

侵犯商业秘密罪保护法益的秩序化界定及其教义学展开

王志远

【摘要】《中华人民共和国刑法修正案(十一)》修改了侵犯商业秘密罪的犯罪成立条件,不再要求“给权利人造成重大损失”,只要满足“情节严重”这一定量要素就可构成该罪。这一立法变动,既意味着入罪门槛的进一步降低,也反映出立法者侧重保护市场竞争秩序的规范目的。商业秘密民事保护体系的完善和力度的不断增强,对刑事保护的重心定位产生深刻影响。将权利人财产利益作为侵犯商业秘密罪的唯一保护客体或主要客体,不仅与现行刑法的体系安排相冲突,在危害后果的判断方面,也给司法实践增加了困难,造成了刑事法网的不周延。复杂客体说混淆了事实与价值两个不同层次的还原问题,错误地将价值上的“应还原”理解为事实上的“需还原”,造成了秩序法益与个人法益的纠缠不清,不当贬低了秩序法益独立存在的价值。侵犯商业秘密罪本质上是制度依存性犯罪,立足于激励理论;只有当行为人的侵权行为严重破坏了市场创新激励机制,扰乱了市场竞争秩序,才应动用刑法予以制裁。将公平自由的市场竞争秩序作为侵犯商业秘密罪的保护客体,进而在行为类型的确定和情节严重的判断上,剔除与商业秘密保护目的不相契合的因素,才可以更为合理地构建侵犯商业秘密的刑事制裁体系。

【关键词】侵犯商业秘密罪;个人法益;秩序法益;情节严重

【作者简介】王志远,中国政法大学刑事司法学院教授、博士研究生导师(北京 100088)。

【原文出处】《政治与法律》(沪),2021.6.39~53

【基金项目】本文系中国法学会2020年度部级法学研究课题“‘习近平总书记全面依法治国新理念新思想新战略’的刑事司法实现研究”(项目编号:CLS(2020)ZZ002)阶段性成果。

一、问题的提出

2021年3月1日起施行的《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称:《修正案(十一)》)对侵犯商业秘密罪构成要件的全面修订具有重大现实意义,然而,将此次刑法修订的具体内容与2019年修正的我国《反不正当竞争法》规定作对比,就会发现我国有关商业秘密的刑事立法并未根本改变“照搬前置法规定”这一设置模式,除了“情节严重”这一定量要件,其余修改均与前置法保持一致。同属于侵犯知识产权罪的其他三类犯罪,与商业秘密犯罪的立法

模式并不相同,后者所遵循的都是有限保护原则,即选择最为严重的几种侵权行为类型予以犯罪化。^①如侵犯著作权罪仅从我国《著作权法》第53条规定的八种侵权行为中选取了特定的六种,进一步加以限定后才纳入刑事规制范围;^②侵犯商标类犯罪的刑法规范也仅从我国《商标法》第57条规定的七种侵权行为中选取了特定的三种行为类型;专利类犯罪则仅仅将我国《专利法》第68条^③规定的假冒专利这一侵权行为作为犯罪处理,未经权利人许可实施专利的侵权行为并不构成犯罪。可以说,秉持“全面保护”

原则的侵犯商业秘密刑事立法,并未在实践中取得法律效果与社会效果的统一。与此同时,将“重大损失”修改为“情节严重”,的确在一定程度上意味着入罪门槛的降低,且该罪的适用范围会得到明显扩张,但这并未从根本上改变“定性+定量”这一入罪模式,“情节严重”的适用标准仍然需要司法解释进一步明晰,否则将会造成该罪适用范围的模糊不定,有悖于罪刑法定原则的形式化要求。上述两个关键问题,可以归结为商业秘密刑事保护范围的界定难题,在根本上均有赖于侵犯商业秘密罪保护法益的合理确定。

关于侵犯商业秘密罪的保护法益,复杂客体说是我国学界的主流观点,其中虽对主要法益和次要法益的次序存在不同定位,但一般均认为包括相关国家商业秘密管理制度、管理秩序和商业秘密权利人的权利或利益等法益类型。值得注意的是,在我国《民法总则》和我国《反不正当竞争法》(2017年修订)施行后,就有学者指出,将商业秘密权利人的个人利益作为刑法保护的优先考量,是为了弥补前置法规定仅将商业秘密作为“权益”实施“弱保护”带来的不足,在前置法逐渐强化对权利人利益的私法保护前提下,侵犯商业秘密罪也应秉持谦抑性和补充性原则,顺应时代变化,实现从保护个人法益为主向保护社会法益为主的转向。^④还有学者在《修正案(十一)》出台后明确指出,保护知识产权的最终目的是保障正当市场竞争秩序和社会整体的科技创新,因此对市场竞争秩序的破坏及其程度是认定侵犯商业秘密罪成立与否的关键。^⑤与此同时,我国《反不正当竞争法》在不到两年的时间内先后经历了两次较大规模的修改,这也是该法自1993年施行之后的首次集中修改,特别是对商业秘密的定义、侵权行为的类型、赔偿数额的计算方式以及行政责任的承担等进行了全方位的修改或补充,两次修改的共同特征是不不断扩大商业秘密的保护范围、加大对商业秘密侵权行为的处罚力度,提升民事赔偿或行政罚款的数额。在前置法对商业秘密权利人的利益逐渐实

施“强保护”战略的背景下,侵犯商业秘密罪似乎开始走向以保护秩序法益为核心的秩序化时代。

二、财产权说根基上不可避免的逻辑“错位”

关于商业秘密的权利属性,财产权说认为,商业秘密是一种无形财产权,权利人对其享有所有权,在商业秘密受到第三人侵害时,权利人可以基于所有权的排他性,请求侵权行为人排除损害、禁止其继续使用、支付损害赔偿。^⑥从修正前侵犯商业秘密罪的构成要件设定来看,立法者也倾向于将商业秘密作为一种特殊的财产权来对待,甚至可以认为,保护权利人的财产利益不受损害正是该罪增设之初立法者的主要目的。据曾参与起草1997年刑法的学者所述,在1996年10月的刑法修订草案(征求意见稿)中立法机关将该罪的归属由“妨害公平竞争罪”一节调整到“扰乱市场秩序罪”一节,并在原有的“造成严重后果”基础上增加了“给商业秘密权利人”这一限定。^⑦虽然其后立法机关将该罪归入“侵犯知识产权罪”一节,但给商业秘密权利人造成重大损失的入罪要求得以保留,而这正是在观念上将商业秘密作为个人财产权益看待的集中体现。与此形成鲜明对照的是,另外三类侵犯知识产权犯罪均未将权利人的财产损失作为危害后果的唯一考量,如侵犯著作权罪以侵权人的违法所得数额作为入罪门槛;即使同属于不正当竞争行为的损害商业信誉、商品声誉罪,也并未将权利人损失作为唯一的危害后果判断标准,而是并列规定“情节严重”这一能够包含市场秩序遭受损害的整体性评价要素。应当说,如果坚持将权利人的权利(权益)作为该罪的保护客体,在危害后果的判断上就要将权利人因侵权行为遭受的财产损失作为重要考量,甚至将给商业秘密权利人造成重大损失作为犯罪成立唯一的结果要件。这也从另一个侧面体现了立法者对商业秘密所具备的财产权属性认知。

以此为基础,关于侵犯商业秘密罪的法益界定出现了商业秘密权利人权利(权益)说和权利人利益优位说两种主张。商业秘密权利人权利(权益)说的

提出集中在20世纪90年代末。侵犯商业秘密罪增设之初,商业秘密权利人权利说具体又被进一步细分为保密权说、无形资产专有权说、商业秘密权说、所有权说、专用权说等。^⑧其论述逻辑可大致概括为:该罪客体、性质与商标权、专利权、著作权等知识产权相同,都是人类活动的成果,都可以成为占有、使用、收益、处分的对象,商业秘密本身可以被转让、买卖,给权利人带来经济上的收益,因此“专用权”能够全面反映该罪所侵犯的社会关系,宜将此作为该罪的保护客体。^⑨这一学说目前已逐渐式微。其后,权利人利益优位说主张侵犯商业秘密罪的法益由两部分共同组成,相应的个人法益可以概括为“商业秘密权”,相应的制度法益则可以概括为“商业竞争秩序”,其中个人法益是主要客体,制度法益是次要客体;主要理由则是保护相应的制度法益只不过是保护个人法益的手段,后者又是前者可还原的实体性内容,故商业秘密权利人的利益应当是主要法益。^⑩作为一个重要的实践体现,这两种学说都倾向于将权利人遭受的重大损失作为该罪的人罪门槛。如有支持利益优位说的学者在反对将“情节严重”作为该罪的成立条件时所指出的,原有惩罚体系的结果犯模式具有合理性、现实性和历史继承性,恪守了刑法谦抑性原理,避免刑事处罚范围的不当扩大,将“情节严重”的侵犯商业秘密行为交由行政法处置,仅将对权利人造成重大损失的侵权行为上升为刑事犯罪,才是合理公正的制度安排。^⑪

在笔者看来,侵犯商业秘密罪法益界定的上述两种学说既无法与现行法的规定相契合,也无法有效解决诸多实践难题,且其共同的财产权说根基并不牢固。

(一)与现行刑法的有关规定相冲突

概括而言,将权利人的权利(权益)作为侵犯商业秘密罪的保护法益,与该罪的体系地位不相协调,导致对其保护法益理解上的“捉摸不定”。从我国刑法的体系来看,立法者并没有将侵犯商业秘密罪单纯作为侵犯财产类犯罪来对待,而是将其作为侵犯知

识产权犯罪的类型之一予以规制,侵犯知识产权犯罪又属于破坏社会主义市场经济秩序犯罪的一种,因此从形式上来看,秩序法益应当是该罪的保护法益,至少应当是主要法益。然而,在危害后果的判断标准等具体构成要件设置上,立法者又将权利人的权利(权益)遭受损失作为定罪量刑的主要考量因素,因此权利人的权利(权益)不只是被作为该罪的保护法益,甚至被视为主要法益。这就是笔者所指出的侵犯商业秘密罪原有立法所存在的保护法益“错位”问题,实际上已经有观点在对整个知识产权犯罪体系检视时指出了这一现象,并认为这正是造成传统知识产权犯罪无法应对网络环境下带来的新挑战的根本原因。^⑫

(二)危害后果判断上的操作难题

关于修订前“给权利人造成重大损失”这一入罪门槛的把握,通说认为,它是指行为人的侵权行为造成的权利人可得或应得利益的实际减损,具体的数额计算方式为权利人因侵权行为而减少的产品销售数量与产品合理利润之积,理由为:侵犯商业秘密行为的本质是侵权人以较低的成本获取权利人持有的商业秘密,并利用该商业秘密生产相应的产品,侵占权利人享有的市场份额,从而获取暴利,因此权利人因侵权行为减少的利润损失应当成为“重大损失”的认定依据。^⑬通说不仅最为符合侵犯商业秘密罪结果要件的字面含义,而且与司法解释相关规定也相互契合。根据2020年最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理侵犯知识产权具体应用法律若干问题的解释(三)》(以下简称:《解释(三)》)第四条、第五条,损失数额的确定应当以权利人被侵权造成的销售利润损失为第一顺位,只有在利润损失无法计算时,才有可能适用其他计算标准。

然而,该说在实际操作中造成了司法实践中该罪适用率低、认定标准不统一不明确、无法评价全部行为类型的危害后果等一系列问题。首先,权利人销售利润的减少与侵权行为之间的因果关系存在证明上的困难。即使排除侵权行为的干扰,处于正常

经营状态下的权利人市场份额也会受到国家政策、国际国内经济形势、性价比更高的同类产品等因素影响而出现波动,直接以销售额的减少作为重大损失的认定依据,显失公平。其次,无法适用于所有犯罪行为类型。如行为人以不正当手段非法获取商业秘密,尚未披露、使用或允许他人使用的,由于此时行为人并未实际使用或生产侵权产品,不会影响到权利人的市场份额,销售利润也不会因此减损,此时危害后果也就无法确定,侵权行为自然无法成立犯罪。这样的结论显然违背了立法初衷和大众的正义观。最后,因侵权行为导致权利人销售利润的减少,可能并不会在短时期内显现,现实中甚至存在案发时权利人的销售利润或市场份额不减反增的情形。被侵权后的可得利益损失往往只是一种理想化的推定,无法剔除不相关因素,得出的结论也往往并不具有合理性和确定性。

正是因为通说采用的“销售利润减少”标准具有上述适用上的困难,理论和实践普遍认为应当寻求更加具有可操作性的认定标准,于是提出了“侵权人获利说”“商业秘密成本说”“市场价值说”“违法所得说”“综合量化分析说”“综合说”等纷繁复杂的观点。在《解释(三)》以及最高人民法院、公安部《关于修改侵犯商业秘密刑事案件立案追诉标准的决定》(以下简称:《决定》)出台之前,司法实践中的普遍做法是将侵权人的获利数额作为“重大损失”的认定标准,依据在于当时刑法以及司法解释没有对“重大损失”的认定标准作出明确规定,但是作为侵犯商业秘密罪前置规定的我国《反不正当竞争法》对民事赔偿数额的计算方式予以了明确,以此为参照,法官在作出判决时多是依照“侵权人获利”或“许可使用费”确定“重大损失”,以保证作出的判决结果具有明确的法律依据,从而获得充分的权威性和说服力。^④然而,该标准具有致命的缺陷:尽管侵权人的获利数额在一定程度上能够体现权利人因侵权行为遭受的利益损失,但二者终究是两个不同的概念和范畴,并且其仍然无法避免因果关系上的证明难题,即无法确

定被侵权人的违法所得数额是由侵权行为所引起的,也无法涵盖所有的犯罪情形,如行为人非法获取权利人所有的商业秘密后,遂向社会公众予以披露,却并未从中实际获取任何经济利益,此时“侵权人获利”标准就失去了适用空间。《解释(三)》和《决定》均否认了该标准的适用,只是将侵权产品的数量作为特定情形下计算权利人销售额减少的替代物而已。“许可使用费”标准也仅仅适用于被侵权的商业秘密尚未被披露、实际投入生产销售的情形,或者作为销售利润损失数额的补正,并不具有普适性,还存在缺少基本参照数据的可能性,并且,参照《专利法》上的专利许可制度,许可分为独占许可、排他性许可、普通许可、可转让许可、互换许可等多种类型,以何种类型许可的使用费用来确定损失数额也存在疑问,因此不适宜将其作为“重大损失”的直接依据。

其他单一性的认定标准既无法完全涵盖所有犯罪行为类型和情形,也无法准确体现权利人的经济损失状况,有学者指出:“重大损失”的认定应该是一个系统的、综合性的数量比例关系问题,任何以一种单一的、静态的认定标准来界定“重大损失”的尝试注定是失败的,都无法全面评价侵犯商业秘密行为给权利人造成的利益损失,因此应当提倡一种综合量化模式,具体来讲就是将权利人损失、侵权人违法所得、商业秘密的市场价值、权利人市场保有率等因素,根据一定数量关系推导出一套“重大损失”的计算公式。^⑤然而,且不说该量化模式是否能够做到绝对的精确化,在结论上该学说也很难做到科学和公正,如在权利人的损失无法确定时,根据该计算公式所得出的数额可能会远远小于行为人因侵权行为获取的利润,难以做到罪刑均衡。在笔者看来,这种试图以一种数学模型来解决“重大损失”认定难题的思路,无疑过于理想化,将复杂的危害后果判断难题简单化了,如论者认为有必要考察侵权行为与损失数额之间的数量关系,并以此计算出权利人真正损失,但问题就在于如何确定二者之间的因果关系本身就是困扰理论界和实务界的一大困难,更不用说精确

到二者之间的影响比例,试图以一种所谓的数量关系规避,注定对实践操作是无益的。综合说是受上述综合量化模式的启发,在综合认定的基础上通过分层次构建不同的认定模式,即根据不同类型的侵犯商业秘密案件,确定相对应的认定标准,最后通过犯罪行为与认定模式的结合来系统动态地考量损失数额。^⑩事实上,《解释(三)》和《决定》采取的正是这种分层次的综合认定模式,但此认定模式本质上就是依照能够查清确定的数额标准来认定“重大损失”,其直接导致的后果是针对同一类行为不同认定模式下得出的损失数额可能差异很大,最终刑罚的科处将会是不确定的,且可能存在巨大的阶梯落差,造成罪刑上的不均衡,况且实体上刑罚幅度的确定所依据的应当是行为人的主观恶性和行为的法益侵害性,而非证明上的容易与否,这明显有悖于刑法学的一般原理。

除此之外,坚持“给权利人造成重大损失”的入罪门槛,将无法有效应对网络环境下侵犯商业秘密犯罪的挑战。众所周知,传统犯罪在网络空间中往往会出现一定程度的异化,主要表现为犯罪手段上的电子化、犯罪目的的多元化、犯罪结果的严重化等方面,尤其是在犯罪结果的认定上,原本只重视经济利益损失的一元化判断标准,无法充分涵盖网络环境下广泛迅捷的传播所带来的严重危害后果。如侵权人通过不正当手段获取权利人所有的技术信息后,将该处于保密状态的信息上传至各大技术信息网络平台,供公众免费获得并使用,此时权利人可能并未立即因此遭受重大经济损失,按照原有的单一入罪标准,其行为可能无法构成侵犯商业秘密罪,但该非法获取并披露的行为已使被侵犯的技术信息丧失了作为商业秘密予以保护的价值,使权利人陷入已取得的竞争优势随时有可能完全丧失的风险状态,应当通过刑法予以规制而无法规制,这就导致了刑事保护法网的不严密。

(三)财产权说理论根基的“松动”

从根本上讲,作为权利(权益)说和利益优位说理

论根基的商业秘密财产权说,并不能全面准确地说明商业秘密受到法律保护的正当根据。财产权说主张商业秘密是权利人智力活动或劳动的成果,能够满足人的特定需求,且能够为权利人带来一定经济收益,因此商业秘密可以被用于转让、许可、入股、信托等经济活动,对商业秘密的任何不正当侵权行为就是对权利人财产的侵害。^⑪财产权说的理论基础来源于洛克的自然权利论,即主张劳动改变了某种物品由人类共同拥有的自然状态,使其附着了某种排除他人共有权的东西。^⑫该学说自身存在着逻辑上的不周延,将其作为商业秘密受法律尤其是刑法保护的正当性根据,并不牢靠。商业秘密权利人所拥有的权利或权益,与狭义的财产权,^⑬存在本质上的区别。按照传统民事权利的基本分类,“狭义财产权”其实指的就是具有绝对权性质的财产权,也就是排除任何其他人对所有物干涉的物权。在财产权说的支持者林诚二教授看来,将商业秘密放在了无体财产权归类下,认为其属于绝对权的一种,根据这一理解,作为物权保护的商业秘密就应当具有绝对的支配性和排他性。^⑭由此可见,“财产权说”实际上就是“物权说”,其实质是将商业秘密视为一种有体财产予以保护,进而将商业秘密权利人的权利赋予了支配效力和排他效力。这显然混淆了商业秘密与商业秘密载体,商业秘密本质上仍然是一种无形财产,因此存在同一商业秘密之上存在多个权利主体的情形。当前,学界较为有力的观点是在上述“狭义财产权说”基础之上发展而来的“知识产权权利说”,即商业秘密是知识产权的权利客体,商业秘密权利人的权利应与著作权、商标权、专利权一道作为知识产权予以法律保护,这不仅是国际协定的一般立场,而且为我国现有法律规定所认可。^⑮特别是在我国《民法典》第123条已明确规定商业秘密权属于知识产权后,上述观点获得了更为有力的实体法依据。然而,将“知识产权权利说”作为商业秘密刑法保护的正当根据,也不完全妥当,主要理由如下。

一是商业秘密权与其他典型的知识产权如著作

权等存在明显的差异。即使是知识产权权利说的支持者也承认,商业秘密权与其他知识产权存在较大不同,主要表现为以下四个方面:权利取得方式上,商业秘密权的取得并不需要像其他知识产权那样需要国家主管部门的许可和确认;存续方式上,商业秘密权的存续和行使通常不像其他知识产权那样存在时效性和地域性;效力强度方面,商业秘密权的排他性与其他知识产权相比往往更加脆弱;从保护客体来看,商业秘密也并不需要像作品、专利一样要求独创性或新颖性。^②商业秘密能够为权利人创造经济利益,因此属于无形财产这一点是无可置疑的,但知识产权只是无形财产的一种典型类型而已,二者边界并非等同,不能直接推导出商业秘密权属于知识产权这一结论。况且,从该说支持者的表述来看,将商业秘密纳入知识产权保护体系,也只是一种“无奈之举”。

二是将商业秘密权利人的利益上升为权利进行保护,既不符合商业秘密的本质特征,也不利于平衡社会公共利益。商业秘密与其他知识产权最大的不同,在于其财产价值并非由本身所凝聚的劳动所直接产生的,而是由其不为公众所知悉即秘密性所决定的。在商业秘密的三个特征中,价值性是由秘密性所决定的,保密性也是由秘密性衍生出的,我国相关法律之所以会将商业秘密纳入保护范围,其根本原因在于现代市场竞争中,商业秘密尤其是技术信息是权利人在同行业取得竞争优势的“核心武器”。由此可见,秘密性是商业秘密最为核心的特征,也是其受到刑法保护的根本原因,与具有公开性的知识产权存在本质上的差异。这也就决定了对商业秘密的刑法保护不能采取类似于著作权、商标权、专利权的“强保护”战略,否则将会导致市场竞争成本的大幅增加,不利于技术创新与产业升级。

三是我国《民法典》将商业秘密作为知识产权客体予以保护,并不意味着商业秘密权与知识产权等同。正如有学者指出,将某种法益纳入某部法律保护,并不能当然推导出该法益本质上就属于某种

权利,二者之间没有必然关系。^③我国《民法典》第123条的规定更多的是宣示性,并未根本改变商业秘密的反不正当竞争利益性质,其所指的知识产权实际上是广义的知识产权,即无形财产权,事实上我国并未存在单独的商业秘密保护法,而是主要由兼具行政法性质的我国《反不正当竞争法》予以相对的“弱保护”,而且这种立法模式在短时期内也不会发生根本改变。

三、复杂客体说下对法益还原说的“误读”

这里的复杂客体说主要包括秩序优位说和权利人利益优位说两种立场。两者的共同之处在于,都强调保护商业秘密权利人的利益这一根本出发点,^④防止将知识产权犯罪的法益绝对界定为市场秩序。主张秩序优位的理由,有学者从体系解释的角度予以论述,认为我国立法将侵犯商业秘密罪置于“破坏社会主义市场经济秩序犯罪”一章之下,故在该罪保护的复杂客体中,应当以竞争秩序为主要法益,以权利人的权利(权益)为次要法益。^⑤还有学者提供了更为实质性的依据,即侵犯商业秘密行为的本质是侵权行为人通过不正当手段削弱了权利人合法拥有商业秘密获得的竞争优势,是一种典型的违背诚信原则的不正当竞争行为,因此其首先破坏了正常的竞争秩序,权利人竞争优势丧失的关键在于公平竞争的市场经济秩序受到了破坏,故公平的市场经济秩序是主要客体。^⑥与此相对立,权利人权益优位说则将秩序作为主要客体,忽视权利人利益自身的保障,可能造成打击范围的不当扩大或缩小,与刑法偏向保障人权的现代主题相违背;也有学者认为由于秩序法益本身的固有抽象性,侵害后果难以具体评价,因此司法认定的核心关键应当置于个人法益的侵害结果。^⑦

最近的研究文献表明,单纯秩序说被认为具有潜在的忽视个人利益的危险,因此强调经济秩序作为一种超个人法益应当构建溯源性与独立性并存的“双环结构”的观点被提倡。^⑧按照这种立场,侵犯商业秘密罪所保护的秩序法益当然属于“溯源性”法

益,即知识产权管理秩序是保护权利人利益的一种手段,在定罪时需要考虑是否对个人法益造成侵害。笔者认为,这里的溯源性法益概念,是“法益还原论”立场的一种体现,而无论是秩序优位说还是权利人法益优位说,实际上都包含着将秩序法益予以还原的意涵。然而,这里法益还原理念的运用,显然存在着一定程度上的“曲解”。

(一)秩序法益的独立存在价值

长期以来,我国刑法学界对秩序法益存在的正当性一直持比较保守的态度。有观点认为,“秩序法益观”是国家本位主义刑法观的具体体现,违反金融管理秩序成了犯罪化的主要根据,导致了犯罪化标准的模糊化、过度推崇刑法作为前置法的保障工具功能,犯罪化方向的单方化、忽视了对金融交易秩序及其交易利益的保护、犯罪化效果的象征化、立法活跃化以及象征化特征日益突出等问题。^②这里所谓“秩序法益观”缺陷的认识,实际上是将秩序法益简单理解为国家某种行政管理秩序,或以此为核心形成的管理秩序所造成的,因此才会有“秩序法益并不强调利益的归属”等看法。人们需要做的工作,实际上并非对秩序法益的否定,而是积极使其实体化。对此已有学者指出,当前我国刑法理论往往将行政犯的法益界定为管理秩序法益,但是对于这一法益的界定,要么语焉不详,要么简单将其界定为抽象的行政管理秩序(制度),将大量的行政管理因素掺杂在刑法法益中,当然不能发挥法益对行政犯构成要件解释的指导作用,因此应当将管理秩序还原为实体性利益。^③

简单将某项行政管理秩序或以此为核心形成的管理秩序,等同于刑法上值得保护的秩序法益,无疑是片面的。非法经营罪作为典型的侵犯秩序类犯罪,不少学者一度认为该罪保护的法益是市场管理制度、市场管理活动或市场管理秩序,由于上述法益观都存在一定的模糊性,容易导致司法者对该罪适用范围的随意扩大,因此当前的主流观点则认为该罪保护的是市场准入制度或秩序,即只有违反行政

许可管理制度的行为才有可能构成犯罪。然而,并非所有违反行政许可制度的行为都构成非法经营罪,只有严重侵犯国家特殊的经济利益(如税收)或经济安全(如货币安全)以及公众健康利益的行为,才应当受到刑法的规制。^④同理,国家知识产权管理制度的确并不能等同于知识经济市场秩序本身。等同对待的观点混淆了公权运行和私权自治的区别,知识经济市场秩序的内容是知识经济市场主体围绕知识产品的生产、分配、流通等而发生的自发性经济关系,国家知识产权管理制度本身并非市场秩序的内容,而是公权力保障市场秩序正常运行的建构性制度设置,不能将不同层次、性质、价值导向的法律关系混淆对待,更不能笼统、简单地将任何知识产权违规行为与知识产权管理制度相关联。^⑤因此,我国经济犯罪中所保护的“秩序法益”,尽管与前置法上某项管理制度或以此为核心形成的管理秩序密切相关,但二者并非完全相同,现代刑法不应以保障前置法效力为唯一目的,而应以保护某种特定的个人法益或超个人法益为己任,对相关行政管理秩序效力的确认和加固,只是刑法适用的自然效果,将二者简单等同的观点,是对“秩序法益”的一种曲解。

即使将秩序法益理解为超个人法益,依然有观点认为应当将秩序法益排除在刑法保护范围之外,理由主要是超个人法益具有模糊性和广泛性,失去了古典刑法中法益概念的除罪功能,使得入罪更为容易,削减了公民的个人自由,与此同时,刑法不再具有谦抑性,由回应过去转变为了应对未来,牺牲法治原则以换取公众的安全感。^⑥笔者认为,完全否定超个人法益的观点有失偏颇,既不符合当前刑事立法发展的新趋势,一定程度上也是对超个人法益内容的误解。

第一,近年来刑法新增或变动的罪名集中于保护超个人法益。《修正案(十一)》在我国《刑法》第142条之后新增了一条,将部分足以严重危害人体健康的妨害药品管理秩序行为单独入罪,法定刑与生产、销售假药、劣药罪相区分,如将生产、销售国务院药

品监管部门禁止使用的药品的行为入罪,并非因其单独侵害了某个公民的生命健康利益,或某个药品生产销售企业的财产利益,而是立法者从保护药品生产销售管理秩序、维护公众生命健康安全出发,防范公众身体健康法益受到侵害的危险,属于典型的超个人法益犯罪。故否认超个人法益存在的价值将无法有效回应社会公众关切,也无法发挥刑法的社会治理功能。

第二,超个人法益与个人法益相比,的确具有一定的模糊性与广泛性,但超个人法益本身并不会使人罪更为容易,更不会轻易减损公民自由。正如有学者指出的,刑法对集体自由(秩序)的保护,实际上就是保护个人自由的稳定性,这也是符合宪法要求的,因此集体法益具有与个人法益并列的独立地位。^③超个人法益天然具有模糊性和扩张性,但其内容并非只能飘忽不定地理解为某项管理制度或管理秩序,而是可以具体感知的以及明确的。以非法经营罪为例,行为人未取得烟草专卖许可证而擅自销售烟草制品的行为,并未实际侵犯到某一烟草经营商或消费者的利益,而是扰乱了烟草制品生产销售的市场经营秩序,因此无疑构成犯罪。具有争议的是行为人事先取得了相关部门颁发的烟草专卖许可证,所销售的香烟也都是合格的真品,只是将其运到邻省进行售卖的情形,司法实践中不少判例都认定该行为构成非法经营罪,这正是将“市场经营秩序”形式化理解的结果,因为从形式上来看跨地区销售香烟的行为违反了各地香烟配额销售和统一调拨制度,严重扰乱了本地烟草市场销售的正常秩序,甚至减损了地方税收,但如果考虑到上述情形中行为人已经事先取得了销售香烟的许可,具备了经营香烟的合法资质,并且是通过正规渠道获得了合格的产品予以销售,没有对国家税收安全和公众健康造成严重威胁,因此该行为并未严重扰乱市场经营秩序,不构成犯罪。故造成超个人法益丧失法益概念除罪功能的原因并非概念本身,而是对超个人法益进行形式化理解,尤其是将其完全解释为某种抽象的管

理制度或管理秩序,导致司法机关在认定犯罪时往往只是依据前置法规定,从而将大量并没有实际侵害法益的行为纳入刑法规范范围。

(二)事实与价值两个不同层面“还原”关系的混淆

根据对两种法益之间关系的不同理解,可以划分出一元个人的法益学说和二元的法益学说两大基本阵营,前者主张超个人法益只有在有助于个人自由实现的范围内、间接地服务于个人法益保护的范围内,才是正当的,因此超个人法益是由个人法益推导而出的,个人法益具有优先性;后者则认为超个人法益最终目的仍是追求个人法益,并不代表超个人法益由个人法益推导而出,也不能说明所有超个人法益必须能够还原为个人法益,二者之间并不存在谁优先于谁的关系。^④两种学说的对立并不在于是否承认超个人法益的正当性来源于个人法益的追求,支持二元法益学说的代表学者 Kuhlen 对此曾有阐述,国家和社会这类超个人法益的最终目的仍是为了服务于人类利益的维护,任何个人都可以利用这种公众法益,完全脱离于个人法益的超个人法益不具有正当性,进而不值得刑法予以保护。^⑤我国主张超个人法益具有相对独立性的二元法益学说支持者,也从未否认过超个人法益天然具有模糊性和扩张性这一弊端,主张应当弱化超个人法益与政治活动的联系,避免该法益概念完全变成无限夸大刑法治理功能的工具,进而丧失法益概念限制入罪的批判机能。因此,一元个人法益说与二元法益说的根本分歧在于对还原论理解上的差异,即前者认为超个人法益必须能够还原为个人利益才具有正当性,并主张应将个人利益的保护作为刑法的主要目的,行为人的行为只有现实地对个人法益造成侵害或危险,才能够以犯罪论处;后者则主张超个人法益能够还原为社会公众的普遍利益就具有保护的正当性,并不要求必须有个人利益实际受损,应将集体利益作为秩序犯罪的主要目的。一元个人的法益学说混淆了事实与价值两个层次的还原问题,错误地将价

值上的还原关系理解为事实上的能够还原,造成秩序法益与个人法益纠缠不清,不当贬低了秩序法益独立存在的价值。

第一,还原论的问题域决定了秩序法益与个人法益之间只存在价值上的还原关系。还原论提出的目的是为了防止秩序法益内容空洞带来的刑法适用范围无限扩张,避免刑法侵害公民权利和自由。^⑤主张还原论的日本学者西原春夫教授指出,国民欲求是制定刑法的原动力,但它是从个人的欲求中派生出来的。这种“合理的抽象化”体现在将个人情绪性的反应引入合理欲求的轨道,从而缓和激情性的反应,这种在观念上已经被修正过的个人欲求才是真正的国民欲求。^⑥因此,只有那些剔除情绪化欲望之后的意愿才可能归纳为作为刑法制定的原动力的“国民欲求”。这里存在疑问的是,是否全部的国民欲求最终都能够还原为个人欲求?尤其是针对那些妨害国家利益或社会公共利益的不良行为,施加刑罚是出于国家或社会的欲求还是国民的欲求呢?西原春夫先生对此做出了回答:将这类行为作为刑罚法规的对象,应当以国民的欲求为基础,理由是国家保护本国国民的利益,在国民利益产生冲突时才会加以调整,妨害国家或社会利益的不良行为最终会与妨害国民利益紧密联系在一起。^⑦由此可见,西原春夫所反对的是脱离国民欲求而单纯以维护社会秩序为目的的刑事立法,并非是反对社会秩序可以作为刑法的规范保护目的。以知识产权犯罪为例,有学者指出:过分的强调“超个人”的集体法益,而忽视了对权利人个人利益的保护,知识产权犯罪首先侵犯的是权利人的利益,其次才是国家的管理制度,进而才是知识产权秩序。^⑧事实上,承认知识产权犯罪保护法益的“超个人”属性并非否认知识产权权利本身,这正是以保护权利人知识产权权益、维持其竞争优势为出发点所得出的结论。对市场竞争秩序的破坏必然导致权利人因知识产权专有权所享有的财产性、人身性利益受损,但并不能因此否认公共秩序可以作为刑法的保护对象。刑罚是为了保护国民的利

益而存在,就应当考虑把公共利益还原为个人的法益,否则处罚的范围就有扩大的趋势。超个人的秩序法益最终能够落实到个人法益,只是一种客观存在的状态,并不能以此要求犯罪的成立必然要侵害到个人法益。综上,“还原说”的提出是为了防止超脱于个人利益而存在的国家利益或社会利益,有侵犯人权之可能,是为了限制刑法处罚范围的不当扩大,因此这里的“还原”本意应当是指国家利益或社会利益的存在,应当以个人利益为价值支撑,并非要求必须将权利人利益作为刑法的保护法益。

第二,将价值上的还原关系理解为事实上的还原状态,会导致抽象危险犯概念的崩溃、入罪门槛的不当升高等一系列不合理现象。以醉酒型危险驾驶罪为例,一般认为该罪是典型的抽象危险犯,设置的目的是为了更好维护公共交通安全,保护客体并非某个具体人的生命健康安全,而是相对抽象的公共交通秩序,属于典型的秩序类犯罪。按照一元个人法益学说支持者对还原关系的理解,则会得出该罪的适用应以行为人的危险驾驶行为能够对行人的生命健康产生危险为前提,如在荒无人烟的沙漠道路上醉酒驾驶机动车的行为,并不会产生危害公共安全的危险,故不应构成危险驾驶罪。如此理解,势必会导致在所有情形下都要对行为人的行为是否会对个人法益造成危险进行具体判断,这不仅与抽象危险犯的基本原理相悖,而且也造成醉酒型危险驾驶罪规范适用的逻辑不畅,因为醉酒驾驶是违反交通运输管理法规的行为,若造成了行人死亡或重伤的危害后果则直接构成交通肇事罪,否则只能构成危险驾驶罪。换言之,刑法将“在道路上”作为醉酒型危险驾驶罪的场所要件,正是推定在公共道路上醉酒驾驶的行为具有导致行人生命健康遭受侵害的高度危险,即使案发前后道路上并没有行人或车辆通过,但不能否认的是,该行为仍然具有致人伤亡的危险,立法机关正是为了保护一般公众的生命健康不受侵害,才将违反交通管理秩序的醉酒驾驶行为入罪。对行人生命健康安全造成严重威胁是对醉酒型

危险驾驶行为后果的一种事实描述,若断然将此目的上升为规范判断,甚至将个人的生命健康利益作为该罪的保护客体,既与抽象危险犯的定义不相符合,也与该罪的立法目的相违背。事实上,像盗窃罪等传统型财产犯罪也会同时扰乱社会治安管理秩序,但并不会有人因此推定盗窃罪的保护客体包括社会管理秩序。具体到侵犯商业秘密罪,行为人通过不正当手段获取、披露或利用他人保有的商业秘密,事实上必然会对权利人的合法权益造成损害,但并非所有导致商业秘密权利人遭受损害的侵权行为都会构成犯罪,保护商业秘密权利人的合法权益不受侵害是国家维护公平自由的市场竞争秩序所追求的目的,这正是此种秩序能够作为刑法保护客体的价值基础所在,但这种秩序的存在并非仅仅着眼于某个具体权利人的权益,而是为了使社会公众的市场竞争利益普遍不受损害。若径直将商业秘密权利人的权益作为该罪的保护客体,不仅会造成所有侵害商业秘密权利人利益的侵权行为都有可能构成犯罪,过度限缩行为人的竞争自由,不利于鼓励科技创新和充分释放市场竞争活力,而且会不当抬高入罪门槛,导致没有实际侵害权利人利益但已经严重妨碍市场公平自由竞争的行为,无法顺畅入罪,也不利于保护社会公众的合法利益。

(三)本质的厘清:制度依存性犯罪

将公平自由的市场竞争秩序作为侵犯商业秘密罪的保护客体,不仅与商业秘密保护的前置法相协调,而且契合了商业秘密法律保护的实质依据。商业秘密保护的主要法律依据是我国《反不正当竞争法》第9条,该条规定明晰了商业秘密的概念内涵,也对侵权行为的具体类型进行了详细列举,包括商业间谍行为、违约泄露商业秘密行为以及间接侵犯商业秘密的行为。与同为知识产权的专利权侵权行为规定对比来看,前者并不以是否获得权利人许可作为侵权行为成立的前提条件,只要是通过正当手段(包括反向工程、独立研发等)取得的,即使对权利人的市场竞争优势造成减损,也不构成侵权;后者则以

权利人许可作为侵权行为成立的必要条件,即使是通过正当手段取得的,但只要是未经权利人许可,侵害了权利人享有的合法权益,就构成侵权。因此,商业秘密法律保护的重心并不在于权利人市场竞争利益或商业机会的减损,而是行为自身的市场竞争属性和不正当性,是否违背了商业伦理或道德,是否扰乱了公平自由的市场竞争秩序,从而是否阻碍了良好市场发挥创新激励功能,以及社会整体的科技进步与产业升级。正如竞争法学者强调的,正当性是认定不正当竞争行为的根本标准,如果某种竞争行为给其他经营者的合法权益造成损害,违反了公认的商业道德,不制止不足以维护公平竞争秩序的,属于不正当竞争行为。^⑩由此可见,侵犯商业秘密罪的实行行为本质上仍然是一种不正当竞争行为,适用该罪时,不得不考虑商业秘密法律保护的立法目的,即鼓励保护公平自由竞争,保障社会主义市场经济健康发展,将市场竞争秩序作为该罪的保护客体符合上述立法精神。

法哲学根基从自然权利向“激励理论”的转变,进一步说明了上述立场的合理性。有学者将侵犯知识产权犯罪理解为以保护个体法益为主的罪名,主张相关知识产权秩序的管理只是手段,商业秘密侵权行为自古有之,该行为入罪具有悠久的历史根基,因此侵犯商业秘密罪虽属法定犯,但自然犯属性更加浓厚,无论如何,该罪归根到底保护的仍然是商业秘密权利人的个人法益。^⑪上述立论的法哲学基础仍是自然权利说,但从知识产权法学界近年来的讨论来看,晚近兴起的激励理论更加能够充分说明现代社会下商业秘密法律保护的正当根据。激励理论的核心观点是知识产权法律和制度的存在,从经济学上是为了创造和维持一种激励机制,使权利人能够获得超出成本之外的报酬,维持市场竞争者不断从事和开发新技术的热情,持续增加社会知识产品的总存量,最大程度地发挥知识产品对经济增长的促进作用,最终是为了使社会总效益达到最优状态。^⑫将经济性作为商业秘密法律保护的正当根据,

以法律和制度为商业秘密的充分利用保驾护航,提高商业秘密的开发和利用效率,符合知识产品市场竞争的内生发展机制。激励理论的观点是通过增加侵权行为的违法成本,对侵权行为人产生威慑,按照此种观点,如果侵权行为只是对某个特定权利人的利益造成了侵害,那么通过民事赔偿机制即可以弥补权利人损失,防止侵权人不劳而获,此时足以激励权利人不断增加技术创新的投入。只有当行为人的侵权行为严重破坏了市场创新激励机制,扰乱了市场竞争秩序,才应动用刑法予以制裁。并且,尽管在市场经济产生前,科技创新或商业秘密权利人的报酬也是客观存在的,但对于经济增长没有发挥关键作用,其原因在于没有法律和制度的支撑,良好的激励机制尚未形成。^④因此,侵犯商业秘密罪并非上述学者界定的权益依存性犯罪,本质上仍是一种制度依存性犯罪。

四、市场竞争秩序法益下的教义学解读

侵犯商业秘密罪保护法益的重新厘定,将对该罪构成要件行为的理解产生重大影响。面对日益猖獗的商业秘密犯罪,不能一味降低犯罪门槛、加重刑罚。我国商业秘密犯罪的处罚力度并不轻缓,可严重的商业秘密侵权现象仍时有发生。因此,只有将公平自由的市场竞争秩序作为商业秘密刑事制裁体系的着力点,才能充分发挥刑法的法益保护功能和社会治理效能。

(一)剔除犯罪行为类型中与市场竞争秩序无关的因素

我国刑法修改之后的侵犯商业秘密罪的不法表现形式仍为四种,即不正当获取、披露、使用和允许他人使用,并大致可以分为三种行为类型,即商业间谍行为(包括非法获取和滥用非法获取的商业秘密)、违约泄露使用商业秘密行为(滥用合法获取的商业秘密)以及间接侵犯商业秘密行为。当前,该罪行为的认定上依然存在较大争议的是:非法获取行为是否包括单纯的不正当获取行为;其他不正当手段是否包括仅仅违反商业道德的行为;滥用合法获取的

商业秘密行为是否构成犯罪。

1. 单纯非法获取商业秘密的行为不构成犯罪

对于单纯的非法获取行为是否构成犯罪,学界主要存在两种对立观点。肯定说认为单纯的非法获取行为也是刑法规制的行为对象,主要理由则是以不正当手段获取他人所有的商业秘密行为,本质上侵犯了商业秘密的保密性,因此无论是行为人在获取之后是否实际对其加以披露、利用或允许他人使用,商业秘密的保密性都受到了侵害,单纯的非法获取行为也就可以独立成为一类侵权行为。^⑤否定说则认为单纯的非法获取商业秘密的行为并非该罪独立的行为类型,主要理由是刑法规定了只有“给权利人造成重大损失”的非法获取行为才能构成犯罪,因此如果行为人只是实施了非法获取行为,并未实施非法披露、使用或者允许他人使用的行为,就不会给权利人造成重大损失,也就只能得出无罪的结论。^⑥后者更具有可取性,符合侵犯商业秘密罪的保护法益要求,但由于立法者已经将“给权利人造成重大损失”这一结果要件取消,故上述学者的论据也就无法再有效证成该观点的合理性。

尽管当前立法并未对非法获取型的商业秘密犯罪行为作出任何限制,但根据该罪的保护法益,单纯的获取行为并未实际侵犯公平自由的市场竞争秩序,即使造成实际损失,也不应纳入刑事制裁的范围。例如,员工甲系乙公司技术研发部员工,因与上司有矛盾,私自窃取存储着该公司正在研发的一款软件的所有资料的光盘,并私下烧毁,如果按照肯定说的观点,即使行为人的行为属于单纯的非法获取,仍造成权利人利益损失,也应以侵犯商业秘密罪论处。照此认定,必然会与前置法规定和该罪的规范目的相违背,因为商业秘密侵权行为本质上是一种不正当的市场竞争行为,刑法之所以将其中部分纳入规制范围,正是着眼于对市场竞争秩序的整体保护,目的是为了激励市场竞争主体的创新积极性,促进公平竞争,故市场竞争属性是侵犯商业秘密犯罪客观行为的认定要素之一,不能脱离市场竞争秩序

这一保护客体而不当扩大该罪的适用范围。有学者认为,如果此时该商业秘密彻底消失,无法为权利人正常使用,由于此时权利人已投入大量人力财力,单纯的获取行为使得其遭受重大损失,应当依照侵犯商业秘密罪论处。^⑧此结论的背后正是对该罪保护法益的误解。换言之,即使单纯的不正当获取行为已经给权利人的财产利益造成了重大损失,但此时这种损失不是由不正当获取或使用商业秘密造成的,而是由行为人故意毁损的行为所直接导致的,不宜将此时的损失后果归因于商业秘密侵权行为。上述事例中行为人的侵权行为并不具有市场竞争的属性,也不可能侵犯公平自由的市场竞争秩序,只是造成了权利人的财产损失,不构成侵犯商业秘密罪。况且,按照肯定说的逻辑,此时该商业秘密只有侵权人一人知悉,并不满足“为公众所知悉”这一认定丧失保密性的要件,即此时的商业秘密仍具有保密性,也就无法认定为不正当竞争行为。因此,只有能够使得被侵犯的商业秘密处于随时被披露或不当利用这一危险状态的非法获取行为,才是符合立法精神的犯罪类型。

2. 其他不正当手段应限于与市场竞争秩序有关的行为

我国《刑法》第219条规定,非法获取商业秘密的主要手段包括盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入以及其他不正当手段,因此对手段“不正当”性的合理解释,对于该罪的犯罪行为认定具有重要意义。对此,学界存在两种对立的观点:一种观点认为这里的“不正当手段”本身必须具有违法性,并不包括单纯违反商业道德的不正当获取行为,主要理由是刑罚的目的在于对违法行为的非难,因此只有手段本身具有违法性的不正当获取行为才能被评价为非法获取行为;^⑨另一种观点则认为“其他不正当手段”不限于本身具有违法性的行为,而是还包括违反商业道德的不正当获取行为。笔者赞同后者。

如果仅仅将这里的“其他不正当手段”理解为“违法手段”,则首先面临的问题就是其中的“法”具

体是指的刑法还是反不正当竞争法,若只是限于违反刑法的不正当获取行为,则在法律已经明确列举的情况下很难再找到其他不正当手段行为类型,此时兜底行为条款只是成了容纳社会变迁新情形、新手段的“虚假容器”,考虑到通过法律修正也可以达成此目的,这一次对行为类型的修改也印证了上述论断,故“其他不正当手段”丧失了独立存在的正当化依据,还会造成此条款与其他已有的独立罪名之间产生广泛竞合,罪数的判断变得错综复杂,给司法实践徒增了不少挑战。并且,不是所有类型的欺诈、胁迫、电子侵入手段都是违反刑法的犯罪行为,立法者将上述行为明确列举的原因在于其往往在司法实践中较为常见,具备类型化的可能。可以借鉴民事法律中对不正当竞争行为的认定标准,以正确理解“其他不正当手段”行为。国际上通行的不正当竞争行为的认定标准是是否违反诚实惯例,即所有违反普遍遵守的商业惯例的市场竞争行为,都有可能构成不正当竞争,我国通行的认定标准则包括两项重要标准:是否违反我国《反不正当竞争法》的相关规定;是否产生扰乱公平自由市场竞争秩序、损害其他经营者或消费者合法权益的后果。^⑩可以将上述判断标准概括为“形式和实质相结合”的二阶层认定方法,以此为标准,在认定“其他不正当竞争手段”时,实务机关应当着重考量的是该行为是否扰乱了市场竞争秩序,将市场竞争秩序作为首要的判断要素,即该手段行为足以产生扰乱市场竞争秩序、阻碍社会整体创新进步的危险,这不仅符合商业秘密作为一种竞争利益的事物本质,而且与侵犯商业秘密罪的保护客体相协调。

3. 滥用合法获取的商业秘密行为构成该罪

有学者主张,由于需要在商业秘密保护、劳动者择业自由与竞业禁止三者之间保持平衡,实践中保密协定本身约定的内容往往具有模糊性,对于滥用合法获取的商业秘密行为,仅仅追究违约责任予以赔偿已足,科处刑罚有违刑法谦抑性原则,因此应当严格限制“违约型”侵权行为的人罪范围。^⑪甚至有

学者提出,商业秘密立法保护最为发达的美国,也仅仅规定了经济间谍罪和窃取商业秘密罪,并未将非法披露或利用合法获取的商业秘密行为纳入刑事制裁范围,因此将原本属于私法调整范围的平等主体之间的违约行为纳入犯罪,违反了现代刑法辅助性和补充性的基本原则。^⑤

笔者认为该观点有待商榷。因为无论是何种类型的侵犯商业秘密犯罪行为,法益侵害性都体现在对公平自由的市场竞争秩序所造成的损害,以及对社会整体创新进步造成的阻碍,而非单纯的商业秘密权利人的财产利益。换言之,只有披露、使用或允许他人使用的行为,才真正使商业秘密丧失保密性,进而丧失价值性,阻碍知识产权激励机制的有效发挥。不论是合法获取还是非法获取,单纯的获取行为都无法使得权利人所有的商业秘密丧失保密性,无法对权利人参与市场竞争的合法利益造成损害,权利人仍享有其所拥有的商业秘密,对商业秘密激励制度也没有造成侵害。立法者将通过不正当手段获取商业秘密的行为规定为犯罪,背后的实质考量是该类行为的目的往往是为了非法披露或利用权利人所有的商业秘密,具有减损权利人市场竞争优势、扰乱市场竞争秩序的抽象危险。保密义务或要求的设定,目的并非禁止行为人通过合法途径获取、占有商业秘密,而是防止其擅自披露或非法利用该商业秘密,刑法将违反义务型的侵权行为作为犯罪,理由并非在于形式上违反约定的义务,而是实质上该类行为对商业秘密权利人的利益造成减损,损害公平自由的市场竞争秩序。

(二)对“情节严重”的合理界定

此次对侵犯商业秘密罪的修改,最为明显且重要的变化就是删除了“给权利人造成重大损失”这一结果要件,修改为满足“情节严重”这一定量要件即可。有学者对此评价道,此次刑法修改将侵犯商业秘密罪由结果犯修改为情节犯,为该罪定罪量刑标准的多元化及可操作化提供了规范上的依据,有效应对了实践中侵犯商业秘密行为类型多元化这一典

型特征。^⑥当前,因为《解释(三)》对“重大损失”的认定根据不同行为类型作出了详细区分,刑法修正案又以“情节严重”替代了“重大损失”这一结果要件,所以对于该罪罪量标准的认定,首先面临的突出问题就是如何理解“情节严重”与“重大损失”间的适用关系。

从罪名的性质来看,多数观点认为变动后的侵犯商业秘密罪属于典型的情节犯,即不再以“给权利人造成重大损失”为入罪要件,在一定意义上降低了该罪的入罪门槛,扩大了犯罪圈,与当前从严打击知识产权犯罪的刑事政策相契合。不过,也有学者主张,情节犯包括数额犯、结果犯、危险犯在内,按照此种理解,将“情节严重”作为侵犯商业秘密罪的犯罪成立条件,并未改变该罪在犯罪成立意义上的性质,仍然可以理解为是一种结果犯,只不过该结果不再局限于重大损失,而是包括造成权利人破产等其他特别严重情节。^⑦后一种观点并不可取,理由在于:首先,情节的考量并不仅限于结果因素,还包括主体因素、手段因素、动机因素、对象因素等多种影响犯罪成立的条件,即使将侵犯商业秘密罪里的结果做广义上的理解,也只能包括司法解释明确列举的相关情形(致使权利人破产、倒闭等其他非物质性损害),并不能涵盖其他多种体现法益侵害性的因素;其次,将情节犯理解成可以包含结果犯在内的概念,会瓦解情节犯或结果犯概念存在的正当性和意义,也就丧失了区分的必要性,与结果犯在犯罪成立意义上的通常含义相违背;最后,需要注意的是,刑法上将侵犯商业秘密罪作为情节犯予以对待,并非彻底否认了损失结果的重要意义,只不过是在犯罪成立意义上损失结果不再作为必要条件,给权利人造成的重大损失后果,仍然是判断“情节严重”的重要参考因素,但二者绝非犯罪成立条件这一问题域下的相同概念。

在相关司法解释未对“情节严重”这一定量要素进行界定前,有必要在学理上进一步明确影响“情节严重”的判断因素。有学者已指出,“情节严重”是一

种综合考量标准,根据司法实践的经验总结,主要包括以下要素:行为主体(主要是指负有保密义务或要求的特殊身份);犯罪动机(主要是指因报复或泄愤毁损商业秘密的);犯罪手段(主要包括侵权次数、持续时间、传播范围、商业秘密自身的性质等);犯罪后果(是否威胁到国家经济安全 and 经济利益等以及是否造成了破产、停产、清算等非物质性损害后果)。^④值得肯定的是,上述学者所总结的判断要素细致而全面,但因为并未结合该罪的保护法益进行分析,所以可能会导致司法实践中不当扩大该罪的适用范围,将未严重侵犯公平自由市场竞争秩序的行为纳入犯罪圈。因此,在认定“情节严重”时,应当特别注意多元化入罪标准的设定不应脱离该罪保护的法益。

《解释(三)》针对不同的犯罪行为类型设定了不同的入罪标准,例如认为在违约型侵犯商业秘密的情形中,此时行为人合法获取了商业秘密,比盗窃等不正当手段获取行为的社会危害性小,因此应适当抬升入罪门槛。入罪门槛的设定不宜仅依据犯罪手段自身的社会危害性予以判断,而更应结合该手段行为是否提升了该罪保护客体受到侵犯的风险,具体到侵犯商业秘密罪,获取商业秘密的手段正当与否,并不会直接影响其行为的法益侵害性高低,即使是以盗窃、欺诈、胁迫等不正当手段获取商业秘密,也不一定会减损权利人因所有的商业秘密获得的市场竞争优势,此时公平自由的市场竞争秩序未遭破坏,商业秘密保护的激励效用也尚未丧失或降低,获取手段自身的社会危害性无法成为降低或提高入罪门槛的实质依据,故获取手段的正当性不能成为“情节严重”的判断因素。同理,犯罪主体身份和犯罪动机也不宜作为“情节严重”的判断因素,主要理由在于:无论行为人是否负有保密义务或权利人是否明确了保密要求,都不会直接影响不正当竞争效果最后的呈现,换言之,即使行为人不负有保密义务或未违背权利人保密的要求,其行为只要能够减损权利人市场竞争优势、严重扰乱公平自由的市场竞争秩序,依然可以成立“情节严重”。至于犯罪动机,即使

行为人出于泄愤等目的故意损毁权利人的商业秘密,使权利人遭受重大损失,但由于该行为始终未侵犯市场竞争秩序和激励效用,仍不能构成该罪。

注释:

①参见唐稷尧:《扩张与限缩:论我国商业秘密刑法保护的基本立场与实现路径》,载《政治与法律》2020年第7期。

②需要说明的是,这里的统计数据是以《刑法修正案(十一)》及2020年修正的我国《著作权法》为对象所生成的。

③这里指的是2020年修正之后的我国《专利法》的条目。

④参见莫洪宪、刘峰江:《法益转向:商业秘密私权确立之刑事应对》,载《电子知识产权》2018年第7期。

⑤参见田宏杰:《强化知识产权保护的又一里程碑》,载《检察日报》2021年1月6日,第3版。

⑥参见孙山:《反思中前进:商业秘密保护理论基础的剖解与展望》,载《知识产权》2011年第8期。

⑦参见高铭暄:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第433-434页。

⑧参见周铭川:《侵犯商业秘密罪研究》,武汉大学出版社2008年版,第42-43页。

⑨参见张天虹:《经济犯罪新论》,法律出版社2004年版,第209-210页。

⑩参见贺志军:《侵犯商业秘密罪“重大损失”之辩护及释法完善》,载《政治与法律》2020年第10期。

⑪参见上注,贺志军文。

⑫参见王志远:《网络知识产权犯罪的挑战与应对——从知识产权犯罪的本质入手》,载《法学论坛》2020年第5期。

⑬参见杨帆:《侵犯商业秘密罪“重大损失”司法认定的困境、成因及突破——以“刑、民损失”认定区分为切入点》,载《政治与法律》2013年第6期。

⑭参见刘秀:《侵犯商业秘密罪中“重大损失”的认定》,载《中国刑事法杂志》2010年第2期。

⑮参见庄绪龙:《侵犯商业秘密罪危害结果认定标准新论——基于一种数学模型的考虑》,载《政治与法律》2010年第6期。

⑯参见钱玉文、沈佳丹:《侵犯商业秘密罪中“重大损失”的司法认定》,载《中国高校社会科学》2018年第1期。

①⑦参见汤茂仁:《商业秘密民事法律保护研究》,南京师范大学2013年博士学位论文,第32页、第37页。

①⑧[美]罗伯特·P.墨杰斯等:《新技术时代的知识产权法》,齐筠等译,中国政法大学出版社2003年版,第2-3页。

①⑨这一概念并不属于传统民事权利的分类,系刑法学者创设的,用来特指具有绝对性、排他性的财产权,即我国《刑法》第五章侵犯财产罪的客体。参见前注⑤,莫洪宪、刘峰江文。

②⑩参见林诚二:《民法总则(上册)》,法律出版社2008年版,第75页。

②⑪参见张耕等:《商业秘密法》,厦门大学出版社2006年版,第59页。

②⑫参见吴汉东主编:《知识产权法》,北京大学出版社2014年版,第341页。

②⑬参见前注⑦,孙山文。

②⑭参见刘宪权、吴允锋:《侵犯知识产权犯罪理论与实务》,北京大学出版社2007年版,第122页。

②⑮参见李兰英、高扬捷等:《知识产权刑法保护的理论与实践》,法律出版社2018年版,第408页。

②⑯参见赵天红:《商业秘密的刑事保护研究》,中国政法大学2006年博士学位论文,第24页。

②⑰参见前注②⑦,李兰英、高扬捷书,第408页。

②⑱参见涂龙科、郑力凡:《经济刑法法益二元“双环结构”之证成、判断与展开》,载《国家检察官学院学报》2020年第6期。

②⑲参见钱小平:《中国金融刑法立法的应然转向:从“秩序法益观”到“利益法益观”》,载《政治与法律》2017年第5期。

③①参见李文吉:《我国刑法中管理秩序法益还原为实体性法益之提倡》,载《河北法学》2020年第5期。

③②参见陈昊:《非法经营罪罪质的教义学分析》,载《江西警察学院学报》2019年第5期。

③③参见杨帆:《知识产权的刑法面向:强化和适正》,上海交通大学2016年博士学位论文,第118页。

③④参见钟宏彬:《法益理论的宪法基础》,元照出版公司(台北)2012年版,第228-229页。

③⑤参见孙国祥:《集体法益的刑法保护及其边界》,载《法

学研究》2018年第6期。

③⑥参见前注③⑤,钟宏彬书,第231页、第232页、第244页。

③⑦参见前注③⑤,钟宏彬书,第244页。

③⑧参见房慧颖:《预防刑法的天然偏差与公共法益还原考察的化解方法》,载《政治与法律》2020年第9期。

③⑨参见[日]西原春夫:《刑法的根基与哲学(增补版)》,顾肖荣等译,中国法制出版社2017年版,第142-143页。

③⑩参见上注,西原春夫书,第146-147页。

③⑪参见寇占奎、路红兵:《我国知识产权犯罪体系的反思与重构》,载《河北师范大学学报(哲学社会科学版)》2014年第6期。

③⑫参见孔祥俊:《反不正当竞争法新原理(总论)》,法律出版社2019年版,第134页。

③⑬参见时方:《我国经济犯罪超个人法益属性辨析、类型划分及评述》,载《当代法学》2018年第2期。也有学者称之为“权益依存性”犯罪,与“制度依存性”犯罪相对。参见张小宁:《论制度依存性经济刑法及其保护法益的位阶设定》,载《法学》2018年第12期。

③⑭参见刘秀:《商业秘密刑事保护的经济学根据及制度安排》,载《法学论坛》2012年第6期。

③⑮参见前注③⑫,孔祥俊书,第161页。

③⑯参见前注③⑮,李兰英、高扬捷书,第414页。

③⑰参见前注③⑯,赵天红文,第44页。

③⑱参见季超:《再论侵犯商业秘密罪的客体》,载《江西公安专科学校学报》2010年第2期。

③⑲参见前注③⑱,李兰英、高扬捷书,第416页。

④①参见前注③⑱,孔祥俊书,第172页。

④②参见贺志军:《法益论下商业秘密刑法保护问题研究》,载《湖南社会科学》2014年第5期。

④③参见高晓莹:《论商业秘密保护中的刑民分野与协调》,载《北京交通大学学报(社会科学版)》2010年第4期。

④④参见前注③⑱,田宏杰文。

④⑤参见张庆立:《情节犯若干基本问题之教义学检视》,载《西部法学评论》2020年第2期;参见前注④③,贺志军文。

④⑥参见潘莉:《侵犯商业秘密罪:如何界定“情节严重”》,载《检察日报》2020年11月25日,第3版。