

2019年《反不正當競爭法》 第三十二條對侵害商業秘密案件 審理思路的影響

—宋健—

一、引言

自1993年《中華人民共和國反不正當競爭法》(以下簡稱“《反不正當競爭法》”)第十條¹明確將商業秘密作為法益保護以來,商業秘密案件一直是人民法院審理反不正當競爭案件的重要類型,且由於商業秘密案件具有不同於一般知識產權案件的特殊性,長期以來,司法實踐一直在積極探索商業秘密案件的審理方式,並形成了相對固定的審理思路。然而,商業秘密案件審理難,尤其是商業秘密認定難等問題,一直是知識產權及競爭法領域中公認的難題之一,而對於商業秘密的保護又是反不正當競爭規制之中的一個極為重要環節,支撐了市場經濟和創新發展之中許多交易活動的順利運行。²因此,為體現我國嚴格保護知識產權的政策導向,順應全球主要司法區域加強商業秘密保護的潮流,2019年4月23日第三次修正的反不正當競爭法對侵害商業秘密的行為主體、行為類型以及商業秘密案件舉證責任、法定賠償上限及懲罰性賠償等相關問題進行了重要修訂。其中,《反不正當競爭法》第三十二條對商業秘密權利人以及被訴侵權人舉證責任的最新規定,頗為引人關注,或將導致商業秘密案件審理思路的相應調整,筆者對此試作分析,以期引發業界的進一步探討。

二、商業秘密案件傳統審理思路分析

(一)商業秘密的定義及構成要件

關於商業秘密定義,2019年《反不正當競爭法》第九條第

三款在對原第十條“能為權利人帶來經濟利益”和“具有實用性”進行合併的基礎上進行了修正,規定:“本法所稱的商業秘密,是指不為公眾所知悉、具有商業價值並經權利人採取相應保密措施的技術信息和經營信息等商業秘密”。根據修正後的法律規定,商業秘密構成要件也由“四要件”調整為“三要件”,即由秘密性、價值性、實用性和保密性調整為秘密性、價值性和保密性。

在商業秘密構成要件中,無論是四要件還是三要件,“秘密性”的認定是審理侵害商業秘密案件的重要步驟³。原因在於,商業秘密與著作權、商標權、專利權、植物新品種權等知識產權不同,因其本身不具備法定的權利外觀,而是由權利人自己持有,因而商業秘密是否存在以及商業秘密權利邊界的劃定,通常在訴訟中爭議極大。相對而言,如果爭議信息不具備價值性或者實用性,原、被告之間通常不可能發生糾紛,在目前的審判實務中,尚未見因不具備價值性或者實用性而未被認定為商業秘密的案例。⁴而保密性要件,即權利人對具有秘密性的技術信息或經營信息是否採取了相應的保密措施,可以通過客觀證據加以判斷。

(二)商業秘密案件逐段審理的思路

早期,在審判實踐中,針對“客觀上存在對商業秘密案件審理思路把握不夠準確,理解上存在偏差的情況。有的案件在開庭審理時忽視對原告主張的商業秘密是否成立進行審查,而是直接審查被告是否採用不正當手段獲取、使用了原告的信息”,⁵為了確保案件審判質量,江蘇省高級人民法院早在2010年就對侵犯商業秘密案件的審理思路進行了總結歸納,並制訂了

《侵犯商業秘密糾紛案件審理指南(2010年版)》，其中第1.2條提出：“侵犯商業秘密糾紛案件一般應遵循逐段審理的思路。第一步：對原告是否有權就該商業信息主張權利、該商業信息是否符合商業秘密構成要件進行審查和認定；第二步：在商業秘密成立且原告有權主張權利的前提下，對被告是否實施了侵權行為進行審查和認定；第三步：在被告構成侵權的情況下，對被告應承擔的民事責任進行審查和認定”。⁶

江蘇法院當時提出的上述逐段審理思路，具有一定的代表性，體現了在商業秘密侵權判定中，要將審查確定商業秘密是否存在以及準確劃定商業秘密邊界作為裁判前提和基礎的理念，因而首先要將秘密性要件作為首要審查步驟，本文亦將重點討論秘密性要件的認定標準。

(三)秘密性的證明標準

所謂秘密性，在反不正競爭法中又稱為“不為公眾所知悉”，是指有關信息不為其所屬領域的相關人員普遍知悉和容易獲得。最高人民法院於2006年制訂的《關於審理不正當競爭民事案件應用法律若干問題的解釋》（以下簡稱“《反不正當競爭法司法解釋》”，法釋[2007]2號）第九條規定：“有關信息不為其所屬領域的相關人員普遍知悉和容易獲得，應當認定為反不正當競爭法第十條第三款規定的‘不為公眾所知悉’。具有下列情形之一的，可以認定有關信息不構成不為公眾所知悉：（一）該信息為其所屬技術或者經濟領域的人的一般常識或者行業慣例；（二）該信息僅涉及產品的尺寸、結構、材料、部件的簡單組合等內容，進入市場後相關公眾通過觀察產品即可直接獲得；（三）該信息已經在公開出版物或者其他媒體上公開披露；（四）該信息已通過公開的報告會、展覽等方式公開；（五）該信息從其他公開渠道可以獲得；（六）該信息無需付出一定的代價而容易獲得”。從上述規定可見，《反不正當競爭法司法解釋》第九條對“不為公眾所知悉”採取了“概括+反向例舉”式的規定方式，即先解釋何為“不為公眾所知悉”，再通過反向例舉對“公知信息”加以排除，從而為“秘密性”即“不為公眾所知悉”的認定提供裁量標準。值得關注的是，國家市場監督管理局亦於2020年9月4日公佈了《商業秘密保護規定（徵求意見稿）》，對此作出了大致相同的規定。⁷

然而，儘管司法解釋給出了判斷“不為公眾所知悉”的認定

標準，但該標準仍然存在成文法通常具有的概括性和不確定性的特點，因而不同的裁判者基於對相同事實及法律適用理解可能存在的差異，會導致裁判結果不同。因此，經過長期探索，司法實踐就“不為公眾所知悉”的認定，大致形成以下兩方面共識：

一是總結提煉出有關明確“秘密點”（或稱“秘點”）的審理方式。具體而言，是指權利人提起訴訟後，法院必須首先要求其明確商業秘密的範圍，即明確秘密點。理論上認為，只有通過明確秘密點，才能準確劃定權利人主張其商業秘密的權利邊界，而這是權利人尋求司法保護的前提和基礎。而無論是技術秘密案件還是經營秘密案件，都存在明確秘密點的問題。具體而言，技術秘密案件的秘密點是指具體的技術方案或技術信息；經營秘密案件的秘密點是指區別於相關公知信息的特殊客戶深度信息等經營信息。

二是明確了“不為公眾所知悉”的舉證責任由權利人負擔。關於“不為公眾所知悉”的證明責任，通說認為，由於“不為公眾所知悉”屬於消極事實，證明難度較大，因而早期主導性觀點認為，如果被告以原告主張保護的信息不具有秘密性進行抗辯，應當由被告承擔相關信息已經為公眾所知悉的證明責任，即實行舉證責任倒置。⁸但《反不正當競爭法司法解釋》並未採納有關設定商業秘密舉證責任倒置制度的觀點，仍採取了民事訴訟法規定的“誰主張誰舉證”的原則和最高人民法院民事訴訟證據若干規定中有關舉證責任的一般規定等。⁹《反不正當競爭法司法解釋》第十四條規定：“當事人指稱他人侵犯其商業秘密的，應當對其擁有的商業秘密符合法定條件、對方當事人的信息與其商業秘密相同或者實質相同以及對方當事人採取不正當手段的事實負舉證責任”。由此可見，就“不為公眾所知悉”要件的成立，第十四條仍明確規定證明責任由權利人負擔。通說認為，反不正當競爭法司法解釋的這一規定符合證明責任分配理論中的“法律要件說”，即證明責任應依據以下原則進行分配：“主張權利存在的當事人應當對權利發生的法律要件存在之事實承擔證明責任；否認權利存在的當事人應當對妨礙權利的法律要件、權利消滅的法律要件或權利限制的法律要件之存在的事實承擔證明責任”。¹⁰具體到商業秘密案件中，“不為公眾所知悉”這一要件屬於商業秘密是否成立的基礎性

事實，應當由權利人舉證。如果在原告未提供證據證明其商業秘密成立的情況下，即要求被告必須證明原告商業秘密不成立方能免責，則不僅對被告人顯失公平，也與通行的證明責任理論相衝突。當然，也有觀點對司法解釋的上述規定提出質疑，認為該規定顛覆了商業秘密推定過錯責任制度，明顯加重了受害人的舉證困難，很可能造成受害人舉證不能，放縱侵權人的侵權行為。¹¹

因此，為了有效平衡商業秘密案件各方當事人的利益關係，解決“不為公眾所知悉”證明難，司法實踐一方面明確證明責任由權利人負擔，另一方面則在證明標準上調整司法政策，適當降低權利人的證明標準。分析意見認為，如果嚴格適用“高度蓋然性”的證明標準可能有失公平時，可以結合原告提供證據情況和被告提供反駁證據情況，適當降低權利人的證明標準，即將原告的證明標準調整為“蓋然性佔優勢”。

所謂“蓋然性佔優勢”，是相對於“高度蓋然性”證明標準而言的。兩者區別在於：前者是指待證事實存在的可能性要大於不存在的可能性，而後者指待證事實達到非常可能為真實的程度。《最高人民法院關於適用〈中華人民共和國民事訴訟法〉的解釋》第一百零八條規定：“對負有舉證責任的當事人提供的證據，人民法院經審查並結合相關事實，確信待證事實的存在具有高度可能性的，應當認定該事實存在。對一方當事人為反駁負有舉證證明責任的當事人所主張事實而提供的證據，人民法院經審查並結合相關事實，認為待證事實真偽不明的，應當認定該事實不存在。法律對於待證事實所應達到的證明標準另有規定的，從其規定”。上述民事訴訟法司法解釋中規定的“高度可能性”證明標準，與證明理論中的“高度蓋然性”證明標準，兩者是具有相同含義的法律表述。對此，分析意見認為，儘管我國民事訴訟法中規定了“高度蓋然性”的證明標準，但也並未排除法官可以根據具體案情，適當引入“蓋然性佔優勢”的證明標準。通過規定合理的商業秘密案件證明標準，既有利於促進雙方當事人的舉證積極性，有利於查明案情，同時對權利人也並未課以過重的證明責任，有利於加強對商業秘密的保護。¹²

三、商業秘密保護面臨的問題

如上所述，司法實踐採取逐段審理的裁判思路，以及降低“不為公眾所知悉”的證明標準，從形式上看，完全是一種體現利益平衡的完美制度設計，即一方面要保護商業秘密，另一方面也不能不合理地加重被告的舉證負擔，這應當能夠有效解決商業秘密案件的審理難題。然而，實證研究顯示，長期以來，商業秘密認定難、商業秘密案件審理難、商業秘密保護難的問題卻比較突出。具體分析如下：

1. 商業秘密認定難。如前所述，商業秘密案件的審理步驟，一般首先要求權利人明確秘密點。由於秘密點的確定往往是“非公知性”（即指“不為公眾所知悉”）司法技術鑒定的前提，最終涉及商業秘密保護範圍的確定，因而秘密點通常是當事人之間的主要爭執點，一般需要經過若干次質證或庭審的對抗才能最終確定。分析意見認為，之所以要强化秘密點的確定過程，原因在於“原告出於儘量擴大保護範圍的需要，或者對法律規定、涉案技術背景不熟悉等原因，往往在起訴時會圈定一個很寬泛的秘密範圍，並將一些公知信息納入到商業秘密範圍內請求保護”。¹³

但是，當前不容忽視的問題是，在商業秘密案件審理中，對於秘密點的確定以及“不為公眾所知悉”的認定，一是審理思路過於機械，不能區分個案不同情形對審理方式進行適應性調整。例如，在有確鑿證據證明被告係採取商業間諜方式直接盜竊或教唆、引誘他人盜竊商業秘密的案件中，仍堅持較為嚴苛的秘密點確定程序，致使權利人感覺商業秘密獲得司法保護不易。二是對於“不為公眾所知悉”的認定標準理解不夠準確。事實上，與專利技術要求是完整的技術方案不同，商業秘密的表現形態多樣，可以是單一信息，也可以是系列信息，甚至是公開信息的組合。尤其是公開信息的組合，“與專利不同，商業秘密保護不需要新穎性”。許多商業秘密實際上是已知技術的組合。美國第四巡迴上訴法院在去年年底的 *AirFacts Inc. 訴 Diego de Amezaga* 案中判定，如果完全公開的信息以附加值的方式組合，根據“馬里蘭州統一商業秘密法”（MUTSA），可以作為商業秘密保護。第四巡迴上訴法院引述第二巡迴上訴法院的意見提出“商業秘密可以存在於本身屬於公共領域的特徵和組成部分的組合中，只要其中統一的过程/工藝、設計和操作呈現獨特的組合，提供了競爭優勢，便構成一個可保護的商業秘

密”。¹⁴由此可見，美國法下的秘密性認定標準並不嚴苛。

對此，江蘇省高級人民法院在審理恒春公司訴愛博德公司、顧某等侵害商業秘密糾紛案中也持上述基本相同的觀點。該案裁判要旨是：對於技術秘密糾紛案件中普遍存在的“某一全部由公知信息組成的技術信息是否具有非公知性”這一問題的判斷，取決於形成該技術信息的過程中，各公知要素的選取和組合是否蘊含創造性勞動，即該技術信息並不是由隨意選取的公知信息進行簡單羅列、堆砌而形成，而是需要以專業知識為基礎，有目的、有依據地從海量公知信息中選取特定信息，並進行取舍、整合、反復校驗，並最終形成可行的技術路線或方案。¹⁵

然而值得關注的是，對於公開信息的組合可以具有“非公知性”，司法實務的認識並不統一，對此類情形下秘密點的確定以及“非公知性”判定要求標準過於嚴苛，即有時對所涉公開信息的組合是否具有“非公知性”，往往並不作深入分析，而是直接一一剔除，最終使得原本具有的秘密性全部喪失，導致原告敗訴。根據北京法院的調研報告，通過對 2013-2017 年全國法院涉及侵害商業秘密民事案件的裁判文書進行檢索，在判決結案的 338 件涉及商業秘密的不正當競爭案件中，原告敗訴案件為 210 件，其中法院認定不構成商業秘密的案件為 140 件，佔比為 47.6%。¹⁶根據筆者的觀察，當前直接以未採取相應保密措施而否定商業秘密存在的案件並不多見，而絕大多數認定不構成商業秘密的案件係因涉案信息不具有“非公知性”。如果結合被告實施不當獲取行為進行判斷，似乎前述報告所述認定不構成商業秘密的比例有些過高，其分析邏輯是，如果被告所獲信息是不具有競爭優勢的商業信息，其為何要採取不正當的手段獲取？因此，對於司法實務中的認定標準是否妥當，是值得深入探討的。

2. 案件審理難度大。尤其是技術秘密案件，由於所涉技術問題比較複雜，證據較多，秘密點的確定複雜，甚至在個別案件中原告主張的秘密點近百個，因而對於技術秘密保護範圍的認定、侵權行為的確定以及侵權比對，往往需要各方當事人投入大量工作才能完成，而法庭的審判工作壓力也很大。儘管為解決商業秘密保護難，最高人民法院早在 2011 年制訂的司法政策性文件中就已明確給出降低證明標準的司法指引，即“根據

案件具體情況，合理把握秘密性和不正當手段的證明標準，適度減輕商業秘密權利人的維權困難。權利人提供了證明秘密性的優勢證據或者對其主張的商業秘密信息與公有領域信息的區別點作出充分合理的解釋或者說明的，可以認定秘密性成立。商業秘密權利人提供證據證明被訴當事人的信息與其商業秘密相同或者實質相同且被訴當事人具有接觸或者非法獲取該商業秘密的條件，根據案件具體情況或者已知事實以及日常生活經驗，能夠認定被訴當事人具有採取不正當手段的較大可能性，可以推定被訴當事人採取不正當手段獲取商業秘密的事實成立，但被訴當事人能夠證明其通過合法手段獲得該信息的除外”。¹⁷然而，該司法政策並未獲得更為理想的執行效果，在有些案件中，證明標準並未合理降低。尤其是，由於案件審理過程較為複雜，許多案件需要組織“非公知性”以及“同一性”司法技術鑒定或者聘請技術專家參與訴訟，因而不僅案件審理難度普遍較大，而且審理期限普遍較長。

3. 原告勝訴率低。如前所述，目前商業秘密案件的審理機制尚不夠完善，因而嚴格保護商業秘密的司法效果還需進一步提昇。根據前述北京法院的調研報告，在 338 件判決案件中，原告主張的商業秘密未獲得司法保護的案件數量為 210 件，原告敗訴率為 65%，明顯大於原告的主張獲得支持的案件數量；¹⁸再如，根據浙江法院的統計數據，2008-2017 年浙江法院共審結了 214 件侵害商業秘密民事一審案件，撤訴及調解結案 112 件，佔案件總數的 52.3%；判決結案 94 件，佔案件總數的 43.9%。其中 74 個生效判決中，原告勝訴案件為 38 件，勝訴率為 51.4%。¹⁹當然，僅從判決勝訴率並不能全面反映原告實際勝訴的情況，因為在撤訴及調解結案的案件中，還有一定比例的案件係被告通過補償原告損失，與原告達成了和解。但從總體上看，商業秘密案件的判決勝訴率要明顯低於專利、商標、著作權等其他類型的知識產權案件。

四、《反不正當競爭法》第三十二條 影響分析

2019 年 4 月，反不正當競爭法在 2017 年 11 月第二次修正後，又迎來了第三次修正。此次修正頗為引人關注，其原因，

一是修法背景正值中美經貿協議談判；二是新增第三十二條規定雖然有助於解決商業秘密保護難，但是否會導致商業秘密案件舉證責任的重新分配，涉及舉證責任分配的法理基礎，由此引發爭議。

（一）第三十二條規定的內容

第三十二條規定：“在侵犯商業秘密的民事案件審判程序中，商業秘密權利人提供初步證據，證明其已經對所主張的商業秘密採取保密措施，且合理表明商業秘密被侵犯，涉嫌侵權人應當證明權利人主張的商業秘密不屬於本法規定的秘密。商業秘密權利人提供初步證據合理表明商業秘密被侵犯，且提供以下證據之一的，涉嫌侵權人應當證明其不存在侵犯商業秘密的行為：（一）有證據表明涉嫌侵權人有渠道或者機會獲取商業秘密，且其使用的信息與該商業秘密實質上相同；（二）有證據表明商業秘密已經被涉嫌侵權人披露、使用或者有被披露、使用的風險；（三）有其他證據表明商業秘密被涉嫌侵權人侵犯”。

從上述規定內容看，第三十二條分別針對商業秘密構成要件以及侵權行為認定規定了兩方面的“初步證據”，並要求在滿足“初步證據”的同時，實現舉證責任“倒置”或者“轉移”。具體而言，首先，第三十二條第一款針對商業秘密的構成要件，有觀點認為，“修法前，法院首先審查原告是否能夠提供證據證明，涉案信息滿足‘採取相應保密措施’‘不為公眾所知悉’‘具有商業價值’、是否屬於‘技術信息或經營信息’。經過修改後，權利人僅需提供初步證據，證明已經對其所主張的商業秘密採取保密措施，且合理表明商業秘密被侵犯，此時舉證責任將倒置給被告，由其證明權利人所主張的商業秘密不屬於反法規定的商業秘密”。²⁰其次，第三十二條第二款針對侵權行為的認定，有觀點認為，“權利人盡到了初步證明責任之後，將進一步的舉證責任轉移給了被訴訟侵權人。經過這番轉移，我們可以看到，商業秘密的權利人在民事訴訟中需要承擔的舉證責任就大大減輕了”。²¹

（二）對第三十二條規定的質疑

事實上，自2019年反不正當競爭法修正以來，針對第三十二條的質疑就一直存在。質疑主要體現在，一是擔憂第三十二條在有效降低商業秘密權利人維權難的同時，“亦容易導致對

專利保護與對商業秘密保護的失衡”。因為專利是以公開換保護，而商業秘密則由權利人自己持有，並以相應的保密措施加以維持，因此就對現有技術的貢獻而言，專利的貢獻顯然大於商業秘密。還有觀點認為，“很顯然，與這些專利的權利人相比，新反法第三十二條之下的商業秘密權利人的舉證責任要輕了很多。從某種意義上，這意味着商業秘密的維權難度要比專利低”²²。二是認為第三十二條破壞了傳統證明責任分配理論中“法律要件說”的法理基礎，即“主張權利存在的當事人應當對權利發生的法律要件存在之事實承擔證明責任”，換言之，由於商業秘密不具有法定的權利外觀，因此商業秘密權利人必須首先證明商業秘密存在。然而，根據第三十二條的規定，原告在未能先行證明商業秘密構成要件成立的情況下，即要求被告承擔舉證責任，如前所述，對被告人顯失公平，也與通行的證明責任理論相衝突。三是質疑第三十二條規定出臺的背景。事實上，從2020年1月公佈的“中美第一階段經貿協議內容可見，商業秘密保護是雙方的重要議題，而其中第1.5條就‘民事程序中的舉證責任轉移’的規定，已經被2019年11月修正的反不正當競爭法第三十二條所提前吸收，當然還包括其他重要內容”。

有鑒於此，第三十二條對於商業秘密案件審理可能產生的影響，有必要從商業秘密屬性、權利法益或行為法性質等方面作出進一步分析。

（三）商業秘密的屬性及商業秘密法的性質

在傳統理解上，與其他知識產權不同，商業秘密的屬性並不是法定權利，而只是反不正當競爭法保護的“法益”，原因在於商業秘密本身不具有排他性，商業秘密持有人無法排除他人獨立開發或者反向工程開發相同的商業秘密，因此學理上習慣於將持有商業秘密的主體，稱之為商業秘密持有人，而非商業秘密權利人。事實上，長期以來，對於商業秘密是否作為知識產權存在，中外都存有激烈爭議，“即使在美國和歐盟制定單行的商業秘密保護法後，對商業秘密是否是財產、是否是知識產權客體的爭議也未停息，爭論依然激烈。如歐盟2016年制訂的《商業秘密保護指令》明確指出，指令的頒佈並不意味着承認商業秘密是知識產權”。²³

在我國，商業秘密首次被明確納入知識產權的權利客體，

是2017年3月施行的《中華人民共和國民法總則》第一百二十三条；之後，2020年5月28日通過的《中華人民共和國民法典》第一百二十三条再次進行了重述，明確規定在我國民事權利體系中，商業秘密屬於知識產權客體，權利人對商業秘密是依法享有專有權利。²⁴這說明，經過二十多年的逐步發展，立法者最終將商業秘密由“法益”上昇為“權利”。然而，與專利、商標等其他知識產權相比，“商業秘密的排他性相對較低”，²⁵因此，儘管商業秘密被列入知識產權客體，但現有法律體系對商業秘密，主要還是通過反不正當競爭法予以保護，而反不正當競爭法則本質上是行為法，重點是對不正當競爭行為的可苛責性加以規制。因此，基於商業秘密的固有特性，商業秘密法顯然兼具權利法和行為法的雙重屬性，且偏向行為法，並由此影響商業秘密案件的審理思路。

（四）第三十二條規定的合理解釋及對審理思路的影響

首先，應當將第三十二條理解為舉證責任轉移而不是舉證責任倒置。因為，中美第一階段經貿協議第1.5條²⁶非常清晰地使用了“民事程序中的舉證責任轉移”的表述。在法理上，舉證責任轉移顯然不同於舉證責任倒置。舉證責任倒置本質上仍屬於舉證責任的分配，即法律通過規定舉證責任倒置將事實真偽不明的舉證責任分配給了被告，並在被告舉證不能時，由被告承擔敗訴的後果。而舉證責任轉移並不改變舉證責任的分配，只是在負有舉證責任的一方當事人的舉證達到優勢程度，而由對方當事人提供反駁證據，在沒有反駁證據或者反駁證據不足以推翻負有舉證責任的當事人的舉證時，就認定負有舉證責任一方當事人主張的事實成立。具體到第三十二條，筆者認為，考慮到第三十二條出臺的背景，因而對第三十二條作出舉證責任轉移的解釋，一方面沒有超出中美第一階段經貿協議第1.5條規定的要求，另一方面，也沒有改變舉證責任分配中“法律要件說”關於主張權利的一方應當承擔舉證責任的基本規則。

其次，應當將第三十二條規定的“兩個初步”理解為法定證明標準的降低。如前所述，儘管早期的司法政策文件已經提出要降低證明標準，但如何降低理解差異較大。筆者認為，第三十二條對“初步證據”的規定，實際上是給出了降低證明標準的裁判尺度，而且也完全符合商業秘密案件的審理實際。因為，

反法並不是權利法，而是行為法，“雖然具有權利保護的效果，但其目標是制止不正當競爭的行為”。²⁷從反法第九條規定看，侵害商業秘密的行為主要體現為“披露、使用或者允許他人使用權利人的商業秘密”，而獲取商業秘密的手段大致分為兩類：一類是非法性獲取，即“以盜竊、賄賂、欺詐、脅迫、電子侵入或者其他不正當手段獲取”；另一類是違約性獲取，即合法佔有，但“違反保密義務或者違反權利人有關保守商業秘密的要求”。事實上，在激烈的市場競爭中，市場主體對於哪些信息具有商業價值並能夠形成競爭優勢，其實是具有清晰認知的，這本身也符合行為人為何需要採取非法等手段加以獲取的行為邏輯，因而第三十二條明確將證明標準降低為“初步證據”，是具有合理性的。

最後，應當以行為法為基礎確定商業秘密案件的審理思路。客觀而言，以往司法實踐中逐段審理的思路多少體現了權利法的思維，缺乏對不正當競爭行為規制的強調。因此，根據第三十二條的規定，可從以下三點對審理思路進行適度調整：一是應當區分非法性獲取還是違約性獲取，合理確定在個案中對權利人提供初步證據的具體要求，不宜做“一刀切”。例如，對於採取商業間諜手段盜竊或教唆他人盜竊權利人商業秘密的，對權利人提供初步證據的要求，就應當明顯低於採取其他違約性手段獲取商業秘密的初步證據要求，如果所有案件均採取一個證明標準，難免對商業秘密保護不利。二是第三十二條對於商業秘密構成要件以及侵權行為認定所規定的初步證據，其中有些證據是具有重合性的，例如，權利人提供初步證據證明存在前述盜竊或者教唆他人盜竊商業秘密的違法行為，這已經能夠滿足“合理表明商業秘密被侵犯”的要求，此時再結合第三十二條要求權利人提供證明秘密性和採取保密措施的初步證據，以及“接觸+相似”等的初步證據，就可以及時將證明“不為公眾所知悉”以及“不存在侵犯商業秘密行為”的舉證責任轉移給被告。需注意的是，在個案中，能否根據原告初步證據情況，及時進行舉證責任轉移，與商業秘密司法保護的及時性以及保護力度密切相關。三是在前述兩點的基礎上，應當合理確定權利人對秘密性要件提供初步證據的責任。儘管第三十二條沒有明確規定權利人應當“對其擁有的商業秘密符合法定條件”負舉證責任，也沒有明確將其歸入初步證據的範疇，但基於

商業秘密不具有法定的權利外觀，往往需要通過訴訟厘清權利邊界，因而權利人仍需要對商業秘密的範圍進行初步舉證，但重點應當在於合理證明：商業秘密的研發或者開發過程、其所主張的商業秘密信息與公有領域信息的區別點等，而能否滿足“不為公眾所知悉”的證明標準，則應當在雙方當事人的訴辯對抗中完成事實證明的過程。如果要求權利人必須先行完成“不為公眾所知悉”的證明責任，然後才能進行侵權比對，實則又回到了“高度蓋然性”的證明標準要求，這並不符合第三十二條立足於解決商業秘密保護難的立法目的。當然，司法實踐中也不能排除根據個案情形對權利人適度提高初步證據的證明要求。但總體而言，根據反法第三十二條的規定以及嚴格保護商業秘密的司法政策要求，商業秘密案件的審理思路應當更加符合商業秘密案件的特點和實際，這應當是將來可預見的司法變化。■

作者：江蘇省高級人民法院二級高級法官，全國審判業務專家

*本文僅代表作者個人的觀點。

¹1993年《反不正當競爭法》第十條第三款規定：“本法所稱的商業秘密，是指不為公眾所知悉、能為權利人帶來經濟利益、具有實用性並經權利人採取保密措施的技術信息和經營信息”。

²孫遠釗：“論《反不正當競爭法》的商業秘密保護規制”，《競爭政策研究》，2016年第5期；“論《反不正當競爭法》的商業秘密保護規制”（上）、（下），“工信部電子知識產權中心”微信公眾號，2016年11月10-11日。

³北京市高級人民法院知識產權庭課題組：“《反不正當競爭法》修改後商業秘密司法審判調研報告”，《電子知識產權》，2019年第11期。

⁴顧韜：“關於侵害技術秘密糾紛案件審理思路及方法的探討”，《電子知識產權》，2015年第12期。

⁵宋健、顧韜：“商業秘密知識產權案件審判經驗總結”，《法律適用》，2010年第2-3期。

⁶詳見江蘇省高級人民法院：《侵犯商業秘密糾紛案件審理指南（2010年版）》。

⁷詳見國家市場監督管理局《商業秘密保護規定（徵求意見稿）》第六條【不為公眾所知悉】。

⁸詳見北京市第一中級人民法院知識產權庭編著：《知識產權審判分

類案件綜述》，知識產權出版社2008年9月第1版，第180頁。

⁹蔣志培、孔祥俊、王永昌：“《關於審理不正當競爭民事案件應用法律若干問題的解釋》的理解適用”，《法律適用》，2007年第3期。

¹⁰（德）羅森貝克著，莊敬華譯：《證明責任論》，中國法制出版社2002年版，第111-114頁。

¹¹詳見夏建軍：“論商業秘密侵權之認定及舉證”，載《2009中華全國律師協會知識產權專業委員會年會暨中國律師知識產權高層論壇論文集》（上）。

¹²同註5。

¹³同註5。

¹⁴鄭友德：“公開信息的組合可以構成商業秘密”，“知產力”微信公眾號，2019年6月22日。

¹⁵恒春公司訴愛博德公司、顧某等侵害商業秘密糾紛案，詳見（2010）蘇知民終字第0179號民事判決書。

¹⁶同註3。

¹⁷詳見《最高人民法院關於充分發揮知識產權審判職能作用推動社會主義文化大發展大繁榮和促進經濟自主協調發展若干問題的意見》第25條（法發〔2011〕18號）。

¹⁸同註3。

¹⁹詳見浙江省商業秘密保護聯合調研工作組：《浙江省商業秘密保護現狀調研報告》（2019年6月）。

²⁰李佔科、張艷冰：“不可不知的‘商業秘密’——反法2019年修訂解讀”，“律師視點”微信公眾號，2019年5月16日。

²¹董炳和：“每周評論：冷靜看待新反法第32條”，“炳叔講知產”微信公眾號，2020年1月4日。

²²同上註。

²³林秀芹：“商業秘密知識產權化的理論基礎”，《甘肅社會科學》，2020年第2期。

²⁴《中華人民共和國民法典》第一百二十三條規定：“民事主體依法享有知識產權。知識產權是權利人依法就下列客體享有的專有的權利：（一）作品；（二）發明、實用新型、外觀設計；（三）商標；（四）地理標誌；（五）商業秘密；（六）集成電路佈圖設計；（七）植物新品種；（八）法律規定的其他客體”。

²⁵同註23。

²⁶《中美第一階段經貿協議》第1.5條規定：民事程序中的舉證責任轉移。一、雙方應規定，在侵犯商業秘密的民事司法程序中，如商業秘

Impact of Article 32 of the Anti-Unfair Competition Law 2019 on Trial Rationale for Trade Secret Infringement Cases

Song Jian

I. Introduction

Since Article 10¹ of the “Anti-Unfair Competition Law of the People’s Republic of China” (hereinafter referred to as the “AUCL”) promulgated in 1993 definitely protected trade secrets as legal interests, trade secret cases have always been regarded as an important type of anti-unfair competition cases heard by the courts. Due to the uniqueness of trade secret cases as compared with other intellectual property cases, efforts have been made in judicial practice for a long time to explore the ways to try trade secret cases, and a relatively fixed trial rationale has been formed. However, it is generally agreed in the fields of intellectual property and competition law that trade secret cases are difficult to handle, and the identification of the trade secrets is especially the case. Further, the protection of trade secrets is an extremely crucial part in the anti-unfair competition regulation that supports the smooth operation of many trading activities in the market economy and innovative development.² Therefore, in order to conform to China’s policy of strict pro-

tection of intellectual property rights, and comply with the trend of strengthening trade secrets protection in major jurisdictions all over the world, the third amendments to the AUCL were made on 23 April 2019, which addressed the issues relating to actors committing trade secret infringement, types of trade secret infringement, the burden of proof, upper limits of statutory damages and punitive damages in trade secret cases. Particularly, the latest provision in Article 32 of the AUCL on the allocation of the burden of proof between trade secret owners and accused infringers is quite noticeable, which may lead to corresponding adjustments to the trial rationale in trade secret cases. The author would like to analyze these issues in furtherance of in-depth discussions in the intellectual property circle.

II. Analysis of conventional trial rationale in trade secret cases

1. Definition and constitutive requirements of a trade

密權利人已提供包括間接證據在內的初步證據，合理指向被告方侵犯商業秘密，則舉證責任或提供證據的責任（在各自法律體系下使用適當的用詞）轉移至被告方。二、中國應規定：（一）當商業秘密權利人提供以下證據，未侵犯商業秘密的舉證責任或提供證據的責任（在各自法律體系下使用適當的用詞）轉移至被告方：1. 被告方曾有渠道或機會獲取商業秘密的證據，且被告方使用的信息在實質上與該商業秘密相同；2. 商業秘密已被或存在遭被告方披露或使用的風險的證據；或3. 商業秘密遭到被告方侵犯的其他證據；以及（二）在

權利人提供初步證據，證明其已對其主張的商業秘密採取保密措施的情形下，舉證責任或提供證據的責任（在各自法律體系下使用適當的用詞）轉移至被告方，以證明權利人確認的商業秘密為通常處理所涉信息範圍內的人所普遍知道或容易獲得，因而不是商業秘密。

”董炳和：“每周評論：從‘特種兵’案說反不正當競爭法與商標法的關係”，“炳叔講知產”微信公眾號。