

商业秘密的密点选择和管理

作者：杨迅 | 吴晓雨

商业秘密保护是知识产权保护的重要方面。由于保护的长期性和较低的准入门槛，在生产经营活动中，大量的技术信息、经营信息作为商业秘密进行保护。然而，对侵犯商业秘密的诉讼保护则相对困难，其中对密点的举证更是商业秘密诉讼的重要环节。

本文拟结合案例，探讨密点的选择和举证对商业秘密保护的影响，从而对企业日常开展商业秘密的梳理和管理提供建议。

1. 密点的确定和举证

长期以来，密点的确定和举证是商业秘密诉讼的关键环节之一。不同于专利，商业秘密的保护范围并非一目了然，且可能随着相关公有领域的不同而变化。因此，商业秘密诉讼的前提是确定所保护的权利的边界，即寻求所要求保护的技术信息、经营信息和其他秘密信息的内容。

最高人民法院 2020 年 9 月颁布的《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》（“《**商业秘密案件解释**》”）中明确指出，“权利人应当在一审法庭辩论结束前明确所主张的商业秘密具体内容。仅能明确部分的，人民法院对该明确的部分进行审理。”换言之，商业秘密纠纷案件中，权利人应首先就其所主张的商业秘密的具体内容，即密点，进行举证。商业秘密的密点是权利人寻求法律保护的基础和起点，也是法院或主管部门判断是否构成侵权的参考和对照，对于商业秘密纠纷案件的处理具有关键意义。

.....
如您需要了解我们的出版物，
请联系：

Publication@llinkslaw.com

在商业秘密侵权纠纷中，亦常有权利人(原告)由于未能明确其主张的商业秘密的密点而最终败诉。例如，在(2020)津 01 民终 4575 号案件中，原告虽然主张其“手机 psd 源文件所体现的各个图层排布、命名及隐蔽性编辑手法等相关技术信息”为其商业秘密，但是其既“无法明确图层数量”，也不能“明确该图层命名秘点的具体内容”，同时未能“明确其参数设置的具体内容”，法院因而无法确定“秘点内容”，“故其该秘点主张不明确”。在此基础上，法院认为“上诉人主张的商业秘密秘点内容不明确，即其诉讼请求并不明确”，从而驳回了原告的起诉。可见，明确的密点是商业秘密保护的前提。

传统上，商业秘密的密点通常通过技术鉴定来证明，但是证明的前提仍然是权利人提炼出其主张的密点。比如，在(2017)浙民终 123 号案件中，原告主张其维生素 E 中间体生产工艺构成技术秘密，并且明确了 10 个密点，在此基础上，鉴定机构对该 10 个密点的秘密性进行鉴定，原告以此作为商业秘密侵权主张的基础。2019 年修订的《反不正当竞争法》在一定程度上减轻了权利人的举证难度，即“商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密”。根据该规定，似乎不必然需要鉴定机构对商业秘密的秘密性做出鉴定，但是权利人仍然需要首先明确其主张的商业秘密的内容，即确定密点。

那么，如何在技术信息和经营信息中选择和确定密点呢？

2. 密点的选择

如前所述，商业秘密的密点是权利人提出权利主张的基础，也是法院进行侵权判定的比对依据。因此，密点的选择和确定对于商业秘密案件具有决定性的影响和作用。从实践中看，在选择密点时，应注意考虑以下几个方面。

(1) 所主张的密点能否构成商业秘密

存在可受保护的商业秘密是商业秘密侵权成立的前提。进一步地，由于密点是商业秘密的集中体现，因此，在确定密点时，需考虑相关信息是否符合构成商业秘密的法定条件，即不为公众所知悉，具有商业价值，并经权利人采取相应保密措施。通常而言，保密措施针对整项技术或经营方案，商业价值亦是通过对整项技术或经营方案(甚至包含技术或经营方案的整项业务)而实现，因此确定可以以商业秘密保护的密点，主要关注其秘密性。比如，在(2020)浙 01 民初 287 号案中，原告主张被告非法盗用包含 CDL32 产品商业秘密的图纸；在该案中，法院认可了原告的主张，即“虽然单个零部件所承载的尺寸公差、形位公差信息已经属于公共领域的知识，但涉案技术信息系经重新组合设计而成的新的技术方案，既无法通过查阅公开资料或其他公开渠道得到，也无法通过反向工程测绘产品实物获得”。换言之，该案中，法院所认可的受商业秘密保护的密点不是“单个零部件所承载的技术信息”，而是“组合设计”。由此可见，在密点的选择中，需要精确考虑哪些技术信息是公知的，哪些是处于秘密状态的。

(2) 所主张的密点与被控侵权行为的相关性

在大部分商业秘密侵权案件中，权利人以“接触+相似”作为侵权的证明方式。这些案件中，权利人与被控侵权人往往有一定的关联点。比如，掌握商业秘密的权利人离职后到被控侵权人处就职，或者被控侵权人和权利人曾经开展某些技术交流。在这些情况下，离职员工曾经接触过的范围或技术交流的范围可以作为界定密点的参考，从而促使密点的选择和后期“接触+相似”的举证保持一致。

(3) 密点的范围大小

密点的范围选择具有较大弹性：可能是整个技术方案，也可能是其中的某个步骤或者组件；可能是整个项目计划，也可能是其中的某项交易价格或者客户的独特需求。在确定密点的范围时，权利人需综合考虑密点的范围大小对个案情况的影响。

具体而言，密点的范围大小可能影响商业秘密构成要件中秘密性的判断。如前所述，权利人需考虑所主张的密点是否符合商业秘密的法定构成要件，其中包括秘密性。一方面，可能某信息集合的整体已经为公众所知悉，但其中某一项信息仍处于秘密状态，此种情况下，应考虑以该单项信息作为密点提出主张。譬如，在(2014)沪一中民五(知)终字第74号案件中，就原告主张的商业秘密，尽管互联网上有部分客户的信息，但上海市第一中级人民法院认为，相关客户就产品需求、交易习惯、付款方式、联系人性格等方面的特殊需要仍具有秘密性。权利人在该案中以适当大小确定了密点，为其成功维权奠定了基础。

另一方面，即使某项/些信息是公知信息，但包含该些公知信息的整体可能具有秘密性，此种情况下，应考虑以该整体作为密点提出主张。譬如，(2015)民申字第2035号商业秘密侵权案件，原告鑫富公司指控亿帆鑫富药业侵犯其泛酸钙产品的生产工艺中的商业秘密，虽然该主张所依赖的“微生物酶法拆分生产D-泛酸钙工艺中的技术指标、生产操作的具体方法和要点、异常情况处理方法等技术信息、5000T泛酸钙的工艺流程图中记载技术信息的整体组合”中含有一定数量的公知信息，但上海市高级人民法院仍认定该整体组合能够成为商业秘密，即不同的公知领域的信息的组合可能是受到保护的密点。权利人在该案中的密点选择值得参考。

此外，密点的范围大小也可能影响关于被控侵权人所使用的信息与权利人所主张的商业秘密是否构成相同或实质相同的判断。实践中，法院在审理商业秘密侵权纠纷案件时将就被控侵权人所使用的信息与权利人所主张的商业秘密进行比对，以判断是否构成相同或实质相同。理论上说，所主张的密点的范围越大，由于其所包含的信息量更多，构成相同/实质相同的可能性越小；相反，所主张的密点范围越小，则越可能构成相同/实质相同。但需要注意的是，若权利人所主张的密点范围过小，被控侵权人可能通过简单的替换和删改规避侵权责任。

(4) 密点的数量

权利人应根据个案情况确定密点的数量，并不是越多越好。诚然，权利人主张更多密点，一方面，能够提高被控侵权人行为构成侵权的可能性，另一方面，为被控侵权人针对各项密点作出抗辩和举证提出了更高要求。但与此同时，权利人亦承载了更大的举证压力，其需分别围绕各密点举证证明“构成商业秘密”和“存在被控侵权行为”。此外，更高的举证难度可能导致诉讼进度延缓，诉讼成本大幅增加，且权利人权利无法及时得到救济。另外，过多的密点主张还可能导致二次泄密，权利人可能得不偿失。

3. 启示

密点的确定是商业秘密侵权诉讼的关键，但商业秘密密点的梳理应当从日常商业秘密管理开始。

如前所述，从商业秘密侵权案件的进程看，权利人应在一审法庭辩论结束前明确密点。实践中，很多情况下，权利人出于尽量扩大保护范围的需要，或者对法律规定、涉案技术背景不熟悉等原因，往往在诉讼初期只能依据其推测，较为宽泛和概括地圈定商业秘密内容的范围，在诉讼过程中进一步了解相关信息后，调整其对密点的主张。这一做法在商业秘密侵权诉讼中虽然是可以被接受的，但是无疑先期宽泛的密点主张可能增加二次泄密的风险，密点的不断调整也增加了诉讼成本，延长了诉讼时间。

此外，一旦发生商业秘密侵权，无论是泄密的危险还是盗用的可能，申请诉前或诉中行为保全将是寻求商业秘密保护的重要手段。而寻求及时的行为保全，则要求确定侵权主张所依据的密点。及时有效确定密点，有赖于权利人在日常商业秘密管理中，梳理其所拥有的商业秘密信息，了解和确立其所需保护的可能密点。比如，在 2014 沪一中民保字第 1 号案中，诺华公司获得了第一个商业秘密案件的诉前行为保全裁决，而权利人能获得该裁决很大程度上是由于在该案中诺华公司明确界定了所主张的商业秘密的保护范围。

可见，企业在日常商业秘密管理中，明确商业秘密保护的范围，梳理商业秘密密点，有助于在发生侵权时，及时有效地通过诉讼手段保护商业秘密，制止侵权。具体而言，企业可以考虑：(1)对保密材料进行密点梳理，确定需要保护的重点；(2)根据梳理的密点，确定保密信息的密级；(3)根据密级，明确规定开放接触相应商业秘密的范围、权限和前置条件，比如不同部门和级别的员工可以接触的信息范围，不同信息开放提供的审批条件等。这样的安排不仅从管理上加强了对企业商业秘密的保护，更重要的是，能够在发生商业秘密侵权时，及时选择和确定用于支撑侵权诉讼的密点，进而形成有力的主张。

如您希望就相关问题进一步交流, 请联系:



杨 迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求, 请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市朝阳区光华东里 8 号
中海广场中楼 30 层
T: +86 10 5081 3888
F: +86 10 5081 3866

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: LlinksLaw

本土化资源 国际化视野

免责声明:

本出版物仅供一般性参考, 并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 本篇文章独家授权威科先行法律信息库发布, 未经许可, 不得转载。