

跨領域研發成果產業化國際高階人才培訓計畫  
(後續擴充第1期)

98 年海外培訓成果發表會

高科技產業之營業秘密管理及  
加值模式之研究

指導教授：王偉霖（政治大學智慧財產研究所助理教授）

組長：李旻道（健舟企業有限公司總管理處總經理）

謝國正（經濟部技術處技正）

林永政（中華電信股份有限公司南區分公司專員）

陳政綱（皇盛農產物股份有限公司進出口特助）

曾雪婷（日月光半導體集團智權暨法務處法務專員）

## 摘要

營業秘密與專利權最大不同處，在於營業秘密的「秘密性」是不須「公開」其技術或方法，同時營業秘密的保護並沒有時間期程的限制，為確保和提昇競爭力，以營業秘密方式，如何善加保護研發成果，繼續藉研發成果獲利是重要關鍵。而我們也必須對於防範秘密洩漏規劃完整的管理制度，相互搭配才能有良好的成果。台灣經濟仰賴出口甚鉅，我國 2002~2006 年高科技產業研發支出占產業 R&D 支出比重為 68~72% 之間，高科技產業佔出口總值 40% 以上，對台灣經濟有巨大影響。幾乎所有事業營運之核心能力內涵，未公開揭露技術部份約佔 80% 以上，皆屬營業秘密範圍。因此營業秘密對於所有產業，不論是製造、服務業均為命脈所在，尤其高科技產業更是重要。

二十一世紀被公認為知識經濟世紀，知識之創造、流通與加值運用之績效將決定國家競爭力之高下、產業升級與轉型是否成功、及學術研究機構聲望之排名順序。企業對智慧財產權的加值與運用，則為面臨國際競爭壓力的致勝關鍵。由於市場競爭激烈，產業間透過商業間諜，惡意挖角、員工集體跳槽，不當獲取他人營業秘密、員工的知識、技巧與經驗，從事商業競爭等活動。尤以高科技產業影響甚巨，因此「營業秘密」的保護，在整個智慧財產管理上益形重要。另一課題，即企業如何對員工的知識、技巧與經驗(know-how)加以研發包裝，使其能成為有價值 package。進而將其獨一無二 know-how 加值運用，成為企業獨特技能，為企業創造帶來利機與商機。

## 目 錄

壹、緒論.....	1
一、研究背景 .....	1
二、研究動機 .....	2
三、研究目的 .....	3
四、研究方法 .....	3
貳、營業秘密的基本概念 .....	5
一、營業秘密的定義及涵括範圍 .....	5
二、營業秘密的法律構成要件 .....	6
三、營業秘密的法定保密義務及責任 .....	6
參、營業秘密的企業內部運作管理和個案綜合應用 .....	11
一、營業秘密的具體分類模式 .....	11
二、營業秘密的產出方法 .....	12
三、營業秘密的產出途徑 .....	13
四、營業秘密的有效管理 .....	14
五、營業秘密的救濟模式 .....	19
肆、營業秘密的加值運用 .....	26
一、營業秘密的加值運用手段-讓與及授權.....	27
二、營業秘密的加值運用模式 .....	35
三、營業秘密的加值運用商業分析 .....	47
四、建議及小結 .....	50
伍、個案綜合應用剖析說明 .....	51
一、Boeing Company .....	51
二、TSMC .....	57
三、IBM .....	64
陸、結論與建議 .....	71
一、總結 .....	71
二、對台灣高科技產業的啟示、教訓及借鏡處 .....	72
三、具體建議 .....	73
附件 .....	75
照片 .....	77
參考文獻 .....	79

## 論文撰寫分工說明

章節	作者
壹、緒論	謝國正
貳、營業秘密的基本概念	謝國正
參、營業秘密的企業內部運作管理和個案綜合應用	李旻道、陳政綱
肆、營業秘密的加值運用	曾雪婷
伍、個案綜合應用剖析說明	林永政
陸、結論與建議	謝國正
論文編輯與整理	謝國正

## 壹、緒論

### 一、研究背景

營業秘密與專利權最大不同處，在於營業秘密的「秘密性」是不須「公開」其技術或方法，同時營業秘密的保護並沒有時間期限的限制，為確保和提昇競爭力，以營業秘密方式，如何善加保護研發成果，繼續藉研發成果獲利是重要關鍵。而我們也必須對於防範秘密洩漏規劃完整的管理制度，相互搭配才能有良好的成果，例如 Coca-Cola 配方維持了一百年的秘密而未公開，這就是因為當初 Coca-Cola 不是以專利法保護而是改以營業秘密來保護的緣故，一旦申請專利，配方就得跟著公開，而且專利保護並不是無限期的而有著保期間的限制(20年)，相對的只要繼續保持商業秘密，就可以永遠受到保護不公開。可口可樂的配方經過百年而沒有外洩，可口可樂成為美國文化的象徵，證明了做好營業秘密的管理關係到企業能否常保競爭優勢。營業秘密與專利權內容比較如下表：

表 營業秘密與專利權比較表

比較項目	營業秘密	專利權
基本精神	保護企業的Know-how	保護技術創新(實施理念的具體方法或裝置)
保護要件	秘密性、有價性、保密措施	實用性、新穎性、進步性
保護範圍	如營業秘密法第二條所載	專利範圍說明書上所載範圍為準
同時存在	可，亦可同時以專利保護	不可
權態樣	所有權(獨占權)	實施權(排他權)
比較項目	營業秘密	專利權
權利之確定性	1.無體財產·範圍不易確定 2.內容密而不宣	1.無體財產，範圍可以確定 2.內容可以公開
排他性	無法請求法律之排他性	法定期間獨占，有絕對排他性
保護期限	只要機密不被破解或洩漏，則可無限期延伸	1.發明專利20年 2.新型專利10年 3.新式樣專利12年

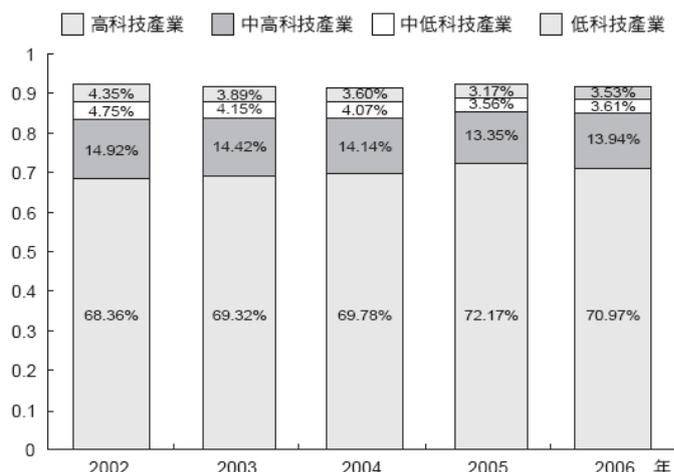
資料來源：張菽萱等－「探討以專利或營業秘密保護智慧財產因素之研究」p.6，2008年4月7日，彰化師範大學

所謂的高科技產業，指的是投入相當程度的研究發展(R&D)經費(我國2002~2006年高科技產業研發支出占產業R&D支出比重為68~72%之間，如下圖)，並應用現代化的科技資訊、微電子、生化等技術於生產過程的技術、知識密集產業。雖然臺灣目前沒有嚴謹的高科技產業定義，但在國建六年計畫中，政府根據市場潛力大、產業關聯性大、附加價值高、技術層次高、污染程度低和能源依存度低等六大原則規劃出我國工業發展的方向，行政院經濟建設委員會再依據上述六大原則篩選出我國的十大新興工業，其中包括：資訊、通訊、消費性電子、半導體、精密機械與自動化、航太、高級材料、特用化學品與製藥、醫療保健及污染防治等工業。

隨著國際互動與競爭日益激烈，科技發展對一個國家的經濟發展愈顯重要將影響產業的生產及經濟效益之創造，因此發展高科技產業已成為我國朝野經濟持

續成長之共識，同時如何維持高科技產業高度競爭力，其中營業秘密管理及其價值創造扮演很重要角色。

圖 2002~2006 年各產業研發支出占產業 R&D 支出比重



資料來源：經濟部技術處-「2008 產業技術白皮書」p.13

## 二、 研究動機

台灣經濟仰賴出口甚鉅，我國 2002~2006 年高科技產業研發支出占產業 R&D 支出比重為 68~72% 之間，高科技產業佔出口總值 40% 以上，對台灣經濟有巨大影響。幾乎所有事業營運之核心能力內涵，未公開揭露技術部份約佔 80% 以上，皆屬營業秘密範圍。因此營業秘密對於所有產業，不論是製造、服務業均為命脈所在，尤其高科技產業更是重要。

高科技產業屬於資金、人才高度密集的產業，營業秘密管理對於此產業發展更具關鍵成敗因素。高科技產業該如何有效管理其營業秘密的產生及保存，科技人才妥善管理的機制和營業秘密運用加值模式，是值得探索研究。在過去，我們重視的是有形的資產與有形的技術，對於看不見的資產或知識甚少保護，在國內雖有專利法、著作權法、商標法、積體電路電路布局保護法、植物品種及種苗法與營業秘密法來保護各式各樣的智慧財產權，因此對技術而言可將其申請專利是最好不過，然而尚有無法專利化之技術只能將其以營業秘密之方式加以保護。自從民國 85 年頒佈營業秘密法以來已歷 13 年，將技術、製程、流程或 know-how 以營業秘密保護對一般製造業或服務業而言已有相當足夠的常識，然而對高科技事業體而言依然顯的相當薄弱。台灣唯有朝向創新、高附加價值的方向進行才有出路，因此對於智慧財產的管理格外重要，在加入 WTO 之際保護台灣的技術與 know-how 已刻不容緩。然而對於本身自行發明或研發的新技術，在智慧財產保護措施上仍顯不足，在技術尚未專利化前，開發過程中需要進行許多之實驗，這些過程如果不慎外洩或被盜用，而被競爭者早一步開發成功而申請專利，這將會產生嚴重的損失，因此對於營業秘密之概念，保護方式與制度建立甚為重要。

對於營業秘密加值運用部分，劉常勇（民 89）與 Hedlund and Nonaka（1993）將知識分為外顯的知識/資訊（articulated knowledge/information）與內隱的知識

/資訊 ( tacit knowledge/ information )。外顯的知識，是指可以文件化、標準化、系統化的知識；內隱的知識則指較為複雜，無法以文字描述的經驗式知識，不容易文件化與標準化的獨特知識。既然營業秘密亦屬於知識的一種，那麼營業秘密是否應歸屬於內隱或外顯的知識？或者營業秘密也有內隱與外顯之區別呢？營業秘密若屬於有形資訊，自當歸納為外顯的知識；無形資訊則不盡然，如化學配方可書面化成為外顯知識，但製造過程、原料處理或保存方式則可能隱含無法以文字描述的經驗知識，因此營業秘密不僅存在於外顯的知識，也存在於內隱的知識中。企業內部存在著許多有形（外顯）、無形（內隱）的營業秘密，在企業欲提昇企業競爭力，希望將存在於個人間之內隱的經驗與技術轉換為外顯的經驗與技術時，常因擁有者不願與他人分享或這些內隱的經驗與技術是難以由無形化為有形來傳承，而成為公司進步的阻力；另外在移轉營業秘密時，會因人員異動或各種活動而流失，因此在管理上造成兩難的情況。

近幾年來，企業界在知識經濟的風潮下，爭相討論適合於該企業的知識管理的模式。大家對於資訊資源的共享與擴散，共識其為培養與維持組織員工知識相當重要的一種方式，甚至是維繫競爭優勢的價值活動。如何在知識管理系統運作下，不斷研發與創新配合加值運用模式以提高營業秘密價值運用。

### 三、 研究目的

維護並增進台灣高科技產業競爭力，提高台灣總體經濟實力。不同的產業或企業對於知識管理的運用有所不同，營業秘密的管理方式更是如此；高科技產業對於這兩者之間的關係研究尚顯不足。本研究的目的有下列幾點：

- 1、探討高科技產業對知識管理的認知與管理上實務運作；
- 2、探討高科技產業對營業秘密的認知與管理上實務運作；
- 3、如何運用知識管理增進營業秘密價值創造。
- 4、營業秘密加值模式

本研究從相關文獻中歸納整理出營業秘密與知識管理的關係，並藉由個案公司的實際訪談，了解高科技產業對上述問題的看法與實務運作。俾有助於高科技產業在建立知識管理與保護營業秘密的同時建立加值運用模式。

### 四、 研究方法

利用文獻蒐集、個案研究、訪談等方法探討企業欲運用營業秘密創造競爭優勢以及使企業價值極大化。本研究之資料的蒐集過程可分為四個階段：第一階段為整理相關的文獻及已出版的次級資料，歸納出一個營業秘密管理之觀念架構；第二階段則利用以上所得之觀念架構，再透過專家之訪談，得到較為明確的研究方向，發展出半結構訪談題目；第三階段進行訪談時，研究者先解說本研究之研究動機與目的，接著依照預先擬妥的大綱進行訪談。訪談內容有二，其一為受訪者對營業秘密的認知，其二為了解受訪企業如何管理營業秘密，最後謄寫訪談記錄，並由研究者定妥分析原則進行歸類及整理。

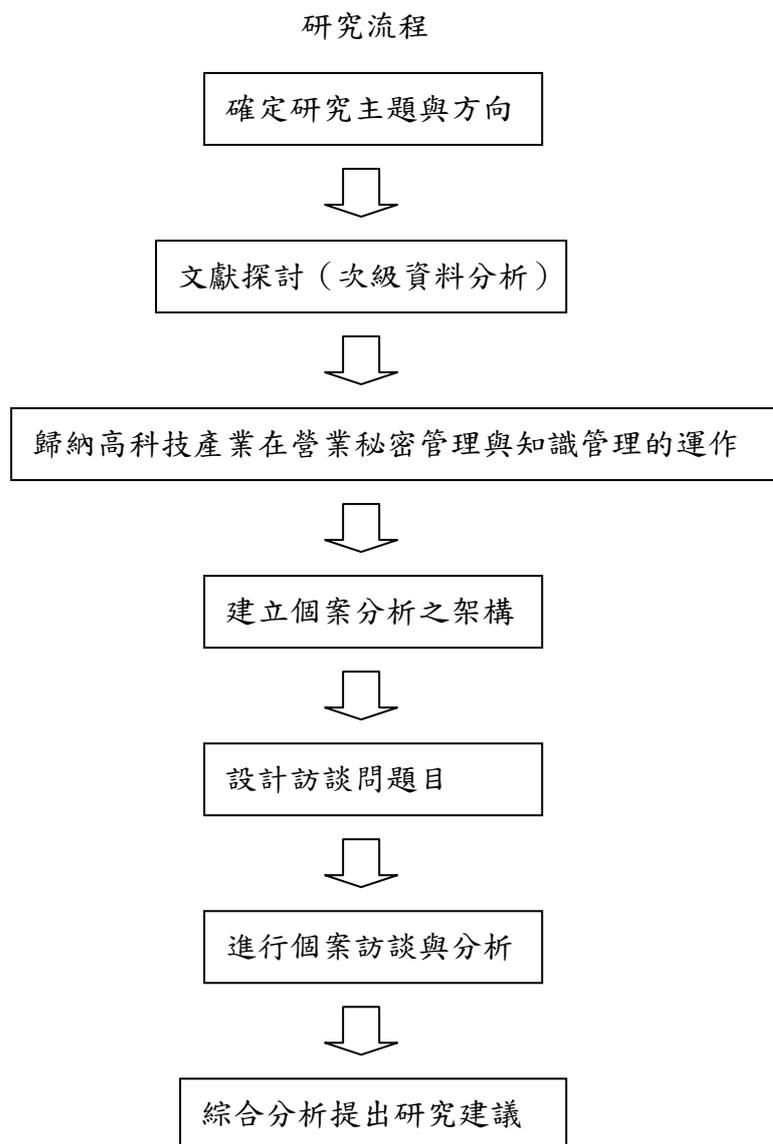


圖 研究流程

## 貳.營業秘密的基本概念

### 一、營業秘密的定義及涵括範圍

我國營業秘密法雖已於八十五年一月底正式三讀通過，成為獨立之單行法規，但實際上，我國刑法除第三一七條規定：「依法令或契約有守因業務知悉或持有工商秘密之義務，而無故洩漏之者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金」之外，同法第廿八章妨害秘密罪另有其他相當規定(請參刑法第三一六、三一八條)；而公平交易法第十九條第五款也規定：「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，而有妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之」；同時我國司法實務上亦已發展出相當案例可供參酌，按科技業界賴以維繫的命脈即為產業技術及營業秘密，其重要性不言而喻。

對工商企業界而言，究竟那些資訊、那些文件、那些標的可成為受保護之營業秘密，極為重要，故營業秘密法第二條規定，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」。因此，各類資訊本身，不論是否經處理皆有可能構成營業秘密，且不論係儲存於何種媒介，或以何種形式表示(如以文字、圖樣、數字、表格等方式)列印在紙上、電腦報表、錄音帶、磁碟片、磁帶、記憶體、個人電腦或其終端機內等，又不論是否人類可以看見之有形無形資訊均可。一般而言，下列各項資訊，均可視為營業秘密，如公司行銷計劃、產銷策略、產品價目表、成本分析報告、經銷管道、研發過程記錄、測試報告、工程師日誌、產銷記錄、財務報表、人事檔案、薪資及聘雇紀錄、會計資料、庫存管理、食品藥品及化妝品的成分、客戶名單、供應商名單、電腦程式(如原始碼)及資料庫；生產技術上及科學上的過程；地質學上及地球物理學上的地圖；流程圖及藍圖；產品規格、員工訓練或其他公司手冊等等皆可構成營業秘密。最高法院八十一年度台上字第一八九九號民事判決中，即認為營業秘密非必限於生產技能方面，舉凡生產、管理、銷售、市場、人事、財務等各項業務內容，對同業而言，均係秘密，僅其重要程度之差別而已。

惟值得強調者，條文中雖未言及必須限於企業，但須用於生產、銷售或經營者方屬適格，故不用於營業者即不屬之。然而，此並非指營業秘密產出之主體須限於企業，例如政府單位委託科技專案之技術係由財團法人(非營業單位)開發出，只要其可用於企業界即可適用。

其次，上述營業上有價值之秘密或技術，開發到那一個階段才可視為受保護之營業秘密，例如在中間階段之技術或文件可否構成營業秘密？關於此問題，本法雖並未規範，但可從性質上加以闡明。營業秘密雖與商標、專利、著作等同屬智慧財產，但其間最大差異乃在於商標、專利及著作均須終局確定得以認為完成為限，因商標、專利採註冊主義，惟有在經中央標準局核准後才取得權利，因此，商標不論文字圖案記號皆需最後確定形式，而發明新型及新式樣亦必須完成才可提出專利申請。至於著作權，法律上亦以「著作完成」時始享有保護。

反觀營業秘密則不然，它本身應必須具備秘密性，且不可以對外公開，故性質上任何文件、技術、檔案、資料等等祇要對企業界有相當程度之價值，可能提供若干競爭上的優勢，不欲為他人知悉均屬之。因此，符合上述條件皆可構成營業秘密，不論這些資訊係已完成或屬開發過程之中間階段設計(因即使是

中間產物如為人知悉，該他人亦可能從中得到利益)，均不影響其認定。此外，營業秘密究應為自己或委託他人開發、或向他人購買、整理、蒐集、分析、歸納(但重點須未公開)或得自他人之授權(侵權發生時可否主張係另一問題)等等均非所問，祇要係合法取得即可，不須一定由自己開發。甚至就公共所有(public domain)之智慧財產加上若干研發或創新亦非不得構成營業秘密<sup>1</sup>。

## 二、營業秘密的法律構成要件

根據我國營業秘密法第二條所述，營業秘密法要件，應符合下列要件：1. 非一般涉及該類資訊之人所知者；2. 因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者；3. 所有人已採取合理之保密措施者。若缺乏上述其中之一要件，日後可能當營業秘密被盜取或洩露後在法律地位上就會沒有立足點。

所謂「非一般涉及該類資訊之人所知者」，依立法理由係指須為涉及該類資訊之人(如同業或同行)所不知悉者，此與美國統一營業秘密法規定「非他人所公知」；加拿大統一營業秘密法規定「非一般公知者」；日本不正競爭防止法規定「不被公眾所知悉」；韓國不正競爭防止法規定「無法公然得知」僅指一般人不同，係採關稅暨貿易總協定烏拉圭回合談判「與貿易有關之智慧財產權」協定之較為嚴格的「業界中人標準」，而非「一般公眾標準」。

至於本條第二項所指「實際或潛在之經濟價值」，雖亦屬於一項不確定之概念，而難以賦予清楚之法律定義，惟基本上可參照美國侵權行為法彙編(Restatement of Torts)第七五七節規定之涵義(已由美最高法院採用)，只要企業對該等秘密資訊的利用，可使其在營業上與對手競爭時，因競爭對手不知悉該資訊或未利用該資訊的情況下，取得優勢的機會，即可解釋為具有此經濟價值。至於其他任何方式可以證實具有相關之企業上的利益，理論上均屬之。

又本條第三項「所有人應採取合理之保密措施」，為最重要之構成要件，因營業秘密係企業營運成敗之關鍵，故對營業秘密應予以相當管制並加以標示或對職員為必要之守密告知。同時企業應就既有的營業秘密加以整理，而營業秘密之保護必須採取合理之措施，若是不先確定資訊中何者係有價值之營業秘密，則不免掛一漏萬疏於保護，或是認定太過草率以致造成不必要之浪費，甚至在將來訴訟上造成對企業不利之認定。故企業應先整理出有機密性質，可使企業立於競爭上優勢地位之秘密資訊，採取合理措施以保護該項秘密。

一般所採取合理措施可分幾個方面：在確認營業秘密方面，應將秘密區分等級、打上標籤、輸入檔案、作不同之分類管理，與職員訂立保密合約，在職員訓練方面應 1. 書面營業保密政策； 2. 明確告知員工營業秘密； 3. 限制接觸營業秘密管道； 4. 出入口及檔案櫃上鎖及電腦使用之限制； 5. 保護營業秘密文件； 6. 保密合約及工作規則； 7. 離職面談。另外，在門禁管理、內部監控、電腦資訊管理等方面，亦應採相關措施。以上措施並不須同時兼備，祇要可認為係合理者即足<sup>2</sup>。

<sup>1</sup> 參考陳家駿-「科技產業發展智財權保護課題-資訊時代下營業秘密之保護」二、營業秘密之內涵

<sup>2</sup> 參考黃茂源-「知識管理網路教學與營業秘密法及著作權法關係探討」，93年度跨領域科技管理研習班國內受訓心得報告

### 三、營業秘密的法定保密義務及責任

#### (一) 營業秘密的法定保密義務

對於依法令有守營業秘密義務之人，係以正當方法取得他人營業秘密，惟其依法有保密義務且無使用該營業秘密之權利，如使用或無故洩漏，則將造成營業秘密所有人重大損害，應禁止該等行為，以保障營業秘密所有人的權利。所謂「依法令有守營業秘密之義務」，例如營業秘密法第九條所定「因承辦公務而知悉或持有他人之營業秘密之公務員」、「因司法機關偵查或審理而知悉或持有他人營業秘密之當事人、代理人、辯護人、鑑定人、證人、仲裁人或其他相關之人」，依勞資爭議處理法第二十三條之「勞資爭議調解委員、參加調解及經辦調解事務之人員」等。

智慧財產權的歸屬，向來是極富爭議性之法律問題，近年來產業界不時發生離職員工將技術攜走，或委託他人開發技術過程中衍生權利歸屬之糾紛，兩造間常為爭取權利各執乙詞互不相讓，終至對簿公堂釀成訴訟。歸屬問題涉及二個主要的部分，一為企業內部，即職員與雇主如何分配秘密之歸屬，另一則為企業外部，即不同法人格主體間的安排(這中間包括企業出資聘請另一企業或個人，或個人出資聘企業或另一個人)，本法基本上係參酌專利法第七及第八條規範而訂。

對於受雇人於職務上研究或開發之營業秘密，本法第三條規定當事人得以契約約定其歸屬，但無契約時，歸雇用人所有。按職務上所研究或開發，係雇主所企劃、監督執行，而由受雇人研究或開發所得之營業秘密，受雇人已取得薪資等對價，故應由雇用人取得該營業秘密，惟仍尊重雙方之意願得以契約約定。上述關於受雇人就職務上研發之營業秘密應歸屬於雇用人所有之規定，很明顯與著作權法有所牴觸(著作權法第十一條規定，法人之受雇人，在法人之企劃下，完成其職務上之著作，以該受雇人為著作人。)以電腦軟體中原始碼(source code)為例，它既可受著作權法保護，亦可構成營業秘密之客體，因此法律適用上會產生法條競合之情形。著作權法第十三條規定：「受雇人於職務上完成之著作，以該受雇人為著作人。但契約約定以雇用人為著作人者，從其約定。依前項規定，以受雇人為著作人者，其著作財產權歸雇用人享有。但契約約定其著作財產權歸受雇人有者，從其約定。」。

受雇人於非職務上研究或開發之營業秘密，本法第三條規定歸受雇人所有，但其營業秘密係利用雇用人之資源或經驗者，雇用人得於支付合理報酬後，於該事業使用其營業秘密。立法理由認為如受雇人利用雇用人之資源或經驗，則應准許雇用人於支付合理報酬有使用之權。至於合理報酬之訂定，自應依受雇人所使用雇用人之資源經驗等依個案決定之。

營業秘密之研究或開發，固以企業內部人員為事業體完成者居多，惟在外部委聘關係下完成者，在實務上亦所在多有(如A公司聘請非職員之B開發)。因此對於此項情形，本法第四條規定出資聘請他人從事研究或開發之營業秘密，其營業秘密之歸屬依契約之約定；契約未約定者歸受聘人所有。但出資人得於業務上使用其營業秘密(此在英美法稱為 shop right)。出資人與受雇人以契約方式約定營業秘密之歸屬(世界工業先進國家，如美、日皆以合約規範定之)，如無約定時，則仍依實際從事研究或開發者擁有該營業秘密；惟出資人既已花費相當代價，依雙方有償契約之精神，受聘人自應同意出資人有使用其營業秘密之權限。

## (二) 營業秘密法律責任

### 1、民事責任

侵害營業秘密民事責任請求權基礎，主要為以下幾種：

#### (1) 侵權責任

若企業之營業秘密受到侵害，得依據民法第一百八十四條第一項後段規定，對侵害之員工及第三人主張其故意以背於善良風俗之方法侵害，侵害企業利益，請求損害賠償。

#### (2) 契約責任

企業於員工任職時，於勞動契約中約定有保密條款，或另行簽訂保密契約，約定員工不得侵害、洩漏公司之營業秘密，否則應賠償公司損失（常訂定有懲罰性違約金）並得解雇員工。故若員工違反契約規定，企業得依據契約約定，請求員工賠償企業之損失。

#### (3) 營業秘密法之規定

依據營業秘密法第十二條第一項規定，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。數人共同不法侵害者，連帶負賠償責任。故企業得依據該項規定，請求民事賠償。同條第二項規定，損害賠償請求權，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；自行為時起，逾十年者亦同。故其請求權期間，與民法侵權責任同。

### 2、刑事責任

侵害營業秘密之刑事責任，主要有以下幾種犯罪類型：

#### (1) 背信罪

依據刑法第三百四十二條規定：「為他人處理事務，意圖為自己或第三人不法之利益，或損害本人之利益，而為違背其任務之行為，致生損害於本人之財產或其他利益者，處五年以下有期徒刑、拘役或科或併科一千元以下罰金。前項之未遂犯罰之。」員工乃受雇為企業處理事務，因而員工侵害企業之營業秘密，而獲取利益者，乃構成背信罪；而教唆者或共同侵害之第三人，得依具體情狀，以教唆犯或共同正犯罰之。

#### (2) 洩漏工商秘密罪

依據刑法第三百一十七條規定：「依法令或契約有守因業務知悉或持有工商秘密之義務，而無故洩漏之者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。」故員工若對外無故洩漏企業之營業秘密，則構成此罪。另企業往來廠商，簽訂有保密協議書者，亦可能構成此種犯罪類型。

#### (3) 利用電腦洩密罪

依據刑法第三百一十八條之一規定：「無故洩漏因利用電腦或其他相關設備知悉或持有他人之秘密者，處二年以下有期徒刑、拘役或五千元以下罰金。」此為電腦犯罪之特別規定，一般而言，員工為最有機會利用電腦或其他電子設備取得企業營業秘密者，故員工若無故對外洩漏，將構成此罪。

## (三) 營業秘密之歸屬

智慧財產權的歸屬，向來是極富爭議性之法律問題，近年來產業界不時發生離職員工將技術攜走，或委託他人開發技術過程中衍生權利歸屬之糾紛，兩造間常為爭取權利各執乙詞互不相讓，終至對簿公堂釀成訴訟。歸屬問題涉及

二個主要的部分，一為企業內部，即職員與雇主如何分配秘密之歸屬，另一則為企業外部，即不同法人格主體間的安排(這中間包括企業出資聘請另一企業或個人，或個人出資聘企業或另一個人)，本法基本上係參酌專利法第七及第八條規範而訂。

對於受雇人於職務上研究或開發之營業秘密，本法第三條規定當事人得以契約約定其歸屬，但無契約時，歸雇用人所有。按職務上所研究或開發，係雇主所企劃、監督執行，而由受雇人研究或開發所得之營業秘密，受雇人已取得薪資等對價，故應由雇用人取得該營業秘密，惟仍尊重雙方之意願得以契約約定。上述關於受雇人就職務上研發之營業秘密應歸屬於雇用人所有之規定，很明顯與著作權法有所抵觸(著作權法第十一條規定，法人之受雇人，在法人之企劃下，完成其職務上之著作，以該受雇人為著作人。)以電腦軟體中原始碼(source code)為例，它既可受著作權法保護，亦可構成營業秘密之客體，因此法律適用上會產生法條競合之情形。這個問題的解決，依行政院八十五年三月十四日第二四七二次院會通過修正著作權法草案第十三條已規定：「受雇人於職務上完成之著作，以該受雇人為著作人。但契約約定以雇用人為著作人者，從其約定。依前項規定，以受雇人為著作人者，其著作財產權歸雇用人享有。但契約約定其著作財產權歸受雇人有者，從其約定。」俟修法後應可統一。

受雇人於非職務上研究或開發之營業秘密，本法第三條規定歸受雇人所有，但其營業秘密係利用雇用人之資源或經驗者，雇用人得於支付合理報酬後，於該事業使用其營業秘密。立法理由認為如受雇人利用雇用人之資源或經驗，則應准許雇用人於支付合理報酬有使用之權。至於合理報酬之訂定，自應依受雇人所使用雇用人之資源經驗等依個案決定之。

營業秘密之研究或開發，固以企業內部人員為事業體完成者居多，惟在外部委聘關係下完成者，在實務上亦所在多有(如A公司聘請非職員之B開發)。因此對於此項情形，本法第四條規定出資聘請他人從事研究或開發之營業秘密，其營業秘密之歸屬依契約之約定；契約未約定者歸受聘人所有。但出資人得於業務上使用其營業秘密(此在英美法稱為 shop right)。出資人與受雇人以契約方式約定營業秘密之歸屬(世界工業先進國家，如美、日皆以合約規範定之)，如無約定時，則仍依實際從事研究或開發者擁有該營業秘密；惟出資人既已花費相當代價，依雙方有償契約之精神，受聘人自應同意出資人有使用其營業秘密之權限。

#### (四) 營業秘密的消滅

重新思考保密義務之期限，國外法院認為保密義務是有期限的，與一般人之想法有很大之差距。雖然國內尚無此種見解，但可能因為此判決而改變吾人認為應該永久保密的態度，組織必須及早做好因應對策。

在實務之運作上，由於技術之演進一日千里，其生命週期也都相對變短，因此是否有必要要求終身保守已無經濟價值的資訊已不無疑問，而對於極富經濟價值之機密，更應定期思考是否要以其他智慧財產權來進行保護，否則在保密義務期限過後，將無法再獲得完整之保護。然在知悉重要機密資訊之員工離職時，可以考慮加長保密義務的時間，或約定永久性之保密義務來確實保護公司內認為是非常重要的營業秘密，但此時或許需要支付一定金額之補償金，以使雙方能立於平等之地位。

#### (五) 營業秘密的損害賠償

同法第十三條第一項規定，時，企業得以下方式擇一請求損害賠償：  
依民法第二百十六條之規定請求所受損失及所失利益。不能證明其損害時，得以其使用時依通常情形可得預期之利益，減除被侵害後使用同一營業秘密所得利益之差額，為其所受損害。2. 請求侵害人因侵害行為所得之利益。但侵害人不能證明其成本或必要費用時，以其侵害行為所得之全部收入，為其所得利益。同條第二項訂有懲罰性賠償之規定，侵害行為如屬故意，法院得因被害人之請求，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。

## 參、營業秘密的企業內部運作管理和個案綜合應用

營業秘密是一般產業界經常會誤解但卻是非常重要的智慧財產中的一項，幾乎所有事業營運之核心能力內涵，未公開揭露技術部份約佔 80% 以上<sup>3</sup>，皆屬營業秘密範圍。因此營業秘密對於所有產業，不論是製造、服務業均為命脈所在。個案公司A 在其所經營之行業已居龍頭地位，但卻一直深受業界挖角之苦，起初並不認為營業秘密管理制度會有什麼實質效益，在經過相關輔導及規劃之後，開始建立屬於自己公司文化並實際可行且有保障的營業秘密管理制度，不再與競爭者以人成本互相攻防，反而降低了一些營運成本。

營業秘密管理對傳統產業而言尤其重要，諸如對產品配方的保護（知名飲料 Coca-Cola 就是以營業秘密方式保護其可樂配方）、對製程 know-how 的保護、對研發成果的保護……等等，均顯示具備一套完善營業秘密管理制度是非常重要並需要經營者充分認清並實施的管理制度。下就一般產業界內部運作方式來說明營業秘密的兩大分類方式：

### 一、營業秘密的具體分類模式

#### (一) 依技術性資訊來區分<sup>4</sup>：technology

1. **技術與研究發展資訊**：專屬技術資訊、研發會議記錄、實驗室與工程紀錄、公式、組成物、研發中之製程、原型、所有圖形與草圖、設計資料與設計手冊、供應商與經銷商資訊、研發技術資料、無法完成資料及所有研發報告、研發文件等。
2. **生產與製造過程之資訊**：成本與價格資料、特殊生產機具、製造與處理技術、製程資料、產程及機械設備規格、存貨資料、負面表列生產技術資料及供應商之相關資料。
3. **品質管制資訊**：有關品質之資訊、品管之程序、手冊、紀錄，負面表列之技術資料。

#### (二) 依商業性資訊來區分<sup>5</sup>：business information

1. **銷售與行銷之資訊**：銷售與行銷之專屬資訊、銷售預測、行銷與促銷計畫、競爭資料、有關客戶的專屬資訊、交易合約及交易成交資料。
2. **內部的財務資訊**：專屬的財務資訊、財務文件、公司預算、公司營運預測、產品獲利率、產品成本率、成本資料、經營報告、公司盈虧資料等。

<sup>3</sup> 據世界智慧財產權組織 (WIPO) 報導，在各式專業期刊、雜誌、百科全書等有關技術發展的資料中，唯一能夠全盤公開技術核心者僅有專利資訊。而在專利說明書中含有 90%~95% 之研發成果，而且其中 80% 並未揭露在其他雜誌期刊中。(摘自車慧中，中華大學科技管理學系，「科技法律概論」)

若再論及營業秘密的部分，以其包括的範圍愈廣，且不受「排他權」之禁制與保障，故相對能公開揭露技術部份比例將更為之稀少。

<sup>4</sup> 營業秘密依其發生的原因，或可區分為受雇、受聘、與共有三大類，若再將受雇人所完成的營業秘密區分為職務上與非職務上研究、開發的營業秘密，而職務上與非職務上觀念之釐清，影響產權之歸屬認定甚大，是營業秘密法的主要重心，但是職務上與非職務上之劃分標準，卻又沒有規定，觀念如何釐清，均付之闕如。故在此我們依現行營業秘密法，將營業秘密之定義區分為技術資訊及商業資訊，其中技術資訊之認定在實務上會比較明確，但商業資訊則屬模糊之地帶，例如：客戶名單、失敗的實驗報告、市場行銷及定價策略、廣告理念、薪水秘密……等公司策略性的資源，是否得視為營業秘密，在我國或外國實務上實例不多，尚待法院判決累積、補充，形成共同明確之見解。

<sup>5</sup> 同上

**3、內部的經營資訊：**公司主要決策、組織架構、策略性經營管理計畫、公司法律文件、公司重大投資計畫、人事資料等。

綜合上述兩大分類方式，我們還得提醒，營業秘密本是商業活動或企業經營與研究發展中，自然而然伴隨而生的一種無形資產，而且變動性是與生俱來的：

**營業秘密不是亙古不變，反而是會變動的：**

- 1、經營理念、營業活動、管理方法創新的改變會影響營業秘密存在形式的變動。
- 2、產品生命週期的長短、技術創新水準的高低亦會影響營業秘密的存在形式。
- 3、資訊技術能否以還原工程或獨立開發方式取得也會影響營業秘密的存在形式。

今天，當一位企業主，瞭解了天生具有不斷變動性的營業秘密之後，是不是企業的所有資訊都可以歸納為營業秘密呢？以下我們就要來談談營業秘密的產出方法：

## 二、營業秘密的產出方法

談到營業秘密的產出方式，就不可不談到營業秘密的保護要件：

依據我國營業秘密法第二條規定：「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：

- A、非一般涉及該類資訊之人所知者。
- B、因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者。
- C、所有人已採取合理之保密措施者。

也就是已經很慎重的宣告了，企業必須透過滿足這三大法定要件，而將原本屬於資訊、知識的資料，變成企業的營業秘密，而受到相關法令的保護。

另外，我們還可以從世界貿易組織（簡稱WTO）體系下的一個多邊條約，它於1994年WTO成立時通過：《與貿易有關的知識產權協定》又稱《與貿易有關的知識產權協議》，其英文名稱是 Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights，簡稱TRIPS。與WTO的其它條約一樣，批准TRIPS的國家或者單獨關稅區也必須全然接受包括《貨物貿易多邊協定》、《服務貿易總協定》等WTO法律框架內的其它多邊協定。（按維基百科解釋）

TRIPS對營業秘密法則以「未經公開資訊(undisclosed information)」稱之，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：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，該項資料目前仍不為一般處理同類資訊之人所得知悉或取得者；因其秘密性而具有商業價值；業經資訊合法持有人以合理步驟使其保持秘密性。」

由以上兩項條款可以看出：無論是台灣的營業秘密法或 TRIPS 規定，並沒有對營業秘密法保護的客體加以限制，無論是技術面或資訊面，只要是可以讓擁有者擁有較其競爭者為多的競爭力（即可用於生產、銷售或經營之資訊），都有可能成為營業秘密法保護的「營業秘密」。

此外，並非所有「機密資訊」或「秘密」，都是屬於營業秘密法保護的「營業秘密」，必須要符合一定要件才是屬於法律保護的範圍：

- A、 新穎性(非周知性)：須非一般涉及該類資訊之人所知的技術或經營資訊。
- B、 經濟價值：營業秘密須具有經濟價值，且其價值來自於未為一般人所知悉。
- C、 秘密性：營業秘密須自始至終都一直採取合理保密措施加以保護。

是故，原本屬於資訊、知識的資料，要變成公司的營業秘密之前，企業需滿足此三大法定要件，始可稱之為營業秘密。

經過了對上述法律層面的認知，實際經營者必須要對營業秘密的產出途徑，做進一步的認知。

### 三、營業秘密的產出途徑<sup>6</sup>

#### (一) 公司經營運作：

公司在組織架構上，必須至少規劃：行銷、財務、研發、人力資源、營業秘密五項，而其中營業秘密一環，在台灣卻時常易受漠視，原因無它，一般OEM與ODM<sup>7</sup>的廠商，技術資源大半直接來至技術母公司，是以除了研發機構與財務單位外，相對受重視的比重自然就不斷向下修正。

#### (二) 透過協商購買：

公司需要擴充產能與開發新技術時，大凡技術層面可由購買專利或購買技術來縮減開發成本與時間，伴隨著硬體機械成本與軟體技術成本之間，軟體技術成本往往比硬體成本來得高，也難以估量。

#### (三) 員工經驗傳承：

公司透過獎勵、群組、教育，將員工內隱的智慧、經驗、建議經由轉化成公司外顯的行動資產，如何能具體化成公司的無形資產與技術優勢，實賴組織長久不斷累積的落實與數據化工程，其中又與企業文化與人力資源運作，形成密切不可分的關係。

<sup>6</sup> 產出途徑，蓋指公司正常營運中，所累積的公司資產，牽涉到公司競爭能力的範疇

<sup>7</sup> OEM 與 ODM

OEM: Original Equipment Manufacturing, 接受客戶完全指定，按原圖設計代工製造。

ODM: Original Design Manufacturing, 為客戶提供設計、製造代工的服務。

ODM 與 OEM 的不同，在於增加了設計 (Design) 概念。

麥可·馬克斯效應即將發酵 — 全球代工版圖將面臨重大變革

(四) 獨立研究開發：

公司編列預算於 R&D 研發，僅部分採申請專利方式來對於未來授權商務模式進行，然其中佔相對比例優勢的卻是以 KNOW HOW 或稱營業秘密方式來建立，是以營業秘密等同於公司資產，如何保護管理運用，與公司營運成敗不無關係。

(五) 協同合作開發

相較於獨立研發，企業亦採合作開發，相關外派或對方人力調度上，共同開發成果的歸屬與相關參與人員的保密協議，再再顯現出企業資管上的優劣。

由以上五個產出途徑，我們也可以看出營業秘密產出的層面包括了以下的四個步驟：

(一) 原始憑證，如銷售額、POS 等可以定量顯示事實的統計或數字資料，或稱資料。

據「法務部行政程序法諮詢小組」第二十四次會議紀錄內容中可見，討論「憑證」的兩大問題：

問題一：當事人或利害關係人請求閱覽行政機關會計作業實務上涉及之會計憑證（包括原始憑證及記帳憑證），行政機關得否拒絕？

問題二：行政機關會計作業實務上涉及之會計憑證（包括原始憑證及記帳憑證），是否屬於行政資訊公開辦法第五條第一項所稱行政機關應限制公開或提供之行政資訊？

(二) 將資料有目的的整理，藉以傳遞某項訊息者，如獲利分析表，或稱資訊。

例如：員工於受僱期間所創作、開發、收集、取得、知悉之資訊，均屬企業所有，亦即企業獲利之所在，這些都是屬於企業的營業秘密。

(三) 將資訊進一步分析以掌握動態形式而開創價值者，或稱知識。

包括營業技巧、管理技術、行銷策略與技巧、公司制度規章、物件資料、財務資料、顧客資料、產權調查等有關之資料

(四) 以知識為基礎，應用發揮並創造價值者，或稱智慧。

企業創新、開發研究的 R&D 部門，這些屬於公司最高機密的未來動向擬定，自然無疑是營業秘密最需要受到保護的一個範疇。

以上這 4 點都是屬於企業所有，並為了維持競爭力而不能洩漏的營業秘密。

#### 四、營業秘密的有效管理

基本上是如何有效對內部及對外部的人與事的管理。

內部人員大概包括員工、團隊成員等。外部人員大概包括交易對象、合作對象、離職員工等。對內的事大概包括文件、設備、媒介物等。對外的事大概包括交易契約審查、保密條款擬定等。針對以上各項做好有效管理也就大致符合本節所要闡述的重點。以下分別就各項做細部之探討。

(一) 對內部的管理<sup>8</sup>：

- 1、專人專區負責：這樣員工才能對商品狀況確實清楚了解，如此不但可提供較為專業和完全的服務給顧客之外，對企業本身內部管理之職權劃分及責任歸屬認定才有一個明確的區分方式，此外不論是作為營業目標達成、績效考核或是問題改善的目的，也才有一個清楚的目標對象。
- 2、各項保密制度的訂定、監督與執行：明確規定員工遵守保密義務的重要性，可列入員工工作守則之中；本項重點應確實劃分機密等級，明白揭示職務高低所能涉獵的機密程度及其職務人所應負之保密責任。包括所有內外部人員應遵守因執行業務所得知的業務機密、製程配方或技術、產品設計從原始碼到成品階段之重要內部資訊等的保密責任制度。並且明確規範各職務人所應負責監督和執行保密制度的範圍。設立獎懲規則，以明白有效監督並達到執行效率。
- 3、營業秘密與非營業秘密的釐清：越是能夠將兩者明確區分清楚則越能夠達到釐清責任歸屬和保密條款擬定的需要。營業秘密範圍應包括股東及董事會活動資料、重大決策或是行動計畫、客戶資料及供應商資料、財務資料、機器設備等技術資料、專有技術和訣竅、重大人事變動資訊、成文規章制度和內部文件、各類契約合同、產品設計的圖文資料...等。許多時候員工由於專人專區工作劃分關係，因習慣於經常接觸營業秘密內容而降低洩密戒心，卻於無意中將營業秘密外洩！清楚釐清秘密範圍界線是有其必要性，提供給員工有清楚秘密界線，清楚明白工作中何者必須保密，則亦能降低洩密可能性。
- 4、稽核制度的建立：內部稽核為協助企業確認『內部控制』是否被確實執行。企業對於公司內部所做的管理控制，控制之方法大約有：(1)訂定管理辦法，如印鑑管理辦法、人員考核辦法等，(2)管理命令，各階級主管口頭或書面指示，要求部屬如何執行工作，如經理要求員工每日上班要打卡，也是控制之一。內部稽核就是去檢查(1)員工是否有依照考勤辦法來執行，是否有照規定請假、依規定時間上下班。(2)人事單位是否依規定，統計考勤結果，是否依規定計算薪資或相關作業。所以，內部稽核主要用來確認『內部控制』是否被確實執行。並呈報管理階層，讓管理階層知道內部控制是否有效。

總而言之，只要是組織內為了達到目標，所進行的管理行為都算是內部控制。例如公司有考勤辦法，是用來規定員工請假出勤，是內部控制制度。內部控制是管理階層為了達到目標，對於企業內部進行的管理行為。內部稽核則是扮演確認(監督)的角色。簡單的說，理論上，總經理實施內部控制想達到公司目標，但也想知道內部控制是不是被妥善執行，就會指派內部稽核去確認，並回報總經理。總經理就會知道內部控制是不是被妥善執行？內部控制是否要修改的更

<sup>8</sup>內部的管理：指對事業體內部運作管理

好？而內部控制須由管理階層設計與執行，稽核人員只是查核確認，並沒有實際管轄權。稽核人員為了能客觀執行查核工作，會被要求要能特別公正、獨立。所以，內部稽核對於內部控制，是監督的關係。本小節重點在於有效稽核管理。

## (二) 對外部的管理<sup>9</sup>：

- 1、限制接觸機密的人與事：如何讓員工了解公司保密的重要，而不至輕易洩漏公司機密？這是個大家都感興趣的題目。其實，公司維護其機密是需要長時間建立制度並持續進行的。而有關員工配合公司的保密制度，也是需要經常的教育宣導。一般來說，從員工進入公司以前，一直到員工離職以後，公司都需要採取一些步驟讓員工深深體會公司重視機密維護的決心。員工除了需要簽署一份保密契約（或載明聘雇契約中）外，建議公司也應採取若干措施來加強。在新生訓練中或主管解說公司制度時強調公司的一些保密政策及其重要性，並且指出公司對違反者的處罰等等。不定時地公佈或強調公司的保密措施（例如：張貼保密重要性的宣導文宣、要求員工確實遵守有關資料之借閱、影印辦法、嚴格執行門禁管制制度等）。不定期的員工在職訓練中，再三宣示公司的保密政策、重要性，及違反者的處罰等等。員工即將離職時，應再加以面談，告知其所負的保密義務及違約責任。知道員工新工作地點時，再發函告知其新雇主有關員工的保密義務，再度顯示公司對機密維護之決心。相信一般企業在持續進行這些保密的措施及行動後，員工也一定能體諒公司保密的決心，而不至輕易洩漏公司的機密。透過職務劃分同時也區分不同人與事之間機密等級，不同職務有不同機密權限，不同事務也有所規範不同機密等級，各自獨立運作卻也得分層負責效果。
- 2、設法舉證：法律上大致區分為「形式舉證責任」與「實質舉證責任」兩種；所謂實質舉證責任，訴訟上係指法院基於提出的證據對於要證事實的存在與否未能獲得確信，雖竭盡舉證之能事，於證據調查程序終結後，要證事實仍陷於真偽不明時，當事人之一方應負擔不利益判斷的法律上地位；所謂形式舉證責任，係指在訴訟程序進行過程中，當事人之一方為避免承受對自己不利益的判斷，而負有提出證據責任之情況。同理於企業經營管理當中對於日常工作事務處理當中，通常亦應保留交易過程之適當紀錄以備事後查詢或查證。舉凡電話通聯記錄、傳真紀錄、各類作業紀錄、普通信件或電子郵件紀錄...等，都必須做好文件管理及保存的工作。
- 3、不得挖角條款：企業與協力廠商或是供應商之間，通常存在著互相依存、利益共享的關係，許多內部資訊和人員之間亦常有互相交流機會，若無明確規範工作上的權利義務關係時，此時往往產生挖角情事，而產生相當大困擾，甚至造成訴訟發生，雙方都勞民傷財！當誘人的高薪擺在面前時，很少人不動心的，但衡量一份投注一生的志業，有時並不只是看薪水的多寡而已。如果只是因為高薪而選擇一個新的工作，其實是短視近利的作法。應該考慮的不只是薪水，能為自己的專業加分、更瞭解產業、拓展人際關係、整合所有資源、建立創新突破的視野，才是自己要追求的工作。最重要的，是自己成長的步調、方向，能夠與公司結合，創造雙贏的局面。雇主之正當利益通常有營業秘密或其他秘

<sup>9</sup>外部的管理：指對事業體外部營運管理。

密、防止員工被大量挖角及確保公司與客戶之間的往來關係等，而雇主對於透過競業禁止條款所欲保護之企業利益，必須說明秘密究屬此行業之通用或雇主所獨有，以及利益是否正當等問題。此時，和廠商之間通常需要明定不得挖角遊戲規則，講明彼此權利義務所在，大家共同遵守。

- 4、訂定違約懲罰：此舉無非是為了降低違約風險而訂定，通常是以一定金額作為違約懲罰方式；面對商場上眾多交易行為，難以保證都不會出錯！簽訂一份對交易雙方都有所約束並保障的契約是有必要。
- 5、合約審查：此部分應該有專責法務單位負責把關並且制定合約審查管理辦法以決定和供應商或客戶之間的需求，內容大致包含：(1)客戶所指明的產品需求，包括其合適性，交付及支援。(2)非客戶所指明的各項需求，但對預期或明定使用的產品相關之責任義務，包含規章及法令的要求。
- 6、簽署保密合約：簽署保密契約是希望藉諸文字拘束當事人的行為，甚至透過法律之懲罰(民事違約賠償及刑事處罰責任)效果達到嚇阻的功能，惟屆時機密有所洩漏時，公司仍需具體舉證說明契約所指的機密範圍包括哪些，而簽約人確實洩漏了其中的秘密，違反了契約約定等事實，方有可能將洩密人繩之以法。因此除了一紙保密契約外，公司應事先將秘密的範圍界定清楚(如明定某些技術資料、財務報表或研發中之計劃等均屬公司機密)，使員工確實知悉其義務範圍。另外在形式上，公司內部也應採取若干保密措施以維護前述機密，以免將來對保護標的「祕密性」有所爭議。

### (三) 對人的管理：

- 1、對內部人員的管理：形式上，公司內部也應採取若干保密管制措施以維護營業秘密，以免將來對保護標的的「祕密性」有所爭議。至於有哪些保密措施較能防範機密外洩，以下一些做法可供參考：a.設置文件資料管制中心，並且有專人管制所有的機密資料；一方面限制文件之複製、借閱，以避免不必要的人接觸機密資料，另一方面也對機密資料嚴加管理，追蹤有關的流向，對於想要取得公司機密者無異增加了困難度。b.門禁管制：對於重要工作場所的出入口，設一定的檢查裝置，以避免公司機密被攜出。這在國外是習以為常的事，國內不妨撇開一些顧忌為保障公司機密而做做看。c.妥善處理要廢棄之機密資料，包括紙張本、電子本等，真正地銷燬，以免資料落入有心人手裡。發現有機密外洩之情形時，立即採取保全措施以防機密外洩的範圍擴大。
- 2、保密條款：對於所提供的資料加以過濾及記載，確實將簽約人所接觸的機密內容(標題、頁數、大致涵蓋範圍等)逐一記錄下來，並且聲明其權益歸屬，以為將來追蹤保密義務的範圍。在契約中預先訂明雙方收受資訊之窗口負責人，以限定機密的接觸人，避免不相關的人涉入其中，增加公司機密外洩之危險。當然，如果簽約人方面的機密接觸人有所異動，最好也能繼續追蹤其去向，並告知所負的保密義務以防止其在新工作中洩漏。在契約中限制營業秘密的使用範圍，以避免秘密不當流傳。要求簽約人與其接觸秘密人再簽署一份保密契約，並且要求其採取相當之保密措施。如果可能，儘量擴張簽約人之保密義務及於其代理人、受託人等，以加強其保密責任。約定好將來契約終止時，有關

秘密之收回交還及銷燬義務等。對於簽約人之違約責任，也最好能在契約中先約定一個高額的懲罰性違約金，一方面產生嚇阻效果，一方面可免去將來舉證之困擾。而內部方面，一方面要遵守秘密的管理流程，一方面在交付資料時也須驗明對方身份，然後持續追蹤資料之動向，在可能的範圍內儘量做好防範措施。

- 3、聘僱合約：一方(即僱主)同意聘用另一方(即僱員)，由僱員提供服務的合約。合約形式不限，即書面或口頭、明訂或默示均可。僱主指依僱傭合約僱用他人為僱員的人，亦指該僱主所授權的代理人、經理人或代辦人。大概具備以下3項條件：1.僱員同意取工資或其他酬勞，而為僱主的服務，提供其個人的工作和技能。2.僱員明示或默示地同意，在提供其服務時，接受僱主方相當程度的控制。3.合約的其他內容與僱傭合約相符，包括條款工作環境等。
- 4、歸屬契約：智慧創作或發明完成後，其權利之歸屬如何，為智慧財產權保護之最根本問題。以契約約定以出資人為著作人，其著作人格權及著作財產權均歸出資人享有。以受聘人為著作人，其著作財產權依契約約定歸受聘人或出資人享有。未約定著作財產權之歸屬者，其著作財產權歸受聘人享有，但出資人得利用該著作。有爭議「出資人得利用該著作」，其利用方式與範圍究竟如何？應作約定，否則易滋生爭議，解釋上應在原受聘契約之約定範圍內，並非可以漫無限制，以免對受聘人權益造成重大損害。
- 5、競業禁止<sup>10</sup>：雇主與員工簽訂競業禁止條款，該員工應擔任一定職務，且因該職務而有機會接觸公司所欲保護之利益下，該條款始有簽訂之正當性；如員工係較低職位本於普通技能就業之勞工，或所擔任的職務並無機會接觸公司所欲保護之利益時，則應無限制競業的必要性。競業禁止條款應訂明限制勞工競業之期間、區域、職業活動範圍，且該限制應無逾越合理範圍，即在社會一般觀念及商業習慣上可認為合理適當範圍，不會嚴重限制當事人的工作權，以及不會危及受限制當事人的經濟生存能力為前提之下而訂定。歷年來經法院審理案例中，競業禁止條款約定之期間有三個月、六個月、一年、二年或三年，目前較為常見且為法院所接受的期限為二年以下。應明定一定之區域，且不得構成勞工就業及擇業權利的不公平障礙，應以企業的營業領域、範圍為限；至於雇主尚未開拓的市場，或將來可能發展的區域，基於自由競爭的原則，不應該受到任何限制。競業禁止職業活動的範圍，應為員工離職後不得從事的工作或業務，以及對原事業單位具有競爭性的行業。應有補償勞工因競業禁止損失之措施；所謂代償措施係指雇主對於員工因不從事競業行為所受損失之補償措施。勞工離職後因遵守與原雇主競業禁止之約定，可能遭受工作上的不利益，惟目前國內尚未見有競業禁止約定中訂有代償措施。而法院在實務認定上，有以雇主未給予待業給付，作為認定競業禁止條款無效的標準之一；然亦有認為此僅得作為斟酌違約金考量因素之一，未給予待業給付並不影響該條款之效力。離職勞工之競業行為，是否具有背信或違反誠信原則之事實，競業禁止效力應在

<sup>10</sup> 競業禁止：為防止離職員工「帶槍投靠」競爭對手或自行創業，愈來愈多科技公司在勞動契約中，增列競業禁止條款。

離職員工的競業行為確有顯著背信性及顯著的違反誠信原則時發生，如離職員工對原雇主之客戶、情報等大量篡奪、或其競業之內容或態樣較具惡質性，或競業行為出現有顯著的違反誠信原則者。

- 6、授權制度：當經理人的工作量越來越大時，有必要適時授權。講清楚績效指標與期限授權不是丟件事給員工而已，還要讓他知道你期盼些什麼，以及完成的期限。授權的限度要弄明白，有些員工會自作主張，擴張自己獲得的授權，做一些超出授權太多的事。最好在授權時能特別交待「界限」到底在哪裡。
- 7、教育訓練：教育訓練是企業提升競爭力最有效也最經濟的方式，訓練成果效益的經濟價值更高。現代企業應該擺脫教育訓練是員工福利的心態，必需把教育訓練視為對員工的投資，事前要多宣導，提高員工認同度，刺激員工的參加意願。員工的培育是一項長期而專業性的工作，為滿足需求各異的員工，必需針對員工學經歷、潛能、專業技能、管理層級與組織機能特性，透過長期而有系統的培育計劃，施以不同層次的教育與訓練。為使培育員工工作推動順利，擬定培育計劃的考量重點作為教育訓練原則。

#### (四) 對事的管理：

- 1、分類分級：依照事務不同屬性予以分類，並依各類事務重要性予以分級管理或以加密方式管理，由不同級職或不同職務人權限來分類分層加上密碼管制方式達到管理功效。分類分級再加上分散管理，俗稱「別把雞蛋全放在同一個籃子裡。」雖不是一個完美的比喻，卻也不失為一項重要營業秘密管理方法。
- 2、審閱對外文件：企業對外正式文件均應有一套審閱制度及辦法以避免錯誤發生並維護自身權益。加上正確的文件管理方法或系統來達到對事或物之有效管控，其中包括文件加密管理方法、紙本數位化管理方法、文件協同管理方法、資安保護管理方法...等。
- 3、廢棄銷毀：企業對於敏感性機密資訊的銷毀廢棄必須具備適當管理機制，因為這一些資訊文件均是商業競爭對手或是犯罪集團所感興趣的，例如：客戶名單、財務資訊、營運報表、銷售報表、稅務資料、會計帳務、內部稽核報告、銷貨發票、報價單據、盤點單據、個人資料、信用卡帳單、薪資記錄、企業策略白皮書、醫療單據、醫療紀錄、病歷資料、產品設計圖、法律文件、過期檔案...等。以上文件可能為紙類或是藉由其他儲存媒介方式（如 CD, DVD, 磁帶...等）存在，必須有完善銷毀管理辦法，或外包合格廠商處理之，並開立銷毀證明。

談完營業秘密的有效管理之後，我們還得來看看救濟模式的處理有哪些。

## 五、營業秘密的救濟模式

### (一) 營業秘密的特殊模式

我們都知道的，營業秘密的特質具有：1、不可公開性 2、實用性；又據 2009 年日本夏雨教授指出，日本對營業秘密的特殊性提出了：營業秘密的三大要件：

- 1.根源性
- 2.不可恢復性
- 3.不可預測性

是以我們可以看出，各國對於營業秘密的特質自有其限縮與地區的認定。

但是只要營業秘密具有財產價值或經濟價值，自會有受到侵害之日。查考我國現行法規，營業秘密共有五種受侵害的態樣，分別為：

- 1、不正當取得
- 2、轉得人轉得時之惡意侵害。
- 3、轉得人轉得後之惡意侵害。
- 4、因法律行為取得後之不正當使用或洩漏。
- 5、依法令取得後之不正當使用或洩漏。

(張靜著：我國營業秘密法學的建構與開展第一冊營業秘密的基礎理論)

又據莊淑淳之「企業組織中營業秘密之管理一項探索性研究」指出，台灣產業間相關營業秘密的法律糾紛不斷上演的原因是：

- 第一：企業經營者對於營業秘密法的認識不足，因而未能制訂適當的營業秘密保護措施；
- 第二：企業內部管理並沒有將營業秘密納入企業系統相結合；
- 第三：我國企業主普遍缺乏對於營業秘密的存在形式與管理方法論述的基本概念；而僅止於營業秘密法條與法理的探討。

然而營業秘密正是企業經營優勢不為人知的一面，而又具有『一旦喪失，永遠喪失』(one lost is lost forever)的特性，其天生容易形成灰色地帶的混淆，試說明如下：

#### 1、長期累積範圍廣泛

例如：「客戶名單」對於企業之經營占重要地位，競爭對手取得自己客戶名單，或員工離職後藉由任職期間所取得之客戶名單，與原公司進行業務之競爭，常會造成是否構成營業秘密侵害之爭議。其實，客戶名單是否得被認為是營業秘密，仍應視其內容是否合於上述營業秘密之條件而定。單純的客戶名單，祇是名稱與電話或住址等，在市場上或專業領域內易於獲得或知悉，

看不出有何價值性與秘密性，很難合於營業秘密保護的標準。然而，若客戶名單具有特殊意義時，就可以受營業秘密之保護，其情形可能包括如下：

名單所有人對於該客戶名單之建立花費極多心力者，如經過其依據經驗廣泛收集、長期累積與分類等。「營業秘密」之範圍與條件；作者：章忠信）

## 2、不具排他性

例如專利權與營業秘密的最大差別就是營業秘密不具排他性(專有排除他人未經其同意而製造、為販賣之要約、販賣、使用或為上述目的而進口該物品或方法之權)，而這也正是營業秘密的單門之所在，藉由營業秘密法的規範與法律的保護，而使公司的秘密資訊變成受保護的營業秘密。

## 3、企業專屬或員工可利用內容不易界定

隨著產業技術的昇級，研究發展之投入日趨龐大，所創造的無形資產項目也不斷的增加，而無形資產的範圍也相對的擴大與廣泛，如專門技術(Know-how)、營業秘密，其而屬於這種較不易界定範疇，權利的授予與保障亦尚未完全成熟的無形資產，將是未來國際間經濟交流、政治、法律、社會制度等爭議、探討的焦點。

例如：依資訊的敏感度來界定資訊的等級及個別安全管辦法

例如：由於營業秘密不易評價，買賣雙方須經長時間之磋商過程，並約定一相當複雜之契約，且契約訂定後，又難保證此項資產能有效移轉，

## 4、秘密性，不得公開、無法登記

例如對於生物技術研發成果而言，專利法雖為較周延之保護方式。然而，許多秘密性、不宜公開且具經濟價值之技術及資訊或專利權實施困難之技術等，卻不適合以專利形式保護；如技術秘竅(know-how)、配方、方法流程及實驗結果或數據等。以營業秘密保護的最有名案例為可口可樂配方，其雖未申請專利，但也因此不必公開其配方，自始即以營業秘密方式保護至今。

依我國營業秘密法之規定，營業秘密係指方法、製程、配方、程式、設計或其它可用於生產、銷售或經營之資訊，且符合下列要件者：1.非一般涉及該類資訊之人所知者；2.因其秘密性而具有實際或潛在之經濟價值者；及3.所有人已採取合理之保密措施者。為取得營業秘密保護，對欲標的保護須採取保密措施，例如屬營業秘密之書面文件，可蓋以「機密」等字樣以聲明其秘密性，並須存放保管於予以保密措施之特定處所，且非任意一般人可取得者；又如技術性方法或配方則須限制為僅有少數人知悉且該等人與公司訂有保密合約，存放於予以保密措施之特定處所等。如最有名的可口可樂的配方或肯德雞的炸雞配方，都是秘密性，不得公開、無法登記。

綜合以上四點，故許多企業進而從消極的保護與限制轉而從積極的層面來思考：

**公司積極性作法：**

## 1.組織架構配套

從形式上來看，企業對於營業秘密管理在組織架構配套上，也應建立 PDCA (PLAN, DO, CHECK, ACT) 的觀念：

- (1) **P (PLAN)** 企業整體規劃上，應有基本的方針，透過管理目標與實施計畫雙向的架構，讓員工們知道企業要求的是什麼。
- (2) **D (DO)** 作法上要有實際的管理責任體系，標示出具體的規定與員工能明瞭的說明，進而能教育員工、引導實行。
- (3) **C (CHECK)** 分定期與不定期的監督考核機制，確定執行的成效，發覺操作的盲點。
- (4) **A (ACT)** 經由挖掘問題背後隱藏的重大缺失，進而提出改善方案與矯正策略，防範未來可能導出的重大瑕疵。

再談到組織架構的配套管理，就必須先提到日本夏兩教授提到的日本俗諺：新人才來到了公司，頭一年老實，第二年賣力，第三年3年掌握，第四年油條、、、，而這也講到了一個公司治理與人性之間的關係，制度並不能開展一個事業，但是事業的開展卻需要一個制度的維持。

比較有名的有 IBM 藍色巨人重新再創，其人事管理與各事業體之間的疊床架屋制度，內部輪遷人格多樣化學習，雖然表面上看到的是規定：『人員不可同一個職位在職超過 N 年』，但是實際運作上，只要事前透過公司詳細的規劃，配合 (線上/國外) 教育訓練，『輪調』不啻是另一類的『升遷』！

## 2.調高 (待遇) 相對層級 (MMOT Seattle 創業交流心得)

從防範的角度，企業治理可以分為管理制度與懲罰制度。

然而不若建立「人才歸向制度」：企業員工於勤務與生命火花所綻放出來的創意 IDEA，如何能收集而形成一個大家相依相隨的匯聚—歸屬企業，利潤分享、共容共存，進而促使人才能依其「研發成果」的質與量，由職員變股東，股東再配息，轉薪水變股票。

甚或留住真正的人才上與人才的栽培上：成立另一子公司來讓其管理，設置新的發展方案—配合新的分紅方式，企業主與股東間，建立另一層面的相對權利義務的發展。

## 3.組群的認同 (日本企業在中國)

現代台灣企業早已逐步跳脫勞力密集的過去產業型態，員工已經成了公司最具競爭力的資產，文化與組群的認同上，將創造企業一波又一波上衝的能量。例如：日本企業在大陸的作法為例

- 熊本建設
- 東芝
- SONY

20年前已經開始，對部分國中生建立其獎助獎學金制度，無論該國中生未來有續上大學與否，有得過獎學金的證明，也等同於入職優先權的通行卷，這些日本企業要的，其實無非是員工對企業的「忠誠度」，一如他們的口號：『堅根中國，居安思危，謙虛謹慎』，相較於這些百年老店的作法，台灣企業應本「他山之石可以攻錯」之心來學習。

#### 4.公司向心力（波音公司參訪心得）

人才投入企業，或由徵信的紀錄（企業的角度來看人），或由股票行情、財務報表（員工角度來看企業），一待遇—福利—並非全都是為了防範對手加碼COPY挖角，事實上一個企業文化的傳承：

管理人（企業）：著重於人力資源的運用與發揮

被管理人（員工）：著眼於個人生命資源存款（life loan）的建立

雖然台灣企業沒有日資企業終生雇用制的包袱，但是越來越多的年輕人，他們著重的，已無視企業招牌的響亮與優渥年薪的加持（伴隨過勞死的陰影），而是自己生命發展過程與年老時的老年退休保障累積。

上述四點之於企業對於營業秘密的積極性作法，然而終究企業之於營業秘密受到侵害之後要如何救濟，自不可不預先做準備：

#### 公司消極性作法（救濟模式）：

自2005年起，Toshiba竊取Lexar Media商業機密被判賠4億6,500萬美元賠償金後；於2006年時，鴻海子公司富士康又控告比亞迪竊取商業機密，並同時要求員工應簽署保密協定；而至2008年，惠普（Hewlett-Packard；HP）公司前副總經理坦承，於IBM任職期間，竊取公司商業機密，故被判服10年之刑期；然而，如此遲來之司法正義，卻怎麼也無法彌補與喚回公司嚴重受損的利益；顯見！

在企業茁壯須仰賴基礎研發能量蓄積的基本前提下，「員工」遂成為任一企業核心競爭能力之所在！故面對發展中國家企業之快速崛起，各企業衍生之員工集體跳槽，及重要商業機密外流等嚴重損害公司利益行為等問題之防杜，確有必要做進一步之加強；此外，由於竊取商業機密後所引發之司法訴訟行為，也將造成企業資源的虛耗；故為降低成本並增加企業實質上之競爭力，對員工進行最適化管理，及針對重要核心技術加以嚴密監控，即成為企業獲利與確保核心資產之最佳保障。

#### 1、民事救濟

依照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。

然而，營業秘密受侵害時，雖營業秘密法專就損害賠償的計算方法特別設有規定，但具體損害的數額仍然是相當不易計算。企業因此受到某某損害等的

因果關係，著實不易證明。因此，企業如欲以民事程序尋求救濟，最有效者應是能即時聲請定暫時狀態處分，至於請求損害賠償部分，因損害不易證明致其結果可能無法令企業滿意。

## 2、刑事救濟

一般言之，刑事責任因處罰的內容可包括罰金刑甚至自由刑，且因法律上有若干罰的規定，使公司負責人與公司本身同受刑事處罰，故尋求刑事救濟的嚇阻效果遠勝於民事與行政救濟途徑。因此，被害人於有刑事救濟途徑可資請求時，通常即優先採取刑事救濟途徑，並藉此以壓迫對造於民事程序上就範<sup>11</sup>。

然而依據現行「刑法」：僅見

第317條 依法令或契約有守因業務知悉或持有工商秘密之義務，而無故洩漏之者，處一年以下有期徒刑、拘役或一千元以下罰金。

第318條 公務員或曾任公務員之人，無故洩漏因職務知悉或持有他人之工商秘密者，處二年以下有期徒刑、拘役或二千元以下罰金。可見現行刑法以背信角度來制訂刑則，又刑事案件之訴訟中，營業秘密先天上較難達到救濟與保障的效果，因為：

- (1) 侵害營業秘密對於權利人所造成的損害，與遭到竊盜並無不同。
- (2) 為了保障投資與研發，以有效的刑罰對於侵害營業秘密之行為科以刑責，有其必要。
- (3) 民事救濟本身，縱使再加上懲罰性賠償，也不足以遏止營業秘密之侵害，因為侵害者常常已經脫產，或者根本就沒有能力賠償。
- (4) 侵害商標與著作權的行為，法律都科以刑罰，沒有理由不對於同樣是智慧財產權的營業秘密不以刑罰保護。
- (5) 刑罰有助於維持產業秩序。

反對以刑罰處罰侵害營業秘密之行為的意見也非常強烈，主要理由如下：

- (1) 刑罰並不能有效地遏止營業秘密的侵害，而事實上有沒有刑責的規定，對於侵害營業秘密行為的發生與否，並沒有影響。
- (2) 刑事案件的公開審判，將更加提高營業秘密在法庭被公開的危險，反不利營業秘密之保護。
- (3) 刑罰是對於侵害者的處罰，無助於營業秘密權利人損害的救濟，甚至使得侵害者繳了鉅額罰金或因身陷囹圄後，更無資力賠償。
- (4) 雖然侵害商標與著作權的行為，法律都科以刑罰，在已開發國家的實務上卻不多見起訴案件，營業秘密雖是智慧財產權的一種，其性質與專利較接

<sup>11</sup> 93章忠信：侵害營業秘密之刑責處罰

近，在專利除罪化的趨勢下，不以刑罰保護營業秘密並無何問題。

### 3、行政救濟

為維護交易秩序與消費者利益，確保公平競爭，以促進經濟的安定與繁榮，公平交易法上對於企業不公平競爭的行為，設有專章（第三章）規範之，其中第十九條專就企業有限制競爭或妨礙公平競爭之虞的行為作規範：

有下列各款行為之一，而有限制競爭或妨礙公平競爭之虞者，事業不得為之：

- (1) 以損害特定事業為目的，促使他事業對該特定事業斷絕供給、購買或其他交易之行為。
- (2) 無正當理由，對他事業給予差別待遇之行為。
- (3) 以脅迫、利誘或其他不正當方法，使競爭者之交易相對人與自己交易之行為。
- (4) 以脅迫、利誘或其他不正當方法，使他事業不為價格之競爭、參與結合或聯合之行為。
- (5) 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。
- (6) 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。

違反本條規定者，行政院公平交易委員會得依當事人的檢舉，或依職權主動調查處理之。如確定事業體有上述的違反行為，行政院公平交易委員會得依公平交易法第四十一條的規定，對該事業限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並得處新台幣五萬元以上二千五百萬元以下罰鍰；逾期仍不停止、改正其行為或未採取必要更正措施者，得繼續限期命其停止、改正其行為或採取必要更正措施，並按次連續處新台幣十萬元以上五千萬元以下罰鍰，至停止、改正其行為或採取必要更正措施為止，此乃對事業體行政上的處罰。

如事業體受行政院公平交易委員會上述的停止、改正其行為或採取必要更正措施的命令，仍逾期未停止、改正其行為或未採取必要更正措施，或停止後再為相同或類似違反行為者，依公平交易法第三十六條的規定，可處事業體內的行為人二年以下有期徒刑、拘役或科或併科新台幣五千萬元以下罰金。此處應予注意者，乃此時處罰的對象已非事業體，而係行為人本身，而處罰的性質也非行政罰（罰鍰），而係刑事罰（有期徒刑、拘役或罰金）。

## 肆.營業秘密的加值運用

### 本章前言及架構說明

權利是為使特定人能享受合理的利益，由法律賦予特定權利人的法律手段或方法，一般將之區分為財產權(財產上利益為標的之權利，依照此類權利客體的特性之不同又可下分為債權，物權，準物權，無體財產權)與非財產權(非以財產上利益為標的之權利，即人格權與身分權；其與權利主體密切不可分，但無法比照財產權般拋棄、讓與或繼承)兩大類。

本文所探討之營業秘密屬於抽象存在，無法為事實上管理或占有之有價智慧資產，法律層次上以無體財產權模式保護，在我國並以營業秘密法作為主要保障權利人之依據。

營業秘密存在本質雖與如洋房、汽車、鋼筆等具體有形之「有體財產權」極不相同，但其在價值發揮的層面上十分雷同，都可區分為兩個層次的利用。

其一為發揮其使用價值，這是大部分的財產持有人都可到達的利用層次，例如房屋此一有體財產，持有人可以直接利用其堅固的結構來遮風避雨，保障生命安全；對於營業秘密此無體財產，其所有人可直接運用構成營業秘密之公式、方法、資訊，改善作業流程、製造生產新產品甚至拓展業務，從而減低成本並增加交易收入，得到經濟上的利益。

其二，財產權尚有交換價值可供享用，例如前文所提之房屋，其可透過租賃他人或設置抵押取得金錢供作他用，於不再需要該房屋時，亦無需任其荒廢，而可作價出賣，獲得代價，以另一種形式享用該財產。財產所有人若只會發揮財產權使用價值，而沒有意識或沒有能力及手段去發揮其交換價值，這將是一種浪費，沒把辛苦投資時間及金錢取得的資產運用的淋漓盡致為自己帶來最大利益。

在營業秘密此等智慧財產的利用上，很嚴重的存在著這種「浪費」的現象，除了因為大部分營業秘密權利人本身沒有意識到營業秘密的交易價值而積極整理已擁有之營業秘密將其體系化並整合準備供交易投資運用；各國對應於此種無形資產交易之會計、財務、租稅及交易法制亦尚未完整發展而未能充分合理保障交易雙方(交易平台及環境不健全)；此外智慧財產的估價沒發展出普遍而讓足以使業界人士信服的評量標準也是一個大的障礙，這會使交易雙方無法客觀評估自己在交易中所付出的代價合理否，基於恐懼當冤大頭而對交易裹足不前。

上述這種未能發揮營業秘密及其他智慧財產權交換價值之現象與未有充足無形資產交易保護法制及配套措施的狀況，就總體面長期觀之，會降低研發誘因，使創

作或發明人因可預期之研發報酬不足不願積極投入資源及時間創作發明，而有礙於提昇人類經濟、文化及科技之發展。即便僅就台灣此經濟體為單位來觀察，這種未對營業秘密等無形資產另為加值運用取得交換利益的狀況，也會使台灣無法因應於新興國家崛起帶來的挑戰而可能在全球經濟演進的浪潮中被淹沒。因為台灣本質上無法以廉價勞力或充沛之天然資源與其他國家競爭，台灣所擁有的強項競爭武器是由民間企業多年來累積發展的如晶圓設計代工及 IC 封裝測試之製程與方法、採購流程、商業經營模式、IT 支援架構、人力資源管理等全方位的 know-how 等營業秘密，對於此資產，在直接發揮其使用價值方面，台灣企業(特別是電子、半導體產業)之成績有目共睹，台灣已取得全世界流通販售的高階電子產品主要製造承包商地位；但如何更有效運用這些我們手上最有力的資源籌碼”營業秘密”，進一步發揮其交易價值使企業能充分受有研發創新的回饋，並為台灣發展出「高附加價值知識型服務業」，以軟實力帶動一波經濟成長？這是台灣企業應該承擔的重要的社會責任，也是學者及政府單位應加以重視提出施行建議的重要議題。

本章「營業秘密的加值運用」，第一節將闡述”發揮營業秘密交易價值之手段”，即”讓與及授權”的法規、程序及締約履約應注意事項，供有意加值運用營業秘密之企業/人員參考，避免在進行營業秘密交易時承受不必要之締約風險而有賠償損失；第二節將更具體化，針對常見的智慧財產權加值運用常見複合式態樣（合資、整廠輸出、併購）進行簡要之剖析，針對該商業模式說明其締約及權利義務設置之重要關鍵問題並與以執行建議；第三節則是以商業角度切入論述營業秘密所有人如何能促成合資、整廠輸出、併購行為於其該商業行徑中獲取更好的交易條件提升己方無形資產交易價值。第四節是本節建議及小結。

期待相關內容能拋磚引玉，期待更多產官學各界人士能重視「營業秘密的加值運用」問題，進而提出更佳且更完整之營業秘密智慧資產價值創造及管理方案，讓台灣政府及企業得以採用以軟實力帶動另一波經濟成長。

## 一、營業秘密的加值運用手段-讓與及授權<sup>12</sup>

### (一) 營業秘密讓與及授權之法規及正當程序

#### 1.營業秘密讓與及授權的意義及法規依據

<sup>12</sup>營業秘密法第八條規定：「營業秘密不得為質權及強制執行之標的。」

引述章忠信先生「營業秘密之使用、讓與及授權營業秘密」一文說明立法原由如下：

「營業秘密權」屬於無體財產權，其設定質權時無法如有體物般進行交付，而營業秘密因必須保持其秘密性，從而營業秘密法並無登記制度規定，得以作設質登記，並產生對抗第三人之效力，徒增其紛爭。又「營業秘密權」若得為強制執行之標的，將有喪失其秘密性之危險，蓋「營業秘密權」如須作拍賣時，必須讓參與投標之人了解營業秘密之內容，以決定其投標價格，如此將使營業秘密不再是秘密，反而不利於「營業秘密權」之權利人及債權人。

### (1)讓與

指「營業秘密權」之權利人移轉營業秘密所有權使交易相對人取得營業秘密權並得使用、授權或禁止他人使用該營業秘密權所彰顯之營業秘密之行為。移轉營業秘密所有權後，除非雙方另有授權特約，否則原權利人並應脫離該營業秘密之使用。

其法源依據為營業秘密法第六條第一項<sup>13</sup>「營業秘密得全部或部分讓與他人或與他人共有。」另法規並無訂定應以書面或登記為其讓與要件，故雙方意思合致口頭約定亦有效力，然為求慎重免於履約階段有所爭議及便於訴訟舉證，宜以書面為之。

### (2)授權

指「營業秘密權」之權利人允許他人在約定之地域、時間、內容、使用方法或其他事項範圍內使用其營業秘密，授權後，在協議之授權範圍內，原權利人不得主張被授權人侵害其權利；權利主體並不因而變動，除專屬授權或另有特約外，原權利人仍得自行使用、授權或禁止他人使用該等資訊。

其法源依據為營業秘密法第七條第一項<sup>14</sup>，值得注意的是法規已特別規定權人非經「營業秘密權」之權利人同意，不得為再授權行為。與營業秘密之讓與相同，營業秘密授權非法定書面要式行為，但仍建議以書面為之較清楚且可為履約之依循。

## 2.共有狀態下如何能有效讓與及授權營業秘密

營業秘密為共有時，對營業秘密之使用或處分及授權，應得共有人之全體同意；惟共有人已事先約定關於使用、處分及授權權限及程序等內部管理規定時，依照契約自由原則，國家尊重所有人預設之決議，只要營業秘密權利共有人依照約定方法為營業秘密之使用或處分及授權，即屬合法並受公權力保障。此外，法規為使營業秘密易於使用、處分及授權，以令所有人之投入資金及心血能有所報償不致因部分共有人惡意阻撓而付諸流水，特設規定使各共有人無正當理由，不得拒絕同意。

綜上所述，在實務上營業秘密的共有人要為加值運用時，建議宜先取得其他共有人書面同意作為合法讓與及授權之證據，避免糾紛。總體而言，法規亦已明定共有人無正當理由，不得拒絕同意其他共有人對營業秘密的加值運用(讓

<sup>13</sup>營業秘密法第六條：「營業秘密得全部或部分讓與他人或與他人共有。營業秘密為共有時，對營業秘密之使用或處分，如契約未有約定者，應得共有人之全體同意。但各共有人無正當理由，不得拒絕同意。各共有人非經其他共有人之同意，不得以其應有部分讓與他人。但契約另有約定者，從其約定。」

<sup>14</sup>營業秘密法第七條規定：「營業秘密所有人得授權他人使用其營業秘密。其授權使用之地域、時間、內容、使用方法或其他事項，依當事人之約定。前項被授權人非經營業秘密所有人同意，不得將其被授權使用之營業秘密再授權第三人使用。營業秘密共有人非經共有人全體同意，不得授權他人使用該營業秘密。但各共有人無正當理由，不得拒絕同意。」

與及授權)之要求，在共有狀態將不甚為妨礙營業秘密的加值運用。

## (二)營業秘密讓與及授權議約進行之注意要點及建議

### 1.於評估階段保密合約的簽署及保密合約應備之重要核心內容

營業秘密係因其機密性而有價值，無論是蓄意或無意洩漏，只要公開，就失其營業秘密之身分，而可任由他人運用。故正式執行讓與及授權之前的交易評估階段或於後續簽署營業秘密讓與及授權合約時都要特別賦予對方一定的責任及義務使其保持營業秘密之機密性。

尤其行銷營業秘密及交易評估階段中，為促成營業秘密的讓與及授權之發生，權利人定然會揭露某種程度之營業機密本質內容，取信相對人其確實持有該營業秘密並引發其交易興趣，為使相對人不會因評估階段聽取機密本質內容即達成取得營業秘密之取得及授權之效果，而不願進一步締約及付出交易代價，在評估階段更需特別設置對方聽取營業秘密後的對該揭露之營業秘密的運用限制。評估階段保密合約的內容應比實際締定營業秘密讓與及授權合約保密條款時更加嚴謹及完備。一份評估階段的保密合約核心內容應該要求資訊接收方(1)不得揭露資訊；盡善良管理人之注意義務妥善保管所接收之機密資料以避免遺失或無意揭露；其內部接觸資訊之人要限縮於 need to know 的人員，即職務上與該機密資料無關之同公司內部員工亦不得接觸、取得該機密資料，減低洩漏資訊之機率(2)接收方僅得於評估或於執行未來雙方業務往來關係之目的而使用機密資訊，非經他方另以書面表示同意，不得使用他方之機密資料。

### 2.營業秘密讓與及授權合約重要權利義務分析並給予議約條件建議

合約是重要的風險管理工具，一份好合約應含括考量可能發生的爭議及問題而制訂，促使雙方得依所協商的內容平順各自履行義務達成交易目的。故合約書應用清楚的語言說明雙方的意圖、權利義務、風險和報酬分配。羅列及解讀營業秘密讓與及授權的幾個重要條款如下，以供交易人參酌。

#### (1) 契約主體的特定：規範合約所涉及的實體

除了在合約中明確記載交易雙方名稱外，因自然人或法人同名甚為常見，為能特定交易人，除了名稱外更宜同時註明其國籍、住所地址。對於共有營業秘密讓與人/授權人，並應特別載明其共有人資料，取得其對該特定讓與或授權之同意書作為合約附件或取得其授權處理之處理營業秘密之授權證明文書。實際與公司法人簽約交易時，應該要求蓋該公司其正式於政府機構登記印鑑於合約書，或要求代表人員提出公司證明文件及授權書(Power of attorney “POA”)，確保合約效力，避免無權代理之狀況。

另外在營業秘密授權之情況，被授權人應一併思索己方之子公司、關係企業是否需要運用該營業秘密，若有需求，則應要求將之含括列入合約授權

對象或要求自己擁有權再授權給己方之子公司或關係企業。對於子公司及關係企業之定義並宜清楚載明，免生後續對特定公司到底是否為合約所提之關係企業而得運用營業秘密有所爭執。

提出業界常用的子公司及關係企業定義供參酌：

The Related Companies provided herein shall mean any corporation, company, or other entity which: (i) is Controlled by a party hereto; (ii) Controls a party hereto; or (iii) is under common Control with a party hereto. For this purpose, "Control" means that more than fifty percent (50%) of the controlled entity's share or ownership interest representing the right to make decisions for such entity are owned or controlled, directly or indirectly, by the controlling entity. An entity is considered to be a Related Company only so long as such ownership or control exists.

### (2) 交易客體陳述及特定：

如何特定交易之營業秘密的內容，對於買受方/被授權方相當重要，清楚之定義及陳述，有助於要求並促使讓與人/授權人充分履行其合約義務並於有履約爭執要透過訴訟或仲裁主張權利時有明確的範圍使法官、仲裁人等第三人得協助實踐。相對來看清楚的交易客體陳述及特定，對於營業秘密讓與人/授權人亦有好處，可有效遏止買受方/被授權方透過無端取鬧想無償獲取非交易標的之營業秘密行為。

再者，關於營業秘密授權，若一項技術/方法可產生不同功能、得運用於各種相異技術領域或製造不同產品者，授權人得依照被授權人之不同需求分割授權，使其僅在約定之技術領域範疇、授權地域、特定時間及產品上運用該營業秘密，如此可避免被授權人與營業秘密所有人爭奪市場，自我保障。

### (3) 營業秘密交付及授權的義務履行方式：

營業秘密抽象存在，不像有體物只要透過簡單的現實交付行動，受讓人或被授權使用人即可立即享有該財產權之表彰之利益。交易雙方必須透過文件交付，開課教學，電話信件諮詢甚至駐廠指導等各種方法來使受讓人/被授權人能真正受有營業秘密交易之利。故雙方必須針對現實因素審慎評估(例如移入公司吸收能力、移出公司能力所及之營業秘密移轉管道及預期投入之營業秘密取得&轉換成本)制定合宜之營業秘密移轉義務載於合約中。

▲考量要素可參閱下表：

管理程序 對象	投入	轉換	產出
移出公司	1.契約內規定 2.合作夥伴的透明度 3.非自願性技術移轉的策略意圖	1.雙方互動關係 2.傳遞管道 (transmission channels)	
移入公司	1.吸收能力(absorptive capability)，這又受自身技術能力的影響 2.管理:技術取得管理(technology acquisition management)，在合資時稱聯盟管理技巧	* 移入公司留才能力 (retentive capability)	* 移入公司技術強化能力

影響技術移轉績效的因素- 摘自伍忠賢博士 科技管理(2006)一書 p336

#### (4) 擔保條款：

一般有形商品、不動產買賣，買受方雖可親自檢驗交易標的，但法規及雙方常見之約定交易條件中都會要求賣方提供權利擔保及品質擔保，這是因為在交易市場中向來有交易資訊不對稱【訊息不對稱】(asymmetric information)之狀況，且大多時候賣方都是資訊優位的一方。在營業秘密讓與及授權的加值運用交易中不但不例外，這種情況更是顯著，因為營業秘密這種無形資產無法事先驗貨或像購買房屋一樣清查所有權登記，買受方/被授權方的交易不安需要賣方/授權人提供聲明及擔保及承諾賠償來消除，否則可能交易會破局；但在賣方/授權人的立場向來不願擔保，以求減少法律風險。

擔保條款對雙方權利義務有很大影響，營業秘密讓與及授權常見擔保可大致區分為三類<sup>15</sup>：

##### A. 簽約權利擔保

主要是有關締約當事人事項由雙方聲明自己有締約適格地位；聲明己方簽約之行為合法有效，無違反強行法規或與其他第三人之約定致簽約相對人有承受交易損失之虞。

##### B. 交易標的權利之擔保

(A). 權利人自稱技術合法: 擔保擁有合法權利可憑以履行合約義務。

<sup>15</sup> 擔保類型分類---比照伍忠賢博士 科技管理(2006)一書 p343-p344 所定

(B).權利不會被撤銷：授權期間不因公開或他原因而致交易權利消滅。

(C).沒有侵害他人智慧財產權：擔保交易之營業秘密本身及實施行為不侵害他人智慧財產權。關於本擔保，縱使權利人合法擁有營業秘密智財產權也很難提出保證，畢竟技術工藝浩瀚無窮，日新月異，各地區不時核發之新專利，誰也不敢承受如此高的風險允諾擔保。

C.授權人自稱技術效能之擔保：擔保交易標的之品質及效能。

交易標的品質及效能之發揮與買受方/被授權方吸收能力和實施營業秘密之環境條件也很有關，賣方/授權方多不願擔保承受非己方能控制之風險。總體而言，A項及B項(A)擔保一般雙方可接受，其他擔保很難談定，雙方有時會加入「依照賣方/被授權人了解」等限制擔保範疇之文字折衷達成合意。

#### (5) 付款條件<sup>16</sup>：

實際支出之對價除了現金外，雙方亦可商議以其他有價證券、動產、不動產及無形智慧資產作價抵付。然無論如何，雙方宜尋求公正且專業的技術鑑價協助，並審慎評估自身需求，以之為基礎來決定對價模式及數額。營業秘密授權付款模式通常為下列兩種；營業秘密讓與之付款一般會較單純，惟若有特殊約定亦類同下述模式。

A.定額給付:可採用 Lump-Sun Payment 方式一次付訖；亦可依照營業秘密交付移轉進程設定各付款時間點，每當移轉工作滿足相應之付款條件，則支付「里程碑」(Milestone Payment)。

B.記量給付

初期由買方/被授權方支付定額頭期款(upfront Fee)，後依產品或銷售額計算一定比例之權利金。

為鼓勵被授權人增加產銷數量，有時也會另定隨產銷數量增加而減少權利金費率之鼓勵條款。

#### (6) 保留條款(reservation clause)：

在營業秘密讓與情況，作價出售之讓與人需特別考慮設置保留條款。因為可能過去其已與他人簽定授權/交叉授權等合約，為確保被原授權人可繼續用益該營業秘密，不致另生爭端，被其他有合約關係之被授權人控訴索賠，宜清楚於營業秘密讓與合約載明保留相應被授權人之權利。另外授權金收取權要否隨營業秘密之讓與而異主，也是重要必須先談定載明於合約之問題。再者，一但知悉營業秘密內容，要在實際營運上避開不用，有相當困難度，建議出讓人保留或要求受讓人反授權其可繼續運用，以免因無權使用所讓與

<sup>16</sup> 參照蕭敏、陳明發、黃淑君合著之「矽智財交易及相關法律問題探討」一文，政大智慧財產權評論第一卷 第一期 P99

之營業秘密而侵權，若受讓人擔心出讓人為惡性營運競爭之行為，亦可明確排除某些領域(受讓人主要商業營運範疇)的運用。

### (7) 賠償條款：

合約應該定有賠償條款及提出請求的方式、期間，明文讓違約方負責，確保無過失交易方之損害能迅速獲得填補。

當事人有違約行為或違反擔保及聲明而造成對造損失時，其自應負責賠償對造損失，然實際賠償內容將於未來違約事實發生時才有辦法估計，這種狀況對於重視風險管理的現代企業是不太能接受的。故許多企業開始針對其交易營業類型設定不同的限額賠償責任條件，預先為風險管控避免落入賺小錢賠大錢因小失大的危險狀況。在營業秘密交易中，對於賣方/被授權方(合約執行時有較多作為義務並常有提供擔保行為，容易違約費賠償之責)這是特別重要甚至涉及其企業生存永續經營的問題，故宜特別注意，事先詳定出可合理的風險承受界限(賠償上限)載於合約中。

### (三)實施進行營業秘密讓與及授權(Know-How 移轉操作面)之注意要點及建議

營業秘密讓與及授權除了當事人間依合約履行權利義務約定，尚須注意符合國家政策及相應之法規範，否則交易效力恐生問題或引發無窮糾紛。以下說明三項各國家常設立之與營業秘密&技術移轉及授權有關之法規，讓有意為營業秘密交易之人得預先注意該規範、先期評估並調整做法。

#### 1.技術與產品輸出限制

各國家為維護國防安全、外交利益及保障其國內經濟發展，常管制國防、高科技特殊領域之營業秘密、技術或產品之出口；實務上，各國針對不同營業秘密、技術與產品所定之輸出限制之特別法<sup>17</sup>相當多，管制方式也寬嚴不一，有些技術被完全禁止出口有些僅針對特定地區(ex支持恐怖活動之國家，藉管制控制大規模毀滅性武器、技術的擴散，以及可供作為軍事發展之軍商二用品之移轉，藉以維護世界和平<sup>18</sup>)設定技術出口及再出口禁運之限制。營業秘密交易雙方必須了解營業秘密/技術/產品所在國之此類特別法規之限制，避免耗費時間金錢進行相關準備後才發現所欲達成之目標為法規所禁止，徒耗寶貴資源。

#### 2.公平交易法或其他競爭法

為防止授權人藉其強勢地位在營業秘密或技術授權協議中加入一些限制條款，將該智慧財產權作為其控制競爭的工具，藉機提高市場地位，造成不合理之技術壟斷及限制競爭之行為<sup>19</sup>，各國常設法規對授權契約之公平性及不競爭

<sup>17</sup> 例如美國之 Export Administration Regulation (EAR)；台灣「戰略性高科技貨品輸出入管理辦法」。

<sup>18</sup> 徐振榮「出口管制制度與系統之分析研究」(西元 2000)。

<sup>19</sup> 涉及「權利濫用原則」(Misuse/Abuse Doctrine)之概念

約定做規範，若有違悖將可能被處以高額罰金，營業秘密授權人要特別注意相關規範（例如美國一九九五年反托拉斯法智慧財產權授權行為準則（Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property）；我國公平交易法；日本「專利及專門技術授權協議之執行基準」等）。

### 3.稅務法規

營業秘密讓與人/授權人必須要了解自己國家及交易人國家的稅務負擔準則，並將己方要負擔的稅款視為成本來擬定及與交易相對人談判協商，定出讓與及授權代價，若未事先考量稅務負擔問題，則可能發生交易中獲取之實際利潤連所得稅都不夠付，除了白忙一場還發生虧損之情況。

關於營業秘密/技術採購或被授權方，一般而言要特別注意國家是否對自己課以扣繳要求？各國為了方便稅收作業，設有扣繳制度，尤其對於跨國交易所得人追償稅款<sup>20</sup>不容易，更會要求付款人(營業秘密/技術採購或被授權方)依法<sup>21</sup>履行扣繳義務，付款人若忽略履行，一般除了要替交易對象先納稅(雖可再向交易對象追索，但實務上對方不願支付之風險很大)也可能另會被該國稅捐機關課以高額罰鍰。營業秘密/技術採購或被授權方在稅務問題考量上不可不慎，最好在議約商談對價給付時，即讓財務部門事先研究扣繳問題，甚至將相關作業明確載於合約讓營業秘密出售方知悉其納稅義務額度及支付方式(由買方/被授權方代為扣繳)，除避免所得人對實際可收取金額有錯誤期待引發後續爭議外也避免買方/被授權方簽約後立即要付款時因時間緊急疏忽扣繳義務致使取得授權之成本暴增。

以我國授權權利金為例，我國所得稅法第 88 條規定，權利金所得係屬應扣繳的所得，若所得人為境內居住的個人或於境內有固定營業場所的營利事業，則需按 10%扣繳率進行扣繳，除非所得人為境內營利事業時，其已就該項權利金收入依法開立統一發票者，則可免予扣繳。而若所得人為非境內居住之個人或於境內無固定營業場所的營利事業，則需依 20%的扣繳率進行扣繳。進行扣繳前，應先行查明該所得人所屬國家是否與我國有租稅協定，例如：澳洲、新加坡、英國等國家皆與我國簽有租稅協定，因此，其扣繳稅率可依所得人所屬國家之不同，而降至 10%~15%之間。<sup>22</sup>

<sup>20</sup> 許多國家對於其境內所得課稅；例如中華民國即是

中華民國所得稅法第 3 條第三項：營利事業之總機構在中華民國境外，而有中華民國來源所得者，應就其中華民國境內之營利事業所得，依本法規定課徵營利事業所得稅。

<sup>21</sup> 例如我國所得稅法第 88 條規定

<sup>22</sup> 本段引述 陳麗琴 「生技公司常見之扣繳問題」一文中對我國授權權利金之扣繳說明部分(網路發表，無載明發表日，最後查閱日為 2009/11/08)

若未履行扣繳義務，依我國所得稅法第 114 條，除限期責令補繳應扣未扣或短扣之稅款及補報扣繳憑單外並處一倍罰鍰，其未於限期內補繳應扣未扣或短扣之稅款，或不按實補報扣繳憑單者，應按應扣未扣或短扣之稅額處三倍之罰鍰。此外亦需另繳滯納金【逾期扣繳(每月十日前應將上一月內所扣稅款向國庫繳清)每超過兩天,加徵百分之一滯納金】。

營業秘密等技術採購/授權費用都相當高，10%-20%的稅，動輒數百萬甚至千萬元，沒有履行扣繳義務後，一但經稅捐機關要求先代繳並處以同額一倍到三倍罰款對營業秘密/技術採購或被授權方是很大的財務負擔，國內不少企業過去曾經吃過這種虧，需引為前車之鑑。

## 二、營業秘密的加值運用模式

營業秘密的加值運用不外乎是透過前一節所闡述之讓與及授權方式來發揮營業秘密的交換價值，然而除了直接讓與及授權外，有許多重要的商業活動，如合資設立、整廠輸出及併購等複合式商業行為，可含括甚至必然含括營業秘密讓與及授權。實務上許多營業秘密讓與及授權是伴隨著這些商業行為而發生並一併被規範於合資設立合約、整廠輸出合約及併購合約這些多面向的混合契約中。本節針對這些常見的複合式智慧財產權加值運用態樣（合資、整廠輸出、併購）進行簡要之剖析，期待營業秘密所有權人更加了解此類商業模式及締約之重要關鍵問題及執行策略，並希冀其能靈活運用此類商業手段配合前一節所闡明之營業秘密讓與及授權締約準則，將營業秘密交易價值發揮得淋漓盡致

### (一)常見之主要秘密加值運用商業模式及說明該模式下營業秘密所帶來之加值利益

#### 1.合資

所謂「合資」又稱合營，簡稱 JV，係指數人(包括自然人及法人)共同投入資本、分享利潤、支出及風險，以經營共同事業；方式有(1)公司式合資：出資者依據公司法之規定成立公司並依出資比例分配股權，為此一目的而設立之公司稱為「合資公司」。(2)契約式合資：雙方約訂共同投入資本於某一領域共同營業，但不另外成立新公司。適合於較單純有特定營業範圍及明確的合作期間之合作目標。好處是可排除公司式合資所可能產生之稅賦，以及法人機構之行政成本負擔。

一個合資計畫之訂立，其目的並不單純只是成立公司或找夥伴一起獲取利潤，更重要的是結合個別合資股東之特殊條件與能力<sup>23</sup>，尤其是關於合資營運範疇所需要之特殊技術(營業秘密)、專利、原物料取得能力、客源、市場知識、商譽

<sup>23</sup>參照工業技術研究院 國際合作知識網對合資之定義(最後查閱瀏覽日 2009/11/08)  
網址 <http://www.ibt.iti.org.tw/content/menu-sql.asp?pid=89>

等，以合作方式達成合資之綜效，並分攤風險。

目前高科技產業成立合資公司十分盛行，因為高階電子產品如電腦、智慧型手機家電等各類 3C 產品及其配套通訊服務等，涉及之技術十分複雜，已非單一公司可短時間獨立掌握，為了能快速切入市場，多採合資成立新公司的方式，除了實際資本出資也技術出資，以自己之相關營業秘密/技術或專利權作價出資，互補對方之技術不足，並合作進行研發、製造或銷售，如此可加快研發及產品上市時程並分散研發費用及風險。

例如 2009 年中旬韓國 LS Industrial Systems 與英飛凌科技(Infineon)共同成立 LS Power Semitech Co., Ltd 合資公司(LS Industrial Systems 持有 54% 股權；英飛凌持有 46% 股權-英飛凌提供其電源模組系列 CIPOS(控制整合電源系統)相關的智財授權、科技與製程專門技術做為部份技術出資)，聚焦於白色家電壓模電源模組的研發、生產與行銷，使得英飛凌和 LS Industrial Systems 得以加速進入諸如洗衣機、電冰箱、空調等高效能家電，以及其他低功率消費與標準工業應用等前景看好的市場。<sup>24</sup>

又如 Qimonda 與 CentroSolar 合資成立太陽能電池製造廠，生產以矽材料為主的太陽能電池，Qimonda 提供其現有在矽基量產的專業技術及矽片供應的重要來源，CentroSolar 則將提供其在太陽能系統上的專業知識及太陽能模組的業務銷售經驗。CentroSolar 將佔有 49% 的股權，其餘的 51% 的股權則由 Qimonda 100% 持股的子公司 Qimonda Solar 持有。合資企業廠將設置在 Qimonda 位於葡萄牙康德鎮(Vila do Conde)的廠區，並將在 2009 年 9 月底前初期投入 7,000 萬歐元的投資金額。<sup>25</sup>

這些合資案都顯示了營業秘密/技術/專利等無形資產於現代合資商業模式中扮演非常重要的決定性的角色，智慧財產權所有權人可利用這種趨勢，積極找尋是否有發揮其無形資產的交易價值的合資機會。

合資必須以妥當詳細的合資計畫（營運契約，governing agreement）為基礎，契約內容中應該針對合作之事項與將來可能發生之情事加以詳細約定。對於合資計畫涉及營業秘密等技術知識或專利等作價技術出資權部份，並通常在契約內必須提及相關智財權之使用及移轉，該部分之詳盡程度需比照一般智慧財產權及授權契約，不能簡略帶過。

<sup>24</sup> 參照電子工程專輯 2009/6/15 網站新聞(最後查閱瀏覽日 2009/11/08)  
網址 [http://www.eettaiwan.com/ART\\_8800575553\\_675763\\_NT\\_3e80cb30.HTM](http://www.eettaiwan.com/ART_8800575553_675763_NT_3e80cb30.HTM)

<sup>25</sup> 參照電子工程專輯 2008/05/07 日網站新聞(最後查閱瀏覽日 2009/11/08)  
網址 [http://www.eettaiwan.com/ART\\_8800520981\\_480702\\_NT\\_6352276d.HTM](http://www.eettaiwan.com/ART_8800520981_480702_NT_6352276d.HTM)

## 2. 整廠輸出

關於整廠<sup>26</sup>輸出，這裡所要討論的是齊備型(turnkey system)的整廠輸出，其內容除了販售構成整廠設備的機械、器具及材料等具有一定性能的裝置、同時也將發揮整廠設備整體機能所需營業秘密know-how及專利讓與或授權換價並施以技術指導等勞務服務，有時甚至包括廠區工程建設承攬業務等。

相較於一般單純的設備機台交易，整廠輸出帶有營業秘密 know-how 技術的無形資產交易及技術人員勞務，附帶地有可獲得智慧無形資產交換報酬，所得較一般單純商品輸出為多；此外因進行 turnkey project 需要高度生產技術，故可向世界各國直接顯示我國工業化水準；再者引入 turnkey system 的交易相對人也常是開發中國家的政府機構、公營事業機構或是半官半民的公共機構(Public Organization)其為提升該國工業實力所為，與其合作除了各取所需互蒙其利，亦可藉此機會增進合作情誼，為未來投資該國或商業交易打好產官學合作基礎，降低進入門檻。

綜上所述，可知齊備型(turnkey system)的整廠輸出是相當重要的商業獲利模式，我國經濟部一直以來也相當重視並積極推廣扶持民間企業執行整廠輸出的商業經營，民國八十五年經濟部等政府單位及外貿協會、中國輸出入銀行、台灣區機器工業同業公會並支持成立「中華整廠發展協會」<sup>27</sup>，透過該協會推動整廠業者強化產銷體系、提昇供應能力、蒐集資訊、開拓市場、取得融資、培訓人才以促進整廠產業健全發展。

該協會除了整理我國可提供整廠輸出的各類廠商資料以供有興趣的買方查詢聯絡，亦提供各國對於各類整廠輸出之需求資訊<sup>28</sup>，及各國法規、工資等商業資訊供國內企業參酌，有整廠輸出能力及意願的企業可定期上網了解，發現商機。

<sup>26</sup>整廠的定義- 黃正飛個人網站資料

▲狹義的「整廠」乃指重型機械及構成工廠主要部分的機械設備而言。

▲廣義的「整廠」則指經過系統工程設計，生產產品或提供勞務的完整設施而言，其範圍包括

- ①整體規劃、工程設計、廠房建築、動力供應，
- ②機械設備的製造供應、安裝、試車，
- ③技術訓練與經營管理(財務控制、產品銷售)。

<sup>27</sup>中華整廠發展協會 <http://www.tpcc.org.tw/TW/index.asp>(最後查閱瀏覽日 2009/11/08)

<sup>28</sup>例如 98 年 11 月 3 日發佈馬來西亞 2010 年財政預算案將撥款 60 億馬幣發展農業，並冀望減少對食品進口之依賴資訊。國內農業技術持有業者，即可深入研究是否有合作技術授權及設備供應之商機。

<b>食品、飲料整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> 中式點心、各 <u>休閒食品</u> <u>糖果類</u> <u>國種族食品製</u> <u>品製造</u> <u>製造設</u> <u>造設備</u> <u>整廠</u> <u>備</u>	<b>紡織、成衣整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>紡紗設</u> <u>織造整廠設</u> <u>染整整廠設</u> <u>備</u> <u>備</u> <u>備</u>	<b>木竹材料加工整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>製材</u> <u>合板製造</u> <u>塑化木材製造</u> <u>設備</u> <u>整廠設備</u> <u>整廠設備</u>
<b>造紙、印刷整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>紙漿製</u> <u>造紙整</u> <u>紙漿成形用品</u> <u>造設備</u> <u>廠設備</u> <u>製造整廠設備</u>	<b>包裝整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>包裝設備</u>	<b>塑橡膠製品整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>輪胎及</u> <u>橡膠鞋類</u> <u>工業用橡膠</u> <u>內胎製</u> <u>製造整廠</u> <u>製品製造整</u> <u>造設備</u> <u>設備</u> <u>廠設備</u>
<b>金屬加工整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>鋼鐵材料</u> <u>鋼材滾軋與</u> <u>鋼鐵鑄造</u> <u>冶鍊設備</u> <u>擠製整廠設</u> <u>整廠設備</u> <u>備</u>	<b>非金屬礦物製造整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>陶瓷製</u> <u>玻璃及玻璃</u> <u>水泥及水泥</u> <u>品製造</u> <u>製品製造整</u> <u>製品製造整</u> <u>設備</u> <u>廠設備</u> <u>廠設備</u>	<b>電機、電子機械製造設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>發電輸配</u> <u>家用電器</u> <u>電線及電</u> <u>電機械製</u> <u>製造整廠</u> <u>纜製造整</u> <u>造設備</u> <u>設備</u> <u>廠設備</u>
<b>運輸工具整廠設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>汽車零件</u> <u>汽車塗</u> <u>機車製造</u> <u>製造設備</u> <u>裝整廠</u> <u>整廠設備</u>	<b>公共設施、整廠周邊設備及工業製品製造設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>電力供</u> <u>燃料供應整</u> <u>水處理整</u> <u>應設備</u> <u>廠設備</u> <u>廠設備</u>	<b>化學製品製造設備</b> <span style="float:right">+MORE</span> <u>基本化學</u> <u>石油化工原</u> <u>化學肥料</u> <u>原料製造</u> <u>料製造整廠</u> <u>製造整廠</u> <u>設備</u> <u>設備</u> <u>設備</u>

我國整廠輸出服務種類及供應商資訊--取自中華整廠發展協會網頁

### 3. 併購

企業成長策略有二：一、內部成長 (internal growth)，企業不斷的透過企業自身經營能力提升及經營資源的強化，達到擴充企業規模及增強企業的核心競爭優勢。二、外部成長(external growth)，不再「從頭做起」，直接透過兼併或控制其他企業個體，能迅速的、能借助別人成功的經驗且降低企業本身的學習時間與成本，來達到擴充企業規模及增強企業核心競爭能力。<sup>29</sup>併購就是典型的企業外部成長策略的執行行為，在這個技術及產品快速演進汰換的時代，確保企業迅速趕上時代需求，持續保有競爭力而能持續生存。

併購乃合併與收購(Mergers & Acquisition)的簡稱,指兩個或兩家以上的公司依照彼此的合約,透過法定的程序而結合成一家公司或另設一家新的公司的行為。其中合併通常是企業相互協定的結果,創造一個新的名稱與身分,發展一新的組織體,並作其他的改變。而收購乃指一企業透過購買股票或資產,買下其他公司並吸收或

<sup>29</sup> 引述自陳輝吉先生 「從惠普收購案談企業收購」一文

加入本身已有的營運項目,通常作為營運的子公司或部門,但若目標公司(aiming corporation)是一個主要的策略要素,則可保留獨立主體。合併發生後,其資產一般需要重新組合、調整;而收購是原則是股票市場或資產為中介的,企業變化形式比較平和。<sup>30</sup>

併購是成為企業快速成長、多角化經營、垂直水平整、提升企業綜效,節省生產成本以及超越競爭對手的有效策略,除了節省時效,爭取市場上稍縱即逝的商機,也可利用現有的行銷通路、原料和生產設備等,迅速地進入市場或另一個事業的領域、獲取市場占有率及擴大企業版圖。企業營運價值通常由營運資金、固定資產、可辨認無形資產及商譽等資產所組成,而在眾多併購交易中,隨著高科技產業的迅速發展,考量到研發無形資產具一定之障礙與風險及研發時效性,近期的併購趨勢已將目標由具有具體資產或是資產被低估的公司明顯的轉向具有關鍵性營業秘密技術或專利權之智慧財產權的企業<sup>31</sup>。由於無形資產不具有實體性、且涉及複雜的轉讓及授權移轉法律,隱藏許多併購風險,對於無形資產進行評價與查核,將成為併購交易評估的重要工作。

總體而言,我國宜比照國外高科技產業的發展趨勢(併購為主自行研發為輔的產品/服務開發、生產、製造模式),配合國外新設立的高科技廠商逐漸傾向以併購為主的趨勢,積極參與併購商業行為獲取關鍵性零組件與技術,快速整合資源切入市場獲取商業利潤。

## (二)就前揭營業秘密的加值運用模式(合資/整廠輸出/併購)提供議約及締約之建議

### 1.合資

合資締約關鍵問題主要有五項<sup>32</sup>,合作雙方必須開誠佈公釐清該關鍵問題之相應權利義務分配,不宜保留模糊協商空間,並應將協議決議詳細載明於合約,否則待合資營運開始運作後易因相關問題層出不窮又無適當解決方案,雙方都認為自己吃虧受騙致生不歡而散之局。

此將五項關鍵問題說明如下:

#### (1) 出資方法

<sup>30</sup> 引述 MBA Library 併購說明,網址如下(最後查閱瀏覽日 2009/11/08)  
<http://wiki.mbalib.com/zh-tw/%E4%BA%A7%E6%9D%83%E6%8A%95%E8%B5%84>  
及陳頌「企業管理知識:企業購併的定義,分類與目的」一文

<sup>31</sup> 游明德「論無形資產 - 影響併購交易之重要角色」一文指出  
在知識經濟時代裡,「智慧財產權」等無形資產是影響企業競爭力之重要因素。依據美國政府統計,美國上市公司企業價值有 70%來自於無形資產,另依據 PricewaterhouseCoopers 統計,於 2001 年 7 月至 2003 年期間,美國上市公司併購交易金額超過 2.5 億美元之逾 100 件案件中,其購買價格分攤 (Purchase Price Allocation, PPA) 結果顯示,有形資產僅佔併購價格之 26%,無形資產佔 22%,商譽則達 52%。

<sup>32</sup> 參照張錦源「英文貿易契約撰寫實務」p737-741;由本泰正、淵本康方、稻葉英幸合著 吳樹文譯之「國際合約指南」p135-p176

出資的方法一般有現金出資、現物出資、信用、權利及勞務出資<sup>33</sup>。雖目前各國原則都接受上述出資方法，但實際作業時仍需請專業人士特別個案確認出資模式是否為當地法令所許可。例如我國一般雖接受信用及勞務出資，但卻不許兩合公司的有限責任股東以信用及勞務出資<sup>34</sup>，若一開始沒有注意，可能會致使合資效力受影響。

#### (2) 資金調度

合資公司的資金調度乃為決定企業成敗的重要事項。新合資事業百廢待舉，凡舉建築物、產業資源購買、工廠建設都需要資金，準備過程中總有現金不足應付需要借貸調度時，此時合資人對資金的籌措義務如何分配，對合資企業的營運展開及未來營業之續行都非常重要，如沒事先談清楚，恐有合資人想混水摸魚不負責任，而致生嚴重紛爭使合資營運破局解散之可能。此外，對於融資需設定擔保權時，外國法人對不動產、動產可否成為擔保權人，亦宜就當地法令事先研究。

#### (3) 管理權的確保

合資公司的投資主體常見其分屬不同國籍及產業，因國民性、經濟性、民族性、文化及社會性環境、概念和經營管理方法多不一樣，在決定合資公司的統一方針上容易產生困難。為了使合資公司的經營能不偏離己方的計畫及管理模式太多地順利展開進行，合作時應盡量商談保有51%以上的股份或持有過半表決權；然若無法順利談成，現實上只能持有合資公司之一半甚至更少的表決權及股份時，也要在公司章程中定牽制規定(如將股東大會及董事會成立決議案所需議決權數的最低數提高等)，使對方當事人不致擁有完全的支配權。另外，也可設定己方對特定事務有否決權，避免有嚴重損及己方商業利益的情況發生。

#### (4) 合資之公司章程應記載事項及合資公司存在地法規

合資公司的經營係以公司章程為準據，章程應記載事項都是涉及雙方投資人權利義務的重要問題，雙方在締約時，就宜參照章程所包括之各方面議題詳細思量討論並將確定之合資方針詳加記載約定於合資契約中。締約時亦應研究當地外資引進、外匯管理等規章法令擊當地公司法等，以之作為議約基礎，免於因違反強行法規使合資營運一事生變。另外，合資雙方簽署的合資合約雖可約束參與合資的當事人，但不當然有拘束新設之合資公司的效力，為達成真正約束合資事業的目的，宜讓合資事業以其法人名義在合資合約及相關附件上簽屬用印，承諾遵循。

<sup>33</sup> 例如\*我國公司法第四十三條明定股東得以信用、勞務或其他權利為出資。

\*中華人民共和國合資企業法第二十二條規定合營者可以用貨幣出資，也可以用建築物、廠房、機器設備或者其他物料、工業產權、專有技術、場地使用權等作價出資。以建築物、廠房、機器設備或者其他物料、工業產權、專有技術作為出資的，其作價由合營各方按照公平合理的原則協商確定，或者聘請合營各方同意的第三者評定。

<sup>34</sup> 中華民國公司法第117條：有限責任股東，不得以信用或勞務為出資。

### (5) 帳務盤查及股份讓與問題

為了確保合資公司營運正常及了解交易對象是否有以善良管理人注意義務經營合資事業，投資主體(尤其是未有過半經營權之一方)宜設有可定期稽核公司各方面營運及查帳之制度甚至可預先設有懲戒條款，以防經營弊端發生。另外，合資經營需要強烈的互信作為基礎並需要合資對象的特殊技術或商業優勢來發展合資企業之業務，為使合資企業能順利發展，合資人應該禁止股份任意轉讓，如任何一方要退出經營並應該使對方有權優先承買股權。

## 2. 整廠輸出

整廠輸出是一種兼有承包契約、買賣契約、技術支援的複合式行為，所對應而生之契約相當龐雜。以下就整廠輸出供應者的角度出發，羅列整廠輸出的重要議約準則供有意進行整廠輸出的企業參考<sup>35</sup>。

### (1) 了解國際性標準約並款斟酌選用保障自身權益

例如

- A. 聯合國歐洲經濟委員會(UN·ECE)定有 FOB 型、全齊備型(full turnkey system)等整廠輸出各類標準約款；
- B. 國際工程顧問聯盟(Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils 簡稱 F.I.D.I.C)所發行的國際契約條款(International Condition Contract) -- 國際營建工程契約制訂之主要依據；
- C. 美國主要有 AIA<sup>36</sup>約款、ACG<sup>37</sup>約款可參考；
- D. 英國土木工程師協會(Institution of Civil Engineers ICE)所定之 ICE 約款
- E. 日本先進工程協會(ENAA)發行製程工廠及電廠的建廠工程合約範本也在歐洲被廣泛採用，值得參考。

上述約款內容雖可稱完整周嚴，但是其內條款不一定能充分保障當事人在個案中的利益或適合預計整廠輸出的實際作業，應於詳加研讀後，針對有利於己的內容酌予選用並修訂不能合理保障自身權益的部分。

### (2) 注意標書撰寫-- 對於不確定要素要保有變更修改權限

整廠輸出契約一般都是透過投標程序(tendering procedure, 或稱 bid)來達成合意。買方(需求方)會透過招標公告(Announcement of Tender)，來公佈其招標條件(Terms of Tender)，投標須知(Instructions to Bidders)等資訊。

<sup>35</sup>彙整自 由本泰正、淵本康方、稻葉英幸合著 吳樹文譯之「國際合約指南」p179-p234

<sup>36</sup>美國建築師協會(the American Institute of Architects, AIA)所制定關於建築工程之約款

<sup>37</sup> AGC (Associated General Contractors, 美國承包商聯合會)所定關於土木工程方面著名契約條款

在其投標條件中會明列招標機構對貨物品質、規格、數量及其他所希望的交易條件，而其幾乎都會是記載對買方有利的片面條件，不會考量契約法的衡平原則（Principles of Equity）而定有對整廠輸出商合理保障的免責條款（Negligence Clauses）。作為投標商對這種條件不可無異議的採用而列入己方投標書中，在製作投標書時，應將保護自己的條件逐一列入，尤其對於費用、工期、保證等方面宜作出留有變更餘地的表示，否則可能會因為投標書內容已具體達到能確定契約內容程度，於買方選擇該投標書提案時(契約合意)，即受約束，而喪失於後續正式契約書制定階段時進一步與買方具體議約的空間。

### (3) 詳加確定承包業務範圍--備妥詳盡之 Statement of Work (SOW)

買方一般都希望以最少的代價取得最多的資源及服務，故都會嘗試盡量以抽象性地、總括性地規定來極大化供應商的承包工作範疇。整廠輸出供應商不宜接受這者抽象的義務陳述，否則在實際履約過程中有很大機會承受超出預想之外的工作量，而在預算上處於困境。整廠輸出供應商應該以具體性、限定性的措辭，詳列自身義務製成 SOW，並明示完成該作業即屬完整履約。

下表為構成業務範圍的要素分解，供企業參考以便按整廠輸出個案實際需求定業務範圍。



上圖取自由本泰正、淵本康方、稻葉英幸合著 吳樹文翻譯之「國際合約指南」一書 p191

### (4) 明定買方之配合及供應義務

關於設備安裝、建廠工程、營業秘密技術教學傳授等整廠輸出工作之執

行，非有買方充分配合協助無法順利進行。整廠輸出供應商宜在合約明文列出買方的配合供應義務及應提供該義務之時間點，並表明若其有不能兌現承諾或遲延兌現之情形，完工之期限得視情況往後合理調整。

一般常見的買方配合義務有：取得當地行政機關對整廠輸出一事的核准；機械、物料等輸入進口手續的申請/協辦；整廠輸出供應商之派遣技術人員相關入境、交通、住宿的協助；可配合整廠輸出事務之供應商的推薦；當地材料及人力需求的確保(含建廠的整廠輸出業務有需要)；必要情報資訊等。

(5) 設定業務內容費用變更之調整原則

整廠輸出工作執行中，雇主方要求業務變更之狀況時有所見，整廠輸出供應商為避免承負不必要工作修正成本及違約遲延責任，應要求於合約載明該情形下應由雙方對契約金額及完成時期為公正合理調整。

建議約定之內容概要如下：整廠輸出供應商於雇主方要求業務變更時，有金額及完成期限調整的提案權，若雇主同意該提案並由雙方簽署「載明有相關條件的工程變更確認書」，則可變更原合約工作內容，惟若雙方對業務變更之內容及條件不能達成合意，仍依原合約條件履約。

(6) 合理排除工程履行之風險及責任

整廠輸出供應商要在合約中排除對於不可抗力因素(如天災、罷工、戰爭、暴動或法令變更等因素)而致無法如期履約之賠償責任。

另外對於不可歸責於己方而可能造成遲延履約之情形，也應該在合約內為責任排除之記載，建議可採例示之締約手法將常見非可歸責於己之造成遲延情況載明，越多越好，在發生該例示狀況時則可輕鬆免除責任不必爭執到底是否因整廠輸出供應商之故意過失造成而應負責。

上述記載在與英美法系國家(英國、美國、澳洲、加拿大)交易或著指定以英美法系國家法律為契約準據法之情形尤其有重要性，因為英美法系認為一切契約內容都是「擔保」，只要債務人不能達到合約內容(亦即擔保的結果)，就構成違約，應負擔損害賠償責任，故當事人若欲免責要自行載合約載明免責之條件，如前段所述之不可抗力免責約款。至於大陸法系，一般有法律明文彰顯契約債務人只有當存在著可歸責於他的過失時，才承擔違約的責任，故偶有疏忽沒有自行於合約排除不合理風險時，對於確非可歸責於己之事由所致之損害，還有法律規定可運用主張毋庸負責賠償，較不會因締約疏忽漏定責任排除條款而承受重大損失。

(7) 確定報酬計算及付款方式

▲報酬的計算種類主要有：

A. 定額報酬式(Cost Plus Fixed Fee Contract)及

B.定率報酬加算式(Cost plus percentage contract)-把實際成本乘上一定比率，用所算出金額作為整廠輸出供應商報酬。總計應付款惟實際成本加報酬。

另外實務上亦常佐以最高額保證條款及獎懲條款<sup>38</sup>作為費用計算方法。整廠輸出供應者宜謹慎評估自己履約成本與預期利潤，選擇適合而有利的費用計算方法，並評估自己履約成本控制的能力，不要任意答應最高額保證條款及獎懲條款。

▲關於報酬的支付方式：

作為整廠輸出供應商，一般交易對象都是外匯短絀的開發中國家，故其交易價款支付多採長期延付的方式。然就長期而言，供應商及有可能因為付款國通貨膨脹或兌匯率變動而有損失之風險，即使約定以幣值穩定的美元或歐元支付，這些貨幣也有貶值的危險。為了避免風險確保收益與締約階段預估額相同，建議整廠輸出供應商在合約中約定以供應商國家之貨幣付款，並事先約定與買方國家貨幣的固定匯率。對於延付的價款，整廠輸出供應商不宜過度相信交易對象之償付能力，宜要求對方提供確實之擔保(如國際級之信用卓著銀行所開立之保證函或信用狀)保障自身權益，並可約定以該擔保之提供為合約生效條件，將自身風險減到最小。

(8) 不全然承受操作運轉的保證，僅對於明確且可控管之事項為擔保

整廠輸出供應商常被買方期待要承擔「操作運轉的保證(Operation Guarantee)」，保證其所做的整廠輸出整體成果可順利運轉，達成買方預期的生產效益；若運轉效果欠佳時其應負責進行必要之修理、替換、調整及技術教學直到達成預計之整廠輸出效果達到，否則應支付損害賠償。

惟這些擔保正是供應商應考慮要求免責，或設有擔保條件的保證內容。這種保證的風險非常大，此種擔保中，供應商除了對機台硬體等其品質、個別運轉及其組合後全體設備相互配合運轉效率提供保證，也同時提供了買方隱含性的營業秘密及技術移轉技術效能之擔保。硬體部分不符保證內容須替換或調整機台之組裝運作，雖然風險及履行擔保成本都頗高，但至少硬體效能或組裝運作問題都僅與供應商本身有關，故能由供應商事先評估不能達成擔保之機率及相應成本做適當風險管理；但是營業秘密及技術移轉成果效能不僅僅是供應商一方責任，相應公司之原有基礎背景知識及操作技術、其指派人員之吸收能力與配合度、甚至於實施營業秘密技術之環境條件等一切非供應商能合理控制之要素都會本質上地影響營業秘密及技術移轉所呈現出之效能及結果，要整廠輸出供應商單獨扛下責任不完全合理。一但供應商不

<sup>38</sup> 指締約時，設定一定的成本目標額，實際費用較低時，買方將差額一定比率作為給供應商的獎金；反之若超過預計成本時，把差額一定比率的金額作為罰金，在支付供應商費用時扣除。

慎應允擔保，後續將可能有無窮無盡的教學指導及派駐協助之作業及成本要負擔，並可能因上述所列各種非可歸責於自己之事由不能達成擔保，被買方解約、承受可觀的賠償責任而大吃悶虧。供應商若被要求做總括性之整廠輸出擔保，不論有多想拿下該筆生意達成交易，都最好事先自行與買方溝通合理排除營業秘密及技術移轉技術效能之部分，否則慘賠收場的機率會很大。

在過往交易實務中，因對此保證全盤承受而為加任何保留，以至於事後蒙受鉅額損失的案例時有所見，整廠輸出供應商務必引以為鑑。

總體而言，對於整廠輸出供應商設置保證責任的建議對策如下：

- A. 把評估過可達成之保證值的具體基準，在規格書中確定，並明文否認一切規格書記載之外的一切保證責任。
- B. 對於保證不能達成時的損害賠償額，應有相應之一定金額的約定(例如生產能力不能達到原定預定效果之8成，損害賠償為NT200萬)除了技術上把損害賠償總額限定在契約金額的百分之幾內，若可以的話，並應作最大努力嘗試協商在合約內明定己方之「限額責任」，表明己方只在該限額內負擔合約一切賠償責任。
- C. 明定係買方操作錯誤、因不可歸責於我方或不可抗力因素造成之不符擔保情形，我方不必承擔責任。
- D. 未來於各類性能檢查驗收通過時，在驗收合格書，該表明“雙方約定之保證值已達成，供應商不再承擔性能保證責任”

### 3. 併購

在併購契約中，除了併購契約原應載明的事項/條件及，要特別注意及探討的問題，為擔保條款(warranties and representations clause)及其相應的補償條款(indemnification clause)。

▲正式併購契約應載明之基本內容/條款不外乎：表彰雙方併購關係之發生及合意；何者為存續公司，何者為消滅公司或二者皆消滅而成立一新設公司；股權價值約定；總購買股數及金額；交割義務；付款期限及表彰權利資格之擔保等等。<sup>39</sup>

補充說明(台灣狀況):部分會影響市場之合併、結合案<sup>40</sup>，要事先送公平交

<sup>39</sup> 賴丕仁「淺談企業併購之法律問題(上)(下)」一文參考

<sup>40</sup> 公平交易法第11條 摘錄

事業結合時，有左列情形之一者，應先向中央主管機關提出申報：

一、事業因結合而使其市場占有率達三分之一者。

二、參與結合之一事業，其市場占有率達四分之一者。

三、參與結合之事業，其上一會計年度之銷售金額，超過中央主管機關所公告之金額者。

易委員會審查；合併契約須經股東會核準(目前實務上是由董事會擬訂契約並簽署後交由股東會認可)；合併另應依企業併購法第二十三條向各債權人分別通知及公告，並須指定三十日以上異議期限通知債權人得於期限內提出異議，否則不得以合併事由對抗債權人；有新設公司之併購情況，應向經濟部申請專案合併及向證期會申請合併公開發行新股；依法辦理變更登記及召開新股東會。

▲關於擔保條款及其相應的補償條款(下文欲併購企業者稱買方，被併購企業則稱賣方)關於併購，其實回歸到其最原始的本質就是採買「企業」的買賣法律行為，只是有時是雙方以自身的股權為對價交互採購(合併之模式)，有時是單方面購買他方公司的情况(收購之模式)。

對買方而言，買賣的風險就是買到其真實價值低於預期價值的東西(例如物品有權利瑕疵、品質瑕疵等)，而買方能保障自己的權利的降低風險的方法就是要求賣方提供擔保並承諾賠償。

在複雜的併購行為中亦相同，買方企業迫切需要賣方給予擔保降低交易風險，特別是股權交易或是涉及營業秘密、技術、專利等無形智慧財產權之交易，其無法如有形之資產(工廠、機械、土地等)般由專人實地勘查評估，鑑價制度又不夠健全有公信力而難以讓人放心採信鑑價報告，買方除非獲得賣方之擔保及承諾，否則實在無所憑藉來放心出高價為併購行為。故擔保責任之有無及擔保範圍，會對併購的價格與併購是否能夠順利執行，有直接的影響。

併購契約中，有關擔保條款<sup>41</sup>及相應賠償責任的內容，可能洋洋灑灑一堆，

---

前項第三款之銷售金額，得由中央主管機關就金融機構事業與非金融機構事業分別公告之。---(目前為50億)

公平交易法第 11-1 條

前條第一項之規定，於左列情形不適用之：

- 一、參與結合之一事業已持有他事業達百分之五十以上之有表決權股份或出資額，再與該他事業結合者。
- 二、同一事業所持有有表決權股份或出資額達百分之五十以上之事業間結合者。
- 三、事業將其全部或主要部分之營業、財產或可獨立營運之全部或一部營業，讓與其獨自新設之他事業者。
- 四、事業依公司法第一百六十七條第一項但書或證券交易法第二十八條之二規定收回股東所持有之股份，致其原有股東符合第六條第一項第二款之情形者。

41馮震宇「高科技產業進行購併應注意的法律問題」一文例示可能的併購擔保內容如下

公司有效成立並有充分的權能、子公司或關係企業與其他股權投資均已真實揭露、資本形成並無虛假、財務報表真實無誤、已誠實納稅並無其他稅法上之義務與責任、應收帳款與存貨的真實無誤、自有財產與租賃財產清單的正確、勞工契約與勞工問題已真實揭露、現有訴訟與可能訴訟均已據實揭露、契約責任之履行、並無任何不法之付款、智慧財產權之有效與無瑕疵、重要客戶名單的正確與未流失、已為適當的保險、已符合勞工法規的規定、現有契約已真實揭露、有效之採購訂單與銷售訂單、並無瑕疵產品、於開始談判後被購併公司並無顯著或重要的變化、公司記錄的真實性、與關係企業的交易情況、已完成購併前的申報或通知要求、已獲得主管機關的核准或許可、已履行適

包括與被併購公司有關的一切事項，其實就是要確保採買的企業物有所值，否則由收取溢價的賣方賠償。尤其是對於無形智慧資產，是現今主動併購買方特別著重取得以達成綜效強化獲利能力的併購重點，故買方常要求賣方提供擔保，像是要求買方提供所移轉之專利有效不會被撤銷，特定技術相關營業秘密確實存在、其非為透過不正當手段取得、賣方有權利處置及移轉該營業秘密等等保證，以確保併購行為之期待利益能落實。買方有時甚至要求賣方將價金的一部分存入專戶，一定期間過後才得取回，以備日後發生爭議之需。

故在併購合約中，不論買方或賣方都要充分考量自身能力及可承受之風險，仔細評估制定或決定是否接受擔保要求。

### 三、營業秘密的加值運用商業分析

#### (一)合資

合資行為中關於加值運用營業秘密的的成效主要在於技術入股的價值之展現，本段討論關於彰顯營業秘密等無形智慧資產價值換取股權之議題。

除了一般大型企業跨足於不同領域營運時會運用合資方式找尋適當有充分資源及技術之企業夥伴共同合作減少風險外，還有很常見的合資情況是創投行為<sup>42</sup>，這種合資尤其常有營業秘密技術及智慧財產技術入股之發生。

大型企業普遍而言能了解自己所掌握之無形營業秘密、技術資產之價值，故能促使己方在合資營運中依照貢獻比例取得妥切的報酬；然以營業秘密、技術及其他無形智慧資產為主的創業者一般卻無法適當包裝其掌握之資產並整合創業團隊，做出有利價值貢獻分析來作為股權換算基礎，以致沒能充分獲取其無形資產的交易價值。台灣的民間創業技術團隊所掌握之構想/技術及其人員之

---

當的保密約定。

<sup>42</sup>以下說明取自中華民國創業投資商業同業公會網頁

創業投資是以支持『新創事業』，並為『未上市企業』提供股權資本的投資活動，但並不以經營產品為目的。其更可擴及將資金投資於需要併購與重整的未上市企業，以實現再創業的理想之投資行為。有別於一般公開流通的證券投資活動，創業投資主要是以私人股權方式從事資本經營，並以培育和輔導企業創業或再創業，來追求長期資本增值的高風險、高收益的行業。

一般而言，創業投資公司會執行以下幾項工作：

- \*投資新興而且快速成長中的科技公司
- \*協助新興的科技公司開發新產品、提供技術支援及產品行銷管道
- \*承擔投資的高風險並追求高報酬
- \*以股權的型態投資於這些新興的科技公司
- \*經由實際參與經營決策提供具附加價值的協助

分工運作模式和效率向來受到國際創投資金給予高度評價，在本質上並無先天不良之情形，只要能進一步研究創業投資之相關理論和實務經驗，在撰寫商業企劃書時，充分將所掌握之技術價值(配合市場調查及預測等相關資訊佐證)與創業團隊之智能、專業、社會關係等呈現，甚至先做出 prototype 一併提供，將有助於彰顯其所能投入營運的資本之整體價值，而能取得較好的合資換股條件。

另外，創業者要特別注意評估合資夥伴是否有惡意企圖(尤其是合資夥伴有相同業務性質的公司或其有發展類似企業之基礎時)並防止其有透過合資契約取得己方投入於合資企業之重要智慧資產所有權的機會。

簡言之，建議國內中小型企業及創業人要透過合資營運時，要重視自己持有之無形智慧資產，適當包裝彰顯其價值並對該資產為合理的防護阻止他人透過合資惡意掠奪，以期能透過合資行為充分享受到營業秘密等無形資產之交換價值。

## (二)整廠輸出

整廠輸出時，加值運用營業秘密的的成效主要在於營業秘密或技術等智慧資產之授權及轉移教學作業費用之對價(金錢)取得；本段就商業手法上討論如何能藉著整廠輸出之商業行為獲得更多上述報酬。

齊備型(turnkey system)的整廠輸出供應商，除了供應買方所需之機械設備外，也提供買方相應技術及指導，在整廠輸出交易中，業者於無形資產授權技轉之獲利都是出售機械設備等有形物之獲利的數十倍以上(本組訪談的公司表示平均數值約 30 倍左右，但視移轉技術的內容有所區異)。但是這樣的高獲利的營業秘密/技術等無形資產授權/技轉機會如果僅限於整廠輸出作業該次，就太可惜了，建議整廠輸出供應商執行下列兩點建議提升後續向買方為營業秘密、技術之授權及技轉服務機會。

- 1.定期訪談與之有過整廠輸出交易的買方，了解客戶是否有其他技術發展瓶頸並知悉其未來研發方向；彙整買方可能之需求後，取各買方共同有需要且自己有相當能力及智慧資本可供授權及技轉之各主題，整合成適宜授權技轉的一套套完整服務來積極進行授權兜售，這樣可提高成功授權技轉的機會。  
例如 IBM 公司就表示其十分注重客戶的技術潛在需求並會自行評估該公司可能發展方向，來確定對其各領域客戶要推廣的授權主題。以此主題為方向讓內部人員展開授權準備業務(整合營業秘密、詳細定義排定生產/經營管理流程、確定主事工程師等)，並將這些精心準備的授權、技轉服務資訊提供給相關領域的企業技術長增加交易機會。這種模式確實為該公司帶來頗豐厚的授權、技轉收益，值得仿效。
- 2.在整廠輸出業務進行時，供應商宜積極表現其專業技術支援能力，積極創造簽

訂後續技術服務及顧問合約的機會。

### (三)併購

關於併購，台灣企業現在也是國際上主要的欲併購方，故在此段將以買方角度切入探討商業操作上如何於併購中達到“以合理的價格買到實用有價值的營業秘密、技術甚至專利等無形資產並能充分運用”之方法。

以下分成兩部份說明<sup>43</sup>

#### A.無形資產之估價

併購交易過程中，無形資產之評估應自期初規劃併購即同時展開、並於期中為詳實的查核與評價。

期初工作主要是去充分瞭解併購標的企業之核心價值、無形資產特性，評估併購可行性及擬定詳實的查核計畫。

期中查核與評價，乃需由經營管理階層、投資銀行家、法務人員、會計師與外部的律師事務所共同組成的團隊進行正當注意調查(due diligence)；(A)充分去瞭解標的公司之無形資產之市場性、競爭性、獨創性、實現性、技術性、法律保護性及可運用權限【審閱其無形資產授權合約及讓與合約，共同研發合約(joint development agreement “JDA”)，盤查己方公司可獲得怎樣的權利，是否原合約有規定併購發生為合約中止事由等】並了解其研發紀錄(專利訴訟攻防的重要工具)是否有切實執行紀錄與研發團隊管理制度，以求真確評估其營業秘密等類無形資產之價值；(B)另一方面則進行潛在無形資產之辨認和評估(即初步購買價格分攤分析)，瞭解無形資產之價值來源，及對未來財務報表之衝擊(例如未到期之授權費用等)。

完整而翔實的進行估價，就不容易有付出巨大超額之費用損及公司股東利益之狀況發生。

#### B.無形資產之整合及併購綜效之發揮

完成併購行為後，對於取得之無形資產(包括企業的機構知識資源、企業管理層的能力、企業戰略、企業文化、機構組織架構的合力、客戶、銷售渠道、戰略聯盟、營運流程、員工、供應商、合作夥伴)應積極擬定計畫與原有資產整合並定期追蹤整併績效及提出改善計畫。尤其是留任安撫優秀員工(營業秘密及重要技術的實際掌控人)使之安心為新公司效力是首要之任務，該任務成功與否是影響併購真實效益的重要因素，建議特別留意，併購後要盡速詳加規劃並執行相關作業。

<sup>43</sup> 此部分彙整自游明德「論無形資產 - 影響併購交易之重要角色」一文



#### 四、建議及小結

本章關於“發揮營業秘密交易價值之手段(即讓與&授權- -營業秘密加值運用的基本模式)”的法規、程序及締約履約應注意事項，是為加值運用基礎，宜充分了解後，以簡馭繁將之原則融會運用於智慧財產權加值運用常見複合式態樣(合資、整廠輸出、併購)中，使己方在營業秘密等無形資產換價的各種商業狀況中都能充分保障自身權益獲取合理商業利益排除賠償風險。

## 伍、個案綜合應用剖析

二十一世紀被公認為知識經濟世紀，知識之創造、流通與加值運用之績效將決定國家競爭力之高下、產業升級與轉型是否成功、及學術研究機構聲望之排名順序。企業對智慧財產權的加值與運用，則為面臨國際競爭壓力的致勝關鍵。企業價值包括會計上認可的有形資產加上無形資產。而無形資產的來源包括：商譽、員工的知識、技巧與經驗、智慧財產權、營業秘密等。由於市場競爭激烈，產業間透過商業間諜，惡意挖角、員工集體跳槽，不當獲取他人營業秘密、員工的知識、技巧與經驗，從事商業競爭等活動。尤以高科技產業影響甚巨，因此「營業秘密」的保護，在整個智慧財產管理上益形重要。就科技產業而言，由於需要投入的研發資源與時間甚巨，若能及時就研發成果申請智慧財產權保護或採取適當管理措施，不僅能使無形資產發揮最大效益，亦能在日後的商業市場中預先取得獨占優勢、及排他權利。另一課題，即企業如何對員工的知識、技巧與經驗(know-how)加以研發包裝，使其能成為有價值package。進而將其獨一無二know-how加值運用，成為企業獨特技能，為企業創造帶來利機與商機。雖說「江湖一點訣，說穿了不值錢」，然而所謂「祖傳秘方」、「獨門絕活」等我知你不知的營業秘密，往往就是決定企業何者在商場勝出的致勝關鍵。因此凡是任何能夠使企業在市場取得競爭優勢的技術或產銷資訊，就是值得保護的智慧資產或是營業秘密，公司需平時投注人力、經費與時間才能取得，也必須妥善保護方能確保其商業利益。面對二十一世紀的知識經濟，企業經營者將面臨更為激烈的競爭環境，掌握優勢的技術或產銷資訊，更是未來企業生存發展的重要利基與全球競爭力之所在。

因此本組就以國內外三具有代表性高科技產業公司，實地參訪就其在營業秘密管理及加值應用模式上加以研究探討，藉由參訪與小組討論導引出方法，希望對國內相關產業會有所助益。

### 一、波音公司

航太工業是具高技術、高附加價值及需要嚴格可靠度和品質要求的產業，因此持續創新與智慧財產權的管理，就成為航太產業的常態，並可促進技術進步並帶動、提升工業水準，是已開發國家都相當重視的策略性產業。波音公司是世界上主要的民用和軍用飛機生產廠家之一，也是世界上最大的航空器製造公司，著名跨國公司。主要業務是開發、生產銷售空中運輸裝備，提供相關的支援服務和研究，生產各種戰略戰術導彈和空間所開發產品。1998年年銷售額達561、54億美元，居《財富》雜誌所列全球500家大公司之第29位。而公司經過幾十年技術研究開發與創新，累積許多的技術、經驗及專業知識，如能將這些寶貴的無形資產，有效的管理及利用，將可大大的提昇公司的智慧財產資本價值和競爭力。

波音公司(BOEING)是世界最大的航空航太公司。其前身是1916年由威廉·波音創立的太平洋航空製品公司(水上飛機工廠，1912年取得美國國防部訂貨，專門製造軍用飛機)，1934年建立波音飛機公司，1961年改為波音公司。總部以前設在西

雅圖市，2001年9月因稅務問題將總部遷至伊利諾州的芝加哥市。製造飛機的工廠集中在華盛頓州和堪薩斯州。1996年，波音收購了羅克韋爾公司的防務及空間系統部，1997年，波音與麥道公司合併；2000年1月，波音公司與通用汽車公司達成協定，出資37.5億美元收購其所屬的休斯電子公司航太和通信業務部，從而使波音成為世界最大的商業衛星製造商。波音公司不僅是全球最大的民用飛機和軍用飛機製造商，也是最大的飛機出口商之一，以銷售額計算，波音是美國最大的出口商。據2004年4月出版的美國《財富》雜誌，該公司在1999年美國5000家大公司排名榜中名列第10位，年收入為579.93億美元。波音公司於2000年1月19日發表的年度報告說，1999年該公司淨收入達23.09億美元。波音公司還是美國航空航太局(NASA)最大的承包商。

80多年來，波音公司始終致力於新產品的開發和探索新技術，從民用飛機、軍用飛機到太空梭、運載火箭、全球通信衛星網路、國際空間站。波音公司的用戶遍佈145個國家，業務部門分佈於美國的20多個州和全球60多個國家，共有雇員約20萬名，在波音公司工作，不僅是生產技術的奇蹟。從衛星通信邁向國際空間站。而主要業務基地集中在華盛頓州的西雅圖、南加州、堪薩斯州的威奇托、密蘇里州的聖路易斯等地。波音公司由6個主要業務集團組成：波音民用飛機集團、航太與通信集團、軍用飛機與導彈集團、空中交通管理公司、波音聯接公司和波音金融公司，以及聯合服務集團。從1981年起，西安飛機公司和瀋陽飛機公司分別與波音公司相繼簽訂合同，成為波音公司生產飛機零配件廠商。

### (一)文化

波音公司隨時隨地精研技術維持現有的成就。亦不斷重新審視自己的優、劣勢和流程，建立一個強有力的公司。今後公司努力的方向是三管齊下的策略：

- 1、推動核心業務。
- 2、利用公司的優勢，進入新產品和服務。
- 3、打開新事業領域。

為了使這一策略付諸行動，需了解公司目前所處的環境，思考想成為明天公司的核心能力是甚麼？暨詳細瞭解分析客戶類型。設法了解，預測和呼應客戶的需求。將大型系統集中管理，不斷地研究發展，推動和保護技術優勢，使公司能夠有效地結合，系統設計和生產，精進公司技術成長，使整個公司成為一個精益運作母體。其特點是能高效率地應用資產，高存貨周轉率，優良的供應商管理，短週期，高品質和低交易成本。

### (二)減員增效

過去四十年，波音能夠在市場上取得競爭優勢，有賴於新技術和高效率。公司每一年均會要求員工簽署競業條款及保密條款，而近幾年公司員工膨脹迅速，人員是以前的幾倍，工作效率卻未見提高。威爾遜遂大幅度的削減人員，精減機構。他把總部職能部門減掉2/3，人員精簡過半，把他們調至生產第一線，西

雅圖工廠則有 3、8 萬員工被裁，只留 6、3 萬員工。1970 年公司的全費用開支減少 10% 以上，總銷售額比以前提高 8%，人員工作效率普遍提高。

### (三)開發新技術，研製新機型

不斷開發新機型，以此佔領市場是波音的一貫做法，走出谷底，並將創新精神發揚光大，在科技研發方面加大投入。1969 年起，波音連續幾年，累計投入 69 億美元用於超巨型 747 噴射客機的研製開發，這種飛機時速每小時 1000 公里，可載客 490 人，載貨量達 1000 噸，新產品一上市，便為波音奪得了航空客運市場的大部份市場。此後，波音公司再接再厲，針對 70 年代末石油危機引發的問題，投入 30 億研究資金研製開發出了世界航空史上最經濟、最省油、最安全、最易駕駛的波音 757、波音 767 新型飛機，在 80 年代末，為波音公司贏得了大量定單。波音公司並針對員工 know how 成立 Knowledge Department 部門，部門主管為經理。部門成立目的，希望建立公司創新運作機制，啟發員工創新能力並鼓勵員工互動交流形成合作團隊及創造出精煉創新方案，以期能提升公司成長動能並將員工平日工作所累積經驗(know how) 加值運用，創造公司豐盛利潤。在員工創新運作作業流程，公司提供固定申請表格，如其創意為公司所採用，並申請專利後，公司有提供獎勵給員工。公司照顧員工，提供各項福利，包括國內國外，例如員工在國內外遇到問題，公司會主動協助員工解決問題，照顧、關懷員工。公司提供優渥福利給員工，而員工亦將公司視為一個大家庭，員工為大家庭一份子，也因此凝聚員工對公司向心力。

### (四)出奇制勝的行銷策略

波音的促銷策略要點有三：

- 1、加強促銷機構和促銷人員行銷能力。
- 2、行銷方法靈活多樣化。
- 3、強化售前暨售後服務。

波音運用了多種獨特的促銷手段，如租賃式。顧客不用付款購買，只需每年繳納若干租金，雙方簽定合同便可使用公司的產品。波音公司這樣做的好處是可以爭取一部分發展中國家的航空市場，解決他們資金困難的問題。波音公司還通過細緻周到的售前售後服務方法，當公司產品發生問題時，不論是何原因，維修小組必須攜帶備用零配件迅速從西雅圖趕到任何地方去幫助客戶解決問題，贏得客戶對波音公司的肯定。1996 年波音宣佈兼併世界第三大航空公司麥道，注入資金 133 億美元，獲得麥道公司 65% 的控股權，波音公司資產達 500 億美元，員工超過 20 萬名。憑藉自身的雄厚實力和技術，以及長期以來贏得的信譽、市場和客戶，因此波音併購麥道，使波音在航空界如虎添翼，業務穩定增長。

### (五)與法國空中巴士競爭

空中巴士工業公司主要製造民用運輸機。由歐盟的法國、德國、英國和西班牙四國的航空公司共同組成，自 1970 年成立以來，逐步發展成為波音公司的

主要競爭對手，波音公司在民用運輸機的市場佔有率不斷被空中巴士公司蠶食，雙方幾乎在全球展開面對面的訂單爭奪戰。雙方在激烈競爭的同時，還不斷的指控對方搞“不正當”競爭。波音指控四個國家的政府為空中巴士公司提供了大量的補貼，以及為購買空中巴士公司飛機的航空公司提供低利息貸款，違反了世界貿易組織的有關規定；而空中巴士公司反過來指責波音及其承包商也獲得巨額政府補貼。從而引發了美國與歐盟政府之間貿易爭端。雙方高層管理人員也在各種場合大打口水仗。

#### (六)營業秘密與智慧財產權有以下不同的性質：(參訪心得)

將營業秘密視為智慧財產權的一種，乃是因為營業秘密也可以用來保護研究發展。戴學文(1993)認為，營業秘密有下列與智慧財產權不同的性質：1、營業秘密持有人對於資訊的壟斷，是持有人造成的事實狀態，並非法律賦與的獨占權利，所以一旦壟斷的事實被打破，法律除了可以處罰違反保密義務人外，無法如同智慧財產權般排除侵害，回復到原有的壟斷狀態。2、營業秘密具有經濟價值，所以能成為買賣或授權的客體。營業秘密包含的專門技術或商業資訊等，可以透過投入與產出的比較估算其價值，並依據市場供需原則，求得買賣雙方約可接受之均衡價格。3、法律對營業秘密的保護，旨在確保保密義務被履行及當事人的信賴關係，營業秘密下的技術與資訊並非直接受保護的對象，不像智慧財產權本身即是法律保護的客體。4、相對於智慧財產權中的專利權，營業秘密的效力無法與之相提並論；對於同一種技術，持有人以營業秘密加以保護，但如同時有人以該項技術提出申請並取得專利時，營業秘密便不能與專利權對抗，甚至會因此而喪失其機密性。

#### (七) 小結

「波音，曾經為航空霸主，四十多年來，它一直是全球最主要民航機製造商之一。除此之外，公司還在衛星、軍用飛機、導彈防禦，航空技術和運載火箭發射等技術領域遙遙領先。從公司成立到現在，時間並不長，但它發展歷史反應出人類飛行第一個世紀的發展史。波音公司的歷史是如此的輝煌，「波音」這兩個字在全世界是如此的聞名遐邇，以至現在有很多人將其作為民航機的代名詞。」波音為什麼能夠做到幾十年長久不衰呢？總結起來，波音長青的秘密主要有以下的幾點：

##### 1、專注於研究與開發

波音人相當注重產品的研究與開發。在公司創立的早期，嚴格的財政情況下，波音人仍然透過自己的努力不斷地開發新產品。727 與 737 均是在巨大的財政壓力下研製成功。尤其是波音 727 飛機。當時 707 雖然進入市場，但是卻帶來很大的虧損，波音只得從軍用飛機上賺得的錢來彌補這些虧損。同時，在競爭軍方幾個合約時，波音均被同行擊敗，他們並未獲得任何新的訂單。此刻的波音面臨的形勢十分險惡。這種情況下，波音又再一次投下更大的賭注，開發波音 727。而這一次的賭注與開發波音 707 比起來，簡直是不可同日而語。波音

727 計畫除了一些技術上的難題需要克服以外，要實現董事會提出的條件也相當不容易。但是專注在於研究與開發的波音人並沒有被困難擊倒，他們開發出 727 飛機是人類航空史上最暢銷、最賺錢的客機。隨著波音 727 的暢銷，波音公司在競爭激烈的民航機市場上逐漸站穩腳步。在六〇年代末期，為了振興波音，董事會共投入了六十九億美元的研究和開發經費。面臨嚴重石油危機的七〇年代後期，公司更是不惜投入三十億美元研製「波音 757」、「波音 767」兩種新型客機。這兩種客機被公認為現代民航史上最經濟、最安全的客機。從逐年提高的 R & D 經費上可以看到波音人對研究與開發的關注。一九九〇年波音公司為開發產品和新技術投入十六億美元的新儀器和設備費用，以及投入了八、二七億美元的研究開發。一九九一年 R & D 經費則上漲到十四，一七億美元。正是把開發與研究始終放在第一位，因此波音才能在競爭激烈下長期走在同行前面原因。

## 2、把品質視為生命

每經過二十四小時，全世界就有大約三百多萬名乘客乘坐四萬二千三百多架次波音客機，飛往地球上的各個角落。三百多萬／天，一個龐大的數字對於波音這樣一個飛機製造商來說，產品品質不僅關係到企業的「生命」和前途，更涉及這些乘客本身的生命和安全。金錢有價，人的生命無價。因此把品質視為公司的生命。波音的人認為無論哪個行業，無論哪個市場，唯一歷久不衰的價值標準就是產品的品質。品質是飛機的生命。每一個波音人心中都有這樣的認知。品質第一的標語隨處可見。世界各地每一個加工工廠、公司內部的每一部門都建立嚴格的品管制度。儘管波音不可能生產飛機的每一個零件，但是它能夠確實保證飛機的每一個零件（甚至是一顆螺絲釘）都能以第一流的品質出廠。出於對客戶的負責，出於對生命的珍惜，波音重新設計生產程式，杜絕飛機的各種隱患。在工廠裏，波音對生產過程中的各階段都進行適時監控。工程師們對每個員工的每一項工作都進行嚴格檢查。每一種飛機出廠前都要接受各種嚴格的檢驗。公司的一位高層管理人曾經說道：「的確要完全杜絕人為的錯誤，在實際操作中是難以辦到，但是波音的傳統，能夠制定清礎的操作管理程式，發現錯誤後能及時改正。」飛機出廠後交付到客戶的手中並不意味著就大功告成了。飛機的安全飛行還取決航空公司是否對飛機進行嚴格的定期檢測和維修，機組人員是否嚴格按照規定操作以及天氣惡劣的情況等。波音公司對航空公司的駕駛員及相關技術人員都進行認真、負責的培訓，確保讓每一個參加培訓的人員都能夠清楚飛機的操作管理程式。

## 3、重視推銷

波音的重要客戶，美國航空公司的一位高階副總經理曾說過：「的確，從技術上說，波音公司是非常先進，但它的競爭對手，比如麥道公司在技術上也是非常先進，他們之間主要的區別是波音公司有自己獨特的行銷方法。正是這些傑出的推銷藝術使客戶能夠感受到波音公司能充分理解客戶的需要。所以能夠對波音形成強烈的信心，相信波音公司說話一定能夠兌現。波音公司非常重視

行銷，波音人在行銷上竭盡全力，並且採取多種靈活應變的制勝謀略。為了將波音 757S 飛機推銷給西班牙伊比利亞航空公司，波音公司與西班牙 CASA 公司簽訂答應其為波音飛機生產零件的合約。為了回報英國航空公司訂購了二十一架波音 747-400S 客機，波音公司將一個零件倉庫設在倫敦附近。為了開拓非洲市場，波音首先在二〇〇〇年在南非和加納設立辦事處。這兩個地方設立辦事處，不但有助提高波音在非洲的知名度，還有助於幫公司找到非洲當地的供應商。就這樣，波音公司一點一點地竭盡全力向全世界推銷自己的產品，波音人絕對不放棄任何一個市場機會。

#### 4、良好的售後服務

當今社會，隨著技術的發展，各項產品之間品質相差無幾。決定企業勝敗的關鍵就是服務。除了生產品質優良，經濟安全的飛機外，飛機製造商們還必須為客戶提供長期的售後服務。為全世界七千多架波音飛機提供維修服務，成為波音公司另一項重要的業務。

#### 5、獨具特色的員工培訓專案

波音同時還非常注重員工的培訓。波音公司專門設立領導培訓中心，公司裏所有擔任領導職務的經理和員工，都有資格參加領導培訓中心的課程。領導培訓中心的核心課程意旨是滿足領導者在個人職業生涯中各個時期的教育需要。它們包括「向經理層過渡」「高階管理人員專案」等課程。這些核心課程並非是彼此孤立，波音公司希望藉由教育訓練培養出擁有出色的商業領導才能、人力資源開發與管理領導才能、公司經營領導才能、以及人性化領導才能的管理人才。由於航太產業具高精密度、高可靠度、高品質、技術密集及須不斷研發技術創新等特性。因此對於航太產業技術知識之獲得、整合、累積、分享、移轉、更新與創造，公司投入非常多心力與財力，而航太產業是研發密集度高的知識型產業，它具有高度的技術專業性。波音公司也因此一特性，設計因地制宜教育訓練，使受訓者存在於與客戶接觸的相關員工或工程技術人員，也因此一設計，可以為公司創造許多專利創新構想，並以顧客需求為考量、而產品服務觀透過教育訓練深植於員工行為上、使員工深信唯有持續創新、才能創造提升公司未來營運績效。公司對員工除研發教育訓練外，針對客戶服務品質提升改善，銷售方式如何因應市場與客戶需求而作調整，製程如何更有效率，都有賴員工在工作上因工作所累積經驗(know how)而作調整與精進，進而將一系列(know how)整合為有價值package，隨著產品銷售一併移轉客戶或零件製造商，為公司創造更多利潤。波音公司由於員工人數眾多，分散於美國各地，公司為維護營業秘密，制定各種管理措施，不致因員工離職異動而外洩，造成公司傷害。在美國上課期間曾與美國波音公司法務人員JENNIFER面對面討論時，發現波音公司對於營業秘密管理是相當嚴謹與完備，雖是學術研究亦無法拿到波音公司在營業秘密管理上一些較具體資料或表格，均以營業秘密不便外洩為理由而婉拒。因此以上敘述謹就當天與美國波音公司法務人員JENNIFER面對面討論

時所瞭解事項加上實地參訪波音公司暨一些有關書籍資料加以研討。<sup>44</sup>

## 二、台積電(TSMC)

台積公司成立於民國七十六年，是全球最大的專業積體電路製造服務公司。身為專業積體電路製造服務業的創始者與領導者，台積公司在提供先進晶圓製程技術與最佳的製造效率上已建立聲譽。自創立開始，台積公司即持續提供客戶最先進的技術；民國九十六年的總產能超過八百萬片晶圓，全年八吋晶圓年營收約占專業積體電路製造服務領域的百分之五十。

民國九十一年台積公司成為第一家進入全球營收前十大之半導體公司，名次亦不斷向前推進；根據 IC Insight 在民國九十七年三月發表的報告，台積公司在民國九十六年是全球第六大半導體公司。身為第一家專業積體電路製造服務業者，台積公司藉由與每個客戶所建立堅強的夥伴關係，穩定地創造了公司強而有力的銷售成長。全球的 IC 供應商因信任台積公司獨一無二的尖端製程技術、先鋒設計服務、製造生產力與產品品質，因此將其產品交予台積公司生產。

台積公司擁有兩座先進的十二吋晶圓廠、四座八吋晶圓廠和一座六吋晶圓廠，生產營運主要集中於台灣的新竹科學園區與台南科學園區；除此之外，公司在美國華盛頓州 (Wafer Tech)、新加坡 (與 NXP 合資的 SSMC)，以及在中國大陸的上海亦有設廠。

台積公司的全球總部位於新竹科學園區，在中國大陸、印度、日本、韓國、荷蘭、台灣與美國等地均設有辦公室，負責客戶服務與技術服務；並在台灣證券交易所與美國紐約證券交易所掛牌交易。

### (一)經營理念

願景--成為最大的專業積體電路技術及製造服務業者，並且與無晶圓廠設計公司及整合元件製造商的客戶，共同組成半導體產業中最堅強的聯盟團隊。為了實現此一願景，公司必須擁有一位一體的能力：

- 1、技術領導者，能與整合元件製造商中的佼佼者匹敵。
- 2、製造領導者。
- 3、是最具聲譽、以服務為導向，以及成為客戶最大整體利益的提供者。

### (二)企業核心價值□

#### 1、專注於「專業積體電路製造服務」核心本業：

本業是「專業積體電路製造服務」，這個領域發展迅速，只要能集中力量，積極從事本業的鑽研，發展空間必定無可限量。因此公司要心無旁騖、全力以赴，在「專業積體電路製造服務」本業中謀求公司與員工最大的成就。

#### 2、放眼世界市場，國際化經營：

目標是全球市場，而不侷限於東南亞或任何地區。積體電路是一個跨越國界

<sup>44</sup>在美國上課期間曾透過美國西雅圖華盛頓大學邀請美國波音公司法務人員 JENNIFER 與本組學員面對面討論以有關問題，JENNIFER 並以書面方式答覆本組所提問題詳如本報告附件

的產業，全球各主要業者無不將目標延伸到世界各地。而公司最強的競爭者也來自國外，如果公司不能夠把眼光放遠在世界市場中建立競爭力，公司在國內終究也將無法生存，遑提競爭力。公司的根在台灣，但要在全世界主要市場建立基地，是國際化經營的意義。而為配合國際多元發展的文化需求，在人才募集方面，公司則不論國籍，惟才適用。

### **3、注意長期策略，追求永續經營：**

公司深知企業永續經營，像是在跑馬拉松，需要速度、耐力與策略的配合，只要能做好長期策略規畫，並認真的執行，就能達到公司既訂目標。公司每年都要為未來五年做一個長期策略規畫，在日常工作中，有相當高的程度是落實執行長期的成效與回收。

### **4、品質是公司工作與服務的原則：**

包括公司內部或是外部，每個所服務的對象，都是公司的「客戶」。而「客戶滿意度」就是「品質」。在公司，品質是每一位員工的責任，公司堅守崗位，本著追求卓越、精益求精的態度，不但認真的把每一件事、每一件任務做到最好，更要隨時檢討，務求改善，追求並維持「客戶全面滿意」，這就是以「品質是公司工作與服務的原則」的具體實踐。

### **5、誠信正直**

這是最基本也是最重要的理念。說真話；不誇張、不作秀；對客戶不輕易承諾，一旦做出承諾，必定不計代價，全力以赴；對同業公司會在合法範圍內全力競爭，並尊重同業的智慧財產權；對供應商則以客觀、清廉、公正的態度進行挑選及合作。在公司內部絕不容許貪污；不容許有派系；也不容許「公司政治」。用人的首要條件是品格與才能，絕不是「關係」。公司董事長張忠謀特別重視「誠信」，因為客戶往往會將新產品的設計稿交給研發部門，如果工程師將資料洩漏出去，不僅會失去客戶，其他客戶對公司的信任也會蕩然無存，公司也就難以生存下去。

### **6、承諾**

台積公司堅守對客戶、供應商、員工、股東及社會的承諾。所有這些權益關係人對台積公司的成功都相當重要，台積公司會盡力照顧所有權益關係人的權益。同樣地，並希望所有權益關係人能對台積公司信守其承諾。

### **7、鼓勵在各方面的創新，確保公司高度活力：**

創新是公司的命脈，如果公司一旦停止創新，將很快的面臨沒落與失敗。因此公司不但要在技術方面追求創新，在企畫、行銷、管理等各方面更要強調與鼓勵。自然地，積極建立與累積公司的智慧財產權也不可或缺。更要常保公司充滿蓬勃朝氣與活力，隨時秉持積極進取、高效率的處事態度，來因應瞬息萬變的產業特性。

### **8、客戶夥伴關係**

客戶是公司的夥伴，因此優先考慮客戶的需求。視客戶的競爭力為台積公司的競爭力，而客戶的成功也是台積公司的成功。公司努力與客戶建立深遠的夥伴

關係，並成為客戶信賴且賴以成功的長期重要夥伴。公司自始就將客戶定位為夥伴，絕不和客戶競爭。這個定位是公司過去成功的要素，也是未來繼續成長的關鍵。

#### **9、營造具挑戰性、有樂趣的工作環境：**

對大多數的員工而言，一個具有挑戰性，可以持續學習，而又有樂趣的工作環境，尤甚物質生活層面。因此公司努力於塑造並維繫這樣一個學習環境，因應知識經濟時代來臨。增進員工才能，培養員工競爭力，吸引並留住志同道合而且最優秀的人才。進而結合員工在工作上培養知能即 know-how 加以包裝組合，使其創造價值，加值運用在公司產品銷售與服務上，創造更多利潤。讓員工在工作上更有成就感，對公司更具向心力。

#### **10、建立開放型管理模式：**

公司要營造樂於溝通的環境，建立開放型管理模式。「開放型」代表員工間互相乘以誠信、坦率、合作相待。員工樂於接受意見，也樂於改進自己。並跟同事分享工作經驗，同時將透過集思廣益的方法，廣納、接受各方看法，在公司做成決策後，就團結一致、不分你我、集中力量朝共同目標戮力以赴。

#### **11、兼顧員工福利與股東權益，盡力回饋社會：**

員工與股東同是公司重要的組成份子。公司提供給員工一個在同業平均水準以上的福利，同時讓股東對公司的投資得到平均水準以上的報酬。同時，公司的成長也得力於社會及產業環境的配合，公司更要不斷地盡其所能回饋社會，做一個良好的企業公民。因此只要全體員工能夠隨時信守以上公司企業核心價值，並落實於工作中，台積自能不斷成長與茁壯，成為國人引以為傲的世界級公司。公司也以此自我期許。由於此一信念，公司照顧員工福利，薪資均在同業平均水準以上，員工也以在台積公司上班為榮，因此員工流動率自然就不高。對於員工(know-how)或營業秘密公司有一套嚴密管理機制加以管理。例如：上班時不能攜帶有照相功能的手機，工作上所用筆電均是電腦製造廠商專為台積公司需求所生產機型。

### **(三)如何建立營業秘密管理制度:(參訪心得)**

#### **1、文件管理**

台積對於營業秘密文件管理極為重視：定義機密標的、定義機密等級、標示機密等級，制定機密文管理辦法。涉及營業秘密的資料，則應建立並確實履行登記制度；對於某些特別重要的文件，則禁止借出，以防止拷貝。被列為營業秘密之資料，不應在公司內部廣為流傳，而應將該項資料之知曉者限制在「必要知曉者」，同時告知該必要知曉者該項資料之重要性與機密性；對於以書面型態記載之營業秘密，標上「機密」或「限閱」或其他類似之記號；對於以書面型態記載之營業秘密，如需影印時，嚴格管制影印份數

文件管理在營業秘密的管理機制尚包括以下範圍：

- (1) 通訊管理與操作手冊保管：公司內部員工的通訊資料及各項操作手冊應妥善

保管，對於領用及離職繳回程序應有規範。

- (2) 公司內部保密合約：公司營業秘密的範圍必須與員工的業務有關為限，然而員工除了本身業務的職掌外，因公司臨時或特別指派任務，接觸不同程度的營業秘密，員工均應予保密。
- (3) 工作記錄簿制度：戴學文（1993）保密合約無法完全反映員工在任職期間陸續接觸的任務，工作記錄簿可發揮相當的助益，了解營業秘密的真實狀況。

## 2、人員管理

在買賣、承攬、授權、僱傭關係中，均可能發生營業秘密之洩漏，但其最大之威脅，莫過於來自於僱傭關係中現職人員及離職人員之洩漏。組織成員是與營業秘密接觸最直接的，當新進員工加入組織行列開始，即安排專人以書面告知其應有的權利與履行的義務，並繳交規定的保證書、資料或其它文件。

人員管理在營業秘密的管理機制可含括以下範圍：

### (1)新進人員報到：

公司為防止員工利用所知悉之公司業務機密與公司競爭，當新進人員就職時，即要求與公司簽訂其在職期間或自離職日起一定期間內，不得從事與原任職公司同類性質之業務「競業禁止條款」。依據私法自治原則，在不違反強制禁止規定及公序良俗之情形，「競業禁止條款」原則上是有效的（蔡正廷，2001）。對於公司機密應明確規範人員參與程度與權限管理。

### (2)教育訓練：

新進人員除任職報到時，予以口頭或書面說明公司保密規定外，於在職訓練中應給予參訓人員了解保守公司營業秘密的重要性及相關規範。

### (3)保全與門禁：

公司內部或管制區域應明確設置車輛、員工、參觀者出入口管理，必要時，應裝置電子監視或防盜系統

### (4)離職管理：

離職人員面談除完成辦理移交手續外，應同時敦促其履行保密義務，及繳回具機密性的所有文件。對簽訂保密或競業禁止協約之離職人員去向應予以追蹤，避免公司商業機密外洩。

### (5)內部人員管理：

公司與被授權人或其他外部人員討論營業秘密時，該被授權人或其他外部人員必須同意簽署保密協定，保證不對外揭露該項資料。

### (6)不確定第三人管理：

未經主管同意，任何人均不得邀約、允許外來人員參觀訪問；允許參訪時須由人員陪同，並限定參訪區域、路線。

### (7)契約第三人管理：

陳傳夫（2000）認為，關鍵性資訊不應讓契約第三人接近或取得，可就不同部份分別交由不同的承包商承攬，並與其簽訂保密合約。

### 3、媒介物管理

企業機密文件型態除了傳統的紙本紀錄外，近年來更因網際網路的發展，被竊取或破壞的方式，則愈來愈常見了。Norman R、Bottom (1998) 指出企業機密被竊取的方式一般分為下面幾種：

- (1)透過合法的管道：諸如從龐大的網站資料庫中篩取公司重要的檔案資訊，如進出口記錄、公司專利資料、財務報表甚至是徵才的廣告等都可能被對方用來分析公司未來營運計劃及技術發展走勢的參考。
- (2)透過非法的管道：包括偷竊公司軟硬體設備所儲存的機密資訊、僱用公司員工在個人的工作站竊取公司的機密，或賄賂供應商、包商以及員工竊取公司相關的機密文件。競爭對手也可能以僱用公司離職員工來獲取公司的機密，也可能從回收的公司廢棄文件中取得機密資料。
- (3)電腦病毒及駭客的攻擊：駭客從網站中入侵，因為上網人數眾多，不容易追蹤，且技術層面非一般企業能夠克服。因此，這種駭客侵襲也是安全最難防範的地方。公司對於有可能流失秘密的設備及管道均應加以管制，例如電話、影印機、傳真機、電腦設備，甚至要銷毀有儲存機密的各種媒體時，也應確實監督、執行。媒介物的型態與使用可分為下列幾類：A、複製設備管理：影印室與閱讀機密文件區域應採取適當的管制，或設專人複印任何文件或取閱文件借閱登記（陳弘展，2001）。B、E-Mail 的使用：E-Mail 促使通訊的效能呈現無以計數的便捷，員工也廣泛的使用 E-Mail 在公、私領域中。公司為避免員工洩漏企業營業秘密或提高工作效能，以保護企業營運，限制員工使用公司通訊設備之內容乃有其必要性，惟公司需公開宣示此一政策，使員工瞭解其目的，以正確使用公司通訊設備，不洩漏公司營業秘密或個人隱私，以求「公司營業秘密保護」與「員工隱私權保障」之均衡。

### 4、相關契約之簽訂

雇主常利用訂定工作規則之便，將保密合約、競業禁止條款，甚至智慧財產權歸屬，同時附隨在勞動契約中，希望勞工能主動「自願」配合企業主之經營管理。對於策略聯盟或委外關係的合約中，亦有類似的條款約束。

- (1)保密合約：呂瑋卿 (1998) 提出保密合約的簽訂應以書面為之，若臨時人員、工讀生、約聘人員可能接觸企業之營業秘密時，亦應簽訂保密合約。
- (2)競業禁止條款：呂瑋卿 (1997) 認為應明定保護的範圍，如對象、期間（目前我國法院主張二年為合理期間）、區域及相對補償方式。
- (3)第三人保密合約：馮震宇 (1998) 認為簽訂保密合約範圍擴大至代理人、代表人、受雇人、受託人、供應商、被授權人等，才能防營業秘密之喪失。蔡玉玲 (2000) 指出，與事業夥伴、客戶簽訂第三人保密合約時，應注意揭露事項並註明機密字樣。
- (4)智慧財產權歸屬：喻幸園 (2000) 簽訂員工智財產權轉讓契約，可防止員工離職將技術秘密外流。營業秘密的權利可依契約約定為雇用人或是受雇人所

有。在沒有約定的情況下，依法在雇用關係所產生的職務上發明，權利屬於雇用人，而利用雇用人之資源或經驗所產生非職務上發明，受雇人有告知的義務，雇用人得在支付相當的報酬後使用該項發明。

#### 5、組織部門

張玉瑞(1999)提出營業秘密管理制度可由權利機構、職能機構和監察機構組成。智慧財產權因涉及相關法令與技術領域甚深，通常組織未達相當規模者，則以委託專責機構協助居多，尤其是當法律訴訟情事發生時，更非一般企業所能完全掌控。

喻幸園(2000)主張公司設立專責部門負責智慧財產權工作，對營業秘密可產生效益有下列幾點：

- (1)對於公司文件及技術可有效規劃其須用營業秘密何種等級保護其權利範圍。
- (2)有效控制、管理公司對於營業秘密文件檔案之證據合法有效性。
- (3)檢視是否有侵害他人營業秘密與行使公司營業秘密之排他性。
- (4)教育訓練內部人員對於營業秘密文件傳閱的正確觀念。
- (5)對公司各項營業秘密運用與保護措施作有效完善管理。

馮震宇(1998)認為企業應建立稽核制度。將營業秘密的查核與其他智慧財產權的查核結合，可獲得整體性的智慧財產權訊息，提供決策者參酌之用。稽核制度的設置在於協助企業管理階層調查、評估內部控制制度是否有效運作，並適時提供改進與建議，為資訊科技產業所廣泛運用。

#### 6 建立企業文化

Robbins(2000)每個組織都會發展出它自己的一套假設、理解事情的方式和隱晦法則來管理工作場所中的日常生活行為。建立全體組織成員共同體認保護公司智慧財產權為該公司最重要的資源。許智誠(1992)指出產業間諜橫行，公司應有不竊取他人營業機密的文化，創造自身的「know-how」才是公司的永續生存之道。

#### (四)台積電告中芯專利侵權及竊取營業秘密案

西元2003年，中芯國際集成電路製造股份有限公司(Semiconductor Manufacturing International Corp. SMIC，以下稱中芯國際)成為全球晶片廠商最大贏家，晶圓銷售額從5000萬美元激增至3.6億美元，一躍而成全球第四大晶片供應商。儘管中芯國際的銷售額僅為台積電的7%，但由於中芯國際的快速成長及對台灣積體電路股份有限公司(Taiwan Semiconductor Manufacturing Co. Ltd. TSMC，下稱台積電)的搶單行為、挖角行為，台積電遂決定對中芯國際提起訴訟。首先，2003年12月9日台積電針對中芯國際及其美國子公司，向美國北加州聯邦地方法院提起「侵害專利權」、「不公平競爭」(unfair competition)、「侵害營業秘密」(trade secret misappropriation)三件訴訟。2004年3月24日台積電進一步提出中芯國際侵犯其營業秘密之證據，其中包含中芯國際雇員指証該公司的180奈米晶片生產線所採用的工藝流程有90%左右都是從台積電抄襲來的，且其內部對台積電及其技術給予一個

暗號，稱為「BKM1」，意即「Best Known Method 1」的簡稱等證據，但由於美國北加州聯邦地方法院於2004年4月21日裁定，台積電對中芯國際所提出有關「竊取營業秘密」與「不公平競爭」兩項控告的規模尤甚於「侵害專利權」的控告，故此一部份的訴訟應由州法院審理，而非在聯邦法院中審理。故台積於2004年4月改向美國加州地方法院對中芯國際竊取其營業秘密提起訴訟。此外，2004年8月24日，台積、台積北美子公司、及WaferTech L.L.C.聯合向美國國際貿易協會(International trade commission)提出中芯國際及其美國子公司侵犯其美國專利6,121,091請求項1及11項，6,251,795請求項1-6及8-15項，6,235,653請求項1, 2, 5, 6, 15, 16，及透過不正當手段竊取營業秘密之申訴，並具體要求ITC禁止任何侵害台積相關權益的中芯國際產品輸入美國(排除命令 exclusion order)。雖台積已於1/30/2005宣佈與中芯國際就正在進行中的專利及商業機密訴訟案雖達成和解，但此一和解案幾經波折，最後終於於11/11/2009正式告一段落。中芯國際創辦人、執行長張汝京於10/11/2009閃電請辭，由全球最大半導體設備業者應用材料亞洲區總裁王寧國接任。台積公司也於11/11/2009發布聲明，表示雙方已和解。根據和解協議，中芯國際將分四年四期支付台積二億美元，分兩階段給台積公司一成中芯股權，並終止二〇〇五年簽訂的專利交互授權合約。台積與中芯表示，台積不會進駐中芯董事會，以股權作為和解協議之一，沒有其他業務原因。台積強調，接受股權轉讓須政府許可，不以長期持有中芯為標的，取得股權是因為訴訟緣故，為了確保台積營業秘密的價值而接受，不排除賣出股票。若政府不許可，台積與中芯還有其他替代方案。一九九九年，台積併購世大，張汝京憤而離開世大及台積，並在隔年赴大陸成立中芯國際。中芯建廠過程中，不斷向台積挖角，進而引發台積對中芯展開訴訟。二〇〇六年八月，台積以中芯違反二〇〇五年一月底和解協議，二度控告中芯竊取商業機密；兩造於11/11/2009宣布和解，根據和解協議，台積撤回告訴，中芯在美國與北京對台積的反訴也將撤回<sup>1</sup>。

##### (五) 小結

由於中芯國際的快速成長對台灣積體電路股份有限公司(Taiwan Semiconductor Manufacturing Co. Ltd. TSMC, 下稱台積)的搶單行為、挖角行為，台積遂決定對中芯國際提起訴訟。由於台積公司對於營業秘密管理與制度面投入相當人力，因此本組此次參訪台積公司也針對此一面項，加以探討，由於時間與人力限制，謹就現行法與現況加以討論，因現行法對於競業禁止並無明文規範，企業雇主藉由契約自由原則而常要求受雇人簽立競業禁止約款(暨保密約款)以在勞動契約關係終止後限制離職受雇人之工作權及職業選擇之自由，並宣稱此約款係為保護雇主之營業秘密。然而此究係雇主為保護其營業秘密或只為限制受雇人與之為競爭之行為？原告自是負有舉證之責任。且因勞資雙方於締約時之經濟力量地位並不平等，故受雇人對於約款限制之內容往往沒有討價還價之能力，故法院應如何審查此等限制性之約款？所謂之合理性之標準又係如何？誠然受雇人之工作權係屬憲法保障之基本權利，故人民得自由選擇工作及職業，但僱主之營業

秘密或對於受雇人投注之教育訓練投資等商業上值得保護之合法利益亦同屬於憲法上應受保障之財產權之範疇。因此，競業禁止約款乃呈現僱主與受雇人二項基本權利之衝突，法院應如何處理，以求取二者間之衡平？

再者，從 80 年代起(TRIPs)並將營業秘密之保護視為共識，要求各國給予適當的保護，使得各國紛紛制定新法以保護企業之營業秘密。我國亦於民國 85 年 1 月 17 日制定「營業秘密法」藉以保護營業秘密，國內近年來資訊產業蓬勃發展，然而產業內員工跳槽至對手企業，甚至自行創業，與原雇主大打對台之情事，屢見不鮮，尤以高科技之營業秘密之管理保護更為重要。但是有些例如客戶名單及相關資訊是否屬於營業秘密之範圍？其與競業禁止約款間之關聯性為何？都是值得探討的問題。在實務上防禦之道，即在於企業僱主平日需建立防止外界刺探營業秘密之保全計畫，及防止內部受雇人員洩漏機密之保密措施，以預防營業秘密被受雇人揭露。倘若企業僱主發生營業秘密外洩並決定提起訴訟案件，能清楚確認何種資訊屬於營業秘密，證明自己業已善盡合理之保密措施，及舉證受雇人之侵害行為，方為訴訟致勝之關鍵。但如何舉證證明所受之實際損害若干及建立損害與受雇人侵害行為間之因果關係，實為此類訴訟中最困難之處。

### 三、IBM 公司

國際商業機器股份有限公司（英文：International Business Machines Corporation，首字母縮略字：IBM），總公司設在美國紐約州阿蒙克市。IBM 實際上的創辦人 Thomas J. Watson 的先人十九世紀中期因愛爾蘭大饑荒移民美國，Watson 年輕時先後從事過賣鋼琴、豬肉與證券的工作，原本計劃要存錢開肉店，但卻被證券營業員所騙損失所有金錢。Watson 改去 NCR(National cash register，國民收銀機公司，另譯安訊公司)當業務員，成績優秀，但因銷售手法觸犯反托拉斯法，被判刑一年，後來案件因某專業因素被撤銷。NCR 老闆後來與 Watson 不和要求 Watson 離開 NCR。Watson 改加入 CTR(Computing Tabulating Recording，計算列表紀錄公司)，這家公司銷售的機器可以分配資料卡並列印統計表，主要客戶是美國人口普查局。Watson 借了許多錢發展公司，採用將機器出租的新銷售手法，Watson 自己也借了很多錢買公司的股票。1924 年 Watson 將 CTR 改名為 IBM。1940 年代末期 Watson 長子建議公司將機械式計算機改為美國陸軍使用的真空管與電子式計算機。1956 年 Watson 將公司交棒給自己的長子小華森。1960 年代初期小華森用公司年營收三倍的巨資，花費五十億美元開發 360 系列大型電腦，採用最新的積體電路技術，奠定 IBM 在大型電腦稱霸的定位。小華森曾對一位讓公司損失一千萬美元的員工說，他不會開除這員工因為他是幫員工付學費。

1970 年小華森將公司董事長職位交棒給 Vin Learson，Learson 兩年後交棒給 Frank Cary，Cary 設立密集的員工訓練並以許多考核關卡謹慎挑選經理人。1980 年 Cary 交棒給 John Opel，Opel 與比爾蓋茲的母親皆為美國聯合勸募組織

(United Way)的成員，當 IBM 經理擔憂將個人電腦作業系統交給比爾蓋茲的小公司承包是否妥當時，Opel 表示他認識蓋茲的母親，他支持比爾蓋茲的產品。1986 年 Opel 交棒給艾克斯。除了 1993 年挖角來擔任董事長兼執行長的 Louis V. Gerstner，IBM 歷任董事長皆從業務員做起。IBM 在 1980 年代的十年裏使用了一千億美元的研發經費，開發出許多電腦技術。IBM 還在材料、化學、物理等科學領域有很大造詣。硬盤技術即為 IBM 所發明，掃描隧道顯微鏡 (STM)，銅佈線技術，原子蝕刻技術也為 IBM 研究所發明。IBM 的研發部門十分傑出得過兩次諾貝爾獎。

IBM 在 90 年代初一度面臨個人電腦與工作站電腦功能增強，大型電腦銷售減少，陷入虧損困境，1993 年放棄終身僱用制開始大裁員。但 1993 年從 RJR Nabisco 食品公司挖角郭士納(Louis V. Gerstner, Jr.)擔任董事長兼執行長後，對組織與企業經營方向進行大改革，以提供客戶全套軟硬體設計暨全套解決方案為主要銷售策略，重新振興 IBM，讓 IBM 營收獲利皆創新高。

IBM 的現任董事長兼 CEO 兼總裁為彭明盛 (Samuel Palmisano)，又譯為“潘盛諾”(1973 年加入 IBM 擔任業務員，2003 年一月擔任董事長，畢業於約翰霍普金斯大學歷史學士)，在他 2008 年任內 IBM 年度營收首度突破一千億美元。

IBM 為計算機產業長期的領導者，在大型／小型機和便攜機 (ThinkPad) 方面的成就最為矚目。其創立的個人計算機 (PC) 標準，至今仍被不斷的沿用和發展。2004 年 12 月 8 日其 PC 部門出售給聯想公司，金額 17.5 億美元並持有聯想公司股份。收購後，聯想在五年內可以使用 IBM 的品牌。ThinkPad 和 ThinkCentre 品牌歸聯想集團所有，IBM 只會對 server 級的電腦進行維護。根據最新一期《自然奈米科技雜誌》，IBM 研究中心和加州理工學院 (CIT) 聯手研發的 DNA 晶片獲得重大突破，未來可望以較低的價格製造體積更小、功能更強的下一代晶片。而最新技術突破的關鍵，在於成功地結合晶片的蝕刻法 (lithographic patterning) 與 DNA 的自我組合 (self-assemble) 特性。由於 DNA 分子可自我組合成不同的形狀，若將 DNA 覆蓋在矽晶表面，DNA 即會依照蝕刻的電路圖形，組成微小的三角形或正方形。這使人造 DNA 奈米結構可作為製作微型晶片的框架。目前處理速度最快的電腦晶片是以 45 奈米製程製造，未來業界計劃要升級至 22 奈米，但目前仍遭遇製造難度高、價格昂貴的困難。若使用 DNA 技術製造晶片，精細程度可達 6 奈米，約為 22 奈米的四倍小，而且價格較低。

#### (一) 溢價收購 SPSS，借併購拓展市場

除 IBM 外，還有多家科技巨頭也開展了一系列併購交易。甲骨文以全資收購交易型數據管理解決方案領導廠商 GoldenGate Software，具體收購金額不詳。與此同時，甲骨文還在逐步完成對 Sun 總值 74 億美元的收購。英特爾也完成了對嵌入式軟件開發商風河系統(Wind River Systems)8.84 億美元的收購。IBM 收購 SPSS 的交易反映出大型科技企業拓展數據分析軟件市場的迫切需求。在其他

軟件銷售額下滑的同時，這類軟件的市場卻依舊保持增長。由於經濟衰退迫使用戶壓縮 IT 預算，並尋找新的途徑，因此科技公司紛紛希望透過收購，縮短研發所需花費時間，快速累積技術，創造營業利潤。

## (二)分析軟體潛力巨大

SPSS 出品的統計軟體在各大高校的研究生中知名度頗高，該公司去年的銷售額將近 3.03 億美元，產品被廣泛應用於市場研究、金融、銷售數據分析和未來行為預測等領域。IBM 軟體集團總經理羅布·阿什(Rob Ashe)之前曾在數據分析軟體公司 Cognos 擔任 CEO，該公司 2007 年被 IBM 收購。阿什表示，許多銀行都依靠 SPSS 軟體來檢測詐欺，而呼叫中心則通過該軟體快速判斷用戶對特定產品的購買偏好。由於企業希望從電腦系統及其所存儲的訊息中提取更多的價值，因此便有越來越多的用戶開始購買數據分析軟體。IBM 軟體業務的利潤率很高，即使銷售業績低迷，該業務第二季的毛利率依舊高達 32%。阿什表示，數據分析軟體是 IBM 的重點投資領域，也是今後的主要成長點。“收購已經成為 IBM 擴充利潤率的重要手段。收購 SPSS 一方面可以幫助 IBM 對抗數據分析軟體 SAS，另一方面也可以增強 IBM 競爭力，以對抗甲骨文和 SAP 兩大商業軟體巨頭。IBM 收購 SPSS 的交易，表明科技行業的併購還將繼續。

## (三)IBM 推動綠色科技

IBM 預計每年將花費 10 億美元投入在環保節能科技，約佔 IBM 每年研發預算的 1/6，在節能科技上擁有一些專利，近年來推動的伺服器，儲存設備都以節能為號召，是目前推動節能技術最為積極的大廠之一。全球最大 EMS 廠鴻海精密將搶攻環保節能市場。IBM 將技術轉移給鴻海一起進軍環保節能產業，兩家公司將從硬體提升到軟體合作上。鴻海與 IBM 合作日益密切，前幾年買下另外一家 EMS 廠 Sanmania，取得不少 IBM 伺服器的訂單，與 IBM 合作的範圍主要是在伺服器的代工上，取得 IBM 技術轉移後，鴻海代工產品可望升級，進而取得更多訂單。IBM 將委託鴻海代工低階的軟體，兩家軟體合作將會在高雄軟體園區進行。IBM 近年來加強在台灣的佈局，持續擴編台灣的研發中心，目前 IBM 台灣研發中心主要負責 X86 伺服器的研發，IBM 表示除了 X86 外，台灣研發中心還會持續擴充到刀鋒伺服器與大型主機等產品。而 IBM 目前在台灣主要合作廠商，除了鴻海外，主要伺服器代工廠還有緯創、英業達等，由於 X86 伺服器市場目前持續成長，也成為台灣 PC 大廠爭奪訂單的新戰場。

## (四)IBM 從硬體跨入軟體

IBM 表示位於南港園區的軟體研發中心已成立普及電子商業研發團隊與展示中心，同時團隊於 2001 年出現具體研發成果，包括與開利冷氣共同推出網路冷氣機，以及在 Ericsson、Nokia 的手機內，建置 IBM 的軟體技術外，又於 2001 年推出聲控 PDA。台灣 IBM 位於南港軟體研發中心包括四組團隊，分別研發資訊家電(IA)、電子交易市集(E-marketplace)、語音輸入辨識系統(跨 NT、unix、wince)與中文化，其中的語音輸入辨識系統已有具體成果。IBM 於 2001 年致力

推廣普及電子商業，包括(IA)與行動商務應用環境，引進當時國外最新的普及運算嵌入式軟體技術(Embedded Solution)外，陸續引進四項技術，分別是安全控管技術轉移、網路資料轉移的標準(XML)以及跨系統的整合技術等。於2001年IBM的業務重心仍放在硬體部分，自IBM從硬體跨入軟體後，軟體營收已逐漸成長，以2000年軟體已占IBM全球營收的15%，獲利比重也成長到30%，而主打的中介軟體產品，2000年營收為市場第一，占3/4的市場，因此未來IBM將會提高軟體事業的比重，包括主推四大中介軟體產品，以整合方式迎合市場，也包括對知識管理的運用以及加強資訊科技管理的需求。

#### (五)IBM公司營業秘密加值運用商業模式:(參訪心得)

品牌就是價值，而價值則是或多或少導源於「夢想魔力(power of the dream)」。在以價值為導向的國際市場競爭關係中，顯然所有的品牌並非生而平等；透過有效的宣傳、行銷和訴求確實可以「一蹴可及」，讓產品的品質和商譽能快速、有效的展現出來。一旦商標獲得了註冊登記，為了確立一個商標價值，最關鍵的還要定義商標的品質，而且要堅持對此一品質的要求。通常可從產品的設計、品質、流通度(availability)、可信度(reliability)和服務等是否能維持一致來體現。由此在相當高的程度上也影響到一個商標或品牌的市場定位。據美國商業週刊(Business Week)。與Interbrand對全球商標價值的統計調查，在西元二00七年，全世界最具市場價值的商標依然由可口可樂奪魁，估計市場價值約在美金六百五十三億元左右。而IBM位居第三名，估計市場價值約在美金五百七十億元左右。

由於商標所代表的就是對於一個產品來源和品質的識別，在每個商標或其產品的背後，其實都寓含或象徵某種精神、特質或是文化特色。更明確具體的說，這就是市場的觀感，而不論實際的狀況究竟為何，例如「勞力士牌(Rolex)。」手錶所象徵的，不僅是正確的時間(事實上，凡是完全以機械方式來運轉的手錶在經過一段時日之後，必然不如石英錶來得精準)，更能代表了瑞士精密儀器的匠心與藝術，甚至轉化成為某種社會地位的象徵。即使許多該廠牌的手錶其實並不真是在瑞士製造，但至少製造商是竭盡心力，透過各種文宣希望讓市場能對其產品產生這樣的觀感或認知。又如多數的消費者可能認為Google『所代表的就是網路檢索，即便該公司的許多產品與經營型態都早已超越了這個範疇亦然。

而智慧財產權的取得大多來自兩個途徑：一為自行研究與開發，二為技術之引進與移轉。前者自己花費心血，研究成果，依法律規定，直接取得智慧財產權。後者利用他人研發結果，支付價金或透過合作關係，間接取得全部或部份智慧財產之所有權、使用權或實施權。企業界一向認為「研究愈多，做得愈好」，研究開發的投資比例與智慧財產創造成正比。以執全球先進科技的美國為例，2000年全國研發投資費用高達二千六百五十三億美金，遙遙領先世界其他各國，世界各國大型企業無不大量投入研究開發的工作，如藍色巨人IBM公司在

2002年的研究開發經費為四十七億五千萬美元。由於投入研發金額最多，獲得專利自然領先其他公司，因此IBM公司在技轉或其他商業活動都具有種種優勢。

產業在技術引進或移轉上方式很多，最主要的不外購併、投資合作、授權等三種。而各種方式中，都可由私人企業、研究機構及政府等不同對象取得技術。不過，值得注意之處，就是國內外產業界近年來無論購併、投資合作、授權等，亦有極大的變化。早期購併的目標通常是具有資產或是資產被低估的公司。可是隨著高科技產業的迅速發展，近年來購併的對象明顯的轉向具有智慧財產權的企業。在這種趨勢下，傳統購併、投資合作、授權等所著重的法律要求亦隨之有所改變，由於許多被購併的高科技公司並無任何有形資產，僅有的只是無形的智慧財產權，因此在對智慧財產權的估價、權利與技術之評估、以及可能之侵害訴訟風險考量方面，往往成為購併成敗的關鍵。由於無形資產的客觀價值與法律風險都需要專業判斷，可是目前的產業主流，包括資訊、電子、通訊、生物科技、製藥等產業的成敗關鍵，都在於此等無形資產的取得與確保。因此，國內高科技業者在國內外從事購併時，亦應具有與購併傳統產業不同的法律考量重點，方能確實掌握技術、人才與市場，進而達成購併的目標。特別在營業秘密方面有以下幾點需加以防範與保護：

1、檢視所有公司認為符合營業秘密保護要求的製程、方法或其他專屬權益與相關文件及資料。

2、有關公司保護營業秘密的政策與規定。

3、智慧財產權共通的調查注意之點：

(1)所有與公司有關的智慧財產權授權契約、轉授權契約、和解書、主管機關決定與法院判決。

(2)所有智慧財產權契約的特殊條款規定內容。

(3)所有現在進行或是將可能進行的訴訟或其他行政程序的情況與進度。

(4)所有第三人主張公司侵害其智慧財產權的相關文件與資料。

(5)所有與智慧財產權侵害、有效性、實施利用有關的律師或專家意見。

(6)所有公司與第三人就智慧財產權所訂定的補償或擔保條款約定。

(7)所有公司認為第三人之利用可能侵害其智慧財產權的案件。

(8)所有公司與員工、顧問、供應商、經銷商、客戶或其他相關人士所簽署與智慧財產權有關的契約，例如保密協定、競業禁止約定、權利歸屬規定等。

(9)所有公司智慧財產權的限制或其他重要登記事項。

(10)所有政府機關與公司間就公司所擁有智慧財產權相關之問題而作成之文件與資料。

4、在我國廠商日益國際化的現階段，購併、投資合作、授權等三種已經成為

我國企業強化國際競爭的重要模式之一。不論其目的係為了取得技術、提高市場占有率、獲取行銷通路或品牌、甚至建立進入障礙，購併、投資合作、授權等三種都能縮短學習曲線，縮短進入市場的時間，並可消除進入市場的障

礙。而在購併、投資合作、授權等三種的過程中，不但牽涉到對財務、市場、行銷、技術、經營管理各方面的了解，更需要注意法律。這是因為購併、投資合作、授權等三種雙方所有的協議與條件，都必須落實在契約中，再加上各國對於購併、投資合作、授權等三種都有不同的要求或法律規範，因此為避免可能的法律風險，國內廠商於購併時，應特別延攬有購併、投資合作、授權等三種法律專業的人士加入，方能締結有效且避免法律風險的購併、投資合作、授權等三種契約。另外，在購併、投資合作、授權等三種的過程中，為確實了解被購併、投資合作、授權等三種的對象，亦應由專業人士利用正當注意調查程序的機會，對被購併、投資合作、授權等三種的公司作整體的查核。若是購併、投資合作、授權等三種的對象為高科技公司，還應配合技術專家，對被購併、投資合作、授權等三種公司的無形資產，特別是專利與營業秘密，加以評估，以確定其有效性與無權利的瑕疵。不過，值得注意的是對於國外企業，許多國內企業再購併、投資合作、授權等三種情形時，往往卻因為人的觀念（特別是東西方基本文化與價值觀念差異）的因素，而遭遇困難。因此，如何在成功的完成購併、投資合作、授權等三種的各種法律、技術、財務等挑戰後，突破東西方管理模式與觀念方面的歧異，則是企業必須面臨的另一種挑戰。

#### (六)、小結

無論身在何處，發現問題，解決問題將是 IBM 研究人員持續推動科學，技術和業務創新與研發，使世界上各個領域工作均能運轉順行。IBM 公司全球網絡的科學家工作即秉持著探索性研究項目，幫助客戶突破科學來解決現實世界的商業和社會挑戰。3000 研究人員在世界各地，它採取了創新，以保持技術連接。在 2002 年 7 月 IBM 挾其豐富智財權和先進製程跨入晶圓代工，並且透過技術換產能的策略跟特許合作 12 吋廠，大舉搶占高階代工市場，可說是晶圓雙雄在先進製程上的最大威脅。由於科技日新月異，一日千里。IBM 投入人力物力與財力在全球幾個重要城市均設有研發中心從事研究開發，成果豐碩，加以透過網路提供員工教育訓練，使各個員工可針對個人需要，提供不同內容教育訓練提升員工工作技能，激發員工 know-how 並將其 know-how 轉換為公司獨一無二營業加值，公司內成員透過獲取，分享及運用知識，提高作業效率或是競爭力，以達成公司的目標(商業利益)。公司並將員工 know-how 應用在商品上，提升競爭力，發展出獨一無二商品。加上員工薪水待遇比其他同業為高，提供員工一個穩定工作環境。因此員工竭盡所能，貢獻自己才能給公司，針對客戶提供專業一流服務。

而企業文化能增強企業凝聚力和產品的競爭力。正像其它生命體有其自身的基因一樣，企業作為一個生命體也有自身的基因，這個基因就是企業文化。企業文化的核心是其思想觀念，它決定著企業成員的思維方式和行為方式，能夠激發員工士氣，充分發揮企業的潛能。一個好的企業文化氛圍建立後，它所帶來的是群體的智慧、協作的精神、新鮮的活力，這就相當於在企業核心裝上

了一台大功率的發動機，可為企業的創新和發展提供源源不斷的精神動力。而 IBM 公司之所以生存至今，原因就在於其創新精神長盛不衰。如果每個人都來動腦子、都來創新，這對企業來說是一筆非常大的財富。企業能從組織結構上使每個人創新暨啟發員工(know-how)，並且與市場聯繫起來，創造公司價值與實現員工自身價值。

創新是適應經濟全球化的客觀要求。面對今天這個資訊化、經濟全球一體化時代，如果每個人與市場不結合在一起，這個企業就沒法生存。企業由於擁有創新企業文化與不斷求新求變、改善人類生活研發精神，並結合 E 化教育訓練，提昇員工技能，激發員工 know-how 成為公司獨一無二營業秘密，之後又並將其營業秘密加值運用在商業化上，為公司與員工創造優良績效。因此唯有占有市場，滿足用戶需求誰就贏得了市場。透過市場的途徑來實踐公司與客戶最大利益。公司每一項產品均能與市場結合在一起，離開市場就沒有生存的餘地，其實就是把員工自身利益與市場利益相互結合在一起。例如 IBM 最擅長技術移轉，在營業秘密加值運用方面，如果兩造雙方尚未談妥前，IBM 公司為維護其自身權益，並保護其技術營業秘密，會在談判成功前，保留其關鍵核心技術，不因談判不成造成整個營業秘密技術洩密。而公司也會將技術人員隨著技轉需要將員工整批與技術移轉給技轉公司，協助其技術移轉與操作使用之順利。對於被移轉員工其權益不受公司移轉之影響其員工權益，因 IBM 公司會將員工之前所提撥退休金或其他員工福利平行移轉給新技轉公司，因此對員工與 IBM 公司或新技轉公司均互蒙其利，加上 IBM 重視研發，擁有很多的專利權與營業秘密，當今如何結合市場需求，為公司與新技轉公司，開創更多的商機與利潤。而 IBM 公司技轉方式也深獲企業界好評與肯定。

國內正大力推動自主創新，而技術轉移是核心問題之一。目前有很多高素質的研究人員，主要分布在大學和科學研究機構內，如何建立一套機制，將其研發技術結合市場需要，將其技術商品化，為研究人員或公司創造商機，都值得國人深思，在此時 IBM 公司是如何將所擁有專利或營業秘密，藉由一套管理機制而能將技術移轉加值運用在 IBM 公司上，此一管理機制就值得業界學習與參考。

## 伍、結論與建議

### 一、總結

二十一世紀被公認為知識經濟世紀，知識之創造、流通與加值運用之績效將決定國家競爭力之高下、產業升級與轉型是否成功、及學術研究機構聲望之排名順序。企業對智慧財產權的加值與運用，則為面臨國際競爭壓力的致勝關鍵。由於市場競爭激烈，產業間透過商業間諜，惡意挖角、員工集體跳槽，不當獲取他人營業秘密、員工的知識、技巧與經驗，從事商業競爭等活動。尤以高科技產業影響甚巨，因此「營業秘密」的保護，在整個智慧財產管理上益形重要。另一課題，即企業如何對員工的知識、技巧與經驗(know-how)加以研發包裝，使其能成為有價值 package。進而將其獨一無二 know-how 加值運用，成為企業獨特技能，為企業創造帶來利機與商機。雖說「江湖一點訣，說穿了不值錢」，然而所謂「祖傳秘方」、「獨門絕活」等我知你不知的營業秘密，往往就是決定企業何者在商場勝出的致勝關鍵。因此凡是任何能夠使企業在市場取得競爭優勢的技術或產銷資訊，就是值得保護的智慧資產或是營業秘密，因此公司為取得智慧資產或是營業秘密平時需投注人力、經費與時間，並且必須妥善保護才能確保其商業利益。因此本組就以國內外三家具有代表性高科技產業公司，一、波音公司。二、台積電(TSMC)。三、IBM 等三家高科技公司就其在營業秘密管理及加值運用上方式加以學習與觀摩，藉由本組此次參訪心得與王偉霖教授指導下，共同討論導引出方法並加以研究探討，希望對國內相關產業會有所助益。由於時間與人力限制，希望下屆學弟、妹能再針對此一主題再加以深入研究探討。

根據上述分析，得知一般企業界對營業秘密認知的程度普遍不足。當企業知道營業秘密之重要性，也清楚那些資訊屬於營業秘密後，更應該訂定適合企業的營業秘密管理方法，重點為訂定各種對內、對外的規定及契約之方式，來針對事（營業秘密本身）、人（營業秘密的載體）以及可能洩密的設備做管理。本研究發現，在營業秘密的認知、存在形式與管理上，確實存在著『灰色地帶』，由於性質特殊、外人很難接觸、範圍廣泛、界定困難、擴散與移轉、內隱與外顯資訊轉換等因素而形成灰色地帶。

本研究並發現，由於企業特性和屬性、商業上營業秘密的考量因素（如：經營理念、營業活動、管理方法創新及經營策略運用）、技術性營業秘密之考量因素（如：產品生命週期、技術創新水準、還原工程及獨立開發）會影響營業秘密存在形式與管理方式的決定。

#### （一）營業秘密管理應該是一種過程而非一個『定點』的議題

雖然營業秘密法在我國已頒布多年，但學界多為法律系所針對已發生的案例在法令及條文上探討，結論多屬營業秘密的適法性或定義，易言之，是一個在事前立法及事後最終防線裁判的『定點』研究，因為法律對企業營

運的過程是不介入的。事實上，本研究發現，營業秘密管理是一種過程，由對營業秘密的認知與認識法令的規定開始，到第二個步驟的考量企業特性與相關因素，決定營業秘密的存在形式，至第三步驟應選擇最適合企業的管理方式去管理及維護營業秘密，最後運用營業秘密的稽核功能，持續不斷且週而復始的對這個過程做管理，才能對企業的營業秘密作最佳的運用，也是管理者應正視的管理議題。

## (二) 運用營業秘密的管理創造競爭優勢

由於營業秘密的特色是企業透過內部的保密措施，而享有競爭對手所不知或沒有的優勢<sup>45</sup>，所以多數企業都希望能利用擁有營業秘密來達到取得競爭優勢及創造價值極大化之目的，但經營者或許能了解企業營業秘密的價值所在以及保護的重要性，卻可能無法達到上述目的。在美國布萊克法學辭典對營業秘密的所下的定義中曾提到「……企業對於營業秘密的利用，可因競爭對手不知悉該資訊或未利用該資訊的情況下，取得優勢的機會」，但一般的營業秘密法只能規定營業秘密的適法條件，而無法告訴經營者如何達到此目的。本研究發現若結合法令規定與適當運用管理方式即可發揮最大的綜效，此可由本研究訪談對象中，成功的利用智財權作為攻擊防禦之利器者，其除了瞭解營業秘密外（知法），更能掌握制定適當的營業秘密保護措施（守法），並利用管理營業秘密使其價值極大化並取得競爭優勢之例子說明之。

## (三) 營業秘密管理之焦點

經本研究整理出的各種管理方法中，發現企業在做營業秘密的管理時，有個可供參考的管理焦點為 1、對人及對事的管理，2、對內與對外的管理；前者的管理重點分別為：對人的管理首重授權及需知原則之掌握，對事的管理應留下接觸記錄；後者之管理重點為：對內部的管理重點運用稽核制度，對外的管理重點則為保護措施。而管理焦點的對象則以對人及對事來區分，內部的人員可定義在員工與內部團隊成員，外部的人員包括交易對象、合作對象與離職員工；內部的事可將焦點放在文件、設備及媒介物上，對外的事則可將重點放在交易契約審查與保密條款的簽訂上。

## 二、對台灣高科技產業的啟示、教訓及借鏡處

營業秘密與其他智慧財產權最大不同處，在於營業秘密的「秘密性」是不須「公開」其技術或方法，而且營業秘密的保護並沒有期間的限制，社會上會有些享譽百年的長青企業，主要就是基於其營業秘密而獲得高度競爭力，而企業的經營也因此歷久不衰。對於擁有營業秘密的企業而言，最重要的，是如何繼續保有此項營業秘密，不讓別人取得。企業的成功之道，往往有許多因素，

<sup>45</sup> 田正人，民 89

例如人才、領導、制度、管理等，但是使企業能「可大可久」的永續經營，更重要的是在於「獨特性」，營業秘密的保護，對企業永續經營是相當重要的。

企業除研發成果的智慧財產資源的保護外，其他技術性資訊包括特殊的訓練培訓計畫、特殊的 Know-how。商業性資訊如銷售、經營、管理、行銷、採購、訂價方式、估價方法、財務及客戶資料，甚至研發過程中失敗的經驗等都受到營業秘密的規範保護。所以營業秘密保護不全然是企業發展中對智慧財產權保護的消極行為。企業要隨時重視企業中的重要資料的流向，更應積極的保護企業重要資源。建立完整之企業機密的保護機制，獲得最高經濟效益。維持企業的競爭力。

### 三、具體建議

如何作好高科技產業之營業秘密管理及其加值之創造，本研究建議如下：

(一) 營業秘密是一般產業界經常會誤解但卻是非常重要的智慧財產中的一項，幾乎所有事業營運之核心能力內涵，未公開揭露技術部份皆屬營業秘密範圍。因此營業秘密對於所有產業，不論是製造、服務業均為命脈所在，攸關企業經營成敗甚鉅。企業若能夠有效做好營業秘密管理則有如虎添翼之效果，反之則可能加速企業敗亡，不可不察！

(二) 另外高科技公司經由參訪心得及蒐集相關料，如何保持營業秘密優勢：

- 1、專注於研究與開發
- 2、把品質視為生命
- 3、重視推銷
- 4、良好的售後服務
- 5、獨具特色的員工培訓專案

(三) 營業秘密的加值運用

- (1) 實務上營業秘密的共有人要為加值運用時，建議宜先取得其他共有人書面同意作為合法讓與及授權之證據，避免糾紛。總體而言，法規亦已明定共有人無正當理由，不得拒絕同意其他共有人對營業秘密的加值運用(讓與及授權)之要求，在共有狀態將不甚為妨礙營業秘密的加值運用。
- (2) 營業秘密的加值運用不外乎是直接讓與及授權外，有許多重要的商業活動，如合資設立、整廠輸出及併購等複合式商業行為，可含括甚至必然含括營業秘密讓與及授權。
- (3) 實務上許多營業秘密讓與及授權是伴隨著這些商業行為而發生並一併被規範於合資設立合約、整廠輸出合約及併購合約這些多面向的混合契約中。
- (4) 目前高科技產業成立合資公司十分盛行，因為高階電子產品如電腦、智慧型手機家電等各類 3C 產品及其配套通訊服務等，涉及之技術十分複雜，已非單一公司可短時間獨立掌握，為了能快速切入市場，多採合資成立新公司的方式，除了實際資本出資也技術出資，以自己之相關營業秘密/技術或專利權作

- 價出資，互補對方之技術不足，並合作進行研發、製造或銷售，如此可加快研發及產品上市時程並分散研發費用及風險。
- (5) 合資必須以妥當詳細的合資計畫為基礎，契約內容中應該針對合作之事項與將來可能發生之情事加以詳細約定。對於合資計畫涉及營業秘密等技術知識或專利等作價技術出資權部份，並通常在契約內必須提及相關智財權之使用及移轉，該部分之詳盡程度需比照一般智慧財產權及授權契約，不能簡略帶過。
  - (6) 相較於一般單純的設備機台交易，整廠輸出帶有營業秘密 know-how 技術的無形資產交易及技術人員勞務，附帶地有可獲得智慧無形資產交換報酬，所得較一般單純商品輸出為多；此外因進行 turnkey project 需要高度生產技術，故可向世界各國直接顯示我國工業化水準；再者引入 turnkey system 的交易相對人也常是開發中國家的政府機構、公營事業機構或是半官半民的公共機構 (Public Organization) 其為提升該國工業實力所為，與其合作除了各取所需互蒙其利，亦可藉此機會增進合作情誼，為未來投資該國或商業交易打好產官學合作基礎，降低進入門檻。
  - (7) 齊備型(turnkey system)的整廠輸出是相當重要的商業獲利模式，我國經濟部一直以來也相當重視並積極推廣扶持民間企業執行整廠輸出的商業經營，民國八十五年經濟部等政府單位及外貿協會、中國輸出入銀行、台灣區機器工業同業公會並支持成立「中華整廠發展協會」，透過該協會推動整廠業者強化產銷體系、提昇供應能力、蒐集資訊、開拓市場、取得融資、培訓人才以促進整廠產業健全發展。
  - (8) 併購是成為企業快速成長、多角化經營、垂直水平整、提升企業綜效，節省生產成本以及超越競爭對手的有效策略。企業營運價值通常由營運資金、固定資產、可辨認無形資產及商譽等資產所組成，而在眾多併購交易中，隨著高科技產業的迅速發展，考量到研發無形資產具一定之障礙與風險及研發時效性，近期的併購趨勢已將目標由具有具體資產或是資產被低估的公司明顯的轉向具有關鍵性營業秘密技術或專利權之智慧財產權的企業。由於無形資產不具有實體性、且涉及複雜的轉讓及授權移轉法律，隱藏許多併購風險，對於無形資產進行評價與查核，將成為併購交易評估的重要工作。總體而言，我國宜比照國外高科技產業的發展趨勢(購併為主自行研發為輔的產品/服務開發、生產、製造模式)，配合國外新設立的高科技廠商逐漸傾向以購併為主的趨勢，積極參與併購商業行為獲取關鍵性零組件與技術，快速整合資源切入市場或取商業利潤。

## 附件

一、在美國上課期間曾透過美國西雅圖華盛頓大學邀請美國波音公司法務人員 JENNIFER 與本組學員面對面討論以有關下問題，日後美國波音公司法務人員 JENNIFER 並以書面方式答覆本組所提問題，原文如下：

Questionnaire for Trade Secrets:

1. What is the general policy for Trade Secrets at the Boeing Company?  
Trade Secrets are covered under a written policy that describes what is considered to be Boeing Proprietary Information and how it is to be kept confidential. Documents are marked appropriately with the designations like, "Boeing Proprietary Information." If there is a need to share information outside the company, it must be covered by an agreement, which requires the receiving party to keep the information confidential, such as a purchase agreement or a proprietary exchange of information agreement. Any time technical information is otherwise released out of the company, in a public means, there is a process for the release of information which requires levels of management signatures from the various departments that are impacted.
2. How does Boeing handle the issue of Trade Secrets with regards to personnel management?
  - (1) Employees are required to sign as a condition of employment that they will keep Boeing information confidential and are reminded of this annually with a "Code of Conduct" signing.
  - (2) Employees who fail to follow these procedures or intentionally release information may be subject to discipline up to and including termination.
3. Can you please provide 3 to 5 key success factors relating to Boeing's personnel management system and the confidentiality of Trade Secrets?
  - (1) Policies
  - (2) Procedures
  - (3) Awareness of the consequences for failure to comply with the policies and procedures
  - (4) Easy to use processes for obtaining the necessary agreements and approvals to exchange confidential information
4. At Boeing, how do you retain the employee knowledge gained during their service years?
  - (1) Specific knowledge is captured in written reports and the drawings and specifications. More and more the company intranet is becoming the repository for this type of information. Also the library, although the requirement to write and document research reports can be improved. There is also a group called

Knowledge Management that more directly works these issues.

- (2) For the exchange of tacit knowledge, the company has launched a significant mentoring program where more experienced employees are matched with new hires to share this type of information.
5. As a follow-up to Question 4, does Boeing treat the employee knowledge and experience as company assets? In addition, does Boeing pass these assets to subsidiary companies or subcontractors? (Or are these Trade Secrets seen as a key advantage in negotiations in cross licensing, joint venture or “turn-key projects”?)  
Boeing does treat employee knowledge and experience as company assets. It depends on the technology, but this information may be passed to subsidiary companies or subcontractors. In those instances there must be appropriate agreements and control procedures. For instance, some work requires additional signatures from the employees indicating they will not share what is being worked on, the work may be behind locked doors and access to the area is further limited.
6. Do you have any suggestions for Taiwanese companies with regards to handling competitor’s who try to recruit your employees or how to deal with collective group resignations?
  - (1) The US has the Espionage Act, which makes it a criminal offense for employees to share trade secrets, perhaps this could help.
  - (2) Also when employees leave they are again reminded to leave all of their work behind and may not be able to work in competing industries for a minimum amount of time—usually about 2-3 years.
  - (3) Keep your employees happy so retention is high!

二、本組於回國後針對 TSMC 在營業秘密的制度、防範與救濟加以探討提出以下幾點問題與 TSMC 先進技術事業法務處宿文堂處長就以下幾點問題提出請教並與處長熱烈研究討論以下問題：

- 1、請問貴公司是否有專門負責處理或制訂營業秘密專責部門?層級為何?營業秘密規範範圍為何?每年是否隨國際環境變化而作調整?
- 2、請問貴公司如何啟發員工創新理念?其辦法為何?請舉例說明。
- 3、請問貴公司如何讓員工將過往經驗(know how)提出?有何獎勵辦法?請舉例說明。
- 4、請問貴公司是否有套標準化機制，讓員工過往經驗(know how)提出，或加以修正後能加值運用於內、外部，創造利潤、提高產能，請舉例說明。
- 5、請問貴公司針對國內是否制定因地制宜辦法或規定，以保護營業秘密?或讓員工過往經驗(know how)加值運用辦法，創造公司價值，請舉例說明。

照片一：在美國上課期間透過美國西雅圖華盛頓大學邀請美國波音公司  
司法務人員 JENNIFER 與本組同學面對面討論後，於辦公室  
合影。



照片二：本組同學參訪美國波音公司。



### 照片三

本組同學前往新竹台積電(TSMC)拜訪先進技術事業法務處宿文堂處長討論後，在公司會客室全體合影。



### 新竹台積電(TSMC)



## 參考文獻

- 張靜著，我國營業秘密法學的建構與開展第一冊營業秘密的基礎理論
- 章忠信，「營業秘密的範圍與條件」
- 簡榮宗律師，「營業秘密與競業競止條款實務分析」
- 莊淑淳，「企業組織中營業秘密之管理一項探索性研究」
- 任祥棣（1998），「營業秘密法與企業內營業秘密管理制度之研究」，成功大學企管研究所碩士論文。
- 何存璽、楊敬華（1996），「營業秘密法保護新方向-商機不可洩露」。
- 吳景源（1999），「談營業秘密法關於營業秘密之保護」，萬國法律，第107期19-24。
- 周延鵬（1990），「企業實施智慧財產權管理制度之困境」，智慧財產權教戰手則。財團法人資訊工業策進會科技法律中心，頁95-105。
- 林嘉彬（1994），「營業秘密之概念及其侵害行為類型之研究」，輔仁大學法律研究所碩士論文。
- 柳偉煌（1998），「什麼是營業秘密」，智慧財產權管理，第16期，頁22-25。
- 張平治（1993），「如何確保公司營業秘密-兼談資訊公司聘用人員時智慧財產權問題」，資訊法務透析，9月，頁26-48。
- 張秋卿（1996），「營業秘密之保護」，今日合庫，12月，頁63-78。
- 張訓嘉、鄭勵堅、劭瓊慧（1999），「營業秘密之保護-兼談企業應如何擬定相關條款」，月旦法學雜誌，3月，第46期，頁73-81。
- 張凱娜（1996），「企業如何管理營業秘密」，智慧財產權管理，第9期，頁17-19。
- 陳家駿（1996），「評析我國營業秘密法（上）」，電工資訊雜誌，2月，頁68-73。
- 陳家駿（1996），「評析我國營業秘密法（下）」，電工資訊雜誌，3月，頁66-71。
- 陳家駿（1997），「科技產業發展智慧財產權保護課題-資訊時代下營業秘密之保護」，經濟情勢暨評論，第3卷第3期，頁74-86。
- 曾勝珍（1997），「營業秘密之保護」，嶺東商專學報10第期，2月，頁151-168。
- 馮震宇（1997），「企業界不容忽視營業秘密的法律風險」，能力雜誌，第500期，10月，頁77-79。
- 馮震宇（1997），「論營業秘密之保護、查核與管理」，工業財產權與標準，12期，頁1-19。
- 馮震宇（1997），「了解營業秘密法」，永然出版社，台北。
- 戴學文（1993），「營業秘密法保護大趨勢」，中小企業聯輔中心，台北。
- 謝銘洋（1998），「營業秘密之保護」，競爭政策通訊，第2卷第5期，9月，

頁20-26。

- 謝銘洋等(1998)，「營業秘密及競業禁止條款」研討會，全國律師，5月，頁4-25。
- 劉江彬、黃俊英，2004，「智慧財產管理總論」，華泰文化事業公司，2004年2月。
- 孫遠釗，2008，「商標/品牌授權策略與實務」，元照出版有限公司，2008年4月。
- 劉江彬，2009，「智慧財產權國際發展新趨勢」，98年跨領域科技管理研習班國外專題先修班受訓講義，2009年3月27日。
- 馮震宇，2009，「美國專利改革之內涵與因應」，98年跨領域科技管理研習班國外專題先修班受訓講義，2009年5月8日。
- 馮震宇，2009，「國際智慧財產權保護與發展趨勢」，98年跨領域科技管理研習班國外專題先修班受訓講義，2009年5月9日。
- 葉玫妤、2003，「科技人的法律保護」，商周出版，2003年10月。
- Steven Pan、2007，「波音 VS、空中巴士的空中對決」，華立文化事業有限公司，2007年4月。
- 伍忠賢、2006，「透視台積電」，五南圖書出版股份有限公司，2006年4月。
- 陳達仁、黃慕萱、楊牧民，2004，「從美國專利看台灣企業科技創新競爭力」，政治大學智慧財產評論二卷第二期期刊，2004年10月
- 陳淑琴、王定亞、陳慶賢、歐正章、劉柳樺，2007，「從美國智財評價服務—看台灣之發展」，培訓科技背景跨領域高級人才計畫 96年海外培訓成果發表會，2007年12月。
- 陳智超、2005，「專利法-理論與實務」，五南圖書出版股份有限公司，2005年3月。
- 張孟元、劉江彬，2005「無形資產評估鑑價之理論與實務」，政大科技政策與法律研究中心，2005年1月。
- 徐小波、2008，「台灣軟實力：開放、穩定、國際化、創新的經濟新藍圖」，財信出版有限公司，2008年9月。
- 張錦源、2003，「英文貿易契約撰寫實務」2003年10月，三民書局股份有限公司。
- 伍忠賢、2006，「科技管理」，五南圖書出版股份有限公司，2006年4月。
- IBM全球企業諮詢服務事業群 著、江裕真 譯，2007，「軟性製造 IBM如何從做東西到做生意」，商周出版 城邦文化事業股份有限公司，2007年12月。
- 由本泰正、淵本康方、稻葉英幸合著、吳樹文譯，1998，「國際合約指南」，臺灣商務印書館股份有限公司，1998年12月。
- 余尚武 江玉柏、1998，「影響企業併購成敗因素與策略探討」
- 馮震宇、1998，「高科技產業進行購併應注意的法律問題」，經濟情勢暨評論季刊第四卷第二期。

- 徐振榮、2001,「出口管制制度與系統之分析研究」
- 陳麗琴,「生技公司常見之扣繳問題」
- 賴丕仁「淺談企業併購之法律問題(上)(下)」
- 陳輝吉,「從惠普收購案談企業收購」
- 陳頌、2008,「企業管理知識:企業購併的定義,分類與目的」
- 游明德、2006,「論無形資產 - 影響併購交易之重要角色」
- 章忠信,「營業秘密之使用、讓與及授權營業秘密」
- 蕭敏、陳明發、黃淑君合著、2003,「矽智財交易及相關法律問題探討」,政大智慧財產權評論第一卷 第一期,國立政治大學智慧財產研究所出版。
- 周延鵬、2003,「智慧資本投資保障的完整性」,政大智慧財產權評論第一卷 第一期,國立政治大學智慧財產研究所出版。
- 周延鵬、2006,「智慧財產作價投資與新創事業」,政大智慧財產權評論第四卷 第二期,國立政治大學智慧財產研究所出版。
- 耿筠、陳娟娟,2005,「美國大學產學合作合約條款之研究」,政大智慧財產權評論第三卷 第一期,國立政治大學智慧財產研究所出版。
- 雷蕾、何文君、2009,「淺談企業並購中的人力資本整合」《當代經濟》2009年 第03期