

浅谈侵犯商业秘密刑事案件的办理思路

王艳斌

知识产权司法实践当中，相较于传统的商标权、著作权、专利权以及其他的不正当竞争案件，侵害商业秘密案件的审理无疑难度是最大的，有关商业秘密的内容、权属、法定构成要件、保护范围以及具体的侵权构成和损失认定，都明显区别于其他知识产权案件以及传统民事案件。近年来，随着我国对知识产权的立法和司法保护力度不断加大，侵害商业秘密纠纷案件呈现出逐年增加之势。案件审理数量的激增的同时，商业秘密案件审理难度大、专业性强等特点也不断凸显出来。

根据民事诉讼一般侵权的举证责任规则，商业秘密案件从内容到权属，从构成要件、到侵权行为再到损失认定，全部都是诉讼中需要通过原告举证证实的关键事实，法庭上对原告的举证要求及说明义务要求非常高，原告稍有不慎，可能全盘皆输。作为商业秘密的权利人，原告慢慢地意识到，《刑法》219条侵犯商业秘密罪，与《反不正当竞争法》当中侵害商业秘密行为（最高人民法院2011年《民事案件案由规定》将案由修订为侵害商业秘密纠纷，笔者注）的客观行为认定标准完全一致，依靠刑事诉讼中侦查手段进行商业秘密侵权的证据固定，不但风险小，而且效率高；而关于刑事诉讼需要的犯罪主观故意的取证，这一点不用担心，恰恰是刑事诉讼的强项。两相比较，商业秘密权利人采取刑事诉讼手段保护自身权益的案件比重不断增大。

问题随即出现，经营者恶意启动刑事诉讼手段干扰和打压竞争对手的案例不断凸显出来。实体认定中，案件中商业秘密的保护范围被无休止的扩大，商业秘密内容及边界一再被突破，鉴定的方法不科学、不严谨。诉讼程序当中，法庭

上刑事被告人与被害人的当庭对抗激烈，相反公诉人基本失声，法庭欠缺知识产权刑事案件的审理经验（侵犯商业秘密罪的最高刑期为七年，属于基层人民法院审理一审刑事案件管辖范围，而除了受指定审理一审知识产权案件之外，基层法院审理商业秘密案件几乎谈不上任何经验可言）。故此，商业秘密刑事案件办理中，辩护的空间增加的同时，也给辩护律师提出了新的课题和要求。

商业秘密罪在办理过程中，有效辩护需要关注的重点有很多，几乎关于商业秘密构成以及侵权行为的每一节事实，都需要辩护律师仔细推敲、认真研究，这会导致很多辩护律师觉得无从下手。笔者认为，从宏观上掌握商业秘密案件构成的逻辑体系，从微观上重点关注商业秘密信息单元的认定、商业秘密非公知性的认定，以及犯罪数额的鉴定这三个关键点，基本上可以实现对案件的成功辩护。

一、准确认定商业秘密的内容及权利范围

准确的界定商业秘密的内容和保护范围，是成功切入刑事案件的逻辑起点。商业秘密案件涉及工业技术、工艺配方或者商业信息，本身就不属于辩护律师自身的专业领域，日常生活中又鲜有机会接触，更加之案件证据当中的查新报告、非公知性鉴定意见、同一性鉴定意见、侵权数额的鉴定意见，各种专业性鉴定充斥期间。此时，不妨考虑从商业秘密的内容和保护范围入手，作为商业秘密犯罪行为所侵害的对象，一切指控及证据，全部是围绕这个主题展开的。

实践当中，商业秘密的内容和保护范围界定不准确，导致过度保护的情况时有发生，盖其方向，主要就是因为对于商业秘密的内容及范围认定的过于宽泛。出现这种情况，有办案人员无法通晓涉案技术的原因，也有刑事案件被害人故意夸大商业秘密的内容，以求最大程度惩戒被告人的故意。实践中经常因为某一产品当中的个别技术符合商业秘密构成，但是最终却将商业秘密的保护范围扩大到整个产品制造

方法。

商业秘密保护范围无限扩大的问题已经引起了最高审判机关的注意，2011年末，最高院颁布实施了《关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》，《意见》最早引入了商业秘密信息单元的概念。“以符合法定条件的商业秘密信息为依据，准确界定商业秘密的保护范围，每个单独的商业秘密信息单元均构成独立的保护对象”。也即，某一产品制造方法或者某一项技术当中，可能有多项技术涉及商业秘密，司法上也可以实现分别保护，但是绝不能由点及面，推断出某整项技术、工艺属于商业秘密的结论。需要特别提到的是，在此之前，最高院多部司法文件与解释当中，甚至《与贸易有关的知识产权协议》(TRIPS 协议)中都将商业秘密的内容界定为“该信息作为整体或作为其中内容的确切组合”，可见，商业秘密内容的扩大，并非实践中独创。

针对商业秘密案件信息单元肆意扩大保护的问题，辩护过程中，要结合科技查新等技术手段、充分利用专利等知识产权数据库，要广泛听取相关技术人员或者行业内专家的意见，最大限度的归纳、搜索相关技术信息，通过比较分析被控侵权的技术与现有公知技术的区别，发现指控商业秘密中已经被公开的技术信息，像剥洋葱一样，将信息单元准确的总结出来。需要指出，信息单元与同一性对于控方来讲是一把双刃剑，但是对于辩方来讲，却可以实现“两头堵”，信息单元界定过大，那么在同一性的认定上就非常困难，比如将带有些许商业秘密技术的整套生产线认定为商业秘密，那么辩护中只要指出或者举证证实，被控侵权的生产线与要求保护的生产线技术存在区别，就可以攻破指控逻辑。

总之，辩护人头脑中要永远记得，所有的指控证据，全都需要与信息单元相关。所有的辩护工作，也全都应当针对信息单元展开。

二、商业秘密非公知性的认定

商业秘密的法定构成要件，即我们通说的非公知、保密与实用三性。其中：保密性的认定，有赖于权利人所实施保密措施的适当以及充分，司法解释已经明确保密措施标准达到“在正常情况下足以防止涉密信息泄漏”即可，并尽量详尽的列举了保密措施的方式，足以评价、指导司法实践行为，关于这一点的争议不大；而实用性即“具有现实的或者潜在的商业价值”，认定标准比较低，案件中也少见不具有任何商业价值的技术。反观非公知性这一点，属于争议集中的重灾区。

刑事诉讼当中，对于商业秘密非公知性认定主要通过专业鉴定完成，而鉴定当中，又主要依靠科技查新手段。所谓科技查新，即专业查新机构针对需要查证其新颖性的科技内容，通过对国内外公开技术文献与专利数据库的检索，确定其是否已经公开，这一手段在著作、专利等其他知识产权案件中已经得到广泛应用。数据库检索的过程，与生活中使用电脑搜索引擎的道理相同，通过科学确定与案涉技术相关的检索关键词，在整个数据库中检索相关文献，然后再通过专业的技术分析，判断检索到的公知技术文献与案涉技术是否相同，来确认案涉技术的公知与否。简单讲，就是从公知技术中进行发现，发现了案涉技术，就是公知的，反之亦然。

那么，如何保证上述发现过程的精准无误呢？应该讲，精准无误的标准是难以实现的，现实中仅能最大限度的发现公知技术，却无法保证在浩如烟海的各种数据库以及公开文献库当中完成逐一检索。因此，这一环节工作中，检索关键词的设计、检索数据库范围的划定以及技术分析的科学性，都有可能导致结果迥乎。

针对于辩护律师来讲，对鉴定以及查新证据的质证，要积极借助被告人或者其他技术相关人员的力量，共同分析，力求客观评析鉴定的准确性；此外，检索词的设定，是否能

够检索到全部的涉案技术公知信息，比如同义词的设定是否全面、中英文翻译是否准确、检索关键词的结合（即“*”、“+”符号的使用）是否科学，这些技术上的细微问题，也常常会影响到整份查新报告的全全面性及准确性。

除全力攻破上述证据之外，笔者认为，辩护工作进行中，组织人力或者委托其他专业机构自行查新，也不失为一破一立之道，说到底，查新属于客观性证据，辩方自行委托查新，不会削弱证据证明力。

三、损失认定

侵犯商业秘密犯罪，以给权利人造成重大损失作为刑事追诉标准，是典型的结果犯。不同于针对有形物品犯罪，损失认定的问题，不仅限于侵犯商业秘密，在所有知识产权犯罪案件中，一直是诉讼中的难点问题，尤其是在刑事案件当中。

《公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》第七十三条第二款中，仅明确商业秘密侵权数额认定的标准，可以采用“因侵犯商业秘密违法所得数额”，但是“侵犯商业秘密违法所得”的认定，实际上是也有很多辩护工作可做。

实践当中，在对指控的违法所得进行质证时，仍然要紧紧围绕商业秘密信息单元进行。被告人通常以整套生产技术结合硬件设施出售获利，因此违法所得认定当中，鉴定意见也通常将整套技术出售所获利润作为违法所得进行认定。这是不正确的。还是上述提法，商业秘密案件的逻辑起点在商业秘密的内容，即信息单元。在信息单元确定后，侵权行为要针对信息单元，当然违法所得也应对应于信息单元，将整套生产技术以及硬件设施的利润作为违法所得额度，显失客观。

此时在进行违法所得认定时，不但应当考虑承载具体商业秘密信息单元的部件或者技术销售价格及收益情况，还要考虑商业秘密对于整部产品产生市场优势地位的影响，即通说的技术贡献率。相邻权利的立法或许能够给予我们一些启发，最高院法释〔2007〕2号解释中，将侵犯商业秘密行为损失额的确定，参照侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行。而最高院法释〔2009〕21号司法解释规定，侵犯发明、实用新型专利权的产品系另一产品的零部件的，人民法院应当根据该零部件本身的价值及其在实现成品利润中的作用等因素合理确定赔偿数额。

四、结论

办理侵犯商业秘密刑事案件，不同于民事诉讼程序，商业秘密权利人的举证义务已经全部转嫁于公诉机关，刑事法庭查明事实以及案件举证质证程序有其独特之处，近年审理知识产权民事案件中所积累的从内容、权属、到非公知性、到保密措施、再到同一性认定等等一步步查明的过程也被省略。民事诉讼中，原告无法证明商业秘密内容，有可能直接败诉，但是刑事诉讼中极少发生；民事诉讼中，只有法庭通过原被告的举证、质证，确定信息单元，并直接针对信息单元委托鉴定，但是刑事诉讼中，法庭接到案卷，鉴定已在其中。

因此，商业秘密刑事案件中，辩护律师需要按照商业秘密案件整体逻辑体系，在头脑中绘制一幅完整的表格，一步步的重新梳理案件思路，总结出辩护要点，从而实现有效辩护。