

七 保密條款

1. 定義受保護之營業祕密及目的

於銷售或採購契約中，雙方於生意往來的過程，一定產生許多關於產銷的機密資訊，比如說產品價格、銷售量、採購量、市場分額、行銷資訊等等，這些機密資訊在商業上可能相當有經濟價值。當事人一定不希望該資訊隨意被第三人取得，為達到這個目的，我們需要透過銷售或採購契約中，關於保密的相關條款來達成¹。

保密的條款，第一個是需要定義什麼是受保護的機密資訊，讓我們看看下面，較為完整的營業祕密定義條款。

“Confidential Information” means information, including a formula, Pattern, Compilation, program device, method, technique, or process, that: (i) derives independent economic value, actual or potential, from not being generally known to, and not readily ascertainable by proper means by other persons who can obtain economic value from its disclosure or use, and (ii) If Confidential Information is disclosed in writing or other tangible form, it is marked Confidential or a similar legend; or, when in-

¹ 關於專門的營業祕密保護相關中英文條款及細節，請參閱拙著《保密協議與競業禁止——中英文條款教戰手冊》，2007年5月，元照出版。

tangible information disclosed, it shall be declared Confidential at the time of disclosure and is confirmed in writing and identified as confidential or property within thirty (30) days after the disclosure.

「機密資訊」係指創意、資料、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：

窳非一般涉及該類資訊之人所知者。

薰具有實際或潛在之經濟價值者。

菌於該資訊上明白標示為「機密」或「Confidential」，依機密資訊性質無法標示者則應於揭露時聲明其為機密，並於揭露後三十日內，以有形之方式，將其提供機密之摘要交予資訊接收方，並應於該資訊上標示為「機密」或「Confidential」。

其中菌，改用時原則上有三種可能性擇一或併用：(1)如上列，要求使用「Confidential」標記；(2)於契約中或附件中，列舉機密資訊領域，如指明「用於光碟燒錄機使用的編碼程式」；(3)附上機密資訊之說明手冊為附件，詳細定義該機密資訊。這三種方式無孰優孰劣的問題，端看機密資訊性質及揭露方式決定。使用「Confidential」標記的方法之優點為適用性很廣，各類型案件均可適用，但缺點是，一方面承辦人員需要另花精力檢視文件，決定密等及註記；另一方面，可能會產生有疏忽或監控不周，漏未註記密等的問題。在處理較大型的案子上，該兩缺點會更加突顯。附上機密資訊之說明手冊，詳述機

密的好處為法律保護明確，遇有爭執雙方不必再爭執標的之機密性，缺點則為適用性窄，較適合內容掌握度高、明確的評估案。列舉機密資訊領域較為折衷，但須注意內容不可過於廣泛如前所述。以上三者互不衝突，可合併使用。

2. 保密責任範圍

依據當事人訂定銷售或採購契約之用意及揭露資訊之性質不同，雙方需要合意約定保密義務及責任範圍（Liability）。這部分可以說是銷售或採購契約的核心之一，條款內容需要達致二個目的，一、保持資訊的機密性；二、防止資訊被不當使用。

在銷售或採購契約，常見較為簡短的類似寫法如下：

The party who receives Confidential Information (“Receiving Party”) shall hold Confidential Information confidential disclosed by the party who discloses Confidential Information (“Disclosing Party”) by using the same degree of care, but no less than a reasonable degree of care, as Company uses to protect its own similar confidential information, to prevent any use not authorized herein, dissemination to any third party or employees without a need to know.

接收機密資訊之一方（「接收方」）應以處理自己事務相同之注意義務保持接露資訊之一方（「揭露方」）之機密資訊之機密性以防止任何未經允許之使用、散布至第三人或不須知情之受雇人，但不得低於合理之注意義務。

這樣的寫法雖然屢見不鮮，然而問題卻很多。第一，以保持機密資訊的機密性來說，建議直接設定以「善良管理人注意義務」或英美法之「嚴格責任」(strict liability)取代「一般注意義務」(same degree of care)或是合理之注意義務(reasonable degree of care)；第二，是否易於舉證是個重要考量。一般注意義務的違反，法理上，舉證時揭露方須具體舉證接收方，究竟以什麼樣的保密措施處理自己的機密資訊，進而再舉證接收方並無採行相同等級之措施，導致機密資訊遭不當揭露或使用；或者是，接收方自身之保密措施過於草率，這時揭露方須舉證業界合理注意義務等級為何，進而再主張：接收方未達至該合理注意義務導致機密資訊遭不當揭露或使用。反之，善良管理人注意義務，可以用抽象方法判斷應負之責任為何僅需就合理情況做抽象判斷即可，舉證較易。當然，反過來，如果實際判斷，自己的一方是接收資訊的情況多過揭露資訊，那麼是以較低的責任比較好。

另一要點，也是多數保密條款常忽略一點是，保密條款的任務除了防止機密資訊遭不當揭露外，尚須著重機密資訊遭不當使用。前述的例示寫法雖已點到，但卻不足。究竟不當使用包不包含接收方自己使用或是其意為已遭不當揭露後的不當使用？

舉一實務曾發生之情況²如：揭露方是需要創業投資基金的發明人，接收方為該產業已具規模之公司，揭露內容為發明人

² Ole K. Nilssen v. Motorola, Inc. (963 F. Supp. 664); Bell Helicopter Textron, Inc. v. Tridair Helicopters, Inc. (982 F. Supp. 318).

之創新發明。對於業界已具規模、熟稔某技術或領域的公司而言，許多發明只要知道具體概念及設計即可約略模仿製出，不需透過洩密或不當揭露，只需逕行提供自己使用即可剽竊發明。發明人需要特別小心當資訊接受方屬於技術能力足夠，僅需略微得知機密資訊即可自行實施，甚至量產，這時候有必要加入禁止不當使用的內容以避免不公平競爭。進一步來說，是否接收方可以得知機密資訊後，以消極方式刻意「不使用」機密資訊做迴避設計，避免將來侵權呢？禁止接收方不當使用資訊是個容易被忽略的重點，因為無論在台灣營業祕業法或是美國的統一營業祕業法（Uniform Trade Secrets Act），對「侵害營業祕密」的定義均著重於不當取得、揭露機密資訊，而未提及合法取得，卻未經授權使用的情形。所以，我們可知將「不當使用」加入保密，是有必要的。

其中尚有許多其他要注意之點，比如說以還原工程還原機密資訊如積體電路、軟體來源碼等，如雙方無另行約定，世界各國傾向認定還原工程並未違反營業祕業法³。

以下是定義保密責任及範圍之例示條款，可用以直接要求接收方保守機密資訊：

Unless otherwise authorized in writing by the Discloser, the Receiving Party shall:

Retain and maintain the Confidential Information in strictest confidence for the sole and exclusive benefit of the

³ 謝玉萱，〈企業內部營業祕密保護措施之研究——以台灣軟體產業為例〉，立德管理學院科技管理研究所碩士論文，2003年12月，頁36。