

政府公開採購資訊之研究－我國及美國聯邦法制之比較

唐克光*

壹、前言

採購機關之各項採購資訊依據政府資訊公開法第七條第一項第八款規定：「下列政府資訊，除依第十八條規定限制公開或不予提供者外，應主動公開：八、書面之公共工程及採購契約。」均應主動公開之，但同法第十八條第一項第一、三、七款則為限制公開或不予提供之例外情形，¹即機關對於依法律、內部擬稿準備作業、他人營業上秘密等應限制公開或不予提供採購資訊，則政府採購資訊之公開與廠商資訊自決間，係處於彼此互為關連之情形，²採購機關與廠商所持之見解可能完全相反，機關可能並不願意公開資訊，而廠商則對資訊之需求日益殷切，³因此如何求得彼此間之衡平，殊值探討。此外政府採購法施行細則第七十六條第二項規定：「本法第五十七條第一款應保密之內容，決標後應即解密。但有繼續保密之必要者，不在此限。」所謂「有繼續保密之必要者」，究何所指？機關判斷公開與否之標準為何？本文將一併予以探討。

* 唐克光，政戰學校法律系畢業，澳洲邦德大學法律博士，現任德明財經科技大學專任助理教授。

¹ 政府資訊公開法第十八條第一項第一、三及七款規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：

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。

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。

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。」

² 資訊公開旨在求滿足人民「知的權利」，而資訊自決則旨在維護個人、法人或團體之隱私資訊，也就是「不為人知的權利」，同時可以有效利用關於自己的資訊。陳東輝，論政府資訊公開與個人資訊自決之衡平，中央警察大學法律研究所碩士論文，民國九十一年，第153頁。

³ 以美國為例，其資訊自由法 Freedom of Information Act (FOIA)於1967年生效後，聯邦政府的人員即找出許多方法及理由以抑留資訊，包括：拖延、要求申請人支付高價、要求申請人詳細描述、自認具專業知識、認定資訊應永久保密等。1974年國會預估該年度資訊公開之成本為五萬元，此後五年每年十萬元，依法申請案件皆在十五萬件以上，然而到1987年申請資訊之人數超過375,000人，至1990年躍升至五十萬件，回覆成本近六千萬元。葉俊榮、許宗力，政府資訊公開制度之研究，前註3，第165-7頁。陳東輝，論政府資訊公開與個人資訊自決之衡平，同上註，第15頁。

政府之公開採購資訊有諸多值得探究者，例如：政府為什麼要公開採購資訊？申請資訊公開者是否有憲法之基礎？資訊公開與個人資訊自決間之衡平標準為何？機關於採購時可否公開廠商投標文件中每一品項之單價(是否造成營業秘密之侵害)？可否公開廠商之利潤？企劃書內容？等涉及學理及實務等問題，包羅甚廣，在美國聯邦政府採購歷史中已有諸多的法院判例、審計長之決定及行政機關之指令等予以闡釋，而我國政府資訊公開法係於民國九十四年十二月二十八日公布，施行迄今時間有限，政府公開採購資訊之函釋或判決尚屬罕見，因此，參考美國聯邦採購之相關判例、決定或規章自有其價值。

本文主要參考之文獻係以我國及美國為主，亦兼論其他國家之法律或文獻，但囿於篇幅有限，無法深入探討其他外國文獻。本文之所以以美國聯邦政府之法制為主要研究內容，係基於下列三理由：第一、其採購法已行之逾百年，不僅體系健全更能結合不同法律領域，且使理論與實務密切結合，充分發揮引導工商業發展及繁榮社會之效果。⁴第二、美國早在 1967 年便施行資訊自由法 Freedom of Information Act (FOIA)，由於該法之理論嚴密建全，且施行迄今多年，已累積許多寶貴經驗，成為諸多國家模仿及學習之對象。⁵第三、美國係世界貿易組織 (World Trade Organization, WTO) 中政府採購協定 (Agreement on Government Procurement, GPA) 之締約國，因採購之相關法規及實踐均須接受 WTO 之貿易檢視，⁶其符合 GPA 之規範亦即符合世界貿易規範之正當性，實不容置疑。我國廠商如欲拓展商機，則充分瞭解美國聯邦政府之採購制度實屬必要，故美國資訊公開與採購法間之制度頗有參考價值，因此本文即以美國聯邦政府之採購制度為研究中心。

欲瞭解政府公開採購資訊之法制，則應首先明白其理論基礎，包括：知的權利、不為人知的權利、衡平原則等，再進入我國及美國有關資訊公開與採購間法制之研究，本文重點則放在政府可豁免公開的情形，至於救濟方式及收取費用等問題，由於兩國行政救濟制度不同或過於瑣碎，較無研究價值，因此均省略之。有鑒於學界已有諸多從憲法或行政法之角度探討政府資訊公

⁴ 匡乃俊，美國採購法上之契約種類，軍法專刊，第 28 卷第 1 期，民國 71 年 1 月，第 7 頁。

⁵ 曾志強，政府資訊公開之政策與立法，國防大學國防管理學院法律研究所碩士論文，民國 93 年 6 月，第 66 頁。葉俊榮等，政府資訊公開制度之研究，前註 3，第 XXI 頁。

⁶ Trade Policy Review Mechanism ("TPRM"), *The Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations*, WTO, Switzerland, 1995, p. 434-7.

開之文獻，⁷憲法或行政法乃確立政府資訊公開之基礎，固屬重要，但如何以立法方式實現人民請求政府資訊公開之作法，自亦有其積極之意義，職是之故，本文研究之重點放在政府公開採購資訊之相關法律規定，也就是主要研究政府資訊公開制度與廠商的資訊權利間之調和或衡平作法。最後部分再就我國政府採購法及其相關子法缺漏部分提出建議，冀望能提供學術及實務界參考。

貳、 資訊公開之理論基礎

政府資訊公開之理論可從其功能性、衡平原則、保障密度之差別及憲法之基礎等幾方面予以探討。

一、 功能

因政府為資訊之最大擁有者，政府之資訊本屬公共財，即應由全民共享，故政府原則上應主動公開資訊。資訊公開之功能包括：(一) 增進人民對政府之瞭解、信賴及監督、⁸(二)保障人民知的權利(People's right to know)⁹、(三)促進民主參與、(四)增加國家競爭力等。¹⁰不過由於廠商間相互競爭激烈，已有若干廠商依資訊自由法，向美國政府提出申請，企圖從行政機關獲得其他廠商之相關資料，以作為取得競爭優勢的手段，¹¹則與美政府公開資訊之原立法意旨有間，此似乎為不可避免之現象，因此政府應於公開政府資訊時，強化廠商權利之保護，以免產生侵權行為或不公平競爭現象。

二、 衡平原則

⁷ 例如陳愛娥，政府資訊公開法治的憲法基礎，月旦法學雜誌第 62 期，台北：元照圖書公司，2000 年 7 月，第 24-35 頁。林子儀，權力分立與憲政發展，台北：月旦出版社，1993 年 10 月，第 173-220 頁。

⁸ 如美國先賢詹姆士·麥迪遜 James Madison 於 1822 年致 W. T. Barry 信中所言：「一個全民政府若未提供全民資訊或獲得資訊之方法，只不過是一場鬧劇或悲劇，或也許是兩者皆是。知識將永遠主宰無知，凡希望自己成為主宰者之人民，必須以知識所賦予的武裝自己。」U.S., Congress, House, *A Citizen's Guide on Using the Freedom of Information Act and the Privacy Act of 1974 to Request Government Records*, H. R. 102-146, 102nd Congress, July 10, 1991, p. 2.

⁹ 美國聯邦憲法並未明文規定「人民知的權利」，一般係指人民對政府活動知的權利，依美國學者認為該權利屬於憲法第一及第九條修正案的隱匿之權利(implied right)。焦興鎧，行政機構資訊之公開及限制-美國現行資訊自由法之研究，政大法學評論第二十九期，1984 年 6 月，第 97-104 頁。

¹⁰ 政府資訊公開法第一條。立法院於審查資訊公開法時，立法委員陳其邁、郭榮宗、黃昭順及蔡同榮各提出不同版本草案，但彼等對於政府資訊公開法目的之敘述則大同小異，與立法院通過條文相似，曾志強，政府資訊公開之政策與立法，前註 5，第 19-20 頁。參見 President Clinton, *Memorandum on the Freedom of Information Act* (Oct. 4, 1993), 2 Pub. Papers 1685 (1993), 美國克林頓總統亦有相似之說明。

¹¹ 陳東輝，論政府資訊公開與個人資訊自決之衡平，前註 2，第 15-6 頁。

政府資訊之公開可能侵害國家、社會及個人利益，例如洩漏國家機密，因而妨害國家安全；或洩漏政府資訊，因而妨害社會秩序及廠商的秘密，因此世界各主要國家雖然均主張政府資訊應公開，但都考量資訊公開之利益及不利益，而規定於若干情況下免除資訊公開之條文，然究應於何種程度與範圍公開政府資訊方為適法？以美國公開政府資訊之經驗為例，應以「利益衡量」及「比例原則」或「利益衡量原則」(balancing test)為判斷依據，面對利益之衝突，機關必須衡量私權受侵害之程度，與請求資訊公開之理由及目的之公益性等作比較衡量，以判斷可否公開政府資訊。¹²政府公開資訊如侵害其他法益，則未必居於優勢地位，為免侵害其他法益之情形發生，應將各種政府豁免公開資訊之情形具體化，並求取各法益之衡平，方能落實政府資訊公開之本旨。

13

美國法院大多採用利益衡量原則以判斷政府資訊應否公開。¹⁴機關在裁量資訊公開與私權保護之衡平時，不應依據申請人對資訊之利益多寡而決定是否公開資訊，端視系爭之資訊是否符合法律資訊公開之規定作為判斷標準，如資訊公開之申請符合公開之規定，則機關必須公開該資訊，故申請人於申請時並不需要解釋申請之理由。¹⁵美國最高法院曾多次判決，每位申請人接近資訊之基本權利(access rights)是相同的，其資訊自由法(Freedom of Information Act, FOIA)並不因申請人對資訊有特別利益而擴張或限縮其申請資訊公開之權利，換言之，法律並不因申請人對資訊之特別利益而增強其權利。¹⁶

德國聯邦憲法法院於「一九八三年人口普查法」之判決中，亦認為「只於為重大公共利益時，才允許限制資訊自決權。」¹⁷然

¹² 周悅儀，美國保護隱私權法制之研究，法務部法律事務司八十二年研究發展報告，法務部，1993年12月，第26-7，40-6頁；范姜真嫻，政府資訊公開與個人隱私之保護，法令月刊第52卷第5期，2001年5月，第35頁。

¹³ 除各種法益之平衡外，立法者尚應考量民主原則、平等共享資訊及配合資訊科技之發展，促進資訊流通等各項因素，葉俊榮、許宗力，政府資訊公開制度之研究，前註3，第215-6頁。

¹⁴ 焦興鎧，行政機關資訊之公開及限制-美國現行資訊自由法之研究，政大法學評論第29期，1984年6月，第126頁。

¹⁵ *NARA v. Favish*, 124 S. Ct. 1570, 1580 (2004).

¹⁶ 例如 *NLRB v. Sears, Roebuck & Co.* 421 U.S. 132, 143 n.10 (1975); *United States Department of Justice v. Reporters Comm. for Freedom of the Press*, 489 U.S. 749, 771 (1989); *EPA v. Mink*, 410 U.S. 73, 86 (1973).

¹⁷ 所謂「資訊自決權」(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)亦稱「資訊自主權」，係指每人基本上有權自行決定，是否將其個人資料交付與供利用之權。至於何時與何種限制內公開其個人生活事實則非所問。人民依此權利可進而要求國家注重對人民資料蒐集之限制、資料之精確、查詢及更正其資料之權利。陳東輝，論政府論資訊公開與個人資訊自決之衡平，前註2，第83-4頁。

何謂「重大公共利益」？仍不免實質上採取利益衡量之作法。¹⁸國內部分學者認為公益與隱私權之保護相對立時，應以公益為優先，¹⁹但應作明確規範，例如：於有何種情形、以何種方式、對何種權利予以限制，且皆應符合明確性原則(Bestimmbarkeit)或可測量性原則(Meßbarkeit)，²⁰而非恣意地以公益為理由，不經衡量而得逕行公開資訊，故機關須依據比例原則以為憑斷，且可能影響公益之事始足當之。²¹

三、保障密度之差別

德國聯邦憲法法院於「一九八三年人口普查法」之判決中，認為並無所謂不重要資料，所有資料均應受保護，但是否應在保護密度上予以差別處理？目前德國實務及學理界已有對同一基本權之保護區分成不同保護密度之作法，例如，報業若報導若具有公共利益性質之事務，謹慎而且針對事理加以評論，並貢獻於公共意見之形成，與僅滿足大小讀者膚淺娛樂之需要者，則兩者保護之密度便不同。國家對於個人資料之蒐集或處理亦應為不同程度的差別保障，如果資料之公開對社會可能產生一定程度之利益，亦可能產生一定程度之不利益，則國家必須於利益及風險中衡量其價值，但若資料之公開對於個人或社會並無任何利益，則該公開或資料之處理便應予以禁止。資料處理與保護的規範密度，應與資料處理的風險成正比，故國家對於風險特別高的資料處理方式，包括網際網路的資料處理，應予特別立法規範，而對於由電腦處理的個人資料，相較於傳統上的文書，較易與其他資料結合及使用，屬於較高風險的資料，亦應予較高密度之保護。²²

四、憲法之基礎

國內外自憲法或行政法探討政府資訊公開之文獻已達汗牛充棟之情況，本文僅能討論其中最重要之論點，以下就民主原則、表現自由及知的權利兩個層面予以討論。

(一) 民主原則

¹⁸蕭文生譯，關於「一九八三年人口普查法」之判決-聯邦憲法法院判決集第六十五集，司法週刊雜誌社發行，1995年4月再版，第288頁摘自陳東輝，同上註，第162-3頁。

¹⁹如黃瓊枝，論公務員之守密義務與國民知的權利，國立中興大學法律研究所碩士論文，1986年6月，第119頁。

²⁰李建良，從公法學之觀點論公益之概念與原則，國立中興大學法律研究所碩士論文，1986年6月，第288頁。司法院大法官釋字第三一三、三九〇、四二六、四四三及以後之諸多解釋均一再重申授權之內容、範圍及目的均應符合具體明確之要求。

²¹陳東輝，論政府論資訊公開與個人資料自決之衡平，前註2，第164-5頁。

²²司法院大法官釋字第四一四號解釋亦指出對於言論自由的保障有密度上的差異存在。陳東輝，同上註，第165-8頁。

政府為達成國家目的必須建立及蒐集龐大的各種資訊，由政府依法動支國民所繳付之租稅以建立及蒐集該等資料，而「中華民國之主權屬於國民全體」²³，該等資訊既由國民全體支付費用，自屬於公共財，則國民應可利用該等資訊，例如美聯邦政府於1909年通過著作權法(Copyright Act)，並規定：任何屬於公共財(in the public domain)之著作，包括美國政府的出版物，均不受著作權保護便是。²⁴政府公開資訊符合責任政治、施政公開及資源共享的民主原則。²⁵

日本政府資訊公開法第一條規定：「本法基於國民主權之理念，務期因行政文書公開請求權利之規定等，增進行政機關保有資訊之公開，以促使政府對國民善盡其所為各種行政活動之說明義務，並於國民適切之理解與批評之基礎上，促進民主行政之公正為目的。」²⁶，我國行政程序法第一條亦開宗明義地說明立法目的在於「為使行政行為遵循公正、公開與民主之程序」等語，足徵政府資訊公開之民主功能。²⁷

(二) 表現自由

憲法第十一條規定：「人民有言論、講學、著作及出版之自由。」即人民可將內心思想表現於外之自由，而各種媒體、出版品應使人民可以取得充分資訊，此乃為民主之必要機制，國家應給予最大限度的保障，為保障表現自由，資訊公開誠屬必要之條件，然依此條文尚難謂憲法課予政府有公開資訊之直接義務，換言之，人民亦難依憲法條文有主張政府應公開資訊之權利；人民所享有者，為因請求政府而接近資訊(access to information)之權利。²⁸

(三) 知的權利

德國基本法第五條第一項規定：「任何人均有以語言、文字及圖畫自由發表及散布意見之權利，並有不受阻礙自一般可以接近之來源，獲得資訊之權利。出版自由及廣播、影片播放自由應

²³ 憲法第二條。

²⁴ 17 U.S.C. § 105.

²⁵ 李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，月旦法學第六十二期，台北市：元照圖書公司，2000年7月，第36頁。

²⁶ 陳東輝，論政府論資訊公開與個人資訊自決之衡平，前註2，第31頁。

²⁷ 政府資訊之公開應屬行政程序法之一部分，美國聯邦的行政程序法，Administrative Procedure Act之5 U.S.C. § 552即為資訊自由法(FOIA)，此外，行政程序法尚包括陽光法(Government in the Sunshine Act)(5 U.S.C. § 552b)及隱私權法(Privacy Act)(5 U.S.C. § 552a)等，行政程序法包括了政府資訊公開的全盤性基礎。

²⁸ 葉俊榮、朱柏松，建立各機關公報發行制度之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究，1995年4月，第27-8頁。德國憲法學界及實務均否定人民有直接依憲法規定而公開請求政府公開資訊之權利，陳愛娥，政府資訊公開法治的憲法基礎，前註7，第25頁。

予保障，審查制度不得設置。」所謂人民有「不受阻礙自一般可以接近之來源，獲得資訊之權利」意指人民向政府要求資訊之權利(Recht auf Informationszugang)，相當於一般所謂知的權利。日本則並未於條文中規定知的權利，最高裁判所迄未承認政府資訊公開請求權屬於知的權利，但多數學者主張應將「知的權利」明文規定，少部分學者認為應如何限定不公開之情形方是重點。²⁹

1948年12月10日第三屆聯合國大會決議通過的世界人權宣言(Universal Declaration of Human Rights)³⁰第十九條：「任何人皆有主張和發表意見的自由；此項權利包括持有主張而不受干涉的自由，以及藉由任何媒介和不論國界尋求、接受和傳播消息和思想的自由。」1950年11月4日通過之歐洲人權保護暨基本自由公約(European Convention for Protection of Rights and Fundamental Freedoms)³¹第10條第1項規定：「任何人皆有自由表達意見之權利，此權利包括意見自由及接受與傳達訊息及思想之自由，不受政府機關干預，不受國界限制之自由。國家得對廣播、電視或電影企業採取許可制。」足徵知之權利應為普世肯定的價值。³²

我國憲法並無規定資訊公開之權利或義務。不過依照司法院大法官釋字第五〇九號解釋理由書中明確將「滿足人民知的權利」歸屬於言論自由的功能之一，故「知的權利」應已取得憲法法源。憲法第二十二條之基本權之補充條文作為政府資訊公開請求權之基礎已為國內學者普遍接受，³³請求資訊公開之權利係屬憲法基本權利的一種，如同生存權及財產權等；部分學者認為人民只具有消極排除國家干涉的防禦功能，而積極的給付請求權部分則有賴立法者以立法方式實現憲法之意旨；³⁴但亦有學者認為：既然政府所掌理之資訊為全民所共有，則政府負有提供人民一定資訊之義務，並確保人民得以平等接近國家資訊之程序。³⁵

²⁹陳東輝，論政府論資訊公開與個人資訊自決之衡平，前註2，第36-8頁。

³⁰聯合國全球資訊網站：<http://www.un.org/Overview/rights.html> 查詢日期：民國九十六年七月十二日。

³¹ U.N.T.S. vxi; U.S.T.S. 993; ETS 155. 歐洲理事會全球資訊網站：<http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=005&CL=ENG> 查詢日期：民國九十六年七月十二日。

³²陳東輝，論政府論資訊公開與個人資訊自決之衡平，前註2，第34-9頁。

³³憲法第二十二條規定：「凡人民之其他自由及權利，不妨害社會秩序公共利益者，均受憲法之保障。」李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，前註25，第36-7頁；法治斌，知的權利，收錄於氏著，人權保障與釋憲法制-憲法專論(一)，台北市：月旦出版公司，1985年5月，第272-3頁。

³⁴陳愛娥，政府資訊公開法制的憲法基礎，前註7，第29頁。

³⁵李震山，論人民要求政府公開資訊之權利與落實，前註25，第36-7頁；李建良，基本權利體系之構成及其思考層次，收錄於氏著憲法理論與實踐(一)，1999年7月，台北市：學

以上兩種見解各有其見地，本文從政府之效能角度認為：憲法所保障的各種基本權，不論是屬於消極性地防止公權力侵害之防衛權，抑或為積極性地要求國家提供給付之受益權，國家均負有使之實現之任務，亦即國家應就各個權利之性質，依照社會生活之現實等情況，提供適當制度性的保障，以建立各基本權利之保障範圍，唯有如此積極之作法方能符合國家之任務及達成為人民尋求福祉之目的。³⁶

即使人民有知的權利，但國家得基於憲法第二十三條所列之理由包括：「維持社會秩序，或增進公共利益所必要者」等，即依基本權的法律保留原則及比例原則，將知的權利作適當的限制，亦即得豁免公開政府的資訊。

參、資訊自決之理論基礎

人民有決定是否將其資料交付與提供利用之權利，此即「資訊自決」權。³⁷例如廠商自願將其企劃書之資料交付政府使用便是。政府公開資訊固為滿足人民知的權利，但亦須顧及個人、法人或團體之私權及營業秘密等例外，而限制公開或不予提供資訊。個人、法人或團體對其營業秘密或經營事業有關之資訊當然亦得放棄法律的保護，³⁸美國聯邦法典 U.S.C. § 552a(b)對於個人資訊之公開便採取上述的原則，該條文規定：除檔案紀錄關係人提出書面申請，或事先以書面表示同意者外，任何行政機關不得以任何之溝通方法，向任何人或其他行政機關公開包括在檔案紀錄系統中的任何檔案紀錄。我國電腦處理個人資料保護法第二十三條第四款亦有相同規定。隱私權與資訊自決權固然有重大之關聯性，雖然一般而言隱私權主要對自然人適用，³⁹而政府採購之廠商可能是自然人，亦可能是法人或團體，然政府應尊重廠商自決權利並應保護其交付資料之法理，並無不同。

肆、我國政府資訊公開法與美國聯邦資訊自由法中關於採購事務之比較

林文化出版，第 66-8 頁。

³⁶ 曾志強，政府資訊公開之政策與立法，同註 5，第 22 頁；林明鏘，資訊公開與行政程序，月旦法學第六十二期，台北市：元照圖書公司，2000 年 7 月，第 47-9 頁。

³⁷ 陳東輝，論政府論資訊公開與個人資料自決之衡平，同註 2，第 153-163 頁。

³⁸ 政府資訊公開法第十八條第一項第六、七款。

³⁹ 以美國隱私法(The Privacy Act of 1974, 5 U.S.C. § 552a) 為例，該法主要係規定保護「個人」"individual"，即指美國公民或被合法核准之永久居民之隱私權(§ 552a(a))，該法對政府契約商"Government Contractors"之權利亦提供保護，§552a(m)。再以歐洲共同體(European Community)之歐洲理事會(European Council)及歐洲議會(European Parliament)於 1995 年 10 月通過之「有關個人資料自由流通之保護指令」(Directive on the protection of individuals with regard to the processing of personal data on the free movement to such data, Directive 95/46/EC)中前言(2)規定本指令適用之主體係自然人(natural persons)或人(man)。

我國政府資訊公開法與美國聯邦資訊自由法均賦予人民請求政府資訊公開之權利依據，而政府採購之資訊則係諸多政府資訊中的一部分，我國政府機關對於作成或取得之訊息除有政府資訊公開法第十八條第一項共九款所列之情形外，均應依法公開之，而美國行政機關則應依申請之內容是否 資訊自由法 5 U.S.C. § 552(b) 所規定九種豁免公開 (exemptions) 之情形，如是，則機關或應不予提供之 (withhold)，或應於判斷是否符合公共利益後決定公開 (disclose)，如否，則應公開之。採購資訊中何種應予公開？何種應豁免公開？由於美國是資訊公開之先進國家，其法制及判例之發展，至為豐富及嚴謹，故本文先就被請求之機關及申請人請求之標的予以分析，再就機關豁免公開之情形作比較，最後再探討機關得提供豁免資訊之行政裁量權，俾利作為我國修訂採購法規之參考。

一、 被請求之機關

5 U.S.C. § 551 之行政程序法 (the Administrative Procedure Act, APA) 將「機關」定義為任何政府當局，不論是否受其他機關之監督均屬之，但國會及法院不在此限。資訊自由法(FOIA)並規定任何行政部門、軍事部門、政府所屬公司 (Government corporation)、政府控制之公司、或由政府建立之其他行政分支單位、或任何獨立之特別行政機關(independent regulatory agency) 均屬之。但僅負責提供總統諮詢意見及協助，隸屬於總統執行辦公室(the Executive Office of the President) 中若干僅具協助總統功能之單位則非 FOIA 之機關，FOIA 亦不適用於州政府等機關。⁴⁰在實務中較具困難性及爭議性的問題是與政府簽訂契約之廠商是否是機關？部分學者認為若廠商能為政府作決定，則該廠商為機關，若廠商僅能為政府作建議，則該廠商並非為機關，⁴¹不過法院並不以決定之下達作 區分是否為機關之判斷標準，而首先以該廠商必須實質在政府控制及監督下為前提，⁴²再從其公司之組織、締約之自由、廠商所作決定之本質等因素，判斷其是否為機關。⁴³就上述美國法律規定或法院判決對於機關之定義，和我國政府資訊公開法第四條第二項規定「受政府機關委託行使公權力

⁴⁰ United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Procedure Requirements" (May 2004). 美國司法部網站：<http://www.usdoj.gov/oip/procereq.htm>, 查詢日期：民國 96 年 7 月 1 日。

⁴¹ Anne Harvey Wright, The Definition of "Agency" under the Freedom of Information Act as Applied to Federal Consultants and Grantees, 69 *Georgetown Law Journal* (1981) p. 1223.

⁴² *Public Citizens Health Research Group v. HEW*, 449 F. Supp. 937 (D.D.C. 1978).

⁴³ *Irwin Memorial Blood Bank v. American Nat'l Red Cross*, 640 F.2d 1051 (9th Cir. 1981).

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。」相較，我國政府資訊公開法之規定較明確，而且符合法理。

二、被請求之標的

政府資訊公開法第三條：「本法所稱政府資訊，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。」主管機關對於本條文並無立法說明，⁴⁴不過從本條文可得知政府資訊之要件有三：一、須為紀錄，二、由政府機關於職權範圍內作成或取得，三、紀錄不得為個人紀錄。FOIA 對於適用標的之範圍則未予以規定，因此僅能從其他法律規定或法院判決等明瞭其範圍，⁴⁵以下便從資訊之要求探討紀錄的內容。

(一) 紀錄的物質

44 U.S.C. § 3301 將「紀錄」定義如下：

本章所指之「紀錄」是由政府機關依聯邦法律或委託他人行使公權力，就機關之組織(organization)、功能、政策、決定、程序(procedures)、作業或其他政府行為所作成或取得，而存在於包括一切書籍、紙張、地圖、照片、機器可閱讀之物質、或其他文件物質之資訊。資訊所存附之物質不受其物質形態(physical form)或特性之限制。但圖書館及博物館為展覽目的所獲得或保存，且供參考之文件重製物、庫存出版品(stocks of publications)及經照相製版之文件(processed documents)則不在此限。

上列條文雖非 FOIA 之規定，但 FOIA 應適用該條文。⁴⁶故法院於審理 *Baizer v. Department of the Air Force*, 887 F. 225 (N.D. Cal. 1995) 案時，便依上列條文認定供機關決定之資訊係紀錄，而僅供參考者則非機關之紀錄。

各法院判決中：記錄訊息之電影是紀錄，⁴⁷X 光片亦是紀錄，但子彈、來福槍及外衣等證物則不是。⁴⁸於 1996 年修訂之電子資

⁴⁴ 法務部全球資訊網站：<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/611816342378.doc> 查詢日期：民國九十六年七月十五日。

⁴⁵ 詳見 United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Procedure Requirements", 前註 40。

⁴⁶ *Goland v. CIA*, 607 F.2d 339 (D.C. Cir. 1978), cert. Denied, 445 U.S. 927 (1980).

⁴⁷ *Save the Dolphins v. Department of Commerce*, 404 F. Supp. 407 (N.D. Cal. 1975).

⁴⁸ *Nichols v. United States*, 325 F. Supp. 130 (D. Kan. 1971).

訊公開法 Electronic Freedom of Information Act Amendments of 1996⁴⁹將原 FOIA 之「紀錄」除保留原定義外，另增訂：機關以任何格式(format)所維護之訊息，包括電子化格式均屬之，機關應提供申請人紀錄之影本以供其重製之。⁵⁰另要求如機關具備重製申請人所申請之形態(form)或格式之能力，則機關應按申請之形態或格式提供之。⁵¹

美法院認為機關之紀錄應與其組織、作業或決定有關，方符 FOIA「紀錄」之要件，故使用於遠距會議之軟體並非紀錄，⁵²用於搜尋相關資訊之電腦磁帶(tapes)亦非紀錄。⁵³基於此理由，能源部(Department of Energy)於審議廠商申訴時，判斷如下：由廠商所生產的電腦程式中來源碼(source code)，因申請人於申請時該來源碼並非機關所能控制，故非紀錄，⁵⁴至於由來源碼所控制之電腦程式，例如 WordPerfect 軟體，係使機器能閱讀文件，是機關用以處理文件之軟體，故被處理之資料檔是檔案，而處理文件之軟體則並非為檔案，至於使用者手冊(User's Manual)及程式設計者參考手冊(Programmer's Reference Manual)則為紀錄。⁵⁵如電腦軟體程式係資料庫之構成基礎，則該程式應為機關之紀錄。⁵⁶但如電腦程式係供位於不同地理位置之工作人員，藉由電腦產生一起工作之效果，則該電腦程式僅為一種工具，而非處理或保存資料庫內之訊息，故非紀錄。⁵⁷

機關可否以其資訊，包括程式、設計、圖說、研究資料等，係由政府出巨資而獲得之貴重財產(valuable property)為理由，而不予提供？⁵⁸在 *Siemens Corp. v. DOD*, No. 78-0385 (D.D.C. March 3, 1978) 案中，法院駁回機關之主張。⁵⁹故各機關於是均未將其貴重財產不予公開之主張規定於其頒布之行政規則中，但似乎都按 5 U.S.C. § 552(b)(4)規定「本法(按：FOIA)之規定並不適用於：由自然人、法人或團體(a person)所獲得之經授權或屬秘密性質之營

⁴⁹ Public Law No. 104-231, 110 Stat. 3048.

⁵⁰ 5 U.S.C. § 552(a)(2)(D).

⁵¹ 5 U.S.C. § 552(a)(3)(B).

⁵² *Gilmore v. United States Department of Energy*, 4 F. Supp. 2d 912, 922 (N.D. Cal. 1998).

⁵³ *SDC Dev. Corp. v. Mathews*, 542 F.2d 1116 (9th Cir. 1976).

⁵⁴ *Milton L. Loeb*, 1992-1993 *Energy Mgmt* (CCH) ¶ 80,180 (Feb. 17, 1993).

⁵⁵ *Milton L. Loeb*, 1993 *Energy Mgmt* (CCH) ¶ 80,555 (June 1, 1993).

⁵⁶ *Cleary v. HHS*, 884 F. Supp. 770 (D.D.C. 1993).

⁵⁷ *John Gilmore*, D.O.E. No. LFA-0388 (June 29, 1994).

⁵⁸ 美司法部曾有如此之主張，Attorney General Memorandum on the Public Information Section of the Administrative Procedure Act, June 1967 摘自 Ralph C. Nash, Jr., Leonard Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies* (Riverwoods: CCH INCORPORATED, 2001) p. 14 3.

⁵⁹ 其他相似之判決：*Consumers Union v. VA*, 301 F. Supp. 796 (S.D.N.Y. 1969).

業秘密及商業或財務資訊。」而主張豁免公開，即不公開資訊。

60

(二) 紀錄之取得及控制

在 *United States Department of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136 (1989) 案中，美最高法院判決「政府紀錄」應符合二個前提要件：一、機關必須作成或取得 (create or obtain) 被申請之訊息，二、申請人於申請時，機關須能控制 (control) 被申請之訊息。在實務中第一個要件並無疑義，蓋機關能作成訊息，自能取得該訊息。但第二個要件中，何謂「控制」？亦即「持有」(in the possession of)該訊息？則有討論之必要。

1. 由機關持有

在 *Tax Analysts* 案中，法院將「控制」定義為：機關應於法定職掌之範圍內持有系爭之訊息，故機關必須取得訊息的無限制使用(unrestricted use)權利，方可謂已控制該訊息。例如廠商對於電子搜尋資料庫(data base)或電腦軟體已取得專利權或著作權，而僅授權機關可依「政府目的權利」(Government purpose rights)⁶¹使用該軟體，則機關並未控制該訊息，即非紀錄，不應公開之。⁶²

法院對於國會之立法紀錄及司法機關之紀錄，認為其性質特殊，不應適用 FOIA 之「紀錄」要件，蓋憲法賦予國會享有秘密之特權，且負有監督之角色，如將國會之紀錄公開將造成上述特權及角色之傷害，故除獲國會同意放棄對該訊息之「控制」外，國會之立法紀錄並不公開。⁶³而最高法院判決對於法院所控制之訊息亦可豁免公開。⁶⁴職是之故，FOIA 之「紀錄」應侷限於行政機關作成或取得之訊息，並不包括國家立法機關及法院所作成之紀錄。

然在訴訟實務上，紀錄大都非由被訴之機關作成，則法院必須衡量該紀錄是否符合 FOIA 之立法政策(policy)，而判決應否將該訊息公開。⁶⁵例如法院於審理 *McGehee v. CIA*, 697 F.2d 1095 (D.C.

⁶⁰ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 144 頁。5 U.S.C. § 552(b)(4)和政府資訊公開法第十八條第一項第七款前段之規定相同。

⁶¹ 有關「政府目的權利」之定義，詳見美國防部聯邦獲得規則補篇 *Defense Federal Acquisition Regulation Supplement*, DFARS 227.7103-5(b)。機關於行使政府目的權利之期間，不得自行或授權他人將列有政府目的權利記號之資料供作商業使用，但他人於政府交付或洩露資料前，同意簽訂依約定使用並不得散布資料之承諾，或係政府採購之履約廠商已使用該資料者，不在此限。拙著，政府採購中智慧財產權之研究-以美國聯邦政府為例(上)，軍法專刊，第 53 卷第 2 期，民國 96 年 4 月，第 90-92 頁。

⁶² *Tax Analysts v. United States Department of Justice*, 522 U.S. 931 (1997); *Gilmore v. United States Department of Energy*, 4 F. Supp. 2d 912 (N.D. Cal. 1998).

⁶³ *Goland v. CIA*, 607 F.2d 339 (D.C. Cir. 1978), cert. Denied, 445 U.S. 927 (1980).

⁶⁴ *GTE Sylvania, Inc. v. Consumers Union*, 445 U.S. 375 (1980).

⁶⁵ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 145

Cir. 1983) 案中，認為行政機關 CIA 既非國會、法院，亦非總統個人幕僚，相較於美國務院 (State Department) 及 FBI 彙整編輯之紀錄均適用 FOIA 之規定，CIA 並無豁免公開之情形，自應適用 FOIA 之規定，若行政機關欲逃避公開訊息之義務，而將該訊息移轉至其他機關，並藉口已無控制該紀錄，因此豁免公開云云，已違背 FOIA 之立法宗旨，顯不足採。

若機關持有第三人(廠商)之訊息，該訊息是否是紀錄而應公開？在 *Xerox Corp.*, 67 F.C.C. 2d 447 (1978) 案中，未得標廠商 Honeywell 主張：聯邦通訊委員會 (Federal Communications Commission, FCC) 將部分非機密之 Honeywell 投標文件交付得標商 Xerox，因 Honeywell 控制該投標文件，具有財產權，且該投標文件對 FCC 而言並無財產價值，故 FCC 不應公開該投標文件，FCC 已違反 FOIA 之規定云云。但 FCC 於審議判斷中駁回 Honeywell 之主張，認其主張違背公共政策，任何交付 FCC 之文件均應按照 FOIA 之規定辦理。同理，於 *RCA Global Communications, Inc. v. FCC*, 524 F. Supp. 579 (D. Del. 1981) 案中，法院詳查廠商投標文件之用途及功能，藉以判決是否由廠商控制該文件，最後法院認為 FOIA 之立法目的就是要政府機關 (FCC) 之決定交付公眾檢視，FCC 既已依據該文件作為判斷之依據，其依法辦理並無違誤，廠商之投標文件應屬政府紀錄，亦即應予公開。⁶⁶

2. 並非由機關持有

在 *Forsham v. Harris*, 445 U.S. 169 (1980) 一案中，美衛生、教育及福祉部 (Department of Health, Education and Welfare, HEW, 現更名為 Department of Health and Human Services, HHS) 以政府預算支助受贈人，由受贈人製作研究報告，而衛生部則有權自受贈人獲得所需之訊息，事實上衛生部從未索取任何訊息。原告主張衛生部雖從未索取任何訊息，但該訊息確在衛生部之監控下，況且衛生部所屬之食品及藥物管理局 (Food and Drug Administration) 已使用受贈人所製作之報告，故該訊息應屬機關之紀錄，應予公開云云，最高法院認為 FOIA 之所指機關之紀錄係機關已事實取得者 (have been in fact obtained)，並不包括應該取得，但尚未取得者 (could have been obtained)，法院並無命令衛生部必須行使索取訊息之權利，申請人於申請紀錄公開時，衛生部並未取得該紀錄，故毋須公開之。但若機關對紀錄取得「所有權」 (owns)，並

頁。

⁶⁶ 相似之案件尚包括：*Hercules, Inc. v. Marsh*, 839 F.2d 1027 (4th Cir. 1988)。

未持有(possession)，則機關不得將紀錄保存於他處，而藉故免除應依 FOIA 規定公開資料之義務。⁶⁷

3. 移轉申請

如被申請公開紀錄之機關並非作成或取得該紀錄者，通常都將該申請移轉至原作成或取得該紀錄之機關。⁶⁸此與我國政府資訊公開法第十七條規定：「政府資訊非受理申請之機關於職權範圍內所作成或取得者，該受理機關除應說明其情形外，如確知有其他政府機關於職權範圍內作成或取得該資訊者，應函轉該機關並通知申請人。」相符。⁶⁹

(三) 非政府機關紀錄

美最高法院在 *United States Department of Justice v. Tax Analysts*, 492 U.S. 136 (1989) 案中，判決「政府紀錄」應符合二個前提要件，已如前述，不符合該二要件者均非政府紀錄。由於各行政機關對於政府紀錄解釋的用詞不一，其中以美國防部於所發布之 5400.7-R 行政規則 DOD Regulation 5400.7-R 列舉最為詳細，⁷⁰且將上列最高法院之判決規定於規則中，最具參考價值，故將非紀錄之情形摘錄如下：

C.1.4.3.2. 下列情形不包括於「紀錄」定義之範圍內：

C.1.4.3.2.1. 物體或物件，例如建築物、家具、車輛與儀器，不論其歷史價值或證據價值如何，均非紀錄。

C.1.4.3.2.2. 非屬具體或文獻性之紀錄，例如個人回憶或口語聯繫。

C.1.4.3.2.3. 主要為機關內人員作成並持有之個人紀錄，且未散布於其他機關人員供其公務使用。個人紀錄應屬下列情形之一：於進入政府機關前所作成者；於辦公處所被帶入、作成或收受之個人紀錄，且與公務無關者；與工作相關人員的紀錄，且與政府公務無關者。⁷¹

⁶⁷ *Gilmore v. United States Department of Energy*, 4 F. Supp. 2d 912 (N.D. Cal. 1998).

⁶⁸ 詳見 *United States Department of Justice, Freedom of Information Act Guide*, "Procedure Requirements: Referrals and Consultations", 前註 40。 *British Airport Auth v. CAB*, 531 F. Supp. 408 (D.D.C. 1982).

⁶⁹ 參看 Department of defense, DOD Freedom of Information Act Program, C5.2.7. DoD 5400.7-R (Sep., 1998) 之規定，與我國政府資訊公開法第十七條規定相似。

⁷⁰ Department of Defense, DOD Freedom of Information Act Program, DoD 5400.7-R (Sep., 1998). Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58，第 153 頁。

⁷¹ 美國法院曾作出諸多區分個人紀錄及政府紀錄之標準，詳見 *United States Department of Justice, Freedom of Information Act Guide*, "Procedure Requirements: Agency Records", 前註 40。

C.1.4.3.3.申請人依 FOIA 申請公開紀錄時，該紀錄必須已存在，且在國防部之持有及控制中。機關並無為滿足申請人申請而作成、編輯或獲得紀錄之義務。

該規則另規定：凡已經由既成之發布系統，或經由政府公報(Federal Register)或網際網路所公布之紙本或電子紀錄均非機關之紀錄。但國防部及其所屬各機關應指導申請人獲得該訊息。⁷²

三、 豁免公開之情形

如同美國資訊自由法 5 U.S.C. § 552(b) 規定共九種豁免公開之情形，我國政府資訊公開法第十八條第一項亦規定「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：」共九種情形。FOIA 並未規定機關於九種豁免公開之情形應全部禁止公開，⁷³故機關遇有豁免公開之情形，仍可謹慎考量並妥適地公開資訊，以達成 FOIA 的立法目的。而法院對於豁免公開之情形則對機關之主張採取嚴格解釋的方式，以「揭開行政秘密的面紗」(pierce the veil of administrative secrecy)。⁷⁴以下就較與政府採購相關的三種豁免公開之規定，討論機關仍得將資訊公開之情形，即：一、依法規或命令、二、營業秘密及商業或財務資訊、三、政府內部單位之作業。

(一) 依法規或命令

政府資訊公開法第十八條第一項第一款規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：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。」核其內容與 FOIA(b)(3)規定大致相同，FOIA(b)(3)規定：

依據國會制定法律之規定，而特別免除公開者(但本章第 552b 之規定除外)，且此類法律必須(A)對於一般公眾應予以扣留(withheld)之事項，係未授予機關任何行政裁量之方式者，或(B)另立特別之標準以扣留某些資訊紀錄，或規定某些特殊類型之事項應予以扣留者。

以下分別檢視我國及美國與政府採購有關之法律規定，並研究其與政府資訊公開之關係。

⁷² C.1.4.3.2.5. of DOD Regulation 5400.7-R. 參照政府資訊公開法第八條第一項第一、二款：「政府資訊之主動公開，除法律另有規定外，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。」政府資訊公開法之立法應屬允當。

⁷³ S. Rep. No. 854, 93d Cong., 2d Sess. 6 (1974) 摘自 Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 157 頁。

⁷⁴ *Rose v. Department of the Air Force*, 425 U.S. 352 (1976).

1. 營業秘密法

我國營業秘密法第九條第一項規定：「公務員因承辦公務而知悉或持有他人之營業秘密者，不得使用或無故洩漏之。」刑法第一百三十二條第一、二項規定：「公務員洩漏或交付關於中華民國國防以外應秘密之文書、圖畫、消息或物品者，處三年以下有期徒刑。因過失犯前項之罪者，處一年以下有期徒刑、拘役或三百元以下罰金。」而美國聯邦法典 18 U.S.C. § 1905 對於公務員刑罰亦有相似之規定，該條文規定：任何擔任政府機關的公務人員，於未經法律許可之範圍內 (to any extent not authorized by law)，於服務公職或執行公務時，將任何人、合夥之營業秘密、製程、作業、工作型式、或器械或機密統計資料中有關收入、利潤、損失之數量或來源、或支出之報告或紀錄出版、洩露、公開、或使第三人得以知悉者，應處一年以下有期徒刑、或科或併科本章所規定之罰金，並應調離現職。

由於本條文係規定公務人員於「未經法律許可之範圍內」洩漏紀錄應受刑事處罰，若於法律許可之範圍內便有阻卻違法之理由，然機關可否公開廠商的營業秘密？法解釋方法應該是如下：除非有 5 U.S.C. § 552(b)(3)之「豁免公開」適用，否則機關應依 FOIA 規定公開之，簡言之，營業秘密法(Trade Secrets Act)是否是 5 U.S.C. § 552(b)(3)所規定之「國會制定之法律」？如是，則機關不得公開廠商營業秘密；如不是，則機關於法律許可時得公開廠商營業秘密。美國法院對於 18 U.S.C. § 1905 是否是 5 U.S.C. § 552(b)(3)所規定之「國會制定之法律」，判決並不一致，大多數法院持否定之判決，⁷⁵少數法院則持肯定判決，⁷⁶美國最高法院在 *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281, 319 (1979) 中，並未給予肯定或否定答案，僅建議機關得依 18 U.S.C. § 1905 條文，抑留 (withhold) 政府之資訊，並發回聯邦巡迴法院更審，聯邦巡迴法院僅要求受理申請之機關自行判斷 18 U.S.C. § 1905 是否是豁免公開之理由。⁷⁷迄 1987 年聯邦華盛頓特區巡迴上訴法院於 *CNA Fin. Corp. v. Donovan*, 830 F.2d 1132, 1137 (D.C. Cir. 1987) 案中判決，由於營業秘密法並無不准機關行政裁量公開之規定，再者營業秘密之內容甚為廣博，故並非 5 U.S.C. § 552(b)(3) 所規定

⁷⁵ United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, “Exemption 3: Additional Considerations”, 前註 40。 *Gen. Elec. Co. v. NRC*, 750 F.2d 1394, 1401-2 (7th Cir. 1984); *Acumenics Research & Tech. v. United States Department of Justice*, 843 F.2d. 800, 805 (4th Cir. 1988).

⁷⁶ *Westinghouse Elec. Corp. v. Schlesinger*, 542 F. 2d 1190 (4th Cir. 1976).

⁷⁷ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58，第 160 頁。

之「國會制定之法律」，換言之，機關仍得決定是否公開廠商之營業秘密。⁷⁸

2. 貿易法

我國貿易法第二十五條規定：「業務上知悉或持有他人貿易文件或資料足以妨礙他人商業利益者，除供公務上使用外，應保守秘密。」同法第二十八條第一項第七款規定：「出進口人有左列情形之一者，經濟部國際貿易局得予以警告或處新臺幣三萬元以上三十萬元以下罰鍰或停止其一個月以上一年以下輸出、輸入或輸出入貨品：七、違反第二十五條規定，妨害商業利益。」而美國出口行政法(Export Administration Act of 1979)於 50 U.S.C. app. § 2411(c)⁷⁹對於出口貨品亦有相似之規定，該條文規定：自 1980 年 6 月 30 日以後，機關依本法取得之資訊得依法律之規定抑留之，但關於依本法提出執照之申請者，不在此限。非經商務部部長基於國家利益考量決定公開資訊，機關不得公開訊息。在訴訟實務中，第九巡迴法院於 *Lessner v. United States Department of Commerce*, 827 F.2d 1333 (9th Cir. 1987) 案中，認為出口行政法之規定符合 5 U.S.C. § 552(b)(3) 「國會制定之法律」之規定，亦即出口資訊符合豁免公開之規定，機關不應公開之。

3. 著作權法

美國聯邦法典第 17 編之著作權法(Copyright Act)是否為 5 U.S.C. § 552(b)(3) 豁免公開之法律？迄今尚未明朗，在 *Weisberg v. Department of Justice*, 631 F.2d 824, 207 U.S.P.Q. 1080 (D.C. Cir. 1980) 案中，被告機關主張著作權法並非 5 U.S.C. § 552(b)(3) 豁免公開之法律，機關為執行資訊自由法之義務，固不應禁止政府資訊之公開，然可允許原告 *Weisberg* 閱覽受著作權保護之訊息，但不同意原告重製之，然該法院並未釐清著作權法與資訊自由法間之關係。在 *St. Paul's Benevolent Edu. & Missionary Inst. v. United States*, 506 F. Supp. 822 (N.D. Ga. 1980) 案中，法院判決著作權法並非為 5 U.S.C. § 552(b)(3) 豁免公開之法律，機關得依法公開政府資訊。⁸⁰

⁷⁸ 美國司法部認為華盛頓特區巡迴上訴法院之判決符合 FOIA 之立法宗旨，機關欲公開廠商營業秘密或商業或財務資訊時，應依 5 U.S.C. § 552(b)(4)之規定判斷其是否應公開，而非依 5 U.S.C. § 552(b)(3) 之規定。United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Exemption 3: Additional Considerations", 前註 40。

⁷⁹ Export Administration Act 已於 2001 年 8 月 21 日失效，由美國總統發布緊急命令取代之。見美國商務部工業及安全局網站(Department of Commerce, Bureau of Industry and Security)：<http://www.bis.doc.gov/eea.html> 查詢日期：民國 96 年 8 月 18 日。

⁸⁰ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 161 頁。

相較於美國法院前後判決並不明確，政府資訊公開法第十八條第一項第六款規定：公開或提供有侵害著作權人之公開發表權者，機關應限制公開或不予提供該政府資訊。顯較美國法制明確，又政府資訊公開法認為政府資訊影響著作權人之權利者，固得限制公開或不予提供，但僅以公開發表權為限，似有過於偏狹之嫌，蓋著作財產權包括專有重製權、公開口述權、公開播送權、公開上映權、公開演出權、公開展示權、改作或編輯權及專有出租權等諸多權利，⁸¹公開發表權究竟僅為受侵害權利之一部分而已，無法充分保障著作權人，實不如參考美國國防部第5400.7-R 行政規則(DOD Regulation 5400.7-R, Sept. 4, 1998)中C.3.2.1.4.7.之規定將「公開或提供有侵害著作權人之公開發表權者」改為「其公開或提供將對著作的未來潛在市場價值產生有害影響者」較為周延及妥適。

4. 專利法

我國專利法第十六條規定：「專利專責機關職員及專利審查人員對職務上知悉或持有關於專利之發明、新型或新式樣，或申請人事業上之秘密，有保密之義務。」而美國聯邦法典 35 U.S.C. § 122(a) 對於專利之保密亦有相似之規定，該條文規定：「除依據國會通過的法律規定或於特殊情況，或由主管機關之最高行政主管 (Director) 決定者外，非經專利申請人或所有權人同意，專利及商標辦公室應對專利之申請保守秘密，並不得洩漏任何與申請有關之訊息。」此外 35 U.S.C. § 205 亦規定機關對於聯邦政府取得之發明專利於申請時亦應保密；機關向美國專利及商標辦公室申請專利，或向外國專利辦公室申請專利時，均不得洩漏任何文件之影本。

在 *Irons & Sears v. Dann*, 606 F.2d 1215, 1220 (D.C. Cir. 1979) 案中，巡迴法院認為 35 U.S.C. §122 條文符合 FOIA(b)(3) 法律之規定，即機關不應公開專利申請之資訊。但兩年後同一法院於審理 *Irons v. Diamond*, 670 F.2d 265, 214 U.S.P.Q. 265 (D.C. Cir. 1981) 案中，則修正其原判決，表示法院不反對機關得將申請中或遭駁回之專利申請案於移除不受保護之部分後公開之。但法院仍認為第 122 條符合 FOIA(b)(3) 豁免公開中法律之規定，機關對於申請之資訊應保守秘密。⁸²

5. 投標文件

⁸¹ 著作權法第二十二條至第二十九條。

⁸² Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58，第 162-3 頁。

所謂投標文件或廠商提出之企劃書(proposals)，係指採購機關採行協商措施的採購案中，廠商為回應採購機關所發出之要約之引誘，即招標文件 (solicitation)，而向採購機關交付的要約(an offer)。⁸³廠商之投標文件是否是豁免公開之訊息？美國國會於1997年訂定 41 U.S.C. § 253b(m)則明確規定：

(m) 禁止廠商投標文件之洩漏

- (1) 除本項第(2)款之規定外，行政機關應依第五編(title)第 552 條規定，不得將所持有或控制之投標文件供任何人使用。
- (2) 凡廠商之投標文件已包括於採購契約中，成為契約之一部分者，不適用第(1)款之規定。
- (3) 本項之「投標文件」，係指由廠商為回應機關之招標文件而提出任何之企劃書，包括技術、管理、或成本企劃書等。

10 U.S.C. § 2305(g)要求美國防部對於廠商投標文件亦應按上述規定辦理。由該上開二條文之規定，不難瞭解 FOIA 之基本立法政策是除有豁免公開之事由外，政府機關應主動公開公共工程及採購契約，但若廠商之投標文件並非為契約之一部分，則應禁止公開，相較於政府採購法第三十四條第四項規定：「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。」及政府資訊公開法第七條第一項第八款規定：「下列政府資訊，除依第十八條規定限制公開或不予提供者外，應主動公開：八、書面之公共工程採購契約。」我國法制之規定與 41 U.S.C. § 253b(m)相較並無二致。

6. 行政規則之立法例

在美國國防部所頒布之第 5400.7-R 行政規則(DOD Regulation 5400.7-R, Sept. 4, 1998)中，規定國防部執行 FOIA 之政策及程序，其中對於依法規或命令等不應公開之範圍，有詳細規定，謹歸納其中具參考價值者於下：凡法律規定應豁免公開，且機關除必須依照規定辦理外並無行政裁量權者，則機關不得公開該資訊。機關不應公開之情形例示如下：C3.2.1.3.1.專利秘密，35 U.S.C. § 181-188 (reference (h))。C3.2.1.3.2.限制性資料及先前(formerly)限制性資料，42 U.S.C. § 2162 (reference (i))。C3.2.1.3.4.授權機關禁止公開之技術資料 10 U.S.C. § 130 及國防部第

⁸³ 有別於廠商於未受招標文件所限，而主動提出之企劃書，稱之為「未經招標之企劃書」(unsolicited proposals). Ralph C. Nash, Jr., Steven L. Schooner, Karen R. O'Brien, *The Government Contracts Reference Book* (2nd ed. Washington, D.C: George Washington University Press, 1998) p. 419-20.

5230.25 指令 (DoD Directive 5230.25) (reference (k) and (I)) 。
C3.2.1.3.8.對廠商投標文件之保護 10 U.S.C. § 2305(g) (reference (p)) 。

(三) 營業秘密及商業或財務資訊

政府資訊公開法第十八條第一項第七款規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：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。」核其內容與 FOIA(b)(4)規定大致相同，5 U.S.C. § 552(b)(4)規定：「本法(按：FOIA)之規定並不適用於：由自然人、法人或團體(a person)所獲得之經授權或屬秘密性質之營業秘密及商業或財務資訊。」⁸⁴故本豁免公開之規定可分為兩類：一、營業秘密，及二、商業或財務訊息，以下便從這二類分別分析。

1. 營業秘密

我國營業秘密之定義規定於營業秘密法第二條，與美國 1979 年全國統一州法委員會會議 (The National Conference of Commissioners on Uniform State Law)通過並推薦各州訂定統一營業秘密法(Uniform Trade Secrets Act, UTSA)⁸⁵之 1985 年修正版第一條所規定之定義相較並無二致，實務上法院對於適用於豁免公開的營業秘密定義則有不同看法，部分法院⁸⁶曾引用美國侵權行為法整編第七五七條 (*Restatement of Torts* § 757) comment b 之「營業秘密」定義：

營業秘密可由使用於該企業之任何處方、樣式、裝置 (device)或資訊彙集所組成，該等秘密可使所有人與他人競爭時取得競爭優勢，該等秘密包括化學組成之處方、一種製造、處理或保存物質的程序，一種機器或其他裝置之樣式，或客戶名單。

但亦有法院認為如將營業秘密作過廣的定義，將造成營業秘密與秘密的商業或財務訊息間並不容易區分，營業秘密已包含秘密的商業或財務訊息，故為適用 FOIA 豁免公開，營業秘密有限

⁸⁴ 5 U.S.C. § 552(b)(4): trade secrets and commercial or financial information obtained from a person and privileged or confidential.

⁸⁵ UTSA 現已獲三十六州及哥倫比亞特區通過立法。詳見拙著，政府採購中智慧財產權之研究-以美國聯邦政府為例(上)，軍法專刊，第 53 卷第 2 期，民國 96 年 4 月，第 74-75 頁。

⁸⁶ *Kewanee Oil Co. v. Bicron Corp.*, 416 U.S. 470, 181 U.S.P.Q. 673 (1974).

縮解釋之必要，⁸⁷在 *Public Citizen Health Research Group v. FDA*, 704 F.2d 1280 (D.C. Cir. 1983) 案中，法院將營業秘密定義為：「一種秘密，具有商業價值 (commercially valuable) 的，使用於製造、預備、組成或處理商業用品 (commodities) 之計畫、處方、程序或方法。該商業用品係創新或實質努力之最終產品(end product)。」與侵權行為法整編第七五七條規定不同之處，即營業秘密與製造程序必須具備直接因果關係，該判例後為其他法院引用。⁸⁸法院在判決中將「商業價值」列為營業秘密定義中之一部分，故與 UTSA 之定義相較，兩者並無不同，也與我國營業秘密法第二條第二款規定之「經濟價值」定義大致相同。

2. 商業或財務資訊

自資訊自由法公布迄今，美國法院受理許多對於政府取得之商業或財務的資訊是否應公開，及如何認定資訊具秘密性的案件，最著名之案件當屬 *National Parks & Conservation Ass'n v. Morton*, 498 F.2d 765 (D.C. Cir. 1974)，聯邦華盛頓特區巡迴上訴法院判決：為符合資訊自由法之立法目的，所謂「秘密」的商業或財務資訊應符合下列情形之一：1. 使政府於未來獲得資訊之能力受侵害；或 2. 被取得資訊者之競爭地位受實質侵害。只要機關認有任一種情形發生，便得禁止公開資訊。1992 年同法院於審理 *Critical Mass Energy Project v. NRC*, 975 F.2d 871 (D.C. Cir. 1992) 案中，除維持 *National Parks* 之理由外，更進一步認為：申請人申請政府資訊的公開時，如該資訊係提供者被機關要求而提供，自應有上述二項「秘密」要求之適用，至於提供者係志願提供政府資訊者，且如提供者習慣地 (customarily) 扣留該訊息，則機關負有証明廠商習慣之義務 (若資訊係提供者被機關要求而提供者，政府機關並無証明廠商習慣之義務)。此乃因廠商被機關要求提供資訊時，政府之利益在於確保廠商對政府之信賴，而廠商自願交付機關資料者，政府之利益在於應維持資訊之可利用性，政府對二者基本利益並不相同，舉證責任亦不相同。由於 *Critical Mass* 案之見解已為諸多其他法院所引用，美國司法部於是於發布之第 12,600 行政命令中 (Executive Order 12,600)⁸⁹ 要求各機關依所規定之程序以判定廠商習慣地對待資訊之標準，若機關並不明瞭廠商習慣地對待資訊之標準時，應要求廠商說明其對待資訊之標準及該資訊公開之時機。⁹⁰

⁸⁷ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58，第 166-7 頁。

⁸⁸ *Anderson v. HHS*, 907 F.2d 936, 944 (10th Cir. 1990).

⁸⁹ 3 C.F.R. 235.

⁹⁰ United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Exemption 4, the

但何謂廠商「志願」提供資訊？又何謂廠商被機關「要求」而提供？聯邦華盛頓特區地方法院認為廠商因為針對招標文件所要求之事項，所作成的資訊均屬被「要求」的事項，反之，如所提交者並非招標文件所要求之事項，則屬「志願」提供資訊。⁹¹

以下就討論 *National Parks* 案中，廠商被要求提供資訊時，該資訊應符合「秘密」之要求，即豁免公開的兩個要件：1. 使政府於未來獲得資訊之能力受侵害；2. 被取得資訊者之競爭地位受實質侵害。

(1) 侵害機關未來獲得資訊之能力

若競標廠商在機關決標前能獲得其他廠商的資訊，自己便有可能獲得有利的競爭地位，而申請政府公開資訊便是有效的方法，若機關公開其中若干廠商之資訊，則其他廠商為保護自己利益或不願投標，或不願在投標文件中投入創新的概念或思想，則政府收受其他廠商投標文件之可能性將逐漸喪失，機關亦難將政府採購案件交由最佳廠商得標，因而對政府採購產生不良影響。故在 *Orion Research, Inc. v. EPA*, 615 F.2d 551 (1st Cir. 1980) 案中，第一巡迴法院認為，惟有競標廠商肯公正地並且不憂心其資訊外洩之情況下投標，環保署 (EPA) 方可獲得最佳的競爭利益。為免未得標廠商假藉要求機關公開得標廠商的技術資訊，以獲得得標廠商的資訊，且為維護機關未來獲得資訊之能力，該法院因而同意機關豁免公開之處分，維持地方法院之判決，並拒絕未得標廠商之請求。

在 *Washington Post Co. v. HHS*, 690 F.2d 269 (D.C. Cir. 1982) 案中，法院認為若機關公開廠商之資訊，必須達到「重大」(significant) 侵害機關未來獲得資訊之能力，機關方得不公開資訊，若僅屬輕微 (minor) 程度，機關仍應公開資訊。故機關必須衡量資訊公開之利益及不利益，即滿足公眾知的權利及是否侵害機關未來獲得資訊之能力等尋求平衡點。

(2) 造成廠商競爭力之受侵害

在 *National Parks* 案中，豁免公開的第二個要件是被取得資訊者之競爭力受實質之侵害。⁹² 主張禁止公開之機關不須證明廠商的競爭力是否受侵害，⁹³ 只須由廠商證明廠商間確有競爭存在，

Critical Mass Decision and Applying Critical Mass”，前註 40。

⁹¹ 例如 *Martin Marietta Corp. v. Dalton*, 974 F. Supp. 37 (D.D.C. 1997)。

⁹² 「競爭力受實質之侵害」(substantial competitive harm)與政府資訊公開法第十八條第一項第七款「侵害個人、法人或團體之競爭地位」同義。

⁹³ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 172 頁。Public Citizen Health Research Group v. FDA, 704 F.2d 1280 (D.C. Cir. 1983)。

且資訊之公開有可能造成廠商競爭力受侵害已足，⁹⁴ 廠商競爭力之受實質侵害可從成本計算受侵害之程度及受侵害紀錄之種類等二方面予以分析：

A. 公開資訊的成本影響

在 *Worthington Compressors, Inc. v. Costle*, 662 F.2d 45 (D.C. Cir. 1981) 案中，聯邦華盛頓特區巡迴上訴法院認為因廠商資訊被公開而侵害其競爭力，及申請人因資訊之公開而受益，可用廠商另覓資訊之支出成本予以計算，故如廠商使用還原工程 (reverse engineering) 以獲得資訊，則使用該還原工程之成本，便是廠商競爭力受侵害之損失，但法院必須考慮兩個要件：一、被請求之資訊是否具有商業價值，如果該資訊是一般公眾皆可免費或可以低價獲得者，則並無商業價值，唯有資訊具商業價值，方可進入第二要件：計算由其他方法獲得資訊之成本，而該成本是指廠商從事再生產資訊所支出之成本。為避免申請人不勞而獲，妨礙公平競爭，法院應以商業性可行方法 (commercial practicability) 查明獲得該資訊的成本，如成本昂貴(而非申請資訊公開之相對低廉成本)，則該資訊應予保護，並應豁免公開。法院並認為此計算方式對於審理違反資訊自由法案件 (reverse-FOIA) 時非常簡便，該判例便為其他法院所引用，例如 *Gilmore v. United States Department of Energy*, 4 F. Supp. 2d 912 (N.D. Cal. 1998) 案中，聯邦加州北區地方法院認為被申請公開的資訊是廠商用以授權他人使用，並收取相當權利金者，故公開該資訊將造成廠商競爭力的侵害，原告之請求應予駁回。

B. 受侵害紀錄之種類

在法院判決中，認定廠商競爭力被侵害的紀錄，不限於各種經濟資訊，尚包括廠商之其他各種資訊，其種類繁多，包括：1. 顯示資產、利潤、市場占有率、計價、運送人、進口商、分包廠商、原物料成本及折扣政策及庫存量之資料；2. 未發表之產品、詳細的設計概念及程序之報告；3. 智慧財產、實施借貸或藉由資助所完成研究之資訊；4. 敘述公司人力，包括人力配置及人員履歷之資料，此外，若干法院判決契約內的各品項單價亦應豁免公開。⁹⁵

第 1 類案件中，廠商的利潤比率 (profit rate)、人工學習曲線 (learning curves) 及一般之行政支出率 (G&A expense rate) 等，法院

⁹⁴ *Gulf & Western Indus., Inc. v. United States*, 615 F.2d 527, 530 (D.C. Cir. 1976).

⁹⁵ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 173 頁；United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, “Exemption 4, Commercial or Financial Information”, 前註 40。

判決均免於公開；⁹⁶出賣價格及利潤盈餘(profit margins)亦屬秘密的商業資訊；⁹⁷但若競標廠商可從已公開的，但卻過時的價格資訊中計算出得標廠商之利潤及間接製造成本(overhead)，則機關並未不當地公開廠商秘密的利潤或行政管理費之資料。⁹⁸

在第2類案件中，法院認為自動資料處理系統(Automatic Data Processing System)中之推薦設計方案、程序、困難之預判等均屬豁免公開之範圍；⁹⁹未得標廠商申請其他競標廠商之技術企劃書(technical proposals)者不應允准，¹⁰⁰但若公眾可從他處免費或以低價取得該資訊者，則機關公開該資訊並未侵害廠商之競爭力，故機關應公開該資料。¹⁰¹

在第3類案件中，法院認為將公司的貸款紀錄及放款實施情形予以公開，將造成廠商競爭力之實質侵害，故不應公開之。¹⁰²同理，有關準備研究基金之來源及獲得法律服務之成本亦應不予公開。¹⁰³

在第4類案件中，法院認為凡能使競標廠商演繹出勞力成本、競爭弱點及能使競標廠商預估產品及製程改變的資訊，均應豁免公開，¹⁰⁴而公開詳細的人員履歷及人力配置則將造成廠商競爭力之實質侵害，故均不應公開之。¹⁰⁵

比較有爭議的是廠商在採購契約中的各品項價格是否應予公開？多數法院普遍認為各品項價格係採購契約的一部分，故應公開之。¹⁰⁶但在 *McDonnell Douglas Corp. v. NASA*, No. 98-5251 (D.C. Cir. 1999) 案中，廠商主張若將人造衛星發射的各品項 (line item) 計價資訊公開，則其他競標廠商將容易以更低標價得標，再者，也容易使得其顧客能有效地議價並將價格向下修正，而其他競標者亦很容易精算出其成本，所以將造成廠商競爭力之實質侵害，故不應公開之，法院同意廠商主張，判決機關不應公開各單價。

(3) 由第三人獲得資訊

5 U.S.C. § 552(b)(4)既規定：「本法(按：FOIA)之規定並不適用於：由自然人、法人或團體(a person)所獲得之經授權或屬秘密

⁹⁶ *Gulf & Western Indus., Inc. v. United States*, 615 F.2d 527 (D.C. Cir. 1979).

⁹⁷ *Braintree Elec. Light Co. v. Department of Energy*, 494 F. Supp. 287, 288 (D.D.C. 1980).

⁹⁸ *J.H. Lawrence Co. v. Smith*, Civ. Nos. J-81-2993, J-82-361 (D.D.C. 1982).

⁹⁹ *Audio Technical Servs., Ltd. v. Department of the Army*, 487 F. Supp. 779 (D.D.C. 1979).

¹⁰⁰ *CACI Field Servs., Inc. v. United States*, 12 Cl. Ct. 440 (1987).

¹⁰¹ *Frazee v. U.S. Forest Service*, 97 F.3d 367 (9th Cir. 1996).

¹⁰² *Westinghouse Elec. Corp. v. Schlesinger*, 392 F. Supp. 1246 (E.D. Va. 1974), *aff'd*, 542 F.2d 1190 (4th Cir. 1976).

¹⁰³ *BDM Corp. v. SBA*, 2 G.D.S. (P-H) 81,189 (D.D.C. 1981).

¹⁰⁴ *Union Oil Co. v. FPC*, 542 F.2d 1036 (9th Cir. 1976).

¹⁰⁵ *Fidell v. United States Coast Guard*, 2 G.D.S. (P-H) 81,144 (D.D.C. 1981).

¹⁰⁶ 例如 *Martin Marietta Corp. v. Dalton*, 974 F. Supp. 37 (D.D.C.1997).

性質之營業秘密及商業或財務訊息。」則機關必須從自然人、法人或團體取得訊息，外國政府所提供之訊息亦屬本條文規定之範圍。¹⁰⁷至於政府自行製作之資料則不在豁免公開之範圍，¹⁰⁸但若政府將廠商提供之資訊予以整理或製作摘要，則仍應豁免公開。

109

3. 行政規則之立法例

在美國國防部所頒布 DOD Regulation 5400.7-R 行政規則中，規定國防部執行 FOIA 之政策及程序，其中對於營業秘密及秘密的商業或財務訊息等不應公開之範圍，有詳細且具前瞻性的規定，謹摘錄於下以供參考：

C3.2. 公開之豁免

C3.2.1. 資訊自由法之公開豁免

...

C3.2.1.4. 第4種 (5 U.S.C. § 552(b)(4)) 國防部對於來自部外由第三人或組織所受收之營業秘密或商業或財務訊息，於收受時應依廠商習慣處理該等訊息之方式，並應依秘密及授權方式處理之。依本條文不得公開之紀錄必須包括營業秘密，或商業或財務訊息，公開該等資訊將可能導致提供資訊之來源受損害，妨礙其競爭地位，使政府於未來獲得必要資訊之能力受損害，或損害其他合法的政府利益。國防部對於廠商自願交付，即非經政府以任何指定方式要求其提出之商業或財務資訊，應予保護。機關不得要求其必須有妨礙競爭地位之結果方予保護。如機關認有第四種豁免公開之資訊，則不得洩漏或公開之。機關不應公開之情形例示如下：

C.3.2.1.4.1. 國防部所屬各機關與提交投標文件之廠商所簽訂契約中有關借貸、標案、契約或企劃書之商業或財務資訊，且該等商業或財務資訊係由機關秘密收受者或被許以特別權利者。其他由機關秘密收受或被許以特別權利之營業秘密、發明、發現或其他智慧財產資料亦屬之。參看本規則 C.5.2.8.2.以下。如資訊符合 10 U.S.C. § 2305(g)及 41 U.S.C. § 423 之要件，則機關得依 5 U.S.C. § 552(b)(3)之規定，¹¹⁰禁止公開之。

¹⁰⁷ *Stone v. Export-Import Bank*, 434 U.S. 1012 (1978).

¹⁰⁸ *Allnet Communication Servs. v. FCC*, 800 F. Supp. 984, 988 (D.D.C. 1992).

¹⁰⁹ *Mathews v. USPS*, No. 92-1208-CV-W-8, slip op, at 6 (W.D. Mo. Apr. 15, 1994).

¹¹⁰ 5 U.S.C. § 552(b)(3)規定第三種豁免公開之情形(即依法規或命令之情形)。10 U.S.C. § 2305(g) 規定禁止機關洩漏廠商投標文件，41 U.S.C. § 423 亦規定除法律另有規定外，機關不

C.3.2.1.4.2.關於契約履約、收入、利潤、損失及支出之統計資料及商業或財務訊息，且該等資訊係由廠商秘密投標且由機關秘密收受者。

C.3.2.1.4.3. 個人於實施檢查、調查、或稽核時所提出之個人陳述，且該等陳述與營業秘密或具秘密性質之商業或財物資訊有關，且由機關秘密收受及保存者。

C.3.2.1.4.4.由私營企業主所秘密提供，與調查當地工資有關之財務資料，且該資料係用以調整及確立國防部內員工之工資率者。

C.3.2.1.4.5. 科學、製造程序及發展相關之科技資料或其他申請研究補助之資訊，或正執行研究之報告。

C.3.2.1.4.6.由廠商或其分包廠商以自費獨立發展之科技資料，與部分由聯邦政府預算及部分由非政府支出所發展之科技資料，且廠商及其分包廠商依 10 U.S.C. § 2320-2321 及國防部聯邦採購補篇(DFARS)第 227.71-227.72 節，48 C.F.R.第二章，已取得合法權利者。凡由聯邦政府預算獨立完成之技術資料符合 10 U.S.C. § 130 及國防部第 5230.25 指令 (DoD Directive 5230.25) 之要件者，機關得依 5 U.S.C. § 552(b)(3)之規定，禁止公開之。

C.3.2.1.4.7.依 1976 年著作權法(17 U.S.C. § 106)規定，受著作權保護之電腦軟體，將其公開將對軟體的未來潛在市場價值產生損害影響(an adverse impact)者。

C.3.2.1.4.8.由廠商自願提交具財產價值之資訊，而非基於政府權力所要求者，所謂基於政府權力所要求者，例如依據法律、行政命令、行政規則、招標文件(invitations for bids)、要請企劃書(requests for proposals)¹¹¹及契約等，而要求廠商提供者。

又政府資訊公開法第十八條第一項第七款前段規定：「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。」等，然何謂「秘密」？美勞工部(Department of Labor)之定義頗為具體，¹¹²值得參考，亦摘錄於下以供參考：

得洩漏廠商投標文件。

¹¹¹ 招標文件(invitations for bids)、要請企劃書(requests for proposals) 均屬要約之引誘(solicitation)，其區別在於前者於秘密標(sealed bidding)時適用，而後者於採購機關使用協商措施(negotiated procurements)時適用之。美國聯邦獲得規則 Federal Acquisition Regulations, FAR 14.101, 15.203.

¹¹² 29 C.F.R. § 70.2(h).

(b)(4)「秘密」資訊應符合下列條件之一：(i)資訊之公開將侵害政府於未來獲得必需資訊之能力；(ii) 資訊之公開將實質侵害提交資訊廠商之競爭地位者；(iii) 資訊之公開將侵害其他政府利益者，例如計畫之效率及一致性；或(iv) 資訊之公開將侵害其他私人利益者。

則政府資訊公開法第十八條「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。」等所列條件，顯較美勞工部之定義非但粗糙且不具體。

(三) 政府內部單位之作業

政府資訊公開法第十八條第一項第三款規定：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開或不予提供之：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。」核其內容與 FOIA(b)(5)規定大致相同，5 U.S.C. § 552(b)(5)規定：「機關依法不得提供未具行政機關地位，且與機關正發生訴訟之對造者，有關該機關與其他機關間或機關內部各單位間之備忘錄或信函。」¹¹³

美國國會參議院在 1965 年的報告中曾說明：¹¹⁴

已有諸多的機關指出，如要求機關將內部書面資料悉數公開以供全民檢視，則不可能會有坦白的法律或政策事務之討論，政府處理法律或政策事務之效能將大受影響，行政機關將被貿然地侷限於「玻璃魚缸內運作。」

故資訊必須符合兩要件方得豁免公開：第一、資訊應屬研議性質(*deliberative in nature*)，第二、資訊應於機關作成決定前完成，故就該二要件分別分析之。¹¹⁵

1. 資訊應屬研議性質

在 *NLRB v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S. 132 (1975) 案中，最高法院認為機關在研議、諮詢及決定過程中之建議、意見等均應豁免公開。但若資訊屬事實性質或調查性質者，則機關應公開之。¹¹⁶ 在 *Ryan v. Department of Justice*, 617 F.2d 781 (D.C. Cir.

¹¹³ 5 U.S.C. § 552(b)(5): inter-agency or intra-agency memorandums or letters which would not be available by law to a party other than an agency in litigation with the agency;

¹¹⁴ U.S. Congress, Senate Report No. 813, 89th Cong., 1st Sess., 1965, p. 9 摘自 Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 178 頁。

¹¹⁵ United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Exemption 5: Deliberative Process Privilege". 前註 40。

¹¹⁶ 自 FOIA 立法施行後，舉證責任由申請人移轉至政府，此即「人民需要知道」(need to know)已被「人民有知的權利」(right to know)原則所取代。U.S., Congress, *A Citizen's Guide*

1980) 案中，機關所作成有關事實之紀錄均應公開，但若和豁免公開者係不可分割 (inextricably intertwined) 者，則不在此限。¹¹⁷ *Vaughn v. Rosen*, 484 F. 2d 820, 827 (D.C. Cir. 1973), *cert. denied*. 415 U.S. 977 (1974) 案則要求機關應將不公開資訊之內容條列成項，並說明其所主張豁免公開之理由，以供法院審理。¹¹⁸

機關作成且取得之紀錄應區分成二類：事實性質之紀錄及研議性質紀錄，凡對於事實之客觀性、結論性之分析者，屬事實紀錄；凡對於機關特定案件所作成之未來性評估，屬研議紀錄。在 *Ethyl Corp. v. EPA*, 25 F.3d 1248 (4th Cir. 1994) 案中，法院認為：若資訊屬於政策朝向之判斷 (policy-oriented judgment) 或與政策之形成有關者，則係研議性質之資訊，應受豁免公開之保護，而若資訊係屬事實性或調查性質者，則應予公開。但若在研議過程中包含事實或統計的資訊，則該等事實或統計的資訊均屬研議之內容，皆豁免公開，例如在 *SMS Data Prods. Group, Inc. v. United States Department of the Air Force*, No. 88-481, 1989 WL201031, at 1-2 (D.D.C. Mar. 31 1989) 案中，法院認為機關對廠商投標文件中技術資料之評分及排序均係研議紀錄，且屬於作成決定前之資訊，故屬豁免公開之範圍。在 *National Wildlife Federation v. United States Forest Service*, 861 F.2d 1114 (9th Cir. 1988) 案中，法院強調法律所應保護的是機關內部的研議過程，蓋機關於決定前常已進行大量的假設、模擬及暫時性結論，而暫時性結論又時時變更，法律必須保護自由且充分的研議過程。故在 *Cleary v. HHS*, 844 F. Supp. 770 (D.C. Cir. 1993) 案中，法院認為機關之電腦軟體僅為作者心智之過程，機關得不公開該資訊。若資訊之公開將有害機關時，則機關得不公開該資訊。¹¹⁹

法院在審理 *Parke, Davis, & Co. v. Califano*, 623 F.2d 1 (6th Cir. 1980) 案時，判決行政機關得不公開所取得之技術資料，因為研發者之科學的研討意見已與事實部分無法分割。在 *Chemical Mfrs. Ass'n v. Consumer Prod. Safety Comm'n*, 600 F. Supp. 114 (D.D.C. 1984) 案中，法院則認為若將機關所取得之技術資料公布，則對於智慧財產有重大不利的影響，故機關得不公開所取得之技術資料。¹²⁰

on *Using the Freedom of Information*, 前註 8, p. 3.

¹¹⁷ 參見 *Army Times Pub. Co. v. Department of the Air Force*, 998 F. 2d 1067 (D.C. Cir. 1993).

¹¹⁸ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 179 頁；United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Introduction", 前註 40。

¹¹⁹ United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Exemption 5: Deliberative Process Privilege" footnote 67 及其隨附之本文，前註 40。

¹²⁰ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 180

同理，機關評估廠商投標文件之紀錄，應屬研議性質紀錄，機關得不公開之。¹²¹機關調查事實之資料及其摘要均屬事實部分，機關應公開之。¹²²由非屬機關之顧問所提供有關人體暴露於鉛環境之報告，係屬機關於內部研議性質之文件，機關亦得不公開之。¹²³空軍幕僚於協商契約時，對廠商之不同意見表達，縱然並未提出具體建議，然法院認為此誠為機關內部研議過程中必然現象，空軍得不公開其研議之文件。¹²⁴

2. 機關於作成決定前完成資訊

在 *NLRB v. Sears, Roebuck & Co.*, 421 U.S. 132 (1975) 及 *Renegotiation Bd. v. Grumman Aircraft Eng'g Corp.*, 421 U.S. 168, 184-85 (1975) 案中，最高法院認為 FOIA 之立法目的是保護機關之決定品質不致受傷害，故機關在決定前作成之文件應豁免公開，而決定後之文件則應公開之，其理由有二：一、確保機關內各級人員之充分溝通，二、確保資訊於決定形成前不得外漏，以免公眾因不正確之資訊而產生誤會。¹²⁵機關具備法律拘束性質之秘密法律 (secret law)，不論係命令或解釋，由於機關人員必須遵從，並非決定前之文件，而是既成 (established) 之政策或決定，故應公開之。¹²⁶故若機關內屬建議性質之討論及未成熟之決定，均得不公開之。¹²⁷在 *Schlefer v. United States*, 702 F.2d 233 (D.C. Cir. 1983) 案中，法院認為應判斷機關內的文件究屬命令性 (authoritative) 抑或研議性 (deliberative)，若屬前者，則應公開之；若屬後者，則可豁免公開。但事實二者並不易區分，法院常使用決策鏈的方法予以判斷，例如下級機關對上級長官之文件就常被判定為決定前文件，得豁免公開。¹²⁸

機關審查廠商投標文件之資料是否應公開？美能源部聽證及審議辦公室 Department of Energy Office of Hearings and Appeals (OHA) 在受理 *Holmes & Namer, Inc.*, 1982 *Energy Management* (CCH) ¶ 80,140 (1982) 案中，認為遴選委員會 Source Evaluation Board (SOB) 之各委員名單、投標文件、廠商工作要項、評估標準表、包含評估權重之空白表格等均屬委員會已使用之文件，係

頁。

¹²¹ *Audio Technical Servs., Ltd. v. Department of the Army*, 487 F. Supp. 779 (D.D.C. 1979).

¹²² *Texas Instruments, Inc. v. United States Customs Serv.*, 479 F. Supp. 404 (D.D.C. 1979).

¹²³ *Lead Indus. Ass'n v. OSHA*, 610 F.2d 70 (2nd Cir. 1979).

¹²⁴ *Mead Data Central, Inc. v. Department of the Air Force*, 566 F.2d 242 (D.C. Cir. 1977).

¹²⁵ United States Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, "Exemption 5: Deliberative Process Privilege" footnote 64-5 及其隨附之本文，前註 40。

¹²⁶ *Calton v. Department of Interior*, No. 97-2105, at 15 n.7 (D.D.C. Sept. 3, 1998).

¹²⁷ *Wolfe v. HHS*, 839 F.2d 768, 775 (D.C. Cir. 1988) (en banc).

¹²⁸ *Nadler v. United States Department of Justice*, 955 F.2d 1479, 1491 (11th Cir. 1992).

屬事實性質紀錄，並非研議性之紀錄，亦非決定前之紀錄，故均應公開，但各投標文件之權重計算方式及各遴選委員之評估陳述等則豁免公開，及得標者之契約總價金因涉及其營業秘密，均不公開。¹²⁹

我國政府採購法第五十七條第一款規定：「機關依前二條之規定採行協商措施者，應依下列原則辦理：一、開標、投標、審標程序及內容均應予保密。」及政府採購法施行細則第七十六條第二項：「本法第五十七條第一款應保密之內容，決標後應即解密。但有繼續保密之必要者，不在此限。」所謂「有繼續保密之必要者」，例如資訊之公開將侵害廠商的營業秘密等便是，上列規定與美國法院之判決相同。

3. 行政規則之立法例

在美國國防部所頒布之 DOD Regulation 5400.7-R, Sept. 4, 1998 中，其中對於政府內部業單位之作業等豁免公開之現範，頗具參考價值，謹摘錄於下：

C3.2.1.5. 第 5 種 凡屬於訴訟中應受特別保護之資訊，主要指內部的研議程序(deliberative process)之資訊。凡與事實對照(as contrasted with)之內部建議及主觀之評估，經記載於機關內部與決定下達有關之研議文件中者，均屬之。故紀錄必須具備機關內部之研議之性質且屬於決定下達程序之一部分，方可免於對外公開。僅係內部文件尚不足以構成不公開之理由，律師及其當事人間之關係亦應受到特別豁免公開的保護，機關得決定其資訊是否公開。

C3.2.1.5.1. 研議程之程序例示如下：

C3.2.1.5.1.1. 幕僚人員製作文件中之非事實部分，包括行動後報告、應記取之教訓、情況報告包括幕僚評估、勸言、意見或建議。

C3.2.1.5.1.2. 由顧問、董事會、委員會、法律顧問、小組、研議會議、商談會議、調查團(commissions)、專案小組或其他相似為獲得其建議或勸言而組成之團體所作成之勸言、建議或評估。

C3.2.1.5.1.3. 由國防部所屬人員對於廠商及其產品所作成之評估中非事實部分。

C3.2.1.5.1.4. 凡屬建議採購、承租或以其他方式獲得及處分物資、不動產、設施或功能之純理論性(speculative)及暫時性

¹²⁹ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58, 第 182 頁。

(tentative)之資訊，而該資訊將對他人產生不正當或不公平競爭利益或將妨礙合法之政府功能者。

C3.2.1.5.1.5.由政府取得所有權之營業秘密或其他具秘密性質的研究發展或商業資訊，且未達成熟階段之公開將可能影響政府協商之地位或其他商業利益者。

C3.2.1.5.1.6.主計長(Inspector Generals)¹³⁰對於國防部各單位或機關之安全或內部管理、行政或作業所作成之官方檢查報告，且該等報告依實務經驗將由法院裁定豁免公開者。

C3.2.1.5.1.7.涉及國防計畫及資源分配程序之計畫、程式及預算資訊。

[...]

C3.2.1.5.3.機關內部或機關相互間之備忘錄或信函中事實部分，或與不公開部分係可分割之事實部分，均應對申請人公開之。但該事實部分之資訊係豁免公開，或與豁免公開之訊息密不可分，或因其片斷性不具資訊效果者，或屬贅文不具資訊價值者，不在此限。

C3.2.1.5.4.上級機關給予下級之指導或命令，如已成為政策之指導或決定者，雖屬內部之聯絡性質，亦應對申請者公開之。

前項之政策之指導或決定應有別於對事務之初步討論或決定前之研議。

C3.2.1.5.5. 機關應對申請者公開其內部聯絡中關於決定形成之過程，但以該決定已成為公共紀錄，且該決定業經採納或已成為紀錄之參考者為限。

四、機關得提供豁免公開之資訊

5 U.S.C. § 552(b) 規定「本條不適用資訊公開之情形如下」及同條文(b) (3)規定之豁免公開「exempted」，則機關是否有公開資訊之裁量權？由於條文並未明確規定，易生困擾，應從司法判決及機關行政規則研析。

美最高法院於 *Chrysler Corp. v. Brown*, 441 U.S. 281 (1979) 案中，判決 FOIA 並未限制機關行政裁量允許資訊公開之權利，機關應依照其他法律以確定其裁量之範圍，例如，機關取得廠商的營業秘密後，究應依 FOIA 將之公開？抑或依營業秘密法 Trade Secrets Act (TSA), 18 U.S.C. § 1905 規定，將之扣留(不公開)？最高法院認為首先應依照行政程序法(the Administrative Procedure

¹³⁰ 依法由美國總統提名，經國會同意，派至政府各主要部門獨立行使稽核及調查權之官員，the Inspector General Act of 1978, 5 U.S.C. app. § 2.

Act, APA, 5 U.S.C. § 706(2)(A))之規定，判斷機關之結論或行為是否「專斷、反覆無常、濫用裁量權或違法」(arbitrary, capricious, an abuse of discretion, or otherwise not in accordance with law)，在不違反上述規定下，機關有行政裁量權利。再者 TSA 係由國會通過的法律，而被告機關-勞工部所訂定行政規則雖允許資訊公開，但行政規則位階不若法律，故機關不得公開營業秘密。又如 *J.H. Lawrence Co. v. Smith*, 545 F. Supp. 421 (D. Md. 1982) 案，法院亦援引最高法院審理 *Chrysler Corp.* 案之判例，判決雖然被告機關-太空總署依照聯邦行政規則 41 C.F.R. § 2.402.1(1979) 應公布廠商投標文件內之各工作單項及價金表，但太空總署仍不得公開廠商的營業秘密。¹³¹ 由於各級法院審理違反 FOIA 之案件日益增多，上級法院審理該等之案件具有實質拘束力，故下級法院常以上級法院之判決，作為判斷機關是否具有行政裁量之依據。

美國國防部所頒布之 DOD Regulation 5400.7-R 中，C1.5.5 規定國防部執行 FOIA 豁免公開之方式：國防部之政策是各機關應在其裁量範圍內盡可能公開訊息。但對於依法規或命令應豁免公開者，及因營業秘密及商業或財務資訊應豁免公開者，行政機關不宜(not appropriate)行使行政裁量權；對於政府內部單位之作業資訊，因其性質有待各機關裁量是否允許公開，國防部及其所屬各機關應盡可能(whenever possible)鼓勵該等資訊之公開。DOD Regulation 5400.7-R 規定各機關應針對不同種類的資訊，再決定應否公開之作法，與美國司法部 2004 年公布之資訊自由法指導(Department of Justice, *Freedom of Information Act Guide*, “Discretionary Disclosure and Waiver, Discretionary Disclosure” May 2004) 內容相同，洵值肯定，而規定內容亦符合理論及司法實務作法，頗值參考。

機關於行使資訊公開之裁量權時，誠如美國司法部部長 Ashcroft 所言：「機關應於充分及謹慎地考量資訊公開對機關、商業及個人隱私利益的影響後，採取妥適的決定。」¹³²

伍、對我國政府採購之檢討

由於政府已於九十四年十二月二十八日公布施行政府資訊公開法，人民可依法申請機關公開政府採購之資訊。然國內鮮少有政府資訊公開之司法判例或實務研究之文獻可供參考，而政府採購

¹³¹ Nash, Jr., Rawicz, *Computer Software, Information, and Contract Remedies*, 前註 58，第 187-9 頁。

¹³² Attorney General Ashcroft's FOIA Memorandum, reprinted in *FOIA Post* (posted 10/15/2001), 參見美國司法部網站: <http://www.usdoj.gov/oip/foiapost/2001foiapost19.htm> ,查詢日期：民國 96 年 8 月 5 日。

法及其子法並無申請採購資訊公開之規定，適值廠商競爭日趨激烈之今日，本國及外國廠商要求機關公開採購資訊之機會將大增，則其中所產生的採購資訊公開問題將不容忽視，主管機關宜及早規定之。

對於資訊公開之執行，除行政院各級機關所發布之「機關提供政府資訊收費標準」外，對於資訊公開法與營業秘密法、貿易法、著作權法及專利法之關係如何？及如何判定侵害廠商之營業上秘密或其商業或財務資訊？又政府內部作業之資訊應如何定義及處理？均未有詳細之規定，政府採購法及其子法亦缺漏之，故應有訂定行政規則以規定政府採購資訊公開之必要。

陸、建議(代結論)

經由資訊公開之理論基礎觀點檢視美國對於政府採購資訊公開之作法，不論自衡平原則，或達成民主原則、保障表現自由、滿足人民知的權利等各角度分析，尚難發現有違反學理之處。經歸納機關公開政府採購資訊所涉及之法律問題可分為下列三部分：依法規或命令不得公開之資訊、廠商之營業秘密或商業或財務訊息及政府內部單位之作業資訊等。而有關政府公開採購資訊之規定，在美國聯邦之採購法制中，有諸多值得參考及借鏡之處，謹將其中瑣瑣大者臚列如下列之政府資訊公開法第十八條第一項第六款修正草案及政府公開採購資訊要點草案，建議主管機關考量及加列：

一、政府資訊公開法第十八條第一項第六款前段修正草案

將現行條文：「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。」修正為：「公開或提供有侵害個人隱私、職業上秘密或對著作的未來潛在市場價值產生損害影響者。」

二、政府公開採購資訊要點(草案)¹³³

第一條 (立法目的)

為使各採購機關依據政府資訊公開法(以下簡稱本法)，公開採購資訊有所依據，特訂立本要點。

第二條 (非紀錄之規定)

本法第三條之紀錄不包括下列情形：

¹³³ 政府公開採購資訊宜依行政程序法第一百五十九條規定以行政規則訂之。

- 一、物體或物件，例如建築物、家具、車輛與儀器，不論其歷史價值或證據價值如何，均非紀錄。
- 二、非屬具體或文獻性之紀錄，例如個人回憶或口語聯繫。
- 三、主要為機關內人員作成並持有之個人紀錄，且未散布於其他機關人員供其公務使用者。
- 四、申請人依本法申請公開紀錄時，該紀錄必須已存在，且在機關之持有及控制中。機關並無為滿足申請人申請而作成、編輯或獲得紀錄之義務。

前項第三款之個人紀錄應屬下列情形之一：

- 一、於進入政府機關前所作成者。
- 二、於辦公處所被帶入、作成或收受之個人紀錄，且與公務無關者。
- 三、與工作相關人員的紀錄，且與政府公務無關者。

凡已經由既成之發布系統，或經由政府機關公報或電信網路所公布之紙本或電子紀錄均非機關之紀錄。但機關應指導申請人獲得該訊息。

第三條 (不應公開採購資料之例示規定)

凡法律規定不得公開資訊，且機關並無行政裁量權者，則機關不得公開該資訊。¹³⁴機關不得公開採購資料之情形，例示如下：

- 一、廠商之專利秘密。
- 二、限制性資料及先前限制性資料。
- 三、廠商授權機關禁止公開之技術資料。
- 四、廠商投標文件。
- 五、廠商貿易文件或資料足以妨礙廠商之商業利益者。

前項第四款於供公務上使用或法令另有規定者除外。

第四條 (機關不得公開廠商之營業秘密或商業或財務訊息)

機關對於由機關外第三人或組織所受收之營業秘密或商業或財務訊息，於收受時應依廠商習慣處理該等訊息之方式，並應依秘密及授權方式處理之。

若機關公開廠商資訊將可能導致提供資訊之來源受損害，妨礙其競爭地位，使政府於未來獲得必要資訊之能力受損害，或損害其他合法的政府利益者，機關得不公開該資訊。

¹³⁴營業秘密是否為禁止公開之資訊？我國營業秘密法第九條第一項禁止公務員使用或「無故」洩漏已知悉或持有之他人營業秘密，故本文認為機關應有裁量是否公開廠商的營業秘密之權利，因此未將營業秘密列為「機關不應公開採購資料之情形」。參看美國聯邦華盛頓特區巡迴上訴法院認為營業秘密法並非 5 U.S.C. § 552(b)(3) 所規定之「國會制定之法律」，即機關仍得決定是否公開廠商之營業秘密，前註 78 及隨附之本文。

機關對於廠商自願交付，即非經政府以任何指定方式要求其提出之商業或財務資訊，應予保護。機關不得要求其必須有妨礙競爭地位之結果方予保護。

第一項之營業秘密或商業或財務訊息，係指下列各款情形之一者：

- 一、機關與提交投標文件之廠商所簽訂契約中，有關借貸、標案、契約或企劃書之商業或財務資訊，且該等商業或財務資訊係由機關秘密收受者或被許以特別權利者。其他由機關秘密收受或被許以特別權利之營業秘密、發明、發現或其他智慧財產資料亦屬之。
- 二、關於契約履約、收入、利潤、損失及支出之統計資料及商業或財務訊息，且該等資訊係由廠商秘密投標且由機關秘密收受者。
- 三、個人於實施檢查、調查、或稽核時所提出之個人陳述，且該等陳述與營業秘密或具秘密性質之商業或財務資訊有關，並由機關秘密收受及保存者。
- 四、由私營企業主所秘密提供，與調查當地工資有關之財務資料，且該資料係用以調整及確立機關內員工之工資率者。
- 五、科學、製造程序及發展相關之科技資料或其他申請研究補助之資訊，或正執行研究之報告。
- 六、由廠商或其分包廠商以自費獨立發展之科技資料，與部分由政府預算及部分由非政府支出所發展之科技資料，且廠商及其分包廠商已取得合法權利者。凡由政府預算獨立完成之技術資料，機關得依契約之規定，禁止公開之。
- 七、受著作權保護之電腦軟體，將其公開將對軟體的未來潛在市場價值產生損害影響者。
- 八、由廠商自願交付具財產價值之資訊，而非基於政府權力所要求者，所謂基於政府權力所要求者，例如依據法律、行政命令、行政規則、招標文件、要請企劃書及契約等而要求廠商提供者。

第五條 (機關得不公開內部的討論程序)

凡屬於機關內部的研議程序尚未作成意思決定前之紀錄，機關得限制公開或不予提供之。

前項之機關內部的研議程序，係指與事實對照之內部建議，及主觀之評估，並經記載於機關內部與決定下達有關之研議

文件中者。機關不得僅以內部文件為理由，決定不公開政府採購資訊。

第一項之機關內部的研議程序例示如下：

- 一、採購人員製作文件中之非事實部分，包括行動後報告、應記取之教訓、情況報告包括幕僚評估、勸言、意見或建議。
- 二、由顧問、董事會、委員會、法律顧問、小組、會議、調查團、專案小組或其他相似為獲得其建議或勸言而組成之團體所作成之勸言、建議或評估。
- 三、由機關所屬人員對於廠商及其產品所作成之評估中非事實部分。
- 四、凡屬建議採購、承租或以其他方式獲得及處分物資、不動產、設施或功能之純理論性及暫時性資訊，而該資訊將對他人產生不正當或不公平競爭利益或將妨礙合法之政府功能者。
- 五、由政府取得所有權之營業秘密或其他具秘密性質的研究發展或商業資訊，且未達成熟階段之公開將可能影響政府協商之地位或其他商業利益者。
- 六、主計及監辦人員對機關之安全或內部管理、行政或作業所作成之官方檢查報告，且不適合公開者。
- 七、涉及國防計畫及資源分配程序之計畫、程式及預算資訊。

第六條 (機關應公開信函中事實部分)

機關應對申請者公開機關內部或機關相互間之信函中事實部分，或與不公開部分係可分割之事實部分。但該事實部分之資訊係不得公開，或與不得公開之資訊具不可分性，或因其片斷性不具資訊效果者，或屬贅文不具資訊價值者，不在此限。

第七條 (機關應公開上級機關之指導命令)

機關應對申請者公開其上級機關給予下級之指導或命令。但以該指導或命令已成為政策之指導或決定者為限。

前項之政策之指導或決定應有別於對事務之初步討論或決定前之研議。

第八條 (機關應公開其決定過程)

機關應對申請者公開其內部聯絡中關於決定形成之過程，但以該決定已成為公共紀錄，且該決定業經採納或已成為紀錄之參考者為限。

第九條 (施行日期)

本要點自公布之日起施行，修正時亦同。