

離職員工記憶抗辯爭議問題之研究

謝宛蓁*

摘要

營業秘密侵害案件絕大多數都發生在公司與離職員工之間，若員工離職時確實竊取或下載前公司之機密資訊，並帶到新公司進行分享或利用，因該名員工有以不正方法取得前公司機密之行為，故認定其構成營業秘密之侵害，應較無爭議。然而，假設員工離職後並未以不正方法攜出前雇主之營業秘密，僅係至新公司任職後，善用其先前在前公司所累積之知識與經驗，自然地分享給新公司之主管或同仁，卻遭前公司提告侵害營業秘密，該離職員工能否抗辯其僅係單純將所學應用在新工作上，而阻卻其刑事責任？上述有關「記憶抗辯」之問題，係目前最具爭議性且最受員工關切之議題。由於侵害營業秘密之民、刑事責任，構成要件不同、法律適用之寬嚴程度亦有所不同，故離職員工在新公司使用前雇主義營業秘密之行為，是否應予處罰，應分別從營業秘密法中規定之民事責任及刑事責任條文予以檢討、分析。是以，本文將先介紹記憶抗辯與美國法上之必然揭露理論，接著，將分別解析營業秘密法中有關民、刑事責任條文之構成要件，包括主觀意圖及客觀侵害行為態樣，並探討離職員工就其使用前公司營業秘密之行為，能否主張記憶抗辯而阻卻民、刑事責任。最後，提出本文對記憶抗辯此一議題之研究結論與建議，希冀能提供予執法機關，作為未來辦案及審判之參考。

關鍵字：營業秘密法、民事責任、刑事責任、離職員工、記憶抗辯、保密協定、保密義務、競業禁止約款、必然揭露理論。

收稿日期：103年9月9日

* 作者現為經濟部智慧財產局法務室專員。

壹、前言

在全球化之浪潮席捲下，加上網際網路與資訊科技之快速成長，有形的地域疆界已無法再阻隔人際交往之網絡，跨國之商業活動交流更是拜科技之賜，互動日益頻繁與熱絡，有規模之大企業無不以全球為目標市場，不再侷限於特定國家或區域內之經濟活動。然而，在國際商業交易蓬勃發展之背後，也代表著市場競爭愈趨激烈與白熱化，許多公司為求生存與茁壯，甚至不惜以非法手段刺探、竊取競爭對手之商業機密，除造成自由市場不公平競爭之結果外，如果遭竊或外洩之營業秘密被傳送至外國，甚至可能進一步威脅到國家安全。質言之，在全球化經濟之時代，單純以民事救濟之方式，並不足以彌補當事人的損害，必須進一步以刑事手段追緝經濟間諜或營業秘密侵害案件，方能對當事人產生嚇阻力量¹。因此，為強化營業秘密之保護，有效遏阻層出不窮之營業秘密侵害案件²，我國乃於102年1月30日修正公布營業秘密法，增訂刑事責任等相關規定，並於2月1日正式施行。

新修正之營業秘密法施行後，主管機關經濟部智慧財產局（以下簡稱智慧局）考量法院、法務部、內政部警政署等相關執法機關過去較缺乏辦理營業秘密侵害刑事案件之經驗，未來在實務執行上可能會產生許多問題與爭議，為利相關執法單位於後續適用營業秘密法時，能對相關疑義有初步之認知，並能妥予因應，特地於102年5月27日召開「營業秘密法修正內容及實務議題座談會」，預先針對各項學理或實務爭議問題，與相關執法機關進行溝通、交流。

在上述座談會所討論之議題中，最具爭議性且最受一般受薪階級員工關切之問題即為「記憶抗辯」。許多員工擔心離職後至新公司任職，即便未從前公司帶走任何機密文件或檔案，但過去在前公司所學習到的知識、技能或經驗，多半已內化成個人專業能力之一部分，實難與前公司應受保護之營業秘密截然劃分；尤

¹ 曾勝珍，「營業秘密法」，五南圖書出版，頁89，2009年3月。

² 我國近年來陸續發生多起營業秘密侵害案件，包括友達前高階主管連水池、王宜凡於離職前非法下載公司之關鍵技術機密，隨後轉赴大陸華星光電任職；宏達電副總簡志霖竊取公司即將發表之UI圖形介面設計，並自行在外開設公司；大立光四個工程師陸續離職後，將內部未申請專利之自動化製程技術，洩漏予先進光並申請專利獲准；聯發科設計技術研發本部前設計師鄭國忠等人充當內鬼，竊取「鰭式場效電晶體」相關資料，帶槍投靠到鑫澤台灣分公司任職等，均引發業界高度關注。

其在長期研發而又未明確約定營業秘密或其他智慧財產權歸屬之情況下，衍生的爭議就會更大³。換言之，離職員工可能會極其自然、甚至毫無所覺地將前雇主之營業秘密應用在新公司之業務上，甚至與新公司之同仁分享或做加值應用，若此種行為雖然明顯與惡意竊取公司機密之行為有別，但仍構成營業秘密之侵害，則恐怕會影響員工轉職跳槽之意願，衝擊就業市場之人才流動與自由競爭，甚至阻礙技術創新與社會進步⁴。

據悉，目前科技產業為避免自身之營業秘密外洩，均會與離職員工約定不得將公司研發之技術使用於新公司，故離職員工即便係透過每天反覆之接觸、操作，自然地將特定技術牢記在腦海中，而沒有不正取得營業秘密之行為⁵，其轉職至新公司時仍不得使用該技術，否則可能將構成未經授權利用營業秘密之侵害行為⁶。有關記憶抗辯之問題，我國目前司法實務上尚無相關案例或判決可資參考，故前述座談會之會議紀錄，僅建議得參考美國法上之判斷標準，據以認定離職員工得否將前公司之營業秘密使用於新公司之業務上，惟並未針對離職員工如違背該等判斷標準，而使用前公司之營業秘密時，究竟是否需要承擔民事或刑事責任之問題，提出具體法律意見。因此，本文擬先介紹何謂記憶抗辯及必然揭露理論，最後回歸營業秘密法中有關民、刑事侵害行為之條文規定，逐一分析營業秘密法第10條第1項、第12條第1項及第13條之1第1項所定之主觀構成要件及各款侵害行為態樣，並預設實務上可能發生之不同事實情狀，將之分別涵攝於系爭法條中，據以判斷離職員工在各該事實前提下，是否會成立民事或刑事責任。

³ 賴文智、顏雅倫，「營業秘密法制之研究」，經濟部智慧財產局92年度委託研究案，頁116-117，2003年10月。

⁴ 亦有論者認為，若不限制離職員工使用前雇主營業秘密之行為或課予罰則，可能會降低企業投入教育或培訓員工職能之意願，同樣不利於社會整體發展。可見在此一問題之拿捏上，由於企業與員工皆非惡意行為人，所以在權衡雙方利益時，確實會面對相當大之掙扎，最後之決定未必一定對企業有利或必然傾向保障員工之權益，仍必須視具體個案情況妥為考量。

⁵ 營業秘密法第13條之1第1項第1款。

⁶ 營業秘密法第13條之1第1項第2款。

貳、記憶抗辯與必然揭露理論

首先，必須特別說明的是，有關記憶抗辯之問題，重點在於討論離職員工已經至新公司上班後，其使用或分享特定機密資訊之行為，是否構成營業秘密之侵害，而有民、刑事責任；至於美國法上之「必然揭露理論」，亦即前雇主能否以離職員工必然會揭露公司機密為由，向法院請求核發禁制令，禁止離職員工至新公司任職，較類似於競業禁止約款之爭議，二者具有一體兩面之關係。

一、記憶抗辯之意涵：

所謂「記憶抗辯」，係指某員工於特定領域工作已久，甚或擔任高階主管職，不僅累積相當深厚豐富的專業知識與技能，亦對原公司之政策方針、營運計畫或嶄新技術有一定之瞭解，但該等資訊都只存在於該員工腦中，其離職後並未竊取或下載任何公司的文件資料，至新公司後自然地將其腦中具備的知識運用在新公司之業務上，或是分享給新公司的成員⁷。假若此等行為遭前公司控告侵害營業秘密，該員工能否抗辯其僅係單純將所知所學應用在新工作上，並未侵害營業秘密？如認仍構成侵害，該離職員工又應負擔何種責任？

二、必然揭露理論之意涵：

必然揭露理論（Inevitable Disclosure Doctrine，亦有譯為「不可避免揭露原則」）起源於美國1960年代中期之 *Allis-Chalmers Mfg. Co. v. Cont'l Aviation & Eng'g Corp.*, 255 F. Supp. 645, 654 (E.D. Mich. 1966) 一案，在該案中，法院認為設計幫浦的機械工程師在轉任至與原雇主業務有競爭關係之新雇主公司任職，在進行幫浦設計工作時，必然會洩漏前雇主之幫浦設計給競爭者，所以會有「不可避免且立即的危險（inevitable and imminent danger）」，有足夠的理由禁止其在競爭者之幫浦生產線上工作⁸。

⁷ 若員工係將自己的眼睛與大腦當作複製資訊之工具，刻意以背誦或強記之方式，將特定資訊內容記下，或是必須藉由筆記、圖片或其他媒介之輔助，始能確知或重現特定資訊之內容，則與可以自然而然應用在前公司所學技術之情況有別，無法主張記憶抗辯。

⁸ 章忠信，【競業禁止條款之破解與攻防】，著作權筆記，<http://www.copyrightnote.org/crnote/bbs.php?board=8&act=read&id=29>，2011年9月23日。（最後瀏覽日：2014年7月14日）

必然揭露理論，係美國法院於前雇主主張營業秘密有被離職員工不正洩漏之威脅或危險，而聲請禁制令救濟（Injunctive Relief），經由案例累積建立之原則⁹。依據該理論，即使離職員工並未與前雇主簽訂競業禁止約款，法院仍可以頒布禁制令，禁止離職員工跳槽至與原雇主有競爭關係之對手公司任職¹⁰。由於營業秘密之價值源自於秘密性，一旦被揭露或公開即喪失經濟利益（once lost, is lost forever），故唯有獲得法院核發禁制令之救濟，營業秘密方能得到即時且有效之保護。然而，營業秘密之侵害相當難以證明，因此營業秘密所有人在聲請禁制令之過程中，往往會利用必然揭露理論來證明其營業秘密有被侵害或盜用之風險存在，以禁止離職員工在相同技術領域內為其前雇主之競爭對手工作¹¹。

適用此一理論之經典案例為1995年發生之*PepsiCo, Inc. v. Redmond*案¹²，本案被告Redmond為原告百事可樂公司（PepsiCo, Inc.）加州商業部門之總經理，熟知公司之定價策略、生產模式及預算編列等商業機密，並與原告公司簽有保密條款，承諾「不得於任何時期向任何百事可樂公司人員以外之人，揭露或使用於受僱期間取得之百事可樂公司的商業機密」。1994年，桂格燕麥公司（Quaker Oats Company）為了整合兩個不同軟性飲料（soft drink）品牌，必須進行分銷系統計畫，因此找上Redmond並表示願意提供其副總裁之職，在雙方洽談職務與薪水之過程中，Redmond並未主動將此事告知百事可樂公司，在接受桂格公司提供之職位後，甚至誤導百事可樂公司高階主管，只表示對桂格公司提供之業務經理一職有興趣¹³。嗣後，原告擔心被告對公司之營業秘密瞭若指掌，若在競爭對手公司工作，將不可避免地洩漏其所知悉的關鍵性計畫或營運策略，使新雇主獲得不正當競爭之優勢，因而請求法院禁止Redmond離職後至桂格公司任職。

本案法院最後採納百事可樂公司之主張，對Redmond頒布禁制令，限制其於6個月內不得至桂格公司任職；第七巡迴上訴法院亦維持原法院之判決，並進一步

⁹ 劉詠萱，「美國法上營業秘密案例與『不可避免揭露』理論之淺介」，《資訊法務透析》第10卷第10期，頁27，1998年1月；彭學龍，「不可避免披露原則研究——美國法對商業秘密潛在侵佔的救濟」，《經濟法論叢》第7卷，頁252，2003年。

¹⁰ Jessica Lee, *The Inevitable Disclosure Doctrine: Safeguarding the Privacy of Trade Secrets*, 33 *The Colorado Lawyer* 17, p17 (October 2004).

¹¹ 劉盈宏，「論勞工離職後競業禁止——兼論美國法制」，東華大學財經法律研究所碩士論文，頁150，2006年1月。

¹² 54 F.3d 1262, 1262-72 (7th Cir. 1995)

¹³ 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卷，頁6，2004年8月。

表示執行此種困難的整合計畫之能力，不可能是Redmond於百事可樂公司任職期間取得之一般性知識，而是來自於Redmond因參與百事可樂公司特別計畫所獲得之特殊知識¹⁴，是屬營業秘密無疑，故認為Redmond若到桂格公司工作，並且擔任相似之職位，必然會洩漏百事可樂公司之營業秘密及其他機密資訊。上訴法院對必然揭露理論之適用，無異於將保密協定（confidentiality agreement）轉換為競業禁止約款（non-compete agreement）¹⁵，因為只要原雇主能證明離職員工在從事新職務時，會不可避免地導致前雇主之營業秘密有遭受侵害或外洩之威脅或危險，即便雙方並未簽署競業禁止約款，仍可以向法院請求核發禁制令，禁止離職員工至對手公司上班，而非僅是限制離職員工使用或洩漏營業秘密，產生實質上競業禁止之效果，故有學者稱之為「事實上之競業禁止約款」¹⁶。

更有甚者，如果前公司已與離職員工簽署競業禁止約款，限制員工於一定期間內不得至其他競爭公司任職，且員工亦已遵守相關約定，前公司能否於競業期間屆滿後，再向法院申請禁制令？有關此一問題，以近來智慧財產法院針對台積電資深研發處長梁孟松得否轉職至三星一案之判決，可知法院一、二審見解亦有所歧異。智慧財產法院102年6月21日一審判決認為，台積電與梁孟松簽署之二年競業禁止約款既已屆滿，基於憲法對人民工作權及職業選擇自由之保障，梁孟松仍可以至三星任職，惟不得以不正當方法使用、洩漏其任職期間，所知悉、接觸或取得之台積電營業秘密，並不得以不正當方法向台積電員工、供應商或客戶刺探營業秘密，亦不得協助誘使台積電研發人員離職為三星工作¹⁷。然而，台積電嗣後針對梁孟松仍得至三星服務之部分判決不服，乃提起上訴，並於二審獲得全部勝訴判決，二審判決梁孟松截至104年底前不得以任何形式為三星提供服務¹⁸，亦即二審法官認為即便競業期間已滿，前公司仍得向法院請求核發禁制令，禁止離職員工至競爭公司任職，惟此一禁制令畢竟涉及對人

¹⁴ 陳信至，同前註，頁7。

¹⁵ Edelstein, Johanna L., *Intellectual Slavery: The Doctrine of Inevitable Disclosure of Trade Secrets*, 26 Golden Gate U.L. Rev. 717 (1996)。

¹⁶ 張瑋玲，「契約後競業禁止與營業秘密保護之關係」，臺灣大學法律學研究所碩士論文，頁97，2003年。

¹⁷ 工商時報，【梁孟松跳槽三星案 張忠謀下令 官司打到底】，<http://money.chinatimes.com/news/news-content.aspx?id=20130924000160&cid=1211>，2013年9月24日。（最後瀏覽日：2014年9月9日）。

¹⁸ 中時電子報，【法院判二不 梁孟松去不了三星】，<http://www.chinatimes.com/newspaper/20140515000145-260204>，2014年5月15日。（最後瀏覽日：2014年9月9日）

民工作權之侵害，故與競業禁止約款相同亦有期間限制。

有關前公司能否於競業期間屆滿後，再向法院申請禁制令，禁止離職員工至競爭公司任職一事，首先涉及競業禁止期間約款有效與否的判斷，目前實務上一般認為二年以下之競業期間是比較合理的。至於前公司是否得先規避競業禁止約款有效性審查，期滿後又向法院申請禁制令限制離職員工轉職，而達到同樣限制員工轉職之效果，此關乎員工工作權保障及企業營業秘密洩漏風險問題，二者間如何取得平衡，仍必須視個案事實情狀，予以綜合判斷，我國未來司法實務見解，值得再行觀察。

回歸到 *PepsiCo, Inc. v. Redmond* 一案，雖然本案法官採納原告公司必然揭露之說法，但事實上並非所有美國法院均認同此一理論，即便是接受必然揭露理論的法院，在裁決個案是否符合必然揭露之要件時，判斷標準亦有相當大之歧異。曾經有研究指出，保護公司營業秘密與員工轉職自由係一兩難的抉擇，在個案中判斷何者應優先保護時，可以衡量以下四個因素¹⁹：（1）是否有簽署保密協定或競業禁止約款；（2）新雇主與原公司競爭的激烈程度；（3）員工的知識與公司營業秘密之相似度；（4）員工是否有惡意或違背誠實信用原則之行為。此外，亦有人歸納出美國法院過去在裁決此類案件時，曾經採取之四個一般性方法²⁰：（1）偏重個案事實之分析；（2）員工或競爭對手是否惡意；（3）離職員工之新職位是否需要技術性或高科技的技能；（4）前後雇主的競爭程度或前後職位之相似度分析。由此可知，必然揭露理論只是一個原則，但在具體適用於個案事實時，法官仍然有相當大的裁量權，甚至是採用同一判斷標準之法官，也可能因個人主觀意識之差異，而得出截然不同之判決結果。

¹⁹ Rowe, Elizabeth A., *When Trade Secrets become Shackles: Fairness and the Inevitable Disclosure Doctrine*, TUL. J. TECH. & INTELL. PROP. Vol. 7, p170. (2005)

²⁰ Jay L. Koh, *From Hoops to Hard Drives: An Accession Law Approach to the Inevitable Misappropriation of Trade Secrets*, 48 AM U.L. REV. 271, 285-99 (1998)

參、記憶抗辯能否阻卻民事責任之探討

侵害營業秘密可能會有民事責任，而離職員工轉至新公司任職後，使用前雇主營業秘密之行為，是否也會成立民事上之侵害責任，或是離職員工可以記憶抗辯為由阻卻其責任，係此部分所欲探討之問題。以下將先分別解析營業秘密侵害民事責任之主、客觀構成要件，再分析離職員工使用營業秘密之行為是否構成侵害。

一、主觀構成要件之解析：

按營業秘密法第12條第1項前段規定，因故意或過失不法侵害他人之營業秘密者，負損害賠償責任。而民法上所謂「故意」，雖無明文規定，但依我國學說及實務之見解，認為故意包含「知」（認知要素）及「欲」（決意要素），即行為人在行為時必須對於構成侵權行為有所「認識」、並且「希望其發生」或「發生並不違背其本意」，始能認定行為人具有故意²¹；至於「過失」，則是指行為人對於損害之發生，應注意、能注意而不注意，或雖預見其能發生而確信其不發生者，為過失。此外，過失因欠缺注意程度之不同，可分為「抽象輕過失」、「具體輕過失」及「重大過失」三種。應盡善良管理人之注意義務²²而欠缺者，為抽象輕過失；應與處理自己事務為同一注意而欠缺者，為具體輕過失；顯然欠缺普通人之注意者，為重大過失。

二、客觀構成要件之解析：

營業秘密法第10條第1項共規範五款侵害營業秘密之行為態樣，值得注意的是，立法理由明白指出，本條項僅為例示規定，如有其他侵害情形，仍可依營業秘密法第12條之規定請求損害賠償，故營業秘密之侵害不以本條項所規定者為限²³。本條項所定之五款侵害行為態樣，分別為：（一）以竊盜、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等不正當方法取得營業秘密；（二）知悉或因重大過失而不知其為前款之營業秘密，而取

²¹ 林山田，《刑法通論（上）》，元照出版，頁286-90，2008年。

²² 即交易上一般觀念，認為有相當知識經驗及誠意之人應盡之注意義務。

²³ 經緯大陸國際投資顧問有限公司，「營業秘密法整體法制之研究」，經濟部智慧財產局委託研究案，頁163，2005年10月。

得、使用或洩漏；（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；（四）因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏；（五）依法令有守營業秘密之義務，而使用或無故洩漏。

三、離職員工使用營業秘密行為之民事責任：

從營業秘密法第10條第1項所定之五款侵害行為態樣來檢視，離職員工使用前雇主營業秘密之行為，僅可能成立第4款因法律行為取得，而以不正當方法（違反保密義務）使用或洩漏營業秘密，其餘款次斷無成立之可能。理由在於，第1款係規範不正當取得之行為，而離職員工係基於職務關係而合法取得前公司之營業秘密，故不該當；第2、3款規範惡意轉得人之行為，故不該當；第5款則是規範依法有守營業秘密義務之人之使用洩漏行為，離職員工亦非依法有守營業秘密義務之人，故不該當。

至於離職員工使用前雇主營業秘密之行為，是否構成第4款之侵害而有民事責任，可能會因其與前雇主間是否簽署保密協定而有不同結果，以下茲分述之：

（一）無保密協定之情形：

離職員工於在職期間或離職時，若均未與前公司簽署保密協定，則其自無須負擔保密義務，亦無違反保密義務而使用、洩漏營業秘密之情形。是以，在未簽署保密協定之情形下，離職員工將前雇主之營業秘密運用在工作上，或向新公司的同事分享，應不構成第4款所稱之「以不正當方法使用或洩漏」，故不成立營業秘密之侵害，無須負擔民事責任。

（二）有保密協定之情形：

離職員工若曾與前公司簽署保密協定，就必須善盡保密義務，若任意將經前公司指定為營業秘密之資訊，使用在新公司之業務上或洩漏給其他人，除構成違約外，亦可能構成以違反保密義務之不正當方法使用、洩漏營業秘密之行為，而有民事責任。惟須注意者是，在營業秘密侵害之民事責任成立時，被害人前公司有二種救濟手段，一是請求離職員工排除侵害，亦即不得繼續使用或分享營業秘密，二是請求損害賠

償。在請求損害賠償之部分，筆者認為應該比較沒有爭議，但前公司能否行使排除侵害請求權，可能必須視該營業秘密之性質或與員工之技能緊密程度而定，亦即如特定機密並非離職員工職場上必然會用到之技能，前公司可以要求離職員工不得繼續使用，或至少在一定期間內不得使用，惟如係與員工技能密不可分之機密資訊，要求其不得使用，無異於強迫該員工放棄工作，法院應不允許前公司行使此項權利，較能保障員工權益²⁴。

此外，值得探討者是，前公司得否與離職員工約定必須「永久」保密，亦即雙方簽署之保密協定是否應與競業禁止約款相同，有期間長短之限制或是不須受此限制？查競業禁止與保密約定本質上之差異在於，前者會直接影響員工之工作權與職業自由，對人權之侵害甚鉅，故必須有期間之限制；後者則僅是限制離職員工不得透露特定資訊，或許會影響到該名員工之薪資或職位高低，但尚不致侵害其工作權，因此筆者認為應可約定必須永久保密。

肆、記憶抗辯能否阻卻刑事責任之探討

侵害營業秘密可能有刑事責任，而離職員工轉至新公司任職後，使用前雇主營業秘密之行為，是否也會成立刑事上之侵害責任，或是離職員工可以記憶抗辯為由阻卻其責任，係此部分所欲探討之問題。以下將先分別解析營業秘密侵害刑事責任之主、客觀構成要件，再分析離職員工使用營業秘密之行為是否構成侵害。

²⁴ 舉例而言，實務上曾有公司主張員工任職期間習得之技術、經驗與竅門，亦為該公司之營業秘密，但法院審理後認為，該員工本就具有該領域之基礎知識，其雖在工作期間習得相關技術、經驗與竅門，使得其在該領域之專業技能更為精進，但這些技術、經驗與竅門應該只是該員工在工作上所得之一般性知識，並非營業秘密（桃園地院96年訴字第8號判決參照）。縱退萬步言，認為相關技術、經驗與竅門是公司之營業秘密，但員工已經習得該等訣竅與技巧，如何能讓員工遺忘該等技巧？或回復到任職前技術較為生澀之狀態？實際上並不可能也無必要。因此，筆者主張在這種情況下，公司至多僅能請求損害賠償，不得進一步要求離職員工不得使用該等資訊，否則可能導致員工失去工作，也不利於技術之擴散與進步。

一、主觀構成要件之解析：

由於侵害營業秘密屬於財產犯罪，故在主觀構成要件之部分，除要求行為人要有「故意」外，還必須要有「不法意圖」，始足當之。而所謂「不法意圖」，按營業秘密法第13條之1第1項規定，係指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言。

二、客觀構成要件之解析：

營業秘密法第13條之1第1項共規範四款之侵害行為態樣，茲分述如下：

（一）第1款之侵害行為態樣：

本款係規定，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，為侵害營業秘密。所謂「其他不正方法」，係指除例示之竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製等不正方法外，其他如行為人意圖取得他人營業秘密而利用各種行為方式，例如以窺視、竊聽而加以探知取得該營業秘密之行為方式。

（二）第2款之侵害行為態樣：

本款係規定，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，為侵害營業秘密。因契約關係或經授權合法知悉或持有營業秘密之人，未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密，由於其非屬第1款不正方法取得、使用或洩漏之行為，故有必要加以明定。例如公司員工因職務關係或業務需要，而合法取得或持有公司的特定機密，但嗣後未經公司授權或逾越授權範圍而將該機密轉寄至個人信箱，攜出公司並洩漏予公司之競爭對手，即屬本款規定之行為。

（三）第3款之侵害行為態樣：

本款係規定，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，為侵害營業秘密。本款適

用對象為持有營業秘密之人，由於科技之進步與發展，刪除、銷毀電磁紀錄之行為，有可能藉由資訊技術予以還原，因此，行為人可能表面刪除、銷毀存有營業秘密之電磁紀錄，卻私下隱匿，故明定「隱匿」有其必要。例如甲員工因負責公司某項專案計畫，而知悉或持有公司特定機密，但嗣後公司考量甲經驗不足，命甲將該專案移交給資深的乙處理並刪除相關資料。如甲未刪除、銷毀該等機密，或表面上移除實則隱匿，即可能違反本款規定。

（四）第4款之侵害行為態樣：

本款係規定，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，為侵害營業秘密。本款處罰對象為營業秘密之惡意轉得人，且僅限於該惡意轉得人具有直接故意始該當。例如A公司的甲員工受到B公司乙經理之煽惑，而從A公司竊取營業秘密並交付予乙，再由乙轉交給B公司使用。此時，乙雖非竊取營業秘密之行為人，但其主觀上明知甲係以不正方法取得該營業秘密，仍接受並為後續之使用、洩漏，即可能該當本款規定，而受刑事處罰。

三、離職員工使用營業秘密行為之刑事責任：

從營業秘密法第13條之1第1項所定之四款侵害行為態樣來檢視，離職員工使用前雇主營業秘密之行為，僅可能成立第2款未經授權或逾越授權範圍而重製、使用或洩漏該營業秘密之犯罪，並無涉犯其餘款次犯罪之可能。理由在於，第1款係規範不法取得、使用或洩漏營業秘密之行為，而離職員工係於在職期間合法取得前公司機密，故不該當；第3款係規範不刪除、銷毀或隱匿營業秘密之行為，惟離職員工並未攜出前公司之任何檔案資料，僅係運用腦海中記憶之知識經驗，並無刪除、銷毀或隱匿之問題，故不該當；第4款係規範惡意轉得人之行為，而離職員工係第一手接觸前公司機密之人，並非轉得人，故不該當。

至於離職員工使用前雇主營業秘密之行為，是否構成第2款之侵害而有刑事責任，由於想像上公司僅會要求員工完成該工作，幾不可能另行授權員工使用公司之資料，故員工任何超出原公司業務範圍之使用行為，從客觀上來看，均可能

該當第2款之構成要件，此係因該款規範內容之打擊面實在過廣所致。然而，犯罪之構成仍須考量主觀要件，是離職員工單憑記憶及經驗，而使用前雇主營業秘密之行為，即便未獲得前公司之授權，究竟是否構成犯罪，仍應視其主觀上是否有「故意」及「不法意圖」而定，以下茲分述之：

（一）無故意及不法意圖之情形：

離職員工如果從未與前雇主簽訂保密協定，抑或前雇主未曾告知其某項資訊或技術為公司之營業秘密，則離職員工在全然不知之情況下，將先前所學運用在新公司的業務上，或與新同事分享、討論，自然沒有侵害營業秘密之故意及任何不法意圖，不構成犯罪²⁵。

（二）有故意但不確定有無不法意圖之情形：

若離職員工明知某項資訊或技術，係屬前公司之營業秘密，卻仍在新公司使用或分享，即有故意，惟其是否有不法意圖，仍須依客觀情狀予以推斷。依本文見解，可由以下三個標準推斷離職員工是否確有侵害前公司利益或圖謀個人或新公司不法利益之意圖：

1、前公司營業秘密之重要程度：

基於刑法謙抑性之原則，刑事責任之認定與成立，應該較民事責任更為嚴格，以免造成任意入人於罪之現象，引發社會恐慌與不安。因此，在民事責任部分，不論前公司所有之營業秘密對公司的重要性如何，只要離職員工違反保密義務予以洩漏，即屬「以不正當方法使用或洩漏」，必須負擔民事之損害賠償責任；惟在刑事責任部分，本文認為應區別營業秘密之重要或機密程度，以及前公司是否曾經相當明確且嚴厲地要求離職員工不得洩漏特定機密，予以判斷離職員工是否確實有不法意圖。質言之，如果係關乎前公司競爭力之關鍵機密，一旦遭洩漏有可能危及公司之存續，且公司已再三耳提面命，禁止員工於離職後使用或

²⁵ 英國最高法院於一宗營業秘密侵害案件中，判決員工於在職期間並未認知到任何相關的營業秘密存在，也不知道該等營業秘密被新公司中的其他同事所使用，故不構成侵害。法院並進一步指出，法律不應該禁止離職員工基於誠信的動機，幫助新公司與前公司競爭，並藉此使整體社會受益及自身技術進步之行為。See, MIP, *Supreme Court backs former employee in trade secrets case*, http://www.ipo/NoHandledFile/201305/201305277430_1_Supreme%20Court%20backs%20former%20employee%20in%20trade%20secrets%20case.pdf.

洩漏，員工仍置之不理，自然難謂其無不法意圖，而應認為構成犯罪；然而，如果是重要度不高之一般機密，即便有簽署保密協定，離職員工違約予以洩漏，也甚難對前公司之競爭力或商業利益造成重大且難以回復之損害，亦難以為自己或現任公司創造鉅額之不法利益，應認不具不法意圖，不構成犯罪，以民事責任相繩即可。

2、前公司營業秘密與離職員工知能之緊密程度：

如前公司所有之營業秘密係屬技術性之機密，而離職員工因長久操作該項技術，已自然而然地將操作技巧與經驗轉化為個人專業知能之一部分，其離職後至新公司任職，如仍擔任相同或類似之操作工作，不可避免地一定會使用到前公司之營業秘密，因為前公司之營業秘密已經與其個人之知識技能融為一體、無法分割。此時，如認為該員工係基於不法意圖，而未經授權或逾越授權範圍使用、洩漏該機密，無異於要該員工「自廢武功」，不得再於同一技術領域或產業工作，顯不合理²⁶。因此，本文認為，在離職員工之技能與前公司營業秘密密不可分之前提下，應認離職員工在新公司使用其營業秘密之行為，僅係為發揮一己之長而造成之必然結果，並非基於不法意圖而刻意使用，應不構成犯罪，否則將過度侵害員工之生存權及工作權，且對整體社會之進步與發展有相當不利之影響。

3、離職員工轉職後之薪資水準：

員工離職後，如果薪資所得大幅成長，顯逾一般合理之情況，或許可以推斷該員工確實有利用前公司營業秘密來賺取不正利益之不法意圖。然而，若該員工轉職後，薪資水準與過去相差無幾或僅微幅上升，則可能僅係單純的轉換工作，較難認定員工有利用營業秘密謀取不法利益之意圖。

²⁶ 前公司如果真要限制員工離職後立即轉職，可能洩漏營業秘密之行為，應與員工簽署競業禁止條款，以契約關係規制雙方之權利義務，較為合理、妥適。不從民事契約關係著手，逕行動用刑責恐對員工過於不利，並不公平。

伍、結論與建議

綜合以上的說明與論證，本文茲彙整出以下四點結論與建議：

一、營業秘密之保護有其界限，法院審判時應平衡兼顧員工權益及社會整體利益：

雖然由於技術與網路的發達、人員流動性的增加等因素，導致營業秘密遭受侵害之可能性大幅提高，因而目前國際上有關營業秘密之保護趨勢，逐漸朝加重刑事責任之方向傾斜，構成要件也愈加寬鬆，但保護營業秘密並非社會所追求之唯一信仰，保障員工的工作權、活絡人才流動之管道、促進社會創新與進步，亦為現代社會非常重要的價值。因此，法院在審判離職員工洩漏營業秘密之案件時，應更謹慎地在前公司、員工與社會公益之間進行利益權衡。

二、侵害營業秘密之民事責任，認定上可較寬鬆：

民事責任之成立與否，僅涉及雙方當事人間之私法關係，在認定上應可採取比較寬鬆之態度。因此，本文認為，凡離職員工違反保密協定，而使用洩漏前雇主之營業秘密，即該當營業秘密法第10條第1項第4款「因法律行為取得營業秘密，而以不正當方法使用或洩漏」，必須負擔民事責任。惟在離職員工之個人技能與前公司營業秘密無法分割時，被害人前公司能行使之救濟手段必須有所限制，僅得請求損害賠償，不能要求該員工不得繼續使用營業秘密，否則將過度侵害員工之工作權與職業選擇自由。

三、侵害營業秘密之刑事責任，認定上應審慎考量離職員工主觀上是否確有故意及不法意圖：

離職員工在新工作上使用或分享前雇主之營業秘密，幾乎都是未經授權或逾越授權範圍，而有構成營業秘密侵害之可能，此係因營業秘密法第13條之1第1項第2款「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」之打擊範圍過大所致。因此，為限縮該款規定之適用範圍，避免輕易入人於罪之流弊，法院於審理此類案件時，應特別嚴謹且審慎地考量離職員工主觀上是否有故意及不法意圖。故意之部分，認定上較為容易，如前公司有與員

工簽署保密協定，或明確告知員工哪些資訊或技術為公司機密，不得對外使用、洩漏，但員工仍置若罔聞逕予使用、洩漏，應屬有故意無疑；至於不法意圖之部分，判斷上較為困難，本文認為可以從三個標準推斷離職員工是否有不法意圖：（1）前公司營業秘密之重要程度、（2）前公司營業秘密與離職員工知能之緊密程度、（3）離職員工轉職後之薪資水準。簡言之，前公司所有之特定營業秘密重要性或獨特性愈高、與離職員工之專業技能緊密度愈低、愈能夠斷然分別，或離職員工轉職後薪資明顯較過去提高許多，或許法院就可以認定該員工主觀上有不法意圖存在。至於這三個標準中，何者為首要的考量依據，或是重要性如何排列，可能難以一概而論，仍必須由法院視個案情況整體考量，方能得出最符合個案正義之判決結果。

四、公司可與離職員工簽訂保密協定，明定重要機密資訊之範圍及項目，俾利員工遵循：

雖然目前實務上，許多公司確實都有與員工簽署保密協定，但契約內容往往包山包海，諸如客戶名單、商品價格、交易成本、營業方法、營運計畫等，幾乎所有公司能夠想到的項目，都會納入保密協定之內容，但如此反而會造成範圍不明確之結果，更令員工無所適從。因此，本文建議，公司應全面檢視並評估內部相關資訊，確認「重要機密資訊」²⁷之範圍與項目，再與離職員工簽署保密協定，明確條列出員工離職後不得洩漏之資訊內容。如此一來，員工比較容易確定不得洩漏之機密範圍，也不會有動輒得咎之不確定感；對公司而言，在法院進行訴訟時，也能夠清楚地向法官舉證員工究竟洩漏了哪些機密，且這些機密是經過公司精挑細選，具有高度重要性與獨特性，並再三告知員工不得洩漏之標的，法官也比較容易產生員工確實有故意及不法意圖之心證，有利於刑事責任之成立。總而言之，本文認為，其實在記憶抗辯之案件中，離職員工惡意侵害前公司營業秘密之可能性應該頗低，多半是因為員工根本不知道到底哪些資訊或技術是公司認為重要的，絕對不可以洩漏，因此公司應該揚棄以往那種「海納百川」式之保

²⁷ 所謂「重要機密資訊」，應係指影響公司生存命脈之機密資訊，一旦外洩可能會對公司造成不可回復之重大損害，方屬之。如果特定資訊沒有重要到會衝擊公司之存續或產生嚴重傷害，應僅屬於一般機密，而非重要機密。至於特定資訊是否為影響公司存續之關鍵，此涉及個案事實證據之認定，如有爭議，應由法院予以判斷。

密條款，具體羅列要求員工保密之項目，這樣在可迴避之情況下，離職員工才知道要避免使用到特定機密資訊，反而有助於公司機密資訊之維護。