

# 知识产权诉讼中计算机软件侵权的“陷阱取证”

刘 文

## 一、软件知识产权诉讼的特点

《中华人民共和国著作权法》中第3条明确规定计算机软件是著作权法保护的客体之一。软件是存储于硬盘、光盘、优盘、软盘等数据存储设备之中,表现为程序加文档的集合体,实质上,软件一系列的按照特定顺序组织的计算机数据和指令的集合。计算机软件的侵权行为主要包括以下几种方式:制作、销售盗版软件,网络非法销售传播软件,计算机硬盘预装软件,最终用户使用盗版软件,冒用他人源程序获取软件登记等。鉴于知识产权的专有性、地域性、法定性,以及软件本身的物理特性、存储方式和侵权行为的隐秘性,可以归纳出软件知识产权诉讼的以下特点。

### (一)软件的无形性决定了侵权行为不易被发现

随着人们权利意识不断加强,人们也越来越注重对个人隐私以及公司商业秘密的保护。计算机作为软件的运行平台和载体,已经成为个人隐私和商业秘密的代表;《中华人民共和国宪法》第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”因此更加受到人们的保护。权利人想接触到被侵权软件是难上加难,即使接触到,也主要是通过非法途径,更不用说收集证据了。在侵权案件中,侵权软件多数拷贝于一张光盘之中,并且可以重复多次使用,安装过程也十分简单,不易察觉。而且多数软件没有实时更新的要求,而是“一次安装终身使用”的一劳永逸。这也使得被侵权人很难明确侵权人以及侵权软件的数量。

### (二)侵权证据难以获取

软件表现为一种数字和程序形式的智力成果,电脑和光盘等存储设备是软件的载体,因此要想获得侵权证据最直接的方法就是从电脑或其存储设备入手,然而这也决定了证据获取的难度之大。例如一整套软件在电脑中卸载只需要几秒钟而已,最多不超过几分钟,严重影响了诉前证据保全程序的价值。检查结束后,只需要几分钟最多不过几小时就可以完全恢复正常使用,使得侵权行为“方便”、“快捷”并且不留痕迹。拷贝使用的光盘或者其他存储设备都可以重复使用,在多数侵权案件中,公司拷贝侵权软件而使用的光盘只有一两张而已,不容易被发现,而且稍不注意就有可能被侵权人销毁。

### (三)证据保全困难

证据保全制度原本是对诉讼中可能灭失或者今后难以获得的证据予以调查收集和固定保存。软件知识产权中侵权行为的隐蔽性,造成被侵权人获得侵权证据极为困难,造成被侵权人证据保全的“先天畸形”,诉讼双方在举证中乃至整个诉讼中处于不平等地位。我国在《计算机软件保护条例》第26条和《中华人民共和国著作权法》第50条中都规定了诉前证据保全,以弥补原告方在举证过程中的

作者单位:中国政法大学证据科学研究院

弱势,本来是很好的法律规定,但是由于原告提起诉讼前证据保全还应提供初步证据和相应的担保,而对于初步证据的证明要求和程度目前并没有明确统一的法律规定,各地法院实践中也并不一致。有的法院初步证据的证明要求过高,事实上剥夺了权利人的保全申请权。

## 二、“陷阱证据”的来源以及区分

“打官司就是打证据”,计算机软件著作权侵权案件的上述三个特点决定了被侵权人取证更加的困难,注定在诉讼中处在十分不利的地位。对此,被侵权人也运用各种诉讼技巧和合法途径弥补自己在诉讼中的“先天畸形”。2001年“北大方正公司、北大红楼计算机研究所诉北京高术天力科技有限公司、北京高术科技公司软件侵权案”中,法院一审判决中首次使用“陷阱取证”。此案历时5年,分别经过北京市第一中级人民法院、北京市高级人民法院和最高人民法院三级法院的审判,对“陷阱取证”是否具有可采性的判决可谓“一波三折”,但最终判决肯定了“陷阱取证”的可采性。“陷阱取证”如此富有争议究其原因,在于“陷阱取证”并不是一个专门的法律术语,而是一审法官“创造”出的一个概念,有法院虽然未否定这种取证方式获得的证据效力,却将这种取证方式认定为非法。在民事诉讼领域更是一个全新的概念,由此取得的证据是否具有可采性具有不确定性。

### (一)“陷阱证据”的来源

“陷阱取证”源于刑事诉讼中的诱惑侦查,又被称为“警察圈套”。我国立法虽然没有明确规定刑事诉讼中的“陷阱取证”,但实践中这种侦查手段的运用却是由来已久。“陷阱取证”最早确认为合法的侦查手段是在1789年法国大革命时期,为镇压法国大革命运动,追捕资产阶级革命党人而采用了“陷阱取证”的特殊方式。目前,除了美国以外,世界上如英国、法国、德国、日本、瑞士、葡萄牙等,均对“陷阱取证”从法律上予以确认。

#### 1. 刑事诉讼中的诱惑侦查

诱惑侦查分为“机会提供型”诱惑侦查和“犯意诱发型”诱惑侦查。所谓“机会提供型”是指如果被诱惑者已有犯罪意图或倾向甚至已实施犯罪,诱惑侦查行为只是强化其固有的犯罪意图或倾向,或者只是让其暴露出来,促使其在侦查人员的控制内实施具体的犯罪行为。“犯意诱发型”是指如果被诱惑者原本无犯罪意图或倾向,诱惑侦查行为引诱其形成犯罪意图或倾向,并促使其付诸实施。我国基本上肯定了“机会提供型”诱惑侦查,而根本否定了“犯意诱发型”诱惑侦查。如2012年新修改的《刑事诉讼法》第15条第1款规定:“为了查明案情,在必要的时候,经公安机关负责人决定,可以由有关人员隐匿其身份实施侦查。但是,不得诱使他人犯罪,不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。”前半部分肯定了隐匿身份型秘密侦查,而诱惑侦查属于隐匿身份型秘密侦查的一种。后半部分中“不得诱使他人犯罪”是对“犯意诱发型”的否定。“不得采用可能危害公共安全或发生重大人身危险的方法”,是对诱惑侦查行为方式的规定。

#### 2. 计算机软件侵权诉讼中的“陷阱取证”

计算机软件侵权诉讼中的“陷阱取证”与刑事诉讼中的“诱惑侦查”类似,也可以分为两种类型:

游闽键:《论软件版权纠纷中陷阱取证的效力——评北大方正诉高术天力等公司软件侵权案》, [http://www.iprlawyers.com/ipr\\_html/08\\_04/2006-3/6/20060306163554623.html](http://www.iprlawyers.com/ipr_html/08_04/2006-3/6/20060306163554623.html), 知识产权律师网, 2014年1月2日访问。

于志强:《“陷阱取证”未必非法》,《法制日报》2013年3月18日。

黄砚丽:《论知识产权诉讼中“陷阱取证”的效力——基于民事非法证据排除规则分析》,《法学论坛》2013年第9期。

黄秋妹:《论知识产权诉讼中的陷阱取证问题》,《中南财经政法大学研究生报》2010年第5期。

何雷:《域外诱惑侦查理论研究》,中国人民公安大学出版社2013年版,第18页。

“购买取证”和“诱导取证”。购买取证是指民事诉讼一方当事人为了获取另一方当事人的侵权证据，以一般市场主体的身份或者委托第三方以一般市场主体的身份同公证机关共同向另一方存在侵权的当事人购买侵权证据，使侵权一方当事人的侵权事实得以再现的取证方式。诱导取证是指民事诉讼一方当事人在没有任何证据的情况下，为取得他人侵权证据，以一般市场主体的身份引诱他人实施侵权、或者提供侵权的便利诱导他人侵权，然后通过公证获取的证据的取证手段。在各国诉讼中普遍认可了与刑事诉讼中“机会提供型”相似的“购买取证”；而否定了和刑事诉讼中“犯意诱发型”相似的“诱导性取证”。

“购买取证”中被侵权人采用隐瞒自己真实身份或者不表明在场人员身份的方式购买，给侵权人提供了一次侵权的机会，被认为是侵权人一直从事的诸多销售行为中的一例。这一取证方式已经得到2002年10月12日通过的《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的确认。该《司法解释》第8条第1款规定：“当事人自行或者委托他人以定购、现场交易等方式购买侵权复制品而取得的实物、发票等，可以作为证据。”是对“购买取证”的认可，而第2款“公证人员在未向涉嫌侵权的一方当事人表明身份的情况下，如实对另一方当事人按照前款规定的方式取得的证据和取证过程出具的公证书，应当作为证据使用，但有相反证据的除外。”表明公证人员在取证的过程中，可以不公开其公证员的身份，但取得的证据依然有效。

虽然《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》给出了明确的认可，但是在具体司法实践中，由于取证过程十分复杂、不规范，造成在个案中“陷阱取证”命运的扑朔迷离。例如，被侵权人去购买被侵权软件，侵权行为人像往常销售给普通购买者一样销售给被侵权人，则侵权行为成立。即使侵权人采取了主动告知有正版软件或者主动要求购买正版软件后，仍然像往常一样销售了被侵权软件，侵权行为仍然成立。因为侵权人早已存在侵权的故意，而并非由权利人引诱而实施的“一次性侵权行为”，这种“陷阱取证”很可能是“购买取证”了。所以被侵权人只需证明这一行为是长期反复发生的，就可以凭借证据证明侵权人的侵权行为成立。

“诱导型取证”在我国以及其他国家普遍被认定为非法证据予以排除。《关于民事诉讼证据的若干规定》第68条规定“以侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定的方法取得的证据，不能作为认定案件事实的依据。”在“诱导型取证”情况下的取证人主观上具有恶意，采用的是实质性引诱、重大欺骗等方式，足以使一个理性的人作出违背一般条件下的主观意愿而作出意思表示，属于“以侵害他人合法权益”的方法取得的证据，是非法证据不应作为定案依据，应当予以排除。

## （二）计算机软件侵权诉讼中“陷阱取证”的区分

“购买取证”和“诱导型取证”同属于“陷阱取证”的范畴，而在两种取证行为是否合法的问题上，两者却要面对截然相反的对待。笔者认为可以从以下三个方面区分：

第一，从主观方面看，侵权人采取“陷阱取证”的取证方式之前主观上是否存在恶意。如果侵权人的恶意是在“陷阱取证”之前就存在，那么被侵权人的取证行为并不是侵权人恶意产生的原因。取证人的取证行为可以认为是侵权人多次重复实施的侵权行为中的一个，与所主张的侵权人的侵权行为之间具有关联性，满足证据的三种属性：关联性、客观性、合法性，理论上可以被采纳为证据使用。如果侵权人的恶意在“陷阱取证”前并不存在，那么被侵权人取证行为的主观动机就非常值得怀疑，证据本身存在重大瑕疵。此情形在诉讼中，被取证的一方只需证明侵权行为是由被侵权人的引诱而实施，就可以认定取证行为属于“侵害他人合法权益”所获取的非法证据，予以排除。

高慧：《知识产权诉讼陷阱取证研究》，上海交通大学2008年法律硕士论文，第5～6页。

蔡俊杰：《知识产权领域“陷阱取证”问题研究》，中山大学2010年法律硕士论文，第24页。

吴丹红：《“陷阱证据”的法律思考——评北大方正诉高术公司案》，何家弘主编：《证据学论坛》（第6卷），法律出版社2001年版，第77页。

第二,侵权人在原有恶意的情况下,客观上侵权行为与引诱行为之间是否具有必然因果关系。如果在侵权人主观上原有恶意的情况下,被侵权人通过“陷阱”取得的证据只是侵权人平日诸多重复实施的侵权行为中的一个,被侵权人只是在此基础上又提供了一次被侵权的“机会”,即使没有取证人的引诱,侵权人的侵权行为也是必然会发生的,这可以证明侵权行为与取证人的“陷阱取证”之间并没有必然的因果关系,是“陷阱取证”中的“购买取证”,可采性最高。如果在侵权人主观上原有恶意的情况下,被侵权人在“陷阱取证”过程中,有诱导或者引诱的言语或者行为,那么从正当程序的角度来说,由此取得的证据具有重大瑕疵,是否可以被采用还需要由法官依据“自由心证”进行判断是否具有可采性。

第三,从客观方面看,侵权行为是偶然的一次性行为,还是重复多次的连续行为。侵权人实施的侵权行为如果是重复多次的连续的发生,那么可推知即使没有取证行为的引诱,侵权人依然可以实施侵权行为,则由此取得的证据极有可能是“购买取证”,是合法有效的取证方式。如果侵权行为是偶然的一次性行为,那么侵权行为很可能是在被侵权人的引诱下完成的,是“陷阱取证”中的“诱导性取证”,是非法证据,为法律所禁止。

第四,区分“陷阱取证”是目的还是手段。如果取证人采用“陷阱取证”方式获取证据只是为证明侵权人的侵权行为,则可以推定取证人主观并没有引诱被取证人做出侵权行为的目的,而只是证明被取证人有实施侵权行为的事实,则极有可能是合法的“购买取证”。如果取证人采用“陷阱取证”方式获取证据是为了引诱侵权人实施侵权行为,或者“陷阱取证”本身作为取证目的,则这种情况极有可能是非法的“诱导性取证”,换句话说就是“陷阱取证”只能证明过去事实的真实性,而不能以此证明侵权行为的真实性。

### 三、计算机软件侵权诉讼中“陷阱取证”的规范构思

#### (一) 计算机软件侵权诉讼中应当坚持法定主义,司法造法是非正义的

知识产权领域中科技进步与法律的稳定性之间的矛盾日渐突出,具体表现为《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》中第68条对非法证据的规定“以侵害他人合法权益”和“违反法律禁止性规定”与证据的多样性之间的冲突。法律规定的模糊性给法官适用法律裁量案件提供了一个“合法”的缓冲区域,法官因此成为立法者。然而法官造法是否具有合理性是值得商榷的。在法治国家中,法律是全民意志的表现形式,通过投票或者选举代表行使自己的立法权,而法官通常不是通过选举产生的,只有通过人民选举的代表才能够拥有造法的权力。在大陆法系传统中,法官造法不具有合理性。德沃金认为司法造法乃是不正义的,因为它是一种溯及既往的,或事后的造法。世界上各国对法律的溯及既往效力通常持否定的态度,而例外情况下可以溯及既往。

“陷阱取证”是在北大方正诉高术公司一案中由一审法官从刑事诉讼中“借鉴”而来,在民事诉讼领域创造出的一个全新的法律术语。而一审法官也并没有在一审判决书中给予“陷阱取证”详细的解释,难免会让人对此产生偏袒之嫌,影响了法律的威严。法院在审判案件时应该严格遵守现有法律,严禁创设并沿用自行创设的法律审理案件,坚持知识产权法定主义,捍卫法律的权威。

#### (二) 计算机软件侵权诉讼中公证制度和公证人的规范

《中华人民共和国公证法》第2条规定:“公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请,依照法定程序对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明的活动。”从2007年至2009年,浙江省法院一审受理知识产权民事纠纷案件5583件,其中3656件案件使用了公证证

[英]H.L.A 哈特:《法律的概念》,许家馨、李冠宜译,法律出版社2006年版,第257页。

据,占一审案件总数的65.48%。从2007年到2009年每个使用公证证据的案件中平均含有的公证证据个数依次为1.30个、1.67个、1.79个。近年来,公证证据使用的数量呈现出逐年上升的趋势,除人们法律自我保护意识增强的因素外,经过公证的证据的证明力高于一般证据也是至关重要的因素。《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第77条第2项规定:“物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。”可见经过公证的证据无论是在应用范围上还是在证明力上都有着重要的意义和价值。然而,由于证据的种类繁多、证明事项的复杂以及有关机关并未颁布科学规范的标准以供参考,以至于在诉讼中,对同一个公证证据的证明力和可采性的认定并不一致。例如,在北大方正诉高术公司一案中,二审法院基于“公证记录仅对5处场景做了记录,对整个的购买过程的记载缺乏连贯性和完整性”为由,对已经在一审中被认可的公证证据提出了证明力不足的质疑。由此可见,即使是在公证机关的参与下获取的证据,法院在是否可以采信的问题上也存在着严重的分歧。公证机关在参与现场取证时,应当遵守规范的、标准的行业流程,以免个案的审判差异对诉讼双方造成的影响。公证制度的规范主要包括两个方面的规范:

#### 1. 注重计算机软件侵权诉讼中公证记录的完整性、全面性

作为证据使用时,“陷阱取证”本身所具有的特殊性决定了在公证时,应更加注重记载的完整性和全面性。在公证人员对证据进行公证时,应当围绕审判机关判定侵权行为时所需的“四要件”进行。并且由于过程公证要比结果公证更为复杂,所以四要件中属于过程公证的“侵权行为”和“因果关系”,相对于属于结果公证的“侵权人”和“损害结果”在公证记录完整性方面要求更高。所以,在公证笔录中简单地记载某年某月某日在何处购买了何物,而没有过程的录音、录像或者文字记录很难保证较高的证明力。在公证过程中,除了要对公证过程进行公证,还应对周围环境进行适当的见证并通过一定方式予以固定。一方面,在诉讼中环境的公证与过程公证中的记载相吻合,可以提高公证证据的证明力;另一方面,通过环境的记录可以反映出侵权规模、销售侵权产品的种类和数量,对确定侵权赔偿数额有一定的意义,从而可以解决软件知识产权侵权中侵权数额难以确定的问题。此外,由于“陷阱取证”中存在非法的“诱导型取证”和合法的“购买取证”的情形,所以在“陷阱取证”的公证过程中应该采取录音、录像或者详细记录的方式进行完整的、全面的记录,以区分“诱导型取证”和“购买取证”,对判定公证证据的合法或非法的问题上有一定的意义。

#### 2. 提高计算机软件侵权诉讼中公证人员的专业水平和职业道德

“陷阱取证”公证过程的复杂性和知识产权侵权行为的隐蔽性都对公证人员的专业水平和职业道德提出了更高的要求。公证人员在公正过程中有重要的作用,一方面,作为掌握专业技术的人员,应当在公证前充分了解当事人的公证目的,以维护当事人合法权益为出发点,最大限度地通过公证制度证明当事人的待证事实。律师、公证人在职业特性上具有共同之处,两者都以维护当事人的合法权益作为出发点。在进行现场公证前,应结合自身专业知识综合考虑各方因素,减少因为考虑不周造成的证据瑕疵。另一方面,公证人员还应严格遵守法律法规和职业规范,做好合法证据的“守门人”,禁止以非法或者侵害他人合法权益的手段来获取证据,侵害诉讼双方的合法权益。

浙江省高级人民法院课题组:《关于知识产权民事诉讼中的公证证据审查与采信的调研》,《法律适用》2011年第1期。

马宏俊、牛维宋芳:《律师于公证人的职能定位》,《中国律师》2009年第10期。

## 四、结 语

随着社会的进步和人们法律意识的提高,人们不仅仅注重对有形财产权的保护,而且也开始注重对无形财产权的保护。这本是一个积极的信号,然而由于监管力度或者惩罚力度的不足,使得各种盗版现象屡禁不止,侵权行为大行其道。在计算机软件侵权诉讼这场侵权人与被侵权人的博弈中,由于无形财产与生俱来的特点,造成被侵权人从一开始就陷于处处被动的态势,“陷阱取证”成为最后的救命稻草已成必然。因此,笔者认为应该尽可能在立法上完成对“陷阱取证”的认可与规范化,让权利人依法可依,同时提高在计算机软件侵权诉讼中公证人专业素养和职业道德,降低因为公证过程的不完整而造成瑕疵的可能性。在此情况下,“陷阱取证”才能成为权利人维护自己合法权益的正义之剑,增强权利人对司法的信心。

# 知识产权诉讼中侵权损害赔偿数额的确定

伍晓毅

2014年8月31日,第十二届全国人大常委会第十次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于在北京、上海、广州设立知识产权法院的决定》。周强院长指出:“知识产权法院将适应加强知识产权司法保护需要,进一步完善诉讼程序和证据规则,强化保全措施适用,探索建立技术事实调查制度,努力解决审判实践中因诉讼程序交叉影响案件及时审结等问题”

设立专门的法院是适应保护知识产权的需求,需要针对法院审理案件的特殊性设立特殊的程序。当然,其他相关方面仍然要同步加强才能对于知识产权给予综合保护,如加强专利申请中信息的披露与提高专利的审查标准、完善专利代理人制度与加强对专利代理人的培养从而加强专利侵权诉讼制度与专利代理人制度的契合、着力选用和培养具有法律与技术双重背景的法官等。

## 一、我国目前知识产权保护现状以及研究领域

近几年,我国的知识产权的相关的实体法律已进行了相应的完善和改革。如《专利法》在1984年制定之后,又经历了1992年,2000年和2008年三次改革。在专利侵权损害赔偿的数额确定方面,

作者单位:上海诤勤律师事务所

周强:《设立知识产权法院将全面探索各项改革措施》,《人民法院报》2014年8月25日。

贺宁馨:《我国专利侵权诉讼有效性的实证研究》,华中科技大学2012级博士论文,第5页。