



論技術性資料、電腦軟體及資料庫之採購方法 及法律保護—以美國聯邦政府採購為例(下)

(承前期)

唐克光*

伍、促使廠商競爭的方法

一、政策

廠商間相互競爭，機關才能獲得比較利益，故機關應設計使廠商能充分及公開競爭之機制，以符政府利益。DFARS 217.75-Acquisition of Replenishment Parts(備件之獲得)及國防後勤獲得指令 Defense Logistic Acquisition Directives 第 17.75 節均對促進廠商間之競爭提供規範，DFARS 217.7504 (DFARS Procedures, Guidance and Information, PGI 217.7504)⁵³規定：

如採購機關對於擬採購之零件並無將其繪製成規格或圖說，並使之競標之權利，應採行下列任一程序進行採購：

收稿日：98年2月24日

* 作者現為德明財經科技大學專任助理教授，美國南美以美大學法律碩士、澳洲聯邦德大學法律博士，曾任軍法官、北美事務協調委員會駐美採購勤務團法律顧問、國防大學主任等職。

⁵³ 美國國防部長獲得科技及後勤辦公室網址 (Office of the Under Secretary of Defense for Acquisition Technology and Logistics)
<http://www.acq.osd.mil/dpap/dars/pgi/>, 查詢時間：2008年5月25日。



- (1) 採購機關認為並不需相同設計之品項，即可藉充分及公開競爭方式獲得所需之標的物時，可依功能性規格或其他相似之技術要求，或標示訂定招標文件進行採購。機關可使用 (i) 二階段分段開標及 (ii) 使用公平標示方法以進行採購⁵⁴。
- (2) 機關依據 FAR Part 6 可不使用充分及公開程序進行採購時⁵⁵，得向發展或設計該物品或製程之廠商或其授權廠商進行採購，但該等廠商必須具備足夠之生產能力或能量，且價金必須公平及合理。
- (3) 另需商源且不適用 (1) 所列之情形時，得採行下列替代方法：
 - (i) 鼓勵發展該零件之廠商提供其他廠商製造該標的物的授權；
 - (ii) 獲得資料的必需權利；
 - (iii) 當採購標的物需要非常複雜設備，且必需技術協助及資料方可建立其他商源時，依 FAR 第 17.4 節之規定，使用領導公司獲得技巧之方式 (leader company acquisition techniques) 進行採購。
 - (iv) 將價格選項 (priced option) 列入採購契約內，俾使機關得要求廠商建立第二商源。

⁵⁴ 我國政府採購法第二十六及四十二條亦有相同規定。

⁵⁵ 指等同於政府採購法第二十二條第一項所列各款限制性招標之情形。



(4) 使用還原工程法 (reverse engineering)⁵⁶ 並藉公開競爭方式以發展設計性規格。但 (i) 以具能節省相當成本 (significant cost) 之證明及 (ii) 經機關首長核定者為限，方得實施之。機關應於第 (1) (2) (3) 項均不適用時，方得使用本法。

二、競爭技巧之分析

廠商於競標時因使用智慧財產權而產生諸多疑問，謹就常見者臚列於下。機關為採購較為單純或簡單之品項，常將之載明於招標文件中，但並未將其相關智慧財產權之消息公布，則在此情形下政府已要求廠商應獲得必需資料。如機關僅於招標文件中載明擬採購品項之原製造商零件號碼 (part number)，且要求廠商應提出具備製造之能力⁵⁷，或提供競標廠商樣本等⁵⁸，美國審計長認為均不違反競爭之規定。但機關不得違反契約規定將品項交付其他廠商，例如機關不得違反契約規定，將依約租賃之物交付其他競標廠商⁵⁹。

上述招標之方法對於簡單之品項當無困難，但如擬採購之品項複雜且來源係獨家商源，則機關恐難訂定所需之規格⁶⁰，美國審計

⁵⁶ 亦有譯為逆向工程者，指將他人之產品分解後，分析其產品之組件、設計或營業秘密，以獨立之研究，開發出相同或類似的資料。廠商為保護其營業秘密，可否防止他人運用還原工程之方法，開發出相同或類似的資料？於美國法院認為還原工程並未侵害他人之營業秘密，美國實務上亦採此見解。詳見馮震宇，了解營業秘密法—營業秘密法的理論與實務，頁 159-200，1998 年 6 月。

⁵⁷ *Telemechanics, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-203428, 81-2 CPD ¶ 294.

⁵⁸ 52 Comp. Gen. Dec. 778 (1973) .

⁵⁹ *Tele-Dynamics Div. of Ambro Indus., Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-187126, 76-2 CPD ¶ 503.

⁶⁰ 同上註。



長有鑑於機關遭遇上述之困難，故鼓勵機關自該獨家商源獲得所需的技術性資料⁶¹，或限制機關採購獨家製造或供應之品項，除非機關得以公開招標方法獲得該品項⁶²。競標廠商為獲得充分之資訊，常要求機關公布其已獲廠商授權之「限制性權利資料」(restricted rights data)⁶³，但機關必須遵守不得將資料交付機關以外人員之規定，而不同意將該資料交付競標廠商。美國審計長認為機關之作為並無不法⁶⁴。

如廠商以不正當方法取得技術性資料，例如廠商竊取他人智慧財產，並以該資料作為投標文件，則該廠商所投之標應為無效標⁶⁵，但判斷競標廠商究以正當方法或不正當方法取得技術性資料，決非易事⁶⁶。如機關要求廠商說明或證明其對投標文件所附資料均取得合法之授權，然該廠商拒絕說明或證明，則機關得拒絕決標予該廠商⁶⁷。

（一）訂定具形式、適當及功能性之規格

如機關依功能或效益訂定招標文件，而不提供詳細的訊息，亦

⁶¹ *Metal Arts, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-192901, 79-1 CPD ¶ 191.

⁶² *International Harvester Co.*, 61 Comp. Gen. 388, 82-1 CPD ¶ 459.

⁶³ 限制性權利：謂機關對於廠商應依約交付，並由其自費發展之非商業性質的電腦軟體資料所取得之權利。FAR 27.4。詳見唐克光，政府採購中智慧財產權之研究（上），同註3，頁92。

⁶⁴ *Applied Devices Corp.*, Comp. Gen. Dec. B-187902, 77-1 CPD ¶ 362.

⁶⁵ *Curtiss-Wright Corp. v. Edel-Brown Tool & Die Co.*, 407 N.E. 2d 319 (Mass. 1980)。

⁶⁶ Ralph C. Nash, Jr. and Leonard Rawicz, *Technical Data Rights*, 同註28，頁151-2。

⁶⁷ *Mercer Prods. & Mfg. Co.*, Comp. Gen. Dec. B-188541, 77-2 CPD ¶ 45.



可達到廠商充分競爭且不違反保護智慧財產之規定，DFARS 217.7503 (1) 即規定：採購機關可依功能性規格或其他相似之技術要求，或標示訂定招標文件進行採購。在採購實務中，原製造廠商均願提供機關具形式、適當及功能性且無任何財產權標示之資料，機關可以無限制權利（全部權利）方式使用該資料⁶⁸。但可能產生二種實務問題：其一是機關自廠商採購之財物可能和原物不具互換性，則機關必須分別貯存該二種零組件，且增加後勤支援之困難及增加政府成本，美國審計長認為如機關可能發生此現象，則得使用詳細之圖說（detailed drawings），即便可能使廠商間之競爭受限亦屬合法⁶⁹。其二是機關使用功能或效益訂定招標文件僅適用於採購較為簡單之品項，並不適用於高度複雜之採購案件，因為製造廠商不能僅憑具形式、適當及功能性之資料，便據以製造具高度複雜性之品項⁷⁰。

（二）直接授權

若干採購案件涉及高度複雜之品項，例如武器系統，則政府必須委由廠商負責研發，但研發廠商未必是從事生產的廠商，換言之，政府得將研發成果另尋商源以從事生產，並要求研發廠商應提供生產廠商相關之技術協助以驗證研發成果，政府則依約支付研發廠商成本及技術移轉之權利金等費用，故研發廠商必須與其他廠商競爭以爭取生產或製造之機會。但如廠商係以自費發展出品項或製程

⁶⁸ DFARS 252.227-7013 (b) (1) .

⁶⁹ *Christie Elec. Corp.*, Comp. Gen. Dec. B-197481, 80-2 CPD ¶ 273.

⁷⁰ Nash and Rawicz, *Technical Data Rights*, 同註 28, 頁 153。



，則其智慧財產權當然歸屬該廠商，並得向第三者要求給付因使用智慧財產之權利金或費用⁷¹。故如技術性資料之智慧財產權歸屬於政府，則機關自得將該等資料列為招標文件並進行招標工作，則廠商間充分競爭之目標應不難達成，但若資料之智慧財產權歸屬於廠商，則廠商為求自身利益，視競標程度之不同而授權其他廠商不同的使用資料之權利，通常取得智慧財產權之廠商並不希望於政府採購案中，尚有其他競爭者存在，故美國審計長發現由廠商直接授權之方式並不能達到廠商間充分競爭之效果⁷²，雖然如此，仍有若干機關使用此方法採購所需之品項⁷³。

機關於交付廠商部分權利或限制性權利資料時，應依 DFARS 227.7103-7 之規定，要求廠商簽署契約並將技術性資料或電腦軟體列為契約附件，契約內容應包括：一、非經政府同意，不得向任何第三人洩露資料，亦不得授權他人修改、重製、公開展示、公開發表該資料，二、廠商應依契約規定使用資料，並不得以該資料從事任何商業目的之活動，三、廠商不得藉任何理由要求機關負損害賠償責任，四、機關依資料之現況交付廠商，並排除一切保固責任，五、廠商不得加強（enhance）、分析、分解（disassemble）經載明「限制性權利」之軟體，或以還原工程將該軟體發展新創作，廠商

⁷¹ 10 U.S.C. § 2320 (a) (2) (G) (iii), 10 U.S.C. § 2320 (a) (1) .

⁷² Comp. Gen. Rep't B-39995 (1969) cited by Nash and Rawicz, Technical Data Rights, 同註 28, 頁 154。

⁷³ 例如美海軍便使用此方法採購巡弋飛彈之引擎，美空軍系統指揮部（Air Force Systems Command）甚至製作契約範本以鼓勵廠商直接授權其他廠商以利競標。Nash and Rawicz, 同前註。



僅得於一電腦機器使用該軟體，六、如廠商獲准交付他人資料，則廠商亦應要求該他人簽署契約內容相同之契約，七、廠商應於保證期滿後三十日內銷毀資料及其重製物，並通知機關相關銷毀事宜，八、廠商於本契約終止或期滿後，仍應履行契約規定之責任。

(三) 使用領導廠商及跟隨廠商模式

所謂領導廠商及跟隨廠商模式 (leader-follower technique) 是具獨家商源地位及對採購標的具智慧財產權之廠商與其他競標廠商建立合作關係，由智慧財產權廠商提供無償之製造協助及營業秘密予其他競標廠商，以完成採購所需之品項或系統。FAR 17.4 對於該模式規定如下：

17.401 總論

領導廠商 (leader company) 以契約約定其跟隨廠商 (follower company) 共同完成採購標的之採購方式，須依機關採購程序辦理且僅適用於非常時機。領導廠商係指對於採購標的之品項或系統具智慧財產權者或為獨家商源，並同意提供其他一家以上之跟隨廠商協助及營業秘密，以使其成為採購之商源。領導廠商與其跟隨廠商所簽訂之契約須經採購機關核准。本採購方式係為達成下列目標：

- (a) 減少交付時間。
- (b) 完成供應商之地理散布。
- (c) 可將稀少性工具或特殊裝備之使用極大化。



- (d) 成就生產之經濟性。
- (e) 確保零件之一致性、可靠度、相容性或標準化及組件之互換性。
- (f) 解決於使用資料時所產生的困難。
- (g) 加速自發展至產製及爾後採購標的物之流程。

17.402 限制

- (a) 機關認定於符合下列條件時方得使用本採購方法：
 - (1) 領導廠商具備產製之營業秘密，且能提供跟隨廠商所需之協助者；
 - (2) 非經領導廠商之協助，並無任何其他廠商可滿足政府要求者；
 - (3) 領導廠商所提供之協助須足以使其跟隨廠商能產製該品項者為限；
 - (4) 機關必須依其採購程序使用本採購方法。
- (b) 機關得同意領導廠商與跟隨廠商簽訂之契約。

17.403 程序

- (a) 機關得決標予：
 - (1) 領導廠商，並要求其應依契約規定協助指定之跟隨廠商



產製所需品項；

(2) 領導廠商，要求其應依契約規定協助指定之跟隨廠商產製所需品項，但機關得另決標予跟隨廠商，要求其產製所擬採購之品項；

(3) 跟隨廠商，並要求其應依契約規定向領導廠商尋求協助。

(b) 機關應確保各廠商必須遵守保護智慧財產權廠商之營業秘密、技術設計或概念 (concepts)。

至於本採購方式之成效如何？依據美國防部於 1982 年 2 月 4 日向國會預算撥款委員會及調查幕僚所提出「檢討國防部訂約方式與價格競爭程度」(Extent of Price Competition in DoD Contracting) 之報告中，說明本採購方法之困難包括：第一，機關確認跟隨廠商可能耗時過久，二至三年的評估及確認時間將妨礙產製時程；第二，確認第二商源之成本較依獨家商源採購為高，或機關可能並未編列確認第二商源所需之預算；第三，經檢討領導廠商與跟隨廠商之競爭後，發現機關之採購仍可能回復至獨家商源之採購方法。以美陸軍飛彈指揮部採購托式 (TOW) 飛彈為例，該指揮部便使用此領導廠商及跟隨廠商之採購方式，確認出第二商源，並於飛彈之產製階段中引入競爭機制，但隨後美政府因軍售外國政府之需求而必須另行採購飛彈時，發現未得標廠商並無競標之能力，機關仍須回復以獨家商源之採購方式進行採購⁷⁴。

⁷⁴ Nash and Rawicz, Technical Data Rights, 同註 28, 頁 160-2。



（四）特殊的獲得

另一種採購方式是由政府向智慧財產權廠商購買所擬採購品項之智慧財產權，並以此智慧財產權公開招標，10 U.S.C. § 2320 (a) (2) (G) 規定，美國防部得為發展替代商源之需要，與廠商及其分包廠商協商及訂立契約以獲得技術性資料之權利。DFARS PGI 217.7504 (3) (ii) 有同樣之規定。於 1988 年版本之 DFARS 227.402-72 (b) (2) 有如下規定：

（2）部分權利之例外—從技術性資料中獲得更多權利

(i) 如政府取得關於品項、組件或製程智慧財產之部分權利係由廠商自費獨立發展，機關應於考量包括下列之替代方式並認為適當後，方得與廠商及其分包廠商協商及訂立契約，以另行獲得所需之技術性資料及技術協助：

(A) 發展替代品項、組件或製程；或

(B) 獲得廠商及其分包廠商承諾，同意將協助使其他商源合格化。

(ii) 機關得就一次付款 (a lump sum fee)、權利金、政府目的權利⁷⁵或其他安排等與廠商協商，以獲得更多之權利。機關應將擬採購之權利另列為採購之品項。非符合下列情形者，機關不得另行採購智慧財產權：

⁷⁵ DFARS 252.227-7013 (a) .



- (A) 政府有對外揭露之必要者；且
- (B) 如特定之技術性資料及權利為公開招標所必需，經估算因廠商競爭所節省之費用將超過採購技術性資料及權利之成本。

故政府依照本條文規定，因採購該智慧財產權所支付之價金不應高於政府自公開市場中重購該智慧財產權之價格。但在實務中，廠商為其利益考量並不願出賣全部權利予政府，致產生窒礙難行之情形，又機關並不易決定因採購智慧財產權所須支付之價金是否更能節省經費，於是 DFARS 1995 年版本已刪除該條文⁷⁶。

(五) 還原工程法

所謂還原工程法係指為發展出完整之技術性資料，檢視並分析零組件之程序，以期滿足由其他廠商於製造品項之所需⁷⁷。DFARS 217.7504 規定：機關得藉公開競爭方式招標以發展設計性規格 (develop a design specification)⁷⁸。機關必須於符合下列情形時方得使用還原工程法：(1) 經證實可節省相當之成本；(2) 由機關首長核准。

⁷⁶ Nash and Rawicz, Technical Data Rights, 同註 28, 頁 163。

⁷⁷ DFARS 217.7506 part 1-103.27.

⁷⁸ DFARS 217.7503 所規定機關得發展設計性規格乙節，與政府採購協定第六條第二項：「採購機關所定之技術規格應在適宜之狀況下：1.依性能，而非設計或描述性之特性而定 (rather than design or descriptive characteristics)」之規定有違，DFARS 不應使用「design specification」一詞。



還原工程法必須是由自費發展。但不得藉由不正方法獲得應還原之標的或設計。所還原者即便是他人之營業秘密，亦屬合法⁷⁹。由於機關使用本方法常耗時甚長、費用過鉅，且廠商所發展之技術性資料未必能滿足製造之所需，再者政府於使用廠商資料時易產生糾紛，故美國審計長認為機關於缺乏經費、人員或設備之情形下，得不使用還原工程法⁸⁰。美國各採購機關在實務中甚少使用本法⁸¹。

陸、資料之採購

因機關所採購之技術性資料均屬必需且價格昂貴，故資料必須合時，且其價金必須符合經濟要求，廠商則應依約按時交付資料。由於美國大多數的採購機關傳統上均請廠商訂立機關所擬採購之資料，美國防部等機關有鑑於此，故對於採購資料之措施予以規定，以下就其規範分別研究之。

一、計畫

FAR 2.101 明列「獲得計畫」(acquisition planning) 係指機關為期能以最有效率、最經濟方式滿足政府需求，而整合所有負責採購之人力以發展出之全盤性計畫。FAR 7.102 (b) 條規定：「獲得計畫係指所有負責獲得之人員應經整合，以確保採購機關得以在最有效率、最經濟及符合時效性之方式獲得所需。」

至於具體之作法，可分下列各點予以闡述：

⁷⁹ *Stanley Aviation Corp. v. United States*, 196 U.S.P.Q. 612 (D. Col. 1977) .

⁸⁰ *Metal Art, Inc.*, Comp. Gen. Dec. B-194180, 79-2 CPD ¶ 15.

⁸¹ Nash and Rawicz, *Technical Data Rights*, 同註 28, 頁 168。



(一) 計畫之進行

FAR 7.103 及 7.104 明列機關之職責包括：

1. 擬具以系統、個別採購契約或個別訂購為基礎之採購計畫。
2. 擬訂標準獲得計畫之格式。
3. 因滿足機關緊急需求而採取節省時程之採購方法。
4. 確保廠商於競爭過程中不得有不正當及不合法將採購標的物合併採購之行為。
5. 依據 40 U.S.C. 11312 之規定，建立使採購資訊技術之效能極大化及控管採購資訊技術危險 (risks)⁸²之處置流程 (process)。
6. 依據 36 CFR 1194⁸³所規定之「電子及資訊技術入口標準」(Electronic and Information Technology Accessibility Standards) 於招標文件載明需求、圖說、工作陳述 (work statements) 、規格及其他對採購標的物之敘述。
7. 機關應於需求確定時即著手實行準備採購計畫，並應於會計年度前準備為原則。
8. 機關應於計畫初期即徵詢需求及後勤人員，以決定採購標的

⁸² 「risk」在一般認知係「風險」之意，而在我國法律用詞則係「危險」，此可由我國民法第 150、175、193-3、328、354、373、374、375、497、508、963 等條文均規定「危險」文字可證，由於本文研究廠商及政府機關之權利及義務，故仍將「risk」譯為我國法律規定之「危險」較為妥當。

⁸³ 聯邦規則法典 Code of Federal Regulations, CFR.



物之型式、品質、數量及交付要求。

（二）市場調查

FAR 7.102 (a) 要求採購機關應履行採購計畫及實施市場調查 (market research) 以促成商業品項之採購，如商業品項不能滿足採購機關之需求，則應以使用非發展性之品項 (non-developmental items) 為原則。採購機關應使廠商能在充分及公開競爭之方式進行採購，如因採購標的性質不適合充分及公開競爭之方式進行採購，則應使廠商競爭極大化。此外 10 U.S.C § 2305 (a) (1)(a) 及 41 U.S.C § 253a (a)(1) 均規定採購機關之首長應於擬訂需求規格及發出招標文件之前實施市場調查。

FAR 10.002 (a) 規定政府應將其需求以文字表達以實施市場調查。FAR 10.002 (b) 規定市場調查之範圍因採購之因素例如緊急、預估金額數目、複雜度及過去經驗之不同而有異⁸⁴，市場調查之方法包括：徵詢專家意見、檢閱最近市場研究、從期刊或雜誌徵求意見、檢視政府機關之資料庫、與產業界舉行會議、從商會或其他來源獲得廠商資料、檢視廠商型錄及與可能投標廠商舉行會議等。若採購機關未實施市場調查，而市場中仍有廠商可供應所需之物品，則本採購行為將被認定為不合法⁸⁵。

⁸⁴ FAR10.002 (b)(1). 然美國審計長認為若採購機關已於近期日內做過市場調查，確認只有唯一廠商可提供所需之產品，則可免於再實施市場調查。*Lister Bolt & Chain, Ltd.*, Comp. Gen. Dec. B-224473, 86-2 CPD ¶305.

⁸⁵ *Rocky Mountain Trading Co.*, GSBGA 9569-P, 89-1 BCA ¶ 21, 216. *TMS Bldg. Maintenance*, 65 Comp. Gen. 222 (B-220588), 86-1CPD ¶ 68. *BFI Medical*



(三) 以使用商業品項及非發展性之財物或勞務為原則

FAR 12.101 要求採購機關應 (a) 進行市場調查以決定是否可由商業品項或非發展性之品項滿足其需求；(b) 採購商業品項或非發展性之品項，如該等品項能滿足採購機關之所需；(c) 要求廠商及其分包廠商應將商業品項及非發展性之品項納入為可供應之零組件⁸⁶。所謂「商業品項」係指非為政府之目的，而已向一般公眾或非營利組織出售、出租、授權使用之品項，或已向一般公眾要約以求出售、出租、授權使用之品項。而所謂「非發展性之品項」係指非屬廠商已為政府採購機關所發展出之品項，對於非發展性之品項之些微修改亦屬之⁸⁷。

(四) 採購計畫之要件

FAR 7.105 (a) (b) 將採購計畫中之目標及作為共歸納為 29 個要點，但其中若干部分係針對美國之特殊國情所設計，另有部分條文所規範之事項已含括在政府採購法中，且過於瑣碎，故本文不另討論，僅研究其中具參考價值者如下：

1. 成本

所謂成本係指政府應支出之全部成本，採購機關應規定具體的採購成本目標，以及達成此項目標的理由，並討論相

Waste Sys. of Arizona, Inc., Comp. Gen. Dec. B-270881, 96-1 CPD ¶ 239.

⁸⁶ Ralph C. Nash, Jr., John Cibinic, Jr., Karen R. O'Brien, *Competitive Negotiation-The Source Selection Process* 19-31 (1999).

⁸⁷ FAR 2.101 (b).



關所使用之成本概念，包括⁸⁸：

- (i) 產品全週期成本 (life-cycle cost)。在計畫中應討論如何將產品全週期成本納入考量；若未納入考量，其理由何在。如屬可能的話，並應討論該產品全週期成本所使用之成本模式⁸⁹。產品全週期成本指機關為獲得、作業、維護及處理所購品項所支付之成本⁹⁰。
- (ii) 設計成本 (design-to-cost)。設計成本係指機關於發展新系統時所支付獲得、操作及維護標的物之成本，及機關於發展系統時所預估之成本目標cost goals。機關於計畫中應說明設計成本之目標及其所根據之假設，包括：品質、學習曲線以及經濟調整因素等，並應說明相關目標係如何適用、追蹤及執行。機關另應將上列要求納入招標及訂約文件中⁹¹。
- (iii) 應列成本 (should cost) 之適用。應列成本分析是一種專業型式的成本分析，應列成本分析不同於傳統的評估方法，因為應列成本分析方法並不認為廠商之履約成本

⁸⁸ FAR 7.105 (a) (3) 於 1997 年 9 月前 FAR 15.803 (b) 曾規定機關應考量採購成本 (procurement cost)，但該規定已遭刪除，FAR 並未說明刪除之理由，但應與採購成本之估算困難有關。

⁸⁹ 參看 Department of Defense Life Cycle Costing Procurement guide (interim) (July 1970) 第 1-1 段。

⁹⁰ 定義見 FAR 7.101.

⁹¹ Ralph C. Nash, Jr., Steven L. Schooner, Karen R. O'Brien, The Government Contracts Reference Book 186 (1998) .



必然係有效及經濟的作業方式，而應審視廠商現行的工作人力、方法、物料、設施、作業系統及管理，該等審視應由政府的訂約、契約管理、計價、查核及工程等代表共同完成，應列成本分析之目標係改進廠商的經濟性及效率性以節省其履行政府採購契約之成本。採購計畫應對「應列成本」之適用於採購予以分析及說明⁹²。

2. 危險

FAR 7.105 (a)(7) 要求：機關應在採購計畫中討論技術、成本、時程等危險，並應說明所採取減低危險之計畫，以及未能達成減低危險的結果。若採購機關同時於計畫中進行標的物之發展與生產，則應討論其對成本及時程的影響。

3. 訂定最有利於政府的評審標準 (trade-offs)

Tradeoffs 之原意係交換、交易，於政府採購事務中，機關必須就成本、功能及時程中決定最有利於政府的採購標的物，例如為求降低成本，而必須降低功能的要求。FAR 7.105 (a)(6) 規定：採購機關應討論各種成本、能量或功能及時程目標等項目，作序位或計數之綜合評選，以評定對政府最有利之標⁹³。依據美國國防部所頒布之第 5000.2-R 規則第

⁹² 定義見 FAR 15.407-4 (a) .詳見唐克光，論成本計價型契約中成本及利潤之協商—以美國聯邦政府為例，軍法專刊，第 52 卷第 5 期，頁 33，2006 年 10 月。

⁹³ FAR 15.101-1.參看羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，頁 48，2004 年 10 月 2 版。



3.3.3.1 條規定:減少產品全週期成本的最佳時機是在採購進行程序之早期階段，機關應於採購完成之前，考量成本之降低，並分析成本及效能間之關係⁹⁴。

4. 採購的效率化（Acquisition Streamlining）

所謂採購之效率化係指辦理採購過程中，消除不必要之程序及措施以節省成本之謂。換言之，就是以更有效率之方式使用資源以創造、或產生質量之系統⁹⁵。

FAR 7.105 (a)(8) 規定：

採購之效率化。若需求機關明確指定該採購案應納入採購效率化之規範，則在採購計畫中應探討下列計畫與程序：

- (i) 利用招標草案、招標前會議以及其他方法，鼓勵廠商在設計及發展的階段即行參與，以使其能建議最適當的引用及修正契約要求。
- (ii) 選擇並修訂必要且符合成本效益的要求。
- (iii) 說明原屬於指導性（guidance）的技術規格與標準（standards）的時程（timeframe），應變更為具強制性（mandatory）⁹⁶。

⁹⁴ Nash, Cibinic, O'Brien, *Competitive Negotiation*, 同註 86, 頁 52。

⁹⁵ FAR 15.201.

⁹⁶ 參看羅昌發，政府採購法與政府採購協定論析，同註 93, 頁 48。



採購機關應利用各種機會（包括公聽會、產業會議、市場調查、尋求廠商企劃書、招標前會議、與廠商舉行一對一之會議及現場訪問），以了解廠商之意見及困難，去除採購過程中之阻礙⁹⁷。

（五）充分且公開之競爭（full and open competition）

FAR 7.105（b）（2）規定：

2. 競爭。

- （i）採購機關應說明如何於採購過程中，尋求、促進及維持競爭。若未能採取公開競爭，則應依第 6.302 條說明授權依據，確認之商源及無法進行充分及公開競爭之理由。
- （ii）確認主要組件（components）或次系統。討論直接向製造商購買主要組件或次系統之計畫（breakout plans）⁹⁸。機關應說明如何針對該等組件或次系統、尋求、促進及維持競爭。
- （iii）機關應說明如何針對備份（spares）或備份零件（parts）尋求、促進及維持競爭。並應確認影響競爭之重要後勤時程（milestones），例如技術性資料之交付時程。
- （iv）若有效的分包可促使競爭，應說明如何於採購過程中尋

⁹⁷ FAR 15.201.

⁹⁸ 由機關直接向零附件製造廠商採購，可避免於採購中支付代理商、經銷商或居間廠商之間接製造成本(overhead)及利潤。Nash, Schooner, O'Brien, The Government Contracts Reference Book, 同註 91, 頁 68。



求、促進及維持分包之競爭。如分包廠商之競爭出現障礙，則應說明克服該障礙的方法。

二、價金

美國防部規定廠商須將出賣資料之各品項載明於專用的表格「契約資料需求清單」(Contract Data Requirements List, CDRL)，即 DD Form 1423 內⁹⁹，並規定應製作契約各項工作分解結構(Contract Work Breakdown Structure)，以供機關研判各品項之價金是否合理及是否有重複採購之情形。如其中若干品項係屬尚未研發之資料，則廠商應於該表格中載明該等品項之預估金額，機關得要求廠商提供價金或成本資料以證明所報價格之合理性。

廠商應依國防部發行之三軍訂定價格手冊 (Armed Services Pricing Manual, ASPM) 對於物料 (materiality) 之規定，將物料成本列為報價因素之一，機關應將契約資料需求清單列為招標文件，即將之成為契約之一部分，以產生法律效力，機關應依照預估、分析、協商、成本追蹤之順序以議定契約價金。但機關及廠商均應認知：價金協商之目標係達成正確 (accurate) 成本及切合實際 (realistic) 價金之意思合致，而非精確 (precise) 且詳細之會計 (detailed accounting) ¹⁰⁰。

⁹⁹ 參看 "The Procedures for the Acquisition Management of Technical Data" DoD 5010.12-M, May 1993.

¹⁰⁰ 同前註，第五章 "PRICING OF DATA C5.3.2.5"。



廠商應將契約資料需求清單所列之價金區分為四類¹⁰¹：

第一類。廠商特別為政府之需求所製作之資料，該資料並不適用於其他契約，則其價金應包括直接成本、間接製造成本(overhead)、一般行政支出及利潤¹⁰²。

第二類。廠商必須修改資料以滿足政府所需，其價金應包括轉換及運送資料所需之直接成本，加計可分擔的間接製造成本、一般行政支出及利潤。

第三類。廠商必須發展資料以滿足其履約所需，但不須實質修改資料之內容、格式、交付頻率、準備及品質者，其價金應僅包括再製造、處理及運送資料之成本，加計間接製造成本、一般行政支出及利潤。

第四類。廠商所發展之資料係其商業活動之一部分，政府所需者僅為資料中之一部分，且成本甚微，該資料之價金應原則上載明為「免費」，例如機關需要少量的廠商所製作之精簡版使用手冊，廠商之所以製作之精簡版係為滿足其商業活動，由於成本甚微，尚無需反應成本。

¹⁰¹ 同前註，C5.3.3。

¹⁰² 有關直接成本、間接成本、利潤等之定義等，詳見唐克光，論成本計價型契約中成本及利潤之協商，同註92，頁30-43。



規格

如果規格未能明確載明需求，則機關不能確保廠商所交付資料之品質，故規格之訂定至為重要。依據美國防部第 5000.19 號指令（DOD Directive 5009.19）規定：資料應依功能敘述其規格，功能應屬下列各類別：A 行政管理、E 工程及統合文件、F 財務、H 人因、L 後勤支援、M 技術性出版刊物、P 採購及製造、R 相關的設計需求、S 系統及次系統分析、T 測試、V 招標文件之規定（Provisioning）¹⁰³等。

有鑑於採購機關訂定資料之規格並不容易，美國防部遂將所有可供發布之規格公告於其所轄之各機關以供參考，但若干採購案之規格甚為詳細且完整，但部分採購案之規格則並不完整，且有系統地整理大量規格文件並非易事，再者科技日益進步，經公告之規格內的敘述文字未必能符合現今的採購需求，因此各採購機關仍應設法解決訂定適當規格之困難¹⁰⁴。

以美國防部於 1977 年十月所發布之引擎設計規格為例，DOD D-B1000, Oct. 28, 1977 指令對於引擎設計提供甚為詳細之規定，由於內容繁瑣，故僅將最重要的三個層次摘錄於下：引擎之設計依其程序可分為三層次，第一層次係觀念及發展設計，第二層次係建造原型機及有限生產，第三層次係正式生產。再以技術手冊為例，大

¹⁰³ Nash, Schooner, O'Brien, *The Government Contracts Reference Book*, 同註 91, 頁 423-4。

¹⁰⁴ Nash and Rawicz, *Technical Data Rights*, 同註 28, 頁 186。



致可區分為作業手冊及維護手冊二種，美國防部於 1982 年二月所發布 DOD Instruction 4151.9, Feb. 4, 1982 之指令統一要求廠商之技術手冊規格，有下列規定：機關應於契約中要求廠商必須準備內容正確且完整之技術手冊，契約另應規定廠商進行實證之時程表，機關應檢視該時程表之執行情形，並據以要求廠商依進度交付生產之品項¹⁰⁵。

四、技術性資料之保固

採購機關認為採購資料之保固符合實際需求及成本效益，得採購資料之保固。機關認為有下列情形之一者，得採購特別保固：1. 瑕疵資料之修理及更換或價金之調整將不足以保護政府權利者。2. 須另行要求損害賠償以防止廠商交付瑕疵資料者。而資料之保固適用於技術性資料及電腦軟體之保固¹⁰⁶。DFARS 252.246-7001 規定資料之普通保固條款，其中選項 I (Alternate I) 適用於固定價金誘因契約 (fixed-price incentive contracts) 之特別保固，而選項 II (Alternate II) 適用於確定固定價金契約 (firm-fixed-price contracts)¹⁰⁷之特別保固。

¹⁰⁵ 同前註，頁 187-8。

¹⁰⁶ DFARS 246.708.

¹⁰⁷ FAR 16.204. 有關固定價金契約 (fixed-price contracts) 及確定固定價金契約 (firm-fixed-price contracts) 之體系等，詳見唐克光，政府採購中成本計價型契約之種類及其適用，同註 17，頁 2。



（一）資料之普通保固

除契約另有約定者外，廠商保證所有資料於交付機關時符合規格及其他契約條款之要求。除契約另有較長保固期限之約定外，保固之期限始於交付資料日起，以三年為限。廠商於保固期限內，應於發現違反保固之規定時，立即以書面通知機關。

機關應以書面通知並要求廠商以其費用，立即修理或更換瑕疵之資料。如機關認為已無修理或更換瑕疵資料之需要，或機關可修理瑕疵資料時，亦得要求廠商將應給付之價金或利潤予以調整，並應以書面通知廠商。如廠商拒絕或未能於合理期間內修理或更換瑕疵之資料，機關得以契約或其他方法修理或更換瑕疵之資料，並要求廠商給付機關已支付之成本，機關亦得要求廠商將應給付之價金或利潤予以調整。

機關除依上項之規定外，不得以任何其他理由行使上項規定外之保固權利。機關對於已被修理或更換之瑕疵資料，亦得要求廠商履行保固之義務。

（二）固定價金誘因契約之特別保固

廠商對於違反保固規定之行為應負損害賠償責任。廠商除應負資料之普通保固責任外，尚應賠償目標利潤（target profit），但以不超過目標利潤之百分之七十五為限。如採購之瑕疵資料係由廠商之分包廠商所提供，則廠商之賠償責任應不得超過下列規定：



1. 廠商與分包廠商採用確定固定價金 (firm-fixed-price) 契約時之百分之十的分包契約價金。
2. 廠商與分包廠商採用成本加固定利潤 (cost-plus-fixed-fee) 或成本加酬金 (cost-plus-award-fee) 契約時之百分之七十五的分包契約利潤。
3. 廠商與分包廠商採用固定價金 (fixed-price) 或成本加誘因費用 (cost-plus-incentive-type) 契約時之百分之七十五的分包契約目標利潤。

廠商所應負之損害賠償責任不得列為應給付之成本 (allowable cost)。

(三) 適用於確定固定價金契約之特別保固

廠商對於違反保固規定之行為應負損害賠償責任。廠商除應負資料之普通保固責任外，其所另負損害賠償責任不得超過契約價金之百分之十。如採購之瑕疵資料係由廠商之分包廠商所提供，則廠商之賠償責任應不得超過下列規定：

1. 廠商與分包廠商採用確定固定價金契約時之百分之十的分包契約價金。
2. 廠商與分包廠商採用成本加固定利潤或成本加酬金契約時之百分之七十五的分包契約利潤。
3. 廠商與分包廠商採用固定價金或成本加誘因費用契約時之



百分之七十五的分包契約目標利潤。

五、展延訂購

有鑑於採購機關於採購技術性資料或電腦軟體時，並不能確定爾後之需求，常有浮濫採購之情形，造成浪費公帑之情形，故美國若干行政機關遂發展杜絕浮濫採購機制。以美國防部為例，DFARS 227.7103-8 (b) 規定，採購機關於決標前並不能確定爾後所需之技術性資料或電腦軟體時，但仍有需求之可能者，應使用 DFARS 252.227-7027 所規定之條文¹⁰⁸：

除於契約中規定廠商應交付之技術性資料或電腦軟體外，機關得於廠商履約期滿，自受領全部品項（非技術性資料或電腦軟體）後三年內，訂購於廠商或其分包廠商履約過程中所完成之技術性資料或電腦軟體。機關應給付廠商將電腦軟體轉換成指定之格式之成本、重製成本及交付之成本。廠商之分包廠商交付技術性資料或電腦軟體之義務，自廠商受領最終交付之品項日起三年後消滅。

故機關應與廠商就交付資料之日期、價金及內容等進行協商以期達成意思之合致。

六、確保如期交運

依 DFARS 227.7103-6 (e) (2) 或 227.7104 (e) (4) 均規定，如機關認有確保廠商依約交付技術性資料及電腦軟體之必要，得於

¹⁰⁸ FAR 52.227-16 有相似之規定。



契約中規定¹⁰⁹：

機關得於契約中規定，如廠商未依約於期限內交付技術性資料，或未全部交付，或違反契約規定並未交付限制性權利之技術性資料或電腦軟體者，機關得保留契約百分之十以下之價金，至機關受領技術性資料或電腦軟體止。但廠商之遲延交付或部分給付係因不可抗力因素所致者，不在此限。機關保留應給付廠商價金之權利並不妨害機關其他權利之行使。

柒、對我國政府採購之檢討

政府採購法之子法「採購契約要項」並無採購技術性資料及電腦軟體之規定，工程採購契約範本第十八條、財物採購契約範本第十五條及勞務採購契約範本第十四條之（三）雖均有如下規定：

（三）廠商履約結果涉及智慧財產權者：（由機關於招標時載明）

- 機關有權永久無償利用該著作財產權。
- 機關取得部分權利（內容由機關於招標時載明）。
- 機關取得全部權利。
- 機關取得授權（內容由機關於招標時載明）。
- 廠商因履行契約所完成之著作，其著作財產權之全部於著作完成之同時讓與機關，廠商放棄行使著作人格權。廠商

¹⁰⁹ DFARS 252.227-7030.



保證對其人員因履行契約所完成之著作，與其人員約定以廠商為著作人，享有著作財產權及著作人格權。

□ 其他（內容由機關於招標時載明）。

然上開文字並未規定「永久無償利用該著作財產權」、「部分權利」、「全部權利」及「機關取得授權」之定義及其範圍，採購機關恐無所依據，又電腦軟體及技術性資料之涉及之智慧財產權與一般財物涉及之智慧財產權性質顯有不同，採購法規亦無特別之採購規定，顯有疏漏之處；美國聯邦政府對於該等智慧財產權利之保護及採購等，則有健全之理論及實務基礎，法院亦有諸多判決，均應具相當參考價值。適值科技日益進步之今日，政府採購電腦軟體及技術性資料之機會大增，則其中所產生的智慧財產權保護及採購方法等問題將不容忽視，主管機關宜及早規定之。

對於各採購案件之計畫階段作為，除行政院公共工程委員會所發布之「如何防止工程綁標」中於「工程採購各階段可能發生之弊失型態及因應作法」之「規劃設計階段」對於該環節可能發生之弊失型態與因應作法提供規範外，既未要求機關應進行市場調查、成本分析或危險評估，亦未有要求廠商充分競爭之規定，其他政府採購法及其子法亦均無此規定，則對於節省採購之經費及提升採購之效率性等，恐仍有立法缺漏之疑慮。

美國聯邦獲得規定（FAR）之第七部分「獲得計畫」中已將政府採購應如何避免浪費，應如何在最有效率、最經濟，且最符合時



效性之情況下滿足政府之需求，規定甚為詳細。經比較美國聯邦政府與我國之政府採購法令後，不難發現我國之立法確有不足之處，包括：1. 市場調查之要求，2. 以使用商業品項及非研發性之財物或勞務為原則，3. 成本分析之要求（包括產品全週期成本、設計成本、應列成本），4. 危險評估（包括技術、成本、時程等危險），及 5. 競爭極大化之要求等均漏未規定，此外，我國政府採購法令對於採購技術性資料與電腦軟體之契約內容、機關無權繪製成規格或圖說之採購方式、廠商報價、保固、廠商損害賠償責任、廠商交運責任等事宜亦皆付諸闕如，顯阻礙採購效率與功能，亦不能確保採購品質¹¹⁰，皆有修法予以補正之必要。

捌、建議（代結論）

技術性資料與電腦軟體性質不同，又因其是否為商業品項產生不同市場競爭之情況，故應分別規定採購機關於採購該等標的物時所取得之權利及採購規定。採購機關應履行採購計畫及實施市場調查以促成商業品項之採購，如商業品項不能滿足採購機關之需求，則應以使用非發展性之品項為原則，以節省成本。政府於採購供指揮、通信、管制、作戰、情報系統或發展尖端科技等使用之財物、勞務或工程時，極可能須自行或交由廠商發展非商業品項之技術性資料與電腦軟體。

¹¹⁰ 政府採購法第一條：「為建立政府採購制度，依公平、公開之採購程序，提升採購效率與功能，確保採購品質，爰制定本法。」



由於電腦科技日益進步，美國法院對於電腦軟體是否應予智慧財產權之保護？可歸納為下列幾點，頗值我國實務及理論界參考：

一、專利部分

法院認定三種項目不得申請取得專利：科學原理、自然現象及抽象概念。至於數學演算法及經營方式可否申請專利保護？若電腦軟體可適用於一種創新且實用之目的，則應予專利權之保護，換言之，若經一連串的數學計算將資料轉換成實用之發明，產生出有用的、非抽象的及實質成果，該發明非但可供記錄之用，亦可供機關於爾後交易時使用，則應予其專利。若電腦軟體於本質上係屬經營方法，則得申請為專利。

二、著作權部分

電腦軟體中之語文著作部分，例如原始碼及目的碼等，均受著作權之保護，但保護之範圍則因電腦科技之發展而不斷變化。至於非語文表達部分，例如採納他人之結構、組織等，是否亦應受保護？則應採用「抽象—篩選—比較」之三階段標準，以判斷電腦軟體應否受著作權之保護。

三、營業秘密部分

電腦軟體、電腦資料庫及文件均可為營業秘密，法院必須檢視企業主為維護資訊秘密性所採取的保護措施，如該資訊無秘密性，則無營業秘密可言。



電腦軟體及技術性資料之採購，在美國聯邦之採購法制中，有諸多值得參考及借鏡之處，於學理亦屬可行，而我國政府採購法及其子法中則有疏漏之處，謹將其中犖犖大者臚列為如下列之草案，建議於修法時，一併考量及加列：

一、政府採購法修正草案

政府採購法修正草案條文對照表		
修正條文	現行條文	說明
第六條 機關辦理採購，應以維護公共利益及公平合理之原則，降低行政作業成本，並確保競爭之機制，對廠商不得為無正當理由之差別待遇。	第六條 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。	<p>一、本條修正。</p> <p>二、建議加列之文字均加記底線，以求明確。</p> <p>三、將原「…合理為原則…」改為「…合理之原則…」以確定語意。另加列「降低行政作業成本，並確保競爭之機制」等語，至於其含意及具體作法則宜於政府採購法施行細則中規定。機關應力求降低行政作業成本以節省公帑</p>



		<p>¹¹¹，在現行政府採購法條文中並未見此類規定，又政府採購必須在廠商於充分而且公開競爭之情況下，方符政府之利益，然現行政府採購法亦無此規定，爰加列如上述之文字。</p>
<p>第十七條之一 機關於辦理採購之前，應製作採購計畫並實施市場調查以確定可能之商源。</p> <p>採購計畫應包括對採購之成本分析及危險評估等，其內容由主管機關定之。</p> <p>機關應實施市場調查以發現市場中所需之商業成品及非研發性質之標的，以節省採購之成</p>		<p>一、本條新增。</p> <p>二、機關於採購計畫階段應即實施市場調查，以期發現市場中是否有政府所需之商業及非研發性質之標的，以節省採購成本。如無所需之商業及非研發性質之標的，方可採購研發性質之標的。</p> <p>三、採購計畫之內容應包括成本分析及危險評估等。</p>

¹¹¹ 至於採購及行政作業成本之關係，見董珮娟，由政府採購協定及美國政府採購法論我國公共工程採購制度，同註 27，頁 122-6。



論 述

論技術性資料、電腦軟體及資料庫之採購方法及法律保護-以美國聯邦政府採購為例(下)

<p>本，並提升採購效能。</p>		<p>四、參考 FAR 7.103, 7.104, 10 U.S.C. § 2305 (a) (1) (a) 等之規定。</p>
<p>第七十條第六項 機關辦理技術性資料及電腦軟體採購，應明訂廠商交付之客體及機關取得之權利。其採購辦法由主管機關定之。</p>		<p>第六項新增。</p> <p>(一) 技術性資料及電腦軟體之性質與一般財物、勞務及工程不同，有另訂定採購辦法之必要。</p> <p>(二) 參考 2001 DoD Guide 及 Executive 13103 部分內容。</p>



二、機關採購電腦軟體及技術性資料辦法草案（逐條說明）

條 文	說 明
<p>第一條（訂定依據）</p> <p>本辦法依政府採購法第七十條第六項規定訂定之。</p>	<p>本條規定本辦法之訂定依據。</p>
<p>第二條（用詞定義）</p> <p>本辦法用詞定義如左：</p> <p>一、資料：謂經記錄之資訊，不論以何種形式或工具記錄之方法，均屬之。資料包括技術性資料及電腦軟體。</p> <p>二、電腦軟體：謂指由廠商自費發展具商業性、財務性及秘密性等營業秘密之電腦軟體，或為公開發表且受著作權法保護之電腦軟體，對於電腦軟體之輕微修改部分亦屬該電腦軟體。包括電腦程式、原始碼、原始碼目錄、目的碼目錄、細部設計內容、演算法、處理程序、流程圖、公式及足以使電腦軟體重製、改作或重編譯之相同媒介物者。但不包括電腦資料庫或電腦</p>	<p>本條明定對於客體—資料、電腦軟體、技術性資料、電腦資料庫及電腦軟體說明文件等加以定義。</p> <p>參考 DFARS 252.227-7014(a)、227.7103-9、7203-9 及 227.7102 之規定。</p>



<p>軟體說明文件。</p> <p>三、技術性資料：謂具科學性或技術性質之資料，但不包括電腦軟體。</p> <p>四、電腦資料庫：謂將業經轉為電腦能處理形式的資料紀錄集。電腦資料庫不包括電腦軟體。</p> <p>五、電腦軟體文件：謂指所有者手冊、使用者手冊、安裝指示、操作指示或其他相似之品項，且不受貯存方式之限制，凡能解釋電腦軟體之能力或具提供使用軟體之指示者，均屬之。</p> <p>六、具商業性質之技術性資料：謂廠商非為政府研發，而可供出賣、出租或授權一般公眾之技術性資料。</p> <p>七、具商業性質之電腦軟體：謂廠商非為政府研發，而可供出賣、出租或授權一般公眾之電腦軟體。</p>	
<p>第三條（採購具商業性質之技術性資料）</p> <p>廠商所交付具商業性質之技術性資料、組件或製程，推定由廠商自費發展，</p>	<p>參考 DFARS 227.7102 之規定。</p>



<p>機關得於機關內部使用、修改、重製、散布、或公開展示資料。</p> <p>非經廠商同意，機關不得製造資料，亦不得將資料交付第三人，但緊急修繕者則不在此限。</p>	
<p>第四條（採購具商業性質之電腦軟體）</p> <p>機關採購具商業性質之電腦軟體時，應依照廠商授權公眾之規定訂定取得之權利，如廠商授權之內容與機關所需者相異，則機關與廠商應進行協商。</p> <p>機關採購具商業性質的電腦軟體應使用確定固定價金契約，並原則上經由廠商以競價方式採購。</p> <p>機關不得要求廠商提供非供應公眾之商業電腦軟體或文件，但廠商依招標文件由政府提供經費修改商業電腦軟體者不在此限。</p> <p>非經廠商同意，機關不得要求廠商提供修改、重製、公開表演、展示、發表商業電腦軟體或文件之權利。</p>	<p>參考 DFARS 227.7202-1 及 227.7202-3 之規定。</p>



<p>第五條（辦理資料採購應遵循法令）</p> <p>機關應確保於獲得、重製、散布或傳送技術性資料或電腦軟體時，不得違反相關保護智慧財產權之法令。</p>	<p>本條明定基於對智慧財產權之保護已為普世之價值，機關於採購技術性資料或電腦軟體時，不得違反保護智慧財產權之法令。</p>
<p>第六條（採購資料契約之內容）</p> <p>機關應於採購技術性資料或電腦軟體之契約內，載明廠商應交付之客體，包括：</p> <ol style="list-style-type: none">一、內容。二、記錄及儲存之格式。三、交付及儲存之媒介物，包括紙、唯讀光碟或線上存取。四、廠商交付之技術性資料是否具備電腦輔助設計或電腦輔助製造系統之格式以供使用。五、如機關採購電腦軟體，則應於契約內載明所交付者係原始碼或由機器讀取之目的或可執行碼。 <p>機關認為必要，得於契約內規定下列</p>	<ol style="list-style-type: none">一、本條明定機關於辦理採購時，固應使用採購契約要項，然其內容究竟不能完全適用於技術性資料或電腦軟體之採購，爰將採購契約內之必要及非必要內容予以規定。二、參考美國防部 2001 DoD Guide 之規定。



<p>事項：</p> <ol style="list-style-type: none">一、改變交付客體之形式或內容。二、由廠商提供產品全週期維護及支援。三、機關得派員至廠商處檢查其製作之資料及軟體。	
<p>第七條（機關無權繪製成規格或圖說之採購方式）</p> <p>如採購機關對於擬採購之零件並無將其繪製成規格或圖說，並使之競標之權利，應採行下列任一程序進行採購：</p> <ol style="list-style-type: none">一、採購機關認為並不需相同設計之品項，即可獲得所需之標的物時，可依功能或效益訂定規格進行採購。機關可使用二階段分段開標或使用公平標示方法以進行採購。二、機關採用限制性招標進行採購時，得向發展或設計該物品或製程之廠商或其授權廠商進行採購，但該等廠商必須具備足夠之生產能力或能量，且價金必須公平及合理。	<ol style="list-style-type: none">一、本條明定若機關對於擬採購之零件並無權將其繪製成規格或圖說，以競爭方式採購，則應依政府採購法第二十二條及第二十六條之規定，依其功能或效益訂定規定進行採購，或洽原廠商以限制性招標方式進行採購。二、參考 DFARS 217.7503（1）之規定。



第八條 (機關無權繪製成規格或圖說之採購方式的替代方法)

機關認為前條第一款之規定並不適用，但仍有採購之必要，得採行下列替代方法：

- 一、鼓勵發展該零件之廠商提供其他廠商製造該標的物的授權。
- 二、獲得必需之權利。
- 三、當採購標的物需要非常複雜設備，且必需技術協助及資料方可建立其他商源時，以有權繪製成規格或圖說之廠商為領導廠商與其他廠商共同得標，以獲得技術並進行採購。
- 四、將價格選項列入採購契約內，並得要求廠商建立第二商源。
- 五、使用還原工程法並藉公開招標或選擇性招標以發展規格。但以能節省相當成本或經機關首長核定者為限，方得實施之。

一、本條明定機關採購於採購設計複雜之標的時未必能依功能或效益訂定規格進行採購，則可採行替代方法以完成採購任務。

二、參考 DFARS 217.7504 之規定。



<p>第九條（廠商報價之要求）</p> <p>廠商應將出賣資料之各品項載明於投標文件，以供機關研判各品項之價金是否合理及是否有重複採購之情形。如其中若干品項係屬尚未研發之資料，則廠商應於投標文件中載明該等品項之預估金額，廠商另應提供價金或成本資料以證明所報價格之合理性，價金或成本資料應作為投標文件之附件。</p>	<p>一、本條明定廠商必須於採購文件中載明各品項之價金；至於尚待研發之電腦軟體及技術性資料之預估金額及其成本或價金資料均應作為投標文件之附件。</p> <p>二、參考 DD From 1423 之規定。</p>
<p>第十條（技術性資料及電腦軟體之保固）</p> <p>除契約另有約定者外，廠商保證所有技術性資料及電腦軟體於交付機關時符合規格及其他契約條款之要求。除契約另有較長保固期限之約定外，保固之期限始於交付資料日起，以三年為限。</p> <p>採購機關認為保固之採購符合實際需求及成本效益，得採購資料之保固。機關認為有下列情形之一者，得採購特別保固：</p>	<p>一、參考 DFARS 246.708 之規定。</p> <p>二、機關得視需要，要求廠商對技術性資料及電腦軟體提供一般保固責任或特別保固責任。</p>



<p>一、瑕疵資料之修理及更換或價金之調整將不足以保護政府權利者。</p> <p>二、須另行要求損害賠償以防止廠商交付瑕疵資料者。</p>	
<p>第十一條（廠商違反保固義務之損害賠償責任）</p> <p>廠商對於違反保固規定之行為應負損害賠償責任。廠商除應依約負保固責任外，其所另負損害賠償責任不應超過確定固定價金型契約價金之百分之十。</p> <p>如採購之瑕疵資料係由廠商之分包廠商所提供，則廠商之賠償責任應不得超過下列規定：</p> <p>一、廠商與分包廠商採用確定固定價金契約時之百分之十的分包契約價金。</p> <p>二、廠商與分包廠商採用成本加固定利潤或成本加酬金契約時之百分之七十五的分包契約利潤。</p> <p>三、廠商與分包廠商採用固定價金或成本加誘因費用契約時之百分之七十五</p>	<p>一、參考 DFARS 252.246-7001 之規定，機關得要求廠商負擔違反保固義務之損害賠償責任。</p> <p>二、由於我國絕大多數之政府採購契約均使用確定固定價金契約，故本草案省略固定價金誘因契約之特別保固之規定。</p>



<p>的分包契約目標利潤。</p>	
<p>第十二條（確保如期交付）</p> <p>機關得於契約中規定，如廠商未依約於期限內交付資料，或未全部交付，或違反契約規定並未交付限制性權利之資料者，機關得保留契約百分之十以下之價金，至機關受領技術性資料或電腦軟體止。但廠商之遲延交付或部分給付係因不可抗力因素所致者，不在此限。</p> <p>機關保留應給付廠商價金之權利並不妨害機關其他權利之行使。</p>	<p>一、參考 DFARS 227.7103-6 (e) (2) 及 227.7104 (e) (4) 之規定。</p> <p>二、本條明定機關得要求廠商於違反如期交付義務時之損害賠償責任。</p>
<p>第十三條（施行日期）</p> <p>本辦法自中華民國 年 月 日施行。</p>	