

技术秘密“不为公众所知悉”要件的认定

作者：陈嘉信 吴婷 张宇识 丁锋

前言

根据《反不正当竞争法》（2019年修正）第九条第四款的规定，商业秘密的构成要件包括“不为公众所知悉”“具有商业价值”“经权利人采取相应保密措施”以及技术信息、经营信息等商业信息。

关于“不为公众所知悉”要件的理解，理论界及实务界有多种不同的解释和术语称谓，例如，将其称为新颖性要件[1]、秘密性要件[2]或非公知性要件[3][4]等。不同理论的侧重点有所不同，共识在于都认可构成商业秘密的商业信息必须与公知领域的商业信息之间存在一定程度的差异，分歧点主要在于“不为公众所知悉”要件的内涵及外延，及其与其他构成要件之间的关系上[5]。

关于“不为公众所知悉”的认定，2020年9月生效的《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》（法释〔2020〕7号）（以下简称“审理侵犯商业秘密民事案件司法解释”）第三条规定“权利人请求保护的信息在被诉侵权行为发生时不为所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得的，人民法院应当认定为反不正当竞争法第九条第四款所称的不为公众所知悉。”，该司法解释第四条进一步从反面列举了可以认定有关信息为公众所知悉的情形及例外情形。由上述规定可知，认定“不为公众所知悉”应当同时满足“不为所属领域的相关人员普遍知悉”和“不容易获得”两个条件，该司法解释的出台为“不为公众所知悉”的认定提供了更为明确的指引，具有较强的可操作性。不足之处在于该司法解释未清楚地界定“所属领域的相关人员”如何理解，“普遍知悉”及“容易获得”如何界定。此外，考虑到商业秘密案件（尤其是技术秘密案件）的复杂性，实践中对于“不为公众所知悉”的认定主要借助司法鉴定来完成，但遗憾的是，现有法律规范并未规定“不为公众所知悉”的司法鉴定标准，由此导致当事人在司法鉴定结论的合理性及可采纳性上产生争议。鉴于此，本文结合案例重点分析技术秘密案件中“不为公众所知悉”的认定规则，以期与大家共同探讨商业秘密案件的构成要件。

1.“不为公众所知悉”要件的法律意义

只有“不为公众所知悉”的商业信息才有可能构成商业秘密，要准确理解“不

为公众所知悉”的法律内涵，有必要了解商业秘密的立法宗旨及其所保护的利益，以及该要件的法律意义。

1.1 《反不正当竞争法》的立法宗旨要求构成商业秘密的商业信息具备非公知性

在反不正当竞争法体系下，商业秘密条款规制的是违背诚信原则和商业道德，以不正当手段侵害他人商业秘密的不正当竞争行为，其目的为了维持正常的市场竞争秩序，促进社会主义市场经济健康发展[5]。出于促进社会主义市场经济健康发展的目的，对商业秘密的保护首先要解决的便是不能妨碍商业信息的正常自由流通。商业秘密作为一种法定权利，如果对任何商业信息不加区分均作为商业秘密保护，必然会把公有领域的技术信息或经营信息囊括到商业秘密的权利范围内，妨碍正常的信息流通，阻碍经济技术的发展，损害公共利益。因此，保护商业秘密不能有损公共利益，要将构成商业秘密的商业信息与公有领域的商业信息区别开来，设立“不为公众所知悉”要件的目的正是从技术的角度将构成商业秘密的商业信息与公有领域的商业信息区分开来[1]。

1.2 商业秘密的商业价值属性要求商业信息具备非公知性

“不为公众所知悉”的信息必然具有一定的秘密性，因此“不为公众所知悉”的第二层法律意义在于其体现了商业信息的秘密性，满足秘密性的商业信息显然属于市场上的稀缺资源，具有较高的经济价值，能够为商业秘密保有人带来竞争优势[1]、[6]。因此，从商业信息的秘密性及商业价值属性的角度出发，同样要求受商业秘密保护的商业信息要与公有领域中的商业信息具有一定程度的差异。

2.“不为公众所知悉”要件的判定规则

2.1.“不为公众所知悉”的衡量标准

“不为公众所知悉”的衡量标准解决的是构成商业秘密的商业信息与公有领域的商业信息的区分程度问题。

“不为公众所知悉”所要求的“不为所属领域的相关人员普遍知悉”和“不容易获得”两个层次之间是递进关系，即不仅要求受商业秘密保护的商业信息不能是从公开渠道直接获取的信息，而且相对于公知信息而言，所属领域的相关人员只有付出一定的代价才能获得，这体现了构成商业秘密的商业信息与公有领域的商业信息的区分程度。

有观点认为，可以参照《专利法》对技术方案的授权标准来衡量“不为公众所知悉”，即要求作为商业秘密的技术信息满足《专利法》所规定的新颖性及创造性标准。

另一种观点则认为，应当在《反不正当竞争法》体系下思考这个问题。

《反不正当竞争法》旨在鼓励和保护公平竞争，促进社会主义市场经济健康发展。《反不正当竞争法》强调的是在生产经营活动中对市场竞争秩序的维护，其侧重点不在于技术的先进程度，并且商业秘密权利本身不具有排他的独占性，即便是不同的权利主体拥有相同的商业秘密，只要商业秘密的获得及使用遵循了诚实信用原则，遵守了法律规定和商业道德，《反不正当竞争法》就对他们给予同样的保护，这与《专利法》的立法宗旨有明显不同。《专利法》的立法宗旨是鼓励发明创造、促进科学技术进步，故《专利法》对技术方案的创新程度提出了更高的要求，以发明专利为例，受《专利法》保护的技术方案相对于现有技术而言不仅要具备新颖性而且要具备创造性，即相对于现有技术而言，要具有突出的实质性特点和显著的进步。此外，专利权具有排他的独占性，专利权的权利属性也要求受《专利法》保护的技术方案相对于现有技术而言应当具有一定的创新高度，否则会造成专利权的滥用，阻碍技术进步。考虑到《反不正当竞争法》与《专利法》所保护法益不同，如果以《专利法》的标准来衡量“不为公众所知悉”，这种做法本身就与《反不正当竞争法》的立法宗旨不符，也与商业秘密的权利属性相悖。

因此，实践中的普遍观点认为，“不为公众所知悉”要求作为商业秘密的信息与众所周知的信息有最低限度的区别即可[1]。

2.2.“不为公众所知悉”的判定规则

由审理侵犯商业秘密民事案件司法解释第三条可知，判断“不为公众所知悉”的时间节点是在被诉侵权行为发生时。考虑到“不为公众所知悉”属于消极事实，通常由被告举证证明原告主张的涉案商业信息为公众所知悉，上述司法解释第四条规定了可以认定有关信息为公众知悉的五种情形。实践中，人民法院通常根据原被告的举证情况，结合司法解释的相关规定对是否构成“不为公众所知悉”进行认定。

在沈阳化工股份有限公司与唐山三友氯碱有限责任公司等侵害技术秘密纠纷案中[7]，一审原告沈化公司主张的商业秘密信息是“微悬浮法聚氯乙烯糊树脂生产工艺”，具体秘密点包括：配料及加料工序，聚合、放料及冷却工序，干

燥包装工序，以及微悬浮法生产聚氯乙烯糊树脂工艺中所采用的主要设备技术规格、技术参数以及原料组分。一审被告三友公司提供证据主张涉案微悬浮法聚氯乙烯糊树脂技术中的工艺流程、主要设备、技术规格和技术参数等技术信息已为公众所知悉。

最高人民法院在再审程序中认为，首先，沈化公司凭借该项核心技术，跻身国内糊树脂行业知名企业，该技术为沈化公司带来了明显的竞争优势及可观的经济利益。由于全国糊树脂行业每家企业都有自己的主打产品，故涉案微悬浮法聚氯乙烯糊树脂生产工艺技术信息并非一般常识或行业惯例。其次，涉案微悬浮法聚氯乙烯糊树脂生产工艺不仅仅涉及技术原理、相关专利，还包括各种经过大量生产检验获得的优选数值、流程图、设备尺寸、各种技术信息的配比配套。三友公司主张涉案技术信息属于公知信息，但其提供的教科书专业文献等资料所披露的大多是本领域聚氯乙烯糊树脂技术的常规技术资料，缺乏更为确切具体的配方、工艺参数、工艺控制条件等数据，而实际上在聚氯乙烯糊树脂产品的生产过程中必须将相关核心数据确定具体化，才能大量生产出质量稳定、标准统一的产品。三友公司在再审申请期间补充提交的证据仅能说明部分涉案技术信息确属公知信息，但同样不能证明涉案技术信息中的配方、工艺参数和工艺控制条件等关键技术信息亦属于公知信息。第三，没有证据证明相关技术信息曾经由沈化公司或其他公司在公开出版物或其他媒体上公开披露，或者通过公开的报告会、展览等方式公开。即使整体技术信息中的某一项或几项生产工艺已进入公有领域，但是那些需要经过实际生产检验、磨合才能获得的关键数据、资料势必被沈化公司作为企业核心竞争力严格保护起来，无法从其他公开渠道获得。……在该技术秘密的建立完善过程中，沈化公司耗费了大量人力、物力、财力，故并非无需付出一定代价而容易获得。据此认定涉案技术信息属于“不为公众所知悉”。

由该案可知，人民法院对“不为公众所知悉”的认定体现了“不为所属领域的相关人员普遍知悉”和“不容易获得”两个层次，对于“不为所属领域的相关人员普遍知悉”的认定，主要是根据双方当事人的举证情况并基于司法解释的规定，从所属领域的公知常识、使用公开、出版物公开、报告会及展览公开等角度进行分析；对于“不容易获得”的认定，主要是基于涉案技术的复杂程度及现有技术的披露状况，根据权利人在形成涉案技术信息过程中所付出的代价进行认定。值得注意的是，关于权利人在涉案技术信息形成过程中付出的代价应当如何理解，司法解释并未给出明确的规定。在上述案件中，最高人民法院从权利人付出的人力、物力、财力等角度认为沈化公司在获得涉案技术信息的过程中

付出了一定的代价。

有观点认为，应当基于《专利法》下提出的“创造性劳动”来评价商业秘密中应当付出的“代价”，如果涉案技术对所属领域的相关人员而言是非显而易见的，需要付出创造性劳动才能获得，就应当认定权利人付出了一定的代价，涉案技术信息满足“不容易获得”的标准；如果涉案技术在现有技术的启示下，对所属领域的相关人员而言是显而易见的，不需要付出创造性劳动就能获得，就应当认定不满足“不容易获得”的标准。

上述观点的合理性值得商榷，前文已经述及《专利法》与《反不正当竞争法》的立法宗旨及保护的法益不同，在商业秘密案件中，不应当对涉案技术信息的非公知性要求过高的技术标准[8]。

3.影响“不为公众所知悉”的因素

判断主体、领域范围、技术信息的公开程度、信息保有人付出的代价、技术的复杂程度等因素都会对“不为公众所知悉”的认定产生影响。除上述因素外，本节所介绍的下列因素也会对“不为公众所知悉”的认定产生一定的影响。

3.1 技术信息的整体性考量

构成商业秘密的技术信息通常不是孤立的单一信息，而是由若干技术信息形成的整体技术方案，因此对技术信息非公知性的考查，不能割裂来看单一要素，应当从整体上考虑技术方案的非公知性。审理侵犯商业秘密民事案件司法解释第四条第二款规定“将为公众所知悉的信息进行整理、改进、加工后形成的新信息，符合本规定第三条规定的，应当认定该新信息不为公众所知悉。”由此可知，即便构成技术方案的所有信息均为公众所知悉，但若由其构成的整体技术方案（新信息）满足“不为所属领域的相关人员普遍知悉”和“不容易获得”的要求，仍应当认定该技术方案满足“不为公众所知悉”的标准。

在扬州恒春电子有限公司与扬州爱博德自控设备制造有限公司等侵犯技术秘密、经营秘密纠纷案中[9]，江苏省高级人民法院认为“如果不考虑上述技术信息的形成过程以及各技术信息之间的内在关联性，孤立地看待图纸上所记载的某一项技术信息，那么大部分零件的设计尺寸参数、公差配合、技术要求以及具体工艺参数都能在相关国家标准和行业标准中找到，并且是所属领域技术人员的常规选择。……然而设计过程不是简单地从标准手册中寻找参数并将其罗列在图纸上，而是一个需要设计人员根据机械产品工况和性能要求，通过一系列计算来确定各参数的过程……因此，涉案电动执行机构传动部分的图纸上

所记载的各技术信息的确切组合，是该产品设计人员特有的创造性劳动的结果，既不为本领域相关人员普遍知悉，也不容易获得，因此不为公众所知悉。”

上述案件体现了认定“不为公众所知悉”时对技术信息的整体性考虑。最高人民法院在一得阁墨汁商业秘密侵权案中对此也进行了详细论述[10],在此不再赘述。

3.2 保密措施的完备程度

商业秘密的保密措施是非公知性要求的延伸，它是指具备非公知性的信息的所有人基于维持该非公知状态的主观需要而采取的客观举措，即保密措施系基于主观愿望的外部表现行为。保密措施做得好，有利于维护商业信息的非公知性。反过来，保密措施的好坏也影响对“不为公众所知悉”的评价[4]。

有观点认为，“不为公众所知悉”是按照客观标准认定，要求商业信息客观上不为公众所知悉[11]。因此，商业信息一旦被公开，即便保有人客观上采取了保密措施，仍然会丧失商业秘密权利。笔者对此观点不持异议，在此想强调的是，对“不为公众所知悉”的认定存在一定的主观性，尤其是对“不容易获得”的认定更存在一定的裁量空间。如果权利人对技术信息采用了严格、完备的保密措施，技术信息泄露的可能性较小，其他主体通过不正当途径获得该技术信息的可能性也相对较小，该技术信息“不为公众所知悉”的可能性就相对较高。因此，对“不为公众所知悉”要件的考量不是孤立的，而是与保密措施要件之间存在一定关联性的，保密措施的完备程度会影响对“不为公众所知悉”的认定。

3.3 司法鉴定结论的可采性

知识产权司法鉴定，是为了查明案件事实，由鉴定人运用科学技术或者专门知识对诉讼涉及的有关知识产权问题进行鉴别和判断并提供鉴定意见的活动。司法鉴定在商业秘密案件中的使用频率非常高，鉴定结论往往成为认定案件事实的重要证据。

技术信息的非公知性涉及专门的技术问题，属于司法鉴定的范畴。非公知性的司法鉴定是基于权利人主张的秘点进行非公知性检索，由鉴定人员基于检索结果对技术信息的非公知性作出判断。由于现有法律规范未明确规定“不为公众所知悉”的司法鉴定标准，由此导致原被告双方在司法鉴定结论的合理性及可采纳性上常常产生争议。

在江阴挪赛夫玻璃钢有限公司与华汉守、江阴耐波特船舶设备有限公司等侵害技术秘密纠纷案中[12]，一审法院委托江苏省技术市场技术鉴定服务中心对挪赛夫公司的GES25、GES18自由降落式救生艇(抛落艇)七项技术、工艺，具体包括线形图、加强筋位置图、船壳铺层图、全船装配图、内部管线与压载图、浮力计算图、吊索图是否属于(不为公众所知的)技术秘密进行鉴定。江苏省技术市场技术鉴定服务中心出具鉴定报告，结论为：挪赛夫公司的GES25、GES18自由降落式救生艇(抛落艇)七项技术、工艺在设计、研制阶段应属不为公众所知悉的技术秘密，但当救生艇出厂，产品公开销售后随即进入公知领域，逐渐为公众所知悉，尤其是外观可见部分首先成为公知技术。二审中，各方当事人对于“逐渐为公众所知悉”存在较大争议，上诉人认为从该段陈述中并不能得出上诉人涉案技术在产品销售后即为公众所知悉的结论，被上诉人则持相反意见。二审法院认为，一审鉴定结论中关于“逐渐为公众所知悉”的表述模糊，未能明确界定上诉人涉案技术在产品公开销售后为公众所知悉的具体时间段，从中并不能得出在本案诉讼发生时上诉人涉案技术即已被公众所知悉，从而丧失商业秘密的秘密性构成要件的确切结论。据此，一审鉴定结论不能作为评判上诉人涉案技术是否构成商业秘密的证据予以采信。

实践中之所以出现上述案件的情形，究其原因是由于现有法律规范未对“不为公众所知悉”的司法鉴定标准进行规范。在技术信息“不为公众所知悉”的司法鉴定操作中，一些鉴定机构按照专利审查实践中对技术方案的新颖性认定标准进行检索和判断，凡是技术信息被公开出版物公开的，即认定为不符合“不为公众所知悉”要件，这一操作标准本身就与“不为公众所知悉”的内涵存在偏差[13]。技术信息的非公知性与其是否被公开没有必然的联系，这一点与专利审查实践中新颖性的认定标准存在根本不同[14]。因此，现行的商业秘密鉴定方式及鉴定标准有待进一步完善，以确保鉴定结论的合理性和可采性。

4. 结语

就技术秘密而言，“不为公众所知悉”体现的是构成商业秘密的技术信息与所属领域的公知信息在技术上的区别。实践中对“不为公众所知悉”的认定具有一定的主观性，本文重点讨论了技术秘密“不为公众所知悉”的认定规则及影响因素，“不为公众所知悉”作为一种消极事实，通常由被告举证证明涉案技术信息为公众所知悉，由司法机关根据双方的举证情况作出判断。对“不为公众所知悉”内涵的理解应考虑反不正当竞争法的立法宗旨及其保护的法益，对“不为公众所知悉”的认定不能要求过高的技术标准。

参考文献

1. 孔祥俊. 反不正当竞争法新原理[M]. 北京: 法律出版社, 2019年.
2. 北京知识产权法院. (2017)京73民终1776号民事判决书.
3. 陈爱华. 日本关于商业秘密构成要件的认定[J]. 知识产权, 2012(12): 91-98.
4. 最高人民法院. (2014)民三终字第3号民事判决书.
5. 汤茂仁. 商业秘密中的新颖性标准[J]. 人民司法, 2013(21): 101-106.
6. 李扬. 商业秘密之非公知性及其证明责任分配. 李扬知产公众号, 2020年6月22日.
7. 最高人民法院. (2016)最高法民申2857号民事裁定书.
8. 锦天城律师事务所. 点评(一)关于商业秘密民事案件审理的司法解释. 锦天城律师事务所公众号, 2020年9月14日.
9. 江苏省高级人民法院. (2010)苏知民终字第0179号民事判决书.
10. 最高人民法院. (2011)民监字第414号民事裁定书.
11. 罗为民, 等. 商业秘密应具备必要的秘密性与新颖性[J]. 人民司法, 2007(4): 18-21.
12. 江苏省高级人民法院. (2006)苏民三终字第0078号民事判决书.
13. 邓恒. 商业秘密司法鉴定之实践检讨[J]. 知识产权, 2015(5): 33-38.
14. 刘文鹏. 商业秘密“不为公众所知悉”认定若干问题研究[J]. 科技与法律, 2012, 97(3): 67-70.

2021-01-27