

侵犯商业秘密罪中“情节严重”的认定研究

邱玉婵

贵州大学法学院, 贵州 贵阳

收稿日期: 2023年5月22日; 录用日期: 2023年6月5日; 发布日期: 2023年7月26日

摘要

《刑法修正案(十一)》适应国家发展战略实现了侵犯商业秘密罪从结果犯向情节犯的过渡, 其立法上的变化需要对该罪名的规范构造进行重新考察, 由于司法解释没有及时跟进, 司法实践中不可避免地出现了与刑事立法理念的冲突。作为本罪的入罪标准, 对“情节严重”的解释应当坚持体系化的方式, 并结合立法理念和刑事政策加以限缩, 具体认定时应当打破唯数额论的阐释方式, 根据实际情况展开多元化的探讨。并且, 侵犯商业秘密罪行为方式多样化, 不可对所有行为类型一概而论, 应当进行类型化研究对该罪形成体系化保护。

关键词

侵犯商业秘密罪, 情节严重, 知识产权

Study on the Determination of “Aggravating Circumstances” in the Crime of Infringing on Commercial Secrets

Yuchan Qiu

School of Law, Guizhou University, Guiyang Guizhou

Received: May 22nd, 2023; accepted: Jun. 5th, 2023; published: Jul. 26th, 2023

Abstract

The Amendment (XI) to the Criminal Law, in order to adapt to the national development strategy, has achieved the transition of the offence of infringing on trade secrets from a crime of result to a crime of circumstance. Its legislative changes require a re-examination of the normative structure of the crime, because the judicial interpretation did not follow up in a timely manner, and judicial

practice inevitably appeared in conflict with the concept of criminal legislation. As the criminal standard of this crime, the interpretation of the "seriousness of the circumstances" should adhere to the systematic way, and combined with the legislative concept and criminal policy to limit, specific identification should break the amount of the interpretation of the theory, according to the actual situation to carry out diversified discussion. In addition, the crime of infringement of trade secrets is diverse, not all types of behavior can be generalized, and we should carry out a typology of research to form a systematic protection of the crime.

Keywords

Crime of Infringing on Commercial Secrets, Serious Circumstances, Intellectual Property

Copyright © 2023 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

商业秘密作为一种知识产权形式，是推动企业创新发展，增强市场竞争优势最主要的资源与优势所在，也是企业最核心的竞争力，为进一步推动营商环境法治化、秩序化，《刑法修正案(十一)》对侵犯商业秘密罪做出了重大修改，打破单一数额论的定罪模式[1]。

侵犯商业秘密罪保护法表现为竞争性利益，竞争优势产生的直接结果是带来较大财产性收益，所以即便《修正案(十一)》在侵犯商业秘密罪上删去了“重大损失”这一成立要件，即将侵犯商业秘密罪从最初的结果犯改为行为犯；“重大损失”仍是一个重要判断要素，对“重大损失”的认定仍是司法实务无法回避的一环。侵犯商业秘密罪是在错综复杂的市场经济环境为背景下产生的，决定了其不可能进行准确的损失数额计算。实践中，司法实践早已突破实际损失的限制，将各种推定损失作为计算方法。将“重大损失”改为“情节严重”，确实在某种程度上降低了入罪关限，而加大对侵犯商业秘密的处罚力度亦确实能扩大本罪适用范围。然而，“情节严重”入罪标准还需司法解释进一步明确，否则会导致本罪适用范围模糊不定，违背罪刑法定原则形式化的要求。

2. 侵犯商业秘密罪评价标准的转型：从数额犯到情节犯

2.1. 侵犯商业秘密罪的历史变革

商业秘密并非从刑事保护开始，1979年刑法没有关于商业秘密的规定，商业秘密最初作为法律术语为社会公众所熟悉和接受是1991年施行的《中华人民共和国民事诉讼法》120条。

1992年~1997年，是我国对商业秘密采取正式有关措施加以保护的起步阶段，把商业秘密当作无形财产加以保护，1992年最高两高颁布了《关于办理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》[2]，其中认为被盗公私财物既包括有形财物也包括无形财物，无形财物具体包括电力、煤气、天然气以及重要技术成果。尽管这时打击范围仅仅局限于窃取商业秘密这一范畴，但已经是我国商业秘密保护体系中的一大进步。1993年通过的《中华人民共和国反不正当竞争法》对商业秘密作了法律上的定义。这个时期，是商业秘密保护立法奠基阶段。

1997年~2020年是商业秘密立法过程中的第二个阶段，1997年刑法典作了大规模的修订，侵犯商业秘密罪已成为一个单独的犯罪，2017年《反不正当竞争法》调整了侵犯商业秘密行为的方式，我国逐渐确

立了以《刑法》与《反不正当竞争法》为主体，民法、行政法、经济法等为补充的商业秘密保护体系。近些年我国已经转向知识产权强保护阶段，在国内国际双重发展理念下，从2021年开启商业秘密保护的第三阶段。

2.2. 侵犯商业秘密罪评价标准的理念转变

2.2.1. 立法理念变革

我国刑法中有相当比例的行政犯，在司法实践中，这些罪名的适用必须秉持法域关系处理理论，也即法秩序统一理论[3]。《反不正当竞争法》作为规范市场竞争的基本法，于1993年正式颁布，并于2017年和2019年分别进行了修订，对营造公平竞争的市场环境，保护经营者和消费者的合法权益起到了非常重要的作用。反不正当竞争法是侵犯商业秘密罪前置法律规范，决定侵犯商业秘密罪在反不正当竞争法制度内必须达到协调与统一，在立法层面完成对侵犯商业秘密罪情节犯制度的建构，表明立法者欲扬弃数额标准而走向情节制度建构的思路转向，因此，当下对侵犯商业秘密罪情节犯的构建迫在眉睫。

2.2.2. 社会需求创新

在经过近三年的中美贸易战后，世界经贸融合发展和世界经济下行的大环境迫使双方进行激烈的谈判，最终达成了《中美经贸协议》，该协议专门规定了“商业秘密和保密商务信息”一节，并且对刑事门槛作出了规定，要求对侵犯商业秘密行为进行立案调查不以发生重大损失为前提。

为了落实《中美经贸协议》，我国在协议生效后便着手修改相关法律，2020年最高法和最高检联合颁布了《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)》，在侵犯商业秘密罪中保留了“重大损失”的定罪门槛地位，同时也扩大了认定情形[4]。2021年，全国人大常委会颁布的《刑法修正案(十一)》为了顺应世界发展，修复中美僵局带来的裂口，与《反不正当竞争法》统一理念，彻底删除侵犯商业秘密罪中“重大损失”，将该罪入罪条件改为“情节严重”。

2.2.3. 响应刑事政策

自改革开放以来，我国为响应知识产权政策的调整，对《反不正当竞争法》进行了制定和修改。随着经济全球化和贸易自由化进程加速推进以及国际国内市场竞争格局深刻变革，知识产权保护已成为世界各国竞争与合作中不可忽视的重要领域。《国务院关于新形势下加快知识产权强国建设的若干意见》要求对知识产权进行全方面严格保护。这一文件同时也开启了我国知识产权强保护的按钮[5]。此后，国家出台一系列相关政策措施来加强和完善知识产权保护工作。2019年《关于强化知识产权保护的意见》中明确提出把严格保护作为知识产权保护基本政策取向。这一系列举措都指向了刑法对知识产权保护的严打态势，也预示着知识产权保护进入一个全新阶段。

在当前的社会背景下，对知识产权的修改成为了《刑法修正案(十一)》的一个重要议题。其中增设了“侵犯专利权”一章进行规制，明确了专利的定义和范围，并规定了专利权人享有的权利。打破了唯数额论，以情节为主导，重新构建了一个综合评价体系，以确定侵犯商业秘密罪的入罪标准。从刑法学角度分析，单纯的数额扩张也会破坏犯罪构成要件间的关联性，使之无法满足罪责法定原则。在处理罪刑关系方面，单一数额犯一直面临着一个棘手的问题，即无限的犯罪数额与有限的刑罚烈度之间的矛盾，而这种矛盾无法通过对数额下限或上限进行调整来解决。

3. 侵犯商业秘密罪中“情节严重”认定的理论基础

3.1. “情节严重”的体系地位

罪量要素在我国刑事立法中占到一定比例，而“情节严重”作为最典型常见的一种，其在犯罪构成

体系中扮演何种角色，处于何种地位，一直以来都存在争议。侵犯商业秘密罪属于行政犯，“情节严重”是本罪的定罪情节，也是与《民法典》和《反不正当竞争法》区分的依据。从刑法理论来看，“情节严重”直接关系到对该行为的罪量评估，因此，合理理解“情节严重”在社会阶层犯罪理论中的体系定位，是判断侵犯商业秘密罪罪与非罪的至关重要问题。

耶塞克对客观处罚条件的定义是德国的通说，他认为不法构成要件和责任构成要件是启动刑罚的必要条件，不是充分条件，立法者有时需要考虑刑罚的必要条件，并且客观处罚条件与故意和过失均无关，不是行为人主观方面的认识对象^[6]。一些中国学者将客观处罚条件学说运用到了情节严重的解释中，认为“情节严重”作为对行为违法程度的评价标准，能评价行为的整体违法性是否达到了需要科处刑罚的程度。但笔者认为与我国立法及司法现状不符。首先，在我国现行刑事理论体系下，要追究一个主体的刑事责任必须符合犯罪构成要件，而客观处罚条件不是犯罪构成要件。其次，若以“情节严重”作为客观处罚条件的话，则对本罪构成要件的认定也需伴随着客观处罚条件的认定。这样一方面会因情节判断主观性与经验性而加强对情节犯否定派批评，同时也存在循环论证司法困境。因此，以情节严重作为客观处罚条件，既无法对“情节严重”这一法律性质进行合理规定，又有悖于我国犯罪构成体系。

日本学者宫本英修提出可罚的违法性理论，他认为犯罪行为属于违法行为，但是相较违法行为，犯罪行为还需要刑法的进一步评价^[7]，也即犯罪一定违法，但违法不一定是犯罪，两者有一点的程度区别。我国学者尝试引入可罚的违法性理论解释刑法第13条但书情形，但该理论在情节犯的犯罪论体系中却站不住脚，因为关于可罚的违法性的体系地位，在日本都存在很多争议，非本土的理论引入我国犯罪理论更自不待言。

有学者认为，在对行为进行评价时，仅对满足客观构成要件的部分进行评价是远远不够的，还应当对行为进行整体评价，刑事违法性是入罪的重要因素，即便行为满足了客观构成要件要素，也不能表明行为人应受到刑罚。同时，该学者认为，虽然情节严重是整体性评价要素，但也并不考虑所有情节，评价的要素应当为与该罪法益侵害性相关的情节^[1]。与上述理论相比，整体评价要素说具有合理性与创新性，但并未遵循主客观相统一原则。由此看来，这一整体性的评价是否全面仍有待探讨。另一方面，对一个危害行为进行评估时，主观因素不可或缺，主客观相统一原则是我国刑事理论的重要基石，主观恶性不同，社会危害的程度也有所不同。

类构成要件复合体说认为“情节严重”并不是单一评价要素，不仅包含犯罪构成要件之内的评价要素，也包括犯罪构成要件之外的因素。在侵犯商业秘密犯罪中的司法案件中，存在这样的情形——有些商业秘密侵权并满足数额要求，但是却不能否认其具有违法性。此次修法虽提升了商业秘密刑事保护的积极性，但也在一定程度上牺牲了本罪构成要件的明确性，为认定“情节严重”和实现与前置法的界分带来难题。有学者认为该罪的“情节严重”属于构成要件基本不法量域之内的情节，被定位为整体性规范评价要素；有学者认为属于“情节严重”不属于构成要件基本不法量域之内的情节，而是被定位为加重结果、客观处罚条件或其他刑事政策因素^[8]。而该说的类型化区分处理方式相较其他学说而言，更符合我国目前的立法和司法现状，值得提倡。

罪体—罪责—罪量说是以法益侵害性为核心的，认为犯罪构成要件包括质的构成要件和量的构成要件，犯罪构成客观要件是罪体，主观要件是罪责，罪体和罪责是犯罪构成的本体要件，罪量是在具备犯罪构成的本体要件的前提下，表明行为对法益侵害程度的要件，罪量并不为罪责所涵摄，不需要行为人主观上有认识^[9]。这一观点一定程度上否定了罪量要件的构成要件地位。

这一学说肯定了罪量是独立于客观要件和主观要件的要件，但是，该说亦存在一定龃龉。该学说认为行为人对罪量不需要有主观上的认识，衍生到侵犯商业秘密罪中，即是不需要行为人对“情节严重”具有主观上的认识。但是，这与传统的刑法理论是不符的。众所周知，客观主义和主观主义的研究非常

丰富，针对犯罪是客观主义还是主观主义的论题，无数个刑法学派都为之争执过，但得出的结论是单纯的客观主义或主观主义都是行不通的。对于罪量要素同样如此，若行为人对情节严重的行为和结果没有主观上的认识，实质上却构成犯罪的行为，显然不符合主观客观相统一原则。

3.2. 以侵犯商业秘密罪法益为基石

“情节严重”是侵犯商业秘密罪的罪量因素，对侵犯商业秘密行为法益侵害程度的尺度起着重要的衡量作用，确定刑法目的的内容实际和确定法益的内容实际是一致的，侵犯商业秘密罪在《刑法修正案(十一)》出台之前设置于破坏社会主义市场经济秩序罪一章中，修正案对其罪名位置也并未进行变动，侵犯商业秘密罪的立法目的和立法理念是以维护市场竞争秩序为优先考量的，该罪的法益是公平合理的商业市场竞争秩序，保护的是权利主体的商业秘密权，建立有利于市场的激励机制，以维持有利于科学创新的氛围。此外，刑法在保护商业秘密持有人的合法权益的同时，也保护了社会秩序的合法利益，确保社会秩序不会因为他人的非法行为而受到市场竞争优势的损害。因此，这种侵权行为的法益保护是一个复合体，既包括市场竞争秩序的制度层面，也包括商业秘密权的个人层面。换言之，侵犯商业秘密侵权行为的社会危害性体现在对商业伦理道德的侵犯、对市场良性竞争的破坏以及因侵犯商业秘密而使权利人丧失竞争优势，鼓励竞争者积极参与技术发展，以不断增加知识产品的供给，实现社会整体利益的最大化。

4. 侵犯商业秘密罪“情节严重”认定标准

对司法实践案例进行梳理也可发现，侵犯商业秘密的案件的侵权行为并不是如出一辙的，在《知识产权刑事案件解释(三)》我国立法者有意识地在对不同不法行为类型作出区分，因此，在针对不同侵权行为时，也应当有意作出区分。

4.1. 根据行为类型对数额要素进行认定

侵犯商业秘密的行为类型模式多样化，对于不同的商业秘密侵权行为表现形式存在差异，不能以一种认定模式涵盖所有，因此，针对当前所存在的问题，有必要针对不同行为方式选择不同的数额认定标准。

4.1.1. 非法获取型

非法获取型包括两种类型：第一种是 219 条第 1 款第 1 项¹规定的从权利人处直接获取，第二种是 219 条第 2 款规定的，从权利人处间接非法获取。对于单纯的非法获取行为，行为人可能只是获取后自己持有，尚未有非法使用、非法泄露的行为，因此，一般来说不存在违法所得、非法经营数额等。对于司法解释提出的商业秘密的市场价值、研发成本以及许可使用费，该如何合理认定？

上文谈到侵犯商业秘密罪保护的法益是权利主体的商业秘密权，“情节”代表着法益侵害程度的高低。商业秘密权是一种无形财产，在商业秘密未对外界公开时，其价值依然保留，而非法获取行为并未按照正常的流程获得，破坏了权利人无形财产的保密性。非法获取商业秘密的价值越大，该行为对商业秘密的侵犯程度就越严重，而商业秘密的市场价值和许可使用费进行并不能体现商业秘密权无形财产的属性，商业秘密的价值更大程度体现在研发成本费用上，以研发成本费用认定非法获取商业秘密行为的数额要素比较适。

4.1.2. 违约型

违约型主要是针对合法获取后非法使用的情形，刑法第 219 条第 1 款第三项规定了合法获取商业秘密但非法使用的行为。违约型侵权行为的主体一般是负有保密义务的商业秘密研发或主管人员。有学者

¹“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”。

提出非法获取后使用的行为社会危害性较小,犯罪数额的认定方式也应当有所区别^[10]。笔者并不同意该观点,若立法上承认违约型行为的社会危害性小,在定罪量刑上必然会轻判,实践中侵犯商业秘密罪违约型占到相当一部分比例,行为人非法使用商业秘密,对权利主体造成的损失难以估量。根据司法解释规定的认定方式相较其他认定方式存在合理性和正当性。违约型犯罪数额是按照权利人销售利润的损失来认定。

4.1.3. 非法使用型

非法使用型侵权行为包括两种,第一种是自己非法使用商业秘密与非法获取后自己使用或者给他人使用的行为。侵权人非法使用和非法获取后再非法使用的认定方式应当存在差异。

单纯的非法使用行为的认定较为灵活,非法经营数额以及权利主体的损失数额可以作为认定依据并没有什么争议,但对于侵权人的违法所得数额认定方法,一直存在肯定说与否定说。笔者认为,在违法所得数额足以反映非法使用商业秘密行为法益侵害程度的视角下,应当将其作为定罪情节予以认定^[10]。对于非法获取后再非法使用的情形,法益侵害相较单纯的非法使用行为法益侵害性与社会危害性更大,前文所述。非法获取行为可以适用研发成本数额来认定,非法使用行为数额认定方式也多样化,因此,该类型的情节类型是复杂化的,若同时出现多种情节时,可以按照并存党的方式处理。

4.1.4. 非法披露型

非法披露行为并没有单独列出,而是与前几种行为类型融合了。非法披露包括不完全披露和完全披露两种,不完全披露包括219条第1款第2项中以非法手段获取商业秘密后予以披露和第三人披露,不完全披露的保密性尚存,完全披露意味着商业秘密彻底被公开,市场公平竞争秩序受到严重冲击,对商业秘密权利主体具有致命影响,相较其他的侵权类型,该行为社会危害性最大。

对于不完全披露的情形,司法解释并未明确如何认定损失数额,这就使得实践中存在很大差异,不完全披露虽然没有像完全披露那样使得商业秘密的价值完全丧失,却也给权利主体带来一定的冲击。在商业秘密安全性得到保障的情形下,第三人若要合法获取,必然要支付许可使用费,因此,笔者认为对于不完全披露商业秘密情形,可以适用许可使用费计算办法来评估价值。对于完全披露的情形,因权利主体的商业秘密权完全被破坏,应当按照商业秘密市场价值来认定犯罪数额。

4.2. 侵犯商业秘密罪中“情节严重”的非数额认定要素

4.2.1. 应当根据犯罪对象的差异性有所区分

商业秘密是知识产权的一种类型,在重新审视商业秘密的认定标准时必须清楚地认识到商业秘密在该罪构成要件中扮演犯罪对象的角色,对商业秘密应当有一个层次的划分,侵犯小规模企业商业秘密行为的社会危害性相较侵犯国家企业商业秘密行为的社会危害性较小,这都是由犯罪对象的认定决定的。商业秘密的性质不同可能影响量刑,创新程度可能也有同样的影响。因此,应将商业秘密的性质和创新程度列为基本违法领域之外的客观制裁条件。

4.2.2. 应当根据传播途径有所区分

新时代的科技更新速度令人咋舌,针对非法泄露型商业秘密侵权案件,行为人在非法获取商业秘密后如何传播,以及传播的范围如何在一定程度上都影响着法益的侵害程度。商业秘密传播的途径越宽、传播范围越大对权利主体的侵害成都越大,反之则越小,这对于行为人定罪量刑都具有非常大的意义。

5. 结语

侵犯商业秘密罪由“重大损失”改为“情节严重”,但是立法上由结果犯到情节犯的转变,《刑法

修正案(十一)》与《知识产权刑事案件解释(三)》都没有对该问题作出进一步回应,对“情节严重”如何认定存在分歧和争议。梳理以往的司法解释发现,始终围绕的是损失的数额如何细化,但在《知识产权刑事案件(三)》中不仅仅修改了数额,同时新增了其他非数额条款。鉴于此,若继续沿用《刑法修正案(十一)》施行以前的入罪条件,那将会违背《刑法修正案(十一)》中关于侵犯商业秘密罪修改的立法原意。因此,有必要针对不同行为的数额认定方法分类,除此之外,还应当审慎考虑非数额要素对定罪量刑的影响。

参考文献

- [1] 任静. 侵犯商业秘密罪“情节严重”的规范认定[J]. 江苏警官学院学报, 2021, 36(6): 22-28.
- [2] 彭学龙, 张成. 侵犯商标权罪评价标准的变革与完善: “情节严重”的体系化解释[J]. 知识产权, 2022(8): 106-126.
- [3] 陈文涛. 犯罪认定中的法秩序统一性原理: 内涵澄清与规则构建[J]. 华东政法大学学报, 2022, 25(2): 46-58.
- [4] 冯明显. 侵犯商业秘密罪罪量标准的教义学反思与改进[J]. 铁道警察学院学报, 2021, 31(6): 95-101.
- [5] 孙国瑞. 对知识产权行政执法标准和司法裁判标准统一的几点认识[J]. 中国应用法学, 2021(2): 87-99.
- [6] [德]汉斯·海因里希·耶塞克, 托马斯·魏根特. 德国刑法教科书(上) [M]. 徐久生, 译. 北京: 中国法制出版社, 2017: 747.
- [7] 陈晓东. 法规范论视角下的刑事违法性: 概念解读与司法适用[J]. 中国应用法学, 2022(6): 219-230.
- [8] 李冠煜. 论侵犯商业秘密罪的罪量要素: 以明确性原则为根据的审查[J]. 政法论坛, 2023, 41(3): 142-154.
- [9] 王莹. 情节犯之情节的犯罪论体系性定位[J]. 法学研究, 2012, 34(3): 126-145.
- [10] 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, 46(4): 216-226.