

侵犯商业秘密罪“情节严重”的规范认定

田卜屹

华东政法大学刑事法学院, 上海

收稿日期: 2024年2月22日; 录用日期: 2024年3月6日; 发布日期: 2024年3月15日

摘要

刑法修正案(十一)将“重大损失”改为“情节严重”, 即侵犯商业秘密罪由结果犯变为情节犯, 因此“情节严重”代替“重大损失”成为成立侵犯商业秘密罪的新的入罪标准。这一立法变动, 既意味着本罪的入罪门槛进一步降低, 也体现了立法者从外部构建商业秘密市场竞争秩序的规范目的。同时也使得危害性巨大但经济损失不大或难以计算认定的侵犯商业秘密行为难以认定的问题得以解决。但是“情节严重”的适用标准仍然需要司法解释进一步明晰, 否则将会造成该罪适用范围的模糊不定。

关键词

情节严重, 侵犯商业秘密罪, 刑法修正案(十一)

The Normative Determination of “Aggravating Circumstances” of the Crime of Infringing on Trade Secrets

Buyi Tian

School of Criminal Law, East China University of Political Science and Law, Shanghai

Received: Feb. 22nd, 2024; accepted: Mar. 6th, 2024; published: Mar. 15th, 2024

Abstract

Amendment (XI) to the Criminal Law changed “significant loss” to “aggravating circumstances”, *i.e.*, the crime of infringing on trade secrets was changed from a crime of result to a crime of circumstance, and therefore “aggravating circumstances” instead of “significant loss” has become a new important criterion for the establishment of the crime of infringing on trade secrets. Therefore, “serious circumstances” instead of “significant loss” becomes the new important incrimination standard for the establishment of the crime of infringing trade secrets. This legislative change

means that the crime of the incrimination threshold is further reduced, but also reflects the legislator from the outside to build trade secrets market competition order of the normative purpose. At the same time also makes the harm is huge but the economic loss is not big or difficult to calculate the recognition of infringement of trade secrets is difficult to identify the problem can be solved. But the “circumstances are serious” application standard still need judicial interpretation further clarification, otherwise it will cause the crime of the scope of application of the vague and uncertain.

Keywords

Aggravating Circumstances, Infringement of Trade Secrets, Criminal Law Amendment (XI)

Copyright © 2024 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 问题的提出

随着我国社会主义市场经济的发展，商业秘密在市场竞争中的重要程度愈发显现。对行为人通过互联网对商业秘密进行扩散，为公众所普遍知悉，使权利人彻底丧失秘密性，导致权利人丧失相关领域领先性的行为应予重点惩处[1]。在司法实践中，商业秘密的刑事保护也有着特殊性，一方面是《中华人民共和国反不正当竞争法》等前置法对于商业秘密以及侵犯商业秘密的行为有着一系列的规定，对于前置法不足以处罚的社会危害性大的侵犯商业秘密行为就需要刑法予以规制、发挥其作用[2]。另一方面，由于刑法是最后一道防线，因此必须区分好刑法保护与前置法保护的界限。对于自然犯来说，刑罚法规只是规定了构成要件行为，但并没有规定前置法所提供的行为规范，因而参考前置法规范具有一定的合理根据[3]。

此前，在我国刑法中，侵犯商业秘密罪的入罪标准是“给商业秘密权利人造成重大损失”，但在司法实践中，往往难以评估所造成的实际损失，此外实践中许多侵犯商业秘密的行为不会在短期内给权利人造成重大损失，它是指侵犯商业秘密的行为给商业秘密的权利人造成的利益减损[4]，那么单纯以“重大损失”作为侵犯商业秘密罪的入罪标准就难以满足实践的需要。

笔者对近十年侵犯商业秘密罪的案件展开了实证研究，在中国裁判文书网中，以“侵犯商业秘密罪”为关键词进行判决结果检索，共获得有效案件 65 例。经分析归纳，司法机关对侵犯商业秘密行为所造成损失的认定方法，主要有以下几种：一是直接计算“权利人的经济损失”，相关案件的数量为 13 例，占总数的 20%。二是根据“侵权人的非法获利”进行数额认定，共有案件 26 例，占总量的 40%。三是以“商业秘密许可使用费”为损失评估参照，案件总计 3 例，占总额的 4.6%。四是将“商业秘密的价值”作为定案依据，涉及案件 18 例，占比 27.6%。另外有 3 个案件未采用单一标准，通过列举“销售数额”“研发成本”等，综合评价了权利人的损失。同时有 2 个案件对“重大损失”进行了模糊处理，没有列明具体的计算方法。通过对案例的分析可以看出，绝大多数案件都有明确的犯罪数额认定方式，也计算出了具体的犯罪数额，但是还存在有案件运用两种认定方式进行综合评价，这样的认定方式是否合理还有待评估。

2020 年 1 月 15 日，中美签署《经济贸易协议》第一阶段协定(以下简称《协定》)[5]。根据《协定》，中国有义务修改刑法中侵犯商业秘密罪的入罪门槛。综合以上原因，刑法修正案(十一)将侵犯商业秘密罪

的认定标准由“给商业秘密权利人造成重大损失”修改为“情节严重”，从单一数额论到根据情节对行为进行评价，弥补了仅以“重大损失”作为入罪门槛的缺陷。

但是刑法修正案(十一)并未对“情节严重”作出具体规定。本文围绕这一立法变化，结合目前“情节严重”的主要标准，对侵犯商业秘密罪中“情节严重”的判断要素及其具体判断进行认定，以期望对司法实务中侵犯商业秘密罪的认定问题有所帮助。

2. 侵犯商业秘密罪情节严重的认定现状

2.1. 通过犯罪数额认定

由于《刑法修正案(十一)》已经将侵犯商业秘密罪的入罪门槛由“重大损失”修改为“情节严重”，所以就没必要在“情节严重”下继续划分“重大损失”了，笔者认为通过犯罪数额进行认定更为合理[6]。

计算犯罪数额首先要明确犯罪数额的认定范围，必须先明确案件中所涉及的哪些部分是认定本罪所需考量的部分，从而计算出犯罪数额再进行定罪量刑。对于侵犯商业秘密罪的犯罪数额的认定范围，目前理论学界有两种观点：第一种观点认为只包括直接经济损失，即商业秘密被侵犯后所造成的直接经济损失；第二种观点认为既包括直接经济损失也包括间接经济损失，即除了商业秘密被侵犯后所造成的直接经济损失，还包含不由该行为直接造成、而是由于其行为牵连所致的可得利益损失，以及为了恢复生产经营或者挽回损失所做支出的一系列费用。本罪犯罪数额的认定范围包括直接经济损失是毫无疑问的，争议点就在于间接经济损失究竟是否应该包含在内，目前，我国大多数学者都支持将间接经济损失计算在犯罪数额范围内。笔者认为，侵犯商业秘密罪是直接经济损失是由犯罪行为直接造成的可以计算的财产减少的实际价值以及不应有的支出费用即补救费用；间接经济损失是指有侵犯商业秘密行为所引起的权利人竞争优势的下降或丧失，从而导致合理的预期内的收入减少或丧失。

目前，我们对侵犯商业秘密罪犯罪数额的认定基本存在四种认定方式，即权利人损失、侵权人获利、商业秘密价值和合理许可使用费[7]。

第一种，“权利人损失”方式，即权利人因商业秘密被侵犯所导致损失的具体化数额，这也是我国理解学界认定侵犯商业秘密罪犯罪数额的通说。在刑法修正案(十一)对本罪进行修改之前，本罪的认定标准就是“给商业秘密权利人造成重大损失”，也就是说认定侵犯商业秘密的行为是否能构成本罪的依据就是权利人因该行为受到损失的程度。此外，本罪的客体除社会主义市场经济秩序外还包括财产权，权利人因商业秘密被侵犯而损失的财产应是本罪的保护范围。因此“权利人损失”理应是认定侵犯商业秘密罪的认定方式。

第二种，“侵权人获利”方式，该种方式在无法确定权利人所受损失时，将侵权人获利数额作为本罪犯罪数额定罪量刑。

第三种，“商业秘密价值”方式，该种方式是参考商业秘密的研发成本及市场评估价格作为本罪的犯罪数额。在商业秘密研发过程中，企业往往需要投入大量资金和人力作为研发成本，因此商业秘密本身就具有一定经济价值。虽然商业秘密作为一种信息属于无形财产，难以明确其具体价值，但是可以根据其研究开发成本、实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素综合确定[8]。

第四种，“许可使用费”方式，许可使用费是指权利人合法转让或者许可他人使用商业秘密信息，买受方为获取商业秘密而自愿支付的费用。能够适用此种认定方式的原因在于权利人本可以获得的商业秘密许可使用费没有得到，也就是说权利人仍然损失了一笔费用。

上述四种认定方式都各有其不合理之处，单独一种认定方式难以在实践中解决各个案件犯罪数额的问题。

2.2. 其他严重情节认定

对于侵犯商业秘密罪的入罪标准“情节严重”，上文已阐明可以通过犯罪数额来认定，那么其他严重情节主要是通过犯罪数额以外的其他因素进行认定。综合学者们的观点，本罪的其他严重情节主要包括导致权利人破产、死亡；给权利人的声誉造成恶劣影响等。除此之外，犯罪主体是不是负有保密义务的特殊主体、犯罪主体的犯罪动机是否恶劣、侵犯商业秘密的手段的恶劣程度均可纳入考虑范畴。

3. 对“情节严重”认定现状的反思

3.1. 对“权利人损失方式”的反思

以权利人遭受的损失作为认定侵犯商业秘密罪中情节严重的认定方式不会有疑问，但在实践中，如何证明权利人的损失是由侵权行为所导致的才是一个难题。受到市场发展、需求旺盛等因素的影响，常常会出现权利人的商业秘密虽受到了侵犯，但是其所获取的经济利益并未降低反而增加的情况；另一方面，销售额与利润的下降与侵权行为没有必然的关系^[9]。所以在实务中，尽管“权利人损失”方式是认为本罪犯罪数额的通说，但是法官在处理具体案件时，有时候并不会采用该方式进行认定。

3.2. 对“侵权人获利方式”的反思

在侵犯商业秘密罪中，侵权人往往会因为利用该商业秘密而获取到非法利益，但是侵权人所获取的利益不能等同于权利人利益的丧失，虽然侵权人会因得到商业秘密从而取得市场竞争优势，但是侵权人所获得的利润并不都是由于侵犯商业秘密而得到的。侵权人还可能因进行政策倾斜、产业保护等原因提高利润，因此，并不能直接将二者混为一谈。

3.3. 对“商业秘密价值方式”的反思

商业秘密作为本罪的对象，往往会受到侵害，但是笔者认为，这其中的关键在于当商业秘密被侵权人侵犯后，权利人仍然掌握该商业秘密，商业秘密并不会消失，因此，权利人仍然能通过该商业秘密获取利益，只是可能无法达到预期利益数额。因此，完全按照商业秘密的预估价值去认定侵权人触犯本罪的犯罪数额明显违背了罪刑相当原则。

3.4. 对“许可使用费方式”的反思

如上文所述，部分案件中，权利人会损失许可使用费，但是笔者认为，该方式并不具有普适性，原因在于一般权利人很少会许可他人使用其商业秘密，如果市场上没有相似商业秘密的许可费做参考的话，也很难对该许可使用费进行评估。并且许可使用费也很难与侵权人的犯罪数额画上等号，因为权利人可能遭受远超许可使用费的损失。

4. 侵犯商业秘密罪中“情节严重”的考量因素

刑法的目的是为了保护法益，刑法分则条文是为了保护特定的法益，因而法益具有作为犯罪构成要件解释目标的机能，对于明晰情节严重的方案起着提纲挈领的作用。

对于本罪所保护的法益，学说上的争议主要是围绕着商业秘密权和竞争秩序二者展开，商业秘密权是指商业秘密权利人对商业秘密所享有的各项权利，例如权利人占有、使用、处分商业秘密的权利等。凭借着商业秘密权，在新的商品以及新的营业刚刚出现，模仿者还没有产生的时候，权利人可以独占市场。在此期间，权利人不仅能够有效地收回其投入的成本，还能享受由此产生的声誉、评价。这将使得即使在出现模仿者后，权利人也能在市场竞争中保持优势的竞争地位。商业秘密一旦被他人抢先运用或者

模仿的话，权利人就无法享受市场的先行利益，也就无法保障其优势竞争地位。因此，对于商业秘密权的保护，其核心就在于保护商业秘密权利人的优势竞争地位。

从竞争秩序的角度看，破坏竞争秩序的行为是脱离了竞争自由范围的行为。在竞争自由范围内，根据己方与他方优势、劣势条件的抗衡，决定由哪一方在市场竞争中占据优势地位。各方通过合理手段例如改善商品品质、提升大众口碑等来获取竞争环境中的优势地位，便是竞争秩序的主要内容。如果商业秘密被侵犯，权利人可能会遭受巨大的经济损失，严重时还会导致权利人破产、倒闭，势必会影损害到企业的效益，后续也会导致工人失业、缩减相关产业的投资数额，减缓其发展速度，这将严重影响正常的市场竞争秩序。由此观之，对于竞争秩序的保护同样是在保护商业秘密权利人所享有的优势竞争地位。

因此，侵犯商业秘密罪的法益不仅仅包括权利人的合法财产权即商业秘密权利，而且还会损害到社会公共利益即正常的市场的竞争秩序。如果对商业秘密进行侵犯，将影响到整个市场的公平竞争秩序，使得市场出现失序现象。由此可见，侵犯商业秘密罪的法益是复合法益。

5. 侵犯商业秘密罪“情节严重”认定标准的建构[10]

传统刑法理论在判断行为是否达到严重的社会危害性时，主要综合考量以下因素：1) 行为的性质；2) 行为人所使用的方法、手段；3) 行为是否造成严重后果或者是否可能造成严重危害后果；4) 行为侵犯的是什么样的社会关系；5) 行为人主体方面的情况；6) 行为人主观方面的情况；7) 情节是否严重、是否恶劣；8) 行为实施时的客观情况。综上，“情节严重”是一个综合考量的情节，是对主体、主观方面、客体、客观方面即犯罪构成的四要件进行综合考量的情节，并不是单纯的仅根据犯罪数额去认定。

《最高人民法院、公安部关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》¹将侵犯商业秘密罪除兜底条款外分成了三种具体情况：第一种情况是给权利人造成损失达到具体数额，第二种情况是因侵犯商业秘密违法所得达具体数额，第三种情况是直接导致权利人因重大经营困难而破产、倒闭的²。在第一种情况中，并没有超出基本构成要件所描述的结果不法的范围，仍在构成要件的不法量域之内，在以行为人给权利人造成损失三十万元以上为理由认定情节严重时，需要行为人认识到其行为给权利人造成三十万元损失所体现出的社会意义。第二种情况属于客观处罚条件，刑法并不会单纯地禁止人们获利，只能禁止人们以损害他人的方式获利，为不法评价提供支撑的是行为所造成的损害事实，而非行为所带来的利益，此时也无需对行为人提出认识上的要求。第三种情况应当认为属于结果加重犯的情形，“直接”一词表明权利人破产、倒闭的后果与侵犯商业秘密行为之间必须存在刑法上的因果关系，即能够进行结果归责，这也正好契合了结果加重犯的本质。因此，在第三种情况下认定情节严重时，要求行为人对权利人的破产、倒闭至少具有过失。

刑法修正案(十一)将侵犯商业秘密罪的入罪门槛由“重大损失”修改为“情节严重”，在本罪的情节严重表现形式之中，给权利人造成“重大损失”仍然是较为重要的因素之一，但是修正案中并没有对“情节严重”做出具体的说明和规定，对于“情节严重”的认定方式不能如上文所述直接选择任意一种方式去加以认定，更为合理的方式是将侵犯商业秘密罪分为不当获取型侵犯商业秘密罪、非法使用型侵犯商业秘密罪和非法披露型侵犯商业秘密罪三种类型，并根据不同类型的侵犯商业秘密行为的特点去选择适宜的认定“情节严重”的方式。

5.1. 不当获取型侵犯商业秘密罪之“情节严重”的认定方式

不当获取型侵犯商业秘密罪的行为方式包括了两种，第一种是从商业秘密所有人、使用人处直接通

¹下文简称为《立案标准》。

²(一) 给商业秘密权利人造成损失数额在三十万元以上的；(二) 因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的；(三) 直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的。

过非法方式取得商业秘密，即刑法第 219 条第 1 款第 1 项规定的“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密”，第二种是从非商业秘密权利人处间接不当获取商业秘密，即刑法第 219 条第 2 款规定的“明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的”。两种情况表现形式或有不同，但是获取行为的不法性则是其共性所在，其理论依据是商业秘密的秘密性特征，即使行为人仅仅只是获取商业秘密，并未进行披露或者使用的情况下，也会造成损害后果，即对市场竞争秩序造成破坏。笔者认为，对于此类不当获取型侵犯商业秘密罪应以商业秘密的价值作为认定情节严重的标准，即采用商业秘密价值法。

不当获取型犯罪是行为人将原本不属于本人所掌握的商业秘密通过破坏权利人对商业秘密采取的保密措施而将其变为自己所有，其违法性来源于未经商业秘密权利人的许可就实施了获取商业秘密的行为，是后续使用、转让等行为的前端行为，由此可见，不当获取型侵犯商业秘密犯罪的社会危害性是非常大的[11]。

在单纯的不当获取型侵犯商业秘密行为中，行为人没有实施获取后的进一步的使用行为，因此不存在违法所得、销售金额、非法经营数额等，因此无法以此作为认定侵犯商业秘密情节严重的标准。但是在不当获取型侵犯商业秘密罪中，存在着商业秘密的价值、商业秘密的研发成本、商业秘密许可使用费等。

如上文所述，在商业秘密研发过程中，企业往往需要投入大量资金和人力作为研发成本，因此商业秘密本身就具有一定经济价值，此外，还可以实施该项商业秘密的收益、可得利益、可保持竞争优势的时间等因素综合确定商业秘密的价值，但是当商业秘密被侵权人侵犯后，权利人仍然掌握该商业秘密，商业秘密并不会消失。因此笔者认为可分为两种类型，第一种是权利人的商业秘密被侵犯后完全丧失了价值，权利人无法依靠该商业秘密再获得经济利益；第二种是权利人的商业秘密虽然被侵犯，但是无法确定损失的数额或仍然可以依靠该商业秘密获取利益。在第一种情况中，应当根据方才所述的研发成本实施商业秘密可得收益等事项来综合确定商业秘密的价值，以此作为入罪根据，但在第二种情况中，就不能用此种方式对犯罪数额进行认定，应采取其他方式。

但是笔者认为，在不当获取型侵犯商业秘密罪中，不宜以商业秘密许可使用费作为认定情节严重的标准，原因在于并不是所有权利人都会将商业秘密许可他人使用，如未曾许可，那么就不存在商业秘密许可使用费了，这种情况下我们仍然需要借助商业秘密的价值进行认定。其次，即便某些情况下也会存在商业秘密权利人许可他人合法使用商业秘密的许可使用费的情况，但是此种方式并不合理。因为商业秘密有多种许可方式，那就有多种许可使用费，难以形成统一的许可使用费标准。如果没有统一的许可使用费标准，按照商业秘密权利人许可他人合法使用商业秘密的许可使用费的标准去认定当事人的行为是否属于情节严重就是不合法理的，无法符合刑法罪责刑相适应的原则。值得注意的是，实践中很多商业秘密是权利人经营发展的核心优势，可能存在权利人从未对外许可使用，或者商业秘密侵权人是权利人的直接竞争对手而根本不可能获得许可的情形。此时，可结合全案情节以及鉴定评估意见综合把握、客观认定[12]。

5.2. 非法使用型侵犯商业秘密罪之“情节严重”的认定方式

非法使用型侵犯商业秘密罪包括两种情况，第一种是行为人非法获取到商业秘密后自己使用或者允许其他人使用该商业秘密，即刑法第 219 条第 1 款第 2 项中的“披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的”，第二种是行为人合法获取商业秘密，也就是行为人违反保密义务或保密要求，自己使用或允许他人使用其合法掌握的商业秘密，即刑法第 219 条第 1 款第 3 项中的“违反保密义务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的”。

在非法使用型侵犯商业秘密行为中，主要分为了行为人非法获取商业秘密并使用以及合法取得商业秘密并使用两种情况。

1) 行为人非法获取商业秘密并使用

刑法第 219 条第 1 款第 2 项所规定的侵犯商业秘密的行为，是建立在非法获取行为基础上的，进一步侵害市场正常竞争秩序的行为。与不当获取型侵犯商业秘密行为相比，造成的社会危害会更大。对于此种侵犯商业秘密行为情节严重的认定标准需要通过两种不同情况分别讨论。

第一种情况是，行为人非法获取商业秘密并使用^[13]，但是侵权商品还未开始销售，并未流入市场，如果此时产品的市场价格并未受到影响，行为人的侵权行为尚未对权利人的销售利润造成损害，那么犯罪数额就无法按照权利人经济损失数额或者销售损失来计算，此时可以与不当获取型侵犯商业秘密罪一样，按照商业秘密的许可使用费来认定情节是否严重。还可以通过侵权人获利数额进行认定，侵犯商业秘密罪所保护的客体除了权利人的财产权外，还有市场经济秩序，而行为人非法获取权利人的商业秘密，并依靠该商业秘密获取市场竞争优势，谋取不正当利益，显然破坏了正常的市场经济秩序，对于行为人该种行为完全属于本罪的规制范围。可以认为，行为人利用非法取得的商业秘密的非法所得越多，对市场经济秩序的破坏就越大。如上文所述，我们不能简单地将“侵权人所获得的利益”与“权利人所遭受的损失”二者混为一谈、划上等号，但是这并不意味着侵权所获利益就不属于“情节严重”的认定方式之一，在无法查明计算出权利人的直接损失时，我们可以将目光放在侵权人所获得的利益上。在多数情况下，行为人的违法所得与权利人遭受的损失大体相当^[13]。笔者将侵权所获利益分为两类，一是侵权人直接出售他人的商业秘密以获得相应的报酬，二是侵权人利用商业秘密从事生产经营以获取一定的收益。第一种行为人即侵权人所获利益是很好计算的，对于第二种情况下侵权人所获取的利益，可使用“侵权人收入减去生产、销售产品支出的材料费、劳务费等必要成本”的方式进行计算。但是要区分好侵权人获得的利益到底是因为侵犯他人商业秘密还是其他政策等原因。

第二种情况是行为人非法取得了商业秘密并使用，并且侵权商品已经生产并进入市场，已经影响到了商品的正常价格。行为人违法使用他人的商业秘密，侵权产品进入相关市场，挤占了权利人原有的市场份额，削弱了其竞争优势。权利人因侵权行为遭受的直接经济损失，可以直观地反映出行为对商业秘密权人市场竞争优势的损害程度，在司法机关能够查明权利人账目或是确定产品销量变化时，应当优先考虑该认定方式。如上文所述，受到市场经济等影响，权利人可能并不会因为商业秘密被侵犯而受到损失，或者权利人受到经济损失的原因不在于商业秘密被行为人侵犯，因此，在认定时，需对权利人经济是否受到损失、遭受经济损失的原因进行综合判断。除了通过权利人的经济损失进行判断之外，还可以按照第一种情况中所展示的行为人所获利益的数额进行考量。

在同一个侵犯商业秘密的行为中，可能同时存在给权利人造成损失、行为人获得违法所得等多种情节，在这种情况下，只要其中一种情节的数额达到严重的标准，该行为即可入罪。

2) 行为人合法获取商业秘密并使用

刑法第 219 条第 1 款第 3 项规定的侵犯商业秘密的行为，属于合法获取商业秘密但是非法使用的行为，也是我们通常所说的违约型侵权行为。与“行为人非法获取商业秘密并使用”的区别就在于此种侵犯商业秘密的行为在获取商业秘密上具有合法性，其行为主体一般是负有保密义务的商业秘密研发人员或者主管人员。后续的非使用商业秘密行为才是本罪规制的行为，可以看出，合法获取并使用型侵犯商业秘密行为的社会危害性要小于非法获取并使用型侵犯商业秘密行为。在此种情况下对于“情节严重”的认定仍可按照权利人造成损失、行为人获得违法所得等方式进行认定。但是这两种类型的入罪门槛即犯罪数额不应相同，原因在于社会危害性不同，故而应提高违约型侵犯商业秘密罪的入罪门槛，若在非法获取并使用型侵犯商业秘密罪中，犯罪数额达到 30 万元即入罪，那么违约型侵犯商业秘密罪的犯罪数

额可提升至 50 万元。

5.3. 非法披露型侵犯商业秘密罪之“情节严重”的认定方式

非法披露型侵犯商业秘密行为包括刑法第 219 条第 1 款第 2 项中的“披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密的”，以及第 3 项中的“违反保密义务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的”，及第 219 条第 2 款中的“明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密”。即非法获取商业秘密后再行披露、违反义务或约定披露其所掌握的商业秘密和第三人披露等情况。在非法披露型侵犯商业秘密行为中可以分为完全披露与不完全披露两种类型。

1) 完全披露型

商业秘密最核心的特征就是秘密性，是不为公众所知悉。而商业秘密的完全披露，意味着该商业秘密的秘密性完全丧失，在市场上被完全公开，给正常的市场竞争秩序造成重大冲击，也会导致商业秘密权利人原本的竞争优势消失殆尽，使得商业秘密的公开范围处于一种高度不确定性的危险状态。可见，该种类型的侵犯商业秘密行为的社会危害性不言而喻。正因为由于此种类型的侵犯商业秘密的行为会导致商业秘密完全丧失价值，那么按照商业秘密的价值来认定“情节严重”显然是更为合理的。相关司法解释对此也有过规定，最高人民法院，最高人民检察院 2020 年《关于办理侵犯知识产权刑事案件具体应用法律若干问题的解释(三)》第五条第五项³规定：“因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的商业价值确定”。

在不当获取型侵犯商业秘密行为中，也采用了商业秘密价值法进行认定，但是完全披露型侵犯商业秘密行为与不当获取型侵犯商业秘密行为的社会危害性不同，单纯的不当获取相较于不当获取后再进行披露，社会危害性要小一些。《2020 年解释(三)》中也有所规定，研发成本为了实务实中的公平，可以将单纯的不当获取型侵权行为的认定数额提高，或者将不当获取后再行披露的行为的认定数额降低。

2) 部分披露型

《2020 年解释(三)》第五条第二项规定：“以不正当手段获取权利人的商业秘密后，披露、使用或者允许他人使用的，损失数额可以根据权利人因被侵权造成销售利润的损失确定，但该损失数额低于商业秘密合理许可使用费的，根据合理许可使用费确定”。上文第五项中表述为“公众知悉”、“灭失”，可以看出所针对的正是完全披露的情况，根本上下文之间的逻辑关系，第二项所对应的应当是部分披露型侵犯商业秘密行为，此外，与单纯非法获取商业秘密的行为类型相同，商业秘密权利人并未完全丧失其对商业秘密的支配权，商业秘密的秘密性并未完全丧失。因此，该解释主张对于部分披露型侵犯商业秘密行为应以商业秘密的合理许可使用费来认定情节严重。

5.4. 其他严重情节

1) 从犯罪手段上进行认定

行为人在实施犯罪行为时采取不同的犯罪手段会在不同程度上侵犯法益，也体现了不同的人身危险性，所造成的社会危害性也有所不同。行为人实施侵犯商业秘密行为的次数、手段；行为人侵犯商业秘密的性质(创新程度高低)、持续时间；所侵犯商业秘密的范围；所造成的后果；行为人的过错程度；行为人非法获得商业秘密后是将该商业秘密完全公开还是仍处于保密状态，泄露商业秘密的内容、方式等均影响损害结果的大小。如通过口头传授的方式多是对特定的人，其泄露商业秘密的影响面相对较小；通过书籍、报刊等大众媒体披露商业秘密，影响面相对较广，而利用互联网等高科技手段泄露商业秘密，

³下文简称为《2020 年解释(三)》。

其危害程度更大。因为网络与传统媒体相比，具有传播速率快、传播范围广、传播门槛低等特点，而阻止网络泄密的力度较低，且具延迟性。此外，通过互联网等手段扩散他人的商业秘密，会使该商业秘密的秘密性彻底丧失，那么商业秘密的价值也会随之消减。因此，对于使用互联网等手段侵犯商业秘密的行为宜认定为情节严重。同时，从行为的次数来看，将以侵犯商业秘密罪为业，例如商业间谍或者商业卧底等，多次实施侵犯商业秘密行为并将其侵犯的商业秘密出售牟利的情形认定为“情节严重”⁴，此种情况下的“次数”也应包括一定年限内受到过行政处罚的次数。实施侵犯商业秘密并出售牟利的情形每一次都是对商业秘密所有权人的侵犯，为了规制市场竞争中以侵犯商业秘密为业的情况，营造良好的市场竞争秩序，应将此类行为列入情节严重。

2) 通过主体特殊身份认定情节严重

《中华人民共和国刑法》第二百一十九条第三款规定：“违反保密义务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的。”即该款规定了两类侵犯商业秘密罪的特殊主体，一类是对商业秘密权利人负有保守商业秘密义务的单位或者自然人，如在生产经营过程中，与商业秘密的权利人订有保守商业秘密合同等单位或者自然人等；另一类是被商业秘密权利人要求保守其商业秘密的单位或者自然人，如经办涉及诉讼、非诉讼业务或者履行监督、管理职责的有关单位或者自然人等。对于这两类特殊主体，侵犯他人商业秘密即披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的，应认定为情节严重。原因在于，相比很难接触到商业秘密的普通人，特殊主体更容易接近商业秘密，侵犯商业秘密的途径更加便利，对应“明知故犯”的主观恶性也更高。比如在宁波永茂时代进出口有限公司诉王某中侵犯商业秘密纠纷案中，被告人在入职时就与原告签订了《商业秘密保护合同》，约定被告对原告的所有商业秘密承担保护义务等，而被告在离职后使用任职期间所掌握的商业秘密与原告客户进行交易，构成侵犯商业秘密罪。故只有对这两类特殊主体侵犯商业秘密行为降低入罪门槛，才能从源头上制止侵犯商业秘密行为的发生。

3) 从犯罪结果上认定情节严重

《2020年解释(三)》中对于本罪入罪标准的规定包括了“致使权利人破产、倒闭的”，作为与前置法的衔接，应该将侵犯他人商业秘密致使权利人破产、倒闭的认定为情节严重，进行规制^[14]。《立案标准》中也明确了“直接导致商业秘密的权利人因重大经营困难而破产、倒闭的”应当立案追诉。如此一来，就可以将与破产、倒闭等严重程度相当的其他违法后果纳入“情节严重”的考察因素中去，比方说导致受害企业解散、清算、停产停工、彻底丧失市场竞争优势等^[15]。

除此之外，行为人侵犯商业秘密致使权利人声誉受损、危害公共利益的，同样属于情节严重。在实践中会出现行为人向境外经营者或者境外组织泄露我国企业的商业秘密，使我国国家安全遭到破坏，并给我们国家的经济造成重大影响。如果是主动向境外组织泄露或提供我国商业秘密的，按照商业间谍进行规制。但是对于被动泄露或者在境外利用我国商业秘密谋取非法利益的于此种社会危害性极其严重的行为仍要通过本罪名进行规制。

6. 结语

对于侵犯商业秘密罪中的“情节严重”可以围绕犯罪数额和其他严重情节进行认定，其他严重情节又划分为犯罪手段、主体特殊身份、犯罪结果三个方面。对于犯罪数额的判断，也有“权利人直接经济损失法”、“侵权人获利法”、“商业秘密价值法”和“商业秘密许可使用费法”等四种方法，对于实践中可以量化计算的犯罪数额，就采用以上四种方式进行认定。将侵犯商业秘密行为分为不当获取型侵

⁴多次实施侵犯法益的行为被列入情节严重有先例可循，北京市高级人民法院1998年12月8日发布的《关于如何适用刑法第347条第4款“情节严重”的意见》中，明确认定“多次或向多人贩卖毒品的”为情节严重。

犯商业秘密行为、非法使用型侵犯商业秘密行为及非法披露型侵犯商业秘密行为三种类型，每种类型下还有更为详细的划分，按照每种犯罪行为的形式去选择适宜的认定方式。

参考文献

- [1] 潘莉. 侵犯商业秘密罪: 如何界定“情节严重” [N]. 检察日报, 2020-11-25(003).
- [2] 马克昌. 近代西方刑法学说史[M]. 北京: 中国人民公安大学出版社, 2008.
- [3] 陈兴良. 刑法教义学中的规范评价[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2023(2): 27-42.
- [4] 陈兴良. 侵犯商业秘密罪的重大损失及数额认定[J]. 法律适用, 2011(7): 32-34.
- [5] 刘科. 侵犯商业秘密罪刑事门槛的修改问题[J]. 法学杂志, 2021, 42(6): 87-95.
- [6] 闻天吉. 论侵犯商业秘密罪入罪标准变更之正当性[C]//上海市法学会. 《上海法学研究》集刊(2021年第12卷 总第60卷)——上海市法学会知识产权法研究会文集. 上海: 上海市法学会, 2021: 207-214.
- [7] 张缤予. 侵犯商业秘密罪“情节严重”的认定[D]: [硕士学位论文]. 长春: 吉林大学, 2021.
- [8] 王于停. 侵犯商业秘密罪“情节严重”的认定[D]: [硕士学位论文]. 南昌: 江西财经大学, 2023.
- [9] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2003: 216.
- [10] 任静. 侵犯商业秘密罪“情节严重”的规范认定[J]. 江苏警官学报, 2021, 36(6): 22-28.
- [11] 褚年越. 谦抑性视角下侵犯商业秘密罪入罪标准问题研究[C]//上海市法学会. 《上海法学研究》集刊 2022 年第 13 卷——新兴权利与法治中国文集. 上海: 上海市法学会, 2022: 298-310.
- [12] 冯明显, 张勇. 侵犯商业秘密罪评价标准的修正与规范解读[J/OL]. 海南大学学报(人文社会科学版), 2023: 1-10. <https://doi.org/10.15886/j.cnki.hnus.202302.0007>, 2023-07-06.
- [13] 刘科. 侵犯商业秘密罪中“情节严重”的认定方法[J]. 中国法律评论, 2022(4): 216-226.
- [14] 胡云腾, 刘科. 知识产权刑事司法解释若干问题研究[J]. 中国法学, 2004(6): 135-147.
- [15] 吴允锋, 吴祈兹. 侵犯商业秘密罪“情节严重”的内涵诠释[C]//上海市法学会. 《上海法学研究》集刊 2021 年第 21 卷——刑法研究会卷. 上海: 上海市法学会, 2021: 23-30.