

知识产权理论与实践系列

Intellectual Property Theory and Practice Series

On Legitimacy of the Methods of
Private Investigation for Intellectual Property

知识产权商务调查手段 合法性研究

黄武双 等 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

知识产权理论与实践系列

Intellectual Property Theory and Practice Series

On Legitimacy of the Methods of
Private Investigation for Intellectual Property

知识产权商务调查手段 合法性研究

黄武双 等 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

D913.04
467

图书在版编目(CIP)数据

知识产权商务调查手段合法性研究 / 黄武双等著.
—北京: 法律出版社, 2014. 12
ISBN 978 - 7 - 5118 - 7247 - 0

I. ①知… II. ①黄… III. ①知识产权—商务—调查
方法—研究 IV. ①D913.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 275930 号

知识产权商务调查手段合法性研究
黄武双等 著

编辑统筹 法律应用出版社
责任编辑 何海刚
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 固安华明印业有限公司
责任印制 翟国磊

开本 A5
印张 8.25
字数 210千
版本 2014 年 12 月第 1 版
印次 2014 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 7247 - 0

定价: 39.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

第一章 知识产权商务调查概述/1

一、商务调查的起源与发展/3

(一) 商务调查的历史沿革/3

(二) 我国商务调查的发展/7

二、知识产权商务调查的内涵/9

(一) 调查的主体/9

(二) 调查的对象/11

(三) 调查的手段/11

(四) 各种调查手段简评/20

(五) 调查的必要性及意义/21

三、知识产权商务调查的特点/23

(一) 商业性/23

(二) 私力性/24

(三) 专业性/25

四、知识产权商务调查的原则/25

(一) 证据材料全面/25

(二) 防范过程风险/26

第二章 各种调查方式详论/27

第一节 线人调查/29

案例引入/29

一、线人调查概述/32

(一) 定义/32

(二) 分类/34

(三) 特征/35

(四) 线人与卧底的区别/35

二、线人调查的必要性/36

三、线人的管理/37

(一) 线人的招募/37

(二) 线人的考核与备案/37

(三) 线人的控制管理/38

四、线人调查可能存在的问题/39

(一) 所获证据缺乏效力/39

(二) 线人犯罪行为的豁免权问题/40

(三) 线人保护制度缺位/41

五、线人调查的规范指引/42

(一) 线人身份信息的披露/42

(二) 建立线人档案/45

(三) 完善控制制度/45

(四) 线人的特别保护/46

六、私人不法取证比较研究/46

(一) 私人不法取证与非法证据排除规则/46

(二) 私人不法取得证据的效力/48

(三) 私人不法取得证据的理论依据/51

第二节 卧底调查/54

案例引入/54

一、卧底调查概述/57

(一) 定义/57

(二) 调查目的/58

(三) 特征/58

二、卧底调查的必要性/59

三、卧底调查的管理/60

(一) 前期准备/60

(二) 卧底调查的实施/61

(三) 形成立案的初步证据/62

四、美国卧底调查流程介绍/62

(一) 计划和准备阶段/62

(二) 信息采集阶段/66

(三) 信息甄别和分析阶段/70

(四) 违纪处分和纠正阶段/70

(五) 预防和教育阶段/71

附录 A/72

附录 B/73

附录 C/75

附录 D/77

五、卧底调查可能遇到的问题/78

(一) 陷阱侦查行为的抗辩/78

(二) 卧底行为合法性的界定/79

(三) 卧底所获证据的有效性/80

(四) 不当卧底调查的权利救济/80

六、卧底调查的规范性指引/81

(一) 卧底调查的条件及规则/81

(二) 卧底人员的行为准则/82

(三) 卧底调查的保障策略/83

第三节 诱惑调查/84

案例引入/84

一、诱惑调查概述/88

二、诱惑调查手段的必要性/89

(一) 侵犯知识产权行为的特点/90

(二) 公权力机关取证的不足/90

三、诱惑调查的管理/91

(一) 判断恶意侵权行为是否在先/91

(二) 前期准备工作/92

(三) 具体实施/92

(四) 证据固定/92

四、可能存在的问题/93

(一) 恶意诱发型调查的排除/93

(二) 非法取证的界定/95

(三) 所获证据的证明力/97

(四) 调查成果的转化/98

(五) 调查机构的地位/98

(六) 恶意诉讼问题/99

(七) 损害赔偿额的计算/102

五、诱惑调查的规范指引/103

(一) 前提条件/103

(二) 需要遵循的规则/104

第四节 密拍密录/107

法律规则的演变/107

案例引入/108

一、密拍密录概述/109

(一)被调查者不知情/110

(二)需要特殊技术设备/110

(三)实施地点和对象可以选择/111

二、密拍密录的必要性/111

三、密拍密录的管理/112

(一)前期准备工作/112

(二)实施密拍密录/112

(三)审查所获材料/113

(四)决定如何使用/113

四、可能存在的问题/113

(一)是否侵犯隐私权/113

(二)所获材料能否作为证据/114

(三)所获证据材料的证明力/117

(四)器械的使用/117

五、密拍密录的规范指引/118

(一)所获资料的使用方式/119

(二)取证行为不违法/119

(三)地点的选择/120

(四)器械的选择/120

(五)录制的内容/121

第五节 跟踪守候/122

案例引入/122

一、跟踪守候概述/124

(一)定义/124

(二)特性/124

(三)运用实践/125

二、必要性/125

三、跟踪守候的管理/127

(一) 前期准备/127

(二) 跟踪与守候形式/131

(三) 跟踪与守候方法/131

(四) 跟踪守候过程记录/132

(五) 反跟踪监控/133

四、可能存在的问题/133

(一) 涉足专有调查权/133

(二) 侵犯他人隐私/135

(三) 违反禁止性规定使用器材/141

(四) 调查人员安全保障/143

五、跟踪守候的规范性指引/144

(一) 做好备案许可工作/145

(二) 限制技术设备使用/145

(三) 选好前线调查人员/145

第六节 调查访问/147

案例引入/147

一、调查访问概述/148

(一) 定义/148

(二) 特征/150

二、调查访问的必要性/150

三、调查访问的管理/151

(一) 准备工作/151

(二) 调查访问的实施/154

(三) 调查访问的手段/157

(四) 调查访问的方式/157

(五) 调查访问的记录/158

(六) 调查访问材料的审查/159

四、调查访问可能存在的问题/159

(一)秘密调查访问是否违反禁止性规定/159

(二)调查访问形成证据材料的问题/163

五、调查访问的规范性指引/169

(一)选择恰当合法身份/169

(二)规范调查笔录格式/169

(三)参照司法机关办案常规/170

(四)借助公证提高笔录真实性/170

六、诉前证人证言证据效力比较/172

(一)美国庭外证言录取(deposition)/172

(二)德国的独立证据调查程序/174

(三)我国台湾地区证据保全制度/175

(四)国家或地区相关规定比较/177

(五)我国证人证言相关规定/179

第七节 资料查询/184

案例引入/184

一、资料查询概述/185

(一)公民的资料查询/185

(二)律师的资料查询/186

(三)公权力部门的资料查询/186

(四)调查机构的信息查询/187

二、资料查询的必要性/187

(一)诉前资料查询的必要性/188

(二)执行阶段资料查询的必要性/188

三、资料查询的管理/189

(一)制定查询计划/189

(二)运用不同查询方式/189

(三)有效固定所获资料/191

四、资料查询可能存在的问题/191

五、资料查询的规范性指引/193

(一)通过合法渠道查询/193

(二)材料审核后使用/194

(三)公证特殊案件材料/195

第八节 公证取证/198

案例引入/198

一、公证制度概述/208

(一)概念/208

(二)特征/208

(三)目的/209

(四)效力/209

(五)适用范围/211

(六)商务调查中的公证程序/211

二、公证制度在知识产权案件中的运用/211

(一)侵权案件中的证据保全公证/212

(二)权利归属公证/213

(三)知识产权转让合同公证/215

三、瑕疵公证的认定及效力/216

(一)违反《公证法》的禁止事项/216

(二)其他类型的瑕疵公证/216

(三)瑕疵公证的司法认定/218

四、网络环境公证取证问题/219

(一)对网络环境公证的要求/219

(二)网络证据保全公证存在的问题/222

(三)网络证据保全公证瑕疵产生原因/222

(四)公证制度弊端的消极影响/223

(五)网络公证相关问题/223

(六) 网络证据保全公证的完善/224

第九节 公众意见调查/226

案例引入/226

一、公众意见调查概述/230

(一) 公众意见调查/230

(二) 公众意见的形式/230

(三) 公众意见调查的特点与优点/231

二、公众意见调查的必要性/231

(一) 著作权领域/232

(二) 专利权领域/232

(三) 商标权领域/235

三、调查流程/237

四、调查报告的证据效力/237

(一) 调查报告转化为证据/237

(二) 调查数据的分类/238

(三) 商标侵权案件适用前景/239

五、公众意见调查常见问题及对策/240

(一) 数据收集的常见问题/240

(二) 规范调查手段的域外经验/242

(三) 我国调查报告的规范/246

六、结论/248

后记/250

第一章

知识产权商务调查概述

一、商务调查的起源与发展

从事商务调查的人称私人(家)调查员(英文称 private investigator, PI; 非正式名称为 private eye^[1])、私人(家)侦探或咨询机构(英文称 inquiry agent), 指的是受雇于个体或机构, 进行调查法律服务的人。通常, 私人(家)调查员/侦探在民事案件中为律师工作。^[2] 私人(家)调查员/侦探不属于专有法律术语, 他们是接受当事人委托, 为提供情报服务进行调查, 从而获取报酬的职业群体, 但不包括从事调查活动的律师、公证员。

通过各种方式进行情报的调查与收集是商务调查的根本所在。国内外学者对私人侦探的内涵进行过深入分析, 认为私人侦探是从事调查被巧妙隐藏的信息的职业群体;^[3] 私人侦探是被雇用来获取不为公众知悉的信息的人。^[4]

(一) 商务调查的历史沿革^[5]

商务调查最早出现在 20 世纪 30 年代, 在法治完善的西方国家, 民间的调查机构以及包括作为私人侦探机构高级形式存在的私人保安机构, 已经成为西方社会不可或缺的一部分。他们的工作与成就对当今西方社会的文明与发展有着深远影响。

私人侦探职业最早于 1834 年出现在法国, 郎福克斯·尤根·维克多(Eugene Francois Vidocq)成立了世界上第一家侦探咨询机构。他曾是剑客、士兵, 后来一度沦为囚徒、逃犯, 最后成为创立现代犯

[1] 薛波:《元照英法词典》, 法律出版社 2003 年版, 第 1094 页。[美]私人侦探, 即 private detective。该词起因于平克顿侦探社(Pinkerton Detective Service)的商标——一只睁开的眼睛。

[2] 载 http://en.wikipedia.org/wiki/Private_investigator, 2013 年 7 月 1 日访问。

[3] See Clarendon P, *Oxford English Dictionary*, California Law Review, 1989, p. 127.

[4] See G&C Merriam Co., *Webster's New International Dictionary*, Albany Law Journal of Science & Technology, 1996, p. 21.

[5] See Michael E. Knoke, *Professional Investigator's Manual*, ASIS International Press, Alexandria, 2010, pp. 1-6.

罪学和侦察术的第一位职业侦探。他的声威使得恶徒闻风丧胆,他创立和领导的法国安保部是第一个现代侦察机构。从伦敦警察厅到美国联邦调查局,都是根据他的理论和以他为领导的法国安保部为样板建立起来的。

法国政府对从事职业商务调查人员的条件要求很严格。申请开业者不得有前科,不得受过行政纪律处分,从未被宣布过破产,有一定经济基础和经济实力,持有法国本土或欧共体国家公民身份证和护照,而且需要有关部门出具的职业能力证书,以证明具备侦探专业知识、技能和道德品质。只有全部符合上述条件才能批准开业。开业后,政府有关部门对从业人员的监督仍然既正规又严格,如定期收集侦探本人及其所在公司的情况,建立档案;将这些档案免费提供给客户,便于客户选择信誉好、业绩突出、资深能干的私人侦探和私人侦探机构为自己服务;对于名声不好的侦探和机构将给予批评、警告、停业整顿甚至吊销执照的处分,从而遏制和减少行业中滥竽充数、违法乱纪、不讲信誉、职业道德沦丧等情况的发生。

从2006年10月开始,法国默伦经济与法律学院的人身与财产安全系开设“私人侦探专业”,学制3年,毕业者可获得法国教育授予的学士学位。法国也成为全世界首个认可私人侦探专业学士学位的国家。

众人熟知的美国人阿伦·平克顿于1850年创办了美国第一家私人侦探机构,即平克顿侦探公司。当时的北美处于英国殖民时期,社会治安日益恶化,公众要求增加安保措施的呼声不断高涨。一些地方政府增加了白天的巡逻人员,但这些人员缺乏基本技能训练,难以应对不断增长的犯罪活动,而且巡逻工作基本没有报酬,所以很少人愿意从事这个工作,于是一些富裕的人就自行雇人来巡逻。平克顿侦探公司早期业务主要是侦破发生在铁路上的盗窃案件和向铁路公司提供各种警卫性服务,随后该公司业务范围不断扩大,并且在侦破许多严重刑事案件方面立下了汗马功劳,其中挫败暗杀林肯总统的阴谋更是让其一战成名。私家侦探在其漫长发展过程中,已由成立之初的刑事犯罪案件侦查和简单的安保业务,发

展到今天经营多项业务的私人安保公司。如平克顿侦探事务所的业务范围为:“为各国商务机构和跨国公司、工厂等单位提供安全保卫、私人保镖、灾难救援、咨询调查、计算机监控系统的设置安装等不同类型的服务。”〔1〕该公司不但在同犯罪斗争过程中重视科学技术的应用和情报资料积累,而且在公司创建时便十分重视公司的信誉和服务质量,主持制定了一份公司的职业道德准则,即“平克顿准则”。这些都为后来私人侦探业的发展奠定了良好的基础。

美国各州法律不同,对侦探业的管理主要由州务部、注册管理部或警察局负责。虽然各州管理方法不尽相同,但几乎都要求开业前必须申请营业执照。许多州法律规定任何人不得雇用个人从事调查活动,必须委托侦探所进行调查活动。总的来说,美国对侦探从业者的入门要求较高。除了要求具有执照外,有的还要求申请人必须年满25周岁,品行端正,没有不良记录,并且有为开业私人侦探所工作过5年的经历,或者在联邦政府的调查机构、民防机构或州及市一级消防局、警察局工作10年的经历。〔2〕有的州要求须在侦探公司从业3年以上,才能向政府主管部门申请正式侦探执照,经过审查、考试、考核合格后才颁发执照。〔3〕美国对私人侦探业的管理有非常具体的法律规定,从私人侦探的资格取得、申请条件、考试要求、证照申领、执业规范、执业监管、客户投诉到权利义务以及法律责任等方面都有详细规定。在责任追究方面,美国法律对私人侦探业也十分严格。

英国的犯罪侦查制度具有“以民为主、以官为辅”的传统,其私人侦探业发展也较早。依据英国有关法律,私人侦探可以根据当事人委托,就民事案件和轻微刑事案件进行调查活动,但不得染指涉及国家机密和政府机关的案件,不得妨碍警方的犯罪侦查和执法工作。若私人侦探在调查其受理的案件过程中发现该案为重要犯罪

〔1〕方玲、李安容:“平克顿的侦探”,载《现代世界警察》2001年第4期。

〔2〕王波:“美国私人侦探不与警方联手”,载《环球杂志》2006年第4期。

〔3〕汪岩焯:《现代私人侦探完全手册》,中华工商联合出版社2002年版,第87~