

## ■本期嘉宾

- 张莹 上海市高级人民法院法官  
陆川 上海市人民检察院检察官  
高卫萍 上海市第三中级人民法院法官  
孙秀丽 上海市人民检察院第三分院检察官

“商业秘密”是企业经营发展过程中不断积累的知识财富，是企业重要的无形资产和竞争力的具体体现。保护商业秘密是尊重知识产权、推动创新发展的重要方面。

近年来，司法机关在办理侵犯商业秘密涉罪案件中碰到一些疑难问题，有待深入探讨与思考。

## “不正当手段获取型”与“违约型”的区分

张莹：对于“不正当手段获取型”与“违约型”侵犯商业秘密行为的界定和区分应该回归法律规范本身，结合立法本意做出正确的理解和定性。两者的区分关键在于行为人在行为时对商业秘密的接触方式，即行为人是否掌握、知悉、持有商业秘密。从文义解释的角度，《刑法》第219条第一款第一项是规制不正当获取商业秘密的行为，其前提是行为人实际不掌握或知悉商业秘密。“获取”是指行为人对于商业秘密的取得表

现为从无到有、从少到多或者从局部到全部的过程。《刑法》第219条第一款第三项适用的前提是行为人合法正当获取了商业秘密，此后违反保密义务，披露、使用或允许他人使用商业秘密。如果行为人合法掌握了商业秘密，则在一定程度上排除了不正当获取商业秘密的可能性。在涉及商业秘密的案件中，行为人一般都与权利人约定负有保密义务，或基于法定而负有保密义务，但不能因此将所有的行为都纳入“违约型”侵犯商业秘密的范畴。

## 侵犯商业秘密行为的刑民界限

陆川：区分侵犯商业秘密行为的罪与非罪、民事侵权与刑事犯罪有个前提，即需要考量作为保障法的刑法介入的时间点，如何保持刑法的谦抑性。

刑法在整个法律体系中处于保障法的特殊地位，刑法的二次规范性特征要求保障其他法律正确实施。

基于二次违法性理论，侵犯商业秘密的认定要遵守前置法中关于商业秘密的概念界定。

刑法修正案删除了商业秘密的定义，体现了与反不正当竞争法等部门法之间的有效衔接。

我们也必须注意，实践中商业秘密权利人对刑民保护手段的选择本质是一个诉讼策略问题，基于自身维权能力和

侵权现状的客观评估，以及对于两类诉讼差异性和衔接流程的完整认知，进而选择合适的方式。

目前，权利人损失金额和行为人违法所得数额是实践中区分侵犯商业秘密刑民边界常用且操作性强的标准。根据《刑法修正案（十一）》的规定，侵犯商业秘密罪将“重大损害”修改为“情节严重”，由结果犯变成行为犯，由于刑事违法性以民事不法为前提，该罪构成要件可以视为“民事侵权+情节严重”。

然而，“情节严重”的判断比较宽泛，包含以侵权为业、经营困难而破产、倒闭等多种情形，准确界定其内涵比较困难。

因此，由侵权产生的获利或者损失数额确是实践中各方容易达成共识且能够清晰把握的主要区分标准。

## 商业秘密刑法保护的实践与难点



资料图片

## “持有型”侵犯商业秘密行为模式中损失的认定

金晔：根据“两高”《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）》（以下简称“《解释（三）》”）第五条的规定，“持有型”侵犯商业秘密行为给被害人造成的损失可以根据涉案商业秘密的合理许可使用费确定。在未实际产生许可使用费的情况下，能否通过鉴定评估的方式确定损失数额？应当注意哪些问题？

高卫萍：将合理许可使用费作为遭受损失的依据的原因在于，行为人通过不正当手段获取权利人的商业秘密，实际上节省了正常情况下商业秘密本应支付的许可使用费。该许可使用费正是权利人应当收取而未能收取的，应当属于遭受的损失。在审查合理许可使用费时，可以着重以下两方面：一是

针对有实际许可的情况，需要审查许可合同是否真实、合理，是否实际履行，同时考虑授权范围、性质、期限、使用方法等与行为人不正当手段获取行为之间的对应性。二是针对没有实际发生许可费的情况，需要审查

鉴定评估机构和人员的资质，权利人提供的数据、参数、类似许可合同等是否客观、真实，鉴定评估方法是否符合案件实际情况，鉴定意见中所采用的成本要素、使用期限、贡献率、分成率、可能产生的收益额等是否基于客观证据和实际情况作出，还可聘请本行业专家论证鉴定过程和结论的合理性。

孙秀丽：《解释（三）》对许可使用费以“合理”二字加以限定，实质上反映出合理许可使用费计算的复杂性。《解释（三）》对损失数额和违法所得的不同认定、不同的计算方式都作了明确规定。总体而言，涵盖了销售利润的损失、商业秘密的价值、侵权产品的收益及合理许可使用费等不同认定方法，涉及直接损失、侵权人获利、商业秘密价值等方面。针对情节严重的情形应该围绕重大损失展开整体评价。以商业秘密市场价值为依据、导向，重点考察是否存在企业停工停产、融资上市项目叫停或商誉信誉受损、市场占有率降低等情况，结合行为人侵犯商业秘密的次数及持续时间、行为人犯罪动机的恶性程度、是否涉及行业核心商业秘密、该商业秘密的研究开发成本进行综合考量，以量化的违法所得数额和损害竞争秩序的事实相结合，构建科学合理的判断标准。

（召集人：长宁区人民检察院副检察长 金晔；发言整理：长宁区人民检察院 杜宇杰 奉贤区人民检察院 瞿阳帆）