

商业秘密 的 刑事保护

Study on the Criminal
Protection of Trade Secrets

刘 秀 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

商业秘密 的 刑事保护

Study on the Criminal
Protection of Trade Secrets

刘 秀 著

图书在版编目 (CIP) 数据

商业秘密的刑事保护/刘秀著. —北京: 知识产权出版社, 2014. 6

ISBN 978-7-5130-2763-2

I. ①商… II. ①刘… III. ①商业-保密法-刑法-研究-中国 IV. ①D924.334

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2014) 第 117706 号

责任编辑: 黄*明

封面设计: 张 冀



责任校对: 董志英

责任出版: 刘译文

商业秘密的刑事保护

Shangye Mimi De Xingshi Baohu

刘 秀 著

出版发行: 知识产权出版社有限责任公司

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

责编电话: 010-82000860 转 8117

发行电话: 010-82000860 转 8101/8102

印 刷: 保定市中国画美凯印刷有限公司

开 本: 720mm×960mm 1/16

版 次: 2014 年 7 月第 1 版

字 数: 232 千字

ISBN 978-7-5130-2763-2

网 址: <http://www.ipph.cn>

邮 编: 100088

责编邮箱: hqm@cnipr.com

发行传真: 010-82000893/82005070/82000270

经 销: 各大网上书店、新华书店及相关专业书店

印 张: 12.5

印 次: 2014 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 48.00 元

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题, 本社负责调换。

当今时代是一个知识经济时代，知识产权已经成为经济增长和发展的主要推动力。作为知识产权的重要种类，商业秘密具有重要的价值性和实用性，不仅能够给权利人带来相当的经济效益和竞争优势，而且能够促进社会发展和进步。商业秘密的秘密性、无形性、价值性等特点，使其容易被犯罪所侵害，而难以被法律所充分保护。由于民法、行政法等法律对商业秘密的保护力度有限，越来越多的国家都开始求助于刑事手段来保护商业秘密，同时，商业秘密权利人要求加强对商业秘密进行刑事保护的呼声也越来越强烈。虽然我国 1997 年《刑法》正式规定了侵犯商业秘密罪，初步建立起了商业秘密刑事保护机制，然而司法实践证明，我国商业秘密刑事保护还很很不成熟。在这样的背景之下，从刑事法角度对我国商业秘密的保护进行深入分析和探讨，具有重大的理论意义和实践价值。

本书以商业秘密刑事保护的正当根据和价值取向为立足点，解读我国现行刑事法对侵犯商业秘密罪的相关规定，分析司法实践中的疑难杂症，反思现行刑事保护机制的不足，并在借鉴国外先进立法经验和结合我国司法实践的基础上，对我国商业秘密刑事保护提出重构建言。本书分为五章内容，其内容简要如下：

第一章为商业秘密刑事保护概述。主要对商业秘密的历史嬗变、定义、范围、构成要件等基本理论和内容进行简要梳理，并考察了国外主要国家和地区对商业秘密进行刑事保护的概况。

第二章为商业秘密刑事保护的正当根据和价值取向。本书认为，商业秘密财产权理论、激励机制的创造、侵犯商业秘密行为的社会危害性，分别从不同的侧面构成了商业秘密刑事保护的正当根据。在这 3 个根据中，激励机制的创造是核心根据。换言之，之所以需要对商业秘密进行刑事保护，最根本的还是基于经济学的考量，即通过对商业秘密设立产权制度并对其进行刑事保护，可以有效地解决商业秘密的外部性问题，从而创造出一种激励机制，以激励技术开发和促进社会发展。基于这样的立场，商业秘密刑事保护应当树立效率本位、兼顾公平的价值取向。

第三章为商业秘密刑事保护的规范解读，系统研究了我国刑事实体法和程序法对商业秘密保护的规定，对侵犯商业秘密罪的犯罪构成、犯罪形态、与其他犯罪的区别等实体问题以及起诉方式、审判管辖、刑事附带民事诉讼等程序问题作了全面深入的阐释。

第四章为商业秘密刑事保护之司法难题，在实证的基础上，分析和破解了我国现在商业秘密刑事保护中的三大主要司法难题：侵犯商业秘密罪中“重大损失”的认定模式、商业秘密的司法鉴定、侵犯商业秘密刑民交叉案件处理机制。

第五章为商业秘密刑事保护之反思和完善，剖析了我国商业秘密刑事保护中在立法模式、罪名设置、罪状设计、刑罚配置、证明责任分配、临时措施、公安机关侦查等方面所存在的问题，并针对这些问题设计了相应的解决方案。

关键词：商业秘密 刑事保护 侵犯商业秘密罪 激励机制 重大损失

ABSTRACT

It is the era of knowledge economy, and the intellectual property has become the major driving force of economic growth and development. As one important category of intellectual property, trade secrets have significant value and practicability. Not only can it bring considerable economic benefits and competitive edges for the owners, but also will promote the development of society. Trade secrets is confidential, intangible and valuable. Because of these properties, it is vulnerable for crimes and hard to be protected by laws completely. Due to the limited protection provided by civil and administrative laws, more and more countries start to seek applying criminal law to provide protection for trade secrets. Meanwhile, there are increasing voices from victims of urging criminal protection of trade secrets. Although offense against trade secrets was included in Chinese Penal Code for the first time in 1997, the judicial practice has proved that criminal protection of trade secrets in our country is still immature. Based on this background, there are significant theoretical and practical values discussing criminal protection of trade secrets.

Starting from the justification and value orientation of criminal protection of trade secrets, this dissertation takes into account offense against trade secrets and related regulations, analyzes the complication in judicial practice and discovers the limits of existing criminal protection of trade secrets. Based on advanced foreign experiences and judicial practices in our country, this dissertation provides suggestions on improving criminal protection of trade secrets. There are five chapters in total.

Chapter 1 is a general introduction of criminal protection of trade secrets. This chapter deals with such basic issues of trade secrets as its history reference, conception, scope, basic elements of trade secrets, and then draws a brief picture of criminal protection of trade secrets in other countries and areas.

Chapter 2 discusses the justification and value orientation of criminal protec-

tion of trade secrets. This dissertation believes the theory that trade secret is property, the creation of incentive mechanism, and the perniciousness of offense against trade secrets, all together build the justification for criminal protection of trade secrets. The incentive mechanism is the core among the three bases. In another words, in essence, the need for criminal protection of trade secrets is a result of economic consideration. That is to say, criminal protection of trade secrets can effectively solve the externality of trade secrets thereby creating an incentive mechanism to encourage new technology exploitation and promote social development. Based on this, the value orientation should be that efficiency is priority and the justice ought to be taken into consideration.

Chapter 3 systematically studies our country's prescriptions of trade secrets protection in terms of criminal substantive law and procedural law, including elements of offense against trade secrets, criminal forms, differences from other crimes, the ways of prosecution, trial jurisdiction, and civil suit collateral, ect.

Chapter 4 focuses on the difficult issues in the application of criminal law for trade secrets protection. Based on field research, this chapter analyzes and resolves the three main tough issues: how to figure out material losses, the judicial expertise of trade secrets and the solution method of trade secrets breach which involves criminal case as well as civil case.

Chapter 5 discusses the problems and solutions of criminal protection of trade secrets in China, in terms of legislation mode, criminal charge arrangement, criminal description designation, penalty configuration, distribution of legal liability of burden of proof, provisional measures, the investigation conducted by police force, ect.

Key Words: Trade Secrets Criminal Protection Offense Against Trade Secret Incentive Mechanism Material Losses

绪 论 研究背景和方法	1
一、缘起：研究的必要 / 1	
二、问题：现有研究的不足 / 3	
三、本书的研究进路及方法 / 6	
第一章 商业秘密刑事保护概述	7
第一节 商业秘密法律制度概述 / 7	
一、商业秘密法律保护的历史嬗变 / 7	
二、商业秘密的法律定义 / 10	
三、商业秘密的范围 / 15	
四、商业秘密的构成要件 / 16	
第二节 域外商业秘密刑事保护概览 / 22	
一、英美法系主要国家商业秘密的刑事保护 / 23	
二、大陆法系主要国家商业秘密的刑事保护 / 30	
三、我国台湾地区商业秘密的刑事保护 / 35	
第二章 商业秘密刑事保护的正当根据和价值取向	38
第一节 商业秘密刑事保护的正当根据 / 38	
一、法理根据：商业秘密财产权理论 / 38	
二、经济学根据：激励机制的创造 / 42	
三、刑法根据：侵犯商业秘密行为的严重社会危害性 / 47	
四、小结 / 49	
第二节 商业秘密刑事保护的价值取向 / 50	
一、商业秘密刑事保护的价值取向：效率本位、兼顾公平 / 51	
二、效率本位的实现 / 53	
三、兼顾公平的路径 / 59	

第三章 商业秘密刑事保护之规范解读 66

第一节 侵犯商业秘密罪的构成要件 / 66

一、犯罪客体 / 66

二、犯罪主体 / 69

三、犯罪客观方面 / 70

四、犯罪主观方面 / 77

第二节 侵犯商业秘密罪的犯罪形态 / 80

一、侵犯商业秘密罪的停止形态 / 80

二、侵犯商业秘密罪的共犯形态 / 82

第三节 侵犯商业秘密罪与相关犯罪的区别 / 84

一、侵犯商业秘密罪与盗窃罪的区别 / 84

二、侵犯商业秘密罪与侵犯国家秘密犯罪的区别 / 85

第四节 侵犯商业秘密犯罪案件的刑事程序 / 89

一、侵犯商业秘密罪案件的立案管辖 / 89

二、侵犯商业秘密罪案件的审判管辖 / 93

三、侵犯商业秘密罪案件的附带民事诉讼 / 96

第四章 商业秘密刑事保护之司法难题 99

第一节 侵犯商业秘密罪中“重大损失”认定模式问题 / 99

一、实证考察：司法实践中“重大损失”认定模式之归纳 / 99

二、利弊得失：司法实践中“重大损失”认定模式之评析 / 107

三、规律探究：“重大损失”认定模式之合理构想 / 115

四、余论 / 119

第二节 商业秘密的司法鉴定问题 / 120

一、问题的提出——从一起案例说起 / 121

二、商业秘密司法鉴定的现状考察 / 125

三、商业秘密司法鉴定的症结分析 / 130

四、商业秘密司法鉴定机制的科学构建 / 135

第三节 侵犯商业秘密刑民交叉案件处理机制问题 / 142

一、侵犯商业秘密刑民交叉案件的类型及困境 / 142

二、侵犯商业秘密刑民交叉案件处理模式设计 / 149

第五章 商业秘密刑事保护之反思和完善 152

第一节 反思：商业秘密刑事保护存在的问题 / 152

一、立法模式失之集中 / 152

二、罪名设置过于笼统 / 153	
三、罪状设计表现粗陋 / 155	
四、刑罚配置有待改进 / 156	
五、证明责任分配不合理 / 158	
六、临时措施有所欠缺 / 160	
七、公安机关侦查过程遭遇各种掣肘 / 162	
第二节 建言：商业秘密刑事保护之完善 / 166	
一、采取结合型立法模式 / 166	
二、调整罪名及法定刑 / 167	
三、优化刑罚配置 / 169	
四、确立适度的举证责任转移制度 / 171	
五、增设临时措施 / 175	
六、破解公安机关侦查过程中的掣肘 / 175	
结 论	177
参考文献	179
后 记	185

绪 论

研究背景和方法

一、缘起：研究的必要

世界知识产权组织（WIPO）认为：“知识创新是所有的社会、经济和文化进步的一个基本前提。”^① 近代以来，知识创新对人类文明的发展和经济的进步起着巨大的作用，而且这种作用在未来会更加凸显。在当今社会，知识产权已经成为经济增长和发展的主要推动力，不仅是世界各国及企业在竞争中的关键筹码，而且是衡量一个国家的综合实力的重要指标，现今世界各个先进国家无不把知识产权作为国家最重要的财富之一加以保护。以美国、英国、日本及欧洲发达国家为先导，世界绝大多数国家都纷纷把知识产权上升为国家战略，力图通过知识创新在国际竞争中占据更有利的地位。

作为知识产权的重要种类，商业秘密蕴含着巨大的经济利益。知识经济时代的竞争，就是人才的竞争，就是高新技术的竞争，是各种信息的挖掘、掌控和利用的竞争。商业秘密作为高新技术和各种信息的表现形式，具有价值性和实用性，能够给权利人带来相当的经济效益和竞争优势，有时甚至是企业的核心竞争力。在技术和贸易竞争日趋激化的今天，谁占有了高新技术或独特的经营信息，谁就能取得竞争优势，能够立于不败之地。因此，很多企业和个人为了取得竞争优势，谋取经济利益，不惜铤而走险，侵犯他人商业秘密，给权利人造成重大损失。美国认为，商业秘密被侵犯是其在全世界范围内经济发展所面临的最大阻力。^② 据美国马里兰商业管理中心估计，由于侵犯商业秘密犯罪，美国每年造成的损失高达 500 亿美元之多；法国某杂志载文称，法国 1992 年因侵犯商业秘密犯罪蒙受的损失在 100 亿法郎以上。^③ 随着经济的进一步发展和商业竞争的日益加剧，侵犯商业秘密现象在当今世

① NICOLE LEEPER PIQUERO. Causes and Prevention of Intellectual Property Crime [J]. Trends in organized crime, 2005, 4 (8).

② GEORGE “TOBY” DILWORTH. The Economic Espionage Act of 1996: an Overview [EB/OL]. (2009-04-25). http://www.cybercrime.gov/usamay2001_6.htm.

③ 载《经济与法》1994 年第 2 期。转引自：杜国强，廖梅，王明星．侵犯知识产权罪比较研究[M]．北京：中国人民公安大学出版社，2005：265.

界范围内普遍存在,且有着愈演愈烈之势。为此,世界各国的立法者均开始关注商业秘密的法律保护。时至今日,世界上大多数国家都已经建立了商业秘密的法律保护体系,除了通过民事手段和行政手段对商业秘密进行法律保护之外,还将侵犯商业秘密行为规定为一种独立的经济犯罪类型而将商业秘密纳入到刑事保护范围之内。

我国1979年《刑法》并没有规定侵犯商业秘密罪,对于实践中发生的侵犯商业秘密的行为,都是根据行为类型而分别按照盗窃罪、诈骗罪、贪污罪、泄露国家秘密罪等来定罪处罚的。鉴于侵犯商业秘密行为的特殊性、类型性以及社会主义市场经济发展的客观需要,1997年《刑法》修订时,立法机关在广泛考察世界各国有关商业秘密刑事保护的立法经验以及听取了司法实务部门、理论界、社会各界的各种意见和建议的基础上,经过充分研究和论证后,在1997年新《刑法》中第219条正式增设了侵犯商业秘密罪,将其归属于侵犯知识产权罪这一节之中。自此,商业秘密终于被我国《刑法》正式“明媒正娶”。最高人民法院、最高人民检察院于2004年出台了《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》,对侵犯商业秘密罪的定罪量刑的数额标准进行了明确。侵犯商业秘密罪的设立虽然为商业秘密的保护提供了强有力的法律武器,但是司法效果和社会效果却不显著,侵犯商业秘密行为并没有因此减少或得以遏制,反而随着市场经济的发展越来越猖獗,并呈现出这样一种怪现状:商业秘密权利人(一般是企业)普遍反映被侵害,商业秘密侵权民事案件数量激增,^①但商业秘密刑事案件却屈指可数。^②这在某种程度上反映出我国对商业秘密的刑事保护尚存在很大的甚至是致命的缺

① 笔者从公开出版物上无法搜集到近5年商业秘密民事案件的详细统计数据,但是可以从知识产权案件审理情况的统计数据中窥见一斑:1998~2002年,全国各级法院共审结一审专利、商标、著作权、商业秘密和计算机软件等知识产权案件23636件,平均每年递增9.04%。至2002年,商业秘密案件已占知识产权案件的15%。参见:1998~2002年人民法院审判工作和队伍建设情况[N].人民法院报,2003-03-12:B3。另据最高人民法院的统计数字显示,2001~2007年,全国地方法院共受理和审结知识产权民事一审案件77463件和74200件,年均增长22.60%和22.92%。参见:最高人民法院副院长曹建明在第二次全国法院知识产权审判工作会议上的讲话——求真务实,锐意进取,努力建设公正高效权威的知识产权审判制度[EB/OL]。(2009-12-03)。百度网:http://law.baidu.com/pages/chinalawinfo/11/3/5457fb117e14e7f074f83f27bce8c541_0.html。2008年,全国各地法院共审理知识产权民事一审案件24460件;新收和审结知识产权二审案件4759件和4699件,比上一年增长66.11%和63.73%。参见:最高人民法院知识产权庭负责人孔祥俊谈中国知识产权司法保护现状[EB/OL]。(2009-12-03)。人民网:http://live.people.com.cn/note.php?id=727090304183618_ctdzb_001。2009年,全国各级法院审结知识产权案件27876件,同比上升32.58%。参见:2009年最高人民法院工作报告[EB/OL]。(2010-02-23)。新华网:http://news.xinhuanet.com/legal/2009-03/17/content_11025028.htm。

② 笔者从北大法宝、中国法院网等网站上搜集所有有关侵犯商业秘密罪的刑事判决,结果显示,自1997年《刑法》修订至今一共只不过39起而已,数量远远少于其他侵犯知识产权刑事案件。

陷,法律不能得到良好地实施和运用,不能适应市场经济发展的要求。为了适应知识产权保护的现实需要和国际潮流,近几年我国对知识产权的保护力度明显加大,出台了有很多有针对性的各种规范性法律文件和政策,并进行了一系列的司法改革,取了显著成效。但是,这些变革和发展主要集中于商标权、著作权、专利权等知识产权种类上,对于商业秘密的法律保护,尤其是刑事保护,变革的步伐明显落后,^①目前理论上和实践中仍存在着很多问题。因此,对商业秘密刑事保护的探讨和研究,不仅是极有意义的,而且是极有必要的。

二、问题:现有研究的不足

事实上,自1997年新《刑法》首次设立侵犯商业秘密罪以来,这个“新媳妇”就一直受到学术界的极大关注,研究成果极其丰富。笔者对此做了一个调查:在中国学术期刊网络出版总库中的刑法学科领域中,以1999年至2010年为期限,以“商业秘密”为篇名进行检索,共搜得学术论文217篇,优秀硕士论文38篇。^②同时,据笔者所知,关于侵犯商业秘密犯罪的博士论文也有2篇,^③此外,还有大量关于侵犯商业秘密犯罪的论文及文章发表在各类论文集及报刊上,各类知识产权犯罪的论文和著作中也大多涉及侵犯商业秘密罪的内容。可见,我国刑法学界为侵犯商业秘密罪的研究付出了不少的心智,作了大量的论证、清理和爬梳,也产出了令人瞩目的学术成果。然而,令人扼腕的是,如果我们拨开纷繁芜杂的话语喧嚣和泡沫般的学术繁荣,就会发现,目前对侵犯商业秘密罪的研究存在严重脱离司法实践、学术含量不高等诸多问题。具体而言,目前的研究主要存在以下几个问题:

(一) 学术含量不高,低水平重复现象极其严重

如上所言,虽然我国现在关于商业秘密刑事保护方面的学术研究看起来一片繁荣,但其实学术含量并不高,低水平重复现象极其严重。根据笔者的阅览发现,目前绝大多数论文或著作都是围绕着侵犯商业秘密罪的构成要件进行展开分析的,千篇一律,论证单一,内容雷同,而且大部分成果都是既没有高瞻远瞩的价值论证,也未能有细微之至的司法技术剖析,上又上不去,

① 据媒体报道,最高人民法院2008年已经将《关于审理侵犯商业秘密刑事案件适用法律若干问题的解释》的起草工作列入工作计划,将进一步明确侵犯商业秘密罪的定罪标准,确保商业信息的安全和公平的商业竞争环境。参见:(2009-12-03). 搜狐新闻网: <http://news.sohu.com/20080416/n256325142.shtml>。另外,我国有关方面正着手制定专门的商业秘密保护法,但何时出台尚不得而知。

② 需要说明的是,因为数据库系统不稳定、统计不全、检索不精确等各种因素,可能该统计并不十分精确和科学,但仍可起到一管窥豹之效,可以总体上反映研究成果的“丰盛”。

③ 分别为周铭川博士的《侵犯商业秘密罪研究》和赵天红博士的《商业秘密刑事保护研究》。

下又下不来。

（二）缺少实证研究，脱离司法实践

美国法学家霍姆斯在《普通法》这部为人所熟知的著作中，开宗明义地指出：“法律的生命不在于逻辑，而在于经验。”我国法学从1978年以来由“政策定向的法学下”阶级斗争范式，经过“立法定向的法学”下对策性法学，开始走向“司法定向的法学”下法学研究方法。^①这种走向是正确的，因为法学研究归根结底是为司法实践服务的，要切实解决实际生活中的问题。理性的思辨、逻辑的分析固然重要，但是脱离现实、缺乏调查研究的思辨和逻辑只能无源之水，是抽象和空洞的。法学所研究的问题大都是实践性、实证性很强的问题，因而实证研究应当是法学研究的基本维度和思路。但是，在我国现有的法学研究中，最常见的也是最严重的一个问题就是缺乏实证研究，脱离司法实践，相当多的法学成果都是从理论命题到理论命题的演绎式研究。对于商业秘密犯罪的研究也是如此，很少有实证调查的支撑，相当一部分论文仍然习惯于逻辑思辨这样一种演绎式研究方法，有些甚至还停留于堆砌、罗列各种各样的观点、结论，而没有任何实质性的推理、论证、分析，自然，这就导致了研究成果不能为司法实践所用这样一种结果，学术与司法实践的关系犹如“比邻而居，却老死不相往来”。以侵犯商业秘密罪的罪过形式为例，大部分学者都对其极为关注，围绕着这一问题进行了大量的分析研究，争论激烈。然而根据笔者在广东、福建、浙江等省市的走访调研，发现司法实务人员对此问题并不是很关心，并没有太多争议，最令司法实务人员感到棘手的，也是侵犯商业秘密刑事案件很难办理下去的最大掣肘就是商业秘密的司法鉴定、重大损失的认定以及取证等问题。而学术界由于缺乏实证调查，因此对这些问题并未能提供很好的可操作的解决方案。再如，在论及我国商业秘密的刑事保护的完善问题时，总是一味主张借鉴国际公约与发达国家的规定，而较少考虑我国的现实国情以及如何磨合等问题。洋为中用固然好，但是否能用，这不得不考虑，否则就是一种学术粗暴。

当然，需要指出的是，我国法学的实证研究严重缺乏，并不能完全苛责于学者本身，这是有多方面原因造成的，譬如，某些学者缺乏中国问题意识，也缺乏实证研究的训练；实证资料的搜集相当困难，尤其是一些具体的精确

^① 所谓政策定向的法学理论，是指在前法治化的时期，在依靠意识形态维护集权统治，现行政策作为注释的权威文本；所谓立法定向的法学理论，是指专业法律家（法学家）对立法（特别是法典的编纂）有一种基于本性的“乌托邦寄托”；所谓司法定向的法学理论，是指20世纪开始以来人们开始研究法官的工作、行为和裁判，试图通过更为细致的讨论，为法官适用法律寻找到保证统一性、安定性和公正性的方法论技术和哲学解释的根据。参见：舒国滢：《从方法论看抽象法学理论的发展》[J]。浙江社会科学，2004（5）。

的数据,司法实务部门有时基于保密的要求而不愿意提供;开展实证研究的经费缺乏,具有说服力的科学的实证研究都是建立在大笔的研究经费之上的。

(三) 缺乏经济学分析,不能把握商业秘密刑事保护的本质

“经济学已经改变了法律学问的性质、对法律规则和制度的一般理解甚至法律实践。”^①自20世纪60年代法律经济学正式诞生以来,以经济学的原理和方法分析法律问题的趋势几乎覆盖了整个法学研究领域。法律经济学的产生,不仅影响着法学研究,也深刻地影响着法律实践。著名学者波斯纳教授在《法律的经济分析》一书中明确指出:“法院和立法机关更明确地运用经济理论会使法律制度得到改善。”^②

商业秘密本身的特性决定了商业秘密刑事保护的伦理性色彩极为淡薄,而功利性色彩极为浓厚,甚至可以说,经济学的考量是商业秘密法律保护体系的根基所在。因此,只在法律的理论视野内分析商业秘密法律保护问题,任何理论和结论都是浅显和表面的,容易被各种表象所遮蔽和误导,如同雾里看花,无法触及本质。只有在经济学框架内分析商业秘密的刑事法律保护,才是更为彻底和深层的,更能体现其内在本质和价值蕴含,也更能让我们在进行立法思考和法律技术设计时有一个明确的指引和导向。然而,从目前对商业秘密刑事保护的研究来看,从经济学角度入手的分析相当罕见。

(四) 基础理论研究不够深入,缺乏价值层面的高屋建瓴

正如有学者所指出的那样,1997年《刑法》颁布以后,我国学术界加强了对侵犯知识产权犯罪基本理论的研究,深度与广度有所增加。但是,仍有一些重要的基础理论问题没有引起学者的注意,有些基础理论问题研究深度不够。比如,商业秘密为什么需要刑事保护?其正当根据何在?其主要目的是什么?这是贯穿我国商业秘密刑事保护全局的重要而基本的理论问题,直接影响着立法设计和制度安排,但是迄今未见有学者对该问题展开充分的论述。同时,价值上的探讨是必须的,我们不仅要从价值角度预设商业秘密刑事保护的研究和发展的方向,同时也要从社会实践中去挖掘我们的价值需要。如果说司法知识和技术的实践是商业秘密刑事保护的血肉,那么,价值的挖掘和塑造则是支撑其血肉的骨架。目前对商业秘密刑事保护的研究大多只是围绕着其规范成分和技术因素等形而下问题而展开,而对其价值取向等形而

① 罗伯特·考特,托马斯·尤伦.法和经济学[M].张军,译.上海:上海三联书店,上海人民出版社,1999:导论.

② 理查德·A.波斯纳.法律的经济分析[M].蒋兆康,译.北京:中国大百科全书出版社,1997:中文版作者序言.

上问题则少有深入挖掘，即使偶有涉及，也是给人感觉犹如隔靴搔痒，没有高屋建瓴之势。

三、本书的研究进路及方法

本书将从商业秘密刑事保护的相关基础理论着手，进而分析其正当根据和价值取向，并提出具体的制度设想；对商业秘密刑事保护的实体法和程序法解读之后，针对最常见的司法疑难问题，在实证等分析的基础上提出了解决方案，最后对商业秘密刑事保护的立法进行反思和提出建言。本书主要采取以下研究方法：

（一）文献综述法

查阅国内外关于商业秘密刑事保护的相关资料，加以分析整理，进行归纳总结，从整体上把握古今中外在商业秘密的刑事保护方面的研究成果，并定优找缺，为完善立法提供理论支持。

（二）比较研究法

比较美国、英国、加拿大、德国、日本等主要发达国家，以及我国台湾地区对商业秘密刑事保护的规定和制度，从中找出差异，提取可推介的一些经验。

（三）案例研究法

搜集中外各国商业秘密刑事保护方面的典型案例，作为分析样本，从而总结在商业秘密刑事保护方面的司法经验，找出问题和症结所在。

（四）实证分析法

通过座谈、问卷、资料收集等形式，以各地公安部门、法院、海关、工商部门、知识产权部门等机关以及一定数量的大中型企业为调研对象，对我国商业秘密刑事保护的有关问题进行实证调查，从而充分了解我国商业秘密刑事保护的现状，并发现问题，吸取教训，总结经验。

（五）经济学分析法

通过运用经济学中的基本理论和工具，如成本与收益、外部性理论、激励机制等，来分析商业秘密刑事保护的正当性根据、终极目的、价值取向、制度安排等问题。

第一章

商业秘密刑事保护概述

第一节 商业秘密法律制度概述

一、商业秘密法律保护的历史嬗变

如果追本溯源,商业秘密在我国最早的表现形式应当是奴隶社会时期的所谓“家传绝技”、“祖传秘方”等。在欧洲中世纪时期,地中海沿岸的手工业十分发达,当时的手工作坊主向学徒、帮工传授的特别手工技巧被称为“Know-How”,后来逐渐成了商业秘密中技术秘密的代名词沿用至今。^①关于商业秘密的法律保护,最早可以追溯到古罗马帝国时代。在那时,奴隶主的奴隶如果被别的奴隶主所诱惑,并由此流失了商业秘密,则可以对别的奴隶主提起诉讼,败诉的奴隶主应当承担相当于损失两倍的赔偿。按照罗马的判决,由于被告的引诱行为,导致奴隶主的“会说话的工具”不再对主人忠实,被告应当承担由于奴隶身价下跌而给主人带来的损失。而在欧洲中世纪时期,手工业作坊主为了防止学徒盗用商业秘密,在签订雇佣合同时,有意识地加入了保密条款。这种带有身份性质的保密措施一直沿用到今天,成为当今各国保护商业秘密的最佳手段。^②

商业秘密正式成为法律概念和现代意义上的专门法律制度,则是从19世纪英美国家的判例法开始的。世界上第一个有关商业秘密的案例发生于1817年的英国,即“Newbery v. James”案,该案是关于一个治疗痛风的秘密配方的纠纷。商业秘密作为法律意义上对专利制度的补充,首次见诸判例的,是1849年英国的阿尔伯特亲王(维多利亚女王的丈夫)诉施特辛格一案。当时

① DEVENTER. KLUWER. The Know - How Contract in German, Japan and United States [M]. Law&Taxation Pub, 1984.

② 乔新生. 商业秘密法律保护的历史嬗变[J]. 财经政法资讯, 2006(1).