

論複查考試成績之資訊公開限制 -- 典試法第二十三條之檢討

研究主持人：湯研究員德宗
中央研究院法律學研究所籌備處
協同主持人：賴助理教授宇松
國立東華大學環境政策研究所

考 試 院 委 託 研 究

中 華 民 國 94 年 11 月 21 日

論複查考試成績之資訊公開限制

-- 典試法第二十三條之檢討

湯德宗

(中央研究院法律學研究所研究員兼籌備處主任)

賴宇松

(國立東華大學環境政策研究所助理教授)

目 錄

壹、前言	1
貳、政府資訊公開法制	3
一、政府資訊公開之目的	4
二、各國立法例簡介	4
(一) 美國資訊自由法	5
(二) 英國資訊自由法	11
(三) 日本情報公開法	18
(四) 我國現制	27
參、典試法第二十三條體系檢視	32
一、典試法二十三條二項定性：「資訊公開」或「卷宗閱覽」之限制？	33
(一) 資訊公開與卷宗閱覽之分別	34
(二) 資訊公開與卷宗閱覽之競合	38
二、典試法二十三條二項之歸類：何種「豁免公開」？	40
(一) 典試法二十三條二項第一、第二款之豁免類型	41
(二) 典試法二十三條二項第三、第四款之豁免類型	42
肆、典試法第二十三條內容檢討	44
一、二十三條二項之商榷	45
(一) 典試資訊之「公開」與「限制公開」之利益權衡	45
(二) 政府資訊公開請求權為新興基本權	47
二、二十三條三項之商榷	51
(一) 排除行政程序法(含行政資訊公開辦法)之適用？	51
(二) 排除檔案法之適用？	52
(三) 排除訴願法、行政訴訟法之適用？	52
伍、結論—典試法第二十三條修正芻議	53

論複查考試成績之資訊公開限制

-- 典試法第二十三條之檢討

湯德宗*、賴宇松**

壹、前言

應考人參加國家依法舉辦之考試，而於考試成績有疑義者，得於榜示後申請複查，典試法第二十三條第一項定有明文。惟同條第二項明定其限制：

「應考人不得為下列之行為：一、申請閱覽試卷。二、申請為任何複製行為。三、要求提供申論式試題參考答案。四、要求告知典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員之姓名及有關資料」。

按行政程序法於八十八年一月十五日經立法院三讀通過，同年二月三日總統明令公布，並自九十年一月一日起施行。該法確立了行政機關作成行政決定（所謂「行政行為」）時，所應一體遵循之「正當程序」。除有關「公正」與「公平」之正當程序規定外，該法並仿美國聯邦行政程序法立法體例，將（政府資訊）「公開」一併納入。該法第四十四條第一項明揭資訊公開原則：「行政機關持有及保管的資訊，以公開為原則，限制為例外」。國家依法舉辦之考試試卷既屬考試機關（考選部）所持有、保管之資訊，且非屬同法第四十五條所列（行政機關）

* 現任中央研究院法律學研究所研究員兼籌備處主任、國立台灣大學國家發展研究所法律組合聘教授。日本東京大學法學部客座教授(2001-02)、德國科隆大學訪問學者(1993-94)、美國杜蘭大學法學博士(S.J.D., 1989)、美國哈佛大學法學碩士(LL.M., 1984)、國立台灣大學法律學研究所法學碩士(1981)、國立台灣大學法律學系法學士(1978)。

** 日本一橋大學法學博士，現任國立東華大學環境政策研究所助理教授。

應「主動」公開之範疇，除有法定「豁免公開」(exemptions to disclosure)之事由外，理當依（人民之）申請而公開（「被動公開」）¹。

又，同法第四十六條復仿德國聯邦行政程序法立法體例，規定當事人於行政程序中有「卷宗閱覽請求權」：「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」。是應考人於收到考試成績通知單，不服未獲錄取而擬訴願者，即有為「主張或維護其法律上利益」之必要，而得依同法第四十六條申請閱覽「有關資料（試卷）或卷宗」。²同條第二項定有五款「拒絕提供閱覽」之事由，申請閱覽試卷不在禁止之列。

按前揭典試法第二十三條第二項之限制，原載考試院「應考人申請複查成績辦法」（85/05/21 修正）第八條。嗣以行政程序法施行後，為期繼續限制試卷及相關資訊之公開，爰於九十一年一月十八日修正典試法，除增定第二十三條第二項如前揭外，並增訂第三項：「其他法律與前項規定不同時，適用本條文」。雖然如此，未獲錄取之應考人對於前揭典試法限制規定是否適法，甚至是否合憲，仍有質疑，屢見爭訟。

本研究擬借鏡先進國家相關立法例，包括：美國 Freedom of Information Act (US FOIA)、英國 Freedom of Information Act 2000 (UK FOIA)、日本情報公開法等，澄清我國典試法第二十三條（尤其第二項）所涉問題，提出具體修正建議，釐清「資訊公開」與「卷宗閱覽」之關係，妥善兼顧人民「知的權利」與相關之公、私利益。

¹ 按關於「被動公開」，行政程序法原漏未規定，嗣由依該法四十四條第三項授權訂定之「行政資訊公開辦法」第六條所補充。參見湯德宗，〈論正當行政程序〉，輯於氏著，《行政程序法論－論正當行政程序》，頁1以下（頁31）（台北：元照，2005年2月，二版二刷）。

² 參見法務部九十年九月六日法九十律字第0三一二00號函（「按行政程序法第四十六條所得申請之時間係指行政程序中或行政程序終結後之法定救濟（包括依該法第一百二十八條規定申請程序重新進行）」，輯於法務部（編印），《行政資訊公開法令解釋彙編》，頁29（台北：法務部，2003年12月初版）。

本計畫計分為五節。第一節「前言」界定研究問題。第二節簡介美國、英國與日本資訊公開立法例，並與我國相互比較。第三節由法體系宏觀角度，檢視典試法二十三條第二、三項所涉及的問題，嘗試釐清「資訊公開」與「卷宗閱覽」之關係。第四節進一步體檢典試法二十三條第二、三項之內容，就其「適法性」及「合憲性」進行檢討。第五節總結研究心得，提出典試法第二十三修正芻議。

貳、政府資訊公開法制

使人民獲悉政府機關持有、保管之資訊³，俾政府決策得以透明、官僚弊端無所遁形，進而落實人民參政權，乃當代民主法治國家普遍努力的目標。美國「資訊自由法」(Freedom of Information Act of 1966，嗣經 1974 年、1996 年修正，以下簡稱 US FOIA)、英國「資訊自由法」(Freedom of Information Act 2000，以下簡稱 UK FOIA)、日本「情報公開法」(1999 年)皆為適例。⁴

我國行政程序法(88/02/03 制定、90/01/01 施行)第四十四條第一項前段明揭：「行政機關持有及保管之資訊⁵，以公開為原則，限制為例外」；同條第三項更罕見地指示：「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」。行政院已數度提出「政府資訊公開法」草案(以下簡稱「草案」)，刻正在立法院審議中。

³ 或以「公共紀錄」(public records)稱之(如 US FOIA §552)，或以「資訊」(information)稱之(如 UK FOIA s. 51(8) & 75(2))，實際殆可以「公共資訊」(public information)概括。

⁴ 統計顯示，截至 2004 年 5 月，全世界共有超過五十個國家定有政府資訊自由法，而有超過三十個國家刻正立法中。See DAVID BANISAR, THE FREEDOMINFO.ORG GLOBAL SURVEY: FREEDOM OF INFORMATION AND ACCESS TO GOVERNMENT RECORD LAWS AROUND THE WORLD 2 (May 2004) (http://www.freedominfo.org/survey/global_survey2004.pdf，最後瀏覽日期，2005 年 6 月 19 日)。德國原不在前舉八十國之列，參見許宗力，〈德國的資訊公開〉，輯於氏著，《憲法與法治國行政》，頁 427 以下(台北：元照，1999 年初版)。惟德國近日(2005 年 9 月 5 日)業已通過「資訊自由法」(Informationsfreiheitsgesetz, BGBl. I S. 2722)，預定自 2006 年 1 月 1 日施行。

⁵ 依同法第四十四條第二項之規定，此所謂「資訊」，係指行政機關所持有或保管之文書、圖片、紀錄、照片、錄影(音)、微縮片、電腦處理資料等，可供聽、讀、閱覽或藉助科技得以閱讀或理解之文書或物品。

一、政府資訊公開之目的

查各國所以紛紛立法，公開政府資訊，不外為實現三項目的。第一，確認政府（持有、保管之）資訊為公有財(common goods)，應由全民公平共享。在資訊造就財富的資訊時代，政府資訊公平共享不僅有理論上的意義，實際上尤有必要。第二，為體現「國民主權原則」，使人民有效監督政府，須能獲悉政府運作有關資訊。⁶所謂「知的權利」(right to know)包含「政府資訊公開請求權」(right of access to government information)。⁷第三，政府資訊的普遍公開且為「深化民主」理念，方便人民適時、主動參與政府決策，以匡補「代議民主」(representative democracy)、定期選舉之不足。⁸

我國「政府資訊公開」草案（以下簡稱「草案」）第一條明揭：「為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用資訊，保障人民知的權利，增進人民對於公共事務的瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，特制定本法」，堪稱中肯。⁹

二、各國立法例簡介

按設有資訊公開法的國家無不明定：政府資訊以「公開為原則」，限制公開為例外。亦即，承認人民（依法律）享有「政府資訊公開請求權」。相對的，德國（聯邦）除為遵行歐盟指令¹⁰而制定「環境資訊

⁶ 湯德宗，〈行政程序法之立法目的〉，輯於氏著，前揭（註1）書，頁51以下（頁54）；並見陳愛娥，〈政府資訊公開法制的憲法基礎〉，《月旦法學雜誌》，第62期，頁24（2000年7月）。

⁷ 參見湯德宗，〈「資訊政府資訊公開請求權」入憲之研究〉，發表於中央研究院憲改論壇—法政對話之二，《「憲法實踐與憲改議題」圓桌討論會》（http://www.ias.sinica.edu.tw/0805_speech.htm，最後瀏覽日期2005年9月19日）（台北：中央研究院法律學研究所籌備處主辦、中央研究院政治學研究所籌備處協辦，2005年6月25日）。

⁸ 湯德宗，前揭（註6）文，頁57。

⁹ 且政府資訊公開，一如「言論自由權」。亦有其本質目的—維護「人性尊嚴」。參見李震山，〈資訊時代下資訊權入憲之芻議〉，《律師雜誌》，四月號，頁16（2005年4月）。

¹⁰ 歐體理事會(European Council)首先於1990年制定「1990年環境資訊公開指令」(Council Directive 90/313/EEC on the freedom of access to information on the environment)，嗣於2003年修訂為「2003

法」(Umweltinformationsgesetz)¹¹，公開環境資訊外，原未有全面（一般）性政府資訊公開制度，而僅於行政程序法中設有「卷宗閱覽請求權」，允許「程序當事人」獲悉「有關資料或卷宗」。雖行政程序當事人之「卷宗閱覽請求權」亦有便利人民獲悉政府資訊的附帶作用，惟其主要用意乃在確保（訴訟或行政程序）「當事人對等」原則，保障當事人之「聽證權」(right to hearing)，屬於「附屬程序權」。與「資訊公開請求權」乃人民（任何人）依法皆得擁有之「獨立實體權」，性質迥異，不可混為一談！¹²

我國行政程序法第一章第七節（「資訊公開」）計有四條。第四十四條、第四十五條仿美國立法例建構「資訊公開」制度；第四十六條則仿德國立法例，予當事人「卷宗閱覽請求權」。既有「資訊公開」，又有「卷宗閱覽」，企圖將不同制度融於一爐，乃出現本文探討的特有問題。

綜觀各國資訊公開立法不外規範五要項：適用範圍（主體與客體）、主動公開、被動公開、豁免公開及救濟途徑。茲分述之。

（一）美國資訊自由法

為實現「開放政府」(open government)的理念，美國國會在 1966 年 7 月 4 日制定「資訊自由法」(Freedom of information Act, US FOIA)，確立政府資訊「以公開為原則，不公開為例外」。嗣經 1974 與 1996 年兩次主要修正。

年公眾接近環境資訊指令」(Directive 2003/4/EC on public access to environmental information)。

¹¹ 德國為履行歐體「1990 年環境資訊公開指令」的要求，於 1994 年制定「環境資訊法」；嗣為因應「2004 年公眾接近環境資訊指令」，於 2004 年 12 月重新修訂「環境資訊法」。

¹² 參見法務部(90.03.14)法九十律字第 00550 二號函、法務部(90.05.21)法九十律字第 01212 三號函；詳見本文下述參、二之說明。

一九七四年資訊自由法修正重點略有：

- 允許聯邦地方法院依其職權，就國防、外交資訊的保密區分是否妥當，進行秘密審閱 (in camera review) ；¹³
- 明定機關對人民之（資訊公開）申請，應限期作成答覆；¹⁴
- 訂定有關檢索 (document search)、複製 (duplication) 等直接成本 (direct costs) 之收費標準；
- 法院判定申請人勝訴，而命行政機關公開資訊時，得併判決補償申請人相當之律師費用及訴訟費用；
- 對故意不為公開之公務員，功績制度維護委員會 (Merit System Protection Board) 特別法律顧問 (Special Counsel) 應主動調查，決定是否進行懲戒；聯邦地方法院對不服從法院命令，拒絕公開之公務員，得處以藐視法庭罪 (contempt)。

一九九六年電子資訊自由法修正案 (Electronic Freedom of information Amendments of 1996, EF0IA) ¹⁵將資訊自由法擴大適用於「以電子形式製作或儲存的檔案」，並要求各機關設立「電子閱覽室」 (electronic reading rooms)，允許民眾上線瀏覽常用機關檔案。

二〇〇一年 9/11 恐怖攻擊事件後，為加強保護「重大公共建設」 (critical infrastructure information)，國會於 2002 年 11 月 25 日制定「國土安全法」 (Homeland Security Act)。除成立「國土安全部」 (Department of Homeland Security Act)，統一事權外，並於其中「重大公共建設資訊法」 (Critical Infrastructure Information Act, CIIA) 增訂 FOIA 第十種豁免條款，使有關「重大公共建設之資訊」得以豁免公開。

¹³ 5.U.S.C. §552(a)(1)(A).

¹⁴ 亦即，自接受申請後十日內應決定是否公開，其決定不公開者，申請人可申訴，機關應於二十日後就申訴做成決定。

¹⁵ Pub. no. 104-231, 5 U.S.C. §552(as amended)

US FOIA 要義可分由「適用範圍」、「主動公開」、「被動公開」、「豁免公開」及「救濟途徑」等項，概述如下。

1.適用範圍

US FOIA 原則上適用於「聯邦行政機關」所持有、保管的「機關紀錄」。(agency record”)。

1.1 適用機關（應遵守 FOIA 公開資訊的機關）

FOIA 定義「機關」(agency)為「美國聯邦行政部門中的各級行政機關」，包括：軍事機關(military department)、國營事業(government corporation)（含由政府所控制的公司(Government controlled corporation)）、以及其他所有行政部門的機關，含總統行政室(the Executive Office of the President)及獨立管制機關(independent regulatory agency)¹⁶。相較於其他國家，US FOIA 僅適用於聯邦「行政機關」（廣義），不及於立法機關（國會）或司法機關（法院）。蓋 FOIA 為聯邦「行政程序法」(Administrative Procedure Act, US APA)的一部份【圖一】。但應特別說明者，US APA 未有如我行政程序法第三條第三項之（看似）「統一」適用（於各種行政行為）之（事項）除外規定，各項「程序規定的例外」（不適用情形）分見於各該程序之規定。

1.2 適用客體（應依 FOIA 公開的資訊）

應依 FOIA 公開之客體為「機關紀錄」(agency record)，指由行政機關持有之一切資訊，不論其形式係書面或電子磁檔。凡「機關紀錄」所載者，即為「資訊」(information)，而有本法之適用¹⁷。

¹⁶ 5 U.S.C § 552(f)(1).

¹⁷ 5 U.S.C § 552(f) (2).

2.主動公開

US FOIA 規定行政機關應不待人民請求而公開（所謂「主動公開」）的資訊及公開方式計有：

- 1)主動登載公報。行政機關應主動在聯邦公報(Federal Register)上登載例如機關組織、法規命令、釋示令函等資訊。¹⁸
- 2)提供檢索、影印。行政機關應提供公眾檢索與影印特定資訊，例如：行政裁決之決定、未曾刊載於聯邦公報之政策聲明與釋示令函、機關職員作業手冊等。¹⁹為避免侵害個人隱私，機關在提供前，得刪除其中可資辨識的細節。
- 3)編製索引。行政機關應將其所持有之檔案紀錄編列成冊、製作索引，俾便人民得知哪些資訊可供閱覽。²⁰

3.被動公開

「被動公開」指行政機關依人民之請求（申請）而公開資訊。由於應行「主動公開」之資訊僅占政府資訊的極小部分，被動公開實際為資訊公開的主要途徑。凡是依 FOIA 應公開之政府資訊，除已主動公開者外，各級聯邦行政機關於人民依法定程序、合理描述所請公開資訊，並繳納必要費用時，即應許人民閱覽。²¹亦即，任何人(any person)皆依法定程序，申請行政機關公開資訊的權利，不問其身份或動機為何。

4.豁免條款

為貫徹行政資訊「以公開為原則，不公開為例外」的原則，US FOIA 列舉了九項限制公開的「例外」-- 豁免公開(exemptions from

¹⁸ 5 U.S.C. § 552(a)(1)(A).

¹⁹ 5 U.S.C. § 552(a)(2).

²⁰ 5 U.S.C §552(g).

²¹ 5 U.S.C § 552(a)(3).

disclosure)。²²2001 年 9/11 恐怖攻擊事件後並新增第十種豁免--「重大公共建設資訊」豁免²³。行政機關認為人民申請公開之資訊屬於「豁免公開」，應負舉證責任。十項豁免為：

4.1 豁免一／國家安全(Exemption 1: national security)：基於國防或外交利益，依總統發佈之行政命令，經適當核定應予保之密資訊。

4.2 豁免二／機關內規(Exemption 2: internal agency rules)：單純涉及機關內部人事規則與作業之資訊。²⁴

4.3 豁免三／依其他法律豁免公開者(Exemption 3: information exempted by other statutes)：其他法律明定某項資訊豁免公開，且全然未予機關裁量空間者；或法律就某項資訊豁免公開定有基準，或指明某類資訊「應」豁免公開者。²⁵

4.4 豁免四／貿易秘密(Exemption 4: trade secrets)：多數法院認為此類豁免包括兩種不同但重疊的資訊：（1）貿易秘密及（2）由個人處獲得，且屬特惠(privileged)或機密(confidential)性質的「商業暨財務資訊」(commercial and financial information)。所謂「個人」，包括公司及外國政府，但不包括由政府作成的資訊。

4.5 豁免五／機關間或機關內之備忘(Exemption 5: inter-agency and intra-agency memoranda)：本項豁免乃在避免洩漏機關作成決策前的思辨過程，以鼓勵機關坦誠討論法律與政策問題。²⁶

²² 5 U.S.C. § 552(b).

²³ 2002 年 9 月 11 日發生九一一恐怖攻擊事件，對美國法制的影響，請參閱廖元豪，〈美國反恐怖主義相關法律措施之簡介與評論〉，《月旦法學雜誌》，第 80 期，頁 272 以下（2002 年 1 月）。

²⁴ Department of Air-Force v. Rose, 425 U.S. 35 (1976)（空軍官校不得拒絕向 N.Y.U. L. Rev. 之學生編輯公開該校學生獎懲案件之摘要。聯邦最高法院並暗示：需受請公開之資訊僅具有內部意義，純屬例行作業，且公開將增加機關之負擔者，始得拒絕公開）。

²⁵ §552(b)(3).

²⁶ 這項規定屬於傳統的「行政特權」(executive privilege)的一部份。See, STANLEY A. REIGEL & P. JOHN

4.6 豁免六／個人隱私(Exemption 6: personal privacy)：其公開將對個人隱私構成顯然不當之侵害(clearly unwarranted invasion of personal privacy)者，例如人事與醫療檔案。

4.7 豁免七／執法紀錄(Exemption 7: law enforcement records)：為執法之目的而建立的調查檔案，其公開將妨礙執法程序、或剝奪他人公平受審之權利、或造成他人之個人隱私遭受不當侵害、或洩漏機密來源、或洩漏政府機關執法方法、程序或準則致法律難以適切執行、或將威脅他人生命、身體安全者。

4.8 豁免八／金融機構紀錄(Exemption 8: records of financial institutions)：財政機關為管制或監督金融機構而製作之資料。

4.9 豁免九／油井資料(Exemption 9: oil well data)：關於油井之地質與地理資訊。

4.10 豁免十／關鍵性基礎建設資訊(critical infrastructure information)：與重大公共建設及防衛體系相關之行政機關或私人自願提供之有關「關鍵性基礎建設」的商業資訊(voluntarily-provided business information relating to “critical infrastructure”)。²⁷

5. 救濟程序

人民申請公開資訊，遭行政機關拒絕者，得於「窮盡行政救濟途徑」(exhaustion of administrative remedies)後，向聯邦地方法院(Federal District court)提起訴訟²⁸。FOIA 規定聯邦地方法院有權核發禁制令(injunction)，命被告機關公開人民申請之資訊。

OWEN, Administrative LAW: THE LAW OF GOVERNMENT AGENCIES 31(Ann Arbor Science, 1982).

²⁷ 此為 Homeland Security Act 2003 所增訂。

²⁸ FOIA 適用對象為美國聯邦各級行政機關，其所提之訴訟以聯邦地方法院為初審法院。

訴訟時，法院得重新審查行政機關所為不予公開之決定。換言之，FOIA 授權法院得針對行政決定之內容重新審查(*de novo review*)。法院並得採取「秘密審查」(*in camera review*)方式，檢閱系爭資訊是否合於豁免條款。被告機關就申請資訊該當豁免條款一事，應負舉證責任。除法院另有指示外，被告機關應於訴訟提起後三十日內提出答辯。

經全盤審酌，法院認定被告機關不當拒絕人民之申請，而判令被告機關公開系爭資訊時，得併命被告機關償付訴訟費用，包括原告所支出的律師費用和其他支出²⁹。行政人員拒絕公開涉及不法時，法院得將之交付檢察官偵察。拒不遵命公開資訊者，法院得以藐視法庭(*contempt of court*)罪論處³⁰。

(二) 英國資訊自由法

英國於 2000 年制定「資訊自由法」(*Freedom of Information Act 2000*, UK FOIA)，規範由官方以及為官方提供服務之私人所持有之資訊之公開事宜，確立人人（含外國人）皆有獲悉官方持有之資訊的一般性權利。歷經五年準備，該法已於今(2005)年 1 月 1 日施行。全文計有八章(parts)88 條、7 個附表(schedules)，其架構略如【圖二】所示。

1. 適用範圍

1.1 適用主體

英國資訊自由法予人民獲悉英國「官方持有之資訊」的權利。所謂「官方」(*public authority*)略分為三類：第一類為列名於附表一(sch. 1)的政府中央、地方機關、全國衛生機構、教育機構、及警察機關³¹；

²⁹ 甚至為鼓勵人民興訟，只要是實質勝訴，法院亦得要求行政機關負擔原告之律師費用。

³⁰ 5 U.S.C 552 § (a)(4)(G).

³¹ s. 3(1)(a)(i) & sch. 1.

第二類為受託行使公權力之第三人，並經國務大臣(Secretary of State)指定（為「官方」）者³²；第三類為由列名附表一之機關百分百所有之公營公司(public-owned company)³³。

1.2 適用客體

本法適用於一切「官方持有」的資訊。縱然係在 2005 年 1 月 1 日前作成，只要該資訊於 2005 年 1 月 1 日以後仍由官方持有，即有本法之適用。所謂「資訊」(information)，指以任何形式記錄之資訊³⁴；其非以一定形式記錄之資訊（如公務員之口頭陳述），則非本法所稱之「資訊」³⁵。所謂「官方持有」之資訊，僅需官方持有資訊紀錄即可；至於紀錄之形式究係書面、數位化抑或錄音、錄影，在所不問。雖「資訊公開請求權」之客體為「資訊」，而非「文件或任何其它呈現資訊之物」，但實務上，官方為求便利，得以提示相關文件代替之³⁶。

2. 主動公開

UK FOIA 亦將公開方式區分為「主動公開」與「被動公開」。主動公開的方式，主要係由「官方」自行擬定「公開計畫」(Publication Scheme)為之。公開計畫應詳細說明官方擬公開之資訊為何、擬以何種方式公開、以及取得該等資訊之費用等。公開計畫擬揭露的某些資訊，例如機關內部作業手冊、指南、規範及程序等，因涉及個案判斷之依據，具有重大價值。公開計畫須獲得「資訊官」(Information Commissioner)認可。雖資訊官對於公開計畫之特定內容未有強制增刪的權力，但得具明理由，拒絕認可或撤銷認可。³⁷

³² s. 3(1)(a)(ii) & 5.

³³ s. 3(1)(b) & 6.

³⁴ See s. 51(8) & 75(2).

³⁵ See MICHAEL Supperstone & TIMOTHY PITT-PAYNE, *THE FREEDOM OF INFORMATION ACT 2000* 18 (2001).

³⁶ See Daniel Cooper, *UK Freedom of Information Act 2000: Boon or Bane*, 26 COMP. LAW 217, at 217 (2005).

³⁷ PATRICK Birkinshaw, *FREEDOM OF INFORMATION: THE LAW, THE PRACTICE AND THE IDEAL* 294 (2001).

3. 被動公開

未列入公開計畫之資訊，得因人民之申請而公開。依據 UK FOIA 之規定³⁸，任何人皆得向官方申請提供資訊，「任何人」包括自然人、法人及非法人團體³⁹；除英國人外，並包括外國人⁴⁰。任何人應以書面向官方申請公開資訊。對於口頭申請，官方無提供資訊之義務。惟申請人不能以書面提出者，受理機關應予協助、或告知能為協助之機關，或記錄申請人之口頭申請送交申請人確認，並得以收到申請人之確認當作書面申請⁴¹。

所謂「資訊公開請求權」指受請求之官方具有兩項義務：

- 1) 「肯認／否認義務」(duty to confirm or deny)，即應告知申請人是否持有所請之資訊；
- 2) 「提供義務」(duty to communicate)，如官方持有所請資訊，應提供予申請人。官方決定公開所請之資訊者，無庸考量「肯認／否認的義務」；若決定不公開所請資訊，則需考量「肯認／否認的義務」

⁴²
。

官方應自收到申請（書）之日起 20 個工作天內⁴³，履行其「肯認／否認義務」及「提供義務」，以維申請人權益。所謂 20 個工作天之計算，係以申請人完納申請費起算；自繳費通知書送達當事人之日，至費用完納之日，並不算入。⁴⁴如為衡酌公開與豁免公開間之利益確有必要，所涉非屬「絕對豁免」時（後詳），官方得不受上述處理期間（20 個工作天）的限制；惟仍應於該期間內，通知申請人，說明其申請涉及

³⁸ UK FOIA2000, s.1.

³⁹ PHILIP COPPEL, *Information Rights* 265 (2004).

⁴⁰ PHILIP COPPEL, *supra* note 39, at 217.

⁴¹ Code of Practice on the Discharge of Public Authorities' Functions under Part I of the Freedom of Information Act 2000, para 8; see *also*, PHILIP COPPEL, *supra* note 39, at 304.

⁴² PHILIP COPPEL, *supra* note 39, at 245.

⁴³ s. 10(1).

⁴⁴ s. 10(2).

何種豁免規定及官方預定作出決定的期限⁴⁵。另，UK FOIA 亦授權國務大臣得依 s. 10(4) & 10(5)之規定，在 60 個工作天的範圍內，延長不同類型的申請案的處理期間。

原則上，官方得以當時適當方式「提供」資訊，但申請人亦得於 s. 11(1)所定三種方式中，選擇一至三種，作為官方提供資訊的方式：

- 1)以永久形式或其他申請人可接受之形式，提供資訊予申請人；
- 2)提供申請人合理機會，檢閱內含申請資訊之紀錄；
- 3)以永久形式或其他申請人可接受之形式，提供資訊之摘要予申請人。

4.豁免規定

除「公開的成本過於高昂」(s. 12)及「重複申請」(s. 14)兩項外，UK FOIA 所定「豁免公開」悉載於該法第二章「豁免資訊」(Part II: Exempt Information)第 21 至 44 條。此 23 項豁免事由，依其公開所涉及之公益高低，又分為「絕對豁免」(absolute exemptions)與「有條件豁免」(qualified exemptions)兩種。屬「絕對豁免」之資訊，不問揭露該資訊所涉公益為何，官方應概不予公開；屬於「有條件豁免」之資訊，僅於官方認為豁免公開之公益大於公開之公益時，始得不予公開。茲簡介該法「豁免公開」規定如下：

4.1 絕對豁免

屬於「絕對豁免」之資訊計有八種：

- 1)申請人可經由申請以外之方式，合理取得資訊者（如公開計畫中所載之資訊、或國會立法中所載之資訊），應豁免公開⁴⁶；
- 2)由安全或情報機構提供，或有關該等機構之資訊，應豁免公開；有確

⁴⁵ s. 10(3).

⁴⁶ s. 21.

認或否認義務(the duty to confirm or deny)者，亦同⁴⁷；

- 3) 因個案審理而提出於法院，或由法院掌握，或法院所製作之文書中的資訊，以及機關為進行仲裁而取得之資訊⁴⁸；
- 4) 為避免侵害國會（上議院或下議院）之特權，須豁免公開者⁴⁹；
- 5) 公開將妨害部長集體責任傳統(the convention of the collective responsibility of Ministers of the Crown)之維繫、或妨礙思辨時自由而坦誠的意見交換，或以其他方式妨害公務事務之有效遂行者，或有妨害之虞者，應豁免公開⁵⁰；
- 6) 資訊係為申請人之個人資料，或其揭露將牴觸「資料保護原則」或1998年資料保護法(Data Protection Act 1998)第10條之規定，或資料主體(data subject)對之並無個人資料接近權(right of access to personal data)者，應豁免公開⁵¹；
- 7) 機關自個人處取得之資訊，其公開將構成該人或任何人得以訴訟主張之保密義務之違反(a breach of confidence)者，應豁免公開⁵²；
- 8) 其公開為其他法律所禁止者、或違反歐盟義務之履行者、或將構成可在法院起訴之藐視法庭(contempt of court)罪者，應豁免公開⁵³。

4.2 有條件豁免

屬於「有條件豁免」者，計有十五項：

- 1) 機關或個人為將來公開之目的（不論公開日期已否確定），而持有之資訊得豁免公開；其有確認或否認之義務者，亦同⁵⁴；
- 2) 資訊雖非屬絕對豁免公開之「情報事項」(s. 23)，但為維護國家安全，部長得以「證書」(certificate)拒絕公開國安資訊；申請人對

⁴⁷ s. 23.

⁴⁸ s. 32.

⁴⁹ s. 34.

⁵⁰ s. 36.

⁵¹ s. 40.

⁵² s. 41.

⁵³ s. 44.

⁵⁴ s. 22. 例如為徹查機關醜聞事件而組成調查小組，事件相關資訊應保密至未來向國會提出調查報告而公布時。

- 該拒絕公開證書得向資訊法庭(Information Tribunal, IT) 申訴，資訊法庭認為部長簽發證書無理由者，可廢棄部長前開證書⁵⁵；
- 3) 資訊公開將妨害英倫諸島或任何殖民地之防禦，或軍隊之能力或效率者，或有妨害之虞者，得豁免公開⁵⁶；
 - 4) 公開將妨害英國與其他國家之關係、或英國與國際組織或國際法庭之關係、或英國之海外利益者，或有妨害之虞者，得豁免公開⁵⁷；
 - 5) 公開將妨害英國中央政府與蘇格蘭政府、北愛爾蘭國會行政委員會或威爾斯國家委員會間之關係者，或有妨害之虞者，得豁免公開⁵⁸；
 - 6) 公開將妨害英國全體或部分經濟利益，或英國境內任何政府之財政利益者，或有妨害之虞者，得豁免公開⁵⁹；
 - 7) 政府機關本於職權所為之調查或刑事偵查而獲得之資訊，得豁免公開⁶⁰；
 - 8) 雖非屬政府機關本於職權所為調查或刑事偵查而得豁免公開之資訊，但若公開將妨害法律之執行者，或有妨害之虞者，得豁免公開，包括：犯罪預防或偵查、罪犯起訴或逮捕、審判之進行、稅捐之稽徵或評定、移民管制、監獄安全管理、其他合法拘留處所之安全管理等⁶¹，得豁免公開；
 - 9) 公開將妨害機關遂行對其他政府機關進行財務稽核或效率考核之功能者，或有妨害之虞者，得豁免公開⁶²；
 - 10) 涉及政府政策之形成、部長間溝通、法律官員提供或請求建議之資訊，得豁免公開；但決策作成後，曾作為決策背景之事實資訊(factual information) (如統計資訊 statistical information))，不在得豁免公開之範圍⁶³；

⁵⁵ s. 24.

⁵⁶ s. 26.

⁵⁷ s. 27.

⁵⁸ s. 28.

⁵⁹ s. 29.

⁶⁰ s. 30.

⁶¹ s. 31.

⁶² s. 33.

⁶³ s. 35.

- 11) 有關女王、王室家族之通訊，及女王授與榮典之資訊，得豁免公開⁶⁴；
- 12) 公開將妨害個人之身心健康或其安全者，或有妨害之虞者，得豁免公開⁶⁵；
- 13) 官方持有之環境資訊，雖依 s. 74 應予公開，但若維持豁免公開之公益大於公開之公益時，得豁免公開⁶⁶；
- 14) 資訊屬於法律職業特權之主張，或在蘇格蘭屬於通訊機密之主張，於訴訟上能成立者，得豁免公開⁶⁷；
- 15) 構成營業秘密之資訊，或其公開將損害任何人（包括持有該資訊之政府機關）之商業利益者，或有損害之虞者，得豁免公開⁶⁸。

5. 執行與救濟

申請人不服官方拒絕（否准）公開資訊之決定時，應先循機關內部之救濟途徑，尋求救濟，於窮盡機關內部救濟程序仍不獲救濟時，得申請資訊官對官方否准之決定為審查。資訊官得作成：

- 「認定通知」(decision notice) 並為救濟教示(notice of rights of appeal)。「認定通知」可為（官方否准之決定）係屬合法之「合法確認」(statement of compliance) 或屬違法之「違法確認」(statement of non-compliance)；
- 「執法通知」(enforcement notice)（命官方公開資訊）並為救濟教示(notice of rights of appeal)；
- 「資訊通知」(information notice)（命官方提供資訊官做成決定所需之資訊）並為救濟教示(notice of rights of appeal)。

機關拒不遵守前述任一種「通知」，亦未申訴（後詳）者，資訊官

⁶⁴ s. 37.

⁶⁵ s. 38.

⁶⁶ s. 39.

⁶⁷ s. 42.

⁶⁸ s. 43.

得「認證」(certify)機關（之不作為）違法，移送 High Court 請求科處該管公務員以「藐視法庭」(contempt of court)罪。

申請人或機關皆得就資訊官作成之「認定通知」(decision notice)，向「資訊法庭」(information tribunal, IT)申訴；唯機關得就資訊官所為之「執法通知」(enforcement notice)及「資訊通知」(information notice)，向「資訊法庭」提出申訴。關於資訊官之決定，資訊法庭得就其「事實基礎」與「法律基礎」兩者加以審查。不服資訊法庭之裁決者，得向 High Court 上訴，此為資訊公開爭議之最終救濟。

（三）日本情報公開法

於日本對於情報公開請求制度高度關注應可溯及 1970 年代之後。在 1971 年於美國發生越南秘密電報洩漏事件、又如於 1972 年日本也發生外務省機密洩漏事件之引起輿論對於情報公開之關注。再者，又於 1976 年發生洛基德事件，此事件成為日後情報公開法制定之契機。日本政府對於上述一連串事件原先以主動公開之方式設置文書閱覽制度，並於 1980 年於各省廳中設置文書閱覽窗口加以對應。

其後於基於 1983 年第二次國會臨時會答辯之結論於，總務廳下設置關於情報公開專門研究會；另一方面在野黨也不斷地向國會提出情報公開法案。其後於政局改變過程中，日本政府為研擬有關情報公開之制定，於 1995 年於行政改革委員會下設置行政情報公開部會，並由該部會製作情報公開綱要草案後，於 1998 年提交國會審議。此草案於提交國會後歷經三次連續審查，並經參議院、眾議院之若干修正後正式於 1999 年 5 月 7 日制定了「關於行政機關保有情報公開法律〈以下稱「情報公開法」〉」，⁶⁹本法之體例鳥瞰請參見【圖三】所示。又日語

⁶⁹ 宇賀克也，〈情報公開法について〉，輯於氏著，《情報公開法・情報公開》頁 3-4（有斐閣・2001 年）。

中對照於英文之(information)之翻譯為「情報」，其定義為為：「1. 關於某事情之傳達，例如「極秘情報」；以及 2. 為下判斷或為特定行動所需藉由種種媒體所傳達之必要知識」⁷⁰。因其定義未必與中文之「資訊」一詞完全相同，故本文中仍保留日文「情報」用語。

如上所述日本的情報公開基本上亦分為「主動公開」與「被動公開」（應國民之要求而公開）兩種途徑。茲分述如下：

1. 適用範圍

日本情報公開法制中，究竟「誰」可向「何機關」，經由「何種程序」請求公開「何種文書、資訊」？

第一點於請求情報公開之際為公開不公開判斷主體——作為請求對象機關之行政機關範圍問題。第二點乃請求權者之範圍〈公開請求權〉，此外尚有特定請求文書問題。再者，即使是該當於不公開事由時，行政機關仍可裁量為公開及部分公開。

1.1 適用機關

日本情報公開法之規範對象機關為國家行政機關，因此國會、法院不為規範對象。除此之外內閣也被除外。再者，因限於國家行政機關，地方公共團體機關也被除外。依據情報公開法第二條所謂行政機關所指「依法律規定設置於內閣之下之內閣官房、內閣法制局、安全保障會議、內閣管轄之人事院、依國家行政組織法第三條二項規定設置之國家行政機關如府、省、委員會及廳；國家行政組織法第八條之設施等機關及國家行政組織法所規定由政令所定之特別機關。其他機關例如：會計檢查院」。因此包括防衛廳，國家機關幾乎無例外地成為對象機關。另外，雖然內閣本身雖不被列為對象機關，但閣議文書乃由內閣官房所

⁷⁰ 『廣辭苑』第五版(有斐閣・2003年)。

管理。因此可間接經由內閣官房申請相關資訊。上述行政機關分別為接受行政文書之公開請求回答之單位。

1.2 適用機關

依情報公開法第四條規定，於申請公開請求時須填寫下列事項之文件向該當行政機關提出。公開請求人之姓名、名稱、住所、居所、法人之代表人姓名、行政文書之名稱和其他足以特定相關公開請求行政文書之事項，因此公開請求必須特定具體文書之名稱。關於行政文書之「特定」，若請求權人不諳於行政實務時將遭遇困難。特別請求人若無法特定個別文書名稱，僅概括地定性地提出請求時，於龐大資料文書中往往難以特定究竟為何行政文書。此時行政機關之長官對於公開請求人，命其須於特定時期其內進行補正工作，當然同時行政機關之長官也必須盡可能提供可供補正參考資訊（第四條第二項）。

因此公開請求權對象乃為接受公開請求之行政機關所保有之行政文書，若該行政機關接收到其他行政機關所保有文書之公開請求時，依情報公開法第十二條規定可移送至其他行政機關，申請公開請求文書若明確地為他行政機關所製作者，行政機關與其他行政機關應進行協議後，可將該案件移送其他機關。此時移送行政機關之長官必須對於公開請求人以書面通知。

2. 主動公開

主動公開於日本已經行之有年，最主要之代表制度為文書閱覽窗口制度。日本政府基於昭和 55 年 5 月 27 日內閣會議報備文書「關於情報提供改善措施」，為更加改善對國民之資訊提供，於各省 中 設 置 備 目錄，統一以閱覽窗口以供國民利用之便。

又於臨時調查會最終答辯以及累次內閣會議決定〈行政改革大綱〉中，為促進充實文書閱覽窗口制度，政府也逐年擴大閱覽窗口增補閱覽

目錄，以總務省為例，於昭和 55 年 10 月 1 日起設置區域單位、昭和 60 年 10 月 1 日起設置考試研究單位、昭和 63 年 4 月 1 日起於府縣單位機關中設置文書閱覽窗口。

3. 被動公開

依據日本情報公開法規定，除有該當於第五條所列各款不公開之情報者（所謂「豁免條款」）外，任何人得為對於行政機關之首長請求有關該當機關所保有行政文書之公開（第三條、第四條）。受理請求之行政機關首長，於審查之後對於該請求應進行相對處置，換言之進行公開該當文書之公開決定，並依照該決定進行公開或為不公開該當文書之不公開決定之任何一項處置（第六條、第九條）。此即「原則公開」之原則。

除此之外，公開請求文書之相關行政文書之一部分中記載有不公開資訊時，若可容易地將不公開資訊記載部分加以分開時，對於公開請求人應將該當部分除去後進行公開。但認定除去該當部分之資訊中，並沒有有意義之資訊被記載時將不在此限，此即「部分公開」（第六條）。比如說，請求文書中包含個人資訊，而該個人資訊並非請求文書之內容乃該文書之所有者等有特定功能之時，除去該部分，比如說用麥克筆塗抹之後將剩餘部份加以公開，應為典型模式。

4. 豁免條款

情報公開法第五條所定豁免事由，可大分為二⁷¹：第一類為行政機關以外關於第三人、法人情報時，為保護第三人所定不公開事由（第五條第一項第一款、第二款），另外行政機關以外之第三人也包括隸屬於行政機關之公務員。第二類有關行政機關本身情報中有保護必要者或該

⁷¹ 此分類方法參見多賀谷一照，〈情報公開法制の基本的なみし組〉，輯於小早川光郎編著，《情報公開法その理念と構造》，頁 53 以下（ぎょうせい・1999 年）。

當於行政秘密之事由（五條第三款、第四款、第五款、第六款）。

4.1 豁免一／「個人情報」及「法人情報」

關於第三人情報之保護方式因個人情報或法人情報而有不同處理方式。個人情報法益原本在於保護個人人格之物，具有人格權之性質。相對地法人情報保護大都為營業上之利益等財產權利益之保護。人格權利益原本因伴隨主觀評價之物，因此要於是先確定某個個人之人格權，究竟於何種情形下遭受侵害實有其困難。換言之，要劃定何種個人情報之公開構成隱私權侵害是有其困難，相對地營業等財產權之利益某種程度上有畫定之可能。

4.1.1 個人情報

關於個人情報以「可識別特定個人之情報」之概括規定之⁷²。主要項目如下：

- 1) 依法律規定或慣行被公開或預定公開之情報；
- 2) 為保護人命、健康、生活、財產，被認定公開比不公開還必要時；
- 3) 若該當個人為公務員時，該當情報若為履行職務所關情報時，該當情報中有關該當公務員職務及該當職務履行部分。

相對地，若實質上不構成個人情報或無須加以保護時可以但書加以排除，主要有以下個人情報：

- 1) 無保護必要之個人情報。與個人情報概括性區別時，公開成為慣行之情報如不動產登記情報、中央省課關於公務員職務情報也包括在內。但此類情報即使作為個人情報原本

⁷² 日本情報公開法第 5 條第 1 項第 1 款「關於個人之情報〈關於經營事業之經營者情報除外〉經由包含於該當情報中之姓名、出生年月日、其他記載事項可識別特定之個人之情報〈包含與其他情報之對照可識別特定之個人之情報〉或雖無法識別特定之人但因公開該情報仍有損害該個人之權利利益之虞者」。

就無保護之必要，因此以但書排除之。

- 2) 與其他法益重疊而成為保護範圍之外之個人情報。為保護人之生命、身體健康、財產、生活，原本應被保護之個人情報例外允許公開之情形。到目前為止許多地方公共團體條例中關於個人情報並未設計如此例外規定。但國家情報公開法中將個人情報及法人情報相對應設計一些保留規定，此種情形因要公開原本應被保護之個人情報，因此規定要事先聽取該當個人之意見⁷³（第十三條第二項）。

4.1.2 法人情報

與個人情報不同，法人情報原則上不公開是不適當的⁷⁴。而要允許法人情報不公開須符合因公開而導致下列情形外，尚須將其理由加以闡明。例如：「有損害該當法人等競爭地位、財產權、其他正當利益之虞」。或「有不公開之約定之任意提供情報者」。

並且規定有關法人情報公開請求提出時，為判斷是否該當公開與否，行政機關可向該當法人聽取意見（第十三條第一項）⁷⁵。另外即使該當相關事由本來不應公開，若為保護人命、身體、健康、財產生活公開比不公開更重要之情報時，例外可允許公開。此規定與個人情報規定相同，另外同樣地於此情形下應事先向該當法人聽取意見。

如上所述個人情報及法人情報，於作為不公開之處理雖有不同，但於個人之營業之情形下兩者之區別未必明確。再者於法人等之管理情形中亦有雖非個人情報，亦非財產情報之中間性質之情報如：宗教法人之

⁷³ 日本情報公開法第 13 條第 2 項「行政機關之首長於該當予以下各款之一者，於公開決定前應對於該當第三人以書面將關於公開請求行政文書之表示及其他政令所訂事項通知，並賦予提出意見書之機會，但該當第三者所在無法判斷時不在此限」

⁷⁴ 日本情報公開法第 5 條第 1 項第 2 款「關於法人及其他團體之情報 或經營事業之個人之關於該當事業之情報，但以下情報不在此限」

⁷⁵ 日本情報公開法第 5 條第 1 項第 2 款「關於法人及其他團體之情報或經營事業之個人之關於該當事業之情報，但以下情報不在此限」

情報，此類情報之保護方式為日後之課題⁷⁶。

4.2 豁免二／行政上秘密

關於行政秘密規定方式可區分為「行政上特別秘密」與「行政上一般秘密」

4.2.1 行政上特別秘密

行政上特別秘密主要為關於國家安全情報、關於公共安全等情報。與公共安全有直接相關之情報與行政上一般秘密有所不同，因此尊重行政機關長官第一次判斷權之方式規定其要件（第五條三款、第四款）。具體而言，關於國家安全情報，經行政主管機關長官認定有足夠理由因公開而有害國家安全之虞或有損與他國或國際組織間之信賴關係，或另與他國或國際組織間之交涉蒙受不利益之虞之情報。

關於公共安全等情報經行政主管機關長官認定有足夠理由因公開而有妨礙犯罪之預防、鎮壓或搜查、公訴之維持、刑之執行其他公共安全與秩序維持之虞之情報。

因此法院、不服審查會於認定相關要件時，應限定於該當行政機關所進行之要件認定是否逾越裁量權之範圍。

4.2.2 行政上一般秘密

相對地行政一般秘密規定於第五條第一項五款、第六款。依照第五條第一項第五款規定「國家機關及地方公共團體內部或相互間之審議、檢討或關於協議之情報，因公開將不當地損害率直之意見交換或意思決定之中立性之虞，或不當地於國民間導致混亂之虞或對於特定人不當地

⁷⁶ 參見，多賀谷一照，前掲（註 71）文，頁 53 以下。

給予利益或使其蒙受不利益之虞之情報。」

至於第五條第一項第六款規定「關於國家機關及地方公共團體進行事務或事業之情報，因公開所致下列事項發生之虞、或其他妨礙該當事務或事業性質上、該當事務或事業之適當正確進行之虞者」。

上述情報即所謂保護行政機關自身法益之規定，此種情形行政機關並非第三人之法益，因此必須實際上並明顯地將有礙自身業務之虞才符合法律要求。而其具體要件有「將不當地損害導致混亂之虞」、「不當地給予利益或使其蒙受不利益之虞」（審議檢討情報）；「不當地有害或阻礙之虞」、「有害正當利益之虞」、「有妨礙該當事務或事業之適當正確進行之虞」（行政機關之事務事業情報）。

此時必須注意之點在於「該妨礙之虞」等規定所指並非表面上之妨礙，而需要實質上之妨礙。再者所為「…之虞」也非機率上之可能性，應為法律上值得保護之蓋然性較高者。相對地若行政機關主張不公開情報之正當性時，應於不公開處分之中明記關於究竟存在何種妨礙或可能性之理由，再者，於法院審判過程中也須具體地負舉證責任⁷⁷。

5. 公開過程及救濟程序

5.1 公開過程

依據日本情報公開法之行政文書公開請求，為對於行政機關之首長請求有關該當機關所保有行政文書之公開（第三條、第四條）。受理請求之行政機關首長，於審查之後對於該請求應進行相對處置，換言之，進行公開該當文書之公開決定並依照該決定進行公開，或為不公開該當文書之不公開決定之任何一項處置〈第六條、第九條〉。有關公開請求之程序及對於其決定之程序，除上述情報公開法之相關規定外，也適用

⁷⁷ 參見，多賀谷一照，前揭（註 71）文，頁 57。

行政程序法之一般規定。

另外，公開不公開決定原則上必須於請求公開之日起三十日內為之〈第十條〉。另外公開決定權機關與此決定期限之外，必須訂定行政程序法上之標準處理期間規定〈同法第六條〉。再者行政機關必須對公開請求人以書面通知公開或不公開決定（第九條一項、第二項）。公開之過程請見【圖四】所示。

5.2 救濟程序

日本情報公開法對於有權限決定機關所為之不公開決定之性質該當於行政不服審查法及行政訴訟法中之處分，承認公開請求人或其他利害關係人提起行政不服審查及抗告訴訟。以下簡單介紹不服審查之架構。首先，考慮有關情報公開請求之決定不服審查架構時，究竟應否完全由行政機關之長官為之？或成立某特定專門審查機關向該機關參與相關審議程序？於立法時即認定採行後者之模式，因為藉由此種審理模式，將可期待其審查結果為考慮客觀第三者之判斷，其結果較為客觀及合理。

再者，此種專門審查機關究竟將其定位為「審查機關」或「諮詢機關」？並對於該行政機關進行意見諮詢？另外將此機關定位為「專屬審理個別機關事件」，抑或「橫跨各行政機關專門審理」有關情報公開之審議事項？關於此點，日本情報公開法最終採行「橫斷型諮詢機關」方式，並於總理府設置對應於各行政機關首長之諮詢，審議調查不服審查申請之情報公開審查會⁷⁸（第二十一條）。

以下簡單將關於情報公開審查會之規定以及行政不服審查法中規定之要點加以整理如下⁷⁹：

1) 關於公開及不公開決定對於行政機關首長提起不服審查時，行政機關

⁷⁸ 小早川光郎，「公開の過程よ 訟」，輯於小早川光郎編著，前掲（註71）書，頁127-128。

⁷⁹ 小早川光郎，前掲（註78）文，頁136-138。

- 首必須諮詢情報公開審查會；
- 2) 審查會程序不公開（第三十二條）；
 - 3) 審查會認為有必要時，可向該諮詢機關要求提示該當文書，而為該諮詢機關不得拒絕（第二十七條第一項、第二項）；
 - 4) 不服審查申請人可以口頭陳述意見或提出意見書及資料，另外也可請求閱覽除該當文書以外之從諮詢機關提出給審查會之意見書及資料（第二十八條、第二十九條、第三十一條）；
 - 5) 關於從審查會移送諮詢機關之審查意見，應將審查意見之影本送交不服審查申請人，並公開審查內容（第三十四條）；
 - 6) 不服審查申請人以外之利害關係人依行政不服審查法規定（第二十四條）以參加人身分可參與不服審查程序，此參加人關於審查會之程序準用不服審查申請人地位；
 - 7) 諮詢機關之行政機關首長於接獲審查意見後，依行政不服審查法規定進行裁決或決定。

另外依本法所為之公開不公開決定之不服之訴訟為抗告訴訟，因此適用於抗告訴訟及其他行政訴訟相關規定。

（四）我國現制

我國現行資訊公開法制，主要係由行政程序法(88/02/03)第四十四條、第四十五條，與依同法第四十四條第三項授權訂定的「行政資訊公開辦法」(90/02/21)（以下簡稱「辦法」）所構成。此外，「政府資訊公開法」草案正由立法院審議中。⁸⁰ 相關法令尚包括：檔案法、營業秘密法、國家機密保護法等。

按行政程序法第一章（「總則」）第七節名為「資訊公開」，除有

⁸⁰ 按政府資訊公開法草案及行政程序法第 44 條、第 45 條修正草案曾於民國 91 年 9 月 13 日分別以院臺法字第 0 九一 0 0 八八六四六號函及院臺法字第 0 九一 0 0 八八六六一號函送立法院審議。

仿自美國的一般性「資訊公開」規定（第四十四條與第四十五條）外，並有仿自德國的個案式「卷宗閱覽」規定（第四十六條）。更滲入原屬「公正」（作為義務），而與「資訊公開」無關之禁止（於程序外）「片面接觸」（*ex parte contact*）原則（第四十七條），體系錯亂。

茲簡介我國資訊公開法制如下：

1. 適用範圍

1.1 適用機關

按「行政資訊公開辦法」係依「行政程序法」第四十四條第三項之授權訂定，故與「行政程序法」規定相同-- 僅適用於「行政機關」。⁸¹至「政府資訊公開法」草案（以下簡稱「草案」）則擴大適用於「政府機關」，包含行政、立法、司法、考試、監察機關，並及於各機關所設立之實（試）驗、研究、文教、醫療及特種基金管理機構。⁸²其適用範圍顯較 US FOIA 與日本情報公開法（限於實質意義的行政機關）更大。

1.2 行政資訊

按行程法第四十四條第二項之規定，所謂「行政機關持有或保管之『資訊』」係指「行政機關所持有或保管之文書、圖片、紀錄、照片、錄影（音）、微縮片、電腦處理資料等，可供聽、讀、閱覽或藉助科技得以閱讀或理解之文書或物品」，其以「文書或物品」指稱「資訊」，不無語病。嗣「辦法」第三條改為：「行政機關於職權範圍內作成或取得…之訊息」，以「訊息」指稱「資訊」；「草案」第三條所謂「政府

⁸¹ 行政程序法第 3 條第 2 項（本法所稱行政機關，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）；「辦法」第 2 條規定相同。

⁸² 參見「政府資訊公開法（草案）」第 4 條。

資訊」，殆與「辦法」之規定同。

然「辦法」與「草案」均將「資訊」限定在適用機關於其「職權範圍內作成或取得」者，是否妥當，容可討論。按各國僅需受請求機關「於受請求時」「持有」之資訊，即應依法公開。

2. 主動公開

政府應主動公開之資訊，分別規定於行程法第四十五條第一項、「辦法」第四條第一項與「草案」第七條第一項。其範圍約略相同，均包括：

- 1) 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、行政程序法第一百五十九條第二項第二款所定行政規則 及地方自治法規
- 2) 政府機關之組織、職掌、地址、電話、傳真及網址；
- 3) 行政指導有關文書；
- 4) 施政計畫、業務統計及研究報告；
- 5) 預算及決算書；
- 6) 請願之處理結果及訴願之決定；
- 7) 書面之公共工程及採購契約；
- 8) 支付或接受之補助；
- 9) 合議制機關之會議紀錄；
- 10) 依第九條製作之目錄；

至於主動公開的方式，行程法第四十五條第二項、「辦法」第八條、「草案」第八條皆有規定，例如：刊載政府機關公報或其他出版品、利用電信網路傳送或以其他方式供公眾線上查詢等。上開規定較接近美國立法例，但涵蓋之資訊範圍甚廣，實施不盡理想，反不若英國限期逐步公開，較切實際，並有彈性。

3. 被動公開

行程法僅規範「主動公開」，至於「被動公開」則漏未規定，嗣由「辦法」（第六條）補充之。至於「草案」則規定於第三章第十條以下。

得申請資訊公開之主體限於本國人⁸³，外國人係採「互惠主義」--以其「本國法令未限制中華民國人申請資訊為限」。⁸⁴申請應以書面為之。⁸⁵處理期限定為 15 日（自受理申請之日起十五日內，應為准駁之決定），必要時得予延長（延長期限不得逾十五日）。⁸⁶另外，「辦法」與「草案」均規定政府機關得收取申請費用，至於費用多寡則未有限制（似擬任由各機關自為規定）。惟外國立法例恐機關以不合理之收費，阻卻公開之申請，多劃一收費標準。

4. 豁免條款

「辦法」第五條列有六款豁免事項，「草案」第十九條更列有十款豁免事項：

- 1) 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；
- 2) 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；
- 3) 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；
- 4) 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

⁸³ 「辦法」第 9 條第 1 項；「草案」第 10 條第 1 項。

⁸⁴ 「辦法」第 9 條第 2 項；「草案」第 10 條第 2 項。

⁸⁵ 「辦法」第 10 條第 1 項；「草案」第 11 條第 1 項。

⁸⁶ 「辦法」第 12 條第 1 項；「草案」第 13 條第 1 項。

將對實施目的造成困難或妨害者；

- 5) 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；
- 6) 於契約、交涉或爭訟有關事務，其公開或提供將不當妨害政府機關財產上之利益或當事人之地位者；
- 7) 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；
- 8) 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；
- 9) 為保存文化資產，不宜公開或提供者；
- 10) 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。

與外國立法例相較，我國多了許多他國所無之「豁免」，與本研究有關的「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」即是其一。雖立法理由說明該款係仿自日本立法例，惟查日本係指「為執法之目的而進行的檢驗、測驗之相關資訊」，⁸⁷而非「與考試、檢定與鑑定有關之資訊」一概豁免公開，不無誤解！

我國與各國立法例之豁免條款比較，參見【表一】。另，由法條文義觀之，「辦法」與「草案」似採取「絕對豁免」。⁸⁸

⁸⁷ 參見日本情報公開法第 5 條第 1 項 5 款（國家機關及地方公共團體內部或相互間之審議、檢討或關於協議之情報，因公開將不當地損害率直之意見交換或意思決定之中立性之虞，或不當地於國民間導致混亂之虞或對於特定人不當地給予利益或使其蒙受不利益之虞之情報）。

(1) 就監察、檢查、取締或與考試相關之事務（因公開相關情報）將使正確事實掌握產生困難之虞；或（因公開相關情報）容易導致違法或不當的行為或使違法或不當的行為難以被發現之虞者）。

⁸⁸ 參見「辦法」第 5 條第 1 項：「行政資訊，除依前條規定應主動公開者外，屬於下列各款情形之一

5. 否准公開之救濟

人民請求政府資訊公開遭到否准時，「辦法」未規定如何救濟；「草案」第二十一條明定：「申請人對於政府機關就其申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定不服者，得依法提起行政救濟」；第二十二條並規定：「受理訴願機關及行政法院審理有關政府資訊公開之爭訟時，得就該政府資訊之全部或一部進行秘密審理」。亦即，我國資訊公開救濟係採一般行政救濟程序，與美國立法模式相近，而異於英國（另立「資訊官」與「資訊裁決所」）與日本（設有「情報公開審查委員會」）模式。

參、典試法第二十三條體系檢視

典試法(91.01.16)第二十三條規定：

「應考人得於榜示後申請複查成績。

應考人不得為下列之行為：

- 一、申請閱覽試卷。
- 二、申請為任何複製行為。
- 三、要求提供申論式試題參考答案。
- 四、要求告知典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員之姓名及有關資料。

其他法律與前項規定不同時，適用本條文。

第一項申請複查成績之辦法，由考試院定之。」

前揭條文第一項給予應考人複查成績的權利，性質上為政府資訊

者，應限制公開或提供」；「草案」第 19 條第 1 項：「政府資訊屬於下列各款情形之一者，應限制公開不予提供之」。

（考選部所持有、保管之試卷）公開請求權；第二項在限制應考人複查成績時所得獲悉之資訊，屬於資訊公開之限制規定；第三項更排除其他法律不同之規定，以期貫徹第二項之限制公開。

按前開條文第二項之內容原載於民國八十五年五月二十一日修正發佈之考試院「應考人申請複查成績辦法」（九十一年八月二十八日最後修正）。⁸⁹長久以來實務上即依據該辦法，限制典試資訊之揭露。該辦法旨在規範機關內部如何處理應考人複查成績之業務，性質上為行政規則，原無待法律之授權。⁹⁰嗣因行政程序法生效施行，爰於民國九十一年一月十六日修正典試法增定如前揭。由於其限制公開之範圍廣泛，應考人複查成績往往僅能由主管機關（考選部）獲得一紙答覆略謂「台端成績經本部複查無誤」！上開限制應如何定性、是否合理，俱有究明之必要。

一、典試法二十三條二項定性：「資訊公開」或「卷宗閱覽」之限制？

大法官釋字第三一九號解釋指出：考試成績之複查需兼顧應考人之權益；但未具體指明應考人複查成績涉及何種「權益」。複查成績固屬「資訊公開請求權」，已如前述，惟理論上亦可能定性為「卷宗閱覽請求權」。

實務上，臺北高等行政法院 91 年訴字 1612 號判決似認定複查成績為行政程序法第四十六條之「卷宗閱覽請求權」，否准閱覽試卷之決定屬行政程序法一百七十四條所謂「行政程序中所為之決定或處置」，不得單獨對之聲明不服。⁹¹惟最高行政法院 93 年裁字 97 號裁定、台北高

⁸⁹ 該辦法第 8 條規定：「申請複查成績，不得要求重新評閱、申請閱覽或複製試卷、提供申論式試題參考答案。亦不得要求告知典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員之姓名及有關資料」。

⁹⁰ 參見行政程序法第 159 條。

⁹¹ 高雄高等法院 91 年訴字第 852 號裁定即稱：「申請抄閱卷宗之准駁本屬程序行為，原則上當事人

等行政法院 93 年訴更一字 33 號判決指出：申請閱卷之時間係「在複查成績結果出爐之後（按即行政處分作成後），已難謂為行政機關於行政程序中所為之決定與處置」。惟申請人此時有無「資訊公開請求權」，前揭判決未置可否。

關於典試法第二十三條第二項之性質，學界迄今鮮有討論。陳愛娥教授⁹²嘗評析最高行政法院 90 年度判字 1433 號判決（認「應考人申請成績複查辦法」於應考人未申請複查成績，而僅「單純」請求提供申論試題參考答案時，亦有適用），明確否認原告有「單純請求寄發或公布本次考試參考答案之主觀公權利」。氏以為：按大法官 469 號解釋釋示之「保護規範理論」意旨，原告須證明提供申論題參考答案之一般法規範依據。「應考人申請成績複查辦法」（典試法第二十三條二項之前身）乃針對應考人複查成績時併為請求之限制規定。氏並指出，予原告於複查成績時請求提供參考答案，主要乃為保障人民憲法上「應考試服公職之權利」與「訴訟權」。準此，陳教授似亦將典試法第二十三條二項定性為「卷宗閱覽請求權」之限制，並以「卷宗閱覽請求權」為「訴訟權」之一環。

（一）資訊公開與卷宗閱覽之分別

查「資訊公開請求權」與「卷宗閱覽請求權」乃兩種不同的制度，其間至少存有六點差異。

1. 目的不同

「資訊公開請求權」乃在保障人民「知的權利」(right to know)，亦即任何人「知悉」政府機關持有、保管之資訊的權利；而

或利害關係人僅得對實體決定不服時一併聲明」。

⁹² 陳愛娥，〈閱卷委員的學術評價餘地與應考人的訴訟權保障—最高行政法院九十年判字一四三三號判決評釋〉，《月旦法學雜誌》，第 82 期，頁 217 以下，（2002 年 3 月）。

「卷宗閱覽請求權」乃在保障「當事人或利害關係人」於行政程序中「閱覽卷宗」（知悉卷宗內容）的權利。前者「知悉」本身即為法律所保障之利益（法益＝價值），為一「實體權」⁹³；後者「知悉」乃為使當事人得以瞭解事件脈絡，俾適時行使其行政程序之「聽證權」，屬「程序權」。⁹⁴前者源於美、英等國之「資訊自由法」；後者源於德國「行政程序法」。惟我行政程序法兼採各國立法例，既有「資訊公開」（第四十四條條與第四十五條），亦有「卷宗閱覽」（第四十六條），併列於總則（第一章）第七節「資訊公開」，適用之際遂產生疑惑。

2. 主體不同

資訊公開之方式雖有「主動公開」與「被動公開」之分，然其公開之對象皆為人民。前者，行政機關（甚或政府機關）有主動公開特定資訊予全民知悉之義務；後者，按「行政資訊公開辦法」第六條之規定，「任何人」皆可申請公開行政資訊。所謂「任何人」指「中華民國人民」及依法在中華民國地區設有事務所、營業所之「本國法人與團體」；至於「外國人」則採互惠主義-- 如其法律未限制中華民國人民請求資訊者，亦得申請公開資訊。⁹⁵人民申請公開行政資訊既無須說明理由（不問其動機為何），亦不以維護自身權益為必要。

至於卷宗閱覽請求權，按行政程序法第四十六條之規定，僅限於「行政程序中之當事人或利害關係人」，且以「為主張或維護其法律上利益有必要」之範圍為限，始得（向行政機關）申請「閱覽、抄寫、複印或攝影有關資料或卷宗」。所謂「當事人」指同法第二十條⁹⁶所稱之

⁹³ 法務部九十二年四月二十八日法律字 0920013827 號書函參照。

⁹⁴ 湯德宗，前揭（註 6）文，頁 57（「卷宗閱覽權與其說是資訊公開的一部份，不如說是當事人為實現其聽證權所必要，而為聽證權之附屬權利」）。

⁹⁵ 參見行政資訊公開辦法第 9 條第一項。

⁹⁶ 行政程序法第 20 條（「本法所稱當事人如下：

一、申請人及申請之相對人。

二、行政機關所為行政處分之相對人。

三、與行政機關締結行政契約之相對人。

人；「利害關係人」參照同法第二十三條之規定，乃指「其權利或法律上利益將因程序之進行而受影響之第三人」，亦即，指於行政程序之結果有利害關係之第三人。

法務部民國九十一年九月二日法律字 0 九一 0 0 三三六六三號函釋已正確釋示：「行政資訊公開辦法之立法意旨，係滿足人民知的權利及促進行政程序公開化與透明化，其公開之對象為一般人民，包括已終結之個別行政程序之當事人或利害當事人」。

3. 申請時點不同

人民請求資訊公開之時點原無任何限制。至卷宗閱覽既為行政程序中之程序權，當事人或利害關係人得申請閱覽卷宗的期間原應限於「行政程序中」。嗣為方便救濟，法務部乃以九十年九月六日法律字第 0 三一 二 0 0 號函釋示放寬為：「係指依行政程序進行中或行政程序終結後法定救濟前」。

4. 豁免依據不同

關於資訊公開之限制（豁免公開條款）載於「行政資訊公開辦法」第五條（「政府資訊公開法草案」第十九條有更細緻之規定）。至於卷宗閱覽之限制則規定在行政程序法四十六條第二項。兩者內容相似而不相同。

5. 第三人權益保護不同

資訊公開與卷宗閱覽之不同，亦見於第三人權益之保護。行政資訊公開辦法第十二條第二項明定：「行政機關受理提供行政資訊之請求

四、行政機關實施行政指導之相對人。

五、對行政機關陳情之人。

六、其他依本法規定參加行政程序之人」。

後，如該資訊涉及特定個人、法人或團體之權益時，應先通知該特定個人、法人或團體於十日內表示意見」。唯個人、法人或團體未於十日內表示意見者，行政機關始得逕為決定（同條第四項）。反觀卷宗閱覽，行政程序法（第四十六條第二項第四款）僅規定「有侵害第三人權利之虞」時，機關得不許閱覽卷宗。如其決定准許閱覽，機關無須通知第三人表示意見。顯見資訊公開對第三人權益之保護較為周詳。⁹⁷

6. 救濟途徑不同

資訊公開與卷宗閱覽之目的不同，導致兩者權利屬性不同——前者為「實體權」，後者為「程序權」，連帶亦影響其等受侵害時之救濟。

質言之，行政（政府）機關「否准」資訊公開之請求時，即已侵害人民之（知的）「權利」。依「有權利即有救濟」(*ubi jus, ibi remedium*)之法理，應將「否准」定性為「行政處分」，⁹⁸俾相對人得單獨對之提起行政爭訟，謀求救濟。法務部九十一年九月二日法律字第0九一00三三六六三號函業已正確闡明斯旨。⁹⁹相對人對於資訊公開之「否准」固得單獨對之提起爭訟，¹⁰⁰惟其單純請求「撤銷」原決定並無實益，須更請求法院命原處分機關作成公開之處分，方可實現其獲悉政府資訊之目的。亦即，應提起「課予義務訴訟」。「課予義務訴訟」有兩種類型：「怠為處分之訴」與「拒絕申請之訴」，¹⁰¹分見於行政訴訟法第五條第一項及第二項。不服「否准」之當事人應提起「拒絕申請之訴」；申請公開資訊逾處理期間未獲機關答覆，經訴願仍未獲救濟者，

⁹⁷ 在美國遇此情形，聯邦行政程序法規定第三人得主張異議（反向公開(reverse to FOIA)）。關於第三人異議制度的詳細介紹，請參閱謝祥揚，〈資訊公開程序中「第三人異議制度之研究」〉，東吳大學法律學系碩士論文，頁34以下（2005年6月）。

⁹⁸ 相同見解，吳志光，〈行政資訊公開與行政爭訟途徑〉，《律師雜誌》，第303期，頁43（頁46-48）（2004年12月）。

⁹⁹ 一般性資訊公開乃屬實體權利，行政機關拒絕提供者，應屬行政處分之性質，申請人如有不服，應提起訴願。」

¹⁰⁰ 「政府資訊公開草案」第二十一條則已明定：「申請人對於政府機關就其申請提供、更正或補充政府資訊所為之決定不服者，得依法提起行政救濟」。

¹⁰¹ 吳庚，〈行政爭訟法論〉，頁116-123（台北：自版，2005年5月三版）。

得提起「怠為處分之訴」。行政法院認原告之訴有理由時，除應撤銷原「否准」處分外，並應依原告訴之聲明，判命原處分機關為適法之處分，或為一定內容之處分。¹⁰²

反之，「卷宗閱覽請求權」既為實現「聽證權」而配置之「程序權」，為求程序經濟，避免人民動輒聲明不服，延宕程序進行，行政程序法第一百七十四條爰規定：「當事人或利害關係人不服行政機關於行政程序中所為之決定或處置，僅得於對實體決定聲明不服時一併聲明之」。¹⁰³是「否准」閱覽卷宗為一「事實行為」，尚不得單獨對之提起爭訟（訴願或行政訴訟）。¹⁰⁴

（二）資訊公開與卷宗閱覽之競合

雖「資訊公開」與「卷宗閱覽」有別，然兩者非無競合之可能。以本件而言，依照「應考人聲請成績複查辦法」之規定，應考人須於榜示後十日內申請複查成績。亦即，以榜示為行政處分生效時，起算應考人申請複查（訴願前置程序）之期間（十日）。次按法務部前揭九十年九月六日法律字第0三一二00號函釋，此十日乃「行政程序終結後，法定救濟期間經過前」之期間，亦有「卷宗閱覽請求權」之適用。他方面，應考人申請「資訊公開」本無期間限制。因此，在此榜示後十日期間，應考人兼有「資訊公開」與「卷宗閱覽」兩項請求權。

¹⁰² 參見行政訴訟法第200條（「行政法院對於人民依第五條規定請求應為行政處分或應為特定內容之行政處分之訴訟，應為左列之裁判：…」）。

三、原告之訴有理由，且案件事實證明確者，應判命行政機關做成原告所申請內容之行政處分。

四、原告之訴雖有理由，惟案件事實尚未臻明確或涉及行政機關之行政裁量決定者，應判命行政機關遵照其判決之法律見解對於原告做成決定」）。

¹⁰³ 相同見解，吳志光，〈否准請求閱覽卷宗之法律救濟〉，《月旦法學教室》，第二十二期，頁30-31（頁31）（2004年8月）（否准閱覽卷宗之法律性質為行政程序法第一百七十四條所規定之程序行為）。

¹⁰⁴ 參見台中高等行政法院92年訴字第400號判決（「本件原告所請求被告將卷宗供其閱覽、影印，其請求內容乃事實行為，故應屬給付之訴。則被告拒絕其請求，僅屬不為該行為之意思表示，並未因而對外直接發生法律效果，尚非訴願法第三條所稱之行政處分，自無對之請求撤銷之餘地」）；並參見法務部(91.09.02)法律字第0九一00三三六六三號函釋。

比較法上，美國固無德國所謂請「卷宗閱覽請求權」，然正式行政裁決程序中(formal adjudication)行政機關得裁量適用訴訟法中之調查證據(discovery)程序，此時當事人即得請求行政機關公開持有之相關卷證，其作用殆與「卷宗閱覽」相似。於「證據調查」與「資訊公開」競合時，當事人可同時循二者獲取資訊。如此操作對當事人固為有利，惟政府負擔亦因而加重，其妥適性屢遭質疑¹⁰⁵。

按請求權競合原理，於「資訊公開」與「卷宗閱覽」競合時，通常應許權利人擇一行使（主張）。一般而言，「資訊公開請求權」所受限制既較「卷宗閱覽請求權」為小，當事人殆將選擇前者。惟余意以為，我國現制既兼採兩者，為貫徹立法初衷，避免「卷宗閱覽」成同具文，應依「特別優先於一般」之原則，認「卷宗閱覽請求權」優先於「資訊公開請求權」適用。惟應考人申請複查成績時，是否亦享有「卷宗閱覽請求權」？

如前所述，「卷宗閱覽請求權」乃所必要，故申請閱覽卷宗應限於行政程序進行中。蓋行政程序終結後，閱覽卷宗即無實益。前揭法務部函釋將卷宗閱覽之期間延長至「行政程序終結後、法定救濟期間經過前」，原為便利當事人進行救濟程序。其立意殆與「行政法院律師閱卷規則」第二條規定：「律師就其所委任之訴訟案件，得聲請閱卷」同。惟「行政程序終結後、法定救濟期間經過前」，當事人本可循「資訊公開」請求提供（與卷宗閱覽相同或更多的）資訊。法務部前揭函釋似無必要。¹⁰⁶

另，案件進入訴願程序與行政訴訟程序後¹⁰⁷，訴願法第四十九條、

¹⁰⁵ PIERCE, Shapiro, AND VERKUIL, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS 423-4 (2nd ed. 1992); Edward A. Tomlinson, *Use of the Freedom Information Act for Discovery Purposes*, 43 MD. L. REV. 119 (1984).

¹⁰⁶ 本文建議法務部修正前揭函釋，使當事人依典試法二十三條申請複查成績純屬「資訊公開」，不生與「卷宗閱覽」競合的問題。

¹⁰⁷ 所謂「進入」訴訟程序並不是限於訴訟程序開始時，按依現行行政法院律師閱卷規則第二條規定：「律師就其所委任之訴訟案件，得聲請閱卷。」其時點似乎包括訴訟程序開始前。

第七十五條、與行政訴訟法第九十六條俱有「閱覽卷宗」之規定。其時就訴願卷宗或訴訟卷宗（所謂「卷內資訊」）而言，亦有「卷宗閱覽」與「資訊公開」之競合。依前述相同考量，應優先適用訴願法與行政訴訟法有關「閱覽卷宗」之規定。惟，關於訴願卷宗或行政訴訟卷宗「以外」之資訊（所謂「卷外資訊」），既無行政程序可言，當事人僅能循「資訊公開」請求之，不發生「卷宗閱覽」與「資訊公開」競合的問題（參見【表二】）。

二、典試法二十三條二項之歸類：何種「豁免公開」？

典試法第二十三條二項既屬「資訊公開」之限制，則其應認為該當何種「豁免公開」條款？

按有資訊公開立法的國家，政府資訊率以「公開為原則，限制公開為例外」。我行政程序法第四十四條第一項規定亦然。惟以資訊公開達成造就「知識公民」(informed citizen)、體現「思辨民主」(deliberative democracy)的同時，無可避免地將對其他重要公共利益與私人利益造成衝擊。為謀衡平，各國無不明定「豁免公開」(exemptions)條款，雖然內容不盡相同。

典試法二十三條二項既在限制考試資訊之公開，則吾人應進一步探究其內容與各種「豁免公開」是否相當？此非僅單純之形式比較，亦立法者實質判斷（利益權衡）問題。我行政程序法關於資訊公開僅作架構性規定，未有「豁免公開」事由，惟其授權訂定的「行政資訊公開辦法」第五條設有六項「豁免公開」事由，刻正在審議中之「政府資訊公開法」草案第十九條又增列了四款「豁免公開」事由。

細釋典試法二十三條四種限制公開事由，可大致可分為兩類：一為（應考人請求行政機關公開）「關於自己之資訊」，即該條項第一、二

款之申請閱覽、複製「自己之試卷」；二為（請求提供）非僅關係自己之「一般性試務資訊」，即該條項第三、四款之申請提供「參考答案」和「委員資訊」。茲分論其類型歸屬如下。

（一）典試法二十三條二項第一、第二款之豁免類型

按上述理解，前揭典試法二十三條二項第一、第二款之規定可能之豁免公開歸類有二：

1. 「個人隱私」(personal privacy)之豁免？

為兼顧個人隱私保護，各國資訊公開法多明定「不當侵害個人隱私」為「豁免公開」之事由之一。所謂「個人隱私」包括：應指其他得以直接或間接辨識個人之資訊。（電腦處理個人資料保護法第三條第一項）

US FOIA 第六豁免條款與第七豁免條款均有政府資訊涉及「個人隱私」得不予公開之規定。第七豁免條款僅限於政府機關為執行法律而作成之「執法紀錄」¹⁰⁸，第六豁免條款則適用於「人事及醫療檔案紀錄」及其他相關紀錄。¹⁰⁹我「辦法」第五條第五項與「草案」第十九條第七項均有類似豁免規定。然，應考人申請複查成績乃為閱覽「關於自己之資訊」，本人（資料主體）原有接觸「個人資訊」的權利，何來「隱私」可言！亦即，僅於他人請求政府機關公開「關於自己之資訊」時，始有「個人隱私」豁免之適用。前揭典試法二十三條二項第一、第二款之規定顯然不能歸類為「個人隱私」之豁免公開。

惟美國保護個人隱私的隱私法(Privacy Act, PA)中對於本人接觸其個人資訊的權利，亦設有若干例外規定。想像中，兩個法律所規定的

¹⁰⁸ 5 U.S.C 552 § (b)(7)（公開執法紀錄將對個人隱私構成顯然不當之侵害者，得不予公開）。

¹⁰⁹ 5 U.S.C 552 § (b)(6)。

豁免在適用時可能產生出入，例如某人依照 FOIA 可以接觸其個人資訊（亦即無 FOIA exemptions 之適用），但依照 PA 卻無法接觸其個人資訊（亦即有 PA exemptions 之適用），則其人究竟能否接觸其個人資訊？美國法¹¹⁰明定，凡本人可依 FOIA 取得個人資訊時，即不得以 PA（之豁免規定）拒絕其接觸。

2. 「其他法律另有規定」之豁免

典試法二十三條二項第一、二款能否認定為「辦法」第 5 條 6 項與「草案」第十九條第一項所謂「其他法律另有規定」之豁免？

按 US FOIA 為貫徹政府資訊以公開的原則，對於第三豁免條款所謂「其他法律另有規定得豁免公開者」，從嚴規定。該「法律」須符合兩項要件：一、其明文規定某項資訊豁免公開，且全然未予裁量（是否公開之）空間；二、其定有應否公開之基準，或明定某種事項應不予公開。¹¹¹又，此所謂之「法律」不包括總統或其他行政機關所訂定之行政命令(executive order & agency regulation)。¹¹²準此，縱令有類似典試法二十三條二項第一、二款之規定，在美國可能也不會被認定為「其他法律另有規定」之豁免公開。

至人民申請公開之資訊為（其他）法律(any enactment)所禁止公開者，按 UK FOIA，固即構成「絕對豁免公開」之事由¹¹³，官方「應」不予公開。惟作者迄未查得英國有類似我國典試法第二十三條二項之規定。

（二）典試法二十三條二項第三、第四款之豁免類型

¹¹⁰ 5 U.S.C 552 §(a)(t)(2).

¹¹¹ 5 U.S.C 552 § (b)(3)(A)..

¹¹² See Washington Post Co. v. U.S. Dept. of HHS, 690 F.2d 252, 273(1982).

¹¹³ s. 2(3)(h) & 44(1)(a). s. 44(1)(b)與(c)規定之豁免事由為：揭露將與歐盟會員國之義務相抵觸者，以及揭露將構成藐視法庭或以藐視法庭論處者。

1. 公開有違事物之目的？

或謂典試法二十三條二項第三、四款規定以及政府資訊公開法草案第十九條第一項第五款所謂「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」，皆仿自日本情報公開法第五條第一項六款：「就監察、檢查、取締或與考試相關之事務（因公開相關資訊）將使正確事實掌握產生困難之虞；或（因公開相關資訊）易導致違法或不當的行為或使違法或不當的行為難以被發現之虞者」。是日本對該條文之解釋，即值我國留心參考。

查為免流於浮濫，前揭日本情報公開法之豁免規定特結合了「事項基準」（監察、檢查、取締或與考試相關之事務）與「定性基準」（將使正確事實掌握產生困難之虞）。首先，其就典型將因公開而可能受妨礙之事項加以列舉，例如：監察、檢查、取締等。其次，並由「將難以正確掌握事實」等屬性，限縮其適用範圍。所謂公開試務資訊將導致「難以正確掌握事實」者，學界以為¹¹⁴殆指試題之「事前」公開將使得（考官）對於應考人能力之正確理解產生困難而言，而非一切考試相關資訊皆豁免公開！亦即，日本情報公開法並非如我國典試法二十三條二項第三、四款之「全面而無限期」的試務資訊豁免公開。¹¹⁵

2. 殊途同歸的美國處方

美國資訊自由法（US FOIA）並無類似我國前揭典試法二十三條二項之規定，但各州亦生類似爭議（按舉辦律師考試在美國為各州之權力）。其解決方式遂亦可供參考。

Connecticut Bar Examination Committee v. Freedom of

¹¹⁴ 宇賀克也，前揭（註69）文，頁13。

¹¹⁵ 另外，日本情報公開法並未將（資訊公開將影響考試）之「效率」執行作為豁免之要件。前揭「草案」規定不無誤解！

Information Commission (209 Conn. 204, 550 A.2d 633 (1988)) 案中，落第應考人依據康州資訊自由法，請求公開「律師考試委員會」(bar examining committee)之名單與標準答案。康州最高法院判決：律師考試委員會於選拔律師時乃司法機關(acts as arm of the judiciary)，惟其某些功能仍屬行政性質。因此，就其單純關於行政之紀錄，仍應依法公開，除非其公開將妨礙該委員會遂行其司法功能！另，Pasik v. State of Law Examiners (478 N.Y.S.2d 270 (1984)) 案原告請求准許複印律師考試試卷，紐約州最高法院判定為無理由，蓋「州律師考試委員會」(State Board of Law Examiners)評選律師乃司法功能之行使，自不適用該州資訊自由法。上述美國處方於我國要難適用。蓋考試在我國向來被歸類為「行政行為」，此觀行政程序法第三條第二項未將「考試機關」排除該法之適用即明。

雖然「州律師考試委員會」因為被法院定性為「司法機關」，而無須適用資訊自由法，依申請公開試務相關資訊。但應考人申請試務資訊日益頻繁，各州「州律師考試委員會」乃紛紛訂定規則，允許落榜應考人繳交合理費用複印自己的考卷，甚至允許複印及格者之範本試卷參考

¹¹⁶。

總之，我國典試法二十三條二項之限制規定，堪稱各國僅見。限制範圍既廣，且無時間限制，¹¹⁷與各國資訊公開立法例所載之豁免公開皆不相當，實值檢討。

肆、典試法第二十三條內容檢討

前節由體系觀點檢視典試法第二十三條之規定，茲更就其規定內容

¹¹⁶ See, e.g., SUPREME COURT Rules FOR THE GOVERNMENT OF THE BAR OF OHIO (OHIO.GOV. BAR R.) I (Amend. 2005); New York State Board of Law Examiners sect 6000 Rules (Amend. October 2004).

¹¹⁷ 按檔案法第二十二條之規定，國家檔案除經立法院同意延長期限者外，至遲應於三十年開放應用。典試法二十三條封鎖典試資訊竟無限期！

之妥適性，試予評析。

一、二十三條二項之商榷

於檢視典試法第二十三條之妥當性前，為免無端顧慮干擾改革步履，允宜澄清關鍵觀念--「公開試務資訊」不等於「允許重新評分」！蓋大法官釋字第三一九號解釋已明白釋示：「考試機關依法舉行之考試…除依形式觀察有顯然錯誤者外…不得循應考人之要求重新評閱」。換言之，釋字三一九號解釋已經確立閱卷委員於試卷之評閱享有「判斷餘地」，其他機關（含司法機關）皆應予尊重，應考人自不得再以申請複查成績為名，要求重新評分。在此前提下，公開試務資訊乃無妨害試務公正遂行之虞！

（一）典試資訊「公開」與「限制公開」之利益權衡

凡事有利必有弊，典試資訊之「公開」與「限制公開」亦然。前揭典試法二十三條二項之規定既不能從法體系（形式）上獲得正當性，乃需更從實體上論究其妥適性。如經利害權衡，公開之利多於弊（亦即，「限制公開」之弊多於利）時，即應考慮修正（為全部或一部公開）。

1. 公開可能產生之弊害¹¹⁸

公開試務資訊可能發生之弊病不外：

- 1) 評分屬專業學術判斷，不宜接受公眾審查。公開難免爭議。
- 2) 參考答案係供閱卷委員參考，公布將被誤解為標準答案。公開難免爭議。
- 3) 准許閱覽試卷將造成應考人相互比較，進而質疑評分結果，製造行政爭訟。

¹¹⁸參見李震洲，〈國家考試申論式試題應否公布參考答案之研究〉，《考銓季刊》，第42期，頁57以下（2005年4月）。

- 4) 公開評分恐使應考人受挫，進而減低參加考試的意願，甚至對考試機關喪失信賴。¹¹⁹
- 5) 典試委員難覓。公布典試委員等名單將增加委員心理上負擔，結果將乏人樂意出任。
- 6) 造成試務機關人力、財力沈重負荷。

以上所論多似是而非。其中 1 至 3 點可總結為「唯恐爭議」。然，不公開試務資訊豈即無爭議乎？！第 4 點誤解（曲解）「資訊公開請求權」之性質--其為權利，而非義務！無人能迫使不欲知悉的應考人申請公開資訊！第 5 點應由相關制度之改進（尤其合理分配試務經費）著手，怪罪資訊公開於事無補。資訊公開確實會增加機關的工作負擔，但合理的制度設計（例如：合理收費、適當處理期限等），可將機關負擔減到最小。

2. 資訊公開可能致之利益

至於公開試務資訊可能的利益包括：

- 1) 允許複印試卷、公布參考答案有助於應考人自我改進（含調整準備方向）。
- 2) 適時公布委員名單及參考答案，可避免助長門戶之見，提升命題品質、強化試務決策的責任感。
- 3) 試務適度透明可增強人民對於考試的信賴。¹²⁰

公開或不公開的權衡中，關鍵性考量在於何者可以增進考試公信力、強化人民對於考試機關的信賴。再維護（尊重）閱卷評分具有判斷餘地的前提（已如前述）下，吾等以為適度公開試務資訊，使考試行政適度透明化，乃提升考試公信力的不二法門。此不僅因為考試行政亦行

¹¹⁹平成 15 年 8 月 8 日東京地方裁判所平成 13 年(行)第 273 。

¹²⁰平成 15 年 8 月 8 日東京地方裁判所平成 13 年(行)第 273 法 院 判 決

政之一種，試務資訊公開之實益與其他行政資訊公開略同；抑且因為國家考試具有「大量」、「競爭」且「主觀」（專業判斷）之特質，非適度公開試務資訊不足取信廣大未獲錄取的應考人！反之，試務資訊不公開的結果，將使應考人無所釋疑，助長流言耳語（仰賴補習業者猜題、解題，命試獨門暗器），豈國家社會之福！

當然，適度公開試務資訊確實會增加考試機關的工作負擔，尤以准許應考人複印自己的試卷為然。惟經由適當制度設計，例如採用「使用者付費」原則，訂定合理收費標準，規定合理的處理期間，作成複查結果答覆等，皆可將機關負擔減至最小。綜合權衡之後，吾等認為：考試相關資訊之適度公開多利於弊，前揭典試法二十三條二項之限制規定應予檢討修正。

（二）政府資訊公開請求權為新興基本權

前揭典試法二十三條二項之限制不僅不合理，且有侵害人民基本權利的嫌疑。析言之：

1. 「政府資訊公開請求權」非「言論自由」所能概括

德儒 Georg Jellinek 的「身分理論」，或稱「地位理論」（Statustheorie）¹²¹有助於釐清「政府資訊公開請求權」何以應為一獨立的基本權。質言之，「政府資訊公開請求權」乃人民立於「積極地位」（positive Status）向國家有所請求的權利，性質上應屬「受益權」；與「自由權」乃人民立於「消極地位」（negative Status）希冀免於國家干涉，確有不同。

¹²¹ 參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁 98-99（2003 年 9 月修訂版）；李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系-- 從耶林內克「身分理論」談起〉，輯於氏著《憲法理論與實踐（三）》，頁 1 以下（2004）。

傳統理論將「受益權」分為「經濟上益權」（如工作權、生存權、社會福利權）、「行政上受益權」（如請願權、訴願權）、「司法上受益權」（如訴訟權）與「教育上受益權」¹²²。新近的說法則區分受益的性質為「物質受益」、「程序受益」與「資訊受益」。¹²³

雖然「受益權」亦為「基本權」，但多非「主觀權利」，僅屬「客觀規範」。英國公共政策研究所(Institute for Public Policy Research)在 1991 年所出版的「英國成文憲法草案」(A Written Constitution for the United Kingdom)規定最是明白。按該草案第二章名為「權利及自由」(Rights and Freedoms)，計分為三節：第一節為「基本權利及自由」(Fundamental Rights and Freedoms)、第二節為「社會暨經濟權」(Social and Economic Rights)、第三節為「資訊自由」(Freedom of Information)。這些權利都列在憲法中，故皆「憲法權利」(constitutional rights)；惟三節規定又有不同。第一節所規定的都是「基本權」，皆為「主觀權利」；¹²⁴第二節的內容實際為「聯合國經濟、社會暨文化公約」(UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)的精簡版，這些「經濟、社會福利權」一概不得訴請法院執行(“not enforceable in any court”)，亦即殆屬「客觀秩序」；第三節特就「政府資訊公開」加以規定，顯然有意與其他「受益權」相區別-- 未必否定其為「主觀權利」！

理論上，受益權並非一概不得為「主觀權利」。例如，許宗力教授¹²⁵即認為：「受益權功能又稱為給付請求權功能，基本權倘具有此項功能，基本權主體的人民即得直接根據基本權規定，請求國家提供特定經濟與社會給付」。

¹²² 參見劉慶瑞，《中華民國憲法要義》，頁 86-95（1990）。

¹²³ 參見李建良，〈基本權利理論體系之構成及其思考層次〉，輯於氏著《憲法理論與實踐（一）》，頁 55 以下，頁 63-68（1999）。

¹²⁴ 此由該節第三小節(Division 3: Remedies)規定「此等權利受損皆得訴請法院救濟」觀之，即明。

¹²⁵ 許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，輯於氏著，前揭（註 4）書，頁 153 以下，頁 159。

「政府資訊公開請求權」之標的（客體）為「政府機關持有、保管之資訊」。「資訊」在當今資訊時代確實具有經濟價值，「政府資訊公開請求權」乃有「經濟受益」的性質。為使政府如實公開其所掌握之資訊，各國資訊自由法立法例輒設有所謂「資訊官」(information commissioner)，提供類似我國「訴願」的行政救濟程序；政府機關拒不（服從「資訊官」裁示）公開資訊時，各國立法例並多提供司法救濟，是「政府資訊公開請求權」亦有「程序受益」的性質。

2. 「政府資訊公開請求權」可立基於憲法二十二條

欲使「政府資訊公開請求權」成為憲法所保障的人民基本權，其方法不外釋憲（憲法解釋）與修憲（憲法修改）。

關於現制下，能否經由憲法解釋，尤其憲法第二十二條¹²⁶之解釋，確立「政府資訊請求權」為憲法所保障的基本權，學者間素有爭論。¹²⁷所謂「概括人權」條款的保障範圍，在學說¹²⁸上與實務上¹²⁹都未有定

¹²⁶ 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」。

¹²⁷ 持肯定說者，如法治斌，〈知的權利〉，輯於氏著《人權保障與釋憲法制》，頁 272 以下，頁 273（1993，再版）；林明鏞，〈公務機密與行政資訊公開〉，《中國比較法學會學報》，15 輯，頁 215（1994 年 7 月）；李惠宗，〈憲法要義〉，頁 340-343（2001）；李震山，〈論憲法意義下的「資訊權」〉，收於《當代公法新論（上冊）-- 翁岳生教授七秩誕辰祝壽論文集》，頁 71 以下（台北：元照，2002）。

持反對說者如陳愛娥，前揭（註 6）文，頁 28（憲法第二十二條作為補充性基本權，所保障的乃防衛性自由權，而非給付請求權的依據）。

¹²⁸ 參見李震山，〈論憲法未列舉之自由權利之保障-- 司法院大法官相關解釋評析〉，收於劉孔中、陳新民（主編），《憲法解釋之理論與實務（第三輯）》，頁 377 以下（2002）。

¹²⁹ 大法官迄今已於九件解釋（多數意見），積極運用憲法第二十二條概括條款，宣示人權。釋字第二四二號解釋(78/06/23)謂：「國家遭遇重大變故，在夫妻隔離，相聚無期之情況下所發生之重婚事件，與一般重婚事件究有不同，對於此種有長期實際共同生活事實之後婚姻關係，仍得適用上開第九百九十二條之規定予以撤銷，嚴重影響其家庭生活及人倫關係，反足妨害社會秩序，就此而言，自與憲法第二十二條保障人民自由及權利之規定有所牴觸」，《續編（七）》，頁 134（1994）；釋字第三九九號解釋(85/03/22)：「姓名權為人格權之一種，人之姓名為其人格之表現，故如何命名為人民之自由，應為憲法第二十二條保障」，《續編（九）》，頁 687（1996）；釋字第四八六號解釋(88/06/11)：「為貫徹憲法對人格權及財產權之保障，非具有權利能力之『團體』，如有一定之名稱、組織而有自主意思，以其團體名稱對外為一定商業行為或從事事務有年，已有相當之知名度，為一般人所知悉或熟識，且有受保護之利益者，不論其是否從事公益，均為商標法保護之對象，而受憲法之保障。商標法上開規定，商標圖樣，有其他團體之名稱，未得其承諾者，不得申請註冊，目的在於保護各該團體之名稱不受侵害，並兼有保護消費者之作用，與憲法第二十二條規定之意旨尚無牴觸」，《續編（十三）》，頁 299（2000）；釋字第五五四號解釋(91/12/27)解釋文：「性行為自由與個人之人格有不可分離之關係，固得自主決定是否及與何人發生性行

論。對於在憲法未有明文時，由大法官以憲法解釋，將「政府資訊公開請求權」涵攝於「概括人權」一點，作者抱持保留態度。蓋為求符合司法權的本質，大法官憲法解釋應以「具體解釋」為原則，僅例外時始為「抽象解釋」。¹³⁰如假司法解釋之名，而行修憲（立法）之實，其正當性¹³¹不免遭受質疑！

本文主張以修憲途徑，「創設」（肯認）新興人權，除了由不具民意基礎的大法官以憲法解釋作成欠缺正當性以外，主要還是希望經由全國公民參與思辨，認知、內化「政府資訊公開請求權」的價值。畢竟，國家主權屬於國民全體，國民全體才有資格評斷「政府資訊公開請求權」是否重要到該以憲法來保障！尤其，2005 年憲法增修後，修憲案皆須經過公民複決。吾人更難想像十五名大法官可逕代全體公民為此根本決定。

3. 限制「政府資訊公開請求權」應符合憲法第二十三條（比例原則）

或謂：在法律（例如「草案」完成立法後）明文規定「政府資訊公開請求權」，並提供司法救濟途徑後，似無必要堅持「政府資訊公開請

為，惟依憲法第二十二條規定，於不妨害社會秩序公共利益之前提下，始受保障。是性行為之自由，自應受婚姻與家庭制度之制約」，《續編（十六）》，頁 165（2003）；釋字第五六九號解釋（92/12/12）解釋理由書：「有配偶而與人通姦，悖離婚姻忠誠，破壞家庭和諧，侵害憲法第二十二條所保障之自由權利」；釋字第五七六號解釋（93/04/23）解釋文：「契約自由為個人自主發展與實現自我之重要機制，並為私法自治之基礎，除依契約之具體內容受憲法各相關基本權利規定保障外，亦屬憲法第二十二條所保障其他自由權利之一種」；釋字第五八〇號解釋（93/07/09）：「基於個人之人格發展自由，個人得自由決定其生活資源之使用、收益及處分，因而得自由與他人為生活資源之交換，是憲法於第十五條保障人民之財產權，於第二十二條保障人民之契約自由」；釋字第五八五號解釋（93/12/15）解釋理由書：「隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活秘密空間免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障」；釋字第五八七號解釋（93/12/30）解釋理由書：「子女有獲知其血統來源之權利，為聯合國一九九一年九月二日生效之兒童權利公約（Convention on the Rights of the Child）第七條第一項所揭櫫；確定父子真實身分關係，攸關子女之人格權，應受憲法第二十二條」。

¹³⁰ 參見湯德宗，〈權力分立與違憲審查-- 大法官抽象釋憲權之商榷〉，輯於氏著《權力分立新論 卷二》，頁 75 以下（台北：元照，2005 年 5 月增訂三版）。

¹³¹ 參見湯德宗，〈立法裁量之司法審查的憲法依據-- 違憲審查正當性理論初探〉，輯於氏著，前揭（註 130）書，頁 1 以下（台北：元照，2005 年 5 月增訂三版）。

求權」為一「憲法上」權利。是也？非也！

如前所述，各國「資訊自由法」立法例多明定資訊公開之例外——「豁免」(exemptions)。其中輒含有一款「其他法令規定應秘密事項或限制、禁止公開者」¹³²。繫爭資訊如為其他法令所豁免公開，則恐難公開矣！

本文主張將「政府資訊公開請求權」定為憲法所保障的人民主觀權利，如此一來，任何限制政府資訊公開的法律都必須通過憲法第二十三條（或如本文所建議的憲法增修條文）所定「比例原則」的檢驗。即此而言，上開典試法之限制（豁免）公開規定，是否合憲，殊成疑問！

二、二十三條三項之商榷

前揭典試法二十三條三項規定：「其他法律與前項規定不同時，適用本條文」。希排除其他法律不同之規定，以貫徹同條第二項之限制公開。如此強烈的排他條款甚是罕見，其適用尤值研究。

（一）排除行政程序法（含行政資訊公開辦法）之適用？

行政程序法第三條第一項規定：「行政機關為行政行為時，除法律另有規定外，應依本法規定為之」。所謂「本法規定」自含第四十四條之「資訊公開」在內。是依文義解釋，前揭典試法二十三條三項似在排除「行政程序法」之適用。惟鑑於我國現制普遍欠缺「正當行政程序」概念，自不宜輕率聽任其他法律排除行政程序法之適用。故作者一向主張：行政程序法第三條第一項所謂「除法律另有規定外」應從嚴解為「其他法律另有較本法更嚴格之程序規定」¹³³，以免行政程序法立法目

¹³² 行政資訊公開辦法第5條第1項第6款。

¹³³ 湯德宗，〈行政程序法的適用〉，輯於氏著，前揭（註1）書，頁127以下（頁159）。

的落空。複查成績期間既同時有典試法與行政程序法之適用（參見【圖五】），前揭典試法二十三條三項之規定與行政程序法第三條第一項顯難相容。

關於資訊公開，因行政程序法僅完成架構規範，實際倚賴「行政資訊公開辦法」執行。「辦法」屬法規命令，其規定與法律（典試法）牴觸時，按法規位階理論，似應以典試法之規定為優先。惟吾等以為，為貫徹資訊公開理念，應修法刪除典試法二十三條第三項之規定，方為正辦。

（二）排除檔案法之適用？

檔案法第十七條規定：「各機關對於閱覽、抄錄或複製檔案之申請，非有法律依據不得拒絕」，是即檔案亦以公開為原則。考試機關持有之試卷是否有檔案法之適用，需視試卷是否為「檔案」而定；所謂「檔案」乃「指各機關依照管理程序，歸檔管理之文字或附件」。現行實務上，考試機關一般不將試卷歸檔管理，試卷遂非檔案法所稱之「檔案」，而無檔案法之適用。準此，乃無必要討論「試卷」是否為檔案法第十八條第四款所稱「有關學識技能檢定及資格審查之資料」，而得拒絕公開。吾人以為，將來「政府資訊公開法」應定位為政府資訊公開之基準法。亦即，除制定在（該法之）後的法律明文排除該法特定條文之適用者外，政府資訊應概依「政府資訊公開法」公開之。準此，檔案法之規定如牴觸政府資訊公開法者，當以後者為準¹³⁴。

（三）排除訴願法、行政訴訟法之適用？

按「應考人申請複查成績辦法」第二條之規定，應考人申請複查成

¹³⁴ 參見湯德宗，〈論資訊公開與卷宗閱覽—行政法院相關判決評釋〉，發表於中央研究院《「行政管制與行政爭訟」學術研討會會議論文集》，頁22。（台北：中央研究院法律學研究所籌辦處主辦，2005年11月19日）

績須於「榜示」之次日起十日內為之。前揭典試法第二十三條乃為貫徹同條二項之限制，而同條二項乃對同條一項（申請複查成績）之限制，因此第三項亦僅適用於「複查成績期間」。嗣應考人於行政爭訟程序（訴願行政訴訟）中請求公開試務資訊，既非在「複查成績期間」，自不受前揭典試法第二十三條三項之規範。換言之，典試法第二十三條三項無從排除訴願法第四十九條、第七十五條和行政訴訟法第九十六條有關當事人「閱覽卷宗」之規定。

伍、結論-- 典試法第二十三條修正芻議

本文由資訊公開法制出發，比較美、英、日、我國資訊公開立法例，認定典試法第二十三條第二項規定為有關典試資訊公開之限制規定，不僅為各國立法例所僅見，亦經不起（保密與公開之）利益衡量，遑論通過憲法第二十三條之檢驗。同條第三項意欲全面排除其他法律（與第二項限制）相左之規定，但因同條第一項規定所得適用之（複查成績）期間甚是有限（自榜示之日起十日內），所幸實際並未達成預定效果。

茲總結前文所述，具體建議修正典試法第二十三條如下：

「應考人得於榜示後申請複查成績，但除依形式觀察即可發現該項成績有顯然錯誤或違法情事者外，不得要求重新評閱或閱覽試卷。

試務機關應於榜示之日起 X 月後公布典試委員、命題委員、閱卷委員、審查委員、口試委員或實地考試委員之姓名。

第一項申請複查成績之辦法，由考試院定之。」

按現行典試法二十三條第二項第二、三款以及第三項之限制既非妥適，已如前述，爰予刪除。惟為免應考人接觸試卷，發生塗抹、竄改之爭議，爰保留原第一款（禁止「閱覽試卷」）之限制。另，為保障典試委員閱卷評分之判斷餘地，避免無謂之紛擾，爰併將大法官釋字第三一九號解釋意旨納入第一項修正條文。其次，為合理兼顧試務決策之透明、維護人民知的權利，並確保考試之公正舉行，爰修正原第二項第四款改列為第二項，明定試務機關於榜示後（由立法裁量決定之）「一定期間」應主動公布試務相關委員之姓名。

【表一】：各國資訊公開豁免事項比較表

事由	國別	我國			美國	英國	日本
		程序法	辦法	草案	US FOIA	UK FOIA2000	情報公開法
國家機密		§ 45-I-但	§ 4-I-但	§ 19-I-1	§ 552(b)(1) national security	s 24 national security	§ 5-III
情報事項					Homeland Security Act 2003 voluntarily-provided business information relating to “critical infrastructure”	• s 23 information supplied by, or relating to, bodies dealing with security matters	
國防						• s 26 defense	§ 5-III
國際關係						s 27 international relations	§ 5-III
國內關係						s 28 relation within the UK	
國家經濟利益			§ 5-I-1			s 29 economy	
機關內部擬稿作業			§ 5-I-3	§ 19-I-3	§ 552(b)(5) inter-agency and intra-agency memoranda	s 35 formulation of government policy	§ 5-V & VI
機關內規					§ 552(b)(2) internal agency rules	• s 36 prejudice to effective conduct of public affairs	§ 5-V & 5-VI
女皇通訊與榮典授與						s 37 communications with Her Majesty, etc. and honours	
國會特權						• s 34 Parliament privilege	
有礙犯罪偵			§ 5-I-2	§ 19-I-	§	s 30	§ 5-IV

論複查考試成績之資訊公開限制

事由	我國			美國	英國	日本
	程序法	辦法	草案	US FOIA	UK FOIA2000	情報公開法
查、起訴、執行			2	552(b)(7)(A)&(E) law enforcement records	investigation s and proceeding conducted by public authorities s 31 law enforcement	
妨礙刑事被告受公正裁判		§ 5-1-2	§ 19-1-2	§ 552(b)(7)(B) law enforcement records	• s 32 court records	§ 5-IV
為實施取締業務取得或製成之資訊		§ 5-1-4	§ 19-1-4	§ 552(b)(8) records of financial institution	s 33 audit functions	§ 5-IV
職業秘密		§ 5-1-5	§ 19-1-7		s 42 legal professional privilege	§ 5-II
營業秘密		§ 5-1-5	§ 19-1-8	§ 552(b)(4) trade secrets	s 43 commercial interests	§ 5-II
基於信賴而提供之資訊				§ 552(b)(7)(D) law enforcement records	• s 41 information provided in confidence	
著作權人之公開發表權		§ 5-1-5	§ 19-1-7			
個人隱私		§ 5-1-5	§ 19-1-7	§ 552(b)(6) personal privacy § 552(b)(7)(C) law enforcement records	• s 40 personal information	§ 5-I
其他依法豁免公開資訊		§ 5-1-6	§ 19-1-1	§ 552(b)(3) information exempted by other statutes	• s 44 prohibition on disclosure	
有關專門知識、技能獲資格所為之考試、檢定、鑑定資			§ 19-1-5			

事由	國別	我國			美國	英國	日本
		程序法	辦法	草案	US FOIA	UK FOIA2000	情報公開法
料							
公營事業機構經營資料				§ 19-1-6			
為保存文化資產				§ 19-1-9			
環境資訊						s 39 environmental information	
危害個人生命、身體、自由、財產		§ 5-1-2	§ 19-1-2	§ 552(b)(7)(F) law enforcement records		s 38 healthy and safety	
油井資料				§ 552(b)(9) oil well data			
可經其他途徑獲悉之資訊						s 21 information accessible to applicant by other means	
為在將來公開之資訊						s 22 information intended for future publication	

【表二】：「卷宗閱覽請求權」的類型

時點	行政程序中	行政程序 終結後， 提起訴願前	訴願程序中			訴願後，起訴前		訴訟程序中	裁判後上 訴、抗告前	裁判確定後
						委任律師前	委任律師後			
人請求權	當事人 利害關係人	當事人 利害關係人	訴願人 參加人 訴願代理人	訴願人 參加人 訴願代理人	任何人	任何人	代理人 律師	當事人 第三人	原審代理人 原審辯護人	當事人 訴訟代理人 辯護人 輔佐人
法律依據	行程法 § 46	法務部 91/9/2 法律 字第 0910033663 號函 行程法 § 46	訴願法 § 49	訴願法 § 75- 11	行政資訊 公開辦法 政府資訊公 開法(草案)	行政資訊 公開辦法 政府資訊公 開法(草案)	行政法院 律師閱卷 規則 § 2	行訴法 § 96	各級法院刑 事、行政訴 訟及少年保 護事件律師 閱卷要點 § 16	法組 § 106-11
得閱覽之範圍	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	同左	訴願卷宗 (卷內文書)	原行政處分機關據以處分之證據資料 (部分卷內文書)	政府資訊 (非訴願卷內之原行政程序卷宗=卷外文書)	政府資訊 (訴願卷宗及卷外文書)	訴訟卷宗 (卷內文書)	訴訟卷宗 (卷內文書)	訴訟卷宗 (卷內文書)	評議意見
限制閱覽之範圍	1. 擬稿或其他準備作業文件。 2. 涉及國防、軍事、外交、及一般公務機密者。 3. 涉及個人隱私、職業秘密、營業秘密。 4. 有侵害第三人權利之虞者。 5. 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。	同左	1. 訴願決定擬辦之文稿。 2. 訴願決定之準備或審議文件。 3. 其他依法律或基於公益，有保密之必要者。 4. 為第三人正當權益有保密之必要者。	有「正當理由」得拒絕者	辦法 § 5 「草案」 § 19	辦法 § 5 「草案」 § 19		裁判草案及其準備或評議文件 (行訴 § 97)		

【圖一】：美國行政程序法鳥瞰

第五篇第五章第二節：行政程序 (5 U.S.C. §§ 551 559)

- 5 U.S.C. § 551 (APA § 2)：定義
- 5 U.S.C. § 552 (APA § 3+資訊自由法)：資訊公開
- 5 U.S.C. § 552a (隱私法)：個人資訊保護
- 5 U.S.C. § 552b (政府陽光法)：會議公開
- 5 U.S.C. § 553 (APA § 4)：規則訂定
- 5 U.S.C. § 554 (APA § 5)：行政裁決
- 5 U.S.C. § 555 (APA § 6)：附帶事項（機關取得資訊之權限）
- 5 U.S.C. § 556 (APA § 7)：正式程序（聽證主持、舉證責任、行政筆錄）
- 5 U.S.C. § 557 (APA § 8)：正式程序（機關終局決定、片面溝通之禁止）
- 5 U.S.C. § 558 (APA § 9)：制裁（執照核發、吊銷及終止）
- 5 U.S.C. § 559 (APA § 12)：本法與其他法律之關係

第五篇第五章第三節：協商式規則訂定 (5 U.S.C. §§ 561 569)

第五篇第五章第四節：行政程序爭議解決替代方式 (5 U.S.C. §§ 571 583)

第五篇第五章第五節：全美行政會議 (5 U.S.C. §§ 591 596)

第五篇第六章：管制作用分析 (5 U.S.C. §§ 601 612)

第五篇第七章：司法審查 (5 U.S.C. §§ 701 706)

- 5 U.S.C. § 701 (APA § 10)：申請與定義
- 5 U.S.C. § 702 (APA § 10(a))：審查權利
- 5 U.S.C. § 703 (APA § 10(b))：審查形式與管轄
- 5 U.S.C. § 704 (APA § 10(c))：受審查之行政行為
- 5 U.S.C. § 705 (APA § 10(d))：審查中之救濟
- 5 U.S.C. § 706 (APA § 10(e))：審查範圍

「行政法法官」相關規定（散置美國法典第五篇各章）

- 5 U.S.C. § 3105：任命
- 5 U.S.C. § 7521：處分
- 5 U.S.C. § 5372：薪俸
- 5 U.S.C. § 3344：細節

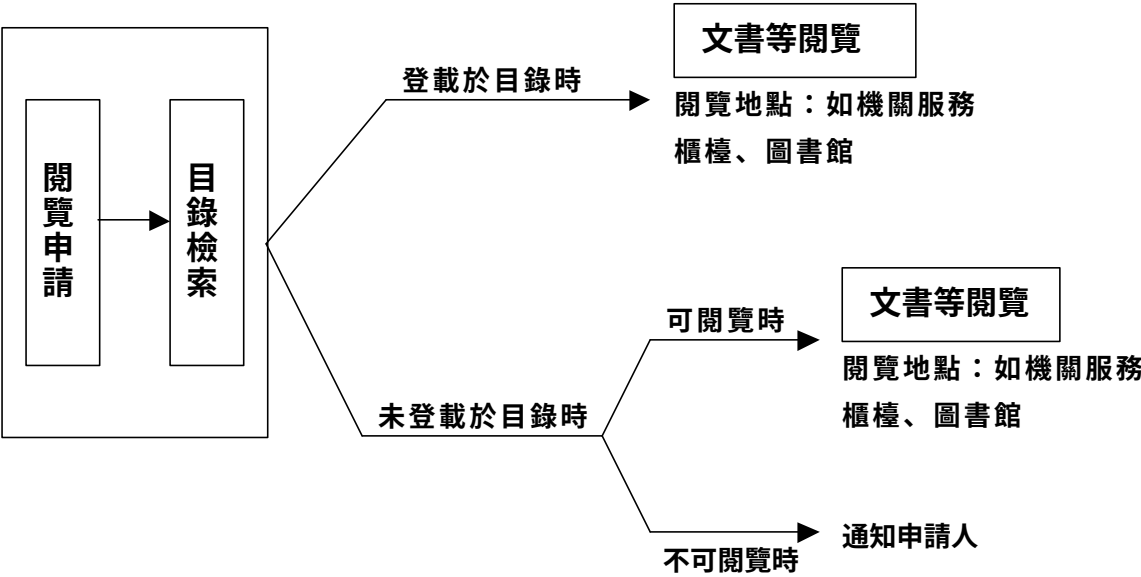
【圖二】：英國資訊自由法鳥瞰

第一章 接近官方持有之資訊 (Access to Information Held by Public Authorities)
第二章 豁免資訊 (Exempt Information)
第三章 國務大臣、司法大臣及資訊官之職掌 (General Functions of Secretary of State, Lord Chancellor and Information Commissioner)
第四章 執行 (Enforcement)
第五章 上訴 (Appeals)
第六章 歷史檔案、公開檔案局之紀錄 (Historical Records and Records in Public Record Office or the Public Record Office of Northern Ireland)
第七章 1998年資料保護法之修正 (Amendments of Data Protection Act 1998)
第八章 附則 (Miscellaneous and Supplemental)
附表 (Schedules)
附表一 官方 (Public Authorities)
附表二 資訊官與資訊法庭 (The Commissioner and the Tribunal)
附表三 進入與檢閱之權力 (Powers of Entry and Inspection)
附表四 上訴程序：1998年資料保護法第六條之修正 (Appeal Proceedings: Amendments of Schedule 6 to Data Protection Act 1998)
附表五 公開檔案立法之修正 (Amendments of Public Records Legislation)
附表六 1998年資料保護法之修正 (Further Amendments of Data Protection Act 1998)
附表七 由申訴專員所為之資訊公開 (Disclosure of Information by Ombudsmen)
附表八 廢止 (Repeals)

【圖三】日本情報公開法鳥瞰

日本情報公開法
第一章 總則
§ 1目的
§ 2定義
第二章 行政文書之開示
§ 3開示請求權
§ 4開示請求程序
§ 5行政文書之開示義務（豁免條款）
§ 6部分開示
§ 7基於公益上之理由所為裁量開示
§ 8關於行政文書存在與否之情報
§ 9對於開示請求之措施
§ 10開示決定之期限
§ 11開是決定期限等之特例
§ 12請求案件之移送
§ 13給予第三者意見提出之機會等
§ 14開示之實施
§ 15他法令開示規定之調整
§ 16手續費
§ 17權限或事務之委任
第三章 不服之申訴（訴願）
§ 18對於審查會之諮詢
§ 19已經進行諮詢事宜之通知
§ 20駁回對第三者之訴願之申請程序
§ 21情報公開委員會之設置
§ 22情報公開委員會之組織
§ 23情報公開委員會之委員
§ 24情報公開委員會之委員長
§ 25情報公開委員會之合議體
§ 26情報公開委員會之事務局
§ 27情報公開委員會之審查權限
§ 28訴願人之意見陳述
§ 29訴願人之意見書提出
§ 30情報公開委員會委員所進行之調查程序
§ 31情報公開委員會中提出資料之閱覽
§ 32調查審議程序不公開
§ 33訴願之限制
§ 34決定書之送達及公告
§ 35授權規定
第四章 附則

【圖四】日本各省廳文書閱覽流程(標準流程)



【圖五】：「資訊公開請求權」與「卷宗閱覽請求權」競合示意圖

