

公共政策與法律研究中心
101 年度研究計畫案期末報告

計畫名稱：建構科技創新環境之政策與推動—
經濟間諜法之立法可行性研究

主持人：蔡明誠 教授

研究助理：黃千娟、劉宥妤、蔡孟蕙

日期：2013 年

目 錄

一、計畫內容.....	3
(一) 主要問題.....	3
(二) 研究方法.....	3
(三) 計畫目標.....	4
二、相關文獻探討.....	4
(一) 國內文獻評析.....	4
(二) 國外制度分析.....	5
(壹) TRIPS.....	5
(貳) 美國.....	9
(參) 德國.....	15
(肆) 日本.....	28
(伍) 韓國.....	35
(陸) 中國大陸.....	45
(三) 國內外制度比較分析.....	56
三、立法建議與結論.....	60
四、參考文獻.....	64
附錄.....	66

壹、計畫背景

一、計畫內容

(一) 主要問題

2012年10月成媒體競相報導之友達高階主管離職並洩漏營業秘密案件，再度喚起業界對商業間諜案件的重視。而早在該案發生以前，商業間諜竊取營業秘密事件早屢見不鮮，是以許多大企業紛紛向政府建言應仿效美國制定「經濟間諜法」以制裁此等竊取商業機密之行為。

其實早在1996年，順應當時「與貿易有關之智慧財產權協定Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱TRIPS」之作成及成為亞太營運中心之目標，臺灣公布「營業秘密法」，以求保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序及調和社會公共利益。相較於其他大陸法系國家以競爭法規範營業秘密，臺灣是全世界第二個就營業秘密單獨立法之國家¹。

同時，擁有強勢的技術、商業實力的美國，鑒於其技術、秘密常因其他國家之不正侵奪而外流，遂於1996年制定「一九九六年經濟間諜法案(The Economic Espionage Act of 1996, EEA)」(下簡稱「經濟間諜法」)。「聯邦化」與「刑法化」是「經濟間諜法」的最大特徵，即經濟間諜法屬於聯邦位階之法律，且有極重的刑責。

反觀我國，營業秘密法立法之初，採取軟性法(soft law)立法模式，並未規定刑事責任，然營業秘密法已行之有年，而依現行刑法中竊盜、詐欺、侵占背信、妨害秘密等規定是否足以完全評價侵害營業秘密之行為？事實上，隨著科技、商業型態之變化，近年漸有建議營業秘密法增訂刑責的呼聲，而行政部門及立法院方面，對於營業秘密法之修正亦如火如荼地推動進行中。究竟，我國之營業秘密法是否已不敷使用？是否有必要增訂刑責或域外相關規範？將為本文研究之重點。

(二) 研究方法

本文研究之範圍，將從保護營業秘密之歷史談起，界定營業秘密之概念及範疇，並介紹保護營業秘密之理論基礎。此外，營業秘密於法律上之保護，亦可區分為實體法上之保護及訴訟法上之保護，本文重心在於營業秘密之實體保護。至於營業秘密之訴訟法上保護，美、德、日等諸國乃至於我國，有保護命令、秘密審理等制度之討論，此乃另一領域，不在本研究討論之列。而在實體保護部分，本文擬介紹並參考外國立法例²，採文獻分析及比較法之方式，與我國2013年新公布施行之營業秘密法相比較，最後提出評析與建議。

¹ 張靜(2007)，《營業秘密法及相關智權問題》，頁92，台北：智財局。

² 例如韓國法制部分，特別感謝金煥銀研究員蒐集資料、翻譯及撰寫。

(三) 計畫目標

站在肯認營業秘密為法律所保護的立場，本文擬立足於我國營業秘密法，檢視其身處於科技發展迅速的這個時代，是否規範不周之處或落後於時代潮流之處。尤其針對近來熱烈討論之是否增訂刑責、域外執行規範等問題，提出評析及建議。

二、 相關文獻探討

關於文獻探討，本研究主要有國內文獻以及國外文獻之探討。

(一) 國內文獻評析

國內文獻之探討，其範圍包括民國八十五年營業秘密法公布實施之前、及其之後。蓋營業秘密法施行以前，研究營業秘密之文獻主要集中在營業秘密之範圍、性質、保護必要及立法模式之建議，是以蒐集八十五年以前之文獻之目的，在於幫助本研究了解保護營業秘密之歷史脈絡，並對營業秘密之本質之討論有所助益。

1996年營業秘密法公布實施之後，雖營業秘密之定義、立法模式等等已不再爭議，惟實務適用法律時，仍不免在要件之認定標準上有歧異。又隨著時代推移、產業變化，致現行營業秘密法出現不敷使用之輿論，這些都是近代相關文獻主要討論之議題。是以蒐集近代國內文獻，主要目的在於彙整及明確化現行營業秘密法及草案可能之缺失³，並指出未來的方向。

在我國營業秘密法立法以前，關於營業秘密之用語並未統一，各種用語紛呈於學術討論之間，其內涵亦不盡相同。早期在討論營業秘密的文獻或現行法律條文中，有稱「工商秘密」者、有稱「產銷機密」、「技術秘密」者、亦有稱「秘密方法」者，在日本文獻中亦常見以「企業秘密」稱之者。另外，若將營業秘密區分為「技術秘密」與「非技術秘密」二種，一般傾向認為業界常用的「know-how」一詞屬於技術秘密之範疇，惟「know-how」此一用語，有譯為專門技術或秘竅，並未有統一正式的中譯名稱，其內涵是否僅限於狹義的技術秘密？其與營業秘密交疊範疇為何？這些用語上的紛爭，在營業秘密法尚未立法之前，可謂處於未確定之中。

早期日本文獻常將今營業秘密之概念稱之為「企業秘密」，故在1996年我國制定營業秘密法以前，亦可見我國文獻，惟自1990年日本不正競爭防止法將營業秘密明文納入保護後，明確採納「營業秘密」此一用語。惟在那之後，「企業秘密」一詞仍出現於日本文獻中，是以企業秘密是否即等同於營業秘密，仍討論之必要。

關於此一爭議，日本學說通說認為企業秘密即是營業秘密，也有學說認為營業秘密與企業秘密並不相同。後者見解認為，凡是該企業不欲公開發表而作為該企業內部秘密來處理之資訊，均可謂之，其中可能包括不合法的資訊。簡言之，企業秘密之範圍大於營業秘密之範圍。

於我國，亦有採上述後者之見解，認為營業秘密必須符合營業秘密法第二條規定之要件，方為營業秘密法之保護客體，即言之，營業秘密之範圍是法定的，且不法資訊並非營

³ 相關深入評析，詳參本文「三、立法建議與結論」章節。

業秘密。相對地，企業秘密之範圍不必然限於法定，亦包括契約約定，其中也可能包括不法資訊。

1996年制定營業秘密法之後，營業秘密成為法律所保護之客體，其要件亦為法所明定，是以用語紛呈的現象亦不復存在。唯散見於不同法律中關於營業秘密之保護之規定，其「秘密」之定義及範圍仍有歧異，例如刑法第317條之「工商秘密」之解釋，有認為應借用營業秘密法第二條關於營業秘密之要件者，亦有不須同一解釋者。公平交易法中「產銷機密」、「技術秘密」之解釋，多數認為應參酌營業秘密法第2條之定義，但亦有認為公平交易法中「產銷機密」、「技術秘密」之範圍，比營業秘密法2條之定義還要狹隘，其認定尚應考量競爭法所欲維護之競爭秩序。

（二） 國外制度分析

我國之法律制度向來多繼受外國法。而我國在1996年之際，受到當代時勢及美國之影響所制定之營業秘密法，亦參酌了美、加、日、韓立法例及TRIPS協定。是以，研究外國法制之於研究我國法律，是非常重要的環節，本研究亦擬蒐集國外文獻，針對國外制度分析。

本研究所蒐集國外文獻，主要包括TRIPS、美、德、日、韓、中等國。其中，TRIPS是首先將營業秘密納入保護範疇之國際公約，對嗣後世界各國之立法有引領之效果，故有了解之必要；特重保護營業秘密之美國，在1996年通過經濟間諜法案，其對於侵害營業秘密之行為課予重刑，關於其刑事責任部分，其立法背景為何、我國應否效仿，係為本研究之重點之一；另外，德、日二國將營業秘密之保護納入不正競爭之防止之一環，其法律體系雖不同於我國，但有助於我國討論營業秘密法與公平交易法交錯範疇之討論；最後，中國為與我國經貿關係密切、產業迅速發展的巨大經濟體，相較於其他技術發展成熟的國家，其技術發展中之背景，將如何反映於法制及執行層面，皆為本研究所欲探討。最後，於外國文獻部分，本研究蒐集之範圍，將包括TRIPS及上述各國立法例之營業秘密之保護之背景、歷史沿革、營業秘密之要件、民事責任及刑事責任等，以作為我國法制之參考借鏡。

（壹） TRIPS

1. 前言

TRIPS之作成背景不僅和經濟全球化、技術財產化息息相關，也與八〇年代美國的智慧財產政策有重大關聯。八〇年代的美國，因美元升值、新興工業國家競爭力提升而赤字急遽上升。就此美國認為，「美國的技術明明是世界最高水準，其商品貿易卻無法活絡，都是因為各國對智慧財產權保護不足的關係」，這樣的想法於是反映在當時的貿易政策上⁴。

1995年，世界貿易組織（World Trade Organization，簡稱WTO）成立。WTO是現今最重要之國際經貿組織之一，其會員透過共識決或票決之方式，決定WTO各協定規範之內容及對各會員之權利義務，將多邊貿易體系予以法制化及組織化，各會員並據此制定與執行其國內之貿易法規⁵。

⁴ 受驗新報編集部（2004），〈TRIPS協定コンメンタル〉，《弁理士受驗新報》，改定2版，57卷，頁17，東京：法學書院。

⁵ 經濟部國際貿易局網站，<http://www.trade.gov.tw/cwto/Pages/Detail.aspx?nodeID=337&pid=312886>（最後瀏覽

而「關稅及貿易總協定」(General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)便是催生WTO成立的重大推手。1994年，GATT在第八回合(烏拉圭回合)談判中通過許多重大協議，該次談判自1986年至1994年共歷經八年，謂GATT有史以來規模最大的談判，各國於該次談判後簽署「設立WTO之協定」，翌年成立WTO。該次談判亦簽訂許多重要協定，其內容包括貨品貿易、服務貿易、智慧財產權與爭端解決等，未公開資訊(營業秘密)之保護之問題在這次談判中亦受到重視，規範於「與貿易有關之智慧財產權協定」中。

「與貿易有關之智慧財產權協定」(Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, 簡稱TRIPS)催生於GATT第八回合(烏拉圭回合)談判中。TRIPS主要區分為三部分，分別為「設定權利內容之最低標準」、「執行」及「爭端解決機制」。其中權利內容部分，包含智慧財產權之有效性、範圍及使用，權利類型包括著作權及著作鄰接權(Copyright and Related Rights)、商標權(Trademarks)、地理標示(Geographical Indications)、工業設計(Industrial Designs)(即設計專利)、發明專利(Patents)、積體電路布局(Layout-Designs (Topographies) of Integrated Circuits)、未公開資訊等等(Protection of Undisclosed Information)⁶。未公開資訊(包括測試資料及營業秘密)之保護規定在TRIPS第39條以下，TRIPS可以說是較早明文保護營業秘密的國際性公約⁷。

該等協議內容，在隨後WTO成立之後，WTO之各會員國均受其拘束，並應遵守「最低標準原則」，即WTO各會員國對於智慧財產權之保護不得低於TRIPS之標準⁸。然智慧財產權之保護在產業競爭全球化的當下已然成為十分重要的課題，即便非會員國亦紛紛以TRIPS為標竿著手起草相關法律，或參考TRIPS之內容修正法律。在此本文擬簡單介紹TRIPS中關於營業秘密之保護規定如後。

2. 營業秘密之概念與構成要件

關於本文所欲探討的「營業秘密」概念，在TRIPS之用語為「未公開資訊(Undisclosed information)」，規定於第二章第七節中第39條，條文內容如下：

(第一項)為依1967年之巴黎公約第十條之二有效保護智慧財產權及防止不公平競爭，會員應就符合下列第二項所規定之未經公開之資料及第三項所規定之提交政府或政府相關機構之資料，予以保護。

(第二項)自然人及法人對其合法持有之資料，應防止被洩露或遭他人以有違商業誠信方法取得或使用之可能，但該資料須：具有秘密性質，且不論由就其整體或細節之配置及成分之組合視之，該項資料目前仍不為一般處理同類資料之人所得知悉或取得者；因其秘密性而具有商業價值；且業經資料合法持有人以合理步驟使其保持秘密性。

(第三項)會員為核准新化學原料之醫藥品或農藥品上市，而要求提供業經相當努力完成且尚未公布之測試或其他相關資料，應防止該項資料被不公平的使用於商業之上。此外，除基於保護公眾之必要，或已採取措施以確實防止該項資料被不公平商業使用外，會員應保護該項資料並防止洩露⁹。

日：10/16/2012)。

⁶ 參WTO網站，http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm, last visited on 9/4 (最後瀏覽日：10/16/2012)。

⁷ 張靜，前揭註1，頁56。

⁸ TRIPS art. I § 1.

⁹ 參經濟智慧財產局網站，

(1) 本條旨趣

本條旨在保障未公開資訊。相較於先進國家主張未公開資訊為TRIPS中不可欠缺之一部分，發展中國家傾向認為未公開資訊並非屬於智慧財產，此一部分在談判過程中曾是重要爭執事項。當初1967年巴黎公約第10之2條，將未公開資訊置於不公平競爭之保護之一環，經過一番爭辯之後，TRIPS明文將未公開資訊納入智慧財產權的保障範疇，其第39條一項揭示TRIPS對於未公開資訊之保護，有擴充巴黎公約第10之2條中不公平競爭行為的意涵¹⁰。

(2) 「未公開資訊」之構成要件

依TRIPS第39條2項規定，「未公開資訊」包含以下三個要件：秘密性、因秘密而具有商業價值、合法持有人已採取合理保密措施。

a. 秘密性

「秘密性」可謂是營業秘密之保護之基本要求，蓋若非秘密，即無保護之必要性。秘密性此一要件，在TRIPS的具體用語為”is secret in the sense is that it is not, …generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question”，由此看來，其未必是採業界標準，而是指某一領域或同夥(circles)之範圍，但也未可逕認是採普世標準，因circles顯然仍有一定之範圍，故應可認係採折衷說。¹¹

b. 因秘密而具有商業價值

因秘密而具有商業價值，或有學者將之通稱為「價值性」，在TRIPS中之用語為”has commercial value because it is secret”。在各國立法例中，對於是否有商業價值之判斷寬嚴各有不同，而在TRIPS之原則性定義中，「價值性」和「秘密性」有緊密之關聯，即營業秘密所以「具有商業價值」，是源自於該項資訊的「秘密性」。

c. 合法持有人已採取合理保密措施

此一要件在TRIPS之用語為”has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information”，即合法持有人已採取合理保密措施。如同上述，營業秘密之所以有被保護之必要，著眼於其秘密性，是以TRIPS要求合法持有人必須「已採取適當保密措施」以防止秘密洩漏，方予以保護。其可能的方法，除在公司內部對人、對事所採取之各種安全措施外，也包括以保密協定等契約方式所為之保密措施¹²等。

(3) 侵害態樣

TRIPS第39條二項所規範之侵害行為，包括「洩露(disclose)」、「取得(acquire)」

http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?path=3009&guid=f1fd234e-96f2-4cb6-8ced-a9952c7b8326&lang=zh-tw
(最後瀏覽日：10/16/2012)。

¹⁰ 受驗新報編集部(2004)，前揭註4，頁95。

¹¹ 張靜，前揭註1，頁107。

¹² 吳嘉生(2009)，《智慧財產法通論》，頁166，台北：一品文化。

及「使用 (use)」三種行為態樣，而其真正欲非難者，係指他人以「有違商業商業誠信方法」之洩露、取得、使用。

所謂「有違商業誠信方法」，根據 TRIPS 註釋 10，至少包含下列行為：違約、背信及誘引違約或背信，亦包括使第三人得到未公開之資訊而該第三人知悉或因重大過失而不知其為未公開資訊的情況。

3. TRIPS 關於智慧財產權之執行

TRIPS 於第三章規定智慧財產權之執行，於第 41 條規定各會員國之一般義務，要求於內國法確保智慧財產權之行使程序；第 42 條以下規定，司法機關應提供公正、公平的民事救濟管道，司法機關並有命禁止、命損害賠償及其他救濟措施之權限¹³。唯針對營業秘密之保護部分，TRIPS 並未要求設置刑事救濟。

(1) 權利人有司法救濟之權利

依 TRIPS 第 41 條規定，為使智慧財產權能確實受到保障，各會員國應將 TRIPS 中之執行相關規定訂定於國內法中，包括防止侵害的迅速救濟措施，以及遏止進一步之侵害行為之救濟措施。

此外，上開程序應該公平合理，避免繁瑣及無意義地費時，對於最終的行政決定，權利人應該能有尋求司法救濟的權利。根據 TRIPS 第 42 條，各會員國應賦予權利人行使本 TRIPS 所涵蓋之智慧財產權之民事訴訟程序之權利。然 TRIPS 並不強制各會員於現有之司法執行系統外，另行建立一套智慧財產權之執程序，亦不影響會員國執行其國內法之能力。

(2) 不作為請求權

依 TRIPS 第 44 條第 1 項規定，「司法機關有權命當事人停止侵害，特別係在於涉有侵害智慧財產權之進口物品，於結關¹⁴後立即阻止其進入司法管轄區域內之商業管道」。

(3) 損害賠償

依 TRIPS 第 45 條規定，行為人明知或可得而知侵害他人智慧財產權者，司法機關有權令其對權利人因其侵權行為所受之損害，給付相當之賠償。在行為人非明知或可得而知侵害他人智慧財產權時，在適當情況下，各會員國亦得授權其司法機關，命侵害行為人賠償權利人因其侵害行為所失之利益及（或）法定賠償額。

(4) 其他救濟措施

為有效防止智慧財產權之侵害，TRIPS 第 46 條規定，司法機關對於因侵權而生之商品，得即命其退出商業管道、或在不違憲的情形下予以銷毀，而毋須補償。用於生產侵權之物品之物料及其他器物，司法機關亦得命其退出商業管道，而毋須為任何補償。

(5) 暫時性措施

依 TRIPS 第 50 條規定，為防止侵害智慧財產權之情事發生（特別為防止侵害物進入管轄區域內之商業管道）、或為保全經主張為與侵害行為相關之證據，司法機關得採取迅速有效之暫時性措施。

¹³ 受驗新報編集部（2004），前揭註 4，頁 101。

¹⁴ 出口貨物照正常途徑，將國貨（含復運出口洋貨）輸出國境時，依照海關規定程序，按預訂之船、機航班次進儲時間內，辦理裝船或裝機出口，完成通關手續，謂之結關。參基隆關稅局網站，<http://keelung.customs.gov.tw/fp.asp?xItem=13545&ctNode=11947>（最後瀏覽日：10/16/2012）。

(6) 刑事程序

依 TRIPS 第 61 條規定，「會員至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件，訂定刑事程序及罰則。救濟措施應包括足可產生嚇阻作用之徒刑及（或）罰金，並應和同等程度之其他刑事案件之量刑一致。必要時，救濟措施亦應包括對侵權物品以及主要用於侵害行為之材料及器具予以扣押、沒收或銷燬。會員亦得對其他侵害智慧財產權之案件，特別是故意違法並具商業規模者，訂定刑事程序及罰則。」

TRIPS 認為會員國至少應對具有商業規模而故意仿冒商標或侵害著作權之案件訂定刑事程序及罰則，然於營業秘密之保護，則未有應對侵害人課以刑責之要求。

4. 小結

TRIPS 是率先將營業秘密納入保護的國際公約，同時也對營業秘密作出原則性之定義，成為許多國家後來立法仿效之對象。較重視營業秘密之保護的美國，對於侵害營業秘密之行為有刑事責任相繩，而 TRIPS 並未強制規定各會員國應對侵害營業秘密之行為施以刑罰制裁。

縱觀我國，對於營業秘密之保護制定有「營業秘密法」。營業秘密保護之要件，學界通說認為有「非周知性」、「經濟性（或價值性）」、「秘密性」三項，其看似源自 TRIPS 之定義，然實務運作上，相較於其他各國，仍可能有寬嚴不同之見解。

至於刑事責任部分，我國營業秘密法並未有刑責之規定，1996 年立法之初，於立法理由中即有謂，因侵害營業秘密之行為態樣，於我國已有背信罪、妨害秘密罪等刑罰相繩，故毋須特別於營業秘密法中制定特別刑法。惟隨著產業型態日新月異，關鍵技術、資訊背後可能蘊藏著鉅大的營業利益，我國之營業秘密法是否須重新調整，以面對新型態的產業或商業環境，即有討論空間。

(貳) 美國

1. 前言

美國為遏止因經濟間諜活動帶來巨大經濟損失，美國國會於 1996 年制定美國經濟間諜法（Economic Espionage Act of 1996，簡稱 EEA），美國聯邦調查局長 Louis J. Freeh 在國會聽證會上強調因經濟間諜活動帶來經濟損失的嚴重性，在此催生美國經濟間諜法，以彌補州法效力所不及之跨國經濟間諜犯罪，以及聯邦法跨州贓物運送法限於適用客體為有體物之窘境，先前僅能經由民事訴訟的嚇阻力不彰，加入刑事處罰，以國家的力量進行犯罪調查，較此法案催生前，更有效抑阻對營業秘密不法之侵害。

2. 營業秘密保護相關立法

美國國會通過「經濟間諜法」以前，保護營業秘密相關立法，最主要為「統一營業秘密法」與「1934 贓物跨州運送法」。

美國統一州法全國委員會（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws），為提供各州對於營業秘密保護有一致之準則，於 1979 年制定「統一營業秘密法（Uniform Trade Secret Act，簡稱 UTSA）」，該法制定前，各州之普通法已承認且保護營業秘密，因保護尺度不一而造成產業困擾。該法對於營業秘密之定義、侵害行為之態樣均有所規定，但其仍僅提供民事程序之救濟，無法有效嚇阻經濟間諜犯罪之意圖。再者 UTSA

僅由統一州法全國委員會制定，非為統一之規範，為州法之層級，規範效力不及於跨州竊取營業秘密之行為及外國經濟間諜竊取營業秘密行為。該法雖有其效力未彰之處，然影響日後經濟間諜法之規定（EEA 營業秘密之定義主要援用 UTSA 之規定），足見該法之重要性。

聯邦法層級之保護營業秘密法律，主要為「1934 贓物跨州運送法（Interstate Transportation of Stolen Property Act of 1934，簡稱 ITSP）」，除保護客體有金額上之限制外（價值 5,000 美元以上），司法機關之判決多認為此一法律適用客體僅限於有體物，不及於無附著於載體之無體性之商業資訊。各州判決對於跨州或國際性侵害，各州檢察單位並無足夠資源以貫徹執行，且非各州對於營業秘密之侵害均定有刑罰規定。EEA 之制定，乃取代 UTSA，將營業秘密之保護由「州法」提昇至「聯邦法」之位階，加入刑事處罰規定嚇阻經濟間諜犯罪之意圖。相較於另一聯邦法位階之 ITSP，EEA 保護客體及於無體物，且以國家資源（FBI）進行追緝。EEA 實為遏止侵害之利器。

3. 美國經濟間諜法

「經濟間諜法」一共九條（§1831-§1839），分為「經濟間諜活動¹⁵」與「竊取營業秘密¹⁶」兩項不同犯罪。

§ 1831. 經濟間諜活動（Economic espionage）

§ 1832. 竊取營業秘密（Theft of trade secrets）

§ 1833. 禁止之例外（Exceptions to prohibitions）

§ 1834. 犯罪之沒入（Criminal forfeiture）

§ 1835. 機密保存之命令（Orders to preserve confidentiality）

§ 1836. 排除侵害之民事程序（Civil proceedings to enjoin violations）

§ 1837. 美國域外行為之適用（Applicability to conduct outside the United States）

§ 1838. 與其他法律之關係（Construction with other laws）

§ 1839. 定義（Definitions）

（1）經濟間諜活動

§1831 經濟間諜活動（Economic espionage）¹⁷：

¹⁵ §1831 經濟間諜活動

犯罪主觀構成要件--意圖或知曉 犯罪行為態樣--偷竊／未經授權占有／詐術取得／拷貝／攝影／上載／下載／收受／購買／共謀等犯行實質裨益不法收受營業秘密者，外國政府／機構／代理人涉入時必以此法條論處。

¹⁶ §1832 竊取營業秘密

同 1831 之犯罪行為態樣 營業秘密之要件--相關或包括於州際或外國貿易之商品為營業秘密所有人以外之任何人的經濟利益，意圖或知曉其行為將損害原營業秘密所有人。

¹⁷ 18 U.S.C. § 1831. Economic espionage

(a) In General.— Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly—

(1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a trade secret;

(2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys a trade secret;

(3) receives, buys, or possesses a trade secret, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;

(4) attempts to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3); or

「(a)任何人意圖或知悉其侵害行為將裨益任何外國政府，外國機構，或外國代理人，且故意

- (1)偷竊或未經授權占有、持有、奪取或藏匿，或以詐欺、詐術、欺騙獲得營業秘密；
 - (2)未經授權拷貝、複製、記述、描繪、攝影、下載、上載、轉換、毀損、影印、重製、傳送、交付、送達、郵寄、通訊，或輸送營業秘密；
 - (3)收受、購買、或持有營業秘密，且知悉該相同營業秘密係未經授權而被偷竊或占有、獲得或轉換；
 - (4)意圖為上述(1)至(3)所述之任一罪行；或
 - (5)與一人或多人共謀上述(1)至(3)所述之任一犯行，且上述之一人或多人為達成其共犯之目的已著手實施將被處五十萬美元以下之罰款或十五年以下有期徒刑或二者併科。
- (b)任何組織為上述小節(a)所述之任何罪行將被處一千萬美元以下之罰款。」

§1831 其條文標題即揭示為「經濟間諜活動」，其係將與外國政府有關之侵害營業秘密犯行，即歸類於此，犯罪主體為外國政府、組織或個人的情形，正是 EEA 立法原意時所欲制止及處罰之對象。此條規範主要適用於外國政府、機構以及其代理人所支持之目標為竊取美國企業營業秘密之間諜行為，只要能證明行為人有裨益外國政府之意圖或明知之犯意即可，至於行為人實際上是否使外國政府獲取利益則不在所問。意圖包括預備犯及未遂犯，未遂犯之處罰與既遂犯之處罰相同，並不因其犯罪行為之完成度不同而有所不同。

外國機構 (instrumentality) 包括了任何外國政府之官方單位、研究單位，或其他任何由外國政府所實質擁有、控制、贊助、指揮、管理或支配者之公私法人身分成立之組織；外國政府代理人 (agent) 意指任何外國政府之官員、受僱人、駐美外交人員以及其委託之代理人而言。雖我國目前與美國並無正式之外交關係，然而我駐美代表處之人員仍然可以被定位為§1831(a)所指稱之外國政府代理人。外國政府機構及其代理人外，亦包括美國籍之商業間諜犯。

對於「裨益」(benefit) 一詞未為明文定義，由於本條目的在於打擊有組織的外國政府商業間諜活動，範圍是否不限於狹義的經濟利益，亦同時包括美國國家安全、國家名譽與尊嚴方面的利益等，未來如我國法有意參考 EEA 為營業秘密修法時，可明確定義此範圍而使當事人有依循之準則。

本條係針對外國政府介入之「經濟間諜」犯罪作規定，若聯邦調查局 (FBI) 進行調查後，未能證明涉案之人背後有外國政府支持或指使，或意圖有利於外國政府或其關係組織者，就無該條之適用，而應適用§1832 進行偵查。

(2) 竊取營業秘密罪

§1832 竊取營業秘密罪 (Theft of trade secrets)¹⁸：

(5) conspires with one or more other persons to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy,

shall, except as provided in subsection (b), be fined not more than \$500,000 or imprisoned not more than 15 years, or both.

(b) Organizations. — Any organization that commits any offense described in subsection (a) shall be fined not more than \$10,000,000.

¹⁸ 18 U.S.C § 1832. Theft of trade secrets

(a) Whoever, with intent to convert a trade secret, that is related to or included in a product that is produced for or placed in

「任何人意圖侵占營業秘密，而該秘密係相關或包括於州際或外國貿易所製造或儲存之商品，而為所有人之外任何人之經濟利益，且意圖或知悉其犯行將損傷營業秘密所有人，且故意

- (1)偷竊或未經授權占有、持有、奪取或隱匿，或以詐欺、詐術，或欺騙獲得此等資訊；
 - (2)未經授權拷貝、複製、記述、描繪、攝影、下載、上載、轉換、毀損、影印、重製、傳送、交付、送達、郵寄、通訊，或輸送此等資訊；
 - (3)收受、購買，或持有此等資訊，且知悉該相同資訊係未經授權而被偷竊或占有、獲得，或轉換；
 - (4)意圖為上述(1)至(3)所述之任一罪行；或
 - (5)與一人或多人共謀上述(1)至(3)所述之任一犯行，且上述之一人或多人為達成其共犯之目的已著手實施將依本項處二十五萬美元罰款或十年以下有期徒刑或併科。
- (b)任何組織為上述 (a)所述之任何罪行將被處五百萬美元以下罰款。」

本條適用於任何與外國政府無關之商業機密竊取行為，重點為一般的美國國內或跨國竊取營業秘密案件，對於任何人故意或意圖將與州際或外國商務所製造或儲存之商品相關營業秘密，轉化為該營業秘密所有人以外之任何人之經濟利益，且意圖或明知其犯行將損傷營業秘密所有人。強調對營業秘密侵占之意圖且該行為將損傷營業秘密所有人，因此必須證明行為人不但獲取經濟利益之企圖，並能實際獲得利益。

本條除必須證明明知其行為會損害到所有人之權益外，相較前條之保護客體不限於商品形式，任何裨益(benefit)外國政府行為，本條必須包含商品 (product) 在內，限於經濟上的利益，行為人對象為所有於美國境內之人、美國境外的美國公民與綠卡持有人，以及此等人士所控制的公司，起訴的要件比起前條嚴苛許多，目的為保護被利用之無辜第三者例如員工或被授權人。

(3)營業秘密之定義

定義主要依循TSA，為首次於聯邦法中對於營業秘密有明文定義。「營業秘密」依§1839¹⁹

interstate or foreign commerce, to the economic benefit of anyone other than the owner thereof, and intending or knowing that the offense will, injure any owner of that trade secret, knowingly—

- (1)steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains such information;
 - (2)without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys such information;
 - (3)receives, buys, or possesses such information, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;
 - (4)attempts to commit any offense described in paragraphs (1) through (3); or
 - (5)conspires with one or more other persons to commit any offense described in paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy,
- shall, except as provided in subsection (b), be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.
- (b)Any organization that commits any offense described in subsection (a) shall be fined not more than \$5,000,000.

¹⁹ 18 U.S.C § 1839. Definitions

- (3)the term “trade secret” means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if—
- (A)the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and
 - (B)the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not

規定，係指「所有形式與類型之財務、商業、科學、技術、經濟，或工程資訊，包括資料、計劃、編輯、程式裝置、公式、設計、原形、步驟、技術、過程、程序，或符號，不論其為有形或無形，亦不論其係以儲存、編輯、文字，或以物理性、電子、圖形或照相記憶，或以書寫，且符合下列各種情形者：(A)該等資訊之所有人已針對情況採取合理措施以確保其秘密性；(B)該等資訊由於非屬一般公眾所知悉，且公眾利用合法之方式仍無法確認、得或發展，從而衍生出事實上或潛在之獨立經濟價值。」不論該資訊是有形或無形、或其儲存及收集之方式為何（電子檔案、照片或文字）均可被視作為商業機密。

依法律規定，必須符合二個先決要件，始得作為該規定之保護客體：

其一，營業秘密所有人須採取合理措施（reasonable measures）來保障其營業秘密。有關營業秘密所有人是否確已採取合理之保密措施之判斷，我國實務未有統之一標準，將此類型化而建立一套客觀認定準則本就為我國營業秘密法之當務之急。依照美國法院之判例，亦無一定之標準，視公司之規模與業務性質而有不同的措施，重點是必須要達到防護之目的。

其二，此一營業秘密並不為公眾所知悉，因而具有經濟上之實際或潛在之價值。若某項資訊之市場價值（market value）無法被估算出來，該資訊將不得被稱為商業機密或被 EEA 所保護。

此一定義與我國營業秘密法第 2 條²⁰規定比較，更為詳盡且周全，且 EEA 之營業秘密係以「一般公眾知悉」為標準，在我國營業秘密法第 2 條之「非一般涉及該類資訊之人所知」，係採「業界標準」，EEA 對於「營業秘密」之認定門檻，顯然較我國為低，較能保護營業秘密所有人。不過，為避免「營業秘密」之保護危及正常的經濟活動，對於受雇人，因轉換工作而使用任職期間因本職而習得之謀生技能及經驗，應不被認為是「營業秘密」，然如單純儲存於人腦中之資訊，如符合 EEA 對營業秘密的定義，應仍構成不法。在判斷是否「營業秘密」，不應由營業秘密所有人主觀認定，而應由業界或一般公眾之經驗為之，縱使一種資訊被其所有人認為是營業上之重要資訊，但若其已為業界或一般公眾所普遍知悉，就無法被認為是「營業秘密」。²¹

(4) 營業秘密之保存

營業秘密受侵害之當事人，往往擔心因提起訴訟而造成更多機密資料外洩而裹足不前，為免法院訴訟過程中發生營業秘密之洩漏，§1835²² 規範保存當事人營業秘密，法院於

being readily ascertainable through proper means by the public.

²⁰ 我國營業秘密法第 2 條：本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：

- 一、非一般涉及該類資訊之人所知者。
- 二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。
- 三、所有人已採取合理之保密措施者。

²¹ 曾勝珍（2007），《論我國經濟間諜法立法之必要性—以美國法制為中心》，台北：元照。

²² 18 U.S.C § 1835. Orders to preserve confidentiality

In any prosecution or other proceeding under this chapter, the court shall enter such orders and take such other action as may be necessary and appropriate to preserve the confidentiality of trade secrets, consistent with the requirements of the Federal Rules of Criminal and Civil Procedure, the Federal Rules of Evidence, and all other applicable laws. An interlocutory appeal by the United States shall lie from a decision or order of a district court authorizing or directing the

訴訟過程中必須盡所有努力保障當事人之營業秘密，得採取必要步驟以確保營業秘密之保護。我國營業秘密法現行條文第 14 條規定「經當事人聲請，法院認為適當者，得不公開審判或限制閱覽訴訟資料」如涉及第三人營業秘密，第三人則無從聲請保護之，未來修法時，可審酌本條由法院逕依職權頒布必要命令及適當措施以保障當事人之營業秘密。

(5) 犯罪所得之沒入

EEA 不僅包括嚴苛自由刑及巨額罰鍰，亦有犯罪所得之沒入，作為嚇阻經濟間諜犯罪之手段，§1834 規定在有下列情事時，除判處有期徒刑外，法院亦得在刑事訴訟中判處由美國政府沒收犯罪行為人之財產：

a. 犯罪者因該違法行為直接或間接取得之任何財產或衍生獲得之任何收益。

b. 任何犯罪者以任何方法所使用、或意圖使用於犯罪或幫助犯罪之任何財產，經法院斟酌該等財產被使用於犯罪之性質、範圍及比例而判斷決定者。

此項規定亦為我國民刑事救濟程序皆無之規定，對於營業秘密侵害之犯罪意圖應有一定之遏阻效果，可作為我國未來修法入刑化之參考之一。

(6) 排除侵害之民事程序

§ 1836²³ 規定，民事程序中，不須對案件確定起訴之決定，司法部長於必要時得授權美國聯邦地方法院發出民事禁制令，以避免營業秘密持有人於訴訟中被不當公開，使其遭受雙重傷害，遏阻侵害經濟間諜犯罪之繼續發生。

(7) 域外之效力

§ 1837²⁴ 適用於發生於美國域外之行為 (Applicability to conduct outside the United States)，為此法案特色之一。對於侵害行為在外國，但係美國人或在美國有居留權之人所為之侵害，或其進一步侵害在美國境內為之者，均有該法案之適用。

我國營業秘密相關刑事救濟，規定於刑法第 317 條、第 318 條、第 318 條之一、第 318 條之二、第 359 條，以上五罪至行為人不論我國人或外國人，若在國外犯以上五罪之一，且其行為結果地亦不在我國內者，依刑法第 4 條至第 8 條規定，無我國刑法之適用，亦即以上五罪並無域外之效力。域外之效力規定，應為我國未來針對侵害營業秘密入刑化極為重要一項考量。

4. 小結

我國營業秘密法第十條所規定五種侵害態樣有其適用上之漏洞，且僅有民事救濟規定，

disclosure of any trade secret.

²³18 USC § 1836. Civil proceedings to enjoin violations

(a) The Attorney General may, in a civil action, obtain appropriate injunctive relief against any violation of this chapter.

(b) The district courts of the United States shall have exclusive original jurisdiction of civil actions under this section.

²⁴18 USC § 1837. Applicability to conduct outside the United States

This chapter also applies to conduct occurring outside the United States if—

(1) the offender is a natural person who is a citizen or permanent resident alien of the United States, or an organization organized under the laws of the United States or a State or political subdivision thereof; or

(2) an act in furtherance of the offense was committed in the United States.

對於營業秘密之侵害緩不濟急，比照企業之經濟損失亦不能有效抑止經濟間諜之意圖。營業秘密相關之刑事救濟僅規定於刑法第 317 條(洩漏業務上知悉工商秘密罪)、第 318 條(洩漏職務上工商秘密罪)、第 318 條之一、第 318 條之二、第 359 條(破壞電磁紀錄罪)，以上五罪為告訴乃論，且其適用主體與犯罪手段，即為狹隘，例如第 317 條規定「依法令或契約有守因業務知悉或持有工商秘密之義務，而無故洩漏之者」對於不具保密義務，且最應被遏阻的經濟間諜即無刑法之適用。

EEA 保護客體，使得美國傳統之有體物侵害與新發展的無體物侵害，一併可獲得遏止，而其不僅處罰實際實施之犯罪行為，更及於預備犯與共謀犯，使得美國政府或企業可在營業秘密被侵害前，即可採法律取行動，嚇阻可能的侵害，以有效防止營業秘密的外洩。關於未經授權而不當取得或利用營業秘密之行為，意指關於營業秘密之取得及使用，均須在營業秘密所有人之同意下進行，故縱使受雇人於任職期間經雇主同意，合法取得營業秘密，但若未經雇主同意而作不當之轉換利用，仍可能構成侵害營業秘密之行為，此點為我國營業秘密相關法案侵害態樣所未能保護之處。由於營業秘密之保護在遏止故意之不法，故若行為人係過失或無侵害意圖而造成營業秘密所有人之損害，只能由其他民事損害賠償程序求償，不得依 EEA 起訴。

從我國保護營業秘密相關法制觀察，以契約約定保密方式，或我國刑事救濟之缺失在於，皆對於契約外之第三人亦即經濟間諜無法有效約束；以民事法律規範，則其救濟僅以填補營業秘密所有人因營業秘密流失所生損害為主，且營業秘密訴訟中，本質上損害之舉證就極不易。從而，以刑罰來處理營業秘密之侵害，在規範上效法 EEA 集中於侵害意圖或侵害行為之非難，則如能證明有侵害意圖或有侵害之行為，不問侵害結果對營業秘密所有人是否造成損害，即可加以處罰，將更能落實營業秘密之保護。然相較於民事救濟，刑事救濟常有較高之標準，在舉證責任上確須更為嚴謹，得證明行為人有侵害營業秘密之意圖或有侵害之行為，須要比契約或民事救濟程序更明確的證據，因而一般商業機密被竊情形，企業選擇提出民事訴訟或許反倒較能保障其權益。我國如將 EEA 作為刑罰化的參考，被害人可以從舉證責任與損害賠償的作法，評估係以民事或刑事訴訟作出選擇，亦係為賦予被害人更多之保障與程序選擇權。

(參) 德國

1. 前言

「德國的汽車生產量及銷售量均為歐洲第一。」²⁵「2009 年德國共生產 490 萬輛轎車」、「德國是享譽全球的生物科技先鋒，也是多所生技企業的發源地。2008 年該產業的銷售額達 20 億歐元，較 2007 年成長 9%。此外，德國政府更是投入超過 10 億歐元在化學研發上。」²⁶「德國乃目前全球最大的資源回收科技市場，年營收高達 500 億歐元。」²⁵更重要地，德國在歐債危機中，能夠扮演「主導」財政協議的關鍵角色。在這樣一個長久以來經濟實力強勁的國家，飽受產業間諜侵擾所苦²⁶。在德國歷史上，關於營業秘密的保護，早在 18 世紀，

²⁵ 參德國經濟辦事處官方網頁，<http://www.taiwan.ahk.de/cn/country-info/industries> (最後瀏覽日：10/16/2012)。

²⁶ 除後所敘及於 19 世紀末染料與化學工業相關技術被竊外，於今，德國亦專注於產業間諜的調查，並也飽

即肯定以刑罰作為防護網。其間歷經好幾次的修正，至今規範已甚成熟，非同美國獨立以專法規範，而係將其主要納入不正競爭體系下，以不正競爭防止法第 17 條至第 19 條為主要的保護營業秘密的規範，並以國家利益為主要的保護法益。其他尚有刑法第 202 條至 204 條以個人法益觀點的個人及營業秘密保護及民法第 823 條及第 826 條，原則性的損害賠償規定。運用民刑事兼備及個人法益及國家法益保護並行的立法制度，以完整的在制裁不法及填補損害方式，遏阻國內外的產業間諜。

以下將先由德國營業秘密相關法制的歷史背景及沿革介紹，之後再介紹營業秘密的不正競爭防止法、刑法、民法上的相關規定，以了解德國的營業秘密保護體系。

2. 德國營業秘密保護歷史背景簡介

德國的營業秘密保護的法律制度，除與我國同有民事責任規定外，另外尚有刑事責任，此為我國所無，亦為許久以來學術實務紛擾爭執之處，唯究是否需刑事處罰，於德國法上卻是於 1794 年當時的普魯士王國之「普魯士普通邦法」(Allgemeine Landrecht, 簡稱 ALR) 中即肯定需有刑事罰則。此乃傳統上行會制度²⁷係以確保其壟斷地位與獨占利益為重心，及德意志地區內各邦國，政府對於經濟與社會的「官僚管控」(bureaucratic control)²⁸，為長期以來的慣態。以致德國對於「保護競爭」的重視，因而對於營業秘密保護，早有以刑事規範的傳統。

再者，由前述可知，德國在傳統上即有以國家之力介入，對經濟發展加以干預管控的傾向，且較諸於其他國家，干預管控程度較高。又在經過 19 世紀自由競爭思潮發展及工業化後，因法制未備而造成許多經濟犯罪橫行及 1929 年的經濟大蕭條，使德國再次陷入經濟危機，社會動盪，政局不穩的經濟低瀾時期。在這些經驗之中，德國選擇以刑法作為手段來對抗與懲治相關的經濟犯罪，使刑法法規與經濟法規相互結合，建立起一套由國家公權

受困擾，例如 2009 年 7 月 24 日之「環球時報」報導：「據德國《世界報》等媒體報道，德巴登-符騰堡州憲法保衛局反間諜專家瓦爾特·奧費曼 21 日表示，中國正在采取一系列改良的間諜手段以及傳統的刺探和電話竊聽等方式，竊取德國的產業機密。奧費曼稱，中國僱用了 100 萬情報人員，有能力對德國的整個基礎設施造成破壞。他稱，德國的汽車制造、可再生能源、機械、軍火等行業都受到很大沖擊，德國公司每年因為產業間諜活動損失約 500 億歐元和 3 萬個工作崗位。」、2012 年 8 月 30 日大紀元報導：「德國《明鏡週刊》表示…默克爾上次訪華時，德國企業主就向她抱怨中國對德國產品及工廠惡名昭著的「認證程序」，他們把它稱為不誠實的制度化工業間諜活動。德國投資者不斷抱怨著中國合作夥伴如何明目張膽地偷竊德國知識。例如大眾汽車 (Volkswagen) 就發現自己的中國合作夥伴——國有企業第一汽車集團公司複製大眾汽車的變速箱和發動器。但是為了不危及在中國的生意，德國製造商無法公開指責中國企業。中國典型的間諜活動使得中德關係依然緊張。柏林也被中國間諜對德國企業及政府毫不掩飾的大膽監控而激怒。」惟關於上述產業間諜之相關報導，有中國大陸學者認為這是西方對於中國間諜案的炒作，例如 2009 年 7 月 24 日之「環球時報」報導：「馮仲平 23 日對《環球時報》說，西方對於中國間諜案的炒作越來越離譜，實質上是為了迎合西方部分民眾的“中國威脅論”心理。」無論真實如何，由上述亦可展現，德國對於產業間諜部分的關注。

²⁷ 類似現今同業公會之組織。在中古世紀以來，在德意志地區內，由各行專業人士各自組成其職業的行會，並強迫該地區內的同業皆須加入，也藉由決定市場價格、產品樣式或製造時程等方式，來壟斷與獨佔城內之社會經濟與工商生產秩序。且為確保其壟斷地位及獨佔利益，而反對依竊的自由競爭，要求行內人士或學徒保守業務上所知悉之秘密，限制跳槽或嚴防挖腳等事，也成為確保獨占既有利益的手段之一。參陳彥嘉 (2005)，《保護營業秘密之刑事立法---臺灣法與德國法的比較研究》，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，頁 280。

²⁸ See DAVID J. GERBER, LAW AND COMPETITION IN TWENTIETH CENTURY EUROPE 73 (1998). 參陳彥嘉，前揭註 27，頁 281。

力介入，以適度限制經濟自由與維護公平競爭秩序的法律規範。整體來說，帶有行政管理目的之色彩，並扮演著猶如監督與糾正經濟違規的警察角色，且在經濟惡化的時期，此趨向更於明顯。因此，德國並不吝於以刑法作為對抗經濟失調的武器。因此，更可確定為何德國營業秘密之保護，除民事外，更有刑事制裁之規範。

營業秘密保護於現代最具代表性規範的起始係在 1896 年所制定之「不正競爭禁止法」中有具體的明文規定，其立法背景係在 19 世紀末，德國於染料合成和化學研發方面取得長足進步，成為當時歐洲的染料與化學工業重鎮，因此德國化學工業協會提出對該國之染料技術等工業上之秘密應加以保護之要求。該法對營業秘密之保護，規定於第 9 條與第 10 條²⁹係以刑事規定為中心，禁止營業秘密洩漏或私權利用。於 1909 年，關於營業秘密之規定，除仍沿用舊法外，並加重刑罰、且增設另一不正行為類型——樣本使用³⁰，使得營業秘密之保護範圍，不再僅限於事業與其受僱職員間之內部關係，而包含外部關係，指因信任他人而向其託交樣本或技術性範本，但受託人卻違背所託，濫用或破壞其所受信賴，而對被託交的樣本或技術性範本，竟與無權加以自行使用，或輾轉洩漏於他人之行為。另又增訂概括條款於不正競爭法第 1 條³¹，此條之訂定，強化營業秘密的保護，可作為營業秘密保護的補充規範，以彌補該法第 17 條以下規定之不足。並補充修正後制定成現行之「不正競爭防止法」(UWG)。於 1920 年以後，由於數起國際產業間諜事件，使德國產業經濟遭嚴重打擊，因此於 1932 年修法加強取締營業秘密之不正行為，增設國外不正行為之規定，並科以較重之刑罰(UWG17³²)，同時對於使用、洩漏之前階段預備行為——引誘、要求侵害秘密，亦予以處罰(UWG20I. II³³)。此次修正，確立德國不正競爭防止法關於營業秘密保護的架構。

²⁹ 1896 年不正競爭禁止法第 9 條：

「(1)事業之職員、勞工或學徒、將其因職務所受託或可得接近之營業或經營秘密，在僱傭關係存續中，為競爭之目的，或意圖損害事業所有人，無權而向他人告知者，處三千馬克以下罰金，或一年以下監禁。

(2)營業或經營秘密的知悉，係經由第一項之告知，或經由以違反法律或善良風俗的行為所取得，為競爭之目的，無權而向他人告知者，同處其刑。

(3)違反前二項規定者，對於所生損害負賠償義務。義務人為多數時，負連帶債務之責。」

1896 年不正競爭禁止法第 10 條：

「為競爭之目的，從事使他人為第九條第一項所訂之無權告知行為者，處二千馬克以下罰金，或九個月以下監禁。」

³⁰ 新增於 1909 年之不正競爭防止法第 18 條：

「對於營業交易中受託之樣本或技術性範本，特別是圖案、模型、樣板、式樣、配方，為競爭之目的，無權而加以使用或告知他人者，處一年以下監禁，併科處五千馬克以下罰金，或前開刑罰之一。」

其立法背景係因刺繡業者所擁有之圖案樣板，屢遭其所委託業者擅自不正盜用，故該條又有「刺繡塗鴉條款」(Stickmusterparagraph)的別稱。

³¹ 依該條規定，只要行為係出於競爭之目的，而在營業交易中，以有違善良風俗的方式侵害營業秘密者，誠不無援引該條以補充保護之餘地。且依該條規定，民事保護亦加強，除損害賠償之外，尚有侵害停止或排除請求權。

³² 1932 年不正競爭防止法第 17 條：

「(1)事業之職員、勞工或學徒，將其因職務所受託或可得接近之營業或經營秘密，在僱傭關係存續中，為競爭之目的，或為自己之利益，或意圖損害事業所有人，無權而向任何人告知者，處三年以下自由刑併科罰金，或前開刑罰之一。

(2)營業或經營秘密的知悉，係經由第一項之告知，或經由自己以違反法律或善良風俗的行為所取得，為競爭之目的，或為自己之利益，無權而加以使用或向任何人告知者，亦同樣處罰之。

(3)行為人明知該秘密將於國外使用而告知，或自己在國外使用該秘密者，得加重至處予五年以下自由刑。

(4)第一項至第三項之規定，雖行為人不知其行為相對人，對於該營業或經營秘密已知或有知悉的權力，亦適用之。」

³³ 1932 年不正競爭防止法第 20 條：

於 1986 年，為防止經濟犯罪，特別立法，並因人類文明發展與現代科技提升，德國日益注重無形資訊之保護與電腦犯罪的防治，因此在修正裡有更細緻化的行為規定及可見刑罰的擴張及依賴深化，例如新增圖利第三人之主觀要件、刺探營業秘密的犯罪類型，擴大未遂規定的是用與處罰，增訂準用德國刑法上終止犯的規定等，且更修正自 1896 年以來長期承襲的告訴乃論立法取向，而讓不正競爭防止法內有關侵害營業秘密犯罪的追訴與科罰，自此而後不再單係於被害人的告訴，若涉及特別公共利益而有追溯必要時，國家的刑事追訴機關，即得直接依職權介入³⁴，可知更強化國家利益的保護。後於 2004 年又再度修正，即現今所見之規範，雖當時不正競爭防止法基於為滿足德國的進步及配合歐洲整合下的趨勢，而以「現代化」作為修法的改革目標，此時僅新增情節特別重大場合之情形列舉及處罰樣本使用之未遂犯、受僱人在職務關係存續中洩密的行為主體用與變更及謝的又引與提議之規範條文更修，另外更刪除侵害營業秘密的損害賠償責任³⁵規定，認為回歸民法的一般規定適用即可。惟至 2008 年新修正不正競爭防止法之大幅修正時，關於營業秘密規定，則不在更動。此等規定³⁶亦可與瑞士及奧地利法律相比較。

上述是德國關於營業秘密保護的修正沿革，其間可探知其對於市場保護的重視及為了保護國家利益，國家介入似被認為是天經地義的思考，然無法否認，這個在從 1800 年代起，就懂得善用天然資源的優勢，尤其是工業化的關鍵-煤礦，及予鋼鐵王國稱號的鐵礦，再加上其高超的科學技術及勤奮的人民素質，而建立起高度的工業化國家，於今鋼鐵、汽車、電子、軍工、精密機械等工業的仍然係世界數一數二，這樣一個在產業上具有領導性地位的國家，成為競相模仿的標的，更危險地，係成為產業間諜眼裡的大肥羊，因此傳統以來的管制風氣加上其強大的產業競爭力，以刑事責任及民事責任雙重保護營業秘密(對刑法更有愈加依賴趨勢)，似乎成為唯一選擇。

3. 德國法上關於營業秘密之規定

(1) 不正競爭防止法³⁷

a. 保護客體

關於營業秘密之內涵，不正競爭防止法未就企業運作之技術秘密或商業產銷秘密為具體定義，但該法將營業秘密，包括企業運作之技術秘密(Betriebsgeheimnisse)(如製程)，與企業之一般商人營業交易之商業產銷秘密(Geschäftsgeheimnisse)³⁸，並經由學理研究及實務判決所具體化，其保護要件整理如下：

(a) 少數人知悉(未經公開)。此與新穎性不同，已使用過的方法，如經過長時間而被遺忘，仍可能成為營業秘密。秘密方法亦屬之

「(1)為競爭之目的，或為自己之利益，誘引任何人違反第十七條或第十八條規定而未遂，或接受他人所提違反前開規定之誘引者，處二年以下自由刑，或併科罰金。

(2)為競爭之目的，或為自己之利益，主動向他人提議違反第十七條或第十八條，或對他人的此種提議，主動表示有意願依要求為之者，亦同樣處罰之。」

³⁴ 詳參江彥儀(2005)，《侵害營業秘密刑事責任之研究》，台北大學法學系碩士論文，頁 330-339。

³⁵ 2004 年修法前不正競爭防止法第 19 條：「違反第十七條、第十八條之規定者，對於所生損害負賠償義務。義務人為多數時，負連帶債務之責。」

³⁶ 參照 Emmerich, Unlauterer Wettbewerb, 9. Aufl., München 2012, S. 123.

³⁷ 不正競爭防止法第 17 條至第 19 條法條整理至附表一。

³⁸ Volker Emmerich, a.a.O., S. 125.

(b)與特定企業間有關聯。此處的保護重點非秘密本身，而係該秘密與企業形成的關係。

(c)使營業秘密共知者知悉有保密意圖(保持秘密的意思)，此非營業秘密要件，而是具洩密行為的可罰性要件。不以明示為限。換言之，依德國法上秘密的概念，保持秘密的合理步驟，僅係作為有保持秘密性意圖的證據³⁹。

(d)企業主有值得保護的經濟利益(保持秘密的利益)。

(e)非他人能輕易接觸或取得。

(f)秘密本身非其他智慧財產法所保護。

在德國法院實務上，曾被認定為屬於營業秘密者，包括企業擁有且與其自身狀態和市場行為相關的一竊密密資料。例如資產報表、員工、組織、行銷方法、宣傳方法、客戶資料、供應商資料、價格、供貨條件、市場普遍資料等；單涉及其他企業之資料都不再此限。此外企業之一切技術性資料，如製程、構程、配方、控制方法與成果、品質及效用分析，尤其是電腦程式，亦包含在內⁴⁰。

b. 行為態樣

(a)受僱人於僱傭關係存續中，洩漏因僱傭關係所知悉的秘密

規範於不正競爭防止法第 17 條第 1 項⁴¹：「企業內之受雇人員，將其在職務範圍內所受託或可得接近之營業或經營秘密，於僱傭關係存續中，為競爭之目的、或圖利自己、或為第三人之利益、或意圖損害企業所有人，無權而向任何人洩漏者，處三年以下之有期徒刑，或併科罰金。」

本條之行為主體為企業內之受雇人員，2009 年修法前關於行為主體係規定「於企業之職員、工人或學徒」，按學理及實務操作，對於「職員」係採廣義解釋，即只需對於營業秘密所有人提供勞務，不論職位高低、權限多寡、薪津有無，皆屬於職員，如總經理及工人皆屬之⁴²，甚有認為，董、監事會成員皆應包含在內，以求保護之周延⁴³。而新法為求明確，修正為「企業內之受雇人員」以避免解釋上之爭議。另外，關於僱傭關係存續，應採取廣義解釋，以避免行為人利用請假或度假等各種途徑，規避本條款之適用，即係以法律上僱傭關係存續為判斷標準。

其行為係未經允許而洩漏，洩漏係指營業秘密以作為或不作為之方式，以書面或言詞將營業秘密通知或傳達於他人而言，或違反義務而不阻止他人知悉秘密，皆屬洩密。受領

³⁹ See FROM GATT TO TRIPS-THE AGREEMENT OM TRADE-RELATED ASPECTS OF INTERLECTUAL PROPRY RIGHTS 224, (Friedrich-Karl Beier & Gerhard Schricker eds., 1996). 參賴文智、顏雅倫(2004)，《營業秘密法二十講》，台北：益思科技法律事務所，頁 80。

⁴⁰ Köhler/Piper, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Zugabeverordnung, Rabattgesetz, und Preisangabenverordnung, Müncheng 1995, § 17, Rdn. 10; 參賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 81-84。

⁴¹ § 17UWG(Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen) “(1) Wer als eine bei einem Unternehmen beschäftigte Person ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das ihr im Rahmen des Dienstverhältnisses anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, während der Geltungsdauer des Dienstverhältnisses unbefugt an jemand zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen, mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

⁴² 徐火明(1997)，《公平交易法論-不正競爭法》，頁 91，台北：三民書局。

⁴³ 江彥儀，前揭註 34，頁 64。

人只需能使用該營業秘密，或能繼續傳播於他人，即為已足，不以受領人了解內容為必要⁴⁴。且，行為人需未經允許而告知他人，若行為人自己不法利用此營業秘密，因其無告知行為，固非本款適用對象⁴⁵。

依本項行為客體係限於於僱傭關係存續中所得知之營業上或經營上之秘密，且洩漏時點必須在僱傭關係存續中，若於僱傭關係結束後始洩漏營業秘密，則僅於行為人以違反法律或善良豐珠行為所得到之營業秘密，而無故加以利用或洩漏於他人，使依德國不正競爭防止法的 17 條第 2 項規定處罰⁴⁶。

主觀要件方面，以競爭為目的係指行為人從事以競爭為目的之行為，如增進自己產品之銷售量，或以競爭者之費用爭取顧客之行為，即係以競爭為目的而從事之行為。競爭目的或損害意圖在實務上之證明較為困難，惟行為人如圖利自己而洩漏營業秘密，亦屬可罰。圖利自己係指意圖取得利益，即使非財產上之利益，亦屬之。意圖損害營業所有人，係指行為人有加損害於營業所有人之意思，如僅有損害可能性之單純意識，尚難認為具有損害意圖⁴⁷。

(b)無正當理由，以不正方法而刺探獲取他人營業秘密

不正競爭防止法第 17 條第 2 項規定第 1 款⁴⁸：「為競爭之目的，或為自己之利益，或為第三人之利益，或意圖損害企業所有人，而為下列各開行為者，亦同樣處罰之：1. 營業或經營秘密係經由：a)運用技術手段，b)對秘密予以有體化複製，或c)取走秘密所附著之有體物，所無權獲取或確保」

(c)對未被授權之營業秘密為未經授權之利用或洩漏

不正競爭防止法第 17 條第 2 項規定的 2 款⁴⁹：「為競爭之目的，或為自己之利益，或為第三人之利益，或意圖損害企業所有人，而為下列各開行為者，亦同樣處罰之：2. 營業或經營秘密係經由第一項之洩漏，或者經由自己或他人一第一款行為取得或其他方式所無權獲取或確保，而無權加以使用或向任何人洩漏。」

⁴⁴ 徐火明，前揭註 42，頁 92。

⁴⁵ 江彥儀，前揭註 34，頁 64。

⁴⁶ 徐火明，前揭註 42，頁 92。

⁴⁷ 賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 85-86。

⁴⁸ § 17UWG(Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen) “(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs, aus Eigennutz, zugunsten eines Dritten oder in der Absicht, dem Inhaber des Unternehmens Schaden zuzufügen,

1.sich ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis durch

a)Anwendung technischer Mittel,

b)Herstellung einer verkörperten Wiedergabe des Geheimnisses oder

c)Wegnahme einer Sache, in der das Geheimnis verkörpert ist,

unbefugt verschafft oder sichert oder”

⁴⁹ § 17UWG(Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen) “ein Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis, das er durch eine der in Absatz 1 bezeichneten Mitteilungen oder durch eine eigene oder fremde Handlung nach Nummer 1 erlangt oder sich sonst unbefugt verschafft oder gesichert hat, unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt.”

(d) 樣本之不當利用

不正競爭防止法第 18 條第 1 項規定⁵⁰：「對於營業交易中受託之樣本或技術性範本，特別是圖案、模型、樣板、式樣、配方，為競爭之目的，或為自己之利益，無權而加以使用或向任何人洩漏者，處二年以下有期徒刑或併科罰金。」從規範目的來看，此條係不正競爭防止法第 17 條的補充，此係為了保護企業所有人能不受他人干擾的使用專門技術 (know-how)，以及對抗他人避免透過背信的方式達到競爭上的優勢⁵¹。

本條係處理企業對外之關係，而非對內與員工的關係，因此排除內部事件。且本條成立要件須有信賴關係之破壞。此種濫用的行為所損害的並不是營業所有人的個人權利，亦非財產權或獨占權。此種樣本及技術性範本的利用，係作為競爭行為而損及企業的名聲及顧客。這樣的損害行為係以濫用信任關係為基礎，故屬於違反善良風俗，形式上不足的保護係由德國不正競爭防止法之一般保護來加以補充⁵²。

(e) 誘引洩漏秘密未遂

不正競爭防止法第 19 條第 1 項⁵³：「為競爭之目的，或為自己之利益，促使或教唆任何人實施第十七條或第十八條之犯罪而未遂者，處二年以下有期徒刑，或得併科罰金。」

(f) 主動表明意願、接受他人提議、與他人共同謀議

不正競爭防止法第 19 條第 2 項⁵⁴：「為競爭之目的，或為自己之利益，促使或教唆任何人實施第十七條或第十八條之犯罪，自行主動表明意願，或接受他人主動提議，或與他人共同謀議者，亦同。」

在 2004 年修法前，由於德國刑法第 30 條⁵⁵的適用係以「重罪」(Verbrechen)為前提，而不正競爭防止法內之侵害營業秘密犯罪係屬「輕罪」(Vergehen)，因此不能加以適用，此有漏洞存在，故修正後不正競爭防止法第 19 條有填補上述漏洞之功用。

⁵⁰ § 18 UWG(Verwertung von Vorlagen) “(1) Wer die ihm im geschäftlichen Verkehr anvertrauten Vorlagen oder Vorschriften technischer Art, insbesondere Zeichnungen, Modelle, Schablonen, Schnitte, Rezepte, zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz unbefugt verwertet oder jemandem mitteilt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

⁵¹ Köhler/Piper, (Fn. 40), § 18 Rdn. 1-2; 參賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 81-84。

⁵² Baumbach/Herfermehl, Wettbewerbsrecht, 19. Aufl., 1996, § 18, Rdn. 1; 參賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 88。

⁵³ § 19UWG(Verleiten und Erbieten zum Verrat) “(1) Wer zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz jemanden zu bestimmen versucht, eine Straftat nach § 17 oder § 18 zu begehen oder zu einer solchen Straftat anzustiften, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.”

⁵⁴ § 19UWG(Verleiten und Erbieten zum Verrat) “(2) Ebenso wird bestraft, wer zu Zwecken des Wettbewerbs oder aus Eigennutz sich bereit erklärt oder das Erbieten eines anderen annimmt oder mit einem anderen verabredet, eine Straftat nach § 17 oder § 18 zu begehen oder zu ihr anzustiften.”

⁵⁵ § 30 Versuch der Beteiligung “(1) Wer einen anderen zu bestimmen versucht, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften, wird nach den Vorschriften über den Versuch des Verbrechens bestraft. Jedoch ist die Strafe nach § 49 Abs. 1 zu mildern. § 23 Abs. 3 gilt entsprechend.

(2) Ebenso wird bestraft, wer sich bereit erklärt, wer das Erbieten eines anderen annimmt oder wer mit einem anderen verabredet, ein Verbrechen zu begehen oder zu ihm anzustiften. “(德國刑法第 30 條(共犯的未遂)：「(1)促使或教唆他人實施重罪而未遂者，依該種罪所規定之為歲加以處罰。但其處罰須依第 49 條第 1 項加以減輕。第 23 條第 3 項適用之。(2)對於實施或教唆實施重罪，主動表明意願，或接受他人之主動提議，或與他人共同謀議者，亦同樣處罰之。」)

c. 其他

關於不正競爭防止法第 17 條及第 18 條皆設有未遂犯之規定，而第 19 條第 1 項規定本身即係未遂型態的處罰，而第 2 項規定是針對預備行為的處罰。

不正競爭防止法中第 17 條至第 19 條皆準用刑法第 5 條第 7 款規定，故德國刑法適用範圍內之營業，或營業所在德國境內之企業，或營業所在國外之企業而與本國有關係或形成關係企業者，其營業秘密於國外遭受侵害時，仍得依德國不正競爭防止法第 17 條至第 19 條規定處罰，以完整有效保護營業秘密⁵⁶。

不正競爭防止法第 17 至第 19 條原則上係告訴乃論之罪，然在基於刑事訴追之特別公共利益時，認為依職權刑事訴追機關應加以介入者，例外為公訴規定。惟何謂公共利益？學說上認為，僅當考量受侵害客體之利益後，認為有迫切的理由對抗商業間諜行為，特別是商業間諜行為的損害社會效應，始得認為是其屬於追訴行為所必須之「特別公共利益」⁵⁷。

(2) 刑法

a. 電磁紀錄刺探罪部分

德國刑法第 202a 條⁵⁸ 探查電磁紀錄罪的規範：「未經允許或利用其他方法破解保護措施，接取他人所有並已設有安全裝置之電磁紀錄，處以有期徒刑三年或併科罰金。（第一項）前項所稱之電磁紀錄，係指經由電磁或其他非由感官所能探查之方式儲存或傳遞者。（第二項）」本規定，其罪質充滿多樣性：從客體方面觀察，其可包括關係個人之資料、營業秘密、著作權法上所保護之程式，以及國家機密⁵⁹。

因此有認為本條規定於不正競爭防止法第十七條成立想像競合關係，而此種立法方式具可彌補不正競爭防止法上可罰性的間隙⁶⁰。學說上得出此種結論，也正說明不正競爭防止法與刑法第 202a 條保護之法益並不相同⁶¹。

德國刑法第 202b 條截取電磁紀錄罪規範：「於非公開之電磁紀錄傳輸過程，無故使用其他科技設備取得他人所有之電磁紀錄，或利用資料處理設備之電磁發射取得他人所有之電磁紀錄，處兩年以上有期徒刑或併科罰金。有其他加重處罰之規定者，從其規定。」

⁵⁶ 徐火明，前揭註 42，頁 96。

⁵⁷ Baumbach/Herfermehl, (Fn. 52), § 22, Rdn. 9; 賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 88。

⁵⁸ § 202a StGB(Ausspähen von Daten) “(1) Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Daten im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.”

⁵⁹ 賴文智（主持）（2003），《營業秘密法制之研究期末報告書》，經濟部智慧財產局（委託），頁 74。

⁶⁰ 鄭穎（1998），《營業秘密侵害在刑事法上之研究》，中興大學法律學研究所碩士論文，頁 23-26。

⁶¹ § 202b StGB(Abfangen von Daten) “Wer unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202a Abs. 2) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.”

德國刑法第 202c 條⁶²有上述二條之預備犯規定：「下列情形視為第 202a 及 202b 條之預備犯：A. 取得或建立密碼或其他安全碼以接取電磁紀錄者；B. 製作探查或截取電磁紀錄之電腦程式，而供自己及他人使用、販賣、讓與他人、散布或其他方法供予他人，處以一年以上有期徒刑或併科罰金。第一項規定，第 149 條第 2 項及第 3 項準用之。」

另外，由上述條文可知主要係規範刺探電磁紀錄的行為，與我國刑法第 317 條⁶³洩漏秘密罪比較，德國探查電磁紀錄罪之前提不限「依法令或契約有守密義務」為前提，而係「無故」即可，因此規制主體範圍較廣；然其客體範圍之資料限「經由電磁或其他非由感官所能探查之方式儲存或傳遞者」，與我國洩漏秘密罪相較範圍較窄，此乃因德國第 202a、202b、202c 條係專為網路犯罪而設⁶⁴，又刑期方面，德國刑法第 202a 條係三年以下有期徒刑，而我國係一年以下有期徒刑，可知德國法上對於打擊國際網路犯罪的背景及需求。此外，尚可再與我國刑法第 318 條之 1⁶⁵洩漏電腦秘密罪比較，我國的規定較簡單，行為係「利用電腦或其他設備」，而德國刑法第 202a 條係規定「利用其他方法破解保護措施」，德國法上強調須破解保護措施始成立該構成要件，而非單純利用電腦即可，在我國法下，可能只要從朋友放在桌上並打開的筆記型電腦，點一下在工作列的檔案，看到報價單，再告訴他人，即可成立該罪，此行為固然可責，然是否需以最終手段性之刑法來懲治，實有疑義，或再思考，手指點一下的行為，與想盡辦法破壞保險箱以取得放在裡面的報價單的行為，後者固然會另在構成毀損罪及竊盜罪，然就針對客體是秘密而言，前者行為有特別立法的必要嗎？故如參照德國第 202a 條規定，似不必動輒得咎，而有勞以刑法規範之，

b. 職務及公務洩密罪

德國刑法第 203 條：「對於因下列各種身分，而經受託或以其他方式致使得悉之他人秘密，特別是屬於個人生活領域的祕密，或者是經營或營業秘密，無權而加以揭露者，處 1 年以下有期徒刑，或併科罰金：1. 醫師、牙醫、獸醫、藥師，或其他須經過國家規定之培訓，始得職業或使用其執照的醫護工作從業人員。2. 通過經國家承認職業考試合格的職業心理醫師。3. 律師、專利代理人、公證人、法定程序中之辯護人、經濟顧問、會計師、稅務顧問、稅務代理人、或律師公司、專利代理公司、經濟審計公司、會計審計公司及稅務顧問公司等等之內的機關代表或成員。4. 婚姻、家庭、教育或青年等之顧問、或經由政府

⁶² § 202c StGB(Vorbereiten des Ausspähens und Abfangens von Daten) “

(1) Wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b vorbereitet, indem er

1.Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder

2.Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist,

herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend.”

⁶³我國刑法第三一七條：「依法令或契約有守因業務知悉或持有工商秘密之義務，而無故洩漏之者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」

⁶⁴尤其在德國刑法第 41 次修法工作中，該條修正，目的係為因應國際間打擊犯罪之潮流，避免恐怖組織利用網路進行攻擊行為，並為達到歐洲理事會和歐盟法規範，對於「資訊系統安全之維護應透過刑法加以保護」之要求，而將網路犯罪行為入罪化，並於 2007 年 8 月 11 日生效施行。參葉亭嚴（2008），〈德國刑法第 41 次修正-反駭客法之簡介〉，《科技法律透析》，20 卷 4 期，頁 18。

⁶⁵我國刑法第三一八條之一：「無故洩漏因利用電腦或其他相關設備知悉或他人之秘密者，處二年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。」

機關、團體、其他機構或公法上之財團法人所承認而設立之諮詢機構的成員或顧問。4a. 懷孕衝突法的3條與第8條所承認的諮詢機構之成員或顧問。5. 國家承認之社會工作人員或社會教育人員，或者6. 私營健康、意外事故或人壽保險機構之職員，或私人醫務所會計人員。(第一項)對於因下列各種身分，而經受託或以其他方式致使得悉之他人秘密，特別是屬於個人生活領域的祕密，或者是經營或營業秘密，無權而加以揭露者，亦同樣處罰之：1. 公務員。2. 對公務附具特別義務者。3. 依職務代理法執行任務或職權之人。4. 聯邦或州立法機構所屬調查委員會的成員，或其他委員會或參議會中不具立法機構成員身分之人，或者是該委員會或參議會的協助人員。5. 依法律而對其職務富有依良心加以履行的公開選任鑑定人。6. 於科學研究計畫執行中，依法負有履行保密義務之人。因履行公共行政職務所取得有關他人之人身或財產上的個別資料，視同(本項上揭)第1段之祕密。如資料係交付予其他政府機關，或其他履行公共行政職務的機構，而為法律所不禁者，不適用之(本項上揭)第1段規定。(2a)(第二項)律師事務所的其他成員，視同第1項第3款規定之律師。職業性活動的助手或為職業活動作準備者，視同第1段所述之人。負有保密義務之人死亡後，從死者本身或其遺物中取得祕密者，視同第1項與第1段與第2段所稱之人。(第三項)第1項至第3項規定，對於行為人在關係人死亡後，無權而揭露其祕密者，亦適用之。(第四項)行為人若係基於報酬，或意圖為自己或他人之利益，或意圖損害他人，而為前揭行為者，處2年以下有期徒刑，或併科罰金。(第五項)⁶⁶」其主題限於特定之職務及公務身分，

⁶⁶§ 203 StGB(Verletzung von Privatgeheimnissen) (1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als

1. Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker oder Angehörigen eines anderen Heilberufs, der für die Berufsausübung oder die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert,
2. Berufspsychologen mit staatlich anerkannter wissenschaftlicher Abschlußprüfung,
3. Rechtsanwalt, Patentanwalt, Notar, Verteidiger in einem gesetzlich geordneten Verfahren, Wirtschaftsprüfer, vereidigtem Buchprüfer, Steuerberater, Steuerbevollmächtigten oder Organ oder Mitglied eines Organs einer Rechtsanwalts-, Patentanwalts-, Wirtschaftsprüfungs-, Buchprüfungs- oder Steuerberatungsgesellschaft,
4. Ehe-, Familien-, Erziehungs- oder Jugendberater sowie Berater für Suchtfragen in einer Beratungsstelle, die von einer Behörde oder Körperschaft, Anstalt oder Stiftung des öffentlichen Rechts anerkannt ist,
- 4a. Mitglied oder Beauftragten einer anerkannten Beratungsstelle nach den §§ 3 und 8 des Schwangerschaftskonfliktgesetzes,
5. staatlich anerkanntem Sozialarbeiter oder staatlich anerkanntem Sozialpädagogen oder
6. Angehörigen eines Unternehmens der privaten Kranken-, Unfall- oder Lebensversicherung oder einer privatärztlichen, steuerberaterlichen oder anwaltlichen Verrechnungsstelle

anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) Ebenso wird bestraft, wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein zum persönlichen Lebensbereich gehörendes Geheimnis oder ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, offenbart, das ihm als

1. Amtsträger,
2. für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten,
3. Person, die Aufgaben oder Befugnisse nach dem Personalvertretungsrecht wahrnimmt,
4. Mitglied eines für ein Gesetzgebungsorgan des Bundes oder eines Landes tätigen Untersuchungsausschusses, sonstigen Ausschusses oder Rates, das nicht selbst Mitglied des Gesetzgebungsorgans ist, oder als Hilfskraft eines solchen Ausschusses oder Rates,
5. öffentlich bestelltem Sachverständigen, der auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet worden ist, oder
6. Person, die auf die gewissenhafte Erfüllung ihrer Geheimhaltungspflicht bei der Durchführung wissenschaftlicher Forschungsvorhaben auf Grund eines Gesetzes förmlich verpflichtet worden ist, anvertraut worden oder sonst bekanntgeworden ist. Einem Geheimnis im Sinne des Satzes 1 stehen Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse eines anderen gleich, die für Aufgaben der öffentlichen Verwaltung erfaßt worden sind; Satz 1 ist jedoch nicht anzuwenden, soweit solche Einzelangaben anderen Behörden oder sonstigen Stellen für

另外其行為客體為私人秘密，或者是經營或營業秘密。本相當於我國刑法第 316 條⁶⁷及第 318 條⁶⁸規定，惟德國刑法上針對所規範之主體規定較詳細具體，就客體範圍除與我國同樣的私人秘密外，尚有經營及營業秘密之保護。且於我國對於公務員洩密刑度較高，惟於德國刑法上，公務員洩密和業務洩密係適用相同刑度，於基於利益或有特殊意圖時始有加重規定。

(c.) 具特定職務或公務身分對他人秘密之使用罪

德國刑法第 204 條規定：「依第 203 條規定而負有為他人保守秘密之義務者，無權而使用他人的秘密，特別是經營或營業秘密者，處 2 年以下有期徒刑，或併科罰金。」⁶⁹我國刑法無特別規定利用他人秘密之行為，或可參酌增訂之。

依德國刑法第 205 條可知，上述皆屬告訴乃論之罪，此立法方式與我國相同，可知就刑法上對於營業秘密之保護，係以個人法益保護為出發點，此與不正競爭防止法係基於對國家利益之保護不同，此種就營業秘密之保護，無論係侵害個人或國家法益，兼入刑化之全面防禦的立法方式，可認其保護較為徹底周全。

(3) 民法

在 2004 年修正前不正競爭防止法第 19 條規定：「違反第 17、第 18 條之規定者，對於所生損害負賠償義務。義務人為多數時，負連帶債務之責。」，惟於新法已刪除，此乃因認為回歸民法之一般規定即可，特別是以德國民法第 823 第 1 項(即指一般侵權行為之損害賠償義務規定)及第 826 條(即指故意違反善良風俗之損害行為規定)規範，即已足夠。

Aufgaben der öffentlichen Verwaltung bekanntgegeben werden und das Gesetz dies nicht untersagt.

(2a) Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Beauftragter für den Datenschutz unbefugt ein fremdes Geheimnis im Sinne dieser Vorschriften offenbart, das einem in den Absätzen 1 und 2 Genannten in dessen beruflicher Eigenschaft anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist und von dem er bei der Erfüllung seiner Aufgaben als Beauftragter für den Datenschutz Kenntnis erlangt hat.

(3) Einem in Absatz 1 Nr. 3 genannten Rechtsanwalt stehen andere Mitglieder einer Rechtsanwaltskammer gleich. Den in Absatz 1 und Satz 1 Genannten stehen ihre berufsmäßig tätigen Gehilfen und die Personen gleich, die bei ihnen zur Vorbereitung auf den Beruf tätig sind. Den in Absatz 1 und den in Satz 1 und 2 Genannten steht nach dem Tod des zur Wahrung des Geheimnisses Verpflichteten ferner gleich, wer das Geheimnis von dem Verstorbenen oder aus dessen Nachlaß erlangt hat.

(4) Die Absätze 1 bis 3 sind auch anzuwenden, wenn der Täter das fremde Geheimnis nach dem Tod des Betroffenen unbefugt offenbart.

(5) Handelt der Täter gegen Entgelt oder in der Absicht, sich oder einen anderen zu bereichern oder einen anderen zu schädigen, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder Geldstrafe.”

⁶⁷ 刑法第 316 條：「醫師、藥師、藥商、助產士、心理師、宗教師、律師、辯護人、公證人、會計師或其業務上佐理人，或曾任此等職務之人，無故洩漏因業務知悉或持有之他人秘密者，處一年以下有期徒刑、拘役或五萬元以下罰金。」

⁶⁸ 刑法第 318 條：「公務員或曾任公務員之人，無故洩漏因職務知悉或持有他人之工商秘密者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。」

⁶⁹§ 204 StGB(Verwertung fremder Geheimnisse) (1) Wer unbefugt ein fremdes Geheimnis, namentlich ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis, zu dessen Geheimhaltung er nach § 203 verpflichtet ist, verwertet, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(2) § 203 Abs. 4 gilt entsprechend.”

a. 德國民法第 826 條

「故意以違反善良風俗之方式加損害於他人者，負損害賠償責任。」

雖不正競爭防止法僅規範刑事罰則，然因違反營業秘密法形式規範即係違反善良風俗，所以同時會有不正競爭防止法第 1 條，及民法 826 條之適用。

b. 德國民法第 823 條第 1 項

「故意地或者有過失地以違法的方式侵害他人的生命、身體、健康、自由、所有權或者其他權利的人，負有向他人賠償由此發生的損害的義務。」

德國民法第 823 條在營業秘密上之適用，必須從企業權保護觀點來觀察⁷⁰。

刑事責任與民事責任各有其獨立的判斷標準，故不論不正競爭防止法第 17 條之主客觀要件是否存在，民事責任亦有成立之可能。此乃由於德國之判例與學說，尚認為營業秘密屬於企業權(Das Recht am Unternehmen)之一，雖非絕對保護之法益，但該歸屬於企業範圍之特定企業之法律地位，亦應使企業擁有範疇權(Rahmenrechte)。亦即基於利益衡量，法律賦予企業一定之法律地位，原則上應予保護，並排除不法之干涉。如過失侵害企業權，即屬侵害德國民法第 823 條第 1 項之「其他權利」。因此在無故意或欠缺競爭關係的情況下，營業秘密所有人尚可援引德國第 823 條以保護營業秘密，而得行使不作為請求權⁷¹。

c. 附論：離職員工營業秘密使用責任

德國法上基本認為離職員工得在其僱傭關係終止之後，將其在僱傭關係存續中獲得之知識(Kenntnisse)，於其後自行創設之營業或其新雇主之營業中加以使用，即使該等知識是與原雇主之營業秘密有關的相關知識，而此為刑法不罰之行為。且原則上離職員工於在職期間，對於其以無瑕疵的正當方式取得之前雇主營業秘密的使用，並不違反德國不正競爭防止法第 1 條及民法第 826 條規定⁷²。

但在下列二情形：(1)濫用信任地位：當員工自企業離職時，除非仍有契約關係要求其繼續遵守保密義務，原則上其原任職期間所存在之信任地位，不可被視為契約關係結束後仍存在。然在高度信任第為下(表現在高薪上)，利用其無瑕疵方式取得之知識仍可能違反競爭。判斷重點在於：在職期間長短、員工於企業當中的職位、其職業養成過程、該營業秘密對該企業的競爭意義、員工本身對秘密的貢獻程度以及秘密利用利益之保密價值。(2)有意圖的行為：例如主管級的員工，在離職前即長期籌畫，且在這段期間即利用其信賴地位，取得與設立一個與原雇主競爭之企業有關的所有新經驗，或者是一企業主管在契約關係存續期間，即使用營業秘密即唆使其他員工違反契約，而為特定買主製造樣機⁷³。

● 附表一：德國不正競爭防止法第 17 條至第 19 條法條整理

條文	行為	未遂	罰則	告訴乃論
17 I	企業內之受雇人員，將其在	○	處三年以下	○(17V:行為須經

⁷⁰ Baumbach/Herfermehl, a.a.O., § 17, Rdn, 46; 賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 91。

⁷¹ 參蔡明誠(1991)，〈公平交易法對營業秘密之保護〉，《政大法學評論》，44 期，頁 273-276。

⁷² Baumbach/Herfermehl, a.a.O., § 17, Rdn 54; 賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 92。

⁷³ Baumbach/Herfermehl, a.a.O., § 17, Rdn 56; 賴文智、顏雅倫，前揭註 39，頁 93。

	職務範圍內所受託或可得接近之營業或經營秘密，於僱傭關係存續中，為競爭之目的、或圖利自己、或為第三人之利益、或意圖損害企業所有人，無權而向任何人洩漏者，處三年以下之有期徒刑，或併科罰金。	(17 III)	之有期徒刑或得併科罰金。	告訴，始予訴追，惟刑事追訴機關基於刑事訴追之特別的公共利益，認為依職權應加以介入者，不在此限。)
17 II	競爭之目的，或為自己之利益，或為第三人之利益，或意圖損害企業所有人，而為下列各開行為者，亦同樣處罰之： 1. 營業或經營秘密係經由： a) 運用技術手段， b) 對秘密予以有體化複製，或 c) 取走秘密所附著之有體物，所無權獲取或確保， 2. 營業或經營秘密係經由第一項之洩漏，或者經由自己或他人一第一款行為取得或其他方式所無權獲取或確保，而無權加以使用或向任何人洩漏。			
17 IV	如行為人有下列情形，通常存在著特別嚴重之情形在： 1. 以營業之方式為之， 2. 於告知時明知，此等秘密將於國外被加以利用，或， 3. 以第二項第二款之方式，於國外自行加以利用。		於特別嚴重之情形，其刑罰為處五年以下之有期徒刑或得併科罰金。	
18 I	對於營業交易中受託之樣本或技術性範本，特別是圖案、模型、樣板、式樣、配方，為競爭之目的，或為自己之利益，無權而加以使用或向任何人洩漏者	○ (18 II)	處兩年以下之有期徒刑或得併科罰金。	○(18 III)
19 I	為競爭之目的，或為自己之利益，促使或教唆任何人實	X (另	處兩年以下之有期徒刑	○

	施第十七條或第十八條之 犯罪而未遂者，	準用 共犯	或得併科罰 金。	
19 II	為競爭之目的，或為自己 之利益，促使或教唆任何 人實施第十七條或第十八 條之犯罪，自行主動表明 意願，或接受他人主動提 議，或與他人共同謀議 者，亦同樣處罰之。	未遂 的中 止規 訂 19 III)		○
備註： ● 17~19 皆準用刑法第五條第七款 「刑法第五條第七款之規定，準用之。」 (Verletzung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen eines im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes liegenden Betriebs, eines Unternehmens, das dort seinen Sitz hat, oder eines Unternehmens mit Sitz im Ausland, das von einem Unternehmen mit Sitz im räumlichen Geltungsbereich dieses Gesetzes abhängig ist und mit diesem einen Konzern bildet; 侵害所在地為本法效力範圍內的企業運作、營業的秘密；或侵害所在地在國外，但其與本法效力範圍內的企業有關係或形成關係企業，且與後者建立公司的企業秘密)				

(肆) 日本

1. 前言

(1) 規範背景及法制沿革

日本關於營業秘密之保護，與德國法相同，主要以「不正競爭防止法」規範之。於1934年制定，並於1935年施行之不正競爭防止法，其制定之初曾有將營業秘密納入保護客體之芻議，惟當時的日本屬於發展中國家，國民之間並無不正競爭之意識，且當時日本民法關於侵權行為之客體，僅限於狹義之權利，是以立法當時，並未將草案中關於營業秘密之保護部分列入⁷⁴。

不正競爭防止法尚未制定以前，不正競爭行為之民事救濟主要係民法第709條侵權行為之相關規定。刑事責任部分，由於當時的日本經貿活動逐漸興盛繁榮，遂產生增訂侵害營業秘密之刑責之芻議，惟由於「企業」、「秘密」等定義並不明確，當時的草案遭受諸多批評而後未果，惟若侵害營業秘密之行為態樣該當其他刑法要件，如竊盜、侵占、背信等等，仍可能以刑法相繩。

1990年，不正競爭防止法增訂保護營業秘密之相關規定。其緣由在於日本當時商業蓬勃發展，產業對於加強營業秘密之保護之呼求日漸提升，且國際上，營業秘密之保護議題乃當時GATT烏拉圭回合中之重要交涉項目，為因應世界重視並保護營業秘密之潮流、並為

⁷⁴ 王銘勇(1995)，〈日本營業秘密保護法制之研究〉，《公平交易季刊》，2卷1期，頁59。

迎頭趕上先進諸國之法制水準，國內外壓力交互影響之下，遂有該次修正之產生。而該次修正明文禁止營業秘密之不正利用，亦開啟了日後一連串關於智慧財產之冒用行為之相關修正。

2003年，關於營業秘密之保護，不正競爭防止法進行第二階段之修正。此一階段針對不當取得、使用或揭露他人營業秘密者，課予刑事責任；民事部分，針對不公平競爭行為之行為本身及所其所生之損害，簡化其舉證責任，並增訂具體態樣之明示義務、命令文書提出及秘密審理程序、損害計算之鑑定；最後因應網路交易之盛行，將「物」之範圍擴及於電腦程式⁷⁵。

2004年之修正，主要係針對民事訴訟程序，強化審理過程中營業秘密之保密程度；2005年之修正主要係針對刑事責任，主要包括：擴大侵害營業秘密之犯罪類型、加重法定刑、部分犯罪增列兩罰之規定、及部分犯罪之域外效力。

(2) 平成 21 年不正競爭防止法之修正

平成 21 年即 2009 年，不正競爭防止法中營業秘密部分有重大修正⁷⁶，其修正緣由有二：①因有「不正競爭目的」之目的要件，故無競爭關係者基於加害目的而為不正使用、揭露營業秘密之行為，即不會成罪；②營業秘密之不法使用、揭露為主要的處罰行為態樣，然而比起糾舉上開行為，不法流出之事實雖然明確但行為人暗地裡使用、揭露之行為，卻舉證困難，基於上開問題點，修改營業秘密侵害罪之對象、範圍之呼聲逐漸高漲⁷⁷。

鑒於此，為求適切保護營業秘密，以擴大營業秘密侵害罪之對象為主要方向，修正大要如下：①將營業秘密侵害罪中「以不正競爭為目的」之目的要件修正為「以獲取不正利益為目的，或以損害（營業秘密）保有者之目的」；②基於詐欺等行為或管理侵害行為而不正取得營業秘密者，必為刑事處罰之對象；③營業秘密之管理人違背營業秘密管理之相關任務，而以特定方法取得營業秘密之行為，成為新的刑事處罰之對象。縱上觀之，日本不正競爭法該次修正揭示了加強保護營業秘密之方向，並擴張侵害營業秘密罪之成罪範圍。

2. 營業秘密之定義

日本法所保護之營業秘密，於不正競爭防止法第 2 條 6 項定有明文，係指：「作為秘密而管理之生產方法、販賣方法、及其他用於事業活動之技術或營業之情報，而不為公知者」。即言之，營業秘密之要件有三：秘密管理性、有用性及非公知性。⁷⁸

(1) 秘密管理性

秘密管理性之滿足，包括主觀及客觀要件，故業者若僅主觀將某項情報認為是秘密而管理，尚不能肯認其有秘密管理性，業者尚須認識到該項情報客觀上亦係作為秘密而管理，方能滿足秘密管理性。具體而言，管理秘密性必須滿足以下二要件：①特定人才能接觸情報②接觸情報之人必須認識該情報係秘密⁷⁹。

(2) 有用性

所謂有用性，係指「對於事業活動有用之情報」。有用性之滿足，以該情報客觀上為有用為必

⁷⁵ 張靜（2007），前揭註 1，頁 29。

⁷⁶ 不正競爭防止法第 21、22 條。

⁷⁷ 經濟產業省知的財產政策室（2010），《逐條解說不正競爭防止法：平成 21 年改正版》，頁 19，東京：有斐閣。

⁷⁸ 參照日本知的財產協會，不正競爭防止法と独占禁止法，2012 年度，I-C-4 至 I-C-8。

⁷⁹ 經濟產業省，營業秘密管理指針平成 23 年 12 月 1 日改定版。

要。若該情報之內容反社會等等行為，而有違反公序良俗者，則否認其有用性⁸⁰。

(3)非公知性

所謂非公知性係指，系爭情報於秘密保有者之管理下，他人無法以通常管道取得而言。例如書、學術發表等能輕易提出證明之情報，即不能稱之為非公知情報。此外，無論保有秘密之人數為何，只要對於知情者課予守密義務，即可謂非公知情報⁸¹。

3. 侵害營業秘密之民事救濟

(1)營業秘密之不正利用行為

關於營業秘密之不正行為，不正競爭防止法第2條1項4款至9款規定其定義，臚列如下⁸²：

- ①第4款：利用竊取、詐欺、強迫或其他不當手段而取得營業秘密之行為（以下簡稱「不當取得行為」），或使用、揭露利用不當取得行為而取得之營業秘密的行為（包括向持有機密之特定人士揭露的情形在內，以下皆同）。
- ②第5款：知悉營業秘密上存在有不當取得行為，或因重大過失在不知的情況下，取得營業秘密，或使用、揭露所取得之營業秘密的行為。
- ③第6款：在取得之後，知悉營業秘密上存在有不當取得行為，或因重大過失在不知的情況下，使用、揭露所取得之營業秘密的行為。
- ④第7款：接受持有營業秘密之事業（以下簡稱「持有人」）揭露營業秘密時，以不公平競爭、取得其他不當利益之目的，或損害該持有人之目的，而使用、揭露該營業秘密之行為。
- ⑤第8款：知悉該營業秘密係不當揭露行為（係指於前款規定之情形，因同款規定之目的而揭露該營業秘密之行為，或違反法律上之保密義務而揭露該營業秘密之行為，以下皆同）、該營業秘密上存在有不當揭露行為，或因重大過失在不知之情況下，取得營業秘密，或使用、揭露所取得之營業秘密的行為。
- ⑥第9款：在取得之後，知悉該營業秘密係不當揭露行為、該營業秘密上存在有不當揭露行為，或因重大過失在不知之情形下，使用、揭露所取得之營業秘密的行為。

圖示如下⁸³：

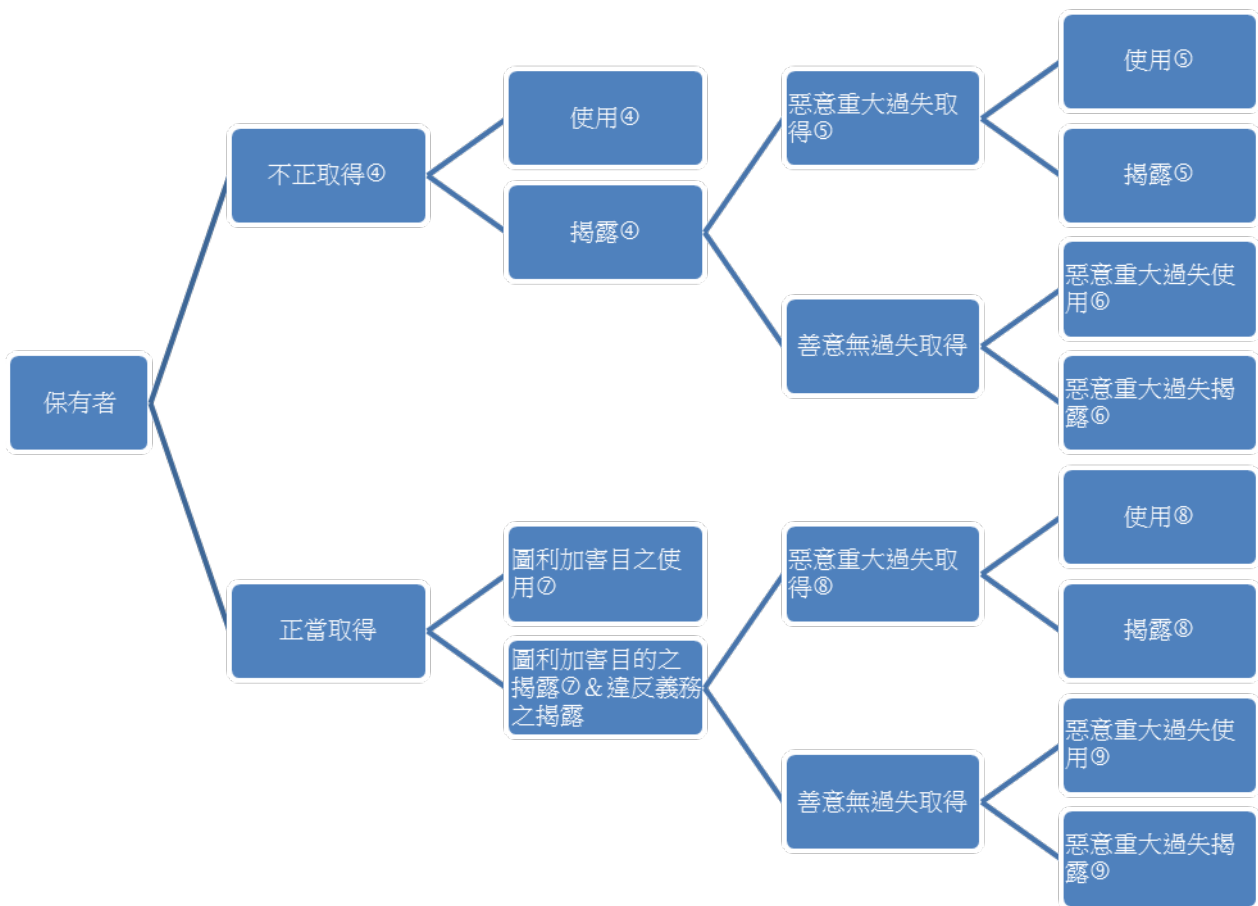
⁸⁰ 經濟產業省，營業秘密管理指針平成23年12月1日改定版。

⁸¹ 經濟產業省，營業秘密管理指針平成23年12月1日改定版。

⁸² 條文中譯版，參公平交易委員會網站，

<http://www.ftc.gov.tw/internet/main/doc/docDetail.aspx?uid=1069&docid=11203>（最後瀏覽日：1/1/2013）。

⁸³ 圖表來源：田村善之（2003），《不正競爭法概說》，二版，頁338，東京：有斐閣。



(2) 民事救濟

① 停止請求權⁸⁴ (第 3、15 條)

不正競爭防止法第 3 條規定，明定停止請求權如下⁸⁵：

(第 1 項) 因不公平競爭，營業上之利益被侵害或有被侵害之虞者，對侵害其營業上之利益者或有侵害之虞者，得請求停止或預防其侵害。

(第 2 項) 因不公平競爭，營業上之利益被侵害或有被侵害之虞者，為前項規定之請求時，得請求構成侵害行為之物（包括因侵害行為而產生之物在內，於第五條第一項亦同）之廢棄、供侵害行為使用之設備的排除，或其他停止或預防侵害所須之行為。

此外，關於停止請求權之消滅時效規定在同法第 15 條：第二條第一項第四款至第九款所列之不公平競爭中，對使用營業秘密之行為，依第三條第一項規定之請求停止或預防侵害的權利，如行為人繼續該行為，自因該行為營業上之利益被侵害，或有被侵害之虞的持有人知悉該事實及行為人時起三年間不行使時，因時效而消滅。自行為開始時起已屆滿十年時，亦同。

⁸⁴ 日文原文為「差止請求權」。日本之差止請求權，包括我國之不作為請求權（侵害除去請求權、防止侵害請求權）和對製造侵害物之工具設備等銷毀請求權（日文原文為「廢棄請求權」），我國雖也有此三種請求權，但並無相對應涵蓋三者之用語。參註 2，頁 28。

⁸⁵ 公平交易委員會網站，前揭註 81。

②損害賠償請求權（第4條至第9條）

不正競爭防止法第4條至第9條規定，明定損害賠償請求權，其中第4條規定請求權基礎，如下：

（第4條）因故意或過失為不公平競爭而侵害他人營業上之利益者，對因此造成之損害，負賠償之責任。但關於依第十五條規定，在同條規定之權利消滅後，因使用該營業秘密之行為而造成損害者，不在此限。

同法第5條至第9條，則明定關於請求損害賠償之相關規定，第5條⁸⁶規定損害額之推定、第6條⁸⁷規定具體態樣之明示義務、第7條⁸⁸規定文書提出義務、第8條⁸⁹規定損害額之鑑定、第9條⁹⁰規定相當損害額之認定等。

③信用回復措施請求權（第14條）

不正競爭防止法第14條規定：「對因故意或過失進行不公平競爭而侵害他人營業上之信用者，法院依該營業上信用被侵害人之請求，得以代替損害賠償或為損害賠償之同時，命令侵害人為回復被侵害人營業上信用所需之措施。」，例如謝罪廣告等。

⁸⁶（一項）因第二條第一項第一款至第九款或第十五款所列之不公平競爭（如為同項第四款至第九款所列者，以有關技術上之機密〔係指作為機密管理之生產方法或其他對事業活動有用之技術上的資訊，尚未成為眾所周知者〕者為限），營業上之利益被侵害者（以下於本項簡稱「被害人」）依故意或過失，對侵害自己營業上之利益者，請求賠償自己因該侵害所受之損害，如侵害人將構成侵害行為之物讓與時，得將讓與物之數量（以下於本項簡稱「讓與數量」）乘上相當於如無此侵害行為時，被害人即可銷售之物的單位數量利益後之金額，在不超過被害人於銷售該物或為其他行為可得之金額限度內，作為被害人所受損害之金額。但如被害人有無法銷售讓與數量之全部或一部分的事由時，應將該事由相應之數量扣除。（二項）因不公平競爭，營業上之利益被侵害者依故意或過失，對侵害自己營業上之利益者，請求賠償自己因該侵害所受到之損害，如侵害人由於其侵害行為而獲得利益時，該利益之金額，推定為營業上之利益被侵害者所受之損害額。（三項）因第二條第一項第一款至第九款、第十二款或第十五款所列之不公平競爭，營業上之利益被侵害者依故意或過失，對侵害自己營業上之利益者，得依以下各款所列之不公平競爭類別，請求各款規定行為應取得金額之金錢賠償，作為自己所受之損害額。一、第二條第一項第一款或第二款所列之不公平競爭該侵害相關商品等標示之使用。二、第二條第一項第三款所列之不公平競爭該侵害相關商品形態之使用。三、第二條第一項第四款至第九款所列之不公平競爭該侵害相關營業秘密之使用。四、二條第一項第十二款所列之不公平競爭該侵害相關域名之使用。五、二條第一項第十五款所列之不公平競爭該侵害相關商標之使用。（四項）前項之規定，不妨礙超過同項規定金額之損害賠償請求。此時，侵害營業上之利益者如無故意或重大過失時，法院得斟酌考量此情事而決定損害賠償之金額。

⁸⁷於因不公平競爭致營業上之利益被侵害之相關訴訟中，主張因不公平競爭，營業上之利益被侵害或有被侵害之虞者，如否認主張構成侵害行為之物或方法的具體態樣時，相對人須明示自己行為之具體態樣。但相對人如有無法明示之相當理由時，不在此限。

⁸⁸（一項）法院於因不公平競爭致營業上之利益被侵害之相關訴訟中，依當事人之聲請，為證明該侵害行為或為計算該侵害行為所造成之損害，得命令當事人提出必要之文書。但如文書之持有人有拒絕提出之正當理由時，不在此限。（二項）法院為判斷是否有前項但書規定之正當理由，如認有必要時，得命令文書之持有人提示該文書。此時，任何人均不得請求該被提示文書之揭露。（三項）法院於前項之情形，關於是否有第一項但書規定之正當理由，如認有必要揭露前項後段之文書面並徵詢其意見時，得對當事人等（係指當事人〔如為法人時，為其代表人〕或當事人之代理人〔訴訟代理人及輔佐人除外〕、使用人或其他從業人員，以下皆同）、訴訟代理人或輔佐人揭露該文書。（四項）前三項之規定，於因不公平競爭致營業上之利益被侵害之相關訴訟中，為證明該侵害行為而必需之驗證目的提示準用之。

⁸⁹於因不公平競爭致營業上之利益被侵害之相關訴訟中，依當事人之聲請，法院為計算該侵害行為所造成之損害，命令就必要事項進行鑑定時，當事人須對鑑定人說明進行鑑定所需之事項。

⁹⁰於因不公平競爭致營業上之利益被侵害之相關訴訟中，經認定有損害發生，但為證明損害額而需證明必要事實，要證明該事實在性質上非常困難時，法院得依據言詞辯論之所有意旨及證據調查之結果，來認定相當之損害額。

4. 侵害營業秘密之刑事規範

在介紹日本侵害營業秘密之相關刑事規範以前，必須釐清的是，不正競爭防止法第2條1項4款至9款中六種不正利用行為之態樣，並不必然構成犯罪，亦即並非所有不正利用營業秘密之行為均為構成犯罪行為。至於侵害營業秘密罪，另規定於同法第21條及第22條。同前言所述，不正競爭防止法於2003年之修正中，增加侵害營業秘密罪之規定；2005年、2009年之修正相繼擴大了侵害營業秘密行為之犯罪類型、加重法定刑、部分犯罪增列兩罰規定、部分犯罪增設域外效力。以下將針對不正競爭防止法中侵害營業秘密罪部分說明：

(1) 侵害營業秘密罪

侵害營業秘密罪之成立要件，主要規定於不正競爭防止法中第21條1項1至7款，臚列如下：

第21條1項⁹¹：符合以下各款之一者，處十年以下有期徒刑，科或併科一千萬日圓以下罰金。

①第1款⁹²：以獲得不正利益為目的、或以加損害於保有者之目的，利用詐欺等行為（係指欺騙人、對人施加暴行，或脅迫人之行為，以下皆同）或管理侵害行為（係指竊取財物、侵入施設或為不當進入之行為〔指不當進入行為禁止等相關法律【西元1999年法律第一百二十八號】第三條規定之不當進入行為〕或其他妨害保有者管理之行為，以下皆同）而取得營業秘密之人

②第2款：以獲得不正利益為目的、或以加損害於保有者之目的，使用或揭露因詐欺等行為或管理侵害行為而取得之營業秘密者

③第3款：受保有者揭露營業秘密者，以獲得不正利益為目的、或以加損害於保有者為目的，違背管理營業秘密之任務，而以下列各方法取得營業秘密

（一）侵占營業秘密紀錄媒體等（謂記載或記錄營業秘密之文書、圖畫或記錄媒體，以下皆同）或表營業秘密之物。

（口）製作營業秘密記錄媒體之記載或記錄、或表營業秘密之物之複本。

（八）應刪除而未刪除、或假裝刪除營業秘密記錄媒體等之記載或記錄。

④第4款：受保有者揭露營業秘密者，基於獲取不正利益為目的、或以加損害於保有者之目的，將前項各款違背管理營業秘密之任務所取得之營業秘密，予以使用或揭露者

⑤第5款：受保有者揭露營業秘密之董事會成員（係指理事、董事、執行董事、執行業務之職員、監事或監察人，或者等同上述職務者，於次款亦同）或從業人員，基於獲取不正利益為目的、或以加損害於保有者之目的，違背營業秘密管理之任務，而使用或揭露該營業秘密者（前款所列者除外）。

⑥第6款：受持有人揭露營業秘密之董事或從業人員，基於獲取不正利益為目的、或以加損害於保有者之目的，於在職期間，違背營業秘密管理之任務，申請營業秘密之揭露，或接受營業秘密使用或揭露之請託，而於離職後使用或揭露該營業秘密者（第四款所列者除外）

⑦第7款：基於獲取不正利益為目的、或以加損害於保有者之目的，利用構成第二款或前三款之罪的揭露，取得營業秘密，而使用或揭露該營業秘密者

⁹¹ 公平交易委員會網站，前揭註81。

⁹² 底線為2009年新修正部分，以下皆同；公交易委員會網站，前揭註81。

此外，同法第 21 條 1 項 5 款，規定有違反秘密保持命令罪，違反秘密保持命令者，處五年以下徒刑，科或併科五百萬日圓以下罰金。

(2)2009 年修正重點

不正競爭防止法於 2009 年之修正重點有三：

①侵害營業秘密罪之目的要件之變更

修法之前，侵害營業秘密罪之目的要件為「以不正競爭為目的」，修法後改為「以獲取不正利益為目的、或以加損害於保有者為目的」（圖利加害目的）。同法第 21 條 1 項各款之目的要件，均修正為具備圖利加害目的，即可成罪。

②對於第三者不正取得營業秘密，刑罰之對象範圍之擴大

修法之前，對於不正取得營業秘密之第三者之刑罰，限於因詐欺等行為或管理侵害行為，而取得、或複製營業秘密記錄媒體之記載之情況，修法之後，有圖利加害目的，並基於詐欺等行為或管理侵害行為而不正取得營業秘密之行為，亦為刑罰之對象⁹³。（同法 21 條 1 項 1 款）

③加諸刑責於從業人員不法取得⁹⁴營業秘密之行為

修法之前，「受保有者揭露營業秘密者」不正流出營業秘密之行為，並非處罰對象，直至不正使用、揭露階段方為處罰對象。修法之後，受保有者揭露營業秘密，並違背管理營業秘密之任務，基於圖利加害目的而不法取得營業秘密之行為，成為了新的侵害營業秘密罪之態樣⁹⁵。（同法 21 條 1 項 3 款）

(3)兩罰規定

不正競爭防止法第 22 條針對部分行為明定兩罰規定，條文如下⁹⁶：

（第一項）法人之代表人或法人、自然人之代理人、使用人或其他從業人員，關於法人或自然人之業務，為前條第一項第一款、第二款、第七款或第二項規定之違反行為時，除處罰行為人外，對法人科三億日圓以下罰金刑，對自然人則科該條之罰金刑。

（第二項）於前項之情形，對行為人提起有關前條第一項第一款、第二款和第七款，以及第二項第五款之罪的同條第三項告訴時，對該法人或自然人亦生效力；對法人或自然人提起告訴時，對行為人亦生效力。

（第三項）依第一項之規定，關於前條第一項第一款、第二款、第七款或第二項之違反行為，對法人或自然人科罰金刑時之時效期間，應依照上述規定之罪之時效期間。

亦即，法人之代表人或法人、自然人之代理人、使用人或其他從業人員，關於法人或自然人之業務觸犯同條第 1、2、7 款等侵害營業秘密罪，不僅處罰行為人，亦得對法人科處罰金。

此外，關於處罰法人之規定，法人等之推定過失，參照最高法院判例⁹⁷，企業若欲脫免責任，必須證明其為了防止該社從業人員之侵害營業秘密行為，已竭盡注意於選任監督⁹⁸。

⁹³ 經濟產業省知的財產政策室，前揭註 77，頁 19。

⁹⁴ 原文「領得」，調意圖為自己或第三人所有，而不法取得他人之財產。參考自デジタル大辞泉。

⁹⁵ 經濟產業省知的財產政策室，前揭註 77，頁 20。

⁹⁶ 公平交易委員會網站，前揭註 81。

⁹⁷ 最高裁昭和 40 年 3 月 26 日判決。

⁹⁸ 經濟產業省，營業秘密管理指針平成 23 年 12 月 1 日改定版。

(4)域外效力

若為詐欺等行為或管理侵害行為時，該營業秘密係於日本國內被管理，或自保有者合法揭露營業秘密之際係於日本國內，即便不正使用或揭露行為發生在日本國外，亦同為處罰對象⁹⁹。（同法 21 條第 4 項）

(5)告訴乃論罪

營業秘密侵害罪，須被害人等提起告訴，始得以追訴。與其罔顧被害人之意願而進行追訴，被害人可能寧不願讓營業秘密因刑事程序而揭露¹⁰⁰。

(6)法定刑

營業秘密侵害罪之法定刑，為 10 年以下有期徒刑或 1000 萬元以下之罰金，並得併科。此外，不正取得無權持有的營業秘密、或進而使用、揭露它之情況（違反第 21 條 1 項 1、2、7 款），根據兩罰規定，得對行為人所屬之法人併科 3 億元以下之罰金。

(伍) 韓國¹⁰¹

1. 前言

在資訊發達的當今社會，隨著產業技術的發展而對技術、資訊、營業秘密等無形資產的保護越發受到重視。包括日本在內的諸多發達國家均確立了智慧財產權立國的戰略，擬立法提高全社會對無形資產重要性的認識。¹⁰²

在較早之前，於 1961 年制定的不正競爭防止法中尚未規定有關營業秘密之保護的規定。自 GATT 烏拉圭回合談判於 1993 年達成最終協定，並決定成立 WTO。¹⁰³WTO 在關於智慧財產權保護方面，訂定了「與貿易有關之智慧財產權協定(Trade Related Aspect of Intellectual Property Rights, including Trade in Counterfeit Goods, 以下簡稱 TRIPS)」。TRIPS 所規範的智慧財產權包括著作權及其相關權利、商標權、地理標示、工業設計、專利權、積體電路電路佈局、未公開資訊的保護。¹⁰⁴韓國政府在注視烏拉圭回合談判的過程中，於 1991 年 12 月 31 日公布修正不正競爭防止法，將營業秘密保護制度列入其中。

此外，以 1998 年 2 月發生的三星電子指控南亞公司涉嫌侵害智慧財產權的案件為契機，¹⁰⁵於 1998 年將不正競爭防止法的法律名稱修訂為不正競爭防治法及營業秘密保護相關

⁹⁹ 經濟產業省，營業秘密管理指針平成 23 年 12 月 1 日改定版。

¹⁰⁰ 經濟產業省，營業秘密管理指針平成 23 年 12 月 1 日改定版。

¹⁰¹ 韓國法制部分，特別感謝金煥銀研究員蒐集資料、翻譯及撰寫。

¹⁰² 參尹善姬（2005），〈營業秘密之經營資訊〉，《創作和權利》，39 期，頁 77。

¹⁰³ GATT 第八回合談判（烏拉圭回合）則自一九八六年開始，於一九九三年十二月十五日完成，為 GATT 史上規模最大、影響最深遠之回合談判。談判之內容包括貨品貿易、服務貿易、智慧財產權與爭端解決等。該回合之談判並決議成立 WTO，使 GATT 多年來扮演國際經貿論壇之角色正式取得法制化與國際組織的地位。更重要的是，WTO 爭端解決機構所作之裁決對各會員發生拘束力，因此使 WTO 所轄各項國際貿易規範得以有效地落實與執行。

¹⁰⁴ 參章忠信（2002），〈WTO/TRIPS 與著作權之保護規定〉，<http://www.copyrightnote.org/cnote/bbs.php?board=5&act=read&id=11>（最後瀏覽日：9/11/2012）。

¹⁰⁵ 此案件為，韓國三星電子指控幽靈公司 KSTC 將三星電子的半導體技術非法洩漏給臺灣南亞公司（NTC）的侵害營業秘密案。金炯翊與金德洙於 1997 年 5 月成立韓國半導體積體電路設計公司（KSTC），與臺灣南亞公司簽署技術合作協定，於 1997 年 7 月開始接受南亞公司每月十萬美金的款項，KSTC 公司以高薪挖角

之法律（以下簡稱“營業秘密保護法”），引用專利法中規定的損害賠償額之計算方法，並且增設對於不法洩露商業秘密到國外的，加重處罰的規定。儘管政府採取諸多保護措施，但產業界仍陸續發生離職員工盜用或洩露原任職公司營業秘密以及以不法手段竊取營業秘密的案件。因此，政府於2004年1月20日修訂營業秘密保護法，對於侵害企業經營資訊的犯罪行為處以刑事處罰，並廢除告訴乃論的規定。

在營業秘密侵害之類型中，絕大多數的案例是依據合約或法律規定負有保密義務之人，不正使用或洩露所知悉之營業秘密的案例。¹⁰⁶ 對於員工離職後競業禁止問題，韓國營業秘密保護法欠缺明確的法律規定，如何處理離職後競業禁止以及兼顧勞工的權益實為重要之課題。¹⁰⁷

本論文首先簡單介紹韓國營業秘密的基本概念，營業秘密侵害之類型，侵害營業秘密之救濟，並提出有效營業秘密保護之對策。

2. 營業秘密之概念及構成要件

韓國營業秘密保護法第二條第二項規定，營業秘密系指，不為公眾所知悉，具有獨立的經濟價值，所有人已採取適當之保護措施的生產辦法、行銷技術及其他有利於營業活動的關於技術或行銷之資訊。

雖然營業秘密法明文規定營業秘密之概念，但於何種秘密方屬受法律保護之營業秘密仍難以判斷，韓國大法院就提出應斟酌考慮受害人主張的營業秘密自身的內容、員工的任職時間長短與職位、為他人獲得或複製的難易程度、所有人為維護營業秘密所作之努力、員工離職後從事與原服務公司相同業務之公司的應綜合考慮兩個公司之關係以及業務的相關性。¹⁰⁸

如上所述，營業秘密之保護至少有四：一是具秘密性（非周知性），二是經濟價值性，三是保密管理性（採取適當的保護措施），四是有益性（實用性）。

（1）秘密性

受法律保護之營業秘密應是非一般公眾所知悉，但並非簡單地規定一般公眾，而是強調可以通過營業資訊得到經濟利益的一般人所知悉，從而該營業秘密在客觀上必須達到使一般人以正當方法無法輕易獲取，並且僅限於特定少數人所知悉。因此，刊登在期刊或報紙上之被一般公眾所知悉的資訊不屬受法律保護之營業秘密。

又營業秘密應具有的秘密性不應是“絕對的秘密”，即使是被特定的人所知悉的秘密，若所有人已採取合理之保密措施的，應認其具有秘密性。¹⁰⁹

（2）經濟價值性

秘密所有人在主觀上有將其當成營業秘密之意思固然重要，然而如果在客觀上並不具有保守該秘密之正當利益，即不具有經濟價值的，則不受法律之保護。營業秘密保護法亦將營業秘密定義為，須具有獨立的經濟價值，此意味著擁有經濟價值之秘密的所有人通過

16名服務於三星電子及LG半導體的技術人員，獲取半導體技術資料。本家中法院處罰了2名主犯，對於16名員工處以緩刑執行（大法院1999.3.12.宣告98 Do 4704判決）。對此，不論學界和業界均強調處罰過輕。

¹⁰⁶ 據國家情報院產業機密保護中心的統計資料，2003年至2006年共發生92件洩露產業技術資訊案件，其中85%的案例是任職期間或離職後以不正當方法使用或接露其在勞動契約中獲得之營業秘密或業務資訊的案件（生計型營業秘密洩露）。除此之外，惡意挖角、員工跳槽、不當獲取他人營業秘密、策略合作、派遣產業間諜等違法行為占25%。

¹⁰⁷ 參照鄭相朝，智慧財產權法，洪文社，2011年，頁607。

¹⁰⁸ 大法院2003.7.16. za 2002ma4380 裁定。

¹⁰⁹ 首爾高等法院2004.9.23. 宣告2002da60610判決。

轉讓或出售該秘密，可得到經濟上的補償。該要件引用了美國統一營業秘密法（UTSA, Uniform Trade Secrets Act 1979）第一條第四項第一款、第二款之規定。

又營業秘密之經濟價值性來源於秘密性，該秘密對於事業之競爭能力具有重要意義。例如一旦該秘密被公開，即會對相關產業之競爭能力造成影響，該秘密足以使秘密的所有人，在產業之競爭中有機會超過不知道或未使用該秘密的競爭對手。又營業秘密應具有實際或潛在之經濟價值，但不意味著秘密本身必須是具有獨立性和金錢價值的商品交易對象。¹¹⁰ 另外，一些學者主張從字面文義上難以區分“生產辦法與行銷技術以及其他有利於營業活動的關於技術或行銷之資訊”與“有用性”之間的區別，亦不存在法律規定經濟價值性之必要，應刪除對具經濟價值性的法律規定。¹¹¹

但營業秘密保護法為保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，對於以不正當之方法侵害他人營業秘密的行為人給與刑事處罰。因此，理應依據罪刑法定主義之精神，必須嚴格遵守法條文意，以免罪刑法定主義名存實亡。但是，如果偏重於對法條字面文義的解釋，而忽視對其他因素的綜合考慮，則難以面對資訊網路技術發展及社會變遷，無法有效地保護秘密所有人的合法權益。

（3）採取適當的保護措施（保密性）

營業秘密欲受法律之保護，秘密之所有人在主觀上有將其當成營業秘密之意思表示，在客觀上應為一定之行為，使員工或外部人員瞭解其將該資訊當成秘密加以保守之意思。¹¹² 即需要秘密所有人的管理意識與為保守營業秘密而採取適當的保護措施。“採取適當的保護措施”是非常重要的構成要件，法院在判斷該秘密是否屬於受法律保護之營業秘密時，斟酌考慮秘密之所有人是否已經採取適當的保護措施之行為。

- 一． 對於管理主體之要求，即限制可接觸營業秘密之人員。例如將公司機密檔設定等級、妥為存放（如上鎖設定秘密，在電腦上儲存資訊時也應設定秘密保護措施），並規定一定職稱級別的員工才可接觸該秘密。
- 二． 對於管理方法之要求，即確定營業秘密之保護標的。例如公司門襟管理，設定公司營業秘密文件的管理、存放方法，秘密資料之銷毀方法，與所有接觸到該特定營業秘密之員工簽訂保密合約等。
- 三． 必須具有對營業秘密的管理意識，既告知可接觸到該營業秘密之員工這些資訊屬於公司營業秘密。例如在秘密檔封面上加印“機密”二字，設置專人負責保管營業秘密，存放妥當等行為。¹¹³ 並加以考慮所有人主張的營業秘密是否具有秘密性，企業之規模，員工人數等因素合理判斷較為妥當。

（4）有益性（實用性）

營業秘密欲獲得法律之保護，應具有客觀或潛在之經濟價值，同時必須對生產辦法、行銷技術及其他營業活動有益之資訊。原則上營業秘密應是對營業活動有益的積極的資訊，但並不意味著秘密本身必須是積極的資訊，消極資訊亦可為營業秘密。例如用於降低企業經營成本或於防止損害之發生的失敗的實驗報告或資料記錄等消極資訊均具有有益性要件。

¹¹⁰ 參宋英錫、李相廷、黃宗煥（2005），《知識所有權法（下）》，9版，頁459-460，首爾：六法社。

¹¹¹ 參玄大浩（2005），〈有關營業秘密保護之要件及救濟方法之研究〉，《法曹》，587期，頁188。

¹¹² 參尹善姬（2006），《智慧財產權法》，8版，頁552，首爾：世昌。

¹¹³ 參宋英錫、李相廷、黃宗煥（2005），前揭註109，頁460。

又要求生產辦法、行銷技術及其他營業活動必須具備正當性，無背於公序良俗。¹¹⁴ 對此營業秘密保護法未作明文規定，但可根據民法基本原則，法院可以直接適用民法基本原則裁判案件。因此，危險物或有毒有害物質的使用方法，欺詐行為，缺陷或瑕疵產品，違法不當的事業計畫書，複式計帳 (Double Invoicing) 等不當資訊不受營業秘密法制保護。另外，企業逃稅和避稅等不利於國家稅收的行為，違背法律規定不當排放污染物之辦法也不屬於營業秘密之範圍。

3. 營業秘密之侵害與法律救濟

(1) 營業秘密之侵害類型

營業秘密保護法第二條第三項具體地加以例示規定六種侵害類型，惟由於其僅是例示規定，營業秘密之侵害並不僅限於此，如有其他不屬於鈣等歷史侵害之情形，仍可依第十條規定請求禁止侵害，依第十一條之規定請求損害賠償。營業秘密保護法第二條第三項規定如下：

- 一． 以盜竊、欺詐、脅迫或其他不當手段獲取營業秘密之行為（以下簡稱「不當獲取行為」）與使用或公開不當獲取的營業秘密之行為（包括在維持保密狀態下洩漏給特定人之情形）；
- 二． 知悉或因重大過失而不知其為不當獲取之營業秘密，而使用、洩漏、公開之行為；
- 三． 取得營業秘密後，知悉或因重大過失而不知其為不當獲取之營業秘密，而使用或公開該秘密之行為；
- 四． 因契約關係等有保守營業秘密之義務者，以獲得不當利益或侵害秘密所有人為目的，而使用或公開營業秘密之行為；
- 五． 知悉或因重大過失不知其為第4款之營業秘密，而獲取該營業秘密或使用、公開該營業秘密之行為；
- 六． 因法律行為取得營業秘密，知悉或因重大過失不知其為第4款之營業秘密，而使用或公開該營業秘密之行為。¹¹⁵

綜上所述，營業秘密之侵害類型大致可分為以不當方法取得營業秘密之行為和正當合法地取得營業秘密後，不當使用或空開、洩漏之行為兩種情形。第一款規定主要借鑒日本不正當競爭法的相關規定，具體例示不正當方法的類型，以本款規定之方法取得的營業秘

¹¹⁴ 參尹善姬，前揭註 111，頁 552。

¹¹⁵ 3. The term "Infringement of trade secrets" means any of the following:

- (a) Acquiring trade secrets by theft, deception, coercion or other improper means (hereinafter referred to as "act of improper acquisition"), or subsequently using or disclosing the improperly (including informing any specific person of the trade secret while under a duty to maintain secrecy; hereinafter the same shall apply);
- (b) Acquiring trade secrets or using or disclosing them with the knowledge that an act of improper acquisition of the trade secrets has occurred or when the lack of such knowledge was caused by gross negligence;
- (c) After trade secrets have been acquired, using or disclosing them with knowledge that an act of improper acquisition of the trade secrets has occurred or when the lack of such knowledge was caused by gross negligence;
- (d) Using or disclosing trade secrets to obtain improper benefits or to damage the owner of the trade secrets while under a contractual or other duty to maintain secrecy of the trade secrets;
- (e) Acquiring trade secrets, or using or disclosing them with the knowledge that the trade secrets have been disclosed in the manner provided in item (d) or when gross negligence was the cause of the disclosure or the lack of such knowledge;
- (f) After acquiring trade secrets, using or disclosing them with the knowledge that they had been disclosed in a manner provided in item (d), or when gross negligence was the cause of the disclosure or the lack of such knowledge;

密，無論是否使用或公開該營業秘密均構成對營業秘密的侵害。第二款與第三款主要規範的是營業秘密賺得者的行為，兩者區別在於第二款的侵害人獲得營業秘密時，已經知悉該營業秘密是不當獲取，而第三款的侵害人實在取得營業秘密後，才知悉所取得的營業秘密是不正當所得，屬於善意取得，但去繼續使用或公開、洩漏，從而從善意取得轉為侵害人。第四款規定的情形中最為普遍的是員工離職後以不當方法使用或洩漏原服務公司所屬營業秘密之行為。但韓國的營業秘密保護法尚未規定有關依法令有保守營業秘密之義務者的範圍，營業秘密保護法實施令也沒有加以具體規定。

(2) 營業秘密之侵害與舉證責任

營業秘密保護法第十條第一項規定，營業秘密所有人在受到侵害或即將還受到侵害時，對於營業秘密侵害之行為受到經濟上損失或有受損失之慮者，依法享有向法院請求禁止或防止該侵害行為之權利。受害人依據前項規定，提起禁止及請求防止侵害的同時，可請求銷毀侵害行為作成之物或專供侵害所用之設備以及其他侵害行為的排除及防止

(2007.12.21 增設)。因此，依據民事訴訟法上的舉證責任，當事人主張有利於己之事實者，就其事實有舉證責任。但法律另有規定或以情形顯示公平者，不在此限。固然營業秘密所有人主張其營業秘密受到侵害時，必須要提出證據支持自己的主張。這裡所指的證據應包括營業秘密的秘密性存在及其價值的舉證，是否採取合理的保密措施的舉證，侵害營業秘密之事項及受害範圍等。

法院審理案件的過程中，對於侵害營業秘密之訴，法院要求原告證明其營業秘密標的具有秘密性和實際或潛在之經濟價值，以盡力保護其秘密性的事實。¹¹⁶ 若營業秘密所有人無法證明上述要件時，則無侵害營業秘密之可能。¹¹⁷

(3) 侵害營業秘密侵害之法律救濟

a. 民事救濟

韓國有關於營業秘密侵害的法律救濟，在民事途徑方面，賦予營業秘密所有人對於侵害狀態的停止請求權及有侵害之慮時的侵害防止請求權，對於侵害行為作成之物或專供侵害所用之設備的銷毀權，損害賠償請求權，信用恢復請求權等。

此外在實務上，為了保護營業秘密，法院常要求高標準之商業道德，從重處罰不花費發展資訊之高成本，而不當使用他人之營業秘密而獲取利益的行為。

(a) 排除或防止侵害請求權

營業秘密受侵害或有侵害之慮時，被害人可以請求排除或防止之侵害行為(第十條第一項)。但法院審理營業秘密侵權之民事訴訟案件所需耗費之審理時間較長，為防止侵害人於訴訟期間繼續受到侵害，權利人亦可考量就向法院聲請停止侵害假處分，並聲請對侵害人之財產的假扣押，切實保護營業秘密不受侵害與將來判決之執行。

通常侵害排除請求權是對於營業秘密的侵害行為已經實際發生，而且侵害行為現在依然繼續存在，因此受害人可以請求侵權行為人排除其侵害，即立刻終止其侵害之行為，同

¹¹⁶ 大法院 2004.9.23. 宣告 2002da 60610 判決。

¹¹⁷ 參白勝宰(2008)，〈專家的離職和營業秘密保護之局限性〉，《判例研究》，22期，頁130，首爾：首爾地方律師協會。

時也可以設定一定時間，例如在侵害人將受害人之產品分解後，分析其產品元件、設計而獲取營業秘密之時間，或於獨立研發其產品所需耗費之時間為停止對營業秘密之侵害期間。

(b)銷毀或為其他必要之處置請求權

被害人為前項請求時，對於侵害行為作成之物或專供侵害所用之物，得請求銷毀或為其他必要之處置（第十條第二項）。如果不做適當之處置，營業秘密所有人的權利隨時會有再受侵害的可能性。因此，為了避免營業秘密侵害之持續與擴大，受害人對於侵害營業秘密之物品或從事侵害行為所用之物，得請求銷毀或為必要之處置。但對於正當方法取得營業秘密者（善意取得者），投入相當多的資源和努力，為公司獲得其商業上競爭的優勢或該營業秘密構成產品生產工藝必不可少的一部分時，應綜合考量營業秘密所有人是否濫用法律對營業秘密之保護，而影響整體競爭，因此不得不謹慎以對。¹¹⁸

- 案例事實（首爾地方法院1995. 2. 22. 94ga合3033判決）

L君於韓國MONAMI公司擔任研發室室長，於此公司任職已經14年。1994年離職後進入與MONAMI公司具有競爭關係之S公司擔任相同職務，L君違背保護營業秘密之義務離職時擅自帶走記錄墨水配方之營業秘密，並在S公司不當使用和公開製造墨水之配方。法院判決S公司禁止使用或公開MONAMI公司墨水配方，同時命令銷毀記錄生產墨水之配方的筆記本。相類似的外國判例有美國Data General告維修公司著作權及營業秘密侵害案。¹¹⁹

(c)損害賠償請求權

韓國營業秘密保護法第十一條規定，因故意或過失侵害他人之營業秘密者，負損害賠償責任。同時侵害他人營業秘密之行為乃侵害他人之權利或受法律保護的權益，屬法定民事責任之一種。除營業秘密保護法之規定外，適用民法第750條不法行為之法律規定，負損害賠償責任。¹²⁰ 因此與通常民事責任相同，須符合違法之構成要件：1) 須為不法之行為，2) 須行為人有故意或過失，3) 須侵害他人之權利或其他受法律保護的權益，4) 須有因果關係。

在實務上營業秘密所有人即受害人來證明所受損害或所得利益實際上都有相當的難度。因此當事人對於損害的金額以及應賠償得利一個有爭論時，法院應依民法對於損害賠償範圍之基本規定（填補受害人所受損害及所示利益）及營業秘密保護法第14條第2項有關賠償金額認定之規定。依同條同項規定，受害人得依下列各款規定擇一請求¹²¹：

¹¹⁸ 參黃毅昌（1998），《知識財產權法》，頁759，首爾：新英。

¹¹⁹ 詳參陳偉潔（1993），〈美國Data General告維修公司著作權及營業秘密侵害案，獲得超過5,000萬美元之賠償〉，《資訊法務透析》，5卷4期，頁8。

¹²⁰ 民法第750條（不法行為之內容）：因故意或過失不法侵害他人之權利，致發生損害之損害者，複賠償責任。

¹²¹ Article 14-2 (Presumption, etc. on the Amount of Damages)

(1) Where a person whose business interests have been infringed by an act of unfair competition, a violence as referred to in Article 3-2 (1) or (2) or infringement of trade secrets claims compensation for damages under Article 5 or 11, and where the person who has infringed the business interests transfers the goods causing the act of unfair competition, violence as referred to in Article 3-2 (1) or (2) or infringement of trade secrets, the amount obtained by multiplying the transferred amount in subparagraph 1 by the presumed profit per unit in subparagraph 2, may be set as damages for the person whose business interest has been infringed. In such cases, the compensation may not exceed an amount calculated by multiplying

- 一· 因侵害營業秘密之行為營業利益受到侵害者，依本法第十一條規定請求損害賠償時，侵害人已經出售或轉讓侵害行為作成之物的，數量乘以單個產品的合理利潤所得之積可以視為損害賠償之金額。又損害賠償之金額不得超過受害人得生產的數量減去預期銷售數量所得之差額。除營業秘密之侵害行為以外的事由而減少的銷售量不應包括在賠償之範圍內（於2011. 6. 30修改）。
- 二· 因侵害營業秘密之行為營業利益受到侵害者，依本法第十一條規定請求侵害人因侵權行為所得利益之規定，此種將侵害人所得利益作為損害賠償之金額（於2011. 6. 30修改）。
- 三· 因侵害營業秘密之行為營業利益受到侵害者，依本法第十一條規定請求損害賠償時，損害賠償金額認定為使用受侵害之營業秘密時刻的預期之利益（於2011. 6. 30修改）。
- 四· 因營業秘密之侵害行為所受到的損失超過第三款規定的損害賠償範圍時，受害人得對於「超過部分」請求侵害人給以損害賠償。此時如侵害人並非出於故意或重大過失，法院得參酌其情形酌定損害賠償之金額（於2011. 6. 30修改）。
- 五· 對於營業秘密侵害之訴訟案件，受害人能證明損害發生，但在損失大小難以證明或無法證明的情況下，法院應根據原告與被告雙方的陳述，參酌有關證據，來判斷合理的損害賠償金額（於2011. 6. 30修改）。

the estimated profit per unit by the number of articles that the person whose business interest has been infringed could have produced subtracted by the number of units actually sold: Provided, That where a person whose business interest has been infringed was unable to sell the product for reasons other than the act of unfair competition, violence referred to in Article 3-2 (1) or (2), or infringement of trade secrets, a sum calculated according to the number of articles subject to the reasons shall be deducted: <Amended by Act No. 10810, Jun. 30, 2011>

1. The amount of goods transferred;

2. Profit per unit quantity of the goods which a person whose business interest has been infringed would have been able to sell, if there had been no such act of unfair competition, violence as referred to in Article 3-2 (1) or (2) or infringement of trade secrets.

(2) Where a person whose business interests have been infringed by an act of unfair competition, violence as referred to in Article 3-2 (1) or (2) or infringement of trade secrets claims compensation for damages under Article 5 or 11, the profits gained by the infringer through the infringement, if any, are presumed to be the amount of damages suffered by the person whose business interests have been infringed. <Amended by Act No. 10810, Jun. 30, 2011>

(3) Where a person whose business interests have been infringed by an act of unfair competition, violence as referred to in Article 3-2 (1) or (2) or infringement of trade secrets claims compensation for damages under Article 5 or 11, he/she may claim as damages the amount of money that the person would normally be entitled to receive for using a mark applied to goods if the mark was the object of an act of unfair competition or a violence referred to in Article 3-2 (1) or (2), or for using trade secrets that were the object of the infringement. <Amended by Act No. 10810, Jun. 30, 2011>

(4) Where the amount of actual damages caused by an act of unfair competition, violence as referred to in Article 3-2 (1) or (2) or infringement of trade secrets exceeds the amount under paragraph (3), the excess amount may also be claimed as compensation for damages. In such cases, when awarding damages, the court may consider whether the person who has infringed the business interest was willful or grossly negligent. <Amended by Act No. 10810, Jun. 30, 2011>

(5) Where the court recognizes the difficulty of proving the amount of damage that has occurred in litigation related to an act of unfair competition, violence referred to in Article 3-2 (1) or (2) or infringement of trade secrets owing to the nature of the case, the court may determine a reasonable amount after examining the evidence and reviewing all the arguments of damage on the basis of the entire tenor of oral proceedings and the results of evidence investigations, notwithstanding paragraphs (1) through (4). <Amended by Act No. 10810, Jun. 30, 2011>

(d) 信譽恢復請求權

營業信譽是社會對於事業之評價，評價的高低往往影響企業的經濟活動，甚至影響企業的存亡。不當使用或公開他人之營業秘密足以損害他人之營業信譽。因此，受害人因侵害行為作成之物存在缺陷致使營業信譽或商譽受到減損時，依營業秘密法第12條規定得請求信譽減損賠償或信譽恢復。

b. 刑事救濟

韓國雖已於1961年制定不正當競爭防止法，但直到20世紀80年國內的經濟發展主要依靠從國外引進新技術發展國內產業。因此韓國政府在某種程度上，反對給予營業秘密保護或營業秘密之保護程度不足。並且對於營業秘密之法律保護，除了以保密合約之方式履行外，韓國民法及刑法均缺乏適當之規定。¹²² 於1991年與貿易有關之智慧財產權協定(TRIPS)將營業秘密之保護規定納入其中，相繼韓國政府將在不當競爭防止法上對於侵害營業秘密之行為增訂刑事處罰規定。此後韓國在半導體和IT產業有了迅速的發展，政府開始格外重視對營業秘密的保護，加上1998年發生的三星半導體產業間諜案的發生，在企業要求加強保護營業秘密與社會各界高度重視下，對於不法洩漏營業秘密到國外者處以加重處罰，並規定對侵害營業秘密之行為除可除拘役外，同時將併科罰金制度納入其中，增設了法定刑加重之情節等。並於2004年法律修正時仿效美國經濟間諜法對營業秘密之刑事處罰規定，進一步加大對營業秘密侵害的刑事處罰力度，擴大侵害營業秘密之犯罪主體、營業秘密之侵害形態，增設有關陰謀、預備、未遂之規定，廢除告訴乃論之規定。¹²³

(a) 營業秘密保護法上刑事處罰之規定

犯罪主體：侵害營業秘密之行為主體而言，修正之前的條例就營業秘密侵害行為之主體限於離職員工與現任職於本公司的員工，但現行法律規定不要求行為主體及其行為與職務具有一定關係，即不問行為主體與營業秘密所有人有無法律關係，是內部員工或任何第三人，均可為營業秘密保護法規範之對象。

保護範圍：修正之前的營業秘密保護法將保護範圍限定於生產技術有關的資訊（例如技術、制程、配方、程式、設計等），但現行法律借鑒了美國和德國的相關規定，將銷售有關的資訊（例如客戶名單和銷售方法以及戰略等）也包括在保護範圍之內。

犯罪成立要件：侵害營業秘密的行為形態中，就以不當手段“取得、使用、洩漏”營業秘密的行為，科處刑事處罰。所謂的營業秘密之取得系指自己持有他人之營業秘密，例如公司員工將職務上合法取得之公司營業秘密，也可視為已經取得營業秘密。但這屬於正當方式的取得，即使員工將記錄營業秘密的文檔帶到公司外，並不會構成營業秘密之侵害。¹²⁴ 並且取得營業秘密之標的取得方式可以是直接獲取設計圖紙、照片、錄音帶、USB存放裝置等附著或記載營業秘密的有體物，亦可以是人類的記憶和認知等非有體物。

營業秘密之使用是指，依照原來所設定的使用目的用於產品的生產或銷售等營業活動，或者用於同種產品的技術研發等行為。營業秘密之洩漏是指，將營業秘密公開給不知道或未使用該秘密的競爭對手的意思。告知的方式可以是直接或間接以口頭或書面告知。

¹²² 參吳敬植（1999），〈企業機密侵害罪經濟產業侵害案之研究〉，《刑事判例研究》，7期，頁310。

¹²³ 參李東勳（2011），〈不當競爭防止法中對營業秘密之刑法之保護〉，《外法論集》，35期4號，頁19。

¹²⁴ 大法院 2008.4.10. 2008doo679 判決，大法院 1998.6.9.98da1928 判決。

從主觀的構成要件上進行分析，營業秘密保護法處罰行為人之犯罪行為，須其主觀上有故意，還須以獲取不當利益或損害他人之利益為目的。例如以獲取經濟上的報酬或獲取新的就業機會等為目的向他人洩漏企業的營業秘密，通過洩漏營業秘密導致企業銷售量減少或在相關產業之競爭能力造成影響或信用下降等惡意的侵害目的。由於營業秘密法在本質上並未賦予營業秘密所有人享有排他的專屬權利，故意不正當方法取得營業秘密為侵害，而以正當的方法取得營業秘密，例如為了促成交易、達成協議給對方說明設計圖紙或為簽訂技術轉移合約向對方說明產品的制程，並不會構成營業秘密之侵害。有關於以獲取經濟上的報酬而公開企業不當排放污染物之辦法，雖構成洩漏公司有關減少成本之資訊，但不構成營業秘密的侵害，不受法律只保護。¹²⁵

法定刑：以獲取不當得利或給企業造成損害為目的，知悉該營業秘密將在國外使用，並取得使用或洩漏給第三人者，科處10年以下拘役或相當於所得利益額之2倍至10倍的罰金（域外加重處罰）。有關於不法取得、使用、洩漏營業秘密者，科處5年以下拘役或相當於所得利益額之2倍至10倍的罰金。這時法院可以併科拘役及罰金兩種刑罰。¹²⁶

預謀、預備犯：刑法原則上不處罰預備及預謀行為，但對於營業秘密侵害之預備、預謀行為，則設有預備、預謀犯之處罰規定。依本法第18條第3項規定，預備或預謀犯第18條第1項之罪者（不法洩漏營業秘密到國外者），處三年以下拘役或兩千萬元以下的罰金。又預備或預謀犯第18條第1項之罪者（不法洩漏營業秘密到國內者），處兩年以下拘役或一千萬元以下的罰金。這是因為營業秘密一旦遭洩漏和竊取將給企業造成無法挽回的重大損失，甚至可能影響國家經濟利益，威脅國家安全，國家為了防範于未然，得依營業秘密保護法第18條第3項規定處罰預謀及預備犯，以切實保護企業所擁有的營業秘密。

違反秘密保持命令罪：營業秘密保護法第14條第4項規定，經營業秘密所有人的聲請，法院可命令營業秘密侵害訴訟中的當事人（律師、代理人、輔佐人或其他訴訟關係人）將營業秘密為訴訟之外之使用、公開，且不得洩漏予他人。違反此命令侵害他人之營業秘密者，將負刑事責任。即依本法第18條第4項規定訴訟中的當事人違反保守營業秘密之命令時，處5年以下拘役或5000萬元以下罰金。但此罪屬於告訴乃論之罪，非經受害人合法提出告訴，檢察官不得提起公訴，法官不得判罪。

本法又設有秘密保持命令之撤銷有關的規定，受秘密保持命令之人，得以其命令之聲請欠缺第14條第4項之要件，得向保管該營業秘密之法院聲請撤銷秘密保持命令。法院作出撤銷秘密保持命令裁定時，應通知除聲請人及相對人以外、還應通知其他受秘密保持命令之人撤銷之意旨。秘密保持命令經裁定撤銷確定時，失去其效力。

¹²⁵ 大法院 1998.6.9. 1998da1928 判決.

¹²⁶ Article 18 (Penal Provisions)

(1) Any person who has used useful trade secrets of any enterprise abroad for the purpose of making an illegal profit or causing damage to such enterprise or has acquired, used, or leaked such trade secrets to any third party with knowing that they are used or will be used overseas shall be punished by imprisonment with prison labor for not more than ten years or by a fine equivalent to the amount ranging from not less than two times to not more than ten times the amount of the profit in property. <Amended by Act No. 9895, Dec. 30, 2009>

(2) Any person who has acquired or used useful trade secrets of any enterprise for the purpose of making an illegal profit or causing damage to such enterprise or has leaked the trade secrets to any third party shall be punished by imprisonment with prison labor for not more than five years or by a fine equivalent to the amount ranging from not less than two times to not more than ten times the amount of the profit in property.

(4) The imprisonment and fine referred to in paragraphs (1) and (2) may be concurrently imposed.

[This Article Wholly Amended by Act No. 8767, Dec. 21, 2007]

告訴乃論： 在激烈的商業競爭中，國際間對營業秘密之保護與產業競爭秩序之維護，多以制定相關法律予以保護。但考慮到企業的營業秘密外漏與盜用案件不僅侵害該企業的權利，同時涉及國家或社會法益之公益層面（例如影響產業競爭，外商投資意願及國家競爭力等），不以告訴為追訴。

(b) 刑法與特別刑法之規定

涉及侵害營業秘密之行為，刑法已有洩漏秘密罪、侵害秘密罪、盜竊罪、背信罪等。對於侵害營業秘密所科處的刑罰可以從不同角度進行分類，如以處罰對象的不同，可分為處罰侵害營業秘密之行為與處罰專供侵害所用之方法。前者構成洩漏業務秘密罪（洩漏工商秘密罪）及秘密侵害罪，後者構成盜竊罪和背信罪。又如處罰直接涉及侵害營業秘密之行為和涉及隱藏、處理侵害贓物等事後行為。前者又可分為違反義務型犯罪及不當竊取型犯罪。違反義務型犯罪包括橫嶺罪（embezzlement）及背信罪，不當竊取型犯罪包括盜竊罪與入室盜竊罪。事後涉及犯罪行為有贓物罪。

另外通過其他單行法律之規定，處罰依法令或契約有守因業務知悉或持有營業秘密之義務，而故意洩漏者，從而間接地保護企業的營業秘密。例如專利法（第229條，第229條第2項），實用新案法（第52條），有關情報通訊網利用促進法律（第22條，第28條），通訊秘密保護法（第16條第1款，第18條）等。

4. 小結-有效保護營業秘密之方法

營業秘密的保護同樣包括事前的積極防範與事後的司法救濟兩大過程。事前的積極防範要求企業對有關企業經濟利益和競爭優勢的資訊，及時採取保密措施，如與員工簽訂保密契約，加強對企業員工的保密宣傳教育，與其他企業協商過程中，應簽訂保密契約（Non-disclosure agreement），約定保密對象和範圍及雙方的權利義務，健全保密規章制度。以契約諸如與所有接觸營業秘密之人簽訂的保密契約、僱傭契約或離職競業禁止條款作為請求依據，營業秘密所有人在受到營業秘密之侵害或有侵害之慮時，可向法院提起訴訟。目前韓國法院實務上關於營業秘密的爭訟案件，絕大部分都是涉及離職員工自行創業與原雇主競爭或是投靠原雇主之競爭企業，而使原雇主提起控訴該離職員工與新任職公司侵害其營業秘密。企業為防止營業秘密的洩漏，要求勞務關係存續期間或勞務關係結束後的一定時間內，不得在生產同類產品或經營同類業務且在具有競爭關係的企業兼職或任職，也不得自己生產與原雇主有競爭關係的同類產品或經營同類業務。¹²⁷

事實上，基於營業秘密是無形財產之特性，無論是侵權還是違約，舉證難度都非常大。因此，這種事後救濟手段並不能有效地保護營業秘密所有人的利益，也難以對潛在的侵害行為予以法律上的救濟或制止。然而競業禁止條款利用競業禁止這種對推定損害實現防範的制度，將對營業秘密的保護從事後救濟變成事前預防。克服法律救濟手段在及時性及有效性方面的不足，成為營業秘密保護的重要手段。但對於如何通過競業禁止條款保護原雇主的營業秘密，同時又不違背憲法上所賦予的員工選擇職業的自由，人才、科技、資訊的流動所帶來的社會利益，特別是讓競業禁止條款在合理限制競爭原則的範圍內運作是

¹²⁷ 實務上法院會綜合考慮企業的規模和所生產的產品的技術難度以及研發產品所需要的時間，判斷禁止競業的時間。目前較為常見且為法院所接受且認為限制尚稱合理的期限為 10 個月至 12 月。

一個值得去深入探討的問題。¹²⁸

此外，事後對於營業秘密的保護，即司法救濟是針對企業營業秘密受到侵害後有效的補救措施。企業遇到關於營業秘密侵害行為時，可依營業秘密保護法、刑法、民法等相關法律，向法院提起民事或刑事訴訟。在營業秘密侵害之爭訟案件中，企業必須證明其所主張之營業秘密符合營業秘密保護法所規定的要件、有營業秘密侵害之行為的發生、產生實際損害的結果、損害的發生與營業秘密侵害行為具有相當的因果關係等。然而要取得有效證明營業秘密受到侵害之證據並不容易，故此企業所簽訂的真實有效的保密契約及涉及營業秘密的契約內容，例如僱傭契約與競業禁止條款、買賣契約及技術轉讓契約等有關保密義務、範圍、違約責任的規定，均可成為證明其營業秘密受到侵害的最有利的證據。反之，被指控違反離職後競業禁止約定洩漏營業資訊、違反保密契約或不當取得、公開、洩漏營業秘密者，應著手證明營業秘密所有人其主張的營業秘密與一般知識、經驗或技能的區分，又有關營業秘密的經濟價值而言，通過分析該產業的技術水準，證明是否在該產業領域佔據主導地位。若利用該營業秘密作成之物已經生產或已進入市場銷售的，可以通過比較分析兩個產品的性能來證明其合法性。

如前所述，隨著產業技術的迅速發展企業面臨著發展與挑戰，企業的營業秘密在發展過程中亦扮演者重要的地位。近些年韓國營業秘密有關的爭訟案件，不論在量上還是在質上，都有顯著的發展。然而營業秘密保護法施行迄今，雖已對國內產業重視營業秘密的保護產生重要的教育意義，但實際適用上，營業秘密所有人常有營業秘密無法在現行法律下受到完整的保護。鑒於此，企業應事先採取有效的營業秘密保護措施，積極地對應事後侵害狀態的發生，運用法律的相關規定切實保護營業秘密，並且加強對企業員工的保密宣傳教育，及時採取有效的保密措施，同時珍惜企業人才，從而有益於企業與社會的和諧發展。

（陸）中國大陸

1. 前言

營業秘密於中國大陸的用語為商業秘密，且關於商業秘密構成要件的解釋亦有差異，我國通說認為營業秘密應符合「新穎性」、「價值性」、「秘密性」，但依「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第二條解釋，商業秘密的構成要件似不含「新穎性」。除此之外，中國大陸的商業秘密法制與我國獨立立法之方式差異甚大，其架構為主要規定於「反不正當競爭法」中，並配合相關行政規章與司法解釋，司法救濟部分含民事及刑事雙軌方式，與我國現今刑罰僅在公平交易法第 19 條第 5 款配合第 36 條有相關的刑罰規定，主要係民事依民事侵權賠償不同，又其法制帶有社會主義市場經濟的色彩，故在觀察時，尚需考量我國與大陸的經濟目標是否相同。以下就中國大陸商業秘密保護沿革及內容作介紹。

2. 中國大陸營業秘密保護歷史背景簡介

早期的中國大陸，因採社會主義計畫經濟體制，國內基本上不存在市場競爭，對外貿易規模亦有限。一些傳統工藝和現代工業生產技術即使具有經濟價值，然而在當時皆未被

¹²⁸ 雖然利用競業禁止條款可以實現保護商業秘密這個目的，並可以彌補對於營業秘密保護之不足。但如果不考慮競業禁止條款的內容，一味地認為競業禁止協議就是營業秘密所有人提出的保密措施，筆者認為是不妥當的。

視為商業秘密，更無相關法律制度之建制¹²⁹。

以關營業秘密較早的規定，係出現於1986年，大陸國務院發布之「關於促進科技人員合理流動的通知」，該通知第8條規定：「科技人員調離原單位不得私自帶走原單位的科技成果、技術資料和設備器材等，不得洩漏國家機密或侵犯原單位技術權益，如有違反，必須嚴肅處理。」而商業秘密之用語最早是出現在「中華人民共和國民事訴訟法」，然此僅係程序法規定，故對於商業秘密的具體定義及保護範圍仍無實體規範。

後隨著市場經濟的發展且逐漸開放，外商投資大增，愈有技術保護之必要。且在1992年與美國簽訂「中國政府與美國政府關於保護知識產權的諒解備忘錄」，飽受美方的立法壓力，故成為推動商業秘密立法之關鍵因素。後遵循大陸法系的立法例，透過1993年所頒佈之「反不正當競爭法」規範商業秘密之保護¹³⁰，至此，對於商業秘密的定義和構成要件作出較完整的界定，此外，「反不正當競爭法」第25條增加行政責任規定：「違反本法第10條規定侵犯商業秘密，監督檢查部門應當責令停止違法行為，可以依據情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款。」後在1995年大陸國家工商行政管理局公布之「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」中，對於商業秘密的解釋及施行有更具體詳細的指示。

在1997年修正之「中華人民共和國刑法」第219條¹³¹中，增加商業秘密的刑事責任規定。1999年通過之「中華人民共和國和同法」強化商業秘密的民事保護¹³²。

而近來亦有「商業秘密保護法(送審稿)」的獨立立法草案，共計五章，三九條，內容包括商業秘密的實質條件、商業秘密權利人的權益、商業秘密的保護及商業秘密侵行為應承擔的法律責任等。

3. 中國大陸關於營業秘密之規定

(1) 營業秘密要件

「反不正當競爭法」第10條第3項揭示商業秘密之構成要件：「不為公眾所知悉、能為權利人帶來經濟利益、具有實用性並經權利人採取保密措施的技術資訊和經營資訊」。多數學者依其判斷，將上列敘述分類訂性如下：秘密性、經濟性和實用性、管理性，此與國際公約及其他大陸法系國家之構成要件相似，但與美國略有不同，因美國尚採新穎性的要件，而我國與美國同。¹³³

a. 秘密性

國家工商行政管理局 1998 年 12 月 3 日修訂之《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干

¹²⁹ 賴光皓(N/D)，《中國大陸商業秘密保護法制之研究》，東吳大學法律系碩士論文，頁41。

¹³⁰ 王敏賢(2006)，《台商投資中國之秘密保護研究》，交通大學科技法律研究所論文，頁14。

¹³¹ 中華人民共和國刑法第219條：「有下列侵犯商業秘密行為之一，給商業秘密的權利人造成重大損失的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金；造成特別嚴重後果的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金：(一)以盜竊、利誘、脅迫或者其他不正當手段獲取權利人的商業秘密的；(二)披露、使用或者允許他人使用以前項手段獲取的權利人的商業秘密的；(三)違反約定或者違反權利人有關守商業秘密的要求，披露、使用或者允許他人使用其所掌握的商業秘密的。」

¹³² 中國人民共和國和同法第43條：「當事人在訂立合同過程中知悉的商業秘密，無論合同是否成立，不得洩露或者不正當地使用。洩露或者不正當地使用該商業秘密給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任」。另於第十八章第三節技術轉讓合同中12，納入已廢止之「中華人民共和國技術合同法」相關規定，詳細規範技術轉讓合同之保密義務與違約責任。詳參「中華人民共和國技術合同法」第三百四十七條、第三百四十八條、第三百五十條、第三百五十一條、第三百五十二條規定。

¹³³ 本部分及以後部分之論述，主要參照王敏賢，前揭註129，頁64-66。有關商業秘密的構成條件，另參照張玉瑞(2000)，商業秘密法學，北京：中國法制出版社，頁149以下。

規定》第二條第二項稱所謂「不為公眾所知悉」，是指該資訊不能從公開管道直接獲取。此處之秘密性為相對秘密性，只要未在權利人所屬之知識領域或行業範圍內成為眾所周知之資訊或技術即可，並不要求權利人設立滴水不漏的保護措施，因為商業秘密具有實用價值，在一定範圍內流通使用，才能發展其價值，如在職員工或供應商、售後服務提供者等產業上下游業者因業務需求而需要使用該商業秘密時，因存在明示(如合法受讓或契約訂立等)、默示(如行規等)的保密義務，且知悉者之範圍不擴散，則該商業秘密之秘密性尚未被破壞，德國立法認為「幾個人分享的秘密仍然是秘密」¹³⁴。

實務中應分別從主客觀判斷商業秘密之秘密性¹³⁵。一為客觀秘密性，即商業秘密在客觀上是否為大眾所認識或進入公共領域與否，此判斷基礎又可分為絕對客觀秘密性與相對客觀秘密性。前者不分商業秘密是否已實際為社會大眾所知悉，凡社會大眾欲取得利用該商業秘密時，可透過合法管道獲得之狀態，即可謂喪失絕對客觀秘密性，如於市場中出售含有技術秘密之產品、將商業秘密刊登於公開發行之出版物等；相對客觀秘密性之法理基礎為認識論，其意涵為「在有關範圍、圈子的識貨人之中，商業秘密保持其秘密狀態。因為公眾並非都有同種知識水平、專業技能和同樣意志、興趣指向，而在商業秘密的發現和利用中，這些起著非常重要的作用」¹³⁶。另一判斷方式則為主觀保密性，此即商業秘密權利人意識其以掌握、使用之技術資訊或經營資訊，均尚未公開且具經濟價值，進而採取合理的保密措施。秘密性為商業秘密之本質基礎，其基本要求為「不公開」，即「反不正當競爭法」所謂之「不為公眾所知悉」，意指該資訊無法從公開

管道直接獲得。無論是英美法系抑或大陸法系，均不要求絕對、完全的秘密性，因此商業秘密可以透露並授權工作職務內需此商業秘密之員工或其他負有保密義務之人使用之，但下列行為不屬於「為公眾所知悉」¹³⁷：(a)簽訂保密合約後的產品試用；(b)侵權人以違法手段獲得商業秘密在先，儘管該商業秘密曾在同一知識領域之人原則上不會瀏覽或不常瀏覽的網頁中短暫出現過，或零散地出現在不同出版物之中；(c)雖以理論觀之，該商業秘密之合法獲得是可行的，但若以正當合法方式取得該商業秘密將耗費龐大成本且困難重重時。

秘密性在司法實踐中的地位舉足輕重，卻也是權利人在主張時最易疏忽的部分，權利人往往在起訴中通篇將產品或設備及其所有圖只作為一個整體的性能、特徵和所獲榮譽作詳盡介紹，卻對產品或設備改進的新穎性所在、性能先進性的技術表現等關鍵問題惜墨如金。此現象產生之因可能有二：(a)當事人主觀上存在權利主張大而全的誤會；(b)當事人的訴訟能力尚未達清晰表達之程度。其實商業秘密可以是整體也可以是局部或局部的組合，因此台商企業應排除只有整體商業秘密才能成為保護客體的錯誤認識¹³⁸。

b. 經濟性及實用性

國家工商行政管理局於1998年發布之「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第二條第三項解釋商業秘密的經濟價值是謂：能為權利人帶來經濟利益、具有實用性，是指該資訊具有確定的可應用性，能為權利人帶來現實的或者潛在的經濟利益或者競爭優勢。

¹³⁴ 趙秉志(編)(1999)，《侵犯知識產權犯罪研究》，頁257，中國：中國方正。

¹³⁵ 鄭社民(2002)，〈商業秘密概念初探〉，《知識產權》，2002年2期，頁32。

¹³⁶ 張玉瑞(2005)，《商業秘密、商業賄賂》，頁42，北京：法律出版社。

¹³⁷ 張玉瑞，前揭註135，頁42。

¹³⁸ 汪彤、胡震遠、劉洪(2005)，〈審理不正當競爭案件法律適用中存在的問題和對策〉，《法律適用》，229期，頁15。

商業秘密之所以受到法律保護，乃因具有可實際運用之經濟利益，若無價值，則無發生損害賠償之可能；若為抽象的思想，則無法律保護之實意，此為商業秘密的經濟性。

實用性與經濟性相輔相成，實用性是經濟性的基礎，經濟性是實用性的結果¹³⁹。實用性具有二種特性，一為具體性，一為確定性。首先，具體性體現了實用性之意涵，如同著作權法不保護抽象的概念或構想，商業秘密應是可操作之具體計畫或資訊內容，不過若構想尚未完全具體化，卻因具有經濟價值或商業利益而與他人訂立保密條款，則應視為商業秘密而予以保護。再者，權利人須能明確闡述、界定商業秘密之內容與範圍，清楚定義其權利範圍，確立該商業秘密地位，完成實用性之要求。

c. 管理性

國家工商行政管理局於 1998 年修訂之「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第 2 條第 4 項解釋權利人採取保密措施，包括訂立保密協議，建立保密制度及採取其他合理的保密措施。亦有學者主張應稱為保密性或主觀秘密性¹⁴⁰，因權利人採取保密措施乃出自於不願透露秘密之主觀意識。

d. 新穎性

依照「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第 2 條之解釋，商業秘密之構成要件似為上述之秘密性、經濟性和實用性、管理性，然而學者們紛紛提出第四個要件—創新性，亦有人稱為新穎性。劉大洪先生則認為新穎性隱藏於「不為公眾所知悉」一句中，因為新穎性是劃分商業秘密與公共領域的一把刀，使得人們不能以商業秘密為藉口，獨占應屬於公共領域之技術與資訊¹⁴¹。張玉瑞先生基於 TRIPs 第 39 條第 2 款規定，認為「未被涉及該資訊有關範圍的人普遍所知(秘密性)或容易獲得(新穎性)」之表達包含了新穎性之要求，不過因為條文中使用「或」一字，不論締約國選擇何者為構成要件，或是對於經營秘密要求秘密性，而技術秘密部分設立新穎性要求，均屬締約國之立法自主權範圍，不過其亦支持劉大洪先生之分類方式，認為新穎性隱含於秘密性之中，保護了公共領域屬於大眾之概念¹⁴²。另一方面，趙秉志先生將創新性與管理性合併為難知性，認為商業秘密因難以接觸而保有其秘密，若無創新性，則任何行業內之普通資訊均可成為商業秘密，結果各廠商因隨意佔有而導致濫訟，不但破壞商業資訊的正常流動性，亦延宕正常生產活動之進行¹⁴³。學者張玉瑞另提出創新性應受重視之另一觀點¹⁴⁴。基於案件性質日趨複雜，商業秘密個案應適用不同水準之構成要件，當員工流動屬正常情況時，以及商業秘密刑事案件中，均應加入創新性為商業秘密之構成要件，從嚴把關。因員工正常流動而產生之商業秘密糾紛，此時之離職員工既無違法獲取、使用原雇主之商業秘密，因而處於相對弱勢，加入創新性要件之作用如同一般消費糾紛傾向保護消費者權益；刑事案件採納創新性為構成要件之原因則為離職員工應僅受重要的商業秘密拘束，而重要與否之判斷，應以創新性為考量基準，若離職員工使用具有創新性且收益高的商業秘密，則可能構成犯罪，反之則否。

雖然創新性如上述三要件顯而易見於條文字句中，惟學者投注之關心亦重，但在法院

¹³⁹ 張玉瑞，前揭註 135，頁 36-37。

¹⁴⁰ 趙秉志（編），前揭註 133，頁 260。

¹⁴¹ 劉大洪（編）（2005），《反不當競爭法》，中國：政法大學出版社，頁 119。

¹⁴² 張玉瑞，前揭註 135，頁 50-51。

¹⁴³ 趙秉志（編），前揭註 133，頁 262。

¹⁴⁴ 張玉瑞，前揭註 135，頁 52-53。

實務中，目前仍推崇三要件為判斷基準，接受創新性作為商業秘密構成要件者，仍屬少數。

(2) 侵害營業秘密禁止行為

依中國大陸法制，禁止商業秘密之侵害行為分別規範於「反不正當競爭法」第10條、「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第3條與「刑法」第219條：

可分為：(1)以不正當手段獲得商業秘密；(2)披露、使用或允許他人使用經不正當手段獲得之商業秘密；(3)負保密義務之人披露、使用或允許他人使用其掌握的商業秘密；(4)惡意第三人獲取、使用或披露他人的商業秘密等四類。

(3) 行政救濟

a. 法源基礎：

依「反不正當競爭法」第3條，商業秘密案件之主管機關為縣級以上工商行政管理部門，其職權為負責監督、檢查不正當競爭行為，監督檢查部門之職權範圍則規定於同法第17條「(1)按照規定程式詢問被檢查的經營者、利害關係人、證明人，並要求提供證明材料或者與不正當競爭行為有關的其他資料；(2)查詢、複製與不正當競爭行為有關的協議、帳冊、單據、檔、記錄、業務函電和其他資料」。若有侵害商業秘密之事實發生，可依「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第5條第1項「權利人(申請人)認為其商業秘密受到侵害，向工商行政管理機關申請查處侵權行為」。綜上述為工商行政機關查處侵權。

依行政機關之此權力，超越商業秘密主要以民事賠償責任的限制，使得侵權責任除了賠償之外尚受制止及懲罰，更可有效抑制侵權行為。此乃因資訊為商業秘密之本質，一旦洩漏將快速擴散。

b. 舉證責任：

由於商業秘密的性質特殊，原告須保持其秘密性，始符商業秘密要件，又無登記制度，因此商業秘密所有權往往是在侵權事件發生，經由法院判斷後始得確定，因此，被告往往只有間接證據，故大陸法院於判決實務上發展出一套「接觸與相似原則」¹⁴⁵，以彌補侵犯商業秘密的隱蔽行為導致直接證據之貧乏。「接觸」意指侵權人擁有高度可能性可獲得相關資訊，此處所稱之高度可能性與揭露資訊的行為人職務具有關連性，其重點為行為人的秘密獲取能力與所得觸及之範圍，故與職務高低無絕對相關。「相似」意味著完全相同與「類似」的秘密資訊，後者意即以原則上相同的手段，實現基本性質相同的功能或達到基礎上相同之效果，其判斷基準為與權利人掌握之商業秘密相比，具實質相同之資訊¹⁴⁶。「接觸與相似原則」其實際操作模式為：原告若可證明(1)商業秘密為其合法所有；(2)被告竊取、使用之資訊與原告的商業秘密內容具有一致性或相同性；(3)被告有接觸原告商業秘密之事實或獲取該商業秘密的條件；(4)被告無法舉證或拒絕提供其使用資訊之合法來源。於此情況下，法院得依相關證據判定被告侵權。此種證明方法已規定於「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第5條第3項之條文中：「權利人能證明被申請人所使用的資訊與自己的商業秘密具有一致性或者相同性，同時能證明被申請人有獲取其商業秘密的條件，而被申請人不能提供或者拒不提供其所使用的資訊是合法獲得或者使用的證據的，工商行政管理機關可以根據有關證據，認定被申請人有侵權行為」。因此，工商行政管理部門查處侵權案

¹⁴⁵ 張玉瑞，前揭註135，頁177-178。

¹⁴⁶ 汪彤、胡震遠、劉洪，前揭註137，頁16。

件時，此證明方法適用之。

c. 保全措施：

又未免緩不濟急，可向行政機關請求保全措施。依「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」規定，在緊急情況下，為防止或制止被申請人違法披露、使用、允許他人使用商業秘密，以避免造成權利人不可挽回之損失，則權利人請求並由權利人出具自願對強制措施後果承擔責任的書面保證，工商管理機關可以責令被申請人停止銷售使用權利人商業秘密生產的產品，惟應依「工商管理機關行政處罰程式暫行規定」第 39 條辦理，由辦案機關或工商管理機關告知當事人擬作出行政處罰之事實、理由及依據，並告知當事人依法享有之陳述、申辯權。此外，施以責令停產停業之處罰時，應當告知當事人有舉行聽證之請求權。

在工商管理部門接獲權利人之申請或依職權發現商業秘密違法行為後，可提供行政調解、行政處罰或起訴等程式。行政調解規定於「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第 9 條第 1 項，權利人因損害賠償問題向工商管理機關提出調解要求，工商管理機關可以進行調解，但是被請求人沒有接受之義務，因此被請求人若拒絕調解，則行政調解不成立。此外，權利人可依同法第 9 條第 2 項，直接向人民法院起訴，請求損害賠償。

d. 救濟方式：

依「反不正當競爭法」第 25 條規定，監督檢查部門確認有侵害商業秘密之行為事實，即可責令停止該違法行為，並依侵害情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款。「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第 7 條第 2 項詳述了工商管理機關，對於侵權物品之處理辦法：(1)責令並監督侵權人將載有商業秘密的圖紙、軟體及其他有關資料返還權利人。(2)監督侵權人銷毀使用權利人商業秘密生產的、流入市場將會造成商業秘密公開的產品。但權利人同意收購、銷售等其他處理方式的除外。若對侵權人拒不執行處罰決定，則依同法第 8 條規定，視為新的違法行為，從重予以處罰。行政處罰之執行規定於「工商管理機關行政處罰程式暫行規定」第五章，當行政決定依法作出後，當事人應當在行政處罰決定的期限內予以履行，若當事人逾期不履行行政處罰決定，工商管理機關可以採取下列措施：(1)到期不繳納罰款的，每日按罰款數額的百分之三加處罰款；(2)根據法律規定，將查封、扣押的財物拍賣或者將凍結的存款劃撥抵繳罰款；(3)申請人民法院強制執行。「反不正當競爭法」第 25 條規定，違反本法第 10 條規定侵犯商業秘密者，監督檢查部門應當責令停止違法行為，並可依情節處以一萬元以上，二十萬元以下之罰款。「關於侵犯商業秘密行為的若干規定」第 7 條則較為詳細地提出規範，凡違反該規定第 3 條者，由工商管理機關依照「反不正當競爭法」第 25 條規定，責令停止違法行為與罰款。工商管理機關依前述規定予以處罰時，對侵權物品可做如下處理：(1)責令並監督侵權人將載有商業秘密之圖紙、軟體及其他有關資料返回權利人；(2)監督侵權人銷毀使用權利人商業秘密生產，或流入市場將造成商業秘密公開之產品，但權利人同意收購、銷售等以其他方式處理者除外。「反不正當競爭法」第 25 條另定有罰款之規定，然而罰款數額之衡量，則由行政主管機關依侵權人侵犯商業秘密之具體事證判斷，考慮侵權手段之惡性、商業秘密價值多寡、侵權後果之嚴重程度、侵權人有無採取補救措施等¹⁴⁷。若侵權人拒不執行行政處罰，「關於侵犯商業秘密行為的若干規定」第 8 條規定，若拒不執行行政處罰且繼續實施

¹⁴⁷ 許海峰（編）（2004），《企業商業秘密保護法律實務》，中國：機械工業出版社，頁 232-233。

侵權行為，則視為新的違法行為，且因屬情節嚴重之違法行為，得從重處罰。

(4) 民法

中國大陸對於商業秘密的民事規範散見於「民法通則」、「合同法」、「勞動法」、「勞動合同法」、「民事訴訟法」、「科技進步法」、「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」等法律、行政法規中，另「反不正當競爭法」第 20 條也作出原則性的規定。

a. 法源基礎¹⁴⁸：

(a) 侵權法：

商業秘密侵權行為，係指未經權利人許可，採取不正當競爭手段，獲取、披露或使用他人商業秘密的行為。如「民法通則」第 118 條規定：「公民、法人的著作權(版權)、專利權、商標專用權、發現權、發明權和其他科技成果權受到剽竊、竄改、假冒等侵害的，有權要求停止侵害、消除影響、賠償損失」其中「其他科技成果」即包含商業秘密在內¹⁴⁹；另「公司法」第 149 條規定：「董事、高級管理人員不得有下列行為：(七)擅自披露公司秘密。」而「反不正當競爭法」第 10 條以及「關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定」第 3 條則對於侵犯商業秘密之行為態樣做出詳細之列舉。此外依「反不正當競爭法」第 20 條之規定，實施侵權行為，致被害人之經營者損害者，應當承擔損害賠償責任。故如違反法律規定，實施侵害他人商業秘密之侵權行為，於無合同關係之前提下，權利人僅得提起侵權之訴，以保護自己的商業秘密。

(b) 合同法：

侵害商業秘密的違約行為，係指一方當事人未遵守與商業秘密權利人之間存在的有關保守商業秘密之約定，進而披露、使用或許可他人使用權利人商業秘密之行為。其情形如下：

- A. 商業秘密權利人與相對人之間訂有保守商業秘密的合同，如「勞動法」第 22 條、「勞動合同法」第 23 條第 1 款規定，勞動合同當事人及用人單位與勞動者間，可以在勞動合同中約定保守用人單位商業秘密的保密事項；「勞動合同法」第 102 條則規定，勞動者違反勞動合同中約定的保密事項，對用人單位造成的經濟損失，應當依法承擔賠償責任。另「合同法」第 18 章「技術合同」亦有關於保護商業秘密之規定，如第 324 條規定，技術合同的內容包含技術情報和資料的保密；第 347 條、第 348 條、第 350 條則規定：技術秘密轉讓合同的讓與人和受讓人應當按照約定承擔保密義務，技術轉讓合同的受讓人應當按照約定的範圍和期限，對讓與人提供的技術中尚未公開的秘密部分，承擔保密義務；第 351 條、第 352 條規定地保密義務者，應當承擔違約責任；第 352 條規定：受讓人使用技術秘密超越約定的範圍、未經讓與人同意擅自許可第三人使用該技術秘密者，應當停止違約行為，承擔違約責任。
- B. 商業秘密權利人與相對人之間雖然沒有在合同中約定保密義務，但在權利人將其擁有商業秘密的事實告知對方並要求對方保密時，對方就應承擔保密和不侵犯之義務，一旦違反該義務，即構成對商業秘密之侵害。
- C. 雖然權利人與相對人之間沒有明示的保密合同，也未提出保密要求，知悉商業秘密者同

¹⁴⁸ 以下整理自賴光皓，前揭註 128，頁 46-48。

¹⁴⁹ 管志慧 (N/D)，〈淺析競業禁止在人力資源管理工作中的應用〉，載於：http://211.71.64.165/ldjx/html/ly_gzh.htm (最後瀏覽日：1/16/2013)。

樣應承擔保密義務。及相對人違反默示的保密義務，也會構成對商業秘密的侵害。如大陸「合同法」第 43 條、第 60 條、第 92 條之規定¹⁵⁰。

D. 權利人與相對人之間有限制競爭或競業禁止的約定，相對人及富有不披露、使用或者允許他人使用權利人商業秘密的義務。

(c) 侵權法和合同法之競合

在權利人與相對人之間簽訂有保一協議或者在權利人(雇主)與雇員之間訂有保密協議或競業禁止協議的情況下，或者雖無保密協議，但權利人有做出保守商業秘密的要求，若相對人不遵守有關約定，披露、使用或允許他人使用權利人的商業秘密，該行為即構成對商業秘密權利人的違約行為，同時根據「反不正當競爭法」第 10 條之規定，該行為又顯然構成對權利人商業秘密權的侵犯，因而同時構成侵權行為。就此，行為人之行為具有侵權與違約之雙重性質，依「合同法」第 122 條之規定，受害人可以選擇兩者中對己有利的訴因行使請求權，法院應予准許¹⁵¹。憶及受害人既可對親愛人提起侵權之訴，亦可提起違約之訴。就此，權利人可從時效、法院管轄地、舉證責任的難易、賠償數額的多寡等因素綜合考慮，從兩者中選擇有利於己的一種訴因提起訴訟，以保護自己的商業秘密權。當其珠一個請求權因目的達到而消滅時，另一請求權亦因目的達到而消滅；反之，如一請求權因目的達到以外之原因而消滅(如罹於時效)時，則仍得行使另一請求權¹⁵²，是以權力人以另一請求權提起訴訟，法院應予受理而不得加以拒絕。

b. 舉證責任：

由於商業秘密案件通常缺乏直接證據，故有學者提出下列建議¹⁵³：

(a) 商業秘密權利之釋明

原告應提供商業秘密載體，以明確展示其主張之商業秘密範圍，且應說明商業秘密開發之過程，由於商業秘密權利之取得架構於構成要件是否該當，故此一權利之提出應以釋明為足。

(b) 不為公眾所知悉之證明

此為一消極事實，侵權人若據以否認或提出公開資訊為抗辯，則侵權人應承擔該資訊屬公眾所知悉之舉證責任。若身為被告，應圍繞原告主張之商業秘密可否從公開、合法之管道取得為舉證策略。

(c) 經濟性與實用性之證明

原則上，此亦為原告之舉證責任。原告可利用該商業秘密對生產經營與市場競爭影響力為證據，或是轉而從開發、維持該商業秘密所投入之努力與成本發揮，亦可藉由侵權人使用之資訊，與自己實際使用之資訊為同一標的，側面證明被侵權乃因具備價值而致。

(d) 保密措施之證明

原告須證明已採取具體、合理之保密措施，通常該保密措施能達到為相對人得以辨識

¹⁵⁰ 合同法第 43 條：「當事人在定同過程中知悉的商業秘密，無論合同是否成立，不得洩漏或者不正當地使用。洩漏或者不正當地使用該商業秘密給對方造成損失的，應當承擔損害賠償責任」；第 60 條：「當事人應當按照約定全面履行自己的義務」；第 92 條：「合同的權利義務終止後，當事人應當遵循誠實信用原則，根據交易習慣履行通知、協助、保密等義務。」

¹⁵¹ 合同法第 122 條規定：「因當事人一方的違約行為，侵害對方人身、財產權益的，受損害方有權選擇依照本法要求其承擔違約責任或者依照其他法律要求其承擔侵權責任。」

¹⁵² 參王澤鑑(1999)，《法律思維與民法實例》，199 頁，台北：自刊。

¹⁵³ 程志剛(2005)，〈論商業秘密侵害訴訟中的證明問題〉，收於：萬鄂湘(編)，《知識產權法理論與適用》，頁 364-366。

原告之保密意思即可，不過各地法院之認定標準不一，較保險之證明方法仍為書面或影像等保密措施執行記錄。

c. 保全措施¹⁵⁴：

商業秘密訴訟之保全措施有二：(1)證據保全；(2)先予執行。

(a)證據保全

證據保全意指證據可能滅失或日後難以取得之情況下，法院根據訴訟參加人之請求或依職權對證據及時進行調查收集之制度，規定於「民事訴訟法」第74條之中。凡證據可能滅失或日後難以取得，符合上述任一情況者，均有獲得證據保全程序保障之可能，不過由於本條規範乃法律介入之強制性措施，因此申請要件嚴格，需滿足上述二者之緊急情況內涵，方得適用。所謂可能滅失即為證據若不保全，則可能會因自然原因或人惟因素而失去效力或失去證據載體；日後難以取得則意指本來容易得到的證據，若無證據保全則將難以取證，亦不排除滅失可能，二者均為客觀事實之推定¹⁵⁵，故需先行通過法院審查。一般而言，申請人提出書面申請即可，法院將自行審酌申請人之適法性與申請內容。原告可透過相似與接觸原則提出之侵權人之侵權證明與證據滅失或日後難以取得之急迫性，向法院申請證據保全，繼而透過保全中的證據發現被告實施不正當行為獲取商業秘密之證據¹⁵⁶，此外，受保全之被控侵權物品，原告亦得以之作為推估損害賠償數額之依據¹⁵⁷。然而，《民事訴訟法》未規定證據保全時，申請人是否需要提供擔保，因此當商業秘密侵權案件欲保全高額的機器設備時，法院得否要求申請人提供一定擔保成為討論焦點。浙江省各級法院之司法實踐多數認為，為防止申請人濫用權利向法院申請證據保全，並維護雙方當事人之利益平衡，對於一般證據保全，不應要求申請人提供擔保，但對於證據保全對象為大型機器設備時，由於此種證據保全兼有財產保全性質，為避免保全不當而造成不必要之損失，可依保全對象價值之不同，要求申請人提供適當擔保，且擔保範圍非以權利人起訴時之訴訟標的為計算基準，而應以該物受保全後，造成侵權人之可能損失為限¹⁵⁸。

(b)先予執行

商業秘密案件與其他智慧財產權案件類似，具有高度時效性，若未能及時制止他人之侵權，則有可能因他人搶先上市曝光而致使商業秘密公開，因此，商業秘密訴訟中，原告可以情況緊急為由，向法院申請先予執行，依「最高人民法院關於適用中華人民共和國民事訴訟法若干問題的意見」第一百零七條規定，「民事訴訟法」第九十七條先予執行所謂之緊急情況，包括：(1)需要立即停止侵害、排除妨礙；(2)需要立即制止某項行為；(3)需要立即返還用於購置生產原料、生產工具貨款。

停止侵害意指權利人請求法院責令侵權人立即停止正在進行的生產、銷售活動，此一措施乃法律賦予權利人的強又有力之救濟手段。若為其他類型之智慧財產權，則可直接依據「民法通則」第118條之規定¹⁵⁹，請求停止侵害、消除影響與損害賠償，然而「民法通

¹⁵⁴ 以下整理自王敏賢，前揭註129，頁108-112。

¹⁵⁵ 張大明（1995），〈訴訟中的證據保全措施〉，《人民司法》，1995年10期，頁18。

¹⁵⁶ 蘇德軍（2005），〈再談商業秘密司法保護(下)〉，《電子知識產權》，2005年4期，頁39。

¹⁵⁷ 浙江省高級人民法院民三庭（2005），〈不正當競爭糾紛案件特點及相關問題探析—以浙江省為例的實證分析〉，《法律適用》，229期，頁12。

¹⁵⁸ 浙江省高級人民法院民三庭，前揭註156，頁12。

¹⁵⁹ 「民法通則」第118條：「公民、法人的著作權(版權)，專利權、商標專用權、發現權、發明權和其他科技成果權受到剽竊、篡改、假冒等侵害的，有權要求停止侵害，消除影響，賠償損失。」

則」立法早於 1986 年即已完成，當時商業秘密概念尚未完全成熟，因此無法於條文中直接理解得否適用，惟因商業秘密亦包含技術秘密，且今日已普遍接受商業秘密與專利等同屬智慧財產權保護客體，因此商業秘密之民事保護應得類推適用該條之規範。

d. 救濟方式：

(a) 請求權基礎：

商業秘密權利人有權依「民法通則」第 134 條規定要求侵權人承擔停止侵害、消除危險、返還財產、損害賠償、賠禮道歉、恢復名譽等民事責任，惟賠禮道歉、恢復名譽之民事法律責任，原告應先證明被告行為對其商譽或產品聲譽已造成損害，方得請求，否則法院應不予支持¹⁶⁰。

(b) 損害賠償額計算方式：

損害賠償是最主要的民事侵權責任¹⁶¹，因此如何確定損害賠償之範圍與計算方式，成為重要的議題。即使是一般小型公司，亦有可能擁有龐大的商業秘密，然而其未如專利、商標與著作權等易於定性，難以劃分出明確、獨立之權利客體，且於知識經濟時代中，創造商業秘密或消滅之，其變化速度極快，致使商業秘密實質經濟價值或利益，難以確實評估。

「反不正當競爭法」第 20 條規定：「經營者違反本法規定，給被侵害的經營者造成損害的，應當承擔損害賠償責任，被侵害的經營者的損失難以計算的，賠償額為侵權人在侵權期間因侵權所獲得的利潤；並應當承擔被侵害的經營者因調查該經營者侵害其合法權益的不正當競爭行為所支付的合理費用。」依此規定，受損害者可向侵權人請求損害賠償之責，其數額計算基礎為：權利人實際遭受之損失及侵權人在侵權期間因侵權所獲得之利潤。大陸實務上，關於商業秘密侵權損害賠償額的計算方法有以下幾種：

- A. 以商業秘密所有人因侵權行為所受的損失為損害賠償額
- B. 以侵權行為人因商業秘密侵權行為所獲得利益為損害賠償額
- C. 以不低於商業秘密授權實施之合理使用費為標準，計算損害賠償額。商業秘密所有人可選擇上述三種計算方法之一¹⁶²。

與此同時，在確定侵犯商業秘密的實際損失時，還應充分考量以下各方面因素：

- A. 研發成本，在計算賠償範圍時，此部分損失往往容易被權利人忽視，權利人在商業秘密形成過程中所付出的時間、資金、人力等成本，可能會因商業秘密被侵犯而無法收回
- B. 現實的利益損失，包括成本的提高、西凹售額的降低、利潤的減少等
- C. 預期利益的喪失，在確定此部分損失時，應考慮商業秘密的現實價值，可利用周期等因素
- D. 合理使用費，一般適用於善意取得商業秘密的第三人所應承擔的責任。

(5) 刑法

a. 法源基礎：

中國大陸「刑法」關於商業秘密保護之規定，列於第二百一十九條「侵犯商業秘密罪」之中，其條文內容如下：「有下列侵犯商業秘密行為之一，給商業秘密的權利人造成重大損

¹⁶⁰ 蘇德軍，前揭註 155，頁 40。

¹⁶¹ 黃偉明（2005），〈侵犯商業秘密案件賠償數額的計算〉，《人民司法》，2005 年 8 期，頁 40。

¹⁶² 戴永盛（2005），《商業秘密法比較研究》，第 171 頁，中國：華東師範大學出版社。

失的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金；造成特別嚴重後果的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金：（一）以盜竊、利誘、脅迫或者其他不正當手段獲取權利人的商業秘密的；（二）披露、使用或者允許他人使用以前項手段獲取的權利人的商業秘密的；（三）違反約定或者違反權利人有關保守商業秘密的要求，披露、使用或者允許他人使用其所掌握的商業秘密的。（第一項）明知或者應知前款所列行為，獲取、使用或者披露他人的商業秘密的，以侵犯商業秘密論。（第二項）本條所稱商業秘密，是指不為公眾所知悉，能為權利人帶來經濟利益，具有實用性並經權利人採取保密措施的技術資訊和經營資訊。（第三項）本條所稱權利人，是指商業秘密的所有人和經商業秘密所有人許可的商業秘密使用人。（第四項）」

商業秘密部分，「中國大陸刑法」與「反不正當競爭法」的適用界線在於是否「造成權利人重大損失結果」，肯定者始構成刑罰處罰的對象；反之，若已具備侵犯商業秘密的構成要件，則係請求民事賠償，或者依「反不正當競爭法」第 25 條予以行政處分。

而商業秘密案件之刑法追訴標準規定於 2001 年《關於經濟犯罪案件追訴標準的規定》第六十五條，舉凡侵犯商業秘密，涉嫌（1）造成商業秘密權人直接經濟損失額超過五十萬元以上；（2）致使權利人破產或造成其他嚴重後果者，應予追訴。

b. 舉證責任：

商業秘密犯罪的提起可依公訴及自訴程序，惟依商業秘密性質具隱蔽性，依自訴程序難以有充分的證據已進入開庭審理程序，故多以公訴為主。

惟商業秘密具無排他性，可同時為多個權利主體各自擁有，相對而言，他人獲得相同商業秘密之途徑亦多元，則賦予原告確認侵權人獲取商業秘密手段之完全證明責任，似嫌過高，此外，侵權人可能藉由庭審機會獲得更全面之商業秘密內容，對於原告而言，損失獲得之補償可能與二次損失不成比例，因此有學者建議應適用接觸與相似原則¹⁶³，將舉證責任部分移轉至侵權人身上，由其證明商業秘密為合法取得以及挑戰原告之商業秘密所有權。惟有論者¹⁶⁴認為，因罪刑法定主義及民事案件與刑事案件所需之證明力不同，若實施接觸與相似原則，可能破壞無罪推定，故與其將調和點放在舉證責任，不如加強證據保全之執行，透過有效之證據保全，防止被告持續侵權之可能，亦可藉由保全之證據重組侵權事實，進而成為有力之犯罪證明。

c. 雙罰制：

中國大陸刑法就營業秘密部分係採雙罰制，故除了涉案人員應受處分外，破壞市場交易秩序的公司亦須付出代價，即法人亦得為規範主體。處罰基礎在於「關於辦理侵犯知識產權刑事案件具體應用法律若干問題的解釋」，該法第 7 條規定，造成商業秘密權利人損失數額五十萬元以上者，屬於「給權利人造成重大損失」，應屬侵犯商業秘密罪，得判處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金；造成商業秘密權利人損失數額二百五十萬元以上者，屬刑法第 219 條規定之造成特別嚴重後果，應當以侵犯商業秘密罪論處，判處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。及該法第 15 條：「單位實施刑法第二百一十三條至第二百一十九條規定的行為，按照本解釋規定的相應個人犯罪的定罪量刑標準的三倍定罪量刑。」

¹⁶³ 尚乾利（2006），〈侵犯商業秘密罪的立法不足及其完善探析〉，《河北法學》，24 卷 8 期，頁 64-65。

¹⁶⁴ 王敏賢，前揭註 129，頁 122-123。

(三)國內外制度比較分析

	台灣	美國	德國	日本	韓國	中國大陸
行為態樣	<p>1、以不正方法(例如竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製等)取得營業秘密,或取得營業秘密後,進而使用或洩漏。</p> <p>2、未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密。</p> <p>3、經營業秘密所有人告知應刪除、銷毀,不為刪除、銷毀或隱匿該營業秘密。</p> <p>4、惡意轉得人之取得、使用或洩漏營業秘密。</p>	<p>1. 意圖偷竊或未經授權占有、持有、奪取或隱匿,或以詐欺、詐術,或欺騙獲得營業秘密。</p> <p>2. 意圖未經授權拷貝、重製…等違法行為。</p> <p>3. 意圖收受、購買,或持有營業秘密,且知曉該相同營業秘密係未經授權而被偷竊或占有、獲得,或轉換。上述行為不論個人所為或是與多人共謀,亦構成犯罪態樣。</p>	<p>1. 受僱人在職務關係存續中之洩密</p> <p>2. 競爭之目的,或為自己之利益,或為第三人之利益,或意圖損害企業所有人,而為下列各開行為者,亦同樣處罰之:</p> <p>1)營業或經營秘密係經由:</p> <p>a)運用技術手段,</p> <p>b)對秘密予以有體化複製,或</p> <p>c)取走秘密所附著之有體物,所無權獲取或確保,</p> <p>2)受僱人在職務關係存續中之洩密,或者經由自己或他人依前述行為取得或其他方式所無權獲取或確保,而無權加</p>	<p>1. 以竊取、詐欺、脅迫及其他不正之手段,取得營業秘密,使用或洩露以不正當手段取得之營業秘密; 2. 明知或因重大過失而不知該營業秘密係不正取得,而仍自取得處取得、使用或洩露該營業秘密; 3. 取得營業秘密後,明知或因重大過失而不知該營業秘密係不正取得,而仍加以使用或洩露;</p> <p>4. 對於營業秘密保有人所示之營業秘密,為不正之目的而使用或洩露之;</p> <p>5. 明知或因重大過失而不知該營業秘密係被不正洩</p>	<p>1. 以盜竊、欺詐、脅迫或其他不當手段獲取營業秘密之行為與使用或公開不當獲取的營業秘密之行為</p> <p>2. 知悉或因重大過失而不知其為不當獲取之營業秘密,而使用、洩漏、公開之行為;</p> <p>3. 取得營業秘密後,知悉或因重大過失而不知其為不當獲取之營業秘密,而使用或公開該秘密之行為;</p> <p>4. 因契約關係等有保守營業秘密之義務者,以獲得不當利益或侵害秘密所有人為目的,而使用或公開營業秘密之行為;</p> <p>5. 知悉或因重</p>	<p>(1)以不正當手段獲得商業秘密;</p> <p>(2)披露、使用或允許他人使用經不正當手段獲得之商業秘密;</p> <p>(3)負保密義務之人披露、使用或允許他人使用其掌握的商業秘密;</p> <p>(4)惡意第三人獲取、使用或披露他人的商業秘密</p>

			以使用或向任何人洩漏。	露，而仍取得、使用或洩露該營業秘密； 6. 取得營業秘密後，明知或因重大過失而不知該營業秘密係被不正洩露，而仍加以使用或洩露。	大過失不知其為第4款之營業秘密，而獲取該營業秘密或使用、公開該營業秘密行為；6. 因法律行為取得營業秘密，知悉或因重大過失不知其為第4款營業秘密，而使用或公開該營業秘密行為。	
法定刑	有期徒刑5年以下、罰金1百萬元至1千萬元，犯罪行為人所得利益超過罰金最高額時，得於其所得利益之3倍範圍內酌量加重。	經濟間諜活動： 1. 若犯罪主體為個人將被科處十五年以下有期徒刑、五十萬美元以下罰款，或二者併科。 2. 若組織所為罪行將被求處一千萬美元以下之罰款。 竊取營業秘密： 1. 犯罪主體為行為人，將被處十年以下有期徒刑或得併科罰金。 2. 若行為人為組	營業秘密之洩漏處三年以下之有期徒刑或得併科罰金。於特別嚴重之情形，其刑罰為處五年以下之有期徒刑或得併科罰金。文件資料之利用，或誘使或期約洩漏則處兩年以下之有期徒刑或得併科罰金。	營業秘密侵害罪為10年以下有期徒刑或1000萬元以下之罰金，並得併科。不正取得無權持有的營業秘密、或進而使用、揭露它之情況，根據兩罰規定，得對行為人所屬之法人併科3億元以下之罰金。	以獲取不當得利或給企業造成損害為目的，知悉該營業秘密將在國外使用，並取得使用或洩漏給第三人者，科處10年以下拘役或相當於所得利益額之2倍至10倍的罰金（域外加重處罰）。有關於不法取得、使用、洩漏營業秘密者，科處5年以下拘役或相當於所得利益額之2倍至10倍	處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金；造成特別嚴重後果的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。

		織，則將被處以五百萬美元以下之罰款。除判處徒刑外，法院亦得在刑事訴訟中判處由美國政府沒收犯罪行為人之財產			的罰金。這時法院可以併科拘役和罰金兩種刑罰。	
告訴	採告訴乃論及告訴可分原則 第13條之1為告訴乃論之罪，且為促進犯罪事實真相之發現，參考國內外「窩裡反」之作法，例外採取告訴可分原則。	聯邦檢察官可以對從事商業間諜的組織與個人以刑事罪名提起公訴。 EEA的起訴程序，案件成立與否，由檢察官完全掌控案件，而非由被害人。	行為須經告訴，始予訴追，惟刑事追訴機關基於刑事追訴之特別的公共利益，認為依職權應加以介入者，不在此限。	採告訴乃論。須被害人等提起告訴方開始追訴。	採告訴乃論。 考慮到企業的營業秘密外漏與盜用案件不僅侵害該企業的權利，同時涉及國家或社會法益之公益層面，不以告訴為追訴。	商業秘密犯罪的提起可依公訴及自訴程序，惟依商業秘密性質具隱蔽性，依自訴程序難以有充分的證據已進入開庭審理程序，故多以公訴為主。
域外效力	意圖為在外國、大陸地區、香港或澳門使用，而觸犯各罪者，加重處罰，有期徒刑1年以上10年以下、罰金3百萬元至5千萬元，犯罪行為人所得利益超過罰金最高額時，得於其所得利益之2-10倍	對於侵害行為在外國，但係美國人或在美國有居留權之人所為之侵害，或其進一步侵害在美國境內為之者，均有該法案之適用。	行為人於洩漏時，明知該秘密將在國外利用，或自己在外利用者，通常即為情節重大。	若為詐欺等行為或管理侵害行為時，該營業秘密係於日本國內被管理，或自保有者合法揭露營業秘密之際係於日本國內，即便不正使用或揭露行為發生在日本國外，亦同為處罰對象。	不法洩漏營業秘密到國內者，加重處罰，且設有預備、陰謀犯之規定。	反不正當競爭法中無域外效力之相關規定。(域外效力系規定於反壟斷法中)

	範圍內酌量加重。因於我國域外使用營業秘密之行為，其可非難性較重，故訂為非告訴乃論罪。					
--	--	--	--	--	--	--

三、 立法建議與結論

(一) 修法重點 (營業秘密法草案 2013 三讀通過版本)

營業秘密法 (以下簡稱本法) 自八十五年一月十七日公布施行, 迄今已逾十六年。隨著國際商業活動日趨複雜, 各國營業秘密保護法制於近年多所調整, 尤其以增訂侵害營業秘密行為之刑事責任或加重其刑責為重要趨勢; 且產業界陸續發生離職員工盜用或外洩原任職公司營業秘密以及以不法手段竊取臺灣產業營業秘密之嚴重案件, 不但侵害產業重要研發成果, 更嚴重影響產業之公平競爭。此外, 來自其他第三國之經濟間諜案件亦時有所聞, 這些不法竊取營業秘密之行為已經重挫臺灣產業之國際競爭力, 戕害產業創新之果實, 甚而可能威脅臺灣之國家安全。揆諸現行法制已不足有效解決相關侵害與爭議, 故 2013 年 1 月 30 日總統公布的營業秘密法草案, 就以下四部分為增訂¹⁶⁵:

1. 增訂刑事責任

侵害營業秘密之犯罪行為態樣, 包括以竊取等不正方法而取得、使用或洩漏; 未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏; 經告知應刪除、銷燬, 而不為刪除、銷燬或隱匿該營業秘密; 惡意轉得人之取得、使用或洩漏。刑事責任為五年以下有期徒刑或拘役, 得併科新臺幣五萬元以上一千萬元以下罰金。(修正條文第 13-1 條)

2. 域外加重處罰

對於意圖域外使用而犯修正條文第十三條之一第一項所列之罪, 加重處罰規定。(修正條文第 13-2 條)

3. 告訴乃論之罪且主觀可分規定

侵害營業秘密刑事責任為告訴乃論之罪。(修正條文第 13-3 條)

4. 刑事罰併同處罰規定

增訂法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員, 因執行業務侵害營業秘密而須負擔刑事責任時, 除依本法處罰其行為人外, 對該法人或自然人亦科以各該條之罰金之併同處罰規定。(修正條文第 13-4 條)

(二) 修法評析

就草案增訂部分補充過去營業秘密的刑責僅在刑法第 317、318、318-1、318-2、359 條和公平交易法第 19 條第 5 款規定, 但刑法部分並無域外效力, 又對於營業秘密的完善保護亦尚未周全; 公平交易法部分則是僅對事業為規範, 且僅規定非法取得營業秘密之情形, 故適用範圍甚窄, 幾已成具文, 故此次增加刑責及域外效力規定實質讚許, 惟仍有美中不足之處, 分析如下:

¹⁶⁵ 參〈營業秘密法部分條文修正草案中英對照—101 年 11 月 28 日立法院經濟、司法及法制委員會聯席審查通過之版本〉, 載於: http://www.tipo.gov.tw/ch/News_NewsContent.aspx?NewsID=6384 (最後瀏覽日: 2013/1/24); 詳細條文內容請見附註表 1。

1. 程序面

營業秘密法第 14 條第 2 項規定：「當事人提出之攻擊或防禦方法涉及營業秘密人經當事人聲請，法院認為適當者，得不公開審判或限制閱覽訴訟資料。」因該條限提出攻擊或防禦方法時，故僅適用於民事訴訟。此乃因若公開，將對被害人造成二次傷害，於刑事訴訟時亦有保護必要，此於智慧財產案件審理法第 24 條：「訴訟資料涉及營業秘密者，法院得依聲請不公開審判；亦得依聲請或依職權限制卷宗或證物之檢閱、抄錄或攝影。」已有相關規定。

惟除當事人的營業秘密需要保護外，若涉及第三人的營業秘密，若許公開，有對第三人營業秘密侵害之虞，實亦有保護必要。此部分於營業秘密審理案件法第 9 條第 1 項規定：「當事人提出之攻擊或防禦方法，涉及當事人或第三人營業秘密，經當事人聲請，法院認為適當者，得不公開審判；其經兩造合意不公開審判者，亦同。」此就民事訴訟審理有相關保護規定，惟就刑事審理部分，依同法理，亦應使其得適用，故本文建議應增訂之。

2. 實體面

(1) 應謹慎注意營業秘密範圍

基於刑法的最後手段性，即在其他法效果未能有效抑制該行為時，始得出動刑罰，由此可知，未免刑法之濫用，應謹慎適用刑法。故就營業秘密要件之秘密性解釋時，依照營業秘密法第 2 條第 1 款規定之「非一般涉及該資訊之人所知者」應解釋為係就營業秘密的客觀範圍為界定，秘密必須是非一般涉及該類資訊之人所共知的，故如一般涉及之人都已知道之資訊，還自以為是秘密，則不再保護範圍，以免刑罰的牽連範圍過廣，此乃適用刑罰規定時應謹慎注意之處。

(2) 營業秘密民事侵權行為內容與刑事侵權行為內容是否應相同

101 年 4 月 27 日公聽會整理後版本之修法綱要第一點：

本法本次修正增訂刑事罰，無論民事責任或刑事責任，行為人所為皆為不法行為，為求民事侵權行為與刑事犯罪行為態樣一致，以免爭議，故除少部分與刑事責任不同外，原則上，修正民事侵權行為態樣與增訂第 13 條之一第一項各款之犯罪行為態樣相同。（修正條文第 10 條）

然於其後 101 年 5 月 29 日之行政院通過版本及今年之三讀通過版本皆無此修正，參考相關資料亦未明係有意刪除或立法疏漏，於此有認應相同，因如構成犯罪卻不成立民事賠償，似有輕重失衡，故應相同要件以杜爭議。惟亦有認基於刑罰的最後手段性，民事與刑事責任規範本無須相同，重點在於行為的不法程度本身。就此部分，實務見解如何仍有待觀察。附帶一提，就現行營業秘密法第 10 條第 1 項規定，似無法規範因意外及錯誤而知悉營業秘密之人之侵害行為，即非以不正當方法取得，又依法令無守營業秘密義務之人，但知其無合法權限而利用該秘密之人之行為，惟此時實已具惡性，且就美國法上亦有規範¹⁶⁶，故本文認為應將第 10 條第 1 項第 4 款及第 5 款修正為「取得營業秘密後，知悉或因重大過失而不知其為前款之營業秘密，而取得、使用或洩漏者。」始得完整保護營業秘密。

¹⁶⁶ 美國侵權行為法整編第 757 條：「D. 獲知該秘密時，知悉該資訊為秘密，且知悉他人的洩漏係基於錯誤者。」

● 表一

<p>第十三條之一 意圖為自己或第三人不法之利益，或損害營業秘密所有人之利益，而有下列情形之一，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金：</p> <p>一、以竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製或其他不正方法而取得營業秘密，或取得後進而使用、洩漏者。</p> <p>二、知悉或持有營業秘密，未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密者。</p> <p>三、持有營業秘密，經營業秘密所有人告知應刪除、銷毀後，不為刪除、銷毀或隱匿該營業秘密者。</p> <p>四、明知他人知悉或持有之營業秘密有前三款所定情形，而取得、使用或洩漏者。前項之未遂犯罰之。</p> <p>科罰金時，如犯罪行為人所得之利益超過罰金最多額，得於所得利益之三倍範圍內酌量加重。</p>
<p>第十三條之二 意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用，而犯前條第一項各款之罪者，處一年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以上五千萬元以下之罰金。前項之未遂犯罰之。</p> <p>科罰金時，如犯罪行為人所得之利益超過罰金最多額，得於所得利益之二倍至十倍範圍內酌量加重。</p>
<p>第十三條之三 第十三條之一之罪，須告訴乃論。</p> <p>對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力不及於其他共犯。</p> <p>公務員或曾任公務員之人，因職務知悉或持有他人之營業秘密，而故意犯前二條之罪者，加重其刑至二分之一。</p>
<p>第十三條之四 法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務，犯第十三條之一、第十三條之二之罪者，除依該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科該條之罰金。但法人之代表人或自然人對於犯罪之發生，已盡力為防止行為者，不在此限。</p>

（三） 結論

知名科技公司前主管離職洩漏營業秘密之新聞，日前甚囂塵上，因應國內高科技產業的呼求、來自美國的呼籲，加上中國大陸經濟起飛，對人才、技術之需求孔急，如何鞏固我國產業之人才、技術成為當前最重要的課題之一。我國營業秘密法在民國八十五年立法之初，堪稱為先進之立法，惟隨著時光推移、科技日新月異，當技術成為事業之核心，營業秘密之價值已不可同日而語，為了謀求鉅大商業利益，事業間為了獲取競爭對手之資訊，無所不用其極。是以，在修正營業秘密法的聲浪中，立法院於民國一〇二年一月十一日三讀通過營業秘密法修正草案，增訂刑責及兩罰制等相關措施，以期遏阻事業為了獲取商業利益，以不正手段偷竊、公開、使用營業秘密。

如本報告之前所述，自美國於 1966 年公布經濟間諜法，對經濟間諜行為明示科以刑責並有域外效力之後，其他如日本、韓國、中國大陸等國家陸續跟進，亦將刑事責任納入營業秘密之保護法制中，而本次修正呼應我國業界、尤其高科技產業之呼求，加強對於營業秘密之保護。對於此，雖然學界亦有認為營業秘密之保護毋須動用刑罰者¹⁶⁷，惟著眼於當前情勢及國際潮流，應認為對於侵害營業秘密之行為以專法科以刑責一事，固無可厚非，惟營業秘密有別於專利，其須維持祕密性，與專利係以公開作為保護之前提，透過公開而予以一定期間權利之保護，並避免重複發明。倘若營業秘密於國內之侵害有刑事制裁，但發明、新型及設計專利僅受民事救濟，無刑事責任，在保護強度之差異下，是否企業失去公開技術之意願，轉而以營業秘密保護，如此是否有害於專利制度設置之本意？

再者，如賦與營業秘密之刑事保護，似可先針對域侵害營業秘密之行為，處以刑責，至於國內侵害，似可以民事救濟為主，如此或許可避免國人往往「以刑逼民」之訴訟慣行，另亦防止外商不願申請我國專利，而公開技術，轉而營業秘密保護，並以營業秘密保護刑事手段，以刑逼和，從而逼迫國內廠商支付不甚合理之運用營業秘密之權利金。

又徒法不足以自行，即營業秘密之保護，並非對之科予刑責便能一勞永逸，此次修正是否能為我國產業之營業秘密之保護帶來實際效益，仍有待觀察。如同本文前述，針對營業秘密之侵害，我國雖然已增訂刑責，然在刑事訴訟中如何確保營業秘密之祕密性不因審判公開而喪失，欠缺完善配套措施。針對此，日本於 2011 年修正之不正競爭防止法第 23 條至 31 條有原則性之規範，並另外發布關於該次修正之刑事訴訟特殊審理規則，主要包括有審判不公開、暱稱該營業秘密、起訴狀朗讀方法之特例、訊問之限制、證據文書朗讀方法之特例、證據開示支特別規定等配套措施，值得我國借鏡。此外，本次修正之營業秘密法雖明定其具有域外效力，然我國畢竟無如美國 FBI 般強大的偵查實力，域外犯罪之偵查是否能達到預期成果，是否能不受國際地位之影響而確實達到鞏固我國產業、技術與人才之功效，值得觀察。

¹⁶⁷ 如江彥儀，前揭註 34。

四、參考文獻

(一) 中文部分

- 王敏賢 (2006)。《台商投資中國之祕密保護研究》，交通大學科技法律研究所論文。
- 王銘勇 (1995)。〈日本營業祕密保護法制之研究〉，《公平交易季刊》，2 卷 1 期。
- 王澤鑑 (1999)。《法律思維與民法實例》。台北：自刊。
- 江彥儀 (2005)。《侵害營業祕密刑事責任之研究》，台北大學法學系碩士論文。
- 吳嘉生 (2009)。《智慧財產法通論》。台北：一品文化。
- 汪彤、胡震遠、劉洪 (2005)。〈審理不正當競爭案件法律適用中存在的問題和對策〉，《法律適用》，229 期。
- 肖乾利 (2006)。〈侵犯商業祕密罪的立法不足及其完善探析〉，《河北法學》，24 卷 8 期。
- 美國經濟間諜法案原文 18 USC Chapter 90 - PROTECTION OF TRADE SECRETS。載於：
<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/part-I/chapter-90>。
- 浙江省高級人民法院民三庭 (2005)，〈不正當競爭糾紛案件特點及相關問題探析—以浙江省為例的實證分析〉，《法律適用》，229 期。
- 蔡明誠 (1991)。〈公平交易法對營業祕密之保護〉，《政大法學評論》，44 期。
- 張大明 (1995)。〈訴訟中的證據保全措施〉，《人民司法》，1995 年 10 期。
- 張玉瑞 (2000)。《商業祕密法學》，北京：中國法制出版社。
- 張玉瑞 (2005)。《商業祕密、商業賄賂》，北京：法律出版社。
- 張靜 (2007)。《營業祕密法及相關智慧財產問題》。台北：經濟部智財局。
- 章忠信 (2002)。〈WTO/TRIPS 與著作權之保護規定〉。載於：
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=5&act=read&id=11>。
- 章忠信 (2011)。〈經濟間諜法案簡介〉。載於：
<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=8&act=read&id=10>。
- 許海峰 (編) (2004)。《企業商業祕密保護法律實務》。中國：機械工業出版社。
- 陳彥嘉 (2005)。《保護營業祕密之刑事立法—臺灣法與德國法的比較研究》，國立東華大學財經法律研究所碩士論文。
- 陳偉潔 (1993)。〈美國 Data General 告維修公司著作權及營業祕密侵害案，獲得超過 5,000 萬美元之賠償〉，《資訊法務透析》，5 卷 4 期。
- 曾勝珍 (2007)。《論我國經濟間諜法立法之必要性—以美國法制為中心》，台北：元照。
- 程志剛 (2005)。〈論商業祕密侵害訴訟中的證明問題〉，收於：萬鄂湘 (編)，《知識產權法理論與適用》。
- 黃偉明 (2005)。〈侵犯商業祕密案件賠償數額的計算〉，《人民司法》，2005 年 8 期。
- 經濟部智財局 (2008)。〈美國經濟間諜法〉法條翻譯。載於：
http://www.tipo.gov.tw/ch/AllInOne_Show.aspx?guid=7fd38538-374c-467b-bb55-198266131d64&lang=zh-tw&path=783。
- 葉亭嚴 (2008)。〈德國刑法第 41 次修正-反駁客法之簡介〉，《科技法律透析》，20 卷 4 期。
- 管志慧 (N/D)。〈淺析競業避止在人力資源管理工作中的應用〉，載於：
http://211.71.64.165/ldjx/html/ly_gzh.htm。
- 趙秉志 (編) (1999)。《侵犯知識產權犯罪研究》。中國：中國方正。

劉大洪（編）（2005）。《反不當競爭法》。中國：政法大學出版社。

劉博文（2008）。〈美國經濟間諜法簡介〉。載於：

http://5550555.tw/wtt/ipr_introd/secret/營業秘密_美國經濟間諜法簡介.htm。

鄭社民（2002）。〈商業秘密概念初探〉，《知識產權》，2002年2期。

鄭穎（1998）。《營業秘密侵害在刑事法上之研究》，中興大學法律學研究所碩士論文。

賴文智（主持）（2003）。《營業秘密法制之研究期末報告書》，經濟部智慧財產局（委託）。

賴文智、顏雅倫（2004）。《營業秘密法二十講》，台北：益思科技法律事務所。

賴光皓（N/D）。《中國大陸商業秘密保護法制之研究》，東吳大學法律系碩士論文。

戴永盛（2005）。《商業秘密法比較研究》。中國：華東師範大學出版社。

蘇德軍（2005）。〈再談商業秘密司法保護(下)〉，《電子知識產權》，2005年4期。

（二）日文部分

受驗新報編集部（2004）。〈TRIPS 協定コンメンタール〉，《弁理士受驗新報》，改定2版，57卷。東京：法學書院。

經濟產業省知的財產政策室（2010）。《逐條解說不正競爭防止法：平成21年改正版》。東京：有斐閣。

日本知的財產協會（2012）。《不正競爭防止法と独占禁止法》。

田村善之（2003）。《不正競爭法概説》，2版。東京：有斐閣。

（三）韓文部分

尹善姬（2005）。〈營業秘密之經營資訊〉，《創作和權利》，39期。

宋英錫、李相廷、黃宗煥（2005）。《知識所有權法（下）》，9版。韓國：六法社。

玄大浩（2005）。〈有關營業秘密保護之要件及救濟方法之研究〉，《法曹》，587期。

尹善姬（2006）。《智慧財產權法》，8版，頁552。韓國：世昌。

白勝宰（2008）。〈專家的離職和營業秘密保護之局限性〉，《判例研究》，22期。首爾：首爾地方律師協會。

黃毅昌（1998）。《知識財產權法》。韓國：新英。

吳敬植（1999）。〈企業機密侵害罪經濟產業侵害案之研究〉，《刑事判例研究》，7期。

李東勳（2011）。〈不當競爭防止法中對營業秘密之刑法之保護〉，《外法論集》，35期4號。

（四）英文部分

Gerber, D. J. (1998). *Law and competition in twentieth century Europe—Protecting Prometheus*. Clarendon Press.

Beier, F.-K., & Schricker, G. (Eds.), *From GATT to TRIPs—The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Munich: Max Planck Institute for Foreign and International Patent, Copyright and Competition Law.

（五）德文部分

Emmerich, V. (2012). *Unlauterer Wettbewerb* (9. Aufl.). München: C. H. Beck.

Köhler, H. / Piper, H. (1995). *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb mit Zugabeverordnung, Rabattgesetz, und Preisangabenverordnung*.

Baumbach/Herfermehl(1996). *Wettbewerbsrecht*(19. Aufl.).

Baumbach/Herfermehl(2004). *Wettbewerbsrecht*(23. Aufl.).

附錄

一、 台灣營業秘密法修正草案

經濟部智慧財產局擬具之「營業秘密法部分條文修正草案」業於101年10月25日經行政院院會審查通過，預計10月底前函送立法院審議，並期能於本會期完成修法，以強化我國營業秘密之保護。¹⁶⁸

營業秘密法部分條文修正草案總說明

營業秘密法（以下簡稱本法）自八十五年一月十七日公布施行，迄今已逾十六年。隨著國際商業活動日趨複雜，各國營業秘密保護法制於近年多所調整，尤其以增訂侵害營業秘密行為之刑事責任或加重其刑責為重要趨勢；又近年來，產業界陸續發生幾件離職員工盜用或外洩原任職公司營業秘密以及以不法手段竊取臺灣產業營業秘密之嚴重案件，不但侵害產業重要研發成果，更嚴重影響產業之公平競爭。此外，來自其他第三國之經濟間諜案件亦時有所聞，這些不法竊取營業秘密之行為已經重挫臺灣產業之國際競爭力，戕害產業創新之果實，乃至可能威脅臺灣之國家安全。揆諸現行法制已不足有效解決相關侵害與爭議，爰擬具「營業秘密法」部分條文修正草案。其修正要點如下：

一、增訂刑事責任

侵害營業秘密之犯罪行為態樣，包括以竊取等不正方法而取得、使用或洩漏；未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏；經告知應刪除、銷燬，而不為刪除、銷燬或隱匿該營業秘密；惡意轉得人之取得、使用或洩漏。刑事責任為五年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣五萬元以上一千萬元以下罰金。（修正條文第十三條之一）

二、域外加重處罰

對於意圖域外使用而犯修正條文第十三條之一第一項所列之罪，加重處罰規定。侵害營業秘密刑事責任為告訴乃論之罪。（修正條文第十三條之二及第十三條之三）

三、刑事罰併同處罰規定

增訂法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，因執行業務侵害營業秘密而須負擔刑事責任時，除依本法處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科以各該條之罰金之併同處罰規定。（修正條文第十三條之四）

四、增訂被告具體答辯之促進訴訟義務

¹⁶⁸ 引自經濟部智慧財產局網站，http://www.tipo.gov.tw/ch/News_NewsContent.aspx?NewsID=6278（最後瀏覽日：10/29/2012）。

為促進訴訟程序進行，原告就主張營業秘密受侵害或有受侵害之虞之事實已釋明者，如被告否認其行為時，應就其否認為具體之答辯；如無正當理由逾期未答辯或答辯非具體者，法院得審酌情形認原告已釋明內容為真實。（修正條文第十四條之一）

營業秘密法部分條文修正草案條文對照表

修正條文	現行條文	說 明
<p>第十三條之一 意圖為自己或第三人不法之利益，或損害營業秘密所有人之利益，而有下列情形之一，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣五萬元以上一千萬元以下罰金：</p> <p>一、以竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製或其他不正方法而取得營業秘密，或取得後進而使用、洩漏者。</p> <p>二、知悉或持有營業秘密，未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密者。</p> <p>三、持有營業秘密，經營業秘密所有人告知應刪除、銷燬後，不為刪除、銷燬或隱匿該營業秘密者。</p> <p>四、明知他人知悉或持有之營業秘密有前三款所定情形，而取得、使用或洩漏者。</p> <p>前項之未遂犯罰之。</p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、按刑法關於侵害營業秘密之規定，固有洩漏工商秘密罪（刑法第三百十七條、第三百十八條、第三百十八條之一、第三百十八條之二）、竊盜罪（刑法第三百二十條）、侵占罪（刑法第三百三十五條）、背信罪（刑法第三百四十二條）、無故取得刪除變更電磁紀錄罪（刑法第三百五十九條）等，惟因行為主體、客體及侵害方法之改變，該規定對於營業秘密之保護已有不足，例如：</p> <p>（一）刑法第三百十七條、第三百十八條、第三百十八條之一及第三百十八條之二，均僅處罰無故洩漏營業秘密之行為，而無法處罰不法取得及非法使用行為，即一般俗稱之「產業間諜」可能無從規範。</p> <p>（二）刑法第三百二十條竊盜罪，欲透過竊盜罪規定訴追侵害營業秘密之行為，必須該營業秘密已附著於特定之有體物上，而經行為人竊取作為己有；如其未附著於特定物上或行為人並未將該特定物占為己有，而是使用後歸還，無法構成竊盜罪。</p>

		<p>(三) 刑法第三百三十五條侵占罪，侵占罪之成立，亦以行為客體是有體物為前提，包括有形之動產、不動產，不包括無形之權利，單純之權利不得為侵占之客體（七一台上二三〇四號判例參照），且該有體物是在行為人占有中，始足該當侵占罪之構成要件。</p> <p>(四) 刑法第三百五十九條無故取得刪除變更電磁紀錄罪，僅處罰無故（不法）取得、刪除或變更營業秘密之行為，又不及於無故洩漏及非法使用行為，且此無故取得營業秘密尚必須限於已成為電磁紀錄之營業秘密，苟係傳統紙本或其他非電磁紀錄之營業秘密，即非該條所規範。</p> <p>(五) 綜上，刑法竊盜、侵占、背信、詐欺等罪是一般財產性犯罪，如果用來處罰侵害營業秘密之行為，則事實上並不是保護營業秘密本身，而是營業秘密以外之一般有體財產權。又刑法第三百十七條、第三百十八條、第三百十八條之一及第三百十八條之二雖對無故洩漏業務上、職務上或因利用電腦或相關設備而知悉或持有之工商秘密行為設有規範，第三百五十九條雖亦對無故取得營業秘密電磁紀錄訂有處罰條文，但侵害營業秘密之類型甚多，刑法規定殊欠完整且法定刑過低，實不足以有效保護營業秘</p>
--	--	--

		<p>密，爰營業秘密法確有增訂刑罰之必要。</p> <p>三、本條不法構成要件，包括主觀要件及客觀要件。主觀要件，除一般主觀要素之故意外，尚須符合以下任一之不法意圖：(一) 為自己不法之利益、(二) 為第三人不法之利益，或(三) 損害營業秘密所有人之利益。客觀要件，即本條第一項各款行為外在顯現形態之要素。</p> <p>四、第一項第一款行為態樣為行為人以竊取等不正方法取得，或取得後進而使用、洩漏營業秘密：</p> <p>(一) 行為主體為任何人，並未限制行為主體之身分、資格或應具備之特定關係。</p> <p>(二) 實行行為方式，包括以竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製或其他不正方法而取得營業秘密，或取得後進而使用、洩漏：</p> <p>1、所謂竊取，指違背他人意願或未得其同意，就他人對營業秘密所有之持有狀態加以瓦解並建立支配管領力之行為。</p> <p>2、所謂侵占，指易持有為所有之行為，亦即是將自己持有之他人之營業秘密變為自己所有之行為。</p> <p>3、所謂詐術，指傳遞與事實不符之資訊之行為，包括虛構事實、歪曲或掩飾事實等手段。</p> <p>4、所謂脅迫，指以語言、舉</p>
--	--	---

		<p>動之方法為將加惡害之通知或預告，而形成於他人意思或行動之妨害。</p> <p>5、所謂擅自重製，指行為人未經營業秘密所有人之同意而為重製之行為。又所謂重製，指以印刷、複印、錄音、錄影、攝影、筆錄或其他方法直接、間接、永久或暫時之重複製作營業秘密而言。</p> <p>6、本條刑事不法行為之態樣，除例示規定外，為免掛一漏萬，參考一般立法例，採例示加概括方式，概括規定「其他不正方法」之違法態樣，以資周延。至於具體事實行為是否與構成要件相當，則應由法院個案認定。另為與本法第十條民事侵權行為所謂不正當方法之概念有所區別，爰參照刑法第三百三十九條之一至第三百三十九條之三之用詞，概括規定其他不正方法。換言之，所謂其他不正方法，指除例示之竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製等不正方法外，其他如行為人意圖取得他人營業秘密而利用各種行為方式，例如以窺視、竊聽而加以探知取得該營業秘密之行為方式，亦屬之。</p> <p>7、行為人以竊取等不正方法取得營業秘密後，進而使用、洩漏營業秘密之行為，例如：擅自重製含有</p>
--	--	--

		<p>營業秘密之電磁紀錄，以電傳方式洩漏予他人。</p> <p>五、第一項第二款行為態樣為未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏營業秘密。按因契約關係或經授權合法知悉或持有營業秘密之人，未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密，由於其非屬第一款不正方法取得、使用或洩漏之行為，故有必要加以明定。</p> <p>六、第一項第三款行為態樣為行為人經營業秘密所有人告知應刪除、銷燬該營業秘密後，卻消極不為刪除、銷燬或積極行為隱匿該營業秘密。適用對象為持有營業秘密之人。由於科技發展，現行對於電磁紀錄之刪除、銷燬，有可能藉由資訊技術，還原該營業秘密，因此，行為人可能表面刪除、銷燬營業秘密電磁紀錄，卻私下隱匿該電磁紀錄，因此，明定「隱匿」有其必要。</p> <p>七、第一項第二款及第三款規範之重點在於行為人原本基於合法原因取得營業秘密，但嗣後卻逾越授權範圍而重製、使用或洩漏，或是經營業秘密所有人告知後仍不為刪除、銷燬或隱匿，由於其逾越權限而取得、不刪除、隱匿他人營業秘密之行為，均有可能破壞營業秘密之</p>
--	--	--

		<p>秘密性，且非屬第一款不正方法取得、使用或洩漏之行為，故有分別明定之必要，此乃與第一款不法取得、使用或洩漏規定差異之所在。</p> <p>八、第一項第四款行為態樣為惡意轉得人，即明知他人知悉或持有之營業秘密有前三款所定情形，卻取得、使用或洩漏該營業秘密。因此，本款處罰對象為營業秘密之惡意轉得人，且僅限於該惡意轉得人具有直接故意始該當。</p> <p>九、因刑法上之目的財產犯，多有未遂之處罰，故本條第二項亦規定未遂犯罰之。</p>
<p>第十三條之二 意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用，而犯前條第一項各款之罪者，處六月以上五年以下有期徒刑，得併科新臺幣五十萬元以上五千萬元以下之罰金。</p> <p>前項之未遂犯罰之。</p>		<p>一、<u>本條新增</u>。</p> <p>二、本條為意圖域外使用而犯第十三條之一所列之罪者，加重處罰規定。按行為人不法取得我國人營業秘密，其意圖係在域外使用，將嚴重影響我國產業國際競爭力，其非難性較為高度，爰參酌德國不正競爭防止法第十七條第四項、韓國不正競爭防止法第十八條第一項規定，明定加重處罰。</p> <p>三、因刑法上之目的財產犯，多有未遂之處罰，故本條第二項亦規定未遂犯罰之。</p>
<p>第十三條之三 前二條之罪，須告訴乃論。</p> <p>對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力不及於其他共犯。</p>		<p>一、<u>本條新增</u>。</p> <p>二、刑法上有關營業秘密之犯罪，包括刑法第三百十七條、第三百十八條、第三百十八條之一、第三百十八條之二及第三百五十</p>

		<p>九條，均係告訴乃論之罪，故本條定為告訴乃論之罪，使被害人與行為人有私下和解之機會而得以息訟，並節省司法資源。</p> <p>三、營業秘密保護之法益，兼具國家社會競爭力之公共利益及私人財產法益性質，告訴或撤回告訴不可分固為刑事訴訟法之原則，惟其非無例外（刑事訴訟法第二百三十九條），自可視規範對象性質之不同而為不同規定。</p> <p>四、營業秘密受侵害案件中，由於證據取得非常不易，如能讓被害人對部分配合調查之被告撤回告訴，將有助於發現犯罪事實，較「告訴不可分」更能促進偵查之便利。再者，在國外立法例上，亦常以「窩裡反」之作法取得犯罪證據，例如美國司法部對優先自首並提供證據之被告提供免刑等寬恕政策，屢屢使得美國司法部能將複雜且蒐證難度極高之跨國反拖拉斯案件定罪，另外，在我國立法例上，公平交易法第三十五條之一有聯合行為協助調查之寬恕條款，及證人保護法第十四條證人免責協商條款，因此，對於行為人一方告訴或撤回告訴，其效力不及於他方，將有助於犯罪事實之發現及違法事證之取得，爰於第二項明定告訴或撤回告訴可分原則。</p>
<p>第十三條之四 法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，</p>		<p>一、<u>本條新增</u>。</p> <p>二、併同處罰制之規定，係就同一犯罪行為同時處罰</p>

<p>因執行業務，犯第十三條之一、第十三條之二之罪者，除依該條規定處罰其行為人外，對該法人或自然人亦科該條之罰金。但法人之代表人或自然人對於犯罪之發生，已盡力為防止行為者，不在此限。</p>		<p>行為人及其企業組織。對於行為人而言，其受處罰係因其違法之犯罪行為，對於企業組織而言，其受罰則係因其監督不力。從法理而言，對受罰之企業組織，其處罰具有從屬性，必以行為人受處罰為前提。</p> <p>三、按勞動基準法第八十一條第一項、人口販運防制法第三十九條、洗錢防制法第十一條、動物傳染病防治條例第四十一條與第四十二條及植物防疫檢疫法第二十三條均有併同處罰體例，爰參考上揭規定予以明定。</p> <p>四、本條但書之免責規定，讓法人或自然人雇主有機會於事後舉證而得以證明其已盡力防止侵害營業秘密之發生，此既可免於企業被員工之個人違法行為而毀掉企業形象，也可免於大筆罰金之支出，更可予企業事先盡力防止犯罪發生之獎勵，而有預防犯罪之功能。</p>
<p>第十四條之一 侵害營業秘密之民事訴訟，如原告就其主張營業秘密受侵害或有受侵害之虞之事實已釋明者，而被告否認其行為時，法院應定期命被告就其否認為具體之答辯；如無正當理由逾期未答辯或答辯非具體者，法院得審酌情形認原告已釋明內容為真實。</p> <p>前項情形，於裁判前應</p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、民事訴訟法雖有相關命對方提供證據及證據妨礙之規定，但其為通則規定，且並非針對營業秘密侵害案件之舉證責任明文規定。由於營業秘密侵害訴訟中，營業秘密之侵害行為，多於受害人處實施，單靠原告證明被告有侵害行為相當困難，往往需要受害人提供相關資</p>

令當事人有辯論之機會。

料，因此，於被告否認原告之主張時，對此系爭事實之存否成為明確爭點，爰於第一項明文課予被告一定日期內應具體答辯，實有助於訴訟迅速進行。因此被告所負之答辯義務，不應僅是單純、消極之否認，而應是積極之否認答辯義務，故對於否認之事項，應附具體理由加以說明，以明確爭點並加快訴訟審理時程；例如該系爭特定營業秘密是自己獨立得知、設計研發、以及如何得知之管道或方式等。同時如被告無正當理由逾期未答辯或答辯非具體者，法院得審酌情形認為原告已釋明之內容為真實。

三、日本民事訴訟規則第七十九條第三項規定，要求於準備書狀如有否認對造主張之事實者，應記載理由。而於日本特許法、意匠法、商標法、著作權法、種苗法等智慧財產保護之法律中，亦訂有具體態樣表明義務規定，可見其為智慧財產訴訟事件之共通性規定。因此，日本於二〇〇三年修正不正競爭防止法時，仿照特許法第一百零四條之二增訂被告之具體態樣表明義務；但被告表明自己行為之具體態樣如含有自己之營業秘密，或毫無可以主張之內容等無法明示之「正當理由」者，可以拒絕表明，其理由是否正當，由法院具體個案判斷之。因此，增訂被告之具體答辯促進訴訟義務，要求被告負有積極參

		<p>與訴訟之義務，將使侵害營業秘密案件之救濟更具有實效性。</p> <p>四、為保障當事人在訴訟程序上之權利，於裁判前應令當事人有辯論之機會，爰參酌民事訴訟法第二百八十二條之一第二項及第三百四十五條第二項規定，增訂第二項。</p>
--	--	--

二、 美國經濟間諜法

The Economic Espionage Act of 1996

Passed by U. S. Congress on October 2, 1996

Signed by the U. S. President on October 11, 1996

UNITED STATES CODE

TITLE 18 - CRIMES AND CRIMINAL PROCEDURE

PART II - CRIMINAL PROCEDURE

CHAPTER 90 - PROTECTION OF TRADE SECRETS

Cite as the "Economic Espionage Act of 1996"

Sec. 1831. Economic espionage

(a) In General. - Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent, knowingly -

(1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a trade secret;

(2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits,

delivers, sends, mails, communicates, or conveys a trade secret;

(3) receives, buys, or possesses a trade secret, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;

(4) attempts to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3); or

(5) conspires with one or more other persons to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect the object of the conspiracy,

shall, except as provided in subsection (b), be fined not more than \$500,000 or imprisoned not more than 15 years, or both.

(b) Organizations. - Any organization that commits any offense described in subsection (a) shall be fined not more than \$10,000,000.

Sec. 1832. Theft of trade secrets

(a) Whoever, with intent to convert a trade secret, that is related to or included in a product that is produced for or placed in interstate or foreign commerce, to the economic benefit of anyone other than the owner thereof, and intending or knowing that the offense will, injure any owner of that trade secret, knowingly -

(1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains such information;

(2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys such information;

(3) receives, buys, or possesses such information, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization;

(4) attempts to commit any offense described in paragraphs (1) through (3); or

(5) conspires with one or more other persons to commit any offense described in paragraphs (1) through (3), and one or more of such persons do any act to effect

the object of the conspiracy, shall, except as provided in subsection (b), be fined under this title or imprisoned not more than 10 years, or both.

(b) Any organization that commits any offense described in subsection (a) shall be fined not more than \$5,000,000.

Sec. 1833. Exceptions to prohibitions

This chapter does not prohibit -

(1) any otherwise lawful activity conducted by a governmental entity of the United States, a State, or a political subdivision of a State; or

(2) the reporting of a suspected violation of law to any governmental entity of the United States, a State, or a political subdivision of a State, if such entity has lawful authority with respect to that violation.

Sec. 1834. Criminal forfeiture

(a) The court, in imposing sentence on a person for a violation of this chapter, shall order, in addition to any other sentence imposed, that the person forfeit to the United States -

(1) any property constituting, or derived from, any proceeds the person obtained, directly or indirectly, as the result of such violation; and

(2) any of the person's property used, or intended to be used, in any manner or part, to commit or facilitate the commission of such violation, if the court in its discretion so determines, taking into consideration the nature, scope, and proportionality of the use of the property in the offense.

(b) Property subject to forfeiture under this section, any seizure and disposition thereof, and any administrative or judicial proceeding in relation thereto, shall be governed by section 413 of the Comprehensive Drug Abuse Prevention and Control Act of 1970 (21 U.S.C. 853), except for subsections (d) and (j) of such section, which shall not apply to forfeitures under this section.

Sec. 1835. Orders to preserve confidentiality

In any prosecution or other proceeding under this chapter, the court shall enter

such orders and take such other action as may be necessary and appropriate to preserve the confidentiality of trade secrets, consistent with the requirements of the Federal Rules of Criminal and Civil Procedure, the Federal Rules of Evidence, and all other applicable laws. An interlocutory appeal by the United States shall lie from a decision or order of a district court authorizing or directing the disclosure of any trade secret.

Sec. 1836. Civil proceedings to enjoin violations

(a) The Attorney General may, in a civil action, obtain appropriate injunctive relief against any violation of this section.

(b) The district courts of the United States shall have exclusive original jurisdiction of civil actions under this subsection.

Sec. 1837. Applicability to conduct outside the United States

This chapter also applies to conduct occurring outside the United States if -

(1) the offender is a natural person who is a citizen or permanent resident alien of the United States, or an organization organized under the laws of the United States or a State or political subdivision thereof; or

(2) an act in furtherance of the offense was committed in the United States.

Sec. 1838. Construction with other laws

This chapter shall not be construed to preempt or displace any other remedies, whether civil or criminal, provided by United States Federal, State, commonwealth, possession, or territory law for the misappropriation of a trade secret, or to affect the otherwise lawful disclosure of information by any Government employee under section 552 of title 5 (commonly known as the Freedom of Information Act).

Sec. 1839. Definitions

(a) As used in this chapter -

(1) the term "foreign instrumentality" means any agency, bureau, ministry, component, institution, association, or any legal, commercial, or business organization, corporation, firm, or entity that is substantially owned, controlled,

sponsored, commanded, managed, or dominated by a foreign government;

(2) the term ''foreign agent'' means any officer, employee, proxy, servant, delegate, or representative of a foreign government;

(3) the term ''trade secret'' means all forms and types of financial, business, scientific, technical, economic, or engineering information, including patterns, plans, compilations, program devices, formulas, designs, prototypes, methods, techniques, processes, procedures, programs, or codes, whether tangible or intangible, and whether or how stored, compiled, or memorialized physically, electronically, graphically, photographically, or in writing if -

(A) the owner thereof has taken reasonable measures to keep such information secret; and

(B) the information derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not being readily ascertainable through proper means by, the public; and

(4) the term ''owner'', with respect to a trade secret, means the person or entity in whom or in which rightful legal or equitable title to, or license in, the trade secret is reposed.

(b) Clerical Amendment. The table of chapters at the beginning part I of title 18, United States Code, is amended by inserting after the item relating to chapter 89 the following: 90. Protection of trade secrets 1831.

(c) Reports. Not later than 2 years and 4 years after the date of the amendment of this Congress of this Act, the Attorney General shall report to Congress on the amounts received and distributed from fines for offenses under this chapter deposited in the Crime Victims Fund established by section 1402 of the Victims of Crime Act of 1984.¹⁶⁹

三、 法院判決

1. 最高法院九十九年度台上字第二四二五號民事判決
上 訴 人 隆大貿易有限公司

¹⁶⁹ <http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=23&act=read&id=2>(last visited 2012/3/6).

法定代理人 郭心怡
訴訟代理人 林辰彥 律師
被上訴人 朗太企業有限公司
兼法定代理人 簡明朗
被上訴人 關詠欣

上列當事人間請求損害賠償等事件，上訴人對於中華民國九十九年七月六日台灣高等法院第二審判決（九十八年度上字第五〇三號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

上訴駁回。

第三審訴訟費用由上訴人負擔。

理 由

本件上訴人主張：伊為貿易商，從事外銷汽機車（含農業機械）零配件、五金及安全用品等商品至中南美洲、加勒比海地區、中東、非洲等地，被上訴人簡明朗原任職伊公司，負責智利、薩爾瓦多及千里達等外商之國內詢價採購業務，被上訴人關詠欣則原為伊公司千里達商之國外業務秘書，二人於民國九十四年九月十六日離職時，承諾離職後對於伊之相關業務、資訊嚴守保密之責，不得擅自挪用或於其他公司任職時使用，否則願負法律責任。惟該二人於離職後之同年十一月十七日竟成立被上訴人朗太企業有限公司（下稱朗太公司），經營與伊相同之業務並競爭價格，洩漏伊客戶名單及營業（商品）銷售價格之營業秘密，共同侵害伊之營業秘密，為共同侵權行為人，依法應分別與朗太公司負連帶賠償責任。伊因被上訴人上開侵權行為與智利商、千里達商、薩爾瓦多商短少之營業額依序為美金十九萬三千五百二十二元二角九分、十七萬九千零六十元二角七分、二十六萬二千一百零二元七角九分，合計六十三萬四千六百八十六元三角五分，以營業額百分之二十計作利潤，伊所失利益為美金十二萬六千九百三十七元零角七分，以匯率一比三十二計，為新台幣（下未標明幣別者均同）四百零六萬一千九百八十六元，伊僅先行請求其中二百萬元。爰依民法第一百八十四條第一項前段、第一百八十五條、第二十八條、第一百八十八條、營業秘密法第十二條、第十三條之規定及承諾之約定，求為命被上訴人連帶給付二百萬元，及自起訴狀繕本送達翌日起加計法定遲延利息之判決。

被上訴人則以：朗太公司自設立後，為向美洲地區推銷汽車零配件及機械五金產品，長期查閱外貿協會資料館公開提供之黃頁電話簿，並搜尋、瀏覽商業網站之資訊，覓得進口上開產品之潛在客戶，再以電子郵件、傳真、電話、網站留言等方式自我推銷，尋求交易之機會，係正當經營開發客戶，非針對上訴人之客戶進行推銷。況智利商、千里達商、薩爾瓦多商等相關資訊，均屬朗

太公司得自外貿協會資料館公開提供之黃頁電話簿，及商業網站之網頁資訊查詢得知，該等外商之資訊非屬營業秘密。另朗太公司向客戶報價前，均須依該客戶要求之商品規格，先向供應廠商詢價，待廠商回覆成本後，加計訂定售價提供予客戶，客戶下單後再委由供應廠商製造商品，不同時間、客戶之報價均有異，與上訴人原訂定之售價無關，其主張伊等取得、使用、洩漏其供應商進價及售價等營業秘密云云，非屬實在等語，資為抗辯。

原審斟酌全辯論意旨及調查證據之結果，以：按「本法所稱營業秘密，係指方法、技術、製程、配方、程式、設計或其他可用於生產、銷售或經營之資訊，而符合左列要件者：一、非一般涉及該類資訊之人所知者。二、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。三、所有人已採取合理之保密措施者」，營業秘密法第二條定有明文。查上訴人主張簡明朗、關詠欣曾任職於其公司不同部門，於九十四年九月十六日同時離職時，承諾離職後對於相關業務、資訊嚴守保密之責，不擅自挪用或於其他公司任職時使用，卻於九十四年十一月十七日設立朗太公司，從事與上訴人相同之國際貿易業務等情，固為被上訴人不爭。惟依證人即上訴人採購經理郭英傑之證言，可知上訴人之營業（商品）銷售價格表係任何人包括負責國外部門之人員，均得由上訴人之公開網站查知，其就客戶名單及商品銷售價格表，並未採取交由特定人保管、限制相關人員取得、告知承辦人員保密之內容及保密方法等之合理保密措施，難認符合「所有人已採取合理之保密措施者」之要件。又商品銷售價格隨時間及匯率、客戶訂購數量而有所變動，不同時間或不同客戶會有不同報價，難認商品銷售價格有經濟價值，自不符合「秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者」之要件。另依證人即上訴人副總經理馮雪珠之證言，佐以被上訴人提出之外貿協會資料館所提供之黃頁電話簿、網際網路搜尋畫面列印資料等，顯見被上訴人所交易之客戶係透過公開資訊取得，屬一般涉及該類資訊之人士均得查知之公開資訊，上訴人之客戶名單，亦不符合「非一般涉及該類資訊之人所知者」之要件。其次，朗太公司成立後，寄發大量電子郵件行銷，始取得與國外客戶進行交易之機會，並自公開網站查得智利商之客戶名單，難認被上訴人有逕為使用上訴人之客戶名單及商品銷售價格與上訴人進行價格競爭之行為，且不因簡明朗、關詠欣於離職人員承諾書上簽署，而有不同。至於朗太公司使用與上訴人相同之發票格式及商品名稱一節，應為其專有知識及經驗，上訴人就該發票格式既無獨占性，被上訴人即無侵害上訴人公司之營業秘密可言。再者，依證人馮雪珠所證及上訴人法定代理人郭心怡所陳，上訴人與智利商、千里達商、薩爾瓦多商既無長期供應契約，彼等是否下訂單予其他公司？尚需評估交易對象過往交易經驗、習慣、對公

司之信賴度等，非僅單就價格為考量因素而已，殊難僅憑彼等已往曾與上訴人之交易紀錄、及日後減少之訂單，逕為推定係被上訴人與上訴人以價格競爭之方法，取得前揭國外客戶之訂單所致。上訴人既未舉證其訂單流失與簡明朗、關詠欣設立朗太公司有何因果關係，僅以載有國外客戶告知另有朗太公司成立，要求降價之函文，即認其受有損害，尚無可採。且朗太公司成立後，上訴人之原客戶巴拿馬商、薩爾瓦多商、智利商仍陸續向其購買商品，顯見朗太公司之成立，不影響上訴人與各外商客戶之繼續交易。從而，上訴人依營業秘密法第十二條、第十三條、民法第二十八條、第一百八十四條第一項前段、第一百八十五條、第一百八十八條之規定及離職人員承諾書，請求被上訴人連帶給付二百萬元本息，即非正當，為其心證之所由得，並說明上訴人其餘主張與舉證，無一一論述必要，因而維持第一審所為上訴人敗訴之判決，駁回其上訴。

按依營業秘密法第二條規定，得作為該法保護對象之營業秘密，固以具有秘密性（非一般涉及該類資訊之人所知）、經濟價值（因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值）、保密措施（所有人已採取合理之保密措施），且可用於生產、銷售或經營之資訊，始足稱之。惟同法第一條既規定：「為保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益，特制定本法」，是於判斷爭執之資訊是否符合上開營業秘密要件時，自應以第一條規定之立法目的為重要依據。若僅表明名稱、地址、連絡方式之客戶名單，可於市場上或專業領域內依一定方式查詢取得，且無涉其他類如客戶之喜好、特殊需求、相關背景、內部連絡及決策名單等經整理、分析之資訊，即難認有何秘密性及經濟價值；又市場中之商品交易價格並非一成不變，銷售價格之決定，復與成本、利潤等經營策略有關，於無其他類如以競爭對手之報價為基礎而同時為較低金額之報價，俾取得訂約機會之違反產業倫理或競爭秩序等特殊因素介入時，亦難以該行為人曾接觸之商品交易價格資訊逕認具有經濟價值，以調和社會公共利益。原審本此意旨，以被上訴人係經由公開資訊取得客戶資訊，再寄發大量電子郵件行銷，始取得與國外客戶進行交易之機會，難認客戶名單有何秘密性，且不同時間或不同客戶會有不同報價，難認商品銷售價格有經濟價值為由，認定上訴人所稱其客戶名單及營業（商品）銷售價格並非營業秘密法所保護之客體，被上訴人不負損害賠償之連帶責任，因以上述理由而為上訴人不利之論斷，經核於法洵無違誤。上訴意旨，徒就原審取捨證據、認定事實及解釋契約之職權行使，暨其他與判決結果不生影響之理由，指摘原判決不當，聲明廢棄，非有理由。

據上論結，本件上訴為無理由。依民事訴訟法第四百八十一條、

第四百四十九條第一項、第七十八條，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 九 年 十 二 月 三 十 日

2. 最高法院九十七年度台上字第九六八號民事判決

上 訴 人 甲○○

訴訟代理人 簡榮宗律師

林邦棟律師

被 上 訴 人 網路家庭國際資訊股份有限公司

法定代理人 乙○○

訴訟代理人 黃英哲律師

劉姿吟律師

上列當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國九十六年十一月二十八日台灣高等法院第二審判決（九十六年度勞上字第一二號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件被上訴人主張：上訴人於民國九十三年十月一日至伊處工作，擔任主任工程師，於服務期間簽署「競業禁止暨保密同意書」（下稱同意書）。上訴人在伊處服務期間，係擔任 PChome-Skype 專案經理，不僅負責規劃 PChome-Skype 相關技術開發、系統架構、流程，且接觸伊網路電話業務之機密資料。嗣上訴人於九十四年六月三十日以尋求突破為由申請離職，於離職時亦簽署「離職同意書」，再重申其同意遵守前開同意書之相關約定。詎上訴人離職後即於九十四年七月一日任職雅○國際資訊股份有限公司（下稱台灣雅○公司），擔任網路溝通暨社群服務事業部之製作經理，違反競業禁止義務，將在伊公司服務期間取得有關網路電話技術與業務之營業秘密運用於競爭對手台灣雅○公司，使該公司得以節省研究網路電話技術及業務運作模式之時間與成本，伊所受之損害及所失利益難以計算等情。爰依同意書及營業秘密法第十二條第一項前段之規定，求為命上訴人給付新台幣（下同）五百萬元及加付法定遲延利息之判決。

上訴人則以：伊於被上訴人處任職時，為軟體事業部之工程師，負責業務主要為「點數系統設計」，即資訊解碼系統之建置，乃在編寫「點數解碼系統」加密解密之演算程式，係依一般業界及網路公開資源為藍本而作成，不具有進步性及秘密性，非屬可受保護之利益或營業秘密法所稱之營業秘密。伊未涉及 Skype 網路電話之程式設計或參與相關通訊技術之研發，至於伊轉職至台灣雅○公司後，係負責電子信箱及相簿系統之設計規劃、維護與營運，性質偏向專案企劃經理，並非工程師，先後之工作內容迥然

不同，伊無違反競業禁止與營業秘密法之行為等語，資為抗辯。原審將第一審所為被上訴人敗訴之判決廢棄，改判命上訴人如數給付之判決，無非以：上訴人於九十三年十月一日起任職於被上訴人處擔任通訊技術部之主任工程師，於任職期間簽署同意書。上訴人嗣於九十四年六月三十日申請離職，再簽署之「離職同意書」重申同意遵守上開同意書之約定，有離職申請書、同意書及離職同意書附卷可稽。上訴人其後於九十四年七月一日起服務於台灣雅○公司，擔任網路溝通暨社群服務事業部之製作經理，亦據台灣雅○公司函覆明確。上訴人於九十三年十月一日至九十四年六月三十日服務被上訴人公司期間，參酌證人即被上訴人之主管王○翔、同屬被上訴人 Skype 團隊之張○誠證詞及上訴人所寫簽呈及由 Skype 公司負責人 Margus Sarapuu 以上訴人為對象寄發電子郵件。於 Skype 公司主管來台時，上訴人與之會面商談市場計畫等議題，足見上訴人在 Skype 公司占重要之地位，且知悉 Skype 公司關於 SkypeOut 業務之發展計算。又 SkypeOut 業務之技術、程式、設計及行銷方法等，均係非一般涉及該類資訊之人所能得知者，又具有秘密性，且含蘊龐大商機即經濟價值，被上訴人亦採取合理適當的保護措施。而證人林○蒼證稱：台灣雅○公司本無技術人員，亦無能力發展「電腦對電話」之業務。然該公司卻於九十五年六月六日即向國家通訊傳播委員會（下稱 NCC）申請第二類電信事業特殊業務非 E.164 用戶號碼網路電話服務之經營許可，其後於九十六年三月二日撤回申請，業據原審向 NCC 查明，有該委員會函附台灣雅○公司之申請文件影本在卷。將台灣雅○公司與被上訴人之上開「電腦對電話」服務內容予以對照，明顯可知二者在流程及功能之重要特色均相同。若非上訴人至台灣雅○公司服務後，告知相關營業秘密，台灣雅○公司顯無可能於短期內即得向 NCC 申請上開「電腦對電話」業務之經營許可。故被上訴人主張：上訴人侵害其有關 SkypeOut 系統之營業秘密，依營業秘密法第十二條第一項前段規定，請求上訴人負損害賠償責任，洵屬有據。因台灣雅○公司迄今未經營「電腦對電話」之業務，被上訴人就其所受損害舉證確有重大困難，依民事訴訟法第二百二十二條第二項，參酌營業秘密法第十三條第一項第一款之但書規定，斟酌被上訴人依通常情形可得預期之淨利益，每年一億四千萬元，減除遭上訴人告知台灣雅○公司加入此業務經營之市場而可得之利益七千萬元，將可能減損七千萬元。從而，被上訴人請求上訴人賠償五百萬元本息，應屬合理等詞，為其判斷之基礎。

按審判長應向當事人發問或曉諭，令其為事實上及法律上陳述、聲明證據或為其他必要之聲明及陳述，其所聲明或陳述有不明瞭或不完足者，應令其敘明或補充之。民事訴訟法第一百九十九條

第二項定有明文。此為審判長因定訴訟關係之闡明權，同時並為其義務，故審判長對於訴訟關係未盡此項必要之處置，違背闡明之義務者，其訴訟程序即有重大瑕疵，而基此所為之判決，亦屬違背法令，本院四十三年台上字第一二號判例可資參照。查因故意或過失不法侵害他人之營業秘密者，負損害賠償責任，因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏者，為侵害營業秘密，同法第十二條第一項前段、第十條第一項第四款定有明文。因此，依營業秘密法規定，僅須因法律行為（如僱傭關係）取得營業秘密而洩漏者，即為侵害營業秘密，不以發生實害結果為必要。惟因鑑於取得侵害營業秘密行為之證據不易，其證明度應可降低，然仍應注意被告對原告所提之證據（以情況證據居多）是否已有提出說明，倘有，並應令其舉證，以平衡兩造間之舉證責任，俾發現真實。本件原審以證人林○蒼證稱：台灣雅○公司本無技術人員，亦無能力發展「電腦對電話」之業務等語，推論若非上訴人至台灣雅○公司服務後，告知相關營業秘密，台灣雅虎公司顯無可能於短期內即得向 NCC 申請上開「電腦對電話」業務之經營許可，因而認定上訴人有侵害營業秘密之行為。但證人林○蒼作證時亦稱美國雅○公司在五年前就有電腦對電話的產品（一審卷(一)第一〇三頁），亦即美國雅○公司早就具備此項技術能力。上訴人在答辯狀中對林○蒼之該段證言亦加以引用（一審卷(二)十一頁）。而台灣雅○公司為美國雅○公司之子公司，乃兩造所不爭執，則上訴人上開防禦方法中是否指台灣雅○公司有關發展「電腦對電話」之業務，與其美國之母公司有所連結，尚欠明瞭，原審審判長未遑加以闡明及命其舉證或對證人林○蒼為進一步訊問，即逕為上訴人不利之論斷，尚嫌速斷。次查財務報表上所謂「營業毛利」為「營業收入淨額」減「營業成本」；而「營業淨利」則為「營業毛利」減「營業費用及損失總額」（見原審卷(二)一三二頁）。原判決謂被上訴人依通常情形可得預期之淨利為每年一億四千萬元，似非依上述會計原則推算而來，乃據以作為酌定本件損害賠償額之參考，亦有可議。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 七 年 五 月 十 五 日

3. 最高法院九十五年度台上字第一〇七六號民事判決

上 訴 人 蘇○○

訴訟代理人 陳佳俊律師

徐豐明律師

被 上 訴 人 游○○

鄭○○
許○○
吳○○
吳○○
吳○○
林○○
游○○
許○○
鐘○○
鐘郭○○
朱○○
鐘○○
楊○○
楊○○
林○○
葉○○

共 同

訴訟代理人 洪士凱律師

上列當事人間請求確認委任關係不存在等事件，上訴人對於中華民國九十三年十二月二十八日台灣高等法院台南分院第二審判決（九十三年度重上字第六〇號），提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院台南分院。

理 由

本件被上訴人主張：伊等於民國八十九年七月間，共同出資合夥購買坐落○○縣○○市○○○○段○○○段○○○地號等多筆土地，並於該地上○○○市○○路○○○號四層樓房（下稱系爭房地），復約由具醫師資格之被上訴人游○○，以負責醫師之身分，藉系爭房地向雲林縣衛生局申請設立○○療養院及管理療養院院務。迨至九十二年九月間，上訴人經游○○建議，由伊等合夥全體委其任○○療養院之負責醫師，並管理院內醫療行政事務，上訴人同意後，游○○乃依醫療法之規定申請停業，再由上訴人以系爭房地暨其相關設備、醫護人員、○○療養院名稱，重新向該衛生局申請設立。詎嗣後上訴人竟違反兩造間之約定，擅將○○療養院之健保費補助款轉入其私人帳戶，並欲變更○○療養院原於當地金融機構申設之帳戶印鑑，伊等已於九十三年二月五日決議終止對上訴人之委任，改委任訴外人蔡○○為負責醫師，且向上訴人為終止契約，上訴人依約即應向該衛生局辦理歇業及註銷開業登記，伊等委由上訴人任靜萱療養院之負責醫師及管理該療養院之關係已不存在等情，爰求為確認兩造間就上訴人任○○療養院負責醫師及管理該療養院之委任關係不存在，並命上訴人向雲林縣衛生局辦理○○療養院歇業及註銷開業登記之判決。（按：被上訴人於第一審另請求上訴人配合向衛生局申請○○療養院負責醫師變更登記部分，經該審判決其敗訴後，未據其聲明不服。）

上訴人則以：依醫療法之規定，私立醫療機構之設立人限於具醫師資格之人始可申請

，被上訴人僅係合夥，既非財團法人或社團法人，不得經營醫院，自無從委由伊任負責醫師，伊任○○療養院負責醫師，係基於兩造間之合作關係等語，資為抗辯。原審維持第一審所為此部分上訴人敗訴之判決，駁回其上訴，無非以：本件被上訴人主張之事實，已據其提出醫療機構開業執照二件及會議紀錄三件為證，且為上訴人所不爭，自堪信為真實。上訴人雖以前開情詞置辯，惟查被上訴人於八十九年七月間，即曾在系爭房地以被上訴人游○○為負責醫師之身分，申請設立○○療養院，從事醫療業務，至九十二年九月三十日，游○○始向主管機關申請歇業，同日由上訴人以負責醫師身分，利用同址及人員、設備，申請設立○○療養院並開業，有開業執照、醫事人員執業異動申請書各二件可憑。又上訴人自承其得前手游○○之同意，接手○○療養院任負責醫師，並完成開業登記，且依被上訴人游○○於第一審就上訴人如何擔任靜萱療養院負責醫師經過及其薪水之陳述，可認其請上訴人任負責醫師，乃代表合夥人全體所為，即執行合夥業務之行為，其效力自及於被上訴人。再者，擔任私立醫療院所醫師，係以醫師之專業知識技能從事醫療行為，而提供含相當自主性、獨立裁量性之勞務活動，其契約之定性，被上訴人指為委任契約，為屬可採。另○○療養院事實已成立三年以上，為病床二百床、醫師四人、醫護人員二十人以上之中型醫療機構，多年來均以該醫院為名義，對外進行交易，一般病患亦認同該療養院前往診療，既有一定名稱、事務所，並由被上訴人多人組成，且有負責人、獨立之財產及有特定醫療目的，應認具「非法人團體」之地位，即學說上所稱之「無權利能力」之社團（或財團）性質，上訴人辯以兩造間為合作關係云云，即無可採。其次，被上訴人主張其於九十三年一月十三日、二月五日，全體同意撤換解除上訴人擔任○○療養院負責醫師職務，已據其提出各該日之會議紀錄及人事令一紙為證，上訴人亦不爭執其知悉一月十三日之決議內容，並已收受該通知，是此項所謂撤職解任之通知，已送達上訴人而合法終止。且被上訴人共同起訴主張兩造間契約已終止，請求上訴人回復原狀，顯然含有終止兩造間契約之意思。另按契約關係消滅後，當事人負有某種作為或不作為義務，以維護給付效果，或協助相對人處理契約終了善後事務，即所謂「後契約義務」。此項義務有基於法律之規定者，有基於約定或解約解釋者。又私立醫療機構之負責醫師如有變更，應由原負責醫師申請歇業，註銷開業登記，再由新任負責醫師依醫療法第十三條、第十五條及第二十四條規定，向所在地衛生主管機關申請重新核准開業登記，始得為之，復有行政院衛生署函文可稽。茲兩造間上開委任關係既經終止，被上訴人並已委任負責醫師蔡○○繼續該醫療業務，上訴人自負有申請歇業並註銷開業登記之「後契約義務」。從而，被上訴人據以訴請確認兩造間就○○療養院之負責醫師及療養院之事務管理委任關係不存在，並命上訴人向衛生局辦理歇業及註銷開業登記，為有理由，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

惟查上訴人於第一審即抗辯稱：被上訴人鄭○○及游○○二人於九十三年三月三日提出之假處分聲請書，載明：「緣聲請人等乃○○療養院合夥股東，聲請人之一游○○醫師因具有精神專科醫師資格，乃登記為該院負責人，茲因合夥股東間之股權轉讓（證物一），於另一聲請人鄭○○代表鐘連在等九位股東（證物二），支付股權買賣定金一千八百萬元於游○○等七人後，游○○醫師即依股權轉讓契約書約定，辭去○○療養院負責人一職」，與游○○醫師於同年七月一日當庭向審判長陳述之事實大有出入等語（見一審卷一〇三頁），核與被上訴人起訴狀指稱：「於九十二年九月二十七日，經全體合夥人（被上訴人十七人）會議，同意委任上訴人蘇○○為○○療養院新任負責人並管理院務」云云（見同上卷五～七頁），及其提出之法院假處分裁定僅列被上訴人鄭○○及游○○二人為聲請人

(見同上卷七一～八一頁)不符。原審對上訴人此項重要之攻擊方法，恣置不論，已有判決不備理由之違法。究竟鄭○○所代表之「鐘連在等九位股東」為何人？該受付股權買賣定金之「游○○等七人」又係何人？該七人已否將股權全數轉讓退出合夥？抑僅轉讓部分股權而仍有出資？凡此均與被上訴人得否訴請確認本件委任關係不存在所關頗切，原審未遑詳為調查明晰，遽行判決，已嫌速斷。次按學說上所稱之「後契約義務」，係在契約關係消滅後，為維護相對人人身及財產上之利益，當事人間衍生以保護義務為內容，所負某種作為或不作為之義務，諸如離職後之受僱人得請求雇主開具服務證明書、受僱人離職後不得洩漏任職期間獲知之營業秘密之類，其乃脫離契約而獨立，不以契約存在為前提，違反此項義務，即構成契約終了後之過失責任，應依債務不履行之規定，負損害賠償責任，與當事人間就契約本身應負之原給付義務未盡相同。查被上訴人於原審曾提出答辯(二)狀，言及學說上所稱之「後契約義務」，並主張：縱認兩造間委任契約內容並無含有終止時，上訴人須向衛生局辦理歇業及註銷開業登記之約定，但基於契約補充解釋而發生者或因起訴時醫療法第十九條(嗣經修正為第二十三條)，應可認上訴人於委任契約終止後負有「後契約義務」，即向衛生局辦理歇業及註銷開業登記之義務云云(見原審卷九三～九五頁)，原審未釐清該主張是否為訴訟標的法律關係之變更或追加？並審認該訴訟標的之變更或追加，是否合於民事訴訟法第四百四十六條第一項之規定？且進一步深究被上訴人請求上訴人為歇業及註銷開業登記，係委任契約本身之原給付義務？或上開「後契約義務」？即逕認上訴人負有申請歇業並註銷開業登記之「後契約義務」，進而為上訴人該部分不利之論斷，亦有可議。上訴論旨，執以指摘原判決不當，求予廢棄，不能認為無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 五 年 五 月 二 十 五 日

4. 最高法院九十四年度台上字第一六八八號民事判決

上 訴 人 ○○航空工業股份有限公司

法定代理人 孫○○

訴訟代理人 楊盤江律師

被 上 訴 人 蘇○○

陳○○

胡○○

上列當事人間請求給付違約金事件，上訴人對於中華民國九十二年十二月十日台灣高等法院台中分院第二審判決(九十一年度重上字第一一九號)，提起上訴，本院判決如下：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院台中分院。

理 由

本件上訴人之法定代理人於上訴本院後之民國九十三年三月三日已變更為孫○○，茲據其聲明承受訴訟，核無不合，合先敘明。次查，上訴人主張：被上訴人自八十五年七月一日起在伊公司所屬國防系統與科技事業部航電處(下稱航電處)任職，任職期間接觸伊公司之「隨選視訊個人資訊系統」，習得並知悉該資訊秘密，曾簽署保密切結書，承諾於在職期間及離職後不得洩漏、交付或利用秘密資訊；更承諾於離職日起算一年內，不得從事未

獲伊同意授權之娛樂視訊系統（如車輛娛樂視訊）等相關工作或使用上述相關資訊，如違反約定，應給付伊懲罰性違約金新台幣（下同）二百萬元。嗣被上訴人於八十九年十月一日離職後，即至○○科技股份有限公司（下稱○○公司）任職，從事車用娛樂系統之製造銷售，並提供在伊公司研發之車用娛樂系統給殷特公司使用，已違反競業禁止及保密切結書之約定等情，爰依系爭保密切結書第三條之約定及營業秘密法第十二條第一項規定，求為命被上訴人各給付二百萬元，並加付法定遲延利息之判決（第一審判命被上訴人蘇○○給付上訴人八十萬元本息，並駁回上訴人其餘之請求。上訴人及蘇○○各就其敗訴之判決，聲明不服，上訴第二審。原審將第一審所為蘇○○敗訴判決部分廢棄，改判駁回上訴人該部分在第一審之訴，並維持第一審所為上訴人敗訴判決，駁回上訴人之上訴。上訴人另請求第一審共同被告黃信源部分，經第一審判決敗訴，未據其聲明不服，已告確定）。

被上訴人則以：系爭保密切結書有關競業禁止之約定，違反公共秩序、善良風俗，且缺乏正當性，甚有濫用權利之嫌，自應無效。縱認有效，伊三人並未違反競業禁止及保密約定，亦無適用該約定之餘地。而違約金之約定，亦屬過高等語，資為抗辯。原審將第一審所為蘇○○敗訴判決部分廢棄，改判駁回上訴人該部分在第一審之訴，並維持第一審所為上訴人敗訴判決，駁回其上訴，無非以：被上訴人均自八十五年七月一日起在上訴人公司航電處任職，該公司於八十六年七月一日成立隨選系統研究發展細部分計劃，並於八十八年十二月二十日、八十九年四月二十九日與訴外人○○汽車客運股份有限公司（下稱○○公司）簽約出售娛樂視訊系統。被上訴人於任職期間曾簽署保密切結書，承諾於在職期間及離職後不得洩漏、交付或利用秘密資訊；更承諾於離職日起算一年內，不得從事未獲上訴人同意授權之娛樂視訊系統（如車輛娛樂視訊）等相關工作或使用上述相關資訊，如違反約定，應給付上訴人懲罰性違約金二百萬元，被上訴人於八十九年十月一日離職後即至○○公司任職，該公司營業項目包含汽機車零件配備及電器批發、零售業、資訊軟體服務業、產品設計業，○○公司、○○○汽車客運股份有限公司（下稱○○○公司）曾於九十年三月三日、同年八月二十七日向○○公司購買巴士液晶影音、液晶電視等相關產品等情，為兩造所不爭，且有上訴人公司之人員服務紀錄卡、研究發展細部計畫書、系爭保密切結書、公司基本資料查詢單及合約書可稽，固堪信為真。惟上訴人主張被上訴人違反保密切結書中有關競業禁止及保密之約定云云，為被上訴人所否認，並以上開情詞置辯。本件首應審究者，厥為競業禁止之約定是否有效，及被上訴人是否違反保密約定？茲分述如下：

一、查上訴人公司營業項目為航空、航太、汽電共生、軌道車輛機電系統、醫療器材、污染防治設備、電腦週邊設備等項目，有上訴人公司基本資料查詢表可稽，其中並無經營有關娛樂視訊系統。上訴人有關競業禁止特約保護之利益，自無存在之必要性。

二、陳○○原任職上訴人公司設計電業工程師，胡○○、蘇○○等人原任職該公司之職務不詳，有上訴人公司之人員服務紀錄卡可按。被上訴人之職務、地位，並非上訴人公司營業主管，自無競業禁止約定之必要性。三、以系爭保密切結書內容觀之，係約定被上訴人於離職後一年內，不得從事未獲上訴人公司同意授權之「娛樂視訊系統」等相關工作或使用上述相關資訊。該切結書既未明定競業禁止之地域，顯然限制被上訴人於任何地域（含國內外），均不得從事上開工作，其範圍顯然過大。又有關禁業之種類，廣及娛樂視訊系統之相關工作或使用相關資訊之產業，種類之限制亦顯然過廣，而失諸公允。上訴人既對被上訴人競業之時期、地域及種類三者一併加以限制，且限制之條件顯然過廣，已超逾合理之範圍。四、上訴人公司雖主張已支付被上訴人有關離職給與及勞保補償金，然並無任

何填補被上訴人因競業禁止之損害之代償措施。是其競業禁止之約定，顯然損害被上訴人之利益。五、被上訴人離職後雖轉任○○公司，其中蘇○○又代表○○公司與○○○公司簽訂有關車用娛樂設備之合約書，惟上訴人公司目前並未經營有關「車用娛樂設備」，已如前述，被上訴人亦未違反保密之約定（如後述），自難憑其任職○○公司及代表該公司簽約事宜，即逕認定被上訴人有何顯著背信性或違反誠信原則之情事。六、按新修正民法第二百四十七條之一之規定，於民法債編修正施行前訂定之契約，亦適用之，為民法債編施行法第十七條所明文。而新修正民法第二百四十七條之一第二款、第三款、第四款規定，依照當事人一方預定用於同類契約之條款而訂定之契約，為加重他方當事人之責任者、或使他方當事人拋棄權利或限制其行使權利者、或其他於他方當事人有重大不利益者之約定，按其情形顯失公平者，該部分約定無效。查系爭保密切結書有關競業禁止約定，乃事先打字規範之附合契約，被上訴人無法自由選擇，且有違上述之原則，加重其責任，並限制其離職後之發展，造成被上訴人重大不利，顯失公平，為防止此類契約自由原則之濫用及維護交易之公平，自應無效。七、陳○○曾參與上訴人公司隨選系統研究發展計畫中之「隨選視訊系統關鍵技術協助開發」、「二代 I F E 椅端或分配單元」、「0000-00○○離型件」、「VOD 應用系統離型件」等分計劃主要之研究、藍圖之同意、物料之請購；胡○○、蘇○○分別負責材料採購、業務推展等情，有上訴人提出之研究發展細部計畫書、藍圖圖譜、請購單、物料詢價單、人員資料表及出工資料各一件可證。是上訴人主張被上訴人確有參與隨選系統之研發，因而知悉該系統之營業秘密，堪信為真。惟上訴人公司研發之隨選系統與一般車用視訊系統有不同之處，為兩造所不爭，且○○公司裝設於○○公司及○○○公司之有關「液晶電視個人視聽系統」，經國立台灣科技大學鑑定結果，確無侵害上訴人公司「高畫質導覽裝置之改良」之新型專利權，有該大學鑑定報告書可證。上訴人既未舉證證明般特公司確有生產與隨選系統相同或類似之車用視訊娛樂系統，○○公司生產之車用娛樂系統有何涉及上訴人之營業秘密，自不能僅憑○○公司有生產車用娛樂系統，即推測被上訴人有洩漏上訴人公司之營業秘密。綜上所述，系爭保密切結書有關競業禁止約定既屬無效，且被上訴人未違反該切結書有關保密之約定。從而，上訴人本於系爭保密切結書及營業秘密法之規定，請求被上訴人各給付違約金二百萬元及法定遲延利息，為無理由，不應准許等詞，為其判斷之基礎。

接受僱人有忠於其職責之義務，於僱用期間非得僱用人之允許，固不得為自己或第三人辦理同類之營業事務，惟為免受僱人因知悉前僱用人之營業資料而作不公平之競爭，雙方得事先約定於受僱人離職後，在特定期間內不得從事與僱用人相同或類似之行業，以免有不公平之競爭，若此競業禁止之約定期間、內容為合理時，與憲法工作權之保障無違。查本件上訴人恐其員工即被上訴人離職後洩漏其商業上秘密、或與上訴人為不公平之競爭，乃要求員工書立切結書，約定於離職後一年內，不得從事未獲上訴人公司同意授權之娛樂視訊系統（如車輛娛樂視訊）等相關工作或使用上述相關資訊，如有違反，應給付懲罰性違約金。此項競業禁止之約定，附有一年期間不得從事特定工作上之限制，雖未明定限制之地域，但既出於被上訴人之同意，於合理限度內，即在相當期間或地域內限制其競業，與憲法保障人民工作權之精神並不違背，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，其約定應屬有效。原審謂系爭保密切結書既未明定競業禁止之地域，其範圍顯然過大，種類之限制亦顯然過廣；競業禁止約定之時期、地域及種類三者一併加以限制，且限制之條件顯然過廣，已超逾合理之範圍，該約定為無效云云，即有可議。其次，原審既認定上訴人公

司於被上訴人任職該公司期間內之八十八年十二月二十日、八十九年四月二十九日與○○公司簽約出售娛樂視訊系統，而隨選系統為上訴人公司所研發完成，且被上訴人確有參與隨選系統研發計劃，因而知悉該系統之營業秘密（見原判決第六頁第九行、第十一行至第十三行、第十頁第十六行至第十七行）；繼又謂上訴人公司並無經營有關娛樂視訊系統，該公司有關依競業禁止特約保護之利益，自無存在之必要性（見原判決第八頁第十一行至第十二行）；被上訴人之職務、地位，並非上訴人公司營業主管，自無競業禁止約定之必要性云云（見原判決第八頁第十五行至第十六行），前後理由不無矛盾。又被上訴人簽立之系爭保密切結書有關競業禁止之約定是否無效？被上訴人於離職後，有無違反該切結書有關競業禁止之約定？凡此均與上訴人得否依系爭保密切結書第三條約定之法律關係請求被上訴人給付違約金攸關，有待進一步詳查審究之必要。本件事實未臻明瞭，本院無從為法律上之判斷。上訴論旨，指摘原判決不當，求予廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第二項，判決如主文。

中 華 民 國 九 十 四 年 九 月 十 五 日

5. 最高法院八十五年度台上字第二九二三號民事判決

上 訴 人 力捷電腦股份有限公司

法定代理人 黃崇仁

上 訴 人 力立企業股份有限公司

法定代理人 黃當時

上 訴 人 盛少瀾

溫木榮

許全裕

陳吉元

王正明

盧叔東

共 同 訴 訟

代 理 人 陳錦隆律師

被 上 訴 人 全友電腦股份有限公司

法定代理人 許正勳

訴訟代理人 陳長文律師

李念祖律師

蔣大中律師

孫天麒律師

右當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國八十四年十二月十一日台灣高等法院第二審更審判決（八十三年度重上更(一)字第三五號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件上訴人主張：光學閱讀機之製造技術並非被上訴人所開發，被上訴人對之並無任何權益可言。上訴人力捷電腦股份有限公司（下稱力捷公司）於民國七十七年三月十六日以其製造之 SF30' SF40' SL30 型號之光學閱讀機參加西德漢諾威電腦展覽，被上訴人見該機性能優越，竟謊稱製造光學閱讀機之技術為其所特有，力捷公司剽竊該製造技術係侵害其智慧財產權，於七十七年四月十一日及二十五日先後二次向台灣新竹地方法院（下稱新竹地院）聲請假處分，禁止伊產銷光學閱讀機及提供電子式光度補償裝置及配合該裝置之韌體設計等五項技術與他人，復於同年五月十七日對伊訴請排除傷害，禁止伊產銷光學閱讀機，被上訴人顯係藉假處分保全程序及訴訟程序侵害伊之權益。又被上訴人於新竹地院實施假處分後，為毀損伊之名譽，除分別聲請新竹地院檢送假處分裁定並通知經濟部工業局、新竹科學園區管理局等機關外，復將假處分聲請狀及裁定提供國內外報刊雜誌刊登，致伊名譽受損。力捷公司因被上訴人聲請假處分未能產銷其研發製造之光學閱讀機，致開發及推廣此項產品之費用新台幣（下同）五百二十一萬一千二百十二元化為烏有。又因未能銷售損失營業上利益二千五百九十四萬一千零八十元。上訴人力立企業股份有限公司（下稱力立公司）經銷力捷公司所開發成功之光學閱讀機，刊登廣告、舉辦產品發表會及報名參加美國在台協會於世界貿易中心展出之台北電腦展，因被上訴人之假處分而無法參展，致受有參展費及廣告費等損失九十三萬六千七百三十八元。上訴人盛少瀾、溫木榮、許全裕、陳吉元、王正明、盧叔東（下稱盛少瀾等六人）為國內從事研發光學高科技產品之高級工程師，擔任力捷公司之總經理、經理職務，為該公司研發光學閱讀機，遭被上訴人誣指仿冒剽竊，名譽毀於一旦，致精神上受有痛苦等情，依民法第一百八十四條及第一百九十五條規定，求為命被上訴人給付力捷公司三千一百十五萬二千二百九十二元；給付力立公司九十三萬六千七百三十八元；給付盛少瀾等六人每人二十萬元，及各自八十年四月二十四日起至清償日止加付法定遲延利息，並在經濟日報、工商時報第一版外報頭刊登如原判決附件(一)所示內容之道歉啟事一日之判決（上訴人力捷公司及盛少瀾等六人逾上開金額之請求，業於更審前經原審判決其敗訴確定）。

被上訴人則以：伊基於合理之判斷，確信上訴人係掠取其研發之技術產製光學閱讀機，因而聲請假處分，係依法請求保護，並無不法。至假處分之本案訴訟雖受敗訴判決，不能據為伊有侵權行為之依據。又各媒體之相關報導與伊無，伊寄發假處分聲請狀及信函給有關機關，未指上訴人仿冒，上訴人名譽不可能受損。且實施假處分後，力捷公司變更型號繼續利用該技術產銷光學閱讀機，力立公司及盛少瀾等六人亦繼續營業或工作，均未受有損害。況上訴人遲至八十年四月十八日始提起本件訴訟，其請求權已罹於二年之時效期間而消滅等語，資為抗辯。

原審以：上開假處分及其本案訴訟僅就上訴人力捷公司得否利用得自被上訴人之技術產製系爭 SF30' SF40' SL30 型號之光學閱讀機為審酌，雖認製造光學閱讀機之十一項技術並非被上訴人所開發而特有，被上訴人對之無任何權利或利益存在，而為被上訴人敗訴之判決，核與被上訴人是否涉及侵權行為無涉，尚難憑以認定被上訴人有假藉民事程序侵害上訴人權權益情事。按法院審理民事訴訟係依據當事人所提證據作蓋然之判斷，結果未必即與當事人所認知者相同，自不能僅因被上訴人於排除侵害訴訟事件中之主張未為法院採信，即謂被上訴人係以明知不實之事項藉訴訟程序侵害上訴人之權利。況特有技術屬於營業秘密之一種，與專利權、商標專用權及著作權同為人類精神創作物，具有高度商業價值，應受法律之保護。且營業秘密與專利不同，其主要特質在於不公開，因公開即無秘密可言。查有

關係爭光學閱讀機所使用之十一項技術是否為被上訴人所研發之特有技術，經假處分之本案訴訟法院送請財團法人工業技術研究院電子工業研究所鑑定結果，認其中七項無已公開之資料，無法判斷是否為被上訴人所特有。惟系爭之平台式光學閱讀機既係被上訴人首先於國內推出，即可推定該未公開之技術於國內為被上訴人所特有，上訴人泛言係由書本及工作經驗而獲致該知識，因而否認該技術非被上訴人所特有，要無足取。而上訴人盛少瀾等六人，除盧叔東外，均係於七十六年六月至八月間相繼自被上訴人公司離職，自組力捷公司，並於同年九月間著手設計系爭光學閱讀機，係以與被上訴人所使用部分相同，大體相似之技術，於短期內設計出外觀及功能與被上訴人相似之光學閱讀機，衡以經驗法則，盛少瀾等六人應係使用被上訴人之特有技術以產製系爭光學閱讀機。故被上訴人於聲請假處分時主張該十一項技術均為其特有技術，固未必全屬真正，但其無侵權行為之故意，實甚顯然。次查被上訴人開發光學閱讀機歷時四年餘，而力捷公司推出光學閱讀機不過短短數月，被上訴人因此懷疑上訴人剽竊其特有技術，應屬合理懷疑，故被上訴人判斷上訴人竊取其技術，實難認其有何怠於注意之處。況盛少瀾等六人之離職申請書所載離職原因均非自行創業，且力捷公司所提之營業計劃書隱藏由被上訴人公司離職者之姓名，被上訴人因而認上訴人係以不正當之方法使用其特有技術，乃正常反應，縱係誤會，亦難認有歸責之理由。上訴人主張被上訴人有過失，亦非可採。被上訴人聲請假處分及提起本案訴訟乃為保障自己權益，上訴人不能證明其有濫用權利情事，縱令造成上訴人之損害，亦無不法可言，上訴人不得請求被上訴人賠償損害。又法院係公開審理，媒體可經由各種管道獲知當事人於具體事件之爭執內容，加以渲染報導，縱令被上訴人曾提供系爭假處分聲請狀及假處分裁定給各媒體，尚無不法可言。至被上訴人先後致函新竹科學工業園區管理局等機關，核其內容，僅在表明兩造假處分裁定之結果及說明本案訴訟之進行情形而已，亦難認係不法之侵害。再者，被上訴人在其假處分聲請狀及起訴狀中指摘上訴人剽竊、仿製，雖有誇大或不實之處，但既屬依法行使權利，尚不能認為係對盛少瀾等六人名譽之不法侵害。末查被上訴人係於七十七年四月間聲請假處分，於同年五月間提起本案訴訟，上訴人遲至八十年四月十八日始依侵權行為法則提起本件訴訟，請求被上訴人賠償損害，其請求權已罹於二年之時效期間而消滅，被上訴人已為時效抗辯，上訴人之請求，亦屬不應准許。因而維持第一審就此部分所為上訴人敗訴之判決。

按單純利用外國已公開之光學閱讀機製造技術在國內首先推出該產品者，該項技術在國內非即為其所特有，不得禁止他人使用該項技術。原審認製造光學閱讀機之十一項技術雖不能證明為被上訴人所開發，但該項產品既係被上訴人首先於國內推出，即可推定該項技術於國內為被上訴人所特有，進而認被上訴人利用假處分程序禁止上訴人使用該項技術產銷光學閱讀機並無侵權行為之故意，已難謂洽。又民法第一百八十四條第一項所指之過失，以加害人對於侵權行為結果之發生應注意並能注意而不注意為成立要件。上訴人在事實審主張：光學閱讀機為高科技產品，技術複雜，如未將伊及被上訴人所產之光學閱讀機加以比對、測試或析解，觀察其內部主機板線路設計，不可能得知其異同之處，被上訴人未取得伊之產品加以具體審視、比對、測試或委託第三人評鑑，即憑空指摘伊之產品侵害其智慧財產權，進而聲請假處分，禁止伊產銷該產品，顯有過失云云（見一審卷一三五至一三七頁、二審上字卷四九至五〇頁），攸關被上訴人是否應負侵權行為之損害賠償責任，自屬重要之攻擊方法。倘被上訴人在聲請假處分之前，未將兩造所產光學閱讀機產品詳加比對、測試，以分辨其異同，即率予利用假處分程序禁止上訴人產銷該產品，似難謂其已盡

注意之能事，原審疏未注意及此，僅以被上訴人因其開發光學閱讀機歷時四年餘，而上訴人力捷公司推出光學閱讀機不過短短數月，因此懷疑上訴人剽竊其特有技術，屬合理之懷疑，即謂被上訴人為無過失，尤屬可議。次按民法第一百九十五條第一項規定，不法侵害他人名譽者，被害人雖非財產上之損害，亦得請求賠償相當之金額，並得請求為回復名譽之適當處分，並不以被害人無過失者為限，而應以加害人有無故意、過失為其應否負損害賠償責任之依據。原審認上訴人盛少瀾等六人原在被上訴人公司服務，嗣轉入力捷公司服務，其離職申請書所載離職原因既非自行創業，且力捷公司所提之營業計劃書又隱藏盛少瀾等六人之姓名，被上訴人因而誤認盛少瀾等六人係以不正當之方法使用其特有技術，乃正常反應，難認有可歸責之理由，其在假處分聲請狀及起訴狀中指摘盛少瀾等六人剽竊、仿製，雖有誇大不實之處，亦不能認係對盛少瀾等六人名譽之不法侵害，顯係以被害人有無過失作為加害人應否負侵權行為損害賠償責任之依據，不無違誤。末按民法第一百九十七條第一項所謂請求權人知有損害，非僅指單純知有損害而言，其因而受損害之他人行為係屬侵權行為，亦須一併知之，若僅知受損害及行為人，而不知其行為係屬侵權行為，則無從本於侵權行為請求賠償，時效即無從進行。因假扣押或假處分而受損害之人，在本案訴訟判決確定加以認定前，既尚未確知債權人聲請假扣押或假處分之行為係屬侵權行為，自無從本於侵權行為請求賠償，故其本於侵權行為請求賠償之消滅時效，應自本案判決確定時起算，原審認應自聲請假處分及提起本案訴訟之時起算，尚有未合。上訴論旨，指摘原判決不當，聲明廢棄，非無理由。

據上論結，本件上訴為有理由，依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 五 年 十 二 月 十 九 日

6. 最高法院八十六年度台上字第一七〇五號民事判決

上 訴 人 蔡○○
訴訟代理人 溫欽彥律師
羅秉成律師
上 訴 人 彭○○
○○精機工業有限公司
右 一 人
法定代理人 黃○○
上 訴 人 ○○實業股份有限公司
右 一 人
法定代理人 黃○○
被上訴人 ○○企業股份有限公司
法定代理人 楊○○
訴訟代理人 陳清秀律師
陳添輝律師
林瑞富律師

右當事人間請求損害賠償事件，上訴人對於中華民國八十五年十一月五日台灣高等法院第二審更審判決（八十四年度重訴更(二)字第五號），提起上訴，本院判決如左：

主 文

原判決除假執行部分外廢棄，發回台灣高等法院。

理 由

本件被上訴人主張：上訴人蔡○○、彭○○原分任伊公司桃園工廠之廠長及工務課長，於民國七十六、七年間，竟違背職務，將伊研究設計開發之製造電子工業用雙面膠帶及玻璃紙膠帶機器之營業機密，洩漏予上訴人○○精機工業有限公司（下稱○○公司）負責人黃○○。由該公司仿造伊享有著作權之複捲機、粘膠塗佈機及享有專利權之新型塗佈刮刀等整套膠帶製造機器後，經上訴人○○實業股份有限公司（下稱○○公司）廉價傾銷泰國、印尼、馬來西亞、新加坡等地，致伊遭受重大損失。依民法第一百七十九條、第一百八十四條、第一百八十五條等規定，上訴人應負共同侵權行為及返還不當得利之責任等情。爰就伊所受之損害（包括製造膠帶製造機所得利益、仿造機器販賣予國內外膠帶同業致所受膠帶之營業損失、研究發展費用、各項工商機密之價值與損害額、所獲仿冒利益等項），求為命蔡○○、彭○○、○○公司、○○公司連帶給付新台幣（下同）一千萬元及加計法定遲延利息之判決（關於被上訴人另請求蔡○○、彭○○、○○公司、○○公司賠償侵占物品所受損害二萬四千元及其利息部分，被上訴人已受勝訴判決確定）。

上訴人則以：被上訴人所指上開機器之工商秘密，或為早經公開之內容，或為國外業者早已公開使用之習知技術，無工商秘密可言。○○公司於七十六年八月本案發生以前，已製造生產系爭機器，並對外廣告銷售。彭○○係擔任被上訴人公司「新竹廠」之工務課長，並非蔡○○任職為廠長之「桃園廠」。蔡○○並無洩漏業務秘密予○○公司，且經刑事法院判決無罪確定。被上訴人之新型塗佈刮刀專利，業經中央標準局撤銷。被上訴人未能舉證其受有何損害及伊等受有何利益，○○公司、○○公司獲利與被上訴人之受有損害間並無相當因果關係等語，資為抗辯。

原審判決上訴人應再連帶給付被上訴人一千萬元及利息，係以：被上訴人主張：蔡○○係伊公司桃園工廠廠長、彭○○是該廠工務課長，七十六、七年間，將渠等任職期間知悉伊研究設計開發之一種製造電子工業用雙面膠帶及玻璃紙膠帶機器之機密資料洩漏於黃○○所經營之○○公司，蔡○○、彭○○分別涉嫌背信及幫助洩漏工商秘密罪，經刑事法院判處罪刑確定之事實，業據其提出原法院七十八年度上更(一)字第四二五號、八十一年度重上更(四)字第七九號刑事判決及最高法院八十三年度台上字第二五二七號刑事判決為證，堪信為真實。又被上訴人主張：伊首創製造電子工業用雙平面膠帶及玻璃紙膠帶之機器設備，其中上膠製程部分之特殊構造粘膠塗佈機設備、新型塗佈刮刀、升降台及複捲機設備、切捲製程部分包括使用伺服馬達於切捲機及二軸直截機，均為伊公司所獨創之設備，而伊製造之技術屬於工商機密等語。上訴人雖均否認被上訴人所指之上開機器有如上所述之工商技術機密，並提出日商工機株式會社型錄影本、亞泰公司產品型錄影本、日本 田久光等譯「上膠及貼合機器」乙書第三七〇頁譯文、日本○○鐵工株式會社、台灣膠帶廠商進口自動捲取機實績表影本、日本○○工業、日本○○工機、日本井上金屬工業等株式會社產品型錄為證，但查前開日本工業株式會社發行產品型錄所載之機器，與被上訴人所設計之系爭機器，構造、裝置不同，且被上訴人新型塗佈刮刀之專利機，雖然經中央標準局以專利權審定書撤銷，惟該行政爭訟尚未終局確定，上訴人辯稱系爭機器之製造技術均屬早經公開之內容，係國內外業界習用之技術云云，尚無可採。另查被上訴人主張蔡○○、彭

○○有洩漏系爭機器之技術機密於○○公司仿造系爭機器並由○○公司販賣之事實，業經證人葉○○、傅○○、李○○、李○○於台灣板橋地方法院七十七年度自字第一五八號蔡○○等涉嫌背信等刑事案件證述綦詳。按因故意或過失不法侵害他人之權利者，負損害賠償責任。又數人共同不法侵害他人之權利者，連帶負損害賠償責任，造意人及幫助人，視為共同行為人，民法第一百八十四條、第一百八十五條定有明文。本件蔡○○、彭○○為被上訴人公司之員工，因職務上關係，而知悉持有被上訴人公司之製造系爭機器之技術秘密，竟將營業秘密洩漏於○○公司及○○公司，○○公司、○○公司勾結蔡○○、彭○○監守自盜，竊取製造系爭機器技術之工商秘密，利用該工商營業秘密仿造系爭膠帶機器銷售圖利，自屬共同侵害被上訴人之財產上權利。又系爭工商營業秘密既係被上訴人投注數千萬元以上之研究發展費用所開發之成果，上訴人並無任何正當權源而自被上訴人公司竊取、洩漏、持有系爭機密，並據以仿造銷售得利，損害被上訴人之膠帶市場，自係無法律上原因而受利益，且上訴人之受利益與被上訴人之受損害間具有直接因果關係，致被上訴人遭受損害，應依民法第一百七十九條負不當得利返還責任，而被上訴人所受之損害，既係由於上訴人犯罪所致，是被上訴人以附帶民事訴訟併請求返還不當得利，亦屬有據。按損害賠償除法律另有規定或契約另有訂定外，不僅須填補債權人所失利益（即消極損害），並須填補債權人所受損害（即積極損害），民法第二百十六條規定甚明。又當事人已證明受有損害而不能證明損害之數額時，法院應斟酌損害之原因及其他一切情事，依自由心證定其數額。前開所謂所失利益，除指包括依通常情形，或依已定計劃、設備，或其他特別情事等，可得預期之利益，而依營業秘密法第十三條第一項第二款規定，營業秘密之被害人得請求侵害人因侵害行為所得之利益，並在侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益，因此在侵害人即上訴人不能證明其成本或必要費用時，上訴人因侵害行為所得之利益即為被上訴人所受之損害。依（原審）所函調之○○公司營利事業所得稅申報資料顯示，○○公司之營業收入總額在七十五年度（當時尚未仿造銷售系爭機器），僅為二千零七十五萬零五百六十六元，迨至七十六年度開始仿造銷售系爭機器之後，其營業收入總額遽增為六千四百二十九萬三千三百八十四元，七十七年度之營業收入總額為六千八百四十萬七千五百八十五元，七十八年度營業收入總額為六千一百十二萬四千一百三十八元，七十九年度營業收入更遽增為一億二千零八十二萬一千四百零七元，八十年度營業收入亦高達六千八百九十四萬二千三百八十九元，足見○○公司自洩漏仿造銷售系爭機器後，七十六、七十七、七十八年度之仿冒品營業額與七十五年度比較，依序分別暴增四千三百五十四萬二千八百十八元、四千七百六十五萬七千零十九元、四千零三十七萬三千五百七十二元，可證○○公司自洩密仿造系爭機器後前開所增加之營業額並因而所增加之利益，與被上訴人因工商秘密被洩漏導致其所生產之機器另有同業競爭所生之損害間自有因果關係，雖因○○公司拒絕提供帳簿及○○公司已結束營業而無法詳細計算響鈴公司之成本及必要費用，進而計算得出○○公司因仿造所得之利益，惟揆諸前揭說明，仍得以其上開七十六、七十七、七十八年度每年之仿冒品營業額為基準，並按響鈴公司所結算申報經國稅局核定之「標準代號 0000-00」業別亦即機械業中之「其他機械」業，以財政部公布同業利潤標準其中所列「其他機械」業之純利率百分之十二為計算標準，予以計算，則其七十六年、七十七年、七十八年度所得之仿冒利潤依序為五百二十二萬五千一百三十八元、五百七十一萬八千八百四十二元、四百八十四萬四千八百二十八元，三年合計為一千五百七十八萬八千八百零八元，是被上訴人主張以○○

公司所得之該仿冒利潤為其所受損害之金額，即無不合，然被上訴人主張本件侵權行為之期間係於七十六年八月間，則七十六年八月之前，自無因侵害獲利造成損害可言，故自七十六年一月至七月之請求部分，即三百零四萬七千九百九十七元不應准許，爰計算被上訴人得請求之損害賠償金額如（原判決）附表所示為一千二百七十四萬零八百十一元，是被上訴人僅請求其中一千萬元及其利益，自屬有據，應予准許等詞，為其判斷之基礎。

按判決理由項下，應記載關於攻擊或防禦方法之意見，民事訴訟法第二百二十六條第三項定有明文。法院為被告敗訴之判決，而關於其防禦方法之意見有未記載於判決理由項下者，即為同法第四百六十九條第六款所謂判決不備理由。查○○公司及○○公司於原審曾抗辯：「系爭機器中伺服馬達之規格搭配，早有日商、日機電裝株式會社 A C 一型錄詳細介紹，非工商秘密」、「伊等係具有整廠輸出能力之公司，伊等之營業額增加，與被上訴人無關」各等語，並提出日商、日機電裝株式會社 A C 一型錄節印一份及廣告資料、型錄等證物一冊為證（見原法院更（一）字卷第一卷一五三頁反面、二〇六頁，更（二）字卷第一卷二一一頁反面，外放證物一冊）；蔡○○於原審曾抗辯：「早在被上訴人指上訴人為犯罪行為之七十六年八月或七十六年十二月之前，○○公司即已製造生產上開機器，並對外廣告銷售」等語，並提出廣告三件為證（見原法院訴更（一）字卷第一卷一一九頁及外放證物），此攸關被上訴人是否得為本件請求，自屬重要之防禦方法，原審未在判決理由項下說明其取捨意見，自有判決不備理由之違法。次查○○公司及○○公司於原審曾辯稱：「據彭○○稱其係擔任被上訴人公司『新竹廠』之工務課長，並非蔡○○任職為廠長之『桃園廠』，故證人葉○○所謂系爭機器係黃○○與蔡○○、彭○○共同製造之說詞，即非可採」等語（見原法院更（二）字卷第二卷一四一頁反面），本件彭○○究係擔任被上訴人公司「新竹廠」或「桃園廠」之工務課長？其任職工務課長與蔡○○任職「桃園廠」廠長之期間其關係如何？原審未遑詳查，遽認蔡○○係被上訴人公司桃園廠廠長，彭○○係該廠工務課長將上述機密資料洩漏於○○公司，亦嫌速斷。又○○公司、○○公司曾抗辯：「被上訴人所稱為首創之『新型塗佈刮刀』，業經中央標準局以抄襲日本早已公開使用之技術為由，撤銷其專利權確定」等語，並提出中央標準局資訊服務表一張附卷（見原法院更（二）字卷第二卷九七頁），此亦攸關被上訴人所主張之「新型塗佈刮刀」是否為工商機密，以及被上訴人之請求範圍如何，而原判決謂：該行政爭訟尚未終局確定云云，究竟實情如何，尚有待調查。末按侵權行為乃對於被害人所受之損害，由加害人予以填補，俾回復其原有財產狀態之制度，而不當得利乃剝奪受益人之得利，使返還予受損人之制度，二者之直接目的不同，得請求之範圍尤未必一致，本件原審同時依侵權行為及不當得利二種法律關係判決被上訴人勝訴，尚有未合；且就不當得利而言，何以應由上訴人負「連帶」返還之責任，原審未說明其依據，亦嫌疏略。上訴論旨，指摘原判決為不當，聲明廢棄，非無理由。據上論結，本件上訴為有理由。依民事訴訟法第四百七十七條第一項、第四百七十八條第一項，判決如主文。

中 華 民 國 八 十 六 年 五 月 三 十 日