

主编 孙国栋

LAWYER

文律 摘师

DIGEST

2004 · 第一辑 · 总第九辑

1

要目：

朱伟一 真心对待法律

吴丹红 “陷阱取证”的法律思考

肖荣远 盖然性标准在认定案件事实中的运用

浦志强 公众人物的名誉权应适用反向倾斜保护规则

段文 谁愿意在中国做刑事辩护律师？

杰罗姆·谢斯塔克 认真对待职业精神

田毅 王颖 一个法官的命运与“法条抵触之辩”

徐显明等 宪政之路：从尊重宪法开始

胡适 制宪不如守法

中国法制出版社

文 律 摘 师

2004 · 第一辑 · 总第九辑

策划 谭 磊 刘海蛟
董志军 孙国栋

编辑委员会 江 平 梁定邦
张思之 邓正来
贺卫方

执行编委 田文昌 朱永平
刘桂明 贺宝健
薛济民

主编 孙国栋

编辑 王景智 梁小玲

支持单位 浙江海通联合律师事务所
广东大同律师事务所
江苏圣典律师事务所
北京京都律师事务所

图书在版编目(CIP)数据

律师文摘. 2004 年. 第 1 辑/孙国栋主编. —北京:
中国法制出版社, 2004. 7
ISBN 7-80182-283-8

I. 律… II. 孙… III. 律师业务—基本知识
IV. D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 052569 号

律师文摘

LAWYER DIGEST

孙国栋/主编

经销/新华书店

印刷/北京清华园印刷厂

开本/787×1092 毫米 1/16

版次/2004 年 5 月第 1 版

印张/10.5 字数/190 千

2004 年 5 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 7-80182-283-8/D·1249

定价:16.00 元

北京西单横二条 2 号

邮政编码:100031

传真:66062741

发行部电话:66062752

编辑部电话:66062738

邮购部电话:66033288

读者俱乐部电话:66026596

重 要 启 事

为使选文更加精粹,同时便于阅读,经编委会研究决定,《律师文摘》自 2004 年第 1 辑始缩减篇幅,定价由每辑 25 元降为 16 元。订户已预交的 2004 年书款之余额将自动转为 2005 年预订款。

另因工作需要,《律师文摘》编辑部已迁至新址。

通讯地址:北京市昌平区东环路 136 号方舟书苑《律师文摘》编辑部 联系人:梁小玲 邮编:102200

电话/传真:010-80111302

电子信箱:sgd3@sohu.com

受上述改版、迁址等事项影响,《律师文摘》2004 年第 1 辑出版日期严重滞后,但不影响以后各辑如期出版,敬请广大读者谅解,并一如继往地支持我们共同的事业。

《律师文摘》编辑部

一会儿《忠字舞》，一会儿《大海航行靠舵手》，因为是被迫的，所以不是真心，也谈不上美。我们不敢真心对待别人，甚至不敢真心对待自己，所以也就很难谈法律、法治。如果连尊严和灵魂都已经出卖了，我们拿什么去争取权利，拿什么去抗衡权力？

今天是法律讲得很多的时代，但也应该讲艺术。谈艺术不是为了风雅，而是因为艺术是真心，是真心对待自己。谈法律、法治也得首先真心，真心对待自己，真心对待自己才能真心对待他人，才谈的上法律、法治。没有真心的法律，是很可怕的法律，因为如果法律没有真心，那法律只能是恶法。法律并不等于法治。人类走出丛林后便有了法律，尽管很可能是不公平的法律，甚至是恶法——是王法，是帝王的法律。法治是各方之间的妥协。

现阶段我们最需要的是真心，真心对待自己。有了法治的精神，有了真心，一切技巧问题都会迎刃而解。文艺复兴便是一种真心。重新肯定希腊和古罗马的文明价值。文艺复兴是重新肯定人的价值。文艺复兴是恢复人们的真心、本心，恢复古代先哲的人文思想。

中国现阶段并不缺少高深的法律理论，尽管理论十分重要。有的法学家同志不谈人性，不谈人的尊严，只是皮笑肉不笑地谈什么本土化理论。全面推广汽车文化的时候他们不谈本土化，污染的时候他们不谈本土化，贪婪的时候他们也不谈本土化。而一到法律、法治的时候，他们便大谈特谈本土化。这就不真心对待法律。还有人找到了治理市场的良策，说是我们需要诚信，诚信之后大家便可以精诚团结，再造辉煌。所谓诚实信用便是善待他人，但善待他人首先要善待自己。真心对待自己，才能真心对待他人。我们真心对待自己了吗？恐怕没有。恰恰正是那些自己不讲诚信的人正在大谈诚信，正在要求别人讲诚信。

艺术是真心,法律也是真心。法律、法治不仅铁面无私,还有温情的一面,应该充满人文关怀。因为是真心,才能“发现存在的美,感受已经发现的美,创造有所感受的美”。法律也一样,因为是真心,法官写判决书才努力超越自我,即便法官已经拿到终身职位,而且也没有机会再往上爬。不管是作家、画家还是音乐家,任何伟大的艺术家一定充满同情心,对人充满关怀。同样,任何杰出的法官和法学家也必定充满同情心,对人充满关怀(立法不同,李斯那样的酷吏也可以是立法专家)。

艺术是一种自由,是一种自由精神。在艺术这个世界里不用装神弄鬼,不用尔虞我诈。那些不讲法治的人,大多也不喜欢艺术的真心,不喜欢艺术的自由。艺术与法律同行,但如果我们同时守望两者,艺术总是先到,因为艺术是人性,是真心的先知者。

傅伟——
2004年2月10日

目 录

业务进阶

- 证据适用 001 “陷阱取证”的法律思考
 ——评北大方正诉高术公司案 / 吴丹红
 判例研究 017 盖然性标准在认定案件事实中的运用
 ——某律师事务所诉中财信业房地产开发有限公司
 委托代理协议纠纷案法律问题研究 / 肖荣远
 精彩辩词 023 公众人物的名誉权应适用反向倾斜保护规则
 ——余秋雨诉肖夏林名誉权纠纷案之被告代理词
 浦志强

业界瞭望

- 维权之声 034 谁愿意在中国做刑事辩护律师？ / 段文
 附：莫少平、钱列阳律师访谈录

管理之窗

- 职业素养 046 认真对待职业精神
 ——美国律师协会主席对追求卓越的
 律师们提出六个准则
 [美]杰罗姆·谢斯塔克 著 许身健 译
 052 对律师职业道德建设的思考 / 贾午光
 体制创新 058 进一步规范和完善“两结合”管理体制的思考
 季丽枝 王笑娟
 064 “两分离”与律师协会行业自律管理 / 杜归真 秦小平

法学论坛

- 法理沉思 070 媒体监督与司法公正 / 卞建林
 事件剖析 077 一个法官的命运与“法条抵触之辩” / 田毅 王颖
 附：四律师上书全国人大审查地方法规
 085 法院独立审判权和人大监督权的边界(外一篇) / 韩哲
 091 如何理解地方人大对法院的监督 / 程洁

- 律师说法 094 境外项目融资担保安排若干新措施 / 张宏久 吴杰江
- 热点话题 100 宪政之路:从尊重宪法开始
徐显明 蔡定剑 季卫东 刘军宁 毛寿龙
贺卫方 杜钢建 王人博 包万超
- 112 徐显明:宪法修正案的人权解读 / 王锋

史海钩沉

- 返回现场 117 七十年前的宪法讨论 / 付阳

法苑撷英

- 随 笔 125 制宪不如守法 / 胡适
- 128 宪法中人民之权利及义务 / 吴经熊
- 134 镂之金石之宪法 / 贺卫方
- 136 苏格拉底的选择与宪政难题 / 王人博
- 139 律师名片纵横谈 / 房保国
- 144 走向法治,重任在肩 / 韩德云
- 书 评 146 解读思源话人生
——《江南一怪》后记 / 徐镇南
- 149 一切从零开始
——在《江南一怪》首发式暨作品
研讨会上的演讲(节选) / 吕思源

Contents

Business Step

Application of Evidence

Legal Thinking of "Obtaining Evidence in Trap" / by Wu Danhong(001)

Case Study

Application of Probability Standard in Determining Facts of a Case

by Xiao Rongyuan(017)

Splendid Statement of Defense

Reputation Right of a Public Figure should be Applied to the Rule of Reverse-Inclined

Protection / by Pu Zhiqiang(023)

Lawyer's Outlook

Voice of Protecting Rights

Who is Willing to be the Criminal Defense Lawyer in China? / by Duan Wen(034)

Window of Management

Professional Attainment

Take professionism seriously / by (U.S.)Jerome Sestark,translated by Xu Shenjian(046)

Thinking about the Construction of Lawyer's Professional Ethics / by Jia Wuguang(052)

Systematic Renewal

Thinking about Further Regulation and Perfection of "Two-Joint" Managerial System

by Ji Lizhi, Wang Xiaojuan(058)

"Two-Separation" and Self-Discipline Professional Management of Lawyer's Association

by Du Guizhen, Qin Xiaoping(064)

Law Forum

Ponderation of Legal Principle

Media Supervision and Judicial Justice / by Bian Jianlin(070)

Event Analysis

Destiny of a Judge and "Defense of Articles Conflict" / by Tian Yi, Wang Ying(077)

Boundary between the Independent Adjudicative Power of a Court and the Supervisory

Power of the People's Congress / by Han Zhe(085)

How to Understand a Court is under the Superintendence of Local People's Congress

by Cheng Jie(091)

Lawyer's Comment on Law

New Measures on the Financing Guarantee Arrangement of Overseas Project

by Zhang Hongjiu, Wu Jiejiang (094)

Hot Topic

Road to Constitutionalism: from the Beginning of Respecting the Constitution

by Xu Xianming, Cai Dingjian, Ji Weidong (100)

Xu Xianming: the Understanding of Constitutional Amendment from the Angle of

Human Rights / by Wang Feng (112)

Uncovering Historical Anecdote

Returning to Scene

Discussion about Constitution 70 Years ago / by Fu Yang (117)

Cream in Law Garden

Essay

Making a Constitution is not Equal to Abiding Laws / by Hu Shi (125)

People's Rights and Obligations in Constitution / by Wu Jingxiong (128)

the Constitution Engraved in Gold Stone / by He Weifang (134)

Socratic Choice and the Puzzle of Constitutionalism / by Wang Renbo (136)

Free Talk about a Lawyer's Name Card / by Fang Baoguo (139)

Moving towards Rule of Law Shouldering Heavy Responsibility / by Han Deyun (144)

Book Review

Understanding Siyuan and Talking about Life / by Xu Zhennan (146)

Always Starting from the Very Beginning / Lü Siyuan (149)

目录翻译 屈新

“陷阱取证”的法律思考

——评北大方正诉高术公司案

吴丹红*

【案情回放】

北大方正集团公司、北京红楼计算机科学技术研究所(为方便起见,以下合称北大方正)是方正 RIP、方正文合、方正字库等计算机软件的著作权人。上述软件投入市场后一直受到用户的欢迎,但也因此成为盗版者疯狂攫取的目标。通过调查,北大方正怀疑北京高术天力科技有限公司、北京高术科技公司(以下两家公司合称高术公司)有制售上述软件的嫌疑。自 2001 年 6 月起,北大方正委派下属公司职员以普通用户的身份会同北京市国信公证处公证人员到高术公司进行公证取证。北大方正职员先以个人名义多次和高术公司员工联系商谈购买照排机及安装方正 RIP 等软件相关事宜,并与高术公司签订了相关合同,分两次向其支付货款共 394250 元(占货款总额的 95%),高术公司为上述款项出具了收据,让员工为北大方正的员工进行了照排机的安装、调试工作,并在主机中安装了盗版方正软件,留下装有盗版软件的光盘及加密狗等。在获取有关证据后,2001 年 8 月 23 日,北大方正将有盗版行为的高术公司告上了法庭,索赔 300 余万元。

2001 年 12 月 21 日,北京市一中院经审理后认为,原告采用的“陷阱取证”方式并未被法律所禁止,法院予以认可,判决被告赔偿原告经济损失 100 万余元。被告不服,上诉至北京市高院。2002 年 7 月 15 日,北京市高级人民法院作出终审判决,认为原告采取“陷阱取证”方式违背诚实信用原则,因此撤销一审判决,北大方正最终只获赔 13 万元经济损失费(一套软件的价格)和 1 万元公证费。

一、问题的提出

北大方正诉高术公司侵犯计算机软件著作权纠纷案(以下简称北大方

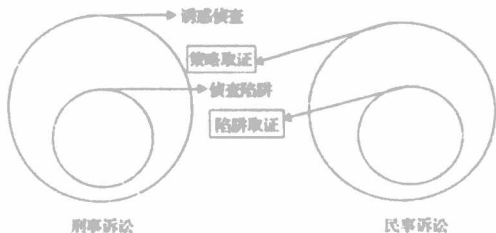
* 吴丹红:中国人民大学法学院诉讼法专业博士研究生。

正诉高术公司案),被媒体称为“全国最大的反盗版案”,此案的审理过程倍受瞩目,对判决结局更是众说纷纭。引起轰动的并不是本案巨大的索赔数额,而是关于原告取证方式的是是非非。所谓的“陷阱取证”在民事诉讼领域几乎是一个全新的概念,有人说它与刑事诉讼中的“侦查陷阱”颇为相似。那么,什么是“侦查陷阱”?什么又是“陷阱取证”呢?在研究本案之前我们需要首先厘清相关概念——

随着社会的发展,犯罪案件的日益复杂化已是一个不容忽视的现实。形形色色的新型犯罪,诸如走私、贩毒、行贿、伪造货币、组织卖淫、网络犯罪等等,因其高度的隐蔽性、严密的组织性以及高超的反侦查手段,对传统的侦查方式提出了巨大的挑战,于是各种特殊的侦查方法应运而生。诱惑侦查,就是被实践证明为破获此类高难度案件的有效措施之一。所谓“诱惑侦查”(Encouragement),是指为了侦破某些极具隐蔽性的特殊案件,侦查人员或其协助者,特意设计某种诱发犯罪的情境,或者根据犯罪活动的倾向提供其实施的条件和机会,待犯罪嫌疑人进行犯罪或自我暴露时当场将其拘捕的一种特殊侦查手段。在理论上,根据实施条件的不同,诱惑侦查可以分为犯意诱发型和提供机会型,前者是指诱惑者促使被诱惑者产生犯罪意图并实施犯罪的情形,被称作“侦查陷阱”或“警察圈套”(Police entrapment),一般来说是被法律所禁止的,被告人可以提出“陷阱抗辩”(entrapment defense);后者是指给已有犯罪行为者提供一种有利于其犯罪实施的客观条件而使其暴露犯罪,这种做法为法律所允许。两者的界限在于侦查人员有没有“诱人犯罪”。虽然一般的诱惑手段不在法律禁止之列,但侦查人员实施的诱惑侦查一旦构成了“陷阱”就是违法的,并意味着被告人可以免于刑事责任。因此,诱惑侦查和侦查陷阱是两个不同的概念。

在民事诉讼中,享有收集证据的权利的主体是当事人和法院,由于当事人与诉讼利益密切相关,在调查取证方面也就更为积极主动,取证方式也就不一而足了。类似于北大方正的取证方式,一方面确实是应对软件侵权案件取证难而出之“奇招”,另一方面也是藉法律没有明确规定此种取证方式效力之故。由于民事诉讼中的证据调查不涉及国家侦查机关,公民取证不能叫“侦查”,只能叫“调查证据”或笼统地称为“取证”。借用刑事侦查中“陷阱”的概念,称类似上述的行为为“陷阱取证”,并无不妥,但在本案看来,“陷阱取证”一词的给出本来就带有了某种预设的判断,因为“陷阱”一词已经界定了这种取证方式的非法色彩,再来判断北大方正取证行为的合法性实际上已

经失去了意义。如果从这类行为的上位概念来说,笔者更倾向于采用“诱惑取证”或“策略取证”之类较为中性的称谓。笔者试以下图表明几个概念之间的关系:



也就是说,在刑事和民事案件中,“陷阱”都是指采用诱惑或策略方法进行证据调查时的一种极端状态。因此,“陷阱取证”一词有待重新界定。在民事活动中,有些个人或单位遇到纠纷或者自身权利受到侵害之后,采取某种策略,致使对方在不知情的情况下与之进行交易,从而获取对自己有利的证据,以便在随后的诉讼中获得胜诉。这种行为是否一律称为“陷阱取证”,似乎有待商榷。

本案值得讨论的问题有:“陷阱取证”方式是否具有合法性?本案是否构成“陷阱取证”?该取证方式是否违背诚实信用原则?公证取证的效力如何?在软件侵权案件中,证据立法应当注意哪些问题?

二、设置“陷阱”的合法性

民事诉讼中的“陷阱取证”一词既然来自于刑事诉讼中的“侦查陷阱”,那么探究“侦查陷阱”的合法性问题是很有必要的。最早对此问题进行探讨的是美国判例。在他们看来,“陷阱”的意思是指“侦查机关在本来并无犯罪倾向的无罪者心里植入(implant)犯罪意图,诱使其实施犯罪行为,然后使之受到追诉”。美国司法部认为,“陷阱”是“诱惑或鼓动他人实施违法行为的手段”,应尽可能避免。可见,“陷阱”的定义本身就包含了一种价值取向。判断侦查行为有没有构成“陷阱”,主要有两种标准:一是以犯罪嫌疑人有无犯罪倾向为依据的“主观标准说”;二是以诱导行为本身性质为判断标准的“客观标准说”。按前一种标准,如果认为侦查属于“陷阱”,需要由被告方先提出受到“陷阱”引诱的初步证据,然后由公诉机关证明被告人本来有犯意,而且须排除合理怀疑;而后一种标准则意味着证明责任完全由被告方承担。在美国判例中,“主观标准说”一度占了上风。1958年的谢尔曼(Sherman)提供毒品案,是形成“陷阱之法理”(Law of Entrapment)的标志性案例。该案大致情形

是, 侦查机关的耳目在一家诊所治疗毒瘾时, 遇到了也在那里治疗的谢尔曼, 该耳目隐瞒自己的真实身份, 多次要求对方提供毒品, 谢尔曼再三推辞, 但最终还是为他弄到了几包毒品, 因此被逮捕。联邦最高法院的判决援引了索勒斯(Sorrells)案中沃伦(Warren)法官的话——“决定陷阱抗辩是否成立, 必须在坠入陷阱的‘轻率的清白者’和‘轻率的犯罪者’之间划一条界线”, 肯定了“主观标准说”, 撤销了地方法院对谢尔曼的有罪判决, 从而使该案与索勒斯案一脉相承, 确定了以考察被告人有无犯罪倾向作为侦查陷阱成立与否标准的“索勒斯-谢尔曼准则”(Sorrells-Sherman Test)。也就是说, 如果在采取诱惑侦查之前, 犯罪嫌疑人就有明显的犯罪意图或者犯罪行为, 是不构成“陷阱”的。但是, 该理论也受到了“客观标准说”的挑战, 以致有人又提出“主客观沟通说”, 即综合考虑主客观因素, 进一步发展了该理论。在立法上, 美国司法部 1981 年制定了《关于秘密侦查的基准》(Attorney General's Guidelines on FBI Undercover Operations), 该基准在注意不与正当程序原则和“陷阱之法理”相抵触的前提下, 明确规定了诱惑侦查的许可基准、申请程序的实施期间, 从而实现了以法律制度的形式对诱惑侦查的规制。从美国关于“侦查陷阱”的诸多判例中, 我们基本上可以得出如下几个结论: 第一, 法律并不完全禁止诱惑侦查手段之采取, 而只是禁止采用某些诱人犯罪的“陷阱”; 第二, 判断诱惑侦查是否构成“陷阱”, 要看被诱惑者是否具备主观犯意以及诱惑行为的程度; 第三, 为了防止侦查权力(公权力)的滥用, 有必要对“侦查陷阱”进行严格的法律规制。在实践中, 鉴于诱惑侦查在打击刑事犯罪, 尤其是在打击日益蔓延的毒品犯罪中的重大作用, 美国、英国、法国、德国、日本、瑞士、葡萄牙等国家均对“提供机会型”的诱惑侦查从法律上予以肯定。联合国公约和部分地区性公约也对此予以了确认。可见, 对于诱惑侦查, 各国采取的基本上是一种“有限肯定主义”。

我国立法对诱惑侦查没有作出明确规定, 但实践中这种侦查手段的运用却是由来已久, 特别在一些具有高度隐蔽性的案件中更是“备受青睐”。不可否认, 其中有些属于“陷阱”的案件, 并没有受到严格的规制。要在立法上对“陷阱”进行限制, 必须在理论上对之有一个明确的界定。借鉴“侦查陷阱”的构成要件, 笔者认为, “陷阱取证”也应当具备以下两个条件: (1) 从被取证方的主观意图看, 被取证方的违法行为是在取证方的引诱之下作出的, 如果没有取证方的引诱, 就不会产生违法意图; (2) 从取证方的客观行为看, 取证方的引诱行为过于积极, 超过了合理的限度, 在违法行为中占有主导作用。概言之, 只有通过诱使本来没有违法意图的人产生违法的意图、实施违法行为, 从而获得证据的行为, 才能被称为真正意义上的“陷阱取证”。法律没有规定这类行为的性质, 我们如何来判断其合法性呢? 在法理上, 有人主张“法

无禁止即合法”,有人主张“法不允许即违法”,但是从法治意义上来说,对于公共权力的行使,应当适用严格的“法不允许即违法”,而对于公民的行为,应当适用宽容的“法无禁止即合法”。在公法和私法的领域,适用的法律原则是不同的,前者强调公权力限制原则,后者强调私法自治原则。笔者认为,“陷阱取证”如果违反了法律规定,就应当严格禁止,如果没有违反法律规定,应当由法官视案情予以裁量。

需要说明的是,取证行为的违法性和证据的可采性并不是完全一致的,尽管后者往往取决于前者。从理论上说,证据要被采纳,必须符合关联性、客观性和合法性。就本案分析:首先,原告方之所以费尽心机去获得证据,当然是基于该证据对争议的案件具有实质性意义,而且在很大程度上是对己方主张具有很强的证明力,所以证据的关联性并无争议;其次,该证据并不存在于当事人主观想像之中,而是具有客观的属性,即使是电子形式的“程序”,也是可以通过载体被人们所感知,具备客观表现形式的。这里存在争议的问题是合法性。由于对“策略取证”和“陷阱取证”行为法律没有明确规定,所以对其证据合法性的判断并不是一目了然的。我们只能从证据法理论上分析。证据的合法性包括三种情况:主体的合法性、形式的合法性和程序的合法性,对于前两者不会有太大的争议,主要是取证的程序问题。所谓“取证程序合法”是指证据的收集程序或提取方法必须符合法律的有关规定。例如,在刑事诉讼中,通过刑讯逼供所获得的证据显然违反了法律的规定,不具有可采性。在许多国家,由非法搜查、扣押所得的证据也是不具有可采性的。我国民事诉讼法中虽然没有规定非法证据排除规则,但最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第六十八条规定:“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。”可见,对于非法手段获得的证据基本上也是采取排斥态度的,但必须是达到“侵害他人合法权益或者违反法律禁止性规定”的程度。例如,通过窃取方式获得的证据一般不予采纳,通过暴力手段获得的证据也不予采纳。但是,采取诱惑手段进行的取证,如果没有侵犯他人合法权益,也没有违反法律的禁止性规定,是否可以采纳呢?笔者认为,从法律规定的逻辑含义来考虑,答案应当是肯定的。例如知假买假(知假买假能否获得双倍赔偿暂且不论,至少这种行为是合法的,证据是可采的)。也就是说,采取诱惑手段取证若没有侵犯他人合法权益,也没有违反法律的禁止性规定,其证据应当具有可采性。值得一提的是,新颁布的《关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第八条第一款规定:“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。”对照

北大方正的取证方式,可以认为,这部新的司法解释实际上是承认了通过购买方式获得的证据的可采性。

三、本案取证方式的定性

基于上文的分析,笔者的结论是,采用诱惑手段取证的行为,既可以是合法的,也可以是非法的,当且仅当诱惑的方法侵害了他人合法权益或者违反了法律禁止性规定的时候,才是非法的。那么,本案中北大方正的取证行为是否构成“陷阱取证”呢?笔者的回答是否定的。

首先,从高术公司的主观方面来看,它是存在侵权之故意的。当然,高术公司自己不会承认有侵权意图,但透过相关事实却不难得出这个结论。据北大方正首席法律顾问提供的资料,高术公司曾是方正照排软件产品的代理商,但由于其猖獗盗版,1999年被北大方正取消了代理资格。此后,北大方正发现高术公司一直在全国范围内大规模非法制售方正 RIP、方正文合、方正字库等软件,盗版数量和范围日益增大,没有丝毫收敛。当然,其盗版行为不仅局限于北大方正的产品,还包括其所代理的其他国内外软件产品。种种证据表明,高术公司的侵权行为在先。如果没有高术公司事先存在的盗版行为,北大方正何必如此费尽心机去取证呢?在取证过程中,高术公司员工曾给两位北大方正的员工介绍了几家规模和“他们”差不多的公司,北大方正员工以考察为名,前往一探虚实,结果发现这些公司购买的照排机都安装了盗版方正软件。北京国信公证处在2001年7月16日所作的公证证明,记载了高术公司在盗版方正之前还做了至少另外一个盗版软件,而高术公司并没有对这一内容进行否认。遗憾的是,这样一份重要的证据,法庭并没有就此作出任何解释。我们有理由相信,即使没有北大方正的取证行为,高术公司的侵权行为依然存在,也就是说,任何一个合法的客户购买高术公司的激光照排机,都可能得到其盗版软件,它并不带有偶然性。试想,如果高术公司事先没有盗版软件,何以能如此“周到”地为客户提供?稍微有点计算机常识的人都应该知道,许多正版软件都是有加密狗的,盗版一个方正软件不是现场就能完成的,它需要时间和技术,如果高术公司没有处心积虑地盗版,高术员工能把方正的加密狗说拿出来就拿出来吗?退一步说,即使是北大方正员工要求被告预装非法软件,是否盗版的决定权也在于高术公司。被告的员工作为完全民事行为能力人,应具备分辨是非的能力,对有过错的行为被告应当直接承担责任。北京市版权局、北京市信息化工作办公室2000年在《关于重申不得预装侵权盗版计算机软件的通知》中规定:“在生产、销售、维修计算机设备的过程中,不得预装或捆绑无合法来源的计算机软件。凡客户提

出安装计算机软件要求时,必须自觉为其购买、安装正版软件,不得替客户购买、安装盗版软件,不得为客户非法复制正版软件。”而根据 2002 年实施的《计算机软件保护条例》第二十四条规定,未经软件著作权人许可,复制或者部分复制著作权人的软件的,应当承担民事责任。根据此侵权行为的构成要件,被告认为其是应客户要求安装软件,可以免除法律责任的辩解并没有事实和法律依据。由此可以认定本案被告是存在主观过错的,高术公司应对其侵权行为承担完全的民事责任。

其次,从北大方正的取证行为来说,其目的是为了保护自己的合法权益,是受害者在法律规定的范围内的“自救行为”。在整个过程中,北大方正只是以一名客观的购买者的身份进行记录,并没有积极地诱使对方采取违法行为,也没有超过合理限度。就购买行为本身来说,它是一个合法的民事行为,请注意北大方正是“购买”而不是“窃取”,作为享有行为能力的任何主体都是可以采取这种行为的,北大方正也不例外。本案一个特别之处在于北大方正员工隐瞒了自己的身份,可是隐瞒身份是否就构成“欺骗”,值得商榷。如果北大方正员工不隐瞒身份去购买高术公司的软件行吗?显然不行。在打假中,王海是不是也隐瞒了身份呢?难道他必须“坦诚”地告诉对方他就是那个打假的王海?这岂不是与虎谋皮!笔者认为,隐瞒身份在特定的情形下是必须的,但这种行为与法律所说的“欺骗”有着本质区别的。例如,在刑事诉讼中,侦查人员在侦查中采取化装手法破获案件,在审讯中采取虚张声势方法突破对方防线,却都是被认可的侦查策略。可见,一般的策略要达到法律上所禁止的“欺骗”范围,还是需要一定的程度,需要突破社会认可的道德体系,这种社会认可的道德体系,在法律上就表现为对隐私权、国家秘密和商业秘密的保护。但是,这种保护不是绝对的,任何公民与法人都不能利用所谓的隐私权和商业秘密权实施危害他人与社会的行为。例如,在商业举不胜举的活动中存在着有违诚信的行为,但这些行为并没有因为有违诚信而被轻易的认定无效,而只有满足《民法通则》、《合同法》规定的无效条件,才能认定为无效。所以,这里存在着一个价值权衡原则,策略的正当性应当以社会的可接受性为底线。如此看来,法律上的“欺骗”与日常生活中所说的“欺骗”并不能划等号,有的“欺骗”是可以接受的,而只有欺骗行为损害了对方的合法权益的时候才能构成法律禁止的“欺骗”。事实上,打击盗版若想取得成效,就需要周密策划,需要绝对的保密。在本案中,针对知识产权侵权案件的特点,权利人为收集到侵权证据,采用此种方法是必须的。权利人只要在进行购买时未采用胁迫、利诱等非法手段,此种取证方法应为合法。权利人在取证时使用虚假身份也是合情合理的。在民事案件中,由于公安机关不能随意介入,法院又处在中立地位,而且由于电子证据的隐蔽性和变动性,