

政府資訊公開請求權入憲之研究*

湯德宗**

目次

- 壹、前言
- 貳、權利的剖析
 - 一、「政府資訊公開請求權」為「知的權利」
 - 「知的權利」有三層次
 - 「言論自由權」不足以含括「政府資訊公開請求權」
 - 二、「政府資訊公開請求權」屬「受益權」
 - 「受益權」種類
 - 「政府資訊公開請求權」兼具各種「受益權」特色
 - 三、「政府資訊公開請求權」的限制
- 參、入憲的實益
 - 一、「政府資訊公開請求權」為資訊時代的基本權
 - 資訊時代的「政府資訊公開」
 - 「基本權」的概念
 - 二、確認「政府資訊公開請求權」為憲法所保障的「主觀權利」
 - 其為「主觀權利」，而非僅「客觀法秩序」
 - 其為「憲法上的權利」，而非僅「法律上的權利」
- 肆、「政府資訊公開請求權」入憲的途徑
 - 一、憲法解釋
 - 二、修憲增定
- 伍、結論——憲法增修條文試擬

* 投稿：民國95年5月1日；接受刊登：民國95年11月25日。作者衷心感謝兩位匿名審查人所提供的寶貴意見。寫作期間曾蒙研究助理王榮賓（台大國發所博士班）、蕭正宏（台北大法研所碩士班）、劉得為（台大法研所碩士班）等悉心協助，併此致謝。

** 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）。

壹、前言

使人民獲悉政府機關持有之資訊——所謂「公共紀錄」(public records)¹或「公共資訊」(public information)，俾政府決策得以透明、弊端無所遁形，進而落實人民的參政權，乃現代民主國家普遍追求的理想。美國「資訊自由法」(Freedom of Information Act, USFOIA)²、英國「資訊自由法」(Freedom of Information Act 2000, UKFOIA)³、澳洲「資訊自由法」(Freedom of Information Act 1982, AUFOIA)⁴及加拿大「資訊接近法」(Access to Information Act 1985)⁵皆為著例⁶。

1 5 U.S.C. §552.

2 Freedom of Information Act of 1966, 5 U.S.C. §552 (1966). The Act was amended significantly in 1974. Pub.L. No. 93-502, 88 Stat. 1561; in 1976, Pub.L. No. 94-409, 90 Stat.1241; in 1986, Pub.L. No.99-570, 100 Stat. 3207; and in 1996, Pub.L. No.104-231, 110 Stat. 3049.

3 Freedom of Information Act 2000 (2000 Chapter 36).

4 Freedom of Information Act 1982 (Act No. 3 of 1982 as amended).

5 Access to Information Act (1985).

6 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：2005/11/29)。

德國雖不在上述統計之列，亦於2005年9月5日通過「資訊自由法」(Informationsfreiheitsgesetz, BGBl. I S. 2722)。關於德國前此制度之介紹，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，民國88年3月初版)；李建良，〈德國環境行政法上的資訊公開制度〉，《月旦法學雜誌》，第87期，頁36-52(民國91年8月)。

另，日本亦於1999年制定「情報公開法」，於2001年開始施行。參見鹽野宏(演講)、林素鳳(譯)，〈日本的政府資訊公開(情報公開)法制〉，《月旦法學雜誌》，第40期，頁121-125(民國87年9月)；宇賀克也，〈情報公開の逐條解說〉，頁8-12(東京：有斐閣，2000年10月2版)；三宅弘，〈行政情報の公開〉，《實用法律雜誌——ジュリトス》，第1215期，頁20以下(2002年1月1日)。

我國行政程序法第四十四條第一項前段規定：「行政機關持有及保管之資訊⁷，以公開為原則，限制為例外」，通稱「資訊公開」。為期早日完備相關立法，同條第三項並指示：「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。於完成立法前，行政院應會同有關機關訂定辦法施行之」。據此，行政院於2001年會同考試院訂頒「行政資訊公開辦法」(90/02/21)(以下簡稱「辦法」)。去(2005)年底立法院終於三讀通過「政府資訊公開法」(以下簡稱「資公法」)六章二十四條⁸，凡「政府機關」⁹於職權範圍內作成或取得之資訊，皆有適用¹⁰。此外，資訊公開相關法令尚有：檔案法(88/12/15)、營業秘密法(85/01/17)與國家機密保護法(92/02/06)等。

綜觀各國立法例，政府資訊之公開不外兩種方式：「主動公開」與「被動公開」。前者指政府機關不待人民請求，主動、適時公布特定政府資訊¹¹；後者指政府機關應人民之請求(依申請)，

7 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」。

8 總統並於同年12月28日公布施行，參見《總統府公報》，第6666號，頁7-13(民國94年12月28日)。

另，立法院同時決議刪除行政程序法第四十四條、第四十五條；並於94年12月28日經總統華總一義字第09400212541號令公布，參見，前揭期刊，頁1。

9 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」)及第二項(「受政府機關委託行使公權力之個人、法人或團體，於本法適用範圍內，就其受託事務視同政府機關」)。

10 「資公法」一方面擴大適用範圍，由「行政機關」擴及為「政府機關」；另一方面又限縮客體資訊(由「持有或保管」減縮為「於職權範圍內作成或取得」)。兩者皆值商榷。參見湯德宗，〈政府資訊公開法比較評析〉，《台大法學論叢》，第35卷第6期，頁37-79(頁38)(民國95年11月)。

11 參見「資公法」第七條第一項(列舉了十款應登載於政府公報，或以其他適當之方式公布之事項)；行政資訊公開辦法第七條第一項(「行政機關應就主動公開之行政資訊製作目錄，記載資訊之種類、內容要旨、作成或取得時間及保管期間、場所」)，第二項(「前項行政資訊，行政機關應於作成或取得之日起三個月內，製作目錄，並將目錄刊載於政府公報、其他出版品或公開於電腦網站」)。

而公開（揭露）政府資訊¹²。前此，行政程序法第四十五條僅規定「主動公開」，幸有「辦法」第六條補充規定「被動公開」¹³。今「資公法」第五條乃明定：「政府資訊應依本法主動公開或應人民申請提供之」。

本文擬試申論：何以人民請求公開政府資訊的權利，不應僅止於由法律所創設、保護的「法律上權利」（a statutory right），並應進一步肯認其為憲法所保障的人民「基本權利」（a fundamental right under the Constitution）。

貳、權利的剖析

倡議「政府資訊公開請求權」（right of access to official information, Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen）入憲，首應辨明該權利的內涵。關於「政府資訊公開請求權」的內涵，可從三個角度觀察。

一、「政府資訊公開請求權」為「知的權利」

從來論者¹⁴多以「知的權利」（right to know）指稱「政府資訊

12 至於，卷宗閱覽請求權（行政程序法第四十六條第一項）乃行政程序「當事人」或「利害關係人」（非「任何人」）於行政程序中，為實現「聽證權」而具有之附帶權利。與「政府資訊公開請求權」不同，不應混為一談。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〉，輯於湯德宗、劉淑範（主編），《2005行政管制與行政爭訟》，頁123-164（台北：中研院法律所，民國95年12月初版）；並見湯德宗，〈論行政程序法的立法目的〉，輯於氏著《行政程序法論——論正當行政程序》，頁51以下，頁57-58（台北：元照，民國94年2月增訂2版2刷）。

13 「資公法」第五條（「政府資訊應依本法主動公開或應人民申請提供之」）；並見行政資訊公開辦法第六條。

14 See, e.g., Wallace Parks, *The Open Government Principle: Applying the Right to Know Under the Constitution*, 26 GEO. WASH. L. REV. 1 (1957); Thomas I. Emerson, *Legal Foundations of the Right to Know*, 1976 WASH. U. L. Q. 1 (1976); David M.

公開請求權」。然細繹兩者，實不盡相同。「知的權利」毋寧為一上位概念，「政府資訊公開請求權」乃其中之部分。

「知的權利」有三層次

「政府資訊公開請求權」，顧名思義，乃人民希望明瞭政府運作的權利。按美國所謂「知的權利」(right to know)可追溯到17、18世紀的英格蘭，當時一些不屈撓的報社試圖規避「不准報導下議院及上議院活動」的禁令。英國原以菁英份子為主的「知情公民」(informed citizenry)，傳到了美洲殖民地遂擴大成由「一般自由保有不動產人與納稅人所組成的公民」(a simple freeholder and taxpayer citizenship)，開始發展出一種比較廣泛的政治參與，然猶非「平民皆有知的權利」(common citizen's right to know)¹⁵。

1765年 John Adams (1735~1826) 以不具名的方式在 *Boston Gazette* 撰文宣揚¹⁶：「當人民普遍擁有廣泛的知識與敏銳時，恣意的政府及各種壓迫，將會等比地減少、消失」。氏主張為了參與政治，人民必須獲得知識：「人民具有一種權利，一種無可厚非、不可讓渡、不能剝奪的神聖權利，可獲悉那些最駭人聽聞、最令人垂涎的資訊——我指的是，有關統治者的性格與行為的資訊」¹⁷。

Ivester, *The Constitutional Right to Know*, 4 HASTINGS CONST. L. Q. 109 (1977).

15 HERBERT N. FOERSTEL, FREEDOM OF INFORMATION AND THE RIGHT TO KNOW 1 (1999).

16 John Adams, *A Dissertation on the Canon and Feudal Law*, BOSTON GAZETTE (September 30, 1765), in 1 PAPERS OF JOHN ADAMS 108 (Robert J. Taylor et al., 1977) (“whenever a general Knowledge and sensibility have prevailed among the People, Arbitrary Government and every kind of oppression have lessened and disappeared in Proportion. ...The people have a right, an indisputable, inalienable, indefeasible divine right to that most dreaded and envied kind of knowledge, I mean of the characters and conduct of their rules. ...The preservation of knowledge among the lowest ranks, is of more important than all the property of all the rich men in the country.”)

17 *Id.* (“The people have a right, an indisputable, inalienable, indefeasible divine right to that most dreaded and envied kind of knowledge, I mean of the characters and conduct of their rules.”)

Adams 以為：「令最低階層者都有獲悉資訊的手段，勝過全國富人財富的總和」¹⁸！

美國聯邦最高法院大法官 Louis Brandeis 在 *Whitney v. California* 案¹⁹明白揭示：「那些為我們贏得獨立的先賢們相信，國家最終的目的乃在使人民得以自由發揮其才智……他們相信：如你所願地自由思考、如你所信地自由表達，乃發現、傳播政治真理不可或缺的手段；有了這樣的手段，討論乃能提供通常適當的保護，對抗有害邪說的散佈；自由最大的威脅來自於無動於衷的人民；公開討論是一種政治責任；此即（建構）美國政府的基本原則」²⁰。

主張「為了政治參與，人民應有獲悉政府運作資訊的憲法權利」最力者，當推美國制憲先賢 James Madison。麥氏嘗謂：「全民政府卻沒有普及的資訊，或者未有獲取普及資訊的方法，則不過只是場鬧劇或悲劇的序幕，甚或兩者皆是。知識永遠統御無知：人民欲成為自己之主宰，就必須以知識所賜與的力量武裝自己」²¹。

雖有制憲先賢如此倡議，美國憲法終究未明文規定「知的權利」。各聯邦法院（含聯邦最高法院）雖多次提到「知的權利」，但多為旁論（*dicta*），而非判決主文（*holdings*）。學者 Foerstel²²

18 *Id.* (“The preservation of knowledge among the lowest ranks, is of more important than all the property of all the rich men in the country.”)

19 274 U.S. 357 (1927).

20 *Id.*, at 375-76 (Those who won our independence believed that the final end of the state was to make men free to develop their faculties...They believed that freedom to think as you will and to speak as you think are means indispensable to the discovery and spread of political truth; that without free speech and assembly discussion would be futile; that with them, discussion affords ordinarily adequate protection against the dissemination of noxious doctrine; that the greatest menace to freedom is an inert people; that public discussion is a political duty; and that this should be a fundamental principle of the American government.)(*emphais added*).

21 9 WRITINGS OF JAMES MADISON 103 (Gaillard Hunt ed., 1900-1910) (“A popular Government, without popular information or the means of acquiring it, is but a Prologue to a Farce or a Tragedy; or, perhaps, both. Knowledge will forever govern ignorance: And a people who mean to be their own Governors, must arm themselves with the power which knowledge gives.”)

22 HERBERT N. FOERSTEL, *supra* note 15, at 14.

嘗分析歷來聯邦最高法院有關人民「知的權利」的判決，認所謂「知的權利」的意涵可歸納為三個層次：最低層次的「知的權利」僅禁止政府干涉人民傳遞、溝通有關政府事務的事實或意見；中間層次的「知的權利」課予政府應人民請求，而提供資訊的義務；最高層次的「知的權利」則進一步課予政府主動（不待請求）提供資訊給予人民的義務。美國雖有為數不少的資訊公開立法，但聯邦最高法院迄今不曾宣示憲法上有最高層次的「知的權利」，亦無跡象顯示該院有意承認人民有訴請法院迫使政府公開資訊的「憲法上權利」。

「言論自由權」不足以含括「政府資訊公開請求權」

或謂「言論自由」(freedom of expression) 最終可化約為「接收訊息的權利」(right to receive communications/information) (包括聽、讀、看，或以其他方式接收訊息的權利) 與「獲取資訊(以資傳達觀念或事實)的權利」(right to obtain information)；並主張擴張「言論自由」的作用，使除了作為「防禦」政府干預的「消極權利」(negative right to be free of government interferences) 外，並發展出「積極管制」的功能——當言論自由的市場受到經濟或技術因素干擾時，政府即有積極介入的義務，例如合理分配廣電頻道，避免壟斷等，以積極維護資訊流通的自由²³。惟，縱使認為言論「自由權」亦有積極面向，能否從此進一步導出「政府有向民眾提供資訊的義務」(政府資訊請求權)，仍有疑問²⁴。

23 Emerson, *supra* note 14, at 2, 8-14.

24 Prof. Emerson 似亦同意這樣的結論，故而主張「知的權利」(right to know) 應獨立於「言論自由權」而存在，並且從國民主權與人民參政的需要，論證人民應有「政府資訊公開請求權」。Emerson, *supra* note 14, at 14-16.

德國聯邦憲法法院似亦持類似見解，參見「大學特定學系入學許可名額限制」案（「聯邦憲法法院一再表示，基本權利同時也構成一套客觀規範的價值秩序，是憲法上的重大決定，對所有法領域均有拘束力，因此，基本權利不只是人民對抗國家的防衛權而已。現代國家凡是保障社會福利與獎勵民眾文化越多的，在人民與國家的關係上，除了保障自由權的原始要求外，還會有更多請求在基本權方面保障分享國家給付的要求。這種發展趨勢在教育領域特別明

其實，（涵攝於「知的權利」內的）「政府資訊公開請求權」所以與「言論自由權」時相混淆，乃因兩者追求之目的高度重疊之故。亦即，兩者皆在追求個人之自我實現（self-realization）、探求真理（truth seeking）、並為民主社會進行集體決策（collective decision）及和平地促成社會變遷等所不可或缺²⁵。

二、「政府資訊公開請求權」屬「受益權」

按德儒耶律內克（Georg Jellinek）所謂「身分理論」（一稱「地位理論」）（Statustheorie）²⁶，「政府資訊公開請求權」乃人民立於「積極地位」（positive status）對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）希望免於國家之干涉者不同。雖然「身分理論」說過於注重形式，致有欠精確；然其簡潔的形式區分，確能掌握各種基本權的要義（神韻）²⁷。今日通說可謂「身分理論」說之修正，略謂：「基本權」與其截然劃分為（消極的）「防禦權」與（積極的）「受益權」，毋寧應認各項基本權皆同時存有（消極的）「防禦功能」與（積極的）「給付／請求功能」，僅比重有所不同。是以「受益

顯……是否須從基本權的價值與教育權獨占的行使推衍出提供充足的教育容量給不同科系是一項客觀的社會福利國的憲法委託（任務）。對於此一問題是否給予同意以及是否可得在特定的要件下，從這項憲法委託中推衍出一種國民可得起訴請求創造教育員額的個別請求權，在此無須加以判斷。因為憲法的一貫性只有在該項憲法委託被明顯違反時才加以考慮，這種情形特別是在醫學教育領域目前還看不出來」，引自李震山、黃啟禎、王玉楚合譯，〈關於「大學特定學系入學許可名額限制」之判決——聯邦憲法法院判決第三十三輯第三〇三頁至第三五八頁〉，輯於司法院編印，《德國聯邦憲法法院裁判選輯》，頁71-115（頁94-97）（民國80年2月）。

25 Emerson, *supra* note 14, at 2.

26 參見吳庚，《憲法的解釋與適用》，頁98-99（民國92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》，頁1以下（台北：學林，民國93年7月1版）。

27 關於耶律內克身分理論的評論，參見 ROBERT ALEXY, A THEORY OF CONSTITUTIONAL RIGHTS 173-177 (2002)；李建良，〈基本權利的理念變遷與功能體系——從耶林內克「身份理論」談起〉，輯於氏著《憲法理論與實踐》，頁38。

權」(如生存權、工作權、受教育權等)固亦具有「防禦功能」,但主要厥為「給付/請求功能」。

「受益權」種類

傳統理論將「受益權」分為「經濟上受益權」(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」²⁸。新近理論則按受益之性質,區分為「物質受益」、「程序受益」與「資訊受益」²⁹。關於「受益權」亦「憲法上之權利」殆無爭議,惟其為哪樣的基本權,則有爭論。通說以為「受益權」大多僅屬「客觀規範」,而非「主觀權利」(詳見下節)。

「政府資訊公開請求權」兼具各種「受益權」特色

政府資訊公開請求權的「標的」(客體)為「政府機關持有、保管之資訊」。於今之資訊時代(information age),「政府資訊」往往具有經濟價值,「政府資訊公開請求權」乃有「經濟受益」的性質。而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多設有所謂「資訊官」(information commissioner),提供行政救濟機會(性質上與我國「訴願」相當);政府機關拒不(服從「資訊官」裁示)公開資訊時,各國並許向法院請求救濟,是「政府資訊公開請求權」亦有「程序受益」的性質。

三、「政府資訊公開請求權」的限制

就「政府資訊」而言,「公開」供利用是主要的價值,但非唯一的價值。「政府資訊公開請求權」作為一種權利,當然亦受有限制。主要的限制來自「資訊保密」,次要的限制則為「不知的權利」(right not to know)。「資訊保密」又可約分為兩大類:「因

28 參見劉慶瑞,《中華民國憲法要義》,頁86-95(民國79年)。

29 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》,頁55以下,頁63-68(台北:學林,民國88年7月1版)。

公益而保密」及「因私益而保密」。此由各國資訊公開立法關於「豁免」公開（exemptions）之規定，可見一斑³⁰。

所謂「因公益而保密」，指政府資訊之公開將有妨礙其他公共利益之虞，而得不予公開者，例如：有關「國家安全」（national security）之資訊、「機關相互間之研商紀錄或機關內部之擬稿」（inter-agency and intra-agency memoranda）、「犯罪偵查、審判與執法之紀錄」（law enforcement records）等。

所謂「因私益而保密」，政府資訊之公開將有侵害私人權利或利益之虞，而得不予公開者，例如：（政府機關持有之資訊中）有關「職業秘密」、「營業秘密」（trade secrets）、「因信賴保密而提供之資訊」（information provided in confidence）、「個人隱私」（personal privacy）等。無論基於公益（public interests）或私益（private interests），凡資訊之「保密」較資訊之「公開」更為重要時，「政府資訊公開請求權」即應受到限制。

關於「不知的權利」（right not to know），美國聯邦最高法院承認：「言論自由權」保障個人有免於成為「被俘的聽眾」（captive audience）的權利³¹。如何界定「不知的權利」的範圍並非易事，它涉及言論之場所（例如是否在公共場所）、內容（例如是否為猥褻品）、方式（例如是否以郵寄傳達）等。「不知的權利」很少成為「政府資訊公開請求權」的限制，蓋政府資訊之公開實際乃以「被動公開」為主，既係應申請人之請求而提供資訊，自然少有違背其意願之情形³²。至於「主動公開」之資訊，其內容殆皆典型的公共事務，縱非某些個人所樂見，通常亦不至於「強迫」其人

30 關於美、英、日等國資訊自由法「豁免」公開規定的介紹，參見湯德宗、賴宇松，《論複查考試成績之資訊公開限制——典試法二十三條之檢討》，頁5-22，考試院委託研究計畫（民國94年11月）；並見湯德宗，前揭（註10）文。

31 See, e.g., *Public Utilities Commission v. Pollak*, 343 U.S. 451 (1952).

32 關於「不知的權利」，see e.g., DANIEL A. FARBER, *THE FIRST AMENDMENT* 107-9 (2nd ed., 2003); KATHLEEN M. SULLIVAN AND GERALD GUNTHER, *FIRST AMENDMENT LAW* 272-4 (2nd ed., 2003).

聽聞的程度³³。

按「政府資訊公開請求權」作為「憲法權利」，原具有「原則」(principles)之性質。亦即，當「資訊公開」與「其他原則」(如隱私權、財產權等)相衝突時，即需進行「衡量」(balancing)，而權衡的結果往往展現為得限制公開之「例外」規定(參見本文後述「結論」試擬之憲法增修條文第二項)。這些經宣示的「例外」，一旦載入憲法，即有拘束立法者的效力，而成為「規則」(rules)，展現出「全有或全無」(all or nothing)的特性——「適用」或「不適用」³⁴。準此，個別立法(例如「資公法」或「個資法」)所規定的「豁免」(公開之規定)(exemptions)須符合憲法「政府資訊公開請求權」所定之「豁免規定」。

參、入憲的實益

許多國家，包括我國，已立法保障「政府公開請求權」，何以吾人主張應將之進一步提升為憲法所保障的權利？

一、「政府資訊公開請求權」為資訊時代的基本權

基本上，某種價值或利益應否列為憲法上的基本權，乃價值判斷或利益衡量的結果。如某項價值或利益，自憲法所賴以存立之政治道德(an underlying political morality)觀之，具有實質重要性(substantive significance)，而非可委(任)由國會(以普通多數

33 另類「不知的權利」則與個人隱私(尤其基因隱私)有關。例如本人不欲得知自身或血親的基因檢測結果，並且不願檢測結果對他人公開。See generally, RUTH CHADWICK, MAIRI LEVITT & DARREN SHICKLE (ED.), THE RIGHT TO KNOW AND THE RIGHT NOT TO KNOW (1997).

34 關於「原則」與「規則」的區分，參見 ROBERT ALEXYS, *supra* note 27, at 14-45 (1978).

決) 決定是否予以保護者, 即應由憲法加以確認、保護³⁵。而此一價值判斷或利益衡量恆與該價值或利益所存在、發展的背景情境 (background context) 密切相關, 非可「閉門造車」——脫離背景情境, 抽象地決定。

準此理解, 我主張確認「政府資訊公開請求權」作為一項新興基本權, 基本上是為了因應時代變遷。更具體地說, 是因為吾人邁入所謂「資訊時代」(information age), 乃有此必要。

資訊時代的「政府資訊公開」

自「福利國家」(welfare state) 的概念興起後, 政府為了遂行各種管制 (經濟管制、社會管制等) 開始大量向人民 (含業者) 蒐集資訊, 逐漸累積而成為社會上最大的資訊控制者。復因上個世紀七〇年代資訊科技 (information technology) 發達後, 原本散置各處零散的資訊可在瞬間精確地匯集、處理, 經過匯集、處理過的巨量資訊並可在瞬間精確地傳輸、比對, 致使政府的資訊控制能力千萬倍於往昔! 亦即, 吾人今日所面對的乃人民與政府在資訊掌控能力上極端不對等、不對稱的嚴峻事實!

如此嚴峻的事實, 一方面使得個人對其個人資料之自主控制權備受威脅, 而有承認「資訊隱私權」(information privacy, informational privacy) 作為「憲法基本權」的必要³⁶; 另一方面, 人民 (國民全體) 作為民主國家主權者的地位, 同樣備受「遭到架空的威脅」。既然, 非獲悉政府所作所為, 不能有效掌控政府³⁷, 則為使人民有效行使「塑造及解構」政府 (所謂「水能載舟亦能覆舟」) 的固有權力, 維繫國民主權原則於不墜, 就必須設法儘量縮小人民與政府在資訊掌控能力上的差距。「政府資訊公開請求權」乃「資

35 Julian Rivers, *A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution*, in ROBERT ALEXY, *supra* note 27. at xix; see also *Id.*, at 297 & 343 (Robert Alexy 稱之為 “the formal guiding perspective or idea”).

36 參見大法官釋字第 603 號解釋及林子儀大法官之協同意見書。

37 請試重溫前引美國制憲先賢 James Madison 的名言。

訊時代」，民主國家之人民所不可或缺、不可讓渡的神聖權利³⁸！

尤其，為體現「思辯民主」(deliberative democracy)³⁹或「憲法民主國」(the constitutional democratic state)⁴⁰的理想，俾國民全體能在相互尊重、平等參與的基礎上，經由理性的對話、思辯，集體形成決定，避免多數暴力（未經理性對話的多數表決），政府資訊更須儘量公開。換言之，政府資訊公開乃公民「自由、平等參與」(free and equal participation)政治思辯的前提，亦所以確保個人有效參與政治對話所需的「自主地位」(position of autonomy)⁴¹。

此外，資訊時代裡，資訊造就知識，知識創造經濟（所謂「知識經濟」），知識已變成最重要的商業資產，取代從前工業時代「勞力」與「資本」的地位⁴²。政府資訊既為遂行公務而蒐集、建立、保存、使用，乃典型的「公有財」(common goods)，理應開放由全民共享⁴³。時代變遷，「受益權」的概念自亦應與時俱進，將「政府資訊」納入其中。

38 Amaryllis Verhoeven, *The Right to Information: A Fundamental Right?* 2, LECTURE AT EIPA (Maastricht) (May 29, 2000) (available at <http://aei.pitt.edu/archive/00000573/01/Amaryllis.pdf>, visited on 2005/11/01).

39 See, e.g., CASS R. SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* 18-34, 133-141 (1993); JÜRGEN HABERMAS, *BETWEEN FACTS AND NORMS* 274-296, 304-328 (1998); MAURIZIO PASSERIN D'ENTRÈVES (ED.), *DEMOCRACY AS PUBLIC DELIBERATION: NEW PERSPECTIVES* (2002).

40 BLANCA R. RUIZ, *PRIVACY IN TELECOMMUNICATIONS: A EUROPEAN AND AN AMERICAN APPROACH* 10-12 (1997).

41 Amaryllis Verhoeven, *supra* note 38, at 2-5.

42 See, e.g., Gray S. Tjaden, *Measuring the Information Age Business*, in *THE INFORMATION REVOLUTION: CURRENT AND FUTURE CONSEQUENCES* 1 (1998); William H. Read, *Knowledge Capital: Management Principles for Every Organization's Five Most Valuable Assets*, in *Id.* at 23; Alan S. Blinder, *The Internet and the New Economy*, in *IMP: THE MAGAZINE ON INFORMATION IMPACTS* (Jan. 2000) (available at http://www.cisp.org/imp/april_2001/04_01blinder.html, visited on 2002/05/13); SERGE GUTWIRTH, *PRIVACY AND THE INFORMATION AGE* 61-62 (2002).

43 參見「資公法」第一條：「為建立政府資訊公開制度，便利人民共享及公平利用政府資訊，保障人民知的權利，增進人民對公共事務之瞭解、信賴及監督，並促進民主參與，特制定本法。」

「基本權」的概念

「政府資訊公開請求權」作為憲法所保障的人民「基本權」，需要進一步的說明，因為中文所謂「基本權」，本身就是個複雜而多義的概念。

按「基本權」(*droit fondamenteau*)一詞首見於十八世紀末大革命前夕的法國，此後主要用於憲法理論。自從德國基本法(*Grundgesetz*)以“*Die Grundrechte*”作為第一章之章名後，更是聲名大噪。雖然如此，學術界與實務界對於該辭的使用方式迄未一致；「基本權」與「人權」(*human rights*)或「基本自由」(*fundamental liberties*)等語，經常混用。

在歐陸，「基本權」最常用以指稱在某個法律體系中受到憲法積極保護(*positive protection*)的人權。亦即，「基本權」可由實質與形式的特徵來界定。實質上說，「基本權」係指在文化上及法律上具有人權保存價值的人權；形式上說，「基本權」乃指憲法上具有拘束力的規定(*binding provisions*)，以別於方針性的原則(*programmatic principles*)。亦即，「基本權」具有拘束國家各權力部門(不論其為三權或五權)的效力；「基本權」受侵害時並有適當的司法救濟⁴⁴。

在美國，「基本權」最常用以指稱那些「作為吾人一切公民暨政治制度基石的自由與正義基本原則」所隱含的權利(*the rights implicit in those “fundamental principles of liberty and justice that lie at the base of all our civil and political institutions”*)⁴⁵，或指稱那些「秩序井然的自由概念所隱含的權利」(*those rights “implicit in the concept of ordered liberty”*)⁴⁶。準此，美國所謂「基本權」只有實質的意涵。聯邦最高法院認為：被歸類為「基本權」的權利，並不

44 BLANCA R. RUIZ, *supra* note 40, at 4-5.

45 *Hebert v. Louisiana*, 272 U.S. 312, at 316 (1962).

46 *Palko v. Connecticut*, 302 U.S. 319, at 325 (1937).

以其列在憲法增修條文第一條至第八條（美國聯邦憲法的「人權條款」）為充分或必要的條件。換言之，列在「人權條款」的權利，未必就是「基本權」；沒有列在「人權條款」的權利，也可以是「基本權」。值得注意的是，在認定憲法所未明文列舉的「基本權」時，聯邦最高法院主要審究「系爭權利對於個人自主之重要性」（the importance of the right to the autonomy of the individual）。例如：*Griswold v. Connecticut*⁴⁷宣示：「某些人權條款的保障具有半影……創造了隱私的地帶（zone of privacy）」（按即「個人自主的空間」）；*Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*⁴⁸宣示：「憲法承諾有個個人自由的領域（a realm of personal liberty），政府不得介入」，「此一自由的核心乃是界定自我有關存在、意義、宇宙與人類生活奧秘的概念的權利（the right to define one's own concept of existence, of meaning, of the universe, and of the mystery of human life）。準此，如果美國最高法院認同前述有關保障「政府資訊公開請求權」對於資訊時代公民自主的重要性，便可能肯認「政府資訊公開請求權」為「憲法所未明文列舉的基本權」（an unenumerated fundamental right）！

在美國，某個權利一旦被歸類為「基本權」，便受到憲法增修條文第五條或第十四條所定「正當程序條款」（Due Process Clause）與「平等保障條款」（Equal Protection Clause）的較高保障——法院對於「基本權」的限制須採取所謂「嚴格審查」（strict scrutiny）。換言之，系爭（立法或行政）管制須以實現「優位的政府利益」（compelling governmental interest）為目的，且達成該目的的手段須「量身定作」（narrowly tailored）、恰如其份——別無其他侵害更少的手段（no less restrictive means）可以達成同一目的，始為合憲⁴⁹。反之，關於「非基本權」的政府管制，法院僅採取寬

47 381 U.S. 479, 485 (1965).

48 505 U.S. 833, 847 (1992).

49 See, e.g., *Shaw v. Reno*, 509 U.S. 630, 643 (1993).

鬆的「合理基礎審查」(rational basis scrutiny)——只要系爭之管制係為追求(或促進)「合法的政府利益」(legitimate state interest)，且採取之手段與追求之目的間「具有合理關連」(rationally related)，即為合憲⁵⁰。

總此，德國基本法所謂「基本權」(Grundrechte)約相當於我國憲法第二章所謂「人民權利」，而美國憲法所謂「基本權」(a fundamental right)殆指為「維護人性尊嚴」、「尊重人格自由發展」所必要，而屬「自由民主憲政秩序之核心價值」者，始足當之。換言之，德國所謂「基本權」乃我國所謂(人民的)「憲法權利」，而美國所謂「基本權」則可理解為(人民的)「(最)基本的憲法權利」。鑑於歐、美關於「基本權」之概念有如上之差異，為便於精確討論、避免混淆，本文以下除有特別聲明外，稱「基本權」概指歐陸之概念，意即人民之「憲法權利」(constitutional rights)；至於美式的「基本權」，則以「基本的基本權」稱之。

典型的「基本權」為「自由權」。按自由主義(liberalism)視「自由」為個人的原始狀態，而國家乃自由之天敵。個人自由的範圍應盡量從寬界定，國家對於個人自由的干預(限制)應屬例外，並應從嚴界定。這樣的想法也展現在我國憲法第二十二條及第二十三條。憲法上的「自由權」原是「防禦國家的消極權利」(a negative right of defense against the State)，故德國人稱為「防禦權」(Abwehrrechte)。

但現實的情況是，個人自由權的行使除了可能因為公權力的「積極干預」而受挫之外，也可能因為欠缺必要的社會或法律前提條件而受挫。因此，即使是「自由權」，也有必要課予國家積極的義務(positive obligations)；例如，要求國家積極採取措施，保障每個國民在法律上受到平等的對待。是以歐陸國家以為：「基本權」除有消極(防禦國家干涉)的面向(negative dimension)外，

50 See, e.g., *Wash. v. Glucksberg*, 521 U.S. 721 (1997).

並有積極的面向 (positive dimension)；「基本權」亦有「課予國家積極 (保護) 義務的權利」(rights to impose positive obligation on the State)。

「基本權」的積極面向，又有客觀與主觀之分。關於積極的客觀面向 (positive objective dimension)，歐陸國家向來將「基本權」視為「客觀的憲法價值」(objective constitutional value) 及「制度性保障」(institutionelle Gewährleistungen, institutional guarantees)。亦即，「基本權」所表彰的是「憲政秩序的客觀原則」(objective principles of the constitutional order)，國家 (所有權力機關) 不僅應予尊重，並應積極追求其實現。至於積極的主觀面向 (positive subjective dimension)，歐、美皆認為：「基本權」賦予個人得請求國家發展出實現基本權所必要的方法的權利，尤其是訴諸法院迫其實現的權利。

「基本權」的積極面向使得每項「基本權」都蘊含著積極的主張——國家應發展出必要的法律、程序及組織，保護基本權免於遭受國家或第三人之侵害。關於「基本權」皆有積極客觀面向，於今殆無疑義；惟關於「基本權」的積極主觀面向，則有爭議。蓋國家能夠用以促成基本權實現的資源既為有限，則哪些基本權應更具備積極主觀面向，使人民 (權利主體) 得在法院中訴求實現，涉及整體國家資源分配的問題，應屬「政策性之決定」(a policy choice)。

按防禦權 (自由權) 與請求權 (受益權) 兩者間有一種基本的結構性差異 (a fundamental structural distinction)：防禦權「禁止」國家為「一切」破壞權利 (或對權利有不利影響) 的行為；而請求權則僅「要求/命令」國家保護或提供「某些」(而非「一切」) 事物。因此，除於某些極端情況下，僅有一種有效的方法可資達成國家的保護義務 (亦即，捨此而外別無他法)，致國家實際無從選擇 (所謂「裁量空間限縮至零」) 外，國家對於如何履行其保護義務，

恆存有裁量之空間⁵¹。既然國家對於如何履行其保護義務「原則上」具有裁量空間，通說乃以為「受益權」多僅屬「客觀規範」，而非「主觀權利」，（受益）人民尚不得向法院訴求實現（亦即，個人尚不具備「訴因」（cause of action））⁵²。質言之，僅當「事實上自由的原則」（the principle of factual freedom）強烈要求⁵³，且不甚危害「權力分立原則」（principle of separation of powers）暨「民主原則」（principle of democracy），並於「其他實體原則」（尤其「不妨礙他人之自由」）侵害輕微者，始承認其為得由權利主體向法院訴求之「主觀權利」⁵⁴。

大法官釋字第四六九號解釋（87/11/20）似已反映出積極「主觀權利」（公法上請求權）與積極「客觀價值」（主管機關負有作為義務）的差別。按關於國家賠償法第二條第二項後段所謂「公務員怠於執行職務，致人民自由或權利遭受損害」，最高法院七十二年台上字第七〇四號判例原作狹義解釋，謂：「國家賠償法第二條第二項後段所謂公務員怠於執行職務，係指……被害人對於公務員為特定職務行為，有公法上請求權存在，經請求其執行而怠於執行，致自由或權利遭受損害者，始得依上開規定，請求國家負損害賠償責任。若公務員對於職務之執行，雖可使一般人民享有反射利益，人民對於公務員仍不得請求為該職務之行為者，縱公務員怠於執行該職務，人民尚無公法上請求權可資行使，以資保護其利益，自不得依上開規定請求國家賠償損害」。大法官釋字第四六九號則將前開公務員不作為之國家賠償責任予以擴大，謂：凡「法律規定之內

51 ROBERT ALEXY, *supra* note 27, at 308-9.

52 參見許宗力，〈基本權的功能與司法審查〉，輯於氏著《憲法與法治國行政》，頁162-164（「一般對基本權受益權功能之承認，都持審慎保守態度，不僅只願承認極少數特定基本權具有受益權功能，即給付範圍，亦只願就低標的給付承認之，也就是只願就合乎人性尊嚴最低生存標準所需條件之給付，承認國家有無所旁貸的義務，而人民也有相對應的請求權」）。

53 亦即，非承認其為「主觀權利」勢難實現系爭之「受益權」。

54 ROBERT ALEXY, *supra* note 27, at 343-8.

容非僅屬授予國家機關推行公共事務之權限，而其目的係為保護人民生命、身體及財產等法益，且法律對主管機關應執行職務行使公權力之事項規定明確，該管機關公務員依此規定對可得特定之人所負作為義務已無不作為之裁量餘地，猶因故意或過失怠於執行職務，致特定人之自由或權利遭受損害，被害人得依國家賠償法第二條第二項後段，向國家請求損害賠償⁵⁵。依大法官上開解釋，只需國家機關（公務員）違反了積極「客觀價值」所課予之作為義務，該作為義務係為保護人民生命、身體及財產等法益，且已無不作為之裁量餘地（或謂「裁量餘地收縮至零」）時，即使被害人並無「公法上請求權」（主觀權利），仍可發生國家賠償責任⁵⁶。

二、確認「政府資訊公開請求權」為憲法所保障的「主觀權利」

雖然兼具「消極」與「積極」的雙重面向，大體而言，「基本權」仍以消極（防禦）的「自由」性格為主，而以積極（命作為）的「受益」性格為輔。又，基本權的「積極面向」雖兼有「主觀」與「客觀」雙重性格，一般仍以宣示「客觀價值」（單純課予國家「量力而為」的作為義務）為主，而不輕易賦予「主觀權利」（使人民得訴請法院判令國家履行特定作為義務）。

關於基本權「定性」問題，1991年英國公共政策研究所（Institute for Public Policy Research）研擬、出版的「英國成文憲法」（草案）（A Written Constitution for the United Kingdom）提供了另類解答。按該草案第二章為「權利及自由」（Rights and Freedoms），

55 《司法院大法官解釋彙編（十二）》，頁319（民國88年）。

56 或謂本件解釋打破傳統的「權利與反射利益」二分說，改採「權利、法律上利益與反射利益」三分說，參見李惠宗，〈主觀公權利、法律上利益與反射利益之區別〉，收於台灣行政法學會（主編），《行政法爭議問題研究（上）》，頁139以下（台北：五南，民國89年12月初版）。不同見解，參見陳敏，〈行政法總論〉，頁253以下（台北：自版，民國93年1月3版）（主張權利、反射利益之二分法）。

分為三節。第一節名為「基本權利及自由」(Fundamental Rights and Freedoms)，第二節名為「社會暨經濟權」(Social and Economic Rights)，第三節名為「資訊自由」(Freedom of Information)。該章所列權利皆為「憲法權利」(constitutional rights)，惟三節所規定之權利屬性不盡相同。第一節所列「基本權」皆為「主觀權利」⁵⁷；第二節所列實「聯合國經濟、社會暨文化公約」(UN Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)之精簡版，這些「經濟、社會、文化權」一概不得訴請法院強制執行(“not enforceable in any court”)⁵⁸，故皆屬「客觀秩序」；第三節特別規定「政府資訊公開」，顯在與第二節所列其他「受益權」相區別，並未否定其為「主觀權利」也⁵⁹！

前述英國之例，乃憲法「草案」載有「政府資訊公開請求權」，許多國家甚且已將「政府資訊公開請求權」載入憲法。例如⁶⁰，挪威1999年憲法第一百條第五項規定：「任何人均有接近國家與自治團體文件的權利，……僅於必要時，得基於極重要的理由，藉由清楚且明確的法律規定，限制此項權利」⁶¹。其他類似規定參見：匈牙利1989年憲法第六十一條⁶²、比利時1970年憲法第三十二

57 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。

58 第二十七條第三項 (Art. 27.3) 規定：“The provisions of this Article are not enforceable in any court.”

59 第二十八條第三項規定：國會之立法應規定實現接觸政府資訊權之程序及訴請法院強制執行之程序(“Act of Parliament shall 1. prescribe the procedures to enable the right of access to official information to be readily exercised and enforced; ...”)。

60 下引各國憲法條文，可於<http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/index.html>查詢 (最後瀏覽日期：2006/03/23)。

61 The Constitution of the Kingdom of Norway (amend. 1999), Art. 100, sec.5 (“Everyone has a right of access to the documents of the State and of the municipal administration and a right to be present at sittings of the courts and of administrative bodies elected by the people. The law may only prescribe such clearly defined limitations to this right as overriding considerations show to be necessary”).

62 Constitution of the Republic of Hungary (amend. 1989), Article 61.(1) (“everyone has the right to the free expression of his views and opinions, and has the right of access to information of public interest, and also the freedom to disseminate such

條⁶³、南非1996年憲法第三十二條⁶⁴、菲律賓1987年憲法第三條第七項⁶⁵、巴西1988年憲法第五條第三十二段⁶⁶、保加利亞1991年憲法第四十一條⁶⁷、馬其頓1992年憲法第十六條⁶⁸、斯洛維尼亞2003年憲法第三十九條第二項⁶⁹、愛斯脫尼亞1992年憲法第四十四條第

information”).

- 63 The Belgium Constitution (1970), Article 32 (“Everyone has the right to consult any administrative document and to have a copy made, except in the cases and conditions stipulated by the laws, decrees, or rulings referred to in Article 134”).
- 64 Constitution of the Republic of South Africa (1996), Section 32:
(1) Everyone has the right of access to (a) any information held by the state; and (b) any information that is held by another person and that is required for the exercise or protection of any rights.
(2) National legislation must be enacted to give effect to this right, and may provide for reasonable measures to alleviate the administrative and financial burden on the state.
- 65 The Philippines 1987 Constitution, Article III, Section 7 (“The right of the people to information on matters of public concern shall be recognized. Access to official records, and to documents and papers pertaining to official acts, transactions, or decisions, as well as to government research data used as basis for policy development, shall be afforded the citizen, subject to such limitations as may be provided by law”).
- 66 The Brazil Constitution (1988), Article 5, recital no. XXXIII (“all persons are entitled to receive from government agencies information of private interest to such persons or of collective or general interest which shall be provided within the period established by law, subject to liability, with the exception of information whose secrecy is vital to the security of society and of the State”).
- 67 The Bulgarian Constitution (1991), Article 41:
(1) Everyone shall be entitled to seek, obtain and disseminate information. This right shall not be exercised to the detriment of the rights and reputation of others, or to the detriment of national security, public order, public health and morality.
(2) Citizens shall be entitled to obtain information from state bodies and agencies on any matter of legitimate interest to them which is not a state or official secret and does not affect the rights of others.
- 68 The Macedonia Constitution (1992), Article 16 (3) (“Free access to information and the freedom of reception and transmission of information are guaranteed”).
- 69 The Constitution of the Republic of Slovenia (amend. 2003), Article 39 (2) (“Except in such circumstances as are laid down by statute, each person shall have the right to obtain information of a public nature, provided he can show sufficient legal interest as determined by statute”).

二項⁷⁰、斯洛伐克1992年憲法第二十六條第五項⁷¹、俄羅斯1993年憲法第二十四條第二項⁷²、白俄羅斯1994年憲法第三十四條⁷³、烏干達1995年憲法第四十一條⁷⁴、波蘭1997年憲法第六十一條⁷⁵、與阿爾巴尼亞1998年憲法第二十三條⁷⁶。總計歐盟24個成員國中，已有

-
- 70 The Estonia Constitution (1992), Article 44 (2) (“At the request of Estonian citizens, and to the extent and in accordance with procedures determined by law, all state and local government authorities and their officials shall be obligated to provide information on their work, with the exception of information which is forbidden by law to be divulged, and information which is intended for internal use only”).
- 71 The Constitution of Slovak Republic (1992), Article 26 (5) (“State bodies and territorial self-administration bodies are under an obligation to provide information on their activities in an appropriate manner and in the state language. The conditions and manner of execution will be specified by law”).
- 72 Constitution of the Russian Federation (1993), Article 24 (2) (“The bodies of state authority and the bodies of local self-government and the officials thereof shall provide to each citizen access to any documents and materials directly affecting his/her rights and liberties unless otherwise stipulated under the law”).
- 73 The Belarus Constitution (1994), Article 34:
 (1) Citizens of the Republic of Belarus shall be guaranteed the right to receive, store, and disseminate complete, reliable, and timely information on the activities of state bodies and public associations, on political, economic, and international life, and on the state of the environment.
 (2) State bodies, public associations, and officials shall afford citizens of the Republic of Belarus an opportunity to familiarize themselves with material that affects their rights and legitimate interests.
- 74 The Constitution of the Republic of Uganda 1995, Article 41:
 (1) Every citizen has a right of access to information in the possession of the State or any other organ or agency of the State except where the release of the information is likely to prejudice the security or sovereignty of the State or interfere with the right to the privacy of any other person.
 (2) Parliament shall make laws prescribing the classes of information referred to in clause (1) of this article and the procedure for obtaining access to that information.
- 75 The Poland: Constitution (1997), Article 61 (1) (“A citizen shall have the right to obtain information on the activities of organs of public authority as well as persons discharging public functions. Such right shall also include receipt of information on the activities of self-governing economic or professional organs and other persons or organizational units relating to the field in which they perform the duties of public authorities and manage communal assets or property of the State Treasury”).
- 76 The Albanian Constitution 1998, Article 23:
 (1) The right to information is guaranteed.
 (2) Everyone has the right, in compliance with law to get information about the

10國將「資訊公開請求權」入憲⁷⁷。

值得注意的是，與前述英國成文憲法「草案」之體例不同，上述各國並未另闢一節規範「資訊公開請求權」，而係將之與「其他自由權利」合併規定於「基本權利」章中；有些國家（例如挪威、斯洛伐克與馬其頓）甚且將「言論自由權」與「政府資訊公開請求權」併列於同一條。凡此顯示：上述各國已經認知「言論自由權」不足以含括「政府資訊公開請求權」，並皆肯認「政府資訊公開請求權」為憲法上所保障的「主觀權利」，而非僅「客觀秩序」或「憲法原則」⁷⁸！

我主張「政府資訊公開請求權」入憲，除了要確立其為「基本權利」之外，並要確立其為可訴請法院實現的「資訊公開受益請求權」（主觀權利）！

其為「主觀權利」，而非僅「客觀法秩序」

基本權的「客觀法秩序」是指一種價值體系或價值標準，為國家各權力部門應努力追求實現的目標，堪稱為立法、行政及司法機關的指導方針⁷⁹。基本權作為客觀法規範，其拘束的主體為國家機關；然而，國家機關有義務去努力實現，並不意謂人民即相對地有訴請法院實現的權利。蓋受限於預算等因素，國家機關對於因客觀

activity of state organs, as well as of persons who exercise state functions.

77 包含比利時、愛斯脫尼亞、芬蘭、希臘、匈牙利、荷蘭、波蘭、葡萄牙、斯洛維尼亞與瑞典。See also, H. KRANENBORG & W. VOERMANS, ACCESS TO INFORMATION IN THE EUROPEAN UNION: A COMPARATIVE ANALYSIS OF EC AND MEMBER STATE LEGISLATION 11 (2005).

78 此可從各國憲法條文結構得到進一步的證明。按上述各國憲法文字，多直接規定人民有資訊公開請求權（person has the right to access information），如挪威憲法、比利時憲法與南非憲法。查其體例，多先宣示「人民有請求政府公開資訊之權利」，繼而規定「國家應以法律明定細節性事項與限制公開事項」，課政府以作為之義務，以實現人民之「政府資訊公開請求權」。亦即，此一「受益權」兼有「積極客觀面向」（客觀法規範）與「積極主觀面向」（主觀公權利）。

79 德國基本法第一條第三項：「以下所述之權利，拘束立法、行政及司法權，而為直接有效之法規範」。

規範而生的作為義務，通常都有裁量的空間。故而理論上，即使認為政府資訊公開乃屬基本權之客觀法秩序，仍無從直接導出人民有「請求政府資訊公開的主觀權利」。

關於國家持有的資訊，人民有無請求公開的主觀權利一節，我國留德學者似多採取否定見解。例如，陳愛娥教授以為⁸⁰：政府資訊公開關乎人民憲法上「知的權利」（可從憲法第十一條「言論自由」中導出），但「知的權利」為僅屬「客觀法規範」⁸¹。而其所以否認政府資訊公開請求權為「主觀權利」，乃因其尚未具備下列要件：一、給付的範圍需明確；二、不影響立法權之財政高權；三、該給付乃行使該「自由權利」所不可或缺。氏謂：「現代取得資訊之管道具普遍化與多元化，故向政府請求資訊公開並無必要性；再者，向政府請求資訊公開之範圍並不明確；最後，請求給付所造成的財政負擔亦不明確」。

反對「人民有請求政府公開資訊的主觀權利」，可能受到德國基本法第五條第一項規定：「每個人有權從一般可得接近的資訊來源（*allegemein zugängliche Quellen*）中無障礙地獲取資訊」的影響。依其文義，前揭規定僅在防止國家公權力可能之干涉（阻礙人民自「一般可得接近之來源獲悉資訊」），並未進而賦予人民向政府機關請求提供特定資訊的權利（請求權）。亦即，前揭規定乃典型的「資訊自由權」（*freedom of information, Informationsfreiheit*），基本上屬於「防禦權」的性質⁸²；縱使認為

80 陳愛娥，〈基本權作為客觀法規範——以「組織與程序保障功能」為例，檢討其衍生問題〉，李建良、簡資修主編，《憲法解釋之理論與實務（第二輯）》，頁235以下（台北：中研院中山人文社會科學研究所，民國89年8月初版）；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以下（民國89年7月）。

81 雖陳氏認為「知的權利」亦「給付請求權」，但僅屬客觀法規範之性質，而非屬「主觀功能面向」，陳愛娥，前揭（註80）文，頁30-31。不同見解，參見李建良，前揭（註29）文，頁67-68。

82 另外一個不肯承認的理由在於，如賦予請求權之功能可能有違反「權力分立原則」之嫌。蓋其給付之性質勢必牽涉政府財政支出及該支出之範圍、順序額

「自由權」亦有積極面向，國家應積極作為排除對於自由之干涉，終難據此導出「政府有為提供資訊之義務」，甚至更進而賦予人民以「請求政府公開其持有、保管之資訊的請求權」——受益性質的「主觀權利」。

反對說者雖不認為現制下人民有請求公開政府資訊的「主觀公權利」，但似皆認為政府資訊公開為「客觀法秩序」。蓋個人言論及輿論之形成皆須有健全之資訊管道⁸³，而國民在自由民主體制下行使政治權利，對國家機關的作為作成判斷，也需以廣泛取得相關資訊作為前提⁸⁴。

至於肯定「人民有請求政府公開資訊的主觀權利」者，可以李震山教授認為代表。氏先謂⁸⁵：資訊請求權在民主國家中，其雖非與生俱來的權利（*angeborenes Recht*），但卻是後天取得的權利（*erworbenes Recht*），該權利已具有普遍性及不可侵害性，因而具有人權的品質⁸⁶，至少已成為維繫自由民主憲政秩序不可或缺之「基本權利」，惟有賦予其憲法權利之地位，方能發揮其功能。繼則認為各個基本權利之功能皆應兼具某種程度的主觀公權利與客觀法規範之雙重功能，若人民資訊請求權為憲法層次之權利，自應作

度。此應由具有民主正當性之立法機關做最後之預算權衡。參見陳愛娥，前揭（註80）文，頁29；葉俊榮（主持）、許宗力（協同），《政府資訊公開制度之研究》，頁12（台北：行政院研考會，民國85年）。

83 參閱張永明，〈大眾傳播自由權之憲法基礎〉，輯於氏著《新聞傳播之自由於界限》，頁13以下，頁38（台北：永然，民國89年）。

84 參閱陳愛娥，前揭（註80）文，頁26。

85 李震山，〈論人民請求政府公開資訊之權利與落實〉，《月旦法學雜誌》，第62期，頁38-39（民國89年7月）。

86 李震山教授認為，憲法未列舉之自由或權利應受憲法第二十二條保障之要件為：1. 權利本質上需與國民主權、人性尊嚴或一般人格權保障息息相關；2. 權利保障需求上，需具有普遍性；3. 從立憲主義角度言，該種權利若不予保障將有違自由民主憲政秩序與價值觀者。參見氏著，《多元、寬容與人權保障——以憲法未列舉權之保障為中心》（台北：元照，民國94年10月初版）；並見，同作者，〈來者猶可追，正視個人資料保護問題——司法院大法官釋字第六〇三號解釋評析〉，《台灣本土法學雜誌》，第76期，頁225（民國94年11月）。

如是觀⁸⁷。

著名的德國憲法學者 Robert Alexy⁸⁸認為：鑑於基本權主要是為了保護個人，而非客觀秩序或集體利益；且賦予人民「主觀權利」較僅承認其「課予客觀法規範」上的義務，更能使基本權獲得最大程度之實現。故應「推定」基本權賦予人民「主觀權利」；其主張僅「單純」課予客觀法規範之義務者，應負論證責任。其說深得我心！

我主張「政府資訊公開請求權」入憲，用意之一即為明定其為人民在憲法上之「主觀權利」。按「有權利，必有救濟」(*ubi jus, ibi remedium*)的法理，人民「政府資訊公開請求權」遭受侵害時，即可訴請法院救濟。「政府資訊公開請求權」應具備積極主觀功能，主要基於以下幾點考量：第一，鑑於該權利之「實質重要性」。如前所述，於今之「資訊時代」，政府掌控絕大部分公共資訊(*public information*)，人民非有「政府資訊請求權」，不足以當家作主、平等參與，體現「思辯民主」。賦予人民「政府資訊請求權」不僅為「事實上自由的原則」(*the principle of factual freedom*)所強烈要求，抑且為維繫自由民主憲政秩序所不可或缺。其次，賦予人民「政府資訊請求權」亦不甚危害「權力分立原則」(*principle of separation of powers*)或「其他實體原則」(例如「不妨礙他人之自由」)。蓋「資訊」(*information*)屬「非耗竭性」

87 並參見法治斌，〈知的權利〉，輯於氏著《人權保障與釋憲法制》，頁272以下，頁273（民國82年再版）；林子儀，〈中國比較法學會學報〉，第15期，頁215（民國83年7月）（氏評論林明鏞教授之論文〈公務機密與行政資訊公開〉，略謂：「在某些領域中積極性的基本權利是存在的，而且是不再藉由法律落實的。人民對政府資訊的取得權不論是根據憲法第十一條之延伸或是根據憲法第二十二條的概括規定應屬人民憲法之基本權」）；李惠宗，〈憲法要義〉，頁340-343（台北：元照，民國90年8月元照初版）。惟其等並未指明所論究係「客觀法秩序」抑或「主觀公權利」。

88 Robert Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, *Der Staat* 29 (1990), S. 49ff.; 並參見 Robert Alexy (著)、程明修 (譯)，〈作為主觀權利與客觀規範之基本權〉，《憲政時代》，第24卷第4期，頁90（民國88年4月）。

(undepletable) 或「不具獨佔性」(nonrival) 資源——某人享有(獲悉)政府資訊之事實，並不減損、妨害他人同時享有該資訊，與其他(物質)資源之具有「有限性」者不同；並無理由認為立法者較司法者更適於分配「政府資訊」之分享，亦無需顧慮賦予該權利以積極主觀功能，將使(影響)他人無法有效分享(獲悉)政府資訊⁸⁹。

其為「憲法上的權利」，而非僅「法律上的權利」

或謂：當法律(例如「公開法」制定後)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)。其中輒有一款「其他法令規定應秘密事項或限制、禁止公開者」⁹⁰。繫爭資訊如為其他法令所豁免公開，則難公開矣！

例如，典試法第二十三條第一項規定：「應考人得於榜示後申請複查成績。應考人不得為下列行為：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」。幾乎將試卷有關資訊全面封鎖。按「政府資訊公開法」(或「資訊自由法」)與其他法律同為法律，主管機關可輕易以「特別法優於普通法適用」為由，排除資訊公開。人民「法律上」的「政府資訊公開請求權」到頭來只是一場夢！

我主張將「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，任何限制政府資訊公開的法律都必須通過憲法第二十

89 對他人行使權利之輕微影響可能發生於：政府機關於同一時間，受限於人力、物力，可能無法同時滿足眾多申請人之請求。姑不論眾人同時申請公開由同一機關負責保管之不同政府資訊之機率本來不高；即便如此，仍能依據申請順序、先來先辦的方法解決。

90 「資公法」第十八條第一款；並見行政資訊公開辦法第五條第一項第六款。

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⁹¹！雖然，憲法第二十三條比例原則具體操作時，究應採取如何審查標準，認定「必要」程度，在德國與美國猶有差異，尚待進一步研究⁹²；惟可確定者，對於憲法基本權利的限制，法院必將採取較為嚴格的審查密度（標準）。

肆、「政府資訊公開請求權」入憲的途徑

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）。茲分述之。

一、憲法解釋

對於現制下，能否經由憲法解釋，尤其憲法第二十二條⁹³的解

91 大法官曾於釋字第三一九號解釋（82/06/04）解釋文：「考試院於中華民國七十五年十一月十二日修正發布之『應考人申請複查考試成績處理辦法』，其第八條規定『申請複查考試成績，不得要求重新評閱、提供參考答案、閱覽或複印試卷。亦不得要求告知閱卷委員之姓名或其他有關資料』，係為貫徹首開意旨所必要，亦與典試法第二十三條關於『辦理考試人員應嚴守秘密』之規定相符，與憲法尚無牴觸」，《續編》，頁134（民國83年），間接肯定典試法限制公開規定的合憲性。

關於上開解釋之批評，參見陳愛娥，〈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第一四三三號判決評析〉，《月旦法學雜誌》，第82期，頁217以下（民國91年3月）。

92 關於美國基本權限制審查標準的介紹，請見本文前述貳、一、。關於我國憲法第二十三條比例原則的操作模式的討論，可參見許宗力，〈比例原則與法規違憲審查〉，收於《戰鬥的法律人——林山田教授退休祝賀論文集》，頁213以下（頁225-226）（台北：元照，民國93年初版）；黃昭元，〈憲法權利限制的司法審查標準：美國類型化多元標準模式的比較分析〉，《台大法學論叢》，第33卷第3期，頁45以下（民國93年5月）；並見大法官釋字第五八四號解釋許宗力大法官協同意見書、林子儀大法官不同意見書與許玉秀大法官不同意見書。

93 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」。

釋，確立「政府資訊請求權」為憲法所保障的基本權，國內學者素有爭議⁹⁴。所謂「概括人權」條款的保障範圍，在學說⁹⁵上與實務上⁹⁶皆尚未有定論。

94 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（台北：民國82年再版）；林明鏞，〈公務機密與行政資訊公開〉，《中國比較法學會學報》，第15期，頁215（民國83年7月）；李惠宗，前揭（註87）書，頁340-343；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，民國91年7月初版）。

持反對說者如陳愛娥，前揭（註80）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）。

95 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（民國91年9月初版）。

96 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抵觸」，《續編》，頁134（民國83年）；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》，頁687（民國85年）；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抵觸」，《續編（十三）》，頁299（民國89年）；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（民國92年）；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

我對於在憲法未有明文規定的情形下，由大法官逕以憲法解釋的方式，將「政府資訊公開請求權」涵攝於「概括人權」，抱持較為保留的態度。蓋基於「權力分立」的原則，現制下司法院大法官「解釋憲法」既屬「司法權」之行使，「憲法解釋」原應以「具體解釋」為原則，「抽象解釋」為例外，庶幾合於「司法權」之本質⁹⁷。如許大法官輕易假司法解釋之名，而行修憲之實，其正當性⁹⁸即不免遭受質疑！是憲法第二十二條作為憲法權利保障之「概括條款」，固有使基本權保障盡可能達於無漏洞之功能，惟大法官仍應在「具體解釋」發揮此項功能（亦即，解釋、判決之「主旨」不可脫離案件緣起之「事實情境」脈絡而為理解），而且，系爭之權利必須具備「基本的基本權」之性質（亦即，須為「維護人性尊嚴」、「發展人格自由」所必要，而屬「自由民主憲政秩序之核心價值」者，始能列入第二十二條之「其他自由及權利」之範圍）。

二、修憲增定

我主張「創設」（肯認）新人權應該循修憲途徑為之，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體公民之參與思辨，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

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1990年9月2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所保障」。

97 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，民國94年5月增訂3版）。

98 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《權力分立新論 卷二》，頁1以下（台北：元照，民國94年5月增訂3版）。

資格評斷「政府資訊公開請求權」是否重要到應以憲法來保障！尤其，而今而後「修憲案」皆須經公民複決⁹⁹。吾人更難想像十五名大法官可以逕代全體公民為此重大決定¹⁰⁰。

伍、結論——憲法增修條文試擬

茲總結以上討論，參考英國成文憲法草案，試擬憲法增修條文（第 X 條）如下供參：

人民有獲悉政府機關持有之資訊之權。其行使及救濟之程序，以法律定之。

前項政府資訊請求權，除為維護國家安全、執行法律或偵防犯罪、保護個人隱私、合法特權或商業交易、或為便利政府機關行使其憲法職權或履行其法定職權或契約責任所必要者外，不得以法律限制之。

99 參見憲法增修條文（94/06/10）第一條：「中華民國自由地區選舉人於立法院提出憲法修正案、領土變更案，經公告半年，應於三個月內投票複決，不適用憲法第四條、第一百七十四條之規定。（第一項）憲法第二十五條至第三十四條及第一百三十五條之規定，停止適用。（第二項）」；第十二條：「憲法之修改，須經立法院立法委員四分之一之提議，四分之三之出席，及出席委員四分之三之決議，提出憲法修正案，並於公告半年後，經中華民國自由地區選舉人投票複決，有效同意票過選舉人總額之半數，即通過之，不適用憲法第一百七十四條之規定。」

100 「違憲審查制度」之設，原在「制約」其他權力部門（政治部門），防止其濫權（行使權力逾越憲法）。如大法官得輕易以「憲法解釋」（尤其「抽象解釋」）創設「憲法權利」，是否有違初衷？尤其，如大法官解釋有所失誤，除由大法官以解釋自為變更（含「補充解釋」）外，只能經由「修憲」程序——由四分之一立委提議，四分之三立委出席，並經出席立委四分之三決議後方得提出憲法修正案，嗣並須經全國公民總額過半數為「同意」之複決，始得變更（憲法增修條文第十二條參見）。兩者相較，難易懸殊，失衡若此，違憲審查能不慎乎！