

“获取型”侵犯商业秘密“实际损失”和“犯罪形态”的审查认定

——刘忠炎侵犯商业秘密案

裁判要旨：“获取型”侵犯商业秘密属于知识产权保护新类型案件，其特点是通过不正当手段获取权利人商业秘密，但尚未披露、使用或允许他人使用。本案所涉技术点虽含铭牌等信息，但其披露时点及商业价值具有四性特征，属于商业秘密。权利人为防止再次泄密或给予必要保护，采取必要补救措施所产生的费用，应认定为直接实际损失。

案例索引：

一审：惠来县人民法院（2020）粤 5224 刑初 129 号。

二审：揭阳市中级人民法院（2020）粤 52 刑终 203 号。

一、案情

原公诉机关：惠来县人民检察院。

上诉人（原审被告）：刘忠炎。

被害单位明阳智慧能源集团股份有限公司（以下简称明阳公司）成立于 2006 年 6 月 2 日。2016 年，明阳公司对 MySE7.0MW 风电机组样机研发项目进行自主研发，2019 年更名为 MySE7.25MW 风电机组。2019 年，该风电机组首台样机于揭阳市惠来县成功吊装，并进行风机调试及并网运行。刘忠炎于 2015 年 9 月入职远景能源（江苏）有限公司上海分公司，案发前任该公司团队负责人、机械工程师。2019 年 2 月 22 日晚，刘忠炎与家人从上海搭乘飞机至揭阳市，并租用事先预定的汽车，与家人到汕头市南澳县游玩。次日 14 时许，刘忠炎独自驾车前往揭阳市惠来县明阳公司该风电机组项目安装现场，后穿着事先购买的明阳公司供应商“中车集团”工作服，携带事先准备的照相机、激光测距仪等工具，冒充中车集团人员进入正在安装的机组内部，沿着塔筒内部往上爬，避开施工人员后打开相关柜体，依次在塔筒内各级平台对该风电机组的内部结构、相关设备及技术参数等信息进行测量和拍照，共计拍摄 617 张照片及录制 15 个视频。当日 19 时许，刘忠炎被人发现，在逃跑途中被抓。

经鉴定及评估，涉案五项技术点在案发前属于不为公众所知悉的技术信息；该技

术信息与刘忠炎所拍摄照片中记载的技术信息相同；涉案五项技术点的自主研发成本为 4032069.62 元，许可费用为 57673371.71 元；该风力发电机组因被非法侵入造成检测费损失 307200 元，造成生产误工费损失 407276.34 元，两项合计造成直接损失 714476.34 元。

公诉机关以刘忠炎犯侵犯商业秘密罪提起公诉。

二、审判

惠来县人民法院一审认为，刘忠炎身为同类风电企业的专业技术人员，经预谋以盗窃手段非法获取明阳公司商业秘密，给权利人造成重大损失，依法构成侵犯商业秘密罪。刘忠炎任职的公司与权利人明阳公司竞争激烈，案发时涉案风电机组系亚洲最大海上单机容量的抗台风风电机组，创新程度及商业价值均较高。刘忠炎主观上对窃取行为造成明阳公司利益的严重损害具有清晰认识，选择在整机调试的关键阶段实施犯罪，且事先经精心谋划、准备，现场拍摄商业秘密照片 600 余张，录制多个视频，对核心数据进行反复测量，不仅反映涉案商业秘密具有较高的专业性、实用性和价值性，也说明其犯罪意图明显、犯罪动机卑劣、社会危害性较大。依照《中华人民共和国刑法》第二百一十九条第一款第一项、第三款、第四款、第五十二条、第五十三条、第六十四条，《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》第七条及《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（二）》第四条的规定，判决：刘忠炎犯侵犯商业秘密罪，判处有期徒刑三年，并处罚金 100 万元。

宣判后，刘忠炎提出上诉。

揭阳市中级人民法院二审认为，刘忠炎身为同类风电企业中从事相关技术研发的专业人员，经预谋窃取权利人的商业秘密，手段恶劣，给权利人造成重大损失，依法构成侵犯商业秘密罪。案发时，涉案风电机组在市场中具有领先地位。刘忠炎作为就职于与明阳公司有激烈竞争关系的同类企业且获得多项专利的工程师，经过预谋及准备，伪装身份潜入机组内部，对相关技术信息及核心数据进行数百次拍摄记录及详细测量，其主观恶意明显，行为性质恶劣，除造成权利人实际损失 70 余万元外，还导致研发进度被延缓，正常的生产经营秩序被破坏，市场竞争优势被削弱，犯罪后果严重。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百三十六条第一款第一项的规定，裁定：

驳回上诉，维持原判。

三、评析

随着经济发展，知识产权新类型案件不断涌现，侵犯商业秘密形态呈现复杂化趋势。刘忠炎侵犯商业秘密案，系揭阳法院审理的首宗“获取型”侵犯商业秘密案件。该案在界定“获取型”侵犯商业秘密罪与非罪、犯罪形态、损失数额计算等问题上具有典型性和新颖性，对同类案件审理具有一定的参照意义，契合中央提出的“加大刑事打击力度，研究降低侵犯知识产权犯罪入罪标准，提高量刑处罚力度，修改罪状表述，推动解决涉案侵权物品处置等问题”¹的改革精神。具体言之，本案主要解决三个方面争议焦点：一是“获取型”侵犯商业秘密“非公知性”认定问题及其特征；二是“获取型”侵犯商业秘密重大损失数额如何认定问题；三是“获取型”侵犯商业秘密犯罪形态及归责问题。

（一）“获取型”不同于“披露型”“使用型”侵犯商业秘密，其犯罪动机具有特殊性

通说认为，商业秘密应当具备价值性、实用性、保密性及非公知性四个构成要件。本案中，控辩双方对于非公知性问题存在较大分歧。为此，辩方还提交了证据及专家意见²，证实其提出涉案技术点不符合商业秘密的要件的相关意见。但合议庭参照最高人民法院《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第九条³规定，认定涉案技术点具备非公知性。

其理由如下：其一，在案鉴定意见证实涉案技术点在案发日之前不为公众所知悉，属于非公知性技术；其二，权利人于案发后对部分技术信息的公开，不影响涉案技术点在案发前是否属于公知的认定；其三，基于风电行业的特点，生产同一类产品的原理方法可能相通，个别技术参数也有统一标准，但用于生产的具体技术、参数及整体的布置组合却各有不同，经过选择和组合后形成的有机整体有所差异，由此导致产品质量生产效能存在差别，从而体现不同单位

¹ 2019年11月，中共中央办公厅、国务院办公厅印发《关于强化知识产权保护的意见》。

² 吴汉东、张明楷、何敏、关永红《专家论证意见书》。

³ 该条文内容为：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，应当认定为反不正当竞争法第十条第三款规定的“不为公众所知悉”。

之间的技术差异并成为权利人所特有的技术信息。涉案技术点的技术图纸及参数信息，外人无法普遍知悉全部信息或在其他公开渠道无偿轻易全部获得，且从已公开销售的风力发电产品获得部分技术信息也不必然能推导出经选择组合后的整体技术的公知或关键信息点。涉案技术点作为由各技术参数、信息精确排列组合后的有机整体，该整体技术并非通过观察风电机组可直接获得的简单信息组合，在案发前不为公众所知悉，应认定具备非公知性。

因此，涉案五项技术点具备价值性、保密性、实用性、非公知性四个要件，属于商业秘密。且综合来看，被告人侵犯商业秘密手段及目的具有特殊性。在实践中，行为人为非法获取商业秘密，多采用偷拍、复印或者未经许可进入特定系统或存储设备拷贝、下载等方式秘密窃取。实务中倾向将该类行为认定为《刑法》第 219 条第 1 款第 1 项的“盗窃”，且该条文所规定的“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”所规制的系“不正当获取行为”本身，故此当“其他不正当手段之性质”与盗窃、利诱、胁迫性质相当时，获取行为本身即为不法行为。另外“以不正当手段获取商业秘密”的前提重在区别于违约侵犯商业秘密行为，仍需认定行为人无合法掌握、知悉或持有该商业秘密之依据。本案中，刘忠炎在实施犯罪行为后被抓获，已实际获取其所未掌握、知悉或持有之商业秘密，属于典型的“获取型”侵犯商业秘密。

（二）“获取型”侵犯商业秘密应以权利人实施必要补救措施所花费成本认定直接实际损失

“获取型”侵犯商业秘密的特征在于其以与盗窃、利诱、胁迫性质相当之不正当手段获取了商业秘密，但尚未对外披露使用或者允许他人使用。此类型案件难点在于如何认定不正当获取行为造成权利人实际损失，亦如何认定实际损失的问题。对此，学界主要有两种不同观点：一种观点认为，刑法将不正当手段获取商业秘密的行为明确规定为一种实行行为，意味着只要是非法获取了商业秘密，就可认定给权利人造成了损失；另一种观点认为，以不正当手段获取商业秘密后，因未将商业秘密用于经营活动，不宜认定给权利人造成实际损失。笔者通过对中国裁判文书网检索所得约 200 篇此类型案件比较分析可知，综合不同案情，认定重大损失存在“因侵害行为所造成的利润实际损失”“加害人所获取的利润”“许可使用费”等标准。一方面，关于直

接损失的认定，因该危害结果主要表现在造成了权利人的盈利减少、亏损增加、商业秘密价值减少等损害后果，上述实际直接损失当然属于重大损失的范畴；另一方面，关于间接损失认定也于法有据，2001 年最高人民检察院、公安部《关于经济犯罪案件追诉标准的规定》⁴将“直接损失数额 50 万元以上”作为该罪追诉起点，到了 2004 年最高人民法院、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》⁵规定为“造成损失数额在 50 万元以上”，而到 2010 年最高人民检察院、公安部《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》⁶也沿袭上述表述，客观反映了侵犯商业秘密罪认定损失数额的标准改变。据此，认定“获取型”侵犯商业秘密罪的重大损失，不仅包括实际直接损失，也包括间接损失。

鉴于“获取型”侵犯商业秘密犯罪手段具有特殊性，需要将其与其他类型侵犯商业秘密犯罪在认定重大损失的数额上加以区分。

1. 因行为人的侵害行为侵犯了权利人的技术秘密，权利人为防止再次泄露或给予必要保护，采取必要补救措施所支出的成本，属于直接实际损失。本案中，重新检测费和误工费属直接实际损失。被告人非法侵入并拍录了照片视频，鉴于其技术及身份背景，作案时长以及高科技的产品情况，对涉案产品进行重新检测具有合理及必要性，也符合行业通行做法，假设因关键部分被改动或破坏，导致存在安全隐患甚至引发事故，则危害结果是无法估量的。同时，因侵害结果与侵害行为之间有因果关系，侵害结果实际发生了，因检测费所产生的相应误工费用，当然也属实际损失。

2. 相关许可费及研发费用可作为间接损失计入损失数额，但应结合案情综合考虑。一般情况下，“获取型”侵犯商业秘密案件中相关许可费用可作为间接损失计入犯罪数额，但自主研发费用须在特定的情形下（商业秘密灭失、不再具有非公知性等情形）才能作为间接损失计入犯罪数额，不应随意扩大范围。

⁴《最高人民检察院、公安部关于经济犯罪案件追诉标准的规定》（公发[2001]11 号，2001.04.18 公布）第六十五条“给商业秘密权利人造成直接经济损失数额在五十万元以上的”。

⁵《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》（法释[2004]19 号，2004.12.08 公布）第七条“给商业秘密的权利人造成损失数额在五十万元以上的”。

⁶《最高人民检察院、公安部关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定（二）》（公通字[2010]23 号，2010.05.07 公布）第七十三条“给商业秘密权利人造成损失数额在五十万元以上的”。

本案中，检察院及被害方认为技术许可费和自主研发费应作为犯罪数额计算，但结合案情，由于该风电机组仅处于调试阶段，尚未完全进入市场，商业秘密经证实未被泄露，仍保持非公知性，故应保持刑法谦抑性，不应将上述费用计入，但需作为衡量社会危害性的重要考量因素。综上，对于如本案的“获取型侵犯商业秘密犯罪，直接实际损失作为损失数额符合客观实际，但鉴于涉案风电机组仅处于调试阶段的具体情形，相关费用不再作为间接损失数额计算。

（三）“获取型”侵犯商业秘密犯罪系结果犯，构成犯罪的同时即成立既遂

鉴于以盗窃等不正当手段获取商业秘密行为更加隐秘卑劣，权利人难以防范，其社会危害性高于违反保密约定滥用商业秘密的行为。在本案，围绕犯罪形态有四种不同意见：一是被告人在实施侵犯商业秘密行为后被现场抓获，属犯罪未遂形态；二是被害方认为应认定包括61705441.33元在内的全案既遂；三是被害方提供的专家意见⁷认为该罪不存在犯罪未遂问题；四是辩方及其提供的专家意见认为被告人不构成犯罪，故不存在未遂。

审理法院认为，侵犯商业秘密罪由客观行为与损失结果作为构成要件及既未遂标准。无论何种侵犯商业秘密犯罪，在犯罪形态上属结果犯，而重大损失作为特定损害结果是区分罪与非罪的标准，是构成该罪的必要结果要件。只要有客观行为并造成重大损失，即构成犯罪，并成立既遂，不存在犯罪未遂的问题。本案中，因犯罪行为已经实施终了，并给权利人造成了损失结果的客观发生，应以犯罪既遂论处。

值得一提的是，本案生效后，《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）》公布。该司法解释不仅明确法律适用、统一司法标准，也降低了侵犯商业秘密犯罪的入罪标准，还构建了体系化的定罪量刑体系，亦佐证了一二审裁判思路与观点契合商业秘密司法保护的改革精神。

（作者单位：惠来县人民法院 陈少华、陈泽楷）

⁷ 刘春田、孔祥俊、马一德、黄武双《专家法律意见书》。