

中美贸易谈判中侵犯商业秘密的刑事责任问题研究

王文华

摘要：中美经贸协议第一阶段文本对我国商业秘密的法律保护作出了调整。源于中国《反不正当竞争法》以及《刑法》第 219 条作为打击侵犯商业秘密犯罪的条款应该伴随社会物质技术环境的巨大变革作出相应调整，以应对现有贸易环境下产生的市场秩序保护、产业发展和权利保障等问题。在被动修法的背景下，我国《刑法》应该在罪刑法定原则基础上重新审视商业秘密保护内涵外延的扩大、侵犯商业秘密责任人范围的增加、新环境下犯罪手段的多元、刑事追诉门槛的降低以及举证责任转换和国家机关工作人员在履职过程中未经授权的信息披露等问题，针对中美经贸协议第一阶段文本的有关内容作出修改，并考虑与中国《反不正当竞争法》的进一步衔接。同时，在后续谈判中警惕“富国陷阱”，对有关刑法条款注意甄别，避免司法适用中“过度拔高”而损害产业发展与公民个人权益，从而实现尊重发展阶段现状和促进持续长远发展的平衡、打击犯罪和保护各方合法权益的统一。

关键词：中美经贸协议；侵犯商业秘密罪；法律适用

[中图分类号] D914.3 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2020) 04-0043-13

华盛顿时间 2020 年 1 月 15 日，中美两国就持续一年多的贸易谈判正式签署第一阶段协议，协议条款涵盖了目前两国在贸易活动存在分歧的主要领域，包括知识产权、技术转让、食品和农产品、金融服务、汇率和透明度、扩大贸易、双边评估和争端解决等内容。其中，从有关知识产权保护的相关条款可见，谈判达成的内容对商业秘密和保密商务信息保护力度明显增强。协议第一阶段文本中将商业秘密和保密商务信息保护内容置于第一章第二节，不仅显示出过去中国和美国在商业秘密和有关商务信息保护力度上的差异，还反映出双方对商业秘密的保护和利用方式都予以高度重视和关切，并在已有谈判基础上达成了第 1.3 条至第 1.9 条的有关内容，对侵犯商业秘密责任人范围、构成侵犯商业秘密的行为手段、商业秘密案件民事程序中的举证责任转移、阻止使用商业秘密的保全措施、启动侵犯商业秘密刑事调查前提门槛、故意侵犯商业秘密的刑事程序和处罚、保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露等内容进行了具体的规定。

【作者简介】王文华，北京外国语大学法学院教授，博士生导师，法学博士，电子商务与网络犯罪研究中心主任。

事实上,与美国此次贸易磋商之前,我国学术界对侵犯商业秘密以及侵犯商业秘密犯罪等问题进行过充分的讨论,主要问题集中于类罪罪名是否需要细化⁽¹⁾,厘定商业秘密具体内容、保护范围和量刑标准⁽²⁾,其中大部分研究集中于对“重大损失”概念和范围的解读⁽³⁾,实务中问题主要在于证据标准、规格不统一或侦查取证存在难度⁽⁴⁾,由此可见,此次贸易谈判达成的第一阶段文本中对商业秘密保护的相关内容亦是我国学界一直关注和探讨的方向,对完善我国相关法律制度和促进跨国间市场交易都具有一定积极作用,但是协议中相关内容亦突出反映了我国现行法律体系中诸多规范还未达到协议文本的要求现状,诸如对承担侵犯商业秘密责任人主体范围的扩大、行为手段增多、商业秘密和保密商务信息内涵增大、举证责任倒置、危害后果的计算增加间接损失和刑事追诉标准降低等。本文主要从侵犯商业秘密罪的角度切入,通过法解释学方法厘清我国关于侵犯商业秘密犯罪的规定和协议中有关商业秘密和保密商务信息刑法保护之间的关系,并从维护国家利益的角度剖析现行刑法在面对协议中规定的相关内容时的应有姿态。

由于《中华人民共和国刑法》(下称《刑法》)中第219条侵犯商业秘密罪借鉴于《中华人民共和国反不正当竞争法》(下称《反不正当竞争法》)中保护商业秘密的相关规定,因此下文对《刑法》条款进行评析时会实时跟踪2019年新修改的《反不正当竞争法》以资对照,以便在提出修法建议时保持法律体系对同一问题规范制定的一致性。

一、主体范围和行为手段

(一) 主体范围的扩大

此次协议第一阶段文本第一章第二节第1.3条规定侵犯商业秘密责任人范围,两国应该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,并要求中国将现行法中侵犯商业秘密的“经营者”定义扩展到所有自然人、法人和组织。此条将侵犯商业秘密的行为主体扩大到所有自然人、法人和非法人组织,其实质是将包括从事生产经营、提供生产经营服务的自然人、法人和非法人组织扩大到一般意义上的自然人、法人和非法人组织,形成去标识化的主体判断准则,即社会生活中能够被评价为具备法律责任能力、实施侵犯商业秘密行为并依法应负法律责任的主体皆可成为侵犯商业秘密的责任人。

(1) 参见李华:《检察机关保护民企知识产权之建议》,《民主与法制时报》2019年11月28日。文章认为针对侵犯商业秘密罪,应根据不同犯罪目的及犯罪手段,设置窃取商业秘密罪、泄露商业秘密罪、侵占商业秘密罪等。

(2) 参见徐翠:《侵犯商业秘密案件中权属的认定——江汉石油钻头股份有限公司诉天津立林钻头有限公司等侵犯商业秘密纠纷案评析》,《科技与法律》2010年第2期,第57页;宋建宝:《美国侵犯商业秘密罪的量刑依据问题及借鉴——以美国〈经济间谍法〉为中心》,《法律适用》2015年第2期,第49页。

(3) 参见周子简、陈汇:《侵犯商业秘密罪中“重大损失”要件的检视》,《四川警察学院学报》2019年第4期,第34-35页;董史统、陈璜璜:《如何认定侵犯商业秘密罪中的“重大损失”》,《检察日报》2019年6月25日;闫洪师:《论侵犯商业秘密罪中“重大损失”计算范围的确定》,《中国检察官》2017年第17期,第22-23页;陈兴良:《侵犯商业秘密罪的重大损失及数额认定》,《法律适用》2011年第7期,第33-34页。

(4) 陆川:《侵犯商业秘密罪办案难点及其破解》,《检察日报》2019年11月5日。

我国《反不正当竞争法》第2条规定的“经营者”是该法的核心概念和规制对象，《反不正当竞争法》对其责任主体范围的界定体现出强烈的市场性和特殊性，即特别限定于商品生产领域、经营领域、提供商品和商品服务领域，在以上领域参与市场活动的自然人、法人和非法人组织才能构成《反不正当竞争法》规制的经营者主体范围。单从此论，尚不符合协议第一阶段文本中对规制商业秘密主体范围的规定，但2019年《反不正当竞争法》在修改第9条时增加“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”。因此，目前我国《反不正当竞争法》对侵犯商业秘密主体的相关规定符合本次协议第一阶段文本中对责任主体的要求，其是通过第2条和第9条的组合构建起侵犯商业秘密的责任主体制度。

我国1997年《刑法》确立了侵犯商业秘密罪，其相关规定均借鉴于1993年的《反不正当竞争法》中对商业秘密的定义和侵犯商业秘密行为的规定，但我国《刑法》第219条规定的侵犯商业秘密罪在立法技术上采用了叙明罪状，其详细列举构成侵犯商业秘密罪的客观方面和具体情形，而没有对犯罪主体进行特别规定。因此，对该罪犯罪主体的理解应当适用刑法总则关于一般主体的规定，应当理解为该罪的犯罪主体不应具备特殊性，宜统一认定为一般主体即可构成该罪的犯罪主体，包括所有符合刑法规定条件的自然人和单位。同时，该一般主体应当符合侵犯商业秘密罪所属类罪对犯罪主体规定的范畴，即实施违反国家经济法规，在市场经济运行或经济管理活动中进行非法经济活动，严重破坏社会主义市场经济秩序的行为者。因此，该罪的犯罪主体不具有身份犯特征，只要是达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人和《刑法》总则第30条规定的单位即可。根据《刑法》第220条的规定，单位犯侵犯商业秘密罪的，对单位处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照规定处罚。纵观可见，我国刑法对侵犯商业秘密罪主体的规定与协议第一阶段文本的规定并不冲突。

（二）行为手段的多元

对于侵犯商业秘密的具体行为，协议第一阶段文本第1.4条规定禁止行为应当完全包含盗窃商业秘密的方法，具体详细列举了通过电子侵入、违反或诱导违反保密义务和未经授权予以披露或使用商业秘密的行为。同时，第1.8条要求中国刑事程序和处罚必须列举包括以盗窃、欺诈、实体或电子侵入方式以达到不法目的的商业秘密侵害、未经许可或不正当使用计算机系统从事禁止范围内的行为。由此可见，传统披露、获取和使用商业秘密的方式已经不足以涵盖互联网环境下新型披露、获取和使用商业秘密的方式，电子侵入作为互联网环境下侵犯商业秘密的新手段已经开始得到国际社会的广泛关注。同时，美国要求中国将非法间接获取商业秘密的手段明确列举为侵犯商业秘密的行为，实际上扩大了对侵权手段的认定范围。因此，在行为手段问题上，我国相应法律应当适时作出修改。

《反不正当竞争法》在2019年修改时在第9条中增加了关于电子侵入和违反保密义务以及教唆、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等内容。至此，电子侵入作为与盗窃、欺诈、贿赂、胁迫并

列的手段被列入获取商业秘密行为的条款中，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等非法间接获取商业秘密的手段也包含进侵犯商业秘密的行为中，从而在《反不正当竞争法》中形成“直接+间接”侵犯商业秘密的行为模式，更新了在互联网环境下新型侵权方式，已完全符合了中方对于文本该部分的承诺。

我国《反不正当竞争法》在对该问题的应对上采用了直接接纳的方式进行修法，反应迅速，但我国《刑法》对该问题的规定仍然停留在原有文本上，尽管保全了刑法本身固有的稳定性，让行为人行为符合预期，但在面对互联网环境下新型侵权行为所要求的法律灵活性方面稍有逊色。笔者认为，在面对此次中美经贸谈判协议第一阶段文本和我国《反不正当竞争法》作出的相应修法应对的前提下，我国《刑法》应当适时修改关于侵犯商业秘密犯罪的客观方面，增加实体或电子入侵这类新型的犯罪手段，增加未经授权或不当使用计算机系统的行为类型，同时考虑法律衔接的问题，即我国《刑法》亦应将教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或违反保密要求的行为吸纳至侵犯商业秘密罪的行为之中，与《反不正当竞争法》规制之情形协调一致。但在法律完成修改之前，有些问题可以通过解释论在修法前得到规制，以便符合相关协议的规定。如对于电子侵入的行为，因为协议和《反不正当竞争法》中未明确界定其具体含义，不妨采用《刑法》中非法获取计算机信息系统数据罪中电子侵入要件的内涵⁽⁵⁾，非法获取计算机信息系统数据罪规定的“侵入”的对象，不属于国家安全、国防安全及尖端科技领域的计算机系统，否则将构成第285条第1款规定的非法侵入计算机信息系统罪，故而在解释方法上可以采用与该罪中电子方式一致的理解。因此，解释论的方法在立法未完成之前予以先行具有较好的社会效果，也有利于我国履行前述的协议第一阶段文本的有关内容。

关于教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或违反保密要求等作为侵犯商业秘密犯罪的方式，其在民事领域属于典型的间接获取商业秘密的行为，即行为人通过教唆、引诱或帮助的方式促使他人违反保密义务或违反保密要求而获取商业秘密。该条在民事法律领域使得法院裁判商业秘密间接侵权有了明确法律依据，对于仅从事了教唆、引诱、帮助行为的间接侵权人，权利人无须主张共同侵权来追究其责任，减轻了权利人的举证负担。同样，该条纳入刑法之后势必带来相关理论的突破。如前所述，由于其犯罪主体范围的扩大，对于教唆行为，教唆对象必须具备刑事责任能力，唆使没有犯罪故意的人产生犯意。如果教唆无刑事责任能力主体犯罪，那教唆者应成立利用无刑事责任能力人犯罪的间接正犯。对于引诱行为，其通过一系列勾引、诱使的手段致使负有商业秘密保密主体违反义务，协议第一阶段文本相关内容没有将此类行为正犯化，但意在提醒司法人员和相关权利人注意到对这类实施引诱、帮助的行为人应当予以规制，明确其刑事责任，对处罚范围进行明确界定。对于帮助行为，其帮助的对象本身具有犯意，本应该构成共同犯罪，并视其在犯罪活动中所实施行为界定主从犯。

(5) 参见李占科、张艳冰：《不可不说的“商业秘密”》，《中国市场监管报》2019年5月21日。

二、行为对象和举证责任

(一) 行为对象内涵的扩大

商业秘密作为知识产权保护的一项重要内容，其概念的具体内涵界定一直都存在争议。各国依照其不同时期的国情，对商业秘密保护力度的不同大多都体现在其概念范围的界定上。此次中美经贸谈判协议第一阶段文本将商业秘密与保密商务信息并列，要求两国对侵犯上述信息的行为进行严格执法。协议中并未对商业秘密的概念予以再度明确，根据美国于 2016 年颁布的联邦层面立法《保护商业秘密法》(Defend Trade Secret Act) 可以看出，其将商业秘密定义为拥有人已采取合理措施为该等资料保密，同时该内容不为其他人所知，也不容易通过适当的手段从信息的披露或使用中获得经济价值的他人手中获取，因而产生了其实际存在或潜在的经济价值。并且商业秘密的存在形式不限于金融、商业、科学、技术、经济领域，类型形态亦包括模式、计划、编译、项目设备、公式、设计、原型、方法、流程、程序或代码，无论是有形或无形的，以及是否或如何存储、编译或将其电子化。⁽⁶⁾ 可见，美国对商业秘密的规定亦符合《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPs) 协议第 39 条的规定，我国现行法律中对商业秘密的规定亦是与美国相近，故而双方对此问题争议不大。然而，协议第一阶段文本中最突出的是将保密商务信息作为保护对象，要求双方加以保护，使其不得因披露而可能对持有该信息的自然人或法人的竞争地位造成极大损害，具体范围包括：任何自然人或法人的商业秘密、流程、经营、作品风格或设备，或生产、商业交易，或物流、客户信息、库存，或收入、利润、损失或费用的金额或来源，或其他具备商业价值的信息。

可以注意到，协议第一阶段文本将商业秘密也纳入保密商务信息的范畴，其是否意味着市场经济交往中出现的内容只要符合所罗列信息的类型，尽管不符合构成商业秘密的严苛条件都可以获得与商业秘密同等类型的保护。这样标签化的保护方式使得该类信息的保护范围要比原本商业秘密的保护范围宽广甚多，其意味着公有领域可获自由使用的信息量减少。商业秘密并非一种排他性权利，而应当认为是一种受到保护的法益⁽⁷⁾，由于其本身排他性没有专有权利显著，因此，对商业秘密的保护应当以诸如利用合法反向工程等方式进行鼓励。我国在面对文本签署后客体范围扩大的情况，应当对《刑法》相关法条内容作出调整，但仍应保持谦抑性的基本特征，否则会过度侵占公有领域。

鉴于实质性扩大了传统商业秘密的保护范围，我国《反不正当竞争法》在 2019 年修订时将商业秘密的范围由原来的“经营信息、技术信息”修改为“经营信息和技术信息等商业信息”，因而对市场竞争中符合秘密性、价值性和保密性，可以被认定为商业秘密的该类信息扩大了保护范围，符合协议规定的内容。对于那些没有符合商业秘密保护条件的内容，《反不正当竞争法》经常通过

(6) 18 U.S.C. §1839(3).

(7) See *Conmar Products Corp. v. Universal Slide Fastener Corp.*, 170E.3d110.

第2条所示的一般条款，按照市场公平竞争、诚实信用原则等予以规制，也能达到相应的保护目的。

因为我国《刑法》规范对侵犯商业秘密罪的认定属结果犯，所以对商业秘密的定义就显得尤为重要。定义的范围决定了其保护客体的范围。我国《刑法》第219条所规定的商业秘密依然停留在1997年《刑法》对商业秘密的规范上，保护范围与2019年修订前的《反不正当竞争法》保护范围一致，即仅保护符合条件的经营信息和技术信息。因此，对犯罪客体的认识应当与当前我国《反不正当竞争法》中规定的内容保持一致，即具有秘密性、因其秘密性而获得商业价值和采取保密措施的经营信息和技术信息等商业信息。另外，通过司法解释对商业信息进行扩大解释，使其能够涵盖协议文本中所列举的相关内容，以此达至我国法律对该问题形成一致的审视态度。

另外，对于保密商务信息，笔者并不赞同将其纳入商业秘密保护范围的观点⁽⁸⁾，且不说其具体含义与商业秘密存在实质性差异，这样的差异在其具体定义中即可见晓。根据协议文本，保密商务信息的范围中就包括商业秘密。在对协议文本中将商业秘密和保密商务信息加以定义的条款原意仔细考究之后，笔者认为，对涉及第二节商业秘密和保密商务信息的所有条款中，第1.3—1.8条均只针对商业秘密进行规定，可见文本应该是对商业秘密和保密商务信息除定义外均采用独立规制的方式。对于商业秘密的具体定义，如前文所言，协议要求中国对商业秘密的保护范围与美国接轨。美国现行联邦立法《保护商业秘密法》、州层面立法《统一商业秘密法》以及联邦刑事立法《经济间谍法》共同构建起保护商业秘密的框架，其定义仍然脱离不开秘密性、商业价值性和采取保密措施的要件。因此，对于保密的商务信息并不在美国构筑的商业秘密保护法律框架之内，事实上，对于保密商务信息更多的是通过签订保密协议或者以合同的方式约束保密商务信息的持有人，因此其并不具备法律意义上的统一概念，故而违反保密协议承担的是合同违约责任而不是侵权责任，因此保密商务信息的相关内涵及外延理应由合同进行规定。具言之，协议中提及的保密商务信息对应的应该是协议第1.9条中通过对民事、刑事和行政等领域的监管保护商业秘密和保密商务信息免于政府机构未经授权的披露，因为实践中存在着这样的情况：商业秘密并非直接通过第1.3条规定的手段获取，而是通过对与商业秘密紧密相连的商务信息的暴露来获取，这种本身具有巨大威胁的方式对商业秘密的泄露造成重大隐患。

尽管我国《反不正当竞争法》《公务员法》等相关法律法规对国家机密的保密义务作出了规定，但是其保密义务仅限于商业秘密的材料和信息⁽⁹⁾，并不包含这些保密性的商务信息，因此，协议第一阶段文本将保密商务信息与商业秘密进行并列式概念列举，再通过具体条款予以细化，有利

(8) 参见乔新生：《中美经贸协议对中国法律体系的影响》，<https://mp.weixin.qq.com/s/94hFPeMnskbblyDyesEpw>，最后访问时间：2020年2月17日。

(9) 参见《反不正当竞争法》第15条、《中华人民共和国公务员法》第14条、《中华人民共和国外商投资法实施条例》第25条。

于条分缕析二者的关系和在实践中中的应用。

（二）举证责任的转移

协议第一阶段文本对侵犯商业秘密举证责任分配进行了调整，文本第 1.5 条分别规定了民事司法程序中举证责任转移和商业秘密权利人提交的以达到举证责任转移的证据类型。在民事司法程序中，商业秘密权利人只需要提交包括间接证据在内的初步证据，只要该证据能够合理指向被告方侵犯商业秘密，则该举证责任转移。同时，商业秘密权利人提出：（1）被告方曾有渠道或机会获取商业秘密的证据且该信息在实质上与商业秘密相同，或（2）商业秘密已被或存在遭被告方披露或使用的风险，或（3）其他侵犯商业秘密的证据的情形下，被告方对未侵犯商业秘密负举证责任。同时，权利人只需要提供初步证据，证明其采取了保密措施，举证责任就转移到被告方，需要证明权利人主张的商业秘密不是法律保护的商业秘密。协议的内容确立了举证责任转移的新规则，对现有实践中出现的举证责任难的问题提供了新的解决办法，但是也应该看到，其实质上减轻了商业秘密权利人的举证负担，严格了对商业秘密的保护力度。

《反不正当竞争法》在 2019 年修改后通过第 32 条^{〔10〕}符合了该协议的要求，减轻了权利人举证的难度。我国《刑法》在面对侵犯商业秘密犯罪刑事司法审判的问题上，应当遵循与《反不正当竞争法》和协议文本中一致的举证规则，特别是对于一些经营信息，权利人举证本身就存在困难，导致原告胜诉率较低，不利于保护权利人。因此，在刑事司法审判中，对于举证问题应当采用与民事审判程序相似的举证规则。

三、刑事追诉标准与危害后果的计算

（一）刑事追诉门槛降低

追诉标准的下降意味着侵犯商业秘密承担刑事责任的门槛降低。第一阶段文本第 1.7 条规定，两国最终应该达到在所有可使用的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，而作为过渡措施，可以由补救成本对“重大损失”进行证明，如为减轻对商业运营或计划的损害、重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本。此条款显著地实现了降低启动刑事执法门槛的法律效果，使得商业秘密权利人在过渡阶段可以采用补救成本证明产生重大损失，达到追诉侵权人侵犯商业秘密罪的效果。而在后续取消将实际损失作为启动刑事追诉的标准之后，则不再要求确定发生实际损失。

我国《刑法》第 219 条规定的侵犯商业秘密罪要求该犯罪行为对商业秘密权利人造成重大损

〔10〕 参见《反不正当竞争法》第 32 条规定：“在侵犯商业秘密的民事审判程序中，商业秘密权利人提供初步证据，证明其已经对所主张的商业秘密采取保密措施，且合理表明商业秘密被侵犯，涉嫌侵权人应当证明权利人所主张的商业秘密不属于本法规定的商业秘密。商业秘密权利人提供初步证据合理表明商业秘密被侵犯，且提供以下证据之一的，涉嫌侵权人应当证明其不存在侵犯商业秘密的行为：（一）有证据表明涉嫌侵权人有渠道或者机会获取商业秘密，且其使用的信息与该商业秘密实质上相同；（二）有证据表明商业秘密已经被涉嫌侵权人披露、使用或者有被披露、使用的风险；（三）有其他证据表明商业秘密被涉嫌侵权人侵犯。”

失。而对于重大损失的理解，2004年12月22日施行的最高人民法院、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7条第1款规定，给商业秘密的权利人造成损失数额在50万元以上的，属于“给权利人造成重大损失”。同时2007年4月5日，最高人民法院、最高人民检察院公布的《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（二）》再次明确，实施《刑法》第219条规定的行为之一，给商业秘密的权利人造成损失数额在50万元以上的，属于“给商业秘密的权利人造成重大损失”。而2010年5月7日印发的最高人民法院、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）》（下称《规定（二）》）中第73条规定，侵犯商业秘密，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：给商业秘密权利人造成损失数额在50万元以上的；因侵犯商业秘密违法所得数额在50万元以上的；致使商业秘密权利人破产的；其他给商业秘密权利人造成重大损失的情形。

可见，我国《刑法》及相关法规和司法解释在对待侵犯商业秘密入罪和追诉条件的问题上，均将重大损失理解为给权利人造成50万元以上数额的损失。但是协议第一阶段文本第1.7条的最终目的是不以商业秘密权利人发生实际损失为启动侵犯商业秘密罪的刑事追诉条件。因此，我国《刑法》、司法解释有必要考虑根据协议文本的内容对追诉条件、入罪门槛进行调整，取消确定发生实际损失的要求。在新法出台之前，对相关案件适用文本中关于过渡措施的规定，即可以将损害的补救成本作为重大损失的证明。

笔者认为，事实上，现有大量案件中对侵犯商业秘密罪的认定存在争议。一方面，对于损失数额小于50万元的案件，侵权人是否可以被归为非罪的范畴，是否可以不受侵犯商业秘密的刑事追诉，是否具有犯罪未遂的刑事可罚性。另一方面，现实中由于商业秘密的特殊性，权利人作为单个民事主体在保护商业秘密、防止其再次泄露的同时进行调查取证，其过程的难度和成本都较大，而公安机关在立案后会要求商业秘密权利人出具一份鉴定报告，对商业秘密的认定和损失的具体情况官方说明，无形中增加了权利人的举证难度，致使知识产权保护力度不足。显然，重大损失的判定标准成为侵犯商业秘密罪与非罪认定的分水岭，是确定侵犯商业秘密的行为究竟是成立刑事责任还是只需要承担民事侵权责任的关键点。文本第1.7条在处理这个问题上通过降低追诉标准确实缓解了以往对损失数额达不到50万元而无法给予刑事制裁、对商业秘密权利人举证要求过高的阵痛，然而，这是否会带来另一个问题——权利人滥用降低后的追诉门槛、恶意致使他人遭受刑事追诉，甚至引发大量侵犯商业秘密犯罪的“流氓诉讼”，恐怕也是一个值得思考的问题。

（二）危害后果中“重大损失”的计算

作为过渡措施，文本第1.7条规定可以由补救成本充分证明“重大损失”，并举例说明补救成本可以是减轻对商业运营或计划的损害、重新保障计算机或其他系统安全所产生的成本；同时为了达到消除将实际损害作为追诉条件的标准，要求中国需要显著降低启动刑事执法的所有门槛直至取消将实际损失的发生作为启动刑事调查门槛为止。

对于重大损失的范围，由于上文提及的司法解释中都没有进行详细规定，因此在实践中产生大量的争议。但主流观点认为重大损失是指经济方面的重大损失，不包括商业秘密的价值，也不包括权利人因为维权所造成的损失⁽¹¹⁾；亦有观点认为重大损失应当仅限于经济损失，应当是对其价值性和实用性的损害，或者因此而造成的间接经济损失⁽¹²⁾，应当包含现有利益的减少和可得利益的损失⁽¹³⁾，此次文本中明确的补救成本可以作为重大损失的证明材料在我国原有的司法实践中尚未被纳入重大损失范畴。

另外，从文本中过渡措施和后续措施的衔接来看，笔者认为重大损失与实际损失并非同一概念。《规定（二）》列举的追诉条件是指所造成损失数额或违法所得在 50 万元以上、破产或其他重大损失的情形，显然，实际损失在这里是指商业秘密权利人的损失数额在 50 万元以上或者破产，然而无论是否造成实际损失，也可以只是侵权所得在 50 万元以上或存在其他情形，就符合刑事追诉条件。在我国刑法现有规定的框架下，并非所有案件的刑事追诉都需要存在给商业秘密权利人造成实际损失。因此，针对此次的修改，我国只需要从存在要求实际损失的条款内容进行判定即可，无须全盘否定。

对于重大损失的计算，公安部《关于在办理侵犯商业犯罪案件中如何确定“给商业秘密权利人造成重大损失”计算方法的答复》规定：“对难以计算侵犯商业秘密给权利人所造成的损失的，司法实践一般可参照反不正当竞争法规定的民事赔偿额的计算方法。”对照 2019 年修订的《反不正当竞争法》第 17 条规定，因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的 1 倍以上 5 倍以下确定赔偿数额。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。同时，经营者违反《反不正当竞争法》第 6 条、第 9 条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人 500 万元以下的赔偿。

关于具体计算的方法，学术界一直有直接损失算法、许可费算法、侵权人获利算法、市场价或同类产品市场价算法、成本算法等的争论。但是对于商业秘密这类特殊的案件，应该秉持个案判断的原则选择不同的方法，对技术信息和经营信息进行区分，对同时含有技术信息和经营信息的商业秘密更应该分开计算，亦可根据不同分类标准进行类型化划分后计算。例如，根据获取商业秘密的使用用途可以分为非法获取商业秘密后自行进行产品生产和销售、将非法获取的商业秘密转让给第三人、通过非法手段或者合同关系获取商业秘密后进行公开、单纯非法

(11) 张明楷：《刑法学教程》（第三版），北京大学出版社 2011 年版，第 247 页。

(12) 参见陈兴良、吴允锋：《侵犯商业秘密罪若干争议问题研究》，《甘肃政法学院学报》2006 年第 7 期，第 21-22 页；黄旭：《侵犯商业秘密罪中重大损失的认定》，《人民法院报》2015 年 3 月 18 日。

(13) 陈兴良：《侵犯商业秘密罪的重大损失及数额认定》，《法律适用》2011 年第 7 期，第 32 页。

获取他人商业秘密未作进一步使用⁽¹⁴⁾，避免在裁判中混淆其中的利益交叉部分，造成权利人实际利益减损。

因此，在过渡阶段中重大损失的计算上，应当按照“实际损失—侵权所得”的顺序进行计算，如果实际损失难以预估的，可以通过采用补救成本的方式进行计算，但是这样的计算方法只存在于使得侵权行为受到刑事调查，而最终权利人获得赔偿数额则应该按照原有计算方式加上补救成本予以计算。我国在修改《刑法》相关条款时应当对该问题予以回应。同时，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（二）》第4条关于罚金的规定中对于侵犯知识产权犯罪的罚金认定范围也应作出调整，在原有考量的犯罪违法所得、非法经营数额、给权利人造成的损失、社会危害性等情节之外，增加权利人补救成本，再依法判处罚金。

四、反不正当竞争法与刑法规制的边界

在刑民交叉案件中，审判程序孰先孰后一直是理论界实务界争论的焦点，一般认为，刑事诉讼程序优先原则，在特殊情况也可以甚至应当采取民事诉讼程序优先。⁽¹⁵⁾也有人认为知识产权犯罪均是侵权行为达到一定程度后在对同一行为判令承担民事责任的基础上再科以刑事处罚，不能实行“先刑后民”，相反，只能实行“先民后刑”才符合案件的特点和审判规律。⁽¹⁶⁾在我国当前全面实施知识产权“三审合一”的情况下，大部分知识产权案件在进入刑事程序之后已没有进入民事程序的必要，对先刑后民模式的改良可以有效提升程序效率、减少当事人诉累。⁽¹⁷⁾

尽管各方对采用何种审判类型优先问题存在争议，但是实践中无非是采取分离诉讼抑或附带诉讼的两种模式。事实上，对于侵犯商业秘密案件，市场监管部门或公安机关都有权责令当事人在接受调查时提交相关材料，但是在民事诉讼中，原告确实很难获取被告相关材料，并且原有的举证规则很容易导致商业秘密的泄露，也致使诸多商家通过诉讼获取对方商业秘密，因此本次协议第一阶段文本中减轻商业秘密权利人举证责任，仅对包括间接证据在内的初步证据能合理指向被告侵犯商业秘密即可。在原有的模式下，民事诉讼前如果已有刑事审判或市场监管部门的行政处罚，原告就可在民事诉讼中向法院申请调取证据，诉讼便利化程度较高且不受刑事诉讼50万元追诉门槛的限制，如果在民事诉讼中发现侵权方构成侵犯商业秘密罪，法院会中止审理并将线索移交公安机关。

虽然本次中美经贸谈判达成的协议第一阶段文本没有涉及侵犯商业秘密刑民交叉审判程序的

(14) 参见刘秀：《侵犯商业秘密罪中“重大损失”的认定》，《中国刑事法杂志》2010年第2期，第60页。

(15) 参见张明楷：《程序上的刑民关系》，《人民法院报》2006年5月24日。

(16) 参见江伟、范跃如：《刑民交叉案件处理机制研究》，《法商研究》2005年第4期，第34页；黄娟：《知识产权刑民交叉案件解决之“先民后刑”思路：选择理由与实施机制》，《暨南大学学报（哲学社会科学版）》2011年第2期，第45页。

(17) 徐家力、张军强：《对知识产权案件先刑后民模式的反思与完善》，《中国刑事法杂志》2018年第4期，第141页。

问题，但是通过修改原告举证规则、刑事追诉门槛及刑事、民事和行政机关对涉案商业秘密的保密义务等标准，将侵犯商业秘密相关诉讼简易化，更有利于对商业秘密提供 stronger 的保护。

同时，《反不正当竞争法》对于民事诉讼中商业秘密诉前保全存在空缺，然而诉前财产保全或行为保全是商业秘密权利人最有效的止损措施，因此本次协议第一阶段文本第 1.6 条规定阻止使用商业秘密的临时措施，将使用或试图使用所主张的商业秘密信息认定为“紧急情况”，使其可以符合最高人民法院《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第 6 条中关于情况紧急的认定⁽¹⁸⁾，更好地保护商业秘密权利人的利益。因此，对于民事诉讼诉前保全而言，相关规则的修改可以提供更为完善的保护框架。对于刑事诉讼诉前保全问题，在我国现有规则下，公安机关本身可以依职权对涉嫌违法行为采取相关措施保留证据并保护权利人相关财产，再加上此次文本中对追诉门槛的降低，权利人选择刑事诉讼的途径也较之前更为便利。

综上所述，第一阶段文本对相关诉讼程序、举证规则、追诉标准的修改，缓解了对侵犯商业秘密案件进行民事审判和刑事审判的先后次序冲突问题，“先民后刑”抑或“先刑后民”成为诉讼当事人的一个选择问题，但是在这个过程中，依然应当注意刑法的谦抑性，不能过度冒进而轻易采取刑事制裁手段，否则打击面过大，将有损一些企业的生存与发展。对此，有关执法部门应该尽快制定相应的执法规则，司法部门可以通过司法解释对这类问题进行细化。

另外，对于侵犯商业秘密案件刑事、民事审判证据采信问题，笔者认为，出于案件的相关联性质、裁决的一致性、稳定性以及刑法适用的谦抑性，在侵犯商业秘密刑事案件中，对于民事审判已有的证据和判决可以作为借鉴，并不应全盘舍弃，同理推至侵犯商业秘密民事案件审理，对于刑事审判和相关公安机关获得的材料，也可以作为相关情节认定的依据。两者在面对该问题时并非非此即彼的关系，而是共同维护法律稳定性和可预期性的基石。

五、结语

中美经贸协议第一阶段文本关于商业秘密保护的相关条款实质上加大了中国对商业秘密保护的力度，更好地解决了当前中美经贸中涉及的有关商业秘密案件中的争议焦点问题，便捷了商业秘密权利人的维权途径。我国《反不正当竞争法》作为维护市场公平竞争的核心法律之一，在面对中美经贸中出现的有关竞争法律问题上显示出较强的敏感性，2019 年修改的《反不正当竞争法》对商业秘密内涵的扩大、侵犯商业秘密责任人范围的扩张、侵犯商业秘密行为手段的增多、举证责任的转移、行为保全等有关内容作出回应，在很大程度上已然符合了中美经贸协议第一阶段文

(18) 最高人民法院《关于审查知识产权纠纷行为保全案件适用法律若干问题的规定》第 6 条规定：“下列情况之一，不立即采取行为保全措施即足以损害申请人利益的，应当认定属于民事诉讼法第一百条、第一百零一条规定的‘情况紧急’：（一）申请人的商业秘密即将被非法披露；（二）申请人的发表权、隐私权等人身权利即将受到侵害；（三）诉争的知识产权即将被非法处分；（四）申请人的知识产权在展销会等时效性较强的场合正在或者即将受到侵害；（五）时效性较强的热播节目正在或者即将受到侵害；（六）其他需要立即采取行为保全措施的情况。”

本的要求。同时，文本中提及的要求中国修改有关商业秘密保护的内容，亦是现阶段中国面对商业秘密保护案件中的痛点所在，因此对完善商业秘密相关民事立法符合中国现阶段优化营商环境、强化知识产权保护的发展方向。而此次中美经贸协议第一阶段文本对中国《刑法》关于商业秘密保护的有关条款提出的挑战，成为启动中国《刑法》修改第219条侵犯商业秘密罪的契机。我国《刑法》中关于商业秘密保护的有关规定皆源自《反不正当竞争法》关于商业秘密保护的条款，《反不正当竞争法》的修改对《刑法》中相关内容的冲击不小。我国《刑法》在面对即将到来的修法中，有必要在商业秘密保护的问题上与作为前置法的《反不正当竞争法》保持一致，尽可能符合第一阶段文本的有关要求，在侵犯商业秘密罪的犯罪客观方面、刑事追诉门槛、犯罪主体、举证责任等方面与《反不正当竞争法》衔接，作出相应修改，也是在打击犯罪同时保护知识创新的要求。尽管此次修法属于被动之举，然而也是我国在推进国际交往和探索国际社会处理贸易争端的解决路径上为世界各国提供典范的契机。

另外，应该注意到的是，在面对被动修法的情况时，特别是接下来的几轮中美经贸谈判中，中国应该对两国签订的有关条约进行逐一甄别，警惕“富国陷阱”，不宜过度拔高对某一类或几类情形的刑事保护程度，应该将中国是发展中国家的具体国情作为出发点，努力寻求平等贸易双方在争议问题上的共识，提出契合我国发展实际的贸易政策和法律规则，才是促进双赢乃至多赢发展的应然之举。

A Study on the Criminal Liability of Commercial Secret Infringement in Sino-US Economic and Trade Negotiations

WANG Wenhua

Abstract: The first phase of the Sino-US Economic and trade Agreement puts forward new requirements for the protection of trade secrets in China. The clause to fight against the crime of infringing trade secrets, originated from the Anti-unfair Competition Law and article 219 of the Criminal Law, should be made corresponding adjustments with the great changes of the social material and technological environment, in order to deal with the problems of market order protection, industrial development and rights protection under the existing trade environment. Under the background of passive amendment, the criminal law of China should re-examine the expansion of the connotation and extension of the protection of trade secrets, the increase of the persons responsible for infringing trade secrets, the diversity of criminal means in the new environment, the reduction of the threshold of criminal prosecution, the shifting of the burden of

proof and the unauthorized disclosure of the staff of state organs in the course of performing their duties under the principle of a legally prescribed punishment for a specified crime. Article 219 of the Criminal Law modifies the relevant contents according to the first phase of the Sino-US Economic and Trade Agreement, and considers the further connection with the Anti-unfair Competition Law of China. At the same time, negotiations should be alert to the “Kick-off the ladder” trap, and pay attention to the screening of relevant Criminal law provisioning the follow-up process, so as to avoid the “excessive promotion” in the criminal judicial application, which will lead to the phenomenon of damaging the protection of relevant rights. The aim is to achieve the balance of respecting the current situation of the development stage and promoting sustainable and long-term development, and the unity of fighting crime and protecting the legal rights of each side.

Keywords: Sino-US Economic and Trade Agreement; Crime of Infringement of Commercial Secret; Application of Law

(责任编辑: 陈学权)

(上接第 27 页)

investment examination and approval, the corresponding authority has to consider factors including macro-economics, corporate internal management and public policy. Meanwhile, in judicial practice, there has been a surge of cases in which foreign investment entrance rules have been used in civil litigation. The sole purpose of such litigation lies in repudiation of legal acts with formal defects. From a system of foreign investment approval to foreign investment review, China ought to abandon overwhelming censorship of corporate internal management, and shift focus towards the influence of foreign investment upon economics and society.

Keywords: Foreign Investment Examination and Approval; Foreign Investment Review; Pre-entrance National Treatment; Negative List; National Security; National Interest

(责任编辑: 丁丁)