

# 专利侵权取证固证指引

浙江省知识产权保护中心

2022年1月12日



# 导语

知识产权是民事主体依法享有的权利之一，主要包括著作权、专利权、商标权、地理标志、商业秘密、集成电路布图设计、植物新品种以及法律规定的其他客体。

专利是知识产权的一大门类。专利分为发明专利、实用新型专利和外观设计专利。据统计，自 2006 年以来，我国每年的专利申请量逐年攀升，2018 年至 2020 年，我国专利年申请量分别为 432 万件、438 万件和 519 万件；至 2020 年底，我国有效专利存量为 1219 万件。

与其他知识产权案件相比，专利侵权案件具有数量多、专业性强、相对复杂、较难判定等特点。目前，发生专利侵权纠纷的主要解决途径有三：一是当事人双方自行协商，二是向市场监管部门提出侵权纠纷处理请求，三是向人民法院提起诉讼。

在专利侵权纠纷案件中，当事人应根据自身主张提供相应的证据。由于专利案件的特点，多种侵权证据可能通过电子数据的形式体现，如网页链接、网上聊天记录、电子邮件、手机短信、微博、微信朋友圈发布的信息等。对电子数据的质证十分严格，当事人自行取证、举证的，需要提供原件和原始载体，但是，如果当事人选择将电子数据的内容经过公证机关公证，除有相反证据足以推翻的外，可以作为直接认定事实的依据。

由此可见，公证手段能够达到有效取证固证的效果。但是，公证具有工作时间固定、效率有限、成本较高等限制，而专利侵权案件又有很多是案值较小、对取证成本要求较高、网络侵权事实易销毁隐匿的案件，这类案件的当事人往往不会选择公证手段。

当前实践中，出现了区块链取证固证方式。区块链技术具有去中心化、不可篡改、透明开放等技术特性，意味着数据具有高度一致性和安全性。将区块链技术运用于专利侵权案件取证固证中，将大大降低权利人维权成本，同时提高侵权纠纷处理的效率。

无论是当事人自行取证、公证取证还是区块链取证，都应当保证证据具备客观真实性、合法性和关联性，取证时应当遵守相应的规则和规范。本指引将对取证主体、取证内容、取证方法等作出规范性要求，以指导各类取证主体进行专利侵权证据的取证固证。

# 目录

|                         |   |
|-------------------------|---|
| 一、取证主体                  | 1 |
| 二、取证内容                  | 1 |
| (一) 实施专利的行为的证据          | 1 |
| 1. 制造                   | 2 |
| 2. 使用                   | 2 |
| 3. 销售                   | 3 |
| 4. 许诺销售                 | 3 |
| 5. 进口                   | 3 |
| 6. 产品制造方法专利的延伸保护        | 4 |
| (二) 与被控侵权产品或方法相关的证据     | 4 |
| 1. 被控侵权产品涉嫌侵犯发明/实用新型专利权 | 4 |
| 2. 被控侵权产品涉嫌侵犯外观设计专利权    | 4 |
| (三) 被控侵权人因侵权行为所获收益的证据   | 5 |
| (四) 假冒专利的行为             | 6 |
| 三、取证方法                  | 7 |
| (一) 电脑端取证方法             | 8 |
| 1. 静态网页取证               | 9 |
| 2. 电脑录屏取证               | 9 |
| 3. 电子邮件取证               | 9 |
| (二) 移动端取证方法             | 9 |
| 1. 通话录音取证               | 9 |

|                     |    |
|---------------------|----|
| 2. 现场录音取证·····      | 9  |
| 3. 拍照取证·····        | 10 |
| 4. 手机录像取证·····      | 10 |
| 5. 手机录屏取证·····      | 10 |
| 6. 手机短信取证·····      | 10 |
| 7. 微信聊天记录取证·····    | 11 |
| (三) 其他电子设备取证方法····· | 11 |

# 专利侵权取证固证指引

## 一、取证主体

取证主体应当是合法的主体，包括专利的权利人和权利人委托的相关机构。

权利人为个人的，应当提供真实的姓名、身份证号、邮箱、联系电话、联系地址等信息；权利人为企业的，应当提供真实的企业名称、统一社会信用代码、机构法定代表人姓名、法定代表人身份证号、机构联系人姓名、联系人电话、联系地址等信息。

权利人委托相关机构的，应当提供委托书、被委托机构的名称、机构代码、被委托人的姓名、执业证号、联系电话、联系地址等信息。

权利人应当提供专利证书、专利年费缴纳记录、专利相关法律状态信息、实用新型专利和外观设计专利的专利权评价报告等证明专利权稳定性和有效性的相关证据。

## 二、取证内容

取证内容包括可能涉嫌专利侵权的各种证据，主要有以下四类：

### （一）实施专利的行为

根据《中华人民共和国专利法》第十一条的规定，发明和实用新型专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权

人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、使用、许诺销售、销售、进口其专利产品，或者使用其专利方法以及使用、许诺销售、销售、进口依照该专利方法直接获得的产品。外观设计专利权被授予后，任何单位或者个人未经专利权人许可，都不得实施其专利，即不得为生产经营目的制造、许诺销售、销售、进口其外观设计专利产品。

专利权人及其委托的相关机构发现任何单位或者个人有实行以上行为的证据，都可以进行取证。

1. 制造。制造，对于发明和实用新型专利权而言，是指做出或者形成具有与权利要求记载的全部技术特征相同或者等同的技术特征的产品；对于外观设计专利权而言，是指做出或者形成采用外观设计的图片或者照片中所表示的设计的产品。制造行为的对象应当是专利产品，包括将原材料经化学反应、将零部件经物理组装形成权利要求所保护的专利产品等行为。对于制造行为，取证人可通过拍照、录像、截屏、录屏等方式进行取证。

2. 使用。使用，对于发明或者实用新型产品专利而言，是指权利要求所记载的产品技术方案的技术功能得到了应用，该应用不局限于专利说明书中指定的产品用途，除非权利要求中已明确记载该用途；对于方法发明专利而言，是指权利要求记载的专利方法技术方案的每一个步骤均被实现，无关使用该方法产生何种结果。单纯使用侵犯外观设计专利



权的产品的行为不属于侵权专利权的行为。对于使用行为，取证人可通过拍照、录像、截屏、录屏等方式进行取证。

3. 销售。销售侵权产品，是指将侵权产品的所有权从卖方有偿转移到买方。搭售或者以其他方式转让上述产品所有权，变相获取商业利益的，也属于销售该产品。销售行为的完成，应以合同依法成立为判断标准，不要求合同实际履行完毕。

对于销售行为，取证人可以通过购买侵权产品、保留购销合同、购货发票或者收据等方式进行取证，也可以通过拍照、录像、截屏、录屏等方式固定交易过程。

4. 许诺销售。在销售侵犯他人专利权的产品的行为实际发生前，被控侵权人作出销售侵犯他人专利权产品的意思表示的，构成许诺销售。以做广告、在商店橱窗中陈列、在网络或者展销会上展出、寄送供试用的侵权产品等方式作出销售侵犯他人专利权产品的意思表示的，可以认定为许诺销售。许诺销售的方式还可以是口头、电话、传真等。

许诺销售的关键，在于被控侵权人一方作出将会提供侵权产品的意思表示。对于许诺销售行为，取证人可以通过留存产品宣传册、销售侵权产品人员的名片，对许诺销售行为进行拍照、录像、截屏、录屏、录音等手段进行取证。

5. 进口。进口侵权产品，是指将侵权产品在空间上从境外运进境内的行为。无论被控侵权产品自哪一国家进口，这种产品在其制造国或者出口国是否享有专利保护，该产品是

专利产品还是依照专利方法直接得到的产品，进口者的主观状态如何，只要该产品越过边境进入海关，都属于进口侵权产品的行为。对于进口行为，取证人可以通过拍照、录像、录音等手段进行取证。

6. 产品制造方法专利的延伸保护。产品制造方法专利的延伸保护，是指一项产品制造方法发明专利权被授权后，任何单位或者个人未经专利权人许可，除了不得为生产经营目的使用该专利方法外，也不得为生产经营目的使用、许诺销售、销售或者进口依照该专利方法直接获得的产品。

## **（二）与被控侵权产品或方法相关的证据**

### **1. 被控侵权产品涉嫌侵犯发明/实用新型专利权**

发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求的内容。

对侵犯发明或者实用新型专利权的产品或者方法，应当按照以下步骤进行取证：

（1）技术特征划分。对专利权利要求和被控技术方案进行特征划分，分析被指控侵权的技术方案的技术特征，其特征是否包含专利方案独立权利要求中的全部技术特征。

在所有权利要求中，因独立权利要求范围最大，若未落入独立权利要求的保护范围，则不会落入其他引用该独立权利要求的从属权利要求的保护范围。

（2）固定相同或者等同的技术特征。比较前述所有与专利独立权利要求相同或者等同的技术特征是否都与独立

权利要求所述技术方案具有相同的功能或形式、所有特征间的相互关系是否亦相同，并判断所有特征按这种关系的组合所产生的技术效果是否相同。如果上述问题的答案均为肯定，则将认为相同或者等同的技术特征进行拍照固定。

等同特征的常见形式有：已知的常用技术要素的简单替换、产品部件位置的简单移动、技术特征的分解或合并、方法步骤顺序的简单变化等。

（3）固定证据。被控技术方案有与权利要求记载的技术特征不相同的技术特征，进行拍照固定。从市场上或其他渠道获得的涉嫌侵权产品的实物、照片、产品目录、工艺、配方以及生产步骤等，进行拍照固定。

## 2. 被控侵权产品涉嫌侵犯外观设计专利权

（1）首先判断涉案专利与被控侵权产品是否为相同或相近种类产品。

（2）若为相同或相近种类产品，应当根据涉案专利的视图情况，拍摄被控侵权产品的对应视图照片。

对于组装关系唯一的组件产品，应当拍摄组合状态下的整体外观设计照片。

对于组装关系不唯一的产品，应当拍摄单个构件和组合状态下的整体外观设计照片。

对于变化状态产品，应当拍摄产品的各种使用状态下的外观设计照片。

## （三）被控侵权人因侵权行为所获收益的证据

权利人主张以被控侵权人的获利作为赔偿数额的依据时，需要提供被控侵权人的相应账册，以被控侵权人因侵权导致的销售量增加的总数或者被控侵权人制造的被控侵权产品的总数，与每件被控侵权产品销售的合理利润相乘之积为被控侵权人所获收益的依据。

#### **（四）假冒专利的行为**

根据《专利法实施细则》第八十四条的规定，下列行为属于假冒专利的行为：

1. 在未被授予专利权的产品或者其包装上标注专利标识，专利权被宣告无效后或者终止后继续在产品或者其包装上标注专利标识，或者未经许可在产品或者产品包装上标注他人的专利号；

2. 销售第 1 项所述产品；

3. 在产品说明书等材料中将未被授予专利权的技术或者设计称为专利技术或者专利设计，将专利申请称为专利，或者未经许可使用他人的专利号，使公众将所涉及的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计；

4. 伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件；

5. 其他使公众混淆，将未被授予专利权的技术或者设计误认为是专利技术或者专利设计的行为。

取证人发现有以上假冒专利的行为，可以通过拍照、录像、截屏、录屏、录音等手段进行取证。

### 三、取证方法

取证人应根据不同的证据类型采取不同的取证方法。

《中华人民共和国民事诉讼法》规定的法定证据类型有八大类，即：当事人陈述、书证、物证、视听资料、电子数据、证人证言、鉴定意见、勘验笔录。其中，当事人陈述、证人证言、鉴定意见和勘验笔录无须当事人取证，但关于专利侵权内容的相关书证、物证、视听资料和电子数据需要由当事人举证。

书证是指以文字、符号、图形等所记载的内容或表达的思想来证明案件真实的证据。在专利侵权纠纷案件中，常见书证有合同、文书、票据等。物证是指以其存在的形状、质量、规格、特征等来证明案件事实的证据。在专利侵权纠纷案件中，最重要的物证是专利侵权产品。书证应当提交原件。物证应当提交原物。获取原件或者原物确有困难的，也可以提交复制品、照片、副本、节录本等。

在专利侵权纠纷案件中，视听资料和电子数据是重要的证据类型。视听资料、电子数据是指以录音、录像、电子计算机或其他高科技设备所存储的信息证明案件真实情况的资料。视听资料常见有录音带、录像带、胶卷等；电子数据的形式更为多样，包括网页链接、电子邮件、电子数据交换、视频音频、网上聊天记录、博客、微博客、微信朋友圈信息、手机短信、电子签名等项内容。

对于这类证据，取证人可以使用各种设备进行取证，包括但不限于电脑端取证、移动端取证、录音笔、数码相机、摄像机等其他电子设备取证。取证时，应当注重程序规范、方法正确。

在取证之前，应当对计算机等电子设备进行清洁性检查，并生成清洁性检查报告，清洁性检查报告中应提供检查明细和检查结论。

电脑端取证的清洁性检查内容应包括操作系统信息、计算机信息、基本网络配置信息、hosts 文件配置信息、拨号和虚拟专用网络配置信息、局域网代理配置信息、路由跟踪记录、共享文件夹信息、已安装软件列表及其缓存检查结果、操作系统缓存检查结果、浏览器缓存检查结果、Cookies 检查结果、系统环境变量、系统临时目录、用户目录、下载目录、操作系统平台、操作系统内核、计算机信息以及网络配置。

移动端取证的清洁性检查内容应包括手机设备信息（包括手机型号和 Root 情况等）、移动网络信息、无线网络信息以及已安装软件列表（包括软件名称、软件版本、包名、应用签名、安装路径、安装时间、更新时间和安装来源等），根据移动端权限获取情况可收集序列号、国际移动设备识别码（IMEI）、系统版本以及内核版本信息。

以下为常见的电子设备取证方法：

### **（一）电脑端取证**

### 1. 静态网页取证

静态网页取证应记录以下内容：（1）登录取证系统的时间及 IP 地址；（2）取证服务器进行清洁性检查时间及检查结论；（3）取证网页地址、取证时间；（4）静态网页取证内容。

### 2. 电脑录屏取证

电脑录屏取证应记录以下内容：（1）登录取证系统的时间及 IP 地址；（2）取证服务器进行清洁性检查时间及检查结论；（3）录屏开始时间及结束时间；（4）获取的录屏文件。

### 3. 电子邮件取证

电子邮件取证应记录以下内容：（1）登录取证系统的时间及 IP 地址；（2）取证服务器进行清洁性检查时间及检查结论；（3）邮件的发件人、收件人名称及地址；（4）邮件的生成时间、接收时间；（5）邮件内容；

## **（二）移动端取证**

### 1. 通话录音取证

通话录音取证应确保录音清晰、数据完整、时效和防篡改。通话录音取证应记录以下内容：（1）主叫方号码；（2）被叫方号码；（3）呼叫开始时间；呼叫被叫方时间，被叫方接听时间；通话结束时间；（4）生成的通话录音文件；（5）进行清洁性检查的时间及检查结论。

### 2. 现场录音取证

现场录音取证应调用手机原生系统的麦克风采集录音，确保录音清晰、数据完整、时效和防篡改。现场录音取证应记录以下内容：（1）开始、结束录音时间信息；（2）开始、结束录音位置信息；（3）录音所得的文件；（4）进行清洁性检查的时间及检查结论。

### 3. 拍照取证

拍照取证应调用手机原生系统的摄像采集的图像，确保图片无篡改、清晰可辨认。拍照取证应记录以下内容：（1）拍照时间；（2）拍照位置信息；（3）拍照所得文件；（4）进行清洁性检查的时间及检查结论。

### 4. 手机录像取证

手机录像取证应调用手机原生系统的摄像采集的视频，手机录像应记录以下内容：（1）开始、结束录像时间信息；（2）开始、结束录像位置信息；（3）录制所得文件；（4）进行清洁性检查的时间及检查结论。

### 5. 手机录屏取证

手机录屏取证应调用手机原生系统的屏幕录制取得视频和截图，手机录屏取证应记录以下内容：（1）开始屏幕录制的时间和结束屏幕录制的时间；（2）开始、结束录制时参考位置信息；（3）若有截取屏幕页面，记录“截屏”操作时间及对应文件名；（4）录屏视频文件和截屏文件；（5）进行清洁性检查的时间及检查结论。

### 6. 手机短信取证



手机短信取证应调用手机原生系统的短信功能发送和接收的短信，手机短信取证应记录以下内容：（1）发、收件人的姓名及手机号码；（2）发送、接收的时间；（3）手机短信的完整内容；（4）进行清洁性检查的时间及检查结论。

#### 7. 微信聊天记录取证

微信聊天记录取证应记录以下内容：（1）聊天记录的双方当事人身份，可在通讯录中查找对方用户并点击查看个人信息，展示备注名称、头像照片、昵称、微信号、地区、等具有身份指向性的内容；（2）微信聊天记录的时间；（3）完整的微信聊天记录内容；（4）对于微信聊天记录中涉及的文本文件、图片、音频、视频或转账等内容，应当点击打开展示；（5）进行清洁性检查的时间及检查结论。

#### **（三）其他电子设备取证**

其他电子设备取证包括录音笔、数码相机、摄像机等电子设备录制的视听资料等证据，应确保录音录像清晰、数据完整、时效和防篡改。