

SHANGYE MIMI DE
XINGSHI BAOHU YANJIU

商业秘密 刑事保护的 研究

本书采用系统研究的方法，论述了商业秘密的基本原理、制度，同时，从实体和程序两个方面论述了在我国现行法律框架内对商业秘密进行刑事保护的特点，并指出了在立法和司法实践中对商业秘密进行刑事保护的不足。本书将研究力量集中于现时面临的问题上，力图通过对刑事立法和刑事诉讼程序的适当完善，解决司法实践中对商业秘密保护不力的问题。

赵天红◎著

中国检察出版社

D914. 04/42

2007

商业秘密 刑事保护研究^①

SHANGYE MIMI DE
XINGSHI BAOHU YANJIU

赵天红◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

商业秘密的刑事保护研究/赵天红著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 6

ISBN 978 - 7 - 80185 - 773 - 6

I. 商… II. 赵… III. 商业—保密法—研究—中国
IV. D922. 294. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 071158 号

商业秘密的刑事保护研究

赵天红 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68630384(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 河北省三河市燕山印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 7.125 印张

字 数: 197 千字

版 次: 2007 年 6 月第一版 2007 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 773 - 6/D · 1749

定 价: 18.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究

如遇图书印装质量问题本社负责调换



引 言

现代社会是知识和信息高度发达的阶段，科技进步和知识的更新逐步成为推动人类社会发展与社会进步的主导因素。知识经济以知识创新为基础，通过对知识的更新和信息的转换，达到更快地实现科学技术向生产力转化的目的。

知识经济时代的竞争，归根结底是高新技术与科技进步的竞争，是高素质人才的竞争，是各种信息的发掘和持有的竞争。现在，世界上越来越多的国家和企业认识到知识经济时代信息和科技进步的重要性，研究与开发的成本的支出呈现不断上升的趋势，企业的科研开发经费大幅度增加。与此同时，企业在经营活动中通过自身努力所创造的企业战略决策、经营方略等经营信息也极大地促进了企业的发展，在一定意义上讲，先进的技术信息和经营信息的掌握意味着超额利润的获取。

知识经济是“直接依靠知识和信息的生产、分配和使用”^①的经济，因而知识经济时代不仅要重视技术和信息的开发、研究和使用的，同时，也应建立一个良好的知识和信息的分配和使用秩序，

^① 经济合作与发展组织：《以知识为基础的经济》，机械工业出版社 1997 年版，第 2 页。



技术和信息在未得到公开而成为公众信息之前，应为权利人所专有，其他人只能从权利人处有偿使用或者根据法律规定来使用该信息，以保证竞争在一个有序的状态下健康发展。给予信息生产者以相应的法律保障，也能相应地提高信息生产者的积极性，从而最终推动知识经济的发展。

商业秘密是一种重要的知识产权，包括技术信息和经营信息，具有价值性，能够给权利人带来经济利益和竞争优势。当今知识更新加快的时代，谁优先取得了商业秘密，谁就在商业竞争中占有一席之地，并进而取得丰厚的经济利益。然而，在知识经济的发展时期，有个别企业为了尽快取得竞争优势、获得巨大的经济利益，存在采取不正当手段侵犯权利人商业秘密的行为，且有着愈演愈烈的趋势。为此，世界各国均通过不同的方式保护商业秘密，除通过制定国内法加以保护外，还通过签订协议、条约等方式实现对商业秘密的保护，特别是关贸总协定乌拉圭回合谈判达成的《与贸易有关的知识产权协定》（Trips 协议）规定了“未披露过的信息”的保护，从而形成了世界范围内的商业秘密法律保护体系。

综观现今世界各国对商业秘密进行法律保护的手段，主要集中在民事手段和行政手段上，但是，在巨大利益的驱使下，侵犯商业秘密的行为日趋呈现国际化、高发性和造成的损失越来越大的特点，采取民事赔偿和行政制裁已经不能及时有效地制止侵犯商业秘密的行为。刑法是各个部门法的保护法，在其他保护手段难以达到对法益保护目的的情况下，刑事手段作为最终的保护手段也开始成为保护商业秘密的一个重要手段而被越来越多的国家法律所采纳。

我国现行刑法适应国际社会保护商业秘密的大趋势，在刑法



中设立了侵犯商业秘密罪。应该说,该罪名的设立从刑事立法的角度实现了对商业秘密的保护,有一定的进步性。但是,综观刑事司法实践,我们所看到的却是侵犯商业秘密行为大量发生并给权利人造成重大损失现状的频繁出现和因侵犯商业秘密罪被实际追究刑事责任的犯罪人数量极少这样的反差。究其原因,主要有两个方面:其一,侵犯商业秘密罪的立法存在缺陷,使司法机关在实践中难以掌握;其二,在侵犯商业秘密罪的刑事诉讼中,缺乏有效的对商业秘密保护的机制,因而,商业秘密的权利人不愿意到公安机关报案,害怕在刑事诉讼中使商业秘密进一步被泄露,造成更大的损害。

针对严重的侵犯商业秘密行为,用刑事手段保护商业秘密不仅非常必要,而且刻不容缓,但是,如果在追究侵犯商业秘密行为人为刑事责任时,不能完善侵犯商业秘密刑事诉讼程序,不能通过刑事立法统一对侵犯商业秘密行为的认定和处罚,不能通过刑事诉讼对商业秘密提供有效的保护,则用刑事手段保护商业秘密将成为一句空话。因而,如何通过刑事手段对商业秘密提供切实有效的保护成为本书研究的重点。

《商业秘密的刑事保护研究》一书采用系统研究的方法,论述了商业秘密的基本原理、制度,同时,从实体和程序两个方面论述了在我国现行法律框架内对商业秘密进行刑事保护的特点,并指出了在立法和司法实践中对商业秘密进行刑事保护的不足。本书将研究力量集中于现时面临的问题上,力图通过对刑事立法和刑事诉讼程序的适当完善,解决司法实践中对商业秘密保护不力的问题。

本书对于商业秘密的刑事保护方面的研究尚不成熟,恳请各位专家学者批评指正。



目 录 / CONTENTS

第一章 商业秘密及商业秘密的刑事保护概说	1
----------------------------	---

第一节 商业秘密的概念和构成要件	1
------------------------	---

一、商业秘密的概念 /1

- (一) 美国对商业秘密的界定 /1
- (二) 加拿大对商业秘密的界定 /2
- (三) 德国对商业秘密的界定 /3
- (四) 日本对商业秘密的界定 /3
- (五) 法国对商业秘密的界定 /3
- (六) 我国台湾地区对商业秘密的界定 /3
- (七) Trips 协议对商业秘密的界定 /4
- (八) 我国对商业秘密的界定 /4

二、商业秘密的范围 /4

- (一) 技术信息 /6
- (二) 经营信息 /6
- (三) 关于 know—how /7

三、商业秘密的构成要件 /8

- (一) 秘密性 /8
- (二) 价值性 /15



(三) 实用性	17
(四) 管理性——合理的保密措施	18
第二节 商业秘密的刑事保护比较研究	21
一、我国与其他国家和地区商业秘密的刑事保护制度	22
(一) 若干主要国家和地区商业秘密刑事保护立法规定	22
(二) 我国商业秘密刑事保护的立法规定	30
二、我国与其他国家和地区商业秘密刑事保护制度的特点比较	31
(一) 行为表现	31
(二) 犯罪主体	32
(三) 主观方面	33
(四) 罪名的规定	34
(五) 罪刑配置	34
(六) 起诉方式	35
第三节 我国商业秘密刑事保护的立法沿革	36
一、《反不正当竞争法》颁布之前	36
二、从《反不正当竞争法》颁布到现行刑法的实施	40
第二章 商业秘密的刑事保护实体研究	41
第一节 商业秘密刑事保护的根据	41
一、以商业秘密法律保护的理论基础为视角	41
(一) 合同法理论	41
(二) 侵权行为理论	43
(三) 反不正当竞争理论	43
(四) 财产权理论	44
二、以刑法作为商业秘密法律保护的最后手段为视角	44



(一) 严重的社会危害性是将侵犯商业秘密行为 犯罪化的前提条件 /45	
(二) 刑罚的威慑作用对预防侵犯商业秘密行为的 发生具有不可替代的作用 /46	
第二节 侵犯商业秘密罪的构成要件研究	47
一、侵犯商业秘密罪的客体研究 /47	
二、侵犯商业秘密罪的犯罪主体研究 /53	
(一) 侵犯商业秘密罪的犯罪主体特征 /54	
(二) 单位实施侵犯商业秘密行为的认定 /55	
(三) 侵犯商业秘密罪犯罪主体的立法不足 /58	
三、侵犯商业秘密罪主观方面研究 /60	
(一) 侵犯商业秘密罪的罪过形式 /60	
(二) 侵犯商业秘密罪对主观目的的要求 /65	
(三) 侵犯商业秘密罪的罪过形式包括过失的 不合理之处 /67	
四、侵犯商业秘密罪的客观方面研究 /70	
(一) 侵犯商业秘密罪的客观表现形式 /70	
(二) 侵犯商业秘密罪是否是结果犯 /82	
(三) 侵犯商业秘密造成“重大损失”的认定 /84	
第三节 司法实践中侵犯商业秘密罪认定的若干疑难问题 研究	93
一、刑事诉讼中应如何认定商业秘密的价值性 /93	
二、对客户名单的认定 /95	
(一) 开发客户名单所耗费的人力和财力 /96	
(二) 客户名单是否具有创造性并被权利人特定化而 形成区别于普通信息的独有的信息源 /96	
(三) 他人正当获取客户名单的难易程度 /96	



(四) 权利人采取保密措施的程度	98
三、商业秘密的权利主体和权利归属	98
四、正当取得商业秘密的行为与侵权行为的界限	100
五、人才流动中侵犯商业秘密行为与合法行为的界限	102
(一) 单位职工离职、兼职、退职后,擅自处分单位 商业秘密的行为	102
(二) 职工个人的知识与技能与单位商业秘密的区分	102
(三) 商业秘密侵权诉讼中的“记忆抗辩”	104
六、第三人侵犯商业秘密的行为性质	106
七、网络环境下商业秘密的权利人采取合理保密措施 的认定	108
八、侵犯商业秘密罪与其他犯罪的关系	111
(一) 侵犯商业秘密罪与侵犯国家秘密的犯罪的界限	111
(二) 侵犯商业秘密罪与盗窃罪的界限	116
(三) 侵犯商业秘密罪与非法经营同类营业罪的界限	117
第四节 侵犯商业秘密罪的罪刑配置	119
一、罪刑配置的模式	119
二、我国刑法对侵犯商业秘密罪的罪刑配置	121
三、国外刑法对侵犯商业秘密罪的罪刑配置	123
四、我国刑法侵犯商业秘密罪罪刑配置的完善	125
第五节 完善我国商业秘密刑事实体保护的立法 构想	129
一、将侵犯商业秘密罪设置为类罪名	129
二、将向政府主管部门提供的商业秘密列为侵犯商 业秘密罪的保护对象	131
三、增设经济间谍罪	131
四、在立法中明确构成侵犯商业秘密罪的定罪标准	131



五、完善罪刑配置 /132

六、将第三人过失侵犯商业秘密的行为作出罪化处理 /133

第三章 商业秘密的刑事保护程序研究 134

第一节 侵犯商业秘密罪的证明 135

一、侵犯商业秘密罪构成的证明 /135

(一) 被害人拥有商业秘密的证据 /135

(二) 被告人对有关信息没有合法使用权的证明 /137

(三) 被告人侵犯商业秘密行为的证明 /137

(四) 被告人实施侵犯商业秘密的行为给被害人造成
重大损失的证据 /141

(五) 被告人主观上有罪过的证明 /141

二、侵犯商业秘密罪举证责任的承担及证明标准 /141

三、诉讼过程中的鉴定和评估 /152

(一) 诉讼中对商业秘密的鉴定 /152

(二) 诉讼中对重大损失的评估 /158

第二节 侵犯商业秘密罪的起诉方式 163

一、公诉和自诉在侵犯商业秘密罪案件中的差异 /164

(一) 提起公诉 /164

(二) 自诉 /165

二、我国对侵犯商业秘密罪起诉方式的规定 /167

三、关于起诉方式的建议 /168

第三节 侵犯商业秘密罪案件造成权利人经济损失的 救济途径及损害赔偿标准 169

一、侵犯商业秘密罪刑事附带民事诉讼问题 /170

(一) 侵犯商业秘密罪刑事诉讼中可以提起附带



民事诉讼	/170
(二) 侵犯商业秘密的损害赔偿不宜通过附带 民事诉讼解决	/174
(三) 适宜的解决民事责任的途径——先民后刑	/178
二、民事诉讼与刑事诉讼不同的证明标准所产生的 既判力问题研究	/179
(一) 证明标准的比较	/180
(二) 侵犯商业秘密案件先行刑事判决所产生的 既判力问题	/181
三、侵犯商业秘密行为的损害赔偿范围和数额 计算问题	/184
(一) 赔偿的范围	/184
(二) 赔偿金的计算方法	/187
第四节 刑事诉讼过程中对商业秘密的保护	190
一、我国制止商业秘密侵权行为的措施及诉讼中 对商业秘密保护的现状	/191
(一) 法律对行政责任的规定	/191
(二) 民事诉讼中对商业秘密的保护	/191
(三) 我国刑事诉讼中对商业秘密的保护	/193
二、国外立法在诉讼过程中对商业秘密的保护措施	/194
(一) 美国	/194
(二) 英国	/196
(三) Trips 协议的规定	/196
三、我国刑事诉讼过程中对商业秘密保护立法的不足	197
第五节 完善我国商业秘密刑事保护程序的构想 ——以审判组织和诉讼程序为视角	198
一、重建我国商业秘密刑事保护审判组织, 确立三审	



合一的审判模式	/198
(一) 三审合一的审判模式与世界主要国家的惯例相符 并与世界贸易组织提出的执法体系结构相符	/199
(二) 三审合一的审判模式在侵犯商业秘密诉讼中的优势	/200
二、诉讼程序中加大对商业秘密的保护力度	/204
(一) 采取严格保密侦查和不公开审理的方式	/204
(二) 对诉讼相关人员的保密责任提出明确要求	/205
三、设立公诉和自诉并存的起诉模式	/205
参考文献	207



第一章

商业秘密及商业秘密的刑事保护概说

第一节 商业秘密的概念和构成要件

研究商业秘密的刑事保护问题，对侵犯商业秘密罪进行研究必不可少，而正确界定商业秘密，则是研究侵犯商业秘密罪的核心问题。

一、商业秘密的概念

什么是商业秘密？世界各国及相关组织对商业秘密的概念均有界定，在称谓上，有的称为商业秘密，有的称为技术秘密，有的两者混用，还有的称工商秘密、未公开的信息等，但迄今为止，对于商业秘密的概念尚未形成统一的认识。

（一）美国对商业秘密的界定

美国是对商业秘密法律保护比较完善的国家。1939年美国法律研究会编纂的《侵权行为法第一次重述》（Restatement of Torts）（第一版）将商业秘密定义为：商业秘密可以包括任何配方、图纸、装置、信息的集成，其被用于某人的经营，因此给该人以机



会，相对于不知或未使用的竞争者，获得优势。其可以是一种化学物质的配方，一种制造、加工或储存材料的工艺，一种机器或其他装置的图纸，或一份客户名单。1985年美国统一州法全国委员会修改的《美国统一商业秘密法》（Uniform of Trade Secret Act），将商业秘密界定为：商业秘密是包括配方、样式、编辑产品、程序、设计、方法、技术和工艺在内的特定信息。其由于未能从其披露或使用中获取经济价值的他人所公知且未能用正当手段已经可以确定，因而具有实际或潜在的独立经济价值，同时，是在特定情势下已尽合理保密努力的对象。1995年美国法律协会制定的《反不正当竞争法第三次重述》认为，商业秘密是任何可用于工商经营的信息，其有足够的价值和秘密性，使相对于他人产生现实的或潜在的经济优势。1996年美国国会制定《反经济间谍法》，将商业秘密定义为：商业秘密是指所有形式和类型的财务、经营、科学、技术、经济或工程信息，包括样式、计划、编辑产品、程序装置、公式、设计、原型、方法、技术、工艺、流程或编码，无论有形或无形，无论是否或怎样得到物理、电子、绘制、照相或书写方式的存放、组织、存储，如果所有者对该信息采取了合理的措施，并且该信息由于未能被公众所知，且未能用正当手段已经可以确定，因而具有实际或潜在的独立经济价值。

（二）加拿大对商业秘密的界定

《加拿大统一商业秘密法草案》将商业秘密定义为，商业秘密是包括记载、包含或体现于但不限于配方、样式、计划、编辑产品、计算机程序、方法、技术、工艺、产品、装置或机器之中的特定信息。该信息已经或可能用于经营之中，在该商业或经营中尚未公知，因为尚未公知，因而具有经济价值，并且是在特定情势下为防止公知已尽合理保密努力的对象。



（三）德国对商业秘密的界定

德国对商业秘密保护的法律规定，主要体现在德国 1896 年通过并经过多次修订的《反不正当竞争法》，但该法并未对商业秘密设定定义性规范。德国联邦法院对商业秘密作了如下界定：商业秘密是指权利人有保密意思，具有正当的经济利益的所有与经营有关未公开的信息。^①

（四）日本对商业秘密的界定

日本 1993 年修订的《不正当竞争防止法》将商业秘密定义为，商业秘密是指对于商业活动有用的产品制造方法、市场行销策略或其他经营活动中实用的技术上或经营上的企业信息。这些信息必须以秘密方式保守，并不易为一般公众得知。

（五）法国对商业秘密的界定

法国将商业秘密界定为：制造的各种方式，具有实际的或商业的利益，被用于工业中，并向公众保密。

（六）我国台湾地区对商业秘密的界定

我国台湾地区关于商业秘密的定义，有两种比较典型的表述。台湾地区的“公平交易法”将商业秘密界定为：产销机密，交易相对人资料或其他有关技术秘密。1996 年的“营业秘密法”则将商业秘密界定为：商业秘密是指方法、技术、制程、配方、程式设计或其他可用于生产、销售或经营的资讯，该资讯是非一般涉及该类资讯之人所知者，因其秘密性而具有实际或潜在之经济价值者以及所有人已采取合理的保密措施。

^① 倪才龙主编：《商业秘密保护法》，上海大学出版社 2005 年版，第 2 页。



(七) Trips 协议对商业秘密的界定

在 Trips 协议中商业秘密被称为“未公开的信息”，这些“未公开的信息”应符合下列条件：（1）其整体或者要素的确切体现或组合，未被通常涉及该信息有关范围的人普遍所知或者容易获得；（2）由于是秘密而具有商业价值；（3）是在特定情势下，合法控制人的合理保密措施的对象。

(八) 我国对商业秘密的界定

我国在 1993 年颁布的《反不正当竞争法》将商业秘密界定为：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。1997 年 3 月颁布的《中华人民共和国刑法》沿袭了《反不正当竞争法》关于商业秘密的定义。

上述各个国家和地区、国际组织对商业秘密的概念表述各不相同，但大致说来，都将商业秘密界定为是一种特定的信息，该信息能为权利人带来经济利益和竞争优势、不为公众所知悉。在是否采取保密措施这一点上，各国基本上采取肯定的态度，只有德国对其表述为“权利人有保密意思”，但是，在实践中对于“权利人有保密意思”的认定，仍然需要以所有权人是否采取了适当的保密措施为标准。

二、商业秘密的范围

商业秘密的范围，是商业秘密法律保护涉及的对象。从上述各国和组织对商业秘密界定上看，商业秘密的范围包括广义和狭义的两大类。狭义的商业秘密通常指工业适用技术，即仅限于工业目的，用于工业生产的技术知识。如设计图纸、工艺流程、配