

商业秘密刑事条款与 新《反不正当竞争法》的衔接

谢焱*

目次

- 一、新《反不正当竞争法》对商业秘密的修订
- 二、侵犯商业秘密罪刑事法律的现状
- 三、新《反不正当竞争法》与商业秘密刑事条款的冲突和矛盾
 - (一) 商业秘密的定义发生了改变
 - (二) 行为方式进行了增补
- (三) 侵犯商业秘密罪的起刑点过时
- 四、新《反不正当竞争法》与商业秘密刑事条款的冲突解决方式和路径
 - (一) 社会危害性的区别对待
 - (二) 侵犯商业秘密罪的入罪标准

摘要 近年来,《反不正当竞争法》中的商业秘密条款被频繁修订,《刑法》中有关侵犯商业秘密罪的刑事条款和司法解释却没有随之更新。侵犯商业秘密罪应如何适用,两法如何衔接,成为当下的严峻问题。新《反不正当竞争法》改变了商业秘密的定义,增补了行为方式,《刑法》尚能应对,但侵犯商业秘密罪“重大损失”的标准过低,必须通过特别规定来解决。形式上有多种可能性,内容上要把握慎刑和谦抑原则,在划清民事侵权和刑事犯罪边界时要正确把握刑法的独立品格。具体说来,由于商业秘密涉及国家安全,要对有涉外因素的行为加重刑罚;对不同行为方式所体现的社会危害性进行质和量的区分,并与侵犯财产罪严格区分。另外,侵犯商业秘密的入罪标准“重大损失”过于单一、认定困难,建议增加“其他严重情节”。

关键词 反不正当竞争法 侵犯商业秘密罪 刑民界分

《反不正当竞争法》和《刑法》系我国目前制止侵犯商业秘密行为、打击侵犯商业秘密罪的主要法律。近年来,知识产权类法律法规、司法解释、司法政策的不断出台及完善,对相关知识产权的保护力度不断加大,诉诸刑事司法程序的侵犯商业秘密罪案件亦不断增多。随着《反不正当竞争法》(以下简称《反法》)的最新修订,在“三合一”审判模式下,作为法定犯的侵犯商业秘密罪在高位

* 同济大学上海国际知识产权学院副教授、法学博士。本文系 2018 年度国家社会科学基金青年项目“强保护背景下知识产权刑事司法一体化研究”(项目编号:18CFX067)的阶段性研究成果。

法已经历两次大修的情况下,应如何理解适用前位法,是以不变应万变还是非改不可,抑或如何做好两法衔接,正确定罪量刑,成为了立法和司法上亟待思考和解决的问题。

一、新《反不正当竞争法》对商业秘密的修订

我国《反法》制定于1993年9月,第一次修订于2017年11月,时隔24年;第二次修订于2019年4月,时隔仅1年半。修订的条款集中于商业秘密,相关条款分别为第9条、第17条第4款、第21条、第32条,规定内容主要涉及商业秘密定义、具体侵权行为的种类、赔偿计算的标准以及举证责任的分配。^{〔1〕}如果说2018年实施的《反法》是中国保护商业秘密的重要法治化标志,于2019年4月23日通过的《反法》则是对商业秘密保护的升级版。^{〔2〕}

在商业秘密保护通过《反法》修订得以不断加强之际,商业秘密本身的属性和性质究竟是信息还是具有财产性的利益,抑或是财产权,在很大程度上决定了法律能对之进行保护的强弱程度。2019年、2018年《反法》第9条沿袭1993年《反法》第10条,将商业秘密主体称为权利人,《民法典》第123条如出一辙,将商业秘密定义为知识产权的客体。据此,有学者认为,民法中加入了商业秘密,是对商业秘密作为民事权利的确权,对商业秘密的保护也应该是强保护,^{〔3〕}侵犯商业秘密罪应当是对财产权的侵犯,而不是市场秩序,故刑法中的侵犯商业秘密罪应该挪位至第五章。^{〔4〕}但结合《反法》来看,虽不能说是一种误读,但至少走得有点过远了。商业秘密即便作为一种民事权利,也要与其他知识产权有所区别。首先,商业秘密被规定在《反法》中,《反法》的重点不在于保护权利,而在于保护商业成果,制止不正当竞争行为。《反法》是弱保护、宽保护,而其他知识产权是强保护、窄保护;其次,商业成果具有非法定性,其他知识产权是具有法定性的专有权。实际上,包括专利权、商标权、著作权在内的知识产权之所以是排他权或对世权,是因为无论知晓与否,所有人皆是知识产权权利人的显在或潜在的相对义务人;而商业秘密的(保密)义务人仅为知晓该秘密的员工、合作伙伴和被许可人,故商业秘密权益是一种具有债权属性的对人权或权益。^{〔5〕}体现在法条上,商业秘密相关规定非常原则,虽然经过几次修改,商业秘密条款的内容不断扩充,侵犯商业秘密的行为方式也增加了,但几乎每个构成要件都需要进行特别解释,以回应司法实践中纷繁复杂的各类案件,这也充分体现了《反法》宽保护、弱保护的特点。

孔祥俊教授形象地将《反法》称为权利的“孵化器”,在一些法益不能归入权利而有保护必要时,可以纳入利益保护的范畴。利益保护不像权利保护那样确定,往往要进行具体的利益平衡。

〔1〕 相配套的司法解释尚未公布,目前的司法解释仍然是2007年发布的《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》中涉及商业秘密的规定,包括第9条至第11条,涉及商业秘密的法定构成要件、侵犯商业秘密的抗辩、客户名单、举证、民事责任等规定。由于司法解释并非立法,仅是对法律适用所作的解释,不因新法颁布而当然失效,但与新法规定相冲突的应适用新法。

〔2〕 2018年中美贸易争端全面爆发,美国不断指责中国企业存在大量窃取美国企业商业秘密的行为。2019年《反法》第二次修订正是在“内需外压”的时代背景之下,对如何强化商业秘密保护问题进行了新的探索。

〔3〕 包括笔者也曾有此观点,参见谢焱:《商业秘密刑事保护的理论证成和路径选择——以商业秘密最新相关立法为视角》,载《电子知识产权》2017年第11期,第14页。

〔4〕 参见莫洪宪、刘峰江:《法益转向:商业秘密私权确立之刑事应对》,载《电子知识产权》2018年第7期,第14页。

〔5〕 参见郑友德、王活涛:《新修订反不正当竞争法的顶层设计与实施中的疑难问题探讨》,载《知识产权》2018年第1期,第16页。

根据具体情形确定可保护法益,《反法》采取的是一种法益而不是权利的保护思路。^{〔6〕}故商业秘密就是这样一种言之凿凿却边缘模糊的法益。如果称之为权利的话,那么“权利”本身或许就已经做了扩大解释。

我国目前仍然采用《反法》来对商业秘密进行保护,可见其权利属性并非如其他知识产权权利那般“强”,《反法》保护力度也存在不可避免的“弱”的问题。所以,随着商业秘密的日趋重要,对商业秘密保护不断升级的需要和保护力度的不充分、不平衡成为了目前最大的矛盾。反映在司法实践中,商业秘密案件所涉内容具有秘密性、多样性、专业性的特点,商业秘密案件呈现出“三难”态势:即原告举证难、被告抗辩难、法院审理难。固然我们做研究的目的是厘清模糊边界,但如果寄希望于像其他知识产权权利那般边界清晰恐怕只能是徒劳,因为这归根结底是由商业秘密的属性决定的。

二、侵犯商业秘密罪刑事法律的现状

我国《刑法》第219条中规定了商业秘密的定义和侵犯商业秘密罪的定罪量刑标准。涉及该罪名的刑事司法解释有2004年《最高人民法院、最高人民检察院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》、2007年的《最高人民法院、最高人民检察院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(二)》、2011年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于办理侵犯知识产权刑事案件适用法律若干问题的意见》,再辅以最检、公安部关于知识产权刑事案件立案追诉标准的规定、各地检法的会议纪要等。与其前位法《反法》近些年频繁修订相比,《刑法》相关条例近年来无论是刑法修正案还是司法解释都没有更新。

当然,这个现象不仅存在于侵犯商业秘密罪,而且存在于整个侵犯知识产权罪中。从历次刑法修正来看,不难发现两个现象:第一,纵向来看,除了侵犯商业秘密罪以外,整个第三章破坏社会主义市场经济秩序罪中的第七节侵犯知识产权罪在刑法十次修正的历程中均无涉及,所有的刑法修正案都和第三章第七节无关。除此以外,第六章第九节的制作、贩卖、传播淫秽物品罪也是刑法中另一个修正案完全没有涉及的部分,是否也因其与知识产权相关,不得而知。第二,横向来看,刑法第三章规定的所有十一节的罪名,除了第七节以外,其他几节在几次修正中都或多或少予以了修订,而且改动幅度相比刑法其他章节而言比较大,这是由于市场经济的高速发展决定了刑法第三章也有必要做出相应变化,而唯独第七节侵犯知识产权罪却始终如一。究其原因,这显然不是因为侵犯知识产权罪的条款规定多严谨、立法思路多超前而不需要变动,相反正是由于对侵犯知识产权罪研究不深入、不透彻所造成。有学者认为,关于侵犯商业秘密的刑事责任问题,不论在法理上还是制度安排上现在存在很多、很大的问题,毫不讳言地说其是一种跛脚制度。^{〔7〕}有主办知识产权刑事案件的法官如是说:我们现在是用二十几年前的法律规定,在管着几乎年年有变化的知识产权各领域,个中的不相匹配是毫无疑问的。审判实践中所适用的司法解释或意见不成体系,只能碰到新问题想急办法。有的规定明显滞后或与其他法律规定相

〔6〕 孔祥俊在“上海市高级人民法院知识产权保护发展形势培训班”所作讲座《反不正当竞争法的新动向》,2019年5月20日。

〔7〕 参见何敏、刘春天、顾功耘、王闯:《商业秘密法相关问题研讨》,载《知识产权法研究》2017年第1期,第164、165页。

悖,比如把传播视为发行等。^{〔8〕}而这归根结底是因为知识产权相关罪名在刑法中往往是非重点罪名,换言之,在对知识产权的保护体系中更多地应适用民法而非刑法,这点本无可厚非。但很显然,随着商业秘密日益受到关注,如何科学合理地建构商业秘密保护的法律体系,使得民法、行政法、刑法能各司其职,有效地对各类商业秘密侵权、违法、犯罪行为进行惩戒和遏制,从而全面保护商业秘密,鼓励促进科技创新,成为一个重大课题。随着新《反法》对商业秘密的民事和行政保护再升级,《刑法》第 219 条和相关司法解释是否还能“招架得住”,对于刑事条款是否要进行变革展开研究已经迫在眉睫。在知识产权战略已经作为国家战略的今天,^{〔9〕}在模仿、盗版已经被创造、创新所替代的当前,我国知识产权刑法保护在立法理念、刑事政策、刑事保护对象和犯罪打击力度等方面与国际上知识产权刑事保护的大趋势是否相适应,与知识产权无形财产权的本质属性是否相适应等,都是我国知识产权刑事立法需要考虑的问题。由此看来,重新审视和构建我们的知识产权刑事保护体系已时不我待。

三、新《反不正当竞争法》与商业秘密刑事条款的冲突和矛盾

由于 1997 年修订版《刑法》(以下简称“97《刑法》”)侵犯商业秘密罪的罪状照搬了当时的 1993 年版《反法》(以下简称“93《反法》”)第 10 条,而《反法》第 10 条本身经历了 2018 年、2019 年的两次修订,就出现了 2019 年版《反法》第 9 条和《刑法》第 219 条表述上的明显冲突。主要表现在:

(一) 商业秘密的定义发生了改变

《刑法》第 219 条第 3 款对“商业秘密”下了定义,与 93《反法》第 10 条第 3 款一字未差,新《反法》第 9 条第 4 款将商业秘密定义从“能为权利人带来经济利益、具有实用性”修改为“具有商业价值”,在“技术信息和经营信息”后加了“等商业信息”,主要起到填补漏洞的作用,使商业秘密的定义更为严谨。例如:研发过程中失败的经验不具备实用性但具有商业价值;企业内部的经营管理信息不属于技术或经营信息,但也应作为商业秘密保护,因其使商业秘密非法获得者取得了竞争优势——这些与商业秘密制度的设立初衷和实质含义不违背。但从立法技术上来看,97《刑法》对 93《反法》从定义到行为方式的大量重复实则没有必要,反而画蛇添足,两部法律的立法和修法程序、难易程度大相径庭。侵犯商业秘密罪作为法定犯,大可使用常见的“空白刑法”的立法手段,使得商业秘密的定义直接援用《反法》相关规定,避免出现因前位法修订刑法衔接不上的困境。

(二) 行为方式进行了增补

新《反法》第 9 条的禁止性规定将侵犯商业秘密的行为分为四种:直接侵权、间接侵权、员工泄密和共同犯罪。首先,关于“直接侵权”的立法技术采用的是列举加概括的模式,从性质上看属于“不正当手段获取”。《刑法》第 219 条第 1 项列举的不正当获取的方式有:盗窃、利诱、胁迫;经两次修订后新《反法》列举的行为方式包括盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入,对比而言,有增有删——增加了“贿赂、欺诈”和“电子侵入”,删除了“利诱”(实际上“利诱”非法律术语,顾名思义“用

〔8〕 参见王利民法官(时任上海市徐汇区人民法院知识产权庭庭长)2019 年 4 月 28 日在同济大学的讲座:《知识产权刑事审判概要、问题及思考》。

〔9〕 继 2008 年 6 月国务院发布《国家知识产权战略纲要》的十周年后,2019 年国家知识产权局再次启动《国家知识产权强国战略纲要》制定工作,截至 2020 年 1 月,初稿已形成。

利益引诱”)。“用利益”即“贿赂”,“引诱”的结果则有两种:一种为被引诱的人陷入错误认识自愿交付商业秘密,属于“欺诈”;另一种是被引诱的人明知违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密,即属于共同犯罪的正犯情形。所以,“利诱”被拆分成了第1项的“贿赂、欺诈”和第4项的情形,分属两项,也正说明了二者的主观恶性和社会危害性不同,应给予不同的法律评价。至于增加“电子侵入”这种手段则属于刑法上的注意规定,而非法律拟制。即便没有法律的修订增补,在网络社会中,这种行为也应当被认为是不正当获取的手段。新《反法》新增了共同侵权“教唆、引诱、帮助他人”的情形,如实施侵权行为的人构成犯罪的便成为共同犯罪的正犯,而教唆、引诱、帮助者则为共犯。值得注意的是,刑法中的共犯通常仅指“教唆”“帮助”两种情形,这里的“引诱”实为承袭美国法中的“induce”而来,但实际上也可作为“教唆”外延所包含。

在行为方式上,《刑法》第219条并非不能包含新《反法》所增补的这些方式,通过对“其他不正当手段获取”做学理解释即可。对于共同侵权乃至犯罪的情形,适用刑法总则的共同犯罪理论,并不需要特别立法予以解决。

(三) 侵犯商业秘密罪的起刑点过时

根据新《反法》第21条,对于侵犯商业秘密的行为所要承担的行政责任有:由监督检查部门责令停止违法行为;没收违法所得;处十万元以上一百万元以下的罚款;情节严重的,处五十万元以上五百万元以下的罚款。在修订前《反法》第21条规定的两档罚款金额分别为“十万元以上五十万元以下”和“五十万元以上三百万元以下”。可见,行政执法部门针对侵犯商业秘密行为执法的罚款标准提高了,这一方面体现了对商业秘密保护的力度加大,另一方面说明随着时间推移,货币时间价值决定了货币购买力下降是必然趋势。法律中所规定的数额犯在几年后看来都会觉得“门槛”在实质性地降低。

《刑法》规定的侵犯商业秘密罪的入罪标准是“重大损失”,从2004年到2010年司法解释都将“重大损失”定为50万元以上,在如何认定“重大损失”的问题上做出了从“直接损失”到包括“间接损失”的扩大解释,但这个数额本身并没有变化过。如果说当下对这个金额所产生的“明显太低”的直观评价还不足以让人信服的话,那么新《反法》提高行政处罚的标准甚至出现了倒挂现象,实践中将导致在行刑衔接问题上产生积极冲突。除此之外,商业秘密侵权的民事赔偿额100万,酌定赔偿可达100—300万,也会引起刑民交叉的难解难分。假设行为人因侵犯商业秘密致权利人损失50万,可能面临三年以下有期徒刑或拘役的刑事责任,或者10万元以上100万元以下的行政罚款,抑或100万元的民事赔偿。行为人最后究竟承担什么法律责任,取决于权利人向哪个部门举报或起诉。这在一个阶梯性的法律责任体系中是难以想象的。知识产权司法政策强调“分类施策、比例协调”,在侵犯商业秘密“牵一发而动全身”的构成要件框架下,对于法律责任的承担更应体现比例原则。行政处罚标准的改变,亟待刑事责任门槛做出合理调整,以做到行刑衔接,对于《反法》第21条的“一般情形”和“情节严重”,《刑法》第219条第1款的“重大损失”和“特别严重后果”,需要立法、行政、司法部门协同做出解释。

综上,由于商业秘密侵权和犯罪构成要件最初的同一化带来的直接影响就是如今《反法》修订使《刑法》陷入了被动尴尬的局面。一方面,新《反法》与《刑法》衔接的问题,有一些可以通过学理解释和智慧司法得以解决,而有的则必须通过特别规定才能消除逻辑上的矛盾;另一方面,长期以来,侵犯商业秘密的刑民界限上存在交织,厘定出一条明确的路径异常困难,实践中刑民之间的交互适用反而导致一种逆反效应,侵犯商业秘密的行为不减反增,无论是《反法》还是《刑法》的法律效果和社会效果都有限。所以,无法与前位法形成对商业秘密阶梯式的保护,以解决这种冲突

和矛盾。

四、新《反不正当竞争法》与商业秘密刑事条款的冲突解决方式和路径

从法律渊源上来看,可以通过立法层面,也可以通过司法层面的有权解释来解决冲突。具体说来,权宜之计是可以先通过制定司法层面的有权解释,对侵犯商业秘密的刑事条款与新《反法》的衔接做出规定。待时机成熟,可考虑以《刑法修正案》的方式进行罪名的修订,未来也可通过专门立法的方式制定《商业秘密保护法》。

从实体内容上看,这就必然要求立法者重新审视侵犯商业秘密罪的相关规定,更进一步,则需要在刑法与民法之间划定一个相对清楚的界域。商业秘密保护属于民法领域可以解决的,就用民法解决;要动用公法,则必须要“上纲上线”。这里的“纲”和“线”是我们完善立法和相关解释要解决的问题。或者说,在商业秘密刑事条款修订过程中,重点要解决的问题是:商业秘密民事、行政、刑事责任的界限。

首先,从原则上来看,商业秘密作为知识产权的一部分,是一种财产性利益。刑法作为社会防卫的最后一道防线,任何民事关系当具有严重社会危害性时都会得到其调整和保障。但是侵犯商业秘密罪在刑法中并不是财产类的犯罪,而是被置于“破坏社会主义市场经济秩序”这一类罪,所以刑法和民法保护的侧重点不同。对于商业秘密的刑事保护,我们不能将其等同于民事财产性的权益来保护。从制度设计的本质来看,违反《反法》使权利人商业利益受损、竞争优势失去,由此带来的市场秩序的混乱才是刑法作为最后防线所应予以规范和调整的对象。所以,侵犯商业秘密的刑事责任门槛不宜过低,要坚持慎刑、谦抑原则。

其次,为了解决商业秘密民事侵权和刑事犯罪边界的问题,侵犯商业秘密罪的刑事构成要件应考虑侵犯商业秘密罪刑法保护的目的是在,根据刑法法益来重新做出考量。侵犯知识产权罪一节中无论是侵犯商标权、著作权还是专利权的犯罪都没有包含相应前位法中所有的侵权行为,而是做了一些取舍,例如侵犯著作权罪在主观方面要求有主观的超过要素“以营利为目的”,犯罪行为仅包含一种或几种侵权行为,销售假冒注册商标罪的犯罪行为亦是如此。而侵犯商业秘密罪的构成要件将所有侵权行为不加取舍地照搬,立法技术的粗糙和刑法的不具独立性难免被诟病。刑法是所有法律的最后保障法,因此刑法具有“二次法”的性质。关于刑法具有“一次违法性”还是“二次违法性”,学界素有争议。刑法作为“二次法”是对通过前位法无法得到有效保护的部分进行保障,所以前置法是刑法适用过程中的参酌性因素,^[10]前置法的存在并不当然否定刑法的独立价值判断。在法定犯的情况下,如果没有前置法对于相应权利的法律保护,刑法不能逾越加以额外保护;但在前置法已经保护的情况下,什么时候才要动用刑法,取决于刑法的独立性判断,这是由刑法法益的独立性所决定的。^[11]前置法所设定的体系、责任承担方式以及思维模式与刑法存在着一系列本质性的差别,^[12]而刑法的独立品格应体现在对于民事侵权行为在何时当认定为犯罪有所取舍,而不应该是民事不认定为侵权刑法却认定为犯罪,否则就违背了法律的基本逻辑。具体说来,主要有以下方面:

[10] 参见孙万怀:《生产、销售假药行为刑事违法性之评估》,载《法学家》2017年第2期,第143页。

[11] 参见谢焱:《知识产权刑法法益分析》,载《北方法学》2017年第4期,第16页。

[12] 参见前注[10],孙万怀文,第143页。

(一) 社会危害性的区别对待

1. 涉外因素作为加重情形

众所周知,我国近现代法学经历了西学东渐的法治化进程,先是从我国台湾地区、日本、德国汲取了大陆法系的精髓,知识产权法学又受到了以美国为首的英美法系的洗礼,这体现在我国刑法在侵犯知识产权罪的法律规范上打上了两大法系的烙印。与英美法系的实用性相比,大陆法系更注重传统法学的沿革和传承,强调在法学框架体系下进行拓展和延伸,这不可避免地带来一场“问题”还是“主义”之争。如何平衡在整个刑法典中侵犯知识产权罪与其他经济犯罪乃至非经济犯罪之间的关系;同时,知识产权刑事条款如何更好地符合我国知识产权发展的内需,促进我国知识产权保护,服务于创新驱动发展的国家战略,当是知识产权刑事保护这道最后防线应考虑的首要问题。

(1) 域外经验借鉴

商业秘密是企业的财产权利,关乎企业的竞争力,对企业的发展至关重要,它不仅影响企业的生存,而且在国际贸易中也已位居国家的安全战略位置。^[13] 针对侵犯商业秘密行为的刑事责任,美国早在1996年就在联邦层面专门进行统一立法,所颁布的《经济间谍法》(Economic Espionage Act)中将经济间谍行为视为与传统间谍行为相类似,其中规定了(外国人实施的)经济间谍罪和(本国人实施的)侵犯商业秘密罪两个罪名,个人刑事责任方面分别达到了最高15年和10年的有期徒刑,^[14]从这种区别对待可见美国早已将商业秘密视为国家安全的一部分。

与美国使用单行法的方式规定侵犯商业秘密的两个罪名不同,德国刑法没有专门针对经济间谍的罪名。德国刑法典第99条规定了秘密间谍活动罪:如果行为人“为外国势力的秘密情报机关”收集经济秘密就构成该罪。这里“外国势力的秘密情报机关”指具有国家目的的情报机关,不包括工业企业自己为收集经济情报而组织的情报机构。而类似美国经济间谍行为(即为国内外经济企业探察经济秘密危害企业的行为)在德国法中则是被普通商业秘密侵权行为所囊括,普通商业秘密侵权是指对企业所有的商业秘密的盗窃行为,其实施主体可以是受害企业自身的员工或者是竞争对手,也可以是外国政府。

通过第二部反经济犯罪法补充的犯罪构成,即修改后的德国反不正当竞争法第17、18和20条的规定规制了两种行为:一是禁止为国外的情报机关窃取经济秘密;二是禁止企业的工作人员泄露企业的业务秘密。其中,第17条规定了商业秘密犯罪的刑罚,经济间谍则被当作商业秘密犯罪的加重情形:“在特别严重的情形下……一个特别严重的情形就是商业秘密盗窃或泄露的行为人在实施该犯罪行为时已经知道该商业秘密将会被在国外使用或者其自身意图在国外使用该被窃的商业秘密。”可见,这里的受益人均包括外国私营公司在内的多元主体,不限于外国政府及其实际控制的机构,未将“外国政府获益”作为经济间谍成罪的要件。

相较而言,美国将经济间谍罪视为与传统间谍罪类似,是典型的身份犯,目的是加强对外国人在美国侵犯商业秘密的惩罚和预防。德国的立法则对于为谁获取经济情报做了区分,分别在刑法和附属刑法中予以规定。大致说来,为外国政府获取经济秘密的行为比为外国公司的更严重,而

[13] 参见宋世勇、邢玉霞:《美国〈特别301报告〉商业秘密问题综述与中国对策分析》,载《法学杂志》2019年第5期,第86页。2012年起,商业秘密在美国《特别301报告》中占据的篇幅越来越长,并将其定义为经济安全问题,与国家安全挂钩,从而将政治、经济、法律、国际地位等搭配组合升级为国家战略。

[14] 参见宋建宝:《美国侵犯商业秘密罪的量刑依据问题及借鉴——以美国〈经济间谍法〉为中心》,载《法律适用》2015年第2期,第45页。

为外国公司获取的则比为本国公司更严重。两国虽属不同法系，立法重点和方式有所不同，但对于侵犯商业秘密有涉外因素的情形均予以了加重处置。因为无论是外国人非法获取还是为外国政府或企业获取商业秘密，都将对国家的经济安全造成威胁或危害。

（2）商业秘密关乎国家安全

在现代经济社会里，一个企业的经营业务方面的能力，以及在国际和国内的竞争能力，在很大程度上取决于企业的业务秘密。在激烈的市场竞争中，一些人通过经济间谍千方百计地要获得与企业的业务秘密有关的情报，这些情报不仅包括企业在技术方面的秘密，例如，产品的生产、完善、加工的方法，以及所提供的服务种类和方式，而且包括企业在业务方面的秘密，例如，企业的资金平衡表、货源、客户名单、核算基础等情报。保护企业的秘密，因此成为打击经济犯罪的一个重要方面，因为企业在市场竞争条件下的业务秘密，不再仅仅具有个人法益的意义，而是对整个经济制度和竞争秩序具有价值。随着我国经济开放程度的不断提升，经济间谍成为威胁我国经济安全的新问题。例如，2009年的“力拓案”就引发了中国对国有企业面临的经济间谍问题的关注。2014年习近平在中央国家安全委员会第一次会议上提出的总体国家安全观中强调“以经济安全为基础”，^[15]而商业秘密往往涉及科技领域的核心技术，作为新科技的载体，不仅对经济安全，而且在很多方面都承载着安全重任。中国的商业秘密法治化应立足于整体国家安全观的新时代背景，根据立法、司法及企业法律风险管控体系方面的中国特色实际需要有序推进。

笔者认为，当侵犯商业秘密行为具有涉外因素时，或者行为人是外国人或者受外国势力的指使，获取商业秘密的目的是为外国企业等经济主体所用，抑或将非法取得的商业秘密带出境时，将对国家安全造成严重威胁，故对于这类情形应作为侵犯商业秘密罪的加重情形，或者作为行为犯来特别规定。

2. 刑法与民法的价值分野

刑法作为“二次法”，刑罚的严厉性决定了刑法对民法具有保障的属性，民法上制裁措施的不足性决定了刑法保障的必要性。侵犯商业秘密罪的构成要件要体现刑法和民法之间的这种关系，就应当对于不同行为方式所体现的社会危害性进行区分，对同具财产属性但体现不同法益的情形予以区分。

（1）行为构成的区分

新《反法》第9条的禁止性规定将侵犯商业秘密的行为分为四种：直接侵权、间接侵权、员工泄密、共同犯罪。其中第三种情形占据了司法实践中商业秘密案件90%的比例。刑法对当时《反法》中的侵犯商业秘密行为全盘照搬，是否入罪主要决定于“重大损失”的数额是否达标。在数额犯中，金额的大小固然是定罪量刑的重要依据，但不应当是反映和评价行为社会危害性的唯一依据。行为方式的不同在一定程度上反映了社会危害性的大小，故有必要对侵犯商业秘密多种行为方式所体现的不同社会危害性区别对待。对于最为常见的员工泄密情形要区别情况，具体问题具体分析，不能“一刀切”，要在鼓励创新和创业的背景下，在保护商业秘密权利人合法权益的同时维护员工的劳动就业权。例如，“违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求”本来就只是一种基于民事合同所产生的义务，违反该民事义务为何以刑法相向？笔者认为，刑法不能过度地干预经济活动，对于员工泄密的情形应当区分各种情形并加以适当的限

[15] 张历历：《总体国家安全观与“共同安全”》，来源：《环球》杂志，载新华网，http://www.xinhuanet.com/globe/2017-11/07/c_136717155.htm。

制,在权衡各种利益关系中以促进科技创新为终极目标。例如,员工在非法获取商业秘密后依赖该商业秘密进行同类业务的经营,作为经营者成为原企业的竞争对手,其行为危害性一般比普通的员工跳槽危害性要大。

(2) 与普通侵财类罪的区分

知识产权的本质属性是无形财产。但侵犯知识产权罪的性质却与普通侵财类犯罪有明显不同。首先,侵犯知识产权罪的入罪数额/金额远高于普通侵财类犯罪(如盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪),而前者法定最高刑却低于后者,两者成反相关关系。其根本原因是普通侵财类犯罪是自然犯,而侵犯商业秘密罪是法定犯。随着法定犯时代的到来,关于违法性认识错误问题的意义与复杂性更为凸显。在侵犯商业秘密的情形下,由于商业秘密的特殊性,权益的边界有时较为模糊,对于民事权利的认定尚且存在不同观点和争议时,民事诉讼或其他争议解决方式所特有的调解和和解方式更利于定纷止争。而刑法的侧重点通常不同,刑法解决的是行为人是否要承担刑事责任以及承担多大的刑事责任的问题,其严肃性决定了其谦抑性。刑法坚持主客观相统一原则,关注的是行为人的主观恶性、可谴责性以及客观上所造成的社会危害性。固然行为人对法律的认识错误原则上不会影响对于刑法的适用,但大幅高频的法定犯立法,加剧了“不知法者不免责”的传统观念与责任主义的冲突。^[16] 如果知识产权犯罪在专门人士看来尚且边界不清,那么更无法对行为人做出期待可能性的要求。根据罪刑法定原则,侵犯商业秘密罪的构成要件只有明确、清晰,才使得刑法具有一般预防的功能,才能使其成为称职地对犯罪行为人加以苛责的刑事条款。而目前所存在的,根据知识产权是无形财产的民法论断,就将侵犯知识产权罪与侵犯财产罪在刑法上进行比对,并得出前者刑事责任过低的论断的做法,显然有违刑法的独立判断标准。

(二) 侵犯商业秘密罪的入罪标准

1. “重大损失”的计算

(1) 司法解释和计算方法

侵犯商业秘密罪在司法实践中的一大难点是“重大损失”该如何量化。当前商业秘密的价值并不是实际价值,其表现形式多为无形财产,其价值自然也多以一种长远利益损耗的形态展现,必然造成损害后果认定上的困难。在所能查阅到的侵犯商业秘密刑事案件中,几乎所有案件的控辩双方都会围绕“重大损失”的计算标准展开争论,法院所做的判决也经常会因为“重大损失”的计算标准不能服众而导致被告人上诉或者检察机关抗诉。

涉及“损失”的几个司法解释分别为2001年《最高人民法院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》、2004年《最高人民法院、最高人民检察院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》和2010年《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定(二)》,从中可以发现对重大损失的计算从“直接经济损失”变成了“损失”,故计算侵犯商业秘密的重大损失不仅包括了直接损失,还应包括间接损失。但不管是直接损失还是间接损失,具体如何计算、是否仅指收入的减少或者收入增幅的减少、是否要与侵权人的销售金额或者获利所得相挂钩,这些问题在规定的中并没有被明确。于是在实践中创设出各种各样的关于“重大损失”如何认定的学说,这是因为“重大损失”司法认定的一般逻辑是:刑法规定构成侵害商业秘密罪要求“造成权利人的重大损失”→相关司法解释进一步确定为“造成权利人经济损失的具体金额”→反映“权利人的经济损失”最有力、逻辑自洽的观点是“权利人利益损失说”,但欠缺可操作性→理论和实务借鉴其他“认定民事损失”方式予以弥补,相继提出“侵权人获利说”“商业秘密成

[16] 参见车浩:《法定犯时代的违法性认识错误》,载《清华法学》2015年第4期,第22页。

本、价值说”^{〔17〕}等观点。

(2) 承引关系和逻辑推演

纵观这林林总总的计算方式,我们可以发现,学者及司法工作者自然而然地参照了知识产权民事领域的相关规定来确定“具体损失金额”。例如,93《反法》第20条第1款规定了“民事责任及范围”：“经营者违反本法规定,给被侵害的经营者造成损害的,应当承担损害赔偿责任,被侵害的经营者的损失难以计算的,赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得利润……”这也是2010年司法解释将“给商业秘密权利人造成损失数额”和“因侵犯商业秘密违法所得数额”等同化的理由。

2007年《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17条规定：“确定反不正当竞争法第十条规定的侵犯商业秘密行为的损害赔偿额,可以参照确定侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行;因侵权行为导致商业秘密已为公众所知悉的,应当根据该项商业秘密的商业价值确定损害赔偿额……”参照侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行计算,根据《专利法》和相关司法解释,提出了四种计算方法:一是按照权利人因被侵权所受到的实际损失确定,计算公式为因侵权减少的销售量乘以每件产品的利润;二是按照侵权人因侵权所获得的利益确定,计算公式为侵权产品的销售量乘以每件产品的合理利润;三是按许可费的倍数合理确定,倍数为1—3倍;四是法定赔偿数额,1—100万元之间。而根据2007年民事司法解释,“因侵权行为导致商业秘密已为公众所知悉的,应当根据该项商业秘密的商业价值确定损害赔偿额”。从刑法到民法的承引关系可以解释上述“重大损失”的各种计算方法,但问题是可否将民事中计算的方法直接引入刑事领域?是否可以用侵权人的侵权获利来替代计算呢?几种方式都可以测算,那适用起来有无优先次序?首先,这里针对的是解决“损害赔偿额”的问题,而不是解决认定损失究竟有多少的问题,所以不能当然等同。“赔偿权利人损害”的原因是权利人因侵权受损,损害赔偿数额的依据是权利人受有多大损失,所以损害赔偿数额一定程度上反映了权利人受到的损失——但至少排除民事法律所规定的法定赔偿数额,因为在刑法上不符合罪刑法定原则。

从民法本身来讲,专利权是以公开换独占,商业秘密是以私密换优势,保护方式的不同决定了损失的计算也会有所差异,所以商业秘密参考专利的计算方法难免差强人意。另外,由于刑法和民法的立法目的和制度安排的不同,民事法律关系的客体是物和人,而刑事法律关系的客体是某一种社会关系,故两部法律功能的不同导致了民事侵权的损害和刑事损害不是一个意义上的概念。当论及侵权损害赔偿时,民法的意义是为了将来解决赔偿问题,比如商业秘密本身价值如何、侵权人的获利状况如何、侵权人侵权行为给权利人造成的损失如何。这也是作为民事侵权的计算时需要考虑的问题。但是刑事损害考量所解决的不是赔偿而是刑事责任的问题,所以它专注的应是犯罪行为给权利人和这个社会造成了多大损害的问题,所以对于“重大损失”的认定应当有独立的判断价值和标准。从这一严格意义上讲,商业秘密的价值如何以及犯罪行为人的获利状况,本不应该在刑事责任考量的范围内。

可以预见的是,“重大损失”的计算将作为一个亘古难题长期存在下去,如何找到比较好的计算方法还需要我们在实践中不断摸索,归纳实践中的经验,提炼出既具有实际操作可能又符合刑法目的和法律位阶的计算标准。

2. 侵犯商业秘密罪的犯罪构成类型

结果犯及行为犯是两种犯罪完成形态的表现形式。侵犯知识产权罪均以损害结果的发生作

〔17〕 参见杨帆:《侵犯商业秘密罪“重大损失”司法认定的困境、成因及突破——以“刑、民损失”认定区分为切入点》,载《政治与法律》2013年第6期,第55页。

为犯罪构成要件,侵犯商业秘密罪也不例外。根据现行刑法,是否认定为“重大损失”是该结果的唯一指标。而“重大损失”的难以认定在司法实践中有目共睹——耗费大量司法成本,却未能取得良好的法律效果。故笔者另辟蹊径,建议增加“其他严重情节”,与“重大损失”一起作为侵犯商业秘密罪的构成要件。理由如下:

首先,刑法将侵犯商业秘密罪规定为结果犯,导致在司法实践中认定犯罪时不能综合考虑侵权人的其他严重情节,不利于打击有相当社会危害性的侵犯商业秘密行为。刑法其他条文有将“造成重大损失”与“其他严重情节”均作为定罪标准的立法范例,如《刑法》第221条损害商业信誉、商品声誉罪。

其次,在侵犯知识产权罪中,以“情节严重”作为要件的有假冒注册商标罪,非法制造、销售非法制造的注册商标标识罪和假冒专利罪。“犯罪构成的定量限制应当贯彻统一原则,当然不是指对所有需要进行定量限制的不法行为确定一个统一的构成犯罪的定量标准,而主要是根据类似情况类似处理的精神。对同一种犯罪应当确立统一的定量标准。……犯罪构成定量标准的统一原则还意味着对性质近似的犯罪的定量标准应当接近。”^[18]以“情节严重”作为知识产权犯罪构成的共同描述性要件,有利于在对同类犯罪客体进行犯罪构成定量限制时保持统一。

再次,《刑法修正案(九)》对贪污、受贿犯罪数额规定得过于具体以及规定的方式带来的偏重数额考量的弊端做了较大幅度的修改,删除了贪污罪、受贿罪处罚的具体数额的规定,明确采用了“不确定数额+情节”的定罪量刑标准。^[19]且从《刑法修正案(九)》对贪污、受贿罪处罚条款的修改中对“情节”的强调来看,“数额+情节”的立法模式将成为我国刑事立法的发展方向。^[20]修改之后,再由司法解释根据经济形势和相关情况,明确“重大损失”的具体数额和情节标准。

关于情节如何认定,亦有不同观点。一种观点认为,“一旦采取以违法与责任为支柱的三阶层或者两阶层体系,就会认为,作为整体的评价要素的‘情节严重’中的情节,并不是指任何情节,只能是指客观方面的表明法益侵害程度的情节”;^[21]另一种观点认为,“犯罪情节既包含主观事实,又包含客观事实,我国刑法分则规定的犯罪情节,属于特定的价值评价要素,在内容上融主客观事实于一体,通常需要进行一体化的价值评价”。^[22]

笔者认为,在侵犯商业秘密的情形下,“严重情节”的增设是为了解决“重大损失”所不能包含的社会危害性表征,故均应为体现法益侵害程度,即违法性的客观事实。“其他严重情节”可以从三个方面综合判断:第一,能够具体量化的除经济损失数额以外的其他反映情节严重的犯罪数额,如违法所得、非法经营数额;^[23]第二,被侵犯商业秘密的价值——商业秘密的价值越大,当然反映行为的社会危害性越大及情节越严重;第三,商业秘密披露的范围广泛、价值贬损严重,如侵犯研发期的技术秘密造成研发价值贬损等。

[18] 梁根林:《刑罚结构论》,北京大学出版社1998年版,第257页。

[19] 参见张旭:《也谈〈刑法修正案(九)〉关于贪污贿赂犯罪的修改》,载《当代法学》2016年第1期,第4页。

[20] 参见陈洪兵:《“情节严重”的解释误区及立法反思》,载《湖南大学学报(社会科学版)》2019年第3期,第148页。

[21] 张明楷:《犯罪构成体系与构成要件要素》,北京大学出版社2010年版,第242页。

[22] 李晓明:《刑法学总论》,北京大学出版社2016年版,第279页。

[23] 诸多有关“情节严重”的司法解释,将违法所得数额大解释为情节严重。例如,《最高人民法院、最高人民检察院关于办理侵犯公民个人信息刑事案件适用法律若干问题的解释》第5条第7款规定,“违法所得5000元以上的”属于侵犯公民个人信息罪中作为定罪情节的“情节严重”;类似规定参见2011年8月1日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理危害计算机信息系统安全刑事案件应用法律若干问题的解释》第1条。

如果说在单一刑法典的框架下,将侵犯商业秘密罪纳入刑法典本身就存在“先天不足”的毛病,那么,随着社会发展的日新月异,《刑法》中“我自岿然不动”的商业秘密刑事条款难免会出现适应不能的症状。法律的生命在于实践。在侵犯商业秘密的刑事司法实践中,当疑惑和困难已经超越了司法本身所能解决的范畴时,我们必须追根溯源,寻找“初心”,即让刑法作为保护商业秘密的最后一道屏障发挥应有的作用,而这只有通过将《刑法》和《反法》更好地衔接,尊重知识产权的法律体系,方能实现。期待继中美贸易战之后,对商业秘密刑事条款与新《反法》如何衔接的研究将有助于建立一套比较完善的保护机制,以更有效地保护商业秘密。

Abstract With the revision of the Anti-unfair Competition Law, the criminal provisions and judicial interpretations of the crime of infringement of trade secrets in the Criminal Law have not been updated in recent years. How should the crime of infringement of trade secrets be applied, and how these two laws are connected have become the present serious problems. The new Anti-unfair Competition Law has changed the definition of trade secrets and supplemented the types of infringement, which Criminal Law can also cope with. However, the unbalanced standard of “significant loss” for the crime of infringement of trade secrets must be resolved by special regulations in different possible ways. As to the content, we must stick to the principle of prudence and modesty, and correctly understand the independent character of Criminal Law when we draw the boundaries of civil torts and criminal offences. Specifically, since trade secrets involve national security, it is necessary to aggravate penalties for acts involving foreign factors, to distinguish the quality and quantity of social harm embodied by different acts, and to strictly distinguish from property crimes. In addition, the singular standard of “significant loss” for the crime of infringement of trade secrets is so difficult to identify, which is suggested to add “other serious circumstances”.

Keywords Anti-unfair Competition Law, Crime of Infringement of Trade Secrets, Boundary of Civil and Criminal Law

(责任编辑:陈可倩)