

NEWSLETTER

知产快报

● 尽管有关的法律规范正在不断地完善，但是侵犯商业秘密罪的刑事立案依然是个难题。许多商业秘密权利人反映，他们在向公安机关提交立案材料后很快被告知不予立案，或者不断地被要求补充提交材料。有些律师也反映，“立案难”是权利人的商业秘密遭到侵犯后能否获得刑事救济的首要难题。



侵犯商业秘密刑事立案的难点和要点

尽管有关的法律规范正在不断地完善，但是侵犯商业秘密罪的刑事立案依然是个难题。许多商业秘密权利人反映，他们在向公安机关提交立案材料后很快被告知不予立案，或者不断地被要求补充提交材料。有些律师也反映，“立案难”是权利人的商业秘密遭到侵犯后能否获得刑事救济的首要难题。

一、侵犯商业秘密罪刑事立案的难点

事实上，侵犯商业秘密罪立案难的原因在于该罪在刑事诉讼过程中证立的困难。根据中国大陆的刑事诉讼体系，公安机关立案侦查终结后应当移交检察院审查起诉，检察院决定不予起诉的，往往意味着公安机关立案侦查行为发生了错误或者失误。因此，检察院的不起诉率高低影响了公安机关立案的动机。通常，中国检察院的案件起诉率非常高，最高人民检察院报告说，2013年-2016年以来，全国检察院的案件起诉率为98.6%。¹与此相比，侵犯商业秘密罪的案件起诉率却非常低。据上海市检察院第三分院报告，2010年至2018年，上海检察机关受理侵害商业秘密罪审查逮捕案件26件、46人、5单位，以侵犯商业秘密罪起诉9件、19人、4单位，案件不起诉率为65%。²如此高的不起诉率，令公安机关在侵犯商业秘密罪立案时往往慎之又慎。

侵犯商业秘密罪证立的困难主要在哪里？因为无法获得检察院不起诉案件的卷宗，所以我们对于检察院审查起诉阶段证立的困难无法进行考察。但是，自2015年以来公布的法院裁判文书可以作为一个窗口略窥一二。我们选取了221份以侵犯商业秘密罪为案由的刑事裁

判文书，找到了6份宣告犯罪嫌疑人无罪或不予认定侵犯商业秘密罪的判决书。其中有4案宣告无罪的理由是涉案信息不构成商业秘密；2案是犯罪嫌疑人不负有保密义务；2案是造成的损失无法认定或不足以构成犯罪。这个统计结果与其他渠道反映的侵犯商业秘密罪立案难点相互印证，比如房长缨认为损失的认定标准尚未明确，张仲卿认为商业秘密刑事案件中存在的问题包括：1、刑事立案门槛高；2、侵权证据取证难；3、损失评估争议大。³通过以上的考察，我们可以将侵犯商业秘密罪刑事立案的难点概括为以下三点：

1、涉案信息“不为公众所知悉”难以证明

证明涉案信息属于商业秘密的证据，只有权利人能够掌握，因此公安机关在立案时将此举证责任交给权利人，应属合理。根据《刑法》第二百一十九条第二款的规定，商业秘密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和经营信息。权利人至少应当提供三个方面的证据：第一，涉案信息不为公众所知悉；第二，涉案信息能给权利人带来经济利益、具有实用性；第三，权利人对涉案信息采取了保密措施。其中“不为公众所知悉”的证明难度最大。前述案例显示，法院在判断是否“不为公众所知悉”时，采取了一种绝对性的标准，即只要有或者可能有证据证明涉案信息已经公开，

¹参见《最高人民法院关于加强侦查监督、维护司法公正情况的报告（摘要）》

http://www.spp.gov.cn/zdgz/201611/t20161107_171820.shtml，最后访问时间2019年1月7日。

²《三分院近日对一起侵犯商业秘密案提起公诉》，载微信公众号“上海检察三分院”，2018年10月17日。

³《大咖谈第一弹：商业秘密保护的现状与展望》，载微信公众号“上海检察三分院”，2018年11月1日。

即不属于“不为公众所知悉”，比如浙江福瑞德化工有限公司、张某等犯侵犯商业秘密罪和汪某某侵犯商业秘密罪两案中⁴，法院均以鉴定报告中“不为公众所知悉”的结论存疑而宣告犯罪嫌疑人无罪。实践中，权利人欲证明涉案信息“不为公众所知悉”往往要提交鉴定机构的鉴定报告，但是类似于客户名单的经营信息并不属于鉴定的范围，所以要证明此类涉案信息“不为公众所知悉”难度非常大。这也是侵犯经营秘密行为鲜见通过刑事诉讼获得救济的原因。

2、涉案信息被“采取保密措施”难以证明

只有采取了保密措施的信息，才能被认为属于法律上的商业秘密。但是，在诉讼阶段举证时，权利人往往难以提交符合证明标准的证据，尽管所谓保密已经在先前有所实施。比如浙江福瑞德化工有限公司、张某等侵犯商业秘密罪和章某侵犯商业秘密罪两案⁵中，法院因为未能查证犯罪嫌疑人与权利人签订了保密协议而宣告犯罪嫌疑人无罪。类似的保密措施证据不足的问题在侵害商业秘密民事诉讼案件中也十分常见。究其原因在于权利人管理上的偏差，仅注重对商业秘密信息载体进行物理上的保护，但没有向保密义务人明示保密义务；或虽有保密义务的明示，但是没有将此明示记载为有效的证据，导致证明上的困难。

3、侵犯商业秘密所致的“重大损失”难以被证明

作为一种知识产权，商业秘密的经济价值可以通过评估来确定。但是，与普通财产犯罪的犯罪认定标准不同的是，侵犯商业秘密罪的重大损失不能等同于商业秘密权利自身的价值。因为传统的侵犯有形财产的盗窃、诈骗等罪，其行为是直接取得财物，排除原财产合法所有人或占有人的权利；而商业秘密受到侵犯一般只排除了商业秘密权利人的独占权。而且，这种侵害独占权所致损失，常常因为侵犯行为的

停止状态而产生不同的结果：比如侵权行为导致商业秘密丧失秘密性，彻底为公众所知悉，属于独占权的彻底丧失，应当以商业秘密全部自身价值作为损失；再如侵权行为未导致商业秘密丧失秘密性，但使犯罪嫌疑人通过销售侵权产品而获益，属于独占权的相对丧失，则应以商业秘密在销售侵权产品中贡献的利润作为损失。公安机关或检察院在办理侵犯商业秘密罪时，如果不能根据案情的实际提举相应的证据，就有可能导致追诉失败的后果。

二、获得侵犯商业秘密罪刑事立案的要点

1、树立权利人举证的意识

权利人的商业秘密遭到侵犯时，往往第一时间想到找公安机关立案，但常常因为证据不足被告知不予立案。在和他们访谈的过程中，我们发现权利人往往沿用了普通财产犯罪的思维，没有意识到商业秘密是一种法律拟制的权利，它与动产、不动产等由来已久的天然权利不同，只有通过充分的证据证明其主张的涉案信息属于商业秘密，才能受到保护。实践中，有的权利人在自身证据无法满足立案要求时往往寄望于公安机关运用侦查手段为其获取证据，但这显然违反诉讼经济原则。从证据来源上来看，无论是证明商业秘密“不为公众所知悉”“能够带来经济利益和具有实用性”，还是“采取保密措施”，这些证据都由权利人掌握。根据诉讼经济原则，理应由权利人承担举证责任。当然，权利人的举证责任并非没有限度，因为犯罪嫌疑人的侵权行为往往通过隐秘的手段实施，权利人对于侵权行为、侵权行为所获利益等证据并不掌握，且自身调查能力有限，所以这些证据应当由公安机关根据权利人提供的犯罪线索进行调查。

2、明确涉案信息中的密点

密点是商业秘密的核心部分，也是证明涉案信息属于商业秘密的主要依据，因此十分关

⁴ (2014)滨汉刑初字第66号、(2015)苏刑终字第00012号
⁵ (2014)滨汉刑初字第66号、(2014)温鹿刑初字第6号

键。实践中，权利人主张的商业秘密往往是图纸、源代码、配方、技术实施方案、客户名单等，这些只能视为商业秘密的信息载体，并不是商业秘密，商业秘密应当是上述载体上所承载的秘密信息。需要注意的是，这些载体上承载着大量的信息，有的信息属于秘密信息，有的信息则属于公知信息，只有前者才是刑法第二百一十九条所保护的商业秘密。如果权利人直接将信息载体提交给公安机关，那么必然给诉讼过程带来繁重的负担。因此，从诉讼经济的角度考虑，提炼、整理密点的义务理应交还给权利人。提交密点时，应当注意两点：1) 密点应当具有商业秘密“三要素”，即除了要考虑“不为公众所知悉”这个要素外，还应当兼顾“能够带来经济利益和具有实用性”³“采取保密措施”两个要素，只有三个要素同时兼具的密点才是商业秘密；2) 密点中的“三要素”应当有证据能够证明，如果某些密点的证据不足或证明力弱，我们也不建议在刑事立案阶段提交，因为提交这些密点往往会拖慢整个案件的进度。

3、对涉案信息“不为公众所知悉”进行鉴定

《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》将“不为公众所知悉”解释为“有关信息不为其所属领域的相关人员普遍知悉和容易获得”，采纳了一种相对模糊的标准，这符合民事诉讼的特点。但是，刑事诉讼证据要求达到排除合理怀疑的证明标准，上述模糊标准便无法适用。实践中，证明侵犯商业秘密罪中的“不为公众所知悉”，一般采用类似专利新颖性的标准，交由专门的知识产权鉴定机构以类似于技术查新的方法来解决。鉴定机构一般通过以下几个维度去判断是否属于“不为公众所知悉”：1) 通过检索手段查询涉案信息是否部分或者全部在国内外出版物上公开发表过；2) 通过相关技术人员对产品的外部观察是否可以直接获得涉案信息；3) 涉案信息是否属于相关行业内的常识或者惯例。权利人可以在提炼、整理密点的基础上委托具有资质的鉴定机构进行鉴定，并将鉴定机构出

具的鉴定报告作为证据提交公安机关。当然，鉴定只能用于对技术信息是否“不为公众所知悉”的判断。经营信息，如客户名单、市场计划、商业模式等信息因为不属于专门性的技术问题，而无法通过鉴定来解决。

4、提交对涉案信息采取了保密措施的证据

根据《最高人民法院关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第十一条第一款、第三款的规定，所谓保密措施，是指权利人为防止信息泄漏所采取的与其商业价值等具体情况相适应的合理保护措施。具有下列情形之一，在正常情况下足以防止涉密信息泄漏的，应当认定权利人采取了保密措施：(一) 限定涉密信息的知悉范围，只对必须知悉的相关人员告知其内容；(二) 对于涉密信息载体采取加锁等防范措施；(三) 在涉密信息的载体上标有保密标志；(四) 对于涉密信息采用密码或者代码等；(五) 签订保密协议；(六) 对于涉密的机器、厂房、车间等场所限制来访者或者提出保密要求。权利人可以根据以上标准提举相应的证据。

5、对涉案信息的经济价值进行评估

进行资产评估的首要目的是为了证明涉案信息“能够带来经济利益和具有实用性”。作为构成商业秘密三要素之一，权利人有义务对此提供相应的证据，经济价值评估报告中不仅能够证明商业秘密具有经济价值，而且可以明确经济价值的具体金额。进行资产评估的另一个目的为了证明侵权行为造成了重大损失。根据司法解释，刑法第二百一十九条中规定的重大损失以 50 万元数额为起点。虽然资产评估的结果并不能等同于损失，但却是损失数额认定的重要参考。因为损失的认定往往以权利人的实际损失、犯罪嫌疑人的违法所得作为依据，并根据商业秘密在侵权产品中的利润贡献度来综合判定，所以损失一般以商业秘密的资产价值为限，公安机关常常把资产评估结果不低于 50 万元作为立案标准，这是符合实际的。权利人

可以通过委托有资质的评估机构对涉案信息进行评估，评估方法包括市场法、收益法和成本法三种，评估机构一般选择两种以上评估方法，经综合分析，形成评估结论，出具评估报告。

6、提交犯罪嫌疑人接触、获取、披露或使用涉案信息的证据线索

犯罪行为是犯罪事实的核心部分。但是犯罪行为往往以隐秘的方式发生，所以需要公安机关通过侦查手段来获取证据，控告人在报案时只需要提交证据线索即可。在侵犯商业秘密犯罪中，由于犯罪嫌疑人往往是权利人的雇员或合作伙伴，涉案信息一般也在权利人的掌握范围以内，所以权利人有义务提交相应的证据线索。所谓接触，是指犯罪嫌疑人在有权获取商业秘密的前提下合法持有商业秘密的行为，

商业秘密载体多种多样，有的是以文件、磁盘、光盘、实物等有形形态存在，有的是以电子数据等无形形态存在，权利人提供的证据线索一般应当围绕犯罪嫌疑人与这些载体的关系展开；所谓获取，是指犯罪嫌疑人无权获取商业秘密的前提下非法持有商业秘密的行为，比如通过盗窃、欺骗、抢夺、黑客侵入的方式获取商业秘密载体；所谓披露或使用，是指犯罪嫌疑人非法将商业秘密交付于第三方或将其用于经营性生产的行为。因为侵犯商业秘密罪属于结果犯，以犯罪危害结果作为构成要件，所以权利人还要提供相应的证据线索，比如犯罪嫌疑人利用商业秘密制造销售的产品。

本文不等同于法律意见，如需专项法律意见请咨询我公司专业顾问和律师。我公司电子邮箱为：LTBJ@lungtin.com，该电子邮箱也可在我公司网站www.lungtin.com找到。

如需更详细的信息或进一步的法律咨询，请与本文作者联系：

沈李平：律师、前法官：LTBJ@lungtin.com



沈李平
(律师、前法官)

沈李平，中国政法大学学士、对外经济贸易大学硕士，原北京市海淀区人民法院法官、研究室负责人，现任北京隆诺律师事务所法律顾问。曾承办杨玉圣诉北京市文化市场执法总队不服出版行政处罚案、北京乐淘文化发展有限公司诉谷歌信息技术(中国)有限公司等不正当竞争纠纷案、张开盛诉北京市工商行政管理局国家赔偿案、闫守玉诉北京五洲泛华网络信息技术有限公司著作权纠纷案、北京市仁爱教育研究所诉东莞市步步高教育电子产品有限公司等著作权纠纷案等知名案件，获第九届中国法学青年论坛二等奖，合著《社会保险与福利待遇纠纷诉讼指引与实务解答》(法律出版社2014年)。