

營業秘密侵害案件之偵查內容保密令

劉怡君*

目次

- 壹、前言
- 貳、修法背景
- 參、偵查內容保密令制度設置
- 肆、偵查內容保密令之核發機關
- 伍、結語

摘要

營業秘密侵害案件偵查程序中，因所涉資訊具有高度保密需求，且經常為跨領域專業知識，形成偵查機關辨識及判讀困難，於偵辦案件過程中，企業界屢有因對於偵審程序有二次外洩營業秘密風險的疑慮，致未能即時提供充分證據給偵查機關作為判斷依據，造成營業秘密侵害案件刑罰化以來，偵辦及審理實效未盡理想。

立法機關為使營業秘密侵害案件之偵查程序中，於維護偵查不公開及發現真實同時，得以兼顧營業秘密證據資料之秘密性，於2018年第9屆第5會期第7次議案之「營業秘密法部份條文修正草案」第14條之1至第14條之4，擬建立檢察官於偵查程序必要時得核發「偵查內容保密令」之制度。本文認為基於檢察官中立義務、營業秘密資訊特性及國內司法實務現況，此制度應有設置必要。

「偵查內容保密令」制度係於偵查不公開架構下，進一步將可能涉及營業秘密資訊之偵查資料再設「保護」規範，本質並無強制處分之基本權侵害成分，本文認無採取法官保留之必要。而檢察官作為偵查主體，主導案件之發動、進行及終結，承擔案件偵查結果之判斷責任，且對於偵查程序狀況掌握遠優於未直接操作偵查程序之法院，應由檢察官視偵查程序狀況，於必要時得依職權核發「偵查內容保密令」，始能發揮該制度維護偵查不公開及發

* 劉怡君，臺灣新竹地方檢察署檢察官，國立政治大學法律研究所碩士

現真實之目的，加強保護可能涉及營業秘密資訊之偵查資料，讓告訴人及被告均能減少營業秘密資訊於偵審程序遭二次侵害風險的疑慮，促進偵查程序順行及提升偵辦結果正確性，落實營業秘密法之保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益的立法目的。

關鍵字：偵查內容保密令、秘密保持命令、偵查不公開

Protective Order to Confidential Information in Investigation

Liu Yi-Chun*

Abstract

Because the trade secret information involved in the investigation procedure of trade secret cases has highly confidential needs and usually are cross-border professional knowledge, the investigation agency has the difficulty in distinguishing and analyzing whether they are trade secrets. The industry frequently raises their concerns on the further leakage of their trade secrets and hesitates to produce sufficient evidence for the investigation agency to judge. The above explains why the results of investigation and trial are unsatisfactory in the aftermath of the criminalization of trade secrets cases in 2013.

In order to maintain the investigation secrecy and finding fact, and concurrently protecting the confidentiality of the trade secrets evidence of the trade secret cases during the investigation proceeding, the Ninth Legislative Yuan in its 2018 Fifth Session Motion No. 7 proposed Articles 14-1 to 14-4 to the Amendment to the Trade Secrets Act, purporting to establish the mechanism for the prosecutors to issue “protective order to confidential information in investigation” when it becomes necessary during the investigation proceeding. This article recognizes the necessity to establish such mechanism in consideration of the prosecutors’ obligations to stay neutral, the characteristic of trade secret and local’s judicial practice.

The mechanism drives from the structure of investigation secrecy, which further sets forth protection provisions for those investigation information that might involve trade secrets. The “protective order to confidential information in investigation” in its nature is not a compulsory order that would infringe any basic right. Given this, this article opines that reserved by the judge is not required. Being the major of investigation agency, the prosecutors lead the case, including initiate,

* Liu Yi-chun, Prosecutor of Taiwan Hsinchu District Prosecutors Office

proceed and conclude the case. They are responsible for the investigation results. They have more comprehensive knowledge of the overall situations as opposed to the judges, since the latter do not directly exercise the investigation. Only enabling the Prosecutors to issue the protective order at their discretion will achieve the purposes of maintaining the investigation secrecy and finding fact, enhancing the protection on the investigation information that trade secrets would involve therein. Additionally, the mechanism will not only ease the complainant and the defendant's concerns about the further leakage of their trade secrets, accelerate the investigation procedure and enhance the accuracy of the investigation results, but also achieve the legislative purposes prescribed under the Trade Secret Acts: maintaining industrial ethics and competition order, as well as reconciling social and public interests.

Key Words: protective order, investigation secrecy, secrecy of investigation

壹、前言

我國營業秘密法自民國 85 年公布施行以來，立法目的及實務判決意旨揭示係為保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益而制定。然因高科技產業界營業秘密遭不當取得及洩漏事件仍層出不窮，嚴重影響國家高科技產業之國際競爭力，為跟進國際保護營業秘密此類智慧財產權之潮流，藉以嚇阻不當獲取營業秘密之不正競爭行為，立法院於 102 年 1 月 11 日增訂營業秘密法第 13 條之 1 至第 13 條之 4 之刑事責任規定，並於同年 1 月 30 日公布施行，將不當獲取及洩漏營業秘密之行為科以刑事責任，以補洩漏工商秘密罪、竊盜罪、侵占罪、背信罪、無故取得刪除變更電磁紀錄罪等傳統刑事法律規範不足，至此我國營業秘密侵害案件開始與法院刑事庭、檢察機關及司法警察機關產生連結，刑事偵查機關亦在營業秘密保護防線占有不可或缺之重要席位。

國內及國外之營業秘密案件執法實務均顯示，告訴人於偵查初期經常僅使用一般性之用詞，來描述其營業秘密，不願揭露具有敏感性之資訊；甚至更有居心叵測之告訴人，利用提出虛而不實的指控（superficial allegations），在偵查程序中進行釣魚式刺探（fishing expeditions），圖謀窺視其競爭者之關鍵營業秘密。¹故偵查機關除嚴正看待營業秘密法中保護產業競爭公平秩序之立法目的，同時需留意偵查程序是否淪為競爭關係之企業，以興訟方式作為達到窺探他人營業秘密之手段，此類於偵查或訴訟程序中之營業秘密再侵害風險，一般即為企業界所稱營業秘密於偵審程序二次外洩風險問題。

檢察機關因應營業秘密侵害案件刑罰化之執法成效，及外商公司無法瞭解檢察機關辦理案件流程，由臺灣高等檢察署智慧財產分署召集各地方檢察署檢察官，於 104 年 10 月起召開數次討論會議後，由法務部頒布「檢察機關辦理重大違反營業秘密法案件注意事項」及「釋明事項表」，以供檢察機關及司法警察機關參考偵辦流程，在偵查程序中妥適處理營業秘密資訊保護，並提供企業界了解法律規範要件及偵查所需資料，適時評估風險及配合偵查程序。

因營業秘密侵害案件中，企業提出申告為最主要之案件來源，所涉資訊經常為企業內部機密資料，外人難以接觸及獲悉，故告訴人於偵查程序進行過程，儘速且確實特定申告範圍，讓偵查機關確實掌握偵查方向及重點，對

¹ 謝福源，偵查侵害營業秘密犯罪實務探討（二），法務通訊，第 2769 期，2015 年 10 月 9 日，頁 4。

於案件偵查進度及偵辦結果影響尤鉅。故藉由立法完善制度，並由偵查機關審慎營造良好之營業秘密資訊保護程序，讓告訴人能免於營業秘密二次外洩風險之疑慮，在偵查程序中提出完整之營業秘密資料，協助特定訴追範圍及提供充分之證人、證據，實為偵查程序前階段順行與否之關鍵。又因此類案件證據資料具高度保密需求，告訴人與被告於偵查程序中提出涉及營業秘密資訊之證據資料保護方式，更為檢察機關不可忽視之環節。

本文擬以2018年立法院第9屆第5會期第7次議案擬具之「營業秘密法部份條文修正草案」中有關偵查內容保密令制度為中心，輔以分析法務部就前揭草案出具之意見書及行政機關書面答復意見內容，從第一線從事偵查實務工作者之視角出發，呈現營業秘密侵害案件偵查實務之現況及困境，期許提出淺見供關切此議題者不同之觀察方向。

貳、修法背景

一、營業秘密之資訊特性

營業秘密本質上為一種「資訊」，營業秘密所有人捨專利申請而採取營業秘密加以保護，係因此類資訊具有「因保密而具高度經濟價值」之特殊性。營業秘密資訊若屬研發成果，有可能未必達到專利申請門檻，縱屬達於得申請專利之資訊，企業經營者亦會考慮該資訊不公開可達成之競爭力維持價值與時間，與申請專利取得排他性固定期限之保護相較，何者更有利於企業競爭力之維持，擇利益大者而為之。換言之，若特定技術資訊達於可申請專利保護技術，然該技術資訊為該領域之重大技術門檻，且該技術資訊需花費相當龐大之成本及時間始能獲悉，研發出該技術資訊之企業若將之申請專利加以保護，縱因擁有專利權而享有特定期間之法律上排他性保護，但該資訊因申請專利而公開後，可能造成競爭者無需花費大量成本，即能在短時間內獲取該重要知識的機會，將極劇快速縮減與該資訊產生企業之技術差距，反使研發出該資訊之企業在同產業界的競爭力遭受重大威脅，則企業經評估後仍有高度可能選擇以營業秘密方式保護該技術資訊。國內企業管理智慧財產權資訊之實務上，常見逾半數之研發成果資訊選擇以營業秘密保護，而非以申請專利之方式保護，此亦為企業界將營業秘密侵害視為最大智慧財產權威脅之原因。

營業秘密所有人於發生營業秘密被侵害時，將立即產生重大市場競爭優勢之減損，其競爭對手甚至可能將因而節省下來的大量時間、成本及人力，

完全投入技術、市場研究及精進，短期造就便低廉成本之相類程度產品或服務，不僅讓雙方技術及商業資訊程度拉平，進一步則侵蝕營業秘密所有人建立之市場，使營業秘密所有人在技術或商業競爭上遭受重大挑戰。因此，許多營業秘密所有人寧捨專利之途，而以營業秘密保護研發成果；若屬重大商業判斷或投資資訊，則因避免競爭者洞悉公司未來主要發展方向，減少重大商業行為洽談時不當市場消息造成困擾，甚至客戶未公開之商品資訊保護需求等原因，既無法以申請專利方式保護，僅能以營業秘密方式維持此類資訊之價值。換言之，此類營業秘密資訊一旦遭公開，立即對營業秘密所有人造成不可逆的重大損失，縱然追究行為有失者之民事或刑事責任，該資訊仍無可能回復到未被揭露前的經濟價值，甚至公司企業必須因該資訊被公開而承擔上、下游廠商追究鉅額民事賠償，並可能遭受嚴重之商譽損害及客戶信用減損。

二、智慧財產案件審理法中之秘密保持命令

我國智慧財產案件審理法（以下簡稱智財案件審理法）之秘密保持命令規定，係於營業秘密刑罰化前即已制定，主要參考美國法之 Protective Order 制度而來。美國聯邦民事訴訟規則，並未就智慧財產權案件設有特殊程序規定，因此營業秘密訴訟的開示與保護問題，仍維持在聯邦民事訴訟規則中的事證開示制度（The Discovery System）架構下處理，在此制度下，當事人得請求他造當事人或第三人開示「與任何一造當事人之請求或防禦有關連性之不具祕匿特權的事證」，因此在美國實務上較少發生「智慧財產權人難以證明侵權行為存在或損害範圍」之情況。²而美國法上之 Protective Order，係在追求公正裁判理念下，一方面藉 Discovery 制度，賦予當事人廣泛事證收集權，另一方面則否認營業秘密有絕對祕匿特權（absolute privilege），於證明與訴訟間具關連性（relevance）與必要性（necessity）後，即不得以該資訊為營業秘密為由而拒絕開示，並以秘密保持命令作為兼顧追求公正裁判及保護營業秘密之調和機制。此制度亦於 2004 年導入日本之訴訟程序法律中，為日本智慧財產權訴訟之改革內容之一。³

從權利保障之角度以觀，營業秘密與應受絕對保護之無體財產權相同，

² 黃國昌，營業秘密在智慧財產權訴訟之開示與保護—以秘密保持命令之比較法考察為中心，臺北大學法學論叢，第 68 期，2008 年 12 月，頁 170-171；黃國昌，「公正裁判確保」與「營業秘密保護」的新平衡點—簡介智慧財產案件審理法中之秘密保持命令，月旦民商法雜誌，第 21 期，2008 年 9 月，頁 54。

³ 黃國昌，「公正裁判確保」與「營業秘密保護」的新平衡點—簡介智慧財產案件審理法中之秘密保持命令，月旦民商法雜誌，第 21 期，2008 年 9 月，頁 54。

屬憲法第 15 條所保障之財產權，若未採取任何保護措施，致營業秘密於審理程序中遭受侵害，無異使法院行使審判權侵犯秘密所有人之財產權；然營業秘密所有人因主張資訊係營業秘密而拒絕提出文書或拒絕證言，則勢必影響當事人基於平等權及法治國家原理之訴訟上武器平等原則，妨害訴訟之真實發現及裁判公正。⁴營業秘密所有人之權利保護與訴訟上他造當事人攻擊防禦權保障，在訴訟程序中同具重要性，因而必須取得折衝之點。

我國營業秘密法於 85 年修正後，立法院於 96 年制定智財案件審理法，將智慧財產案件之民事及刑事審判程序更趨精緻及專業化，並定有得不公開審判、訴訟資料閱覽、抄錄及攝影限制等規定，以因應智慧財產權資訊的特殊保護需求。然而智慧財產訴訟中，最需為保密之對象經常即為競爭同業之他造當事人，此時固得依規定不予准許或限制其閱覽或開示，但他造當事人之權利亦同受法律之保障，不宜僅因訴訟資料屬於當事人或第三人之營業秘密，即妨礙他造當事人之辯論，故為兼顧上開互有衝突之利益，制定秘密保持命令制度，以防止營業秘密因提出於法院而致外洩之風險。⁵

從而，秘密保持命令制度之設置目的，一方面對營業秘密所有人而言，秘密保持命令得鼓勵其於訴訟中提出資料，而協助法院作出適正裁判，另一方面對他造而言，則獲得接觸該資訊而保障其在訴訟中進行實質辯論之權利；簡言之，此制度係處理智慧財產權紛爭的訴訟審理程序中，營業秘密保護需求與確保公正裁判的程序法理所產生的緊張衝突關係。⁶在秘密保持命令制度設置下，將大幅減縮營業秘密資訊持有人以系爭資訊屬營業秘密而拒絕開示的空間，提升當事人取得系爭資訊以進行攻擊防禦的可能性，此對於向來因「證據偏在」而遭遇「難以證明侵害行為存在」問題的智慧財產權人而言，尤具重大積極意義。⁷

秘密保持命令制度依智財案件審理法第 30 條規定，於營業秘密侵害之刑事訴訟案件審理中，亦準用之。故實務上法院於審理營業秘密侵害之刑事

⁴ 熊誦梅，要多秘密才秘密－談秘密保持命令，全國律師，11 卷 8 期，2007 年 8 月，頁 55-56。

⁵ 智慧財產案件審理法第 11 條立法理由參照。

⁶ 黃國昌，營業秘密在智慧財產權訴訟之開示與保護－以秘密保持命令之比較法考察為中心，臺北大學法學論叢，第 68 期，2008 年 12 月，頁 159。學者亦直指聽審請求權、證明權或有效權利保護請求權能被加以貫徹的方式，係以營業秘密非絕對地而是相對地予以保護，在綜合考量上開權利衝突關係下，聽審請求權之限制，毋寧是適當、必要且合乎比例之手段，而無其他更適當之方式可採用，參沈冠伶，智慧財產民事訴訟之新變革，月旦民商法雜誌，第 21 期，2008 年 9 月，頁 43；沈冠伶，智慧財產權保護事件之證據保全與秘密保護，臺大法學論叢，第 36 卷第 1 期，2007 年 3 月，頁 51。

⁷ 黃國昌，營業秘密在智慧財產權訴訟之開示與保護－以秘密保持命令之比較法考察為中心，臺北大學法學論叢，第 68 期，2008 年 12 月，頁 160。

案件時，秘密保持命令之核發經常係告訴人與被告在審理中閱覽卷證之先行程序，以確保營業秘密所有人之權利受妥善保護同時，讓被告及辯護人亦有接觸卷證而為實質答辯之機會；而被告答辯之內容，無論於偵查或審理中，亦可能涉及高度專業知識之營業秘密資訊，告訴人所委任之告訴代理人或相關證人，於接受秘密保持命令後，亦可獲悉該資訊而協助彌補檢察官在技術專業知識不足時之舉證能力。在告訴人與被告之營業秘密資訊均於審理程序中被保護的前提下，讓雙方均可瞭解他造所提出之技術資訊及說明內容，促進檢察官與被告在審理程序中，得以就訴訟資料進行完整且對等之實質攻防，發揮交互詰問程序發現真實之目的，讓營業秘密侵害案件得以正確追訴審理，使營業秘密法之立法目的實現。

三、偵查程序類似秘密保持命令制度欠缺的困境

上開秘密保持命令規範制度之立法說明，即為營業秘密訴訟中常見之困境。營業秘密既為企業以保密方式加以保護之資訊，本身即有因保密而具有高度經濟價值之特性，企業作為該營業秘密所有人而欲以民事或刑事訴訟程序訴追侵害者之責任時，必然面對需在訴訟程序中提出營業秘密資料，不僅供法院或偵查機關審酌，甚至必須讓被告及其辯護人檢閱以便進行實質答辯之難題。

企業作為營業秘密所有人而決定是否提出告訴以追訴被告之刑事責任前，對於申告範圍、對象及欲取信於偵查及審判機關所應提出相應之證人、證據資料，可能面臨被告及辯護人檢視之風險等情況，進行審慎之討論及評估，避免因證人、證據提供不全而獲致不利之訴訟結果。故一般而言，由營業秘密所有人自行提供證據資料而串連整個偵查及審判程序的刑事案件，在偵查程序中只要經過完善溝通及妥適保護，通常營業秘密所有人對於偵查程序中提示卷證資料予被告及辯護人閱覽一節，較少發生抵抗或不願接受之情況。

相對而言，偵查程序中就卷證提示易生爭端，造成偵查程序遲滯甚至停擺之情況，通常發生於告訴人申告時，因「證據偏在」處於被告管領之下，告訴人雖從例行性監控內部資料使用紀錄中，取得被告高度可能以不正方法將營業秘密資料攜離公司內部他用之證明，然無從依監控紀錄即獲知被告取得之營業秘密文件內容，僅能從檔名等外觀先行概括就遭侵害之營業秘密名稱範圍提出申告，以便進行必要之釋明，讓檢察機關取得相當之證據而向法院聲請搜索票，進而完成被告之住所、工作場所搜索，攜回處於被告管領下大量可能涉及侵害告訴人營業秘密資訊的紙本及電磁紀錄，需由告訴人進行

檢閱，解除先前因證據偏在而不確定侵害範圍及方式的狀況，始能明確特定申告之營業秘密範圍及內容為何，針對本案申告範圍及內容聚焦舉證，並使被告與辯護人知所答辯方向。

然而，為確認扣案證據資料權利人歸屬及是否為本案申告訴追範圍之資料，檢察官欲協調被告與告訴人同意當庭或以適當方式檢閱扣案證物時，實務上偶會遇到被告及其辯護人因發現事證恐高度對己不利，開始進行焦土式答辯，當庭拒絕與告訴人協商任何檢閱證物方式，籠統概括表示扣案所有證物均為被告自己或其新任職公司所有之營業秘密，均不可供告訴人或其委任之人檢閱，甚至某地方檢察署曾發生，辯護人當庭向檢察官恫稱，若檢察官將證物供告訴人或其委任之人檢閱，將立即陳情及申告檢察官涉嫌違反營業秘密法及瀆職等情事。反之，於告訴人舉證特定標的屬自己之營業秘密後，被告提出相關資料為答辯，卻以提出資料為營業秘密而拒絕給告訴人或其委任之人閱覽，阻礙告訴人瞭解答辯內容及資料，以進一步提供證據資料之可能，此等足以影響偵查程序之流暢度，並損及檢察官獲取充足資訊而形成正確心證及判斷的情況，亦偶有發生。

凡上開所述偵查程序中所遇阻礙困境，因偵查程序中並無類似審理程序中之秘密保持命令制度，無相關法令依據作為衡平權利衝突狀況的依據。或有部分檢察官不畏威嚇言詞，以使命感的勇氣對抗心理壓力，承擔偵查程序中無盡且不斷出現的各種內部及外部陳情、申訴干擾，踐行適當保護程序後仍進行證物提示，讓申告範圍快速特定以進行實質攻防，作出偵查結果判斷；或有部分檢察官為避免造成機關面對陳情、申訴及申告之困擾，強行將案件以較寬泛之範圍起訴，待卷證資料送至法院，由法院在審理程序中啟動秘密保持命令制度後，始讓告訴人及其委任之人、被告及辯護人檢閱相關證物，在審理程序中再劃定更明確之攻防範圍，由被告、辯護人及相關證人在審理程序中始進行實質攻防，由承辦檢察官自行吸收起訴時欠缺完整資訊而完全無法預期審理中攻防結果，承擔案件勝敗難料之最終責任。無論為前開何種選擇，均不可否認偵查檢察官於偵查程序規範欠缺完備所必須面對的巨大壓力。

回顧 102 年我國營業秘密侵害刑罰化以來，短短僅 5 年光景，實務上檢察機關偵辦營業秘密侵害案件逾百件，然多數案件於檢察機關即已作成不起訴處分，未達半數經提起公訴者，迄今被告因違反營業秘密法判決有罪之案例甚少。從法務部調查局統計其移送案件之不起訴處分與無罪判決分析以觀，並比對轄區及於新竹科學工業園區之臺灣新竹地方檢察署分析結果，均得出三大相同之不起訴處分及無罪判決原因為：欠缺合理保密措施、欠缺秘密性及營業秘密無法特定。合理保密措施欠缺問題固有待企業界覺查改善，

然秘密性證明及營業秘密標的特定問題，則涉及此類案件之訟爭標的經常涉及跨領域之專業知識，偵查機關不易理解且無從辨識，又營業秘密屬告訴人之「獨門武功」而難以取得第三方諮詢資源，加上部分告訴人有營業秘密二次外洩疑慮而拒絕提出營業秘密資料，致使偵查追訴標的難以特定。甚至偵查機關於取得營業秘密資料後，因顧及提示營業秘密資料供告訴人及被告攻防時，恐有外洩告訴人或被告之營業秘密資訊之疑慮，未敢輕易提示資料給告訴人及被告閱覽以進行完整攻防，致使告訴人或被告因證據偏在問題，難以協助為本案訴訟標的之特定及進行實質攻防而釐清秘密性問題，讓高複雜度之營業秘密侵害案件偵查程序操作結果，反不如其他類型案件細膩完整，終至追訴成果不如預期，影響營業秘密法第1條規定所揭示保護營業秘密及維護競爭秩序的目的。

基於上開實務中偵查程序所遇問題，企業界、實務界及學術界均有論者提出應設置偵查程序中類似秘密保持命令之程序，⁸以調和權利衝突問題及促進案件之實質攻防與進行，改善現行偵查實務所遇困境，始能讓立法目的因執法成效提升而落實，此亦為立法院於2018年立法院第9屆第5會期第7次議案之「營業秘密法部份條文修正草案」中有關偵查內容保密令制度之由來。

參、偵查內容保密令制度設置

一、偵查內容保密令之修法草案及說明

立法院於2018年第9屆第5會期第7次議案中「營業秘密法部份條文修正草案」之第14條之1至第14條之4規定，賦予檢察官於偵辦違反營業秘密法案件認有必要時，得依職權核發「偵查內容保密令」，讓營業秘密侵害案件偵查程序中，檢察官於搜索程序前後或提示證據資料前後，取得適時發動保護營業秘密命令之權限，期以立法完備偵查程序營業秘密保護制度的前提下，增加被告、辯護人及告訴人等了解證據資料內容而有進行實質攻防的機會，有利於促進偵查程序進行及真實發現。修法說明亦明文揭示此制度之目的，係為使偵查程序得以順利進行，在維護偵查不公開及發現真實，同時

⁸ 謝福源，偵查侵害營業秘密犯罪實務探討（一），法務通訊，第2768期，2015年10月2日，頁4、偵查侵害營業秘密犯罪實務探討（二），法務通訊，第2769期，2015年10月9日，頁3；林志潔、林益民，營業秘密法刑罰化後之成效—兼論2017年部分條文修正草案，萬國法律，第214期，2017年8月，頁20-21。

兼顧營業秘密證據資料之秘密性，並避免競爭者藉由訴訟窺探被提示之偵查內容所涉及營業秘密，故禁止或限制為偵查程序以外之目的而使用，或禁止其對未受偵查內容保密令之人揭露，若有違反將課以刑事責任。⁹

修法草案說明顯係為處理上開所述偵查程序中，因欠缺類似審理程序秘密保持命令制度產生之困境，讓檢察官無論於搜索程序或後續調查程序中，認需讓告訴人、被告及辯護人等人獲悉卷證資料內容以進行辨識或攻防時，得於必要時依職權核發偵查內容保密令，以兼顧營業秘密之保護及告訴人、被告及辯護人獲悉卷證內容進行實質攻防的訴訟權利。

此修法草案某程度上亦回應企業界希望在偵查不公開之基礎上，除檢察機關辦理重大違反營業秘密案件注意事項以外，偵查機關能進一步明確說明何人在何種目的及條件下，可接觸其提出之何種營業秘密，與限制使用目的之期待，¹⁰具有類似於審理程序秘密保持命令之功能，調和偵查程序中營業秘密保護之需求，與因應提示相關卷證供告訴人、被告及辯護人等瞭解，以特定訟爭範圍並進行實質攻防之需求，具有促進偵查程序順利進行及發現真實之積極目的；且讓檢察官面對高度技術專業且難以快速理解之卷證資料時，取得適時發動偵查資料保護措施的法律基礎，以加強保護偵查中證據資料為立基點，促使告訴人積極特定申告範圍及提供證據，讓被告就相關證據為明確、實質之答辯及提供相關證據，如此應有助於提升偵辦營業秘密侵害案件之偵查程序效率及偵查結果正確性。

另草案設置之方向，係以檢察官認有必要而依職權發動之，亦賦予檢察官合理之裁量權限，若檢察官在告訴人及被告間已達成協議時，或藉由自己及其他輔助之人得以判定該卷證資料內營業秘密權利歸屬及秘密性要件存否，或透過偵查程序及卷證資料發現告訴人或被告其中一方，顯有利用偵查程序而欲窺探他方營業秘密資訊之可疑時，自得評估必要性及營業秘密保護之需求，決定是否有核發偵查內容保密令後，供其等獲悉卷證內容之必要，而非強制檢察官於是類案件所有偵查程序中，均應以之作為操作偵查程序之必然手段。

然而，此立意良善之立法草案於草案產生前之討論階段及草案提出後，因屬國外立法例所無之創見，亦引發不同角度探討及論辯，最主要之爭執點在於立法之必要性及核發機關之議題，其餘細部規範爭點，因宥於篇幅限制，本文以下擬僅就此二基礎爭議問題進行探討。

⁹ 立法院 2018 年第 9 屆第 5 會期第 7 次議案關係文書。

¹⁰ 謝福源，偵查侵害營業秘密犯罪實務探討（二），法務通訊，第 2769 期，2015 年 10 月 9 日，頁 3。

二、偵查內容保密令制度之設置必要性

(一) 檢察官之中立義務

刑事訴訟法第2條第1項規定「實施刑事訴訟程序之公務員，就該管案件，應於被告有利及不利之情形，一律注意」，揭示同為實施刑事訴訟程序之檢察官，與法官同具有之中立義務，應就被告有利及不利之情形均予注意及調查，檢察官依偵查所得有利及不利被告之證據調查結果衡酌後，足認被告有犯罪嫌疑者，依同法第251條第1項規定即應提起公訴。

刑事偵查程序中作為犯罪偵查主體之檢察官，於偵辦營業秘密侵害案件時，仍然本於上開中立義務而進行犯罪偵查，更應進一步注意營業秘密法第1項揭示「保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益」之立法目的。在是類案件偵查過程中，檢察官身居雙方商業利益、國家競爭力與社會產業倫理競爭秩序之平衡點，應更小心審慎處理營業秘密侵害案件，於保護企業營業秘密同時，尚需隨時注意避免讓國家公權力淪為居心有異之士破壞競爭秩序的手段，從偵查程序發動、強制處分執行、後續證據調查及偵查終結處置，均應步步為營。

在各類案件偵查程序中，雖未強制規定需提示全部卷證資料供告訴人、告訴代理人、證人、被告及辯護人等表示意見，然檢察官本於中立義務為求發現真實，力求案件偵辦結果之正確性，於必要時仍有讓上開之人獲悉卷證資料內容及表示意見之可能性，尤其相關卷證如涉高度專業判斷且對於案件發展影響甚大者，如醫療病歷、護理紀錄或鑑定報告等，將有更高機會讓檢察官以提示卷證資料方式，讓告訴人、告訴代理人、證人、鑑定人、被告及辯護人等表示意見之機會，增加自己檢視卷證資料之判讀正確度及避免錯誤解讀，俾使心證形成過程更完整，能往正確方向作成判斷而偵結案件。

(二) 營業秘密侵害案件特性

營業秘密侵害案件本質上雖同為刑事案件，但除了檢察官必須面對高度的利害衝突折衝問題，包括告訴人與被告雙方的商業利益、國家競爭力與社會產業倫理競爭秩序等法益衡平，且因涉訟證據資料本身屬於企業內容高度敏感資訊，基於防衛本身營業秘密考量及評估二次洩密風險，較諸一般案件，此類案件告訴人所提供之證據資料更可能欠缺完整性。

再者，營業秘密侵害案件所涉訟爭資料，經常涉及高度跨領域專業，且既為同領域專業者之非周知性資訊，又難期可尋得適切之第三人或中立機關協助判讀及辨識，檢察官及司法警察更非具備該領域之專業知識者，導致此類案件告訴人勢必承擔協助彌補偵查機關專業知識部分的舉證責任。然而，

營業秘密侵害案件發生時，通常最直接之證據資料已處於被告管領支配範圍，亦即實務上經常發生證據偏在被告掌握範圍之情況，此情況下多數必須透過強制處分程序，始從被告管理範圍取得案件中之營業秘密資料，且必須藉由扣案證物判讀，始能特定申告標的及追訴範圍，讓偵查程序調查方向及範圍明朗。偵查程序中所面對之證據偏在問題，與審判實務者認為營業秘密案件有其本質上不易確認之特性，且當事人不知如何舉證、歸納、說明其所有之營業秘密為何，常常僅泛稱其所有之資料為營業秘密，為營業秘密案件不易成立之主要原因，¹¹ 其實困境有其類似性。

營業秘密資料透過強制處分程序在被告支配範圍取得者，部分資料甚至已由被告抹除從告訴人處取得之原始資料識別方式，因此偵查機關經常必須面對被告以該取得之資料為其所有，或扣案證物混雜其新就職企業之營業秘密等說詞，作為在搜索現場或後續偵查程序之抗辯。然而，偵查機關因欠缺跨領域專業知識，難以自行或委由適當之第三人判讀扣案證物之權利歸屬及秘密性所在，甚至因被告之修改原始資料外觀或再行加工，造成可能無法辨識扣案證物是否係從告訴人處取得，此時更有高度讓告訴人檢視扣案證物，藉告訴人之專業知識加以特定申告範圍及強化舉證之必要。反之，被告於偵查程序中，亦可能提出其持有之研發紀錄或營業秘密資料，作為反對告訴人舉證內容之抗辯，偵查機關對於被告所提出之跨領域專業資訊同樣面對相同情況，而有高度提示證據資料需求。

（三）我國律師於偵查程序中促進訴訟程序及協助發現真實之功能不足

我國律師倫理規範雖設有「律師不應拘泥於訴訟勝敗而忽略真實之發現」、「律師應協助法院維持司法尊嚴及實現司法正義，並與司法機關共負法治責任」、「律師於執行職務時，不得有故為矇蔽欺罔之行為，亦不得偽造變造證據、教唆偽證或為其他刻意阻礙真實發現之行為」等規範，然前揭規範顯屬訓示效果而欠缺實質約束力，實務上偶生律師於偵查程序中，為謀委託當事人之利益而阻礙發現真實之情況。

以前揭所述國內某地方檢察署檢察官所遇情況而言，檢察官擬與告訴代理人及被告、辯護人商議扣案證物檢閱方式，希望透過告訴人進一步特定申告之營業秘密標的及範圍，卻遭來辯護人概括以扣案證物均屬被告所有之營業秘密，並揚言檢察官若有提供告訴人或其委任之人檢閱，將立即陳情、申訴及申告檢察官違反營業秘密法皮瀆職。該律師此行為實質上與上揭律師倫理規範相背，足認已妨害真實發現且拖延偵查程序，更對承辦案件之檢察官

¹¹ 熊誦梅，要多秘密才秘密－談秘密保持命令，全國律師，11卷8期，2007年8月，頁58。

造成無謂心理壓力。姑不論認將此情節送交律師公會審議恐難作成相應之懲處結果，辯護人在案件偵查階段以陳情及申告檢察官為脅，復完全拒絕與告訴人協議雙方檢閱扣案證物之可能，顯足以讓承辦檢察官因營業秘密侵害案件上開資訊及案件特性，嚴重遲滯偵查程序，讓偵辦之營業秘密標的難以具體特定，亦無從在雙方攻防舉證中發現真實而形成妥適心證。

(四) 法務部意見書及本文意見

法務部就立法院於2018年立法院第9屆第5會期第7次議案擬具「營業秘密法部份條文修正草案」中「偵查內容保密令」制度出具書面意見(以下稱意見書)，說明該草案內容創設美國、韓國及日本立法例所無之制度，是否有創設必要仍應研議。¹² 本文從實務第一線偵查觀察到營業秘密侵害案件之上述特殊性，對前揭意見有不同看法。

依意見書所示內容指認偵查階段已明確標示扣案物權利歸屬者，自可逕行請告訴人出面協助辨認，而無使用秘密保持命令之必要。¹³ 此部分在實務操作上辨識權利人歸屬一般而言較為容易，但一旦進入必須將告訴人之營業秘密資料及證人證述內容提示供被告及辯護人進行答辯時，告訴人自期許有更進一步之保護措施，讓該營業秘密資訊於提示時免於遭受二次侵害，甚或因告訴人提出證人證述內容更趨詳盡或論及更多營業秘密資訊時，降低侵害範圍擴大的風險。因此，縱於前揭所述訟爭之營業秘密文件權利歸屬明確情況下，仍有核發偵查內容保密令之必要，否則無從就前揭告訴人可能面對的風險，作出因應的營業秘密資訊保護措施，恐使告訴人對於積極提出證人及證據上有所退縮，造成檢察官偵辦案件承擔彙整證據資訊不完整的風險，徒增偵辦結果正確性降低之困擾。法務部意見書就此部分之實務操作情形，似有欠缺進一步考量後續偵查流程所需之處。

意見書中就搜索階段混雜告訴人與被告之營業秘密資料情況，認可透過向法院聲請搜索票時，請法院在搜索票上載明讓告訴人派員至搜索現場協助辨識，以該搜索票為據而讓告訴人或第三人在場辨識應扣押之標的物即可，並無使用偵查內容保密命令之必要。本文認前揭意見似忽略實務上縱使檢察官及司法警察多次嘗試於聲請搜索票時聲請法院在搜索票上為上開記載，然法院核發搜索票且載明告訴人可派員至現場協助辨識資料的實務案例仍屈指可數，迄今並非法院核發搜索票常見之通例；縱認搜索票載明讓告訴人派

¹² 法務部2018年5月24日針對立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書所提出之意見書。

¹³ 法務部2018年5月24日針對立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書所提出之意見書。

員至搜索現場協助辨識，於搜索公司或辦公場所時，現場文書加上電磁紀錄資料何止千筆萬筆，若搜索對象及辦公室地點為複數，所需耗費之搜索人力及時間更倍增可觀，告訴人縱派員協助現場執行搜索之司法警察進行資料辨識，又豈有於第一現場即全部確認無誤之理？況且筆者曾因某個案至公司辦公場所搜索現場，親眼見聞被告與告訴人指派辨識之人員當場爭執電磁紀錄及文書資料歸屬權，更目睹被告在搜索現場要求員工拒絕配合執行搜索工作之司法警察辨識資料權利歸屬之情事。

舉凡第一線參與搜索之人員均可想見，在搜索現場即辨識所有資料權利歸屬及是否為申告意旨相關之營業秘密資訊，縱在單純的單一被告住居場所亦難期完整，何況在數個被告任職之公司或複數辦公處所現場進行辨識，毫無完成全部搜索證物判讀辨識之可能性。更遑論結束搜索程序後，扣案證物之判讀及秘密性舉證，將回歸需告訴人協力特定申告之營業秘密範圍及提出充分之證人、證據，於偵查程序中仍有讓被告明瞭告訴人之申告範圍及提出之證據而進行答辯之必要等需求。復觀以智財案件審理法第18條第5項及第6項規定，足知立法者已意識到法院實施證據保全程序而取得營業秘密相關之證據後，亦可能有限制證據閱覽及核發秘密保持命令之必要情形。而刑事案件偵查程序中所為搜索程序，本身亦可能為證據保全程序之一種，本諸相同法理，豈會於搜索程序後均無核發偵查內容保密令之必要時機？

從上開說明足知，無論在搜索程序中或搜索程序後，均有甚多使用偵查內容保密令制度之契機，法務部意見書之上開意見，似過度美化搜索程序中告訴人在場協助辨識可提供之協力程度，亦過度簡化檢察官及司法警察在搜索現場所面臨難以預期的抗拒及抗辯方式。

而意見書以美國、日本、韓國均無此制度之例時，是否曾考慮美國法上要求雙方需本於「誠信」(good faith)進行協商 Protective Order 之內容，在我國現況之律師專業及倫理上是否均可確實達成？再者，美國之檢察體系定位與我國檢察體系之中立義務特質迥異，我國檢察官承擔更重之對被告有利、不利情形一律注意之中立義務，偵查程序及偵查結果側重真實發現而身負公益代表人責任。在立法寄予中立義務重責及社會高度偵查正確性期許下，法務部卻認為無需讓檢察官在如此特殊類型案件偵查程序中，擁有本於專業判斷而決定卷證資料提示並保護偵查內容，維護偵查不公開價值之權力，及免受制於告訴人或被告不正干預偵查程序之手段，此結論是否合理且符合期待？

本文對於上開案例之地方檢署檢察官不願輕易將案件脫手，送至法院讓法官及公訴檢察官「自行限縮追訴及調查範圍」，願於繁重工作負擔及壓力下，仍不斷向外探詢解決之道，希冀更加精準偵查判斷結果的精神甚表敬

佩。筆者同為第一線偵查實務工作之檢察官，自詡當憑藉身為公益代表人之榮譽與使命感，若遇同等情形，理應有寧冒遭陳情、投訴及申告心理壓力，仍於採取妥適之保護措施後，遂行應完成的卷證資料辨識，並適度提示卷證資料供告訴人及被告獲悉以進行攻擊防禦之方式，力求發現真實及偵查結果正確，履行檢察官作為國家公益代表人應負責任。然而，讓檢察官承擔此等因制度欠缺所面臨的心理壓力，仍要求追求偵查結果正確性，是否為法務部作此意見所願見之結果？

（五）小結

綜上所述，營業秘密侵害案件之特性主要係資訊高度敏感、經常發生證據偏在及高度跨領域專業知識問題，前揭案件特性導致偵查中經常必須由告訴人協助特定申告標的及範圍，並由告訴人協助提出適當之證人及證據，再讓被告針對告訴人特定之申告範圍進行具體答辯及提出有利於己之證人、證據，透過雙方攻防過程始足以讓檢察官產生完整心證而作成判斷。故本文認「偵查內容保密令」應有增訂之必要，此制度之完備當足以降低告訴人或被告以「資料是營業秘密而拒絕提出」的說詞而拒絕提出證據之正當性，另可讓檢察官於偵辦營業秘密侵害案件膠著於申告標的與範圍特定問題，及欠缺專業知識而有進一步讓告訴人及被告舉證攻防等必要情況時，免除檢察官糾結在「是否應提示證據資料」的難解之題，進一步導向「在如何保護措施下提示證據資料」之積極解決方式，以此制度作為偵查程序中營業秘密保護與攻防權利保障之基礎，達成促進營業秘密偵查程序與提升偵查結果正確性之目標，當有利於落實營業秘密法之保障營業秘密、維護產業倫理與競爭秩序的立法目的。

肆、偵查內容保密令之核發機關

一、偵查內容保密命令之定位

營業秘密侵害案件偵查程序欠缺類似審理程序秘密保持命令制度，在上開所述背景下而經企業界及學術界催生，經濟部智慧財產局於2017年7月27日召開「營業秘密案件偵查階段增訂秘密保持命令規定討論會議」，司法院、智慧財產法院、法務部、高等檢察署智慧財產分署、法務部調查局及警政署等與營業秘密侵害案件偵審有關機關，均派員與會並表示意見。

會議中討論意見最為分歧者，係偵查程序設置類似秘密保持命令制度，

應由何機關核發之問題。與會者有認為審判體制與偵查體制之需求迥異，檢察官作為偵查體制之核心偵查主體，且此制度設置不涉基本權侵害問題，應由檢察官視個案需求而依職權核發。亦有相反意見認為，營業秘密為憲法所保障財產權之一種，在偵查程序中開示證據將造成人民財產權之侵害，應由法院以令狀為之，且法院長年已有審查秘密保持命令之經驗，審查營業秘密歸屬及是否符合營業秘密要件較為熟悉，應由法院核發為妥。

筆者於該次會議中未曾與會，因故而與與會者討論而有緣閱覽逐字會議紀錄，認上開爭議之點，應從「偵查程序中的類似秘密保持命令制度與審理程序的秘密保持命令制度，設置原因及背景是否相同」作為出發點，重新審視該制度本質內涵是否與秘密保持命令相同，及是否涉及基本權侵害而屬強制處分。

（一）偵查程序之流動特性

偵查程序與審理程序最大之差異點，植生於檢察官知有犯罪嫌疑即可主動發起偵查的特性，與法院原則上為不告不理之特質顯不相同，此亦為刑事訴訟法所賦予之職權及義務。刑事審判程序原則上以檢察官起訴書為審判範圍，有檢察官之起訴書及起訴時所檢送之相關偵查卷證作為基礎，審判程序範圍之劃定相對於偵查程序而言係高度穩定。偵查程序係因檢察官知有犯罪嫌疑而發動，犯罪嫌疑究竟範圍到哪，於偵查終結前均具有不確定性，只要案件尚在偵查中，隨時有可能發現新的犯罪事證，隨著事證的增減時有可能衍生不同的調查方向，調查方向變動則影響後續適用法律範圍。以筆者為數不多的偵查經驗論之，以貪污治罪條例案件發起偵查者，最後可能僅取得偽造文書事證起訴，以強制性交案件發起偵查，最後亦可能衍生偵辦為組織犯罪防制條例案件而起訴。

立法院於96年制定智財案件審理法，設有得不公開審判、訴訟資料閱覽、抄錄及攝影之限制等規定，仍認以因應智慧財產權資訊特殊性的保護需求，在審理程序中面對他造當事人接觸卷證以進行法庭辯論時，前揭保護規定仍有不足，為兼顧上開互有衝突之利益（營業秘密保護與他造當事人訴訟上權利）而制定秘密保持命令制度，以防止營業秘密因提出於法院而致外洩之風險，¹⁴此係從法院角色及審判程序觀點而設置之制度。

然而，從事偵查實務之檢察官當十分清楚犯罪偵查之流動特性，尤其營業秘密侵害案件經常具有高度證據偏在特徵，告訴人申告範圍經常欠缺精準度而必須在偵查程序中限縮、擴張或重新特定。例如：告訴人申告遭被告以電磁紀錄逾越權限重製之營業秘密標的為A、B、C，經檢察官向法院聲請

¹⁴ 智財案件審理法第11條立法說明參照。

取得搜索票並執行搜索後，扣得被告可能涉案之營業秘密資料涉及營業秘密標的為電磁紀錄B、C及紙本資料D、E，經調查結果發現被告係經告訴人授權而可使用營業秘密B、C之電磁紀錄，但紙本之營業秘密D、E竟是告訴人原先清查稽核系統未留下紀錄卻遭被告未經授權即私下抄錄之營業秘密資訊，最後檢察官以被告未經授權重製營業秘密D、E資訊而提起公訴。此案例為國內偵查實務中真實發生之案件，以此例足以突顯營業秘密侵害案件偵查程序變動性之大，有時遠超出告訴人、檢察官及司法警察於發動偵查程序之初的預期。

（二）偵查內容保密令之定位：落實偵查不公開

基於營業秘密侵害案件偵查過程中，案件發展具有高度的流動特性，筆者接觸上開會議紀錄後，短暫時間內即向提供資料供筆者參考之與會者表示，會議中討論之「先釋明權利歸屬及營業秘密要件」始核發秘密保持命令，在偵查實務中恐怕是難以達成的門檻。營業秘密侵害案件發生證據偏在狀況時，標的本身在申告階段尚難以精準特定，且申告之營業秘密標的與強制處分執取得之資料又甚易有落差，告訴人未曾看到扣案證據資料以前，如何知悉應向檢察官或法官釋明何種營業秘密之權利歸屬及要件？故而，重新定位偵查程序中之類似秘密保持命令制度，應是該次會議後首先必須面對的基本問題。

從「偵查程序秘密保持命令」作為出發點作為制度設置方向，勢必面對從文義上解釋，於核發前必須先釋明營業秘密權利歸屬及要件之核發條件，然而此前提將因營業秘密侵害案件之證據偏在情況及偵查程序流動特性，難以及於檢視扣案證物前即特定應釋明之標的而陷入循環論證的困局，反使立意良善之制度在偵查實務上難以使用，無從發揮制度設置目的。筆者因而提出建議，改以因應證據資料可能涉及營業秘密資訊之高度保護需求，在偵查不公開之架構下再設保護規範，以「偵查不公開架構下的卷證資訊保密制度」作為基礎，重新建構偵查程序中類似秘密保持命令制度。此即立法院於2018年立法院第9屆第5會期第7次議案擬具之「營業秘密法部份條文修正草案」之第14條之1至第14條之4以下規定，改以「偵查內容保密令」為名之原因，立法說明並明確指出以落實偵查不公開原則作為制度設置目的，¹⁵始為此制度保護高度敏感之偵查內容的目標，避免執法人員陷入上開釋明營業秘密權利歸屬及要件為前提之邏輯循環迷思。

¹⁵ 立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書。

二、偵查內容保密令之核發機關：法官保留？

偵查內容保密令究應何檢察官依職權核發，或應由檢察官向法院提出聲請而由法院核發，在修法過程中引發重大爭論。¹⁶立法院於2018年立法院第9屆第5會期第7次議案擬具之「營業秘密法部份條文修正草案」第14條之1草案規定，係以檢察官為核發主體，讓檢察官於偵查營業秘密侵害案件認有必要時，得依職權核發偵查內容保密令，目的係使偵查程序得以順利進行，在維護偵查不公開及發現真實的目標下，同時兼顧營業秘密證據資料之秘密性保護。¹⁷學界亦有意見認營業秘密相關犯罪本質涉及秘密性資訊，應於偵查中受有更高強度保護需求，因檢察官為偵查主體，負責發動、進行及終結偵查程序，且依法負有客觀性義務，認應立法賦予檢察官核發權限，由檢察官於偵查權限範圍內，視具體個案需求而核發命令；¹⁸另一意見則認為因法院長期操作智財案件審理法之秘密保持命令核發，並有技術審查官可資協助，相較於檢察機關並無操作經驗，且認為揭露營業秘密資料係對權利人之財產權侵害，涉及當事人或第三人之營業秘密，如予公開或揭露，有致該當事人或第三人受重大損害之虞，而當事人拒絕提出時，倘檢察官或法官為蒐集證據而命令當事人提出，已屬對於對營業秘密持有人之財產權干預，為對物之強制處分，實質效果形同對於被告、犯罪嫌疑人或第三人「持有物」之搜索，應採法官保留之立法為當。¹⁹

基於上開兩極意見之討論，本文擬從制度設置目的探討偵查內容保密令本質是否為強制處分及偵查實務現況角度切入，就偵查內容保密令之核發機關問題提出意見。

（一）從制度設置目的觀察

因偵查內容保密令發想之點係智財案件審理法中的秘密保持命令制度，故本文認為應先從秘密保持命令制度之立法目的作為思考此問題的起點，接著重新評估偵查程序與審判程序的本質相異處，從偵查程序來觀察偵查內容

¹⁶ 防營業秘密偵查中外洩立法院初審檢察官可發保密令，自由時報，2018年5月24日，參<http://news.ltn.com.tw/news/politics/breakingnews/2436404>（最後點閱日期：2018年6月22日）。

¹⁷ 立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書。

¹⁸ 林志潔、林益民，營業秘密法刑罰化後之成效—兼論2017年部分條文修正草案，萬國法律，第214期，2017年8月，頁21。因前揭文獻係發表於立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書「偵查內容保密令」草案提出以前，僅將此制度以「偵查中秘密保持命令」稱之，並未特別論及核發時可能涉及權利歸屬及要件釋明問題，其所指即為立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書中草案所指「偵查內容保密令」。

¹⁹ 行政機關就立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書修法草案所提交至立法院經濟委員會書面意見中之法務部意見。

保密令之本質，始能不失立法設置制度的初衷。

1. 審理程序中之秘密保持命令制度背景及立法目的

回顧營業秘密法於85年修正後，立法院於96年制定之智財案件審理法中關於秘密保持命令之制度，立法理由中特別提及因應智慧財產權資訊特殊性的保護需求，尤其智慧財產訴訟中，最需為保密之對象常即為競爭同業之他造當事人，此時固得依規定不予准許或限制其閱覽或開示，但他造當事人之權利亦同受法律之保障，不宜僅因訴訟資料屬於當事人或第三人之營業秘密，即妨礙他造當事人之辯論，故為兼顧上開互有衝突之利益，制定秘密保持命令制度，以防止營業秘密因提出於法院而致外洩之風險。²⁰從立法理由足知審理程序中秘密保持命令制度目的，係因認為此類案件涉高度保密需求，雖於同法第9條設有審理程序公開審判原則之例外及卷證閱覽限制之規定，但審理程序中畢竟仍需保障當事人之訴訟權，必須讓雙方有接觸卷證以進行攻防之機會，考量此類案件雙方經常互為高度競爭關係之商業及技術對手，認智財案件審理法第9條規定在營業秘密資訊高度保密需求下仍有所不足，因而再設秘密保持命令制度。立法理由與學界所稱此制度係提供兼顧「公正裁判確保」與「營業秘密保護」之功能，使國內在智慧財產訴訟脈絡中，就兩相衝撞的基本價值，取得了一個較佳的平衡點。²¹從而，無論從立法理由或學界意見觀之，均足認此制度係因審理程序中讓當事人接觸卷證資料以進行攻擊防禦，係正當法律程序之一環，不能剝奪及禁止而侵害當事人之訴訟權，此亦為憲法保障人民之訴訟權利使然，且在民事及刑事訴訟程序中均為當然之理，而秘密保持命令係為了保障人民訴訟權利同時，再因應營業秘密資訊之高度保密需求而設的折衝規範，本質上係為進一步「保護」營業秘密資訊，其制度本質上顯無侵害基本權之成分。

2. 偵查程序中之偵查內容保密令制度背景及修法目的

偵查程序與於審判程序對比之下，「公開審理」及「偵查不公開」即為最大的差異點。偵查不公開係為使國家正確有效行使刑罰權，並保護犯罪嫌疑人及關係人憲法權益之重要制度，而檢察官本於刑事訴訟法第2條第1項之中立義務，於必要時仍可能在偵查中提示部分卷證資料，讓被告、告訴人及證人等在偵查程序中能就現有之卷證資料適時、適當表示意見，進而可能提出更多有利於本案真實發現之證據，且刑事訴訟法第248條第1項前段更設有檢察官訊問證人、鑑定人時，如被告在場者得親自詰問之規定，目的係讓檢察官可在偵查不公開的保障下，盡所能發現真實，本於中立義務而作出

²⁰ 智財案件審理法第11條立法說明參照。

²¹ 黃國昌，「公正裁判確保」與「營業秘密保護」的新平衡點—簡介智慧財產案件審理法中之秘密保持命令，月旦民商法雜誌，第21期，2008年9月，頁54。

正確之偵查結果判斷。

營業秘密侵害案件之偵查程序中，因所涉營業秘密標的及相關證據經常涉及該領域之高度專業知識，致檢察機關及司法警察於偵辦過程中，搜索時偶有發生難以辨識何者為本案相關證據，亦有在搜索現場發生相關資料權利歸屬爭執等情事。搜索後，首先面對此類案件經常有證據偏在情形，告訴人因無法知悉被告取得營業秘密資料範圍，於申告時僅能就概括的營業秘密名稱或範圍提出申告，故搜索完成後首要之務即係將本案所得證據資料加以區分，讓告訴人再次特定本案申告範圍，此範圍有可能在原申告範圍內限縮，亦有可能因發現其他申告時未預期卻已為被告不當取得之標的而擴張，經告訴人特定申告營業秘密範圍後，始由告訴人就申告範圍之營業秘密標的提出秘密性及經濟價值之相關證人、證據，否則偵查程序將難以劃定範圍及方向。

完成申告範圍特定後之調查程序中，因檢察官必須面對營業秘密可能為跨領域之專業資訊，且該資訊既為告訴人不為同業所悉之技術，難以期望均有適當之第三人或鑑定機構協助，故無可避免必須利用告訴人與被告雙方所提出之證人、證據進行攻擊防禦，從中確定各項申告範圍內之營業秘密標的權利歸屬及是否符合秘密性、經濟價值要件，綜合雙方提出之證人及證據資料而作出判斷。

雖偵查程序在偵查不公開之保護下，理應期待告訴人及被告在不公開之程序中願完整提出證人及證據，向檢察官進行妥適說明，讓檢察官作出適切之判斷。然而，不可否認此類案件於偵查程序中，經常有告訴人或被告因擔憂對方知悉自己的營業秘密內容，不願提出證據資料供檢察官審酌，或提出之證據資料欠缺完整。亦即，營業秘密侵害案件之偵查程序亦類似於經法院裁定不公開審理程序，遇到雖在非公開之程序下，告訴人或被告仍因相互間為競爭對手，相互認為最需為保密之對象常即為競爭同業之他方，告訴人或被告因擔心營業秘密在不公開的偵查程序仍有二次外洩風險，嚴重猶豫應否提出或應提出多少證據資料，亦可能擔心證人到庭作證所述內容過於完整，造成營業秘密侵害風險擴大。

面對此等雙方利益如此重大衝突，而檢察官於偵查程序中又極需告訴人及被告協助特定偵查範圍及提出證據資料釐清案情，遂重新思考是否可借鏡審理程序中秘密保持命令制度，在偵查中亦設置類似規定，讓檢察官於必要時得以保護命令方式，調和告訴人及被告衝突之利益，降低告訴人及被告主張資料內容涉及營業秘密而拒絕提出之正當性，導向由檢察官主導偵查程序中如何處理相關證據資料保密及保護，以偵查內容保密令制度作為偵查程序中進一步保護被告及告訴人所提出敏感證據資料的手段。如同立法院2018

年第9屆第5會期第7次議案關係文書中偵查內容保密令之修法說明所述：「為使偵查程序得以順利進行，在維護偵查不公開及發現真實，同時兼顧營業秘密證據資料之秘密性，明定偵查營業秘密侵害案件，必要時檢察官核發偵查內容保密令後，得提示相關偵查內容，賦予受提示之人，就該偵查內容及所涉他人秘密性資料有保密之義務，並落實偵查不公開辦法第五條第三項規定」。²²

3. 偵查內容保密令之本質：「保護」營業秘密資訊

綜上所述，此制度設置目的係「保護」偵查程序中可能涉及營業秘密資訊之證據資料的制度，於偵查不公開之原則上，再加一道保護程序，讓提出營業秘密資訊之被告或告訴人減少顧慮，強化偵查不公開的保護，更加落實偵查不公開原則之規範目的，無論從制度設置目的或修法說明以觀，無從得出有何限制或侵害告訴人或被告財產權之內涵。

法務部提出予立法院之書面回復意見，認此制度「涉及當事人或第三人之營業秘密，如予公開或揭露，有致該當事人或第三人受重大損害之虞，而當事人拒絕提出時，倘檢察官或法官為蒐集證據而命令當事人提出，已屬對於對營業秘密持有人之財產權干預，為對物之強制處分，實質效果形同對於被告、犯罪嫌疑人或第三人『持有物』之搜索」，²³意見內容實已將此制度係類似於美國法上 Protective Order 之「保護」本質挪移，且進一步擴張與美國法上具有強制力性質之對物傳票 (subpoena) 及搜索令 (search warrant) 相互混淆，無端逾越修法條文及說明所載之文義，擴張追加效果成為對被告或告訴人之強制處分，逕自推導出偵查內容保密令效力類似於搜索，得出該制度為對告訴人或被告的財產權「侵害」，應由法官核發為妥之結論。本文認法務部前揭意見已逾越偵查內容保密令草案之修法文義，改變偵查內容保密令之「保護」目的的本質，超越立法文義及目的解讀而得出強制力效力，結論是否妥適恐值商榷。

本文認為偵查內容密令並不涉強制告訴人、被告提出可能涉及營業秘密資訊之效力，從草案文義及說明以觀亦無法獲此內涵，告訴人及被告就偵查程序之進行狀況是否提出相應之證據資料，必須由其等自行評估如何爭取有利於己之偵查結果，決定應提供多少證據資料供檢察官作為判斷依據，而非檢察官可利用偵查內容保密令而迫使其等提出證據資料。另證據資料若係透過搜索程序而取得，於法院核發搜索票而准許偵查機關執行搜索時，即已讓偵查機關取得以強制力取得本案證據資料而於犯罪偵查中使用之權源。所謂

²² 立法院 2018 年第 9 屆第 5 會期第 7 次議案關係文書。

²³ 行政機關就立法院 2018 年第 9 屆第 5 會期第 7 次議案關係文書修法草案所提交至立法院經濟委員會書面意見中之法務部意見。

偵查內容保密令至多僅係檢察官於搜索程序中，或於提示證據供特定追訴範圍，或供告訴人與被告雙方攻防所需，認告訴人或被告可能對他方涉及營業秘密資訊之證據在程序過程有所見聞時，為再次確保檢視到可能載有營業秘密資訊之證據資料不被作為偵查目的外使用，基於「保護」目的而核發之偵查保密令，更無迫使告訴人或被告提出營業秘密資訊之性質。

既然偵查內容保密令之本質係為「保護」偵查程序中證據資料，尤其進階「保護」可能涉及營業秘密資訊之敏感偵查資料，而非強令告訴人或被告有何提出證據資料義務而有侵害其等財產權。衡以告訴人、告訴代理人、被告、辯護人或證人等在偵查程序中獲悉之偵查資訊，在偵查不公開之前提架構下，本不能對外揭露或使用，偵查內容保密令僅係讓可能涉及營業秘密之敏感偵查資訊，再多一層提醒及威嚇其等不可為偵查目的外使用之效果，對於本於誠信參與偵查程序而獲悉偵查卷證內容者而言，更無課予進一步之義務或剝奪其基本權利可言。

綜上，本文認為偵查內容保密令並無侵害人民基本權利或課予義務之內涵，並無法官保留之必要，應由檢察官於偵查程序中，審視程序進度及必要性，職權決定是否發動該制度，由檢察官作為核發機關，於法理上並無不妥之處。

（二）從偵查實務觀察

偵查內容保密令係欲提供偵查程序中，保護告訴人、被告所提出或其他偵查手段取得可能涉及營業秘密資訊之制度，而操作及使用之時間既為偵查程序中，自應一併就偵查實務現況切入此制度之操作，觀察由何機關核發始符偵查實務所需，避免制度設置流於空談。

檢察官作為偵查主體而主導偵查程序之發動、進行及終結，而使用偵查內容保密令制度之時機亦必然係偵查進行之過程，高度可能使用之時機點則為搜索程序後及訊問調查程序中。

1. 搜索程序後之偵查內容保密令核發

搜索程序過程中，尤其係針對被告所任職之工作地點或住處內處理工作處所進行搜索時，若有協同專業人員或告訴人派員協助辨識應扣案證物等情況，該在場之第三人可能曾檢視搜索現場告訴人或被告所有涉及營業秘密資訊之資料。對於該第三人在搜索現場可能檢視到之資訊，哪些範圍應成為偵查內容而受偵查不公開之保護，此中又有哪些資訊可能涉及營業秘密而應再以偵查內容保密令範圍為進階保護，檢察官作為偵查程序之指揮者，理應對此掌握情形最為完整適切。反觀法官於犯罪偵查過程不可能參與現場搜索程序，更不清楚該第三人可能見聞到哪些資訊，若讓檢察官無核發權限而必

須向法院聲請，則檢察官聲請之內容為何，顯然法院因無從了解搜索程序經過，只能照單全收檢察官之聲請內容而核發，讓法院的核發僅流於橡皮圖章性質。

2. 訊問調查程序中之偵查內容保密令核發

營業秘密侵害案件之高度跨領域專業知識特性，讓司法警察詢問及檢察官偵訊過程中，無可避免必須提示搜索取得、告訴人、被告或其他證人、鑑定人所提出之證據資料，以供涉及利害關係之人得以提供專業意見，讓偵查機關得以匯集不同意見後作出妥適之判斷，避免僅接收其中一方說詞而遭誤導之情形發生。

司法警察詢問或檢察官偵訊過程中，所提示或告以要旨而可能涉及營業秘密資訊之實質內容者，認牽涉雙方利害重大衝突而有一步保護必要時，即為偵查內容保密令之使用時機。為保護告訴人或被告在偵查資料中可能擁有之營業秘密資訊，較妥適之方式自為於詢問及偵訊提示前，就擬提示之證據或證言內容核發偵查內容保密令，此時若檢察官並無核發權限，必須向法院聲請核發偵查內容保密令，將無從於搜索完成後之第一時間即進入實質詢問及偵訊程序，需待法院核發偵查內容保密令後，始能讓程序繼續進行；而告訴人及被告雙方均可能於接受詢問及偵訊時提出新的證據資料，這些證據資料仍可能涉及雙方的營業秘密資訊，若要再進一步提示這些新的證據資料，需再次中斷詢問及訊問程序，向法院再次聲請核發偵查內容保密令後始為之。

如此過程重複發生，加上告訴人及被告於偵查中可能不斷提出新的證據資料，證人或鑑定人亦可能在不同時間出具證據資料或鑑定資料，凡此種種偵查中之證據資料只要可能涉及營業秘密資訊者，均宜向法院聲請核發偵查內容保密令後始為後續提示程序，不啻讓法院淌入檢察官之偵查程序核心。又法院對於檢察官認有必要核發偵查內容保密令以提示之內容，因法院畢竟為審判機關而非偵查機關，對偵查程序之熟稔程度顯然不及檢察官，對案情發展情況了解程度更不可能如同檢察官一樣深刻，對檢察官聲請內容如何為進一步之審查？若無法審查僅能照單全收而依照聲請內容核發，法院之核發程序仍究僅係橡皮圖章性質，而讓法院以無審查功能的方式淌入檢察官的偵查核心，不僅有侵入檢察官主導偵查程序進行方式之嫌，損及偵查程序可能需短時間（甚至同一日內）一氣呵成之必要操作方式，於發動強制處分當日恐無法進行太多之證據資料攻防，更無法形成是否應對被告施以人身強制處分之強烈心證，均無可懷疑將嚴重遲滯偵查程序進度、效果及流暢度。

法務部答復立法院之書面意見認為：「法院於審理該類案件時，得命有科技相關背景之技術審查官協助，以有效解決紛爭並加強對營業秘密權益之

保障，足見法院就秘密保持命令之機制及運作相當成熟；反觀檢察機關於偵查階段並無技術審查官等配套機制，若欲強命檢察官須於短時間審查並核發營業秘密保密命令，恐對營業秘密之保護不夠全面與周全，建議依目前法院審理刑事訴訟案件之現有相關機制，由法院核發偵查中營業秘密保持命令，較能兼顧保障人權及促進訴訟。」²⁴如本文上開所述，無從認同以法院為核發機關之偵查內容保密令有何促進訴訟之效果，此部分茲不再述。而本文認為上開意見顯然將偵查內容保密令已改以「偵查內容」作為保護標的，避免陷入需先釋明營業秘密權利歸屬及要件之循環困境的立法方向遺忘，再次陷入應先請技術專業人員（技術審查官）進入程序而判斷營業秘密權利歸屬及要件之思維，始會產生法院審理「營業秘密」要件的經驗較為豐富的結論，忽視檢察官操作偵查程序經驗遠優於法官，對於偵查中案件的流動性的理解，判斷哪些證據資料有讓被告、告訴人或其他證人等檢視必要，對發展中案情的了解程度，均非未接觸全部偵查過程的法官所能及。

「偵查內容」保密令既非著眼於營業秘密之要件，而係斟酌偵查程序中哪些資料有讓告訴人、告訴代理人、被告、辯護人或證人等檢視或獲悉之必要，此等應斟酌事項為何偵查經驗及對偵查中案件內容掌握度遠優於法官的檢察官，反不應成為偵查內容保密令之核發者？法務部上開見解似已遺落與法官同為司法官之檢察官所具備之中立特性，低估檢察官偵查經驗的專業價值，本文對此意見無法認同，亦無從理解。

3. 偵查程序權責劃分

檢察官作為偵查主體而主導案件之發動、進行及終結，因為掌握偵查程序中之各項程序順序、進度，掌握案件偵查成熟度並安排後續偵辦方向，最終達於偵查程序終結程度時，作出起訴、不起訴或緩起訴等終結判斷。因此，檢察官係整個偵查程序之具有指揮權限之人，而偵查結果之判斷或案件之成敗，實是檢察官不可卸免之義務與責任。

偵查程序既由檢察官主導進行，若偵查內容保密令核發機關為法院，倘法院就檢察官之聲請內容進行限縮或不予核發，則檢察官是否仍該在偵查程序中提示證據資料？若認為檢察官受法院核發結果拘束，則法院已成為檢察官偵查犯罪範圍之決定者，嚴重侵害檢察官決定偵查犯罪範圍及方式的核心權限，卻仍需針對已受法院核發結果影響的偵查成果作出判斷並承擔責任，不啻是陷檢察官於承擔無權有責處境的不公平地位。若認為檢察官可不受法院核發結果拘束，在偵查不公開的架構下，即使法院不核發偵查內容保密

²⁴ 行政機關就立法院2018年第9屆第5會期第7次議案關係文書修法草案所提交至立法院經濟委員會書面意見中之法務部意見。

令，檢察官仍應繼續提示證據資料而致力於發現真實，則已讓此制度設置加強保護偵查程序中任何一方可能涉及營業秘密資訊之美意盡失，讓制度設置毫無意義。

從上述權責劃分觀點切入，本文認若偵查內容保密令需由法院核發，則不如不設此制度，避免產生檢察官無權有責之矛盾處境。

(三) 小結

綜上所述，本文認偵查內容保密令係在偵查不公開架構下，仍因營業秘密侵害案件具有高度之保密需求，且面對告訴人與被告雙方之嚴重利害衝突狀況，因而設置加強「保護」偵查程序中可能涉及營業秘密資訊的偵查資料，目的係為保護告訴人及被告之營業秘密資訊，且有利進一步落實偵查不公開原則之發現真實價值，並不涉對告訴人或被告財產權或其他權利侵害，亦未課予其等更多義務，應無法官保留之必要。

在基本權利並無侵害而無法官保留必要之前提下，本文認偵查內容保密令為檢察官主導之偵查程序核心一環，應以檢察官為核發機關，始能發揮制度設置目的及促進偵查程序順暢進行。而由檢察官居於主導偵查程序進行之角色，本於偵查案件之經驗判斷個案程序需求，依職權決定於適當時機發動之，始符檢察官在刑事訴訟偵查程序中之偵查主體角色定位，讓檢察官主導案件指揮、決策偵查進度及作成案件終結判斷之權責相符。

伍、結語

營業秘密法之立法係為保障營業秘密，維護產業倫理與競爭秩序，調和社會公共利益，而智慧財產法院實務判決亦早有揭示，國內先端研發核心領域機密，遭不當方法取得，將嚴重衝擊個別公司發展，動搖國家高科技技術產業知識經濟命脈，且不法取得我國產業營業秘密，意圖在域外使用，將嚴重影響我國產業國際競爭力，從前述立法及判決理由以觀，足知無論立法者或實務工作者均已正視國內營業秘密保護之高度需求。

營業秘密案件刑罰化迄今，因偵查狀況及審理進度之時程未盡理想，而偵查及審判狀況經相關機關多次與會討論，整理出數項偵查及審理所遇困境，其中偵查程序中之不起訴處分及無罪判決分析，歸結出欠缺合理保密措施、欠缺秘密性及營業秘密無法特定之三項重大因素。為改善上開案件無法成立之因素，經濟部智慧財產局除偕同相關機關及民間組織、團體定期辦理企業宣導活動外，關於偵查程序所遇困境之改善方案，則由匯集企業界及實務界之意見，作為營業秘密法之主管機關而提出偵查內容保密令制度，本文

肯認此制度可提供偵查程序部分案件所遇困局的解決機制。然因此制度係因應國內特殊之實務環境而創設，國外立法上欠缺先例，於討論過程難免屢屢遭遇質疑。

營業秘密法之主管機關經濟部智慧財產局既有此魄力，願因應國內實務特殊狀況，研究國外實務狀況及文獻後，不畏自行創設國外所無之制度，多次提出草案進行會議討論，復採納各方意見而重新建構出偵查內容保密令之制度，本文對參與其中付出各種努力之人應表敬意。因各方討論甚烈且意見兩極，主管機關經立法機關要求彙整各界看法。筆者作為第一線參與偵查實務工作者，願提供自己為數不多之有限偵查經驗，從偵查實務角度出發而略書淺見，盼有拋磚引玉之效，能有更多經驗及學養豐富之士不吝提出意見就教，希冀在相互論證過程中，一則生偵查內容保密令制度說明之效，二則讓制度中各項爭論之點，在論辯過程中得以越辯越明，期許立法更趨完善而實務操作更加細緻，透過法律及制度改善及經驗傳遞，促進國內之營業秘密保護，提升營業秘密侵害案件追訴效率及正確性，讓營業秘密法之立法初衷得以落實，國內產業國際競爭力得因立法、執法保護及企業努力而延續。

參考資料

期刊文獻

- 王偉霖，論智慧財產案件審理法規定的秘密保持命令，法令月刊，第58卷第7期，2007年7月。
- 李傑清，析論智慧財產刑事案件之秘密保持命令—以日本法權衡司法正義與營業秘密保護之觀點，東吳法律學報，第26卷第4期，2015年4月。
- 林志潔，我國營業秘密法刑罰化之評析，台灣法學雜誌，第248期，2014年5月。
- 林志潔、林益民，營業秘密法刑罰化後之成效—兼論2017年部分條文修正草案，萬國法律，第214期，2017年8月。
- 沈冠伶，智慧財產民事訴訟之新變革，月旦民商法雜誌，第21期，2008年9月。
- 沈冠伶，智慧財產權保護事件之證據保全與秘密保護，臺大法學論叢，第36卷第1期，2007年3月。
- 黃國昌，「公正裁判確保」與「營業秘密保護」的新平衡點—簡介智慧財產案件審理法中之秘密保持命令，月旦民商法雜誌，第21期，2008年9月。
- 黃國昌，營業秘密在智慧財產權訴訟之開示與保護—以秘密保持命令之比較法考察為中心，臺北大學法學論叢，第68期，2008年12月。
- 熊誦梅，要多秘密才秘密—談秘密保持命令，全國律師，2007年8月。
- 蔡瑞森，秘密之保護於智慧財產案件審理法規範下所可能面臨之爭議，全國律師，2007年8月。
- 謝國廉，智慧財產案件之證據保全—我國法與歐盟法之比較，法令月刊，第58卷第7期，2007年7月。
- 謝福源，偵查侵害營業秘密犯罪實務探討（一），法務通訊，第2768期，2015年10月2日。
- 謝福源，偵查侵害營業秘密犯罪實務探討（二），法務通訊，第2769期，2015年10月9日。

論文文獻

- 陳增懿，智慧財產民事案件之證據保全與秘密保護—以秘密保持命令為中心，國立政治大學法律學系碩士論文，2011年7月。
- 黃康軒，論營業秘密侵害訴訟之事證開示，國立臺灣大學法律研究所碩士論

文，2015年12月。

廖祐志，我國智慧財產訴訟中營業秘密之開示與保護問題之研究，國立雲林科技大學法律研究所碩士論文，2014年6月。