

侵犯商业秘密刑事案件之控辩攻守道

商业秘密是企业的核心资产。商业秘密法律纠纷常与企业的经营活动相互交织：伴随企业间人才流动和商业、技术合作而来的，常有商业秘密法律纠纷的身影。与民事诉讼等救济途径相比，刑事程序因可采用强有力的强制措施和侦查手段，并可剥夺侵权人的人身自由，成为越来越多的商业秘密权利人优先考虑的选择。在实务中，相当部分的商品秘密民事纠纷事实上亦存在追究侵权人刑事责任的可能性。

然而，在各类侵犯知识产权刑事案件中，侵犯商业秘密罪的案件数量仍只占极低的比例。根据国家知识产权局发布的《二〇二〇年中国知识产权保护状况》白皮书，2020年全国检察机关共起诉侵犯商业秘密罪30件50人，仅占起诉侵犯知识产权案件总数的0.5%；全国地方人民法院审结的侵犯商业秘密罪一审案件为45件，仅占全部审结侵犯知识产权案件总数的0.8%。侵犯商业秘密案举证难的问题是成案率不高重要的原因。一些案件即使启动了刑事程序，由于无法满足相关证据要求，最终亦无法定罪处罚。而另一方面，由于商业秘密涉及法律问题的复杂性，其潜藏的法律风险较为隐秘，若企业在经营过程中缺乏相应的合规意识，也容易引发刑事责任。

国家对于商业秘密的保护力度在持续加强。2020年9月最高人民法院和最高人民检察院颁布

了《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）》（下称“《解释（三）》”）。《解释（三）》大幅降低了侵犯商业秘密罪的追诉门槛，并对侵犯商业秘密损失数额的认定作出了细化的规定，为司法实践提供了明确指引。2020年11月，习近平总书记在中央政治局集体学习时强调，“要提高知识产权保护工作法治化水平。……要完善刑事法律和司法解释，加大刑事打击力度。”2021年3月施行的《刑法修正案（十一）》（下称“《修正案（十一）》”）对侵犯商业秘密罪亦进行了修订，提高了刑罚上限并完善了犯罪行为的类型。2021年4月，最高人民法院发布《人民法院知识产权司法保护规划（2021-2025年）》，提出要“强化商业秘密司法保护，……有效遏制侵害商业秘密行为”，要“依法惩治侵犯知识产权犯罪，充分发挥刑罚威慑、预防和矫正功能”。以上均为企业的商业秘密的刑事保护提供了新思路，也对企业的刑事风险防范提出了新的要求。

本文作者曾代理权利人和被控侵权人办理过多起涉商业秘密犯罪的刑事案件。本文将结合相关办案体会及有关案例，选取该类案件中较为特有的若干控辩要点进行分析，阐述侵犯商业秘密罪的控辩“攻守道”，以为经营者依法维权及合规经营提供参考。

一、 商业秘密的“三性”

权利人主张的技术信息或经营信息应符合“三性”的要求，即“秘密性”（不为公众所知悉，亦称“非公知性”）、“价值性”（具有商业价值）及“保密性”（经权利人采取相应保密措施）。实践中，可结合相关民事司法解释，如《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》及《关于审理不正当竞争民事案件适用法律若干问题的解释》的规定理解。其中，以下问题值得注意：

1、 商业秘密的“秘密性”不同于专利的新颖性或创造性，新颖性和创造性的标准高于“秘密性”。不具有新颖性或创造性的信息，并不必然不具有“秘密性”。例如，即使权利人的技术方案因缺乏新颖性或创造性而导致相关专利申请被驳回，该技术方案在专利申请公开前仍然可能因属于商业秘密而受到法律保护，即在公开前不当获取、使用该技术方案的行为仍可能构成侵犯商业秘密罪。

2、 由于权利人主张为商业秘密的技术信息一般具有较强的专业性，司法实践中，办案机关在判断相关技术信息或经营信息是否符合“秘密性”要求时，通常需参考鉴定机构出具的鉴定意见。为提高报案的成功率，权利人应结合自身诉求和技术信息或经营信息的特点，梳理需要主张的“秘密点”并寻求专业鉴定机构的协助，夯实商业秘密权利基础。而辩方则可结合调查的客观情况，根据相关领域的专业知识，就相关信息是否为公众所知悉展开抗辩。如权利人主张的“秘密点”通过观察上市产品即可直接获得，或在案发前已被公开出版物披露过，可及时提出抗辩并对相关“非公知信息”鉴定提出异议，力求达到釜底抽薪的辩护效果。

3、 根据笔者的观察，实践中就“保密性”的认定对权利人而言尚属“友好”，一般仅要求权利人采取合理的保密措施。如侵权人已根据权利人要求签署约定保密义务的合同的（如保密协议、含有保

密条款的劳动合同和竞业限制合同等），办案机关一般倾向于认定相关信息符合“保密性”要求。

二、 合法来源抗辩

涉案信息由行为人合法取得是侵犯商业秘密罪常见的抗辩理由。具体而言，包括行为人通过许可、受让、承继等方式直接或间接从权利人处获得商业秘密，或行为人通过自行研发、反向工程获得商业秘密等。

最高人民检察院在发布的指导性案例“金义盈侵犯商业秘密案”中指出：“在被告人不作有罪供述时……特别是要着重审查被告人是否存在合法取得商业秘密的情形，应注意围绕辩方提出的商业秘密系经许可、承继、自行研发、受让、反向工程等合法方式获得的辩解，引导公安机关收集……等证据。通过证据之间的相互印证，排除被告人获取、使用商业秘密来源合法的可能性的，可以证实其实实施侵犯商业秘密的犯罪行为。”

辩方在提出行为人合法取得涉案信息的抗辩时，应尽可能提供客观、充分的证据予以支撑，否则相关辩解可能不被办案机关所采纳。如在重庆某制药公司侵犯商业秘密一案中，行为人辩解称其使用的信息系由其自行研发，并提供相关“研发记录”予以证明。经审查，办案机关认为该“研发记录”体现的研发过程环环相扣，未出现研发失败再摸索的试错纠错过程，不符合一般科学研发规律。最终，办案机关没有采纳该辩解，并认定行为人实施了侵犯商业秘密行为。

实务中，若辩方主张涉案技术信息系由其自行研发，可考虑提供能够证明其具有相应研发能力并通过研发活动获得相关技术信息的证据，例如研发人员介绍，研发人员在有关领域的研发成果及获奖记录，相关研发立项文件、阶段性成果、会议记录，研发活动过程中所获得和形成的原始实验数据和

实验记录，以及能够证明为研发活动而支付的研发人员工资、设备及实验耗材费用等研发投入的相关支付凭证和会计账簿等。

三、 犯罪数额的认定

司法实践中，犯罪数额的认定长期以来一直是办理侵犯商业秘密刑事案件的“痛点”。《解释（三）》对侵犯商业秘密行为造成的损失数额或者违法所得数额的认定方式进行了较为详细的规定，但条款均系对修订前《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”及“造成特别严重后果”的解释。对于《修正案（十一）》施行后，第二百一十九条规定的“情节严重”及“情节特别严重”如何认定，在无新的司法解释出台以前，我们认为仍应沿用《解释（三）》的有关规定。根据《解释（三）》第四条，给商业秘密的权利人造成损失数额或者因侵犯商业秘密违法所得数额在三十万元以上的，可追究刑事责任。现就实务中涉及的几种计算方法分析如下：

（一） 销售利润

1、 权利人因被侵权造成销售量减少的总数乘以权利人每件产品的合理利润

在市场竞争中，权利人产品的销售量变化是众多因素共同作用的结果，故司法实践中往往难以确定权利人产品销售量的减少系由侵权行为所直接造成。因此，即使在权利人能够证明其产品涉案期间销售量减少的具体数量的情况下，由于因果关系不具有唯一性，通常难以据此认定权利人损失。

2、 侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润

在权利人销售量减少的总数无法确定的情况下，可以根据侵权产品销售量乘以权利人每件产品的合理利润确定。在贵州彭某侵犯商业秘密一案中，法院以侵权人销售的产品数量乘以商业秘密权利

人沃某公司在侵权行为期间相关型号产品的单支合理毛利润，认定沃某公司的损失为 375 万余元。

3、 侵权产品销售量乘以每件侵权产品的合理利润

权利人因被侵权造成销售量减少的总数和每件产品的合理利润均无法确定的，可以根据侵权产品的销售量乘以每件侵权产品的合理利润确定。如在广东房某侵犯商业秘密一案中，法院按照侵权产品的数量乘以单位侵权产品的毛利润计算权利人欧某特公司的损失。

4、 销售额减去成本

实务中，有办案机关以此种方式认定侵权人的非法获利金额。如在北京拓某公司、苏某侵犯商业秘密一案中，办案机关根据被告单位提供的账目，用总销售额减去总成本，认定被告单位非法获利 290 余万元。又如江苏颜某等人侵犯商业秘密一案：金某软件公司员工的颜某等人成立协某软件公司，并利用金某软件公司的经营性信息和客户档案等商业秘密，以协某软件公司的名义向金某软件公司的客户销售金某软件公司的软件，并提供相关服务。法院按照协某软件公司销售软件的合同价款减去软件进货成本再加上金某软件公司应收的软件服务费认定金某软件公司实际损失数额为 77 万余元。

（二） 商业秘密的商业价值

实务中，在一些案件里侵权人尚未将相关商业秘密用以生产制造或经营，无法以销售利润损失或违法所得确定犯罪数额。常见的情形如侵权人违反保密义务或将以不当手段获得的商业秘密用于专利申请或通过互联网向不特定对象披露。针对该类情形，可考虑以该项商业秘密的商业价值确定损失数额。《解释（三）》第五条第一款第（五）项规定，因侵犯商业秘密行为导致商业秘密已为公众所知悉或者灭失的，损失数额可以根据该项商业秘密的

商业价值确定。商业秘密的商业价值，可以根据该项商业秘密的研究开发成本、实施该项商业秘密的收益综合确定。

如广东李某侵犯商业秘密一案：被告人李某违反公司保密规定携带手机进入保密车间拍摄了5张尚未发布上市的某品牌手机背壳的照片并发送到QQ群，继而转发到某社交媒体平台，并引起其他人员再度转发。法院认定，李某的行为致使权利人欧某公司研究、开发的技术信息丧失秘密性、失去了其作为商业秘密的价值。案涉商业秘密采用成本法评估得出其所包含的技术信息的评估价值为330万元。法院最终以该330万元确定权利人损失。

（三）商业秘密的许可使用费

根据《解释（三）》第五条第一款第（一）项及第（二）项，特定情形下损失数额可以根据商业秘密的合理许可使用费确定。如浙江邢某、李某侵犯商业秘密一案：邢某以不正当手段获取权利人的技术秘密后，伙同李某等人使用权利人的技术信息制造有关产品。经鉴定，该技术许可使用费在被告人实施侵权行为期间的价值为64万余元，法院以此认定被告人造成权利人重大损失。

（四）权利人采取补救措施的费用及维权费用

1、 补救费用

《解释（三）》第五条第三款规定，商业秘密的权利人为减轻对商业运营、商业计划的损失或者重新恢复计算机信息系统安全、其他系统安全而支出的补救费用，应当计入给商业秘密的权利人造成的损失。

在《解释（三）》发布前，司法实践中已有相关案例。如贵州蔡某甲、蔡某乙侵犯商业秘密一案：权利人发现其生产的某品牌酒中的防伪溯源数据被非法复制、使用，导致市场上出现了能够通过防

伪溯源系统验证的假酒。权利人遂进行多次技术升级，向第三方采购防伪密管系统、将原有防伪标签升级为安全芯片防伪标签，并导致前期采购的原有防伪标签被废弃。法院将权利人采购新系统的费用及原有防伪标签废弃造成的损失共计105万余元认定为权利人的直接经济损失。

2、 律师费与鉴定费

司法实践中，商业秘密权利人为制止侵权，通常需要委托律师维权以及聘请鉴定机构对相关事项进行鉴定（如就涉密信息进行“非公知性”鉴定和“同一性”鉴定等）。对于因此而发生的有关费用能否计入权利人的损失，法律及司法解释均未予以明确，司法实践中亦存在不同的观点。

如在福建李某等人侵犯商业秘密一案中，法院认为律师费与鉴定费系权利人自行委托产生的费用，非侵权行为必然导致的直接损失，该部分费用不能计入损失。而在广东潘某侵犯商业秘密一案中，公诉机关指控的损失包含鉴定费及律师费8万元。后法院部分采纳了公诉机关指控的犯罪数额，认定损失包含鉴定费及与该案直接关联的律师费2万元。

（五）商业秘密“贡献率”相关问题

在计算犯罪数额时，是否应当考虑被侵犯的商业秘密对于权利人的全部损失或侵权人的全部获益的“贡献率”？该问题直接影响犯罪数额的认定，关系定罪与量刑。

《解释（三）》征求意见稿曾有如下规定：“被侵犯的技术信息系权利人技术方案的一部分或者侵犯商业秘密的产品系另一产品的零部件的，应当根据被侵犯的技术信息在整个技术方案中的所占比例、作用或者该侵犯商业秘密的产品本身价值及其在实现整个成品利润中的所占比例、作用等因素确定损失数额或者违法所得。商业秘密系经营信息的，应当根据该项经营信息在经营活动所获利润中

的作用等因素确定损失数额或者违法所得。”虽然正式发布的《解释（三）》并无该条款，但 2020 年第 21 期《人民检察》刊登的《“两高”〈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）〉解读》一文仍阐述了类似观点，认为应当

审查商业秘密对产品价值的贡献率。我们认为，该观点体现了罪责刑相适应的原则，具有合理性，实务中可参考适用。

王洁崇 合伙人 电话：86 20 2805 9033 邮箱地址：wangjd@junhe.com

蒋婧婷 律师 电话：86 20 2805 9020 邮箱地址：jiangjt@junhe.com

本文仅为分享信息之目的提供。本文的任何内容均不构成君合律师事务所的任何法律意见或建议。如您想获得更多讯息，敬请关注君合官方网站“www.junhe.com”或君合微信公众号“君合法律评论”/微信号“JUNHE_LegalUpdates”。

