

國立交通大學

科技法律研究所

碩士論文

台商投資中國之商業秘密保護研究



The Study of Trade Secret Protection for Taiwan Investors in
Mainland China

研究生：王敏賢

指導教授：王文杰 博士

中華民國九十五年九月

台商投資中國之商業秘密保護研究

The Study of Trade Secret Protection for Taiwan Investors in
Mainland China

研究生：王敏賢

Student：Miin-Shyan Wang

指導教授：王文杰博士

Advisor：Dr. Wen-Chieh Wang

國立交通大學

科技法律研究所



Submitted to Institute of Technology Law

College of Management

National Chiao Tung University

in partial Fulfillment of the Requirements

for the Degree of

Master of Law

in

Technology Law

September 2006

Hsinchu, Taiwan, Republic of China

中華民國九十五年九月

摘要

我國於 1991 年開放對大陸之經貿投資，因生產成本低廉且無語言溝通障礙，吸引了絡繹不絕的台商不斷溢入資金，競相前往發展，至去年底之投資總金額已達 427.04 億美元。其中，電子業為主要領導產業，由於其屬技術敏感度高之產業，技術成為操控事業成敗之決勝點，因此對於大陸當地提供技術保護措施之需求，尤為明顯。

一般而言，保護技術首要選擇往往採行專利申請，然而專利保護要件審查嚴格，且耗時耗資甚鉅，權利人亦背負著技術公開之法定要求，相較於此，商業秘密保護範圍較廣，除技術資訊外，亦可納入生產經營之相關資訊，且無須行政機關審查批准，即可獲得無時限之保護，此外，其可與專利交錯應用，亦可獨立為之，不失為另一技術保護良方。



惟大陸地區之商業秘密法制與我國獨立運行之《營業秘密法》差異甚大，對於台商企業而言，存在著較高之適用障礙。法律適用有其規律，大陸以《反不正當競爭法》為商業秘密法制之基礎，配合相關行政規章與司法解釋，不離民事與刑事雙重救濟途徑之軌，此一基本架構一旦確定，台商企業即可抽絲剝繭理解其規範法理並遵循之。

然而，應注意我國與大陸關於商業秘密構成要件之解釋差異。我國通說認為商業秘密應符合「有用性」、「創新性」與「實施保密措施」等要件，大陸學者與法院實務見解則針對「創新性」要件存在不同接受態度，台商企業於訴訟中主張權利時，應先行調查當地法院之意見傾向，以避免於法院判斷構成要件滿足與否時，因訴訟策略失誤，未通過基本的檢驗而遭敗訴。

一如公司營運需要良好之投資組合以提供穩固資金來源，完善生產技術與經營策略之智慧財產權保護組合益形重要。採行商業秘密保護企業競爭優勢，已成為大陸現今產業新趨勢，台商企業不應再以適用複雜為拒絕接納之理由，應深入理解而後據以有效實施。

Abstract

Taiwan government has given permission to invest in China since 1991. According to low production cost and less barrier in language, many Taiwan investors put money into China. Until last year, the total investment amount is up to 42,704 million U.S. dollars. In all investing industry, the electronics manufacturing business is the most leading one. It is a technique-oriented industry; therefore, the need of technology protection is essential.

Generally speaking, the first step of technology protection is to apply to patent. In patent application, the investigation of terms is extremely strict and the cost in time and money is also huge. Besides, the obligee has to face the burden of disclosure. In contrast, the scope of trade secret is broader and the execution is easier. It contains both technical information and operating information. Also, there is no need for examination by administrative office. The protection is timeless. Trade secret can work with patent or being independently using. It is truly another good way to protect technology.

The legal system of trade secret in China is different from that in Taiwan. It is difficult for Taiwan investors to understand how to comply with. In fact, there is always a rule in law. The basis of China trade secret law is the unfair competition law. Accompany with administrative regulations and judiciary explanations, the main compensation remains to civil and criminal processes. Along this order, Taiwan investors can easily know the legal principle of trade secret well.

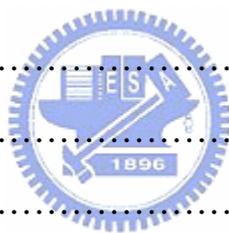
The most important thing to mention is the inconformity of terms between China and Taiwan. It is thought that usefulness, creativity and confidential measures are the three main terms in Taiwan. However, China scholars and courts have varied opinions in creativity. To solve this problem, Taiwan investors shall recognize the tendency of local court first to avoid wrong litigation tactic in evidence proofing.

An appropriate portfolio for business finance is important; it is so that the good combination of intellectual property protection is essential for business production and operation. To make use of trade secret keeping the competition advantage is the most popular way in China industry nowadays. Taiwan investors should follow the trend and bring it into practice.

目 錄

章 節	頁 次
第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機與目的.....	1
第二節 研究問題與範圍.....	5
第三節 研究方法.....	9
第四節 論文架構.....	10
第二章 商業秘密法制發展剖析.....	13
第一節 商業秘密之立法歷程.....	13
第一項 商業秘密法制發展沿革.....	15
第二項 未來立法趨勢.....	23
第二節 市場經濟與法制發展.....	29
第三節 商業秘密侵權現狀和潛藏之矛盾.....	34
第三章 商業秘密保護架構.....	37
第一節 商業秘密之界定.....	37
第一項 商業秘密之權利主體.....	37
第二項 商業秘密之保護客體.....	42
第二節 商業秘密之法律性質.....	48
第一項 商業秘密保護理論.....	49
第二項 商業秘密與專利、著作權之差異.....	54
第三節 商業秘密之構成條件.....	62
第一項 國際公約與各國之構成要件比較.....	63
第二項 秘密性.....	70
第三項 經濟性和實用性.....	72

第四項 管理性.....	74
第五項 創新性.....	78
第四章 商業秘密侵權救濟.....	83
第一節 商業秘密之侵權態樣.....	84
第一項 以不正當手段獲取商業秘密.....	85
第二項 違法使用、披露.....	86
第三項 違反要求和約定披露、使用商業秘密.....	88
第四項 惡意第三人侵權.....	90
第五項 免責行為.....	91
第二節 工商行政機關查處侵權.....	93
第一項 侵權之訴之構成.....	93
第二項 舉證責任.....	94
第三項 保全措施.....	95
第四項 救濟程序.....	96
第五項 侵權責任.....	97
第三節 科技行政管理部門查處侵權.....	99
第四節 民事救濟.....	100
第一項 侵權之訴之構成.....	101
第二項 舉證責任.....	102
第三項 保全措施.....	108
第四項 侵權責任.....	112
第五節 刑事訴訟.....	119
第一項 侵權之訴之構成.....	119
第二項 舉證責任.....	123
第三項 侵權責任.....	124



第六節 勞動爭議.....	127
第一項 侵權之訴之構成.....	127
第二項 勞動仲裁適用範圍.....	129
第三項 第三人角色之涉入.....	130
第四項 勞動契約糾紛與違反保密義務、競業禁止糾紛之競合.....	131
第五章 企業之商業秘密管理.....	133
第一節 企業內部制度設計.....	133
第二節 軟硬體之管制措施.....	136
第三節 在職員工之商業秘密保護措施.....	140
第一項 在職員工之權利.....	141
第二項 在職員工對商業秘密之保護義務.....	142
第三項 企業與員工簽訂之保密契約.....	145
第四項 在職員工之禁止兼職規定.....	148
第四節 台籍幹部之商業秘密保護措施.....	150
第一項 管轄權何屬.....	150
第二項 台籍幹部之權利義務.....	151
第五節 離職員工之商業秘密保護措施.....	153
第一項 離職員工之權利與衝突.....	153
第二項 對重要商業秘密之義務.....	156
第三項 競業禁止契約.....	159
第六章 結論與建議.....	167
第一節 結論.....	167
第二節 未來研究建議.....	179
參考文獻.....	181



第一章 緒論

第一節 研究動機與目的

自 1990 年代始，兩岸民間交流漸增，促使台商赴大陸投資機會增加，經貿上之往來，使我國成為頻繁使用大陸法律的國家之一，相關法制之研究，亦為我國學者與研究生關心之焦點¹。

根據我國經濟部統計處²之調查，自 1995 年至 2005 年，我國核准之對外投資總額約為 783.22 億美元，於投資國別評比中，大陸遙遙領先其他地區與國家，其核准金額高達 427.04 億美元，以 54.52% 之絕對優勢高居第一，與名列第二僅佔 7.64% 的美國，差距顯著(參見圖一)。



圖一：1995 年-2005 年我國核准之對外投資國別



單位：千美元

資料來源：台灣經濟部統計處

圖表製作：本研究整理製作

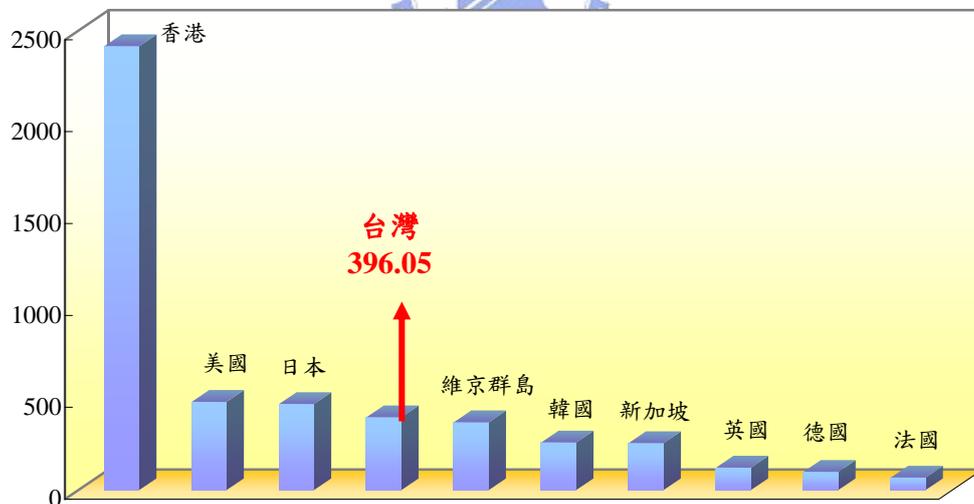
¹ 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004 年 12 月，頁 1-2。

² 數據資料來源：台灣經濟部統計處指標資料之表 E-5 核准對外投資—按地區別分 <http://210.69.121.6/GNWEB/Indicator/reports/E15.xls>、表 E-7 核准對大陸投資 <http://210.69.121.6/GNWEB/Indicator/reports/E17.xls>。最後連結日期：2006 年 8 月 28 日。

由於兩岸資訊流通不完全，尤其貿易投資之統計方式，各國有其執行標準，若轉換另一角度思考，改由中華人民共和國商務部外國投資管理司³之統計資料分析，自 1989 年至 2004 年止，以我國籍之自然人或法人名義，實際進行投資之總金額為 396.05 億美元，於十大外資中，排名第四(參見圖二)。

事實上，我國對大陸投資自 1990 年代以來，一直處於一個極為可觀的態勢，然而，礙於法規與政治環境等因素，部分產業進入大陸市場須採用迂迴方式⁴或借道他國再行溢入資金，致使官方統計數字較具體投資之數額少，若加入上述之隱形資金，我國對大陸投資之排名成果將更形可觀。

圖二：1989 年-2004 年投資中國前十位之地區/國家



單位：億美元

資料來源：中華人民共和國商務部外國投資管理司

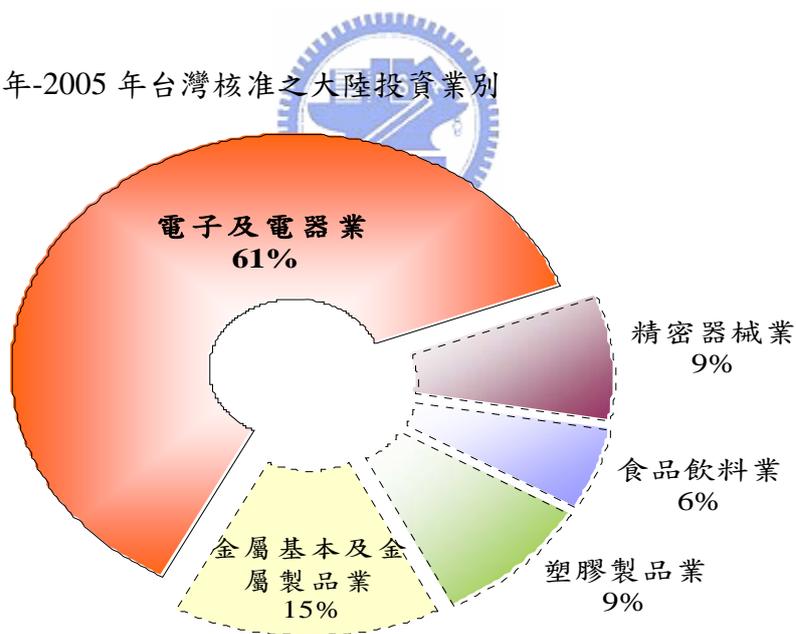
圖表製作：本研究整理製作

³ 數據資料來源：中華人民共和國商務部外國投資管理司，2005 年中國外商投資報告第三章中國吸收外商直接投資國別/地區情況 <http://wzs.mofcom.gov.cn/table/05tzbz/zhang3.pdf>。最後連結日期：2006 年 8 月 28 日。

⁴ 由於大陸對於諸多產業領域尚禁止內銷，促使許多台商採用大陸人頭戶註冊為內地企業，惟此一數字無法透過正式的統計結果呈現。

若以投資產業類別進行分析，依我國經濟部統計處⁵之資料可知，扣除為數龐雜之其他類後，電子電器業可謂投資大陸之龍頭產業，獨霸投資市場 61%之資金(參見圖三)。電子電器業之產業特性最顯著之處，即為產品週期與開發週期均短⁶，由於電子電器業對於技術之敏感度高，不論是生產、經營、銷售等營運過程中，技術將成為決定事業成敗之關鍵因素，若僅以專利為保護手段，除了冗長的申請程序與所費不貲的申請成本，關於專利申請所需之高度創新性審查，亦為一項難度較高之保護門檻，此因電子電器業之技術替代性高且發展快速，創新性往往在申請期間即遭破壞，因此，採用不需要嚴格評價創新性高度與無需經申請程序之商業秘密作為保護方式，不失為一理想措施，且為現今科技產業保護技術無可或缺之一環。

圖三：1995 年-2005 年台灣核准之大陸投資業別



資料來源：台灣經濟部統計處

圖表製作：本研究整理製作

⁵ 數據資料來源：台灣經濟部統計處指標資料之表 E-7 核准對大陸投資

<http://210.69.121.6/GNWEB/Indicator/reports/E17.xls>。最後連結日期：2006 年 8 月 28 日。

⁶ 據報導指出，電子產業之產品生命週期約四至十二個月，產品開發週期約三至六個月。黃共鈿，「搶食汽車電子大餅，觀念恐得先改一改」，電子時報，

<http://home.digitimes.com.tw/ShowNews.aspx?zNotesDocId=08DC074F47FC4B044825715400422F54>，最後連結日期：2006 年 8 月 28 日。

除電子電器業外，台商投資中國大陸動機一為生產成本低廉，另一為掌握了較優良的技術水準，且進入門檻較低，發展前途較寬廣。然而，技術並非永遠存在，如何在進入大陸市場後，繼續維持技術優勢之利基以及實施何種技術保護措施，此乃台商進行投資規劃與進入大陸市場後，應審慎評估考量之重點。

保護技術之首要措施通常為專利申請，因此國內相關議題之論著大多側重於中國大陸專利法之研究，然而，專利非萬能，各產業依其不同特性而有不同的保護措施需求，除透徹瞭解如何適用大陸專利法，企業尚須認識大陸商業秘密保護法制，方能完善其技術保護機制。技術保護方法多種多樣，採用商業秘密為保護措施具有下列優點：(1)與申請專利相比，無須高度創新性；(2)適用於各種產品或技術之生命週期；(3)無限時公開技術內容之風險⁷。由上述特性可知，專利與商業秘密屬互補性質，因此企業應採行多元化的配套保護措施，以達到風險分散之效。

商業秘密與專利、著作權、商標相同，均已納入 TRIPs(Agreement on Trade-related aspects of Intellectual Property Rights)規範之中⁸，惟因屬原則性規定，各國具獨立立法權。大陸至今尚未有商業秘密法之獨立法典，而是將商業秘密相關規定分散於 1993 年 9 月頒布之《中華人民共和國反不正當競爭法》(以下簡稱《反不正當競爭法》)、1999

⁷ 黃三榮等著，營業秘密--企業權益之保護，財團法人萬國法律基金會，2002 年 3 月，頁 23-24。

⁸ Article 39.2: Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information: (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question; (b) has commercial value because it is secret; and (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

年3月新修訂之《中華人民共和國刑法》(以下簡稱《刑法》)與眾多行政法規、行政規章以及司法解釋之中，此與我國1996年頒布《營業秘密法》之單獨立法體制全然不同，雖然觀察現時各國之商業秘密立法形式，如我國採用獨立立法之國少之又少，然而對於慣用我國法制之台商企業而言，一部具可操作性之大陸商業秘密法制研究與具體適用措施之介紹，亟屬重要，以期掌握相關技術不受侵犯並獲得權益保障，進而遂其商業版圖之獲取。

第二節 研究問題與範圍

若將機器比擬為工業時代之產物，並以專利法用於保護該類技術，則在今日之資訊時代，公司企業營運所需之快速更新但不適宜申請專利之秘密資訊，則為此時代之代表，應適用商業秘密為之提供保護。於此同時，非技術性之商業秘密，如客戶名單、經營策略等經營秘密在經濟生活中產生之影響益發重大，然而該類資訊卻完全無法透過專利制度予以保護，此際商業秘密法制之保護實益更加突出⁹。

大陸商業秘密法制與其他智慧財產權法制不同，並未採行獨立立法形式，因此，缺乏如專利法、商標法、著作權法之完整法體系。1993年國家工商行政管理局局長劉敏學先生於《關於「中華人民共和國反不正當競爭法」(草案)的說明》¹⁰表示：「草案第十六條對經營者不得採用不正當手段侵犯商業秘密權利人的商業秘密作了規定。從國際立法例看，除專門制定保護商業秘密法的國家外，一般都是在反不正當競爭法中對此作出規定的。草案這一條的規定符合有關國際慣

⁹ 陳信至，「美國營業秘密案例中之必然揭露理論」，萬國法律，第136期(2004年8月)，頁2。

¹⁰ 全國人大常委會公報1993年第5號。

例。」大陸之立法方式所遵循的是目前各國對於商業秘密保護較普遍之作法--將侵害商業秘密視為不公平競爭之一環，規範於競爭法之中，此種立法模式需配合其他法規共同充實商業秘密保護機制之完整性，加之以大陸行政權涉入之特色，使得企業實施商業秘密保護措施時，於法律適用上更顯複雜，相關法律規定散見於各法之中，不同權利主體之間或身處不同地之企業，均有可能受到不同行政法規或各地主管當局頒佈之行政規章而產生具差異性之規範限制。

大陸法系國家自德國、日本至我國，皆採用反不正當競爭法將商業秘密納入其保護機制，大陸亦遵循此一步伐，參考各國之保護範圍，藉由 1993 年 9 月全國人大常委會頒佈之《反不正當競爭法》、1997 年 7 月國家科委(現為中華人民共和國科學技術部)發布之《關於加強科技人員流動中技術秘密管理的若干意見》、1995 年 4 月最高人民法院發布《關於正確處理科技糾紛案件的若干問題的意見》¹¹、1995 年 11 月國家工商行政管理局發布《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》等法律、法規與行政命令，使商業秘密保護範圍擴展至技術資訊與經營資訊，如：設計、程序、產品配方、製作技術、製作方法、設計圖紙(含草稿)、實驗結果、實驗記錄、樣品、軟體程式、機器設備之改進、管理技巧、客戶名單、貨源資訊、行銷策略、標底與標書內容等，雖然形式上看似為完整詳細的保護客體，實則散見於各法中，故其適用關係頗為紊亂。

¹¹ 本篇法規已於 2000 年 7 月《最高人民法院予以廢止的 1999 年底以前發佈的有關司法解釋目錄(第三批)》廢止，此因 1999 年 3 月 15 日全國人民代表大會通過並公佈《中華人民共和國合同法》，原依據《中華人民共和國技術合同法》有關規定作出之司法解釋不再適用。

此外，由於《反不正當競爭法》對於商業秘密相關規定較不周延，因此另需與《刑法》、1996年3月修訂之《中華人民共和國刑事訴訟法》(以下簡稱《刑事訴訟法》)、1986年4月頒布之《中華人民共和國民法通則》(以下簡稱《民法通則》)、1991年4月頒布之《中華人民共和國民事訴訟法》(以下簡稱《民事訴訟法》)、1994年7月頒布之《中華人民共和國勞動法》(以下簡稱《勞動法》)等其他法律互相配合運用，且《反不正當競爭法》自1993年通過至今，未曾修訂，相關之《中華人民共和國專利法》(以下簡稱《專利法》)、《中華人民共和國商標法》(以下簡稱《商標法》)、《中華人民共和國著作權法》(以下簡稱《著作權法》)等均已歷經多次修改¹²，現今經濟環境與司法實務已出現許多立法當時未作規範或未能預見之情況，身為知識財產權法律體系之基本法與具有經濟領域憲法之稱的《反不正當競爭法》，似為落後之立法，無法完全發揮調整矛盾與糾紛之功能，故有大陸學者倡導應盡快修法之議¹³。

一國法制之研究目的最終在於「具實際操作可能性」，因此，探究大陸商業秘密法制並非與我國之營業秘密法相比較孰優孰劣，本文亦無引為借鑑之意，僅期待透過全面性的整理，介紹大陸商業秘密法制予台商企業及後續研究人員，使之得以正確使用大陸商業秘密保護措施，達到維護競爭優勢與技術保護之目的。

我國與大陸之政治認知差異，致使法律適用關係特殊，因而我國於1992年訂定《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》，大陸亦有相

¹² 《專利法》於2000年8月25日第二次修正，《商標法》於2001年10月27日第二次修正，同日，《著作權法》亦完成第一次修正。

¹³ 中國經濟法研究會研究部主任俞梅蓀曾提出此建議。俞梅蓀、顧惠民，「知名商品和商業秘密的法律保護-WTO與反不正當競爭研討會綜述」，知識產權，2002年第5期(2002年9月)，頁33。

關規定¹⁴，本論文以我國政治立場為研究基礎，雖以全文外觀觀之，或可適用於所有投資大陸之外商企業，惟因各投資母國之商業秘密法制略有不同，實際適用作法之比較基礎亦不同，故本論文研究將以台商企業實施商業秘密保護措施之角度為出發點，著重於大陸相關商業秘密法制之全面性剖析與討論，期能提供現在與未來前進大陸之各類型台商企業一完整資訊與適用基礎。

本論文另一限制為排除國際私法之適用，若發生台商企業遭受非大陸公民或大陸法人侵害商業秘密，因其救濟基礎植基於國際私法，與本文探究之大陸商業秘密法制有異，為明確研究範圍，故屬於大陸管轄權範圍內之不同地區國家主體間之商業秘密涉訟案件，本論文將暫不列入討論範圍。



本文研究對象為中國大陸之商業秘密法制，其內涵為技術秘密與經營秘密，具體保護客體如：方法、流程、樣品、未上市之產品、經改進的機器設備、管理策略、經營策略、客戶名單、原物料資訊、投標書內容與底標等。概以「商業」一詞對照乃民事行為，與「營業」一詞涵括之「不以獲利為目的」意義不同，然而我國《營業秘密法》第1條立法意旨即破題指稱「維護產業倫理」，我國學者賴文智先生亦稱我國營業秘密保護主要基於「商業倫理」考量¹⁵，另由同法第2條規定¹⁶可知，我國營業秘密之定義、範圍與大陸《反不正當競爭法》之規定幾近相同，皆包含方法、技術、製程、配方、程式、設計或其

¹⁴ 如 1988 年之《關於人民法院處理涉台民事案件的幾個法律問題》、1994 年之《中華人民共和國臺灣同胞投資保護法》、2005 年《臺灣香港澳門居民在內地就業管理規定》等。

¹⁵ 賴文智、顏雅倫著，營業秘密法二十講，翰蘆圖書出版有限公司，2004 年 4 月，頁 113。

¹⁶ 《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。」

他可用於生產、銷售或經營之資訊，故於下文採用「商業秘密」一詞，以符合大陸法規內容之實，不再敘明。

第三節 研究方法

知識與真理之探求，建立於過往研究成果之累積，商業秘密涉及之主題甚廣，其改革變遷均受到學者關注，故其討論材料浩如煙海，本文研究方法以文獻分析法為主軸，期以大陸商業秘密相關期刊、叢書與主要政策法令規範等資料，歸納整理文獻資料中之理論與學說，從中發現並補充現今法制中之缺失或不足¹⁷，建構一清楚、詳細而適用於台商企業作為參考規範之商業秘密法制體系研究。

然而，因現實環境之限制，難以蒐集極其完整之大陸當地文獻資料，且大陸作者論述習慣傾向點到為止，亦缺乏明確與深具參考價值之註釋引用，致使深入探討之資訊略嫌不足，為填補此一缺憾，筆者將適度參考我國學者鞭辟入裡之研究觀點，並加入部分美國法之論述與司法實踐經驗，期於基礎法理研究中，以相通之法律概念擴展本文深度，並提供台商企業多元化思考觀點。

除以各家學者觀點為研究基礎，商業秘密受其無形抽象性與不確定性等限制，純以文字論述將難以一窺全貌，故其最佳說明方式實為案例討論與分析，從中可探知各地法院心證方向之差異與具參考價值之有效權利保障措施，因此筆者將輔以相關之大陸法院判決以為說明之用，惟大陸目前尚未建構公開之全國性判決全文資料庫，僅部分地

¹⁷ 王文杰著，國有企業公司化改制之法律分析，中國政法大學出版社，1999年5月，頁6-7。

區法院於官方網頁中提供檢選後之少數代表性案件，致使本研究因統計母數不足而無法進行量化之案例分析，殊為可惜。

第四節 論文架構

本研究共計六章，期望藉由整理大陸與我國學者關於商業秘密議題之討論，架構一完整之大陸商業秘密法制體系，以做為台商企業赴陸投資時，進行商業秘密保護策略評估之參考。第一章緒論，陳述本文之研究動機與目的、研究範圍與問題，以及採用之研究方法。

第二章藉由大陸商業秘密法制相關立法過程與變化情形，探討商業秘密於大陸之權利變化與未來發展情況。由於大陸《憲法》於1993年3月修正，確立以「社會主義市場經濟」作為國家未來發展主軸，致使規範競爭秩序成為維護經濟市場一重要手段，加之以美國施加之立法壓力，終於1993年9月確立透過《反不正當競爭法》保護商業秘密，其後相關立法亦如雨後春筍一一發布，「商業秘密」之法律性質與地位逐漸確立，惟《反不正當競爭法》頒布至今未曾修訂，實施多年已出現不符現今社會環境之遺漏，且商業秘密複雜之法律適用關係，學界因而出現修法與立法之不同聲浪，此一發展值得我國學者與台商企業多加關注。

第三章探討商業秘密之定義、構成要件與保護主客體，藉以明確商業秘密之意涵，另透過與專利、著作權之差異性比較，說明採用相關智慧財產權保護之互補運用策略。商業秘密之權利範圍與保護內容因秘密性之構成要件而顯得神秘，與其他智慧財產權相比，缺乏公示

制度與一定之保護期限，更令採用商業秘密保護之所有人又愛又恨，因此，認識商業秘密之構成要件成為保護措施中最重要且基本的一環，雖然國際組織已有原則性規範，然而各國仍具有獨立立法權，故藉由各國構成要件之比較，得以探知大陸立法者之初衷，進而參考法院個案心證過程，將可有效瞭解其實質操作性之構成要件內涵。

獲悉大陸商業秘密保護要件後，第四章將進一步剖析各類型之保護措施，此即商業秘密侵權救濟措施之討論，經由民事、刑事、行政等多種救濟方式之認識，為台商企業之商業秘密保護提供多面向攻防策略。由於大陸行政機關與司法機關之權力平衡關係與我國差異甚大，且《反不正當競爭法》為商業秘密之根本法源，因此行政機關涉入商業秘密保護之程度尤深，其發展之舉證責任轉移原則亦得適用於民事程序，此因素將影響訴訟救濟策略之選擇。

此外，大陸民事保全措施與我國略有不同，雖有類似我國定暫時狀態假處分之先予執行規定，但關於證據保全之擔保問題則為討論重心，此將影響台商企業維權或抗辯之策略；另於刑事部分則存有第三人過失追訴與否之爭議，且透過新的司法解釋，侵害商業秘密罪之適用擴大至法人犯罪與共犯，台商企業不論身為原被告，均應謹慎判斷主體適用問題。除行政、民事與刑事三種侵權救濟措施，由於大陸亦重視勞資關係，因此商業秘密保密條款納入《勞動法》規範後，亦適用勞動爭議解決機制，不過勞動仲裁等救濟方式較無效率，台商企業應評估侵權事實後，慎選有效之侵權救濟措施，即時捍衛所有之商業秘密權益。

瞭解大陸商業秘密侵權救濟架構後，第五章將具體化商業秘密保護措施，惟因筆者才疏學淺，無法織造一完善無洞之商業秘密保護網，僅願透過對人、事、物等面向分析，傾盡拙見提供可能之保護措施。本章尤為注重離職後競業禁止之問題，此議題之規範因各國社會環境不同而有所差異，為有效保護台商企業之商業秘密，而與具保密身份之離職員工簽訂競業禁止契約，乃富有實質意義之必要行為，然而如何簽訂有效、合法的條款，實為台商企業關心之焦點，故本章蒐集多方學者與法院實務意見，期於競業禁止議題討論漸趨成熟之際，提供台商企業一明確方向。

最終，第六章總結以上各章節之討論，提供筆者關於大陸商業秘密法制保護之淺見，期以先天優良之預防措施避免事後繁瑣之侵權訴訟，如遇不可避免之訴訟程序，亦得以提示台商企業有效之訴訟策略。期望本文略具拋磚引玉之效，促使未來研究者關心此議題之發展。

第二章 商業秘密法制發展剖析

第一節 商業秘密之立法歷程

商業秘密本為資訊之一種，資訊之自由流通乃民主社會之基石，另一方面，對於提供資訊所有人適當之保護，能夠維護產業倫理與競爭秩序，使員工與雇主間、企業彼此間之倫理與競爭秩序均有所依歸，因此，透過商業秘密法制予以保護乃必要之措施¹。

在中國，商業秘密之法律概念尚未成形前，專有技術(Know-how)一詞早於商業秘密出現在法律條文中，與專利權、商標權、著作權並列於知識財產權的範圍內。1980年12月中華人民共和國財政部發布的《中華人民共和國中外合資經營企業所得稅法實施細則》，首次將專有技術納入於條文中²，然而該法僅用於說明所得稅課稅範圍與內容，對「專有技術」一詞未有任何定義。

直到1985年5月《中華人民共和國技術引進合同管理條例》第二條第二款才以具體法規解釋了專有技術內容：「以圖紙、技術資料、技術規範等形式提供的工藝流程、配方、產品設計、品質控制以及管理等方面的專有技術」。隨後，1987年6月頒布《中華人民共和國技

¹ 徐盛國，「客戶資訊與營業秘密之芻議」，智慧財產權月刊，第63期(2004年3月)，頁116。

² 《中華人民共和國中外合資經營企業所得稅法實施細則》第二條第一項：「稅法第一條所說的其他所得，是指股息、紅利、利息所得和出租或者轉讓財產、專利權、專有技術、商標權、版權等項所得」、第十六條第一項：「作為投資的專有技術、專利權、商標權、版權、場地使用權和其他特許權等無形資產，按協議、合同規定的金額，從開始使用的年份起，分期攤銷；屬於作價買進的，按實際支付的金額，從開始使用的年份起，分期攤銷」。《中華人民共和國中外合資經營企業所得稅法實施細則》於1991年6月30日廢止，由於三種外商投資企業統一適用租稅法規，而改為《中華人民共和國外商投資企業和外國企業所得稅法實施細則》。

術合同法》,於第四章技術轉讓合同中³,將非專利技術納入保護範圍之內,使得專有技術權能得以透過契約方式獲得保障。

隨著市場經濟之發展,中國逐步融入國際社會,外商投資機會日益增加,技術保護措施益趨複雜,推動商業秘密保護法制建構之動力逐漸形成。除此客觀因素外,尚有美方的主觀原因,1992年1月來自於美方的強大立法壓力,大陸與之簽訂《中國政府與美國政府關於保護知識產權的諒解備忘錄》,承諾將於1993年7月1日前向立法機關提交議案,並盡最大努力於1994年1月1日前通過實施⁴,此一雙邊協議開啟了中國的商業秘密立法,成為推動商業秘密立法之關鍵因素。專利、商標與著作權本即獨立立法,商業秘密法制亦於1993年9月2日頒布《反不正當競爭法》,遵循國際立法例,透過反不正當競爭法之體系予以保護,涉入有關商業秘密之規定⁵,但至今並未有一獨立的商業秘密法典。



³《中華人民共和國技術合同法》第四章自第三十四條至第四十三條。第三十四條:「技術轉讓合同是指當事人就專利權轉讓、專利申請權轉讓、專利實施許可、非專利技術的轉讓所訂立的合同」。隨著合同法統一化之趨勢,新的《合同法》於1999年10月1日正式實施,《中華人民共和國技術合同法》正式廢止。

⁴ 劉大洪主編,反不當競爭法,政法大學出版社,2005年2月,頁114。

⁵《反不正當競爭法》第十條、第二十條、第二十五條均為涉及商業秘密保護之條文規範。該法第十條:

經營者不得採用下列手段侵犯商業秘密:(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;(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;(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。

第三人明知或者應知前款所列違法行為,獲取、使用或者披露他人的商業秘密,視為侵犯商業秘密。

本條所稱的商業秘密,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。

第二十條:

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。

被侵害的經營者的合法權益受到不正當競爭行為損害的,可以向人民法院提起訴訟。

第二十五條:

違反本法第十條規定侵犯商業秘密的,監督檢查部門應當責令停止違法行為,可以根據情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款。

第一項 商業秘密法制發展沿革

1979 年以降，大陸陸續制訂了相當數量的法律、法規並粗具規模，然而立法品質參差不齊，造成「雖有法制卻不統一」之亂象，為達規範立法、健全立法制度之目的，《中華人民共和國立法法》(以下簡稱《立法法》)於 2000 年 3 月立法通過，同年 7 月 1 日正式實施。依該法第七十八條至第八十條之規定，大陸法律之位階與其制定機關之關係如下：1.憲法(全國人民代表大會)；2.法律(全國人民代表大會及其常務委員會)；3.行政法規(國務院)；4.行政規章(國務院各部、委和具有行政管理職能的直屬機構)；5.地方性法規(省、直轄市的人民代表大會及其常務委員會)；6.自治條例和單行條例(自治區人民代表大會)。《立法法》確立了「法律優先原則」，其特點為利用通過法案的機關做為法律位階劃分基礎⁶，與我國《中央法規標準法》採行之法律定名方式不同⁷。以下將依《立法法》之分類方式，依法律位階之高低，簡述現行中國大陸商業秘密法制之發展沿革。

壹、法律

1991 年 4 月第七屆全國人民代表大會通過《民事訴訟法》⁸，這是大陸法律體系中首次出現「商業秘密」四字於法律條文中，該法第六十六條「證據應當在法庭上出示，並由當事人互相質證。對涉及國家秘密、商業秘密和個人隱私的證據應當保密，需要在法庭出示的，不得在公開開庭時出示」與第一百二十條「人民法院審理民事案件，

⁶ 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004 年 12 月，頁 250。

⁷ 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004 年 12 月，頁 247-251。

⁸ 《民事訴訟法》第六十六條：「證據應當在法庭上出示，並由當事人互相質證。對涉及國家秘密、商業秘密和個人隱私的證據應當保密，需要在法庭出示的，不得在公開開庭時出示」、第一百二十條：「人民法院審理民事案件，除涉及國家秘密、個人隱私或者法律另有規定的以外，應當公開進行。離婚案件，涉及商業秘密的案件，當事人申請不公開審理的，可以不公開審理」。

除涉及國家秘密、個人隱私或者法律另有規定的以外，應當公開進行。離婚案件，涉及商業秘密的案件，當事人申請不公開審理的，可以不公開審理。」雖已可見商業秘密之規範，並規定在程序法中，然對於其具體內涵卻全無著墨，諸如構成要件與適用基礎，均無法藉由《民事訴訟法》得知商業秘密的權利範圍，此時之商業秘密，僅被視為一種秘密，保護重點為不洩密的措施。

1993年3月，大陸《憲法》修正確立以「社會主義市場經濟」作為發展主軸，為改革流通體制、健全市場競爭規則、加強市場管理、清除市場經濟發展障礙，打破長期以來的地區封鎖與行政部門的壟斷，以期儘快建立開放與有序的市場競爭體系⁹，於1993年9月2日，第八屆全國人民代表大會常務委員會通過《反不正當競爭法》，成為商業秘密保護專門法¹⁰，該法第十條成為商業秘密之保護基礎，往後相關涉及商業秘密之法規均以此條為依歸，其條文內容如下：

經營者不得採用下列手段侵犯商業秘密：

- （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；
- （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；
- （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。

⁹ 王文杰，「中國大陸反不正當競爭法之研究」，中國大陸研究，第44卷第7期(2001年7月)，頁54。

¹⁰ 俞梅蓀、顧惠民，「知名商品和商業秘密的法律保護-WTO與反不正當競爭研討會綜述」，知識產權，2002年第5期(2002年9月)，頁32。

第三人明知或者應知前款所列違法行為，獲取、使用或者披露他人的商業秘密，視為侵犯商業秘密。

本條所稱的商業秘密，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。

此外，同法第二十五條規定了行政部門所得施以之處分：「違反本法第十條規定侵犯商業秘密的，監督檢查部門應當責令停止違法行為，可以根據情節處以一萬元以上二十萬元以下的罰款。」責令行為人違法行為包括：(1)責令其停止正在進行的非法獲得商業秘密之行為；(2)責令停止使用非法取得的商業秘密；(3)責令第三人立即停止使用來源不正當的商業秘密，另配合《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第七條規定，工商行政管理機關對侵權物品可以作如下處理：(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。

商業秘密一旦被披露或公開隨即喪失其權利，責令停止似無實質意義，因而本條另有罰款之設計，責令停止違法行為與罰款可一併使用。罰款金額依違法情節，考量下列因素而訂之：(1)商業秘密之價值；(2)權利人實施保密措施之成本；(3)權利人遭受之實際損失；(4)侵權人因侵權行為之獲利；(5)侵權人之目的與惡意；(6)侵權人有無實施補救措施等¹¹。

¹¹ 劉大洪主編，反不當競爭法，政法大學出版社，2005年2月，頁127-128。

商業秘密是企業的競爭利基，員工則是最直接、最頻繁的商業秘密使用者，因此雇主如何保護商業秘密不被員工濫用或違法侵佔，除了採行上述法律作為規範，另可透過勞動關係付諸保護。1994年7月頒布之《勞動法》第二十二條：「勞動合同當事人可以在勞動合同中約定保守用人單位商業秘密的有關事項。」肯認了商業秘密於勞動契約中之法律地位。

涉及商業秘密侵權責任之規範，尚有1997年3月由第八屆全國人民代表大會修訂之《刑法》保護，於該法中新增第二百一十九條侵犯商業秘密罪：「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。」依被侵權人損失程度之嚴重性，處以不同之自由刑，並配合罰金設計。

1999年3月通過之《中華人民共和國合同法》(以下簡稱《合同法》)第四十三條規定：「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。

¹² 相關條文內容請參見《中華人民共和國合同法》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。

綜上所述，商業秘密的保護網從民法、行政法、勞動法擴張至刑法，形成複雜的侵權賠償機制，構成現行法律位階的商業秘密法制之基礎規範。

貳、行政法規

商業秘密概念之成形，推動了政府機關對於保護商業秘密的關注，國務院於 1993 年 4 月發布《股票發行與交易管理暫行條例》，該條例第六十四條第二項要求中國證券監督管理委員會公開公司資訊予投資人之時，不得披露法律、法規予以保護並允許不予披露的商業秘密¹³。

參、行政規章

國家工商行政管理局於 1993 年 4 月發布《期貨經紀公司登記管理暫行辦法》，該辦法第七條強調期貨經紀公司應依法從事經營活動，遵循公開、公平和誠實信用的原則，對於客戶之商業秘密負有保密義務¹⁴。

由於商業秘密內涵廣大，難以《反不正當競爭法》單一條文闡明，因此國家工商行政管理局於 1995 年 11 月發布《關於禁止侵犯商業秘

¹³《股票發行與交易管理暫行條例》第六十四條第二項：「證監會要求披露的全部資訊均為公開資訊，但是下列資訊除外：(一)法律、法規予以保護並允許不予披露的商業秘密；(二)證監會在調查違法行為過程中獲得的非公開信息和檔；(三)根據有關法律、法規規定可以不予披露的其他資訊和檔。」

¹⁴《期貨經紀公司登記管理暫行辦法》第七條：「期貨經紀公司應當依法從事經營活動，遵循公開、公平和誠實信用的原則，並遵守以下規則：(一)提供客觀、準確、及時、高效的服務；(二)在登記主管機關指定的金融機構開設客戶保證金的專用帳戶，並與自有資金分離存放；(三)如實記錄、及時執行客戶指令；(四)將每日交易記錄、會計下及其他重要料完整保存 5 年以上；(五)為客戶保守商業秘密；(六)在營業場所備置供客戶閱讀的公開說明書、風險說明書；(七)在登記註冊後 60 日內向登記主管機關指定的金融機構繳存營業保證金，其數額不低於註冊資金總額的 25%。」

密行為的若干規定》，以全文十二條說明商業秘密之行政執法細則，相關規定內容將於後文中逐一展現。

針對與商業秘密緊密連結之勞動關係，勞動部於 1995 年 5 月發布《違反勞動法有關勞動合同規定的賠償辦法》，其中對於在職員工與外部企業共同之商業秘密侵權行為訂有嚴厲處罰，該辦法第六條第一項規定：「用人單位招用尚未解除勞動合同的勞動者，對原用人單位造成經濟損失的，除該勞動者承擔直接賠償責任外，該用人單位應當承擔連帶賠償責任。其連帶賠償的份額應不低於對原用人單位造成經濟損失總額的 70%。向原用人單位賠償下列損失：（一）對生產、經營和工作造成的直接經濟損失；（二）因獲取商業秘密給原用人單位造成的經濟損失」。此行政規章將造成商業秘密所有人經濟損害之人，均納入共同侵權人範圍之行列，並施予侵權法人明確的連帶賠償責任，此一立法模式與《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》，可謂商業秘密法制中，少見的具操作性之法規。

其他政府單位發布有關商業秘密的行政規章則有 1996 年 10 月勞動部發布《關於企業職工流動若干問題的通知》與 1997 年 7 月國家科委(現為中華人民共和國科學技術部)發布之《關於加強科技人員流動中技術秘密管理的若干意見》，此二部會均關心人員流動與商業秘密保護之互動關係，對於自聘用至離職期間之員工保密義務，予以提示效果。

肆、地方性法規

反不正當競爭法之實施，推動了地方政府與其他相關行政部門對

於商業秘密之立法關心，最早響應的是深圳市第二屆人民代表大會常務委員會，其於 1995 年 12 月通過《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》，提示企業應實施之保密措施與管理，並制訂當地之行政罰則，施予違法者另一負擔，其具體罰則內容如下：

第二十七條 有下列侵權行為的，市科技主管部門應當責令立即停止侵權，並根據情節處以三萬元以上十五萬元以下的罰款：

（一）對技術秘密負有保密義務的人，未經技術秘密合法擁有人書面同意，披露、使用該技術秘密的；

（二）負有競業限制義務的人，未經合法擁有技術秘密的企業書面同意，在生產同類且有競爭關係的產品的企業內任職或者自己生產、經營同類且有競爭關係的產品的；

（三）明知他人負有競業限制義務不得到本企業任職，仍然招用該人的。

第二十八條 以欺詐、盜竊、利誘、脅迫、賄買或者其他不正當手段獲取技術秘密的，市科技主管部門應當責令其立即停止侵害，返還與技術秘密有關的資料和設備，並處以五萬元以上五十萬元以下的罰款。

第二十九條 以前條所列的不正當手段獲取技術秘密，並加以披露、使用或轉讓的，市科技主管部門應當責令其立即停止侵害，返還與技術秘密有關的資料和設備，並處以十萬元以上一百萬元以下的罰款。

第三十條 明知或應知因違約披露或者以不正當手段獲取的技術秘密，受讓、使用或者再向他人披露該技術秘密的，其轉讓協議無效，承擔連帶賠償責任，由市科技主管部門封存與技術秘密有關的資料和設備，並處以五萬元以上三十萬元以下的罰款。

在各地政府與行政單位如火如荼頒布商業秘密保護相關條例之後，逐漸出現結合了商業秘密與競業禁止的綜合性保護措施，如北京市第十一屆人民代表大會常務委員會於 2001 年 1 月 1 日實施之《中關村科技園區條例》第四十二條至第四十四條；上海市第十一屆人民代表大會常務委員會於 2002 年 5 月 1 日實施之《上海市勞動合同條例》第十五條至第十六條，除允許保密協定簽訂之外，另規定競業禁止最長不得超過三年與應配合補償措施。



伍、司法解釋

以中國大陸法律框架評價，其商業秘密之立法發展自 1991 年《民事訴訟法》立法中開始快速開展，然而為因應快速變動的社會發展，立法者往往只做原則性的規定，具體之操作標準則授權予司法機關或行政機關再行解釋或提出暫行規定，尤採司法解釋一途，能保證現行立法具相對穩定性，因而司法解釋具有「準立法」之職能¹⁵。

《立法法》雖確立了法律法規在各制定機關之法律位階，卻未處理法院做出的司法解釋地位，致使與立法體系有「準立法」關係之司法解釋法律定位陷入膠著狀態¹⁶。如 1992 年 7 月最高人民法院審判委員會第 528 次會議討論通過《關於適用中華人民共和國民事訴訟法若

¹⁵ 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004 年 12 月，頁 184。

¹⁶ 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004 年 12 月，頁 251。

干問題的意見》，第一百五十四條闡明了《民事訴訟法》第六十六條、第一百二十條所指「商業秘密」意為技術秘密、商業情報及資訊等，如生產工藝、配方、貿易聯繫、銷售通路等當事人不願公開的工商業秘密，此一司法解釋在當時可謂司法機關對於商業秘密定義之唯一官方解釋，在司法審判實務中卻無法周延涵蓋商業秘密內涵。

第二項 未來立法趨勢

商業秘密相較於專利、著作權、商標而言，最晚被納入智慧財產權之領域，直到 1994 年 TRIPs 第三十九條公佈，其法律地位才受到確立，亦因商業秘密保護規範納入於 TRIPs 之中，致使參加世界貿易組織之會員國，著手將商業秘密納入各國國內法之中加以保護，因此 1990 年代開始，各國逐漸接納商業秘密之概念，以各種不同立法模式將商業秘密明文化。

目前於世界各國中，將商業秘密以單獨立法方式之國僅有我國與瑞典。一般大陸法系國家多利用民法之侵權行為或契約方面相關規定對商業秘密提供予以保護，如：法國、義大利等；英美法系國家則以侵權理論、契約理論與財產權理論為其保護基礎；其他國家如日本、德國、韓國，則將商業秘密納入競爭法之規範中，並配合刑法以之入罪化¹⁷。

各國規範基礎不同，均有其歷史背景。英美法系國家與大陸法系國家最初均透過明示契約提供商業秘密以法律保護，然而英美法系透

¹⁷ 戴永盛著，商業秘密法比較研究，華東師範大學出版社，2005 年 1 月，頁 4-5。

過普通法司法實踐之發展，逐漸擴張明示契約至法律上默示契約，擴大了契約理論之寬度，惟單以契約無法全面保護商業秘密，因此隨後出現了阻止破壞保密關係之侵權行為理論，期以更有力的罰金制度補充契約理論所提供之禁制令與損害賠償等制裁方式。不過不論以契約理論或侵權行為理論評價商業秘密，其法律性質均尚未成形，因而英美法系國家於後期關心的是商業秘密屬性，進而發展出財產權理論，將商業秘密定義為一種財產權，並隨著智慧財產權之發展，透過國際公約之制訂，最終確認其屬智慧財產權之一¹⁸。

相較於英美法系國家的法制演變，大陸法系國家限於法典制度較無彈性，因此最初之明示契約理論沿用多時。為補充民事保護之不足，部分大陸法系國家基於商業秘密保護客體乃競爭秩序，故將商業秘密視為一種不公平競爭行為，進而透過競爭法給予保護¹⁹。有關確認商業秘密法律性質一事，原先大陸法系國家排斥承認其財產權屬性，因認商業秘密並非僅有一人得獨享，凡獨立發明且符合商業秘密構成要件者，均得享有權利，此概念違反大陸法系財產權之排他性，然而隨著社會經濟環境變化與漸受英美法系思想影響，最終大陸法系國家亦透過國際公約之制訂與遵循，漸漸接納商業秘密屬智慧財產權之概念，並提供相關保護。

透過競爭法保護商業秘密之國，其目的為維護市場競爭秩序，約束經營者之公平交易行為，其立法模式應是採行世界智慧財產權組織(WIPO)之作法，其將商業秘密規定於1996年公佈之《反不正當競爭示範法》(Model Provisions on Protection Against Unfair Competition)。

¹⁸ 吳漢東等著，知識產權基本問題研究，中國人民大學出版社，2005年3月，頁720-726。

¹⁹ 孔祥俊著，商業秘密保護法原理，中國法制出版社，1999年8月，頁10。

由於被列入競爭法之範圍，因此商業秘密受保護之程度，不如專利法等完整嚴謹，另須配合民法、刑法等其他法律從旁補充，易造成適用上之困擾，且商業秘密樣態之變化，日新月異，僅僅透過競爭法保護，保護力度與完備性似嫌不足，因而出現倡導商業秘密獨立立法專法化之聲浪，以使商業秘密保護更具可操作性與周延性。

由於大陸仿效日本、德國之立法模式，以競爭法作為商業秘密保護之基礎，因此面臨了與其他法規需相互配合之情況，如：保密技術授權之部分，需搭配《合同法》第十八章第三節技術轉讓合同之相關規定，明確約定授權範圍，但不限制技術之發展與競爭，且授權人應依約給予技術指導，以保證技術之實用性、可靠性，被授權人則有義務負擔使用費與保密義務²⁰；雇主與員工的保密義務與責任，可參考《勞動法》第二十二條，於勞動契約中約定保守雇主之商業秘密，若因違反保密義務而產生勞動爭議時，則適用第十章勞動爭議之處理程式解決；商業秘密直接侵權損失達人民幣五十萬元以上者，得以訴請《刑法》第一百二十九條侵害商業秘密罪制裁之。

²⁰ 《合同法》第三百四十二條第一項：「技術轉讓合同包括專利權轉讓、申請專利權轉讓、技術秘密轉讓、專利實施許可合同」；第三百四十三條：「技術轉讓合同可以約定讓與人和受讓人實施專利或者使用技術秘密的範圍，但不得限制技術競爭和技術發展」；第三百四十七條：「技術秘密轉讓合同的讓與人應當按照約定提供技術資料，進行技術指導，保證技術的實用性、可靠性，承擔保密義務」；第三百四十八條：「技術秘密轉讓合同的受讓人應當按照約定使用技術，支付使用費，承擔保密義務」；第三百四十九條：「技術轉讓合同的讓與人應當保證自己是所提供的技術的合法擁有者，並保證所提供的技術完整、無誤、有效，能夠達到約定的目標」；第三百五十條：「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」；第三百五十一條後段：「實施專利或者使用技術秘密超越約定的範圍的，違返約定擅自許可第三人實施該項專利或者使用該項專業秘密的，應當停止違約行為，承擔違約責任；違返約定的保密的義務的，應當承擔違約責任」；第三百五十二條：「受讓人未按照約定支付使用的，應當補交使用費並按照約定支付違約金；不補交使用費或者支付違約金的，應當停止實施專利或者使用技術秘密，交還技術資料，承擔違約責任；實施專利或者使用技術秘密超越約定的範圍的，未經讓與人同意擅自許可第三人實施該專利或者使用該技術秘密的，應當停止違約行為，承擔違約責任；違返約定的保密的義務的，應當承擔違約責任」；第三百五十三條：「受讓人按照約定實施專利、使用技術秘密侵害他人合法權益的，由讓與人承擔責任，但當事人另有約定的除外」；第三百五十四條：「當事人可以按照互利的原則，在技術轉讓合同中約定實施專利、使用技術秘密後續改進的技術成果的分享辦法。沒有約定或者約定不明確，依照本法第六十一條仍不能確求的，一方後續改進的技術成果，其他各方無權分享」。

此種與各法配合之事實，體現出商業秘密之綜合複雜性，相反地，亦可察覺商業秘密引入大陸之倉促，相關各法僅小幅度修正以提供原則性保護，如《勞動法》第二十二條：「勞動合同當事人可以在勞動合同中約定保守用人單位商業秘密的有關事項」，因此，應否繼續遵循日、德之立法模式或採行完整的商業秘密獨立立法，將是大陸商業秘密保護重要的發展變化。

隨著商業秘密侵權行為多樣複雜化，大陸學者體認到僅依靠《反不正當競爭法》作為保護商業秘密之依歸，顯難以奏效²¹，不論是如何協調商業秘密保護與人民工作權之保障，亦或是如何合理分配商業秘密訴訟中，當事人之舉證責任，以及侵權損害賠償之計算等，均亟待進一步之規範，《反不正當競爭法》已顯過於簡單且缺乏操作性而喪失可靠度，其輔助之《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》則僅屬行政法規，法律效力過低，二者無法發揮加成效果，影響了商業秘密的保護成效。有鑑於此，大陸倡導商業秘密獨立立法之聲浪未曾停止，全國人大代表劉豫陽等 35 位代表提案制定《商業秘密保護法》，經 2001 年 10 月 27 日第九屆全國人民代表大會常務委員會第二十四次會議通過，目前草案已提交國務院法制局，送審稿共五章三十九條，內容包括商業秘密的實質條件、商業秘密權利人的利益，商業秘密的保護、商業秘密侵權行為及應負的責任²²。

²¹ 華國慶，「商業秘密保護若干法律問題當議」，科技與法律季刊，2000 年第 4 期(2000 年 10 月)，頁 69。

²² 磨健凌著，論我國商業秘密的法律保護，

<http://www.gl.gxnews.com.cn/news/20060209/newsww/160119.htm>，最後連結日期：2006 年 8 月 20 日。

我國於 1991 年頒布《公平交易法》，一為提供傳統民刑法以外之保護與救濟管道，二為承繼大陸法系國家之立法例，遂將商業秘密納入不公平競爭行為之一，規定於第三章不公平競爭第十九條第五款：「有左列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：五、以脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密之行為。」然而此一簡略的規定，反而留下重大缺失，致使公平交易法無法提供完整的商業秘密保護。其一乃關於商業秘密之定義不明確，僅概括規定「他事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」等屬之，留下了廣大的不確定法律概念予個案認定；其二為侵權行為態樣之規範僅限於「脅迫、利誘或其他不正當方法，獲取他事業之產銷機密……。」其他有關違反契約義務之洩漏或使用等惡意行為則未列入規範²³。



為補充公平法之不足與受迫於美國特別 301 貿易報復之壓力，我國於 1996 年頒布《營業秘密法》，於主體、客體、權利範圍與侵權責任等圍繞商業秘密之基本權利義務均設有規定，以其外觀而言，是一部具操作性之獨立立法，然而其救濟方式僅提供民事救濟，並未課以侵權人刑事或行政責任，若無法嚇阻侵權人之侵權行為時，則需運用已存在之刑法與公平交易法作為補充²⁴，因此《營業秘密法》並未脫離《公平交易法》。

然而《公平交易法》第十九條第五款之規定相較於《營業秘密法》簡陋，雖然違反本款將產生行政責任與刑事責任，與違反《營業秘密

²³ 陳家駿，「公平交易法對營業秘密保護之評析」，公平交易季刊，第 2 卷第 1 期(1994 年 1 月)，頁 24-25。

²⁴ 馮震宇，「論營業秘密法與競爭法之關係-兼論公平法第十九條第一項第五款之適用」，公平交易季刊，第 4 卷第 3 期(1996 年 7 月)，頁 30-31。

法》僅涉及民事責任有所不同，但由於本款構成要件亦相對嚴格，且公權力介入後，商業秘密曝光可能性大為提升，對於所有人之秘密保護利益，未必相符，加之以所有人對於商業秘密保護之認知有限，未能充分理解何為商業秘密資訊或何者得以構成商業秘密之交易相對人資料，亦無法證明競爭者不法取得之事實，致使公平會迄今尚無違反第十九條第五款之成例²⁵，因此本款之存在必要性、其與《營業秘密法》之間的適用或競合關係、應以何種手段保護事業之商業秘密等問題，已成為我國未來進行商業秘密保護法制相關檢討時，無法迴避之議題²⁶。

一般而言，競爭法與智慧財產權法屬對立關係，競爭法原則上排斥獨占行為，而智慧財產權則提供權利人合法的獨占權，然而二者卻同聲保護商業秘密，為一特殊現象。我國最初採用《公平交易法》保護之，然而《公平交易法》為一特別立法例，其吸納了反托拉斯、不正當競爭與多層次傳銷等行為，打擊範圍較為寬廣；大陸之競爭法制則遵循多數國家立法例，分別訂立《反不正當競爭法》與《反壟斷法》，惟目前僅有《反不正當競爭法》之規定，因《反壟斷法》立法當時為避免遏止正在起步之產業環境發展，限制了企業之聯合規模²⁷，因此尚未通過《反壟斷法》。大陸與我國均先以競爭法規範商業秘密，然而我國《營業秘密法》獨立立法後之適用爭議不斷，此一立法模式值得大陸立法者引以為鑑。

²⁵ 張芬芬，「公平交易法有關『營業秘密』之規範及案例」，公平交易季刊，第2卷第1期(1994年1月)，頁79。

²⁶ 廖義男、顏雅倫等，公平交易法之註釋研究系列(二)--第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告(FTC-93-C02)，2004年11月，頁9-10。

²⁷ 王文杰，「中國大陸反不正當競爭法之研究」，中國大陸研究，第44卷第7期(2001年7月)，頁58。

第二節 市場經濟與法制發展

商業秘密法制發展與大陸經濟型態變化具有關連性。開放市場經濟之初，人們對於市場與競爭之分際，概念較為模糊，因此「商業秘密」一詞易使大眾誤解為僅適用於商人或商號，其他製造業、服務業等非直覺性的商業行業類別則不適用²⁸。此一錯誤觀念隨著市場經濟逐步發展，以及法律制度與國際接軌程度漸增後，商業秘密價值漸漸受到重視。最初先保護「技術」，於1985年率先確立專有技術之保護範圍²⁹，非專利技術則透過契約方式，以1987年頒布之《中華人民共和國技術合同法》提供保障，而後因加入世界貿易組織，進而將保護範圍自技術秘密擴張至經營秘密，並於1993年頒布《反不正當競爭法》之時，正式肯認了商業秘密之法律地位。



商業秘密在中國古代社會中，稱為「祖傳秘方」、「家傳絕技」，在歐洲中古世紀，則為師傅傳授徒弟之特殊技能，不論其名稱、範圍如何變化，商業秘密之重要性均在於因技術、資訊或能力之差異而產生競爭優勢，致使知曉者得依此獲利。今日，商業秘密無論存在於競爭法之下，亦或獨立專法中，其追求的價值目的亦不外乎「鼓勵發明創造」、「維護商業道德」、「保障競爭秩序」與「調和公共利益」，以下針對此四項目的討論之。

壹、鼓勵發明創造

商業秘密之產生與保存，必定耗費權利人與其前人相當成本，若能任由他人隨意取用、實施，則世上沒有願做賠本生意之交易者，無

²⁸ 張玉瑞著，商業秘密法學，中國法制出版社，1999年10月，頁34。

²⁹ 《中華人民共和國技術引進合同管理條例》第二條第二款。

人願意再投入資金與時間進行研發，進而造成技術停滯不前，不再發展。此與專利法之立法目的相同。簡而言之，若有一商人付出努力、發揮想像力並採取創新大膽的方法而贏得競爭優勢，則其當然得以享受自身之努力並藉此獲利，若其獲得之成就未受保護，而被競爭對手掌握，喪失了商業秘密，侵權行為若日復一日發生，當然減損該商人對於創造發明之熱忱，因此，法律應該保護該商人保守秘密之努力³⁰。

若將商業秘密與專利權相比，二者對於社會整體助益而言，當然屬專利權的具體刺激更具成效，其透過技術公開程序，讓大眾有機會探知技術發展現況，進而激勵新發明之產生，最終推動科技技術快速成長，因此受益者乃全體社會大眾³¹。相反地，商業秘密的秘密性質使得其受益範圍限於小眾，僅有商業秘密權利人與合法被授權人得知現今之技術範圍，因此對於社會全體而言，其貢獻度不如專利權。然而，商業秘密權利人畢竟亦已投注心血與成本於技術開發，且部分商業秘密之創新程度與技術水準已達專利申請門檻，不公開乃基於市場競爭策略與企業永續經營目的，若不予保護，將致使商業秘密權利人權益喪失，進而降低其研發與投資意願，則社會亦受損害，因此商業秘密與專利權均因鼓勵發明創造而賦予權利人對等權利。

貳、維護商業道德

維護商業道德與保護商業秘密二者乃不可分，且自始即為一普世概念。在羅馬時代，具有工藝水準的奴隸往往被誘使出賣雇主的技術，但是羅馬法中，不承認奴隸擁有法律人格，故形式上無法針對奴

³⁰ ROBERT P. MERGES ET AL., INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGY AGE 37 (3d ed. 2003)

³¹ 謝銘洋等著，營業秘密法解讀，月旦出版社，1996年11月，頁19。

隸與第三人的行為提訴，為解決此一日益嚴重的問題，發展出了一套對抗誘使奴隸之第三人的訴訟請求權，此即「奴隸誘惑之訴」，凡具競爭關係第三人以惡意引誘或強迫他人奴隸洩漏雇主之技術秘密，則奴隸所有人可提出訴訟並請求二倍的賠償，其中一部份的損失乃喪失了一個原本誠實的奴隸³²。而後，於 1820 年 *Yovatt v. Winyard* 一案中，英國法院認為未經授權而洩漏或使用原告商業秘密，是一種信賴保密關係之違反，因而禁止被告洩漏或使用原告的商業秘密，此觀念而後由美國法院承接³³，最高法院大法官 Burger 於 1973 年 *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.* 一案指出³⁴：「商業秘密法背後更廣闊之立法目的在於維護商業倫理之道德標準並鼓勵研發，因為交易中的善意、誠實與公正，是商業活動充滿生命力與活力的重要保證。(The maintenance of standards of commercial ethics and the encouragement of invention are the broadly stated policies behind trade secret law. 'The necessity of good faith and honest, fair dealing, is the very life and spirit of the commercial world.')

科技發展愈快速，市場競爭愈激烈，為使競爭朝向優質化發展，應不容許他人破壞商業道德，以竊取他人商業秘密的間諜行為、洩漏他人合法授權之商業秘密等惡意作為破壞競爭秩序。商業道德不容許不勞而獲，並要求進行互相信賴、誠實信用的經濟活動，因此有秩序的交易行為不能缺少商業道德之規範。中國大陸亦重視商業道德之規範，可由《反不正當競爭法》第二條第一項規定探知，「經營者在市場交易中，應當遵循自願、平等、公平、誠實信用的原則，遵守公認

³² 吳漢東等著，知識產權基本問題研究，中國人民大學出版社，2005 年 3 月，頁 717-718。

³³ 戴永盛著，商業秘密法比較研究，華東師範大學出版社，2005 年 1 月，頁 3。

³⁴ 416 U.S. 470, 481-82(1974)

的商業道德。」另以同法第十條第一項、第二項規範不正當手段侵害商業秘密之行為，以法律條文落實商業道德保護。

參、保障競爭秩序

商業秘密所有權之假設乃建立於所處環境均一、擁有相同開發條件，凡掌握技術或經營策略等資訊者，自認其擁有之資訊與他人不同，具有重要的差異性，並進而實施保密措施之人，均得受保護，因此在同一領域中，只有少數人因自行開發而獲得此競爭優勢，則人人各自擁有該商業秘密，互不侵犯；若大部分人發現此資訊之存在，則該資訊因喪失競爭優勢而落入公共領域，商業秘密不再提供保護。由以上表述可知，資訊的價值源於開發與被掌控程度，因此少數人與多數人知曉之間，產生了競爭空間，因而需要透過立法維護競爭秩序。商業秘密明文化使得競爭秩序納入規矩中，清楚界定何時屬商業秘密，何時為公知技術，並針對破壞秩序的越界者加以懲罰。

市場上有競爭時，從事生產之事業按市場需求而生產，並努力降低生產成本、改進生產技術，以求產品物美價廉，贏得競爭優勢³⁵，因此競爭是建構經濟市場之要件，競爭必須公平公正，需符合一定秩序。市場競爭秩序植基於開放的市場，若在集權經濟社會之中，即無競爭之需求與實益，則商業秘密無立足之地，因此早年此一概念於大陸地區並無適用，惟大陸自 1979 年著手改革開放，並逐步轉向市場經濟體制，此乃商業秘密立法之基礎與動力。

³⁵ 廖義男，「公平交易法之立法目的與保護之法益--第一條之詮釋」，公平交易季刊，1992 年創刊號(1992 年 10 月)，頁 2。

1993 年中國憲法修正採行之市場經濟體系為「具有中國特色之社會主義市場經濟」³⁶，更進一步促進商業秘密法律制度之發展環境。經濟體制的轉變，致使市場因競爭而活絡，因此《反不正當競爭法》第一條即明示：「為保障社會主義市場經濟健康發展，鼓勵和保護公平競爭，制止不正當競爭行為，保護經營者和消費者的合法權益，制訂本法。」由於商業秘密保護的是較抽象的競爭秩序，因而與不正當競爭行為產生緊密的關連，除中國大陸以外，尚有德國、日本、韓國等國，將商業秘密以競爭法為其規範³⁷，期以相同之立法目的，共同規範和諧的市場競爭秩序。

肆、調和公共利益

如專利、商標、著作權等智慧財產權，均可視為受時間限制之公共財私有化，權利人於一定時間內，享受法律賦予其專屬利益，待權利時限屆滿後，即需將掌握之資訊公開予社會大眾共享。然而，商業秘密權利人只要持續實施保密措施、不公開商業秘密，且該資訊符合未落入公共領域之要求，則權利人可無限時地永遠享有該商業秘密之價值，相比之下，商業秘密權利範圍似有過大之嫌。律法之設計不可獨好特定族群，為此，商業秘密保護應受社會公益之拘束，不得無限擴張，因而調和社會公共利益亦為立法目的之一。

商業秘密與社會公共利益最大衝突點，莫過於人才流動時，附帶產生之知識與資源之變動。對社會而言，人才流動是鼓勵競爭與促進科技發展之利器，然而員工於工作累積之知識經驗卻可能是原雇主亟

³⁶ 詳參 1993 年憲法修正條文。

³⁷ 德國於 1909 年制訂《不正競爭防止法》，將商業秘密之相關保護規範列入其中；日本於 1991 年修正《不正競爭防止法》，加入商業秘密為保護範圍；韓國則於 1993 年納入商業秘密於《不正競爭防止法》之中。

欲保護之商業秘密，若開放所有資訊與人俱走，則企業之商業秘密將遭致破壞，嚴重者，恐有倒閉破產之虞；然若傾向保護企業擁有商業秘密之權利，不允許員工離職後合法使用，則原處於弱勢之個人將更居劣勢，憲法賦予之工作權、財產權，反而一併被迫放棄，不論以法律位階評價，抑或以比例原則而論，皆不合法之公平正義，因而商業秘密保護應立基於調和社會公益之上，保護商業秘密之同時，亦滿足其他個人、團體之利益衡平。

第三節 商業秘密侵權現狀和潛藏之矛盾

商業秘密糾紛本質即為較具難度之案件，其特徵為³⁸：(1)案情複雜：商業秘密侵權糾紛往往涉及較多的證據，當事人之間的爭議亦烈，因此單就基本的確定商業秘密範圍一事，即需開庭多次方得確認；(2)法律關係複雜：目前商業秘密尚無獨立立法，因此除《反不正當競爭法》外，尚須配合《民法通則》、《刑法》、《勞動法》等其他法規命令，法律適用之繁瑣程度可參考本文第二章商業秘密法制發展剖析與本章相關侵權救濟措施；(3)法律適用不易：由於《反不正當競爭法》第十條規定簡短，屬原則性立法，且最高法院除《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》以外，相關司法解釋較少，如損害賠償額之確定即無參考之法律標準可適用；(4)新類型案件漸增：《反不正當競爭法》自 1993 年頒布後未曾修正，已有 13 年之久，隨著市場競爭複雜化、多樣化之改變，新型態之侵權行為亦無時無刻在現實生活中發生，如電腦軟體程式商業秘密侵權案件等，因對於新技術、新知識之定義未明，且無適當法源可循，雙方當事人與法院無

³⁸ 浙江省高級人民法院民三庭，「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，第 229 期(2005 年 4 月)，頁 11。

論在確立權利範圍或相關舉證等訴訟程序中，均將遭遇執行困難。

今日中國大陸商業秘密糾紛案件之審理情況具有以下特徵³⁹：(1)商業秘密案件之撤訴率較高；(2)原告勝訴率較低；(3)侵權行為中，以掌握商業秘密之員工洩密為最主要途徑；(4)第三人與原告公司重要員工共同侵權之現象普遍；(5)技術秘密糾紛案件較多。其原因可能為：(1)權利人對商業秘密之認識不清，無法正確將應受保護之資訊予以納入保密措施中；(2)權利人自我保護意識不強，進而未建立有效合理之保密措施；(3)權利人不瞭解商業秘密訴訟，或基於擔心舉證責任與二次洩密等考量，反而不願主動提起訴訟；(4)商業秘密保護之配套法規過於簡單，間接影響了商業秘密保護之有效性⁴⁰。

由今日大陸之產業現況可發現，當企業發展出一套技術解決方案時，放棄申請專利而改以利用商業秘密為長時效保護實際上擁有之專有權之企業，為數日眾⁴¹。然因商業秘密無須行政機關先行批准與授權之特性，於發生商業秘密糾紛時，卻變成原告需費時費力主張爭取之訴訟重點，原告之權利與權利之取得均需透過法院審查方得確認，訴訟成為必經之途，因此商業秘密侵權糾紛在智慧財產權案件中，實屬最複雜、最薄弱、最難操作之訴訟⁴²，台商企業應如何順應此一趨勢並突破適用困難，此即本文研究之最終目標。

³⁹ 王玉霞、吳文琦，「商業秘密保護問題的調查與分析」，人民司法，2004年第4期(2004年4月)，頁14。

⁴⁰ 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(上)」，電子知識產權，2005年第3期(2005年3月)，頁41。

⁴¹ 鄭成思，「反不正當競爭--知識產權的附加保護」，法律適用，第214期(2004年1月)，頁23。

⁴² 霍彥杰，「審理商業秘密侵權案件的要點」，人民司法，1996年第10期(1996年10月)，頁16。



第三章 商業秘密保護架構

第一節 商業秘密之界定

認識商業秘密之前，需先瞭解商業秘密與資訊之間的關係。「資訊」一詞在不同領域有不同的定義，不過普遍而言，凡是給予人們新知之消息、新聞、情報、資料、數據、圖表、密碼等物，均可稱為資訊，而法律意義上的商業秘密即是資訊的一種¹。

商業秘密是私有制和市場經濟的必然產物。古代社會中，商業秘密即以「家傳絕技」等形式存在，隨著社會的發展，商業秘密歷經了靜態(秘密僅存在於圈內人知悉，透過師徒制度或親戚血緣關係而傳承)、動態(限定於一定條件內之人，可與自己一同使用)與專利制度互補(將商業秘密納入智慧財產權保護範圍中)等三個階段²。商業秘密的法律保護源自於英美二國，透過司法歷史演進與國際性組織之推動，現已成為世界各國關注之議題。

第一項 商業秘密之權利主體

最狹義之商業秘密權利主體為《反不正當競爭法》第十條所稱之「經營者」，意指「從事商品經營或者營利性服務(包括服務)的法人、其他經濟組織和個人」³，雖然自然人與法人均得為商業秘密所有人，但須以從事營利行為為必要，此為一說，是以只有依法進行工商經營

¹ 孔祥俊著，商業秘密保護法原理，中國法制出版社，1999年8月，頁132。

² 許海峰主編，企業商業秘密保護法律實務，機械工業出版社，2004年1月，頁2。

³ 參見《反不正當競爭法》第二條。

註冊的個人、合夥、無限公司、有限公司、股份有限公司、合資和合作企業之秘密，才可以獲得商業秘密之保護⁴；另一說則認為凡實際上從事經營活動之組織與個人，均得適用《反不正當競爭法》⁵。法律對於競爭主體適用之不明確，導致執法上之困境，以後者而言，涉及範圍較廣，目前之實際認定亦以後者為主⁶。

大陸《反不正當競爭法》規範主體不涵蓋下列範圍：(1)政府或各行政主管機關為加強和完善宏觀調控，利於管理者的主體所實施的行政行為；(2)一般人民為滿足物質生活需求，做為消費者主體時所實施的行為，因該行為對消費者權益造成侵害但並未損害公平競爭的經濟秩序，雖然消費者的合法權益在反不正當競爭法中屬於立法目的之一，但是消費者本身的合法權益並非不正當競爭行為的客體，因此應由其他法律規範，而不屬於《反不正當競爭法》之主體；(3)不從事營利性服務或不從事商品經營的單位與個人所實施的行為，如學校、醫院⁷。

為求更細部具體適用，江蘇省人民代表大會另行發佈了 1997 年《江蘇省實施「中華人民共和國反不正當競爭法」辦法》，其中第二條第二項規定「經營者以外的組織和個人，從事與市場競爭有關的活動，也必須遵守本法。」當大陸國務院針對江蘇省藥品經營檢查部分專項時，發現許多醫療機構在購買藥品中收受回扣，即依此辦法解決

⁴ 張玉瑞著，商業秘密法學，中國法制出版社，1999 年 10 月，頁 36。

⁵ 孫寶貴，「關於修改反不正當競爭法若干問題的思考」，中國工商管理研究，1998 年第 7 期(1998 年 7 月)，頁 34。

⁶ 王文杰，「中國大陸反不正當競爭法之研究」，中國大陸研究，第 44 卷第 7 期(2001 年 7 月)，頁 60。

⁷ 王文杰，「中國大陸反不正當競爭法之研究」，中國大陸研究，第 44 卷第 7 期(2001 年 7 月)，頁 60。

醫療機構不具有經營者身份之問題，進而適用《反不正當競爭法》以為規範。江蘇省為台商企業之投資重地⁸，因此，當地台商企業應多加注意此一辦法，該規定擴大了《反不正當競爭法》之適用主體，進而使商業秘密之保護主體亦隨之擴張。

若商業秘密保護範圍過小，將無法刺激技術發展之意願，尤其是自然人之個人發明，且市場競爭秩序往往因擔心秘密流失而不安定，因此，適當地擴張權利主體有其意義。《民法通則》第一百一十八條規定「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、篡改、假冒等侵害的，有權要求停止侵害，消除影響，賠償損失」，商業秘密一詞雖未出現於該條文中⁹，但其與專利、商標、著作權同屬智慧財產權，其保護內涵亦享有發明發現權、科技成果權，應得類推適用該條規定，使商業秘密權利主體得以擴張至公民，舉凡公民享有符合構成要件之商業秘密，得類推適用《民法通則》第一百一十八條獲得權利保障。

然而，《民法通則》保護之自然人受限於中國公民，雖然大陸已加入世界貿易組織，負有國民待遇之義務，理應對於其他會員國之國民予以相同法律地位與優惠之對待，但是世界貿易組織之國民待遇僅限於貿易相關之產品與服務之平等對待，民法非屬其適用範圍之內，因此若以《反不正當競爭法》與《民法通則》分析商業秘密權利適用

⁸ 自 1991 年至 2005 年 3 月底，廣東省、江蘇省、福建省分居台商投資大陸件數第一、二、三名，若以金額而言，則以江蘇省為最高，次為廣東、福建、浙江、河北及山東，比重分別為 43.63%、28.70%、8.32%、6.69%、4.40% 及 1.75%。請參考中華民國全國工業總會大陸經貿事務委員會出版之「大陸台商簡訊月刊」，(2005 年 2 月)，<http://www.cnfi.org.tw/cnfi/ssnb/154-427-24.htm>，最後連結日期：2006 年 8 月 12 日。

⁹ 民法通則乃於 1985 年立法，仍屬計畫經濟體制背景期間，所以未涉入商業秘密之文字，應可理解。

主體，則非大陸公民之自然人將不受商業秘密保護。今日台商以自然人名義赴大陸投資者眾，若因受《民法通則》之限制，而喪失商業秘密保護權利，無異變相限制台商投資身份選擇權，不可輕忽此一問題。

《合同法》第二條第一項或許可以成為非公民自然人之解套方案。該條規定「本法所稱合同是平等的自然人、法人、其他組織之間設立、變更、終止民事權利義務關係的協議」，此處所謂之自然人包括外國自然人。由於保密協議或技術轉讓中之保密條款，均有適用《合同法》之可能，且該法第四十三條規定：「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」，於此請求權基礎之上，自然人自然得以成為商業秘密權利主體。



此外，TRIPs 第三十九條亦規定 'Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control...' 其主體為自然人與法人，此與大陸侷限之經營者用詞大為不同，若依《反不正當競爭法》第二十條規定，僅「給經營者造成損害」之情況，方可獲得賠償，然而許多合法持有商業秘密之人並非經營者，而侵權人則多為經營者¹⁰，大陸既然已是世界貿易組織會員國，自當遵守相關規定，此一狹小又不平衡之主體關係顯已不符 TRIPs 之規範，應接納廣義的權利主體至無營利行為限制之自然人與法人，凡其擁有之秘密該當《反不正當競爭法》之構成要件，即應提供完善之商業秘密保障。

¹⁰ 鄭成思，「反不正當競爭--知識產權的附加保護」，法律適用，第 214 期(2004 年 1 月)，頁 23。

確認商業秘密所有人範圍後，《刑法》第二百一十九條第四項定義之「權利人」範圍方能確定，因該條規定，商業秘密權利人除所有人外，經該所有人許可之商業秘密使用人亦屬於權利人之一。由此規定可知，關於商業秘密權利主體範圍，向前推了一步，擴張至合法的授權使用者，惟此規定於《刑法》之中，據推測其目的應為擴大打擊侵犯商業秘密罪之範圍，至於能否類推適用於《反不正當競爭法》或《合同法》，促使更多人得以主張商業秘密所有權，有待司法判決之建立。此問題亦於學者間形成共同之疑惑，因為《刑法》與《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》均將商業秘密權利人之界定擴張至「使用權人」，卻未能於身為專門法之《反不正當競爭法》之規範主體相連結，致使商業秘密使用權人難以成為原告，無法有效維護其權利。不過筆者認為，既然罪刑法定嚴格適用之《刑法》已張開權利主體之界線，則基於法侵害範圍較小之競爭秩序、經濟利益出發的《反不正當競爭法》與《合同法》應可類推適用。

若台商企業在大陸成為商業秘密使用權人，依大陸學者之討論，似可利用《民事訴訟法》第五十六條之但書規定，以「案件處理結果同他有法律上的利害關係」之身分申請參加訴訟¹¹。舉凡商業秘密使用權人與侵權者之間，存在著市場競爭關係，且侵權人獲取商業秘密可能途徑之一，即為利用不正當手段誘使或威脅使用人之員工提供，而得以自使用權人之處獲得系爭商業秘密，故不論於審判過程中或最後之判決結果，均將對使用權人造成影響，因此法院亦應保護台商使用權人之權益。

¹¹ 俞梅蓀、顧惠民，「知名商品和商業秘密的法律保護-WTO 與反不正當競爭研討會綜述」，知識產權，2002年第5期(2002年9月)，頁32。

第二項 商業秘密之保護客體

商業秘密是一種資訊，商業秘密得以無形方式存在，雖然相關法令並未規定其必須附著於有形媒介，然對於附有商業秘密之有形載體亦應予以承認屬保護範圍之列，否則載於其中之商業秘密失其所附，僅保護該秘密資訊似無實益。商業秘密亦保護概念，只要該概念具有實質或潛在之經濟利益，可用於生產、經營，並具備秘密性與管理性等要件，即可以商業秘密保護之¹²。

若以商業秘密之用途分析，其可區分為用於商業上的非技術性商業秘密，與用於生產製造上的技術性商業秘密。產品製成中的製造方法，或是產品調製的配方等等，皆屬於技術性的商業秘密，在此方面，須注意與專利技術之區分。事實上，一項製造或生產技術，其在本質上均可能成為專利或商業秘密，其中區別在於得到專利之技術，需具備專利法要求之新穎性或進步性，但是商業秘密則否，且專利法要求申請專利之技術在審查程序中須經過公開制度，因此該項技術如果申請專利，則基本上已失去商業秘密的秘密性要求。

依《反不正當競爭法》第十條之規定，技術資訊與經營資訊皆屬商業秘密之範疇，技術秘密如：設計、製作工藝、方法、數據、配方、流程、樣品、未上市之產品、圖樣、經改進的機器設備等，依據國家科委(現為中華人民共和國科學技術部)於1997年7月2日發佈之《關於加強科技人員流動中技術秘密管理的若干意見》第二點之解釋，技術秘密為「由單位研製開發或者以其他合法方式掌握的、未公開的、

¹² 謝銘洋等著，營業秘密法解讀，月旦出版社，1996年11月，頁38-39。

能給單位帶來經濟利益或競爭優勢，具有實用性且本單位採取了保密措施的技術資訊，包括但不限於設計圖紙(含草圖)，試驗結果和試驗記錄、工藝、配方、樣品、數據、電腦程式等等。技術資訊可以是有特定的完整的技術內容，構成一項產品、工藝、材料及其改進的技術方案，也可以是某一產品、工藝、材料等技術或產品中的部分技術要素」。地方行政機關對於技術資訊之解釋，亦無不同，1995年《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》第五條解釋「本條例所稱的技術和技術資訊，包括以物理的、化學的、生物的或其他形式的載體所表現的設計、工藝、資料、配方、訣竅等形式」。

非技術性的資訊是指用於經營或銷售方面的商業性秘密，亦可成為商業秘密之標的，如：行銷策略、市場調查、定價、客戶資訊分析、公司會計記錄、員工薪資記錄、廣告理念、原物料資訊、投標書內容與底標等。在實務上，相對技術秘密而言，僅以客戶名單為由進行之侵權訴訟，原告勝訴率較低，此因競爭市場中，客戶屬於流動的狀態，客戶關係之形成與存續並非企業單一行為即可完成。客戶本身具自主性，因此企業對於客戶名單的控制能力相對較低，亦因客戶變化不斷，導致客戶名單是否為穩定的經營秘密受到挑戰¹³。此外，客戶名單因為使用機會較頻繁、被接觸機會較高，屬於較易被他人探知之類型，常常因為員工跳槽或事業挖角而涉及名單流失之不當使用與竊取，客戶名單有其保護利益。客戶名單大體而言具有一定形式，然而並非所有有價值之資訊均符合商業秘密構成要件，故不宜直覺式以資訊本身價值與功能評斷受商業秘密保護與否，應回歸《反不正當競爭法》第十條第三項檢驗之。

¹³ 衣慶雲，「客戶名單的商業秘密屬性」，知識產權，2002年第1期（2002年1月），頁39。

壹、客戶名單之秘密性

受保護之客戶名單應與能從公開管道獲得之簡易名單有所區隔，即黃頁電話簿中的電話號碼、商會名簿、甚至是網頁中開放予不特定人士查閱之產品價目表等，僅列有客戶姓名、電話、地址、價格等簡單事實之名單不具秘密性，因為上述資訊皆屬公共領域內的公開資訊，違反秘密性要件。若以公開名單為線索，企業自行深入調查、拜訪與篩選後形成之名單，則因內容具專屬性而產生秘密性。由於秘密性僅要求相對秘密，因此同一客戶可為多個企業與競爭對手共同擁有，只要企業掌握之客戶名單主動付出了時間、金錢或人力，並依據其業務需求所建成，如：客戶的消費習慣、接受之產品服務價格區間、消費記錄分析、意見回饋記錄等，不論名單中客戶數量多寡，只要包含了客戶的綜合資訊，這些無法從公開管道中獲得的企業專屬客戶資訊，成為了企業的競爭利器，即符合秘密性要件。



貳、客戶名單之經濟性和實用性

客戶名單之經濟性體現於其能夠成為企業的競爭優勢，因為付出了時間、金錢與人力而獲得之客戶名單，能夠增加交易機會，降低搜尋顧客之交易成本，進而為名單所有人帶來經濟利益。客戶名單之實用性則要求能於競爭中實際使用，且須以經營或競爭為目的而建構該名單，此外，與一般商業秘密實用性共同之要求，即客戶名單需具備具體性與確定性，因籠統的客戶資訊有可能被視為僅具有理論性或研究價值而缺乏實用性。經濟性和實用性之最好證明實為因客戶名單而發生糾紛，甚而進行之訴訟，由此可知該項客戶名單被競爭對手認定具有可使用之競爭利益。

參、客戶名單之管理性

客戶名單雖然容易於交易過程中流失，但其管理性要求應比照一般商業秘密之合理保密措施即可，否則不適當的全面性保密措施耗費甚巨，將致使企業寧願放棄其應有之權利，而導致交易市場秩序紊亂。關於合理的保密措施，一般的商業秘密權利人實施之方法應至少達到(1)足以使競爭對手或其他人透過正常、合法手段亦無法獲得商業秘密；(2)足以使保密義務人清楚自己的保密義務。惟因客戶名單沒有還原工程之實施可能性，因此權利人採取適當的硬體設備與嚴格的管理制度，並使保密義務人透過規章制度、協議或通知等方式，使其知曉保密義務，即已充足。

美國法院認為客戶名單應具備下列六項標準¹⁴，方可視為商業秘密：(1)需從非公開管道中取得者；(2)企業已花費相當之時間、金錢與人力；(3)已盡合理的努力維護客戶名單秘密性；(4)客戶名單之內容富有經濟價值；(5)他人可從客戶名單中之揭露或使用而獲得經濟利益；(6)員工於經驗中正常獲得之知識，若透過故意記憶竊取客戶相關資訊者，非屬之。

技術秘密與經營秘密在理論上均受到保護，但是實務中，二者存在著不平等地位，因為技術較中性，可具體列出保護要件，但是經營秘密會受到經濟理論與市場競爭政策變化影響，其保護要件之寬鬆應時而變，如美國早期於《侵權行為法重述》中，規定只有使用於商業上連續不斷的現實使用之資訊方受保護，一次性或短暫使用的資訊，如：拍賣報價、貿易要約等，均不受保護¹⁵。隨著市場發展複雜化，

¹⁴ 徐盛國，「客戶資訊與營業秘密之芻議」，智慧財產權月刊，第 63 期(2004 年 3 月)，頁 114。

¹⁵ 戴永盛著，商業秘密法比較研究，華東師範大學出版社，2005 年 1 月，頁 48。

許多一次性資訊亦成為重要的競爭策略，因此資訊使用頻率已非評斷能否受到商業秘密保護之考量因素，現今更重視該資訊之秘密性對於其包含之經濟利益是否有連動影響效果，若以商業秘密保護資訊秘密而能提升經濟利益或增加競爭優勢，則獲得商業秘密保護之可能性增加，反之則否，以避免過度保護資訊流動性，因此短暫性資訊，如投標書之標底內容，亦已納入經營秘密之範圍¹⁶。

然而一般經營生產流程中，尚有許多其他不同名稱、類別之資訊，雖於法條中未明文規範之，然經推敲其意涵與分析構成要件之該當與否，亦可辨別是否屬於商業秘密保護之客體。

壹、Know How

美國學者定義此一詞為「未獲得專利保護之生產或銷售之技術方法¹⁷」，日本學者則稱之為「有利於用作工業目的之秘密技術知識與經驗」。我國對此字詞之翻譯多為「專門技術」，由此可知我國歸類 Know How 之屬性偏於技術資訊，然其存在未必符合秘密性之規定，且商業秘密另包含經營秘密，因而學者黃三榮先生認為 Know How 不宜與商業秘密並稱¹⁸。在大陸，Know How 一詞亦無統一名稱，一般學者認為較接近之翻譯為「專有技術」。因其未有公認之定義，故判斷其是否屬於商業秘密時，應透過分析其實質內容，依據創新性、秘密性、經濟性等要件檢驗後始得之，無法概括性認定凡稱為 Know How 均得適用商業秘密保護。

¹⁶ 《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第二條第五項

¹⁷ FRANCOIS DESSEMONTET, THE LEGAL PROTECTION OF KNOW-HOW IN THE UNITED STATES OF AMERICA 19 (H.W. Clark trans., South Hackensack 2d ed. 1976)(1974)

¹⁸ 黃三榮等著，營業秘密--企業權益之保護，財團法人萬國法律基金會，2002年3月，頁2。

貳、非專利技術

非專利技術原多以《中華人民共和國技術合同法》作為保護之依據，該法適用於法人之間、法人和公民之間、公民之間，關於技術開發、技術轉讓、技術諮詢和技術服務所訂立之契約，然於 1995 年 4 月 2 日發佈之《最高人民法院關於正確處理科技糾紛案件的若干問題的意見》，明確說明非專利技術應具備之條件：(1)包含技術知識、經驗和資訊的技術方案或技術訣竅；(2)處於秘密狀態，即不能從公共渠道直接獲得；(3)有實用價值，即能使所有人獲得經濟利益或競爭優勢；(4)擁有者採取了適當保密措施，並且未曾在沒有約定保密義務的前提下將其提供給他人。另指出非專利技術成果受《民法通則》、《反不正當競爭法》、《技術合同法》及其實施條例等法律、法規保護。



由於 1999 年 3 月 15 日全國人民代表大會通過《中華人民共和國合同法》，原依據《中華人民共和國技術合同法》有關規定作出之司法解釋不再適用，雖然《最高人民法院關於正確處理科技糾紛案件的若干問題的意見》已於 2000 年 7 月 13 日廢止，然而其關於非專利技術之認定觀點，仍具有參考價值。

參、暫時性商業秘密

某些商業秘密的生命週期相當短，其秘密性因時間的推演，終將受到破壞，然而，在未公開之前，對於權利人而言，因其新穎性而屬於具有價值的競爭資訊，如《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第二條第五項所列之招投標中的標底及標書內容。大陸之司法實務¹⁹

¹⁹ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005 年 3 月，頁 19-20。此為暫時性商業秘密之司法案例：上海紗林公司新款服飾案，因其價值性與秘密性將在產品上市時喪失。本案中，原告

肯認此種暫時性資訊在未上市公開之前，若受到他人之不法侵害，權利人可經由舉證證明為其商業秘密。

肆、消極性商業秘密

此一類型亦可稱為「否定性的商業秘密」，意為被淘汰的數據或資料。該資訊既已不為權利人所用，是否符合商業秘密之實用性而得受保護？學者張玉瑞認為「只要具有社會有用性，有關資訊就有需求者，會產生交換價值，合法控制該資訊的人可轉讓、出售，其合法利益應當獲得法律保護」²⁰，因此，雖然該數據或經驗對於某企業是無法採用的，但是對於其他企業而言，可減少試誤成本，提升生產或競爭效率，因此該資訊具有交換價值，只要權利人依保護商業秘密之要求實施，若遭他人違法使用或洩漏，此一消極性資訊仍可視為商業秘密而受保護。



第二節 商業秘密之法律性質

商業秘密的法律性質是一個眾說紛紜的問題，英美法系在其豐富的商業秘密法律保護司法實踐基礎上，發展了契約理論、侵權行為理論、財產權理論；相比之下，大陸法系國家關於商業秘密則沒有如此複雜之理論體系²¹。

上海紗林服飾公司對於新款服飾之圖樣均採取保密措施，在其員工手冊中訂立保密義務，並實施員工保密訓練。被告上海越申製衣公司聘用原告員工朱某為技術顧問，透過朱某獲得原告三款設計圖樣(5047 號、5177-1 號、6082 號)，其中，5047 號已由原告上市，但被告仍透過朱某獲得相關圖樣；5177-1 號原告尚未生產，被告已完成商品並上市；6082 號則為原被告同時生產上市。法院認為 5047 號因已上市，故喪失秘密性，但是 5177-1 號與 6082 號仍屬原告之商業秘密。法院之論理如下：原告投入製作圖樣設計，具有時間與空間之競爭優勢，並可擇時上市推廣而獲得利潤，若遭洩密，則其優勢將遭受損害。

²⁰ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005 年 3 月，頁 19。

²¹ 吳漢東等著，知識產權基本問題研究，中國人民大學出版社，2005 年 3 月，頁 720-724。

第一項 商業秘密保護理論

壹、契約理論

無論是英美法系或大陸法系，早期的商業秘密保護論均以契約理論為基礎，不同的是，大陸法系國家強調明示契約之作用，因此訴訟往往以書面契約之出示與其內容為判決基礎，在美國，就算是明示契約，亦有可能因為公共政策之影響，而導致法院變更契約中明確規定的義務條款、契約範圍與契約期限之長度。美國後來在司法實踐中發展出「事實上默示契約」之概念，商業秘密權利人可依據事實上的默示契約獲得保護，不再依靠明示契約之成立，典型的事實上默示契約實例乃雇用關係，大多數的員工在沒有明示契約的情況下，使用雇主的商業秘密時，基於社會責任與職業道德而有義務保護雇主商業秘密之資訊²²。



上述契約理論之實質目的均為違約責任之預防與制裁侵犯商業秘密之行為，此舉限制了商業秘密的使用範圍與期限，只要超越了約定的範圍或期限，即屬違約，因此保護力度尚嫌不足。

而後，美國再度發展出「法律上默示契約」理論，由法律假設任何一個涉及商業秘密的雇用關係或其他保密關係，皆包含當事人間良好的聲譽與公平競爭之默示承諾，法律將忠誠義務加諸於商業秘密權利人與使用人。然而此一理論最大缺失則為：無法對抗第三人不法侵犯商業秘密之行為。

²² ROBERT P. MERGES ET AL., INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGY AGE 29 (3d ed. 2003)

英美二國普通法上的衡平原則在商業秘密訴訟中發揮了一定作用，不過不同使用者將使衡平義務之表述成為不同含意之內容：(1) 衡平義務是「沒有明示、默示義務的人」承擔之義務，此一概念說明了商業秘密義務包括了明示、默示契約義務與衡平義務，此之衡平義務所欲解決之問題乃負有義務之人，在沒有明示或默示契約之情形中，仍必須承擔義務；(2) 衡平義務是「沒有明示義務的人」承擔之義務，如律師、醫生或公司經理人²³。

貳、侵權行為理論

雖然以基本原理而論，侵權行為理論與契約理論乃根本不同之理論，但在商業秘密保護方面，英美侵權理論產生時，與契約理論卻存在了千絲萬縷的聯繫。在商業秘密訴訟中，侵權法與契約法之適用範圍基本上相同，侵權法只是從不同角度予以同一行為之其他制裁，此即當權利人取得權利與義務人產生義務後，義務人若以行為損害了權利人之利益，即構成侵權行為，因此侵權法產生之權利並非漫無邊際。

此說認為因洩漏或使用商業秘密而破壞保密關係是一種侵權行為，故侵權者應負擔侵權責任。發展此理論最重要的影響判例為 1917 年美國最高法院 E.I. du Pont & Co. v. Masland²⁴一案，大法官 Holmes 表示：「『財產』一詞適用於商標與商業秘密時，是一種以善意為構成要件的表述，然而該構成要件將產生某些間接結果。無論原告的資訊有無價值，被告透過接受特殊的保密義務而瞭解該事實時，財產或可否認，但保密義務不能被否認。因此，問題的出發點不是財產或法律的正當程式，而是被告與原告的保密關係……」。

²³ 趙秉志、田宏杰著，侵犯知識產權犯罪比較研究，法律出版社，2004 年 4 月，頁 304。

²⁴ 244 U.S. 100, 102 (1917)

1939 年美國《侵權行為法重述》部分接受此理論，於該法第七百五十七條規定：「任何人洩漏或使用他人因信任而透露之商業秘密，將構成失信，應向權利人承擔侵權責任」。此理論之特性為不依賴契約之存在，甚至商業秘密不存在亦無妨，主要焦點著重於保守實質上秘密的法律責任。

侵權行為理論與法律上默示契約理論相同，均要求存在保密關係，惟其差異在於保密關係遭破壞時，前者屬侵權行為，後者屬契約行為，因此侵權理論在制約力度上較強，除了實施禁制令與損害賠償以外，尚可針對侵權者處以罰款。

侵權行為理論是私法權利本位時代的產物，以最直接的方式保護了權利人的利益，但是隨著大陸經濟社會化與宏觀調控之加強，侵犯商業秘密不但直接損害了權利人的利益，亦破壞了公平交易的競爭秩序，侵權行為理論對此無法提出解釋，因此推動了後續智慧財產權理論之發展²⁵。

參、財產權理論

此說認為商業秘密是無形財產權，發明人享有所有權，當商業秘密被侵害時，所有人可基於所有權之排他性，請求侵權人排除侵害與損害，禁止其繼續使用，且可據以請求損害賠償。因為商業秘密持有人基於所有人之地位，因此當事人之間不需要特定的法律關係或保密契約²⁶。

²⁵ 趙秉志、田宏杰著，侵犯知識產權犯罪比較研究，法律出版社，2004年4月，頁306。

²⁶ 孔祥俊著，商業秘密保護法原理，中國法制出版社，1999年8月，頁152。

此一理論最早於 1978 年美國《統一商業秘密法》與 1981 年英國《保護秘密權立法草案》所接受，並可從 1984 年 Ruckelshaus v. Monsanto Co.²⁷一案探知，法院於本案中明確表示：「商業秘密具有許多有形資產的特徵，商業秘密可以轉讓、成為信託財產，在破產時亦得轉讓給受託人」。而後漸由國際組織與國際公約擴大財產權理論至智慧財產權之範圍，1960 年代之國際商會(ICC)首先將商業秘密視為智慧財產權，直到 1990 年代 TRIPs 明確規定未公開資訊之保護，則大多數國家已開始接受商業秘密透過財產權理論獲得保護。

惟大陸法系國家因認為商業秘密不具有所有權之排他性，其可接受獨立的多重發明與還原工程之實施，致使同一價值之商業秘密為多數人擁有，因此大陸法系國家利用傳統物權理論否認商業秘密之財產權理論之適用。不過此情況於 1970 年第八次國際比較法會議上得到新解，德國、日本、比利時、美國等國之法學專家醫治認為商業秘密是一種實際的財產權。今日，日本修訂之商業秘密法律制度賦予了商業秘密受害人禁止請求權之救濟措施，此即為商業秘密排他性之認可，因為禁止請求權專屬於絕對權，此種權利由排他性衍生而出，一如物權救濟制度中的物權請求權。

不論是侵權理論，亦或是財產權理論，二者之最終目標均為鼓勵企業當事人對商業秘密之投入，前者藉由懲罰與預防違法行為，以負面的消極方式推動維護合理的商業行為，後者則利用保護權利人之資訊，禁止盜用以鼓勵對商業秘密資訊之投入，雖然手段不同，但最終結果是一致²⁸。

²⁷ 467 U.S. 986, 1001-04 (1984)

²⁸ ROBERT P. MERGES ET AL., INTELLECTUAL PROPERTY IN THE NEW TECHNOLOGY AGE 32 (3d ed.

保護商業秘密的財產權理論，在適用中存在着最大缺點與優點，其最大缺點乃商業秘密民事保護中，財產權理論要求商業秘密具備創新性，因而使得部分原應受保護之商業秘密被排斥在外，甚至有變相鼓勵違法之虞；最大優點則為提供了商業秘密形式保護充分的理論依據，因為財產是任何社會與發展階段公認之物質基礎，因此，將商業秘密當做事一種財產，使用刑事手段進行保護亦合情合理。其次，在商業秘密民事保護中，財產權理論賦予了意外獲得商業秘密者與善意第三人之責任義務，若以其他理論作為法理基礎，則無法獲得圓滿之解釋²⁹。

在中國，主要的三種學說與各國之間略有差異，強調財產權之討論：一、財產權肯定說；二、財產權否定說；三、智慧財產權³⁰。

一、財產權肯定說：此說認為商業秘密是一種財產權，但依其性質又分為相對財產權與無形財產權。相對財產權認為商業秘密的財產權性質得對不特定人主張權利，但該不特定人應限制於主觀上出於故意、客觀上實施或利用不正當手段侵害他人商業秘密者；無形財產權則認為商業秘密具有無形財產權之性質，權利人享有完整權利，包括佔有、使用、收益、處分權等。

二、財產權否定說：此說認為若承認商業秘密是財產權，即意味著商業秘密所有人可對不特定人主張權利，但是商業秘密處於秘密狀態，因此不特定的他人無法得知商業秘密確切範圍，同樣地，法律無

2003)

²⁹ 趙秉志、田宏杰著，侵犯知識產權犯罪比較研究，法律出版社，2004年4月，頁308。

³⁰ 孔祥俊著，商業秘密保護法原理，中國法制出版社，1999年8月，頁152-154。

法對於摸不到、看不見的東西予以保護。此外，財產所有權應直接對物權行使，商業秘密是思想的產物，而思想產物難以作為物權之標的物。

三、智慧財產權：此說已是現今通說，可由相關立法得知。《反不正當競爭法》將商業秘密主體稱為權利人，《刑法》亦定義權利人為商業秘密所有人與其許可之商業秘密使用人，除了肯定商業秘密是一種權利，亦可由《刑法》章節名稱得知，商業秘密已被承認為智慧財產權之一種³¹。此外，《反不正當競爭法》詳細規定了侵犯商業秘密之行為態樣，其中包括違約行為與侵權行為，此乃賦予商業秘密所有人以外之人不侵犯商業秘密的義務，應可視為承認了商業秘密之排他性，進而達成所有權之屬性。



第二項 商業秘密與專利、著作權之差異

壹、與專利之差異

專利是政府依據法律對當事人專利申請所授予的一種合法獨占權，但是商業秘密之取得不需申請或經過政府相關單位審查。專利權人獲得專利期間獨占權利的代價是權利人向社會公開其發明，並於法定保護期間內，定時繳納年費以維護專屬權；商業秘密則是當事人自行採取保密措施，維護競爭優勢，並依據當事人意願決定何時公開³²。

專利的保護門檻很高，其構成要件需具備《專利法》第二十二條規定之新穎性、創造性與實用性。申請專利的發明或實用新型應具有

³¹ 《刑法》第二百一十九條侵犯商業秘密罪規定於第二編第三章第七節侵犯知識產權罪之下。

³² 李玉香著，現代企業知識產權類無形資產法律問題，法律出版社，2002年6月，頁115-121。

新穎性，此因專利權人提供了社會大眾一項前所未有的發明，國家為鼓勵其貢獻，授與專利權使其於一定期限內享有獨占權，然而若是一項公開技術，社會大眾均有權自由使用，任何人不得納入其專利獨占權範圍之內，故新穎性之目的即為防止授予已公開之技術以專利保護，此為專利權最基本的條件。

以新穎性為基礎，若該發明雖前所未有，卻是一般擁有同等技術水準之人均可容易想像者，亦不應予以保護，否則專利將過於氾濫而影響了正常生產經營活動，因此專利另須具備創造性。此外，專利制度之設計目的即為鼓勵發明創造，並推廣發明創造之應用，因此能夠於產業中實際應用者，方符合專利保護之立法目的，實用性因而成為不可或缺要件之一³³。



此三項要件之審查均相當嚴格，新穎性與創造性均需要高度之創新水準，不得與任何先前技術相同、相似，並且不得與他人先取得之合法權利相衝突，實用性之判斷因素則架構於再現性、具積極效果與客觀的實用可能性³⁴。反觀商業秘密僅需具有一定程度之創新性、實用性，能為權利人帶來現實或潛在之經濟利益、競爭優勢者，即具有商業秘密價值而得受保護。

³³ 國家知識產權局條法司著，新專利法詳解，知識產權出版社，2001年8月，頁129。

³⁴ 「再現性」意指能夠重複實施且該結果不因人或其他隨機因素影響而異，其他相關之審查基準如不可利用獨特的自然條件作為實施之要件，此因侷限於特定自然條件而降低產業直接適用之可能性，以及測量人體在極限情況下的生理參數之方法亦不受保護，因為個人得以承受之極限條件不同，且有可能威脅生命安全，不符合產業實用性之要求。「積極效果」則為符合專利鼓勵發明創造之初衷，因此提供有益效果者，方具有實用價值。「客觀實用性」則如不得違背自然規則，因其必然無法實現，另一審查基準為人體或動物非治療目的之外科手術方法，因實施客體為人或動物，此與實用性限定以產業為實施主體不同。張清奎主編，專利審查概說，知識產權出版社，2002年10月，頁311-315。

專利的審查條件嚴苛，相對而言，專利保護的權利主體亦較少，原則上，一項發明製造只有一個專利，除非經專利所有人合法授權，任何人均不得實施、使用、銷售、進口該專利產品；商業秘密則可能存在多個權利主體，且各個權利主體之間是平行的，只要他人透過自己努力或還原工程而獲得之商業秘密，儘管內容完全一致，商業秘密所有人亦無法排除其權利之取得，商業秘密所有人僅能針對透過違法手段竊取、披露、使用商業秘密之行為人予以懲罰。

與專利相比，商業秘密保護似乎顯得較薄弱，但因其彈性較大，商業秘密的保護範圍大於專利之保護範圍，此因商業秘密包括技術秘密與經營秘密，而專利僅包括技術，且商業秘密可保護發展中、未完成的技術，於此部分，商業秘密可彌補專利之不足。台商在對應上，應理解兩者差異性，求其權益的使用及日後主張的模式。

大多數技術資訊可採取商業秘密保護，亦可使用專利為保護方法，二者之決策評估因素可分為下列五點³⁵：一、技術或產品之生命週期；二、技術或產品之創新程度；三、技術或產品之開發難易度；四、技術特徵確定之難易度；五、技術或產品之保密難易度。

一、技術或產品之生命週期：新技術發展或市場變化之週期較短者，適用商業秘密保護，因專利審查存在一定之時間成本³⁶，市場環境快速變化與新技術迅速發展者，均有可能不敵專利申請冗長之程式而無法獲得保障。此外，若技術或產品本身之存續週期較長者，亦適

³⁵ 李玉香著，現代企業知識產權類無形資產法律問題，法律出版社，2002年6月，頁117-121。

³⁶ 《中華人民共和國專利法》第三十四條規定，早期公開為申請日起滿十八個月，同法第三十五條規定，實質審查期限為三年。

用商業秘密為保護手段，此由可口可樂配方之例即可知³⁷。因專利之保護期間相較於保護良好之商業秘密而言，實則略短，參考《專利法》第四十二條可知，發明專利自申請日起二十年內、實用新型專利與外觀設計專利自申請日起十年內，方為其有效之法定保護期限，自時效完成後，專利內容之面紗即需揭示於社會大眾面前，成為公共領域之知識。故若台商企業對於技術或產品之內涵水準有相當信心者，應採用商業秘密為保護措施。

二、技術或產品之創新程度：《專利法》第二十二條第二項賦予了專利新穎性之定義：「在申請日以前沒有同樣的發明或者實用新型在國內外出版物上公開發表過、在國內公開使用過或者以其他方式為公眾所知，也沒有同樣的發明或者實用新型由他人向國務院專利行政部門提出過申請並且記載在申請日以後公佈的專利申請文件中。」因此，若此乃多數不特定人致力投入之研究，早一步獲得專利保護先機之人，即能封鎖、限制他人之使用，在合法的權利時限內，獲得實質的經濟效益，故重大的發明創造應優先考慮以專利保護之；但若為經驗積累之技術資訊或影響生產效率之關鍵性資訊，一方面因創新程度可能無法達到專利法新穎性之要求，另一方面為避免未來被強迫公開之危險，台商企業可考慮以商業秘密形式保護之，亦或是專利、商業秘密二者併用，將部分發展週期短的技術申請專利，其他關鍵技術訣竅則利用商業秘密保護，如此即可避免資訊被全面公開，亦得有效阻止他人透過自行開發或還原工程實施相似之技術與產品。

³⁷ 可口可樂公司採用商業秘密以保護其配方秘密之作法，已超過一世紀且仍持續適用之。賴文智、顏雅倫著，營業秘密法二十講，翰蘆圖書出版有限公司，2004年4月，頁26。

三、技術或產品之開發難易度：此一開發難度評估要件，較適用於可獲得實用新型專利與外觀設計專利保護之客體。實用新型專利乃「對產品的形狀、構造或者其結合所提出的適於實用的新的技術方案」，外觀設計專利則指「對產品的形狀、圖案或者其結合以及色彩與形狀、圖案的結合所作出的富有美感並適於工業應用的新設計」³⁸，上述二者之專利內容較易透過觀察而得知，惟因已取得專利而獲得保障，因此，若台商企業掌握之技術或產品，他人容易透過自力研發或還原工程而取得其中之生產資訊，應以專利保護之，因商業秘密亦保護第三人之自行創造或透過還原工程獲得之合法資訊。反之，無法直接從產品中獲知其結構、技術、配方之客體，則可考慮採用商業秘密保護之。



四、技術特徵確定之難易度：若為硬體結構或配方繁複之產品，由於他人難以經由觀察、還原工程等方式破解其真實資訊，為避免受限於專利之法定時效，以求長期保留此競爭優勢，應適用商業秘密保護之。以此推知，凡屬技術中性或其內涵特徵不易探查、確定之產品，台商企業宜採商業秘密以為保護，此因專利要求具有創造性，即與同一申請日前已存在之技術相比，需具備實質性特點與進步³⁹，若該技術特徵不明確，則獲得專利保護之可能性大幅降低；即使最終取得專利，亦無法保證未來發生侵權訴訟時，可提出有力之證明，因對造只要善用模糊的技術範圍即可完成專利迴避設計，則專利侵權訴訟之勝

³⁸ 請參考《中華人民共和國專利法實施細則》第二條之規定。

³⁹ 《中華人民共和國專利法》第二十二條第三項規定：「創造性，是指同申請日以前已有的技術相比，該發明有突出的實質性特點和顯著的進步，該實用新型有實質性特點和進步」。「實質性特點」意指申請專利之發明或實用新型與申請日、優先權日以前已有技術相比，為一經過創造性思考而獲得之結果，並非在已有之技術基礎上，透過邏輯分析、推理或簡單試驗即得之結果；「進步」則為較申請日、優先權日以前已有技術具有更好的效果，不過此一進步之比較基準並非檢驗先前技術各個面向，此因技術之進步，往往是取捨後之結果，當一方面獲得改進時，卻不得不犧牲另一方面。國家知識產權局條法司著，新專利法詳解，知識產權出版社，2001年8月，頁146-147。

訴機會渺茫。專利不是技術保障之唯一途徑，應多方考量申請成功率與取得之權利範圍是否能提供有效保護，以之與商業秘密保護範圍相對照，擇優取之。

五、技術或產品之保密難易度：上述四點較偏向技術或產品本身之實質審查，然而商業秘密保護要件之一「管理性」亦不容小覷。合理的保密措施傳達了商業秘密權利人的主觀意思，以行動透露其保密決心，惟具體的保密措施需付出成本，舉凡聘請律師撰寫保密契約條文、購買保全系統保護載有商業秘密之文書或電磁記錄等，無一不耗時耗資方得完成，因此，若台商企業付出了高保密成本，但他人仍無須破壞即可探知其中的商業秘密，洩密風險依然高居不下之時，得轉而考慮以專利為保護措施。此與第三點提及之還原工程具相同趣味，同為避免因易於探查之技術內涵，而採行先搶先贏之專利權，利用國家賦予之獨佔權享受競爭優勢與利益。

貳、與著作權之差異

比較商業秘密與著作權之立法目的，即可知二者相差甚巨。2001年修正之《中華人民共和國著作權法》第一條規定：「為保護文學、藝術和科學作品作者的著作權，以及與著作權有關的權益，鼓勵有益於社會主義精神文明、物質文明建設的作品的創作和傳播，促進社會主義文化和科學事業的發展與繁榮，根據憲法制定本法。」此與商業秘密「鼓勵發明創造」、「維護商業道德」、「保障競爭秩序」與「調和公共利益」之保護目的，大異其趣。

還原工程⁴⁰在商業秘密中，可視為一種合法的抄襲，然而在著作權保護範圍內，將無法通過作品之構成要件檢驗，因為作品保護要求的是原創性，作品必須是作者透過獨立的智力創造與勞動而獲得之成果，並非藉由抄襲、剽竊、錯改他人之成果而得，因此不同作者針對同一題材進行創作，只要作者均各自獨立創作完成，則各個作者對於其作品享有獨立的著作權⁴¹，由此可知著作權法強調的是獨立創作成果之展現，但在商業秘密中，還原工程是第三人自行花費心思，透過付出、努力而獲得之資訊，只要該人亦不破壞秘密性，採取適當保密措施，則不同權利主體得掌握相同之秘密資訊，商業秘密重視的則為秘密性之保存，二者保護目的不同，檢驗同一還原工程之適法性結果亦不同。



著作權在作者完成作品創作時，即依法享有著作權之保護，無須進行任何登記或事前事後之審查批准，此一自動取得原則與商業秘密類似，凡採取適當保密措施保護具有經濟實用性之秘密資訊，原則上即滿足商業秘密構成要件，惟商業秘密權利之確認需於發生糾紛時，法院審酌商業秘密所有人是否符合構成要件之要求後，方得確定。

商業秘密的保護範圍包括技術秘密與經營秘密，著作權則為文字作品；口述作品；音樂、戲劇、曲藝、舞蹈、雜技藝術作品；美術、建築作品；攝影作品；電影作品和以類似攝制電影的方法創作的作品；工程設計圖、產品設計圖、地圖、示意圖等圖形作品和模型作品；計算機軟體；其他法律、行政法法規規定之其他作品等⁴²，舉凡文學、

⁴⁰ 還原工程意指透過合法取得他人之產品，進行結構、技術分析，以發現該產品之製造方法、構造或材料等之行爲。See MELVIN F. JAGER, TRADE SECRET LAW A1-7 app. (1985)

⁴¹ 孫國瑞著，著作權法實用問答，知識產權出版社，2001年12月，頁3。

⁴² 請參考《著作權法》第三條之規定。

藝術、自然科學、社會科學與工程技術之創作，均可透過《著作權法》保護之。

著作權保護之客體為作品，作品是思想觀念不同形式之表述結果。著作權法之基本原則為保護創作，但不保護思想本身，因為相同之概念，可以透過許多不同形式以為表述，因此方有小說、舞蹈、詩歌等不同種類之作品呈現於世人面前，此亦意味著作者不可將自己作品中體現之思想觀念佔為己有⁴³。然而，商業秘密可保護作品與內容，若有記載著商業秘密的文字、圖畫、影音作品等，凡是未經權利人同意而公開、發行者，即屬侵犯商業秘密，若依循文字、圖畫、影音作品之教導而實施技術秘密或經營秘密，此亦構成侵權。



商業秘密僅保護處於秘密狀態下之資訊，但著作權不論是秘密狀態下或公開發表的作品，只要作品完成之日起，即受著作權保護。然而，商業秘密保護範圍不限於作品，商業秘密保護的資訊不一定僅以作品形式出現，如技術秘密中之製作工藝即難以透過著作完整傳達其內涵。綜上所述，究竟何者保護較寬廣，殊難認定。

商業秘密保護之資訊經常以著作為其表現方式，因此著作權與商業秘密二者有時會發生競合情況，如「工程設計圖、產品設計圖」，依 2002 年 9 月發布之《著作權法實施條例》第四條第十二款之說明，其為為施工、生產繪製的工程設計圖、產品設計圖，以及反映地理現象、說明事物原理或者結構的地圖、示意圖等作品，則「為施工、生產繪製」即可說明其具備商業秘密要求之經濟性與實用性，若該圖紙

⁴³ 李明德、許超著，著作權法，法律出版社，2003 年 8 月，頁 26-28。

之內容未曾公開，且所有人實施保密措施以維持其秘密性，則該工程、產品設計圖既屬著作權法之作品，亦為商業秘密之技術資訊⁴⁴，此種競合結果，提供了權利人雙重保護。

與專利相同，著作權法有一定之法定保護期限，依《中華人民共和國著作權法》第二十一條規定：「保護期為作者終生及其死亡後五十年。」雖然時間較長⁴⁵，但是仍有未來公開之可能，因此如同專利部分之討論，凡是關鍵性技術或資訊，應考慮採取無保護時限長短之商業秘密為之。

第三節 商業秘密之構成條件

商業秘密為無形之資訊，其所有人不明確，故與有形動產持有人之公開占有動產行為、不動產與專利權以公開登記之方式，大為不同。因此侵害商業秘密行為，須以可得認識該商業秘密，係被視為秘密而管理為要件⁴⁶。《反不正當競爭法》第十條第三項揭示了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。

⁴⁴ 王中，「論商業秘密的版權保護」，知識產權，1998年第6期(1998年11月)，頁16。

⁴⁵ 一般期限截止於作者死亡後第五十年的12月31日。費安玲著，著作權法教程，知識產權出版社，22003年6月，頁118。

⁴⁶ 王銘勇，「日本營業秘密保護法制之研究」，公平交易季刊，第2卷第1期(1994年1月)，頁63。

第一項 國際公約與各國之構成要件比較

國際公約中，明確規範商業秘密之公約有 TRIPs 與北美自由貿易協定(North American Free Trade Agreement, NAFTA)，關於商業秘密構成要件之相關條文內容如下：

TRIPs §39II 2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information:

- (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
- (b) has commercial value because it is secret; and
- (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

NAFTA §1711 1. Each Party shall provide the legal means for any person to prevent trade secrets from being disclosed to, acquired by, or used by others without the consent of the person lawfully in control of the information in a manner contrary to honest commercial practices, in so far as:

- (a) the information is secret in the sense that it is not, as a body or in

- the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons that normally deal with the kind of information in question;
- (b) the information has actual or potential commercial value because it is secret; and
- (c) the person lawfully in control of the information has taken reasonable steps under the circumstances to keep it secret.

不論是 TRIPs 或 NAFTA，二者對於商業秘密構成要件之要求可謂之相同，均為秘密性、經濟性與管理性，不過對於創新性之要件，公約中使用「或」一詞與秘密性相連結，因此，國際公約賦予了締約國之立法自由，由締約國選擇僅符合秘密性即給予保護，或是需要求一定程度之創新性，亦或是解讀為對於經營秘密要求達到秘密性，而技術秘密則另需符合創新性之要求。不論各國最終立法選擇商業秘密保護之構成要件內容為何，關於秘密性與創新性之要求，國際公約之規範給予了具有彈性的立法空間。

大陸法系國家幾乎都選擇採用三要件作為保護，即不採納創新性⁴⁷，如德國之《不正當競爭防止法》要求「尚未公開」、「有保密意思」與「正當保密利益」。德國的構成要件要求較低，若是曾經使用但因時間久遠而遭人遺忘的資訊，仍有可能因為具有秘密性而成為商業秘密，且所有人的保密意思無須以明示為必要，只要能夠依據外在的客觀事實推定其保密意思即屬充分，若保密資訊尚未實現，只要有正當的經濟利益，均可視為存在正當保密利益。

⁴⁷ 孔祥俊著，商業秘密保護法原理，中國法制出版社，1999年8月，頁117-123。

日本《不正當競爭防止法》第一條第三款規定了商業秘密之構成要件，亦採取了三要件原則⁴⁸，但是關於還原工程是否破壞秘密性，則有較詳細之規定：若實施還原工程之人亦將結果當作秘密管理，則屬資訊尚未公開；若還原工程已被實施，但在短期內難以掌握成本價格或技術耐久度，則不能被認為資訊已公開；若產品售出後，很容易經過分析而被發現秘密資訊，則自該產品售出後，即視為不具秘密性。日本與德國均要求正當利益之存在，此為其他國家較少見之情況，因此違反公序良俗之商業秘密是不受到保護的，如：逃稅、違反勞工法之秘密資訊。

韓國《反不正當競爭法》第二條亦採用了三要件原則，規定商業秘密意指生產方法、銷售方法以及其他對經營活動有用(實用性)、未被公眾所知(秘密性)、具有獨立經濟價值且經實質努力保持秘密之技術或經營資訊(管理性)⁴⁹。

我國於 1996 年通過《營業秘密法》，關於構成要件之規定列於第二條：「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。」由條文內容可明確探知立法者之心意，需符合「非一般涉及該類資訊之人所知」、「因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值」與「所有人已採取合理

⁴⁸ 王銘勇，「日本營業秘密保護法制之研究」，公平交易季刊，第 2 卷第 1 期(1994 年 1 月)，頁 63-64。

⁴⁹ 張玉瑞著，商業秘密法學，中國法制出版社，1999 年 10 月，頁 150。

之保密措施」之要求，亦採行三要件原則，然而我國學者所闡釋之三要件，與上述大陸法系國家略有不同。

營業秘密法為保護正當競爭秩序，因此要求以客觀角度視之，應具「實際或潛在之經濟價值」，能對事業競爭實力產生具體貢獻，當商業秘密不復存在時，亦將產生影響競爭效能之價值指標，此為學者黃三榮先生所稱之「有用性」⁵⁰。實務上以不具備經濟價值為論理基礎者較少⁵¹，但亦有特例，如臺北地方法院 88 年勞訴字第 25 號民事判決曾表示：「本件方程式對原告及競爭者之價值而觀，競爭者仍可藉由其他模式獲得土壤參數，且原告在結構技師公會說明會中將代表性及客觀性案例逐一提出說明，仍無法瞭解原告投注在系爭方程式之心力，故尚難認係屬營業秘密法規定之營業秘密。」因此原告若無法證明投注之心力且競爭者得以他法獲得與商業秘密內容相同之結果時，商業秘密將不具有有用性。此外，有用性之判斷需符合善良風俗之客觀檢驗，若為不合法之資訊或對於企業經營而言不具經濟價值，皆無法滿足有用性之要件。

我國對於實施保密措施之要求，可透過眾多司法判決體察法院之普遍認知，不過在明示之標示註記是否為合理的保密措施之爭論，卻仍是處於正反雙方均有支持者之局面。我國高等法院高雄分院 90 年度上易字第 2142 號刑事判決確認若雙方訂有保密契約，則不論文書是否已標記「機密」字樣，均不得侵害權利人之商業秘密。本案為兩造雙方事先約定，被告因職務上知悉或可得知悉或持有有關經營商業之相關資料時，於受僱期間及離職後，非經原告書面同意，不得以口

⁵⁰ 黃三榮等著，營業秘密--企業權益之保護，財團法人萬國法律基金會，2002 年 3 月，頁 9-10。

⁵¹ 賴文智，「營業秘密法制之研究」，智慧財產權月刊，第 72 期(2004 年 12 月)，頁 96。

頭、影印、借閱、交付、文字發表或以他法，洩漏於他人。然而被告離職後，另立門戶且違背前揭保密約定，並將原告之價目表、客戶地址等相關營運上應予保密之資料，洩漏予他人，最終因「依契約有守因業務持有工商秘密之義務，而無故洩漏」，遭致刑法之制裁。

不過亦有法院認為缺乏明確的限閱標記，難認權利人實施保密措施之意思，臺北地方法院 88 年度重勞訴字第 5 號民事判決即稱「原告並無註明或標示機密、限閱或其他同義字之註記，原告固主張工作記錄乃個別記載於原告公司交予個人填寫之工作紀錄簿，而各該工作記錄簿第二頁即載有工作記錄使用說明，其中第五項保密約定：『1、工作記錄簿非經主管許可不得攜離工作場所。2、工作記錄簿非經主管許可，不對外揭露記載內容。3、未經許可，不得擅自翻閱他人之工作記錄簿。』第六項並約定離職應將工作記錄簿繳回工作記錄簿管理單位。原告主張工作紀錄簿之使用說明，充其量僅係原告公司對員工管理工作紀錄簿之規則，並非具體的保密「措施」。況被告鄭姓員工陳稱『這是我寫的，那是我直接寫在工作簿，當時是結束前一產品後，就一個產品有問題，日本有技師到台灣來跟我們做一些說明，我根據說明謄寫下來，工作紀錄離開由公司收回，工作紀錄一般寫完放在書架上，主管會抽查，平常就放在架上，有時跟同事討論會拿出來。』自難認原告已採取任何合理之保密措施，自不符合營業秘密法第二條之規定。」

其他疏於實施保密措施之行為，法院否認權利人具有主觀保密意思，而拒絕給予商業秘密保護，如我國高等法院 88 年度上易字第 28 號刑事判決認為：「告訴人將客戶名單資料存於公司電腦中，並未設

置密碼，任何公司職員均可輕易取得，告訴人既未採取合理保密措施，其客戶名單根本不屬商業機密。」另於台南地方法院 90 年度易字第 822 號刑事判決亦有云：「學生資料均置於櫃台內抽屜，方便老師取閱以聯絡未到課學生，並未上鎖亦無任何保密措施，從而任一員工均可任意接觸學生資料，可見告訴人對該等資料並未採取合理之保密措施，此等學生資料應非『工商祕密』『營業祕密』。揆之上開說明，被告縱洩露學生資料，亦不構成刑法上之洩露工商祕密罪之構成要件。」

「非一般涉及該類資訊之人所知」的技術或經營資訊，若已廣泛被社會大眾所知悉，則法律無給予保護之必要，此為學說上所稱之「創新性」、「非週知性」或「非公知性」。商業秘密的創新性與專利法要求之新穎性並不相同，專利法之要求乃「絕對新穎性」，即指發明創作在申請專利前，從未公開過，因而未曾被大眾所知悉或使用，但是營業秘密法要求「相對創新性」，只要具有最低程度的創新性，該資訊為權利人投注相當努力而獲得，且一般人無法輕易取得，使其成為公開資訊，即已滿足「非一般涉及該類資訊之人所知」之要求，然而「涉及該類資訊之人」之界線應如何劃定，究竟應以與商業秘密內容相關之特定族群為限，亦或是擴大至相同職業工作者皆屬之，成為學界討論重點⁵²。

明確要求創新性作為構成要件之國家，以美國為代表。在 1939 年版《侵權行為法重述》(Restatement of Torts)第七百五十七條評論 B 即規定 'A trade secret may consist of any formula, pattern, device or

⁵² 賴文智、顏雅倫著，營業秘密法二十講，翰蘆圖書出版有限公司，2004 年 4 月，頁 123-125。

compilation of information which is used in one's business, and which gives him an opportunity to obtain an advantage over competitors who do not know or use it. ...Some factors to be considered in determining whether given information is one's trade secret are: (1) The extent to which the information is known outside of his business; (2) the extent to which it is known by employees and others involved in his business; (3) the extent of measures taken by him to guard the secrecy of the information; (4) the value of the information to him and his competitors; (5) the amount of effort or money expended by him in developing the information; (6) the ease or difficulty with which the information could be properly acquired or duplicated by others.’除了秘密性、經濟性、管理性，尚要求權利人需有努力之事實與創新性，而此規定被大多數州法院援引為是否給予商業秘密保護之基礎，並因為受到判例之採納而成為美國法律一部份，其影響甚巨⁵³。

美國於1985年修正了1979年由美國統一州法全國委員會制訂的《統一商業秘密法》(Uniform Trade Secrets Act)，全文共十二條，內容包括商業密的定義、救濟方式、損害賠償、訴訟保全措施與訴訟時效等規定。雖然商業秘密屬州法範圍，且《統一商業秘密法》不是聯邦立法，但是多數州以此為商業秘密法規之制訂範本⁵⁴，因此《統一商業秘密法》亦具參考價值。該法中，與《侵權行為法重述》之構成要件大致類似，但是擴大了保護範圍，對於未曾使用、一次性使用與具有潛在經濟價值之商業秘密皆納入規範中。

⁵³ 陳家駿，「公平交易法對營業秘密保護之評析」，公平交易季刊，第2卷第1期(1994年1月)，頁5。

⁵⁴ 戴永盛著，商業秘密法比較研究，華東師範大學出版社，2005年1月，頁10。

由上述美國商業秘密相關法規之介紹可知，美國對於權利人耗費努力之關心以及技術資訊之新穎性，設有一定要求，此與國際公約以及其他國家有明顯差異，但是採用三要件原則之國家，對於創新性並非完全沒有要求，如我國針對秘密性之條文內容表述為「非一般涉及該類資訊之人所知者」，其中亦包含了低度創新性。

第二項 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」⁵⁵。

實務中應分別從主客觀之不同角度判斷商業秘密之秘密性⁵⁶。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。前者不分析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

⁵⁵ 趙秉志主編，侵犯知識產權犯罪研究，中國方正出版社，1999 年 7 月，頁 257。

⁵⁶ 鄭社民，「商業秘密概念初探」，知識產權，2002 年第 2 期(2002 年 3 月)，頁 32。

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」⁵⁷。因為商業秘密不似專利法要求一所屬技術領域的技術人員⁵⁸，得以知悉者為判斷基礎，商業秘密認為各行各業有不同高度之技術門檻，僅有相關產業或具有相關知識之人，才會對某些資訊感受到其特殊價值，且儘管該人透過上市產品進行還原工程或自我分析而獲得之設計圖樣，不一定與權利人之圖樣一模一樣，因此，只要商業秘密未對外流通，無法於公共領域中直接取得，仍屬保有秘密性。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」⁵⁹：(1)簽訂保密合約後的產品試用；(2)侵權人以違法手段獲得

⁵⁷ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005年3月，頁42。

⁵⁸ 出自中華人民共和國國家知識產權局發佈之「審查指南」2001年版第二部分第四章第2.2條。「所屬技術領域的技術人員，也可稱為本領域的技術人員，是指一種假設的“人”，假定他知曉申請日或者優先權日之前發明所屬技術領域所有的普通技術知識，能夠獲知該領域中所有的現有技術，並且具有應用該日期之前常規實驗的手段和能力，但他不具有創造能力。如果所要解決的技術問題能夠促使本領域的技術人員在其他技術領域尋找技術手段，他也應具有從該其他技術領域中獲知該申請日或優先權日之前的相關現有技術、普通技術知識和常規實驗手段的能力。設定這一概念的目的，在於統一審查標準，盡量避免審查員主觀因素的影響。」

⁵⁹ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005年3月，頁42。

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；(3)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：(1)當事人主觀上存在權利主張大而全的誤會；(2)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⁶⁰。

第三項 經濟性和實用性

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。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。

⁶⁰ 汪彤、胡震遠、劉洪，「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，第 229 期(2005 年 4 月)，頁 15。

經濟性又稱價值性、商業性、有價性，指商業秘密存有利益，為可評價之標的，且不僅僅限於經濟利益之上，商業秘密若能成為權利人之競爭優勢亦屬經濟性之範疇。經濟性可分為現實價值與潛在價值，因此，不論商業秘密已使用於生產線上或處於可直接使用之狀態，亦或是研發測試中的資訊，凡受他人違法侵害時，均屬對權利人利益之損害，且損害範圍之界定無法僅以生產成本或合法獲得之授權成本衡量，因為商業秘密之獲得成本與其發揮之經濟效益與競爭優勢間，沒有絕對的倍數關係。雖然，權利人之生產取得成本無法用以計算損害賠償範圍，卻可以成為有力的經濟性證明⁶¹。

美國《統一商業秘密法》第一條第四款⁶²規定商業秘密應具有實際或潛在的獨立經濟利益，要求商業秘密在使用中可以獨立存在，不必依附其他資訊、知識或經驗，此概念推演至針對現有技術之修改，若此替換技能為同一領域普通技術人員熟知之手段或方法，原則上不應受商業秘密保護⁶³。此因商業秘密除保障權利人競爭優勢外，亦需平衡權利人與社會大眾之利益，若權利人得以依附公共知識、他人的知識財產權，亦或是與勞動者的一般知識、技能或經驗緊密結合而獲得保障，則商業秘密似有過於氾濫而失去保護之意義。

商業秘密經濟性獨立與否，與刑事訴訟關係更密切。在一般情況下，獨立的、具重大經濟或技術價值的資訊得為刑法保護對象，若與

⁶¹ 湯明輝，「談美國營業秘密之構成要件」，公平交易季刊，第2卷第1期(1994年1月)，頁36。

⁶² "Trade secret" means information, including a formula, pattern, compilation, program device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from no being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

⁶³ 郭世棧，「試論商業秘密權及其法律特徵」，知識產權，2001年第3期(2001年5月)，頁29。

公共領域緊密結合之資訊，如與勞動者的知識、經驗、技能關連性高之資訊，不屬於獨立資訊，則勞動者在新工作中若非惡意使用，即無觸犯刑法之危險⁶⁴。

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⁶⁵。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。

第四項 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》第二條第四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⁶⁶，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，不過筆者認為此二名稱易模糊讀者對於前述秘密性之認識，因此採用張玉瑞先生於「商業秘密、商業賄賂」一書中之用詞，定義權利人採取之商業秘密管理方式。

⁶⁴ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005 年 3 月，頁 36-37。

⁶⁵ 劉大洪主編，反不當競爭法，政法大學出版社，2005 年 2 月，頁 121。

⁶⁶ 趙秉志主編，侵犯知識產權犯罪研究，中國方正出版社，1999 年 7 月，頁 260。

管理性包含了權利人的主觀保護意思及客觀保護措施，兩者須同時具備，管理性方屬成立，若僅有保護意思而無付諸實踐，則他人無法得知該資訊屬權利人之秘密，因此保密措施是最明確的秘密宣告方式，且同時兼顧秘密性之要求。管理性的實施亦為訴訟中要件認定的重要一環，許多案件之秘密性判斷建立於保密措施實施之有無，雖然不完整的保密措施並不代表秘密性之喪失或管理性之缺乏，但是明確的保密措施能簡化權利人之舉證成本與難度乃不爭的事實，因為保密措施不僅是事實行為，其能創設商業秘密權之法律結果，屬重要的法律行為⁶⁷。

保密措施的實施包括保密協議之訂立、保密制度之建立等，可分為硬體措施與軟體措施。硬體部分為可觸及之保護設備，如：保險箱、駐有警衛之大門、標示秘密等級之分類檔等，軟體部分為形式化之制度設計，如：員工保密訓練、參觀者動線規劃、密件借閱規則等。保密措施如同秘密性之要求，只需相對於當時、當地、該行業之知識水準而言屬合理即可，畢竟固若金湯的保密措施設計不但不可能完成，且耗費權利人過多成本，美國最高法院對於合理的保密措施之見解，曾有下列表述：一扇未上鎖的門並非進入的許可證⁶⁸。此一看法，或

⁶⁷ 賴文智、顏雅倫著，營業秘密法二十講，翰蘆圖書出版有限公司，2004年4月，頁126。

⁶⁸ See 210 Pa. 464, 60 A. 4, Pa. 1904, Dec 31, 1904

'That the Pressed Steel Car Company had an exclusive property in the drawings in its offices, and no one, whether draftsmen or other employé, had any right to have blue prints made for his own use or the use of others. It matters not that the parts of the cars were not protected by patents, and that the process of manufacture was not a secret one. A certain amount of publicity is unavoidable in any manufactory, but an unlocked door is not an invitation to the passerby or to the servant of the household to help himself. Neither does a manufacturer abandon his property in a design by delivering it or a copy to another for a restricted purpose, nor by a limited publication. His property rights will be protected in such cases, and he will be protected against a breach of trust, confidence, or contract, and especially will he be protected against a breach of the confidence existing between employer and employé. These principles are supported by a number of well-considered cases. On the rights of an employer against an employé, the following cases, cited in the plaintiff's brief, are in point: *Lamb v. Evans*, L. R. (1892) 3, Chan. 462, where canvassers, employed to obtain advertisements for the plaintiff's trades directory

可當作是商業秘密權中義務人之注意義務，因義務人在正常狀態中，應能意識到商業秘密之存在，即使權利人因一時疏忽而未善盡其保密措施，義務人仍負有保密義務。

管理性是商業秘密不可或缺的構成要件，權利人採取保密措施是創設與擁有商業秘密之宣告方式，亦為權利取得法律保護之前提，然而過高的保密要求將妨礙商業秘密實用性，使權利人的經營活動無法正常運作，進而降低權利人開發新技術或找尋有效率的經營策略，此與商業秘密保護產業公平競爭與促進發展之立意相左⁶⁹，目前大陸之司法判決仍傾向要求權利人須以保密制度規章之設置為保密措施實施之證明，參考最高人民法院(1999)知終字第5號判決⁷⁰即可探知。



被上訴人(原審原告)株洲選礦藥劑廠(以下簡稱株洲廠)自1966年開始生產「黃藥」，自1975年起，該廠對黃藥生產合成技術中存在的品質不穩定、物料洩漏、溫度控制難、容易起火等問題進行研究，時至1981年，重新設計、製造、安裝關鍵設備「混捏機」與「球磨風選系統設備」，因而降低生產成本，提高安全性和產品品質，其中，丁黃藥於1982年、1985年與1990年榮獲湖南省優質產品獎。株洲廠對該廠的技術成果採取了保密措施：頒佈《保密、檔案工作制度》與《科技檔案管理標準》，並規定員工不得擅自複製、抄錄、轉借相

and to supply him with blocks and materials necessary for producing the advertisements, were held to have no right to use these blocks and materials for the purpose of a rival publication. The court cites a case where a cutter, in the employment of a tailor, was enjoined from using copies of customers' patterns made by him before he left his master. *Lewis v. Smellie*, 73 Law Times Rep. 226, a solicitor's clerk copies the register and index of agents and firms used by the plaintiff in process serving, and started to use them in a rival business, and was enjoined.

⁶⁹ 衣慶雲，「客戶名單的商業秘密屬性」，知識產權，2002年第1期(2002年1月)，頁40。

⁷⁰ 判決原文來源：中國知識產權裁判文書網(最高人民法院知識產權庭與中國法院網合作)，http://ipr.chinacourt.org/public/detail_sfws.php?id=869，最後連結日期：2006年8月11日。

關技術資料檔案等，凡未經管理者審視批准之技術資料檔案，亦不得外借。

上訴人(原審被告)劉顯馳曾任株洲廠 CS(黃藥原料)車間技術員、藥劑車間 副主任、CS 車間主任、廠設計室副主任兼設計室黃藥工藝組組長。1990 年 10 月，上訴人(原審被告)廣東省羅定市林產化工廠(以下簡稱羅定廠)要求劉顯馳提供黃藥生產的設備圖紙及技術，雙方口頭約定，由劉顯馳承擔技術工作，羅定廠支付酬金 4 萬元，其中交完圖紙付 2 萬元，試車成功後再付 2 萬元。劉顯馳於 1991 年 5 月底前交付全部設備圖紙，並於圖中標明設計人為柳順直(劉顯馳之諧音)，設計單位變更為園利來技術開發公司(實際上不存在此公司)，因而取得約定之 2 萬元整。獲得設備圖紙後，羅定廠隨即委託廣州市昆侖公司加工，期間，劉顯馳應羅定廠之要求曾到昆侖公司提供設備建構指導。1991 年 11 月，試車成功，羅定廠再付給劉顯馳 2 萬元。羅定廠又根據圖紙再安裝了二台設備，生產能力達到 2000 噸，主要產品有乙黃藥、丁黃藥等。羅定廠使用上述設備至 1997 年 4 月拆除設備止。

本案爭點之一乃株洲廠之「混捏機」與「球磨風選系統設備」是否為其商業秘密，最高法院認為，該涉案設備之技術經過兩次鑒定，確認了株洲廠生產、合成黃藥的關鍵設備「混捏機」具有密封性良好、有效防爆、控溫準確、變載性能可靠、出料閥獨特等五項技術；該廠自行設計、調試並逐步形成的「球磨風選系統」的封閉迴圈流程、重力分離器、鼓風機的改造、球磨機進出口端部的封閉裝置和管道配置等五項技術，亦處於秘密狀態，不為公眾知悉。羅定廠、劉顯馳對上

述鑒定結論提出異議，稱上述技術秘密已公開，但未提供充分的證據，且其提供之有關技術資料，未發現記載上述技術秘密內容，故上述之鑒定結論應當采信。株洲廠為保護其技術秘密，訂立了嚴格的保密措施，且該技術秘密能實際應用於生產並獲得實際效益，株洲廠之技術秘密已符合《中華人民共和國民法通則》和《中華人民共和國反不正當競爭法》規定的保護條件，應當依法受到保護。加之以羅定廠與劉顯馳實施之不正當行為與故意之惡意，最終株洲廠獲得勝訴。

然而，建立全面性的保密措施不應是基本措施，畢竟商業秘密是一種絕對權，適當的保密措施乃為體現商業秘密之方法，對於手段的呈現方式，應以效果足以達到應受通知之人能獲得資訊即屬充分，雖然目前法律、法規中尚無明確規定，但已有學者持肯定態度⁷¹。

第五項 創新性



依照《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第二條之解釋，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⁷²。張玉瑞先生基於 TRIPs 第三十九條第二款規定，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

⁷¹ 學者衣慶雲認為，如果沒有任何保密規章制度、協議或通知，但權利人採取之保密措施已足使義務人知曉商業秘密之存在，則應認可此一「應當知道」的保密措施為合理的保密措施。詳參衣慶雲，「客戶名單的商業秘密屬性」，知識產權，2002年第1期(2002年1月)，頁40。

⁷² 劉大洪主編，反不當競爭法，政法大學出版社，2005年2月，頁119。

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⁷³。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⁷⁴。筆者認為上述見解均有其獨到之處，但為了便於讀者辨識，宜採趙秉志先生之用詞，以避免與專利法之新穎性產生認知上之混淆。

儘管創新性之理論基礎眾說紛紜，但關於創新性之意涵卻已有定論：只要資訊的應用程度與被公眾週知程度未及普遍，即認為具有創新性⁷⁵。因此，創新性之範圍甚大，高度高者，甚至已可申請專利，惟基於保護時效或已喪失優先權等其他商業利益考量，最終選擇以商業秘密為其保護方式，而最低限度的底線為何？普遍認為應相對於該行業內普遍水準的一般資訊而言，具有搶先一步的競爭優勢，或是整理資訊即可獲得之結果，但目前該行業中尚無人進行者。

學者張玉瑞另提出創新性應受重視之另一觀點⁷⁶。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

⁷³ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005年3月，頁50-51。

⁷⁴ 趙秉志主編，侵犯知識產權犯罪研究，中國方正出版社，1999年7月，頁262。

⁷⁵ 吳漢東等著，知識產權基本問題研究，中國人民大學出版社，2005年3月，頁715。

⁷⁶ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005年3月，頁52-53。

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，若離職員工使用了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。

雖然創新性不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，此由最高人民法院(2000)知終字第3號判決⁷⁷可觀察實務之運作情況。

本案事實如下：1996年12月4日南新水泥公司與阜寧除塵廠簽訂協定一份，約定阜甯除塵廠供給南新水泥公司立窯濕式除塵器一台，如經阜寧除塵廠調試，仍達不到排放濃度，南新水泥公司不予付款，但產品仍屬阜寧除塵廠所有；如阜寧除塵廠拆除，必須負責恢復南新水泥公司系統原始狀態。合同簽訂後，阜寧除塵廠將除塵器安裝完成，經多次檢測，除塵器不能達到合同約定的除塵標準，故南新水泥公司一直未予付款。阜甯除塵廠向蘇州仲裁委員會申請仲裁，裁決阜甯除塵廠應拆除立窯濕式除塵器；南新水泥公司補償阜寧除塵廠損失費用3萬元。

1998年10月21日、12月29日，江蘇省環境保護委員會及蘇州市經濟委員會將南新水泥公司列入2000年必須達標排放大氣污染物

⁷⁷ 大陸最高人民法院民事審判第三庭編著，大陸知識產權判例評解——不正當競爭糾紛篇，書泉出版社，2001年12月，頁17-33。

的主要企業名單。南新水泥公司為在規定期限內達標，必須安裝新的除塵設備，南新水泥公司二次致信表示拆除需求，但阜寧除塵廠未予回應，最終南新水泥公司委託他人拆除。阜寧除塵廠以南新水泥公司自行拆除致使其除塵器之商業秘密外洩，造成損失為由，提起訴訟。

本案爭點為阜寧除塵廠所主張的商業秘密是否存在和南新水泥公司自行拆除除塵器行為應承擔的民事責任。其中，南新水泥公司關於未破壞阜寧除塵廠商業秘密之抗辯為「其技術不具有實用性、先進性，不能帶來經濟利益，反而造成本公司經濟損失。本公司所裝之除塵器為阜寧除塵廠第一台試製試用產品，其粉塵排放濃度達不到約定標準，而 1997 年 1 月《水泥技術》雜誌刊登的水膜除塵器，煙塵排放效果遠較上訴人的除塵器先進、實用」。最高法院對於此一主張予以反面回應，認為南新水泥公司所提其新安裝的除塵設備以及相關文獻的技術方案遠較阜寧除塵廠的技術先進，因此本案爭議技術不具備先進性和實用性的主張，沒有法律依據，不能以有比爭議技術更加先進的技術存在，即認為爭議技術不構成商業秘密。

由最高人民法院(2000)知終字第 3 號一案可知，法院認為爭議技術即使不優於其他先進技術，沒有足夠創新性，亦不得據以排斥商業秘密存在之事實，雖然本案最終因其他構成要件未滿足而判定阜寧除塵廠之除塵器無商業秘密，但獨立審視創新性之要件，仍不被法院所採。



第四章 商業秘密侵權救濟

商業秘密之侵權救濟可謂處於一個不平衡之天秤，原告與一般案件之原告負擔著相同舉證責任時，因商業秘密特殊之秘密性，造成原告對於權利來源與構成要件等問題之舉證困難，進而影響對其權益之保護與降低原告自發性揭示不法行為之意願。相對而言，法院審理商業秘密案件亦較之與專利等其他知識財產權案件困難，首先最難避免的是，原告請求法院保護時，因為擔心被告因此瞭解商業秘密內容，因而遲疑是否應出示待證明之商業秘密，再者，如何界定「不為公眾所知」之概念與技術鑑定之質證，最後對於被告之合法取得抗辯，應採取何種高度之證據能力等，均為法院審判實務上之常見問題¹。



以浙江省為例，2001年1月至2004年9月底各級法院受理不正當競爭糾紛案件共292件，其中侵害商業秘密案件數為85件，約佔29.11%，與其他具體類型之案件相比²，商業秘密侵權糾紛高居榜首。究其原因，浙江省的經濟結構以中小企業為主，且多為技術簡單、易於模仿、進入門檻低之產業，故人員流動較頻繁，不論是侵害商業秘密行為或仿冒等不正當競爭糾紛，發生機率較高³。

中國大陸尚無獨立的商業秘密之立法，僅於《反不正當競爭法》、《合同法》中制訂原則性規定，致使於司法實踐中，如商業秘密訴訟

¹ 俞梅蓀、顧惠民，「知名商品和商業秘密的法律保護-WTO與反不正當競爭研討會綜述」，知識產權，2002年第5期(2002年9月)，頁31。

² 「仿冒、偽造之名商品特有名稱、包裝、裝潢」共62件，約21.23%；「虛假廣告」共37件，約12.67%；「損害商業信譽、商品聲譽」共30件，約10.27%；「其他不正當競爭糾紛」共78件，約26.17%。請參考浙江省高級人民法院民三庭，「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，第229期(2005年4月)，頁11。

³ 浙江省高級人民法院民三庭，「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，第229期(2005年4月)，頁11。

主體、合理保密措施等認定標準不一，影響司法審判的公正性與權威性，亦使權利人無法有效地保護自己的商業秘密，侵權人則不一定得到應有的法律制裁，以致嚴重打擊後人開發意願之積極與創新表現，繼而影響市場競爭之公平⁴。商業秘密之保護方式及相關侵權救濟，散落於多部法規之中，以下將分別依行政、民事、刑事與勞動訴訟關係為分析架構。

第一節 商業秘密之侵權態樣

商業秘密之侵害，其行為樣態可分為：(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，分別規範於《反不正當競爭法》第十條、《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第三條與《刑法》第二百一十九條：

(1)以不正當手段獲得商業秘密（《反不正當競爭法》第十條第一項第一款、《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第三條第一項第一款、《刑法》第二百一十九條第一項第一款）

(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（《反不正當競爭法》第十條第一項第二款、《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第三條第一項第二款、《刑法》第二百一十九條第一項第二款）

⁴ 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(上)」，電子知識產權，2005年第3期(2005年3月)，頁41。

(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（《反不正當競爭法》第十條第一項第三款、《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第三條第一項第三款和第四款、《刑法》第二百一十九條第一項第三款）

(4)惡意第三人獲取、使用或披露他人的商業秘密（《反不正當競爭法》第十條第二項、《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第三條第二項、《刑法》第二百一十九條第二項）

第一項 以不正當手段獲取商業秘密

不正當手段包括竊盜、利誘、脅迫、詐騙、間諜行為等方式⁵，上述行為均以奪取、占有他人商業秘密為目的，具故意之不法意圖。



竊盜意指侵權人未經權利人同意而為不法之占有，不論竊取所得為商業秘密之載體或實質內容均屬之，舉凡(1)偷竊存有商業秘密之文書資料、電磁紀錄之物品或其複製物品；(2)竊聽、拍攝、複製存取商業秘密之內容；(3)非法閱覽權利人商業秘密之有形物，憑藉大腦記憶將商業秘密再現⁶，均已構成竊盜行為之實施。

利誘意指以金錢、物質或給予其他具利益之條件做為交換商業秘密手段，因實施人出於不法獲取意圖，未透過合法利益交換程序，屬非法私下交易，採取利誘行為之人已侵害商業秘密所有權人之權利。

⁵ MARK A. GLICK, INTELLECTUAL PROPERTY DAMAGES: GUIDELINES AND ANALYSIS 287 (2003)

⁶ 趙秉志、田宏杰著，侵犯知識產權犯罪比較研究，法律出版社，2004年4月，頁339。

脅迫意指透過暴力、言詞、妨礙等威脅方式影響他人生命安全、生活秩序、經濟狀況、名聲名譽之安定與維持，於此壓力下，達到精神上的強制，逼迫他人提供商業秘密資訊之行為。

其他不正當手段意指除前述三種方法外，違背商業秘密權利人意思而獲取權利人商業秘密之其他違法方法，構成侵權之關鍵即在於行為人使用手段不具正當性。隨著科技發展，利用各種技術方法竊取他人商業秘密之行為日益增加，如間諜行為，意指透過虛假身份或使用技術設備實施竊盜、利誘、脅迫、詐騙等行為，獲取他人的商業秘密；詐騙行為，意指利用不實資訊欺瞞或陷他人於不明事理之情況下，致使他人信以為真而提供商業秘密；以暴力、侵占等法獲取權利人之商業秘密等。



第二項 違法使用、披露

商業秘密之價值取決於其秘密性之存在，違法使用或披露將嚴重威脅商業秘密，因此違法披露可視為濫用商業秘密之實施方式之一⁷。違法披露或使用在實質意義上包含了兩種情況：(1)以不正當手段獲取他人商業秘密後披露或使用；(2)違反保密義務之披露或使用，後者將於第三項討論。

以不正當手段獲取商業秘密後，再行違法使用或披露，此為商業秘密侵權人常見之進一步侵權行為。透過竊盜、利誘、脅迫、詐騙、間諜行為等方式不法獲得商業秘密後，再經由披露、自行使用或轉予

⁷ STEPHEN M. MCJOHN, INTELLECTUAL PROPERTY: EXAMPLES AND EXPLANATIONS 383 (2d ed. 2006)

他人等方式散播，通常可獲得另一筆侵權收益。由於商業秘密之取得方式已違法，因此後續之披露、使用、允許他人使用等行為當然違反權利人之意思，故屬非法行為，且取得該商業秘密者之主觀故意意圖明顯，不僅傷害了權利人之權益，亦破壞社會公平競爭秩序，此一嚴重侵害權利人法益之行為，尤須透過司法提供保護。

美國《反不正當競爭法重述》第四十節評論 c 說明了「使用」一詞。該法認為「使用」無須涉及商業秘密之特徵，凡是任何未經許可而針對商業秘密實質部分進行之使用，行為人之行為即應承擔責任。此外，行為人使用的不必然是商業秘密原來之形式，若行為人基於原商業秘密而為獨立開發或改變，仍須承擔使用之責。然而，若行為人之銷售利益或其他利潤源自於該改造，則有可能影響權利人可獲得之損害賠償數額⁸。



如同未經許可之使用，未經許可的披露也將對商業秘密權利人造成損害，對社會大眾之揭露，將使商業秘密因失去秘密性而喪失保護，但是私下的披露亦因增加了未經許可使用與進一步公開之危險，故二者均為應禁止之行為。未經許可披露他人商業秘密通常是其他行為之一部分，如商業秘密所有人之離職員工獨力開發業務，並與之競爭，亦或是向新雇主、商業秘密權利人之競爭對手出售資訊等，除此之外，亦有可能是單純的報復行動，如因不滿原雇主解聘而公開其商業秘密。不論目的為何，凡做出法律禁止之行為，均違反《反不正當競爭法》等相關法律法規之規範。

⁸ 趙國玲主編，知識產權犯罪調查與研究，中國檢察出版社，2002年10月，頁208。

第三項 違反要求和約定披露、使用商業秘密

負保密義務之人，如：與雇主簽訂保密協定之員工、與上游廠商簽訂保密條款之下游經銷商和維修商、與原物料供應商簽訂保密合約之採購方、公職人員執行公務時，依法對於因而知悉之商業秘密予以保密等，因其為商業秘密之合法被授權人或使用人，該合法資訊具相當正確性，若轉予或透露予合法範圍外之他人使用，將致使商業秘密所有人之利益遭受打擊。簡言之，舉凡非商業秘密權利人授權範圍之內的一切行為，均屬違法。

現今商業秘密保護發展已擴大其保護範圍。2004 年江蘇省高級人民法院曾判決一起未披露商業秘密卻仍構成違約之侵權案件，該案被告將他人商業秘密傳送至其電子信箱中，雖尚未對第三人披露秘密內容，但江蘇省高級人民法院認定被告於工作期間，擅自將其雇主之秘密資料透過公司內部網路信箱發送至公開之外部網路個人電子郵件信箱，致使該資料脫離原告公司之掌控，屬於攜出公司資料之行為，故已違反被告與原告簽訂之保密協議，其中列有明文規定「公司文件資料與電腦軟體，若非因公司業務需要，不可私自帶出公司」，最終法院判決被告應承擔繼續履行保密協議，並支付違約金等違約責任⁹。此判決之產生，形同台商企業維護商業秘密之定心丸，因此相關保密協議與保密措施之簽訂與執行，更行重要，從小處防堵員工違反保密契約之動作，持續保密措施之運作與保留紀錄，以為未來訴訟之證明，將得以有效保障商業秘密。

⁹ 江蘇省高級人民法院民三庭，「新類型知識產權案件的審判思路」，人民司法，2005 年第 3 期（2005 年 3 月），頁 8。

披露意指違反約定內容或未經權利人授權而透過書面、口頭、網路傳遞等各種形式之揭露與散播，訊息接收對象不論數量之多寡、群體限定之有無，均屬之。例如：採購廠商將知悉之原料成分或配方透露予一家或其他所有競爭原料商。

使用意指保密義務人自行利用合法獲得之商業秘密於非授權範圍之內，以圖謀其他獲利。因雙方原先約定僅得用於商業秘密所有人之授權範圍內，故凡授權範圍以外之一切行為均屬違約，亦為侵害商業秘密所有權人之利益。如：維修廠商利用已知之他人商業秘密改造自行擁有的機器設備。

允許他人使用包含了上述披露與使用之雙重意義，行為人將合法獲得之商業秘密披露予他人使用，因其具合法身份，易使他人以為獲得真正商業秘密權利人之授權，然而實際上此訊息之傳播並非商業秘密權利人之授權範圍，因此不論是披露者或後續使用者，皆屬違法使用商業秘密。允許他人使用可為有償行為或無償行為¹⁰。

筆者認為，若原為商業秘密合法使用人，透過其權利知悉商業秘密所有人其他之商業秘密，則其掌握的非授權範圍之商業秘密亦屬不合法，其雖具有合法使用人之外觀，卻因知曉非法商業秘密之存在並利用或披露予他人，誠可謂「披著羊皮的狼」。

¹⁰ 劉大洪主編，反不當競爭法，政法大學出版社，2005年2月，頁124。

第四項 惡意第三人侵權

惡意第三人之定義乃明知或應知上述三項商業秘密行為違法之存在，此即客觀上已產生以不正當手段獲得違法商業秘密之第二人，然而第三人仍繼續獲取、使用或披露前者之不法結果。《反不正當競爭法》中，將「第三人」明確地列於第十條第二項條文內容之首，然而刑法則捨棄第三人之字眼，不論其間違法的商業秘密經過了數手的揭露與移轉，舉凡存在明知或應知之人皆屬廣泛的惡意第三人。

然而對於第三人在過失心理狀態下，實施之侵犯商業秘密行為，完全不加區分，皆視為侵權，似有過當，尤其刑法之侵權行為亦採行之，無形中提高了第三人注意義務之高度，其負擔顯然高於第二人有關於明知非己所有之商業秘密，不應披露、使用或允許他人使用之負擔。固然保護商業秘密安全是保障市場交易安全之一部分，但是第三人在市場活動中之交易安全與適度的交易自由，亦為市場整體安全之另一重要部份，不應厚此薄彼¹¹。學者杜國強提出一折衷見解，認為過失侵犯他人商業秘密之第三人，因主觀惡性較小，應可透過民事賠償方式，使其獲得教訓，而無須介入刑法規範¹²。大陸《刑法》並無輕過失、重大過失之立法設計，因此台商企業若認為第三人過失侵權結果不易達到刑事追訴標準，可參考學者之意見，利用民事救濟途徑保障權益。

第三人亦有可能是善意第三人，不清楚或無從得知其掌握的商業秘密來源屬違法，因此不論是《反不正當競爭法》或《刑法》，均以

¹¹ 趙秉志主編，侵犯知識產權最疑難問題司法對策，吉林人民出版社，2000年，頁414。

¹² 杜國強，「侵犯商業秘密罪過形式探析」，知識產權，2002年第3期(2002年5月)，頁35。

「視為」與「以...而論」推定惡意第三人之地位，只要能證明無積極侵害他人商業秘密之故意，即可推翻惡意之推定。

第五項 免責行為

雖然他人故意侵害損及商業秘密權利人之利益，但並非所有行為均構成商業秘密之侵害，由於商業秘密未如專利、商標、著作權具有排他性，且不要求受保護資訊之創新高度，因此部分與商業秘密使用有關之行為，符合一定條件時，即得免除侵權之危機。

(1) 自行研發、創造之商業秘密

凡符合保護要件之資訊，且未實施上述四種不正當行為，即得以商業秘密保護之，因此，雖然吾人已擁有某項商業秘密，但若他人憑藉自身努力與研究，發現相同資訊，則其亦得合法擁有該資訊。若該人亦以商業秘密為保護手段，則同一內容之商業秘密，同時為不同人合法擁有，此亦即商業秘密無排他性之主因。

獨立開發不構成侵權之原則源自於著作權¹³，經美國統一商業秘密法第一條第四款之規定¹⁴，亦適用於商業秘密保護之中，成為侵權抗辯之良方，台商企業若欲以此為免責抗辯理由，需注意自行研發之實施證明，因此研究記錄簿、工作日誌、研發人員資料表、研發專案資金記錄等證據，需於日常確實記錄並完整留存。

¹³ 謝銘洋等著，營業秘密法解讀，月旦出版社，1996年11月，頁108。

¹⁴ "Trade secret" means information, including a formula, pattern, compilation, program device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from no being generally known to, and not being readily ascertainable by proper means by, other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) is the subject of efforts that are reasonable under the circumstances to maintain its secrecy.

(2)經合法管道取得產品，透過還原工程而獲得商業秘密

產品上市後，若其未申請專利保護，則可視為開放競爭者檢視產品與技術之機會，他人得以研究製造方法，或於合法範圍內製造功能近似或更好之產品，除於英美法國家肯認還原工程之合法性與可得適用於商業秘密保護外¹⁵，大陸學者亦贊同還原工程為目前廣泛承認之正當研究方法之一，亦為獨立開發之一種¹⁶。

台商企業若欲採用還原工程為阻卻違法性之措施，另應需注意進行還原工程之基礎研究產品應取自公開的合法管道，否則建立於不法取得之物而進行之還原工程亦屬不法，因此相關之購買證明應妥善保存，以茲證明。此外，若還原工程之實施努力難以提出有力證明時，可嘗試證明係爭產品或技術無須投入心力，僅需透過觀察公開展示之物即可得¹⁷，藉以反面證明原告之經濟實用性不足，該資訊或產品無法滿足商業秘密之構成要件而不應予保護。

(3)由權利人合法受讓，或因權利人未完善保護商業秘密而善意取得

商業秘密若透過與權利人簽約、授權等合法方式獲得，當然可成立免責事由，然而若為權利人主動公開、自動放棄或因疏忽而致使商業秘密進入公共領域之中，因商業秘密喪失秘密性而消滅，權利人無法繼續占有，則他人可為善意取得。

除合法受讓之書面證明外，關於權利人商業秘密消滅之舉證方式則豐富多元，台商企業可從公開之書籍期刊資料、專利申請或公開販

¹⁵ 謝銘洋等著，營業秘密法解讀，月旦出版社，1996年11月，頁109。

¹⁶ 程志剛，「論商業秘密侵害訴訟中的證明問題」，收錄於萬鄂湘主編之知識產權法理論與適用一書，2005年1月，頁372。

¹⁷ 趙國玲主編，知識產權犯罪調查與研究，中國檢察出版社，2002年10月，頁219。

賣之產品等合法開放管道取得證據，亦可經由權利人未完善執行保密措施漏洞為攻擊重點，證明權利人缺乏保密之主觀意思，進而闡明自身行為乃善以取得。

第二節 工商行政機關查處侵權

行政機關之涉入，是大陸特殊的智慧財產權保護措施，商業秘密與專利一樣，均有行政機關擔當侵權行為糾正之角色。商業秘密案件之主管機關為縣級以上工商管理部門，其法源為《反不正當競爭法》第三條，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十七條「(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》第五條第一項「權利人(申請人)認為其商業秘密受到侵害，向工商管理機關申請查處侵權行為」。

第一項 侵權之訴之構成

資訊為商業秘密之本質，一旦洩漏將快速擴散，因此權利人得請求工商管理機關採取強制措施，以有效制止侵權行為。行政處罰規定不但突破了民事賠償責任的限制，也加重了侵權者的責任，因此除了賠，還可以罰，且商業秘密權利人受到侵害時，可同時請求工商管理機關制止侵權、罰款，另向法院提起訴訟，請求損害賠償。

不正當競爭行為由違法行為地或侵權人所在地的工商管理機關管轄。一般而言，縣(區)、市(地、州)工商管理機關管轄本轄區內之案件，省、自治區、直轄市則管轄該轄區內重要、複雜之案件，國家工商管理管理局負責跨區、重大、複雜之案件，且依職權調查案件。

第二項 舉證責任

由於商業秘密的性質特殊，既無登記制度，原告亦須保持商業秘密的秘密性，因此商業秘密所有權往往是因為侵權事件發生，經由法院判斷後方得確定，亦因如此，侵權發生時，原告往往只有間接證據，缺乏有力的直接證據可證明被告於何時何地、以何種方式竊取、使用原告之商業秘密，且商業秘密於本質上，即存在不利於原告自我主張之要件，如「不為公眾所知悉」之秘密性，此構成要件對於原告而言是必然存在的，原告除了透過保密措施間接證明具有秘密性以外，難以舉出直接證據，證明此構成要件該當。

為此，大陸法院於判決實務上發展出一套「接觸與相似原則」¹⁸，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

¹⁸ 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005年3月，頁177-178。

握之商業秘密相比，具實質相同之資訊¹⁹。

「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》第五條第三項之條文中：「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件時，此證明方法適用之。

第三項 保全措施

配合 1996 年 10 月 17 日國家工商行政管理局發布之《工商行政管理機關行政處罰程式暫行規定》，人民政府工商行政管理部門依違法行為發生地劃定管轄範圍，並得依據職權，或者依當事人申訴、控告等途徑發現、查處違法行為，當證據可能滅失或者以後難以取得的情況下，可以採取先行登記保存措施，經局長批准後，加封工商行政管理機關先行登記保存封條，就地由當事人保存。

¹⁹ 汪彤、胡震遠、劉洪，「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，第 229 期(2005 年 4 月)，頁 16。

依《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第六條規定，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》第三十九條辦理，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。

行政機關所採行之保全措施，在形式上較民事訴訟快速、簡便，權利人僅需出具願承擔後果之書面保證，不似民事假處分、假扣押之申請需繳付大額擔保金，因此在保全效率上，工商管理部門之應變速度較快。



第四項 救濟程序

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》第九條第一項，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，權利人可依同法第九條第二項，直接向人民法院起訴，請求損害賠償。

當商業秘密權利人以書面申請查處侵權行為時，工商管理機關將於十日內決議受理或不受理該案。當確認侵權行為存在時，可給予行政處罰，包括：一、責令停止侵權；二、根據侵權情節處以一萬元以上二十萬元以下罰款；三、處置侵權物品。

若當事人不服責令停產停業之行政處罰，可依《行政復議條例》第九條第一款²⁰申請復議²¹，於知道具體行政行為之日起 15 日內提出，由本級人民政府或者上一級主管部門管轄，但若已向人民法院起訴且經受理，則不得申請復議，反之，若復議機關已受理，在法定復議期限內不得向人民法院起訴。復議機關應當自收到復議申請書之日起 10 日內，對復議申請做出受理與否之裁判，若申請人對復議機關不予受理之裁決不服者，在收到不予受理裁決書之日起 15 日內，得向人民法院起訴。



第五項 侵權責任

依《反不正當競爭法》第二十五條規定，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》第七條第二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、

²⁰ 《行政復議條例》第九條第一款：「公民、法人和其他組織對下列具體行政行為不服可以向行政機關申請復議：一、對拘留、罰款、吊銷許可證和執照、責令停產停業、沒收財物等行政處罰不服的」。

²¹ 類似我國訴願制度。

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，則依同法第八條規定，視為新的違法行為，從重予以處罰。行政處罰之執行規定於《工商行政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，工商行政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》第二十五條規定，違反本法第十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》第七條則較為詳細地提出規範，凡違反該規定第三條者，由工商行政管理機關依照《反不正當競爭法》第二十五條規定，責令停止違法行為與罰款。工商行政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。

此外，《行政處罰法》第二十三條規定，行政機關實施行政處罰時，應當責令當事人改正或限期改正違法行為。根據立法說明，責令當事人改正或限期改正違法行為，意指行政機關要求違法當事人作為或不作為以終止違法行為，令違法當事人履行其應當履行之義務，或者以其他方式達到與履行義務同等之狀態。返還商業秘密載體、銷毀

侵權物品或作案工具等，屬於責令停止違法行為的具體內容與形式。在現實生活中，侵犯商業秘密之情況複雜，往往處罰侵犯商業秘密行為後，仍存在難以解決之問題，若不處理，將有可能導致權利人之商業秘密遭披露之後果，且易使侵權人發生新的侵權行為，因此統一處理侵犯商業秘密之載體與工具，方能根除再次侵權之可能。

罰款為制止侵犯商業秘密行為的有效方法之一，《反不正當競爭法》第二十五條另訂有罰款之規定，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²²。

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》第八條規定，若拒不執行行政處罰且繼續實施侵權行為，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。

第三節 科技行政管理部門查處侵權

深圳、珠海等地均有地方性商業秘密法規，主要依循《反不正當競爭法》與《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》制訂相關侵權救濟措施。以《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》為例，深圳市科技行政管理部門是企業技術秘密保護的主管部門，其職權包括監督、查處違反該條例之侵權行為。

²² 許海峰主編，企業商業秘密保護法律實務，機械工業出版社，2004年1月，頁232-233。

科技行政管理部門管轄範圍僅限於特區內註冊登記的法人企業和非法法人企業合法擁有的技術秘密，且無工商管理機關得以實施之保全措施，但是科技行政管理部門關於法律責任劃定較清楚，罰則部分即訂有八條規定²³，處罰較《反不正當競爭法》與《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》嚴格，如：因侵權行為造成該技術秘密完全公開者，應當賠償該技術秘密的全部價值²⁴；違反要求和約定披露、使用商業秘密者，根據情節處以三萬元以上十五萬元以下或五萬元以上三十萬元以下以下罰款²⁵；以不正當手段獲取技術秘密者，處以五萬元以上五十萬元以下的罰款²⁶；披露、使用或轉讓不正當手段獲得之技術秘密者，處以十萬元以上一百萬元以下的罰款²⁷。

科技行政管理部門亦設有行政復議管道，向人民政府行政復議機關申請，不服復議決定者，可再向地方人民法院提起訴訟。與工商管理機關不同的是，無須經過復議程序，權利人即可直接向地方人民法院提起訴訟。

第四節 民事救濟

保守商業秘密義務之形成，往往建立於保密協定或相關契約之簽訂，因此當事人之一若發生違約情形，得以利用民法之損害賠償為解決途徑。

²³ 《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》第二十五條至第三十一條、第三十三條。

²⁴ 《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》第二十六條。

²⁵ 《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》第二十七條、第三十條。

²⁶ 《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》第二十八條。

²⁷ 《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》第二十九條。

第一項 侵權之訴之構成

商業秘密之民事糾紛處理原則有二，一為商業秘密侵權糾紛，一為商業秘密合同糾紛，二者均依照《民法通則》第一百三十五條之規定，訴訟時效為二年，自權利人知道或應當知道權利受侵害時起算。

大陸人民法院對於因經濟法之經濟關係而發生糾紛之案件具有審判權，不過僅限相關法規明確規定依民事訴訟程序審理之案件，如因反不正當競爭行為引起之侵權損害賠償案件²⁸，故若為商業秘密侵權糾紛，管轄規定得適用《民事訴訟法》第二十九條侵權案件之管轄，以侵權行為地或被告住所地之人民法院管轄；若為商業秘密合同糾紛，則可適用同法第二十九條、第二十四條或第二十五條，依法以侵權行為地、被告住所地或合同履行地之人民法院為管轄法院，或以書面合同中協議選擇被告住所地、合同履行地、合同簽訂地、原告住所地、標的物所在地等地之人民法院。由於具管轄權之法院眾多，因此權利人選擇時，應以辦理商業秘密較具經驗之法院為優先，如設有知識產權專庭之法院。

《民事訴訟法》第一百二十條提供當事人申請保密審理之請求權，舉凡涉及商業秘密之案件，若經當事人申請且由法院裁定通過，則可不公開審理。法院裁定的依據主要是案件是否涉及營業秘密與原告營業秘密之存在與否。雖然法院最終裁定為不公開審理，惟其意義僅是不對外開放旁聽，雙方當事人對於事證之提出與攻擊防禦方式並無受限，仍應如常完成訴訟程序。

²⁸ 齊樹潔主編，民事程序法，廈門大學出版社，2002年3月，頁89。

第二項 舉證責任

原則上，商業秘密的民事訴訟適用一般舉證責任原則，即《民事訴訟法》第六十四條第一項「當事人對自己提出的主張，有責任提供證據」。不過由於商業秘密案件通常較缺乏直接證據，因此常發生證據不充分之情事，為此，可參考 2001 年 12 月《關於民事訴訟證據的若干規定》第七十三條規定：「雙方當事人對同一事實分別舉出相反的證據，但都沒有足夠的依據否定對方證據的，人民法院應當結合案件情況，判斷一方提供證據的證明力是否明顯大於另一方提供證據的證明力，並對證明力較大的證據予以確認」。

原告關於擁有商業秘密之權利證明方法可參考學者程志剛先生之建議²⁹：



(1) 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。

(2) 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。

²⁹ 程志剛，「論商業秘密侵害訴訟中的證明問題」，收錄於萬鄂湘主編之知識產權法理論與適用一書，2005 年 1 月，頁 364-366。

(3)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。

(4)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。

由於商業秘密具秘密性，若由當事人透過一般證據取得方式為之，具相當難度，且被告侵權手段通常較為隱蔽，因此原告提訴時，不易提供完整詳實的證據，此時可適度運用《民事訴訟法》第六十四條中段之規定：「若當事人及其訴訟代理人因客觀原因不能自行收集的證據，或者人民法院認為審理案件需要的證據，人民法院應當依職權調查收集。」其中，當事人及訴訟代理人無法自行收集之證據範圍依《關於民事訴訟證據的若干規定》第十七條第二款規定，意指涉及國家秘密、商業秘密、個人隱私的材料，當事人或訴訟代理人可申請法院調查收集證據。

由於商業秘密需要秘密性為其構成要件，原告雖然為了獲得損害賠償而提起訴訟，但亦不希望因為一次求償行動而破壞秘密性，損及該商業秘密，因此，台商企業若身為原告，應採取分段式舉證³⁰，首

³⁰ 鑑於原告難以明確知曉被告侵權程度，學者張玉瑞先生提出「分段式舉證」之概念。其操作原理約為：原告於訴訟開始之時，根據對被告行為之瞭解，舉出較謹慎的小範圍證據，主要是新

先針對被告採用之不正當手段或非法使用為證據重點，而後視被告抗辯狀況逐次提供擁有商業秘密之證明。此外，可適時利用《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第五條第三項之相似與接觸原則，迫使被告的舉證責任增加。相似與接觸原則雖然規範於工商管理機關適用之法源中，但是學界與實務界均認為此原則亦得適用於民事訴訟程序之中³¹，實務上亦已有民事法院接納其為證據方法之一，此由江蘇省高級人民法院(1999)蘇如終字第7號一案可知。

本案事實如下：1996年12月3日，精細化工廠與江蘇石油化工學院簽訂技術開發合同書一份，約定由江蘇石油化工學院將烷基乙醇胺(MDEA)HA-9510 活性脫硫劑的技術轉讓給精細化工廠。精細化工廠將剛到廠應聘的職工蔣旭輝、邵校君派至化工學院進行學習培訓。1997年2月1日，蔣旭輝、邵校君分別與精細化工廠簽訂技術保密協議書各一份，約定將旭輝、邵校君如調離技術崗位及出廠，應做好一切有關技術資料的移交手續，不得隱瞞、藏匿、轉讓、洩密，不得從事精細化工廠產品的生產操作。1997年6月，蔣旭輝、邵校君兩人擅自離開精細化工廠。1992年10月9日，大利化工廠成立，經營範圍中無生產DL-1 高效穩定含硫氣體吸解劑、金屬鈍化劑。1997年7月22日，大利化工廠載明蔣旭輝、邵校君為該廠技術員。1997年8月，大利化工廠開始準備生產DL-1 高效穩定含硫氣體吸解劑。同年10月14日，大利化工廠變更企業登記，增加了DL-1 高效穩定含硫氣體吸解劑、金屬鈍化劑製造的經營範圍。1998年3月11日，法院在大利化工廠進行證據保全時，發現該廠宣傳牆上刊

穎性之說明與被告不正當手段之提出，而後再視被告反駁所提出之證據擴張。張玉瑞著，商業秘密法學，中國法制出版社，1999年10月，頁608-609。

³¹ 華國慶，「商業秘密保護若干法律問題當議」，科技與法律季刊，2000年第4期(2000年10月)，頁72。

登一則因質量事故對蔣旭輝、邵校君予以處罰的消息。在一審期間，大利化工廠未提供 DL-1 高效穩定含硫氣體吸解劑的主要成份及生產技術資料。

本案爭點為：精細化工廠之 HA-9510 活性脫硫劑是否為其商業秘密及大利化工廠之 DL-1 高效穩定含硫氣體吸解劑與 HA-9510 活性脫硫劑是否為同一產品。法院認為 HA-9510 活性脫硫劑之配方不屬於公知技術，且精細化工廠對該技術採取了適當的保密措施，故認定該技術為精細化工廠的商業秘密，應受法律保護。大利化工廠 DL-1 高效穩定含硫氣體吸解劑與 HA-9510 高效活性脫硫劑經技術鑑定後，法院認為屬同類產品，因其生產工藝和產品功能相同，且雙方提供的產品配方實質相同。此外，大利化工廠無法提供技術開發過程和原始試製資料，以證明自己技術的合法來源，因此，可以認定大利化工廠的生產技術為蔣旭輝、邵校君提供。最終，江蘇省高級人民法院判決大利化工廠敗訴，須立即停止使用精細化工廠的商業秘密，交還技術資料，並對該商業秘密承擔保密責任，至該秘密成為公知技術為止，另賠償經濟損失 12 萬元，並向登報道歉。

由本案論理過程，可清楚看到法院適用相似與接觸原則之證明方法。首先，法院先確認精細化工廠擁有商業秘密，透過技術鑑定檢驗原被告持有技術之一致性，且因大利化工廠無法提出合法的資訊來源，加之以精細化工廠與該商業秘密有高度關連性之員工之就任，使得大利化工廠有了接觸精細化工廠商業秘密之條件，且法院認定大利化工廠透過該二名員工產生接觸之事實，因此精細化工廠無須提出大量證據證明其商業秘密之存在，即可順利贏得訴訟。

司法界恪守「相似與接觸」侵權推定原則已有多時。相對而言，若台商企業不幸成為被告時，防禦此原則之方法為自己所持有之資訊另有合法來源，此一侵權認定的排除規則稱為「相似與接觸免責原則」³²，因為商業秘密具非排他性，接觸不代表必然隨之發生的揭露與使用，相似亦可能為實施還原工程、技術交流合作、商業秘密授權等合法行為的結果。

除了善用相似與接觸原則，亦可透過商業秘密構成要件為有力的證據，因為創新性的高低，與舉證責任為逆相關，當創新性高時，原告無須勞心勞力證明自己擁有該商業秘密，反而轉為被告需設法證明自己未破壞該高度創新性，卻依然有可能合法獲得商業秘密，不過創新性要件目前尚未被法院普遍接受，因此於訴訟中採用此法時，需謹慎評估。



另一需注意的舉證方法為訴訟前之技術鑑定或行政管理部門頒發之證書等證明文件，無法成為擁有商業秘密之抗辯，最高人民法院(2000)知終字第2號已予以否定，其理由如下：「人民法院在審理侵犯技術秘密等案件中，應當對雙方當事人所爭議的技術方案是否為技術秘密進行審查。被審查的技術儘管在訴訟前或許進行過有關技術鑒定或被行政管理部門頒發過相關證書，但都不能構成抗辯人民法院在審判中依據國家法律對某項技術作出是否為技術秘密、是否應獲得法律保護最終司法認定的正當理由。對於一項技術是否構成技術秘密的認定，屬於人民法院行使司法審判權進行法律適用的範圍。」

³² 汪彤、胡震遠、劉洪，「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，第229期(2005年4月)，頁16。

以訴訟技巧而論，部分律師常常採行「先刑事後民事」之策略，意即刑事訴訟程序認定被告構成商業秘密罪後，權利人僅提供在先的刑事判決而要求法院直接認定侵權人構成商業秘密侵權並承擔民事賠償責任。然而最高法院於 2001 年 12 月公布《關於民事訴訟證據的若干規定》第九條規定，在先判決僅暫時免除一方當事人的舉證責任，若對造當事人提供反證，法院須判斷反證與在先判決之證明力後，方得認定事實，不得一概以刑事判決認定之事實為準。因此「先刑事後民事」此一策略原則上已無適用，法院應依照民事訴訟證明標準，嚴格判斷商業秘密侵害糾紛：審查原告主張之商業秘密是否成立、商業秘密之秘密性為何等，在此基礎上，再行審查被告行為是否構成侵害商業秘密。然而部分法院仍接受「先刑事後民事」，認為民事訴訟僅需解決民事責任承擔之問題，因而可承接在先刑事判決承認之事實³³，因此台商企業應先調查當地法院之過往判決，再行決定是否採用「先刑事後民事」之訴訟策略。

無論採行何種舉證方法，權利人主張商業秘密保護時，最基礎、最重要的注意事項為：舉證期限消滅以前，須明確所欲請求法院保護之秘密範圍，且於訴訟中不隨意變更。因權利人若無法或拒絕明確上述內容，或法院充分釋明後，仍無法確定者，法院通常直接駁回訴訟請求，致使原告敗訴³⁴，台商企業應準備好最穩健之訴訟基礎後，再行考慮其他訴訟措施之實施。

³³ 浙江省高級人民法院民三庭，「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，第 229 期(2005 年 4 月)，頁 14。

³⁴ 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(下)」，電子知識產權，2005 年第 4 期(2005 年 4 月)，頁 39。

反之，若台商企業成為被告時，可參考適用之舉證抗辯措施如下³⁵：針對原告所提之專家意見表示反對並舉證、抗辯原告所提之不可彌補之損失不存在、證明簽署之保密條款乃受原告之詐欺脅迫壓力而應屬無效契約、證明系爭商業秘密為獨立開發或具有非保密範圍之資訊來源等。台商被告可先從破壞商業秘密構成要件角度切入，逐一對原告之商業秘密構成進行反駁，若原告的秘密性無法否定時，大部分則退而以保密措施著手，證明原告沒有採取保密措施，或是採用不合理的保密措施，亦或是雖具有保密措施，但因其自身原因而洩密或致使秘密資料處於公知狀態而喪失秘密性，後者之證明方式與最初反證秘密性存在之立場相同，僅為變換不同角度攻擊，有時具有所料未及之意外效果。

第三項 保全措施



商業秘密訴訟之保全措施有二：(1)證據保全；(2)先予執行。

(1)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》第七十四條之中。

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

³⁵ 2 ROGER M. MILGRIM, TRADE SECRETS § 7, at 117-18 (1980)

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³⁶，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³⁷，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³⁸。

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³⁹。

³⁶ 張大明，「訴訟中的證據保全措施」，人民司法，1995年第10期(1995年10月)，頁18。

³⁷ 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(下)」，電子知識產權，2005年第4期(2005年4月)，頁39。

³⁸ 浙江省高級人民法院民三庭，「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，第229期(2005年4月)，頁12。

³⁹ 浙江省高級人民法院民三庭，「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，第229期(2005年4月)，頁12。

(2)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》第一百一十八條之規定⁴⁰，請求停止侵害、消除影響與損害賠償，然而《民法通則》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。

停止侵害可分為裁定停止侵害與判決停止侵害⁴¹。判決停止侵害為訴訟結束後作出，透過判決確定侵權人應停止之行為與期限；裁定停止侵害則為訴訟前或訴訟中作出之裁定，其負有嚴格判斷條件：(1)原告必須證明與被告之間確有侵權責任關係，並提出初步證據加以證

⁴⁰ 《民法通則》第一百一十八條：「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。」

⁴¹ 趙靜，「商業秘密侵害的民事救濟」，人民司法，1998年第9期(1998年9月)，頁43。

明；(2)損害賠償救濟不足以彌補原告充分補償時適用；(3)裁定停止侵害不會對被告造成損害，或是對被告造成損害但其可獲得足夠之補償；(4)申請人提需提供擔保。裁定停止侵害後，法院可透過先予執行進行，並限於當事人訴訟請求之範圍，需以當事人生產、經營之急需為限⁴²。

大陸《民事訴訟法》之先予執行措施似與我國《民事訴訟法》第五百三十八條⁴³定暫時狀態假處分相似，二者均發生於訴訟進行中，均為解決立即的危險，其效果均為避免日後執行無實益而直接提前實現聲請人主張之權利⁴⁴。我國運用定暫時狀態假處分之案件數量在近年來快速成長，因為我國司法機關對於假處分只做形式審查，為對本案勝訴可能性加以審酌，使得假處分之取得相對容易，特別於智慧財產權訴訟中，成為最常運用且效果最好的訴訟策略⁴⁵。

事實上，給予商業秘密暫時性救濟保護措施乃國際趨勢，TRIPs 第四十一條第一項規定：「會員應確本篇所定之執行程序於其國內法律有所規定，以便對本協定所定之侵害智慧財產權行為，採行有效之行動，包括迅救濟措施以防止侵害行為及對進一步之侵害行為產生阻之救濟措施。前述程序執行應避免對合法貿易造成障礙，並應提供防護措施以防止其濫用。」意在宣示會員國應對侵害智慧財產權行為賦予有效之法律行動，以防止侵害擴大；另於第二項要求會員國處理侵害智慧財產權之行為，應避免繁瑣的程序或無謂之延遲，否則將間接

⁴² 霍彥杰，「審理商業秘密侵權案件的要點」，人民司法，1996年第10期(1996年10月)，頁16。

⁴³ 我國《民事訴訟法》第五百三十八條規定為：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分。」

⁴⁴ 馮震宇，「論假處分與營業秘密的保護」，萬國法律，第136期(2004年8月)，頁21。

⁴⁵ 馮震宇，「論假處分與營業秘密的保護」，萬國法律，第136期(2004年8月)，頁17。

助長智慧財產權之侵害⁴⁶，其條文內容為：「有關智慧財產權之執行程序應公平且合理。其程序不應無謂的繁瑣或過於耗費，或予以不合理之時限或任意的遲延。」

另於該法第三節對要求主管機關應實施暫時性措施，包括第五十條之防止侵害智慧財產權之情事發生，與保全經主張為與侵害行為相關之證據，此即禁止侵害與證據保全之概念。由上述相關規定可知，給予同屬智慧財產權範圍之商業秘密相關臨時救濟措施乃國際公約保障之權利，屬 WTO 會員國應遵循之義務，大陸有關之暫時性措施立法，已跟上國際組織之步伐。

第四項 侵權責任



商業秘密權利人有權依據《民法通則》第一百三十四條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⁴⁷。

損害賠償是最主要的民事侵權責任⁴⁸，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

⁴⁶ 駱志豪，「TRIPs 對營業秘密之保護」，公平交易季刊，第 4 卷第 3 期(1996 年 7 月)，頁 74。

⁴⁷ 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(下)」，電子知識產權，2005 年第 4 期(2005 年 4 月)，頁 40。

⁴⁸ 黃偉明，「侵犯商業秘密案件賠償數額的計算」，人民司法，2005 年第 8 期(2005 年 8 月)，頁 40。

秘密或消滅之，其變化速度極快⁴⁹，致使商業秘密實質經濟價值或利益，難以確實評估。

有關認定企業獲利一事，因涉及會計審查營業利潤、銷售利潤、淨利潤等諸多會計規則，亦直接影響裁判公正性之直覺評價，因此判決賠償數額往往因權利人與侵權人之不服，而成為提起上訴之主因⁵⁰。雖然《民法通則》未有損害賠償數額計算之相關規定，但在《反不正當競爭法》第二十條列有原則性規定，於民事訴訟中，可類推適用之⁵¹。

《反不正當競爭法》第二十條規定：「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：(1)權利人實際遭受之損失；(2)侵權人在侵權期間因侵權所獲得之利潤，然此描述尚屬模糊，故學者劉大洪先生提出下列見解⁵²：

(1)商業秘密權利人實際遭受的損失

確定實際損失時，除了考量商業秘密本身價值，即權利人投入之時間、費用與努力，尚須考量權利人使用該商業秘密所能獲得之現實

⁴⁹ WESTON ANSON, FUNDAMENTALS OF INTELLECTUAL PROPERTY VALUATION: A PRIMER FOR IDENTIFYING AND DETERMINING VALUE 94 (2005)

⁵⁰ 廣東省高級人民法院民三庭，「不正當競爭民事案件中疑難問題的解決思路」，人民司法，2005年第3期(2005年3月)，頁31。

⁵¹ 劉大洪主編，反不當競爭法，政法大學出版社，2005年2月，頁126。

⁵² 劉大洪主編，反不當競爭法，政法大學出版社，2005年2月，頁126。

與潛在之經濟利益與競爭優勢，因此，計算時，權利人可以利用特定的市場相對人變化交易對象時的損失，也可以利用被侵權期間損失之銷售額，再加上權利人為採取必要保護措施而支出之費用，最終結算之總金額即為商業秘密權利人實際損失。不過如同民法關於損害賠償計算基準之討論，筆者認為，權利人之損害賠償應以填補損害為限，不宜過度擴張，大陸學者黃偉明先生亦表示大陸地區目前之侵權損害賠償基本原則為損益相當原則，即以賠償填補損失，賠償應與損害之大小一致，損害賠償結果不應使權利人獲得較被侵權前更優越之水準⁵³，因此若將權利人重新獲得喪失之交易機會與對象而進行之廣告宣傳等費用均由侵權人承擔，則猶似已超過侵權人侵害之範圍，據以要求其填補，並無道理。

(2) 侵權人在侵權期間因侵權所獲得之利潤

實務中，由商業秘密權利人計算、證明其遭受的實際損失往往非常困難，因此，《反不正當競爭法》第二十條另行規定由侵權人獲得之利潤作為賠償。由於商業秘密權利人與侵權人之間通常是直接、客觀的競爭關係，因此侵權人利用侵權行為獲得之利潤，可被視為從權利人奪取交易機會之成果，因為若無侵權行為發生，則侵權人獲得之利潤，原本應屬於權利人所有。惟筆者認為侵權人有可能附加自身努力而提高最終獲利能力，雖然其獲利基礎乃權利人之商業秘密，但此條文並無懲罰性賠償金之設計，故應扣除明顯客觀之努力成本，該銷售淨利方可視為權利人之損失。台商企業若身處損害賠償數額協調之時，應可善加利用此一概念，提出額外投入之客觀貢獻與努力證明，以擴大談判優勢。

⁵³ 黃偉明，「侵犯商業密案件賠償數額的計算」，人民司法，2005年第8期(2005年8月)，頁40。

除學者提出之見解，法院亦有其實務操作方式⁵⁴，台商企業得以茲參考：

(1)被侵權人在侵權產品出現後的產品銷售量乘以其被侵權前後產品銷售之利潤差

此方法適用於侵權時間不長、被侵權人之銷售利潤降低而總銷售量未明顯降低之情況。此法計算簡便且較能客觀反映被侵權人之實際損失，使用時應考慮其他影響利潤差之因素，如產品生命週期之所在位置、市場的飽和情況，或是是否存在其他替代產品。

(2)侵權人的侵權產品銷售量乘以被侵權前之產品平均利潤

此法適用於被侵權人之銷售量明顯降低，且除卻侵權人之行為外，尚存在其他降低獲利因素之情況。



(3)以被侵權人之研發費用為賠償額

該計算法適用於侵權產品不足以影響被侵權人原有之市占率，此因被侵權人之經濟損失雖然較少，但由於存在被洩密風險，其絕對競爭優勢不再，故以補償被侵權人過往投入成本為出發。此法除可獨立使用外，亦可與其他計算方式合併使用，以期損失評估更為準確。

(4)以侵權人帳面記載之營收狀況為賠償額

此法為最簡單的反面證明方式，惟需注意帳面資料之真實性，以免承受來自侵權人之二次傷害。

⁵⁴ 江蘇省高級人民法院知識產權庭，「技術秘密案件審理中的兩個問題」，人民司法，1996年第9期(1996年9月)，頁12-13。

(5)侵權人之產品銷售數額扣減其成本後所得之利潤

此法較為真實客觀，然而當事人雙方均可能面臨舉證困難之疑慮。筆者認為應以明確且經會計師審核認列之費用方可作為證明。

(6)侵權人之產品銷售量乘以同業一般之利潤率

若上述方法皆不可行時，此一推算方法或可提供參考，雖然被侵權人之商業秘密可能產生超出同業平均水準之經濟利益，然無確實計算基礎時，藉由業界一般水準為賠償基礎，至少可彌補一定損失。

《反不正當競爭法》第二十條亦規定侵權人應當承擔被侵權人因調查該該侵權行為所支付之合理費用，在實務上，少部分人卻濫用此權利而任意誇大調查費用，因此江蘇省高級人民法院知識產權庭提出下列四項基於調查侵權事實而產生之費用為申請依據⁵⁵：(1)交通食宿費，應以政府財政部門之規定為依據，不得擅自升等交通工具類別；(2)檔案調閱複印費，亦應以相關部門之規定為之；(3)蒐集實物證據之費用，如透過合法管道購買侵權產品；(4)確認財務狀況之審計費，如聘請會計人員或法律工作者進行財務查核，且此費用應依受聘者同業水準為據。

《反不正當競爭法》之賠償數額計算方法僅有二種，然若權利人無法證明損失且亦難以證明侵權人獲利時，是否即喪失其損害賠償請求權？廣東省高級人民法院民三庭提出二種計算方式：(1)利用商業秘密授權費用之合理倍數為賠償數額，但因商業秘密授權契約之真實性難以確認，往往出現為訴訟而另行設計之相關契約，故此法較少適

⁵⁵ 江蘇省高級人民法院知識產權庭，「技術秘密案件審理中的兩個問題」，人民司法，1996年第9期(1996年9月)，頁13。

用；(2)引導當事人自願協商，此因訴訟完成了對質、認證等程序，當事人對於侵權是時往往已無爭執，此時法官若趁勢主導，進行損害賠償數額之協商，將可避免當事人雙方關於損害賠償再次舉證攻防，耗時耗力，將能提升整體訴訟效率⁵⁶。

浙江省高級人民法院民三庭則提出定額賠償之作法，認為雖然現行《反不正當競爭法》沒有定額賠償之設計，然參照定額賠償乃智慧財產權損害賠償計算之特有方法，因此商業秘密案件應可參考《商標法》、《著作權法》相關規定，適用定額賠償制度以確定賠償數額，並明確說明其適用依據。為保持訴訟公平，若原告主張定額賠償，但被告能舉證證明其實際獲利、原告實際損失或雙方訂有契約，且原告無法提出反證否認上述損失計算基礎，則應依被告實際獲利、原告實際損失或雙方契約約定之損害賠償數額⁵⁷。若被告認為原告要求之定額賠償數額較高，可主動請求法院進行審計，抑或於原告提出審計申請後積極配合，否則法院原則上將直接支持原告請求之賠償數額⁵⁸。此外，權利人因調查、制止侵權行為所支付之合理費用是否可納入定額賠償計算，在實務上仍有爭議，惟學者蘇德軍認為，權利人之損失可得計算者，僅為一部份，整體損失終究難以確切估算，權利人採行定額賠償之心意，不難理解，因此合理費用是否應納入制訂定額賠償因素考量，應視個案處之⁵⁹。

⁵⁶ 廣東省高級人民法院民三庭，「不正當競爭民事案件中疑難問題的解決思路」，人民司法，2005年第3期(2005年3月)，頁31。

⁵⁷ 浙江省高級人民法院民三庭，「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，第229期(2005年4月)，頁13。

⁵⁸ 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(下)」，電子知識產權，2005年第4期(2005年4月)，頁39。

⁵⁹ 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(下)」，電子知識產權，2005年第4期(2005年4月)，頁42。

商業秘密定額賠償概念乃參考其他智慧財產權損害賠償措施而致，因此最高人民法院副院長曹建明於 2001 年全國知識產權審判工作座談會聲明：侵犯其他智慧財產權之定額賠償可參照商標、著作權侵權之定額賠償為標準，意即目前雖尚無法律或司法解釋規定侵犯商業秘密糾紛之定額賠償，惟參考《商標法》第五十六條第二項⁶⁰、《著作權法》第四十八條第二項⁶¹之規定，商業秘密定額賠償之數額應不得超過五十萬元之上限⁶²。

為彌補智慧財產權人難以估算與回復之損害，目前各國之民事損害賠償數額日益提高，然而大陸法院卻針對定額賠償金額採取保守態度，設置最高金額五十萬元之上限，尤其近期內適用定額賠償於商業秘密，其立意本為降低因商業秘密案件之隱蔽性產生之損害賠償計算難度，欲減輕原告之舉證責任與有效補償其損失，卻於實際執行簡易的定額賠償制度時，與國際潮流對立而行，筆者認為最初採行定額賠償之美意，似已打了大大的折扣。

民事法律責任中，除了侵權行為，尚有違約行為，當侵權人違反保密協議，應按照契約約定與相關法律規定承擔違約責任，主要規定於《合同法》第三百五十二條之中：「受讓人未按照約定支付使用的，應當補交使用費並按照約定支付違約金；不補交使用費或者支付違約金的，應當停止實施專利或者使用技術秘密，交還技術資料，承擔違約責任；實施專利或者使用技術秘密超越約定的範圍的，未經讓與人

⁶⁰ 《商標法》第五十六條第二項：「前款所稱侵權人因侵權所得利益，或者被侵權人因被侵權所受損失難以確定的，由人民法院根據侵權行為的情節判決給予五十萬元以下的賠償。」

⁶¹ 《著作權法》第四十八條第二項：「權利人的實際損失或者侵權人的違法所得不能確定的，由人民法院根據侵權行為的情節，判決給予五十萬元以下的賠償。」

⁶² 廣東省高級人民法院民三庭，「不正當競爭民事案件中疑難問題的解決思路」，人民司法，2005 年第 3 期(2005 年 3 月)，頁 32。

同意擅自許可第三人實施該專利或者使用該技術秘密的，應當停止違約行為，承擔違約責任；違返約定的保密的義務的，應當承擔違約責任」。其他相關規定如同法第三百四十三條「技術轉讓合同可以約定讓與人和受讓人實施專利或者使用技術秘密的範圍，但不得限制技術競爭和技術發展」與第三百四十八條「技術秘密轉讓合同的受讓人應當按照約定使用技術，支付使用費，承擔保密義務」。上述規定均為技術契約中，涉及商業秘密法律保護的直接依據，契約當事人若違反保守商業秘密之義務，應依法承擔違約的法律責任。

第五節 刑事訴訟

刑法中設有商業秘密罪，當侵害情節重大時，得以刑法為之。其侵權行為認定方式與反不正當競爭法相同，但是擴張了權利人的範圍，除了商業秘密所有人，另增加獲得合法授權之商業秘密使用人。

第一項 侵權之訴之構成

《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。

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。

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。

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。



比較《刑法》與《反不正當競爭法》之侵權行為條文可發現，二者幾近相同，因侵犯商業秘密罪為結果犯，故與《反不正當競爭法》區分之界即在於「造成權利人重大損失結果」者，方構成本罪。若行為人具備了侵犯商業秘密罪其他構成要件，然未造成權利人重大損失，則僅能利用民事侵權訴訟，或當做不正當競爭行為，依《反不正當競爭法》第二十五條予以行政處分，作為權利保障途徑。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)造成商業秘密權利人直接經濟損失數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。

本條涉及之權利主體與《反不正當競爭法》不同，增加了「經商業秘密所有人許可的商業秘密使用人」，擴大保護範圍。在司法實踐中，多為具有某種特殊職務、職業、身份之個人，或是擁有商業秘密企業之內外部人員(包括競爭對手)，法人亦得為保護規範對象。具體例示如：公司企業行號之高級管理人員、工程師與進出商業秘密存放場所之員工或臨時工；離職、退休或轉調之員工；受委託而知悉商業秘密之人，如律師、會計師、專利代理人、公務員等⁶³。

關於第二百一十九條第二項之罪過形式，刑法理論界存在著數種不同觀點，主要問題存在於如何理解「應知」之概念。故意說認為「應知」是行為人主觀上出於故意，因此「明知或應知」均屬故意；通說則傾向過失說，認為「應知」是行為人主觀上出於過失⁶⁴，如學者張明楷認為「應知而不知」是一種疏忽大意的過失⁶⁵、學者高銘暄認為「應知」意指行為人應認識自己的行為是侵犯權利人的商業秘密，或應當認識他人透過非法手段獲取商業秘密，在應知情況下實施侵權行為時，卻未及時認識，此已符合疏忽大意的心理狀態⁶⁶，另有學者林亞剛提出「應知」是行為人負有「應知」義務之表述，至於行為人「應知」而未知，除以過失角度理解，別無其他罪過能符合此形容⁶⁷。

此外，第一項三款行為是否亦得出於過失？《刑法》第十五條規定：「應當預見自己的行為可能發生危害社會的結果，因為疏忽大意而沒有預見，或者已經預見而輕信能夠避免，以致發生這種結果的，

⁶³ 趙秉志、田宏杰著，侵犯知識產權犯罪比較研究，法律出版社，2004年4月，頁338。

⁶⁴ 杜國強，「侵犯商業秘密罪過形式探析」，知識產權，2002年第3期(2002年5月)，頁34。

⁶⁵ 張明楷著，刑法學(下)，法律出版社，1997年，頁679。

⁶⁶ 高銘暄主編，新編中國刑法學(下)，中國人民大學出版社，1998年，頁663。

⁶⁷ 林亞剛，「侵犯商業秘密罪再探」，法治與社會發展，2000年第1期。

是過失犯罪。」因此過失犯應以法律規定，方需負擔刑事責任，且同法第三百九十八條瀆職罪⁶⁸中，國家機關工作人員洩漏國家秘密犯罪者，在主觀方面，法律條文中明確規定了故意與過失，因此「洩漏」一詞不含過失之意，第二百一十九條「披露」行為應僅指故意，不包括過失⁶⁹。

侵犯商業秘密罪之管轄、時效規定均適用普通規定。綜合《刑法》第十九條、第二十四條規定，第一審刑事案件由犯罪地或被告居住地之基層人民法院管轄。時效規定則因刑法以最高法定刑五年以上或以下為劃分基礎，故隨被告之侵害程度不同而異，若造成權利人重大損失者，其追訴期為五年，若造成特別嚴重後果者，則追訴期增為十年。

被害人由於被告的犯罪行為而遭受物質損失的，在刑事訴訟過程中，有權提起附帶民事訴訟，此為《刑事訴訟法》第七十七條第一項之規定，然而2000年12月發布之《關於刑事附帶民事訴訟範圍問題的規定》第一條卻言明僅有因人身權利受犯罪侵犯而遭受物質損失或者財物被犯罪分子毀壞而遭受物質損失者，故商業秘密之侵害非屬之，無法提起附帶民事訴訟。

一審判決後，若被告、自訴人和法定代理人，不服地方各級人民法院第一審的判決、裁定，當事人可依《刑事訴訟法》第一百八十條用書狀或口頭向上一級人民法院進行上訴，被告之辯護人和近親屬經被告人同意，亦可以提出上訴。若地方各級人民檢察院認為本級

⁶⁸ 《刑法》第三百九十八條第一項：「國家機關工作人員違反保守國家秘密法的規定，故意或者過失洩露國家秘密，情節嚴重的，處三年以下有期徒刑或者拘役；情節特別嚴重的，處三年以上七年以下有期徒刑。」

⁶⁹ 杜國強，「侵犯商業秘密罪罪過形式探析」，知識產權，2002年第3期(2002年5月)，頁35。

人民法院第一審的判決、裁定確有錯誤的時候，依《刑事訴訟法》第一百八十一條，向上一級人民法院提出抗訴。不服判決的上訴和抗訴的期限為十日，自接到判決書、裁定書的第二日起算。

第二項 舉證責任

侵犯商業秘密罪可為公訴，亦可為自訴，然而，因自訴程序致使自訴人須備置充分證據且經法院認定犯罪事實明確後，方得進入開庭審理程序，以商業秘密之隱蔽性而言，實不利自訴程序之運作，因此大部分之案件仍以公訴為之。

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⁷⁰，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。

筆者在此持反對意見，因民事案件與刑事案件所需之證明力大為不同，尤其刑事案件應嚴守罪刑法定主義，以充分之證據檢驗被告之違法性，若實施接觸與相似原則，有可能破壞被告無罪之推定，不應為求原告證明之便利而破壞維繫刑法威嚴性之重要二原則。筆者以為，與其盼望轉移舉證責任，不如加強證據保全之執行，透過有效之

⁷⁰ 肖乾利，「侵犯商業秘密罪的立法不足及其完善探析」，河北法學，第24卷第8期(2006年8月)，頁64-65。

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。

第三項 侵權責任

刑法依侵害程度不同，課以侵權人刑罰或罰金之罰則，惟該定罪量刑標準屬原則性規定，缺乏可操作性，故於 2001 年即已透過《關於經濟犯罪案件追訴標準的規定》提示侵犯商業秘密罪之追訴標準，時至 2004 年 11 月，基於平衡保護智慧財產權與人權、平等保護所有智慧財產權、公平合理地定罪量刑與適應社會發展變化等因素⁷¹，最高人民法院通過了《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》，該法第七條規定，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⁷²，屬刑法第二百一十九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。

雙罰制之優點為法人亦得為規範主體，畢竟商業秘密乃依存於公司法人之中而產生價值，產生糾紛時，除了涉案人員應受處分外，破

⁷¹ 胡雲騰，「正確理解知識產權刑法解釋充分發揮刑法的保護功能」，人民司法，2005 年第 1 期(2005 年 1 月)，頁 8。

⁷² 《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》之中，關於侵犯商業秘密罪起訴標準與《關於經濟犯罪案件追訴標準的規定》相同，均為權利人損失數額五十萬元以上，僅於「造成特別嚴重後果」之時，劃定了權利人損失數額二百五十萬元以上之規範，追訴標準未變更乃因：(1) 侵犯商業秘密罪之案件數較少；(2) 商業秘密之界定較困難；(3) 造成商業秘密權利人重大損失之計算範圍目前尚未獲得定論，仍須進一步調查研究，故依然維持五十萬元之水準。請參考李曉，「《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》的理解與適用」，人民司法，2005 年第 1 期(2005 年 1 月)，頁 17。

壞市場交易秩序之公司亦須付出代價。處罰法人犯罪之規定列於《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》第十五條：「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。」相較於先前《關於經濟犯罪案件追訴標準的規定》法人犯罪數額一般高於自然人犯罪數額五倍以上，因有學者認為不同的定罪量刑標準，在客觀上容易放縱犯罪，應當予以取消。

惟因法人犯罪多由法人負責人或其他成員共同實施，涉案人員較多，若依自然人犯罪處罰，在部分案件中，反而擴大了刑法打擊面而處罰無辜，且法人犯罪一般經過集體研究或負責人決定，代表了法人的犯罪意志，而非法人中某幾位成員的獨立犯罪意識，其牟取之標的為法人集體利益，而非行為人個人利益，因此若將法人與自然人適用同一處罰數額標準，亦不合理。以法理觀之，區別對待乃大陸刑法處理法人犯罪與自然人犯罪之基礎，現有之司法解釋均體現了此一精神，故本司法解釋不宜根本否定此立法精神，惟衡量法人犯罪之複雜性與嚴重性，不應使二者之定罪量刑標準產生過度的差別，以避免形成另一型態之不公平，因此於本司法解釋中，將五倍降為三倍⁷³。

雖然侵犯智慧財產權罪之法人定罪量刑減至自然人之三倍，但是卻擴及適用於所有侵犯智慧財產權罪，原先侵犯商業秘密罪並無相關法人犯罪之規定，於本次發布《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》後，形同加重了第二百一十九條侵犯商業秘密罪，台商企業不論身為原被告，應多加注意此一變化。

⁷³ 胡雲騰，「正確理解知識產權刑法解釋充分發揮刑法的保護功能」，人民司法，(2005年1月)，頁10。

有學者認為，侵犯商業秘密罪的行為應再區分為「濫用合法掌握的商業秘密行為」、「非法獲取」與「濫用非法掌握的商業秘密行為」，依現行罰則而言，是採取一樣的刑事制裁，但是因違約而侵權與採取不正當手段而侵權是兩種性質完全不同的行為，反映出的侵權人主觀意識亦不同，這些是量刑的影響因素，不應忽略⁷⁴。不過筆者認為量刑為法官之自由裁量權，且本罪之刑期自三年至七年，由法官依侵權情節量處，已屬充足，且上述侵權行為均為故意，並無劃分故意與過失之需求，若納入《反不正當競爭法》之侵權行為種類至刑法條文中，反將造成犯罪類型化，有心人若欲進行商業秘密侵權，可能促使其選擇刑度較低之犯罪方式，然而其主觀意識均出於相同之惡意，因此筆者認為該罪無須加入侵權行為樣態，但是應明確「給權利人造成重大損失」、「造成特別嚴重後果」之具體含意。



隨著今日侵犯智慧財產權形式之轉變，出現家族式經營、規模化、組織化等協助侵權或提供便利侵權條件之行為，雖然實施上述行為之人，未直接參與侵犯智慧財產權活動，但若其具備故意要件，則主觀上因具有共同犯罪故意，且客觀上實施提供便利或幫助之行為，亦屬於侵犯智慧財產權之共犯⁷⁵。台商企業若已掌握其他非直接侵害商業秘密之人，欲擴大商業秘密侵權人時，應得適用《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》第十六條⁷⁶共犯之規定。

⁷⁴ 趙秉志主編，侵犯知識產權犯罪研究，中國方正出版社，1999年7月，頁322。

⁷⁵ 陳興良，「知識產權刑事司法解釋之法理分析」，人民司法，2005年第1期(2005年1月)，頁15。

⁷⁶ 《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》第十六條：「明知他人實施侵犯知識產權犯罪，而為其提供貸款、資金、賬號、發票、證明、許可證件，或者提供生產、經營場所或運輸、儲存、代理進出口等便利條件、幫助的，以侵犯知識產權犯罪的共犯論處。」

第六節 勞動爭議

雇主與勞工之間簽訂的保密條約或競業禁止條款，得透過《勞動法》另行保護。關於勞動爭議之解決，主要規定在 1993 年國務院頒佈的《企業勞動爭議處理條例》，1994 年施行的《勞動法》第十章「勞動爭議」和 2001 年最高人民法院通過的《關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋》。在法律位階上，《勞動法》屬於法律，《企業勞動爭議處理條例》屬於行政法規，其效力低於《勞動法》，《關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋》則屬於司法解釋，不具有法律效力，但在實務中對案件訴訟具有重要的指導意義。因此，大陸關於勞動爭議解決機制之規定，以《勞動法》之規定為準，勞動法沒有規定之處，可依據《企業勞動爭議處理條例》，《關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋》則為重要的參考。



第一項 侵權之訴之構成

依據《勞動法》第七十九條和《企業勞動爭議處理條例》第六條之規定，勞動爭議糾紛有四種解決方式：協商、調解、仲裁和訴訟。兩者規定原則上相同：「勞動爭議發生後，當事人應當協商解決；不願協商或者協商不成的，可以向本企業勞動爭議調解委員會申請調解；調解不成的，可以向勞動爭議仲裁委員會申請仲裁。當事人也可以直接向勞動爭議仲裁委員會申請仲裁。對仲裁裁決不服的，可以向人民法院起訴」。

此四類勞動爭議的解決方式中，協商屬於當事人之間就爭議採取的自願磋商解決方式，協商一致後，當事人雙方達成的約定沒有強制執行力。勞動爭議調解委員會的調解解決勞動爭議方式屬於典型的民間調解，若申請調解之日起三十日內未結束，將視為調解不成，另依據《企業勞動爭議處理條例》第十條與第十一條之規定，透過企業勞動爭議調解委員會申請的調解，亦無法律上的強制執行力，且只要有一方不同意調解，此程序亦無法適用，因此協商與調解的拘束力與效力均低。

在大陸，勞動爭議糾紛不能直接訴諸法院。勞動仲裁是勞動爭議訴訟的必經程序，勞動爭議糾紛未經仲裁，不得向法院起訴，否則法院會裁定不予受理。勞動仲裁與一般民事仲裁不同，其裁決並非最終結果，《勞動法》第八十二條規定：「提出仲裁要求的一方應當自勞動爭議發生之日起六十日內向勞動爭議仲裁委員會提出書面申請。仲裁裁決一般應在收到仲裁申請的六十日內作出。對仲裁裁決無異議的，當事人必須履行」。《關於審理勞動爭議案件適用法律若干問題的解釋》第三條規定「勞動爭議仲裁委員會根據《勞動法》第八十二條之規定，以當事人的仲裁申請超過六十日期限為由，作出不予受理的書面裁決、決定或者通知，當事人不服，依法向人民法院起訴的，人民法院應當受理；對確已超過仲裁申請期限，又無不可抗力或者其他正當理由的，依法駁回其訴訟請求」。由於該期間內可因不可抗力或其他事由而中斷或中止，因此六十日的期間規定屬於民法理論所述的「訴訟時效」。勞動仲裁申請的「訴訟時效」屬於特別規定的訴訟時效，少於《民法通則》規定的二年普通訴訟時效。

第二項 勞動仲裁適用範圍

《企業勞動爭議處理條例》第二條規定了寬廣的勞動仲裁適用範圍，因此以下三種情況均可適用⁷⁷：(1)「因企業開除、除名、辭退職工和職工自動離職發生的爭議」：企業若認為員工違反企業保護商業秘密之規定而予以開除、除名、辭退，則勞工認為有爭議時，可提起勞動仲裁；(2)「因執行國家有關工資、保險、福利、培訓、勞動保護的規定發生的爭議」：企業若認為員工違反企業保護商業秘密之規定而降低員工之工資或福利，勞工若不同意時，可提起勞動仲裁；(3)「因履行勞動合同發生的爭議」：若企業與員工簽訂保密條款或保密協議，則企業與員工之間的商業秘密可依照約定提起勞動仲裁。

此外，1999年勞動和社會保障部發佈《關於勞動爭議案中涉及商業秘密侵權問題的覆函》第二條規定「勞動合同中如果明確約定了有關保守商業秘密的內容，由於勞動者未履行，造成用人單位商業秘密被侵害而發生勞動爭議，當事人向勞動爭議仲裁委員會申請仲裁的，仲裁委員會應當受理，並依據有關規定和勞動合同的約定做出裁決」。

不過勞動部給予企業較大之爭議解決空間，其於1995年發佈《關於貫徹執行〈中華人民共和國勞動法〉若干問題的意見》第八十二條，規定「用人單位與勞動者發生勞動爭議不論是否訂立勞動合同，只要存在事實勞動關係，並符合勞動法的適用範圍和《中華人民共和國企業勞動爭議處理條例》的受案範圍，勞動爭議仲裁委員會均應受理」。

⁷⁷ 張玉瑞著，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005年3月，頁198-199。

第三項 第三人角色之涉入

《勞動法》第九十九條規定「用人單位招用尚未解除勞動合同的勞動者，對原用人單位造成經濟損失的，該用人單位應當依法承擔連帶賠償責任」。此一規定可解釋為用人單位若使用新進人員而侵犯了原來單位的商業秘密，原來單位可將該員工與用人單位同時做為當事人，提起勞動仲裁，使得企業與員工之間的雙務關係擴張至第三人。

除了《勞動法》設有第三人之規定，1995 年勞動部發佈之《違反勞動法有關勞動合同規定的賠償辦法》第六條亦擴散了勞動關係中商業秘密的保護網，其條文內容第一項為「用人單位招用尚未解除勞動合同的勞動者，對原用人單位造成經濟損失的，除該勞動者承擔直接賠償責任外，該用人單位應當承擔連帶賠償責任。其連帶賠償的份額應不低於對原用人單位造成經濟損失總額的 70%。向原用人單位賠償下列損失：(一)對生產、經營和工作造成的直接經濟損失；(二)因獲取商業秘密給原用人單位造成的經濟損失」。第二項：「賠償本條第(二)項規定的損失，按《反不正當競爭法》第二十條的規定執行」。

由《違反勞動法有關勞動合同規定的賠償辦法》可知勞動部關於用人單位不當使用人力資源之態度亦趨嚴格，不論用人單位是否知曉新進人員與其他企業主存在勞動契約之現況，凡侵害原單位之經濟利益，即處以高價之損害賠償金額，相較於《勞動法》僅列入共同當事人之作法，著實明確且嚴格，雖然《違反勞動法有關勞動合同規定的賠償辦法》為行政規章，目前尚未有實務之執行成例，然而此規定近似無過失行為責任，又具備高度可操作性之處罰，此一發展值得關心。

第四項 勞動契約糾紛與違反保密義務、競業禁止糾紛之競合

企業為保護其商業秘密，當員工在職時，大多與其簽訂勞動契約與保密契約，離職時評估現實情況，與部分員工簽訂競業禁止契約，期望以最大限度保護其合法權益。當發生簽約員工違約情事時，企業往往依據保密契約請求法院追究員工之侵權責任，而員工則多以雙方爭議應由勞動爭議仲裁機關處理，不應由法院受理為由，進行抗辯。究以三種契約同時或分別存在時，應以孰者為優先適用關係，成為訴訟爭議與訴訟策略之決戰點。

廣東省高級人民法院民三庭提出其實務見解⁷⁸，認為法院無須視勞動爭議仲裁程序為前置程序，此因商業秘密被侵害時，權利人可尋求《民法》、《勞動法》等法律救濟途徑，法院應充分保障權利人多元化之救濟途徑，當權利人未申請勞動仲裁而即向法院提訟時，只要該起訴要件符合《民事訴訟法》第一百零八條⁷⁹規定，法院應予受理。

江蘇省高級人民法院知識產權庭提供了另一思路⁸⁰。若企業與員工訂定勞動契約，該契約中包括保密條款且另有違約金之設計，則該違約金不應視為侵權損害賠償額，此因該損害賠償乃基於勞動契約關係中的違約行為而產生，但是侵權損害賠償卻是因為企業之商業秘密

⁷⁸ 廣東省高級人民法院民三庭，「不正當競爭民事案件中疑難問題的解決思路」，人民司法，2005年第3期(2005年3月)，頁30。

⁷⁹ 《民事訴訟法》第一百零八條：「起訴必須符合下列條件：(一)原告是與本案有直接利害關係的公民、法人和其他組織；(二)明確的被告；(三)有具體的訴訟請求和事實、理由；(四)屬於人民法院受理民事訴訟的範圍和受訴人民法院管轄。」

⁸⁰ 江蘇省高級人民法院知識產權庭，「技術秘密案件審理中的兩個問題」，人民司法，1996年第9期(1996年9月)，頁13。

使用權、轉讓權受到不法侵害後而產生，前者屬違約責任，後者為侵權責任，自不得混為一談。即使該員工同時發生違約責任並附帶侵權事實，當出現責任競合時，權利人多以侵權責任提請訴訟，故法院不應以員工之違約責任拒絕企業行使其侵權行為請求權。

勞動契約爭議與保密契約爭議、競業禁止糾紛所涉及之權利義務不相同，前者著重於勞動權方面之保障問題，如勞動工資，後二者則屬於商業秘密民事權利保護之智慧財產權相關問題，且離職跳槽後發生之侵權行為往往是員工非法揭露原雇主商業秘密，由第三者非法使用該商業秘密，則侵權第三人與該員工之勞動契約並無關連。

廣東省高級人民法院民三庭之司法實踐透露了此議題在法院運作之整體效率差異。該院若駁回當事人起訴或中止訴訟，令當事人優先啟動勞動爭議仲裁程序時，往往導致案件先仲裁後訴訟之訴訟週期延長，對於保障智慧財產權而言，增加了許多成本，且持續的侵權行為破壞了市場競爭秩序，但若該院直接受理員工未履行保密契約，造成雇主商業秘密遭侵害之案件時，則較能反應公平、效率之成效⁸¹。

因此，若台商企業與員工之間發生契約競合時，宜考慮訴訟效率與權益保護完整性，直接採取民事手段作為商業秘密保護措施，若員工提出優先採行勞動爭議仲裁程序之抗辯，應向法院釋明維護商業秘密權益與解決勞資糾紛之訴訟本質差異，並強調權利救濟途徑之選擇自由權。

⁸¹ 廣東省高級人民法院民三庭，「不正當競爭民事案件中疑難問題的解決思路」，人民司法，2005年第3期(2005年3月)，頁30。

第五章 企業之商業秘密管理

商業秘密壟斷地位之時間長短，取決於適當保密措施控制下之保密時間長短，適當、合理的行為措施之運用不但是商業秘密的存在證明，更是商業秘密得以被認定適法之要素，然而何為「適當、合理」之標準，大陸法院之實務解釋如下¹：「權利人在主觀上有保密意思，在客觀上實施一系列對內、對外之保密措施，且該措施足以使相對人明確知道自己具有保密義務，應履行保密職責，最終達到第三人無法瞭解商業秘密之內涵或該商業秘密不曾落入公共領域之目標。」以下就商業秘密保護制度之設計、事物之軟硬體差別與不同身份之人，給予可能實施之管理措施建議。

第一節 企業內部制度設計



壹、組織制度

當事人在商業秘密的管理上，除原先依業務、職能劃分之公司組織架構為，另需獨立成立商業秘密保護之部門：管理部門、監察部門。

(a)管理部門

管理部門主要負責商業秘密保護措施之規劃與執行管理，由總經理兼任，或成立安全委員會，由各部門主管或公司核心高層擔任委員，確認、規劃公司內部人員之商業秘密保護制度。制訂規章的前期工作，應先確認何謂公司的商業秘密範圍，其思考邏輯如下：(1)公

¹ 江蘇省高級人民法院知識產權庭，「技術秘密案件審理中的兩個問題」，人民司法，1996年第9期(1996年9月)，頁12。

司之優勢為何；(2)該優勢是否屬於智慧財產權；(3)此智慧財產權應適用何種保護方式(專利、著作權、商業秘密)；(4)採用商業秘密保護者，瞭解其公開情形與管理方式；(5)依據各個商業秘密之現況，設定不同之保護措施，如：雖非產業一般習知之知識，但在公司內部已近公開者，考慮申請專利或加強使用管制，以避免資訊外流。

由於商業秘密本身具生命週期，視產業不同而有不同的變動狀況，管理部門應依各該商業秘密之週期，定期開會確認管理規章之適當性。管理部門完成規章制訂後，交由各部門實施，部門主管為實施管理人，應定時回報執行情況予管理部門，以使管理部門瞭解規章之運作實況與商業秘密存在現況，隨時調整合理的管理措施。



(b) 監督部門

商業秘密之存在是攸關公司營運的重要生存條件，應將之與公司員工等同視之，二者皆為公司珍貴的資產，因此，可將人力管理之概念套用至商業秘密管理。人力管理的重大原則之一即為設置反向監督機制，此方法運用至商業秘密管理可為設置獨立的監督檢查部門，鼓勵不正當行為之舉報，建立申報制度，凡發現執行業務相關人員有不當使用公司商業秘密行為時，人人皆可備具說明向監督部門提出告發，待相關事證蒐集完備後，向管理部門匯報。由於商業秘密侵害具短時效性，因此監督部門需有快速的執行能力，建議應由法務部門與人力管理部門聯合組成，減少跨部門的溝通程序。

此外，由監督部門執行獎罰制度²，賞罰分明的遊戲規則方能使

² 張玉瑞著，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005-03，頁 96。

申報制度產生運作動力。對於防止外洩與積極保護者，給予表彰獎勵；對於違反保護規章、遺失公司機密或洩漏商業秘密者，依情節後果之不同，給予不同程度的處分或經濟制裁，若有造成公司嚴重損失之人，應追究其刑事責任，其部門主管亦擔負相關失職管理責任。

貳、教育訓練

員工保護商業秘密之自發性，應以潛移默化方式進行。不論是工作、制度或員工之認同感、進取心，皆須透過主管或企業加以管理與控制，員工需要被激勵、被支持、被栽培與被教育，總而言之，員工需要管理者之輔導，因此企業應協助員工個人完成職責、符合標準與期待，為使輔導產生效果，管理者應清楚界定工作內容，明確對於員工之要求³，保守商業秘密亦為管理者對於員工之期待，為有效傳遞該期望，企業應提供員工認識商業秘密之機會並輔導其執行情況，其中，教育訓練可為有效實施方法之一。

相關具體措施如下：透過職前教育，使新進人員知曉公司對於保護商業秘密之態度與用心，進而產生保護商業秘密之責任感，往後的定期在職訓練，可採漸進方式透露公司商業秘密範圍，內容包含營業秘密的重要性與其侵權責任，使內部人員認識部門內商業秘密之存在內容，加強保護商業秘密之敏感度。管理部門除制訂、執行管理規章外，亦可利用公司內部刊物或網路論壇，不時發佈管理成效與保密提示，營造保密環境與積極表達公司的保密態度，亦是推動人員主動參與保密機制之良方。

³ 黛安·崔西、威廉·莫林著，湯宗勳譯，信任遊戲--12種信任測驗教你如何搞定部屬與客戶，早安財經文化有限公司，2004年8月，頁6。

第二節 軟硬體之管制措施

硬體設備的管理措施成效是顯而易見的，因此公司於此部分之準備必不可少，當爭端、訴訟開啟時，硬體的管理方式則是權利人不言自明的最佳證明，雖然商業秘密要求的是合理保護，惟於科技日益更新之今日，公司若能設定較嚴格、具先見之明之保護措施，將可降低他人不當取得商業秘密之機會。

管理硬體之措施制訂與執行，應注意商業秘密的整個生命週期之中，均需採取必要的保護措施，有關商業秘密之載體，不論處於生產、使用、保存、移轉、最終處置等各環節，均應採取有效的保護措施：

(a) 生產範圍區域的保密措施



工廠與公司應設置圍牆或明顯標示物以區隔所有權範圍；出入口應分類管理，對於公司員工、外部參訪人員、協力廠商及其車輛設備設置不同的固定出入口，以便於辨識進出人員身份；對外主要出入口應設置管理人員或採用需通過驗證之門鎖裝置；工廠與公司內部應設立特別管制區，明顯劃分秘密等級。

(b) 生產設備與生產過程的保密措施

需保密之生產過程、會議舉辦應於特別管制區之內進行；機器設備之間、工作室之門窗等可利用隔板或屏風造成視線阻擋功效；生產設備若有包含商業秘密之配置，可另行加裝黑箱或上鎖；需保密的生產程式可設計為由隔間機械按鈕執行，使操作者亦無法知悉實際運作情況。

(c)原物料與模具之管理

若原料、材料屬商業秘密，可透過換瓶改裝、換名標示等另行包裝方式，模糊視聽；若模具屬商業秘密，可設置黑箱或上鎖，並配合使用管理程式，紀錄使用者身份、使用時間、歸還狀況等。

(d)文件管理

檔案管理包括檔案製作、收發、承辦、保管、借閱、複製、移交、歸檔、銷燬等過程；依照檔密級不同，給予明確標示與印記，並依密級分類管理，此一管理方式為眾多法院所採，且具有推定擁有商業秘密之效果；檔因商業秘密之存在而具有週期性，除標示密級外，另應登記保存期限，若有變更，應及時於標示中更改並通知相關管理與使用人員；保密文件應有專人管理或並採上鎖之保管裝置；保密檔之使用應於限制範圍內或管制區內，若需攜出保密檔或對外使用，應由上級主管批准；進出入檔管制區，應管制人員隨身攜帶物品，尤其禁止具拍攝功能之電子設備；依工作範圍規劃保密文件之借閱與使用時間；原則上，保密檔管制區內不設置複製設備，若使用者有複製之必要，另經複製申請程序，由上級主管確認後方可進行；檔銷燬程序除毀損動作執行，另應設置確認方法，務使檔達無法辨識之效。

我國企業盛行申請 ISO 系列認證已有多多年，台商企業於大陸投資經營時，亦可評估採用，尤其 ISO 認證中，亦設有文件保護之基本要求，無論是保管措施或使用程序均需符合一定之管理流程，此外，利用 ISO 為商業秘密文件保護措施之一種，亦可降低員工不被信任之挫折感⁴。

⁴ 賴文智、顏雅倫著，營業秘密法二十講，翰蘆圖書出版有限公司，2004年4月，頁222。

(e)廢棄物管理

一家公司、工廠的廢棄物，可能是其他公司、工廠的技術來源，因此贊成予以保護之學者認為，負面資訊對於資訊持有人或競爭對手而言，亦存在現在或潛在的經濟利益，然而亦有持反對意見之學者，其論證主因為人類技術智能之進步，建立於錯誤的嘗試結果而得，因此提供負面資訊保護，將有礙技術發展，不符智慧財產權之保護初衷。

專家學者之正反意見均有不可輕忽之價值，但是對於公司、工廠之實務操作面而言，為防止競爭者各種措手不及之攻擊競爭行為，實不得輕忽廢棄物管理之執行，故廢棄物損毀處置應交由專門執行之人完成，企業與受委託之工廠應建立確認程序，並不定時抽檢損毀執行成效。



(a)電磁記錄管理

日益增加之電子化資料與電磁記錄，將促使維護資料安全之需求提升，然而傳統的人力資源資訊系統已不敷使用，無法建築一道防火牆，完全隔離各個使用族群，因此企業應推動員工自助上線系統 (Employee Self Service)⁵，仰賴資訊部門人員藉由嚴密之管理資訊系統，確保個人、內部組織與公司外部資訊交流之安全性。

為防止員工不當透過電話、網路傳輸公司內部資訊，可採用監控軟體或設備，並依工作範圍與職權，給予不同使用者權限，如：傳真與掃描管制、軟碟機、光碟機、隨身碟等抽取式存放裝置、網頁分級、內部電子郵件與外部電子郵件連結、檔案上下載限制等；定時執行全

⁵ 林財丁、陳子良編著，人力資源管理，滄海書局，2005年9月，頁61。

公司掃毒程式與程式管理，以隨時監控個人使用狀況；於載有保密資訊之光碟或存放裝置之文件封面，加蓋密級戳印；於共用程式與個人電腦中，顯示並註記無法除去之保密聲名；若有限制閱讀之內部保密資訊，應載於管制區之電腦中，並採用獨立內部網路。

(b) 客戶資料管理

除顯而易查之事實資料紀錄外，載有因時間累積而成的客戶資料，在實務上愈來愈常見得以構成侵犯商業秘密之案件。客戶資料最大的危機在於容易遭業務人員竊取使用，因此客戶資料管理應配合電磁記錄一併管理，透過建置客戶關係維護系統，監控使用者之使用情況，若發現使用時機不當或越權查詢使用，可透過監督部門偵察備案；客戶資料自建檔至銷毀均應設計獨立的管理規章，不宜與技術文件共存，以避免人員串連使用。



客戶資料並非限於內部人員使用，台商企業若與其他公司合作發展或實施技術授權，有可能為了拓展雙方業務規模而互相提供使用客戶資訊，為保護日積月累而獲得之含有特殊資訊之客戶名單，雙方應於保密契約中明訂客戶名單之使用方式與期限，並加強保密力度，以避免未來發生糾紛時，苦無證據，此外，亦可透過違約金之訂定，確保日後權益之保障⁶。

(c) 配方管理

配方亦屬商業秘密之一部份，合理的管理措施為確保其存在之方法。為使相關操作人員無法直接得知配方或原物料之狀況，可將公司

⁶ 李旦，「營業秘密之保護--關於客戶名單」，智慧財產權，第1期(1999年1月)，頁121。

內部流程所經之執行操作者列為受管制對象，須經仲介者溝通，互相沒有直接聯絡管道；設計一套編碼方式，將採購所得之原物料另行包裝標示，或利用不同顏色之外瓶改裝，使非專業之人無法一眼即知其正式名稱；配方之書寫亦透過改名後之成分記錄；編碼方式應定時更換；編碼手冊之製作與保管由專人負責。

(d)研究記錄與研究報告管理

商業秘密可視為隱形的內部專利，且商業秘密不禁止他人自行研發並實施，因此研發記錄佔有重要的證明地位，研究記錄應確實填寫，未來或可做為有力的權利證明；若公司內部常進行專案計畫，各單位撰寫之專題研究報告，應列密級管理，若其中涉有公司商業秘密之記錄，應另行裝訂加封；員工執行業務時，凡涉及應列密級或使用商業秘密之資訊時，所有相關紙本、電磁記錄均應建檔分級存放；因工作流程與個案資料對部分產業具有競爭力之實益，如：法律業務、行銷策略制訂等，若公司內部設有工作備忘錄系統，亦應配合文件管理與電磁記錄管理等方式妥善保管。

第三節 在職員工之商業秘密保護措施

控制內部員工關於工作範圍內所需之知識，將能減少過失洩漏或惡意出賣公司商業秘密之機會。相關具體措施如下：同一部門中，明確劃分各人涉密權限，執行相關涉密工作時，應受部門主管之監督，他人不得越權詢問工作內容；每日初抵公司開始上班前，若發現座位擺設有異樣，應馬上向部門主管反應；上班時，手中處理之密級資料應妥善保管，不可隨意置放，參加會議後，一切資料均需帶離會議室，

若有廢棄不用之資料，應確實損毀或分類回收，不可隨意拋棄、放置；下班後，桌面不擺放製作中的密級文件與參考資料，電腦系統關機或登出，使其成為需要密碼方可使用之狀態，存放技術資料、客戶名單等機密文件之櫃架應上鎖，並確實紀錄公差外出與上下班時間。

第一項 在職員工之權利

企業享有商業秘密保護，則員工享有非職務成果之智慧財產權，以及公知領域中的知識、經驗與技能均能自由利用之權利，凡員工透過勞力獲得之普通技術與經營知識均屬之⁷。大陸目前雖尚無法律定義此權利，然透過 1988 年科學技術部發布之《關於科技人員業餘兼職若干問題的意見》第四條觀察，「在業餘兼職中轉讓非職務技術成果，以及利用在本職工作中積累和掌握的知識、技術、經驗和信息為經濟建設服務，不屬本單位技術權益範圍，不受限制。」可約略得知員工之權利範圍。

員工擁有之權利，即一般性知識、經驗與技能，實為商業秘密侵權訴訟中之抗辯良方，如雇主若開放外人自由參觀生產過程，不但喪失了秘密性，亦成為員工之一般知識、經驗與技能範圍；另一種情況為雇主已宣布保密規定，但是仍允許所有員工均可接觸，則相關資訊仍有被判定為一般知識之可能，因此台商企業應注重保密措施之規劃並加強執行，以避免糾紛產生時，因秘密性遭破壞而落入公知領域，並成為員工所得掌握之權利。

⁷ 張玉瑞著，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005 年 4 月，頁 114。

第二項 在職員工對商業秘密之保護義務

在職員工對於企業之秘密資訊負有保密義務，關於其承擔之義務內容如下⁸：(1)不得刺探與工作無關之商業秘密；(2)不得向不承擔保密義務之第三人披露企業之商業秘密；(3)不得實施出借、贈與、出租、轉讓等處分企業所屬商業秘密之行為；(4)不得協助不承擔保密義務之第三人使用企業之商業秘密；(5)如發現商業秘密已遭洩漏，或因自己之過失而洩漏商業秘密，應立即採取有效措施防止洩密情況擴大，並向企業相關人員匯報。

上述義務應屬員工之單方義務，其補償已由薪資涵括，原則上，企業無須另行補償，員工亦無權要求雇主為其遵守保密之義務付出成本。此外，即使上述保密義務未見於書面勞動契約中，員工仍應遵守，此因該義務源自於員工之善良忠實義務以及反不正當競爭法保護商業秘密之要求⁹，故違反此一默示義務者，同時違反了勞動法與反不正當競爭法。

善良忠實義務之基本內容為：(1)不得為競爭企業工作；(2)不得以不正當手段勸誘同事離職；(3)不得誘使企業擁有之客戶轉至競爭企業；(4)不得洩漏企業的商業秘密和保密資訊；(5)不得為自己之利益而使用雇主之商業秘密；(6)在職時，不得為離職後所欲進行之競爭行為做準備，如竊取或強記原雇主之圖紙、客戶名單等¹⁰。在企業中，不同職務之義務高度應有所不同，可分為主管級人員、一般員工。

⁸ 后東升主編，企業勞動用工管理法律實務，人民法院出版社，2005年8月，頁215-216。

⁹ See CHARLES R. MCMANIS, INTELLECTUAL PROPERTY AND UNFAIR COMPETITION 336 (5th ed. 2004)

¹⁰ 張玉瑞著，商業秘密法學，中國法制出版社，1999年10月，頁368。

壹、主管級人員

由於其地位與收入較高，因此對企業承擔之責任較高，除善良義務以外，更要求完成忠實義務，如不得利用職務之便或資訊而為自己獲取不當利益，甚至在業餘時間，亦不得進行可能與公司產生競爭效果之行為，因此 2005 年新修正之中國大陸《公司法》第一百四十八條規定公司董監事與高級管理人員負有忠實勤勉義務，第一百四十九條禁止「未經股東會或者股東大會同意，利用職務便利為自己或者他人謀取屬於公司的商業機會，自營或者為他人經營與所任職公司同類的業務」，亦不得擅自披露公司秘密等。惟此地所適用之對象為公司董、監事及高級經理人，對一般幹部人員是否適用並無法定，酌應藉由契約之締結加以約束為佳。



貳、一般員工

由於地位與收入較低，因此其責任範圍較小，僅需以善意行事，忠實履行職務內之工作即可，上班時間不得同時為自己或競爭對手工作。基於一般員工無獲知企業商業秘密之可能性，其工作能力來自於該員工自己之一般知識、經驗與技能，且其決策影響能力低，較難以造成自己受益而企業受損之結果，因此若與雇主簽訂之勞動契約無另行規定，則業餘兼職或同時進行二份工作均不應受限，但若該員工之貢獻超出上述假設而為有利自己或競爭對手之行為，則仍應受善良忠實義務之規範。此外，若無特殊情況，一般員工離職時無須簽訂競業禁止契約。

在大陸，善良忠實義務規定於多部法律之中。《憲法》第四十二條第三項前段：「勞動是一切有勞動能力的公民的光榮職責。國營企

業和城鄉集體經濟組織的勞動者都應當以國家主人翁的態度對待自己的勞動。」《民法通則》第四條：「民事活動應當遵循自願、公平、等價有償、誠實信用的原則。」《勞動法》第三條第二項：「勞動者應當完成勞動任務，提高職業技能，執行勞動安全衛生規程，遵守勞動紀律和職業道德。」《刑法》第一百六十三條：「企業的工作人員利用職務上的便利，索取他人財物或者非法收受他人財物，為他人謀取利益，數額較大的，處五年以下有期徒刑或者拘役；數額巨大的，處五年以上有期徒刑，可以並處沒收財產。」與第一百六十五條：「國有公司、企業的董事、經理利用職務便利，自己經營或者為他人經營與其所任職公司、企業同類的營業，獲取非法利益，數額巨大的，處三年以下有期徒刑或者拘役，並處或者單處罰金；數額特別巨大的，處三年以上七年以下有期徒刑，並處罰金。」《公司法》第七十條¹¹、第一百四十八條與第一百四十九條均有相關規定。雖然各法條規定中並無直接使用善良忠實義務之用字，然其保護實益均與維護該義務之實施有直接相關。

在職員工負擔保密義務之客體可依其重要程度分為二種：(1)商業秘密；(2)保密資訊。

(1)商業秘密

商業秘密為外界不可能或不容易知道之秘密，對企業之重要性自不待言。《關於科技人員業餘兼職若干問題的意見》第四條規定之不得轉讓、具有高度重要性與秘密性之客體，如研究開發工作中取得的階段性技術成果、企業明確規定不向他人提供或者轉讓未公開的關鍵

¹¹《公司法》第七十條：「國有獨資公司的董事長、副董事長、董事、高級管理人員，未經國有資產監督管理機構同意，不得在其他有限責任公司、股份有限公司或者其他經濟組織兼職。」

性技術等，其他經營資訊如客戶名單或未公開之產品價目表亦屬之。

(2) 保密資訊

商業秘密如其創新性較低時，有可能被列入保密資訊之中，而企業與員工因存在勞動契約，故雙方存在著相互信任之保密關係，在此保密關係上進行交換之保密資訊，通常容易被外界知曉，而競爭對手有可能僅需付出一點成本，進行分析研究或透過還原工程，即可獲得與保密資訊相同之結果。此種資訊若任其自然喪失，對企業亦產生競爭劣勢，因此在日常經營中，應訓練員工瞭解對於保密資訊亦應負擔保密義務。

第三項 企業與員工簽訂之保密契約



簽訂保護商業秘密的書面契約，將直接構成《反不正當競爭法》第十條第一項第三款關於保密義務之規定，因而成為企業保護商業秘密之重要法律措施。《勞動法》第二十二條賦予雙方當事人得於勞動契約中約定保守企業商業秘密之事項，且同法第一百零二條設有損害賠償請求權，此外，1996年《關於企業職工流動若干問題的通知》第二條規定：「用人單位與掌握商業秘密的職工在勞動合同中約定保守商業秘密有關事項時，可以約定在勞動合同終止前或該職工提出解除勞動合同後的一定時間內(不超過六個月)，調整其工作崗位，變更勞動合同中相關內容；用人單位也可規定掌握商業秘密的職工在終止或解除勞動合同後的一定期限內(不超過三年)，不得到生產同類產品或經營同類業務且有競爭關係的其他用人單位任職，也不得自己生產與原單位有競爭關係的同類產品或經營同類業務，但用人單位應當給

予該職工一定數額的經濟補償。」因此勞資雙方簽訂保密契約不再是契約自由之一部分，而是依照具體勞動契約中，因涉及商業秘密內容之接觸或掌握，進而在契約中承擔特定義務，利用契約中特定之規範而排除了締約自由之自主性，此為商業秘密法制下，企業與員工間的特殊場景，彼此因而擁有充足法源提供保障。

台商企業制訂保護商業秘密條款時，應審慎考量下列因素¹²：

(1)對第三人契約義務

企業聘用新員工時，應調查其是否承擔了原雇主之保密義務與競業禁止義務，並於簽訂之勞動契約或保密條款中，明確聲明在本公司服務期間，將不使用前雇主之商業秘密或保密資訊。



(2)義務明文化

員工應保證在工作期間所知悉之商業秘密與保密資訊，均無條件承擔保密義務，此為員工單方默示義務之明文化，以為員工深度掌握自己義務承擔之內容。

(3)商業秘密範圍

應先劃分技術資訊與經營資訊之範圍，盡量詳細列舉商業秘密之內容，明確勾勒商業秘密之範圍，進而針對不同職務之員工，訂立其專屬適用之商業秘密客體，進一步提供詳細規定與說明，以明確商業秘密範圍。

¹² 后東升主編，企業勞動用工管理法律實務，人民法院出版社，2005年8月，頁102-104。

(4)商業秘密的管理模式

在保密協議中，企業應對其要求保守秘密之事項、範圍，向員工指明可加以辨認之秘密形式與保密行為措施，此為商業秘密構成要件，亦為當事人雙方明確權利義務之事實根據。

(5)明確描述員工義務

企業有權要求瞭解、掌握商業秘密之人，在工作期間只能將商業秘密用於職務相關事項，不得對無職權之內部人或保密契約以外之人透露商業秘密，其具體條文可為：對上述所列商業秘密，不得直接或間接透露予企業內部無關人士；不得複製、披露包含商業秘密之文件與副本等。



(6)排除公知領域

公知領域中的知識、經驗與技能均屬員工之權利，因此若能證明該資訊已無秘密性，則相關員工可解除對該資訊之保密義務，此法除保障員工權利，亦給予員工提出秘密性存在有無之機會。

(7)職務成果

明確約定職務成果之實施、轉讓與歸屬等問題，並給予合理之獎勵報酬，然而職務成果之認定應保留由企業評價，員工主要負擔之義務為及時報告職務成果。

(8)離職前交還保密資訊或商業秘密之載體

此款一方面要求員工平時應妥善保管、掌握其負責之商業秘密資料，另一方面則為避免員工離職時，順手牽羊攜出正本，雖然不少侵

權糾紛源自於載體之複製，然企業應對員工保有一份基本信任，利用保密契約為第一道防線，若員工破壞信賴關係，則再配合管理措施之登記記錄或電磁記錄證明其不當洩漏、使用等侵權行為。

(9) 保密時限

企業可在勞動契約中約定工作內容涉及商業秘密之員工，應在解除勞動契約前之一段時間內，提前通知公司，則公司可將涉密員工調離至一般性工作一段時間後，再行解除勞動契約。

(10) 免責條款

由於商業秘密之確切範圍難以精確劃定，因此雙方當事人應根據主觀侵權意思、不可抗力因素或商業秘密實際運用情況等條件，設立免責範圍與條款。



(11) 違約責任

簽訂保密契約之員工若洩漏商業秘密，造成企業之經營、生產之直接經濟損失者，應負擔合理之違約金，則違約金數額應視違約情況與損失程度之不同，設有不同之計算標準。

第四項 在職員工之禁止兼職規定

禁止兼職亦即在職競業禁止義務，已擁有一份工作後，不得同時再為自己或競爭對手擔任有關之職務，目前法規中明確規定之主體僅《公司法》之有限責任公司與股份有限公司之董事、監事與經理人，然而為防止一般員工或管理階層利用兼職而產生流失商業秘密之可

能機會，隨著相關行政函釋之發布，可探知大陸對於非高階管理人員之兼職管制採原則贊成、例外反對之態度，故台商企業應得以利用契約自由之概念，透過勞動契約闡述得否兼職之立場與規範。

最早於 1988 年即有科學技術部《關於科技人員業餘兼職若干問題的意見》之發布，該意見第二條規定：「科技人員業餘兼職可以由本單位安排，也可以由技術市場中介機構或者科技人員根據技術市場的情況，特別是廣大鄉鎮企業的需要自行聯繫。但有下列情況之一的，科技人員所在單位可以決定科技人員暫不兼職：（一）不認真做好本職工作或者不積極承擔本單位分配的任務的；（二）擔負的工作涉及國家機密，從事兼職活動可能洩露國家機密的；（三）承擔國家科技攻關或者本單位重要任務，在此期間兼職可能影響完成國家計劃和本單位任務的；（四）因與兼職單位存在利害關係或者其他可能影響公正辦事的情形，應當回避在該單位兼職的。」另有第五條規範應同時亦對兼職企業擔負義務，「科技人員在業餘兼職活動中也應當維護兼職單位的合法權益，不得利用兼職關係從兼職單位套取技術成果，侵害兼職單位的技術權益。」

1997 年《關於加強科技人員流動中技術秘密管理的若干意見》第十一條結合了兼職義務與保密義務，「科技人員在完成本職工作和不侵犯本單位技術權益、經濟利益的前提下，業餘兼職從事技術開發和技術創新等活動的，應當依照國家有關法律、法規和 1988 年 1 月國務院批准的《國家科委關於科技人員業餘兼職若干問題的意見》的規定，正確處理本職和兼職關係，不得在業餘兼職活動中將本單位的技術秘密擅自提供給兼職單位，也不得利用兼職關係從兼職單位套取

技術秘密，侵害兼職單位的技術權益。企事業單位可以參照本意見對有關兼職人員進行管理。」

1996 年人事部發布之《人才市場管理暫行規定》擴大了適用兼職範圍至各類人才市場活動，意即技術管理人員均受此規定之約束，該規定之第二十五條亦納入商業秘密保護，要求「應聘人才離開原單位時，不得私自帶走原單位的科研成果、技術資料等，不得洩露國家機密和原單位的商業秘密，不得侵犯原單位的技術權益。」

第四節 台籍幹部之商業秘密保護措施

台籍幹部意指台商指派台灣母公司之員工，前往大陸投資之企業任職，並與原來母公司保有勞雇關係者¹³，若台商企業在台灣並無公司、工廠之設立，在大陸投資之公司乃獨立運作，則無派遣台籍幹部之疑問。企業國際化之創立初期，任用地主國籍人員作為管理層級之比例較低，派遣母國經理人員能夠減少與母公司之間的文化差距，亦可保守商業秘密，因此在台商企業之投資尚未進入穩定成長期之前，台籍幹部之派遣勢在必行¹⁴。

第一項 管轄權何屬

大陸地區關於自然人之普通地域管轄規定列於《民事訴訟法》第二十二條前段：「對公民提起的民事訴訟，由被告住所地人民法院管轄；被告住所地與經常居住地不一致的，由經常居住地人民法院管

¹³ 黃同圳著，大陸台商人力資源管理，風和出版有限公司，1995 年 11 月，頁 213。

¹⁴ 黃同圳著，大陸台商人力資源管理，風和出版有限公司，1995 年 11 月，頁 221。

轄。」此與我國《民事訴訟法》第一條第一項¹⁵之規定在結構上極為相似，其差異僅為原告身份是否受限於公民，因此，關於被告身份之解釋，應可適用我國學者之見解，認為被告僅以自然人為限，至其為本國人、外國人或無國籍人，均在所不問¹⁶。因此台籍幹部至大陸工作後，期間發生之糾紛訴訟，大陸法院具有管轄權。

2005年6月勞動和社會保障部發布之《臺灣香港澳門居民在內地就業管理規定》，該法第五條規定：「用人單位聘雇或者接受被派遣台、港、澳人員，應當遵守國家的法律、法規。」此外，若履行勞動契約過程中，發生勞動爭議，同法第十五條亦規定，應依照大陸有關勞動爭議處理的規定處理。上述二項條文之規定，均明確說明在大陸工作之台港澳人士應受其法律規範，並得適用相關爭端解決機制。



第二項 台籍幹部之權利義務

台籍幹部在大陸就業採行許可制，需申辦「台港澳人員就業證」，此為《臺灣香港澳門居民在內地就業管理規定》第四條之規定，憑此就業證方屬合法工作，擁有合法工作權利即可獲得法律保障，如該規定第十一條即要求「用人單位與聘雇的台、港、澳人員應當簽訂勞動合同」，依《勞動法》第十九條內容，勞動契約應以書面約定並具備下列條款：(1)勞動合同期限；(2)工作內容；(3)勞動保護和勞動條件；(4)勞動報酬；(5)勞動紀律；(6)勞動合同終止的條件；(7)違反勞動合同的責任；(8)其他雙方當事人約定事項，如同法第二十二條之保密

¹⁵ 《民事訴訟法》第一條第一項：「訴訟，由被告住所地之法院管轄，被告住所地之法院，不能行使職權者，由其居所地之法院管轄。」

¹⁶ 吳明軒著，中國民事訴訟法，三民書局，1993年11月，頁36。

義務與第一百零二條之違反保密義務之賠償責任。

台籍幹部既受大陸法院之管轄，又與一般當地員工相同，均受勞動契約之約束，因此其在職與離職後之權利義務範圍應與當地員工原則相同，唯獨此種派遣受命於台灣母公司，因而具有以下特徵：(1) 被派遣者，需接受大陸地區企業其他主管之指揮、命令與監督；(2) 因與台灣母公司仍存有勞務契約關係，因此其年資、保險、福利、退休、撫卹等在台勞動權益將獲保留；(3) 派遣期間無定論，但與一般短期出差不同¹⁷。由於台籍幹部有返回台灣之可能，則其於大陸所受之權利義務限制，是否得拘束至返台後之行為，筆者對於除應配合當地法令規定變化之權利義務外，其於屬雙方當事人契約自由部分持肯定態度。



台籍幹部返台後，儘管該秘密於我國可能無法實施，對於在台之競爭對手而言，或許不具有實質經濟價值，然而跨國性企業集團之營運與獲利佈局均繫於各個子公司，牽一髮而動全身，若台籍幹部掌握之資訊為公司欲保護之秘密，則不論其身 anywhere，均應受保密義務之拘束。為嚴密保護企業集團整體之商業秘密，台商企業應實施完整的保密措施，如保密契約適用之地域範圍涵蓋至該名員工所有執行職務之地，以防人員在國際間流動時，因權利義務之承繼落差而喪失秘密性或遭不法洩漏、使用之危險。

¹⁷ 黃同圳著，大陸台商人力資源管理，風和出版有限公司，1995年11月，頁213。

第五節 離職員工之商業秘密保護措施

員工離職前與離職後，均應與主管人員有對話機會，徹底瞭解員工離職理由與調適狀況，以避免離職人員挾怨報復；注意離職員工之攜帶物品與電磁紀錄；確認離職者已歸還所有公司物品與檔後，方得簽署離職流程；對於負有保密義務之員工，應特別注意離職前後半年內，與其業務相關之變化情況；若離職員工在職時，曾參加公司內部舉辦之社團活動，可透過在職社員間接追蹤該名員工之近況。

第一項 離職員工之權利與衝突

商業秘密中最難處理的問題即是：離職員工對其於雇用期間所獲得之知識、技能之使用，是否將構成商業秘密之佔用¹⁸，到底孰為離職員工之經驗積累，孰為原雇主應享有之商業秘密，尤其商業秘密範圍之認定乃商業秘密訴訟第一步，此一重要事實之判斷主宰著商業秘密訴訟之進行。

為此，美國法院依案例法之累積，形成了「不可避免揭露理論」(Inevitable Disclosure Doctrine)，其意涵為原雇主主張商業秘密有遭離職員工不正洩漏之威脅或危險時，向法院聲請假處分救濟。此因美國的商業秘密保護主要救濟措施為假處分，畢竟商業秘密只要一旦喪失就將永遠喪失，因此不可避免揭露理論用於證明存在著侵害商業秘密之威脅或危險，以禁止離職員工在相同技術領域內，為原雇主之競爭對手工作，因為離職員工從事相同技術領域的工作時，將不可避免地

¹⁸ 衣慶雲，「客戶名單的商業秘密屬性」，知識產權，2002年第1期（2002年1月），頁41。

依靠原雇主之商業秘密，進而必然洩漏該商業秘密予競爭對手。不過此一理論僅適用於假處分之保全程式，不得作為本案訴訟之請求權基礎，且適用此理論之前提為原告必須先證明商業秘密之存在，若無符合商業秘密構成要件之商業秘密，即無保護之必要性¹⁹。

美國法院於 1963 年 B.F. Goodrich v. Wohlgenuth 一案正式發展不可避免揭露理論，最出名之案件則為 1995 年 Pepsi Co. v. Redmond，第七巡迴上訴法院明確表示不可避免揭露理論可作為請求臨時禁制令之基礎²⁰。在該案中，前百事可樂產品經理 Redmond 跳槽至競爭對手桂格公司負責運動飲料，百事可樂向法院申請臨時禁制令，要求法院禁止 Redmond 六個月內不得為桂格公司工作。由於百事可樂證明其具有經營策略之商業秘密，若 Redmond 未參與該策略制訂之特殊會議，必不可能獲知相關資訊與內容，然而 Redmond 將之適用於桂格公司，因此法院最終認定 Redmond 洩漏百事可樂之商業秘密，法院認為 Redmond 沒有分割資訊的力量，且有意無意依靠此商業秘密以從事新工作。

在不可避免揭露理論中，法院之功能為調和了原雇主之商業秘密保護、員工流動與選擇職業之自由，以及自由、公平競爭知識場秩序的公共利益，畢竟，離員工因知悉原雇主之商業秘密，專業能力提高之時，反而受到較多之限制，而無法在其專攻之領域中尋求更好更大的發展，則此後果將會抑制新技術之傳播，進而妨礙自由競爭市場秩序，最終損害社會整體利益²¹。因此，根據不可避免揭露理論而為之

¹⁹ 陳信至，「美國營業秘密案例中之必然揭露理論」，萬國法律，第 136 期(2004 年 8 月)，頁 3。

²⁰ 馮震宇，「論假處分與營業秘密的保護」，萬國法律，第 136 期(2004 年 8 月)，頁 19-21。

²¹ 陳信至，「美國營業秘密案例中之必然揭露理論」，萬國法律，第 136 期(2004 年 8 月)，頁 11。

假處分，應嚴格限定在所欲保護之商業秘密相關之職位或工作範圍內，即不應禁止該離職員工從事相同專業領域之所有工作，否則似有保護過當之嫌。

此套理論在美國雖然尚未通行於各州法院²²，在我國與大陸也尚未出現直接採行此理論之判決，尤其此理論於美國僅適用於假處分之裁判，原則上無法直接套用至我國之假處分機制中，因我國假處分不審酌本案問題，然而，既已知此理論涉及本案問題之裁判，則應可採用此概念於案件審理中。不可避免揭露理論既可調和原雇主與離職員工間難劃分之商業秘密權利歸屬，雖然目前法院判決中未曾引用，但可參考美國法院採行此理論之基礎，以之作為刺激法院表明態度意見之試金石。



目前美國法院採用不可避免揭露理論之理由有三：(1)必然洩漏原雇主之否定性專門知識；(2)禁止離職員工與新雇主不當得利；(3)平衡原被告二者之舉證責任²³。

(1)必然洩漏原雇主之否定性專門知識

員工於經驗、知識累積過程中，必已獲得「何者有效、何者無效」之重要資訊，至新公司從事同一領域工作時，自然而然將避免使用無效之方案，此概念與保護消極性商業秘密相同。因此，即使相信離職員工具備足夠誠信而能克制自己於跳槽後不積極利用原雇主之商業秘密，但卻難以強迫自己不利用已知悉之原雇主的否定性專門知識。

²² 如加州與佛羅里達州，詳見陳信至，「美國營業秘密案例中之必然揭露理論」，萬國法律，第136期(2004年8月)，頁9。

²³ 陳信至，「美國營業秘密案例中之必然揭露理論」，萬國法律，第136期(2004年8月)，頁3。

(2) 禁止離職員工與新雇主不當得利

離職員工因於原雇主處工作，而知悉特定技術領域之專門知識，當其跳槽至競爭公司且從事同一技術領域之工作時，自然不是從零做起；同理，競爭公司因藉由雇用以擁有同一技術領域相關專門知識之員工，以節省投資並縮短研發週期，擇期開發產品時，亦非從零開始。雖然不論是離職員工自發性跳槽或競爭公司惡意挖角，二者最初動機乃為了自身利益，然而離職員工與競爭公司已違反保密義務為代價而取得不當得利，並非合理措施。

(3) 平衡原被告二者之舉證責任

商業秘密案件難以取得直接證據，因此原告往往僅能求助於間接證據構築之廣大證據網絡，以之推論原告主張係屬真實，然而間接證據畢竟是模糊且脆弱的，相對於被告直接否認任何不當行為，不可避免揭露理論可提供一平衡機制。不可避免揭露理論乃根據間接證據，推論離職員工於新公司從事相同技術領域之工作時，將不可避免揭露並使用其所知悉支援雇主的商業秘密，此時，被告無法空言否認，而應說明原告所提出之間接證據，故可平衡原被告知舉證責任。

第二項 對重要商業秘密之義務

離職員工與客戶之間的關係，往往與原雇主客戶名單之商業秘密相牽連，因此法院常在維持市場自由競爭秩序與離職員工工作權之間陷入兩難，若單純地視客戶名稱、地址為商業秘密，將使受僱人承受類似競業禁止條款之約束，則任何曾與雇用人為交易行為之相對人，於受僱人離職後，均不得與之為交易行為，顯然是不當地擴張競業禁

止範圍而言重影響受僱人離職後之工作權與財產權²⁴。

離職員工拜訪原雇主之客戶，是否侵害原雇主之經營秘密，大陸曾有一相關判決²⁵：北京一名牙醫師因轉換診所，以電話或傳真方式通知其原診所之看診病人「為了使用最新的治療設備為你提供更好的服務，我將對工作做一些變動，……。如果你願意繼續我讓為你治療，你有權從你看病的診所提取你的病例複印件，你的治療費將按照原來的價格保持不變，你的牙醫套餐將繼續有效」。法院判決為客戶名單屬於經營秘密，因而此舉已侵犯原診所之商業秘密。筆者認同學者張玉瑞之意見，認為本案之關鍵在於該醫師採用了勸誘方式並損害了原診所之利益，因此法院傾向保護原診所之商業秘密，若該醫師僅通知病患其已轉換工作，患者考量自身的醫療利益後，決定追隨醫師轉換診所，則應尊重個人選擇權。因此，離職員工拜訪原工作時接觸過之客戶，應屬合理的客戶關係維持方式，但若有勸誘行為或接觸違法取得原雇主受保護之客戶名單，致使原雇主流失客源，則應由離職員工承擔此損害，若新雇主參加或鼓勵此違法行為之發生，則應負擔連帶賠償責任。

離職員工影響原雇主客戶之行為分為三種：(1)主動吸收原雇主持續服務中的客戶；(2)主動吸收原雇主未使用或遺棄之客戶；(3)客戶主動追隨離職員工²⁶。

²⁴ 徐盛國，「客戶資訊與營業秘密之芻議」，智慧財產權月刊，第 63 期(2004 年 3 月)，頁 116。

²⁵ 張玉瑞著，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005-03，頁 28-29。

²⁶ 衣慶雲，「客戶名單的商業秘密屬性」，知識產權，2002 年第 1 期 (2002 年 1 月)，頁 41-42。

(1)主動吸收原雇主持續服務中的客戶

當客戶名單有固定載體且內容較複雜時，若離職員工違反保密義務進行複製、故意記憶或採取其他非法手段獲取並使用之，則離職員工之侵權行為毫無疑問地可快速確認，但若客戶數量少且無固定載體記錄時，則應依進行事實調查。如果該名員工在雇用期間即已熟悉客戶名稱與一切相關訊息，並負有保密義務，則離職後利用所有資訊吸收客戶之行為，應屬侵權；若該員工未離職前，僅知客戶名稱，並未掌握其他資訊，則於離職後，依其自身努力開發記憶中之客戶，因是自行投入成本而爭取到的客戶，因此不構成侵權。

(2)主動吸收原雇主未使用或已遺棄之客戶

商業秘密提供保護之客體並非客戶獨佔權，而是符合保護要件之客戶資訊，因此，不論交易關係持續中或是已不再往來之客戶，人人皆有爭取的權利，但是只有投入資源與努力者，方有合法獲得客戶之權源，凡是利用非法手段獲取並使用他人經努力而形成之秘密資訊皆屬侵權，故本行為之違法判斷基礎不在於客戶關係持續、存在與否，而是爭取客戶之手段方法是否合法。此外，客戶關係之脫離並不代表不存在商業秘密，因為消極性資訊只要符合三要件，仍可獲得商業秘密之保護，因此竊取、使用他人消極性客戶名單亦有侵權之可能。

(3)客戶主動追隨離職員工

上述二種行為皆因離職員工透過非法手段獲取原雇主之客戶名單而構成侵權，但因客戶具流動性與選擇權，有時與企業的業務關係實則建立於對特定員工之信賴，因此當該名員工離開後，客戶便主動停止往來並跟隨離職員工，自願與其他公司建立新的交易關係，此乃

客戶之選擇自由，亦為競爭本質。雖然無法在該名離職員工在新公司與原有客戶進行業務聯繫時，禁止使用在原雇主處獲得之記憶，亦不可能禁止客戶的主動追隨，但若客戶集體轉移，將導致原雇主公司發生重大損失，因此在訴訟中，若被告以此為抗辯理由，應負有舉證責任，證明無不法利用原雇主客戶名單之行為，一切皆因自身努力而獲得之交易機會，否則此法將易淪為侵權者脫逃之門。

第三項 競業禁止契約

勞動契約中之競業禁止條款之使用，可保護業者免受秘密遭盜用之苦，惟保密責任往往因雇用契約之終止或解除而一併解消，員工將因此不再受到保密條款之約束，企業可能因離職員工之任意運用其於原工作中獲知之秘密而遭受經濟損失。一般的保密條款亦無法防止因為員工跳槽並利用所獲得之知識、技術參與市場競爭，進而對原雇主產生嚴重的競爭問題，因此合法有效的離職後競業禁止條款將能進一步確保原雇主之競爭優勢，不至遭受侵害，並可防止惡性跳槽或惡性挖角，進一步成為有效保護商業秘密與競爭優勢之方法²⁷。

傳統的雇傭關係中，雇用人多屬經濟上的強者，為了維持其強勢地位並保障重要資訊不被洩漏，應付出相當努力，維持其商業秘密之安全，雇用人須投注合理的努力以獲得知識的秘密並維持市場競爭力、不剽竊其他競爭者的商業秘密。受僱人則於離職後，對於原雇主仍具有保密義務與忠實義務。為了維繫雇傭雙方關係之和諧，調和勞

²⁷ 曾勝珍，「美國離職後競業禁止條款之適用探討」，中正法學集刊，第 14 期(2004 年 1 月)，頁 396。

資雙方之公平地位，制訂離職後競業禁止契約具有其必要性²⁸。

目前大陸與我國關於員工適用之離職後競業禁止契約尚未制訂相關法律規定，我國《民法》第五百六十二條²⁹中僅針對經理人與代辦商設有在職期間之競業禁止規定，另於《公司法》第三十二條³⁰亦限制經理人任職時之競業禁止行為，因此一般而言，適用於員工之離職後競業禁止契約被視為雙方合意之契約自由行為，有一說認為員工離職後，因為與雇主之關係消滅，法律難以課其義務，因此不以法律規定其後之契約關係³¹，故主要採用《民法》關於強制或禁止規定與公序良俗等相關規定為審酌方式。

大陸地區雖無離職後競業禁止條款之法律，但部分區域設有地方性法規，如 1995 年 12 月 26 日通過之《深圳經濟特區企業技術秘密保護條例》，惟本條例之適用僅限於技術秘密，無法提供原雇主完整之商業秘密保護。該條例之第十四條至第二十條詳列具可操作性之競業禁止條款規定：(1)應以獨立的書面契約為之，並包括受限制之競爭廠商範圍、限制期限、代償方案與違約責任；(2)限制期限不得超過三年；(3)代償方案應按年計算，不得少於離開企業前最後一個年度獲得報酬總額之三分之二；(4)需向市科技主管部門備案；(5)競業禁止契約終止條件，如：技術秘密已公開；負有競業限制義務的員工，實際上未接觸到該技術秘密；企業違反勞動契約，提前解雇員工；企

²⁸ 曾勝珍，「美國離職後競業禁止條款之適用探討」，中正法學集刊，第 14 期(2004 年 1 月)，頁 399。

²⁹ 《民法》第五百六十二條：「經理人或代辦商，非得其商號之允許，不得為自己或第三人經營與其所辦理之同類事業，亦不得為同類事業公司無限責任之股東。」

³⁰ 《公司法》第三十二條：「經理人不得變更董事或執行業務股東之決定，或股東會或董事會之決議，或逾越其規定之權限。」

³¹ 張凱娜，「競業禁止與營業秘密之保護」，月旦法學雜誌，第 21 期(1997 年 1 月)，頁 73。

業違反競業限制契約，不支付或無正當理由拖欠代償費用。

筆者建議台商企業制訂競業禁止條款時，可參考美國常用之三種類型：壹、承諾不引誘客戶之約定；貳、承諾不引誘受僱人之約定；參、保密約定³²。

壹、承諾不引誘客戶之約定

此類型契約不禁止受僱人至競爭公司工作，僅限制離職員工不可侵犯原雇主擁有之客戶關係，不過制訂此條款時應注意客戶認定標準。為避免企業濫用此一限制，美國法院限定該客戶應與原雇主有相當密切關係與重要性³³，其認定基礎為「幾近永久的客戶關係」，若該客戶很少聯繫或與原雇主間的交易關係無忠誠度，或受僱人未提供具體的服務，則該契約限制不合理而無效³⁴。



貳、承諾不引誘受僱人之約定

此種約定於實務上較少見，因雇用員工乃雇用人之意思與受僱人自身技術之展現，若未通過嚴格檢驗條件，將過度擴張原雇主之權利，畢竟其他受僱人離職與否，應由其自身決定。故本約定僅於原雇主證明下列二種條件發生時，方有實施之可能：(1)離職員工有明確意圖及行為引誘並鼓勵其他相似條件之員工離職，且將來從事與原雇主競爭之行為；(2)原雇主已投注大量人事費用與訓練成本，若發生被引誘跳槽事件，將導致原雇主重大損失。

³² 曾勝珍，「美國離職後競業禁止條款之適用探討」，中正法學集刊，第14期(2004年1月)，頁413-417。

³³ Hulcher Serv., Inc. v. R.J. Corman R.R. Co., 543 S.E.2d 461, 467(Ga. Ct. App. 2000)

³⁴ Dam, Snell & Teveirme, Ltd. v. Verchota, 754 N.E.2d 464, 469-70(Ill. App. Ct. 2001)

參、保密約定

此種約定一般而言較無爭議性，只要不逾越合理的保密期間、種類與範圍，原則上均可通過合法性之檢定。此類約定與一般競業禁止契約不同之處為：(1)適用於較商業秘密更廣泛之保護範圍，當原雇主擁有特殊價值的知識，即使尚無法構成商業秘密，亦可透過保密約定獲得保障；(2)可預先規範違反保密約定之損害賠償方式與範圍，然而違約金或其他賠償方式是否有效、合理，僅能在訴訟發生時，等待法院判斷，因此違約條款之警告效果大於實質成效。

為避免離職員工小覷競業禁止契約之違約責任，加強警示效果，並降低侵權糾紛時之舉證責任，建議台商企業於制訂競業禁止契約時，採用違約金作為主要之違約責任。因違約金乃當事人於損害發生前預先約定者，當事人間既有此約定，則一旦存有債務不履行之事由時，債權人即無庸舉證證明其所受損害係因債務不履行所致以及損害之多寡，而均得按約定之違約金，請求債務人支付³⁵，對於受害人而言，較方便且有利。大陸《民法通則》第一百一十二條第二項規定：「當事人可以在合同中約定，一方違反合同時，向另一方支付一定數額的違約金；也可以在合同中約定對於違反合同而產生的損失賠償額的計算方法。」此與我國《民法》第二百五十條規定相似，均肯認違約金之損害假設，雖然大陸沒有我國《民法》第二百五十二條關於過高違約金之認定，然而基於契約乃私法自治之體現，契約當事人應在自我決定範圍之下，形成相互之間的法律關係³⁶，因此合理的違約金方能確保契約之有效性。

³⁵ 鄭冠宇，「違約金的現在與未來」，律師雜誌，第 240 期(1999 年 9 月)，頁 29。

³⁶ 李建良，「競業禁止與職業自由」，台灣本土法學，第 15 期(2000 年 10 月)，頁 113。

關於競業禁止訴訟得否聲請法院予以定暫時狀態假處分，有學者認為可利用我國《營業秘密法》與《民事訴訟法》，完成類似美國營業秘密法中關於臨時禁制令之裁決，其運作模式如下³⁷：我國《營業秘密法》第十一條第一項規定：「營業秘密受侵害時，被害人得請求排除之，有侵害之虞者，得請求防止之」，此規定與美國營業秘密法禁止營業秘密受實際侵害或有侵害之威脅或危險之規定相同。參照《民事訴訟法》第五百三十八條第一項規定：「於爭執之法律關係，為防止發生重大之損害或避免急迫之危險或有其他相類之情形而有必要時，得聲請為定暫時狀態之處分」、同法第五百三十八條之四準用第五百三十三條及第五百二十六條第一項規定，原告只須釋明請求及定暫時狀態假處分之原因，即縱使沒有證據足以證明離職員工實際侵害營業秘密或有侵害營業秘密之意圖，但只要釋明營業秘密有被侵害之威脅或危險者，亦得依《民事訴訟法》第五百三十八條第一項規定，聲請離職員工不得為競業之定暫時狀態假處分，且原告得供擔保以代釋明之不足。

然而此一作法在台灣審判實務中尚未出現過，因台灣的假處分程序中，不審酌本案問題，且法院常依據當事人聲請內容做出裁定，較無彈性與創設性，致使法院擔心定暫時狀態假處分之效力過強，忽略雙方權益之平衡³⁸。大陸地區目前之法制架構中，應無適用之可能，因不論《民事訴訟法》或《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》之規定³⁹，均無類似美國營業秘密法禁止營業秘密受實際侵害或有侵

³⁷ 陳信至，「美國營業秘密案例中之必然揭露理論」，萬國法律，第 136 期(2004 年 8 月)，頁 12。

³⁸ 馮震宇，「論假處分與營業秘密的保護」，萬國法律，第 136 期(2004 年 8 月)，頁 26。

³⁹ 《民事訴訟法》第九十七條先予執行所謂之緊急情況，僅包括：(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，僅有已受侵害之停止與排除規定，並無侵害之虞適用之請求防止規定。《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第六條亦僅規定「對被申請人違法披露、使用、允許他人使用商業秘密將給權利人造成

害之威脅或危險之規定，加以以大陸關於先予執行之訴訟程式規定缺乏我國《民事訴訟法》中關於釋明之規定，在實際運作上，恐有執行困難之虞或過份保護聲請人而有損及離職員工權益之可能，建議台商企業暫以觀望態度等待此潮流之發展，不宜貿然採用先予執行於競業禁止契約中。

雖然競業禁止契約具有強大的保護力道，但是合理的競業禁止契約方具有可用武之地，因此台商企業滿懷期待地制訂競業禁止契約以制約離職員工之惡意侵權行為時，應審慎評估與考慮該名員工是否具有適用條件，並注意本身有無具保護利益之商業秘密存在，以免付了大筆代償費用成為冤大頭，又於發生糾紛之時，被認定該競業禁止契約因無實施利益而無效，不啻為賠了夫人又折兵。



綜上所述，台商企業最擔心之情況應為離職員工乃業務表現或技術能力優異之人，憑藉其自身之優勢與經驗之累積，於離職後對公司客戶關係變動產生影響，惟因難以獲得該名員工主動吸引客戶之直接證據，往往只能睜一隻眼閉一隻眼，為避免此類情事之發生，應於離職事實發生時，儘速與之簽訂離職後競業禁止契約，明確規範企業之商業秘密範圍，並給予合理之限制條件與補償辦法，同時配合適當之違約金作為警示，然而此類預防性競業禁止契約應注意限制時效之長短，筆者建議依產業之技術與產品週期而訂定不同之拘束時限，如高科技產業至多不超過一年為佳，且限制範圍縮小至客戶名單為主要保護對象，因此種競業禁止契約目的乃是冷卻離職員工與企業客戶之熱

不可挽回的損失的，應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，工商行政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」，與《民事訴訟法》第九十七條近似，均未提及受侵害之虞時，可為之防止請求。

絡關係，過長的限制期間可能因有損離職員工之工作權而被認為不恰當，一般傳統產業則維持三年之限制。至於限制範圍不宜擴張至不准進入競爭對手公司，則因離職員工熟悉之智慧可能屬於適用範圍較小之技術，若僅因避免接觸權利人之客戶而阻斷其技能發展空間，將有違商業秘密促進產業發展之立意。因此，明確的競業禁止契約不僅有效合法，更易於操作，方能完全發揮雙方當事人簽訂合意之初衷。





第六章 結論與建議

第一節 結論

自 1987 年政府開放赴大陸探親後，兩岸經貿交流日趨頻繁，大陸地區充沛與低廉的資源及勞力、文化語言差異小的優勢，引發產業赴大陸的投資熱潮，故於 1991 年起，我國逐漸透過行政命令與《臺灣地區與大陸地區人民關係條例》正式開放對大陸之投資¹。

過去十餘年兩岸經貿往來日益熱絡，但卻是不平衡的關係：台商、台資與貨品登陸者極多，陸商、陸資與貨品登台則困難重重，兩地間人數往返更是一大落差。由於台商在大陸進行經貿行為，在當地衍生之訴訟與糾紛機會亦相對提高，且審判法律之適用皆以大陸法律為準據法，雖然我國法律制度未曾中斷發展，日漸奠基了濃厚理論與實務基礎，經濟發展亦先行於大陸數年，但是我國經濟對於大陸之依賴日深，若僅著墨於我國法制或表面地理解大陸法制，將不敷現實狀態之發展，如何慎重對待大陸法制發展並結合兩岸經貿往來互動，應為我國法學界之新使命²。

時至今日，台商企業在大陸之投資已逐漸深入紮根，如何全面保護無形智慧財產權，不受人員流動與產業本土化影響，成為重要議題，畢竟不論身處國內外，企業對於自身技術水準之權益保護均不得輕忽，方能維持有效之競爭力度。關於大陸之專利、著作權與商標等

¹ 請參考國家政策研究基金會 2001 年 2 月 11 日舉辦之「大膽西進 vs. 根留臺灣」座談會實錄，主持人江丙坤先生與黃鎮台先生之引言。<http://www.npf.org.tw/Symposium/Symposium008.htm>，最後連結日期：2006 年 8 月 23 日。

² 王文杰著，嬗變中之中國大陸法制，交大出版社，2004 年 12 月，頁 353。

公示制度下之權益保護，學界已熱烈討論，然而關心商業秘密制度之人，似為少數意見，故本文稍事整理今日之相關討論，期待架構一幅以台商企業利益為出發點之大陸商業秘密保護機制藍圖。

壹、商業秘密之構成要件

我國學者分析《營業秘密法》所得之構成要件為：「非一般涉及該類資訊之人所知、實際或潛在之經濟價值與實施保密措施」，大陸學者則普遍認為《反不正當競爭法》所謂之構成要件為：「秘密性、經濟實用性以及管理性」，二者最大差異在於台灣要求最低程度之創新性，而大陸則注重未公開要件之滿足。雖然部分大陸學者認為創新性亦為構成要件之一，然而法院實務判決卻予以否認，基於台商企業注重實務應用之成效，本文採納法院意見，否認創新性之存在，故建議台商企業決議採行商業秘密為技術資訊或經營資訊保護措施時，應集中注意力於經濟實用價值之確認、合理管理措施之實施，以及確認該保護客體之秘密性未遭破壞，無論是特定知識之人或一般人士若可於保護範圍以外取得，則他人之合理抗辯成立機會相對提高，實施商業秘密保護措施即無實益。台商企業應注重保密措施之規劃並加強執行，以避免糾紛產生時，因秘密性遭破壞而落入公知領域，並成為員工所得掌握之權利，即一般性知識、經驗與技能，此為商業秘密侵權訴訟中之抗辯良方。

貳、商業秘密保護之主體與客體

《反不正當競爭法》之適用主體雖為一爭議問題，然若以《反不正當競爭法》與《民法通則》共同分析商業秘密權利適用主體，則非大陸公民之自然人將不受商業秘密保護，不過《反不正當競爭法》與

《刑法》均保護法人權益，台商應審慎評估以何種身份進入可獲得較全面之保護。

此外，前往江蘇省投資之台商企業應注意《江蘇省實施「中華人民共和國反不正當競爭法」辦法》，該辦法擴大了《反不正當競爭法》之適用主體，進而使商業秘密之保護主體亦隨之擴張，凡從事與市場競爭有關活動之經營者以外的組織和個人，均需承受《反不正當競爭法》之規範，即自然人亦得為適用主體。

若台商企業在大陸成為商業秘密使用權人，因審判過程或判決結果均將對使用權人造成影響，應得以依照《民事訴訟法》第五十六條但書申請參加訴訟，擴大台商使用權人之權益保護。



參、商業秘密之侵權態樣

我國與大陸之商業秘密侵權態樣無重大差別，均懲罰採用不正當手段獲取商業秘密，與實施二手洩漏或使用者，另亦針對應保守秘密者之洩密與使用行為做出規範，唯獨關於第三人之過失侵權，略有不同規範標準。

我國《營業秘密法》第十條第一項第二款係針對第三人之重大過失予以處罰，以客觀標準要求當事人較低的注意程度，須顯然欠缺一般人之注意，若稍加注意，即不致發生過失³，然而大陸《刑法》並無輕過失、重大過失之立法設計，因此條文僅以「應知」二字規定，即可構成過失犯罪，此為台商企業應審慎利用之訴訟策略。若成為被

³ 謝銘洋等著，營業秘密法解讀，月旦出版社，1996年11月，頁112。

告時，或可提出學者杜國強之見解，因主觀惡性較小，採用民事賠償方式，以獲得教訓為目的即可，無須介入刑法規範⁴。若台商企業認為第三人過失侵權結果不易達到刑事追訴標準，亦可參考學者意見，利用民事救濟途徑保障權益。

依《反不正當競爭法》第十條之規定，技術資訊與經營資訊皆屬商業秘密之範疇，其中，較具爭議性之保護客體為客戶資料。在實務中，相對技術秘密而言，僅以客戶名單為由進行之侵權訴訟，原告勝訴率較低，此因競爭市場中，客戶屬於流動的狀態，客戶關係之形成與存續並非企業單一行為即可完成。客戶名單大體而言具有一定形式，然而並非所有有價值之資訊均符合商業秘密構成要件，故不宜直覺式以資訊本身價值與功能評斷受商業秘密保護與否，應回歸《反不正當競爭法》第十條第三項檢驗之。



技術秘密與經營秘密在理論上均受到保護，但是實務中，二者存在著不平等地位，因為技術較中性，可具體列出保護要件，但是經營秘密會受到經濟理論與市場競爭政策變化影響，其保護要件之寬鬆應時而變，今日較重視資訊之秘密性對於其包含之經濟利益是否具連動影響效果，若以商業秘密保護資訊秘密而能提升經濟利益或增加競爭優勢，則獲得商業秘密保護之可能性增加，反之則否。

除上述二者，商業秘密亦可能包括 Know How、非專利技術、暫時性商業秘密與消極性商業秘密等，不過由於法無明文規定予以保障，因此需待訴訟產生時，由法院逕行依據商業秘密構成要件判斷其

⁴ 杜國強，「侵犯商業秘密罪過形式探析」，知識產權，2002年第3期(2002年5月)，頁35。

內涵，故究竟何者可適用商業秘密保護應視個案而論，台商企業切勿因掌握部分判決而自行擴張非明文化之商業秘密保護客體。

肆、侵犯商業秘密之行政救濟

中國大陸行政機關涉入商業秘密保護為其法制特色，其中又以《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》所採納之「接觸與相似原則」影響最大，其彌補了侵犯商業秘密的隱蔽行為而導致直接證據之貧乏問題，若台商身為原告時，僅需證明(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业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，降低了原告蒐集直接證據之難度與責任；反之，若台商身為被告時，則可舉證或提供使用資訊之合法來源，即得為破除使用此原則之有效抗辯。



此外，工商行政管理機關得依職權或依當事人申訴、控告等途徑發現、查處違法行為，當證據可能滅失或者未來難以取得之情況下，先行採取登記保存措施，且權利人僅需出具自願對強制措施後果承擔責任之書面保證，工商行政管理機關即可責令被申請人停止銷售使用權利人商業秘密生產的產品，此法較民事保全程序需提供金錢擔保更有利於台商企業同時保護被侵害之產品與資金運用靈活度。

除工商行政管理機關，各地制訂相關侵權救濟措施之科技行政管理部門亦得執行相關職權，且其處罰較《反不正當競爭法》與《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》嚴格，若台商企業所處之地為深圳、珠海，亦可考慮採行此一救濟管道。

伍、侵犯商業秘密之民事救濟

採行民事訴訟為侵權救濟途徑時，台商企業應注意法院關心之重點乃產品或設備之技術表現，而非整體性能、特徵和所獲榮譽，應排除只有整體商業秘密才能成為保護客體的錯誤認識，否則反將凸顯主觀上存在權利主張大而全之誤會，或是訴訟能力未達清晰表達之程度，而喪失獲得法官心證之先機。

民事訴訟策略眾多，如何搭配使用，將成為勝訴關鍵。如前所述，為保護商業秘密之秘密性完整度，台商企業應採取分段式舉證，先針對被告採用之不正當手段或非法使用為證據重點，而後視被告抗辯狀況逐次提供擁有商業秘密之證明，須注意的是，舉證期限消滅以前，應明確請求保護之秘密範圍，且於訴訟中不隨意變更，否則法院得因訴訟請求無法確認而直接駁回。



若台商企業成為被告時，可以破壞原告商業秘密構成要件角度切入，先以秘密性喪失為攻擊重點，藉由公共領域之資訊提出反證，或是公開之還原工程成果以迫使原告商業秘密落入一般知識、技能之領域，若原告的秘密性無法否定時，則改採保密措施著手，證明原告沒有採取保密措施，或是實施不合理的保密措施。台商企業亦可變換不同角度攻擊，先行承認原告雖具有保密措施，但因其自身原因而洩密或致使秘密資料處於公知狀態而喪失秘密性，或是採用「相似與接觸免責原則」，利用商業秘密之非排他性，向法院表述：接觸不必然發生揭漏與使用，相似亦可為還原工程之實施、技術交流合作與商業秘密授權等合法行為的結果。

關於常用之「先刑事後民事」訴訟策略，由於最高法院《關於民事訴訟證據的若干規定》認為在先判決僅暫時免除一方當事人的舉證責任，若對造當事人提供反證，法院須判斷反證與在先判決之證明力後，方得認定事實，不得一概以刑事判決認定之事實為準，因此「先刑事後民事」此一策略原則上已無適用，然而實務上部分法院仍接受「先刑事後民事」，因此台商企業應先調查當地法院之過往判決，再行決定是否採用此一訴訟策略。

證據保全部分，由於《民事訴訟法》未規定申請人是否需要提供擔保，因此關於商業秘密侵權案件欲保全高額的機器設備之疑問，浙江省各級法院之司法實踐提供了一個可供參考之作法，即依保全對象價值之不同，要求申請人提供適當擔保，擔保範圍以該物受保全後，造成侵權人之可能損失為限。



另一智慧財產權民事侵權訴訟常見之問題即損害賠償數額擬定之判斷標準，商業秘密因《反不正當競爭法》第二十條列有原則性規定，故於民事訴訟中，可類推適用，此即商業秘密權利人實際遭受的損失，或侵權人在侵權期間因侵權所獲得之利潤。一般而言，由於權利人實際損失之直接證明較難取得，相比之下，利用侵權人之獲利為計算標準則較之明確與簡便，然若台商企業身處侵權人之地位，可嘗試向法院證明己身對於係爭商業秘密之額外投入，據以抗辯侵權所得並非百分之百得利於原告之商業秘密，乃因自行投入相當之努力而產生加值效果，或可收得降低賠償數額之效。

然而亦有可能出現二者均難以證明之情況，因此浙江省高級人民法院民三庭參考《商標法》、《著作權法》相關規定，提出定額賠償之作法，此法亦獲得最高人民法院副院長曹建明之肯認，惟其指示商業秘密定額賠償之數額應不得超過五十萬元之上限，此乃一倒退性立法，台商企業若於訴訟中難以確定損害賠償數額，且預估損失範圍於五十萬元內，或可參考浙江省高院之作法，提出定額賠償之請求。

陸、侵犯商業秘密之刑事救濟

採用刑事訴訟為保護手段之台商企業，首應注意《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》之追訴標準，即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」，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，屬刑法第二百一十九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。

除上列追訴規定外，台商企業不論身為刑法之原被告，應注意《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》第十五條之規定，雖然侵犯智慧財產權罪之法人定罪量刑減至自然人之三倍，但卻擴及適用於所有侵犯智慧財產權罪，原先侵犯商業秘密罪並無相關法人犯罪之規定，此一規定加重了第二百一十九條侵犯商業秘密罪。此外，該司法解釋亦擴張商業秘密共犯之處罰，凡未直接參與侵犯智慧財產權之活動，但具備故意意思者，因主觀上具有共同犯罪故意，且客觀上實施提供便利或幫助之行為，均屬侵犯智慧財產權之共犯。

柒、侵犯商業秘密之勞動法救濟

在大陸，勞動爭議糾紛不能直接訴諸法院。勞動仲裁是勞動爭議訴訟的必經程序，勞動爭議糾紛未經仲裁，不得向法院起訴，然而廣東省高級人民法院民三庭之司法實踐透露了法院運作之整體效率差異。因此，若台商企業與員工之間發生契約競合時，宜考慮訴訟效率與權益保護完整性，直接採取民事手段作為商業秘密保護措施，若員工提出優先採行勞動爭議仲裁程序之抗辯，應向法院釋明維護商業秘密權益與解決勞資糾紛之訴訟本質差異，並強調權利救濟途徑之選擇自由權。

捌、商業秘密具體保護措施

現今商業秘密保護發展已擴大其保護羽翼。若員工擅自將雇主之秘密資料透過公司內部網路信箱發送至公開之外部網路個人電子郵件信箱，致使該資料脫離原告公司之掌控，屬於攜出公司資料之行為，故已違反被告與原告簽訂之保密協議，因此台商企業之保密協議與保密措施之簽訂與執行，更行重要，從小處防堵員工違反保密契約之動作，持續保密措施之運作與保留紀錄，以為未來訴訟之證明，將得以有效保障商業秘密。

技術並非永遠存在，如何在進入大陸市場後，繼續維持技術優勢之利基以及技術保護措施，此乃台商進行投資規劃時，另應考慮之重點。技術保護方法多種多樣，與專利相比，商業秘密保護似乎顯得較薄弱，但因其彈性較大，商業秘密的保護範圍大於專利之保護範圍，此因商業秘密包括技術秘密與經營秘密，而專利僅包括技術，且商業秘密可保護發展中、未完成的技術，於此部分，商業秘密可彌補專利

之不足。專利與商業秘密為互補性質，企業應採行多元化的配套保護措施，方能達到風險分散之效。

當新技術發展或市場變化之週期較短者，或技術或產品本身之存續週期較長者，均適用商業秘密為保護手段；若為經驗積累之技術資訊或影響生產效率之關鍵性資訊，台商企業可考慮以商業秘密形式保護之，亦或是將部分發展週期短的技术申請專利，其他關鍵技術訣竅則利用商業秘密保護；若他人容易透過自力研發或還原工程而取得其中之生產資訊，應以專利保護之，反之，無法直接從產品中獲知其結構、技術、配方之客體，可考慮採用商業秘密保護；若為硬體結構或配方繁複之產品，由於他人難以經由觀察、還原工程等方式破解其真實資訊，為避免受限於專利之法定時效，以求長期保留此競爭優勢，應適用商業秘密保護之，以此推知，凡屬技術中性或其內涵特徵不易探查、確定之產品，台商企業宜採商業秘密以為保護；此外，若台商企業付出了高保密成本，但他人仍無須破壞即可探知其中的商業秘密時，應轉而考慮以專利為保護措施。

除保護技術之外，商業秘密亦保護無形之技術資訊與經營資訊，因此台商企業與員工或合作廠商制訂保護商業秘密條款時，應審慎考量下列因素：(1)敘明排除第三人之資訊使用；(2)保密義務明文化；(3)商業秘密之明確範圍；(4)商業秘密的管理模式與措施；(5)明確描述簽約者之義務；(6)排除公知領域資訊之適用；(7)訂定職務成果之歸屬；(8)離職前或合作關係結束前，交還保密資訊或商業秘密之載體；(9)保密時限；(10)免責條款；(11)違約責任等。

台商企業中，存在一特殊角色即為台籍幹部。若該名員工在大陸境內離職，因其掌握企業內部營運重要資訊，應與之簽訂競業禁止契約，若其為調職返台，儘管其掌握之秘密於我國可能無法實施，然而台籍幹部掌握之資訊既為公司所欲保護之秘密，則不論身在何處，均應受集團企業保密義務之拘束。

與人相關之商業秘密保護措施最重要之一環，乃離職員工之競業禁止條款簽訂事宜。雖然競業禁止契約具有強大的保護力道，但是合理的競業禁止契約方具有可用武之地，因此台商企業滿懷期待地制訂競業禁止契約以制約離職員工之惡意侵權行為時，應審慎評估與考慮該名員工是否具有適用條件，並注意本身有無具保護利益之商業秘密存在，筆者建議高科技產業之競業禁止期限限制至多不超過一年、一般傳統產業則以三年為佳，且限制範圍縮小至客戶名單為主要保護對象，因此種競業禁止契約目的乃是冷卻離職員工與企業客戶之熱絡關係，過長的限制期間可能因有損離職員工之工作權而被認為不恰當，至於限制範圍不宜擴張至不准進入競爭對手公司，若僅因避免接觸權利人之客戶而阻斷其技能發展空間，將有違商業秘密促進產業發展之立意。筆者建議台商企業制訂競業禁止條款時，可參考美國常用之三種類型：壹、承諾不引誘客戶之約定；貳、承諾不引誘受僱人之約定；參、保密約定。明確的競業禁止契約不僅有效合法，更易於實踐，方能完全發揮雙方當事人簽訂合意之初衷。

為避免離職員工小覷競業禁止契約之違約責任，加強警示效果，並降低侵權糾紛時之舉證責任，建議台商企業於制訂競業禁止契約時，採用違約金作為主要之違約責任。大陸《民法通則》第一百一十

二條第二項規定：「當事人可以在合同中約定，一方違反合同時，向另一方支付一定數額的違約金；也可以在合同中約定對於違反合同而產生的損失賠償額的計算方法。」此與我國《民法》第二百五十條規定相似，均肯認違約金之損害假設。

若因競業禁止契約發生糾紛時，得否聲請法院予以定暫時狀態假處分，目前大陸地區之法制架構中，應無適用之可能，因不論《民事訴訟法》或《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》之規定⁵，均無類似美國營業秘密法禁止營業秘密受實際侵害或有侵害之威脅或危險之規定，加之以大陸關於先予執行之訴訟程式規定缺乏我國《民事訴訟法》中關於釋明之規定，在實際運作上，恐有執行困難之虞或過份保護聲請人而有損及離職員工權益之可能，建議台商企業暫以觀望態度等待此潮流之發展，不宜貿然採用先予執行於競業禁止契約中。



⁵《民事訴訟法》第九十七條先予執行所謂之緊急情況，僅包括：(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，僅有已受侵害之停止與排除規定，並無侵害之虞適用之請求防止規定。《關於禁止侵犯商業秘密行為的若干規定》第六條亦僅規定「對被申請人違法披露、使用、允許他人使用商業秘密將給權利人造成不可挽回的損失的，應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，工商行政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」，與《民事訴訟法》第九十七條近似，均未提及受侵害之虞時，可為之防止請求。

第二節 未來研究建議

本文因受限於部分現實因素，故多以文獻資料作為立論基礎，然而社會環境與政治背景之差異，尤需充分的法院實務判決以凸顯不同法律架構下，對於同一權利主體規範之實質保護內涵有何差異。囿於大陸法院判決尚未全面公開之限制，部分議題討論僅能以學者之側面論述為出發，無法窺探現時之司法運作方向，實為遺憾，願未來探討台商企業赴大陸投資之研究學者，關於商業秘密保護議題之討論能更加深入與實務化，逐漸累積大陸有關商業秘密法制議題之研究深度與廣度。





參考文獻

壹、中文參考資料

一、中文書籍(按姓氏筆畫排列)

(一)台灣

1. 王文杰，國有企業公司化改制之法律分析，中國政法大學出版社，1999年5月
2. 王文杰，嬗變中之中國大陸法制，國立交通大學出版社，2004年12月
3. 吳明軒，中國民事訴訟法，三民書局，1993年11月
4. 林財丁、陳子良，人力資源管理，滄海書局，2005年9月
5. 黃三榮等，營業秘密--企業權益之保護，財團法人萬國法律基金會，2002年3月
6. 黃同圳，大陸台商人力資源管理，風和出版有限公司，1995年11月
7. 賴文智、顏雅倫，營業秘密法二十講，翰蘆圖書出版有限公司，2004年4月
8. 謝銘洋，營業秘密法解讀，月旦出版社，1996年11月
9. 黛安·崔西、威廉·莫林，湯宗勳譯，信任遊戲--12種信任測驗教你搞定部屬與客戶，早安財經文化有限公司，2004年8月

(二)中國大陸

1. 大陸最高人民法院民事審判第三庭，大陸知識產權判例評解—不正當競爭糾紛篇，書泉出版社，2001年12月
2. 孔祥俊，商業秘密保護法原理，中國法制出版社，1999年8月

3. 后東升，企業勞動用工管理法律實務，人民法院出版社，2005年8月
4. 吳漢東等，知識產權基本問題研究，中國人民大學出版社，2005年3月
5. 李玉香，現代企業知識產權類無形資產法律問題，法律出版社，2002年6月
6. 李明德、許超，著作權法，法律出版社，2003年8月
7. 孫國瑞，著作權法實用問答，知識產權出版社，2001年12月
8. 高銘暄，新編中國刑法學(下)，中國人民大學出版社，1998年
9. 國家知識產權局條法司，新專利法詳解，知識產權出版社，2001年8月
10. 張玉瑞，商業秘密、商業賄賂，法律出版社，2005年3月
11. 張玉瑞，商業秘密法學，中國法制出版社，1999年10月
12. 張明楷，刑法學(下)，法律出版社，1997年
13. 張清奎，專利審查概說，知識產權出版社，2002年10月
14. 許海峰，企業商業秘密保護法律實務，機械工業出版社，2004年1月
15. 費安玲，著作權法教程，知識產權出版社，2003年6月
16. 趙秉志、田宏杰，侵犯知識產權犯罪比較研究，法律出版社，2004年4月
17. 趙秉志，侵犯知識產權最疑難問題司法對策，吉林人民出版社，2000年
18. 趙秉志，侵犯知識產權犯罪研究，中國方正出版社，1999年7月
19. 趙國玲，知識產權犯罪調查與研究，中國檢察出版社，2002年10月
20. 齊樹潔，民事程序法，廈門大學出版社，2002年3月
21. 劉大洪，反不當競爭法，政法大學出版社，2005年2月

22. 戴永盛，商業秘密法比較研究，華東師範大學出版社，2005年1月

二、中文期刊(按姓氏筆畫排列)

(一)台灣

1. 王銘勇，「日本營業秘密保護法制之研究」，公平交易季刊，第二卷第一期(1994年1月)
2. 李旦，「營業秘密之保護--關於客戶名單」，智慧財產權，第1期(1999年1月)
3. 李建良，「競業禁止與職業自由」，台灣本土法學，第15期(2000年10月)
4. 徐盛國，「客戶資訊與營業秘密之芻議」，智慧財產權月刊，第63期(2004年3月)
5. 張芬芬，「公平交易法有關『營業秘密』之規範及案例」，公平交易季刊，第2卷第1期(1994年1月)
6. 張凱娜，「競業禁止與營業秘密之保護」，月旦法學雜誌，第21期(1997年1月)
7. 陳信至，「美國營業秘密案例中之必然揭露理論」，萬國法律，第136期(2004年8月)
8. 陳家駿，「公平交易法對營業秘密保護之評析」，公平交易季刊，第2卷第1期(1994年1月)
9. 曾勝珍，「美國離職後競業禁止條款之適用探討」，中正法學集刊，第14期(2004年1月)
10. 湯明輝，「談美國營業秘密之構成要件」，公平交易季刊，第2卷第1期(1994年1月)
11. 馮震宇，「論假處分與營業秘密的保護」，萬國法律，第136期

(2004年8月)

12. 馮震宇，「論營業秘密法與競爭法之關係-兼論公平法第十九條第一項第五款之適用」，公平交易季刊，第4卷第3期(1996年7月)
13. 廖義男，「公平交易法之立法目的與保護之法益--第一條之詮釋」，公平交易季刊，1992年創刊號(1992年10月)
14. 鄭冠宇，「違約金的現在與未來」，律師雜誌，第240期(1999年9月)
15. 賴文智，「營業秘密法制之研究」，智慧財產權月刊，第72期(2004年12月)
16. 駱志豪，「TRIPs對營業秘密之保護」，公平交易季刊，第4卷第3期(1996年7月)



(二) 中國大陸

1. 王中，「論商業秘密的版權保護」，知識產權，1998年第6期(1998年11月)
2. 王文杰，「中國大陸反不正當競爭法之研究」，中國大陸研究，第44卷第7期(2001年7月)
3. 王玉霞、吳文琦，「商業秘密保護問題的調查與分析」，人民司法，2004年第4期(2004年4月)
4. 江蘇省高級人民法院民三庭，「新類型知識產權案件的審判思路」，人民司法，2005年第3期(2005年3月)
5. 江蘇省高級人民法院知識產權庭，「技術秘密案件審理中的兩個問題」，人民司法，1996年第9期(1996年9月)
6. 衣慶雲，「客戶名單的商業秘密屬性」，知識產權，2002年第1期(2002年1月)
7. 李曉，「《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》的理解與適用」，人民司法，2005年第1期(2005年1月)
8. 杜國強，「侵犯商業秘密罪罪過形式探析」，知識產權，2002年第3期(2002年5月)
 9. 汪彤、胡震遠、劉洪，「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，第229期(2005年4月)
 10. 肖乾利，「侵犯商業秘密罪的立法不足及其完善探析」，河北法學，第24卷第8期(2006年8月)
 11. 林亞剛，「侵犯商業密罪再探」，法制與社會發展，2000年第1期(2000年2月)
 12. 俞梅蓀、顧惠民，「知名商品和商業秘密的法律保護-WTO與反不正當競爭研討會綜述」，知識產權，2002年第5期(2002年9月)
 13. 胡雲騰，「正確理解知識產權刑法解釋充分發揮刑法的保護功能」，人民司法，2005年第1期(2005年1月)
 14. 孫寶貴，「關於修改反不正當競爭法若干問題的思考」，中國工商管理研究，1998年第7期(1998年7月)
 15. 浙江省高級人民法院民三庭，「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，第229期(2005年4月)
 16. 張大明，「訴訟中的證據保全措施」，人民司法，1995年第10期(1995年10月)
 17. 郭世棧，「試論商業秘密權及其法律特徵」，知識產權，2001年第3期(2001年5月)
 18. 陳興良，「知識產權刑事司法解釋之法理分析」，人民司法，2005年第1期(2005年1月)
 19. 程志剛，「論商業秘密侵害訴訟中的證明問題」，收錄於萬鄂湘

主編之知識產權法理論與適用一書，2005年1月

20. 華國慶，「商業秘密保護若干法律問題當議」，科技與法律季刊，2000年第4期(2000年10月)
21. 黃偉明，「侵犯商業秘密案件賠償數額的計算」，人民司法，2005年第8期(2005年8月)
22. 趙靜，「商業秘密侵害的民事救濟」，人民司法，1998年第9期(1998年9月)
23. 廣東省高級人民法院民三庭，「不正當競爭民事案件中疑難問題的解決思路」，人民司法，2005年第3期(2005年3月)
24. 鄭成思，「反不正當競爭--知識產權的附加保護」，法律適用，第214期(2004年1月)
25. 鄭社民，「商業秘密概念初探」，知識產權，2002年第2期(2002年3月)
26. 霍彥杰，「審理商業秘密侵權案件的要點」，人民司法，1996年第10期(1996年10月)
27. 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(上)」，電子知識產權，2005年第3期(2005年3月)
28. 蘇德軍，「再談商業秘密司法保護(下)」，電子知識產權，2005年第4期(2005年4月)



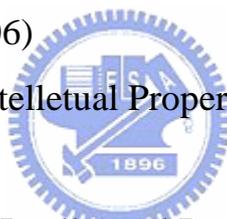
三、中文其他資料

1. 研究計畫報告：廖義男、顏雅倫等，公平交易法之註釋研究系列(二)--第十八條至第二十四條，行政院公平交易委員會九十三年度委託研究報告(FTC-93-C02)，2004年11月
2. 官方公報：全國人大常委會公報1993年第5號

貳、外文參考資料

一、外文書籍

1. Anson, Weston, Fundamentals of Intellectual Property Valuation: A Primer for Identifying and Determining Value (2005)
2. Dessemontet, Francois, The Legal Protection Of Know-How In The United States Of America (H.W. Clarkc trans., South Hackensack 2d ed. 1976)(1974)
3. Glick, Mark A., Intellectual Property Damages: Guidelines and Analysis (2003)
4. Jager, Melvin F., Trade Scret Law (1985)
5. McJohn, Stephen M., Intellectual Property: Examples and Explanations (2d ed. 2006)
6. McManis, Charles R., Intelletual Property and Unfair Competition (5th ed. 2004)
7. Merges, Robert P. et al., Intellectual Property in the New Technology Age (3d ed. 2003)
8. Milgrim, Roger M., Trade Secrets (1980)



一、外國法院判決(依字母順序排列)

1. Dam, Snell & Teveirne, Ltd. v. Verchota, 754 N.E.2d 464 (Ill. App. Ct. 2001)
2. E.I. du Pont & Co. v. Masland, 244 U.S. 100 (1917)
3. Hulcher Serv., Inc. v. R.J. Corman R.R. Co., 543 S.E.2d 461 (Ga. Ct. App. 2000)
4. Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp., 416 U.S. 470 (1974)
5. Ruckelshaus v. Monsanto Co., 467 U.S. 986 (1984)

參、網路資源

一、中文

1. 大陸台商簡訊月刊：<http://www.cnfi.org.tw>
2. 中國知識產權裁判文書網：<http://ipr.chinacourt.org>
3. 中華人民共和國商務部外國投資管理司：
<http://wzs.mofcom.gov.cn>
4. 台灣經濟部統計處：
<http://210.69.121.6/GNWEB/weblinks/weblinks.aspx?menu=8>
5. 國家政策研究基金會：<http://www.npf.org.tw>
6. 電子時報：<http://home.digitimes.com.tw>
7. 廣西新聞網：<http://www.gl.gxnews.com.cn/news>



二、外文

1. WTO 官方網站：<http://www.wto.org>
2. NAFTA 官方網站：
<http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/menu-en.asp>
3. 美國統一州法官官方網站：
http://www.law.upenn.edu/bll/ulc/ulc_final.htm