



侵犯商业秘密罪若干争议问题研究

黄京平 李富友

一、侵犯商业秘密罪的客体

本罪的犯罪客体是争议较大的一个问题。概括起来说，有两类不同的观点，一类认为本罪的客体是简单客体，另一类认为本罪的客体是复杂客体。而在这两类观点内部，又有各自不同的表述。

在简单客体观点内部，有人认为本罪侵犯的客体是“商业秘密权利人对其商业秘密所拥有的合法权益”，有人认为本罪侵犯的是“商业秘密所有人对其商业秘密的所有权”，有人则认为本罪侵犯的客体是“权利人对商业秘密的权利，包括权利人对商业秘密的所有权或者使用权以及保密权等。”

我们认为，上述第一种观点将本罪的客体概括为权利人的合法权益，且原文也没有对此做进一步的分析，未免失之笼统。实际上，权利人的合法权益是多方面的，既有人身方面的，也有财产方面的，还有其他方面的，不加分析地都将其纳入本罪的犯罪客体显然是不合适的。第二种观点将本罪的客体概括为商业秘密所有权，虽然注意了问题的一面，但却不够全面。因为商业秘密的权利人不仅包括商业秘密的所有人，还包括经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人，对合法使用人权利的侵犯就不是侵犯其所有权，而只是侵犯其使用权。第三种观点在第二种观点的基础上有所发展，将使用权纳入其中是很有见地的，但同时又将保密权纳入其中，是否妥当还值得进一步研究。从一般意义上来说，商业秘密权利人有权对商业秘密采取保密措施，因而将保密权纳入客体之中似无不妥。另外论者在保密权之后还加了一个“等”字，言下之意还包括其他的方面，究竟何所指也就不得而知了。从表面上来看，似乎不应将第三种观点归入简单客体一类，因为它包含的权益不止一种。但是，这些权益都是商业秘密权利人一方的权益，属于私权，与下述复杂客体中涉及公权的类型有所不同，我们在此意义上将其划入简单客体一类。

在复杂客体观点内部，有观点认为本罪的客体是“他人的商业秘密和国家的经济管理秩序”，有观点认为是“商业秘密的所有人对商业秘密的所有权以及正常的社会主义市场经济秩序”，有观点则认为本罪的客体是“商业秘密权利人的合法权益和国家对商业秘密的管理制度”。

这里撇开上述观点中对复杂客体中私权部分的概括是否正确不说，单就公权部分的概括而言，前两种观点分别将“国家的经济管理秩序”或“正常的社会主义市场经济秩序”作为本罪的直接客体就殊为不妥。因为这些内容实际上是分则第三章规定的犯罪的同类客体，将其作为个罪的直接客体，虽然不能说完全错误，但有所不当。相对而言，第三种观点将其概括为“国家对商业秘密的管理制度”则较为具体。但是，我们认为这种概括却不够准确。因为，侵犯商业秘密是《反不正当竞争法》规定的一种不正当竞争行为，立法者将其犯罪化正是为了维护市场的公平竞争秩序。这也正是立法者将其置于分则第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”之中而没有将其置于第五章“侵犯财产罪”或者第六章“妨害社会管理秩序罪”之中的原因。故本罪复杂客体中的公权部分应概括为公平竞争的市场秩序。

由上可知，简单客体说与复杂客体说的分歧不在于本罪是否侵犯了商业秘密权利人的私权，而在于是否侵犯了公权，简单客体说无视本罪在刑法分则体系中所处的位置和章、节标题，将本罪的犯罪客体仅仅归结为商业秘密权利人的私权，其错误是显而易见的。故我们持复杂客体说，即本罪既侵犯了公平竞争的

市场秩序，也侵犯了商业秘密权利人的所有权、使用权。当然，在复杂客体的情况下，还有主要客体与次要客体之分。根据刑法理论的通说，立法者是根据主要客体来决定个罪在分则体系中的位置的，据此，本罪的主要客体应为公平竞争的市场秩序。

二、侵犯商业秘密罪的主体

关于本罪的主体，学者们的意见也不统一。概括起来说，大致有三类不同的观点：

一类认为本罪的主体是一般主体，这是大多数学者的观点。在这类观点中，有的明确指出本罪的主体是一般主体，既可以是自然人，也可以是单位，并指出了司法实践中常见的主体类型是商业秘密权利人的竞争对手和负有保密义务的单位和个人。有的虽然没有明确指出究竟是一般主体还是特殊主体，但根据其具体解释仍可以看出属于一般主体。

另一类认为本罪的主体是特殊主体，这是少数论者的观点。如有的论者认为本罪的主体是特殊主体，且仅限于经营者（包括自然人和单位）。

第三类观点可以称之为“混合主体说”，认为本罪的主体“既不是单纯的特殊主体，也不是单纯的一般主体，而是混合主体，既包括一定的特殊主体，又包括一定的一般主体，且无论是特殊主体还是一般主体，都不仅可以是自然人，而且也可以是单位。”该论者认为，特殊主体说和一般主体说“均有失妥当。因为两者都未冲破传统刑法理论的羁绊，囿于认为犯罪主体要么是一般主体，要么是特殊主体，以致在认识上有失片面：前者把侵犯商业秘密罪的主体局限于特殊主体，缩小了其范围，既不合法，又不合司法实际；后者把侵犯商业秘密罪的主体由特殊主体变更为一般主体，虽扩大了其范围，但仍不够全面，同样既不合法，又不合司法实际。”该论者还进行了进一步的分析，认为，就特殊主体而言，根据新刑法第219条第1款第3项的规定，包括两类：一类是基于约定负有保守商业秘密的单位或者自然人。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或者与之订有涉及保守商业秘密条款之合同的单位或者自然人，等等。另一类是基于权利人要求负有保守其有关商业秘密的责任的单位或者自然人。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，等等。就一般主体而言，则包括实施除新刑法第219条第1款第3项规定之外的侵犯商业秘密行为、具有刑事责任能力的任何单位或者自然人。

究竟应该怎样看待上述几种不同的观点？我们认为，要正确看待上述三类观点，必须弄清以下两个问题：

1. 怎样理解刑法中的特殊主体

我国刑法理论的通说，是根据刑法对主体是否要求以特定身份为要件，将自然人犯罪主体分为一般主体与特殊主体。刑法规定不要求以特定身份作为要件的主体，称为一般主体；刑法规定以特殊身份作为要件的主体称为特殊主体。由此可见，确定某一犯罪是一般主体还是特殊主体，要以刑法是否对犯罪主体的特殊身份做出明文规定为标准，而不能以实际犯此罪、可能犯此罪或者常犯此罪的人是否具有一定的身份为标准。具体就侵犯商业秘密罪而言，显然刑法并没有对犯罪主体的身份作任何特别的规定，因而不能说本罪的主体是特殊主体。实际上，无论是特殊主体说中的“经营者”，还是一般主体说中的常见主体类型，其虽然具有一定的身份，但因法律并未将其作为构成要件加以规定，因而不能据此把本罪的主体当作特殊主体。

2. 怎样理解混合主体的实质

如前所述，我国刑法理论以主体是否必须具备特定身份为要件，将自然人犯罪主体分为一般主体与特殊主体。对“混合主体说”的结论，我们不敢苟同。实际上，一般与特殊是哲学上的一对相互矛盾的范畴，它们不能同时存在于同一事物之中，即不能说某一事物既是一般的，又是特殊的，否则，一般与特殊的划分就是无意义的。而“混合主体说”在侵犯商业秘密罪的犯罪客体上正是犯了上述错误。从论者所作的具体分析来看，其所指的特殊主体实际上不过是侵犯商业秘密罪的常见主体类型罢了，从本质上来看，侵犯商业秘密罪的主体仍然是一般主体。

三、侵犯商业秘密罪的结果

关于本罪的犯罪结果，有两方面的问题需要研究：

1. 本罪是否结果犯

本罪是不是结果犯？“给商业秘密的权利人造成重大损失”是不是本罪的构成要件？对此，理论上有不同的看法。

有学者直接、明确地指出，侵犯商业秘密罪是结果犯，构成本罪要求行为人给商业秘密权利人

造成重大损失。

有学者没有直接、明确地指出是结果犯，但指出“只有给商业秘密的权利人造成重大损失的，才以犯罪论处”或者指出“对权利人实际损失的认定既涉及到罪与非罪的界限，也涉及到重罪与轻罪的划分”。

还有学者认为，对于主观上出于疏忽大意的过失、过于自信的过失以及间接故意形式的侵犯商业秘密行为而言，“给商业秘密权利人造成重大损失”是其犯罪构成的一个重要客观要件；但对主观上出于直接故意的侵犯商业秘密行为而言，则只是其犯罪既遂形态的客观要件，不具备该要件者虽不能构成犯罪既遂，但却能构成犯罪预备、未遂或者中止。

我们认为，上述前两种观点虽然表面上看来并无多大差异，即都强调“给商业秘密的权利人造成重大损失”在犯罪既遂或犯罪成立中的重要性，只是有的明确指出是结果犯而有的没有明确指出而已，但实际上这牵涉到他们所持的结果犯概念的差异。按照我国刑法理论的通说，结果犯作为犯罪既遂形态的一种，是指“以法定的犯罪结果的发生与否作为犯罪既遂与未遂区分标志的犯罪”，它和预备犯、未遂犯、中止犯以及行为犯、危险犯、举动犯一样都只存在于直接故意犯罪之中。通说的结果犯概念是以犯罪既遂为标准来定义和定位结果犯的，但除了通说的结果犯概念之外，还有其他结果犯的概念，从犯罪成立的意义上定位结果犯概念的观点就是其中的一种。在这种结果犯的概念中，法定的危害结果的发生与否不是区分既遂与未遂的标志，而是区分罪与非罪的标志。按照这种结果犯概念，所有的过失犯罪、间接故意犯罪都包含其中。上述第一种观点之所以认为本罪是结果犯就是在后一种意义上使用结果犯的概念的；而上述第二种观点没有明确使用结果犯的术语，则是按照通说的结果犯概念进行判断的。

对于第三种观点所使用的结果犯概念而言，其将以过失（包括疏忽大意的过失和过于自信的过失）、间接故意的形式实施的侵犯商业秘密行为认定为结果犯，显然是在上述后一种意义上使用结果犯概念的。但对于以直接故意形式实施的侵犯商业秘密行为，论者显然又在通说意义上使用结果犯的概念，可见，论者并没有将一种标准贯彻到底，而是摇摆于两种标准之间。所以虽然表面上看来论者是具体问题具体分析，不搞一刀切，但实际上反映了论者对同一问题认识的不确定性。而且，将没有给商业秘密的权利人造成重大损失的行为认定为犯罪（只不过是犯罪的未完成形态）是否与法律的明文规定相矛盾还是一个问题。

当然，引起上述争议的原因除了由于对结果犯的定义不同之外，还有本罪的主观罪过形式方面的原因。就我们个人而言，根据法律规定，无论是故意形式的还是过失形式的侵犯商业秘密行为，“给商业秘密的权利人造成重大损失”都应当是犯罪成立的条件，若在后一种意义上使用结果犯的概念，则侵犯商业秘密罪在整体上属于结果犯。

2. 关于“重大损失”的理解

刑法第219条规定的“给商业秘密的权利人造成重大损失”有以下两个方面值得研究：

（1）重大损失标准的确定

由于立法未对重大损失规定具体的标准，最高司法机关在刑法颁布后的很长一段时间内也没有相应的司法解释出台，因而由立法或司法机关确定具体的数额标准就成为学者们的一致呼声。然而该标准究竟应该由司法机关来确定还是该由立法机关来确定，学者们的意见并不一致。有的主张由司法机关来确定，有的则主张由立法机关来确定。

我们认为，要解决上述由何种机关来确定重大损失标准的争议，不能把眼光仅放在侵犯商业秘密罪一罪之上，而应该将眼光再放宽些。实际上，刑法典中与本罪类似的情形较多，而从这类问题的实际解决方式来看，均是由最高司法机关来确定的。在新刑法出台前，立法机关根本没有颁布过立法解释。新刑法之后，立法机关虽然先后颁布了一些立法解释，如2000年4月29日《关于刑法第93条第二款的解释》、2001年8月31日《关于刑法第228条、第342条、第410条的解释》、2002年4月28日《关于刑法第384条第一款的解释》、《关于国刑法第294条第一款的解释》以及2002年8月29日《关于刑法第313条的解释》等，但就这些解释的内容来看，仅仅是就行为的“定性”问题所作出的，而对于定罪量刑的标准即“定量”问题却从未涉及。之所以如此，我们认为是有其原因的，一是因为司法机关处于司法实践的第一线，由最高司法机关来确定“定量”的标准会更加符合实际情况；二是由司法机关来确定较由立法机关来确定更为灵活，因为“定性”问题是相对稳定的，而“定量”问题则往往会随着社会经济等状况的变化而发生变化。虽然有论者认为由立法机关来确定该标准“便于法律适用的统一，更好地保障被告人的合法权益”，但两相比较，还是由司法机关来确定更为适宜。

需要指出的是，关于侵犯商业秘密罪的定罪量刑标准目前已经确定，即2001年4月18日最高人民检察院、公安部颁布并实施的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》，其第65条规定：“侵犯商业秘密，

涉嫌下列情形之一的，应予追诉：1. 给商业秘密权利人造成直接经济损失数额在五十万元以上的；2. 致使权利人破产或者造成其他严重后果的。”因此，理论上关于上述问题的争议可以告一段落。

§§(2) 损失的含义及计算方法

§§损失一词可以从多方面理解，从多角度划分，如直接损失与间接损失，有形损失与无形损失，实际损失与可能损失，等等。从民法学的角度来说，受害人遭受的损失既包括直接损失，也包括间接损失，但是，根据上述《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》的规定，侵犯商业秘密罪给商业秘密权利人造成经济损失仅限于直接损失，而不包括间接损失；而直接损失只能是指实际损失，而不包括可能的损失。

§§关于损失的计算方法，学者们也进行了有益的探讨。有的指出了确定犯罪行为给权利人造成的重大损失时应当考虑的因素，有的则根据我国《反不正当竞争法》第20条的规定指出了具体的计算方法。但是，有一点值得注意，那就是将商业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，因为在很多情况下，商业秘密自身价值高，但是侵权人实施盗窃等不法行为取得商业秘密后，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等商业秘密被盗数天内被追回，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。也就是说，如果将商业秘密自身价值作为侵犯商业秘密给权利人造成的损失，将会出现只要被侵犯的商业秘密自身价值极高，就构成犯罪的局面，这样就会不当地扩张刑法对侵犯商业秘密行为的惩罚范围。

§§四、侵犯商业秘密罪的罪过形式

§§本罪的罪过形式是学者们研究的焦点之一。概括起来说，在本罪的罪过形式问题上存在着两派不同的观点。

§§1. 故意、过失说

§§即认为本罪的罪过形式既包含故意，也包含过失。这是多数论者的观点，但在表述上也略有差异。

§§有的表述为，本罪的主观方面“既可以是故意，也可以是过失”，有的则认为，“本罪在主观方面一般是故意，少数情况下是过失”有的观点认为，直接侵犯商业秘密的犯罪行为只能由故意构成，“以侵犯商业秘密论”的行为主观方面可以是故意或过失，还有的观点认为刑法列举的四种侵犯商业秘密的行为中除第一种只能由故意构成外，其余的均可由故意或过失构成，进而，有支持该观点的论者根据行为的具体方式的不同来分别确定罪过形式是故意还是过失，具体说来：(1) 盗窃、利诱、胁迫或以其他不正当手段获取商业秘密的，其主观心理状态应是故意。(2) 披露、使用或允许他人使用以上述手段获得的商业秘密的，其中的披露行为的主观心理状态可以是故意或者过失，但使用或允许他人使用的行为应只能由故意构成；(3) 披露、使用或允许他人使用以正当手段获得的商业秘密的，其中披露行为的主观心理状态是故意或者过失，使用或允许他人使用的主观心理状态只应是故意；(4) 第三人获取、使用或允许他人使用有关商业秘密的，其主观心理状态可能是故意或过失。

§§上述四种表述的共同之处在于都认为本重罪的罪过形式包含故意和过失两种，不同之处在于，对过失的罪过形式在本罪存在的范围问题上存在认识上的差异。第一种表述没有明确此范围问题，第二种表述虽指出了故意为多数，过失为少数，但究竟哪些属于故意，哪些属于过失仍然是不明确的。第三和第四两种表述都明确了此范围问题，但我们认为第四种表述是存在疑问的。仔细分析论者对四种行为罪过形式的分析，我们存在两个疑问：其一，从论者对第二和第三两种行为类型的分析可以看出，论者认为使用或允许他人使用属于故意，而披露则可能是故意，也可能是过失，我们不知这种分析的根据何在？据我们推测，可能是受泄露国家秘密罪中的“泄露”包含故意和过失两种形式的影响吧？但我们以为，“披露”和“泄露”的含义还是有区别的，“披露”和“使用”及“允许他人使用”一样都是一种积极的行为，其罪过形式应表现为故意。其二，论者认为第四种行为类型的获取、使用或允许他人使用都可以是故意或者过失，这可能是受刑法规定的“应知”一词的影响所致，但却与论者对前面三种行为类型的分析存在矛盾之处。具体说来，即在第二、第三两种行为类型中，使用或者允许他人使用是故意的，但在第四种类型中却又可以是过失的，难道这两处的“使用或允许他人使用”具有不同的含义？退一步讲，即使“使用或允许他人使用”可以是过失的，将“获取”这种积极的行为方式理解为过失也同样是说不过去的。当然，我们理解该论者对第四种行为类型的分析是在刑法规定了“应知”的情况下“不得已而为之”，但上述矛盾的产生，根本的原因还在于对前面三种行为类型的分析存在错误。在我们看来，上述第三种表述是正确的，即前三种行为类型都是故意而非过失，第四种行为类型则可以是故意或者过失。当然这种认识也同样是在现行刑法规定存在不合理性的前提下的一种实然性分析，若从应然性角度分析，则无论是直接的还是

间接的行为类型都应当以故意作为其罪过形式。

实际上，在故意、过失说这一派观点中，很多学者已经认识到了刑法规定的不合理性。如有的论者认为，从罪刑法定原则的要求出发，不能说本罪的罪过形式包含故意和过失的见解不当，因为法条所说的“应知”，是行为人负有“应知”的义务的表达，至于行为人“应知”而未知的，除了从过失角度去理解，别无其他罪过能符合。然而，从多数国家、地区的立法例看，尚没有见到对过失侵犯商业秘密行为论罪的规定。能否就此认为我国刑法设立了处罚过失侵犯商业秘密罪的立法，不是没有疑问的。这种见解只是通过对国外立法的考察，从感性的角度对刑法规定的合理性提出了怀疑，但没有更进一步地深入研究。有的论者则进一步从应然的角度寻求问题的实质。认为立足于应然，不应该将过失行为划入商业秘密的犯罪圈内，其理由有两方面：(1)处罚过失第三者的间接侵害行为，不符合情理。对于直接侵害商业秘密的知密人行为，法律只处罚故意，而对于第三人的间接侵害行为，法律却既处罚故意(明知)，又处罚过失(应知)，未免有弃重罚轻之嫌，同时，对作为被告的过失行为人来说，显失公平。(2)处罚过失第三者的间接侵害行为，有违刑法的谦抑性。相对于其他法律手段，刑法总是最后的手段，总是在经济、行政的手段不足以救济权益的情况才动用的。“应知”的过失侵犯商业秘密行为给权利人造成的损失，应由过失者赔偿，而过失者也可以从自己的不法利益中吸取教训，谨防下次再犯。对此，刑法的介入并不能有效地预防之，因此，对于“应知”行为，应当通过经济的、行政的手段予以补救而无需动用刑罚这一最后的手段。我们认为，上述分析是切中肯綮的。

在承认本罪的罪过形式包含过失的论者中，也有少数论者为刑法规定的合理性进行辩护，认为刑法对第三人应尽合理注意义务的规定，在实践中有着保护信息转让方利益的作用。即如果第三方知道或应该知道技术受让方是违约再转让，那么，受让方的行为亦构成侵权。追究第三人的恶意行为，有利于规范人才的合理流动，防止企业员工跳槽时带走第一人的商业秘密，以切实保障公平合理的竞争秩序；同时使后雇主承担合理注意义务，不得以此来获取原雇主的商业秘密。我们认为，关于第三人应对过失侵犯商业秘密的行为承担责任的规定确实有上述方面的作用，但这些规定在民事领域或许是合适的（论者在表述中也用了“侵权”一词），但将其规定为犯罪行为，不仅有违刑法的谦抑性，而且也与第二人直接侵犯商业秘密的行为只能出于故意的规定不协调，因此从总体上看，该规定不具合理性。

2. 故意说

即认为本罪的罪过形式只包含故意而不包含过失，但在具体表述及其论证上又有所不同。

一种是直接、明确地指出本罪在主观上是故意，过失行为不能以犯罪论处（或者表述为过失不构成本罪），但没有说明为什么的问题。这种观点因为没有相应的论据予以支持，回避了对刑法规定的“应知”的理解问题，因而显得主观武断，缺乏说服力。

另一种则不回避刑法关于“应知”的规定，但却和通常将“应知”理解为过失的见解不同，将“应知”理解为故意。如有的论者认为，所谓“应知”，是指行为人在实施本项行为的时候，应当明确前述三种行为违法，但为谋取非法利益而利令智昏暂时忘记了，且一旦知道，对危害结果仍采取希望或放任的态度。这是一种推定故意的主观状态。还有的论者专文研究了间接形式侵犯商业秘密罪的主观方面，分析了将“应知”理解为过失所引起的不合理性，根据《反不正当竞争法》第10条（刑法第219条的来源——我们注）的立法原意对刑法的立法本意进行了揣测。该论者认为，从字面和词义上理解侵犯商业秘密罪的主观方面包括故意和过失，显然是词义所及，顺理成章的，并无不妥，但从立法宗旨和刑事责任的承担方面来看，却显得不尽合理。因为刑法以处罚故意为主，以处罚过失为例外。如果将刑法规定的“应知”理解为过失，则直接侵犯商业秘密的行为尚且只能由故意构成，轻于此的间接侵犯商业秘密的行为反而可以由过失构成，无异于说对较重的直接侵犯商业秘密的行为可以网开一面，而对较轻的间接侵犯商业秘密的行为要一网打尽，这显然违背了立法之宗旨。该论者引用了《中华人民共和国反不正当竞争法释义》一书中的权威解释，说明《反不正当竞争法》第9条和第10条中的“明知”和“应知”都是故意，“明知”或者“应知”是一种客观上的“预见性”，只要查明客观上应当知道即可，不管违法者是否自述不知等辩解，是一种视同故意的情形。立法本意是想用诉讼上的高效率来保证实体公正，因为在有些情形下，要证明被告人的行为是否出于故意或者过失，是非常困难的，并非想处罚过失。刑法第219条的规定直接来自《反不正当竞争法》的规定，只不过在加上了有关损害结果和量刑幅度的规定，因而也不应将其中的“应知”理解为过失。在上述论证的基础上，论者进而对“应知”的内涵进行了更深一步的挖掘，认为，“应知”是一个推定概念。为防止行为人以“不知”推卸责任，同时为提高诉讼效率，只要一般状况下应当知道，或者行为人稍作审查即可发现的，就是应知，它是明知在诉讼和司法实践中的一种表现形式，即行为人辩称“不知”而有证据表明行为人应当知道的情形。

如何理解上述两种将“应知”理解为故意的观点？我们认为，首先，两位论者坚持论说有理有据的严谨治学态度是值得肯定的。其次，二者的表述虽有所不同，但在本质上是一致的，即都认为“应知”是一种推定的故意。在将“应知”理解为过失有违刑事责任原则的时候，从诉讼的角度探讨“应知”的含义不失为一种有益的尝试。但是，正如后一位论者在文中指出的那样，将“应知”理解为一种故意是有条件的，即“应排除行为人应当知道而确实因疏忽大意的过失而不知或者因客观情况不可能知道的情形”，但从法条的字面规定上显然是不能排除的，不仅不能排除，而且从逻辑关系上说，“应知”本身即表明行为人确实是“不知”的，若实际已经知道，就属于“明知”的情形而没有必要规定“应知”了。我们注意到，两位论者都使用了“推定的故意”这一用语，但是，诉讼上的所谓“推定的故意”是指对行为人的“明知”的推定，而不是对“应知”的推定。就是说，“应知”是一种判断标准，是对一般人而言的，“明知”才是对具体案件中行为人的认识因素的判断。所以，将刑法中规定的“应知”理解为一种推定的故意，恐怕有其不妥之处。

当然，该论者在本质上还是认为“应知”是一种过失形式的，只不过按照这种通常的理解会使刑法的规定丧失合理性，为了维护刑法规定的合理性，才不得已在刑法的范围之外（即在诉讼领域）寻求刑法规定的合理性。我们理解该论者维护刑法规定合理性的良苦用心，但我们认为，刑法规定的不合理性应当通过修改刑法的规定来解决，而不应当通过改变词语的本来含义这种削足适履的方式来解决。所以，我们还是赞成上述分别从应然与实然的角度来理解刑法第219条第二款的罪过形式的观点。

对于本罪罪过形式的认识差异，不仅表现在对于本罪的罪过形式是故意还是同时也包括过失的问题存在分歧，而且还表现在，对于本罪的罪过形式属于哪一种形式的故意或者过失的问题也存在分歧。

在认为本罪的罪过形式只能是故意的见解中，有的未明确属于哪种形式的故意，有的认为本罪在主观上只能是直接故意，有的则认为，“侵犯商业秘密罪的主观方面，行为人均出于故意，即明知自己的行为会造成侵犯商业秘密权利人合法权益的后果，并且希望或者放任这种结果发生的心态。”即可以是直接故意，也可以是间接故意。还有的认为，“本罪的主观方面是故意。……通常是直接故意，但也不排除间接故意。”

我们认为，从法条的规定看，盗窃、利诱、胁迫等行为确实只能以直接故意构成，但第二款规定的行为人明知他人握持权利人的商业秘密，而获取和使用或者披露的行为，很难说根本不存在间接故意的可能。对自己的行为有可能侵权，并因而给商业秘密权利人带来重大损失，放任这种结果发生的情形不仅有可能出现，而且有必要以本罪处理。因此，绝对地将间接故意排除在本罪的罪过形式之外是不妥当的。

在认为本罪的罪过形式包含过失的见解中，大多数认为这种过失属于疏忽大意的过失，但也有少数论者认为本罪的罪过形式中除了“应知”所体现的疏忽大意以外，还包括过于自信的过失。如有的论者认为，“在主观上，如果‘应知’而不知的，固然不可能是故意，只能是疏忽大意的过失，然而如果‘应知’且知的，则虽不是疏忽大意的过失，但也未必就是故意的，因此，如果不是故意则只能理解为过于自信的过失。”还有的论者认为，“该款中的‘明知’还应当包括一种主观罪过形态就是过于自信的过失，即第三人认识到（明知）经第二人所得信息可能含有他人的商业秘密而轻信能够通过自己有效措施而避免侵权结果的发生，最后事与愿违导致了侵权结果的发生。”当然该论者也认识到，“在实践中间接故意和过于自信的过失在侵犯商业秘密罪中是极为罕见的”，只是认为从刑法理论上分析，“不能将其从‘明知’的内涵中排除出去。”

就认为本罪的罪过形式包含过于自信的过失的见解而言，表面上看两位论者据以得出该结论的论据不同，即前者是从刑法规定的“应知”推出的，后者是从刑法规定的“明知”推出的，但实际上二者并无本质区别，因为前者虽然是以“应知”为起点，但接下来又是以“‘应知’且知”为条件得出的结论，而所谓“‘应知’且知”实际上已属于“明知”。所以，二者都是由“明知”得出本罪的罪过形式可以是过于自信的过失的结论的。但是，我们认为这种见解存在不妥之处：其一，正如我们前面所言，从逻辑意义上说，“应知”本身已经隐含了“实际上不知”的含义，若“‘应知’且知”就没有必要用“应知”来表达了，故在“应知”的情况下，只能是疏忽大意的过失；其二，仅由刑法“明知”的规定不能推出过于自信过失的罪过形式。从总则来看，刑法第14条关于故意犯罪的规定明确使用了“明知”，但在第15条关于（过于自信的）过失犯罪的规定却未明确使用“明知”。从刑法分则的规定来看，明确规定以“明知”为要件的犯罪都是故意犯罪，这已成为刑法学界的通识。即使如论者所言，从刑法理论上分析不能排除过于自信的过失的可能性，因为过于自信的过失表现为“已经预见”，从实质意义上也可以说属于“明知”，但过于自信的过失的成立除此之外还必须表现为“轻信能够避免”，在刑法未规定“轻信能够避免”的情况下，应该理解为只能是出于故意，只有这样才能符合刑法“以处罚故意犯罪为原则，以处罚过

失犯罪为例外”的刑事责任原则。

鋈鋈之所以在本罪的罪过形式上存在上述诸多争议，根本原因在于刑法第219条第二款的规定本身存在问题。因此，有论者在对该款存在的问题进行分析之后提出了对该款的修正建议，即应当将刑法第219条第二款修正为：“明知前款行为，而故意获取、使用或者披露他人商业秘密的，以侵犯商业秘密论，比照前款规定从轻或减轻处罚”。我们认为这种建议是合理而可行的，其合理性在于：将第三人间接侵犯商业秘密的犯罪限定在故意的范围内，避免了与第一款的不协调，也符合刑法的谦抑性；区分第三人间接侵犯商业秘密与第二人直接侵犯商业秘密行为的刑事责任大小，对前者从轻或减轻处罚，符合罪责刑相适应的刑法基本原则。

（黄京平系中国人民大学刑事法律科学研究中心执行主任、教授、法学博士、博士生导师，北师大刑科院兼职教授，北京市海淀区人民检察院副检察长）

更新日期：2006-8-5

阅读次数：351

上篇文章：侵犯著作权罪新探

下篇文章：试论网络环境下著作权的刑法保护

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号