

侵害计算机程序的证据认定 PDF转换可能丢失图片或格式，  
建议阅读原文

[https://www.100test.com/kao\\_ti2020/483/2021\\_2022\\_\\_E4\\_BE\\_B5\\_E5\\_AE\\_B3\\_E8\\_AE\\_A1\\_E7\\_c122\\_483320.htm](https://www.100test.com/kao_ti2020/483/2021_2022__E4_BE_B5_E5_AE_B3_E8_AE_A1_E7_c122_483320.htm) 随着计算机技术的飞速发展，计算机的运行速度加快、功能增强、操作简单易行。对计算机程序的拷贝、复制、隐匿和清除，瞬间即可完成。同时，随着计算机技术的发展，侵权行为类型已不仅仅局限于传统的侵权行为类型，已从过去对计算机程序简单的复制演变成对计算机程序的仿制，还出现了侵程序侵权、计算机界面侵权等新的侵权行为。因此，当计算机程序的著作权人或计算机程序著作权的受让人的计算机程序被他人以营利为目的非法侵害时，权利人如何能及时有效地收集到侵权行为的证据是非常重要的。如果权利人不能及时地收集到被侵权的有效证据，或收集证据方法不当，使侵权人将侵权行为的证据销毁、隐匿，这样权利人就无法证明他人侵害了其计算机程序的著作权，原告就必须承担其起诉不被法院接受或因证据不足而承担败诉的后果。当出现计算机程序侵权案件时，权利人寻求司法保护的前提是他必须是被侵权计算机程序的著作权人或著作权的合法受让人。在此阶段，他应向法院提交被侵权计算机程序的源程序、目标程序，计算机程序著作权的合法受让人还应当提交作品著作权转让的书面文件。在初步确定其是计算机程序的权利人后，权利人还应当向法院提交被告侵害了其计算机程序著作权的初步证据。如果原告不能向法院提交上述基本证据，或提交的证据不能说服法院采取司法救济措施，原告将承担法院不予立案或不采取具体救济措施的法律后果。我国民事诉讼法第74条规定：

“在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，诉讼参加人可以向人民法院申请证据保全。”计算机程序侵权案件具有侵权行为快捷方便、手段隐匿、侵权证据转移、毁灭快的特点。因此，当事人在寻求司法救济时，应当及时地向法院提交申请证据保全的初步证据，受诉法院接到当事人的证据保全申请后，在符合法律规定的条件下，应及时主动地采取证据保全措施，避免因当事人提交初步证据不及时，法院采取证据保全措施不主动，被告及时转移、隐匿和毁损证据，从而导致因原告证据不足，不能证明被告的行为构成对原告计算机程序作品的侵权；或因收集的证据难以证明被告的侵权行为给原告造成实质性损害的程度时，即使原告胜诉，可能获得的赔偿金并不高，难以弥补其所遭受的经济损失。民事诉讼法第97条、98条规定了先予执行。先予执行是将原告的诉讼请求的一部或全部于判决前予以实现的一项法律制度。民事诉讼法（试行）规定了先行给付，民事诉讼法修改后改为先予执行，这不仅仅是字面的简单变化，而是其内容的实质性变化。先予执行的内容不只是给付金钱的诉讼，按民事诉讼法第97条第3项“因情况紧急需要先予执行的”应是指经当事人申请，在紧急情况下如果法院不采取措施，要求侵权行为人为一定行为或禁止其不为一定行为，则权利人的权利不能实现或难以实现。侵犯计算机程序案件的诉讼过程中，还存在侵权行为仍继续的现实情况，如果受诉法院不能及时主动地裁定禁止侵权行为人为一定行为或不为一一定行为，那么，侵权行为人就可能迅速地毁灭、隐匿和转移侵权事实的证据。法院在审理计算机程序侵权案件时，应当限期限时地要求侵权行为人提交其有关计算机程序的源程序、目标程序

、销售帐本等证据。由于侵权人可能临时编写源程序或涂改有关证据，因此，在司法审判中应当确认在法院限定期限届满，侵权行为人仍不提交法院限期要求其提交的证据，又无充分理由说服法官时，应认定侵权行为人的侵权行为成立。因此，在计算机侵权诉讼中，当事人主动地提交相关证据，法院根据当事人的申请和案件审理的需要主动要求当事人及时地提交有关证据，对案件的正确处理具有积极的作用。对公证证据的认定 计算机程序的权利人在申请法院对其享有著作权的作品进行司法救济和法院在审理这类案件时，重视公证的证据作用，可以保证证据的客观真实性，有利于案件审理的顺利进行，以及有效地打击侵权行为，保护著作权人的合法权利。通过对近年受理的计算机程序侵权案件中的公证证据的分析来看，公证证据存在不少问题，需要引起注意。

1、公证中的引诱行为 公证是公证机关对某一行为或事实作出的客观真实的法律行为。最高法院曾通知要求，对经过公证证明的法律行为、法律事实和文书，如果当事人之间发生纠纷，法院在采证过程中，如没有相反的证据足以推翻公证证明的，法院对经过公证的法律行为、法律事实和文书，应当确认其效力。公证证据产生的法律后果是重大的。因此，要求公证行为必须符合法律、法规和规章的要求，公开、公正、客观、真实和全面地证明某一法律行为、法律事实和文书的真实情况。但有的公证机关的公证人员在履行公证行为时，常常与申请公证的一方当事人或当事人委托的律师一起，采取引诱的手段来获取公证证据。在我们审理的一起案件中，就出现这样的事例：某公证证明甲公司在销售电脑过程中，未经著作权人乙公司的授权，为向其购买电脑的客户非

法预装或拷贝了乙公司享有版权的计算机程序。乙公司通过公证取得甲公司在销售电脑过程中为购买电脑的客户非法预装或拷贝了乙公司的计算机程序的公证证明后，向法院起诉甲公司侵害了其计算机程序的著作权。法院在对该公证证据进行审查过程中发现，乙公司的委托代理人和公证机关的公证员第一次去甲公司购买电脑时，要求甲公司预装或拷贝乙公司的计算机程序被拒绝后，第二次去时又提出与第一次相同的要求和作出相应的承诺后被告才为其预装了其要求的计算机程序。根据《办理公证程序细则》第三十条规定：在办理公证中公证机关“发现当事人或其他单位、个人有违法行为时，应教育制止。”而在本公证中，公证员对原告的引诱行为不仅不制止，这两次均参加购买活动。因此，对其公证行为是否具有公正性令人怀疑。根据《民事诉讼法》的有关规定，收集证据必须采取合法方式。这种采取引诱的方式完成的公证证据，既不符合民诉法的规定，也违背了《办理公证程序细则》的要求。《民事诉讼法》第67条规定：“经过法定程序证明的法律行为、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。”因此，只要有证据证明公证行为违反民诉法和公证程序规定的法定程序得出的公证，应当认定为无效公证。尤如因引诱或欺骗行为录制的录音证据一样属于无效证据。

## 2、公证行为的公开性

公证行为的公开性是保证公证行为合法、客观和真实的前提。如果公证行为缺乏公开性，必然导致人们对公证证据所证明的法律行为、法律事实和文件真实性的怀疑。如上述案例中，公证员在购买电脑的公证行为过程中，自始至终没有暴露其公证员的身份，对所购买的电脑亦未

进行现场封存。在法庭对该公证证据进行质证时，甲公司就提出公证机关在公证行为完成后未公开其身份，公证书所附的发票仅载明购买电脑一台，没有任何证据能够证明在被告处购买的电脑与在公证处封存的电脑是同一台电脑，亦无法证明公证行为所购买的电脑中预装了原告公司享有著作权的计算机程序。众所周知，侵害计算机程序著作权的侵权行为隐蔽，行为手段狡猾，当事人举证和法院取证困难，要求公证员在进行公证行为时必须公开其身份是不现实的，法院在确认公证证据的效力时，对此亦并不苛求。我们在审查公证证据时主要是对公证员在完成公证行为后是否向被申请公证对方当事人公开其公证员身份，是否对公证物品进行了现场封存进行认真审查。如果公证行为完成时公证员仍未向相关对方当事人公开其身份，则必然会引起对公证员是否对公证证明的法律行为和法律事实亲自进行了调查核实的疑问；对公证物品未进行现场封存，就不能排除原告将其购买的物品交到公证处进行公证，而公证员并未到现场对其所公证的法律行为或法律事实进行调查核实，同时也不能排除申请公证的当事人对提交公证的物品做手脚的可能性。对公证中存在公证员在公证行为中未公开其身份，对公证物品没有进行现场查封，发票记载内容不全等问题较多的公证，法院不能在诉讼中直接确认这类公证的直接证据效力，而应当要求作出公证的机关进行说明、复查和补证或建议公证部门撤销其公证。

3、对事项不清、内容不明的公证的处理 公证机关在办理著作权证据保全公证时，应当注意著作权证据保全的种类和性质，把握其特殊性，采用购买或索取实物，现场拍照、摄像询问证人、记录或录制证人证言等方式，全面客观地反映真

实情况。公证书应当记明申请保全的时间、地点及方式等内容。保全证据时所拍摄的照片、录像带、实物及发票，应在清单中列明。如某公证处按原告的要求，到被告处对侵权计算机程序进行公证证明时，被告给其购买计算机软件开具的发票内容为资料款，这与公证书证明该发票系原告从被告处购买侵权软件的事实明显不符。被告有经销计算机类图书的营业范围，被告认为原告从其购买的是图书而非软件。在诉讼中公证机关无法对该公证进行补证，法院通过对公证的软件进行演示检查，程序中又没有发现能够证明被告侵权的任何其他证据，对这样的公证，要将其作为证据直接予以认定不妥当的。还有一些证明计算机程序侵权软件的公证，公证机关在购买计算机软件时，未要求销售方在发票中明确其所购买软件的具体名称，而仅注明软件二字，公证内容不准确，公证证据达不到要证明某一法律行为、法律事实和文书的目的，同时也引起当事人对公证的证明力产生疑异。关于专家鉴定与专家咨询 知识产权案件与其他类型案件相比，案件疑难复杂。计算机程序侵权案件在知识产权案件中技术性强这一特点更加突出，如何适应因科学技术日新月异发展而引起的新类型案件审理的需要，是各国法院面临的困难之一。过去多数国家的法院都倾向于对从事知识产权案件审判的法官进行法学和自然科学双重背景复合型人才的培训。但事实证明，面对种类繁杂的科学技术，让法官对各类科技知识都有一定程度的了解是根本不可能的，也是不现实的。经过长期实践，目前较为普遍采纳的方法是通过鉴定或聘请相关领域的技术专家与法官共同解决案件审理中出现的各类技术难题。我国最高人民法院《关于审理科技纠纷案件的若干问题

的规定》第62条的规定：“确定技术成果的鉴定机构，除法定的鉴定单位外，可由当事人协商推荐共同信任的机构或专家进行鉴定；当事人不能协商一致的，由人民法院委托有关科委推荐的鉴定机构或聘请的有关专家组成的鉴定组进行鉴定。”京高法〔1998〕456号《关于知识产权审判方式改革的几点意见（试行）》确定了选择鉴定部门的几种情况：（1）当事人在合同中约定的验收部门或机构；（2）与当事人争议的技术成果有关的法定鉴定部门；（3）双方当事人均认可的机构；（4）由当事人各自提出的带有权威性的专家共同组成的鉴定组；（5）各级科技主管部门推荐或指定的带有权威性的专业部门或单位；（6）法院指定的有关部门和机构。鉴定单位的确定，目的是为科技纠纷案件的审理指定权威的、公正的双方均信任的机构和专家，尽量保证客观公正。

1、对鉴定范围的确定 京高法〔1998〕456号《关于知识产权审判方式改革的几点意见（试行）》中规定：“对著作权案件的鉴定，以权利人主张权利的作品与被控侵权的作品为依据。”因此，在审理具体案件，为了及时准确地把握诉争的焦点，对被侵害计算机程序和侵权计算机程序进行对比鉴定时，应当从以下几点予以考虑：（1）应当要求双方当事人将各自的计算机程序中的公有部份、相同或相似部份、独创部份分别书面举证予以确定，如将程序中的子目录详细列出，进行直观的对比；（2）排除计算机程序中双方当事人均确认的相同或相似并已进入公有领域不再受著作权法保护的内容部份；（3）确定两个计算机程序中未排除的相同或相似部份是否属于著作权法保护的具有独创性且属双方争议的焦点的内容。通过层层对比、剥裂、排除，最后确定双方不能一致的争议

焦点进行鉴定。经过这样的程序，既能确定需鉴定的焦点，又能使双方争议的焦点一目了然，既有利于双方当事人充分提交证据，又利于鉴定机构把握争议焦点，及时进行鉴定。

2、对案件事实咨询的确定 查清案件事实，是确定侵权与否的关键，对案件事实方面存在的问题聘请相关领域的专家进行咨询，也是查清案件事实的一种方法。咨询主要有两种情况：一是法官对案件涉及的有关技术问题了解不多，通过对专家的咨询加深对该领域的背景知识进一步的了解。这种咨询意见不作为查清案件事实的证据。第二种是法官组织相关领域的专家，就其被告的行为从技术的角度进行分析，通过对被告的计算机程序与原告的计算机程序的比较，确定原告指控的事实是否存在。这种意见是作为法院认定案件事实的依据。

3、对鉴定结论和咨询意见的认定 作为定案依据的鉴定结论和专家咨询意见都是确定侵权与否的案件事实。作为查清案件事实的诉讼证据，依据《中华人民共和国民事诉讼法》第66条的规定：“证据应当在法庭上出示，并由当事人互相质证。对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，不得在公开开庭时出示。”因此，作为定案依据的证据，是否符合民事诉讼法关于证据真实性、合法性和关联性的规定，就必须在庭审过程中，通过对鉴定结论的交换、专家咨询意见的出示，允许双方当事人对鉴定结果和咨询意见提出疑议和相关的证明材料，并可要求鉴定单位或提供咨询意见的专家对其疑议作出合理的解释。对通过听证、质证后，当事人所提证据能够证明鉴定结论、咨询意见确实存在不真实、不客观、不公正的情况的，法院不能把这样的鉴定结论和咨询意见作为证据进行认定，应



当另行委托鉴定单位鉴定或向其他专家进行咨询。除涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据外，所有的证据都应当向双方当事人进行交换、出示后，通过法庭质证、听证后，才能作为案件的证据进行认证。计算机程序登记的证据效力

《计算机软件保护条例》第二十四条规定：“向软件登记管理机构办理软件著作权的登记，是根据本条例提出软件权利纠纷行政处理或者诉讼的前提。”中美知识产权谈判后，最高人民法院通过司法解释，确认中国人（自然人、法人或其他组织）因计算机程序侵权申请行政处理或提起诉讼时亦不受软件保护条例第二十四条规定的限制。虽然作品著作权的取得不是以其创作的作品是否经过有关部门的登记作为前提，但应当认识到我国《计算机软件保护条例》确定计算机程序登记制度是考虑到计算机程序作品的发表和使用同其他文学作品的发表和使用中发生纠纷相比，计算机程序侵权纠纷发生后，权利人很难证明其计算机程序受到了不法行为侵害的证据。即便诉讼至法院，法院在认定是否侵权时，亦存在很多困难。实行计算机程序登记制度，其他人可以通过计算机程序登记部门发布的计算机程序登记公告，了解到该计算机程序的著作权人和该计算机程序的主要性能、特征等。登记的计算机程序对外具有公告和公信的作用，同时更重要的是登记证明文件是计算机程序版权有效或者登记申请文件中所述事实确定的初步证明，而且计算机程序登记中封存的源程序，在发生计算机程序侵权诉讼时，如果对方当事人不能提供足够的、确实的证据证明登记文件记载的程序内容不是登记人独自开发完成的，而是抄袭他人的作品时，法院就应该以此作为认定案件事实的直接根据来判定其承担侵权的法

律责任。根据司法实践中出现的计算机程序侵权案件，当事人提供证据难，法院查证难，认定侵权难的实际情况，实行计算机程序登记制度，更有利于计算机程序作品的权利人对其计算机程序作品被侵权时进行法律保护，同时也利于法院及时地维护权利人的合法权利，制裁侵权行为。100Test 下载频道开通，各类考试题目直接下载。详细请访问 [www.100test.com](http://www.100test.com)