

中日技术调查官制度比较研究

李菊丹

内容提要: 技术调查官制度的实施是知识产权专门法院所进行的一项重要司法审判改革,也是最高人民法院在《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》实施满三年后向全国人民代表大会常务委员会报告决定实施情况的重要组成部分。论文以技术调查官制度为考察对象,详细比较中国和日本技术调查官制度的基本内容及实施情况,分析我国技术调查官制度实施中存在的问题并提出相应的完善建议,认为应由最高人民法院统一制定关于技术调查官的工作规范和管理选拔办法,避免技术调查官制度在不同知识产权法院实施中出现差异,从而影响技术调查官作为司法辅助人员的中立性和权威性。

关键词: 知识产权专门法院 技术调查官 比较研究

Abstract: Technical investigator system is an important judicial reform measure accompanied by the establishment of intellectual property courts. It is also among the major events reported by the Supreme People's court to Standing Committee of the National People's Congress. The paper studies and compares the basic content and implementation of technical investigator system in China and Japan, finds the problems existing in the practices of technical investigator system in China, and proposes some suggestions to the perfection of technical investigator system. It is apparent that the regulation of technical investigator should be made firmly by the Supreme People's court, to prevent the differentia of implementation of technical investigator system among different intellectual property courts, and the damage of neutrality and authority of technical investigator as the judicial auxiliary staffs.

Key Words: intellectual property court; technical investigator; comparative study

“设立专门的知识产权法院,审理技术性较强的知识产权案件,是国际知识产权保护的一个趋势”^①,也是中国推动创新驱动发展战略,深化司法体制改革的重要举措,同时考虑到集中审理技术类知识产权案件,能够在最大程度上统一司法裁判标准,以加强对技术创新成果的知识产权保护能力和保护水平。出于上述考虑,中国于2014年底相继在北京、广州和上海成立专门的知识产权法院,集中审理各自地区的技术类知识产权案件。根据以往审判实践,知识产权类案件与一般民事案件相比具有明显的技术性和专业性较强的特点,“技术事实的审查与认定是知识产权

诉讼案件裁判之关键”^②,而审理专利、计算机软件、植物新品种、集成电路布图设计等技术类案件的法官通常不具备或很难具备相应的专业背景,因此技术事实的查明成为此类案件审理的难点。日本、韩国以及我国台湾地区的成熟经验表明,在知识产权技术类案件审理中引入技术调查官,发挥其专业优势,有利于查明技术事实,提高知识产权案件的审理质量。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》,北京、广州和上海三家知识产权法院在成立后半年到一年间,相继成立技术调查室,聘请专职或者兼职

作者简介: 李菊丹,中国社会科学院知识产权中心、中国社会科学院法学研究所副研究员

基金项目: 本文为国家社科基金青年基金项目“生物技术背景下我国植物新品种保护对策研究”(项目编号:13CFX087)研究成果。

① 李明德:《知识产权法院与创新驱动发展》,载《人民法院报》2014年9月3日,第8版。

② 宋汉林:《知识产权诉讼中的技术事实认定——兼论我国知识产权诉讼技术调查官制度》,载《西部法学评论》2015年第5期,第11页。

的技术调查官，作为法院审理知识产权技术类案件的辅助人员，参与案件事实的查明与审理工作。根据全国人民代表大会常务委员会于2014年8月31日通过的《关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》规定，在该决定施行满三年时，即2017年8月31日后，最高人民法院应当向全国人民代表大会常务委员会报告本决定的实施情况。技术调查官制度的实施，是知识产权法院所进行的一项重要司法审判改革举措，与法官的员额制、知识产权案件的“三合一”审判机制以及知识产权技术类案件的跨区域集中管辖等共同构成知识产权法院建设过程中的重要内容，将会成为最高人民法院向全国人民代表大会常务委员会报告的重要组成部分。本文以技术调查官制度为考察对象，详细分析比较中国和日本技术调查官制度的基本内容及实施情况，分析我国技术调查官制度实施中存在的问题并提出相应的完善建议，最后认为应由最高人民法院统一制定有关技术调查官的工作规范、管理规范 and 选拔办法，避免技术调查官制度在不同知识产权法院实施中出现差异，影响技术调查官作为司法辅助人员的中立性和权威性。

一、中国技术调查官制度的建立与实施

“如何构建符合中国司法实践的技术性问题解决机制或技术性事实查明机制，是近十多年来最高法院以及司法实务界、理论界不懈探索和研究的热点问题”^③。技术调查官制度作为技术事实查明机制的一部分，是“针对知识产权技术类案件专业性较强的特点所设立的特有制度”^④。

（一）制度规范

最高人民法院于2014年12月31日发布的《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》）是我国有关技术调查官最基本的法律规范。北京、上海、广州知识产权法院根据《技术

调查官暂行规定》，结合各自法院的具体情况，制定有关技术调查官的工作规范和管理办法，具体包括北京知识产权法院制定的《技术调查官管理规范》和《技术调查官工作规则》，上海知识产权法院制定的《技术调查官管理办法（试行）》和《技术调查官参与诉讼活动工作规则（试行）》，以及广州知识产权法院制定的《广州知识产权法院关于技术调查官参与诉讼活动的暂行办法》（2015年3月10日）、《广州知识产权法院技术调查官选任和管理办法》以及《广州知识产权法院技术调查工作规程（试行）》^⑤。

最高人民法院《技术调查官暂行规定》共10条，对技术调查官的定位、适用范围、适用程序及回避、工作职责以及技术审查意见的法律效力等作了规定。《上海知识产权法院技术调查官参与诉讼活动工作规则（试行）》和《广州知识产权法院关于技术调查官参与诉讼活动的暂行办法》基本在最高人民法院《技术调查官暂行规定》内容的范围内进行了具体规定，北京知识产权法院目前仅公布了《北京知识产权法院技术调查官回避实施细则（试行）》。上述规定的制定，不是基于相关法院对技术调查官制度实施的经验总结，而是对我国台湾地区、韩国以及日本相关制度实施研究的总结和基于中国国情的制度设计，是否能够解决中国知识产权技术类案件的审理质效问题，仍有待于实践的检验。北京、上海、广州知识产权法院对技术调查官制度实施中的某些不同认识，正是反映了技术调查官制度在中国实施中的一些问题。

（二）实施情况

从目前北京、上海和广州知识产权法院对技术调查官制度的实践情况来看，中国的技术调查官主要包括在编的技术调查官、聘用的技术调查官、交流的技术调查官和兼职的技术调查官四种类型。上述四种类型的技术调查官在三家知识产权法院都是存在的。

③ 杨海云、徐波：《构建中国特色的技术性事实查明机制——走“技术调查官制度为主、技术法官制度为辅”的机制之路》，载《中国司法鉴定》2015年第6期，第7页。

④ 宋晓明、王闯、吴蓉：《〈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〉的理解与适用》，载《人民司法》2015年第7期，第32页。

⑤ 粤知法办〔2015〕2号《关于印发〈广州知识产权法院关于技术调查官参与诉讼活动的暂行办法〉等三个文件的通知》，http://www.gipc.gov.cn/show/big_content.jsp?id=C6C85FC81FD00001A63DAD78128E13DA，2017年1月14日访问。

1. 北京知识产权法院技术调查官制度的实施情况

北京知识产权法院自2015年10月22日正式成立技术调查室,现有39名技术调查官(其中交流的5名,兼职的34名),根据北京知识产权法院于2016年10月25日发布的关于技术调查官制度的运行情况的通报^⑥,至今共有25名技术调查官参与了250件案件的技术事实查明工作,包括参与出庭128件,参与保全、勘验14件,进行技术咨询122件,技术调查官共出具技术审查意见110份。另据《北京知识产权法院工作总结》统计,2015年至今,该院共受理技术类案件1661件,约占2016年总收案数的22%,审结技术类案件674件^⑦。采用技术调查官制度之后,北京知识产权法院的技术类案件审判质效得到明显提升,技术类案件结案率同比上升87%。此外,通报还专门总结了近一年来北京知识产权法院在技术调查官制度适用方面的初步经验,包括灵活设置技术调查官任职类型,探索技术调查官全方位参与诉讼活动机制,探索技术专家委员会运行机制以及“四位一体”技术事实查明机制等。北京知识产权法院是目前唯一一对技术调查官制度的实施进行总结的知识产权专门法院。

2. 上海知识产权法院技术调查官制度的实施情况

上海知识产权法院于2014年12月28日成立,2016年3月16日成立技术调查室,目前聘任11名技术调查官,其中9名为由相关单位推荐的兼职技术调查官,2名是由国家知识产权局专利复审委员会等机构派遣到上海知识产权法院交流常驻的技术调查官,交流年限为一年。此外,上海知识产权法院还聘请18名特邀科学技术咨询专家和18名特邀知识产权咨询专家。根据2016年4月《上海知识产权法院工作总结》,2015年1月至2016年4月,该院共受理各类知识产权案件2247件,其中一、二审民事案件2229件,其他案件18件,审结各类案件1440件;一审受理民事案件为1119件,包括计算机软件423件,发明专利148

件,实用新型195件,外观设计274件,其他79件,其中技术类案件(计算机软件、发明专利和实用新型案件)为571件;二审案件为1110件,其中技术类233件。截至2016年4月20日左右,上海知识产权法院共开展55次专家咨询,17次专家陪审,以及技术调查官接受技术咨询和参与庭审48件次。另有一份数据统计显示,截至2016年11月30日,上海知识产权法院技术调查室共受理技术调查案件35件,完成技术咨询和办理相关事务258件次,参加证据保全、现场勘验等10件次,出庭40次,出具技术审查意见书16份。

3. 广州知识产权法院技术调查官制度的实施情况

广州知识产权法院于2014年12月16日成立,设有5名技术调查官的编制,目前在编技术调查官为3名。2015年4月19日聘请首批29名技术咨询专家,为该院审理重大、疑难、复杂技术问题提供坚实保障,技术咨询专家的服务期为3年。根据2016年4月《广州知识产权法院工作总结》,截至2016年4月13日,共受理各类知识产权案件5781件,审结3729件。另据统计,截至4月22日,广州知识产权法院受理的专利、技术秘密、计算机软件等技术类民事和行政案件占到收案总数的63%以上^⑧。2015年4月22日,由广州知识产权法院审理的广州市乐网数码科技公司诉中国联通广东省分公司案,是广州知识产权法院首例由技术调查官参与庭审的案件^⑨。截至2016年4月统计,该院2015年有技术调查官共参与16件案件的审理工作;截至2016年12月统计,一年来该院共有34件案件启动技术调查官,4件案件启动了技术专家。就技术调查官制度而言,广州知识产权法院认为该制度尚处于起步阶段,目前仍有许多实践层面的问题需要研究解决。

4. 其他法院对技术调查官的运用情况

根据最高人民法院《技术调查官暂行规定》,其他法院审理有关专利、植物新品种、集成电路布图设计、技术秘密、计算机软件等专业技术性较强的民事和行政案件时,也可以参照

⑥ 《北京知产法院:技术调查官制度运行一年初见成效》, <http://www.zhichanli.com/article/40994>, 2017年1月16日访问。

⑦ 《法官“智囊”让裁判更专业》,载《人民法院报》2016年10月28日,第4版。

⑧ 《“技术调查官”首现法庭》,载《羊城晚报》2015年4月23日,第A8版。

⑨ 林广海:《广州故事:知识产权法院多棱镜》,载《法律适用》2015年第10期,第22页。

适用技术调查官制度。根据报道,2015年4月22日,最高人民法院审理礼来公司诉常州华生制药有限公司侵害发明专利权一案中,首次指派技术调查官参与案件诉讼^⑩;2017年4月19日北京市海淀区法院中关村法庭在审理汉王科技股份有限公司诉北京新国人智慧科技股份有限公司计算机软件著作权转让合同纠纷,首次在全国基层法院适用技术调查官制度^⑪。这表明,在中国,包括最高人民法院在内的其他相关法院,审理知识产权技术类案件,如有必要的,均可采用技术调查官来协助解决相关案件的技术事实问题。

二、日本技术调查官制度的建立与实施

中国技术调查官制度“主要借鉴日本、韩国及我国台湾地区有关技术调查官的立法和成熟经验,结合我国司法实践中采用的专家辅助人、司法鉴定、专家咨询等事实查明机制”^⑫而实施的。在日本,“法院调查员制度(judicial research officials system)是一项调查知识产权案件的审理、审判所需的技术性事项,辅佐审判员的制度”^⑬,是日本东京高等法院于1949年4月最初建立的,至今“已有六十余年的历史”^⑭,已经作为知识产权诉讼中的组成部分得以广泛认同。同时,为了实现更具有信赖力和说服力的判决,日本东京还任命一批来自不同技术领域的具有丰富知识和阅历的权威专家、科学家和专利代理人,作为中立和公平的技术专家(Technical advisors,专门委员)参与知识产权诉讼,向法官和诉讼当事人解释诉讼涉及的技术问题,推动纠纷的快速合理解决。技术调查官和专门委员就像“车子的两个车轮一样支持裁判官”^⑮解决知识产权案件纠纷。可见,日本技术调查官制度和专门委员制度是两种协助法官审理知识产权技术类案件的不可分割的制度设计,需要一并加以考察。

(一) 专门委员制度

近年来,日本有关某些专门领域,如涉及医药、建筑和知识产权的案件稳定上升,需要相关领域的专家介入相关案件以便正确裁判。《日本民事诉讼法》(Code of Civil Procedure)在2003年修订时规定了专门委员制度(technical advisors system),2014年4月正式实施,其中第92条(2)-(7)就专门委员参与诉讼的程序、专门委员的任免、工作范围、数量、性质、津贴、回避申请以及处理等事项进行规定。

1. 基本内容

专门委员是兼职的。专门委员的任免、参与案件的程序和工作范围,参与案件诉讼依法应分别支付津贴,差旅费用、日常津贴、住宿费用的数额和支付标准以及回避程序等事项,均由最高法院进行统一规定。在具体案件中,法庭可以在听取双方当事人意见后,依申请或者依职权决定设置一名或多名专门委员,参与诉讼争论点及证据处理程序、证据调查程序以及和解程序。专门委员应遵守参加诉讼的相关规定,如果有认为专门委员不具有资格或者回避的申请提出,相关专门委员应停止参与诉讼,直到法庭作出最终有效的决定。

2. 专门委员制度的实施情况

根据日本知识产权裁判所公布的信息^⑯,知识产权领域的专门委员主要由全国从事最前端的科学技术研究的大学教授和研究者,即“各专业领域的第一人”构成,涉及电气、机械、化学、信息通信、生物工程等多领域,目前约有200人。截至2016年4月1日,已经约有1700人专业委员参与知识产权诉讼,其中大学教授约占65%,律师约占15%,公立研究机构约占11%,民间企业研究者约占9%。有资料说明^⑰,日本现有专门委员的年龄多分布为50岁至70岁之间,主要集中

⑩ 相关报道参见<http://www.chinacourt.org/article/detail/2016/06/id/1910021.shtml>, 2017年4月26日访问。

⑪ 相关报道参见<http://news.sina.com.cn/sf/publicity/fy/2017-04-20/doc-ifypsea9676721.shtml>, 2017年4月26日访问。

⑫ 同注释④。

⑬ “关于知识产权高等法院现状”, <http://www.ip.courts.go.jp/chi/aboutus/current/index.html>, 2017年1月17日访问。

⑭ 凌宗亮:《日本知识产权审判中的技术事实查明制度》,载自知产力(微信ID:zhichanli),2016年2月25日。

⑮ 参见“知的財産権訴訟における専門委員制度について”, <http://www.ip.courts.go.jp/documents/expert/index.html>, 2017年1月17日访问。

⑯ “专门委员制度介绍”,参见<http://www.ip.courts.go.jp/documents/expert/index.html>, 2017年1月17日访问。

⑰ 刘影:《日本技术调查官与专门委员制度》,载《中国知识产权》(总第94期),2015年2月15日。

于化学、机械和电子工程三大领域，实践中机械领域的案件最多，化学领域的案件次之，但专门委员在化学领域案件运用最为频繁。究其原因，是化学领域的案件，法官更需要专门委员的协助才能解释权利要求的范围，对专利的有效性进行判断。在知识产权诉讼过程中，如果需要，还可以举行由三名专门委员组成的技术说明会，来说明案件涉及的技术争议。

根据日本最高法院颁布的《民事诉讼程序规则》^⑮，专门委员的应用不限于知识产权有关的案件中，主要根据其专业知识解释技术事实、证据和诉讼请求中包含的专门术语，便利案件的问题和证据的安排。法庭可以直接指令专门委员参与证据审查和和解程序解释技术问题。专门委员提供的解释仅用做法官和当事人更好地理解诉讼请求以及证据的基础，不能作为处理当事人权利的的证据，也不得用于法庭决定双方当事人有争议事实的材料。总体来说，专门委员不介入具体的权利义务认定，但该制度的运用，能够促进裁判所对知识产权技术类案件的审理更加准确和快速。

（二）裁判所技术调查官制度

日本《民事诉讼法》（2005年修订）第92条（8）是关于裁判所技术调查官的规定。“裁判所技术调查官”和“专门委员”的相关规定作为《民事诉讼法》第五章“Court Proceedings”中第二部分“Technical Adviser, etc.”的内容。

1. 基本内容

根据相关规定，这里用来表达“裁判所技术调查官”英文是“Judicial Research Official in Cases Relating to Intellectual Property”，直译为“知识产权相关案件中的司法研究官员”，表明“裁判所技术调查官”制度是《日本民事诉讼法》规定的专门解决知识产权有关案件中技术问题的制度，仅适用于知识产权有关案件。这里的“技术调查官”与我国知识产权案件中引入的“技术调查官”（technical investigator）是等同的。根据规定，法院/法庭认为如果有必要，可以指派一名技术调查官负责高等法院或地区法

院中知识产权相关案件审理和裁决的审查。技术调查官根据主审法官的指令，负责以下事务：

（1）在口头辩论、听证、证据交换安排、决定是否存在提交相关法律文件的义务以及其他与庭审程序进展有关证据或问题的决定程序中，向诉讼当事人提问或督促当事人提供证据证明有关事实或法律问题；（2）在审查证据时直接向证人、当事人或专家证人提问；（3）在和解程序中基于专业知识发表意见；（4）向法官陈述对案件的意见。《民事诉讼法》第23-25条有关对法官的回避要求以及回避程序同样适用于裁判所调查官。如果当事人提出申请认为参与案件的裁判所技术调查官不适格或者应回避的，该裁判所调查官自申请提出之日起不再参与案件，直至法庭作出最终有效的决定。

2. 实施情况

根据日本特许厅官员的介绍^⑯以及日本知识产权高等裁判官方公布的情况^⑰，目前，日本知识产权高等裁判所、东京地方裁判所和大阪地方裁判所的知识产权部配置裁判所调查官。裁判所调查官为裁判所的专职职员，其由具备机械、化学、电气等技术领域的专业知识和特许法知识的人士组成。日本全国共有21名裁判所调查官，其中东京高裁11名，东京地方法院7名，大阪地方法院3名；其中19名是特许厅借调人员。这些技术调查官通常为特许厅审判部的资深审判员，派遣期限为3年，任期结束后返回特许厅；还有部分为专利代理人，由专利代理人协会推荐。裁判所调查官接受裁判所的命令，原则上参与所有特许（发明专利）和实用新型等技术类知识产权诉讼，对该案审理及判决所需的技术事项进行调查。技术调查官作出的调查报告不予公开，其调查结果不能直接作为用于案件事实以及权利认定的证据。裁判所调查官仅对具体案件负责，其与法官之间不是一一对应的关系。对于技术调查官在知识产权技术类案件审判中所发挥的实际作用，根据日本资深前法官三村量一^⑱认为，技术调查官在知识产权技术类案件的审理中发挥作用

^⑮ “2014 Outline of Civil Procedure in Japan”，http://www.courts.go.jp/english/vcms_1f/20140417-civil-design.pdf。

^⑯ 2016年10月21日，受日本知识产权研究教育财团知识产权研究所邀请，专门拜访日本特许厅审判部，就日本知识产权行政判断与司法审判的相关实务问题进行交流。

^⑰ “Use of Expert Knowledge about Technology”，http://www.ip.courts.go.jp/vcms_1f/07_5syo.pdf，2017年1月17日访问。

^⑱ 受日本知识产权研究教育财团知识产权研究所邀请，2016年10月21日有幸拜访长岛·大野·常松法律事务所，日本前法官三村量一介绍了日本知识产权诉讼中的相关情况。

明显，通常在专利无效案件中所起作用要更大，因为在专利侵权诉讼中法官更加注重自己的判断。

（三）专门委员、裁判所调查官与技术鉴定人和的衔接与配合

在知识产权技术类案件的审理过程中，涉及相关技术问题时，会出现专门委员、技术调查官和技术鉴定人同时参与案件的情形，尤其涉及某些高度专业的先进技术领域的案件，裁判所指派技术调查官参与案件的同时，也会指派专门委员参加，甚至指派3名专门委员参加，并与当事人一起举行技术说明会。在这种情况下，专门委员、裁判所调查官以及技术鉴定人各自的法律地位以及各自意见的法律效力是不同的。专门委员为裁判所非在职职员，通常为全国某一领域的“第一人”，接受最高法院的任命，任期通常为2年，根据参与案件领取津贴，仅就案件涉及的技术问题及相关术语进行说明，不接受诉讼当事人的讯问，其意见不能直接作为证据予以认定。裁判所调查官为裁判所的专职职员，根据法官指令参与案件，就案件涉及的技术事实进行调查并报告，基本参与所有诉讼程序，在调查中可以向当事人进行询问，但不接受当事人的询问，调查意见和报告不公开，也不能直接作为证据予以认定，仅供法官裁决的自由心证。技术鉴定人不是裁判所职员，没有任期限制，根据委托在具体案件中就相关技术问题作出判断并提交鉴定结论。鉴定结果要接受当事人的质询，如无相反证据，可以作为证据予以认定，直接作为裁判的基础。专门委员、技术鉴定人和裁判所调查官在知识产权技术类案件的审理过程中，各自履行职责，相互配合，达到解决相关案件中技术问题的目的。

三、我国技术调查官制度实施中存在的问题及完善

中日两国设置技术调查官的目的是相同的，即通过在知识产权案件的审理中引入既具有专门技术领域知识，又具备专利法知识的技术人员，协助法官整理与诉讼有关的技术事实与问题，提高案件的审理质量和效果。技术调查官不涉及案件中法律权利义务的判断，仅作为法官的技术助

手，发挥技术专长，澄清技术问题。自2015年以来，技术调查官对我国知识产权技术类案件的审理所发挥的作用已经有所显现，但其在实际操作层面仍存在一些问题，有待进一步解决。

（一）技术调查官定位应处理好三组关系

技术调查官的定位是技术调查官制度实施的核心问题，虽然最高人民法院发布《技术调查官暂行规定》明确“技术调查官属于司法辅助人员”，但从目前北京、上海和广州知识产权法院对技术调查官制度的实施情况看，技术调查官虽然起到辅助法官的作用，但是没有明显体现出“司法辅助人员”的特有功能。技术调查官“司法辅助人员”角色的体现，关键在于处理好几个关系。

首先，要处理好技术调查官的专职与兼职的关系。总体来说，知识产权技术案件在知识产权专门法院所占的比例不少，数量可观，技术调查官的工作时间和工作效率需要得到较好保证。如何保证兼职技术调查官的工作时间和工作效率，是实际面临的问题。日本仅在知识产权专门法院设置专职的技术调查官，这种做法值得思考和借鉴。根据报道，北京知识产权法院下一步打算形成以交流和兼职技术调查官为主、聘用技术调查官为辅的工作模式^②，这是需要进一步慎重思考的。

其次，要处理好兼职技术调查官和技术专家的关系。三家知识产权专门法院在聘任不少兼职技术调查官的同时，还聘任了不少技术专家（北京知识产权法院）、知识产权咨询专家和技术咨询专家（上海知识产权法院）以及技术咨询专家（广州知识产权法院）。他们均是兼职型，均为法官审理知识产权技术类案件服务。日本设有专门委员，主要在医疗、建筑以及知识产权等案件中起着技术咨询的作用，他们通常是相关技术领域的“行业第一人”，专门解决某些尖端并且一般的技术人员难以解决的问题，主要从技术角度对相关案件的技术问题提供说明，并不要求其具备特许法相关的知识。总体来说，日本法官在什么情况通过技术调查官解决问题，什么情况启动专门委员，甚至召开技术说明会，从制度设计上定位就比较明确。由于技术调查官制度的实施时

^② 同注释⑥。

间不长,我国对技术调查官和技术专家作用的协调机制仍然比较模糊。建议由最高人民法院统一颁布协调有关技术调查官和技术专家的规定,统一定位兼职技术调查官、兼职技术专家以及兼职知识产权咨询专家在知识产权技术类案件中的作用,及其与技术调查官之间的关系问题。

再次,要处理好技术调查官和法官的关系。技术调查官制度实施的过程中,不少人担心“在涉技术类知识产权案件的审理中,法官往往依赖专业人员出具的技术意见作出裁判,故社会上对法官变相让渡司法裁判权的质疑长期存在”^{②③},担心技术调查官制度实施的初衷是让技术调查官称为法官的助手,而事实上技术调查官有可能通过法官的手行使了审判权力。因此,在技术调查官制度实施的过程中,要注意规范好法官和技术调查官之间的关系。但是,这一问题不是实施技术调查官制度之后出现的新问题,应该说,在所有过去涉及技术咨询的案件中同样都有可能。在中国,担任审判长的法官在审判业务能力和阅历上具有较为丰富经验的法官,通过各种考核和选拔,深知“让审理者裁判,让裁判者负责”中的“审理者”和“裁判者”指的是法官,而不是“技术调查官”。

总体来说,对于技术调查官的兼职和专职以及技术调查官和技术专家的问题,可以由最高人民法院进行统一规定,对于技术调查官和法官的关系问题则需要实践中进行把握。

(二) 工作机制应以专职技术调查官为主

中日在技术调查官的人员构成方面具有明显区别。日本的技术调查官均为法院专职人员,而中国目前的技术调查官,既有法院的在编工作人员^{②④},又有来自国家知识产权局专利复审委员会的交流审查员^{②⑤},还有来自科研院所、企业以及国家知识产权局专利审查协作中心的兼职技术调查官员^{②⑥}。从日本技术调查官制度运行的情况看,技术调查官的设置目的与专门委员制度是不

同的,技术调查官是作为法官的技术助手,基本全程参与技术类案件的诉讼程序,而不仅仅限于某个技术事实以及技术术语的解释。因此,技术调查官要比专门委员更加深入参与案件的诉讼过程,正是出于这样的考虑,日本将技术调查官定位为法院的专职工作人员,以确保其有充分的时间和精力投入到技术案件的审理中。从中国目前的实践看,大部分技术调查官是兼职的,如北京知识产权法院“已初步形成了以交流和兼职技术调查官为主、聘用技术调查官为辅的工作模式”^{②⑦}。一方面,兼职的技术调查员因有其各自的本职工作,无法完全根据法官的需要参与案件诉讼过程,另一方面技术调查官的兼职,就很难确保其在相关案件上的中立和公正。因此,我国技术调查官的工作机制必须根据实践需要加以调整,应建立更加适合解决技术类案件中技术问题的工作机制,比如分案件领域建立以专职技术调查官为主的队伍。

(三) 回避机制需统一

技术调查官作为司法辅助人员,应当确保其法律地位的中立性。回避制度的实施是技术调查官中立的制度保障。由于技术调查官在中国实施的时间不长,人员来源较为广泛,兼职型和交流型较多,因此实践中,难免会有对技术调查官的中立性发生质疑的情形。如有学者认为,“在专利行政案件的审理中,存在立场冲突问题”^{②⑧},“以北京知识产权法院为例,该院所任命的交流型技术调查官主要来源于专利行政审查部门或其下属事业单位,在其以技术调查官身份参与专利行政纠纷案件审理时,难免会受到案件当事人对其中立性和公正性的质疑,实践中也的确发生了以此为由申请回避的情形。”^{②⑨}技术调查官与法官或者其他司法辅助人员一样,必须有相应的制度来保障其法律地位的中立性和公正性,这是司法公正的具体体现,也是司法权威之所在。调研中发现,某些专利代理人或者律师,非常担心技术调查官履职中的中立性问题。是否需要对其

②③ 许波、仪军:《我国技术调查官制度的构建与完善》,载《知识产权》2016年第3期,第80页。

②④ 根据资料显示,目前广州知识产权法院的3名技术调查官为法院在编工作人员。

②⑤ 根据资料显示,目前上海知识产权法院的2名技术调查官为国家专利复审委员会的交流审查员,另外9名为兼职技术调查官。

②⑥ 北京知识产权法院公布的37名技术调查官都是兼职的技术调查官。

②⑦ 同注释⑥。

②⑧ 强华刚:《试论中国知识产权法院技术调查官制度的建构》,载《电子知识产权》2014年第10期,第86页。

②⑨ 许波、仪军:《我国技术调查官制度的构建与完善》,载《知识产权》2016年第3期,第79页。

术调查官的中立性给予超过审判人员中立性的关注，还是可以给予同等对待？对于这一问题，日本实施技术调查官的经验可提供参考。日本实施技术调查官制度，至今已有十多年的历史，大部分技术调查官来自日本特许厅审判部的借调人员，适用与法官相同的回避要求和回避程序，但实践中没有人因为技术调查官的来源而质疑其公正性，尽管实际上技术调查官的作用在专利无效案件中比专利侵权案件中还要更大。法官审理技术类案件需要向专家或者技术人员咨询，是实践中一直存在的。技术调查官制度的实施，使得知识产权技术类案件的法官咨询机制得以公开化和常规化。因此，技术调查官的回避与审理案件的法官回避，在实质上没有不同。

尽管最高人民法院发布的《技术调查官暂行规定》已经明确技术调查官必须遵守回避制度，规定“当事人有权申请技术调查官回避。技术调查官的回避，参照适用民事诉讼法、行政诉讼法等有关审判人员回避的规定”^⑩。根据《民事诉讼法》（2013年）第46条规定，“院长担任审判长时的回避，由审判委员会决定；审判人员的回避，由院长决定；其他人员的回避，由审判长决定”。但在技术调查官回避机制的具体落实上，北京、上海和广州知识产权法院作了不同的规定，上海和北京知识产权法院规定由审判长决定^⑪，而广州知识产权法院规定由本院院长决定^⑫。由此可见，上海知识产权法院和北京知识产权法院将技术调查官视为案件审理中的“其他人员”，而广州知识产权法院将技术调查官视为“审判人员”。三个知识产权专门法院对技术调查官回避问题的不同处理方案，从某种程度上反映了知识产权法院对技术调查官到底是“审判人员”还是“其他人员”认识的不统一。从最高人民法院《技术调查官暂行规定》的规定来看，应当将技术调查官视为“审判人员”。为了避免出现分歧，最高人民法院在修订和完善《技术调查

官暂行规定》时，应明确技术调查官回避应按照审判人员的回避程序进行。

（四）技术调查报告的法律效力及是否公开应明确

技术调查报告的法律效力以及是否公开的问题，一度也成为不少人，尤其是参与案件的律师们所关心的问题。实践中，确实有某些技术调查报告的结论被公开的现象，甚至新闻报道中出现相关技术调查官发挥了很大的作用，法官基本采信了该技术调查报告并作出裁决的描述^⑬。这种新闻报道导致败诉的当事人认为，技术调查报告极大地影响案件的裁决，因此自己有权了解技术调查报告的内容，并要求对技术调查报告在案件审理中予以论证。台湾地区和日本对于是否公开技术调查报告存有诸多争议，部分人主张应予公开，台湾地区“智慧财产案件审理法”第8条也规定，法院已知之特殊专业知识，应予当事人有辩论之机会，适得采为裁判之基础^⑭。关于我国技术调查报告的法律效力，最高人民法院《技术调查官暂行规定》明确规定了“技术调查官对案件裁判结果不具有表决权”“技术调查官提出的意见应当记入评议笔录，并由其签名”“技术调查官提出的技术审查意见可以作为法官认定技术事实的参考”，但是“参考”一词语义模糊，无法准确表达技术调查报告的法律效力状态，也没有就技术调查报告是否公开作出明确规定。上海知识产权法院和广州知识产权法院均按照上述规定确定技术调查报告的法律效力，但对于法官应如何处理技术审查意见，广州知识产权法院明确规定“法官不予采纳的，应当作出说明”，上海知识产权法院没有进一步明确。至于技术审查意见是否公开的问题，上海知识产权法院明确技术审查意见“不接受当事人及其代理人的查阅”，但广州知识产权法院没有予以明确。此外，上海知识产权法院还明确了技术调查官与技术专家委员会的关系，规定“技术调查官

⑩ 《最高人民法院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》第5条。

⑪ 具体参见《上海知识产权法院技术调查官参与诉讼活动工作规则》（试行）第8条和《北京知识产权法院技术调查官回避实施细则》（试行）第8条。

⑫ 具体参见《广州知识产权法院关于技术调查官参与诉讼活动的暂行办法》第5条第6款。

⑬ 具体参见“上海知产法院技术调查官出具首份技术审查意见书”，<http://shfy.chinacourt.org/article/detail/2016/06/id/2000766.shtml>，2017年1月17日访问。

⑭ 宋汉林：《知识产权诉讼中的技术事实认定——兼论我国知识产权诉讼技术调查官制度》，载《西部法学评论》2015年第5期，第17页。

认为,技术问题疑难复杂需要进一步确定的,可以报请合议庭同意后,提请技术调查室召开相关技术领域的技术专家委员会会议讨论”,而广州知识产权法院没有规定。由此可见,在技术调查官的法律地位以及技术调查报告的法律效力方面,三个知识产权专门法院在某些细节上确有不同的认识。如何更好地建立技术调查官工作的中立性和规范性,需要由最高人民法院就技术调查官所涉及的方方面面问题作出统一规定。

(五) 技术调查官的作用有待进一步发挥

从三个知识产权专门法院对技术调查官的实施情况看,在过去的一年多时间内,技术调查官在中国三个知识产权法院的运用情况有所不同。根据相关统计数据,北京知识产权法院对技术调查官运用的效果最为明显,采用技术调查官之后,技术类案件审判质效明显提升,结案率同比上升87%;上海知识产权法院对技术调查官的使用频率要远远高于广州知识产权法院。广州知识产权法院成立一年多以来,只有34件案件启动了技术调查官,与其审结的3000件左右的技术类案件相比,技术调查官的使用频率很低。这说明,中国各知识产权法院对技术调查官的实际使用情况比较不平衡,也就是说,技术调查官在各知识产权法院发挥的作用不尽相同。究其原因较多,制度初创阶段,法院对技术调查官作用的认识,以及法官审理案件的习惯均有待根据情况加以变化。

从日本的情况看,日本的技术调查员原则上参与所有涉及发明专利和实用新型的案件。调研发现,技术调查官制度在日本已经运用得比较成熟,技术调查官的作用已经发挥比较明显。根据日本知识产权高等裁判所于2016年7月发布的统计数据^⑤,日本知识产权高等裁判所2015年审结的知识产权一审案件为269件,审结的二审案件为162件,其中技术类案件(发明专利和实用新型)约占48.8%,为210件左右。也就是说,日本知识产权高等裁判所的11名技术调查官在2015年原则上参与了210件左右的技术类案件。另有

资料显示,“2014年,日本知识产权高等法院共审理商标、外观设计、专利等案件416件,技术调查官参与审理了其中的25件案件。”^⑥总体来说,技术调查官在日本的知识产权技术类案件中发挥着较为稳定有效的作用。在这一点上,虽然中国目前技术调查官参与案件的数量可能已经超过日本,但由于中国知识产权技术类案件的总数几乎是日本的数十倍之多,因此在中国技术调查官所能发挥的作用仍有待进一步挖掘,并且不应仅仅停留在形式上,应真正切实发挥技术调查官的作用。

(六) 技术调查官仅限解决技术问题

技术调查官制度在我国实施一年以来,成效明显,但也发现了不少问题,除了上文已经提及的工作机制、回避机制和作用发挥外,还存在一些实践中的看似细微但很影响技术调查官工作的问题。比如,关于技术调查官在具体案件中如何进行发问,应问哪些内容。根据报道,在广州知识产权法院首次使用技术调查官的广州市乐网数码科技公司诉中国联通广东省分公司著作权侵权纠纷案中,技术调查官对双方当事人及相关人员进行了发问:“证人,你方集中管控系统针对哪个用户开发?是否曾对涉案软件做过需求调查,是否有项目要求书?”“该软件在哪些地方的营业厅使用过?”^⑦虽然新闻报道称技术调查官围绕涉案软件的技术性问题进行发问,但从描述的问题看,这几个问题实质上属于非技术问题,而是法律问题。从技术调查官设置的初衷来说,技术调查官解决的问题只能是涉案的技术问题,不能逾越涉及法律关系判断的非技术问题。

四、最高人民法院应统一制定技术调查官管理规范

最高人民法院虽然于2014年12月31日已经发布《技术调查官暂行规定》,就技术调查官的相关问题做了统一规定,但该规定只有十条,内容过于原则,不宜实施操作。此外,在该暂行规定制定之时,中国并没有开展技术调查官的实践,

^⑤ 具体参见http://www.ip.courts.go.jp/vcms_1f/10_8syo.pdf, 2017年1月17日访问。

^⑥ 凌宗亮:《日本知识产权审判中的技术事实查明制度》,载《上海法治报》2016年3月2日。

^⑦ 《技术调查官”首次亮相国内法庭》, http://www.gipc.gov.cn/show/w/big_content.jsp?id=9267de22a2134b8e96b5580038309356, 载《南方日报》2015年4月23日,第4版,2017年5月4日访问。

所以该规定更多的是理论思考和域外技术调查官制度实施的经验总结，不是中国实践经验的总结。在此种情况下，北京、上海和广州知识产权法院为更加明确地实施技术调查官制度，各自分别发布技术调查官的工作规范和选拔管理办法。这些工作规范和和管理选拔办法，既有许多相同或者类似的内容，也有一些不同的规定。比如，上海知识产权法院与广州知识产权法院关于技术调查官的回避决定权、法官是否需要和技术调查报告予以采纳及否定意见的要求就有不同规定，两所法院在技术调查官应具备的条件上也有不同的规定。这些规定的不同，虽然是基于各个法院的不同情况考虑的，但是技术调查官作为国家的司法辅助人员，是国家法定的司法人员的组成部分，不是由各个法院决定的一般的聘用人员。在技术调查官制度实施初期，各知识产权专门法院

在探索技术调查官制度实施的过程中，各自颁布相关办法无可厚非。但是，随着我国对知识产权技术类案件审理的成熟以及技术调查官制度实践的深入，最高法院有必要总结各个知识产权法院的具体经验，将所有涉及技术调查官的基本问题予以统一规定，包括技术调查官的资质、选拔条件、职责范围、法律定位，在知识产权专门法院和其他法院的不同适用情况，参与工作的程序，回避程序，以及技术调查官与技术专家的咨询、与技术说明会的关联，技术调查报告的法律效力以及是否公开等问题。只有最高人民法院对涉及技术调查官制度实施的问题作出统一明确的规定，避免技术调查官制度在不同法院实施出现差异并造成技术调查官工作缺乏规范性的恶劣影响，才能真正保障技术调查官作为国家司法辅助人员在技术类案件审理中的中立性和权威性。■