

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【司法实务】

侵犯商业秘密犯罪若干问题分析

商业贿赂犯罪若干问题的司法认定

关于量刑建议制度的研究报告

死刑案件二审程序与法律适用问题研讨

【证据运用】

死刑案件二审开庭中侦查人员出庭作证的尝试

【法律释义】

解读《最高人民法院人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》

解读《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定（试行）》

【疑案剖析】

关于非法拘禁罪的共同犯罪及其转化的若干问题

析李必峰等5人非法拘禁、故意杀人、窝藏抗诉案

以投资回报为名收受贿赂的认定

——析于纪豹受贿抗诉案

总第28集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑事司法指南

2006 年第 4 集(总第 28 集)

主 编 : 张仲芳

副主编 : 彭 东 王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2006 年. 第 4 集 / 张仲芳主编. —北京:
法律出版社, 2006. 12

ISBN 7-5036-6931-4

I. 刑... II. 张... III. ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 148844 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/林红 马珊珊

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/7.125 字数/166 千

版本/2006 年 12 月第 1 版

印次/2006 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-6931-4/D·6598 定价: 19.80 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》

2006 年第 4 集(总第 28 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富 姜 伟

顾 问:(以姓氏笔画为序)

龙宗智 刘绍武 张 军 陈卫东

陈兴良 郎 胜 南 英 胡安福

赵秉志 阎敏才

编辑委员会

主 编:张仲芳

副 主 编:彭 东 王 军 聂建华 黄 河

史卫忠

编 委:(以姓氏笔画为序)

卜大军 王光月 王 健 李树昆

李景晗 张凤艳 张寒玉 张晓津

张希靖 贺湘君 侯亚辉 黄卫平

路 飞

通讯编委:苗生明 张道发 殷玉谈 刘永志

周东曙 苑瑞先 吕景文 李成林

沙 莎 季 刚 蒋永良 陈海鹰

张厚琪 欧秀珠 王景风 鲍 峰

刘建国 刘光圣 李芳芳 丁维群

徐新励 朱乾坤 李思阳 潘祥均

吴永胜 孙志红 王成刚 李志虎

徐 雷 朱绍银 苟军德 刘 军

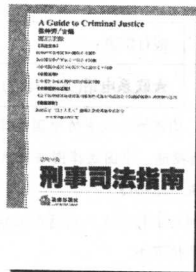
尚 争 勇 扎

执行编委:张寒玉

权威主编 聚焦司法 业务指南

欢迎订阅《刑事司法指南》

《刑事司法指南》是最高人民检察院公诉厅编写、张仲芳主编、法律出版社出版的刑事犯罪理论与实务指导丛书,属于法律出版社法律应用出版分社规划的法院、检察院司法实务系列用书之一。该书面向检察院系统,针对刑事案件的监督、提起公诉和自侦自查,在刑法理论、刑事司法实务方面全面研究、反映司法改革、司法建设、司法发展的动态与成果,追击并剖析刑事司法领域最新问题。作为从2000年就开始编辑的司法业务指导性刊物,《刑事司法指南》自出版以来,得到了各级检察院、司法工作人员及广大读者的支持和关注,现已成长为一个成熟、高质量的图书品牌。



栏目设置

司法实务 约请权威专家、学者就刑事司法实践中的难点和热点问题进行全面而透彻地研究和
分析,提供权威性意见;

证据运用 就证据审查规则、各类犯罪的控方最低证据标准、证据体系的完善等证据运用
问题进行理论研讨和实务论证;

法律释义 邀请专家及立法机关、司法机关有关负责人对刑事立法、司法解释的理解与适用发表评论

疑案剖析 通过对疑难案例所反映的法律问题进行深入剖析,就证据是否确实充分以及疑难
犯罪案件的罪与非罪、此罪与彼罪的认定作透彻分析,提供指导性意见;

新罪评释 对修改后的刑法新增罪名进行阐释,提出针对性意见;

问题征答 对刑事司法实践中的疑难问题进行征答;

文书选登 精选优秀起诉书、公诉书、抗诉书、判决书等刑事诉讼文书范例。

《刑事司法指南》2007年仍出版4集,每辑约15万字,定价19.80元,全年邮购价86元

在逐步的摸索中,《刑事司法指南》不断成长,至今已为读者们所广泛认可。同时,《刑事司法指南》热忱欢迎从事刑事司法实务工作和刑事法律研究的人员提供各类解决刑事司法实务中热点、难点问题的文章、案例和优秀诉讼文书,来稿请详细注明作者真实姓名、工作单位、通信地址、邮编和“专投本刊”,并自留底稿。凡寄送的案例和诉讼文书,必须是已经发生法律效力刑事案件,并在寄交稿件时附寄有关的裁判文书。来稿一律不退,如需退稿,请声明并付足邮资。

来稿请寄:北京东城区北河沿大街147号最高人民检察院公诉厅《刑事司法指南》编辑部 收(100726)

订购咨询电话:中国法律图书有限公司(010)63939779/9806

编辑部咨询电话:法律出版社应用出版分社(010)63939639/9643

《刑事司法指南》2007 年

征 订 单

第一联：发书凭证

年 月 日

订购单位		联 系 人		订购单位章
详细地址		邮 编		
书 名	邮 购 价	订阅册数	总 金 额	
《刑事司法指南》29—32 集	86.00 元			
总金额（大写）：				
汇款方式	邮局汇款：（ ）	银行汇款：（ ）		
汇款凭证号		★联系电话(务必写清)		

特别提示： 1. 不论您使用何种汇款方式，均请将此联寄给中国法律图书有限公司，作为发书的凭据；字迹清晰，写清地址、电话，以便准确投递。中国法律图书有限公司地址：北京市莲花池西里 7 号 中国法律图书有限公司（收） 邮编：100073

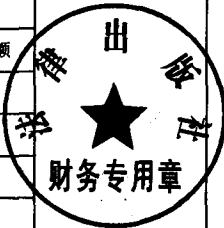
2. 不论您使用银行信汇还是邮局汇款方式，均请在汇款单上注明所购书名、册数及您的地址、邮编、电话，以确保我们核实后尽快发书。

《刑事司法指南》2007 年

报 销 凭 证

第二联：订户收据（自留）

年 月 日

订购单位		联 系 人		收款单位章
详细地址		邮 编		
书 名	邮 购 价	订阅册数	总 金 额	
《刑事司法指南》29—32 集	86.00 元			
总金额（大写）：				
汇款方式	邮局汇款：（ ）	银行汇款：（ ）		
汇款凭证号		★联系电话(务必写清)		

注：此联连同汇款回执一并作为报销凭证。如需正式发票另请注明。

汇 款 方 法

银行汇款：

邮局汇款：

开户行：工行西客站支行六里桥分理处

地 址：北京市丰台区莲花池西里 7 号

户 名：法律出版社

邮 编：100073

账 号：0200281019020401503

收款人：法律出版社

订购咨询电话：中国法律图书有限公司 (010) 63939779 63939806

目 录

【司法实务】

侵犯商业秘密犯罪若干问题分析	陈海鹰(1)
商业贿赂犯罪若干问题的司法认定	周洪波(12)
玩忽职守与滥用职权罪罪过形式与客观行为的认定	杨开江 胡陆生(35)
关于量刑建议制度的研究报告	徐汉明 胡光阳(59)
死刑案件二审程序与法律适用问题研讨 ——重庆市检察机关办理死刑二审案件相关 问题讨论会述要	于天敏 李建超 杨洪广(95)

【证据运用】

死刑案件二审开庭中侦查人员出庭作证的尝试	王景凤 熊金平(106)
刑事诉讼证人出庭制度研究	张 晨(116)

【法律释义】

解读《最高人民法院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的 规定》	韩耀元(149)
解读《关于死刑第二审案件开庭审理程序若干问题的规定 (试行)》	王守安 吴孟栓 石献智(188)

【疑案剖析】

关于非法拘禁罪的共同犯罪及其转化的若干问题

——析李必峰等5人非法拘禁、故意杀人、窝藏

抗诉案 刘光圣 高 进(196)

以投资回报为名收受贿赂的认定

——析于纪豹受贿抗诉案 戴 彤(211)

【司法实务】

侵犯商业秘密犯罪若干问题分析

陈海鹰*

相关法律及司法解释

《中华人民共和国刑法》(节录)

第二百一十九条 有下列侵犯商业秘密行为之一,给商业秘密的权利人造成重大损失的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;造成特别严重后果的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金:

(一)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的;

(二)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的;

(三)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。

明知或者应知前款所列行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密的,以侵犯商业秘密论。

本条所称商业秘密,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。

* 浙江省人民检察院公诉处处长。

本条所称权利人,是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密使用人。

最高人民法院、最高人民检察院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(节录)

第七条 实施刑法第二百一十九条规定的行为之一,给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上的,属于“给商业秘密的权利人造成重大损失”,应当以侵犯商业秘密罪判处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。

给商业秘密的权利人造成损失数额在二百五十万元以上的,属于刑法第二百一十九条规定的“造成特别严重后果”,应当以侵犯商业秘密罪判处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。

目 次

- 一、侵犯商业秘密案件的刑事政策和法律界限
- 二、对刑法中商业秘密的理解
- 三、侵犯商业秘密犯罪所要达到的证明程度
- 四、侵犯商业秘密犯罪“损失”的认定
- 五、关于后合同义务(竞业禁止)的理解

我国刑法第219条所规定的侵犯商业秘密罪,是侵犯知识产权犯罪中的常见罪。由于这种行为处于刑事和民事两法的调整之间,因此,该类案件往往在罪与非罪,以及定罪证据的要求、证明程度、结果认定等方面,存在不少的争议。现笔者结合公诉实务,略作论述。

一、侵犯商业秘密案件的刑事政策和法律界限

对于侵犯商业秘密案件,司法实务中应当本着以刑事处理为

原则,还是以民事处理为原则,没有一个明确的界限,实践中遇到的难题不少。笔者认为,侵犯商业秘密等知识产权类案件,受刑事政策影响比较大,但因其特殊性,司法实践中未必以刑事追究为先导,以严刑峻法为目的,应结合个案,具体情况具体分析。

社会经济的发展促进了立法的发展,知识产权犯罪中出现了一些新型犯罪和许多新的问题。如侵犯商业秘密犯罪,它与社会主义市场经济的发展、成熟息息相关,办理此类案件也必然要置于社会经济发展的大背景、大格局之下去认识和分析。西方资本主义国家是在经过了几百年的长足发展之后,才有对知识产权的强烈保护观念和完备的法律保护体系,“世界范围内的经济竞争和综合国力的竞争,归根结底是科技、人才和知识的竞争,从人类历史纵向发展看,社会经济的迅猛发展,致使各国竞争的焦点由过去对于自然资源的竞争转向了对人才、知识、科技的争夺和保护,各国有关知识产权的法律保护制度即是此种争夺的表现之一。”^①而我国社会主义市场经济才具雏形,对类似案件如何正确认识和處理需要有一个过程,不能仅仅追求办案的法律效果。

侵犯商业秘密罪既为我国刑法所规定,其内涵又为我国民事法律所揭示。根据我国合同法、反不正当竞争法等有关法律的规定,行为人若违反法定的保密义务,则应承担赔偿的民事责任或行政责任。对侵犯商业秘密行为,法律规定了多种救济途径。因此,在司法实践中,知识产权纠纷案件,尤其是侵犯商业秘密案件,大都进入了民事裁判途径,这是个不争的事实。就是作刑事追究的案件,在涉及诸多专业领域知识,如损失的评估、商业秘密的内容及其证明的要求等,仍存在认识上的差异,容易引发罪与非罪的争议。正因为这类犯罪案件存在刑、民交叉,混合处理的情况,办理

^① 赵秉志主编:《侵犯知识产权犯罪研究》,中国方正出版社1999年版,第286~287页。

类似案件,必须十分慎重。

从横向比较看,欧美等发达资本主义国家的知识产权法律保护体系经历了上百年的发展,措施严密、完备。但真正被追究刑事责任的案件却极少。发生纠纷的案件,大多作了民事责任追究。笔者在美国考察时,曾就此问题咨询过有关专业律师,他们答复,在处理类似案件时,必须考虑侵害企业的继续发展。如果企业的专业人员被抓走了,有些企业就不一定会支撑下去。除德国外,日本等一批大陆法系国家,对此类案件的处理也以民事救济途径为主。由此可见,“不论是专门的商业秘密保护法规,还是附设商业秘密保护条款的法律,多数国家一般都把侵犯商业秘密的行为归为个人的非法行为,即民事侵权行为,只要求被告通过民事程序承担民事赔偿的法律责任”。^① 侵犯商业秘密案件的处理,不能仅仅依托刑事手段的合理运用,还要善于结合案情具体分析,从有利于经济发展、注重办案的法律效果和社会效果有机统一的角度,正确分析和处理相关案件。

二、对刑法中商业秘密的理解

何谓商业秘密?商业秘密一词最早出现在1991年修改的我国民事诉讼法中。对商业秘密的解释、阐述,在我国现行刑法、反不正当竞争法和《关于禁止商业秘密的若干规定》中均可以找到依据。其中1997年的反不正当竞争法,对商业秘密一词作了准确而详细的界定。所谓的商业秘密,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。由此可见,商业秘密具有以下几个方面特点:1. 商业秘密不仅指技术方面的信息,也包括经营方面的信息,如设计、程序、配方、管理诀窍、客户名单、货源、营销策略等。在收集和固

① 赵秉志主编:《侵犯知识产权犯罪研究》前言,中国方正出版社1999年版,第2页。

定证据时,要根据信息类证据具有书面性的特征,从上述两个方面的信息着手,尽量全面收集与固定,并结合言词证据,从而证明犯罪事实。2. 商业秘密属于一种无形财产,但具有经济价值。“这种无形财产,具有三个方面的特点:一是它的可计算性。虽然给权利人造成损失,不像盗窃、诈骗等侵犯财产案件那样属于有形财产犯罪,容易认定,但还是可以认定其价值,且必须求证到一个合法合理的确定数。二是不可知悉性。即具有不为公众所知悉,也就是该信息不可能从公开渠道直接获取。三是所谓能为权利人带来经济利益、具有实用性,是指该信息具有确定的可用性,能为权利人带来现实的或潜在的经济利益或竞争优势。”^①由此可见,商业秘密不是属于未经确定的技术原理,它是由技术实实在在慢慢进入了投资领域,具有可投资性。企业也已经明确了投资方并因此获利,具有实用性与价值体现。这就表明,侵犯商业秘密犯罪所指向的信息,不是指实验、理论探讨阶段的信息,而是经过了反复的实践,已经成熟并进入投资领域和流通领域的技术及经营信息。因此,在审查计算经济损失时,要注意审查三个方面的内容:开发成本、未来生产销售优势及预期利益。3. 商业秘密所涉及的信息内容,权利人已经设密,具有独占性。“商业秘密是其原始持有人通过投入时间、资金、劳力等所创造的劳动成果。法律对于商业秘密的保护实质上是允许原始持有人对于商业秘密进行事实上的独占。以此体现对劳动成果的承认和尊重。并鼓励人们在市场竞争中通过诚实经营、发明创造并获取竞争优势。反之,如果任何人都可以通过投机取巧等方式轻而易举地取得他人的创造成果,则会挫伤人们的创造性和积极性,必然会妨碍市场经济的活力,妨碍市

① 孔祥俊:《商业秘密保护法原理》,中国法制出版社1999年版,第212~213页。

场技术或经营的进步。”^①所以,权利人必须采取内部的保密措施,并通常以文件形式来记载,包括订立保密协议,建立相关保密制度,采取其他保密措施。如果没有这些内容,没有依据,就不足以认定该技术属于我国刑法所描述的商业秘密。这也是论证商业秘密犯罪的关键。

三、侵犯商业秘密犯罪所要达到的证明程度

在刑事诉讼过程中,侵犯商业秘密犯罪所要达到的证明程度,就是要求证到一个“点”。这个“点”是构成侵犯商业秘密犯罪的核心内容和关键。脱离这个“点”或求证不到这个“点”都会有败诉的可能。在侵犯商业秘密罪的论证过程中,我们往往没有认识或重视这个问题,绝大多数的案件仅求证到两个产品具有同一性和相同性为止。显然,这样的证据要求还缺乏说服力。笔者认为,这个“点”就是不同产品之间的差异,也是同一系列类型产品品质差异的标志,为公诉证明所必需。一切证据体系的建立与完善,证明程度的要求,都不能离开这个“点”。现以一则案例为证,如甲公司侵犯了乙公司生产的胶类产品专用技术,在公诉审查时,仅利用证据证明,两公司的胶类产品在技术上具有相同性和一致性是不够的。相同性或一致性本身就是一个模糊的概念,而公诉案件要求达到的证明程度是事实清楚、证据确实充分,具有排他性,不能模棱两可。如果我们仅仅证明到同类产品关系,这不仅给辩论留下了空间,也说服不了法官。因此案件应当对两家产品的类型、工艺流程、生产设备等方面作全面分析、寻找到一个“点”,进行种属鉴定和论证。最后求证到,甲公司胶类的“粒径”与乙公司生产胶类的“粒径”完全一样。也就是说,甲公司具有生产此胶的技术能力,存在盗用乙公司胶类生产过程中的“母体”配方之重大嫌

^① 刘家琛:《刑法分则及配套规定新释新解》,人民法院出版社2004年版,第1348页。

疑。如果没有这个“母体”，没有这个“种”产品，就不可能共聚，从而不可能产生乙公司的“属”——同类胶，且两者技术参数相同。那么，甲公司是否存在与乙公司一样的重复重合的研制呢？在调查过程中，我们了解到，乙公司在研制此胶过程中，经过了大量的资金投入，进行过多次的大试、中试与小试，多年才形成了这一成熟的技术。此外，这一技术不可能通过公开渠道获取。从而进一步排除了自行研发的途径和可能。最后，本案公诉获得成功。由此可见，求证技术上隐含着的秘密“点”，补充和完善相关重要证据，为公诉审查业务所必需，在办理侵犯商业秘密犯罪案件中十分重要。这一观点也可以在同类案件的其他个案中得到印证。比如，甲、乙两公司都生产抛光类瓷砖，我们如果仅证明到抛光上的一致或同一，显然是不够的。同样的抛光类瓷砖，其材质、温控、生产工艺、流程、配方等要求是不相同的。对这一类案件，在证据要求上同样也应点到点到位，力求寻找到两个产品的差异点。

应当注意的是，在检材提取的过程中，要做到合法、及时和有效。对易挥发的产品，务必要向专家咨询之后作妥善保管。在对双方产品型号作对比时，尽量到生产厂家和侵权厂家分别提取，避免仅到上述一家企业或到客户处提取。提取物证时，则要有侦查人员和见证人在场，并做提取记录，对证据加以固定。

四、侵犯商业秘密犯罪“损失”的认定

根据我国刑法第 219 条规定，侵犯商业秘密犯罪是结果犯。即一旦犯罪结果存在并达到刑法追诉的要求，便构成犯罪既遂，否则不构成犯罪。而根据最高人民法院、最高人民检察院《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》（以下简称两高《解释》），结合我国刑法第 219 条之规定，只要犯罪嫌疑人给商业秘密权利人造成损失数额在 50 万元以上的，就属于给“商业秘密权利人造成重大损失”，应追究其刑事责任。两高《解释》似乎明确、具体。在实际操作过程中，有以下几个方面的问题

应引起注意:

1. 要选择具有较高公信度,双方均无争议的中介机构,对受损的知识产权进行评估。技术系无形资产,不同的评估机构会作出不同的结论,而这种结论差异,不但影响定性,也涉及量刑。要尽量选择双方所在地之外的第三地评估机构。这既可避开不必要的疑问,增加公信度,也可以在一定程度上排除案外复杂因素的干扰。尤其是对一些争议较大、技术含量较高的案件,还应该选择在国内具有较高知名度的机构进行评估。否则,极易出现高估或低估的争议,给案件处理带来障碍。如再行评估,则极易因为资料不全,事过境迁等各种因素,导致评估不能,影响定案。

2. 要审查评估人员的资格。在办案过程中,我们往往只审查评估的结论,而极少审查或根本没有顾及结论形成过程和评估资质、资格问题。在有些案件中评估人员是某行业协会会员而不是具备专业评估师资格,这些人既没有评估资格,也不在评估机构工作,对此现象要严格审查把关。对鉴定人员资格不符、资格不明的案件,要及时退查或自行补充完善相关证据。

3. 根据我国刑法第219条规定,“给权利人造成重大损失”是侵犯商业秘密犯罪的必要构成要件。在刑事司法实践中,重大损失,主要是指被害人由于被告人的犯罪行为所遭受的物质损失,根据最高人民法院有关司法解释的规定,物质损失包括实际损失和必然损失。其中,实际损失包括研制时的资金投入,开发总成本和现实营销中份额的减少等。现实竞争优势的丧失,主要发生在生产、经营和销售过程中。一般应掌握两个方面:一是能计算权利人损失的则直接计算权利人的损失数额。二是数额难以估算的,则以侵权期限之内所获取的实际利润计算权利人的损失数。必然损失则主要指企业丧失未来的竞争优势。因为有技术,才有竞争优势,权利人可以在未来较长时间里使自己处于竞争优势地位。如果国家的法律、政策特别健全,还会促成开发企业的后发优势,逐

步完善并突破原有的技术,这也是欧美市场发达资本主义国家生产知识品牌的原动力。因此,这种潜在经济利益,要纳入权利人受损数额之内加以认定。这是实践所必然,也为理论上所必需。在实际计算时,应全面考虑商业秘密市场前景预测,利用价值大小以及产品的利用周期。“对竞争优势的损害体现在经济上包括三个部分:开发成本、研制商业秘密的资金、人员和时间的投入等;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;未来的优势是指权利人预期的那部分。”^①

五、关于后合同义务(竞业禁止)的理解

根据我国刑法对侵犯商业秘密犯罪的定义与犯罪构成要件上的要求以及国际惯例,本罪以特定的对象即商业秘密为构成要件。从对商业秘密的要求上看,可分为两个阶段:

第一阶段,在被告人离开原单位之前的一个阶段,受害企业要与有关涉密人员订立保密协议,提出保密要求。这既可以理解,也较为常见,在处理案件时也不是争议的焦点。“TRIPS 第 39 条规定的构成商业秘密,必须具备合理的保密措施,我国刑法规定,权利人的商业秘密必须经权利人采取保密措施即保密性,这与 TRIPS 规定是一致的。”^②

第二阶段,被告人在离职后的一个阶段,是否需订立守密协议,是否履行后合同义务,则容易引起罪与非罪的争议。在司法实践中,如何掌握这一必要条件?既缺乏刑法规定,也没有相应的司法解释。笔者认为,在实务中应该注意把握两个方面:

1. 根据我国刑法规定,后合同是一种法律要求,必由权利人提出。只要受害企业在嫌疑人、被告人离开时有过要求,即要求嫌疑

① 戴建志、陈旭:《知识产权损害赔偿研究》,法律出版社 1997 年版,第 213 ~ 215 页。

② 李晓明主编:《中国刑法基本原理》,法律出版社 2005 年版,第 318 ~ 319 页。