

以不正方法取得營業秘密之未遂犯 ——美國法著手犯的借鏡

陳秉訓*

摘 要

本文意在參酌美國聯邦《經濟間諜法》(Economic Espionage Act, EEA)與《模範刑法法典》(Model Penal Code, MPC)第 5.01 條之著手犯之法制，來思考我國營業秘密法犯罪行為中的未遂犯意涵。本文指出意圖竊取他人營業秘密、並進而著手以不正方法取得他人之資訊者，只要該行為人以爲到其所取得的資訊爲營業秘密，其即應負未遂犯之責。該認識之成立可基於被害單位客觀上有執行營業秘密合理保密措施。

關鍵詞：營業秘密、侵害營業秘密罪、未遂犯、美國經濟間諜法、法律上不能

* 國立政治大學科技管理與智慧財產研究所教授；美國聖路易華盛頓大學法學院法律博士。

投稿日：2022 年 9 月 22 日；採用日：2023 年 1 月 6 日

Criminal Attempt of Improperly Acquiring Trade Secrets Under the Trade Secret Act —A Lesson from the Concept of “Attempt” Under the United States Criminal Law

Ping-Hsun Chen^{*}

Abstract

This article provides the definition of criminal attempt of stealing trade secrets under the Trade Secret Act through studying the United States' Economic Espionage Act and criminal attempt under Model Penal Code § 5.01. This article argues that a person shall be held criminally liable for his attempt to acquire other's trade secret by an unjust measure, as long as he knew the stolen information was a trade secret. Such knowledge may be inferred from circumstances showing that the owner has implemented reasonable measures to protect its trade secrets.

^{*} Professor, Graduate Institute of Technology, Innovation and Intellectual Property Management, National Chengchi University; J.D. Washington University in St. Louis School of Law.

Keywords: Trade Secret, Criminal Misappropriation of Trade Secrets, Criminal Attempt, United States' Economic Espionage Act, Legal Impossibility

1. 前言

營業秘密為智慧財產權之一類，其定義為「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」，且須合乎三個要件：1. 秘密性，即「非一般涉及該類資訊之人所知者」；2. 經濟價值，即「因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者」；3. 合理保密措施，即「所有人已採取合理之保密措施者」¹。營業秘密法對營業秘密權利人設有民事與刑事的救濟規定²。

營業秘密法第 13 條之 1 與第 13 條之 2 對侵害營業秘密者在一定情況下設有刑事責任³。該二條之要件包括意圖要件與行為要件等二部分⁴。在意圖要件部分，第 13 條之 1 要求被告必須「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」；而第 13 條之 2 要求被告有額外的意圖，即必須「意圖在外國、大陸地區、香港或澳門使用」而犯第 13 條之 1 第一項之罪⁵。

在行為要件部分，營業秘密法處罰四類行為：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

¹ 營業秘密法第 2 條；趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜，智慧財產權入門，頁 4-5（2003）；陳秉訓，「營業秘密法『不可避免揭露原則』之商榷：評智慧財產法院 100 年度暫字第 5 號民事裁定」，法令月刊，第 65 卷第 9 期，頁 20（2014）。

² 王偉霖，「我國營業秘密法刑事規範的再思考」，法令月刊，第 68 卷第 5 期，頁 65（2017）。

³ 王偉霖，營業秘密法理論與實務，頁 227、229-230（2015）；王皇玉，「論侵害營業秘密之犯罪行為」，月旦法學雜誌，第 317 期，頁 69（2021）。

⁴ 王皇玉，同前註。

⁵ 王偉霖，前揭註 2，頁 70。

持有之營業秘密有前三款所定情形，而取得、使用或洩漏者」⁶。關於第一類犯行，本文統稱為「竊取營業秘密罪」，其指以「不正方法」來取得營業秘密⁷。

從比較法角度，我國的「竊取營業秘密罪」類似美國聯邦《經濟間諜法》（Economic Espionage Act, EEA）之經濟間諜罪（18 U.S.C. § 1831）及竊取營業秘密罪（18 U.S.C. § 1832）⁸。該二條有意圖要件。經濟間諜罪要求被告具有圖利外國政府、外國政府所控制之單位、與外國代理人之意圖或知悉⁹。竊取營業秘密罪則要求被告：1.具有將營業秘密轉化為非所有人之經濟利益之意圖，而該營業秘密涉及使用於或欲使用於州際或外國商務之商品或服務；及 2.意圖或知悉其犯行會傷害營業秘密所有人¹⁰。

在經濟間諜罪及竊取營業秘密罪等之行爲要件部分，二者所制裁的行爲包括：1.原件取得，其方式包括竊取、未經同意而取用、拿走、攜出或隱匿、及以詐欺、詭計或誤信方式來獲得¹¹；2.內容複製，其方式包括未經同意而複製、仿製、草繪、繪製、攝影、下載、上傳、變更、銷毀、影印、重

⁶ 營業秘密法第 13 條之 1 第一項。

⁷ 王偉霖，前揭註 2，頁 73。

⁸ 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，第 13 卷第 1 期，頁 4-5（2016）；曾勝珍，「美國經濟間諜法初探」，國立中正大學法學集刊，第 19 期，頁 87-95（2005）。

⁹ 18 U.S.C. § 1831(a) (“Whoever, intending or knowing that the offense will benefit any foreign government, foreign instrumentality, or foreign agent”).

¹⁰ 18 U.S.C. § 1832(a) (“Whoever, with intent to convert a trade secret, that is related to a product or service used in or intended for use in interstate or foreign commerce, to the economic benefit of anyone other than the owner thereof, and intending or knowing that the offense will, injure any owner of that trade secret”).

¹¹ 18 U.S.C. § 1831(a) (“Whoever, ... , knowingly— (1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains a trade secret; ... , shall”); 18 U.S.C. § 1832(a) (“Whoever, ... , knowingly— (1) steals, or without authorization appropriates, takes, carries away, or conceals, or by fraud, artifice, or deception obtains such information; ... , shall”).

複、傳輸、遞送、寄送、郵寄、通訊、或傳遞¹²；3.知悉來源違法而取得、購買或占有，而該來源違法包括竊取、及未經同意而取用、獲得、或轉化等¹³。但二者在行為要件之些微差異為，經濟間諜罪要求被告知悉（knowingly）其取得的資訊是「營業秘密」，但竊取營業秘密罪僅要求被告知悉所得到之標的為「資訊」（information）即可¹⁴。

EEA 的經濟間諜罪及竊取營業秘密罪皆處罰著手從事「原件取得」、「內容複製」、及「知悉來源違法而取得、購買或占有」等三種非法取得營業秘密之行為¹⁵。而我國營業秘密法第 13 條之 1 與第 13 條之 2 等二條之第二項有處罰未遂犯，也在制裁著手從事竊取營業秘密的行為人¹⁶。根據筆者資訊，至今實務上還沒有「未遂犯」之案例。然而，在美國 EEA 的刑事執法實務上，以 18 U.S.C. § 1831(a)(4)與 18 U.S.C. § 1832(a)(4)之著手犯（criminal

¹² 18 U.S.C. § 1831(a) (“Whoever, ... , knowingly— ... (2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys a trade secret; ... , shall”); 18 U.S.C. § 1832(a) (“Whoever, ... , knowingly— ... (2) without authorization copies, duplicates, sketches, draws, photographs, downloads, uploads, alters, destroys, photocopies, replicates, transmits, delivers, sends, mails, communicates, or conveys such information; ... , shall”).

¹³ 18 U.S.C. § 1831(a) (“Whoever, ... , knowingly— ... (3) receives, buys, or possesses a trade secret, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization; ... , shall”); 18 U.S.C. § 1832(a) (“Whoever, ... , knowingly— ... (3) receives, buys, or possesses such information, knowing the same to have been stolen or appropriated, obtained, or converted without authorization; ... , shall”).

¹⁴ United States v. O’Rourke, 417 F. Supp. 3d 996, 1005 (N.D. Ill. 2019).

¹⁵ 18 U.S.C. § 1831(a) (“Whoever, ... , knowingly— ... (4) attempts to commit any offense described in any of paragraphs (1) through (3); ... , shall”); 18 U.S.C. § 1832(a) (“Whoever, ... , knowingly— ... (4) attempts to commit any offense described in paragraphs (1) through (3); ... , shall”).

¹⁶ 陳龍昇，「營業秘密保護要件與侵害救濟」，月旦會計實務研究，第 38 期，頁 60（2021）。

attempt，本文翻譯）規定追訴被告已是常態作法¹⁷。

本文意在參酌美國 EEA 與著手犯之法制，來思考我國營業秘密法犯罪行為中的未遂犯意涵。以下，第 2 部分在介紹美國《模範刑法法典》（Model Penal Code, MPC）第 5.01 條之「著手犯」規定，也觸及 EEA 的著手犯議題與關鍵案例，進而藉由美國經驗來思考營業秘密法未遂犯的界定。接著於第 3 部分，本文舉二個智慧財產及商業法院（或其前身智慧財產法院）案例來闡釋未遂犯的認定，並同時評析個案的營業秘密審查問題。最後，第 4 部分，本文解釋建構竊取營業秘密罪未遂犯概念之意義，並期待相關思考與論述能執法上所需要的理論基礎。

2. 美國法之「類」未遂犯

2.1 模範刑法法典

美國 MPC 第 5.01 條（即 MPC § 5.01）「著手犯」之犯行定義類似我國未遂犯的犯行¹⁸。根據 MPC § 5.01(1)，「行為人犯著手於犯罪既遂之罪，如果其於行為時具有讓犯罪既遂之可責難性，且：

(a)該行為人故意採取一行動，且若該行動所導致之後續情勢是如同該行為人所相信會發展成之情勢時，該行動將構成犯罪；或

(b)當造成特定結果屬犯罪之要件時，該行為人因其目的在無須其後續介入之情況下造成該結果、或相信該結果將成就，而從事或不從事任何事務；或

(c)該行為人故意從事或不從事任何事務，以在如其所相信會發展成之情勢下，成就一行動或不作為，且該行動或不作為在計畫來達成其犯罪既遂之

¹⁷ Michael L. Rustad, *The Negligent Enablement of Trade Secret Misappropriation*, 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 455, 498 (2006).

¹⁸ 蕭宏宜，「未遂犯的處罰依據及其影響」，東海大學法學研究，第 45 期，頁 57-59（2015）。

行動過程中，係構成一實質步驟」¹⁹。

學者 Norman Abrams 指出 MPC § 5.01 將重點放在創造危險的「犯罪行為人」，而非僅看行為人的「行為」所創造的「危險」；亦即，該條檢視是否有主觀上與行為上等證據以佐證行為人欲造成「危險」；因而該條將對犯罪的處罰從犯罪可能既遂的時點，往前提早到犯罪既遂前之發展階段²⁰。而我國刑法第 25 條第一項規定「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」。初步比較，我國法和美國 MPC 皆注意犯罪人著手從事犯罪行為之部分，但差異在於我國法特別指出犯罪行為之實行會不遂，而美國 MPC 不再問「不遂」與否。

針對 MPC § 5.01(1)(c)的著手犯類型，MPC § 5.01(2)規範「實質步驟」的界定原則。一方面，除非行為人的行動與其犯罪目的強烈扣合，該行動不應構成 MPC § 5.01(1)(c)所指之「實質步驟」²¹。另一方面，有特定行動若是與行為人的犯罪目的強烈扣合，則該些行動「不應」依法而判定為「非」實質步驟，與本文議題有關者例如：1.偵察欲從事犯罪行為之處所、2.非法進入建築

¹⁹ MODEL PENAL CODE § 5.01(1) (AM. L. INST. 1985) (“A person is guilty of an attempt to commit a crime if, acting with the kind of culpability otherwise required for commission of the crime, he:

- (a) purposely engages in conduct that would constitute the crime if the attendant circumstances were as he believes them to be; or
- (b) when causing a particular result is an element of the crime, does or omits to do anything with the purpose of causing or with the belief that it will cause such result without further conduct on his part; or
- (c) purposely does or omits to do anything that, under the circumstances as he believes them to be, is an act or omission constituting a substantial step in a course of conduct planned to culminate in his commission of the crime.”).

²⁰ Norman Abrams, *A Constitutional Minimum Threshold for the Actus Reus of Crime? MPC Attempts and Material Support Offenses*, 37 QUINNIPIAC L. REV. 199, 204-05 (2019).

²¹ MODEL PENAL CODE § 5.01(2) (AM. L. INST. 1985) (“Conduct shall not be held to constitute a substantial step under Subsection (1)(c) of this Section unless it is strongly corroborative of the actor’s criminal purpose.”).

物、車輛、或封閉空間等環境，且欲在該環境從事犯罪行為、3.藉由無辜的代理人來涉入構成犯罪要件之行動等等²²。

另行為人若屬犯罪行為之幫助角色，其亦可負著手犯之責；即 MPC § 5.01(3)所規定，若行為人涉及設計來幫助他人完成犯罪的行動，且若該行動會造成其對犯罪既遂負幫助犯之責時，儘管他人的犯罪行為並未既遂、或未著手進行，該行為人仍負著手於犯罪既遂之責²³。

又 MPC 對於§ 5.01(1)(b)與§ 5.01(1)(c)等二類著手犯設有積極抗辯之理由；即 MPC § 5.01(4)所規定，被告可主張其放棄了達成犯罪既遂的努力、或其有防止犯罪的既遂，且須相關情勢顯示其犯罪目的係屬完全的與自願的揚棄²⁴。

然而，對幫助犯被告而言，若該幫助犯並未參與放棄或防止的行動，則著手犯的抗辯規定不影響幫助犯的責任²⁵。再者，犯罪目的之揚棄屬於非自

²² *Id.* (“Without negating the sufficiency of other conduct, the following, if strongly corroborative of the actor’s criminal purpose, shall not be held insufficient as a matter of law:

...

(c) reconnoitering the place contemplated for the commission of the crime;

(d) unlawful entry of a structure, vehicle or enclosure in which it is contemplated that the crime will be committed;

...

(g) soliciting an innocent agent to engage in conduct constituting an element of the crime.”).

²³ MODEL PENAL CODE § 5.01(3) (AM. L. INST. 1985) (“A person who engages in conduct designed to aid another to commit a crime that would establish his complicity under Section 2.06 if the crime were committed by such other person, is guilty of an attempt to commit the crime, although the crime is not committed or attempted by such other person.”).

²⁴ MODEL PENAL CODE § 5.01(4) (AM. L. INST. 1985) (“When the actor’s conduct would otherwise constitute an attempt under Subsection (1)(b) or (1)(c) of this Section, it is an affirmative defense that he abandoned his effort to commit the crime or otherwise prevented its commission, under circumstances manifesting a complete and voluntary renunciation of his criminal purpose.”).

²⁵ *Id.* (“The establishment of such defense does not, however, affect the liability of an accom-

願的情況是，該揚棄動機的部分或全部係來自於相關情勢顯示：1. 犯行被察覺或識破的可能性增加、或 2. 犯罪目的的達成將更困難，且於行為人行動過程之初期時，該些情勢並非存在的、或想當然耳²⁶。又犯罪目的之揚棄非屬「完成」的情況有二：1. 該揚棄動機係基於延後犯罪行動的決定，但該延遲僅是為等待更有利的時機；2. 該揚棄動機係源自將犯罪心力移轉至其他但相似的目標或被害人²⁷。

目前，MPC § 5.01 乃美國聯邦與多數州所採的著手犯認定原則，即「實質步驟」說²⁸。但少數州不採「實質步驟」說，而採「因果關係」（proximity）說，其要求被告的行為必須傾向能影響犯罪之既遂²⁹。另部分州有採「不作為」（omission）亦可構成著手犯，其以法律明文、或將「行動」（conduct）擴張解釋而包含「不作為」；而有些州則否定「不作為」類著手犯³⁰。

²⁶ plice who did not join in such abandonment or prevention.”).
Id. (“Within the meaning of this Article, renunciation of criminal purpose is not voluntary if it is motivated, in whole or in part, by circumstances, not present or apparent at the inception of the actor’s course of conduct, that increase the probability of detection or apprehension or that make more difficult the accomplishment of the criminal purpose.”).

²⁷ *Id.* (“Renunciation is not complete if it is motivated by a decision to postpone the criminal conduct until a more advantageous time or to transfer the criminal effort to another but similar objective or victim.”).

²⁸ Avani Mehta Sood, *Attempted Justice: Misunderstanding and Bias in Psychological Constructions of Criminal Attempt*, 71 STAN. L. REV. 593, 603-05 (2019); Abrams, *supra* note 20, at 202; Michael R. Fishman, Note, *Defining Attempts: Mandujano’s Error*, 65 DUKE L.J. 345, 346, 352-53 (2015).

²⁹ Sood, *supra* note 28, at 603-04; N.Y. PENAL LAW § 110.00 (McKinney 2022) (“A person is guilty of an attempt to commit a crime when, with intent to commit a crime, he engages in conduct which tends to effect the commission of such crime.”).

³⁰ Michael T. Cahill, *Attempt by Omission*, 94 IOWA L. REV. 1207, 1222-24 (2009).

2.2 經濟間諜法

多年前我國廠商永豐紙業公司的二名高階經理人和一名交通大學（現為陽明交通大學）教授在美國涉入 EEA 案件，遭指控竊取美國 Bristol-Myers Squibb 公司的紫衫醇（Taxol）製造秘密³¹。當時三人所觸犯的刑責包括 18 U.S.C. § 1832(a)(4)之著手犯規定，而未觸及竊取營業秘密罪之既遂³²。

在同案中，即 *United States v. Hsu* 案，美國聯邦第三巡迴上訴法院（United States Court of Appeals for the Third Circuit，簡稱「第三巡院」）有解釋著手犯（即 18 U.S.C. § 1832(a)(4)）之要件³³。第三巡院認為竊取營業秘密罪之著手犯認定應採 MPC § 5.01(1)(c)之類型，亦即竊取營業秘密罪著手犯之成立，係因行為人「於行為時有讓犯罪既遂之可責難性者，該行為人故意從事或不從事任何事務，以在如其所相信會發展成之情勢下，成就一行動或不作為，且該行動或不作為在計畫來達成其犯罪既遂之行動過程中，係構成一實質步驟」³⁴。因此，第三巡院指出著手犯被告必須有觸犯 EEA 犯罪行為之意圖，且該被告必須採取一行為其足以成為導向犯罪既遂之「實質步驟」³⁵。

據此，第三巡院再指出，於舉證上檢方不需要證明有真實的營業秘密在 EEA 案件偵辦過程中遭到使用，因為被告的可責難性僅和「被告所相信會發展成之情勢」有關，而與該情勢是否為真無關³⁶。因此，檢方僅須證明在超

³¹ *United States v. Hsu*, 155 F.3d 189, 191-92 (3d Cir. 1998).

³² *Id.* at 193, 197.

³³ Susan W. Brenner & Anthony C. Crescenzi, *State-Sponsored Crime: The Futility of the Economic Espionage Act*, 28 HOUS. J. INT'L L. 389, 428-29 (2006).

³⁴ *Hsu*, 155 F.3d at 202 (quoting Model Penal Code § 5.01(1)(c) (1985)).

³⁵ *Id.* (“[T]he defendant must (1) have the intent needed to commit a crime defined by the EEA, and must (2) perform an act amounting to a ‘substantial step’ toward the commission of that crime.”).

³⁶ *Id.* at 203 (“It naturally follows that the government need not prove that an actual trade secret was used during an EEA investigation, because a defendant’s culpability for a charge of attempt depends only on ‘the circumstances as he believes them to be,’ not as they really

過合理懷疑之狀況下，被告所嘗試取得之資訊係其相信為營業秘密之資訊即可，而不問該資訊是否真屬於適格之營業秘密³⁷。另一方面，被告並沒有檢視技術文件中被遮蔽部分之憲法上或法律上權利，而不能憑該遮蔽部分的內容來抗辯因「法律上不能」（legal impossibility）而不能構成著手犯³⁸。

Hsu 案判決繼續為其他法院所接受，並引用以否定「法律上不能」之抗辯，例如 2002 年美國聯邦第六巡迴上訴法院（United States Court of Appeals for the Sixth Circuit）之 *United States v. Yang* 案判決³⁹、2016 年美國聯邦第九巡迴上訴法院（United States Court of Appeals for the Ninth Circuit）的 *United States v. Nosal* 案判決⁴⁰、2019 年美國聯邦地方法院伊利諾州北區分院（United States District Court for the Northern District of Illinois）的 *United States v. O'Rourke* 案判決⁴¹等。

are.”).

37 *Id.* (“The government can satisfy its burden under § 1832(a)(4) by proving beyond a reasonable doubt that the defendant sought to acquire information which he or she believed to be a trade secret, regardless of whether the information actually qualified as such.”).

38 *Id.* (“Consequently, in the instant case, the defendants have no arguable constitutional or statutory right to view the unredacted portion of the Taxol documents in order to defend against charges of attempt on the basis of legal impossibility.”). 在本案中，被告在被逮捕前才收受被害公司的營業秘密資料，因而於刑事訴訟中，被告向地方法院請求以命檢方提供該資料，以讓其能爭辯該資料是否符合營業秘密的要件；不過，檢方則提出不揭露該資料之聲請。See *id.* at 192-93. 被告主張其有憲法上與程序上的權利來檢視偵察過程中所提示予被告的文件，而該主張為本案地院所認可。See *id.* at 193-94. 然而，該見解經本案巡迴上訴法院所廢棄。See *id.* at 194. 相關介紹可閱讀：Lorin L. Reisner, *Transforming Trade Secret Theft Violations into Federal Crimes: The Economic Espionage Act*, 15 *TOURO L. REV.* 139, 146-48 (1998).

39 *United States v. Yang*, 281 F.3d 534, 541-44 (6th Cir. 2002).

40 *United States v. Nosal*, 844 F.3d 1024, 1045 (9th Cir. 2016).

41 *United States v. O'Rourke*, 417 F. Supp. 3d 996, 1002 (N.D. Ill. 2019).

2.3 如何應用至我國《營業秘密法》

前節揭示關於美國 EEA 的經濟間諜罪及竊取營業秘密罪，其著手犯在行為要件部分有二個特徵：被告有著手（即採取「實質步驟」）以從事犯罪行為、及被告認為遭竊取的資訊是營業秘密。該些特徵可運用在我國營業秘密法之竊取營業秘密罪未遂犯之認定。

如果犯罪者完成不正方法並取得適格的營業秘密，則其為竊取營業秘密罪之既遂。但是當所竊取的「資訊」被法院認定不是營業秘密時，該行為人應可以未遂犯論罪。從美國法的經驗，不正方法的完成乃從事「實質步驟」以執行竊取營業秘密；另以不正方法獲得系爭資訊之事實乃顯示該行為人認為該資訊屬被害單位之營業秘密，否則何必以不正方法取得被害單位所保護的資訊。因此，意圖竊取他人營業秘密、並進而著手以不正方法取得他人之資訊者，只要該行為人以為到其所取得的資訊為營業秘密，其即應負未遂犯之責。

然而，刑法第 26 條「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」。關鍵問題是以不正方法而意圖並著手竊取他人資訊者是否屬危險行為。對此，本文持肯定的態度，特別是對客觀上有建置營業秘密的合理保密措施之被害單位而言。

最高法院於 111 年度台上字第 1616 號刑事判決指出刑法第 26 條乃「不能未遂」，指被告「已著手於犯罪之實行，但其行為未至侵害法益，且又無危險者」；於判斷上，應將「行為不能發生犯罪之結果」及「又無危險者」等「並列觀察」，而「解為：實行行為客觀上完全欠缺危險性，但行為人出於重大無知，誤認其可能既遂，兼以行為人是否出於『重大無知』之誤認作為判斷依據」⁴²。據此，該最高法院認為「行為人倘非出於『重大無知』之

⁴² 最高法院 111 年度台上字第 1616 號刑事判決／理由／三，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,111%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1616%2c20220414%2c1>。關於國內判決的引用方式，這是筆者在推動的引用方式，以在「呈現判決原文」與「降低閱讀困難度」之間取得平衡。國

誤認」，而「僅因一時、偶然之原因，未對法益造成侵害，然已有侵害法益之危險」，則屬「障礙未遂」，而非屬「不能未遂」⁴³。

關於「重大無知」，該最高法院指其係「行為人誤認自然的因果法則」，即「由客觀第三人觀之根本沒有可能發生結果之危險，只有行為人本身不知」，而於此時，行為人「始有成立不能未遂之可能」；於判斷上，應檢視「行為人之行為是否有侵害法益危險之依據」，並「應綜合行為時客觀上通常一般人所認識及行為人主觀上特別認識之事實為基礎，再本諸客觀上一般人依其知識、經驗及觀念所公認之因果法則而為判斷」，而「非單純以客觀上真正存在之事實情狀為憑」⁴⁴。

營業秘密要件之「所有人已採取合理之保密措施者」屬主觀性質的要件，亦即權利人主觀上認為相關資訊為其營業秘密，因而會採取措施保護該資訊之秘密性質⁴⁵。基本的合理保密措施例如有保密約定、文件或資訊之保管作業制度（包括內容保密等級分類與限閱規則、存放地點的上鎖或進入密碼等物理保護、電腦或硬碟讀取設有帳號與密碼及限閱機制等）、門禁措施（包括公司或廠房之大門控管、或工作區或廠區之分區控管等）等等⁴⁶。

內判決的寫作常邏輯不通順、或以過於口語方式陳述，故須要作適當的調整。但改寫並不是好的方式，因為無法呈現原文的狀態而讓讀者判斷，故才使用如此方式以強化判決原文的邏輯性。至於引註，筆者統一於句點後引註，這樣可減少過多的相同引註。

43 同前註。

44 同前註。

45 林洲富，「營業秘密與著作權之並存保護要件」，裁判時報，第 83 期，頁 60-61（2019）。

46 謝銘洋、古清華、丁中原、張凱娜，營業秘密法解讀，頁 27（1996）；最高法院 107 年度台抗字第 687 號民事裁定／理由，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSV,107%2c%e5%8f%b0%e6%8a%97%2c687%2c20181206%2c1>：「而所稱『所有人已採取合理之保密措施』，應係指所有人按其人力、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而言；此於電

因為有合理保密措施，他人會意識到被害公司有其欲保護之營業秘密。若竊取者以不正方法意圖取得受保護之資訊，其應認知有相當之機會取得被害單位的營業秘密，進而有「侵害法益危險」。特別是當遭竊資訊屬於竊取者無法在公開環境所得知、或屬僅能以非法方式取得的資訊時，該遭竊資訊的秘密性或經濟性應屬可肯定之性質，因而該竊取者更應認知其已取得被害單位之營業秘密。因此，以不正方法竊取受保護資訊者，在被害單位設有合理保密措施守護相關營業用資訊時，該竊取者不可能「無知」到無視遭竊資訊屬營業秘密之可能性，故其應無法符合「重大無知」之要件。

此外，若被害單位有採取合理保密措施，則其應可期待相關資訊的秘密性質的維持狀態。因為此種對內部資訊保密的安全性期待，在遇到竊取營業秘密者以不正方法突破相關保密措施的防衛時，被害單位應會感到不安。於此時，該竊取者製造一種危險環境，即讓營業秘密的資訊被以不正方法取得之危險環境。

因此，即使竊取者最後取得的資訊非讓法院認定為營業秘密，亦即此行為雖不能造成營業秘密被竊取的結果，卻仍產生被害單位就其營業秘密保護之危險，故該行為人仍應以未遂犯處罰之。

3. 侵害營業秘密罪未遂犯之可能型態

延續第 2 部分對竊取營業秘密罪未遂犯之界定。本文進一步舉二個司法判決，其涉及的犯罪行為暨相關情境，屬值得思考是否可以未遂犯論處。

案例 1 所涉情境是被告原任職於被害公司的製造部支援課副理，於離職並赴中國籍公司（被害公司之競爭者）工作後，回國誘使被害公司製造部的品質組組長與自動化組組長等二人跳槽，並要求該二人攜出被害公司生產用資訊。案例 2 則涉及被告原屬被害公司的高階主管，卻於離職後從事與被害公司相同的事業，並於競爭時利用被害公司的營業用資訊來競逐相同的

腦資訊之保護，就使用者每設有授權帳號、密碼等管制措施，尤屬常見」。

客戶。

案例 1 和案例 2 中所涉及的遭竊資訊有經法院認為非屬營業秘密之問題，但該二案例的情境可能有被告仍構成未遂犯之機會。另在二件案例中，檢方並非以竊取營業秘密罪起訴個案的被告，但本文有闡述為何該些被告亦從事竊取營業秘密之犯罪行為。

3.1 案例 1：智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決

3.1.1 犯罪行為

被告 C1 於 2013 年 5 月初由被害公司（群創光電股份有限公司）離職，並赴中國的上海和輝光電有限公司（簡稱「和輝光電」，為被害公司在光電產業之競爭對手）任職；被告 C1 在和輝光電到職後，即和被害公司員工 A1 與 B1 聯繫，並欲安排二者至和輝光電工作；之後，在當年 5 月間被告 C1 於返國休假時，接觸 A1 與 B1，並要求二者協助取得被害公司的生產資訊，包括：1. 於產品開始量產時，應確認哪些危害產品品質的生產流程項目；2. 公司內部有關實驗之簽核流程⁴⁷。另 C1 所提供給 A1 與 B1 的薪資條件是被害公司給二者的 2 倍⁴⁸。

⁴⁷ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／一，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCM,107%2c%e5%88%91%e6%99%ba%e4%b8%8a%e8%a8%b4%2c19%2c20190131%2c1>；臺灣臺南地方法院 106 年度智訴字第 7 號刑事判決／事實／一，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TNDM,106%2c%e6%99%ba%e8%a8%b4%2c7%2c20180510%2c1>；臺灣臺南地方法院 106 年度智簡字第 25 號刑事判決／事實／一，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TNDM,106%2c%e6%99%ba%e7%b0%a1%2c25%2c20170505%2c1>。

⁴⁸ 臺灣臺南地方法院 104 年度訴字第 689 號民事判決／事實及理由／一／(五)／10，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TNDV,104%2c%e8%a8%b4%2c689%2c20150902%2c1>。

A1 是被害公司製造部品質組組長，其有權限下載與閱覽第一件遭竊的資訊，即「CF 新產品製程 Release Check List」文件（稱「系爭確認表單」）；而該文件乃彩色濾光片（color filter, CF）之新產品製程於進行整合時之確認表單，其功能在讓生產線可順利、且有效地提高新產品的生產良率品質及速度；且該文件為被害公司文件控管中心所列管的文件⁴⁹。A1 於 2013 年 6 月 3 日透過被害公司的電腦，以電子郵件將系爭確認表單傳送給被告 C1 於和輝光電之電子信箱⁵⁰。

B1 則是被害公司製造部自動化組組長，其有權限下載與閱覽第二件遭竊的資訊，即「64.5"FHSF03D LD2 WS-64.5 導入 0.5mm 玻璃實驗單」（稱「系爭實驗單」）；而該文件記載被害公司所製造之 64.5 吋面板／0.5 公釐厚玻璃之各項實驗技術之進行流程與條件，其為被害公司花費許多成本而執行實驗後所得製程參數之最佳條件，並可直接利用該些參數數據製造類似產品⁵¹。B1 亦於 2013 年 6 月 3 日利用被害公司的電腦，以電子郵件將系爭實驗單寄給被告 C1 的和輝光電電子信箱⁵²。

雖檢方指控被告 C1 違反營業秘密法第 13 條之 1 第一項第四款「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」及第 13 條之 2 第一項⁵³。不過，本文以為被告 C1 亦觸犯竊取營業秘密罪，因為被告 C1 乃利用 A1 與 B1 的資訊接觸權利來取得被害公司之資訊，應屬營業秘密法第 13 條之 1 第一項第一款所指之「以……其他不正方法而取得營業秘密」。

49 臺灣臺南地方法院 106 年度智訴字第 7 號刑事判決／事實／一。

50 同前註。

51 同前註。

52 同前註。

53 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／一。

3.1.2 智財法院的判定

本案智財法院認為系爭實驗單與系爭確認表單不符合營業秘密要件⁵⁴。因為系爭資訊非屬營業秘密，故本案智財法院認為原審為無罪之判決即無錯誤⁵⁵。

關於系爭實驗單，本案智財法院認定其未有合理保密措施，而原因有三：1.雖被害公司有「文件控管中心」其將資訊分級並設定閱覽權限，但系爭實驗單卻不在「文件控管中心」控管範圍；2.系爭實驗單儲存在 CF 廠區電腦的共用槽，而該共用槽並未設定閱讀權限，以致非實驗者也能接觸系爭實驗單；3.廠區電腦公共槽或系爭實驗單沒有機密標示，以致被害公司員工無法辨識是否為營業秘密資訊⁵⁶。

關於系爭確認表單，本案智財法院指出其無經濟價值，而原因有二：1.系爭確認表單的內容僅為「新產品量產前用以檢查是否均已備妥可量產要素」，而網路上可搜尋到與系爭確認表單內容相似的表單內容；2.無證據顯示系爭確認表單內揭示的確認項目與內容有任何與其他同業之特殊不同處，以致使被害公司有較高的競爭力，或競爭者可因獲得系爭確認表單而節省試錯成本，以致能取得經濟利益並和被害公司競爭⁵⁷。另本案智財法院認為系爭確認表單無受合理保密措施之保護，其理由除如同系爭實驗單儲存在 CF 廠區電腦之問題外，還有系爭確認表單被「文件控管中心」界定為「文件密等：一般，保密文件設定值：非保密（無保密，可調閱、搜尋）」⁵⁸。

3.1.3 未遂犯之分析

雖本案智財法院認為系爭資訊未受有合理保密措施，但被害公司事實上有營業秘密管理制度，例如本案智財法院有提到：1.被害公司有設置「文件

⁵⁴ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／四。

⁵⁵ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／五。

⁵⁶ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／四／(一)／2。

⁵⁷ 同前註。

⁵⁸ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／四／(二)／3。

控管中心」，其中閱覽者「須要有帳號及密碼才能進去看資料」，而「資料有分一般級、密、機密」，且「不同權限的人看到的等級也不一樣」；2.被害公司廠區的電腦是以「電腦開機時的帳號、密碼來管制接觸」，而「公司電腦開機時會出現提醒員工行為準則、保密義務的畫面」，且提醒畫面教示「員工負責保密義務，嚴禁洩漏公司任何機密」；3.被害公司於廠區之「各部門有管制卡作實體區域的管制」⁵⁹。

誠如本案智財法院對「合理保密措施」之解釋，即「係指營業秘密之所有人主觀上有保護之意願，且客觀上有保密的積極作為，使人了解其有將該資訊當成秘密加以保守之意思」；具體而言，「所有人所採取之保密措施必須『有效』，方能維護其資訊之秘密性，惟並不要求須達『滴水不漏』之程度，只需所有人按其人力、財力，依其資訊性質，以社會通常所可能之方法或技術，將不被該專業領域知悉之情報資訊，以不易被任意接觸之方式予以控管，而能達到保密之目的，即符合『合理保密措施』之要求」⁶⁰。然而，本案智財法院未考慮系爭實驗單與系爭確認表單等是屬於「生產上常用」之資訊，其置於廠區電腦讓相關同仁能方便閱覽，以能完成生產任務；如果所有資訊的接觸都要層層審核，則對生產的效率或立即的問題處理都是負面的；故相關檔案的儲存方式是否屬「非合理」，即有討論空間。

至於本案智財法院引用最高法院 104 年度台上字第 1654 號民事判決，而指出「資訊位於共享區，並未設定授權帳號、密碼，亦未區分職級，未有相當分類分級之管制措施，相關部門之行政人員均可任意進入自由閱覽，難認上訴人已採取合理之保密措施」⁶¹。但事實上，該陳述僅是最高法院於判決中源引前審的見解而已，而非最高法院本身之見解⁶²。因此，本案智財法

⁵⁹ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／四／(一)／2。

⁶⁰ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／四／(一)／1。

⁶¹ 同前註。

⁶² 最高法院 104 年度台上字第 1654 號民事判決／三，司法院法學資料檢索系統：
<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSV,104%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c1654%2c20150903>。

院的論理有商榷之處。

在認可本案被害公司已施行營業秘密合理保密措施之情況下，本文認為本案被告 C1 應構成未遂犯。首先，如果系爭確認表單與系爭實驗單的內容是其他處可得之資訊，被告 C1 何必要誘使 A1 與 B1，而利用該二者在被害公司內的資訊接觸權限，以取得系爭資訊。其次，被告 C1 曾在被害公司任職 CF 廠製造部支援課副理⁶³，也簽署「公司服務約定書及誠信連結暨智慧財產權約定書」其有保密條款⁶⁴，故應意識生產資訊通常屬於營業秘密的常態⁶⁵。進而，被告 C1 不顧被害公司營業秘密受侵害的風險，而指使 A1 與 B1 二者取得並交付系爭資訊；此行為乃產生被害公司營業秘密遭竊取之危險，而被告 C1 應給予未遂犯之處罰。

3.2 案例 2：智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更 (一) 字第 2 號刑事判決

3.2.1 犯罪行為

被告 C2 與被害公司（佑順發機械股份有限公司）之負責人有姻親關係，且於 2010 年至 2012 年 11 月間在被害公司內先後擔任董事長特助與總經理等職務；但被告 C2 卻在 2012 年 11 月間離職，並於 2013 年 1 月初成立昱盛國際企業股份有限公司（簡稱「昱盛國際」），其利用被害公司的技術資訊，以於相同產業和被害公司競爭⁶⁶。

⁶³ 臺灣臺南地方法院 104 年度訴字第 689 號民事判決／事實及理由／二／(四)／1。

⁶⁴ 臺灣臺南地方法院 104 年度訴字第 689 號民事判決／事實及理由／一／(一)、及／五／(二)。

⁶⁵ Marisa Anne Pagnattaro, *Preventing Know-How from Walking Out the Door in China: Protection of Trade Secrets*, 55 BUSINESS HORIZONS 329, 329-30 (2012).

⁶⁶ 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更(一)字第 2 號刑事判決／事實／一，司法院法學資料檢索系統：[https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCM,110%2c%e5%88%91%e6%99%ba%e4%b8%8a%e6%9b%b4\(%e4%b8%80\)%2c2%2c20220126%2c2](https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCM,110%2c%e5%88%91%e6%99%ba%e4%b8%8a%e6%9b%b4(%e4%b8%80)%2c2%2c20220126%2c2)；臺灣臺中地方法院 107 年度智訴字第 1 號刑事判決／犯罪事實／一，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=>

遭竊的系爭資訊是 UV 雙面成形機之整機圖設計圖電子檔（稱「系爭整機圖電子檔」，其包含 PDF 檔及 CAD 檔），其為被害公司於 2012 年時受中國成都領航科技股份有限公司（簡稱「成都領航」）委託設計並製造之機台；相關機台已生產完成並交付給成都領航⁶⁷。該 CAD 檔係利用商業上之 AutoCAD 軟體所製作而成，而該檔案的性質可讓機台設計的內容以拆解、旋轉觀察、尺寸揭示等 AutoCAD 軟體功能而顯示，進而使具有相關軟體技能者可依據該 CAD 檔的資訊來製作被害公司的 UV 雙面成形機⁶⁸。

2013 年成都領航欲採購「微結構光學膜（片）成型生產線設備儀器設備」；被告 C2 利用其在被害公司任職時所知悉的產業資訊，以能結合被害公司之前合作的廠商，而順利在同年 8 月間取得相關機台的採購合約；然而，被告 C2 缺乏機台生產技術，故早於同年 3 月時將系爭資訊寄給被害公司的合作廠商鼎騰機械有限公司（簡稱「鼎騰機械」），以生產 UV 雙面成形機⁶⁹。

由於檢方無法得知被告 C2 何時取得系爭資訊，故僅以營業秘密法第 13 條之 1 第一項第二款「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者」為起訴被告 C2 之行爲基礎⁷⁰。不過，本文認為被告 C2 仍可構成營業秘密法第 13 條之 1 第一項第一款「以……擅自重製或其他不正方法而取得營業秘密」之行爲。儘管系爭整機圖電子檔可能是被

JD&id=TCDM,107%2c%e6%99%ba%e8%a8%b4%2c1%2c20190611%2c1；智慧財產法院 106 年度民營上字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／一／（一）／1，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCV,106%2c%e6%b0%91%e7%87%9f%e4%b8%8a%2c1%2c20171005%2c1>。

67 臺灣臺中地方法院 107 年度智訴字第 1 號刑事判決／犯罪事實／一。

68 臺灣臺中地方法院 107 年度智訴字第 1 號刑事判決／理由／貳／一／（二）／1／（1）。

69 臺灣臺中地方法院 107 年度智訴字第 1 號刑事判決／犯罪事實／一；智慧財產法院 106 年度民營上字第 1 號民事判決／事實及理由／貳／一／（一）／1。

70 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／理由／壹／一；臺灣臺中地方法院 107 年度智訴字第 1 號刑事判決／犯罪事實／一。

告 C2 於被害公司任職時，在處理與成都領航的機台委託製造計畫中所取得的資訊⁷¹。但此不代表被告 C2 於離職後可將系爭整機圖電子檔帶去其設立的昱盛國際，並透過非被害公司所授權之裝置來重製該電子檔。因而，被告 C2 應有擅自重製系爭資訊之行爲，以致被告 C2 可落入竊取營業秘密罪所懲罰的範圍。

3.2.2 智商法院的判定

本案於地院首次上訴至智財法院（智商法院之前身）時（即智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 37 號刑事判決，稱「第一次二審法院」），該案法院主要認爲系爭整機圖電子檔之二部分 PDF 檔及 CAD 檔等皆不具秘密性而非屬營業秘密，故被告 C2 即無違反營業秘密法相關條文⁷²。

關於 PDF 檔部分，第一次二審法院認爲被害公司於 2012 年交付 UV 雙面成形機給成都領航時，二者並未簽署保密協議；因而，由於該 PDF 圖檔於當時亦交給成都領航，則其已喪失秘密性⁷³。

關於 CAD 檔部分，第一次二審法院指出「其內容乃依精確尺寸繪製 UV 雙面成形機各元件並分置於不同圖層」，並將該內容拆解爲「元件外形、元件尺寸、部分元件的表面加工精度（倒三角形符號）及元件間的空間配置」等資訊；「元件外形」與「元件間的空間配置」等資訊可藉由「簡單拆解分離」機台來「予以觀察即可輕易得知」，而「部分元件的表面加工精度」部分可「透過表面粗度量測儀器輕易測得」，故該等資訊不具秘密性；又「元件尺寸」部分可利用「早已成熟的三次元量測儀技術簡單施以量測」，且即使其記載與實機零件間之「加工公差」，則因「該公差是落在中華民國國家

⁷¹ 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／事實／一。

⁷² 智慧財產法院 108 年度刑智上訴字第 37 號刑事判決／理由／貳／三／（二）／1／（2），司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=IPCM,108%2c%e5%88%91%e6%99%ba%e4%b8%8a%e8%a8%b4%2c37%2c20200827%2c2>。

⁷³ 同前註。

標準公差之範圍內」，故仍可「透過簡單拆解量測後得到符合標準公差之尺寸」，故該等資訊仍不符秘密性⁷⁴。

之後，檢方上訴至最高法院，而原審判決遭廢棄；針對秘密性問題，該最高法院指出：1.系爭 UV 雙面成形機之零組件數量甚多且拆解不易，故是否能容易以還原工程將相關元件的尺寸做測量或繪製，是有疑問的；2.前審「未整體綜合判斷」對合法取得之系爭 UV 雙面成形機進行還原工程時所須的全部成本，以釐清系爭資訊是否為「一般涉及該類資訊之人所知悉而可輕易從公開管道得知」；3.前審未查明被告 C2 是否以正當方法取得系爭資訊，而「此攸關〔被告 C2〕主張還原工程之抗辯是否成立之判斷」⁷⁵。

本案發回智商法院後（即智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決），該法院維持 PDF 檔部分非為營業秘密之見解，但認為 CAD 檔部分則有秘密性⁷⁶。特別就 CAD 檔能否因還原工程而喪失秘密性，該法院指出「考量該還原工程之實際執行層面」，且「須透過專業人員，花費高額費用以進行長時間分析為其必要」，故不能因此而使 CAD 檔部分喪失秘密性⁷⁷。最後，該法院改判被告 C2 之侵害營業秘密罪成立⁷⁸。

3.2.3 未遂犯之分析

本案糾結在系爭資訊的秘密性，但最後僅使被告 C2 判有期徒刑 6 個月

⁷⁴ 同前註。

⁷⁵ 最高法院 110 年度台上字第 3193 號刑事判決／理由／壹／二，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c3193%2c20210617%2c1>。

⁷⁶ 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／理由／貳／一／（二）。

⁷⁷ 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／理由／貳／一／（二）／2／（4）／①。

⁷⁸ 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／理由／貳／二／（一）／1。

且可易科罰金⁷⁹。如果考慮被告 C2 是否構成未遂犯，應該較容易使其臣服於法；畢竟被害公司有實行營業秘密的合理保密措施⁸⁰。

關於被害公司的營業秘密管理制度，基本上包括：1.員工有個人電腦密碼，且半年更換一次密碼；2.雲端資料庫的資料夾設有依業務與職稱所劃分的權限⁸¹。針對 CAD 檔管理部分，被害公司的保護措施有：1.曾有口頭教育，以讓員工瞭解不能外傳 CAD 檔；2.相關公司規定指示員工不可將製造用之完整 CAD 檔傳給客戶；3.員工欲閱讀 CAD 檔時應先經申請核准，且應附理由；4.業務人員無法直接接觸 CAD 檔，而須在申請核准後由設計部門交付 CAD 檔；5.若要提供相關圖示給客戶時，通常會以 PDF 檔交付，但例外會給 CAD 檔的情況是無關機台尺寸之無塵室配置、及簡易大綱式的機台外觀尺寸圖等⁸²。

然而，無論被害公司的資訊管制有多嚴格，卻對被告 C2 拘束有限，因為其屬高階主管，而有相當廣泛的資訊接觸權限⁸³。不過，基於被害公司的營業秘密保護制度，被告 C2 應認識受保護的資訊為營業秘密之可能性；或客觀上對被告 C2 而言，該些資訊應屬營業秘密。

被告 C2 的未經同意而於離職後將系爭資訊重製在非授權的電腦設備，進而傳送給非有權限接觸該資訊的單位，則被告 C2 即讓被害公司所保護的資訊有「因擅自重製而遭取得」之危險。此外，被告 C2 身為高階主管，而更應體認營業秘密保護之重要，因為涉及被害公司的競爭力與經濟利益。但是被告 C2 卻為自身利益，於離職後製造被害公司營業秘密遭竊取的危險情況。因而，被害公司的營業秘密遭竊取的危險更加升高。

因此，儘管被告 C2 所利用之系爭資訊被法院認為缺少部分營業秘密的

79 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／主文／二。

80 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／事實／一。

81 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決／理由／貳／一／（二）／2／（3）。

82 同前註。

83 同前註。

要件，則僅是竊取營業秘密罪之既遂未完成。被告 C2 讓被害公司之營業秘密有遭竊取之危險，因而可以未遂犯論。

4. 建構竊取營業秘密罪未遂犯之意義

4.1 與「不能未遂」司法實務之調和

最高法院於 111 年度台上字第 1616 號刑事判決指出刑法第 26 條之「不能未遂」與一般的「障礙未遂」乃不同之概念；二者雖「同未對法益造成侵害」，但「不能未遂」要求「須無侵害法益之危險，始足當之」；亦即，不得將刑法第 26 條之「行為不能發生犯罪之結果」、及「又無危險者」二段「等同觀之」；否則「在實踐上將發生縱使是障礙未遂，從事後角度觀察，往往也具備了客觀上並無危險之要件」，此「將過度擴張不能未遂之不罰範圍，且混淆障礙未遂與不能未遂之界限」⁸⁴。

具體而言，「障礙未遂」之例子有：(a)「以殺人之故意，持槍向屋內掃射，嗣發現屋內根本沒人」、及(b)「員警以誘捕偵查方式向販毒者購買毒品，自始即不可能完成毒品交易」等；該二案例屬「依事後觀察，客觀上對法益均不可能發生危險」；另「不能未遂」者則例如：(c)「誤信砂糖可毒死人，用砂糖毒殺仇人」、及(d)「持石頭欲打下天上的飛機」等；該二案例為「於著手實行時，就旁觀者而言，屬因行為人重大無知之誤認所為毫無危險之行為」⁸⁵。

從「不法層次」角度，案例(a)與(b)等「顯不相同」於案例(c)與(d)，而後二者才屬「刑法第 26 條所規範之不罰之不能犯」；否則若將案例(a)與(b)等納入「不罰之不能犯」，亦即被告「會因一時、偶然之因素致行為不生危險而論以不能未遂，致應論以普通未遂之犯行，成為不罰之不能未遂行為」，則此將「有悖國民法律感情」⁸⁶。

⁸⁴ 最高法院 111 年度台上字第 1616 號刑事判決／理由／三。

⁸⁵ 同前註。

⁸⁶ 同前註。

不過，學者黃榮堅曾舉例，若 K 以殺人的意思對 P 開槍，但 P 身穿頂級防彈衣，以致客觀上子彈根本不會損傷 P，則 K 即不構成未遂犯罪；此觀點源自於刑法第 26 條所顯示的「客觀不能或客觀未遂的概念」⁸⁷。按照黃說，案例(a)被告「以殺人之故意，持槍向屋內掃射，嗣發現屋內根本沒人」，則因屋內無人而不會有任何人遭損傷的可能性，以致案例(a)被告應不構成未遂犯罪。然而，最高法院於 111 年度台上字第 1616 號刑事判決雖承認刑法第 26 條之理由係「載明採客觀未遂理論」，但以「障礙未遂」的概念畫出「不能未遂」的範圍，以致於案例(a)被告仍屬未遂犯罪⁸⁸。

本文以為最高法院與黃說之差異在「危險」認定的觀點。最高法院著重被告行為是否創造犯罪既遂的環境，亦即當有人踏入遭槍枝掃射的屋內時，即有人將被射殺之危險。但黃說卻實際認定有無危險發生。不過，黃說的缺陷是，防彈衣畢竟能保護的地方有限，例如不含頭部，則 K 開槍是可能讓子彈觸及 P 之頭部而造成 P 之死亡或傷害，因而客觀上仍產生對 P 的危險。

回到竊取營業秘密罪的情境，案例(a)之「以殺人之故意，持槍向屋內掃射」之行為類似「以竊取營業秘密之故意，而採不正方法取得系爭資訊」；另「發現屋內根本沒人」則類似「法院嗣後認定系爭資訊缺乏營業秘密之要件」；以致既然案例(a)屬「障礙未遂」，則雖系爭資訊非屬營業秘密，但該資訊之竊取者應屬「障礙未遂」，而非屬刑法第 26 條所不罰之「不能未遂」⁸⁹。如此，本文所建構竊取營業秘密罪未遂犯之概念與案例，乃依循刑法第 26 條之司法實務。

4.2 變更起訴法條以嚇阻竊取營業秘密之行為

營業秘密法於導入刑事處罰時，立法目的即在打擊產業間諜活動、與離

⁸⁷ 黃榮堅，「『未遂犯』之基本邏輯——評刑法未遂概念相關之修正」，台灣本土法學雜誌，第 68 期，頁 114（2005）。

⁸⁸ 最高法院 111 年度台上字第 1616 號刑事判決／理由／三。

⁸⁹ 學者王偉霖亦認為竊取到非營業秘密資訊者屬「障礙未遂」，但未明確論述原因（見王偉霖，前揭註 2，頁 71）。

職員工盜用原公司營業秘密等行爲⁹⁰。在第 3 部分所介紹的案例，智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決（案例 1）屬典型的中國經濟間諜案件；即來自中國大陸的人員接觸國內科技公司的員工而誘使該員工竊取被害公司的營業秘密⁹¹。另智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更（一）字第 2 號刑事判決（案例 2）屬離職員工盜用被害公司的營業秘密；其爲典型的營業秘密遭竊案件⁹²。案例 1 與案例 2 的被告即屬營業秘密法所欲打擊之犯罪。

然而，由於檢方實務上主攻侵害營業秘密罪既遂犯之指控，法院易於審判過程中忽略未遂犯的問題。特別是當被告說服法院系爭資訊非屬營業秘密時，法院可能忽視被告的竊取行爲所產生的危險性。如果被害單位有採取合理保密措施來維護其營業用資訊之秘密性，卻僅因遭竊資訊不幸失去營業秘密的性質而讓被告逃離法網，則營業秘密法的刑事處罰規定將難有效遏阻營業秘密的竊取行爲。

藉由本文前述所勾勒的竊取營業秘密罪未遂犯之圖像，當法院發現被告之行爲可構成未遂犯時，可根據刑事訴訟法第 300 條，而「得就起訴之犯罪事實，變更檢察官所引應適用之法條」；亦即，承審法院可以未遂犯論處被告。

所謂「變更起訴法條」，根據最高法院 110 年度台上字第 2100 號刑事判決，指「在不擴張及減縮原訴範圍之原則下，法院得就有罪判決，於不妨害公訴之基本社會事實同一之範圍內，得自由認定事實，變更檢察官所引應

⁹⁰ 立法院，台立經字第 1014201002 號立法院議案關係文書（院總第 618 號／政府提案第 13424 號之 1），頁討 86-88，2012 年 12 月：<https://drive.google.com/file/d/1tLUC39GDNELc5sXSmq3QDQfUx3IMWJMr/view?usp=sharing>（稱「立法院，台立經字第 1014201002 號立法院議案關係文書」）。

⁹¹ 徐言良，「『臺灣製造』險外流——竊取高科技廠商營業秘密案」，清流雙月刊，第 7 期，頁 21-22（2017）。

⁹² 立法院，前揭註 90，頁討 86。

適用之法條而言」⁹³。

在檢方通常以既遂犯起訴被告之實務下，構成竊取營業秘密罪未遂犯的事實證據是否足夠，有待法院於審判上斟酌。歸納本文第 3 部分對未遂犯潛在案例的討論，法院得考量的客觀上事實，可包括：1. 被害單位有無對營業上使用之資訊執行合理保密措施（而非就系爭資訊的要件審定）；2. 被告是否認識遭竊資訊可能屬被害單位之營業秘密；3. 被告是否有竊取被害單位之營業秘密之企圖或意圖；4. 被告的其他行為是否會產生被害單位營業秘密保護之風險。

4.3 從「未遂犯」到修訂為「著手犯」之可能性

我國刑法學界有所謂「未遂犯」應採「客觀未遂理論」或「主觀客觀混合未遂理論」（印象理論）之爭論；前者關注於法益侵害或發生結果之「客觀危險」；而後者檢視具主觀犯意而生之客觀行為，其是否足以使社會大眾感到不安，以致若不處罰時將危害法律的安定或秩序⁹⁴。由於刑法第 26 條規定「行為不能發生犯罪之結果，又無危險者，不罰」，二個學理最終都在界定「危險」的範疇⁹⁵。

若欲接納美國 EEA 的竊取營業秘密罪，卻又能與刑法第 26 條調和，可能的模式是將「未遂犯」調整為「著手犯」，亦即將原始未遂犯之責難性聚焦在「著手」的行為，而不再糾結於行為所造成之「危險」。具體而言，營業秘密法第 13 條之 1 可於第四項增訂一類犯行：「意圖以不正方法而取得其以為屬營業秘密之資訊，並意圖為自己或第三人不法之利益、或為損害該資訊所有人之利益，而著手以竊取、侵占、詐術、脅迫、擅自重製或其他不正

⁹³ 最高法院 110 年度台上字第 2100 號刑事判決／理由／二／(三)，司法院法學資料檢索系統：<https://judgment.judicial.gov.tw/FJUD/data.aspx?ty=JD&id=TPSM,110%2c%e5%8f%b0%e4%b8%8a%2c2100%2c20211222%2c1>。

⁹⁴ 陳子平，「犯罪論重要問題的思想脈絡——未遂犯篇」，月旦法學教室，第 100 期，頁 191-192（2011）。

⁹⁵ 同前註，頁 200-201。

方法而取得該資訊」。

在建議的條文中，「其以為屬營業秘密之資訊」用語可有 EEA 之竊取營業秘密罪僅要求被告知悉所得到之標的為「資訊」之效果，且也引入 18 U.S.C. § 1832(a)(4)之著手犯判定所免於爭執系爭資訊是否符合營業秘密定義。至於如何認定被告「其以為屬營業秘密之資訊」，可再搭配證據法則的規定，具體而言為「若資訊所有人有採取合理保密措施以限制未經許可人士接觸相關資訊時，推定被告以為其所取得之資訊為營業秘密」。

前述案例 1 與案例 2 的被害公司事實上有採取合理保密措施來維護其營業秘密。案例 1 的被害公司有設置「文件控管中心」，要求閱覽者「須要有帳號及密碼才能進去看資料」，而「資料有分一般級、密、機密」，且「不同權限的人看到的等級也不一樣」；另廠區內電腦是以「電腦開機時的帳號、密碼來管制接觸」，而「公司電腦開機時會出現提醒員工行為準則、保密義務的畫面」，且提醒畫面教示「員工負責保密義務，嚴禁洩漏公司任何機密」；又廠區設有物理機制，即「各部門有管制卡作實體區域的管制」⁹⁶。案例 2 的被害公司則讓員工有個人電腦密碼，且半年更換一次密碼；對雲端資料庫資料夾之接觸權限有依業務與職稱而劃分；在 CAD 檔管理部分，曾口頭教育員工瞭解不能外傳檔案，且有相關規定指示不可將製造用之完整 CAD 檔傳給客戶，且員工應經申請核准後才得閱讀 CAD 檔，且業務人員無法直接接觸 CAD 檔，而須在申請核准後透過設計部門取得，且於提供相關圖示給客戶時原則上不會以 CAD 檔交付⁹⁷。

問題在於法院就系爭資訊的營業秘密要件分析過於嚴苛，以致被告即使以不正方法取得系爭資訊而讓被害公司的營業秘密處於遭侵害的危險，卻仍可無罪脫身。因此，將「合理保密措施」的認定從系爭資訊的範圍來開，而進入由被害公司保密措施的「整體」來認定「合理性」，則前述案例 1 與案

⁹⁶ 智慧財產法院 107 年度刑智上訴字第 19 號刑事判決／理由／四／(一)／2。

⁹⁷ 智慧財產及商業法院 110 年度刑智上更(一)字第 2 號刑事判決／理由／貳／一／(二)／2／(3)。

例 2 所採的保密措施應皆可滿足「合理性」之要求。

5. 結論

營業秘密法之竊取營業秘密罪既然在懲治以不正方法取得營業秘密者，則對已經採取不正方法者，即使遭竊的資訊被法院認定不符合營業秘密要件，竊取營業秘密罪之未遂犯應是行為人必須承受的責任。如此，營業秘密法刑事責任之立法目的才能達成，而造成營業秘密有遭竊取危險的行為才可抑制。

本文透過介紹美國聯邦《經濟間諜法》所處罰之著手犯（即 18 U.S.C. § 1831(a)(4)與 18 U.S.C. § 1832(a)(4)）、及美國《模範刑法法典》第 5.01 條之「著手犯」規定，來思考我國營業秘密法之竊取營業秘密罪未遂犯之內涵。

根據美國聯邦第三巡迴上訴法院的 *United States v. Hsu* 案判決，就《經濟間諜法》著手犯之認定乃採 MPC § 5.01(1)(c)之類型，而要求被告必須有觸犯《經濟間諜法》罪行之意圖，且該被告必須採取一行為，其足以成為導向犯罪既遂之「實質步驟」。此類似我國刑法第 25 條第一項規定，即「已著手於犯罪行為之實行而不遂者，為未遂犯」。因此，《經濟間諜法》著手犯的司法實務可為營業秘密法未遂犯認定之參考。

此外，*Hsu* 案判決更指出檢方僅需證明被告相信其所竊取之資訊為營業秘密即可；並於審判時不須論據稱遭竊的資訊是否為真正的營業秘密，亦即被告以非法方式取得之資訊是否為真正的營業秘密無關於著手犯的要件分析。應用至我國法的操作，竊取營業秘密者既然採取不正方法取得系爭資訊，則亦可佐證該行為人認為系爭資訊屬被害單位之營業秘密；進而儘管系爭資訊被法院認為非屬營業秘密法之營業秘密，此僅顯示該行為人沒有竊取成功，故其得以未遂犯論。

不過，關鍵在於竊取營業秘密者是否造成「危險」，而依據刑法第 26 條，其可論未遂犯之罪。本文提出若被告單位對營業上所使用之資訊採取合理保密措施，則竊取營業秘密者之不正行為即對被害單位的營業秘密產生了

「危險」。另因為合理保密措施之存在，竊取者不會因無知而認為其竊取的資訊不可能是營業秘密；特別是若竊取者曾任職於被害公司，且被害公司有技術或產品的研發或創新，竊取者更不應「無知」。因而，即使遭竊資訊被法院認為非屬營業秘密，但此無危險之結果並非來自於竊取者之「無知」。

最後，未來在竊取營業秘密罪犯罪行為之偵察實務上，本文建議檢方應蒐集相關的事實證據，以能佐證被告認知其所竊取之資訊應該為營業秘密，並進而於起訴時，兼顧竊取營業秘密罪未遂犯的爭點。最終，將營業秘密的竊取者繩之以法。

參考文獻

中文書籍

- 王偉霖，〈營業秘密法理論與實務〉，元照出版，臺北（2015）。
- 趙晉枚、蔡坤財、周慧芳、謝銘洋、張凱娜，〈智慧財產權入門〉，2版2刷，元照出版，臺北（2003）。
- 謝銘洋、古清華、丁中原、張凱娜，〈營業秘密法解讀〉，月旦，臺北（1996）。

中文期刊

- 王皇玉，〈論侵害營業秘密之犯罪行爲〉，《月旦法學雜誌》，第 317 期，頁 65-83，2021 年 10 月。
- 王偉霖，〈我國營業秘密法刑事規範的再思考〉，《法令月刊》，第 68 卷第 5 期，頁 64-90，2017 年 5 月。
- 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》，第 13 卷第 1 期，頁 1-67，2016 年 6 月。
- 林洲富，〈營業秘密與著作權之並存保護要件〉，《裁判時報》，第 83 期，頁 60-67，2019 年 5 月。
- 徐言良，〈「臺灣製造」險外流——竊取高科技廠商營業秘密案〉，《清流雙月刊》，第 7 期，頁 20-22，2017 年 1 月。
- 陳子平，〈犯罪論重要問題的思想脈絡——未遂犯篇〉，《月旦法學教室》，第 100 期，頁 184-205，2011 年 2 月。
- 陳秉訓，〈營業秘密法「不可避免揭露原則」之商榷：評智慧財產法院 100 年度暫字第 5 號民事裁定〉，《法令月刊》，第 65 卷第 9 期，頁 10-33，2014 年 9 月。
- 陳龍昇，〈營業秘密保護要件與侵害救濟〉，《月旦會計實務研究》，第 38 期，頁 56-63，2021 年 2 月。
- 曾勝珍，〈美國經濟間諜法初探〉，《國立中正大學法學集刊》，第 19 期，頁 71-146，2005 年 11 月。
- 黃榮堅，〈「未遂犯」之基本邏輯——評刑法未遂概念相關之修正〉，《台灣本土法學雜誌》，第 68 期，頁 113-130，2005 年 3 月。

蕭宏宜，〈未遂犯的處罰依據及其影響〉，《東海大學法學研究》，第 45 期，頁 37-98，2015 年 4 月。

其他中文參考文獻

立法院，台立經字第 1014201002 號立法院議案關係文書（院總第 618 號／政府提案第 13424 號之 1），立法院第 8 屆第 2 會期第 14 次會議，2012 年 12 月 19 日印發。

英文期刊

Abrams, Norman, *A Constitutional Minimum Threshold for the Actus Reus of Crime? MPC Attempts and Material Support Offenses*, 37 QUINNIPIAC L. REV. 199 (2019).

Brenner, Susan W. & Anthony C. Crescenzi, *State-Sponsored Crime: The Futility of the Economic Espionage Act*, 28 HOUS. J. INT'L L. 389 (2006).

Cahill, Michael T., *Attempt by Omission*, 94 IOWA L. REV. 1207 (2009).

Fishman, Michael R., Note, *Defining Attempts: Mandujano's Error*, 65 DUKE L.J. 345 (2015).

Pagnattaro, Marisa Anne, *Preventing Know-How from Walking Out the Door in China: Protection of Trade Secrets*, 55 BUSINESS HORIZONS 329 (2012).

Reisner, Lorin L., *Transforming Trade Secret Theft Violations into Federal Crimes: The Economic Espionage Act*, 15 TOURO L. REV. 139 (1998).

Rustad, Michael L., *The Negligent Enablement of Trade Secret Misappropriation*, 22 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L.J. 455 (2006).

Sood, Avani Mehta, *Attempted Justice: Misunderstanding and Bias in Psychological Constructions of Criminal Attempt*, 71 STAN. L. REV. 593 (2019).