

中美经贸协议关于商业秘密民事程序中举证责任转移条款的影响与响应

左涵湄

2020年1月15日，中美双方在美国华盛顿特区签署了中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议（以下简称“中美经贸协议”）。中美经贸协议作为中美第一阶段经贸谈判的成果，协议第一章即为知识产权相关规定，足见中美两国对加强知识产权保护的基本共识。而知识产权章节第一节一般义务之后，第二节中使用七个条款对强化商业秘密保护进行规定，这进一步表明中美双方，尤其是美国对于中国商业秘密保护的关切。

中美经贸协议的第1.5条是关于商业秘密民事程序中举证责任转移的条款。第1.5条第一款规定，中美双方应各自规定在侵犯商业秘密的民事司法程序中，如商业秘密权利人已提供包括间接证据在内的初步证据，合理指向被告方侵犯商业秘密，则举证责任或提供证据的责任（在各自法律体系下使用适当的用词）转移至被告方。第1.5条第二款对此举证责任的转移进一步要求中国应规定：

（一）当商业秘密权利人提供以下证据，未侵犯商业秘密的举证责任或提供证据的责任（在各自法律体系下使用适当的用词）转移至被告方：

1. 被告方曾有渠道或机会获取商业秘密的证据，且被告方使用的信息在实质上与该商业秘密相同；
2. 商业秘密已被或存在遭被告方披露或使用的风险的证据；或
3. 商业秘密遭到被告方侵犯的其他证据；以及

（二）在权利人提供初步证据，证明其已对其主张的商业秘密采取保密措施的情形下，举证责任或提供证据的责任（在各自法律体系下使用适当的用词）转移至被告方，以证明权利人确认的商业秘密为通常处理所涉信息范围内的人所普遍知道或容易获得，因而不是商业秘密。

一般所认定的商业秘密应具有秘密性、采取必要的保密措施，且机密信息具有经济价值。秘密性的认定是审理侵犯商业秘密案件的重要步骤，而在中国的司法实践中，秘密性的证明举证责任及证明标准，法院通常采取的做法是：在适用“谁主张、谁举证”同时根据案件的具体情况适用证明标准；也就是原告就其主张的秘密区别于公众所知悉的信息必需进行初步举证，在此基础上，法院结合被告的抗辩以及社会公知常识、行业普遍认知等进行综合认定。

根据经验，在中国的商业秘密诉讼中，法院对于商业秘密的认定相当严苛，如果是技术秘密信息，法院可能会要求原告提供检索报告、技术图纸、工艺流程、技术人员关于研发过程的说明、涉案技术所取得的技术效果等证据以说明其所主张的技术信息与公知

技术的区别点、进步点等，进而证明涉案技术信息不为公众所知悉，而该等审查标准无异于要求原告证明自身涉案技术具有可专利的新颖性与进步性。严格的原告举证责任，导致不构成商业秘密成为商业秘密案件多难以成立的主要原因。

中美经贸协议具体要求商业秘密举证责任的转移，此降低了权利人的举证难度，同时增加了涉嫌侵权人的举证义务。此一重大改变，突显中国对商业秘密保护的民事案件审理程序上，将对权利人的保护较为友善，这也契合了美国对于中国加强打击知识产权侵权、优化国际营商环境的期待。事实上，在 2019 年中国反不正当竞争法的修订中，新增第 32 条第 1 款规定已经采取商业秘密举证责任转移的新制¹，这也显示中国对于知识产权保护相关法制一直试图做出合理且顺应时势的调整，并非完全为了中美之间的经贸协商。

此等政策方向也体现在 2020 年 6 月 10 日最高人民法院发布的关于审理侵犯商业秘密纠纷民事案件应用法律若干问题的解释（征求意见稿）（以下简称“解释征求意见稿”）。尽管中美经贸协议签订后即遇上全球疫情爆发以及中美关系的持续低靡，评论者还在观察中国将如何推进中美经贸协议的相关内容之时，最高人民法院最新的解释征求意见稿的相关规定，已经针对中美经贸协议有关商业秘密的规定做出具体落实的响应。

有关于商业秘密举证责任的转移，解释征求意见稿第八条规对中美经贸协议的第 1.5 条（二）做出了回应，其规定：权利人提交初步证据证明，对所主张的商业秘密采取了相应保密措施，且被诉侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，侵犯商业秘密的可能性较大的，被诉侵权人对该商业秘密已为公众所知悉或者其不存在侵犯商业秘密的行为承担举证责任。而解释征求意见稿第七条则具体规定权利人采取的相应保密措施，可以包括下列情形：

- （一）签订保密协议或者在合同中约定保密义务；
- （二）通过章程、规章制度、培训等方式提出保密要求；
- （三）对能够接触、获取商业秘密的供应商、客户、访客等提出保密要求；
- （四）以标记、分类、隔离、封存等方式，对商业秘密及其载体进行区分和管理；
- （五）对能够接触、获取商业秘密的计算机设备、电子设备、网络设备、存储设备、软件等，采取禁止或者限制访问、存储、复制等措施；
- （六）要求离职员工登记、返还、删除、销毁其接触或者获取的商业秘密及其载体，继续承担保密义务。

¹ 反不正当竞争法第 32 条第 1 款规定：在侵犯商业秘密的民事审判程序中，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。

对于权利人的相应保密措施，解释征求意见稿第六条规定，保密措施应当与商业秘密的商业价值、重要程度等相适应。对于相应保密措施的认定，人民法院可以综合考虑下列因素：

- （一）商业秘密载体的性质；
- （二）权利人保密的意愿；
- （三）保密措施的可识别程度；
- （四）保密措施与商业秘密的匹配程度；
- （五）他人通过不正当方式获取商业秘密的难易程度。

本次解释征求意见稿不仅对中美经贸协议中有关商业秘密保护的规定做出响应，其内容更超越中美经贸协议，综合性的根据反不正当竞争法、民事诉讼法等有关法律规定，结合审判实际，针对适用法律的问题制订具体解释，以期法院能正确审理侵犯商业秘密民事案件，平衡当事人间的利益，给予知识产权权利人合理的保障。解释征求意见稿提出修改意见的截止日期为 2020 年 7 月 27 日。欧夏梁新闻报将在近期介绍解释征求意见稿的详细内容。

原告

一般而言，原告能够明确商业秘密具体的范围、内容、载体，且信息的具体内容并非所属领域的一般常识，不能从公开渠道轻易（即未付出一定的时间、精力、金钱等）获得，即可视为其已就“秘密性”尽到了初步举证责任。例如，在技术秘密案件中，原告可以通过提供检索报告、技术图纸、工艺流程、技术人员关于研发过程的说明、涉案技术所取得的技术效果等证据以说明其所主张的技术信息与公知技术的区别点、进步点等，进而证明涉案信息“不为公众所知悉”。

这与我国最新修订的《反不正当竞争法》第三十二条之规定是基本契合的，即在侵犯商业秘密的民事审判程序中，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。

商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：（一）有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；（二）有证据表明商业秘密

已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。在以往的商业秘密案件司法实践中，权利人往往要承担较高的举证义务，其不但要证明商业秘密本身的存在即证明商业秘密本身不为公众知悉、采取了适当保密措施、具有一定商业价值，同时还要举证证明被告披露或者使用的有关信息内容与权利人主张的商业秘密一致，这也导致了商业秘密的案件，权利人不但启动成本高昂，败诉率也较高。其中难度最大的无疑是对于商业秘密本身不为公众知悉的证明（在涉及技术秘密的案件中尤甚，往往需要启动价格高昂的鉴定程序）。

目前，无论是协议的要求还是我国新修订《反不正当竞争法》的实施，都强调并且确认了适当条件下举证责任转移的情形，理论上确实可以减轻权利人的举证负担，对于净化知识产权环境会有积极的影响。但由于相关法律刚刚修订，目前尚未有适用相关条款判决的司法案例，故对于未来司法实践中有关条款具体如何适用，以及掌握到何种尺度，目前值得期待（比如是否依旧需要权利人至少提供初步证据证明不为公众知悉等）。