

上海市高级人民法院 民事判决书

(2014)沪高民三(知)终字第43号

上诉人(原审原告)上海环伟生物科技有限公司,注册地上海市杨浦区国定路323号401-21室,实际经营地上海市杨浦区邯郸路100号上海环保科技楼53号311室。

法定代表人曾伟明,董事长。

委托代理人戴晓伟,北京市金诚同达(上海)律师事务所律师。

委托代理人张雷,北京市金诚同达(上海)律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)陈建昌,男。

被上诉人(原审被告)袁惠民,女。

上列两被上诉人共同委托代理人翁建国,江苏英特东华律师事务所律师。

上列两被上诉人共同委托代理人费文滔,江苏英特东华律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)胡海峰,男。

被上诉人(原审被告)张琴。

被上诉人(原审被告)上海医药工业研究院,住所地上海市南京西路1320号。

法定代表人陆伟根,院长。

上列第三、四、五被上诉人共同委托代理人张长越,上海申骏律师事务所律师。

上列第三、四、五被上诉人共同委托代理人张健,上海申骏律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)无锡中佳科技股份有限公司,住所地江苏省无锡市惠山经济开发区惠山大道1619号。

法定代表人姚邦豪,董事长。

委托代理人王伟泉,江苏徐刚律师事务所律师。

被上诉人(原审被告)赵晓鸣,男。

委托代理人翁建国,江苏英特东华律师事务所律师。

委托代理人费文滔,江苏英特东华律师事务所律师。

上诉人上海环伟生物科技有限公司(以下简称环伟公司)因侵害商业秘密纠纷一案,不服上海市第二中级人民法院(2012)沪二中民五(知)初字第76号民事判决,向本院提起上诉。本院于2014年4月2日受理后,依法组成合议庭,于2014年6月12日依法不公开开庭审理了本案。上诉人环伟公司的委托代理人戴晓伟、张雷、被上诉人陈建昌、袁惠民、赵晓鸣的共同委托代理人费文滔、被上诉人胡海峰、张琴、上海医药工业研究院(以下简称医工院)的共同委托代理人张长越及被上诉人无锡中佳科技股份有限公司(以下简称中佳公司)的委托代理人王伟泉到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审原告环伟公司诉至原审法院称:2007年初,原告决定以泰国百奥威(BIOWISH)产品作为参照对象,在国内自行研究、开发多用途益生复合菌产品。2006年11月30日至2010年11月30日期间,原告聘请被告陈建昌作为高级顾问,从事有关复合益生菌的研究开发和推广应用。2007年11月,原告与被告医工院签订《技术开发合同》(以下简称环伟技术合同)委托被告医工院进行“益生菌应用于环保、饲料添加和保健品

产品项目的委托开发”。被告胡海峰系被告医工院指定的上述技术开发项目负责人，被告张琴系上述技术开发项目的主要研究人员。2008年3月，被告医工院为原告研制出环保用益生复合菌产品及技术(以下简称艾科净技术)。原告遂指派被告陈建昌负责艾科净技术的环境安全评价测试和批文申办。2008年11月，艾科净技术环评报告完成。2009年3月，艾科净技术获得上海市环境保护局安全使用批复。之后，原告指派被告陈建昌负责与无锡国联集团等合作事宜，在无锡的新城污水厂、惠联垃圾焚烧热电厂等处进行污水处理和除臭试验。无锡方派出的负责人系被告赵晓鸣。后因原告与无锡方合资谈判破裂致使上述试验中止。2010年5月，原告发现，被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣以其共同拥有的“环境保护用微生物复合菌技术”(以下简称入股技术)向被告中佳公司出资。被告中佳公司所提供曼斯微产品的生产工艺流程(以下简称曼斯微技术)与原告产品的基本相同。被告张琴、胡海峰系被告袁惠民的女儿和女婿。原告认为，原告与被告医工院签订有环伟技术合同，因此，医工院根据泰国百奥威产品所开发出的复合益生菌产品的知识产权权利人应为原告，且原告对该些知识产权采取了相应的保密措施。因此，原告系泰国百奥威产品中含有的菌种，以及依据上述环伟技术合同产生的艾科净技术文件和样品中存在的菌种，及其组合和生产、应用技术秘密(以下简称环伟技术秘密)的权利人。被告医工院作为环伟技术合同的相对方，应当按照合同约定承担保密义务。被告胡海峰、张琴作为被告医工院的员工和环伟技术合同所涉项目的负责人和研发人员亦应当承担保密义务。被告陈建昌作为原告的聘用人员，应当按照其与原告之间合同的约定承担保密义务。被告赵晓鸣作为原告合作项目的参与者，亦应当承担相应的保密义务。但是，被告医工院、胡海峰、张琴、陈建昌、赵晓鸣违反了保密义务，被告医工院将原告的环境技术秘密泄露给了被告中佳公司；被告赵晓鸣泄露并引诱被告胡海峰、陈建昌泄露原告的环境技术秘密；被告胡海峰、张琴、袁惠民、陈建昌、赵晓鸣泄露并使用了原告的环境技术秘密，将原告的环境技术秘密以无形资产的方式出资被告中佳公司；被告中佳公司明知环伟技术秘密属于原告商业秘密的情况下，不但接受了被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣无形资产的出资，还在生产过程中进行了使用。原告故诉至原审法院，请求判令：1.被告中佳公司立即停止使用原告的环境技术秘密进行生产、销售；2.被告中佳公司赔偿原告经济损失人民币1,000万元(以下币种均为人民币)，其他被告承担连带赔偿责任；3.被告陈建昌、袁惠民、胡海峰、张琴、医工院、中佳公司、赵晓鸣在《解放日报》，《新华日报》上刊登声明，向原告赔礼道歉；4.被告陈建昌、袁惠民、胡海峰、张琴、医工院、中佳公司、赵晓鸣对原告所有的环伟技术秘密承担保密义务，不得擅自扩大知悉范围。

原审审理中，原告向原审法院确认其在本案中主张的环伟技术秘密包括：1.环保用益生复合菌核心菌种和核心菌群组合技术。环伟技术秘密中核心菌群由菌种A、B、C、D、E、F中的一种或几种组合形成，核心菌群的组合共计63种。2.环保用益生复合菌组合技术。该环保用益生复合菌由上述核心菌群以及根据应用功能的需要配以若干个功能辅助菌种组成。该辅助菌种可以是菌种G、H、I、J、K、L、M、N、O中的一个或几个。原告确认其环伟技术秘密中的复合菌组合共计31,000余种。3.环保用益生复合菌生产技术。4.环保用益生复合菌应用技术。原告并确认上述菌种A、B、J来源于被告医工院

提供的艾科净样品，菌种C、E来源于被告医工院提供的艾科净技术移交文件，菌种D、L、N来源于百奥威样品及被告医工院提供的艾科净技术移交文件，菌种F、H、I、K、M、O来源于百奥威样品，菌种G来源于百奥威样品及被告医工院提供的艾科净样品。

原审被告陈建昌、袁惠民、赵晓鸣共同辩称：1.三被告向被告中佳公司出资所使用的入股技术与本案被告中佳公司实际使用的曼斯微技术没有关系。入股技术只有文字记载，并没有投入生产，也没有生产出产品，且与原告在本案中主张的环伟技术秘密不相同。而本案被告中佳公司实际使用的曼斯微技术是由被告中佳公司委托被告医工院所研发的，与三被告入股技术无关。2.三被告从未接触过原告环伟技术秘密，也没有向任何人披露过原告所称的环伟技术秘密。三被告对原告不承担任何保密义务，因此原告对三被告提起的诉讼没有事实和法律方面的依据。三被告请求驳回原告的诉讼请求。

原审被告胡海峰、张琴、医工院共同辩称：1.原告在本案中主张的环伟技术秘密中的技术秘点并不成立，故原告在本案中主张的环伟技术秘密不属于《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》)保护的商业秘密。2.被告医工院根据其与被告中佳公司之间的合同约定向原告交付了艾科净技术，但原告在本案中主张的环伟技术秘密的范围已经超出了被告医工院所交付的艾科净技术。上述环伟技术秘密中超出艾科净技术部分的内容，与被告胡海峰、张琴、医工院无关。被告胡海峰、张琴、医工院也从未向任何第三方泄露过艾科净技术。3.没有证据表明被告陈建昌、袁惠民、赵晓鸣的入股技术与原告环伟技术秘密相同，原告在本案中对被告陈建昌、袁惠民、赵晓鸣的诉讼主张没有依据。4.没有证据表明被告中佳公司的曼斯微技术与原告环伟技术秘密相同，原告在本案中对被告中佳公司的诉讼主张亦没有依据。5.被告医工院与被告中佳公司之间属于合同关系。因此，原告在本案中主张侵权不当。被告胡海峰、张琴、医工院请求驳回原告的诉讼请求。

原审被告中佳公司辩称：其同意其他被告的辩称意见，中佳公司并认为原告在本案中并没有证据证明中佳公司使用了原告环伟技术秘密，而中佳公司生产曼斯微产品所使用的曼斯微技术是委托被告医工院开发的，该曼斯微技术与原告主张的环伟技术秘密完全不同。

原审法院经审理查明：2006年8月15日，原告发布《保密制度》。该《保密制度》中规定，未经公司同意，员工不得以泄露或其他任何方式使任何第三方知悉属于原告的技术秘密或者其他商业秘密信息。员工离职后仍对其在原告任职期间接触、知悉的属于原告的技术秘密或者其他商业秘密，承担如同任职期间一样的保密义务，直至原告宣布解密或者秘密信息实际上已经公开。

2006年11月30日，被告陈建昌与原告签订《顾问服务协议》，被告陈建昌接受原告聘用为原告提供其客户、分销商以及销售人员在环卫领域上的技术指导 and 培训，以及百奥威产品应用上的技术指导。协议并约定被告陈建昌应当遵守原告的各项规章制度，包括但不限于保密制度。

2007年11月10日，原告与被告医工院签订环伟技术合同，原告委托被告医工院进行“益生菌应用于环保、饲料添加和保健品产品”项目的委托开发。合同约定的双方主要义务包括：原告负责提供益生菌的五株出发菌株和国外同类产品的样品。原告负责提供

国外研发的部分信息资料供被告医工院参考。原告负责产品研发、申报的费用和被告医工院对外测试费用。原告负责产品的生产和推广、研发产品所有权归原告所有。被告医工院则根据原告要求进行菌株的分离、培养和保藏工作。被告医工院根据国外样品的类型进行国内产品的仿制和改进，力求达到国外产品的水平。被告医工院负责产品的放大和生产过程中技术培训和技術问题的解决(工艺方面)。被告医工院根据原告要求进行从环保、饲料添加剂和保健品等产品的研发。原告和被告医工院并约定双方均应对工艺和技术进行保密，保密期15年。双方还在合同关于技术成果的归属和分享条款中约定，专利申请权归原告，原告为本合同约定技术的唯一使用权人。被告医工院必须对技术保密，并不得转让第三方；如果原告向第三方转让，被告医工院可以获得转让费的40%。上述合同中，被告医工院一方列明的合同联系(经办)人系被告胡海峰。

2008年3月18日，原告向中华人民共和国国家知识产权局专利局(以下简称国家专利局)申请名称为“一种复合微生物活菌制剂及其制备方法和应用”的发明专利(以下简称原告专利)。该原告专利于2011年1月26日获得授权，发明人为曾伟明以及被告张琴、陈建昌、胡海峰。上述原告专利的权利要求包括：1.一种复合微生物活菌制剂，其特征在于：其含有片球菌、酵母菌和芽孢杆菌；总菌数为10亿/克以上；其中，所述的片球菌为啤酒片球菌、乳酸片球菌和戊糖片球菌中的一种或多种；所述的酵母菌为白假丝酵母、酿酒酵母、毕赤酵母、德克酵母、啤酒酵母和德巴利酵母中的一种或多种；所述的芽孢杆菌为枯草芽孢杆菌、地衣芽孢杆菌、巨大芽孢杆菌、球状芽孢杆菌、凝结芽孢杆菌和解淀粉芽孢杆菌中的一种或多种；所述的片球菌的菌数占总菌数的60-75%；所述酵母菌的菌数占总菌数的15-25%；所述的芽孢杆菌的菌数占总菌数的6-15%。2.如权利要求1所述的复合微生物活菌制剂的制备方法，其特征在于包括如下步骤：(1)分别进行放大培养：将片球菌经斜面活化后，接种于液体培养基中，33-35℃培养44-52小时；将酵母菌经斜面活化后，接种于液体培养基中，26-28℃培养44-52小时；将芽孢杆菌经斜面活化后，接种于液体培养基中，26-28℃培养44-52小时；活菌计数，检测片球菌、酵母菌和芽孢杆菌的菌数，按照所需比例将菌液进行混合；(2)28-35℃固体发酵44-52小时，35-44℃烘干，粉碎，经40-60目过筛。3.如权利要求1所述的复合微生物活菌制剂在制备有机废水净水剂、水产养殖水体净化剂，垃圾场、公共场所、农产品市场或厨房卫生的除臭剂、去油污迹或消除管道堵塞剂，家禽畜牧业或宠物养殖中的饲料添加剂，农业微生物疾病防治制剂中的应用。在原告专利说明书中对于“本发明的复合微生物活菌制剂的制备方法”中有“上述方法中，液体培养和固体发酵的操作按照本领域常规操作，其中液体培养基和固体发酵基质采用本领域常用配方”的记载。

2008年9月，中国科学院微生物研究所出具(2008)微检字第179号《检测鉴定报告》(以下简称环伟检测报告)，对原告送检的5株斜面菌种进行了检测，结果为该五株斜面菌种分别为菌种C、D、E、L、N(以下简称艾科净配方)。

2009年3月16日，上海市环境保护局出具沪环保许自[2009]02号《关于上海环伟生物科技有限公司微生物菌剂应用申请的批复》(以下简称艾科净批复)，该批复称经环境安全性检测、评价和专家评审，原告申报的艾科净产品通过微生物菌剂安全性评价。批复中并有“本许可只适用于企业所申报的微生物菌剂，不适用于其他类似产品。企业所经

营的微生物菌剂若要更改名称、重新组合、扩充其使用范围，需重新申报”的记载。

2009年8月30日，原告法定代表人曾伟明与被告胡海峰签订《关于合同执行情况备忘录》(以下简称备忘录)，该备忘录中就双方履行环伟技术合同的情况进行了总结，明确原告完成的合同义务包括，原告向被告医工院提供益生菌百奥威样品和国外研发的部分信息资料等合同义务。原告未完成的合同义务包括，原告未提供益生菌五株菌株等合同义务。被告医工院完成的合同义务包括：被告医工院按照原告要求进行菌株的分离、培养和保藏工作。被告医工院根据原告提供的百奥威样品成功仿制出艾科净产品，国内试验比较性能达到百奥威同类产品性能，完成仿制。被告医工院完成放大生产中技术培训与技术问题解决。被告医工院帮助原告申请中国发明专利一件，建立艾科净产品的质量标准。被告医工院协助原告完成4吨以上产品制备等合同义务。被告医工院未完成的合同义务包括：被告医工院按照原告要求未将菌株与工艺移交原告。被告医工院由于原告要求暂缓开发，没有完成第二个环保产品的开发等。

2009年8月31日，原告法定代表人曾伟明与被告胡海峰签订《关于合同执行情况备忘录》(以下简称备忘录)，该备忘录中双方依据备忘录中执行情况，明确下一步双方应该执行的合同义务包括：原告应承担向被告医工院支付相关费用、销售提成，并在2009年8月底前落实生产基地和生产技术人员，以便被告医工院在原告确认后向其移交五株菌株、工艺资料及提供种子培养技术指导等合同义务。被告医工院应承担，在原告支付相关费用后，一个月内制备好种子、准备好工艺技术资料，在原告提出要求后完成交接。被告医工院应按照原告要求帮助原告保藏五株生产菌株(5套)2年等合同义务。双方并明确，被告医工院按照原告要求没有开发第二个环保产品，原合同规定年限失效，鉴于被告医工院情况也发生较大变化，如需开发，另外补充协议明确双方责任与义务。原审审理中，被告医工院向原审法院递交了在环伟技术合同履行过程中原告向其提供的百奥威技术资料。该技术资料中载明的百奥威产品由菌种D、E、G、H、L、M组成。

2009年11月3日，原告出具授权书授权案外人周懋安代表原告办理环伟技术合同项下艾科净技术移交工作。同日周懋安和被告胡海峰签署《艾科净工艺交接证明1》(以下简称交接证明1)，该交接证明1载明：交接内容为交接工艺技术资料1套(9页)，符合备忘录要求，有问题再讨论。2010年4月1日，周懋安与被告胡海峰签署《艾科净工艺交接证明2》(以下简称交接证明2)，该交接证明2载明：交接内容为，按照先前签订备忘录要求，被告医工院与原告在被告医工院实验室进行种子制备、菌数检测、发酵工艺等一批料加工。原告人员全程参与学习，并记录实验过程，以便下批试验。按照备忘录要求，被告医工院完成一批样品加工的人员培训、操作指导、资料学习等。原告人员学习完毕后，自主完成第二批、第三批样品加工试验，被告医工院提供电话指导。被告医工院根据试验修改艾科净工艺规程，以备后用。被告医工院交原告试验记录一套、工艺规程一套。原审审理中原告与被告医工院递交的《艾科净工艺技术资料(2009年11月)》包括：1.艾科净生产流程图。2.艾科净生产菌株及培养基。3.艾科净生产工艺。4.艾科净质量检测。5.原材料清单。其中艾科净生产菌株即为艾科净配方中的菌种。

被告中佳公司于2009年11月24日注册成立，成立时其股东为被告袁惠民、陈建昌、

赵晓鸣以及案外人江苏新动力风险投资有限公司(以下简称新动力公司)、无锡伟嘉生物科技有限公司(以下简称伟嘉公司)。2009年10月14日,被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣、案外人新动力公司、伟嘉公司共同出具《股东确认书》,确认被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术经上海科华资产评估有限公司(以下简称科华公司)评估,2009年9月28日沪科华评报字(2009)第090号评估报告(以下简称科华评估报告)评估值为629万元,股东确认值600万元,作为对中佳公司的投资,其中被告袁惠民享有300万元、陈建昌享有150万元、赵晓鸣享有150万元。2009年10月30日,被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣与被告中佳公司签署《资产转移交接协议》,该协议确认被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣将其入股技术相关数据资料存交被告中佳公司,由被告中佳公司出具资产入资证明。上述被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术评估值629万元,作价600万元投入被告中佳公司。2009年11月3日,无锡金达信会计师事务所有限公司出具验资报告,确认被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣首次缴纳的出资额为600万元,出资方式为以入股技术作为无形资产出资,其中被告袁惠民出资额300万元,被告陈建昌出资额150万元,被告赵晓鸣出资额150万元。

2009年11月20日,被告医工院与被告中佳公司签订《技术开发合同》(以下简称中佳技术合同),双方就微生物环保系列产品合作开发项目的技术合作事宜达成一致,被告医工院的工作具体由生物部微生物新药课题组承担,组长为被告胡海峰。合同约定双方的合同义务包括:被告中佳公司负责微生物环保系列产品生产工厂的建设、管理、产品性能测试和市场化推广,以及相关的费用支付等。被告医工院负责微生物环保产品1-活性污泥强化剂及降活性污泥剂产品的开发,微生物环保产品2-污水处理厂降总氮微生物菌剂产品的研发,微生物环保产品3-微生物生活垃圾除臭剂产品的研发等。

2010年1月12日,中国科学院微生物研究所出具(2010)微鉴字第013号《检验鉴定报告》(以下简称中佳检测报告),对被告中佳公司送检的10株斜面菌种进行了检测,结果为该10株斜面菌种经检测实际为八个菌种,分别为菌种F、P、Q、R、S、T、U、V。其中菌种F、P各有两株。

2010年3月26日,被告中佳公司向国家专利局申请名称为“高效降解有机废物的复合微生物活菌制剂及其制备方法和应用”的发明专利(以下简称中佳专利)。该中佳专利于2012年7月4日获得授权,发明人为朱宝泉、陈纪文以及被告张琴、陈建昌、胡海峰、赵晓鸣。

2010年4月5日,被告中佳公司就曼斯微产品向上海市环境保护局递交《上海市环境保护生物技术安全管理生物安全申报书》(以下简称中佳环评申报书),在该申报书中列明的曼斯微产品的菌种组成包括菌种F、P、Q、R、S、T、U、V。

2010年4月7日,华东师范大学环境科学系出具《上海市环境保护微生物菌剂应用环境安全评价报告书》(以下简称中佳环评报告),该中佳环评报告对中佳公司生产的曼斯微产品进行了环境安全评价。其中在产品概况中介绍称,中佳公司的曼斯微产品主要由菌种F、P、Q、R、S、T、U、V和微生物代谢活性产物组成,该产品主要应用于污水净化处理。该中佳环评报告后还附有《上海市环境检测中心测试报告》、被告中佳公司出具的《曼斯微微生物复合菌种组方使用承诺书》(以下简称《曼斯微承诺书》)、中佳

检测报告、无锡市芦村污水处理厂出具的《微生物复合菌制剂在我厂污水处理中的试用情况介绍》、无锡市高新水务有限公司环境监测中心出具的《微生物复合菌在新城厂投加后的水质指标说明》、以及被告中佳公司制定的《曼斯微复合菌剂应用环境安全控制和事故处置应急预案》。其中，被告中佳公司在《曼斯微承诺书》中承诺其进行微生物环境安全评估和以后生产的曼斯微产品组方中均为中佳检测报告中所列菌种，不含或添加其他任何未经鉴定的菌种。

2012年5月8日，原告以各被告侵害其环伟技术秘密为由向原审法院提起诉讼。原审法院立案予以受理。在本案原审审理过程中，经原告申请，原审法院就涉案相关技术问题委托工信鉴定所进行技术鉴定，鉴定内容为：1.原告在本案中主张的环伟技术秘密，是否属于不为公众所知悉的信息；2.原告主张的环伟技术秘密中的除艾科净配方组合之外的其余菌种组合，其形成是否具有合理性；3.原告环伟技术秘密中涉及的菌种是否来源于艾科净工艺技术资料、艾科净样品及百奥威样品；4.被告中佳公司曼斯微产品的菌种、组合、生产、应用技术，是否存在与原告环伟技术秘密相同或者实质相同的内容；5.被告陈建昌、袁惠民、赵晓鸣出资被告中佳公司入股技术中的菌种、组合、生产、应用技术是否存在与原告环伟技术秘密相同或者实质相同的内容。

2012年9月27日，原告向原审法院申请向科华公司调取科华评估报告。2012年10月11日，原审法院向科华公司出具公函调取科华评估报告。2012年11月16日，科华公司回函称因科华评估报告于2009年交予委托方，现已过一年有效期不再留档，故无法提供。2012年11月26日，原告向原审法院申请从无锡市工商行政管理局被告中佳公司工商档案中调取科华评估报告，经查证，无锡市工商行政管理局被告中佳公司工商档案中并不存在科华评估报告。2012年12月6日，被告陈建昌、袁惠民、赵晓鸣函告原审法院称其入股技术仅需对被告中佳公司股东负责，故不同意提交科华评估报告。2012年12月7日，被告中佳公司以入股技术涉及中佳公司商业秘密为由，拒绝向原审法院提交科华评估报告。2013年5月6日，原审法院将上述有关科华评估报告的查证情况告知原告，原告表示其无法提供科华评估报告，也无法就上述第五项鉴定事项提供任何证据。嗣后，原审法院通知工信鉴定所就上述第五项鉴定事项不再进行技术鉴定。

2013年4月22日，被告医工院向原审法院申请在技术鉴定过程中召开鉴定专家听证会，被告医工院并承诺承担因召开涉案鉴定专家听证会所产生的相关费用。2013年6月24日，原审法院召开鉴定专家技术听证会。听证会中，鉴定专家就相关技术问题向各方当事人进行了询问，并听取了各方当事人对涉案争议技术问题的说明。

2013年5月9日，工信鉴定所向原审法院出具《关于(2012)沪二中民五(知)初字第76号鉴定事项现场勘验需求的函》。该函称因涉案检材(艾科净样品、百奥威样品、曼斯微产品)保存时间过长存在菌种失活等因素，需对原告和被告中佳公司的生产现场进行勘验，从而提取正常菌剂和全面了解原告和被告中佳公司的生产技术方案和技术关键点。嗣后，原告向原审法院表示其并不生产在本案中主张环伟技术秘密的涉案产品。被告中佳公司则函告原审法院称，被告中佳公司已于2012年6月完全终止了曼斯微产品的中试生产，并拆除了部分中试专用设备。

2013年10月21日，工信鉴定所向原审法院出具《关于(2012)沪二中民五(知)初字第

76号鉴定事项微生物菌种检测情况的说明函》。该函称，工信鉴定所已委托中国农业微生物菌种保藏管理中心(以下简称检测机构)就涉案技术鉴定中涉及的微生物菌种鉴定中的涉案检材进行了培养，目前培养已经完成。根据鉴定专家组确定的鉴定方案，采用常规方法需对培养所得的有效活菌数进行鉴定。但根据检测机构出具的检测报告培养所得的有效活菌数约为90亿个，按照每个有效活菌数5,000元的菌种鉴定费用，将所得有效活菌进行菌种鉴定并不现实，工信鉴定所请求原审法院明确下一步鉴定方案。

2013年11月21日，原告向原审法院称涉案鉴定中采用常规方法对解决本案鉴定事项不具有现实可行性，不用继续进行。因此原告请求采用“16sDNA高通量测序”方法继续本案鉴定。原告并表示除“16sDNA高通量测序”方法外已无其他检测方法。被告医工院、胡海峰、张琴则表示鉴于涉案检材已过保质期，污染较严重，故被告医工院、胡海峰、张琴拒绝除常规方法之外的其他方法进行本案的检测工作。

2013年12月26日，工信鉴定所向原审法院出具《司法鉴定意见书(工信促司鉴中心[2013]知鉴字第100号)》(以下简称鉴定报告)。鉴定报告称：1.在2013年12月9日之前，原告在本案中主张的环伟技术秘密的信息(该技术信息是指环保用益生复合菌菌种、组合、生产、应用技术)未发现被公开出版物或公开渠道对外公开披露，具备非公知性。2.原告主张的环伟技术秘密中的除艾科净配方组合之外的其余菌种组合中菌种A、B、C、D、E、G、J、L、M(以下简称原告配方2)做了“活性污泥动力学参数测定”及“复合菌制剂生物除臭性能测定与研究”试验，其实验结果可证明该组合具备合理性。除艾科净配方和原告配方2之外，对于原告主张的其他组合均未发现鉴定材料中对各组合方案的技术支撑和实验数据，因此无法验证其具有唯一性和科学性。根据本领域的一般常识和行业惯例，环保用益生复合菌的菌种及组合，均需要在理论上经过一系列试验获得技术支撑和实验数据，据此确定各个菌种组合的可应用性和唯一性。故鉴定专家组认为除艾科净配方和原告配方2之外的其它组合，从技术角度来看不具备严格的科学性，其形成不具有合理性。3.鉴定委托事项3和4需对涉案检材进行菌种检测鉴定和菌种同源性比对，以判断其菌种和组合是否具有同一性。如果两者具备同一性，继而根据鉴定材料判断其生产和应用技术是否具有同一性。因此，鉴定专家组选择了常规方法进行菌种检测，但是由于采用常规方法将所得有效菌落全部进行菌种鉴定并不现实，原告亦表示不再使用常规方法并提出了“16sDNA高通量测序”的检测方法。故鉴定专家组对原告提出的“16sDNA高通量测序”方法进行了充分讨论。鉴定专家组认为，目前国内的“16sDNA高通量测序”检测水平可测得500-600bp长度的DNA序列，为完整序列(长度约为1500-1600bp)的一部分。仅使用“16sDNA高通量测序”所得的比对结果对于“属”的判断有一定的参考价值，而无法准确判断到“种”的水平(鉴定事项要求判断到“种”)。因此，鉴定专家组认为，由于检材的特殊性，常规方法均无法直接对检材做出准确判断。在现有技术水平下，鉴定专家组无法对委托事项3和4做出明确判断。

2013年12月30日，原告向原审法院提交《补充鉴定申请书》。原告认为，本案中虽然常规方法不具备现实可行性，“16sDNA高通量测序”方法也不具有现实操作性，但原告认为鉴定机构应该尽力寻找可能的鉴定方法，原告并提供了一种名为“16SrRNA基因克隆文库”的方法。此外，原告还认为现有鉴定报告中未对被告中佳公司曼斯微产品

生产、应用技术，是否存在与原告环伟技术秘密相同或者实质相同的内容进行鉴定，属于对鉴定事项的遗漏。原告遂请求原审法院对于涉案鉴定事项进行补充鉴定，并请求鉴定专家出庭作证。

2014年1月6日，原审法院不公开开庭审理了本案，鉴定专家出庭参加了庭审。庭审中，鉴定专家对涉案鉴定报告做了进一步说明。鉴定专家认为：1.环保用益生复合菌菌种、组合、生产、应用技术在整体上构成技术秘密，其密点在于菌种的组合，脱离菌种组合的生产、应用技术均为公知技术。2.鉴定专家组针对鉴定事项3和4进行了多次探讨，鉴定专家认为包括原告所称的“16sDNA高通量测序”、“16SrRNA基因克隆文库”在内的目前鉴定专家掌握的鉴定方法均不符合本次鉴定的要求。庭审后，原审法院要求工信鉴定所就“鉴定专家组无法对委托事项3和4做出明确判断”作出进一步说明。

2014年1月22日，工信鉴定所向原审法院出具《关于环伟生物鉴定案菌种检测方法的说明函》(以下简称鉴定说明函)。函中称：针对委托事项3和4所需的菌种检测，鉴定专家组进行了认真讨论，除原告提出的“16SrRNA基因克隆文库”外，还有“定向PCR方法”等检测方法。其中“定向PCR方法”系较“16SrRNA基因克隆文库”更为优化的检测方法。鉴定专家组认为：1.目前，关于微生物复合菌的菌种检测方法没有相应的国家标准、行业标准以及国际认可的标准方法。国内较权威的菌种鉴定机构一般采用一套常规的菌种鉴定方法，被本领域技术人员普遍认可。该种常规方法先将涉案检材进行培养分离纯化，对纯化的单一菌株进行形态特征分析、生理生化特征分析、分子生物学检测分析，其中形态特征包括显微形态和培养特征，理化特性包括营养类型、碳氮源利用能力、各种代谢反应、酶反应等，分子生物学检测包括16SrRNA测序等。2.“定向PCR方法”属于分子生物学检测方法。与常规方法相比，“定向PCR方法”未经分离纯化无法得到菌株的形态特征和生理生化特征，仅对16sDNA序列做分析比对，指征较少。3.所需鉴定的涉案检材已过期，保存环节未经无菌和防污染控制且未控制温度等条件。鉴于微生物本身的特性，在长时间的保存过程中涉案检材中菌群组成可能发生较大变化，(例如原有的优势菌种可能死亡或被抑制导致数量减少，原有的弱势菌种可能得以增加)。菌群的变化性和复杂性导致“定向PCR方法”的检测风险增大。4.由于微生物作为一个生物化学体系具有复杂性和变化性，使用“定向PCR方法”等分子生物学方法本身受多种条件的影响，必须经过多次实验，对实验结果进行综合分析才能得出判断。此方法多用于科学研究，其检测结果客观上存在不确定性。5.工信鉴定所多次与国内权威的菌种鉴定机构和基因检测相关的公司交流讨论菌种检测方法。相关机构和公司认为：依据目前国内的技术水平，不考虑涉案检材变化和微生物本身的特性，采用“定向PCR方法”可以得到明确的正向结论(即涉案检材中含有某菌种)，难以得到明确的反向结论(即涉案检材中不含某菌种)。基于以上原因，鉴定专家组认为：根据委托鉴定的要求，本案鉴定的目的并非是对法院所交涉案检材中现有菌种的检测，也非根据当事人提供的菌种名单对涉案检材中现有存在菌种的验证。而是为了检测出涉案检材中各自实际所有的菌种组成，并在此基础上判断出，两者是否构成相同或者实质相同。如需达到本次鉴定的目的必须对涉案检材中的所有现存菌株进行形态特征、生理生化特征、分子生物学检测等做出明确具体的分析，以确认涉案检材中各自实际所有的菌种组成。除常规

方法外，无论是鉴定专家组讨论的“定向PCR方法”，还是原告所称的“16SrRNA基因克隆文库”，抑或是鉴定专家组掌握的其他现存的技术方案，均存在漏检风险，无法明确涉案检材中的所有现存菌种，更无法对已检测出的涉案检材中的部分菌株形态特征、生理生化特征等做出明确具体的分析。在缺少上述菌株特征具体数据的情况下，鉴定专家组也无法判定已检测出的涉案检材中的部分现存菌种究竟是否涉案检材中原有存在的优势菌种、弱势菌种、抑或是在保存过程中因污染而产生的菌种。因此，鉴定专家组认为包括“定向PCR方法”在内的检测方法，均具有漏检风险，检测结果具有不确定性，反向结论不明确，不能准确反映客观事实，不符合鉴定要求。现阶段的技术条件下，鉴定专家组无法对委托事项3和4做出明确判断。2014年1月28日，原审法院再次不公开开庭进行了审理。庭审中，原审法院向各方当事人告知了上述鉴定说明函。原告依然坚持要求进行补充鉴定。

原审审理中，原被告各方当事人确认如下事实。1.原告确认，除艾科净配方和原告配方2之外，就环伟技术秘密中原告主张的其他菌种、组合、生产、应用技术，原告无法提供各组合方案进行过技术实验的相关证据。2.原告确认，其在本案中主张环伟商业秘密中的菌种A、B、C、D、E、F、G、H、I、J、K、L、M、N、O均为已知菌种。3.原告确认被告中佳公司提供的曼斯微产品的菌种组合与原告在本案中主张环伟技术秘密中的菌种组合不一致。但原告认为，被告中佳公司实际生产曼斯微产品所使用的技术与原告在本案中主张的环伟技术秘密相同或实质相同。4.原告和被告医工院、胡海峰、张琴确认，原告专利中并未披露被告医工院向原告移交的《艾科净工艺技术资料(2009年11月)》艾科净配方中的所有生产菌株及其组合。5.被告袁惠民、胡海峰、张琴确认，被告袁惠民、张琴系母女关系，被告胡海峰、张琴系夫妻关系。6.被告医工院确认，根据环伟技术合同的约定，该合同所涉技术成果的专利申请权(所有权)和使用权归属原告，但被告医工院享有该技术成果转让的收益权和销售额的提成权。

原审法院认为：本案中各方当事人的争议焦点在于：1.原告在本案中主张的涉案商业秘密是否成立。2.各被告是否侵害了原告的涉案商业秘密。

一、关于第一个争议焦点

原审法院认为，《反不正当竞争法》第十条第三款规定，“本条所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”。上述法律规定表明，商业秘密是通过权利人采取保密措施而存在的一种法定权利，相关技术信息必须符合法定条件才构成商业秘密。因此，原告在本案中主张的涉案商业秘密只有符合“不为公众所知悉”、“能为权利人带来经济利益、具有实用性”、“经权利人采取保密措施”的法定条件，才属于我国《反不正当竞争法》保护的商业秘密。

1.关于“不为公众所知悉”

《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《不正当竞争司法解释》)第九条规定，“有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的‘不为公众所知悉’。具有下列情形之一的，可以认定有关信息不构成不为公众所知悉：(一)该信息为其所属

技术或者经济领域的人的一般常识或者行业惯例；(二)该信息仅涉及产品的尺寸、结构、材料、部件的简单组合等内容，进入市场后相关公众通过观察产品即可直接获得；(三)该信息已经在公开出版物或者其他媒体上公开披露；(四)该信息已通过公开的报告会、展览等方式公开；(五)该信息从其他公开渠道可以获得；(六)该信息无需付出一定的代价而容易获得”。

本案中，原审法院根据原告的应用，就原告主张的环伟技术秘密是否属于不为公众所知悉的技术信息，委托工信鉴定所进行了技术鉴定，工信鉴定所出具的鉴定报告和庭审中鉴定专家的当庭陈述表明，原告在本案中主张的环伟技术秘密信息中的环保用益生复合菌菌种、组合、生产、应用技术整体上属于不为公众所知悉的技术信息，其密点在于菌种的组合，脱离菌种组合的生产、应用技术属于公知技术。上述鉴定结论的事实和法律依据充分，原审法院予以采纳。原审法院认为，原告主张的环伟技术秘密信息中菌种、组合、生产、应用整体技术信息属于不为公众所知悉的技术信息。

2.关于“能为权利人带来经济利益、具有实用性”

《不正当竞争司法解释》第十条规定，“有关信息具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的‘能为权利人带来经济利益、具有实用性’”。

本案中，首先，鉴定报告认为，对于除艾科净配方和原告配方2之外，原告主张的环伟技术秘密中的其他菌种组合均没有提供各组合方案的技术支撑和实验数据，因此无法验证其具有唯一性和科学性。根据本领域的一般常识和行业惯例，环保用益生复合菌的菌种及组合，均需要在理论上经过一系列实验获得技术支撑和实验数据，据此确定各个菌种组合的可应用性和唯一性。故鉴定报告认为除艾科净配方和原告配方2之外的其它组合，从技术角度来看不具备严格的科学性，其形成不具有合理性。其次，庭审中原告确认，除艾科净配方和原告配方2之外，就环伟技术秘密中原告主张的其他菌种、组合、生产、应用技术，原告无法提供各组合方案进行过技术实验的相关证据。原审法院认为，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。原告就环伟技术秘密中的技术信息是否属于“能为权利人带来经济利益、具有实用性”的技术信息，负有举证责任。现原告就环伟技术秘密中除艾科净配方、原告配方2之外的其他菌种组合没有提供任何技术实验的相关证据，故原告在本案中尚未证明环伟技术秘密中除艾科净配方、原告配方2之外的涉及其他菌种组合的技术信息，属于具有现实的或者潜在的商业价值，能为权利人带来竞争优势的技术信息。故原告主张的环伟技术秘密中除涉及艾科净配方、原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息之外的其他技术信息，不符合《反不正当竞争法》第十条第三款的规定，原审法院对于原告的相关诉讼主张不予支持。

3.关于“保密措施”

《不正当竞争司法解释》第十一条规定，“权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的‘保密措施’。人民法院应当根据所涉信息载体的特性、权利人保密的意愿、保密

措施的可识别程度、他人通过正当方式获得的难易程度等因素，认定权利人是否采取了保密措施。具有下列情形之一，在正常情况下足以防止涉密信息泄漏的，应当认定权利人采取了保密措施：(一)限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；(二)对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；(三)在涉密信息的载体上标有保密标志；(四)对于涉密信息采用密码或者代码等；(五)签订保密协议；(六)对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求；(七)确保信息秘密的其他合理措施”。

本案中，原告提供的证据表明：1.原告在2006年8月即发布《保密制度》，要求员工对其知悉的原告技术秘密承担保密义务。2.原告与被告陈建昌签订《顾问服务协议》中约定被告陈建昌应当遵守原告的各项规章制度，包括但不限于保密制度。3.原告与被告医工院签订的环伟技术合同中约定双方均应对工艺和技术进行保密，保密期15年。可见，原告对其主张的环伟技术秘密中涉及艾科净配方、原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息，采取了合理的保密措施。

综上，原审法院认为，首先，环伟技术合同中原告与被告医工院关于专利申请权、技术唯一使用权人归属原告的约定；被告医工院关于环伟技术合同所涉技术成果的专利申请权(所有权)和使用权归属原告，被告医工院享有该技术成果转让的收益权和销售额的提成权的确认；被告医工院向原告移交艾科净工艺技术资料等事实互相印证，可以证明原告系环伟技术秘密中的涉及艾科净配方的菌种、组合、生产、应用整体技术信息的权利人。其次，在审理中原告向原审法院提供了环伟技术秘密中涉及原告配方2的“活性污泥动力学参数测定”及“复合菌制剂生物除臭性能测定与研究”的试验资料，在无相反证据的情况下，应当认定原告系环伟技术秘密中涉及原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息的权利人。再次，原告环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息符合《反不正当竞争法》第十条第三款的规定。故原审法院认为，原告环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息属于原告的商业秘密。

二、关于第二个争议焦点

原审法院认为，《反不正当竞争法》第十条第一款第(三)项规定，“违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密，属于侵害他人商业秘密的不正当竞争行为”。《不正当竞争司法解释》第十四条规定，“当事人指称他人侵犯其商业秘密的，应当对其拥有的商业秘密符合法定条件、对方当事人信息与其商业秘密相同或者实质相同以及对方当事人采取不正当手段的事实负举证责任”。上述法律规定表明，判定是否侵害权利人的商业秘密，首先需判定被控侵权人实际使用的技术信息与权利人的商业秘密是否相同或实质相同。本案中，原告主张被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术使用了原告的环伟技术秘密，被告中佳公司在曼斯微产品的生产过程中使用了原告的环伟技术秘密。故原告就被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术信息，被告中佳公司生产曼斯微产品所使用的技术信息与本案中属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息是否相同或实质相同的事实负有举证责任。

(一)关于被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术信息与属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息，是否相同或实质相同的问题

原审法院认为，当事人对自己提出的诉讼请求所依据的事实有责任提供证据加以证明。没有证据或者证据不足以证明当事人的事实主张的，由负有举证责任的当事人承担不利后果。本案原审审理中，原审法院已应原告请求调取与被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术信息相关的证据，但均未取得相关证据。原告亦明确表示其无法提供与被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术信息相关的任何证据。故在本案中原告尚无证据证明被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术信息与属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息相同或实质相同。原告应当就此承担举证不能的法律后果。原审法院对于原告关于被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术使用了原告环伟技术秘密的相关主张，不予采信。

(二)关于被告中佳公司生产曼斯微产品所使用的技术信息与属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息，是否相同或实质相同的问题

原审法院认为，首先，被告中佳公司提供的中佳技术合同、中佳专利证书、中佳环评申报书、中佳环评报告及附件等证据互相印证，可以证明被告中佳公司生产曼斯微产品的技术信息是基于菌种F、P、Q、R、S、T、U、V组合的生产、应用技术信息。该曼斯微产品技术信息与属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息不相同且实质不同。其次，根据“谁主张谁举证”的举证规则，原告对其主张的被告中佳公司实际生产曼斯微产品所使用的技术信息与被告中佳公司实际提供的上述曼斯微产品技术信息不同，而与属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息相同或实质相同，负有举证责任。原告也确实向原审法院申请对被告中佳公司曼斯微产品的菌种、组合、生产、应用技术，是否存在与原告环伟技术秘密相同或者实质相同的内容进行技术鉴定。但是，工信鉴定所的鉴定报告、鉴定说明函、鉴定专家的庭审陈述表明现阶段的技术条件下的检测方法均具有漏检风险，检测结果具有不确定性，反向结论不明确，不能准确反映客观事实，均不符合鉴定要求。故鉴定专家组无法对原告申请的被告中佳公司曼斯微产品的菌种、组合、生产、应用技术，是否存在与原告环伟技术秘密相同或者实质相同内容的鉴定事项作出明确结论。对此，原审法院认为，根据上述鉴定意见，在本案中原告尚未完成被告中佳公司实际生产曼斯微产品所使用的技术信息与属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息相同或实质相同的举证责任。原审法院对于原告关于被告中佳公司在生产过程中使用了原告的环伟技术秘密的诉讼主张，亦难以支持。对于原告在原审庭审中坚持要求进行补充鉴定的请求，原审法院认为，鉴定说明函已经明确指出现有技术条件下的检测方法均不符合鉴定要求，故涉案第三项、第四项的鉴定事项无法进行。工信鉴定所的上述鉴定意见事实和法律依据充分，原审法院予以采纳，故原审法院对于原告补充鉴定的申请亦不予采纳。

综上所述，原审法院认为，鉴于原告尚未证明被告袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术信息，被告中佳公司生产曼斯微产品所使用的技术信息与本案中属于原告商业秘密的环伟技术秘密中涉及艾科净配方和原告配方2的菌种、组合、生产、应用整体技术信息存在相同或实质相同的内容。故本案中，原告关于被告医工院、胡海峰、张琴、陈建昌、赵晓鸣违反了保密义务，被告医工院将原告的环伟技术秘密泄露给了被告中佳公司；被告赵晓鸣泄露并引诱被告胡海峰、陈建昌泄露原告的环伟技术秘密；被告胡海峰、张琴、袁惠民、陈建昌、赵晓鸣泄露并使用了原告的环伟技术秘密，将原告的环伟技术秘密出资被告中佳公司；被告中佳公司在生产过程中使用原告环伟技术秘密的诉讼主张，无事实和法律依据，原审法院不予支持。

据此，原审法院依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第十条，《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》第九条、第十条、第十一条、第十四条之规定，判决：驳回原告环伟公司的诉讼请求。一审案件受理费81,800元，技术鉴定费(含鉴定专家出庭质证费)201,650元，以上共计283,450元由原告环伟公司负担，涉案鉴定专家听证会所产生的相关费用22,200元由被告医工院负担。

判决后，环伟公司不服，向本院提起上诉，请求撤销一审判决，发回重审或依法改判。其主要上诉理由为：1.原审判决遗漏了对本案重要事实的认定，即对被上诉人是否接触了上诉人的商业秘密一节，未能做出明确的认定，而上诉人提交的证据足以证明被上诉人胡海峰、张琴、陈建昌、赵晓鸣接触了上诉人的商业秘密。2.鉴定机构对鉴定目的认识错误，加上原审法院对鉴定机构的意见理解错误，导致原审法院拒绝了上诉人补充鉴定及重新鉴定的申请，剥夺了上诉人合法的鉴定权利，导致本案至今事实不清。上诉人认为采用“定向PCR法”可以得到明确的正向结论，因此可以根据当事人提供的菌种名单对涉案检材中现有存在的菌种进行验证，如果在被上诉人的样品中也检出了上诉人主张的全部菌株或大部分菌株（正向结论的可能结果），则无论被上诉人样品中是否检测出其自称所含有的菌种以及检测是否存在漏检，都可以根据侵权行为成分对比的一般原则，认定被上诉人的菌株和组合与上诉人的相同或等同，进一步认定侵权行为的存在。上诉人还认为，通过“定向PCR法”检测只对上诉人存在漏检风险，而不会对中佳公司产生漏检风险，因此其愿意承担该风险作重新鉴定。3.由于被上诉人拒不提供证实其作为出资的技术内容的科华评估报告，致使本案此项鉴定无法完成，也导致了上诉人无法举证，在此情况下，原审法院仍然在举证责任分配上机械的适用“谁主张，谁举证”的举证规则，属适用法律错误，损害了上诉人利益。上诉人认为被上诉人接触了上诉人的技术秘密，袁惠民没有能力开发这一技术，而科华评估报告中的技术与上诉人的商业秘密产品基本相同，因此结合本案的基本事实和日常生活经验法则就可以初步认定被上诉人侵权的嫌疑，在被上诉人无正当理由拒不提供科华评估报告的情况下，法院应当适用《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》（以下简称《民诉证据若干规定》）第七十五条的规定直接认定被上诉人构成侵权。

被上诉人陈建昌、袁惠民、赵晓鸣共同辩称：三被上诉人没有接触上诉人商业秘密，上诉人没有证据可以证明该指控；关于三被上诉人所有的技术，在原审中已作详述，与上诉人的技术秘密完全不同，上诉人没有证据证明该技术与上诉人的技术秘密相同

或实质相同，被上诉人拒绝提供科华评估报告并不存在隐瞒的意图，而是为了保护自己的技术秘密不被不必要的公开；原审判决对案件事实认定清楚，适用法律正确，故请求驳回上诉人的上诉请求。

被上诉人胡海峰、张琴、医工院共同辩称：本案中被上诉人的被控侵权技术与上诉人所主张的技术秘密不能够认定为相同或实质相同，那再行认定被上诉人是否接触上诉人的技术秘密没有任何意义，且上诉人对部分被上诉人也未采取保密措施；上诉人在原审起诉之初就没有任何证据证明被上诉人的入股技术涉嫌侵权，所有陈述都是怀疑，本案又不适用举证责任倒置的原则，因此未能取得科华评估报告的不利后果应当由上诉人承担；关于鉴定，因为检材已经存在被污染的可能，鉴定机构的专家也对检测方法做了多次论证，但都无法排除检测中对双方当事人的风险，因此最终得出现在的鉴定结论是有效的；同时，上诉人与被上诉人中佳公司的两个产品是不同的产品，开发过程中得到的相关批准文件中也明确两者系同类不同种的产品，故上诉人的诉讼请求没有依据，应予驳回。

被上诉人中佳公司辩称：原审判决中查明事实清楚，不存在遗漏，对上诉人反复要求重新鉴定的请求，鉴定机构也作出了充分的答复，因此上诉人的诉讼请求没有事实和法律依据，请求法院驳回上诉人的诉讼请求。

经审理查明，原审法院认定的事实属实。

审理中，2014年5月27日，上诉人向本院提出申请，要求对科华评估报告进行证据保全。

本院认为，上诉人环伟公司认为原审中的技术鉴定主要存在以下问题：1.鉴定机构对鉴定目的认识错误，导致原审法院拒绝了上诉人补充鉴定及重新鉴定的申请，致本案事实至今无法查清。对此本院认为，关于原审中技术鉴定委托事项3和4，其鉴定的目的在于判断上诉人技术秘密中涉及的菌种是否来源于艾科净工艺技术资料、艾科净样品及百奥威样品，被上诉人中佳公司曼斯微产品的菌种、组合、生产、应用技术是否存在与上诉人技术秘密相同或者实质相同的内容。其方法并非仅仅是检测双方当事人样品中的现有菌种，或是根据上诉人的菌种名单对样品中现存菌种的验证，而是应先确认样品中实际的所有菌种，再进一步明确判定已检测出的部分现存菌种究竟是双方当事人产品中原有存在的优势菌种、还是弱势菌种、抑或是在保存过程中因污染而产生的菌种，由此再对两者进行比对，从而得出被上诉人中佳公司的产品及技术与上诉人涉案商业秘密是否相同或实质相同的鉴定结论。该鉴定目的及方法并无不当，符合本案查明事实的要求。按常规方法能够取得符合上述鉴定要求的结果，却因费用过高而没有实际操作可能，因此鉴定专家组向双方当事人征求了其他鉴定方法，且专家组自己也积极寻找、验证鉴定方法，其措施得当。2.上诉人认为采用“定向PCR法”可以得到明确的正向结论，因此可以根据当事人提供的菌种名单对涉案检材中现有存在的菌种进行验证，如果在被上诉人的样品中也检出了上诉人主张的全部菌株或大部分菌株（正向结论的可能结果），则无论被上诉人样品中是否检测出其自称所含有的菌种以及检测是否存在漏检，就可以认定被上诉人中佳公司的菌株和组合与上诉人的相同或实质相同。对此本院认为，无论是“定向PCR法”，还是鉴定专家组掌握的其他现存的技术方案，均存在漏检风

险，因此即使通过该方法在中佳公司样品中检出了上诉人主张的全部菌株或大部分菌株，也会因为中佳公司样品中可能还存在其他菌种未被检出，由此形成与上诉人技术秘密不同的菌株组合，从而不能就此认定两者相同或实质相同，因此上诉人的该主张不能成立，按照此方法不能判断两者相同或实质相同。3.上诉人认为通过“定向PCR法”检测，对上诉人样品存在漏检风险，但不会对被上诉人中佳公司样品产生漏检风险，因此其愿意承担该风险作重新鉴定。对此本院认为，通过该方法检测，一方面对双方样品中的菌株本身均存在漏检风险，另一方面，因为菌株漏检的可能性就会导致对菌种组合的判断风险，即无法判断样品中明确的菌种组合，可能将两个不同的菌种组合认定为相同或实质相同，因此使用该方法检测对双方当事人均存在风险，上诉人的该主张没有依据。原审法院就本案的技术问题委托工信鉴定所所作的司法鉴定，专家组历经现场勘验、召开专家技术听证会等程序，专家组自身以及向双方当事人多次征求、讨论及判断检测方法的科学性及合理性，最终认定无法对上诉人申请的被上诉人中佳公司曼斯微产品的菌种、组合、生产、应用技术，是否存在与上诉人技术秘密相同或者实质相同内容的鉴定事项作出明确结论。该技术鉴定机构及鉴定人员具备相关的鉴定资格，鉴定程序合法，方法无误，因此上诉人要求重新鉴定的请求，没有充分依据，本院不予支持。

上诉人认为，由于被上诉人拒不提供技术出资的科华评估报告，致使本案中此项技术鉴定无法完成，而被上诉人接触了其技术秘密，袁惠民没有能力开发这一技术，科华评估报告中的技术与上诉人的商业秘密产品基本相同，因此结合本案的基本事实和日常生活经验法则就可以初步认定被上诉人侵权的嫌疑，在被上诉人无正当理由拒不提供科华评估报告的情况下，法院应当适用《民诉证据若干规定》第七十五条的规定认定被上诉人构成侵权。对此本院认为，《民诉证据若干规定》第七十五条规定：有证据证明一方当事人持有证据无正当理由拒不提供，如果对方当事人主张该证据的内容不利于证据持有人，可以推定该主张成立。是否应当适用该法条，需立足具体案情，结合案件其他证据综合判断，本院认为，商业秘密纠纷案件中，权利人对涉嫌侵权人违法获取、使用其商业秘密的事实，应当承担举证责任，即应提供证据证明侵权人的产品或技术使用了权利人的商业秘密。本案中，上诉人未能证明中佳公司实际生产的产品或使用的技术使用了上诉人的技术秘密，而原审中原审法院已应上诉人申请多方调取科华评估报告但无果，在上诉人未能提供其他证据证明科华评估报告中的技术构成侵权的情况下，原审法院综合判断认定上诉人未能完成其举证责任证明被上诉人袁惠民、陈建昌、赵晓鸣的入股技术构成侵权，并无不当。关于审理中上诉人要求对科华评估报告证据保全的申请，因证据保全的前提是明确该证据的具体下落，但因双方当事人都未能证明该证据在何处，因此对该申请，本院不予支持。

上诉人认为，原审判决遗漏了对被上诉人是否接触了上诉人的商业秘密事实的认定，而上诉人提交的证据足以证明被上诉人胡海峰、张琴、陈建昌、赵晓鸣接触了上诉人的商业秘密。对此，本院认为，对侵犯商业秘密行为的认定一般以“接触”加“相同或实质相同”为判断原则，对此上诉人亦无异议。而当无法证明双方当事人间的商业秘密构成相同或实质相同的情况下，再认定被上诉人是否接触了上诉人的商业秘密对本案侵权行为的认定不存在必要性，因此原审法院未对此认定，并无不当。

综上所述，原审法院判决认定事实清楚，适用法律正确，上诉人环伟公司的上诉请求缺乏事实和法律依据，应予驳回。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第一百七十条第一款第（一）项之规定，判决如下：

驳回上诉，维持原判。

本案二审案件受理费人民币81,800元，由上诉人上海环伟生物科技有限公司负担。

本判决为终审判决。

审	判	长	王静
审	判	员	杨捷
	人	民陪	徐卓斌
书	记	员	刘伟

二〇一四年七月一日