

引文格式: 沈世娟, 黄佩瑶. 商业秘密“秘密性”证明中推定规则的适用: 兼议《反不正当竞争法》第三十二条 [J]. 常州大学学报(社会科学版), 2021, 22 (5): 1-12.

商业秘密“秘密性”证明中推定规则的适用 ——兼议《反不正当竞争法》第三十二条

沈世娟, 黄佩瑶

摘要:“秘密性”证明是商业秘密侵权诉讼的关键环节,“秘密性”证明难也是造成权利人维权难的关键因素。新修订的《反不正当竞争法》第三十二条规定了“秘密性”证明的内容。从证明责任理论出发,该条款的修订并没有改变“秘密性”证明责任的分配,而是属于推定规则的适用。推定规则本质上是一种证据规则,包括基础事实、推定依据、推定事实与反驳四个要素,通过基础事实间接证明推定事实,降低了当事人的证明难度。推定规则建立的正当性体现在推定依据的正当性,推定依据或为经验法则或为公共政策需要。第三十二条“初步证据”包括“采取保密措施”“合理表明被侵犯”,这类证据降低了权利人的证明难度和证明成本,通过“初步证据”推定“秘密性”,不仅具有高度盖然性,符合经验法则,还体现加强知识产权保护的公共政策,符合推定规则的逻辑推理结构。涉嫌侵权人拥有对“初步证据”和“秘密性”反驳的权利,确保推定结论的可靠性。

关键词: 秘密性; 证明责任; 推定规则; 初步证据; 基础事实

作者简介: 沈世娟, 常州大学史良法学院教授、硕士研究生导师; 黄佩瑶, 常州大学史良法学院硕士研究生。

基金项目: 国家社会科学基金一般项目“专利权利要求保护范围的价值衡量及解释规则研究”(21BFX102); 江苏省研究生科研创新计划项目“商业秘密‘秘密性’认定中推定规则的缺陷与完善”(KYCX21_2748)。

中图分类号: DF51; D922.294 **文献标志码:** A **Doi:** 10.3969/j.issn.2095-042X.2021.05.001

“秘密性”认定是解决商业秘密纠纷案的关键环节,若涉案信息被认定为不具有“秘密性”,则商业秘密其他构成要件便没有了证明的必要,整个案件也就失去了权利基础。2007年施行的《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》(以下简称《反不正当竞争司法解释》)规定,“秘密性”是指相关信息不为所属领域的相关人员“普遍知悉”和“容易获得”。鉴于我国诉讼传统,权利人一般倾向于通过鉴定意见这一证据类型来证明商业秘密的秘密性以及商业秘密与被控涉嫌侵权信息的异同,但它也带来了两个问题:一是鉴定费用高、鉴定时间长,当事人不堪重负;二是鉴定意见冲突,不同鉴定机构甚至同一鉴定机构的鉴定意见时常冲突,这些突出问题导致权利人对商业秘密维权失去信心。

针对商业秘密民事审判程序中权利人举证难状况,2019年修订的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)增加了特别条款第三十二条^①,明确了商业秘密“秘密性”认定中当事人证明的内容,一定程度减轻了权利人的证明责任。该条款实施以来,理论界和实务界给予了高度关注,有学者认为第三十二条是证明责任转移规则的适用,也有学者认为是证明责任倒置规则的适用。第三十二条证据规则到底是何法律规范?权利人提供的“初步证据”是什么含义?这些问题需要从商业秘密实体法规范体系和证据学规范的视角来分析说明,以利于司法实践。

一、“秘密性”证明责任的立法变化及解读

证明责任,还是举证责任?就实体法层面而言,《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)并未出现证明责任或举证责任用语,但《民事诉讼法》司法解释共有十一处出现了证明责任这一术语,如第九十条第二款规定:“在作出判决前,当事人未能提供证据或者证据不足以证明其事实主张的,由负有举证证明责任的当事人承担不利的后果。”第九十一条规定:“人民法院应当依照下列原则确定举证证明责任的承担,但法律另有规定的除外。”与此形成对比的是,《中华人民共和国行政诉讼法》(以下简称《行政诉讼法》)第三十四条和《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)第五十一条使用了举证责任这一用语^②,而知识产权相关司法解释^③中,大多使用了证明责任用语。从上述法律规范分析,我国诉讼法及相关司法解释中的证明责任、举证责任语义相同,特指当事人无法证明所主张事实时所需要承担的不利法律后果。商业秘密纠纷系民事诉讼范畴,根据民事诉讼习惯使用证明责任用语较妥。

(一)“秘密性”证明责任的立法变化

1993年《反不正当竞争法》颁布实施之初并没有对商业秘密民事诉讼案件证明责任的分配进行规定,但按照民事诉讼证明责任分配的一般规则^④,以及罗森贝克的法律规范要件学说,“每一个想使法律规范的效果有利于自己的当事人,均必须对此等规范的前提条件加以证明”^{[1]⑤}。商业秘密权利人主张他人侵权应当对其拥有的商业秘密符合法律规定以及他人实施侵权行为承担证

①《反不正当竞争法》第三十二条:在侵犯商业秘密的民事案件审判程序中,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主张的商业秘密不属于本法规定的秘密。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。

②《行政诉讼法》第三十四条:被告对做出的行政行为负有举证责任,应当提供做出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。《刑事诉讼法》第五十一条:公诉案件中被告人有罪的举证责任由人民检察院承担,自诉案件中被告人有罪的举证责任由自诉人承担。

③《最高人民法院关于知识产权民事诉讼证据的若干规定》《关于审理涉及驰名商标保护的民事纠纷案件应用法律若干问题的解释》等。

④《民事诉讼法》第六十四条第一款:当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。

⑤罗森贝克将法律规范分为权利发生规范、权利妨碍规范、权利消灭规范和权利排除规范,通常原告是主张权利的一方,被告则是否认原告所主张权利的一方。因此,原告应主张和证明与权利发生规范的构成要件相对应的事实,被告则应主张和证明与权利妨碍规范、权利消灭规范和权利排除规范相对应的事实。

明责任。但司法实务中,由于商业秘密权利人举证难,法官运用自由裁量权将证明责任施于涉嫌侵权人的现象时有发生^①。这种现象不仅对涉嫌侵权人不公平,而且也明显有违民事诉讼证明责任理论,且与商业秘密实体规范体系相冲突。

2007年施行的《反不正当竞争司法解释》第十四条对权利人主张他人商业秘密侵权的证明责任进行了明确,即权利人应当对其主张的商业秘密的秘密性、保密性和价值性(该三项事实证明涉案商业信息符合商业秘密法定构成条件)以及涉嫌侵权人采取不正当手段、涉嫌侵权人所涉信息与商业秘密相同或者实质相同(该两项事实证明侵权行为)的事实承担证明责任。《反不正当竞争司法解释》实施后,证明责任分配取得了统一,但权利人举证难问题依然没有解决,权利人维权成功率长期低迷^②,社会公众特别是权利人保护商业秘密的信念受到严峻挑战。

2019年,《反不正当竞争法》第三十二条及时对证明责任承担的消极影响进行纠偏,关于“秘密性”证明责任的变化,归纳总结如下:第一,“秘密性”证明要求降低,权利人仅需要提交“初步证据”证明主张的事实即可。第二,“秘密性”证据类型低成本化,权利人可以从两个方面间接证明商业秘密的“秘密性”:一是对涉案信息采取了保密措施,二是有证据合理表明商业秘密被侵犯。即权利人无须以鉴定意见或专家证人的形式直接证明涉案信息具有秘密性。第三,赋予“合理表明”商业秘密被侵犯特定内涵,包括权利人提供证据证明涉嫌侵权人有渠道或者有机会接触或使用商业秘密,或者涉嫌侵权人有披露、使用商业秘密的风险。第四,明确涉嫌侵权人具有反驳的权利,涉嫌侵权人可以举证证明涉案信息为相关公众所知的事实,或者证明权利人未采取合理的保密措施等^③。

从证据学角度看,第三十二条出现了一些新的表述,如“初步证据”“合理表明”,并且隐含被告特定情形下不能反驳“秘密性”所要承担的不利后果,该条款规定是否与我国民事诉讼法证明责任分配的一般规则相冲突呢?

(二) 第三十二条“秘密性”证明责任的观点之争

关于第三十二条秘密性证明责任的承担,学术界主要有两种代表性观点:第一种观点认为属于证明责任转移。持该种观点的学者有董炳和、宋健等。“权利人尽到了初步证明责任之后,将进一步的举证责任转移给了被诉侵权人。经过这番转移,我们可以看到,商业秘密的权利人在民事诉讼中需要承担的举证责任就大大减轻了。”^[2]第二种观点认为属于证明责任倒置。持该种观点的学者有于海燕、陶冠东等。“在权利人提供初步证据,证明其采取了保密措施,且合理表明商业秘密受侵犯时,举证责任即由侵权人承担,由侵权人证明来源合法或者内容不相同。”^[3]持该观点的学者相对较少。

①参见(2015)合民三初字第88号合肥通用电子技术研究所诉合肥三恩电子有限公司等侵害商业秘密纠纷案,本案中,原告虽主张但未提供证据证明被告侵权行为,是由被告举证证明自己没有侵权行为,所售产品与原告并不相同。

②据北京市高级人民法院知识产权法庭统计,2016年度一审共审结有关商业秘密纠纷案件26件,其中以原告撤诉方式结案17件,占比65%;以调解方式结案仅1件;以判决方式结案6件,占比23%。同时,在以判决方式审结的全部6件案件中,原告胜诉的仅1件,占以判决方式结案的16.7%,为2016年度整体结案的4%。参见陶钧:《商业秘密司法保护的困境与路径设计》,《中国专利与商标》2018年第3期,第48—71页。由此反映出实务中权利人举证难现状。

③“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”属于立法瑕疵。对“秘密性”推定的反驳应该是针对商业秘密“秘密性”的相关事实的反驳,而不是针对商业秘密的反驳。

证明责任理论是《民事诉讼法》的核心课题,被称为“民事诉讼的脊梁”。根据德国、日本等大陆法系国家的民事诉讼理论,证明责任包括两层含义:行为意义上的证明责任和结果意义上的证明责任。行为意义上的证明责任又被称为主观的证明责任或形式的证明责任^[4],是指当事人只需向法院提供相关案件证据的责任,而不需要承担说服法官的责任;结果意义上的证明责任又被称为客观的证明责任或实质的证明责任^[5],是指若待证事实真伪不明,由主张事实的当事人承担举证不能的风险,即败诉风险。我国《民事诉讼法》中的证明责任通常对应第二层含义,但证明起诉符合条件的第一百一十九条实质上对应第一层含义,属于行为意义上的证明责任。结果意义的证明责任实属实体法上权利实现的风险分配,与民事诉讼的构造没有必然的联系,必须通过实体法加以规范,不能由法官通过自由裁量来分配。

证明责任倒置与证明责任转移都是证明责任分配领域的概念,二者存在明显区别。证明责任倒置本质上属于结果意义上的证明责任分配,即将证明责任分配给了否定事实存在的一方,并在该方举证不能时,由该方承担败诉的法律后果。由于证明责任分配涉及当事人核心利益,证明责任的倒置必须由法律明确规定,《中华人民共和国民法典》(以下简称《民法典》)中就有相关规定^①。证明责任转移是指行为意义上的证明责任转移,双方当事人诉讼中通过提供证据进行辩驳,主张事实存在方完成初步证明责任后,行为意义上的证明责任转移至对方,由对方提供证据反驳,若对方没有提供或者提供的证据不足以推翻该方的主张,就认定该方所主张的事实成立,但案件事实真伪不明时依然由法律规定承担结果意义证明责任的一方承担败诉后果,此处的证明责任转移所体现的是当事人之间的诉辩攻防。本文没有特别说明时,证明责任即指结果意义上的证明责任。

因此,从证明责任分配理论出发,《反不正当竞争法》第三十二条第一款关于“秘密性”的举证分配,并没有直接规定由涉嫌侵权人证明,因而不属于结果意义上的证明责任倒置,结果意义上的证明责任依然按照“谁主张谁举证”的一般规则由主张事实存在的一方即商业秘密权利人承担。那么,第三十二条第一款属于何种法律规范呢?正确分析第三十二条关于“秘密性”证明的逻辑关系,有助于正确适用法律,维护当事人合法权益。

二、推定规则的逻辑结构及其对证明责任的影响

证明责任分配由实体法进行规范,并应遵循基本的公平正义,根据罗森贝格理论以及诉讼法规定,主张权利者,应当对权利成立的事实承担证明责任。就商业秘密的“秘密性”证明而言,与专利技术方案的 novelty 证明类似,后者以专利局掌握的庞大技术文献数据库和大量审查员为支撑,将现有技术排除,前者通常需要权利人支付一笔不菲费用依靠检索机构、鉴定机构以及专家辅助人做出专业判断,这样设计和安排的证明责任客观上增加了商业秘密权利人维权成本,无形中正义的天平发生了严重倾斜,公众自主创造商业秘密的积极性受到严重打击。

^①如《民法典》第一千一百七十条“共同危险行为”,第一千二百零二条“产品生产者侵权责任”,第一千二百一十八条“医疗损害责任归责原则”,第一千二百三十条“环境污染生态破坏侵权举证责任”,第一千二百三十六条“高度危险责任的一般规定”,第一千二百四十五条“饲养动物致害责任的一般规定”,第一千二百五十三条“建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物脱落、坠落致害责任”。上述法条均隐含了证明责任倒置的规定,学界也都取得共识,如张卫平:《证明责任倒置辨析》,《人民司法》2001年第8期,第41—45页;汤维建:《论民事诉讼中的举证责任倒置》,《法律适用》2002年第6期,第4—11页。

为了解决证明责任分配产生的制度失灵,前人设计了一些证据规则以弥补实体法证明责任分配的不足,其中就包括推定规则。

(一) 推定规则的本质及分类

推定规则是证据规则中一项非常重要的规则,在我国《民法典》以及多个部门法中均有体现,如《中华人民共和国著作权法》第十二条第一款规定:“在作品上署名的自然人、法人或者非法人组织为作者,且该作品上存在相应权利,但有相反证明的除外。”《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条第二款也有类似规定^①。原告举证证明作品上署有其名,即推定原告为著作权人,除非有相反证据推翻。但是我国至今没有一部法律对推定规则进行明确界定,这也间接造成了推定规则适用的不规范。

1. 推定规则的本质

对推定规则进行界定比较困难。罗森贝克认为,“没有哪个学说会像推定学说这样,对推定的概念十分混乱。可以肯定地说,迄今为止人们还不能成功的阐述推定的概念”^[5]。我国著名证据法学家何家弘、张卫平认为,“推定是指根据两个事实之间的一般联系规律或者‘常态联系’,当一个事实存在的时候,便可以认定另外一个事实的存在。它不是对事实的直接认定,而是以推测性判断为桥梁的间接认定”^[6]。还有学者认为,“推定,是一种证据法则,指根据法律规定,或由法官依照经验法则,在诉讼过程中,根据事实之间的常态联系,当某一事实存在时,推出另一事实存在的假定”^[7]。《布莱克法律辞典》中,“推定是依法从已知事实或诉讼中确定的事实出发所作出的假定”^[8]。尽管上述概念界定有一定差异,但却反映了推定规则的本质,即推定是一种证据规则,通过间接证明推定事实的方式完成证明责任,在一定程度上可以减轻或免除当事人的证明责任。

2. 推定规则的分类

推定规则的分类标准较多,不同地区、不同学者基于不同的标准对推定进行不同的划分。有以英美法系为代表的“三分法”^②,还有以大陆法系为代表的“二分法”^③。此外,推定从推定的效力出发分为可反驳的推定和不可反驳的推定;以推定的成因分为盖然性推定和公共政策性推定;按照是否由法律直接规定或者性质不同可分为法律推定和事实推定。在我国,大多数学者都认同将推定划分为法律推定和事实推定,这一点也被《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》(以下简称《证据规定》)第十条吸收。

法律推定与事实推定,二者的性质不同。法律推定是由立法明文规定的,具有强制效力,法官在适用时无须说理;而事实推定是在具体案件审理中,法官依据一定的经验法则适用的推定,具有较强的灵活性,但稳定性差,法官在适用时需要充分说理。无论是事实上的推定还是法律上的推定,一般都以基础事实与推定事实之间的常态联系为依据。当二者间的常态联系比较明确,具有高度盖然性,推定可以通过立法的形式确定下来,属于法律上的推定;相反,当二者间的常态联系不够明确时,推定需要在个案中由法官依据经验法则进行推定,属于事实上的推定。法律推定与事实推定的关系非常密切,法律推定来源于事实推定,但又高于事实推定,是从简单的日

①《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第七条第二款:在作品或者制品上署名的自然人、法人或者非法人组织视为著作权、与著作权有关权益的权利人,但有相反证据的除外。

②“三分法”包括不可反驳的法律推定、可反驳的法律推定和可反驳的事实推定。

③“二分法”是指法律推定和事实推定。

常经验上升至法律逻辑的过程。

(二) 推定规则的逻辑结构及正当性

推定规则是一种法律规范、证据规则,具有一般法律规范的逻辑结构,但又有其特殊性。

1. 推定规则的逻辑结构

尽管学者对推定规则的界定存在异议,但通过上述推定规则的本质及分类可知,推定规则的逻辑结构基本相同,包括四个基本要素:基础事实、推定依据、推定事实以及反驳。推定依据是指法律规定或者经验法则。假设甲、乙分别是主张适用推定的一方当事人和反驳推定的一方当事人,其逻辑关系可表示为图1:

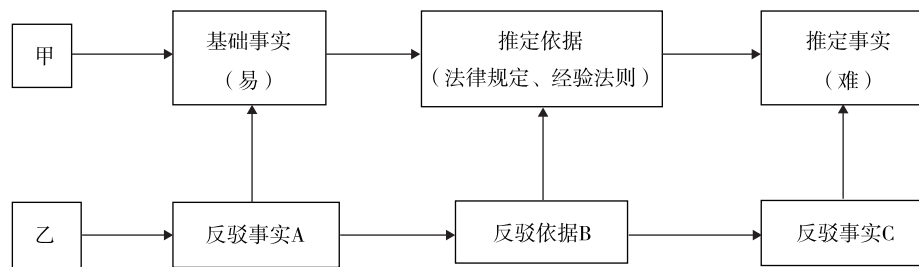


图1 推定规则逻辑关系图

根据图1,推定规则的适用共包括三个阶段。根据具体案情和当事人意愿,当法官决定适用推定规则后,首先,进入第一个阶段:甲方提供证据证明基础事实的存在,受推定规则适用不利的乙方可以提供证据进行反驳。此时,法官需要在内心对比反驳事实A与基础事实,判断反驳事实A是否达到推翻基础事实存在的标准,若反驳事实A能够推翻基础事实,导致法官内心无法确信基础事实的存在,推定规则适用终止,由甲直接承担证明责任;反之,法官内心确信该基础事实的成立,不接受反驳,推定规则继续推进。接着,进入第二个阶段:通过推定依据将基础事实与推定事实连接起来,推定依据是二者的桥梁。与第一个阶段类似,乙同样可以举证反驳二者间的推定依据不成立。此时,法官需要在内心比对反驳依据B和推定依据,若反驳依据B足以推翻推定依据,则该推定依据不能适用;反之,可以根据该推定依据适用推定规则。值得注意的是,如果推定依据系法律规定则不能被反驳。最后,进入第三个阶段:乙可以提供证据对推定事实进行直接抗辩,法官需要在内心将反驳事实C与推定事实进行比对,判断反驳事实C能否推翻推定事实,若可以推翻,则推定事实不成立;反之推定事实成立,推定规则运用结束。需要注意的是,乙可以根据具体案情有针对性地进行反驳。

通过上述分析可以看出,在推定规则的适用中,基础事实和推定事实是基本要素,二者之间通过相应的推定依据连接。推定依据通常是指经验法则、法律规定,是基础事实与推定事实间的桥梁,在推定规则适用中具有关键性作用。此外,推定事实的成立还建立在因推定规则适用不利的一方没有提供证据反驳或反驳不成立的基础上,这是推定规则适用中的重要环节。

2. 推定规则的正当性

推定规则影响当事人的证明责任,其设计应当合乎理性,主要体现在两个方面:

第一,推定依据的正当性。由基础事实获得推定事实,推定过程是以推定依据为支撑的。推定依据有两类:一类是经验法则。经验法则,系由一般生活经验归纳得出的关于事物的因果关系或性质状态的知识或法则^[9],是人类在生活中经过反复实践得出的事物间具有逻辑性的内在联系,具体表现为当一个事实存在时,另一个事实大概率也会出现,除非受到例外因素的限制。推

定的出现就是人们的经验积累到足以对不同事实进行归纳从而做出判断程度的反映^[10],体现基础事实与推定事实之间的高度盖然性联系,即基于两者外部关系的高度盖然性,当基础事实发生时,人们依据经验法则,通常能够获得推定事实,比如推定在作品上署名的为作者。另一类是法律规定。即由法律强制性规定适用推定规则,包括了两种情形:一是当基础事实与推定事实之间的常态联系十分紧密,推定事实发生的可能性的概率要高于一般盖然性时,往往立法明文规定该推定,即由依据经验法则的事实推定上升至法律推定。二是基于国家政策选择的情形,包括行政政策和司法政策,所体现的实质上是一种价值导向,营造积极健康的社会关系。比如医疗机构隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料,或者是销毁该病历资料的,则推定医疗机构有过错^①。该政策性选择必须基于一定的公共性、价值导向性,能够引导人们遵循基本职业规范,积极向善。

第二,推定规则的可反驳性。推定规则是为了平衡证明责任而建立的证据规则,其法理基础是逻辑推理,因此,应当允许相对方逐个反驳。

首先,关于基础事实的反驳。有学者认为,基础事实的范围包括:众所周知的事实、司法认知的事实、当事人双方陈述一致的事实和经充分证明达到证明标准的事实^[11]。笔者认为,基础事实包括但不限于上述事实,更多的是举证较为容易的事实,且基础事实是可以被举证推翻的,这符合基本的逻辑学认知。《证据规定》第十条对此也予以明确。

其次,关于推定依据的反驳。经验法则具有高度盖然性的特征。经验法则虽然源于事物的发生规律及归纳总结,但限于现实条件的复杂性,所以并不完全具有确定性,而是具有高度盖然性,因此,适用推定不利的一方可以对此进行反驳。但是对于部分立法者基于公共利益的考量,以公共政策为依据所设计的推定规则,或者是由事实推定上升为法律推定的规则,它们所依据的推定依据应当遵守,不能反驳。

最后,关于推定事实的反驳。推定事实的成立,必须以没有相反证据反驳为条件,因为推定规则本质是一种假定,通过基础事实、经验法则的高度盖然性以及司法人员的内心确信而得出的推定事实即结论,出现与客观事实不符、不准确的情形还是难以避免的。

(三) 推定规则对证明责任的影响

“谁主张,谁举证”是我国民事诉讼举证分配的一般规则,即由主张事实存在的一方承担证明责任,推定规则的适用会对该证明责任分配规则的适用产生一定的影响。例如,当某一事实难以证明时,法官可以考虑适用推定规则,依据基础事实推出该难以证明的事实,受推定不利的一方则可以进行反驳。有学者认为受推定不利的一方也需要承担证明责任,“将不存在推定事实的举证责任转移于对方当事人”^[12]。笔者认为上述观点有误,具体分析如下:

第一,当事人证明责任承担的分配并没有改变。当适用推定规则后,一方当事人只需要提供证据证明基础事实即可;另一方一旦提供证据进行反驳使事实处于真伪不明的状况时,推定事实则不能成立,主张事实的一方仍旧需要承担败诉的法律后果。由此可以发现,推定规则的适用并没有免除主张事实存在的一方的证明责任,也没有增加另一方的证明责任,并不会导致证明责任倒置。在一项推定成立的情况下,并不导致举证责任的转移,转移的仅是“提供证据的责

①《民法典》第一千二百三十二条:患者在诊疗活动中受到损害,有下列情形之一的,推定医疗机构有过错:(一)违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定;(二)隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料;(三)遗失、伪造、篡改或者违法销毁病历资料。

任”^[13]。即在推定规则适用程序中,证明责任仍由主张事实的一方承担,另一方拥有的反驳权,并不是法律规定的证明责任,而是提供证据推翻的权利,当事人的证明责任分配并未改变。

第二,推定规则的适用可以减轻当事人的证明责任。“推定规则通过减少不必要的举证的方式,提高了诉讼效率。”^[12]在没有主张适用推定之前,当事人需要对所主张的事实即推定事实进行举证证明才能完成证明责任,一般而言,需要推定的事实的证明都具有一定难度,证明内容难度高且难以达到证明标准。但是在法院决定适用推定规则后,当事人只需要举证证明基础事实成立,法院就可以依据经验法则或者法律规定得出推定事实成立的结论,这在很大程度上降低了当事人的举证难度,避免了诉讼陷入僵局,有利于提高司法效率,促进社会实质正义。

三、“秘密性”证明中推定规则的适用

结合上文分析,笔者认为,《反不正当竞争法》第三十二条关于“秘密性”的证明过程符合推定规则的逻辑结构,具体分析如下。

(一)“初步证据”的内涵及特征

“初步证据”在我国《民法典》等法律及其他司法解释中频繁出现^①,司法实务中也被广泛应用^②。“初步证据”,顾名思义,其核心思想为“初步”限定语,一般指诉讼中当事人为证明某事实提交的证据,该证据对证明某事实具有一定的盖然性。有学者专门对“初步证据”进行定义,“初步证据”是指在没有相反证据的情况下具有最终说服力的证据^[14]。“初步证据”具有以下特点:

第一,“初步证据”证明的事实可以被推翻,即另一方当事人完全可以举证推翻“初步证据”所证明的事实。如涉嫌侵权人可以主张保密措施是无效的,即可以举证企业仅仅在员工手册中规定保密制度,并没有对员工进行宣讲,也没有对需要保密的信息进行有效标识,员工不知道哪些信息需要保密,从而推翻权利人提交的“初步证据”证明采取保密措施的事实。

第二,“初步证据”的证明标准为高度盖然性标准^③。从证明标准的法理来分析,证明一个事实存在和证明一个事实有发生的可能,两者的证明对象并不一致,显然后者需要提供的证据要少

①《民法典》第八百三十一条:收货人提货时应当按照约定的期限检验货物。对检验货物的期限没有约定或者约定不明确,依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的,应当在合理期限内检验货物。收货人在约定的期限或者合理期限内对货物的数量、毁损等未提出异议的,视为承运人已经按照运输单证的记载交付了初步证据。《中华人民共和国民用航空法》第一百一十一条:客票是航空旅客运输合同订立和运输合同条件的初步证据。最高人民法院关于《民事诉讼法》的解释(以下简称《民事诉讼司法解释》)第二百八十四条:环境保护法、消费者权益保护法等法律规定的机关和有关组织对污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为,根据《民事诉讼法》第五十五条规定提起公益诉讼,符合下列条件的,人民法院应当受理:(一)有明确的被告;(二)有具体的诉讼请求;(三)有社会公共利益受到损害的初步证据;(四)属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。《最高人民法院关于审理商标授权确权行政案件若干问题的规定》第十九条:商标标志构成受著作权法保护的作品的,当事人提供的涉及商标标志的设计底稿、原件、取得权利的合同、诉争商标申请日之前的著作权登记证书等,均可以作为证明著作权归属的初步证据。商标公告、商标注册证等可以作为确定商标申请人为有权主张商标标志著作权的利害关系人的初步证据。

②2021年5月31日在北大法宝的案例库以关键词“初步证据”进行检索,共检索案件61667件,其中,包括6件指导案例、11件公报案例以及41件典型案例。

③《民事诉讼司法解释》第一百零八条:对负有举证证明责任的当事人提供的证据,人民法院经审查并结合相关事实,确信待证事实的存在具有高度可能性的,应当认定该事实存在。

一些^[15]。与直接证明待证事实相比,提供“初步证据”间接证明待证事实也能够达到高度盖然性,而且证明难度相对较低。但“初步证据”的证明标准仍然要达到一般的民事诉讼标准,才能使裁判者内心确信该“初步证据”所证明的事实的存在。若以优势证据标准要求原告提供“初步证据”,则过于降低对原告证明责任的要求,不仅会造成滥诉的情形,还与立法者的初衷相悖。原告只有使“初步证据”达到高度盖然性的标准,充分证明所主张事实成立的可能性,法官才会考虑依据经验法则或者法律规定适用推定规则。

(二)“初步证据”证明的对象

《反不正当竞争法》第三十二条“初步证据”的证明对象包括“对涉案信息采取保密措施”和“合理表明所涉信息被侵犯”这两个事实,均属于积极事实。商业秘密权利人与该类证据距离近,容易获得,并且能够有效管控,符合“初步证据”较容易获得的特征。

“采取保密措施”是商业秘密构成要件之一,体现了商业秘密权利人对商业信息进行保密的主观意愿,即权利人具有保护使其拥有竞争优势的数据或信息的主观意愿,进而采取相关措施来保护所涉数据或信息。一般而言,如果权利人对某商业信息采取保护措施,说明权利人主观上认为该信息不为本领域所属人员普遍知悉和容易获得,并可以使其取得竞争优势。“合理表明被侵犯”主要表现为两类行为:一类是合法接触商业秘密,但不正当披露或者使用等,如涉嫌侵权人原来不生产涉密的产品,商业秘密权利人的技术人员跳槽至涉嫌侵权人后才生产涉密的类似产品,此时权利人不需要证明这两种产品是相同或者实质相同的,只要证明接触其商业秘密的技术人员跳槽至涉嫌侵权人单位、两种产品是同类,且涉嫌侵权人原来不生产该类产品即可。另一类行为是不正当接触、披露、使用等,如涉嫌侵权人擅自进入权利人工作场所,窃取了权利人的工艺,或将窃取的工艺直接用于生产经营活动或者披露给同业竞争人员。

(三)“采取保密措施”“合理表明被侵犯”与“秘密性”的逻辑关系

根据《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》第三条,权利人请求保护的信息在被告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,应当认定为“不为公众所知悉”,即俗称的“秘密性”。不普遍知悉和不容易获得,属于否定事实,直接证明的难度就好比要求证明一个圆的外围有哪些客观现象一样,是难以完成的。通过对“采取保密措施”“合理表明被侵犯”的证明,来达到对“秘密性”的证明目的,在于二者之间具有以下逻辑关系:

第一,“采取保密措施”“合理表明被侵犯”证明的事实与“秘密性”之间具有高度盖然性。首先,权利人采取了保护措施足以印证权利人具有保护商业信息的主观意愿,且该信息是权利人通过一定的人力、财力投入获得,有采取保密措施的必要,侧面反映了商业秘密“秘密性”特征的主观性。其次,如果所属领域的技术人员需要通过不正当手段获取他人采取保密措施的信息,本身就已经能够充分说明该信息具有客观“秘密性”。“初步证据”是证明商业秘密具有“秘密性”的主客观证据,由其推导“秘密性”成立的事实,符合一般逻辑推理,同时避免了权利人陷入直接证明“秘密性”的窘境,减轻了权利人的证明负担。

第二,通过间接证据证明“秘密性”符合公共政策要求。根据北京市高级人民法院的调研报告,通过对2013—2017年全国法院涉及侵犯商业秘密民事案件的裁判文书进行检索,涉及商业秘密的不正当竞争案件共338件^[16]。其中,原告败诉的案件有210件,占62%,而法院认定不构成商业秘密的有140件,占比41%,远高于其他败诉理由。“秘密性”事实属于否定事实,实务中常见的证据包括鉴定意见和专家证言等言辞证据,这类证据获取成本高、主观性强。因此,

要求权利人直接证明“秘密性”难度过高,不利于商业秘密的保护,与现行的保护知识产权、保护创新成果的社会公共利益相悖,不符合建设创新型国家、建成知识产权强国、激励创新的公共政策目标^①。根据现行的公共政策,在“秘密性”证明中适用推定规则,不仅可以巧妙地降低证明难度,更有助于增强社会公众保护商业秘密的信念。

因此,通过“采取保密措施”“合理表明被侵犯”的证明,来推定“秘密性”的成立,符合推定规则的逻辑推理结构,足以表明《反不正当竞争法》第三十二条“秘密性”的证明是推定规则的适用。

(四) 关于反驳

“秘密性”证明中适用的推定规则是依据公共政策设计的,其中,“初步证据”与“秘密性”可以反驳,而推定依据体现了公共政策性,本身不可反驳。如上文,即便医疗机构在客观上对患者诊疗过程中受到的损害没有过错,但由于其毁损患者纠纷有关的资料,就推定其过错成立。因为这类推定依据体现的是社会群体利益以及公共价值导向,是在公平正义、利益平衡、秩序稳定等基础之上所做的价值性选择,且已经由立法明文规定,所以,代表着正确价值导向的推定依据不能被反驳;但由该政策所获得的推定事实是存在被反驳的可能性的。

首先,对“采取保密措施”“合理表明被侵犯”的反驳。在上述“初步证据”内涵中已经表明“初步证据”是可以被推翻的,涉嫌侵权人可以举证证明权利人未采取相应的保密措施或者本身不具有侵犯所涉信息的行为,拥有反驳“初步证据”的权利。其次,对“秘密性”的反驳。“秘密性”成立是推定所得结论,不具有绝对性,因此,应当允许涉嫌侵权人提供证据直接反驳该事实,例如某信息已经为公众所知晓了,即便权利人采取了保密措施并且涉嫌侵权人也实施了不当接触行为,也没有保护的必要,涉嫌侵权人可以直接证明所涉信息不具有秘密性。

(五) “秘密性”证明中推定规则的适用

根据上述分析可知,“初步证据”乃基础事实,“秘密性”即推定事实,“初步证据”与“秘密性”之间的逻辑关系具有高度盖然性且符合公共政策,涉嫌侵权人具有反驳的权利。假设丙、丁分别为商业秘密纠纷案件中的权利人和涉嫌侵权人,具体逻辑结构图可表示如图2:

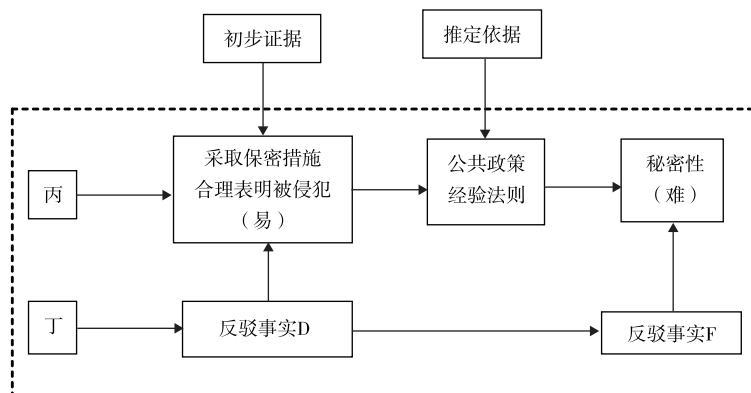


图2 “秘密性”证明中推定规则适用的逻辑关系图

结合图2可知,“秘密性”证明中有关推定规则适用的主要过程为:第一阶段,权利人丙基

^①上述公共政策目标于2008年《国家知识产权战略纲要》、2015年《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》、2016年《“十三五”国家知识产权保护和运用规划》中有所涉及。

于要保护的商业信息提供“初步证据”证明其采取了保密措施以及所涉信息受到了侵犯,涉嫌侵权人丁可以提供证据反驳该初步证明内容。此时,法官需要在内心比对二者,若反驳事实D足以推翻“初步证据”,则推定规则适用终止,权利人丙承担证明责任的不利后果;反之推定规则继续推进。第二阶段,法官在内心确信“初步证据”所证明的事实后,依据法律规定适用推定规则,被控侵权人不可以反驳该推定依据。第三阶段,涉嫌侵权人丁可以提供反驳事实F反驳“秘密性”,这属于直接抗辩。如某公司所保护的商业信息,已经被公开使用、销售,则被控侵权人可以以此证明“秘密性”不成立。同样,法官需要在内心将二者进行比对,判断反驳事实F能否推翻“秘密性”的成立。若可以推翻,则“秘密性”不成立;反之,“秘密性”成立,推定规则适用结束。当然,涉嫌侵权人丁可以根据掌握的具体案件情况和证据,针对性地对“采取保密措施”“合理表明被侵犯”“秘密性”分别或共同进行反驳。

四、结语

《反不正当竞争法》第三十二条关于“秘密性”证明的规定,符合推定规则的逻辑结构,为推定规则适用的具体体现。其中“初步证据”“秘密性”分别对应推定规则中的基础事实和推定事实,二者间具有高度盖然性且符合公共政策要求,同时也明确规定了涉嫌侵权人拥有反驳的权利。“秘密性”证明中推定规则的适用,减轻了权利人的证明负担,有效缓解举证难的问题。此外,“秘密性”推定规则的可反驳性,维护了涉嫌侵权人的诉讼权利,也保障了推定结论“秘密性”成立的真实性与准确性,不仅提高了权利人保护商业秘密的信心,也与保护知识产权的社会公共利益相契合,使得社会公众保护知识产权的信念得到有效增强,有利于知识产权强国建设。

参考文献:

- [1] 莱奥·罗森贝格. 证明责任论 [M]. 庄敬华, 译. 5 版. 北京: 中国法制出版社, 2018: 240.
- [2] 董炳和. 每周评论: 冷静看待新反法第三十二条 [EB/OL]. (2020-01-04) [2021-04-27]. <https://mp.weixin.qq.com/s/a08DoFjB2QZ4QYGhVTSTiQ>.
- [3] 陶冠东. 商业秘密侵权纠纷中举证责任的再认识: 写在《反不正当竞争法》第三十二条增加之际 [EB/OL]. (2019-07-27) [2021-04-27]. https://www.sohu.com/a/329745020_221481.
- [4] 李浩. 《民事诉讼法》修订中的举证责任问题 [J]. 清华法学, 2011, 5 (3): 7-16.
- [5] 莱奥·罗森贝格. 证明责任论: 以德国民法典和民事诉讼法典为基础撰写 [M]. 庄敬华, 译. 4 版. 北京: 中国法制出版社, 2002: 206.
- [6] 何家弘, 张卫平. 简明证据法学 [M]. 4 版. 北京: 中国人民大学出版社, 2016: 100.
- [7] 傅贤国. 对司法推定若干基础问题的研究 [J]. 西南政法大学学报, 2014, 16 (6): 65-74.
- [8] BRYAN A GARNER. Black's law dictionary [M]. New York: West Publication, 2009: 103.
- [9] 江伟. 证据法学 [M]. 北京: 法律出版社, 1999: 139-141.
- [10] 王雄飞. 论事实推定和法律推定 [J]. 河北法学, 2008 (6): 181-187.
- [11] 张海燕. 推定: 事实真伪不明困境克服之优位选择 [J]. 山东大学学报 (哲学社会科学版), 2012 (2): 108-114.
- [12] 席建林. 试论推定证据规则 [J]. 政治与法律, 2002 (1): 53-59.
- [13] 叶峰, 叶自强. 推定对举证责任分担的影响 [J]. 法学研究, 2002 (3): 77-86.
- [14] 薄晓波. 论环境侵权诉讼因果关系证明中的“初步证据” [J]. 吉首大学学报 (社会科学版), 2015, 36 (5): 115-121.
- [15] 林洋. 初步证据的内涵冲突与概念匡正 [J]. 北京理工大学学报 (社会科学版), 2020, 22 (1): 150-156.
- [16] 北京市高级人民法院知识产权庭课题组. 《反不正当竞争法》修改后商业秘密司法审判调研报告 [J]. 电子知识产权, 2019 (11): 65-85.

**The Application of Presumption Rules to Proving
the “Secrecy” of Trade Secrets:
Concurrently Discussing Article 32 of *Anti-Unfair Competition Law***

Shen Shijuan, Huang Peiyao

Abstract: The proof of “secrecy” is a key issue in trade secret infringement litigation, and the difficulty of proving “secrecy” is also a key factor that makes it hard for right holders to defend their rights. Article 32 of the newly revised *Anti-Unfair Competition Law* provides rules for proving “secrecy”. From the perspective of the burden of proof theory, the revision of this provision does not change the distribution of the burden of proof regarding “secrecy”. Instead, it is based on the presumption rules, which are essentially a kind of evidence rules, including four elements, namely, basic facts, presumption basis, presumption facts, and rebuttal. The presumed facts are indirectly proved through basic facts, which reduces the burden of proof borne by the plaintiff. The legitimacy of the enactment of presumption rules is reflected in the legitimacy of the presumption basis, which is either a rule of thumb or a public policy requirement. “Preliminary evidence” under Article 32 includes “taking confidentiality measures” and “reasonably showing that it has been violated”. These types of evidence reduce the difficulty and cost of proof for the right holder. The presumption of “secrecy” through “preliminary evidence” not only meets the high probability, conforms to the rule of thumb, but also reflects the public policy of strengthening the protection of intellectual property rights, and conforms to the logical reasoning structure of the presumption rules. The suspected infringer has the right to rebut the “preliminary evidence” and “secrecy”, which ensures the reliability of the presumption.

Keywords: secrecy; burden of proof; presumption rules; preliminary evidence; basic facts

(收稿日期: 2021-06-01; 责任编辑: 晏小敏)