

《刑法修正案(十一)》之商业秘密犯罪要点解析

作者：通力大合规业务组

2020 年 12 月 26 日, 第十三届全国人大常委会第二十四次会议通过《中华人民共和国刑法修正案(十一)》(以下简称“《修正案》”), 《修正案》自 2021 年 3 月 1 日起施行。针对商业秘密侵权手段多样化以及商业秘密维权困难的现实状况, 在签订《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》的背景下, 《修正案》提高了商业秘密犯罪的量刑幅度、降低了入罪门槛, 加大了对商业秘密犯罪的处罚力度。本文结合商业秘密犯罪相关条款的修订, 聚焦商业秘密保护的刑法动向, 为企业进行商业秘密维权与刑事合规提供方向。

《修正案》与现行《刑法》对比附表:

.....
如您需要了解我们的出版物,
请联系:

Publication@llinkslaw.com

现行《刑法》	《修正案》
第二百一十九条 有下列侵犯商业秘密行为之一，给商业秘密的权利人造成重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；造成特别严重后果的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金： (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。 本条所称商业秘密，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。 本条所称权利人，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使用人。	第二百一十九条 有下列侵犯商业秘密行为之一，情节严重的，处三年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金： (一)以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入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)违反保密义务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。 明知前款所列行为，获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，以侵犯商业秘密论。 本条所称权利人，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使用人。 第二百一十九条之一 为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密的，处五年以下有期徒刑，并处或者单处罚金；情节严重的，处五年以上有期徒刑，并处罚金。

1. 侵犯商业秘密罪以“情节严重”“情节特别严重”代替“重大损失”“特别严重后果”

在犯罪的成立要件方面，《修正案》删除了现行《刑法》中的“给商业秘密的权利人造成重大损失”及“造成特别严重后果”的条件，分别代之以“情节严重”及“情节特别严重”。《修正案》生效后，对行为人非法获取、披露、使用或允许他人使用商业秘密的行为，不再局限于要求达到法定的、可计量的损害结果，而只要具备特定的犯罪情节，行为人即可能构成犯罪。

基于商业秘密侵权损失难以认定的现状，仅以“损失”的“严重后果”作为商业秘密犯罪的入罪标准并不能在本质上反映商业秘密侵权的危害程度。例如，当侵权人以电子侵入方式获取权利人的技术秘密后，并未干扰权利人的使用，且在技术秘密尚未转化为实际产品时即被抓获，此时就很难判断权利人是否存在损失，更遑论损失的大小。《修正案》的这一修改，扩充了商业秘密犯罪的认定标准，将进一步加强商业秘密犯罪的打击力度。在《修正案》生效后，即便是面对权利人损失难以认定或损失较小的情况，只要满足侵权行为“情节严重”，就可能被认定为构成商业秘密犯罪。但“情节严重”和“情节特别严重”的具体判断标准还有赖于后续司法解释的出台，建议企业密切关注。

2. 新增商业秘密犯罪的侵权手段

《修正案》删除以“利诱”方式获取商业秘密的违法认定，增加了以贿赂、欺诈、电子侵入方式获取商业秘密的犯罪手段。该项修订并非《修正案》的“创举”，根据《最高人民法院、最高人民检察院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)》，“贿赂、欺诈、电子侵入”属于“其他不正当手段”；《反不正当竞争法》也规定“以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入”等获取商业秘密属于侵犯商业秘密。

电子侵入一般指利用程序、工具侵入计算机信息系统及系统软硬件、设备等，常见手段包括通过植入木马、绕过网关、窃取密钥等方式获取商业秘密，例如，侵权人侵入权利人设置的防火墙获取商业秘密，则可能构成以电子侵入的方式非法获取商业秘密。中美双方于 2020 年 1 月签署的《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》明确指出，“中国应列出构成侵犯商业秘密的其他行为，尤其是(一)电子入侵……”。¹《反不正当竞争法》也将“电子侵入”列为商业秘密侵权的形式。此次《修正案》将电子侵入方式写入刑法，是对中美贸易第一阶段协议的回应，也与《反不正当竞争法》一致，有利于规制更具隐蔽性、复杂性的侵权行为，打击商业秘密犯罪。

以电子侵入的方式获取商业秘密，与《刑法》第二百八十五条“非法获取计算机信息系统数据罪”具有相似性，非法获取计算机信息系统数据罪保护的法益“计算机系统中存储、处理或者传输的数据”似乎可以涵盖依托计算机系统存在的商业秘密。但需要注意的是，非法获取计算机信息系统数据罪保护的客体是计算机信息系统的安全，而非侵犯商业秘密罪所保护的商业秘密。同时，基于被窃取的数据的特点，现行《刑法》对很多借助网络方式获取数据的行为都设有独立罪名，如第二百五十三条之一“侵犯公民个人信息罪”，并不会一概纳入“非法获取计算机信息系统数据罪”。因此，未来以电子侵入获取商业秘密的，可能存在“侵犯商业秘密罪”和“非法获取计算机信息系统数据罪”竞合，需要根据具体犯罪行为认定罪名。

3. 删除商业秘密定义

《修正案》草案一审稿将现行《刑法》中商业秘密的定义进行了修改，草案一审稿在商业秘密定义中删除“能为权利人带来经济利益”“具有实用性”等表述，与现行《反不正当竞争法》的表述一致。从《修正案》草案以及《反不正当竞争法》历次修订情况来看，商业秘密的定义具有复杂性，在《修正案》二审稿和最终稿中，商业秘密的定义均被删除。在未来的司法实践中，司法机关可能参照《反不正当竞争法》认定商业秘密，以应对未来案件处理过程中的复杂情况，保护权利人在《反不正当竞争法》下得以保护的权益。

¹ 《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府经济贸易协议》，参见 <http://www.gov.cn/guowuyuan/2020-01/16/5469650/files/0637e57d99ea4f968454206af8782dd7.pdf>，最后访问时间为 2021 年 2 月 8 日。

4. 新增向境外非法提供商业秘密相关犯罪条款

《修正案》自草案一审稿即增加了第二百一十九条之一“为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供商业秘密”相关罪名，在《修正案》最终稿中，这一罪名的最低法定刑由拘役提高到有期徒刑。同侵犯商业秘密罪相比，第二百一十九条之一在法定刑和犯罪行为方面都存在特殊性。在法定刑方面，第二百一十九条之一的刑罚对一般犯罪行为设置了五年有期徒刑上限，对“情节严重”的有期徒刑的上限未予以设定；而侵犯商业秘密罪“情节严重”的最高刑期为三年有期徒刑，“情节特别严重”的最高刑期为十年有期徒刑。在犯罪行为方面，第二百一十九条之一强调“向境外提供”，属于行为犯，也就是说，一旦有具体行为即会构成犯罪。

总体来看，《修正案》在商业秘密刑事立法方面的修订，体现了国家对商业秘密犯罪的打击力度，优化了营商环境，符合当前经济发展中的企业竞争诉求。在《修正案》生效后，企业更应当合法获取、使用他人的商业秘密，避免商业秘密侵权，做好刑事合规，防范刑事风险。

如您希望就相关问题进一步交流，请联系：



潘永建
+86 21 3135 8701
david.pan@llinkslaw.com



杨 迅
+86 21 3135 8799
xun.yang@llinkslaw.com



孔焕志
+86 21 3135 8777
kenneth.kong@llinkslaw.com



辜鸿鹄
+86 21 3135 8722
patrick.gu@llinkslaw.com

如您希望就其他问题进一步交流或有其他业务咨询需求，请随时与我们联系: master@llinkslaw.com

上海

上海市银城中路 68 号
时代金融中心 19 楼
T: +86 21 3135 8666
F: +86 21 3135 8600

北京

北京市建国门北大街 8 号
华润大厦 4 楼
T: +86 10 8519 2266
F: +86 10 8519 2929

深圳

深圳市南山区科苑南路 2666 号
中国华润大厦 18 楼
T: +86 755 3391 7666
F: +86 755 3391 7668

香港

香港中环遮打道 18 号
历山大厦 32 楼 3201 室
T: +852 2592 1978
F: +852 2868 0883

伦敦

1/F, 3 More London Riverside
London SE1 2RE
T: +44 (0)20 3283 4337
D: +44 (0)20 3283 4323



www.llinkslaw.com



Wechat: Llinkslaw

本土化资源 国际化视野

免责声明：

本出版物仅供一般性参考，并无意提供任何法律或其他建议。我们明示不对任何依赖本出版物的任何内容而采取或不采取行动所导致的后果承担责任。我们保留所有对本出版物的权利。

© 通力律师事务所 2021