

法官的思考

郝丽雅 主编



人民法院出版社

法官的思考

主 编 郝丽雅
副主编 巫春华 陈出新
 龚建荣 诸儒生
 江茂贤

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法官的思考/郝丽雅主编. —北京:人民法院出版社, 2004. 11
ISBN 7-80161-875-0

I. 法… II. 郝… III. 法院-工作-中国-文集
IV. D926.2-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 111737 号

法官的思考

主编 郝丽雅

责任编辑 陈燕华 谢庆于红

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市朝阳区安慧北里安园甲 9 号(100101)

电 话 (010)65290583(责任编辑) 65290516(出版部)
65290558 65290559(发行部)

网 址 www.courtpress.com

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 北京人卫印刷厂

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 16

字 数 552 千字

印 张 31.75

版 次 2004 年 11 月第 1 版 2004 年 11 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 7-80161-875-0/D·875

定 价 60.00 元

版权所有 侵权必究

(如有缺页、倒装,请与出版社联系调换)

序

在深圳宝安法院华诞 55 周年之际，宝安法院法官们在繁重的审判工作之余写作的论文集也付梓问世了。素闻深圳市法官承担的审判工作量位于全国前列，当手捧这一篇篇颇具专业功底和理论水平的论文时，我看到的是法官们挑灯夜读，笔耕不辍的身影。我不禁深为法官们的钻研精神而感佩，遂欣然为序。

随着社会的进步和社会主义市场经济的发展，近年来，各类新型案件不断涌现，案件诉因日益多元化，法律关系日趋复杂化，人民法官对理论的更新与研究显得尤为迫切。在法官职业化改革的大潮中，专家型法官、学者型法官必将以其深厚的法学功底和高水平的专业素养，成为各审判领域的弄潮儿。而在中国法治社会的进程中，他们也必将被推到队伍的前列，成为司法改革和发展的中坚与栋梁。

我素来景仰那些既有理论素养，又能干练断案的法官。他们视野开阔，思想敏锐，学科研究意识强，实践经验丰富。宝安法院的法官们无疑就是这样的一个群体。在这本文集中，他们从法律条文、法条释义、法律界限、法律适用、案例评析等各方面进行了综合研究。同时，他们还注意参考国内外学者的著作和观点，丰富文章的内容。我以为，这种研究方法是既客观实在又严谨认真的，治学方法是得当的。它体现了当代法官将法学理论和审判实践相结合的有益尝试与积极探索，具有理

论价值和实践意义。

中国的司法改革进入了一个全新的发展时期，中国的法治之路也有很长的一段路要走，我们任重而道远。“潮平两岸阔，风正一帆悬”，让我们为共和国的法治共同不懈地努力。

与诸君共勉！

黄松有*

2004年10月于北京

* 最高人民法院副院长。

目 录

论侵犯商业秘密犯罪行为及罪过特征	连军怀 (1)
论赌博罪的边缘行为	柯 德 (11)
非法证据能力与传闻证据规则初探	李 雯 (17)
刑事诉讼中的证据开示	林满棠 刘 斌 (23)
刑事诉讼证人作证的法律思考	李 雯 (34)
论刑事诉讼公正与诉讼效益的辩证关系	连军怀 (47)
论死刑的存在价值以及我国的死刑适用	杨 莹 (57)
论侵犯商业秘密刑事诉讼证明规则	连军怀 (70)
审理利他合同纠纷若干问题探讨	许云兴 (76)
浅议缔约过失责任制度	刘光耀 (92)
试论票据的善意取得	应 连 (103)
论预告登记制度	周 虹 (111)
浅论不动产预告登记制度	刘铁成 (127)
论物权法定原则的突破	李析洋 (138)
论物权行为无因性	刘铁成 (144)
论我国物上请求权制度及其立法设计	刘嘉贤 (151)
我国物权立法应否建立间接占有制度之探讨	郭宁华 (163)
关于建筑物区分所有权若干问题的思考	廖海俊 (169)
英美董事注意义务与我国公司法之完善 ——基于比较法和法经济学分析的思路	王永强 周后宏 (181)
公司董事对第三人的责任	李蔼遐 (192)
投资基金管理人的诚信机制研究	阮志明 (201)
论债权人代位权的界定及其对清理三角债务关系的 影响	康 威 (222)

浅析表见代理制度及其实践价值	刘嘉贤 (228)
格式合同制度探析及其完善	阮志明 (238)
论电子证据	刘铁成 (249)
我国民事诉讼证明责任分配问题的几点剖析	李 尼 (262)
诉讼实务中财产保全制度相关问题的探讨	龙仲权 (267)
我国民事调解制度的弊端与改革设想	洪胜元 雷 雨 (277)
对我国调解制度的思考	李秀珠 (286)
证人免证权	
——利益选择的结果	魏晓亮 (292)
浅析释明权在民诉中的运用	杨铁岩 潘淦强 (299)
建立我国登记请求权制度的思考	陈出新 (303)
略论占有制度的立法模式及对我国的启示	郑雅芳 (306)
论偷拍偷录证据的证明效力	刘铁成 (312)
浅析国际民事诉讼中的“一事两诉”问题	郑雅芳 (317)
论我国立法应承认流质契约	郑雅芳 (322)
论商业秘密的保护与竞业限制约定	陈小达 (326)
浅析因特网上搜索引擎商标侵权	陈加云 (333)
对专利权利用尽之透视	张 波 (338)
试议 MP3 侵害著作权问题	陈加云 (344)
论国家赔偿制度	范 蓁 (351)
市场经济下行政法的功能	杨继周 (362)
浅论行政许可法中的信赖保护原则	苏重彬 王皎皎 (385)
特区法规的位阶及其在行政审判中的适用	郝丽雅 (391)
不予执行仲裁裁决案	郭宁华 (403)
现代司法理念与法官思维方式	
——主论法官职业思维方式的培育	罗映清 (408)
论现代司法过程中的法律解释	
——一种法官思维方式的可能性	郭宁华 (422)
浅谈我国法院体制改革	柯 德 (431)
现代司法理念与审判方式改革	
——民事审判中审前程序的制度设想	应 连 (440)
论法官独立	雷 雨 (445)
法治的两难困境“司法抢摊”何时了	李丹蓉 (456)
宪法司法化的可行性研究	查桂芳 郑雅芳 (465)

从法理角度浅论沉默权	刘欢飞 (478)
法院“送达难”问题浅析	刘欢飞 (486)
浅谈建立法官廉政保证金制度	黄正齐 (492)
后 记	(500)

论侵犯商业秘密犯罪行为及罪过特征

连军怀

1997年修订后的《刑法》设立了侵犯商业秘密罪这一新罪名,表明我国加大对知识产权司法保护的力度,但在司法实践中,如何规范保护商业秘密的刑事司法活动,首要的在于如何准确的理解《刑法》第二百一十九条侵犯商业秘密罪的行为及罪过特征的立法原意。

一、商业秘密定义及特征

根据《刑法》第二百一十九条的规定,商业秘密,是指不为公众所知悉,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。商业秘密具有以下特征:

1. 非公知性,即不为公众所知悉。所谓不为公众所知悉,是指作为商业秘密的技术信息和经营管理信息是不能从公开渠道直接获取的,但并不是指不为一切人所知悉,而只是指不为权利人以外的其他人以违反诚实经营活动的方式所知悉。

2. 利益性(有经济价值),能为权利人带来经济利益,即能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势。

3. 实用性,即能够运用于生产、经营活动中。实用性要求商业秘密是能够实际操作的信息,能够用于解决生产、经营中的现实问题。没有实用性的技术信息或者经营信息不能成为商业秘密。

4. 信息性,商业秘密的内容包括技术信息和经营信息。《国家工商行政管理局关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》规定:“本规定所称技术信息和经营信息包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招投标中的标底及标书内容等信息。”可见,信息性是商业秘密所具有的本质性特征,没有信息性的商业秘密,可以说是毫无意义的东西,不可能为社会所接受。

5. 保密性, 权利人采取了保密措施。作为受法律保护的商业秘密, 权利人为防止商业秘密外泄、避免被他人知悉或被窃用, 必然会采取一定的保密措施, 使他人无法通过非正当的途径和方式获得该秘密, 如果权利人对其商业秘密不采取任何措施, 使任何人都比较容易知悉, 成为在公众中广为传播的技术信息和经营信息, 那么这个商业秘密也就不再是法律意义上的商业秘密。权利人采取的保密措施的形式是多种多样的。常见的保密措施有: (1) 在单位内部告知商业秘密的存在, 进行保密思想教育。(2) 建立专门档案, 建立保密机构, 制定相应的保密规定, 加强文件的管理, 如对文件进行编号、划分等级, 配置必要的保密、防盗设备, 确保秘密文件及其所处区域的安全等。(3) 限定知悉商业秘密人员的范围。与掌握、接触商业秘密关键人员如工程技术人员和管理人员签订保密协议, 明确这些人员的保密义务和泄密责任。对即将退休的知悉该秘密的人员进行保密检查, 提醒他们履行保密义务。(4) 划定保密区域, 并对外来干涉人员进行登记和采取限制措施。掌握向供应商、批发商、销售商、转包商及顾问、律师等披露信息的时间、方式、范围, 提出保密要求, 签订保密协议。对转包人、受让人、合营者的生产现场进行监督检查, 要求来往客户提供保密担保金等。需要指出的是, 保密措施并不要求是绝对的万无一失的, 只要权利人采取的保密措施在当时看来是在合理的范围内即可。国家工商行政管理局 1998 年颁布的《关于商业秘密构成要件问题的答复》对“合理的保密措施”解释为: “只要权利人提出了保密要求, 商业秘密权利人的职工或者与商业秘密权利人有业务关系的他人知道或者应该知道存在商业秘密, 即为权利人采取了合理的保密措施, 职工或他人就对权利人承担保密义务”。

二、侵犯商业秘密罪的概念

侵犯商业秘密罪, 是指违反国家有关商业管理的法律法规, 采用盗窃、引诱、胁迫或者其他不正当手段获取他人商业秘密, 或者披露、使用或允许他人使用所获得的商业秘密, 经权利人造成重大损失的行为。随着科学技术的发展和商业贸易的繁荣, 商业秘密所具有的特殊地位和作用日益显得重要, 人们对商业秘密的认识在不断的深化, 商业秘密作为一种特殊知识产权的立法为大多数人所公认。从当代各国关于对商业秘密进行法律保护的实践来看, 承认通过自己的创造性劳动或其他合法与正当方式所获得的未公开的商业秘密具有所有权和财产权, 成为《刑法》规定侵犯商

业秘密罪，追究行为人刑事责任的理论根据。

三、侵犯商业秘密犯罪行为类型

根据《刑法》第二百一十九条的规定，侵犯商业秘密的行为有直接故意以下几种类型：

（一）直接故意侵犯型

所谓直接故意侵犯类型是指以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密。

1. 盗窃，就是指秘密窃取权利人的商业秘密。秘密窃取是指行为人采取不易被权利人发觉的方法，秘密地将权利人的商业秘密据为己有。行为人对商业秘密的盗窃，既可以是将载有商业秘密的文件等偷偷地据为己有；也可以是复制后还回原件，保留复制件；还可以是将商业秘密的内容偷偷地记忆下来，据为己有。以盗窃方法获取商业秘密与一般盗窃行为的主要区别在于盗窃的对象不同，商业秘密的盗窃对象一般是无形财产，一般财物盗窃的对象是有形财产。《刑法》明确规定了侵犯商业秘密罪，同时在司法实践中还可以参照最高人民法院、最高人民检察院的相关司法解释，因为两高的有关司法解释并未宣布废止，在实体操作上仍然具有法律约束力。在办理类似案件时，至少应当注意如下两点：（1）对于盗窃商业秘密的行为，如果构成犯罪的，即使该行为既触犯了《刑法》第二百一十九条规定的侵犯商业秘密罪，同时又触犯了《刑法》第二百六十四条。这实际上是一种法规竞合的情况。在处理时应遵循特别法优于普通法的原则，直接适用现行《刑法》关于侵犯商业秘密罪的规定，不再适用盗窃罪的有关规定，以侵犯商业秘密罪而不是盗窃罪定罪量刑。（2）对于盗窃不属于商业秘密的其他重要技术成果的行为，则仍然可以依照最高人民法院、最高人民检察院的前述司法解释，按盗窃罪来处理。盗窃技术成果即构成犯罪，是否已经使用、出卖是侵犯商业秘密的后续行为，是量刑的重要情节；如果是使用、出售他人盗窃的技术成果，行为本身即构成侵犯商业秘密罪。

2. 利诱，一般是指以给付物质利益方式诱使他人告知其商业秘密，实质上是以贿赂的方式获取他人的商业秘密。当然利诱的方式并不局限于给付物质利益，性贿赂、劳务贿赂以及其他利益贿赂均可认定为利诱。

3. 胁迫，是指以给他人的财产或人身造成损害为要挟，迫使他人告

知其商业秘密，包括对知道商业秘密者的胁迫，以及与知道商业秘密者有关系的亲属等其他人的胁迫。

4. 其他不正当手段，是指除前述三种手段以外，违背商业秘密权利人的意愿，可以获取权利人的商业秘密的其他违法手段。

（二）间接故意侵犯型

披露、使用或者允许他人使用以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取的权利人的商业秘密。“披露、使用或者允许他人使用”的行为实际上是对“盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段”行为的补充。因为行为人仅实施上述行为，可能并不一定会造成损害后果，行为人侵犯商业秘密的行为之所以会给权利人带来重大影响，最主要的不在于其非法获取权利人的商业秘密，而是其实施披露、使用或允许他人使用之行为使商业秘密失密，最终导致商业秘密权利人在市场竞争中丧失优势。

1. 披露，是指行为人将其以“盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段”非法获取的权利人的商业秘密向他人公开。

2. 使用，是指行为人将自己非法获取的商业秘密在各种有用的场合加以运用，可能用于生产，也可能用于经营或者销售等方面。不管用于什么场合，不影响犯罪行为的成立。

3. 允许他人使用，是指以“盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段”非法获取的商业秘密的行为人，允许他人使用其以不正当手段获取的商业秘密。

（三）违约型

违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。这种行为是指通过工作关系、业务关系或许可关系等合法途径掌握商业秘密的人，违反了与权利人的约定（如合同约定），或者违反了权利人保守商业秘密的要求（如内部保密制度），而向他人泄密、向社会公开，由自己使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。此种行为的构成要素是：（1）行为人是商业秘密权利人以外的人。（2）被侵犯的商业秘密是行为人合法知悉或者掌握的商业秘密。（3）行为人负有保密义务。（4）行为人实施了披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的行为。

(四) 混合型

明知或应知前述三种违法行为而获取、使用或者披露他人商业秘密的,以侵犯商业秘密罪论。这种行为不是一种直接侵犯商业秘密的行为,而只是间接地侵犯了商业秘密权利人的合法利益。侵权过程中,行为人明知或者根据客观情况应当知道存在前述的直接侵犯商业秘密的行为,而置这种情况于不顾,从他人手中获取商业秘密,尔后加以使用或者披露,从而间接地侵犯了权利人的利益。在处理类似案件时,还必须注意正确认定共同犯罪问题。侵犯著作权犯罪往往具有规模大和专业性强的特点,司法实践所面对的案件往往都是三人以上的共同犯罪,且具有明确的组织和分工。对于两人以上共同策划、分工合作的行为,如一部分人进行非法窃取、另一部分人进行披露或者使用,两种行为人具有主观上的共同犯罪故意,则属于共同犯罪,应当以共同犯罪处罚。对于某些并不存在严密的合伙型分工合作,而只是一方接受提供披露的商业秘密,另一方届时支付报酬获取技术,双方都没有进行事先预谋,但双方彼此都清楚对方的行为性质,也属于共同犯罪。

侵犯商业秘密罪罪名是否可由过失构成,理论界与司法界存在不同看法。全国高等政法院校规划教材《刑法学》认为:侵犯商业秘密犯罪“主观方面是故意。过失不能构成本罪”。^① 苏惠渔教授主编的2001年上海普通高校“九五”重点教材《刑法学》认为:侵犯商业秘密犯罪“主观方面一般表现为故意的罪过形式,即行为人明知而故为”。^② 有的学者则认为:侵犯商业秘密犯罪主观方面“既可以是故意,也可以是过失”。^③ 也有学者认为:“本罪在主观方面一般是故意,少数情况下是过失”。^④ 还有学者认为《刑法》第二百一十九条第一款和第二款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,其余的均可以故意或过失构成,^⑤ 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”的行为可以是故意也可以由过失构成。

① 苏惠渔主编:《刑法学》,中国政法大学出版社1997年7月版,第561页。

② 苏惠渔主编:《刑法学》,法律出版社2001年1月版,第493页。

③ 姜国锋、范洪华:《商业秘密的刑法保护》,载《山东农业管理干部学院学报》2001年第3期。

④ 聂洪勇:《论我国新刑法中的侵犯商业秘密罪》,载《甘肃政法学院学报》1998年第3期。

⑤ 党建军主编:《侵犯知识产权罪》,中国人民公安大学出版社2000年版。

笔者赞成“明知或应知”都是故意的看法。“明知”是一种恶意（故意）状态。“应知”（应当知道）是一种推定故意的主观状态。第三人的“获取”包括有偿或者无偿两种情况。其中，有偿使用的只能是形式上的合法；无偿使用的，则包含形式上的合法或非法。上述的获取、使用或者披露，是相对独立的。只要具备其中行为之一的，便触犯《刑法》第二百一十九条第二款的规定，以侵犯商业秘密罪论。同时，这里所说的“形式上的合法或非法”，其实质均属违法犯罪的情况。具体而言，直接侵犯商业秘密的行为只能由故意构成，即行为人明知自己的行为会发生侵犯他人对商业秘密所享有的合法权益的危害后果，但却希望或者放任这一危害结果的发生。至于犯罪目的如何，是否以营利为目的等，均无碍于侵犯商业秘密行为的认定。《刑法》第二百一十七条规定的行为人违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密的行为，就属于直接侵犯商业秘密的犯罪行为。从犯罪主观方面看，侵犯商业秘密罪行为人在主观方面的心理态度有别于侵犯知识产权犯罪类罪中其他各罪在主观方面的心理态度，其他各罪在主观方面都是具有犯罪目的的直接故意，因而《刑法》之规定对故意犯罪行为进行处罚。而侵犯商业秘密犯罪有所不同，商业秘密是一种信息，但这种信息进入公知领域后，除权利人外，其他任何人未经权利所有人许可，都不得以任何形式使用不正当手段从商业秘密权利所有人那里获得商业秘密。如果仅仅禁止出于主观上的故意实施侵犯他人商业秘密的行为，而对于间接侵犯商业秘密的行为不给予处罚，就有可能放纵一些对商业秘密权利人造成重大损失而又没有法律依据给予处罚的犯罪行为。有的学者认为，在法律上认定过失侵权有着重要的实际意义。如果不对侵犯商业秘密犯罪规定过失侵权，在逻辑上不符合我国《刑法》第二百一十七条的立法结构。他们以此列举了《刑法》第二百一十九条所规定的侵犯商业秘密罪四种行为方式中犯罪行为人持有的主观心态形式：（1）故意盗窃、利诱、胁迫或以其他不正当手段获取权利人的商业秘密；（2）故意或过失披露、使用或允许他人使用以上述手段获取的商业秘密；（3）故意或过失披露、使用或允许他人使用有关商业秘密；（4）第三人故意或过失地获取、使用或允许他人使用商业秘密。

笔者认为，《刑法》规定侵犯商业秘密罪既可以由故意构成，也可以由过失构成，这主要是从保护商业秘密的客观需要出发的。《刑法》第二百一十九条第二款规定：“明知或者应知前款所列行为，……”，说明行为人可以是基于明知而故意犯罪，也可以是基于应知但由于疏忽大意而未知

实施了犯罪行为。对于应知但由于疏忽大意而未知实施了侵犯商业秘密的行为，就不应以行为人的犯罪目的等作为构成犯罪的必要条件。因此，在适用本条定罪量刑时，要注意对过失犯侵犯商业秘密行为的认定和考察，做到既不要放纵犯罪，也不能任意扩大打击面，将本不应该属于犯罪论处的行为扩大化为犯罪行为一并予以处罚。

四、重大损失的认定

行为人实施的侵犯商业秘密的行为必须给商业秘密的权利人造成重大损失，方可构成犯罪。换言之，损失的程度是区分侵犯商业秘密行为违法与犯罪的主要界限。最高人民检察院、公安部 2001 年 4 月 18 日颁布的《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》第六十五条规定，侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予追诉：给商业秘密的权利人造成直接经济损失数额在 50 万元以上的；致使权利人破产或者造成其他严重后果的。判断行为人的行为是否给权利人造成重大损失，应根据犯罪的整个情况进行综合分析判断。在确定犯罪行为给权利人造成的损失时，一般应考虑以下几个因素：

1. 该商业秘密占领市场的大小，包括已经占领的市场的大小和潜在的市场份额，这是衡量商业秘密价值的因素之一。

2. 商业秘密权利人的数量，包括商业秘密的所有人以及商业秘密的合法使用人的数量。

3. 被侵犯商业秘密权利人的生产能力，包括目前使用的生产能力，以及其全部的生产能力（包括其潜在的生产能力）。侵权人的生产能力，包括侵权人侵权时的生产能力和其全部的生产能力。侵权人在未使用该商业秘密时使用相同的生产能力能得到多少经济利益，在使用了商业秘密之后能得到多少经济利益，将两者加以比较，可以从一个方面反映侵权人的获利情况，以及给权利人造成的损失的大小。

4. 该商业秘密的生命周期。任何商业秘密从产生到其被淘汰都是有一定周期的，总有一天会被他人所获知。了解该商业秘密处在其生命周期的哪一个阶段，对确定权利人的损失有很大的意义。

5. 其他因素，如侵权的手段、扩散的范围、造成的影响、侵权行为持续的时间，等等。

根据我国《反不正当竞争法》第二十条的规定，侵害商业秘密给权利人造成损害的，应当承担损害赔偿责任，被侵害的权利人的损失难以计算

的，其赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润。可见，这里规定的赔偿额有两种计算方法，即权利人的所失或侵权人的所得（利润）。据此，我们在衡量行为人侵犯他人商业秘密的犯罪行为是否给权利人造成重大损失时也可以从权利人的所失和犯罪人的所得两个方面加以考虑。在具体判定时可以参考上述因素，首先考虑权利人遭受的直接损失，即权利人可计算的财产、收入方面的损失。如商业秘密被非法公开，造成的权利人的财产灭失的多少，这可根据开发该商业秘密的成本或该商业秘密的现行市价、商业秘密实施许可的合理使用费数额、商业秘密的利用周期（一次或多次、长期或短期）、市场的容量和供求关系或该商业秘密预期若干年内收益等方法加以确定；因行为人盗用商业秘密进行生产和经营活动而造成权利人本身收入的减少，等等。其次，应该注意，行为人给权利人造成的损失不限于物质性的损失，如权利人损失数额、侵权人所得数额等，还应包括竞争优势的减少或丧失等；对竞争因素的损害在经济上主要体现为三个部分，即开发成本、现实的优势和未来的优势。开发成本是指产出这种竞争优势的商业秘密的研制开发所投入的成本，包括投入的资金、人员、时间等。现实的优势是指生产和销售中的优势，如生产的低成本、销售的高利润和供求关系。这部分容易计算，在排除物价因素后，可以看价格是否下跌、销售量增加或减少及其比率（考虑供求关系）。未来的优势，是指权利人预期的那部分，即由于侵权而使预期的优势所产生的收益损失减少。这部分较难计算，实践中一般将商业秘密的利用周期长短、使用和转让情况、市场供求关系作为计算参数。此外，还应考虑保密成本，这部分投入也因侵权而遭受损害，理应获得赔偿。与商业秘密的无形性相似，这种竞争优势也是无形的，它的价值的量是不特定的，取决于它所转化的经济效益和实际利用程度，所以赔偿金额也是无法精确计算的，司法实践中一般可以估算、框算，不必苛求精确。

五、侵犯商业秘密罪罪与非罪的界限

（一）侵犯商业秘密行为与正当行为的界限

获取商业秘密的正当行为主要是指取得商业秘密的合法性。哪些行为属于合法取得，必须根据国家关于规范商业秘密的有关法律法规的规定去确认。一般认为有以下两种情况是属于合法取得，一是通过权利人的转让合法取得，另一种是取得人自己以其他合法手段取得。对于通过权利人的

转让合法取得的情况，有两个问题值得注意：（1）合法转让人是否能成为商业秘密的权利主体，我们认为，商业秘密权可以由两个以上的合法主体所占有。只要商业秘密的合法转让人本身所取得商业秘密的方式、手段都是合法的，并且该商业秘密的合法转让人所持有的商业秘密也是合法的，那么，该商业秘密的合法转让人就可以作为商业秘密的权利主体。（2）取得商业秘密的行为人是否可以后续开发。我们认为，对于未经权利人同意所进行的开发和研究，应当视为对权利人商业秘密的侵犯；如果行为虽然没有取得权利人的同意，而行为人在合法获得商业秘密后只是进行研究开发，并且这些开发研究导致商业秘密被公开，不应当将其视为对他人商业秘密的侵犯。

通过下列方式取得的商业秘密可以同时拥有两个以上的持有人分别独自掌握同一商业秘密。（1）商业秘密可以同时拥有两个以上的持有人分别独自掌握同一商业秘密，因为商业秘密不要求具有独一无二的新颖性和创造性，其权利主体具有多元性，商业秘密具有可分享性，可以为多人所同时掌握。因此，行为人独立研究开发出来的与权利人相同的商业秘密，属于合法取得。（2）通过反向工程取得的商业秘密。反向工程又称为逆向工程、反向研究，是指行为人通过对产品的反复拆卸、分解、重组、核对、检查进行市场调研等方式的得出的技术和信息。由于商业秘密不像专利权那样具有独占和垄断性，采取有效措施对其所有的商业秘密进行保密是权利人的惟一手段。而反向开发并不是由知情人将其商业秘密向社会公布，没有侵犯权利人的商业秘密，应属于合法行为。（3）通过公开发行的报刊、杂志或公开使用的产品、信息或通过其他公共场所进行观察、研究所获得的商业秘密，也属于合法取得的范畴。

（二）善意第三人的违法与否问题

所谓“善意”，是指行为人按照当时的交易情形，不可能有理由和根据知道他人无权转让商业秘密。目前，我国有关善意第三人商业秘密侵权纠纷的规定仅在《合同法》中有一条。我国《刑法》第二百一十九条列举的侵犯商业秘密罪的四类侵权或违约行为中，第一种行为所要求的主观要件是故意；第二种、第三种行为所要求的主观要件是故意或过失。这里第三人“视为侵权”的行为要求第三人在主观上出于恶意，而对于善意第三人的行为却没有规定。从司法实践看，对善意第三人的问题比较复杂，往往会遇到这类情况：一是善意第三人已一次支付了使用费，若再令其向真正的权利人支付使用费，显然有失公平，这时，侵权的第二人应将所得的