

DOI:10.13216/j.cnki.upcjess.2019.02.0006

民事鉴定意见:地位、程序问题和审查要点

——以几起典型知识产权案件为例

梅玉山

(中国人民大学法学院,北京 100872)

摘要:在民事纠纷中,鉴定意见出现的频率颇高;鉴定意见由于其科学性和专业性,通常是审判的重要参考甚至是依据,常人难以通过经验和一般知识对其内容进行分析,因此鉴定意见的质证显得尤为重要。实践中鉴定意见所包含的典型的程序性问题主要有鉴定程序的启动、鉴定材料质证与取样和鉴定人的出庭。程序问题的审查要点分为程序问题是否属于程序瑕疵、违反何种法律规范、采取是否会影响鉴定意见的真实性、是否严重侵害了公共利益及当事人的实质性诉讼权利。为了应对“诉讼爆炸”与司法资源严重不足的矛盾,法院需要在公正与效率之间作出平衡选择。通过严格限制法院的自由裁量权,加强裁判文书的说理,保障当事人上诉、申请再审等寻求救济的途径,在维护最低限度诉讼公正的前提下提升诉讼效率。

关键词:民事鉴定意见;程序问题;审查;反思

中图分类号:D925.1 **文献标识码:**A **文章编号:**1673-5595(2019)02-0043-08

鉴定意见是指具有鉴定资格的专业人员就案件中的专业问题向司法机关提供的专家意见。^[1]由于其专业性强,实务中多将关注点放在鉴定意见的内容质证上,例如知识产权案件不仅依靠专家证人,同时也引入技术调查官^①来辅助法官对鉴定意见进行内容认定,却忽略了其程序问题。

作为特殊的民事案件,知识产权案件具有新、专、尖特点,其出现的问题也是司法实务中的典型和难点,因此本文拟通过分析最高院发布的公报上涉及鉴定意见程序问题的知识产权案件,试着归纳出鉴定意见程序问题的审查要点。

一、鉴定意见的地位

理论上,鉴定意见是具有专门知识的人得出的意见性结论,具有极强的主观性。鉴定意见的形成运用了专门知识,具有一定的科学性,虽然一般人难

以理解,但实践中鉴定意见的证明力要高于一般的书证、视听资料和证人证言。

(一)意见性证据

鉴定意见是一种“意见性证据”,属于鉴定人员的主观性评判。鉴定人员的主观性可能存在误差,因此鉴定意见必须接受质证,必须从形式、内容、程序等方面进行审查。也就是说,作为法定证据的一种,鉴定意见必须满足证据的客观性、关联性与合法性,并综合全案以及其他证据,才能进行裁判,若存异议,法官必须进行心证判断该鉴定意见的证据资格和证明力。如富士宝家用电器有限公司诉家乐仕电器有限公司专利侵权及侵犯商业秘密纠纷案^②的判决书中写道:“鉴定结论和审计报告是专家的分析意见,法院只能将其作为判案的参考,而非依据。”由于鉴定意见在理论上只是

收稿日期:2018-04-29

修回日期:2018-07-24

作者简介:梅玉山(1993—),女,贵州黄平人,中国人民大学法学院硕士研究生,研究方向为刑事诉讼法学、证据法学。

① 参见《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第61条、《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》和《知识产权法院技术调查官选任工作指导意见(试行)》。

② 具体内容参见《最高人民法院公报》1999年第2期(总第58期)。

法院裁判的参考,因此在鉴定意见没有得出确定性“结论”的时候^①,或出现多个矛盾的鉴定意见的时候^②,法官不得拒绝裁判,必须根据自由心证以及举证责任规范进行裁判。

(二) 实践中鉴定意见的地位

1. 证明力优先

鉴定意见属于法定的证据种类。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第77条规定,鉴定意见的证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。

2. 裁判依据

由于常人无法根据经验和常识对鉴定意见的专门性问题进行正确认定,而鉴定意见又具有科学性,因此,鉴定意见具有证明力上的天然优势。实践中,特别是在知识产权案件中,法院一般倾向于将鉴定意见作为裁决的依据。在知识产权案件中,鉴定可分为常规鉴定和专业鉴定。专业鉴定涉及技术事实的判断,其判断结果直接决定是否侵权、是否相似等法律问题,因此鉴定意见往往是关键证据,直接影响诉讼结果。

司法实务中鉴定意见出现的频率颇高。本文在北大法宝的“司法案例”板块进行关键词为“鉴定”的全文精确检索,发现超过49万件知识产权案件中,有超过21000件涉及鉴定。^③

鉴定意见理论和实务中的错位,以及鉴定意见在司法实践中出现的高频率,使得鉴定意见的质证显得尤为重要。

二、典型案例中的程序问题

由于鉴定意见具有专业性,对其内容和结论的审查,可以由专家辅助人或者技术调查官进行;法律要求鉴定意见必须采取书面形式^④,且鉴定意见的形式瑕疵比较容易判断,因此本文主要讨论鉴定意

见中的程序问题。

社会科学的实证研究基本上分两大类:一类是定量研究方法,一类是定性研究方法。^[2]定量分析除了运用计量经济学分析,还有运用法律制度的具体事例,但不一定关注被分析事例的样本代表性、不一定对数据进行复杂的量化处理。^[3]本文筛选了几个经典的知识产权案例,并对其出现的典型的鉴定意见程序性问题进行分析。

本文归纳出的鉴定意见所包含的典型的程序性问题主要有以下几类:

第一,鉴定程序的启动。鉴定程序的启动包含两个问题,即是否必须启动鉴定程序和启动的方式。启动的方式包括当事人向法院申请启动和法院依职权启动,这其中涉及非当事人(例如诉讼参加人)是否有权向法院申请启动的问题。

第二,鉴定材料的真实性质证。鉴定材料的真实性是鉴定的前提,因此鉴定意见必须经过当事人的质证,保证其来源的真实性、重要鉴定材料取样的规范性,同时要注意鉴定过程是否受污染的问题。

第三,鉴定人的出庭。作为法定证据的一种,鉴定意见必须经过双方当事人的质证,否则不能作为裁判依据。在质证过程中,鉴定人要出庭接受双方的询问,这就涉及鉴定人出庭必要性的判断。

(一) 鉴定程序的启动

1. “有鉴定的必要”是启动的前提

所谓“有鉴定的必要”是指综合全案证据等无法对专业事实问题进行判断。其中有以下几点值得注意:

第一,必须是综合全案证据之后还无法进行判断。如果已能进行判断,则没有必要启动鉴定程序。此时当事人以此上诉,则诉求得不到支持。

第二,必须是针对专门性问题无法判断。鉴定意见是针对专门性的科学认识的判断,如果法官能

① 在莱州市金海种业有限公司诉张掖市富凯农业科技有限责任公司侵犯植物新品种权纠纷案中,根据《玉米品种鉴定DNA指纹方法》的规定,品种间差异位点数小于1,为相同品种;大于等于2,为不同品种。当事人双方样品经鉴定仅有1个差异位点,依据行业标准判定为近似。此时就应该综合其他因素判定是否为不同品种,如可采取扩大检测位点进行加测,以及提交审定样品进行测定等。双方对该检测报告不持异议。根据专利法的规定,此时举证责任在被告侵权方富凯农业科技有限责任公司,由于其无法提供DUS检测推翻其侵权推定,而判定其构成侵权。参见甘肃省高级人民法院[2013]甘民终字第63号民事判决书。

② 在蒋光辉、武利军侵犯商业秘密案中,针对涉案的两项技术信息共出现了5家鉴定机构、6份鉴定意见。二审法院经审理认为,由于不能排除涉案两项技术信息已经被使用公开的合理怀疑,蒋光辉、武利军不构成侵犯商业秘密罪。参见江苏省无锡市中级人民法院[2017]苏02刑终38号刑事判决书。

③ 通过“技术分析”等关键词进行搜索时,出现的相关知识产权案件不超过500件,因此主要考虑用“鉴定”这个关键词进行搜索所得出的结果。参见网址:<http://www.pkulaw.cn/Case/>,最后访问日期:2018年6月23日。

④ 《中华人民共和国民事诉讼法》第77条第2款规定:“鉴定人应当提出书面鉴定意见,在鉴定书上签名或者盖章。”

够运用社会经验和常识,或者能以其自身的专业知识进行判断,则无需鉴定意见的辅助。

第三,必须是对事实进行判断。法律判断,例如是否侵权,属于法官的职权范围。鉴定意见在专门问题方面的结论本身就有侵犯法官职权之嫌,需要严格限定在“事实”范围内,且法官还必须对鉴定意见进行审查,“否则无异于将对案件事实的审查权让渡于鉴定机构”^①。

但是在涉及具有复杂技术内容的事实查明机制中,应正确处理当事人主义和法院职权主义的关系,在当事人申请鉴定的情况下,原则上应同意当事人申请;在当事人未申请鉴定的情况下,为了查明事实需要,法院也可以依职权主动进行鉴定。^②

2. 启动的方式

(1) 法院依职权委托专业机构进行技术鉴定

法院依职权启动来源于《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)第76条的规定:“当事人未申请鉴定,人民法院对专门性问题认为需要鉴定的,应当委托具备资格的鉴定人进行鉴定。”但是法院在依职权委托鉴定时,必须告知当事人其依职权委托鉴定的事项,让当事人参与抽选鉴定机构和鉴定人员;在确定鉴定机构和鉴定人员之后,还必须通知当事人。这是保障当事人程序参与权的重要内容。

在湖北午时药业股份有限公司与澳诺(中国)制药有限公司、王军社侵犯发明专利权纠纷案中,一审法院没有通知当事人,而是直接依职权委托鉴定机构对争议事项进行鉴定。当事人不服提起上诉,二审判决理由认为“一审法院在依职权委托专业机构进行技术鉴定时,未通知当事人的行为,存在不妥之处,但并不构成鉴定程序违法,故该鉴定报告仍可作为本案定案的依据”。^③

本案中,午时药业股份有限公司生产的新钙特牌“葡萄糖酸钙锌口服溶液”送检材料经过公证,且午时药业股份有限公司也未提出异议,推定送检材料合

格,法院依职权进行鉴定未通知当事人不会导致鉴定意见失真,不会影响实体事实,因此不属于“程序严重违法”。但也并非如二审判决所述“并不构成鉴定程序违法”。

程序参与原则是民事诉讼中的基本原则,包括保障当事人的“诉讼知情权”和“诉讼听审权”。“诉讼听审权”是“当事人等在诉讼过程中享有的对程序事项和实体事项的获得听审或表达意见的权利”^{[4]68-69}。法院委托鉴定机构后通知当事人属于当事人的诉讼听审权的范畴。《最高人民法院关于对外委托鉴定、评估、拍卖等工作管理规定》第13条规定:“司法辅助工作部门专门人员收案后,除第十一条第二款的情况外,应当在3个工作日内采取书面、电传等有效方式,通知当事人按指定的时间、地点选择专业机构或专家。”根据《最高人民法院、司法部关于建立司法鉴定管理与使用衔接机制的意见》的要求,山西省运城市中级人民法院司法技术处下发了《关于鉴定机构告知相关人员的规定》,规定强调“鉴定机构收到案件移送资料函后,应在两个工作日内告知双方当事人及案件承办法官鉴定机构的联系人和联系方式”,以保障当事人的权利。《司法鉴定程序通则》第7条规定:“司法鉴定人在执业活动中应当依照有关诉讼法律和本通则规定实行回避。”《人民法院对外委托司法鉴定管理规定》第12条规定:“遇有鉴定人应当回避等情形时,有关人民法院司法鉴定机构应当重新选择鉴定人。”由此可知,法院委托鉴定机构通知当事人,还关涉到当事人申请鉴定人回避等程序性事项,如果鉴定人应当回避而没有回避,将直接导致鉴定意见的无效。因此,法院在依职权委托专业机构进行技术鉴定时,未通知当事人的行为违反了法律规定,属于程序违法。且剥夺了当事人提出申请鉴定人回避等事项的诉讼权利。

本案中,当事人不服法院依职权委托鉴定未通知的行为,因此提起了上诉。上诉属于一种法律上的救济,不过上诉审更加重视“公益”性质和实体真实。

① 参见最高人民法院[2011]民申字第259号民事裁定书。

② 有学者认为民事诉讼中鉴定程序启动权的性质是举证权,应当尽量限制司法权对民事鉴定启动权的干涉,“在民事诉讼中把鉴定程序启动权认定为双方的权利,而不是法院的权力,将会更加科学,更能够保障当事人诉权的实现”。参见岳军要《论民事鉴定权的诉讼保障功能》,载于《中国司法鉴定》2011年第5期第81~84页。

③ 参见最高人民法院[2009]民提字第20号民事判决书。

④ 在山西煤炭运销集团旧街煤业有限公司诉阳泉市郊区平坦镇坡头村村民委员会等财产损害赔偿纠纷案中,检察机关抗诉书认为人民法院对外委托鉴定未征求当事人意见,也未经当事人协商一致,但在再审庭审中并未提供相应证据予以证实,并且在原审诉讼中,双方当事人均同意且配合人民法院委托的鉴定机构进行鉴定工作,故检察机关认为人民法院对外委托鉴定违反法律规定不能成立。参见:[2016]晋03民再字8号山西煤炭运销集团旧街煤业有限公司诉阳泉市郊区平坦镇坡头村村民委员会等财产损害赔偿纠纷再审案民事判决书。

本案结合具体案情发现实体真实并不会因此受到影响,因此二审法院没有否定一审鉴定意见的效力。^④

在实际审判中,法院并不会仅以依职权委托鉴定没有通知为由而否定鉴定意见的证明力,而是如果从该行为中存在的瑕疵可能导致鉴定意见错误,比如鉴定材料的问题,才会推翻或动摇鉴定意见的效力。这可以看出,我国法院审判坚持“实体优先”的理念。

《最高人民法院关于民事诉讼证据的解释(征求意见稿)》第105条第2款规定:“人民法院依职权委托鉴定的,可以在询问当事人的意见后,指定具备相应资格的鉴定人。”针对实践中法院依职权委托鉴定自主决定鉴定机构和鉴定人员的现象,该条提出了“询问当事人的意见”的要求,但是“可以”一词赋予法院询问与否的决定权,因此,本文建议将“可以”替换为“应当”,以督促法院在司法实践中进一步尊重当事人的诉讼主体地位。

(2)当事人放弃申请鉴定后,对该证据真实性的审查判断

根据《民事诉讼法》第76条规定:“当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。”《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第25条第2款规定:“对需要鉴定的事项负有举证责任的当事人,在人民法院指定的期限内无正当理由不提出鉴定申请或者不预交鉴定费用或者拒不提供相关材料,致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的,应当对该事实承担举证不能的法律后果。”从法条字面上可以理解为:由于当事人的原因导致没有得出鉴定意见,无法通过鉴定意见认定案件争议事实的,由负担举证责任的当事人承担举证不能的法律后果。

在深圳市硕星交通电子设备有限公司与玉环隆中机车零部件有限公司专利实施许可及技术服务合同纠纷案^①中,当事人对沈某工作笔记的真实性等申请鉴定却未缴纳鉴定费用的行为被视为放弃鉴定申请,二审法院没有直接否认沈某工作笔记的真实性,而是认为“应该根据该证据的来源、形成情况、客观状态等,结合案件的其他证据,综合判断其真实性,不能直接以当事人放弃鉴定申请而否定该证据的真实性。”

本文认为二审法院的说理是对《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第25条第2款的正确理解。提供鉴定意见属于一方当事人举证责任的范畴,当事人向法院申请鉴定是当事人举证难度降低的体现。“民事诉讼所要发现的真实,应当是当事人所信赖的真实,是当事人所选择的真实”^[5],在诉讼过程中,当事人向法院申请提供证据是一种权利,权利是可以放弃的,因此当事人放弃鉴定申请不属于程序瑕疵。而且放弃申请并不代表没有提供其他证据,鉴定意见只是裁判的参考。没有鉴定意见时法院应当根据全案证据情况来判断,通过其他证据来形成心证,在事实真伪不明的时候法院直接依据证明责任规范来分配不利后果的归属。类比缺席判决,若被告无正当理由不出席庭审,法院有权缺席判决,但是必须根据《民事诉讼法》第64条第3款的规定,全面、客观地审查原告所提交的证据。在涉及公共利益或第三人利益时,法院应依职权进行调查,而不能因为被告没有参加庭审就判其败诉。

(3)无独立请求权第三人在诉讼程序中是否有权申请鉴定

《民事诉讼法》规定了法院依职权与当事人申请两种启动鉴定方式,没有规定其他诉讼参加人是否有权申请鉴定。

以无独立请求权的第三人是否有权为例,在申请再审人瓦房店市玉米原种场与被申请人赵劲霖等、原审第三人北京奥瑞金种业股份有限公司植物新品种权属纠纷案^②中,最高人民法院肯定了无独立请求权的第三人的申请权,依据是《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第25条。本文赞同无独立请求权的第三人申请鉴定的权利,但不同意最高人民法院的依据。

首先,从法理上进行分析,“从诉讼参加人^③对他人之间的诉讼标的虽无独立的实体权,但与案件的处理结果有法律上的利害关系,所以享有程序参与权,即在诉讼中,从诉讼参加人可以主张事实、提供证据和进行辩论等”^{[6]70}。可见,无独立请求权的第三人是辅助参加诉讼,有权主张事实、提供证据,而向法院申请鉴定是提供证据的一种表现,因此无独立请求权的第三人申请鉴定并不违反法律规定,

① 参见浙江省人民法院[2009]浙知终字第62号民事判决书。

② 参见最高人民法院[2011]民申字第10号民事裁定书。

③ 我国《民事诉讼法》称为无独立请求权第三人。

反而有利于查清事实。其次,程序参与原则的主体包括无独立请求权的第三人^[4]⁷⁰。再次,法律规定了无独立请求权的第三人无权提出管辖权异议、反诉等,但未规定其不能提出鉴定申请。此外,在诉讼过程中,不论是当事人还是其他诉讼参加人,他们只能申请法院启动鉴定程序^①,也就是说法院有权审核是否要启动鉴定程序,因此相关第三人申请鉴定不会造成鉴定程序随意启动的乱象。

具体到其他诉讼参与人,有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人与案件的审理存在利害关系,能够在诉讼过程中主张事实、提供证据,因此有权申请鉴定;证人、鉴定人、翻译人员等参与人员和案件的审理没有利害关系,纯粹只是为了帮助查清案件事实或者辅助诉讼顺利进行,在诉讼过程中无权提供证据,因此无权申请鉴定。无独立请求权的第三人不是当事人,在他人之诉中,无独立请求权的第三人虽然在理论上可以称其为广义上的当事人,但是当事人所享有的一些权利其无法行使。比如《民事诉讼法》第34条关于协议管辖的规定就不适用,因此最高人民法院的依据有待商榷。

(二) 鉴定材料的质证与取样

1. 鉴定材料送检前应当经双方当事人质证

鉴定材料是司法鉴定的基础,鉴定材料来源不合法必然影响鉴定意见的合法性。^[7]《民事诉讼法》第63条规定,证据必须查证属实,才能作为认定事实的根据。也就是说,鉴定材料必须查证属实,必须经过真实性、关联性和合法性的审查之后才能对其进行鉴定。

在伊莱利利公司诉豪森制药公司专利侵权纠纷案^②中,被告侵权人豪森制药公司在一审中向法院提交的盐酸吉西他滨生产新工艺的研究资料及文献资料等四份证据材料,未在国家药品监督管理局盐酸吉西他滨的批件档案中存档,其真实性无法核实。但一审法院仍以保护被告商业秘密为由,将被告提交的证据径行给鉴定机构而未交由原告审查。二审法院重新组织质证,但是仍不能治愈一审没有组织双方质证鉴定材料的程序瑕疵,影响到一审鉴定材料的真实性判断,因此该鉴定意见在再审中被排除。

《民事诉讼法》第68条第1款规定:“证据应当在法庭上出示,并由当事人互相质证。”一审法院的

做法首先违反了法律的实质性程序规定,侵犯了伊莱利利公司的质证权;其次被告提交的鉴定材料尚未经过质证,只具有证据形式而不具有可采性,其真实性等受到质疑,影响了鉴定意见的结论。

比例原则的程序必要性内涵要求手段与手段之间相适应。商业秘密的保护还有其他措施,比如《民事诉讼法》第68条第2款规定不得在公开开庭时出示,并要求另一方当事人保密,如果另一方当事人泄露秘密,须依法承担侵权责任。可知,本案一审法院的做法违背了比例原则。

因此,一般情况下,“鉴定材料”在经过质证保证其真实性的情况下,才能作为鉴定材料。

2. 鉴定材料取样时未通知当事人到场是否构成鉴定程序违法

鉴定材料必须经过当事人质证,确认其真实性、合法性、关联性后才能进行鉴定。鉴定材料取样时通知当事人是保障当事人程序参与的体现,同时也是为了防止出现鉴定材料取样不规范造成鉴定意见被污染的问题。

在申请再审人瓦房店市玉米原种场与被申请人赵劲霖等、原审第三人北京奥瑞金种业股份有限公司植物新品种权权属纠纷案中,最高人民法院认为,不能基于鉴定检材取样时没有通知当事人到场而当然认定鉴定程序违法。本文同意最高人民法院肯定该鉴定意见的效力,但是不同意最高人民法院认为原审中鉴定检材取样时没有通知当事人到场不构成鉴定程序违法的观点。

本案中,当事人要获得新品种权,前提是按照品种权主管机关的要求将申请品种自行送至保藏中心并不得更换。也就是说本案送检的鉴定材料具有法定的唯一性,其真实性、合法性、关联性直接就可确认。且鉴定机构出具的检测报告详细记载了送检样品的来源、程序等,推定其没有遭受污染、没有被更换过。因此,鉴定材料取样未通知当事人不影响鉴定意见的真实性。即使重新鉴定,鉴定意见的结果和一审鉴定意见不会有太大出入,如果重新鉴定只会浪费诉讼时间。再审的结果更加注重实体真实和维护公共利益,遵循“实体真实优先”的原则,所以再审采纳了鉴定意见,确认其证明力。

但是一般情况下,鉴定材料取样时应该通知当

① 《最高人民法院关于民事诉讼证据的解释(征求意见稿)》第116条规定:“当事人就案件事实所涉及的专门性问题自行委托有关机构出具的专业性意见,适用民事诉讼法和本解释关于书证的规定。”可见实务中偏向于将一方当事人自行委托的鉴定意见作为书证来审理,其证明力低于法院委托作出的鉴定意见。

② 参见最高人民法院[2002]民三终字第8号伊莱利利公司诉豪森制药公司专利侵权纠纷案民事裁定书。

事人以免鉴定材料不真实或被污染,法院如果不通知就侵犯了当事人的程序参与权,构成程序违法,甚至会影响鉴定意见的真实性。根据《民事诉讼法》第200条的规定,再审理由包括实体违法和程序违法。最高人民法院启动再审程序就是默认了“鉴定材料取样时未通知当事人到场”构成程序违法,侵害了当事人的程序性权利,违反了法律的实质性程序规定,有通过再审的形式进行纠正的需要。

因此,最高人民法院应该在再审判决书中明确指出一审法院的程序违法性以及可能导致鉴定材料失真,以此督促法院审理案件要注重保障当事人的诉讼权利,而不是认为“不能基于鉴定检材取样时没有通知当事人到场而当然认定鉴定程序违法”,以免传达“法院审判只要保障实体真实而可以当然忽视程序公正”的错误信息,防止以后法院公开损害当事人的程序权利。^①

(三) 鉴定人的出庭

《民事诉讼法》第78条规定:“当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的,鉴定人应当出庭作证。经人民法院通知,鉴定人拒不出庭作证的,鉴定意见不得作为认定案件事实的根据。”根据法条的字面含义,当事人对鉴定意见有异议,或者法院认为有必要的,鉴定人都应当出庭^②。目前对于“法院认为有必要”没有太大争议,存在争议的是在“当事人有异议”的情况下法院是否有必要进行“必要性”审查。

本文在北大法宝网、中国裁判文书网等检索了涉及鉴定意见的一般民事案例,发现在一般情况下,除在申请鉴定的事项与待证事实无关联或者对证明待证事实无意义的例外情形下,当事人向人民法院申请鉴定的,人民法院原则上都准许。但是知识产权案件中鉴定人出庭的状况却大相径庭。

在北京万泰生物药业股份有限公司等诉国立血清研究所侵害发明专利权纠纷案^③中,一审经过了专利无效宣告审查程序和鉴定程序,且鉴定机构和人员的选定几经周折,耗时较长,北京万泰生物药业股份有限公司有拖延诉讼的嫌疑,一审法院为了防止诉讼拖延,节约司法资源,没有要求鉴定人出庭,其理由是“人民法院对当事人有关鉴定意见的异议,有审查权。只有涉及当事人对于鉴定意见中直

接影响事实认定的内容存在异议,且为查明事实所必须时,方可要求鉴定人出庭作证。”

当事人不服法院不要求鉴定人出庭的裁定而提起了上诉。在二审程序中法院通知了鉴定人出庭接受询问,这实际上是承认了一审法院不要求鉴定人出庭的裁定违反了法律的规定,损害了当事人的诉讼权利。如果没有经过询问鉴定人的程序,是难以说服当事人的。但二审法院经过询问鉴定人发现鉴定意见的对象不属于案件事实的关键点,从结果出发倒推一审法院不要求鉴定人出庭的裁定没有损害当事人的实体权利。由此可见,二审法院的裁判理由存在逻辑上的漏洞。

法官对鉴定人是否应当出庭的裁量权应当受到限制。当事人申请鉴定人出庭,只有在明显与待证事实无关联,或者对证明待证事实无意义以及其他没有必要的情况下,法院才能驳回当事人的申请。否则会损害当事人法定的程序性权利,还可能影响鉴定意见的证明力的判断。此外,当事人还会通过提起上诉或申请再审的方式提出异议,从总体上来说,并不会降低诉讼效率。

在广东新世纪出版社有限公司等诉广州公元文化传播有限公司合作创作合同纠纷案^④中,法院进一步明确当事人的异议必须具有实质性内容,比如鉴定存在程序严重违法、鉴定结论明显依据不足等情形,但这属于当事人申请补充鉴定或重新鉴定的条件,而不是申请鉴定人出庭的条件。如果满足这些条件,当事人就可能申请重新鉴定或者补充鉴定。这些苛刻的条件会导致得我国鉴定人出庭难的情形更加恶劣,也违背了《最高人民法院、司法部关于建立司法鉴定管理与使用衔接机制的意见》中“加强保障监督,确保鉴定人履行出庭作证义务”的规定。

由此可见,法院有时候行使自由裁量权超出了法律规定了范围,甚至是违背了立法的初衷。虽然我国不是判例法国家,但是上级法院的判决会对下级法院审理案件产生指导性作用,法院在判决中的意见如果与现行法律出入太大,甚至脱离文义去解释法律、创造法律,就违反了法院在宪法中的“审判”定位。

三、程序问题审查要点

司法是抽象的法律规范在实践中的具象体现,

① 法律规范可分为效力性规范和训示性规范。其中训示性规范由于没有规定违反的后果,因此只具有鼓励性。

② 《全国人大常委会关于司法鉴定管理问题的决定》第11条直接规定当事人对鉴定意见有异议的,鉴定人就应当出庭。

③ 参见广东省高级人民法院[2016]粤民终1093号民事判决书。

④ 参见广东省高级人民法院[2016]粤民申7632号民事裁定书。

有助于发现法律规范的不周延性,并通过典型的法院裁判指导司法实务。通过分析典型的程序性问题发现,如果忽视鉴定意见的程序瑕疵,将影响案件事实的判断。因此,面对存在程序问题的鉴定意见,必须从以下几方面审查:

(一)程序问题是否属于程序瑕疵

程序问题是否属于程序瑕疵很重要的一个判断标准就是是否违反法律的明确规定。不能仅仅从字面上去理解,还需要从理论上进行把握。例如法律没有明确规定无独立请求权的第三人向法院申请鉴定的权利,但是理论上其有提供证据的权利,且法律没有明确禁止其申请鉴定,因此无独立请求权的第三人申请鉴定不属于程序瑕疵。

(二)违反何种法律规范

违反法律规范的需要考量违反的是一般性程序规范还是实质性程序规范。如果违反了一般性的程序性规范,需要考察能否补正、做出合理解释或说明。一般程序性规范,比如鉴定意见的形式要件是否完备,鉴定程序是否合法,对鉴定程序、方法、结论等涉及专门技术问题有疑问,这些问题不一定影响鉴定意见的真实性。因此,能够补正、作出合理解释或说明,就能治愈这些瑕疵,使鉴定意见具备证据资格不影响证明力。如果违反了实质性程序性规范,应该直接排除。所谓“实质性程序”,主要有以下三个方面的特征:一是体现重要的司法制度、诉讼理念和程序原则,二是保护特定当事人的人身权利和诉讼权利,三是以禁止性规范或者义务性规范的形式。^[8]例如鉴定机构或者鉴定人员不具备法定资格和鉴定条件,或者鉴定事项超出其鉴定范围以及违反回避规定,这些都会直接影响鉴定意见的真实性,没有补正、作出合理解释或说明的余地,该鉴定意见不能被采信。

(三)是否会影响鉴定意见的真实性

“民诉目的之基本内容是实体的”^{[4]46},且中国老百姓更相信“实质理性”。因此,无论鉴定意见违反一般性程序规范还是实质性程序规范,很重要的一个衡量标准是采纳后是否影响案件的真实性判断。例如鉴定材料被污染进而影响鉴定意见的真实性,该鉴定意见就不能被采纳。

(四)是否严重侵害了公共利益、当事人的实质性诉讼权利

如果鉴定意见的程序问题严重侵害了公共利益、当事人的实质性诉讼权利,就不能被采纳。例如当事人出于拖延诉讼等不正当目的申请鉴定或申请鉴定人出庭,且若法院同意其申请将严重损害诉讼

公正和诉讼效率时,法院应当拒绝。《美国联邦证据规则》第401条规定:“如果相关证据的证明价值为一个或多个危险所严重超过,则法院可以排除该证据:不公平损害、混淆争点或者误导陪审团、不当拖延、浪费时间或者不必要地重复出示证据。”^[9]如果证据之证明价值超过上述排除因素或者二者大致相当时,则应采纳该证据;在不与保护人格权、隐私权和商业秘密权等基本权利相冲突的情况下,“从发现真实和保护弱者的立场出发,允许使用包含违法因素的证据”^{[6]163}。侵害没有达到“严重”的程序,可以通过裁判文书的说理、上诉等予以纠正的,则该鉴定意见一般还是会被采纳。

四、结论与建议

作为典型的民事诉讼案件,知识产权案件上诉或再审情况很多。2014—2017年中旬,已进行裁判的知识产权诉讼案件共213984件,其中进入二审审判程序的案件占15.90%,同时存在1650件再审案件。也就是说,进入纠正程序的知识产权案件大概占16.72%。^[10]

通过分析,本文发现司法实务界针对鉴定意见的程序问题的审查遵循“实体真实优先,兼顾其他利益”的原则,即通过启动上诉或再审程序来进行程序瑕疵的救济,但仍然以实体真实为根本,上诉、再审也不会因为损害当事人的诉讼权利而否定真实的鉴定意见,且上诉、再审裁判中普遍很少明确承认原审的程序瑕疵。

本文分析的几起典型的知识产权案件是最高人民法院每年从审理的数十万件知识产权案件中筛选的,说明最高人民法院高度重视其传达的价值和态度。面对“诉讼爆炸”,法院需要在公正与效率之间作出平衡选择,在维护最低限度的诉讼公正的前提下提升诉讼效率。法院还存在需要改进的地方,本文拟提出以下三点,以臻完善:

(一)严格限制法院的自由裁量权

“今天,在进行法律解释的时候,如果完全不使用利益衡量,简直让人无法相信。”^[11]司法实践中法官享有一定程度的自由裁量权,可以运用“利益冲突理论”来填补法律漏洞,但“立法的规定是利益的第一次生成,在具体的利益衡量过程中,必须尊重现行制度利益进行分析”^[12]。法院审判必须坚持证据裁判原则,不能恣意决定鉴定意见的证据资格和证明力大小。以当事人申请鉴定为例,严重损害诉讼效率以及缺乏正当性的司法鉴定没有启动的必要性,以下情况法院应当拒绝申请:没有鉴定的必要(依据常识、经验或者法官个人知识即可判断,根据

已经掌握的案件情况已经可以进行判断),需要鉴定的对象明显与待证事实无关联,申请鉴定的目的是拖延诉讼、混淆争点。

(二)加强裁判文书的说理

对法院拒绝当事人的鉴定申请和鉴定人出庭的申请,鉴定意见的证据资格和证明能力大小的判断等自由心证,法官应当在裁判文书中详细说明理由。例如在北京万泰生物药业股份有限公司等诉国立血清研究所侵害发明专利权纠纷案^①中,法院在裁判文书的说理就能让阅读人了解法院审判的思路,同时读者的批判也能督促法院提高说理的质量。

此外,二审、再审法院的裁判应当明确指出原审法院对鉴定意见程序问题的错误判断,从程序上保障当事人的诉讼权利,不能因为鉴定意见的真实性未受到太大的影响而忽视这一点。

(三)保障当事人上诉、申请再审等寻求救济的途径

当事人对于法院行为不服的,可以通过上诉、申请再审等方式寻求救济。在再审程序的启动上,应该适当放宽,有初步理由证明原审判决存在重大的程序上或者实体上错误时,法院应当启动再审程序;至于原审裁判是否存在重大错误,应在再审过程中衡量,即遵守“先程序后实体”的要求。

参考文献:

[1] 何家弘,张卫平. 简明证据法[M]. 北京:中国人民大学

出版社,2016:34.

[2] 王启梁,张剑源. 法律的经验研究:方法与运用[M]. 北京:北京大学出版社,2014:14.

[3] 侯猛. 社科法学的传统与挑战[J]. 法商研究,2014(5): 74-80.

[4] 邵明. 现代民事诉讼基础理论——以正当程序保障和现代诉讼观为视角[M]. 北京:法律出版社,2011.

[5] 江伟. 市场经济与民事诉讼法学的使命[J]. 现代法学, 1996(3):4-13.

[6] 邵明. 民事诉讼法学[M]. 北京:法律出版社,2016.

[7] 苏青. 鉴定意见证据规则研究[M]. 北京:法律出版社, 2016:173.

[8] 陈瑞华. 论瑕疵证据补正规则[J]. 法学家,2012,1(2): 66-84.

[9] 王进喜. 美国《联邦证据规则》(2011年重塑版)条解[M]. 北京:中国法制出版社,2012:65.

[10] 大数据出炉! 2014—2017年知识产权诉讼报告[EB/OL]. (2017-08-28) [2018-4-15]. <https://news.wtoip.com/871019150.html>.

[11] 张利春. 关于利益衡量的两种知识——兼行比较德国、日本的民法解释学[J]. 法制与社会发展,2006(5):110.

[12] 梁上上. 利益衡量论[M]. 2版. 北京:法律出版社, 2016:141.

责任编辑:张岩林、康雷闪

Status, Procedural Problems and Review Points of Civil Expert Opinions: A Case Study of Several Typical IP Cases

MEI Yushan

(Law School, Renmin University of China, Beijing 100872, China)

Abstract: In civil disputes, expert opinions appear frequently. For its scientific and professional nature, expert opinion is usually the important reference and even the basis for trial. Expert opinion cannot be analyzed by experience and general knowledge, thus its cross-examination is particularly important. The typical procedural problems of expert opinion in practice mainly include the commencement of procedures, the expertise materials and the necessity of expert's appearance in court. The review points of procedural problems include: whether procedural problems belong to procedural defects; what legal norms are violated; whether the adoption of legal norms will affect the authenticity of expert opinions; whether they seriously violate public interests and the substantive litigation rights of the parties. In order to alleviate the contradiction between the explosion of litigation and the serious shortage of judicial resources, the courts need to make a balanced choice between justice and efficiency. On the premise of maintaining the minimum justice of litigation, the courts also need to improve the efficiency of litigation by strictly restricting the court's discretion, strengthening the reasoning of judicial documents, guaranteeing the parties' appeal, applying for retrial and other ways of seeking relief.

Key words: civil expert opinions; procedural problem; review; reflection

^① 参见广东省高级人民法院[2016]粤民终1093号民事判决书。