

关于侵犯商业秘密罪的两个问题

朱 华 池

(武汉大学法学院,湖北 武汉 430072)

作者简介 朱华池(1960-),男,安徽砀山县人,武汉大学法学院法学系博士生,从事刑法学研究。

内容提要 商业秘密由于其在市场经济中的特殊地位,经常受到侵害。我国现行刑法第219条规定了侵犯商业秘密罪,对于那些在激烈的市场竞争中采取不正当手段获取、泄露他人的商业秘密等不正当竞争行为具有一定程度的刑法遏制机能。

关键词 商业秘密 构成特征 侵犯商业秘密罪

中图分类号 DF 623 **文献标识码** A **文章编号** 1000-5374(1999)05-0102-04

我国现行刑法第219条增设了侵犯商业秘密罪的规定。这一规定对于那些在激烈的市场竞争中采取不正当手段获取、泄露他人的商业秘密等不正当竞争行为具有一定程度的遏制机能。然而,要充分发挥刑法的这一机能,还须正确分析刑法条文规定及立法精神、正确运用刑法的规定打击有关犯罪,正确引导市场行为,规范市场竞争秩序,完善和培育我国的社会主义市场经济。因此,新刑法规定侵犯商业秘密罪为破坏社会主义市场经济秩序罪中一种,正是出于发展和完善社会主义市场经济这一立法精神来规定的。

要正确理解刑法规定的侵犯商业秘密罪,须正确理解以下两个方面的问题。

一、商业秘密的刑法意义

(一)商业秘密的定义

商业秘密,作为侵犯商业秘密罪的犯罪对象,正确界定其范围,是认定本罪的关键之一。商业秘密,在国外亦称营业秘密。按照我国刑法的规定,它是指:“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、经营信息。”刑法的这一定义与我国《反不正当竞争法》第10条规定完全一样。按照刑法规定的商业秘密的

定义,它具有以下特征:

1. 秘密性。商业秘密的秘密性可以从如下两方面来理解:1)商业秘密不为公众所知悉,即知悉或接触该商业秘密的人员必须限于一定范围,一般为商业秘密权利人的雇员等。如果公众已知悉,则“商业秘密”已不具有秘密性,不是商业秘密,并且能知悉和接触商业秘密的人员知道其负有保守秘密的义务,使其不得以不正当方式使用或泄露给他人。2)权利人必须从客观上采取保密措施,如果权利人仅是主观上声明某信息是商业秘密,但客观上并未采取相应的保密措施,或该信息已为公知,则该信息亦不是商业秘密。

2. 财产性。即商业秘密必须是能为权利人带来经济上的利益的信息。“财产性”亦称“有用性”、“有价值性”或“实用性”。财产性的表现为:一是商业秘密作为技术信息、经营信息,是能够在生产、经营中应用的,而诸如科学发现、纯理论成果因其不能在生产、经营过程中使用,不能成为商业秘密。二是商业秘密的使用能为权利人和社会带来经济价值或经济利益,如果不能带来经济利益,权利人无须花费人力、物力去研制、开发,也无需采取保密措施。因此,不能给权利人带来经济利益,又不具有社会价值的信息不是商业秘密。例如,商业企业负责人的性丑

闻、偷漏税之类的不能为社会带来经济利益的信息不是商业秘密。

商业秘密的财产性不是依据权利人的主观判断，而是从实际情况进行客观判断，这种财产性既可以是现实的，也可以是潜在性的或将来的，只要客观上能为权利人和社会带来经济价值，就具有商业秘密的财产性或价值性。

3. 专有性。商业秘密的专有性是指权利人事实上对商业秘密具有独占性。但是，这种独占性是相对的，不是绝对的，因为它不能排除或对抗第三者独立研究、开发出来的相同的商业秘密的持有与使用。除此以外的任何人，未经权利人许可，不得使用、泄露该商业秘密。即使取得权利人同意使用某一商业秘密，使用人仍负有义务不得泄露该商业秘密。因此，权利人以外的人虽经权利人同意知悉或使用商业秘密，但该商业秘密亦在权利人的监督下，该商业秘密仍未失却其专有性，其他人仍无法知悉该商业秘密。

商业秘密是具有上述三特征的技术信息与经营信息。技术信息亦称 know-how，是指未取得专利权的，在工业上能解决某一方面问题或能生产某种产品的专门知识技能，在日本则称之为“于工业目的有利之秘密技术知识及经验或此积累。”^① 而经营信息则是企业经营，管理方面的信息，包括客户名单、客户电话、客户地址、市场行情的调查报告等等。商业秘密常以程式 (pattern)、公式 (formula)、程序 (program)、设计 (device)、方法 (method)、技术 (technique)、图表 (graph) 等载体表现。商业秘密的价值表现就在其内容上。

(二) 商业秘密与国家秘密的界限

刑法除规定侵犯商业秘密罪之外，还规定了非法获取国家秘密罪、非法泄露国家秘密罪、间谍罪等，后者将国家秘密作为其犯罪对象。国家秘密在刑法的保护方式上、层次上有别于商业秘密的保护，显示了刑法对国家秘密的保护手段强度大于对商业秘密的保护。因此，正确地区分国家秘密与商业秘密两者的界限，对于正确区分此罪与彼罪，正确适用刑法具有重要的意义。

依照《保守国家秘密法》的规定，国家秘密是指关系国家的安全和利益，依照法定的程序确定，在一定时期内限于一定范围的人员知悉的事项。它具体包括：①国家事务的重大决策中的秘密事项；②国防建设和武装力量活动中的秘密事项；③外交和外事活动中的秘密事项，以及对外承担保密义务的事项；④国民经济和社会发展中的秘密事项；⑤科学技术

中的秘密事项；⑥维护国家安全活动和追查刑事犯罪中的秘密事项；⑦其他经国家保密工作部门确定应当保守的国家秘密事项。国家秘密分为绝密、机密与秘密三种，有权确定密级的国家机关为国家保密工作部门。根据上述规定，国家秘密与商业秘密的区别如下：

1. 权利主体不同。商业秘密的权利主体一般是从事商业秘密开发、研制的单位和自然人以及从开发者、研制人处转让取得权利的单位或自然人。而国家秘密的主体为国家，具体使用国家秘密的是有关国家机关或国有企业事业单位。

2. 秘密的价值内容不同。商业秘密的内容主要是能为权利人带来经济利益的工商信息，包括技术信息、经营信息，而国家秘密的内容涉及国家的政治、军事、外交、国防、司法、行政管理等有关国家的安全和国际关系的秘密事项。即使作为国家秘密的技术信息，也仅限于涉及国防、外交、军事等国家安全的秘密事项，不涉及国家安全等的技术信息仍是商业秘密的技术信息。

3. 确定秘密的程序不同。确定商业秘密的是权利人。而确定国家秘密的是有关国家机关，只有经有关国家机关确认后的国家秘密才不是商业秘密。

当然，由于我国还有相当一些企事业单位从事国防产品的生产、研制，对于这些技术秘密，如果事关国家安全，应确定为国家秘密，按国家秘密对待。

(三) 商业秘密权利人的确定

在司法实践中，确立商业秘密的权利人，对于区分罪与非罪具有重要的意义。由于商业秘密的权利人是商业秘密的所有人，他们不是本罪的犯罪主体。按照刑法的规定，商业秘密的权利人是指商业秘密的所有人和经商业秘密所有人许可的商业秘密的使用人。

1. 商业秘密的所有人，是指原始取得商业秘密的人。一般说来，原始取得商业秘密的人包括：(1)从事商业秘密研究、研制、开发的技术人员，可以是一人，也可以是数人，如果是数人的，则是共有技术，即该商业秘密的权利人之间的关系为共有关系。(2)提供开发、研究、研制经费的单位与个人合作开发的商业秘密的权利人的确立，依照开发合同确定，合同未约定的，则单位和个人对该商业秘密为共有权利人。

2. 商业秘密的继受取得的人。商业秘密的继受取得的人是指经商业秘密的所有人同意许可使用商业秘密的单位和人。其许可使用的依据及范畴以

及许可人与被许可人的权利义务关系,一概依照许可合约来确定,取得商业秘密所有人的许可使用商业秘密的人,只能在许可合约约定的条款下使用商业秘密,不得泄露或者许可他人使用商业秘密。

二、侵犯商业秘密罪的客观行为

根据刑法第219条的规定,侵犯商业秘密罪的客观行为是:

“(一)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的;

(二)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的;

(三)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。

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,以侵犯商业秘密论。”

根据上述规定,侵犯商业秘密罪的行为可以概括为以下几类:

1. 非法获取商业秘密的行为。这些行为是指行为人以非法占有为目的,采取盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密的行为。这种情况相当于美国刑法中的商业间谍行为。大多数国家刑法都将这种情况规定为犯罪。可见,这种犯罪行为的危害性是人所共知的。由于商业秘密属无形财产,违反权利人的意志取得这种秘密的内容本身显示了行为人具有较严重的社会危害性和违法性。商业秘密一旦被他人非法获取,其扩散是很快的,故需从根本上予以禁止。

所谓“盗窃”,是指行为人以秘密的方式非法占有他人的商业秘密的行为。行为人即使当着权利人的面拿走商业秘密的载体,但权利人不知道该载体载有权利人的商业秘密,只要行为人未征得权利人同意拿走其商业秘密,这种“公开”行为仍不失为“秘密窃取”的性质,这是因为商业秘密的载体不具有确定性,只要能记载或装载商业秘密内容的有体物,都可以成为窃取商业秘密的犯罪对象。

所谓“利诱”,就是行为人以物质、利益、名誉等方式诱引权利人的工作人员向其提供权利人的商业秘密的行为。如果行为人将物质、利益等提供给权利人本人,或经权利人许可提供给其工作人员,这种行为的性质实际上是权利人或其工作人员以提供商业秘密作为其与行为人提供的物质、利益相交换,这种行为只要没有诈欺意思,不属“利诱”,而是等价交易

行为。

所谓“胁迫”,即以暴力相威胁或以毁损他人的名誉、企业的商誉相威胁,迫使权利人交出商业秘密的行为。所谓其他的不正当手段,包括诈欺行为,即以虚构事实的方法使权利人错误地向行为人提供商业秘密的方法;还包括以“合作开发”名义、开“商贸洽谈会”的名义等,非法获取权利人的商业秘密的行为。这种非法获取权利人商业秘密的行为,关键在于违背了权利人的意志,是以不正当的手段获取他人商业秘密的不正当竞争行为。

行为人构成本罪,不仅仅在于非法获取商业秘密本身,而在于知悉其中的秘密内容,造成商业秘密处于随时被泄露的危险状态,使权利人无法控制其商业秘密,故构成该罪的客观要件不但包括非法获取商业秘密体现的形式(即作为有体物的载体),还包括获取商业秘密的内容。所以,如果行为人窃取其载体,复制其内容后予以返还,仍构成本罪。

在现代高科技发展的时代里,利用高科技手段盗取他人商业秘密和产业间谍的出现,已成为引人注目的倾向,如用高科技手段打入计算机网络、安装电子窃听器、红外线摄影、激光扫描等,不管手段如何翻新,只要是未经权利人许可的使用,采取任何方法非法获取他人商业秘密的,均属构成本罪的行为。

2. 非法处置以不正当手段获取的商业秘密的行为。这是行为人为竞争或个人目的,将以不正当手段获得的商业秘密,披露、使用或允许他人使用的行为。这里的“披露”是向外界公开,即通过信息媒体向特定部分人(一般为权利人竞争对手)传播、公开,这种公开客观上彻底破坏了商业秘密的新颖性,使其进入公知领域,达到行为人预期的损害权利人的经济利益,使其失去竞争优势。所谓“使用”,即占有人自己使用权利人的商业秘密从中牟利,而客观上打击或排斥了竞争对手,有利于行为人在市场中取得有利的竞争优势地位。所谓“允许他人使用”,主要表现为行为人以权利人的身份将非法获得的商业秘密予以转让、传播给第三人,从中牟取非法利益。

实施这种行为的行为人一般是本款第一项所指的非法获取商业秘密的行为人或共犯人。他们实施了将其以不正当手段获取的权利人的商业秘密,披露、使用或允许他人使用的行为。由于刑法已将这些人的前一行为在本条第一款一项规定为侵犯商业秘密罪的一种情况,本项又将后一处置行为作为侵犯商业秘密罪的一种情况予以规定。实际上,立法者将行为人的“前一行为”与“后一行为”作为并列的构成

要件予以规定,行为人实施任一行为即构成本罪行为,即使两种行为都予以实施,仍只构成本罪的行为,对这种情况,可以作为酌定的从重量刑情节予以考虑。

3. 违约泄露、使用商业秘密的行为。即依照法律和合同规定有保守秘密义务的人,将掌握、经手、知悉的商业秘密泄露或私自利用,给商业秘密权利人造成重大损失的行为。此种情况的犯罪行为人和商业秘密权利人之间有一定的业务和信任关系,故其主体应是依法令或合同约定有保守秘密义务的人。构成该罪,必须是具备“违反约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求”的法定情形,并实施了“披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密”的行为。“违反约定或要求”的前提是权利人与行为人存在明示的保密义务。所谓明示的保密义务是指权利人与他人订有保密合同、或对他提出明确的保密要求。而对于单位未明确宣布有关技术、经营信息为秘密,或企业规章、公司章程未明示特定的保密要求,或是未将保密事项明文写入合同中,仅根据合同、习惯等因素推定其存在保密的所谓默示义务,违反这种默示的保密义务不属上述规定的情形,属民法意义上的违约或侵权。^② 因为“并经权利人采取保密措施”是商业秘密的必要条件,即使存在客观秘密,而应该主张权利的人未采取在特定环境中的保密措施或提出明确的保密要求,也不构成商业秘密,更况且刑法不可能要求对他人有广泛的忠实义务。但是,根据法律、法规确立的默示保密义务则属例外。例如我国公司法规定董事、经理禁止竞业。现实中,一些企业的厂长经理利用手中的职权,把企业的

商业秘密作为自己开办或参与开办经济实体的资本,从中获取丰厚的利润,而自己经管的企业的产品严重滞销,甚至濒临倒闭。对这种违反竞业禁止及企业法规要求其应尽忠实义务的行为人,且在客观上非法使用本单位商业秘密为已谋利的,应根据刑法第165条的规定追究刑事责任,定非法经营同类营业罪,而不构成本罪。

实施了“披露或允许他人使用”的行为,即让不该知悉秘密的人知悉该秘密的泄露行为,构成在犯罪客观方面的泄露秘密,必须是行为人因执行业务而获得或持有的商业秘密。否则,不构成该罪。“使用……其所掌握的商业秘密”是指负有明示保密义务的人,违反保密义务而私自使用的行为。

4. 间接获取权利人的商业秘密的行为。此种行为是指第三人明知或应当知道上述侵犯商业秘密的违法行为,仍从违法行为人那里获取违法得来的商业秘密、使用或者披露这些商业秘密。这种行为表面上没有直接窃取他人的商业秘密,但实际上是一种间接的违法行为。刑法第219条第2款明定了此种行为的违法性。

注 释:

- ① 参见中川克己著:《营业秘密的保护防卫与最终对策、情报管理》,转引自《论营业秘密》一文,载《法令月刊》1996年第11期,第4页。
- ② 参阅方龙华:《商业秘密保护中的默示义务》,载《人民司法》1997年第6期。

(责任编辑 车 英)

Two Problems on Criminal Offense of Trade Secret

Zhu Huachi

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, China)

Author: Zhu Huachi (1960-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract: From the criminal law point of view, this paper analyzes the trade secret and constitutional feature of criminal offense against trade secret provided for by Article 219 of the Criminal Law of the People's Republic of China(1997).

Keywords: trade secret ; constitutional feature; criminal offense of trade secret