侵犯商业秘密罪中经营信息证据如何收集

典型案例传真

□谈信友 潘 莉

谈信友

潘莉

□对于同时侵犯商业秘密权利人技术秘密和经营秘密案件，需要围绕“秘密性”“价值性”和“保密性”三个特征，收集认定经营信息中的客户名单构成经营秘密的相关证据。

□司法机关应当运用恢复性司法理念，兼顾各方诉求，既要弥补被害单位经济损失，强化知识产权的保护，又要注重营造良好营商环境，服务保障经济发展。

基本案情:A公司作为从事化工科技领域内技术开发等业务的企业，自主研发了某项物理膨胀微球的技术配方，该技术配方属于A公司的商业秘密。2013年3月，A公司与被告单位B公司签署了《委托加工协议》，双方约定2013年3月至2016年3月，B公司为A公司代加工生产微球。协议同时约定，在委托加工期间及合同终止后5年内，B公司不得自行检测、研发微球技术信息，不得生产销售相同或近似的微球。2015年11月，B公司违反与A公司的保密约定，决议自行研发、生产微球，并由顾某全面负责、王某具体执行微球研发。2016年7月至2017年10月，B公司以不正当手段获得微球配方后，自行组织生产、销售与A公司同类型微球1000余吨。原A公司副总经理陈某明知A公司所拥有的微球技术信息和经营信息系商业秘密，仍将微球的配方内容泄露给B公司用于生产，并在任职期间及离职后，将涉案微球销售给温州某公司等4家A公司客户。2016年11月至2017年8月，顾某、王某、陈某等人经过合谋，在明知B公司生产微球的技术配方系侵犯A公司商业秘密的情况下，租借场地加工生产微球，由顾某全面负责，王某负责技术生产，陈某负责销售，共计450余吨。案发后，B公司和顾某分别赔偿A公司人民币500万元和100万元，获得A公司谅解。在法院审理阶段，被告人王某、陈某分别与A公司达成赔偿谅解协议，获得A公司谅解。

【要旨】

对于同时侵犯商业秘密权利人技术秘密和经营秘密案件，需要围绕“秘密性”“价值性”和“保密性”三个特征，收集认定经营信息中的客户名单构成经营秘密的相关证据。在商业秘密损失数额的计算方式和依据均无明确规定可以参照情况下，在知识产权刑事犯罪案件中采用销售利润(毛利润)计算损失数额具有合理性和可操作性。知识产权犯罪案件中，权利单位作为刑事犯罪案件中法律拟制被害人，应当享有相关的诉讼权利，并履行诉讼义务。被害单位和被告单位均为民营企业，司法机关应当运用恢复性司法理念，兼顾各方诉求，既要弥补被害单位经济损失，强化知识产权的保护，又要注重营造良好营商环境，服务保障经济发展。

【指控与证明犯罪】

审查起诉阶段。检察机关依法讯问犯罪嫌疑人，核实了案件事实与证据，听取了被害单位A公司及其诉讼代理人的意见，了解企业的诉求、行业技术、市场发展情况，以便有效保障被害单位的合法权利和正常运营。在审查中，顾某等3人逐步对自己的行为有了正确认识，表示愿意认罪悔改。经检察机关和公安机关积极联系，B公司和顾某在审查起诉阶段分别赔偿A公司部分损失，与A公司达成赔偿谅解协议。王某和陈某也在审查起诉阶段表达了赔偿意愿。

法庭审理阶段。2019年4月12日，法院适用普通程序依法不公开开庭审理本案。被害单位委派诉讼代表人、诉讼代理人参加庭审。鉴于被害单位在法院审理阶段明确提出希望对三名被告人及被告单位予以从轻或者减轻处罚、建议适用缓刑。2019年6月25日至26日，办案人员前往被告单位B公司及其所在开发区管委会，实地走访调查，充分了解被告单位的企业规模、生产经营、当事人双方继续合作办厂及被告人顾某在公司日常经营管理中所起作用等，以便对本案的最终处理提供依据。

2019年6月28日，检察院检察长列席法院审委会，讨论对该案妥善处理问题，力求体现案件处理上的法律效果与社会效果并重。

【判决结果】

2019年7月29日，法院作出一审判决，认定检察机关指控的罪名成立，出示的证据能够相互印证，提出的量刑建议适当，予以采纳。认定被告单位B公司和三名被告人均犯侵犯商业秘密罪，对单位单处罚金1900万元。对陈某判处有期徒刑三年，缓刑五年，并处罚金510万元。对顾某判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金460万元。对王某判处有期徒刑三年，缓刑三年，并处罚金460万元。被告人及被告单位均未上诉，判决已生效。

【典型意义】

准确认定客户名单构成经营秘密行为，收集固定关键证据。本案中的犯罪行为，既侵犯权利人的技术信息，又侵犯权利人的经营信息。技术信息取证较为常见，而经营信息包括客户名单、货源情报、产销策略等信息。本案涉及的经营信息是客户名单。客户名单认定为商业秘密的证据规格在实践中并不明确，检察机关派员指导，围绕“秘密性”“价值性”和“保密性”三个特征有效引导取证，确保侵犯经营秘密的犯罪行为得以依法认定。具体证据内容包括：一是客户名单形成过程的证据，证明是A公司投入人力、物力、财力长期汇总形成的。需要权利人提供相应的书证材料，例如被害单位陈述、交易合同、发票等。二是客户名单包含特殊需求的深度信息的证据。需要权利人明确客户名单包括联系人、发货地址、交易单价、订货习惯、包装要求等，从一般公开渠道无法获得，能够为公司带来竞争优势的深度信息。三是客户名单中的客户是权利人的长期固定客户，能为权利人带来经济利益的证据，如每年的固定交易额、相关的财务报表等。四是对客户名单采取保密措施的证据。如专人保管，有专用保密文件柜，客户名单查询具有分级保密权限，专门的规章制度明确客户信息书保密范围等证据。五是客户名单被他人非法获取、非法利用的证据，即犯罪嫌疑人如何利用客户名单挖走客户。排除客户基于对犯罪嫌疑人个人的信赖和自愿选择而进行市场交易。六是查明名单中的客户不再与权利人进行交易的原因，要证实权利人损失与客户名单被非法利用之间具备因果关系，排除权利人自身经营不善、因信赖关系导致客户自动放弃与权利人交易等因素。以上第一、二项证据印证“秘密性”特征；第三项证据印证“价值性”特征；第四项证据印证“保密性”特征；第五、六项证据属于排除性证据，从而从整体上构建了一套有关经营秘密的封闭式指控证据体系。

科学采用“重大损失”的计算方法，正确认定犯罪数额。刑法和相关司法解释对如何认定“给商业秘密的权利人造成重大损失(50万元以上)”没有明确规定，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17条规定，可以参照侵犯专利权损害赔偿数额的方法进行，采用四种方法(从权利人损失、侵权人获利、许可使用费损失以及商业价值折损)对损失数额进行认定。根据案件具体情况、在案证据等因素选择不同的方法。

第一，首选权利人损失和侵权人获利方法，当权利人损失法和侵权人获利法的计算条件等同时，择一重处罚。

第二，对难以查清权利人损失或者侵权人获利的，可以采用许可使用费的合理倍数认定。

第三，对于完全披露他人商业秘密导致公众知悉但未发现使用的情形，因为既不存在侵权人获利，也不存在权利人必然发生的可得利益损失的，可根据商业秘密的自身价值或者研发费用来认定。需要说明的是，权利人损失法和侵权人获利法的计算都与产品的利润率有关。利润率有营业利润(净利润，扣除各种税费)和销售利润(毛利润)两种计算方法。专利纠纷的相关司法解释明确“侵权人因侵权所获得的利益一般按照侵权人的营业利润计算，对于完全以侵权为业的侵权人，可以按照销售利润计算”。考虑到刑事犯罪案件的犯罪数额认定一般不扣除犯罪成本，故知识产权刑事犯罪采用销售利润计算损失数额具有合理性和可操作性。

本案中，权利单位研发微球的成本为675万元，历时5年，而被告方的违法所得利益，只要其财务资料完整客观真实，就有可能计算出准确的违法所得金额，按照刑事犯罪案件的犯罪数额认定一贯思路，应以毛利(销售利润)而非净利(营业利润，扣除各种税费)作为依据。因此，检察机关引导侦查机关合理适用犯罪数额计算标准，准确认定“重大损失”金额，为本案最终确定犯罪数额打下了坚实的基础。

保障权利单位全程参与，促使诉讼及时高效。本案商业秘密的权利人A公司从立案侦查到法院宣判始终以被害单位身份参与整个刑事诉讼活动，行使诉讼权利，包括阅卷、向检察院提供案情和商业秘密的秘点分析和确认。权利人诉讼权利得到了充分的保障。

(作者单位:上海市人民检察院第三分院)

行政非诉执行能否适用股东出资加速到期制度

□刘东杰

案情:甲有限责任公司豆制品生产项目偷排废气，违反大气污染防治法等法律规定。C县生态环境局对甲公司作出行政处罚，要求其停止违法行为，并处罚款10万元。行政处罚决定书生效后，甲公司豆制品生产项目已关停，但未履行缴纳罚款义务。C县生态环境局向法院申请执行，因甲公司无可供执行财产，法院裁定终结本次执行。C县检察机关发现，甲公司注册资本30万元，股东王某认缴20万元，分20年缴清，实际只缴纳10万元，尚有10万元未缴纳。那么，甲公司无可供执行财产，王某尚未缴纳的10万元是否提前到期，能否被执行？

分歧意见:行政非诉执行案件中，法院穷尽执行手段，公司无财产可供执行。法院于是裁定终结本次执行。检察机关在履职中发现，其股东尚有未到期出资款没有缴清，是否可以适用股东出资加速到期制度，要求股东提前履行出资义务，以解决债务清偿问题？就本案而言，主要存在两种不同意见：

第一种意见认为，不能适用股东出资加速到期制度，法院终结本次执行裁定正确。理由是公司法第26条规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。我国公司法实行注册资本认缴制度，一般情况下，没有最低注册资本、实缴资本的限制，股东对认缴的注册资本享有期限利益，在期限届满前，不需要缴纳注册资金。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第519条规定，经过财产调查未发现可供执行的财产，在申请执行人签字确认或者执行法院组成合议庭审查核实并经院长批准后，可以裁定终结本次执行程序。本案执行对象为甲公司，因没有可供执行财产，应当裁定终结本次执行。待股东期限利益届满未缴纳注册资金或者公司有其他可供执行财产时，可以恢复执行。

第二种意见认为，可以适用股东加速到期制度，对于法院终结本次执行，检察机关应当进行监督。《全国法院民商事审判工作会议纪要》第6条规定，公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的，股东出资可以加速到期。股东出资的到期意味着公司对其享有到期债权，公司仍然有财产，此时裁定终结本次执行属于错误裁定，检察机关应当监督其追加未届出资期限的股东为被执行人，恢复执行。

评析:笔者同意第二种意见，理由如下：

第一，注册资金认缴制度以期限利益为原则，以出资加速到期为例外。为了鼓励大众创业、降低创业门槛，公司法规定了注册资本认缴制度。股东在公司章程等文件中承诺在一定期限缴纳注册资金。股东认缴出资义务只是暂缓缴纳，不是不需缴纳，在期限届满时，应当向公司缴纳。但是，认缴制度的期限利益存在例外情况，在公司经营发生重大变化，偿债能力快速降低的时候，股东的出资义务加速到期。比如，在行政非诉执行案件中，法院穷尽执行手段，公司无财产可供执行，股东的出资义务应当加速到期，股东应当被追加为被执行人并在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任。

第二，在执行程序中实现股东出资义务加速到期有明确法律依据。公司法第3条规定，有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第13条规定，公司债权人请求未履行或者未全面履行出资义务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。上述法律、司法解释适用于股东的出资期限已经届满、而股东未全面履行出资义务的情形，同样适用于股东的出资期限尚未届满的情形。行政非诉执行案件中，行政机关必须先向公司主张债权，在穷尽执行手段仍无法执行到位时，才可向股东主张权利。

第三，在执行程序中实现股东出资义务加速到期符合当前司法实践要求。经过法院穷尽执行手段，公司无财产可供执行，此时公司实体已经资不抵债，达到了破产的实质条件。根据《全国法院民商事审判工作会议纪要》第6条规定，公司作为被执行人的案件，人民法院穷尽执行措施无财产可供执行，已具备破产原因，但不申请破产的，股东出资可以加速到期。

第四，在执行程序中实现股东出资义务加速到期可以有效保护公共利益。行政非诉执行的申请人是行政机关，执行依据是行政法律文书。行政处罚等行政决定一经作出，即具有公信力和执行力。公信力需要行政法律文书最终被执行到位作为前提，执行力需要法院强制执行作为保障。公司作为被执行人的案件，法院穷尽执行措施无财产可供执行，其股东又有未到期的出资款未缴纳。此时，法院若裁定终结本次执行，行政法律文书的执行力仍旧无法落实。若实现股东出资义务加速到期，并追加股东为被执行人，在未出资范围内对公司不能清偿的债务承担补充赔偿责任，将解决行政法律文书的执行障碍，有效追回国家财产，保护公共利益。

(作者单位:浙江省慈溪市人民检察院)

骗得他人网络支付信息侵财应属诈骗行为

□蒲 阳

案情:2019年11月，王某伙同他人建立QQ群，在群内发布公告称，无须转账汇款，只要支付零元，就完成刷单，并赚取每单30元的佣金。通过这种方式，王某等人诱骗被害人与其聊天，骗取被害人的网络支付账号余额信息，根据额度生成一个代付链接，并引导被害人下载其自制的代付App。复制代付链接后，让被害人在伪造的网络支付平台登录页面完成支付。由于该支付页面显示支付金额为零元，被害人往往认为不转账就不会实际付款，于是输入自己的支付账号、密码等信息。王某等人利用被害人提供的信息逐步将支付账号中的余额转走，非法获利10万余元。

分歧意见:对于王某利用零支付刷单骗局非法获取被害人财物行为如何定性，有两种不同意见：

第一种意见认为，王某的行为构成盗窃罪。一方面，被害人并无财产处分意识。被害人基于支付金额为零元这样的认识进行了支付操作，不具有处分自己支付账号中金额转移给他人的意思；另一方面，财物转移占有的主要手段是王某等人获取被害人的账号、密码后的转账行为，该行为并非被害人自己实施，而是王某等人实施的秘密窃取行为。

第二种意见认为，王某的行为构成诈骗罪。支付平台账号是虚拟的电子支付账户，没有现实的物质形态，对此类财物的处分与现实财物有明显区别。交付了控制权就等同于交付了财物。被害人基于认识错误自愿处分自己的支付账号余额。同样，在网络侵财犯罪中，财物转移占有的主要手段不是后续实现占有他人财物的行为，而是获取控制权限的行为。本案中，王某等人欺骗被害人主动交付了权限，此后转移余额的行为只不过是诈骗犯罪的后续行为。

评析:笔者同意第二种意见，王某等人的行为构成诈骗罪。

首先，对于虚拟电子支付账户中的财物，刑法保护的实质是占有权限而非事实占有。从本质上来看，网络账号中的财物是一种财产性利益，只要获取了该财产性利益的控制权，侵财行为就可以认定为既遂。这是网络账号中的财物与普通动产、权利等财产性利益的明显差别。刑法也要惩治破坏此类财物占有权限的行为。只要具有非法占有目的，获取了权限就相当于获取了财物。同样，只要交付了权限就等同于处分了财物。

其次，从客观上区分网络侵财犯罪中的骗盗交织行为，关键是看行为人对财物的占有权限是通过何种手段获取的。在传统财产犯罪中区分骗盗交织行为，往往是看行为人占有财物所采取的主要手段。如果起决定性作用的手段是秘密窃取，诈骗行为只是为盗窃创造条件，就应当认定为盗窃罪。如果起决定性作用的手段是诈骗，使被害人陷入错误认识交付财物，盗窃只是辅助手段的，就应当认定为诈骗罪。在网络侵财犯罪中，起决定性作用的行为，往往就是指那些直接获取了占有权限的行为。本案中，王某等人获取被害人支付账号中的余额，主要是在掌握被害人的账户、密码等信息以后，用一些技术手段逐步转走的。看起来似乎是盗窃行为在整个犯罪中起到了决定性作用。但实际上，王某等人获取被害人的账户和密码，才是整个犯罪的核心。王某等人以零支付完成刷单为诱饵，欺骗被害人下载App，并骗被害人在伪造的登录页面完成支付，从而套取了被害人的账号、密码。通过一系列诈骗行为，骗取了被害人主动提供支付权限，诈骗行为在完成犯罪中起决定性作用，此后转移余额只不过是诈骗犯罪的后续行为。因此，从客观上来看，王某等人的行为更符合诈骗罪构成要件。

再次，从主观上区分网络侵财犯罪中的骗盗交织行为，关键是看被害人有无处分占有权限的意识。区分骗盗交织的行为，重点考察的是被害人有无处分财物的意识。如果被害人受欺骗基于错误认识自愿处分财物，就构成诈骗罪。如果被害人并无处分财物的意识，财物的转移不是通过被害人的自愿交付，就可能涉嫌盗窃罪。被害人处分财产时的处分意识，只要其认识到自己将某种财产转移给行为人或第三人占有，而不要求对财产的数量、价格等具有完全的认识。在本案中，被害人有支付行为，却并无处分自己支付账号余额的意思，能否认定具有处分财物的意识？在传统犯罪中，被害人不是自愿交付自己的账户余额的，不具有处分意识。但是，在网络条件下，被害人主动在陌生链接中输入自己的账号和密码等与财产性利益紧密相关的重要事实，应当认识到自己的余额可能会因此被他人使用，只是基于错误认识，以为支付的是零元，而进行了支付。也就是说，被害人虽然没有直接处分自己的支付账号余额，但其通过支付出让了权限，会直接导致财产被处分的结果。因此，本案中被害人具有处分意识。

综上，王某等人虚构“零支付完成刷单”等事实，骗取被害人通过支付行为交出了其对网上财产性利益的占有权限，利用套取的权限转移账户中的余额，完成整个诈骗过程。王某等人的行为构成诈骗罪。

(作者单位:江苏省泰州市高港区人民检察院)

冒用他人月结账号代发快递谋利怎样定性

□高小艳

案情:北京A科技有限责任公司与北京B速运有限公司签订快递收派服务合同，并获得B公司授权使用的快递服务费月结款账号，在B公司App上通过该账号下单寄送快递时不收费，月底对账后统一结算并享受7.8折优惠。潘某偶然获得A公司月结账号，经验证可以使用后，在某网站发布“低价代发快递”等广告寻找有寄件需求的人。后潘某通过微信与多个寄件人联系寄件事宜，在货物寄出、运费确定后，由寄件人通过微信向潘某付款或者通过扫码点单的方式在潘某设置的支付宝商铺内选择等价虚拟商品付款。截至案发，潘某使用该账号在B公司App上为他人下订单低价寄送快递，非法获利共计11.2万余元。

分歧意见:对于本案定性，存在三种不同意见：

第一种意见认为，潘某构成盗窃罪。一方面，潘某的行为属于秘密窃取公私财物。其行为属于以非法占有为目的，在被害人不知情的情况下，利用知晓的月结账号在B公司App下单寄送快递，并通过寄件人的支付行为实现非法获利，属于以非法占有为目的，秘密窃取他人财物的行为。另一方面，本案侵犯的客体为财产性利益。潘某未经授权使用月结账号的行为相当于盗窃B公司基于该月结账号享有的财产性利益，其利用月结账号的赊款功能，为被害人创设了本不应承担的债务，而且通过寄件人的支付行为实现非法获利，可认定为盗窃财产性利益。本案中，欺骗行为仅是盗窃的掩饰手段。潘某获得月结账号、使用月结账号，直至最终通过寄件人的支付非法获取被害人快递运费的一系列行为，从表面上看虽然符合诈骗罪的某些特征，但从整体上分析，更符合盗窃罪的特征。

第二种意见认为，潘某构成诈骗罪。理由在于：一是潘某实施了足以使对方产生错误认识的欺骗行为。B公司月结款账号具有针对性和专属性，在无授权的情况下，潘某通过该月结账号为他人寄送快递，其实是冒用月结账号的行为，即虚构事实、隐瞒真相。二是属于被害人与被骗人不一致的“三角诈骗”情形。快递员系被骗人，其误认为潘某通过正常月结账号转第三方支付暂不收取快递运费，实际上潘某未经授权使用月结账号结算。B公司则在不知情的情况下丧失财物，属于被害人。三是B公司快递员具有处分的地位和权限。从快递员与B公司之间的法律关系及快递服务的工作内容属性来看，B公司快递员具有处分地位和权限。

第三种意见认为，潘某构成合同诈骗罪。潘某的行为属于冒用他人名义签订合同。快递单的法律属性是货物运输合同，在未被授权使用月结账号的情况下，潘某冒用月结账号在B公司App下单寄送快递属于冒用他人名义与B公司签订货物运输合同。此外，“快递运输单”为犯罪过程之必要要件。快递运输单在整个实施犯罪过程中属于不可或缺的要件，正因潘某在B公司App下单，B公司才会指派快递员提供寄送快件服务，潘某则通过寄件人的支付行为非法获利，进而B公司遭受财产损失。并且，潘某冒用月结账号与B公司签订快递运输单属于市场交易行为，符合合同诈骗罪中合同性质的要求，其行为不仅侵犯了B公司的财产权，更侵犯了市场经济秩序，认定为合同诈骗罪，更能全面、完整地评价该行为。

评析:笔者同意第三种意见。首先，本案的被害人应为B公司。本案中，A公司作为二手交易平台，所有交易均线上进行，涉及快递业务的都通过B公司授权的月结账号结算。B公司在与A公司对账时发现资金差异，A公司经查询线上订单发现有未通过其平台的异常数据，故不支付该异常快递运输费。B公司经回访寄件人发现有人冒用A公司的月结账号代寄件人在B公司App上下单寄送快递，致使B公司无法获取以上快递运输费。基于上述分析，正常操作流程中主要涉及B公司、A公司、买卖双方客户三方法律关系主体。在他人冒用月结账号的情况下，因A公司有线上订单作为支付依据，故其无须担责，因而仅涉及B公司及潘某两方主体，冒用行为的直接结果表现为潘某对于B公司财产权益的侵害，故本案的被害人应为B公司。其次，本案中潘某未经授权使用A公司的月结账号在B公司App上下单寄送快递，并通过寄件人的支付行为实现非法获利，致使B公司无法获取相应的快递运输费，潘某的行为属于冒用他人名义签订合同，骗取对方当事人财物的合同诈骗行为。再次，寄件人在B公司App上下单寄送快递，快递公司负责将物品从一地运输到另一约定的地点，寄件人或收件人支付运输费，潘某在B公司App所下的快递运单系与B公司签订的货物运输合同，属于经济合同的范畴。最后，应当依据被告人非法获利情况认定犯罪数额。在案已查实被告人冒用上述月结账号的实际收款数额为11.2万余元，该数额可以与B公司异常订单数据相对应，且二者为包容关系，故按照被告人实际收款数额认定犯罪数额较为合理。

综上，潘某以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，骗取他人财物，数额巨大，应当认定为合同诈骗罪。

(作者单位:北京市顺义区人民检察院)