

## 知识产权公证

ZHISHI CHANQUAN GONGZHENG  
HESHI ZOUCHU KUNJING

## 何时走出困境

黄悦善 · 重庆市公证处  
杨延超 · 西南政法大学

## 一、知识产权公证概述

知识产权公证主要涉及合同公证和证据保全公证两方面的法律问题。

知识产权合同的范围很广,涵盖了专利合同、著作权合同、技术合同、知识产权担保合同等。知识产权合同公证即是由公证机构对上述知识产权合同的真实性、合法性做出证明。所起到的作用和采用的方式与普通合同大体一致,只是技术性要求更高,所以笔者不再赘述,本文着重探讨知识产权公证中的证据保全公证。

证据保全公证作为一种制度创于寺院法,后继德国普通法并沿传至今,为许多国家立法所采用,其含义是指公证机构根据当事人的申请,对与申请人权益有关的、日后可能灭失或以后难以取得的证据,依法进行事先收存和固定,以保持证据的真实性和证明力的公证活动。<sup>①</sup> 证据保全公证的要件有实质要件与程序要件之分,其实质要件是有发生证据灭失的可能或妨碍使用之隐患,或经对方当事人同意。其程序要件一般应在诉讼前提出申请。

在知识产权侵权诉讼的司法实践中,绝大部分的案件审理中都涉及到公证取证。公证取证主要用以确定被控侵权人和被控侵权物,对原告以普通消费者身份购买被控侵权产品的过程进行公证,同时对所购产品进行证据保全。在网络侵权案件中则一般是对进入涉嫌侵权页面的路径、过程以及该页面涉及侵权的全部内容进行的证据保全公证。上述取证方式能直接反映被控侵权物的全面状况以及与被控侵权人(包括生产者和销售者)之间的联系。我国民事诉讼法第67条规定:“经过法定程序公证证明的法律行为、法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的

除外。”根据这一规定,除在对方当事人向法院提供了相反证据并足以推翻公证证明的情况外,公证书具有绝对证明力,是人民法院可以直接采信的证据。故公证书是当事人证明自己主张的最有效证据。

## 二、知识产权证据保全公证的效力

## (一)公证后的证据具有优先性

1998年7月6日,最高人民法院《关于民事经济审判方式改革的若干规定》第27条第1款规定:“物证、历史、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般高于其它书证、视听材料和证人证言。”2001年12月6日,最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第77条第2款规定:“物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般先于其它书证,视听资料和证人证言。”2002年7月24日,最高人民法院《关于行政诉讼证据若干规定》第63条第2款规定:“鉴定结论、现场笔录、勘验笔录、档案材料以及经过公证或者登记的书证优于其它书证,视听资料和证人证言。”

## (二)公证后的证据不必然及于待证事实

公证后的证据的效力仅及于本身,与待证事实并无必然联系。比如著作权证据保全公证虽然在为进一步完善知识产权法律制度、切实加强著作权保护工作中发挥了证据的十分重要的作用,但是在查处著作权侵权案件中发挥作用的证据保全公证,并不必然证明有关当事人的侵权行为。因为,著作权证据保全公证书中虽证明了申请保全的时间、理由以及证据的时间、地点、方式等内容,保全证据时所拍摄的照片、录像带以及实物、发票等也在清单中列明,但是这与有关当事人是否侵权、侵害程序没有必然的联系。

<sup>①</sup>张云柱、郭凯峰、韩桂珍、王增奎编:《现代公证法学》,新华出版社2001年9月第一版,第292页。

### (三) 公证后的证据,可免除当事人的举证责任

证据一经保全,应该与法院依照法定程序收集,调查的证据具有同等法律效力。证据保全公证的证据是证据的一部分,人民法院以及行政执法机构应当将它与其它证据一并加以审查、判断。对于当事人在诉讼前依法定程序向公证机构申请办理的证据保全公证的证据,与人民法院依靠程序收集的其它证据具有同样的效力。

## 三、证据保全公证中的前沿法律问题

### (一) 许诺销售的证据保全

“许诺销售,是指以做广告、在商店橱窗中陈列或者在展销会上展出等方式作出销售商品的意思表示。”<sup>②</sup>单方的意思表示足矣,该意思表示也不必向特定人为之,向不特定的多数人所为的表示已经足以构成许诺销售,尽管向特定人所为的表示也构成许诺销售。专利法规定未经权利人许可的许诺销售行为是侵犯专利权的行为,由此可知,许诺销售行为有其独立性,只要销售的愿望已经表达出来,并为他人知晓,即视该行为已完成,在未经许可的情况下即构成侵权,行为人就应承担相应的责任。

许诺销售不同于销售,销售在专利法上有特定的含义。一般认为,它应有四个要素,即:当事人适格;协议的达成;标的物的交付;价款的支付或许诺支付。销售的完成以该四个条件的全部完成为标志。

如果仅有销售的意思表示而没有实际的交付行为,则不能认定为销售。销售是特定当事人之间的交易,仅依单方的意思和行为无法完成销售。但是,销售的进行时态,也就是销售的未完成状态,如标的物已交付而价款未支付或价款已支付而标的物尚未交付的状态,也应认为是销售而不是许诺销售。许诺销售如果进一步发展便有可能发展为销售。

在一定意义上,许诺销售是销售的第一阶段。但两者有明显的阶段性界限,这就是协议是否开始履行,若是,则构成销售;若不是,则构成许诺销售。因此在销售侵权中,权利人往往可以举出大量证据证明侵权人侵权的事实,如人证(侵权产品买受人)、物证(侵权产品)、书证(产品销售合同)等。然而在许诺销售侵权中,权利人则举证较为困难,因此在许诺销

售侵权中权利人有必要进行证据保全公证。一旦发现权利人以做广告、在商店橱窗中陈列或者在展销会上展出等方式表明销售商品的意思表示时,应尽快通知公证机构到场采取很必要的证据保全措施。

### (二) 关于“陷阱”取证问题

北大方正诉北京高术计算机软件侵权案件引起了人们对“陷阱取证”的思考,该案中由于权利人主动要求对方安装盗版软件,在法院对对方财务资料的保全中又没有找到确凿的侵权证据,原告的取证方式被二审法院认定为非法,虽然公证书效力未被否定,但对被公证的行为做出了否定评价,也就否定了公证取证的合法性。虽然对于该案判决学者或司法界还有不同看法,如假设法院在对财务资料的证据保全中发现了更多的侵权行为时(这并非不可能),如何协调侵权事实与取证方式被定性为非法的矛盾?取证合法与否的界限如何界定等都是判决遗留的问题。但案件的审理告诉我们,权利人主张自己权利时应以对他人权益的尊重作为一定的界限,公证取证的法律效力取决于公证的内容、行为的合法性,合法取证是维权的前提。

当然这并不意味着对公证取证方式的全盘否定,2002年10月发布的《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》第8条第2款明确规定了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以定购、现场交易等方式购买侵权复制品取得的证据和取证过程出具的公证书,应当作为证据使用。有相反证据的除外。其次是公证内容的完整性。公证取证只是一种证据收集的方式,所收集的证据的完整性仍需要权利人自己把握。在被告将原告享有著作权的数部作品上载到被告网上进行营业性使用的著作权侵权纠纷中,原告诉前也申请了公证,但考虑到作品的内容庞大,仅证明了进入作品目录页面的路径和目录本身的内容。案件审理中,原告主张侵权的量是涉讼作品的全部内容,被告则声称仅是每部作品的前17页内容,几乎是天壤之别。而此时被告网页上的侵权内容早已经删除,无从再现侵权状态,原告补充举证变得非常困难。事实上如果公证时以适

<sup>②</sup>鲁仁:“许诺销售”与相关概念的区别,载《中国知识产权报》2001年第三版。

当的方式将被告网站涉嫌侵权的作品内容全部显示并予以保全,这种被动完全可以避免。因而公证取证充分考虑待证事实的方方面面是完全必要的。

#### 四、知识产权公证面临的立法与司法困境

##### (一)证据保全技术难题

司法实践中,现在大多数的知识产权侵权案件属于网络案件。而网络案件中的证据多为电子数据,所谓电子证据是用以证明案件事实的真实性,储存在计算机硬盘、磁盘介质中的可读信息资料,也就是人们经常提及和使用的电子文件。对电子证据的收集和审查非常重要,如在两个网络服务公司为主体的侵犯著作权纠纷的诉讼中,原被告争议的一个焦点问题是涉案网上作品的著作权是否归属原告,原告依据其网站上发布的文章内容主张其是涉案文章的著作权人,但被告采用公证上网形式证明其他网站上也发表有涉案文章,在此情况下,原告要主张享有涉案文章的著作权,就面临着要充分证明其网站上发表涉案文章的时间早于其他网站所发表的时间。因此,如何确定网上作品的完成及发表时间,自然成为确定涉案文章著作权的关键问题。但电子数据与传统的证据类型相比较,具有精密性、隐蔽性、脆弱性、多媒体性。所谓精密性是指计算机数据以技术为依托,很少受主观因素的影响,能够避免其它证据的一些弊端,如传统证据中证言的误传等,相对比较准确;所谓隐蔽性是指计算机证据在存储、处理的过程中必须用特定的二进制编码表示,一切都由这些不可见的无形的编码来传递,与传统的主要以有形“纸介”为基础的证据相比较,具有较强的非直观性;所谓脆弱性是指由于计算机信息以数字信号的方式存在,而数字信号是非连续性的,如果有人故意或者因为差错对计算机数据进行截收、截听、窃听、删节、剪接,从技术上也较难查清。在日益普及的网络环境下,数据的通信传输又为远程操作计算机、破坏和修改计算机数据提供了更加便利的条件;所谓多媒体性指的是计算机数据的表现形式是多种多样的,尤其是多媒体技术的出现。由于网络案件中证据

具有上述不同于传统证据的特性,它使公证成为必须,同时也带给公证以相当大的技术难度。<sup>③</sup>

##### (二)公证法律文书不规范

在知识产权侵权诉讼中,公证书所载明的内容多为原告指控被告的侵权行为及状态,而很少有对原告自身权利及其相关问题的公证证明。这种情况给案件的审理、事实的认定带来不少问题。同时,也极大地降低了公证的说服力。因为原告自身的权利状态是审理知识产权侵权案件的前提和必要条件。

##### (三)证据保全公证的局限性

“诉讼中采取公证取证固然对案件的审理有很大的帮助,但也增加了诉讼成本,而且公证取证对权利状态、侵权事实的证明有很多无能为力之处,”<sup>④</sup>尤其是网络虚拟环境中侵权随时可能发生、而公证不可能随时进行,网络中作品没有原稿可以证明真正的权利人、而发表时不可能每件作品都作公证等。

##### (四)现行法律有关证据规定的不足

我国《合同法》第11条规定,合同的书面形式是指合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等)等可以有形地表现所载内容的形式。这实际上已从立法上将计算机数据(电子数据交换、电子邮件等)确立为书证证据类性质。但是《民事诉讼法》第68条却规定,“书证应提交原件。”事实上,知识产权侵权案件中,特别是网络侵权案件中,证据原件的提供基本上是不可能的。

#### 五、知识产权公证困境的对策

##### (一)针对证据保全公证技术难之对策

要求网络服务提供者提供相关证据。当事人在提起网络知识产权纠纷案件诉讼时,一般可以通过上述公证方式取得证明力极强的公证书。但是,这种由当事人在诉讼前取证的公证方式并非万能。随着网络技术向更深层次和更广范围的发展,当事人自行取证和公证取证会碰到愈来愈多的技术上的阻碍和麻烦。笔者认为解决此问题的关键在于加强网络服务提供者的协助调查取证义务。

网络服务提供者为其用户上网的信息流通提供

<sup>③</sup>知识产权专家高卢麟也谈到公证机构在取证时很难确保所取内容的原始性和真实性,虽然在技术理论上可以取证,但实际上还有困难。

<sup>④</sup>朱红英、房德权:《知识产权诉讼中的公证取证》,载于 [www.lawyerfang.com/wzjz6.htm](http://www.lawyerfang.com/wzjz6.htm)。

昆明市公证处 / 主任：段 伟  
地址：昆明市盘龙区桃源街 32 号  
邮编：650011  
电话：0871—5152335  
传真：0871—5152335

技术支持,因此,用户在网上传播的信息总会经过其网络服务提供者的计算机系统,并留下某种记录。网络服务提供者的计算机系统就如同失事飞机的“黑匣子”一样,可以提供非常可靠的信息内容。可见,网络服务提供者是网络案件中最主要、最可靠证据的来源者。在权利人难以直接找到侵权行为人或者难以收集到侵权行为的证据时,只有网络服务提供者可以协助其取证,我国相关法律对此也做出了明确规定。

2000年9月25日,由国务院颁布并实施的《互联网信息服务管理办法》规定:互联网信息服务提供者发现其网站传输的信息明显属于违法信息的,应当立即停止传输,保存有关记录,并向国家有关机关报告;从事新闻、出版以及电子公告等服务项目的互联网信息服务提供者,应当记录提供的信息内容、发布时间、互联网地址或者域名;互联网接入服务提供者应当记录上网用户的上网时间、用户帐号、互联网地址或者域名、主叫电话号码等信息;互联网信息服务提供者和互联网接入服务提供者的记录备份应当保存60日,并在国家有关机关依法查询时,予以提供。

最高人民法院于2000年11月22日通过的《关于审理涉及计算机网络著作权纠纷案件适用法律若干问题的解释》(以下简称《解释》),不仅是法院审理网络著作权纠纷案件的直接依据,也是规范网络服务提供者协助举证的行为标准。该《解释》第6条为网络服务提供者规定了一项法定义务,同时指出违反该法定义务就构成侵权。该项法定义务是指:当著作权人确有证据证明被侵权,并向网络服务提供者提出请求时,网络服务提供者有义务向权利人提供侵权行为人在网络上的注册资料。违反此项义务,人民法院可依据《民法通则》第106条的规定判令网络服务提供者承担民事责任。按《解释》第7条规定,身份证明、著作权权属证明及侵权情况证明三项证明齐全就算是“确有证据”。这从立法上确立了网络服务商的协助举证义务及其不作为的法律后果。因此,网络服务提供者应积极履行自己的法定义务,工作中一定要对用户的身份、信息内容、上网时间、互联网地址或域名及其他注册资料进行全面的登记或备案,

以便在法定条件下向权利人或人民法院提供足够的证据。

#### (二)针对公证法律文书不规范之对策

笔者建议,司法部应出台相关规定,规范相关公证法律文书。公证书除了要载明原告指控被告的侵权行为及状态,还要对原告自身权利及其相关问题进行公证证明。

#### (三)针对证据保全公证局限之对策

笔者认为,通过计算机创作并在网上发布作品的作者,能够证明自己权利人身份和作品发布时间的有效方法是制作该作品的复制件(磁盘或输出文件)及时到公证机构封存,也可以将作品复制件连同创作构思、创作过程的记录交由公证机关托管,以备主张权利时采用。同时,可以考虑在网上发布作品时,标注与自己有密切关联的标识或按照自己的编排方式标明文章序号。笔者建议,由于作者在网络作品上署笔名、假名往往造成作者本人与该笔名之间缺乏关联性,致使权利人主张权利缺乏基础,故从有效保护作者著作权的角度,网上作品的作者应尽量署真名或署经常使用能够明显辨别的笔名,否则,署笔名、假名的作品著作权人将承担更大的败诉风险。

同时,权利人应避免对公证取证的过分依赖,在网络环境下可尽量使用自己的真实信息注册或使用一定的技术措施保护并证明自己的权利,相信随着技术的发展,网络侵权诉讼中的公证取证存在的问题最终都能妥善解决。

#### (四)针对现行法律有关证据规定的不足之对策

法院将面临着越来越多的电子证据材料,我们不能恪守传统的证据形式,因电子证据难以出示原件的缺陷,而否认其能够作为证据的客观属性。笔者赞同多数学者的意见,根据电子证据的属性,允许通过提交相关书证的方式作为其替代证据,在此对电子证据的可采纳性和可接受性也不多赘述。此外,法院对该类证据的审查判断,要着重考虑该类证据的收集方式和证据内容的来源,以及收集和制作是否采取公证形式,如果公证机构对计算机中调取证据内容的全过程都进行了公证,并可由公证机构封存储存了所调取证据内容的磁盘,便可以认定该类证据还需内容完整,来源可靠。