

當營業秘密 遇見國家安全時



章忠信

東吳大學法學院暨法律學系助理教授
經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會委員
曾任職經濟部智慧財產局簡任督導
主管營業秘密法業務
E-mail: ipr@scu.edu.tw

FINANCIAL / TECH LAW 金融／科技法律

CONTENTS 目次

- 壹、緣起
- 貳、營業秘密 vs. 國家核心關鍵技術之營業秘密
 - 一、營業秘密
 - 二、國家核心關鍵技術之營業秘密
- 參、禁止侵害營業秘密之行為
 - 一、民事責任
 - 二、營業秘密法之刑事責任規定
 - 三、國安法草案之刑事責任新增規定
- 肆、評論
 - 一、割裂立法，體系混亂
 - 二、審級利益之危害
 - 三、「國家核心關鍵技術」認定權責之疑義
 - 四、保護私有財產權或國家安全之目標紊亂
- 伍、結論

壹、緣起

111年2月17日，行政院第3790次會議通過了法務部、內政部、國防部會銜擬具的「國家安全法（以下稱「國安法」）」修正草案及大陸委員會擬具的「臺灣地區與大陸地區人民關係條例（以下稱「兩岸條例」）」部分條文修正草案，一方面準備在營業秘密法之外的國安法，增訂涉及境外、敵對勢力的侵害國家核心關鍵技術營業秘密之「經濟間諜罪」等相關規定，另一方面將在兩岸條例強化國家核心關鍵技術人員之赴陸規範，以及明確規範陸企繞道第三地及藉由人頭在臺從事業務活動的管理機制。

兩項草案將在近期提送立法院審議案，以府院將國家核心關鍵技術營業秘密保護提升至國安層級的決心，以及執政黨掌握立法院多數的態勢，要完成這項立法，應該並無太大困難。本文特別針對國安法新增的侵害國家核心關鍵技術之營業秘密的幾個議題，進行分析，供各界細細思考。

貳、營業秘密 vs. 國家核心關鍵技術之營業秘密

我國營業秘密法制定於民國85年，正逢世界貿易組織「與貿易有關的智慧財產權協定（WTO/TRIPs）」獲致結論，於第39條將「未揭露之資訊（undisclosed information）」納為智慧財產權保護之一環，也是81年台美經貿諮商談

判中，我方回應美方關切，承諾制定專法保護營業秘密原由¹。

一、營業秘密

WTO/TRIPs 第39條第2項規定：「自然人及法人對其合法持有之資訊，應有防止被洩露或遭他人以有違商業誠信方法取得或使用之可能，但該資訊須：(a) 具有秘密性質，且不論由就其整體或細節之配置及成分之組合視之，該項資訊目前仍不為一般處理同類資訊之人所得知悉或取得者；(b) 因其秘密性而具有商業價值；且 (c) 業經資訊合法持有人以合理步驟使其保持秘密性。」依據這項要求，我國營業秘密法第2條乃將「營業秘密」定義為：「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。」

「秘密」是屬於「不為人知的資訊」，營業秘密法第2條所稱的「營業秘密」，必須是符合一定條件的「資訊」，也就是「秘密性」、「經濟性」、「所有人已採取合理保密措施」。

(一)在「秘密性」方面，營業秘密法第2條之定義，將「營業秘密」區分為兩種「資訊」：一種是「方法、技術、製程、配

¹ 參見章忠信，營業秘密之保護與公平交易法之關聯，2012年行政院公平交易委員會第19屆「競爭政策與公平交易法學術研討會」，101年11月，收錄於第19屆競爭政策與公平交易法學術研討會論文集，頁235-268。

方、程式、設計的資訊」，屬於「技術資訊」，另一種則是「其他可用於生產、銷售或經營的資訊」，屬於「商業資訊」。前者主要包括與特定產業研發或創新技術有關的秘密資訊，如符合專利保護要件，得依專利法申請取得專利，後者根據實務判決認定，主要包括企業經營者所擁有與交易有關之客戶名單、經銷據點、商品售價、進貨成本、交易底價、人事管理、成本分析等商業經營的秘密資訊²，不似「技術資訊」得依專利法申請取得專利。這些資訊能成為「秘密資訊」，乃是因為經過所有人的整理、分析，而非可於市場上或專業領域內，依一般通常方法取得。

(二)在「經濟性」方面，則係指上述這些「秘密資訊」，可以產出經濟利益或商業價值。也就是說，由於營業秘密所有人掌握有這些「秘密資訊」，就可以在生產、銷售或經營上，比其他不知這些「秘密資訊」的同業，更具優勢或競爭力，這些「秘密資訊」乃是其獲利之重要來源。

(三)在「所有人已採取合理保密措施」方面，營業秘密的所有人，必須在主觀上有保護的意願，且在客觀上有保密的積極作為，使他人理解營業秘密的所有人有將該資訊當成秘密加以保守之意思。這些客觀的作為，包括與可能接觸該營業秘密之員工或合作夥伴簽署保密合約、對接觸該營業秘密的人分級管制、於文件上標明「機密」或「限閱」等註記、對營業秘密的資料上鎖、設定密碼、限制訪客接近存放機密處所等³。由於產業經營者人力及財力差異極大，「合理保密措施」不宜有統一標準，實務上認為，只要「所有人按其人力、財力，依社會通常所可能之方法或技術，將不被公眾知悉之情報資訊，依業務需要分類、分級而由不同之授權職務等級者知悉」，就可以符合「合理保密措施」⁴。

二、國家核心關鍵技術之營業秘密

為了建構國家核心關鍵技術營業秘密之保護，本次修法草案，行政院特別擬於國安法增訂第3條，規範任何人不得為外國、大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢力或其所設立或實質控制之各類組織、機構、團體或其派遣之人，進行侵害國家核心關鍵技術營業秘密的行為；且任何人不得意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用國家核心關鍵技術之營業秘密，而進行侵害國家核心關鍵技術營業秘密的行為。

2 智慧財產法院103年度民營訴字第2號民事判決：「營業秘密之保護不限定於技術資訊，非技術之商業資訊亦包括在內，因之，企業所擁有與交易有關之財務控管、業務計畫、客戶資訊等，係企業透過人力與財務等逐漸建立或為與他人競爭採取之管理政策，如非熟悉該領域之人所知、具有經濟價值且為合理之保密，即屬營業秘密法所保護之範疇。」又智慧財產法院103年度民營上字第5號民事判決：「企業內部之營業秘密，可以概分為『商業性營業秘密』及『技術性營業秘密』二大類型，前者主要包括企業之客戶名單、經銷據點、商品售價、進貨成本、交易底價、人事管理、成本分析等與經營相關之資訊，後者主要包括與特定產業研發或創新技術有關之機密，包括方法、技術、製程及配方等。」

3 智慧財產法院104年度民營上字第2號民事判決。

4 最高法院102年度台上字第235號裁定。

國安法修正草案第 3 條所稱的營業秘密，在第 5 項特別明定，就是「指營業秘密法第二條所定之營業秘密」，並未有其他不同之規定，故前述營業秘密之定義，於此仍有完全之適用，不僅限於「技術資訊」，亦得及於「商業資訊」。唯一不同之處，在於本條草案所規範之營業秘密，限制在「國家核心關鍵技術」之範圍。

關於「國家核心關鍵技術」，草案第 3 條第 3 項就該技術定義為「指如流入外國、大陸地區、香港、澳門或境外敵對勢力，將重大損害國家安全、產業競爭力或經濟發展，且符合下列條件之一，並經行政院公告者：一、基於國際公約、國防之需要或國家關鍵基礎設施安全防護考量，應進行管制。二、可促使我國產生領導型技術或大幅提升重要產業競爭力。」該項定義文字，事實上仍極為抽象，充滿變動性，並不明確，第 4 項乃進一步將其「認定程序及其他應遵行事項之辦法」，以法律授權國家科學及技術委員會，會商有關機關訂定法規命令。由於侵害「國家核心關鍵技術」之營業秘密，將須承擔刑事責任，這項立法屬於「空白刑法」之規範。

參、禁止侵害營業秘密之行為

一、民事責任

民國 85 年制定營業秘密法時，侵害營業秘密僅有民事救濟規定，並無刑事處罰。當時所持之理由，係認為「刑事責任上已有竊盜、侵占、背信、洩漏業務上工

商秘密等罪可分別適用論處⁵」。故僅於第 10 條規範五種侵害營業秘密之行為，包括：

- (一)以不正當方法取得營業秘密者。
- (二)知悉或因重大過失而不知其為前款之營業秘密，而取得、使用或洩漏者。
- (三)取得營業秘密後，知悉或因重大過失而不知其為第一款之營業秘密，而使用或洩漏者。
- (四)因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏者。
- (五)依法令有守營業秘密之義務，而使用或無故洩漏者。

這裡所稱的「不正當方法」，依第 10 條第 2 項規定，「係指竊盜、詐欺、脅迫、賄賂、擅自重製、違反保密義務、引誘他人違反其保密義務或其他類似之方法。」

二、營業秘密法之刑事責任規定

關於侵害營業秘密之刑事責任，營業秘密法分 102 年及 109 年兩階段增訂相關條文。

(一)102 年之修正

102 年 1 月 30 日，在美國強烈要求及國內利益團體遊說之下，營業秘密法增訂第 13 條之 1 至第 13 條之 4 共四個條文，以刑罰處罰侵害營業秘密之行為。

5 參見民國 84 年 3 月 27 日立法院第二屆第五會期經濟、司法二委員會審查營業秘密法草案第一次聯席會議紀錄，經濟部次長楊世緘報告，立法院公報第 84 卷，第 20 期，頁 168。

1. 「一般侵害營業秘密罪」

首先，於第 13 條之 1 增訂「一般侵害營業秘密罪」，針對「意圖為自己或第三人不法之利益，或損害營業秘密所有人之利益」，而有下列情形之一，處五年以下有期徒刑或拘役，得併科新臺幣一百萬元以上一千萬元以下罰金：

- (1)以竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製或其他不正方法而取得營業秘密，或取得後進而使用、洩漏者。
- (2)知悉或持有營業秘密，未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密者。
- (3)持有營業秘密，經營業秘密所有人告知應刪除、銷毀後，不為刪除、銷毀或隱匿該營業秘密者。
- (4)明知他人知悉或持有之營業秘密有前三款所定情形，而取得、使用或洩漏者。

2. 「一般侵害營業秘密之域外使用罪」

其次，於第 13 條之 2 增訂「一般侵害營業秘密之域外使用罪」，將意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用，而犯第 13 條之 1 第 1 項各款之罪者，提高刑罰，處一年以上十年以下有期徒刑，得併科新臺幣三百萬元以上五千萬元以下之罰金。

3. 處罰未遂犯及提高罰金刑

上開侵害行為，均處罰未遂犯。科罰金時，如犯罪行為人所得之利益超過罰金最多額，犯第 13 條之 1 第 1 項各款之罪

者，得於所得利益之三倍範圍內酌量加重；犯第 13 條之 1 第 2 項之罪者，得於所得利益之二倍至十倍範圍內酌量加重，以遏止為金錢利得之犯罪意圖。

4. 「一般侵害營業秘密罪」之告訴乃論

對於違反第 13 條之 1 的「一般侵害營業秘密罪」，第 13 條之 3 第 1 項定為告訴乃論之罪，並於第 2 項採「告訴可分」之原則，使「對於共犯之一人告訴或撤回告訴者，其效力不及於其他共犯」，以利共犯轉為汙點證人，協助揪舉幕後策畫侵權之主要侵權者。至於第 13 條之 2 的「一般侵害營業秘密之域外使用罪」，則屬非告訴乃論之罪。

又公務員或曾任公務員之人，因職務知悉或持有他人之營業秘密，而故意犯「一般侵害營業秘密罪」或「一般侵害營業秘密之域外使用罪」者，因其違反遵守保密之職務上義務，惡性尤重，第 13 條之 3 第 3 項乃加重其刑至二分之一。

5. 兩罰規定

由於法人或自然人就法人之代表人、法人或自然人之代理人、受雇人或其他從業人員，有監督遵守法律之義務，並恐將因該等人侵害營業秘密之行為獲利，第 13 條之 4 乃增訂兩罰規定，除依第 13 條之 1 及之 2 條規定處罰行為人外，對該法人或自然人亦科該條之罰金。但法人之代表人或自然人對於犯罪之發生，已盡力為防止行為者，不在此限。

（二）109 年之修正

109 年元月新修正公布的營業秘密法，引入「偵查保密令制度」，目的在維護公平爭訟之前提下，兼顧企業營業秘密之保護。新增的第 14 條之 1 至第 14 條之 4 條規定，於偵查階段，如檢察官認有必要，得對接觸偵查內容之犯罪嫌疑人、被告、被害人、告訴人、告訴代理人、辯護人、鑑定人、證人或其他相關之人等，核發偵查保密令，限制其使用或者對外揭露偵查內容，違反者將處三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金，並屬非告訴乃論之罪。

此外，並增訂第 13 條之 5，允許未經認許之外國法人，就本法規定事項得為告訴、自訴或提起民事訴訟。

三、國安法草案之刑事責任新增規定

（一）新增「經濟間諜罪」及「國家核心關鍵技術營業秘密之域外使用罪」

本次國安法草案之刑事責任新增規定，先於第 3 條第 1 項及第 2 項增訂「為外國等而侵害國家核心關鍵技術營業秘密罪（即「經濟間諜罪」）」及「國家核心關鍵技術營業秘密之域外使用罪」，在構成要件之侵害行為方面，完全移植營業秘密法第 13 條 1 第 1 項所定四個侵害態樣，唯一之差異在於侵害之標的，新增二罪均鎖定為「國家核心關鍵技術營業秘密」，而侵害之目的，「經濟間諜罪」係「為外國、大陸地區、香港、澳門、境外敵對勢

力或其所設立或實質控制之各類組織、機構、團體或其派遣之人」，「國家核心關鍵技術營業秘密之域外使用罪」則是「意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用」。

關於觸犯「經濟間諜罪」者，得依國安法草案第 8 條第 1 項處 5 年以上 12 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5 百萬元以上 1 億元以下之罰金。觸犯「國家核心關鍵技術營業秘密之域外使用罪」者，得依同條文第 2 項處 3 年以上 10 年以下有期徒刑，得併科新臺幣 5 百萬元以上 5 千萬元以下之罰金。二罪均處罰未遂犯。

為有效遏止為金錢利得之犯罪意圖，同文條第 4 項明定，科罰金時，如犯罪行為為人所得之利益超過罰金最多額，得於所得利益之二倍至十倍範圍內酌量加重。

（二）新增自首及自白之鼓勵條款

另為鼓勵自首，同條文第 5 項明定，得減輕或免除其刑；因而查獲其他正犯與共犯，或防止國家安全或利益受到重大危害情事者，免除其刑。又為鼓勵自白，同條文第 6 項明定，於偵查中及歷次審判中均自白者，得減輕其刑；因而查獲其他正犯與共犯，或防止國家安全或利益受到重大危害情事者，減輕或免除其刑。

（三）兩罰規定

在兩罰規定方面，同條文第 8 項完全移植營業秘密法第 13 條之 4 規定，除處罰行為人外，對該法人或自然人亦科該條之罰金。但法人之代表人或自然人對於犯罪之發生，已盡力為防止行為者，不在此限。

（四）偵查保密令之適用及加重違反之處罰

為防止偵查中營業秘密二次外洩，國安法草案第9條第1項規定，檢察官偵辦第8條案件時，適用營業秘密法第14條之1至第14條之3有關偵查保密令之規定。由於草案將違反第8條之行為以危害國家安全層級處理，第10條第1項對於違反偵查保密令之行為，亦提高其罰則，自營業秘密法第14條之4第1項之法定刑最重本刑為三年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金，提高為五年以下有期徒刑、拘役或科或併科新臺幣一百萬元以下罰金。本項之罪，因未有特別明定為告訴乃論之規定，係屬於非告訴乃論之罪。

（五）二級二審

國安法草案第9條第2項規定，第8條案件為智慧財產案件審理法第一條前段所定之智慧財產案件，草案第16條第2項並進一步規定，其第一審管轄權屬於智慧財產及商業法院，且與該等案件有裁判上一罪或刑事訴訟法第七條第一款所定相牽連關係之第一審管轄權屬於高等法院之其他刑事案件，經檢察官起訴或合併起訴者，亦應向智慧財產及商業法院為之。草案第17條再規定，法院為審理違反本法之犯罪案件，得設立專業法庭或指定專人辦理。

如此一來，觸犯國安法草案新增之「經濟間諜罪」等二項罪名者，依據法院組織法第32條第4款及智慧財產及商業

法院組織法第3條第4款規定，將由台灣高等檢察署檢察官偵辦，並向智慧財產及商業法院提起公訴，智慧財產及商業法院設立專業法庭或指定專人判決之後，不服判決者，只能向最高法院提出上訴，成為二級二審，被告將喪失地方法院之三級三審之審級利益。

肆、評論

國安法草案新增「經濟間諜罪」等二項罪名，係因「紅色供應鏈滲透臺灣產業情形愈趨嚴峻」，為「保護我國高科技產業，防止重要關鍵技術外流⁶」，將觸犯該二罪名之行為，等同侵害國家法益之內亂、外患及妨害國交罪之行為態樣。然而，如此強力之立法，其妥適性，非無討論之餘地。

一、割裂立法，體系混亂。

侵害智慧財產權行為之處罰，應於智慧財產權法中統一規範，營業秘密之本質，在於不允許任何人以不正當手段，取得、使用或洩漏他人經營上之秘密資訊，雖有部分「技術資訊」之營業秘密，得依專利法申請取得專利，但營業秘密終究不如專利權具有排他性，亦無如著作權或商標權之專屬性，其他智慧財產權均無因其內容之等級或侵害目的不同，而分屬不同法律規範，則侵害營業秘密之行為，是否有必要因營業秘密之等級（國家核心關鍵技術）及其侵害目的（為境外國家、地

6 111年2月17日行政院新聞稿。

區、敵對勢力或意圖在境外使用)不同，而分屬營業秘密法或國家安全法規範？國安法草案新增之「經濟間諜罪」等二項罪名，雖係參考美國「1996年經濟間諜法案(The Economic Espionage Act of 1996, EEA)」，但因美國之營業秘密法屬於各州州法，並無聯邦營業秘密法，該法案乃於美國聯邦第18號法典，亦即美國聯邦刑法，增訂各種侵害營業秘密之聯邦層級刑罰規定，以聯邦力量協助企業對抗營業秘密之侵害。即使「2016年營業秘密防護法案(The Defend Trade Secrets Act 2016, DTSA 法案)」，亦係於美國聯邦第18號法典增訂侵害營業秘密之民事救濟程序，並未割裂立法。同樣係侵害營業秘密之行為，卻分別於營業秘密法及國家安全法規範，未來適用上面臨受侵害之營業秘密是否屬於「國家核心關鍵技術」或其他是否符合「經濟間諜罪」等二項罪名或一般侵害營業秘密案件之爭議時，其適用不同訴訟程序，將更充滿不可預知之變數。又國安法草案第3條、第9條明確規定適用營業秘密法第2條、第14條之1至第14條之3條文，對於未明確規定適用營業秘密法其他條文之情形，未來是否亦可直接適用，恐滋生爭議。

二、審級利益之危害

97年成立智慧財產法院時，關於侵害智慧財產權之刑事訴訟是否由該院第一審管轄，曾有深入討論，最後基於刑事被告之審級利益，僅將民事及行政訴訟第一審管轄權歸智慧財產法院，刑事訴訟第一

審管轄權仍歸各地方法院，智慧財產法院究竟有無民事訴訟之專屬管轄權，尚有爭議，其並產生第一審及第二審均由該院重複管轄之荒謬制度，但至少仍還是三級三審制，草案僅以「經濟間諜」等行為侵害國家核心關鍵技術之營業秘密，就以二級二審制第一審管轄權屬於智慧財產及商業法院，剝奪刑事被告三級三審的審級利益，其理由並不堅強。

三、「國家核心關鍵技術」認定權責之疑義

國安法草案第3條第4項將「國家核心關鍵技術」之「認定程序及其他應遵行事項之辦法」，以法律授權國家科學及技術委員會會商有關機關訂定法規命令。然而，依據國家科學及技術委員會組織法第2條之執掌，該會並無該項權責，又其主任委員由行政院政務委員兼任，委員11人至15人由行政院院長就研究機構首長、中央相關機關首長及學者專家派兼或聘兼之，可以預見，未來只要行政院認定有屬於「國家核心關鍵技術」之可能，相關企業均須將其掌控之自己研發或他人授權之營業秘密，送交該會審查，增加洩密之危險，拉長出口管制，對產業之營業秘密保護，可說是「未蒙其利，先受其害」。

四、保護私有財產權或國家安全之目標紊亂

營業秘密屬於智慧財產權之一環，係人民之私有財產，以營業秘密法保護，對於為域外使用目的而侵害營業秘密之行為，該法第13條之2特別定有處罰明文，

國安法草案於營業秘密法之外，增訂國家核心關鍵技術營業秘密之保護，並以域外介入或意圖域外使用而大幅提高刑罰，顯然係要保護國家安全，而非保護私有財產權。然而，「國家核心關鍵技術」之出口管制，貿易法第 13 條第 6 項授權之下，已有戰略性高科技貨品輸出入管理辦法可供執行，無論是否侵害營業秘密，均不得任意輸出，營業秘密法第 13 條之 2 關於為域外使用目的而侵害營業秘密之處罰規定，容有檢討修正之餘地⁷，但國家安全之出口管制，畢竟與保護私有財產權之營業秘密不同，二者宜分別規範，不可暗度陳倉，引發「敏感科技保護法草案」復辟之疑⁸。

伍、結論

營業秘密保護確實重要，甚至已成為智慧財產權保護工作之首要。我國營業秘密法之制定及修正，始終受貿易夥伴國家之牽引，並無全盤獨立之遠見及規劃。美國與中國大陸貿易戰爭延續數年，台灣被雙方認定為科技重要供應鏈之一環，必然承受某些要求修法管制及保護「國家核心關鍵技術營業秘密」之壓力。實質管制及有效保護，係內外各方之迫切要求，但法

制安排仍須有一貫之脈絡與道理，管制係行政權之展現，應於公法中處理，保護則係私有財產權議題，應於營業秘密法中規範，本次國安法之修正，但見法務部、內政部、國防部會銜擬具，而營業秘密法之主管機關，自始未於營業秘密法中明定，經濟部於本次修法縱有參與，府院政策強力指示之下，莫說營業秘密法主管機關之專業角色難以發揮，立法院貫徹府院決心之角色錯置，恐為我國法制發展之重大隱憂。◆

7 參見林志潔，美國聯邦經濟間諜法之回顧與展望—兼論我國營業秘密法之刑罰化，科技法學評論，13 卷 1 期，2016 年 6 月，頁 1-67。

8 參見章忠信，科技管制還是營業秘密保護？——談敏感科技保護法草案，<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=8&aid=2870>，最後瀏覽日期：111 年 2 月 28 日。