

# 从中美协议看商业秘密刑事保护发展趋势

沈李平

美东时间 2020 年 1 月 15 日，中美双方在美国华盛顿签署《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》（以下简称中美协议），其中首当其冲的内容就是加强商业秘密保护，足见中美两国对此问题的重视。

中美协议规定了加强商业秘密保护的若干措施，包括民事、刑事、行政方面。其中民事方面的大多数措施（如扩大侵犯商业秘密责任人的范围、扩大构成侵犯商业秘密禁止行为的范围、调整侵犯商业秘密民事诉讼举证责任）已经在 2019 年 4 月 23 日修正的《反不正当竞争法》中写入法律，本协议继续重申，意图恐在于加强相关措施的落实。值得关注的倒是刑事方面的若干措施，可能对今后刑法中侵犯商业秘密罪条款的修改产生积极的影响。本文试从现行刑法出发，结合中美协议的内容，对今后我国商业秘密刑事保护的形势作一番展望。

## 一、《刑法》侵犯商业秘密罪条款概说

我国《刑法》于 1997 年修订时首次规定了侵犯商业秘密罪（第二百一十九条），至今未作修改。第二百一十九条分为四款，只有第一款为完全法条，完整地规定了侵犯商业秘密的行为要件和惩罚结果，其他三款为不完全法条，分别为一个拟制性法条和两个定义型法条。

1、第二百一十九条第一款。本款是本条的主体，列举了侵犯商业秘密的三种行为：1、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；2、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；3、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。本条没有兜底条款，依据罪刑法定的原则，应将上述列举的三项解释为必要条件，不属于列举范围的行为，不构成侵犯商业秘密罪。考察 1993 年制定的《反不正当竞争法》就可以发现，本款列举的三种行为，实脱胎于《反不正当竞争法》第十条。刑法作为公民权利的最后保障法，将侵权行为的构成要件作为犯罪的构成要件，此举并不鲜见。为了体现刑法惩罚性的特点，本款增加

了“给商业秘密的权利人造成重大损失”作为犯罪构成要件，相较于民事侵权责任而言，可视为构成刑事犯罪的“门槛”。

2、第二百一十九条第二款。本款为拟制型法条，将第三人“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”的行为拟制为侵犯商业秘密行为。本款依然脱胎于1993年《反不正当竞争法》第十条，旨在扩大追责范围，将那些没有直接实施侵权行为，但是存在故意或重大过失的行为纳入到追究刑事责任的范围。

3、第二百一十九条第二、三款。两款为定义型法条，界定了商业秘密和商业秘密权利人的概念。第三款与1993年《反不正当竞争法》第十条第三款一致，均将商业秘密定义为“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。”，第四款为《刑法》所特有，在权利人的传统定义基础上作了扩大，即“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”。

## 二、中美协议中相关条款的分析

中美协议涉及商业秘密刑事保护的主要条款为1.3、1.4、1.7、1.8条，其中1.3、1.4条应解释为普通规则，可以适用于刑事、民事、行政领域的商业秘密保护，1.7、1.8为刑事领域商业秘密保护的特别规则。根据上述条款，可以把中美协议中商业秘密刑事保护的要求概括为以下三个方面：

### 1、进一步界定侵犯商业秘密刑事责任人的范围

相关条款为中美协议第1.3条。第1.3条第1款原则规定“双方应确保所有自然人和法人均可承担侵犯商业秘密的法律责任。”第2款规定，“中国应将侵犯商业秘密的‘经营者’定义为包括所有自然人、组织和法人。”

该条针对的是《反不正当竞争法》第二条第三款。此款将“经营者”界定为“从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织”，第1.3条意图取消对“经营者”的身份限制，扩大为“所有的自然人、组织和法人”。不过，2019年修正的《反不正当竞争法》专门在第九条增加了一个拟制条款：“经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。”而且，《反不正当竞争法》实施以来，法院一直对“经营者”作目的性扩张解释，并不受《反不正当竞争法》第二条第三款的限制。

《刑法》第二百一十九条并没有“经营者”这个概念，理论和实务中均不把侵犯商业秘密罪认定为特殊主体犯罪。结合《刑法》第二百二十条的规定，该罪与其他侵犯知识产权罪名的犯罪主体一样，均包括自然人和单位。单位在我国刑法上可以解释为法人和非法人组织。所以，中美协议第 1.3 条第 1、2 款关于进一步界定侵犯商业秘密刑事责任人范围的要求，并不影响《刑法》的修改和实施。

## 2、进一步界定构成侵犯商业秘密行为的范围

相关条款为中美协议第 1.4 条、1.8 条。第 1.4 条第 1 款原则规定了扩大构成侵犯商业秘密行为范围的立场，即“双方应确保，侵犯商业秘密被追究责任的禁止行为，其范围完全涵盖盗窃商业秘密的方式。”第 2 款列举了应增加的构成侵犯商业秘密行为：“（1）电子入侵；（2）违反或诱导违反不披露秘密信息或意图保密的信息的义务；（3）对于在有义务保护商业秘密不被披露或有义务限制使用商业秘密的情形下获得的商业秘密，未经授权予以披露或使用。第 1.8 条第 1 款原则规定“双方应规定刑事程序和处罚适用于对故意侵犯商业秘密的处理。”第 2 款特别对刑事领域做了强调，“应至少将出于非法目的，通过盗窃、欺诈、实体或电子入侵的形式侵犯商业秘密的行为，以及未经授权或不当使用计算机系统的行为列为禁止行为。”

该条针对的是《刑法》第二百一十九条、《反不正当竞争法》第九条。不过，《反不正当竞争法》在 2019 年、2017 年的修正时已经扩大了其所列举的侵犯商业秘密行为的范围：（1）增加“电子侵入”；（2）增加“教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密”；（3）将“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”中的“约定”修改为“保密义务”，后者可以解释为既包括约定保密义务，也包括法定保密义务，显然要比约定产生的保密义务要宽广得多。笔者认为，与中美协议第 1.4 条相比，2019 年《反不正当竞争法》第九条列举的侵犯商业秘密行为基本相当，但是缺少一个兜底条款。为了体现第 1.4 条第 1 款的精神，该条款可拟为：“其他以非法手段窃取商业秘密的行为”，置为第一款第（五）项。

因为《刑法》第二百一十九条从 1997 年至今未作修改，所以其需要修改的地方要多一些。一方面要和 2019 年《反不正当竞争法》第九条协调，研究增加

侵犯商业秘密行为的列举；另一方面为呼应中美协议第 1.4 条、1.8 条的要求，可考虑增加一个兜底条款。

### 3、取消将权利人产生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查的前提

相关条款为中美协议第 1.7 条。第 1.7 条第 1 款原则规定“双方应取消任何将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求。”第 2 款规定了具体措施：（1）“作为过渡措施，应澄清在相关法律的商业秘密条款中，作为刑事执法门槛的‘重大损失’可以由补救成本充分证明，例如为减轻对商业运营或计划的损害或重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本，并显著降低启动刑事执法的所有门槛。”（2）“作为后续措施，应在可适用的所有措施中取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求。”

该条针对的是《最高人民法院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第七十三条。在这份指导性文件中，最高人民法院、公安部规定了公安机关对侵犯商业秘密罪立案追诉的四个可选择适用的标准：（1）给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上；（2）因侵犯商业秘密违法所得数额在五十万元以上；（3）致使商业秘密权利人破产；（4）其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。该条第 1、2 项所列的“五十万元”，与《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》第七条一致（该条规定“给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上”属于《刑法》第二百一十九条规定的“给商业秘密的权利人造成重大损失”）。由于“五十万元”标准数额明确、便于认定，所以实践中公安机关更倾向适用。损失金额或违法所得额达到“五十万元”遂成为侵犯商业秘密罪立案追诉的“金标准”。这一做法的确给商业秘密权利人带来了很大的困难，第一，商业秘密作为一种无形资产，价值评估存在很大的不确定性；第二，无论是以侵权人的违法所得还是权利人的损失作为认定依据，取证难度都很大。基于这个原因，中美协议提出取消将权利人产生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查的前提，同时建议将“补救成本”作为证明“重大损失”的可选方式，以“显著降低启动刑事执法的所有门槛”。

### 三、对《刑法》第二百一十九条修改的展望

正如商务部副部长兼国际贸易谈判副代表王受文所言，“协议相关内容的落实，将有助于强化知识产权保护，改善营商环境。”从保护知识产权角度来看，中美协议的签署和落实将促进我国知识产权保护体系的完善。具体到商业秘密领域，随着中美协议有关条款的落实，我国商业秘密刑事保护体系将迎来新的变革和发展。笔者认为这个变革和发展，将重点体现为对《刑法》侵犯商业秘密罪条款的修改和完善。

### **1、增加列举“欺诈”“电子侵入”为侵犯商业秘密不正当手段**

《刑法》第二百一十九条第一款第（一）项概括列举了盗窃、利诱、胁迫三个不正当手段获取权利人商业秘密的行为。虽然该项并不排斥其他不正当手段，但是仅列举盗窃、利诱、胁迫已经不适应实际需求。修改时应借鉴《反不正当竞争法》第九条，增加对侵犯商业秘密不正当手段“欺诈”“电子侵入”的列举。

“欺诈”是指以虚构事实或隐瞒真相的方式使被害人陷入错误认识的行为。实践中侵权人以洽谈业务、合作开发、调研考察、应聘实习等虚构的事实进入企业获取商业秘密的情形十分常见，具有较高的危害性，《刑法》中应当予以强调。

“电子侵入”是指通过信息技术手段侵入计算机信息系统的行为，也是一种常见的侵犯商业秘密手段。《刑法》第二百八十五条规定了非法侵入计算机信息系统罪，但是我国刑法一般遵循实质解释的原则，对利用计算机技术手段实施的犯罪以其实质罪行定罪处罚。《刑法》第二百八十七条亦规定“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的，依照本法有关规定定罪处罚。”为了增加对司法实践的指导性，建议将“电子侵入”写入《刑法》第二百一十九条第一款第（一）项。

### **2、将“违反约定”修改为“违反保密义务”**

《刑法》第二百一十九条第一款第（三）项“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。”应参照《反不正当竞争法》第九条第一款第（三）项、中美协议第 1.4 条第 2 款第（3）项，将“违反约定”修改为“违反保密义务”。

保密义务可分为两种类型，一是约定保密义务；二是法定保密义务。前者由当事人通过合同订立，经常出现在各种合同条款中，合同生效后，当事人就应当履行保密义务；后者由法律规定，比如《合同法》第六十条第二款规定“当事人

应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”第四十三条规定，“当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用。泄露或者不正当地使用该商业秘密给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任。”《公司法》第一百四十八条第一款第（七）项规定，董事、高级管理人员不得擅自披露公司秘密。实践中常见侵权人在民事或刑事诉讼中以双方没有约定保密义务作为抗辩或辩护理由，有的甚至得到了法院的支持。可见，现行《刑法》第二百一十九条第一款第（三）项仍将保密义务限定为“约定”的保密义务，限缩了商业秘密刑事保护的範圍，是不合时宜的，应当加以修改。

### **3、增加“引诱”为侵犯商业秘密行为**

引诱，是指在他人本无犯罪意图的情况下，使用引导、利诱等手段使他人实施犯罪的行为。引诱犯与实行犯之间没有共同犯罪的故意，故不宜以共同犯罪追诉之，而是应当制定独立的罪名，比如引诱卖淫、吸毒等均在刑法中有独立的罪名。《反不正当竞争法》第九条第一款新增加的第（四）项将“教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密”列为侵犯商业秘密行为，中美协议第1.4条第2款第（2）项亦要求将“诱导违反不披露秘密信息或意图保密的信息的义务”列为侵犯商业秘密行为。

为了加强商业秘密的保护，建议《刑法》参照上述规定，将“教唆、引诱、帮助”行为纳入制裁的范围。有鉴于“教唆、帮助”可以通过共同犯罪论处，无需专门作出规定，而“引诱”属于独立的犯罪行为，应当增加专门的条款规定“引诱他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密”的行为构成侵犯商业秘密罪。

### **4、增加侵犯商业秘密行为的兜底条款**

兜底条款又称概括条款，一般置于例示概括型法条所列事项的最末，用于概括尚未完全列举的事项，并对该事项的内涵加以界定。兜底条款的优势在于扩大法律规定的适用范围，增强了其适应社会生活变化的能力，缺点在于本身存在一定的解释难度，增加了法律的不确定性。随着网络技术的迅速发展，侵犯商业秘密的行为必将更加多元化、隐秘化、复杂化，届时《刑法》第二百一十九条有限

列举的事项可能不敷使用，故宜设置兜底条款以适应今后客观需要。

刑法坚持罪刑法定，故设置兜底条款尤须审慎。笔者认为，增加侵犯商业秘密行为的兜底条款应当明确界定其他侵犯商业秘密行为应当具备的内涵，避免在今后适用时被不正确地扩大解释或“口袋化”地适用。

### 5、调整入罪“门槛”的表述

《刑法》第二百一十九条规定的侵犯商业秘密罪危害结果定罪标准为“给商业秘密的权利人造成重大损失的”（也称入罪“门槛”）。我国刑法向来坚持定性又定量的立法模式，设置入罪“门槛”可以贯彻刑法谦抑精神，以免把大量情节不是很严重、社会危害性小的违法行为按照犯罪处罚。侵犯商业秘密罪作为一种经济犯罪，取消犯罪结果作为定罪量刑标准的做法，会加重打击力度，也不利于实际操作。因此，不建议取消入罪“门槛”。

但是，要关注实践中对“重大损失”作机械化解释的问题。如本文 2.3 所述，实践中司法部门一般以“五十万元”作为“重大损失”的唯一标准，造成了价值评估难、调查取证难的问题，增加了刑事立案的难度。为此，中美协议提出了取消将商业秘密权利人确定发生实际损失作为启动侵犯商业秘密刑事调查前提的要求。那么，如何在不取消入罪“门槛”的同时，避免司法部门对“重大损失”的机械化解释呢。除了引导司法部门修改指导性文件、调整司法政策之外，《刑法》二百一十九条亦有修改空间。

《刑法》二百一十九条中“给商业秘密的权利人造成重大损失”的表述不足之处有两点：第一，将“重大损失”限定为“商业秘密权利人的重大损失”，明显过窄。实践中，权利人的损失数额、该损失数额和侵权行为之间的因果关系均难以证明。为了解决这个问题，司法部门早已作目的性扩张解释，用“违法所得数额”来认定“商业秘密权利人的重大损失”，这样做是符合实际的。第二，使用“重大损失”的表述，容易被限制理解为财产损失，从而忽略其他犯罪情节。实践中，有的商业秘密如实验数据、商业计划、工作流程、技术诀窍等很难作经济评估，无论是权利人损失还是违法所得数额均难以计算。在此情况下，宜将其其他犯罪情节作为衡量依据，比如权利人建设商业秘密保护体系所投入的成本、事后为修复计算机安全系统所投入的成本（即中美协议 1.7 条第 2 款所述补救成本）、侵权人非法下载的数据字节量、获取的敏感信息的条数等。总之，使用“给商业

秘密的权利人造成重大损失”的表述，容易导致不当解释，客观上增高了定罪“门槛”，亟待修改。笔者认为，为了增加司法部门解释和适用的空间，将“给商业秘密的权利人造成重大损失”修改为“情节严重”较为妥当。

#### **6、调整商业秘密的定义表述**

《刑法》第二百一十九条第三款规定了商业秘密的定义：“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。”与1993年《反不正当竞争法》第十条第三款一致。不过，2019年修订的《反不正当竞争法》第九条第四款将商业秘密重新定义为：“不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。”《刑法》第二百一十九条第三款的定义存在两点不足：一是商业秘密不应以“实用性”为限，有的信息如实验室数据、艺术构思往往不具有实用性，但仍具有保密价值，而且用“实用性”界定技术信息，容易和《专利法》第二十二条第三款定义的“实用性”产生混淆；二是商业秘密不应限于技术信息和经营信息，随着科技发展，有的信息如大数据、内部管理信息等超出了技术信息和经营信息的范畴，但是对于企业来说也是十分重要的保密信息，应予保护。基于上述理由，同时鉴于《反不正当竞争法》已经对商业秘密的定义作出了修改，《刑法》第二百一十九条也应作出相应的修改。

#### **四、结语**

刑事保护是我国商业秘密保护体系中不可或缺的一环，相对于民事立法而言，我国刑法略显落后，而且在立案难、定罪难、量刑难等问题上受到关注。中美协议对于商业秘密的刑事保护提出了更高的要求，对于已经23年未作修改的《刑法》第二百一十九条来说，毋宁说是迎来了一次变革和发展的契机。期待立法部门抓住这个契机，尽快启动修改程序，进一步完善商业秘密刑事保护体系，为加强知识产权保护提供助力。