

商业间谍行为刑法规制的若干问题研究

刘 坤

摘 要：《刑法修正案（十一）》针对商业间谍行为增设了“为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪”，此次修改虽解决了商业间谍行为刑法规制的“现实之痛”“立法之殇”，符合“入罪之理”，但仍存在目的犯与行为犯之争、双重明知认定之争、境外组织性质之争、行为方式认定争议及行为对象界限混同等现实问题。在《刑法修正案（十一）》规定的基础上，借鉴美国《反经济间谍法》及相关判例的立法、裁判经验，从商业间谍行为的行为方式、服务对象、行为对象及责任形式等方面进行深入分析，并对本罪与侵犯商业秘密罪以及为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪之间的界分作了论述，以期解决司法认定中的实践难题。

关键词：商业间谍；双重明知；刑法规制；司法认定

[中图分类号] D924.399 [文献标识码] A [文章编号] 2096-6180 (2023) 06-0101-15

一、问题的提出

我国已逐渐完成从制造大国向创造大国的转变，拥有较多自主知识产权的成果，成为境外间谍势力关注和角逐“智力成果”的重点地区。《中华人民共和国刑法修正案（十一）》（下称《刑法修正案（十一）》）增加第 219 条之一“为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪”（下称商业间谍罪），在前期征求意见稿中，该罪名均为“商业间谍罪”，后为与“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪”的表述保持一致，故作此修改，这也是学界仍把本罪称为“商业间谍罪”的原因。该条修改是营造自由、公平、有序、规范市场环境的需要，也是中美经贸磋商的主要关切，更是保护知识产权、保护创新驱动发展的重要举措。

（一）立法背景

1. 国内背景

从全球经济发展态势上看，随着改革开放的不断扩大深入，国内外交流愈加频繁，全面开放

【作者简介】刘坤，中国社会科学院大学马克思主义理论骨干人才计划博士研究生，天津市人民检察院知识产权检察办公室四级高级检察官。

新格局已逐渐显现。为适应更深层次、更高水平、更高质量的对外开放，也为了在国际交往中应对各种争端和纠纷，中国需要不断提高企业知识产权保护、维权意识，保障社会主义市场经济及国际营商环境向更加良性的方向发展。《刑法修正案（十一）》增加商业间谍罪的规定正是在实现经济转型升级中必不可少的立法措施。从国家总体经济环境上看，在国家坚持对外开放的基本国策下，我国需要营造稳定、透明、公平的市场竞争环境，依法保护外商在国内投资的同时，也需要引导、鼓励、强制外国投资者遵守中国法律法规，对外国投资者侵犯国内知识产权、破坏交易秩序的行为予以严厉打击。从科技创新发展阶段上看，改革开放初期，我国更多的是“模仿创新”，但随着经济发展，我国进入了“颠覆性创新”的新时代，在很多领域具有世界领先的技术和创造成果，成为各国开展商业间谍行为的角逐场所，抑制商业间谍行为对保护我国的技术创新成果具有突出的意义。

2. 国际形势

中美经贸磋商是制定“商业间谍”法律法规的重要诱因。美国发动对华贸易战的“幌子”之一就是中国以“窃取”其他国家及企业的知识产权为发展手段，这是中美经贸磋商的主要关切。2020年《中美第一阶段经贸协议》提出，中国要降低侵犯商业秘密类刑事犯罪的入罪门槛，取消将权利人确定发生的实际损失作为启动刑事调查的前提。随即，中国先后对《中华人民共和国反不正当竞争法》（下称《反不正当竞争法》）及其司法解释进行修改、制定《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（三）》。2021年《刑法修正案（十一）》出台，对刑法条文进行修改，将侵犯商业秘密的结果犯改为情节犯，并完善损失数额的计算，将合理许可费等纳入规制范围。在修改侵犯商业秘密立法的同时，《刑法修正案（十一）》增加“为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪”（商业间谍罪）作为反制美国的立法措施。制定完善商业间谍方面的法律法规，向世界展现中国知识产权保护体系的完善、创新，是对质疑的有力澄清。此外，中国在保护本国技术成果及商业秘密方面的国际形势依然严峻。从实践情况及企业知识产权保护层面看，外国机构、组织、个人以各种不正当手段获取我国的商业秘密，严重损害我国企业合法利益、危及经济安全的案例比比皆是，对此必须给予足够重视并依法予以严惩。相较之下，我国在对待国外实体侵犯中国商业秘密的行为明显从立法、司法到执法均存在不足。商业间谍罪的出台正好解决了这一问题。

（二）现实意义

1. 解决“现实之痛”

从20世纪七八十年代我国传统工艺“宣纸”“景泰蓝”等被国外窃取，到2009年轰动一时的“力拓案”，商业间谍犯罪在国内层出不穷，但我国始终缺乏有效法律措施。商业间谍行为的危害性是不可估量的：一是给企业造成巨大的经济损失，甚者会造成企业生存危机；二是破坏公平竞争的市场秩序，甚者危害国家经济安全和核心利益，妨害经济有效运行；三是在更深远的层次上，会消磨创新活力，阻碍技术进步。《刑法修正案（十一）》等出台，解决了商业间谍行为的入罪问

题，无疑是对商业间谍行为的有效打击。

2. 弥补“立法之殇”

侵犯商业秘密罪虽早就在刑法条文中予以明确规定，但是实践中侵犯商业秘密犯罪的刑事案件仅占全部知识产权案件的0.5%，相较于世界上发达国家对侵犯商业秘密行为刑法规制的重视程度，我国刑事打击措施、打击力度明显不足。2009年上海司法机关办理的“力拓案”曾经轰动一时，澳大利亚力拓公司胡某某等人在中外进出口铁矿石谈判期间，通过拉拢收买中国钢铁生产单位内部人员，刺探中国钢企的技术标准、谈判价格尤其是谈判中的底线价格及应对策略等关键商业信息并提供给国外，致使中国钢企在谈判中节节败退、损失重大。如此典型的商业间谍行为，因我国刑法缺失商业间谍罪的立法，只能以侵犯商业秘密等罪名处罚，可见我国对商业间谍行为的规制不足。反观其他国家，法国刑法早在20世纪就将商业间谍行为纳入刑法规制，向外国人或者外国居住之法国人泄露或企图泄露商业秘密的，根据案件情节，处以有期徒刑2至5年。⁽¹⁾美国主要规定经济间谍罪和侵犯商业秘密罪的《反经济间谍法》早在1996年就已制定并执行，先于中国20多年，专门用于商业秘密保护。其他国家和地区，诸如奥地利、瑞士、韩国也先于中国对商业间谍罪进行专门立法，完善了刑法规制体系；我国台湾地区也对商业间谍罪作出了专门规定。⁽²⁾此次《刑法修正案（十一）》的出台，弥补了我国在商业间谍行为刑法规制方面的空白，是保护商业秘密的一项重大举措。

3. 符合“入罪之理”

传统的罪责刑法观认为只有在应受处罚的行为对法益造成损害结果时作出反应才是适当的，这显然是一种事后应对，无法满足风险社会人民对安全价值的需要。⁽³⁾而根据风险社会理论⁽⁴⁾，责任刑法应当向安全刑法转变，一旦某种行为有高度侵害法益的危险时，对社会共同的安全和秩序造成了严重威胁，应由刑法进行调整和预防。⁽⁵⁾商业间谍行为具有极大的社会危险性，轻则损害企业生存和经济安全，重则损害国家核心利益和创新发展，因此属于风险社会理论中的危险范畴，应当纳入刑法规制。商业间谍的行为已经给中国企业乃至国家安全造成实质性危害后果，按照责任刑法理论，亦符合入罪条件。虽然没有规定商业间谍罪之前，对于商业间谍行为我国也能依法打击，如前文所述的“力拓案”，案件最终以侵犯商业秘密罪定罪处罚，但是从入罪条件、法定刑设置、展现姿态及打击效果方面看，侵犯商业秘密罪与商业间谍罪是不能同日而语的。首先，侵犯商业秘密罪所遵循的还是传统的罪责刑法观，以对法益造成损害后果作为启动刑事打击

(1) 王峰：《中国版商业间谍罪浮出水面：刑法修正案草案加强企业产权保护》，载《21世纪经济报道》2020年6月30日，第2版。

(2) 许永安：《中华人民共和国刑法修正案（十一）解读》，中国法制出版社2021年版，第221页。

(3) 郝艳兵：《风险社会下的刑法价值观念及其立法实践》，载《中国刑事法杂志》2009年第7期，第108页。

(4) 风险社会理论由德国社会学家贝克所创立，其基本观点为人类面临着威胁其生存的由社会所制造的风险。在全球化发展背景下，由于人类实践所导致的全球性风险占据主导地位，在这样的社会里，各种全球性风险对人类的生存和发展存在着严重威胁。参见[德国]乌尔里希·贝克：《风险社会：新的现代性之路》，张文杰、何博闻译，译林出版社2018年版。

(5) 张一献：《商业间谍行为之入罪刍议》，载《大庆师范学院学报》2012年第5期，第55-58页。

的条件，但是按照现代的风险社会理论，商业间谍行为具有高度的侵害法益危险，不以实质的结果作为启动刑事调查的前提，且按照风险社会理论，对于商业间谍这种高度危险行为具有当然的入罪基础。虽然“力拓案”以侵犯商业秘密罪入罪，但也应看到实践中大多数商业间谍行为因受制于罪责刑法观而未能入罪。其次，在入罪条件上，商业间谍罪是行为犯，有行为即可构成犯罪，而侵犯商业秘密罪是情节犯，以情节严重程度作为入罪的必要条件（在司法解释修改以前，侵犯商业秘密罪被认为是结果犯，以实际损失作为入罪条件，入罪难度更大），可见在入罪标准上，侵犯商业秘密罪的入罪标准更高，而商业间谍罪的入罪标准更低，这与商业间谍行为的高度危害性是契合的。实践中这一点对于司法机关极其重要，这意味着对于商业间谍行为司法机关可以不用花很多的时间和很大的力气去搜集证明实际损失的证据，这无疑节省了司法资源，降低了侦查难度。再次，在法定刑设置上，各国的立法及司法实践对商业间谍行为所规定的法定刑是远高于侵犯商业秘密行为的，我国也不例外。最后，在展现姿态及打击效果上，“力拓案”处理得很成功，但正因为缺乏商业间谍罪的设置，“力拓案”总给人以“降级”处理的姿态，展现给世界的是中国始终缺乏对商业间谍行为的专门立法，而不得不以侵犯商业秘密罪处理，且从最终的司法效果上看，受制于罪名的限制刑罚力度明显不足，远不能达到罪责刑相适应的程度。商业间谍罪立法后，这些问题迎刃而解。

（三）突出问题

商业间谍行为虽已入刑，但尚未有相应司法解释对其构成要件进行细化规定，导致法律适用仍存在现实问题。商业间谍罪的犯罪主体为一般主体，即自然人和单位，中国人（单位）、外国人（单位）均可。犯罪客体系复杂客体，商业间谍行为不仅侵犯企业知识产权，更侵犯市场经济秩序甚至国家经济安全。在犯罪主体和犯罪客体上，理论界和实务界基本上能达成一致意见。在犯罪的客观方面存在较大争议，焦点问题主要是：法律条文仅规定了窃取、刺探、收买、非法提供四种行为方式，远不能适应打击犯罪的需要，如何在法理基础上进行周延的扩大解释；法律条文中“为境外”存在狭义上为境外组织和广义上以“为外国利益”作为实质解释的两种理解，且本罪中规定“为境外”，这是否意味着本罪是目的犯；“商业秘密”在经济安全领域与国家秘密存在概念模糊、难以界分问题。犯罪主观方面争议较大的问题是主观明知是单纯对商业秘密的认知还是需要商业秘密、为境外利益的双重明知。正是由于本罪在理解与适用上存在争议，导致公检法对于证据的标准不统一，调取证据存在困难。此外，由于法律适用争议导致实践中对本罪的适用较为保守，部分仍存在“降级”处理，还是按照传统的以“侵犯商业秘密罪”定罪处罚。下面笔者将聚焦上述争议焦点，从行为方式、服务对象、行为对象（客观方面）和责任形式（主观方面）进行逐一分析。

二、行为方式的周延解释

我国商业间谍罪在行为方式方面的规定还略显不足：（1）《刑法修正案（十一）》仅规定窃取、

刺探、收买及非法提供四种行为方式，很难适应不断变化的犯罪方式。(2) 四种法定行为方式中，非法提供的前置条件存在争议，有的观点主张合理扩大解释，对无论是合法持有还是非法获取，违反法律规定、违反保密义务甚至没有合法来源的均应入罪；有观点则认为非法提供的前提是合法持有，非法获取应当以前三种方式入罪，更有甚者主张更严格的限缩解释“非法”提供的前提是非法，即违反国家法律规定。(3) 对于意图实施商业间谍行为且已着手实施犯罪预备行为，是否可以入罪仍存有争议。(4) 相关司法解释尚未出台，关于《刑法》条文中“情节严重的”情形尚未予以明确。

(一) 法定的四种行为方式

《刑法修正案（十一）》第 219 条之一仅规定了四种行为方式，即窃取、刺探、收买、非法提供。第一，窃取一般是指违背控制人或实际占有人的意愿，以非法占有为目的，通过规避他人的控制，转移、侵占、控制、取得他人的商业秘密。当然，随着网络信息技术的发展，窃取的手段也不断花样翻新，诸如规避、绕过技术防护措施获取、非法复制、未经授权或者超越授权⁽⁶⁾等使用计算机信息系统等方式都可以视为“窃取”。尤其是在《刑法修正案（十一）》未出台前，侵犯商业秘密罪尚未规定其他不正当手段，大部分采取不正当竞争的手段都被归纳到窃取手段中。关于本条的“窃取”，有两种不同观点，一种认为应为秘密窃取⁽⁷⁾，另一种认为抢劫、抢夺行为也符合窃取的基本要求。⁽⁸⁾笔者认为，这里的“窃取”应当指秘密窃取，理由有二：一是按照文义解释原则，“窃取”的通常理解即为秘密窃取，实践中商业秘密均应以采取适当保密措施，采取公然抢夺、抢劫行为的可能性不大，没有必要作扩张性解释。即便发生公然抢夺、抢劫行为，按照“举轻以明重”的原则，秘密窃取均构成犯罪，公然抢夺、抢劫亦构成犯罪。二是商业间谍罪属于侵犯商业秘密罪的加强版，在罪状表述、行为方式上应保持一致。《刑法修正案（十一）》第 219 条，侵犯商业秘密的法律条文明确表述为“盗窃”商业秘密的，这里的盗窃即指秘密窃取，商业间谍罪中的“窃取”亦应当理解为秘密窃取。第二，刺探，是指采取探听、骗取、收集以及其他不正当方式获取商业秘密的行为。第三，收买，是指利用钱财、物品等物质性利益及其他利益换取商业秘密的行为。这里的其他利益可以进一步扩张，如性贿赂的方式获取商业秘密，可以归结到收买中。简言之，笔者认为收买可以是物质性利益或财产性利益进行交换，亦可以是其他非物质性、非财产性利益。第四，非法提供。关于非法提供的理解与适用具有一定争议。一种观点认为，应为合法持有、非法提供，如非法提供是指合法获取商业秘密的人（包括合法手段持有、管理、知悉等）非法提供、使用、销售、交付、披露、转移给境外组织、机构、人员的行为。⁽⁹⁾另

(6) 《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（三）》（法释〔2020〕10号），第3条。

(7) 许永安：《中华人民共和国刑法修正案（十一）解读》，中国法制出版社 2021 年版，第 217 页。

(8) 张明楷：《刑法学》（第 5 版），法律出版社 2016 版，第 685 页。

(9) 许永安：《中华人民共和国刑法修正案（十一）解读》，中国法制出版社 2021 年版，第 217 页。

一种观点认为，非法提供是指违反法律规定，直接或间接地使境外机构、组织或个人获取商业秘密的行为。上述两种观点，笔者均不能认同。笔者认为，非法提供既包括合法持有、非法提供，亦包括非法持有而提供；既包括违法型非法提供，也包括违约型非法提供，即违反保密义务及保守商业秘密的要求，披露、使用或允许他人使用商业秘密的行为亦应当纳入非法提供的范畴。亦即，非法提供的成立不以合法持有为要件，也不以违反国家法律规定为要件，合法持有、非法获取都可以成立非法提供，违反国家法律规定、违反保密义务或保密约定、违反诚实信用原则都可以视为“非法”提供。

（二）行为方式的周延解释

首先，实施了“窃取、刺探、收买、非法提供”四种行为之一的即可能构成本罪，实施两种以上行为的，仍为一罪。其次，对该罪的行为方式应作扩张解释。该罪的行为方式与侵犯商业秘密罪在表述上有较大差异，在解释时应于语词可能含义范围内作适度扩张。该罪的行为方式与侵犯商业秘密的手段、行为应保持一致，将除了盗窃、刺探、收买、非法提供之外的以不正当手段获取商业秘密的行为以及披露、使用或允许他人使用上述手段获取商业秘密的行为均纳入刑法规制，同时将违反保密义务规定，披露、使用、允许他人使用商业秘密的行为（违约型侵犯商业秘密）也纳入本罪的行为手段中。再次，“非法提供”不限于合法持有者非法提供，对非法获取商业秘密而向境外组织、机构、人员提供的，亦可认定为“非法提供”，由此可以实现法益的周延保护。最后，在侵犯商业秘密犯罪中，越来越多的学者主张除了违法型、违约型侵犯商业秘密外，违反诚实信用原则披露、使用商业秘密的行为也应纳入刑法规制，对此笔者持肯定态度。在商业间谍罪中，对于违反诚信原则的为境外侵犯商业秘密的行为也应当纳入刑法规制范畴，这种对商业秘密侵权行为严厉打击的态度与当下的形势及法理是契合的。

（三）预备行为的实行化

美国和瑞士相关法律均将“意图实施将商业秘密提供给外国政府、机构及个人”的行为纳入刑法规制。在美国 *U.S. v. Yang* 案中，1989年美国艾利公司与亚洲四维公司签订合作意向，美国艾利公司向四维公司提供技术支持，Lee 被艾利公司委派到四维公司任职技术顾问。1997年，两公司终止技术合作，Lee 返回艾利公司工作并获取艾利公司的亚洲商业拓展秘密计划后，准备或者说意欲提供给四维公司被发现。美国联邦调查局调查，要求 Lee 配合联邦调查局以提供艾利公司保密资料诱捕四维公司董事长 Yang。Yang 因经济间谍罪被抓获。⁽¹⁰⁾ 通过庭审发现，指控 Yang 侵犯的商业秘密均是依据当初合作中已提供给四维公司的技术信息、客户信息以及市场分析报告等制作的，即 Yang 意欲获取的商业秘密根本就是为了诱捕编制而成。亦即，本案涉案的商业秘密不具有真实性，完全是为了诱捕 Yang 而编造的。即便这样，法院依然判决 Yang 经济间谍罪名成立，理由是美国《经济间谍法》规定“任何人意图或明知其行为将使外国政府、外国机构或外

(10) *United States v. Yang*, 74 F. Supp. 2d 724 (N.D. Ohio 1999).

国政府之代理人得利，故意实施……行为”⁽¹¹⁾均可构成犯罪。除美国外，瑞士刑法典亦有类似规定。⁽¹²⁾瑞士刑法典将商业间谍罪定义为“双重意图”，在犯罪的客观构成方面，盗窃商业秘密或者意图盗窃商业秘密均符合犯罪的客观方面，不要求必须实施侵犯商业秘密的行为；在主观方面，以提供给国外为目的或者意图提供给国外均可。也就是说，瑞士刑法典把意图提供给国外且实施了盗窃商业秘密的准备行为作为犯罪处理，纳入刑法的打击范畴。无论是美国还是瑞士，甚至还有大多数的西方国家及地区均把“意欲实施商业间谍行为”规定为商业间谍罪。与传统刑法以“实行行为的开始”作为可罚行为的起点不同，美国、瑞士等国家在商业间谍方面的规定打破了这种始自拿破仑刑法典的立法模式，这种模式已被多数国家采用，开创了以“预备行为”或者说是“犯意行为”作为刑法处罚的起点。按照风险社会理论，刑法不再是完全以法益侵害结果为刑事责任基础，而是当某种行为使社会安全面临极大风险时刑法应当发挥调整和预防的作用，所以更多国家采取“预备行为实行化”这种超前预防的立法模式。在商业间谍行为猖獗的今天，我国可以尝试将预备行为实行化，因为商业间谍行为不同于普通侵犯商业秘密行为，极易对国家经济安全造成重大侵害。但预备行为实行化，应当遵循一定界限：一是必须是国家经济安全受到极大威胁，有“紧迫危险”，这种危险不能是抽象的危险，而应是现实、具体的危险；二是该预备行为已为犯罪的实行创造极大条件，让行为人可以顺利达成法益侵害结果；三是行为人必须有继续实施后续犯罪的现实可能性及继续的主观意愿；四是一定程度上还要求行为人已认识到行为给国家经济安全造成巨大危险仍意欲实施该行为。

（四）情节严重的综合判定

正如前文所述，本罪应为行为犯，但是通过对国外立法的借鉴，这种行为犯不完全是“实行行为犯”，而是“实行行为+预备行为+犯意行为”，三种行为均可构成犯罪，故情节严重是加重情节，并非入罪条件。目前《刑法修正案（十一）》虽已规定本罪，但关于情节严重尚未出台相应司法解释，对此笔者有如下建议：给商业秘密权利人造成巨大损失的，这里的巨大损失数额应为30万元以上，与现行司法解释中关于侵犯商业秘密“情节严重”保持一致；因侵犯商业秘密违法所得数额巨大的，这里的数额巨大亦应当掌握在30万元左右，与造成损失的数额基本相当；直接导致商业秘密权利人因重大经营困难而破产、倒闭的；多次为境外窃取、刺探、收买、非法提供的，按照刑事司法解释的一般规律，多次应掌握在3次以上；为境外窃取、刺探、收买、非法提供多件商业秘密的；曾经因同类行为受过刑事处罚而为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的；3年内因侵犯商业秘密受过行政处罚2次以上，又实施为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密行为的；为境外窃取、刺探、收买、非法提供重大商业秘密的；对国家经济安全和利益造成特别严重损害的；其他情节严重的情形。

(11) 江燕：《美国商业间谍法简介》，载《西南政法大学学报》1999年第3期，第101-103页。

(12) 《瑞士刑法典》第273条规定：“任何人盗窃或意图盗窃商业秘密，并以提供给外国政府、外国机构、外国私有企业或者他们的代理人为目的；或者任何人意图将商业秘密提供给外国政府、外国私有企业或者他们的代理人，将被处以……监禁。”

这里重点说明一下关于损失数额的计算,笔者认为这里的损失数额不一定是实际发生的损失数额,尚未发生但必然发生或可能发生的损失也可以作为刑罚考量依据。早在《中美第一阶段经贸协议》中,中国与美国就约定侵犯商业秘密不再以实际发生损失作为入罪条件,这不仅是中美谈判的结果,也代表着国际上对商业秘密严格保护的立法趋势。关于损失数额的计算,根据《反不正当竞争法》第17条确立的原则,按照被侵权所受到的实际损失—因侵权所获得的利益—侵权行为酌定的损失依次确定。在《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》⁽¹³⁾中,又将商业秘密的商业价值和商业秘密的许可使用费纳入法院裁酌损失数额的依据。在刑事法律中⁽¹⁴⁾,立法极大地吸收了民事司法对损失数额的计算但限定条件更多,对以不正当手段获取商业秘密型犯罪可以以合理许可费作为损失数额的认定依据,对于违约型侵犯商业秘密、第三人过错侵权则适用被侵权造成的利润损失计算,对于商业秘密公开或灭失的可以参照商业秘密的价值,同时将侵权人违法所得纳入损失计算。应该说,现有司法解释较以前的立法已有较大完善,但仍囿于限定条件,实践中难以满足办案需要。笔者认为,在损失数额认定方面,其实刑事法律可以再大胆突破。将权利人损失、商业秘密的价值、合理许可费等均无限定作为损失数额认定依据,即对于合理许可费取消以不正当手段获取作为条件,在违约型侵犯商业秘密、第三人过错侵权中均可以适用;对于商业秘密的价值不以商业秘密的公开或灭失为条件,直接作为损失数额认定依据,实践中根据商业秘密的公开程度、灭失程度、继续可得利益、竞争优势价值等,按照“比例原则”合理确定损失数额。

三、服务对象的穿透认定

(一)“为境外”的理解之争

1. “境外的机构、组织、人员”的内涵外延

《刑法修正案(十一)》第219条之一将罪状表述为“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的,处五年以下有期徒刑,并处或者单处罚金……”。关于这里的“为境外的机构、组织、人员”如何认定、收集何种证据证明其境外组织性质一直是实践中的难点问题。纵观国外,多数国家均采取实质解释,将外国政府、公司、个人的代理人以及“裨益”外国政府、公司、个人的行为均纳入“为境外”的涵摄范围内,我国的立法及实务在此问题上的延伸保护逊色一筹:一是我国目前尚未有司法解释对“境外的机构、组织、人员”进行解释,实践中不乏观点进行限缩解释,以公司的营业地或注册地等形式要件作为认定依据;二是两高正在研究制定的司法解释(征求意见稿)中,虽对境外机构、组织和人员进行一定表述,意图将外国机构的代理人纳入“为境外”的规制范畴,但规定仍不明确,仍未将“使境外机构、组织及个人受益”作为

(13) 《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》(法释〔2020〕7号),第19、20条。

(14) 《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(三)》(法释〔2020〕10号),第5条。

实质审查要件规范其中；三是关于“裨益”及“受益”的范畴，实务界和理论界认识均不深刻，未能将无形利益纳入其中。

2. “为境外”是否要求本罪为目的犯

有观点认为本罪为目的犯，须以提供给境外为目的获取商业秘密的行为才能以本罪入罪。另一种观点认为本罪属行为犯。本条处罚的行为是将商业秘密直接或间接提供给境外的行为，以提供给境外为目的实施犯罪当然构成本罪，但最终将商业秘密提供给国外的行为也应当构成本罪。

（二）美国《经济间谍法》的规定及在案例中的适用

在 U.S. v. Xiaoqing Zheng and Zhaoxi Zhang 案中，两被告人系合作伙伴，被告人 Zheng 任职于 GE 公司，因其系 GE 公司工程师的缘故，其利用工作间隙及便利窃取 GE 公司的专有技术信息，并提供给 Zhang 的公司。⁽¹⁵⁾ 本案中，被告人提出的抗辩理由是 Zhang 的公司并非外国公司，不构成商业间谍罪。法院在审理中提出行为裨益对象为“外国政府、外国机构或外国代理人”，该公司由中国政府所有、实际控制及指导⁽¹⁶⁾，最终判决构成犯罪。

在 U.S. v. Lan Lee and Yuefei Ge 案中，被告人 Lee 和 Ge 并未将技术秘密提供给中国的机构、组织和个人，而是意图以持有的技术秘密向中国政府主导的项目申请发展资金。本案的焦点问题就在于这种行为是否属于“裨益外国政府的行为”。公诉机关认为，行为人向中国政府申请资金的行为亦属于“裨益中国政府的行为”。被告人提出抗辩：一是其仅是意图申请资金，但并未建立实质联系；二是其申请资金行为并未“裨益”中国政府，即便获批，受益的是本人及所在的外国公司；三是“裨益”的利益范围应为有形利益，即财产性利益，本案中中国政府为资金支付方，不可能获得财产性利益。当地法院认为，虽无证据证明被告人与中国政府或机构建立投资关系，但有证据证明二人窃取商业秘密的行为目的系申请中国资助，中国政府虽系对外提供资金，但不排除其通过此种方式获取名誉、荣誉上的利益，名誉及荣誉等非经济利益亦应属于利益回报的涵摄范围。最终法院判决二人有罪。⁽¹⁷⁾

可见，美国在认定“为境外获取利益”采取实质审查：一是对于外国政府、外国机构或外国组织、个人的代理人，均可认定为境外机构、组织、人员；二是“裨益”外国政府的概念中不仅包括有形利益，也包括荣誉回报等无形利益。

（三）服务对象的穿透认定

1. 对“境外的机构、组织、人员”的认定

纵观美国、瑞士、德国等各国在本罪上对境外组织及个人的界定均以“为外国利益”作为实质审查要件，形式上将外国公司、企业、个人及代理人均纳入境外机构、组织、人员范围。我国在认定“为境外”要素上亦应当坚持透过表象看实质，避免简单形式化否定，只要其系为了境外

(15) United States v. Xiaoqing Zheng, No.1: 19 CFR156, 2020 WL 6287481 (N.D.N.Y. 27 October 2020).

(16) 曹波、杨婷：《商业间谍刑事规制的美国经验与我国的借鉴应对》，载《财经法学》2021年第3期，第144-169页。

(17) United States v. Lan Lee, No. CR 06 0424JW, 2010WL 8696087(N.D. Cal. 21 May 2010).

利益就应尽可能作本罪认定。一是对于“境外的机构、组织、人员及其代理人”的认定，如对方虽非境外的机构、组织、人员，但系其代理人的，或者虽系中国公司，但系境外机构、组织、人员投资设立或控制的，亦应细致甄别予以认定。详言之，“境外的机构、组织”包括境外机构、组织及其在我国境内设立的分支（代表）机构和分支组织，也包括实质上为境外的机构、组织服务的境内公司。这里应作实质审查，紧扣“为境外获取实际利益”的要素。关于“境外的人员”包括该个人身处境外，也包括身处境内属于外国人或为其他境外个人服务的人。二是关于“为境外利益”的认定，这里的“利益”应借鉴 U.S. v. Lan Lee and Yuefei Ge 案中的美国判例经验，将有形利益和无形利益均纳入利益的范畴。总言之，为境外获取利益的机构、组织、人员及境外机构、组织、人员在境内的实质上的代理人均可成为本罪的服务对象，均符合本罪中“为境外”的要求。

2. 行为犯与目的犯均可认定

有的观点认为本罪应为目的犯，必须以“提供给境外”为目的，有的则主张以客观行为认定，实施了提供给境外的行为才能构成本罪。瑞士关于经济间谍罪的规定，就将意图盗窃并提供给国外及意图提供给外国均纳入刑事犯罪考量。我国可以参考瑞士的做法，坚持主客观相一致的认定原则。本罪应以侵害行为的事实为构成要件，而不需要侵害行为产生相应的法定结果。具体行为包含两方面：一是以提供给境外为目的，实施窃取、刺探、收买行为；二是非法提供给境外的行为。本罪并不要求必须是目的犯，以境外利益为目的或者实施为境外提供的行为均可入罪。

四、行为对象的界限厘定

（一）经济安全领域国家秘密与商业秘密的厘定

澳大利亚力拓有限公司驻上海代表处首席代表胡某某及中方雇员王某、葛某某、刘某某采取刺探、利诱等多种不正当手段，在中国钢企与澳大利亚钢铁公司对进出口铁矿石进行谈判的过程中，收买中国钢铁生产单位内部人员，刺探并获取大量涉密商业信息，诸如企业生产成本、生产技术参数、具体经济技术指标等关键信息，还包括中国钢企谈判对策、底线价格甚至政府相关指导价、定价策略、钢铁行业的商业信息等涉及国家经济安全的信息，并将上述信息无一例外地提供给国外的铁矿石供应商，致使中国钢企在进口铁矿石价格上多付出 7 000 亿元人民币，极大地损害了中国钢铁企业的利益，严重危害中国经济安全。上海的国家安全部门以“窃取国家秘密罪”对胡某某等 4 人予以刑事拘留，检察机关批准逮捕的罪名降格为“侵犯商业秘密罪”和“非国家工作人员受贿罪”。最终法院以非国家工作人员受贿罪、侵犯商业秘密罪，分别判处胡某某等 4 人有期徒刑 7 年到 14 年不等。

这种“降格”处理暴露出来的问题主要是：（1）当时缺乏对商业间谍行为的刑法规制，只能以侵犯商业秘密定罪处罚，但随着《刑法修正案（十一）》增加第 219 条之一后，该问题暂时得到解决；（2）在经济安全领域，存在国家秘密与商业秘密界限区分不明的问题。在“力拓案”中，胡某某等人获取的商业信息不仅包括企业的生产成本、技术参数等商业技术信息和经营信息，也

包括中国钢铁企业的经济指标、政府关于钢铁定价的经济参数、底线价格等涉及市场秩序与国家经济安全领域的商业信息，这些信息已经超出企业商业秘密的范畴，一定程度上属于国家秘密。按照国务院国有资产监督管理委员会印发的《中央企业商业秘密保护暂行规定》（国资发〔2010〕41号）第3条的规定，中央企业经营信息和技术信息中属于国家秘密范围的，必须依法按照国家秘密进行保护。在经济安全领域，普通商业信息尤其是涉及国有企业的商业信息串联起来可能会成为严重危及国家经济安全的国家秘密。“力拓案”最终经过评判，虽涉案商业信息已经严重危害中国经济安全，但考虑到该信息主体为中国钢铁企业且未经国家定密程序等因素，最终以侵犯商业秘密罪定罪处罚，应该说法院判决结果是符合法律规定的，但其中暴露出来的经济领域商业秘密与国家秘密的厘定问题值得我们重视。

《刑法修正案（十一）》第219条之一在罪状表述上与《刑法》第111条“为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪”基本保持一致，详言之，本条在犯罪主体、行为表现、主观故意等方面与《刑法》第111条是相同的，其主要差别是行为对象及侵犯的法益。《刑法修正案（十一）》第219条之一的行为对象是商业秘密，《刑法》第111条的行为对象是国家秘密与情报；第219条之一保护的法益是企业的知识产权、市场经济秩序及国家经济安全，第111条保护的法益是国家安全，当然国家安全包含国家在政治、经济、国防、外交等领域的安全和利益。在经济安全领域，商业秘密与国家秘密在外延和内涵上存在一定的模糊地带。以“力拓案”为例，在认定属于商业秘密还是国家秘密上存在争议，最初侦查机关以为境外刺探、收买国家秘密罪侦查，最终以侵犯商业秘密起诉，形式上的“降格”处理实质上是对经济领域商业秘密与国家秘密界限的厘定和证据的把握。

（二）商业秘密与国家秘密的厘定

国家秘密是关系国家安全和利益，依照法定程序确定，在一定时间内只限一定范围的人员知悉的事项。商业秘密是指不为公众所知悉，具有商业价值，并经权利人采取相应保密措施的技术信息。商业秘密和国家秘密的厘定主要通过三个方面确定：一是程序要件不同。国家秘密一般需要经过法定程序予以确定，商业秘密则不需要，只要权利人采取适当保密措施即可。在办理案件中对于已经法定程序定密为国家秘密的，一般可以直接认定，一般定密在案发前；未经法定程序定密的，可以按照“情报”处理。对于《刑法》第111条规定的“情报”需要鉴定的，由国家保密工作部门或省、自治区、直辖市保密工作部门鉴定。对于商业秘密的确定，一般是案发后，要通过非公知性鉴定确定是否属于商业秘密；一般定密即对商业秘密确定在后。二是权利归属不同。国家秘密归国家所有，由相应的主管机关负责管理，未经法律授权的机关审查批准，不能擅自对外提供或转让。商业秘密由私权主体享有，即权利企业享有，可以进行有偿转让。三是责任后果不同。《刑法》第111条因其是危害国家安全的犯罪，必须根据该罪的法益进行实质解释，尤其是国家秘密和商业秘密有交叉的经济安全领域，认定为国家秘密的一般应为直接影响国家经济安全的重大信息、数据等，一经泄露就会直接危害经济安全；认定为商业秘密的一般直接危害的还是

企业的知识产权，但间接或客观上会危害经济安全。

五、责任形式的实质解释

（一）犯罪主观方面的主要争议：双重明知与单纯明知之争

无论是侵犯商业秘密罪还是商业间谍罪主观上均要认知行为对象是商业秘密，但商业间谍罪主观上是否需要认知到系为境外提供商业秘密有争议。有的观点认为只须单纯明知即可，即认识到行为对象是商业秘密即可，是否为境外以最终客观行为认定，如果行为人实施提供给外国政府及组织、个人即可直接认定，这难免有“客观归罪”的嫌疑。有的观点则认为本罪的主观方面应当是双重明知，既要认知到行为对象是商业秘密，又要认知到是为境外提供商业秘密。如果只有单纯明知即只认识到侵犯商业秘密，则应当认定为侵犯商业秘密罪，而非本罪。

（二）对美国司法的借鉴

美国 U.S. v. Chung 案的被告人作为美国波音公司员工，在离职后入职外国公司并将波音公司的专属机密信息提供给外国政府，在法院审理中，被告人提出以下抗辩：（1）其所提供的信息是利用自身的专业知识及正当使用个人在任职期间习得的专业知识；（2）其系在公司任职期间获得商业信息，获取该商业信息时并未以提供给外国政府和个人为目的；（3）被告人以美国《经济间谍法》对商业秘密的定义界定模糊为由主张合宪性抗辩。^{〔18〕}

本案实质的争议焦点是对明知的否定，被告人以涉案商业信息系其习得的专业知识为抗辩否认其对涉案信息属于商业秘密具有主观明知，同时以合法持有商业信息为抗辩否认其以提供给境外为目的，这就涉及被告人的行为属于商业间谍行为还是普通侵犯商业秘密的行为。

最终，法院审理指出：第一，被告人明知涉案信息系商业秘密：波音公司针对该项目信息采取了合理保密措施，能够接触到信息非项目内部人员莫属，被告人 Chung 恰巧符合这一特殊身份；第二，外国政府为获取这一信息付出大量“努力”，这一点印证了该信息是极度具有价值的商业秘密；第三，被告人曾在波音公司的要求下签署数份保密协议，其提供行为已违反协议。因此，法院认定经济间谍罪罪名成立。^{〔19〕} 该判决对我们的启示是：（1）商业间谍行为不完全是以提供给境外为目的，实施提供给境外的行为亦可入罪。（2）商业间谍行为既要求行为人认知到其行为对象为商业秘密，又要求其认知到系为境外利益实施侵权行为。同时本案中适用了“推定明知”。

（三）我国商业间谍罪与侵犯商业秘密罪之比较

在我国，商业间谍罪可以说是侵犯商业秘密罪的境外版和加强版。从保护的对象上看，二者均是保护“商业秘密”。在犯罪主体上，自然人和单位均可构成二者的主体。在行为方式上，虽然二者在法条表述上有所不同，侵犯商业秘密罪表述得更为详细，规定的行为方式更为严密，但二

〔18〕 United States v. Chung, 622 F. Supp. 2d 971 (C.D. Cal. 2009), order amended and superseded, No. SACR0800024CJC, 2009WL 1068-757 (C.D. 21 April 2009).

〔19〕 曹波、杨婷：《商业间谍刑事规制的美国经验与我国的借鉴应对》，载《财经法学》2021年第3期，第144-160页。

者在犯罪行为方面应该具有一致的外延。

商业间谍罪和侵犯商业秘密罪的实质区别主要在于“为境外”，只要以提供给境外为目的实施侵犯商业秘密的行为或实施了将商业秘密提供给境外的行为，即构成商业间谍罪。具体说来，在犯罪客体上即犯罪侵害的法益上，侵犯商业秘密罪的犯罪客体主要是商业秘密权利人对商业秘密的所有权和社会市场经济秩序，但商业间谍罪侵犯的客体不仅包括上述方面，还危及国家经济安全。在既遂标志上，侵犯商业秘密罪是情节犯，需要达到情节严重才能入罪，而商业间谍罪为行为犯，只要实施行为即可构成犯罪。在入罪标准上，商业间谍罪不需要情节严重的入罪标准，实施了窃取、刺探、收买、非法提供的行为即可入罪，情节严重属于法定刑升格条件。在刑罚设置上，商业间谍罪的刑罚明显高于侵犯商业秘密罪，第一档法定刑商业秘密罪为3年以下，商业间谍罪为5年以下；在法定最高刑上，商业间谍罪最高刑为15年，侵犯商业秘密罪最高刑仅为10年。

（四）实质解释的认定思路

1. 责任形式为故意

从本罪的责任形式上要求主观上系故意，包括直接故意和间接故意，过失不构成本罪，即明知是商业秘密，明知包括应当知道。“应当知道”而实际上并不知道，意味着将过失行为认定为故意犯罪，这与本罪的立法本意不符，所以这里的“应当知道”主要是根据事实证据推定行为人知道，即“推定明知”。正如美国 *U.S. v. Chung* 案中，法院通过外国政府获取涉案信息的“艰辛”推定被告人主观上明知该信息属于商业秘密。我们在实践中可以结合行为的交易方式是否异常、行为人既往从事该行业的经历经验、是否明显异于市场价格、是否采取隐蔽措施等方面，推定行为人主观上是否明知。但推定明知应当遵循一定的法理规则，必须是：（1）有事实证据证明的前提下可以推定；（2）对于单一事实、单一证据推定要慎重；（3）推定明知要接受反驳，司法机关要注重收集反向证据，尤其是行为人提供线索证明确不明知，查证责任应由司法机关承担。

2. 双重明知的认定

本罪要遵循双重明知的认定。正如前文所述，“为境外”要素是区分侵犯商业秘密罪与商业间谍罪的关键因素，“为境外”不是单纯的量刑规则，而是犯罪结果的加重构成要件，按照刑法理论，量刑规则不需要主观明知，对于结果加重构成要件须行为人主观上具有明知。故本罪应为双重明知，既要明知是商业秘密，又要明知是为境外提供、使用。

3. “为境外的机构、组织、人员”的要素认定

相对于窃取、刺探、收买行为而言，“为境外的机构、组织、人员”属于责任要素，即只要行为是为了提供给境外机构、组织、个人而窃取、刺探、收买商业秘密的，即构成本罪，窃取、刺探、收买行为完成即为本罪的既遂，不要求必须实质提供给境外。相对于非法提供行为而言，“为境外的机构、组织、人员”属于构成要件要素，即只要行为人将商业秘密提供给境外机构、组织、

个人即构成本罪，实行行为的完成以提供行为的完成为犯罪既遂的标志。

4. 认识错误的处理

这里说的认识错误主要是针对“为境外”的认识错误，具体分为几种情形：第一，行为人不知道是提供给境外却实施将商业秘密提供给境外的行为。这种情形严格意义上不属于认识错误，而属于主观不明知，正如前文所述，本罪要求双重明知，必须是明知提供给境外而实施犯罪，故此种情形不符合本罪的主观要件，但可以以侵犯商业秘密罪定罪处罚。第二，行为人为了提供给境外而实施窃取、刺探、收买商业秘密的行为，但实际上并未提供给境外组织及个人。这种属于对象错误，无论是按照具体符合说还是法定符合说，结论都是相同的，应当以本罪定处。正如前文所述，在此种行为模式下，“为境外”仅为责任要素，只要行为人主观上意图将商业秘密提供给境外即可构成本罪，且为既遂，不需要实际上已提供给境外。第三，行为人误认为非法提供给境外但实际上并未提供给境外。这种可以认为属于打击错误，因为商业间谍罪和侵犯商业秘密罪总体上并未完全超出同一犯罪构成，只是在非法提供行为模式下，“为境外”属于构成要件要素，这种情形应理解为行为人主观上意欲将商业秘密提供给境外组织，但该组织非境外组织，属于客观不能实现，可以认定为境外非法提供商业秘密罪的未遂，同时该行为已构成侵犯商业秘密罪，二者择一重罪处理。

六、结语

为境外窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密罪的增加体现了我国不断加大对商业间谍行为的惩治力度，也是保护我国自主知识产权的重要手段和重要方式。本罪在犯罪主体上是一般主体；犯罪客体上既侵犯企业知识产权，更侵犯市场经济秩序甚至是国家经济安全；在犯罪的客观方面，其行为方式不仅包括罪状描述的“窃取、刺探、收买、非法提供”的犯罪手段，其他以不正当方式侵犯商业秘密或者违反保密义务披露、使用商业秘密的行为，均可构成本罪的行为方式，且本罪与侵犯商业秘密罪的本质区别在于本罪系为境外机构、组织及人员的利益侵犯商业秘密的行为；最后在主观方面，本罪责任形式是故意且为行为犯，情节严重属于法定刑升格条件，而不是追诉标准。目前，该罪名的法律适用还在摸索阶段，需要在实践中不断发展及完善，以适应我国打击犯罪的需要，促进我国经济社会健康发展。

Research on Some Problems of Criminal Law Regulation of Commercial Espionage

LIU Kun

Abstract: The *Criminal Law Amendment (XI)* added the crime of “stealing, spying, buying and illegally providing trade secrets for overseas”. Although this amendment has solved the “real pain” and “legislative pain” of the criminal law regulation of commercial espionage, and is in line with the “principle of incrimination”, but there are still various realistic problems, such as disputes between intent crime and behavior crime, double knowing identification, and the nature of overseas organizations about the identification of behavior mode and the confusion of behavior object boundaries. On the basis of the provisions of the *Amendment to the Criminal Law (XI)*, drawing on the legislative and judicial experience of the *Anti Economic Espionage Act* of the United States and relevant precedents, this paper makes an in-depth analysis of the behavior mode, service object, behavior object and liability form of commercial espionage, and discusses the boundaries between this crime and the crime of infringing on commercial secrets, and the crime of stealing, spying, buying, illegally providing state secrets and information for foreign countries, in order to solve the practical problems in judicial identification.

Keywords: Commercial Espionage; Dual Knowledge; Criminal Law Regulation; Judicial Determination

(责任编辑: 王乐兵 汪友年)