

資訊公開暨資訊隱私法案例研究*

(2009/01~2009/12)

湯德宗**

目次

前言

壹、最高行 98 裁 3378 號裁定
(98/12/24)：總統註銷國家
機密之決定應否接受司法審
查？

一、案例事實

二、訴願決定要旨

三、起訴要旨

四、答辯要旨

五、北高行 98 年度訴字第 204
號裁定要旨

六、最高行 98 年度裁字第 3378
號裁定要旨

七、爭點解析

八、小結

貳、最高行 98 判 215 號判決
(98/03/05)：傳染病防治法
第十條所稱「業務」包含
「新聞傳播」？

一、案例事實

二、訴願決定要旨

三、起訴要旨

四、答辯要旨

五、北高行 95 年度簡字第 935
號判決

六、最高行 98 年度判字第 215
號判決要旨

七、爭點解析

八、小結

* 投稿日：2011年6月13日；接受刊登日：2011年9月7日。[責任校對：蔡秉錡]。
本文初稿發表於「2010行政管制與行政爭訟」學術研討會系列之一（2010年5月
22日，中研院法律所主辦）。衷心感謝兩位匿名審查人提供之寶貴意見；並感謝
研究助理蔡秉錡、陳冠宇先生之協助。

** 中央研究院法律學研究所特聘研究員兼所長、國立台灣大學國家發展研究所合
聘教授。日本東京大學法學部客座教授(2001~2002)，德國科隆大學訪問學者
(1993~1994)，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)。

參、北高行98訴1342號判決
(98/10/27)：監察院彈劾案
審查決議得不公開？

- 一、案例事實
- 二、起訴要旨
- 三、答辯要旨
- 四、北高行98年度訴字第1342
號判決要旨
- 五、爭點解析
- 六、小結

肆、最高行98判40號判決
(98/01/22)：警察機關得應
請求而提供「前科紀錄」？

- 一、案例事實
- 二、起訴要旨
- 三、答辯要旨
- 四、北高行95年度訴字第1280
號判決要旨
- 五、最高行98年度判字第40號
判決要旨
- 六、爭點解析
- 七、小結

結論

摘要

本文為「資訊公開暨資訊隱私法案例研究」系列之五，以最高行政法院及臺北、台中、高雄三所高等行政法院98年（1月至12月）間「資訊權法」相關案件為對象，經逐一檢視篩選後，選出4則「問題案例」——最高行98裁3378號裁定、最高行98判215號判決、北高行98訴1342號判決及最高行98判40號判決，進行評釋；並根據研究心得修正前擬「資訊公開暨資訊隱私案件標準審理流程」（下稱「標準流程」），備供實務參考。茲摘述研究主要結論如下：

- 前任總統訴請行政法院「撤銷」現任總統「註銷」系爭資訊為「絕對機密」之決定，並非請求「公開」系爭資訊，毋寧要求「維持」原國家機密之核定，以阻止他人（含法院）接觸系爭資訊，故非屬本文系列「標準流程」所謂「卷宗閱覽」爭議，僅能循所謂「資訊公開」之爭議途徑處理。
- 國家機密之「核定」及「註銷」，皆直接對外發生法律效果，同屬「行政處分」；惟因「核定」或「註銷」時，相對人一般並未特定，而僅能依一般性特徵確定其範圍，故屬「一般處分」。
- 為貫徹「政府資訊以公開為原則」之立法目的，國家機密保護法僅准許不服「核定」（為國家機密之）處分者，提起行政救濟。國家機密保護法為資訊公開法（下稱「資公法」）之特別法，是其關於國家機密之救濟規定，應優先於「資公法」第二十條而適用。
- 不服「總統」所為國家機密之「核定」，而向「總統府」提起之訴願，既未違反「自省救濟」之原則，尚非法所不許。行政法院雖得審查總統（或其他行政機關）所為國家機密之「核定」是否合法，但應予適當之尊重，例如准許核定機關以公開

或秘密之書面具結，「釋明」劃密之理由；除有惡意情事外，應不經言詞辯論，判決維持機關之劃密「核定」。

- 傳染病防治法與個人資料保護法（下稱「個資法」）之規範作用有別，其第十條所稱「因『業務』而知悉」病人之個人資料者，不得洩漏，僅在確立以「醫病關係」為基礎所衍生之「保密義務」。「媒體報導」而洩漏病人個人資料者，無該條之適用。
- 監察院為「資公法」所稱之「政府機關」，「監察院彈劾案審查決議」亦該院依法行使職權之決定，自屬政府機關「於職權範圍內作成或取得」之訊息，應有「資公法」之適用。
- 依監察法第十三條第二項及監察法施行細則第七條第二項之規定，審查委員會對於「彈劾案之審查決議」既有「公布與否」之裁量權，則該審查決議非屬「資公法」第十八條第一項第一款後段所稱「其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開」之資訊。
- 監察院彈劾案審查決議之「前後次彈劾判準變更理由」及「審查委員會會議紀錄」，倘涉及「思辨決策過程」，仍得依「資公法」第十八條第一項第三款豁免公開。至「彈劾結果」與「彈劾理由」乃彈劾案「終局決定」之一部分，不得豁免公開。
- 被告機關既已發函更正系爭函復（原告前科紀錄），並已分別通知訴外人及原告，原告應無即受「確認判決」之法律上利益。惟系爭函復確為提供政府資訊之決定，性質上當屬「行政處分」。不得僅因函復未正式公開，即否定其為行政處分；亦不得將系爭函復定性為「行政協助」，以免除被告機關依法應事先通知並徵詢資料主體（「本人」）之義務，進而剝奪原告（「本人」）以利害關係人身分提起救濟之權利。

- 前科紀錄之「提供」涉及「敏感性個人資料」之「利用」，應注意避免無理侵害個人隱私。按新修正之「個資法」，警察機關遇有「他人」請求提供「前科紀錄」(警察刑事紀錄)時，應於個案審酌所請「前科紀錄」是否為「公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務所必要」，並注意是否採取「適當安全防護措施」。

關鍵詞：國家機密、資訊公開、資訊隱私、卷宗閱覽、豁免公開、新聞自由、彈劾案、思辯決策、前科紀錄、敏感性個人資料。

A Critical Review of Freedom-of-Information and Information-Privacy Cases of 2009

*Dennis T. C. Tang**

Abstract

As a part of the series of annual reviews of Freedom-of-Information and Information-Privacy cases, this article analyses in depth the issues involved in the four most controversial decisions rendered by the four administrative courts during the period from January 2009 to December 2009: Supreme Administrative Court (98) Decision No. 215, Taipei High Administrative Court (98) Decision No. 1342, and Supreme Administrative Court (98) Decision No. 40. Based upon the findings of this study, the author slightly revises the previously proposed “SOP for Handling Information Rights Cases” (hereinafter the “SOP”) to serve as reference for future court decisions. The major findings and suggestions can be summarized as follows:

- The appeal of the plaintiff, a former President of the Republic, to an administrative court to revoke a decision made by the defendant, the current President of the Republic, which had de-classified the records in dispute in accordance with the National Secrets Protection Act (NSPA), shall not be regarded as a request of “document inspection” as the plaintiff was not intended to seek for an access to the disputed information, but to maintain the original classification of the disputed information as “top secret” made by himself during his presidency to prevent it from being disclosed. Such a request thus shall not enjoy a

* S.J.D., Tulane Law School (1989); former Director & Distinguished Research Professor, Institutum Iurisprudentiae, Academia Sinica; Professor of Law, Graduate Institute of National Development, National Taiwan University.

preferred status reserved for “document inspection” in a particular proceeding, either administrative or judicial, to a request for access to government information in general.

- Both a “classification” and a “de-classification” of national secret information produce direct legal effects, and therefore should be characterized as “administrative acts” under the Administrative Procedure Act (APA). Yet, at the time of the classification or de-classification, usually there is no specific recipient for such decision. Rather, the recipients can only be ascertained by some general characteristics, such as those who may apply for disclosing the information at issue later on. A “classification” or “de-classification” of information as national secret is therefore a “general administrative act” under the APA.
- To enforce the legislative purpose of the Freedom of Information Act (FOIA) to construct a transparent government, an administrative court shall review, though with more deference, the legality of a “classification” made by the President of the Republic to ensure that he/she does so not violate the NSPA by classifying the information for illegal purposes, such as for covering up a scandal or a crime committed. By the same token, the NSPA allows only those who dissatisfied with a “classification,” but not with a “de-classification” decision of national secrets, to file an administrative appeal and subsequent administrative litigation. The courts shall permit an agency affidavit in writing, whether in public or on camera, stating the reason for classification. In the absence of evidence of bad faith on the part of the decision-maker, the court should uphold his/her classification decisions without oral arguments. In terms of relief, the National Secret Protection Act shall be *lex specialis* vis-à-vis the FOIA (*legi generali*).
- The regulatory functions served by the Infectious Disease Control Act (IDCA) and Personal Data Protection Act (DPA) are different. The information “learnt about during the professional practice” referred to in Article 10 of the IDCA shall be understood to impose an “obligation of confidentiality” derived from the “doctor-patient

relationship. ” Media coverage of a public figure suffering some infectious disease is normally not subject to the punishment provided in the IDCA.

- The Control Yuan is a “government agency” defined in the FOIA, and an impeachment resolution reached is deemed a legal exercise of the public authority of the Control Yuan. Such resolution is therefore the government information subject to the FOIA. Furthermore, such resolution is not the exemption information from disclosure referred to in Subsec.1, Sec.1, Art.18 of the FOIA (“the information which are prohibited from being public in accordance with other laws or regulations”) because the review committee has discretion over the publication of its impeachment resolution under Sec. 2, Art. 13 of the Control Act and Sec.2, Art.7 of the Implementation Rules of Control Act.
- However, the reasons for changing the criteria for impeachment during the review process as well as the minutes of the review committee may be exempted from disclosure in accordance with Subsec. 3, Sec. 1, Art.18 of the FOIA so far as they involve the deliberation of the impeachment. The final resolution of impeachment by the Control Yuan and its reasons are, in any way, to be disclosed.
- Whenever a defendant agency has sent a letter to correct the disputed information (about plaintiff’s criminal record) which the agency had delivered before in response to a request by a third party, and has informed the plaintiff of the fact of correction, the plaintiff (data subject) loses the legal interest for bringing a declaratory judgment. However, the disputed letter, even though not been published officially, still constitutes an administrative act as it provided the government information requested. In addition, it shall not be characterized as “administrative assistance” and consequently exempt the defendant agency from the obligations of noticing and consulting data subject before it decides to provide the information to a third party or not, nor shall the plaintiff’s (data subject) right to sue for redress be deprived.

- The provision of criminal records is a use/dissemination of “sensitive personal data,” and shall accordingly avoid unreasonable infringement of privacy of the data subject. According to the newly amended DPA, when a police agency is requested to provide “criminal record” of someone other than the applicant, the agency shall carefully consider if the request is “necessary for a government agency to perform its official duties or necessary for a private entity to fulfill its statutory obligations” and if the requester will take all “reasonable security measures” to protect the privacy of the data subject involved.

KEYWORDS: national security information, right to information, information(al) privacy, freedom of press, impeachment, criminal records, deliberative process, sensitive personal data, affidavit, classification.

前言

筆者自94年起在中央研究院法律學研究所（籌備處）所主辦之「行政管制與行政爭訟」學術研討會上，就行政法院有關「政府資訊公開法」（下稱「資公法」）與「個人資料保護法」（下稱「個資法」）判決逐年進行評析¹，希累積實施經驗，逐步落實「政府資訊公開」與「資訊隱私保護」的立法目的。

茲以最高行政法院（下稱「最高行」）及台北、台中、高雄三所高等行政法院（下稱「北高行」、「中高行」及「高高行」）95年相關裁判為研究對象。「資訊公開」部分²先以「資訊公開」、「卷宗閱覽」、「典試法」、「檔案法」、「行政程序法第44條」、「行政程序法第45條」、「行政程序法第46條」等7組關鍵字，檢索得出相關裁判計136件（含最高行34件、北高行83件、中高行9件、高高行10件）³；「資訊隱私」部分，則以「資訊+隱私」⁴及「個人資料保護法」兩組關鍵字，檢索得出相關裁判計43件（含最高行4件、北高行37件、中高行0件與高高行2件）。其次比對刪除重複計列者，得出2009年度「資訊權法」相關裁判149件（含最高行37件、北高行93件、中高行9件、高高行10件）。再依「同時涉及」（資訊公開與資訊隱私）及「饒富爭議」兩項標準，逐一檢視各案內容，最後篩選得出「問題案例」4則，評析如下。

- 1 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〉，湯德宗、劉淑範主編，《2005行政管制與行政爭訟》，頁123-164（2006年）；湯德宗，〈資訊公開暨資訊隱私法案例研究（～2006/10）〉，湯德宗、李建良主編，《2006行政管制與行政爭訟》，頁375-445（2007年）；湯德宗，〈資訊公開暨資訊隱私法案例研究（2006/11～2007/10）〉，黃舒芄主編，《2007行政管制與行政爭訟》，頁285-348（2008年）；湯德宗，〈資訊公開暨資訊隱私法案例研究（2007/11～2008/12）〉，王必芳主編，《2009行政管制與行政爭訟》，頁297-366（2010年）。
- 2 搜尋範圍涵蓋「行政資訊公開辦法」及「政府資訊公開法」。
- 3 同一案號出現於不同關鍵字之搜尋結果者，以1件計；同一案件上訴至最高行政法院者，因最高行政法院另予案號，爰以2件計。
- 4 即判決書中同時出現「資訊」及「隱私」兩用語者。

壹、最高行98裁3378號裁定(98/12/24)： 總統註銷國家機密之決定應否接受司法審查？

一、案例事實

原告(甲○○)⁵於擔任中華民國第11任總統期間，將(一)民國(下同)89年1月起至95年6月30日止，總統府會計處關於國務機要費之支出憑證簿(內含原始憑證及相關支出憑證黏存單、黏貼憑證用紙、支付報告單或其他內簽等支出憑證)、支出傳票，及(二)原告及承原告之命執行相關案件同仁，因案列入臺灣臺北地方法院檢察署95年度偵字第23078號起訴書所附編號卷10至卷12內之筆錄、錄音、電磁紀錄及書面資料及複製物各項資料中，涉及對外工作之資訊，核定為「絕對機密」等級之「國家機密」(下稱「系爭卷證」)⁶。嗣最高法院檢察署因偵辦原告涉及貪瀆案件，致函總統府謂原告上開機密核定，有礙其偵查及臺灣臺北地方法院(下稱臺北地院)對原告之妻吳淑珍等國務機要費案之審理，請求儘速審酌是否解密。經被告(馬英九總統)及其授權之代理人檢閱上述經原告核定為國家機密之系爭卷證後，認系爭資料或自始即非屬國家機密，或係檢察機關製作、保管之卷證，原告所為之國家機密核定與國家機密保護法相關規定不符，乃依國家機密保護法第十條註銷該等資料之機密核定後，通知最高法院檢察署及臺北地院，並於97年8月6日正式對外宣布。原告獲悉後，認被告註銷國家機密之決定，妨礙其身為卸任總統於司法程序中得主張國家機密特權之訴訟

5 隱匿案件當事人姓名，乃司法院網站「判決書查詢系統」之標準作業模式。長此以往，勢將造成裁判檢索之困難，與政府資訊公開之要求背道而馳。其批評參見湯德宗，前揭(註1)文，〈資訊公開暨資訊隱私法案例研究(2006/11~2007/10)〉，頁341-342。

6 總統府秘書長曾於96年9月6日以華總字一義字第9610051450號核定系爭資訊為絕對機密。

權利，乃對被告上開註銷之決定，提起訴願；經總統府（訴願審議委員會）作成訴願不受理之決定⁷。原告不服，向北高行提起本件訴訟；北高行於98年8月31日作成98年度訴字第204號裁定駁回其訴。原告仍不服，提起抗告。最高行政法院於98年12月24日作成98年度裁字第3378號裁定，認抗告無理由，駁回抗告。

二、訴願決定要旨

（一）依訴願法第三條及行政程序法第九十二條，行政處分係指「中央或地方機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」。所謂對外發生法律效果，須該行為對人民現已存在之權益直接造成損害之法律上效果，始屬相當。倘行政機關所為決定，並未「直接」且「對外」發生法律效果，僅屬「將來」、「可能」或因其他公權力行為介入而有法律效果發生者，則非得對之提起訴願之行政處分（參照改制前行政法院54年裁字第94號、55年裁字第33號、59年判字第211號判例）。被告依國家機密法第十條第一項⁸註銷國家機密，係依法行使其審定國家機密之職權，並非對特定人或得特定人所為之具體處分行為。

（二）查司法院釋字第627號解釋，國家機密特權係專為總統此一「職位」所設，並非為曾任總統職務之人，故已卸任而未擔任總統之個人，即非國家機密特權之保障對象。且現任總統依國家機密保護法所為註銷決定，縱係就前任總統所核定之機密而為，亦僅屬與國家法益有關，非針對前任總統個人所為，從而訴願人主張其訴訟權利受註銷決定所妨害，並無理由。

7 華總參字第09700205620號訴願決定。

8 國家機密保護法第十條第一項：「國家機密核定後，原核定機關或其上級機關有核定權責人員得依職權或依申請，就實際情況適時註銷、解除機密或變更其等級，並通知有關機關」。

(三) 至經註銷機密之資料、卷證在訴訟上有無證據能力，是否對訴願人所涉案件有利抑或不利，猶待檢察機關或法院之認定，均非註銷決定所生。訴願人為其所主張將來、可能發生訴訟上權益之損害，自應於刑事或其他訴訟程序中謀求救濟，非受理訴願機關所能置喙。本件既無得提起訴願之行政處分存在，即於法不合，不予受理。

三、起訴要旨

原告原審起訴意旨約有四點；前兩點為程序主張，後兩點為實體主張。

(一) 總統府無權受理系爭訴願案件

依據司法院大法官釋字第627號解釋⁹及國家機密保護法第七條第一項第一款¹⁰、第十條第一項之規定，「僅總統享有憲法賦予之國家機密特權，故作成註銷系爭卷證為機密之處分機關應為總統，而非總統府」。又，「訴願管轄原則係以原處分機關之上級機關為管轄機關，如原處分機關為最高層級之機關時，則以該機關為訴願管轄機關」（訴願法§§1-I、4、5-I 參照）。故，總統作成之原處分應以總統為訴願管轄機關。

(二) 原告為「註銷」處分之利害關係人，得提起行政救濟

被告依國家機密保護法第十條規定，所為「註銷」機密之決定，不僅危害國家安全，侵害國家法益，亦妨礙原告作為卸任總統，於作為被告或作為證人之訴訟程序中得主張國家機密特權之訴

9 釋字第627號解釋：「總統依憲法及憲法增修條文所賦予之行政權範圍內，就有關國家安全、國防及外交之資訊，認為其公開可能影響國家安全與國家利益而應屬國家機密者，有決定不予公開之權力，此為總統之國家機密特權。其他國家機關行使職權如涉及此類資訊，應予以適當之尊重」。

10 國家機密保護法第七條第一項：「國家機密之核定權責如下：一、絕對機密由下列人員親自核定：(一) 總統、行政院院長或經其授權之部會級首長。(二) 戰時，編階中將以上各級部隊主官或主管及部長授權之相關人員」。

訟權。是原告縱非行政處分之相對人，亦係原處分之利害關係人。自得依法（訴願法§14-II）提起救濟。

（三）被告「註銷」機密之行為屬行政處分

被告將系爭卷證（資訊）「註銷」機密等級而公開提供相關機關或供訴訟當事人閱覽，並非各機關內部所為之職務上表示，而為具有「第三人效力」之行政處分。

（四）被告之註銷處分違法

系爭卷證係原告於總統任期中，依據憲法相關規定、司法院釋字第627號解釋意旨及國家機密保護法所定之「程序規定」而列為絕對機密，係行使機密特權之統治行為（或政治問題），屬於總統保留事項。除非有違憲之處，否則其決定具有存續力，繼任總統不得遽予否定。被告發布之新聞並未說明原告將系爭卷證列為絕對機密有何違憲之處，復未說明其係依據何種標準或心證，認定系爭卷證非屬國家機密，顯有理由不備之違法。

四、答辯要旨

查無。

五、北高行98年度訴字第204號裁定要旨

【主文】原告之訴駁回

【理由】

（一）按原告前此已依訴願法第五十二條第一項之規定，將訴願審議委員會設於總統府內，並授權由總統府訴願審議委員會辦理訴願案件，故本件訴願由總統府訴願審議委員會決議，並由被告核定後作成訴願決定書，於法自無不合。且本件訴願經總統府訴願審議委員會依其專業審議並討論後，再由被告核定以總統府名義並對外發布，亦與訴願法及學理上訴願為行政機關「自省救濟」之性質相符，是該訴願程序亦無違誤。

(二) 被告依國家機密法第十條第一項¹¹註銷國家機密，係依法行使其審定國家機密之職權，並非對特定人或得特定人所為之具體處分行為。又，經註銷機密之系爭卷證在訴訟上有無證據能力，是否對原告所涉案件有利抑或不利，猶待檢察機關或法院審理後始能認定，縱使註銷機密之系爭卷證嗣於訴訟程序中發生一定之法律效果，亦非因被告之註銷決定而直接發生，乃係個案訴訟具體依事證所為認定之結果。是註銷行為非可認對原告發生法律效果之單方行為，乃非屬行政處分。原告依法自不得對之提起撤銷訴訟。再者，利害關係人雖得提起撤銷訴訟，惟其利害關係限於法律上之利害關係，不包括事實上利害關係。

(三) 依司法院釋字第627號解釋，國家機密特權係專為總統此一「職位」所設，核與國家法益有關，並非保障私人權益或個人隱私，故涉及私人權益、個人隱私部分即非屬國家機密特權所保障之法益，而應屬政府資訊公開法規範之範疇。則現任總統依國家機密保護法所為註銷決定，縱係就前任總統所核定之機密為之，亦僅屬與國家法益有關，非針對前任總統個人所為，自無損害原告之權利或法律上利益。況原告於其遭起訴而現審理之案件中，對國務機要費支出之用途亦無不可在訴訟進行中提出解釋，縱提出之解釋涉及國防、外交等相關資訊，法院亦非不得依據國家機密保護法之規定，送請權責機關核定為國家機密。

(四) 依國家機密保護法第十條第三項規定，個人或團體僅限於因「核定機密而受有損害」者始得提起救濟，不包括「註銷機密」之情形¹²。蓋「機密之核定」或將限制人民之資訊公開請求權，或有違反政府資訊透明化之原則，故立法者乃允許法律上權利

11 參見前揭註8。

12 國家機密保護法第十條第二項：「個人或團體依前項規定申請者，以其所爭取之權利或法律上利益因國家機密之核定而受損害或有損害之虞為限」；同條第三項：「依第一項規定申請而被駁回者，得依法提起行政救濟」。

或利益受侵害之個人或團體得提起行政救濟；然，註銷機密非但未直接對外發生法律效果，且有助於個人或團體得依法定程序取得其所需資訊，故自非屬得提起行政救濟之範疇。

六、最高行98年度裁字第3378號裁定要旨

【主文】抗告駁回

【理由】

(一) 釋字第627號解釋理由書謂：「總統就其職權範圍內有關國家安全、國防及外交資訊之公開，認為有妨礙國家安全與國家利益之虞者，應負保守秘密之義務，亦有決定不予公開之權力，此為總統之國家機密特權」。任何國家機關之權力應有所限制，司法機關亦然。此種限制除憲法或法律之明文規定外，尚有出於權力之本質者，司法審查權在本質上應受限制，不僅為學理所公認，且在各先進法治國家實際運作中，已形成相關制度。此即美國法制上之政治問題(political question)，德國之不受司法管轄之高權行為(gerichtesfreier Hoheitsakt)，法國之政府行為(Actes de gouvernement)，英國之國家行為(Act of state)，國內學者或採日本習用之名詞「統治行為」作為上述各種制度之上位概念。抗告人前所為之國家機密核定，係行使其總統國家機密特權，司法機關應予尊重，不得憑司法裁量決定其核定為絕對機密是否違法，同理，相對人就系爭核定所為之註銷，司法機關亦應予尊重，不得憑司法裁量決定其註銷該絕對機密之核定是否違法，因此本件爭議，自不屬行政訴訟審判之權限，而應以裁定駁回。

(二) 附予說明者，如前引司法院釋字第627號解釋理由書及前述之說明，總統及其他國家機關就其職權範圍內有關國家安全、國防及外交資訊之公開，認為有妨礙國家安全與國家利益之虞者，應負保守秘密之義務，亦有決定不予公開之權力，均應予以適當之尊

重，是對於國家機密之核定，人民尚不得直接對其提起行政救濟。惟面對政府資訊公開之時代潮流以及避免國家機密之核定過於浮濫致人權保障不能落實，乃於國家機密保護法第十條特別規定，個人或團體所爭取之權利或法律上利益因國家機密之核定而受損害或有損害之虞者，得向有核定權責人員申請註銷、解除機密或變更機密之等級，其所為之申請被駁回者，得依法提起行政救濟，至於有核定權責人員依職權所為之註銷、解除機密或變更其等級，則不許提起行政救濟。

七、爭點解析

本件爭議之核心，一言以蔽之，乃總統「註銷」國家機密等級之決定應否接受司法審查？相關問題包括：

- 1) 「註銷」應如何定性？屬「行政處分」？
- 2) 其他國家機關行使職權（例如法院審理案件）涉及「國家機密」，應如何「予以適當之尊重」？
- 3) 國家機密保護法何以僅規定因國家機密之「核定」而受有損害（或有受損害之虞）者，得申請「註銷」國家機密，並許申請「註銷」遭拒絕者得提起行政救濟？其因國家機密之「註銷」而受有損害（或有受損害之虞）者，得否提起救濟？
- 4) 本案被告究係「總統」，抑或「總統府」？本案訴願管轄機關為何？
- 5) 本案究為「資訊公開」案件，抑或「閱覽卷宗」案件？

茲分述如下。

（一）國家機密之「核定」與「註銷」皆屬「一般處分」

前揭北高行裁定及最高行裁定皆以為，總統「註銷」國家機密之行為，非屬行政法院審判之範圍；惟兩者之論理不同。北高行認為：「註銷」非屬「行政處分」，故不得提起撤銷訴訟；最高行則認

為「註銷」乃總統之「國家機密特權」，屬「統治行為」，不受司法審查。以上兩說俱值商榷。

國家機密保護法第二條定義「國家機密」乃指「為確保國家安全或利益而有保密之必要，對政府機關持有或保管之資訊，經依法核定機密等級者」。是國家機密必由具有核定權責之官員¹³，依據該法所定實體要件及程序「核定」之後產生。同法並規定¹⁴，經核定之國家機密得由原核定機關（或其上級機關）具有核定權責官員，依職權或依申請，「註銷」、「解除」或「變更」（機密等級）。特定「政府資訊」（政府機關持有或保管之資訊）因「核定」（為國家機密）而得「限制或禁止公開」¹⁵，並因「註銷」（為國家機密）而得「回復公開」；是「核定」與「註銷」（為國家機密）皆直接對外發生法律效果之行為¹⁶。

13 參見國家機密保護法第七條。

14 參見國家機密保護法第十條。

15 參見國家機密保護法第十三條（「國家機密經核定後，應即明確標示其等級及保密期限或解除機密之條件」）；「資公法」第十八條第一項第一款（「經依法核定為國家機密者」，應限制公開或不予提供之）。

16 按行政程序法第九十二條第一項關於「行政處分」之定義（「指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」）係仿自德國聯邦行政程序法第三十五條之定義（„Verwaltungsakt ist jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalls auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist.“）。所謂「直接之外部效力」（unmittelbare Aussenwirkung），係指行政措施，依其「客觀意旨內涵」（objektiver Sinngehalt），乃以達成外部效力為目的。以本件為例，特定政府資訊一經權責官員「核定」為國家機密，即發生「得限制公開」之法律效果；嗣經「註銷」，即發生「得回復公開」之法律效果。

以「直接外部效力」作為「行政處分」之要件，乃在藉以辨識機關內部措施（內部職務指令）以及多階段行政處分中內部行政行為，並將之排除在「行政處分」概念之外。倘具體行政措施僅在事實上對外產生效果，則此種「事實效果」（tatsächliche Auswirkung）尚不足構成行政處分之性質要件。參見劉淑範，〈論公務人員職務調動之概念及法律性質：「調職處分」（Versetzung）及「職務調整」（Umsetzung）之界分〉，頁16-17（中研院法律學研究所籌備處主辦，「2009行政管制與行政爭訟」學術研討會系列之二，2009年11月21日）；Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, § 9, Rn. 23ff.; Hans-Uwe Erichsen/Wolfgang Martens (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9.

前揭北高行裁定（所謂：「註銷機密之系爭卷證嗣於訴訟程序中發生一定之法律效果，並非因被告之註銷決定而直接發生，乃係檢察機關或法院就訴訟具體事證認定後，始生法律上之效果」），固未正確認知「註銷」之「直接法律效果」（乃系爭卷證因而得「回復公開」，無關係爭卷證因回復公開後，於個案中能否採為證據之事實問題）；惟其所以認為「註銷」非屬「具體行政處分」，故而不得為行政爭訟，實因未能正確「定性」（國家機密之）「核定」與「註銷」為「一般處分」所致！

按「行政處分」，除有針對特定相對人所為之典型「具體處分」¹⁷外，尚有「相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍」之「一般處分」(Allgemeinverfügung)¹⁸。國家機密之「核定」與「註銷」雖皆直接對外發生法律效果，然其相對人在「核定」或「註銷」時，尚非特定，而僅能依一般性特徵嗣後確定其範圍，故屬「一般處分」¹⁹。

Aufl., 1992, § 11, Rn. 32ff.; MAHENDRA P. SINGH, GERMAN ADMINISTRATIVE LAW IN COMMON LAW PERSPECTIVE 68 (2d. ed., 2001).

- 17 參見行政程序法第九十二條第一項（「本法所稱行政處分，係指行政機關就公法上具體事件所為之決定或其他公權力措施而對外直接發生法律效果之單方行政行為」）。
- 18 參見行政程序法第九十二條第二項（「前項決定或措施之相對人雖非特定，而依一般性特徵可得確定其範圍者，為一般處分，適用本法有關行政處分之規定。有關公物之設定、變更、廢止或其一般使用者，亦同」）。
- 19 參見吳庚，《行政法之理論與實用》，頁314（2010年增訂11版）（德國聯邦行政程序法第三十五條後段……所謂對由一般性特徵而確定其範圍之人所為之處分，可稱為與人有關之一般處分(personnenbezogene Allgemeinverfügung)，其相對人為確定或可得確定之多數人，作為行政處分內容之事實關係具體而明確，譬如因地層危險而命某一村落之住戶立刻遷移、對於參與某一示威活動之多數人命令解散、警察以手勢或號誌指揮車輛之駕駛人等，均為適例）；程明修，〈撤銷訴訟的合法性（三）——一般處分〉，《法學講座》，15期，頁58（2003年3月）（行政程序法第92條第2項……主要是針對一些對具體案件所為之行政措施，其相對人於決定之時並不特定，但是卻根據其一般性的特徵可得確定其範圍者而言。並特別將之一如行政處分般對待，而稱為（對人的）一般處分）；林騰鶴，〈有毒菠菜一律下架、回收、銷毀！——對人的一般處分〉，《台灣本土法學雜誌》，88期，頁142（2006年11月）（德國聯邦行政法院1953年「葛荳沙拉訟案」(der Endiviensalat Fall, BVerwGE 12, 87ff.) 認為巴登符騰堡

(二) 國家機密「核定」之適法性應受司法審查

或因不認同前述北高行裁定對於（國家機密）「註銷」之定性，前揭最高行裁定乃援引大法官釋字第627號解釋，改以國家機密之「核定」與「註銷」皆屬總統之「國家機密特權，司法機關應予尊重」，論結「本件爭議不屬行政訴訟審判之權限」。

姑不論釋字第627號解釋創設「總統之國家機密特權」是否妥適，作者向來主張：基於「權力分立」相互制衡並相互尊重之原則，司法審查（含司法機關所為之「合憲性審查」與「合法性審查」）對其他憲法機關之核心權力之行使應予尊重²⁰。即使如此，前揭最高行裁定之論理仍有「速斷」(jumping to conclusions)之嫌。蓋為「尊重」其他權力部門之決策，法院一般僅需「降低」司法審查標準(standards of judicial review)，即放寬「審查密度」；而非輕言棄守審查——例如將（國家機密之）「核定」與「註銷」定性為「政治問題」（或其他功能上相當之概念），而全然委棄司法審查之天職！

次查，大法官釋字第627號解釋僅謂：「其他國家機關行使職權如涉及此類（按：國家機密）資訊，應予以適當之尊重」，未指示法院「應不予審查」！詎前揭最高行裁定先將「應予以適當之尊重」，簡化為「應予尊重」；再將「應予尊重」等同於「不予審查」！按各國資訊公開法無不承認「國家機密」為（得）豁免公開之資訊(exemption information)；然，為避免權責機關（官員）恣意劃定國家機密，隱匿違法或阻撓公開，亦率皆明定劃密之要件與程序，並設置司法審查以為監督。我國亦不例外！

邦內政部禁止商家販售可能傳染傷寒病之萵苣沙拉之命令，既「可從時空範圍確定其實事關係與規制對象」，乃屬一般處分）。

20 參見湯德宗，〈大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析〉，《權力分立新論卷二：違憲審查與動態平衡》，頁316-321（2005年4月）。

「資公法」(94/12/28)第十八條第一項第一款明定：政府資訊「經依法核定為國家機密」者，應限制公開或不予提供。所謂「依法」，主要指依「國家機密保護法」(92/02/06)所規定之要件及程序。國家機密保護法第二條復定義：「本法所稱國家機密，指為確保國家安全或利益而有保密之必要，對政府機關持有或保管之資訊，經依本法核定機密等級者」；同法第四條規定國家機密等級區分；第六條為核定程序；第七條規定核定權責；第十條規定國家機密之註銷、解除及變更等級。尤其值得注意者，為防止恣意濫權，同法第五條特明定比例原則及禁止事項：

「國家機密之核定，應於必要之最小範圍內為之。

核定國家機密，不得基於下列目的為之：

- 一、為隱瞞違法或行政疏失。
- 二、為限制或妨礙事業之公平競爭。
- 三、為掩飾特定之自然人、法人、團體或機關（構）之不名譽行為。
- 四、為拒絕或遲延提供應公開之政府資訊。」

「資公法」第二十條則規定司法審查：資訊公開申請人不服機關對於其申請所為之決定者，得依法提起行政救濟；同法第二十一條更授權受理訴願機關及行政法院得就政府資訊公開之爭訟為「秘密審理」(*in camera review*)。國家機密保護法第十條第三項亦規定：「依第一項規定申請（註銷、解除或變更機密等級）而被駁回者，得依法提起行政救濟」。綜上，立法者欲以司法審查（行政訴訟）確保機關適切核定國家機密之用意，甚明。

茲值研究者，法院審查總統（及其他權責人員）關於國家機密之「核定」（或「註銷」）時，應如何給予適當之尊重？按，美國自1974年修正「資訊自由法」(*Freedom of Information Act*)²¹，明定法

21 See 5 U.S.C. § 552(a)(4)(B).

院於必要時得對系爭政府資訊（含國家機密）進行審查（含秘密審理）以來，法院始終採取寬鬆的審查標準。質言之，關於國家機密之劃定是否合法，法院早先認為：除有惡意(bad faith)情事外，殆皆採信機關出具之具結(affidavits)，而維持機關之劃密決定²²。1978年哥倫比亞特區巡迴上訴法院(Court of Appeals for the District of Columbia Circuit)曾一度變更見解，認為：機關縱無惡意，於秘密審理時亦應協助法院重新審理(*de novo adjudication*)；惟機關就系爭資訊劃密細節所為之具結，法院應予相當之尊重(the courts should “accord substantial weight to an agency’s affidavits concerning the details of the classified status of the disputed record”)²³。1980年後，哥倫比亞特區巡迴上訴法院見解再變，凡行政機關能出具合理明確之具結(agency’s affidavits are reasonably specific)，且無惡意之情事(no evidence of bad faith)者，法院應不經言詞辯論即為判決(summary judgment)，維持機關之劃密決定²⁴。蓋法院一般欠缺質疑行政機關所為劃密決定之專業能力²⁵，且國家安全利益及其潛在風險影響甚鉅(magnitude of the national security interests and potential risks at

上述修法乃國會針對美國聯邦最高法院 *EPA v. Mink* 案(410 U.S. 73 (1973))判決（略謂凡遵行適當程序核定之國家機密即可豁免公開，無庸進行司法審查，含秘密審理）之反制。

22 *Weissman v. CIA*, 565 F.2d 682, 698 (D.C. Cir. 1977).

23 *Ray v. Turner*, 587 F.2d 1187, 1194 (D.C. Cir. 1978).

24 *Halperin v. CIA*, 629 F.2d 144, 148 (D.C. Cir. 1980). *See also*, Amanda Fitzsimmons, *National Security or Unnecessary Secrecy? Restricting Exemption 1 to Prohibit Reclassification of Information Already in the Public Domain*, 4 ISJLP 479, 506 (2008) (Thus, if the court sees no bad faith or sloppiness in the declassification or review process, “a court will feel with special urgency the need to ‘accord substantial weight to an agency’s affidavit concerning the details of the classified status of the disputed record.’”).

25 *See, e.g.*, *Halperin*, 629 F.2d, at 148; *see also* *Bowers v. United States Dep’t of Justice*, 930 F.2d 350, 357 (4th Cir. 1991)（法院擬取代機關關於系爭資訊之敏感性之判斷時，應該三思）；*Military Audit Project v. Casey*, 656 F.2d 724, 738 (D.C. Cir. 1981)（尊重機關劃密之決定，毋寧為正當）；*Edmonds v. FBI*, 272 F. Supp. 2d 17, 24 (D.D.C. 2002)（機關無疑立於最佳地位，就「情報來源及方法之傷害作成最終之評估」）。

stake)，故而僅能為寬鬆之審查²⁶。

兩相比較，前揭最高行裁定所謂「不得憑司法裁量決定其核定或註銷（絕對機密）是否違法」，似是言重矣！法院固應尊重行政機關關於國家機密（等級）審定（含「核定」、「註銷」或「變更」）之判斷，不得任意以自己之判斷取而代之；然，為確保行政決定之合法性（含遵守前揭國家機密保護法§5之規定），仍應命機關提出具結，為合理之釋明²⁷。公開具結(a public affidavit)有洩密之虞者，得命以秘密具結釋明之(submit explanatory in camera affidavits)²⁸。庶幾合於大法官釋字第627號解釋之意旨：

總統依其國家機密特權，就國家機密事項於刑事訴訟程序應享有拒絕證言權，並於拒絕證言權範圍內，有拒絕提交相關證物之權。立法機關應就其得拒絕證言、拒絕提交相關證物之要件及相關程序，增訂適用於總統之特別規定。於該法律公布施行前，就涉及總統國家機密特權範圍內國家機密事項之訊問、陳

26 See, e.g., *Ctr. for Nat'l Sec. Studies v. United States Dep't of Justice*, 331 F.3d 918, 928 (D.C. Cir. 2003) (quoting *CIA v. Sims*, 471 U.S. 159, 179 (1985)), cert. denied, 124 S. Ct. 1041 (2004).

惟，「適度尊重」並非「放棄審查」。例如，*Weatherhead v. United States* 案(No. 95-519, slip op. at 5-6 (E.D. Wash. Mar. 29, 1996), reconsideration granted in pertinent part (E.D. Wash. Sept. 9, 1996) (於秘密審理後維持原劃密決定), rev'd, 157 F.3d 735 (9th Cir. 1998), appellate decision vacated & case remanded for dismissal, 528 U.S. 1042 (1999)。聯邦地方法院以「系爭高敏感資訊確有洩漏之虞，然機關若不出示系爭文件，則無法說明其劃密之事實基礎」，勉強同意對系爭信函進行秘密審閱。該院卒維持機關之劃密決定；惟嗣後第九上訴巡迴法院卻以2票對1票，判令國務院(State Department)公開系爭信函。

27 所謂「應予適當之尊重」之審查標準，余意以為，殆近乎大法官釋字第319號解釋「一部不同意見書」所謂之「判斷餘地」(Beurteilungsspielraum)。即法院之審查殆僅限於「程序是否違背法令」、「事實認定有無錯誤」、「有無逾越權限或濫用權力」(如專斷、考慮與事件無關之因素)等。

28 *Patterson v. FBI*, 893 F.2d 595, 599-600 (3rd Cir. 1990); *Simmons v. United States Dep't of Justice*, 796 F.2d 709, 711 (4th Cir. 1986); *Ingle v. Dep't of Justice*, 698 F.2d 259, 264 (6th Cir. 1983).

述，或該等證物之提出、交付，是否妨害國家之利益，由總統釋明之。其未能合理釋明者，該管檢察官或受訴法院應審酌具體個案情形，依刑事訴訟法第一百三十四條第二項、第一百七十九條第二項及第一百八十三條第二項規定為處分或裁定。……總統如以書面合理釋明，相關證言之陳述與證物之提交，有妨害國家利益之虞者，檢察官及法院應予以尊重。總統陳述相關證言或提交相關證物是否有妨害國家利益之虞，應僅由承辦檢察官或審判庭法官依保密程序為之。

（三）唯不服國家機密之「核定」者，得提起行政救濟

國家機密之「審定」是否合法，應接受司法審查，已如前述。惟，國家機密之「核定」因無需「公告」（公示），一般人實際無從得知。是「資公法」第二十條規定：資訊公開之「申請人對於政府機關就其申請提供……政府資訊所為之決定不服者，得依法提起行政救濟」。亦即，申請人於政府機關否准（含依該法§18-I 之規定「經依法核定為國家機密」而否准）其申請時，得提起行政救濟。

國家機密保護法第十條規定，僅「權利或法律上利益因國家機密之核定而受損害或有損害之虞」，且已申請「註銷」（、解除或變更）國家機密等級而遭駁回者，始得依法提起行政救濟：

「國家機密等級核定後，原核定機關或其上級機關有核定權責人員得依職權或依申請，就實際狀況適時註銷、解除機密或變更其等級，並通知有關機關。

個人或團體依前項規定申請者，以其所爭取之權利或法律上利益因國家機密之核定而受損害或有損害之虞為限。

依第一項規定申請而被駁回者，得依法提起行政救濟。」

上開規定益證我國政府資訊乃以公開為原則，限制（豁免）公開為例外。是第一項規定除機關得「依職權」註銷、解除或變更國家機密外，亦許人民（所謂「個人或團體」）隨時「申請」（原核定機關）註銷、解除或變更國家機密。惟為避免浮濫申請，第二項乃限定（主張）「因系爭國家機密之核定，而受有損害或有受損害之虞」者，始得申請註銷、解除或變更機密等級。第三項更宣示，申請（註銷、解除或變更國家機密）遭拒者，得提起行政救濟²⁹。

前揭國家機密保護法第十條之規定，相較於美國政府劃定國家機密所依據之第13,292號「總統行政命令」³⁰，有兩點顯著不同。第一，美國法規定任何人皆得申請原核密機關「解密」（declassification）；而我國僅「因機密核定而受有損害或有受損害之虞者」始得申請解密。第二，如機關決定維持原核定時，美國法僅許申請人向「跨部會安全劃密申訴小組」（Interagency Security Classification Appeals Panel）提出申訴（administrative appeal）³¹，不得更向法院起訴；我國則許適格申請人提起行政訴訟（除有明文限制外，所謂「行政救濟」一般皆含「行政訴訟」）。

茲有疑問者二。首先，前揭「資公法」第二十條與國家機密保護法第十條第二及第三項規定不盡相同，應如何適用？余意以為，綜觀「資公法」相關規定（含§18-1等），可知立法者欲將「國家機

29 該第三項之條文雖曰：「依第一項規定申請而被駁回者，得依法提起行政救濟」，然該條第二項既限制：僅（主張）其「權利或法律上利益因國家機密之核定而受損害或有損害之虞」者，始得申請註銷、解除或變更，則此所謂「申請而被駁回者」，自應指（主張）其「權利或法律上利益因國家機密之核定而受損害或有損害之虞」者，並已提出申請（註銷、解除或變更國家機密）而遭拒者，始得依法提起行政救濟。本案北高行、最高行均採此見解。

30 Exec. Order No. 13,292, 68 Fed. Reg. 15, 315 (March 28, 2003), reprinted in 50 U.S.C.A § 435 note.

31 該小組雖然僅由行政部門之官員組成，但卻展現出驚人的獨立性。按1996年5月至2008年9月之統計，該小組共受理769件文件之申訴，最後決定全部或部分「解密」者495件（占64%）。See Steven Aftergood, *Policy Essay: Reducing Government Secrecy: Finding What Works*, 27 YALE L. & POL'Y REV. 399, 407 (2009).

密」之審定（含核定、註銷等）委由其他法律規定（所謂「另以法律定之」），是國家機密保護法關於國家機密之規定，含「註銷」機密申請人之資格限制與否准「註銷」之救濟等，應優先於「資公法」而適用。質言之，如申請公開之資訊於申請公開時業已核定為國家機密者，機關應駁回申請，並教示申請人得依國家機密保護法第十條申請「註銷」（或解除）機密等級。如申請公開之資訊於申請公開時雖非國家機密，惟機關不同意公開，而駁回其申請時，應併教示申請人得依「資公法」第二十條提起行政救濟。

其次，前開國家機密保護法僅規定因系爭國家機密之核定，而受有損害或有受損害之虞，並已申請註銷、解除或變更而遭拒者，得提起行政救濟。至若主張因國家機密「註銷」而受有損害或有受損害之虞者，能否提起行政救濟？前揭北高行與最高行之裁定皆採限縮解釋（所謂「法律明示其一者，排除其他」），不許其提起行政救濟。本案原告（抗告人）主張：系爭「註銷」處分「妨礙原告作為卸任總統，於作為被告或作為證人之訴訟程序中得主張國家機密特權之訴訟權」，致其須於法院公判庭公開辯護，故其縱非行政處分之相對人，亦屬利害關係人；於「知悉」註銷處分時，自得依訴願法第十四條提起訴願。

查國家機密之「註銷」，並無類似「資公法」第十二條第二項（事先徵詢關係人意見）之規定；亦無須（如同「法規命令」之訂定般）進行「預告」之公示程序³²，是關係人知悉「註銷」時，系爭資訊已然公開（解密）矣！覆水難收，乃欠缺爭訟實益，是國家機密保護法乃未有不服「註銷」得提請行政救濟之規定。如此設計，殆為貫徹「政府資訊乃以公開為原則，限制（豁免）公開為例外」之立法原則³³。綜上，「註銷」與「核定」皆屬「一般處分」，

32 參見行政程序法第一五四條（「行政機關擬訂法規命令時，……應於政府公報或新聞紙公告，載明下列事項：……三、草案全文或其主要內容。……」）。

33 或謂「不許不服總統註銷國家機密之核定者提起行政救濟，可能造成法律救濟

然國家機密保護法第十條第二項僅許因「核定」而受有損害（或有受損害之虞）者提起行政救濟，阻止系爭資訊之「不公開」（豁免公開）；而未許因「註銷」而受有損害（或有受損害之虞）者提起行政救濟，阻止系爭資訊之（由「豁免公開」而）「回復公開」！

如上結論並有助於補強實務見解。按「利害關係人」得提起「訴願」及「撤銷訴訟」，法有明文³⁴；所謂「利害關係」，實務上向來以為「限於法律上之利害關係，不包括事實上利害關係」³⁵。然，何謂「法律上利害關係」？其與「事實上利害關係」如何區別？則鮮有討論。余意以為，參考前開規定，所謂「法律上利害關係」乃指其「權利或法律上利益因系爭行為而受有損害或有受損害之虞」者而言。以本件為例，大法官釋字第627號解釋釋示：總統之國家機密「特權」，乃為使其「就有關國家安全、國防及外交之資訊，認為其公開可能影響國家安全與國家利益」者，有「核定」不予公開之權力，以保護國家利益。總統「國家機密特權」既在維護國家安全法益，則「核定」（為國家機密）之結果縱然使關係人在事實上獲得某些利益，此等結果至多為「反射利益」，要非總統「國家機密特權」所欲維護之「權利或法律上利益」！是本件原告聲稱系爭「註銷」（國家機密之）處分「妨礙其作為卸任總統，於作為被告或作為證人之訴訟程序中得主張國家機密特權之訴訟權」，顯屬誤解。況，釋字第627號解釋明確釋示：總統之「不受刑事訴究之特權」乃針對總統之職位而設，僅擔任總統一職者，享有此一特權。同理，總統「國家機密特權」亦應限於擔任總統一職者，始得享有。本案原告謂：「其作為卸任總統，猶得於作為被告

之漏洞」。惟此乃「事物本質」使然，殆無可奈何。蓋機密資訊一經「註銷」而公開，即無法回復機密（保密）狀態，而「註銷」機密無需踐行「預告」（公告）程序，當事人實際難以預知機密資訊何時將解密（公開），而適時提起救濟。

34 參見訴願法第十八條、行政訴訟法第四條第二項。

35 參見改制前行政法院75年判字第362號判例。

或作為證人之訴訟程序中主張國家機密特權之訴訟權」，顯已曲解「總統國家機密特權」之意義。

（四）不服「總統」之處分，得向「總統」訴願

大法官釋字第627號解釋已明言「國家機密特權」乃專屬總統之特權，本件系爭之國家機密「註銷」決定且為「總統」所為，本案自應以「總統」為被告³⁶。現制下，提起行政訴訟原則上應經「訴願」程序³⁷；惟訴願法關於訴願管轄機關之規定並未及於總統之處分，是不服總統所為之處分應向何機關提起訴願，不無疑問。

誠如原告起訴意旨所言，「訴願管轄原則係以原處分機關之上級機關為管轄機關，如原處分機關為最高層級之機關時，則以該機關為訴願管轄機關」。為貫徹此一立法原則，應準用訴願法中性質上最接近之規定（同法§4-8：「不服中央各院之行政處分者，向原院提起訴願」），認為不服總統所為之行政處分者，應向「總統」提起訴願。至於總統按訴願法規定³⁸，於總統府成立「訴願審議委員會」，並參照五院訴願實務，將不服「總統」處分之訴願案件，交由總統府訴願審議委員會審議³⁹，並於訴願會作成決定後，經總統核定以總統府名義並對外發布，既不違反「自省救濟」之訴願目

36 前揭北高行裁定嘗謂「總統依憲法或法律所為之行為，率由總統府或由總統府秘書長秉承總統意旨辦理並對外行使其職權，二者法律效果則並無軒輊」，似有意混同「總統」與「總統府」兩機關。原告抗告意旨之指摘毋寧為正確（「總統」是憲法機關，「總統府」是總統依照中華民國總統府組織法所設立之輔佐機關。總統依憲法或法律所賦予之職權作成決定，總統府則承總統之命處理行政業務）。

37 參見行政訴訟法第四條第一項（「人民因中央或地方機關之違法行政處分，認為損害其權利或法律上之利益，經依訴願法提起訴願而不服其決定，或提起訴願逾三個月不為決定，或延長訴願決定期間逾二個月不為決定者，得向高等行政法院提起撤銷訴訟」）；行政程序法第一〇九條（「不服依前條（按：指經聽證程序）作成之行政處分者，其行政救濟程序，免除訴願及其先行程序」）。

38 參見訴願法第五十二條第一項（「各機關辦理訴願事件，應設訴願審議委員會，組成人員以具有法制專長者為原則」）。

39 參見中華民國總統府組織法第一條（「總統依據憲法行使職權，設總統府」）。

的，且符合「曾參與前審者，不復參與後審」之正當程序法理⁴⁰，要無違法可言。

(五) 本件看似「卷宗閱覽」爭議，實為「資訊公開」爭議

猶需一言者，以本系列研究為基礎所研擬之「資訊公開暨資訊隱私案件標準審理流程」，類此案件應先「定性」⁴¹。本件究係「卷宗閱覽」案件，抑或「資訊公開」案件？

按本案原告係在他案（刑事訴訟）繫屬中，提起本件訴訟，請求行政法院撤銷本案被告「註銷」國家機密之決定，俾系爭資訊得以繼續維持「豁免公開」（之狀態），以維國家安全，兼為自己在他案（作為被告）之訴訟利益⁴²。乍看之下，原告起訴既非單純為實現自己（關於系爭資訊之）「知的欲望」，毋寧乃以系爭資訊作為他案訴訟之攻防手段，似應認定其為「卷宗閱覽」案件，並依各該程序法（本件為刑事訴訟法）上「卷宗閱覽」之規定，以決定是否公開系爭資訊。惟細繹案情，本件實非「卷宗閱覽」之爭議。

質言之，「卷宗閱覽」係程序當事人（如訴訟當事人）要求「接觸」資訊（請求閱覽案內卷宗）；本案原告乃要求「不公開」系爭資訊（不許他人閱覽案內卷宗），俾他案（刑事訴訟）法院無法使用（經現任總統「註銷」國家機密之）「系爭卷證」作為裁判之

40 參見行政程序法第三十二條第三、第四款（「公務員在行政程序中，有下列各款情形之一者，應自行迴避：……三、現為或曾為該事件當事人之代理人、輔佐人者。四、於該事件，曾為證人、鑑定人者。」）；民事訴訟法第三十二條（「法官有下列各款情形之一者，應自行迴避，不得執行職務：……五、法官於該訴訟事件，現為或曾為當事人之訴訟代理人或輔佐人者。六、法官於該訴訟事件，曾為證人或鑑定人者。七、法官曾參與該訴訟事件之前審裁判或仲裁者」）。並參見湯德宗，〈論正當行政程序〉，《行政程序法論——論正當行政程序》，頁1以下（頁11）（2005年）；改制前行政法院88年度判字第3000號判決（曾參與訴願審議之委員應迴避參與該事件之再訴願審議）。

41 前揭兩法院之裁定皆未「定性」本件爭議，所幸皆「不予受理」，乃未出現「他案（刑事訴訟）法院」與「本案（行政訴訟）法院」（關於「系爭資訊」應否註銷）之裁判歧異的現象。

42 參見前文壹、三、（二）。

基礎⁴³。兩者之目的顯然不同。又，本案原告（前任總統）實際並訴請「撤銷」本案被告（現任總統）之「註銷」（國家機密之）決定，顯然已非屬普通法院之審判權，只能由行政法院審理⁴⁴。

八、小結

本案原告（前總統甲○○）訴請行政法院「撤銷」被告（現任總統馬英九）「註銷」系爭資訊（他案卷證）為「絕對機密」之決定；雖其時原告與系爭資訊有關之他案（刑事訴訟）正在審理中，惟原告並非要求「接觸」（公開）系爭資訊，而係要求維持原（國家機密之）核定，以防阻（他人）接觸系爭資訊，故非屬本文系列「資訊公開暨資訊隱私案件標準審理流程」（下稱「標準流程」）所謂「卷宗閱覽」之爭議。況其訴請「撤銷」被告機關之決定，顯已逾越普通法院之裁判權，僅能循「標準流程」所謂「資訊公開」之爭議途徑處理。

其次，系爭資訊之「核定」與「註銷」（為國家機密），既皆直接對外發生法律效果，應同屬「行政處分」；惟因「核定」或「註銷」之時，一般未有特定相對人，而僅能依一般性特徵確定其範圍（例如凡嗣後申請公開系爭資訊者），故為「一般處分」。然，為貫徹「政府資訊以公開為原則」之立法目的，國家機密保護法僅許不服「核定」（為國家機密）之處分者，提起行政救濟。又，綜觀有關規定，可知立法者欲以「國家機密保護法」為「資公法」之特別法，是「國家機密保護法」關於國家機密之救濟規定，應優先於「資公法」第二十條而適用。

附帶說明者，不服「總統」所為國家機密之「核定」，而向

43 前揭北高行裁定似已論及「卷宗閱覽」的可能，謂：「況原告於其遭起訴而現審理之案件中，對國務機要費支出之用途亦無不可在訴訟進行中提出解釋」。

44 參見行政訴訟法第二條（「公法上之爭議，除法律另有規定外，得依本法提起行政訴訟」）。

「總統府」提起訴願，既未違反「自省救濟」之原則，尚非法所不許。行政法院雖得審查總統（或其他行政機關）所為國家機密之「核定」是否合法，但應予適當之尊重，包含准許核定機關以公開或秘密之書面具結，「釋明」劃密之理由；除有惡意情事外，應不經言詞辯論，判決維持機關之「核定」。

貳、最高行98判215號判決(98/03/05)： 傳染病防治法第十條所稱「業務」 包含「新聞傳播」？

一、案例事實

原告（中國時報）於民國94年4月22日在中國時報A4版報導李前總統登輝先生罹患法定傳染病肺結核。案經被告（臺北市政府衛生局）於95年4月25日訪談原告之受託人何榮幸，並製作調查紀錄表後，認原告違反行為時傳染病防治法（93/01/20）第十條⁴⁵之規定，爰依同法第六十三條第一項第四款⁴⁶處原告新臺幣9萬元罰鍰⁴⁷。原告不服，向臺北市政府提起訴願，臺北市政府（訴願審議委員會）於95年10月5日作成訴願決定⁴⁸，駁回原告訴願。原告仍不服，向北高行提起行政訴訟，請求撤銷訴願決定及原處分。北高行於96年4月9日作成95年度簡字第935號判決駁回其訴，原告遂向

45 傳染病防治法第十條：「各級主管機關、醫療（事）機構、醫事人員及因業務知悉傳染病病人或疑似感染傳染病之病人之姓名、病歷及病史等有關資料者，對於該資料，不得洩漏」。

46 傳染病防治法第六十三條第一項：「有下列情形之一者，處新臺幣九萬元以上四十五萬元以下罰鍰：……

三、傳播媒體違反第九條規定者。

四、醫療（事）機構、醫事人員及因業務知悉傳染病病人有關資料之人違反第十條規定者」。

47 參見95年5月17日北市衛疾字第09533106800號行政處分書。

48 參見台北市府訴字第09584961000號訴願決定書。

最高行提起上訴。最高行於98年3月5日作成98年度判字第215號判決駁回原告上訴。

二、訴願決定要旨

訴願受理機關（臺北市政府）駁回原告之訴願，略以：

（一）訴願人主張：傳染病防治法第六十三條第一項第四款前段所稱「醫療（事）機構、醫事人員」，應為後段「因業務知悉傳染病病人有關資料之人」之例示規定。蓋醫療（事）機構工作人員與醫事人員，與前往其醫療機構接受治療之病人間，因執行業務通常具有一定之契約關係與信賴關係。訴願人為新聞傳播媒體，與前往醫療機構治療之人並無此等關係，應非該條所欲規範之對象。惟查前揭條文並未明文排除傳播媒體之適用；且，該法第十條所稱之因業務知悉傳染病病人（或疑似感染傳染病之病人）姓名、病歷及病史等有關資料者，包括傳播媒體業者在內，業經衛生署函釋示在案⁴⁹。次查，卷附原處分機關95年4月25日訪談訴願人之受託人何榮幸之調查紀錄，該報導內容關於病患之資料確係訴願人因業務而知悉，堪予認定。

（二）訴願人並主張：傳染病防治法第九條顯未禁止新聞媒體報導該法所規定之事項，僅於新聞傳播媒體報導不實時，方有受罰之可能⁵⁰。惟查傳染病防治法第九條係為確保傳播媒體關於流行疫

49 行政院衛生署（以下簡稱衛生署）95年5月4日署授疾字第0950000329號函釋：「主旨：有關傳染病防治法第十條所指『因業務知悉有關資料者』是否涵蓋新聞媒體從業人員，……說明：……二、關於新聞媒體將傳染病病患之姓名具體報導，是否涉及違反『傳染病防治法』（以下簡稱本法）第十條規定之疑義乙節，貴府衛生局曾於93年8月18日以北市衛一字第09335791200號函請本署疾病管制局釋義，該局業以93年9月8日衛署疾管新字第0930015404號函說明二釋復：『本法第十條之適用範圍，並未排除私營企業之相關人員，自然也包括傳播業務等在內』在案」。

50 傳染病防治法第九條：「傳播媒體報導流行疫情與事實不相符合經各級主管機關通知其更正者，應立即更正」。

情報導之正確性，至同法第十條乃為保障傳染病病人個人之隱私，兩者規範目的並不相同。

(三) 訴願人又主張：言論自由顯然具有較高之價值，國家應給予最大限度之保障。惟查憲法所保障之言論自由並非漫無限制，傳染病防治法第十條即對各級主管機關、醫療（事）機構、醫事人員及因業務知悉傳染病病人（或疑似感染傳染病之病人）之姓名、病歷及病史等有關資料者，課予不得洩漏資料之義務。該法為經立法院三讀通過，總統公布之現行法律，非經違憲宣告，自屬有效，原處分機關自得據以執法。縱使前總統李登輝有默示同意，亦無從邀免其應負之行政法上之義務。

三、起訴要旨

原告起訴要旨略謂：

- (一) 傳染病防治法第六十三條第一項第四款後段所稱「因業務知悉傳染病病人有關資料之人」應限於醫療（事）機構從事工作，或從事與醫事人員工作相關或相類之業務，而知悉傳染病病人有關資料之人

「按法令採例示兼概括規定，所訂概括規定係補充例示規定之不足，故概括規定須以類似例示規定之意旨，作為其解釋之根據」，司法院大法官釋字第489號解釋⁵¹、該號解釋監察院釋憲聲請

51 釋字第489號：「信用合作社法第二十七條第一項及銀行法第六十二條第一項、第二項所稱主管機關對違反法令、章程或無法健全經營而損及社員及存款人權益之合作社或因業務或財務狀況顯著惡化之銀行，得分別為撤銷決議、撤換職員……及其他必要處置。其中必要處置係指在符合信用合作社法第二十七條第一項『無法健全經營而有損及社員及存款人權益之虞時』或銀行法第六十二條第一項『銀行因業務或財務狀況顯著惡化，不能支付其債務或有損及存款人利益之虞時』之前提下，因情況急迫，縱然採取上開法律所舉之措施，勢將不能實現預期效果時，所為不得已之合理手段而言。主管機關對財務狀況顯著惡化、無法健全經營之銀行或信用合作社促使其由其他金融機構概括承受，應合於前述要件外，尚須被概括承受之銀行或信用合作社未能適時提供相當資金、

書⁵²與議案關係文書⁵³、最高行94年度判字第77號判決⁵⁴皆著文解釋在案，此即為法學方法論所稱「同種限制解釋原則」之適用。傳染病防治法第六十三條第一項第四款係採用「例示」加上「概括」之立法技術，前段「醫療（事）機構、醫事人員」應為後段「因業務知悉傳染病病人有關資料之人」之例示規定，而後段所稱「因業務知悉傳染病病人有關資料」之人應僅限於「於醫療（事）機構從事工作或從事與醫學人員工作相關或相類之業務」，而排除傳播媒體業者。如上限制解釋之理由，乃該等人員於執行業務過程中，容易獲悉當事人隱私資訊，且雙方具有一定之契約關係與信賴關係，故於執業過程中，除法律明文要求或經當事人授權，不得對他人披露資訊。本件原告業務為新聞傳播媒體事業，與前往醫療機構從事治療之當事人間並無任何契約關係與信賴關係，與該條例示事項性質不同，應予排除。前揭衛生署系爭函釋將傳染病防治法第十條之

擔保或其他解決其資產不足清償債務之有效方法時，經依相關法令規定辦理概括承受之程序，始符合必要處置之旨旨」。

- 52 參見釋字第489號解釋「監察院釋憲聲請書」（「財政部八十四年八月三日台財融第八四七二八一七六號函令台灣省合作金庫概括承受彰化四信，謂係依據信用合作社法第二十七條、銀行法第六十二條規定，財政部之處分決定對救平當時之金融危機固有其行政目的。本院則認信用合作社法第二十七條及銀行法第六十二條條文係屬於先列舉再概括，而概括承受之重要性及影響性遠大於已列舉之監管或接管等規定，依列舉（例示）事項之末，所加之概括文句，不包括與列舉事項中明示事物性相異之事項」）。
- 53 參見釋字第489號解釋「監察院議案關係文書」（「財政部當初命令合作金庫概括承受彰化四信時，謂係依據信合法第二十七條、銀行法第六十二條暨金融機構監管接管辦法第十四條規定辦理。……財政部此項行政措施，本院認其尚有適法性之爭議。首就法條條文之申述而言，前述條文係屬於先列舉再概括，而概括承受的重要性及影響性遠大於已列舉的監管或接管等規定。……財政部以「其他必要之處置」作為命令合作金庫概括承受彰化四信之法源，不但適法性有疑義，尚有行政裁量權將漫無限制之虞」）。
- 54 參見最高行94年度判字第77號判決（「次查法令規定之形式，通常有概括規定、列舉規定、例示規定或例示規定加概括規定等方式。……多數法令採例示兼概括規定。以此方式所訂，概括規定係補充例示規定之不足，故概括規定須以類似例示規定之意旨，作為其解釋之根據，反之，例示部分已屬明示之規定，則已無再受補充性質之概括規定影響，故最後一款之補充規定尚非得作為限制已明示之例示規定之依據，其理甚明」）。

適用範圍涵蓋私營企業相關人員，係採用「反對解釋」，將後段文句跳脫該條條文體系範圍外，將前、後段文句為割裂解釋，顯然違反一般法律解釋原則，殊屬違誤，顯非有理。

(二) 保密義務與隱私保護不同，傳染病防治法第十條僅在規範前者

「保密義務」主要希望藉由保障溝通(communication)內容之私密性，維持具有特定關係之資訊提供者與資訊接收者間的信賴關係。「隱私的保障」，則側重於個人自主權(autonomy)的維護，保護個人有不受干擾的權利(right to be let alone)，二者目的不同。又「保密義務」之規範主體為與資訊提供者具有特定關係之「資訊接收者」；「隱私權保障」之規範主體則不限於具有特定關係者，是二者之規範主體亦非相同。查傳染病防治法第十條前段係以「醫療(事)機構、醫事人員」為規範主體，該主體(資訊接收者)與病人(資訊提供者)間具有一定信賴關係，該條應屬「保密義務」規範。同條後段「因業務知悉傳染病病人有關資料之人」，其規範主體仍有限制，應認與該條前段同屬「保密義務」規範。

(三) 原告報導應已獲得李前總統之默示同意，因而阻卻違法

按衛生署(民國)75年4月2日衛署醫字第578914號函⁵⁵，若經病人同意而將病情資料提供予第三者，即難謂「無故洩漏病人秘密」。本件遭披露者為卸任之國家元首，其身體狀況非僅屬私人事務，毋寧關乎公眾事務，人民對之應有知的權利。且李前總統於媒體披露後展現坦蕩風範，亦可認為原告係對公共議題所為報導，已得資訊主體之默示同意，而阻卻違法。

55 「……又同法(按：醫師法)第二十三條規定：醫師除依前條規定外，對於因業務而知悉他人秘密，不得無故洩漏。揆其規定意旨，蓋恐醫師任意提供病人資料予第三者，有侵犯病人隱私權之虞。是以醫師若在病人同意情況下，將病情資料提供該特定第三者，自難謂無故洩漏病人秘密。綜上所述，倘醫師及病人均同意將病情資料提供第三者知悉，應無違反法令之可言」。

四、答辯要旨

被告機關（臺北市政府衛生局）答辯重申前揭訴願決定之理由。

五、北高行95年度簡字第935號判決要旨

【主文】原告之訴駁回。

【理由】

（一）傳染病防治法第十條之立法目的，在於禁止因公務或業務知悉傳染病病人或疑似感染傳染病之病人之姓名，病歷及病史等資料者，洩漏其知悉之資料，以保護該傳染病病人或疑似感染傳染病者之隱私權⁵⁶。同法第六十三條第一項第四款所謂「因業務知悉傳染病病人有關資料之人」，如僅限於「醫療（事）機構從事工作或從事與醫事人員工作相關或相類之業務，而知悉傳染病病人有關資料之人」，並排除傳播媒體業者，勢將造成上開法律以罰則防杜洩密的漏洞；尤其媒體傳播的效能無遠弗屆，如任令傳播媒體業者因採訪業務知悉傳染病病人有關資料時，可以假借新聞自由之名，恣意報導洩漏其所知悉之資料，對於傳染病病人或疑似感染傳染病者之隱私權傷害恐怕更為巨大，自有加以涵蓋規範之必要。

（二）傳染病防治法第九條之立法目的，應係要求傳播媒體應確保報導流行疫情內容之正確性，以正視聽，避免民眾因媒體報導疫情內容未臻確實，致生心理恐慌。且就該條之意旨觀之，傳播媒體所得報導者為流行疫情，並不包括傳染病病人之姓名、病歷及病史等有關資料，與同法第十條之規範目的，乃係為保障傳染病病人個人之隱私等，並不相同。

⁵⁶ 立法院公報，88卷31期；立法院公報，93卷4期。

(三) 依釋字第603號解釋：「維護人性尊嚴與尊重人格自由發展，乃自由民主憲政秩序之核心價值。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，並為保障個人生活私密領域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509號解釋：「言論自由為人民之基本權利，憲法第十一條有明文保障，國家應給予最大限度之維護，俾其實現自我、溝通意見、追求真理及監督各種政治或社會活動之功能得以發揮。惟為兼顧對個人名譽、隱私及公共利益之保護，法律尚非不得對言論自由依其傳播方式為合理之限制」，為維護傳染病病人之隱私，言論自由並非不得加以限制。又，李前總統既已卸任（退休），年事又高，本應享有寧靜的生活空間，其身體健康狀況應屬其私人事務，尚難謂與公眾事務息息相關，原告所認，不足採信。

六、最高行98年度判字第215號判決要旨

【主文】上訴駁回

【理由】

(一) 由傳染病防治法之沿革觀之，88年6月23日修正公布之傳染病防治法第三十一條，其立法理由為「為保護傳染病病人之隱私權，爰規定相關機關（構）及人員，不得無故洩漏其資料」。嗣傳染病防治法於93年1月20日修正公布全文共75條，原第三十一條條次變更為第十條，並將原文字末句「不得無故洩露」修正為「不得洩露」；其罰則第四十條中之第一項第三款「因業務知悉傳染病病人有關資料，違反第三十一條規定者」，變更修正為第六十三條第一項第四款後段「因業務知悉傳染病病人有關資料之人違反第十條規定者」。93年1月20日修正前傳染病防治法第四十條第一項第三款「因業務知悉傳染病病人有關資料，違反第三十一條規定者」，乃獨立規定，其適用對象並未限於「醫療（事）機構從事工作或從事與

醫事人員工作相關或相類之業務知悉傳染病病人有關資料之人」，是93年1月20日修正後傳染病防治法第六十三條第一項第四款之適用對象亦不限於「醫療（事）機構從事工作或從事與醫事人員工作相關或相類之業務知悉傳染病病人有關資料之人」。衛生署95年5月4日函釋，略謂：傳染病防治法第十條之適用範圍，並未排除私營企業之相關人員，自亦包括傳播業務等在內等語，核與立法目的及規範精神無違，得予適用。

七、爭點解析

綜上，本案核心問題在於「新聞自由」與「資訊隱私」兩者之調和，連帶涉及「職業秘密」與「隱私」之區分。茲析述如次。

（一）傳染病防治法第十條所稱「業務」包含「新聞傳播」？

本件爭議之焦點乃關於其時傳染病防治法（93/01/20）第十條（「各級主管機關、醫療（事）機構、醫事人員及因業務知悉傳染病人或疑似感染傳染病之病人之姓名、病歷及病史等有關資料者，對於該資料，不得洩漏」）⁵⁷及同法第六十三條第一項第四款（「有下列情形之一者，處新臺幣九萬元以上四十五萬元以下罰鍰：……四、醫療（事）機構、醫事人員及因業務知悉傳染病病人有關資料之人違反第十條規定者」）⁵⁸之解釋問題。原告認為：新聞媒體與傳染病人既無「業務」往來，應非該二條所稱之「因業務知悉（傳染病人個人資料）之人」。訴願受理機關（北市府）及北高行則以：法無排除之明文（反面文義解釋），且傳媒對個人隱私之侵害甚具威脅，如不列管將形成管制之漏洞（目的解釋）為由，否認原告如上主張。最高行則佐以立法（修法）史，維持北高行判決。按北高

57 現行條文略異。參見同法第十條（「政府機關、醫事機構、醫事人員及其他因業務知悉傳染病或疑似傳染病病人之姓名、病歷及病史等有關資料者，不得洩漏」）。

58 現行條文略異。參見同法第六十四條第一項第四款（「有下列情事之一者，處新臺幣九萬元以上四十五萬元以下罰鍰：……四、醫事人員及其他因業務知悉傳染病或疑似傳染病病人有關資料之人違反第十條規定」）。

行與最高行所以為如上解釋，想係受到衛生署95年5月4日函釋之影響。

實則，為解決前述爭議須超越文義解釋，探問：所謂「因業務而知悉」應如何解釋，始符合「傳染病防治法」之體系定位？亦即，須更究明「職業秘密」與「隱私」之區別。

所謂「職業秘密」(professional confidentiality, 簡稱 confidentiality)係指專門職業從業人員(professionals)因執行專門職業業務，而經手、處理之機密性個人資料(confidential personal information)。「職業秘密」與「隱私」乃相關而不同之概念。大體而言，「隱私」指涉之範圍較「職業秘密」為廣。「職業秘密」乃以個人間存在某種「信賴關係」(trust)為前提(例如 A 是病人，B 是醫師)；「隱私」則不以存在某種「信賴關係」為必要。亦即，「職業秘密」以「隱私」存在為必要；「隱私」卻不以存在「職業秘密」為必要。就個人資料而言，「隱私權」乃先於「保密義務」(保守職業秘密之義務)(obligation of confidentiality)而存在，且更為根本⁵⁹。

雖「職業秘密」與「隱私」皆有關於個人與他人互動之關係，並皆假定個人係生活於社會之中，「隱私」乃存在於至少2人(A與B)之社會，「職業秘密」則存在於至少三人(A、B與C)之社會。當A保守關於自己之資訊，不使B知悉，即有「隱私」存在；當A因與B存有某種信賴關係，而獲悉關於B之資訊(亦隱私)，並保守不使C知悉，即有「職業秘密」存在。從另一個角度觀察，兩者之「加害行為」(harmful activities)⁶⁰類型亦有不同。當

59 ROSEMARY PATTENDEN, THE LAW OF PROFESSIONAL-CLIENT CONFIDENTIALITY: REGULATING THE DISCLOSURE OF CONFIDENTIAL PERSONAL INFORMATION 6 (2003).

60 Solove 教授嘗將隱私之「加害行為」分為四類：資訊蒐集(information collection)、資訊處理(information processing)、資訊散布(information dissemination)及侵入(invasion)。See DANIEL J. SOLOVE, UNDERSTANDING PRIVACY 103 (2008).

B「蒐集」(取得) A 所保守之關於自己之資訊時，即已侵害 A 之「隱私」；A 與 B 因存有信賴關係，當 A 因此而「蒐集」、「處理」關於 B 之個人資料時，尚無「職業秘密」之侵害可言，唯 A 向 C「揭露」(散布) 因業務而知悉有關於 B 之個人資料時，始侵害「職業秘密」。

其次，所謂「新聞從業人員」(journalists)與其說是「以新聞傳播業(journalism)作為專門職業(a profession)」的人，不如說是「將公民言論自由權當作職業來行使」(“but the exercise by occupation of the citizen’s right to freedom of expression”)⁶¹的人(或說是「公民言論自由權之職業化行使者」)。新聞從業人員和其所服務的閱聽大眾(客戶)間，實際存在著一種十分透明(公開)的關係，此與典型的專門職業(如醫師、律師)迥然有別。新聞從業人員毋寧僅對其「資訊來源」(提供資訊人之身分)負有「保密義務」(職業秘密保守義務)！

綜上，系爭傳染病防治法第十條當僅在確立以「醫病關係」為基礎所衍生之「保密義務」(職業秘密保守義務)。立法者殆無意以「傳染病防治法」取代「個人資料保護法」，全面保護「個人資料」之資訊隱私⁶²。

(二) 原告之報導違反「個資法」？

原告之報導既非屬「傳染病防治法」第十條所規範之行為，自不能依同法第六十三條處以罰鍰。僅此而言，行政法院應以原處分違法為由，將之撤銷。惟為研究之目的，應更探問：原告之報導是否違反其時「個資法」之規定？

按原告報導李前總統罹患法定傳染病(肺結核)，事涉「電腦

61 GEOFFREY ROBERTSON & ANDREW NICOL, MEDIA LAW 274 (4th ed., 2002).

62 並參見「傳染病防治法」第一條(「為杜絕傳染病之發生、傳染及蔓延，特制定本法」)。

處理個人資料保護法」(下稱(舊)「個資法」)所稱之「個人資料」⁶³；原告所屬「新聞傳播業」並為同法第三條第七款第二目所列舉之八大行業，乃應適用(舊)「個資法」之「非公務機關」。依該法第十八條之規定，「非公務機關」蒐集或電腦處理個人資料，須為「特定目的」(新聞報導)外，並符合「一定條件」(例如經當事人書面同意，或為已公開之資料且無害於當事人之重大利益)。原告蒐集系爭資訊不符合上開要件者，按同法第三十八條第一項第一款之規定，原應由「目的事業主管機關」(台北市新聞局)裁罰。詎系爭處分乃由被告機關(台北市衛生局)所為，顯屬欠缺事務管轄權。惟「欠缺事務管轄權」尚非「重大明顯之瑕疵」，故屬「得撤銷」之處分。

訴願受理機關倘認為原處分所憑理由雖屬不當，但依其他理由可認為正當者，應以訴願為無理由，駁回之⁶⁴。至行政法院於審理撤銷訴訟時，原則上應以原處分作成時之事實及法律(整體)狀態，作為判斷處分是否合法之基準⁶⁵。按德國學說與實務之多數見解，行政法院之審查既不受「原告指摘理由」之拘束，亦不受「原處分所援引之法規範」及「所為涵攝」之拘束；亦即，應根據「所有法律觀點」審視系爭處分與「法秩序」之合致性。如系爭處分為「羈束處分」，行政法院有完全之審查權；如其為「裁量處分」，則法院審查之範圍僅限於裁量有無瑕疵。

63 (舊)「個資法」第三條第一款(「個人資料：指自然人之姓名、出生年月日、身分證統一編號、特徵、指紋、婚姻、家庭、教育、職業、健康、病歷、財務情況、社會活動及其他足資識別該個人之資料」)。

64 參見訴願法第七十九條第二項；並參見行政程序法第一一五條(「行政處分違反土地管轄之規定者，除依第一百十一條第六款規定而無效者外，有管轄權之機關如就該事件仍應為相同之處分時，原處分無須撤銷」)。

65 此即所謂「判斷基準時」理論(Masseblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit)，參見林三欽，〈論行政訴訟之判斷基準時——兼評最高行政法院94年度判字第588號判決〉，湯德宗、劉淑範主編，《2005行政管制與行政爭訟》，頁41以下(2006年)。

然，行政法院關於「訴訟標的」與「審查任務」之界定，原受有限制，所謂「修補勝於撤銷」(Reparatur geht vor Kassation)原則之適用自應有其界限。申言之，行政法院「變更法律依據」(Auswechseln der Rechtsgrundlage)縱使許可，並有必要，系爭處分之規範標的(特定法律關係)仍須維持不變，始得以修補代替撤銷。系爭處分在不同行政機關援引其他法規作成時，僅屬「單純涵攝」(schlichte Subsumtion)問題，而不涉及裁量者，殆極罕見。鑑於現代行政高度分殊之特性，本案行政法院擬以台北市新聞局援引(舊)「個資法」作成之處分，「修補」原台北市衛生局援引「傳染病防治法」作成之原處分，使免於撤銷之可能性實乃微乎其微⁶⁶。

至此，行政法院應撤銷系爭處分殆屬無疑。惟，基於案例研究之目的，本文擬更探問：系爭報導按(舊)「個資法」究應予如何評價？

(三) 「新聞自由」與「資訊隱私」之關係

「言論自由」與「資訊隱私」之關係原甚複雜。歐盟「資料保護指令」(Directive 95/46/EC)⁶⁷第九條僅設原則性規定：「會員國應僅於為調和隱私權與言論自由原則所必要時，制定豁免或排除條款，使單純為新聞報導或文學、藝術表現之目的，而為之個人資料處理(the processing of personal data)⁶⁸，不適用本章、第四章及第六

66 參見 Michael Gerhardt, in: Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Bd. II., 1997, § 113, Rn. 20 f. (Stand: Mai). 本問題承本所劉淑範教授指點，特此致謝。

67 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, Official Journal L 281, 23/11/1995 P. 0031 – 0050 (Hereinafter, Directive 95/46/EC).

68 該「指令」所稱「處理」係上位概念，統攝蒐集、記錄、組織、儲存、調整、更正、檢索、利用、傳輸、散布或以其他方式取得、連結、封鎖、先除或銷毀等活動。Art. 2 (b), Directive 95/46/EC (“‘processing of personal data’ (‘processing’) shall mean any operation or set of operations which is performed upon personal data, whether or not by automatic means, such as collection, recording, organization,

章之規定」⁶⁹。上開規定既希望彰顯「言論自由」之價值，又不欲個資保護之豁免（或排除）過於浮濫，文字表達遂不免唐突⁷⁰。

實則，歐盟各國關於前揭「指令」第九條之執行情形並不一致。丹麥、瑞典兩國堪稱執行「新聞報導豁免」(journalistic exemption)最為徹底者。丹麥規定：個資法牴觸歐洲人權公約(European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ECHR)第十條（資訊暨表達自由）者，不適用之⁷¹。瑞典規定：個資法牴觸（該國）出版自由法或言論自由基本法之出版自由規定者，不適用之⁷²。瑞典最高法院⁷³以為：「新聞

storage, adaptation or alteration, retrieval, consultation, use, disclosure by transmission, dissemination or otherwise making available, alignment or combination, blocking, erasure or destruction”。究其意，約相當於我國原「電腦處理個人資料保護法」所稱之「處理」。惟2010年「個資法」已將「處理」與「蒐集」、「利用」並列（參見「個資法」§2）。

- 69 See Art. 9, 95/46 EC Directive (“Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions of this Chapter, Chapter IV and Chapter VI for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression only if they are necessary to reconcile the right to privacy with the rules governing freedom of expression.”).
- 70 蓋按歐洲人權公約(European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, ECHR)第十條及歐盟基本權利憲章(Charter of Fundamental Rights of the European Union)第十一條之規定，本「人人」(everyone)皆享有言論自由；惟前揭（「指令」第九條）規定似僅限於「為新聞報導或文學、藝術表現之目的，而為個人資料之處理」時，始豁免適用該「指令」，使言論自由優先於資訊隱私之保護。
- 71 Art. 2(2), The Act on Processing of Personal Data (2000), Denmark (“This Law shall not apply where this will be in violation of the freedom of information and expression, [as provided for in] Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.”), see Douwe Korff, EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws 131 (2002) (http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf).
- 72 Sec. 8, Personal Data Act (1998), Sweden (“The provisions of this Law shall not be not applied to the extent that they would contravene the provisions concerning the freedom of the press [read: freedom of information] and freedom of expression contained in the Freedom of the Press Law or the Fundamental Law on Freedom of Expression.”), see Korff, *id.* at 131.
- 73 Judgment B 239-00 of the Swedish Supreme Court on the European Parliament and

報導豁免」應從寬解釋，凡資料控制人行使其言論自由權時，皆有適用。所謂「為新聞報導之目的」(for journalistic purposes)，依其情形，也許並非為給予「媒體或媒體工作者」某些特權(privilege)，毋寧乃在強調散布大眾關切資訊，及自由辯論社會議題之重要性。

法國准許文字及視聽媒體，在遵守出版法規定及新聞從業規範，並於主管機關派駐聯絡人（所謂「駐場資料保護官」(in-house data protection official)）等前提下，豁免個資法部分規定之適用。其個資法修正草案⁷⁴並規定：專業新聞報導行為(professional journalistic activities)得不適用個資法有關「敏感性個人資料」與「犯罪前科」等資料之「處理」規定、得不履行對「資料主體」之通知義務、得不予資料主體「接近、更正個資之權利」、得不受跨界資料傳輸之限制等，顯然希望擴大「新聞報導豁免」之適用。

德國、英國關於「新聞報導豁免」之實踐，較為保守。德國僅豁免「媒體」（得）不適用個資法中有關「資料安全暨保密」(data security and confidentiality)與「民事責任」(civil liability)之規定。德國所謂「媒體特權」(media privilege)非指「媒體」概不適用個資法之規定，僅指新聞報導涉及個人資料時，關於「資料主體」與「資料控制人」（媒體）間之利益衡量，應有別於一般情形（即平衡點應更向資料控制人方向挪移）而已⁷⁵。

英國「個資法」第三十二條第一項⁷⁶規定：純為特殊目的(the

the Council Directive 95/46/EC on the protection of individuals with regards to the processing of personal data and on the free movement of such data, Swedish Helsinki Committee for Human Rights, Stockholm, 2001, p. 9.

74 See Korff, *supra* note 71, at 134.

75 See *id.* at 135.

76 §32(1), UK DPA (1998) (“Personal data which are processed only for the special purposes are exempt from any provision to which this subsection relates if-
(a) the processing is undertaken with a view to the publication by any person of any journalistic, literary or artistic material,
(b) the data controller reasonably believes that, having regard in particular to the

special purposes)⁷⁷處理個人資料，並符合下列三要件者，(得)豁免該法「資料保護原則」(data protection principles)及「資料主體權利」(data subject rights)有關規定：

- 1) 該處理係為出版新聞、藝術或文學資料而為者；
- 2) 鑑於言論自由對於公共利益具有特殊重要性，資料控制人合理相信，該出版之行為符合公共利益者；
- 3) 資料控制人合理相信，遵守(個資法)前揭相關規定必將違背前述「特殊目的」者。

所謂「處理」(前述要件1)，英國實務採從嚴解釋，認：僅為出版之目的所為之個資處理，始足當之；新聞業者為管理其人事而為之個資處理，則不在本條豁免之列⁷⁸。其次，判斷(系爭個資之)出版是否符合「公共利益」(前述要件2)時，應考量⁷⁹：

- 1) 「公眾感興趣者」與「符合公共利益者」兩者並不相同；
- 2) 媒體對於能增加其銷量之事務，實具有出版利益；
- 3) 有時，向警察投訴，而非向媒體揭露，最符合公共利益。

換言之，應個案衡量「系爭資料之性質」(nature of the material)、
「與(個資)保密相衝突之利益」(the competing interests in confidentiality)及「出版之內容是否確為公眾關切之事務」(whether the publication went to matters of real public concern)等。

special importance of the public interest in freedom of expression, publication would be in the public interest, and

(c) the data controller reasonably believes that, in all the circumstances, compliance with that provision is incompatible with the special purposes.”)

77 所謂「特殊目的」，按該法第三條之定義，係指「(a) 新聞報導之目的，(b) 藝術之目的，(c) 文學之目的」。

78 See ROSEMARY JAY & ANGUS HAMILTON, DATA PROTECTION: LAW AND PRACTICE 395 (2003).

79 Lion Laboratories Ltd. v. Evans, [1984] 2 All E.R. 417. See *id.* at 396-97.

義大利「個資法」規定，處理「敏感性個人資料」(sensitive personal data)須獲「資料主體」(本人)之同意，或資料保護署(Data Protection Authority)之授權⁸⁰。惟對新聞傳播業者(journalistic profession)亦有類似之豁免：新聞從業人員須遵守新聞傳播業與出版自由之規範，僅於該報導具有「實質公共利益」(substantial public interests)時，得不受前述敏感性個人資料處理之限制⁸¹。

我國(舊)「個資法」未有「新聞報導豁免」之規定。新近修正公布之「個資法」亦僅在第九條第二項第五款籠統規定：「大眾傳播業者基於新聞報導之公益目的而蒐集個人資料」者，於處理或利用個資前，得不踐行「告知」義務(按：指告知個人資料之來源，及同法§18-I-1~5所列事項)。至於在「新聞報導之公共利益」與「資料主體之隱私保護」間，應如何進行利益衡量，仍未有指示！

愚意以為，「新聞自由」與「資訊隱私」之調和固須於個案中進行利益衡量，然其間仍有若干原則可資遵循。首先，鑑於言論自由對公共利益之形塑具有特殊重要性，凡有相當理由足認媒體之報導係出於增進公共利益之目的，且報導之內容關乎公共利益時，新聞自由之保障應優先於資訊隱私之保護。是即大法官釋字第509號解釋所謂：「言論自由為人民之基本權利，……國家應給予最大限度之維護」！其次，為兼顧個人名譽、隱私之保護，進行利益衡量時，應注意區分報導之內容為何，尤其是否涉及「敏感性個人資料」，並應考量「資料主體」(本人)是否為「公眾人物」(public figures)。最後，猶應注意用以遏止不法報導之手段(如本案之行政罰鍰、釋字第509號解釋之刑罰、美國 New York v. Sullivan 案之民事賠償)對於言論自由(或新聞自由)之影響，是否已造成「寒蟬效應」(chilling effect)。

80 Art. 22, The Italian Data Protection Act (1996).

81 Art. 25, IT DPA (1996).

準此，本案系爭報導雖涉及「醫療資訊」（感染法定傳染病住院治療），屬於「敏感性個人資料」。惟「肺結核」為法定傳染病，其報導自有「公共利益」（例如有助於公眾提高警覺，避免感染）；所涉「資訊主體」（本人）為前總統，屬於「公眾人物」，不僅因其具有高知名度，而為媒體（與公眾）所感興趣，且因其事實上具有高度活動力（能吸引群眾），而為傳染病防治之重點對象。最後，系爭之罰鍰（新台幣9萬元）看似輕微，但無論報導內容真實與否，亦不問「本人」是否受有損害，一律按件處罰，其對新聞報導殆已形同箝制。綜上，應認系爭「新聞報導之公共利益」勝過「資料主體之隱私保護利益」，得豁免「個資法」相關規定之適用。

八、小結

本案原告（中國時報）因報導前總統李登輝罹患法定傳染病，遭被告（臺北市府衛生局）依違反行為時「傳染病防治法」第十條課處罰鍰，而訴請行政院「撤銷」系爭處分。兩造爭執重點在於：傳染病防治法第十條所稱「因『業務』而知悉」是否包含因從事「新聞業」所知悉者？鑑於傳染病防治法與「個資法」之規範作用有別，應認該法第十條僅在確立以「醫病關係」為基礎所衍生之「保密義務」（職業秘密保守義務），而不適用於「新聞業者」。

其次，縱認原告違反（舊）「個資法」，亦應由其「目的事業主管機關」（台北市新聞局）裁罰；詎本件裁罰乃被告機關（台北市衛生局）所為，顯屬欠缺事務管轄權之瑕疵處分，依法得訴請撤銷。訴願受理機關倘認為，原行政處分所憑理由雖屬不當，但依其他理由可認為正當者，固應以訴願無理由駁回；惟，行政院因合法性審查之範圍受有限制，適用「修補勝於撤銷」原則之情形甚為罕見。本件乃僅能以違法為由，撤銷系爭處分。

參、北高行98訴1342號判決(98/10/27)： 監察院彈劾案審查決議得不公開？

一、案例事實

原告(甲○○)依據「資公法」第七條第一項第十款規定，於民國(下同)98年1月19日向被告機關(監察院)請求提供台東縣長鄭麗貞彈劾案之彈劾結果、理由及前後次彈劾判準變更之理由等資訊，經被告以98年2月12日98院臺業貳字第0980160596號函復，略以：「前次彈劾案，同意彈劾票未過半數不成立，嗣經提案委員提出異議，始召開再審查會。又，雖再審查會同意彈劾票數過半，惟同意公布票數並未過半，故依法彈劾但不予公布」。原告不服，於98年2月16日向被告提起訴願，請求撤銷原處分或另作適法處分。被告訴願審議委員會將該案交由監察業務處主辦，並未召開訴願會。該處處長先致電與原告溝通，再回覆：「成立之彈劾案如經決議不公布，即屬法律及法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者，依法不予公布並依政府資訊公開法第十八條辦理，並不因政府資訊公開法公布於監察法後而有所不同」⁸²。原告不服，乃提起本件行政訴訟。

二、起訴要旨

原告起訴要旨略謂：

(一) 監察院彈劾審查會屬「合議制機關」

依中華民國憲法增修條文第七條第二項及第五項之規定⁸³，監察院為組織法上「合議制之憲法機關」。監察法第八條第一項⁸⁴明

⁸² 參見本案北高行98訴1342號判決。

⁸³ 憲法增修條文第七條第二項：「監察院設監察委員二十九人，並以其中一人為院長、一人為副院長……」；第五項：「監察委員須超出黨派以外，依據法律獨立行使職權」。

⁸⁴ 監察法第八條第二項：「彈劾案經提案委員外之監察委員九人以上之審查及決

定被告須以「合議制」行使「彈劾權」，故監察院彈劾審查會應為「合議制機關」。「資公法」第七條第一項第十款規定「合議制機關之會議紀錄」為應主動公開之政府資訊，故被告應主動公開「彈劾案會議紀錄」，包括案由、議程、決議內容及出席會議成員名單⁸⁵。

(二) 監察法第十三條第二項僅規定「得公布」，尚非「應不公布」

「資公法」第十八條第一項第一款後段規定，政府資訊屬於「其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者」，始得豁免公開或限制公開。監察法第十三條第二項僅規定「得公布」⁸⁶，又監察法施行細則第七條第二項「公布或不公布之決議」⁸⁷，皆非「依其他法律應秘密」之事項。且，政府資訊公開法相較於監察法為「新法」，依「新法優先舊法適用」之法理，被告並無迴避政府資訊公開法適用之理！

(三) 「監察院機密文書處理作業要點」非法規命令

被告答辯援引其「機密文書處理作業要點」第三十條⁸⁸，規定糾彈案件以機密文書處理云云，顯有誤解。蓋該作業要點僅屬「行政規則」（行程§159參照），並非法規命令，不得據為政府資訊公開法第十八條第一項第一款後段之限制公開依據。

定成立後，監察院應即向懲戒機關提出之。……」。

85 政府資訊公開法第七條第一項：「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：……十、合議制機關之會議紀錄」。

同條第三項：「第一項第十款所稱合議制機關之會議紀錄，指由依法獨立行使職權之成員組成之決策性機關，其所審議議案之案由、議程、決議內容及出席會議成員名單」。

86 監察法第三條第二項：「監察院於彈劾案移付懲戒機關時得公布之」。

87 監察法施行細則第七條第二項：「審查決定成立之案件應有左列之決議：……四、公布或不公布」。

88 監察院機密文書處理作業規定第三十條：「糾彈案件應由指派之專人負責，切實依規定之作業流程辦理。經審查不成立或成立不公布之糾彈案件，其相關文件以機密文書處理」。

(四) 依「行政自我拘束原則」，被告應公布鄭麗貞彈劾案

監察院於行使彈劾等監察權之外，仍有「監察行政行為」之適用。「公布與否」屬於監察行政行為，仍須受「平等原則」拘束。被告對前外交部長黃志芳、前國安會秘書長邱義仁涉及「國防外交機密」之彈劾案，皆以「表決」予以公布。依「舉重以明輕」之法理，涉及國家外交機密事項者尚且公布，對於其他較不敏感之事項，豈有不公布之理。若被告無法舉證證明「鄭麗貞案」與其他案件有何不同之正當理由，而須給予差別待遇，自應依「行政自我拘束原則」，公布系爭案件內容。

三、答辯要旨

(一) 原告於98年1月19日致函被告請求提供之資訊內容係「彈劾結果、理由及前後次彈劾判準變更之理由」，非原告所主張之「資公法」第七條第一項第十款所稱之「案由、議程、決議內容等資訊」；其所請內容業經被告以98年2月12日98院臺業貳字第0980160596號函覆原告。

(二) 依監察法第九、十條，及監察法施行細則第四條規定⁸⁹，彈劾案審查會係依委員籤定席次輪流擔任審查，因此每案或每次審查會審查委員皆不相同。亦即，每次有案件則組成審查會，開完會即予解散，下次有案件再由不同委員另組審查會，是其性質乃屬「機關內部任務編組之臨時性組織」，而非「合議制機關」，此有法務部說明為憑⁹⁰。

89 監察法第九條：「彈劾案之審查，應由全體監察委員按序輪流擔任之」；同法第十條：「彈劾案經審查認為不成立，而提案委員有異議時，應即將該彈劾案另付其他監察委員九人以上審查，為最後之決定」；監察法施行細則第四條：「……由監察委員依籤定席次輪流擔任審查」。

90 法務部編印之《政府資訊公開法問答暨解釋彙編》第3頁之「問4、答一、(十)」已明示：「至於其決策階層雖為合議制，但屬機關內部任務編組之臨時性組織，而非為機關組織型態者，則均不屬之」。

(三) 監察法第十三條第二項規定：「監察院於彈劾案移付懲戒機關時得公布之」；又，監察法施行細則第七條第二項規定：「審查成立之案件應有公布或不公布之決議」等，皆「資公法」第十八條第一項第一款後段政府資訊公開之限制範圍，自應限制公開或不予提供。因此，彈劾案成立後公布與否，係屬本院委員職權行使範疇，非屬行政行為。本案彈劾案再審查會既經審查委員決議「成立但不公布」，行政單位依法自應依該決議辦理，不得予以變更，各界就該決議亦應予以尊重。又，被告歷次彈劾案決議成立公布或不公布，係出席審查委員自由心證下投票之結果，乃依法行政，尚無差別待遇情事。

四、北高行98年度訴字第1342號判決要旨

【主文】原告之訴駁回

【理由】

(一) 被告彈劾案審查會並非常設機關，而係依委員籤定席次輪流擔任審查，每有案件審查需求始組成審查會，且其成員均非固定，核其性質應屬「機關內部任務編組之臨時性組織」，縱屬合議制之決策階層，但非為機關組織型態，故非屬「資公法」第七條第三項所謂「合議制機關」。

(二) 被告依據憲法、監察法及其施行細則等規定組成之彈劾案審查會，其決定成立之案件如經決議不予公布，應屬「資公法」第十八條第一項第一款所稱「依法律及法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者」。另，監察院機密文書處理作業規定，係主管機關監察院基於職權，依據國家機密保護法及其施行細則等相關規定所訂定具有細節性之行政規則，為法律必要之補充，未對人民權利之行使增加法律所無之限制，亦未逾越母法之限度，自可加以適用。

(三) 依行政程序法第三條第二項，**監察機關**之行政行為不適用該法**程序**規定。原告所稱之「行政自我拘束原則」係源自於行政程序法第六條所規定之平等原則，依照首開規定，被告所為之行政行為，自無該原則之適用。

(四) 原告向被告提出本件申請時，僅主張應公開彈劾案之彈劾結果、理由及前後次彈劾判準變更理由等，並未述及上開彈劾案之會議紀錄，此觀原告98年1月20日之申請書即可知。顯見，原告此處請求公開之項目，亦未踐行依法申請之前置程序。

五、爭點解析

綜上，本案爭議之核心在於監察院彈劾案審查決議得否不公開？相關爭點包括：

- 監察院彈劾案審查決議是否為「政府資訊」，而有「資公法」之適用？
- 如屬「政府資訊」，其屬「資公法」第十八條第一項第一款後段所稱「依其他法令限制公開」之豁免？
- 系爭資訊屬「資公法」第十八條第一項第一款所稱之「內部溝通意見」之豁免？

(一) 監察院彈劾案之審查決議屬「政府資訊」

「資公法」之前身為「行政資訊公開辦法」(90/02/21，以下稱「公開辦法」)，係依據「行政程序法」第四十四條第三項⁹¹訂定，旨在公開「行政機關」持有、保管之資訊(「行政資訊」)⁹²。嗣民

91 行政程序法第四十四條第三項：「有關行政機關資訊公開及其限制之法律，應於本法公布二年內完成立法。於完成立法前，行政院應會同有關機關訂定辦法實施之」。

92 行政資訊公開辦法第三條：「本辦法所稱行政資訊，指行政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」。

國94年制定「政府資訊公開法」(「資公法」)將「行政資訊」擴大為「政府資訊」,以期全面落實「公部門」(public sector)之資訊公開。

按「資公法」之定義,「政府資訊」係指「政府機關於職權範圍內作成或取得而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息」⁹³。監察院為「資公法」所稱之「政府機關」⁹⁴,且「監察院彈劾案審查決議」乃該院依據憲法、憲法增修條文及監察法等,行使彈劾權之決定,自屬政府機關「於職權範圍內作成或取得」之訊息,而有「資公法」之適用。

況,大法官釋字第325號解釋已明確釋示:「於憲法增修條文(81/05/28)第十五條規定施行後,監察院已非中央民意機構」,自不能類比他國(行使彈劾權之)國會,主張「國會特權」(parliament privilege),以豁免公開。事實上,英國資訊自由法(UK FOIA)於其國會亦有適用⁹⁵。

93 「資公法」第三條。

94 參見「資公法」第四條第一項(「本法所稱政府機關,指中央、地方各級機關及其設立之實(試)驗、研究、文教、醫療及特種基金管理機構」)及該條逐條說明(「本法所稱之政府機關,包括所有中央、地方各級機關,意即除行政院及其所屬各級機關外,尚包括國民大會、總統府及其所屬機關、立法院、司法院及其所屬機關、考試院及其所屬機關、監察院及其所屬機關及各級地方自治團體之機關」)(http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/6118_16342378.doc)。

95 按 UK FOIA 適用於所謂「政府機關(public authority)所持有之資訊」(s.1)。所謂「政府機關」約略分為三類:第一類為列名於附表一(Schedule.1)之中央、地方機關、全國衛生機關、教育機構、及警察機關。其中,中央機關包含任何政府機構(any government department)、下議院(The House of Commons)、上議院(The House of Lords)等;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「政府機關」)者;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)。

(二) 監察院彈劾案之審查決議非屬「其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者」

作者前文⁹⁶指出：「資公法」第十八條第一項第一款後段所稱「其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者」，係指其他法律、法規命令明文規定「應」限制公開，致政府機關已無公開與否之裁量權者」。監察法第十三條第二項⁹⁷及監察法施行細則第七條第二項⁹⁸既予審查委員會以「公布與否」之裁量空間，乃與「資公法」第十八條第一項第一款後段之規定不符⁹⁹。至於前揭條款在立法上是否妥適，應當別論¹⁰⁰。

(三) 彈劾案「前後次彈劾判準變更理由」及「會議紀錄」或可構成「內部溝通意見之豁免」

按「資公法」第十八條第一項第三款規定：「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」，得豁免公開，乃為使參與決策之公務員暢所欲言、無所瞻顧，俾政府決策計慮臻於周詳¹⁰¹。亦即，乃為保護「思辯過程」(deliberation process)¹⁰²之自由

96 湯德宗，前揭（註1）文，〈資訊公開暨資訊隱私法案例研究（～2006/10）〉，頁435-436。

97 監察法第十三條第二項：「監察院於彈劾案移付懲戒機關時得公布之」。

98 監察法施行細則第七條第二項：「審查決定成立之案件應有左列之決議：……四、公布或不公布」。

99 「監察院機密文書處理作業規定」（93年11月12日監察院(93)秘台政字第0931700360號函修正發布）既未使用法規之名稱，亦未載明訂定依據，難認其為「資公法」第十八條第一項第一款後段所稱之「法規命令」。

100 詳見湯德宗，〈政府資訊公開法比較評析〉，《台大法學論叢》，35卷6期，頁76-77（2006年11月）（「資公法」§18-I-1之規定過於浮濫。既未限制其他「法律」於如何情形下，始得豁免公開；甚且允許機關逕以「法規命令」，排除（架空）「資公法」之公開規定。在參考各國立法例修正本款規定之前，應本於「資公法乃資訊公開之基本法」之認知，從嚴解釋：僅於本法施行後所制定之其他法律中明確規定豁免公開者，始得豁免公開」）。

類似意見參見范姜真嫩、林素鳳、陳美伶、詹靜芬，《政府資訊公開制度實施成效評估（初稿）》，頁11-12（行政院研究發展考核委員會委託研究，2000年3月）。

101 參見湯德宗，前揭（註100）文，頁75；湯德宗，前揭（註1）文，〈資訊公開暨資訊隱私法案例研究（2006/11～2007/10）〉，頁324-325；湯德宗，前揭

也。是以該款豁免公開之資訊，限於政府機關人員於「作成決定前之意見溝通或文件」（如機關內部之會稿、備忘或函文）。又，所謂「備忘或函文」（*memoranda or letters*）需更進一步區分其內容為「事實」（*facts*）或「決策過程材料」（*decisional process material*）。大體而言，「事實」之公開並不影響（妨礙）機關意思之形成自由，甚且有助於民眾檢視政府決策之理性，乃無豁免公開之理；惟「事實」與「決策過程材料」密不可分，或事實呈現之方式將透露決策過程時，始得豁免公開。準此，原告最初請求之「前後次彈劾判準變更理由」及後來主張之「審查委員會會議紀錄」，如涉及「思辯決策過程」者，得豁免公開；惟「彈劾結果」與「彈劾理由」既屬「終局決定」之一部分（而非決策前之材料），自無從豁免公開。

至於監察院彈劾案審查委員會是否為「資公法」第七條第一項第十款所稱之「合議制機關」，僅關係監察院應否「主動公開」其會議紀錄而已；人民「申請」公開之「政府資訊」原不限於機關應行「主動公開」之資訊。原告及原審法院於此多所唇費，實無必要。

另，北高行認原告所稱之「行政自我拘束原則」係源於行政程序法第六條之「平等原則」，固值贊同；惟其進而將之視為行政程序法之「程序規定」，並援引同法第三條第二項（機關除外規定）排除監察院之適用，則不無商榷。蓋行政程序法第四至第十條乃「行政法之一般法律原則」（*les principes généraux du droit administratif*），並非該法所稱之「程序規定」¹⁰³。最後，如原告98年1月20日之申請書並未包含鄭麗貞彈劾案審查委員會之會議紀錄，則其行政救濟應不受理。

（註1）文，〈資訊公開暨資訊隱私法案例研究（~2006/10）〉，頁432-433。

102 所謂「思辯過程」指機關決策作成前所為思辯性質（*deliberative*）之「溝通」（*communication*）。See *Mapother v. Dep't of Justice*, 3 F.3d 1533, 1537 (D.C. Cir. 1993); *Jordan v. United States Dep't of Justice*, 591 F.2d 753, 772-73 (D.C. Cir. 1978); *Vaughn v. Rosen*, 523 F.2d 1136, 1143-44 (D.C. Cir. 1975).

103 湯德宗，〈行政程序法的立法目的〉，《行政程序法論——論正當行政程序》，頁63-64（2005年修訂2版）。

六、小結

原告（甲○○）依據「資公法」第七條第一項第十款規定向被告機關（監察院）請求提供彈劾案之彈劾結果、理由及前後次彈劾判準變更理由等資訊。查監察院為「資公法」所稱之「政府機關」，且「監察院彈劾案審查決議」乃該院依法行使職權之決定，自屬政府機關「於職權範圍內作成或取得」之訊息，應有「資公法」之適用。

其次，系爭「彈劾案之審查決議」按監察法第十三條第二項及監察法施行細則第七條第二項之規定，審查委員會既有「公布與否」之裁量權，乃非「資公法」第十八條第一項第一款後段所稱「其他法律、法規命令規定應秘密事項或限制、禁止公開者」。惟「前後次彈劾判準變更理由」及「審查委員會會議紀錄」，如涉及「思辯決策過程」者，仍得依同條同項第三款豁免公開。至於「彈劾結果」與「彈劾理由」乃彈劾案「終局決定」之部分，不得豁免公開。

另，原告98年1月20日之申請書倘（如「被告」所稱）未包含鄭麗貞彈劾案審查委員會之會議紀錄，其嗣後之行政救濟應不予受理，併此指明。

肆、最高行98判40號判決(98/01/22)：

警察機關得應請求而提供「前科紀錄」？

一、案例事實

訴外人（國立空中大學）以民國（下同）91年7月22日以(91)空大秘字第0911300906號函，向被告（臺北縣政府警察局蘆洲分局）請求協助對所屬員工進行安全調查。經被告以91年7月24日蘆安忠

爵字第0910000812號函復（下稱「系爭函復」）謂「甲○○（本案原告）於3年內有犯罪紀錄」。原告以其未曾犯罪，乃以電話及存證信函請求被告（承辦員警黃○○巡佐）予以更正，因迄無結果，爰於95年4月19日依行政訴訟法第六條第二項規定，向北高行提起本件行政訴訟。北高行於95年12月11日作成95年度訴字第1280號判決，駁回其訴；原告不服，提起上訴。最高行於98年1月22日作成98年度判字第40號判決，以上訴無理由，駁回上訴。

二、起訴要旨

原告起訴意旨略謂：因被告系爭函復內容錯誤，經以電話及存證信函屢次請求更正未果，嚴重影響其權益，請求判決確認系爭函復無效。

三、答辯要旨

被告答辯略謂：訴外人（國立空中大學）於91年7月22日函請被告協助對所屬員工進行安全調查，被告參照「各機關學校團體駐衛警察設置管理辦法」（90/02/07）及「臺灣省警察紀錄證明書申請核發辦法」（90/05/22，按已於92/05/07廢止），於同年同月24日核辦函復。詎原告獲悉該函復後，即向被告請求更正。經被告重新調查，發現資料「無偵處判決結果」，即向內政部警政署刑事警察局紀錄科查詢，並請求該科向原審判機關查詢後續辦，嗣於91年10月24日以安忠爵字第0910000812之1號函（下稱「更正函」）「速件」通知訴外人及原告，更正系爭函復為「貴校駐衛警經重新調查結果均無犯罪紀錄」。被告以自始至終，未曾對原告作出任何行政處分為由，請求法院駁回上訴人之訴。

四、北高行95年訴字第1280號判決要旨

【主文】原告之訴駁回

【理由】**(一) 原告之請求欠缺權利保護必要，其訴顯無理由**

按原告之訴，依其所訴之事實，在法律上顯無理由者，行政法院得不經言詞辯論，逕以判決駁回之，行政訴訟法第一〇七條第三項定有明文。所謂「在法律上顯無理由」包括原告之請求「欠缺權利保護必要」之情形。次按行政訴訟法第六條第一項之規定，提起確認行政處分無效之訴，以原告「有即受確認判決之法律上利益」者為限。而所謂「有即受確認判決之法律上利益」，須因行政處分是否生效不明確，致原告在公法上之地位有受侵害之危險，而此項危險得以對於被告之確認判決除去者，始足當之。茲被告既已將原函復之內容「原告有犯罪紀錄」更正為「原告無犯罪紀錄」，則原告目前在公法上之地位並無受侵害之危險，而非循判決確認即將遭受不利益之情形，乃無「即受確認判決之法律上利益」可言。

(二) 系爭函復並非行政處分，無從對之提起確認行政處分無效之訴

經查，訴外人於91年7月22日請求被告協助該校駐衛警察人員之安全調查，經被告以一般公文機密文書列為「密」件之系爭函檢送駐衛警李仁杰等6名安全調查名冊。系爭函復既未公開，且未影響原告權益，足證其無關公法上具體事件之決定，亦非其他公權力措施；且未對外直接發生法律上之效果。苟當事人提起確認行政處分無效訴訟，其確認之標的非行政處分，即無受確認判決之法律上利益。

五、最高行98年判字第40號判決要旨**【主文】上訴駁回****【理由】****(一) 綜觀現行各機關學校團體駐衛警察設置管理辦法並未規**

定該等大學必須對已僱用駐衛警進行安全查核（僅於該辦法§8-5規定，駐衛警察之遴選條件須「素行良好」），或規定須向警察單位調取資料進行安全查核或應受警察單位查證函文之拘束。且被告亦不因國立空中大學函請協助，而取得對該校僱用之駐衛警安全查核權限。是被告之系爭函僅係提供行政協助，並非作成有法效性之意思表示，對原告之權利或法律上利益並不生具體之法律效果，故系爭函並非行政處分。系爭函復對於原告之權利或法律上利益既未生具體之法律效果，業如上述，原告主張其人格權因系爭函受侵害云云，亦非可採。

（二）系爭函復非屬人民申請核發之「警察紀錄證明書」¹⁰⁴，亦非「警察刑事紀錄證明」¹⁰⁵，故原告並未被賦予任何提起本件確認訴訟值得保護之主觀公權利或具有受確認判決之法律上利益，原告上訴即屬欠缺權利保護必要，應予駁回。

六、爭點解析

綜上，本案所涉爭點主要有三：

- 系爭函復應如何定性？
- 本案原告（前科紀錄之「本人」）得否提起行政救濟？
- 警察機關得否應請求而提供原告之「前科紀錄」？
- 被告機關更正原函復後，原告仍得爭訟否？

茲分述如次。

104 臺灣省警察紀錄證明書申請核發辦法（94/05/25廢止）第二條：「現在或曾在本省設有戶籍或有居留、停留紀錄之人民，得以書面向本省各縣（市）警察局申請發給紀錄證明書」。

105 警察刑事紀錄證明核發條例(91/06/12)第四條第一項：「現在或曾在臺灣地區設有戶籍或有居留、停留紀錄之人民，得檢具下列文件，向直轄市、縣（市）政府警察局申請核發警察刑事紀錄證明」。

(一) 系爭函復為提供政府資訊之決定，性質上屬「行政處分」

前揭北高行判決以系爭函復「既未公開」(係以「密件」方式回覆)，且「未影響原告權益」(蓋函復並無拘束訴外人之效力)，足證系爭函復無意「對外直接發生法律上之效果」，故非「行政處分」。前揭最高行判決則以系爭函復僅屬被告(台北縣政府警察局蘆洲分局)向訴外人(空中大學)提供之「行政協助」，並非提供「犯罪紀錄」資料，故非「行政處分」。以上見解俱值商榷。

按被告之答辯，其應訴外人(空中大學)之請求，而函復有關原告之「犯罪前科」資料，係依據「各機關學校團體駐衛警察設置管理辦法」(90/02/07)及「臺灣省警察紀錄證明書申請核發辦法」(88/06/30，按已於94/05/25廢止)所為。對此北高行、最高行皆無異議。系爭函復既為被告依法規(對申請人)「提供資訊」之行為，且函復之內容乃被告機關於其職權範圍內取得之資訊(「政府資訊」)¹⁰⁶，是系爭函復乃提供政府資訊之決定，了無疑義。其次，申請人如不服該等決定，包括政府機關拒不提供所請資訊¹⁰⁷，或提供之資訊(申請人以為)不正確，原得依「資公法」第二十條提起行政救濟。本案申請人(即訴外人空中大學)為一行政機關(參見「空中大學設置條例」)¹⁰⁸，原無礙系爭函復之本質——應請

106 參見「資公法」第三條(「政府資訊」係指「政府機關於職權範圍內作成或取得而存在於文書、圖畫、照片、磁碟、磁帶、光碟片、微縮片、積體電路晶片等媒介物及其他得以讀、看、聽或以技術、輔助方法理解之任何紀錄內之訊息」)。

107 另，按行政程序之開始，固以由行政機關依職權定之為原則，但當事人依法規之規定提出申請者例外，行政機關有開始程序之義務(行程§34參照)；再按訴願法第二條第一項之規定，機關對人民依法申請之案件，逾期不為決定(准駁)，申請人亦得提起訴願。其理相同。

108 參見「空中大學設置條例」(89/01/19)第一條(「為使用視聽傳播媒介方式辦理成人進修及繼續教育，依大學法第二十八條第二項規定制定本條例。本條例未規定者，適用其他有關法令之規定」、同法第三條(「空中大學分為國立及直轄市立。國立者，由教育部審查全國情形設立之，直轄市立者，由直轄市政府報請教育部核准設立之」)。

求而提供政府資訊之行為。即如最高行所見，將之界定為「行政協助」¹⁰⁹，亦僅影響行政機關於申請未果時，得否依「資公法」第二十條提起救濟而已¹¹⁰；無論如何並不影響「資料主體」（本人＝本案原告）之救濟能力¹¹¹！

申言之，本案原告雖非申請公開系爭政府資訊之「申請人」，卻是系爭資訊所涉之「本人」（即「資料主體」（data subject）。「本人」雖非被告機關提供資訊之「相對人」，然其權利或法律上利益因被告機關之資訊提供而受有影響，自屬「利害關係人」，依法亦得提起行政救濟¹¹²。

究前揭北高行判決之所以認為系爭函復尚不構成「行政處分」，其困擾之癥結殆與本文前述第一案（國家機密解密爭議）類似——皆未能正確認知「提供政府資訊」乃「直接對外發生法律效果」之行為。而其所以有此誤解，殆與「資訊公開」之作用，與其他常見之行政處分不盡相同有關。按常見之行政處分（如核發建照、限制出境），其為形成特定法律效果（如許其建造、不許出境）之意思甚明；惟資訊公開之決定僅在使系爭資訊得以合法地「公開」或「限制公開」（維持保密）而已。至資訊公開後，發生如

-
- 109 「職務協助」係指行政機關為達成其任務，請求另一行政機關在後者權限範圍內，給予必要之協助，而未變更或移轉事件管轄權之謂。參見吳庚，前揭（註19）書，頁186。空中大學為僱用駐衛警而查詢其前科紀錄，可從寬解為履行任務。
- 110 我國實務通說以為行政機關不得提起訴願或行政訴訟，但容有例外。參見吳庚，《行政爭訟法論》，頁305-306（2005年3版）（「〔行政機關〕並非權利義務主體，行政機關只是行為主體，本身即具有行使公權力之權能，嚴格而論並無所謂權益受損害而言，不得對其上級機關之行為提起訴願。……惟近年許可行政機關起爭訟之例外情形不斷出現」）。
- 111 前揭最高行判決以「訴外人」並非立於「人民」地位申請核發系爭函復為由，認「系爭函復並非……『警察紀錄證明書』，亦非『警察刑事紀錄證明』，進而否認「原告」（本人）具有受確認判決之法律上利益」，顯屬張冠李戴。亦即，將「訴外人（申請人）與被告機關」之關係，錯認為「原告（資料主體）與被告機關」之關係。（請讀者自行試繪一三角關係圖，即明。）
- 112 參見行政程序法第二十三條、訴願法第十八條、行政訴訟法第四條第三項。

何結果，申請人或社會大眾如何運用或看待（如採信與否），則非所問。

（二）被告提供「政府資訊」應踐行，而未踐行「第三人」通知程序

為兼顧「資訊公開」（公眾之「知的權利」）與「資訊隱私」（個人資料之自主決定），「資公法」第十二條第二項規定：申請提供之「政府資訊涉及特定個人、法人或團體之權益者，應先以書面通知該特定個人、法人或團體於10日內表示意見。但該特定個人、法人或團體已表示同意公開或提供者，不在此限」。本案被告機關當初僅以「密件」函復查詢之訴外人，忽略了對「資料主體」（本人）之保護，並未及時將擬為函復之內容，通知原告並徵詢其意見。雖被告機關作成系爭函復時，「資公法」雖尚未制定，然其時「行政資訊公開辦法」第十二條第二項已有類似規定。

總此，系爭函復屬「行政處分」，其內容涉及原告之個人資料，被告機關原應依資公法第十二條第二項之規定，徵詢原告意見後函復訴外人；又，原告作為「資料主體」（本人），無論被告機關是否依法履行通知並徵詢的程序，皆得以「利害關係人」身分，對提供函復之決定，提起行政救濟。

（三）「前科紀錄」之提供，應避免不當侵害資訊主體之個人隱私

本件之實質爭點厥為被告機關（警察局）得否依（訴外人之）申請，提供有關原告（「本人」）之「前科紀錄」（系爭資訊）？前揭北高行、最高行拒不受理本案，或在規避此一難題。

查美國聯邦最高法院在 *United States Department of Justice v. Reporters Committee for Freedom of the Press*¹¹³案，曾以公開「前科

113 489 U.S. 749 (1989)（記者向美國司法部及聯邦調查局申請閱覽他人前科檔

檔案」(rap sheet)有「不當侵害個人隱私」(unwarranted invasion of personal privacy)之虞為由，豁免其公開。我國「資公法」第十八條第一項第六款亦規定，「公開或提供有侵害個人隱私者」，應限制公開或不予提供，「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」。是本案被告機關（警察局）應於履行前述（對本人）「書面通知」並「徵詢意見」之程序（「資公法」§12-II 參照）後，就個案情形進行利益衡量，判斷有無前揭條款「但書」之情形，以決定是否例外地公開（提供）系爭前科紀錄。因前揭規定之用語十分寬鬆，愚意以為應從嚴解釋「必要」，俾能合理維護個人隱私。

（四）「前科紀錄」之提供並涉「敏感性個資」之「使用」

本案系爭資料（犯罪前科紀錄）為關於自然人之社會活動之資料，自屬「個人資料」（參見舊「個資法」§3-1）；被告機關應訴外人之查詢（請求）而函復，乃對第三人「提供」個人資料之行為（參見舊「個資法」§3-5）。因「舊個資法」關於公務機關對個人資料之「利用」僅要求「應於法令職掌必要範圍內為之，並與蒐集之特定目的相符」。實務上乃有前揭「臺灣省警察紀錄證明書申請核發辦法」（按業於94/05/25廢止）之訂定，廣泛提供前科紀錄證明。

惟按(99/04/27)新修正之「個資法」，系爭資料（有關犯罪前科之個人資料）乃屬「敏感性個人資料」（同法§6參照），除有該條所列舉之事由外，禁止蒐集、處理及利用。今後類似本案情形可望大為減少¹¹⁴。

案。聯邦最高法院認為，資訊自由法(FOIA)旨在確保政府活動資訊向大眾公開，而非那些恰由政府保管之個人資料。本案申請人（記者）非為關注政府機關之活動，系爭檔案非聯邦政府機關之官方資訊。根據 FOIA 5 U.S.C §552(b)(3)(7)(c)「執法資訊豁免公開」之規定，申請閱覽他人之前科檔案，有侵害他人隱私之虞，爰拒絕公開。

114 警察刑事紀錄證明核發條例第四條第一項規定：「現在或曾在臺灣地區設有戶籍或有居留、停留紀錄之人民，得檢具下列文件，向直轄市、縣（市）政府

（五）本件原告似無即受確認判決之利益

卷查系爭函復之發文日期為91年7月24日，原告於「知悉」（系爭函復）後，原應循訴願、行政訴訟，請求撤銷該處分（函復）。或因其擬提起訴願時已逾（利害關係人之）訴願期間¹¹⁵，遂逕行提起（無起訴期間限制之）「確認訴訟」。

惟，提起「確認訴訟」須有即受確認判決之法律上利益，亦即值得權利保護之利益(rechtsschutzwürdiges Interesse)（或稱「訴之利益」）存在¹¹⁶。茲被告機關既已於91年10月24日發出「更正函」（謂：「貴校駐衛警經重新調查結果均無犯罪紀錄」），並通知訴外人（空大）及原告（本人）在案，原告乃無受「確認判決」之訴之利益。其訴應予駁回。

七、小結

本案訴外人（空大）向被告（警察）機關「查詢」所屬員工（原告）有無犯罪前科。被告於91年7月24日函復（系爭函復），謂原告「於3年內有犯罪紀錄」。嗣原告獲悉，認與事實有違，乃請求被告更正。被告於91年10月24日發出「更正函」，謂「貴校駐衛警經重新調查結果均無犯罪紀錄」，並通知查詢之訴外人及原告在案。詎原告於95年4月19日逕向北高行起訴，「確認」系爭函復無效。

警察局申請核發警察刑事紀錄證明」，乃指本人（資料主體）申請前科紀錄而言。至於其他機關請求提供（查詢）前科紀錄，應僅限於「為執行申請人之法定職務所必要（如其為公務機關）或為履行其法定義務所必要（如其非公務機關）」，並「有適當安全維護措施」者，警察機關始得「提供」（個資法§6參照）。

115 參照訴願法第十四條第一、二項：

「訴願之提起，應自行政處分達到或公告期滿之次日起三十日內為之。利害關係人提起訴願者，前項期間自知悉時起算。但自行政處分達到或公告期滿後，已逾三年者，不得提起。」

116 參照行政訴訟法第六條。吳庚，前揭（註19）書，頁95。

北高行與最高行皆認為原告無即受確認判決之法律上利益，而駁回其訴；惟兩者之理由顯不相同。北高行認為系爭函復既未公開，亦未影響原告權益，並非直接發生法律效果之行政處分；最高行則認為「系爭函復乃行政協助，非屬行政處分。前開兩判決之結論固為正確，然論理顯有錯誤。

前開兩判決之結論所以正確，乃因被告機關既已發函更正（系爭函復之內容），並已分別通知訴外人及原告，原告乃無即受「確認判決」之法律上利益。惟系爭函復確為提供政府資訊之決定，性質上當屬「行政處分」。不得僅因函復未正式公開，即否定其為直接發生法律效果之行政處分；亦不得將系爭函復定性為「行政協助」，即免除被告機關依法應履行事先通知並徵詢「本人」之義務，並進而剝奪原告（「本人」）以利害關係人身分提起救濟之權利。

實則，前科紀錄之「提供」涉及「敏感性個人資料」之「利用」，應注意避免無理侵害個人隱私。按新修正「個資法」，今後警察機關遇有「他人」請求提供「前科紀錄」（警察刑事紀錄）時，應於個案審酌：是否為「公務機關執行法定職務或非公務機關履行法定義務所必要」，且有無「適當安全防護措施」，俾改正此前氾濫提供之情形。

結論

前述4則判決皆涉及「資訊公開」與「資訊隱私」，爭點多樣，論辯精彩。案例一（最高行98裁3378號裁定）為前任總統訴請法院「撤銷」現任總統所為「註銷」（其前於總統任內「核定」之）國家機密之決定。事涉「劃密」與「解密」之「定性」（應屬「一般處分」）、「救濟」（僅不服「劃密」者得提起救濟）及「審查」（除發

現惡意情事，法院應不經言詞辯論，維持原決定)。

案例二（最高行98判215號判決）涉及言論自由與資訊隱私之調和。原則上，媒體報導之內容關乎公益（如公眾人物罹患法定傳染病）者，新聞自由之保障應優先於資訊隱私之保護。媒體報導可能侵害病人之「隱私」，而有「個資法」之適用；然其非屬洩漏因執行專門職業而獲悉職業秘密之情形，殆無「傳染病防治法」之適用。

案例三（北高行98訴1342號判決）涉及監察院彈劾案審查決議能否豁免公開之問題。監察院為「政府機關」，彈劾案審查決議為「政府資訊」，原則上應依申請而公開；惟其中「前後審查判準變更」及「審查會會議紀錄」如涉及思辯決策過程，為使參與決策者無所瞻顧，得豁免公開。

案例四（最高行98判40號判決）為第三人請求政府機關提供敏感性個人資料（前科紀錄）之爭議。系爭函復應定性為行政處分，函復內容（前科紀錄）所涉主體（本人）得以利害關係人身分提起救濟。惟被告機關適時更正系爭函復後，本人即無受確認判決之訴訟利益。

最後，茲據本文案例一之研究發現，再修正前擬「資訊公開暨資訊隱私案件標準審理流程」（詳如附件）。

附件 資訊公開暨資訊隱私案件 「標準審理流程」試擬 (2010/06版)

1. 定性：「卷宗閱覽」或「資訊公開」案件？
 - 1.1 申請人於某「特定程序」（例如行政、訴願、訴訟程序）繫屬中，申請「接觸」資訊？
 - 是 → 「卷宗閱覽」案件，續依下述2.流程辦理。
 - 否* → 「資訊公開」案件，續依下述3.流程辦理。
 2. 「卷宗閱覽」案件
 - 2.1 申請人請求閱覽系爭資訊，乃為維護或主張其在其他已繫屬程序（如刑事訴訟程序）中之法律上利益所必要者？
 - 是（申請人實際請求閱覽「他案」資訊）→
「訴願不合法」駁回（訴願法§77-I-8）或
「訴訟不合法」駁回（行訴法§107-I-10）。
 - 否（申請人請求閱覽「本案」資訊）→續行2.2流程。
 - 2.2 申請人為本案之「當事人」或「利害關係人」？
 - 是 → 續行2.3流程。
 - 否 → 申請不合法，裁定駁回（行程§46-I，訴願法§77-I-3，行訴法§107-I-10）。
 - 2.3 系爭資訊屬於「拒絕閱覽」資訊？（按各該程序法之規定——行程法§46-II，訴願法§51，民訴法§242-III，刑訴法§33，行訴法§96，得拒絕申請人閱覽系爭資訊；或經個案利益衡量，認定拒絕閱覽之利益「大於」提供閱覽之利益者）
 - 是 → 裁定拒絕閱覽。
 - 否 → 提供閱覽。

* 含申請人非於程序繫屬中，申請「接觸」資訊；及申請人於程序繫屬中，申請「封鎖」資訊（防阻他人接觸資訊）。

3. 「資訊公開」案件

3.1 是否選擇正確救濟途徑？

3.1.1 訴願類型選擇正確？

(行政機關拒絕提供資訊之決定乃屬「行政處分」，如有不服，應對之提起(訴願法§1-I)「拒絕申請訴願」)

是 → 續行3.3流程。

否 → (受理訴願機關)通知補正(「訴願法」§77-I-1 & 訴願審議規則§7)，促其變更訴願類型：

補正 (變更提起「拒絕申請訴願」) → 續行3.3流程

拒不補正 (拒不變更錯誤訴願類型) → 以訴願不合法為由，駁回訴願(訴願法§77-I-1)。

3.1.2 行政訴訟類型選擇正確？

(行政機關拒絕提供資訊之決定乃屬「行政處分」，如有不服，應對之提起(行訴法§5-II)「拒絕申請訴訟」)

是 → 續行3.2流程。

否 → 受訴法官對原告行使闡明權(「行訴法」§§125-II & III)，促其變更訴訟類型：

闡明成功 (原告變更提起「拒絕申請訴訟」) → 續行3.2流程

闡明無效 → (原告拒不變更錯誤訴訟類型) → 以欠缺權利保護要件為由，駁回原告之訴。

3.2 已經訴願？(按訴願前置主義，提起「拒絕申請訴訟」應經訴願程序)

是 → 續行3.3流程。

否 → 受訴法官應類推適用行訴法§6-V，以裁定移送訴願管轄機關，並以行政法院收受訴狀時，視為提起訴願。

3.3 系爭資訊業已「主動公開」？

是 → 駁回申請，改以告知查詢方式，代替提供（資公法§13-II）。

否 → 續行3.4流程。

3.4 應否適用資公法公開系爭資訊？（資公法§2）

是 → 續行3.5流程。

否 → 系爭資訊，因其他制定在（資公法之）後之法律，明文排除資公法之適用者，依其他法律之規定辦理（決定是否公開）。

3.5 系爭資訊是否為資公法§18-I 各款所定之「豁免公開」資訊？

（注意區別各款豁免之性質為「損害基礎豁免」或「種類基礎豁免」）

是 → 豁免公開（系爭資訊）；續行3.6流程。

否 → 公開（系爭資訊）；續行3.7流程。

3.6 系爭資訊亦申請人本人之「個人資料」？（資公法&個資法競合之一）

是 → 依個資法§12-I-(1)~(3)或依應優先於個資法而適用之「其他法律」之規定，決定是否「豁免本人接觸」（得不對本人公開）：

豁免本人接觸 = 豁免公開（系爭資訊）

准予本人接觸 = 公開（系爭資訊）

否 → 續行3.7流程。

3.7 系爭資訊亦他人之「個人資料」？（資公法&個資法競合之二）？

是 → （申請人依資公法（或其特別法）已得獲悉系爭資訊；如系爭資訊並為他人之「個人資料」者，為保障他人隱私，應更探究系爭資訊之「本人」得否要求限制公開）

→ 依資公法§12-II 處理（通知「本人」表示意見；惟本人

依資公法以外之其他法律之規定得聲請「暫時性權利保護」(聲請「定暫時狀態之處分」)者，法院應闡明之)。

否 → 流程結束。

參考文獻

1. 中文部分

- 吳庚（2005），行政爭訟法論，三版，台北：自版。
- （2010），行政法之理論與實用，增訂十一版，台北：三民。
- 林三欽（2006），論行政訴訟之判斷基準時——兼評最高行政法院94年度判字第588號判決，湯德宗、劉淑範主編，2005行政管制與行政爭訟，頁41-73，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- 林騰鶴（2006），有毒菠菜一律下架、回收、銷毀！——對人的一般處分，台灣本土法學雜誌，88期，頁141-146。
- 范姜真嫻、林素鳳、陳美伶、詹靜芬（2000），政府資訊公開制度實施成效評估（初稿），行政院研究發展考核委員會委託研究。
- 湯德宗（2005），大法官有關「權力分立原則」解釋案之研析，權力分立新論 卷二：違憲審查與動態平衡，頁305-426，台北：元照。
- （2005），行政程序法的立法目的，行政程序法論——論正當行政程序，頁51-83，修訂二版，台北：元照。
- （2006），論資訊公開與卷宗閱覽——行政法院相關判決評釋，湯德宗、劉淑範主編，2005行政管制與行政爭訟，頁123-165，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。
- （2006），政府資訊公開法比較評析，台大法學論叢，35卷6期，頁37-116。
- （2007），資訊公開暨資訊隱私法案例研究（～2006/10），湯德宗、李建良主編，2006行政管制與行政爭訟，頁375-445，台北：中央研究院法律學研究所籌備處。

- (2008), 資訊公開暨資訊隱私法案例研究 (2006/11~2007/10), 黃舒芃主編, 2007行政管制與行政爭訟, 頁285-348, 台北: 中央研究院法律學研究所籌備處。
 - (2010), 資訊公開暨資訊隱私法案例研究 (2007/11~2008/12), 王必芳主編, 2009行政管制與行政爭訟, 頁297-366, 台北: 中央研究院法律學研究所籌備處。
- 程明修 (2003), 撤銷訴訟的合法性 (三) —— 一般處分, 法學講座, 15期, 頁55-60。
- 劉淑範 (2009), 論公務人員職務調動之概念及法律性質: 「調職處分」(Versetzung)及「職務調整」(Umsetzung)之界分, 中研院法律學研究所籌備處主辦, 「2009行政管制與行政爭訟」學術研討會系列之二。

2. 外文部分

- Aftergood, Steven (2009), Policy Essay: Reducing Government Secrecy: Finding What Works, 27 Yale L. & Pol'y Rev. 399-416.
- Erichsen, Hans-Uwe/Wolfgang Martens (Hrsg.) (1992), Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Aufl., München: Verlag C.H. Beck.
- Gerhardt, Michael (1997), in: Friedrich Schoch/Eberhard Schmidt-Aßmann/Rainer Pietzner (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Bd. II. (Stand: Mai), München: Verlag C.H. Beck.
- Jay, Rosemary, & Angus Hamilton (2003), Data Protection: Law and Practice, London: Sweet & Maxwell.
- Korff, Douwe (2002), EC Study on Implementation of Data Protection Directive: Comparative Summary of National Laws, available at http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/lawreport/consultation/univessex-comparativestudy_en.pdf.
- Maurer, Hartmut (2009), Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., München: Verlag C.H. Beck.

- Pattenden, Rosemary (2003), *The Law of Professional-Client Confidentiality: Regulating the Disclosure of Confidential Personal Information*, Oxford: Oxford University Press.
- Robertson, Geoffrey, & Andrew Nicol (2002), *Media Law*, 4th ed., London: Sweet & Maxwell.
- Singh, Mahendra P. (2001), *German Administrative Law in Common Law Perspective*, 2d ed., Berlin: Springer-Verlag.
- Solove, Daniel J. (2008), *Understanding Privacy*, MA: Harvard University Press.