

中华人民共和国最高人民法院
民事判决书

(1999) 知终字第 3 号

上诉人(原审被告) 无锡祥生医学影像有限责任公司。

法定代表人莫善珏, 该公司董事长。

委托代理人梁立新, 北京市中仁律师事务所律师。

委托代理人徐棣枫, 南京中山律师事务所律师。

上诉人(原审被告) 莫善珏。

委托代理人王敏岐, 无锡祥生医学影像有限责任公司工作人员。

上诉人(原审被告) 吴荣柏。

委托代理人徐棣枫, 南京中山律师事务所律师。

上诉人(原审被告) 顾爱远。

被上诉人(原审原告) 海鹰企业集团有限责任公司。

法定代表人乔镒生, 该公司董事长。

委托代理人吉达珠, 北京市惠中律师事务所律师。

委托代理人汪旭东, 南京知识律师事务所律师。

上诉人无锡祥生医学影像有限责任公司(以下简称祥生公司)、莫善珏、吴荣柏、顾爱远因与被上诉人海鹰企业集团有限责任公司(以下简称海鹰公司)商业秘密侵权纠纷一案, 不服江苏省高级人民法院(1997)苏知初字第3号民事判决, 向本院提起上诉。本院依法组成合议庭不公开开庭审理了本案, 上诉人祥生公司及其委托代理人梁立新、徐棣枫、上诉人莫善珏及其委托代理人王敏岐, 上诉人吴荣柏委托代理人徐棣枫, 上诉人顾爱远, 被上诉人海鹰公司委托代理人吉达珠、汪旭东到庭参加诉讼。本案现已审理终结。

原审法院查明:海鹰公司为一研制和生产水声电子设备的专业工厂。1984年, 当时在该公司工作的莫善珏等人根据单位的工作安排, 开始拟定 B 超探头有关的技术课题任务书。1987年4月25日, 无锡市科学技术委员会受江苏省科学技术委员会的委托, 会同江苏省医药总公司在海鹰公司召开了“B 超线阵探头”重

大科研项目专家技术论证会，会上就该公司对 3.5MHz 探头产品的研制进行了肯定。1989 年 7 月 30 日，江苏省科委组织对海鹰公司所完成的 3.5MHz 线阵探头进行成果鉴定：海鹰公司所承担的 3.5MHz 线阵探头重点科研项目（编号：87034），经科研人员两年多时间的技术攻关，完成了声学材料和声学器件的设计与制造、超薄长条型压电陶瓷片的高精细加工、超薄层透声胶层胶合工艺、窄深槽切槽工艺、高密度电极焊接工艺、探头电声参数的测试方法研究和设备的建立及开关控制接口电路的研制等 7 个关键技术，至 1989 年 6 月已试生产“探头”130 只，该探头经检测各项性能均达到 B 超线阵探头的企业标准 Q/32000KF1—89 要求，该探头技术是 B 超的关键技术，国内外严格保密的技术。3.5MHz 线阵探头获江苏省政府颁发的 1989 年度科技进步二等奖，1990 年 3.5MHz 线阵探头技术与 B 超主机技术一起获国家科技进步二等奖，获奖者均为海鹰公司。海鹰公司利用该探头配套生产了 2031、218、220、2032、2035 等型号的 B 超诊断仪，并投放市场，产生了较高的经济效益。1995 年，海鹰公司在《四月份试制产品计划进度》表中提出了简易线阵（即 218B 超机）的研制项目，并在为该项目确定的任务内容中规定：第一完成总体设计方案，第二完成分板设计方案。在同年《五月份试制产品计划进度》表中，也列出了简易线阵 B 超的研制项目，具体规定了其任务是，第一印制板绘制出图，第二确定结构设计方案。1995 年 10 月 10 日，当时在海鹰公司所属医电分公司线路二室任副主任的顾爱远在《关于计划生育用简易线阵 HY218 总体方案的报告》中写道：从今年 5 月份开始，我们花了 3 个月时间开发成功了针对计划生育市场的简易线阵 HY218。同时，顾爱远也于 1995 年 10 月 10 日领到海鹰公司支付的简易线阵 B 超开发奖励费 8000 元。1995 年 10 月 9 日，由海鹰公司售给湖北省仙桃市剅河镇血防站 B 超室 HY218 超一台。

莫善珏于 1963 年 4 月到海鹰公司工作，自 1984 年起参与并负责 3.5MHz 线阵探头的研制工作，1996 年 2 月 1 日被海鹰公司辞退，辞退时为探头室主任。吴荣柏于 1959 年 2 月到海鹰公司工作，负责 3.5MHz 线阵探头的工艺设计，1996 年 1 月 16 日被海鹰公司辞退，辞退时为换能器制造工艺员。顾爱远于 1991 年 8 月到海鹰公司工作，1995 年 4 月开始负责研制 HY218B 超主机，1996 年 1 月离开海鹰公司，离开时为该公司所属医电分公司线路二室副主任，祥生公司于 1996 年 1 月 6 日在无锡新区硕放镇召开第一次股东会议，选举了公司董事和监事，莫善珏、吴荣柏、顾爱远为董事。1996 年 1 月 30 日，祥生公司正式注册登记，注册资本 50 万元，其中莫善珏出资 29.1%，吴荣柏出资 9.7%，顾爱远出资 6.06%。公司成立后即从事祥生 500 型 B 超的研制和生产。祥生公司自 1996 年 7 月开始销售祥生 500 型 B 超的研制和生产。祥生公司自 1996 年 7 月开始销售祥生 500 型 B 超，至 1998 年 9 月 15 日，产品销售收入为 12 197 081 元。海鹰

公司遂于 1997 年 10 月 20 日向江苏省高级人民法院提起诉讼，主张背衬材料技术，晶片—背衬“薄层”胶合技术，双层匹配层的制造技术，窄深槽切割工艺技术，槽内充填物技术，声透镜的制造技术，电极敷设和引出技术，换能器的总的加工流程技术，探头控制电路技术等 9 项探头技术，以及存储器结构，系统控制软件功能，两片可编程门阵功能等 3 项主机技术为该公司的商业秘密，被告祥生公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远侵犯了上述商业秘密，请求法院判令被告立即停止侵权、赔偿原告经济损失 310 万元、赔礼道歉、对原告的商业秘密承担保密责任及承担本案的全部诉讼费用。

原审法院另查明：1996 年 2 月 15 日，南京大学声学所与祥生公司签订一份研制新一代超声换能器的意向书，1996 年 3 月，南京大学与祥生公司签订了“关于医学超声换能器阵技术转让”合同。1996 年 2 月，在意向书签订之后，南京大学声学所水永安教授即向祥生公司提交了《医学成像超声换能器阵》的技术报告，并且在 1996 年 3 月由王敏岐、水永安共同完成了《B 超探头的声学设计》和《B 超线阵探头工艺流程的设计和要求》两份报告。

1992 年 3 月 6 日，海鹰公司的保密委员会在《关于认真执行依法确定的国家秘密事项的通知》中，将 3.5MHZ 线阵探头关键制造技术、工艺定为秘密级，保密年限为 10 年。该通知经报请上海船舶工业公司的同意，并于 1993 年经定密工作检查验收小组检查认可，报经中国船舶工业总公司保密委员会认可，于 1994 年 5 月发给定密工作合格证书。1995 年 10 月 20 日，海鹰公司制定了《关于在签订劳动合同中进一步加强保密工作的通知》，并将简易线阵 B 超中的整机系统软件、数字电路板、发射电路板、接受电路板划定为保密范围，要求对该技术的保密措施比照海鹰司（95）59 号《专有技术文件资料管理制度（试行）》中的管理程序和管理办法执行。此外，海鹰公司于 1992 年 8 月 7 日发布了《保密工作制度》，于 1995 年 10 月 11 日该公司第十一届七次职代会上通过了《关于保守商业秘密维护公司利益的暂行规定》。

原审法院审理过程中，曾委托江苏省技术鉴定委员会对海鹰公司 HY218 型医用 B 超和祥生公司 500 型医用 B 超进行技术鉴定，鉴定结论为：1. 海鹰公司 3.5MHZ 线阵探头中的背衬材料技术，晶片—背衬“薄层”胶合技术，双层匹配层的制造技术，窄深槽切割工艺技术，槽内充填物技术，声透镜的制造技术，换能器的加工流程技术，探头控制电路板技术为非公知技术。电极敷设和引出技术为公知技术。2. 海鹰公司 HY218B 超主机中的电子元器件（门阵列、存储器）和编程语言是公知技术，但是利用编程语言和门阵列、存储器及其他元器件来形成系统控制软硬件，并能在 B 超上运行，完成 B 超的整个控制功能，属非公知

技术。3. 祥生公司转让所得的资料内容仅是涉及国内外医学超声换能器阵技术的发展、设计原理以及复合材料理论研究情况的综述,没有涉及到具体工艺细节,不能由此形成祥生公司生产 B 超仪探头的技术资料,不能依此生产祥生 500 型 B 超探头。4. 祥生 500 型 B 超和 HY218B 超的探头和主机没有本质区别。

原审法院经审理认为: 3. 5MHz 线阵探头中的背衬材料技术, 晶片—背衬“薄层”胶合技术, 双层匹配层的制造技术, 窄深槽切割工艺技术, 槽内充填物技术, 声透镜的制造技术, 换能器的总的加工流程技术, 利用编程语言和门阵列, 存储器及其他元器件形成系统控制软硬件的技术, 属于原告海鹰公司的专有技术信息, 且原告采取合理的保密措施, 应认定为原告的商业秘密, 并依法予以保护。被告莫善珏、吴荣柏、顾爱远曾是海鹰公司研制 B 超的主要技术人员, 掌握了原告生产 B 超的上述商业秘密, 且负保密义务, 他们在离开原告单位组建祥生公司后, 在未经原告许可, 又未能举证证明所使用技术秘密合法来源的情况下, 在祥生 500 型 B 超上使用与原告的商业秘密相同的技术, 并将该产品投入市场, 构成了对原告商业秘密的侵犯, 属不正当竞争行为, 并给原告造成了经济损失 310 万元, 依法应当承担停止侵权、赔偿损失、赔礼道歉的法律责任。原告诉讼主张成立, 依法应当支持。被告提出原告所要保护的技术是公知的技术, 以及是通过转让和研制的主张与事实不符, 不予支持。该院依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第 10 条第 1 款第 (2) 项和第 20 条的规定, 判决: 1. 被告应立即停止使用原告的商业秘密, 3. 5MHz 线阵探头中的背衬材料技术, 晶片—背衬“薄层”胶合技术, 双层匹配层的制造技术, 窄深槽切割工艺技术, 槽内充填物技术, 声透镜的制造技术, 换能器的总的加工流程技术, 利用编程语言和门阵列、存储器及其他元器件形成系统控制软硬件的技术, 并对上述商业秘密承担保密责任, 至上述秘密成为公知技术为止。2. 被告赔偿原告经济损失 310 万元, 于本判决生效 10 日内付清, 祥生公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远负连带赔偿责任。3. 被告应在本判决生效后 10 日内在《中国人口报》上刊登向原告赔礼道歉的声明 (内容须经本院核准)。案件受理费 25 510 元, 财产保全费 5520 元, 技术鉴定费 40 000 元, 合计 71 030 元由祥生公司承担。

祥生公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远不服上述判决, 向本院上诉称: 一审判决定认定事实有误, 适用法律不当。请求: 1. 依法撤销一审判决, 驳回海鹰公司的诉讼请求。2. 重新鉴定, 判定海鹰公司的商业秘密并不存在, 祥生公司不构成侵权。3. 判令海鹰公司赔偿祥生公司商誉和经济损失。4. 判令海鹰公司澄清事实, 消除影响, 公开向祥生公司赔礼道歉, 承担一、二审全部诉讼费用。理由是: 1. 一审采用的重要证据—江苏省技术鉴定委员会技鉴字 (98) 02 与“鉴定意见”存在大量错误, 不应依此定案。首先, 海鹰公司提供的技术文件不具有客

观真实性，不应作为技术鉴定的对象；其次，鉴定回避实质性问题，以不属于技术秘密的机器外观、显示格式、尺寸等认定两方的探头和主机没有本质区别；第三，鉴定程序不合法，重要证据未经质证，参加鉴定的人员均与海鹰公司有密切关系，鉴定成员缺乏技术鉴定所涉及技术领域的专业背景知识。2. 一审判决认定祥生公司“在祥生 500 型 B 超上使用与原告的商业秘密相同的技术”没有事实依据。3. 海鹰公司对其所主张的秘密由于自己的过错而并未采取保密措施，海鹰公司诉称的所谓“国家秘密”已于 1995 年前被解密，而海鹰公司确定的专有技术项目中又未列入 B 超探头技术，且海鹰公司在一审鉴定之后，将此前未曾主张过的“鉴定意见”认定为有相似性的系统软件、数字电路板、发射电路板、接收电路板纳入其主张的秘密范围内，并向法庭提供伪证。4. 莫善珏、吴荣柏、顾爱远是在海鹰公司推行全员劳动合同制时，坚持合法要求，拒签不平等的劳动合同而遭海鹰公司的辞退，并非为谋私利而主动跳槽。5. 一审判决祥生公司赔偿海鹰公司经济损失 310 万元缺乏事实和法律依据。6. 一审判决莫善珏、吴荣柏、顾爱远负连带赔偿责任，缺乏事实和法律依据。

海鹰公司答辩称：一审判决认定事实清楚，适用法律正确，上诉人的上诉理由无事实根据，请求二审法院依法驳回上诉人的上诉。理由是：1. 一审法院依法委托江苏省技术鉴定委员会进行科学鉴定，整个鉴定活动严格依《江苏省人民法院技术鉴定规则》进行，程序合法、过程严谨、结论科学公正。2. 莫善珏、吴荣柏、顾爱远作为海鹰 B 超产品的主要研制负责人，完全掌握海鹰公司的技术秘密，该三名上诉人离开海鹰公司后，仅 3 个月就在祥生公司生产出与被上诉人相同的 B 超产品，且上诉人未能向法庭说明其生产 B 超的工艺技术有其他真实的合法来源，以上事实说明一审判决认定祥生公司“在祥生 500 型 B 超上使用与原告的商业秘密相同的技术”是有事实依据的。3. 被上诉人职工代表大会讨论通过的一系列文件、建立专门的保密工作机构以及具体的管理工作等，都说明被上诉人采取了保密措施，至于上诉人所称“国家秘密”已于 1995 年前被解密，以及被上诉人提供伪证等主张，没有事实根据。4. 祥生公司非法使用被上诉人的技术秘密，给被上诉人带来的直接经济损失不止 310 万元，一审判决祥生公司赔偿 310 万元有事实和法律根据。5. 根据《反不正当竞争法》第 20 条、《民法通则》第 130 条的规定，一审判决莫善珏、吴荣柏、顾爱远负连带责任，也是有事实和法律根据的。二审审理过程后期，被上诉人海鹰公司提出增加诉讼请求申请，请求二审法院判定祥生 500 系列 B 超中的 500A 型、500A 全型及 300 型 B 超也是侵权产品，并请求追加赔偿数额。

本院经审理查明：原审法院查明的事实除对本案双方当事人的有关技术认定和祥生公司生产祥生 500 型 B 超的产品销售收入外，其余基本属实。但原审法院

判决书有一处笔误，即海鹰公司制定《关于认真执行依法确定的国家秘密事项的通知》的时间是1992年5月20日，而非1992年3月6日。另查明：海鹰公司《关于在签订劳动合同中进一步加强保密工作的通知》第1条规定：“凡是被列入厂保字（92）146号文《关于认真执行依法确定的国家秘密事项的通知》列入的15项国家秘密项目都应同有关人员明确，作为保护内容”。

二审过程中，本院根据上诉人“关于对江苏省技术鉴定委员会苏鉴字（98）02号‘鉴定意见’请求重新鉴定的申请”，委托中国科技法学会科技评价专家委员会对本案的有关技术问题和技术鉴定，结论为：1. 双方提供的技术资料在形式和内容上均存在一定缺陷，但通过综合分析判断，结合鉴定样机，鉴定专家小组认为双方所提供鉴定的技术资料在内容上基本反映了各自真实的技术状态，可予认定。2. 海鹰公司的HY218B超是在公知技术基础上发展而来的，但与公知技术相比，在背衬材料配方，晶片—背衬“薄层”胶合技术，双层匹配层的配方、厚度和工艺，窄深槽切割顺序、斜切法，换能器总加工流程，探头控制电路技术，存储器实施线路，系统控制软件功能，门阵列编程内容等（9个）方面形成了本企业的非公知技术。3. 祥生公司的500型B超是海鹰公司HY218B超的继承与改进，仅凭其所提供的三个技术来源，祥生公司不可能使其在3个月内生产出500型B超。祥生公司的500型B超与海鹰公司的HY218B超两种机型的外形、结构大体相似，500型B超在背衬材料配方，晶片—背衬“薄层”胶合技术，双层匹配层的配方、厚度和工艺，斜切法和系统控制软件功能等（5个）方面利用了HY218B超的非公知技术。但500型B超与HY218B超相比，增加了M型等功能，电路有改进，超声探头各部件的配方、制作工艺也有所不同。这表明，祥生公司的500型B超基本上沿用了HY218B超的技术，但不是简单地重复，而是做了若干改进。4. 换能器总加工流程，探头控制电路技术属于企业的非公知技术，但由于海鹰公司与祥生公司均未提供相应技术资料，也无法从鉴定样机中直接获知，故专家鉴定小组对上述技术不作比对。5. 存储器结构为公知技术，但具体的实施线路属于非公知技术。从海鹰公司提供的技术资料判断，海鹰公司提供了两套图纸，其中一套的拟制和完成时间在1996年1月30日（祥生公司成立）之后；另一为调试图纸，完成于1995年，该图纸中线存储器6264，在鉴定样机中没有使用，还有几处与提供的鉴定样机存在差异。祥生公司没有提供对应图纸，无法对比。6. 门阵列系可购买的公知器件，但不同产品的编程内容系各自企业的非公知技术。双方均没有提供具体编程内容的技术资料，而具体编程内容无法从实物中印证，故无法对比。

经对上述鉴定结论质证，上诉人的异议主要有：1. 没有证明海鹰公司技术资料的真实性。2. 关于双层匹配层的配方、厚度和工艺，晶片—背衬“薄层”

胶合技术和斜切法，上诉人已经提供的日本专利 J60—31397 以及补充提供的日本专利 J58—118739、J61—113400 分别说明该三项技术是公开的，鉴定结论认定其为海鹰公司的非公知技术是错误的。3. 关于背衬材料技术，鉴定结论认定双方在背衬材料配方上“不构成实质性差别”，没有确定客观的标准，该结论不能作为本案判决依据。4. 关于系统控制软件功能，鉴定人将海鹰公司提供的双方的软件数据部分进行对比，所得结论不能作为证据使用。

被上诉人对上述鉴定结论未发表质证意见，其书面异议主要有：1. 关于声透镜的制造技术，鉴定结论认定为公知技术，但未说明所依据的公开技术资料是什么，而同样的内容，一审鉴定结论却是非公知技术。因此从法律上讲，该项技术不能判定为公知技术。2. 关于槽内充填物技术，鉴定结论做出了“采用真空灌注的填充方式为公知技术”的认定，但事实上，海鹰公司采用的技术方案是“非真空灌注”的填充方式，祥生公司实际上使用的也是此种填充方式。鉴定人认为，由于条件所限，鉴定专家无法从硬件上分析各种参数和材料，鉴定结论是专家组根据双方当事人提供的资料、口头陈述，结合实物样机，根据专家的经验 and 知识集体做出的综合判断意见，其结论是实事求是的。

二审过程中，本院委托华建会计师事务所对祥生公司 1996 年 7 月至 1999 年 12 月销售祥生 500 型 B 超的产品销售利润及其相应应分摊的管理费用和财务费用进行审计，结论为：祥生公司 500 型 B 超在上述期间的销售利润为 2 605 798. 63 元，按销售收入比例应分摊的管理费用为 1 723 323. 99 元，应分摊的财务费用为 365 508. 78 元，营业利润等于产品销售利润减应分摊的管理费用和财务费用，上述期间祥生 500 型 B 超的营业利润为 516 965. 86 元。

经对上述审计结论质证，上诉人的异议是：1. 审计报告附件四提留业务费一栏中应当计人 1999 年预提的 417 042. 92 元，该笔费用实际于 1999 年 12 月预提，在销售人员春节放假回公司后支付。2. 审计报告附件二 1999 年度的产品销售税金及附加一栏中，应当计人该年度的教育事业费附加 50 808. 13 元，该笔费用实际为“乡规费”。对此，审计人认为：1. 提留业务费类似奖金性质，一般不予预提，都是据实列支。并且会计制度中也规定，预提费用到年末一般不留余额。因此，提留业务费不应列入 1999 年度的费用中。2. 祥生公司所说的教育事业费附加与按会计制度规定应列入销售税金及附加的教育费附加是两个概念。祥生公司的教育事业费附加是根据地方政府的规定，按销售收入的 5%。缴纳，本身就应该列入“乡规费”中。而销售税金及附加中的教育事业费附加是根据国家规定，按增值税、消费税、营业税的 3% 缴纳，两者是完全不同的。

被上诉人的异议是：1. 祥生公司有可能将 1999 年销售的产品列入 2000 年

的账中，并且也可能将已销售的产品收回现金不入账，故存货未盘点可能会对审计结果的利润产生影响。2. 本次审计应对费用的合理性进行审查，对不合理的费用，如几名上诉人的劳务报酬、律师费、诉讼费等不应列入成本。3. 管理费用和销售费用中有的明细子目未包括在财务制度规定的范围内，不应列入成本中。对此，审计人认为：1. 存货盘点时如出现账实不符会影响截止到实际盘点日时的利润，不能确定对 1999 年度利润的影响。审计只能根据祥生公司提供的财务资料进行，如无任何证据，无法发现现金交易不入账问题。2. 本次审计是依据《企业会计准则》和《工业企业会计制度》来确定祥生公司的账务处理是否正确，费用的合理性审查不属审计内容。3. 《工业企业财务制度》中管理费用和销售费用都有“其他费用”项，指在所列举的明细费用中未包含的费用，因此不能仅以明细费用来判断是否可以计入成本。

本院经审理认为，国家对市场经营者享有的商业秘密依法予以保护，禁止其他经营者采取违法的不正当竞争手段对商业秘密权利人正当权益进行侵害。本案双方当事人争议的焦点集中在被上诉人所主张的技术是否符合商业秘密的法定构成要件；上诉人是否使用了被上诉人的商业秘密；上诉人涉及本案的行为是否违法以及一审法院对上诉人追究的法律责任是否妥当等几个方面。本院为了澄清双方当事人所争议的上述几个方面的事实，委托相关领域的专业技术人员、审计人员对有关专业技术和财务问题进行鉴定和审计，又通知鉴定人员、审计人员出庭接受询问，并对有关鉴定和审计结论等进行了全面的质证，还就上诉人在技术鉴定后补充提供的日本专利文献向有关专家进行了咨询。合议庭在充分考虑双方当事人的诉讼请求和答辩意见后，经过认真分析判断，得出以下结论：

第一，被上诉人所主张的 12 项技术中，背衬材料配方，晶片—背衬“薄层”胶后技术，双层匹配层的配方、厚度和工艺，窄深槽切割顺序、斜切法，换能器总加工流程，探头控制电路技术，存储器实施线路，系统控制软件功能，门阵列编程内容等 9 项技术符合《中华人民共和国反不正当竞争法》第 10 条第 3 款关于商业秘密法定条件的规定，构成商业秘密，应当受到法律保护。首先，二审技术鉴定关于海鹰公司上述 9 项技术为非公知技术的鉴定结论应予采信。该鉴定结论表明，通过综合分析判断，结合鉴定样机，海鹰公司的技术资料在内容上基本反映了真实的技术状态，上诉人对二审技术鉴定结论所提第一项异议因没有足够的证据支持不能成立。鉴定结论认为双层匹配层的配方、厚度和工艺是海鹰公司的非公知技术，日本专利 J60—31397 提供了一些可供选用的材料类型以及各匹配层声阻抗率的大致范围，但未提供具体原材料、配方、声阻抗率、厚度以及详细的工艺过程等，并未涵盖海鹰公司双层匹配层技术的全部；鉴定结论认为海鹰公司采用特殊配方配制成与背衬材料声阻抗率相同的胶合材料，达到消除背衬回

波的目的，构成非公知技术，日本专利 158—118739 采用与背衬材料完全相同的材料作粘合剂，使两材料声阻抗率相同，以消除背衬回波，与海鹰公司采用的方法不同；鉴定结论认为海鹰公司的窄深槽切割顺序、斜切法是非公知技术，日本专利 J61—113400 所称切割深度“线性变化”是指斜切，但该专利未提供具体的切割顺序、部位、宽度、深度及角度等，也未涵盖海鹰公司斜切技术的全部。因此，上诉人所提第二项异议也不足以推翻鉴定结论。除一审鉴定结论外，被上诉人无其他证据证明声透镜的制造技术是非公知技术，故被上诉人所提第一项异议也不成立。其次，海鹰公司对其所主张的商业秘密采取了保密措施。根据海鹰公司 1995 年 10 月 20 日《关于在签订劳动合同中进一步加强保密工作的通知》第 1 条的规定，海鹰公司将 B 超探头关键制造技术、工艺列入签订全员劳动合同过程中的保密事项范围之内，故无论 B 超探头技术作为国家秘密是否已被解密，海鹰公司是将 B 超探头技术列入该公司保密工作范围的。上诉人认为被上诉人提供伪证、对其主张的商业秘密未采取保密措施以致于海鹰公司的商业秘密并不存在的上诉请求不予支持，原审判决在该问题上的认定正确。

第二，根据二审技术鉴定结论和法庭调查查证的事实，可以认定祥生公司在背衬材料配方，晶片—背衬“薄层”胶合技术，双层匹配层的配方、厚度和工艺以及斜切法等 4 项技术上利用了海鹰公司的非公知技术。首先，鉴定人通过双方当事人提供的资料、陈述意见，结合实物样机，根据专家的经验 and 知识做出判断的鉴定方法符合本案的实际情况，上诉人无证据证明其与被上诉人在背衬材料配方上有何实质性差别，故其第三项异议不能成立，技术鉴定的该项结论应予采信；经法庭质证查实，鉴定人在对双方的系统控制软件进行对比时，未将祥生 500 型 B 超的系统控制软件代码进行反汇编，而是利用了海鹰公司提供的材料，故该对比结论不足采信，上诉人所提第四项异议成立。其次，经查被上诉人提交鉴定的主要技术资料《线阵 B 超探头技术报告》，其中载明海鹰公司使用的是真空灌注法，被上诉人亦无证据证明祥生公司使用的是非真空灌注法，故被上诉人对二审技术鉴定结论所提第二项异议无事实依据，不能成立。

第三，上诉人莫善珏、吴荣柏、顾爱远曾为被上诉人单位主管 B 超探头和主机技术的工作人员，因工作关系掌握了被上诉人的上述商业秘密，应当保守该商业秘密。但三上诉人却允许祥生公司使用其中的背衬材料配方，晶片—背衬“薄层”胶合技术，双层匹配层的配方、厚度和工艺以及斜切法第 4 项商业秘密，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第 10 条第 1 款第（3）项的规定，该三上诉人构成侵犯被上诉人的商业秘密，应当承担侵权的民事责任；上诉人祥生公司明知三上诉人的上述违法行为，仍使用该商业秘密，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第 10 条第 2 款、《中华人民共和国民法通则》第 130 条的规定，构

成与三上诉人共同侵权，应当承担连带责任。上诉人关于撤销一审判决，驳回被上诉人诉讼请求，以及其不构成侵权的上诉请求不予支持。但原审判决引用《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条第1款第(2)项的规定不妥，应予纠正。

第四，在对审计结论的质证中，审计人结合我国会计制度，针对双方当事人所提异议分别进行了说明，本院予以采信。上诉人与被上诉人所提异议事实依据不足，审计结论应予认定。由于本案被上诉人因上诉人侵权所遭受的损失难以计算，被上诉人亦未对调查等合理费用主张权利，根据《中华人民共和国反不正当竞争法》第20条的规定，本案应当以上诉人在侵权期间所获利润作为赔偿数额。侵权获利是指侵权人在侵权期间因侵权所获得的实际利润，应当以营业利润作为计算依据。根据二审技术鉴定结论，祥生公司在基本沿用被上诉人技术的基础上做了若干改进，据此，应当酌减上诉人的赔偿数额，但考虑到审计结果中未包括审计截止日期至今祥生公司销售侵权产品的营业利润，赔偿数额应当在审计结果的基础上酌情增加，故本院将该两部分抵消。原审判令上诉人赔偿310万元，与审计结论相差较大，事实依据不足，应予纠正。上诉人关于赔偿问题的上诉理由成立，本院予以支持。

至于上诉人请求判令被上诉人赔偿其商誉和经济损失，判令被上诉人清除影响、赔礼道歉的上诉请求，因上诉人在一审时未就此提起反诉，故不属本案二审审理范围，本院不予支持。关于被上诉人在二审期间增加诉讼请求问题，因本案一审是针对被控侵权的祥生500型B超进行审理和判决的，被上诉人在一审过程中未提出追加诉讼请求的申请，其在二审中请求二审法院对新的侵权事实做出认定，根据《中华人民共和国民事诉讼法》第151条的规定，被上诉人该增加的诉讼请求不属本案二审审理范围，故本院对被上诉人增加的诉讼请求不予支持，被上诉人可就该部分诉讼请求另行起诉。

综上，本院依据《中华人民共和国民法通则》第130条、《中华人民共和国反不正当竞争法》第10条第1款第(3)项、第2款、第3款、第20条、《中华人民共和国民事诉讼法》第153条第1款第(2)、(3)项之规定，判决如下：

一、变更江苏省高级人民法院(1997)苏知初字第3号民事判决主文第一项为：上诉人祥生医学影像有限责任公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远立即停止使用被上诉人海鹰企业集团有限责任公司3.5MHz线阵探头中的背衬材料配方，晶片—背衬“薄层”胶合技术，双层匹配层的配方、厚度和工艺以及斜切法技术等四项商业秘密，并对上述商业秘密承担保密责任。

二、变更江苏省高级人民法院(1997)苏知初字第3号民事判决主文第二项

为：上诉人祥生医学影像有限责任公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远赔偿被上诉人海鹰企业集团有限责任公司经济损失 516 965. 86 元及利息（利息自 2000 年 1 月 1 日起按中国人民银行同期同类贷款利率计算），自本判决送达之日起 15 日内支付，祥生医学影像有限责任公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远负连带赔偿责任。

三、维持江苏省高级人民法院(1997)苏知初字第 3 号民事判决主文第三项。

本案一、二审案件受理费各 25 510 元，合计人民币 51 020 元，由祥生医学影像有限责任公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远承担 38 265 元，由海鹰企业集团有限责任公司承担 12 755 元；一审财产保全费 5520 元、技术鉴定费 40 000 元、二审技术鉴定费 73 318 元、审计费 70 200 元、咨询费等其他诉讼费用 7500 元，合计人民币 196 538 元由祥生医学影像有限责任公司、莫善珏、吴荣柏、顾爱远承担。

本判决为终审判决。

审 判 长 蒋志培

代理审判员 张 辉

代理审判员 王永昌

二 00 一年二月二十三日

书 记 员 邵中林