

# 政府採購案廠商投標文件公開發表權及 資訊公開之衝突與均衡

章忠信\*

摘 要

「開放資料 (Open Data)」係政府當前重要政策，政府採購係以人民之納稅，使用於與民生公益有關之商品或服務之交易，其相關資訊屬於政府資訊，依據政府資訊公開法，以主動對公眾公開為原則，以法律限制公開為例外。然而，政府採購案中之廠商投標文件，有諸多屬於著作權法所保護之著作，投標廠商得否以著作權法之公開發表權，要求招標機關不予公開？招標機關得否依據政府採購法規定，以其涉及廠商之公開發表權為理由，拒絕民眾公開之要求？本文從著作權法之公開發表權為起點，從實務運作之角度，討論政府採購法、政府資訊公開法及行政程序法之適用，認為廠商投標文件於政府採購過程中，已處於公開發表之狀態，無再主張公開發表權之餘地，故該等資料是否公開，與著作權法公開發表權無關，純係投標文件是否保密不對外提供之政策考量。亦即，廠商之投標文件之公開發表、保密、提供及授權，係不同議題，不宜混為一談，面對行政院力推政府開放資料之政策下，政府採購法主管機關應有專業判斷，衡量利弊得失，勇於對外說明，獲致社會共識之支持，而非等待著作權專責機關透過法令解釋，扭曲著作權法基本適用通則，達到不公開之目的。

關鍵字：開放資料、政府採購、著作權、公開發表權、政府資訊

---

\* 大葉大學管理學院助理教授兼智慧財產權碩士在職學位學程及智慧財產權研究中心主任、經濟部智慧財產局著作權審議及調解委員會委員，國立交通大學科技管理研究所科技法律組博士，曾任經濟部智慧財產局著作權組簡任督導、教育部專門委員。  
E-mail: ipr@mail.dyu.edu.tw

# The Conflict and Balance between the right of disclose and open data for the Tenderers' Documents in Government Procurement

Chung-Hsin Chang<sup>\*</sup>

## Abstract

“Open data” is an important policy of government these years. Based on the budget derived from the taxes paid by the public, government procurement deals with sanction of products and service related to the public interest. According to the Freedom of Government Information Law, all the information of government procurement is subject to the Law and, excepts otherwise stipulated in laws, should be disclosed automatically to the public. However, there are many documents submit by tenderers can be copyrightable. Can tenderers clam their right of disclose in the copyright law and prohibit government agency disclosing those documents? Can government agency, according to the regulations of the Freedom of Government Information Law, refuses to open these data to the public based on tenderers' right of disclose? This Article discusses the right of disclose in the copyright law, the practice of the Freedom of Government Information Law, the Government Procurement Law and Administrative Procedure Law. It concludes that all the documents submit by tenderers have been disclosed during the review procedure of government procurement. Government agency has an independent position to decide whether to open these data to the public. It is nothing to do with the tenderers' right of disclose in the copyright law. The Competent Authority of the Government Procurement Law should have their own policy to discuss with Administrative Yuan concerning the interest conflict between the data protection and data open.

Keywords: open data, government procurement, copyright, right of disclosure, government information

---

<sup>\*</sup> Assistant Professor and Director of IPR Master Program, Dayeh University, Member of Cousulting Committee for Copyright issues, TIPO. Ph.D in Science and Technology Law, Graduate Institute of Management of Technology, National Chiao-Tung University.

## 1. 前言

透明開放的政府，有助於公共政策之全民參與及落實執行，近年來，各國及聯合國、世界經濟論壇、世界銀行等國際組織，均以推動開放政府資訊為國家發展重要策略。我國於 101 年 11 月 8 日行政院第 3322 次院會決議推動政府「開放資料 (Open Data)」，期待「集合公共智慧與創意，促進政府運作透明、監督政府、改善公共服務品質，推動政府透明治理<sup>1</sup>」。

政府採購係以人民之納稅，使用於與民生公益有關之商品或服務之交易，其金額龐大<sup>2</sup>，影響深遠，應受公眾關注<sup>3</sup>。政府採購之相關資訊，屬於政府資訊，依據政府資訊公開法，以主動對公眾公開為原則，以法律限制公開為例外。

政府採購案中，廠商投標文件有諸多屬於著作權法所保護之著作，若該等文件未曾公開發表，投標廠商得否以著作權法之公開發表權，要求不予公開？政府採購法、政府資訊公開法及行政程序法，就此議題就如何規範？是否合理？其與著作權法之關係究竟如何優先適用？政策上應如何規劃？法律有無調整空間？

本文擬從著作權法之公開發表權為起點，從實務運作之角度，討論政府採購法、政府資訊公開法及行政程序法下，關於政府採購案中，廠商投標文件得否予以公開及如何公開之議題，分析公開發表權及資訊公開之衝突，期待尋求私權與公益之均衡。

## 2. 議題之起源及背景

行政院為掌握網際網路快速發展與廣泛應用之國際趨勢，創新突破施政思維，規劃研訂「網路智慧新臺灣政策白皮書」，做為政府推動相關政策的指導原則，而為增進行政院各部會首長及高階主管對網路應用及發展趨勢之瞭解，以擴大施政成效，行政院國家發展委員會特別舉辦「網路發展趨勢研習營」，邀請熟稔網路發展與運用之產業界菁英與專家進行專題演講，副院長主持綜合座談，第一梯次於 104 年 1 月 24 日舉行，參加研習人員包括行政院長、副院長、秘書長、副秘書長、政務委員、各部會正副首長等近百人。第二梯次於 104 年 1 月 31 日舉行參加研習人員包括行政院各業務處處長及各

<sup>1</sup> 參見「網路智慧新臺灣政策白皮書」-透明治理篇：  
file:///C:/Users/Pinyu%20Lin/Downloads/%E8%83%8C%E6%99%AF%E8%B3%87%E6%96%99\_%E9%80%8F%E6%98%8E%E6%B2%BB%E7%90%86\_%E5%AD%90%E9%A1%8C%E4%B8%80\_%E5%85%AC%E5%85%B1%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%8F%83%E8%88%87\_20150202.pdf (最後點閱時間：2015 年 10 月 15 日)，頁 1。

<sup>2</sup> 民間社群「智庫驅動」統計 2013 年政府公開採購標案後發現，當年全年有 6,500 個中央或地方政府進行 18 萬件委外採購案，總計有 41 萬企業及法人得標，總決標金額高達 1.4 兆元。參見政府採購案 開啟 Open data，經濟日報 A5 版，2015 年 2 月 6 日，亦可見聯合新聞網：<http://udn.com/news/story/7238/690908>--。(最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日)。

<sup>3</sup> Open data 聯盟、零時政府 (g0v) 等民間社群，長期推動政府開放資料，特別關注政府採購資訊公開不足，尤其衛福部、內政部、交通部、經濟部、教育部等，政府採購資訊保留較高比率未予公開。參閱同前註。

部會司處長數百人。在第二梯次研習營中，依與會人員互動之結論，政府採購案之得標廠商投標文件及採購契約之公開，為各方關切議題之一，行政院張善政副院長乃指示公共工程委員會研議開放得標廠商投標文件及採購契約之可行性。

隨後，行政院長毛治國於 104 年 2 月 5 日行政院會聽取行政院科技會報辦公室「政府推動開放資料的回顧與展望」報告後，指示將今年正式啟動「開放資料」深化應用元年，以加速釋出政府資料。基於完善之政策架構及法制環境係推動「開放資料」之關鍵因素，乃要求各部會於「網路智慧新臺灣政策白皮書」中納入開放資料應用策略，並指示政務委員蔡玉玲協調國發會及相關部會進行通盤檢視及調整，對於「開放資料」，以「開放為原則，不開放為例外；不收費為原則，收費為例外」，於「例外」部分，則應界定標準及相關政策判斷之依據。

行政院公共工程委員會依據行政院副院長張善政指示，於 104 年 2 月 25 日邀集行政院各部會、地方政府及國營事業等，會商機關公開得標廠商投標文件及採購契約之可行性。然該次會議並未就政府機關得否主動公開廠商投標文件作成具體結論，僅請法務部、財政部國庫署及經濟部智慧財產局等相關機關配合政府「資料開放」政策檢討是否修法，並於修法前通函各採購機關應注意事項、擬具相關配套措施及設置法規諮詢窗口，供各採購機關洽詢。

經濟部智慧財產局於嗣後亦於 104 年 4 月 15 日邀集行政院公共工程委員會、法務部、經濟部法規會及學者專家，進行「研商『機關公開投標文件及著作權相關規定』會議<sup>4</sup>」，惟該項會議對於得標廠商投標文件是否屬已公開發表之著作、是否應主動公開，並未做出明確結論，而係認為難以作通案性之決定，宜由各機關於個案中認定，並分別針對「得標廠商投標文件是否屬已公開發表之著作」之肯定與否定結論，提供因應建議。至於投標文件另涉營業秘密者，則建議為避免降低廠商投標意願，得設有營業秘密不公開之但書，或不於招標文件增訂強制公開條款<sup>5</sup>。

上開發展之結論，關於廠商投標文件及採購契約可否依政府資訊公開法對公眾提供之疑義，經濟部智慧財產局無意涉入爭議，不願給予明確解釋，完全由各機關自行決定，實際上仍未解決問題，爰有深入探討之價值。

### 3. 相關規定及其適用

關於機關公開廠商投標文件及採購契約，涉及著作權法、政府採購法、政府資訊公開法及行政程序法之適用及調整，其間則以著作權法關於「公開發表」之定義及事實認定為基礎，以進一步決定是否及如何適用相關法律，爰分別分析如下：

#### 3.1 著作權法之規定及其適用

<sup>4</sup> 本文作者以專家學者身分參與會議，並提出書面意見，納入會議紀錄，本文係以該書面意見為基礎，深入探討本議題。

<sup>5</sup> 經濟部智慧財產局，智著字第 10416002630 號函，104 年 05 月 04 日。

著作權法保護之「著作」，依據該法第 3 條第 1 項第 1 款之定義，「係指文學、科學、藝術或其他學術範圍之創作」，而該法第 10 條前段規定，「著作人於著作完成時享有著作權」，不待申請或註冊。此一「著作權」，依據該法第 3 條第 1 項第 3 款之定義，包括「著作人格權及著作財產權」，而「公開發表權」係「著作人格權」之一環，不得讓與或繼承，且不因著作人過世、讓與著作財產權或著作財產權期間屆滿，而有任何影響，實質上係受到永久保護<sup>6</sup>。

著作權法賦予著作人享有「公開發表權」，主要目的在於使著作人就其著作內容，享有是否被公眾接觸之控制權利，著作人藉以有權決定是否公開發表其著作，包括由何人於何時何地，以何方式公開其著作之權利。著作人無意公開發表其著作，其原因可能涉及隱私權而不便公開，或係尚待進一步考證或修正，或僅係自娛或練習之目的，不一而足。

嚴格言之，「公開發表權」應係指「首次公開發表權」，其事實上僅有第一次之行使可能，無從反覆主張。著作人固然有權決定是否「公開發表」其著作，然著作人一旦將其著作「公開發表」，其著作即處於「已公開發表」之狀態，其他人隨後再次「公開發表」該著作，著作人並無從以「公開發表權」限制之，僅能視其是否仍保有「著作財產權」而主張經濟上之利益<sup>7</sup>。

國際間最早之國際著作權公約—1886 年「保護文學及藝術著作之伯恩公約」(The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works)於 1928 年羅馬修正案正式將「著作人格權」納入規範於第六條之一，惟其僅包含我國著作權法第 16 條及第 17 條之「姓名表示權」及「禁止不當修改權」等二種權利，並未及於「公開發表權」，主要係因英美法國家之強烈質疑及反對，擔心賦予著作人「公開發表權」，將有礙著作財產權之行使，且認為透過契約或其他法律規範，應足以處理此一議題<sup>8</sup>。

我國著作權法將「公開發表權」納為「著作人格權」之一種，實務運作上亦產生不

<sup>6</sup> 經濟部智慧財產局，100 年 10 月 13 日第 1001013d 號電子郵件函釋：「又著作權採創作保護原則，著作人於著作完成時即享有著作權，包括著作人格權及著作財產權，不需要向本局辦理註冊或登記，而著作人格權依照本法第 18 條規定，著作人死亡或消滅者，關於其著作人格權之保護，視同生存或存續，任何人不得侵害，亦即受到永久保護，併予說明。」

<sup>7</sup> 陳思廷亦採相同見解，參見陳思廷，「著作人格權法制之研究—法國法之考察借鏡」，國際比較下我國著作權法之總檢討，劉孔中編，頁 207 (2014)；另經濟部智慧財產局 97 年 07 月 25 日第 970725a 號電子郵件函釋：「一、按著作人享有著作人格權，著作人格權具一身專屬性（屬著作人本身），不得讓與或繼承。公開發表權是著作人格權之一，只有著作人才能決定要不要向公眾公開提示該著作之內容，同時著作人僅有『第一次公開發表』其著作的權利，一旦著作經著作人第一次公開發表後，對於他人的第二次公開發表，就不能再主張『公開發表權』。……」

<sup>8</sup> 參照 Guild to the Berne Convention for the Property of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971)，第六條之一解說，頁 42：  
<ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/historical-ipbooks/GuideToTheBerneConventionForTheProtectionOfLiteraryAndArtisticWorksParisAct1971.pdf> (最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日)；另亦有認為係由於公開發表權介於精神權利及經濟權利之間，難以成為純粹之精神權利，請參見張今、劉佳，「著作人身權制度的質疑和思索」，中國著作權法律百年國際論壇論文集，頁 385 (2013)。

少疑義，諸如皇冠出版社出版張愛玲生前未發表之「小團圓」及「異鄉記」手稿<sup>9</sup>、兩蔣日記得否公開發行<sup>10</sup>之爭議等。然而，在法律修正以前，著作人依法享有「公開發表權」，乃不可否認之事實，不應任意侵害。

著作之「公開發表」，依據著作權法第3條第1項第15款規定，「指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容。」其原則上必須係於權利人所同意下之公開者，始構成「公開發表」<sup>11</sup>，非經權利人同意之「公開發表」，縱使世人皆知其內容，亦不能認為係屬已被「公開發表」之著作<sup>12</sup>。此外，「公開發表」中之「發行」，依第3條第1項第14款規定，「指權利人散布能滿足公眾合理需要之重製物。」屬於以「有體物」方式對公眾「公開發表」，公眾得以取得著作原件或重製物之所有權或有占有之事實；至於以「播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容」者，公眾僅係以「無體物」方式接觸著作內容，並無從取得著作原件或重製物之所有權或有占有之事實。

著作之「公開發表」，除了必須於權利人同意之情形下，以「有體物」或「無體物」方式「發表」著作內容，最重要的，仍在其是否「公開」，亦即是否向「公眾」為之，此亦為本文討論投標文件是否處於「已公開發表」狀態之核心。

著作權法意義中所稱之「公開」與一般概念上所理解之「公開」，並不完全一致。著作是否「公開」，胥應依據著作權法之規定，無從依一般認知定之。著作權法關於著作之「公開」，不以提供著作之「地點」為判斷依據，而係以提供著作之「對象」為中心，凡對於「公眾」提供著作，均屬於著作之「公開」，並不問該等人員所處之「地點」或狀態是否「公開」。

<sup>9</sup> 參見「從『小團圓』到『異鄉記』，誰給張愛玲一個公道？」，著作權筆記：  
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=382>（最後點閱時間：2015年10月13日）。

<sup>10</sup> 參見「馬總統，您要交出多少日記？」，著作權筆記：  
<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=424>（最後點閱時間：2015年10月13日）。

<sup>11</sup> 其例外者，乃指著作權法第15條第2項所訂各款「推定」著作人同意公開發表之情形。

<sup>12</sup> 關於此議題，有認為已公開發表之著作，解釋上應限於合法授權之著作，參見蔡明誠，「從成大MP3事件論著作權之侵害及限制問題」，台灣本土法學，第23期，頁58-59（2001）；有認為不限於合法授權之著作，參見謝銘洋，「成大MP3事件相關著作權法問題探討」，月旦法學，第73期，頁83（2001）。本文認為，著作之已公開發表，必須係「權利人」即著作人所為之「發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容」，或符合著作權法第15條規定著作財產權人和著作原件所有人行使權利而推定為公開發表或視為公開發表之情形，始足當之，捨此之其他始著作處於已發表之事實，並不得構成著作之「公開發表」。否則，若使非法之「公開發表」產生「公開發表」之法律效果，不僅對著作人不公，也等於變相鼓勵非法行為，並不符合著作權法之立法本旨。經濟部智慧財產局95年10月20日第951020b號電子郵件函釋：「著作人享有著作人格權，公開發表權是著作人格權之一，只有著作人才能行使公開發表權，決定要不要將著作公開發表，不過著作權法第15條同時也規定了著作財產權人和著作原件所有人行使權利而推定為公開發表和視為公開發表的情形，如不符合著作權法第15條規定，公開發表著作人的著作，即屬侵害公開發表權，著作人或其親屬得依著作權法第84條、86條及第88條之規定，請求救濟或賠償。」亦採此見解。

此一概念與美國著作權法關於「公開」之定義，未盡相同。依據美國著作法第 101 條規定，公開演出或公開展示著作，其所稱之「公開」，係於「向公眾開放之場所」或「家庭及其社交活動一般圈內以外一定人數聚集之所」，或以機器設備對前述地點傳送，以供公眾成員同時或異時，同地或異地接收<sup>13</sup>。其係以著作提供之地點及對象，為是否「公開」之決定因素。

依據著作權法第 3 條第 1 項第 4 款規定，「公眾：指不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。」其所稱之「不特定人」，雖無「多數人」之用詞，但因係任何人均得接觸著作，實已寓有「多數人」之意。至於「特定之多數人」，其「特定」乃指但書之「家庭及其正常社交之多數人」以外之一定範圍之人，包括辦公室同事、同班同學、部隊袍澤，惟究竟須有多少人始為「多數人」，著作權專責機關認為「人數未有一特定之數字，應視實際情況，依一般社會通念加以判斷<sup>14</sup>」，亦未見有實務判決可稽。若從「公眾」之定義已將「家庭及其正常社交之多數人」排除一節觀之，意味「家庭」有可能成為「公眾」，僅因其私密、內部性而特明文予以排除，則一般「家庭」之人數，其實即已足構成「公眾」矣。從而，彼此間非家庭之成員，但已達可構成「家庭」之人數，即屬「公眾」而無疑義，是其人數門檻無需太高。

對於「家庭及其正常社交之多數人」以外之「不特定人或特定之多數人」提供著作，不問該等人所處之「地點」或狀態如何，均構成「公開」之行為。從而，婚喪喜慶活動中，由新人或喪家對到場賓客提供著作內容，不問其人數多寡，地點是否公開，由於該等賓客係「家庭正常社交之多數人」，不屬於著作權法所稱之「公眾」，此一提供著作內容之行為，仍非屬「公開」之行為<sup>15</sup>。相對地，KTV 業者對於進入獨立包廂之一家人消費者提供音樂任其歡唱，旅館業者對於個別獨立客房之夫婦旅客提供影音娛樂，消費者雖均係一家人，卻因其並非業者之「家庭及其正常社交之多數人」，故業者對此私密空間提供著作內容，仍屬於著作權法所稱之「向『公眾』公開提示著作內容」，構成「公

<sup>13</sup> 17 U.S.C.S. § 101 (2015). (“To perform or display a work “publicly” means— (1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or (2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times.”).

<sup>14</sup> 經濟部智慧財產局，電子郵件 1010423 函釋，101 年 4 月 23 日。

<sup>15</sup> 經濟部智慧財產局 104 年 1 月 14 日智著字第 10400001530 號函釋：「三、貴會函詢有關著作權法第 3 條第 1 項第 4 款公眾定義與公開演出之疑義，按依該款『公眾：指不特定多數人或特定多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限』之規定，不特定人或特定之多數人，原則上均屬於『公眾』之範疇，意即不論係不定多數人或特定之多數人，亦不問其所在場所，均屬之。至於但書之規定，只要依一般社會通念可認屬『家庭或其正常社交之多數人』，即非屬『公眾』，故本局前揭函釋中所指告別式等殯葬活動（或婚宴活動）中所播放之音樂，如係由喪家自行準備或播放者，在大多數情形中，因參與之人為喪家之『家庭及其正常社交之多數人』，合於但書規定之非公眾範圍，其播放音樂等利用行為並不構成公開演出，而毋須取得授權。」該項函釋即明指「成員」係判斷是否「公眾」之依據，完全未提及婚喪喜請舉辦之「地點」是否對外公開。

開發表」之行為<sup>16</sup>。

機關公開招標，廠商投標文件費盡心力，得被認為係著作權法所保護之「著作<sup>17</sup>」，若其係專為該次標案所製作完成，縱使其中有部分內容，先前已曾對外發表，仍不影響整份投標文件仍屬於尚未「公開發表」之著作。

依據政府採購法第 94 第 1 項規定：「機關辦理評選，應成立五人至十七人評選委員會，專家學者人數不得少於三分之一，其名單由主管機關會同教育部、考選部及其他相關機關建議之。」招標機關組織之評審委員會，其成員不問係機關內部或外部委員，均非投標廠商之「家庭及其正常社交之多數人」，而外部委員則係自工程會之學者專家資料庫中圈選，係屬於「不特定人或特定之多數人」，應已符合著作權法第 3 條第 1 項第 4 款所定「公眾」之定義。

廠商之參與政府採購投標，應知其必須進入評選程序，於投標時亦均須依規定提交一定份數之投標文件，以供招標機關送請評選委員會之委員評選。從而，當廠商投標文件被提供於評選委員時，可認定係於權利人同意下，向「特定多數人」發行或展示著作內容之情形，符合著作之「公開發表」定義，該項投標文件將成為「已公開發表之著作」。

### 3.2 政府採購法之規定及其適用

政府採購法第 3 條規定，政府機關、公立學校、公營事業（以下簡稱機關）辦理採購，須依據該法規定辦理，第 4 條亦明定「法人或團體接受機關補助辦理採購，其補助金額占採購金額半數以上，且補助金額在公告金額以上者」，應適用該法並應受該機關之監督。該法第 6 條第 1 項要求「機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理為原則，對廠商不得為無正當理由之差別待遇」，而該法所謂「採購」，依第 2 條規定，「指工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等」。

<sup>16</sup> 事實上，經濟部智慧財產局也曾誤以「場所」作為判定是否為「公眾」之依據，如該局 95 年 7 月 6 日智著字第 09500064240 號函釋：「五、復依本法第 3 條第 1 項第 4 款規定：『公眾：指不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。』TV、卡拉 OK 業者於營業場所播放影音光碟、伴唱帶或設置電腦伴唱機供顧客點唱，縱令消費者係三五好友，對該營業場所（包含各包廂）而言，亦屬公眾得以進出之場所，應向著作財產權人或向其加入為會員之著作權仲介團體洽取公開演出之授權。」嗣後該局始修正其誤謬，以「成員」之組成為判定依據，如該局 100 年 1 月 11 日智著字第 09900125120 號函釋：「二、著作權法所稱之『公開演出』係指，『以演技、舞蹈、歌唱、彈奏樂器或其他方法向現場之『公眾』傳達著作內容。』而『公眾』係指『不特定人或特定之多數人。但家庭及其正常社交之多數人，不在此限。』因此，所詢在包廂內唱歌是否屬於公開演出，依上述規定，縱令包廂內唱歌之消費者係三五好友，但對卡拉 OK 業者而言，則屬公眾，故仍構成公開演出而應取得授權。」

<sup>17</sup> 經濟部智慧財產局 101 年 9 月 28 日第 1010928 號電子郵件函釋：「一、所詢公司參加公家機關勞務招標之甄選，所提之服務建議書是否仍享有著作權一節，依著作權法第 10 條規定：『著作人於著作完成時享有著作權。但本法另有規定者，從其規定。』所以貴公司依據招標單位之招標規範所製作參與投標之『服務建議書』如符合著作權法所稱之『著作』，即可依著作權法規定享有著作權。……」

政府採購資訊必須公開透明，藉由招標文件公開閱覽，徵求廠商或民眾意見，提升公共工程規劃設計品質，避免私相授受之弊端，並減少招標及履約爭議。本法第 27 條乃要求，「機關辦理公開招標或選擇性招標，應將招標公告或辦理資格審查之公告刊登於政府採購公報並公開於資訊網路。公告之內容修正時，亦同。前項公告內容、公告日數、公告方法及政府採購公報發行辦法，由主管機關定之。機關辦理採購時，應估計採購案件之件數及每件之預計金額。預算及預計金額，得於招標公告中一併公開。」行政院公共工程委員會並於 87 年 10 月 2 日發布公共工程招標文件公開閱覽制度實施要點，現行規定於 102 年 9 月 23 日修正發布。惟其所適用者，依該要點第 3 點規定，僅限於如下資訊，並不及於廠商之投標文件：

- (一) 工程圖說樣稿（包括位置圖、工程圖樣、工程規範、材料或設備規範、施工說明書等）。
- (二) 契約樣稿。
- (三) 標單樣稿
- (四) 切結書樣稿。
- (五) 投標須知樣稿。
- (六) 數量表及規格樣稿。
- (七) 機關辦理工程採購之預算金額。
- (八) 其他依工程特性需要提供之相關文件樣稿。

廠商之投標文件，依其參與投標之程序及動態，分別處於不同之狀態：

#### (一) 投標

廠商之投標文件，於投標階段，依該法第 33 條第 1 項規定，「應以書面密封，於投標截止期限前，以郵遞或專人送達招標機關或其指定之場所」，此時，廠商之投標文件係屬於保密狀態，尚未處於公開發表之情形。惟招標機關接獲投標文件後續之內部行政程序，必須由相關人員經手，該等相關人員既非投標廠商之「家庭及其正常社交之多數人」，而係屬於「不特定人或特定之多數人」，符合著作權法第 3 條第 1 項第 4 款所定「公眾」之定義，其接觸投標文件，即有可能使該文件達到「公開發表」之情形。

由於世界貿易組織 WTO 政府採購協定(agreement on government procurement, GPA) 明定，政府採購應揭露之資訊，如影響特定人之合法商業利益，包括智慧財產權保護之資訊，屬保密資訊，得不予揭露<sup>18</sup>。關於廠商投標文件，依該法第 34 條規定，機關除供公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密。招標機關相關人員經手投標文件，得被認定係「公務上使用」，而即使投標文件屬「已公開發表之著作」，除法令另有規定外，仍應保守秘密，不得任意公開。

#### (二) 評選

廠商之投標文件，於評選階段，採購評選委員會審議規則第 13 條第 1 項延續政府採購法第 34 條規定，要求評選委員及參與評選工作之人員，對於受評廠商之資料，除

<sup>18</sup> WTO 政府採購協定第 18 條第 4 項規定如下：「...決標資訊之揭露，會妨礙法律之執行、違反公共利益、影響特定公、民營企業之合法商業利益，或可能損害供應商間之公平競爭時，機關得決定不予揭露。」

供公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密。該等資料於評選後，亦仍應予以保密。採購評選委員會委員須知第 11 條亦規定：「委員對於受評廠商之投標文件內容及資料，除供公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密，並不得挪作他用。評選後亦同。廠商之投標文件應於評選後由機關收回保存。未收回者，由委員自行銷毀並負保密之責。」此時，廠商之投標文件雖已對評選委員及參與評選工作之人員公開，但相關接觸之人員僅能依政府採購程序接觸、使用廠商之投標文件，無論係評選中或決標後，仍應保守秘密，不得任意使用或洩漏，廠商之投標文件仍屬於保密狀態中。

### （三）決標

廠商投標之樣品或模型，依採購評選委員會審議規則第 2 項規定，「得標廠商受評選之樣品或模型，機關得於決標後公開；未得標廠商之樣品或模型，機關得於決標後發還。」採購評選委員會委員須知第 12 條第 1 項及第 2 項規定：「機關於評定最有利標後，將於主管機關之政府採購資訊網站公開全部委員姓名、職業及評定最有利標會議之出席委員姓名。採購評選委員會之會議紀錄及機關於委員評選後彙總製作之總表，除涉及個別廠商之商業機密者外，機關將允許投標廠商申請閱覽、抄寫、複印或攝影。」投標文件於決標後，依採購評選委員會委員須知第 11 條第 1 項後段及第 2 項規定，除供公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密，並不得挪作他用，評選後由機關收回保存。未收回者，由委員自行銷毀並負保密之責。廠商之投標文件縱使於決標過程對評選委員及參與評選工作之人員公開，決標後仍應保守秘密，不得任意使用或洩漏，廠商之投標文件仍屬於保密狀態中。

政府採購態樣多元，依其規模可區分為「小額採購」、「未達公告金額但逾公告金額十分之一」、「公告金額以上」及「查核金額以上」等之採購，依政府採購法第 61 條規定：「機關辦理公告金額以上採購之招標，除有特殊情形者外，應於決標後一定期間內，將決標結果之公告刊登於政府採購公報，並以書面通知各投標廠商。無法決標者，亦同。」該條文所稱之「公告金額」，依據行政院公共工程委員會 88 年 4 月 2 日（88）工程企字第 8804490 號函發布之公告金額，工程、財物及勞務採購，均為新台幣 100 萬元。惟行政院公共工程委員會目前係將新台幣 10 萬元以上，不屬於「小額招標」之所有採購案，每年約 18 萬件之資訊，包括招標文件網路電子領標、招標與決標公告、決標日期、得標廠商名稱及決標金額、未得標廠商名稱及標價金額、未得標原因等，公開供民眾免費查詢。該項資訊，並未包括廠商之投標文件，乃成為公眾討論之焦點，究竟廠商之投標文件，於決標後應否強制公開？民眾可否要求閱覽、抄錄？是否限於得標廠商之投標文件？抑或及於未得標廠商之投標文件？

簡言之，依據政府採購程序，廠商之投標文件，不問是否得標，於競標過程均已處於「已公開發表」之狀態，著作人無從再主張「公開發表權」，故於討論廠商之投標文件是否公開，無須再考量是否損及著作人之「公開發表權」，而應從政策上為決定。

## 3.3 政府資訊公開法及其適用

政府資訊公開、透明，係公民參與之基石，94 年 12 月公布施行之政府資訊公開法，

其目的即在「便利人民公平共享政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務的瞭解、信賴及監督，並促進民主參與<sup>19</sup>」，其執行方針係以主動公開政府資訊為原則。

### （一）「政府」之範圍

政府資訊係「政府機關」之「資訊」，政府資訊公開法所規範之「政府機關」，依該法第 3 條規定，「指中央、地方各級機關及其設立之實（試）驗、研究、文教、醫療及特種基金管理等機構」，而「受政府機關委託行使公權力之個人、法人或團體，於本法適用範圍內，就其受託事務視同政府機關。」

### （二）「資訊」之範圍

政府資訊公開法所稱之「政府資訊」，依該法第 3 條規定，係「指政府機關於職權範圍內作成或取得而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息。」

政府機構執行公務之必要，進行政府採購法第 2 條所稱「工程之定作、財物之買受、定製、承租及勞務之委任或僱傭等」採購，廠商之投標文件，雖非「政府機關於職權範圍內作成」者，卻係「政府機關於職權範圍內取得」者，無論是否得標，均屬於政府資訊公開之範圍<sup>20</sup>，依該法第 5 條、第 6 條及第 7 條之揭示，以主動公開為原則。

### （三）公開方法

政府資訊之公開方法，可區分為主動公開及接受申請

#### 1. 主動公開

政府資訊之主動公開，依該法第 8 條第 1 項規定，「應斟酌公開技術之可行性，選擇其適當之下列方式行之：一、刊載於政府機關公報或其他出版品。二、利用電信網路傳送或其他方式供公眾線上查詢。三、提供公開閱覽、抄錄、影印、錄音、錄影或攝影。四、舉行記者會、說明會。五、其他足以使公眾得知之方式。」但對於「條約、對外關係文書、法律、緊急命令、中央法規標準法所定之命令、法規命令及地方自治法規」，第 8 條第 2 項特別要求必須以「刊載於政府機關公報或其他出版品」方式公開，以昭告周知，並利執行。

#### 2. 接受申請

政府機關接受申請，提供政府資訊給民眾之方式，依該法第 13 條第 1 項規定：「政府機關核准提供政府資訊之申請時，得按政府資訊所在媒介物之型態給予申請人重製或複製品或提供申請人閱覽、抄錄或攝影。其涉及他人智慧財產權或難於執行者，得僅供閱覽。」此處所稱「涉及他人智慧財產權」，應係指「涉及他人著作財產權」，蓋若涉

<sup>19</sup> 政府資訊公開法第 1 條規定如下：「為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，特制定本法。」

<sup>20</sup> 蕭雄淋亦採此見解，其認為「政府資訊公開法之政府資訊，可能包含政府機關取得所有權，而未取得著作財產權之他人著作在內。此政府資訊，可能為他人已公開發表之著作，亦可能是他人未公開發表之著作。」參見「政府資訊公開法、檔案法與著作權法之關係，經濟部智慧財產局 2014 年 12 月 15 日修法諮詢會議之書面意見」，蕭雄淋律師的部落格：<http://blog.udn.com/2010hsiao/19692136>（最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日）。該項書面意見於 2015 年 4 月 15 日經濟部智慧財產局召開研商「機關公開得標廠商投標文件涉及著作權相關問題」會議中，再度被提起。

及營業秘密，應不得提供閱覽，若涉及專利權或商標權，給予申請人重製或複製品或提供申請人閱覽、抄錄或攝影，並不至於侵害各該權利，只有當政府資訊屬於他人已公開發表之著作，而其著作財產權不屬於政府者，始有限制申請人僅得閱覽，不得給予申請人重製或複製品或提供申請人閱覽、抄錄或攝影之必要。

為鼓勵政府機關主動公開政府資訊，該法第 13 條第 1 項並規定：「申請提供之政府資訊已依法律規定或第 8 條第 1 項第 1 款至第 3 款之方式主動公開者，政府機關得以告知查詢之方式以代提供」。

#### （四）應公開之「採購契約」範圍

依據該法第 7 條第 1 項第 8 款規定：「書面之公共工程及採購契約」，除依第 18 條規定限制公開或不予提供者外，應主動公開。其中，所謂「採購契約」之範圍究竟包括如何，法務部於 95 年間回應行政院公共工程委員會之函詢，曾解釋認定，「依促進民間參與公共建設法簽訂之書面投資契約，既與公共工程有關（促進民間參與公共建設法第 8 條參照），而屬政府資訊公開法第 3 條所定政府資訊之範疇，依前揭規定原則上應主動公開。至契約並不以本文為限，如經締約雙方約定為契約之附件者，亦為書面契約之一部。」<sup>21</sup>

又行政院公共工程委員會依政府採購法第 63 條第 1 項規定授權訂定之「採購契約要項」壹之三規定，契約文件包括下列內容：

1. 契約本文及其變更或補充。
2. 招標文件及其變更或補充。
3. 投標文件及其變更或補充。
4. 契約附件及其變更或補充。
5. 依契約所提出之履約文件或資料。

依上開法務部函釋及行政院公共工程委員會訂定之「採購契約要項」規定，得標廠商之投標文件亦為採購契約之一部分，原則上屬應主動公開之資訊。至於未得標廠商之投標文件，既未被轉化為採購契約之一部分，則不在第 7 條第 1 項第 8 款應主動公開資訊之範圍。

得標廠商之投標文件伴隨附屬於採購契約，屬招標機關應主動公開之資訊，而招標機關欲限制公開或拒絕提供，僅得依政府資訊公開法第 18 條所列各種「豁免公開」(exemptions to disclosure)事由，拒絕主動及被動公開政府資訊。該條第 1 項所允許限制公開或不予提供之政府資訊，限於以下情形：

「（一）經依法核定為國家機密或其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者。

（二）公開或提供有礙犯罪之偵查、追訴、執行或足以妨害刑事被告受公正之裁判或有危害他人生命、身體、自由、財產者。

（三）政府機關作成意思決定前，內部單位之擬稿或其他準備作業。但對公益有必要者，得公開或提供之。

<sup>21</sup> 參照法務部，法律字第 0950013917 號函釋，95 年 4 月 24 日。

(四) 政府機關為實施監督、管理、檢(調)查、取締等業務，而取得或製作監督、管理、檢(調)查、取締對象之相關資料，其公開或提供將對實施目的造成困難或妨害者。

(五) 有關專門知識、技能或資格所為之考試、檢定或鑑定等有關資料，其公開或提供將影響其公正效率之執行者。

(六) 公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。

(七) 個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益者。但對公益有必要或為保護人民生命、身體、健康有必要或經當事人同意者，不在此限。

(八) 為保存文化資產必須特別管理，而公開或提供有滅失或減損其價值之虞者。

(九) 公營事業機構經營之有關資料，其公開或提供將妨害其經營上之正當利益者。但對公益有必要者，得公開或提供之。」

政府資訊如涉及特定個人、法人或團體之權益者，政府資訊公開法第 12 條第 2 項要求，政府機關應先以書面通知該特定個人、法人或團體表示意見。其立法理由乃係慮及公開或提供該政府資訊之內容，可能涉及特定人之權益，基於利益衡量原則，有必要給予該利害關係人表示意見之機會，惟政府機關並不受其意思拘束，仍應本於權責，就「公開資訊欲增進之公益或保護人民生命、身體、健康有必要」與「不公開資訊欲保護之個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權」或「不公開資訊所保護該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益」間，予以個案比較衡量判斷，如認「公開資訊欲增進之公益」大於「該個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權」或「該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益」，或為保護人民生命、身體、健康有必要者，自得逕予公開。如認部分資訊確有限制公開事由存在，依該法第 18 條第 2 項規定，得僅公開其餘未涉限制公開事由之部分資訊<sup>22</sup>。

得標廠商之投標文件伴隨附屬於採購契約，屬招標機關應主動公開之資訊，而如前所述，廠商之投標文件，不論是否得標，均已因評選程序之進行，處於「已公開發表著作」之狀態，事實上無從再依前述第六種理由中之「公開或提供有侵害著作權人之公開發表權」，限制公開或不予提供。其或僅能依前述第六種理由中之「公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密」，或第七種至第九種理由，限制公開或不予提供。此外，於政府資訊含有前述應限制公開或不予提供之資訊者，政府資訊公開法第 18 條第 2 項明訂「應僅就其他部分公開或提供之」，亦即不得因政府資訊中，部分含有應限制公開或不予提供之資訊，即將全部政府資訊拒絕公開或提供<sup>23</sup>。

### 3.4 行政程序法及其適用

<sup>22</sup> 參照法務部，法律字第 0980035212 號函，99 年 1 月 8 日。

<sup>23</sup> 臺北高等行政法院 99 年度訴字第 172 號判決即採斯旨，詳見「肆、爭議案件分析」。

「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴<sup>24</sup>」，我國自 88 年 2 月 3 日制定公布行政程序法，以供行政機關為行政行為時有所遵循。該法所稱之「行政機關」，依第 2 條第 2 項規定，「係指代表國家、地方自治團體或其他行政主體表示意思，從事公共事務，具有單獨法定地位之組織。」而第 3 項更進一步規定，「受託行使公權力之個人或團體，於委託範圍內，視為行政機關。」

88 年制定之行政程序法第 44 條第 1 項原本規定：「行政機關持有保管之資訊，以公開為原則，限制為例外」，為期早日完善相關立法，同條第 3 項進一步規定：「有關行政機關資訊公開及限制之法律，應於本法公布二年內完成立法。於完成立法前，行政院應會同有關機關訂定辦法施行之」。行政院乃於 90 年 2 月 21 日會同考試院訂定發布行政資訊公開辦法，直至 94 年政府資訊公開法制定公布後，始將適用範圍由原「行政資訊」擴大為「政府資訊」，同時刪除原行政程序法第 44 條及 45 條，並廢止行政資訊公開辦法<sup>25</sup>。

行政程序法關於「行政資訊」之公開，規範於第 46 條。依該條第 1 項規定：「當事人或利害關係人得向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗。但以主張或維護其法律上利益有必要者為限。」此稱為行政程序中之「卷宗閱覽請求權」，屬於行政機關被動公開之義務，不若政府資訊公開法要求政府機關應主動公開政府資訊，人民亦得申請政府機關提供之情形。

得依行政程序法申請「行政資訊」者，限於「當事人或利害關係人」，且係基於「主張或維護其法律上利益有必要者」，故於申請時，須敘明申請之理由，以供行政機關裁量。

行政機關對人民之申請，第 46 條第 2 項定有 5 款得「拒絕提供閱覽」之事由如下，內容略與前述政府資訊公開法第 18 條相同。

「行政機關對前項之申請，除有下列情形之一者外，不得拒絕：

- 一、行政決定前之擬稿或其他準備作業文件。
- 二、涉及國防、軍事、外交及一般公務機密，依法規規定有保密之必要者。
- 三、涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密，依法規規定有保密之必要者。
- 四、有侵害第三人權利之虞者。
- 五、有嚴重妨礙有關社會治安、公共安全或其他公共利益之職務正常進行之虞者。」

不同於政府資訊公開法第 18 條第 2 項明定「應僅就其他部分公開或提供之」係適用於各款得不提供之資訊，行政程序法第 46 條第 3 項則僅明定「前項第二款及第三款無保密必要之部分，仍應准許閱覽」，未將其他各款納入考量，開放範圍較為狹窄。

<sup>24</sup> 行政程序法第 1 條規定如下：「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序，確保依法行政之原則，以保障人民權益，提高行政效能，增進人民對行政之信賴，特制定本法。」

<sup>25</sup> 行政程序法第 1 章第 7 節關於「資訊公開」之規定，原有 4 條條文。其中，第 44 條及第 45 條係沿襲美國立法例之「資訊公開」制度，第 46 條則係沿襲自德國立法例，賦予當事人「卷宗閱覽請求權」，其設計係將「資訊公開」及「卷宗閱覽」融於一爐。參閱湯德宗，「論資訊公開與卷宗閱覽—行政法院相關判決評釋」，「2005 行政管制與行政爭訟」，劉淑範編，頁 123-165（2006）。

廠商之投標文件，無論最後是否得標，其既被納入成為行政機關持有保管之資訊，應有行政程序法第 46 條之適用。該條第 2 項所定 5 款得「拒絕提供閱覽」之事由，雖未明文提及「公開或提供有侵害著作權人之公開發表權者」，但第 4 款所定「有侵害第三人權利之虞者」，應包括「有侵害第三人之公開發表權之虞者」，惟如前所述，廠商之投標文件，不論是否得標，均已因評選程序之進行，處於「已公開發表著作」之狀態，事實上無從再依前述第 4 款理由，拒絕提供閱覽。

## 4. 爭議案件之觀察與分析

實務上關於廠商之投標文件得否依政府資訊公開法請求閱覽，並非起自 104 年。98 年間，安慶國際資訊有限公司與國防部軍備局採購中心之間，即發生過政府採購契約可否依政府資訊公開法請求閱覽之爭議，臺北高等行政法院 99 年度訴字第 172 號判決，認定國防部軍備局採購中心對採購案得標廠商簽訂契約中廠商之個別資料涉及得標廠商營業上之秘密或經營事業有關資訊等，固然可限制公開及不予公開，惟其他未涉及智慧財產權及廠商之商業秘密之文件，非政府採購法第 34 條第 4 項保密範圍，仍應依政府資訊公開法第 18 條第 2 項規定予以公開，提供人民閱覽抄錄<sup>26</sup>。

### 一、事實

本案被告國防部軍備局採購中心以公開招標方式辦理「空對空機砲射訓靶勤服務等 5 項」採購案，於民國 98 年 7 月 14 日辦理開標，計有原告安慶國際資訊有限公司及其他 2 家公司參與投標，俟 98 年 7 月 20 日宣布原告及另一公司為不合格標，而由漢翔公司得標，並於 98 年 7 月 30 日完成簽約作業。原告安慶公司於 98 年 8 月 28 日依政府資訊公開法第 7 條第 1 項第 8 款、第 9 條、第 10 條及第 13 條規定向被告請求閱覽該採購案契約書。被告國防部軍備局採購中心於 98 年 9 月 4 日以書函引據行政程序法第 46 條第 1 項、第 2 項第 3 款、第 4 款、政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 6 款及第 7 款規定，拒絕其請求，並認為原告安慶公司既參與投標，如有參考採購案契約書內容之必要，本案招標文件清單及其附件亦已詳列，可逕行參考。原告不服，提起訴願亦遭決定不受理，遂提起本件行政訴訟。

### 二、爭點：

<sup>26</sup> 事實上，內政部 99 年 12 月 24 日內授中民字第 0990038497 號函覆彰化縣議會函詢有關縣市議會經大會決議，以議會名義正式函請縣市政府提供決標後公共工程之「工程詳細價目表」及「單價分析表」，是否有「政府資訊公開法」第 18 條第 1 項第 6 款、第 7 款及「政府採購法」第 34 條第 4 項規定之適用疑義一案，即函釋認為「工程詳細價目表」及「單價分析表」如經締約雙方約定為契約之一部分，應屬政府資訊公開法第 7 條第 1 項第 8 款之政府資訊，應主動公開，並引法務部 99 年 1 月 8 日法律字第 0980035212 號函，認定縱有該法第 18 條第 1 項應限制公開之情形，如經衡量判斷「公開資訊欲增進之公益」大於「該個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權」或「該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益」，或為保護人民生命、身體、健康有必要者，仍得公開之。如認部分資訊確有限制公開事由存在，依本法第 18 條第 2 項規定，得僅公開其餘未涉限制公開事由之部分資訊。

本案之爭點，主要集中於本案之採購契約，是否有政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 6 款及第 7 款應限制公開或不予提供之情形？或是屬於行政程序法第 46 條第 2 項第 3 款及第 4 款所定不得閱覽、抄寫、複印或攝影之範圍？

前者係指有無「公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或著作權人之公開發表權」及「個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊，其公開或提供有侵害該個人、法人或團體之權利、競爭地位或其他正當利益」之情形？後者係指有無「涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密，依法規規定有保密之必要」或「有侵害第三人權利之虞」。

被告國防部軍備局採購中心抗辯，原告安慶公司已有該案契約書及決標資料，應無閱覽契約之必要，且原告閱覽已簽約之採購合約，恐影響廠商營業秘密，尤其原告請求閱覽本案契約書，屬於行政程序法第 46 條第 2 項第 3 款及第 4 款所定不得閱覽、抄寫、複印或攝影之範圍，自然更不得再依政府資訊公開法請求閱覽。

法院於本案之判決中，有諸多觀點，值得肯定：

一、行政程序法與政府資訊公開法適用情形不同：

針對被告國防部軍備局採購中心主張，有利害關係之當事人不得依行政程序法第 46 條請求閱覽卷宗，自不得再「立於一般人民地位」，依政府資訊公開法請求資訊公開，法院首先釐清其誤解，分析行政程序法與政府資訊公開法之差異如下：

（一）申請主體不同：行政程序法第 46 條規定之申請閱覽卷宗請求權，係特定行政程序中之當事人或利害關係人，為主張或維護其法律上利益之必要，向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗之權利；至於政府資訊公開制度，係滿足人民知的權利及促進行政程序之公開化與透明化，為便利人民共享及公平利用政府資訊，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與而設，是其公開之對象為一般人民<sup>27</sup>。

（二）救濟程序不同：行政程序法第 46 條規定之申請閱覽卷宗請求權，係屬「行政程序中之個案資訊公開」，屬程序權利，故行政機關拒絕閱覽、抄寫、複印或攝影時，依行政程序法第 174 條規定，僅得於對實體決定不服時一併聲明之，不得單獨提起訴願；政府資訊公開制度，係實體權利，政府機關拒絕提供政府資訊，申請人得單獨提起訴願。

（三）公開之性質不同：行政程序法第 46 條規定之申請閱覽卷宗請求權，屬於行政機關被動公開；政府機關依政府資訊公開法，應主動公開政府資訊，人民亦得依其程序，申請政府機關提供，政府機關於法定情形亦得不予提供。

法院基於一般人民於向行政機關申請閱覽、抄寫、複印或攝影應公開資訊，與特定人民於個案申請閱卷，並不相同，因而認定政府機關是否核准人民申請提供應公開之資訊，應視有無政府資訊公開法第 18 條第 1 項情形，與人民在個案有無閱卷權無關，不得依此否准提供政府資訊。

<sup>27</sup> 依據政府資訊公開法第 9 條規定：「具有中華民國國籍並在中華民國設籍之國民及其所設立之本國法人、團體，得依本法規定申請政府機關提供政府資訊。持有中華民國護照僑居國外之國民，亦同。外國人，以其本國法令未限制中華民國國民申請提供其政府資訊者為限，亦得依本法申請之。」

二、採購契約含附件均屬於依政府資訊公開法第 7 條第 1 項第 8 款應主動公開之政府資訊：

法院不接受被告國防部軍備局採購中心抗辯該中心與漢翔公司所簽訂之採購案契約書，係私法契約而非屬於政府資訊之主張，認定採購契約乃依政府採購法規定公開招標而簽訂之書面採購契約，屬政府資訊公開法第 3 條所定政府資訊之範疇；且為依同法第 7 條第 1 項第 8 款規定原則上應主動公開之政府資訊，依該款立法理由說明，其目的係為利於民眾知曉及監督契約之履行。法院並認為契約並不以本文為限，採購契約之附件，包括得標廠商投標時檢附之招標單、清單等，均為採購書面契約之一部，原則上屬應主動公開之政府資訊，即便其含有同法第 18 條第 1 項應限制公開及不予公開之情形，依同條第 2 項仍應就其他部分公開或提供之。法院甚至直指「被告與得標廠商簽訂之採購契約其中廠商之個別資料（例如：公司登記資料、公司負責人個人資料、報稅等財務資料等）若涉及得標廠商營業上之秘密，或者經營事業有關資訊等，固應限制公開及不予公開；然除此以外契約文件，例如：清單、投標書，並非廠商經營事業有關資訊或企畫書文件，被告就此部分亦未證明涉及智慧財產權及廠商之商業秘密，自非政府採購法第 34 條第 4 項保密範圍，仍應依政府資訊公開法規定予以公開，提供人民閱覽抄錄等，始符合立法意旨。」

三、採購契約縱有政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 6 款、第 7 款之資訊，政府機關應將限制公開或不予提供之部分除去後，僅公開或提供其餘部分：

法院認定採購契約屬應主動公開之政府資訊，而原告係申請被告以提供公開閱覽、抄錄、影印、錄音、錄影或攝影之方式，公開政府機關應公開之資訊，而非依同法第 10 條規定申請政府機關提供資訊，毋庸敘明申請用途，原告為本採購案之投標者之一，足認所稱供業務參考屬實。法院並舉政府資訊公開法第 18 條第 2 項揭櫫之「分離原則」，認為政府資訊中若含有限制公開或不予提供之部分，則資訊之全部內容並非全部公開或全部不予公開，政府機關應將限制公開或不予提供之部分除去後，僅公開或提供其餘部分。此外，得標廠商之投標單、清單載有投標者投標（履約）內容，乃監督其履約之工具，法院乃認為被告不得以此認為原告無閱覽之必要性與實益而拒絕原告申請。

值得注意，本案被告國防部軍備局採購中心拒絕原告安慶公司請求閱覽該中心與漢翔公司所簽訂採購案契約書之理由，就公開或提供該採購案契約書是否有侵害漢翔公司之公開發表權一事，隻字未提，而係以該採購案契約書涉及漢翔公司本身之營業上秘密或有關營業之相關資訊，並認為該等採購契約已非屬於政府資訊，而係已屬於私法契約之範疇，且該等契約條款以及招標資訊等，均於原告安慶公司參與投標之前即已取得，又相關得公開之資料業均已公開，遂函覆略以：「依行政程序法第 46 條第 1 項、第 2 項第 3 款、第 4 款、政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 6 款及第 7 款規定，歉難同意。」而於訴訟過程中，被告國防部軍備局採購中心亦一再強調「原告請求閱覽系爭契約書之目的不明（僅泛稱：作為業務參考用），復未對於其有主張何種利益及必要以及如何不會侵害簽約廠商之營業秘密加以說明，自有未合」，完全未基於漢翔公司之公開發表權而為本案之考量。是故，被告國防部軍備局採購中心一方面認定該中心與漢翔公司所簽訂之採購案契約書，係私法契約而非屬於政府資訊，另一方面已認定漢翔公司所提出而已

納入採購案之契約書之投標資訊，屬於已公開發表之情形，無須考量此一因素，乃僅以該採購案契約書涉及漢翔公司本身之營業上秘密或有關營業之相關資訊，為全案處理之依據。相對地，法院也未認為就漢翔公司所提出而已納入採購案之契約書之投標資訊，須考量其公開或提供是否涉及公開發表權之因素。

本案判決後，被告國防部軍備局採購中心依法院判決所提供之資訊，究竟有無考量漢翔公司之公開發表權，僅提供不涉及公開發表權之部分，外人不得而知。然如前所述，若認該等資料於招標程序中，已處於公開發表之情形，被告國防部軍備局採購中心只須考量該採購案契約書涉及漢翔公司營業上秘密或有關營業之相關資訊方面，限制申請人接觸，無須再考量其公開或提供是否涉及公開發表權之因素。然而，若無經濟部智慧財產權之函釋確認，一般行政機關並不至於自行認定該等資料已公開發表，其唯一之可能則係繼續以保護投標人公開發表權為理由，限制申請人申請，留待行政爭訟時，由司法機關認定，以避免侵害公開發表權之風險。

## 5. 本文意見

關於廠商投標文件及採購契約可否依政府採購法、政府資訊公開法或行政程序法對公眾提供之疑義，其討論應區隔「依現行法令應如何適用」及「政策上得如何處理」，前者涉及法律之適用，後者則屬於政策決定後之法律重新設計。若法令之適用不符合政策上之期待，則應進行法律之制定或修正，不應為不同之目的而改變法律解釋上不可改變之基本原則。

討論機關公開廠商投標文件及採購契約，涉及著作之公開、企業經營機密及個人資料等相關議題，惟著作之公開發表、保密、提供及授權，係不同四件事情，不宜混為一談。亦即，縱使特定著作依著作權法規定，被認定係已公開發表，亦不表示其任意洩漏其內容或對公眾提供，不會構成國家機密或營業秘密之侵害，也不表示其不必再取得授權即可任意重製，以有體方式散布，或無體方式上網公開傳輸。

經濟部智慧財產局於 104 年 4 月 15 日邀集相關機關及學者專家，進行「研商『機關公開投標文件及著作權相關規定』」會議中，就得標廠商投標文件究屬公開與否之狀態認定，研擬甲、乙兩案以供討論。

甲案採肯定說，認為得標廠商之投標文件屬已公開發表之著作，其理由有二如下：

「一、按著作權法所稱「公開發表」，係指權利人以發行、播送、上映、口述、演出、展示或其他方法向公眾公開提示著作內容，又所稱「公眾」，係指家庭或其正常社交之多數人外之不特定人或特定之多數人，著作權法第 3 條第 1 項第 4 款、第 15 款定有明文。查機關依政府採購法第 94 條就公告金額以上之採購案件辦理評選時，應於招標前聘請專家、學者擔任委員，組成 5-17 人之評選委員會辦理評選，各採購案件之評選委員，對廠商而言，應為非家庭或正常社交之「特定之多數人」，該當本法所稱之公眾，是以廠商將尚未公開發表之投標文件以口述或其他方法向評選委員公開其著作之內容，即屬公開發表之行為。

二、又基於政府資訊公開之目的及例外解釋從嚴之法解釋原則，該法第 18 條第 1

項所列限制公開或不予提供之例外事由，應從嚴解釋。由立法目的觀之，公開發表權是指著作權人首次發表的權利，其內涵為著作權人就其著作享有是否公開發表、以何種方法、何時公開發表之權利，且只要權利人以上述發行、口述、演出、展示…等方式將著作向公眾提示，使著作處於公眾知悉之狀態即可，至於公眾是否實際知悉，則與公開發表權之行使無涉。故廠商之投標文件既已於評選會議中向特定評選委員提示，應屬已公開發表之著作，機關依政府資訊公開法公開投標文件，自不侵害得標廠商公開發表權。

乙案採否定說，認為得標廠商之投標文件屬未公開發表之著作，其理由有二如下：

「一、為建立公平、公開的採購程序，政府採購法及相關法令設有保密規定，就投標文件及評選程序部分，則有政府採購法第 34 條第 4 項『機關對於廠商投標文件，除供公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密』、採購評選委員會委員須知第 11 點『採購評選委員對於受評廠商之投標文件內容及資料，除供公務上使用或法令另有規定外，應保守秘密，並不得挪作他用，評選後亦同。廠商之投標文件應避免攜出機關場所，並於評選後由機關收回保存；未收回者，由委員自行銷毀並負保密之責。』等規定供參，是以於採購評選委員會上提示其投標文件之行為，無論場地、文件、對象皆具秘密性，廠商主觀上難謂有公開發表之意思，客觀上亦實與未公開發表著作無異。

二、再參專利之新穎性，亦因評選程序具秘密性而不受影響，蓋專利新穎性之喪失，係指該技術申請前已公開而處於公眾得獲知其技術內容的狀態，倘僅為負有保密義務之人知悉，該技術內容仍因不能為公眾得知而處於未公開狀態。基於著作公開發表與專利之新穎性皆具首次使外部得以知悉之概念共同性，自宜作成相同解釋。故投標文件縱經評選程序，仍屬尚未公開發表之著作，機關得依政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 6 款規定限制公開。」

本文認為，前述二說，以甲案肯定說為妥，得標廠商之投標文件於投標後，審標過程已使投標文件屬已公開發表之著作，惟縱使採此說，並不否認招標機關仍得依政府資訊公開法第 18 條規定，行使裁量權，依第 1 項限制該等投標文件之公開及不予提供，或依同條第 2 項仍就不涉及得標廠商營業上之秘密，或經營事業有關資訊之其他部分加以公開或提供。

或謂投標過程係秘密進行，如投標文件因投標審查而成公開發表，將使投標廠商原具新穎性之資訊喪失新穎性，或其營業秘密喪失秘密性而不再係營業秘密<sup>28</sup>。然而，一般論文或著作均不得任意公開尚未申請專利而具新穎性之資訊或屬於營業秘密之資訊，自然無理由於招標文件中揭露該等資訊，不宜倒果為因，為保護投標文件之新穎性或營業秘密，曲解著作權法「公開發表」之規定及其適用。

依前述著作權法關於「公開發表權」之說明，廠商投標文件於招標機關辦理相關程序過程中，或對審查委員發送投標文件時，該等接觸廠商投標文件之相關人員，既非投標廠商之「家庭及其正常社交之多數人」，而係屬於「不特定人或特定之多數人」，符合著作權法第 3 條第 1 項第 4 款所定「公眾」之定義，其接觸投標文件即使得該文件達到

<sup>28</sup> 參見「政府採購案得標廠商的契約及投標文件，政府應否上網？」，蕭雄淋說法：<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2015/05/06/23910>（最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日）。

「公開發表」之情形而處於「已公開發表」之狀態，廠商無由再主張「公開發表權」，至於招標機關是否要將所有投標文件或僅將得標廠商文件對外公開，純屬政府採購主管機關或招標機關政策上之考量，並非因著作權法之「公開發表權」而不得予以對外提供。

現行實務做法，參與政府採購案審查之審查委員，於標案審查階段均被要求簽署保密文件，決標後之審查文件亦全數由招標機關收回，此純係為標案之保密及保護投標廠商利益之考量，均與投標文件之「公開發表權」無關。此外，縱使該投標文件含有投標廠商之營業秘密，亦不得因其已符合著作權法之「已公開發表」之狀態，即得任意洩漏或對外提供。從而，廠商投標文件於招標機關對審查委員發送投標文件時，依據著作權法關於「公開發表」之定義，已處於「已公開發表」之狀態，廠商無由再主張「公開發表權」，招標機關依政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 7 款規定，對於涉及個人資料、營業秘密等事由者，仍不得主動公開、提供。

著作權法關於著作是否已處於「公開發表」之狀態，涉及「公眾」及其他公開利用權能之認定，牽涉層面廣泛，對於該著作得否自由利用，應否取得授權，影響重大。若政府採購主管機關政策上期望將得標廠商所提文件或所有投標文件對外公開，應循修正政府採購法、政府資訊公開法或行政程序法方向處理，而非要求著作權專責機關改變歷來關於著作權法「公開發表」之解釋。

關於乙案採否定說，認為得標廠商之投標文件屬未公開發表之著作，其理由其實有諸多瑕疵。

#### 一、保密無礙於著作之公開發表

採購評選程序過程中，相關行政人員及評選委員負有保密責任，其場地、文件、對象皆具秘密性，惟該等人員既非投標廠商之「家庭及其正常社交之多數人」，而係屬於「不特定人或特定之多數人」，符合著作權法第 3 條第 1 項第 4 款所定「公眾」之定義，其接觸投標文件，即使得該文件達到「公開發表」之情形而處於「已公開發表」之狀態，廠商無由再主張「公開發表權」，並不至於因上開保密之要求，否定其「已公開發表」之客觀事實。至於廠商主觀上既理解招標案必須經評選程序，難謂無有投標文件必須向「不特定人或特定之多數

人」公開之認知，進而否定其有公開發表之意思。

#### 二、專利新穎性之認定與著作公開發表之認定迥異

專利新穎性之認定，固重在該技術申請前是否已公開而處於公眾得獲知其技術內容的狀態，僅由負有保密義務之人之知悉，並未使該技術內容成為公眾得知而處於未公開狀態<sup>29</sup>。然因著作權法第 3 條第 1 項第 4 款特別將「家庭及其正常社交之多數人」以外之「不特定人或特定之多數人」，明定為「公眾」，以保護著作人之「公開發表權」，有其特別範圍與目的，不宜將著作「公開發表」之事實與專利之「新穎性」判斷，混為一談。

綜言之，廠商投標文件於招標機關辦理相關程序過程中，或係對審查委員發送投標文件時，已使得該文件達到「公開發表」之情形而處於「已公開發表」之狀態，不因其是否得標而有不同，惟已公開發表之廠商投標文件，採購機關仍可能必須基於保密之理

<sup>29</sup> 專利審查基準第二篇第三章，專利要件，2.3 以下「穎性之審查原則」。

由，不得任意提供。進一步言，依法已公開或對公眾提供之廠商投標文件，仍必須取得著作財產權人之授權，始得進一步利用。例如，專利說明書得受著作權法之保護，其著作人亦有公開發表權，而專利法基於專利資訊之必須公開，於第 47 條規定：「申請專利之發明經審查認無不予專利之情事者，應予專利，並應將申請專利範圍及圖式公告之。經公告之專利案，任何人均得申請閱覽、抄錄、攝影或影印其審定書、說明書、申請專利範圍、摘要、圖式及全部檔案資料。但專利專責機關依法應予保密者，不在此限。」專利法此項規定僅是解決公開資訊以供公眾查閱知悉之需求，並無從因此而使專利說明書喪失著作權之保護，任何人得自由重製、上網或為其他利用<sup>30</sup>。

立法政策上若認為廠商投標文件必須公開，以利公眾監督，降低政府採購弊端或民眾疑慮，可直接於政府採購法明文規範，刪除不公開之限制規定，惟立法者須考量者，反而係此項修正將導致廠商擔心個人隱私、職業上秘密、個人、法人或團體營業上秘密或經營事業有關之資訊不保，對政府採購案裹足不前，不利政府採購案之推動，應併予考量<sup>31</sup>。

## 6. 結論

著作權法關於「公眾」、「公開發表」之定義，有其特別規定，其適用涉及各種著作利用之情形，與著作權人及利用人之權利義務有關，影響深遠，有其一貫性之必要，不宜任意變動。

政府採購案之廠商投標文件有諸多屬於著作權法所保護之著作，無論其嗣後是否得標，於招標機關辦理相關程序過程或對審查委員發送投標文件時，已使得該文件處於「已公開發表」之狀態，無從再依政府資訊公開法第 18 條第 1 項第 6 款「公開或提供有侵害著作權人之公開發表權」之原因限制公開或提供，惟仍得以其他原因限制公開或提供。

廠商之投標文件之公開發表、保密、提供及授權，係不同議題，不宜混為一談。政府採購相關資訊於政府「開放資料」之原則下就應如何開放，其實與著作權法之「公開

<sup>30</sup> 經濟部智慧財產局 89 年 5 月 1 日（89）智著字第 89600306 號函釋認為：「專利資訊應予公開，讓大眾加以享用之立法意旨，經審定公告之專利案，其審定書、說明書、圖式、宣誓書及全部檔案資料等，除專利專責機關依法應予保密者外，任何人均得於不違背該條文之立法意旨下利用之，且不因專利期限屆滿而受影響。」惟法務部 91 年 08 月 13 日法檢字第 0889001087 號函並不贊同該項見解，仍認為專利申請權人之申請書、說明書、必要圖式及宣誓書等屬著作權法所稱之著作，受著作權法之保護，非有明文規定，不得任意利用，致生著作人權益之損害，民眾僅限於向主管機關申請之重製行為，如再為其他利用行為，因非屬依專利法所允許之重製，除合於著作權法著作財產權之限制規定外，未經徵得該等著作財產權人之同意或授權，均構成侵害著作財產權。詳請參見章忠信，「專利說明書之著作權保護」，專利師季刊，第 4 期，頁 66-75（2010）。

<sup>31</sup> 行政院公共工程委員會於 104 年 6 月 29 日召開該會政府資料開放諮詢小組第 1 次會議，本人忝為外部委員之一，曾臨時提案建議該會做為政府採購法之主管機關，應研議投標及得標文件是否可公開，惟會議決議僅重申該會於 104 年 2 月 25 日召及各相關機關會議之結論，並無意檢討本件議題，其真意應係反對公開投標及得標文件，避免導致政府採購案之招標不易。

發表權」無關，係因該等資訊早已處於「已公開發表」之狀態，政府應處理者係在投標廠商之營業資訊之私權與民眾接觸資訊之公益間，如何達到均衡，經濟部智慧財產局基於著作權專責機關之立場，面對廠商之投標文件是否因著作權法之「公開發表權」而不予公開，採甲、乙二案而未直接面對。其實，政府採購法係政府資訊公開法及行政程序法之特別法，可以有其特殊規範，廠商投標文件或得標之契約該如何提供或保密，係行政院公共工程委員會之權責，必須有其政策性決定，而非牽扯原本並不存在之著作權法「公開發表權」之假議題，治絲益棼，或任由各採購機關自行決定。

## 參考文獻

### 中文期刊

蔡明誠，〈從成大 MP3 事件論著作權之侵害及限制問題〉，《台灣本土法學》，第 23 期，頁 58-59，2001 年 6 月。

謝銘洋，〈成大 MP3 事件相關著作權法問題探討〉，《月旦法學》，第 73 期，頁 83，2001 年 6 月。  
章忠信，〈專利說明書之著作權保護〉，《專利師季刊》，第 4 期，頁 66-75，2010 年 1 月。

### 中文論文集

陳思廷，〈著作人格權法制之研究—法國法之考察借鏡〉，劉孔中主編，《國際比較下我國著作權法之總檢討》，頁 195-227，2014 年 12 月。

湯德宗，〈論資訊公開與卷宗閱覽—行政法院相關判決評釋〉，湯德宗、劉淑範主編，《2005 行政管制與行政爭訟》，頁 123-165，2005 年。

### 中文研討會論文

張今、劉佳，〈著作人身權制度的質疑和思索〉，發表於「2010 年中國著作權法律百年國際論壇論文集」，中國人民大學、中國法學會及中國版權協會等主辦，北京 (2010)。

### 其他中文參考文獻

「網路智慧新臺灣政策白皮書」-透明治理篇：

file:///C:/Users/Pinyu%20Lin/Downloads/%E8%83%8C%E6%99%AF%E8%B3%87%E6%96%99\_%E9%80%8F%E6%98%8E%E6%B2%BB%E7%90%86\_%E5%AD%90%E9%A1%8C%E4%B8%80\_%E5%85%AC%E5%85%B1%E6%94%BF%E7%AD%96%E5%8F%83%E8%88%87\_20150202.pdf (最後點閱時間：2015 年 10 月 15 日)。

政府採購案 開啟 Open data，經濟日報 A5 版，2015 年 2 月 6 日，亦可見聯合新聞網：<http://udn.com/news/story/7238/690908-->。(最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日)。

從『小團圓』到『異鄉記』，誰給張愛玲一個公道？，著作權筆記：

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=382> (最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日)。

馬總統，您要交出多少日記？，著作權筆記：

<http://www.copyrightnote.org/ArticleContent.aspx?ID=2&aid=424> (最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日)。

政府資訊公開法、檔案法與著作權法之關係，經濟部智慧財產局 2014 年 12 月 15 日修法諮詢會議之書面意見，蕭雄淋律師的部落格：<http://blog.udn.com/2010hsiao/19692136> (最後點閱時間：2015 年 10 月 13 日)。

政府採購案得標廠商的契約及投標文件，政府應否上網？，蕭雄淋說法：

<http://blog.ylib.com/nsgrotius/Archives/2015/05/06/23910> (最後點閱時間：2015年10月13日)。

## 英文書籍

WIPO, GUILD TO THE BERNE CONVENTION FOR THE PROTECTION OF LITERARY AND ARTISTIC WORKS  
(PARIS ACT, 1971) (1978).

## 其他英文參考文獻

Guide to the Berne Convention for the Property of Literary and Artistic Works (Paris Act, 1971),  
<ftp://ftp.wipo.int/pub/library/ebooks/historical-ipbooks/GuideToTheBerneConventionForTheProtectionOfLiteraryAndArtisticWorksParisAct1971.pdf>.