

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

馮震宇*

目 次

壹、前言	四、美國司法部智慧財產權授權反托拉斯準則之相關規定
貳、營業秘密與公平競爭	肆、營業秘密法與不公平競爭之新關係
一、營業秘密與產業競爭	一、營業秘密法立法前之保護架構
二、營業秘密與競爭法之新課題	二、公平法對營業秘密保護架構之分析
參、國際間對營業秘密之相關規定	三、營業秘密法立法後之保護架構
一、巴黎公約對營業秘密規定	伍、公平法對營業秘密規範之檢討
二、「北美自由貿易區協定」 (NAFTA)對營業秘密之規範	一、公平法對營業秘密保護之檢討
三、「與貿易相關之智慧財產權協定」(TRIPS)對營業秘密之規範	二、公平法所面臨之營業秘密挑戰
	陸、結論

壹、前 言

傳統的智慧財產權原則上僅包括商標、專利與著作權，但是，隨著經濟的發展與科技的進步，傳統的智慧財產權之範疇已經無法因應日新月異的發展，近年來，國際間已經逐漸承認其他類型的智慧財產權。其中，營業秘密與積體電路電路佈局

*作者為美國康乃爾大學法學博士，現任中原大學財經法律研究所暨法律系副教授。

保護法，就是明顯的例證。

不過，相對於積體電路電路佈局之獨特性質，營業秘密則具有補充其他智慧財產權之不足的功能，並可在發明創作人尚未取得其他智慧財產權之前，有效的保護創作人之權益，因此各國實務上透過簽訂契約，而以營業秘密補充其他智慧財產權之不足的做法，亦早已為各國業者所廣泛的採行。

我國在制定營業秘密法以前，就已在民刑法相關法律中，對營業秘密加以保護。另一方面，由於營業秘密所保護之對象，是屬於抽象的產業倫理與競爭秩序，往往與防止不公平競爭有密切之關連，故各國在保護公平競爭之際，也都對營業秘密訂有保護之規定。例如我國公平交易法第十九條第五款就規定，事業不得以脅迫、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等妨礙公平競爭之虞的行為。雖然我國法中已有各種不同的規定，但仍有不足之處。而在美國特別三〇一貿易報復的壓力之下，我國乃對美國承諾將訂定營業秘密法，並於八十五年完成營業秘密的立法，使我國成為首先以特別法保護營業秘密的國家（註1）。

不過，營業秘密法立法完成後，營業秘密法與公平交易法間之關係應如何處理，侵害營業秘密之行為公平法是否仍可適用？營業秘密所有人如果利用營業秘密法之規定，而擴大利用其營業秘密，公平法是否可以介入，乃成為營業秘密法立法完成後所必須面對之問題。尤其考慮到國內有關涉及營業秘密之案件日益增加，尤其是有關競業禁止規定之案件增加最多；再加上目前商業競爭與一般商業活動所涉及的營業秘密問題也日益增加，例如國內連鎖店、加盟店、策略聯盟等商業形態亦蔚為風潮，若營業祕密所有人以契約自由或是授權之方式排除競爭、限制競爭、或是濫用營業秘密法之保護時，公平交易法是否可以適用，就有研究之價值。

另一方面，營業秘密法既已完成立法，而其規範內容不但較公平法第十九條第一項第五款為廣，且有所重複，因此，公平法是否仍有必要維持現行之規範，而適用競合之法理，或是考慮刪除此種重複之規定，即有探討之價值。是故，本文除介

註1：我國營業祕密法係於八十五年一月十七日由總統正式公布實施，請參見司法院公報第三十八卷第三期，八十五年一月十七日華總字第8500008780號令。

紹國際間對營業秘密之相關規定外，並將就美國智慧財產權授權準則加以介紹，以明瞭國際間對不正競爭與營業秘密保護之趨勢，並探討在公平法現行規範下，如何釐清營業秘密法與公平法間之關係。

貳、營業秘密與公平競爭

一、營業秘密與產業競爭

從過去產業之發展軌跡觀察，由於研究發展之投資，使得新興科技與產業不斷的茁壯，不但促成各國經濟之進步，也為產業界帶來突破。在此發展過程中，傳統的專利法、著作權法等智慧財產權法律雖然可因應傳統的產業需求，但是隨著新技術與新產業的推陳出新，傳統的智慧財產權法律在面對這些新發展出來的技術時，已經出現了法律的盲點，發生無法有效保護創作發明人發明創作權益之情事。為此，國內外的企業乃紛紛透過契約自由原則之運用，在傳統的智慧財產權法律保護之外尋求保護，而其中運用不正競爭法之觀念，而對營業秘密加以保護，就蔚為趨勢。

在國際市場上，由於各國已經體認高科技產業為各國經濟發展的成敗關鍵，再加上各國廠商在此領域內競爭激烈，故對於高科技之研發與其成果之保護更是不遺餘力。除了在商業往來中透過契約以確保營業秘密外，更動用了政府之力量，以在外國獲得充分的保護。例如美國產業界就透過美國行政與立法機關，利用貿易談判之機會，以貿易報復為要脅，要求其他國家訂定保護營業秘密之法律。

此外，各國政府也體認到，若要強化業者之國際競爭力，鼓勵企業界從事專門技術之研究開發或提高研究發展之投資，並進一步將研發成果做商業化之利用，就必須在現有的智慧財產權保護體系之外，另外建立對營業秘密之保護，方可確保自身產業競爭之優勢，因此，在美國的主導下，TRIPs（註2）不但將保護智慧

註2：TRIPs為「與貿易有關之智慧財產權協定」）」（Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit Goods）之簡稱。TRIPs之所以出現，乃係美國在GATT的烏拉圭回合（Uruguay Round）談判中首先提議，使得傳統上僅著重於商品與服務

財產權的標的擴大，也更進一步的將保護的範圍擴大到所有具有商業價值且未經透露的訊息。由此可見，對於營業秘密之保護已是各國之共識。我國公平法之立法者亦已經注意到營業祕密之重要，乃未雨綢繆在第十九條第一項第五款有所規範，以期建立公平合理的自由競爭環境，並維護產業競爭市場的正常運作。

二、營業秘密與競爭法之新課題

隨著營業秘密法立法的完成，營業秘密法與公平法間的關係也產生了微妙的變化。這是因為公平法為維護產業公平競爭的環境，並規範產業競爭秩序，已在公平法第十九條第五款中，明文規定事業不得「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」。若有違反，則可受到公平法之制裁。不過由於該款規範雖簡略，卻要件嚴格，故在營業秘密法公布實施後，亦不可避免的引發營業秘密法與公平法應如何適用的問題，例如若事業所為之行為並不符合公平法第十九條第五款之規定時，可否適用其他各款與第二十四條概括補遺條款之規定，以維護產業公平競爭秩序，就是一例。

另外，由於公平法第四十五條僅規定「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定」，而並未涵蓋營業秘密法在內。是故，若依照此條文之文義解釋，凡是依照營業秘密法所為之行為（不論正當與否），均無公平法第四十五條除外條款之適用，故營業秘密人依據其權利（亦即營業秘密）所為之行為，即應適用公平法相關之規定，因此，營業秘密所有人行使其權利所為之各種行為，不論正當與否，似均應受到公平法之規範。此則為公平法與營業秘密法所可能產生的另一種互動關係。

第三、此種營業秘密法與公平法互動增加的趨勢，還可以從美國司法部與聯邦

貿易的GATT之規範範圍隨之擴大，而及於與貿易有關的智慧財產權與防止仿冒品之貿易。由於TRIPS是「成立世界貿易組織協定」之正式文件之一，也使得TRIPS成為WTO不可分割之一部份。有關WTO與TRIPS之關係，請參見馮震宇著，世界貿易組織與關稅暨貿易總協定引論，月旦法學雜誌試刊號，八十四年三月，頁六以下。

貿易委員會於一九九五年四月六日所共同公布的「智慧財產權授權反托拉斯準則」（註3）（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property）中可以得知。根據該準則之規定，智慧財產權（包括商標權、專利權、著作權、營業秘密等）與其他財產權相同，都可適用相同的反托拉斯法（antitrust）分析。雖然該準則認為智慧財產權之授權原則上有益競爭，不會當然違反（per se illegal）反托拉斯法之結果。但是在某些例外的情況下，專利權、著作權與營業秘密之授權在適用合理原則（rule of reason）下，仍有違反美國的反托拉斯法之可能。由此可見，營業祕密與公平交易法之相互關係已經隨著營業秘密之法制化，以及產業界之重視，而與公平法發生日趨密切的關係。

參、國際間對營業秘密之相關規定

隨著工商業之發達與高科技產業之興起，傳統的智慧財產權在內涵上也產生的劇烈的變化，這種變化從國際公約對於營業秘密的保護規定即可得失。事實上，十九世紀末達成的巴黎公約雖然並未明文對營業秘密加以保護，但是在對不公平競爭的規範中，已經間接對營業秘密有所規定，只是其規定較為簡陋。而隨著科技與工商業的發展，營業秘密的重要性也與時俱增，其發展則可以從二十世紀末所達成的「北美自由貿易區協定」（NAFTA）與TRIPs中相關的規定得知其變化，而美國將營業秘密與其他智慧財產權採相同待遇，並適用反托拉斯法之規範，則為進一步拉緊營業秘密法與競爭法之舉，以下即分別加以討論。

一、巴黎公約對營業秘密規定

註3：美國「智慧財產權授權反托拉斯準則」（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property）之全文，請參見7 EIPR Supp. 3 (1995)。於該準則中，美國司法部與聯邦貿易委員會明確的指出，取得智慧財產權本身並不當然取得市場力量（market power），而智慧財產權之授權原則上亦有利競爭，故不會當然有違反反托拉斯法之效果。

巴黎公約在第十條之二對防止不公平競爭的規定中，雖然並未揭露營業秘密或其類似之名詞，但是在其規定的文義中，已經可以發現巴黎公約已對相當於現今營業秘密之概念加以保護。例如在第十條之二第一項中，巴黎公約首先規定，「本聯盟各國必須對各該國國民保證給與取締不公平競爭之有效保護。」接者在第二項即規定，「（2）凡在工商業活動中違反誠實慣例的競爭行為即構成不公平競爭之行為。」而在第三項第一款中，巴黎公約更明文規定，「不論依何種方法，於性質上對競爭者之營業所、商品或工商業活動造成混淆的一切行為」都在特別禁止之列（註4）。因此，似可推論若行為人以不正當的手段獲得他人營業秘密，並以此進行競爭行為，亦應為巴黎公約所禁止。

二、「北美自由貿易區協定」（NAFTA）對營業秘密之規範

近年來，在相關的國際公約之中，「北美自由貿易區協定」（NAFTA）首先對營業秘密之保護予以明確保護，在美國之要求下，加拿大與墨西哥亦同意了第一七一一條有關保護營業祕密之規定，使得營業秘密脫離了巴黎公約抽象的保護層面，而具有較為具體可循之保護機制，並進而影響到T R I P s 有關營業秘密保護之訂定。

註4：巴黎公約第十條之二為巴黎公約對不公平競爭之主要規定，其主要之規定如下：

- 1.本聯盟各國必須對該國國民保證給予取締不公平競爭的有效保護。
- 2.凡在工商業活動中違反誠實慣例的競爭行為，即構成不公平競爭的行為。
- 3.特別禁止下列各項：
 - a.不論依何種方法，性質上對競爭者的營業所、商品或工商業活動造成混亂的一切行為；
 - b.在經營商業中，性質上損害競爭者的營業所、商品或工商業活動信譽的虛偽說法；
 - c.在經營商業中使用會使公眾對商品的性質、製造方法、特點、用途或數量易於產生誤解的表示或說法。

NAFTA有關營業秘密之保護雖僅有一條，也就是第一七一條，但是本條之內容卻十分廣泛，對營業秘密之意義與要件、營業秘密之保護期間、營業秘密之授權、以及生化醫藥品之特殊保護等有明確之規定。

首先，NAFTA即明確的要求各成員國必須對合法控制營業秘密之人給與法律之保護，以使該營業秘密在未經合法控制該資訊之人同意下，為他人以違反誠實商業實務之方法所取得、使用或洩漏（註5）。

至於何種資訊能成為營業秘密，NAFTA則明確規定了三個要件：第一，就是該資訊要有祕密性（secret），也就是該資訊並非為經常接觸該種類資訊之人所共知或是可輕易得知，不論該資訊係一整體，或是有關具體之組成或是其零組件之組合等資訊；第二，該資訊必須要因為其祕密性而有確實或是潛在的商業價值；第三，合法控制該資訊之人必須依其個別情況，已採取合理之步驟以保持其祕密性（註6）。

為避免有關營業秘密存否之爭議，並釐清營業秘密之範疇，NAFTA 在第一七一條第二項特別規定，締約國得要求、若欲獲得營業秘密之保護，該營業秘密應經由文件、電磁方法、光碟、微縮片、影片或其他類似工具加以證明（註7）。而在有關營業祕密的保護期間問題上，NAFTA 也明文指出，只要在上述三要件繼續存在，任何締約國均不得限制營業秘密之保護期間。此項規定，明確的表示營業秘密之所以能受到保護，乃在於營業秘密人採取適當之措施，以維護其具有祕密性與

註 5：其原文為： 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。

註 6：請參見NAFTA第一七一條第一項a款。

註 7：NAFTA 第一七一一第二項規定： 2.A Party may require that to qualify for protection a trade secret must be evidenced in documents, electronic or magnetic means, optical discs, microfilms, films or other similar instruments.

經濟價值性之資訊（註8）。

而在有關營業秘密權利之行使方面，由於與競爭法攸關，故NAFTA 僅就原則有所規定，要求各締約國不得要求營業秘密人於授權時，對其加諸過當（excessive）或歧視性（discriminatory）之條件，或是稀釋該營業秘密價值之條件，而阻撓或妨礙營業祕密之自願授權（註9）。此種規定，也顯現出有關營業秘密之授權可能會與競爭法間發生牽連。

不過，NAFTA 有關營業秘密規定中最特殊之處，就是對醫藥品或農業化學品相關營業祕密之保護。根據第一七一一條第五項，任一締約國若對利用某種新化學成份之醫藥品或農藥化學品要求在核准行銷之前，應提出未經透露的試驗或其他資料，以便主管機關決定使用該產品是否安全或有效時，若此等資料之取得涉及相當之努力時，締約國應保護所揭露之此等資料或提出此等資料之人，除非此種揭露攸關保護公眾，或除非已採取步驟以保護不合理之商業性使用（註10）。

從以上有關 NAFTA 所為的規定可以得知，NAFTA 所保護之營業秘密之特色，就是在於禁止締約國對營業秘密授權所加諸之不當限制，而妨礙營業秘密之授權。此外，NAFTA 對於生化方面營業秘密之保護也是不遺餘力，也從此可以看出美國的影響力。另一方面，NAFTA 要求請求營業秘密的保護人必須提出文件、電磁方法、光碟、微縮片、影片或其他類似工具以證明營業秘密之存在，亦為其特殊之處。可供我國參酌。

三、「與貿易相關之智慧財產權協定」（TRIPS）對營業秘密之規範

註8：NAFTA 第一七一一條第三項規定：3.No Party may limit the duration of protection for trade secrets, so long as the conditions in paragraph 1 exist.

註9：請參見 NAFTA 第一七一一條第四項。其全文為：4.No party may discourage or impede the voluntary licensing of trade secrets by imposing excessive or discriminatory conditions on such licenses or conditions that dilute the value of the trade secrets.

註10：請參見 NAFTA 第一七一一條第五項。

對於營業秘密之保護，TRIPs特別在第二章第七節、亦即第三十九條中，對未經透露訊息（undisclosed information，也就是一般所指之營業秘密）之保護加以規範。該條第一項即明文表示，在保證按照巴黎公約一九六七年本文第十條之二的規定，對違反不公平競爭提供有效保護的過程中，締約國應依照本條第二項對未經透露的訊息予以保護，並應依照本條第三項，保護向政府或政府機構所提交之各種數據資料（註11）。

在保護要件方面，TRIPs第三十九條第二項則對符合保護之未透露訊息的保護要件加以規範。根據該項規定，只要有關資訊（information）符合下列三個條件，則不論自然人或法人，均應有防止他人未經其許可、而以違背誠實商業行為（a manner contrary to honest commercial practices）之方法披露、獲得、或使用合法處於其控制下資訊之可能（possibility）（註12）。

1.在一定意義上其屬於祕密。也就是說，該資訊作為整體或作為其中內容的確切組合，並非通常從事有關該資訊工作領域之人所能普遍了解或容易獲得者；

註11：TRIPs第三十九條第一項之全文如下：

1.In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10bis of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 below and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3 below.

註12：TRIPs第三十九條第二項有關營業祕密要件之規定如下：- 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; - has commercial value because it is secret; and - has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

2. 因其祕密性而具有商業價值；
3. 合法控制該資訊之人，為保護該祕密已經根據有關情況採取了合理措施。

其中，所謂的「以違背誠實商業行為之方法」（*a manner contrary to honest commercial practices*），其規定相當於公平法第十九條第五款之「不正當方法」。而為明確其意義，TRIPs特別以附註指出，應至少包括諸如違約、洩密及誘使他人洩密之行為，還應包括透過第三人以獲得未經透露之資訊，不論第三人是否已知，或因過失而不知該資訊之獲得將構成這種違背誠實商業行為，均包括在內（註13）。此等規定，與我國公平法第十九條第五款僅限於脅迫、利誘或其他不正當方法獲取他事業營業祕密之規定而言，更為廣泛。雖然營業秘密法有類似之規定，但是營業秘密法之相關救濟規定則顯然並不符合TRIPs之要求，而必須藉助其他法規，尤其是公平法之相關規定，方可符合TRIPs之要求。

此外對需要主管機關核准的商品，例如利用新穎化學成份的醫藥品與農藥品等，TRIPs也有與NAFTA相類似之文字，並於第三項明文規定對於申請人花費相當努力所得到的試驗或其他資料，在尚未公開前，受理機關應防止此等資料為他人作非法的商業利用。此種規定，對於高度競爭的生化產業不但提供了公平的競爭環境，亦可有效的保護其研發成果不致於洩漏，因而喪失其以營業秘密保護之機會。

對於侵害營業秘密之行為，TRIPs也在第四十一條第一項中，要求各締約國採取有效之措施，例如假處分（*injunctive relief*）、損害賠償以及臨時之救濟方法（*provisional relief*），以防止侵害之發生，並保存證據（註14）。

註13：TRIPs於第三十九條之附註中特別指出，*For the purpose of this provision, "a manner contrary to honest commercial practices" shall mean at least practices such as breach of contract, breach of confidence and inducement to breach, and includes the acquisition of undisclosed information by third parties who knew, or were grossly negligent in failing to know, that such practices were involved in the acquisition.*

註14：TRIPs第四十一條第一項之總義務（General obligations）中規定：「締約國應保證本部分（Part III）所規定的執法程序依照其國內法可以有效執行，

在行政、民事之程序與救濟方面，T R I P s 在第四十二條有關公平合理程序之規定中更表示，締約國應向權利人（right holder）（註15）提供本協定所包括的任何執行智慧財產權之民事司法程序。於進行相關之程序時，雙方當事人均有權提出其權利主張以及出示有關證據的權利。而於民事程序進行中，T R I P s 特別指出，「除非與締約國現行憲法規定有所違背，對該程序『締約國』應提供識別與保護祕密資訊之方法。」可見 T R I P s 已經瞭解訴訟程序可能會造成營業秘密之洩漏，由於營業祕密具有「一旦喪失，就永遠的喪失」（once lost is lost forever）之特性，應此乃特別在有關訴訟程序之規定中，要求締約國採取必要之方法或措施以保護營業祕密。

除有關民事與行政救濟程序之規定外，T R I P s 還在第三節對主管機關為保護智慧財產權（包括營業秘密）之需要，賦予司法機關可採行之臨時救濟措施（註16）。如果認為適當，司法機關可依當事人一方之請求，於開庭前採取臨時措施，尤其是在若有任何遲延即可能對權利人造成無法彌補之損害，或是在證據已有被銷毀的危險等情況下更是如此。

四、美國司法部智慧財產權授權反托拉斯準則之相關規定

以便能夠採用有效措施制止任何侵犯本協議所包括的智慧財產權之行為，包括及時的防止侵害之救濟，以嚇阻進一步侵權行為之救濟。這些程序之應用方式，應避免造成對合法貿易之障礙，同時亦應能夠對防止有關程序之濫用提供保障。」而在同條第二項，T R I P s 則規定，智慧財產權之執行程序應公平合理，不得過於複雜或費用過高、包含不合理的時效、或無理由（unwarrant）的拖延。

註15：TRIPs 所稱之 right holder, 不但包括自然人與法人，還包括類似我國人民團體，而有合法地位主張這類權利之聯盟federations 與協會 associations。

註16：於第五十條第一項款中，T R I P s 特別規定，為制止侵害任何智慧財產權情事之發生與保存被控侵權之有關證據，司法機關應有權下令採取及時有效的臨時措施。

於一九九五年四月六日，美國司法部與美國聯邦貿易委員會（F T C）共同發佈的一個新的反托拉斯法準則。這個新的準則——智慧財產權授權反托拉斯法準則（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property）——取代了美國司法部於一九八八年所公佈的「國際運作有關之反托拉斯執行準則（1988 Antitrust Guidelines for International Operations）」中有關智慧財產權之相關規定（註17）。此準則之公布實施，不但成為美國處理智慧財產權授權與不公平競爭的基本政策與判斷原則，也符合NAFTA 對營業秘密授權相關規定之要求，將對於技術移轉與技術創新之保護與交易，將有長遠的影響。

此份準則之公佈，不但強調出美國反托拉斯執行機關對與競爭有關智慧財產權之重視，而且也進一步擴大與反托拉斯法有關的智慧財產權法範圍，而將原來準則中所規範之專利授權部分，擴大至對專利、著作權、營業秘密與技術密竅（know-how）之授權（註18）。而更值得注意的，就是此項準則之基本原則在於，智慧財產權與其他財產權相同，都可適用相同的反托拉斯法分析；除此之外，該準則也明

註17：此新的智慧財產權授權準則取代了一九八八年國際運作準則之第一部分「智慧財產權授權協定」（Intellectual Property Licensing Arrangements）與第二部份案例六、十、十一與十二。其全文，請參見 7 EIPR Supplement 3 (1995)。國內有關該準則之介紹，請參見劉紹樸，淺介「美國法務部對智慧財產權授權及取得之反托拉斯法執行準則」草案，公平交易季刊第二卷第四期，頁一以下；陳家駿、羅怡德，美國反托拉斯法適用智慧財產權案件基本原則探討，公平交易季刊第二卷第四期，頁二十一以下。

註18：智慧財產權授權反托拉斯準則於其註1中，就明白的指出該準則於對商標之授權並不適用。其原因在於，該準則主要係規範技術移轉與技術創新有關的問題，故只適用於專利、著作權、營業祕密與技術密竅等約定，而與產品區別有關的商標，則仍然適用不公平競爭法之基本原則規定。至於有關積體電路電路佈局之保護，本準則則將其視為有關著作權，而仍有本準則之適用（請參見準則之註4）。

確的指出，取得智慧財產權本身並不當然取得市場力量（market power），而智慧財產權之授權原則上亦有利競爭，故不會當然因為授權而發生違反反托拉斯法之結果。

雖然授權準則准許以授權等方式利用包括營業秘密在內的智慧財產權，但是該準則也明確的指出，雖然授權準則認為權利人並不需要去對其所有的技術去創造競爭（to create competition in its own technology），但是若權利人所加諸之不合理限制造成潛在競爭者在商品、技術與創新等市場之競爭減少時，就會構成不公平競爭之情事。除此之外，該準則也明確的規定，若授權條款在商品、技術與創新等三個市場構成市場分割（market division）或操縱價格（price-fixing）等行為時，就會遭到FTC或司法部嚴格的審查。

除此之外，授權準則也針對上下游之關係有所規定。亦即，若針對某一市場之不利競爭授權規定傷害到其他市場，甚至造成其他業者進入相關市場的障礙時，亦會構成不公平競爭之情事。此規定，主要是因為美國司法部與微軟（Microsoft）間的反托拉斯案件而引發（註19）。由於當時微軟公司與下游委託製造加工（OEM）廠商的授權契約中明文規定，不論該等廠商有無在其製造的電腦中使用微軟的操作系統，均必須按其所實際運交的電腦數量支付權利金，也就是採用所謂的「依處理器付費」（per processor）原則。美國司法部認為，此種規定將使得與微軟簽約的製造廠商會較傾向於採用微軟的操作軟體，因為縱使不採用微軟操作系統，但因其所組裝的電腦只要裝有中央處理器（CPU），就必須支付微軟權利金，為了避免重複支付操作系統的權利金，廠商就會採用微軟的系統。此種結果，不但在此商品市場排除了其他操作系統廠商，也在技術與創新市場造成進入障礙，阻止其他廠商進入此等市場，而造成有礙競爭之情事。

值得注意的是，此準則不但確認營業秘密與反托拉斯法有直接的關係，更使營業秘密與反托拉斯法的關係產生重大的突破，亦即不再拘限於傳統（例如我國公平法第十九條第五款）的情事，而擴大至技術貿易與授權的領域。雖然該準則規定有

註19：有關美國司法部與微軟公司最後和解的內容，請參見United States v. Microsoft Corp., 59 Fed. Reg. 42,845 (August 19, 1994)。

兩個「安全區域」，但是就智慧財產權而言，此兩個安全區域實際上能發揮的可能性並不高。這是因為縱使授權條款表面上並未限制競爭，但是由於技術與產品的特殊性，授權人或被授權人之市場佔有率將不可避免的會在商品、技術或創新等三個市場之一超過百分之二十的限制（註20）。例如微軟操作軟體（不論DOS或WINDOWS）就是如此。

因此，在涉及有關營業秘密的授權時，當事人就必須要考慮公平交易法的相關限制。由於美國一向在不公平競爭方面領導世界各國，再加上美商仍為主要的技術供應者，因此美國法此種突破也必然會逐步影響到其他國家，也將促使營業秘密與公平交易法產生更密切的關係。由於我國業者在與日本廠商簽訂技術合作協定或是其他之授權協定時，日本業者常運用契約對我國之合作廠商做諸多的限制，若我國採取類似美國授權準則的做法，則其結果將不限於較狹隘的公平法第十九條第五款所列舉之情事，而將使公平法第十九條所列舉的各種類型，甚至公平法第二十四條，都可適用到營業祕密的授權問題之上。這也會使涉及營業秘密的各種約定受到公平法更嚴格的監督。此種發展，值得我國公平法主管機關重視。

肆、營業秘密法與不公平競爭之新關係

一、營業秘密法立法前之保護架構

於我國法律體系中，營業秘密是否為法律所保護的權利在營業秘密法立法完成前，並不確定。根據專家學者的意見，在民事救濟方面，營業秘密依其性質並非債權或物權，亦非其他屬於法律所保護之權利，僅為法律所保護之法益，故無法根據民法一百八十四條第一項前段之侵權行為主張損害賠償（註21），也無法基於所有

註20：Mark Halligan, Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, <http://execpc.com/>

註21：請參見蔡明誠，公平交易法對營業祕密之保護，政大法學評論第四十四期，八十年十二月，頁二七五；謝銘洋，營業祕密侵害之類型觀察與責任分析，資訊法務透析，八十一年八月，頁四十七以下。；徐玉玲，營業祕密的保護，

權人之地位行使民法第七百六十七條之物上請求權（註22）。至於被害人是否可以主張依民法第一百八十四條後段故意以背於善良風俗之方法加損害於他人，司法機關則採取較保守的見解，認為應依個案決定，縱使公司員工離開原任職公司，並利用從原公司所學習之技術經驗另行成立新公司，生產類似產品與原公司競爭，法院仍不認為構成故意以違背善良風俗之方法加損害於他人（註23）。

至於在刑事責任方面，營業秘密所有人則可能主張刑法第三百十六條之洩漏業務上知悉他人祕密罪；第三百十七條之洩漏業務上知悉工商祕密罪；第三百十八條之洩漏職務上工商祕密罪；第三百三十五條第三百三十六條之侵佔罪與第三百四十二條之背信罪。不過，刑法之規定在保護營業秘密上仍有其不足，主要是因為其規範對象僅為「行為人」，且僅以符合構成要件之行為作為處罰之對象，例如第三百十七條就僅限於「依法令或契約有保守因業務知悉或持有工商祕密之義務」者為限，由於規範類型有限，且不足以因應快速變遷之產業競爭環境，故對營業秘密之保護，仍有不足之處。

事實上，行政院公平交易委員會於其所出版的公平法宣導資料中，亦明白的指出，由於營業秘密在營業活動中具有經濟價值，且可作為買賣的客體，因此對於事業以脅迫、利誘惑其他不正當之方法，獲取他事業之營業機密以取得競爭優勢者，將導致市場之交易秩序受到破壞，應認為係屬不公平競爭行為（註24）。因此公平交易法立法時，乃將營業秘密之保護納入公平法之中，以期從維護市場公平競爭秩

三民書局，八十二年十一月，頁七；許智誠，營業祕密之立法趨勢與政策課題，法令月刊，第四十卷第十一期，七十八年十一月，頁八。

註22：經濟部商業司，營業祕密保護制度之研究，八十一年十二月，頁五十二至五十三。

註23：請參見法院對我國第一件營業祕密侵害案件，也就是全友控告力捷之各審判決。包括新竹地方法院七十七年度訴字第五七九號，台灣高等法院七十九年重上字第七十五號，以及最高法院八十年度臺上字第四四〇號判決。法院判決全文，請參見資策會編前揭營業祕密判決。

註24：請參見行政院公平交易委員會編印，公平交易法宣導手冊6，八十一年一月。

序的觀點，以彌補民刑法相關規範之不足。

而公平法對營業秘密保護之主要規定，則為公平法第十九條第五款規定，事業不得「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」。若有違反，根據公平法第三十六條，「於經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，處行為人二年以下有期徒刑，拘役或科或併科新台幣五十萬元以下罰金。」此外，根據公平法第三十八條，「法人犯前三條之罪者，除依前三條規定處罰其行為人外，對該法人亦科以各該條之罰金。」若就此等規定的文義觀之，公平法所希望保護的營業秘密客體包括了他事業的產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密。第十九條第五款的行為態樣包括了以脅迫、利誘及其他不正當的方法，獲取他事業營業秘密的行為（註25）。

雖然公平法對營業秘密的保護較過去引用民刑法之相關規定為之周延，但是由於公平法所保護的範圍有限，僅包括「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」，對其他不屬於此範圍內之資訊應如何保護乃產生疑義。相對的，營業秘密法所保護的營業秘密之範疇則似較公平法之範疇為廣，此可從營業秘密法就營業秘密所為之定義得知。是故，若有屬於營業秘密法，但是卻不屬於第十九條第五款之營業秘密遭受到非屬第五款所列類型之侵害時，公平法是否仍可適用，即有疑問。

二、公平法對營業秘密保護架構之分析

(一)公平法對營業秘密之保護

為保護營業秘密，公平法不但對侵害營業密者提供了民刑事的救濟，更採行政處分與兩罰規定，處罰行為人與法人，保護不可謂不周。但是由於公平法之規範過於抽象，因此實際上對營業秘密之侵害所能獲得公平法救濟之機會並不高，故目前僅有少數案例出現。

1.公平法之民事保護規定

註25：請參見行政院公平交易委員會編印，認識公平交易法，增訂三版，八十四年六月，頁一〇四。

根據公平法第三十條及第三十一條之規定，事業違反第十九條第五款者，被害人不但可以請求除去侵害，有侵害之虞者，並得請求防止之，若有侵害他人權益者，尚應負損害賠償責任。因此，於有違反第十九條第五款之情事發生時，理論上營業秘密之所有人可以主張不作為請求權，請求排除侵害或防止侵害之發生。有學者認為此種不作為請求權僅須行為人具有客觀之違法性即可行使，並不以故意過失為必要（註26），但亦有相反之見解（註27）。惟此種請求權既以違反第十九條第五款之規定為前提，故似仍應採傳統民事責任之見解，以處罰故意為原則，過失為例外，而應視行為人是否具有故意為準。

同樣的，對於營業秘密人所得請求之損害賠償請求權，由於公平法並未對此有特別之規定，故應適用民法有關侵權行為之規定，必須行為人因其故意或過失之侵害行為侵害他人之營業秘密，致發生損害，且無阻卻違法之事由存在方得請求。原則上，公平法對於被害人所得請求之損害賠償，採取類似美國之懲罰性損害賠償制度。也就是說，法院因第三十一條被害人之請求，如為事業之故意行為，得依侵害情節，酌定損害額以上之賠償。但不得超過已證明損害額之三倍。侵害人如因侵害行為受有利益者，被害人得請求專依該項利益計算損害額（第三十二條）。此外，公平法也在第三十四條條規定，「被害人依本法之規定，向法院起訴時，得請求由侵害人負擔費用，將判決書內容登載新聞紙。」至於請求權之除斥期間，公平法則於第三十三條採取類似民法第一百九十七條之規定，亦即「自請求權人知有行為及賠償義務人時起，二年間不行使而消滅；自為行為時起，逾十年者亦同。」

2. 公平法之刑事救濟規定

對於違反公平法的不公平競爭行為，公平法除於第三十六條對行為人課以刑事責任外，還對法人採取兩罰之規定。也就是說，違反第十九條規定，經中央主管機關命其停止其行為而不停止者，可處行為人二年以下有期徒刑、

註26：蔡明誠，前揭文，頁二八七。

註27：徐玉玲，前揭書，頁十三。

拘役或科或併科新臺幣五十萬元以下罰金（第三十六條）。此之所謂行為人，根據學者見解，應係指實際決定事業行為之事業負責人（註28），但由於公平法所稱之事業亦可包括個人在內（註29），因此第三十六條之行為人之範圍除實際決定事業行為之事業負責人外，似應包括以個人身份實際為該行為之人。

3.公平法之行政責任規定

若有違反第十九條第五款侵害他人營業秘密之情事發生，公平交易委員會得限期命侵害人停止或改正其行為。逾期仍不停止或改正其行為者，得繼續限期命其停止或改正其行為，並按次連續處新台幣一百萬元以下罰鍰，至停止或改正為止（第四十一條）。

根據學者之見解，所謂「停止」者，就是指不得再繼續以「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」；而所謂「改正」，則指返還取得之祕密資料（註30）。不過，由於公平法並無類似 NAFTA 之規定，要求請求營業秘密的保護人必須提出文件、電磁方法、光碟、微縮片、影片或其他類似工具以證明營業秘密之存在。因此所謂之「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，就理論上解釋，似不一定應以具體存在之祕密資料為前提，故縱使並無現實之祕密資料發生變動或移轉，似仍有其適用。例如對存在於一定媒

註28：請參見廖義男，公平交易法對於違反禁止行為之處罰規定，政大法學評論第四十四期，八十年十二月，頁三三六。

註29：根據公平交易法第二條，「本法所稱事業如左：1.公司。2.獨資或合夥之工商行號。3.同業公會。4.其他提供商品或服務從事交易之人或團體。」其中第四款為概括規定，亦即凡不具備前三款所定之組織型式，但卻具有獨立自主、繼續經濟活動之性質的人或團體，均屬第四款之規定。請參見行政院公平交易委員會，認識公平交易法，八十四年六月，增訂三版，頁八。

註30：請參見黃茂榮，公平交易法理論與實務，植根法學叢書，八十二年三月，頁三五〇。

介物上之祕密資料，行為人以記憶之方式強記，雖然並未現實的將祕密資料取走，亦應屬公平法所應規範之行為。此外，若相對人並未採取直接取得對手營業祕密之資料，而採取惡性挖角之方式，將對手之員工挖到自己之事業內，間接的取得對手之營業秘密時，亦應屬公平法所應規範之行為。此時均無所謂返還取得之祕密資料可言。因此，所謂之「改正」亦應不限於返還取得之祕密資料，還包括其他避免侵犯營業秘密人營業秘密之作爲或不作爲在內。

事實上，我國司法機關在多次判決中，已經將營業秘密之保護範圍擴大至非具體祕密資料的範疇，例如最高法院在七十五年度台上字第二四四六號判決中，對於雇主控告員工跳槽到其他粉末冶金同業工作，違反有關之競業禁止規定，即明確的指出，雇主與員工所簽訂的競業禁止約定並未違反憲法保障人民工作權之精神，亦未違反其他強制規定，且與公共秩序無關，故所爲之競業禁止約定仍爲有效。由於此案中，並未涉及實際之技術祕密資料；所涉及者，僅爲被告在原告工廠中工作所累積之經驗。因此，若採取較嚴格之解釋，將改正限於具體之祕密資料文件，則對於惡性挖角以獲取對手產銷機密、相對人資料或其他相關技術祕密之行為，勢必無法有效規範。事實上，美國法院對於侵害營業秘密就採取較爲實際之見解，認爲縱使未涉及實際之文件資料，但是被告利用背誦方式而取得營業秘密之行為，仍認爲構成侵害營業秘密之行為（註31），可供主管機關參酌。

註31：於美國法上，在有關員工跳槽或挖角的營業祕密訴訟爭議中，員工往往以其所跳槽後所利用者，為其原本所具有的「一般性知識、技能或經驗」（*general knowledge, skills and experience*）作為抗辯，因此營業祕密一旦成為員工之一般性知識、技能或經驗時，雇主通常必須證明其營業祕密之特殊之處，而並非員工之一般性知識、技能或經驗。不過，若被告是以記憶之方式，強記他人之營業祕密時，就不能主張其所強記之他人營業祕密為其一般性之知識、技能或經驗。美國依利諾州上訴法院就在 *Stampede Warehouse, Inc. v.*

三、營業秘密法立法後之保護架構

(一)營業秘密法之保護架構

對於營業秘密之保護，雖然國際間已有保護之共識，而且各國也有保護之措施，但是我國以民事特別法，也就是營業秘密法對營業秘密加以保護，則是各國之首創（美國迄今仍無營業秘密之聯邦立法，仍由各州之州法規範）。不過雖然我國以特別立法加以保護，但是公平法於立法時，卻採用當時大陸法系之立法例，而以不正競爭法對營業祕密加以保護（註32）。隨後在美國的壓力下，我國又對營業秘密採單獨立法，使得我國有別於其他各國，而對營業秘密同時以營業秘密法與競爭法加以保護。

雖然營業秘密法採單獨立法之模式，但是其相關之規定，則與其他智慧財產權有諸多的相同或類似之處，例如有關營業秘密歸屬（第三條至第五條）之規定，就

May, 651 N.E.2d 209 (1st Dist. 1995) 一案中，將以記憶方式強記他人營業祕密之行為，亦認為構成侵害。美國對營業祕密之此種見解，可供參酌。

註32：日本對於營業祕密之保護，原委諸於民法第七〇九條有關侵權行為之保護，但是與我國一樣，發生對於營業祕密是否可以解釋為該條所稱「權利」之爭議，因此，日本國會乃於一九九〇年六月二日修正其不正競爭防止法，增訂有關保護營業祕密之條文，並自一九九一年六月正式開始實施。其規範之重點在於界定營業祕密與侵害營業祕密之類型。根據其規定，營業祕密係指「對於商業活動有用之產品製造方法、市場行銷策略或其他技術或企業資訊、這些資訊必須以祕密方式保守，且不易為公眾得知。」至於韓國，雖然韓國有感於對營業祕密保護之重要，但是又不願以單獨立法之方式訂定營業祕密法，乃於一九九一年十二月三十一日修改其不正競爭防止法，增列保護營業祕密之明文，此項保護營業祕密的修正條文已於一九九三年正式生效。韓國對於以不正競爭防止法保護營業祕密的規定內容則與日本立法例類似。相關之介紹，請參見，經濟部商業司，「營業祕密保護制度之研究」，頁四十六至四十七，民國八十一年十二月。

與專利法第七條第一項、第八條第一項及著作權法第四十條第二項之規定類似；而營業祕密利用（第六條至第八條）則亦與其他智慧財產權法類似（註33）；至於營業秘密侵害之救濟（第十條至第十四條）亦可在相關法律中尋得相同或類似之規定（註34）。

值得注意的，則是營業秘密法僅對營業秘密提供民事救濟之規定，而並未如同公平法一般，對侵害營業秘密者另外課以刑事與行政方面之制裁，也和其他智慧財產權法律對侵害者同時課以民事與刑事責任有明顯的區別，此種規定架構，似與T R I P s 之規定有別。因此，若營業秘密人欲主張營業秘密法以尋求保護，反而無法主張其他智慧財產權所可能主張的刑事或行政救濟，而必須藉助其他法律之規定。而在目前國人普遍採用的「以刑逼和」訴訟策略而言，營業秘密法僅提供民事救濟

註33：有關營業祕密利用之規定，如移轉、授權等，營業祕密法之規定亦與其他相關法規相似。例如第六條第二項共有營業祕密之處分與第七條第三項共有營業祕密之授權，則類似專利法第六十一條，著作權法第四十條第一項；第七條授權之規定，類似著作權法第三十七條、商標法第二十六條。不過，第八條營業祕密不得為質權及強制執行之標的，則與專利法與商標法准許設定質權之規定有別。

註34：營業祕密法第十條營業祕密受侵害之排除及防止請求權以第十二條之損害賠償請求權與第十三條損害額之規定，與著作權法第八十四條第一項及第八十八條、專利法第八十八條第一項與八十九條第一項、商標法第六十一條第一項與第六十六條、以及公平法第三十條及第三十一條之規定相同。至於懲罰性損害賠償之規定，則係根據專利法第八十九條第參項與公平法第三十二條第一項而來。不過，專利法懲罰性損害賠償之規定為二倍，而公平法之規定為三倍，故營業祕密法在第十三條第二項之立法理由中，亦明確的指出，「為免未來發生依公平交易法得請求三倍，而依營業祕密法僅能請求二倍之分歧規定，造成適用上之困擾，故援公平法之例而捨專利法之規定」。由此可見，立法者欲整合營業祕密法與公平法之歧異，而以專法對營業祕密而為規定，使公平法之適用可能性相對縮小。

的立法方式，雖可紓解司法資源浪費的弊端，但是，是否能充分發揮其保護營業秘密之目的，則仍有待觀察。相對的，由於根據營業秘密法僅能主張民事救濟，而民事救濟並不一定能夠真正嚇阻侵害行為之發生，因此，營業秘密所有人勢必會運用其他現存之其他保護規定，例如刑法與公平法之規定，以充分保護其權益。

(二)營業秘密法與公平法相關之規定

在營業秘密法的十六條條文中，與不公平競爭關係較為密切的，則為第二條（營業秘密的定義）與第十條（營業秘密侵害之類型），以下即分別加以介紹。

1. 营業秘密的意義

在過去，各國對營業秘密之性質、名稱與要件為何，各國均無一致之見解，反而形成對營業秘密保護的一種障礙。就營業秘密的性質而言，英美法長久以來就已經承認營業秘密具有財產權之性質，美國最高法院更在一九八四年 *Ruckelshaus v. Monsanto Co.* 一案中，正式承認營業秘密為法律所保護的財產權之一（註35）。而在大陸法系的國家中，德國在判例學說上，則有主張營業秘密係屬於「企業權（Das Recht am Unternehmen）」之一，雖非絕對保護之法益，但是仍為法律所賦予企業之一定法律地位，原則上應予以保護（註36）。相對的，在歐陸其他國家中，則多數認為營業秘密是一種「不完全之智慧財產權」（incomplete intellectual property rights），或只是一種「事實上的資產」（de facto assets），並非財產（註37）。

除對營業秘密之性質有爭議外，對名稱則更是分歧。例如國內學術界與實務界對於營業秘密之用語即有所差異。有稱為「專門技術」者、有稱為「技

註35：請參見許智誠，營業祕密之法律地位及保護概況，經建法制論叢，創刊號，七十七年一月，頁二〇六。

註36：請參見蔡明誠，公平交易法與營業祕密之保護，政大法學評論，第四十四期，八十年十二月，頁二七三。

註37：請參見許智誠前揭文，頁二〇六。但是也有少數歐陸法院認為營業祕密係一種財產。

術密竅」者、亦有稱之為「工商祕密」者，不一而足（註38）。至於公平法則並未採用營業秘密之名稱，僅於第十九條第五款中，以「產銷機密、交易相對人資料或其他關技術祕密」等名詞各別加以描述。同樣的，在國際間對營業秘密所用的名詞也不一致，除北美自由貿易區協定（NAFTA）稱之為營業秘密（trade secret）外，有稱為 know-how 者，亦有 proprietary information，confidential information 等不同之名稱，TRIPs 則稱之為未經揭露資訊（undisclosed information），不過實務界則通稱為營業秘密（trade secret）（註39）。

雖然名稱有別，但是就內容而言，這些能夠獲得法律保護之機密資訊則均為具有新穎性、機密性、繼續性以及一定商業價值之資訊，在類型上則可分為技術資訊（technology）與商業資訊（business information）兩大類（註40）。這些技術或商業資訊往往涵蓋企業經年累積下來的特有資訊，例如產品的製造、開發、設計等技術資料，或是客戶、財務、成本、價格等商業資訊。在日漸增強的商業競爭中，這些資訊往往成為企業最有效的競爭利基，亦成為競爭對手覬覦的對象。

2. 營業秘密之要件

註38：請參見周延鵬，智財權與企業經營，工業財產權與標準月刊，八十四年三月，頁四十八以下。

註39：各國對於營業祕密所使用之名稱亦不盡相同。但以營業祕密為通稱。日本原有稱之為企業祕密、產業情報或營業祕密等不同之用語，但是於一九九〇年六月修正其不正競爭防止法，增訂有關保護營業祕密的條文，並對營業祕密加以定義後，就統一採用營業祕密之用語。同樣的美國、加拿大、韓國、大陸、英國、德國等國家，也都採取相同之名稱。值得注意的是，TRIPs 雖然明文保護營業祕密，但是卻未採用營業祕密之用語，反而以「未經透露之資訊」（undisclosed information）稱之。

註40：James H. A. Pooley, *Trade Secrets - A Guide to Protecting Proprietary Business Information*, at 5-7, AMACOM (1987).

雖然營業秘密的範圍廣泛，但並不是所有資訊都當然屬於營業秘密。若要成為法律上所稱之營業秘密，仍需要符合一定之要件，方可獲得法律之保護（註42）。至於立法院三讀通過的「營業秘密法」則係參考TRIPs與美國及加拿大之相關規定，而在第二條將可獲得營業秘密的客體規定為「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」，且須同時符合左列三項要件，方可成為法律所保護之客體：(1)非一般涉及該類資訊之人所知者（新穎性）；(2)因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者（秘密性與經濟價值性）；(3)所有人已採取適當之保密措施者（採取適當保密措施）（註43）。

註41：除員工離職以外，營業祕密外洩之原因還有產業間諜、因自身疏失而揭露、未採適當保護措施等。請參見許智誠，美國法上企業發明之保護——專利與營業祕密之抉擇，法學叢刊，第一三九期，七十九年七月，頁五十八。

註42：有關營業祕密的要件與定義立法中，最周延的就是美國法律學會（ALI）於侵權行為整編第七五七條註釋b中所下之定義。亦即，「營業祕密」係「一種可用在包括個人營業上之任何配方、模型、裝置或資訊之編纂，其使用可使使用人獲得較不知或不使用該祕密之競爭人更為有利之競爭優勢。營業祕密可為一種化學混合物之配方、製造、處理或保存物品的方法，機械的模型或其他裝置，或是客戶名單。營業祕密與營業上之其他祕密資訊不同之處，就在於營業祕密並不只是處理業務上單一或短暫事件之資訊，例如為爭取契約所為之祕密投標金額或其他特別條款、某些特定員工之薪資、已從事或預期欲從事之證券投資、預定宣佈某種新策略或推出新產品之日期等），而係在業務經營上繼續使用之程序或方法。通常其（營業祕密）與商品之生產攸關，例如生產某種產品之機械或配方，但亦可能涉及商品之銷售或其他商業上之經營，例如在價目表或目錄上決定折扣、折價（rebates）或其他折讓之代碼，特殊客戶之名單、或是記帳以及其他辦公室之管理方法。請參見楊崇森，美國法上營業祕密之保護，中興法學第二十三期，七十五年十一月頁二五〇至二五一。

註43：美國統一營業祕密法之譯文，請參見楊崇森，前揭文，頁三〇六以下。

相對的，公平會對於營業秘密之要件，則認為公平法第十九條所稱之營業秘密必須包括下列二個要件：（註44）(1)須具有秘密性。因為「既然稱之為營業『秘密』，則已經公開或普遍為大眾所共知的知識或技術，即不屬於公平交易法第十九條所欲保護的對象。」故事業所有人應對該祕密有保密的意思，甚至更採取適當的保密措施，以防止他人獲悉該項祕密的內容。(2)須該祕密對於事業具有經濟上的價值。亦即事業由於擁有該項營業秘密，致較競爭者具有更強的競爭能力。

雖然公平法與營業秘密法對於營業秘密之要件與名稱有不同之規定，但是二者仍有其共通之處，亦即須具有祕密性與經濟上價值。雖然公平法並未對非一般涉及該類資訊之人所共知之新穎性要件有所要求，但此點並不足以產生適用上的困擾，此觀諸TRIPs與NAFTA所逐漸形成共識之相關規定，即可得知。

就新穎性而言，營業秘密法的新穎性與專利法所要求的新穎性仍有所不同。專利法所要求的是「絕對新穎性」，但是營業秘密法所要求的新穎性則為相對的新穎性，只要具有最低程度的新穎性，也就是該資訊係「非一般涉及該類資訊之人所知者」，即符合新穎性之要求（註45）。在國內所發生案例中，法院就會指出，原告須證明其營業秘密或專門技術為自行開發，具有新穎性，否則就無法獲得勝訴勝訴（註46）。

註44：請參見行政院公平交易委員會編印，認識公平交易法，增訂三版，八十四年六月，頁一〇四。

註45：請參見營業祕密法第二條。

註46：例如在全友與力捷一案中，法院就認為光學閱讀機非原告（全友）所自行開發，而為習知技術，而使力捷獲得勝利；同樣的，在太欣半導體控告離職員工一案中，法院也以原告之積體電路係參考日本任天堂而來，非原告所原創等理由判決公司敗訴請參見前揭資策會編，智慧財產權判決彙編（二）—營業祕密判決，八十四年四月。全友力捷案於頁五以下，太欣半導體案於頁五八一以下。

而在經濟價值性方面，較有爭議者，則在於若僅具有潛在經濟價值的資訊是否亦可獲得營業秘密的保護？我國營業秘密法第二條第一項第二款採美國統一營業秘密法之規定（註47），明文表示，「因其祕密性而具有實際或潛在之經濟價值者」，即可成為營業秘密。因此，只要對祕密持有人具有商業經濟價值，雖然持有人並無行銷之計劃，或該資訊仍在研究發展或是實驗室階段，尚未加以商業化推廣，均仍然可以成為營業祕密。是故，此種受保護之營業秘密自然可以於授權時，涉及公平法上的問題。

另一方面，祕密性可說是營業秘密最重要的要件之一。根據營業秘密法之規定，所有人必須「已採取適當的保密措施」，以防止祕密洩漏，才可能使其所握有的祕密資訊成為受法律所保護之營業秘密。是故，營業秘密所有人首先必須確定其所擁有的資訊中，哪些是可以受到營業秘密法保護之資訊，並採取必要之保護措施（註48）。若參酌外國實務，則公司內部可以考慮採取必要的合理措施（註49）。例如，在人事這些方法，除了在公司內部對人、

註47：美國統一營業祕密法第一條第一項第四款即規定，「其獨立之實際或潛在經濟價值係來自於非他人所公知，且他人無法以正當方法輕易確知，而其洩漏或使用可使他人獲得經濟上價值者」，可取得營業祕密之保護。

註48：Roger Norman Coe, *Keeping Trade Secrets Secret*, 76 JPTOS 833, 834 (1994)。

註49：有關防止營業祕密喪失之措施，國內外論述甚多，請參見營業祕密法律保護之研究，行政院科技顧問組委託信孚法律事務所辦理，八十年五月，頁六十五以下；陳家駿，如何善用營業祕密法保護營業祕密，月旦法學雜誌，第十三期，八十五年五月十五日，頁87；張玉霜、張慧真，資訊電子業營業祕密之保護，資訊工業透析，七十二年二月，頁一以下。英文部分可參見 Michael A. Epstein & Stuart D. Levi, *Protecting Trade Secret Information: A Plan for Proactive Strategy*, 43 The Business Lawyer, 887 (1988)，以及在各種特殊情況下保護營業祕密之文章，例如保護電腦軟體，可參見 Gustavo Silier, Jr. & Jonathan E. Retsky, *Patent and Trade Secret Protection of Computer Tech-*

對事所採取之各種安全措施之外，也包括在人事管理、資料管理與設備管理方面採取適當的保護措施，例如與相關人員簽訂保密協定、競業禁止條款，或是對機密資料加以適當標示或採取保全措施等等不同之保密措施，方可維護營業秘密不至於喪失。

3.營業秘密之侵害與救濟

由於營業秘密之範圍廣泛，可能發生的侵害態樣眾多，因此，各國對於營業秘密之侵害，均規定有不同之類型（註50）。公平法也有以「以脅迫、

nology, 6 Software L. J. 239 (1992); Ronald L. Johnston & Allen R. Grogan, Trade Secret Protection for Mass Distributed Software, 11 The Computer Lawyer 1 (1994)；有關在訴訟中保護營業祕密之文章，可參見 Collyn J. Gebauer, Protecting Trade Secrets During Litigation: Asserting the Privilege, 27 LAW/Technology 1 (1994)。

註50：例如日本侵害營業祕密之類型則包括下列六種（請參見前揭註32）：

- (1)以竊盜、詐欺、脅迫、或其他不公平方法取得營業祕密，或使用、洩漏該等取得之營業祕密的行為（包括一方面保守祕密、而將該祕密向特定人展示）；
- (2)取得營業祕密時知該營業祕密係他人以不公平的行為取得，或因重大過失而不知，或使用或洩漏該人所取得營業祕密之行為；
- (3)於取得營業祕密後，明知該營業祕密係他人以不公平的行為取得，或因重大過失而不知，而使用或洩漏該營業祕密的行為；
- (4)為從事不公平競爭，或其他得到不公平利益或使祕密持有人受損害行為的目的，而使用祕密持有人展示的營業祕密，或為此種目的而洩漏該祕密的行為；
- (5)取得營業祕密而知其係由他人以不公平的行為洩漏，或因重大過失而不知者；或使用或洩漏該等取得的營業祕密之行為；
- (6)於取得營業祕密後，明知其構成洩漏營業祕密的不公平行為，或該營業祕

例誘或其他不正當方法」侵害他事業營業秘密的侵害類型規定。營業秘密法則在第九條即對侵害營業秘密之類型採例示規定，凡符合其所例示類型之一者，即構成侵害他人營業秘密之行為；對縱使不符合此等例示類型之侵害行為，營業秘密所有人尚可根據第十二條，對因故意或過失不法侵害其營業秘密之行為人主張損害賠償請求權。而根據營業秘密法，侵害營業秘密之類型包括：

- (1)以不正當方法取得營業秘密，或其後使用、洩漏該營業秘密者
- (2)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。
- (3)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。
- (4)因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏者。
- (5)依法令有守營業秘密之義務，而使用或洩漏者。

由於此五種侵害類型較公平法第十九條第一項第五款之「脅迫、利誘或其他不正當方法」為具體，因此，是否任何違反此等規定之行為，即當然該當於公平法所稱之「不正當方法」，即有疑義。若營業秘密法此等侵害類型之規定可該當於公平法之「不正當方法」，則也不可避免的將會與競爭法產生其他的關連，值得特別注意。

是故，首先即應探求哪些方法是屬於「不正當方法」？由於此名詞為一不確定法律概念，因此營業秘密法第十一條第二項特別參酌TRIPs規定以立法解釋之方式，明文規定「不正當方法」為「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方法」。至於以不正當方法取得該營業秘密之人與營業秘密所有人間，是否有僱傭關係或其他法律關係則不是重點。至於資訊業者所關切的還原工程問題，立法者有鑒於美日均認為還原工程屬於正當手段之一，並非不公平方法，故特別在立法說明中指出，還原工程並非此處所稱之「不正當方法」

密係由他人以不公平的行為洩漏，或因重大過失而不知，而使用該被洩漏營業秘密之行為。

(註51)。由於此種規定，當可化解資訊業競爭時以違反公平法相互指控的情形發生。

其次，對於競爭法上時常發生的跳槽、挖角問題，是否屬於不公平競爭的問題，營業秘密法也提出了一些答案。例如在第二種類型，也就是「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」所規範者，就包括在國外營業秘密訴訟案件中常發生的雇主間之營業秘密訴訟案件。值得注意的是，知悉或因重大過失而不知的轉得人在此種類型中，只要有取得、使用或洩漏的情形，就構成侵害，並不需要具有以「不正當方法」取得、使用或洩漏的條件，因此可能構成侵害營業秘密的情事更為廣泛。

而第四種侵害類型，也就是「因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏者」，則因係涵蓋僱傭、委任、代理權之授與等法律行為而正當的取得營業秘密後，卻以不正當之方法加以使用或洩漏的情形加以規範。故若受雇人於離職後，將其由僱傭關係中所取得的雇用人營業秘密，以不正當方法予以使用或洩漏時，就會構成營業祕密的侵害。雖然營業秘密法乃於立法說明中特別指出，此種規定不在於規範受雇人於離職後之競業應否禁止之問題，僅在禁止受雇人於離職後將其自僱傭關係中所取得之雇用人營業秘密再予使用或洩漏，至於受雇人使用其於任職前即已具有之專業知識，並不會構成營業秘密的侵害，但是其結果可能反而會產生其他競爭法上之間題。

例如，根據最高法院在八十一年台上字第988號與同年一八九九號判決所示，「雇主為保護其營業秘密，防止員工於離職後為同業服務，或為防止同業惡性挖角為不正當之競業，而與員工約定，於離職後一定期間內禁止競業行為，其禁止範圍如非過當，依契約自由原則，應屬有效。」由於競業禁止之約定可以直接影響轉得人是否有「知悉或因重大過失而不

註51：請參見立法院經濟司法委員會聯席審查營業秘密法草案參考資料專輯，立法院經濟委員會，八十四年四月，頁二十九以下。

知」的認定，亦可認定受雇人是否有「以不正當方法使用或洩漏」營業秘密之情事，有助於減輕雇用人之舉證責任，故競業禁止規定仍會與營業祕密有不可分離之關係，也會因此而對上班族未來跳槽挖角有所影響（註52），故當然也會與公平法有所關連。

不過，雖然營業秘密法有些侵害類型係屬利用「不正當方法」侵害營業秘密之行為，而與公平法第十九條第五款之構成要件相當（例如第一款之侵害類型），但是例如第四款之侵害卻為不正當之使用或洩漏，而與公平法第十九條第五款之「獲取」顯然有別，而其他數款之侵害態樣也非公平法第十九條第五款所能涵蓋，但是就侵害行為之惡性與損害而言，則顯然並無顯著之差異，是故雖然此等侵害類型不符合第十九條第五款之規定，但似仍可適用其他公平法之條文，方可有效維護產業競爭秩序。

伍、公平法對營業秘密規範之檢討

一、公平法對營業秘密保護之檢討

雖然公平法在傳統的民刑事法規之外，提供了營業秘密所有人另一種保護與救濟的管道，但是因為公平法立法之缺失，而使公平法並無法充分發揮對於營業秘密之保護功能。其中，最大的缺失，就是在於公平法對於營業秘密之定義並不明確，僅概括的規定「事業之產銷機密、交易相對人資料或其他有關技術秘密」為受保護

註52：若美國「不可避免洩漏原則」獲得採用，則未來經營階層也將會受到波及。

例如百事可樂公司在其前任經理人跳槽至桂格麥片公司後，就根據此原則提出假處分之申請，請求法院禁止該經理人於桂格執行職務。雖然桂格主張其與該經理人已簽訂契約，不會使用或洩漏屬於百事可樂之營業祕密，美國第七巡迴上訴法院仍判決，由於被告經理人受雇於桂格所負責之職務將會與百事可樂有所競爭，不可避免的會使用或洩漏百事可樂之營業祕密，故判決維持地方法院禁止該經理人擔任該競爭性職位之決定。請參見 *PepsiCo. Inc., v. Redmond*, 54 F.3d 1262 (7th Cir. 1995)。

之標的，但是此三種類型之範疇究竟如何，則並不明確。雖然運用此種不確定法律概念之規範有其立法上之考慮，但是卻給與民眾過度的想像空間，仍須以實際案例將其具體化。雖然公平會認為，必須要符合祕密性與經濟上價值者，方構成公平法所保護之營業秘密（註53），但是由於此二要件與國內外一般通說有別，故仍有待澄清。由此所衍生之問題，則在於若涉及者並不屬於第十九條第五款所列舉之態樣，是否仍有公平法之適用。

其次，就侵害態樣而言，必須「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，方為公平法所規範之行為。就其立法意旨觀之，似僅以「不正當方法」「獲取」「他事業」之營業秘密為規範之對象，至於以合法方法取得本事業之營業秘密，或是故意或不當洩漏自己或由他人之處所合法取得之他事業營業秘密，甚至不法使用、不法洩漏等行為，雖可符合營業秘密法第十條之侵害態樣，若依文義解釋，卻似均不在第十九條第五款規範範圍之內。

例如公平會八十二年八月四日(82)公研釋O六二號函就同行擔任公司董事，請求公司提供有關產銷機密之行為，是否違反公平交易法第十九條第五款疑義提出解釋如下：公平交易法第十九條第五款所謂：「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」之規定，係規範不正當競爭行為，對於事業以不正當方法獲取競爭事業業務上之產銷機密行為，而有礙於公平競爭者予以禁止。公司董事若係依法令、章程、股東會決議或董事會決議等，因執行業務所為之正當行為，則不違反前開法條之規定。本案系爭董事請求公司提供產銷機密是否確屬權限內之正當行為，以及是否不法移於他競爭公司，涉及事實認定問題，將視具體個案而定（註54）。由本案可得知，公平會似認為，若所取得者為「本事業」之營業秘密，且未使用脅迫、利誘或其他不正當方法，即無第十九條第五款之適用。至於取得該營業秘密後是否係自用，或是洩漏他人，則為

註53：請參見公平會前揭認識公平交易法，頁一〇四。

註54：請參見行政院公平交易委員會，公平交易法規彙編，八十三年三月，頁七一至七二。

另一問題。

而對故意或不當洩漏由他人之處所合法取得之他事業營業秘密之情事，公平會亦在某電腦公司販售美國進口商情資料是否違反公平交易法之案件中做出決定。公平會認為，該電腦公司所販售之美國進口商情資料，係自美國JOC公司購得自美國海關進口提單磁帶，且該項磁帶係經美國政府公布。而查得進口商名稱、地址等資料之*Directory of American Importers and Exporters*，亦屬一般公開書籍，故該電腦公司販售之商情資料，非屬公平法第十九條第一項第五款所規範之產銷機密（註55）。

雖然本案公平會係以該電腦公司販售之商情資料非屬產銷機密為理由，認為並未侵害他人之營業秘密。但是本案亦間接的指出，若是以合法方法取得之他事業營業秘密而加以洩漏，雖可符合營業秘密法第十條之規定，但卻不一定構成違反第十九條第五款之規定。此外，本案亦顯示出對於何種資訊應可成為受保護之營業秘密，在不同之國家，或是不同的事業間，可能會有不同之看法。例如在本案中，國內出口商對於其國外買主的資料，當然有其經濟上之價值，且有其祕密性，也必然盡力去防止他人得知此資訊。但是，對於其他事業而言，可能只是許多資料中的一部分資料，並無特殊之處，也無保密之必要，自然不會將其視之為營業秘密。因此，本案亦清楚的顯現出營業秘密法與公平法未來可能衝突之所在。

二、公平法所面臨之營業秘密挑戰

由於公平法第十九條第五款之規範範疇有限，對於層出不窮，且有害於公平競爭的侵害營業秘密態樣，第十九條第五款顯然無法因應。因此，在營業秘密法正式生效後，公平法首先面臨的問題，就是公平法之規範是否仍有必要存在，若無必要，則應加以修正；若仍有保留之必要，或是無法立時修正公平法，則隨之而來的問題，則為應如何適用公平法以補第十九條第五款之不足的問題。

(一)公平法第十九條第一項第五款之可能修正

就實際情形而論，公平法之所以對營業秘密加以規範，主要是基於大陸法系以

註55：請參見前揭認識公平交易法，頁一〇五。

不正競爭法保護營業秘密之立法例，且當時我國相關法規對於營業秘密之保護仍有不足，故方有第十九條第一項第五款之規定。而由於營業秘密法之立法實施，公平法之此款規定，反而限制了侵害的適用類型與範圍，因此，首先應檢討者，則為第五款之規定是否應加以修改或刪除。

由於第十九條第一項第五款似僅對不法獲取他事業營業秘密有所規範，而從上述所發生之案例分析，不但可得知第十九條第五款之規範似有不足，對於國外發生極多的不法利用或使用他人營業秘密的類型，似將無法有效的遏止。故有學者建議，應修正第五款之規定，增列「或使用該祕密從事競爭之行為」（註56）。但是亦有學者認為除此之外，第五款之規定仍有其他缺失，例如欠缺對善意第三人之保護規定，對自然人以脅迫、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亦無法規範，以及現行公平法之刑事罰與行政罰均無法救濟營業祕密之侵害等缺失（註57），可見公平法雖有心要對營業秘密有所保護，但是實際上仍有許多困難存在。

不過，這些修正之建議，均為營業秘密法公布實施以前之建議。而於營業秘密法公布實施後，營業秘密法第十條之規定已足以涵蓋第五款之規範內容，因此，為避免疊床架屋重複規範，最簡單的方法就是將第五款刪除，而採取類似美國智慧財產權授權準則之方式，完全根據不正競爭法之原則來加以判斷。不過，此種方式對於大陸法系立法基礎之我國，似乎反而會因為法無明文規定，而在適用時造成爭議，而有侵害營業祕密僅能依營業秘密法尋求民事救濟之憂，此種結果，可能因此使營業秘密所有人無法根據公平法獲得行政救濟或刑事救濟，更不利於營業秘密之保護，也會違反TRIPs之要求。

是故，可能調和營業秘密法與公平法之作法，則為修改公平法第十九條第五款之規定。由於第五款有關「不正當方法」已與營業秘密法之規定相同，故似可利用公平會解釋之方式，或於施行細則中採取類似施行細則第二十四條第二項之方式，

註56：請參見呂榮海、謝穎青、張嘉真合著，公平交易法解讀，月旦出版社，八十年二月，頁一二四。

註57：請參見徐玉玲前揭營業祕密的保護，頁十六至十八。

將「不正當方法」採取相同於營業秘密法第十條第二項之定義，以解決可能之爭議。若採此種方式，則仍有爭議者，為第五款所保護之營業秘密範圍較營業秘密法所保護之營業秘密為窄，而產生營業秘密法與公平法規範不一之情況。由於學界通說與公平會實務見解均認為第五款係為保護營業秘密而設，故為避免此種保護範圍之歧異，似可考慮直接將第五款後段修正為「獲取本事業或他事業之營業秘密之行為」，即可直接適用營業秘密法之定義，而調和營業秘密法與公平法間保護標的不同所可能產生之問題。

不過，由於修法不易，因此在公平法修正前，主管機關與國人都必須面對營業秘密法與公平法規範與保護不同之事實。此時，似必須依靠法律解釋適用之方式，以調和營業秘密法與公平法間之歧異。

(二)公平法相關規定之解釋適用

事實上，公平法在立法之際，就已經考慮到破壞或扭曲市場機能之行為態樣眾多，無法一一臚列，為彌補體系上規範之疏漏，立法者乃在第三章（不公平競爭）中，特別於第二十四條規範了一個「概括補遺」之規定，亦即，「除本法另有規定者外，事業亦不得為其他足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行為」，以補充公平法規範之不足。雖然第二十四條係規範於第三章中，但是學者意見認為此概括規定並不限於與第三章同類之不公平競爭行為，尚應包括與第二章獨占、結合、聯合行為等同類之行為（註58）。

因此，就學理上而言，若有不符合第十九條第五款之情事，則可視其行為是否符合第十九條其他各款之構成要件，若不符合，則尚可適用第二十四條之規範，以將其他條文所未規範之妨礙公平競爭行為亦納入公平法之規範範圍內。而在適用第二十四條之際，學者則認為應注意下列三項原則：（註59）

- 1.行為已有其他條文加以規範者，應適用其他條文，不應適用第二十四條。

註58：請參見廖義男，專利權人發函警告其競爭對手及競爭者之交易相對人應注意及尊重其專利權——兼評行政院公平交易委員會(85)公處第〇四七號處分，月旦法學雜誌，第十四期，八十五年七月，頁一一一。

註59：同前註。

2. 行爲非其他條文可加以規範，而其行爲該當「足以影響交易秩序之欺罔或顯失公平之行爲」者，則應適用第二十四條。
3. 行爲之一部分滿足其他條文規範之要件，而他部分亦該當第二十四條規範之要件者，應併適用其他條文與第二十四條。

因此，雖然公平法第十九條第五款之規範並不能規範所有侵害營業秘密之態樣，但是，透過法律解釋之運用，對於其他不屬於公平法第十九條第五款之侵害營業秘密之行爲，若其行爲構成不公平競爭之情事，則仍首先視其是否符合第十九條其他各款不公平競爭之規定，若不符合，還可適用公平法第二十四條加以規範。

此外，在有關營業秘密之討論中，一般均僅拘限於營業秘密所有人之營業秘密遭受侵害之一面，而對於營業秘密所有人濫用其營業秘密或與契約自由原則相互運用之一面，則多未論及，更遑論對該等行爲是否有違反公平法之情事有所論述。不過，美國司法部與聯邦貿易委員會則所公布的智慧財產權授權準則中，已開始對此問題加以重視。而在我國，若就歷年來所發生的侵害營業秘密案件加以分析，則可發現我國相當多之營業秘密訴訟類型，則為營業秘密所有人以其優勢地位，而與受僱人所簽訂之競業禁止案件。

而此等案件之特徵，就是企業主以其優勢的地位，與受僱人或受聘人簽約，禁止受僱人或受聘人於離職或完成其工作後的一定期間內（通常為兩年），從事與其所營事業相同之工作。雖然此種競業禁止之規定亦為各國企業主於保護其營業秘密之際常常使用。但是與國外實務差距最大者，則為一般企業界與員工若要為此種規定，必須要提供相當之保障與員工，否則此種約定無效（註60），但是我國司法訴

註60：在美國法上，競業禁止（covenant not to compete）之約定，一定要有對價（consideration，亦有學者翻成約因）存在，方可有效成立。請參見 6A Corbin, Contracts 1395 (2d ed. 192); 51 A.L.R.3d 825, 828 (1973)。一般而言，若在僱傭關係尚未開始之前，其對價可為雇主繼續僱傭之承諾；若係在僱傭關係發生後所簽署之競業禁止約定，則美國法界通說則要求比繼續聘雇之承諾更具體之事項（something in addition）作為對價。請參見 Modern

訟所發生之競業禁止規定，則通常並無此種規定，反而使員工處於一種不利之地位。同樣的，在一般的保密協定中，提供營業秘密之一方往往亦以極不合理之條款，對於接受營業秘密之一方做諸多的限制。由於營業秘密在營業秘密法通過後，已經成為法律所保護之權利，因此，若營業秘密所有人濫用其地位，而以簽約或授權之方式，對交易之他方採取不當之限制或要求時，雖不符合第十九條第五款之規定，但是似仍有第十九條第六款，也就是「以不正當限制交易相對人之事業活動為條件，而與其交易之行為」，或是有第二十四條適用之可能，而不應放在營業秘密所有人濫用其權利或市場地位而獲利。

有關營業秘密法與公平法間所可能面臨的另一個問題，就是公平法第四十五條「依照著作權法、商標法或專利法行使權利之正當行為，不適用本法之規定」是否可以適用於營業秘密法。雖然營業秘密法在公平法立法之際並未單獨立法，因此立法者並無法預見營業秘密法之通過，況且營業秘密與專利、著作權攸關，似可比附援引亦將營業祕密法類推適用第四十五條之規定。不過，雖然營業秘密與專利、著作權攸關，但是營業祕密法與公平法第四十五條所列舉之三個法律最大的差別在於，不論是依照商標法、專利法與著作權法取得智慧財產權，都必須符合一定之程序，並將其權利內容公開，使他人得以知悉其權利之內容。但是，營業秘密法則並無客觀確定營業秘密之規定，且由於營業秘密不得洩漏否則就永遠喪失之原則，一般人也無從得知其權利之範圍與內容。由於此等本質上之差別，營業秘密法是否能類推適用公平法第四十五條之規定即有疑問，這是主管機關與營業秘密所有人都必須面臨之問題，仍有待以整體考量之方式加以解決。

Controls, Inc. v. Andreadakis, 578 F.2d 1264 (1978) at 4-5。至於其他大陸法系國家亦有相關之規定。例如在德國法上，根據德國商法第七十四條之規定，競業禁止期間，雇用人應給付受雇人最後工作年報酬額二分之一以上，以補償受雇人生計上之不利益，否則無拘束力。雇用人違反者，受雇人得請求之。同樣的，法國則規定於競業禁止期間，雇用人應給付最後薪資額的二分之一或三分之一，競業禁止期間未逾二年者，則全額支付。請參見徐玉玲，前揭書，頁一五〇至一五一。

另一方面，從美國智慧財產權授權準則之制定與運作趨勢中已可得知，營業秘密與其他智慧財產權相同，仍應受反托拉斯法之規範。是故，縱使營業秘密法已對營業秘密加以明文保護，營業秘密所有人仍不得濫用其權利與市場地位，或主張其所為不合理之限制規定均為其依營業秘密法行使權利之正當行為，進而主張類推適用公平法第四十五條，而自外於公平法之外。

陸、結論

營業秘密法三讀通過後，不但解決了過去訴訟案件對於營業秘密是否為「權利」之爭議，也更進一步擴大了智慧財產權的範圍，使我國智慧財產權的法律體系得以完備。不過，由於營業秘密法與其他智慧財產權法律有所不同，而且取得的方法與保護要件亦有其特殊性，其所帶來的影響，不僅拘限於企業界之層面，也會對一般受雇人與研究機構有所影響，尤其在國內受雇人跳槽或另起爐灶屢見不鮮的情況下，雇用人與受雇人間之關係勢必會因為營業秘密法之通過而面臨另一波的挑戰。

另一方面，營業秘密的保護與公平交易法也有直接的關係。這並不是因為公平法第十九條第五款對營業秘密的保護有明文規定，而是在於國際條約與美國反托拉斯授權準則均將營業秘密與其他智慧財產權等量齊觀，並對營業秘密之授權加以規範，而使營業秘密與公平競爭發生了密切的關係。

在此種情況下，雖然公平法有關營業秘密的保護並不周延，但是隨著營業秘密法立法之通過，以及營業秘密逐漸受到國內業者之重視，營業秘密所演生出來的不公平競爭問題，也將會更為複雜。由於公平法之規定遠不及營業秘密法周延，且營業秘密法又為特別法，因此，為解決公平法與營業秘密法間規範客體不一之情事，最好的方法就是修改公平法之規定。但是由於修法不易，是故如何將第十九條第五款之抽象規定應用到實際的案例，並以其他公平法之條文（例如第二十四條）規範第十九條第五款所未能規範之態樣，以有效的解決營業秘密法與公平法競合之問題，乃是公平法未來必須面對的問題。

而從國際觀點而論，雖然我國已有營業秘密法之規定，但是營業秘密法僅就民事救濟有所規範，是故若要滿足TRIPs對營業秘密保護之要求，勢必將適用其

他法律之規定，故公平法在營業秘密法通過後，仍可繼續發揮其保護營業秘密之實質功能。另外，隨著T R I P s 對有關「以違背誠實商業行為之方法」與美國智慧財產權授權準則之公布，再加上營業秘密法對「不正當方法」侵害營業秘密之具體化之規定，以授權方式利用營業秘密亦會涉及公平競爭之問題也日趨明顯，如何防止營業秘密所有人利用授權之方式不當擴大其權利範圍，進行不公平競爭，將是未來公平交易法主管機關必須面臨之挑戰。