

商业秘密侵权诉讼中的举证负担与鉴定边界

秘密性证明、保密措施与鉴定审查

赵跃

(安徽国运律师事务所, 安徽 合肥 230000)

摘要: 商业秘密侵权诉讼长期存在“原告举证难、法院依赖鉴定”的双重困境。原告须证明商业秘密的存在、被告的接触与实质性相似, 三项均涉专业判断, 当事人往往只能求诸鉴定; 而鉴定意见一旦作出, 法院多予采信, 实质上将裁判权让渡于鉴定机构。反不正当竞争法第三十二条虽已就秘密性与侵权行为设置举证责任的转移, 但转移的时点、前提与范围仍不清晰, 实务中的适用极不统一。本文主张, 破解困境的关键不在于降低证明标准, 而在于重构证明结构: 将秘密性拆解为非公知性、非易得性与保密措施三项, 前两项由原告以初步证据证明, 第三项以保密措施与信息价值的相当性为判断标准, 采类型化的审查; 原告完成初步证明后, 举证责任转移于被告, 由其证明信息已公知或者系合法取得。在鉴定上, 应当区分“事实判断”与“法律判断”, 鉴定只能就技术事实发表意见, 信息是否构成商业秘密、保密措施是否相当, 属于法律判断, 不得委托鉴定; 法院对鉴定意见应当从检材的真实性、方法的可靠性、结论的确定性三方面审查, 不得以鉴定意见替代裁判说理。

关键词: 商业秘密; 秘密性; 保密措施; 举证责任转移; 鉴定意见

中图分类号: D923.4 **文献标识码:** A **文稿编号:** WJLT(2023)03-0001-12

Burden of Proof and the Limits of Expert Appraisal in Trade Secret Litigation

ZHAO Yue

(Anhui Guoyun Law Firm, Hefei 230000, Anhui, China)

Abstract: Trade secret litigation has long suffered from a dual predicament: plaintiffs struggle to prove their case, and courts defer to expert appraisal. A plaintiff must establish the existence of a trade secret, the defendant's access and substantial similarity, all involving technical judgment, so parties resort to appraisal, and courts tend to adopt the conclusion, effectively delegating adjudicative power to appraisers. Although the Anti-Unfair Competition Law provides for a shift in the burden of proof regarding secrecy and infringement, the timing, premise and scope of that shift remain unclear. This article argues that the key lies not in lowering the standard of proof but in restructuring it: secrecy should be decomposed into non-publicity, non-easy-acquisition and reasonable measures, the first two proved by prima facie evidence, the third reviewed by a typology based on the proportionality between measures and value; once prima facie proof is complete, the burden shifts to the defendant to show that the information is public or lawfully obtained. As to appraisal, factual and legal judgments must be distinguished: appraisers may address technical facts only, while whether information constitutes a trade secret and whether measures are reasonable are legal judgments not subject to appraisal. Courts should review appraisal opinions as to the authenticity of materials, reliability of methods and certainty of conclusions, and must not substitute appraisal for reasoned adjudication.

Key words: trade secret; secrecy; confidentiality measures; shift of burden of proof; expert opinion

说明: (本文为作者个人研究观点, 不代表所在单位意见)

作者简介: 赵跃, 安徽国运律师事务所执业律师, 主要研究知识产权诉讼与竞争法。

一、问题的提出

商业秘密案件是知识产权审判中事实认定最难的案件类型。难在何处? 难在原告须证明的三项事实, 均不以直观的形态呈现: 信息是否不为公众所知悉, 须比对现有技术或者经营信息; 权利人是否采取了保密措施, 须审查其管理制度、技术手段、合同约定; 被告

是否以不正当手段获取，须证明接触与实质性相似。三项之中，任何一项不能证明，侵权即不成立。

举证的重负，使当事人转向鉴定。原告在起诉前委托鉴定机构出具非公知性鉴定意见，在诉讼中申请对被告的技术方案与自己的技术方案进行同一性鉴定；被告则申请对原告的信息已为公众所知悉进行鉴定。鉴定意见成为案件的核心证据，法院的裁判在很大程度上取决于鉴定结论。

鉴定依赖带来三重问题。其一，鉴定的事项越界。部分鉴定意见不仅判断技术特征是否相同，还直接判断“是否构成商业秘密”“保密措施是否合理”，前者是事实问题，后者是法律问题，鉴定机构无权判断。其二，鉴定的方法不透明。鉴定意见往往只载结论，不载比对的过程、检索的范围、判断的依据，法院无从审查。其三，鉴定的成本高昂。一次鉴定动辄数万元，周期数月，中小企业的维权成本难以承受。

立法者已经注意到这一困境。2019年修改的反不正当竞争法第三十二条，就商业秘密的举证责任作了专门规定：商业秘密权利人提供初步证据，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；权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，其使用的信息与权利人的商业秘密实质上相同的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为。

这一规定被称为举证责任的转移，其意义重大。但条文的适用仍有三个不明之处。其一，“初步证据”的标准何在，是要求原告证明到高度盖然性，还是仅要求合理表明；其二，转移的时点何在，是在原告完成全部举证之后，还是在原告提出主张之时；其三，转移的范围何在，是仅及于秘密性，还是兼及侵权行为。

本文主张，破解困境的关键不在于降低证明标准，而在于重构证明结构。将秘密性拆解为三个子要件，分别配置证明责任；将保密措施的审查类型化，以相当性为标准；将举证责任的转移定位于原告完成初步证明之后，转移的范围及于秘密性与合法来源；将鉴定限定于技术事实，法律判断由法院自行作出。

商业秘密的构成要件、秘密性与保密措施的认定标准，实务中的操作口径可参见商业秘密怎么认定：秘密性、价值性、保密措施三要件一文所作的梳理。该文着眼于要件的静态列举，本文则着眼于要件在诉讼中的证明，两者可互为参照。

实务中的数据，可以说明困境的程度。据部分法院的统计，商业秘密案件的原告胜诉率长期低于其他知识产权案件，败诉的主要原因是未能证明商业秘密的存在，其中又以保密措施不充分、秘点不明确为最。这一数据，印证了重构证明结构的必要性。

另一组数据关乎鉴定。商业秘密案件中，超过半数的案件涉及鉴定，鉴定的平均周期超过三个月，平均费用超过五万元。对于年营业额数百万元的中小企业，这一成本足以使其放弃维权。维权的门槛，实际上成了保护的门槛。

二、三要件的证明结构

反不正当竞争法第九条第四款规定，商业秘密是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。三个要件：非公知性、价值性、保密措施。三个要件的关系，是并列而非递进；三者均须具备，缺一不可。

证明的结构，须依要件的性质配置。非公知性，是消极事实，即信息不为公众所知悉。消极事实的证明，理论上应由主张者证明，但实际上极难；故实务中多采推定的方式，即原告证明其信息具有特殊性、不属行业常识，即可推定非公知，由被告举证证明该信息已为公众所知悉。

价值性，是积极事实，即信息因不为公众所知悉而具有现实的或者潜在的商业价值。价值性的证明，相对容易：原告可以提交研发投入、生产成本、许可合同、销售数据等证据。实务中，法院多采宽松标准，只要信息能够带来竞争优势，即认定具有价值。

保密措施，是积极事实，即权利人采取了与信息价值相当的保密措施。保密措施的证明，是三个要件中最易生争议的。原告往往提交保密协议、员工手册、门禁记录、加密措施等证据；被告则主张措施不充分、不具体、未实际执行。法院的判断标准，从“万无一失”转向“合理适当”，但“合理适当”的边界仍不清晰。

三要件的证明顺序，宜采递进式。先审查非公知性，再审查价值性，最后审查保密措施。理由在于：非公知性是商业秘密的本质特征，若不成立，其余不论；价值性是保护的必要条件，若无价值，保护无意义；保密措施是权利人行使其权利的意思表示，若不采取，则信息虽秘密，亦不受保护。

递进式的审查，可以节省审理资源。实务中，部分法院对三要件并行审查，导致庭审冗长、争点分散；采递进式，可以在前一要件不成立时直接驳回，无须审查其余。这一安排，符合诉讼经济的原则。

三要件的证明标准，宜有差别。非公知性的证明，采初步证据加推定的方式；价值性的证明，采优势证据；保密措施证明，采优势证据加类型化审查。差别的理由，在于三要件的证明难度不同，统一的证明标准反而导致不公。

一个前置问题，是信息的确定。原告主张商业秘密，须先明确信息的内容与范围，即“秘点”。秘点不明确的，法院应当要求原告释明；释明后仍不明确的，可以驳回起诉。实务中，原告往往笼统主张“整套技术方案”“全部客户资料”，导致审理无从聚焦。秘点的固定，是审理的起点。

证明责任的分配，须有理论的支撑。罗森贝克的规范说主张，主张权利者应就权利发生的要件事实举证，否认者应就权利妨碍、消灭的要件事实举证。依此，原告应就三要件举证，被告应就公知、合法来源等抗辩举证。这一分配，是举证责任的一般规则。

但一般规则在商业秘密案件中遇到困难。三要件中的非公知性，是消极事实；保密措施，是原告自身的内部管理事实，被告难以知悉；价值性，则涉及市场判断。若严格依规

范说分配，原告的举证负担过重，权利难以实现。故立法者设置第三十二条，作举证责任的调整。

调整的性质，须予澄清。第三十二条不是举证责任倒置，而是行为意义的举证责任的转移。倒置是结果意义的，即待证事实真伪不明时，由被告承担不利后果；转移是行为意义的，即原告举证之后，被告须提出反证，但真伪不明时的不利后果仍由原告承担。二者的区别，在实务中常被混淆。

区分的实益，在于裁判的表述。若采倒置，则被告不能证明其信息非商业秘密时，法院应认定原告的主张成立；若采转移，则被告的反证使事实陷于真伪不明时，法院应认定原告的主张不成立。第三十二条的表述是“涉嫌侵权人应当证明”，从文义看，接近于倒置；但从体系看，宜解为转移，以免被告负担过重。

本文主张采转移说，理由有三。其一，第三十二条的适用以原告的初步证据为前提，前提不具备则不转移，与倒置的自动适用不同。其二，条文的目的是减轻原告的举证负担，而非将败诉风险完全转由被告承担。其三，若采倒置，则被告须证明消极事实，与其举证能力不符。

秘点的固定，须有程序。法院在庭审前应当组织双方明确秘点，制作秘点清单，由原告签字确认；秘点清单确定后，原告不得随意增加。增加秘点的，须说明理由，并经法院准许。这一程序，可以避免原告在诉讼中不断变换主张。

秘点的表述，须具体到技术特征或者信息要素。仅表述为“某某产品的配方”“某某客户的资料”，不构成明确的秘点；应当具体到成分、比例、工艺参数，或者客户的名称、联系人、交易条件。秘点的具体化，是比对的前提。

秘点的范围，须与主张的侵权行为对应。原告主张被告侵犯其三项秘点，须分别说明每项秘点的内容、被告的使用方式、造成的损失。笼统主张“侵犯全部技术秘密”的，法院可以要求释明；释明后仍不明确的，可以驳回。

三、非公知性的证明与推定

非公知性的判断，须以“所属领域的相关人员”为参照。相关信息在所属领域内为一般从业人员所普遍知悉，或者属于行业惯例、教科书内容、公开文献记载的，即为公知。判断的时点，是侵权行为发生时，而非起诉时或者研发时。

非公知性的证明，原告可以通过三条路径。其一是提交研发过程的记录，证明信息的形成经过反复试验、投入大量资源；其二是提交查新报告或者检索报告，证明现有技术中未见相同方案；其三是提交行业专家的说明，证明该信息不属于行业常识。三条路径可以并用。

被告的反证，主要是提交公开文献。公开文献包括专利文献、学术论文、技术标准、产品说明书、展会资料、网络公开信息。文献公开的内容，须足以使所属领域的技术人员

实施该信息；仅提及构思而未公开具体方案的，不构成公开。

一个常见的争点，是信息的组合是否具有非公知性。原告的信息由多个公开要素组合而成，被告主张各要素均已公开，组合亦属显而易见。此时，判断的标准是组合是否产生了意想不到的技术效果；若有，则组合整体具有非公知性；若无，则不具有。

另一争点，是信息的修改是否形成新的非公知性。原告在原技术方案的基础上作了改进，被告主张改进部分属于公知技术的常规替换。此时，判断的标准是改进是否解决了原有技术方案未能解决的问题；若有，则改进部分具有非公知性。

推定的适用，须有前提。原告证明其信息具有特殊性、不属行业常识、且采取了保密措施，即可推定非公知；被告主张公知的，应当举证。推定的理由，在于消极事实的证明困难，以及信息由原告掌握、被告更易获取公开文献的举证便利。

推定的反驳，须具体。被告仅笼统主张“该信息已为公众所知悉”，而未提交具体文献或者说明公开的途径，不构成有效反驳。反驳的具体性要求，可以避免被告以空泛的主张拖延诉讼。

非公知性的技术比对，须有方法。比对的对象，是原告主张的秘点与现有技术中的对应方案；比对的内容，是技术特征是否相同或者等同；比对的标准，是所属领域技术人员的通常理解。比对的方法，可以采特征对比表的方式，逐项列明相同与不同之处。

等同的判断，须谨慎。技术特征虽然不同，但以基本相同的手段、实现基本相同的功能、达到基本相同的效果，且所属领域技术人员无须创造性劳动即可联想得到的，构成等同。等同的适用，可以防止被告以细微改动规避保护，但过度适用又会扩张保护范围。

非公知性的地域范围，亦须明确。信息在境内公开，固然丧失秘密性；在境外公开，但在境内难以获取的，是否丧失秘密性，实务中有争议。本文主张，以所属领域的技术人员能否在境内合理获取为标准；境外公开的文献，若可以通过互联网或者图书馆获取，应当认定为公知。

非公知性的时间范围，须以侵权行为发生时为准。侵权发生后信息被公开的，不影响侵权行为的成立，但影响损害赔偿的计算；侵权发生后原告自行公开的，亦不影响。这一规则，可以避免被告以事后公开为由否定侵权。

四、保密措施的类型化与相当性

保密措施的审查，是实务中最易生分歧的环节。原告提交了保密协议，被告主张协议未实际执行；原告提交了门禁记录，被告主张访客可自由出入；原告提交了加密措施，被告主张密码由全员共享。法院的判断，往往取决于个案的具体情形，缺乏统一的标准。

本文主张，采类型化的审查，将保密措施分为四类，分别设定审查的要点。第一类是组织措施，包括设立保密制度、指定保密责任人、划分保密区域、限定接触人员。审查的要点，是制度是否成文、是否公示、是否实际执行。

第二类是物理措施，包括门禁、监控、保险柜、碎纸机、专室存放。审查的要点，是措施是否与信息的载体相匹配。以纸质图纸为例，存放于上锁的档案柜即为相当；以电子数据为例，仅存放于未加密的电脑则难谓相当。

第三类是技术措施，包括访问权限、加密、水印、日志审计、离职时的数据清除。审查的要点，是权限是否分级、日志是否留存、离职时是否收回。技术措施的证明力最强，因其留有客观记录；但技术要求亦最高，中小企业往往难以具备。

第四类是合同措施，包括保密协议、竞业限制协议、离职承诺书、对外合作中的保密条款。审查的要点，是协议是否明确保密的范围、期限、义务、违约责任；协议是否由实际接触信息的人员签署；协议是否实际履行。

四类措施的关系，不是择一即可，而是综合判断。原告采取了其中一类，且该类措施与其信息的价值相当，即可认定保密措施成立；原告采取了多类，但均流于形式，仍不成立。判断的核心，是相当性，即措施的成本与信息的价值是否匹配。

相当性的判断，可以参考三项因素。其一是信息的价值。价值越高，要求的措施越严；价值较低的信息，措施可以相对宽松。其二是信息的形态。技术图纸、配方等易于复制的信息，要求较高的技术措施；客户名单等易于记忆的信息，要求较高的合同措施。其三是企业的规模。大型企业有专门的保密体系，中小企业的措施可以简化，但不得完全没有。

实务中的一种误区，是以“未签订保密协议”直接否定保密措施。本文主张，保密措施不限于合同，组织措施、物理措施、技术措施均可；未签协议，但采取了其他措施的，仍可认定。反之，签了协议但从未执行、信息随意放置的，不能认定。

另一种误区，是以“措施不完备”否定保密措施。保密措施的要求是合理适当，不是万无一失。原告的措施存在疏漏，但只要总体上能够表明其保密意愿，且被告系通过不正当手段获取，仍应认定。若要求万无一失，则绝大多数权利人都将失去保护。

保密措施的时间，亦须注意。措施须在侵权行为发生前已经采取；侵权发生后才补签协议、补建制度的，不构成保密措施。实务中，原告往往在发现侵权后紧急补签协议，被告据此抗辩，法院多予支持。

保密措施与劳动关系，须特别讨论。员工是商业秘密最主要的风险源，故对员工的保密措施，要求相对严格。入职时的保密协议、在职时的权限管理、离职时的交接与承诺，构成完整的措施链条。三者缺一，可能被认定措施不充分。

离职员工的保密义务，不因离职而消灭。保密义务是附随义务，独立于劳动关系存续；员工离职后，仍须对原单位的商业秘密保密。竞业限制义务则不同，须有约定并支付补偿，且期限不超过二年。二者的区别，实务中常被混淆。

保密协议的条款，须具体。仅约定“员工应保守公司商业秘密”，而未界定秘密的范围、保密的方式、违反的后果，难以认定为有效的保密措施。具体的条款，应当列明秘密

的类别、载体、接触权限、归还义务、违约责任。

保密措施的执行，须有记录。制度的公示、协议的签署、权限的设定、离职的交接，均应有书面或者电子的记录。无记录的，被告可以主张措施未实际执行；有记录的，原告的举证即告完成。记录的作用，是把内部管理转化为可证明的事实。

五、价值性与举证责任的转移

价值性的证明，相对简单，但亦有争点。原告主张信息具有商业价值，须证明该信息能够为其带来现实的或者潜在的竞争优势。证明的方式包括：研发投入的凭证、产品的销售数据、许可使用合同、成本降低的核算、客户增加的记录。

价值性的判断标准，是“因不为公众所知悉而具有价值”，即价值须源于秘密性。若信息的价值完全来自其内容本身，而与是否秘密无关，则不属于商业秘密保护的对象。例如，一项已经公开的技术，其价值不因权利人的保密而增加，故不受保护。

消极信息的价值，值得单列。失败的实验数据、被否决的技术路线，虽不能直接产生收益，但可以避免他人重复投入，因而具有价值。此类信息，只要不为公众所知悉且采取了保密措施，亦构成商业秘密。实务中，法院对此类信息的保护较为保守，本文主张应当给予保护。

举证责任的转移，是反不正当竞争法第三十二条的核心。条文的构造是：原告提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，被告应当证明其信息不属于商业秘密。这一构造，实质上将秘密性的证明责任转移于被告。

转移的前提，是原告的初步证据。初步证据包括三项：其一，原告是信息的权利人或者合法使用人；其二，原告采取了保密措施；其三，被告有接触的可能或者信息实质相同。三项具备，即为完成初步证明，举证责任转移。

转移的时点，宜定在原告举证之后、被告答辩之时。实务中，部分法院要求原告证明到高度盖然性才转移，实质上架空了条文；部分法院在原告起诉时即转移，又使被告负担过重。本文主张，以初步证据为界，原告的举证达到合理表明即可。

转移的范围，及于秘密性与合法来源。秘密性的转移，如前所述；合法来源的转移，指原告证明被告有接触且信息实质相同后，被告须证明其信息系自行研发、反向工程或者合法受让取得。两项转移，可以分别适用，也可以合并适用。

转移的反驳，须具体。被告主张自行研发的，应当提交研发记录、设计图纸、试验数据、人员配置等证据；主张反向工程的，应当提交反向工程的过程、方法、成本；主张合法受让的，应当提交合同、付款凭证、交付记录。空泛的主张，不构成有效反驳。

转移的限度，须予明确。举证责任的转移，不移转原告的败诉风险。被告的反证只要使待证事实陷于真伪不明，即应认定原告的主张不成立；原告不得以“被告未能证明”为由，要求法院径行认定。这一区分，是举证责任转移与举证责任倒置的区别。

价值性的证明，还可以通过许可使用费。原告曾将信息许可他人使用，许可合同约定的使用费，可以作为价值性的证明；许可费的高低，须与信息价值相当，明显偏离市场行情的，法院可以调整。许可合同的真实性，须经审查；关联方之间的许可，证明力较弱。

价值性的消极面，亦须审查。信息已经过时、市场需求消失、技术已被替代的，其价值消灭，不再受保护。被告主张价值消灭的，应当举证；原告可以提交持续使用、持续投入的证据，证明价值仍然存在。

举证责任转移的适用范围，须注意其边界。第三十二条适用于商业秘密侵权纠纷，不适用于合同纠纷、劳动争议。在合同纠纷中，举证责任依合同约定与一般规则分配；在劳动争议中，用人单位主张劳动者违反保密义务的，须就劳动者的违约行为举证。

转移与保密义务的关系，须予澄清。举证责任的转移，解决的是信息是否构成商业秘密的问题；保密义务的违反，解决的是行为人是否违约的问题。二者可以并存，但不可混淆。原告主张违约的，仍须证明合同的成立、义务的内容、违约的事实。

六、鉴定的启动、范围与限制

鉴定的启动，有两条路径。其一是当事人申请，经法院准许；其二是法院依职权委托。实务中，以当事人申请为主。申请的，应当在举证期限届满前提出，并预交鉴定费用；逾期提出的，法院可以不批准。

鉴定的范围，须严格限于技术事实。可以鉴定的事项包括：原告主张的技术信息与被告使用的技术信息是否实质相同；原告的技术信息是否属于现有技术；被告的产品或者方法与原告的技术方案在技术特征上是否一致；研发投入的成本核算。

不可以鉴定的事项包括：信息是否构成商业秘密；保密措施是否合理；被告是否具有主观过错；损害赔偿的数额。四项均属法律判断或者综合判断，超出鉴定的范围。实务中，部分鉴定意见对上述事项发表意见，法院应当不予采纳。

鉴定的检材，须经质证。原告提交的技术图纸、工艺流程、配方，被告提交的产品、设备、源代码，均须在鉴定前经双方质证，确认其真实性、合法性、关联性。未经质证的检材，不得作为鉴定的依据；鉴定机构自行收集的检材，须经法院确认。

鉴定机构的选择，宜由双方协商；协商不成的，由法院在有资质的机构中随机确定。鉴定机构应当具备相应的技术领域资质，且与当事人无利害关系。当事人可以申请鉴定人回避，回避的事由依民事诉讼法的规定。

鉴定的方法，须在鉴定意见中载明。方法的载明，包括检索的数据库、比对的技术特征、判断的标准、专家的意见。方法不载明的，法院无从审查，可以要求补正；补正后仍不明确的，可以重新委托鉴定。

鉴定意见的质证，须实质化。当事人可以申请鉴定人出庭，就鉴定的方法、依据、结

论接受询问；鉴定人无正当理由不出庭的，鉴定意见不得作为认定事实的根据。实务中，鉴定人出庭率偏低，法院应当依法通知，必要时可以强制。

鉴定的费用，由申请方预交，最终由败诉方负担。费用过高致使当事人放弃鉴定的，法院可以依职权委托，费用从诉讼费用中列支。这一安排，可以避免因费用问题而使事实无法查明。

专家辅助人制度，可以缓解鉴定的依赖。当事人可以申请一至二名具有专门知识的人出庭，就鉴定意见或者专业问题提出意见。专家辅助人的意见，视为当事人的陈述，不作为独立的证据；但其质证可以揭示鉴定意见的缺陷，帮助法院形成判断。

专家辅助人的选任，宜宽松。只要具备相应的专业知识，即可担任，不要求鉴定资质；与当事人有利害关系的，不影响其出庭，但法院可以酌情考虑其意见的证明力。实务中，专家辅助人的出庭率偏低，法院应当依法准许，并在裁判文书中载明其意见。

技术调查官制度，是另一条路径。知识产权法院、部分中级法院已设技术调查官，可以参与庭审、提出技术意见。技术调查官的意见，供合议庭参考，不向当事人公开；其作用，是弥补法官技术知识的不足。这一制度，可以在更大范围推广。

鉴定的替代方式，亦须考虑。当事人可以协商委托共同认可的机构出具意见；可以提交行业协会、科研机构的技术说明；可以通过庭审中的技术演示、现场勘验查明事实。鉴定的目的是查明事实，凡能查明事实的方式，均可采用。

七、鉴定意见的审查

鉴定意见是证据的一种，不是裁判的结论。法院对鉴定意见，须从三个方面审查：检材的真实性、方法的可靠性、结论的确定性。三者之中，任何一项存疑，鉴定意见的证明力即受影响。

检材的真实性审查，重点关注检材的来源、保管、移送。原告提交的技术图纸，是否形成于侵权行为发生前；被告提交的产品，是否为其实际生产的产品；检材在保管期间有无被修改、替换。来源不明或者保管链条断裂的，鉴定意见不能采信。

方法的可靠性审查，重点关注比对的范围、检索的数据库、判断的标准。以非公知性鉴定为例，检索的数据库是否包括主要专利数据库、学术数据库、行业标准；比对的文献是否覆盖了相关技术领域；判断的标准是否为所属领域技术人员的通常理解。检索范围过窄的，结论不可靠。

结论的确定性审查，重点关注结论是否明确、是否附条件、是否超出委托范围。结论含糊其辞的，如“部分技术特征相同”“有可能属于公知技术”，不能作为认定事实的依据；结论附条件的，须审查条件是否成就；结论超出委托范围的，超出部分无效。

鉴定意见与其他证据的关系，须综合判断。鉴定意见与当事人的陈述、证人证言、书证、物证相互矛盾的，法院应当分析矛盾的原因，不得径行采信鉴定意见。鉴定意见只是

证据之一，其证明力须与其他证据结合判断。

两个以上鉴定意见冲突的处理，须依三项规则。其一，看检材是否一致，检材不同的，分别认定；其二，看方法是否可靠，方法不一的，采可靠性较高者；其三，看结论是否确定，结论明确的优先。三项仍不能判断的，可以重新委托鉴定或者由法院依经验法则判断。

法院不得以鉴定意见替代说理。判决书应当载明鉴定意见的内容、当事人的质证意见、法院的审查结论及其理由。仅写“经鉴定，本院予以采信”的，属于说理不足。说理的过程，是鉴定意见转化为裁判依据的必要环节。

鉴定意见的采信，须注意其局限性。鉴定是对技术事实的事后判断，受检材、方法、时间的限制；技术发展迅速，鉴定所依据的标准可能已经过时。法院在采信时，应当结合案件的具体情况，避免机械适用。

重新鉴定的条件，须严格。原鉴定存在检材虚假、方法错误、结论明显依据不足、鉴定人应当回避而未回避等情形的，可以重新鉴定。仅因结论不利于己方而申请重新鉴定的，不予准许。重新鉴定的机构，应当另行确定，不得由原机构承担。

鉴定意见的证明力，须与其他证据结合。鉴定意见是间接证据，只能证明技术特征是否相同，不能直接证明被告实施了侵权行为；侵权行为的认定，还须结合接触、使用、获利等证据。实务中，部分法院以鉴定意见直接认定侵权，属于证据的误用。

鉴定意见的表述，须避免法律判断。鉴定意见中出现“构成侵权”“属于商业秘密”“违反保密义务”等表述的，法院应当要求鉴定机构删除或者说明；拒绝删除的，该部分不予采纳。鉴定的边界，是技术事实，不是法律结论。

八、技术秘密与经营秘密的区分

技术与经营信息，在证明结构上有所不同。技术的非公知性，多依赖文献检索与技术比对；经营信息的非公知性，多依赖信息的具体性、深度与获取难度。二者的区分，直接影响举证的要求。

客户名单的保护，是经营秘密中的典型问题。单纯的客户名称、地址、联系方式，属于公开信息，不受保护；只有包含交易习惯、需求偏好、价格底线、决策链条等深度信息的客户名单，才构成商业秘密。深度信息的证明，须有实际的交易记录、沟通记录、内部资料。

客户名单的非公知性，还须考虑获取的难度。若客户信息可以通过公开渠道轻易获取，则不具有非公知性；若须经长期积累、大量投入才能形成，则具有非公知性。判断的标准，是获取该信息所需的时间、成本与努力。

技术秘密的保护，须注意反向工程的界限。反向工程是合法的获取方式，被告可以通过拆卸、测试、分析等方式获取技术信息，不构成侵权；但反向工程不得违反保密义务或

者通过不正当手段获取产品。被告主张反向工程的，应当证明其实际实施了反向工程。

技术秘密与专利的关系，值得说明。专利以公开换保护，技术秘密以保密维持保护；二者不可兼得。权利人选择专利保护的，技术方案公开后即丧失秘密性；选择技术秘密保护的，须承担信息泄露的风险。实务中，权利人常在专利说明书中保留关键技术参数，此类保留的部分，仍可能构成技术秘密。

经营秘密与技术秘密的交叉，亦须注意。例如，包含技术参数的成本核算表，既有技术信息，又有经营信息；包含客户技术需求的方案书，亦是如此。此时，应当分别审查各部分是否符合商业秘密的要件，不得整体认定或者整体否定。

损害赔偿的计算，在两类秘密中亦有差异。技术秘密的损失，多依研发成本、许可费、侵权获利计算；经营秘密的损失，多依客户流失导致的利润减少计算。计算方法的差异，源于两类信息的价值实现方式不同。

从审判实践看，本文主张的构造已经具备适用的基础。部分法院已在保密措施的审查中采用类型化的方法，在鉴定事项的限定上严守法律判断的边界，在举证责任的分配上适用第三十二条。这些实践，为规则的统一提供了样本。

仍需强调的是，规则的统一不等于裁判的机械。商业秘密案件的事实千差万别，同一个要件在不同案件中的权重不同；法官的判断，须在规则的框架内作具体的衡量。规则的作用，是限制恣意，不是取消判断。

九、结语

商业秘密诉讼的困境，表面上是举证难，实质上是证明结构不清。本文主张，将秘密性拆解为非公知性、非易得性与保密措施三项，分别配置证明责任；将保密措施类型化为组织、物理、技术、合同四类，以相当性为判断标准；将价值性的证明限于“因秘密而有价值”；将举证责任的转移定位于原告完成初步证明之后，转移的范围及于秘密性与合法来源，但不移转败诉风险。

在鉴定上，本文主张严格限定其范围：鉴定只能就技术事实发表意见，信息是否构成商业秘密、保密措施是否合理、过错是否存在，均属法律判断，不得委托鉴定；法院对鉴定意见应当从检材、方法、结论三方面审查，并在判决中说明采信或者不采信的理由。鉴定的功能是辅助裁判，不是替代裁判。

这一构造的意义，在于恢复当事人与法院的分工。当事人负责举证，鉴定机构负责技术判断，法院负责法律判断。三者各守其位，诉讼的效率与公正始能兼顾。若鉴定越界、法院让渡，则诉讼的重心将从法庭转移到鉴定机构，当事人的辩论权、质证权亦随之落空。

当然，制度的完善须以立法与司法解释的进一步明确为依托。在规范未改之前，法院可以依现行法作有限的推进：在举证责任的分配上适用第三十二条，在保密措施的审查上

采类型化，在鉴定事项的限定上严守法律判断的边界。这些推进，可以为将来的规则积累经验。商业秘密的保护水平，最终取决于司法的判断能力，而非鉴定的技术水平。

参考文献

- [1] 《中华人民共和国反不正当竞争法》第九条、第十七条、第三十二条。
- [2] 《中华人民共和国民法典》第五百零一条、第一千一百八十五条。
- [3] 《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》第一条至第十四条。
- [4] 《最高人民法院关于审理知识产权民事诉讼证据的若干规定》第一条至第十四条、第十九条至第二十三条。
- [5] 《中华人民共和国民事诉讼法》第七十九条、第八十条、第八十一条。
- [6] 崔国斌：《商业秘密的财产属性与保护模式》，《中国法学》2021年第5期。
- [7] 李明德：《商业秘密的构成要件与举证责任》，《法学研究》2022年第3期。
- [8] 黄武双：《保密措施的合理性判断》，《知识产权》2023年第2期。
- [9] 孔祥俊：《商业秘密司法保护中的证明难题》，《政法论坛》2022年第6期。