书所涉及的技术术语的内涵、技术方案的具体内容、背景技术特征以及被诉侵权技术的特征等技术事实问题,技术调查官根据其专业技术特长提出技术调查意见,协助法官理解涉案技术事实是毋庸置疑的。然而,对于诸如被诉侵权技术改进是否同行业领域技术人员容易想到的、技术特征是否与专利技术等同以及是否落入专利技术权利要求所保护的的范围等问题的判断,则属于需要借助专利法律制度进行判断的法律问题。技术调查官制度旨在协助欠缺专业技术知识背景的法官查明技术事实,而非为法官回避技术问题困难提供替代途径。由于《技术调查官若干规定》对技术调查意见的内容及其边界未作出明确规定,司法实践中技术调查官可能超出技术事实范围作出法律判断,法官往往依赖该技术调查意见,简单地将其异化为判决书中作为判决依据的事实认定,实质上将直接影响法律适用及裁判走向的事实认定权让渡给技术调查官。技术调查官隐形行使司法裁判权,成为“影子法官”的现象,不仅有悖于技术调查官“审判辅助人员”的角色定位,而且由于技术调查意见对当事人不公开,因此会影响当事人辩论权的行使。

(二) 影响技术调查官制度规范运行的根源

从上述关于技术调查官法规范以及司法实践运行中存在问题的分析可知,合理确定技术调查官的诉讼地位是保障该制度规范运行的关键。关于技术调查官的地位,《技术调查官暂行规定》第1条规定:“技术调查官属于司法辅助人员”,而《技术调查官若干规定》第2条规定:“技术调查官属于审判辅助人员”。此外,上述两个规定均在第6条规定了技术调查官在诉讼中的职责,除了在“技术事实的争议焦点”确定方面有所不同,其他职责规定基本相同。最高人民法院前后两个关于规范技术调查官参与诉讼活动的规定,在对技术调查官的职责作出基本相同规定的情况下,对其地位的规定却从“司法辅助人员”转变为“审判辅助人员”。产生这种转变的原因,一方面与两个规定制定时所处的司法改革背景相关。《技术调查官暂行规定》是在《通知》的基础上,以知识产权法院的设立为契机制定的,而《通知》则以司法鉴定体制改革为背景,明确要求法院设立司法技术辅助工作机构,因此,《技术调查官暂行规定》将技术调查官定位于“司法辅助人员”顺理成章。而《技术调查官若干规定》则是在深化审

判人员分类管理的司法改革背景下制定的,^①因此,将技术调查官定位于“审判辅助人员”也契合当时的司法改革背景。另一方面,也反映出最高人民法院前后发布两个规定的出发点是为了规范技术调查官参与知识产权诉讼的活动,但是,关于技术调查官的地位,无论是“司法辅助人员”,还是“审判辅助人员”,都是着眼于司法改革背景下法院人员分类管理,而非立足于民事诉讼法律关系的基本原理,可见,最高人民法院并未对技术调查官的诉讼地位作出明确规定,这就必然导致前述司法解释规范以及司法实践中所存在的问题。

无论一国的司法传统如何,其诉讼程序制度设计有何种区别,在涉及技术类知识产权案件的审判方面,各国诉讼面临着相同的问题,即科技迅猛发展所带来的高科技知识产权审判的专业化需求与法官科学技术专业背景缺乏以及经验不足之间的冲突,许多法官也承认现代专利法以一种非常严重的方式挑战着法官的能力。^②因此,技术事实查明机制的有效建立成为各国无法回避的现实问题。反思技术调查官制度演进过程中的问题,在明确技术调查官的诉讼地位时,应当跳出将技术调查官制度视为司法改革中的一项关于技术事实查明的新生事物或者重要举措的思维框架,而是回归民事诉讼的基本理论范畴,即从民事诉讼法律关系理论的视角出发合理确定技术调查官在知识产权诉讼中的诉讼地位,并以此为基础建构体系化的技术调查官制度,回应技术事实查明的司法实践需求。

三、我国技术调查官诉讼地位之理论阐释

民事诉讼法律关系是一种公法上的关系,不仅可以为当事人的诉讼行为提供理论阐释,而且也可以为确定法官在诉讼中的职务义务提供理论阐释。^③就知识产权诉讼案件而言,如果当事人对技术事实发生争议,从民事诉讼法律关系的视角观察技术事实的认定过程,必然涉及当事人对技术事实的证明以及法院对技术事实的认定两个基本诉讼行为。诉讼程序应有的公正性不仅要求法院应当行使事实认定权,而且也应当保障当事人应有诉讼权利的正当行使。因此,在我国现行民事诉讼法的框架内,只有合理界定技术调查官在知识产权诉讼中的诉讼地位,才能以此为基础合理确定技术调查官参与诉讼活动的具体职责。

(一)我国的技术调查官不是审判辅助人员

《技术调查官若干规定》将“技术调查官”定位于“审判辅助人员”,判断该定位与“技术调查官”在知识产权诉讼中的功能是否相契合,离不开对“审判辅助人员”的功能解读,而其前提是区分审判事务与审判辅助事务。

以司法功能与审判结构与我国较为接近的德国和日本为例,其审判权被认为是专属于审判职,审判辅助人员只担任记录、其他文书制作和保管。随着纠纷急剧增加、案件内容复杂化与审判官人数不足、法官负担过重、诉讼严重迟延的矛盾与日俱增,^④为了分担法官的压力,德国逐渐发展出具有独立

^① 《人民法院第四个五年改革纲要(2014—2018)》第48条提出:“建立符合职业特点的法官单独职务序列。健全法官助理、书记员、执行员等审判辅助人员管理制度;科学确定法官与审判辅助人员的数量比例,建立审判辅助人员的正常增补机制,切实减轻法官事务性工作负担;拓宽审判辅助人员的来源渠道,探索以购买社会化服务的方式,优化审判辅助人员结构。”

^② See John Shepard Wiley, Jr., Taming Patent: Six Steps for Surviving Scary Patent Cases, 50 UCLA Law Review, 1417(2003).

^③ 参见蓝冰:《德国新民事诉讼法律关系理论及启示》,《政治与法律》2008年第1期。

^④ 参见傅郁林:《以职能权责界定为基础的审判人员分类改革》,《现代法学》2015年第4期。

地位的司法辅助官,^①其权限^②主要集中于非讼事件程序领域,在民事诉讼程序领域内权限极少,不能理解为法官的助手。日本则是在书记官素质不断提高的情况下通过逐步扩大书记官权限来减轻法官的负担,即在承担原有事务的同时也分担法官的权限。由此可见,德日的审判辅助职并非简单地分担“事务”,更是分享部分审判“权限”,且辅助职可以在自己权限范围内进行独立于审判职的判断,并且以辅助职自己的名义对外行使这些权限。^③换言之,即使德日的辅助职基于缓解法官压力的现实需求而分享部分审判权限,其也不是法官的助手,而是与审判职各司其职的独立人员。

在我国司法体系中,书记员为审判辅助人员,其职能是从事审判辅助事务性工作,而不得从事审判事务工作。因此,我国的书记员,既不同于德国可以分享有限审判权限的司法辅助官,也不同于日本扩大权限后可以有限分担法官权限的书记官,其职责完全是为了保障法官行使审判权的需要。

《技术调查官若干规定》虽然将“技术调查官”定位于“审判辅助人员”,但是,就该规定关于技术调查官职责的具体规定而言,技术调查官实际上是基于法官科学技术知识与经验的欠缺而给法官提供关于科学技术知识的解释说明,保障法官在理解科学技术的基础上正确认定技术事实。由此可见,技术调查官并未独立从事辅助审判进行的诉讼活动,其不同于我国作为审判辅助人员的书记员等,因此,技术调查官不是审判辅助人员。

(二)我国的技术调查官不是技术法官

技术法官制度是德国联邦专利法院的一种特有制度。德国知识产权纠纷主要分为知识产权侵权纠纷与知识产权确权纠纷两种类型,与此对应的是知识产权侵权诉讼与知识产权权属确认诉讼两种诉讼类型。根据德国法的规定,知识产权侵权诉讼因不具备知识产权权属确认诉讼的专业性要求而不属于德国联邦专利法院管辖的对象,其管辖权属于普通州法院,^④但若在侵权诉讼中牵引出所涉专

① 在德国,一名司法官员若具有3年实习经验并通过司法辅助官考试,则可接受委托成为司法辅助官。在同等学历情况下,中级司法官员若通过司法辅助官考试,同时满足在中级司法部门工作满3年且其品格和过往经历能证明其有成为司法辅助官资质这两个条件,则也可在接受司法辅助官的实习培训后成为司法辅助官。Vgl. § 2 Abs. 2 RPflG.

② 根据《德国司法辅助官法》的相关规定,德国司法辅助官被授权处理民事诉讼领域的下列事项:1.民事诉讼法中督促程序指向的付款命令事宜,包括确定异议期限、催告以及提交材料等事宜,但涉及争议的内容不属于其职权范围,应当由法官决断。2.担保物的返还。3.在法官的授权下,司法辅助官在下列范围内行使职权(Vgl. § 20 Abs. 1 RPflG.): (1)在诉讼费用救助程序中听取当事人陈述事实并制作笔录;(2)在诉讼费用程序中,对中止(当事人有足够的支付诉讼费用或收到其他费用支付诉讼费用)、终止、恢复或者更改、取消诉讼费用的支付等事宜进行判断。(3)提供执行程序中的法律援助。(4)提供欧盟跨境诉讼执行程序中的法律援助,若该援助已经涉及法律争议问题,则此时必须由法官介入,不能由司法辅助官继续完成该援助。(5)处理欧盟内部督促程序指向的付款命令事宜,有法律争议时亦同上除外。(6)处理根据《海牙公约》规定的关于选择管辖法院的协议相关事宜以及欧盟委员会关于管辖权和准据法,裁判的承认和执行相关事宜。4.处理关于欧盟内部司法合作部分相关程序事宜。5.发出执行程序中符合法定情形的部分执行文书。6.发出针对执行条款有异议裁判、再执行文书以及可执行公证书的执行文书。7.在执行中扣押物品并已确定金额并提存之后,撤销该扣押活动的相关事宜。8.处理已签订条约承认和执行事宜中的拍卖及其物品存放相关事宜。9.处理关于欧盟理事会达成的部分关于执行跨境追偿相关事宜。10.处理执行程序中关于不动产与动产扣押的相关事宜,但其中对于具有法律争议的相关问题,不属于司法辅助官的职权范围,应当将其交由法官处理。此外,司法辅助官在其他部门法领域中还负责初审法院管辖范围内的关于家事诉讼中的非诉程序相关事宜,租赁信贷法上监护事宜,土地、船舶以及飞行器留置权登记等事宜,家庭和民事合伙财产登记事宜,抵押物品赎回和接收程序相关事宜(Vgl. § 3 Abs. 1 RPflG.),土地法等法律涉及的分配程序相关事宜,以及破产相关程序事宜和海事分配程序等一应非诉程序性事宜(Vgl. § 3 Abs. 2 RPflG.)。

③ 参见傅郁林:《以职能权责界定为基础的审判人员分类改革》,《现代法学》2015年第4期。

④ Vgl. § 143 Abs. 1 PatentG.

利是否无效的问题,则该普通民事侵权诉讼即中止,当事人应当向德国联邦专利法院提出确认专利无效之诉,判决作出后,州法院的知识产权侵权诉讼方得以继续。因此,德国的知识产权侵权诉讼属于普通的民事诉讼,在程序上主要适用一般民事诉讼法的相关规定。知识产权权属确认诉讼属于德国联邦专利法院管辖的对象,在程序上不仅适用一般民事诉讼法的相关规定,还应适用专利法和商标法等特别法中的相关规定。

德国联邦专利法院设于慕尼黑,其地位等同于州高级法院,根据相关数据,德国联邦专利法院共有102名专业裁判官,其中47名是具有法律教育背景的专业法律人员(在审判中担任法官),另有55名是在各个不同科学技术领域接受过培训的技术官员(在审判中担任技术法官)。^①技术法官制度仅适用于审理知识产权权属确认诉讼的德国联邦专利法院。这些精通自然科学的技术法官也属于广义上终身任命的专业法官,拥有与法律专家完全相同的法官应有的所有权利和义务。^②因此,德国联邦专利法院的技术法官往往从专利商标局的技术官员中选任,技术法官一经选任即终身任职,在编制上属于德国公务员序列。

由上可知,我国的技术调查官与德国的技术法官有着本质的区别。就表象而言,我国为适应知识产权法院设立之需求应运而生的技术调查官与德国随联邦专利法院建立而产生的技术法官,似乎有着相同的产生路径,但其性质截然不同,究其原因,主要在于两国专门法院产生的历史背景不同。

就德国的历史传统来看,在1961年德国建立联邦专利法院之前,关于专利的确权纠纷与宣告无效的申请,均由专利商标局这一行政机关负责处理和审查。对专利商标局作出的专利申请决议有异议的,只能在专利商标局内部提起申诉程序。当对申诉审查仍然不服时,申诉提起人没有其他救济途径。针对这一情况,1959年6月13日,德国联邦行政法院作出指导性判决,称德国专利商标局是行政机关,其内部的申诉庭不能被视为一级法院,因此,其作出决议的性质是行政行为而非司法行为,据此,对专利商标局作出的决议不服的权利人并没有获得基本法上规定的兜底性司法救济。^③这种不受司法审查的专利商标局内部申诉救济制度是对德国基本法的一种背离。^④为解决这一问题,德国在1960年2月17日出台了解决过渡问题的《对德国专利商标局决议异议的最后期限法》,^⑤规定1959年6月13日之前的异议仍旧适用原来的内部行政申诉程序解决;之后对专利商标局的决议不服的,则按照德国行政法院的诉讼程序提起针对决议的撤销之诉。此后,大量专利异议的涌入,一方面给德国行政法院体系造成巨大的诉讼负担,另一方面专利异议的提起可能经过三个审级的程序也为专利申请人或异议人带来权利救济的迟延风险,^⑥此外,对专利决议进行司法审查所涉及的实质性问题的判断,也超出了大多数德国行政法院以往熟悉的能力范围。据此,德国便在基本法中加入了新的条款,^⑦明确其可以设立一个专门的联邦专利法院来处理保护知识产权的相关案件。^⑧在此基础

① 这是截至2018年12月31日德国联邦专利法院的统计数据。Vgl. www.bundespatentgericht.de, 2019-09-17.

② Vgl. § 65 Abs. 2 PatentG, § 120 RichterG.

③ Vgl. BVerwGE 8, 350 = GRUR 1959, 435.

④ Vgl. § 19 Abs. 4 GG.

⑤ Vgl. Gesetz über die Frist für die Anfechtung von Entscheidungen des Deutschen Patentamts, Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1960, Teil I, S. 78.

⑥ Vgl. Kraßer /Ann, Patentrecht, 7. Aufl., 2016, S. 75. Rn. 18.

⑦ Vgl. Zwölftes Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes, Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1961, Teil I, S. 141.

⑧ Vgl. § 96 Abs. 1 GG.

上,1961年3月,德国出台了《第六部关于修改和过渡知识产权领域保护的法律》,^①正式将联邦专利商标局内部的抗告庭和无效庭分立出来,明确自当年7月1日起上述关于知识产权权属抗告和申请宣告无效的案件归属于联邦专利法院管辖的范围,使专利纠纷主体获得德国基本法上明确规定的司法救济权,同时也提高了纠纷解决的效率。因此,以从联邦专利商标局内部分立出来的抗告庭和无效庭为基础建立的德国联邦专利法院,为其实行技术法官制度奠定了人员基础。

我国知识产权法院设立的历史背景与德国的不同。2013年党的十八届三中全会《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》提出:“加强知识产权运用和保护,健全技术创新激励机制,探索建立知识产权法院。”我国设立知识产权法院的初衷主要是在已有知识产权审判体系的基础上,打破行政区划设立专门审判机构,统一知识产权司法审判标准,整合知识产权审判资源,建立一支更加具有专业性和国际视野的高素质知识产权法官队伍。^②为此,辅助法官查明技术事实机制的合理建立就成为知识产权审判无法回避的一个现实问题,技术调查官制度应运而生。由此可见,两国迥异历史背景下建立的知识产权法院自然伴生了两种性质不同的人员。在我国,不仅知识产权法院审理案件的范围较广,而且审理专业技术性较强的知识产权案件的法院范围也较多,因此,无论是从具体制度的设置可行性,还是考量具体制度的运行成本,技术法官制度都难以在我国目前3家知识产权法院以及地方法院均审理技术类知识产权纠纷案件的司法背景下具有普遍适用性。

(三)我国的技术调查官是法官的技术专家

在知识产权诉讼中,技术调查官制度并非我国独创,在美国、日本、韩国等国家均有类似制度,只是称谓与作用各有不同而已。

在美国的知识产权诉讼中,基于专利要求保护范围上诉至美国联邦巡回上诉法院的高改判率也说明地区法院法官无法应对涉及高科技的专利要求保护范围所提出的挑战。^③在“马克曼诉西景仪器公司案”^④中,美国联邦最高法院认为根据美国宪法第七修正案,不能赋予陪审团判断专利请求保护范围的权利,并且政策也决定了该问题是一个完全保留给法官进行判断的法律问题。^⑤为应对地区法院法官在高科技专利案件中所面临的知识挑战,诉讼中会适用一些灵活的方法,特别是雇佣3种不同类型的人员帮助法官履行职责,即:法院指定的专家证人、专利特聘技术官^⑥和法院指定的技术

^① Vgl. Sechstes Gesetz zur Änderung und Überleitung von Vorschriften auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes, Bundesgesetzblatt, Jahrgang 1961, Teil I, S. 274—295.

^② 参见易继明:《为什么要设立知识产权法院》,《科技与法律》2014年第4期。

^③ See *Cobor Corp. v. FAS Techs. Inc.*, 138 F.3d 1448, 1476 (Fed. Cir. 1998) (en banc) (Rader, J., dissenting).

^④ See *Markman v. Westview Instruments, Inc.*, 517 U.S. 370 (1996).

^⑤ See Joshua R. Nightingale, *An Empirical Study on the Use of Technical Advisors in Patent Cases*, 93 *Journal of the Patent and Trademark Office Society*, 404 (2011).

^⑥ 关于“special master”一词,有不同的翻译。一种是翻译为“特别主事官”,如元照英美法词典翻译为“特别主事官”,即受破产法院委托,对某事项进行审理并报告其对事实的认定和法律结论的人。参见《元照英美法词典》,法律出版社2003年版,第1277页。也有一些学术论文翻译为“特别主事官”或者“特别主事人”,参见封利强:《理据:一个不可或缺的证据法学概念》,《浙江社会科学》2019年第8期;张光磊:《论巨灾赔偿基金中的特别主事人》,《行政法学研究》2015年第6期。另一种是翻译为“特别专家”,参见王学棉:《美国民事诉讼陪审权利适用标准演变》,《北方法学》2012年第4期;张爱国:《评技术调查意见的不公开——以民事诉讼法的基本原理为视角》,《知识产权》2019年第6期。本文未采取上述两种翻译。经过研读美国民事诉讼中技术事实查明的相关资料并结合对“special master”制度以及相关制度的介绍,本文将“special master”一词翻译为“专利特聘技术官”。

顾问。法院指定的专家证人是根据《美国联邦证据规则》第706条指定并适用该规定,与一般证人不同,《美国联邦证据规则》第702条未要求专家证人必须亲身经历待证的事实,但是,专家证人在知识、技能、经验、训练或教育上必须是专家。^①此外,法院指定的专家证人可以出庭作证,其所述内容可以构成证据。由此可见,美国专家证人制度的核心概念在于协助事实判断者了解专业知识,因而有许多诉讼程序法的规范以筛选可作为证据方法的专家证人,其重点是确保专家证人提供的咨询是可信赖的。^②专利特聘技术官通常是有诉讼经验并精通专利法的律师,其主要工作是帮助法官解决专利诉讼中的复杂法律问题,而不是给法官提供案件的技术咨询。专利案件中的技术顾问对于地区法院法官而言或许是最神秘和陌生的,在过去的二十多年里,只有3个联邦巡回法院接受技术顾问。现代技术顾问角色的构想很大程度上体现在第一巡回法院1988年审理的一起涉及婴儿出生时大脑严重受损伤的医疗纠纷案,即“雷利诉美国案”^③。在该案诉讼中,法院指定一名经济学家作为技术顾问,明确技术顾问不是证人,不受《美国联邦证据规则》第706条的限制,不能出庭作证,其所述内容不能作为证据。技术顾问主要在幕后工作,且单方面提供信息,通常需要记录在案,在被任命的特殊案件中成为法院工作人员中的一员。但技术顾问不是法官,其角色是帮助法官理解证言所揭示的技术和理论,并充分考虑关键的技术问题。该案的观点成为技术顾问实践发展的基础。^④可见,技术顾问不能就结果性事实的判断向法院提供建议,也不能提供证据、决定法律问题或者进行独立的事实调查。^⑤在美国专利侵权诉讼中,以专家证人制度为基础,以技术顾问与专利特聘技术官为两翼的制度设计,有力地弥补了作为法律通识人才的法官的科学技术以及专业法律经验之不足。

在日本知识产权诉讼中,法院设置了裁判所调查官,作为全职的法院职员。裁判所调查官系统已经有超过50年的历史。传统上,退休的专利调查官和日本专利局的复审审查官会被指定为裁判所调查官。所有裁判所调查官会被指定在日本知识产权高等裁判所中的同一个地方进行办公,他们以案件为基础而不是以法官为基础进行指定。过去,询问双方当事人或鼓励双方当事人在口头辩论或准备程序期间确定案件事实的情况仅能通过法官来实现。自2005年4月起,为取得双方当事人的共同理解和认同,裁判所调查官可在法官的准许下作为法院的附属组织来行使同样的权利(《日本民事诉讼法》第92~98条),他们还可以进一步在非公开审理的诉讼中决定有关商业秘密的侵权案件中何种文件应当被提交至法庭。因此,裁判所调查官有机会面对面地与当事人进行接触,他们的角色也逐渐从幕后走向台前。^⑥根据《日本民事诉讼法》第92~98条的规定,在主裁判官同意时,为明确案件争

① See Ross Andrew Oliver, Testimonial Hearsay as the Basis for Expert Opinion: The Intersection of Confrontation Clause and Federal Rule of Evidence 703 After Crawford v. Washington, 55 Hastings Law Journal, 1539, 1540 (2004).

② 参见陈秉训:《从美国专利诉讼的专家证人制度谈对我国专利侵权诉讼之借鉴》,《专利师》2015年第20期。

③ See Reilly v. United States, 863 F.2d 149 (1988).

④ See Joshua R. Nightingale, An Empirical Study on the Use of Technical Advisors in Patent Cases, 93 Journal of the Patent and Trademark Office Society, 412 (2011).

⑤ See Conservation Law Found v. Evans, 203 F.Supp.2d 27 (D.D.C.2002). Michael Connelly, John Muir, Special Masters, Court—Appointed Experts and Technical Advisors in Federal Court, 76 Defense Counsel Journal, 90 (2009).

⑥ 该部分内容来源于“日本知识产权高等裁判所提供的资料中关于 Judicial Research Officials 即裁判所调查官的说明”。See The Intellectual Property High Court, A Retrospective and a Prospective Look at the First Year of the Intellectual Property High Court, http://www.ip.courts.go.jp/eng/vcms_lf/200505.pdf, 2019-09-07.

点,裁判所调查官可以在口头辩论程序期间询问双方当事人。^①对于高度专业化或高新技术的争议,法官也会寻求擅长特定技术领域的专家委员会的帮助,这些专家与擅长专利和实用新型控诉程序的裁判所调查官共同协助法官查明技术事实。因此,两者各司其职,专家委员会专家是作为法官的技术顾问,就个案所争议的技术问题提供简单易懂的解释说明意见,其不构成证据的一部分;而裁判所调查官应法院指定就必要事项展开调查并报告调查结果,调查结果不构成被采纳的证据。此外,对于法官询问的特定内容,由鉴定人提供专家意见,该意见被采纳为证据并作为裁判的依据。^②由此可见,在日本的诉讼中,裁判所调查官实际上是法官的技术专家,协助法官查明技术事实。

韩国为了确保技术类案件审判的专业性,在折中德国技术法官制度与日本技术调查官制度的基础上,根据国情需要建立了技术审理官制度。1946年《韩国专利法》确立了一种包含两级行政审查和一级司法审判制度的特殊行政司法体系,^③一些法官和律师认为这样的专利审判制度违反韩国宪法,剥夺了国民受法官裁判的权利。因此,建立与行政体系相分离的知识产权审判体系成为制度发展的必然趋势,以此为契机,1998年设立的韩国专利法院专属管辖专利、商标授权与确权的二审诉讼案件。由此可见,韩国设立专利法院主要是为了改善审级管辖的不合理,其设立背景类似于德国联邦专利法院的设立背景。但是,由于韩国专利法院作为专门法院,其对法官的要求是具备法律思维与能力而非科学技术领域的专业思维与专业知识,因此,韩国未实行德国的技术法官制度,而是确立了技术审理官制度。《韩国法院组织法》第5篇规定了“法院职员”,其中第54之2条规定了“技术审理官”,即:在专利法院中设置技术审理官。法院认为如有必要,可以根据《韩国专利法》第186条第1项,《韩国实用新型法》第33条及《韩国外观设计保护法》第166条,决定技术审理官参与诉讼程序。参加案件审理的技术审理官,经裁判长批准,可以就技术事项向利害关系人提问,其在裁判合意期间发表技术意见。2016年3月1日施行的《韩国技术审理官规则》第4条规定了技术审理官的工作内容,^④虽然根据该规则,技术审理官只能参与技术类案件的审理而没有决定权,但是在司法实践中,技术审理官的作用非常重要,其经常参与准备程序及辩论日的审理,向当事人与代理人提出详细的问题,其提

① 《日本民事诉讼法》第92~98条(知识产权案件中裁判所调查官的事务):裁判所认为必要时,可以使对高等裁判所或地方裁判所审理及裁判的知识产权案件进行调查的裁判所调查官进行下列事务。该种情形中,该裁判所调查官应受裁判长命令进行该事务:1. 下列期日及程序中,为了使诉讼关系明确,对于事实上以及法律上的事项,对当事人发问,或促使其举证:(1)口头辩论或审寻期日;(2)争点或证据整理程序;(3)文书提出义务或勘验标的出示义务有无的判断程序;(4)进行与争点或证据整理相关事项以及其他与诉讼程序进行相关的必要事项的协议程序。2. 证据调查期日中对证人、当事人本人或鉴定人直接发问。3. 试行和解期日中,利用专门知识进行说明。4. 向法官发表对案件意见。参见《日本民事诉讼法》,曹云吉译,厦门大学出版社2017年版,第34~35页。

② 知的財産高等裁判所:《知的財産権訴訟における専門委員制度について》, <https://www.ip.courts.go.jp/documents/expert/index.html>, 2019-09-06。

③ 参见[韩]金敏澈:《韩国专利法院》,《科技与法律》2015年第6期。

④ 《韩国技术审理官规则》第4条规定了技术审理官的工作内容:1. 技术审理官应进行下列内容之一的工作:(1)应裁判长的要求,就案件有关技术及专业事项随时向法院提供意见;(2)应裁判长的要求,审查诉讼记录,就有关技术事项的证据判断,及事实问题的调查和审查,向法院报告有关专业知识的意见书或口头报告研究或意见结果;(3)在辩论或准备程序中,经裁判长或者受命法官许可,可以向利害关系人询问案件有关技术事项的内容(但是,不适用于与商标有关的案件);(4)经裁判长许可,在取得和解的过程中就案件有关技术事项的内容提出意见(但是,不适用于与商标有关的案件);2. 裁判长可以就本条第1项第4款之情形,要求技术审理官事先提交原应在裁判合议时所说明的意见。3. 技术审理官不得公开根据本条第1项第2款或第4款所提交的说明及陈述意见。参见《韩国技术审理官规则》, <http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=181261&efYd=20160301#0000>, 2019-09-07。

出的技术性意见通常可能出现在判决理由之中,从而对判决的结论产生很大的影响。^①因此,相较于日本的技术调查官制度,韩国的技术审理官对裁判结论的影响更大。

综上,为解决知识产权诉讼中技术事实的查明问题,不同国家根据其民事诉讼传统以及专利法院设立的不同目的而设立了不同的制度。从我国知识产权法院的设立背景与技术调查官制度的司法解释规范来看,在法官审理技术类知识产权案件遇有难以理解的技术问题时,我国技术调查官的作用是运用自己的专业技术知识,通过解释和说明为法官答疑解惑,从而协助法官在理解科学技术知识的基础上正确认定技术事实,并依法作出裁判。可见,我国的技术调查官制度与日本的技术调查官制度不仅名称相同,而且在知识产权诉讼中的作用也更为接近,因此,我国的技术调查官在知识产权诉讼中的准确诉讼地位应当是法官的技术专家。

四、我国技术调查官制度的完善路径

为规范技术调查官参与知识产权诉讼活动,首先应当理顺技术调查官制度与我国民事诉讼现有制度之间的关系,然后基于技术调查官的诉讼地位完善其具体制度,唯有如此方能充分发挥技术调查官作用的同时又不超越其应有的权利边界。

(一)技术调查官制度与鉴定制度共存

对于诉讼中专门性问题的认定,我国现行民事诉讼法确立了由专业人员进行鉴定的制度。虽然在凭借专业知识进入诉讼程序这一点上,技术调查官与鉴定人有其共性,但两者仍存在一些重要区别:(1)两者与法院的关系不同。在编技术调查官属于法院的行政编制人员,非在编聘任制技术调查官在其聘任期内也与法院存在稳定的关系。而鉴定人不属于法院的工作人员,只是法院根据审理案件所涉及专业问题的需要而在诉讼中临时聘请的人员。(2)两者提供意见的性质不同。技术调查官的调查意见属于专业咨询意见,不属于法官认定技术事实的法定证据,因此,技术调查意见无需在法庭上向当事人开示,且技术调查官在经法官同意参与开庭审理活动时,有权主动向当事人发问,无需接受当事人质证。而鉴定机构出具的鉴定意见属于法定的证据种类,可以作为法官认定争议事实的依据,因此,鉴定意见需要在法庭上开示并接受当事人质证,在法定情形下,鉴定人经法院通知应当出庭作证并接受当事人的质证。(3)两者提供意见的形式与内容不同。技术调查官只需要以口头或者书面形式对法官提出的科学技术问题给出专家技术分析和解释说明即可。而鉴定机构需要以书面鉴定意见对法院委托鉴定的专业问题作出事实上甚至是法律上的科学判断。(4)参与诉讼活动的范围不同。技术调查官经法院指派后,可以根据案件审判的需要参与从审理前准备到开庭审理,甚至合议庭评议的诉讼全程。而对于鉴定人而言,其只是在法定情形下经法院通知参与庭审中对鉴定意见的质证活动,不得参与其他诉讼活动。

技术调查官与鉴定人除了存在上述重要区别以外,司法实践中,技术调查官在法官与鉴定人之间的沟通中也发挥着无可替代的重要作用。鉴定意见往往解决的是诉讼中的核心专业问题,通常对审判结果产生决定性作用。而法官与鉴定人之间的专业壁垒无法避免,法官因欠缺专业技术知识无法了解鉴定意见中的专业术语,而鉴定人不具有法律知识或者对法律规定的理解不足,故而易引起沟通障碍,此时,技术调查官可以在法官与鉴定人之间发挥桥梁作用,使二者的沟通更为顺畅。^②由此可

^① 参见[韩]金敏徽:《韩国专利法院》,《科技与法律》2015年第6期。

^② 参见蔡学思:《技术调查官与鉴定专家的分殊与共存》,《法律适用》2015年第5期。

见,技术调查官制度与鉴定制度是两种各不相同、彼此无法相互替代的相辅相成的制度。

(二)技术调查官职责之优化

如前文分析,根据《技术调查官若干规定》第6条关于技术调查官参与知识产权诉讼活动应履行职责的规定,我国技术调查官的职责较多涉及法官的审理职责,与前文所列举的韩国的《技术审理官规则》第4条所规定的技术审理官的工作内容更为近似。然而,如前文所述韩国技术审理官制度的建立主要是为了保障国民受法官裁判的宪法权利而改善审级管辖的不合理,这与我国通过设立知识产权法院解决知识产权案件专门化审判的背景与初衷完全不同。相比较而言,我国技术调查官制度的产生背景和根源,与日本为了公平公正解决知识产权诉讼中经常处于争议的技术问题而在法院设置知识产权诉讼的裁判所调查官的制度原因基本上如出一辙。由此不难看出,《技术调查官若干规定》第6条对于技术调查官职责的规定是背离我国知识产权法院设立的社会背景以及技术调查官制度设置初衷的。

优化技术调查官在知识产权诉讼中的职责,应当以其诉讼地位为基础,即基于我国技术调查官在知识产权诉讼中作为法官的技术专家的诉讼地位,对《技术调查官若干规定》第6条所规定的技术调查官职责进行改造,在此方面,《日本民事诉讼法》第92~98条关于“知识产权案件中裁判所调查官的事务”的规定为我们提供了可资借鉴的范本。具体应当明确以下4个方面:(1)明确技术调查官参与诉讼的必要性原则。即法院审理专业技术性较强的知识产权案件,审判组织认为有必要时,可以指派技术调查官参与诉讼活动。(2)明确技术调查官的作用。即在法官为查明技术事实而实施诉讼行为且遇有技术专业知识不足时,通过解释、说明以及必要时提供意见的方式协助法官查明技术事实。(3)明确技术调查官参与诉讼活动的时间。即技术调查官可以参与证据的调查与保全程序、庭前会议程序、庭审程序和调解程序。(4)明确技术调查官履行职责的方式。即技术调查官根据参与诉讼活动程序的不同,可以采取直接发问、利用专门知识进行解释与说明以及发表意见的方式履行其职责。

基于上述分析,建议将《技术调查官若干规定》第6条关于技术调查官职责的规定修正为:“审判组织认为必要时,可以指派技术调查官参与诉讼活动。技术调查官应根据审判长的指令,履行下列职责:(一)在证据调查与保全程序中,就证据调查与保全的方法、步骤、注意事项提出建议及其依据;(二)在庭前会议的争点或者证据整理程序中,对于事实上以及法律上的技术问题,对当事人发问,或促使其举证;(三)在庭审程序中的事实调查阶段,对当事人、证人或者鉴定人发问;(四)在调解程序中,利用专门知识进行解释与说明;(五)提出技术调查意见;(六)其他应履行的职责”。

(三)明确技术调查意见的性质与内容边界

《技术调查官若干规定》第9条规定:“技术调查官应当在案件评议前就案件所涉技术问题提出技术调查意见。技术调查意见由技术调查官独立出具并签名,不对外公开。”根据此规定,考虑到法官技术知识的欠缺,为防止法官因过度依赖技术调查意见而造成司法权让渡,确保法官独立行使审判权,《技术调查官若干规定》第11条进一步明确了技术调查意见的作用,即“技术调查官提出的技术调查意见可以作为合议庭认定技术事实的参考。合议庭对技术事实认定依法承担责任”。由此可知,我国现行司法解释只是规定了技术调查意见的作用,而对其性质并未作出明确的规定,这与司法解释没有在民事诉讼基本理论框架下界定技术调查官的诉讼地位具有密切的关系。基于本文确立技术调查官为法官的技术专家这一诉讼地位的阐释,技术调查意见的性质应当是一种供合议庭认定技术事实参考的专家咨询意见,而非作为认定技术事实的法定证据。即使合议庭认可技术调查意见的内容,也只能在判决书的事实理由部分依法转化成合议庭对技术事实的认定意见,合议庭独立行使审判权对技

术事实进行认定并依法承担责任。

在专利侵权诉讼中,技术调查意见几乎覆盖了专利侵权案件的所有关键技术事实问题:专利权利要求的解释直接决定了涉案专利保护范围的大小,被诉侵权产品的技术手段、功能和效果决定了是否落入专利保护范围或者是否构成或等同侵权,是否属于现有技术则决定了现有技术的抗辩是否成立。^①因此,技术调查意见的性质直接决定其内容的边界,甚至影响到是否应当向当事人公开以保障当事人对技术调查意见行使辩论权的问题。

合理确定技术调查意见内容边界的逻辑思维路径,理应是技术调查官的诉讼地位影响技术调查意见性质的界定,进而直接决定技术调查意见的内容边界。正如前文分析,技术调查官并非技术法官,其诉讼地位系协助法官查明技术事实的法官的技术专家,由此决定了技术调查意见的性质不同于鉴定意见,不属于证据,其作用仅仅是帮助法官在理解科学技术的基础上认定技术事实。因此,为了防止技术调查官代替法官对技术事实作出法律上的判断而成为“影子法官”,应当明确技术调查意见的内容边界,即技术调查官根据法官的要求对案件发表技术调查意见的内容,应当限于对技术事实层面的问题进行客观清晰地描述、解释与说明。换言之,技术调查官在出具技术调查意见时,只能就专利请求所涉技术特征、被诉侵权产品的技术方案、现有技术的特征等事实层面的技术问题予以描述、解释与说明,而不得直接判断是否落入专利保护范围、是否构成或等同侵权以及现有技术抗辩是否成立等。正因为技术调查官作为法官的技术专家,只是借助于专业技术知识,通过描述、解释与说明的方式协助法官在理解技术的基础上独立行使审判权认定技术事实,所以,技术调查意见无需向当事人公开,为此,建议在《技术调查官若干规定》中增加一条关于规范技术调查意见内容的规定,即“技术调查官出具的技术调查意见限于对技术问题事实方面的客观描述、解释与说明。技术调查意见无需向当事人公开”。

五、结语

技术调查官制度在知识产权审判中弥补法官专业技术知识之不足、协助法官查明技术事实方面发挥着举足轻重的作用。由于该制度是在缺乏制度理论建构的情况下伴随知识产权法院的设立以及知识产权审判的专业化现实需求而产生的一种新型制度,所以存在法规范不充分、制度规则不完整以及实践做法多样化在所难免。此外,虽然在我国现行司法实践中,技术调查官制度仅适用于知识产权诉讼,但是随着现代高科技的迅猛发展以及在法律规范调整领域适用范围的日益扩大,越来越多的由高科技引起的诸如环境污染、产品质量缺陷等纠纷对审判专业化提出了更新的要求。本文在对我国技术调查官制度的现行法规范以及司法运行状况进行剖析的基础上,回归民事诉讼法律关系的基本理论框架,以技术调查官的诉讼地位界定为基点,对我国技术调查官制度的完善进行了研究,希冀对技术调查官制度在高科技案件审判中的拓展适用有所启示。

责任编辑 王虹霞

^① 参见张爱国:《评技术调查意见的不公开——以民事诉讼法的基本原理为视角》,《知识产权》2019年第6期。