



侵犯商业秘密罪研究

周光权

侵犯商业秘密罪，是指采取不正当手段获取商业秘密，或者非法披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密，给商业秘密的权利人造成重大损失的行为。侵犯商业秘密罪是新刑法增设的罪名，如何理解刑法第219条第3款所规定的商业秘密概念，如何认识侵犯商业秘密罪的实行行为，如何确定损害后果和犯罪成立之间的关系，都是需要仔细研究的问题。本文主要围绕这几方面进行分析。

一、对象

本罪侵害的对象是商业秘密，即不为公众所知悉、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。

商业秘密必须具备以下特征：（1）不为公众所知悉（新颖性）；（2）能够实际投入生产或者经营（实用性）；（3）能够为权利人带来经济利益（价值性）；（4）权利人对商业秘密采取保密措施（保密性）。如何从司法实务的角度认识这些特征，有很多被刑法学界所忽略的问题值得讨论。

（一）新颖性

1. 新颖性的含义

商业秘密的新颖性表现在其“不为公众所知悉”。这里的“公众”，一般是指有可能从该商业秘密的利用中取得经济利益的同业竞争者，而不是泛指所有的自然人。所以，商业秘密的新颖性是相对而言的，有行业和地域的限制。

判断商业秘密的新颖性，应当考虑以下因素：（1）技术信息是否在公开发行的出版物上发表。这里的出版物，是一个广义的概念，包括正式出版的书籍、报刊、专利文献及打印材料、广告资料等其他书面形式的出版物；同时还包括缩微胶卷、录音、录像等。如果在出版物上将商业秘密公开或者将载有商业秘密的资料予以散布，将直接导致其秘密性和新颖性丧失。（2）技术信息是否被公开使用。商业秘密如果广泛应用于工商、教学或者科研等部门，或被权利人出示、销售或者交换利用，或被个人展览、实施、销售、转让等，原则上属于公开使用，即在可以为公众了解、掌握的条件下使用商业秘密。（3）以其他方式为公众所知悉。这包括口头谈话、报告发言、视听报道等方式泄露商业秘密，也包括用模拟演示的方法使公众了解商业秘密的内容。

2. 技术信息不可能整体上具有新颖性

作为商业秘密的技术信息，不可能在整体上具有新颖性，权利人只能就其关键技术主张新颖性。例如，人民币点钞机部件产品由机械结构、电子电路、软件三大部分组成，如果某公司认为自己可适用于新版人民币的新型点钞机技术秘密被侵犯，司法机关就不能将该点钞机的机械结构、软件、电子电路三部分在整体上视作商业秘密。最高人民法院在其公布的侵犯商业秘密民事判决中，就对应当明确界定技术秘密的具体内容和范围这一问题有过指导意见，即法律对技术秘密等商业秘密的保护只能以该具体明确的内容和范围为对象。在司法实践中，不能将某个机器或产品的全部技术都看作商业秘密，商业秘密必须是具体地表现在产品当中个别部分的具体功能和作用原理。因为事实上某部机器或某项产品不可能全部属于商业秘密，它的一些部分技术总是从已知技术成果中移植过来的。

此外，权利人就技术秘密的核心部分申请专利的，配套的附属设备一般不具有新颖性，商业秘密不存在。例如，A公司开发的新产品的机械部分与现今市场上公开销售的产品区别在于：新产品内置电脑芯片，属于智能性尖端设备。但是，A公司以“高精度装置”的名义对电脑芯片装置申请实用新型专利，将该芯片装置的具体尺寸数据予以披露的，同行业人员就能够根据该尺寸推断出与电脑芯片相衔接的附属非关键产品的尺寸大小，所以，与电脑芯片匹配的机械部分设计的技术信息因申请专利而失去其新颖性，权利人不能就配套的附属设备主张商业秘密权利。

3. 因特网与经营信息丧失新颖性的途径

经营信息因为多种原因而为他人所知晓，其新颖性丧失。在网络时代，权利人对因特网的利用也可能使其商业秘密权利丧失，这是在审判实践中需要注意审查的。例如，A公司研制出新型点钞机技术后，随即召开“人民币新型鉴别机具演示暨新闻发布会”，向社会公开展示了针对第五套人民币的新型点钞机和包括W机识别模块等在内的验钞机具，并通过传统媒体、因特网报道这套新型鉴别机具由B公司等合作开发的信息。新闻发布会上，B公司公开散发了印有此新型点钞机的彩色照片，以及该产品由B公司负责生产的资料。全国数百家传统点钞机生产厂商由此知晓了B公司需要生产大批量点钞机部件的信息。B公司还在其网站中公开展示点钞机及其供需信息，并在网页中一并提供公司地址、联系方式等信息。假设C公司长期以来，与B公司合作，并且和B公司签订4万台新型点钞机生产合同。C公司聘用的技术开发人员甲发现C公司生产能力有限，而将B公司需要大量点钞机部件产品的信息告知D公司时，是否属于侵犯经营信息？

此时，需要特别考虑：B公司的经营信息在甲将其告知D公司之前是否已经丧失新颖性。应该说，对人民币发行业务极其关注的业内人士，在人民币新版出现后，对新型点钞机的市场需求大都知晓。如从公开的媒体报道中可以看到：相关专家在公开演讲等场合提到市场上对新型点钞机的总需求量是数以百万台。B公司在其自己网站上公开承认其生产目标锁定在数十万台。那么，B公司需要在C公司之外寻找其他合作开发者的经营信息就不具有新颖性和秘密性。因为数量如此之大的业务，不是任何一家点钞机生产企业能够独自承担的，C公司自然没有如此之大的能力。B公司除与C合作外，因为生产规模较大等原因，需要与其他企业合作。只要这种合作没有影响C公司向B公司供货的总量，C公司就无权干预D公司与B合作的事宜。C公司将B寻找新的合作伙伴、其他企业与B合作的行为作为侵犯经营信息看待，超越了自身权限范围。由于网络技术的发达，经营信息公开化的途径增多，在相关企业知悉B公司需要合作商的情况后，都会对承接B公司配套产品的生产业务感兴趣，D公司出面与B合作也就在情理之中。甲即使明确将B公司需要大量点钞机部件产品的信息告知D公司，也不属于侵犯经营信息。

4. 新颖性的证明

权利人应当有相应证据证明自己的商业秘密具有新颖性。在实践中，有的权利人并不能证明自己是某一技术秘密的权利人，其关于商业秘密权利被侵犯的主张自然不应该得到支持。因为商业秘密是一项知识产权，是一种权利。既然是一种权利，主张权利者就应当有证据证明自己对某些专有技术的独占权。例如，权利人要主张某软件技术属于自己所有，就应当明确软件开发中的哪些内容是不易获得的，具有一定区别性的，是应当保密的。权利人必须证明的内容主要包括两部分：计算机源程序和开发资料。开发资料又应当包括开发过程中不同阶段的资料，如需求分析、论证报告、程序结构、设计说明、测试报告、流程图、各版本软件和终极版本、开发合同等。另外还应包括开发中所使用的技术分析资料，如参数定义、模块定义、变量定义、模块关系等。这就是说，商业秘密的新颖性和某种程度的确定性是联系在一起的，商业秘密的权利人必须能够界定秘密的具体内容并划清其界限。对此，有学者明确指出，权利人应当能够说明商业秘密由哪些信息组成，组成部分之间的关系是什么，该信息与其他相关信息如何区别，如何将该信息付诸实施。[1]

在权利人无法提供上述证据证明自己的商业秘密权利存在的场合，司法机关应当要求权利人提供其他足以证明其商业秘密权的说明书、图纸等其他文件，以便于进一步确定权利人是否拥有商业秘密。如果在关于证明权利人是某一项技术成果的权利人的证据上，只有一系列证人证言“说”某项技术属于权利人，却没有诸如专属于权利人的图纸、模具、说明书、开发计划、开发资料、测试报告及相关费用的证据，要判定行为人侵犯技术秘密，缺乏必要的前提。因为不能排除行为人在应商业秘密的权利主张者的要求从事合作技术开发前，已经掌握了有关技术信息这样的情况存在。所以，权利人单纯有商业秘密被侵犯的控告，但是不能证明商业秘密存在，不能证实自己的商业秘密具有新颖性的，刑事案件不可能成立。

（二）价值性、实用性

某一技术信息是否能够成为商业秘密，还必须考虑该技术是否能够被推广适用，或者在经营活动中确实能够发挥作用，能为权利人带来经济利益。所以，商业秘密的价值性，是指技术信息或经营信息具有可确定的应用性，能够为权利人带来经济利益和竞争优势。商业秘密的实用性，是指其必须能够用于生产、

贸易或管理活动中，并能产生积极的效益。在我看来，实用性和价值性是一个问题的两个方面，具有同一性。如果实用性特征不具备，价值性就无从谈起，商业秘密自然就不存在。

要从民事上更为周延地保护商业秘密，就有必要承认商业秘密的价值包括现实的价值和潜在的价值。有的人认为，在刑法上也应当如此看待商业秘密的价值性，即不管商业秘密是已经研制成功，可以立刻投入市场，还是正在研究、开发、试制中，不管某一商业秘密的经济价值是快速的，投入市场后收效迅速的，还是长期的，要在相当长时间以后方能显现其效用的，也不论某一秘密给权利人带来的竞争优势是十分确定的，还是仅仅可能的，均具有商业秘密的价值性。[2]这种观点值得商榷，在商业秘密的价值性、实用性问题上，刑法应当有其独特的评价标准。因为刑罚措施涉及对被告人的生杀予夺，极其严厉，作为一种最后手段，刑法上的评价必须严格而谨慎。如果商业秘密只具有现实的应用可能性，但是事后证明，其投入批量生产时存在重大缺陷，难以在实际中应用的，不具有刑法上所讲的实用性、价值性，用民事法律保护即为已足，不需要动用刑法惩罚侵权人；而且将不能实际投入生产的商业秘密在刑法上加以保护，会遇到刑罚适用上的难题，因为构成本罪要求行为人给权利人造成重大损失，在商业秘密本身不能立即投入生产之时，权利人的损失数额难以确定，行为人的侵权行为并不完全符合侵犯商业秘密罪的构成要件。

所以，在刑事司法实践中，必须注意：有的技术秘密表面上看可以投入生产过程，但是由于其实用性欠缺，或者存在重大缺陷，无法进行批量生产，并不能为权利人带来经济利益的，即认为价值性、实用性欠缺。例如，某一种传染病快速检测装置虽然早在5年前就研制出来了，但由于检验准确率有限，迄今为止还没有正式投放市场的，无论研制、开发者的经济投入多大，虽然其可能存在潜在的价值，但在刑法上也不能认定其具有实用性，自然不具有经济价值，不法取得或者使用该技术秘密者可能应承担民事侵权责任，但是不应承担刑事责任。

（三）保密性

商业秘密是否具有保密性，关键在于权利人是否采取保密措施。这些措施具体包括：（1）企业制定有关保守企业技术或信息秘密的有关规定，明确商业秘密的种类、范围、密级、管理职责、违规处罚等，以此来约束企业职工履行保密的义务。（2）企业与职工签订保密协议，用合同的方式来约束知晓商业秘密的人。劳动法第22条规定，劳动合同当事人可以在劳动合同中约定保护用人单位商业秘密的有关事项。劳动法第102条规定，劳动者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，应当依法承担赔偿责任。（3）在合作技术开发合同、技术转让合同中订立保密条款；（4）通过技术手段进行监控，如设立防盗装置、电子监视系统等。

那么，对采取保密措施就不能简单理解为：对相关文档妥善保管、分类管理，采取技术性或者物质性保密手段，限定知情人范围，限制复制、限制脱离一定区域。采取保密措施在很多情况下都要求权利人与相关人员订立保密协议。

在有的案件中，权利人自称其制定了保守企业秘密的相关制度，作为正式的文件，可以认定为一项保密措施。但是，需要注意，该制度下发后，只对企业内部职工产生效力。不能约束非企业职工的其他人。换言之，对商业秘密要保守，仅仅有规章制度是不行的。尤其是对本公司员工以外的其他相关人员，更应该有特别的书面保密协议。例如，在聘用合同中，聘用单位应与这些人签订专门的“不得将公司的技术用于被聘方或告知第三方”的保密条款；在技术合作开发关系、联合经营关系甚至供销关系中都应对保密义务有书面合同予以明确。在知晓秘密者不是权利人所在单位职工，而是平等的技术合作开发者时，只有在其与其签订书面的、明确的保密协议之后，才能要求其承担保密义务，否则就是对其科加了过多的义务。权利人没有与知晓秘密的合作开发者签订关于保守企业秘密的专门协议，说明其对自身技术是否具有独创性、新颖性没有把握，或者说明其对自身技术是否需要保护毫不在意。所以，对这样的技术，没有必要作为商业秘密加以保护，不是刑法上所讲的商业秘密。

二、实行行为

根据刑法第219条第1款、第2款的规定，侵犯商业秘密的行为主要表现为：（1）以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密；（2）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；（3）违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求，使用或允许他人使用其所掌握的商业秘密；（4）明知或应知前述三种违法行为，获取、使用或者披露他人商业秘密的行为。

上述犯罪的实行行为，可以概括为四种行为类型：一是采用非法手段获取商业秘密，既可能是采用不正当手段直接从权利人手中获取，也可能是从侵权行为人那里获取；二是非法披露商业秘密，既可能是采用不正当手段或从非法途径获取者披露，也可能是合法知悉者违反保密义务而披露；三是非法使用商业秘

密，既可能是采用不正当手段获取者直接使用，也可能是合法知悉者不经权利人许可而使用；四是非法允许他人使用商业秘密。下面，对实行行为中的相关重要问题加以讨论。

（一）非法获取

非法获取商业秘密，是指以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密。以非法手段获取他人的商业秘密，是最为常见的侵犯商业秘密行为。不过，单纯获取商业秘密的行为，对权利人而言通常不会有现实的危害性。获取商业秘密者一般在不法取得后又实施了非法披露、使用或者允许他人使用的行为，才会受到刑法的追究。因此，迄今为止，尚未出现一起单纯的不正当获取商业秘密的刑事案件。那么，非法获取商业秘密的行为，是否有必要单独规定，确实值得进一步推敲。

盗窃，一般是指通过窃取（包括复印、照相、监听、模拟等先进技术手段）商业秘密的载体而获取商业秘密。窃取的可以是反映商业秘密的材料原件（如文件资料、磁盘磁带等），也可以是原材料的复制品。在特殊情况下，不窃取商业秘密的有形载体，如私下阅读权利人的商业秘密，然后凭记忆加以再现的，也不失其为窃取。

对于盗窃商业秘密，值得研究的问题是：刑法第219条所规范的主要是行为人明知是商业秘密而加以窃取的情形。至于行为人以窃取普通财物为目的，实际取得商业秘密的，属于抽象的事实错误。由于行为人不具有盗窃商业秘密的故意，所以，如果该商业秘密符合财产罪的价值标准，应在主客观相统一的范围内，以盗窃罪处理，而不成立侵犯商业秘密罪。但是，不知是商业秘密而加以窃取，事后发现是商业秘密时仍然进行披露、使用或者擅自允许他人使用的，属于有非法获取商业秘密以外的其他犯罪手段，仍然可以成立侵犯商业秘密罪。

利诱，是指以物质利益或其他好处诱惑他人，使其告知商业秘密。实践中常见的是以高薪为诱饵，通过挖走知情雇员而获得商业秘密的情形。有观点认为，这里的利诱包括引诱、欺骗两种手段。[3]但是，将欺骗也解释为利诱可能存在问题。利诱，是以能满足他人某种物质或者精神需求而进行诱惑；欺骗，则是编造谎言或隐瞒真相，以事实上根本不存在或不可能实现的利益进行诱惑，它们之间有实质的不同。当然，不将欺骗解释为利诱，并不等于对以欺骗方式获取商业秘密的行为就放任不管。实际上，通过欺骗方法非法获取商业秘密的，完全可以看作以“其他方法”不正当手段获取权利人的商业秘密的情形。

胁迫，是指对知悉商业秘密的人进行恐吓、威胁，以达到精神上的强制，从而迫使其提供商业秘密。被胁迫的人可以是商业秘密的权利人，也可以是与商业秘密权利人有关关系的第三人。

其他不正当手段，是指侵占、抢劫、抢夺载有商业秘密的技术资料，或者通过虚假陈述、电子侦查、录音录像等手段获取商业秘密。不是用非法手段，而是用正当合法的手段获取商业秘密的，不构成对商业秘密的侵害。如利用公开发行的报刊、杂志、产品信息或在其他公开场所进行观察、研究，所得出的结论偶然地与他人的商业秘密相一致的；以及通过权利人的许可获知商业秘密等，都不能成立本罪。[4]

（二）非法披露

披露，是指行为人以作为方式将非法获取的商业秘密告知权利人以外的第三者，或将商业秘密的内容公布于众。披露并不要求具有公然性，向特定人公开，或者不特定的少数人公开，都是披露；披露的公开化程度，一般不影响披露行为的成立；披露的方式多种多样，披露是以口头方式（向他人直接口述秘密内容，或利用广播、电视等新闻媒体）还是书面方式（如为他人提供抄录、复制秘密原件的机会）实施，是将载有商业秘密内容的原件还是复制件提供给第三者，都并不关键。

这里的非法披露，包括：（1）非法取得后披露。即以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密，又将其非法公之于众或者告知权利人的竞争对手，这构成双重的侵犯商业秘密。[5]（2）违反约定而披露。如单位职工在职期间或离职之后将单位的商业秘密披露给他人；与外部有联系的业务人员将业务联系中获得的商业秘密提供给第三方；技术合同的对方当事人违反保密约定或要求披露技术秘密等。（3）明知他人不法取得、使用商业秘密，而披露。这是指第三人明知或应知向其提供商业秘密的人具有直接侵犯商业秘密的行为，但仍然披露商业秘密的情形，这是一种间接侵犯商业秘密的行为。

在间接侵犯商业秘密的场合，存在一个共犯关系问题：甲明知前一行为人乙不法取得、使用他人的商业秘密，而披露该商业秘密，如果甲在乙不知情时实施披露行为，甲乙二人缺乏意思联络，不成立共犯，甲属于非法披露商业秘密，乙属于非法获取商业秘密，各自对自己的侵犯商业秘密行为承担刑事责任。但是，当甲明知或应知乙违法获取、使用或者披露他人商业秘密的情况下，在乙向其提供商业秘密时，予以接受并披露的，甲乙之间有共同犯罪的意思联络，甲是实行犯，依情况可以将不法获取商业秘密并提供给甲使用的乙视作共同实行犯、教唆犯或者帮助犯看待。但是，由于刑法第219条第2款对间接侵权的非法披露者的处罚做了特别规定，可以不适用刑法总则关于共犯的规定，即使甲乙存在共同侵权的意思联络，也各自对自己的刑事责任负责。

（三）非法使用

非法使用，是指将非法获取的商业秘密在各种有用的场合加以运用，既可能是把商业秘密用于生产，也可能是将其用于产品销售或企业管理。被使用的既可以是非法获取的商业秘密，也可以是根据约定、工作关系而持有的商业秘密。

非法使用包括以下情形：（1）非法取得后使用。（2）违反约定使用。即违反工作上、业务上、许可合同上的约定，或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，使用其所掌握的商业秘密，即合法持有商业秘密而非法使用的行为。（3）明知他人不法取得、披露商业秘密而使用。这是指第三人明知或应知向其提供商业秘密的人具有直接侵犯商业秘密的行为，但仍然使用商业秘密的情形。

（四）非法允许他人使用

允许他人使用，是指在非法窃取、利诱、胁迫或者以其他不正当手段获取商业秘密后，将其交给第三人，由其将商业秘密运用于生产或经营之中，或者违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，允许他人使用其所掌握的商业秘密。在一般情况下，有关人员只要根据约定或者要求承担了保密义务，就包含了禁止其擅自将商业秘密提供给他人使用的责任，除非这种允许他人使用的许可业已得到了权利人的事先同意，否则，擅自许可他人使用的行为可能成立本罪。

允许他人使用商业秘密时，是有偿还是无偿，行为人是否有牟利动机，是否从中实际取得利益，都在所不问。

三、损害结果对定罪的意义

根据刑法第219条第1款的规定，侵犯商业秘密罪构成要件客观方面的要素之一是犯罪行为给商业秘密的权利人造成重大损失。所以，侵犯商业秘密罪是结果犯，特定的损害结果不具备，犯罪客观方面的要件不兼备，犯罪自然就不成立。

（一）对重大损失的理解

1. 重大损失的含义

刑法未对“重大损失”的含义做出界定和说明。有关司法解释指出，侵犯商业秘密行为给权利人造成直接经济损失在50万元以上的可能立案。但是，这里的“直接经济损失”，是指被盗窃商业秘密本身及其载体的价值，还是指商业秘密被侵犯后给权利人造成的实际损失，在该规定中也并未明确。刑法学通说认为，“重大损失”，是指致使权利人的经营活动受到严重损害的；造成权利人商品滞销，严重积压的；致使权利人的营利性服务严重受挫的；致使权利人经济损失巨大的；致使权利人丧失竞争优势、倒闭、破产的情形。由此可见，我国司法实践中据以认定“重大损失”的标准是很高的，绝非一般侵权行为轻易能够达到，这也正是刑法上的侵犯商业秘密罪和民事侵权行为进行区别的重要标准。

2. 商业秘密自身价值不等于权利人的损失

特别需要指出，原则上，商业秘密自身的价值不等于“给权利人造成的重大损失”。主要理由是：

（1）商业秘密是无形财产，其与有形财产之间存在重大区别。所以，刑法将侵犯商业秘密罪列入破坏市场经济秩序罪中的“侵犯知识产权罪”一节中，而不是置于“侵犯财产罪”中。侵犯有形财产的盗窃、诈骗、抢劫以及故意毁坏财物罪，由于行为是直接取得财物，或者是故意毁坏被害人的财物，排除了原财物和合法所有人或者占有人的权利，所以，犯罪数额以财产价值计算，是合理的。但是，侵犯商业秘密罪和普通财产罪在数额计算上有根本区别：在侵犯商业秘密的场合，财产是无形的，不是一个实体，侵权人在使用，但是也没有排斥合法权利人的使用。所以，将技术秘密自身价值作为侵犯商业秘密给权利人造成的损失是不准确的，混淆了侵犯商业秘密罪与普通财产罪的犯罪认定标准。（2）在很多场合，商业秘密自身价值高，但是侵权人实施盗窃等不法取得商业秘密行为后，不久就被发现、制止，给被害人造成的损失远远小于商业秘密自身的价值。如果以商业秘密自身价值作为被害人的损失数额，就可能出现技术图纸被盗数天内被追回，并没有给权利人造成重大利益损失，却以侵犯商业秘密罪定罪量刑的情况。（3）将商业秘密自身价值等同于侵权人给商业秘密权利人造成的损失，实质上将刑法第219条解释成了“侵犯商业秘密，在商业秘密自身价值极高时，即构成犯罪”。而这样的理解，有违反罪刑法定主义的嫌疑。

所以，在司法实务中，在不能确定被害人的损失额，不能确定侵权人的获利额这些最为“基本”的数据的情况下，被害人是否遭受重大损失是根本不可能确定的。在不能确定基本数额的情况下，以专有技术普通使用权的价值作为参照依据更不妥当。在被参照的对象（被害人的损失额、侵权人的获利额等）根本缺乏的情况下，缺乏参照的标准。损失的基本数据没有，将参照数据作为定案根据，这样的判决，在涉及罪与非罪的最为关键之处可能会存在致命的“硬伤”。

所以，在我看来，在以下情况下，即使是有关评估机构认定商业秘密自身价值较高，都不能认定被害人有重大损失，从而不能对侵权行为人定罪：（1）商业秘密权利人与他人有明确的、标的额较大的购销合同，即使他人使用商业秘密进行生产，也不影响权利人先前合同的履行的；（2）商业秘密中的主体技术不成熟，根据该秘密生产的产品无法批量推向市场，权利人不能从产品中获利，侵权行为人虽然进行了生产，但是并未销售盈利的；（3）商业秘密权利人进行停产、转产或者其他结构性调整。但是，这种现象的出现，乃是其自身实力不济以及其他综合因素所致，与侵权人的行为没有关联的。

（二）重大损失的计算

1. 损失计算原则

商业秘密的损失计算大致分为以下两种：一是以商业秘密权利人因侵权行为遭受的损失作为定罪量刑和实际赔偿的依据。商业秘密权利人可计算的财产、收入方面的损失应全部作为损失的数额。这里既包括权利人本身的收入，也包括权利人预期的若干年内收益。主要考虑的因素有：商业秘密的开发投入、商业秘密的成熟程度、商业秘密的利用周期及其是否可以重复利用，以及商业秘密的使用和转让、市场的供求状况等。二是以侵权人因侵权行为获得的利益作为损失和赔偿额。这种损失的计算以侵权人未再向第三人披露、转让和不为其他公众所知为前提。对于非法将商业秘密出卖给他人的，以其非法出卖收入为损失额；违法使用商业秘密进行生产经营活动的，以其因此获得或增加的利润为损失额。

2. 特殊情况下的损失计算

对于侵犯商业秘密犯罪行为给商业秘密权利人造成损失数额的认定，在能够计算权利人损失额的情况下，应当计算权利人的损失数额；在权利人的损失数额难以计算时，以侵权人在侵权期间因侵犯商业秘密所获得的实际利润计算权利人的损失数额。

但是，在某些情况下，权利人的损失数额和侵权人所获得的实际利润均难以查实。例如，商业秘密权利人A公司投200万元的巨资开发出价值600万元的计算机软件源代码，后以90万元的价格出售一份后，该公司职员甲为了加盟B公司，即以不正当手段非法披露该软件，B公司奖励甲一辆价值5万元的汽车。此时，由于B公司获得的实际利润均难以查清，也难以计算权利人A公司在软件源代码被非法披露后已经遭受和必然遭受的损失，甲得到汽车一辆并非其出售软件源代码的报酬，其价值不能反映侵权人所获得的实际利润。在此情况下，人民法院可以把A公司销售该技术秘密的获利数额90万元作为权利人的损失额，从而追究犯罪人的刑事责任。以A公司已经售出的技术秘密的销售价格认定被告人的侵权行为给商业秘密权利人所造成的损失数额，既能反映出被告人非法披露商业秘密使他人少支付的费用，又能反映出权利人因此而遭受的最低物质损失，比较合理。必须指出，权利人转让技术的获利数额和商业秘密的自身价值不是同一个概念，后者的价值可能高于前者。所以，我主张可以将转让商业秘密的获利额作为定罪标准，但不能以商业秘密自身价值作为被害人遭受的损失数额计算。

[1] 参见孔祥俊著：《商业秘密保护法原理》，中国法制出版社1999年版，第49页。

[2] 参见刘黎：“侵犯商业秘密罪构成特征研析”，载赵秉志主编：《刑法评论》，第1卷，法律出版社2002年版，第166页。

[3] 参见高晓莹著：《侵犯知识产权罪的认定与处理》，中国检察出版社1998年版，第212页。

[4] 参见马克昌主编：《经济犯罪新论》，武汉大学出版社1998年版，第544页。

[5] 参见刘春茂主编：《中国民法学·知识产权》，中国人民公安大学出版社1997年版，第772页。

（作者系清华大学法学院副院长、教授、法学博士，北师大刑科院兼职研究员，中国法学会刑法学研究会副秘书长）

更新日期：2006-8-20

阅读次数：550

上篇文章：商业秘密与我国刑法的保护

下篇文章：我国知识产权犯罪司法解释问题研究

